

憲法解釈における「人民」の位相 — ポピュリズム的憲法解釈についての一試論 —

岡 室 悠 介

1. はじめに

(1) 問題の所在

日本国憲法は、最高裁判所の裁判官に対して、およそ10年ごとの国民審査を義務づけており、実際の運用において同制度に基づき裁判官が罷免された例はこれまで見られないものの、制度上はそのような可能性が存在している(憲法79条2項乃至4項)。これは、司法および裁判官の独立が憲法上保障される一方で、司法部門も公権力機関の一つとして、主権者国民による民主的統制に服することを求める趣旨であると一般的に解されている。もっとも、同制度の存在は、いかなる法原理・理念に沿って日本国憲法を解釈すべきかを探求する、いわゆる憲法理論という領域においては、ほぼ等閑視されてきたように思われる。

仮に、日本の最高裁の憲法解釈(および法解釈)が同制度に基づき、一定の民意・世論に拘束されるべきという立場をとった場合、最高裁が取りうべき憲法解釈方法論としてはどのようなものが想定されるのであろうか。このような問題に解答を示すことはもちろん容易なことではない。本稿は、一種の問題提起としての内容に留まるものであるが、近時のアメリカ憲法学におけるいわゆるポピュリズム憲法学の系譜に属する議論を参照し、現時点での筆者の見解を提示することをねらいとする¹。

1 本稿は、2022年7月23日に開催された、北陸公法判例研究会での報告原稿に加筆修正を加えたものである。当日では、参加された先生方から様々な貴重なご意見をいただいた。この場を借りて謝辞を申し上げる。

(2) 最高裁判所と国民審査

周知の通り、日本国憲法では、司法の独立（裁判所および裁判官）が規定されている一方で（憲法76条1項、3項および78条）、最高裁判所の裁判官に対しては10年ごとの国民審査が義務づけられている²。この国民審査制度は、アメリカ合衆国ミズーリ州の州民審査制度を参考に制定されたが、その制度の趣旨としては、司法部も公権力機関の一部であることから、内閣による恣意的な任命を防止し³、主権者である国民により統制する必要がある⁴、裁判官に対する定期的な民意の反映を想定したものである。国民審査制度の性格につき、通説は最高裁判所裁判官に対するリコールの制度として、将来に向かって罷免の効力を有するとしており（解職説）⁵、判例もこの立場を踏襲している⁶。

現行の最高裁判所裁判官国民審査においては、これまでの投票結果から見ても、実際に各裁判官が罷免される可能性は極めて低いものの、①国民審査公報による各裁判官の経歴・業績等の告示、②各新聞社の社説による注意喚起などにより、審査対象となる裁判官もその投票結果について少なからず留意している点の指摘もある⁷。したがって、国民審査制度の趣旨が「裁判官のもの考え方なし意識と民意とのずれを是正することにある」以上、それを「より実効的な制度にするよう、活性化を図る」ことが現在でも変わらず求められているとも言えるだろう⁸。

周知の通り、在外国民による選挙権の行使につき、原則として投票の機会

2 最高裁判所裁判官国民審査法2条1項および2項。

3 渡辺康行ほか『憲法Ⅱ 総論・統治』（日本評論社、2020年）322-23頁〔渡辺執筆〕。

4 木下智史=只野雅人編『新・コンメンタール憲法〔第2版〕』（日本評論社、2019年）643-44頁。

5 宮沢俊義（芦部信喜補訂）『全訂 日本国憲法』（日本評論社、1978年）612頁。

6 最大判昭和27年2月20日民集6巻2号122頁。

7 西川伸一『最高裁判所裁判官国民審査の実証的研究』（五月書房、2012年）180-85頁。

8 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第8版〕』（岩波書店、2023年）376-77頁。

が保障されなければならず、その制限が認められるのは選挙の公正確保の上でやむを得ない事由が存在する場合に限定されるとの見解をかねてより最高裁は示してきた⁹。その後、最高裁は、在外国民による最高裁判所裁判官に対する国民審査権の保障についても同様に¹⁰、その憲法上の性質および行使の機会に関わる特質から、選挙権と同様の機会保障を受ける（「審査権が国民主権の原理に基づき憲法に明記された主権者の権能の一内容である点において選挙権と同様の性質を有することに加え、憲法が衆議院議員総選挙の際に国民審査を行うこととしていることにも照らせば、憲法は、選挙権と同様に、国民に対して審査権を行使する機会を平等に保障しているものと解するのが相当である」）として、その制限には、国民審査における公正確保の上でやむを得ない事由が要求されとした（「憲法の以上の趣旨に鑑みれば、国民の審査権又はその行使を制限することは原則として許されず、審査権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならないというべきである。そして、そのような制限をすることなしには国民審査の公正を確保しつつ審査権の行使を認めることが事実上不可能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえず……」）。そして、行使の制限におけるやむを得ない事由としては、①選挙の公正確保を目的とし、②選挙権の制限という手段以外の方法では、目的達成が事実上不可能あるいは著しく困難な場合であることが立証できなければ違憲となるとの判断枠組みを示した（LRA審査）¹¹。

9 最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁。

10 最大判令和4年5月25日民集76巻4号711頁。同判決の主な評釈としては、高田倫子「判批」法学セミナー811号（2022年）120頁、木下昌彦「判批」法律時報94巻9号（2022年）4頁、興津征雄「判批」ジュリスト1576号（2022年）112頁、市川正人「判批」法学セミナー813号（2022年）40頁、渡辺暁彦「判批」新・判例解説Watch31号（2022年）43頁などがある。

11 同726-28頁。

加えて、同判決宇賀克也裁判官補足意見においては、国民審査権に対する審査基準として、いわゆる厳格審査基準の適用が示唆されている（「国民審査に参加する権利は、間接的参政権として位置付けることができ、憲法15条3項の趣旨は、国民審査の制度にもおよび、憲法は、国民審査に参加する権利を、主権者である国民の権利として平等に保障しているのであり、国は、国民審査の公正を確保しつつ、在外国民も国民審査に参加することができるような制度を設ける責務があると考えられる。したがって、在外国民の審査権を制約することは原則として許されず、その制約が例外的に許されるか否かの合憲性の審査に当たっては、権利の重要性に鑑み、厳格な審査基準が適用され……」¹²）。このように、近年では、国民審査権についても憲法上の権利としてのプレゼンスの上昇が見られる。

このことは言い換えれば、日本の最高裁判事には、自らの職業裁判官としての良心に沿った判断を示しつつも、自らの法解釈・憲法解釈が当該事案に関する国民の法意識・憲法意識に沿ったかたちでなされているかについて、判決文において一定程度論証する必要があるのではないかと、という点を改めて再考する機会とも言えるのではないだろうか¹³。日本の最高裁判事の判決動向については、諸外国とは異なり、報道等においても国民が耳目する機会は殆ど存在しないこともあり、最高裁判所裁判官国民審査の実効性を現実には期待できないことは否定できない。すなわち、最高裁以外の下級裁判所の裁判官には法規範および職業裁判官としての自らの良心に則った判断を粛々と行うことが憲法上要請された義務として尽きているが（憲法76条3項）、最高裁判所裁判官は、それに加えて（理屈の上では）国民審査において過半

12 同728-29頁。

13 実際に、憲法解釈における背後的価値・理念である憲法理論については、憲法解釈自体が恣意的な作用という側面もある。そのため、江藤祥平も指摘するように、それが「判決の文面には表れなくても、実は理論が奥底で効いているということもある」ことが考えられる。江藤祥平「立憲主義」山本龍彦ほか編『憲法学の現在地』（日本評論社、2020年）32-33頁。

数が罷免を可とした場合にはその職業上の地位を失うというのもまた事実である。近時の最高裁判決は、このことに対する憲法上の機会としての国民審査権の価値を、改めて問い直しているとも読めるであろう。

仮に、「憲法規範とは、常に未完成のプロセスのなかで展開されていく流動的なもの」とする動態的憲法観念を採用した場合に、最高裁判所裁判官が評釈を受ける主体とはいったい何であろうか¹⁴。それは、法律家共同体なのか？ それとも日本国の人民全体なのであろうか？ この点、これまでの憲法学においては、「いかなる解釈をなすべきか」についての議論はなされてきたが、「いかなる解釈が可能か」という視点からの検討は等閑視されてきたことは否定できない。こうした疑問に対しては、近年のアメリカ憲法学におけるポピュリズム憲法学派（Popular Constitutionalism）の議論を参照することで、今後の議論の展開に対する橋頭堡となりうる素材を提供しうることが想定される。アメリカ憲法学においては、ポピュリズム憲法学は、他の学派と異なり、連邦最高裁判所に代えて、合衆国民がアメリカ立憲制の進展において中心的役割（a central role in constitutional development）を果たすべきと主張している¹⁵。ポピュリズム的立憲主義体制においては、民主的立憲政体¹⁶が、単なる衆愚的立憲体制に陥るのを防ぎ、人民主権を実質的に機能させる上では、裁判所は建設的な役割を果たすはずである。

管見の限りでは、アメリカにおけるポピュリズム憲法学でも、ポピュリズム立憲体制における憲法解釈論の構築についての具体的な検討は、これまであまり試みられてこなかったようにも思われる。もっとも、米国憲法センター（National Constitution Center）の主席調査員であるドネリー（Thomas

14 南野森「憲法・憲法解釈・憲法学」『憲法学の現代的論点〔第2版〕』（有斐閣、2009年）19-21頁。

15 木下智史「立憲主義の原型と変容 — アメリカ合衆国の議論を素材として」公法研究 80号（2018年）1頁以下。

Donnelly) による近時の知見では¹⁶、これまでの合衆国連邦最高裁における憲法判例を、ポピュリズム憲法学の観点から再解釈する試みとしてのポピュリズム (的) 憲法解釈論 (popular constitutional argument) を提唱している¹⁷。本稿では、まず、これまでのアメリカにおけるポピュリズム憲法学の展開とそれに対する主な批判について概観した上で、ドネリーの提唱するポピュリズム憲法解釈論による連邦最高裁判例の再解釈と、その日本における示唆について検討していくことにしたい。

2. アメリカ合衆国におけるポピュリズム憲法学の展開と批判

(1) ポピュリズム憲法学

アメリカの憲法学界において、ポピュリズム憲法学が登場した背景としては、1990年代後半から、後期レーンキストコートによる連邦最高裁の保守化・政治化が進んだことにより、銃規制や選挙資金規制といった領域においてリベラルな内容の連邦法や州法が最高裁によって違憲と判断されたことがある。このような領域において、若干の紆余曲折はあったにせよ、1960年代のウォーレン・コート期以降、比較的リベラルな姿勢を維持し続けてきた連邦最高裁が、いわば1930年代に先祖返りしてしまったような状況を鑑み、アメリカの憲法学者の間で、学派というよりも、司法審査以外での憲法保障の実現を目指す憲法学者の運動体として、様々な主張が展開されるに至ったのである。

ポピュリズム憲法学の方法論は論者によって多様であるが、憲法の現時点での意味内容を確定する上では、合衆国民が一貫した役割 (ongoing role) を

16 Tom Donnelly, *A Popular Approach To Popular Constitutionalism: The First Amendment, Civic Education, and Constitutional Change*, 28 *Quinnipiac L. Rev.* 321 (2010), *Popular Constitutionalism, Civic Education, and the Stories We Tell Our Children*, 118 *Yale L. J.* 948 (2009).

17 Tom Donnelly, *Popular Constitutional Argument*, 73 *Van. L. Rev.* 73 (2020).

果たすべきであるという共通理解が存在する¹⁸。その研究スタイルは、大きく分けて以下の二つに分類できる。第一は、記述的研究と言われるものであり、大まかに言って、連邦最高裁と、政治過程・社会運動・世論との相互的影響を探求する。記述的研究に分類されうる論者には、バルキンとレヴィンソン (Jack M. Balkin & Sanford Levinson)¹⁹、フリードマン (Barry Friedman)²⁰らがある。

また、アッカーマン (Bruce Ackerman) は、憲法の権威的源泉として、憲法典のテキスト・歴史の変遷・体系的構造原理等に加え、合衆国民によって考慮された判断 (American people's considered judgments) が用いられると主張してきた²¹。アッカーマンの提唱する二元的民主政論においては、合衆国憲法史が通常政治・憲法政治の二期に分類される。通常政治においては、一般市民は私的利益の追求、政治には選挙に関わるのみであるが、憲法政治では、共同体の危機に対して、公共心に基づき熟議を行う。アッカーマンの分類によれば、アメリカ合衆国においてこれまで憲法政治が生じた時期は、①憲法制定期 (身分制の撤廃)、②南北戦争後の再建期 (奴隷制の廃止)、③ニューディール期 (福祉国家の樹立)、④市民的権利運動期 (人種間平等の確立) である。これらの時期においては、インフォーマルな憲法改正手続に基づく、憲法変遷が肯定される²²。

18 Tom Donnelly, *Making Popular Constitutionalism Work*, Wis. L. Rev. 159, 161-62 (2012).

19 Jack M. Balkin & Sanford Levinson, *Understanding the Constitutional Revolution*, 87 Va. L. Rev. 1045 (2001), *The Processes of Constitutional Change: From Partisan Entrenchment to the National Surveillance State*, 75 Fordham L. Rev. 489 (2006).

20 Barry Friedman, *Mediated Popular Constitutionalism*, 101 Mich. L. Rev. 2596 (2003), *THE WILL OF THE PEOPLE: HOW PUBLIC OPINION HAS INFLUENCED THE SUPREME COURT AND SHAPED THE MEANING OF THE CONSTITUTION* (2009).

21 BRUCE ACKERMAN, *WE THE PEOPLE, VOLUME 1: FOUNDATIONS* (1993) [川岸令和ほか監訳『アメリカ憲法理論史：その基底にあるもの』(北大路書房、2020年)].

22 BRUCE ACKERMAN, *WE THE PEOPLE, VOLUME 3: THE CIVIL RIGHTS REVOLUTION* (2014). アッカーマンの二元的民主政論およびそれを下敷きとした合衆国憲法史解釈の概略とし

第二は、規範的研究である。これは、憲法解釈における最終的権威は合衆国民にあるとして、合衆国最高裁を憲法の最終的解釈機関とみなす司法権の優越 (judicial supremacy) という思想自体を、合衆国民による憲法解釈の機会を損ね、やがては彼らの自己統治能力の喪失させるものとして批判する。このため、規範的研究の論者は、裁判所による司法審査権の制限・廃止などの制度改革論を志向する傾向にある。例えば、クレイマー (Larry D. Kramer) は司法審査の役割を熟議の促進に限定すべきとし²³、タシュネット (Mark V. Tushnet) は司法審査の廃止を提唱する²⁴。

(2) ポピュリズム憲法学に対する主な批判と再反論

ポピュリズム憲法学が従来アメリカ憲法学に投げかけた疑問に対しては、従来の伝統的な立場に立つ憲法学者からも強い反論がなされている。第一は、プリムス (Richard Primus) によるポピュリズム憲法学が前提としている人民 (people) の知識関心・合意形成への疑問である。実際に、世論調査によると、合衆国憲法・連邦最高裁への合衆国民の関心や知識は一般的に低い傾向にあり、また、憲法に関わる政治的争点は、しばしば国内を二分する論争となり、明確な合意形成が困難である²⁵。

第二は、アレクサンダーとソルム (Larry Alexander & Lawrence B. Solum) による多数派による専制への危惧である。たとえ、特定の憲法上の争点に関して、国民的な合意形成に至ったとしても、憲法の意味内容が世論に左右さ

て、大江一平「B・アッカーマンの二元的民主政理論」関西大学法学論集50巻6号(2001年)1369頁も参照。

23 Larry D. Kramer, *Lecture, "The Interest of Man": James Madison, Popular Constitutionalism, and the Theory of Deliberative Democracy*, 41 Val. U. L. Rev. 697 (2006).

24 MARK V. TUSHNET, *TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS* (1999), *Politics, National Identity and The Thin Constitution*, 34 U. Rich. L. Rev. 545 (2000).

25 Richard Primus, *Double-Consciousness in Constitutional Adjudication*, 13 Rev. Const. Stud. 1 (2007).

れることは、多数派による専制を抑制し、少数派の権利保護を図るという立憲主義の基盤自体を転覆させる危険性がある²⁶。

ポピュリズム憲法学はこうした様々な批判を受けつつも、その立場を支持する論者は、(彼らの試みが成功しているかは措定しておくにしても) そうした批判に対して精力的な反論を試みてきた。第一の批判に対しては、合衆国憲法史においては、憲法上の権利および政府権限の範囲についての国民の間での見解の対立と論争が継続しており、その過程において、連邦最高裁の憲法解釈を世論が変化させてきたと反論する²⁷。修正第14条が同性婚の権利を保障しているという解釈は、1990年代においても「常軌を逸した (off-the-wall)」ものであったが、法専門職以外のさまざまな社会的働きかけによって、今日のアメリカ社会では定着しつつあるとされる。

また、第二の批判についても、司法権の優越はこれまでしばしば誇張されてきたとして²⁸、連邦最高裁の法廷意見の起案は、しばしばロー・クラークによってなされ、裁判官同士での合議もほとんど見られないことや、擁護者の期待を裏切る判決がこれまでも多く出されてきたことなどが指摘されている²⁹。

3. ポピュリズム憲法解釈論

(1) ポピュリズム憲法原理論から、憲法解釈論への架橋

アッカーマンは人民は憲法変動において中心的な役割を担う存在であり、裁判官は合衆国民による熟慮された判断に従う必要があると指摘する。通常

26 Larry Alexander & Lawrence B. Solum, *Popular? Constitutionalism?*, 118 Harv. L. Rev. 1594 (2005).

27 JACK M. BALKIN, *CONSTITUTIONAL REDEMPTION: POLITICAL FAITH IN AN UNJUST WORLD* (2011).

28 JEREMY WALDRON, *LAW AND DISAGREEMENT* (1999).

29 *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857), *Pressy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), *Korematsu v. United*, 323 U.S. 214 (1944), etc.

政治のプロセスから、憲法の明文および憲法的瞬間において示された憲法原理を保護することが裁判所の役割にあるとする。もっとも、アッカーマンの理論では、憲法的瞬間の間で示された重要な憲法状況の変遷について、明確な説明がなされていない。ポピュリズムの憲法理論が、司法審査においてどのように機能するのかという点につき、ドネリーによれば、これまでの連邦最高裁判例における傾向では、連邦最高裁裁判官の任命過程、関連する社会運動の活発化、連邦最高裁判決に対する合衆国民の抗議行動、連邦議会による対抗的措置等の間接的影響によって、裁判官自身が態度を変化させ、連邦最高裁判決が世論に追従する例はこれまでもしばし見られたという。近時の最高裁判例における世論の影響を類型化することで、その具体的な判断枠組みを形成することが可能である。その際の指標として、①連邦政府、②州政府、③合衆国民の行動・伝統、④世論調査といった要素が指摘されているが³⁰、この点については後述する。

しかしながら、ポピュリズム憲法解釈論を提唱する上での困難として、以下の二点が指摘できる。

第一は、合衆国民の能力的限界である。そもそも、ポピュリズム憲法学が基礎とする人民の憲法理解自体が、合衆国憲法の意味内容に照らしてというよりも、個人の直観的・道徳的・政治的見解に基づいて、偏った判断が示される恐れがあるのではないかというのが素朴な疑問である。

第二は、裁判官の能力的限界であり、世論を分析する専門的な訓練を受けていない裁判官に、世論に基づく憲法解釈は可能なのかという疑問である。もちろん、曖昧な世論による正当化は、裁判官が外的権威を利用して、自己の独善的な道徳的判断を進めるために濫用される危険もあるが、代議制民主主義の欠陥を修正する上で有効に機能する場合もある。ポピュリズム的立憲主義の実現のためには、政治部門に司法権が全面的に敬讓することが必要と

30 Donnelly, *supra* note 17 at 110-43.

いう見解は、当初からあり、近年でも一部の支持を得ているが、こうしたアプローチには限界がある。

連邦議会上院でのフィルバスター、利害関係者のロビイング活動、党派的な選挙区のゲリマンダリングなど様々な要因によって、アメリカ政治における民意はしばしば歪められており、単純に政治過程に委ねるだけでは、ポピュリズム的立憲主義の実現は不可能である。司法審査は、代議制民主主義の構造的欠陥を是正する機能を有するが、選挙の洗礼を得ていない裁判官が、司法審査を通じて多数派の選好を促進する判断を示すことが多いことを示唆している。見方によっては、司法審査は、合衆国憲法に対する人民の志向・価値観を体現する方法の一つとして捉えることができるのである。

(2) 連邦最高裁判決への世論の影響

合衆国民の現時点での憲法意識は、世論調査、政権与党の見解、社会運動の動向、直近の選挙結果などに反映されうるものである³¹。連邦最高裁判決における世論による判決の正当化の例として、ドネリーは以下の4つの類型を提示する。

①連邦政府による正当化

大統領が選挙戦や在任中のレトリックを通じて憲法のビジョンを推進しようとしていることを分析する。具体的には、過去の大統領選挙に注目し、選挙期間中の主張を調べ、選挙後に大統領が特定の憲法ビジョンに対して民衆の支持を得ていると主張しているかどうかを評価する。例として、全米労働関係委員会 (National Labor Relations Board) の5人の委員のうち3人が、合衆国憲法第2条2節3項の休会中任命条項に違反した状態で任命されており、同委員会は定足数を満たしておらず、その定足数を満たさないうちで発令されたペプシコーラの販売会社に対する是正命令が無効であるか否かが争われた

31 Tom Donnelly, *Judicial Popular Constitutionalism*, 30 Const. Comment. 541, 550-53 (2022).

Noel Canning判決（2014年）において³²、ブライヤー（Stephen Breyer）裁判官は、1832年から2012年までの歴代の司法長官の見解を参照し、法廷意見において、ジェームズ・ブキャナン大統領以降の全手の大統領が、同委員会の空席を埋めるために、連邦議会上院の休会中においても委員の任命の大部分を行ってきたことから、同節の範囲に関する歴史的慣行として、本件での委員の任命も同項の権限の範囲内で行われたと考えるのが妥当であるとの見解を示している。

また、連邦最高裁は、法律の合憲性を支持するために、立法権に基づく議会の解釈権限を利用することがある。例えば、Katzenbach判決（1966年）において³³、1965年投票権法（Voting Rights Act of 1965）が、これまで黒人を選挙から排除してきたことを踏まえ、南部諸州が有権者の選挙資格および手続を変更する場合には、司法省による事前承認要件を義務づけていることが修正第15条5節に反しないとされた。その際に、ウォーレン（Earl Warren）首席裁判官執筆による同法廷意見では、上下両院の公聴会の長さ、両院の議場での議論の程度について、下院と上院の委員会報告書を含む立法記録が引用されている。そして、議会の執行力、有権者の差別に関する綿密な調査、そして同法案に対する民主・共和両党による超党派的な支持を利用して、連邦議会の憲法上の判断を擁護している。

②州政府による正当化

第一は、州法による正当化であり、連邦最高裁は、実体的・手続的デュープロセス、平等保護、信教の自由、言論の自由、搜索・押収・逮捕等の様々な分野の判決において、各州の立法動向に注目してきた。例えば、ロバーツ（John Glover Roberts, Jr.）首席裁判官は、において、裁判官候補が個人的に選挙資金を募集することを禁止するフロリダ州法が修正第1条に反するかが

32 NLRB v. Noel Canning, 573 U.S. 513 (2014).

33 South Carolina v. Katzenbach, 383 U.S. 301 (1966).

争われた判決³⁴において、同州法に厳格審査を適用する際に、全米各州の立法動向に注目し、裁判官に対する公選制を選択している全米39州のうち30州が、同様の制限規定を設けている点に言及し、フロリダ州の規則は、汚職防止というやむにやまれない利益のために必要不可欠であると結論づけた。

第二は、州憲法による正当化である。州憲法は、合衆国憲法よりも改正が容易なため、連邦憲法よりも世論を反映している場合が多い。ソトマイヨール (Sonia Maria Sotomayor) 裁判官は、特定の宗教施設に対する州の資金援助が修正第1条に反しないとされた判決³⁵における反対意見の中で、宗教施設に対する州の資金援助は同条の国教樹立禁止原則に反し違憲であると主張した。彼女は、その分析の一環として、この問題に関する州憲法の規定に言及し、長い伝統を説明した後、39の州が、宗教団体に対する州の資金援助を制限する規定を憲法に明記されていると指摘した上で、これらの規定は修正第1条において保障された信仰の自由を社会において涵養する上でどのような手段が最善であるかという、合衆国において広く認められた理解を反映したものであると判示した。

③合衆国民の行動・伝統による正当化

連邦最高裁は、アメリカ人の日常的な文化的慣習の変化を、憲法法理に組み込もうとする傾向を有していると考えられる側面がある。例として、Mutual Film Corporation判決 (1915年) では、映画がアメリカ国人民の生活の中で果たす役割の変化に合わせて、修正第1条の法理もそれに適応させてきた。かつては、最高裁は、オハイオ州における映画に対する事前検閲の合憲性が争われた事案に対し、映画の上映は単なる商業的行為であって、(サーカスなどの) いわゆる一般大衆に向けられた娯楽的な見世物と同様に、興行主の商業的な利益を得る目的で実施されているものであるから、それらは修正第1条において保護を受けるべき報道機関、あるいは世論を伝達する上で不可

34 Williams-Yulee v. Florida Bar, 575 U.S. 433 (2015).

35 Trinity Lutheran Church of Columbia, Inc. v. Comer, 582 U.S. 449 (2017).

欠なメディア媒体とみなしうることはできないと結論づけていた³⁶。しかしながら、連邦最高裁は、その後、宗教における信仰の対象を冒瀆するような内容の表現を含んだ映像作品に対する、映画館での上映制限を認めたニューヨーク州法の合憲性が争われたWilson判決（1952年）において³⁷、国内における文化の中で映画の役割というものが、変化に注目し、映画による表現が、修正第1条の保障範囲に含まれると結論づけ、映画の合衆国内での果たす文化的役割の変遷という観点から、この問題への態度を変化させてきた。

④世論調査の結果による正当化

世論調査は、ポピュリズム憲法解釈論にとっては、とりわけ、これまでの①～④の指標と比較しても、一般人の見解を定量的に評価することが可能であるという点において、特定の憲法上の争点について、合衆国民の間で一定の合意が形成されつつあるかを判断する上での重要な手段である。直近の世論調査において、合衆国民の現在の憲法観の片鱗（snapshot）を捕捉したり、特定の問題に関して長期にわたる世論調査を行うことで、世論の輪郭と変化の傾向を同じく捕捉することが可能。例えば、複数年にわたって、複数の世論調査で同一の結果が一貫して得られれば、それについて憲法観が安定していることを示唆する。また、一定の支持率の増加または減少は、一貫した傾向を示唆している。また、支持率の急激な変化は、議論が急速に変化していることを示唆している。

精神障害者に対する死刑制度の合憲性が争われたAtkins判決（2002年）では、連邦最高裁は、世論調査の結果を最も包括的に引用している³⁸。同判決の法廷意見において、スティーブンス（John Paul Stevens）裁判官は、憲法上の世論の総意として、重度精神障害者の死刑執行に反対していることを示す証拠として、関係する各州法の数と全米における世論調査データを提示し

36 Mutual Film Corporation v. Industrial Commission of Ohio, 236 U.S. 230 (1915).

37 Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson, 343 U.S. 495 (1952).

38 Atkins v. Virginia, 536 U.S. 304 (2002).

た。同裁判官は、New York Times紙の記事と、全米で実施された世論調査が含まれたアミカス・ブリーフを引用して、これらにおいて示されている世論調査におけるデータから、合衆国民の間では、精神障害者に対する死刑執行は許されないと意見が広く共有されていることが示されていると結論づけている。

もっとも、世論調査は有用な手段であるが、憲法解釈における考慮要素としては慎重に扱う必要がある。とりわけ、特定の問題に関する一つの世論調査の結果を過大に読み取ることは避け、その調査方法の妥当性や結果の解釈についても注意する必要がある。具体的には、その世論調査の結果が、単なる無思慮な多数派の見解を表しているだけなのか、それとも合衆国民の熟慮された判断を示しているのかを明確にするためには、別の世論調査によって示された指標との比較といった作業を行う必要があろう³⁹。

(3) ポピュリスト憲法解釈論の構築に向けての課題

上記の①～④の指標のうち、いずれの指標においても世論が完全に反映されることはないが、これらの指標を総合的に考慮することで、特定の憲法問題について合衆国民が熟慮に基づいた判断を下しているか否かを判断することが可能である。しかし、①～③までの指標に比較すると、④世論調査が、憲法解釈における具体的・客観的指標として中心的な有用性を有するものであることは一定程度明らかと言えるのではないだろうか。もっとも、これらの指標から説得的なポピュリズム憲法解釈論を構築するには、さらに、ポピュリズム憲法解釈論の構築においては、憲法上の収斂に焦点が当てられる。そのために、特定の憲法上の争点に関する各種の世論調査によって、その中でイデオロギー上の相違を超えた重合する総意が見られるかを確認することが重要であるという憲法の収斂など、議論を補強する可能性のある要因の検

39 Bruce Ackerman & James S. Fishkin, *Deliberation Day* (2004) [川岸令和他ほか訳『熟議の日：普通の市民が主権者になるために』（早稲田大学出版部、2015年）].

討および、結局のところ、憲法教義の変化には慎重に取り組むべきである。判決において新たな憲法上のコンセンサスを援用するに際しては、その典型的な適用事例に判例の射程を限定することで、世間の反発に直面しても裁判所が引き返すことが可能な教義上の余地を残しておくべきであるとする、ポピュリズム憲法解釈論と先例との関係についても考慮する必要がある。

この点につき、近時の裁判例において、ポピュリズム憲法解釈論はどのように機能しているかについて、近時のケーススタディが存在する。連邦最高裁は、結婚を男性と女性との結合として定義することで、同性間の婚姻を排除していたミシガン、ケンタッキー、オハイオおよびテネシー州の各規定につき、*Obergefell*判決（2015年）において5対4の僅差で取り消す判断を示した⁴⁰。同判決では、ケネディ（Anthony McLeod Kennedy）裁判官が法廷意見を執筆したが、ドネリーの示唆によれば、その際に同裁判官が示した個人の尊厳と自由に関わる理由づけにおいて、ポピュリズム的価値観からの憲法解釈論に基づく議論の提起を示していると評価しうる点が散見されるという⁴¹。

まず、州の立法および実務動向につき、ケネディ裁判官は、同判決の付表において、「同性婚を合法化している州法」を示唆しているが、そこでは12州の法律しか掲載されておらず、州憲法の議論の弱さを示唆している。この点、同裁判官は、自らの憲法上の結論を補強するために、州の法律制定や実務の例を利用している。例えば、ケネディ裁判官は、州の養子縁組法をゲイやレズビアンが愛情に満ちた協力的な家族を作ることができることを、法律自体が強力に証明しているとしている。

また、婚姻の平等（the right to marry）をめぐる議論の歴史的な背景に関し

40 *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015). 同判決の意義については、小竹聡「憲法と同性婚—ジェンダー法学のすすめ」法学セミナー737号10頁（2016年）、同「アメリカ合衆国憲法と同性婚—*Obergefell*判決をめぐる」拓殖大学論集政治・経済・法律研究18巻2号（2016年）55頁も参照。

41 *Donnelly*, *supra* note 17 at 143-48.

ては、ケネディ裁判官は、LGBTの権利運動について、その社会運動の歴史を踏まえて説明し、婚姻の平等の問題が何年にもわたって公共の場で議論されてきたことを強調し、LGBTの権利（および婚姻の平等）を支持する傾向が時代を経るにつれて強固になってきたことを明示する。そして、社会、政治、法律における重要な変化が、LGBTの権利と結婚の平等をめぐる国民的議論を反映したものであることを示す熟慮が、アメリカ社会においてこれまでなされ、その過程で、ケネディ裁判官は、最高裁での議論を、これらの議論から得られた洞察と明確に結び付けている。

実際に、Gallup社による追跡調査でも、2016年に同性婚を支持する人が61%から、2018年には67%に上昇しており、合衆国において同性婚への支持が強まっている傾向にも合致している。ケネディ裁判官は、憲法変遷（および新しい権利の承認）の正統性を、社会全体の世論の変化に関連づけており、この点についても、典型的なポピュリズム憲法学の思考と軌を一にしていると見ることができる。連邦最高裁は、修正第14条における平等条項違反の解釈において、社会の新たな見解によって、かつては無視されていた、婚姻における異性間と同性間での不平等な明らかになることの認識しているとの認識を示しつつあるのかもしれない。

しかしながら、このように、ポピュリズム憲法解釈論への強い意思表示を示しているにもかかわらず、ケネディ裁判官は、裁判所が合衆国における社会の新たな見解をどのように認識すべきかについては、最終的には曖昧な態度で保留している。結局、彼は司法権の役割論に立ち戻り、連邦最高裁は、最終的には独立した判断を行使しなければならず、そうした判断は、現役世代の新たな見解によって形成されるが、それが裁判所の判決においてどのように反映されるかについては、訴訟における審理の中で、あくまでそのような新たな見解が法的論拠としてどのように受容されるかに基づいて決定されるとした。同性婚に対する支持が合衆国の社会においていかに広がりを見せつつあるかは重要な要素ではなく、あくまで、合衆国憲法が同性婚の権利を

保障しているか否かという法的な問題に収斂することになる。

もっとも、同判決におけるケネディ裁判官の法廷意見は、各州法の当該規定に対する違憲審査にあたって、特に詳細な審査基準などを提示することなく、かつては長期にわたり「自然で正当」とされてきた異性間への婚姻の限定が、婚姻の権利における中核的な保障領域との矛盾が「今日では明白」という論旨に終始している。この点からも、とりわけ、性的マイノリティの権利や同性婚の保障といった、近年における社会の認識が著しく変化しつつある領域においては、連邦最高裁の憲法判断が、世論調査の結果などに反映された合衆国民の憲法意識の変化に実質的な影響を受けている側面は否定できないであろう。

4. おわりに

(1) 日本国憲法におけるポピュリズム憲法解釈論の可能性

これまで見てきたように、近時の連邦最高裁判例では、その憲法判断に世論調査の結果などが与える影響について、ポピュリズム憲法学の立場に立つ論者から再解釈が試みられるようになってきている。世論調査などは、合衆国民の見解についての「客観的指標 (objective indicia)」としては、いずれも不完全ではあるが、少なくともこれらのデータは、司法審査の世論による正当化の上では一定の有益な指標となりうる可能性がある⁴²。他方で、日本の最高裁判決においても、いわゆる平等原則違反の審査領域において、国会による立法の合理性を当初は支えていた立法事実が「時の経過」によって社会通念および社会的状況が変化によって失われたというかたちで、実質的な判例変更を正当化する手法が用いられてきた⁴³。その際に、そうした状況の変化を示す考慮要素の一つとして「家族生活や親子関係に関する (国民の) 意識」(国籍法違憲判決)、「(日本における家族形態の多様化) に伴う国民の

42 Donnelly, *supra* note 30 at 556-63.

43 渡辺康行ほか『憲法 I 基本権 [第2版]』(日本評論社、2023年) 85-88頁 [渡辺執筆]。

意識の変化」(婚外子相続分差別違憲決定)といった文言でしばし言及がなされてきた。そこで最後に、これまでの日本の最高裁判決における世論への言及の例について確認した上で、ポピュリズム憲法解釈論の見地から若干の検討を加えてみることにしたい。

まず、2008年の国籍法違憲判決⁴⁴では、同判決の法廷意見において、「国民意識の変化」についての具体的論拠の欠如につき、「……我が国における社会的、経済的環境等の変化に伴って、夫婦共同生活の在り方を含む家族生活や親子関係に関する意識も一様ではなくなってきており、今日では、出生数に占める非嫡出子の割合が増加するなど、家族生活や親子関係の実態も変化し多様化してきている……」と、かつての合憲判断を違憲判断へと変更する上で、いわゆる「社会通念および社会的状況の変化」をその主な論拠としている⁴⁵。また、2013年の婚外子相続分差別違憲決定⁴⁶においても、家族に対する国民の意識変化の論拠として、①非嫡出子出生数の増加、②一人親・単独世帯の増加、③離婚・再婚件数の増加といった家族形態の多様化に関する言及は見られるものの、具体的な統計資料への言及は見られなかった。もっとも、同決定においては「……昭和50年代前半頃までは減少傾向にあった嫡出でない子の出生数は、その後現在に至るまで増加傾向が続いているほか、平成期に入った後においては、いわゆる晩婚化、非婚化、少子化が進み、これに伴って中高年の未婚の子どもがその親と同居する世帯や単独世帯が増加しているとともに、離婚件数、特に未成年の子を持つ夫婦の離婚件数国民再婚件数も増加するなどしている。こうした理由から、婚姻、家族の形態が著しく多様化しており、これに伴い、婚姻、家族の在り方に対する国民の意識の多様化が大きく進んでいる」点を指摘している⁴⁷。

44 最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁。

45 同1373-74頁。

46 最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁。

47 同1325頁。

同決定は、①昭和22年民法改正時から現在に至るまでの社会の動向、②わが国における家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化、③諸外国の立法の趨勢等、④嫡出子および非嫡出子の区別に関わる法制度の変化、⑤当裁判所判例における度重なる問題の指摘等を総合的に考慮し、家族共同体における「個人の尊重がより明確に認識されてきた」ことを違憲判断の論拠としているが⁴⁸、とりわけ、日本国内における国民意識の変化（多様化）の影響が大きいのではないかと思われる。さらに、2015年の再婚禁止期間違憲判決⁴⁹でも、「……昭和22年民法改正以降、我が国においては、社会状況および経済状況の変化に伴い婚姻および家族の実態が変化し、特に平成期に入った後においては、晩婚化が進む一方で、離婚件数および再婚件数が増加するなど、再婚をすることについての制約をできる限り少なくするという要請が高まっている事情も認めることができる。また、かつては再婚禁止期間を定めていた諸外国が徐々にこれを廃止する立法をする傾向にあり……」と判決されていることから⁵⁰、同判決の背景にも、医療および科学技術の発展と併せて、再婚に対する制約をできる限り少なくすることへの社会的要請が高まっていることなどの社会状況の変化が指摘できよう⁵¹。

(2) 若干の検討

日本の最高裁も、特に家族制度に関する憲法14条1項違反の平等審査において、世論の変化に伴う実質的な憲法解釈の変更（が見られるが、これは一種の日本国憲法のポピュリズム的解釈として理解することも可能ではないだろうか。そこには、世論の変化として国民の憲法意識の変容の影響が見られるのかもしれない。上記の両判決において、たとえそこにレトリック的要素

48 同1330-31頁。

49 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁。

50 同2437頁。

51 加本牧子「判批」法曹時報69巻5号（2017年）1479-80頁。

が含まれようとも、実質上の判例変更に際して「国民の意識」への言及が見られた点は注目に値する。しかしながら、注目すべきは、同判決横尾・津野・古田反対意見において、法廷意見が列挙した出生後の国籍取得を日本国との具体的な結びつきとしたことの合理性が失われた論拠として、法廷意見が参照した諸外国の立法動向に関しては、これらの地域での国際結婚数の多さや、当時の非嫡出子が出生児に占める割合が諸外国と日本では大きく異なることから、まず参照項目として除外した上で、国民意識の変容に関する論拠につき、「……しかしながら、家族生活や親子関係に関するある程度の意識の変化があることは事実としても、それがどのような内容、程度のものか、国民一般の意識として大きな変化があったかは、具体的に明らかとはいえない……」と批判し、「……統計によれば、非嫡出子の出生数は、国籍法3条1項立法の翌年である昭和60年において1万4168人（1.0%）、平成15年において2万1634人（1.9%）であり、日本国民を父とし、外国人を母とする子の出生数は、統計の得られる昭和62年において5538人、平成15年において1万2690人であり、増加はしているものの、その程度はわずかである……」として、むしろ「国民一般の意識に大きな変化がないことの証左」につき、非嫡出子の出生状況に関する具体的な統計資料への言及に基づき、より説得的な説示の展開を試みたことにある⁵²。このように、日本の最高裁においても反対意見においては、社会状況の認識について世論調査に基づいた議論の展開への萌芽が見られたのであったが、こうした指摘にも関わらず、その後の最高裁判例においても、「国民意識の変化」を示す論拠として、具体的な世論調査等の客観的な指標へ言及する姿勢は、以降の判決においても省みられることはなかったようである。

ここで、国民意識の変化に伴う実質的判例変更の要件として、憲法上も正当化可能な要件について考えてみたい。私見としては、第一に、最高裁が国

52 前掲注44) 1400-01頁。

民意識の変化に基づく（実質的な）判例変更を行うためには、複数の世論調査（政府白書/公的機関・新聞社による調査等）において一定期間にわたり継続的な過半数以上の世論の同意が見られるなどの客観的根拠を必要とすべきではないか。第二に、最高裁の憲法解釈が世論動向に合致しているかを事後的に審査するため、事後の国民審査において当該判決の妥当性が積極的に検証されるべきであろう。

本項では紙幅の関係からも検討ができなかったが、今後の課題としては、そもそも国民意識の変化を論拠とした憲法解釈の変更という最高裁の営み自体が、少数派の人権が多数派の民意によって抑圧される体制を促進しないのかという根本的な問題意識は引き続き考えていく必要があるように思われる。その上で、日本国憲法のポピュリズム憲法解釈論における、国民意識を反映する上で求められる合理的な考慮要素とは何か、といった問題についても稿を改めて検討を試みることにしたい。