

---

 翻 訳
 

---

『「ここでは人々が支配する」  
 ——憲法上のポピュリズム宣言——（下・完）』

リチャード・D. パーカー（著）

池端 忠司（訳）

\*\*\*\*\*

訳者はしがき

本稿は、Richard D. Parker, “Here, the People Rule”: A Constitutional Populist Manifesto, Harvard University Press（1994）の訳である。本書は2つの章からなり、本紀要第54巻2号ではその第1章までを、第54巻3号では第2章の前半部分を、第55巻1号の本号では第2章の後半部分を訳し、これで全訳したことになる。

第1章では、ファシズムのイタリアを舞台とするトーマス・マン作の短篇小説『マリーオと魔術師』を素材にして普通の人々の政治的エネルギーに対する私たちの反応について2つの「見方」が提示された。第2章の前半部分は、その2つの「見方」の基礎にある感性を、それぞれ「反-ポピュリズムの感性」と、「ポピュリズムの感性」と呼び、あるべきポピュリズムの感性を再定位したうえで、アメリカの憲法に関する紋切り型の言説が反-ポピュリズムの感性の優勢の上に構築されていることを確認した。そして本稿が訳す第2章の後半部分は、その憲法に関する言説を再構築するための指針あるいは方向性を示すことによって、ポピュリズムの感性を正当に評価することの意義を確認することになる。著者はそれを本書の副題である「憲法上のポピュリズム宣言」と称している。

なお本稿は、まず全体の「目次」を記し第2章の後半部分の2つの節を

訳し、その後にもその該当部分の注も記した。

\*\*\*\*\*

## — 目 次 —

### 序

#### I 政治的エネルギー

- 1 第一の「見方」
- 2 第二の「見方」（以上第 54 巻 2 号）

#### II 「高次の」法とは何か

- 1 普通の政治的エネルギーに関する二つの「見方」
- 2 反-ポピュリズムの優勢（以上第 54 巻 3 号）
- 3 なぜ「二重の見方」をするのか
- 4 「二重の見方」をすること（以上第 55 巻 1 号）

### 注

\*\*\*\*\*

## 3

### なぜ「二重の見方」をするのか

あなたは次のように言うであろう。よろしい、反-ポピュリズムの感性が現代的憲法では優勢であるのは、いかにもその通りだ。それがもたらす影響が、憲法に関する紋切り型の言説を膨張させるというのは、大いにあり得る。そしてそのことは、私たちの普通の経験に対するいくぶん冷淡な、それどころか尊大な言説——すなわち普通のエネルギーについて抑圧的でさえあるかもしれないような言説を生み出すかもしれない。しかしそれがどうしたというのか。実際にその何が悪いのか。憲法は常にそういうものだったのではないか。そのことは、憲法制定者たちが憲法とはこういうものだ」と意図したものなのではないのか。なぜ敢えて、高められたポ

ピューリズムの感性が、憲法に関する言説に何かしらの差異を生み出すかもしれないと考えようとするのか。なぜ「高次の」法としての憲法のイメージについて疑問を抱き始めようとさえするのか。なぜ普通の政治的エネルギーについて「二重の見方をする」ように試みるのか。

私は、3つの議論をスケッチすることによってこれらの疑問に答えたい。ある意味ではそれらの議論は3つの反論である。というのも、普通の政治的エネルギーについて——それゆえ憲法について——異なったパターンで想像することに従来どおりに気乗りがしない3つの主要な原因であると私が考えるものを、それらの議論が捉え、さらには引っ繰り返そうとしているからである。これらの原因のどれかが感性の領域で発見される。そこでもう一度、私たちがよく使う決まり文句の蓄積を利用し、再想像に対するこのような抵抗について、私が言わなければならないことを説明しよう。

抵抗の原因の第1のものは、合衆国憲法、憲法および合衆国最高裁判所に対する慢性的なフェティシズムである。このようなフェティシズム——すなわち普通の人間を超える準-超自然的な力があると考えられている私たちの立憲主義の聖像、典礼および正統派への取り憑かれているほどではないにせよ、度を越している崇拜——は数十年にわたって満ち欠けを繰り返してきた。しかしここ数10年間にわたり様々な根本的な異議申立てに直面してもそのフェティシズムは特記すべき粘り強さと、驚くほどの強い影響力があることを証明してきた。

もちろんある程度においては、こういったフェティシズムは、優勢である反-ポピューリズムの感性の一つの症状にすぎず、すなわち反-ポピューリズムの感性が火をつけた合衆国憲法に関する言説における膨張のもう一つの側面にすぎない。しかしながらそのフェティシズムは同時に特別なフィードバック効果を持つ。というのもフェティシズムはひとたび確立したならば、普通の政治についての想像力や、最初にフェティシズムを生み出した「高次の」法についての反-ポピューリズムの想像力を「仕舞い込む」ように機能するからである。

現代的憲法のフェティシズムは、2つの主要な形態をとる。第1のもの

は、多様な諸解釈——それ自体の前提に応じてそれぞれ妥当であるような諸解釈——を受け入れるのものとしてではなく、いくつかの「正しい」前提に基礎づけられた一つの「正しい」意味を有しているものとして、合衆国憲法を想像することを内容とする。一つの意味を持っていると仮定すると、合衆国憲法は次のように描写される。つまり、服従やあるいはおそらく信仰さえも鼓舞する客体として、それ自体が確定した生を持っているように描かれる。このようなイメージが呼び覚まされ、優勢である感性を神聖視するとき、その感性の魅力を高める。またこのようなイメージが引き合いに出され、優勢である感性を論議する試み——あるいはそのような論議をする可能性を主張する試み——に抵抗し、この感性を確固たるものにする。このような調子で、私たちは、憲法制定者や長い伝統が——あるいは何であれそのようなものが——反-ポピュリズムという前提を憲法の「中に」植え付け、今では憲法自体がこれらの前提を義務づけるようになっていてと説法する。憲法がその言葉の性質上の意味だけではなく、その言葉の偶像崇拜的な意味で「高次的」であると示唆することによって、より一般的かつ無意識的にこのフェティシズムは反-ポピュリズムの感性を「仕舞い込む」のを助けるのである<sup>42)</sup>。

現代的憲法のフェティシズムの目を引くもう1つの種類は、想定された憲法の性質上の優位性を高めることにまさによく馴染んでいる。そのフェティシズムが含む内容は、私たちの合衆国憲法を恐ろしく価値があるものとしてだけではなく、恐ろしく死活に関わるものとしてまた恐ろしく脆弱なものとして想像することであり——憲法は、あまりに死活に関わりかつあまりに脆弱であるため、憲法に余計な干渉をするどんな試みも、また普通の政治による憲法へのどんな感染も決定的な大惨事を招き得る。それゆえ私たちは、憲法の中で具現化された何がしかの「繊細な」均衡について話す。私たちは、それを「壊れやすい」ものとして描写する——これは究極の賛辞を意味している。均衡予算を求める修正案に反対する証言をしながら、ある専門家は次のように述べた。つまり、その修正案は、彼がいうところの「私たちが自分の子どもに残して置かなければならない最も貴重

な遺産、つまり合衆国憲法の「質を落とす」ことになるであろう。報じられたところによれば、「現在、政治家にまで進んだ軽視」が「合衆国憲法それ自体に波及する」のも当然であると彼は警告したのである<sup>43)</sup>。同じように、私たちは政治状況を——とりわけ行政権の拡大や濫用を内容とする政治状況を——「憲法の危機」として大げさな言い回しで記述する。イラン・コントラ事件あるいはウォーターゲート事件あるいはペンタゴン・ペーパーズ事件などはどれも、私たちの合衆国憲法がいかに重要で脆弱なのかを、つまりいかに法という膜が薄いものであるかを、あるいは普通の政治によって解放された粗野なエネルギーが憲法に対していかに脅威となるかを示すものであると一般には考えられている<sup>44)</sup>。そのような感想が、優勢である反-ポピュリズムの感性に与える後押しは、明白である。

これらの二種のフェティシズムは——異なった強さで、また同様に異なった比率で保守派およびリベラル派によって主張されているのであるが——いまでは当然のことと見なされる。しかしながら、私たちがしばらくの間その歩みを止めて、それらのフェティシズムについて考えるならば、それらのフェティシズムは、パンと音を立てて収縮するかもしれない。というのも、私たち全員、すなわちリベラル派および保守派は、リーガル・リアリズム派の人々によって教えられた教訓を私たちの心の奥底に明らかに持つからである。私たちは、ロックナー時代の甚だしい憲法的フェティシズムに対するリアリズムの批評を思い起こす<sup>45)</sup>。私たち〔保守派およびリベラル派〕は、お互いに対してそのような批評を引用さえする。私たちは、同程度の甚だしいフェティシズムに耽るとき、私たちは明白な悪意を持ってフェティシズムに耽っているのである。私たちは、このことを認めよう。フェティシズムを拒否すべきである。それを拒否する中で、私たちは、反-ポピュリズムの展望という衣装を剥ぎ取ることから始め——そして反-ポピュリズムの前提を再想像することに抵抗する原因のうちの最も根が浅いものから私たち自身を解放することになるであろう。

抵抗の 2 つ目の原因はもっと深いところにある。その抵抗は憲法に関する言説に特有の単なる一つの症状ではない。むしろその抵抗はこの憲法に

関する言説の政治的および社会的な文脈の中に根ざしているものである。そのため憲法に関する紋切り型の話の内部にある矛盾を指摘するだけでは、その抵抗を収縮させることはできない。しかし——その抵抗は通常は当たり前であると感じている感性の諸相を内容としているがゆえに——その意味を理解することで、それがもたらす目隠しから私たちを解放するための助けになるかもしれないのである。

憲法の中で作用する普通の政治的エネルギーを蔑視することは、憲法に特有のものではない。それどころか、この蔑視は「高学歴階級」の感性に組み込まれている。この階級の人々は、自分たちこそが適切な「統治階級」であり——統治の重要な地位に就くべき者が自分たちのような人物である——と思い込んでいる。だが、統治とは政治を含みそれに左右される傾向さえあるものである。このことは、今度は「高学歴階級」を不安にさせる。というのも彼ら以外の種類の人々を政治が巻き込むようになること——そして政治が彼らと緊密な関係を伴い得ること——を否定できないからである。政治において普通の人々が勝利を手に入れることさえあるかもしれない。この不安は何らかの形で普通の政治的エネルギーに対するその種の蔑視を呼び覚まし、その蔑視は憲法に関する言説の中で一つの声、とりわけ雄弁な声を見出すのである<sup>46)</sup>。

これが非常に古くからある話であるのは確かである。政治的な異議申立者たちの台頭を恐れ、ひどく嫌うという自己イメージ化された「統治階級」の傾向は、お馴染みのものである。しばしば異議を申し立てられている社会的・経済的エリートは、彼ら自身の軽蔑に満ちた感性を法に注入してきた。いくぶんか新しいのは、今日のエリートに特有の不安定さである。フェリックス・フランクファーター教授は、彼の時代の勝ち組を特定しながら、彼こそが「優秀な者と裕福な旧家の少年のためだけに与えられた時間と忍耐力を有していた。」<sup>47)</sup>今日ではどういったものが「裕福な旧家」だと言うのだろうか。誰がそんなものを気にするのだろうか。まさにその言い回しは、その指示内容を失ってしまったのである。今日では「優秀な者」が首位の座にいる。しかし誰が「優秀」であるかを言うのは難しい。家の

名や富は親から子へと受け継がれるが、優秀さという質はそうではない。長所は重要であるように見えるが、ほとんど安定性を提供してくれない社会においては、教育の証明書は、名と富に代わる貧弱な——しかし唯一の——代用品である。これらの状況において、高学歴者は、「統治階級」としての彼らの自己イメージを膨張するように動機づけられ、しかも「教育を受けていない」者——すなわち並みの教養しかない者や教養のない者、普通の人々、多数者——の政治的エネルギーに対する軽蔑を広めるように動機づけられるのである。

このようにして広まった軽蔑は、私たちの政治的感性の中にある強力な緊張を大げさに表現する決まり文句となって現れる。誰もが口にして政治に関する一般的な特徴づけを考えてみてほしい。政治とは、無知な有権者や利己的な利害関係者のための「汚くて」、「つまらない」、「迎合を行う」ビジネスであると考えられる。しかし同時に私たちは政治が「高貴な職業」<sup>48)</sup>であり得ると口にする。いったい何がその違いを生み出すのか。その答えは指導力である。その「高貴な」指導者は、私たちの想像では「庶民性」を持たなければならないが、しかし並みであるわけにはいかない。彼は「勇気」を持たなければならない、私たちは、「原理」、「公共の福祉」あるいは「確かな政策」を支持する——その結果、世論に対抗する、多数者に対抗する——強さとして、その勇気をイメージする傾向がある。私たちはそのような高貴な目的に仕えるという点で選挙民を操作する彼の能力を讃える。このような指導力を求めて人々が「叫び声をあげる」——「叫び声をあげている」人々のイメージが本質をついたイメージである——と私たちは言い合っているくらいである。そういった人々は自らの権力を与えたくてたまらないし、彼らに応答することを政府に諦めさせたくてたまらないのだ、と私たちは信じたいのであり、そのような人々は、私たちに似ている賢明なリーダーが政権を取ることを切望している、と私たちは公言するのである。

しかし私たちはそれを完全には信じていない。不安定さに駆られている私たちは、野蛮な勢力としての普通の人々という大衆がいまにも彼ら自身

の無能な手で物事を進めようとしているかもしれないと想像してしまうのである。かつての植民地時代の行政官と同じように、見えない暗闇の藪の中で太鼓がドンドンと鳴り響いているのを聞いていると思っている。選挙を控え、今年は「異常な年だ」、「世の中」が変だと心配する。現職が失脚すると、私たちは彼らが大きな「波」や「潮」——顔も理由もない力——に「押し流された」と言う。私たちは「タブロイド紙」や「トークショー」といった、すなわち普通の人々を惹き付けるようなメディアに息を呑む。市民が大挙して彼らの議員に電話するとき、「電話民主政」を通じて私たちは団結する<sup>49)</sup>。私たちは相手を非難し、特に「分断を招くような」問題を提起して人々を煽るという大罪を犯していると彼らを告発する。その結果、民主党員は、共和党員が反差別のための積極的差別は正措置に疑問を呈することで私たちを「分断している」と告発し、共和党員は、民主党員が階級問題を提起することで私たちを「分断している」と主張する。私たちの不安は、私たちの回りに裏切者——私たち自身の階層に対する、つまり「統治階級」に対する裏切者——がいると私たちに想像させるほど強く現れる<sup>50)</sup>。

不安が私たちを支配する限り、私たちは、「高貴な指導者」に対する私たちの賞賛から、普通の政治的エネルギーに対する軽蔑という別の形態に移行する。これは、一方では政治活動家に対する嘲笑を伴い、ときに物知り顔の皮肉とともに、ときに喜びを露わにしながら、一般に思われている政治活動家の知性の欠如に特別な強調を置く。例えば、当時副大統領であったクエールは、「ジャガイモ」のスベルを間違えたとき、彼の誤りは「高学歴階級」の中で数週間の物笑いの種となった<sup>51)</sup>。政治における普通の人々に対するこのような嘲笑に並行して、その嘲笑の対旋律をなすところの高邁な蔑視というより壮大なモチーフが流れている。それは、政治的なナルシズムという空想を満足させる。この調子で、私たちは想像上の政府に、つまり政治と普通の人々を超越した政府に自らを置く。私たちは、国家の「政策」についてあたかもそれが私たちだけで作るべきものであるかのように真剣な口調で討論する。敬意をもって、私たちは、「思慮深いオブ



ザーバー」が——要するにお互いが——勧告することを検討する。その想像上のプロセスは洗練されているので、私たちはもはやそれを政府と呼ぶことさえしない。私たちは政府に代わって「ガバナンス」について話している。その 2 つを分けるものは、「ガバナンス」が幸いにも純粋な事柄であり、普通の政治的エネルギーによるいかなる汚れもない事柄であるという点にあるように思われる<sup>52)</sup>。

憲法に関する紋切り型の言説における支配的な感性が、実際にはこれらの態度に基礎づけられているとしても、なぜそのことが私たちを普通の政治的エネルギーと——その結果として——憲法を何らかの別の形で想像するように動かすことになるのか。2 つの理由が存在する。第 1 の理由は、この鏡を覗き込むとき、私たちが何と魅力がなく見えることかという単純なものである。もし私たちが立ち止まって、私たちが繰り返す決まり文句や私たちが取るポーズ、そして自らが統治階級であると想像することの悪臭漂う尊大さについて考えるならば、いま当たり前と考える多くのことを再想像する気にさせられるはずである。おそらく『マリーオと魔術師』のような小説は、私たちに拍車をかけることができる。「高貴な指導力」を褒め称えるとき、私たちはその鏡の中にチポッラを見るべきである。普通の政治活動家に対する私たちの嘲笑や「ガバナンス」に対する私たちの空想の中に、私たちはマンの物語における傲慢な語り手の自己隔離を認めるべきである。

しかし、さらに重要なのはもう 1 つの理由である。それはより実践的理由であり、つまり憲法に関する言説の感性を育むエリートの態度が私たちの社会および統治組織にとって有毒になるということである。それらのエリートの態度は、普通の人々との交流——職場においてであれ、学校においてであれ、地域共同体においてであれ——から「高学歴者」すなわち特権的な少数者を「分離する」すでに進行中の趨勢を強化するのである。そのことは、公共的なサービスやリソースのみならず、市民同士のつながりという観念そのものを蝕んでいる<sup>53)</sup>。さらに悪いことに、これらの態度は次のようにもう一つの趨勢を強化し鼓舞しさえする。つまり、普通の政治

的エネルギーに対してエリートが感じている蔑視は結局のところ普通の人々に伝わらないわけがない。普通の人々は、多くの情報源からその蔑視を拾いあげる。そのとき、そのような蔑視は、過去 20 年にわたって大いに議論されてきた、普通の人々の政治的プロセスからの——政府そのものからの——疎外感を、どれほど助長し、いやそれどこか焚きつけることになるのだろうか<sup>54)</sup>。それゆえ、ここで問題となっている態度によって拡散された毒は、私たちの政治システムの正当性と同じくらい基礎的なものに、つまり憲法の観点からすれば重要であるべきものに脅威を及ぼしているのである。

憲法に関する私たちの言説の基礎にある前提を再想像しようとすることに抵抗する第 3 の（そして最後の）原因は、おそらく最も手ごわいものである。というのもそれは、その前提が単なる前提ではなく、事実であるという主張を含んでいるからである。その主張は最も強力な感情——恐れ——に根ざしている。それはまた、最も安心を与える保証——つまり現代のコンセンサス、少なくとも「世論形成者」間のコンセンサス——によって支えられている。それは、普通の人々という多数者の政治的エネルギーが単に無能で不安定等々であるだけではなく、危険であるという一つの信念に行き着く。その信念とは、多数者がもしも自由に振る舞うことができるならば、先入観に囚われ、不寛容で、専制的でもあるというものである。さらに、その信念とは、多数者の権力が私たちの中の最も脆弱な人々——すなわち体制に従わない個人、人種的、宗教的、その他の少数者、さらには「犠牲となった」、「不遇な」あるいは「不人気な」あらゆる個人および集団——に最も脅威を及ぼすというものである。そうであることは何度も最終的に証明されてきたと考えられている。そうだとすれば、なぜわざわざ別の仕方事態を理解しようとするのか。

そのような不動の確信を前にして行い得る最善のものは、最初はその不動の確信が誇張したことの粗捜しを行い、次にそれが持つ感情的傾向の一部を変える試みを行うことである。この仕事は細部にわたって、つまり歴史学、社会学、世論研究などに手を伸ばして行い得るかもしれない。ある

いは、それは迅速かつ概略的に行われ得るかもしれず、安定している信念を不安定にしようと試みることになり——つまりその信念に新鮮な風を送れる程度に見通しのよいものにして置くことを試みることになる。私はこれからこのことだけを行う予定である。

過去および現在の多くの抑圧を「多数者」に帰することは、何よりもとんでもない誇張である。多数者はまれにしか支配しない。疑いもなく彼らが直接的に支配することはほとんどない。「多数者の専制」を信じる者が彼らの最悪の恐れを想像するとき、ニューイングランドのタウンミーティングを考えていない。彼らが心に抱いているのはおそらく群集である。しかしなぜ群集を多数者と同一視するのか。普通の人々の中にはそれに入る者もいるかもしれない。しかしながら実際にはそうでない人の方がはるかに多い。それどころか、政治的行為に関与するとなったとき、数的多数者が行うであろうとあなたが期待できる唯一のことは——善かれ悪しかれ——ほとんど何もしないということである。つまりほとんどの抑圧は少数者の仕業である。そして、その多くは——洗練された、高学歴の——エリートエリートの少数者の仕業であり、現実生活では、彼らの手は直接的に権力を握ることができる傾向にある。そうだとすれば、脆弱な個人または団体を抑圧する少数者に立ち向かうために、少数者を何とかして抑制しようとするかもしれない勢力の、つまり普通の人々という多数者の政治的エネルギーを——恐れるというよりも——促進すべきであるということになるのではないだろうか。

しかし、おそらくここで問題となっているような信念へと駆り立てる恐れは、実際には多数者の権力権力に対する恐れではない。おそらくそれよりは政治的エネルギー政治的エネルギーそれ自体に対する恐れであり、それはどんな精力的な政治活動も普通の人間の性質に内在している最も非理性的で最も敵対的な要素を呼び起こす可能性が高いということに基づいている。あるいはおそらく、それは統治に関する多数者の意見の間接的な影響力に対する恐れであり、それは普通の人々が強い先入観と不寛容の傾向にあるということに基づいている。どうすればそのようなもともたらしい確信を無力化すること

ができるのであろうか。最も「耳を貸してくれ」そんな議論は、彼らに動機を与えるために何よりもなくてはならない恐れについて話すものであり——すなわち先入観に対する恐れについての議論である。

この二つの確信に共通する特徴は、それらの確信自体が先入観を明白に示していることである。それらの確信は、敵対的なステレオタイプを前面に押し出す。それらの確信は、一方では、政治的な現状維持をかき乱す試みを抑えるために、他方では、有力な関係者の手にあるような影響力を欠いている平均的市民にさらに応答するように政府を変える試みを抑えるために、そのステレオタイプを利用する。それらの確信は、自分自身を「普通」であると想像しない人々によって、それどころか（少なくともある点では）普通の人々よりも（少なくとも少しは）ましであると自分自身を想像する人々によって支持される傾向がある。そのような先入観を持った集団に都合のよい形で、それらの確信は、多くの先入観と同様に、ステレオタイプ化された集団に対する偏見を動員する。

しかし政治において普通の人間が持つとされる危険な属性についての一般化をなぜ事実としてよりも先入観として見るのか。ここでも手がかりとなるのは誇張である。誇張された一般化が、誰か他の「タイプの」人——あるいはそのような人によって行われる「タイプの」の活動——に対する偏見を動員するときはいつでも、私たちは少なくとも先入観を疑うべきである<sup>55)</sup>。ここで示されている誇張は明白である。疑いなく、その政治的エネルギーの行使は——それ自体としては——初期の専制君主的なものではない。（1787年の憲法制定会議を考えてみてほしい。）そしてまた、そのようなエネルギーの普通の人々による行使でもない。（アメリカ独立革命あるいは奴隷制度廃止論者あるいは市民的権利運動を考えてみてほしい。）私たちは、多数者の意見の持つ不寛容への傾向について一般化しすぎた主張を行うとき、同じような誇張を見せてしまうことになる。私たちは多数者が偏見に満ちていると思うとき、実際には私たちが間違いであったと分かることがよくある。（1992年の共和党全国大会において反同性愛感情への訴えかけが失敗したことを思い出してみてほしい。）私たちは、ただ多数

者の意見に対する私たちの不同意を強調するために——それが明らかにより複雑であるときも——先入観にすぎないものによって基礎づけられているものとして、その多数者の意見を退けることがよくある。(強制バス通学や「法と秩序」をめぐる 1970 年代初頭の論争を思い出してみしてほしい。) 普通の人々としての多数者が持っていると言われる偏見の最も言い古された例——ナチズムの台頭——でさえも、疑問の余地がある。思い出してほしい、ナチスは、自由で公正な選挙において過半数を決して獲得しなかったのである<sup>56)</sup>。もちろん、多数者が偏見に満ちていることがめったにない、と言っているわけではない。そしてまた、多数者が「高学歴の」エリートより偏見に満ちていない——あるいはそのようなエリート以上に先入観に満ちている——と言っているわけでもない<sup>57)</sup>。それは、普通の人々の一般的な属性についてのそのような大まかな主張が、偏見に満ちた誇張であると言っているのである。そうだとすれば、私たちは、先入観を拒絶する限りこのようなものを控えなければならない。

さらに言えば、少数者は、つまり先入観の対象である彼ら自身は、多数者に共感できるはずである。というのも、多数者に投げかけられる軽視的なイメージの多くは、まさに少数者に投げかけられるイメージであるから。一部の人種的少数者や女性は、例えば子どもじみている、非理性的である、感情的である、無知である、無責任であるなどと描写されることによってどんな気持ちになるかを知っている。彼らは、普通の人々という多数者に対してまさに同じような侮辱を行う可能性の最もない人々のはずである<sup>58)</sup>。

#### 4

#### 「二重の見方」をすること

憲法の根底にある前提を再想像することに対するあなたの抵抗を乗り越えること——あるいは和らげること——と、そのような再想像をあなたに試させることとは別の次元の話であろう。もしも普通の政治的エネルギー

について二重の見方を行うことが憲法にとってどんな意味があるのかをあなたが知らないならば、あなたはそれを行う気にならないかもしれない。あなたはポピュリズムの感性が生み出す違いについてのはっきりとした考えを欲しているのかもしれない。しかしそれが——一連の原理というより——感性であるため、あなたはそうした考えを簡単に持つことはできない。感性は、あなたが点検するために列挙されるような「論理的含意」を有しないのである。

私が行おうとしているのは、ポピュリズムの感性が憲法的議論を通じて道を切り開き始めるように私たちを鼓舞するかもしれない一つの道筋についてのスケッチである。しかしながら、私の意図はそれを特権化することではない。さらに言えば、私はここまでで言わなければならなかったあらゆることを犠牲にして、あなたが細かい点に焦点を合わすように促すためにそれを提示しようとしているのでもない。（私たち法律家は、細かいことで争っているうちに、あまりにも気楽に根本的なことを煙に巻いてしまう。）私はそのようなスケッチを一つの出発点、つまり非常にオープンテキストな出発点としてのみ提示する。議論を行う余地がそのスケッチの枠組みの中にはたくさんあるように、ポピュリズムの感性に鼓舞されて別の道を切り開くために議論を行う余地がたくさんある<sup>59)</sup>。感性の問題から憲法にアプローチする強みは、まさに「その法」が終わりのない議論にほかならないという歴史的眞実に私たちを集中させ続けることである。したがって、私はあなたが自分自身で取り組むように促す。

まずはじめに、私はいくつかの指針を策定したい。その最も基礎的なものは、ポピュリズムの感性についての「ロマンチックな」倒錯と「対抗文化的な」倒錯の双方を私が排除したことの言い換えである。その双方とも積極的な政治参加に「向いている」か、それとも「向いていない」とかという属性間の区分を永続させる傾向があると思われ——その結果、修正された形で政治的エネルギーに対する反-ポピュリズム的な抑圧を再生産することになるのである。それらと区別されるポピュリズムのアプローチは、私の信じるところでは、そのような差別を一切すべきではない。それは

——私たちがすぐあとに提案する指針に暗示されている限界に服して——  
「理に適った」ものであれ「熱情的な」ものであれ、「熟議的な」ものであれ「衝動的な」ものであれ、「上品な」ものであれ「低俗な」ものであれ、普通の政治的エネルギーのあらゆるものの行使を支持すべきである<sup>60)</sup>。

第二の指針は、これらのエネルギーのすべてを「支持する」とはどういうことなのかに関わる。政治的エネルギーの行使を支持することは、その行使を要求することではない。政治生活に入らない者を不利にすべきではない。なぜなら強制された行動などエネルギーの解放であるはずがないからである。しかしながら、彼らはまた、その私生活の中に隔離され、政治に晒されないように保護されなければならないというのでもない。むしろ彼らは何らかの役割を果たすことを可能すると同時に、そうするように奨励すべきである。これは、彼らが有効な役割を果たし、何らかの違いをもたらし得る仕方で一翼を担う機会が与えられるべきであることを意味するのである。

それは、その結果として最後の指針を含意している。政府は普通の人々に責任を負うだけではない。それでは不十分である。何よりも政府は、時折ではなく、体系的に彼らに応答しなければならないのである。

以上のように抽象的に表現するならば、これらの単純な指針に承服することはそれほど難しいことではないかもしれない。しかしこれを詳しく説明するならば論争を招くことは十分に考えられる。というのも、それらの指針が一般的に受け入れられるならば、今世紀の 1900 年代、1930 年代、1960 年代、つまりおよそ 30 年ごとに起こってきたような憲法に関する言説の再定位のようなものを確立する傾向があると思われるからである。

この再定位の要にあるのが、近代的憲法の中心にある使命あるいは目的についての修正された理解であると思われる。端的に言えば、その使命は多数者支配を推進することであるべきである。さらに説明を加えるならば、合衆国憲法の「解釈」についての議論を鼓舞している目標は、人民の多数者の、人民の多数者のための、そして——実行可能であるかぎり——人民の多数者による政府であるべきである。もちろん、これは一つの理想



にすぎない。「多数者」などという実体は存在しない<sup>61)</sup>。だが一つの理想として、それはその他の選択枝ほど実質のないものではない。そして少なくとも強調されるべき点において、その理想はその他の選択枝とは際立った対照をなしている。その法の使命が多数者支配を推進することであると述べることは、その法の使命が「多数者」に對抗して「個人の自由」または「分離しかつ隔離された少数者」を保護することであると述べることは異なる。一つの理想としてそれは何より次のような強力な主張を伝達する。すなわち、この「並みの」人々、普通の人々が——つまり彼らの「良い部分」でもなく、彼らの「より良い自我」とされるものについての他の誰かの概念でもなく——私たちの国を統治する資格のある者たちである。

確かに多数者支配の肯定は、長い間憲法を語るときの定番であった。しかしその多数者支配の肯定という単純な主張のその力は、そこから吸い取られてきたのである。この力の回復こそが憲法に関する言説のポピュリズム的な再定位の目的である。

多数者支配という理想は次の二つの方法でその力をしぼり取られてきた。まず何よりも、「現実主義」に仕える形で、多数者は、普通の人々の多くの参加または影響から——それどころか普通の人々の理解からさえも——引き離されたレベルにおいて支配する利益集団<sup>62)</sup>からなる連合に、還元されてきた<sup>63)</sup>。それによって失われたものは、社会階級や社会的地位の広範囲にわたる分断への関心である。しかも普通の政治的エネルギーの膨れ上がる欲求不満への関心も失われた。ワシントンでは利益集団のためのエリート「スポークスマン」またはエリート「弁護士」が集まり、そして彼らに「多数者」のレッテルが貼られる。そこで失われたのは、その理想の決定的な力である。それと同時に、空想に仕える形で、その理想は弁明的な解釈を付与されてきたのである。すでに述べたように、私たちが有しているのは「多数者が支配する」<sup>64)</sup>政治形態である——これまでもずっとそうであった——と示すために、その理想が呼び出されてきた。こうしてその理想は、憲法に関する言説における「空白」<sup>65)</sup>を促進してきた。しかしながら、ポピュリズムの感性に鼓舞されて、私たちは、その理想を生き



返らせることができ、その結果、社会階層と政治的エネルギーに対する感性をその理想に注ぎ込み、その理想の批判的な鋭さを研ぎ澄ますことになる。そして、そのように想定された多数者が支配しないということを認めながら、私たちは、民主主義についてのこのような理想を——すなわちその理想を追求するという使命を——憲法的積極行動主義という新時代のエンジンに変えることができるのである。

ところで、私たちはどのようにして憲法的議論を通じて多数者支配の失敗を批判するのだろうか。どのような場合に批判するのか。どのような基準を用いるのか。その唯一の答えは——今日の学界にとって受け入れ難いものであるが<sup>66)</sup>——次のようなものである。すなわち誰がそれを知っているというのだろうか。法の原理および原則の地図を制作することは、概して過去に遡っての仕事であり<sup>67)</sup>、あるいはそうでなければ、それは思いつきである<sup>68)</sup>。私が提案できるのは、議論が試みる可能性のあるいくつかの一般的な方向性であり、これからすぐに起こる「動揺」のために予定されるべき「決着のついた」問題のいくつかの例である。あなたのさらなる提案を、そしてあなたの反対提案を、私は頼りにしているのである。

再定位された憲法的議論は、多数者支配を推進することによって、普通の政治的エネルギーの有効な行使の機会を挫く傾向のある行動——作為または不作為——に、その議論の批判を集中させなければならない。それは、政府の決定にだけでなく、その決定を生み出しその決定によって生み出されるプロセスにも焦点を合わせるべきである。それは、そのエネルギーを奮い起こすことやそのエネルギーを表現することを妨げる行動だけではなく、同様にそのエネルギーから当局を隔離する行動にその批判を拡大すべきである。それゆえ、もしも公務員が普通の人々の意見と向き合うことさえもしないほど、自らをそれよりも高いところに置くならば（マンの語り手を考えてみてほしい）、その公務員は合衆国憲法の名の下で批判を受けるに値する。その代わりとして、もしも公務員がその意見を操作することによってのみそれと向き合うならば（チポツラを考えてみてほしい）、その公務員は同様の批判を受けるに値するのである。

しかし少し待ってもらいたい、とあなたは言う。合衆国憲法の名の下でのそのような議論は限界を越えていると。確かにその通りである。それはその議論の現在の限界を越えている。これは、その法のどのような再定位にも見られる特徴であり——しかもすでに述べたように、私たちはこの国において3つの再定位をすでに経験済みである。だがそれはまた、正統派の人びとが、慣行からのあらゆる逸脱を大げさに言うときの特徴でもある。もちろん、私が示唆している再定位の中において憲法的議論は作り直され、困難で論争的な問題に取り組まなければならないであろう。そのような憲法的議論は、公務員の行動が普通の人々の政治参加の機会に及ぼす影響を測定しなければならないであろう。それはまた、公務員の行動の背後にある政治を検討しなければならないであろう。しかしながら、そのような問題に敢然と立ち向かう憲法的議論は、まったく馴染みがないわけではない。そうした憲法的議論は、例えば国教樹立禁止条項<sup>69)</sup>や平等保護条項<sup>70)</sup>の下で、さらには結社の自由の保障の下で<sup>71)</sup>、その概略が示されてきた。私は、それらの憲法的議論が拡大され新しい用途に供され、より一般的でより野心的な新しい目的のために利用されるべきであると示唆しているのである。

そうした憲法的議論が供されるかもしれない、少なくとも2つの用途を提案させてほしい。その法の再定位は、まずはじめに憲法上の新しい主張を展開することを奨励するべきであり、その新しい主張の中には、すでになされたものの開花できなかったものもあった。政府から普通の人々を引き離す「インサイダー取引」——資金の懇願、弁護士のプロビニング、有力な利害関係者に対する情実、秘密の策略をめぐるすこと——の諸々のプロセスに対する正面からの異議申立てが最も重要であろう<sup>72)</sup>。さらにより一般的には、どんな時でも政府への敬讓は、問題になっている行動を生み出したプロセスが実際に敬讓に値するかどうかの議論に左右されるようになるであろう。その結果、それは、公務員が自ら決定していた対象について熟知していたかどうかだけではなく<sup>73)</sup>、むしろ彼らがプロの「スポークスマン」や自ら選んだ「証人」以外の市民にそのプロセスを十分に公開し

た——そして応答した——かどうかに左右されるようになるであろう。同様に敬讓は——例えば国民投票の場合——エリートによって世論がどのように操作されたかという議論によって定まるであろう。そのような議論は、定義、事実、程度という問題、あらゆる複雑な問題を提起することは明らかである。しかし学校制度を運営するために合衆国憲法を「適用すること」に関わる問題以上に、それらは複雑な問題なのだろうか。決してそうではないだろう<sup>74)</sup>。

再定位された憲法的議論が供されるかもしれない第2の種類の用途は、政治に参加する憲法上の「権利」のその評価方法に関わる。ポピュリズムの感性に活気づけられ、私たちは、これらの問題——投票する、話す、結社する権利——についての議論を、3つの次元で調整するかもしれない。参加するための基礎的な機会を検討することによって、私たちは、投票したり、話したりする「権利」についての通常の抽象的な話を飛び越え、特定の機会が普通の人々にとってどの程度有効であるかを問うかもしれない<sup>75)</sup>。彼らにとって政治に乗り出すことがどれほど容易なことなのか。彼らには適切な聴衆にたどり着く可能性があるのか<sup>76)</sup>。私たちは、次のように問うことさえもあるかもしれない。その国家は、有効な政治参加に不可欠な「基礎的な」教育を彼らに提供しているのか<sup>77)</sup>。第2に、政治活動に対する政府規制を検討することによって、私たちは「政府利益」の重要度に関する議論やあるいは政府政策の「観点」における中立性に関する議論を越えるかもしれない。私たちは、その規制が及ぼす異なる社会階層にいる人々への分散的な影響についても議論し、その結果、少なくともこの点でも政府が中立的であるべきであると主張することになるかもしれない<sup>78)</sup>。最後に、参政権について語るとき、私たちは、真に最も基礎的な論点に、つまり事実についての論点に焦点を合わせるかもしれない。すなわち、その権利は本当に行使されているのか。誰によって行使されているのか。どれだけ行使されているのか。どれだけ有効に行使されているのか。普通の人々は政治に有効に参加しているのか。もしそうでないとすれば、その理由は何か。事実についてのこれらの問題に注意を払うことは、まさ

に権利についての憲法的議論という実践に変化を生じさせるであろう。

ポピュリズムのアプローチを参政権へと駆り立てるものは、その権利をめぐる現代的議論の想像力の土台についての重要な調整——とくに自由な言論の法理の体系の大半を動揺させるはずの調整——である。その調整は、言論の自由を行使する——私たちが行使していると思いたがっている——者のイメージに関わる。つまり憲法的議論は、言論の自由を行使する役割という点で普通の人々を想像することが難しいと考えてきたように見えるのである。憲法的議論は、人々の中の「より良い」部類に属する者に結びつけられた表現の方法および様式——つまり他と比べて「理に適った」、「規律を守る」、「理路整然とした」、「社会的重要性」のある言論——を特権化する傾向があった<sup>79)</sup>。実際、普通の人間の言論が保護されるときにも、そのような言論が軽く見られることがよくある。オリバー・ウェンデル・ホームズは、彼の「偉大な」反対意見の一つにおいて、彼が保護を支持するために一票を投じた人々を「つまらない、名もない者たち」と呼び、そして「ばかげたピラ」が誰に対しても危険を及ぼすことはないと主張した<sup>80)</sup>。時代がさらに下ると、他者が話すのを聞く権利は、自分自身で話す権利と同様の地位まで上げられたように見え——おそらくその理由は、普通の人々は聞く必要があるが、聞かれなくともよいと想定されてきたからであろう<sup>81)</sup>。（マンの語り手であれば確かにそのような感想を抱くであろう。）もちろん自由な言論に関する議論においてそれに反対するものも存在してきた<sup>82)</sup>。しかしながらそれは副次的なものであったし、ますますそうなっている。再定位された課題の上位に、このような形勢を逆転することが位置づけられるべきである。

ひとたびその形勢が逆転されるならば——ひとたび通常の政治的エネルギーの推進が至高であると考えられるならば——若干の確立された原則は掘り崩されることになる。例えば「喧嘩言葉」原則は、そのような言葉が「思想の説明に不可欠な部分ではなく、真理への一歩としての社会的価値が希薄である」<sup>83)</sup>という考えに部分的に依拠してきた。この態度は単に潔癖なのではない。さらに悪いことに、それは「抑制されず、たくましく

………広く開かれた」<sup>84)</sup>普通のエネルギーの表現をおそらく差別しているであろう。掘り崩されるべきもう一つの原則は、(おそらく)消費を行う受動的な公衆のための「代理」または「受託者」としての報道機関のその「機能」とされるものを根拠に、報道機関に特別な保護を与えるものである<sup>85)</sup>。また、もう1つの原則は、階層的な制度の内部で優位者(上司、教師)に意見を述べる従属者(労働者、学生)の権利を徹底的に制限するものである<sup>86)</sup>。いくつかの階層的な組織は、実際には彼ら自身の結社の自由が縮小されたと理解するかもしれない。それゆえ共産党の弾圧を支持する判決——現在広く酷評されている判決——は、再び肯定されるであろう<sup>87)</sup>。

さて言論の自由についてはこれで十分である。人種差別および性差別についてはどうか。積極的差別是正措置はどうか。プライバシーはどうか。妊娠中絶はどうか。これらの問題についてポピュリズムの感性は十分に政治的に正しいわけではないかもしれない。まず第一に、ポピュリズムの感性は、それらの問題を憲法という領域の絶対的な中心に仕舞い込まれるものとして想像しない。むしろポピュリズムの感性は、それが持つ中心的な関心事——つまり再活性化された多数者支配の推進——の観点から、それらの問題にアプローチをする傾向があるであろう。そして、そのような観点からすれば、ポピュリズムの感性は、憲法の底流をなし憲法を横断する問題、つまり近年憲法を支配してきた問題をあきらかにするであろう。

ポピュリズムの観点からすれば、多数者支配から絶対的、無条件に除外され得る主題は存在しない。多数者支配の理想的体制では、すべての問題が最初から最後まで政治的に解決すべき政治問題になり得る。(私たちがいる)そのような理想に達していないところでは、人種にしても性差にしてもプライバシーにしても妊娠中絶にしてもあるいはその他の何であれ、あらゆるテーマに関する政治的規制は、私がすでにスケッチしたものと変わらないような憲法的批判に少なくとも最初に直面しなければならないのである。

私はもう一度その憲法的批判をスケッチしてみるが、ここではポピュリ

ズムの憲法的批判の二つの主要な基準のためのモデルとして、人種の平等を支持する2つの偉大な現代的主張に言及する。どんな公務員の行動に直面しても、私たちはその行動の背後にある政治にまずは目を向けるべきである。例えばラビング対ヴァージニア州事件のように、権力の地位を占める一部の自称「優位者」が、一部の「劣位者」の上位に自らを位置づけ、彼らを操作しあるいは彼らから自分たちを隔離する固定した政治システムによって、公務員の行動が生み出されたのかどうかを確かめることを目指すべきである。ラビング事件において問題となった規制を生み出したシステムは、「白人優越主義」のシステムであった<sup>88)</sup>。そしてその次に、私たちは、異議を申し立てられている行動の影響について、つまり多数決主義の政治に参加するための——人の価値観や人の利益を推進し擁護するための——機会に及ぼすその行為の実際的な影響について検討すべきである。したがって、ブラウン対教育委員会事件のように、もしも事実上ある行動が「私たちの民主的社会」における政治的エネルギーを有効に行使する機会を根底から支えているものを誰かから奪うならば、私たちはその行動を非難しなければならない<sup>89)</sup>。これらの見地から、例えば妊娠中絶への容易なアクセスの保護のために、どれだけ説得力のある主張がなされ得るか、私にはわからない。私たちが判断できるのは、議論する余地がどれほどあるかだけである。そしてここではその自由度は実に広いのである。

それにもかかわらず、私が示唆しているものが一種の「プロセス志向の」憲法的議論であるという事実には変わりはない。そのプロセス志向の議論の使命は、民主的プロセスを改善することであり、そしてそのプロセスが、論争的な価値選択を通じて活気づけられる一方で、このような議論は、重要な論争が民主政治によって決定されるべきであることを肯定するのである<sup>90)</sup>。このことは、法学界の著名な住人たちがいつも喉まで出かかっている2つの批判にその議論を晒すものである。

第1に、私たちが憲法的議論の中で一定の論争的な価値選択をしなければならないと言うならば、あらゆる価値選択までしないのはなぜなのか。私たちが政治的プロセスのその営みをその間ずっとではなく時折尊重すべ

きと言うならば、政治的勝利者への同意あるいは不同意だけに基づいて選好みしないのは、なぜなのか。ポピュリズムの感性にとって、これらの問いに対する答えは次のように明かである。すなわち、私たちにとってあらゆる価値選択が憲法的議論を通じて解決されるべきであると主張することは、そのプロセスの積極的な参加者でない普通の人々の多数者を締め出すことになるであろう<sup>91)</sup>。彼らよりも——そして普通の政治よりも——そのような階層上の「優位者」として私たち自身を理解することは、普通の政治的エネルギーと、再活性化された多数者支配という理想を軽蔑することになるであろう。さらに悪いことに、それは普通の人々の憲法への依存を育むことになりかねず、その結果、政治的エネルギーを軽蔑するだけではなくそれを吸い取ってしまい、受動性を呼び覚まし無気力を誘発してしまうのである<sup>92)</sup>。

しかし第2に、もしそうだとすれば、私たちは政治的プロセスによってなされたどんなものでも批判することを、どこでやめるのか。そして、とりわけ選挙によって選ばれていない裁判官が、憲法的議論を行い、選挙によって選ばれた現職の公務員に命令することを、私たちはどのように許すことができるのか。ポピュリズムの感性にとって、これは第一の批判よりも厄介である。それゆえ、それは——あまり群衆を喜ばせるものではないとしても——より詳細な対応を受けるに相応しいものである。

論点を回避する3つの答えは、脇にどけて置くべきである。第1に憲法的議論は、裁判所の外でも行われており、そうすべきものであり、したがって裁判所のみに適用される制限によって妨げられるべきではないと考えるのが今では通常のことである<sup>93)</sup>。それは正しい。しかしこれは、裁判所の文脈において提示されている問題に正面から対峙していない。もしも裁判官が、彼ら自身の外部にある「法」のいくつかの発生源の「後を追うこと」によって自制するならば、司法権がそれほど問題ではないと主張するのも通常のことである。しかし——洗練されたすべての法律家が知っていて知らないふりをしているように——「法」の競合する諸発生源からの選択と、これらの諸発生源から引き出され得る競合する諸含意からの選択



は、憲法的議論の目的についての前提に左右されるのであり、すなわち憲法的議論が行われている世界に関する論争的な前提によって決まる論争的な前提に左右されるのである。その底流には、私がすでに示唆したように、「正しい」あるいは「正しくない」のどちらでもない、対立する諸感性が存在するのである。そうだとすれば、相変わらずその問題は存在する。したがって最終的には、もし裁判官が民主主義の「質」を向上させるために司法権を用いるならば、司法権は悪くないと主張するのは通常のことである。それは正しい。そうは言うものの、それは「民主主義」——そしてその「質」——が根本的に対立し合う諸価値からなるという事実に対して正面から立ち向かっていないのである。

その問題に対するポピュリズムの解決法は、私の信じるところでは、憲法に関する言説を収縮させることであり、「高次の」法についてまたその名において論じるといううぬぼれを収縮させることである。このことは、憲法的議論の心臓にあるものが、民主主義をめぐる、民主主義が何であり得るかをめぐる、さらには民主主義が何であるべきかをめぐる政治的論争であることを——単に認めるだけではなく——肯定することを意味する。その主題は根本的なものではあるが、それについて議論するうえでの条件は、普通の政治的議論の条件とさほど変わらないのである。その互いに争っている諸価値や諸利益は同じものである、たとえ極めて一般的に表現されているとしても。そして、どんなに手の込んだ「理論」でも、どんなに取り憑かれたような「方法論」でも、他の議論と同様に、憲法的議論が——根底において——競合する普通の感性、競合する普通の感情に訴えかけていることを隠すことはできない。このことを肯定することは、私たちに2つの長所をもたらす。つまり、その肯定が議論の実践からエリート主義の呪いを取り去り、さらには、それを肯定することが経験に忠実なのである。

憲法的議論を行うプロセスで特別な役割を果たす権限を裁判官に付与することは、裁判官の職務内容証明書の——それ以上でもそれ以下でもない——問題である。それは、長年にわたる職務内容証明書である。裁判官への権限付与——つまり裁判官が行った議論に推定上の尊重を授けるような



権限付与——は、さらなる正当化理由を要求する。それは、彼らが他の誰よりも「より良い」ことあるいは技術的に「専門化している」ことを理由にしては基礎づけられない。さらにそれは、彼らの「意思決定のプロセス」がその他のものよりも良いことを理由にしては基礎づけられない。むしろどんな権限のさらなる付与も、次の 2 つのもの——判事席に彼らを任命する政治と、1 つの人格的な質、つまり彼らの普通性——によって決められるのである。

普通性によって意味しているのは、第 1 に「高次の」法の神官として非常に高い地位にあるなどとうぬぼれないこと、第 2 に自分自身の中の普通であるものに「合わせられること」、そして第 3 に、他の人の中の普通性——あらゆる種類の人々の間で分け持たれている普通性のすべてに——話しかける能力である。純然たる知的能力、学術的業績、技術的な熟達——すなわち、「資質」としてよく言及されるもののほとんど——は、本質的なものではない。同様に、頭のよさ、学識および裁判所の判決理由における職人芸もまた本質的なものではない<sup>94)</sup>。20 年前、アメリカ合衆国のある上院議員は、このような「資質」に抗議しながら、「平凡な」人々が合衆国最高裁判所の一つの判事席に値しないかどうかを問うた。私は、彼の考えを少し修正し、普通の人々が合衆国最高裁判所における一つの判事席を占めるべきなのではなく、彼らが九つの判事席のすべてを占めるべきであると言っているのである。私たちの推定上の尊重への合衆国最高裁判所の要求は、そのことに左右されるのである<sup>95)</sup>。

またこのような推定上の尊重が任命をめぐる政治次第で定まることが厄介であると感じる者もいる。それは裁判所を「政治化する」ことにならないのか。言い換えれば、それは、政治的なキャンペーンの最中に私たちが裁判所の判決を批判するように促すことにならないのか。その結果、私たちの抱く価値観を自分の仕事に持ち込む裁判官を任命しかつ承認することを約束した立候補者たちを投票で選ばうとすることにならないのか。それは、憲法の一般的な針路——つまり憲法を活気づける前提の盛衰——が選挙の開票結果に追従しがちであることを意味しないのか。その答えは、次

のようになる、つまり追従しがちであり、これが肝心な点であると。さらには、それは長い間——1930年代だけではなく、少なくとも1968年以降の合衆国大統領選挙において——起きていたことである。ポピュリズムの観点からすれば、司法府のこの「政治化」は——もしそれがそのように呼び得るならば——単にお馴染みなのではなく、裁判官の職務に固有の権威に欠くべからざるものなのである。

この指摘が明らかにしているものは、裁判官による憲法的議論のその権威が無効にされ得るということであり——それどころかその権威は定期的に異議を申し立てられるべきであるということである。推定上の尊重だけを受ける資格を付与されることによって、裁判官による議論は、結局は自力で支持を勝ち取らなければならない。その議論は普通の人々に訴えかけなければならない。その議論はそれを支持するように普通の人々を動かさなければならない。もし普通の人々が支持しないならば、その議論は調整されなければならない、再度出直さなければならない<sup>96)</sup>。このことは、裁判官によって押し付けられた憲法的議論を批判し糾弾することだけではなく、その議論に服さないということも構わないということなのか。その答えは、次のような条件の下で再び「イエス」である。つまり普通の人々の大部分があなたの不服従を支持することあるいは受け入れることができない場合に、あなたは、敗北にそしておそらく刑罰に向き合う用意をしているならば、裁判官によって押し付けられた議論に服さなくてもよい。裁判官と反体制的な不服従者は、まさに同じ立場にあり——どちらも多数者を説得して引き入れる努力をしなければならないのである。

あなたの反-ポピュリズムの本能が——つまり私たち全員がその衝動を持ち、ちなみに私たちの一部がそれらの衝動をコントロールしようとしているだけの本能が——抗議のために爆発寸前であることに私はすでに気づいている。きつい言葉——つまりアナキー！ ニヒリズム！ ファシズム！——が今にも発せられるところだろう。しかしちょっと立ち止まってみてほしい。あなたがいままさに言おうとしていたことの陳腐さを検討してみてほしい。加熱した誇張表現を検討してみてほしい<sup>97)</sup>。普通の政治

的エネルギーや多数者支配の価値を肯定することは、間違いなくニヒリズムではない。それどころかそれは、私たちの国家の伝統的な政治道德における一つの力強い形質である。そしてポピュリズムの感性がアナキーまたはファシズムに導くという考えは、まず少なくとも論争の余地のある、普通の政治的エネルギーのイメージによって左右されるものである——私が『マリーオと魔術師』についての 2 つの見方を展開することによって示めそうとしたように。加えて、それは——丁寧言えば——妙にずれていて、奇怪でさえある、私たちの国における現代の政治状況に関する前提によって左右されるのである。

しかし最後に私は重大な非難を受けることになる。それは、ポピュリズムの感性が憲法に関する言説に「入る余地がない」ということである。なぜそうなのか。その理由は、「立憲主義」とポピュリズムがまったく両立しないということである。またその理由は、その二者の背後にある考えがお互いに完全に矛盾するということである。まずはじめに、まさに憲法という考えは、普通の政治に対する根本的な制限を、つまり政治をよい方向に導き、抑制するための固定した限界を確立することである。さらに言えば、憲法による制限という考えは、私たちが維持しなければならない活力と心からの清廉さを内包している考えである。というのも普通の政治的エネルギーは、一般的にはその質がひどく低級であり——それがアナキーまたはファシズムの真の脅威を提供するものではないとしても——しかも少なくとも受け売りによれば、非常に危険であるからである。

その非難の後半の部分〔普通の政治的エネルギーが非常に危険であること〕が根拠のないことについて、「実証」できるわけではない。それは、私がすでに述べたように感性の問題であり、普通の政治的エネルギーについてのその人の支配的な見方の問題である。私ができることのすべては、私が行おうと努力してきたものであり——つまりあなたに二重の見方を行うように奨励し、その結果、ポピュリズムの感性によって鼓舞された憲法に関する言説の再定位の可能性を検討するように奨励することである。私があなたの反-ポピュリズムをうまくぐらつかせなかったならば、私は申し

訳ないと謝ることしかできない。

その非難の前半の部分〔普通の政治的エネルギーが一般的にはその質がひどく低級であること〕について、私はより切れ味のよい答えを持っている。すなわち、たとえ「立憲主義」を信じたいという欲求をあなたが強くて純粹であると感じているとしても、あなたは、そのような強い多くの欲求と同様に、この欲求が空想という現実離れた状態の中でしか満足できないことを認めるべきである。何についても超政治的な保障などないのである。あるのは政治だけである。つまるところ政治はすでに今世紀において幾度となく、私たちの憲法を根本的に変容させたのだから。その法が政治を長きにわたって統制すると期待することは、期待し過ぎである。ラード・ハンドは——私がこれまでに発言したことの多くを確かに拒絶したであろうが——ずっと以前にこのような意見を述べていた。

私は、私たちが憲法に、そして法や裁判所に、あまりに多くの望みをかけていないかと思うことがよくある。これらは間違った希望である。信じてほしい、これらは間違った希望である。自由は人々の心の中にある。すなわち、自由がそこで死ぬとき、憲法も法もそれを助けるものではない……<sup>98)</sup>

そうだとすれば、この意味において憲法はポピュリズムの背後にある考えと両立することができないわけではない。憲法は、その考えの中に埋め込まれるのである。

というのも、ポピュリズムの背後にあるものは、次のような政治的自由という考えであるからである。すなわち、「より良い」人々だけによってではなく、あらゆる人々の間で平等に分け持たれるべき自由であり、その実現のためには試行を必要とし、またエネルギーを必要とする自由であり、社会を形成しさらに続けて再形成するための自由である。

私は、スターリンの胸像を引っ張り、街頭に行く若者たちのプラハで撮られた一枚の写真を数年前に見た。彼らはスターリンの首の辺りに不格好

な看板をぶら提げていた。その看板には次のような言葉が書かれていた。「永遠に続くものはない」。私は、ロースクールの 1 年生用に開講する第 1 学期の私の講義で使用する読本の最初の頁に、この写真を掲載した。その看板はその法について最も重要な真実を伝えているのである。

このことは、政治的自由を肯定する以上の基準を持つべきではないということなのだろうか。再活性化された多数者が何をしようとも、市民としては私たちはそれに同意したり——あるいは受け入れたり——しなければならないということなのだろうか。もちろん、そうではない。それは、私たちの持つ政治的自由を軽んじることであり、否定することでさえあるだろう。問題は要するに、「高次の」台座から見下ろすのではなく、他のすべての普通の人々と同じレベルで、外に繰り出し政治に私たち自身が参加することである。そのことがリスクを有していることは分かりきったことである。私たちが勝利するかは、はっきりわからない。それどころか私たちは、私たち自身のもつ確信にさえも自信を持つことができないかもしれない。しかし、そのようなリスクは、私たちの合衆国憲法に内在するものである。ホームズが述べたように、それは「人生すべてが一つの実験であるのと同じく、一つの実験である」。<sup>99)</sup> 民主主義における政治は、人心を動揺させる議論であり、決して決着のつかない議論である。

憲法 (constitutional law) についても同じことが言える。というのも複数の憲法 (constitutions) が存在しているのだから。しかし立憲主義 (constitutionalism) というものはどこにもないのである。

## —注—

42) 数え切れないほどの法律家や法律家でない人々も、憲法問題について自分たちと意見が合わない者に対して、彼らが憲法や権利章典や修正第一条を「信じて」いないと主張するのを私はこれまで聞いてきた。そこで表現されるフェティシズムは、読者が立ち止まり、それについて考えるならば、驚くべきことである。この種のフェティシズムを思い起こされる学者の具体例として、Owen M. Fiss, *Objectivity and Interpretation*, 34 Stan. L. Rev. 739, 763 (1985) を参照せよ。

43) Adam Clymer, *Starring Role In Budget Act: Fear of Voters*, N.Y. Times, June 5, 1992, at A9. 次のことを自分自身に尋ねてほしい。合衆国憲法は、私たちが自分の子どもたちに残すべき「最も大切な遺産」なのか。このような感想がよく知られていることは、それがどれほどフェティシスティックであるかを私たちが正当に評価することを最初から遠ざけてしまうかもしれない。

44) 「憲法の危機」に関する論評のために、例えば、Paul Berman, *The Vanities of Patriotism*, The New Republic, July 1, 1991, at 29 を参照せよ。

45) 非常に有名な具体例のために、Thomas Reed Powell, *Constitutional Metaphors*, The New Republic, Feb. 11, 1925, at 314 を参照せよ。

46) このような態度の近代的な形成過程における極めて重大な局面——スコープス裁判——の素晴らしいスケッチのために、Garry Wills, *Under God* 108-14 (1990) を参照せよ。

47) Joseph P. Lash, *A Brahmin of the Law: A Biographical Essay*, in *From the Diaries of Felix Frankfurter* 3,35 (Joseph P. Lash ed., 1975).

48) 「高貴な職業」としての政治的理想的なイメージは、少なくとも「牧歌的な幸福に満ちた時代」としてその回顧的でノスタルジックであるが力強い光沢を放って、ケネディ政権以来通用してきた。

49) クリントン大統領の任期中の最初の2週間にはそのような握りしめられた多くの手が存在した。See, e.g., Howard Fineman, *The Power of Talk*, Newsweek, Feb. 8, 1993, at 24.

50) 有権者に対する強い「ポピュリズム的な」訴えを行うものと見なされた候補者、つまりロス・ペロー、ジェリー・ブラウン、パット・ブキャナンを退けるために、1992年に選択されたほとんどヒステリックな形容詞——「変わり者」、「異様な人」、「野蛮人」——を思い起してほしい。そのうえ（信じられないが、非常に厚かましい自信をもって）公言された「統治階級」が、「その真の問題」ではないという問題——「価値観」についての「感情的な」問題——を提起した、その他の候補者たち（とくにブッシュ大統領）に対する非難の理由を思い出してほしい。

51) そのような完全に綴りを間違わない人ではあり得ないすべての普通の人々に対して向けられたその笑いを、あなたはどのように考えるのか。おそらくこれがその笑いの趣旨であった。その嘲笑はたぶん実際には普通の人々に向けられたのであり、クエールの罪は彼らに似ていることであった。

52) 彼らがその考えのレーニン主義的な起源に気付いていようがいまいが、「高学歴の」少数者の多くは、今日では自分自身の「真の」利益を知らない「人々」から隔離

された、一種の「前衛党」として自分たちを思い描いている。このような自己イメージは、私がまさにスケッチした、普通の政治的エネルギーに対する 2 つの蔑視のヴァージョンを繰り返す——そしてそれが持つ積極行動主義の含意という点で私が採用してきたイメージ、つまり「統治階級」のイメージよりも、その態度をよりよく捉えることができる。

53) その趨勢に対する 2 つの興味深い説明のために、Robert R. Reich, *The Work of Nations* 268-300 (1991); Mickey Kaus, *The End of Equality* 25-57 (1992) を参照せよ。

54) このような趨勢についての近年の描写のために、Thomas Byrne Edsall & Mary D. Edsall, *Chain Reaction* (1991); E. J. Dionne, Jr., *Why Americans Hate Politics* (1991) を参照せよ。

55) See Ely, *supra* note 35, at 157-58.

56) 同じことは、私たちの世紀において（人命という見地から評価された）その他の大きな惨事——ボルシェビズムが権力の座に就くこと——にも当てはまる。

57) 確かに「高学歴」のエリートは自己表現のための様々な手段を持つ傾向があるので、多数者のように偏見を口にしないかもしれないが、これらのエリートが何度も種々の先入観を示すことがなかったと本気で主張する者がいるだろうか。

58) 1993 年の初頭にハーバード大学ロースクールの教職員の会合において、私の同僚の一人が「粗野なブルー・カラーの典型によって」行われた街頭での女性に対するハラスメントを公然と責めた。彼は、自分が吹聴していた偏見に気付いていなかった。この種の偏見を表明することは、事実の問題として、このような「礼儀正しい」社会において一般的には気付かれていない。（もしも彼が「粗野なヒスパニックの典型」、「粗野なユダヤ人の典型」と言ったとしたら、どうであったか。）

59) 最もよい例は、Akhil Reed Amar, *The Bill of Rights as a Constitution*, 100 *Yale L. J.* 1131 (1991) である。本書が学術論文ではなく一つの宣言なので、私は、そのトピックに関連してどんなことであれ発言したことのあるすべての学者について言及するつもりはない。

60) それゆえブルース・アッカーマンは、私に関して部分的に正しい。すなわち私は、彼が「二元論者」と呼ぶものに該当しない。しかしながら、これから明らかになるように、私は、彼が私をどちらかに入れる——「一元論の民主主義者」としての——分類棚にはうまく当てはまらない。Bruce Ackerman, *We the People: Foundations* 9 (1991)。

61) 最善の場合、多数者は、時間の経過ごとにまた問題の変遷ごとに形成され、さらに再形成される。

62) 一つの標準的典拠は、Robert A. Dahl, *A Preface to Democratic Theory* (1956) である。それを引用しながら、アレグザンダー・ビッケルは、多数者支配を「諸々の少数者の支配」に還元した。Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch* 18-19 (1962)。どんな集団でも幾つもの下位集団によって分割され得るし、幾つもの特徴によって輪郭が描かれるのも明らかなことである。その分割線のどれ一つ取っても自然の法則によって命じられない。その問題は、どの特徴にまたどれほど多くの特徴に、私たちが憲法的議論の目的のために焦点を合わせると決定するかであり——ま



たなぜそのように決定するかである。

63) See William Greider, *Who Will Tell the People* (1992).

64) 前掲の注 (33) に添えた文書を参照せよ。また前掲の注 (62) のビケルの著書の19頁も参照せよ。

65) その用語はゴードン・ウッドのものであり、彼はその「空白」を、フェデラリスト派の法的なレトリックにまで遡る。Gordon Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787*, at 562 (1969).

66) 前掲の注 (36) から (40) に添えた文書を参照せよ。しかしながら、過去の学者たちは、原則が——特に積極行動主義の運動を契機にして——手探りしながら時には大胆な、時には慎重な、常に漸進的な不完全のプロセスを経て発展するものであることを理解していた。See, e.g., Bickel, *supra* note 62; Jan G. Deutsch, *Neutrality, Legitimacy, and the Supreme Court: Some Intersections Between Law and Political Science*, 20 Stan. L. Rev. 169, 188-90 (1968). 私は、それを「戦場の霧」に譬えたい。戦場では、人は総合的な戦略を必要とするが、詳細な計画はひいき目に見ても愚かとか言いようがない。

67) ジョン・イリイの著作は現代の最もよい例である。Ely, *supra* note 35.

68) 最近の例のために、Richard A. Epstein, *Takings* (1985).

69) See, e.g., *Edwards v. Aguillard*, 482 U.S. 578 (1987); *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 38 (1985); *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668, 687 (1984) (O'Connor, J., concurring); *Lemon v. Kurtzman* 403 U.S. 602 (1971).

70) See, e.g., *Hunter v. Underwood*, 471 U.S. 222 (1985); *Rogers v. Lodge*, 458 U.S. 613 (1982); *United States R. R. Retirement Bd. v. Fritz*, 449 U.S. 166, 190-91 (1980) (Brennan, J., dissenting); *Bullock v. Carter*, 405 U.S. 134 (1972); *Williams v. Rhodes*, 393 U.S. 23 (1968); *Harper v. Virginia Bd. of Elections*, 383 U.S. 663 (1966).

71) See, e.g., *Elrod v. Burns*, 427 U.S. 347 (1976).

72) このように示唆された議論に直面したとき、法律家は、そのような議論がいかなる憲法条文の「下で行われ」るかに焦点を合わせることによって、それらの議論を真正面から取り組むことを延期（あるいは回避）する傾向にある。私が示唆しているその種の議論は、何の不安も感ぜずに、平等保護条項、請願権条項あるいはデュー・プロセス条項の「下で行われ」得る。See Hans A. Linde, *Due Process of Lawmaking*, 55 Neb. L. Rev. 197, 235-51 (1976). 言うまでもなく、*Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976)——とその所産——は、自由な言論条項の「下で」覆されることになるであろう。

73) See *United States R.R. Retirement Bd. v. Fritz*, 449 U.S. 166, 191-93 (1980) (Brennan, J., dissenting).

74) See Abram Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 Harv. L. Rev. 1281 (1976). もう1つ例を挙げる。すなわち議員の任期の制限に関する議論は、長期の在職議員のための「既得権」あるいは「投票権」についての間抜けな主張に焦点を合わせるべきではない。むしろその議論は、このような任期の制限が事実の問題として、再活性化された多数者支配を推進する可能性があるかどうかに焦点を合わせるべきである。



75) See Richard D. Parker, *The Effective Enjoyment of Rights*, in Critical Legal Thought: An American-German Debate 485 (Christian Joerges & David M. Trubeck eds., 1989).

76) See, e. g., Clark v. Community for Creative Non-Violence, 468 U.S. 288, 301 (1984) (Marshall, J., dissenting); Perry Educ. Ass'n v. Perry Local Educator's Ass'n, 460 U.S. 37, 55 (1983) (Brennan, J., dissenting). Amalgamated Food Employees v. Logan Valley Plaza, 391 U.S. 308 (1968).

77) See Plyler v. Doe, 457 U.S. 202 (1982); San Antonio Indep. Sch. Dist. v. Rodriguez, 411 U.S. 1, 35-37 (1973). ポピュリズムの観点から見た教育の持つ憲法上の重要性は、(質の低い) 普通の人々を(質の高い)「市民」に変える、人々の質の「向上」とは関係がない。むしろ、その憲法上の重要性は、政治的エネルギーの有効な結集のために必要とされる人材の提供に関わる。言うまでもなく、この目的のために、どのような人材が「基礎的なもの」であると特徴づけるべきかという問題には、「正」解も「不正」解もない。しかし公立学校への支出が大幅に増大したが、最低限必要な技能を提供する公立学校の能力さえも衰弱したこの 10 年あるいは 20 年を経て、なぜ、私たちはこのことが現代の根本的な憲法問題の一つを提示していると思わないのだろうか。衝撃的な統計資料のために、Robert Hughes, *The Culture of Complaint* 61-67 (1993) を参照せよ。

78) See, e. g., FEC v. National Conservative Political Action Commit., 470 U.S. 480, 495 (1985); Kovacs v. Cooper, 336 U.S. 77, 102-03 (1949) (Black, J., dissenting). その(実現できないが、感情を揺さぶる)理想は、政治活動のあらゆる形態にまで一人一票の原理を拡張することであるかもしれない。

79) See, e. g., Young v. American Mini Theaters, 427 U.S. 50 (1976); Spence v. Washington, 418 U.S. 405, 409-11 (1974); Paris Adult Theatre I v. Slanton, 413 U.S. 49 (1973); Brown v. Louisiana, 383 U.S. 131 (1966); Teamsters Union 695 v. Vogt, Inc., 354 U.S. 284 (1957).

80) Abrams v. United States, 250 U.S. 616, 628-29 (1919) (Holmes, J., dissenting).

81) 一見したところ、言論の消費者の権利に焦点を合わせることは、言論の生産者の権利の推進を促進するよう見えるかもしれない。しかしもしも聴衆が「囚われた者」か、あるいは「敵意ある者」と見なされるならば、その聴衆の聞かない「権利」は、言論を制限することができる。See, e. g., Lehman v. Shaker Heights, 418 U.S. 298 (1974); Public Utils. Comm'n v. Pollak, 343 U.S. 451 (1952); Feiner v. New York, 340 U.S. 315 (1951). また、より重要なことに、より近年では聴衆に焦点を合わせることは、思想の自由市場における平等を推進するように意図された規制を阻止する目的で呼び出された。See, e. g., First Nat'l Bank of Boston v. Bellotti, 435 U.S. 765 (1978). さらに、少なくともある種の言論の保護は、その言論の「消費者にとっての価値」に基づいていた。See Zauder v. Office of Disciplinary Counsel, 471 U.S. 626 (1985). しかしながら、消費に焦点を合わせることの本当の意味は、作戦上のものというよりも、議論の想像力の土台の変化を暗示するものである。

82) See, e. g., NNACP v. Claiborne Hardware Co., 458 U.S. 886 (1982); Cohen v.

California, 403 U.S. 15 (1971).

83) *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 572 (1942).

84) *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 270 (1964); *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949).「喧嘩言葉」の分析において昨年、連邦最高裁は「内容」差別の検討だけにとどめた。*R. A. V. v. City of St. Paul*, 112 S. Ct. 2538 (1992).

85) *See, e. g., Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980); *Saxbe v. Washington Post Co.*, 417 U.S. 843, 850 (1974) (Powell, J., dissenting). なお一層とんでもないエリート主義的なこの種の主張——例えば「受託者」であることを理由に特別の保護を求める芸術家の主張——は、実行可能性という点に行き着く前に取りやめるべきである。

86) *See, e. g., Hazelwood Sch. Dist. v. Kuhlmeier*, 485 U.S. 260 (1988); *Minnesota Bd. for Community Colleges v. Knight*, 465 U.S. 271 (1984); *Connick v. Myers*, 461 U.S. 138 (1983).

87) *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951). *See International Longshoremen's Ass'n v. Allied Int'l*, 456 U.S. 212 (1982); Pope, *supra* note 39, at 351–52.

88) 388 U.S. 1, 7–11 (1967). ポピュリズムの観点から見れば、公務員の行動の背後にある政治を批判することは、先入観を強調する傾向のある近年の支配的な批判方法とはかなり異なるであろう。確かに集団——どんな集団であれ——に対する先入観は、一つの考慮事項ではあるが、それ単独で決定的なものではないであろう。他の考慮事項——事実上の政治的影響力、社会的、経済的リソース——は、より重要になる傾向があるであろう。Cf. Ely, *supra* note 35, at 135–79. さらに、人種または性差あるいはその他の何であれ、それらによって定義される集団のその梱包を開き、それらの集団の「構成員」間に存在する社会的分断や政治的不平等に焦点を合わせる傾向もあるであろう。

89) 347 U.S. 483, 493–94 (1954). ブラウン判決における人種に関する討論は、主として人種隔離の社会的、経済的ひいては政治的機会に与える破壊的影響に関する中心的な主張に資するものであったことを、覚えておくといえよう。

90) しばらく前にジョン・イリイの著作を批判する論文を書いたにもかかわらず、しかもその著作が（独特の）プロセス志向的な議論を「完成させた」と私は主張したのであるが、私は（多くの他の批判者と異なり）プロセス志向それ自体は否定しなかった。それとは逆に、私は、価値に関する論争的な問題にオープンに向き合うことから、そしてまた民主主義に関する想像力を見直すことから生じる、見直されたプロセス志向を待ち望んだ。See Parker, *Past of Constitutional Theory*, *supra* note 1, at 236–39, 258–60.

91) 理想的には、私は憲法的議論という実践が普通の人々の間の政治的論争の一次元——あるいは一契機——に過ぎなくなると考える。しかし私たちはそれが決してそうではなかったことを認めるべきである。「人々」をロマンチックに描くことは、彼らを蔑視することであり——そして時には彼らを支配するための前提条件を確立することである。Cf. Ackerman, *supra* note 60.

92) 1980年代後半まで、妊娠中絶合法化運動におけるロウ対ウエイド判決に対する

フェティシズムが、このような気力を失わせ、動員を解く効果を持つ傾向があったことを疑うことができるだろうか。

93) 私は早くからそのような動きを見せていた一人である。See Parker, *Past of Constitutional Theory*, *supra* note 1, at 259.

94) 私はこのような質が望ましくないと示唆しているのではない。私が言いたいのは、それらが司法の憲法的議論に対する推定上の尊重にとって不可欠なものではないということだけである。私は次のように追加すべきである。つまり、ポピュリズムの観点から見れば、私たちは、裁判官に彼ら自身の意見を書くことを期待すべきであり、また、私たちは普通の人々が——下級裁判所の裁判官も含めて——容易に把握できるその意見に拍手喝采すべきである。これは、意見の自己顕示的な「賢さ」を小型化する有益な効果があるかもしれない。

95) 推定上の尊重を受けるに足るために、裁判官が他者の中の「普通性」に向けて話す」ことができなければならないと言うとき、私は、「分別」または「賢慮」または戦略的計算を行う能力を排除するつもりはない。私は、それらの用語からその反ポピュリズム的な含みを剝奪したいと思うだけであり、それらの用語をより深い民主主義的な特徴に混ぜ合わせたいと思うだけである。クリントン大統領が連邦最高裁の裁判官職に就くための資格として「寛大な心」に言及したとき、彼はこの考えを取り入れているように見えた。

96) これは、司法審査に関するアレグザンダー・ビケルの最も重要な洞察であった。Bickel, *supra* note 62. 残念なことに、この単純な洞察から、彼——と彼の多くの追隨者たち——は、「人々」と連邦最高裁判所との間の「対話」または「会話」（それどこか「演習」）という学問的な空想を紡いだ。ビケルによって落成式が行われ、使い始めた伝統の中で近年の興味深い著作のために、Robert A. Burt, *The Constitution in Conflict* (1992) を参照せよ。

97) 私たちの「威厳のある」分野の多くの書き手たちは、立ち止まり自分を抑えることができないようである。過去の数年間に、Robert F. Nagel, *Constitutional Cultures: The Mentality and Consequences of Judicial Review* 125 n. 19 (1989) では、私は「ニヒリスト」と呼ばれ、Bork, *supra* note 35, at 207 (1990) では、「革命家」と呼ばれた。

98) Learned Hand, *The Spirit of Liberty* 189-90 (1952).

99) *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919).

(完)