

論 説

ポピュリストの憲法理論

——アキル・アマー教授の見解を契機にして——

松 井 茂 記

はじめに

- 一 アマー教授の憲法理論
 - 二 アマー教授の権利章典理解
- 結びに代えて

はじめに

リベラルな立場が支配的な影響力をもってきたアメリカの憲法学に、このところ注目すべき地殻変動が生じている。リベラリズムと同様、保守的な憲法理論に批判的な立場をとってきた批判的法学研究のグループは、リベラリズムを批判しつつも、それに代わる憲法理論を打ち出してはこなかった。ところが、共和主義や共同体主義への関心の高まりを背景に、これら批判的法学研究のグループから、相次いでポピュリストであることを明言する憲法理論が提言されるようになった。リチャード・パーカー教授、マーク・タシュネット教授、ラリー・クレイマー教授は、その例である。

そして、それと同時に、批判的法学研究グループとは一線を画しながら、公然とポピュリズムの憲法理論を提唱する研究者が現れた。イエール大学ロー・スクールのアキル・アマー教授が、その人である⁽¹⁾。アマー教

(1) アマー教授は、現在スターリング法学教授のチェアをもつ。イエール大学の

授は、はじめ刑事手続と憲法に関する研究⁽²⁾で大きな衝撃を学会に与えたが、このところ『人民のために』(アラン・ハーシュ教授との共著)⁽³⁾、『権利章典』⁽⁴⁾、『合衆国憲法——伝記』⁽⁵⁾と3冊の著書を公刊し、かなりの数の論文と合わせて、学界の注目を集めている⁽⁶⁾。

彼の理論はポピュリストの憲法理論を最も象徴的に示しているため、きわめて鋭い批判も投げかけられている。だが、その是非をどのように考えるにせよ、彼の理論がアメリカの憲法学において大きな衝撃を与えたこと、そして彼の理論は不可避免的に支配的なりべラルな学説にも再考を迫るものであることは否定できない。そして、彼の理論は、リベラルな考え方が支配している日本の憲法学にも大きなインパクトを与えるであろうことも否定できまい。

筆者は、司法審査の正当性の問題に強い関心を抱いてアメリカの憲法学の展開を考察してきた。そして日本国憲法のもとでの司法審査のあり方と

出身、ロー・スクールもイエールを卒業し、1984年から85年にかけて連邦控訴裁判所でステイブン・ブライヤー裁判官のロー・クラークを勤め、1985年から88年までイエール大学助教授、1988年から90年まで準教授、90年から教授となり、1993年寄付講座のチェアを2番目に若くして獲得した。1993年にはフェデラリスト協会からポール・ベーター賞を受賞し、1995年にはナショナル・ロー・ジャーナルで頭角を現しつつある40人の若手スターの1人に選ばれた。

- (2) Akhil Reed Amar, *The Constitution and Criminal Procedure: First Principles* (Yale Univ. Press 1997). これは、最高裁判所による刑事手続上の権利の拡張を批判し、違法収集証拠の排除などを批判した衝撃的な内容で、大きな議論を巻き起こした。See also Akhil Reed Amar, *Criminal Justice*, 34 *Pepp. L. Rev.* 522 (2007).
- (3) Akhil Reed Amar & Alan Hirsch, *For the People: What the Constitution Really Says about Your Rights* (Free Press 1998) (以下、FPと引用する)。
- (4) Akhil Reed Amar, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction* (Yale University Press 1998) (以下、BRと引用する)。
- (5) Akhil Reed Amar, *The United States Constitution: A Biography* (Random House 2005) (以下、USCと引用する)。
- (6) アマー教授は、次のプロジェクトが不文憲法だと告白している。Akhil Reed Amar, *America's Constitution, Written and Unwritten*, 57 *Syracuse L. Rev.* 267 (2007)。

しては、プロセス理論の立場を提唱してきた⁽⁷⁾。しかし、このような最近のアメリカ憲法学の動向は、きわめて重要な展開だと思ふ⁽⁸⁾。そこでこの小稿では、このアマー教授の見解を紹介しつつ、アメリカの憲法学におけるポピュリストの憲法理論の意義を考えてみることにしたい⁽⁹⁾。

一 アマー教授の憲法理論

1 人民主権

アマー教授の憲法理論のすべてを支えているのは、「人民主権」への強い志向性である。

一般の人向けの解説書である『人民のために』のはじめに、アマー教授は、起草者たちの憲法観を提示することを目的としつつ、従来の保守派とリベラルの間の見方をともに斥けている。保守派には、リベラルは民主主義、すなわち多数決原理という基本原則に反するとうつつり、リベラルには、保守派は市民的社会の基本的要求である少数者の権利の尊重に反しているとうつつるであろうが、実際にはこの両者のような見方は、起草者たちの抱えていた課題を無視するものである。というのは、両者とも、憲法上の権利を個人主義的な性格のものとしている点で誤っているからである。アマー教授によれば、憲法上の権利の多くは、ほっておいてほしいと求め

(7) 松井茂記『司法審査と民主主義』（有斐閣・1991）、同『二重の基準論』（有斐閣・1994）など参照。

(8) これに関連するアメリカの憲法学の動向の紹介として、坂口正二郎「立憲主義と民主主義」（日本評論社・2001）参照。筆者の感想と反論については、「なぜ立憲主義は正当化されるのか——坂口正二郎「立憲主義と民主主義」を読んで 上・下」法律時報73巻6号88頁、8号62頁（2001）参照。なお、駒村圭吾＋山元龍彦＋大林啓吾編『アメリカ憲法の群像』（尚学社・2010）も参照されたい。

(9) バーカー教授、タシュネット教授、クレイマー教授の見解については、拙稿「ポピュリスト立憲主義をめぐって」佐藤幸治＋平松毅＋初宿正典＋服部高宏編『阿部照哉先生喜寿記念現代社会における国家と法』所収353頁（成文堂・2007）参照。

うる私的な個人としてというよりは、「いっしょに行動することを求めうる公的市民」として保障されている。これらの市民こそが、政府の主権的な所有者であり、それゆえ民主主義を可能にする諸制度に危害を加えることなく侵害することのありえない一定の権利を享受しているのである。つまり、憲法の権利保障の仕組みは、究極的には「自由主義的というよりは、よりポピュリスト的」だということである⁽¹⁰⁾。

このアマー教授の理解では、権利章典についても、「市民権」の観念が重視される。ここでいう市民権は、「われわれの民主主義に不可欠な公的団体の構成員である」ことから導かれるものであり、それは選挙民団、軍隊、そして陪審である⁽¹¹⁾。後述するように、彼は、修正第1条は、個人の表現の自由を保障しているだけでなく、選挙民団が事理をわきまえた選択をなしうる諸条件を定めたものとみる。また、修正第2条も、個人の銃所持の自由というよりは、われわれの社会が自己を保護し統治しうるための諸条件を定めたものである。そして憲法の陪審裁判に関する諸規定は、被告人の権利を保障しているが、もっと重要なことに、われわれ人民が刑事司法制度の執行を監視し、それが政府の権力濫用のための手段とならないようにするための諸条件を定めたものだというのである。

それゆえアマー教授は、これらの諸規定の根底にある憲法の「根底的原理」は、「人民主権」、すなわち「人民による支配」だという。つまり、人民主権が意味を持つためには、一定の権利が保障されることが必要であり、市民が政府の究極的な支配権を保持していなければならない。だから、このような権利が保障されているのだということである。それゆえ、権利章典は、多数者から少数者をどう保護するかというよりは、「われわれ人民を、自分の利益のために行動する腐敗した少数者による統治からどのように保護するか」に強い関心を持っていたと位置付ける。

(10) FP at xi. See also Akhil Reed Amar, A Few Thoughts on Constitutionalism, Textualism, and Populism, 65 Fordham L. Rev. 1657 (1997).

(11) FP at xii.

その根底にあるのは、政府はわれわれ人民の声を實現するものとは限らないという警戒感である。起草者たちは、人民が直接統治するのではなく代表者に権力を委ねる代表制を樹立した。これは部分的には直接民主制の弊害に基づくものであり、部分的には実行可能性の問題にも基づくものである。しかし、起草者たちは、代表者が自己の利益を實現すべく、人民の利益を無視する危険性を認識していた。そこで起草者たちは、その危険性を最低限にするために、権力分立原則をとって連邦政府を3つの部門に分割し、さらに一般の市民が政府のすべての諸部門を統制する直接的な権力を保障した。それが、選挙で投票するという責務、民兵として闘う責務、陪審として裁判する責務の3つの責務だということのである⁽¹²⁾。彼は、投票（憲法改正への投票権及び直接民主制への参加権）、弾丸（一種の軍事的な自己統治）、そして陪審としての責務は、すべて専制統治を防ぐためアメリカの市民にゆだねられたものだとして位置付けるのである⁽¹³⁾。

アマー教授の理解では、憲法のまさに最初の言葉「われわれ合衆国人民」という言葉が、人民全体による政府の所有という基本原理を打ち立てており、憲法典のそれ以外の部分は、この原理のための手段を定めたものだという。そして彼は、この市民権の考え方のなかで、投票し、闘い、裁判するという3つの基本的な憲法上の役割を統一的に捉える。それは、市民が「一級市民」であるために認められてきた「政治的権利」であるとともに「責務」だからである。ここで彼は、当初は白人の男性しか選挙権が与えられていなかったが、南北戦争での戦闘参加を理由に黒人にも選挙権が付与され、第一次世界大戦における女性の貢献を理由に女性の選挙権が認められ、またベトナム戦争への徴兵のために投票権の年齢が18歳に引き下げられたように、選挙権と闘うこととの密接な関係を指摘する。また、民兵への参加と陪審への参加は、公的事項に関して市民を教育し、選挙民として懸命な統治を行う能力を高める。それゆえ、投票箱で代表者を

(12) FP at xii-xiii.

(13) FP at xv.

選出すること、戦場でアメリカを守ること、裁判所で司法を執行することは、いずれも市民権と人民主権の考え方に合致するものだというのである⁽¹⁴⁾。

彼は、投票箱（バロットボックス）、弾丸（カートリッジボックス）、陪審員席（ジュリーボックス）という3つのボックスを市民としての主要な責務と考える。しかも後述するように、彼は、市民がこのような責務を果たすためには、政府にはよい市民となるため不可欠な物を提供する義務があるのではないかと考える。これには「40エーカーの土地と一頭のラバ」のようなものを与える義務であり、同様のことは市民に合理的なレベルの教育を与えることにも妥当するという。したがって、3つのボックスに加え、ランチボックスへの権利のようなものも認められるべきだとしている⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾。

2 憲法改正

このようなアマー教授の見解が最も象徴的に示されたのが、憲法改正についてである⁽¹⁷⁾。

(14) FP at xv-xvi. See also USC, at 395-99, 419-25, 442-47.

(15) FP at xvii-xviii.

(16) このような人民主権の考え方は、何が合衆国憲法かについても貫かれている。アマー教授は、一般に合衆国憲法の原典として流通されている手書きの署名入りの文書は、実は憲法制定会議で合意された文書であるが、実は正式の合衆国憲法として印刷・配布され、州の採択の際に用いられたのは、それとは微妙に句読点の異なるものだったことから、彼は合衆国憲法として認められるべきは、われわれ合衆国人民が採択した後者の文書の方だったはずだと主張しているのである。Akhil Reed Amar, *Our Forgotten Constitution: A Bicentennial Comment*, 97 *Yale L. J.* 281 (1987).

(17) Akhil Reed Amar, *Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside Article V*, 55 *U. Chi. L. Rev.* 1043, 1066-71 (1988) (hereinafter cited as Amar, *Philadelphia*). See also Akhil Reed Amar, *The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V*, 94 *Colum. L. Rev.* 457 (1994); Akhil Reed Amar, *Popular Sovereignty and Constitutional Amendment*, in *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of*

アマー教授は、憲法典は人民が制定したものである以上、憲法典が気に入らなくなった場合には、人民にはそれを変更する権利があると考ええる。合衆国憲法は、その第5条で憲法改正について規定しており、それによれば連邦議会が改正を提案して4分の3の州が承認するか、3分の2の州が憲法制定会議の招集を連邦議会に提案できることになっているが、人民が直接憲法を改正できるとの規定はない。しかしアマー教授は、明文の規定の欠如は、人民の憲法を改正するという権力を否定する根拠にはなりえないという。それは、憲法第5条の憲法改正規定は、排他的な憲法改正方法を定めたものではないとみるからである。それは、人民によって権限を与えられた政府の部門による憲法改正に対する制限であって、それゆえ政府の部門は、この手続によらなければ憲法改正を行うことは許されない。しかし、この規定は、人民自身の権力を制約するものではないからである。実際、もし憲法第5条が唯一の憲法改正手続だというのであれば、それは政府を自由に改廃するという人民の奪うことのできない権利を侵害するもので、まさにマディソンのいう「第一原理」に反している⁽¹⁸⁾。

というのは、アマー教授によれば、合衆国憲法自身が、制定当時存在した邦（ステイト）の憲法を根本的に修正するものであったが、それが憲法改正手続を定めた邦憲法の規定にかかわらず、邦の人民の憲法採択会議の多数決によって採択された。反フェデラリストが、この点の矛盾をついたが、フェデラリストは、これに対し次のように反論した。マディソンの言葉でいうなら、「人民こそが実はすべての権力の源泉なのであり、人民に訴えることにより、すべての問題点は克服される。人民はその望むように憲法を変更できるのである。それが権利章典の原理であり、この第一原理に訴えることができるのである」と。アマー教授は、この人民は望むように政府を変更廃止するという奪うことのできない権利を有しているという

Constitutional Amendment 89 (Sanford Levinson ed., 1995); FP at 3-19; Amar, *supra* note 16, at 293.

(18) Amar, Philadelphia, *supra* note 17, at 1054-55.

第一原理こそが、独立宣言に示されたアメリカ革命の核心だったという。それゆえ、合衆国憲法自身が、この人民の権利に基づいて制定されたではないかというのである⁽¹⁹⁾。

またアマー教授は、このような解釈を支持するために、合衆国憲法の前文だけでなく、修正第9条、修正第10条もあげる。これらの規定も、政府の外にあって、政府を自由に改廃する権利を人民が保有していることを宣言したものだということである⁽²⁰⁾。さらにアマー教授は、修正第1条にも目を向ける。彼は、修正第1条が「人民の平和的に集会する権利」を保障していることに着目し、これは個人の集会の自由を保障しただけでなく、人民が憲法会議に集い、多数決により、政府を改廃するという権利を平和的に行使するという共同的な権利を保障したものだということである⁽²¹⁾。

このことは、憲法第5条の手続が人民を拘束しないことも意味する。つまり、憲法第5条の手続は、連邦議会が憲法改正を提案するときのための手続であり、人民自身が憲法を改正するときの手続を定めたものではない。憲法の制定者は、代表者が人民の定めた憲法を無視し、自分の手に権力を奪おうとするかもしれないので、連邦議会による憲法改正には厳格な要件を加えたのである。それゆえ、人民自身が憲法を改正するときには憲法第5条の手続に従わず、人民の多数者はいつでも憲法を改正できるということになる。

ただしアマー教授は、人民の多数者は好きなような方法で憲法を改正できると主張しているわけではない。明らかにアマー教授は、憲法を改正するには、憲法会議を開かなければならないと考えているように思われる⁽²²⁾。しかもアマー教授は、この憲法会議について、連邦議会が召集できると考えている。政府を改廃する人民の権利は自己執行的ではないた

(19) *Id.* at 1049-52. See also USC, at 10-13.

(20) Amar, Philadelphia, *supra* note 17, at 1057-58.

(21) *Id.* at 1058-60.

(22) *Id.* at 1060-61, 1066.

め、政府の機関がそれを執行するのが当然であり、そうであれば、連邦議会は人民の主権的な権利を執行する内在的な構造的権限をもっていると考えられるというのである⁽²³⁾。しかも、合衆国憲法制定時は、憲法を採択するかどうかの会議が各邦で招集されたが、合衆国憲法成立により邦は国家としての地位を失ったから、現在では、合衆国の人民全体のみが主権を行使できるという⁽²⁴⁾。さらにアマー教授は、憲法第5条の憲法改正の採択手続が排他的でないとするのと同じ理由により、憲法改正を提案する手続についても、憲法第5条は排他的とはいえないという。それゆえ、連邦議会は、人民の過半数が請願したなら、憲法会議召集を憲法上義務付けられていると考える⁽²⁵⁾。

またアマー教授は、人民による憲法改正は、突発的にきまぐれに行われてよいというわけではなく、むしろ討議的なプロセスを経るべきだとしている。人民主権が想定している人民とは、ただ個々の個人の頭数を数えただけの人民ではなく、集団的な「人民」の討議的な多数者だということである。それゆえ、人民は相対立する考え方に接し、多数者は反対者と理性的に対話しなければならない。最終的な決定は多数決で下されるが、投票は討議的なプロセスを必要とするというのである⁽²⁶⁾。

もちろん、このような憲法第5条を超えた人民による憲法改正を認めることに対しては、多数者による専制を招き少数者の権利を危険にするとして反対する声もある。しかしアマー教授は、人民はみずからが何らかの論点については少数者の立場にあることを理解しているし、自分が多数者であってもそれが永久に続くわけではないことも知っているのだから、少数者の権利をまったく無視することはあまり考えられないという。実際、経験的にも州において住民投票で憲法改正が行われているが、そんなにひどい憲

(23) Id. at 1061 n. 67.

(24) Id. at 1062-63.

(25) Id. at 1065.

(26) FP at 26.

法改正ばかりではない。しかもここでは、1州の多数者ではなく全人民の多数者の支持が必要だということも重要なポイントだということ。また、専制的な憲法改正は、憲法第5条によってもありうるので、人民による憲法改正だけが危険だとはいえないという。むしろ、望ましくない憲法改正が行われても、アマー教授の見解では人民は多数決でいつでもこれを覆すことができる⁽²⁷⁾。さらに、人民は直接憲法改正に関与できるほど賢明ではないという批判がある。これに対しアマー教授は、現在の人民はおそらく実際にそのような責任を認められてこなかったからこそ、ときおり無責任な対応をするようになってしまったのではないかと考えつつ、究極的には、人民が無知だとしても、それに対する救済は人民から権力を奪うことではなく、人民を教育することだという考え方にくみするべきだ⁽²⁸⁾。

アマー教授は、このような憲法改正手続に関する考え方の根底にある実体的なビジョンが人民主権であることを認める。それは、「平等（いかなる市民の投票も他人より多くカウントされてはならない）および中立性（現状も含めて、いかなる実体的結果も特権的地位を与えられない）の実体的価値」だ⁽²⁹⁾という。それゆえ、これにより許される憲法改正の内容にも限界があるという。すなわち、いかなる憲法改正の方法をとっても、改正を禁止するような憲法改正は、違憲である。つまり、主権者である人民の奪うことのできない権利を否定するような憲法改正は許されない。それゆえまた、選挙を廃止したり、表現の自由を廃止する憲法改正も、現状を憲法改正に対して固定化する結果となるから、違憲である（その意味では、修正第1条は、改正を許さない改正は許されないという原則の例外である）⁽²⁹⁾⁽³⁰⁾。

(27) FP, at 20-30, 31-33; Amar, Philadelphia, supra note 17, at 1096-99.

(28) Amar, Philadelphia, supra note 17, at 1101-02.

(29) FP, at 20; Amar, Philadelphia, supra note 17, at 1044-45 n. 1.

(30) 同じように憲法第5条によらない憲法改正の可能性を認めるブルース・アッカーマン教授に対し、アマー教授は批判的である。なぜなら、アッカーマン教授は、一連の決定的な選挙における勝利を通して人民のスポークスマンをして新しい高次の法を宣告することを認めているが、アマー教授は政府の諸部門が

3 直接民主制

では人民は、合衆国憲法のもとで、直接政治に参加し、法律を制定できるであろうか。

合衆国憲法では、人民が下院議員を選挙することは規定されているが、人民が直接立法に携わることは規定されていない。では、合衆国憲法の規定はないが、憲法改正と同じように、人民は直接立法権を行使できるのだろうか。

アマー教授は、この問題を直接論じてはいない。しかし、住民が直接的に政治参加して州法を制定することが合衆国憲法に違反しないかどうかについては、憲法違反とはいえないという見解を表明している⁽³¹⁾。

人民発案と人民投票のふたつをあわせ、アマー教授は、プレビシットと呼ぶ。このようなプレビシットによって州法を制定することについては、共和政体と矛盾し、起草者の代表制のビジョンとも矛盾し、合衆国憲法第4条第4節の共和政体保障条項に反するという批判がある。そして政策的には、議会では討議を経て公益を考慮して立法が行われるが、プレビシットによる立法は人民の私益に基づいて行われること、少数者を抑圧する立法がなされる危険性があることを問題とする。

しかしアマー教授は、実はプレビシットによる立法は合衆国憲法の趣旨に適合しているという。マディソンは、フェデラリスト第51編で憲法を必要とするふたつの危険性に言及している。それが自分の利益を追求する政府と多数者の専制である。アマー教授は、プレビシットの主たる価値は、

通常政治のときには人民を完全に代表することができないのになぜ鍵となる時点で急に人民の声を語る資格が認められるのか疑問だと考えるからである。またアマー教授は、アッカーマン教授が人民が単純多数によって憲法改正をすることを認めず、何らかの特別多数を求めていることについて、合衆国憲法自身がそれぞれの州で単純多数決で採択されたことを指摘し、政府の部門による憲法改正には特別多数が要求されるのは当然としても、人民による憲法改正に特別多数を要求すべき理由はないと批判している。Amar, Philadelphia, supra note 17, at 1091-96.

(31) FP at 34-47.

このうち前者を防ぐ点にあると考える。討議の欠如の危険性については、州は論点や改正が行われた場合の結果について、投票者に情報を提供することができるし、プレビシットの本来のモデルは、1回の投票ではなく、タウンミーティングのように、市民が集会し討論を行うことだという。そしてこのような討論の機会こそが、市民が憲法的責任をよりよく果たすことができるよう市民を教育する機能をはたすことができるという。アマー教授も、プレビシットの危険性は認める。しかし彼は、アメリカの人民の規模と異質性がいくぶんかは多数者による専制の危険性を少なくするであろうし、立法者だって少数者抑圧的な立法を制定することがある。反対者は、立法者をよく描きすぎており、人民をひどく描きすぎている。立法者も実はしばしば法案を読んでもないし、圧力団体の意見で立法を支持したり、反対しているだけである。もちろんアマー教授は、だからといって人民にすべて直接立法権を行使させるべきだといっているのではない。彼は、立法者に立法をゆだねておいて、立法者が人民を代表しようとしないうちに、人民が直接行動することを認めればよいというのである。

人民による直接立法に反対するものは、しばしば法案が極めて複雑で投票者の理解を超えると指摘する。だがそうだとすれば、ここでも解決策は、プレビシットの権利を人民から奪うことでなく、問題点を克服することである。

さらにアマー教授は、このような人民による直接的な立法は、合衆国憲法第4条の共和政体保障条項に反するものではないという。たしかにマディソンは、フェデラリスト第10編で、共和政体と民主政体とを対比し、合衆国は共和政体でなければならないと述べている。ただここでマディソンは、第4条の共和政体保障条項の解釈を示しているのではないし、マディソンのような共和政体と民主政体の対比は一般的ではなく、共和政体は君主制もしくは貴族制に対比して用いられ、マディソン自身、共和政体とは「人民が自己統治しうること」だと定義していたし、実際多くの人々は共和政体と民主政体を互換的に使用していたと反論する。それゆえ、プレビシ

ットは、共和政体と矛盾するものではなく、むしろそれを遂行するものだというのである。

このことは、アマー教授が、直接民主制に非常に好意的であることを示している⁽³²⁾。さらに、合衆国憲法は、大統領を国民の直接選挙ではなく間接選挙によって選出する仕組みをとっている。アマー教授は、これは一般に言われるように小さな州の利益の擁護を目的としたものではなく、奴隷を認める州の支持を得るための手段だったと捉え、このような仕組みが今日支持されうるかどうかが疑問を投げかける⁽³³⁾。そして、大統領選出人の選出方法の決定が州議会に委ねられていることからみて⁽³⁴⁾、憲法改正によるまでもなく、州議会が州法で、大統領の国民による直接選挙に実質的にすればよいと提案している。

4 なぜ憲法は現在の多数者を拘束しうるのか

このようなアマー教授の見解は、なぜ憲法が現在の多数者を拘束するのかという問題に、明確な答えをもたらす。

憲法典は、人民に由来する法である。だが、憲法典を採択したのは、200年以上前の人民である。したがって、なぜそのすでに死去した過去の人民が、現在の人民を拘束しうるのかという問題が提起される。いわゆる「死者による支配」の問題である。

これに対しアマー教授は、起草者たちはこの問題を認識していたから、憲法改正手続を定めた憲法第5条を排他的な憲法改正の方法とは考えなか

(32) Alan Hirsh, *Direct Democracy and Civil Maturation*, 29 *Hast. Con. L. Q.* 185 (2002) 参照。

(33) Akhil Reed Amar, *Some Thoughts on the Electoral College: Past, Present, and Future*, 33 *Ohio N. U. L. Rev.* 467 (2007).

(34) それゆえ、ブッシュとゴアの大統領選挙をめぐる紛争の際には、フロリダ州最高裁判所は、州議会が州の最高裁判所に最終的な決定権を付与したのだと反論すればよかった。Akhil Reed Amar, *Dunwoody Distinguished Lecture in Law: Bush, Gore, Florida, and the Constitution*, 61 *Fla. L. Rev.* 945 (2009).

ったのだという。たしかに、アマー教授の見解でも、ある種のエンツェンチメントは避けられない。まず第1に、ある世代によって採択された実体的憲法的ルールが、次の世代によって修正されるまでは現状のデフォルト・ルールとして支配する。だが、次の世代の人民はいつでも多数決でこれを修正しうるのであり、そうしないということは、次の世代もこれに黙示的な承認を与えたものと理解しうる。それゆえ死者にはタイ・ブレイクの力と、議題を設定する力のみが認められるが、それ以上の力は認められない。第2に、ある世代の人民は、必然的にある「人民」の定義をエンツェンチメントすることになる。だが、これとて後の世代が修正しようと思えば自由に修正できる。これらのエンツェンチメントは不可避である。これは、人民の多数者の憲法改正の権利は、誰が「人民」であり、何を改正の対象とするのかを定めない限り無意味であるから、人民主権にとって不可欠のものだといえる⁽³⁵⁾。

5 憲法解釈

このようなアマー教授の理論を支える憲法解釈方法論は、ある意味で条文主義であり、ある意味で始源主義である。

たとえば彼は、憲法解釈において個々の規定を切り離して解釈するのではなく、全体論的に読むことの重要性を強調する⁽³⁶⁾。そして、「起草者の見解が決定的に重要だ」としているが、これは出発点であり、状況の変化で起草者の特定の問題への解答が時代錯誤的なものとなることもあれば、時には条文が独自の意味をもつようになることもあるとしている。そして憲法典に織り込まれたパターンが、起草者が具体的に想定しなかった結果をもたらすかもしれないという。したがって、最終的には彼は、「憲法の条文、構造、そして歴史」が憲法解釈で重要だとしていた⁽³⁷⁾。

(35) Amar, Philadelphia, supra note 17, at 1072-76.

(36) FP, at xviii-xix.

(37) FP, at xxi.

この点彼は、みずからの憲法理論を支えているのが、「憲法典内条文主義」と彼が呼ぶ憲法解釈理論であることを明らかにしている⁽³⁸⁾。彼のいう憲法典内条文主義とは、解釈しようとしている個々の条文や文言を憲法典内の別のところに用いられている同じもしくは類似の条文や文言に照らし合わせて読む手法である⁽³⁹⁾。

彼は、このような手法は実はこれまでも多くの憲法判例で用いられてきたとし⁽⁴⁰⁾、そして学説でもこのような手法が用いられてきたという⁽⁴¹⁾。ただし彼のいう憲法典内条文主義は、個々の条文を切り離して見ていたこれまでの条文主義と異なり、憲法典内の複数の条文に着目しその関連を重視する⁽⁴²⁾。またこれまでの条文主義は条文を憲法典の順番に読むのに対し、憲法典内条文主義は隣接しない条文を相互に参照する。つまり憲法典内条文主義は、二次元の憲法を三次元的に読むものである。そしてこれまでの条文主義は、憲法典の条文の意味を辞書に照らして探ろうとするかもしれないが、憲法典内条文主義は、憲法典をそれ自体一つの辞書として読もうとするものである⁽⁴³⁾。それはこれまでの歴史や始源的意図に根ざした手法とも異なる。それは、複数の条文のつながりが意識的に起草者によって意図されていない場合であっても、そのパターンから一定の推論を引き出すことを認めるからである⁽⁴⁴⁾。またこれまでの構造からの推論の考えは、しばしば憲法典の中の制度的な構造に依拠するものであるが、憲法

(38) Akhil Reed Amar, *Intratextualism*, 112 Harv. L. Rev. 747 (1999).

(39) *Id.* at 748.

(40) その例として、彼は、*McCulloch v. Maryland*, 17 U. S. (1 Wheat.) 316 (1819), *Martin v. Hunter's Lessee*, 14 U. S. (1 Wheat.) 304 (1816), *Marbury v. Madison*, 5 U. S. (1 Cranch) 137 (1803), *Brown v. Board of Education*, 347 U. S. 483 (1954) および *Bolling v. Sharpe*, 347 U. S. 497 (1954), *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973) をあげる。

(41) その例として、彼は、ジョン・ハート・イリイ教授をあげる。

(42) *Id.* at 788.

(43) *Id.* at 788-89.

(44) *Id.* at 789-90.

典内条文主義は憲法典の条文に焦点を当てる⁽⁴⁵⁾。

アマー教授は、このような憲法典内条文主義の3つの特色として、次のものを挙げる。第一は憲法典を辞書として読む点であり、第二は憲法典を調和 (concordance) として用いる点、そして第三は憲法典をルールブックとして用いるという点である⁽⁴⁶⁾。そしてこの手法の長所として、憲法典が1つの文書であることを重視すること、それが成文のものであることを重視することをあげる。とりわけ後者は、アマー教授にとっては特別な意味を持っている。というのは、それは憲法典の民主主義との結びつきを示しているからである。憲法典は人民の協約であり、それは民主主義の中心点を意味するからである⁽⁴⁷⁾。アマー教授は、これまでも彼の権利章典の解釈が条文主義的であることを認めてきた。しかし、この憲法典内条文主義の考え方を打ち出すことによって、従来のスタンダードな条文主義とは異なるものであることを明確にしたものとみることができる⁽⁴⁸⁾。

このような憲法解釈方法論のゆえに、彼は、合衆国憲法および権利章典についてはポピュリストの文書だと理解するが、その後修正第14条の採択によって権利章典の権利の性格は大きく変容し、現在ではそれをいわば全

(45) Id. at 790.

(46) Id. at 791-95.

(47) Id. at 796.

(48) Akhil Reed Amar, Textualism and the Bill of Rights, 66 Geo. Wash. L. Rev. 1143 (1998); USC, at 470. アマー教授は、典型的な始源主義者とは異なる。たとえば彼は、憲法は所得再配分的政策を否定しているとの主張に対し、たしかに18世紀の憲法典をそれ自体で切り離せば反利益再配分的な文書と読むことができるかもしれないが、1913年にわれわれ人民が修正第16条で連邦の所得税を認めたことにより所得再配分的な累進課税をも認めていることからみて、支持し得ないとしている。また彼は、合衆国憲法第2条が大統領について「彼」という言葉を使っているのは意図的なもので、女性が大統領になることは想定されていなかったが、しかし修正第19条が女性の選挙権を認めたことからみて、大統領についても性差別は許されなくなったと考えられるとしている。Amar, *supra* note 16, at 291-92. See also Akhil Reed Amar, Foreword: The Document and the Doctrine: The Supreme Court, 1999 Term, 114 Harv. L. Rev. 26 (2000); Akhil Reed Amar, Architecture, 77 Ind. L. J. 671 (2002).

体として捉えなければならないため、結果的には修正14条のもとでリベラルな学説と同じような結論に至っている⁽⁴⁹⁾。それゆえ、彼の憲法解釈方法論は、「リベラルな始源主義」と称されることもある⁽⁵⁰⁾。

6 司法審査

アマー教授の憲法理論が、どのように司法審査理論に連動するか、やや明確でないものがある。アマー教授は、一方で、起草者たちは裁判所が果たすべき役割を穏当なものを見ていたという⁽⁵¹⁾。

しかし、アマー教授は、イリィ教授の見解に対し、連邦議会が人民の意思を反映していると想定している点を批判し、人民主権の考え方と人民がいつでも憲法第5条によることなく憲法を改正するという立場にたてば、司法審査が反多数者支配的であるとか、民主主義から逸脱した制度だと考えるべき根拠はなくなるという⁽⁵²⁾。

それゆえアマー教授は、自分がロバート・ボーク裁判官のように司法審査の範囲を狭く考えてはいないことを注記している。アマー教授はいう。「多数者支配主義と個人の権利を広く定義し積極的に保護する司法府は矛盾ではない。裁判官に法律を違憲として覆し、それによって憲法の名のもとに立法者の意思（それは人民の意思とは限らないのである）のじゃまをさせればよい。最終的な決定権がわれわれ人民に残されている限り、それで

(49) 論議的となってきた *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973) については、テキサス州の妊娠中絶禁止法は、女性の参政権が認められていないときに制定され女性に不利益を課すものであるから違憲とされるべきであるが、女性の参政権が認められたあとに制定された妊娠中絶規制法は別問題だと考えているようである。Jack M. Bakan, *What Roe v. Wade Should Have Said* 158 (2005) (Akhil Reed Amar).

(50) 先例の位置づけについては、Akhil Reed Amar, *On Text and Precedent*, 31 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* 961 (2008) を参照。

(51) USC, at 212.

(52) Amar, Philadelphia, *supra* note 17, at 1076-87. See also Akhil Reed Amar, *America's Constitution and the Yale School of Constitutional Interpretation*, 115 *Yale L. J.* 2008, 2010 (2006).

問題はない。人民は、裁判官の決定を、そして立法府の決定を憲法改正によって覆すことができるからである」⁽⁵³⁾。

アマー教授は、ハミルトンの司法審査制を支持する見解が、実は多数者支配主義に根ざしたものであることも指摘し、司法審査に「反多数者支配主義の難点」はないと主張する⁽⁵⁴⁾。

実際、アマー教授は、権利章典についても、そのポピュリスト的理解にもかかわらず、結局は、修正第14条によって個人の私的な権利ないし自由としての性格が認められるようになったとしており、最高裁判所の諸判決は、正当化の道筋は誤ってはいるものの、結果的には正当化できると考えているようである。それゆえ、アマー教授の憲法理論のもとでは、最高裁判所の司法審査の正当性については、従来のリベラルな立場とは異なった理論的根拠をとりつつも、結果的にはリベラルな立場と異なった結果をもたらすものではないと思われる。

二 アマー教授の権利章典理解

1 権利章典——起草者の理解

このようなアマー教授の見解が象徴的に提示されているのが、彼の権利章典についての理解である。

彼は、支配的な見解が統治機構と個人の権利を区別し、もともとの憲法が統治機構に関するもので、権利章典が個人の権利に関するものと扱うことに異論を唱える⁽⁵⁵⁾。権利章典は確かに個人や少数者の権利に関わってはいるが、それは権利章典の唯一のモチーフではないし、その支配的なモチーフでさえないという。権利章典を詳細に検討すれば、構造的なものへ

(53) FP, at 30-31.

(54) Amar, Philadelphia, supra note 17, at 1052 n. 26.

(55) BR at xii. See also Akhil Reed Amar, the Bill of Rights as a Constitution, 100 Yale L. J. 1131 (1991).

の関心が権利への関心と深く結びついており、そこには州や多数者の権利やさまざまな中間団体の保護への強い関心が示されており、権利章典の目的は人民の多数者に制限を置こうとしたものではなく、人民の多数者に授権しようとしたものだというのである⁽⁵⁶⁾。支配的な見解は権利章典をもっぱら少数者を多数者に対して保護したものと理解するが、アマー教授は人民を自己利益を追及する政府から保護するという目的こそが起草者の主たる関心であったという。つまり、権利章典は、代議制民主主義政府を樹立することから生じるエージェンシー・コストを制御することを目的としたものだという。人民は、日常の事項の処理をエージェントである政府の職員にゆだねる。しかし、エージェントである職員は、自己の利益を追求し、人民の利益や意思に反する行為を行うかもしれない。そのような危険を最小限にするために、権利章典は、連邦の権限濫用を監視し抑止するための地方の政府の力を保護し、市民が陪審として連邦の法執行に参加することを保障し、人民の多数者が政府を変更・廃止する超越的な主権的権利を保障したものだということである。それゆえ、権利章典の要点は、はるかに「構造的」であり、しかも反多数者支配的というより多数者支配的だということである⁽⁵⁷⁾。

彼がその主張の根拠として強く依拠しているのが、第一回連邦議会に提案された権利章典の案の具体的内容である。アマー教授によれば、提案されたのは12条で、そのうち終わりの10カ条だけが邦議会の4分の3の批准を経て合衆国憲法の一部とされた。それゆえ、われわれが現在修正第1条として言及しているものは、案の段階では修正第1条ではなかったのである。代わりに第1条とされていたのは、連邦議会の代表者の数についての規定で、もともとの合衆国憲法の第1条第2項の規定を修正し、連邦議会の議員の数を増やすものであった。明らかにこれは構造的な関心に根ざすものである。この条項は、必要な4分の3の州の支持に一州足りず、結局

(56) BR, at xii.

(57) Id. at xiii.

合衆国憲法の1部とはならなかった。しかし、アマー教授は、これが第1条とされていたことの重要性を指摘する。というのは、これこそが反フェデラリストにとって最も重大な関心だったからである⁽⁵⁸⁾。つまり反フェデラリストは、連邦議会があまりにも人民から遠い存在となることをおそれ、議員の数を増やすよう求めていた。実際、憲法制定会議でも、その最後の日になって議員の数は4万人に1人を超えてはならないとされていたのを3万人の修正していた。だからこそ、これが冒頭に挙げられたのだというのである⁽⁵⁹⁾。なぜこれが結局採択されなかったのかについて、アマー教授は、規定の計算の公式自体に不自然なところがあったこと、最後の文章が議員数の上限を定めることになったため、他の10か条を採択しつつこれを拒否したのはデラウエアであるが、人口の少ないデラウエアはわずか1名の議員しか与えられず、議員の数が増えないことを望んでいたことを指摘している⁽⁶⁰⁾。

提案された第2条も採択されなかった。ただし、200年を経てそれが成立することになる。1992年に採択された修正第27条がそれである。これも統治の構造にかかわるものであり、議員がお手盛りで自分たちの利益を図ることを阻止しようとしたものであった。それゆえアマー教授は、はじめの第1条と第2条はともにエンジェーシー・コストの問題に対処しようとしたものであったという。つまり、本来家来であるべき政府の職員が主人である人民の利益をないがしろにして自分の利益を図ることを阻止しようとしたものだということである。それは、多数者から少数者を保護することを意図したものではなく、多数者支配主義を強化しようとしたものであった⁽⁶¹⁾。

アマー教授は、実は同じ考え方が、他の修正条項にも含まれていたとみ

(58) Id. at 8-9.

(59) Id. at 10-15.

(60) Id. at 15-17.

(61) Id. at 17-18.

る。そのかぎとなるのが、「人民」の権利である。修正第1条、修正第2条、修正第4条、修正第5条、修正第9条、修正第10条は、「人民」の権利を保障しているが、アマー教授はこれを合衆国憲法前文の「われわれ合衆国人民」と同一と理解し、これらの権利を「人民」の集团的権利だとみるのである。それはまた、連邦議会の下院議員を選出することを認められた「人民」でもある。またそこには、政治的権利と民事的権利の区別がある。前者は政治共同体の構成員の権利であり、第一級市民の権利と呼ぶことができる。後者は、すべての自由人が享有する権利である。投票権を行使し、公職につき、陪審員となることは、いずれも第一級市民の政治的権利と考えられてきたものである⁽⁶²⁾。

2 修正第1条

現在の修正第1条の言論・出版の自由も、構造についての規定であり、連邦議会と人民の間の代表関係に焦点をあてたものである。つまり、これは自由な言論と出版が民主主義にとって果たす構造的な役割を承認したものである。アマー教授によれば、制約の対象とされているのは、人民の多数者ではなく連邦議会である。つまり連邦議会が人民の多数者の意志にそむいて自分の利益を追求することをおそれ、このような人民の多数者の連邦議会に対する権利を保障しようとしたものだというのである⁽⁶³⁾。実際、修正第1条の文言は「連邦議会は」とあり、制約されるのが連邦議会であることを明確にしている。マディソンは実はこの点で異なった考えをもち、その提案の中にも、出版の自由、良心の平等な権利、刑事裁判における陪審裁判を受ける権利について、州をも制約する規定（第14条）が含まれていた。そしてマディソンは、これらの自由が連邦政府に対して保障されるべきであるなら、州政府に対しても保障されるべきであると発言していた。しかし、この提案は上院で否決された。言論・出版の自由を連

(62) Id. at 48.

(63) Id. at 20-21.

邦政府に対してだけ向けることは、意図的な決定だったのである⁽⁶⁴⁾。そしてジェファーソンとマディソンは、実際に言論・出版の自由を守ることが人民の多数者の権利だということを1800年の選挙で示した。フェデラリストは、扇動罪法で政府を批判する者を扇動的名誉毀損として処罰する法律を制定した。これは典型的な自己利益に基づく法律であった（しかも、次の選挙のあとは法律が効力を失うことになっていた）。ジェファーソンらは、人民の多数に訴え、そして人民の多数者は選挙でフェデラリストを放逐することで、自らの権利を行使したのである⁽⁶⁵⁾。アマー教授は、このような修正第1条の人民の権利は陪審裁判とも結びついているという。政府に対する批判を政府が処罰しようとしたときは、人民が陪審によって言論の自由を保護することが期待されていたというのである。その典型例がゼンガー事件であった⁽⁶⁶⁾。それゆえ言論・出版の自由を個人の権利と見る見方は、このような代表制民主主義において言論の自由が果たす構造的役割こそが起草者にとって主要な関心であったことを見失うことになるというのである⁽⁶⁷⁾。

また集会の権利は、すでに憲法改正手続に関しても述べたように、個人が単に集う権利を保護するものではなく、「われわれ合衆国人民が憲法会議に集会し、政府を改廃するという主権的権利を行使するという集团的権利」を留保したものと理解する⁽⁶⁸⁾。マディソンが提案した第1条には、実は序文がついていた。それは「人民は、その政府を変更し改革するという、奪うことのできない、破ることのできない権利を持っている」と宣言していた。マディソンは、実は修正条項をそれぞれ憲法の本文に組み入れ

(64) Id. at 21-22.

(65) Id. at 23.

(66) Id. at 23-24.

(67) Id. at 25. See also Akhil Reed Amar, How America's Constitution Affirmed Freedom of Speech even before the First Amendment, 38 Cap. U. L. Rev. 503 (2010).

(68) Id. at 26-27.

ることを考えていた。ところが連邦議会は、最終的に修正条項を末尾にまとめて付加することを決定する。そのためこの序文の趣旨については誰も異論はなかったが、この序文は放棄された。しかしアマー教授は、この考え方自体は、修正条項の中の「人民」の集会する権利の保障の中に残されたとみるのである⁽⁶⁹⁾。アマー教授は、当時の用法では、「人民」、「集会する」、そして「憲法会議」は、人民主権および政府を改廃する権利との関係でしばしば用いられる言葉であり、起草者たちは当然これにより憲法会議に集会する人民の権利のことを想定していたはずだという。しかも、マディソンの提案に対し、集会の権利に加え人民の「代表者に指示を与える権利」を明記しようという提案がなされたことは、集会の権利が多数者支配的な意味を持っていたことを明らかにしている。ただ、集会の権利と異なり、代表者に指示を与える権利は代表者による討議というマディソンの構想に反する。フェデラリストは、通常時の通常の立法は代表者にゆだね、憲法改正については人民が登場するという構想を抱いていたので、指示する権利は受け入れられなかったというのである⁽⁷⁰⁾。

またアマー教授は、請願の権利も同じ趣旨だと解する。つまり人民の多数者が憲法会議の招集を請願したときは、連邦議会は憲法会議を招集することを義務付けられているというのである。ここでもアマー教授は請願する権利が「人民」の権利とされていることを重視している。請願の権利の中核はその意味で集团的権利だということである⁽⁷¹⁾。

修正第1条の信教の自由と政教分離規定については、アマー教授は、連邦議会在が国教を樹立することを禁止した規定とみる。しかも、連邦議会在が「国教の樹立に関する」法律を制定してはならないとすることで、連邦議会在が州や地方の政府による国教の樹立に干渉してはならないこと、国教の樹立を妨害することを禁止している。1789年の時点では、少なくとも6州

(69) Id. at 27-28.

(70) Id. at 29-30.

(71) Id. at 30-31.

が特定の宗教を支持していたし、国教を定めていないところでも、決して政教は分離されていなかった（少なくとも4州では、キリスト教徒ないしプロテスタントでない者が公職につくことを禁止していたし、13州のうち7州では公職に対する宗教的制限が行われていた。）この修正第1条の文言は、国教を定めていたニュー・ハンプシャーの提案にある「連邦議会は、宗教にかかわるいかなる法律をも制定してはならない」という規定に酷似していることも、これが州の権利を保障したものであることを示している⁽⁷²⁾。

アマー教授は、この修正第1条は、連邦議会の権限を否定しようとしたものであり、憲法第1条第8節への制限として意図されたものだという。マディソンは、これらの修正を憲法本文に組み込むことを意図していたから、幻の修正第1条が第1条第2節を修正し、幻の修正第2条が第1条第6節を修正し、そしてそれに続く現在の修正第1条が第1条第8節を修正し、そのうえで残りの修正条項が、連邦議会が権限をもっていることに対し第1条第9節のように制限を置こうとしたことは明らかだという⁽⁷³⁾。このことは、修正第1条の文言が、第1条第8節とパラレルに、「連邦議会は……法律を制定してはならない」と定めている点からも明らかであるし、ジェファーソンもこれら言論、出版、宗教の自由について法律を制定する権限は連邦議会には付与されていないと述べている。このことは、起草者が言論、出版、信教の自由を州に対して保障する意図はなかったことを示している⁽⁷⁴⁾。

3 闘う権利（カートリッジ・ボックス）

このようなポピュリスト的な考え方がより象徴的に示されているのが、闘う権利についての見解である。

(72) Id. at 32-33.

(73) Id. at 35-37.

(74) Id. at 39-40.

アマー教授は、ちょうど起草者が裁判所に司法権を付与しながら、裁判官というプロへの不信感から一般市民による陪審のチェックを挿入したように、起草者は政府がプロの常備軍を創設することを警戒したと考える。政府は、通常の市民の意思から離れ、プロの兵士からなる常設軍をもうけるかもしれない。そのようなプロの兵士の多くは、土地も家も家族も主義主張も持たない傭兵であり、政府に盲目的に服従し、人民に敵対するかもしれない。しかも、常に軍にいれば市民生活との結びつきは弱まり、軍内の厳しい規律は兵士をまさに政府の言いなりにしてしまうかもしれない。そこで起草者は、国の安全をすべての健康な白人男性からなる武装する市民、つまり民兵に託することにしたというのである。これらの市民は、社会の一員であり、必要に応じてのみ召集されるのであるから、政府の言いなりとなって専制に手を貸すことは少ないと考えられた。だが起草者は、民兵だけでは十分ではないかもしれないと考えた。そこで起草者は、連邦議会に常備軍の創設を認めた。ただ常備軍の危険性から、起草者は陸軍については、予算を2年を超えて支出することはできないと条件を加えたのである。だが、このことはなおさら民兵によるチェックの重要性を示す。国の安全が脅かされたときに、連邦政府が民兵を動員するとしても、政府の権限の乱用の危険性がある。そこで起草者は、民兵の訓練と将校の任命を州に認めた。これにより民兵は、州にとって忠誠を維持できると期待できる。そしてその上で、連邦政府は、この民兵の訓練を監視することができ、そして法律を執行し、反乱を鎮圧し、侵略を排撃するために民兵を招集することができることになったのである。

だがそこで、連邦政府が民兵に対する権限をもちいて民兵の武装を解除するおそれがあると考えられた。そこで起草者は、修正第2条を加えることにした。それゆえこれは武装した市民こそが国の安全の擁護者であること、そして外国による侵略だけでなく、必要な場合には連邦の常備軍に対しても闘うことができるよう確保したというのである⁽⁷⁵⁾。

それゆえアマー教授は、この民兵の規定と陪審の規定との間には深い結

びつきがあるという。両者とも政府の職員の権限の乱用をチェックしようとしたものであり、しかも民兵および陪審に加わることによって公共的事項をよりよく理解し、それへのコミットメントを促進するという役割を果たしているのだというのである。それゆえ、軍はしばしば民主主義に敵対するものだといわれるが、起草者にとって民兵は民主的な基本原理に根ざしていたというのである⁽⁷⁶⁾。

このような視点から、アマー教授は、合衆国最高裁判所が徴兵制の合憲性を支持しながら、軍に加わることを求める憲法上の権利はないと判断していることに対し、これはあべこべだと批判する。

アマー教授は、修正第2条が民兵を確保するため武器を携帯する権利を保障している以上、民兵に加わる権利を保護したものと考えなければ修正第2条の権利は意味を失ってしまうというのである。軍に加わることは市民権の基本的な要素だというべきである。現在のところ最高裁判所は軍からの排除を平等保護条項のもとで問題としており、排除に合理的根拠があるかどうかを判断している。だが、これでは緩やかな審査しか行われえない。アマー教授は、軍に加わる権利を基本的な権利と認め、より制限的でない手段によっては達成されえないようなやむにやまれない利益を政府が証明できない限り、排除は許されないと考えるべきだという⁽⁷⁷⁾。

(75) See also USC, at 322-26.

(76) FP at 129-34.

(77) Id. at 129-39. この点、アメリカではこのところ、軍から同性愛者を排除することができるかどうかの問題とされてきた。これについてアマー教授は、軍に加わる権利は民兵に加わる権利を意味するが、現状では連邦の常備軍が国の主要な軍事力となっているため、現時点では軍に加わる権利がこの常備軍に加わる権利を意味しなければ意味を無くしてしまうと考える。しかも、起草者のおそれるように常勤の兵士が社会から切り離された存在とならないようにするためにも、すべての人が軍に加わるができるようにすることが望ましいというのである。Id. at 129-39. そして、同性愛者が病気ではなく、国のために闘うことができることは証明されているから、同性愛者の排除は同性愛者を二級市民とするものであり、許されないとする。Id. at 140-50. また同様の考え方から、女性が戦闘から排除されてきたことに対しても、修正第19条により女

そして最高裁判所は、徴兵制を合憲としているが、合衆国憲法第1条第8節第12条項が連邦議会にもうけることを認めた「陸軍」は、志願して報酬を得て勤務する軍を意味していたという。それゆえそこからは徴兵制は正当化されない。他方、同15条項は、連邦政府が「連邦の法律を執行し、反乱を鎮圧し、侵略を排除するため」民兵を招集する権限を認めている。当時民兵はすべての健康な白人男性からなっていたから、この条項は、資格ある市民を徴収する権限を与えたものと理解する。しかし、それは一定の特定された緊急時の場合に限り、しかも一定の特定された手続にしたがってでなければならない。これは、市民の自由を保護するためである。それゆえ、起草者の構想に従うなら、連邦議会が徴兵しようと思えば、民兵（つまり、国を守る能力のあるすべての成人市民からなる「組織されていない民兵」）を連邦に組み込み、しかもそれは州を通して行わなければならない。それゆえ州知事は、それが許される緊急時かどうか判断する機会を与えられ、もし知事がそうではないと判断した場合には、これに不服従できる。そして最終的には、この争いは裁判所で決着がつけられなければならない。アマー教授は、このような考え方が時代遅れのものとなり、もはや後戻りは困難かもしれないが、これこそが起草者たちの構想であったことを忘れるべきではないとしている⁽⁷⁸⁾。

そしてアマー教授は、修正第2条について、これも人民主権に根ざすものだという。起草者たちは、自己統治は、人民が投票用紙だけでなく弾丸にもアクセスできることを求めると考えた。武器を携帯する権利は、まさに政府が人民の手にあることを確保するためのものとして意図されたというのである。アマー教授は、修正第2条が「人民」の権利としていることは、まさにそのような趣旨だという。だが、南北戦争後このような理解は

性にも投票権が認められた以上、修正第2条により女性にも軍に加わる権利が認められなければならないという。そうであれば、女性を特定の地位から除外することは許されない。それゆえ女性を戦闘行為から除外することは許されないという。Id. at 151-57.

(78) Id. at 158-68; BR at 257-68.

大きく修正された。憲法制定時、起草者は武器が禁止されれば連邦政府だけが武器を持つこととなり自由が確保されないと考えたが、修正第14条の起草者たちは常備軍に反対せず、南部における反抗する州を従わせるためにはまさにそのような軍が必要と考えた。その結果、武器は自己を守るために必要なものと考えられるようになった（とりわけ黒人にとって武器はKKKから身を守るために重要だと考えられた）。アマー教授は、われわれはこの両方のビジョンを受け継いだと見る。それゆえ、一部の人が反乱を起こし憲法を守ることができなくなったとき連邦政府は民兵を招集し、反乱を鎮圧させることができるし、もし連邦政府が専制を行うようになれば、人民は民兵としてこれに抵抗できる。起草者は、民兵に二重の役割を期待したのである。だが、抑圧的政府に抵抗する権利はあくまで政府が正当性を失ったような極めて例外的な場合の最後の手段である。

またアマー教授は、起草者の時代と現在は異なり、起草者の想定する武装する市民は存在せず、むしろ銃による暴力が頻発していることからみると、武器を携帯する権利のメリットよりその結果として生じる危害の方が大きいと考えられるかもしれないという。アマー教授は、もしそうだとすれば、適切な対応は修正第2条の廃止だという。だがアマー教授は、それを決断する前に、この修正条項の本来の趣旨を理解すべきだという。そして、もしアメリカの人民が起草者たちの期待したような自己統治に必要な徳をもちあわせていないというのであれば、ここでも人民から自己統治の機会を奪うのではなく、人民に自己統治の機会を与え、徳をはぐくむことだという。

ただし、アマー教授は、合理的な武器の規制を許しており、許可要件、登録要件、待機期間、銃の使用およびその責任についての強制的な教育などは当然許されるとしている。それゆえ、全米ライフル協会の主張するように、いかなる目的であれいかなる銃器でも保持できるという考え方は適切ではないという。また、狩猟など単なる趣味のための武器の携帯についてはもっと緩やかに制約が認められてもよいし、銃器の中でもハンドガン

などは隠すことが容易であり、防御より攻撃のために用いられやすいから、より広い制約も可能である。だがアマー教授は、修正第2条がある以上、銃の全面的没収までは許されないという⁽⁷⁹⁾。

4 陪審裁判に参加する権利（ジュリー・ボックス）

すでに述べたように、投票への参加とともに、裁判への人民の参加を重視するアマー教授は、陪審裁判を非常に重く見る。すでに述べたように、陪審は、投票と弾薬とならんで3つの中核的な人民の権利と見られているのである。

合衆国憲法は修正第5条で刑事の大陪審の権利を保障し、修正第6条で刑事の小陪審の権利を保障し、さらに修正第7条で民事の陪審裁判の権利を保障している。これらの権利について、従来はこれを当事者の個人的権利として捉えるのが一般的であった。これに対しアマー教授は、このような見解は、陪審裁判規定の「ポピュリスト的で共和主義的な意義」を軽視するものと批判する。陪審裁判は民主主義的文化を保持する上で不可欠な権利だということである⁽⁸⁰⁾。

彼は、陪審は公的な制度であり、自己統治のエンジンだという。起草者にとって、陪審は、政府の腐敗、抑圧を防ぐという一般の市民の役割に根ざすものだった。ここには、立法者の場合とパラレルな関係がある。連邦議会のうち上院は任期も長く人民から比較的離れているが、下院の方はより人民に近い存在である。裁判所の場合も、裁判官は比較的人民から離れた地位にある。それゆえ裁判官をチェックするために、人民が裁判に参加

(79) Id. at 169-80. See also Akhil Reed Amar, *The Second Amendment: A Case Study in Constitutional Interpretation*, 2001 *Utah L. Rev.* 889 (2001); Akhil Reed Amar, "Enduring and Empowering: The Bill of Rights in the Third Millennium: Second Thoughts," 65 *Law & Contemp. Probs.* 103 (2002); Akhil Reed Amar, *Heller, HLR, and Holistic Reasoning*, 122 *Harv. L. Rev.* 45 (2008).

(80) See also USC, at 329-32.

する仕組みが作られているというのである。しかも陪審は、政府が一定の人を抑圧したり反対者を黙らせようとしたときに、それをチェックするという機能をも果たしている。しばしば見逃されているが、陪審は、公的な場で政府を糾弾するという、まさしく共和主義的な機能を果たしているというのである。また起草者は、陪審が、公的事項について市民に教育を与え、市民が他の公的役割を果たすための準備を行うという意味で、よき市民をはぐくむ土壌を提供すると考えていた。だからこそ、陪審裁判の権利は合衆国憲法制定に先立ってすべての邦の憲法で保障され、そして合衆国憲法の権利章典の欠如が問題とされ、権利章典が提案されたときにほとんどの提案に陪審裁判の権利が含まれていたのである。陪審裁判の権利は、訴訟当事者個人の権利というよりは、政府をコントロールするという人民の権利なのである⁽⁸¹⁾。

彼は、この陪審裁判の権利は、他の権利とも深い関わりをもっていることを指摘している。修正第 1 条の事前抑制の禁止は、裁判所による事前の差止めが陪審裁判抜きで行われるため許されないと考えられたのであり、修正第 2 条の民兵としての責務は陪審と並ぶ市民の責務であり、ともにプロの職員への不信感に根ざしているという。また修正第 4 条は、裁判官が令状を出す場合の要件を厳格に定めているが、これは令状なしの捜索の場合は事後的に陪審裁判で捜索が合理的だったかどうかを審査してもらえるのに、それがはぶかれるからである。修正第 7 条が、陪審裁判を保障していることの重要性はここにある。さらに修正第 5 条の二重の危険の禁止は、刑事事件で陪審の無罪評決が控訴されて上級審で覆されることがないよう保障したものであり、修正第 7 条にも同じ考慮が働いている。修正第 5 条のデュー・プロセスは、歴史的には大陪審による正式起訴を要求していたし、修正第 8 条の過重な保釈金および残虐かつ異常な刑罰の禁止も、保釈金決定や刑の宣告が陪審なく行われることから、憲法上特別の制限を

(81) FP, at 51-55. See also USC, at 233-37.

置いたものだというのである⁽⁸²⁾。

このように陪審裁判を重視するアマー教授は、従来の解釈と異なり、人民には陪審を勤めるという憲法上の権利があると主張し⁽⁸³⁾、さらに何ら理由なく陪審を排除することを認める専断的忌避の制度はもちろん⁽⁸⁴⁾、正当な理由に基づく排除についても、これを広く認めることに憲法上疑問があるとしている⁽⁸⁵⁾。また、現在州の中には21歳以上でなければ陪審員となれないとするなど、若い人が陪審の義務から除外されているところがあるが、修正第26条が投票権を18歳に引き下げていることからみて、投票権を有していて軍の勤務に加わることができる18歳の成人は、陪審員を務める権利があると考えべきだとしている⁽⁸⁶⁾。さらに、陪審が被告人が罪を犯したかどうかとは関係のない理由で無罪の評決を下しうるかどうかが、という「陪審による起訴無効」の問題に関係して、アマー教授は、陪審は起訴の根拠となっている法律の合憲性を審査し、違憲と考えた場合に起訴を無効としうるという立場を提唱し⁽⁸⁷⁾、刑事被告人には陪審裁判を受ける権利を放棄することは許されない（たとえ放棄したとしても、公衆には陪審裁判を行う権利がある）としている⁽⁸⁸⁾⁽⁸⁹⁾。

(82) FP at 56-57.

(83) Id. at 59-63.

(84) Id. at 64-78.

(85) Id. at 79-85.

(86) Id. at 86-92.

(87) Id. at 105-14.

(88) Id. at 115-19.

(89) また、修正第11条についても、合衆国最高裁判所は、これは州の「主権免責」を認めたもので、連邦裁判所で他州の住民が州を相手に損害賠償を求めることはできないと判断しているが、これは誤っていると批判する。そもそもアメリカでは「主権」は人民にあり、主権者である人民が権限を政府に委ねたものである以上、政府がその権限を乱用した場合には被害者である人民に賠償すべきは当然であり、政府は「主権」ももっていなければ憲法違反に対する「免責」をも有していないというのである。この免責を連邦政府にも認める最高裁判所の考え方は、政府に権限乱用を許し、政府に対する訴訟で政府の権限乱用をチェックするという人民の陪審裁判の権利を侵害し、本来家来である政府の職員を主人

5 権利の変容——南北戦争後の憲法改正

このようにアマー教授は、はじめの権利章典に含まれている権利が構造的な関心に根ざすものであり、しかも中核的な要素は人民の多数者の権利を確保するものであったと考えるが、このような権利理解は南北戦争後の憲法改正によって大きく変容したと考える。その結果、現在一般に抱かれているような、憲法上の権利を多数者に対し少数者を保護する個人の権利とする理解が支配的になったというのである。

アマー教授は、権利章典の規定は、条文の上でも、制定過程からみても、そしてさらに権利章典制定の歴史的背景から見ても、疑いなく連邦政府を制約するものとして意図されていたという⁽⁹⁰⁾。しかし、時代の推移にとともない、起草者たちが抱いていた連邦政府に対する姿勢は変化していった。交通・通信手段の発達により、連邦政府はいくらかより身近なものとなり、連邦議会の規模も拡大した。多くの州があらたに合衆国に加盟し、これらの州は合衆国憲法のもとで州の憲法を制定した。そして自由に対する考え方も変化した。マディソンが権利章典を提案したときに州への制約も盛り込もうとしたのに上院がこれを拒否したが、これは自由が民主的な自己統治の自由、つまり多数者に対する自由ではなく多数者の自由と考えられていたためであった。だが、ジョン・スッチュアート・ミルの「自由論」の出版に見られるように、次第に自由を個人の自由とみる見方が拡大してきた⁽⁹¹⁾。しかも、奴隷制の問題は、もっぱら州法の問題であった。1830年代以降、奴隷制廃止論者はしだいに自然権論を展開するようになってゆく。いかなる政府も、個人の権利を侵害することはできないとする見解が広まる。そこで南北戦争の時代には、もはや自由をすべての立法者への制約とする考え方が支配的になっていたというのである⁽⁹²⁾。

にし、本来主人である人民を家来とするものだとしている。FP at 120-26.

(90) BR at 141-44.

(91) Id. at 156-60.

(92) Id. at 160-62.

アマー教授は、その転換点を修正第13条にみてとる。この修正条項は、州による奴隷制の維持を憲法上禁止し、州の行為に制限をおいただけではなく、その制限を執行する連邦議会の権限をも認めたからである。このような態度は、それまでのアメリカの憲法の基本原理からの大きな転換を意味していた⁽⁹³⁾。

そしてアマー教授は、修正第14条の文言をみただけでも、それが「いなか州も……してはならない」と憲法第1条第10節の州による私権剥奪法・事後法・契約の債権債務関係を侵害する法律の禁止規定と同じ言い回しで明示的に州に対して制約をおいて、州に対して連邦的に保障される権利を保障していること、「縮減する法律を制定し執行し」と修正第1条とパラレルな文言を用いて、権利章典の州への適用を強く示唆していることを指摘する⁽⁹⁴⁾。そして「特権又は免除」という言葉は、当時「自由」とほとんど同義として理解されていたこと、「合衆国市民」に言及することによって権利章典に列挙されたわれわれ合衆国市民の権利を前提としたことを指摘する⁽⁹⁵⁾。これらのことは、修正第14条が権利章典を編入する趣旨であったことを強く示唆する。

だが、もし修正第14条が権利章典を編入する趣旨であったなら、修正第14条がデュー・プロセス条項を規定したことの意味がなくなるとの批判がある。しかしアマー教授は、この批判には根拠はないと反論する。というのは、修正第14条が修正第5条を編入すれば、州は市民からデュー・プロセスの権利を侵害することが禁止される。だが、修正第14条の起草者ジョン・ビンガムらは、デュー・プロセスの権利を市民だけでなく外国人にも保障したかった。そのために、デュー・プロセスの権利をすべての「人」に対して保障する必要があったのである。そしてアマー教授は、ここでいうデュー・プロセスの権利は、当時の判例によれば、憲法の手続的権利を

(93) USC, at 360.

(94) BR at 163-66.

(95) Id. at 166-71.

含むものであったという。つまり、修正第14条のデュー・プロセスの権利は、修正第5条から修正第8条までの手続的権利を含むものであったというのである。ということは、最初の4か条と最後の2か条の6つが残される。アマー教授は、ここで「特権又は免除」条項が意味を持つという。この6つのうち5つは「人民」の権利を保障している。それは「市民」と同義である。修正第14条について、それゆえそれが市民の権利と捉えていたのも当然だという⁽⁹⁶⁾。

しかしアマー教授は、修正第14条の起草者は、ブラックのように権利章典を、そして権利章典のみをそっくり編入したものだという機械的な編入の考え方をとっていなかったという。彼らは、第1条第9節に保障されたヘビース・コーパス令状の特権のように、権利章典以外の特権又は免除も含めようとした。しかも、「特権又は免除」という文言は、第4条の特権・免除条項の文言を当然想起させるが、ここでは判例は、ここでいう特権・免除は「その性質上基本的であるもの、すべての自由な政府の市民に権利として属するもの、この連合を構成するそれぞれの州の市民によっていつでも享有されてきたもの」をさすとの解釈をとっていた。このことは、修正第14条の「特権又は免除」が権利章典に限定されず基本的な権利を含みうることを示唆している。問題は、どのような権利が、州ではなく市民の特権又は免除かだというのである。そこでアマー教授が提唱するのが、「洗練された編入」(refined incorporation)理論である⁽⁹⁷⁾。

このことは、アマー教授が、明文根拠を欠く憲法上の権利の保護を修正第14条の特権・免除条項のもとで認めることを意味する。ただしアマー教授は、このように保護される権利の範囲は拡大しても、与えられる保護の程度には差があることを示唆する。つまり、憲法で保障された人民の権利

(96) Id. at 171-74.

(97) Id. at 174-80, 218-19. See also USC, at 386-92. See also Akhil Reed Amar, The Bill of Rights and the Fourteenth Amendment, 101 Yale L. J. 1193 (1992); Akhil Reed Amar, Did the Fourteenth Amendment Incorporate the Bill of Rights against States?, 19 Harv. J. L. & P. P. 443 (1996).

が問題となっている場合には、「縮減する」は修正第1条とパラレルに厳格に審査されなければならないが、州によって創出されただけの権利の場合には、差別のみが禁止されるというのである⁽⁹⁸⁾。それゆえ、このように明文根拠を欠く基本的な権利を認めても、*Lochner v. New York*, 198 U. S. 45 (1905) を導くわけではなく、ただ不合理な差別のみが禁止されると解されることになる⁽⁹⁹⁾。

その結果、はじめの権利章典の権利は市民の権利であると同時に州の権利であったが、修正第14条はこれを分離し、市民の権利を州に適用することにした。またはじめの権利章典では集团的権利を保障することに焦点があった。それは「人民」の「権利」であるとともに「権力」であった。そこでの権利観は、共和主義的であり、集团的であり、公的であり、積極的であった。これに対し修正第14条は、多数者に対して少数者の権利を保護することとなった。そこで保護される権利は、リベラルな個人主義的で私的で消極的な自由である⁽¹⁰⁰⁾。したがってアマー教授は、編入されるかどうかを判断するために「基本的」かどうかではなく、問題の権利が、個人としての市民の個人的な特権、つまり私的な権利かどうかを問題とすべきだという⁽¹⁰¹⁾。その結果、はじめの権利章典の権利も、修正第14条に編入される過程で変容したという⁽¹⁰²⁾。しかもアマー教授は、このような変容が、はじめの権利章典の理解に「フィードバック」効果をもたらしようという⁽¹⁰³⁾。

(98) BR at 178-79.

(99) Id. See also USC, at 475. 前注48) 参照。

(100) BR at 215-16.

(101) Id. at 221.

(102) Id. at 223. 修正第1条の表現の自由も権利の性格も変容した。Id. at 231-42.

(103) Id. at 243.

6 生存権（ランチ・ボックス）

このような人民主権の考え方から、アマー教授は、最低限度の物質的福祉を享受する権利、つまり生存権を認める。従来もこのような生存権を導く試みがなされてきたが、従来の見解はデュー・プロセス条項や平等保護条項に依拠してきた。しかしアマー教授は、デュー・プロセス条項は実体的権利を付与した規定ではなく、しかもこの条項が禁止しているのは「剥奪」であるから、消極的自由とは異なる積極的権利の根拠規定とするのは無理だという。同様に、平等保護条項も平等を求めているだけで、最低限度の生活を受ける権利を導くには向いていないという。そこで、個人の権利という視点を離れ、人民主権の考え方に目をむけ、貧しい人は最低限度の生活が保障されなければ市民としての憲法上の責任を全うすることができないという観点から考えるべきだという⁽¹⁰⁴⁾。

古典的な共和主義の伝統では、このような観点から市民として民主主義プロセスに参加することができるためには最低限度の自律が必要だとし、この要件を満たせない人は政治から排除されてきた。しかし、マディソンは、奴隷制と共和制との間にある矛盾に気が付いていた。奴隷制だけでなく、人々の間にある著しい不均衡は、共和政府の理念を掘り崩すおそれを持っているのである。富の極端な不平等と不均衡は、共和主義に反し、それゆえそれは避けられなければならないというのである⁽¹⁰⁵⁾。アマー教授は、修正第13条の採択によって、このような憲法制定当時の排除的なビジョンは変更されたという。そこでアマー教授は、この修正第13条こそ生存権の根拠と考えるべきだという。修正第13条、修正第14条第1節の市民権条項、そして修正第15条とあわせれば、「40エーカーの土地と一頭のラバ」のようなものを保障する積極的な政府の義務を導くことが可能だというのである⁽¹⁰⁶⁾。ただし、保障されるべきはこのように働くことを前

(104) RP at 184-85.

(105) Id. at 187-88.

(106) Id. at 188-91.

提にした手段である、働くことによって自身と他者への尊重を身につけることができるようなものでなければならないという（それゆえ、お金の給付ではなく、職業訓練とかバウチャーのようなものが想定されているようである）。また、所得の平等といったようなものまでは要求されない。そして修正第13条の40エーカーの土地と一頭のラバの要求は裁判所を通して執行されうるものではなく、立法者にゆだねておかれるべきものだとい⁽¹⁰⁷⁾。そのかわり、修正第13条は市民にも義務を課しており、われわれは同胞市民が最低限度の生活が確保されるよう助ける義務を負っているという。この義務は単なる道徳的な義務ではなく、憲法上の義務でもある。

また、この要求には、最低限度の教育を施すことの要求も含まれる⁽¹⁰⁸⁾。アマー教授は、共和政体保障条項、修正第13条、修正第14条第1節の市民権条項のもとで、教育を受ける権利を否定する政府は共和政体とは言えず、人民を非市民と扱うものだと批判するのである。ここには、公立学校は市民としての責任を子どもに教え、市民としての責務をはたすことができるよう教育をほどこす理想的な場所だとの想定がある。教育を受ける権利を認めることが人民主権の要請だとい⁽¹⁰⁹⁾のである。

結びに代えて

リベラリズムが支配的なアメリカの憲法学界において、しかもイェール大学ロー・スクールという中心的な場所において、ポピュリストであることを公言する憲法理論が提唱されているということは、大変興味深い。彼の理論は、結果的には最高裁判所や支配的な学説の主張する結論と異ならないものではあるが、その理由付けには大きく異ったものがある。日本の憲法学も、その主張に注目する必要がある。

(107) Id. at 192.

(108) Id. at 195-98.