

# Emergency constitution

大河内 美 紀

## はじめに

世界を震撼させたあの9・11の後、アメリカ・ブッシュ政権が「テロ対策」の名の下に行った「過激」な諸政策は今日に至るまで世界的な論議を呼んでいる。もちろんその対外的政策が法的に多くの論点を含むものであることは言うまでもないが、合衆国国内における治安その他の対内的政策の「過激」さについても同様に注意をしておくことが肝要である。なかでも、時間の経過とともに、9・11直後に行われたアラブ系市民に対する盗聴などの手段を含む広範な「捜査」と被疑事実が明確でないまま行われた拘禁などの問題が次第にクローズ・アップされるようになってきていることは注目に値しよう。2004年6月にそのリーディング・ケースとも言えるパディラ事件<sup>1</sup>およびハムディ事件<sup>2</sup>に最高裁の判断が下されたことも相まって、今日これらの問題は合衆国憲法学において大きな論題のひとつとなっている。

他方で、9・11以降ブッシュ政権が打ち出した「テロとの戦争」というコンセプトに対する憲法学者のリアクションはいかなるものだったか。9・11が合衆国の知識階級に与えた衝撃は大きく、先述の諸事件やパトリオット・アクト<sup>3</sup>に代表されるような諸立法、そしてイラク戦争などに対する憲法学者の反応は、非常に政治的なものであった。しかし、盗聴をはじめとする論争的な多くの事項について時限条項を含んで成立したパトリオット・アクトの見直し時期が近づいてくる頃になると、やや理論的な著作が登場し始める。その多くは現政権の政策や実務への評価やその統制の提

言といった非常にアクチュアルな課題を論じるものであるが、より憲法理論上の関心に引きつけた議論もその中で提起されてきている。そこにはもちろん古典的な「人権擁護型」の議論、すなわち市民的自由の侵害に対する批判も数多く存在するが、ここで注目したいのはテロまたは戦争と立憲主義との関係、合衆国憲法における「戦争」の位置づけなどに改めて光をあてようとするものである<sup>4</sup>。これらの議論においては、立憲主義をはじめとする既存の憲法学の基本的諸原理が再検討されているからである。

その中から、本稿では9・11以降合衆国が選択すべき方途のひとつとしてブルース・アッカーマンが近時提唱している Emergency constitution 論<sup>5</sup>およびそれにまつわる応答を紹介したい。なぜなら、彼はイエール大学で教鞭をとるリベラル派知識人として広く知られる存在であるとともに、これまで合衆国憲法における立憲主義と民主主義との関係について市民的共和主義の立場から極めて重要な指摘を行ってきているからである。以下、彼の立論とそれへの批判的応答を順に概観し、それを踏まえてテロや戦争と立憲主義との関係を改めて考え直してみたい。

## 1 Emergency constitution – 立憲主義の短き(?)眠り

### 1) Emergency constitution とは

Emergency constitution とは、これまで個別立法に依拠していた危機的状态 (emergency) への対応について包括的に規定する枠組法である。近著において、アッカーマンはいわゆる立法提言としてこのような法律の必要性を論じている。しかし、このネーミングについては注意をしておく必要があるだろう。彼は制定法である Emergency constitution にあえて「constitution」という名前を与えており、これを既存の合衆国憲法に組み込むことで新しい憲法レジームが成立すると説く<sup>6</sup>。このことから、彼

がEmergency constitutionを法形式上は単純多数で成立する制定法という形をとりつつも、実質的には憲法に匹敵する機能を果たすものと想定していることが見て取れるからである。

それでは、アッカーマンはEmergency constitutionとして一体どのような内容を持つ法律を求めているのか。その特徴は、凡そ、以下の6点にまとめることができる。

### ① 戦争と危機的状態との区別

第一に「危機的状態」という「状態」を定義することである。アッカーマンが危機的状態として想定するのは9・11のような「特に象徴的なテロリズム」<sup>7</sup>であり、それは戦争でも犯罪でもない、第三のカテゴリーに位置づけられる。まず、この種のテロは戦争ではない。なぜならこれは主権国家間で行われるものではなく、宣戦布告や条約の締結といった開始・終了の手續が明確ではないからである。しかし両者の違いはこうした主体の相違にとどまらない。彼が強調するのは国家に与える影響の違い、すなわち戦争「後」は国家・現体制が存亡の危機を迎えるのに対し、テロ後も現体制は存続するという相違が存在することである<sup>8</sup>。

さらに、国家への影響という点ではテロは犯罪とも異なる。「普通の犯罪」がもたらすのは人々への身体的危険であるのに対し、テロは現体制の転換または政策の変更などを求めて行われる。そのため、テロは人々にとっての身体的危険と現政権にとっての政治的危険の双方を併せ持っており、現体制からすると「普通の犯罪」よりも危険度が高いことになる。また、この種のテロは冷戦期の反体制分子の活動<sup>9</sup>とも異なる。それは冷戦の「恐怖」とは異なる「恐怖」がこの種のテロには存在するからである。核戦争は、起これば被害は甚大だが実際には誰も引き金を引けないため恐れにとどまるのに対し、テロは現実に起きる。そして、核戦争は被害が甚大すぎるので「その後」の体制の存続を考えるまでもないが、テロ後も現体制は存続する。したがって、テロ対策としてはテロの後にいかに安定的に現体

制を存続させるかを考える必要があるのだ<sup>10</sup>、と彼は言う<sup>11</sup>。

## ② エスカレーター式特別多数による承認

それでは、この危機的状態の認定はいかなる手続によるのか。これについて、アッカーマンはエスカレーター式特別多数というユニークな方法を提言している。まず、危機的状態が発生した場合には、執行府（大統領）は単独でその認定を行う権限を有する。ただし、その有効期間は1ないし2週間という極めて短い期間に限られ、議会多数による賛成が得られなければ危機的状態は自動的に終了する。議会による賛成が得られた場合には引き続き危機的状態が継続するが、その期間も2ないし3ヶ月程度に限定される。その後さらに危機的状態を継続しようとするれば再度議会の承認を求めなくてはならず、しかもその際には単純多数ではなく60%の特別多数が課せられる。以降更新に伴い70%、80%と徐々に特別多数を上乗せしていくのである<sup>12</sup>。

アッカーマンがこのような複雑なシステムを提唱しているのは、危機的状態への対処の必要性和危険性のバランスをとろうとしたからであろう。彼は欧州各国の例を挙げ、それらの国が宣戦布告または緊急事態宣言を行う権限及びその後長期的にそれを継続する権限をいずれも執行府に委ねていることを紹介し、特に議会の同意なしに長期的にそれを存続できるとしている部分を批判している。それに比してEmergency constitutionでは大統領に単独の認定権を短期に限って認めることで、危機的状態に速やかに対応する必要性を満たしつつそれが長期化する危険を防ごうとしている。それと同時に、彼はEmergency constitutionの適用によって生じる人権侵害を認めるには一般多数では不十分であるとも述べている<sup>13</sup>。

## ③ 議会によるチェック機能

このエスカレーター式特別多数方式にみられるように、危機的状態の認定にあたってアッカーマンは議会によるチェック機能を重視している。承

認期間の短さは当該問題を繰り返し議会において議論の俎上に乗せるという機能を果たし、特別多数の要求は少数政党に事実上の拒否権を付与することで議会における審議を数の力に還元させない効果が期待できる<sup>14</sup>。

それ以外にも、アッカーマンは議会において特に野党によるチェック機能が果たされるようなしくみを提唱している。具体的には、危機的状態の承認に関する議会内調査委員会を設置する際に委員選任や議長の選出にあたって少数党の意見が反映されるよう考慮することや、執行府に当該委員会への情報提供を義務づけるなどの措置がそれにあたる<sup>15</sup>。

#### ④ 危機的状態における行政権限の拡大

ひとたび危機的状態の認定がなされると、政府には必要な対応をとるための強大な権限が付与される。アッカーマンがその対応策の中核と位置づけているのが予防的拘禁である<sup>16</sup>。テロによって危機的状態が生じた場合、政府にとっては何よりもテロリストによる第二の攻撃を防ぐことが必要であり、その「第二の攻撃を防ぐために効果的な、短期的措置」<sup>17</sup>として、リベラルな諸憲法が刑事手続上の身柄拘束にあたって通常要求している証拠類の存在しない状態で「疑わしい者」を拘禁する権限を国家に認めるべきであると彼は主張している。

なお、この証拠抜きの予防的拘禁は45ないし60日の間認められる<sup>18</sup>。

#### ⑤ 事後的な補償

しかし、このように予防的拘禁を認めることは、「無実」の人間を拘禁する危険を増大させることは否めない。このような人権侵害に対しては、アッカーマンは事後的な補償で対応しようとする。

しかも、今日個別の補償立法において認められている拘禁に伴う遺失利益のみの補償では不十分であるとアッカーマンは説く。なぜなら、Emergency constitution の下で予防的に拘禁される人々は通常の刑事被疑者・被告人とは異なり、人々を「安心させる」ためにいわば犠牲的に自

由を奪われた人々だからである<sup>19</sup>。これについては、場合によっては懲罰的損害賠償を認定することも予定されている<sup>20</sup>。また、このような補償規定を設けることは、人権を侵害された個人に対するケアとしてだけではなく、執行府への抑制機能をも期待できると彼は指摘している<sup>21</sup>。

## ⑥ 裁判所の役割

このように、Emergency constitution の下では執行府の権限が拡大し、その抑制および監視の役割は主として議会が果たすことが予定されている。それに引きかえ裁判所の役割は非常に限定的なものとなっている。

裁判所の果たしうる役割は以下の2つに大別できる。マクロ・レベルにおける役割としては、大統領が危機的状態を認定するにあたって拘束力のない助言を行う権限が認められる他、議会における危機的状態の承認の審議および採決過程における手続的統制が挙げられる。ここでは裁判所の果たす役割は狭義の「法の支配」<sup>22</sup>にとどめられる<sup>23</sup>。他方、ミクロ・レベルにおいては個別の人権侵害が生じた場合にそれを救済するという役割が付与されている。しかし、ここで想定されている保護すべき人権およびその救済もまた非常に限定されている。その主たる部分は危機的状態が終了した後に行われる補償という形での事後的救済の認定であり、Emergency constitution の適用下で認められるものとしては例外的に拷問の絶対的禁止などが挙げられているのみである<sup>24</sup>。

## 2) Emergency constitution 論の背景

前項で概観してきたように、アッカーマンは諸外国の緊急事態法制などを参照しつつ、危機的状態への対処に関する包括立法を提言している。提言された立法それ自体は緊急事態法制やマーシャル・ローの今日的バリエーションであり新規性を持つものではない。しかし、彼が今日 Emergency constitution という形でこれを提起したことは、憲法、とりわけ立憲主義

にとつてはそれ以上のインパクトがあるように思われる。

そもそも、なぜアッカーマンはこのような立法提言を行ったのだろうか。そこにはいくつかの注目すべき点があろう。

### ① 戦争概念の拡大への警戒心

アッカーマンが危機的状態というカテゴリーを創出すべきだと主張する背景には、戦争概念の拡大への懸念がある。そしてその懸念は合衆国における戦争状態およびそこにおける執行権に対する立憲的コントロールへの不信でもある。

アッカーマンは、伝統的な戦争状態の立憲主義的問題点として以下の点を指摘している。第一に、戦争状態への突入について一切のコントロールが働かないことである。もちろん、合衆国憲法上は宣戦布告については議会の権限と位置づけられており<sup>25</sup>、戦争権限は総司令官である大統領<sup>26</sup>と議会とに分割されている。しかしその実態はどうか。ベトナム戦争時に表出した「議会の同意なき戦争」の合憲性という問題について、最高裁は一切の訴えを受理しないという形で「応答」した<sup>27</sup>。裁判所は、憲法判断を回避し、コントロールを行うことを拒否したのである<sup>28</sup>。

第二に、戦争状態においては執行府に委ねられる権限が極めて大きく、また戦争状態は宣戦布告から終戦まで続くため戦局によっては非常に長期にわたる<sup>29</sup>。しかし、その間戦争状態の認定そのものを争うルートは存在しない。そのため、議会や裁判所による執行府の活動に対する統制が制度的にも現実的にも困難になっている<sup>30</sup>。

このような戦時におけるチェック・アンド・バランス、とりわけ司法権による執行権の統制の機能不全ゆえに、アッカーマンは戦争概念の拡大によってテロに対処するという途を否定する。そして、戦争とテロに代表される危機的状態との質的相違を強調する。すでに述べたように、危機的状態において政府は「第二の攻撃」を防ぐために効果的なあらゆる措置を迅速にとることが求められるが、それは短期的なものでなくてはならない。

危機的状態は戦争ではなく、両者には異なる制度をもって対応しなくてはならない、とするのである。

だが、アッカーマンのこの主張が説得力を持つためには、戦争ではなく危機的状態として対処した場合には執行権に対してより立憲的コントロールが及ぶことを立証する必要があるだろう。この点はどうだろうか。

## ② 裁判所偏重から議会へ

危機的状態に政府が対応しなくてはならないとして、その政府の活動は一体誰がどのように統制するのか。アッカーマンの主張のもうひとつの要点は、こうした場面において強大な執行権を統制するあり方の見直しにある。

現在の合衆国の憲法レジームは、戦時においては執行権すなわち大統領に戦争権限という形で巨大な権限を付与している<sup>31</sup>。と同時に、違憲審査制を柱とする司法中心主義を採用し、執行権の統制における裁判所の役割を重視してきた。しかし、先述のように、裁判所が戦時においてこの期待される役割を十分に果たしてきたかどうかは疑問が残る。合衆国の戦時下におけるこれまでの裁判所の対応についてのアッカーマンの評価はとくに否定的であり、先述の宣戦布告手続に関する事件における裁判所の「沈黙」を司法権の機能不全として批判し、またコレマツ事件<sup>32</sup>に代表されるような戦時における市民的自由の制約を「正当化」するコモン・ローの枠内で裁判所の対応を「混迷」の域に達していると評価している<sup>33</sup>。

そのため、アッカーマンは危機的状態について既存の司法中心主義を採用することの危険性を強調する。合衆国憲法における司法中心主義は、戦時において執行権を効果的にコントロールしないばかりか、司法権、なかならずコモン・ローの伝統そのものを侵害する危険すらある。コモン・ローの下では戦時の法理論と平時のそれとは明確に区別されない。そのため、戦時に捻出された「混迷」に近い法理論が平時においても形式的には先例として存続し続けることになる。それは平時に戦時の法理論を持ち込み、



危機的狀態を日常化させることにもなりかねない<sup>34</sup>。そこで、彼は司法中心主義に代わるものとして、合衆国憲法のもうひとつの大きな柱であるチェック・アンド・バランスに着目し、執行権の統制機関としての議会の役割を見直すべき、と説くのである<sup>35</sup>。

### ③ 政府の果たすべき「安心させる」reassurance機能

すでに述べたように、アッカーマンの提言する Emergency constitution という立法そのものは伝統的なマーシャル・ローの変奏であり、それほど目新しいものではない。しかし、彼の主張に含まれる「なぜ政府は危機的狀態に対応しなくてはならないのか」というその理由付けについては注目をしておく必要がある。そこにおいて、彼は極めて現代的意味を持ちうる指摘を行っているからである。

Emergency constitution を戦争権限とは別に論じなくてはならない理由として、アッカーマンは戦争の脅威とテロの脅威とが質的に異なることを指摘している。それでは、なぜその「脅威」に政府が対応しなくてはならないのか、その対処が正当化される理由として彼は次の2つを挙げる。第一に実存原理であり、これは国家の存続、国民の生命などへの現に存在する危険に対して、まさにそれが危険であるから対処するというものである<sup>36</sup>。しかし、先に見たような Emergency constitution の中核をなす予防的拘禁をこの原理で説明することは困難である。なぜなら予防的拘禁は将来起こるかもしれないテロリストによる「第二の攻撃」を防ぐために行われるのであり、国民の生命または現体制が現在危険にさらされていると言いがたいからである<sup>37</sup>。そこでアッカーマンが主張するのが、第二の原理である reassurance、すなわち「安心させる」原理<sup>38</sup>である。

アッカーマンの言う危機的狀態とは、9・11のような象徴的なテロである。こうしたテロ攻撃が起こることにより、国内はパニック状態となり、政府は不安定なものになってしまう。そのため、政府は国民を安心させなくてはならない。彼は「いかなる民主的政府も、パニックを鎮め、テロリ

ストによる第二の攻撃を防ぐために効果的な行為をなすことなくしては、人々の支持を維持することはできない』<sup>39</sup>と述べ、どんなに巨大なパニックが起こっていてもあらゆる権利を厳格に守るべき、という古典的自由観を批判する。そして、実存的危険の排除のみならず、このように国民を「安心させる」ことそれ自体を国家の果たすべき機能として積極的に位置づけるのである<sup>40</sup>。テロ第一弾の発生後、速やかに第二の攻撃を防ぐための措置をとることを可能にする Emergency constitution の提案およびその内容は、この「安心」原理の必然的帰結である。

とはいえ、アッカーマンもこの「安心」原理によって政府があらゆる手段をとることを認めるわけではない。彼も「安心」原理が濫用される危険性については意識しており<sup>41</sup>、そのための安全弁として「安心」原理から認められる「安心させる」ための措置を短期的なもの—彼が Emergency constitution の核と位置づけている予防的拘禁がその例である—に限定している<sup>42</sup>。

ここで注意しておくべきは、アッカーマンが「安心させる」措置を短期的なものに限定することと「安心」原理そのものを順接で繋いでいることである。アッカーマンは「実存原理によれば、市民的・政治的自由の長期的運命について過度に心配することはまったくの贅沢である。なぜなら、憲法秩序が破壊されてしまえば、長期的問題は他の人に委ねられるだろうからだ。しかしながら、安心原理によれば、現体制は動揺しつつも存続しており、不必要に長期のダメージを与えることなく効果的に短期的対応をするためのツールを用意することが〔体制にとっての〕課題となる』<sup>43</sup>（〔 〕内は筆者による。以下同じ。）と述べ、「安心」原理だからこそ短期的対応が導かれるとしている。

## 2 Emergency constitution に対する諸批判

アッカーマンのこの「過激」な提案は、直ちに、多くの賛否の議論を巻き起こした。その中でも、Emergency constitution 論に対する原理的批判として以下の三つに着目しておきたい。

### 1) 「安心」原理の危険性

第一に、「安心」原理の問題性である。これについては、2つの異なるレベルでの批判がなされている。ひとつは「安心」原理がエスカレートする危険性があるということ、もうひとつはそもそも「安心」原理自体を規範的・道徳的に正当化できないということである。

既に見たように、アッカーマンはテロ攻撃によって生じたパニックを鎮め、人々を「安心させる」ことを政府の果たすべき役割であるとしている。しかし、この「安心」原理による政府の行為の正当化は、実存原理によるそれと比べてエスカレートする危険性が大きいのではないか。デビット・コールは次のように指摘する。アッカーマンの提言によれば危機的状態の認定には特別多数が必要とされる。しかし「恐怖に直面している中で、危機的状態を否定することはパニックに等しい、強力な非合理的反応を引き起こすだろう。もし21%の少数派によって危機的状態が否定されたり、恐怖が低く見積もられたりしたら何が起こるだろうか?」<sup>44</sup>、と。危機的状態が解除されれば、「テロリスト」たちをもはや予防的に拘禁されることなく野に放たれる。パニックに陥っている人々は、容易には危機的状態を解除すべきとの判断を下さないであろう。だとすれば、そのような人々を「安心させる」ために Emergency constitution という臨時的措置が永続化する危険性は高い。

これが市民の側からの「安心」の要請のエスカレートだとすれば、政府の側にも「安心」の供給をエスカレートさせる要因が存在する。それは「安

心」という概念が主観的なものであることである。コールが指摘するように、「アッカーマンは、〔予防的拘禁を〕『我々を安全にする』からという理由で正当化しようとしているのではない。彼は、それが『我々に安全だと感じさせる』と主張しているだけである」<sup>45</sup>。単なる「安全」ではなく「安全だと感じさせる」ための活動ということになれば、その活動の限界は曖昧なものとならざるをえないだろう。

さらに、アッカーマンはテロのもたらす脅威を実存的なものではなく「効果的な統治」へのそれだと説いている。Emergency constitution がテロに対応しなくてはならないと言ったとき、それは市民や国家の実存を守るためではなく、現体制が安定的に続くことを守るためである。そのような Emergency constitution を「安心」原理で正当化するということは、すなわち、人々が求めるとされる「安心」は自身や国家の実存が守られることによって得られる「安心」ではなく、政府がテロに対して充分効果的に対応できることによって得られる「安心」だということになる<sup>46</sup>。そうである以上、政府がテロへの対応において手段を制限しなくてはならない理由を見出すことは極めて困難であるように思われる。

こうした批判に対し、アッカーマンは次のように反論をしている。まず、危機的状態が永続化する危険性について、彼は予防的拘禁の期間制限について人々が異論を持つことはありうるとしつつも「社会的孤立が高まるときには被拘禁者に課される負担も増加するものであることを、合理的な人々は銘記すべきである」<sup>47</sup>と述べる。ここから、人々が合理的に「安心」の要請と予防的拘禁によってもたらされる人権侵害とをバランスinguしようとアッカーマンが想定していることが読み取れる。また、政府が取りうる手段が無制限になる危険性については、Emergency constitution の要点は「パニックになった人々を鎮めるために政府ができることは何でもすることではなく、将来の攻撃の機会を縮減するためのあらゆる合理的、効果的なステップを政府が踏むことによって市民を安心させること」<sup>48</sup>にあるとして、政府の取りうる手段を「第二の攻撃」の機会を縮減するための必

要・合理的な措置に限定しようとしている。

しかし、「安心」原理を前提とする以上、このような手段の限定はやはり困難であるように思われる。政府の活動の目的が市民を安心させることにあるのであれば、その手段を「第二の攻撃」を防ぐことだけに限定することは不合理とも言える。逆に「第二の攻撃」を防ぐことだけを Emergency constitution の目的にするならば「安心」原理による裏づけはこの目的を超える過剰なものとなるだろう。だとすれば「安心」原理ではなく実存原理の拡大で対応したほうが合理的なのではないか。また、「第二の攻撃」の危険はないと国会が判断し危機的状態を終了させる決定をした場合、「安心させる」必要があるほどにパニックに陥っている市民がその判断を爾々と受け入れ、政府が安定的に存続するとの前提も共有し難い。「安心」原理の危険性を払拭しようとするアッカーマンの試みは、果たして成功していると言えるだろうか。

コールによるもうひとつの批判は、この「安心」原理そのものに関わる。彼は「『安心』という」理由づけは本質的にセラピー的なものであり、そもそも自由であるべき人々をそれ自体目的として取り扱うのではなく、『安心』という目的のための手段として扱っている。<sup>49</sup>とし、「安心」なるものと人権とを比較衡量すべきでないと説く。この立論からすれば、「安心」原理を採用することそのものが規範的・道徳的に正当化しえないということになる。

コールのこの主張はいわゆる権利基底主義に立ったものであり、それを前提とする限り説得力を有する。しかし、アッカーマンは、別の文脈で合衆国憲法の解釈としてこのような権利基底主義を採ることを否定している<sup>50</sup>。「安心」原理の採用が特定の場面において人権侵害を招来しうることはアッカーマンの Emergency constitution 論においては折込済みのことであり、そのことを指摘するのみでは批判としては不十分と言える。しかし、「安心」原理は人々の自由を「目的」ではなく「手段」として取り扱っているとのコールの指摘は傾聴に値するだろう。人間を道具として取

り扱わないという人間主義の規範そのものは、アッカーマンの説く二元的民主政に基づく憲法解釈においても前提となりうるからである。

## 2) 切り分けは可能か

アッカーマンの Emergency constitution の試みは、戦時とも平時とも異なる危機的状態という「状態」を想定し、そこにおいては通常適用されている「憲法」とは異なる Emergency constitution を適用しようというものである。これによって、「通常の憲法」を危機的状態に適用しようとして裁判所が無理な解釈を行うことなく、「通常の憲法」の下では為しえない危機的状態への「効果的」な対処を可能にしようとしている。これには、危機的状態をその他の場面から切り分けることによって、その他の場面に用いられる「通常の憲法」への侵食を防ごうとする意図があるように思われる。

しかし、憲法レジームは単一のシステムであり、そこに「通常の憲法」とは異質なものを持ち込めば、いかに両者を切り分けようとしてもその波及効果は否定できないのではないか。これを指摘するのはローレンス・トライブとパトリック・グッドリッジである。

合衆国の憲法システムの中に「通常の憲法」とは異なる Emergency constitution を導入する場合、それが他の部分に及ぼす影響には領域的波及と時間的波及の2つが考えられる。領域的波及とは「通常の憲法」に含まれる法理論および概念などへの影響である。トライブらは、Emergency constitution が作用する期間中アッカーマンは通常の憲法の多くを投げ捨てていると言う。そこには「個人の権利の内容と限界に関する概念、議論および出発点」などが含まれており、それらは「単なるルールではなく、システムとしてのアメリカ憲法の『法』を示している」<sup>91</sup>ものである。そうである以上、それらを臨時的にはあれ否定することは合衆国憲法のシステム全体に影響を及ぼさずにはいられないであろう。

もうひとつは時間的波及である。アッカーマンはEmergency constitutionが適用されるのは危機の状態が認定されている間のみであり、それが終了した後は再び「通常の憲法」が支配をすると言う。Emergency constitutionの下で行われた行為は、制度として組み込まれた事後的な補償を除いては「通常の憲法」とは無関係のものとされる。しかしこのような断絶的理解が果たして有効であるのかどうか。トライブラは、アッカーマンの断絶的理解を「健忘症」と呼び、そうした不自然な「忘却」は「先に行われた合理化された濫用の知覚を、訴えにくい憲法の潜在意識下に追いやることにしかならない。」<sup>52</sup>と言う。

トライブラのこうした主張の背景には、彼らが「通常の憲法」とEmergency constitutionとの双方を共に適用する主体として裁判所の役割を重く見ていることがあると思われる。彼らはコモン・ローの伝統を重視し、その中で裁判官が継続的に果たしてきた役割を重視している。その立場からすれば、同じ裁判官が危機の状態の終了した直後からEmergency constitution下での判断を「忘却」し、「通常の憲法」は何も変化をしていないかのように振舞うことは不自然であり恣意的に映るだろう。そのため、「後に誤りとされることを我々がかつていかに合理化したかということの記憶は、憲法にとって、我々が過去いかに正しいことに積極的にコミットしてきたかということの記憶に劣らず示唆的」<sup>53</sup>であり、危機の状態を平時から「切り分け」ないことこそが法の発展にとって有意義である、ととらえられるのである。

### 3) 「危機」に対応できるのは司法府か立法府か？

Emergency constitutionに対する第三の批判は、それが「危機」に対処するための機関として司法ではなく立法府を重視していることに向けられている。この批判には2種類のものが含まれている。第一に歴史理解であり、第二に立法と司法の構造的、原理的相違である。

第一の歴史理解については、第二次世界大戦中やその後の冷戦期といった過去の「危機」の時代に裁判所や立法府がそれぞれどのような役割を果たしてきたのか、その評価がポイントとなる。すでに述べたように、アッカーマンはこれらの時代において裁判所が充分には役割を果たしてこなかったとし、それに代わるものとして立法府を重視することを提唱している。

これに対し、トライブらは別の理解を示している。彼らは、冷戦期の裁判所が必ずしも人権擁護的だったわけではないことを認めつつも、裁判所には潜在能力があるとする。彼らはデニス事件<sup>54</sup>などを例に引きつつ、裁判所が人権擁護的でない判決を下した場合であってもその内部においては意見の対立があったことを指摘する。そして、裁判所内部において意見対立が存在することそのものに意義を見出す。なぜなら、裁判所内部における対立者の存在は、裁判官に「個々のケースにおいて〔対立者に〕優先性を説いたり、またはそれらに取って代わる視角を提示するといった方法で、対立する立場に応える手段を提示しなくてはならないことを認識」<sup>55</sup>させるからである。そして、このように異なる意見の存在を認めつつ自己の見解を正当化しようとする試みが行われる場である裁判所にこそ、危機的狀態において権利を侵害されたと主張する個人の声を擲りあげる可能性があるとして主張している<sup>56</sup>。

同様に、コールは「司法による安全弁を政治的安全弁に置き換えることも、危機の時期における立法行為の歴史に照らすと賢明とは思われない。立法府は危機の時期においては自由の擁護者として裁判所よりもなお信頼できない。立法府は通常大統領をとりまき、激励し、その広範な権限を許容し、その提案を可決する。」<sup>57</sup>と述べ、立法府が実際に第二次大戦下で日系人キャンプの運営費を支出する予算を組んだこと、立法という形でマッカーシズムを推し進めたことなどを例に挙げる。その上で、立法府が歴史的に執行権の統制の役割を果たしてこなかったと論じることで司法権の優位を説いている<sup>58</sup>。

次に構造的問題について、トライブらはサンズティン<sup>59</sup>を援用しつつ、



立法府における集団的偏向の問題を指摘している。すなわち、「人々は、反対意見の瀑布を目前にして自らの意見を抑えることがあるだろう。それは、自分にとって有益な情報が不完全なものだったことをよく理解したからか、あるいは彼らが自分の評判を守ることを気にかけたからである。人々の集団は、主として、合意の過程でその共通の立場のうちより極端なバージョンを受け入れる傾向にあり、それゆえに偏極化する。」<sup>60</sup>と。また、コールも同様に「困難な選択を避けるという集団的傾向は、危機の時期に頂点に達する」<sup>61</sup>と述べている。

これに対してアッカーマンは、集団的偏向の問題が生じるのは議会においてではなくむしろ裁判所においてである、と言う。なぜなら議会に存在する「集団」は政治家というプロフェッションのみからなるのに対して、裁判所にはプロフェッションである法曹だけでなく、素人である陪審員が同席しているからである。彼曰く、「陪審員は意思決定の仕事に不慣れなため、一旦審議室に孤立させられると議論と影響の不均衡にさらされてしまう。しかし、経験を積んだ政治家は対抗する利益、議論、視角の渦の中で何年も過ごしている。〔中略〕これは政治家が常に感情的な瞬間の手助けをしないということを意味する訳ではないが、もし彼らがそうするとすれば、それは彼らがそれをベストな政策だと決定したからであって、他の政治家からの影響によるものではない。」<sup>62</sup>。したがって、集団的偏向の問題が議会に生じるというのは誤りであると指摘する。

トライブラの主張は司法における登場人物を一貫して裁判官ととらえており、その意味でアッカーマンの指摘は彼らの主張の盲点を突いたものと言えるであろう。しかしながら、プロフェッションである政治家は集団的偏向の影響を受けないと主張には、コールの言うように歴史的に見て疑問が残る。また、仮にプロフェッションである政治家自身は集団的偏向を受けなかったとしても、危機の状態において地域コミュニティ内部において市民そのものに集団的偏向が生じることは想定しうる。そのような市民を有権者として抱える政治家が、その集団的偏向から導かれる世論に果た

して無関心でいることができるだろうか。ましてや、その市民を「安心させる」役割を負わされた政府のメンバーはなおさらである。

### 3 若干の検討

前2節で概観したように、アッカーマンの Emergency constitution の戦略は非常に多くの論点を含んでいる。そして、それは単なる立法提言に止まらず、法理論的にも論争的な問題提起をしているものと思われる。その中でも特に注目したいのは、立憲主義と Emergency constitution との関係である。この観点から見た場合、彼の主張のうち次の点がポイントとなるだろう。ひとつは、Emergency constitution という戦略が危機的状态というイレギュラーな状態に適用すべきルールを予め「憲法」に組み込むことによってイレギュラーな対応を「憲法」的に正当化しようとするものであること、そしてもうひとつは危機的状态への対応の必要性を説くために「安心させる」ためという目的を援用していることである。

#### 1) パニックおよび「安心」原理と立憲主義との関係

アッカーマンの Emergency constitution でもうひとつ目に付くのは、「パニック」というこれまでの憲法学においてはあまり見慣れない要素である。彼はこれを危機的状态と「安心」原理とを繋ぐ場面で用いている。しかし、その接続のさせ方には2種類のもものが混在しているように思われる。ひとつはパニックを生じさせないために Emergency constitution に切り替えるというもの、もうひとつはパニックが生じたから Emergency constitution に切り替えざるをえない、というものである。

テロが生じて人々が実際にパニックに陥ってしまった場合、そのような人々を「安心させる」ために政府は必要な措置をとることが求められる。

それを可能にするために政府は危機的状態を認定し、Emergency constitution を適用する。このストーリーは比較的理解しやすく、またアッカーマンの議論にもしばしば顔を出している<sup>63</sup>。しかし、このストーリーは彼の採る戦略の他の柱とは整合するのだろうか。

危機的状態というイレギュラーな事態へのイレギュラーな対応を「通常の憲法」の下で行うことの危険性を回避するため、アッカーマンは危機的状態に適用すべきルールを予め「憲法」に組み込むことを唱える。この組み込みは立法という民主的手続によって、しかも、パニックに陥っていない比較的平静な状態で行われるべきとされる<sup>64</sup>。そして、そこにおいて執行権の統制の中心を担うのは議会である。アッカーマンの描くこのストーリーにおいて、Emergency constitution の適用は、人々がパニックの中で行う決定とは異なり合理性を有する決定であると位置づけられているように思われる。それは、危機的状態が過剰化するおそれの指摘に対して、彼が応答している中に登場する「〔前略〕社会的孤立が高まるときには被拘禁者に課される負担も増加するものであることを、合理的な人々は銘記すべきである」<sup>65</sup>とのコメントや、Emergency constitution 下で用いることのできる手段を「パニックになった人々を鎮めるためにできること」全てではなく「将来の攻撃の機会を縮減するための合理的、効果的なステップ」<sup>66</sup>に限定する試みなどに見て取ることができる。そして、前節で見たように、「安心」原理がエスカレートしないとの論証を迫られたアッカーマンにとってこの種の限定は不可欠なものである。

しかし、これを前提とするならば、アッカーマンの言う「パニック」とは本当にパニックなのかという疑問がわく。彼は人々からの過剰な「安心」原理の要請を排除するために、文字通り人々が暴走し、合理的判断能力を欠いた状態に陥っている状態ではなく、一定の不安を抱えつつも合理性を維持した状態をパニックとして想定しているのではないだろうか。もしそうであれば、敢えてパニックを論じなくとも、合理的人間像を前提とした古典的憲法学の枠組みで十分対処可能であるように思われる。あるいは、

彼がパニックに陥ると想定しているのは市民のみであり、Emergency constitution の適用を決定する議員たちは合理性を維持することが前提されているのかもしれない<sup>67</sup>。しかし議員たちだけがパニックを逃れられる理由は明らかではなく、仮にそうであったとしても彼らがパニック状態にある「世論」に無関心でいられるかどうか疑問が残ることはすでに述べたとおりである。アッカーマンの Emergency constitution 論はこの点について未だ不明確と言わざるをえないだろう。

だがしかし、これをひとえにアッカーマンの議論不足と見るのは狭きに失する。ジェレミー・ウォルドロンが指摘するように、憲法が最も侵害されやすいのは危機の時代、パニックの場面であり、歴史がそれを証明している<sup>68</sup>。しかし、憲法学はこれまでパニックについて多くを語ってこなかった。それは立憲主義を安定的に説明するためにはこうしたパニックの事例を例外として括弧に括る必要があったからではないか<sup>69</sup>。アッカーマンの困難は、パニックという非合理的な要素を単一の憲法システムに整然と位置付けることの原理的困難と見ることもできる。

また、アッカーマンの説く「安心」原理がエスカレートする危険性を有するものであることは既に述べた。立憲主義の本質が権力の統制にあるとすれば、権力に過剰に正当性を付与する可能性のある「安心」原理はそもそも憲法には馴染まないものと言えはしないか。このように見た場合、「安心」原理やパニックという概念を憲法上積極的に位置付けようとするアッカーマンの試みは、立憲主義にとって極めて危険な方向に歩を踏み出すことになりかねない。

## 2) 戦時と憲法との関係

しかし、この危険性はパニックを憲法に組み込むことに限ってのことだろうか。憲法が侵害されやすい危機の時代という意味では戦争こそがその典型であり、パニックを憲法に組み込むことの危険性は戦争の場合に無関

係であるとは思われない。例えば、マーク・ブランドンは「武力の展開は立憲主義の政治にとって安全な環境を維持するために捨てがたいものであるとはいえ、武力組織にとって安定した居場所と役割を作ることは立憲主義秩序にとっての最も問題ある挑戦である」<sup>70</sup>と述べ、熟慮と選択の世界である立憲主義と偶発と実力の世界である戦争との間のジレンマに改めて光を当てている。このジレンマはアッカーマンの Emergency constitution 論における「通常の憲法」とパニックとの間の関係と重なるものと理解できる。

とはいえ、パニックという状態は現在に至るまで合衆国憲法に明示的に描かれたことはないが、合衆国憲法には戦争条項があり、戦時という概念は当然のようにそのシステムの一部を構成している。パニックという状態を新たに憲法レジームに組み込もうとするアッカーマンの試みが危険だとすれば、戦時という状態をすでに組み込んでしまっていることをどう評価すればよいのだろうか。これについて、マーク・タシュネットは以下のような指摘を行っている。

タシュネットは、戦時においていかなる法規範を適用するかについて、これまで合衆国の立憲主義者たちは次の2つのアプローチのいずれかを採ってきたと言う。それは戦時においても平時と同じルールすなわち憲法規範を適用するものと、戦時に適用すべき別個のルールをあらかじめ憲法に組み込んでおくものである。その上で、この2つは対立的に見えるが実はそうではない、と彼は指摘する。なぜなら、平時と同じルールを適用するアプローチであっても、そのルールを適用する際の重要な判断要素として「戦時であること」が考慮されるからである。例えば「やむにやまれぬ国家利益のある場合のみ人種に基づく異なる取扱いを認める」というルールを考えてみてもらいたい。前者のアプローチを採る場合、平時においても戦時においてもこのルールそのものは共通して用いられる。しかし戦時においては、国家が戦争状態にあることによって「やむにやまれぬ国家利益」が認められやすくなる。後者のアプローチであれば戦時においては別のル

ール—例えば、「必要かつ合理的な場合には人種に基づく異なる取扱いを認める」といったようなより緩やかなルールが考えられる—が適用される。結果として、どちらのアプローチを採っても人権侵害を抑制することには繋がらない、と彼は言う<sup>71</sup>。

さらに、タシュネットはこれらのアプローチは役に立たないだけでなく有害ですらあるとする。それは「憲法の中に緊急権に関する規定を盛り込むことは役に立たない、なぜならこの種の権力は憲法に何が書いてあるのかに無関係に行使される」<sup>72</sup>からである。それにもかかわらずルール—戦時に適用するために作られたルールであっても同様である—によってそれを縛ろうとすれば、逆に、そうしたルールが危機下においては役に立たないことが明らかになってしまう。彼は、シュミットの「危機とは国家の存在そのものが攻撃にさらされている状態であるから、緊急権は第一の形(絶対的形)が有益であり、法の支配は生き延びようとする国家の試みを制約することはできない」という議論を引用しつつ、緊急時に適用するルールを定めておくことは結果的に法の支配に含まれる価値を侵食する危険を有する<sup>73</sup>、と述べている<sup>74</sup>。

先述のように、アッカーマンの Emergency constitution 論の主眼は危機的状态に適用すべきルールを予め「憲法」に組み込み、それを「通常の憲法」から切り分けることにある。そして、この「切り分け」の目的をコモン・ローの伝統を維持・擁護するためとしている。しかし、皮肉なことにアッカーマンのこうした「切り分け」こそタシュネットの言う2つ目のアプローチそのものであり、タシュネットはこのアプローチが法の支配を侵食するとしてこれを否定するのである。加えて、前節で紹介したように、Emergency constitution と「通常の憲法」とを厳格に切り分けられるとするアッカーマンの主張についてもすでにいくつかの疑問が提起されている。だとすれば、アッカーマンのこの「切り分け」の戦略は、果たして有効なものと言えるだろうか。

## おわりに

9・11以降、合衆国の憲法学は新たな方向性を模索している。その中で、アッカーマンの Emergency constitution 論の提唱およびそれをめぐる応答は、単なる立法論に止まらず、立憲主義に関する重要な問題を提起している。

第一に、立憲主義の担い手の問題である。90年代以降、合衆国憲法学の重要論点のひとつとして立憲主義と民主主義の相克の問題が挙げられている。この文脈で論じられるアッカーマンの二元的民主政についてはすでに多くの分析・検討が加えられている<sup>75</sup>ところであるが、彼の Emergency constitution 論における司法中心主義の否定と議会への信頼も、単なる政策的選択ではなく、二元的民主政につながる彼の政治哲学の帰結ととらえるべきであろう。だとすれば、そこで示された危機的状態における裁判所および議会の役割・位置づけを含む形で、この問題を再検討する必要がある。

もうひとつは、立憲主義の「限界」としてのパニック・戦争の問題である。単一の憲法システムの中にパニック・戦争の際に適用されるルールを組み込むことは、憲法に番外地を作ることである。しかし、そもそも憲法に番外地を作ることには可能なのか。仮に可能だとしてそれは正当化しうるものなのか。戦争という番外地はこれまで合衆国憲法をはじめとする近代立憲主義憲法の中に当然のように存在してきたにもかかわらず、その正当性や立憲主義との関係についてはほとんど論じられてこなかった。しかし、アッカーマンの危機的状態と同様に、この問題についても検討を加えていくことが必要となるだろう。

また、番外地を設定する根拠としてアッカーマンは「安心」原理を挙げている。伝統的な実存原理とは異なるこうした原理を政府の活動を正当化するために援用すべきか否かという問題は、近時のリスク社会論<sup>76</sup>を念頭に置いた場合、極めて現代的意味を持つ<sup>77</sup>。リスクの遍在する現代社会に

においては伝統的な権力観は否定され、その権力構造の転換は国家観に対しても必然的に大きな影響を与える。そして、その影響は近代立憲主義の枠組みを揺るがしかねないものとして様々な場面で表出しつつある。こうした状況に憲法学はいかに向き合うべきなのか。今後の大きな課題である。

---

1 Rumsfeld v. Padilla, 542 U.S. 426 (2004).

2 Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004).

なお、これらの判決についての紹介・分析としては、安部圭介『「孤立した少数者」としての外国人—9・11後のアメリカにおける『法の支配』』東京大学社会科学研究所56巻5—6号(2005)、大沢秀之「アメリカ合衆国におけるテロ対策法制」『市民生活の自由と安全』(成文堂、2006)所収などが挙げられる。

3 USA Patriot Act of 2001, Oct. 26, 2001, Pub. L. No.107-56, 155 Stat.272.

本法は、法案時に付された名称 Provide Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act の頭文字をとってパトリオット・アクトと通称されているものであるため、本文中ではカタカナ表記とした。なお、この法律の解説は平野美恵子、土屋恵司、中川かおり「米国愛国者法(反テロ法)(上)・(下)」外国の立法214号(2002)、215号(2003)に詳しい。

4 See, MARK TUSHNET ed., THE CONSTITUTION IN WAR TIME (2005).

5 See, Bruce Ackerman, *The Emergency Constitution*, 113 YALE L. J. 1029 (2004); Ackerman, *This Is Not a War*, 113 YALE L. J. 1871 (2004); ACKERMAN, BEFORE THE NEXT ATTACK: PRESERVING CIVIL LIBERTIES IN AN AGE OF TERRORISM (2006).

なお、Emergency constitution については「緊急事態基本法」などの訳を与えることも考えられたが、後述のように法形式と「constitution」という名称の乖離があることなどを明らかにするため、あえて原文のまま標記することとした。また、9・11およびそれ以降の対テロ戦争というコンセプトに対するアッカーマンをはじめとする合衆国のリベラル派知識人の対応について批判的に紹介をしたものとして、エティエンヌ・バリバル [大中一彌訳]『ヨーロッパ、アメリカ、戦争』(平凡社、2006) 21頁以下などがある。

6 Bruce Ackerman, *The Emergency Constitution*, 113 YALE L. J. 1029, 1031 (2004).

7 *Id.* at 1045.

8 *Id.* at 1032-33.



9 アッカーマンは、マッカーシズムを「犯罪対策」の枠組内での政策選択であると評価している。

*Id.* at 1036.

10 *Id.* at 1036.

11 後述のように、アッカーマンは9・11のようなテロが生じた場合「第一のテロ」に続いて「第二の攻撃」が行われる脅威というものを非常に重く見て、それに対する対応の必要性を論じている。しかしながら、この「第二の攻撃」の蓋然性も含めて、彼が「危機的状态」の脅威を過大評価しているのではないかという見方も存在する。これは、アッカーマンを含むアメリカ市民に対して9・11が与えた衝撃の大きさを物語るものでありそれ自体興味深い論点ではあるが、本稿では割愛する。

12 Ackerman, *supra* note 6, at 1047.

13 *Id.* at 1047-48.

14 *Id.* at 1047-48.

15 *Id.* at 1051.

16 *Id.* at 1062.

17 *Id.* at 1059-60.

18 *Id.* at 1075.

*See also*, Ackerman, *This Is Not a War*, 113 YALE L. J. 1871, 1884 (2004).

19 Ackerman, *supra* note 6, at 1063-65.

20 *Id.* at 1075

21 *Id.* at 1065.

22 *Id.* at 1068.

23 *Id.* at 1066-68.

24 *Id.* at 1068-72.

25 U.S. CONST. Art. I, § 8, cl.11.

26 U.S. CONST. Art. II, § 2, cl.1.

27 Ackerman, *This Is Not a War*, 113 YALE L. J. 1871 (2004), at 1874, note 13.

ただし、スチュワート、ダグラスらによる反対意見が存在する。

*See*, *More v. McNamare*, 389 U.S. 934 (1967).

28 Ackerman, *supra* note 18, at 1874-75.

29 戦争の場合には、「開戦」には議会の同意がいるが「戦闘」には不要である。そのため「対テロ戦争」を「戦争」と位置づけることは、「テロとの戦い」が継続し続ける以上執行府の取るあらゆる「対応」を「戦闘」の一環として議会の承諾なく認めることが可能になってしまう。これは議会や裁判所が介入する機会がさらに減少する危険を伴う、としてアッカーマンは今日のブッシュ政権

のような「対テロ戦争」というレトリックを問題視している。

*Id.* at 1877.

30 *Id.* at 1876-77.

31 これは憲法規定や制定法による授権ではなく、裁判所による「総司令官権限」の拡大解釈による。大統領の制約するために立法された大統領戦争権限法（1973年）をめぐる諸議論や運用実態については、山本千晴「アメリカの戦争権限」水島朝穂著『世界の「有事法制」』（法律文化社、2003）などを参照のこと。

32 *Korematsu v. U.S.*, 323 U.S. 214 (1944).

33 *Ackerman*, *supra* note 6, at 1042.

34 *Id.* at 1042-43.

35 *Id.* at 1045.

36 *Id.* at 1037-38.

37 *Id.* at 1039.

38 *reassurance* とは「再保険」と翻訳される保険用語であるが、アッカーマンは本文後述のようにパニック状態に陥った国民の平穩を回復し、また政府への信頼を回復させることそのものを *re-assure* と表現している。そのため、本稿ではその意を汲んで *reassurance* に「安心させる」または端的に「安心」という訳を充てることとした。

39 *Ackerman*, *supra* note 6, at 1030.

40 *Id.* at 1037.

41 例えば、アッカーマンは次のように述べている。「政府はテロの脅威に直面しても崩壊しないであろうが、政治家は『安心機能』を乱用したいという強いインセンティブを持つだろう。第二の攻撃に対して効果的なステップを踏むことによって巷にあふれるパニックを鎮めたいという意欲によって、政治家は市民的、政治的自由を恒久的に破壊するかもしれない。」

*Id.* at 1040.

42 *Ackerman*, *supra* note 27, at 1884.

43 *Ackerman*, *supra* note 6, at 1040.

44 David Cole, *The Priority of Morality: The Emergency Constitution's Blind Spot*, 113 YALE L.J. 1753, 1778 (2004).

45 *Id.* at 1795.

46 *Id.* at 1795.

47 *Ackerman*, *supra* note 27, at 1884.

48 *Id.* at 1884

49 Cole, *supra* note 44, at 1785.

50 それと同時に一元的民主政的解釈をも否定をする。そしてこれらに代わるものとして二元的民主政に基づく解釈を主張するのである。アッカーマンの二元

的民主政については以下を参照のこと。

*See*, BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS (1991) ; *Higher Lawmaking*, in RESPONDING TO IMPERFECTION: THE THEORY AND PRACTICE OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT 63 (S. Levinson ed., 1995).

51 Laurence H. Tribe and Patrick O. Gudridge, *The Anti-Emergency Constitution*, 113 YALE L.J. 1801, 1804 (2004).

52 *Id.* at 1804-05.

53 *Id.* at 1804-05.

54 *Dennis v. U.S.*, 341 U.S. 494 (1951).

55 Tribe and Gudridge, *supra* note 51, at 1865.

56 *Id.* at 1865-66.

57 Cole, *supra* note 44, at 1764.

58 *Id.* at 1764-65.

なお、コールは9・11の後、議会がパトリオット・アクトなど人権擁護の点で問題のある法律を制定したことを想起すれば、これは過去の問題ではないとも指摘している。

59 *See*, SUNSTEIN, DESIGNING DEMOCRACY: WHAT CONSTITUTIONS DO (2001).

60 Tribe and Gudridge, *supra* note 51, at 1817.

61 Cole, *supra* note 44, at 1765.

62 Ackerman, *supra* note 27, at 1893.

63 たとえば、民主的政府には「パニックを鎮める必要」を説く文脈での言及や、彼が9・11以降の合衆国の現状を見据えて書いていることなどからこれを窺うことができるだろう。また、彼がマッカーシズムの時代を危機的状態には至っていないと評価していることの裏返しとして、「パニック」の状態とはマッカーシズム全盛期以上に人々が脅威を感じている状態ということになる。だとすれば、そこにおける「パニック」とは文字通りの「パニック」状況と推察される。

64 Ackerman, *supra* note 27, at 1893.

65 *Id.* at 1884.

66 *Id.* at 1884.

67 議会における集団的偏向を否定する文脈からも、この可能性が伺える。

*Id.* at 1893.

68 JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT 267, note 31 (1999).

69 例えば、立憲主義の主たる役割は平時における国家権力のコントロールにあるり、パニックをいかに収めるかというものではない、との指摘がある。愛敬浩

二『改憲問題』(ちくま書房、2006)、117—118頁を参照。

70 Mark E. Brandon, *War And The American Constitutional Order*, in *THE CONSTITUTION IN WARTIME* 11, 13 (M. Tushnet ed., 2005).

71 Mark Tushnet, *Emergencies and the Idea of Constitutionalism*, in *THE CONSTITUTION IN WARTIME* 39, 39-40 (M. Tushnet ed., 2005).

72 *Id.* at 47.

73 *Id.* at 47.

74 合衆国憲法の制憲者らの「[統帥権などの戦争権限は]何ら制限なしに与えられるべきである。というのは、国家存亡の危機について、その範囲や種類を予め予測し定義することは不可能であり、かつまた危機を克服するに必要と思われる手段について、そのしかるべき範囲や種類をあらかじめ予測し定義しておくことは不可能だからである。」との指摘を想起されたい。A・ハミルトン、J・ジェイ、J・マディソン〔斎藤眞・中野勝郎訳〕『ザ・フェデラリスト』(岩波書店、1999)、105頁。

75 例えば、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・アッカマンの「二元的デモクラシー論」への覚書」『早稲田大学政治経済雑誌』320号(1995)、阪口正二郎『立憲主義と民主主義』(日本評論社、2001)などを参照のこと。

76 リスク社会論については、さしあたりの参考文献としてウルリッヒ・ベック〔島村賢一訳〕『世界リスク社会論』(平凡社、2003)を挙げておく。

77 繰り返し述べているように、アッカーマンが危機的状態として想定しているのは9・11のようなテロに限定されており、彼自身はそれを現代型リスク一般に拡大することを意図していないように思われる。これ自体は、彼による「安心させる」原理拡大の安全装置のひとつとして積極的に評価しうる。しかしながら、彼の意図とは別にその理論的射程が拡大しうることについては留意しておくことが必要である。

\*本稿は、文部科学省科学研究費2004年度基盤研究「転換期における市民的安全構築の比較憲法的研究」(研究代表・森英樹)の研究成果の一部である。