

論 説

ブラウン判決は本当にアメリカ社会を変えたのか (二・完)

早瀬 勝明

序

- 一 「実行可能性」の情報
- 二 本稿の問いと目的
- I ブラウン判決とその後のアメリカ社会の変化
 - 一 ブラウン判決 (Brown v. Board of Education)
 - 二 「ブラウン判決がアメリカ社会を変えた」
 - 三 それは本当か
- II 連邦裁判所が直接に人種統合を実現したのか
 - 一 連邦最高裁の行動
 - 二 連邦議会、執行府の行動
 - 三 連邦裁判所が直接に人種統合を実現したのか
 - 四 直接的影響に関するRosenbergの結論
- III ブラウン判決は人種統合の実現に間接的に大きな影響を与えたのか
 - 一 人種差別の是正を導いた連邦議会、執行部門の行動は、最高裁が導き、促進したのか
 - 二 連邦最高裁の行動が市民に影響を及ぼしたのか
 - 三 間接的影響に関するRosenbergの結論 (以上、35号)
 - 四 連邦最高裁判決の影響があったと言う以外に説明の仕方はないのか
- IV 「当たり前」ではないこと
 - 一 Rosenbergが作り出したハードル
 - 二 Klarmanの見解
 - 三 「当たり前」ではないこと
- 結 一日本の憲法学への示唆

Ⅲ ブラウン判決は人種統合の実現に 間接的に大きな影響を与えたのか(承前)

四 連邦最高裁判決の影響があったと言う以外に説明の仕方はないのか

Rosenbergは、市民的権利に関わる非常に大きな変革は司法によって生み出されたとするための証拠はほとんど見つけられなかった、と言う。連邦裁判所は、立法府や執行府が行動を起こすまでは、公立学校の人種統合やその他の領域における差別解消に対する直接的な影響力をほとんど有していなかった。また、市民的権利の実現に間接的に大きな影響を与えたと言うこともできない。もし連邦議会や大統領、市民が裁判所の判決に影響を受けていたとすれば現れるはずのデータが存在しないからである。

しかしながら、連邦最高裁はブラウン判決等、市民的権利を実現するために行動した。そして、その後大きな変化が起こった。このことを一体どう説明すればよいのだろうか。

この点について、Rosenbergは、様々な観点から歴史を精査し、次のような説明を行う。市民的権利の実現を推進する力は、連邦最高裁の行動とは別個のものとして存在していた。そして、その推進力が、議会と執行府の行動、そして連邦最高裁の行動を導いたのだ、と¹。以下、彼の説明を見てみよう。

1. 経済状況の変化とその影響

(一) 黒人の経済力の向上

「第二次世界大戦終了時、アメリカ合衆国は変革の道筋に自らを置いた」²。

1 GERALD N. ROSENBERG, THE HOLLOW HOPE (The University of Chicago Press, 1991), Ch.3, 5.

2 *Id.* at 157.

戦争によって生み出された軍事上の要請と労働力不足は、新しい雇用の機会を黒人たちに与えた。労働力に対する需要が高まることで、人種によって分離されていた多くの職場は、人種分離をやめていくこととなる。この背景には、人種分離を続けていたのでは職場がその機能を失ってしまうという事情や、急速な経済成長に伴って、多くの白人にとって人種分離を行わないことが自らの利益となったという事情があった。そして、この傾向は、1950年代及び1960年代になっても続いた。

職場におけるこのような状況の変化から生まれた一つの結果が、黒人の経済状況の飛躍的な向上であった。そして、「黒人の雇用状況が改善されていくにつれ、経済学者や企業の経営者達、そして政治家たちは、次第に、黒人の購買力の存在と、人種分離を行うことによる利益の損失に気づき始めた」³。1953年には、HEWの長官が、「人種的偏見が合衆国に年150億から300億ドルの損失をもたらしている」と述べており、連邦政府も人種分離から現に生じている損失を認識していたことがうかがえる。

そして、中央だけではなく、「地方のビジネスリーダーや政治的指導者もまた、人種分離に伴う経済的損失に気づき始めた」。人種分離を継続し、暴動が起こる可能性を残すことで、自治体の評判は悪くなり、新しいビジネスを誘致する可能性を狭めることになる。「例えば、リトル・ロックでは、1950年から1957年の間に、年平均5つの工場が新しく作られていた。しかしながら、1957年の秋から1961年2月までの間にかけて、新たに誘致した工場は、1つもなかったのである。このことから、人種分離を継続しようとするFaubus知事に反対する、有力なビジネスリーダーのグループが組織されることとなった」⁴。1957年の秋に何が起ったのか。リトル・ロック危機である。Faubus知事の強硬な人種分離政策がリトル・

3 *Id.* at 158.

4 *Id.*

ロックに経済的損失をもたらしたのである。

以上のように、「経済規模の拡大の必要性と、黒人が購買力を有していることの認識が、人種分離の姿勢に圧力をかけていったのである」⁵。

(二) 人口移動

経済状況の変化によるその他の影響として、黒人の人口移動がある。条件の良い仕事を求めて、記録的な数の黒人が、南部の田舎から南部の都市、または北部に移った。例えば、1940年から1960年の間に、農業に従事していた黒人は約675,000人から約267,000人に減少し、約300万人が南部を後にしている。

そして、「黒人の経済状態の改善と南部の田舎から都市部への移住は、様々なかたちで、市民的権利を求める圧力を増大させた」⁶。黒人組織が力を増したことは、圧力増大の要因の一つである。田舎に住んでいた黒人は、時間やお金、教育及びコミュニケーションネットワークを欠き、白人の経済力に依存していた自分たちの生活を失うことを恐れていた。しかし、移住と経済状態の向上がその状況を変える。後に市民的権利を求める運動において非常に重要な役割を果たすこととなる黒人教会は飛躍的に拡大し、黒人が入学することのできる大学が新しくできて、大学の入学者数は急上昇した(1941年から1960年までの間に2倍。37,203人から84,770人。1964年には105,495人)。市民的権利を求める団体、特にNAACPは、会員数を増やし、収入も増大した(NAACCPの会費を払うメンバーは、1930年代中盤に100,000人から、1946年には420,000人になっている)。

黒人の「経済状況の改善と移住が、白人の経済力の影響を受けずに市民的権利を求める闘争を行うことを可能にする黒人の組織を創出したの

5 *Id.* at 159.

6 *Id.*

である」。⁷

（三） 選挙に対する影響力の増大

そして、市民的権利立法の制定にとって重要なのは、黒人の移住によって、黒人の選挙に対する影響力が、白人が無視できないほどに増大した、ということである。1910年から1960年の間に南部を後にした黒人の内、約87パーセントが、大統領及び連邦議会の選挙にとって非常に重要な7つの州（California, Illinois, Michigan, New Jersey, New York, Ohio, Pennsylvania）に移住した。これら7つの州だけで、大統領選出に必要な票の内、70パーセントを超える票を抱えていたのである。1964年には、黒人の三分の一は7つの州のいずれかに住んでおり、選挙結果への影響力は非常に大きいものとなった。

大統領、連邦議会のどちらの選挙についても、二大政党が僅差で勝利を争う状況においては、黒人の票を集められるか否かが非常に重要となる。例えば、1956年の大統領及び連邦議会選挙では、共和党は上院で2議席、下院で15議席を上乗せすれば、両院を抑えることができる、という状況であった。そして、南部以外の61の選挙区で黒人の票がどちらにつくかが決定的な要素となっていた。そこで、共和党は市民的権利の擁護者であるとの宣伝を大々的に行った。結果として、相当数の黒人の票が民主党から共和党に流れ、共和党及びEisenhowerは大勝利を収める。特に、大統領選挙はEisenhowerが41州で勝利を収めるという圧勝であった（民主党の対立候補は、わずか7つの州でしか勝てず、それも全部南部であった）。

また、その後の1957年Civil Rights Actに関する議会における議論は1958年の議会選挙への配慮が大きく影響した。黒人たちの票が変革を可能にする。そのような選挙における黒人たちの立場の変化は、市民的権

7 *Id.* at 160.

利の実現の推進力となったのである。

2. 国際的要請

第二次世界大戦によって、アメリカ合衆国は国際的に重要な立場に立つようになる。『自由世界』のリーダーという新しい役割が、アメリカ合衆国自身の慣行に注意を向けさせた。冷戦下の、全世界の人々の心に向けた戦いにおいて、人種分離はアメリカ・モデルを魅力のないものにしてしまうものであった。冷戦が続くにつれて、「合衆国連邦政府、政治的指導者たち、そして評論家たちは、人種分離が外交を妨げ、共産主義のプロパガンダに有利な武器を与えている、と繰り返し主張している」。⁸

国際連合においてアメリカ国内の黒人が抑圧されていることが問題視される等、アメリカの人種分離の慣行は国際的にも多くの批判を浴びることとなる。国内では、アメリカにとっては共産主義よりも人種差別の存在の方が脅威である（ロシアではなくミシシッピが合衆国を脅かしている）とする主張も出された。このような事情から、アメリカにおける人種分離は是正されるべき課題となったのである。

冷戦と、人種分離はアメリカ民主主義における汚点であるという認識が、差別是正、市民的権利の実現を求める議論を産むことになった。これは、「先に見た工業化と経済成長の効果と同じように、裁判所とは無関係である」⁹。

3. 社会変化の要因

以上のように、経済状況の変化によって生まれた要請と機会、そして冷戦下の国際的事情は、市民的権利の実現に途方もなく大きな推進力を

8 *Id.* at 162. 実際には、冷戦前でさえ、第二次世界大戦のレトリックそれ自体が、市民的権利を目覚めさせるものであった。ナチズムとその白人至上主義に対し、民主主義的イデオロギーを掲げることは、アメリカにおける人種間のあり方を問題にすることにもつながったのである。（*id.* at 163.）

9 *Id.* at 167.

与えた。しかし、市民的権利の実現への圧力は、第二次世界大戦後に始めて生まれたのではなく、それ以前から長きに渡って存在していた、と Rosenberg は言う。

例えば、1933年の Unemployment Relief Act を初めとして、1930年代から40年代初頭にかけて、雇用と職業訓練における差別を禁止する規定が成立した。これらの規定は実際上の効果はほとんどなかったものの、人種差別廃止の必要性が徐々に認識されていたことを示している。その他、CORE が1946年に最初の Freedom ride を行うなど、少しずつではあるが、人種差別問題の重要性が気づかれていった。市民的権利を求める運動が爆発的に盛り上がったのは1960年代まで待たなければならない。「ポットは1960年代まで沸騰しなかった。しかし、長い間それは沸騰寸前の温度で煮えていたのである」¹⁰。

以上の他に Rosenberg は、市民的権利を求めるデモ行進の数が徐々に増えていったことや、黒人の識字率の向上、マスコミの普及などを挙げ、以下のように述べている。「これら全ての要素—1930年代からの市民的権利を求める力の増大、経済変化、冷戦、人口移動、選挙への影響、マス・コミュニケーションの発達—が結合して、市民的権利の実現を導く圧力が生まれた。連邦最高裁は、この圧力に影響されたのであって、圧力を生み出したのではない」。裁判所の貢献を示す証拠がないこと、及び社会的、経済的、政治的变化とその影響を考え合わせると、「(…) 市民的権利に関わる状況の変化は、連邦最高裁の行動がなくとも実現したように思われる」¹¹。

4. 独立した要因

以上のように、Rosenberg は、ブラウン判決を代表とする連邦最高裁

10 *Id.* at 168.

11 *Id.* at 169.

の行動が黒人の市民的権利の実現という社会変化を導いたわけではなく、変化の要因は裁判所の行動から独立したところに存在したと言う。公立学校の領域では、まず、連邦裁判所は直接に人種統合を実現していない。次に、間接的影響の証拠も存在しない。間接的かつ重要な影響があったとする見解は、ブラウン判決→政治論争→立法府の行動→執行府の行動→社会変化というかたちで、ブラウン判決を出発点とした因果関係理解を採用する¹²。しかしながら、Rosenbergは、そのような因果関係を論証するための証拠は見当たらないと言う。そして、ブラウン判決をはじめとする最高裁の行動を出発点としない、別の因果関係理解がありうることを示すのである。

IV 「当たり前」ではないこと

以上、ブラウン判決が人種統合を中心とした市民的権利の実現あるいは差別撤廃に与えた影響に関するRosenbergの見解を見た。続いて、彼の検証が有する意義について考察を行う。

本稿にとって重要なのは、「ブラウン判決が市民的権利の実現に大きな影響を与えた」あるいは「連邦最高裁が市民的権利に関わる社会変革、政策形成において重要な役割を果たした」という命題は、もはや当たり前前に正しいわけではない、ということである。そのような命題を肯定するための論証のハードルをRosenbergは作り出したと、本稿は考える。また、連邦最高裁の行動のみに着目して社会変化の要因を考えるのではなく、広く社会的、政治的要因に目を向けていること、そして、憲法学

12 See e.g., James. P. Levine, *Methodological Concerns in Studying Supreme Court Efficacy*, 4 LAW & SOC'Y REV. 583 (1970). また、大林文敏『アメリカ連邦最高裁の新しい役割』(新評論、1997)、123頁。

に対しても何らかの影響を与えられられることも、本稿にとって重要な意義である。

ところで、Rosenbergは決して珍奇な検証やそれに基づく主張をしているわけではない。市民的権利の実現においてブラウン判決が重要な役割を担ったとの理解を当然の前提とせずに議論の対象とし、膨大なデータや資料を基に考察を行った論者は、彼以外にもいる。以下では、まず、Rosenbergの検証の意義について考察し、続いて、Rosenbergの検証と重なり合う部分が多いと思われるKlarmanの見解を見る。そして、その上で、両者の研究に共通する意義について考察を行うこととする。

一 Rosenbergが作り出したハードル

1. 視点と全体の主張

(一) 視点

(1) The Hollow Hopeが検討の対象としているのは、ブラウン判決と市民的権利（Civil Rights）の領域だけではない。Rosenbergは、より一般的な問題を検討の対象としている。すなわち、「本書は、20世紀中盤から後半の数十年間の、重大な政治的、社会的変革の実現に裁判所が果たした役割に関するものである」¹³。そして、その出発点は、「現代アメリカ社会の再形成に際して連邦裁判所が重要な役割を果たしたとの考えが無批判に想定されていた」ことにあると、Rosenbergは言う。

彼のアプローチは徹底して経験的である。すなわち、「裁判所がいかに行動すべきか」という裁判所の役割に関する規範的な問いではなく、現実的な問題として、大きな社会変革を裁判所が生み出すことができるのか否かという問いを立て、裁判所が社会変革において果たした役割を歴史的事実として捉えようとしている¹⁴。

13 Rosenberg, *supra* note 1, at xi.

(2) 差別撤廃や人種統合といった市民的権利の分野での変化については、ブラウン判決がその実現に決定的な役割を果たしたとの理解が一般的であった。しかしながら、そのような理解が共有されているからといって、その理解が真実であることが保障されるわけではない¹⁵。

Rosenbergの検討は、連邦最高裁がアメリカ社会の変革を実現した、あるいは変革の実現に大きな影響を与えたと言うために必要な証拠は何か、という視点を基本的な出発点としている。その上で、変革に大きな影響を与えたとの命題を論証するための証拠を探索し、「証拠はない」という結論を導いているのである。そこにあるのは、従来の法律家が論じ、受け継がれてきた見解は何らかの証拠に裏付けられたものではなかったのではないか、という問題意識だと思われる。つまり、「皆がそう言っていて、当然視されているが、『〇〇の証拠がある』というかたちでの論証は、誰もしていない」、と。

先に見たとおり、The Hollow Hopeの検討の対象は20世紀後半の出来事であるが、中でも、ブラウン判決とその後のアメリカ社会の変化は、裁判所が社会変革あるいは政策形成機能を果たしたとする見解の大きな拠り所となっている。そのため、Rosenbergは、市民的権利実現という社会変革において裁判所が果たした役割について、本の半分を費やし、検討を行っている¹⁶。

(二) The Hollow Hope全体の主張

(1) 検討の対象

14 *Id.*

15 *Id.* at 40.

16 本稿がブラウン判決とその後の市民的権利の実現あるいは差別撤廃を主に扱っているのは、この分野に関するRosenbergの検討がThe Hollow Hopeの大部分を占めるものであり、重要な論点として最も注目すべきところだからである。See, Lucas A. Powe Jr., *The Supreme Court, Social Change, and Legal Scholarship*, 44 STAN. L. REV. 1615, 1619 (1992).

ここで、簡単にではあるが、The Hollow Hope全体の主張を見ておこう。Rosenbergは、市民的権利のほか、女性の権利（Roe v. Wadeを中心とした検討）についても多くの紙面を割き、また、環境、議員定数配分、刑事手続の分野についても、大規模な変革において裁判所が果たした役割について、検討を行っている。

繰り返すように、Rosenbergが検討の対象とするのは、20世紀後半のアメリカ社会の変革において現実に裁判所がどのような役割を果たしたのか、という点である。「伝統的に、ほとんどの法律家や法学者は、裁判所は行動すべきか否かという規範的な問題に焦点を当ててきた。」（傍点イタリック）¹⁷。そして、どのような条件の下で裁判プロセスによる社会の変革が可能なのかなど、記述的あるいは経験的な問題を問うてこなかった。Rosenbergは、この記述的、経験的な問題に焦点を当て、大量の経験的データに依拠し、以下のような問いの回答を得ようとする。すなわち、「いかなる条件の下で裁判所は政治的、社会的変革を生み出すことができるのか。そのような変革を求める人々やグループにとって訴訟を提起することに意味があるのはどのような場合か。以上に対する回答は、アメリカの体制の性質の問題にとってどのような意味を有するのか。」¹⁸

彼は、検討の対象とする「変革」を「全国的な影響力を有する政策の変化」に限定している。「例えば、ブラウン訴訟において、市民的権利を求めて訴訟を提起した人々は、争訟の対象となる学校区のシステムだけではなく、全国の人種別学を終わらせるために訴訟を提起したのであり、彼らは、重要な社会変革を達成するために裁判所を利用しようと試みたのである。」¹⁹このような全国的で大規模な社会の変革に裁判所が関わることができるのか、できるとすればどのような条件下においてか。これ

17 Rosenberg, *supra* note 1, at 2.

18 *Id.* at 4.

19 *Id.* at 4-5.

がThe Hollow Hopeの検討の対象ということになる。

(2) 裁判所が重要な社会変革を生み出す条件

以上のような問いに対して、Rosenbergが一般論として提示する回答は次のようなものである。

「裁判所が重要な社会変革を生み出すことを可能にする諸条件は、滅多に揃わない。それは、アメリカの政治システムの構造にある三つの異なる制約が裁判所を限界づけているからである。すなわち、

- 1) 憲法上の権利の限定された性質 (制約Ⅰ)
- 2) 司法の独立の欠如 (制約Ⅱ)
- 3) 裁判所の実施権限の欠如 (制約Ⅲ)

しかしながら、一定の条件が揃えば、裁判所は重要な社会変革を実効的に生み出すことができる。この条件は以下の場合に満たされる。すなわち、

- 1) 変革のための十分な判例が存在し (制約Ⅰの克服)、
- 2) 相当数の議会議員と執行府によって変革が支持され (制約Ⅱの克服)、
- 3) 一部の市民に支持を受けるか、すべての市民からの反対が少なくとも低いレベルに留まり (制約Ⅲの克服)、かつ、下記のいずれかの条件が満たされた場合である。

- a) 裁判所の決定に従うことを導くはっきりとしたインセンティブが示される (条件Ⅰ)
- b) 裁判所の決定に従うようコストが課される (条件Ⅱ)
- c) 裁判所の決定が市場による実現を許容する (条件Ⅲ)
- d) 実現にとって決定的な役割を有する行政官や公務員が、行動することに抵抗せず、新たな財源を得たり自らを守るための道具として裁判所の命令を扱う (条件Ⅳ)²⁰

(3) 公立学校の人種統合の場合

先に見た通り、ブラウン判決が下されてから1964年のCivil Rights Actが成立するまでの間、裁判所は市民的権利の実現あるいは差別撤廃・人種統合についてほとんど実効的な働きをすることができなかった。しかしながら、1964年以降は、裁判所は社会変革に関して重要な役割を果たすことができた、Rosenbergは言う²¹。それはなぜか。

公立学校の人種別学について見ると、まず、1930年代、40年代からのNAACPの奮闘により、少しずつ市民的権利の実現に有利な判例が出てきていた²²。この諸判決によって制約Ⅰは克服され、1954年のブラウン判決を生み出した²³。

しかしながら、この判決は連邦議会その他の機関の反発を生み、判決の実施に必要な政治的エリートの支持を、連邦最高裁は失ってしまう。Rosenbergによると、連邦および州の政治的エリートの意向を完全に無視して判断を行うだけの独立性を裁判所は有しておらず²⁴、支持を失うことにより、判決後約10年間は制約Ⅱは克服できなかった²⁵。

制約Ⅲについても、ブラウン判決後しばらくは克服できなかった。人種統合に対する反発と人種別学を維持する文化的障壁が存在し、市民の意識は人種統合へと向かわなかったのである。ここでは、黒人の貧困と教育レベルの低さもその要因に挙げられている。また、連邦下級裁判所の裁判官たちも、個人的見解や地域の反発から、ブラウン判決の実施を遅らせ、解釈における裁量を市民的権利の実現を妨害するかたちで使っ

20 *Id.* at 35-36.

21 *Id.* at 53.

22 *E.g., Sweatt v. Painter*, 339 U. S. 629 (1950), *Mclaurin v. Oklahoma Board of Regents*, 339 U. S. 637 (1950).

23 Rosenberg, *supra* note 1, at 72.

24 *See also*, Gerald N. Rosenberg, *Judicial Independence and the Reality of Political Power*, 54 *REVIEW OF POLITICS* 369 (1992).

25 Rosenberg, *supra* note 1, at 75-82.

ていた²⁶。

しかしながら、このような状況は1960年代初頭から大きく変わることになる。まず、市民的権利運動やそこから引き起こされた暴動など衝突の発生により、市民たちの見解が変化し、政治的圧力となって政治家たちの行動を導いた(制約Ⅱの克服)²⁷。そして、1964年Civil Rights Actや1965年ESEAが成立し、連邦の財源を人種統合された学校に優先的に使うことができるようになり、これによって人種統合へのインセンティブと人種分離を存続することによるコストがはっきりとした。実際、過去のデータに当たってみると、連邦の財源の支出と人種統合の進行の間に密接な相関関係が見られる²⁸。つまり、人種統合を行えば連邦の財源を得ることができ、行わなければ得られないのであり、裁判所の統合命令に従うインセンティブが州や学区に生まれたのである。また、民間レベルでも、統合を進めた地域の方が暴動の危険性が低く、新たなビジネスを誘致することができるというインセンティブが発生している²⁹。そしてこれは、制約Ⅲを克服するためのいずれかの条件のうち、条件Ⅰと条件Ⅱが揃ったことを意味する。

以上のようなかたちで条件が揃うことにより、裁判所は公立学校の人種統合という変革に関与することができるようになった。これは、政治家や市民の支持を得て初めて、裁判所は社会変革を生み出すことができるということの意味する。政治家や市民の反対がある状態では、裁判所は社会変革についてほとんど何もできなかった。そして、先に見たように、条件を満たす方向に動いた政治家や市民の見解の変化は、裁判所によって生み出されたわけではない。

26 *Id.* at 88-91.

27 *Id.* at 94-96.

28 *Id.* at 98-99.

29 *Id.* at 101-102.

(4) 全体の結論

社会変革における裁判所が果たしてきた役割について、Rosenbergは以下のように結論する。「合衆国の裁判所が重要な社会改革を実効的に生み出し得ることは、ほとんど全くない。せいぜい、他の統治機関が行う社会改革のための行動を手助けすることができるくらいである。政治の場で解決していない問題が裁判所において解決されることは滅多にない」³⁰、と。

Rosenbergは、裁判所が社会改革において全く何の役割も果たしていないとまで言うわけではない。しかし、裁判所の影響力は大きいものではなかった。「検証を行った事例を見ると、裁判所の決定は何らかの変化は生み出している。しかしながら、その変化は小さいものでしかなかったのである」³¹。

2. The Hollow Hopeの反響

The Hollow Hopeのアメリカでの反響は非常に大きかった。数多くのReviewが出され、法学、政治学、社会学など広範囲の研究者が本書に対するコメントを残し³²、本書を題材としたシンポジウムが掲載された³³。反響は出版直後だけの現象ではなく、公開討論会が開催されその議論を基にした本が出版される³⁴など、継続した議論が行われている。

これは、先に見たような、Rosenbergの問題意識や検討の視点自体が問題提起的であったからであろう。The Hollow Hopeまでは、裁判所の決定が社会に及ぼす現実の影響について体系的な検討を行ったものは存在せず³⁵、Rosenbergは従来にはなかった視点から検討を試みている。これまでの裁判所の判決に関する「影響力や遵守、実施に関わる研究は、仮定的な回答を提示してはいたが、大部分は正面から論じるものではな

30 *Id.* at 338.

31 *Id.* See also, *id.* at 342.

かった。本書はこの問題に正面から取り組んだ最初の本である」³⁶。後に見るように、Rosenbergの提示する結論や議論の仕方に対する批判は、様々な角度からなされてはいる³⁷。しかしながら、Rosenbergの理論が説得力を欠くとの批判を行う論者も、Rosenbergの問題提起の重要性は認めており³⁸、少なくとも、彼の問題意識や検討の視点・手法の重要性は、多くの研究者が認めたと言えるだろう³⁹。

3. Rosenbergが作り出したハードル

ただ、当然のことながら、問題意識や研究手法の重要性を認めることは、その結論を肯定することと同じではなく、Rosenbergの主張に対す

32 管見の限りで、The Hollow Hopeを取り上げたレビューに以下のものがある。Lee Epstein, *Book Review*, 1 LAW & POL. BOOK REV. 139 (1991), Gary L. McDowell, *Scholarly 'Hope' says court rarely ignites big changes*, WASHINGTON TIMES Aug. 26, 1991, at F1, Steve Bachmann, *Book Review*, 19 N. Y. U. REV. LAW & SOC. CHANGE 391 (1992), Paul Burstein, *Book Review*, 98 AM. J. SOCIOLOGY 231 (1992), Stephen L. Carter, *Do Courts Matter?*, 90 MICH. L. REV. 1216 (1992), Cass R. Sunstein, *How Independent is the Court?*, N. Y. REV. BOOKS Oct. 22, 1992, at 47, Neal Devins, *Judicial Matters*, 80 CAL. L. REV. 1027 (1992), John B. Gates, *Book Review*, 16 LEGAL STUD. F. 373 (1992), *Grand Illusion*, 105 HARV. L. REV. 1135 (1992), Ian Holloway, *Book Review*, 15 DALHOUSIE L. J. 664 (1992), Stephen J. Kastenberg, *Book Review*, 29 HARV. J. ON LEGIS. 589 (1992), David L. Kirp, *How Now, Brown?*, 254 NATION 757 (1992), Samuel Krislov, *Book Review*, 9 CONST. COMMENT. 367 (1992), Susan E. Lawrence, *Book Review*, 86 AM. POL. SCI. REV. 812 (1992), Powe Jr., *supra* note 16, Kim Lane Scheppelle, *Book Review*, 21 CONTEMPORARY SOCIOLOGY 465 (1992), Jonathan Simon, *"The Long Walk Home" to Politics*, 26 LAW & SOC'Y REV. 923 (1992), Daniel W. Skubik, *Book Review*, 39 FED. B. NEWS & JOURNAL 538 (1992), Christopher E. Smith, *Misdirected courtship*, 76 JUDICATURE 45 (1992), G. Alan Tarr, *The Limits of Judicial Power*, 54 REVIEW OF POLITICS 483 (1992), Richard Delgado, *Rodrigo's Fourth Chronicle*, 45 STAN. L. REV. 1133 (1993), Ronald Kahn, *The Supreme Court, Constitutional Theory, and Social Change*, 43 J. LEGAL EDUC. 454 (1993), Peter H. Schuck, *Public Law Litigation and Social Reform*, 102 YALE L. J. 1763 (1993), Harry P. Stumpf, *Book Review*, 55 JOURNAL OF POLITICS 256 (1993), Didi Herman, *It's Your Party*, 9 CANADIAN J. L. 181 (1994).

る批判は数多く提出されている。以下、ブラウン判決と市民的権利の実現の領域における批判を中心に見てみよう。

批判が集中しているのは、ブラウン判決の有した間接的な影響力についての評価である。つまり、間接的で重要な影響力はほとんどなかったとするRosenbergの結論に対する批判である。ここでは、批判のタイプを三つに分けて見ていくこととする。ただし、同一の論者がいくつかのタイプの批判を同時に行っている場合もあるし、実際にはその方が多い。

(一) 批判のタイプ①

ブラウン判決の影響力に関するRosenbergの見解に批判的な論者は、必然的に「ブラウン判決は市民的権利の実現に対して間接的に重要な影響を与えた」と主張することになる。

例えば、以下のようなものがある。Rosenbergは「判決が有する非常に重要な機能、すなわち変革を求めて闘争する人々に確信を与えるとい

33 *Review Section Symposium: The Court and Social Change*, 17 LAW & SOC. INQUIRY 715 (1992), including Michael W. McCann, *Reform Litigation on Trial*, 17 LAW & SOC. INQUIRY 715 (1992), Malcom M. Feeley, *Hollow Hopes, Flypaper, and Metaphors*, 17 LAW & SOC. INQUIRY 745 (1992), Gerald N. Rosenberg, *Hollow hopes and other aspirations: A Reply to Feeley and McCann*, 17 LAW & SOC. INQUIRY 761 (1992).

34 DAVID A. SCHULZ ed., *LEVERAGING THE LAW* (New York, 1998). 本書の編者は以下のようにコメントしている。「社会変革の実現に関わる裁判所の正統性と能力の問題は1990年代になっても議論がなされ、今日でも重要な課題であり続けている。Gerald Rosenbergの*The Hollow Hope* (….) の出版は、社会変革を実現する裁判所の能力に関する論争に再び火をつけた。」(*id. at* 8)。「おそらく、Gerald Rosenbergの*The Hollow Hope*と本書の彼の論考の、裁判所研究に対する一つの最も重要な功績は、我々は、希望や願望を抱くことで事実から目をそらすのではなく、裁判所研究の手法についてより慎重でなければならない、ということを明らかにした点である。」(*id. at* 15)

この本では、Rosenbergを含む法学系、政治学系の研究者が、様々な角度から*The Hollow Hope*とその後の論争で示された問題に取り組んでおり、八編の論考(執筆者の合計は12人)が掲載されている。

35 Sunstein, *supra* note 32, at 49.

う機能に十分な注意を払っていない」⁴⁰。あるいは、彼は「ブラウン判決の効果を過小評価している。雑誌や議会での討論において、あるいは坐りこみ運動の参加者によって、ブラウン判決がほとんど言及されなかったことは、当判決が実践的、あるいは当事者を鼓舞するような影響力を持たなかったことを必ずしも意味しない。(…)ブラウン判決は、1950年代、人種平等の問題を南部地域、及び連邦全体の政治課題としたのである(…)。もし、Linda Brownが1954年に敗訴していたら、坐りこみ運動は起こっていただろうか、あるいは彼らは成功することができたであろうか。私の回答は否の側にある」⁴¹。また、「少なくとも、多くの黒人市民が、彼らは憲法の下では二級市民ではないという連邦最高裁の判断に、何らかのかたちで影響を受けたというのは、十分にあり得る話である」⁴²。

しかし、「ブラウン判決には実際に社会変革を促すような影響力があった」という言明は、それ自体ではRosenbergに対する論理的批判とはな

36 Stumpf, *supra* note 32 at 256. *See also*, Canon 1998, 218 「The Hollow Hopeは、連邦最高裁の影響力について非常に多くの実証的研究に基づき包括的な結論を提示した最初の本である。」

37 次に見る批判以外に、例えば以下のようなものがある。Lochner期に経済立法を無効としNew Dealの動きを妨害するなど、実際に連邦最高裁は変革を妨害するために多くのことが可能であるのに、この点をRosenbergは適切に考慮していない(Carter, *supra* note 32, at 1222)。「裁判の実効性」や「社会変革」、「政治的支持」といった概念が不明確であり、連邦最高裁判決から導かれる帰結を一般理論としてうまく説明できていない。また、裁判所判決の効果や影響を単独で取り上げており、裁判所と立法者や他の社会プロセスとの相乗効果をきちんと考慮に入れていない(Schuck, *supra* note 32, at 1771)、など。

38 *See e.g.*, Schuck, *supra* note 32, at 1772. 「Rosenbergが提示する理論の」欠点は、彼の理論が無価値であることを必ずしも意味しない。(…)優れた理論は、さらなる概念の明確化あるいはデータ収集を通じた問題の解決を促進するというかたちで、重要な課題を具体化する」が、彼の理論はまさにその力を有する。議論の枠組みを提供して学問的論争を誘発することで、「彼の研究は、司法の実効性に関わる理論をより洗練されたものになるよう導くはずである。」

りえない。彼は、そのような言明を前提とした上で、「それは本当か」との問いを提示し検討を行っているからである。つまり、そもそも彼は「連邦最高裁判決が社会変革に大きな影響を与えた」という命題が存在することを認識した上で、この真偽を明らかにすることに挑戦しているのである。したがって、例えば、「ブラウン判決には、(…)単なる判決とは全く異なる『非常に大きな道徳的な力』が存在した」⁴³と、従来の見解⁴⁴を引用しながら述べることは、Rosenbergが検討・批判の対象としている見解の単なる繰り返しでしかなくなってしまう。

確認しておく、上に見た見解を含むRosenbergに対する批判を行うほとんどの論者は、この点を十分に理解していると思われる。問題は、Rosenbergの結論を受け入れないためには、どのような批判の仕方をすればよいか、という点にある。そして、ここで、Rosenbergの提示する膨大なデータや資料の存在感が浮かび上がることになる。彼の結論は、膨大なデータ等に支えられているからである。彼の示す結論を覆すため

39 *E.g.*, Stumpf, *supra* note 32 at 256, 257. 「裁判所の判決の影響力、遵守、履行に関する従来の研究は、不確実な回答を含んでおり、そのほとんどは本質から離れたものであった。」「本書のような、注意深く綿密で、徹底的な論証がなされた議論には、めったにお目にかかれない。」

The Hollow Hopeのペーパーバック版のバックカバーには、Robert DahlとRichard Posnerの以下のようなコメントが掲載されている。「これからは、裁判所に根本的改革を導く力があるとの見解を支持する者は皆、この本に示された証拠と議論に立ち向かい、反駁しなければならなくなるだろう。その作業は簡単ではない。」(Dahl)。「Rosenbergの著書は、司法の影響力に関する研究の新たな標準を作り上げた。そして、多くの法律家に法と社会との関係についての考えを改めさせることになるだろう。」(Posner)。

また、Rosenbergの主張は全く新しい主張というわけではなく、彼自身も従来の裁判所判決の影響に関わる研究に依拠しているが、「Rosenbergは、どのように、そしていつ、裁判所は社会変革を実効的に導くことができるのかを広い視点から概観するという試みを行う点で、従来の研究を遙かに超えている」という評価もある。

Powe Jr., *supra* note 16, at 1631.

40 Carter, *supra* note 32, at 1221.

には、示されたデータについてどのように考えれば良いのだろうか。

(二) 批判のタイプ②

Rosenbergが提示したデータについては、彼が提示したデータが不十分または不適切であるという批判(②)と、データによる論証の方法そのものに対する批判(③)がある。

彼が提示したデータが不十分であるという批判は、以下のようなかたちの批判である。Rosenbergの「社会変革」の検証は、裁判所によって実際に改善されたか否かを検証するために考慮する要素が足りない、という根本的な問題点を抱えている。社会変革を導く要素は、Rosenbergが検証の対象としたものよりも数が多い。彼は「自分が提示したデータが選択されたものであるという疑いを克服するだけの、十分なデータを提示していない」⁴⁵。また、提示されたデータが不適切であるとの批判は次のように言う。「彼が提示するデータは、ブラウン判決が市民的権利運動を感化し成果を生むような影響力をほとんど持たなかったとの結論を支えるものとしては、さほど効力を持たない」。「Rosenbergが提示するデータの多くは、政治的に可能なことは何かに関する黒人の見解の変化を厳密に反映しているわけではない」。例えば、「ほとんど全ての雑誌は白人向けのものであって、黒人向けではなかった」し、「世論調査は人々の見解の変化を明らかにするものではない」⁴⁶。

(三) 批判のタイプ③

データによる論証方法そのものに対する批判には、例えば以下のようなものがある。ブラウン判決は非常に大きな道徳的な力を有していたが、

41 Bladley C. Canon, *The Supreme Court as a Cheerleader in Politico-Moral Disputes*, 54 JOURNAL OF POLITICS 637, 648-649 (1992).

42 Sunstein, *supra* note 32, at 49.

43 *Grand Illusion*, *supra* note 32, at 1140.

44 ARCHIBALD COX, *THE COURT AND THE CONSTITUTION* (Houghton Mifflin, 1987)294.

45 Krislov, *supra* note 32, at 369-370.

「この類の影響は、定量化に向かない他の要素を軽視しながら、図表や補遺 (charts and appendix) によって表される結果のみを計るような経験的方法によって明らかにすることはできない」⁴⁶。また、次のような批判の仕方もある。社会変革における裁判所の役割を評価する際は、Webのメタファーで考えるのが適当である。Webは直線的につながっているわけではなく、糸が様々に絡み合うようなかたちでつながっている。同様に、社会変革は直線的な因果関係の下にあるのではなく、様々な要素が絡み合っている。「特定の要素はそれぞれ相対的な強弱はあるけれども、それらはすべて社会的(法的)相互作用のネットワークの中で一緒になって機能する」。「社会変革は、決して直線的な因果関係の下にあるのではない(…)。そうではなくて、様々な要素が連携して社会的連関のネットワークに反応しているか否か、そしてそれはどのようにしてか、について分析を行わなければならない。(…)『データ』に頼るのは、誤りのもとで

46 Bradley C. Canon, *The Supreme Court and Policy Reform* in DAVID A. SCHULTZ ed., *LEVERAGING THE LAW* (New York, 1998), 232. また、「Rosenbergが想定する影響の観念は時間に縛られすぎている。」「歴史的、経験的に見れば、人々の考え方や見解は一晚で変化するわけではない。実際に大きな変化が起こるまでに、十年あるいは一世代かかることもあるだろう。」「したがって、現実には1960年代まで人種統合が進まなかったことから、ブラウン判決がほとんど影響力を持たなかったとするRosenbergの結論は、説得力がない。1960年代に『坐りこみ運動に参加した人々 (sit-inners)』はブラウン判決が下されたときはまだ中学生であり、ランチ・カウンターに坐ったときにブラウン判決のことを口にできなかったとしても、その判決が後々の彼らの行動を生み出すことにつながる重要な要因の一つであったという可能性は十分にあり、恐らくはそうではないかと思われるのである。」「我々は、次の二つのことを認めなければならない。一つは、何が達成されるのかに関する見方の変化を計る適切な尺度を手に入れるのは困難だということ。二つ目は、使われる尺度は人々を感化する影響力の問題と関連するものである必要があるということ。我々は、人々を感化する影響力を測る適切な尺度を獲得することが困難であるというフラストレーションから、我々の仮説に関係のない尺度を受け入れることに対する誘惑に負けてはならない。」

47 *Grand Illusion*, *supra* note 32, at 1140.

ある」⁴⁸。以上のような批判は、社会変革に対する裁判所の影響力について、データによる論証を行うこと自体に誤りがある、と主張するのである⁴⁹。

(四) 論証のハードル

(1) 本稿は、Rosenbergの主張とこれに対する批判について、そのどちらが妥当であるかを検討することはしない。歴史に関する記述は必然的に解釈を伴うこともあり、過去に何が起きたのかについての唯一絶対の回答を導くことは困難ではあるだろう。ブラウン判決の有した影響力に関してRosenbergの主張が妥当であると結論することは、現段階ではできないだろうし、そのような結論を提出する目的は本稿にはない。

本稿にとって重要なのは、上に見たようなRosenbergに対する批判は、そのままでは、「ブラウン判決が市民的権利実現という社会の変革に対して大きな影響力を持ったという証拠はない」との彼の結論を受け入れないという主張に留まるということである。すなわち、Rosenbergの示すデータやその取り扱いについて批判を行ったとしても、それは彼の主張とその論拠に対する批判を行っただけなのであり、「ブラウン判決が市民的権利実現、差別是正という社会の変革に対して大きな影響力を持った」との命題を積極的に論証したわけではない。別の言い方をすれば、「大規模な社会変革における司法の実効性に関するRosenbergの理論には説得力がないと述べても、それによって他の競合理論が正しいとされるわけではない」⁵⁰のである。

(2) The Hollow Hopeの出現によって、「連邦最高裁判決は大きな社会変革を導くことが可能である」という命題は、議論の余地のないもの

48 Skubik, *supra* note 32, at 539-540.

49 また、Sunsteinは、以下のように言う。「現在の社会科学の方法は、(…) Rosenbergが望むような正確さで、連邦最高裁判決の影響について計ることができないかもしれない。」Sunstein, *supra* note 32, at 49.

50 Schuck, *supra* note 32, at 1786.

ではなくなった。Rosenbergが提示した結論への賛否に関わらず、現実には裁判所が社会変革あるいは政策形成に関与するのかどうかという問題は、より真剣に議論されるべきものとなったのである⁵¹。

「影響力はあった」との言明を繰り返すだけでは、Rosenbergが示した様々な根拠に対抗しているとは言えない。根拠としてのデータが不十分あるいは不適切であるとの批判は、「十分なデータ」あるいは「適切なデータ」を提示した上で、裁判所判決の影響力の存在を論証する必要がある⁵²。また、社会変革における影響の問題はデータに基づく考察になじまないと言うのであれば、データ以外の論証の仕方をより適切なものとして擁護し、それに基づく論証が必要となるはずである。

これがRosenbergの作り出したハードルである。すなわち、「ブラウン判決がアメリカ社会を変えた」というのは、もはや当たり前のことではない。彼とは異なる結論、すなわち「ブラウン判決は市民的権利の実現に関わる政策形成過程において重要な役割を果たした」との結論を提出するとしても、従来よりも厳密な論証作業が必要となるように思われる。

4. 意義

Rosenbergの検討の意義として、本稿との関係で重要なのは、論証の

51 Sunsteinは次のように言う。「明らかに、Rosenbergは、彼が議論の対象とする連邦最高裁の決定が何の重要性も持たなかったということを証明できてはいない。しかし、彼は、この問題が多くの不確実性を含むことを示した。いずれにせよ、彼は、(…)訴訟が社会変革を導くことを特に期待できるアプローチであるとする人々の想定を、議論されるべき問題にした。」Sunstein, *supra* note 32, at 50.

52 Canon(*supra* note 46, at 233)は以下のように言う。ローゼンバーグとの間にある「我々の見解の相違は、分析のための関連データが利用できれば、決着するのかもしれない。しかし、ベストな状況でそのようなデータを集めることは困難であるし、30年ないし40年が経過した後ではなおさらである」。先に見たとおり、Canonは、Rosenbergが提示するデータが不適切であると批判している。しかし彼は、ブラウン判決が市民的権利を求める運動に大きな影響力を持ったという命題を積極的に論証しているわけではない。

ハードルのほかに次の二点がある。

(一) 変化の要因

繰り返しになるが、Rosenbergが批判の対象としているのは、以下のようない事実理解である。アメリカでは黒人の権利は長い間無視されてきたし、権利の保護に向けて政治部門は積極的な行動をとらなかった。そして、市民の間でも人種別学などは当然のこととされており、差別撤廃を求める声は少数派でしかなかった。しかし、連邦最高裁が人種別学を違憲とし、そのブラウン判決を基礎として次々と黒人に対する差別的取り扱いを違憲とすることで、一般市民の考えは変化し、政治部門は重い腰を上げた。多数決を基礎とする民主主義体制の下で少数者の権利を適切に保護できるのは裁判所のみであり、連邦最高裁が行ったのはまさにその任務である。そして、最高裁判決は当該事例を解決する以上の影響力を有し、全国的な変化を促した、と。

このような理解は、Rosenbergの視点から見れば、司法権以外の要素を軽視しているものだということになる。政治家の行動は連邦最高裁判決に全く影響されなかったとまでは言えないとしても、選挙に対する配慮や市民運動、あるいは暴動の懸念などの事情なしに変化が起こったとは考えられない。先に見たように、Rosenbergは「市民的権利に関わる状況の変化は、連邦最高裁の行動がなくても実現したように思われる」と言う⁵³。この結論に対する批判は多い。しかし、彼の結論を拒否するとしても、ブラウン判決以外の多くの要素もまた、社会のあり方を変える方向に働いたということは認めざるをえない⁵⁴。「彼が自身の結論を論証できないことを認めるとしても、Rosenbergは、全国的な影響力を有する政策変更を決定づける、より大きな歴史的、経済的要素が有する力と

53 Rosenberg, *supra* note 1, at 169.

54 Schuck, *supra* note 32, at 1777.

司法以外に政治的な行動をとる人々がより重要であることを、強力な証拠を挙げて訴えている]⁵⁵。すなわち、「The Hollow Hopeに様々な問題が含まれているからといって、Rosenbergの検討に価値がないということにはならない。司法的なものとは別の、政治的、社会的な力については、めったに検討が行われず、非常に過小評価されている]⁵⁶ということ、Rosenbergはより具体的に示したのである。

(二) 憲法学への影響

Rosenbergの検討が司法の役割論に対して具体的にどのような影響を与えるのかについては、別個の理論的検討が必要である。ここでは以下の点のみ述べておく。それは、本稿冒頭でも述べたとおり、「過去に裁判所が何を実現してきたのか」という事実認識の問題は「裁判所がどのように行動すべきか」という規範論とも密接な関わりを有するという点である。過去に実際に成功したことを継続（あるいは復活）すべきと訴える議論と、過去に成功例はないがこれからは行うべきであるとする議論は、理論構成の仕方が異なってくる可能性が大きい。本稿との関わりで言えば、「ブラウン判決がアメリカ社会を大きく変えた」との事実認識に依拠する司法の役割論は、見直しを計るか、Rosenbergの議論を踏まえ改めてその依拠する事実認識を擁護する必要に迫られるかもしれない。

彼の主張には、憲法学に対する挑戦の側面も含んでいる。彼は言う。「本書での検証の結果は、裁判所について書かれた非常に多くの論考には、根本的な欠陥があるということもまた、示唆している」。法学的あるいは哲学的な裁判所研究に意味がないというわけではないが、「本書で扱った裁判所と裁判所が示す見解の役割、影響力、重要性、そして正統性に関する、憲法学者による広範な、かつ、きちんと検証されていない一般化

55 Smith, *supra* note 32, at 46.

56 Devins, *supra* note 32, at 1068.

は、拒否されなければならない]。「裁判所に関する多くの論考がしているように、社会科学の研究結果を無視し、経験的証拠を避けることは、裁判所の実態を理解することを不可能にする」。裁判所が果たすべき役割について考察することは、「理論的には重要だけれども、実践的な価値はほとんどないかもしれない」⁵⁷、と。

The Hollow Hopeが大きな反響を得た要因の一つは、おそらくこの点にもあるように思われる。「もし、Rosenbergが主張するように、裁判所には大きな社会的変革を起こすことができないとすれば、そうは考えていない現代の憲法理論のかなり多くの部分は、無駄なものとなってしまふ」⁵⁸かもしれないのである。「経験的事実は規範理論を啓発せずにはいられない」のに、社会変革において裁判所が現実如何なる役割を果たすのかにつき、これまで憲法研究者がきちんと問うてこなかった⁵⁹とすれば、Rosenbergの研究は憲法学に対しても非常に大きな影響を与えることになるう。

(三) Rosenbergの検証の意義

まとめておこう。The Hollow Hopeに示されたRosenbergの研究の、本稿との関係で重要な意義は、三点ある。

第一に、先ほど見たように、「ブラウン判決が市民的権利の分野でのアメリカ社会の変化を導いた」という理解は、もはや議論の余地のないほど確実なものではない。Rosenbergの研究は、今後「裁判所が政策形成過程において重要性を持つとすればどのようなかたちなのか、そして、それはなぜかについて、厳密な検討を行うことを強いる」⁶⁰ものである。市民的権利との関わりでは、Rosenbergとは異なる結論、すなわち「ブ

57 Rosenberg, *supra* note 1, at 342-343.

58 Carter, *supra* note 32, at 1221.

59 Schuck, *supra* note 32, at 1764.

60 Smith, *supra* note 32, at 46.

ラウン判決をはじめとする連邦最高裁の行動は政策形成過程において重要な役割を果たした」との結論を提出するとしても、従来よりも厳密な検証に基づく必要があるだろう。

第二に、社会の変革あるいは全国的規模の政策形成を導く要素は、裁判所判決以外よりも重要なものが数多く存在する可能性がある。裁判所がいかなる判決を下すかという問題のみに焦点を絞ってしまうと、社会変革あるいは政策形成の本質を見誤るかもしれない。

そして、第三に、ブラウン判決を代表とする連邦最高裁の「画期的判決」が現実は何を実現したのかは、司法の役割を問題とする規範理論にとっても重要な問題であると思われる。

二 Klarmanの見解

人種統合等の社会変革あるいは政策形成においてブラウン判決が重要な役割を担ったとの理解は、当然の前提とできるわけではない。このことは、Klarmanによっても示されている。以下、ブラウン判決はどのように市民的権利の実現に関わったのかに関するKlarmanの見解を見ていくことにしよう。

1. 概略

Klarmanも、ブラウン判決と市民的権利の実現に関して、Rosenbergと同じく、それまでの憲法学がブラウン判決を重要視する一方でその重要性に関する詳細な分析を行ってこなかったことを問題視している⁶¹。

連邦最高裁判決が及ぼした影響については、直接的に公立学校の人種

61 Michael J. Klarman, *How Brown Changed Race Relations*, 81 J. AM. HISTORY 81, 81 (1994). 「憲法学者および歴史学者は一般に、ブラウン判決を20世紀における、そしておそらく20世紀に限らず歴史上、最も重要な連邦最高裁判決であると考えている。しかしながら、どのようなかたちでブラウン判決が重要性を有したのかに関する厳密な分析に対する注意力は、驚くほど小さかった。」

統合を実現したという影響の仕方と、間接的影響の二つがありうる。Klarmanは、間接的影響を、「人種統合問題を全国的に議論されるべき課題とし、以前は無関心であった北部の白人の良心に火をつけ、黒人による人種統合の要求に正統性を与え、あるいは特に南部の黒人たちに人種差別の現状に挑戦するよう鼓舞する」⁶²のような影響であるとしている。

学校の人種統合を直接的に実現したかどうかについては、ブラウン判決は限られた影響力しか持たなかった。これについては、広く同意されている。問題は間接的影響の方である。Klarmanは、連邦最高裁が学校の人種統合について下した決定が市民的権利運動を決定的に鼓舞したと言う研究者たちの理解は誇張されている可能性がある、とする⁶³。そして、ブラウン判決と市民的権利運動、そしてその後の社会変化について、当時の新聞、世論調査など多くの資料やデータに基づく綿密な調査を行う。彼は、南部各地を中心にそこで具体的に何が起こっていたのかという視点から、様々な訴訟や事件、そして運動家、弁護士、州知事、上院議員、市長、教育委員会委員、連邦裁判官、一般市民など様々な人の発言などにも注目しながら、ブラウン判決の影響について考察を行っている。以下、Klarmanの著書From Jim Crow to Civil Rights第7章⁶⁴の記述を中心にを見ていくこととする。

結論を先に見ておくと、Klarmanは、まず、直接的影響はほとんどなかったことを確認し、間接的影響についても、従来考えられてきたよう

62 *Id.*

63 *Id.* See also, Michael J. Klarman, *Brown, Racial Change, and The Civil Rights Movement*, 80 VA. L. REV. 7 (1994).

64 MICHAEL J. KLARMAN, FROM JIM CROW TO CIVIL RIGHTS (Oxford Univ. Press, 2004) Ch.7. 本章は、上記の2本の論文を基にしている。Klarman, *supra* note 61, note 63. なお、本書FROM JIM CROW TO CIVIL RIGHTSについては、勝田卓也による非常に詳細な著書紹介がある。勝田卓也「著書紹介：マイケル・J・クラーマン『ジム・クローから公民権へ』(一)(二・完)」大阪市立大学法学雑誌52巻1号182頁、2号384頁(2005)。

な影響の仕方ではなかったとしている。ブラウン判決が引き起こしたのは、人種差別立法の違憲性を訴える訴訟の増加とその失敗、および判決に対する反動として起こった南部白人の右傾化・過激化と暴力であった。訴訟戦略は市民的権利の広範な実現を導くことができず、黒人達は、訴訟戦略ではなく、デモなどの直接行動にシフトした。そして、特に重要視されるのが、南部白人の右傾化・過激化は市民運動に対する暴力的な抑圧を生み、その様子がテレビ等のメディアに流れることによって、北部白人市民の考え方を劇的に変えたということである。政治状況の変化により議会や大統領は市民的権利の実現のために動き、これによって事態は市民的権利実現の方向に一気に加速することとなる。

したがって、ブラウン判決は人種統合を直接には実現していないし、白人市民の考えを変えたり黒人市民を勇気づけたりもしていない。ブラウン判決が市民的権利の実現に与えた影響は、判決が南部白人の右傾化・過激化を招くことで暴力を生み、それがメディアを通じて全国に流れることにより状況が変わったという、あまり手放しで賞賛することのできない影響であった。

2. 直接的効果

(一) 連邦裁判所単独での人種統合の実現は可能だったか

Klarmanも、連邦裁判所は、議会、執行部の助力のない状態では、公立学校における人種統合を実現することができなかったとする。

ブラウン判決以降、連邦裁判所は人種統合を実現するために行動したが、「1964年に連邦議会がCivil Rights Actを成立させたとき、南部において人種統合された学校に通っていたのは黒人児童100人につき1人に過ぎなかった。連邦裁判所は、議会あるいは大統領の支援なしでは、これ以上のことを達成する力がないことを証明したのである」。状況を変えたのは1964年Civil Rights Actであった。「司法長官は新たに認められた権限、すなわち人種統合を求める訴訟を提起する権限を行使し、保健教

育厚生省 (HEW) は人種別学を続ける学区から連邦の教育財源を引き揚げると迫った」。法律に基づく権限が行使され始めて以降、人種統合された公立学校に通う黒人児童の数は跳ね上がった。このことから考えれば、「南部で実現した学校の人種統合のほとんどは、ブラウン判決ではなく、1964年Civil Rights Actによって導かれたというのは明らかである」⁶⁵。

(二) 何が起きていたのか

Klarmanの分析は、人種統合が進まなかった地域で一体何が起こっていたのかという問題にも及んでいる。Klarmanが紹介しているのは、主にブラウン判決に対する南部の連邦裁判官の反発と公立学校の人種統合を進める立場にある者への圧力、そして閉校措置や暴動への懸念である。「1954年の時点では、南部にいる全ての連邦裁判官は白人であり、圧倒的多数が南部で生まれ育っている。そして、人種統合に対する彼らの見解は、ほとんどの南部白人の見解と大差なかった。彼らの多くは、ブラウン判決に対して公然と侮蔑的な態度をとり、判決に対する支持を公に表明する者はほとんどいなかった」⁶⁶。連邦最高裁の判決によって、南部の裁判官の個人的態度が変わったわけではない。「白人には自らの人種的高潔を保持する権利があり、統合された学校では、その権利を行使することが困難になる」などと発言した連邦裁判官が、実際に数多くいたのである。

もちろん、個人的な意見としてブラウン判決に反対するとしても、連邦裁判官は職責として連邦最高裁の命令に従わなければならない。しかし、ブラウン判決 (Brown II) には具体的な場面で実際にどのような行為をなすべきかについて不明確な部分があった。そして、その不明確さを利用するかたちで、裁判官たちは、ブラウン判決の実施を遅らせた

65 Klarman, *supra* note 64, at 362-363

66 *Id.* at 354.

り回避したりしたのである⁶⁷。

連邦裁判官は、人種統合に熱心だと思われた裁判官が政治家から激しい非難を受けるなど、人種統合を命じさせないための政治的圧力にも直面した。ただ、「任期が終身であることから、連邦裁判官は政治的攻撃からは一定程度隔離されていた。しかしながら、友人や同僚の非難から離れることはできなかった」⁶⁸。連邦裁判官は人種統合を進めるよう求められたが、それは自分たちが住む地域のほとんどの白人住民の意思に反する行為を行うことを意味した。連邦裁判官は、嫌がらせの手紙や真夜中の嫌がらせ電話、そして庭先で十字架を燃やされる（cross burning）など様々な圧力をかけられ、家族もその被害を受けた。村八分にあたり爆弾や銃弾による脅迫を受けた家族もあったのである。

このような事情は、人種統合をより直接的に進める立場にあった教育委員会の委員も同じであり、個人的思想として大部分が人種統合に反対しており、また反対せずとも嫌がらせや暴力の脅威にさらされていた⁶⁹。連邦裁判官も教育委員会委員も、ブラウン判決を実現させないようにする非常に大きな圧力の下にいたのである。

また、閉校措置や暴動への懸念も、裁判官を躊躇させた。人種統合命令が出された学校が閉校されたり暴動が起きたり等、大きな混乱が実際に起きてしまった後、厳格な人種統合命令を出すことが、裁判官にはできなかった。ブラウン判決は人種統合命令を下す場合の地域の抵抗に配慮しないよう指示したけれども、それは現場にいる裁判官たちには無理であることの方が多かったのである。

以上のような事情から、南部における人種統合は一向に進まなかったが、そのペースは、主として市民的権利運動、すなわち1960年の坐りこ

67 *Id.* at 355-356

68 *Id.* at 356.

69 *Id.* at 350.

み運動に始まり、1961年のフリーダム・ライド、そして南部全体に広がった直接的な抗議行動などの運動によって一気に加速した⁷⁰。

さて、それでは、人種統合を進める直接的な要因となった市民的権利運動に対して、ブラウン判決はどのような、そして、どの程度の影響を与えていたのだろうか。

3. 間接的影響

ブラウン判決の間接的影響に関するKlarmanの結論は、以下の通りである。「ブラウン判決が1960年代の直接的抗議運動に対して与えた影響は、一般に考えられているよりも小さい」。そして、抗議運動はしばしば南部の警官によって非人間的な抑圧を受けたが、ブラウン判決はその抑圧の素地を作り出した要因の一つであり、その影響は一般に考えられているよりも大きい。非暴力で平和的な抗議運動を行う黒人に対する「暴力の様子は、テレビによって全国の視聴者に届けられ、北部における人種問題に対する考えは変化し、市民的権利に関する画期的な法律の成立を導いたのである」⁷¹。

(一) 顕在化と教導の効果はあったのか

ブラウン判決の影響力の一つの説明は、それまで問題として認識されてこなかった人種差別の慣行を議論されるべき問題として顕在化させ、人々の考えを差別廃止に向かわせたというものである。Klarmanは、問題の顕在化 (salience) の効果があったことは認めるものの、教導 (education) の効果については懐疑的である。

「連邦最高裁の決定は、以前は無視されていた問題に公衆の関心を向かせることがある」。例えば、死ぬ権利に関する判決が下された後に多数のアメリカ人がリビング・ウィルを作成したように。そして、「ブラウン判

70 *Id.* at 360.

71 *Id.* at 364, 441.

決もこの種の影響力を有したことは確かである。非常に多くの報道記事が出された。主要新聞各社は第一面の大見出しで判決を報道した」。ブラウン判決は、それまで意識されなかった人種別学の問題に対して人々の関心を集め、「多くの人々に人種別学の問題に対する立場の決定を迫った」。

しかしながら、「ブラウン判決が人々に人種別学の問題に対する立場の決定を迫ったことは、同判決が人々の採った立場に影響を与えたことと同じではない」⁷²。「従来の学説は、ブラウン判決の最も重要な帰結の一つは、アメリカ白人が人種分離を非難する方向に教導したことにあるとしている。しかしながら、この見解を支える証拠は驚くほど少ない。アメリカ人は、一般的に、連邦最高裁を批判することや道徳的論争について自分で判断することは自由であると感じてきた」。例えば、連邦政府が奴隷を禁止することを違憲としたDred Scott判決⁷³によって多くのアメリカ人が奴隷の所有は許されるべきだと考えるようになったわけではないし、墮胎を犯罪として処罰することを違憲としたRoe判決⁷⁴によって多くの人々が墮胎は自由だと考えるようになったわけではない。「これらの歴史的判決が多くの人々を連邦最高裁に賛成するよう教導できなかったとすれば、なぜブラウン判決は人々を教導したはずだと言えるのだろうか」⁷⁵。

当時の世論調査を見ても、ブラウン判決以後に人種別学に対する意見を変えた人はほとんどいなかった。それどころか、南部においては連邦

72 *Id.* at 364-365. また、「Brown判決に賛成の立場を採ることを迫られたことと、判決内容の実施について肯定することは同じではない」。強制的な実施のために連邦軍を送ることや、人種統合を拒否する学区に対する連邦の教育予算の支出を削減することに反対しながら、Brown判決を支持することは可能であった。実際、1957年の世論調査では、アメリカ人の72%が教育予算削減に反対であった。

73 19 How. (60 U. S.) 393 (1857).

74 410 U. S. 113 (1973).

75 Klarman, *supra* note 64, at 365-366.

最高裁に対する激しい非難が次々と起きたのである。北部ではこのような傾向はなく、多くがブラウン判決を賞賛、支持した。しかしながら、人種差別への嫌悪感や平等への意識はブラウン判決前に芽生えており、当時の世論調査を見てもブラウン判決後に北部の白人達の意識が大きく変わったとは言えない。つまり、ブラウン判決を支持したのは元々差別に反対していた人たちなのである。

確かに、大多数のアメリカ人は最終的にはブラウン判決に同意した。しかしながら、これは「連邦最高裁が彼らの考えに影響を与えたからではなく、市民的権利運動のような別の状況の展開」があったからだとの説明も可能であり、その可能性は軽視すべきではない⁷⁶。そして、「もちろん、アメリカ黒人が人種分離の存在は不道德であると確信するのに、最高裁に道徳的に教えられる必要などなかった」⁷⁷。

(二) 動機付けの効果はあったのか

ブラウン判決が市民的権利の実現を求める直接的な抗議運動の盛り上がり大きな影響を与えたという説明の仕方がある。Klarmanは、判決が黒人市民に一定の程度・種類の影響を及ぼしたこと自体は否定していない。しかし、それまでじっと差別に耐えていた黒人市民がブラウン判決という希望を得て立ち上がり、直接的抗議行動を起こした、といったかたちの素朴な因果関係を肯定することもしていない。

Klarmanは、ブラウン判決によって人種分離の違憲性を訴える訴訟が増加したが、やがて訴訟を社会変革の手段として用いる試みの限界が明らかになったと言う。「ブラウン判決は、社会変革の原動力としての訴訟の限界を明らかにし、NAACPに対する激しい報復を誘発することによって、直接行動への戦略の転換を間接的に促進した可能性がある」⁷⁸。

76 *Id.* at 367.

77 *Id.* at 368.

78 *Id.* at 384.

ブラウン判決は南部黒人を刺激し、Jim Crow法（人種分離のために南部で制定された諸法律）の違憲性を訴える訴訟の提起に向かわせた⁷⁹。先に見たとおり、連邦最高裁はブラウン判決後、公立学校だけではなく公営バスや公園などの人種分離について次々と違憲判決を下しているが、これはブラウン判決後に南部黒人がより積極的に人種分離に対する訴訟を提起したから違憲判決が出たとも言える。

「ブラウン判決は訴訟を起こす動機となった。しかし、直接的抗議行動についてはどうだろう⁸⁰。ブラウン判決が他の法廷闘争に力を与えたとしても、一般黒人市民によるストリートでの抗議行動にも力を与えたと思断できるわけではない。Klarmanは以下のように言う。「ブラウン判決が象徴的意義を有したことおよび判決が希望を鼓舞したことは、ストリートでのデモに黒人たちを向かわせたことと同義ではない。確定的なことは言えないが、ブラウン判決がそのような抗議運動を直接的に鼓舞したとの証拠は乏しい⁸¹。1960年代の「直接的抗議行動の爆発的な広がりには、ブラウン判決とは独立に説明することが可能である⁸²。直接的な抗議行動を導いた要因について、Klarmanは、Rosenbergと同様のことを指摘している。すなわち、黒人市民の移住や経済状況の向上により、南部の都市に市民運動を十分に可能にする組織体制が形成されたという要因である⁸³。「ブラウン判決とモンゴメリー・バス・ボイコットあるいは1960年代初頭の直接的抗議行動とを直接的につなげるような証拠はほとんどない。（…）ブラウン判決は、人種差別に対する大規模な抗議行動の火付け役ではなかった⁸⁴。」

79 *Id.* at 369.

80 *Id.*

81 *Id.* at 370.

82 *Id.* at 374.

(三) ブラウン判決の反動

ブラウン判決は市民的権利を直接に推進したり、市民運動を盛り上げたりする効果をほとんど有しなかった。ブラウン判決の影響として顕著に表れたのは、南部の政治家や白人市民の右傾化・過激化である⁸⁵。

Ku Klux Klanの再興に典型的に見られるように、南部での統合反対の世論は過激化した。そして、穏健主義的な政治家はブラウン判決を批判し人種統合への反対を訴える方向に転換するか、さもなければ別学維持を訴える者にとって代わられるという状況が生まれる。

「ブラウン判決は、人種差別の状況の変化に対し以前よりも大きな白人の抵抗を惹起した」⁸⁶。それまで、徐々に、しかし大きな抵抗もなく進ん

83 *Id.* さらに、1960年代という時期に「直接的抗議行動が急激に増えたのは、ブラウン判決とは独立に説明が可能である」(*id.* at 374)。その理由の第一は、冷戦とマッカーシズムの影響力が弱まったことである。それまでは黒人組織の要求は体制を攻撃する共産主義と同列に扱われていた。しかし、1960年代には共産主義の脅威は薄れ、市民運動を行うための壁が低くなったのである。そして、第二に、アフリカ諸国の独立である。1954年にガーナが最初のアフリカ黒人国家として独立し、その6年後には30以上のアフリカ諸国が独立していた。アメリカの市民的権利運動の指導者達は、アフリカの独立運動を白人至上主義への有色人種の抵抗であるとして、自らや黒人市民を鼓舞したのである。(*id.* at 375-376.)

また、モンゴメリー・バス・ボイコットが非暴力主義的抗議運動の有する力を示したことも大きい。第二次世界大戦前は、ストリートでのデモや座り込み運動は実践的な抗議手段ではなかった。南部のほとんどで暴力的抑圧が予想されたためであり、そのような環境下では、訴訟戦略が最も実行可能な手段だったのである。しかし、モンゴメリー・バス・ボイコットは、1950年代中盤にはその状況が変わってきたことを証明し、「直接的抗議行動は、訴訟戦略に代わり、人種問題の改革の追求の手段として実行可能な手段となったのである。」(*id.* at 377)

ただし、ボイコットはブラウン判決に鼓舞されたわけではないと、Klarmanは言う。ボイコットの要求には当初人種統合の要求は含まれていなかったし、指導者は人種分離を終わらせることを求めているわけではないと繰り返し強調していたなど、様々な事情を考慮すると、ブラウン判決がボイコットに与えた影響はさほど大きいとは思われず、と(*id.* at 370-372)。

84 *Id.* at 376-377.

85 *Id.* at 384-421.

でいた学校以外の人種統合（例えば、警察、マイナーリーグ、大学院など）は遅滞あるいは逆行することとなった。例えば、ルイジアナ州ミシシッピでは、黒人に対する差別的規制を漸次撤廃することで選挙人登録数は徐々に増え、1954年には22,000人となっていた。しかし、統合反対の圧力に押され、1956年には8,000人に減少している。それまで抵抗なく進んでいた統合あるいは差別的状況の改善が突然大きな抵抗を受けるようになった原因は、ブラウン判決にあった。学校の人種統合は最も抵抗の大きかった領域であり、ブラウン判決が出たことで、南部白人は、学校以外の領域における黒人の改善要求についても、その背景に学校の人種統合への要求を読み込むようになったのである。ブラウン判決が人種統合に焦点を当てるまで、南部政治は概して穏健であり、人種差別は少しずつ改革されていた。しかし、「ブラウン判決は、このような政治状況をひっくり返した」⁸⁷のである。

南部の右傾化・過激化は運動や黒人市民への抑圧を生んだ。白人市民の黒人に対する暴力や醜い言動は、テレビなどのメディアを通じて全国に流れることとなる。例えば、1960年11月、全国の視聴者は6歳の子供を標的とするニューオーリンズの白人市民の醜い姿を目の当たりにした。毎晩、全国のテレビの視聴者は、憎しみや怒りに駆られて抗議を行う何百人もの人々が、登校中の小学1年生に対して唾を吐きかけ「niggerを殺せ」などと叫んでいる姿を見たのである⁸⁸。また、南部では家や学校、教会に対する爆破事件やリンチや殺人など、黒人を標的とした暴力沙汰が相次ぎ⁸⁹、そのような事態に連邦政府が介入する権限を与える法律制

86 *Id.* at 392.

87 *Id.* at 389.

88 *Id.* at 423.

89 ある研究によると、南部では1955年1月1日から1958年5月1日までの間に、黒人を標的とした市民運動と関連する100件を超える暴力沙汰があった。（*id.* at 425）

定の要求が高まった。

特に、市民運動に対する警察の暴力的抑圧は、世論の変化に影響を与えた。1963年にバーミンガムでデモが始まると、公安委員長Bull Connorは、無抵抗のデモ参加者に向けて警察犬を放ち、消火ホースによる放水でデモを抑圧する。「市民的権利を求めて平和的に運動を進めるデモ参加者に対するバーミンガムでの蛮行はテレビ放映され、人種問題に対する北部の人々の意見を変化させ、1964年Civil Rights Actの成立を可能にした。」⁹⁰「世論調査によると、市民的権利がこの国の最も差し迫った問題であると考えるアメリカ人は、バーミンガムでの出来事の前後で4%から52%に上昇している」⁹¹。それまで人種問題の解決に積極的でなかったKennedy大統領は、この事件によって市民的権利に関わる政策を変化させ、解決に積極的な姿勢を見せるようになった。

以上のような全国的な政治状況の変化の結果、市民的権利に関わる画期的な諸法律が成立し、連邦政府が南部の人種問題に介入する権限を行使したことにより、人種統合、差別撤廃の実現が導かれた。繰り返しになるが、Klarmanによると、ブラウン判決の直接の影響は、南部白人の右傾化・過激化であった。そして、警察官による非人間的抑圧、白人市民による多くの暴力事件→全国報道→北部白人の意見の変化→市民的権利立法への推進力→市民的権利立法成立→人種統合・差別廃止という流れを作り出した点において、ブラウン判決は市民的権利の実現に関わったのである。

「ブラウン判決以前、南部白人は、自分達にとって学校の人種統合よりは重要性の劣る人種問題に対して、小さな譲歩をする意思を示していた。ブラウン判決がなければ、白人を暴力に掻き立てることなしに交渉が行

90 *Id.* at 435.

91 *Id.* at 436.

われ、漸進的な変化を続けていたかもしれない」。そして、市民運動は暴力的な抑圧を受けなかったかもしれない。ただ、暴力が人種問題の改革を一気に進めたのも確かである。「ブラウン判決による南部政治の過激化の結果として起こった暴力のみが、人種問題の変化をあれだけ急速に進めることができたのである」⁹²。

訴訟だけでは重要な社会の変革を達成することはできなかった。坐り込み運動やフリーダム・ライド、そしてストリートにおけるデモの方が、黒人の目的を推進するものとして訴訟よりも大きな力を有した。そして、それらの運動の推進力となったのは、判決とは別の政治的、社会的要因である。ブラウン判決は、訴訟戦略の限界が気づかれることによって市民的権利運動を、そして右傾化・過激化を導くことによって運動に対する南部白人の暴力的な反応を形成した。しかし、判決以外の推進力は深いところに存在した。連邦最高裁が行動するとしないとに拘わらず、合衆国は人種問題の改革運動を経験したに違いないと、Klarmanは言う⁹³。

三 「当たり前」ではないこと

1. ブラウン判決は過大評価されていた

本稿ではKlarmanの見解について詳細な検討を行うことはしない。ここでは、彼の見解に対するRosenbergとTushnetの批評⁹⁴を簡単に見ておくことにする。

Rosenbergは、Klarmanが批判の対象としている論者と同様に、「彼も

92 *Id.* at 442. ブラウン判決が人種統合あるいは市民的権利の実現に対する反対を強めた可能性は、Rosenbergも指摘している。それは、例えばWhite Citizens CouncilsやKu Klux Klanといった人種分離制度の存続を求める団体のメンバーの増加に見られる。(Rosenberg, *supra* note 1, at 155, 341-342)。ただし、Rosenbergは、Klarmanと異なり、反対派の力を強めたことでブラウン判決は市民的権利の実現を遅らせた可能性がある、としている (*id.* at 156)。

93 Klarman, *supra* note 64, at 467-468.

また、ブラウン判決の影響力を過大評価している]⁹⁵と言う。例えば、市民的権利立法の推進力となった暴力的抑圧の原因はブラウン判決ではなく、市民運動そのものであった。「暴力とそれに続く市民的権利立法の成立は、ブラウン判決がなくとも起こった」⁹⁶、と。

先に見たように、Klarmanは、ブラウン判決には数多くの報道がなされることで問題を顕在化させたり、暴力的抑圧を導く効果があったと述べ、また、同判決がなければ1957年のCivil Rights Actは制定されなかっただろうと述べる⁹⁷など、Rosenbergに比べると、ブラウン判決の影響力を大きく見ている。Rosenbergは、そのような影響力の理解の仕方もまた過大評価であると言うのである⁹⁸。

一方、Tushnetは、法律家がブラウン判決を過大評価してきたことについては同意するが、同判決はKlarmanの見解よりは重要性を有したと述べる⁹⁹。ブラウン判決は統合を実現しようとしたわけではなく、憲法上の原理を確立した。そして、白人の政治文化においてその基本原理が受け入れられるのを促進したのがブラウン判決なのである。ただ、この

94 Gerald N. Rosenberg, *Brown is Dead! Long liv Brown! The endless attempt to canonize a case*, 80 VA. L. REV. 161 (1994), Mark Tushnet, *The Significance of Brown v. Board of Education*, 80 VA. L. REV. 173 (1994). これらは、Klarman, *supra* note 63に対するコメントである。See also, Charles W. McCurdy, *Foreword*, 80 VA. L. REV. 1 (1994), David J. Garrow, *Hopelessly Hollow History*, 80 VA. L. REV. 151 (1994).

95 Rosenberg, *supra* note 94, at 163.

96 *Id.* at 163.

97 Klarman, *supra* note 64, at 366.

98 これに対して、Klarmanは、南部の右傾化や暴力はブラウン判決後、モンゴメリー・バス・ボイコットの前に起こっていることなどを理由として、やはり暴力を引き起こしたのはブラウン判決の影響が大きかったとしている（ただし、右傾化や暴力がブラウン判決のみを原因として起こったというわけではない）。Michael J. Klarman, *Reply: Brown v. Board of Education: Facts and Political Correctness*, 80 VA. L. REV. 185, 194-195 (1994).

99 Tushnet, *supra* note 94, at 173.

ような影響については、Rosenbergが行ったような新聞、雑誌等の記事を数えるという手法は妥当ではない¹⁰⁰。また、Klarmanはモンゴメリー・バス・ボイコットの成功にブラウン判決はたいした影響を与えてはいないとするが、これも誤りである。ボイコットの成功は市民の努力によって運動が持続したという面もあるが、連邦最高裁が*Gayle v. Browder*¹⁰¹によってバス座席の人種分離が違憲だと判断したことが成功の大きな要因である。そして、もしブラウン判決によって「別々ではあるが平等」の原則を示したPlessy判決を覆していなかったら、Gayle判決は出ていなかったはずである。ブラウン判決はGayle判決に先行し、Gayle判決はバス・ボイコットの成功に大きく貢献した。そして、ボイコットの成功は市民的権利運動の展開にとって重要な要素であった。そうだとすれば、ブラウン判決は、人種問題における変革において重要な役割を果たしたと言えるはずである、と。

Rosenbergは、Klarmanがそれでもブラウン判決を過大評価していると言ひ、TushnetはKlarmanが考えるよりはブラウン判決は重要性を有したと言う。ただ、本稿にとって重要なのは、両者ともに、ブラウン判決は市民的権利の実現において従来考えられていたような重要な役割を担ったわけではない、あるいは従来ブラウン判決が過大評価されていたことについては同意している¹⁰²、ということである。

2. 「当たり前」ではないこと

(1) ブラウン判決が市民的権利の実現に果たした役割について、RosenbergとKlarmanは異なる結論を提示しているが、同様の部分も多い。それは以下のようなものである。まず、ブラウン判決は直接には人種統合を実現していない。人種統合が実現したのは、1964年Civil Rights

100 *Id.* at 176-177.

101 352 U. S. 903 (1956).

102 Rosenberg, *supra* note 94, at 164, Tushnet, *supra* note 94, at 173.

Act等の法律が連邦議会を通過し、連邦政府が積極的に人種問題に介入した結果である。次に、間接的影響について、従来は、市民的権利立法の成立を推進した市民運動に大きな影響を与えたとの理解が一般的であったが、その見解は何らかの証拠に支えられたものではなかった。様々なデータや資料を精査してみると、ブラウン判決は市民的権利運動にさほど大きな影響は与えていなかったことが明らかとなる。間接的影響に関する両者の見解は、視点、結論ともに異なるが、少なくとも、黒人市民を鼓舞したり、直接に白人政治家や白人市民の良心に訴え考えを変化させるような影響力をブラウン判決は有していなかったとする点では、同様の結論を提示している。

本稿の問題関心から見ると、Klarmanの研究が有する意義は、先にRosenbergの検証の意義について述べたところとほぼ重なる。すなわち、ブラウン判決と市民的権利実現の関係に関する論証のハードルを上げたこと、裁判所の行動以外の社会変化の要因に光を当てたこと、そしてそれによって、憲法学に何らかの影響を与えると思われること、である。

(2) RosenbergとKlarmanの立場からすれば、ブラウン判決の影響力に関する従来の見解に対して、以下のように言うことになるだろう。「ブラウン判決が宣言した社会の革新」が「国家全体の根本的な革新」¹⁰³だったとしても、それを実現したのは、裁判所ではない。裁判所は人種統合という社会の変革あるいは改革において実効的な役割をほとんど演じることができなかった。また、ブラウン判決が有した『司法の力以外の力(nonjudicial power)』がなければ、1960年代に立法府や執行府が行動したとは考えられない¹⁰⁴といった言明は、何らかの証拠に支えられたものではない。データやその他の資料は、ブラウン判決がなくとも立法府や

103 RONALD DWORIN, *LAW'S EMPIRE* (Harvard Univ. Press, 1986), 391 (小林公訳『法の帝国』(未來社、1995)、595頁)。

執行府の行動があり得たことを示している。そして、立法府や執行府の行動を導いた市民的権利運動の「お膳立て」¹⁰⁵をするような効果も、ブラウン判決にはほとんどなかった。人口移動や経済の向上その他の社会的、政治的要因を考え合わせれば、ブラウン判決がなければ様々な市民的権利運動が起こらなかったということはできないし、判決がなくとも大規模な市民運動は十分に起こりえた、と。

KlarmanとRosenbergは、両者ともに、ブラウン判決は従来考えられていたほどには影響力を有していなかったという結論に至るまでの過程で、膨大な資料やデータ等を証拠として挙げている。Rosenbergの検証の意義のところで述べたように、結論がデータ等に支えられている場合、その結論を批判するためには、提示されたデータ等を批判の対象とするか、データ等による論証の方法そのものの適切性に対する批判がなされる必要があるはずである。その意味で、RosenbergとKlarmanの主張は正面からぶつかり合っているものと理解することができるだろう。しかしながら、代替的な資料・データの提示や同一のデータ等についての代替的な解釈の提示がない、あるいはデータ等による論証とは別の代替的な論証方法の提示がない批判は、論理的な力の弱いものと考えざるを得ないように思われる。したがって、「ブラウン判決という画期的な判決の後に市民運動が盛り上がり人種統合などの差別が撤廃されたことからすれば、ブラウン判決が重要な役割を果たしたと考えるのが自然である」といった類の言明は、それだけでは、RosenbergやKlarmanの見解に対して正面から応えたものとは言えないことになろう。

104 ARCHIBALD COX, *THE WARREN COURT* (Harvard Univ. Press, 1968), 27 (吉川精一、山川洋一郎訳『ウォレン・コート』(日本評論社、1970)、39頁)。

105 Henry M. Levin, *Education and Earnings of Blacks and the Brown Decision in* MICHAEL V. NAMORATO ed., *HAVE WE OVERCOME?: RACE RELATIONS SINCE BROWN* (University of Mississippi Press, 1979), 79,80.

Rosenbergは、研究者の願望 (desire) の存在を指摘する。思想などの個人的信念は、裁判所が果たしてきた役割の理解の仕方に浸透して一定の結論を導く。しかしながら、「ある主張が経験的証拠による反証の可能性を有しないのであれば、それが正確なものかどうかを判断する方法はない」。Rosenbergに対する批判の多くは、「知識ではなく、願望に基づいているように見える」が、「これらは検証可能な仮説というよりは、信念の表明であり、自分達が正しいとの説得を可能にする証拠を提供していない」。「The Hollow Hopeは多くの批判を受けているけれども、願望に導かれた批判は、それに同意しない意思を明示するだけである」¹⁰⁶¹⁰⁷、と。もちろん、このことはRosenbergやKlarmanに対しても当てはまる可能性がある。しかしながら、「彼らの見解は裁判所は社会改革において重要な役割を果たさないと願望に導かれている」とするためには、彼らの提示したデータ等を踏まえた批判が必要となる。そのような論証のない批判は、主観的見解を表明しているだけと見られるか、少なくとも反証可能性のないものとなる可能性が高い。

(3) RosenbergとKlarmanは、両者ともに、市民的権利の分野での変化について裁判所の行動だけではなく、その他の政治的、社会的要因を広く取り扱っている。

Tushnetに限らず、KlarmanやRosenbergに対する批判は、これこれこういう影響が実際にあったという例を挙げて「ブラウン判決は影響力を

106 Gerald N. Rosenberg, *Knowledge and Desire*, in DAVID A. SCHULTZ ed., *LEVERAGING THE LAW* (New York, 1998), 252-253.

107 See, David A. Schultz, *Introduction: Courts and Law in American Society* in DAVID A. SCHULTZ ed., *LEVERAGING THE LAW* (New York, 1998), 15. 「おそらく、Gerald RosenbergのThe Hollow Hopeと本書の彼の論考の、裁判所研究に対する一つの最も重要な功績は、我々は、希望や願望を抱くことで事実から目をそらすのではなく、裁判所研究の手法についてより慎重でなければならない、ということを明らかにした点である。」

持った」というかたちをとることが多い¹⁰⁸。それらの妥当性はともかく、注意が必要なのは、Klarman達が提示する見解は、影響が全くなかったとの主張ではなく、当時の政治的、社会的な動き全体の中で捉えると、ブラウン判決の影響力はさほど大きなものではなかったとするものだということである。つまり、「影響が全くなかった」との主張に対しては「〇〇の影響があった」という実例をいくつか挙げることで反証が成立するのであるが、「影響が小さかった（あるいはほとんどなかった）」という主張に対しては、「より大きな影響があった」ことを論証する必要がある。そうでなければ、「影響があった」としても、それは「津波の中のさざ波に過ぎない」¹⁰⁹との反論が、彼らの見解からは可能だからである。そしてそのためには、裁判所の行動だけではなく、他の政治的、社会的要因も含めて、社会変動の要因を広い視野で捉える必要があるだろう。つまり、様々な要因の中でブラウン判決が特に重要性を有したということを論証するには、ブラウン判決以外の要因にも広く目を向ける必要があるのである。

Klarmanは、(Rosenbergとは異なり)最高裁判決が象徴的意義を有したことは否定しない。しかし彼は、例えば以下のように言う。Truman大統領が1948年に下した軍隊における人種統合の執行命令は、様々な分野における人種統合にとって非常に重要な出来事だと考えられる。この執行命令よりもブラウン判決の方が重要であったとすれば、それはなぜなのだろうか。ブラウン判決が人種統合の実現にとって特に重要な役割を果たしたとする見解は、この点を説明する必要がある、と¹¹⁰。また、Brown判決がなければ、バス・ボイコットはなかったとか、バス座席の人種分離を違憲としたGayle判決がなかったとは確定的には言えない、

108 See, e.g., Garrow, *supra* note 94.

109 Rosenberg, *supra* note 94, at 165.

とKlarmanは言う¹¹¹。ブラウン判決に時間的に先行するバトンルーージュでのバス・ボイコットの成功や黒人の経済状況の向上、運動組織の拡大などよりも、ブラウン判決が重要だとなぜ言えるのか。仮に、あの時期に黒人の経済状況の向上がなくても、ブラウン判決が下されていれば、坐り込み運動などの市民運動は行われたと本当に言えるのか。

Klarmanは、ブラウン判決はこの上なく神聖なものとされ、憲法理論の問題としてその妥当性に疑義を挟むことが許されず、1960年代の市民的権利に関わる重大な改革にとってのブラウン判決の重要性を疑問の対象とすることが受け入れられない状況を、「学問的論争の狭窄」であり不幸な状況だとしている¹¹²。ブラウン判決が市民的権利の分野でアメリカ社会を大きく変えたとの見解は、少なくとも、判決以外の政治的、社会的要因にも目を向ける必要があるように思われる。

(4) 次に、彼らの見解は司法の役割を論じる憲法学にとっても非常に重要なものであるように思われる。繰り返しになるが、「裁判所は政策形成を積極的に行うべきか否か」という規範的な問いに対する回答は、「過去に裁判所が政策形成に成功したかどうか」に関する事実認識の仕方によって大きく異なってくる。「裁判所は政策形成を行うべきだ」との主張それ自体は、過去に成功例があってもなくても可能である。ただ、成功例がある場合とない場合とでは、議論の仕方(裁判所(行為主体)に対する批評や説得の仕方)は変わってくるはずである。成功例がない場合、成功例の出現を阻害している要因の分析とその除去についても論ずると

110 Klarman, *supra* note 96, at 186. また、先にも見たが、Klarmanは、Dred Scott判決によって奴隷の所有が正しいと人々は確信しなかったし、Roe判決によって人々が中絶の権利があると確信しなかったことを考えれば、ブラウン判決がなければ人種分離が間違っていると人々が確信あるいは見解を変化させなかったとは言えない、とする。(id. at 187)

111 *Id.* at 189-190.

112 *Id.* at 185.

ころがなければ、説得力は減少する。つまり、成功例がない場合に比べて、より繊細な分析と議論が必要になるだろう。この意味で、ブラウン判決が市民的権利の領域におけるアメリカ社会の変化にどの程度貢献したのかは、司法の役割に関する規範を論じる憲法学にとっても、重要な問題と言えるかもしれない¹¹³。

結 一日本の憲法学への示唆

以上のような検討が日本の憲法学に、具体的に、どのような影響を与えるのかについては、日本における議論を対象とした別個の検討が必要となる。これに関しては今後の課題とし、以下では示唆的であると思われることを述べて本稿を結ぶこととする。

1. 実行可能性

日本においても、「裁判所による違憲審査権が最も強力に行使され、それが政策形成機能を色濃くおびているのは、いうまでもなく合衆国最高

113 また、以上のことは、研究者の役割あるいは態度にとっても重要であるかもしれない。「裁判所が重要かつ本質的な実効性を有するとの考えは、裁判所に影響を与えようとして執筆活動を行う学者の地位を高めるものであるし、このような考えは彼らにとって重要である。もし、裁判所が社会変革に着手し、そしてもし、憲法学専攻の教授が裁判所に影響を及ぼすことができるのであれば、教授たち、そして榮譽に浴する他の人達は、重要な社会変革の旗手でもあることになるだろう」。しかし、「司法権に関する想定を問うためのツールを持たなければ、これらの研究者はそのように考える根拠あるいは内省的な能力をほとんど持っていないことになる。」 Powe Jr., *supra* note 16, at 1640.

一方で、RosenbergやKlarmanの見解が間違っており、裁判所が社会改革において重要な役割を果たすのであれば、「法律家が法システムを通じて現実の社会変革の案内役になろうとする試みは可能であるという信念」に基づいて、社会をより良い方向に変えるという役割を担うのだとの理想を抱くことは、「不適切でも誤りでもない」ということになるのかもしれない。Skubik, *supra* note 32, at 538, 540.

裁である]¹¹⁴とする見解がある。このような認識を基にして、日本の裁判所が政策形成機能を積極的に果たすべきだと主張される場合¹¹⁵、それは単にアメリカに対する憧憬に支えられているわけではあるまい。「アメリカではこうしている。日本でもそうすべきだ」という類の主張がなされるとき、そこではアメリカの裁判所が行ってきたことが一つの「実行可能性」の情報として扱われている可能性がある。

日本の裁判所が積極的な政策形成機能を果たしてこなかったとの認識を基に、しかし日本の裁判所は政策形成に積極的に関わるべきだとの規範的な主張を行うとき、上記のような事実認識は「実行可能性」に関わる情報の一つとして働く。すなわち、裁判所による積極的な政策形成は「どれだけの労力を払っても絶対に実現しない目標」ではなく、一定程度現実的な努力目標である。アメリカの裁判所、特に連邦最高裁には大きな役割を果たすことが可能であるのであるから、日本でも同様のことは可能である、と。

しかしながら、RosenbergやKlarmanが行った検証は、この情報は当たり前に正しいというわけではなく、より厳密な論証を必要とする命題であることを示唆する。実行可能性の情報として、アメリカの裁判所の例を引き合いに出すことには、これまでより慎重な態度が要求されるように思われる。ただし、これまで日本の憲法学がアメリカの裁判所判決を上記のようなかたちで扱ってきたわけではないとすれば、この指摘に意味はないことになるが。

2. 判例研究の課題

RosenbergやKlarmanの研究は、現実の社会、政治の動きを広い視点

114 芦部信喜『憲法制定権力』（東京大学出版会、1983）、156頁。

115 芦部・同上、芦部信喜「司法における権力性」岩波講座『基本法学6 権力』（岩波書店、1983）219頁、芦部信喜「序論 憲法訴訟論の課題」同編『講座憲法訴訟第1巻』（有斐閣、1987）3頁などを参照。

から捉え、その中に裁判所の行動を位置づけようとする試みであると考えられる。この視点は、判例研究にとっても重要であると思われる。

芦部信喜は、「憲法判例は、(…) 政治過程における一つの現象として政治学的観点から考察することも可能であり、その重要性もきわめて大きい」とし、「憲法判例を政治学的・社会学的な方法を用いて検討するところみ」の可能性を提示していた¹¹⁶。この課題については、「学界レベルの研究はほとんど進んでいない」とされる¹¹⁷が、RosenbergやKlarmanの研究が示唆するのは、判決・決定を下す、あるいは判例を形成するという裁判所の行動を政治学的、社会学的な観点から捉えるという課題は、重要性を失ってはいないということである。

芦部が提示した上記の課題には、「裁判官も政策形成者である」¹¹⁸との認識が前提として存在するように思われる。しかし、裁判所が政策形成の一端を担うことが現実可能なかどうか、担うとすればどのような場合か、どのような性質あるいは程度において裁判所は政策形成者たりうるのか、といった視点も含めた検討も必要であるだろう。また、その際には、判決から生まれる好ましい影響だけではなくネガティブな影響についても視野に入れる必要があると思われる。

3. 「誤謬」の危険

以上のような課題は、規範論として裁判所による政策形成を訴える議論にとってのみ重要であるわけではないだろう。「裁判所の役割はかくあるべき」という規範論としての「司法の役割」論が、「現実に裁判所はど

116 芦部信喜「憲法判例の学び方」芦部信喜編『憲法判例百選（初版）』5頁（有斐閣、1963）、6頁。

117 高橋和之・長谷部恭男「はしがき」芦部信喜・高橋和之・長谷部恭男編『憲法判例百選Ⅰ（第四版）』（有斐閣、2000）3—4頁。

118 芦部・前掲注（115）、156頁。

のような役割を果たしてきたのか」という事実認識と密接な関わりを有するとすれば、司法の役割を扱う議論は多かれ少なかれ現実の裁判所の行動とその効果や影響に敏感である必要がある。

「理想と現実の違い」は、現状をただ追認するために語られるものであってはならない。「理想」は「現実」を少しでもより良い方向に変えるために持ち出されるべきものである。しかしながら、両者の距離があまりにも遠いと、現状を少しでもより良い方向に変えようという試みの実現は困難となるだろう。その意味で「現実」の認識は必要であるし、その認識はより正確である方が好ましい。

規範論として現実に裁判所が果たしてきた役割以上のものを期待するとしても、現実からの距離があまりに大きいとその規範論の実現の可能性は低くなるだろう。この意味で、現実に裁判所が果たしてきた役割を無視した「司法の役割」論は、「裁判所に対して過大な期待を抱いて」¹¹⁹、「本来期待しえぬものを期待する誤謬」¹²⁰に陥る危険性を有することになるかもしれない。

Rosenbergは以下のように述べ、The Hollow Hopeを締めくくっている。「裁判所に対して重要な社会改革を行えと要求することは、裁判所の歴史を忘れ、裁判所が服する制約を無視することである。それは、政治に権利が勝利するという無邪気かつロマンチックな信念によって、我々の目を曇らせる行いである。そして、ロマンスと無邪気さは魅力的ではあるが、法廷において最善のかたちで示されることはない」¹²¹。

「世界には既に100メートル9秒をきった選手がいる。日本人のお前に

119 市川正人「違憲審査制と民主制」佐藤幸治＝初宿正典＝大石眞編『憲法五十年の展望Ⅱ』（有斐閣、1998）281頁、332頁脚注（11）。

120 樋口陽一『司法の積極性と消極性』（勁草書房、1978）、1頁。

121 Rosenberg, *supra* note 1, at 343.

もできるはずだ」。この言葉は、まず実行可能性の情報に誤りがある(世界記録は2006年2月現在、9秒77)。少なくとも現時点では9秒をきることは現実的な努力目標ではない。また、選手個人の肉体的・精神的能力や年齢などもきちんと考慮に入れないと、期待し得ないものを期待する誤りを犯すことになる。コーチが選手に喉が枯れるまで熱弁を振るったとしても、できないものはできない。必要なのは、的確な現状分析と現状に見合った現実的な努力目標を立てることである。現状の分析もせず、個人的な願望のみを基にして選手に達成不可能な成果を求めるような人は、コーチにもアドバイザーにもなれない。なれるとすれば、観客席からヤジを飛ばす質の悪い観客か、実情を知らずに無責任な批判を述べるだけの三流ジャーナリストくらいだろう。

ところで、今の憲法学は誰かのアドバイザーたり得ているのだろうか。

<参考文献>

- (原則として英語文献はアルファベット順、邦語文献は五十音順)
- Bachmann, Steve. *Book Review*, 19 N. Y. U. R. L. & SOC. CHANGE 391 (1992)
- Burstein, Paul. *Book Review*, 98 AM. J. SOCIOLOGY 231 (1992)
- Canon, Bladley C. *The Supreme Court as a Cheerleader in Politico-Moral Disputes*, 54 JOURNAL OF POLITICS 637 (1992)
- Canon, Bladley C. *The Supreme Court and Policy Reform*. In LEVERAGING THE LAW. Ed. Schultz, David A. (New York, 1998)
- Carter, Stephen L. *Do Courts Matter?*, 90 MICH. L. REV. 1216 (1992)
- Chayes, Abram. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 HAV. L. REV. 1281 (1976)
- COX, ARCHIBALD. THE WARREN COURT (Harvard Univ. Press, 1968) (吉川精一・山川洋一郎訳『ウォレン・コート』(日本評論社、1970))
- COX, ARCHIBALD. THE ROLE OF THE SUPREME COURT IN AMERICAN GOVERNMENT (Oxford Univ. Press, 1976)(芦部信喜監訳『最高裁判所の役割』(東京大学出版

会、1979)

- COX, ARCHIBALD. *THE COURT AND THE CONSTITUTION* (Houghton Mifflin, 1987)
- Dahl, Robert A. *Decision-Making in a Democracy*, 6 J. PUB. L. 279 (1957)
- Delgado, Richard. *Rodrigo's Fourth Chronicle*, 45 STAN. L. REV. 1133 (1993)
- Devins, Neal. *Judicial Matters*, 80 CAL. L. REV. 1027 (1992)
- DWORKIN, RONALD. *LAW'S EMPIRE* (Harvard Univ. Press, 1986)
- DWORKIN, RONALD. *FREEDOM'S LAW* (Harvard Univ. Press, 1999)
- Epstein, Lee. *Book Review*, 1 LAW & POLITICS BOOK REV. 139 (1991)
- Feeley, Malcom M. *Hollow Hopes, Flypaper, and Metaphors*, 17 LAW & SOC. INQUIRY 745 (1992)
- Garrow, David J. *Hopelessly Hollow History*, 80 VA. L. REV. 151 (1994)
- Gates, John B. *Book Review*, 16 LEGAL STUDIES FORUM 373 (1992)
- Gillman, Howard. *Constitutional History and Political Science*, H-Law (December, 2004), available at <http://www.h-net.org/reviews/>
- Glickstein, Howard A. *The Impact of Brown v. Board of Education and Its Progeny*, 23 HOW. L. J. 51, (1980)
- Herman, Didi. *It's Your Party (And I'll Cry if I Want To)*, 9 CANADIAN J. L. 181 (1994)
- Holloway, Ian. *Book Review*, 15 DALHOUSIE L. J. 664 (1992)
- Kahn, Ronald. *The Supreme Court, Constitutional Theory, and Social Change*, 43 J. L. EDUC. 454 (1993)
- Kastenberg, Stephen J. *Book Review*, 29 HARV. J. ON LEGIS. 589 (1992)
- KING, MARTIN LUTHER, JR., *STRIDE TOWARD FREEDOM* (New York, 1958) (雪山慶正訳『自由への大いなる歩み』(岩波書店、1959))
- Kirp, David L. *How Now, Brown?*, 254 NATION 757 (1992)
- Klarman, Michael J. *How Brown Changed Race Relations*, 81 J. AM. HISTORY 81 (1994)
- Klarman, Michael J. *Brown, Racial Change, and The Civil Rights Movement*, 80 VA. L. REV. 7 (1994)
- Klarman, Michael J. *Reply: Brown v. Board of Education: Facts and Political Correctness*, 80 VA. L. REV. 185 (1994)
- KLARMAN, MICHAEL J. *FROM GIM CROW TO CIVIL RIGHTS* (Oxford Univ. Press, 2004)
- Krislov, Samuel. *Book Review*, 9 CONST. COMMENT. 367 (1992)
- Lawrence, Susan E. *Book Review*, 86 AM. POL. SCI. REV. 812 (1992)
- Levin, Henry M. *Education and Earnings of Blacks and the Brown Decision*. In *HAVE WE OVERCOME? RACE RELATIONS SINCE BROWN*. Ed. Namorato, Michael V. (University of Mississippi Press, 1979)

- Levine, P. James. *Methodological Concerns in Studying Supreme Court Efficacy*, 4 LAW & SOC'Y REV. 583 (1970)
- McCann, Michael. *Reform Litigation on Trial*, 17 LAW & SOC. INQUIRY 715 (1992)
- McCann, Michael. *Causal versus Constitutive Explanations (or, On the Difficulty of Being so Positive...)*, 21 LAW & SOC. INQUIRY 457 (1996)
- McCurdy, Charles W. *Foreword*, 80 VA. L. REV. 1 (1994)
- McDowell, Gary L. *Scholarly 'Hope' says court rarely ignites big changes*, The Washington Times Aug. 26, 1991, at F1
- NEIER, ARYEH. *ONLY JUDGMENT* (Wesleyan Univ. Press, 1982)
- Powe Jr., Lucas A. *The Supreme Court, Social Change, and Legal Scholarship*, 44 STAN. L. REV. 1615 (1992)
- Prichett, C. Herman. *Equal Protection and the Urban Majority*, 58 AM. POL. SCI. REV. 869 (1964)
- ROSENBERG, GERALD N. *THE HOLLOW HOPE* (The University of Chicago Press, 1991)
- Rosenberg, Gerald N. *Hollow hopes and other aspirations*, 17 LAW & SOC. INQUIRY 761 (1992)
- Rosenberg, Gerald N. *Judicial Independence and the Reality of Political Power*, 54 REVIEW OF POLITICS 369 (1992)
- Rosenberg, Gerald N. *Brown is Dead! Long liv Brown! The endless attempt to canonize a case*, 80 VA. L. REV. 161 (1994)
- Rosenberg, Gerald N. *Positivism, Interpretivism, and the Study of Law*, 21 LAW & SOC. INQUIRY 435 (1996)
- Rosenberg, Gerald N. *Knowledge and Desire*. In *LEVERAGING THE LAW*. Ed. Schultz, David A. (New York, 1998)
- Scheppele, Kim Lane. *Book Review*, 21 CONTEMPORARY SOCIOLOGY 465 (1992)
- Schuck, Peter H. *Public Law Litigation and Social Reform*, 102 YALE L. J. 1763 (1993)
- Schultz, David A. *Introduction: Courts and Law in American Society*. In *LEVERAGING THE LAW*. Ed. Schultz, David A. (New York, 1998)
- Simon, Jonathan. *"The Long Walk Home" to Politics*, 26 LAW & SOC'Y REV. 923 (1992)
- SITKOFF, HARVARD. *STRUGGLE FOR BLACK EQUALITY* (Rev. ed.) (New York, 1993)
- Skubik, Daniel W. *Book Review*, 39 FED. B. NEWS & JOURNAL 538 (1992)
- Smith, Christopher E. *Misdirected courtship*, 76 JUDICATURE 45 (1992)
- Stumpf, Harry P. *Book Review*, 55 JOURNAL OF POLITICS 256 (1993)
- SULLIVAN, KATHLEEN M. & GUNTHER, GERALD. *CONSTITUTIONAL LAW* (15th. ed. Foundation Press, 2004)

- Sunstein, Cass R. *How Independent is the Court?*, N. Y. REV. BOOKS OCT. 22, 1992, at 47
- SUNSTEIN, CASS R. *LEGAL REASONING AND POLITICAL CONFLICT* (Oxford Univ. Press, 1996)
- Tarr, G. Alan. *The Limits of Judicial Power*, 54 REVIEW OF POLITCS 483 (1992)
- TUSHNET, MARK V. *THE NAACP'S LEGAL STRATEGY AGAINST SEGREGATED EDUCATION, 1925-1950* (The University of North Carolina, 1987)
- Tushnet, Mark & Lezin, Katya. *What Really Happened in Brown v. Board of Education*, 91 COLUM. L. REV. 1867 (1991)
- Tushnet, Mark. *The Significance of Brown v. Board of Education*, 80 VA. L. REV. 173 (1994)
- TUSHNET, MARK V. *TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS* (Princeton Univ. Press, 1999)
- WILKINSON, J. HARVIE. *FROM BROWN TO BAKKE* (Oxford Univ. Press, 1979)
- Grand Illusion*, 105 HARV. L. REV. 1135 (1992)
- 芦部信喜「憲法判例の学び方」芦部信喜編『憲法判例百選』(初版) 5頁(有斐閣、1963)
- 芦部信喜「司法における権力性」岩波講座『基本法学6 権力』(岩波書店、1983) 219頁
- 芦部信喜「序論 憲法訴訟論の課題」芦部信喜編『講座憲法訴訟第一巻』(有斐閣、1987) 1頁
- 芦部信喜『憲法制定権力』(東京大学出版会、1983)
- 安部圭介「著書紹介：Gerald N. Rosenberg, *The Hollow Hope*」[1995-2]アメリカ法 219頁
- 安藤次男「1964年公民権法と大統領政治」立命館国際研究13巻3号(2001) 171頁
- 安藤次男「ケネディと1963年公民権法案」立命館国際研究14巻3号(2001) 31頁
- 市川正人「違憲審査制と民主制」佐藤幸治＝初宿正典＝大石眞編『憲法五十年の展望Ⅱ』(有斐閣、1998) 281頁
- 大林文敏『アメリカ連邦最高裁の新しい役割』(新評論、1997)
- 勝田卓也「著書紹介：マイケル・J・クラーマン『ジム・クローから公民権へ』(一)(二・完)」大阪市立大学法学雑誌52巻1号182頁、2号384頁(2005)
- 嶋津 格「秩序の希少性について」井上達夫・嶋津格・松浦好治編『法の臨界Ⅱ』(東京大学出版会、1999)
- 高橋和之・長谷部恭男「はしがき」芦部信喜・高橋和之・長谷部恭男編『憲法判例百

選 I（第四版）』（有斐閣、2000）

田中英夫（編集代表）他『英米法辞典』（東京大学出版会、1991）

戸波江二「最高裁判所の憲法判例と違憲審査の活性化」法曹時報51巻5号1頁（1999）

佐藤幸治『現代国家と司法権』（有斐閣、1988）

樋口陽一『司法の積極性と消極性』（勁草書房、1978）

藤倉皓一郎「公共学校における人種別学の撤廃」[1972-2]アメリカ法219頁

松井茂記『司法審査と民主主義』（有斐閣、1991）

松井茂記『アメリカ憲法入門〔第5版〕』（有斐閣、2004）

WILLIAMS, JUAN, EYES ON THE PRIZE : AMERICA'S CIVIL RIGHTS YEARS, 1954-1965 (New York, 1988)

Blackside, Inc. 制作「勝利を見すえて：アメリカ公民権運動の歴史(1954年-1965年)」
〔日本語版ビデオ〕（海外事業活動関連協議会、1990）

C.V.ウッドワード編（監修＝今津晃・齋藤眞、訳＝大下尚一・麻田貞雄・他）『アメリカ史の新観点 —比較史的ところみ—』（南雲堂、1976）

サムエル・モリソン（西川正身監訳）『アメリカの歴史3 1901年—1963年』（集英社、1971）

アメリカ学会訳編『原典アメリカ史 第六巻』（岩波書店、1981）

齋藤眞『アメリカ現代史』（山川出版、1976）

清水知久、高橋章、富田虎男『アメリカ史研究入門（第3版）』（山川出版、1988）

紀平英作編『世界各国史24 アメリカ史』（山川出版、1999）