

立憲的政治経済学の可能性（１）

——寡頭制に抗する憲法——

坂 田 隆 介*

目 次

はじめに

第１章 ロバーツ・コートの「新ロックナー主義」

第１節 規範的理性の命令としての新自由主義

第２節 選挙資金規制への攻撃

第３節 労働組合の財政基盤への攻撃

第４節 労働組合の組織的活動への攻撃

第５節 「新ロックナー主義」への対抗に向けて

第２章 「立憲的政治経済学」の復興

第１節 「立憲的政治経済学」と「機会の民主主義の伝統」

第２節 政治部門による「憲法構築」(constitutional construction)

第３節 「偉大なる忘却」

第４節 立憲的政治経済学と憲法解釈

第５節 小 括 (以上、本号)

第３章 「機会の民主主義の伝統」の歴史

第１節 建 国 期——共和主義と「機会の民主主義の伝統」

第２節 南北戦争から再建期——「機会の民主主義の伝統」の絶頂

第３節 金ぴか時代——憲法問題としての階級闘争

第４節 革新主義の時代——ニューディールへ向けて

第５節 ニューディールから「偉大なる時代」へ

第４章 立憲的政治経済学の可能性と限界

第１節 民主主義の経済基盤の再形成

第２節 ポピュリズム憲法学との関係

第３節 憲法上の福祉権

第４節 憲法と「政治経済学」

むすびにかえて

* さかた・りゅうすけ 立命館大学大学院法務研究科准教授

はじめに

アメリカはいま「新たな金ぴか時代」(the New Gilded Age)、「第2の金ぴか時代」(Second Gilded Age)にあると言われている¹⁾。中流階級が没落し続ける中、2020年以降の新型コロナウイルスのパンデミックを経て、超富裕層への富の集中が進み、経済格差がますます拡大している。経済格差の固定化により、世代にわたって機会の平等が損なわれ、「持てる者と持たざる者」の分断が強まっている。処方箋を示すべき政治は分極化したまま機能不全に陥っており、アメリカの「団結」(unity)は依然として達成できる状態ではない。さらに、法の番人たる合衆国最高裁(ロバーツ・コート)が保守化傾向を強めている結果、社会の分断をさらに悪化させ、アメリカの病理をいっそう深刻にしている。

本稿では、このようなアメリカの危機的状況にあって、経済政策をめぐる問題を正面から憲法問題に位置付け、民主主義の経済基盤の再形成に向けた「立憲的政治経済学」(constitutional political economy)の「復興」を提唱する、最近のアメリカにおける議論を取り上げる。「立憲的政治経済学」という言葉は、公共選択論のジェイムズ・ブキャナンの一連の業績を想起させるが²⁾、本稿で取り上げる「立憲的政治経済学」はそれとは別ものであり、法的な規範論として積極国家、福祉国家を志向するものである。自助自立の伝統を持つアメリカにおいても、近年は、健全な民主主義体制における分厚い中流階級の重要性が語られており、「政治経済学」という観

1) Tim Wu, THE CURSE OF BIGNESS: ANTITRUST IN THE NEW GILDED AGE (2018). ティム・ウー(秋山勝訳)『巨大企業の呪い——ビッグテックは世界をどう支配してきたか——』(朝日新聞出版、2021年)。K. SABEEL RAHMAN, DEMOCRACY AGAINST DOMINATION 2-3 (2017).

2) GEOFFREY BRENNAN & JAMES M. BUCHANAN, COLLECTED WORKS: THE REASON OF RULES: CONSTITUTIONAL POLITICAL ECONOMY (1985). G・ブレナン: J・M・ブキャナン(深沢実監訳)『立憲的政治経済学の方法論: ルールの根拠』(文眞堂、1989年)。

点から、経済格差を生み出し続ける構造問題を分析し、新自由主義的な憲法観から社会民主主義的なそれへと転換することが提唱され始めている³⁾。

以下では、ロバーツ・コートの保守的な憲法判断が、アメリカ民主主義の経済基盤にいかなる影響を及ぼしているかという点を踏まえ（第１章）、立憲的政治経済学という憲法観をアメリカ憲法学に取り戻すべきことを提唱するジョセフ・フィッシュキンとウィリアム・フォーバスの、寡頭制に抗する「機会の民主主義の伝統」という議論を取り上げる（第２章、第３章）。そして、彼らが描く「機会の民主主義の伝統」の実践に触れながら、「立憲的政治経済学」という構想の可能性と限界について検討を行う。その上で、「立憲的政治経済学」という構想が、アメリカとは規模も深刻さも異なるが、経済格差が重大な問題となっている日本に対していかなる示唆を与えるものであるのかを探りたい（第４章）。

第１章 ロバーツ・コートの「新ロックナー主義」

第１節 規範的理性の命令としての新自由主義

現代のアメリカ民主主義に危機がもたらされている要因として、第１に合衆国憲法制定時から組み込まれていた欠陥が顕在化していること、第２に1970年代以来の富の不平等が拡大していること、第３に暴力的な白人アイデンティティ政治が最近になって再び激しさを増してきていることが、総合的に作用しているということが指摘されている⁴⁾。これらは異なる歴史的位相において進行してきた個別の事象であるが、期せずして現代において合流した結果、創発的に民主主義システム全体を危機にさらしている

3) Jedediah Purdy, *Beyond the Bosses' Constitution: The First Amendment and Class Entrenchment*, 118 COLUM. L. REV. 2161 (2018); GANESH SITRAMAN, *THE CRISIS OF THE MIDDLE-CLASS CONSTITUTION* (2017).

4) Aziz Z. Huq, *The Counterdemocratic Difficulty*, 117 NW. U. L. REV. 1099, 1115-1131 (2023).

というわけである⁵⁾。本稿では、これらのうち第 2 の、1970年代以来拡大している富の不平等をめぐる問題に焦点を当てる。

現代アメリカにおいてロバーツ・コートが果たしている重要な役割の 1 つに、「階級的エントレンチメント」(class entrenchment)の促進がある⁶⁾。あるいは、「裁定取引」(arbitrage)という比喩が用いられることもある⁷⁾。特定の者の経済的、社会的、文化的資本を運用して、政治権力を構築する手助けをし、公職が民主的に交代する制度的基盤を弱めていくことで、そこで構築された政治権力を将来にわたって定着させる、という役割である。富や資本の活動の自由を最大化するために、市場を民主主義的介入から包囲(encasement)し、特定の経済的権力と政治権力との融合を促し、富や資本の集中に対する拮抗力を弱体化させ、少数派が掌握する経済的権力と政治権力との相互のフィードバックのシステムを下支えし、経済格差を助長させる⁸⁾。このような役割を積極的に引き受けることで、保守化を強めるロバーツ・コートは「共和党の裁判官たち」⁹⁾であるだけでなく、現代的な「反多数派の困難」の深刻な問題をもたらしている¹⁰⁾。

すでに広く指摘されているように、近年のロバーツ・コートは、保守派のイデオロギイ的主張を憲法解釈へと変換し、様々な規制を違憲無効にしていって「武器化された修正 1 条」あるいは「新ロックナー主義」の時代にある¹¹⁾。その憲法観を新自由主義的憲法と呼ぶことに大きな誤りはないで

5) *Ibid.*

6) *See Purdy, supra note 3, at 2174.*

7) *See Huq, supra note 4, at 1105-1106.*

8) Michael Gilman, *A Court for the One percent: How the Supreme Court Contribute to Economic Inequality*, 2014 UTHA L. REV. 389, 401-443 (2014).

9) Michael J. Klarman, *Foreword: The Degradation of American Democracy—and the Court*, 134 HARV. L. REV. 1, 178-214 (2020).

10) *See Huq supra note 4, at 1103-1104.*

11) 松垣伸次「ロバーツ・コートと表現の自由——社会の分断と修正 1 条——」中村民雄編『多様化するアメリカと合衆国最高裁判所』(成文堂、2023年) 1 頁以下、福嶋敏明「第 1 修正の「武器化」をめぐる——アメリカ合衆国における「言論の自由」法理の現代的課題」愛敬浩二＝藤井康博＝高橋雅人編『水島朝穂先生古稀記念 自由と平和の構想力』

あろう¹²⁾。新自由主義も曖昧さを含んだ概念であるが、ここでは政治的な領域を含めた、存在のあらゆる面を経済の観点——競争原理が支配する市場モデル——から作り直し、あらゆる行為者を自らの競争的地位を強化し、その価値を評価しようとするホモ・エコノミクスとみなす規範的理性の命令（an order of normative reason）と捉える、ウェンディ・ブラウンの理解を参考にしておきたい¹³⁾。

ミシェル・フーコーによる新自由主義分析を参考にしながら、ウェンディ・ブラウンは、新自由主義の特徴を、あらゆる領域が市場となり、市場における根本原理が「交換」から「競争」へと置き換えられることだと指摘する¹⁴⁾。この転換が重大なのは、「交換」の前提と規範が等価性にあるのに対し、「競争」のそれは不平等にあるためである。新自由主義における民主主義は、不平等があらゆる領域で正当化、規範化され、優勝劣敗が社会原理、政治原理となる¹⁵⁾。そして、あらゆる領域が市場とされ、その根本原理が「競争」とされる結果、必然的に人々はあらゆる場所で市場の行為者とみなされる。すなわち、市場のすべての行為者は（所有者、労働者、消費者ではなく）小規模の人的資本であるとされ、互いに「交換」するのではなく「競争」しているとみなされ、自身の価値を企業化し、自身の競争地位を強化し、その価値を評価しようとするホモ・エコノミクスと規定される¹⁶⁾。

すべての者が人的資本とみなされることが深刻なのは、それによって労働がカテゴリーとして消滅し、その集合的な形態である階級もまた消滅

↘——憲法学からの直言』（日本評論社、2023年）92頁以下など。

12) Jedediah Purdy, *Neoliberalism Constitutionalism: Lochnerism for a New Economy*, 77 LAW & CONTEMP. PROBS. 195 (2014).

13) WENDY BROWN, UNDOING THE DEMOS: NEOLIBERALISM'S STEALTH REVOLUTION, Zone Books (2017). ウェンディ・ブラウン（中井亜佐子訳）『いかにして民主主義は失われていくのか——新自由主義の見えざる攻撃』（みすず書房、2017年）。

14) *Id.* at 36. ブラウン・前掲註 13) 32-33頁。

15) *Id.* at 64-65. 同66-67頁。

16) *Id.* at 33. 同36頁。

し、疎外、搾取、労働者間の連帯を分析する基盤が失われ、労働者の保護や社会保障の基盤を判読不能にするからである¹⁷⁾。さらに、人的資本としてのホモ・エコノミクスは、あらゆるものを市場として取扱い、市場的行為しか知らない存在であり、公共の目的や公共の問題を政治的なもの固有のやり方で考えることができない¹⁸⁾。あらゆる人間が人的資本としてのホモ・エコノミクスと捉えられる結果、市民はもはや公共財にかかわる民主主義的市民という存在ではなくなり、集合的な政治的主権を主張する人民、すなわちデモスという概念そのものも消滅する¹⁹⁾。

当然、国家そのもの——国家の行動、国家の目的、国家の正当性——も経済化される。国家は経済を保障し、発展させ、支援する。国家の目的は経済を促進することに設定され、国家の正当性は経済成長に結びつけられ、国家は経済に責任を負う。国家は市場ゆえに統治するのではなく、市場のために統治する²⁰⁾。政治権力の介入は、競争を生産し再生産すること、競争を促進するか復元することに限られる。正義、平和、あるいは環境の持続可能性といった価値は、経済的な目的を促進する限りにおいて追求されるにすぎないものとなる。近代の自由民主主義的国家が保障する包摂は競争へ、平等は不平等へ、自由は規制緩和された市場へと反転され、人民主権は失われる²¹⁾。

このような新自由主義がもたらす共通価値、公共財、人民の政治参加の劇的な縮小によって、増大する大企業の権力が自らの目的のために法律や政策をつくることを容易にし、政治的諸制度とその帰結がますます金融資本と企業資本によって支配され、民主主義が金権支配、すなわち金持ちによる金持ちのための支配——寡頭制——にとってかわられる²²⁾。新自由主

17) *Id.* at 38-39. 同36頁。

18) *Id.* at 39. 同37頁。

19) *Id.* at 39, 65. 同37、67-68頁。

20) *Id.* at 61-63. 同62-65頁。

21) *Id.* at 42. 同41頁。

22) *Id.* at 17. 同 9 頁。

義的理性は、民主主義の構成要素の明らかに政治的な特徴、意味、機能を経済的なものに転換させていく。ロバーツ・コートの「新ロックナー主義」の基盤には、以上のような規範的理性の命令としての新自由主義が紛れもなく存在している。

「新ロックナー主義」には、白人アイデンティティの政治を鼓舞する信教の自由の領域にも見られるが²³⁾、本稿では、富の不平等が民主主義もたらず影響に焦点を当てた検討を行うものであるため、その点は取り上げない。以下では、政治経済との関係でロバーツ・コートの「新ロックナー主義」が重要な役割を果たしている、選挙資金規制と労働組合の権利に関する領域の判例動向について確認する。

第２節 選挙資金規制への攻撃

選挙資金規制の領域については、多くの分析がなされている通り、ロバーツ・コートはさまざまな選挙資金規制を違憲無効にすることで、「保守的な——企業また富裕層に有利な——司法積極主義の傾向」²⁴⁾を強めるものとなっている²⁵⁾。選挙資金拠出を言論と同視して、開かれた言論の自由市場というレトリックを媒介に、選挙資金規制を抑制する姿勢は、1976年の *Buckley v. Valeo* 判決に遡る²⁶⁾。しかし、ロバーツ・コートの際立った特徴は、2006年以降、選挙支出に関する規制の解体をかつてない勢いで進めている点にある。個人・政治団体・政党が州の選挙で候補者に寄

23) Huq, *supra* note 3 at 1126-1130.

24) 市川正人「保守化の中のアメリカ合衆国最高裁——2013年開延期の判決から」立命館法学357・358号（2014年）27頁。

25) 村山健太郎「ロバーツ・コートと選挙運動資金規制（１）～（３・完）」ジュリスト1415号88頁、1417号149頁、1419号130頁、橋本基弘「政治資金規制と司法審査の役割：McCutcheon 判決を読む」比較法雑誌49号1巻（2015年）1頁、築山欣央「マッチング資金方式による選挙活動公費助成制度の合憲性」大沢秀介＝大林啓吾編『アメリカ憲法と民主政』（成文堂、2021年）291頁、福井康佐「寄付金の総額規制」大沢秀介＝大林啓吾編『アメリカ憲法と民主政』（成文堂、2021年）323頁など。

26) *Buckley v. Valeo*, 424 U. S. 1 (1976).

付できる金額の上限規制²⁷⁾、候補者間の選挙資金格差の平準化を図る公費助成²⁸⁾、法人による政治広告の独立支出に対する規制²⁹⁾、特定の候補者または委員会への寄付金の上限とすべての候補者または委員会に献金できる金額の総額規制³⁰⁾、候補者が選挙資金に借入金を用いた場合の選挙後に寄付金によって借入金を返済できる限度額の規制³¹⁾など、次々と無効判断を下している。

一連の選挙資金規制をめぐる判例の問題は、資本を「言論」と同視することで資本に「思想の自由市場」への参入資格を与え、かつ資本の論理で「思想の自由市場」を新自由主義的に市場化することによって、「思想の自由市場」における資本の自由なフローを貫徹するところにある。ここでは「思想の自由市場」が成立するための様々な前提が、完全に捨象されてしまっている。このような操作を可能にしているのは、「思想の自由市場」というメタファーそれ自体が、新自由主義的合理と極めて親和性が高いからである。

そして、大企業の資本と一般市民の言論に同じ地位が付与され、社会と経済のあらゆる構成員が政府の介入ないし検閲の潜在的な被害者と結びつけられることで³²⁾、「思想の自由市場」における階級の問題が曖昧化される。新自由主義的合理性においては、私的利益、縁故、取引のみが存在し、政治体、公共財、政治文化などというものは存在しない。したがって、経済市場で凝集された富が投入されることで生じる腐敗的・歪曲的な効果を防止することは、選挙資金規制を正当化する根拠にならない³³⁾。

27) *Randall v. Sorrell*, 548 U.S. 230, 236 (2006); *Thompson v. Hebbon*, 140 S. Ct. 348, 350 (2019) (per curiam).

28) *Davis v. Fed. Election Comm'n*, 554 U.S. 724, 729, 744 (2008); *Ariz. Free Enter. Club's Freedom Club PAC v. Bennett*, 564 U.S. 721, 753 (2011).

29) *Citizens United v. Fed. Election Comm'n*, 558 U.S. 310, 365, 367-370 (2010).

30) *McCutcheon v. Fed. Election Comm'n*, 572 U.S. 185, 204-206 (2014).

31) *Fed. Election Comm'n v. Cruz*, 142 S. Ct. 1638, 1645 (2022).

32) *BROWN*, *supra* note 13 at 161. ブラウン・前掲注 13) 183頁。

33) *Citizens United*, *supra* note 29, 558 U.S. at 349-361.

市場は、平等と熟慮ではなく競争地位獲得と消費者の選択肢が問題とされる場所であるから、政府は、政治的言論やその影響力に関する配分的判断をすることは許されない³⁴⁾。例えば、候補者間の選挙資金格差の是正を図る公費助成プログラムの合憲性について、最高裁は、選挙機会を平準化することは「いかなる勢力が選挙の結果に影響力を及ぼすことを認められるかを議会が判断し、実行するものであり、……議会が選挙法を用いて有権者の選択に影響を及ぼす危険なもの」として許されないとしている³⁵⁾。公費助成プログラムは、候補者の選挙支出を直接的に制約するものではなく、対立候補者の資金集めに一定の便宜を図るものにすぎない。それにもかかわらず、資金格差の是正措置は、資金力のある候補者の選挙運動の言論に重大な制約を課すものであって許されないという。

法人に自然人と同様の修正１条の保護を認め、法人による独立支出を規制することは許されないとした、有名な2010年 *Citizens United v. FEC* 判決においても、この点は顕著である。ケネディ法廷意見は、「政府が法によって特定の表現者のみを好意的に扱えば、政府は憲法上の誤りを犯すことになるであろう。……いかなる表現や表現者が考慮に値するかを自ら決定する権利と特権を、政府は公衆から奪い取ることはできない。」³⁶⁾と述べている。

これらのことから、最高裁は、選挙プロセスの健全さを確保し、腐敗を防止するための選挙資金規制を、あたかも党派的・官僚的な「政治的レントシーキング」かのように捉えていることがわかる³⁷⁾。すなわち、「武器化された修正１条」の狙いは、現在の政治家階級が後の選挙のルールを操作することによって、様々な候補者、政党、政策の中から将来の勝利者を選択しようとするという意味での、「政治的レントシーキング」あるいは

34) Purdy, *supra* note 3 at 2164.

35) *Davis v. FEC*, 554 U.S. 724, 742 (2008).

36) *Citizens United*, *supra* note 29, 558 U.S. at 340-341.

37) See Purdy, *supra* note 3 at 2164.

「党派的・官僚的エントレンチメント」を防ぐところにあるということが出来る³⁸⁾。

しかし、仮にそのような意味での「党派的・官僚的エントレンチメント」を回避できるとしても、選挙資金抛出の大幅な規制緩和は、富が政治に及ぼす影響力を構造的かつ社会的に定着させ、経済的権力と政治権力との結び付きを強めることになり、富裕層に有利な形で「階級的エントレンチメント」を生み出さざるをえない³⁹⁾。選挙資金は、少数の富裕層や大企業から支出されることが多く、資金抛出の増加は一般の有権者に対する議員の応答性を希薄にするだけでなく、共和党に有利に働き、かつ共和党内の右傾化を強める効果もある⁴⁰⁾。そして、新自由主義的な「思想の自由市場」論においては、階級構造の問題が曖昧にされるため、経済市場で凝集された富の力と政治権力との融合を憲法上の問題として認識することができなくなる。結果として、「武器化された修正 1 条」の法理は、民主主義の介入から経済的権力を「包囲」し、寡頭政治経済に拍車をかける機能を果たしている⁴¹⁾。

要するに、保守派にとっては、寡頭政治であるか民主政治であるか、あるいは市民が寡頭政治に対抗できる拮抗力の資源であるかどうかは問題ではない。重要なのは、競争を制限する官僚国家的な介入を退けるところにある。その意味で、「武器化された修正 1 条」の法理は、フリードリヒ・ハイエクの『隷従への道』を現代的憲法解釈に再生させるものに他ならない⁴²⁾。

38) *Id.* at 2162.

39) *See Purdy, supra* note 3 at 2172-2175.

40) *See Huq, supra* note 4 at 1137-1138; Nour Abdul-Razzak, Carlo Prato & Stephane Wolton, *After Citizens United: How Outside Spending Shapes American Democracy*, 67 ELECTOTAL STUD. 102190 (2020).

41) Jedediah Britton Purdy, David Singh Grewal, Amy Kapczynski & K. Sabeel Rahman, *Building a Law-and-Political-Economy Framework: Beyond the Twentieth-Century*, 129 Yale L. J. 1784, 1810-1811 (2020).

42) JOSEPH FISHKIN & WILLIAM E. FORBATH, THE ANTI-OLIGARCHY CONSTITUTION: ✂

第３節 労働組合の財政基盤への攻撃

同様のことは、労働組合に関する判例法理にもあてはまる。１つは、労働組合の財政基盤への攻撃、もう１つは、労働組合の組織的活動への攻撃である。

アメリカの労働組合は、1935年の労働関係法（NLRA）以来、排他的代表制と公正代表義務を負うという特徴をもっている。ただ、1947年のいわゆるタフト・ハートレイ法によってクローズド・ショップ制が否定された結果、労働組合は非組合員のフリーライドを防止するため、使用者との間でエージェンシー・ショップ協定の締結を進めてきた⁴³⁾。

1977年の *Abood v. Board of Education* 判決⁴⁴⁾は、公務員部門におけるエージェンシー・ショップ制度を合憲とした重要な判決である。最高裁は、団体交渉、契約管理、不服申立など、公正代表義務が要請される活動については非組合員に対しても費用を徴収できるが、労働組合による政治的活動のために費用徴収することはできないとする区分論を採用した。*Abood* 判決の法理は、労働組合の私的交渉機能を政治的機能から区別しようとするものであり、その後のエージェンシー・ショップ制度はこの区分論に従って運用されていくことになる。

もともと *Abood* 判決の区別論は、1961年の *International Association of Machinists v. Street* 判決が民間部門におけるエージェンシー・ショップ協定の適法性に関する判断で打ち出されたものであった⁴⁵⁾。しかし、労働者の権利を法的に保護したニューディール政策は、立憲民主主義と産業的な専制主義が共存不可能であるという前提から、産業労働者を大企業の権力に対する抑制としてアメリカの政体に組み込むことを目指すものであった。したがって労働組合の活動には、経済的な意義と同時に政治的な

↘RETHINKINGTHE FOUNDATIONS OF AMERICAN DEMOCRACY at 434 (2022).

43) 中窪裕也『アメリカ労働法〔第2版〕』（弘文堂、2010年）38頁以下。

44) 431 U.S. 209 (1977).

45) 367 U.S. 740 (1961).

意義が備わっていることを前提に、これを保護することが労働関係法の中核にあり、ニューディールをニューディールたらしめた所以であった。そのような観点からすれば、政治的活動と労働条件に関わる活動との区分論は、労働組合の存在意義を著しく矮小化するものに他ならない。かつて合衆国最高裁は、ピケティング禁止法の合憲性審査の文脈で、労働組合による労働争議の事実に関する情報の発信は憲法が保障する自由な議論の範囲内とみなさなければならないとしていた⁴⁶⁾。この点、Abood 判決は、労働組合の活動を公共的でも政治的でもなく、本質的に私的で経済的なものと明確に位置付けたのである。

2012年以降、合衆国最高裁は一連の判決において、エージェンシー・ショップ制度それ自体を否定する姿勢を見せるようになる⁴⁷⁾。そして、保守派による「6年間の聖戦 (6-year crusade)」を経て⁴⁸⁾、ついに2018年 Janus v. AFSCME 判決において、Abood 判決が覆された。公務労使関係については、公正代表義務の遂行に必要な費用であっても、団体交渉における労働組合の言論は公的関心事 (public concern) にあたるため、労働組合が非組合員から同意なく交渉代理費用を徴収することは、非組合員の言論の自由を侵害するものであり、修正 1 条に違反するとアリトー法廷意見は述べた⁴⁹⁾。

かつて1935年労働関係法の立案に関わったフィリックス・フラン克福ァーター裁判官は、1961年 Street 判決において、労働組合の経済的機能と政治的機能とを区別する枠組みそれ自体を否定する反対意見を執筆し

46) Thornhill v. Alabama, 310 U.S. 88 (1940).

47) 大河内美紀「Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees, Council 31, 138 S. Ct. 2448 (2018) 判決 (2018年6月27日)」小竹聡＝塚田哲之編『アメリカ憲法判例の展開——2015-2018』(日本評論社、2023年) 268-272頁、岡田順太「エージェンシー・ショップと結社の自由——Friedrichs 判決を契機として」法学研究91巻1号(2018年) 311頁以下。

48) Janus v. AFSCME, 138 S. Ct. 2448, 2500 (2018) (Kagan, j., dissenting).

49) *Id.* at 2486.

ていた。フランクファーターは、「経済的関心事と政治的関心事が切り離せるという考え方は、ヴィクトリア朝以前のものである。合衆国大統領や議会の委員会は、賃金、労働時間、雇用条件に直ちに關係しない問題について、労働者の意見を求めている。政治的保護が経済的利益と無關係であり、経済的利益から隔離されているというのは、人生において真実ではない。」⁵⁰⁾と述べ、労働組合が、資本主義的民主主義において果たすべき正当かつ重要な役割を明確に認めていた。

アリトーと同様に、労働組合の活動が政治的性質を帯びざるをえないという理解を共有しながら、フランクファーターは、「組合が政治的・立法的目的のために資金を支出することはできないとすることは、組合活動の長い歴史と、政治生活におけるその広範な受容を完全に無視することになる。」⁵¹⁾として、まったく逆の結論へ進んでいる。アリトーは、労働組合の存在意義を全く考慮することなく、本件を非組合員の個人的な消極的権利に対する侵害の問題としてしか把握しない。資本主義経済において階級構造が不可避免的に生じるという現実、したがって労働組合が市民的平等を達成する上で不可欠な、富の集中に対する重要な拮抗力であるという意義を、アリトーは考慮しない。ここにも、階級の問題を不可視にする新自由主義の基本的発想が見て取れる⁵²⁾。

使用者に労働者の多数が選ぶ組合との交渉に応じることを義務付け一

50) *Street, supra* note 45, 367 U.S. at 814-815 (Frankfurter, J., dissenting).

51) *Id.* at 812-813.

52) 1935年労働関係法の合憲性を認めた合衆国最高裁は、労働者の団結権や団体交渉権を「基本的権利」(fundamental right)であることを承認していた(National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp., 301 U.S. 1 (1937))。しかし、労働者の団結権や団体交渉権に対する最高裁の理解は「市民法上の権利と同一線上のものであり、労使のバランスの基礎の上に立つものである。そこには、市民法上の権利プラス生存権的性質を持つという考え方は、見出せない」という限界を指摘するものがある。そして、この限界ゆえに、アメリカ労働組合が強力になり巨大資本にも優るかのごとき様相を示すと、別の「バランス」論が生まれるとされる。松岡三郎「アメリカ憲法とワグナー法——憲法と団結保障立法の研究の一つの覚書のために——」法律論争31巻6号(1958年)57頁、88-89頁。

方で、労働組合に労働組合に加入しない者も含めた、すべての労働者の利益を代表することを義務付けるという、労働関係法が慎重に構築した制度は、すでに Street 判決および Abood 判決において重要な部分が損なわれていたが、Janus 判決において決定的に掘り崩されるに到った。Janus 判決は、20以上の州で締結されているエージェンシー・ショップ協定を無効にするものであり、膨大な数に上る非組合員のフリーライドにお墨付きを与え、公共部門の労働組合の財政基盤に深刻な影響をもたらすものである⁵³⁾。また、AFSCME (アメリカ州群地方自治体職員連合) のような公共部門における労働組合は、現在の民主党の主要な支持基盤である。Janus 判決を受けて、当時のトランプ大統領が「民主党の金庫の大きな敗北だ！」と述べていたということからも分かるように、Janus 判決は、労働組合を中心とした民主党に資金援助する集団を弱体化させることを目的とする、広範な保守派運動の一部であった⁵⁴⁾。

第 4 節 労働組合の組織的活動への攻撃

Janus 判決と同じ年には、使用者は労働者に集団訴訟の使用を禁止することができるとした、Epic Systems Corp. v. Lewis 判決が下されている⁵⁵⁾。集団訴訟においては、使用者は、団結した労働者と戦わなければならない、また証拠開示手続に応じる負担があり、何より敗訴した場合の影響力が甚大となる。そのため、使用者は雇用契約において、労働者に一切の労使間の紛争について集団訴訟を使用することを禁止し、個人単位で争う個別仲裁手続を用いることを求める。Epic Systems 判決では、このような強制仲裁条項が、労働者の権利を保護する労働関係法 7 条に反するのではない

53) また労働組合に対して、過去の費用を取り戻し、排他的代表としての地位をも争う訴訟攻撃の波も引き起こしている。藤木貴史「公務員組合によるエージェンシー・ショップ制度の違憲性：Janus v. AFSCME, council 31, 585 U.S. ___, 138 S. Ct. 2488 (2018)」労働法律旬報1940号 (旬報社、2019年) 23-30頁。

54) See FISHKIN & FORBATH, *supra* note 42, at 444.

55) 138 S. Ct. 1612 (2018).

かが問題となった。

合衆国最高裁は、労働関係法 7 条は、職場において労働組合を組織し、組織的活動をする権利を保障する趣旨であって、労使間の紛争について集団訴訟を利用する権利を含むものではなく、強制仲裁条項は労働関係法に違反しないと判示した⁵⁶⁾。この Epic Systems 判決によって、労働者は集団代表訴訟を通じて団結して活動する能力を奪われることになった⁵⁷⁾。

これと同じ文脈に位置付けられるのが、労働組合の組織活動の基盤を否定した2021年 Cedar Point Nursery v. Hassid 判決⁵⁸⁾である。カリフォルニア州では、州農業労働関係法が、農業従業員に団結権（right to self-organization）を与え、使用者がその権利を妨害することを不当労働行為としている。州の規則には、団結権には「組合組織者が、従業員との面会や対話、支持の勧誘を目的として、農業雇用主の敷地内に立ち入る権利」が含まれると規定されており、この規則に基づき、農業使用者は、年間120日、1日3時間まで組合組織者の敷地内への立ち入りを許可しなければならないとされていた⁵⁹⁾。

最高裁は、農業使用者の敷地への立ち入りを認める州規制は、それ自体が物理的収用にあたり、州は農業使用者に正当な補償を要するとした⁶⁰⁾。他の多くの政府規制が何らかの財産権規制を伴うにもかかわらず正当な補償を要する収用と認定されないのは、それらが財産権に対する長らく認め

56) See *id.* 1619. 会沢恒「連邦仲裁法をめぐる合衆国最高裁の判例動向：仲裁の〈消費者化〉と縮小する民事司法」法と政治70巻1号（2019年）150-156頁も参照。強制仲裁条項を禁止する法案（the Forced Arbitration Injustice Repeal Act）は、2019年以降毎年議会に提出されているが、未だに成立に至っていない。ただし、セクシャル・ハラスメント、性的暴行に関する紛争については、2022年に成立した新法により、強制仲裁条項は無効とされている（Ending Forced Arbitration of Sexual Assault and Sexual Harassment Act of 2021）。

57) See Huq, *supra* note 4, at 1148.

58) Cedar Point Nursery v. Hassid, 141 S. Ct. 2063 (2021).

59) Cal. Code Regs. tit. 8 § 20900.

60) See *id.* at 2072-2074.

られてきた背景的制約 (longstanding background restrictions) と整合しているためだという。そして、捜査機関による逮捕や捜索などとは異なり、いかなる財産法の伝統的な背景の原理も、生産者に組合組織員を敷地内に立ち入らせることを要求していない、と判示した⁶¹⁾。

「長らく認められてきた背景的制約」という概念によって、州や連邦政府のその他の膨大な財産規制に本判決の影響が及ぶことを回避されているが、その意味するところは判然としない。労働者を保護する規制がニューディール以来の歴史的由来を備えたものであるという事実は、判決では何ら考慮されていない。また、州がショッピングモールに対して政治的言論のために場所を開放することを要請できるとした先例⁶²⁾とも区別し、ショッピングモールのような公衆に開かれた場所と、本件のような公衆に閉ざされた私有財産とは事情が異なる、とも述べている⁶³⁾。しかし、開かれた場所であるかどうかの区別が実践的に機能するのか、そもそもそのような区別が立入り規制の合憲性判断に影響する理由も明らかではない⁶⁴⁾。

むしろ、その曖昧さゆえに、Cedar 判決から読み取ることができるのは、使用者の敷地は、使用者のために働くことを厭わない一般市民には開放されているが、労働組合に対してはそうではない、ということではない⁶⁵⁾。これは、私有財産上における平等主義的な言論は、他の財産規制には適用されない独特の憲法上の制限に服するという、「労働者例外主義」である⁶⁶⁾。「長らく認められてきた背景的制約」という概念によって、労働者の団結権が法的に保護される以前の時代に遡り、かつてのロックナー

61) See *id.* at 2078-2080. 宮原均「規制的テイキングに関する合衆国最高裁の判例法理」中村民雄編『多様化するアメリカと合衆国最高裁判所』(成文堂、2023年) 160-162頁も参照。

62) *Prune Yard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980).

63) See *Cedar*, *supra* note 58, 141 S. Ct. at 2076-2077.

64) *Huq*, *supra* note 4, at 1141-1142.

65) *Ibid.*

66) *Huq*, *supra* note 4, at 1148.

主義的なコモンローのベースラインが憲法解釈に取り込まれている⁶⁷⁾。

かくして、Cedar 判決は、不動産を所有する使用者に、労働組合の活動——平等主義的な言論活動——を否定する憲法上の権利を付与することで、修正 5 条を武器化した。本件では、財産権と労働組合の団結権との対立が問題となっているにもかかわらず、Janus 判決と同様に団結権の存在は対抗利益として何ら重みを与えられていない。Cedar 判決は、富裕層の政治的影響力を阻害しかねない労働組合に対する明確な敵意を示すものとして、ロバーツ・コートの「新ロックナー主義」の流れに適切に位置付けられるものといえる。

第 5 節 「新ロックナー主義」への対抗に向けて

資本主義的民主主義体制においては、市場的公平性と社会的公平性という異なる原理を調整することが政府に求められる⁶⁸⁾。市場競争が富や所得を配分するという市場的公平性は、常に富や所得の不平等をもたらし、階級的階層を生み出す。他方、社会的公平性は、経済的実績や活動能力とは無関係に、生活維持のための最低基準についての要求を求める。

階級的階層化は、経済的権力に政治的影響力を行使する能力を付与する傾向にあるから、市場的公平性が社会的公平性に優位するのが、資本主義的民主主義における持続的な傾向である。したがって、社会的公平性を持続させるために、経済的権力と政治権力との融合を法的に整序し、平等なシティズンシップ、共通善、自己統治といった対抗原理を維持することが、資本主義的民主主義の持続にとって不可欠となる。しかし、ロバーツ・コートの新自由主義的な憲法解釈は、一貫して市場的公平性を擁護し、一部の富裕層による政治的支配をさらに助長させ、社会的公平性の基盤を掘り崩している。その点においてロバーツ・コートは、まさに現代的

67) FISHKIN & FORBATH, *supra* note 42, at 449.

68) See Purdy, *supra* note 3, at 2170-2172. ヴォルフガング・シュトレーク（鈴木直訳）『時間稼ぎの資本主義——いつまで危機を先送りできるか』（みすず書房、2016年）96-103頁。

な「反多数派の困難」なのである。

合衆国最高裁が新自由主義的な憲法観へ向かった転換点は、やはり戦後アメリカの経済繁栄が終焉し、ケインズ経済学の有効性に厳しい批判が向けられ始めた1970年代の初頭である。ミルトン・フリードマンのマネタリズムや、ジェイムズ・ブキャナンの公共選択論が、現実の経済政策に大きな影響力を持つようになり、経済政策の問題は、政治的討議の領域から経済学に関する技術的な専門家集団の領域へと委ねられるようになっていく時代である。

この流れの中で、法学の領域においても19世紀型の古典的自由主義の主張が復活する。その一つの象徴が、ルイス・パウエルの合衆国最高裁裁判官への就任である。パウエルは、1972年に最高裁に就任する直前、全米商工会議所あてに「企業システムに対する脅威は、個人の自由に対する脅威でもある。」と主張する有名な書簡を送っている⁶⁹⁾。パウエルは「自由企業に対する唯一の選択肢は、個人の自由に対する官僚的規制の程度の差であり、それは穏健な社会主義から、左翼や右翼の独裁者による鉄の踵のようなものまで様々である。概念としての自由は不可分である。社会主義国家や全体主義国家の経験が示すように、経済的自由の縮小と否定は、必然的に他の大切な権利に対する政府の制限につながる」として、ハイエクの『隷従への道』に完全に依拠することを宣言していた⁷⁰⁾。

1976年には、選挙資金規制に関するリーディングケースである *Buckley v. Valeo* 判決が下されている。そこでは資金の支出を「言論」と同視し、「他者の関連する声を強化するために社会のある部分の言論を制約してもよいという発想は、修正 1 条とはまったく異質なものである」⁷¹⁾として、独立支出に対する規制がはじめて違憲無効とされた。民主主義の過程に富

69) Memorandum from Lewis F. Powell, Jr., to Eugene B. Sydnor, Jr., Chairman, Educ. Comm., U.S. Chamber of Commerce 30, 32 (Aug. 23, 1971) (on file with the Columbia Law Review).

70) *Id.* at 32-33.

71) *Buckley*, *supra* note 26 424 U.S. 1, 48-49 (1976) (per curiam).

の力が及ぼす影響を軽視し、言論空間における配分の問題を政治的討議から除外するこの立場には、国家を利益集団の競争の場としてモデル化し、選挙資金規制をレントシーキングとみて、配分の問題を市場に委ねるべきであるとする公共選択論の影響が明らかに見て取れる。

周知のとおり、現在の、司法を含めたアメリカ全体を支配する新自由主義的イデオロギーは、明確な意図をもって長年にわたって継続されてきた「保守派法運動」の成果である⁷²⁾。ニューディール政策に対する司法審査から合衆国最高裁が事実上撤退した「ニューディール決着」（the New Deal Settlement）以後も、保守派は決して「決着」を受け入れていたわけではなく、リベラル派とは対照的に裁判所外における運動を継続させていた⁷³⁾。1970年代初頭から保守派の富裕層はヘリテージ財団やケイトー研究所といった、イデオロギーを明確に打ち出した対抗組織の創設に着手し、主流派法学にも新自由主義的な政治経済の理念を普及させるべくエリートロースクールに対する資金援助を積極的に行うようになる⁷⁴⁾。保守層が行った最も重要な投資が、現在の司法全体の保守化を支えるフェデラリスト・ソサエティに対するものであったことは言うまでもない⁷⁵⁾。

現在の合衆国最高裁の保守的な傾向が長年にわたる「保守派法運動」を基盤に構成されたものである以上、保守派裁判官による憲法解釈に対する批判的分析としては、従来の判例法理に照らした解釈論的検討だけではもはや限界がある。保守派の憲法解釈の基盤にある憲法観それ自体に対する批判検討を加えなければ、問題の核心に迫ることはできない。その好例が前述の選挙資金規制や労働組合に関する判決であるが、2012年の医療保険改革制度（オバマケア）の合憲性をめぐる *NFIB v. Sebelius* 判

72) STEVEN M. TELES, *THE RISE OF THE CONSERVATIVE LEGAL MOVEMENT: THE BATTLE FOR CONTROL OF THE LAW* 90-134 (2008).

73) Joseph Fishkin & David Pozen, *Asymmetric Constitutional Hardball*, 118 COLUM. L. REV. 915 (2018).

74) *Id.* at 952-956.

75) FISHKIN & FORBATH, *supra* note 42 at 416.

決⁷⁶⁾もその一つである。

オバマケアは、医療保険の強制加入ではなく、① 無保険者に対して民間医療保険に加入するようペナルティを課すことで保険加入を促し（加入強制の義務付け）、また、② 各州が運営するメディケイド（公的医療保険）の対象を、高齢者と障害者から、広く連邦貧困水準133%以上の範囲の低所得者へ拡大することを連邦補助金を通じて実現しようとする、極めて穏当な制度であった。ところが、ロバーツを含めた当時の保守派5名の裁判官は、①の加入強制の義務付けについては、民間医療保険に加入しないという「不作為」をペナルティによって規制することは、「行為」を強制するものであって許されないとする「行為／不作為」峻別論を、先例から「読み取る」形で展開した⁷⁷⁾。他方、②のメディケイド拡大については、既存の連邦補助金と引き換えに連邦政策の受け入れを州に迫ることは、頭部に銃を突きつけることに等しい強制であるとして、オバマケアの重要な柱であったメディケイド拡大を骨抜きにした⁷⁸⁾。

いずれも連邦制度に関わる憲法規定の解釈論としては従来の判例法理から大きく逸脱しているが、その点をいくら指摘しても問題の本質には届かない。むしろ、その背後にある憲法観それ自体に焦点を当てた分析が必要となる。①について言えば、保守派裁判官5名は、「行為を強制されない自由」を「行為／不作為」峻別論という形で州際通商条項の解釈に取り込むことで、ロックナー主義的な経済的実体的デュープロセス論の復活を裏口から認め、州際通商規制権限を抑制する、より強度の「自由」を再生した⁷⁹⁾。この解釈論を形成している新自由主義的な憲法観を批判的に検討す

76) National Federation of Independent Business v. Sebelius, 567 U.S. 519 (2012).

77) 拙稿「医療保険改革法とアメリカ憲法（2・完）」立命館法学359号（2015年）1頁、79-96頁。

78) 秋葉文志「医療保険改革法と合衆国憲法における連邦政府の権限——National Federation of Independent Business v. Sebelius, 132 S. Ct. 2566 (2012)——」比較法学46巻3号（2013年）328頁以下も参照。

79) 拙稿・前掲注77) 107-109頁。

ることは、判決に対する内在的分析としても不可欠と思われる。

このような問題意識から、以下、ロバーツ・コートの新自由主法解釈の克服に向けて、経済格差がもたらす民主主義の危機的状况に対応すべく、立憲的政治経済学の「復興」を提唱するジョセフ・フィシュキンとウィリアム・フォーバスの議論を取り上げ、その可能性と限界について検討する。

第２章 「立憲的政治経済学」の復興

第１節 「立憲的政治経済学」と「機会の民主主義の伝統」

ジョセフ・フィシュキンとウィリアム・フォーバス（以下、「F&F」という。）は、「寡頭制に抗する憲法」（anti-oligarchy constitution）を掲げ、アメリカ民主主義の経済的基盤を再構築すべきという主張を精力的に行っている⁸⁰⁾。彼らは、現在の危機を理解するには「政治経済学」（political economy）という概念が不可欠であるということを強調する⁸¹⁾。彼らのいう「政治経済」は、現在のように経済学が専門学問分野として確立する以前の、経済と政治を不可分のものと理解されていた時代の「ポリティカル・エコノミー」に近い概念が念頭に置かれている。アダム・スミス、ジョン・スティアート・ミル、カール・マルクスといった「政治経済学者」は、政治的決定が市場や財産関係を形成し、それによって富と権力の配分が構成され、経済的諸関係と経済的権力が政治を形成する、ということを理解していた。政治に関わる者は、政治経済のレンズを通して憲法を論議し、憲法のレンズを通じて政治経済を論議していた⁸²⁾。ところが、20世紀に政治経済学が近代的な経済学に取って代われ、経済学は、効率性や利潤の最大化を中心とする科学的、技術的なアプローチを採用し、その

80) Joseph Fishkin & William E. Forbath, *Reclaiming Constitutional Political Economy: An Introduction to the Symposium on the Constitution and Economic Inequality*, 94 TEX. L. REV. 1287 (2016).

81) See FISHKIN & FORBATH, *supra* note 42 at 1.

82) *Id.* at 2-3.

射程を限定するようになり、富や権力の再配分、民主主義の問題は脇に追いやられるようになった⁸³⁾。

現在のリベラル派や革新派に必要なのは、かつての政治経済学のように、国家の社会経済と政府の秩序との間の相互依存関係、すなわち政治的決定が経済的諸関係を構成し、経済的諸関係が政治を形成するという関係性に焦点を当て、経済の問題を憲法問題として位置付ける視座を取り戻すことである。この視座を踏まえて、憲法がいかなる国家共同体——社会的、政治的、経済的秩序を保障することを想定しているのかを問題にする。これがF&Fのいう「立憲的政治経済学 (constitutional political economy)」と呼ぶものである⁸⁴⁾。

F&Fが、立憲的政治経済学の内実として提唱するのが、「機会の民主主義の伝統」(the democracy-of-opportunity tradition)という規範概念である。F&Fの「機会の民主主義」というフレーズは、フランクリン・D・ルーズヴェルトが1936年1月27日の大統領再任受諾演説において、「経済的王党派」を追放し、経済的領域そして政治的領域においてすべてのアメリカ人のための「機会の民主主義」を構築することが憲法上求められている⁸⁵⁾と述べたところに由来する⁸⁶⁾。しかし、「機会の民主主義の伝統」は、アメリカ合衆国が共和主義の政体として建国されたことから導かれる、寡頭制と不平等の諸問題に直接的に取り組むアメリカ的伝統とされる。F&Fによれば、「機会の民主主義の伝統」は共和主義政体として不可欠の3つの憲法原理を内容とする。第1に寡頭制を抑制すること、第2にすべて

83) *Ibid.*; see also Purdy, Grewal, Kapczynski & Rahman, *supra* note 41 at 1794.

84) See FISHKIN & FORBATH, *supra* note 42 at 1-8. かつての政治経済学の主張を省みるべきであるという限りで、F&Fの「立憲的政治経済学」は、ジェイムズ・ブキャナの「立憲的政治経済学」と共通している。See FISHKIN & FORBATH, *supra* note 42 at 564-565 n.44.

85) Franklin D. Roosevelt, Acceptance of the Renomination for the Presidency, 5 PUB PAPERS 230, at 232-234 (June 27, 1936).

86) See FISHKIN & FORBATH, *supra* note 42 at 3.

の者に十分に広く開かれた強固な中流階級を維持する政治経済を構築すること、第３に人種や性別を超えた包摂を実現すること、である⁸⁷⁾。

第１に、寡頭制の抑制が要請されるのは、経済的・政治的権力の集中は相互に強化される傾向を持つため、これが極端に進めば、憲法の民主的基盤が脅かされるからである⁸⁸⁾。建国の父ジェイムズ・マディソンは、共和主義者として、所有の極端な不平等が政体を腐敗へ導くことを踏まえて、「党派の悪」と闘う重要性を強調していた。党派の形成を阻止するために、例えば、「少数の者が節度のない、特に不相応の富の蓄積によって、所有の不平等を増大させてしまうような不必要な機会を制すること」、「所有権を侵害することなく、極端な富を減らして普通の状態に向かうように、また極端な貧窮を改善して安楽な状態に向かうように、法の傑出した運営を行うこと」が提唱されていた⁸⁹⁾。共和主義の政体を維持するため、政府には、独占禁止や政治資金の規制、労働組合の保護など、寡頭政治を防止する様々な対策をとることが求められる。

これと表裏の関係として、第２に、共和主義政体では中流階級への道、中流階級の生活水準への道が十分に開かれていなければならない。分厚い中流階級が存在が、共和主義政体の社会的、経済的基盤だからである。ここでいう「中流階級」とは、特定の水準によって定義されるものというより、各人が価値のある生活を実現するために必要な手段や機会を備えた、物質的な快適さ、安全についてのアメリカ的水準として言及される社会的なベースラインが想定されている⁹⁰⁾。

87) *Ibid.*

88) See FISHKIN & FORBATH, *supra* note 42 at 8-9.

89) 井上彰「共和主義とリベラルな平等——ロールズ正義論にみる共和主義的契機」佐伯啓思＝松原隆一郎編『共和主義のルネサンス——現代思想の変貌』（NTT 出版、2007年）。

90) 寡頭政治の抑制と中流階級が具体的に要請するものは、時代や経済構造の変化に応じて当然様々に変化する。例えば、農業的な経済システムと、工業化あるいはポスト工業化したそれとでは、中流階級の確保に向けた必要な手段は大きく異なる。また、問題とする体制が、封建的なプランテーションであるのと、産業資本家による金権政治とでは、寡頭政治の抑制のために取るべき手段も全く異なるものになる。再配分の政策についても、現

第3の包摂の原理は、再建期の憲法修正によって「機会の民主主義の伝統」の一部となったもので、その中核的な意義は、国家が提供するあらゆる機会から排除されてきた人々を平等な条件で包摂すること、とされる⁹¹⁾。国家は、教育、雇用、職業、住宅、公共施設、投票や政治といった、生活に関わるあらゆる機会をすべての者に拡大しなければならない。また、形式的な機会の平等だけではなく、実質的平等の実現に向けて、経済、教育、政治のシステムを再構築する裁判所や立法者の取り組みの規範的根拠にもなる⁹²⁾。

包摂の原理は、本来的に「機会の民主主義の伝統」の第1と第2の原理と不可分のものであるが、現代においては、人種的平等、性別の平等、差別禁止法、最近では LGBTQ をめぐる平等問題について、包摂の原理が独立した形で扱われる傾向にある⁹³⁾。もっとも、包摂の原理を欠いた政治経済の構築は、階級と属性との関連性を考察対象の外に置くこととなり、白人男性優位の経済構造を強化する恐れがある⁹⁴⁾。「機会の民主主義の伝統」の3つの原理は不可分の関係に立ち、いずれが欠けても共和主義政体として存続することはできないと考えるべきものであり、合衆国憲法は、アメリカの政治経済がこれら3つの原理に即した形で構築されることを要請している⁹⁵⁾。

以上が、F&Fの提唱する立憲的政治経済の内実である。

第2節 政治部門による「憲法構築」(constitutional construction)

「機会の民主主義の伝統」は、憲法上の規範として政治部門と裁判所を

↘ 代的な所得税や労働法、社会保険制度が提唱され始めたのは19世紀後半になってからのことである。See FISHKIN & FORBATH, *supra* note 42 at 9-10.

91) *Id.* at 10.

92) *Id.* at 10-11.

93) *Id.* at 11-12.

94) *See id.* at 10.

95) *See id.* at 3.

含めたあらゆる国家機関を拘束するが、その起点・中心は議会に求められる⁹⁶⁾。まずもって議会において「機会の民主主義の伝統」を実現する立法がなされることが要請され、裁判所は議会の判断を尊重する二次的な役割を担うにとどまる⁹⁷⁾。議会は、「機会の民主主義の伝統」の実現に向けた立法権を憲法から付与されているが、これはその権限行使が憲法上許容されているというだけではなく、要請されているということを意味する⁹⁸⁾。つまり、F&Fの「機会の民主主義の伝統」は、憲法の授權規範としての側面を強調し、立法を通じて平等主義的な社会を実現することを政治部門の積極的責務と位置付ける、積極国家論、福祉国家論と捉えることができる。

このような思考枠組みは福祉国家条項を備えた立憲体制の下では、特段新奇なものではない。しかし、アメリカ合衆国憲法には福祉国家条項は備わっておらず、アメリカにおける主流の憲法観は、憲法とは本質的に政府に対する制限規範であり、かつ、ほとんど排他的に裁判所によって執行されるもの、言い換えれば、憲法上の主張は裁判所において執行可能なものに限られるというものである⁹⁹⁾。後述するように、F&Fによれば、このような発想は「偉大なる時代」にリベラル派に浸透したものであり、この発想に基づいて、現在は憲法上の主張が、政治における討議を停止させ、政治の境界を抑制し、確定する機能を果たすことになっている¹⁰⁰⁾。

F&Fは、この憲法観を転換させる必要性を強調する。「機会の民主主義の伝統」によれば、憲法上の議論は民主政治に対する外的制約としてではなく、民主的な立憲政治の実体をなすものである¹⁰¹⁾。政治部門は、憲法をめぐる対立や熟議が展開される決定的なフォーラムとして位置付けら

96) *See id.* at 3-4.

97) *See id.* at 29.

98) *See id.* at 6-7.

99) *See id.* at 3.

100) *See id.* at 3-4.

101) *See id.* at 4.

れ、憲法上の主張は、政治的討議を停止するどころか、憲法と経済的・政治的生活との関係をめぐる大きな国家的な討議に不可欠なものである¹⁰²⁾。

したがって、F&Fが提唱する、「機会の民主主義の伝統」に基づくアメリカ民主主義の経済的基盤の再形成とは、端的に言って、議会による福祉国家的な立法政策を推進していくということに他ならない。これは、キャス・R・サンスティンが言うところの「構成的コミットメント」(constitutive commitments)と共通する側面を有している¹⁰³⁾。サンスティンは、憲法上の権利を、① 憲法上明文規定を有する権利、② 憲法上明文規定はないが憲法解釈によって導かれる権利、③ まったく憲法上の地位がない権利だが構成的コミットメントである権利に分類する。構成的コミットメントである権利は、公式の憲法の一部でもなく、裁判所による執行も想定されていないが、社会の基本的な価値の創設や構成に資するものであるため、立法による具体化とその継続が原則として期待されている¹⁰⁴⁾。サンスティンによれば、福祉政策は合衆国憲法における構成的コミットメントを具体化するものであり、広い意味での憲法問題として位置付けられており、フランクリン・D・ルーズヴェルト大統領が「第二の権利章典」として掲げた、アメリカ市民に保障されるべき様々な福祉に関する権利も、構成的コミットメントとされる¹⁰⁵⁾。

しかし、F&Fは、この区別は「機会の民主主義の伝統」にとっては時代錯誤な憲法観だという¹⁰⁶⁾。サンスティンの「構成的コミットメント」は公式の憲法の一部として認められないのに対して、F&Fの「機会の民主主義の伝統」は憲法上の原理と位置付けられ、政治部門はそれを具体化することが憲法上要請されていると考えられるからである。憲法が何を要

102) *Ibid.*

103) See CASS R. SUNSTEIN, THE SECOND BILL OF RIGHTS: FDR'S UNFINISHED REVOLUTION AND WHY WE NEED IT MORE THAN EVER 61-62 (2004).

104) 葛西まゆこ『生存権の規範的意義』(成文堂、2011年) 85-87頁。

105) 同上86頁。

106) FISHKIN & FORBATH, *supra* note 42 at 8.

請するかをめぐる議論には、憲法典や憲法の諸原理に関する解釈論的議論と、政治経済に関する構造的な議論の２つがある。「機会の民主主義の伝統」は主に後者の議論に焦点を当てるものであるが、解釈的議論と構造的議論はいずれも深い相互関係にあるため、構造的議論を国家のコミットメントにとどまるものとするのは適切ではない、というわけである¹⁰⁷⁾。

あるいは、「機会の民主主義の伝統」の議論が政策的な性格を有することから、これを「小文字の憲法」（“capital c”）に関するものと位置付け、憲法典、憲法原理、憲法判例といった裁判所によって実現可能な「大文字の憲法」（“capital C”）の議論と区別する見解もある¹⁰⁸⁾。しかし、F&Fは、上記に見たのと同じ理由で、このような区別もまた時代錯誤的であると退ける¹⁰⁹⁾。建国期からニューディールに至るまで、政治経済の構造をめぐる議論は様々な形で戦わされたが、あらゆる陣営が一致していたのは、憲法をめぐる議論には、憲法がいかなる政治経済を要請するかという構造的議論が存在する、ということであった¹¹⁰⁾。経済と政治は相互に不可分であり、また憲法秩序からも不可分であるという前提から、共和主義に基づく憲法構想を実効あらしめるために必要となる法律や制度を具体化することは、政治部門が憲法上の責務として遂行する「憲法構築」（constitutional construction）なのである¹¹¹⁾。

第３節 「偉大なる忘却」

F&Fは、「機会の民主主義」がアメリカの「伝統」である（あった）こ

107) *Ibid.*

108) K. Sabeel Rahman, *Domination, Democracy, and Constitutional Political Economy in the New Gilded Age: Toward a Fourth Wave of Legal Realism?*, 94 TEX. L. REV. 1329, 1353-1355 (2016).

109) FISHKIN & FORBATH, *supra* note 42 at 8.

110) *Ibid.*

111) Joseph Fishkin & William Forbath, *The Democracy of Opportunity and Constitutional Politics: Response*, 94 TEX. L. REV. 1469, 1470-1472 (2016).

とを示すために、『寡頭制に抗する憲法』の著書において、建国期からニューディールにいたるまでの長い歴史的叙述を行っている¹¹²⁾。もちろんそれは、「機会の民主主義の伝統」がアメリカ史を通じて常に実現されてきたと主張しているわけではない。合衆国憲法それ自体が奴隷制という矛盾を含んでいたし、建国初期の政権は、初代大統領から第5代大統領までのうち第2代大統領のアダムズを除く4名が奴隷制大プランテーションの経営者という「ヴァージニア王朝」であった。包摂の原理が憲法規範の地位を獲得するのは、南北戦争後の再建修正を待たなければならず、それが人権問題として社会的に主題化されるには、さらに1960年代以降の公民権運動を必要とした。労働者の権利や社会的弱者の生存の保護を連邦政府の責務として明確に位置付ける動きも、やはりニューディール以前には見られないことであった。

それでもF&Fが歴史的叙述を通じて「機会の民主主義の伝統」を説明しようとするのは、「機会の民主主義の伝統」があくまで規範論として主張されているからである。例えば、ジャクソニアン・デモクラシーは包摂の原理を著しく欠いたものであったが、平等主義を掲げて富の集積に対抗したという意味で「機会の民主主義」が部分的に追求された歴史として描かれている¹¹³⁾。これは自らの主張に即したF&Fによる歴史の解釈であり、歴史的叙述から「機会の民主主義の伝統」という規範が導かれているわけではない¹¹⁴⁾。「機会の民主主義の伝統」は、共和主義という政府形態の論理的帰結として導き出される規範論として打ち出されている¹¹⁵⁾（共和主義と「機会の民主主義の伝統」との関係については後述する）。

しかし、F&Fの見るところ、ニューディール期の「憲法革命」以来、

112) See FISHKIN & FORBATH, *supra* note 42 at 32-418.

113) See *id.* at 73-108.

114) Jedediah Purdy, *Overcoming the Great Forgetting: A Comment on Fishkin and Forbath*, 94 TEXAS L. REV. 1415, 1425-1426 (2016).

115) Frank I. Michelman, *The Unbearable Lightness of Tea Leaves: Constitutional Political Economy in Court*, 94 TEX. L. REV. 1402, 1402-1408 (2016).

リベラル派の憲法論から「機会の民主主義の伝統」が失われている。経済問題に対する政策立案は、経済学の専門家集団に委ねられ、民主主義体制を維持するために不可欠な寡頭制の抑制、中流階級の維持が、政策形成における考慮要素として十分に機能していない。これでは現在の危機を脱することはできない。F&Fは、リベラル派から「機会の民主主義の伝統」が失われた状況を「偉大なる忘却」(the Great forgetting)と嘆き、その憲法観の転換を図ることを主張する¹¹⁶⁾。

では、なぜニューディール以降にリベラル派陣営に「偉大なる忘却」が生じたのか。F&Fによれば、大きな原因は、合衆国最高裁が「ロックナー主義」の時代を経て「憲法革命」を果たしたこと、すなわち裁判所は社会経済問題には事実上立ち入らないという「ニューディール決着」にあるという。第二次世界大戦後のアメリカは、黒人（とくに女性）を中心に貧困問題はなお深刻ではあったものの、例外的な好況期の中、全体としては経済的な繁栄を享受しており、経済問題が政治的争点となりにくい状況にあった。他方、1950年代から1960年代にかけて、ウォーレンコートの下でリベラル化した合衆国最高裁は、市民的自由、人種的少数者の擁護者として著しい役割を果たすようになった。この時期の積極的な憲法判断の積み重ねによって合衆国最高裁の存在感が急速に高まった結果、現在のような憲法論の状況、つまり憲法といえば合衆国最高裁判例であり、憲法の意味を決定付けるのは合衆国最高裁判所であるという思考様式が定着した。この思考様式と「ニューディール決着」とが相まって、経済問題は憲法の問題とは考えられなくなった。ニューディーラーが求めたことは、経済政策に関しては、裁判所は政治部門の判断を尊重するということであり、経済政策の議論を憲法から外すということでも、憲法論議を司法に独占させることでもなかったが¹¹⁷⁾、「偉大なる社会」の時代の中であって、意図せざる形で「機会の民主主義の伝統」の「偉大なる忘却」が生じたというわ

116) See FISHKIN & FORBATH, *supra* note 42 at 21-31, 350-418.

117) See *id.* at 354-363.

けである¹¹⁸⁾。

リベラル派の「偉大なる忘却」に対して、保守派陣営は「ニューディール決着」を決して受け入れることなく、立憲的政治経済という発想を忘却することはなかった。1950年代から60年代にかけてリベラル派が主流の時代にあっても、モンパルラン協会に属する保守派は思想研究・活動を精力的に続けていたし、70年代以降は富裕な保守層は潤沢な資金力を活用して保守派イデオロギーを推進する運動を本格化させ、裁判所外での運動を通じてアメリカにおける思想状況の巻き返しを図っていた¹¹⁹⁾。その結果、現在のように政治経済の領域だけでなく、裁判所においても新自由主義的な思考様式が支配的となるに至っている。

合衆国憲法が保守派の武器に変えられていく状況を転換させるため、今こそリベラル派は「偉大なる忘却」から脱し、政治経済の問題を再び憲法論として扱う「機会の民主主義の伝統」を取り戻さなければならない¹²⁰⁾。これがF&Fの掲げる、民主主義の政治経済の再構成に向けた「寡頭制に抗する憲法」である。

第4節 立憲的政治経済学と憲法解釈

立憲的政治経済学という視点は、憲法解釈の方法論にもいくつかの作用を及ぼす。憲法解釈論がシビアに問われるのは主として裁判所であるが、当然、政治部門においても憲法解釈をめぐる議論は生じうる。大きく分けて、法律の合憲性審査が問題となる場面と、法律の解釈適用が問題となる場面とに分けられる¹²¹⁾。

第1は、剣としての役割、すなわち法律を違憲無効とする場合に、当該法律が憲法の要請から逸脱する傾向を持つとして、立憲的政治経済学の観

118) *Ibid.*

119) *See* Fishkin & Pozen, *supra* note 73 at 952-956.

120) *See* FISHKIN & FORBATH, *supra* note 42 at 427.

121) *See id.* at 427-429.

点を用いることができる。これは近年の合衆国最高裁の「新ロックナー主義」が果たしている役割である¹²²⁾。「武器化された修正１条」や、オバマケア判決における「行為／不作為」峻別論しかりである。

日本でいえば憲法25条に関する堀木訴訟判決¹²³⁾や学生無年金訴訟判決¹²⁴⁾のような法令違憲が争われる場面がこれにあたる。合衆国最高裁についていえば、1960年代から1970年代にかけて修正14条の平等保護条項を中心に一連の福祉受給権に保護的な判決を下していた時代が、「機会の民主主義の伝統」が剣として機能していた実例といえる¹²⁵⁾。ただ、F&Fは、「機会の民主主義の伝統」の立憲的政治経済学が法令審査の剣となるのは、当該法令が「機会の民主主義」に永続的なダメージを与え、裁判所による介入以外には容易に修正できないような場面に例に挙げており¹²⁶⁾、剣としての機能は限定的なものとして想定されているようである。

近年のアメリカ司法における保守的傾向を踏まえると、立憲的政治経済学は、剣としての役割よりも、第2の法律の合憲性を擁護する盾としての役割が期待される¹²⁷⁾。盾によって、裁判所、議会のいずれにおいても様々な憲法上の攻撃から本質的な憲法活動をする法律を擁護することができる。例えば、選挙資金規制については、修正１条の法理の下で規制が許容されると主張するだけでなく、それが寡頭制への傾斜を防ぎ、憲法が意図した民主主義を維持するために不可欠の立法であるという論陣を張る、といったことである¹²⁸⁾。

あるいは、先に述べた Janus 判決もこれにあたる。Janus 判決における

122) See *id.* at 427-428.

123) 最大判昭和57（1982）年7月7日民集36巻7号1235頁。

124) 最一小判平成19（2007）年9月28日民集61巻6号2345頁。

125) ELIZABETH BUSSIÈRE, (Dis) ENTITLING THE POOR: THE WARREN COURT, WELFARE RIGHT, AND THE AMERICAN POLITICAL TRADITION (1997). 尾形健『福祉国家と憲法構造』（有斐閣、2011年）21-58頁。

126) See Fishkin & Forbath, *supra* note 111 at 1482.

127) See FISHKIN & FORBATH, *supra* note 42 at 428.

128) *Ibid.*

ケーガン裁判官は反対意見において、「修正 1 条が武器化されている」という有名な批判を述べていた¹²⁹⁾。しかし、ケーガン反対意見は、アリトー法廷意見の修正 1 条の解釈論と先例拘束性に集中しており、政治経済の実体的問題については、エージェンシーフィーが平和的で安定的な労働関係を促進しようと述べるにとどまっていることを F&F は批判する¹³⁰⁾。ケーガンが主張すべきであったのは、労働関係法が労働者の集団的自由を保障するということを踏まえ、「武器化された修正 1 条」に対して、労働関係法が憲法上要請された立法であるという盾を立てることであったという¹³¹⁾。

第 3 は、解釈指針としての役割である。裁判所は、立憲的政治経済の民主的構想を具体化する法律を解釈する際の指針として、立憲的政治経済を用いることができる¹³²⁾。これは法律の合憲性判断のレベルではなく、法解釈のレベルの問題である。ある法律が「機会の民主主義の伝統」の構築を目的に含んでいる場合、当該法律は憲法上要請された立法であることから、当該法律には特別に重要な地位が付与される¹³³⁾。したがって、裁判所は、当該法律を解釈する際にはこの点を十分に考慮すること、つまり「機会の民主主義の伝統」に適合的な法解釈が求められる。

その例として、オバマケアに関する 2 つめの合衆国最高裁判決の *King v. Burwell* 判決 (2015 年)¹³⁴⁾ があげられる。オバマケアは、低所得層の医療保険加入を促すため、適格な医療保険を提供する「医療保険取引所」の創設を州に要請している。州がこれに応じない場合、当該州の「医療保険取引所」は連邦政府が代わって創設・運営する。したがって、「医療保険取引所」は、州ベースで運営されるものと、連邦政府の支援によって運営されるもの (連邦支援型) が併存することが予定されている。この制度が

129) *Janus*, *supra* note 48, 138 S. Ct. at 2501-02 (Kagan, J., dissenting).

130) *See* FISHKIN & FORBATH, *supra* note 42 at 446-447.

131) *See id.* at 447.

132) *See id.* at 428-429.

133) *See* Fishkin & Forbath, *supra* note 111 at 1483-1484.

134) *King v. Burwell*, 135 S. Ct. 2480 (2015).

重要なのは、連邦貧困水準100%以上400%未満の者が「医療保険取引所」を通じて保険加入した場合、その保険料支出にかかる税額控除が付与される仕組みになっているからである¹³⁵⁾。

ところが、この点に関する条文に重大な誤りがあり、税額控除が認められるためには、当該納税者が「州政府によって創設された医療保険取引所を通じて」保険加入しなければならないと規定されていた。この文言に形式的に従えば、連邦支援型の医療保険取引所は、「州政府によって創設された」医療保険取引所ではないため、連邦支援型の医療保険取引所を通じて保険加入した者には税額控除が適用されないことになる。しかし、そのような運用は、低所得層に適切な医療保険を提供するというオバマケアの制度趣旨に明らかに反する。

果たしてロバーツ長官執筆の法廷意見は、明確な文言に違反しながらも、「我々は、立法府の役割を尊重しなければならない、立法府のなしたことを無に帰さないよう注意を払わなければならない。法の公正な解釈にとって必要なのは、立法計画（legislative plan）を公正に解釈することである。連邦議会が医療保険改革法を通過させたのは、医療保険市場を促進させるためであって、破壊するためではない。そうであれば、法は前者に整合するように解釈しなければならない、後者を回避しなければならない。」と述べた¹³⁶⁾。

この事件では法解釈のみが問題とされており、憲法の問題は出てこない。しかし、オバマケアが「機会の民主主義の伝統」の具体化立法である以上、オバマケアの制度趣旨に従う解釈は「機会の民主主義の伝統」に従うものとなっている。もし「機会の民主主義の伝統」が合衆国憲法の一部として正面から承認されていれば、オバマケアの法解釈の指針として現れ

135) 拙稿「医療保険加入にかかる税額控除が連邦創設のエクステンジにも利用可能とする内国歳入庁の定めた規則を Chevron 敬譲の適用を否定して適法と認めた事例——King v. Burwell. 576 U. S. ____ (2015)——」立命館法学362号（2015年）311頁以下。

136) *Burwell*, *supra* note 134, 135 S. Ct. at 2496. 拙稿・前掲注 135) 318-319頁。

ることになったであろう¹³⁷⁾。現代は、多くの法律が様々な方法で政治経済に介入し、それらが「機会の民主主義」を構築する主要な手段となっていることを踏まえれば、「機会の民主主義の伝統」が法解釈の指針として機能する第3の役割が、裁判所において立憲的政治経済学が果たすべき最も重要な役割とされる¹³⁸⁾。

第5節 小 括

かつてオリバー・ウェンデル・ホームズ Jr 裁判官は、*Lochner v. New York* 判決の反対意見において、「修正14条はハーバート・スペンサーの社会進化論を採用していない。……合衆国憲法は、特定の経済理論を具体化するために制定されたものではない」と述べたことがある¹³⁹⁾。F&Fの「機会の民主主義の伝統」に基づく立憲的政治経済学の主張も、特定の方法で経済秩序を組織することまでは要請しないが、共和政体を維持するために必要な民主的市民を生み出す政治経済を構築することを要請する。そのため、富の再配分に向けた政治的介入を退ける、ハーバート・スペンサーやハイエクのような自由放任あるいは新自由主義を掲げる経済理論は初めから排除される¹⁴⁰⁾。その枠内において、「機会の民主主義の伝統」をいかに具体化し、どのような経済政策をとるかについては政治部門における民主的討議に委ねられる。

もっともF&Fの「機会の民主主義の伝統」に基づく立憲的政治経済学は、3つの原理を含むとはいえ、それ自体が抽象的な概念であり、その実践がいかなる帰結をもたらすのかは直ちに明らかではない。「機会の民主主義の伝統」が憲法解釈に及ぼす作用についても、既述の通り、非常に粗削りな説明にとどまっている。

137) See Michelman, *supra* note 114, 1408-1409.

138) See Fishkin & Forbath, *supra* note 111 at 1483.

139) *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 75 (1905) (Homes, J., dissenting).

140) See Fishkin & Forbath, *supra* note 111 at 1476-1477.

そこで以下では、立憲的政治経済学の具体的な内実を探るべく、F&F
が取り戻すべき伝統として描く「機会の民主主義の伝統」の歴史的叙述を
概観したい。そして最後に、「機会の民主主義の伝統」に基づく立憲的政治
経済学の「復興」というF&Fらの構想の意義と可能性、その限界につ
いて検討し、日本の憲法状況への示唆を探りたい。