

書 評

ジャック・バルキン著
『憲法期循環論』
(The Cycles of Constitutional Time
(Oxford Univ. Pr., 2020))

金 澤 孝

序

第45代合衆国大統領ドナルド・トランプは最初の任期4年でホワイトハウスを去ることになったが、彼の政治手法はことごとく型破りであり、とりわけリベラルな憲法研究者からの評判は悪かった。2016年大統領選挙におけるロシア疑惑に始まり、連邦議会との対立から大統領令を濫発、2017年のシャーロットビル事件では白人至上主義団体を非難するどころか擁護する姿勢を見せ、そして日常的にTwitter等のSNSにおいて罵詈雑言を吐き続けた。外交面では、保護主義や孤立主義という名目のディールによる二国間外交に重点を置く極端なアメリカ第一主義を貫き、2020年5月に起きたジョージ・フロイドさんの死亡事件をきっかけに起きた暴動では不適切な対応ゆえに収拾に手間取り、新型コロナウイルス感染症ではアメリカを世界第一の感染国家に至らしめた。極め付けは、2020年11月の大統領選挙の結果を不服とした強引な選挙干渉と抵抗、翌年1月の連邦議会議事堂襲撃事件の扇動であろう。この振る舞いにより、結果として無罪とはなったものの、彼は合衆国史上初めて二度目の弾劾裁判に付された。

2020年9月に出版されたジャック・バルキン教授⁽¹⁾の最新の論稿『憲法期循

(1) Jack. M. Balkin は Yale Law School の Knight Professor of Constitutional Law and the First Amendment である。バルキン教授の学説に関しては、我が国の憲法学においても既に紹介されている。たとえば、志田陽子『文化戦争と憲法理論』（日本評論社、2006年）、浅野博宜「ジャック・バルキンの原

環論』(以下、*Cycles* と略記する)は、トランプ政権を合衆国憲法史の観点からどのように評価できるのかについて一つの回答を示すものであり、同時に、かくまで「分極化」の進んだ「憲法腐敗」の時代に、リベラル派憲法研究者はいかなる憲法理論を模索すべきかに関する一つの提言である。

本稿は、第Ⅰ部において *Cycles* の内容を詳しく紹介し、第Ⅱ部では、*Cycles* をテーマに開催された二つのシンポジウムをとり上げつつ、アメリカの専門家の間でどのように読まれたのかを確認する。最終部において、筆者自身のさしあたりの分析と評価を述べることにしたい⁽²⁾。

I. 『憲法期循環論』の概要⁽³⁾

第一部 憲法期循環論を理解する (Understanding the Cycles of Constitutional Time)

第1章 最近の嫌な感じ (The Recent Unpleasantness) (pp. 3-11)

本書は、2016年以降のトランプ政権における嫌な感じ、すなわち立憲デモクラシーが危険な状態にあるのではないかという点に関して、これが一過性のものであって、現在は移行期にあることを論証するものである。

天体と同様に政治もまた周期的に循環する。憲法学は、憲法解釈理論の原意主義 (originalism) と生ける憲法論 (living constitutionalism) に見られるように単線的、直線的に憲法を捉えてきたが、そうした単線的な歴史観とは違い、

意主義』『憲法理論の再創造』229頁以下(日本評論社、2011年)、川鍋健「人民主権と違憲審査: イェール学派の憲法学から」一橋大学博士論文(2019年)など。

- (2) 本稿の内容については、2021年12月18日(土)、19日(日)の両日にオンラインで開催された「ポピュリズム憲法学と立憲主義に関する総合的研究」(科研費・基盤研究B: 代表・木下智史関西大学教授)第12回研究会において報告を行った。先立つ2021年4月27日(火)にも、やはりオンラインにて開催された「公益財団法人政治経済研究所・憲法研究室第3回プロジェクト研究会」(室長・根森健東亜大学大学院教授・新潟大学名誉教授)においても同様の機会を与えていただいている。いずれの研究会においても、参加された諸先生より数多くの貴重なご意見を賜ったことに篤く御礼申し上げる。もとより本稿の文責の一切が筆者にあることは言うまでもない。

- (3) バルキン教授自身による *Cycles* の要約は以下を参照。https://balkin.blogspot.com/2020/09/the-cycles-of-constitutional-time.html (2022年1月7日最終アクセス)

古代ローマや古代中国には歴史を循環的に捉えるものがあつたし、現代のアメリカの歴史家の中にも同様の見方をする者はいる。もとより、ここで憲法の歴史が循環するというのは、全く同じことが繰り返されるという意味ではない。政治の営みは、一定の制度的枠組みの中での人間の集団行動であるから厳密には予測不可能だが、それでも来る数十年を予測することは可能である。

合衆国史上、三つの循環が認識される。①政治体制の興隆と凋落 (the rise and fall of political regimes), ②分極化と脱分極化 (the cycle of polarization and depolarization), ③共和政体の衰退と刷新 (the decay and renewal of republican government) に関わる憲法腐敗と憲法刷新の循環 (the cycle of constitutional rot and constitutional renewal) である。これら三つの循環の起こるタイミングにはズレがあるものの、相互に作用しあつて、憲法期 (constitutional time) を生み出すことになる。

第2章 政治体制⁽⁴⁾の循環 (The Cycles of Regimes) (pp. 12-29)

現在はレーガン体制 (Regan regime) の末期である。レーガン体制には、1970年代最後から80年代初頭に、ニューディール／市民的権利体制 (New Deal/Civil Rights regime) から移行した。

アメリカ史上、政治体制の循環は6回あつた。すなわち①フェデラリスト体制 (1789-1800), ②ジェファソン体制 (1800-1828), ③ジャクソン体制 (1818-1860), ④共和党体制 (1860-1932), ⑤ニューディール／市民的権利体制 (1932-1980), ⑥レーガン (第二期共和党) 体制 (1980-?) である。

ニューディール／市民的権利体制は、民主党が支配政党、政府による規制と高い税率、社会保障制度の構築、労働組合の保護、市民的権利・自由革命が代表的な特徴であり、この時代はリベラリズムが基調をなしていた。ところが、1960年代になると、人種問題とベトナム戦争への評価によって、民主党が内部崩壊を起こし、南部の党员離れが進んだ。さらに70年代にはニューライトと保守派の社会運動が活発化し、対立政党である共和党が再興を果たす。80年のレーガン大統領誕生とともに、支配政党は共和党にとって代われ、レーガン体

(4) See Stephen Skowronek, *The Politics President Make: Leadership from John Adams to Bill Clinton* (1997); Stephen Skowronek, *Presidential Leadership in Political Time: Reprise and Reappraisal* (2nd. ed., 2011). アメリカの政治史は政党間対立を通じて支配体制が連続していくところに特徴があるとされる。

制が始まることになった。この新たな体制は、新自由主義、規制緩和、労働組合の衰退、富裕層への低税率などを特色とするものである。そしてレーガン体制のもとで共和党が右傾化を強めたことにより、政党間の分極化と相互不信が加速することになった。

2008年にオバマ大統領が就任しても体制は揺らぐことなく、むしろトランプ大統領はレーガン体制の末裔といえる。現に近年の選挙をみても州レベルでは共和党が磐石な基盤を築いている。もっとも、連邦レベルでは弱点を抱えている。①レーガン体制の当初の政策がアメリカの現在の政治経済状況に合わなくなってきた、②そうした政策が共和党の支持者層における富裕層と貧困者層の間に亀裂を生じさせている、③選挙資金制度改革が金権政治を悪化させた、④レーガン体制は伝統的な諸価値にコミットしてきたため、若年支持者層が薄くなりつつある、⑤分極化を推進することで支配的地位を保持しようという共和党の戦略は、一切の妥協を許さぬ硬直化した政治をもたらししてしまった、以上のような理由から⑥大統領選挙において一般投票で勝利できない共和党が、党派的ゲリマンダリングやマイノリティへの投票妨害を常用するようになってしまっている、そして⑦トランプ大統領の登場である。大統領には、旧体制を覆して新体制を樹立する再建型 (Reconstructive presidents)、体制を利用する同化型 (Affiliated presidents)、体制の支配政党とは対立する政党出身のため第三の道を模索する妥協型 (Pre-emptive presidents)、支配政党出身ではあるものの体制の末期に就任し、結果として弱体化を促進してしまう分裂型 (Disjunctive presidents) の四類型がある。トランプは新体制の始まりではなく旧体制の終わりを象徴する分裂型大統領なのである。

むろん、憲法体制の変遷を理解するためには、大統領以外にも、議会、裁判所、省庁、軍、政党、民間団体、市民といった多様な関係者、とりわけ支配政党を考慮しなければならない。

第3章 分極化の循環 (The Cycle of Polarization) (pp. 30-43)

アメリカの政治は政党間の分極化と脱分極化の繰り返しであった。ニューディール／市民的権利体制はほぼ脱分極化されていた時代といえる。だが、市民的権利改革は南部の白人が共和党に合流する結果をもたらし、人種と文化的争点をめぐって再び分極化の方向に舵が切られることになる。1990年代の共和党はこの分極化をより積極的に推進することで、大統領職だけでなく連邦議会や州政府をも牛耳ることに成功した。こうして共和党は極端に右傾化し、民主党

は南部の保守派が去ったことで若干だけ左傾化するという非対称の分極化 (asymmetric polarization) が生じた。南北戦争から今日に至るまでの時間軸で見ると、アメリカ政治は分極化に関して大きく一回りしている。すなわち、19世紀にひどい分極化があり、20世紀半ばまでに沈静化し、1970年代に再び分極化が起きた。

分極化の要因の中では収入格差が重要である。政治家はこの格差を利用することで分極化を悪化させ、悪化すると不平等の解消がますます遠のくという悪循環に陥る。かつて収入格差が酷かったのは金びか時代 (the Gilded Age) であった。政治家は富裕層向けの政策を行ない、憲法腐敗を誘発ないし併発した。この時代には移民の増加もまた収入格差の一因であった。しかしながら1910年代頃には分極化が収束し始める。南北戦争から時間が経つことで世代交代が進み、共和党、民主党とも支持者層が変化し、格差が目に見えなくなったことで改革の機運が高まり、第一次世界大戦の結果として移民が減少に転じたからである。現在の収入格差も金びか時代と同様に酷い水準である。2017年税制改革法が拍車をかける可能性のある一方、トランプ政権下では移民は減少傾向にあり、2020年のパンデミックでその傾向は強まるかもしれない。政党支持者層が変化するならば、分極化が緩和される可能性もないとはいえない。

第4章 憲法危機 (Constitutional Crisis) (pp. 38-43)

2020年初頭の時点で、少なくとも合衆国は憲法危機の状態にはなっていない。

憲法というのは、政治を可能にする装置であり、市民間の見解の不一致や権力闘争を暴力や内戦に至らないように法システムと政治手続きに落とし込むものである。したがって、①大統領が憲法に従わないことを公言するとき、②憲法が一義的な命令文書であると考え、全国民が皆それに盲目的に従うようなとき、③人々の間での憲法解釈があまりに違うことで、憲法の歯止めを踏み越えて直接行動に走るようなとき、これらの場合には憲法危機に陥ることになる。アメリカの歴史には政治危機の例は幾らでもあるが、憲法危機は、三つの場合のどれも稀である。トランプ大統領がジェイムズ・コミーFBI長官やロバート・マラー特別検察官を解任しようが、依然として憲法プロセスの枠内にとどまっている以上、憲法危機ではない。

第 5 章 憲法腐敗と憲法刷新の循環 (The Cycles of Constitutional Rot and Renewal) (pp. 44-65)

むしろ現在は憲法腐敗の時期なのである。

憲法システムはデモクラシーと共和政 (republic) の二つの特徴を備えたものである。それゆえに、人民の意思や世論への応答性が弱まるならば民主的ではなくなり、代表者等の公共善への献身の程度が弱まるならば共和的ではなくなる。これが憲法腐敗である。むろん憲法腐敗というのは相対的な概念、程度の問題である。注目すべき憲法腐敗の時期は、1850年代の奴隷制の時代、金ぴか時代、そして現在、第二期金ぴか時代の三つである。

憲法腐敗には三つの側面がある。①もともと不完全な憲法体制が、さらに一層後退するものだということ、②人々が公共善を追求することを可能にする、相互抑制と公正な政治闘争という政治規範が、徐々に掘り崩されてゆくということ、③共和政が上手く機能するために不可欠な信頼というものが、この信頼は、市民間における信頼であり、市民と公職者の間での信頼であり、政党間での信頼でもあるが、そうした信頼関係が徐々に失われていくということである。

合衆国憲法起草者たちは共和政体が腐敗を免れないことを熟知していたからこそ、憲法腐敗を抑止し、憲法刷新が継続的に起こるような、循環を可能にする仕組みとして、統治構造を創意工夫した。連邦制、権力分立、抑制と均衡、司法府の独立、立法府と執行府の公職者の異なる選挙日程などは、憲法腐敗の危険の防止策でもある。憲法は共和政体のための保険なのだ。

現在の憲法腐敗の背景としては、政党システムの緩やかな瓦解、選挙資金制度の変化と金権政治、さらに分極化と政治不信を増長させてきたマスメディアの問題もあろう。一般化すれば、①政治の分極化、②経済格差の拡大、③信頼の喪失、④政策の失敗の四要因 (黙示録の四騎士) である。

憲法腐敗は政府に対する信頼を失わせ、デマゴーグにつけ入る隙を与えてしまう。デマゴーグは憲法腐敗を利用して政治権力を奪取する。トランプ大統領こそはまさしくこのデマゴーグであり、憲法腐敗の原因ではなく、その兆候なのだ。しかも彼は新たなメディアを駆使する21世紀的デマゴーグでもある。民主的な共和政体は、真理というものへの共通のコミットメントがなければ維持され得ないが、トランプ大統領は意図的にそれを攻撃し、破壊してしまった。私利私欲のために権力や外交政策が利用され、憲法腐敗は悪化の一途を辿っている。

しかしながら、現在の状況は1870年代半から20世紀初頭までの金びか時代によく似ている。そしてこの時代は大規模改革が実現する革新主義時代にとって代われ、最終的にニューディールへと至ることになった。つまり憲法腐敗は、分極化と同様、どこかで限界が来る。今の第二期金びか時代も第二期革新主義時代の夜明け前かもしれない。

第二部 司法審査の循環 (The Cycles of Judicial Review)

第6章 憲法期の循環における司法審査 (Judicial Review in the Cycles of Constitutional Time) (pp. 69-80)

政治体制の循環は連邦司法府にどのような影響を及ぼすのか。答えは、二つの対立する政党の態度は鏡像関係として現れるということである。新たな政治体制が発足した当初は、支配政党は保守的な司法府に懐疑的であり、政治部門への敬讓と司法府の自己抑制を要求するが、体制が固まるにつれて、今度は司法府の積極的な関与を求めるようになる。他方、対立政党(=旧支配政党)は、当初は旧体制の生き残りの司法府に頼るものの、徐々に不信感を募らせ、最後には自己抑制を求めるようになる。

分極化と脱分極化の循環はどのような影響を及ぼすのか。答えは、脱分極化の場面では、政治的エリートは司法府にも一定の仕事を好きにさせるが、分極化が進行している場面では、対立が熾烈なため、司法府はその対立に引きずられることになる。もっとも政治決着の難しさゆえに司法決着が代替することもある。

憲法腐敗と憲法刷新の循環はどのような影響を及ぼすのか。答えは、憲法腐敗が悪化するときは分極化が同時に発生していることが殆どであるから、司法府はそれに加担することが多い。つまり司法府は憲法腐敗の解決策ではなく問題そのものの一部となる。

議論の前提として以下の三点に留意する必要がある。

一点目は、連邦の裁判官は終身制であるがゆえに、司法期(judicial time)と政治期には自ずと時間的なズレが生じるということである。

二点目は、司法審査はときに立法府の決定を違憲無効にするものであるが、政治家の側には、種々の理由から、司法審査制度を撤廃するよりは維持・存続させたほうがよいとの計算があるということである。たとえば、①連邦制の下で連邦と州の紛争を裁定すること、②司法審査が政治の最低限のルールを規律すること、③党を分裂させかねない争点を司法府に委ねること、④自らの立法

行為にお墨付きを得ること, ⑤対立政党側の立法を違憲無効にすること, ⑥連邦法と州法の抵触関係の解消, ⑦法解釈を通じて政党の政策を推進すること, などである。

三点目として党派的な任命戦略 (strategy of partisan entrenchment) というものがある。政治家の側からすれば, 政策の合憲性, とりわけ連邦レベルでの憲法政策の保証, 万一野党に転落した場合に自分たちの代弁者を務めてくれるという期待, 正式の憲法修正手続きに拠らない「憲法改正」の実現, といった利点がある。党派的任命戦略は合衆国最高裁の裁判官の顔ぶれや特定の判決の帰趨に影響を及ぼすだけでなく, 憲法論議が行われる場全体の環境に作用するのである。

第 7 章 政治体制の興隆と凋落はどのように司法審査に影響するか (pp. 81-96) (How the Rise and Fall of Regimes Affects Judicial Review)

この100年ちょっとの間に, リベラル派と保守派は司法審査への評価が二度入れ替わった。主たる要因は, 党派的任命戦略と, それに伴う合衆国最高裁自身のアジェンダ変更に他ならない。

第 8 章 政治体制循環における憲法理論の役割 (pp. 97-111) (The Role of Constitutional Theory in the Cycle of Regimes)

憲法理論もまた政治体制の循環に連動している。20世紀初めに登場した「生ける憲法論」は, もとは当時の「共和党体制」にあつて, リベラル派が, ロックナー・コートに対して, 司法の自己抑制と多数決主義を説く懐疑論であつた。それが1960年代, 70年代には司法審査の一般的正当化理論となり, 強力な司法審査の必要性を肯定するものへと変化した。他方, 「原意主義」もまた, 初期型は, 保守派が, 積極主義の司法府のことを, 司法の自己抑制と多数決主義の観点から批判するものであつた。ところが1990年代に政治状況が変わり, 合衆国最高裁もまた保守派が多数を占めるようになると, 同じ保守派の権利や価値を守るための積極主義に転じ, そうした姿勢を正当化する理論として用いられるようになった。そして現在, リベラル派は, 「レーガン体制」での保守的な判決を目の当たりにして, 再び司法審査懐疑論に戻っている。

第9章 分極化と脱分極化は司法審査にどのように作用するか (pp. 112-134) (How Cycles of Polarization and Depolarization Shape the Exercise of Judicial Review)

この作用は四点にまとめることができる。①司法審査に対する政治側の支持者層が変わること、②司法審査の正当化理由の一角が崩れること、③分極化が進むと裁判官任命をめぐる闘争が激化すること、それに関連して④政党間で憲法上の強行姿勢 (constitutional hardball) が目立つようになること、である。

ロバート・ダール教授の、合衆国最高裁は全国民の多数派に親和的な機関 (a majoritarian institution) という古典的な仮説がある⁽⁵⁾。政党が脱分極化された時代にあっては、いずれの政党の所属議員から見ても、司法審査は、政治の憲法ルールを確定する役割にとどまり、連邦レベルでのエリート間のコンセンサスと抵触するような地方・地域を規律してくれるものであり、政党内部を分断しかねない厄介な争点を判断してくれるもの、として有益な制度である。このような政治家の側の支持は、合衆国最高裁裁判官も政治家と同じ法・政治世界のエリート出身者として互いに多くの共通基盤があるという背景事情による。

ところが、レーガン体制下の「非対称的分極化」では、共和党がメインストリームのリベラルな機関に対抗すべくメディア (Fox News 等) やシンクタンク (Heritage Foundation 等)、人的ネットワーク (Federalist Society 等) を創設したため、エリートの輩出母体も分裂することになった。かくして分極化された世界においては、どのような場合にデモクラシー維持のため司法が介入すべきなのか、そもそも誰が保護すべきマイノリティなのか、政治の基本ルールについてのエリート間の合意が消滅し、支配政党は司法府が自分達の政治的価値と一致するような判決を下すことを重視するようになる。分極化により政党内部の結束は固くなる一方、立法による政策実現は困難となるため、司法府が時の反対政党に対して決定的な拒否権を有するのである。こうして裁判官は政治プロセスのアンパイアではなく政策遂行の前衛 (policy vanguard) となる。

それゆえに、分極化は各政党の裁判官任命戦略に多大な影響を及ぼす。党派の任命戦略により予測可能性が保証されるからである。しかも分極化が非対称であるがゆえに、民主党よりも共和党がこの戦略に強く傾倒する。レーガン体

(5) See Robert Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, 6 J. Pub. L. 279 (1957).

制のもと、とりわけジョージ・W・ブッシュ政権以降は司法府をめぐる憲法上の強行姿勢が露骨になっている。

第10章 憲法腐敗時における法 (Law in the Time of Constitutional Rot) (pp. 135-147)

合衆国最高裁は、①憲法腐敗が現れつつある時に防波堤となり得るか、さらに②憲法腐敗が定着した時に対抗勢力となり得るか、そして③憲法腐敗が進行した時に、死のスパイラルから助け出し、刷新のために役立つか。憲法腐敗が政党の高度の分極化と同時に生じている場合には、全ての問いの答えは否である。過去の憲法腐敗の時期、すなわち南北戦争前の奴隷制時代、金びか時代の経験がそのことを証明している。

高度の分極化と憲法腐敗のもとでは、支配政党が政治の基本線を設定し、同じエリート集団の中から党派的に任命された連邦の裁判官たちは、そうした政策を容認し支持するものである。憲法腐敗の一要因である経済格差についても、裁判官たちは格差是正立法を違憲無効にすることで、格差の拡大に加担してしまうことだってあり得る。政治の手詰まり状態で裁判所が前衛機関へと成り下がると、法と政治の境界線が曖昧化し、政治家と裁判官への人々の不信感が増大する。政治家は裁判所を囲い込むために任命に際して一層の強行姿勢に走り、さらに分極化が進行してしまう。まさに悪循環である。

憲法腐敗の時期にあつては、カロリーヌ・プロダクツ判決理論⁽⁶⁾の説得力は弱まる。なぜならば、第一に、エリートの間で理論の前提について不一致があるからであり、第二に、レーガン体制下では保守派の裁判官たちは、アファーマティブ・アクションの事案に典型的なように、司法の介入に次第に懐疑的になっていたからであり、第三に、現に裁判所が無為無策となる「カロリーヌ・プロダクツ判決の逆」効果 (“reverse-Carolene Products” effect) すら見られるからである。合衆国最高裁判事が熟練した法の専門家であるとしても、それが憲法腐敗の進行を止める役に立たないことは、トランプ政権時代の保守派裁判官の振る舞いを見れば明らかである。スティール・シザー・ケース (1952年)⁽⁷⁾や合衆国対ニクソン判決 (1974年)⁽⁸⁾は、脱分極化時代の例外であって、

(6) See *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938). この判決の脚注4に起源をもつとされる二重の基準論であり、司法審査は民主的政治プロセスと少数派集団を保護するために行使されるべきであるというものである。

慰めにはならない。要するに、司法審査は、政治システムが上手く機能している時はともかく、機能不全に陥っている時には頼りにならないのである。

第11章 司法政治と司法改革 (Judicial Politics and Judicial Reform) (pp. 148-156)

司法期と政治期との間には時間的なズレがあることから、レーガン体制末期の現在に至って合衆国最高裁は分極化の頂点に達したといえる。新たな保守派裁判官の年齢層を考えれば、新体制に移行したとしても、また国全体が脱分極化の方向に進んだとしても、合衆国最高裁自体が脱分極化するには長い年月がかかるであろう。党派的に任命された保守派の合衆国最高裁裁判官は支配政党の言いなりで、民主党のリベラル派がこれを批判すればするほど、人々の裁判所への信頼という最も価値あるものが損なわれてゆくことになる。歴史の教訓は明らかである。憲法腐敗が進行し、政治が高度に分極化している時には連邦司法府は憲法刷新の役には立たない、我々を救い出してくれるのはただ人々の主体的政治行動のみである。もっとも、これも歴史をみれば、共和党、民主党とも、支配政党となった場合には、連邦司法府を牛耳るやいなや司法抑制論の看板を下ろしてきた。それゆえに連邦司法府は強大化してきたのである。

それでも憲法腐敗と分極化の悪循環から生じる任命手続きの熾烈化を軽減するため、司法改革は必要であろう。具体的には、①定期的な(二年毎の)最高裁判事の任命手続法の導入、②任命年月日の新しい順の最高裁判事で審理を行うという実質的定年制の導入、③上訴受理権限の制限により最高裁の処理する事件数を増やすこと、④これらの法制度改革については超党派による活発な審議を見込んでサンライズ法とすること、である。実現すれば、連邦議会からの政治的圧力を緩和し、イデオロギー対立を超えて全員一致の判決を出すようなインセンティブを生み出す可能性がある。

こうした改革は憲法腐敗対策の一環ではあるが、政治システムや経済格差の是正といったものに比べれば優先順位は劣る。連邦司法府の最も有効な治療法は、政治の脱分極化なのである。

(7) Youngstown Sheet & Tube Company v. Sawyer, 343 U.S. 579 (1952).

(8) United States v. Nixon, 418 U.S. 683 (1974).

第三部 結論 (Conclusion)

第12章 次のサイクルへ (The Turn of the Cycles) (pp. 159-174)

将来を展望するにあたっては、分極化による政治の機能不全は最終的にどのような形で改善に向かう可能性があるか、これほどに進行した憲法腐敗がどのような形で終焉を迎える可能性があるのか、が課題となる。いずれについても、留保付きながら楽観している (guardedly optimistic)。

分極化が政党の分裂 (disjunction) をもたらしることがあり得るのか。一般論として、政党は、従来の支持者への訴求力を失い、次世代の若者を取り込めなくなると、分裂する。実際に共和党は、大卒の教養層と専門家による党離れが緩やかに進行しており、また若年層の支持率が民主党に比べると低いというデータもある。とすれば、ほどなく民主党が新たな多数派を形成することになる。

これから数十年の政治にとって決定的なのは、主要二大政党の再編成 (reconfiguration) が起こることだ。共和党と民主党のいずれも、ニューディール／市民的権利体制であった1970年代と比べて大きく変質している。民主党は、レーガン体制の下で組合が弱体化したことで、新たに幅広い支持者層 (教育水準の高いコスモポリタン、女性、マイノリティ、白人労働者階級、ネオリベラルの大企業など) を獲得しようとしてきた。対して、共和党もまた、企業、福音派キリスト教徒、保守的白人労働者階級へとウイングを広げた。21世紀初頭においてもまだ確かに、民主党は経済的リベラル、共和党は経済的保守というブランドは残っているものの、両党は再び、今度はアイデンティティ (人種、エスニシティ、宗教、社会リベラリズムなど) の争点で衝突し、各党は内部に階級と経済格差問題での分断を抱えることになった。これは今後起こり得る変革の限界を示しつつも、脱分極化へと至るための萌芽とみることができるのではないか。

政治が分極化を脱すれば憲法腐敗は終わる。歴史を振り返れば、二つの道筋があり得る。第一は、一党が覇権を握り強引に改革を推し進めるものであるが、今日的にみて現実味はなさそうである。第二は、国民が憲法腐敗の酷さに嫌気がさし、両党に改革の機運が高まるというものである。金びか時代と革新主義時代の到来が恰好の先例であり、状況は近似している。それゆえに現在は第二期金びか時代なのである。

この40年の間、政治は人種と文化戦争を軸に展開されてきたし、両党はアイデンティティに沿って組織化を行ってきた。その結果、両党とも内部に、実業

界の利益を代表するコスモポリタン／新自由主義一派と、労働者階級のためのポピュリストの一派の双方を抱え込むことになってしまっている。この事態が、争点によっては、共和党と民主党のコスモポリタン／新自由主義一派、同様にポピュリストの一派が共闘関係を結ぶ可能性を示唆しているはずである。予想では、民主党のポピュリストの一派が主導することで、新たな体制では民主党が支配政党になる。長く険しい道には違いないが、憲法期はゆっくりとではあるが次の周期に入りつつあるし、政治も再-形成 (re-forming) されつつあるのだ。

II. アメリカの学界における *Cycles* の評価

まずは手がかりとして、アメリカにおいて、特に専門家の間で本書がどのように読まれたのかを瞥見する。*Cycles* に関しては、少なくとも二つのシンポジウムが開催済みである。いずれのシンポジウムにおいてもバルキン教授は報告を行なっている。以下では、後にロー・レビューに掲載されたバルキン教授およびシンポジウム参加者の寄稿論文を素材に、*Cycles* への専門家による評価を確認しておきたい。

1. シンポジウム『新たな希望？ジャック・バルキン著『憲法期循環論』における憲法、政治、分極化に関する学際的考察』⁽⁹⁾ (以下、シンポジウム①と略記する)

一つ目は、ミズーリ大学法科大学院において、2020年11月12日、13日という大統領選挙の直後にオンラインで開催されたものである。「憲法のデザイン」、「憲法史」、「憲法政治」の三つの部会が用意され、最後にバルキン教授が総括報告を行うという内容であった⁽¹⁰⁾。

シンポジウム全体を通じて参加者が共有していた問いは二つ、①憲法腐敗の原因としてバルキン教授が見落としたものがあるとすればそれは何か、②アメリカにおけるデモクラシーの将来に対するバルキン教授の楽観主義は正しいと

(9) Paul Litton, *Symposium : A New Hope? An Interdisciplinary Reflection on the Constitution, Politics, and Polarization in Jack Balkin's "The Cycles of Constitutional Time,"* 86 Mo. L. Rev. 433 (2021).

(10) See <https://law.missouri.edu/faculty/symposia/2020-missouri-law-review-symposium/> (2022年1月7日最終アクセス)

いえるか、である⁽¹¹⁾。このシンポジウムでは、タイトルにも象徴的に表れているように、トランプ政権後に何とか明るい「希望」を見出したいという点においては、ほぼ全ての参加者が同じ思いであったように見受けられる。⁽¹²⁾については共感するものの、⁽¹⁾の点に関しては辛口の評価が大半を占めた。

「憲法のデザイン」部会のメインスピーカーであったサンフォード・レヴィンソン教授⁽¹²⁾は、かねてよりの持論に基づき、悲観的な評価を下している⁽¹³⁾。すなわち、制憲者らは1787年の段階でデモクラシーや共和政とは究極的には相容れない、寡頭制を指向するような国を作ってしまったのであるから、憲法腐敗はいわば常態であって、その根本のところを変えない限り、希望は持てないのだと。

「憲法史」部会では、バルキンの循環史観に対して異議が唱えられた。たとえば、政治ないし憲法体制は循環するのではなく、南北戦争や二度の世界大戦、大恐慌といった大混乱 (major disruptions) が憲法刷新の促進剤となっただけではないか⁽¹⁴⁾。あるいはまた、アメリカの245年の歴史はあまりにもめまぐるしい変化の連続で、国は次々と変貌を遂げてきたのであり、人口構成、文化、経済等々、時代によって全く違う国といってよいほどである、歴史の展開は偶然の要素によるところが大きく、循環というよりむしろ単線的ではないか⁽¹⁵⁾、といったものである。

「憲法政治」部会においては、憲法腐敗に関するバルキン教授の認識の甘さが指摘された。憲法腐敗を悪化させた戦犯は連邦裁判所、とりわけ合衆国最高裁ではないか、連邦議会における党派的分断の結果、最高裁の存在感が相対的に増し、議会は判決に的確に反応できなくなっている、今こそ抜本的な改革が必要ではないか⁽¹⁶⁾、という具合である。また、憲法腐敗よりもむしろデモク

(11) *Supra* note 9, at 439.

(12) Sanford Levinson は W. St. John Garwood and W. St. John Garwood, Jr. Centennial Chair in Law, University of Texas Law School. バルキン教授との共著論文の多い旧友でもある。

(13) Sanford Levinson, *Cock-eyed Optimist Meets Chicken Little : Jack Balkin on the American Future*, 86 Mo. L. Rev. 555 (2021).

(14) Jonathan Gienapp, *Democratic Culture and Democratic Shocks : The Limits of Constitutional Cycles*, 86 Mo. L. Rev. 501 (2021).

(15) Frank O. Bowman, III, *Some Linear Thoughts on a Cyclical Vision*, 86 Mo. L. Rev. 483 (2021).

(16) Amanda Hollis-Brusky, *Exhuming Brutus : Constitutional Rot and Cyclical*

ラシーを担う市民の激減によるデモクラシー腐敗が生じているのではないか⁽¹⁷⁾、さらにまた、現在は事実や真実に対する信念といった共通の基盤、共通理解が喪失した前例のない状況であり、それゆえに憲法腐敗が加速しているのではないか⁽¹⁸⁾、という批判も当てはまる。

Cycles の弱点を最も鋭く突いたのはリン・ミエ・イタガキ准教授かもしれない。彼女は、過去の脱分極化と憲法刷新という歴史的な妥協も、白人富裕層のエリートが人種的マイノリティを犠牲にすることで実現できたものではないかと追及する⁽¹⁹⁾。確かに *Cycles* では人種の観点が希薄であった。それゆえに、この批判は総括報告においてバルキン教授の応答を引き出すことになった。バルキン教授は、人種問題もまた循環の要因の一つであることは間違いないとして、六つの体制ごとに人種問題との関係を辿ってみせている⁽²⁰⁾。

筆者自身が問題意識を共有したのは、サミュエル・モイン教授の批評⁽²¹⁾である。*Cycles* は政治体制循環論、分極化／脱分極化と憲法腐敗／憲法刷新、司法審査論という三冊の本を強引に一冊にまとめた印象である。政治体制の循環は確かに説明されているが、分極化／脱分極化、憲法腐敗／憲法刷新は循環ではなく二つの間を行ったり来たりする (oscillation) だけのことで、ましてこれら三つの現象の相関性についての説明は不十分である。また前近代的な循環史観をとりながら、歴史は人為的な産物であるという近代的な主張をしている点にも疑問がある。因果法則のくびきを逃れることにこそ自由というものはあるはずだ。何より、*Cycles* における司法審査論は、規範的司法審査論を記述的循環論と接合するもので無理があるのではないか。さらに、ある意味で裁判所の力を削ぐための具体的な司法改革の提言をしながら、その裁判所に一定の役割を期待するというのも整合しない。つまり *Cycles* にはバルキン教授の黙示の規範的前提があるということである。

Calls for Court Reform, 86 Mo. L. Rev. 517 (2021).

(17) See *supra* note 15.

(18) See *supra* note 16.

(19) Lynn Mie Itagaki, *Compromising Trust*, 86 Mo L. Rev. 541 (2021).

(20) Jack M. Balkin, *Race and the Cycles of Constitutional Time*, 86 Mo. L. Rev. 443 (2021).

(21) Samuel Moyn, *The Myth of Eternal Return and the Politics of Judicial Review*, 86 Mo. L. Rev. 571 (2021).

2. シンポジウム「ジャック・バルキン著『憲法期循環論』」⁽²²⁾ (以下、シンポジウム②と略記する)

二つ目は、ボストン大学法科大学院において、2021年2月25日にやはりオンラインで開催されたものである⁽²³⁾。こちらでは、バルキン教授が冒頭に基調報告を行っており、*Cycles* 出版後のアメリカの政治情勢を踏まえつつ、*Cycles* の意義と将来の見通しについて論じている。*Cycles* の補遺的な意味合いもあることから、概要を紹介しておきたい。

(1) バルキン教授基調報告論文⁽²⁴⁾ (以下、②論文と略記する)

序 (pp. 1726-34)

2021年時点でアメリカは深刻な政治危機に直面している (p. 1730)。既に不完全なデモクラシーとなっており、このままではソフトな権威主義体制へと移行する可能性すらある。だがその反対にチャンスだとみることもできよう。デマゴグは排除されデモクラシーの刷新、第二の革新主義時代＝第三の再建期の到来である。このような時代にいかなる類の憲法理論が適切なのか。従来のようなテキスト解釈や合衆国最高裁の法理にばかり着目するだけでよいのか。*Cycles* では議論設定を変更しようとしたのである。アメリカの憲法理論は課題として新たに四つを追加する必要がある。第一に「憲法診断」(constitutional diagnosis) (憲法システムの欠陥は何であり機能不全の理由は何か)、第二に「憲法修復」(constitutional repair) (短期期にどのようにして被害から回復するか)、第三に「憲法改革」(constitutional reform) (長期的に立憲デモクラシー強化のために何を行うか)、第四に「憲法維持」(constitutional maintenance) (立憲デモクラシー維持のためにいかなる制度補強をするか) (pp. 1730-31)。 *Cycles* と本稿は主として「憲法診断」に該当し、レヴィンソン教授との共著 *Democracy and Dysfunction*⁽²⁵⁾ は「憲法修復」および「憲法改革」を扱ったものである (p. 1731)。

(22) A Symposium on Jack M. Balkin's *The Cycles of Constitutional Time*, 101 B. U. L. Rev. 1723 (2021).

(23) See <https://www.bu.edu/law/2021/01/15/the-cycles-of-constitutional-time/> (2022年1月7日最終アクセス)

(24) Jack M. Balkin, *How to Do Constitutional Theory While Your House Burns Down*, 101 B. U. L. Rev. 1723 (2021).

(25) Sanford Levinson & Jack M. Balkin, *Democracy and Dysfunction* (2019).

第1章 (pp. 1734-43)

過去数十年に出現した新たな争点により、2020年大統領選挙よりも前から、法学者の関心や研究傾向は政治学者に近づいてきていた。だが事情はもう少し複雑である (p. 1734)。憲法理論の視座転換が求められる理由の第一は、政治の分極化、就中、法律専門家の間での分極化である。もはや、かつて存在した共通の基盤は失われてしまった (pp. 1734-37)。第二は、長らく司法審査及び憲法解釈理論の基本前提であったニューディール・セツルメントの破綻である。これはデモクラシーを保護すること自体に合意があり、政治プロセスの公正さと経済問題を切り離すことができる限りにおいて成り立ち得る前提だった (pp. 1737-40)。第三は、政治システムの機能不全が加速したことである。最大の要因は政治の分極化とインターネット、ソーシャルメディアの隆盛であろう。だが政治制度や憲法典にも問題がないとはいえない (pp. 1741-42)。そして第四はトランプの大統領就任である (pp. 1742-43)。

第2章 (pp. 1743-45)

Cycles は憲法理論におけるこうした視座転換への一つの貢献と位置付けられる。憲法統治の実態分析のためには憲法システムを全体として捉えなければならない (p. 1743)。その場合には、連邦制や権力分立、選挙制度、司法審査制度に、新たに、政党、政治体制、時間軸 (generational change) も加えるべきである (p. 1744)。

第3章 (pp. 1745-58)

憲法体制は憲法構造と政治主体 (political agency) の持続的相互作用によって生み出されるものであり、その時々憲法実践を写し出したものである。*Cycles* ではこれを循環として捉えた (pp. 1745-46)。

第一の循環パターンである政治体制に関して、憲法構造はどのように政治主体に影響を及ぼすか。アメリカの場合、小選挙区制、大統領制、選挙時期のズレの三つが特徴である。これらの結果、一つの政党が連邦政府を独占し、かつ相当程度の期間に渡ってその地位を保持するのは甚だ難しい。見方を変えれば、政治変革は滞りがちになり、まして大変革は困難だということでもある (pp. 1746-47)。もっとも、独占が実現すると、その地位は容易に脅かされないということにもなる (p. 1748)。

第二のパターンである分極化／脱分極化に関して、アメリカの二大政党制は南

北戦争の産物であり、金ぴか時代までは分極化が続き、革新主義の時代に脱分極化がみられ、ニューディール期には沈静化し、1965年投票権法の辺りが底であったが、1960年代に文化戦争が始まると70年代、80年代に徐々に分極化が進行、90年代半ばには顕著となり、2000年代に入り悪化して、現在は耐え難いレベルに達している。こうした循環は、制度的には小選挙区制と二大政党制に起因するものといえよう (pp. 1750-53)。

第三のパタンである憲法腐敗／憲法刷新に関して、分極化が腐敗の病源ではあるものの、第一、第二の循環と交錯する形で現れることになる (p. 1756)。この循環も憲法構造によって生み出されるが、権力は腐敗する式の政治法則の話ではない。むしろアメリカ憲法システムの持続性の指標 (an index of the durability) と理解すべきである。長続きするということは、相応の対価を払わなければならないということなのだ (p. 1757)。

第4章 (pp. 1758-67)

Cycles では、合衆国は憲法における重大な分岐点にあると診断された。けれども、深刻な分極化と相互不信の状況では直近二回の移行期 (1930年代と1980年代) とは違う現れ方をするはずである (p. 1758)。

では新体制の兆しはあるか。2020年大統領選挙はレーガン体制に引導を渡すものではなかった。コロナウイルス・パンデミックと経済の悪化が民主党に新体制を作り出す機会をкаろうじて与えたにすぎない (p. 1762)。

敢えて述べるならば、民主党は真っ先に上院における議事妨害法の改正を行い、その上で、重点政策を、アイデンティティをめぐる争点から経済・社会福祉問題へと移して、有権者育成立法 (ある種の社会福祉立法) と政治再生立法 (広い意味での選挙制度改革立法) の二つの実現を目指すべきであろう (pp. 1763-67)。

結論 (pp. 1767-70)

先行きについては三つのシナリオがあり得る。第一と第二は *Cycles* で述べたように、新たな政治／憲法体制への移行に成功すること、もしくはトランプ主義の復権である。2021年1月6日事件がむしろ第二の可能性を増すことになったのは皮肉という他ない (pp. 1767-68)。第三のシナリオは現在のゴリ押し政治、政治の機能不全が、さらに悪化しつつ当面は続くというものである。*Cycles* のときと同じく、プロの楽観主義者 (a professional optimist) としては、

第一のシナリオであって欲しいが、保証は全くない。ただいえることは、政治システムは目まぐるしく日々変貌を遂げているということであり、合衆国憲法の未来はアメリカの人々の主体的な政治行動にかかっているということである(pp. 1769-70)。

(2) シンポジウム②参加者による *Cycles* 評価

シンポジウム②では、各参加者が自らの専門的研究関心に基づき相対的に自由な評価を行なっているという印象がある。結果としてシンポジウム①ではほぼ皆無であった肯定的なコメントも散見された。

先に否定的なものからみてゆくと、司法審査論の文脈でバルキン教授が崩壊の危機にあるとしたカロリーヌ判決によるニューディール・セツルメントというのは、実は循環の結果なのではなく、むしろ現在に至る循環を作り出した原因に他ならないとして、循環の実相に疑義を呈するもの⁽²⁶⁾、あるいは、バルキン教授が循環を生み出す要因とみる憲法構造と政治主体に関して、アメリカにおいては大統領が他部門に比して不釣り合いなほどに大きく危険な権力を有しているはずだが、*Cycles* では周縁化されてしまったきらいがあるとするもの⁽²⁷⁾、さらに根本的な批判としては、バルキン教授が所与のものとして温存しようとした、市民と代表者が協働で追求める「デモクラシーと共和政」それ自体が、今日のアメリカでは存続し難いものとなっているのではないか、モンテスキューが共和政体に不可欠なものと考えた、ある種の「同質性」(homogeneity)は損なわれ、さらに何が「共通善」であるかについても共通理解はなくなってしまった、国家の存続を真剣に考えるならば、むしろサイズダウンを図るべきかもしれない⁽²⁸⁾、といった見解が示されている。

他方で、バルキン教授の「憲法診断」それ自体は肯定的に受け止めつつも、議論の不足部分を補おうとするものや、または別な側面から議論をさらに一步推し進めようとするものがあった。たとえば、前者に分類できるものとして、バルキン教授の循環史観が、合衆国憲法の文脈でのみ成立する、特殊アメリカ

(26) Laura Weinrib, *Breaking the Cycle : Rot and Recrudescence in American Constitutional History*, 101 B. U. L. Rev. 1857 (2021).

(27) Robertt L. Tsai, *The Place of the Presidency in Historical Time*, 101 B. U. L. Rev. 1831 (2021).

(28) Gary Lawson, *What Is "United" About the United States?*, 101 B. U. L. Rev. 1793 (2021).

的な議論であって、諸外国のような一般に短命に終わる憲法体制ではそもそも循環を観念することすら難しい、では合衆国憲法がなぜ長命かといえば、それは持続性 (endurance)、非道徳性 (amorality)、崇敬 (veneration) という三つの特性を兼ね備えているからである、すなわち事実として長続きしていること、一定の道徳的価値に立脚するものではないこと、そして人々が尊重する対象となり得ていること、これらがバルキン教授の憲法期循環論の暗黙の前提となっているはずだ、とするものがある⁽²⁹⁾。後者としては、憲法腐敗を脱却するためには市民育成教育 (civic education) が必要であり、子どものうちから正負両面の歴史を学び、再帰的愛国心 (reflective patriotism) を養うべきであり、そうすればデモクラシーの参加者としての自覚を持つようになるだろう⁽³⁰⁾、という建設的意見もみられた。

Ⅲ. *Cycles* の暫定的な評価

1. 循環史観

バルキン教授は本当に循環史観に立っているのであろうか⁽³¹⁾。分極化と脱分極化、憲法腐敗と憲法刷新については、循環というよりはどちらか一方の状態、しかも程度問題であり、いずれかの状態を行ったり来たりすることを循環 (cycles) と言ってよいのかどうかは疑問である。彼の議論は、三つの「循環」の組み合わせでその時々の憲法状況を「診断」できるというだけではないのか。まして、これら三つの相互関係性については、分極化と憲法腐敗の親和性は詳細に論じられているものの、またその裏面として、脱分極化と憲法刷新もまた歩を同じくするであろうことも理解できるが、それらと政治体制循環の結びつきはコンティンジェントなものでしかない。バルキン教授が現在は第二期金ぴか時代であり、だからこそ、第一期と同様これから状況は好転すると述べた

(29) Richard Albert, *A Theory of "American" Constitutional Time*, 101 B. U. L. Rev. 1807 (2021).

(30) Linda C. McClain & James E. Fleming, *Civic Education in Circumstances of Constitutional Rot and Strong Polarization*, 101 B. U. L. Rev. 1771 (2021). バルキン教授はこの主張を「憲法維持」の課題を論ずるものだと評している。See *supra* note 24, at 1732.

(31) この点はシンポジウム①においてモイソ教授も指摘していたところである。本稿第Ⅱ部第1章321頁参照のこと。

ところで、同じ例が以前に一度あったというのにとどまる。

Cycles における「循環」の掴みどころのなさは、「憲法期」という概念が曖昧であることにも表れている。同書では註において、「立憲デモクラシーの将来に影響を与えるような、複数の循環する変化が、相互に作用する」⁽³²⁾ 時期、とあっさり定義されるのみである。この定義を文字通り受け取るなら、いつでも「憲法期」とさえ言い得るだろう。

そう考えると、問題は、なぜバルキン教授が循環史観を唱えなければならなかったのか、ということになる。

2. 楽観主義

出版後さほど間をおかずして *Cycles* が二つのシンポジウムで検討対象となったのは、2020年大統領選挙の直前という時宜にかなった出版時期のせいもあっただろうが、何よりもバルキン教授が楽観的な見通しを語っていたからであろう。リベラル派の憲法研究者にとっては希望の書だと受け止められたとしてもおかしくはない。

では *Cycles* の予言は当たったのか。 *Cycles* には次のような一節がある。「たとえばトランプ大統領が2020年の選挙で敗北するか、あるいは弾劾裁判で有罪となり解職されたとして、それでもホワイトハウスを去るのを拒んで軍隊に自らを保護するように要請する場合など」⁽³³⁾ は「憲法危機」にあたる。この記述は2020年9月出版の時点でアメリカは「憲法腐敗」の状態であるが「憲法危機」には至っていないという部分に登場する。けれども大統領選挙後トランプ大統領による不正選挙のキャンペーンが日に日に勢いを増し、2021年1月には連邦議会議事堂襲撃事件へと繋がっていったことは、周知の事実である。もっとも、予言ということでは、その前に、ジョー・バイデン第46代合衆国大統領が誕生したことを指摘しなければ不公平であろう。予言通り、民主党が政権を奪還したのである。けれども、大統領選挙の勝利は特殊な要因に基づく偶発的なものだったのであって、必ずしも政治体制の変更までは意味しない⁽³⁴⁾。重要なのは、バイデン大統領が真に「再建型」の大統領になれるかどうかであり、別の角度からいえば、トランピズムが一過性のものだったといえるのかどうかであろう。②論文では、将来のシナリオとして *Cycles* での二つに、悲観的な

(32) *Cycles* at 178 note15.

(33) *Ibid.* at 42.

(34) 本稿第Ⅱ部第2章第1節324頁。

内容の三つ目が追加されているが、それでもなおバルキン教授は楽観主義を堅持している⁽³⁵⁾。

さてそうすると、予言が当たるかどうかということは、実は付随的で瑣末な事柄であって、重要なのは楽観主義という態度そのものではないかという気がしてくる。うがった見方をするなら、ここで循環史観と楽観主義はよき相棒となるのである。循環史観に立つことで、また立つからこそ楽観的でいられる、少なくとも楽観的な姿勢をとり得るということである⁽³⁶⁾。

むしろ事はそう単純ではない。明るい未来というのなら、憲法腐敗から憲法刷新へ、その前提条件として脱分極化もしくは分極化の緩和が実現しなければならない。*Cycles* では、既存の政党を横断した新たな共闘関係が成立し、ゆくゆくは新たな政党の結成に至る、そのような二大政党の再編成が起ることによって、分極化が改善されてゆくという見込みが述べられている⁽³⁷⁾。けれども、分極化の一因は二大政党制という仕組みであるとされ、②論文でも二大政党制と小選挙区制が最大の要因であると強調されるとき⁽³⁸⁾、政党の再編によって現在とは異なる二大政党が誕生したところで、それは新たな分極化への序章に過ぎないのではないか、という懸念は残る。バルキン教授は比例代表制の導入や議院内閣制の採用といったことの思考実験はするものの、統治構造の変更はどうかや念頭にないようだからである⁽³⁹⁾。

ここにバルキン教授の楽観主義の本質が垣間見えなだろうか。憲法腐敗と憲法刷新の循環は、合衆国憲法が歴史的継続性を有することの指標だとされていた⁽⁴⁰⁾。これは憲法体制の全面的変更ではなく部分的変更で済んできたということであり、長い歴史の間には腐敗と刷新が繰り返されるのはいわば当然の現象であって、要は、統治構造を抜本的に変更せずとも何とかなる、ということなのである。したがってバルキン教授の楽観主義は、あるがままの合衆国憲法を丸ごと肯定する楽観主義、全面的楽観主義といってもよいだろう⁽⁴¹⁾。な

(35) 本稿第Ⅱ部第2章第1節325頁。

(36) シンポジウム①において、モイン教授はバルキン教授の歴史観に疑問を呈しているが、その趣旨は筆者と同じところにあるように思われる。

(37) 本稿第Ⅰ部318-319頁。

(38) 本稿第Ⅱ部第2章第1節323-324頁。

(39) *Supra* note 27, at 1746-50.

(40) 本稿第Ⅱ部第2章第1節324頁。

(41) トランビズムがより増長した場合にも依然として「憲法腐敗」であると同じ診断がくだるのかどうかは不明である。ただ、本稿の推論に基づけば、バ

るほど分極化の改善を強く望むものが、分極化を助長するような党派的で一方的な主張はできない。対立を緩和するためにはそれなりの包容力が必要であろう。ただ、実はこうした全面的楽観主義は、戦略的な振る舞いの可能性があるというのが筆者の見立てでもある。

3. 深謀遠慮

バルキン教授はCLS(批判法学)⁽⁴²⁾の系統に属していた人物であり、その学説も一筋縄ではゆかない側面を有しているが、2011年に二冊の著書、*Living Originalism*⁽⁴³⁾、*Constitutional Redemption*⁽⁴⁴⁾を刊行した後は、立場が固まったように思われる。*Living Originalism*は憲法解釈論の二代派閥である「原意主義」と「生ける憲法論」を止揚させる試みであった⁽⁴⁵⁾。*Constitutional Redemption*では、合衆国憲法はある種の約束であるが、同時に不完全な部分を有していた、その不完全性ゆえの過去の過ちを我ら合衆国人民(We the People)は憲法実践を通じて贖わなければならない、またそうすることで現に約束を実現してきたではないか、と合衆国憲法の歴史を物語る⁽⁴⁶⁾。

*Cycles*は憲法期の循環という観点で合衆国憲法史を捉えたものではあるが、*Constitutional Redemption*に比して、圧倒的に政治体制の循環に重きが置かれている。上述の通り、「憲法期」は特定の時期を指すのではなく、いつ何時であれ「憲法期」とみなし得るのだとすれば、循環するのは「憲法期」ではなく政治体制ということになろう。それゆえに、*Constitutional Redemption*は合衆国憲法史を描き出すものだったといえるとしても、*Cycles*は政治体制変遷史の

ルキン教授が「憲法危機」と評価する場面は少なくともアメリカにおいてはほぼ生じ得ないことになろう。

- (42) CLSの主要人物の一人であるダンカン・ケネディを中心に学派の分析を試みたものとして、船越資晶『批判法学の構図 ダンカン・ケネディのアイロニカル・リベラル・リーガリズム』(勁草書房、2011年)。

- (43) Jack M. Balkin, *Living Originalism* (2011)。

- (44) Jack M. Balkin, *Constitutional Redemption* (2011)。

- (45) バルキン教授は、*Cycles*の第1章において、原意主義と生ける憲法論とともに過去から未来へと直線的に歴史を捉えるものとして自らの循環史観と対比させているが、これは一応議論の文脈が異なるものと考えておく。

- (46) 二冊の著作を読み解いたものとして、川鍋健「テキスト解釈とその目的ージャック・M・バルキンの『生ける原意主義』、そして『憲法の救贖』という物語について」一橋法学16巻1号165頁以下(2017年)。

趣が強く、後者は前者の一部をなすもの、いわば補完物とみることができる。

他方、*Cycles* が *Living Originalism* と無縁なわけでもない。^②論文が明らかにしたように、*Cycles* は、憲法理論の課題を再設定することで、来るべき憲法理論のあり方を実践するものでもあった⁽⁴⁷⁾。新たな四つの課題のうち、*Cycles* は「憲法診断」に関わる。*Living Originalism* が扱ったのは、同書以前に憲法理論の主要課題であった司法審査のための規範的憲法解釈論であった。つまり、バルキン教授の中で、憲法解釈論については、*Living Originalism* で解決済みなのである。だからこそ、*Cycles* では憲法理論の視座転換を高らかに謳うことができた⁽⁴⁸⁾。さらにまた、両者はその目的とするところも一致している。それはアカデミズムにおける無用な理論的対立を終わらせたいという企図、戦略である。*Cycles* もまた、禍福は糾える縄の如しを論証することで、対立当事者のいずれに対しても一喜一憂することの不毛さを説くものに他ならない⁽⁴⁹⁾。

このとき最大の問題は、バルキン教授が、いかなる意味で、いかなる将来だから楽観できると述べているか、まさにその中身であろう。仮にリベラル派にとって楽観できるという話ならば、相手側にとってはおよそ楽観できないのであって、対立を解消させることにはならないはずである。バルキン教授の戦略が功を奏するか否かは、アメリカ（の）憲法学にとって意外に影響が大きいかもしれない。だが、それが望ましいことなのかどうかは、また別の問題である。

(47) 本稿第Ⅱ部第2章第1節322頁。

(48) *Cycles* の第二部において、司法審査論を憲法期循環論に多少強引に接合したのは、バルキン教授が従来の裁判所中心主義的司法審査論の檻から脱していないというよりも、むしろ今後の司法審査論のモデルを提示しようとしたものだとして理解しておきたい。

(49) この戦略は *Constitutional Redemption* から引き継いだものでもある。同書は憲法の物語の共有を目指すものだったとみることもできるからである。