

民主政にとっての合衆国憲法

——あるリベラル派憲法学者の苦悩と希望から

塚 田 哲 之*

目 次

はじめに

1 診 断——民主政の危機と憲法

2 改革の諸課題と処方

3 処方の現実性とリベラル派の苦悩

むすびにかえて——彼方の希望へ

はじめに

退職記念論文集において2016年の拙論への言及から始めることをご容赦
いただきたい。ここでは、グローバル規模での民主主義の「危機」「赤字」
状況を共有するアメリカ合衆国において合衆国憲法（以下、「憲法」という）
の「民主化」のための憲法修正や新憲法制定を主張するS・レヴィンソン
の議論を検討した¹⁾が、それから10年が経過した現在、合衆国に限定して
も状況はより悪化していることに大方の異論はなかるう。上記拙論執筆時
には予想すらできなかった2016年大統領選挙でのトランプ当選とその後数々

* つかだ・のりゆき 神戸学院大学法学部教授

1) 塚田哲之「合衆国憲法の『民主化』をめぐる議論動向」本秀紀編『グローバル化時代における民主主義の変容と憲法学』（日本評論社、2016年）。そこで主たる対象とした SANFORD LEVINSON, OUR UNDEMOCRATIC CONSTITUTION: WHERE THE CONSTITUTION GOES WRONG (AND HOW WE THE PEOPLE CAN CORRECT IT) (2006) については、大林啓吾編『世界の憲法本』（法律文化社、2025年）74頁以下（吉川智志執筆）でも検討されている。

の憲法違反が強く疑われる行動²⁾、2020年大統領選挙でのバイデン勝利を受け入れず、ついには選挙結果を覆そうとして2021年1月6日の連邦議会襲撃事件にまで至った衝撃、その後バイデン政権をはさみつつ、2024年大統領選挙で再選を果たした第2次トランプ政権でも移民対策など多くの疑義ある措置がとられ、予算不成立による連邦政府閉鎖も常態化している。さらに、とくに第1次トランプ政権下で任命された3名(ゴースッチ、キャヴァノー、バレット)が加わってからの合衆国最高裁判所(以下、「最高裁」という)は、2022年の中絶判例変更³⁾に象徴される保守化も顕著である⁴⁾。

こうした現状を前に、最高裁による憲法解釈を主戦場としてきた合衆国におけるリベラル派憲法学(者)はどう対応しようとしているのか。本稿では、現代合衆国の代表的リベラル派憲法学者であるアーウィン・チェメリンスキーが大統領選挙を控えた2024年に刊行した*No Democracy Lasts Forever*⁵⁾(以下、「本書」という)を素材として、合衆国における民主政の苦境とリベラル派憲法学による対応の試みを瞥見する。現在カリフォルニア大学パークレー校ロー・スクールのディーンであるチェメリンスキーは、日本で正面から取りあげられることは多くないが、憲法・連邦司法権についての著名なテキスト⁶⁾があるほか、ロー・レビューでも頻繁に引用され⁷⁾、

2) たとえば就任直後から発せられた入国禁止令につき、さしあたり小竹聡・塚田哲之編著『アメリカ憲法判例の展開 2015-2018』(日本評論社、2023年)278頁以下(福嶋敏明執筆)参照。

3) *Dobbs v. Jackson Women's Health Org.*, 597 U.S. 215 (2022) (overruling *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) and *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992)). 日本でもこれを扱う文献は多いが、さしあたり小竹聡「ロバーツ・コートと中絶判例の変更」宮川成雄編『アメリカ最高裁とロバーツ・コート』(成文堂、2024年)参照。

4) これについても文献は多いが、小竹・塚田編著前掲注(2)、宮川編前掲注(3)のほか、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)、大林啓吾・溜箭将之編『ロバーツコートの立憲主義2』(成文堂、2025年)、小杉丈夫・紙谷雅子編『アメリカ連邦最高裁判所判例研究 [2014~2024]』(勁草書房、2025年)など参照。

5) ERWIN CHERMERINSKY, *NO DEMOCRACY LASTS FOREVER: HOW THE CONSTITUTION THREATENS THE UNITED STATES* (2024). 以下、本書の内容を紹介する際には、括弧内で該当頁を示す。

6) 最新版は、ERWIN CHERMERINSKY, *CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLES AND POLICIES* (7th ed. 2023); ERWIN CHERMERINSKY, *FEDERAL JURISDICTION* (9th ed. 2025).

7) 2021年のHeinOnlineを利用した調査では、全期間での引用数で21位である。Fred R.

かつ最高裁ウォッチャーとしても知られる⁸⁾ 筋金入りのリベラル派である。これまでも保守化する最高裁を厳しく批判してきた彼⁹⁾ が、本書では憲法の非民主性を告発し、その是正のための憲法修正や新憲法制定、さらには合衆国からの分離の可能性まで説いていることは、リベラル派憲法学の現況とその可能性を測定する格好の素材たりうるだろう。以下、本書を概観した上で若干の検討を試みる。

1 診 断——民主政の危機と憲法

(1) 民主政の危機

「民主政は、存在しなくなるまではそこにある。いかなる統治の形体も永遠ではない。傲慢のみが、合衆国はともかくも権威主義への圧力から免れており、その統治形体はどうにかして無限に持続すると信じさせるだろう」(p. 3) と本編を書き出すチェメリンスキーは、2020年大統領選挙後の混乱を挙げて、「選挙によって権力者を決定するという民主政の根幹の特徴が建国から233年後に息絶えることになっていたかもしれない」(p. 3) といい、現在の合衆国における民主政がいかにもろいものであるかを示す。それだけでなく、一般投票では700万票差で負けていたにもかかわらず、激戦3州（アリゾナ、ジョージア、ウィスコンシン）で42,921票が動いていればトランプ

Shapiro, *The Most-Cited Legal Scholars Revisited*, 88 U. CHI. L. REV. 1595, 1602 tbl. 1 (2021). See also Michele Goodwin, *Reading Erwin Chemerinsky*, 88 U. CHI. L. REV. 1633 (2021).

8) 小竹・塚田編著前掲注(2) 5-7頁(小竹執筆)参照。2025年からはSCOTUSblogでコラムを担当している。Courtly Observations, SCOTUSBLOG, <https://www.scotusblog.com/category/courtly-observations/>.

9) See, e.g., ERWIN CHEMERINSKY, *THE CONSERVATIVE ASSAULT ON THE CONSTITUTION* (2010); ERWIN CHEMERINSKY, *THE CASE AGAINST THE SUPREME COURT* (2014); ERWIN CHEMERINSKY, *WORSE THAN NOTHING: THE DANGEROUS FALLACY OF ORIGINALISM* (2022). Goodwin, *supra* note 7, at 1639はチェメリンスキーを「偉大な反対者 (great dissenter)」「熟達の反対者 (master of dissent)」と呼ぶ。

再選が可能だったのであり¹⁰⁾、敗北した政党が政権を担うことになれば、合衆国はいかなる意味でもなお民主政であるとみなすのは困難となろうとする (pp. 3-4)。

連邦議会議事堂襲撃の企ての失敗によって、アメリカ人の多数派は民主政が維持されたとの自己満足に満ちているが、彼は、これが過去半世紀にわたって展開してきた民主政への現実的危機を看過することを恐れるとし、トランプが去ったとしても危機は残るといふ。彼は、史上最低水準の政府機関への信頼度、気候変動、インフラの衰退、富の格差拡大、路上生活者等々重要な諸課題への政府による対応の失敗と対応能力への疑いを指摘し、さらに再建期以来ともいわれる顕著な分極化と政治の劣化はアメリカ民主政の未来への懸念をもたらしており、トランプ現象も分極化の反映かつその悪化の原因でもあるとする (pp. 4-6)。こうした現状については、破綻した民主政との評価すら存在するが、「確かに、今日の多くの評論家はアメリカ民主政への深刻な警告を発している。しかし、これらの脅威がいかに1787年に憲法創造の際になされた妥協と選択に由来するかを彼らが認識できていない限りで、危機を理解し、究極的に解決するのに必須の要素を逸している。まったく決定的なことに、多くの者は、過去半世紀の諸変化が憲法の構造に内在する諸問題を拡大してきたことの認識が不十分である。……憲法上の欠陥に向き合わない限り、アメリカ民主政は深刻な危機にある」(p. 6) というのが、チェメリンスキーの基本的な問題把握である。

(2) 憲法典に内在する非民主性

では、現在の危機の原因となっている憲法の欠陥とは何か。チェメリンスキーは、1787年の憲法制定会議において、とくに奴隷制をめぐる邦間の利害対立に代表される政治的対立の中で起草者たちが行った「ファウスト的取引」(p. 6) によって、3つのとりわけ不幸な選択がなされたとする。第

10) 2020年大統領選挙の得票数については、*see Statistics, 2020, THE AMERICAN PRESIDENCY PROJECT* (Mar. 3, 2021), <https://www.presidency.ucsb.edu/statistics/elections/2020>.

1に、起草者たちは民主政に不信を抱いていた。憲法が創設した4つの機関（上院、下院、大統領、最高裁判所）のうち、直接公選されるのは下院のみであり、大統領選挙人団により選出される大統領、州議会が選出する上院議員、大統領が上院の助言と承認を得て任命し、終身の最高裁裁判官のいずれも人民によって選出されず、直接責任を負うものではない。さらに、連邦議会両院の3分の2の賛成と4分の3の州による承認を要求する修正手続（5条）にも反民主性は反映している。第2に、憲法は、連邦議会は20年間奴隷輸入を禁止できないとし（1条9節1項。5条の定める憲法修正禁止事項である）、各州への下院議員数割り当てに際し、自由人以外の者の数を5分の3として算入する（1条2節3項）ことで明らかに奴隷制を保護しており、ネイティブ・アメリカンの保護も欠いている。第3に、憲法は、規模にかかわらず上院議員を各州同数の2名とし（1条3節2項）、連邦議会の権限を限定して州権を強く保護している（pp. 7-9）。

一方で、「われら人民（We the People）」から始まる前文は人民による統治を力強く承認するようにみえ、王政でも神権政でも全体主義でもなく、民主政たるべきことを明らかにしている。しかし、実際に作られた政府は民主政ではなく、女性、奴隷、解放された元奴隷は投票権を持たず、多くの地域では富者のみの制限選挙であり、1870年成立の第15修正によって人種・奴隷であったことによる投票権否定が禁じられ、1920年成立の第19修正によってようやく女性投票権が認められた（pp. 31-32）。

続いて彼は、州選出の上院議員と下院議員の総数が各州に割り当てられる大統領選挙人団（2条1節2項。1961年成立の第23修正によりコロンビア特別区にも選挙人が割り当てられている）についても、奴隷制をめぐる利害対立に由来し、小規模州の影響力を確保するための妥協の産物であって、より根本的には民主的統治という核心的な憲法的価値に合致しないとする。これまで5回（1824年、1876年、1888年、2000年、2016年）、一般投票での敗者が大統領に選出されており、「大統領選挙人団は民主政と相反し、一般投票で敗北した後選出されたすべての大統領は、本来的に正統性を有しない」（pp. 32-35）。

また、上院議員数を各州等しく 2 名とする点については、憲法制定会議における激しい対立の中で憲法制定に大きく寄与した妥協の成果であるが、この妥協が憲法を初発の時点から著しく非民主的にしたことも否定できず、一人一票 (one-person, one-vote)¹¹⁾ という民主的統治の核心に従わず議員を選出するのは州議会を含めた合衆国全体で上院のみとなっており、州間の人口不均衡が拡大した現在では小規模州とその影響力をより一層過大なものとしているという。しかもこれは 5 条により憲法修正の対象外とされ、かつ州の人民でなく州議会によって上院議員が選出されることで上院の非民主的性質は拡大された。起草から 126 年後の 1913 年に成立した第 17 修正で公選制となったこと自体は本質的に民主的改革であるものの、かえって起草者たちの民主政不信を明らかにしているというのがチェメリンスキーの評価である (pp. 35-38)。

(3) 非民主性の拡大過程

では、これら憲法に内在する欠陥 (とりわけ大統領選挙人団と上院) はこれまでも問題であったものの、なぜ今になってより深刻な統治の危機を引き起こしたのか。チェメリンスキーは、その原因は複雑であり、単純な説明に還元できないとしつつ、1960 年代以降半世紀の人口動態と政治的再編がこれまで以上に憲法の欠陥を明らかにし、さらに多くの要因が非民主性を拡大したという (pp. 38-39)。

(a) 1960 年代：人口移動と政治的再編

彼は、1960 年代以降の人口移動と政治的再編が、どの大統領選挙においても一般投票での勝者が大統領選挙人団では勝利できない現実的危険が存在する直接の原因だとする (pp. 39-45)。2000 年と 2016 年には実際に一般投票での敗者が大統領選挙人獲得数では勝利する逆転現象が生じたが、2004 年選挙でもケリー (民主党) がオハイオで勝利していれば逆転が生じていた

11) See Reynolds v. Sims, 377 U.S. 533 (1964).

のであり、「大統領選挙人団は当初から誤りであった……しかし、敗北した候補者が大統領となる可能性は、アメリカ史上現在の方がより高くなっている」(p. 42)。

また、憲法が定めているわけではないものの、ほとんどの州（ネヴァダとメインを除く）で勝者総取り方式が採用されていることにより、一般投票の結果に比して大統領選挙人獲得数での差を拡大し、一般投票の敗者が大統領に選出される可能性を増加させるとともに、過去半世紀の人口移動がこの可能性を増大させてきたとする。大統領選挙人団制度はもともと人口の多い州を過少代表し、少ない州を過剰代表するが（最少のワイオミングは選挙人1名あたり195,000人に対し、最多のカリフォルニアは710,000人）となっているが、「これはそれ自体反民主的であり、最高裁が他の選挙については要請する一人一票原則と一致しない」(p. 44)。さらに近時では、2000年から2012年で都市人口が12%増加し、南部・中西部の州の影響力が不均衡に増大することにもなっている。

さらに、彼は、1964年までの民主党はリベラル北部と保守南部の連合であって、南部における共和党忌避は根強く、共和党内もイデオロギー的には多様であったが、1964年大統領選挙以降の政治的再編により、南部での共和党優位が顕著となっていることも逆転現象の可能性を増大させたとする (pp. 46-50)。現在、共和党は南部と中西部の支持を確保し、民主党は人口の多い北部およびカリフォルニアを基盤とするが、前者の方が州の数が多く選挙人数では有利であり、逆転現象の可能性が増加するとともに、一握りの接戦州での結果が選挙での勝者を実質的に決定している。加えて、民主党支持州と共和党支持州との間には巨大な経済格差が存在しており、15の富裕な州（上院議員数30名）が35のそうでない州（70名）を保護する形となっている一方、大統領選出では後者が不均衡に大きな影響力を有することになっている。しかも、人口移動と人口増加にもかかわらず、下院議員数は（1911年以来）435で固定され、人口に比して相対的に少ないままであり、都市部の過少代表をもたらしている。そしてまた、人口移動は上院を

さらに非民主的にしている。1787年当時は上院議員一人あたり人口の最大較差は約1対10であったのに対し、現在は約1対70(カリフォルニアとワイオミング)に拡大しており、2020年選挙の結果民主・共和両党が50議席ずつを獲得したが、民主党議員が人口の60%を代表するのに対し、共和党議員は40%を代表するにとどまる(pp. 49-50)。

こうして、過去半世紀の人口移動と政治的变化が大統領選挙人団と上院の非民主的性質をより悪化させ、アメリカ民主政の危機に大いに貢献しているというのが、チェメリンスキーの診断である。

(b) 1970年代：上院におけるフィリバスターの拡大

続いてチェメリンスキーが問題とするのは、1970年代以降の上院におけるフィリバスターの拡大である。彼によれば、「簡単にいえば、フィリバスターは、上院の少数派が、上院多数派、下院および大統領のすべてが賛成する行為を妨げることを可能とし」(p. 51)、政府が行為しえないことを拡大して公衆の政府への信頼低下を促進しており、さらにアメリカ政治がより分極化すればするほど、超党派の合意による立法で少数派を乗り越えることは困難となる(p. 52)。フィリバスターの現代的問題につながる制度改革として重要なのは第一次世界大戦を契機とする1917年の討論打ち切り(cloture)導入(上院規則22条)であり¹²⁾、上院議員16名の署名で討論打ち切り動議が提出されると、2暦日後に採決し、出席議員の3分の2で可決され、可決後は発言時間が1時間に限定される(pp. 57-58)。その後約半世紀は22条は多分に象徴的であったが、1970年代の諸改革によって少数派のフィリバスター利用が容易化された(pp. 59-65)。従来は主に南部民主党による公民権法反対のため利用され¹³⁾、打ち切り動議への賛否も党派別ではなかっ

12) 上院におけるフィリバスターの概観として、廣瀬淳子「アメリカ連邦議会上院改革の課題」レファレンス2014年3月号、2010年代のフィリバスターをめぐる動きについては、山本龍彦「分極化する政治と憲法」法学研究87巻2号(2014年)100-118頁、松本俊太「連邦議会における手続的分極化の進展と選挙デモクラシー」吉野孝・前嶋和弘編著『危機のアメリカ「選挙デモクラシー」』(東信堂、2020年)164-172頁参照。

13) チェメリンスキーは「フィリバスターは、南部人の闘争に不可欠だった」という(p. 59)。

たが、ニクソン政権への対抗でリベラル派も利用するようになったことに加え、1970年代に導入されたトラック・システムにより、フィリバスターが発動された議案の審議とは分けて別議案の審議が可能となり、さらにフィリバスター発動の意思を表明するのみで発言は不要とする silent filibuster ないし stealth filibuster が可能となった。これらによりフィリバスターの数も歯止めなく増大し、討論打ち切りには総議員の5分の3（60票）の特別多数を必要とする（1975年改正による）ため、事実上上院での議案可決には特別多数が要求されることになった。人事案件（最高裁判官¹⁴⁾・下級裁判所判事の承認、閣僚人事）、予算・財政調整法案についてはフィリバスターの対象外であり、フィリバスター回避目的もあって現在の上院議案の相当部分は財政調整法案であるとされるが、連邦予算との関連が要求される以上、すべての案件でフィリバスターを回避することは不可能となっている。結局、人事と予算案件以外は可決に60票が必要になるが、現在のように両党の議席数が拮抗し、いずれも60票を確保できない状況では、人民の少数派を代表するにすぎない40名がほぼすべての立法を阻止する力を得ており、「フィリバスターは、特に現在の形態では、多くの重要な問題を扱うために連邦の立法を緊急に必要とするときにキャピトル・ヒルの持続的停滞の前提となっている」（p. 65）。彼は、バイデン政権の前半でも全国規模での投票権保護法案がフィリバスターによって廃案になった例¹⁵⁾を挙げ、民主政はさらに浸食され、危機にさらされているとする。

(c) 1980年代：党派的ゲリマンダリングの拡大

さらにチェメリンスキーは、下院議員選挙における党派的ゲリマンダリングの拡大をとりあげる（pp. 66-77）。彼によれば、「党派的ゲリマンダリン

14) 2017年にトランプ大統領が指名したゴースッチの承認に際し、民主党のフィリバスターを阻止するため、規則を改正して対象外とされた。

15) バイデン政権初期のフィリバスターの利用につき、梅川健「バイデン政権とアメリカ議会」日本国際問題研究所『国際秩序の動揺と米国のグローバル・リーダーシップの行方』（2022年）(https://www.jiia.or.jp/pdf/research/R03_US/01-08.pdf) 参照。

グは、人民によって直接選出されることを意味するものとして憲法が創設した唯一の機関——下院——の民主的性格を浸食し、しかも党派的ゲリマンダリングは、下院にとどまらず、州議会、市評議会等でも一般的となっており「すべてのレベルの政府で民主政をむしばむ」(p. 68)。建国初期からゲリマンダリングは存在したとされるが、近年は共和党の方がより意識的に利用しており、さらにコンピュータ・アルゴリズムと詳細な有権者データの利用により、数千にも及ぶ区割り案からもっとも自党に有利なものを選択することで劇的にその効果を発揮している¹⁶⁾。そして、2019年に最高裁が党派的ゲリマンダリングは連邦裁判所の審査の及ばない政治問題であるとしてドアを乱暴に閉ざした¹⁷⁾ことで、「甚だしいゲリマンダリングが合衆国の多くで標準となった」(p. 69)。

党派的ゲリマンダリングの目標は、権力を保持する政党が可能な限り多くその政党から有権者の多数派を確保するべく選挙区割りを行おうとする点にあり、民主政の中心的指示は有権者が公職者を選択することだが、党派的ゲリマンダリングは、選挙された公職者が自身の有権者を選択することを意味する。彼は、これは民主政に一致せず、かつ有権者は選挙結果に影響を与える平等な機会を持たず、平等保護に違反するとする(p. 72)¹⁸⁾。しかも、少数派政党支持の有権者は、政党所属のみで不利に扱われることで第1修正にも違反し、区割りの公正さに疑義を抱かせ、現在の民主政の危機の根源にある政府への信頼欠如に貢献してもいる(pp. 72-73)。

2019年の *Rucho* 判決によって連邦裁判所による党派的ゲリマンダリング統制は不可能となったが、チェメリンスキーは他の手段による統制の可能

16) 彼が共和党による成功例に挙げるノース・キャロライナ(pp. 67-68)における選挙区割りの経緯につき、小竹・塚田編著・前掲注(2)142-145頁(倉田玲執筆)参照。

17) *Rucho v. Common Cause*, 588 U.S. 684 (2019)。イデオロギー・ラインでの5対4の判断である。

18) 彼は、憲法と投票権法はすべての選挙区の人口を同数とすべきことと人種差別の禁止を求めるが、黒人の90%は民主党に投票しており、人種差別的効果を持つ党派的ゲリマンダリングが許容されてしまうとも指摘する(pp. 69-70)。

性を指摘する。一つは、議会から独立した選挙区画定委員会の設置であり、すでに12州で設置され、おおむね党派的考慮なく区割りに成功しているが、すべての州での独立委員会設置を義務づける連邦法案は上院共和党のフィリバスターで廃案となり、近い将来成立の見込みがない。もう一つは州裁判所による党派的ゲリマンダリングの州憲法違反判断であるが、ここでも政党政治が影響し、州最上級裁判所判事の多数が州議会多数派と一致する場合は困難であるとする（pp. 76-77）¹⁹⁾。

(d) 21世紀：最高裁と民主政

チェメリンスキーは最高裁についても現在の民主政の危機への寄与を問題とする（pp. 78-101）。まず彼は、2022年の *Dobbs* 判決による先例拘束性を無視した判例変更は「トランプが任命した3名の裁判官のおかげで5票を獲得した保守派の生の権力以外の何ものでもない」（p. 79）と断罪する。世論調査でも3分の2が *Dobbs* 判決に同意しておらず、最高裁が世論に従わないことは問題ではないとしても、今世紀の一連の判断の一つである本判決は、最高裁がより一層非民主的になっており、政治的分極化の時代において最高裁もその一方に強く加勢することで危機に寄与し、人民も最高裁を中立的な審判ではなく端的に党派的分断の一部とみなしており、しかも今後も当分保守的であり続けると予想されるとする。

彼は、ここでも1787年の悪しき選択が今日につきまとい、近年の事案はその影響をより悪化させただけだとする。憲法制定過程においては、公選の州裁判官とは異なり、大統領が上院の助言と承認を経て任命する連邦裁判官の終身制が採用された（憲法2条2節2項・3条1節）。彼は、これが司法の独立に寄与することを十分認めつつ、終身制による在任期間の長期化によって、裁判官の執務能力が低下し、国の実情を把握できなくなることを問題とする。実際、最高裁裁判官の在任期間は、1789-1970年の平均が

19) 彼は、ここでも州最高裁の構成変動によって判断が覆ったノース・キャロライナの例を挙げる。See *Moore v. Harper*, 600 U.S. 1 (2023). 小竹・塚田編著・前掲注(2) 154頁（倉田執筆）も参照。

15.2年だったのに対し、1970年以降は平均27.6年となっており（大統領によるより若い候補の選択と寿命長期化による）、2016年にスカリア後任としてオバマ大統領が指名したガーランドの審議を上院共和党が阻止したことに象徴される近年の連邦裁判官選任過程の政治化とあわせて最高裁の非民主的性質を大いに拡大し、裁判官が社会の実情にきわめて疎くなる危険がある。彼は、現在のように最高裁が国全体より一層保守化すると、司法の独立と司法の応答性との緊張が避けられないとし、裁判官は有権者を喜ばせるために判断すべきではないとはいえ、多くの国では任期制を導入し、それほど長期間個人が大きな権力を行使できないことを指摘する（pp. 82-84）。

さらにチェメリンスキーは、近年の最高裁の判断も民主政を侵食し、現在の危機に寄与しているという（pp. 84-94）。前述の党派的ゲリマンダリングに関する判断に加え、彼が挙げるのが投票権に関する判断である。2013年に最高裁は、公民権運動の成果である1965年投票権法²⁰⁾ 5節による選挙制度変更の事前審査（preclearance）の対象区域を指定する4節(b)を違憲と判断し²¹⁾、事前審査条項を骨抜きにした。連邦議会が2007年の期限切れを前に両院司法委員会で公聴会を開催した上で、圧倒的多数で5節を25年延長していたにもかかわらず、憲法条文にも登場しない「平等な州の主権」侵害を理由とする19世紀以降初の連邦公民権立法違憲判断により、州が投票権差別に対処することが困難となった。さらに1982年改正により投票権侵害の認定に差別的意図の証明が不要とされた投票権法2節についても、2021年の判決²²⁾によって差別認定がより困難となっている。彼は、共和党が支配する多くの州が投票を制限する新法を制定し、ほとんどが民主党を支持するアフリカ系有権者に差別的インパクトを与える可能性があるにもかかわらず、これらの判決が民主政と有権者の信頼を掘り崩すことを懸念する。

20) Voting Rights Act of 1965, Pub. L. No. 89-110, 79 Stat. 437.

21) *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013).

22) *Brnovich v. Democratic Nat'l Comm.*, 594 U.S. 647 (2021).

次に彼は、歴史上類をみないほど政治制度に大きな影響を与えた判決として、2010年の *Citizens United* 判決²³⁾ を挙げる (pp. 94-97)。選挙運動において法人が無制限に金銭支出する権利を承認し、2002年超党派選挙資金改革法を違憲としたこの判決の結果、法人を含む富者が不均等な影響力を持つことで民主政を侵食することとなった。最高裁は2003年には同法を合憲としていたにもかかわらず²⁴⁾、7年後にその変更を可能としたのは、裁判官交代による構成変動（とくに、オコナー後任としてのアリーの最高裁入り）であり、ここでも彼は、法理によるものではなく新たな保守多数派による生の権力行使であって、*Citizens United* 判決は民主政と我々の政治システムの正統性を侵食するものだと厳しく批判する。

さらに彼は、これら大きな物議を醸した判決に加えて、州人口の27%がアフリカ系だが、7つの連邦議会下院選挙区のうち1のみでアフリカ系が多数派となるように設定されたアラバマ州の区割り改正の執行を認めた2022年の最高裁の判断²⁵⁾ を取りあげ、最高裁の判断は区割り変更後最初の選挙前の訴訟を困難にし、「最高裁は民主政を傷つけ、将来も繰り返しそうするであろう原則を作った」(p. 101) という。彼によれば、在任長期化に加え、過去10年の最高裁の判断は民主政を侵食しており、最高裁は克服されるべき問題の一部とみるべきものであって危機の解決となる可能性はない。

(e) 過去と現在：人種間不平等

チェメリンスキーは、奴隷制の過去を持つ合衆国においてなお残る人種間の不平等を問題とし (pp. 102-116)、「これらの不平等が衰えず、拡大さえするのであれば、民主政は生き残れるか？」(p. 103) と問う。彼は、南北間の妥協により、5分の3条項、奴隷輸入禁止の制限に加え逃亡奴隷条項（4条2節3項）が盛り込まれた憲法は奴隷制を保護する文書となったので

23) *Citizens United v. FEC*, 558 U.S. 310 (2010).

24) *McConnell v. FEC*, 540 U.S. 93 (2003).

25) *Merrill v. Milligan*, 142 S. Ct. 879 (2022). 最高裁はその後、*Allen v. Milligan*, 599 U.S. 1 (2023) において改正区割りの投票権法違反を認めている。

あり、奴隷制に反対する北部人は「悪魔との取引」(p. 112)を行ったのだという。あまりにも悪名高い *Dred Scott* 判決²⁶⁾も、彼によれば「最高裁は、憲法制定会議がほぼ75年前に行った恐るべき選択を攻撃的に執行した」(p. 113)ものである。

そして彼は、憲法制定者の取引は現在に至るまで巨大な影響を及ぼしているという。南北戦争後の1868年によく平等保護条項(第14修正1節)が追加されたが、その後も「分離すれども平等」²⁷⁾法理のもと、不平等は存在し続け、同法理が違憲とされるにはさらに58年を要した²⁸⁾。彼によれば、こうした歴史を反映し、「生活のすべての面において、そしてすべての基準に照らしても巨大な人種的不平等は、アメリカ史を通じて存在し、概して衰えておらず、1787年になされた選択の直接の結果とみられなければならない」(p. 114)。彼は、収入や資産でのアフリカ系と白人との格差を例示し、さらに格差が拡大し続ける中、こうした富の偏在と権威主義・移民排斥との関連、そして憲法起草時の悲劇的選択に由来する巨大な人間不平等を無視するわけにはいかないという。

(f) 2010年代以降：インターネットとソーシャル・メディア

最後にチェメリンスキーは、2010年代以降インターネットとソーシャル・メディアが民主政を傷つけていることを問題とする(pp. 117-131)。2016年大統領選挙以来、ディープフェイクなど虚偽言論(false speech)の氾濫、ロシア介入、国内での分極化が顕著になっており、2020年大統領選挙でのトランプ当選との根拠なき虚偽情報拡散と連邦議会議事堂襲撃事件、さらに2年後もなお共和党支持者の70%がトランプ勝利を信じる状況を受け、彼は「憲法の偉大な美徳の一つ——第1修正とそれによる言論の自由保護——も今や危機に寄与しており、危険は増大するだけだろう。現在の民主政への危機を検証することで、これらのメディアの役割とその政治過程へのイ

26) *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

27) *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

28) *Brown v. Bd. of Educ.*, 347 U.S. 483 (1954).

ンパクトを積極と消極の両面で検証しなければならない」（p. 119）という。

彼は、インターネットとソーシャル・メディアが与えた影響として、まず、個人が多数の聴衆に到達する能力を民主化したことを挙げるが、一方で虚偽情報の大量拡散をもたらし、従来新聞が果たしてきたフィルターもないとする。第2に、大量の情報の拡散と永続化を可能とし、アクセス能力が拡大したことを挙げ、それ自体便益だが、たとえば名誉毀損の場合、拡散によって削除も困難となるという否定的な面もあるとする。第3に、国境を越える性質を挙げ、第1修正は一般に表現の機会増大を図ってきたことからすれば、現在は「自由な言論の黄金期」だという（p. 123）。

しかし、彼は、インターネットとソーシャル・メディアが民主政を促進するのと同じ美徳が深刻な脅威ともなるという。虚偽発言の大量の拡散は選挙結果に影響を与えるものであり、思想の自由市場論の想定にもかかわらず、確かな情報源と信頼できるニュースに疑いを浸透させる。しかも、第1修正は真実の発言が不当に萎縮しないよう虚偽発言も保護してきたことからすれば²⁹⁾、虚偽発言の問題の解決は困難であり、政府を含む何者かに真偽を判定する権力を与える危険も存在する。虚偽・欺罔の広告、偽証罪などある種の虚偽発言の制限は許容されるが限定的であり、情報量の多さがコンテンツ・モデレーションを困難としてもいる。また、インターネットを利用した外国からの選挙干渉については、従来最高裁も発言主体による区別は認めてこなかった³⁰⁾ ことからすれば、これと調和的に外国の発言者を排除できる方法はわからないとしつつ、彼は、第1修正上の問題はあがるが、社会は話者がその身元を隠さず、有権者を欺かないようにするやむにやまれぬ利益を有するとして、国内であれ外国であれ、虚偽の自己表示は第1修正が保護しない詐欺の一形態とみなされるべきであり、せめてこ

29) See *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012).

30) See *First Nat'l Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978); *Citizens United v. FEC*, 558 U.S. 310 (2010).

れを禁じ、発言主体の開示（とくに外国の話者について）を拡大する法律が必要だとする。もっとも、インターネットの国境を越える性質は憲法上のコントロールもとらえどころをなくし、制裁のおそれも低下し、国際的制裁は不確定であるともいう。

さらに彼は、インターネットとソーシャル・メディアは再建期あるいは南北戦争以来の政治的分断を拡大することで民主政の脅威となるとし、エコー・チェンバー現象がもたらす分極化は民主的な討議に有害な影響を与えているとする。「これらの問題に簡単な、あるいは明快な解決策はない。……しかし、民主政への危機を論じることでその役割に向き合わざるをえない。問題——未だ説得的な解答を示唆する者はいない——は、いかにして虚偽の政治的発言と選挙における外国の影響に第1修正と合致する方法で対処するかである。これら民主政への厳しい挑戦は、この国あるいは世界がこれまで直面してきたいかなるものとも異なる」(p. 131) というのが現時点での彼の応答である。

2 改革の諸課題と処方

(1) 民主政強化のための諸課題

こうして憲法制定時の誤りが現在の民主政を危機にさらしていることを確認してきたチェメリンスキーは、ベストセラーとなった『民主主義の死に方』³¹⁾の著者たち同様、アメリカ民主政の未来に「不安」を感じることはないだろうと思っていたとし、1787年以来、少なくとも権威主義体制を回避する点では相対的にうまく機能してきたと信じたいと告白する (p. 135)。しかし、政府への信頼度は1964年の77%から20%に低下しており、トランプの前例なき選挙結果否定と連邦議会襲撃を想起しても、「人民の信頼なしで政府は生き残れるのか？」(p. 135) という深刻な問いが現れる。チェメ

31) STEVEN LEVITSKY & DANIEL ZIBLATT, HOW DEMOCRACIES DIE (2018). スティーブン・レビッキー／ダニエル・ジブラット (濱野大道訳) 『民主主義の死に方』(新潮社、2018年)。

リンスキーは、自身が提示したような欠陥はあるとはいえ憲法は200年以上機能してきたとして、これらの欠陥に向き合わないという選択もありえ、この途がもっとも可能性は高いことを認める。しかし、彼は「このシナリオはうまくいきそうもなく、より可能性が高いのは、政府への不満が増大し、政治的分断が増大するというものではないかと恐れる。我々の政府はより効果的になってきているとか政治的分極化が減少しているという兆候を指摘するのは困難である。そのとき、我々すべては、もし現在の道を進み続ければアメリカ民主政は生き残れるかという問題に向き合わざるをえない」（p. 17）とし、「結局、気乗りはしないが、私の結論は、公衆の信頼を回復し、政府をより一層実効的なものとするためには、アメリカの統治に根本的な変化をもたらさねばならないというものである——我々は憲法の悪しき問題を修繕しなければならない」（pp. 135-136）と宣言する。

そして、彼は、取り組むべき具体的課題として以下を挙げる（pp. 136-138）。① 大統領選挙人団廃止と大統領の直接公選、② 上院の議席を州人口に応じて配分する、③ フィリバスターの除去、④ 党派的ゲリマンダリングの廃止、⑤ 下院の定数増加、⑥ 最高裁判官の終身制廃止と任期制導入、⑦ 法人による無制限な選挙資金支出を認め、投票権法を骨抜きにするなどの最高裁判決の変更、⑧ 深刻な人種間不平等への対処、⑨ インターネットとソーシャル・メディアによる民主政への脅威への対処。彼は、これらについて党派的影響を知らずに世論調査をすれば広く賛同を得るだろうとしつつ、我々はロールズ流の無知のヴェールの背後にいるわけではないとした上で、これらの変革の可能性を検討する。

(2) 処方1：憲法修正を要しない改革

チェメリンスキーは、自身が提示する諸改革は、憲法修正禁止事項が対象となる ② 上院議席の人口配分を除き、憲法修正または新憲法なくとも実現可能だとする（pp. 138-151）。

① 大統領選挙人団

彼は、大統領選挙人団は一人一票原則に違反し、小規模州に不均等な影響力をもたらしており、最高裁は、法の平等保護が組み込まれた第5修正のデュー・プロセス条項³²⁾違反と判断しようという。彼によれば、裁判所の役割が最も重要なのは政治システムが憲法に従うことができないときであり、この制度から受益している小規模州が憲法修正に賛成することはありえないからこそ、裁判所の行動が重要となる。また、州法に基づく勝者総取り方式についても裁判所は違憲と判断すべきだとし、これらによって一般投票での敗者が大統領に選出される可能性は低下するという。

③ フィリバスター

上院規則に基づくフィリバスターは、上院の多数決で廃止可能であり、少なくとも対象外事項を拡大し、ステルス・フィリバスターの禁止によって減少させようという。

④ 党派的ゲリマンダリング

党派的ゲリマンダリングについては、選挙にかかる事項についての連邦議会の立法権を認める憲法1条4節1項を根拠に、独立選挙区画定委員会設置を義務づける連邦法の制定が可能だとし、州レベルでも禁止や独立委員会設置は可能だとする。

⑤ 下院定数

これも連邦議会制定法によるものであり、憲法修正は不要であるとする。

⑥ 最高裁裁判官の任期制

彼は、最高裁裁判官の任期制導入には広い大衆の支持があるとし、議論の余地はあるものの、制定法で18年の任期を設定し、その後はシニア・ステイタスとして俸給を保障し、控訴審での審理および必要な場合に最高裁の審理に加わるとする制度は憲法に違反しない形で導入可能だとする³³⁾。

32) See *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954).

33) 直接の言及はないが、これは2021年の最高裁に関する大統領委員会報告書でも挙げられた案であり (Presidential Commission on the Supreme Court of the United States, *Final Report* 122-36, PRESIDENTIAL COMMISSION ON THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES

⑦ 判例変更

直近の *Dobbs* 判決にもみられるように一般に最高裁は自身の判例を変更することが可能であり、*Citizens United* 判決なども変更できるとする。

⑧ 人種間不平等

彼は、人種的正義を達成し、奴隷制の遺産と人種差別の長い歴史を克服する簡単な道はないとしつつ、平等保護促進のための一手段として、差別の存在認定には差別的効果 (disparate impact) の存在のみで足り、差別的意図の立証³⁴⁾ は不要とすべきと主張する。この要件を充足するための負担は大きく、さらに政府の行為によって人種に基づく差別が生じているかという決定的な問題を回避することで平等保護の目的を誤解し、かつ無意識の偏見が混入する可能性を無視してしまう問題があるため、ここでも判例変更が必要だという。

⑨ インターネット、ソーシャル・メディア上の虚偽発言への対応

虚偽発言は民主政に深刻な脅威を与えているが、第1修正は虚偽発言であつても規制への大きな壁となっている。彼は、それでも選挙前期間は生成 AI によるディープフェイクの使用を禁ずることや、選挙運動時における発言者や資金提供者により厳格な開示を求めることは可能だという。

このように多くの改革は憲法修正によらずとも可能であることを示しつつ、チェメリンスキーは、「可能である」と「実現可能性がある」こととは別であり、これらが近い将来実現する見込みは乏しいことを率直に認める。しかし彼は、現在困難に思えることも、とくに民主政が危機にあるとの感

(Dec. 8, 2021), <https://bidenwhitehouse.archives.gov/wp-content/uploads/2021/12/SCOTUS-Report-Final-12.8.21-1.pdf>、本書刊行後の2024年7月のバイデン大統領による最高裁改革案 (Joseph R. Biden, Jr., *Fact Sheet: President Biden Announces Bold Plan to Reform the Supreme Court and Ensure No President Is Above the Law*, THE AMERICAN PRESIDENCY PROJECT (Jul. 29, 2024), <https://www.presidency.ucsb.edu/node/373754>) にも含まれている (ただし、導入の法形式は明示していない)。なお、チェメリンスキーは、2014年段階では任期制導入には憲法修正が必要としていた。CHEMERINSKY, THE CASE AGAINST THE SUPREME COURT, *supra* note 9, at 310-12.

34) See *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976).

寛がより大きくなればいずれはより可能性が高くなるのであり、それが可能であることを知ることが重要だという (pp. 151-152)。

(3) 処方2：憲法修正

憲法の欠陥を立法や判決では是正できないのであれば、憲法修正の可能性を検討する必要が生じ、チェメリンスキーは、自身が挙げた欠陥は上院議員同数制を除き、憲法修正で治癒可能であるという (pp. 153-164)。しかし、まず彼は、「憲法の決定的欠陥は、あまりに変化を困難としているところにある」(p. 154)として、憲法修正手続自体を問題とする。憲法制定会議の議論を振り返りつつ、彼は、憲法は社会が最も重要とする価値を保護する試みを反映しており、「憲法は意図的かつ完全に反多数決的文書と理解すべき」であって「修正を困難とすることは道理にかなっている」(p. 156)ことを認める。しかし、改正に全邦一致を要求していた連合規約への反省から「起草者たちは、憲法の安定性と変化を許容する柔軟性とのバランスを取ろうと欲した。彼らは、修正への高い障害を創設し、前者に偏りすぎて誤った。彼らは修正手続が現実にはいかに困難となるかを予見できなかった」(p. 160)と批判する。

その上で彼は、憲法修正が可能となるのは変化が望ましいという広いコンセンサスをアメリカ人が共有したときのみであり、修正の可能性があるときでもその支持者は連邦議会両院の3分の2および4分の3の州の承認を得るという難儀な取り組みに十分注意しなければならないとしつつ、憲法修正による諸課題への対応可能性を検討する (pp. 160-163)。彼は、大統領選挙人団については、憲法修正で廃止されることは決してないとする。これから受益している小規模州はその廃止を採択せず、それらの州なくしては4分の3の州の承認を得ることはできないし、現在大統領選挙人団は民主党より共和党を優位にするものとみられており、圧倒的に共和党支持である小規模州は大統領選出への影響力を減少させる憲法修正を批准しないだろうという。また彼は、理論上は、憲法修正によるフィリバスター廃止、

党派的ゲリマンダリング除去、最高裁裁判官任期制導入、*Citizens United* 判決のような判例を覆すことは可能だとしつつ、これら一つ一つが非常に困難な挑戦であるという。フィリバスター廃止に上院の3分の2が賛成することを想像するのは困難であり、同様に党派的ゲリマンダリングから多くの下院議員が受益している以上、その除去に3分の2の賛同を得るのも困難である。また、最高裁裁判官任期制は、強い超党派の支持があるため、もっとも現実的な変化となりうるかもしれないが、現職に適用することは連邦議会と州の共和党が賛同しない可能性がある一方、より現実的と思われる将来の任期制は効果を発揮するには長い時間がかかるという。さらに、*Citizens United* 判決のような判例を覆す修正案はすでに提出されているが、多くの政治家が同判決から受益していることに加え、憲法、とりわけ第1修正の修正には反対するとの見込みは、超党派で判決への不同意があったとしても巨大な障害となる。さらに人種不平等については、再建期修正は重要ではあるものの到底十分に効果を発揮しておらず、その後150年の憲法修正はこの問題を扱っていないとして、可能性は乏しいという。

それでもチェメリンスキーは、「私は、修正手続の困難が、人民はそれを試みさえしないことを意味しないか心配する」(p. 163) といい、20世紀初めにかなり頻繁に、かつ（禁酒法とその廃止を除き）重要な憲法修正が行われた経験を引き合いに出し、「私の楽観的希望は、アメリカの統治への不満、あるいは絶望ですら、憲法を修正し、その欠陥を修正する新たな試みに火をつけることである」(p. 164) という。

(4) 処方3：新憲法制定

さらにチェメリンスキーは、新憲法制定の可能性をも検討する (pp. 165-170)。「永続する憲法はない (no constitution lasts forever)」のであり、「いつの日か、合衆国が、願わくは現行のものよりよい別の憲法によって統治されることだろう。……現行憲法の破綻した箇所を修復するための個別の修正を追求するよりも、新たな憲法に向けて初めからやり直し、採択する方

がよいだろう」(pp. 165-166)。彼は、他の改革が実現しそうもないのであれば、新憲法制定はより可能性が低いのではないか、州が憲法を修復する修正を批准しないのに新憲法を採択すると信じられるのか、これほど我が国が分断しているときに、新憲法を起草し、採択しようともくろむことに意味があるのか、といった懐疑と疑問は重要であり、新憲法制定はひるませるような課題だが、実現するための真剣な努力があれば可能であり、かつ、考え、論じ始めるのは今だという(p. 166)。

彼は、新憲法制定を考え始めるために必要な事項として、まず現行憲法が失敗したことの認識を挙げる。右派左派問わず、アメリカの民主政と政府への信頼が劇的に低下している原因が憲法にあることを理解すべきであり、しかも保守派優位の最高裁が原意主義に基づく判断を下す状況においては³⁵⁾、新憲法の必要性をより理解するようになるだろうとする。次いで彼は、5条のもとでの州による憲法会議の要求、あるいは連邦議会による憲法会議招集が必要だとするが、その場合の重要な課題として代議員の選出方法を挙げる。彼は、現行憲法の欠陥は州志向に由来し、その再来を避けるため、州による選出ではなく、連邦議会が招集する際に大統領が民主党共和党同数で指名するか、あるいは大統領、下院議長、上院多数派院内総務が指名すべきとする。また、代議員数については、過去とのつながりも示しつつ機能可能かつ多様性を確保しようとして、1787年と同数の55名を提示し、2年以内に新憲法を提案するものとする。彼は、新憲法制定会議の使命と焦点は、より民主的な憲法にすることであり、さらに新憲法起草後の手続については、州政府による批准ではなく、全国規模での人民投票による採択を主張する。これは5条が定める手続ではないが、彼は現行憲法も連合規約に従わずに採択されたことを思い出すべきだという

35) チェメリンスキーがここで挙げる例は、第2修正は1791年あるいは1868年当時に存在したものを除き、銃規制を禁止していたとしたNew York State Rifle & Pistol Ass'n, Inc. v. Bruen, 597 U.S. 1 (2022)であるが、United States v. Rahimi, 602 U.S. 680 (2024)において軌道修正が図られている。

(p. 169)。

チェメリンスキーは、あらためてこれほど深刻に分極化した状況で憲法を置き換えようとするのは可能かと問い、これまでも分極化・分断は存在したのであり、イデオロギー的分断がないときまで待つことは、本質的 reforms に決して取り組まないことを意味するという。さらに、新憲法においても現行憲法と同様妥協は必要となろうし、新憲法が現行憲法より悪くなる可能性も認めるが、人民投票が究極のチェックであり、アメリカ人民がいずれの方向にせよ極端な新憲法を批准すると想像するのは困難であるともいう。彼によれば、自分のように現行憲法が破滅への道へと導いているという前提から出発すれば、新憲法の起草に関する対話を始める強い起動力となるのであって、新憲法について熟考し、議論し、そして究極的には起草し始めるときである (pp. 169-170)。

(5) その先にあるもの——分離の可能性

ここまで立法・判例変更、憲法修正、さらには新憲法制定による改革の可能性を論じてきたチェメリンスキーは、何も変わらずアメリカ民主政の問題がより悪化したらどうなるかと問い、その場合、一つの国家としての合衆国 (“United” States) の存続可能性、すなわち分離 (secession) について真剣に議論することになるだろうとの不吉ともいえる予測を示す。「永続する民主政はない (no democracy lasts forever)」のであり、我々の民主政が深刻に問われる時点が来るだろうというのである。州の間での深刻なイデオロギー的不一致は常に存在してきたが、彼は、現在の blue states と red states の分断、崖は巨大で、有害で、増大しているとする (p. 171)。

もっとも、彼自身は、分離すべきと主張するものではないことを明示し、それはあまりにも悲劇的な過程であって我々をより苦しめるだろうとし、この言葉を用いることについてさえ十分な注意が必要だという。しかし、この国が現在の道を歩み続けるならば、これまでの2世紀のように “United” States であり続けることに意味があるかという問題に向き合わなければな

らないとして、検討に入る (p. 172)。

まず彼は、憲法は分離を許容するかを問題とし (pp. 172-76)、憲法は分離やその手続にまったく言及していないが、もし分離を禁じようとするれば起草者たちはそう定めることができたはずだという。また、1850年代に分離の合憲性が現実的な問題となった際、当初連邦政府は憲法上の制限なしとしており、1861年に11州が実際に離脱した際、リンカーン大統領は「反乱」(rebellion) と呼び、分離は違法であるとして南北戦争に突入したが、この措置の合憲性にも疑問の余地があるという。さらに、分離を認めないと理解されてきた最高裁判決も「諸州 (the states) の同意を通して」との条件付きで分離を許容していると読みうる³⁶⁾ として、チェメリンスキーは分離を違憲とする根拠は薄いとする。また、彼は、そもそも合衆国はイギリスから分離して成立したことを想起させつつ、非暴力での分離であることを深く望むとして、チェコとスロバキアの分離 (1992年)、スウェーデンからのノルウェー分離 (1905年) の例を挙げて、南北戦争の記憶があるとはいえ平和的分離は可能だという (pp. 176-179)。

最後に彼は、分離は多様な形態を取りうるとする (pp. 179-181)。現に合衆国内で生じている動きも、テキサス州における *Texit* は州主権・自律強化を主張する一方、カリフォルニア州の *CalExit* は合衆国から分離し、世界有数の規模・経済力を有する独立国家を志向しており、複数の州による分離や飛び地式もありうるという。さらに、こうした文字通りの分離ではなくとも、合衆国と連邦政府を軍事と外交に特化したものとして維持し、他の領域では大胆に州に権限移譲するという選択肢もあるとする。これにも連邦議会の権限、最高裁の判断対象、社会保障、富の格差等実際上の問題は多数あるものの、連合規約という先例の欠陥を繰り返さないよう設計すべきであり、その場合、緩やかな連合体としての EU をモデルにしうるともいう。彼はあらためて自身は分離を支持せず、実現の計画を提示するも

36) *Texas v. White*, 74 U.S. (7 Wall.) 700, 726 (1869).

のでもないとしつつ、議論の対象とはすべきであり、注意深く分離を検討し、それを斥ければ、連合（the Union）を強力に肯定することになるという。もし分離という選択肢が許容しがたいのであれば、立法、憲法修正、あるいは新憲法の制定にはすべて可能性があり、現実的とすらみうるというのが彼の判断である（p. 182）。

3 処方の実現性とリベラル派の苦悩

以上のようなチェメリンスキーによるアメリカ民主政の危機とその憲法典との関連の指摘自体は、直近の状況を反映してはいるものの、憲法修正を含む具体的な改革案も含め必ずしも目新しいものではない。これらは、前稿で紹介したレヴィンソンや政治学者のロバート・ダールが主張してきた憲法の非民主性³⁷⁾とも大きく重なるし、『民主主義の死に方』の著者たちによる続編でも同様の指摘と提案はなされている³⁸⁾。また、過激な提案にも映る合衆国からの分離にしても一定のリアリティをもちつつ議論されており³⁹⁾、激しい分極化・分断が内戦にまで至ることすら危惧される現状⁴⁰⁾では、チェメリンスキーが説くような平和的な分離はより穏健な選択肢となる可能性すらあろうし、近い将来における憲法修正や新憲法制定の実現

37) 塚田・前掲注（1）316-318頁参照。また、左派憲法学者のサイドマンも同様に憲法の非民主性を指摘し、改革案を提示している。LOUIS MICHAEL SEIDMAN, FROM PARCHMENT TO DUST: THE CASE FOR CONSTITUTIONAL SKEPTICISM 15-39 (2021).

38) STEVEN LEVITSKY & DANIEL ZIBLATT, TYRANNY OF THE MINORITY: WHY AMERICAN DEMOCRACY REACHED THE BREAKING POINT (2023). スティーブン・レビツキー／ダニエル・ジブラット（濱野大道訳）『少数派の横暴』（新潮社、2024年）。具体的な改革案については、LEVITSKY & ZIBLATT, *supra*, at 227-228, 230-36. 訳書240-247頁参照。

39) See Sanford Levinson, *The Double Bind of the United States Constitution*, 77 FLA. L. REV. 1313, 1320-21 (2025).

40) 2024年公開の映画『シビル・ウォー』の元になったといわれるバーバラ・F・ウォルター『アメリカは内戦に向かうのか』（東洋経済新報社、2023年）、直接内戦や分離を論じてはいないが、分断が部族主義へと向かう可能性を指摘する渡辺靖『現代アメリカの政治と社会』（放送大学教育振興会、2024年）142-149頁参照。

可能性と比べれば、逆説的ながら分離という選択肢のリアリティがかえって増すことすらありうるかもしれない。

むしろチェメリンスキーの主張の新規性よりも重要なのは、なぜ彼が2024年の時点でこのような主張を提示するに至ったか、すなわち、従来、違憲審査を通して構築される憲法解釈を主たるフィールドとして保守化する最高裁を厳しく批判してきたリベラル派憲法学者たる彼が、政治過程の非民主性とそれが憲法の欠陥に基づくものであることをも問題とし、民主化のための憲法修正や新憲法制定、さらには分離の可能性まで提示するに至ったのかの事情であろう。あらためて指摘するまでもなく、2016年大統領選挙によるトランプ政権の誕生と2020年大統領選挙をめぐる混乱が与えた衝撃、さらには1期目退任後も含む2度の大統領弾劾裁判等々の事態が、アメリカ民主政の現状への深い憂慮とその原因の探求に目を向けさせたことは想像に難くない。彼は、「10年前には、本書の前提——アメリカの民主政が危険にさらされている——は、おそらく誇張だとして斥けられていただろう」(p. xiv) というが、10年前にはレヴィンソンのような左派憲法学者が説いていた主張をチェメリンスキーが説くに至っているのは、彼自身の変化もさることながら、合衆国社会・政治の状況悪化を抜きには理解しえない。もちろん、彼自身以前から指摘していたように、政治的分極化とトランプ現象はトランプあるいはその支持者が作り出したというより、それ以前からの変化がトランプ当選という形で表出し、当選後より悪化したものであろう⁴¹⁾。いささか穿った見方をすれば、従来、保守化する最高裁の批判に集中してきたチェメリンスキーを含むリベラル派憲法学者が、その後にある統治構造の問題にも目を向けざるをえない状況によりやく立ち至ったということであり⁴²⁾、裁判所の憲法解釈に集中してきたことの限界が表

41) See Erwin Chemerinsky, *The Non-United States of America*, 21 J. APP. PRAC. & PROCESS 259, 266 (2021).

42) Harvard Law Review 誌の Foreword で民主政の劣化への最高裁の寄与が扱われたのと同じような事情の証左であろう。See Michael J. Klarman, *The Supreme Court, 2019 Term*

出したとも理解しえよう。

そして、本書でチェメリンスキーが提示した診断と処方についていえば、2018年の著書⁴³⁾で提示した主張、すなわち憲法前文およびその後の修正から示された諸価値実現のための憲法の民主的／進歩的解釈とその前提となる現状把握⁴⁴⁾と重なる部分も多く、こうした解釈と本書で提示された憲法修正・新憲法制定を含む処方とは排他的ではない。これは、保守派優位の最高裁を与件としても、解釈論的対応は（受け入れられる見込みは低くとも）なお必要であり、かつ新憲法制定をも含む立法論的対応も求められるという、現在のリベラル派がいわば二正面作戦を強いられている状況の反映とみるべきであろう。さらにまた、かかる状況の中で民主政の強化を志向するにあたっては、その枷となっている憲法の具体的規律よりむしろ憲法前文に示された諸価値・理念に依拠せざるをえないという事情⁴⁵⁾もあるだろう。当然、これら諸価値・理念は抽象度が高いだけにその解釈・具体化をめぐる闘争も不可避であり、現在の分極化のもとではリベラル派による学問的主張も一定の党派性を帯びることをも覚悟せざるをえまい。

もちろん、彼が提示する診断と処方のいずれについても異論の余地は十分あろう。民主政の危機の原因をどこまで憲法に帰しうるかは、大統領選

—Foreword: *The Degradation of American Democracy—and the Court*, 134 HARV. L. REV. 1 (2020).

43) ERWIN CHERMERINSKY, *WE THE PEOPLE: A PROGRESSIVE READING OF THE CONSTITUTION FOR THE TWENTY-FIRST CENTURY* (2018).

44) 彼が挙げる諸価値は、統治の民主的形体、実効的統治、正義の樹立、自由の保障、平等である。 *Id.* at 57–81. また、簡単ではあるが、憲法の欠陥を指摘してもいた。 *See id.* at 18, 83–86.

45) こうした前文に示された諸価値への依拠も、民主政の強化を志向する先行の論者と共通する。 *See, e.g.*, MARK TUSHNET, *TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS* 11–14 (1999) (塚田哲之「合衆国における『市民的公共圏』と憲法裁判」森英樹編『市民的公共圏形成の可能性』[日本評論社、2003年] 187–190頁参照)； MARK TUSHNET & BOJAN BUGARIĆ, *POWER TO THE PEOPLE: CONSTITUTIONALISM IN THE AGE OF POPULISM* 12–32 (2021) (大河内美紀「立憲主義と民主主義」高橋和之・長谷部恭男編『芦部憲法学』[岩波書店、2024年] 677–680頁参照)； LEVINSON, *supra* note 1, at 12–13 (塚田・前掲注(1) 310–311頁参照)； SEIDMAN, *supra* note 37, at 10–12.

挙人団や上院議員同数制を除けば必ずしも明白ではなかろうし、近時の最高裁の諸判決が彼のいうように民主政の危機に寄与するものであるかについても別様の評価はありえないわけではなく⁴⁶⁾、さらには、最高裁における原意主義の有力化が新憲法制定へと向かうべき根拠とされる点も飛躍があるとの批判は十分予測される。また、憲法の非民主的性質こそがアメリカ経済の成長に貢献して連合を維持しており、反民主主義的な最高裁判決であっても自身の志向に合致するものは取り上げないつまみ食いであるとの痛烈な批判もある⁴⁷⁾。もっとも、彼からすれば、自説の妥当性よりも自著を契機に真剣な議論が交わされることこそが重要であり、無視よりも批判を望むところではあろう。

一方で、チェメリンスキーは、こうした問題に向き合うことへの逡巡をも隠さない。彼は、本書について「誤りだと願う前提——アメリカ民主政が重大な危機にある——に基づく書物を書くのは奇妙ではある」(p. 22)といい、末尾では民主政が危機にあるという自身の前提および解決は極めて困難であるとの結論のいずれも誤りであってほしいという(p. 183)。さらに、本書の執筆はつらかったとし、すべての言葉を信じているが、誤りであってほしい書物を執筆するのは愉快ではなく、解答を持たないので途中何度もこの企画を断念しようと思ったとすら告白する(p. 185)。実際、既述のように、彼も自身が提示した処方少なくとも近い将来において実現する見込みはきわめて低いことを十分自覚している。最高裁も当分保守派優位であることが想定され、現状から受益している者が存在する以上、憲法修正はもちろん、憲法修正を要しない改革も実現へのイニシアティブは低く、新憲法制定あるいは分離の実現可能性はなお一層低いといわざるを

46) 大林啓吾「未完の perfect union」憲法研究14号(2024年)124, 127-128頁参照。ただし、本書刊行前に公表された同論文が参照するのは、Erwin Chemerinsky, *How the Supreme Court Became a Threat to Democracy*, 69 *LOY. L. REV.* 351 (2023)である。

47) Anders Walker, *Chemerinsky's Lament: Insurrection, Secession, and the End of American Democracy*, 69 *ST. LOUIS U. L.J.* 799, 806-08, 810-11 (2025).

えまい。だが、実現可能性がきわめて乏しいことを自覚しつつも、危険を伴う選択肢を提示せざるをえないことに、現在の合衆国におけるリベラル派の窮境と苦悩が滲み出ている。

むすびにかえて——彼方の希望へ

それでもなお、チェメリンスキーは決してあきらめず、希望を捨ててはいない。2018年の著書末尾で「革新派は、憲法についての自身のヴィジョンを発展させ続け、そのために闘わねばならない」⁴⁸⁾と述べる彼は、2016年大統領選挙直後、結果に打ちひしがれる学生に「選択肢は2つしかない。あきらめるか、より懸命に闘うか。そしてもちろん、真の選択は1つしかない。より懸命に、そしてこれまでよりずっとうまく闘うことだ」⁴⁹⁾と檄を飛ばしている。そしてまた、2024年の本書は、「すべての可能な改革の道を見ることで、大きな変革は困難であっても不可能ではないことを再確認させる。そして、どこかの時点で、事態が悪化を続ければ大きな変革が生ずるのは避けられないことを認識しなければならない。これらの道を見捨てるよりも、もっとも可能性の高い方法で成功させられる道を注意深く検討する方がよい」(p. 21)といい、さらには「道徳的宇宙の弧はどんなに長くても、正義に向かって曲がっている」とのマーティン・ルーサー・キング牧師によるセルマ行進終結演説の著名な一節⁵⁰⁾を引きつつ、自らを鼓舞するかのように「これら憲法の欠陥をいかに修復するかを、それがいかに困難であろうとも考え始めなければならない」、「解決は今年や来年には到来しないだろう。しかし、我々が今とりかかり、問題を認識し、そして解

48) CHEMERINSKY, *supra* note 43, at 234.

49) *Id.*

50) Martin Luther King, Jr., *Our God Is Marching on!* (Mar. 25, 1965), THE MARTIN LUTHER KING, JR. RESEARCH AND EDUCATION INSTITUTE, <https://kinginstitute.stanford.edu/our-god-marching>. 訳はクレイボーン・カーソン、クリス・シェパード編（梶原寿監訳）『私には夢がある M・L・キング説教・講演集』（新教出版社、2003年）150頁によった。

答を考えなければ、決して到来しないだろう。これが本書を執筆したゆえんである」(p.184)と締めくくられている。第2次トランプ政権下でより悪化しているともみうる問題の深刻さとその解決の困難を痛いほど自覚しつつ、彼方にあるはずの変革の希望とそのわずかかもしれない可能性に賭けるとするその姿勢は、現在の合衆国におけるリベラル派憲法学の窮境を痛切に映し出しているとともに、そこからの脱却を模索する試みとして貴重なものといわねばなるまい。そしてまた、かかるチェメリンスキーの姿勢は、彼我の問題状況と具体的課題の相違をこえて、この日本で「選挙制度の民主的変革」⁵¹⁾、「議会制民主主義の発展」⁵²⁾のため歩み続けてきた憲法研究者の姿勢ともはるかに響き合っている。

51) 小松浩『イギリスの選挙制度』(現代人文社、2003年) v 頁。

52) 小松浩『議会制民主主義の現在』(日本評論社、2020年) viii 頁。