

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 —

川 鍋 健*

はじめに — 「立憲主義と民主主義」という問題

I We the People

II historicism

III living Constitution

おわりに

はじめに — 「立憲主義と民主主義」という問題

憲法によって権力を抑制し、個人の人権を保障しようとする立憲主義は、いかに権力を構成しようともそれを絶対的には信用せず、人権保障のために抑制しようとする点で、権力を多数によって構成することで多数の人々の人権を保障しようとする民主主義と対立する契機をもつ¹⁾。

この「立憲主義と民主主義」という問題は、次の広狭二つの次元を分けて考え

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第15巻第2号 2016年7月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士課程。公益財団法人末延財団博士課程奨学生。

本稿執筆にあたっては、一橋大学大学院法学研究科「次世代の法学研究者・法学教員養成」プロジェクト特別海外派遣学生として、カナダのプリティッシュ・コロンビア大学に滞在し、松井茂記教授から助言を受けた。松井教授、またご支援頂いた一橋大学大学院法学研究科、特に指導教員である阪口正二郎教授に対し記してお礼申し上げます。また、京都大学大学院法学研究科法政理論専攻博士後期課程の久保田仁詩氏との議論から多くの示唆を受けた。記してお礼申し上げます。

- 1) 阪口正二郎『立憲主義と民主主義』、2001年、日本評論社（以下、阪口『立憲主義と民主主義』）。

るべき側面がある。

一つは、個人の人権保障としての立憲主義の担い手を、違憲審査権を有する裁判所に求め、そのような裁判所と対立する民主主義の担い手として、公正選挙を通じて構成された議会を理解し、その二者の間での対立の問題という狭義の次元である。いわゆる「司法審査と民主主義」と呼ばれる問題であり、民主的正当性を有する議会の政治的意思決定はなぜ、またいかなる場合に裁判所による違憲の判断を受け、覆されうるかが議論されてきた²⁾。

しかし、現実には、アメリカ憲法史において、人種差別、性差別、経済的不平等など、平等の問題を中心に裁判所と議会との間で憲法解釈が深刻な対立に陥る事態がおこり、相互の間で、憲法価値をめぐる判断の調整が求められてきた。何が憲法において最も重視されるべき価値かをめぐって裁判所と議会との間で対立が起こることは、憲法価値をめぐる議論を深化する契機となる点で積極的な意義を見出しうるが、対立それ自体は、何が従うべき正当な憲法かを確定しない。

この、正当な憲法とは何かを確定する方法があるとすれば、その一つは、憲法価値をめぐる対立を裁定する憲法上の存在と、その存在の正当性を支持する法的原理とを明らかにすることである。もし、その裁定者が議会あるいは裁判所であるとすれば、事実上この問題は「司法審査と民主主義」の問題に還元される。しかし、アメリカ合衆国連邦憲法（以下、連邦憲法）のように、議会や裁判所を超越する法的正当性を有する主権者としての *We the People* が実定法上存在するとき、ことは「司法審査と民主主義」の問題に解消しきれない。ここに、このような憲法上の裁定者の存在を確定し、その法的正当性を支持する原理として立憲主義を採用するか、民主主義を採用するか、また、そのような裁定者がいかにして憲法の形成に参与するか、という、「立憲主義と民主主義」の問題のもう一つの広義の次元がある³⁾⁴⁾。

この、広義の「立憲主義と民主主義」の問題における民主主義に極めて近づけ

2) A. M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 1962, Yale U. Pr.; J. H. Ely, *Democracy and Distrust*, 1980, Harvard U. Pr. 日本語文献として、松井茂記『二重の基準論』、1994年、有斐閣；長谷部恭男「司法審査と民主主義の正当性」、同『比較不能な価値の迷路』、2000年、東京大学出版会、135頁以下。

て We the People の法的正当性を主張し、連邦憲法の解釈と実践とを考究したのがアッカマン (Ackerman, B. A.) の二元的民主政論 (dualist democracy theory) である。アッカマンの議論は既に多くの紹介が日本においてなされており⁵⁾、その主張を行う主たる舞台とした We the People と題する一連の書物の中

-
- 3) この広義の次元の「立憲主義と民主主義」の問題を、理論分析的観点から、アメリカ憲法学におけるリベラル派の憲法学者について包括的に研究する最近のものとして、N. Sultany, *The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification*, 47 Harv. C. R.-C. L. L. Rev. 371, 2012.
- 4) この点を意識しながら日本憲法学において憲法解釈を展開した憲法学者の一人が、佐藤幸治である。佐藤は、憲法上の各権限機関の上位に主権、その保有者としての主権者が存在する国民主権原理を、憲法制定権力、憲法上の各権限機関に対する抑制原理として把握する。そして、アメリカでは、議会の強力な権限を抑制する原理として、国民主権原理が機能することを説く。そして、そのことを踏まえて、日本国憲法の解釈として、憲法改正の承認行為について、その「有権者団はその本質において主権者たる国民そのものに擬すべき」であり、この「憲法改正行為はこの承認によってはじめて成立する」、とする。佐藤幸治『憲法』(第3版、1995年、青林書院)、6、104頁(引用は104頁)。また、より歴史的な説明として、参照、佐藤幸治『立憲主義について』(2015年、左右社)、69-79頁。民主的正当性を有する議会の立法権とそれに優位する憲法制定権力としての国民主権、という構図を、佐藤は、アメリカおよび日本の憲法体制に共通するものとみていると考えられる。そしてこの構図こそは、憲法上の各権限機関によって憲法の形成、発展が完結する狭義の「立憲主義と民主主義」に止まらず、憲法上の各権限機関の他に憲法制定権力者たる国民が憲法の形成、発展に寄与する広義の「立憲主義と民主主義」の次元を反映したものである。
- 5) 参照、大阪大学法理学研究会『『中立的対話』と法理論』、阪大法学144号(1987年)、207頁以下；木下毅『アメリカ公法——日米比較公法序説』(1993年、有斐閣)、127-132頁；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』早稲田政治経済学雑誌320号(1994年)286頁以下；同『国民主権とデモクラシー』杉田敦編『岩波講座憲法3巻・ネーションと市民』(2007年、岩波書店)2頁以下；長谷部恭男『政治過程としての違憲審査』ジュリスト1037号(1994年)、103頁以下；阪口『立憲主義と民主主義』第4章；大江一平『B・アッカーマンの二元的民主政理論』関西大学法学論集50号(2000-2001年)177頁以下；同『インフォーマルな憲法改正論の展開とその意義：アッカーマン説及びアマー説をめぐる議論を手がかりとして』関西大学法学ジャーナル74号(2003年)1頁以下；同『二元的民主政理論と『熟議の日』構想』関西大学法学ジャーナル77号(2005年)249頁以下；同『二元的民主政理論における司法審査の位置づけ——司法審査と民主主義をめぐる議論との関連の中で——』東海大学総合教育センター紀要29号87頁以下；同『ブルース・アッカーマン』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——』(2010年、尚学社)159頁以下；大沢秀介『アメリカにおける憲法修正過程をめぐる最近の議論について』法学研究(慶応義塾大学法学研究会)74巻1号(2001年)45頁以下；大河内美紀『違憲審査の保障する憲法』長谷部恭男編『岩波講座憲法6巻・憲法と時間』(2007年、岩波書店)163頁以下。

で、憲法修正条項によらない憲法修正の可能性をめぐる議論には多く注目が集められた。一方、彼のアメリカ憲法史をめぐる議論への評価は、アメリカ本国において、憲法学のみならず、歴史学、政治学、社会学等隣接諸分野から評価がなされている⁶⁾。

アッカマンの同シリーズの第2巻及び第3巻で示した憲法史叙述を通じて初めて明瞭になってきたのは、内容的にも手続的にも違法に成立し、あるいは変容を被ってきた連邦憲法がなぜ従うに値するか、という問題意識である。後述するように、アッカマンは連邦憲法の正当性を、人々の歴史的営為に求めた。アッカマンのアメリカ憲法史叙述は、内容面では連邦憲法上の平等概念の拡大、州に対する連邦中央政府の規制権限強化を示すものだった。手続面では、連邦憲法が比較憲法的に厳格な権力分立制を採用するといわれる一方、たまさか憲法上の各権限が同じ政治的志向を持った場合、その権力分立による抑制、均衡は消失し、憲法修正限界を超越する憲法の修正をも、憲法修正条項によらずに行うことができる、という逆説であった。そして、彼によれば、これらはアメリカ憲法の歩んできた歴史的営為として、これからの連邦憲法のあるべき方向性を導くというのである。

本稿は、このようなアッカマンの憲法史叙述を経て初めて明らかになってきた彼の議論の問題意識に着目し、歴史叙述から憲法を正当化しようとする議論、そしてその結論としてのアッカマンにとっての連邦憲法の正当性如何の説明について批判的な立場から考察する。そして、この考察を通じて、アッカマンの問題意識に則して表現するならば、その成立及び改正に違法の瑕疵ありと考えられる憲

6) 日本憲法学では、憲法修正条項によらない憲法修正の条件をめぐる議論の他、第1巻で展開された彼の民主政における討議 (deliberation) の実現への関心が、日本の憲法学者と比較的より共有されている。註5) に挙げた川岸、長谷部、大江らの論考を参照。この点は、deliberation をめぐる憲法理論からアメリカ憲法史の歴史叙述へと転回した第2巻以降の流れにある *We the People* シリーズ最新刊が2014年になって発刊されたという時代的制約もある。他方、アッカマンの歴史叙述への関心は、その直弟子である川岸がとりわけ丁寧に関心している。そして、本稿で後述するのと同様、川岸は、アッカマンの歴史叙述が憲法の正当化 (川岸の記述に則せば憲法政治そのものの正統化) に必ずしも成功していないことをも指摘する。川岸前掲註5) 「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」、306頁。しかし、本稿はそれよりさらに進んで、そもそも、憲法の正当性を弁証する議論が歴史に依拠することそのものの問題を、アッカマンの議論に見出す。後述Ⅱ、Ⅲを参照。

法体制においてなお、なぜその内部に生きる人々は憲法に従うべきか、という論点について歴史叙述のみからはこの問題を解決し得ないことを論究する。

まずⅠで、アッカマンの憲法修正条項によらない憲法修正をめぐる議論を、彼の憲法史叙述に基づいて改めて整理する。彼がその憲法史叙述の中で、連邦憲法体制下の平等概念の拡大、連邦中央政府の権限強化がアメリカの憲法史であること、そしてアメリカの権力分立制が極めて動態的に機能した場面を捉まえて、憲法修正条項によらない憲法修正の可能性を示したことを明らかにする。その上で、Ⅱでは、彼が歴史主義 (historicism) という方法論の下に行う憲法史叙述が、憲法をめぐる法の歴史学および法と歴史学の分析視角から、その理論的正当性を有するかどうか、考察する。また、仮に彼の憲法をめぐる歴史叙述が正当だとしても、それは彼の示そうとする連邦憲法の正当性を証明できるか、という問題について、彼の歴史叙述に関する議論およびそれへの批判への検討を通じて考察する。Ⅲでは、アッカマンの同シリーズの最新刊の中で示した生ける憲法 (living Constitution) という憲法の正当化をめぐる議論を、現代におけるもう一人のこの議論の主唱者であるストラウス (Strauss, D.) の議論と対比して論じる。生ける憲法をめぐる議論の多様性ととともに、これまでアッカマンの語ってきた歴史主義との関係でその方法としての正当性を考察する。

I We the People

アッカマンが、1991年に出版した *We the People 1: Foundations* 以来、*We the People 2: Transformations* を経て、約20年にわたって練り上げてきた二元的民主政 (dualist democracy) の構想は、2014年の *We the People 3: The Civil Rights Revolution* の刊行によって、その新たな展開を示した⁷⁾。

これら一連の著作において、アッカマンは、憲法修正による議会制定法を超越する法の制定を高次法形成と呼び、通常政治過程における法形成と合わせ二つ

7) B. A. Ackerman, *We the People 1: Foundations*, 1991, Harvard U. Pr. [hereinafter, 'WP1']; *We the People 2: Transformations*, 1998, Harvard U. Pr. [hereinafter, 'WP2']; *We the People 3: The Civil Rights Revolution*, 2014, Harvard U. Pr. [hereinafter, 'WP3'].

の法形成の経路があるとした。彼はこれら二つの法形成の経路の存在を以って、連邦憲法体制が二元的民主政だとし、連邦憲法修正1条の国教樹立禁止条項のような内心の自由の保障に関する条項も高次法形成を通じて廃止できるとした⁸⁾。その上で、アッカマンの問題関心は、高次法形成において憲法修正条項によらない憲法修正がアメリカに存在するか、存在するならばそれはいかなる手続を経たか、というものだった。アッカマンは、前者について是と答え、後者についてその答えをアメリカ憲法史に求めた。

憲法修正条項によらない憲法修正について、アッカマンはまず、アメリカ憲法史上、連邦憲法体制は、その標榜する憲法理念をめぐって、連邦憲法制定後、これまでに2度の変革を経ており、3つの時代に区分できると指摘する。それは、まず、連邦憲法制定から、南北戦争を経て、修正13条以降の再建期条項制定等を通じて奴隷制を廃止した再建(Reconstruction)期前まで(第1期)である。次に、政府による多くの市場規制立法を違憲とする裁判所と、積極国家政策を推進するルーズヴェルト(Roosevelt, F. D.)大統領との対立の結果、連邦最高裁が市場規制立法の合憲性を認めるに至るニュー・ディール期前まで(第2期)である。最後に、ルーズヴェルト政権以後、公民権運動を経て現代に至るまで(第3期)、である⁹⁾。そして、アッカマンは、憲法修正手続によらない憲法修正という法伝統は、人々の政治的運動の発露として連邦憲法制定の際に示され、第1期から第2期、第2期から第3期への移行にあたり、その法伝統に則って We the people による憲法修正手続によらない憲法修正が行われた、とする。それは以下の通りである。

1. 前提：第1期への移行：連邦憲法制定をめぐって

(1) 問題の所在

アッカマンは、連邦憲法体制の樹立が、それに先んずる連合規約(Articles of Confederation)体制を違法に覆すものだった、と指摘する。連合規約13条によれば、連合規約の改正は「大陸会議において同意され、その後全邦の立法府によ

8) WP1, pp. 13-14.

9) WP1, pp. 44-50.

って承認されない限り」認められない¹⁰⁾。ところが、連合に勝る強力な中央集権政府の樹立を目指すいわゆる連邦派 (Federalists) は、連邦憲法7条に「9邦の憲法会議の承認により、同様に承認した各邦間においてこの憲法は確定発効される」という、連合規約13条を無視し連合規約体制を換骨奪胎する文言を挿入した¹¹⁾。このような憲法会議の招集は、アッカマンによれば、名誉革命 (The Glorious Revolution) に至る 1688 年 Convention を先例とするという¹²⁾。一方、そもそもこの条文を作成した 1786 年アナポリス会議 (Annapolis Convention) 及び 1787 年フィラデルフィア会議 (Philadelphia Convention) の正当性、合法性の問題等と合わせて、連邦憲法体制樹立の法的正当性について批判される論拠の一つとなった¹³⁾。

この問題をめぐって、連邦憲法体制樹立が正当かつ合法とアッカマンが認めるのは、連邦派が、連邦憲法体制樹立にあたり、様々な政治運動 (bandwagon) を展開し、反対派を説得し、その結果として、連合に参加していた全 13 邦による連邦憲法の承認を得たからである。

(2) 歴史の推移

a フィラデルフィア会議まで

大陸会議 (Continental Congress) への外国との通商に対する課税権限付与等について、連合規約体制下各邦の対等性原則¹⁴⁾に基づくロード・アイランド等小邦の反対や判断の留保のために成立が妨害され、連邦派は、強力な中央政府による経済政策推進を阻む連合体制上の障害の除去を目指す。1785 年のポトマッ

10) Articles of Confederation, Art. XIII.

11) U.S. Const., art. VII. また、参照、野坂泰司訳「アメリカ合衆国憲法」、初宿正典、辻村みよ子編『新解説世界憲法集』(第3版、2014年、三省堂) 74頁以下、82頁。

12) WP2, p. 81. ジェームス2世 (King James II) による選挙令状 (writ of election) 発行拒否とテムズ (Thames) 川への国壘放棄により合法的選挙令状を発行できず、回状 (circular letter) を以ってさしあたって招集された会議体である。

13) WP2, pp. 34-36.

14) 連合規約体制下、大陸会議での人口比に関わらず各邦が対等の投票権を有するというこの原則は、独立宣言を起草した 1763 年フィラデルフィア会議に由来すると言われる。F. N. Thorpe, *The Constitutional History of the United States 1765-1895*, 3 vols., vol. 1, 1970, Da Capo Press [hereinafter, 'Thorpe, *Constitutional History*'], pp. 52-56.

ク (Potomac) 川及びポコモーク (Pocomoke) 川の通商規制をめぐってメリーランド (Maryland) 邦とヴァージニア (Virginia) 邦との協約締結¹⁵⁾に成功したマディソン (Madison, J.) は、それを奇貨として、通商規制問題の討議を企画した。彼は、ヴァージニア邦の他の連邦派とともに、ヴァージニア邦の名でアナポリス (Annapolis) での会議開催を各邦に呼びかけた。同会議は、サウス・キャロライナ (South Carolina)、コネティカット (Connecticut)、メリーランド、ジョージア (Georgia) の4邦が参加を拒否した。また、実際に代表者が参加したのは、ニュー・ヨーク (New York)、ペンシルヴェニア (Pennsylvania)、ヴァージニア、ニュー・ジャージー (New Jersey)、デラウェア (Delaware) の5邦だけだったが、会議実施をみた。加えて、同会議の議題は通商に対する各邦の関税設定に関する問題だったが、ハミルトン (Hamilton, A.) の要請を容れて、次回会議をフィラデルフィアで行い、そこでは通商問題に限らず、連合規約改正提案を視野にいれ、広く連合体制の欠陥について考究する場とすること等を決定した¹⁶⁾。

アナポリス会議の違法性¹⁷⁾について議論が起こったが、大陸会議は連合規約改正を目的とするフィラデルフィア会議に各邦は代表者を送るべきことを決定した。それまでフィラデルフィア会議開催に難色を示していた諸邦は、これによりフィラデルフィア会議参加に傾き、ロード・アイランド (Rhode Island) を除く

15) これは、より具体的には、これら二つの河川及びチェサピーク湾 (The bay of Chesapeake) の航行に関するものだった。メリーランド、ヴァージニア間での対立する諸権利及び相互に重複する規制について、1785年春に調停が開始され、各邦から代表者たる委員 (commissioner) を選出して、二邦間での協定 (compact) 作成が目指された。同年3月にヴァージニア邦のアレクサンドリア (Alexandria)、またその近接するマウント・ヴァーノン (Mount Vernon) のワシントン (Washington, G.) の邸において作成された。G. T. Kurtis, *Constitutional History of the United States*, 1974, Da Capo Press, Reprinted ed., 2 vols., vol. 1, p. 230.

16) WP2, pp. 40, 42-43.

17) アナポリス会議の参加者の少なさという手続面での瑕疵の余地もさることながら (田中英夫『アメリカ法の歴史 上』(1968年、東京大学出版会、以下田中『アメリカ法の歴史 上』)、108頁。)、連合規約6条は、大陸会議の同意なしに連合に参加する邦同士の条約ないし同盟関係を締結することを禁じている。Articles of Confederation, Art. VI. 従って、連合規約改正の名の下に、連合に代わる新秩序の樹立を目指すアナポリス会議は、連合規約に反するおそれがあった。

12 邦がフィラデルフィア会議に参加することとなった¹⁸⁾。

フィラデルフィア会議¹⁹⁾でも、「違法性 (illegality) は徹頭徹尾その会議を象徴するものだった²⁰⁾。フィラデルフィア会議での討議に提出された憲法案の内、一定の支持を得たのは、ヴァージニア邦代表ランドルフ (Randolph, E.) が提案したヴァージニア案、及びニュー・ジャージー邦代表パタスン (Paterson, W.) が提案したニュー・ジャージー案だった²¹⁾。ニュー・ジャージー案は既存の連合規約体制の枠内での改正を前提とした。他方、ヴァージニア案は、州法を無効とする立法を可能とする権限を立法部に与える等の中央政府の権限強化のみならず、立法部の議員数の配分を各州の中央政府への拠出額あるいは自由人の人口に比例させるという、連合体制における各邦の対等性の原則からの逸脱を志向した²²⁾。

6 月 19 日会議でヴァージニア案を討議の基礎とすることが決議された。しかし、純粋な人口比例による立法部議員の選出の案に対する小邦の抵抗の結果、7 月 16 日会議で、「偉大なる妥結 (The Great Compromise)」が採択され、第二院たる上院について人口比例に関わらず各邦 2 名を選出することなどの修正が加えられた連邦憲法案が採択された。しかし、この妥協は、中央政府の権限強化という法的性質を根本的に覆すものではなかった²³⁾。

18) WP2, pp. 46-49.

19) フィラデルフィア会議においても、アナポリス会議と同様、会議参加者の多寡の問題は存在し、フィラデルフィア会議のために各邦で選出された代表者全員が参加した訳ではなかった。フィラデルフィア会議に参加した各邦代表者について、各邦代表者の参加状況、及び参加した有力な代表者の経歴等につき、Thorpe, *Constitutional History*, pp. 291-304.

20) WP2, p. 49.

21) ヴァージニア案、ニュー・ジャージー案それぞれの原文について、参照、M. Farrand, *The Records of the Federal Convention of 1787*, 4 vols., vol. 1, 1937, Yale U. Pr., pp. 20-23, 242-245.

22) WP2, pp. 49-50. ヴァージニア案の各邦に対する中央集権政府への志向、ニュー・ジャージー案の連合規約体制以来の各邦の対等性原則の保持について、Thorpe, *Constitutional History*, pp. 310-375. また、参照、田中『アメリカ法の歴史 上』、109、110 頁。

23) WP2, p. 51.

b 連邦憲法制定まで

フィラデルフィア会議で連邦憲法最終案が確定した後、同案は大陸会議に送られた。そこでも、連邦派は連合規約体制からの逸脱を志向する主張を行った。大陸会議による連邦憲法案についての修正権を主張するリー (Lee, R. H.) と、フィラデルフィア会議の連邦憲法案が、連合規約 13 条を経なければ成立し得ないならば、同案は、その 7 条に従って、9 邦の同案への承認を俟って連邦憲法成立を期するとするマディソンとの間で応酬があった。そして、最終的には、フィラデルフィア会議における連邦憲法最終案が「(フィラデルフィア：引用者) 憲法会議の案への賛意をめぐって、各邦の人民により各邦において選ばれた代表者の憲法承認会議に提出さるべく、各邦議会に回付される」²⁴⁾ こととなった²⁵⁾。

連邦憲法最終案の成否は、各邦の同案の承認如何にかかることとなった。そしてここでも、承認獲得のために連邦派が、各邦憲法の実情を鑑みれば違法の誹りを受けかねない政治運動に出る。例えば、ペンシルヴェニアでは、その邦憲法において、連合規約修正提案とその承認のための憲法承認会議との間に 6 ヶ月の期間を設けるべく定めていた。この点について、ペンシルヴェニア邦議会の連邦派議員は、大陸会議が連邦憲法最終案を各邦の検討に委ねたことを根拠として速やかに憲法承認会議の代表者を選出することを要求した。これに反対する議員は議事妨害として欠席による定足数不足を目指したが、連邦派の実力行使によって会議場に押し込められることで挫折した²⁶⁾。

1788 年 6 月 21 日にニュー・ハンプシャー (New Hampshire) 邦が 9 邦目として連邦憲法案を承認し、同案 7 条が定める 9 邦の承認が得られた。その後、第 1 回連邦議会が 1789 年に召集されるまでにヴァージニア、ニュー・ヨークの 2

24) Resolution of Congress of September 28, 1787, Submitting the Constitution to the Several States.

25) WP2, pp. 54-55.

26) WP2, pp. 55-56. このペンシルヴェニアの例を含め、その他各邦の連邦憲法案の批准過程について、参照、Ch. A. Beard, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, 1961, The Macmillan Company, pp. 217-238. 邦訳にチャールズ・A・ビアード (池本幸三訳) 「合衆国憲法の経済的解釈」、斎藤真、大橋健三郎、本間長世、亀井俊介編『アメリカ古典文庫 11 チャールズ・A・ビアード』(1974 年、研究社出版) 27 頁以下がある。

邦が承認した。一方、ノース・キャロライナ (North Carolina) では1788年8月4日に憲法承認会議で承認が否決され、フィラデルフィア会議に参加しなかったロウド・アイランドは憲法承認会議を招集しなかった。この事態に直面して、連邦派は、まずノース・キャロライナに対しては再度の憲法承認会議の招集を働きかけ、連邦憲法を承認するよう運動を行うことで、再度の憲法承認会議で連邦憲法の承認を得た。また、ロウド・アイランドに対しては1790年5月のロウド・アイランド通商法案 (Rhode Island Trade Bill) を連邦上院で通過させて下院に送付した。これは、同邦との通商禁止、また同邦の連邦政府に対する債務について兌換貨幣 (hard currency) による即時支払いを要求し、連邦政府が経済制裁による政治的圧力を加えようとしたものだった。ロウド・アイランドでは、事ここに至ってプロヴィデンス (Providence) やニュー・ポート (New Port) など同邦の通商を担う中心的都市が、連邦憲法を承認しなければ連邦政府へ離反する旨通告し、1790年5月29日、邦議會を開いて34対32の僅差で連邦憲法を承認し、全13邦が連邦憲法体制に参画する事となった²⁷⁾。

(3) 小括

制憲期の一連の憲法史で見られたのは、連邦派が、中央集権政府としての連邦政府の樹立を志向し、それに成功した、ということだった。しかし、その過程の中で、連邦派は連邦憲法に先行する連合規約体制からの逸脱を志向し、その意味で連邦憲法はその制定手続の遂行において違法性をはらむものだった。この、先行する体制からの逸脱への志向という先例は、南北戦争後の再建期条項制定においても重きをなす事になる。また、邦という主権国家による、いわゆる条約憲法としての連邦憲法による中央集権政府の樹立は、その制定の時点から、各邦と連邦中央政府との緊張関係を制度上内包していたことを示す。

2. 第1期から第2期への移行：再建期条項をめぐる

アッカマンの議論は再建期の連邦憲法修正13条以降の議會制定法を含む一連

27) WP2, pp. 64-65. なお、前註も参照。

の再建期条項制定過程を巡る差異に関する議論である。

(1) 問題の所在

連邦憲法5条は、憲法修正手続について、連邦議会両院の3分の2の特別多数決あるいは連邦各州議会の3分の2の要請に基づいて発議された後、連邦全州の内4分の3の州議会ないし州の憲法会議によって承認されると定める。この連邦に所属する州について、内戦に敗北した南部諸州は含まれるか、という問題が起こった。連邦政府はこの問題について南部諸州が連邦所属州である旨主張していたが、結果から先に言えば、修正13条制定については南部諸州が連邦所属州と認められ、修正14条制定については認められなかった²⁸⁾。

南部諸州の扱いについて、一つの考え方は、連邦憲法1条5節1項に定める各議院の構成員たる資格に関する判定権に基づいて、南部諸州選出議員は議院の構成員と認めないという措置を採りうるというものである。そしてそのことの派生として、連邦憲法5条にいう連邦各州中に南部諸州を含まない、というものである。しかし、この議論は、下院議員について各州1名を配分すべきこと（連邦憲法1条2節3項）、上院議員の各州2名の配分について連邦憲法5条に定める修正権の埒外であることを明文で宣言している（連邦憲法1条3節1項、同5条）こと等との整合性が問われる。それ故、当時連邦議会多数派の共和党が採用した論理は、連邦憲法4条4節に定める共和政体保障条項により、南部諸州を共和政体と見做さない、というものだった²⁹⁾。

しかし、この論理も、通常共和政体保障条項解釈からは、いささか虚をついた感のある論理だった。なぜなら、もし、マディソンが示したように、共和政体保障条項を、君主政を採用する州は連邦加入を認められないという主旨と理解するならば、修正13条制定時のように南部諸州を連邦所属州と数えることが正当だからである。その解釈は、共和政体保障条項の保障する唯一の内容が、共和政体から寡頭政のような反共和政体への移行の否認のみと考えるもので、その解釈を採用するならば、奴隷解放がなぜ南部をして反共和政体たらしめるのか、とい

28) WP2, pp. 100-104.

29) WP2, pp. 104-105.

うことになる。他方、修正 14 条制定時に連邦議会共和党の急進派が採った解釈のように、共和政体概念の意味に、奴隷に自由を与えるばかりでなく、選挙権を与える (enfranchise) ことをも含むものだと考えると、南部諸州は反共和政体だということになる。しかし、当時の北部でも投票権を認めている州は少なく、同調しがたい考え方だった。そこで当時編み出されたのが数字を使ったレトリックであり、当時の男性人口のうち半分ないし 3 分の 1 にあたる奴隷が投票権を持たないような南部は、共和政ではなく、寡頭政だ、とする。実際、修正 14 条 2 節但書はその主旨であり、21 歳以上の連邦市民権を有する州民男子の人数に対する、犯罪以外の理由により投票権を停止させられた人数の割合に応じて、その州の下院議員の数を減らす、と定める。結果、修正 13 条制定にあたっては、南部諸州は連邦帰属州として数えられ、かつ、南部の連邦復帰以後は、マディソンの論理に従って、その選挙法制がどうあれ、共和政体であることが連邦議会で認められたが、共和政体保障条項解釈の拡張的変更が行われるのは時間の問題だった。このことについて、アッカマンは「議会はそれまで、南北戦争後の南部について経験した例のような統治秩序の総体的崩壊に出くわしたことがなかった。その状況下で、共和政体保障条項の拡大は、反論し得ないとは言わぬまでも、説得的だと思う」という³⁰⁾。

(2) 歴史の推移

南部諸州を連邦所属州と数えるかという問題は、修正 14 条制定時にテネシー (Tennessee) を除く南部 10 州が承認を拒否したことで特に重要な政治問題として浮上した。当時連邦加盟州は 37 州であり、連邦憲法修正に必要な 4 分の 3 の州の賛成を得られなくなるためであった。連邦議会はこの事態に対し、再建法 (Reconstruction Act) と呼ばれる一連の法律を制定し、修正 14 条に反対した南部 10 州を 5 つの軍管区 (military district) に分割すると連合軍 (Union Army) を設置し、その指揮下においた。その上、軍管区長官 (Commanding General) は修正 14 条にかかる憲法承認会議で投票権を持たなかった旧奴隷を投票権者名

30) WP2, pp. 105-108. See, also, A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *The Federalist*, with introduction by C. R. Sunstein, Harvard U. Pr., 2009, No. 43, pp. 285-286.

簿に登録し、かつ修正14条承認を拒否した投票権者を名簿から削除する措置の上、修正14条承認のための新たな憲法会議を招集することができるとした³¹⁾。

また、同法では、修正14条を承認し、これが連邦憲法として発効するまで南部10州に対するこの措置を続けるとしたが、これは、修正13条制定時に南部諸州を共和政体と認めたことと矛盾し、従来の枠組みに従って共和政体保障条項をどれほど拡張解釈しても正当化し得ないものだった。従って、この状況下で連邦憲法5条に従って憲法修正手続を強行することは明確な憲法違反であるはずだった³²⁾。

元々リンカーンは大統領在職中一貫して南部諸州が連邦所屬州であると主張していた³³⁾が、その主張はリンカーン暗殺後副大統領から大統領に昇格したアンドリュー・ジョンソン (Johnson, A.) にも継承されていた。大統領と連邦議会は修正13条成立をめぐる協関係にあった。他方、連邦議会のその後の一連の再建法案、またそれに先んじて成立した1866年 Civil Rights Act³⁴⁾をめぐる、内容もさることながら、連邦議会における南部諸州選出議員がその議論に適切に参加しておらず³⁵⁾、憲法上許容できないとして、大統領は拒否権を行使した。しかし、連邦議会は特別多数決を以てそれを乗り越えて可決した。さらに、1866年選挙で勝利した共和党は連邦議会と対立する大統領の弾劾手続を開始し、結果、弾劾に必要な上院の3分の2の賛成に1票たりず罷免は成立しなかったが、これを境に、大統領は拒否権行使等の議会への抵抗をやめた³⁶⁾。

31) WP2, p. 110.

32) WP2, pp. 110-111.

33) See, Thorpe, *Constitutional History*, vol. 3, pp. 177-180.

34) 14 Stat. 27.

35) WP2, pp. 166-168 は、この点に関連して、当時の連邦下院について次のような逸話を紹介している。当時連邦下院共和党の指導者であったスティーヴンス (Stevens, Th.) の政治任用により下院書記 (Clerk of the House) に任命されたマクファースン (McPherson, E.) が、その主要な職務の一つである議会の開会にあたっての議員名簿の読み上げにおいて、議院の同意に基づくとして、南部諸州選出の議員の名前を読み上げなかった。これは、当時の議会多数派であった共和党が、その後の議院運営にあたって南部諸州選出議員を無視する態度を表明したものであった。しかも、同頁で引かれている連邦議会下院議事録のその後の部分を見ると、その後の審議における採決において、南部諸州選出議員は数え上げられていない。 *Congressional Globe*, House of Representatives, 39th Congress, 1st session, p. 5ff.

(3) 小括

このような憲法違反の憲法修正の強行は、アッカマンによれば、前例がある。すなわち、第1期の始まりにおける連合規約13条に反して行われた連邦憲法制定である。つまり、憲法に反する、その意味で違法な憲法修正は連合規約改正としての連邦憲法制定当初から行われていたのだから、修正14条は、その先例に従ってなされた憲法修正であることになる³⁷⁾。

アッカマンは、こうして、第2期において見られた修正13条、14条制定手続における共和政体保障条項の意味する内容の差異を手がかりに、修正14条制定過程が第1期における制憲過程を先例として、従来の憲法体制に反する、その意味で違法に行われた憲法修正だったことを指摘した。この違法な憲法修正の先例は、修正14条制定過程で積み増された後、ニュー・ディールにおける制度改革の時期へと受け継がれていく。

3. 第2期から第3期への移行：ニュー・ディール期諸立法をめぐって

(1) 問題の所在

ニュー・ディール期に重要な政治問題として浮上したのは、当時の政権の労働者保護法制等の市場規制立法の推進と、裁判所による契約の自由の保護の名目での実質的な資本家擁護との対立であり、この時期に連邦憲法体制にとって重要な変革がなされた。

ルーズヴェルトは、1932年の選挙で従来のフーヴァー (Hoover, H.) 政権の市場に対する自由放任主義からの脱却を訴えて大統領選に勝利し、その1期目である1936年まで、連邦議会の立法に基づいて様々な市場介入政策を採った。全国の銀行の一時的な閉鎖、株式取引の監視強化とその実施のための証券取引委員会 (Securities and Exchange Commission) 設置、1933年全国産業復興法 (National Industrial Recovery Act, NIRA)³⁸⁾に基づく産業復興のための生産調整等の自由競争の制限、労働時間、労働賃金の業者間の協議による規約の制定、

36) WP2, pp. 170-171, 227-230.

37) WP2, p. 111.

38) 48 Stat. 195.

及び連邦政府の公共事業部門の設置、1933年農業調整法 (Agricultural Adjustment Act)³⁹⁾による農畜産物の生産制限、1935年全国労働関係法 (National Labor Relations Act, Wagner Act)⁴⁰⁾による労働者の団結権、団体交渉権保障と全国労働委員会 (National Labor Relations Board) の設置、1933年テネシー川流域公社法 (Tennessee Valley Authority Act)⁴¹⁾によるテネシー川流域の公共事業による開発、などである。このうちアッカマンは特にNIRAを象徴的に取り上げている⁴²⁾。

これに対し、連邦最高裁は、*Schechter Poultry Corp. v. U. S.*⁴³⁾連邦最高裁判決において、NIRAは、州際通商条項の認めるのは通商を規制する権限にすぎず生産に対する規制権限ではないので、違憲とした⁴⁴⁾。

これらの連邦最高裁の反応に対して、ルーズヴェルト政権、その連携する議会多数派の連邦議会民主党が採りうる方策は次の3つだった。まず、裁判所の違憲判断を受け入れてその趣旨に沿うよう新たに立法を行うこと、次に、自らの立法

39) 48 Stat. 31.

40) 49 Stat. 449.

41) 48 Stat. 58.

42) WP2, pp. 272, 286-289. また、参照、田中英夫『英米法総論 上』(1980年、東京大学出版会、以下、田中『英米法総論 上』)、317-320頁。また、アメリカ労働法史の観点から南北戦争以後ニュー・ディール期を経て現代までを扱うものとして、中窪裕也『アメリカ労働法』(第2版、2010年、弘文堂)、1-34頁。

43) 295 U.S. 495 (1935).

44) WP2, pp. 293-296. もっとも、田中『英米法総論 上』、320-321頁によれば、ニュー・ディールにおける主要政策だったTVA開発計画を合憲とするなど、連邦政府に対して全ての場面で対立した訳ではなかった。ただ、アッカマンが挙げた他にも、農業調整法に定める生産調整の財源確保を目的とする processing tax について、連邦の規制権限の域外であり、課税権の適正な行使とは言えず違憲とされた (*U.S. v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936)). また、労働法制の場面では鉄道従業員の年金制度設置を企業に強制する鉄道従業員退職法 (*Railroad Retirement Act*) が、その内容について鉄道輸送の安全、能率に関係せず、州際通商条項によっては正当化し得ず、違憲とされた (*Railroad Retirement Bd. v. Alton R. R.*, 295 U.S. 330 (1935)). A. H. Kelly, W. A. Harbison & H. Belz, *The American Constitution: Its Origin and Development*, 7th ed., 1991, W. W. Norton & Company, 2 vols. [hereinafter 'Kelly, Harbison & Belz, *The American Constitution*'], vol. 2, pp. 474-480 も、これらの判決を取り上げ、特に *Butler* 判決をめぐって「このことは、(連邦中央政府の) 規制の体系が違憲であると必ずしも意味するものではなく、ただ課税権限 (taxing power) によっては有効であるとは支持され得ないということの意味したにすぎない」(p. 478. () 内は引用者註) という。

の正当性を訴えて次期大統領選挙に勝利し、裁判所が判例変更を行うよう主導すること、最後に、前二者のいずれも採らず、ニュー・ディールの見直しを行うこと、だった。そして、政権が1936年の大統領選挙まで採ったのは最後の方策だった。NIRAの違憲判断を行ったSchecter判決の主旨にさしあたっては従うとしたからである。しかし、その際に連邦政府と裁判所とで州際通商条項の解釈が異なっていることを表明することも忘れなかった。裁判所が連邦政府の通商規制権限を通商と一部の輸送のみを規制するとしたのに対し、政権は生産に対してまで連邦政府が規制できるとした⁴⁵⁾。

(2) 歴史の推移

1936年大統領選挙でのルーズヴェルトの圧倒的な勝利の後、政権側は自らの政策実現の障害となっている連邦最高裁の封じ込め(Court Packing)に乗り出す。連邦議会では議会の3分の2の特別多数決で違憲判決を覆す案、連邦最高裁が違憲判断する際に3分の2の裁判官の賛成が必要とする案などが出された。また、ルーズヴェルトは、最高裁判所裁判官で70歳を超える者があるとき大統領がその人数以内の裁判官を上限15名まで任命することができる、とした。ルーズヴェルトの提案は、連邦最高裁判事の人事によって自らの政策に近い人物を連邦最高裁に送り込み、懐柔しようと目論むものだった。このとき、連邦議会と大統領とは、裁判所による民主的政治過程への、違憲審査を通じての拒否権の発動を弱めようとする点で一致していた⁴⁶⁾。

この時期、連邦最高裁は次々と判例変更を行っていく。その象徴的なものは、NLRB v. Jones & Laughlin Steel Co.⁴⁷⁾事件であり、同事件で連邦最高裁は、鉄鋼事業者について鉄鋼生産が労働争議により停止すれば州際通商に影響を与えるとして、州際通商条項により生産に対する連邦議会の規制は合憲だ、とした。また、ルーズヴェルト政権は連邦上院の承認により1937年のヴァン・デヴァンタ

45) WP2, pp. 296-301.

46) WP2, pp. 317-318, 320-324, 339-340. また、参照、田中前掲『英米法総論 上』、321-322頁。

47) 301 U.S. 1 (1937).

ー (Van Devanter, W.) の引退に伴うブラック (Black, H.) 連邦最高裁判事任命以降、ラトリッジ (Rutledge, W. B.) まで8人の連邦最高裁判事任命にあたって、自らの政策に近い人物を指名した。このことは、ルーズヴェルト政権による実質的な連邦最高裁の取り込みの成功を意味し、結果としてルーズヴェルトの提案した裁判所取り込み計画は実施されなかった⁴⁸⁾。

(3) 小括

この間、1938年上院議員選挙で民主党が勝利、1940年大統領選挙でルーズヴェルトが史上初の3選を果たすと、ニュー・ディールへの圧倒的な支持は、衆目に明らかとなった。しかし、法適用の場面でのニュー・ディールがもたらした具体的な意味は、その後判例形成を通じて確定した。United States v. Carolene Products⁴⁹⁾連邦最高裁判決が脚注4で示した連邦中央政府の経済規制に関するいわゆる合理性基準に基づく審査の正当化を経て、United States v. Darby⁵⁰⁾連邦最高裁判決において連邦中央政府による労働基準に関する規制が全員一致で合憲とされた。ここに至って初めて、経済規制に関する連邦中央政府の権限の合憲性の推定として確定した⁵¹⁾。

4. 小括

以上の憲法史叙述から明らかになるのは、憲法修正条項によらない憲法修正に関する次の条件である、とアッカマンは言う。

- ① signaling : 既存の憲法秩序に反対を最初に表明する、いわば合図 (signal) を発する段階⁵²⁾
- ② proposal : 既存の憲法秩序への反対を継続的に表明し、その反対を具体的に

48) WP2, pp. 333-335, 351-359, 362-366. また、参照、田中前掲『英米法総論 上』、322-323頁。

49) 304 U. S. 144 (1938).

50) 312 U. S. 100 (1941).

51) WP2, pp. 354-355, 358-359, 368-375.

52) WP1, pp. 272-280. 本稿の関連では、連邦派による連合規約改正提案 (第1期) がこれにあたる。

提案していく段階⁵³⁾

- ③ mobilization：その反対への支持を集めるために、ときに既存の憲法秩序に照らして違法な政治運動を通じて、人々を動員する段階⁵⁴⁾
 - ④ switch in time：その反対が成功し、既存の憲法秩序が変更した段階⁵⁵⁾
 - ⑤ consolidation：先行する憲法秩序への、成功した反対が法適用の場面においていかなる意味を有するかについて、裁判所が具体的に画定する段階⁵⁶⁾
- アッカマンによれば、これらの条件を達成すれば、憲法修正条項によらない憲法修正が正当化される⁵⁷⁾。

5. 第二の再建 (The Second Reconstruction)

これまで、アッカマンによる、We the People が形成した憲法についての歴史叙述を見てきた。そして現代に至り、憲法修正条項によらない新たな憲法の修正が見られる、とアッカマンは述べる。それは、Brown v. Board of Education of Topeka⁵⁸⁾連邦最高裁判決による、人種別学禁止に端を発する、第二の再建

53) WP1, pp. 280-285. 本稿の関連では、連邦派の連邦憲法制定推進運動 (第1期)、再建期共和党の再建法樹立運動 (第1-2期)、ニュー・ディール期民主党の市場規制立法推進運動 (第2-3期) がこれにあたる。

54) WP1, pp. 285-288. 本稿の関連では、連邦憲法7条の挿入や各邦憲法の観点から違法な連邦憲法制定手続の推進 (第1期)、再建期共和党の、違法の可能性のある修正14条制定手続の推進 (第1-2期)、ニュー・ディール期民主党による裁判所封じ込め計画の推進 (第2-3期) がこれにあたる。

55) WP2, p. 24. 本稿の関連では、連邦憲法制定 (第1期)、修正14条成立 (第1-2期)、NLRB v. Jones & Laughlin Steel Co. による市場規制立法合憲判断への判例変更 (第2-3期) がこれにあたる。

56) WP1, pp. 288-289. 本稿の関連では、United States v. Carolene Products, United States v. Darby 各連邦最高裁判決 (第2-3期) がこれにあたる。

57) アッカマンによって提示されたこの有名なテーゼについては、様々な批判が提起されているが、さしあたって本稿では、それまでの憲法の実践に託つけて、元来憲法の想定していない「憲法修正条項によらない憲法修正」なるものを後付け的に正当化する試みであるとする S. Levinson, *Transitions*, 108 Yale L.J. 2215, 1999; L.H. Tribe, *Taking Text and Structure Seriously: Reflections on Free-Form Method in Constitutional Interpretation*, 108 Harv. L. Rev. 1221, 1995、及びアッカマンが高次法形成を通じて国教樹立条項をも廃止できるとした点につき、実質的に無限界な憲法改正を正当化し、民主主義でさえも侵害し得ない内心の自由等の権利を憲法によって擁護すべきとする立憲主義の観点から容認できないとする阪口『立憲主義と民主主義』4章を参照。

58) 347 U.S. 487 (1954).

(The Second Reconstruction) である。

(1) Brown 以後の歴史の推移

アッカマンによれば、Brown 判決は、「制度化された侮辱 (institutionalized humiliation) についての固有の誤りを裁判所が強調」したもので、憲法修正条項によらない憲法修正の条件の一つである signaling にあたり、彼の用語で言う超先例 (superprecedent) としての役割を持っている⁵⁹⁾。わけても同判決の論理中重要なのは、公共施設での人種間分離を正当化したいわゆる「分離すれども平等 (separate but equal)」原則を定めた Plessy v. Ferguson 事件⁶⁰⁾の先例を、まず公教育の場面でのみ否定したことにあるという。アッカマンは、この論理が、将来的に公教育以外の場面においても適用される可能性を秘めていたことを指摘して、Brown 判決の手法を「領域毎のアプローチ (sphere-by-sphere approach)」と名付ける⁶¹⁾。

この判決の示した、「制度化された侮辱」という問題に対して、他の憲法上の機関はいかに対応したか。基本的には、大統領や議会は裁判所の判断を支持する方向へとコミットした。このことは数値目標を含め具体的に政策目標を設定する「数値目標による統治 (government by numbers)⁶²⁾」と呼ばれる憲法をめぐる政治と合わせ、憲法上の各権限機関の協働による憲法問題への対処として、次の領域で見られた⁶³⁾。

まず公民権法及び投票権法について。連邦議会は1964年にCivil Rights Act、1965年、1970年に投票権法 (Voting Rights Act) を成立させる。1964年公民権法⁶⁴⁾は、キング (King, M. L., Jr.) の主導する公民権運動の影響を受けて、リンダウン・ジョンソン (Johnson, L.) 大統領の支持の下、成立した。Title Iで投

59) WP3, pp. 33, 128

60) 163 U.S. 597 (1896).

61) WP3, pp. 129-133.

62) WP3, p. 14.

63) ただし、WP3, p. 15 は、このような協働が必ず起こる訳ではない、ということを留保している。

64) 78 Stat. 241.

票権行使のための名簿登録の際の読解テスト (literacy test) の適用によって教育を受けることのできなかつた旧奴隷由来の人々の、連邦にかかる選挙からの排除を予防することを目指した。また、Title IIは宿泊施設、食堂や映画館などの娯楽施設での人種等に基づく差別禁止、Title IVで公教育における差別禁止、Title VIで連邦政府の資金援助による事業での差別禁止、Title VIIで雇用における差別禁止を定めた⁶⁵⁾。そして、同法は、Heart of Atlanta Motel v. U. S.⁶⁶⁾及び Katzenbach v. McClung⁶⁷⁾各連邦最高裁判決によって合憲とされた⁶⁸⁾。

投票権法について、大統領及び連邦議会は、1965年のアラバマ州セルマ (Selma) から始まった州都モンゴメリー (Montgomery) までの投票権を求めての行進運動の影響を受けて、1965年投票権法⁶⁹⁾を成立させた。同法では、1964年選挙で当該地域に住む有権者のうち選挙人として登録できたのがその50%未満であった地域について、そのような事態を招いた制約的な「テストまたは装置 (test or device)」を5年間停止して投票管理者 (voting registrar) を派遣することとした。また、そのような地域が選挙人登録の基準など選挙制度にながしか変更を加えるときは、司法省あるいはコロンビア特別区連邦地方裁判所判事3名による事前の承認を得なければならないとした⁷⁰⁾。

このような、連邦中央政府による州以下の地方の選挙制度への強硬な介入は1970年投票権法⁷¹⁾でも維持される。当時、政権は民主党のリンダウン・ジョンソンから共和党のニクソン (Nixon, R.) へと移り、また、公民権運動の指導者だったキングも暗殺されており、運動には翳りが見え始めていた。しかし、投票権の平等に関する一連の連邦中央政府の介入は、投票権の承認について全てのアメリカ国民が賛成するだろうとのニクソン政権の判断に基づく、1970年投票権法への大統領拒否権不行使という、消極的な同法への支持によって生き延びるこ

65) WP3, pp. 134-137, 141-143, 171. 田中『英米法総論 上』、329-331頁。

66) 379 U.S. 241 (1964).

67) 379 U.S. 294 (1964).

68) WP3, pp. 148-153. 田中『英米法総論 上』、331頁註55。なお、1964年公民権法制定の詳細な経緯について、WP3, pp. 174-199.

69) 79 Stat. 437. 特に § 4 (a), 5.

70) WP3, pp. 160-161.

71) 84 Stat. 314.

ととなった⁷²⁾。

次に、公正住居法 (Fair Housing Act) について。住居の売買における人種等に基づく差別を禁じた1968年公正住居法⁷³⁾の成立は、先に見た1964年 Civil Rights Act、1965年投票権法成立による選挙その他の場面での差別の禁止と、1966年のリンドン・ジョンソン大統領による公正住居法制への意欲の表明によって先鞭をつけられたものだった。そして、当時ヴェトナム戦争の長期化によってリンドン・ジョンソン大統領は求心力を低下させていたが、連邦議会上院で人種間平等に関してリベラルな共和党議員が増加していた。また、当時共和党の大統領候補だったニクソン及びロックフェラー (Rockefeller, N.) 双方も公正住居法成立を支持していた⁷⁴⁾。

成立した公正住居法は、Jones v. Mayer⁷⁵⁾連邦最高裁判決によって支持される。同判決は、原告によって示された、1866年公民権法がすでに売買における人種差別を禁じていることを認め、これを支持するものだった⁷⁶⁾。

(2) 第二の再建を主張する意義

第二の再建という、憲法上の各権限と公民権運動との協働による、これら一連の憲法修正条項によらない憲法修正の実践をめぐるアッカマンの主張について、さしあたってコメントすべきことは二つある。一つは、なぜアッカマンが第二の再建という憲法変更を主張したのか、その意図であり、今一つは、「数値目標による統治」の下に説明されるアメリカの統治機構が、従来のアメリカ憲法をめぐる言説に対して有する緊張関係である。

まず前者について。アッカマンが第二の再建を強調する意義は、近時の連邦最高裁、特にジョン・ロバーツ (Roberts, J. G., Jr.) 長官の下での保守化への対抗である。近時の連邦最高裁判例では、婚姻を男女間でのみ認めたと婚姻防御法 (Defense of Marriage Act)⁷⁷⁾を違憲とした U. S. v. Windsor⁷⁸⁾判決を例外として、

72) WP3, pp. 166-170.

73) 42 U.S.C. § 3601-3631. 同法は、1968年公民権法 Title VIIIとして成立している。

74) WP3, pp. 201-209.

75) 392 U.S. 409 (1968).

76) WP3, pp. 209-217.

各分野での平等の実現は後退しているといわれる。具体的には、次の判例があげられる。ニュー・ヘイヴン (New Haven) 市の消防署隊長 (Captain) 及び隊長補佐 (Lieutenant) 採用試験について、試験及第者が人種的偏りを示したため、同市市長が試験結果を無効とした措置について、未だ 1964 年公民権法 Title VII に定める雇用差別に至らないとして取消した⁷⁹⁾。テキサス大学入学試験の積極的差別是正措置の基準について、いわゆる狭く限定された (narrowly tailored)、厳格審査の法理⁸⁰⁾に基づいて、原審が同法理を適用しなかった誤りを根拠に差戻した⁸¹⁾。1965 年投票権法 §4(b) に定める、選挙での各地の選挙人登録において人種等に基づく差別がなされていると判断される基準を違憲とした⁸²⁾⁸³⁾。

アッカマンはこれらのうち、特に Shelby 判決に言及し、同判決法廷意見を執筆したジョン・ロバーツ長官に対し「第二の再建の消去」だと非難する。第二の再建は既にアメリカ国民が従うべき「アメリカ史における最も重大な憲法の変動期 (constitutional moments) の一つにあって我ら人民の原意」として構築され、そのような「We the People の考慮に基づく判断を消去する憲法上の権威を我ら裁判官なるものは有しない」という⁸⁴⁾。

次に、後者について。アッカマンは、少なくとも第二の再建をめぐる、連邦憲法上の各権限が、平等概念の拡大及びその実現のための連邦中央政府の規制権限強化について、ときに従前の憲法修正限界を超越することも厭わず、そして憲法修正条項によらずに実践を行ってきた、という主張である。このことは、従来厳格な権力分立制を採用していると説かれてきたアメリカ憲法をめぐる逆説的な結果を示唆する。第二の再建の問題以前においても、この議論に親和的なアッ

77) 1 U.S.C. § 7 (1996).

78) 2013 U.S. Lexis 4921.

79) Ricci v. DeStefano, 557 U.S. 557 (2009).

80) Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003); Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978).

81) Fisher v. University of Texas, 133 S. Ct. 2411 (2013).

82) Shelby County v. Holder, 133 S. Ct. 2612 (2013).

83) R. Th. Ford, *Rethinking Rights After the Second Reconstruction*, 123 Yale L.J. 2942, 2014, p. 2950.

84) WP3, pp. 328-337. 引用は順に p. 331, 329, 317.

カマンの説明（例えばニュー・ディール期の大統領と議会をめぐるもの）は見られたが、第二の再建以後と以前とでの重要な違いは、憲法修正条項によらない憲法修正の合図を発したのが裁判所か否かである。特にニュー・ディール期に、裁判所は従前の憲法秩序の擁護者として政治過程による憲法の変容の要求に対して抵抗を示し、あるいは、憲法の変容の具体的な意味を画定する役割を専ら果たすものとアッカマンの議論の中では考えられてきた。ところが第二の再建の場合には、連邦最高裁による Brown 判決が合図を発している。このとき、少なくともアッカマンの歴史叙述では、裁判所の政治過程に対するただでさえ弱い抑制機能は、全くと言っていいほど消失する。なぜなら、裁判所が憲法の変容への志向を率先して示すことによって、もはや裁判所は少なくとも従前の憲法体制の擁護者の地位を失い、むしろ第二の再建という憲法修正条項によらない憲法修正を、その過程の中で積極的に推進する役割を担っているからである。そのことの意義は更にⅢで示すが、さしあたって、アッカマンの憲法史叙述には、権力分立制をめぐる従来の説明からは逆説的な機能が示されていることを指摘したい。

II historicism

ここまで、アッカマンの議論に則して連邦憲法史を概観し、連邦憲法制定、修正ないし憲法の内容の変更をめぐる憲法の動態が、平等概念の拡大、連邦中央政府の規制権限強化という憲法の変容をめぐる、内容面においても手続面においても違法に営まれる場合があったことを示した。そして連邦憲法5条による以外の方法での憲法修正は、連邦憲法の厳格な権力分立制との印象に反して、憲法上の各権限による協働によって行われてきたことがアッカマンの議論の主軸であることを見てきた。

しかし、アッカマンの憲法史をめぐる歴史叙述の意味はそれだけにとどまらない。叙上のように語られるアメリカの憲法史叙述を通じて、連邦憲法5条による以外の方法での憲法修正は内容的にも手続的にも法、具体的には憲法として正当化されるというのである。そのような憲法正当化の方法論として、アッカマンは歴史主義（historicism）を提唱する。

1. 前提：法の歴史学・法と歴史学・憲法学

ここで、アッカマンが、歴史叙述を通じて、なぜその憲法に従うべきかを弁証する、憲法の正当化をめぐる方法論としての歴史主義を分析するために、学の対象としての法、歴史およびそれら相互の関係への態度の違いに基づく、法の歴史学、法と歴史学という2つの分析視角を提示したい⁸⁵⁾。

まず、法の歴史学について。この分析視角からは、文字通り法の歴史が叙述される。現在まで、法の正当性はさしあたり脇において、法の変容、動態を記述する学である。公法、私法、刑事法等の各法分野、実定法と慣習法、あるいは議会制定法と判例法理等、これらを総合的に参照し、ある地理的領域において妥当する法とは何(だった)かを具体的に明らかにする⁸⁶⁾。この観点からは、社会の動態における法以外の要素、例えば政治、経済、宗教、教育などは何が法かを叙述するに必要な限りで参照される。あくまでも研究目的は、何が法(だった)かを明らかにすることであり、社会の様々な動態的要素は、法の形成にかかる背景を説明する限りで法を明らかにするための要素となりうるにすぎない⁸⁷⁾。

85) この、前提に関する以下の記述については大内孝『アメリカ法制史研究序説』(2008年、創文社、以下大内『序説』)271-416頁に多くを負っている。大内は、パウンド(Pound, R.)以来、ハースト(Hurst, J. W.)、フリードマン(Friedman, L. M.)、ホーウィッツ(Horwitz, M. J.)らのアメリカ法制史学の理論状況、及び高柳賢三以降の日本でのアメリカ法制史研究の状況を追い、大内の目指すアメリカ法制史研究の不在を指摘する。大内にとってアメリカ法制史学とは「従来の英米法学の一部門から独立させ、少なくとも方法的には自覚的に歴史学の方法に徹するという仕方」である。ここで「歴史学」とは、基本的に後述する「法と歴史学」における歴史への相対し方だが、加えて、大内は、「現在とは一応論理的には区別して過去に視点を据え」とする(大内『序説』、88-89頁)。

本稿のこれら二つの理念型は、大内の法と歴史とをめぐる、アメリカ法を素材とする方法論研究、及び大内が賞賛と同時に自らの目指す歴史学としての法制史学のアンチ・テーゼとしての地位を与える田中『アメリカ法の歴史 上』から、重要と考えるところを抽出したものである。

86) アメリカの場合には、これらの変数に加えて、州法と連邦法、という区別、変数が重要な要素として存在する。

87) 例を挙げる。「アメリカ法の歴史」を叙述する田中において、主たる関心事は、何が法(だった)か、であった。田中は、制憲期における連邦憲法成立にあたっての手続的、内容的瑕疵、あるいは再建期前における連邦憲法による全国一律の奴隷制禁止実施の合憲性への疑義について、田中はその存在を認識していた。しかし、田中はそれぞれの問題への賛否を留保して、さしあたって何が法(だった)かを端的に述べている(制憲期につき、田中『アメリカ法の歴史 上』、127-136頁、再建期前の奴隷制をめぐる議論につき、田中『アメリカ法の歴史 上』、424頁)。

次に、法と歴史学について。この分析視角からは、法は歴史叙述の一要素である。それは、法制史研究が法学史ないし法理論史研究につきないことのみならず、ある地理的領域における法制度を歴史的事実として研究することを意味する。このとき、歴史叙述は法の形成にかかる社会の動態に視野を局限されず、また、法の歴史叙述のためにするものでもない。社会の動態における法以外の要素は、法の歴史学とは異なって、何が法（だった）かとは別個に観察される。それ故法と歴史学においては、法（だった）と記述されるものとは異なる歴史的事実をときに曝露する⁸⁸⁾。

以上のような法と歴史との関係をめぐる二つの分析視角を得たとき、憲法学はこれらをいかに活用できるか。まず、法の歴史学は、何が憲法（だった）かを明らかにする。その一方で、何が憲法（だった）かの歴史は、法と歴史学に基づく分析によって、常に批判に晒される。憲法（だった）と記述されるものとは相矛盾するような歴史的事実を法と歴史学が突きつけたとき、法の歴史学はその語るところを顧みる必要が生じる。特に憲法学で重要なのは、実定憲法の成立においてその内容的正当性（justification）、手続的正統性（legitimacy）に瑕疵があると思われる歴史的事実が存在する場合である。連邦憲法史について言えば、その成立において奴隷制が組み込まれ、また、連合規約の改正手続からは逸脱して成立した。再建期には、連邦憲法による全国一律の奴隷制禁止には違憲の疑いがあった⁸⁹⁾し、修正14条成立をめぐって、連邦議会は南部諸州を連邦憲法修正手続から排除した。そして、ニュー・ディール期には、従来認められなかった州際通商条項の拡大解釈が、連邦最高裁の判例変更を通じて正当化された。

88) この、法と歴史学の、法の歴史学との緊張関係を生ずる契機は、具体的には次の点に指摘されている。それは、法の歴史を補充する契機である。アメリカにおけるいわゆる法曹一元制度及び弁護士制度をめぐる一元主義をめぐって、大内が田中の説明について、なぜ、いかにイギリスからアメリカへのこれらの制度が継受されあるいはされなかったのか説明が僅少であることを指摘する（大内『序説』394頁）。この点について、大内は植民地時代のマサチューセッツ及びヴァージニアの法曹制度を参照し、アメリカにおける、イギリスの法曹一元ないし一元主義的弁護士制度類似の制度の導入の動きとその失敗の過程を描く（大内『序説』第2章）。ここでは、従来明らかでなかった法曹制度を解明し、法制度の歴史を補充していることになる。

89) 田中『アメリカ法の歴史 上』、424頁。

法と歴史学を通じてこのような歴史的事実が明るみに出たとき、法の歴史学の観点からは何が法(だった)かをめぐる叙述の修正を迫られる。この修正について、いくつかの可能性が考えられる。図1のように、縦軸に法の正当性の有無、横軸に従来の法の歴史叙述の正しさの有無をとりマトリクスを作るとき、4つの事態が想定される。Aでは、法の歴史叙述、法ともに正当である。ここでは従来の



図1

法の歴史の正しさが法と歴史学によって裏打ちされ、正当な法とは何かを示す。Bでは、従来の法の歴史叙述は誤っているが、法の正当性は失われていない。ここでは、法と歴史学による新たな歴史事実が発見されて法の歴史叙述の修正が求められるが、従来の法の正当性は揺るがない。あるいは新事実に基づいて法の歴史叙述が変わった結果、理由付けは異なるが結論として従来の法の正当性が示される⁹⁰⁾。Cでは、法の歴史叙述においてある法が法ではない(なかった)と説明することについて、法と歴史学によって裏打ちされ、それ故ある法が正当性を有しないものだったことを証明する。Dでは、従来の法の歴史叙述が誤っており、それが修正される結果、それまで正当性を有するとされてきた法について、その正当性を主張できない事態となる。

アメリカ憲法をめぐって、憲法解釈学が、憲法解釈の説得力を示すためにする

90) アッカマンの一連の叙述は、これに該当しうる。なぜなら、従来法であったと説明されるものについて、その内容的、手続的瑕疵を指摘しつつ、違法な行為に及ぶことが合法だという、いわば事態を逆手に取った論理によって、改めてそれらの合法性を主張し直す、という作業だからである。

歴史叙述の可能性を、いわゆる物語 (narrative) 論として展開してきた⁹¹⁾一方で、歴史学から、いわば憲法解釈のためにする歴史物語の創作を徹底的に忌避する主張が有力に表明されている⁹²⁾。ここまでの前提、及び憲法に関わる歴史叙述の方法をめぐる議論状況をふまえて、法、歴史、そしてそれぞれ相互の関係について憲法学からながしきか言いうるとすれば、最も適切な表現は憲法学者バルキン (Balkin, J. M.) が物語論について言及した次の言説である。

物語 (stories) は部分的な、また、歪みさえある世界の像をもたらさう。同時にそれら物語は、諸々の価値や政策目標、他の規範に関する推定をも伝達さう。しかし、物語は単に、世界をめぐる、真実の、あるいは誤った記述、換言すれば、単に一連の埋め込まれた諸価値、諸政策目標以上のものでもある。それらはまた、実践においてことの正誤を定める様式でもあるのである。国の方向性について物語を持つことによって、そしてその物語を信じることによって、人々は時を超えて物語を真たらしめることを助けることができる⁹³⁾。

91) L. H. Larue, *Constitutional Law as Fiction: Narrative in the Rhetoric of Authority*, Pa. U. Pr., 1995. 本書は連邦最高裁判決のレトリックとして使われる憲法史叙述が、判決の説得力を高めるためのフィクションとして機能する側面を指摘する。また、本書の紹介として、参照、奥平康弘『憲法の想像力』(日本評論社、2003年)、207-210頁。

92) G. S. Wood, *The Purpose of the Past: Reflections on the Uses of History*, Penguin Books, 2009 [hereinafter, 'Wood, Purpose']. ウッドは、アメリカ建国史研究の第一人者である。著作に、アメリカ建国の父たちの思想を共和主義 (republicanism) に求めた *The Creation of the American Republic 1776-1787*, North Carolina U. Pr., 1969、アメリカ独立革命の平等主義を強調した *The Radicalism of the American Revolution*, Random House, 1993 [hereinafter, 'Wood, Radicalism'] がある。ウッドによれば、憲法解釈学におけるいわゆる原意主義 (Originalism) や後述する生ける憲法 (living Constitution) という考え方は歴史の正しい見方ではない。なぜなら、「歴史学者たちは憲法の意味がこれまでに変化し、時を超えて変わり続けることを知っているし、しかし同時に、今日という日に与えたい、いかなる意味についても、誰もそれを与えることに自由であることはないことをも知っている」からである。Wood, *Purpose*, p. 12. 少なくとも歴史学として、憲法の意味するところが歴史的に変容を被った事実は厳然として存在するし、同時に現在の憲法の意味するところが、全く過去の実践から自由に形成されることもない、ということである。

93) J. M. Balkin, *Constitutional Redemption*, Harvard U. Pr., 2011 [hereinafter, 'Balkin, Redemption'], p. 4.

憲法解釈のためにする歴史叙述が、ときに歴史学による歴史叙述と緊張関係を生じる事態に至るとしても、それは、憲法解釈のためにする歴史叙述の不要性を意味しない。何が憲法（だった）かを叙述する営みは、法と歴史学由来の歴史叙述によるときどきの修正を経ながら、形成される⁹⁴⁾。そしてこの営みを通じて、憲法学は、これまでの歴史の積み重ねから、正当な憲法とは何かを確定する可能性を探求しうる。

2. Ackerman の historicism

(1) 内在的論理について

以上、歴史叙述から憲法を正当化しようとする際の前提となる分析視角を確認した上で、アッカマンの歴史主義に立ち返ると、いかなる評価を下すことができるか。

まず、アッカマンの議論に内在する論理について。アッカマンの連邦憲法体制をめぐる3つの時代区分は、歴史学の観点から見て、妥当な線引きである⁹⁵⁾。

94) バルキンとは、また、憲法の歴史を叙述する物語は多様に存在し、それらが繰り返し語られることによって、新たな物語が生まれ、あるいは変化すると指摘する。Balkin, *Redemption*, p. 4.

95) 大内『序説』、279頁は「一般的なアメリカ史の観点からいっても、アメリカ独立と、南北戦争という国を二分しての内戦とが、際立って大きな歴史的事件であることは明白であるし、また特に憲制史上も、これをもって基本的な時代区分とすることには、誰が見ても十分な理由がある」とする。

ただ、まず制憲期について、アメリカ独立が憲制史上基本的な時代区分であるとしても、制憲期がアメリカ独立との関係で何を意味するかはいくらか説明の必要がある事柄のように思われる。例えば、田中『アメリカ法の歴史 上』、127-136頁は、連邦憲法制定過程及び修正10条までの権利章典制定過程をもって「新しい国家は誕生した」（136頁）とする。L. M. Friedman, *A History of American Law*, 3rd ed., Simon & Schuster, 2005 [hereinafter, 'Friedman, *History*'], p. 65は、憲法制定をアメリカ植民地の独立に伴う、権限配分などの統治計画だとする文脈から、「新たなアメリカ政府をいかに計画するかは18世紀後半の主たる政策課題であった。最初の偉大なるスキームは連合規約に具体化された。それは、国（アメリカ：引用者）において有力な人々にとって不満足なものだった。連合規約の失敗の後、連邦憲法が1787年に起草され承認された。それは未だ有効であり、幾度も修正されてきたが、その基本的なテキストは核心において同じである」とし、アメリカという国家の嚆矢であるアメリカ独立と連邦憲法の制定とを一連のものとして叙述する。これらの記述はアメリカ独立と連邦憲法制定とが一連のものであることを示唆する。他方、M. Jensen, *The Articles of Confederation: An Interpretation of the Social-Constitutional History of the American Revolution 1774-1781*, 1976, Wisconsin U. Pr., p. 239は、アメリ

カ独立期のイギリス議会の植民地に対する優位への抵抗と、州の主権を主張する州権論との連続性を主張して、むしろ連合規約が独立宣言の示す民主主義に忠実な憲法だったことを示す。ここではむしろ、アメリカ独立とは独立宣言と連合規約制定とが一連となったものであり、連邦憲法制定はそこからの逸脱であることになる。連邦憲法をめぐる時代区分について論じるにあたり、その制定期が一つの画期であることは明らかではあろう。しかし、連邦憲法の正当性を説明するについてそれに先行する憲法秩序に言及するとき、アメリカ独立という言葉にいかなる意味を持たせるか、独立宣言、連合規約、連邦憲法相互の関係性については慎重な議論が必要である。この点、アッカマンは、憲法修正条項によらない憲法修正の条件を議論するにあたり、前章で見たように、連合規約と連邦憲法との非連続性について言及することで、正当な配慮を行っている。

次に再建期について。田中前掲『アメリカ法の歴史 上』478-479頁は、「不幸な内戦の硝煙は、この後4年にわたり、アメリカを蔽う。そしてこの硝煙が霽れた時、アメリカは、これまでとは異なった姿であられる。政治の面、経済の面、社会の面のみならず、法律の面においても」とする。田中は、先に示したように、連邦憲法による奴隷制の全国一律禁止は当時において憲法修正の限界を構成すると考えられていたことを指摘しており、田中にとって一連の再建期条項は憲法の歴史叙述の上で画期であった。しかし、連邦中央政府への集権化という文脈から憲法史を眺めるとき、再建期は必ずしも重要な画期とは言えない側面がある。例えば、修正14条制定は、確かに当時の連邦議会共和党が連邦制の革命の変更を意図した結果だが、当初修正14条1節は、黒人の権利をめぐる場面以外において生命、自由、財産を規制する州の立法の禁止を正当化する、いわゆる実体的デュー・プロセス的な性格ではなかった。J. W. Hurst, *The Growth of American Law*, 2011, The Lawbook Exchange [hereinafter, 'Hurst, *Growth*'], pp. 226-229. このことの重要な帰結は、立法による経済規制が、未だ基本的には連邦中央政府ではなく州の権限に属し、また、連邦司法部は当該規制立法を、修正14条1節を根拠として違憲と判断することはできないことである。この問題を、後のニュー・ディール期における連邦中央政府の経済に対する規制権限如何の問題と合わせ考えれば、むしろニュー・ディール期の方が通商規制権限についての画期として重要であり、再建期は必ずしも憲法史上重要な画期ではない、という見方も可能である。

アッカマンが連邦憲法体制を3つの時代で区分した背景には、アッカマンの平等への深いコミットメントがあると考えられるが、ここでの文脈では、彼が、連邦憲法下における平等の意味の重要な変更を再建期に見たということ、衆目にとって当たり前かもしれないが、指摘したい。連邦憲法は南北の妥協により奴隷制を内包して成立したが、再建期では、全国一律に奴隷制が禁止された。そして、少なくとも法文上、権利主体としての地位と選挙権の付与とが旧奴隷に認められたことは、人種間平等の観点から画期であった。また、アッカマンは、連邦中央政府の規制権限強化という意味では再建期が必ずしも画期ではないことを、屠殺場の州による独占を定めるルイジアナ州法による市場規制の修正14条に対する違憲性を否定した *Slaughterhouse Cases* (16 Wall. 36. (1873)) を引用して指摘している。WP1, pp. 94-96 (ただ、同判決は5対4の僅差で下され、その後の憲法史の推移を見れば、連邦憲法下で連邦中央政府による市場介入と経済的平等、富の再分配の問題が全国的に扱われるべきものであることを示唆する判決だった)。この点、アッカマンは、いかなる意味で再建期が連邦憲法体制にとって画期か、慎重に検討を加えている。

最後に、ニュー・ディール期について。この時期の連邦中央政府の経済に対する規制権

また、アッカマンはアメリカ憲法史に伏流する、とりわけ再建期に問題となった州政府の権限に対する連邦中央政府の規制権限の対抗関係を指摘する⁹⁶⁾が、これについても、歴史学からは、少なくとも事実認識の問題としては、異論は出しがたく見える⁹⁷⁾。問題は、これら歴史的事実の指摘から、事実認識を超えて、それが憲法であることを正当化することは可能かということだろう。なるほど、ここまでの連邦憲法をめぐる一連の歴史叙述は、確かに何が正当な法と考えられてきたかを証すかもしれない。しかし、そのことは、即、憲法として従うべき正当性を意味しない。ここまでで示したように、それぞれの画期において問われた憲法価値の変更は、いずれも憲法修正の限界を構成する可能性を孕むものである。それにもかかわらず、正当な憲法として成立したといえるのは何故かを憲法の歴史だけに求める⁹⁸⁾ことは、「憲法がそうだったから、その憲法は正しい。逆に、その憲法が正しいのは、憲法がそうだったからだ」という、循環論法を避け得な

限拡大は、歴史学の観点から見ても膨大なものであったことは確かである。前章で確認したように、経済に対する規制権限をめぐる州政府及び連邦中央政府と連邦最高裁との綱引きは、ある種の均衡を保ってなされた。しかし、ニュー・ディール期に至るまで一貫していたのは、連邦最高裁判例における生産活動に対する連邦中央政府の規制権限の否定である。この生産活動に対する連邦中央政府の規制権限は判例変更により正当化された。

田中『英米法総論 上』323頁は、E. S. Corwin, *Constitutional Revolution Ltd.*, 1941, Claremont に依拠して、ニュー・ディール期の判例変更が革命にも擬せられる憲法上重要な変更だったことを認める。Hurst, *Growth*, pp. 392-393 も、連邦中央政府の行政権限拡大を語る文脈の中で、社会保障及び公正な労働基準に関する連邦政府の規制拡大や、連邦議会の、連邦取引委員会 (Federal Trade Commission) を通じての経済活動に対する調査権行使を指摘する。また、Friedman, *History*, pp. 503-508 は、20 世紀前半の科学技術の発展による、もの、人、思想の、州を超えてのやりとりの増大と、連邦中央政府の予算増大と連動した、全国に及ぶ規制や社会福祉立法についての連邦中央政府の権限増大を指摘する。これらは、アッカマンがニュー・ディール期を連邦憲法史上の画期とすることの正当性を裏付けている。

96) WP3, p. 28.

97) 前々註で述べたように、連邦中央政府の規制権限強化の文脈では、必ずしも再建期条項制定は重要ではないと読みうる可能性があるが、そのことは、再建期条項、特に修正 14 条が、連邦中央政府の規制権限に全く影響を及ぼしていないことを意味しない。Hurst, *Growth*, pp. 26-27 は、制定当時の影響は微小だったにしても、特に連邦中央政府の権限の、各州政府に比しての権限強化の可能性を示したのは修正 14 条であり、特に、連邦最高裁による司法審査での修正 14 条利用拡大の可能性を、当時の議会はおそらく認識していたという。そのことは、主権を有する各邦が連邦中央政府を樹立して以降、現在に至るまで、途切れることなく続いているアメリカ憲法の動態であることを示す。

い。歴史主義という憲法の正当化をめぐる方法論は、それ自体だけでは不十分である⁹⁹⁾。

ここでは次のことを指摘したい。アッカマンの歴史主義は、歴史叙述から憲法を描き出すという方法を探り、その歴史叙述は、法の歴史学の観点から最低限のハードルは超えるものと判断できる。それでもなお、なぜその歴史叙述が事実認識を超えて憲法としての正当性をも主張することができるかは、未だ問題として残る。

(2) 外在的批判について

次に、アッカマンの歴史叙述に対する外在的批判について。アッカマンの議論には、彼の歴史認識をめぐる、歴史学、法制史学、社会学などから批判がなされている。これらの批判は、概ねアッカマンの歴史叙述を補充する役割を果たしている。また *We the People* シリーズに対する書評として行われたイェール大学ロー・スクールでの2回に及ぶシンポジウム¹⁰⁰⁾は、法の歴史として十分な憲法史叙述の全体像を、法の歴史学と法と歴史学との相補作用を通じて明らかにしていく、という学問の過程をよく示している。

98) アッカマンの議論においては、主権の理念は後景に退いている。歴史叙述において語られるのは主権者たる *We the People* の行った憲法修正条項によらない憲法修正だが、そのような憲法修正の条件を支える事実は、アッカマンの語る歴史のみによって示される。またⅢで後述するように、描き出される憲法修正条項によらない憲法修正の条件は、後続する憲法修正条項によらない憲法修正に適用され、その修正に何か法的制約を付するものではない。そうであれば、アッカマンの議論の中で、彼の選び出したある歴史的事実が *We the People of the sovereignty* の帰結だったか否かは、独り彼の歴史叙述の正当性にかかることになる。

従って、アッカマンの歴史叙述において吟味されるべきは、まず、彼の語る法の歴史が歴史叙述として正当なものであるか、次に、彼の語る *We the People* の歴史的行為は果たして本当にそう表現するに値するものなのか、という問題であることになる。本稿は、前者については是と答え、後者について、アッカマンにおいて問題として認識されていない、と答える。この点につき本稿Ⅲのアッカマンの生ける憲法 (*Living Constitution*) をめぐる議論を参照。

99) 憲法の画定においてその憲法に従うべき正当性を調達する必要があるか、憲法が画定されていることが重要で最低限それで十分ではないか、という立場はありうる。この立場は、生ける憲法の主唱者の一人であるストラウスのものである。本稿Ⅲを参照。

100) 連邦憲法制定から、再建期までを扱った第2巻について、108 *Yale L.J.* 1917. 第二の再建を扱った第3巻について、123 *Yale L.J.* 2574, 2014.

a 連邦憲法制定について

まず、制憲期について。アメリカ建国史の研究者レイコヴ (Rakove, J. N.) は、アッカマンの、連邦派の連邦憲法制定までの営為が違法な行為の所産だとの叙述を批判する¹⁰¹⁾。アッカマンがいうように、制憲者たちの、連合規約 13 条に基づく規約改正を超えて憲法を制定しようとする試みについて、それが先行する憲法秩序の枠組みを超越するという意味で革命的であることは認められるが、レイコヴによれば、それは違法ではない。なぜなら、制憲期当時、連邦憲法制定過程に参与する者は誰か合法的に判断しうる存在はなく、むしろ当時政治的に非難され得たのは提案された憲法案を無に帰することだったからである¹⁰²⁾。

また、仮にそのことが政治判断上の当否の問題に過ぎないとしても、レイコヴによれば、政治史学の観点からはむしろ制憲者たちの既存の法秩序に則った憲法改正が目指されたことを確認できる。1770 年代中期以降、連合規約及び各邦憲法が議会制定法により承認及び成立したという欠陥が認識され、同種の問題に関する法について後法は先法を破るという法原則の下、議会制定法により承認された連合規約が他の法形式により廃止されうことは、想像に難くないものになっていた。むしろ、人々の求めに応じた、また人々の明確な同意に基づいた憲法会議の成立はやはり合法であり、そこで得られた憲法案は、少なくとも連合規約に対する叙上のような正当性をめぐる非難を招く余地はなかった。レイコヴは、結論として、アッカマンの議論は物語の半面 (half of story) であり、制憲期における制憲者たちの違法性という主張は、本来重視すべき、連合規約以上により良く、より強固に作られた連邦憲法を制憲者に準備せしめた、より成熟し、洗練された立憲主義の理解を重視していないとする¹⁰³⁾。

レイコヴの批判に対し、アッカマンは、自らの制憲期をめぐる議論、つまり合法性に異論がありうる手続の下に既存の憲法秩序を内容的に超越する新たな憲法を樹立したという主張と、レイコヴの主張とが整合しないかどうか分からないと

101) J. N. Rakove, *The Super-Legality of the Constitution, or, a Federalist Critique of Bruce Ackerman's Neo-Federalism*, 108 Yale L. J. 1931, 1998-1999. Hereinafter, 'Rakove, *Super-Legality*'.

102) Rakove, *Super-Legality*, pp. 1938-1939.

103) Rakove, *Super-Legality*, pp. 1941-1945.

する¹⁰⁴⁾。この点、レイコヴ自身物語の半面だとする以上、レイコヴの主張がアッカマンの議論と矛盾するとは思われない。

しかし、ここで法の歴史の補充の契機からアッカマン及びレイコヴの議論を見ると、制憲者たちの連邦憲法制定を目指す営為は、少なくとも政治的、道徳的には正当性を有するものだった一方で、その内容及び過程において少なくとも先行する憲法秩序に対して違法な営為だった。この、制憲期をめぐる議論の精緻化を通じて明らかになる問題は、違法な手続という憲法の成立における瑕疵を、憲法の内容における政治的、道徳的正当性が、もし連邦憲法がそのような性質を有するならばであるが¹⁰⁵⁾、治癒しうるか、というものである。これに対して、アッカマンは、名誉革命という先例があり、連邦憲法はそれに従った点で合法だと主張するだろう。対してレイコヴは、憲法の手続的瑕疵は内容の政治的、道徳的正当性によって治癒しうるし、また制憲者の踏んだ手続は先例の存否にかかわらず必ずしも違法とはいえないとするだろう。

このような両者の連邦憲法成立についての憲法の正当化をめぐる議論は、重要な違いを有している。アッカマンの場合には、イングランドの名誉革命がなぜアメリカの憲法実践の先例になるか挙証する必要がある一方で、レイコヴの叙上のような議論が経なければならない、内容の政治的、道徳的正当性が手続的瑕疵を治癒しうるのは何故か、という難問に答えずに済むからである。レイコヴは名誉革命期における Convention の合法性を主張する文脈で図らずも名誉革命がアメリカの憲法実践をめぐる先例であることを前提とする¹⁰⁶⁾一方、内容の正当性による手続的瑕疵の治癒如何の問題に関して積極的な説明を与えている訳ではない。この点に関して、説得力を有する説明を行っているのはアッカマンである。

104) B. A. Ackerman, *Revolution on a Human Scale*, 108 Yale L. J. 2279, 1998-1999 (hereinafter, 'Ackerman, *Human Scale*'), p. 2297.

105) この点について、連邦憲法が政治的、道徳的正当性を有するという議論は、現代においてどれほど説得力があるか、という問題がある。連邦憲法樹立時に奴隷制の承認等少なくとも現代の観点から見れば人々は平等ではなかった、という事実に対する問題意識は、建国史研究においては Wood, *Radicalism* に、憲法学においては Balkin, *Redemption* に見られる。

106) Rakove, *Super-Legality*, pp. 1946-1953.

b 再建期について

次に再建期について。アッカマンの議論が修正 14 条及び 15 条の制定過程における手続的瑕疵に集中していることへの批判がある。歴史学者フォナー (Foner, E.) によれば、アッカマンの議論は再建期以後再建期修正の有する意義が急速に減衰し、死文化したことについての説明に積極的でないと批判する。具体的には、一つには、1880-1890 年代を通じて修正 14 条の法的意味が、旧奴隷に対する法の下での平等ではなく、むしろ契約の自由の名の下に労働時間、労働賃金、労働年齢各種について何ら規制のない自由労働の正当化として画定されたことである。今一つには再建期以後南部諸州が州法により、特に投票権に関して投票人の登録の場面で人種差別を行った、いわゆる Jim Crow 法制による再建期条項の死文化である¹⁰⁷⁾。また、政治史学者バーナム (Burnham, W. D.) は、この点に関連して、1890 年代中葉以降の連邦最高裁による州法による市場統制を違憲とする判決の時代が、憲法上の特筆すべき重要な画期であったことを指摘する¹⁰⁸⁾。

これらの議論については、憲法史学者ベネディクト (Benedict, M. L.) の、再建期共和党の、再建期条項が憲法修正限界を超えるとの認識の欠如の指摘¹⁰⁹⁾とを合わせて、再建期をめぐる慎重な (moderate) 理解とアッカマンはまとめている。そして、自らの議論が修正 14 条の樹立に特化した議論であることに由来する省略の結果であるという¹¹⁰⁾。

先述したように、アッカマンは、自らの憲法解釈の意欲、つまり連邦憲法における平等概念の拡大と連邦中央政府の規制権限強化という彼の議論の二つの柱に自覚的であり、かつそのことを自ら示している。ただ、フォナーの、労働に対す

107) E. Foner, *The Strange Career of the Reconstruction Amendments*, 108 Yale L. J. 2003, 1998-1999, pp. 2007-2009.

108) D. W. Burnham, *Constitutional Moments and Punctuated Equilibria: A Political Scientist Confronts Bruce Ackerman's We the People*, 108 Yale L. J. 2237, 1998-1999 [hereinafter, 'Burnham, *Equilibria*'], pp. 2267-2269.

109) M. L. Benedict, *Constitutional History and Constitutional Theory: Reflections on Ackerman, Reconstruction, and the Transformation of the American Constitution*, 108 Yale L. J. 2011, 1998-1999 [hereinafter, 'Benedict, *Reflections*'], p. 2030. また、ベネディクトの憲法史観について、参照、M. L. ベネディクト (常本照樹訳) 『アメリカ憲法史』、北海道大学図書刊行会、1994 年。

110) Ackerman, *Human Scale*, p. 2305.

る連邦中央政府の規制が及ばなかったことが結果として労働一般における奴隷的拘束を正当化したとの指摘は、平等と経済規制とが密接不可分の問題であることを示しており、再建期前後の憲法の評価の複雑さがあらわれている。

また、ベネディクト及びバーナムは、従来歴史学が指摘してきた、再建期共和党の南北戦争勝利者の資格に基づく武力による支配の正当化の思想としての Grasp of War (戦争の把握) 概念を、アッカマンが再建期に「法的枠組みが破壊されて力のみが君臨した」ことを示す議論として排する点¹¹¹⁾を批判する。ベネディクトによれば、「Grasp of War という基準は、戦争法に基づいて、憲法修正の承認に関する平穩の維持のための法的正当性を提供した」¹¹²⁾。また、バーナムは Grasp of War の思想を排する「アプローチをとることによって、アッカマンは概念的に、この重要な点に関するアンドリュー・ジョンソンと民主党とによる (共和党への：引用者) 反対に与する」¹¹³⁾ことになると批判する。

アッカマンは彼らの批判に答えて、自らの議論は憲法修正手続によらない憲法修正の条件をめぐる、その意味で手続に焦点を当てた議論であり、その観点からする歴史叙述からもれる歴史的事実がありうると答える。また、まさに Grasp of War の考え方に反対するアンドリュー・ジョンソンが大統領として南部諸州の利益や理念を代表したことが Grasp of War の不徹底を示すこと等を挙げて Grasp of War の思想が再建期を説明するにあたって不十分だとする¹¹⁴⁾。

Grasp of War をめぐる議論の応酬には、アッカマンの、連邦憲法史の中で法ではなく力による支配が行われた先例を承認し得ない、という憲法解釈上の強い意欲が垣間見え、そのためにする憲法史叙述ではないかとの印象を受ける。ただ、アンドリュー・ジョンソンが連邦議会から弾劾手続をとられるまで一連の再建期法案に対し拒否権を行使し続けたことは事実であり、そのことを以って Grasp of War の不徹底、再建推進派が一枚岩ではなかったとの指摘はそれなりに説得力がある。また、Grasp of War の考え方を採らないことがアンドリュー・ジョン

111) WP2, pp. 115-116. 引用は p. 116.

112) Benedict, *Reflections*, p. 2028.

113) Burnham, *Equilibria*, p. 2264.

114) Ackerman, *Human Scale*, pp. 2308-2309.

スンらの立場と同一になるかどうかについて、アッカマンはアンドリュー・ジョンソンらの憲法の内容をめぐる政治的主張そのものに対して中立的である。アッカマンが、憲法修正条項によらない憲法修正の中で大統領が抵抗を示すことを拒絶しないことについて、アンドリュー・ジョンソンの政治行動の正当性を主張するからである。この点の批判は当たらない。

c ニュー・ディール期について

次にニュー・ディール期について。歴史学者カルマン (Kalman, L.) は、これまでのニュー・ディールの違法性如何をめぐる議論を、ニュー・ディールにおける憲法変更について政治的理由に重きを置く立場を外圧論者 (externalist)、裁判所内部での基準の変更と見る立場を自律論者 (internalist) として分類する¹¹⁵⁾。そして、政治過程による裁判所封じ込め政策によって裁判所が被った影響を重視するアッカマンを外圧論者として理解する¹¹⁶⁾。他方、従来の外圧論者とは異なっており、1937年の *West Coast Hotel Co. v. Parrish*¹¹⁷⁾ 連邦最高裁判決において、最低賃金を定めるワシントン州法を合憲としたことについて、アッカマンがニュー・ディールという時代を画する重要な事件とは見做さなかったことを指摘する¹¹⁸⁾。

ここでの論点は、まず、コーウィン (Corwin, E. S.) のような従来の外圧論的なニュー・ディールの説明とは異なり、ニュー・ディール期の連邦最高裁の態度変更が政治過程の影響によるのではなく、裁判所内部の自発的な営為であった可能性があるという点である。次に、従来の外圧論的な説明を踏襲するとしても、1936年のルーズヴェルト大統領選挙勝利後、1937年のオーウェン・ロバーツ (Roberts, O. J.) 判事の態度変更だけにニュー・ディールの革命的变化を求めない、という議論の可能性である。

前者について。アッカマンは連邦最高裁による自発的な態度変更だとする議論

115) L. Kalman, *Law, Politics, and the New Deal* (s), 108 Yale L. J. 2165, 1998-1999 [hereinafter, 'Kalman, *New Deal* (s)'], p. 2166.

116) Kalman, *New Deal* (s), pp. 2170-2174.

117) 300 U. S. 379.

118) Kalman, *New Deal* (s), pp. 2184-2185.

について、裁判所エリートによる政治過程の運営に等しいとして、自らの議論のモデルとは異なることを示す¹¹⁹⁾。この説明については、アッカマンのいう通りである。また、1937年時点で件の Parrish 判決が5対4の僅差で下されたことを考えると、連邦最高裁によるニュー・ディールの一連の経済規制に対する合憲判断が確定的となるかは当時流動的だったとみるべきである。連邦最高裁の自発的な営為というよりも1937年以後のルーズヴェルトによる連邦最高裁裁判官任命に俟つところが大きい、と考えるべきだろう。

後者について。これは、カルマンがニュー・ディールに憲法の革命的变化を見出さないという議論¹²⁰⁾に関連するが、アッカマンが等身大の革命 (revolution on a human scale) ということの主旨は、憲法価値の重大な変更は、一度に全てが変わるのではない、ということである¹²¹⁾。ニュー・ディールに関していえば、1937年にたった一人の裁判官が従来の憲法価値を転覆したのではなく、1932年ルーズヴェルト初当選から1941年 Darby 判決まで比較的長いスパンで憲法の変更が憲法上の各権限によって目指され、実現したということである¹²²⁾¹²³⁾。この点についても、アッカマンの議論は、1937年時点ではニュー・ディールによる憲法価値の変更がいかなる意味を持つか流動的だった点で、正当な理解である¹²⁴⁾。

d 第二の再建について

最後に第二の再建について。これについては、法制史学者ブラウン・ナギン (Brown-Nagin, T.) の議論が挙げられる¹²⁵⁾。彼女は、アッカマンの第二の再建

119) Ackerman, *Human Scale*, p. 2312.

120) Kalman, *New Deal* (s), pp. 2190-2206.

121) この点については、参照、WPI, pp. 204-212; B. A. Ackerman, *The Future of Liberal Revolution*, Yale U. Pr., 1992.

122) アッカマンはこれを10年テスト ("ten-year" test) と呼ぶ。Ackerman, *Human Scale*, pp. 2287-2288.

123) アッカマンは憲法上の各権限の協働の議論を、WP3において、第二の再建の文脈において展開したが、類似の議論は、既にWP2における歴史叙述に見られる。

124) もっとも、カルマンに対しては、ニュー・ディールが憲法価値の革命的变化を伴っていたと反論することになる。Ackerman, *Human Scale*, pp. 2320-2321.

をめぐる歴史叙述について、その内容が判例史に止まらず、人々の運動をもふまえた憲法史叙述を行い、popular sovereigntyを支持する連邦中央政府の営為という憲法史叙述そのものについてアッカマンと軌を一にするとする¹²⁶⁾。他方、アッカマンの記述が、運動の主唱者たるキングの他には、連邦中央政府関係者の資料に専ら基づくことに対して、自らはアッカマンの示すような公民権運動期の主導者の思想が、同運動の底辺にある一般の人々にいかに波及したか、という観点から歴史をとらえるとする。なぜなら、アッカマンの歴史叙述の方法を採用する限り、一般の人々がいかに第二の再建での憲法の新たな意味の構築に寄与したかについて、極めて狭い民主政過程理解、また、極めて狭い、人々の変化のための目標設定に依拠することになるからである¹²⁷⁾。具体的には、連邦中央政府以外の各州や地域共同体のような場所での、社会運動組織、市民グループ、宗教、社会保障制度での人々の運動への従事への着目である¹²⁸⁾。公民権運動において構築された価値 (canon) を考察する際には、「市民たちが政策決定者や法の過程に影響を与えた際の組織化された、しかし国家ベースではない手段を認識することが重要である」という¹²⁹⁾。

このような観点からは、アッカマンの議論が「ワシントン中心的 (Washington-centered)」¹³⁰⁾であることに由来する、第二の再建におけるアッカマンの歴史叙述に対する不満がある。それはアッカマンの示す場面以外での、公民権運動の憲法価値の変更への影響力がいかなるものだったかの説明不足である。具体的には、現代の平等保護法学への影響、アメリカ各地での、公民権運動と他の社会運動との協働しての実践¹³¹⁾、その政治的主張をめぐって民主党と緊張関係にあっ

125) T. Brown-Nagin, *The Civil Rights Canon: Above and Below*, 123 Yale L. J. 2698, 2014 [hereinafter, 'Brown-Nagin, Canon'].

126) Brown-Nagin, *Canon*, pp. 2701-2709.

127) Brown-Nagin, *Canon*, pp. 2709-2712.

128) Brown-Nagin, *Canon*, p. 2713.

129) Brown-Nagin, *Canon*, p. 2713.

130) B. A. Ackerman, *De-Schooling Constitutional Law*, 123 Yale L. J. 3104, 2014 [hereinafter, 'Ackerman, De-Schooling'], p. 3116.

131) L. Guinier & G. Torres, *Changing the Wind: Notes Toward a Demosprudence of Law and Social Movements*, 123 Yale L. J. 2740, 2014, pp. 2762-2795.

た側面から見るキングの政治的主張とその影響¹³²⁾等である。

アッカマンは、それにもかかわらずキングのリンダウン・ジョンソンらとの協働による一連の公民権関連立法の推進の役割を強調する¹³³⁾が、そのことと、アッカマンの歴史叙述の遺漏を拾い上げる作業とは、矛盾するものではない。それは、法と歴史学の観点から、法の歴史としてのより豊かな憲法実現運動としての公民権運動を描写することを目指すものだからである。

3. 小括

ここまで、アッカマンの議論を叩き台としながら、時々にはいかなる価値が憲法として目指され、正当化される（されてきた）かについて、アメリカ憲法史上の画期について、法の歴史学、法と歴史学の視座から検討が加えられてきたことを確認した。結果、アッカマンの歴史叙述では、総体的に彼の議論への批判とともに充実が図られ、アメリカ憲法をめぐる法の歴史像が活写されている。しかし、これらの歴史叙述の充実は、憲法とは何か、そしてその憲法はなぜ従うに値するか、憲法の正当性如何というアッカマンの連邦憲法に対する本来の問題意識に対する答えを提供しえないのではないかという疑問が残る。アッカマンは、この残された疑問に更に説明を加えて、これら充実した歴史叙述が、連邦憲法体制における憲法の動態を示すものであり、それは生ける憲法という不文の憲法の姿であるとする。

次章では、これまでの、歴史叙述から憲法の正当性を説明しようとしてきた歴史主義の議論に加えて、アッカマンが憲法を正当化する方法論として新たに提示した生ける憲法という議論を、今一人の生ける憲法の主唱者であるストラウスの議論との対比において明らかにする。そして、それぞれの意義、可能性、そしてアッカマンの議論の限界を考察する。

132) Brown-Nagin, *Canon*, pp. 2714-2729.

133) Ackerman, *De-Schooling*, pp. 3117-3120.

Ⅲ living Constitution

アッカマンの議論、及びそれへの各論者からの批判を通じて明らかになった、アメリカ憲法をめぐる法の歴史叙述は、その充実が図られる一方、なぜその明らかになった歴史像が、今我々が従うべき憲法なのか、という問いに応えきれていない。そして、その問題に答えようとするかのように、アッカマンはこれまでの歴史主義から止揚した生ける憲法 (living Constitution) という議論を展開する。以下では、アッカマンの生ける憲法をめぐる議論を、この議論の現代における今一人の主張者であるストラウスの議論との比較対照を通じて明らかにし、それぞれの議論の意義、可能性、そしてアッカマンの生ける憲法をめぐる議論の有する限界を明らかにする。

1. アッカマンの生ける憲法をめぐる議論

アッカマンは、*The Living Constitution* と題する講演をもとにした論考¹³⁴⁾の中で、生ける憲法について次のように述べている。アメリカの各時代の「それぞれの転軸点にあって、反対運動こそが公 (the public) 及びその抱える問題について、再検討を求める (revisionist) 分析を提案している。そして、その提案は、ときにアメリカの人々からの膨大な支援を得、ときに失敗している」¹³⁵⁾。しかし、「特定の運動の運命がいかなるものだろうと、その循環的パターンは繰り返し繰り返して起こる。それはいわば、革命による啓蒙とプロテスタントのキリスト教とのアメリカにおける意図せざる結婚 (shotgun marriage) の産物である」¹³⁶⁾。「生ける憲法とは popular sovereignty に由来するこれら循環の産物であり、生ける憲法は the People の名において発話するための我々自らの世代の戦いの舞台

134) B. A. Ackerman, *The Holmes Lectures: The Living Constitution*, 120 *Harvard L. Rev.* 1727, 2007. 本論考は WP3, p. 37ff. に所収されている。以下引用は WP3 から行う。

135) WP3, p. 37.

136) WP3, pp. 37-38. この文章には註が付されており、WP1, pp. 203-221 の参照を求めている。WP3, p. 38, n. 1. この参照先の議論は、先にも指摘したアッカマンの、等身大の革命、あるいは、一度にそれまでの憲法秩序の何もかもが、彼の用語としての革命の名の下に、変容を被るのではない、という議論をめぐるものである。

を用意する」¹³⁷⁾。

更に、このような生ける憲法をめぐって研究を進めるにあたり、次のようにも述べる。

我々の研究は、2世紀にわたって練り上げられた論題と多様性への慎重な注意を要する。歴史は驚きに満ちている。いかなる循環も、その他のものの全き複製物ではない。もし我々が現実に存在するアメリカ憲法を理解しようとするならば、それぞれの循環をその他のものとの文脈の中に置き、闘争の結果としての、2世紀にわたるアメリカの人々が到達した憲法の帰結をまとめねばならない。我々は、形式上の憲法典が我々に、我々の知る必要のある(多くのこと、というべきでもあるが)全てを教示してくれるなどと盲目的に推定することはできない¹³⁸⁾。

ここで明らかになるのは、アッカマンの議論では、それぞれの時代での法の変容が啓蒙という善きものであり、またその変容はアメリカの We the People によって正当化され、憲法学の任務はその正当化される変容とは何であったかの確認に尽きる、ということである。

通常、憲法とは何か、という問題を考えるとき、それが制限規範であるにせよ授権規範であるにせよ、人々の生命、自由、財産を権利として保護するにあたり、いかなる国家行為が許されないか、許されるとしてもその限度は何かが客観的、理念的に考察されるべきである。しかし、アッカマンのこのような議論の方法を、少なくともここでの言及で理解する限り¹³⁹⁾でとる場合、それはまず、独りアッカマンの主観的な価値判断、何が憲法か、あるいは何が We the People の達成物かの取捨選択の精確性に憲法如何、We the People の達成物如何が大きく依拠することになる。また、仮にそれでも客観的な歴史叙述が可能としても、叙述され

137) WP3, p. 38.

138) WP3, p. 38.

139) このような限定を付するのは、アッカマンが、生ける憲法をめぐって本来3巻の刊行予定であるはずの本シリーズ (see, WP1, p. 118, fn. 2, 3) について、次巻の刊行を示唆しているからである。WP3, p. 309.

る We the People の選択が理念的に法として正当化可能なものであることは保証されない。憲法修正条項に明示された条件ではなく、ある歴史的事実への評価によってそれが We the People の達成物だとかたることの手続的な意味での困難がまずある。また、例えば、連邦憲法樹立にあたっての奴隷制の承認は、We the People による政治的選択だと叙述できるとしても、そのことは、連邦憲法の政治的、道徳的正当性、なぜ連邦憲法が従うに値するかという内容的問題を少しも解決しないのではないだろうか。

この点は、先行憲法秩序に対して違法な憲法制定ないし憲法修正が、憲法修正条項によらない憲法修正の条件を通じて正当とされる独特の枠組みの下、およそ憲法が命ずる法的制約は無いに等しい、という問題へとつながる。アッカマンは自らの歴史叙述がコモン・ローのマナーに従ったものだとする¹⁴⁰⁾。しかし通常コモン・ローを語ることの意義の一つは先例による後続する法実践の拘束だが、アッカマンの議論の場合、生ける憲法が後続する憲法実践を拘束することはほとんど考えられない。というのも、繰り返し行われるアメリカの We the People による憲法実践は相互にそれぞれの複写物ではない。そうであるならば、いかに先例を画定しても、それはほとんど乗り越えられるために語られる先例であり、しかも、乗り越えたかどうかの判断は、前述したアッカマンの10年テストに従うならば、即座にはつかない。憲法修正条項によらない憲法修正の条件という議論は、何か憲法修正について連邦憲法5条以外の方法による憲法変更の企てへの制限を語るように見えて、その実は極めて虚しい。

しかし、連邦憲法5条で州が憲法修正に参与する仕組みと、特に再建期以降の、連邦中央政府主導の憲法修正条項によらない憲法修正の実現との並立、緊張関係について、アッカマンが「この州中心の形式と nation 中心の実体との緊張は、生ける憲法の背後にある動態的な力に従っている」と表現する¹⁴¹⁾のは、極めて興味深い。というのは、アッカマンの議論における憲法の活発な動態、またその動態による憲法保障の実現を図るその前提として、そのような動態を生み出す制度、その具体例としての州政府と連邦中央政府との対抗関係はアッカマンの議論

140) WP2, p. 205; WP3, p. 39.

141) WP3, p. 28.

でもその変更が想定されていない可能性があるからである。

これはおそらく、連邦憲法が基本的には未だ主権国家たる州による条約憲法であることと、それに由来する、州と連邦中央政府との対抗関係から発生する憲法をめぐる動態へのアッカマンの肯定的な評価の現れだろう。連邦憲法をめぐる憲法実践としての生ける憲法である以上、その基本的な枠組みの影響は当然に受ける。そのような影響をどこに見るかは論者によって異なるだろうが、アッカマンの場合には、それが連邦制とその具体化としての統治機構の場面においてだということである¹⁴²⁾¹⁴³⁾。

結論としては、アッカマンの生ける憲法をめぐる議論は、憲法の動態に憲法保障の期待をかける議論を繰り返し述べるものである一方、連邦憲法に示された統

142) WP3 全体を通して、いかに連邦憲法上の各権限が第二の再建をめぐる活動していたかを論じた一方で、なぜそのような各権限の動きが連邦憲法上正当か言及が僅少であるのは、このことが原因でありうる。尤も、そのことは彼が権力分立制への省察に関心がないことを意味しない。See, B. A. Ackerman, *The New Separation of Powers*, 113 Harv. L. Rev. 633, 1999-2000.

143) このことは、一般的に統治機構をめぐる、その運用が憲法の基底にあるべき思想としての立憲主義や民主主義に反する、とはいっても、統治機構そのものが立憲主義や民主主義に反する、とはいいいく場合が多い、とも考えられる。例えば、大日本帝国憲法下の法律の留保の制度をめぐる議論が挙げられる。法律の留保が権利制約的に働いた側面への批判はあっても、それは運用ないし制度運用の思想レベルの批判であって、制度そのものは、権利を侵害する行政行為にはその根拠となる法律を要するという、法律による行政の原理として、今日なお行政法学において、主要な地位を占めている。

また、明確に立憲主義的要素、あるいは民主主義的要素と対立する要素を憲法の指導原理として組み込むことについて、連邦憲法体制は単一国家体制ではない以上、そのような立憲主義、民主主義に対立する要素を条約憲法体制に組み込むべきでないという要請は、必然的ではない。連邦憲法の場合、州の利益への配慮がこれにあたり、具体的には上院議員に関する人口比例によらない議員定数配分などとして現れる。尤も、アッカマンの叙述のように、連邦中央政府が連邦憲法体制の基軸となっていく、という議論は、連邦が一つの nation であるという議論まで今一步である。このとき、連邦の統治機構が連動して単一国家におけると同様の指導原理の要請を受ける可能性は十分ある。連邦憲法において奴隷制廃止が目指されたのは、この文脈においてである。

更に、連邦憲法固有の事情として、連邦憲法は改正ではなく修正が行われてきている。修正条項によって無効となった法文は、改めて取り除かれることはない。今後その意味で不変の憲法典として、連邦憲法体制において継続することが予想されるのであり、生ける憲法をめぐる議論もそのことを前提にしていると考えerことは難しくない。そうであれば、そこで憲法保障の動態を提供する基礎となる条項について、その不変性が当然の前提とされていることは、アッカマンは明示していないが、想像することは難しくない。

治機構はそのような憲法保障を支持する装置として、その変更が予定されていない可能性がある、ということである。

2. ストラウスの生ける憲法をめぐる議論

生ける憲法という考え方を、アッカマンと同じようにコモン・ローという鍵概念を用いて展開し、その先例拘束性に期待をかける議論がストラウスの生ける憲法をめぐる議論である。

(1) 生ける憲法を語る意義

ストラウスによれば、大統領の被選挙人年齢や上議員の定数配分、上下両院議員の任期など、比較的容易にその意味することが確定可能な条項の存在の一方、素朴な文理解釈ではその意味の確定が難しい場合がある。例えば修正1条について、素朴に文理解釈すると、議会以外の主体が表現の自由を侵害しうる、という解釈が可能なのか、侵害について、いかなる侵害の態様が憲法に反するのか、いかなる法律とは何か、そもそも表現の自由とは何か、等の問題について、必ずしも明確な意味は出てこない¹⁴⁴⁾。

このような事態は、制憲者の制度設計にかかる意思に憲法解釈の指針をまつ原意主義が、しばしば現代の人々にとって不合理な解釈を導くことに見られる。公教育での人種別学は合憲、政府の女性差別は修正14条の保護範囲外、連邦政府の人種差別は修正14条の名宛人が州だから合憲、権利章典は州に適用されない、州の選挙における一人一票原則は連邦憲法の要請ではない、連邦政府による労働環境、消費者保護法制は違憲、等である¹⁴⁵⁾。

この問題について、原意主義を緩やかに理解することはありうる。例えば

144) D. A. Strauss, *The Living Constitution*, Oxford U. Pr., 2010 [hereinafter, 'Strauss, *Living Constitution*'], pp. 7-9. なお、本書以前のストラウスの議論の日本への紹介として、参照、大沢秀介「アメリカにおける憲法修正をめぐる議論とリベラル憲法学」法学研究（慶応義塾大学法学研究会）75巻4号（2002年）1頁以下、11-13頁；長谷部恭男「憲法改正の意識と意義」、全国憲法研究会編『法律時報増刊・憲法と有事法制』（2003年）208頁以下、209頁。

145) Strauss, *Living Constitution*, pp. 12-16.

Brown判決のような、修正14条制定時には想定されていない公教育での分離別学への違憲判断も、修正14条当時に採用された人種間平等の原理を現代に適用すれば公教育における分離別学は違憲だとの主張は原意から逸脱しない、と考えれば、原意主義の観点から正当化可能になる。しかし、そのような方法で原意主義を正当化すると、それはおよそいかなることをも正当化できることを意味する。「いったん我々が、制憲者の形作った、特定の帰結ではなく、原理によってのみ拘束されるというならば、我々は常に、我々が欲するいかなる帰結をも正当化するに十分な程度の抽象的な原理を作る」ことになるからである¹⁴⁶⁾。

このような問題意識から、ストラウスが憲法の正当化をめぐる展開する議論が、慣習法としてのコモン・ローによって形成される先例 (precedent) に基礎をおく憲法、また、そのような先例が裁判官その他の憲法解釈者によって条文の欠を埋めて形成する憲法としての生ける憲法である¹⁴⁷⁾。このような生ける憲法観では、法に従うことを求める権威は、進化する可能性のある法源 (the law's evolutionary origins) と、法が後続世代にとって一般的に受け入れ可能であることに求められる¹⁴⁸⁾。

(2) 憲法の形成

ここで、進化する可能性のある法源、後続世代にとって一般的に受け入れ可能である法、とは具体的に何か。この点について、ストラウスは、自らの生ける憲法をめぐる議論から Brown 判決を正当化する議論の中で、次のように議論を展開する。

ストラウスによれば、公教育における「分離すれども平等」を定めた Plessy 判決は、実は Brown に至るまでの先例の嚆矢である¹⁴⁹⁾。なぜか。それは、ストラウスがコモン・ローの先例による憲法の形成を語るとき、MacPherson v. Buick Motor Co.¹⁵⁰⁾ という判例の、それに至るまでの経緯と同種のことを Plessy

146) Strauss, *Living Constitution*, pp. 25-27. 引用は p. 27.

147) Strauss, *Living Constitution*, pp. 34-36.

148) Strauss, *Living Constitution*, p. 37.

149) Strauss, *Living Constitution*, p. 79.

150) 217 N. Y. 382 (1916).

判決から Brown 判決までの推移に見るからである。

この判例は、ディーラーを通じて欠陥のあるタイヤで作られた自動車を取得し、それに乗ってけがをした原告が、契約当事者であるディーラーではなく製造者を被告として訴えた、という、現在でいえば製造物責任に関する判例である。従来直接的契約関係 (privity of contract) の原則の下、契約の効力の及ばない第三者である製造者について過失責任は認められてこなかったが、後に連邦最高裁判事となるカードゾー (Cardozo, B.) は、この事件で初めて契約の第三者である製造者の過失責任を認める画期的判断を行った。しかし、ストラウスによれば、このカードゾーの判断は、全く先例のないところで生み出されたのではない。1852年に Thomas v. Winchester¹⁵¹⁾ 事件で直接的契約関係の原則が採用されたが、同時に、ニュー・ヨーク州では、内在的に危険な (inherently dangerous) 商品の取引に対しては適用しないことも認めた。Thomas 事件で争われたのは、誤ってラベリングされた薬瓶の扱いであったが、その後の判例で内在的に危険な商品に何が含まれるかが争われた。このような判例の積み重ねは、しかし、カードゾーにとって必ずしも有効に機能する判断枠組みには見えず、直接的契約関係の原則を破棄し、これに代えて予見可能な過失については第三者であってもその責任を認める、という新たな法原則を採用した¹⁵²⁾。

ここから得られる先例についての教訓は、一つには、先例によって定められた法原則の適用がうまく機能しているかどうか判例の積み重ねによって明らかになること、今一つには、そのような判例の積み重ねは無自覚のうちに新たな法原則へと引き寄せられていくということ、である¹⁵³⁾。元来、ニュー・ヨーク州において直接的契約関係という法原則と例外としての内在的に危険な商品、という一組のコモン・ローは、もともと予見可能な過失は第三者であっても製造者に帰責させるという前提の上で成立していた。そして、一旦そのことが認識されれば、何が内在的に危険な商品かを一つ一つ確かめるまでもない。法原則は、まずどういう取扱をすべきか、ある程度妥当と思われる線でさしあたり決められ、その適

151) 6 N. Y. 397 (1852).

152) Strauss, *Living Constitution*, pp. 80-82.

153) Strauss, *Living Constitution*, pp. 83-84.

用の先例の積み重ねを通じて、それがうまく機能すればその法原則を採用し続けられれば良いし、より洗練された法原則を見出せるならば、先例から離れて新たな法原則を採用すれば良い。

このような先例形成のモデルは、Plessy 判決から Brown 判決までの判例形成にも見出される。Plessy 判決で、公共施設で人種毎に同じ設備を提供すれば平等が達成されるとする「分離すれども平等」原則が採用された一方で、その後の判例の展開は、次のようなものだった。オクラホマ (Oklahoma) 州における鉄道設備について、その設備を利用者の要望に準じて設置したために、多数派の人種の設備がより充実し、人種間で用意されている設備に不均衡が生じ、「分離すれども平等」原則に反するとした¹⁵⁴⁾。特定人種が多数を占める地域にそれとは異なる人種が住むことを禁じた条例を違憲とした¹⁵⁵⁾。ミズーリ州の全学生黒人の州立大学がロー・スクールを有さず、ロー・スクールを有する州立のミズーリ大学は全学生白人のため、州法でロー・スクール進学を希望する黒人学生を隣接州のロー・スクールに入学させ、学費を支払う措置について違憲とした¹⁵⁶⁾。これらの判例は、「分離すれども平等」原則を維持しながらも、その内実は、同原則の認める施設の分離された提供について厳格な判断を下すことで、同原則の主旨を弱める方向へ進んでいた。この方向性は次の判例によって更に進められた。不動産取引での人種に基づく制限的不動産約款 (restrictive covenant) を違憲とした¹⁵⁷⁾。人種を根拠にオクラホマ州立大学ロー・スクールの入学を拒否した措置を違憲とした¹⁵⁸⁾。テキサス州がアフリカ系アメリカ人のために設置したロー・スクールについて、テキサス州立大学ロー・スクールに比して人員、規模の観点から不均衡があるとした¹⁵⁹⁾。オクラホマ州立大学ロー・スクールに入学した原告が、大学施設において特定の机ないし座席に着くよう強要されたことについて違憲とした^{160) 161)}。

154) McCabe v. Atchison, Topeka & Santa Fe Railway, 235 U.S. 151 (1914).

155) Buchanan v. Warley, 245 U.S. 60 (1917).

156) Missouri ex rel. Gaines v. Canada, 305 U.S. 337 (1937).

157) Shelley v. Kraemer, 334 U.S. 1 (1948).

158) Sipuel v. Board of Regents, 332 U.S. 631 (1948).

159) Sweatt v. Painter, 339 U.S. 629 (1950).

このような観点からは、Brown 判決は、「分離すれども平等」原則という確立された法に対する、これら先例における懐疑の上に成立しており、これは、Macpherson 事件の例と同様、革命的な法の変更というよりも、人種間平等をめぐるコモン・ローの発展の最終段階だ、ということになる¹⁶²⁾。

(3) 小括

以上の議論をまとめると、次のようになる。ストラウスのいう生ける憲法は、基本的には裁判官の形成する判例において、テキストとしての憲法典を補う解釈を通じて、形成される。また、裁判官は先例に基づいて判断を下すことで、一定の妥当性を持った法解釈を行うことが期待される。先例は当初において最適解ではないかもしれないが、その形成を通じて、最も妥当な解釈を導く方向へと裁判官を導く。

3. 小括

(1) living Constitution の担い手

以上のストラウスの生ける憲法をめぐる議論は、アッカマンの議論との比較がなされている。ストラウスによれば「(ストラウスの：引用者) コモン・ローモデルは、憲法体制全体に憲法典そのものよりも遥かに多くのものを見出すという考えをアッカマンと共有する。しかし、(ストラウスの：引用者) コモン・ロー観は the People による相対的に不連続な諸行為ではなく、しばしば時を超えて進化する先例と伝統を強調する」。そのような先例と伝統とは、裁判官によって形成される法であるが、「憲法体制を実効化する裁判官は、アッカマンの意味におけるような the People の決定を解釈しているのではなく、コモン・ローという規範に従って行動している」¹⁶³⁾。

160) McLaurin v. Oklahoma State Regents, 339 U.S. 637 (1950).

161) Strauss, *Living Constitution*, pp. 85–90. See, also, Kelly, Harbison & Belz, *The American Constitution*, pp. 584–589.

162) Strauss, *Living Constitution*, pp. 90–91.

163) D. A. Strauss, *The Neo-Hamiltonian Temptation*, 123 Yale L.J. 2676, 2014 [hereinafter, 'Strauss, *Temptation*'], p. 2680.

このストラウスの言明は、アッカマンの場合における We the People、あるいはその意を体して活動する憲法上の各権限とは異なり、憲法の動態の担い手として想定されるのは裁判官である。また We the People によって法が形成されるのではなく、所与の前提たる法としてのコモン・ローに則して先例を形成することを通じて、新たな法創造を行うことを示している。

ただ、そのことは、必ずしも裁判官ないしその総体としての裁判所の判断の優位性を説くものではない。ストラウスによれば、むしろ We the People という存在を排除せず、それどころかアッカマン以上に We the People の営為を憲法に反映させることができる。というのも、アッカマンの場合における政治過程を中心とした議論は、人々の相対的に非政治的な行動の影響力をいかに示すかについて一定の限界がある。しかし、コモン・ローのアプローチは、それらによる行動をも、提起された訴訟の中での裁判官の判断への影響力として期待することができるからである¹⁶⁴⁾。

(2) 憲法の動態の実像

また、ストラウスは、第二の再建の合図となった Brown 判決がなぜアッカマンの議論枠組みから正当化できるのか疑問を投げかける¹⁶⁵⁾。ストラウスの上記の議論のような立場をとれば、Brown 判決は人種間平等の先例が向かうべき最適化された法原則である、ということになる。

アッカマンは、ストラウスのこのような言明に対して、自らの議論とストラウスの議論との違いをほぼそのまま承認している¹⁶⁶⁾。その上でアッカマンは、従来の主張である、裁判所が先行する憲法秩序の保存機能を果たすとする議論を改めて展開し、同時に、ストラウスの方法論を採用すると、「裁判所が先行する世代の the People が到達した基底的なコミットメントという視角を失うことを認める」ことになると指摘する¹⁶⁷⁾。

164) Strauss, *Temptation*, p. 2690.

165) Strauss, *Temptation*, p. 2694.

166) Ackerman, *De-Schooling*, pp. 3120-3121.

167) Ackerman, *De-Schooling*, p. 3123.

また、Brownの正当化をめぐる議論については、アッカマンの憲法解釈方法論である「世代を超えた統合」と呼ばれる議論¹⁶⁸⁾に依拠する。それによれば、Brown判決は、第2期までに構築された憲法価値と、ニュー・ディール期で等身大の革命が構築した憲法価値とを裁判所が統合し、第3期における憲法の意味を画定する過程の産物だと応えている¹⁶⁹⁾。

アッカマンとストラウスとの議論の比較から明らかになるのは、同じ生ける憲法を語りながら、その実像は相当異なる、ということである。双方ともに生ける憲法、つまり憲法の動態的保障に自らの議論の基礎をおく。しかし、その憲法の動態をめぐって、アッカマンが、We the Peopleによる法の形成を強調するのに対して、ストラウスは、時代を追って進歩的に変化する法理を通じて裁判官によって示される法を語る。アッカマンは、We the Peopleによる、時に実定憲法の修正限界を超える動態的な憲法保障の正当性のために生ける憲法を語る。対して、ストラウスは、既に裁判官によって示されてきたコモン・ローについて、後続する次の世代の裁判官が新たに憲法をめぐる法理を形成する際に、その正当性を論じるために、生ける憲法をめぐる議論を展開しているのである。双方ともに時宜に応じて憲法が変化する、という憲法保障の動態という認識を共有する一方で、その動態に対する視座は全く異なる。

このことは、アッカマンとストラウスとで、連邦憲法に対する認識が異なることに由来するかもしれない。本稿を通じて示したように、アッカマンは、制憲期以来連邦憲法は違法な手続を経て成立してきた、との認識に立つ。そして、アッカマンは、それにもかかわらず連邦憲法になぜ人々が従わねばならないかという問題について、3巻に渡って弁明を行ってきた。しかし、ストラウスの議論に関する限り、連邦憲法を解釈の基礎とすることの正当性について特に説明を加えていない。このことは、ストラウスにおいて、アッカマンの抱くような連邦憲法の正当性に関する問題意識は、アッカマンに比べ相当希薄だと推測させる。

また、これに関連して言及すべきは、連邦憲法上のWe the Peopleの意思が明らかになる過程の中で裁判所が果たしうる役割である。本稿Iで示した、アッカ

168) より一般化された議論について、WP1, pp. 86-103.

169) Ackerman, *De-Schooling*, pp. 3123-3124.

マンの議論での Brown の合図を発する役割は、従来憲法価値を統合する役割に裁判所が徹するとされてきたことと矛盾しないのか、という疑問は浮かぶ。しかし、それをおいても、裁判所が We the People の発話を法適用可能なかたちに画定する、あるいは更に進んで憲法の変更を目指す最初のアペールを行う裁判所の役割を維持、促進することには、裁判所への相当程度の役割が期待されている。ストラウスの議論の場合にも、裁判官という主体を中心に、政治過程における法形成との共存を図りながらも、判例の積み重ねの中で時々の人々にとって解決が求められる課題への答えを導き出そうとする議論であり、裁判所での人々の意思の反映の可能性が語られている。彼らの議論からは、一つの問題意識として、裁判所が、人々が政治的方向性を決定する際に果たすべき、あるいは果たすことのできる役割とは何か、それによっていかなる憲法保障を期待できるか、という点を看取できる。

おわりに

これまでの議論をまとめると、およそ次のようになる。

- アッカマンの二元的民主政論について、憲法修正条項によらない憲法修正の条件という議論の裏腹にある連邦憲法の実体に関する動態をめぐる議論の中で、連邦憲法における平等の拡大と、連邦中央政府の規制権限の拡大とを看取できる。
- そのような動態は、生ける憲法として描かれ、その描出する方法としての歴史叙述が連邦憲法を正当化する方法として採られている。しかし、歴史叙述、という点については、その内容的充実、また法の歴史としての正当性にもかかわらず、その憲法になぜ従うべきかとの問いに対して、循環論法の域を出ていない。また、記述されるのが動態としての憲法であり、しかもその内実は繰り返し、しかしそれぞれに起こる人々の運動を、先行する憲法秩序に対する違法な行為を正当化する先例をめぐる議論を伴うことによって、正当化するものである。
- このようなアッカマンの議論は、人々による憲法の変更に全く制限はないかに

見える。他方、連邦制や統治機構などが変更されないことを所与の前提としている可能性がある。

- 生ける憲法という議論をめぐって、アッカマン、及びストラウスの議論とを対照すると、それぞれに、動的な憲法保障の可能性、またそこでの裁判官の担う積極的な役割という点で共通する。しかし、それぞれの議論は We the People による法形成か、裁判官による先例の革新かという全く違う観点に依拠するものである。

本稿はここまで、アッカマンの議論が歴史叙述の中で描き出したかった連邦憲法像、すなわち平等概念の進展と連邦中央政府の規制権限強化を明らかにしてきた。そして、そのような歴史叙述の中でアッカマンが記述しなかった議論の補充について論究し、彼の議論を更に充実させた歴史叙述を明らかにした。

アッカマンの憲法解釈の意欲、つまり We the People による憲法の動態に憲法保障の期待をかける議論は、歴史叙述がまさにそのまま憲法を示しているという主張であるために、議論の性質としては従来の説明の繰り返しに等しかった。他方、その前提となる連邦制等の統治機構の不変性の可能性の示唆は、従来憲法改正無限界説と考えられてきた彼の二元的民主政論が憲法改正限界説に立つ可能性を示しており、本稿はこの点を論究した。

最後に、アッカマン及びストラウスの生ける憲法をめぐる議論の比較対照を通じて、生ける憲法とは何かを語ることによって彼らが正当化しようとしたものの違い、そして同時に、彼らに共通する動的な憲法保障の担い手として裁判所に期待すべき可能性について論究した。本稿を通して、アッカマンが We the People による憲法の確定、そしてその歴史的把握にこだわるのを見ると、彼は、法として確定されざる規範に人々が従うべき理由はない、と考えているのではないかと邪推する。そのような考えは十分コミットすることが可能である一方で、法の存在の認識、また、その正当性の弁証は困難を極める。その点、とりあえずその正当性は脇に置いて、法原則が決まっていればよい、というストラウスの議論の柔軟な思考は非常に魅力的に映る。

連邦憲法が違法な憲法であり、なぜそれに従わなければならないかというアッ

カマンの問題意識が、歴史叙述に還元されたことに対して、本稿は、憲法は歴史のみによっては正当化されえない、と答えたことになる。この問題を広義の「立憲主義と民主主義」の観点からとらえれば、それは、連邦憲法制定、ないし時々における憲法修正、事実上の憲法の変更という営為が、We the Peopleによって行われたことの意義とは何か、という問題といえるかもしれない。もしWe the Peopleの達成物が、多数者による支配であるなら、ことはそれほど困難ではない。時々の多数派による政治の帰結そのものこそが憲法だからである。しかし、アメリカのWe the Peopleが獲得したのは、他ならず成文の連邦憲法だった。先行する憲法秩序を乗り越えて成立した成文憲法の存在は、アメリカのWe the Peopleが憲法を形成する主体であると宣言すると同時に、彼らが時宜に応じてただ多数を構成するだけでは憲法の変更を認めないWe the Peopleにとっての枷となった。このために、本稿はじめに、では、連邦憲法体制は広義の「立憲主義と民主主義」の次元で把握されるべきであることを述べた。しかし、アッカマンの議論では、We the Peopleが憲法のラストワードを握ってきたと語ることで、連邦憲法体制は、議会の担う民主主義とWe the Peopleが担う民主主義との併存の可能性を残しつつ、基本的に民主主義に一元的にその正当性が還元される憲法体制として、歴史的に説明される。

元々、アッカマンは、連邦憲法体制が、いかなる営為を行ってきたかを明らかにすることを目的として*We the People*シリーズを書き始めた。連邦憲法体制はいわゆるウェスト・ミンスター型の議会政治ともドイツ共和国連邦憲法典に観られるいわゆる闘う民主政とも違う。アメリカの論者でいえば、民主的正当性を有する議会の政治的意思決定を重視するビッケル (Bickel, A.) やイリイ (Ely, J. H.) とともに、多数者の政治的意思決定によっても侵され得ない権利を重視したドゥォーキン (Dworkin, R.) とともに異なる、というところから二元的民主政論を展開し始めた¹⁷⁰⁾。

しかし、結果として彼の議論は、おそらく彼の本意とは異なって、アメリカのWe the Peopleが、時の多数者による支配ではなく、連邦憲法を獲得したことの

170) WP1, pp. 3-16.

歴史的意義を十分に反映しないものとなっていないか。憲法修正の限界を超える憲法修正の条件という議論は、既に起こった憲法の内容の変更に対する後付けの正当化との印象を拭えず、かつ将来起こりうる憲法の内容の変更に対する制約としても十分には機能し得ないのではないか、という疑念を抱かざるを得ない。彼の議論は、連邦憲法における営為をめぐる時々的手続的違法性という重要な課題を別扱した一方で、そのような欠陥の治癒ないし正当化に成功していない。

アッカマンの叙述した連邦憲法における平等概念の拡大と連邦規制権限の強化は、現代において、同性婚の合憲性¹⁷¹⁾や連邦中央政府による医療保険制度改革の合憲性¹⁷²⁾の議論とともに、政治上の重要課題となっており、連邦憲法体制の今後の方向性を考察する上で重要なテーマとなっている。そして、このような憲法の動きを、動態的な憲法保障として積極的にとらえようとするアッカマンの生ける憲法をめぐる議論は、憲法保障の多様な可能性を考察する上で意義のあることである。しかし、そのことと、それが憲法として正しいか否かということとは、仮にそのような方向に人々がコミットしようと比較的容易に想像がつくとしても、やはり別問題である。

その一方で、以上のようなテーマについて裁判所が法形成を通じて先導する役割を担っていることは、動態的な憲法保障に裁判所が参与する可能性を生ける憲法をめぐる議論は示しており、この可能性についての研究の展開が今後望まれる。

171) *Obergefell v. Hodges*, Director, Ohio Department of Health, no. 14-556, 2015.

172) *King v. Burwell*, Secretary of Health and Human Services, no. 14-114, 2015.