

Title	アメリカにおける憲法修正をめぐる議論とリベラル憲法学
Sub Title	Liberal constitutional scholars : recent controversies over the amendment process in the U.S. constitution
Author	大沢, 秀介(Osawa, Hideyuki)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2002
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.75, No.4 (2002. 4) ,p.1- 40
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20020428-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20020428-0001</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# アメリカにおける憲法修正をめぐる議論とリベラル憲法学

大 沢 秀 介

- 一 はじめに
- 二 最近の憲法修正をめぐる議論
- 三 憲法修正に対するリベラル派の憲法学者の対応
- 四 アマールの見解に対する保守派の批判
- 五 結びに代えて

## 一 はじめに

アメリカ合衆国における最近の憲法修正過程をめぐる議論については、すでに別稿<sup>(1)</sup>でも触れたが、そこでは、アマール (A. Amar) やアッカーマン (B. Ackerman) らが、アメリカ合衆国憲法 (以下、連邦憲法) の憲法修正過程について、修正手続を規定する連邦憲法第五条外での憲法修正の可能性を肯定し、その理論化を図っているという状況について、若干の考察を加えた。しかし、その議論の内容を明らかにする過程で、少なからず疑問に思

われたことは、アマーやアッカーマンらが、なぜいま憲法修正過程の議論を行うのかということに加えて、従来リベラル派の憲法学者に共通してみられた、連邦憲法に対するアメリカ合衆国最高裁判所（以下、連邦最高裁）の役割を重視する姿勢をみせていないことであつた。

まず、最初の疑問であるなぜいま憲法修正過程の議論かという点については、その必要性について最近問題となつた連邦議会議員の歳費の引き上げに関する第二七修正をあげて、その手続上の論点を検討する必要があつたということを描することができよう。第二七修正は、第一回連邦議会において発議されたものの、発議後二〇〇年近くを経て成立した憲法修正であり、このような経過を経て成立した第二七修正に対しては、その修正手続に関して正当性を問う議論が存在するからである。しかし、そのような点が指摘されるにもかかわらず、多くの憲法学者は、これまで憲法修正に絡む理論的問題にはそれほど関心を払つてこなかつた。<sup>(3)</sup> その理由は、ビッケル (A. Bickel) の問題提起以来、これまでのアメリカ憲法学の圧倒的な関心が、民主主義的に選出されたわけではない裁判官によつて構成される連邦最高裁が、隔離され孤立したマイノリティの人権保障の観点から、違憲審査権を行使することをどのように正当化するかという問題 (anti-majoritarian difficulty) に集中してきたためであると考えられる。実際、アメリカにおける立憲主義の展開、とくに一九五〇年代以後の歴史は、ウォーレン (E. Warren) を首席裁判官とする連邦最高裁の諸判決とともにあつたことができる。その結果、連邦最高裁の示す憲法判断をマイノリティの権利・自由の保障との関係でどのように理解し、その射程をどのように画するかが、重要であると考えられてきた。イリイ (J. Elia) に代表される政治過程の十全な機能の確保を重視し、それとの関係で司法審査を正当化しようとする理論は、そのような努力の一つの到達点といふことができる。<sup>(4)</sup>

そのように考えるとき、つぎに生じる疑問は、アマーやアッカーマンのようなりベラル派の憲法学者として知

られる人々が、なぜ裁判所を通しての人権保障、さらには憲法保障という点を重視しないのかという疑問である。この点については、以下のように考えうる。すなわち、一九八〇年代以後はイリイを始めとするプロセス主義的司法審査理論という学説の成果がみられる一方で、共和党政権下での裁判官の交代により連邦最高裁の憲法解釈が徐々に保守的に変容を遂げつつあり、<sup>(5)</sup>リベラル派の憲法学者は、新たな道を模索する必要性を感じているのではないかということである。<sup>(6)</sup>それは、またイリイに代表される従来の学説が基礎に据えていたブルーリズムの有効性に対する懐疑が生じているということをも意味することになる。具体的には、ブルーリズムが公正かつ民主主義的な政治過程を支えるものとして評価されるためには、その前提として、政治過程でその対象となる諸政策について勝者と敗者がお互いに入れ替わる可能性が求められる。そのことは、諸政策をめぐって社会における多様な集団がさまざまな組合せで連合を形成し、自らの集団にとって重要な政策での協力と引き換えに他の政策については譲歩するという取引や調整がおこなわれることを意味する。<sup>(7)</sup>そしてブルーリズムの下では、司法はそのような政治過程を支えることが求められる。しかし、そのような可能性は、アメリカの政治過程において保守的傾向が定着する傾向を見せ、さらに連邦最高裁が従来のリベラルな姿勢を転換したこと<sup>(8)</sup>によって大きく揺り動かされている。

このような中で、リベラル派の憲法学者の関心は、大きく二つに分かれているように思われる。<sup>(9)</sup>第一の方向は、プロセス主義的憲法理論をさらに深化させようとするものであり、<sup>(10)</sup>それはさらに二つに分かれる。一つは、裁判所が民主主義的に選出される機関ではないにもかかわらず、民主的な議会の制定する法律の違憲審査を行うというパラドックスを解消するために、裁判所による政治過程への介入を正当化する根拠を求めようとする方向である。その例として、原意主義論争をあげることができよう。もう一つは、プロセス主義的な見解をある程度共有しつつ、マイノリティの人権を保障する機関として、前述のような民主主義的正当性の欠如という基本的な問題

を抱える裁判所ではなく、民主的な基盤をもつ議会を考え、その制定する法律を通してマイノリティをアメリカ社会の中に統合していこうとする方向である。たとえば、サンステインのいう共和主義的憲法理論にそのような傾向がみられる。

リベラル派の憲法学者にみられる第二の方向は、いま述べたような広義のプロセス主義の下で、裁判所の役割よりも連邦議会の役割を重視する傾向に加えて、裁判所の役割にほとんど積極的な役割を与えないという形で、プロセス主義においてこれまでほとんど等閑視されてきた現実の政治過程を、直接民主主義的な観点から重視するべきことを強調しようとするものである。タッシュネット (M. Tushnet) などの見解にこのような傾向がみられる。<sup>(11)</sup>

これら二つの動向と対比してみると、アッカーマンやアマーらのいわゆるポピュリストの見解は、第二の方向付けと強い共通性をもちつつ、それらとは発想、観点を異にするものととらえることができる。<sup>(12)</sup> とくにアマーは、以前からブルーリズム的観点による憲法理解に疑問を示していたが、近年はさらに憲法制定時にまで遡り、人民主権 (popular sovereignty) の見解を示したウィルソン (J. Wilson) の所説を手がかりに積極的に自説を展開している。その所説は、従来の通説が依拠してきたマディソン (J. Madison) の見解と異なる視点に立脚するものとして注目される。

アマーの見解について、レジック (J. Lessig) は、アメリカにおける立憲主義の現況を理解する上で、一つの重要な手がかりを提供するものと指摘する。<sup>(13)</sup> その意味で、その理解は、憲法修正過程をめぐる議論だけではなくとどまらない幅広さを有するものということができる。ただし、現在の政治状況、理論的重要性の観点からみて、アマーの見解の特色が最も鮮やかに反映されているのは、憲法修正をめぐる議論であると思われる。そこで、本稿では、最近のアメリカにおける憲法修正をめぐる議論について触れた後、アマーの見解の持つ意味をそれに

対する批判的見解と対比して、検討することにしたい。

## 二 最近の憲法修正をめぐる議論

### 1 憲法修正議論の動向

別稿でも指摘したように、憲法修正を求める動きは、一九九〇年代に入って増大したといわれるが、そのような傾向は、新世紀に入った現在でも依然として変化していない。実際、第一〇七回連邦議会に提出された憲法修正案を求める両院合同決議案は、下院から四五件、上院から八件であわせて五三件の多くに上っている<sup>(15)</sup>。

これらの憲法修正を求める合同決議案には、少なくとも三つの特徴がみられる。第一に、憲法修正を求める対象が広範囲かつ多様なものとなっていることである。とくに、下院にその傾向が顕著にみられる。その中には、自発的な公立学校での祈禱を求める修正、男女平等修正、財政支出に憲法上の制限を求める修正、選挙運動資金の制限を求める修正、国旗の毀損の禁止を求める修正、増税法案の成立に特別多数の賛成を求める修正、生命に対する権利を定める修正などに関する合同決議案のように下院と共通するものがあるほか、二〇〇〇年の大統領選挙の結果を受けて、現行の大統領選挙に憲法修正によってより直接民主主義的要素を加えようとする種々の修正案や、大統領による刑の執行停止および恩赦を選挙前後の一定期間禁止することを求める修正案など最近の政治的事件の影響を受けてのもの、住居や雇用に対する権利を定める修正案など最近の経済状況の悪化を背景としているものなど、さまざまな憲法修正案が提出されている<sup>(16)</sup>。

第二に、ほぼ同様な主題、内容にかかわる憲法修正を求める合同決議案が、さまざまな議員によって重複した形で提出されていることが、その特徴としてあげられる。たとえば、第一〇七議会では、大統領選挙のあり方を

より直接民主主義的に変更するよう求める憲法修正が七名の下院議員によってそれぞれ提案されている。均衡予算修正案についても、下院で三名の議員、上院で一名の議員によってそれぞれ提出されている。その他、選挙運動資金の規制、議員の任期制限などについても複数の議員からそれぞれ提案されている。

第三の特徴として、多くの憲法修正案が保守派の主張を反映したものとなっていることがあげられる。たしかに、男女平等修正案のようにリベラル派が長年主張してきたものの再提案もみられる。また、第一〇七議会では二〇〇〇年の大統領選挙の余韻もあり、大統領の選挙制度についてより民主主義的な変更を加えるべきであるとする憲法修正も求められている。しかし、その他の憲法修正案の基調は、保守派の主張と重なり合うものが少なくない。たとえば、均衡予算に関する憲法修正案は、一九九四年に出版されたギングリッチ (Z. Gingrich) 元下院議長らに代表される共和党保守派の主張をまとめた『アメリカとの契約』において、第一の要求として掲げられていたものである。また、この『アメリカとの契約』は、増税に関して連邦議会において特別多数の賛成を要するということを憲法修正の形で明示することや、議員による選挙区目当ての法案の成立が無駄な支出につながる<sup>(17)</sup>として、大統領に項目別拒否権を与えることによって、その種の法案を抑制するという趣旨の憲法修正も主張されていたが、第一〇七議会でも同様な趣旨の憲法修正案が提案されている。

## 2 サリバンの見解

いま述べたような状況の中で、リベラル派の憲法学者が、憲法修正の動きに警戒的な態度をとることは、十分に予想されることである。別稿でもその存在に触れたサリバン (K. Sullivan) の反応はその代表的なものである。サリバンは、一九九五年に当時連邦議会均衡予算に関する憲法修正のための合同決議案がかるうじて一票差で否決されるという状況の中で、そのような憲法修正の動きを警戒するべきであるとして、リベラル系と目される

一般的な雑誌に論稿を<sup>(18)</sup>発表し、その中で憲法修正をはかる際に考慮すべき、以下に示すような五つの要素を示し、保守派による現在の憲法修正の動きは、それらの要素を満たすものではないと批判したのである。

サリバンのあげる第一の要素は、基本的な憲法構造の安定性に対する国民の信頼の維持であり、その点から憲法修正は例外的なものにとどめるべきであるとする。第二の要素は、法の政治に対する優位を示す「法の支配」の觀念の尊重である。憲法は統治構造や制度を定めているが、それは基本的な政治的理論から構成される高次法に基礎をおいている。したがって、憲法修正を提案する意図が法律の制定によって実現しうるものであるならば、あえてそれを憲法修正という形で行うことは、憲法の性格を変化させ、政治化させるものであると批判するのである。第三の要素は、制定時の憲法が有していた憲法全体としての一貫性を保持すべきだという点である。憲法修正は断片的になされることが多くかつ計画性をもってなされないうために、憲法全体の基本的構造と矛盾し、憲法全体の統一性と一貫性を害する結果となることがあるというのである。第四の要素は、憲法が基本法であることから、その規定が厳密に定めることよりも一般性を持つて規定されるという性質をもつという点である。そのため、憲法修正はすべての将来生起する事件を予期して定めることはできず、かといって憲法修正を一般性を持った文で規定すれば、憲法の全体的構造に対する潜在的脅威となるとする。したがって、憲法の具体的実現は司法による解釈に委ねられるべきであるとするのである。第五の要素は、これまで憲法解釈を担ってきた連邦最高法院の役割の重視である。最終的に憲法の有権解釈を行っている裁判所、とくにこれまで連邦最高法院に与えられてきた敬意と正当性が、憲法修正が度重なることによって、減少することになるというのである。なかでも連邦最高法院の下した違憲判決を覆すことを意図した憲法修正の場合に、この点が強く意識される必要があるとする。

このようにサリバンは、基本的な憲法構造の安定性、法の政治に対する優位の確保、一貫性を有する憲法に対して断片的になされる修正の動きからの保護、過度の一般性を持った憲法修正の憲法全体に与える害悪からの保

護、連邦最高裁の憲法解釈に対する信頼と正当性の確保という五つの点からみて、憲法修正はそれが人民の名によつて行われようとする場合であつても、様々な問題を生じさせるおそれがあり、慎重に対処されなければならず、現在はそのような時期ではないと批判するのである。

このようなサリバンの見解は、男女平等修正案について連邦最高裁の憲法解釈と立法による実現を説いているところからみて、憲法修正の発議が頻発することに伴う政治的な混乱の回避の必要性に応えようとするものともいえるが、それだけでは説明できないものを含んでいるように思われる。サリバンの主張は、これまでのリベラル派の憲法学者に共通してみられた、憲法の具体的実現はできうる限り連邦最高裁による憲法解釈を通して行われるべきであるという考え方が揺らいでいるのではないかという、一種の危機感を背景とした批判のように思われるからである。<sup>19)</sup>

### 3 サリバンの議論とリベラル派の憲法学者の対応

いま述べたように、サリバンの見解は、現代アメリカにおける政治状況の中で、リベラル派の憲法学者が直面している問題状況を直截に示しているように思われる。この点に関して、つぎの三点を指摘することができる。

第一に、サリバンのような主張は、従来のリベラルな裁判所の判決を重視する法律家的な憲法解釈と結び付いたものといえる。そのため、性急な憲法修正の主張に対する批判とはなりうるものの、たとえば均衡予算修正のように、保守派だけにとどまらない広範な人々の声を背景に憲法修正が求められるとき、レヴィンソン (S. Levinson) の指摘するような批判のなされる余地が生じることになる。<sup>20)</sup> すなわち、リベラル派の憲法学者は、憲法に関する国民のコンセンサスが欠ける中で、国民に対する民主的説明責任を負わない終身任期のエリート裁判官達による、憲法という名を借りた政治的決定を擁護しているにすぎない、という批判である。

第二に、政治状況の保守化と連邦最高裁の關係については、つぎのようにいえる。これまでリベラル派の憲法学者は、基本的に連邦最高裁の諸判決の中にみられるウォーレン・コートの遺産ともいふべきリベラルな憲法判断を重視し、その維持という観点から一九八〇年代から裁判官の交代に伴い徐々に保守化しつつあった連邦最高裁の判決を批判的に検討するを行ってきた。しかし、今後もそのような姿勢が維持できるか否かは疑問といわざるをえない。それは、現在の連邦最高裁、すなわちレイニクイスト・コートの保守的な司法積極主義が、連邦の政治部門の権限を州政府との關係で相対的に縮小しようとする方向性を示しているからである。<sup>21)</sup> そのような方向性は、ウォーレン・コートにおいてみられた、人権保障の観点から州政府に対する連邦政府の権限の拡大を図るといふ基本的な姿勢とは逆の筋道をたどるものであり、その意味でウォーレン・コートの遺産がいつまで保てるのかは不透明になってきているといえる。

第三に、今回の大統領選挙で、保守的な共和党のブッシュ大統領が誕生したことは、リベラル派の憲法学者にとっては、少なくとも二つの点で憂慮すべき事態をもたらす可能性が高いと考えられる。まず、現在の連邦最高裁の裁判官の多くに退官の可能性が指摘されているが、その場合ブッシュ大統領によつて保守的な見解を有する者が後任者として任命される可能性が高いことがあげられる。現在までのところ退任の意思を公にした裁判官はいないが、大統領選挙運動期間中、スカリア、トーマス裁判官のような保守的な裁判官を、今後連邦最高裁に任命すると明言してきたブッシュ大統領が考慮しているとうわさされる候補者は、いずれもかなり保守的な人々である。つぎに、二〇〇〇年の大統領選挙におけるブッシュかゴアかという最終局面で、連邦最高裁が、さまざまな憲法上の問題を指摘される内容にもかかわらず、<sup>22)</sup> 実質的に大統領を決定する意味合いをもつ判決をあえて下したことは、大統領の連邦最高裁判官の任命権との關係からみて、現在の連邦最高裁が自らその保守的な傾向を維持し、それを推し進めうるような後任の裁判官を自ら確保する途を設けたことを意味し、<sup>23)</sup> 連邦最高裁の保守的

傾向は永く続くと予想されることである。

さらに、従来から保守派の組織力及び資金力は相当のものがあるといわれてきたが、<sup>(25)</sup>今後のアメリカにおいては、テロ事件の影響もあり、政治状況は保守化の傾向を一段と強めると予想される。また、国民の間のコンセンサスも保守化の方向で深まっていくと考えられる。これらのことも、リベラル派の憲法学者にとっては、今後の重要な関心事となるように思われる。

### 三 憲法修正に対するリベラル派の憲法学者の対応

このようなりベラル派の憲法学者を取り巻く不安定な状況の中で、保守派からの憲法修正の動きに対するリベラル派の憲法学者の対応は割れている。サリバンのように憲法修正はあくまで最後の手段であると説く立場以外に、現在、少なくとも三つの見解が存在するように思われる。第一の見解は、憲法修正の意義を低く評価しようとするものである。第二の見解は、レヴィンソンのとる立場である。第三の見解が、アマーやアッカーマンの見解に代表されるようなポピュリストの見解である。第二と第三の考え方は、ともに最近の保守派の憲法理解とその強さを踏まえて、従来のリベラル派の憲法学者の多くが、立憲主義の展開を連邦最高裁判決および裁判官の見解に焦点をあてて、それで事足りりとしてきた状況を不十分であるとし、正面から保守派の憲法理解に挑戦しようとする姿勢を見せている点で共通する。しかし、他面相違点も存在する。その点に触れる前に、第一の見解についてみておくことにしたい。

#### 1 シュトラウスの見解

## (1) 憲法修正の意義に対する評価

保守派による憲法修正の動きに対して、リベラル派の憲法学者が採りうる第一の見解は、憲法修正の意義をあらかじめ低く捉えておくものである。この点で、参考になるのが、シュトラウス (D. Strauss) の見解である。

シュトラウスは、連邦憲法が憲法修正条項を第五条という形で設けたことの意義を指摘しつつ、四つの点で、アメリカの憲政史上、憲法修正過程は実質的には憲法秩序 (constitutional order) ないし憲法慣行 (constitution in practice) の変化を引き起こす重要な手段ではなかったと主張する。<sup>(26)</sup>

まず、第一に、シュトラウスは、成熟したりベラルな社会では、国民のコンセンサスを非常に強く求める憲法修正の方法以外に、立法や裁判を通して速やかに憲法秩序を変更する方法が存在してきたと指摘する。<sup>(27)</sup>そして、そのような成熟したりベラルな社会で憲法修正過程が重大な変化の手段となる場合は、つぎのような三つの状況ないし条件がすべて揃ったときであるとす。すなわち、まず、立法や裁判所による憲法解釈など憲法秩序変更のためにとられる通常の手段が、何らかの理由で利用できず、つぎに、社会が基本的には変化していない中で、一時的な形であれ非常に多くの支持があり、そして最後に、憲法修正を回避することが著しく困難なときであるとする。<sup>(28)</sup>

第二に、シュトラウスは、憲法修正の意義を低く見積もる理由として、正式に発議されたものの最終的に承認されなかった憲法修正案が、その後の憲法秩序に変化を生じさせたことのあることを指摘する。シュトラウスは、そのような例として、児童労働修正案や男女平等修正案の場合をあげる。それらの例では、憲法修正案は承認されなかったものの、連邦最高裁の憲法解釈や立法などを通して、当該憲法修正案の意図した点が実現されたというのである。ただし、児童労働修正案と男女平等修正案のいずれについても、連邦最高裁が、国全体の出した結論とは異なる理由に基づいて、それぞれの憲法修正案を「承認」したととらえることは誤りであるとし、これら

の連邦最高裁による「承認」を導いたのは、社会全体からの一貫した圧力であったと考えるべきであるとする。たとえば、男女平等修正案の場合においては、職場、政治やその他の領域において、これまでとは異なる新しい役割を果たす女性の社会進出の増大が社会的圧力へと転化し、連邦最高裁は、そのような著しく変化した状況の下で、ジェンダーによる区分を憲法上妥当なものとして扱い続けることが非常に困難であると感ずるようになったと指摘する。<sup>(29)</sup>

第三に、シュトラウスが憲法修正の意義を低く見積もる理由としてあげるのは、憲法修正が承認されるときでも、それらの修正がすでに社会において生じた変化を承認するものであったにすぎないことが多いという点である。たとえば、シュトラウスは、南北戦争後の憲法修正が、これまで考えられてきたほど、社会に大きな変化をもたらすものではなかったとする。たとえば、第一三修正は、奴隷制を廃止したものであるが、その効果は、奴隷制の廃止をいくつかの州で二、三年早めたにとどまるとするのである。<sup>(30)</sup>

第四に、憲法修正の意義を重視するべきでない理由として、シュトラウスは、ある意図をもって発議され、承認された憲法修正は、その意図を実現しうるような社会的変化が生じるまで、ほとんど具体的な効果を持たなかったことをあげる。たとえば、第一五修正は、選挙権に対する人種差別を禁じるものであったが、この憲法修正の目的である黒人の選挙権の恒久的な保障が実現されるに至ったのは、最終的には長期的な社会的、経済的な諸勢力による努力の結果を反映した二〇世紀後半の公民権法の成立まで待たなければならなかったとする。<sup>(31)</sup>そして、社会的変化が憲法修正の意図に接近するとき、その憲法修正が憲法解釈において果たす役割は限られたものとなつたとするのである。

以上述べたように、シュトラウスは、憲法修正の意義を低く評価するが、しかし、シュトラウスは、憲法のテクストに対する修正が、せいぜい憲法秩序における変化のプロセスにとつては周辺的なものにすぎないという命

題には、二つの制限が付くとする。第一の制限は、一七八七年の憲法に、最初の第一修正から第一二修正までを含めて考えなければならぬということである。そして、第二の制限は、憲法修正が一定の補助的機能、たとえば、重要なものではないがどちらかに決まっていけないと困る問題について、それを明確に定める交通ルールの設定に似た機能や、国全体としてほぼコンセンサスの存在する問題について異議をとなえることを抑制するという機能を営むことがあるとする<sup>(32)</sup>。ただし、その意義は大きくないとする。

## (2) シュトラウスの見解の問題点

いま述べたようなシュトラウスの見解は、憲法修正の意義を低く見積もるものである。そのような見解は、保守派が国民的コンセンサスを根拠に憲法修正を求め、それが仮に承認されたとしてもその憲法修正が社会的要請を反映していない限り、憲法秩序に与える影響は少ないとみる点で、憲法修正をリベラル派の憲法学者はそれほどおそれる理由がないということになるようにも思える。

しかし、このようなシュトラウスの見解には少なくとも四つの問題点が存在する。まず、第一の問題点は、シュトラウスが憲法秩序の変更は進化論的な過程の産物であるとする見方をとっていることである<sup>(33)</sup>。シュトラウスは、そのような観点から、最近の連邦最高裁が、ニューデール以後連邦政府の権限の拡大をはかる主たる手段としてきた州際通商条項の解釈傾向に変更の兆しを見せていることについても、それによって憲法秩序の変更の方向性は変わらないと主張する<sup>(34)</sup>。このような理解は、連邦最高裁の最近の州際通商条項にかかわる判決動向の変化について、ニューデール期における社会国家化の主張に基づく憲法修正をルーズベルト政権が断念したことによって、そのような制限的な憲法解釈の余地を残していたことに求める見解<sup>(35)</sup>を否定するものである。しかし、現在の連邦最高裁の判例動向を見ると、シュトラウスのように憲法修正の意義を低く評価することが妥当か疑問

のように思われる。

第二に、シュトラウスの見解において問題となるのは、憲法解釈における連邦最高裁の役割を過度に低く評価していないかという点である。シュトラウスは、憲法秩序の変更が一種の不可避的な進行過程をたどるとするが、その過程において連邦最高裁が憲法解釈を通して果たす役割を重視していない。たとえば、男女平等修正案について、それが承認されなかったものの、現在では承認されたのと同様な形で憲法が裁判所によって解釈されているとする。そして、そのような解釈がなされていることについて、連邦最高裁が、国全体の出した結論とは異なる判断で、男女平等修正案を「承認」したためであると考え、これは誤りであるとする。しかし、このようなとらえ方は、これまでのリベラル派の憲法学者、たとえばサリバンのように、連邦最高裁がその憲法解釈を通して人権保障や憲法保障に果たしてきた役割を重視する見解とは異なり、議会による立法の重要性を強調する見方のように思われる。その点は、たとえばシュトラウスが、選挙権に対する人種差別を禁ずる第一五修正案に関して、修正の目的である黒人の選挙権の保障が恒久的に実現されるようになったのは、最終的には長期的な社会、経済的な諸勢力の努力を反映した公民権法によってであったとする点に明らかである。このようなシュトラウスの見解は、ウォーレン・コートが人種差別撤廃等の社会改革に果たした役割を低く評価するローゼンバーグ (G. Rosenberg)<sup>(37)</sup> や、クラーマン (M. Klarman) の見解を想起させるが、それらの見解が十分なものであるかについては、シャック (P. Schuck) によつて、すでに疑問が指摘されているところである。<sup>(39)</sup>

第三に、シュトラウスが連邦憲法の修正とアメリカ社会の変革期との関連を過度に重視する一方、それらの時期以外の憲法修正における社会的運動が社会の基本的な変化に与える影響をあまり考慮せず、第二六修正のように、憲法修正が修正のなされた時点で政治的、社会的に重要な意味を有する場合を軽視しているということがある。<sup>(4)</sup> シュトラウスの理解に従えば、第二六修正は、すでに存在する国民のコンセンサスから逸脱した連邦

最高裁や州などの見解を、国民のコンセンサスに合致するように軌道修正させる機能を果たしたにとどまるということになる。<sup>(42)</sup>しかし、このようなシュトラウスの見解は、国民のコンセンサスということが、憲法修正の背景として後付けされるような形で、融通無碍に用いられるおそれがあることに加えて、各憲法修正が将来に向かつて国民のコンセンサスを形成していく可能性がある点を十分に考慮していないと思われる。その意味で、シュトラウスは、アマーなどのポピュリスト的見解とは異なる理解の上に立っていることになる。<sup>(43)</sup>とくに、憲法修正の成立時の州の役割や存在意義が強調されすぎているのではないかと、この点が指摘できるように思われる。

第四の、そして最も重要な問題点は、シュトラウスが、「成文憲法が、基本的な原理にかかわる事項に関する人民の真正の声であるという考え方には大きな魅力がある。しかし、この考え方はオリジナルな憲法や初期の憲法修正については、真実であったとしても、(その後の)成熟した共和国における憲法上の発展に関しては、誤解を招くイメージを提供するものである。」という見解を採っていることと関係する。シュトラウスによれば、このような人民に権威を求める理解は、アメリカ建国時には適切であっても、現在では憲法秩序の現実とうまくマッチしないとされる。しかし、このような主張は、憲法および憲法修正についてのジョージ・ワシントン(George Washington)の離任演説(Farewell Address)<sup>(44)</sup>以来の一般的な考え方、すなわち、成文憲法はある重要な意味において、人民の熟慮に基づく行為の成果であるという考え方を揺るがすものといえる。<sup>(45)</sup>さらに、この見解は、アマーやアッカーマンのように、人民による一定の個別的、意識的、政治的な行為を、それがたとえ連邦憲法第五条に規定されているような正式の憲法修正という形式を採らない場合でも、憲法秩序を変更させたものとして考えるべきであるという見方とは、対立することになる。

## 2 積極的な見解

以上、シュトラウスの見解の概要についてみてきたが、その結果シュトラウスのように憲法修正の意義を低く評価することが、リベラル派の憲法学者らにとって採りうる選択か否かについて疑問が残るように思われる。そこで、その他の見解として、つぎにレヴィンソンとアマーの見解、とくにアマーの見解を中心にみていくことにしたい。まず、最初にレヴィンソンの見解について、簡単に触れておくことにする。

(1) レヴィンソンの見解

レヴィンソンは、いわゆる最近の「保守革命」の問いかけに対して、リベラル派の憲法学者がこれまでのように、立憲主義の具体的実現において裁判所、とくに連邦最高裁を重視するという姿勢に固執するべきではなく、その意味で近年の憲法修正案の度重なる提案をアメリカにおける立憲主義の展開にとつて逸脱的なものと捉えるべきではないとする。むしろ、レヴィンソンは、「保守革命」の動きを保守派の憲法改正に向けての組織的動きとして真正面から受け止め、そのような動きに対してリベラル派の憲法学者の側からも、保守派の提起する基本的な憲法上の権利、自由や統治機構の問題について、積極的に対案を提示するべきだと主張するのである。<sup>(46)</sup>

このようなレヴィンソンの見解は、保守派と同一のフォーラムの上で、あるべき憲法修正についてリベラル派の憲法学者の立場から対案を示しつつ議論を深めようとするものであり、リベラル派からの反論として十分に考え得るもののようにもみえるが、その主張をさらに注意してみると、検討すべき問題がなお存在するように思われる。

レヴィンソンは、まず現在の状況がこれまでの基本的な憲法体制を見直すという保守革命の様相を呈しているとする。そして、保守派が新たな憲法制定会議を呼びかけようとしていると理解する。すなわち、連邦憲法第五条で規定されている憲法修正発議を目的とする憲法会議が開かれ、そこで憲法の基本的な統治機構の見直しや人

権の規定のあり方が根本的に再検討される可能性があることを示唆するのである。そして、このような新たな憲法制定をねらいとする憲法会議は、当然人民が主体となって行われるものの、そのような憲法制定会議開催の可能性は、リベラル派の憲法学者にとって一つのパラドックスを提供するとする。それは、リベラル派の憲法学者はその主張の展開をする上で、権利、自由を擁護すべき対象として人民を据えつつ、他方において人民の有する合理的な判断力と行動力が、現実に行使され増大することを恐れているのではないかというのである。

レヴィンソンのように、現在の保守派の動向を人民の直接的な権力行使を求めるとする理解は、リベラル派の憲法学者に共通してみられるところである。たとえば、前述のサリバンは、憲法修正を迫る側が、「人民主権の行使」を根拠に、「われら合衆国の人民が憲法典を創造したのであり」、「われら合衆国の人民は望むがままに憲法典を書き替えることができる」とみている<sup>(48)</sup>。

ただ、このような保守派による憲法修正のための憲法会議の開催が、そもそも保守派の主張であるかどうか疑わしいように思われる。さらに言えば、保守派の主張が人民主権に基づくものといえるのか否かも不明確であるように考えられる。この点は、とくにアマーのポピュリストの見解に対して、強い批判が保守派から向けられていることから窺われるように思われる。以下、その点を踏まえて、アマーの見解とそれに対する批判をみていくことにしたい。

## (2) アマーの見解

アマーの憲法修正に関する見解については、別稿<sup>(49)</sup>においても若干触れたが、その中心的主張は、合衆国の人民は、政府を変更する権能を有し、連邦憲法第五条には明示的には規定されていないものの、多数主義的かつポピュリスト的な手段である国民投票 (national referendum) 的手段によって憲法修正を行おうとする点にある<sup>(50)</sup>。

このようなアマーの主張は、従来の連邦憲法第五条に基づく憲法修正手続のみが唯一の方法であるとする理解に對して、ポピュリスト的立場から見た場合憲法修正のあり方はその他にもありうる」と主張するものである。具体的には、連邦憲法第五条は憲法修正手続における發議の方法として實質的に四つのあり方を列挙しているかみえるが、それらはいずれも連邦議會や政府主導によつて行われる場合にかかわるものであり、人民が自ら憲法修正の發案を行い、それについて國民投票で承認するというような憲法修正のあり方まで排除するものではないとする。<sup>(51)</sup> そのことは、連邦憲法第五条がそこに掲げている憲法修正案の發議のあり方すべてを列挙したことを示す文言が、連合規約の修正手続条項である第一三条と異なり、その条文の中に含まれていないこととも関連する。<sup>(52)</sup>

アマーは、このようなポピュリスト的見解を強調する理由として、三つの点をあげる。第一に、アメリカにおけるポピュリスト的見解が、一七七六年の獨立宣言から一七八九年の連邦憲法制定にいたる時期において変化を遂げたということである。<sup>(53)</sup> すなわち、一七七六年の獨立宣言の中では、政府が人權を侵害するような場合には、主権者である人民は政府をあらゆる手段を使って打倒する権利を有するとするロッキ的な理解がみられた。それが、一七八九年の連邦憲法制定頃には、政府を樹立ないし廃止することが合法的なものとして理解されるようになり、人民が平和的にかつ多数の意思に基づく形で政府のあり方を変化させることができる」と解されるようになったのである。<sup>(54)</sup> そのことは、主権には正当性ばかりではなく、権力性が不可欠の特性として含まれることが理解されるようになったことを意味し、連邦憲法制定直前の各邦の憲法において一般化していたとするのである。<sup>(55)</sup>

第二に、連邦憲法制定直前における諸邦の憲法修正条項は、連邦憲法と同様に排他的手続を定めていると理解されていたが、連邦憲法の承認の際にはそのようには機能しなかつたとする。すなわち、諸邦は、連邦憲法の承

認以前は、法的には連邦憲法に従うことを拒否することができた。しかし、連邦憲法第五条は、すべての邦の承認を要求する連合規約と異なり、諸邦の四分の三が承認すれば憲法を修正し、それによって承認していない邦も、当該修正によって拘束されることを定めていた。<sup>(56)</sup>したがって、連邦憲法の承認は邦憲法を修正することにつながることを意味していたとする。それにもかかわらず、諸邦は、連邦憲法第五条の修正手続に従って承認した。したがって、邦憲法の修正条項は、現実には排他的な手続として機能していなかったとする。反フェデラリストから連邦憲法の制定に異議が唱えられたのは、そのような事情からであったとするのである。<sup>(57)</sup>アマーは、そのような反フェデラリストの見解に対峙するように、フェデラリストの中に、邦憲法の修正手続は排他的なものではなく、最終的には人民が憲法会議において連邦憲法をいつでもかつどのようなようにでも、その過半数の賛成によって変更する権限を有するという見解を、ヴァージニアの権利宣言などを根拠に採る者が存在したことを指摘するのである。<sup>(59)</sup>

第三に、連邦憲法がポピュリスティック的理解を含んでいるとする憲法上の根拠が欠如ないし薄弱であるとする解釈論上の批判に対して、アマーは、前文、第一、第九、第一〇修正の解釈から、十分に理解可能であると<sup>(60)</sup>し、政府を変更、廃止する権利を法外のものとして放逐することはできないとする。<sup>(61)</sup>まず前文については、連合規約のように各州が主権者であるという規定はなく、<sup>(62)</sup>むしろ憲法起草者達は明らかに前文において人民に主権が存することを宣言し、そして人民の憲法の変更および廃止の権利がテキスト上明記されたと認識していたとする。<sup>(63)</sup>また、一般に第九修正は包括的人権規定として、そして第一〇修正はフェデラリズムとの関係で理解されているが、前文とともに人民という文言を含んでおり、従来の解釈のように個別に捉えるのではなく、相互に密接に結び付いた形で人民が主権を有するという構造を明らかにするものとして理解すべきであるとする。<sup>(64)</sup>さらに、アマーは、第一修正の集会の自由についても、それが人民による会議と結び付くものとして建国時には理解されていたとし、

そこにポピュリスト的理解を見出すことができるのである。<sup>(65)</sup>

#### 四 アマーの見解に対する保守派の批判

いま述べたようなアマーの憲法修正にかかわる見解に対しては、これまでいくつかの批判がなされてきた。ここではとくに代表的なものとして、モナハンの見解を中心に取り上げてみることにしたい。

##### 1 モナハンの見解

(1) 憲法制定時の経緯について

モナハンは、アマーの見解がアッカーマンの見解に比べより重要であるとして、批判的に検討を加えている。<sup>(66)</sup> まず、テクスト解釈上の問題として、アマーが連邦憲法第五条は統治する側から発議された憲法修正に限り適用され、人民の側から発議される場合には適用されないと解している点をとりあげる。この点について、モナハンは、アマーが第五条の文言上はそこで定められた修正手続が「唯一の」ものと規定されていないことを根拠に、<sup>(67)</sup> 第五条は憲法修正のための排他的な手続きを定めたものではないとしていることは、トライブの指摘するように、誤りであるとする。文言そのみでは、人民が有する主権がどのようなものであれ、憲法修正に関する主権の行使を限定することを第五条が意図していたという推論を一扫することができないとする。また、前文との関係については、その条文中の「我ら人民」がアメリカ全体において統合された人民 (national people) という概念を包含しているか否かそのこと自体が論争的な命題であるとする。

つぎに、モナハンは、憲法の制定時およびその後の経緯に関するアマーの理解が不適切であると、二つの問

題点を指摘する。第一に、憲法制定会議において、「コネチカットの妥協」により、邦は不可欠かつ独立した政治的コミュニティとして機能し続けることになったのであり、そこでは合衆国の人民という観念とそれぞれの邦の人民という観念が合わされた「邦（州）を権威の源としてかつ統治の機関として保持する」という意味でのフエデラリズムが、連邦憲法の重要な特徴となったとする。そのことは、憲法修正条項において、上院における州間の平等、一体としてのアメリカ人民による憲法修正の承認という規定となつて現れているとする。<sup>(69)</sup> 第二に、各邦での連邦憲法の承認過程で、フエデラリストが、連邦憲法の承認手続は違法であるという反対派の批判に対して、人民に主権が存するという論理をもとに反駁していたことは確かであるとす。しかし、そこからアマーの主張するように、各邦で連邦憲法が承認された際、各邦の「人民」が、合衆国の成立によつて統合された「人民」の一部となり、邦の段階ですで見られた人民の過半数の賛成に基づく憲法修正が、邦レベルだけではなく、全国的なレベルでも認められるようになったということはないとするのである。<sup>(70)</sup>

## (2) モナハンの見解の特徴

いま述べたようなモナハンの見解の中で注目されるのは、「我ら人民」という観念がアマーとは異なつて用いられていることと、「フエデラリズム」の観念が強調されていることである。

モナハンは、アマーの見解の問題点として、民主主義的な性質を「我ら人民」の観念に読み込むことによつて、制定当初の連邦憲法では考えられていなかったものを付加していることを指摘する。<sup>(71)</sup> すなわち、モナハンは、「我ら人民」の観念が長い歴史を有する観念であつて、政治的権威の源泉に関するものであつたとする。したがつて、それは政治的権力の執行の方法に関するものではなく、人民の多数派による支配にとつて必要なものであるという理解は存在しなかつたとするのである。

モナハンの理解によれば、「人民」という文言は、連邦憲法や『フェデラリスト』の中で、人民の政府、人民の議会という形で用いられているが、人民主権という文言は使用されていないとする。さらに、仮に「我ら人民」ということから具体的な人民主権の構想が引き出しようとしても、現実には連邦憲法についてこれまで人民主権の考え方は政治的神話にとどまってきたと指摘する。その理由として、モナハンは、「憲法ができあがって二〇〇年を超えるが、連邦憲法の下で国民として統合された『我ら人民』が何かの問題につき投票することはみられなかった。憲法上の目的のために行われたすべての問題に対する投票は、大統領選挙に始まって、すべての場合について、つねに州ごとに行われてきた<sup>(72)</sup>」ことをあげる。

モナハンは、連邦憲法の承認がフェデラリズム、すなわち諸邦が結合する条件に関するものでありながら、他方邦の憲法会議による連邦憲法の承認は、際だって民主主義的な過程で行われたことを認めつつ、連邦憲法が反ポピュリスティックな性格を持つということは、ビアード (C. Beard) はもちろん、現代における多くの歴史家の間において、また一般の市民の理解としても広く受け容れられている考え方であると指摘する<sup>(73)</sup>。そして、邦の憲法会議が、民主主義的な過程で行われたとしても、そのことは、連邦憲法第五条が直接民主主義を抑制するものであったという点を否定するものとはならないとする。すなわち、モナハンによれば、「連邦憲法は、人民に主権が存するという観念を反映してはいるが、連邦憲法はまた、人民をいかように捉えようと、人民は君臨するが、決して統治はしないということを確固たるものにすることを意図していたのである。さらにより重要なことは、連邦憲法が憲法起草者の直接民主主義に対する恐れを反映したものであったということである。一七八九年の憲法は、人民による直接の法制定を、通常の法律の制定であれ、政府の枠組みを変更する場合であれ、否定した<sup>(74)</sup>」ものとみるのである。

このモナハンの見解は、連邦憲法第五条の憲法修正の承認手続の中にフェデラリズムへの配慮をみようとする

ものであり、人民の多数の意思とフェデラリズムの尊重という二つの要件が充たされることによって、個人の自由とマイノリティの権利の保護がもたらされるとするものである。このような観点からすれば、第五条所定の手続を経ずになされる憲法修正を人民の過半数の賛成で行いいうるといふアマーのような見解は、憲法修正の過程を通常の政治過程に置き換えて、いたずらに政治化するものといふことになる。そして、そのような直接民主主義の方向へ人々を駆り立てることは、第五条にみられるアメリカの全体としての統合と安定性のシンボルとしての憲法の意義を弱体化させることに通じるものであり、その点でフェデラリズムの要素をもう一つの側面としてみることが重要であるといふことになる。<sup>(77)</sup> いままでみてきたことからわかるように、モナハン、マディソンが連邦憲法の性格を完全にフェデラルなものでもなく、また完全にナショナルなものでもないとした言葉<sup>(78)</sup>を素直に理解し、それを単に連邦憲法ばかりではなく、連邦憲法の修正手続にもあてはめようとしているとみることができよう。<sup>(79)</sup>

## 2 アマーの反論

### (1) 三つの選択肢

いま述べたようなモナハンの批判は、アマーも予期するところであった。つぎに、アマーの反論をみてみることにしたい。

アマーは、自らのポピュリストの見解に対する最も強い批判が、フェデラリズムの観点からなされていることを認めた上で、歴史的にフェデラリズムに関してみられた見解に基づけば、そのような批判に対して三つの選択肢がありうるとする。第一の選択肢は、ジェファソン・デーヴィス (C. Davis) の見解である。デーヴィスは、各州の人民が合衆国成立後も主権を各自有するという考えから、各州は州民が多数決で決定した場合には、人民

による主権の行使の結果として合衆国から脱退することができるとしたとする<sup>(80)</sup>。第二は、ウィルソンの見解である。アマーによれば、ウィルソンはデーヴィスと異なり、連邦憲法の制定によってアメリカ全体を基盤とする人民 (continental people) が誕生したとし、州の人民は州において主権的権限を有することを認めつつ、州の人民は、アメリカ全体の人民に明らかに従属することになったとみたとする。したがって、ウィルソンの見解に従えば、一部の州が一方的に合衆国から脱退することは無効であるが、全人民が合意すれば領土の併合、分割は可能ということになるとする<sup>(81)</sup>。第三の選択肢は、マディソンの見解である。マディソンは、連邦憲法下の統治構造は完全にナショナルな性格のものでも、また連合規約にみられるような純粹に国家連合的な意味でフェデラルな性格をもつものでもなく、各州の人民もアメリカ全体を通して統合された人民も、ともに完全な主権者ではないとみるものであるとする。アマーによれば、この考え方に従えば主権は両者の間で分割されており、その協働のあり方は、連邦憲法第五条の憲法修正手続に具体化されているとみることになる<sup>(82)</sup>。

アマーは、以上あげた三つの選択肢の中で、第一の州権論的見解はとれないとする。第一の見解がとれない理由として、アマーは、連邦憲法第六条の最高法規条項および第五条によって、憲法修正が一州の反対が存在しても必要な数の州の承認が得られれば成立し、修正を承認しない州もそれに拘束されることになることと、第一の見解が矛盾するからであるとする。そして、アマーは、残りの第二と第三の選択肢のうち、第二の見解を採るべきであるとする。その理由として、アマーは、ウィルソンが主権の絶対性、不可分性を採っているのに対して、マディソンが主権の可分性を採っていることをあげる。すなわち、一七八〇年代のアメリカにおいては、ほとんど普遍的な形でウィルソンの見解が採られており、マディソンの理解は例外であった<sup>(83)</sup>。ウィルソンのような理解が採られた理由は、共和政体の基本的な原理が多数派支配ということにあり、分割された主権という考え方はこの基本的な原理に背くものであると考えられてきたためであるとする。主権が分割されるならば、「我ら人

民」は自らの運命を決定することができないという矛盾に陥ることになるというのである。<sup>(84)</sup>

(2) ネオ・フェデラリストとしてのフェデラリズムに対する理解

アマーによれば、このような連邦憲法における主権の所在の捉え方の相違が、フェデラリズムに関する問題について、異なる立場を採らせることになる原因であるとされる。<sup>(85)</sup> そのような理解の相違は、連邦憲法の解釈において連邦の立法権の範囲についての理解を異ならせ、さらに連邦の司法権についても連邦最高裁が州最高裁の判決に対する上訴管轄権をどの程度まで有するかなどの点で相違をもたらすことになるとする。

ところで、アマーは前述のように、主権の所在について第一の選択肢を否定し、ウィルソンの見解を採るべきであるとする。しかし、ナシヨナリスト的な見解という意味では、その中には前述のウィルソンの見解とともに、マディソンの見解も含まれうると思われる。その点で、アマーがこの二つの見解についてどのように考えているかが重要となる。

この点について、アマーは、連邦と州間の関係を、ネオ・フェデラリストの立場からとらえるべきであるとする。その捉え方は、南北戦争をどのようにみるかという点と深くかかわる。アマーは、現在憲法学者の多くが、南北戦争の結果との関連で連邦憲法の最高法規条項の意義を合衆国人民の最高性の確認としてではなく、連邦政府の最高性を明らかにしたものとみているとする。そして、その結果としてこれまで州が法の欠如している状態を積極的にまた連邦憲法に沿って対処するための多様な方法を見逃してきたとする。アマーによれば、連邦憲法におけるフェデラリズムの観念は、ネオ・フェデラリスト的立場から見ると、主権の権限を限定された形で有する州政府と連邦政府がいかにして、人民の究極的な主権を擁護するかということと結び付くかという点で意義を有するとする。<sup>(86)</sup> そして、フェデラリズムの観念は、憲法的観点からみて二つの有用な側面をもつとする。第一に、

連邦政府と各州政府は憲法上限界付けられたものであるということを示すことである。第二に、連邦政府と州政府は相互にそれぞれの政府が憲法上の制約を遵守するように監視し、他の政府による憲法侵害行為を救済するようにその所持する権限を行使することが求められることを明らかにすることである。

アマーによれば、このようなネオ・フェデラリストの立場は、マディソンとハミルトンの見解をその根拠とするものである。アマーによれば、マディソンもハミルトンとともに、フェデラリズムが権力を分散するがゆえに好ましいとしたのではなく、より正確にはフェデラリズムが人民の権利の剝奪を抑制しかつ侵害を救済するために有用であるとみていたとする。すなわち、アマーは、権力分立制の意義が単に権力を相互に抑制均衡させるということだけにあるのではなく、政府の違憲行為からの救済を通して憲法上の価値を実現することにあるとするのである。そして、アマーによれば、同様な法的救済のメカニズムが、フェデラリズムの構造においても、州または連邦による人権侵害行為に対して他方の政府が補充的な救済を与えるという形で作用しているとされる。とくに州による人権救済が不十分な中で、連邦憲法が、連邦政府に、人権侵害を被った者に対して州での救済に加えて補充的な救済を与えうるとしたことが重要であるとする。いわゆる一九八三条訴訟は、そのような一つの例であるとするのである。<sup>(87)</sup>そして、このような連邦政府と州政府の相互の関係を前提とすると、連邦裁判所が連邦または州の救済法に依拠することができ、また政治的な支持を得ることができるならば、積極的な救済を与えることが可能であるとするのである。権力分立とフェデラリズムはそこではお互いに目的を共有し、相互に補強しうるとされるのである。

(3) アマーのネオ・フェデラリストの見解のもつ意義

いま述べたようなアマーのネオ・フェデラリストの観点からするフェデラリズムの理解は、フェデラリズムと

いう文言が人権侵害に対する完全な救済を阻むものとして、バーガー・コート以後の連邦最高裁によって用いられてきたことを批判的に捉えるものといえる。また、アマーは主権という文言も、州による人権侵害事件で州が主権免責を主張するという形で裁判において用いられ、人権救済を抑制する観念として作用してきたと指摘する<sup>(88)</sup>。アマーは、これらのことからこれまで連邦最高裁により人権保障を抑制するために用いられてきた、連邦憲法におけるフェデラリズムと主権のとらえ方を転換し、連邦憲法におけるフェデラリズムと主権に係る政治的構造が個人の権利保護を意図していたとみることが重要であるとするのである<sup>(89)</sup>。

このような理解は、一見モナハンが連邦憲法第五条の趣旨が多数の人々の意思とともにフェデラリズムを重視することによって、個人の自由とマイノリティの擁護に資することになると一致するかのように見える。アマーも州は連邦憲法制定後も州憲法を改正し、州の統治機構を形作り、アメリカ人民から委任された権限を行使することができるとする。とくに連邦憲法は、第一〇修正によって州の独立した立法権を認め、州は連邦憲法と連邦法に反しない法律を制定しようとしていることは、州が主権者である人民に由来する権限を持ち続けることを明らかにしているとする<sup>(90)</sup>。しかし、アマーによれば、モナハンさらには現在の憲法学者の通説的見解は、一方において連邦政府に過度の信頼を寄せて権力間の相互の抑制を欠いた連邦政府の与える脅威を軽視しすぎ、他方においてフェデラリズムの名の下に州の権限を強く認めすぎて、州による人権侵害やマイノリティへの圧迫をもたらすことを許容しているとされる。たとえば、州がその行為に対して主権免責を主張することに對して、連邦最高裁が寛容な立場を維持してきたことは、連邦憲法のテキストと構造を歪めるものと批判するのである<sup>(91)</sup>。また、州内におけるコミュニティを重視することによる自由の確保という点も軽視していると指摘する<sup>(92)</sup>。

#### (4) アマーのフェデラリズム理解に対する批判

このようなアマーのネオ・フェデリズムの観点からするフェデリズムの理解に対しては、少なくとも二つの点で問題点を指摘することができる。第一に、アマーの見解は、ウィルソンのような強固なフェデリリストの考え方に基づいて主張されている点で、結果的には連邦政府を必要以上に信頼しすぎてはいないかという疑問が指摘しうる。すなわち、フェデリリストの見解に対立するものとされてきた反フェデリリストの見解は、現在でも民主主義的な意味を有するものとして主張されている。そのような中で、アマーの見解が、現在主張されている反フェデリリストの見解をどの程度否定することになるのか明確ではない。すなわち、反フェデリリストの主張である、連邦議会と州議会についてそれぞれ議員と有権者との距離を相互に比較し、その結果として有権者と構造的に結びつきの弱い連邦議会さらには連邦政府に対する信頼よりも、州に対する信頼を重視するという見解をどのように論破するのが必ずしも明らかではないといえる。この点に関連して、イシカワ (B. Ishikawa) は憲法起草者が人民とその代表との関係について、純粹な民主主義の形態をとることに對して懐疑的であったと指摘するばかりではなく、さらにアマーの依拠するウィルソン自らが、政府は民主的であるために全人民がすべての決定にかかわらなければならないと考えていたわけではなく、政府の権威が究極的に被治者の同意に由来するものであれば良いと考えていたにとどまると指摘していることにも留意する必要がある<sup>(93)</sup>。そのように考えるとき、連邦憲法の修正については、憲法修正手続における連邦議会と州議会あるいは州の憲法会議の組み合わせをとるということになったという説明も説得力があるように思われるのである。

アマーの見解でつぎに問題となるのは、連邦憲法制定時において憲法を承認したのは諸邦であり、アメリカ全体において統合された人民ではないという点である。この点については、アマーは、諸邦で連邦憲法が承認される際に、諸邦の人民は邦憲法を変更する権利を持っていたばかりではなく、邦の承認のための憲法会議で連邦憲法が制定し確立するよう促す権利を行使したのであるとする<sup>(94)</sup>。しかし、このアマーの見解に対しては、アメリカ

全体において統合された人民が有するという見解と矛盾し、なお邦の存在を前提としているのではないかという批判<sup>95</sup>が存在することを重視すべきであろう。

## 五 結びに代えて

本稿では、アメリカにおける最近の憲法修正をめぐる動向とリベラルな憲法学者の対応について若干の考察を行った。

一九九〇年代に入って活発化した連邦議会における憲法修正案の提案は、二〇〇〇年の大統領選挙の混乱を踏まえて、大統領選挙における直接選挙制の導入を図るものなどもみられるようになり、より多様なものとなっている。このような憲法修正案の提案の頻発状況を受けて、アメリカにおけるリベラル派の憲法学者の間では、懐疑的ないし警戒心を示す反応がみられる。もっとも、このような消極的な対応に対して、より積極的な形で保守派との対峙を説く立場も存在する。そのような立場として、少なくとも三つの見解がみられる。具体的には、シュトラウス、レヴィンソン、そしてアマーの議論である。

シュトラウスの見解は、成熟したりベラルな社会においては、憲法修正よりもより迅速に変化に対応する手段としての立法や裁判などの手段が有効であり、憲法修正の意義は少ないとするものである。しかし、このようなシュトラウスの見解は、憲法修正が社会に与える影響を過小に評価するという欠点を有すると考えられる。これに対して、レヴィンソンやアマーの見解は、リベラル派の憲法学者として保守派の憲法論議と正面から議論を行うおうとするものといえることができる。

なかでも注目されるのは、ポピュリスト的見解に立つアマーの議論である。アマーの主張の中心は、合衆国の

人民、より具体的には有権者が、連邦憲法第五条に規定される憲法修正手続以外の方法、たとえば国民投票によって憲法修正を行う権限を有するというものである。アマーはこのような主張を、連邦憲法制定とその後の経緯についての理解をもとに主張する。とくに連邦憲法制定時およびその後の承認をめぐって各邦で展開されたフェデラリストと反フェデラリストとの論争に着目し、フェデラリストであるウィルソンの見解に依拠しながら、前述のような憲法修正をめぐるポピュリストの見解が、連邦憲法の前文、第一修正、第九修正、第一〇修正、さらに共和政体条項の中に看取することができる<sup>95</sup>と主張するのである。

しかし、このようなアマーの見解に対しては、モナハンに代表されるように、連邦憲法のテキストとの整合性や解釈の妥当性、さらにより重要なこととして連邦憲法の制定やその後の経緯についての理解を批判する見解がみられる。もつとも、モナハンの見解をみると、アマーとの見解の相違は連邦憲法における主権の捉え方と密接に関係するフェデラリズムの意味をどのように理解するかという点にあるようにも思われる。その点で、モナハンのフェデラリズムに対する見解は、現在の一般的な理解の上に立っているように思われ、むしろアマーの見解の方が少数説のように思われる。

アマーに対しては、その所説が新奇をてらいすぎているというシェリー (S. Sherry) の批判<sup>96</sup>も存在するが、ただ、アマーの見解の評価については、最近の技術の進展によって一般的にアメリカ国民の政府決定に対する関与の増大がみられること、南北戦争以後の長期にわたる公民権運動によってアメリカ国民の政府決定への参加意識が高まってきていることを、どのように評価するかが問題となりうるように思われる<sup>97</sup>。また、アマーの見解は、最近のアメリカ憲法学における代表的な理論的見解であるブルーリズムや共和主義的見解と対立する要素を含んでいることにも留意する必要がある。

そのような状況を踏まえると、アマーのポピュリストの見解が、具体的な文脈においてどのように機能するの

かをつぎに検討する必要があるように思われる。この点は、アマーの分析が解釈の可能性を突き詰めるという反面、その理論が期待する民主主義が現実に作用したときに生じる問題についてほとんど注意を払っていないという批判を考慮するとき、より重要なものとなる。<sup>(98)</sup> 具体的には、州憲法における憲法修正の過程がどのように行われているのか、さらには州の段階でのいわゆるダイレクト・デモクラシー (Direct Democracy)<sup>(99)</sup> のあり方が、今後の重要な検討課題となるように思われる。

- (1) 拙稿「アメリカにおける憲法修正過程をめぐる最近の議論について」法学研究七四巻一号(二〇〇一年)四五頁以下。
- (2) 憲法第二七修正は、そもそもは現在権利章典として知られている第一修正から第一〇修正とともに、第一回連邦議会において発議されたものの、必要な数の州の承認を得られず、長く忘れ去られていたものである。その第二七修正が、折からの連邦議会に対する不信感の増大の中で、各州の間で承認する傾向がみられるようになり、ついに必要な数の承認を得て成立したものである。
- (3) Lawrence Lessig, *What Drives Derivability: Responding to Imperfection*, 74 TEX. L. REV. 839 (1996).
- (4) J. Ely, *DEMOCRACY AND DISTRUST* (1980).
- (5) 拙稿「最高裁の保守化の意味」久保文明、草野厚、大沢秀介編『現代アメリカ政治の変容』(勁草書房、一九九九年)一七九頁以下。
- (6) このような傾向は、後に述べる二〇〇〇年の大統領選挙の結果、さらに一層明白なものとなった。See Michael C. Dorf & Samuel Issacharoff, *Part I: The 2000 Presidential Election Part I: Can Process Theory Constrain Courts?*, 72 U. COLO. L. REV. 923, 951 (2001).
- (7) Akhil Reed Amar, Note, *Choosing Representatives by Lottery Voting*, 93 YALE L.J. 1283, 1284 n.4 (1984).
- (8) Jack M. Balkin & Sanford Levinson, *Understanding the Constitutional Revolution*, 87 VA. L. REV. 1045

- (2001).
- (9) See Martin S. Flaherty, *Symposium—The Constitution Outside the Courts and the Pursuit of a Good Society: Constitutional Asymmetry*, 69 *FORDHAM L. REV.* 2073, 2079 (2001).
- (10) See e.g., Dorf & Issacharoff, *supra* note 6, at 925-26; MARK TUSHNET, *TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS* (1999).
- (11) See TUSHNET, *supra* note 10.
- (12) Flaherty, *supra* note 9, at 2083.
- (13) Amar, *supra* note 7, at 1284-85.
- (14) Lessig, *supra* note 3, at 839.
- (15) 具体的には、以下のアドレスを参照のこと。(http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery)
- (16) そのほか、大統領の任期を定める第二修正の廃止を求める修正、英語の公用語化を求める修正、累進課税を求める修正などが提出されている。
- (17) ED GILLESPIE & BOB SCHELLHAS, *CONTRACT WITH AMERICA* 23 (1994).
- (18) Kathleen M. Sullivan, *Constitutional Amendmentitis*, *AM. PROSPECTS*, Fall 1995, at 20-27. 坂口教授によれば、サリバンの寄稿した *AMERICAN PROSPECTS* という雑誌は、「左派は左派でも、それはエスタブリッシュメント・レポートの雑誌」とみられてゐるとされる。坂口正二郎『立憲主義と民主主義』（日本評論社、二〇〇一年）二七一頁。その後、サリバンの論文は『Cardozo Law Review』にも掲載された。Kathleen M. Sullivan, *Constitutional Constancey: Why Congress Should Cure Itself of Amendment Fever*, 17 *CARDOZO L. REV.* 691 (1996)。ここでは、サリバンの論述については、後者に拠った。
- (19) もっとも、レヴィンソンの指摘するように、チャールズ・ピアードらの見解である、憲法をエリート階級の経済的利益を擁護するための文書にすぎないという見解に影響された世代においては、憲法を批判することこそ左派の役割であるということになり、当然サリバンのように憲法を基本的に維持することが重要であるという見解は採られないであろう。Stanford Levinson, *A Constitutional Convention—Does the Left Fear Popular Sovereignty?*

- DISSENT, Winter 1996 at, 31. なお、エプワードの見解については、CHARLES A. BEARD, AN ECONOMIC INTERPRETATION OF THE CONSTITUTION (1913). を参照のこと。
- (20) Levinson, *supra* note 19, at 27.
- (21) See Balkin & Levinson, *supra* note 8, at 1052-55.
- (22) 二〇〇〇年現在、ステイブンス裁判官は八〇歳、レインクイスト裁判官は七五歳、オコナー裁判官は七〇歳の高齢であり、また六七歳のギンズバーグ裁判官は、手術を受けたことから健康面での不安が指摘されている。そのため、ブッシュ大統領は三人から四人の裁判官を任命する可能性があるといわれている。Randall Kennedy, *The Bush Court*, 11 AM. PROSPECTS, Nov. 23, 1999, at 1. なお、詳細は以下のアドレスを参照のこと。http://www.prospect.org/print/VII/1/kennedy-r.html
- (23) Jack M. Balkin, *Bush v. Gore and the Boundary Between Law and Politics*, 110 YALE L.J. 1407, 1411-31 (2001). このような理解に対して、フラハーティ (M. Flaherty) は、ブッシュ対ゴア事件に対する批判は、判決によってもともと問題の多いフロリダ州の選挙過程を一層悪いものとしたか否かという、より基本的な問題を議論していないとする。もっとも、フラハーティ自身認めるように、この事件は連邦最高裁が歴史上初めて大統領選挙に介入したものであり、その論理には欠陥が多く、かつ保守派の五人の裁判官が判決の行方を決定したことは、長く影響を残すことになろう。Flaherty, *supra* note 9, at 2073. なお、この点につき、松井茂記『ブッシュ対ゴア』(日本評論社、二〇〇一年) 参照のこと。
- (24) See also Balkin & Levinson, *supra* note 8, at 1063. ただし、この点について、松井・前掲書注(23)一九二頁―一九三頁参照。
- (25) 現在でも、ウオーレン・コート以後の判決でありながら、リベラルなウオーレン・コートの特色を最もよく示していると考えられるアボーション(人工妊娠中絶)を合憲とする判決に対する反対派の活動は、その組織性とそれを支える幅の広さには注目するべきものがある。また、資金の面においても潤沢であると指摘されている。Levinson, *supra* note 19, at 32.
- (26) David A. Strauss, *The Irrelevance of Constitutional Amendments*, 114 HARV. L. REV. 1457, 1458-59 (2001).

- (27) *Id.* at 1462.
- (28) *Id.* at 1464.
- (29) *Id.* at 1478.
- (30) *Id.* at 1480.
- (31) *Id.* at 1483.
- (32) *Id.* at 1462.
- (33) *Id.* at 1468.
- (34) シュトラウスは、その否定の理由として、三つの点をあげる。第一に、連邦議会が一世紀前に比べれば、はるかに広範な主題について立法を行っていること、第二に、多様な内容を含むニューディール政策全体を包括的に憲法修正の中に書き込むことが困難であったこと、第三に、ニューディール政策に反対し、連邦政府の権限を縮小しようとしていた連邦最高裁を、当該憲法修正のみで抑制し得ないおそれがあったことである。*Id.* at 1471 n.33.
- (35) DAVID E. KYVIG, *EXPLICIT AUTHENTIC ACTS* (1996).
- (36) Strauss, *supra* note 26, at 1483.
- (37) GERALD N. ROSENBERG, *THE HOLLOW HOPE* (1991).
- (38) クラーペンの見解については、阪口・前掲書注(18)一九六頁―一九七頁。
- (39) Peter H. Schuck, *Public Law Litigation and Social Reform*, 100 *YALE L.J.* 1763 (1993).
- (40) Strauss, *supra* note 26, at 1490.
- (41) 第二六修正は、一八歳以上の者に対して選挙権を付与するものであるが、それはベトナム戦争やベビーブーム世代の意向を反映して、なるべく多くの人民が政治に参加して決定を行うべきことを求める声に応じて成立した憲法修正である。
- (42) シュトラウスは、第二六修正については、連邦議会が、公民権法を改正して一八歳以上の者に選挙権を拒否することを州に対して禁じたが、連邦最高裁は、その公民権法を連邦の選挙にのみ適用する判決を下し、州の選挙に適用することを拒否したために、州は州と連邦の選挙で異なる選挙年齢に従わざるを得なくなり、行政上の混乱が生じて

いたことを指摘する。Id. at 1489.

(43) そのような強調の姿勢は、第二六修正の場合に明らかであるほか、連邦上院議員の選挙を直接選挙に改めた第一七修正のような憲法修正が、現在間接選挙制をとる大統領選挙の場合にも必要かという点についての考え方にもあらわれている。シュトラウスは、この点について、大統領選挙については、すでに各州ごとに直接的に選挙されており必要ないとする。しかし、このような説明は、今回のゴアとブッシュとの大統領選挙における限り疑問となる。また、シュトラウスは、女性の参政権運動が第一九修正という形で成功した理由の一つとして、一九一六年から一九一九年の間に、女性参政権運動の大部分の活動がワシントンに向けられていく中で、いくつかの州では女性に参政権が認められていたこと、また共和、民主の二大政党が女性参政権を強く支持し、かつ大統領も州レベルも含めて積極的な役割を果たしていたために、多くの州が第一九修正を承認したということを強調する。Id. at 1502.

(44) ワシントンの離任演説については、たとえばつぎのアドレスを参照のこと。http://odur.let.rug.nl/~usa/P/gw1/speeches/gwfar.htm

(45) Strauss, *supra* note 26, at 1464.

(46) Levinson, *supra* note 19, at 32-33.

(47) 連邦憲法第五条は、以下のように規定する。「連邦議会は、両議院の三分の二が必要と認めるときは、この憲法に対する修正を発議し、または各州中三分の二の議会の要請のあるときは、修正発議を目的とする憲法会議を召集しなければならない。いずれの場合においても、修正は四分の三の州議会によって承認されるか、または四分の三の州における憲法会議によって承認されるときは、あらゆる意味において完全に、この憲法の一部として効力を有する。

右の二つのいずれによるかは、連邦議会の定めるところによる。ただし、一八〇八年以前に行なわれる修正によって、第一条第九節第一項および第四項の規定に変更をきたすことはできない。また、いずれの州も、その同意なしに、上院における平等の投票権を奪われることはない。」(樋口陽一・吉田善明編『解説 世界憲法集(第四版)』五八頁—五九頁(三省堂、二〇〇一年)(野坂泰司訳)。

(48) 阪口・前掲書注(18)二七〇頁。

(49) 拙稿・前掲論文注(一)。

- (9) Akhil Reed Amar, *The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V*, 94 *COLUM. L. REV.* 457 (1994) [hereinafter cited as *The Consent*]. アマーは「この点を共和政体における第一原理とする。」 Akhil Reed Amar, *Ira C. Rothgerber, Jr. Conference on Constitutional Law: Guaranteeing a Republican Form of Government: The Central Meaning of Republican Government: Popular Sovereignty, Majority Rule, and the Denominator Problem*, 65 *U. COLO. L. REV.* 749, 750 (1994) [hereinafter cited as *Republican Government*]. ただし、アマーによれば、「憲法修正条項には連邦憲法第五条自らが例外として規定する上院における州間の平等および奴隷貿易に関する事項の他、人民主権に基づく多数決原理や良心の自由、政治的表現の自由など共和主義的自己統治の内容とかかわる不可譲の権利があり、それらは高次の法として第五条を拘束し、改正の対象とならざるべきである。」 *The Consent*, at 504.
- (10) *The Consent*, *supra* note 50, at 459.
- (11) *Id.* at 465.
- (12) アマーも連邦憲法の下において、連合規約にみられたような主権観の残滓が、なおいくつかの点で連邦憲法の中にもみられることを認める。たとえば、連邦憲法の下では奴隷が規定上「人民」から排除され、フェデラリストの観点からする人民主権の考え方の道徳的意義をかなり減じていることがあげられる。しかし、この点について、アマーは「第一四修正と第一五修正が黒人の選挙権を保障したことや、第一四修正と第一五修正の承認の過程自体が、アメリカ全人民の主権者としての政府を変更するという権利を守るために、連邦憲法第五条の形式的制約を一蹴したということになるべきである。」 Akhil Reed Amar, *Of Sovereignty and Federalism*, 96 *YALE L.J.* 1425, 1463-64 (1987) [hereinafter cited as *Sovereignty*].
- (13) したがって「「この点を明記して排除するのほその他の排除を意味する」(expressio unius est exclusion alterius) という法諺にしたがって、連邦憲法の憲法修正手続としては第五条に規定されているもののみである」という解釈は必要はないことになる。 Brender Troy Ishikawa, *Amending the Constitution: Just Not Every November*, 44 *CLEV. ST. L. REV.* 303, 309-10 (1996).
- (14) *The Consent*, *supra* note 50, at 463-64.

- (56) *Sovereignty, supra* note 53, at 1462.
- (57) *But see* Ishikawa, *supra* note 54, at 333. イシカワによれば、反フェデラリストは第五条を三分の二の州議会の賛成を要するという条件を必ず含むべきであるとして、第五条を排他的な手続きとしてみるべきであると主張したとされる。
- (58) *The Consent, supra* note 50, at 482.
- (59) アマーは、この点の対立が、南北戦争前における、各州の人民はそれぞれ独自の州政府を有し、他の州の人民とともに共通する一群の代理人として連邦政府が存在するとして、基本的に連合規約と実質的に同様な見解にたつ州権論者と、主権者は各州ごとの人民ではなく合衆国の人民であり、主権構造は連邦憲法の成立によって変化したとする連邦優位主義者との論争を通して主たる二つの見解が存在したとする。 *Id.* 475.
- (60) アマーはさらに、共和政体条項もその根拠としてあげている。 *Republican Government, supra* note 50, at 762.
- (61) *The Consent, supra* note 50, at 499.
- (62) *Sovereignty, supra* note 53, at 1462.
- (63) *The Consent, supra* note 50, at 489.
- (64) *Id.* at 492.
- (65) *Id.* at 493-94.
- (66) モナハンによれば、アッカーマンは、「我ら人民」の同時代的な政治的同意の中に正当な憲法規範の意味の変化をみようとするのに対して、アマーは、対照的に、憲法の正当性に関する伝統的な裝飾、すなわち歴史的な理解と起草者の理解をその根拠としようとしているとする。 Henry Paul Monaghan, *We the People [s], Original Under-standing, and Constitutional Amendment*, 96 COLUMB. L. REV. 121, 127-28 (1996).
- (67) Laurence H. Tribe, *Taking Text and Structure Seriously: Reflections on Free-Form Method in Constitutional Interpretation*, 108 HARV. L. REV. 1221, 1241-45 (1995).
- (68) Monaghan, *supra* note 66, at 158.
- (69) その点を、モナハンは、強硬なナショナリストであったモリス (G. Morris) もが、上院における州の平等を第

五条の中でしっかりと保護しようとしたのであり、そのような確固とするための条項 (Entrenchment Clause) は、コネティカットの妥協の結果を守ろうとしたものであるとする。 *Id.* at 146.

(70) *Id.* at 134.

(71) *Id.* at 165.

(72) このようなモナハンの見解に関しては、アメリカ全体において統合された「人民」という概念が、マディソンによつてフェデラリストに強く反対する者達を支えた州議会をコントロールするための手段として発明されたと、モーガン (E. Morgan) が指摘している点が問題となる。モーガンの見解については、EDMUND S. MORGAN, INVENTING THE PEOPLE (1988). を参照のこと。しかし、モナハンによれば、モーガンのような考え方は、デラウェアやコネティカットなどで、邦の「我ら人民」という考え方がみられたことからみて行きすぎであるとする。Monaghan, *supra* note 66, at 168.

(73) モナハンは、アマーが連邦憲法を反民主主義的であったとした論者はピアードだけであるとしたことに対して、ウッド (G. Wood) も憲法を反民主主義的なものとみていると指摘する。さらに、マシューズ (R. Mathews)、「クラムニック (L. Krannick)」らも、連邦憲法が過度の民主主義の行きすぎに對する、革命後の時期における反動として理解してゐるとする。Monaghan, *supra* note 66, at 171.

(74) *Id.* at 173.

(75) *Id.* at 175.

(76) この点について、イシカワは、憲法起草者が連邦憲法制定以前における党派の利害に基づく多数派による混乱状況を想起し、そのようなことを未然に防ぐ意味で連邦政府を設け、それによる抑制を考えたとする。Ishikawa *supra* note 54, at 315.

(77) イシカワは、アメリカにおける共和政府の観念には、直接民主主義的要素とフェデラリスムの要素があるとする。そして、憲法起草者たちは、直接民主主義の困難性を承知していたとする。 *Id.* at 314.

(78) なお、詳しくは、A. ハミルトン、J. ジェイ、J. マディソン (齋藤眞、武見忠見訳) 『ザ・フェデラリスト』 (福村出版、一九九一年) 一八五頁—一九一頁参照。

- (79) See also, Ishikawa, *supra* note 54, at 316.
- (80) *The Consent*, *supra* note 50, at 506.
- (81) *Id.*
- (82) *Id.* at 507.
- (83) *Sovereignty*, *supra* note 53, at 1452 n.113.
- (84) *The Consent*, *supra* note 50, at 507.
- (85) *Sovereignty*, *supra* note 53, at 1453.
- (86) *Id.* at 1493.
- (87) *Sovereignty*, *supra* note 53, at 1504.
- (88) *Id.* at 1425-26.
- (89) *Id.* at 1426-27.
- (90) *Id.* at 1465-66.
- (91) アマーによれば、憲法の各条文の文言の背後にあつて前提とされていることは、次のようなものであるとされる。  
 ①究極的な主権は、合衆国の人民にあり、諸政府にはない。州および連邦の各政府はわずかに限定的かつ委任された主権の権限を有するにすぎない。これらの政府が連邦憲法に具体化されている最高位の主権の命令を侵害した場合に、それらの政府はもはやそれら政府に委任された主権者としての資格で行動しているのではなく、したがって、主権免責を有しない。②連邦憲法で重要な政府に対する法的権利ということは、これら権利が侵害される場合にはいつでも政府が完全な救済をあたえるという義務をおつていふことを強く示唆するものである。③政府による憲法に対する侵害行為に対する完全かつ適切な救済は、政府の法的責任を問うことが多いものである。*Id.* at 1466.
- (92) Akhil Reed Amar, *The Bill of Rights as a Constitution*, 100 *Yale L.J.* 1131, 1136 (1991).
- (93) Ishikawa, *supra* note 54, at 337.
- (94) *Republican Government*, *supra* note 50, at 750.
- (95) Ishikawa, *supra* note 54, at 338-39.

- (6) Suzanna Sherry, *Too Clever By Half: The Problem With Nonethy in Constitutional Law*, 95 NW. U. L. REV. 921, 927 (2001).
- (6) Ishikawa, *supra* note 54, at 342.
- (6) Flaherty, *supra* note 9, at 2077.
- (6) See generally THOMAS E. CRONIN, DIRECT DEMOCRACY (1999).

※ 本稿については、平成一三年度慶應義塾学事振興資金による補助を受けた。記して感謝する次第である。