

【研究ノート】

二元的民主政理論における市民的権利運動の位置付け

—WE THE PEOPLE 3: THE CIVIL RIGHTS REVOLUTION (2014)を手がかりとして—

Study on the Status of the Civil Rights Movement in Dualist Democracy: With Reference to WE THE PEOPLE 3: THE CIVIL RIGHTS REVOLUTION (2014)

東海大学 准教授

大江 一平

Tokai University Associate Professor

Ippei Ooe

要旨

本稿では、B・アッカーマンの著書 WE THE PEOPLE 3: THE CIVIL RIGHTS REVOLUTION (2014) (以下、「CRR」と表記。)を手がかりとして、二元的民主政理論における市民的権利運動の位置付けについて検討する。アッカーマンは、CRRにおいて、1930年代から60年代にかけて、「我ら合衆国人民」と三権の相互作用による「インフォーマルな憲法改正」によって成立した、1964年市民的権利法に代表される1960年代の画期的法律が現代共和政の憲法規範の一部となっていると主張する。CRRの意義は、大規模な社会運動と憲法の関係に注目し、アメリカ合衆国憲法5条による正式な憲法改正と同等の役割を果たす画期的法律の成立プロセスを考察する点にある。ただし、成熟した現代社会においては、憲法制定・改正に重点を置く人民主権論的な「生ける憲法」論だけでなく、コモン・ロー立憲主義のように、地道な「通常政治」の積み重ねによる変革に注目する必要がある。また、日本においても、憲法の制定・改正・変遷といった憲法の変動を検討していく上で、二元的民主政理論をはじめとするアメリカの「生ける憲法」論は、重要な視座を提供すると考えられる。

I はじめに

1. B・アッカーマンの二元的民主政理論

直接の民主的基盤を持たない裁判官は、どのような場合であれば立法府の判断を尊重せずに独自の立場から司法審査権を行使することが許されるのか。アメリカ合衆国において、この司法審査と民主主義をめぐる議論は、裁判官の憲法解釈の法源は何であるのか、そこで前提とされる憲法上の民主主義観とはどのようなものか、といった論点を問うものであった¹。こうした議論に応答しようとする憲法理論のひとつに、イェール大学スターリング記念講座法学・政治学教授の B・アッカーマン (Bruce A. Ackerman) の二元的民主政理論 (Dualist Democracy)²がある。

アッカーマンは二元的民主政理論において、アメリカ合衆国憲法 (以下、「アメリカ憲法」と表記。) の定める民主プロセスを通常政治と憲法政治の二つに区分し、前者において人民は眠りについているがゆえに裁判所が司法審査を行うことで憲法を保障しなければならないが、後者の憲法政治において人民は「我ら合衆国人民 (We the People)」として行動し、熟議に基づく高次法形成を行うことで憲法のあり方を最終的に決定すると主張する³。

さらに、アッカーマンによれば、憲法政治における人民の高次法形成は、正式な憲法改正条項によらざる憲法改正 (いわゆる「インフォーマルな憲法改正」) によってもなされ⁴、建国期のアメリカ憲法の制定、再建期の再建修正、ニューディール期の福祉国家政策がその典型例であり、公立学校での人種別学を違憲とした **Brown** 判決⁵や、明文規定を欠くプライバシーの権利を承認した **Griswold** 判決⁶等に代表される連邦最高裁のリベラルな諸判決の淵源も、将来実現される価値を見越した裁判官による預言ではなく、こうした過去の憲法政治にあるとされる⁷。

¹ 大江一平「二元的民主政理論における司法審査の位置付け」東海大学総合教育センター紀要 29号 87-91頁 (2009年)。

² See, e.g., BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE 1: FOUNDATIONS (Harvard U. Pr., 1991) [hereinafter ACKERMAN, FOUNDATIONS]; BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE 2: TRANSFORMATIONS (Harvard U. Pr., 1998) [hereinafter ACKERMAN, TRANSFORMATIONS]. 二元的民主政理論については、大江一平「ブルース・アッカーマン——We the People の高次法形成とアメリカ合衆国憲法の変動」駒村圭吾・山本龍彦・大林啓吾編『アメリカ憲法の群像——理論家編』(尚学社、2010年) 159頁等を参照。

³ ACKERMAN, FOUNDATIONS, *supra* note 2, at 165-199, 230-235, 236-265, 266-294. 大江・前掲注 2、161頁も参照。

⁴ ACKERMAN, FOUNDATIONS, *supra* note 2, at 267-269; ACKERMAN, TRANSFORMATIONS, *supra* note 2, at 71-88, 122. 大江・前掲注 2、163頁も参照。

⁵ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483; 74 S. Ct. 686 (1954) (Brown I).

⁶ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479; 85 S. Ct. 1678 (1965).

⁷ 二元的民主政理論における司法審査は、過去の憲法政治の成果を通常政治の侵食から保護する憲法保障

2. 「生ける憲法」論との関連

アメリカ憲法 5 条は、憲法修正 (amendment) という形での憲法改正手続を規定する。しかし、その手続は非常に厳格であり、成立した憲法修正は数えるほどしかない。

ところが、アメリカ憲法史においては、1930 年代のニューディール政策や 1960 年代の市民的権利運動 (公民権運動) (civil rights movement)⁸等の事例に見受けられるように、5 条の手続では十分に説明できない多くの変革がなされてきた。それゆえ、5 条それ自身が人民の高次法形成を適切に反映する憲法改正のルール足り得ていないのではないか、「インフォーマルな憲法改正」の法的性質をどのように理解するのか、という憲法の変動をめぐる問題が活発に議論されてきた⁹。近年のアカカーマンは、上述の「インフォーマルな憲法改正」を、「生ける憲法 (living Constitution)」論との関連で論じている¹⁰。

日本においては、憲法の制定・改正・変遷等の憲法の変動を検討する際に、ドイツやフランスの議論を取り上げる傾向が強かった。しかし、上述したように、憲法の変動についてはアメリカにおいても豊富な議論がなされており、それを参照することは有意義であると考えられる¹¹。

3. 二元的民主政理論における市民的権利運動の位置付け

1991 年の著書 FOUNDATIONS において、アカカーマンは、黒人が人種平等を求めた 1950～60 年代の市民的権利運動が近年最も成功した人民による変革であること¹²、Brown 判決

機能 (preservationist function) と、ある成功した憲法政治によって生み出された憲法原理と従来の憲法原理を矛盾なく統合する世代間統合 (intergenerational synthesis) という役割を担う。See, ACKERMAN, FOUNDATIONS, *supra* note 2, at 9-10, 86-94, 113-162, 191-195. 大江・前掲注 2、162、165 頁も参照。

⁸ 市民的権利運動については、上杉忍『アメリカ黒人の歴史——奴隷貿易からオバマ大統領まで』(中公新書、2013 年) 111-144 頁等を参照。

⁹ See, e.g., SANFORD LEVINSON (ed.), RESPONDING TO IMPERFECTION: THE THEORY AND PRACTICE OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT (Princeton U. Pr., 1995); DAVID A. STRAUSS, THE LIVING CONSTITUTION (Oxford U. Pr., 2010); AKHIL REED AMAR, AMERICA'S UNWRITTEN CONSTITUTION: THE PRECEDENTS AND PRINCIPLES WE LIVE BY (Basic Books, 2012).

¹⁰ Bruce Ackerman, *The Living Constitution*, 120 HARV. L. REV. 1737 (2007).

¹¹ 憲法の変動という観点から、近年のアメリカの議論を検討したものとして、川岸令和「立憲主義のディレンマ——アメリカ合衆国の場合」駒村圭吾・待鳥聡史編『「憲法改正」の比較政治学』(弘文堂、2016 年) 141 頁、塚田哲之「合衆国憲法の『民主化』をめぐる議論動向——S・レヴィンソンの『改憲論』を中心に」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) 308 頁、山本龍彦「憲法の『変遷』と討議民主主義——『法生成』に関する F・マイクマンの議論を素材に」法学政治学論究 61 号 259 頁 (2004 年)、同「アメリカにおける『人民主権』論と憲法変動」憲法問題 28 卷 45 頁 (2017 年)、同「主権者なき憲法変動——日本国憲法秩序のアイデンティティ」論究ジュリスト 25 号 148 頁 (2018 年)、横大道聡「憲法典の改正と憲法秩序変動の諸相」憲法問題 28 卷 7 頁 (2017 年) 等を参照。

¹² ACKERMAN, FOUNDATIONS, *supra* note 2, at 108-111.

が同運動に大きな影響を与えたこと¹³を指摘している。

また、2007年の論文において、アッカーマンは、建国期や再建期のみならず、ニューディール期や市民的権利運動も成功した憲法政治であり、「生ける憲法」の一部となっていることを強調し¹⁴、連邦最高裁の役割が、ニューディール期や市民的権利運動のような「生ける憲法」を確認することにあると主張している¹⁵。

さらに、2014年の著書 THE CIVIL RIGHTS REVOLUTION (以下、「CRR」と表記。)において、アッカーマンは、「第二の再建期 (Second Reconstruction)」としての市民的権利運動がまさしく「市民的権利革命 (civil rights revolution)」であったとした上で、Brown 判決とその受容・定着過程を、人民主権と権力分立制度の観点から詳細に考察している¹⁶。

そこで、本稿では、主として CRR の議論を手がかりとして、二元的民主政理論における市民的権利運動の位置付けについて検討する¹⁷。

図1 WE THE PEOPLE 各巻の概要

著書	テーマ
WE THE PEOPLE 1: FOUNDATIONS (1991)	二元的民主政理論とその根拠、建国期からニューディール期に至る高次法形成の歴史についての考察。
WE THE PEOPLE 2: TRANSFORMATIONS (1998)	憲法5条によらざる形での再建修正条項 (修正13条および修正14条)、正式な憲法改正が行われなかったニューディールの変革についての考察。
WE THE PEOPLE 3: THE CIVIL RIGHTS REVOLUTION (2014)	「生ける憲法」としてのニューディール・市民的権利運動体制 (ND-CR 体制)、1964年市民的権利法等の画期的法律の成立プロセスについての考察。

(FOUNDATIONS、TRANSFORMATIONS、CRR に基づき、大江作成)

¹³ *Id.* at 137.

¹⁴ Ackerman, *supra* note 10, 1757-1793.

¹⁵ *Id.* at 1804-1805.

¹⁶ BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE 3: THE CIVIL RIGHTS REVOLUTION (Harvard U. Pr., 2014) [hereinafter ACKERMAN, CRR].

¹⁷ FOUNDATIONS から CRR に至るアッカーマンの議論を詳細に検討した先行業績として、川岸・前掲注 11、160-168 頁、川鍋健「違法な憲法が従うに値する理由——Bruce A. Ackerman の dualist democracy theory における憲法の正当性と歴史との関係をめぐって」一橋法学 15 巻 2 号 289 頁 (2016 年) を参照。

II CRR の概要

1. 権力分立と人民主権の重視

アッカーマンは、CRR において、市民的権利革命について、従来の裁判所中心の観点 (court-centered) ではなく、人民主権と権力分立を重視する体制中心 (regime-centered) の観点から考察する¹⁸。

アッカーマンによれば、ニューディール期によって市民的権利運動のステージが設定され、1950年代の共和党アイゼンハワー政権、1960年代の民主党ジョンソン政権、1970年代の共和党ニクソン政権にかけて、リベラルな民主党と共和党によって現代共和政の基礎となるニューディール・市民的権利運動体制 (New Deal-Civil Rights Regime, 以下、「ND-CR体制」と表記。) が構築されたと主張する¹⁹。

アッカーマンは、現在のアメリカにおいては、大統領、議会、連邦最高裁間の権力分立に基づいて人民の意思を反映する、「現代的システム」と称される「インフォーマルな憲法改正」の手續が確立されていると主張する²⁰。そこでは、変革を企図する勢力がリーダーシップをとり、繰り返しの選挙を通じて人民からの負託 (mandate) を獲得する。

2. ND-CR体制の確立

アッカーマンによれば、1950年代から70年代にかけて、ND-CR体制は以下のような展開を経て確立されたとされる²¹。

アッカーマンは、Brown判決におけるE・ウォーレン長官による法廷意見が「20世紀における最も偉大な司法の意見」であるとして、高く評価する²²。アッカーマンによれば、CRRにおける変革の先鞭をつけたのは連邦最高裁であり、同判決は、及び腰だったアイゼンハワー政権と連邦議会に人種平等の問題への取り組みを促すものであった²³。

アッカーマンによれば、Brown判決をめぐる連邦最高裁のリーダーシップは必ずしも十分ではなかったが、ジョンソン政権と連邦議会が同判決の前提をさらに推し進めた²⁴。1964

¹⁸ ACKERMAN, CRR, *supra* note 16, at 1-2.

¹⁹ *Id.* at 2.

²⁰ ACKERMAN, FOUNDATIONS, *supra* note 2, at 267-269; ACKERMAN, TRANSFORMATIONS, *supra* note 2, at 71-88, 122, ACKERMAN, CRR, *supra* note 16, at 3-4, 9.

²¹ ACKERMAN, CRR, *supra* note 16, at 9, 23-82. 川鍋・前掲注 17、307-312頁も参照。

²² ACKERMAN, CRR, *supra* note 16, at 317.

²³ *Id.* at 5.

²⁴ *Id.* at 5-6.

年大統領選挙で L・ジョンソンが共和党の B・ゴールドウォーター²⁵に勝利したことによって、公共施設から雇用に至る各分野での差別を禁止する 1964 年市民的権利法 (Civil Rights Act)、投票に際しての差別を禁止する 1965 年投票権法 (Voting Rights Act)²⁶、住宅の購入・賃貸の際の差別を禁止する 1968 年公正住宅法 (Fair Housing Act) といった画期的法律 (landmark statutes) が成立するに至った²⁷。

アッカーマンによれば、ジョンソンの任期終了までに、三権すべてが Brown 判決の前提を、公教育の領域を超えて推し進めた²⁸。「市民的権利革命」の指導者は革命的変革に自覚的であり、画期的法律は正式な憲法改正を代替するものであったとされる²⁹。

アッカーマンによれば、保守派のニクソン政権は、ニューディール・市民的権利運動の成果を否定せず、1960 年代の画期的法律の基盤を確固たるものとした³⁰。ニクソンの支持は ND-CR 体制に超党派的な基盤を与えるものであり、結局のところ、南部の保守派は Brown 判決と画期的法律の正当性を受け入れたとされる³¹。

アッカーマンによれば、上述した画期的法律は 20 年間にわたって権力分立によって仲介された人民の「熟考に基づく判断 (considered judgment)」に基づくものであり、また、1964 年大統領選挙でジョンソンに地滑りの勝利を与えたのは連邦最高裁ではなく人民であり、1960 年代から 70 年代初期にかけて、ワシントン DC の広範かつ超党派的な連合に継続的な支持を与えたのも人民であったとされる³²。

²⁵ ゴールドウォーターは州権論の立場から 1964 年市民的権利法に反対の姿勢をとっていた。西川賢『分極化するアメリカとその起源——共和党中道路線の盛衰』(千倉書房、2015 年) 238-240 頁を参照。

²⁶ 1870 年の修正 15 条の成立以降も、黒人は、読み書きテストや人头税によって長らく投票権の行使を阻まれてきた。有権者登録を呼びかける学生非暴力調整委員会 (SNCC) や M・L・キング牧師らによる 1965 年 3 月のアラバマ州セルマからモントゴメリーへのデモ行進は、州警察がそれを妨害した「血の日曜日事件」(同年 3 月 7 日)をはじめ、大きな反響を呼び、ジョンソン政権に 1965 年投票権法の制定を促した。連邦の選挙における人头税は 1964 年の修正 24 条によって禁止された。州の選挙における人头税も、Harper v. Virginia State Board of Elections, 383 U.S. 663; 86 S. Ct. 1079 (1966)によって違憲とされた。See, ACKERMAN, CRR, *supra* note 16, at 83-104, 160-162. 1965 年投票権法の詳細については、木下智史「合衆国における人種的少数者の投票権保障(1)」神戸学院法学 25 卷 3 号 83 頁 (1995 年)、倉田玲「ゲリマンダリングと合衆国の投票権法制 (上) ——代表を選出する機会の平等」立命館法学 268 号 1323 頁 (1996 年)、小竹聡「1965 年投票権法の合憲性—The Story of South Carolina v. Katzenbach, 383 U.S. 301 (1966)」大沢秀介・大林啓吾編『アメリカ憲法と民主政』(成文堂、未刊)等を参照。

²⁷ ACKERMAN, CRR, *supra* note 16, at 5-6.

²⁸ *Id.*

²⁹ *Id.* at 11, 83-123.

³⁰ *Id.* at 6, 78. その例として、アッカーマンは、ニクソンが 1968 年公正住宅法を支持したこと (at 77, 204-205, 218)、1970 年投票権法に対する拒否権を行使しなかったこと (at 166-170) 等をあげている。

³¹ *Id.* at 6.

³² *Id.* at 6-7. アッカーマンは、市民的権利運動において、キング牧師、ジョンソン大統領、H・ハンフリー副大統領、共和党の E・ダークセン上院議員といった指導者が人民の代弁者としての役割を果たしたことを高く評価する。

3. 憲法規範としての画期的法律

ND-CR 期において正式な憲法改正は行われなかったが、アッカーマンは、1960年代の画期的法律が 5 条による正式な憲法改正と同等のものとして現代共和政の憲法規範の一部となっていると主張する³³。また、CRR を根拠づける憲法規範 (constitutional canon) は、Brown 判決のような特別先例 (superprecedents) だけでなく、当時の画期的法律をめぐる議論や決定にも求められるべきだとする³⁴。

かつて、修正 14 条の平等保護条項は州の行為を対象とするものであり、私人間の行為は対象外であったが、アッカーマンは、1964 年市民的権利法や 1968 年公正住宅法といった私人間での差別を禁止する画期的法律によって従来の憲法法理が大きく変容したことを指摘し、一定の場合に私人の行為を州の行為と同視するステート・アクションの法理では、これらの画期的法律において示された「生ける憲法」の意味を理解することはできないと批判する³⁵。

アッカーマンは、キング牧師をはじめとする市民的権利運動の指導者らが、人種差別の核心にある、黒人を制度的に貶める人種別学等の「制度的な侮辱 (institutional humiliation)」の問題に焦点を当てたこと、1960 年代の画期的法律が、私的領域における制度的侮辱を禁止することによってウォーレン・コートの論理を一般化したことを指摘する³⁶。

また、アッカーマンは、公教育と異人種間結婚の領域において、連邦最高裁が人々の支持が得られる解決方法を模索したことを指摘する³⁷。

4. 原意主義への批判

アッカーマンは人民主権の観点から、ND-CR 革命が根本的な変革に対する広範な人民の同意を獲得することに成功したこと、1964 年市民的権利法が「生ける憲法」の中核にあること、1960 年代の人種的正義に関する決定的勝利が女性、性的少数者、身体障害者のさらなる平等を求める運動につながったことを指摘する³⁸。

³³ *Id.* at 7-10, 21-123.

³⁴ *Id.* at 7-8.

³⁵ *Id.* at 12-13.

³⁶ *Id.* at 13-14, 127-153. アッカーマンによれば、官僚機構はこれらの画期的法律を、「数値目標による統治 (government by numbers)」という手法を用いて施行したとされる (at 14-15)。

³⁷ *Id.* at 15-16, 227-340.

³⁸ *Id.* at 17-18.

しかし、アッカーマンは、正式な憲法改正の有無に拘泥する従来の形式主義 (formalism) では、ND-CR 期の成果に否定的なロバーツ・コート (特に A・スカリアや C・トーマスの原意主義) に十分対抗できないとの危機感を持っている³⁹。FOUNDATIONS から CRR に至るまで、アッカーマンの議論に通底しているのは原意主義 (あるいは、形式主義的な条文主義) への批判である。特に、アッカーマンは、選挙制度変更の際に連邦政府による事前審査を義務付ける 1965 年投票権法 5 条の適用対象地域を規定する同法 4 条(b)を違憲とした 2013 年の Shelby 判決⁴⁰について、投票権に関する「第二の再建期」の成果を否定するものであるとして、同判決における J・ロバーツ長官の法廷意見を厳しく批判する⁴¹。また、アッカーマンは、自らの議論が、条文主義、コモン・ロー立憲主義、ポピュリズム立憲主義、批判的立憲主義といった様々な憲法解釈の学派を架橋する試みであると主張する⁴²。

図 2 二元的民主政理論における憲法政治の時期とその内容

憲法政治の時期	主たる憲法政治の内容
建国期	連合規約 13 条によらざる形での合衆国憲法制定、1800 年大統領選挙によるプレビシット的大統領制の確立。
再建期	憲法 5 条によらざる形での再建修正条項 (修正 13 条および修正 14 条) の成立。
ニューディール期	F・D・ルーズヴェルト大統領によるニューディール政策と連邦最高裁の態度転換による「憲法革命」。
市民的権利運動期	連邦最高裁の Brown 判決、キング牧師らによる市民的権利運動の高まり、ジョンソン政権による 1964 年市民的権利法等の画期的法律の成立、ニクソン政権による憲法政治の成果の確立。

(FOUNDATIONS、TRANSFORMATIONS、CRR に基づき、大江作成)

³⁹ *Id.* at 18-19, 328-329.

⁴⁰ *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529; 133 S. Ct. 2612 (2013). Shelby 判決については、中村良隆「米判批」比較法学 47 巻 3 号 326 頁 (2014 年)、高橋正明「米判批」アメリカ法 [2014-1] 167 頁等を参照。なお、ロバーツ・コートの全体的な動向については、大林啓吾・溜箭将之編『ロバーツ・コートの立憲主義』(成文堂、2017 年)を参照。

⁴¹ ACKERMAN, CRR, *supra* note 16, at 329-337.

⁴² Bruce Ackerman, *De-Schooling Constitutional Law*, 123 YALE L. J. 3104, 3105 (2014). アッカーマンは批判的立憲主義の論者として、S・レヴィンソンをあげている (at 3113-3115)。See, e.g., SANFORD LEVINSON, *OUR UNDEMOCRATIC CONSTITUTION: WHERE THE CONSTITUTION GOES WRONG (AND HOW WE THE PEOPLE CAN CORRECT IT)* (Oxford U. Pr., 2006); Sanford Levinson, *Popular Sovereignty and the United States Constitution: Tensions in the Ackermanian Program*, 123 YALE L. J. 2644 (2014). レヴィンソンの議論については、大河内美紀「Our “Settled” Constitution」論究ジュリスト 28 号 139-140 頁 (2019 年)、塚田・前掲注 11、中川律「サンフォード・レヴィンソン——合衆国市民にとっての憲法の意味の探究者」駒村ほか・前掲注 2、202 頁等を参照。ポピュリズム立憲主義の動向については、木下智史「合衆国におけるポピュリスティック立憲主義の展開と民主主義観の変容」本・前掲注 11、282 頁等を参照。

Ⅲ CRR への批判と検討

1. 市民的権利運動の位置付け

CRR で示された二元的民主政理論における市民的権利運動の位置付けについては様々な議論がなされている⁴³。

R・ケネディは、Brown 判決の扱いについて、同判決が隔離政策 (segregation) における人種差別 (racism) の存在について明言していないこと⁴⁴、同判決の射程が公立学校に限定されており、翌年の Brown II 判決⁴⁵も人種別学の即時廃止を命じたわけではないこと⁴⁶、同判決が 1964 年市民的権利法の成立にどの程度影響を与えたのか不明確であること⁴⁷を指摘した上で、「革新主義者 (Progressives) は同判決の限界を認識し、その射程を超えた問題を解決する権威ある指針として扱うのをやめるべき⁴⁸」と主張する。

T・ブラウン・ナギンは、「結集した人々」が果たした役割に注目する CRR の試みを高く評価⁴⁹しつつも、連邦レベルでの反差別立法や国政選挙といった公的な法形成プロセスだけでなく、キング牧師や連邦政府に経済的不平等の是正を促した SNCC 等の活動⁵⁰、ジョンソン政権による「偉大な社会」政策における「貧困に対する戦争」の中核をなす 1964 年の経済機会法 (Equal Opportunity Act) が果たした役割に注目すべきと指摘する⁵¹。L・グイニアおよび G・トーレスも、当時の法的エリート層のみならず、社会運動において一般の人々が担った役割に焦点を当てるべきと主張する⁵²。

CRR において、1964 年市民的権利法等の画期的法律は「第二の再建期」の核心に位置付

⁴³ 2014 年 2 月に、イェール大学ロースクールにおいて CRR に関するシンポジウムが開催されている。See, *The Meaning of the Civil Rights Revolution*, 123 YALE L. J. 2575 (2014).

⁴⁴ Randall L. Kennedy, *Ackerman's Brown*, 123 YALE L. J. 3064, 3066-3068 (2014).

⁴⁵ *Brown v. Board of Education*, 349 U.S. 294; 75 S. Ct. 753 (1955) (Brown II). 同判決については、溜箭将之「初中等教育機関における人種統合のゆくえ」大沢秀介・大林啓吾編『アメリカ憲法判例の物語』(成文堂、2014 年) 48-50 頁を参照。

⁴⁶ Kennedy, *supra* note 44, at 3071.

⁴⁷ *Id.* at 3072-3073.

⁴⁸ *Id.* at 3075.

⁴⁹ Tomiko Brown-Nagin, *The Civil Rights Canon: Above and Below*, 123 YALE L. J. 2698, 2701-2702 (2014).

⁵⁰ *Id.* at 2709-2716, 2725-2729. ブラウン・ナギンは、労働運動の指導者 A・P・ランドルフや、市民的権利運動の活動家 B・ラスティンがキング牧師を支援し、経済的不平等の是正に取り組んだことを併せて指摘する (at 2721-2725)。

⁵¹ *Id.* at 2729-2739. ブラウン・ナギンは、SNCC による州・地域における草の根レベルの活動が経済機会法の施行に際して大きな役割を果たしたことを指摘する (at 2725-2729, 2732)。

⁵² Lani Guinier & Gerald Torres, *Changing the Wind: Notes Toward a Demosprudence of Law and Social Movements*, 123 YALE L. J. 2740, 2743, 2749, 2799 (2014).

けられる。しかし、C・フランクリンによれば、アッカーマン自身が自覚⁵³しているように、これらの画期的法律は包括的なものではなく、公共施設、教育、投票等の各分野における個別立法にとどまったために限界があり、人種差別を解決することに失敗したとされる⁵⁴。

なお、ND-CR 期に重大な社会変革があったのは事実であるが、修正 24 条を除き、市民の権利に関する正式な憲法改正が行われたわけではない。そのため、アッカーマンの議論については、歴史の記述からどのようにして憲法規範が導出されるのかという疑問が残る⁵⁵。

2. 「インフォーマルな憲法改正」ルールの問題

かつて、アッカーマンは、「インフォーマルな憲法改正」が次の 5 段階の手続を経て行われると主張していた⁵⁶。すなわち、①憲法改正を企図する勢力が通常政治から憲法政治への移行を人民に知らせる「合図 (signaling)」、②憲法修正あるいは従来 of 憲法解釈を根本的に変更する変革的立法の形態で具体的な憲法改正の発案が行われる「発案 (proposal)」、③憲法改正に対する人民からの負託を獲得する「誘発 (triggering)」、④反対派の態度転換によって憲法改正が承認される「承認 (ratifying)」、⑤憲法改正の基盤が人民によって確立され、連邦最高裁の判決によって憲法規範となる「確立 (consolidating)」である。

しかし、CRR では 6 段階、すなわち、①「合図 (signaling)」、②「発案の段階 (proposal phase)」、③「誘発の選挙 (triggering election)」、④人民からの負託を画期的法律や司法の特別先例等によって履行する「集中的な精緻化 (mobilized elaboration)」、⑤「承認の選挙 (ratifying election)」、⑥「確立の段階 (consolidating phase)」として整理されている⁵⁷。ただし、6 段階に精緻化されているとはいえ、正式な憲法改正条項と比較して、その不明確さは否めない⁵⁸。また、アメリカは連邦制国家であり、アッカーマンの議論は連邦中心的に過ぎる傾向がある⁵⁹。

⁵³ ACKERMAN, CRR, *supra* note 16, at 12, 337-338.

⁵⁴ Cary Franklin, *Separate Spheres*, 123 YALE L. J. 2878, 2881-2882, 2886-2889 (2014).

⁵⁵ 川鍋・前掲注 17, 319-320, 328 頁。また、川岸令和「熟慮に基づく討議の歴史とアメリカ合衆国憲法の正統性——ブルース・アッカーマンの『二元的デモクラシー論』への覚書」早稲田政治経済学雑誌 320 号 313-314 頁 (1994 年) を参照。

⁵⁶ ACKERMAN, TRANSFORMATIONS, *supra* note 2, at 18-23, 40-377. 大江・前掲注 2, 163 頁も参照。

⁵⁷ ACKERMAN, CRR, *supra* note 16, at 44-46, 83. この点については、川鍋健「人民の、人民による、人民のための憲法——アキル・リード・アマールの憲法論から」一橋法学 17 卷 2 号 248 頁注 72 (2018 年) を参照。

⁵⁸ *See, e.g.*, Randy E. Barnett, *We the People: Each and Every One*, 123 YALE L. J. 2576, 2579-2580, 2584 (2014); David A. Super, *Protecting Civil Rights in the Shadows*, 123 YALE L. J. 2806, 2808 (2014).

⁵⁹ ただし、アッカーマンは、自らの議論が「ワシントン中心主義」であるとの批判に自覚的である。 *See*, Ackerman, *supra* note 42, at 3116.

なお、アッカーマンが人民主権と権力分立による「生ける憲法」の形成を強調する点は、三権が憲法解釈の権威を共有し、その相互作用によって憲法秩序が形成されるとする部門主義 (departmentalism)⁶⁰と親和的な部分があるように見受けられる。ただし、部門主義は主として憲法解釈レベルの議論であり、必ずしも人民による憲法変革 (transformation) のための議論ではない点に留意する必要がある⁶¹。

3. 憲法条文との関係

R・バーネットは、憲法条文の役割を重視する立場⁶²から、アメリカ憲法 6 条のいう最高法規としての憲法はあくまでも成文憲法であるとして、アッカーマンのような「生ける憲法」論が同 5 条と矛盾すると指摘する⁶³。また、バーネットは、修正 13 条と修正 14 条の存在を理由に、「市民的権利革命」のための憲法改正を行う必要はなかったと主張する⁶⁴。

これらのバーネットの批判に対して、アッカーマンは、建国期に革命的指導者とその支持者が一連の選挙を通じて広範な人民の支持を得るという高次法形成システムが構築されたこと、再建期以降、連邦政府と州政府の力関係が変化し、権力分立に基づく「インフォーマルな憲法改正」ルールが成立したことを改めて指摘し、変革に対する人民の支持の「深さのほど (depth)」、「広範さのほど (breadth)」、「決意のほど (decisiveness)」という憲法政治のための三基準⁶⁵に照らして、1960 年代の「第二の再建期」が人民主権に基づいて自覚的に行われた変革であったと反論する⁶⁶。

とはいえ、アッカーマンをはじめとする「生ける憲法」論については、憲法条文を軽視する議論であるとの批判がなされがちであることは否めない。この点について、アッカーマンとは対照的に、A・アマーが成文憲法の行間を読む形で不文憲法（「生ける憲法」）の解釈を行い、最高法規としての憲法を遵守する裁判官の司法審査によって成文憲法と不文憲法が

⁶⁰ 部門主義については、大河内・前掲注 42、130-138 頁、大林啓吾「ディパートメンタリズムと司法優越主義——憲法解釈の最終的権威をめぐる」帝京法学 25 卷 2 号 103 頁 (2008 年)、同『憲法とリスク——行政国家における憲法秩序』(弘文堂、2015 年) 75-78 頁等を参照。また、連邦最高裁と政治部門の関係を考察する議論として、見平典『違憲審査制をめぐるポリティクス——現代アメリカ連邦最高裁判所の積極化の背景』(成文堂、2012 年) を参照。

⁶¹ この点について、憲法解釈におけるポピュリズムと部門主義の差異を整理した大河内・前掲注 42、130-131 頁を参照。また、大河内は、二元的民主政理論における「人々」の位置付けについて、「憲法修正についてイエス／ノーを示す決定機にこそ関与するが、それに尽きるようにも思われる」と指摘する (同 141 頁)。

⁶² Barnett, *supra* note 58, at 2585-2587.

⁶³ *Id.* at 2588.

⁶⁴ *Id.* at 2589-2590.

⁶⁵ ACKERMAN, FOUNDATIONS, *supra* note 2, at 272-280, 285-288. 大江・前掲注 2、162 頁も参照。

⁶⁶ Ackerman, *supra* note 42, 3109-3110, 3112-3113.

矛盾しないように統制を試みている点が注目に値する⁶⁷。

4. 通常政治と憲法政治の相互関係

D・ストラウスは、コモン・ロー立憲主義の立場から、成熟した社会においては憲法改正条項の役割が低下するので、「生ける憲法」が憲法改正のほぼ唯一の手段になると主張する⁶⁸。しかし、二元的民主政理論における「インフォーマルな憲法改正」の場合、通常政治と憲法政治の区別は必ずしも明確ではなく、変革の当事者ですら、変革を行っているとの明確な自覚を持つことは困難である⁶⁹。

正式な憲法改正がほとんど行われない成熟した社会における憲法の変動を考察する際には、憲法条文の解釈に重点を置く原意主義や、憲法の制定・改正プロセスに重点を置く、アッカーマンやアマー等の人民主権論的な「生ける憲法」論だけでは不十分である。そこで、通常政治と憲法政治の相互関係を検討する上で、①憲法判例、通常立法、行政実務等の積み重ねを重視するコモン・ロー立憲主義⁷⁰、②憲法条文と同じ役割を果たすルール、慣習、制度に焦点を当てた歴史的・制度的な憲法理論のアプローチの必要性を説く発展的憲法理論⁷¹、③憲法条文や憲法判例からなる「大文字の憲法 (Constitution)」のみならず、1964年市民的権利法のような特別法律 (superstatutes)、大統領命令、連邦議会の承認を得た行政協定、行政機関の規則等からなる「小文字の立憲主義 (constitutionalism)」に注目する「法律の共和国 (republic of statutes)」論⁷²が有意義な観点を提供すると考えられる。

アッカーマンは憲法政治の前提となる通常政治の重要性を説き⁷³、また、市民的権利運動

⁶⁷ AMAR, *supra* note 9, at 5, 141, 194-199, 203-204, 206-207. アマーの不文憲法論については、大江一平「アメリカ合衆国の不文憲法」アメリカ法 [2014-1] 84頁を参照。

⁶⁸ STRAUSS, *supra* note 9, at 115-117, 120-139. ストラウスの議論については、大江一平「アメリカにおけるコモン・ロー的な生ける憲法の進化」アメリカ法 [2011-2] 447頁を参照。

⁶⁹ See, e.g., Stephen M. Griffin, *Constitutional Theory Transformed*, 108 YALE L. J. 2115, 2147 (1999); Barnett, *supra* note 58, at 2582-2583, 2594.

⁷⁰ STRAUSS, *supra* note 9. See also, David A. Strauss, *The Neo-Hamiltonian Temptation*, 123 YALE L.J. 2676, 2689-2692 (2014).

⁷¹ See, e.g., STEPHEN M. GRIFFIN, AMERICAN CONSTITUTIONALISM: FROM THEORY TO POLITICS (Princeton U. Pr., 1996); Stephen M. Griffin, *Rebooting Originalism*, 2008 U. ILL. L. REV. 1185, 1209-1213 (2008). グリフィンの議論については、大江一平「スティーブン・グリフィン教授の発展的憲法理論とその意義——アメリカ合衆国における生ける憲法をめぐる議論との関連で」東海大学文明研究所編『文明』16号29頁(2011年)を参照。

⁷² WILLIAM N. ESKRIDGE JR. & JOHN FERREJOHN, A REPUBLIC OF STATUTES: THE NEW AMERICAN CONSTITUTION (Yale U. Pr., 2010), at 1-24, 26.

⁷³ Ackerman, *supra* note 42, at 3119-3120. アッカーマンは通常政治における熟議を重視し、政治学者のJ・フィッシュキンと共に「熟議の日 (Deliberation Day)」構想を主張している。See, BRUCE ACKERMAN & JAMES S. FISHKIN, DELIBERATION DAY (Yale U. Pr., 2004). ブルース・アッカーマン・ジェイムズ・S・フィッシュキン(川岸令和・谷澤正嗣・青山豊訳)『熟議の日——普通の市民が主権者になるために』(早稲田大学出版部、2014年)。同構想については、大江一平「二元的民主政理論と『熟議の日』構想」関西大学

に関するストラウスの議論⁷⁴に注目する⁷⁵。しかし、ストラウスは、**Brown** 判決の根拠が憲法条文や制憲者の原意ではなく、むしろコモン・ロー的な「生ける憲法」に求められると主張⁷⁶し、さらには、一定の場合に、裁判官が「公正および善き政策」に関する自らの観点に基づいて判断することを率直に認める⁷⁷。そのため、アッカーマンは、裁判所の役割を憲法保障機能と世代間統合に求める自説と、ストラウスの議論には無視できない差異があると指摘している⁷⁸。

IV おわりに

1. CRR の意義

二元的民主政理論は、「裁判官は過去の憲法制定や憲法改正の際の人民の決定に憲法解釈の源泉を求めるべき」とする原意主義の強みを生かしつつ、「インフォーマルな憲法改正」という道具立てによって、憲法条文に拘泥するあまり、ND-CR 体制を擁護できないという原意主義の持つ問題点を克服しようと試みる。特に、CRR の意義は、市民的権利運動という大規模な社会運動と憲法の関係に着目し、正式な憲法改正と同等の役割を果たす画期的法律の成立プロセスを考察する点にある。

「インフォーマルな憲法改正」は、正規の憲法改正によらざる形で行われた変革を憲法規範に反映しようとする試みであるといえよう。ただし、現代社会においては、劇的な変革は起こりにくい。変革の当事者が自らの行為について無自覚な場合もありうる。そこで、今後は、人民主権論的な「生ける憲法」論だけでなく、コモン・ロー立憲主義のように、地道な「通常政治」の積み重ねによる変革に注目する必要がある。

2. 日本の議論への示唆

最近の日本の憲法学においては、憲法の変動をめぐる議論との関連で、「現実の憲法秩序と憲法典の規範との間に乖離が生じている状況で、当該乖離を埋めるために憲法典を改正

大学院法学ジャーナル 77 号 249 頁（2005 年）等を参照。

⁷⁴ Strauss, *supra* note 70, at 2692-2695.

⁷⁵ Ackerman, *supra* note 42, note at 3120.

⁷⁶ STRAUSS, *supra* note 9, at 77-80, 85-90, 90-92. See also, Strauss, *supra* note 70, at 2694.

⁷⁷ STRAUSS, *supra* note 9, at 44-45, 92. 大江・前掲注 68、452 頁も参照。

⁷⁸ Ackerman, *supra* note 42, at 3121-3125. 両者の差異については、川鍋・前掲注 17、337-340 頁も参照。

する」ことをどのように考えるべきか、という問題提起がなされている⁷⁹。また、集団的自衛権の一部行使を可能にした2015年の平和安全法制の合憲性をめぐる議論を背景として、国民主権論の観点から、二元的民主政理論や、主権者国民の存在を前提とする統治行為論⁸⁰を参照しつつ、憲法学における主権者国民を、制憲者(Lv.1)、改正権者(Lv.2)、有権者(Lv.3)に分類した上で、これらの中に「統治行為について決定する有権者、すなわち実定選挙制度を借用して直接的に政治に関与する国民」(Lv.2.5)を位置付ける議論が注目される⁸¹。

この「Lv.2.5」の日本国民については、いわゆる「解釈改憲」の危険を指摘する立場から、憲法改正国民投票を規定する憲法96条に依拠しない点で疑問があり、「不当な憲法改正のショートカット」ではないかとの批判がなされている⁸²。無論、こうした批判には十分な理由がある。しかし、違憲の疑いのある立法や政府の行為に対して、司法審査や憲法改正手続による憲法保障制度がうまく機能しない事態が生じる可能性は否定できない。なぜならば、違憲の疑いがある事例であっても、9条をめぐる問題のように、最高裁が明確な憲法判断を行わない場合があるし、最高裁の判決に一般的効力を認めるかどうかについて議論はあるが、終審である最高裁が合憲判決を下せば法的には有効なものとして扱わざるを得ないからである。

現実政治においては、その当否は別として、憲法改正国民投票よりも、むしろ憲法判例や各種法令の積み重ねによって憲法秩序が形成されていくことが否定できないのであれば、憲法の制定・改正・変遷といった憲法の変動を検討する上で、二元的民主政理論をはじめとするアメリカの「生ける憲法」論は重要な視座を提供すると考えられる。

【注記】

本稿は、2018年度科研費(課題番号:18H00797)による成果の一部である。

[公開日:2019年3月20日]

*本稿は査読を経て掲載されたものである。

⁷⁹ 横大道・前掲注11、14頁。

⁸⁰ 旧日米安保条約の合憲性をめぐる砂川事件最高裁判決(最大判昭34・12・16刑集13巻13号3225頁)(WestlawJapan文献番号1959WLJPCA12160009)、いわゆる7条解散の合憲性をめぐる苫米地事件最高裁判決(最大判昭35・6・8民集14巻7号1206頁)(WestlawJapan文献番号1960WLJPCA06080002)を参照。

⁸¹ 山本(2017年)・前掲注11、45、56-59頁(傍点原文)。

⁸² 川鍋・前掲注57、270頁。