

違憲審査の民主的正当性と原意主義

小川, 直斗
九州大学法学部

<https://doi.org/10.15017/2544143>

出版情報：学生法政論集. 13, pp.17-27, 2019-03-20. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University

バージョン：

権利関係：

違憲審査の民主的正当性と原意主義

小川直斗

はじめに

第1章 原意主義の変遷

第2章 原意主義と生ける憲法観の接合

第3章 司法審査の正当化は可能であるか

おわりに

はじめに

日本国憲法は、国民主権、基本的人権の尊重、平和主義の三つを基本理念としている¹。その一つである国民主権は、統治権が国民、又は国民が選挙を通じて組織する機関によって行使されること（国民主権の権力的契機）を統治機関に求めているため²、統治機関はなんらかの意味で「国民」という正当性根拠と結びついていなければならない³。しかし、司法権を行使する裁判所は、国会や内閣とは異なり、国民と直接的には結びついておらず、民主的正当性を調達する手段を有していない。それにも関わらず、日本国憲法81条では、違憲審査権を裁判所に付与しており、裁判所が国会や内閣の行為を違憲と判断することも可能であり、実際に行われてきた。しかし、これでは国民と直接的に結びついておらず、民主的正当性を有していない裁判所が、司法審査を通じて民主的政治部門の決定を覆すことになり、民主主義に抵触することになる。そのため、司法審査と民主主義との間にある「厳しい緊張関係」を調和させることが必要になるはずである⁴。

この違憲審査と民主主義の関係は、「憲法について真剣に考える者であれば、誰であれ、検討しなければならない問題」⁵と形容されるほど憲法学において重要な問題であり、アメリカをはじめとして様々な国で議論されてきた。その正当化根拠として、二元的民主正論、プロセス理論、プリコミットメント論⁶、違憲審査機関を立法に参与する人民の代表である

1 芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〔第6版〕』（岩波書店、2015年）35頁。

2 長谷部恭男『憲法〔第7版〕』（新世社、2018年）18頁。

3 樋口陽一『憲法〔第3版〕』（創文社、2007年）320頁。

4 野坂泰司『『司法審査と民主制』の考察（一）』国家学会雑誌95巻7・8号（1982年）392頁。日本の最高裁判所の裁判官については国民審査が行われるが、国会と内閣に比べて、制度上「国民意思」から遠い場所に位置付けられている。

5 長谷部恭男「憲法典というフェティッシュ」国家学会雑誌111巻11・12号（1998年）1104頁。

6 これらの正当性根拠については、阪口正二郎『立憲主義と民主主義』（日本評論社、2001年）を参照し

と定義することで司法審査を正当化する議論など多く存在する⁷。ある正当性根拠が正しく、その他のものが間違っているという硬直的な態度を取る必要はないが⁸、説得的な正当性根拠が存在せず、様々な正当性根拠が乱立しているようである。上述の正当性根拠の理論的成立可能性について全て検討したいが紙幅に限りがあるため、本項では最も論争誘発的であり、また日本で最も有名な原意主義 (originalism) の理論を取り上げ、司法審査の正当性根拠として妥当であるかについて検討する。私自身、原意主義論を取るに足りない理論であると考えているが、これほど熱心に議論されてきた理論であるだけに、一度は真剣に考えてみる必要があるであろうと考えている。

そこでまず、「古典的原意主義」(old originalism) の意味内容とその批判について検討する。そして、その批判に対応した「新・原意主義」(new originalism) を取り上げる (第1章)。次に、近年理論的修正を経て注目され、「生ける原意主義」(living constitution) に代表される「新・新原意主義」(new new originalism) について紹介する (第2章)。最後にこれらの議論を通して原意主義によって司法審査を正当化できるかについて検討を行う (第3章)。本稿では古くから議論されている原意主義を取り上げることになるが、「新・新原意主義」と司法審査の民主的正当性の関係について検討することに新たな意義があると考えている。

本稿では紙幅の都合上、国会と内閣は代表者が国民から選挙によって選ばれていることから、民意を適切に反映していることを前提として議論する。

第1章 原意主義の変遷

原意主義 (originalism) は憲法制定者の意図に着目した「古典的原意主義」がその発露であるが、多くの批判を浴びるようになり、その意味内容を変化させていった⁹。そこで本章では、主に「古典的原意主義」と「新・原意主義」の意味内容を確認すると共にその変遷について検討する¹⁰。

第1節 古典的原意主義

原意主義の定義は論者によって多少異なるが、「当該規定が憲法規範として制定された際

た。

7 詳しくは、ミシェル・トロペール (長谷部恭男訳) 「違憲審査と民主制」日仏法学19巻 (1993年) 1頁以下を参照されたい。

8 長谷部恭男「司法審査と民主主義の正当性」同『比較不能な価値の迷路』(東京大学出版、2000年) 135頁。

9 大林啓吾「時をかける憲法——憲法解釈論から憲法構築論の地平へ」帝京法学第28巻第1号 (2012年) 98頁。

10 原意主義の分類は論者によって大きく異なるが、本稿では大林・前掲註 (9) を参照した。

に、当時の『人民』によって当該憲法規定の意味だと理解されていたものが特権的地位を与えられるべきである¹¹、また「制憲者が憲法上の原理として実際に鼎立した諸原理を確認し、それらに基づいて面前の事件を決定することを裁判官に求める」¹²とする理論である。つまり、裁判官が憲法の条文を解釈する際には、憲法制定時の解釈に特権的地位が与えられ、それが優先的に憲法訴訟に用いられるべきであるという理論である。

そこで、原意主義が違憲審査の民主的正当性とどのような関係にあるかである。より具体的に言えば、憲法の条文の「原意」に特権的な地位が与えられ、裁判官が憲法条文の原意に従うことでなぜ違憲審査の正当性が担保されるかということである。一見すると分かりにくいのが、特定の声を、民主的正当性の問題として特権的なものであると彼らがみなしているからであり、憲法典の原意とは、人民が憲法に民主的正当性を付与した理解であったからである¹³。憲法制定時に人民が理解した憲法典の理解に従って裁判を行うことで、国民と直接的に結びついていない裁判所が違憲審査を行うことが正当化されることになる。

ここまではおよそ全ての原意主義論者において共通の理解である、しかし、原意主義の祖国であるアメリカでは、代表民主制における司法の適切な役割に関する理論的関心に基づいて原意主義が議論されている。そのため、日本においても言えることではあるが、どのようにして具体的な原意を確定するのかについては議論があまりなされてこなかった¹⁴。上記のような原意主義を用いることで司法審査の民主的正当化に成功しているように見える。しかし、古典的原意主義者は「制憲者」の憲法解釈を原意とするが、「制憲者」とは誰を指すのか、また、制憲者を特定することができたとしても、特定の集団の中からどのようにして「解釈」を取り出すことができるのかという問題が生じる。これらの問題を解決できなければ、原意主義は机上の空論の域を脱しないはずである。そこで次節で古典的原意主義に対する批判について検討する。

第2節 古典的原意主義に対する批判

古典的原意主義は古くから盛んに議論されてきたこともあり、古典的原意主義に対する否定的な意見も多い。そこで本節では原意主義に対する批判を紹介し、原意主義者の反論を検討することで理論的成立可能性について検討する。後述の「新・原意主義」に対する批判と重なるためやや詳細に論じる。

まず非原意主義者が好んで主張する批判として、憲法条文の誰の解釈を原意とするのかである。憲法制定時の憲法条文の解釈が原意とされるのであれば、起草者の意図ないし理

11 Michael J. Perry, *The Constitution in the Courts: Law or Politics?* (New York & Oxford: Oxford U. 1994), P32. 邦訳は阪口・前掲註(6) 34頁を参照した。

12 野坂泰司「憲法解釈における原意主義(上)」ジュリスト926号(1989年) 64頁。

13 阪口・前掲註(6) 37頁。

14 野坂・前掲註(12) 61頁。

解を重視するべきであるのか、もしくは批准者の意図ないし理解を重視するべきであるのかという批判が非原意主義者から好んで行なわれてきた。この批判について原意主義者は、批准者の意図ないし理解を重視するべきであるという答えに至っている¹⁵。憲法を制定する一連の過程の中で、最終的に憲法を成立させるのは批准者であるという根拠に基づいている¹⁶。この「制憲者」の考え方はアメリカ憲法に基づいているが、日本国憲法においても同じように考えることができる。国会議員は「全国民を代表される選挙された議員」（日本国憲法43条1項）と定義されており、批准した国会議員の意思を全国民の意思と同視することができる。そのため、起草者の意図ないし理解を重視するよりも、憲法条文の原意により高い民主的正当性を付与することができる。日本国憲法では、大日本帝国憲法73条¹⁷に従い、第90回帝国議会で改正する方式をとっていることから、批准した国会議員の特定は可能である。

しかし、日本国憲法の改正においてはこの考え方をを用いることはできない。アメリカ憲法の修正は、両議院の3分の2が必要と認める場合に発議され、州議会または州の憲法会議の4分の3の批准で成立する。この場合は上記の考え方をを用いることができる。しかし、日本国憲法の改正には最後に国民投票があるため、最終的に憲法を成立させるのは我々「国民」ということになる。そのため、次に検討する批判と関係があるが、制憲者を「国民」としたところでどれほど当該条項の具体的な解釈を捉えることができるかについて疑問が残る。

次に、多くの場合「批准者」は集団であり、どのようにして共通の解釈を捉えることができるのかという批判がある。日本国憲法の成立過程を考えてみても、帝国議会は集団であり、この集団の中で誰の意図ないし理解が原意になるのかという問題が生じる。この批判に対する反論として、ある憲法条項に賛成した以上、彼らの理解が全く相反しているとは考えがたく、当該条項の中核的意味に関しては彼らの中に共通の理解があるはずであるとしている。例えば、第14修正1節の平等保護条項の中核的意味が、人種に基づく差別的取扱いの禁止にあるとする点では共通の理解があるはずである¹⁸。この点に関して、ミシェル・トロペール氏は原意主義批判の文脈ではないが、立法者意思に還元しうる意味は存在しないと主張している¹⁹。議会の場合においては、議員の全てが発言するわけではないし、仮に全ての議員が発言すると仮定したとしても、怠惰、無知、同僚の模倣、政党規律

15 阪口・前掲註（6）50頁。

16 野坂泰司「憲法解釈における原意主義（下）」ジュリスト927号（1989年）82頁。

17 大日本帝国憲法73条1項「將來此ノ憲法ノ條項ヲ改正スルノ必要アルトキハ勅命ヲ以テ議案ヲ帝國議會ノ議ニ付スヘシ」

18 野坂泰司「憲法解釈における原意主義（下）」ジュリスト927号（1989年）81頁。

19 ミシェル・トロペール「リアリズムの解釈理論」同（南野森訳）『リアリズムの法解釈理論』（勁草書房、2013年）7頁。

に従うために、単一の意図を見つけることはできないとしている²⁰。トロペール氏が言うように、真の解釈を捉えることは困難である。どの程度具体的な原意が必要とされるのかは論者によって異なるが、ある条項が保護しようとしている利益ぐらいであれば共通の解釈を見つけることができるかもしれない。しかし、憲法訴訟で用いるほど具体的な原意ではなく、司法審査を正当化できるほどではないようにも思える。

次に原意主義に対する主要な批判として挙げられるのが、現在の複雑化した法的紛争を解決するには、憲法条文が憲法制定時に予想されなかった解釈を持ち出さなければ解決できない場合も存在するというものである。

例えば、合衆国憲法4条4節は「合衆国はこの連邦内全ての州に対し共和体制を保証し、侵略に対し各州を防衛する、合衆国は州の立法部または(立法部が集会できないときは)執行部の要請があれば、州内の暴動(domestic violence)に対して各州を防衛する」と規定している。このdomestic violenceという語は憲法制定時では州内の暴動を意味していたが、現在では配偶者・パートナーへの家庭内暴力という意味を含むとされている²¹。

同じような事例は日本でも見られる。日本国憲法21条は、集会の自由、結社の自由とともに、言論・出版の自由を含む表現の自由を保証している。大日本帝国憲法下では治安維持法等により国民の表現の自由は制限されていたため、この反省を生かして日本国憲法では21条で表現の自由を保障されることになった²²。つまり憲法制定時には、日本国憲法21条は国家から表現活動を干渉されないように規定されていることから、消極的自由権としての性格を有していたはずである。しかし、20世紀になると、社会的に大きな影響力を持つマス・メディアが発達し、情報の「送り手」であるマス・メディアと情報の「受け手」である一般国民との分離が顕著になった。そこで、表現の自由を一般国民の側から再構成し、表現の自由を保障するためそれを「知る権利」と捉えることが必要となってきた²³。このように本来消極的自由権であった表現の自由は、時代の流れとともに「知る権利」という積極的権利を意味するようになっていく。判例上もいわゆる博多駅事件²⁴において、最高裁として初めて「知る権利」を持ち出して、報道の自由の意義を説明している。このように、ある憲法条文の解釈は時代により変化することがあり得る。

このような事例に対して、原意主義者はどのような評価を下すのであろうか。原意主義の精神を貫くのであれば、これらの判決は裁判官の職権濫用と評価されるべきである。しかし、彼らは原意主義の理論で正当化することができない判例については、先例拘束性法

20 ミシェル・トロペール・前掲註(14)8頁。

21 浅野博宜「アメリカ——ジャック・バルキンの原意主義」辻村みよ子＝長谷部恭男(編)『憲法理論の再創造』(日本評論社、2011年)233頁。

22 芹沢斉ほか(編)『新基本法コンメンタール 憲法』(日本評論社、2011年)177頁[市川正人執筆]。

23 芦部・前掲註(1)176頁。

24 最判昭和44年11月26日刑集23巻11号1490頁。

理が働く余地を認めている²⁵。つまり、原意主義の理論で正当化できない判例については、先例として認めざるを得ず、その後の裁判を拘束するべきであると主張している。これでは、原意主義の理論になじまない判例を追認することになり、解釈理論としては不十分であるように思われる。

第3節 新・原意主義

本章では古典的原意主義に対する批判を取り上げたが、古典的原意主義では憲法条文の解釈が現在の法的問題を解決できないことが最大の欠点であった。この点を修正したのが「新・原意主義」(new originalism)である。新・原意主義では、従来のように制憲者の主観的意図に従うのではなく、歴史的背景などから制憲者の客観的意図を参照することで条文の本来の意味を明らかにする。そのため、条文から本来の意味を探ることで具体的場面に応じた柔軟な解釈が可能になる。例えば、アメリカ憲法の修正8条の「残虐」の意味は、制憲者が残虐と考えていた刑罰だけではなく、条文の起草者の発言や文章から「残虐」という文言の本来の意味を探ることで、実際に残虐である刑罰を全て対象とすることになる²⁶。

新・原意主義の解釈理論では、裁判官は具体的場面に応じて柔軟な解釈が可能になるが、古典的原意主義の批判を全て克服することはできなかった。古典的原意主義に対する批判であった、誰を制憲者とするのか、集団からどのようにして共通の解釈を捉えるのかについては反論できておらず、解釈理論として洗練することができなかった。

第2章 原意主義と生ける憲法観の接合

今まで見てきたように原意主義には多くの批判がなされており、これらに十分に反論することができていなかった。そこで近年、原意主義は「生ける憲法」(living constitution)観との接合を試みている。「生ける憲法」の考え方とは、裁判官が制憲者の原意に拘束されることなく、当時の政治状況の変化に合わせて憲法条文を解釈する考え方である。近年、これらの融合により新たに唱えられている「生ける原意主義」(new originalism)は「新・新原意主義」(new new originalism)と呼ばれている。しかし、原意主義の考え方は、裁判官が憲法条文を自由に解釈することを防ぐことで司法審査の正当性を担保する解釈理論であり、生ける憲法の考え方とは本来相容れないはずである。原意主義の考え方に基づくと、憲法条文は憲法制定時に解釈が固定されるべきという考え方であり、言わば「死せる憲法」の考え方と親和的なはずである。そこで本章では、代表的論者であるジャック・バルキンの「生ける原意主義」とその考え方に近いカナダの判例法理である「生ける樹」

25 阪口・前掲註(6)60頁。

26 大林・前掲註(9)105-106頁。

(living tree) を取り上げることでその意味内容を確認し、次章でこれを用いて違憲審査の正当化を行うことができるか検討を行いたい。

第1節 生ける原意主義

「生ける原意主義」とは、「枠組みとしての原意主義 (framework originalism)」と言われる。具体的には、枠組みとは憲法の条文であり、それが示す憲法原理の意味を巡って憲法解釈がなされる。この時、憲法解釈には、憲法の条文の字義を文字通りに確認する「確認としての解釈」だけではなく、新たに憲法解釈を枠組みに肉付ける「構築としての解釈」があるとされる²⁷。

この「生ける原意主義」を理解するために、憲法制定者がいかなる目的でそれぞれの憲法条文を制定したかという点が重要であり、憲法条文はその目的に応じて二つの類型がある。一つ目の類型は、摩天楼 (skyscraper) 型である。この摩天楼型原意主義は、憲法制定者が憲法を制定した目的が後の世代が未来に愚かな決定をすることを阻止するためであるという考え方である。二つ目の類型は、骨組 (framework) 型である。この骨組型原意主義は、憲法制定者が憲法を制定した目的は政治を可能にするためであるとする考え方である²⁸。具体的には、政治によって侵されることのない権利が保障されていなければ、政治がもたらす結果は重要になる可能性があるため、政治の条件のみは定めるべきとするものである。しかし、政治を可能にする条件は時代によって異なりうるため、後の世代が肉付けをして憲法を構築することが必要になる。

この二つの類型のうち、前者の摩天楼型は「生ける原意主義」以前の原意主義に近い考え方である。後の世代の人々が愚かな決定をすることを防ぐために、憲法条文の原意を憲法制定時の原意に固定してしまうことが好ましいということである。その一方で、後者の骨組型は「生ける原意」と近い考え方である。憲法の条文には一義的な内容の条文もあれば、そうでない条文もあるはずである。例えば、日本国憲法42条は「国会は、衆議院及び参議院の両議院でこれを構成する」と規定しているが、この条文を読めば国会は衆議院と参議院の二院で構成されており、それ以外の議院は存在しないことが分かるはずである。このような条文では、解釈の余地がないはずである。しかし、憲法21条のような条文では、なにが「表現の自由」であるかは一見すると読み取れないため、裁判所がそれぞれの時代に応じてこれを解釈することになる。

もし憲法制定者が摩天楼型を意図していたのであれば、後の世代を具体的に拘束するために一義的な条文にするはずである。そのため生ける原意主義は、憲法の条文が具体的な

27 川鍋健「テキスト解釈とその目的——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」一橋法学第16巻第1号(2017年)171頁。

28 浅野・前掲註(21)234-235頁。

場合は原意を具体的に理解し、条文が抽象的である場合には、原意も抽象的に理解することになる²⁹。この生ける原意主義の利点としては、これまでの原意主義に対する批判に対応できている点である。生ける原意主義では、条文が抽象的である場合には、原意も抽象的に理解するため、従来の原意主義に比べると原意の確定が容易になる。さらに原意を抽象的に理解するため、裁判所が各時代に応じた判断をすることができる。そこで次節では「生ける原意主義」の考え方に近い、カナダの判例理論である「生ける樹」理論を取り上げることで、実際にどのように憲法解釈を行うのかを概観する。

第2節 「生ける樹」理論

前節では、比較的新しい「生ける原意主義」を取り上げた。この考え方では、裁判官は原意の枠内においてであれば、憲法の条文を自由に解釈することができる。この考え方に近い理論がカナダにおいて「行ける樹 (Living Tree)」理論として実践されてきた。そこで本節では、生ける原意主義では具体的にどのようにして憲法条文を解釈するのかについて、「生ける樹」理論を参考にすることで理解したい。

この「生ける樹」理論は、1929年のエドワーズ事件枢密院司法委員会判決³⁰において、サンキー卿によって唱えられた理論であり、制定者の意図に拘束されずに、条文の意義を広く、そして解釈する方法である³¹。この事件は1867年憲法法の24条は上院議員の適格として「有資格者 (qualified persons)」と規定しているが、この規定に女性が含まれるかが問題になった事案である。当時のカナダでは、女性は上院議員の適格を有しておらず、女性が上院議員になるためには憲法改正が必要であると考えられていた³²。この事案において、枢密院司法委員会は、「①『事件以前に存在していた法律や判例のような外来の状況から導かれる外的証拠 (external evidence)』と②『法それ自体から導かれる内的証拠 (internal evidence)』³³から「有資格者」には男性だけではなく女性も含まれるとした。この判決の意義は、1868年憲法法がカナダにその政党と拡大が可能な「生ける樹」を植えること、これに基づいて、裁判官は憲法の文言について広くリベラルな解釈を行うことができること、さらに、このような解釈はできるのは多義的な憲法条文であり、その憲法条文の「本質的範囲内」に限られること判示したことである³⁴。

この「生ける樹」とは、憲法制定時の解釈に固定されるわけではなく、植物が成長する

29 浅野・前掲註 (21) 237頁。

30 Edward v. Canada (AG), [1930] A. C. 124.

31 手塚崇聡「カナダ憲法解釈における『生ける樹』理論の限界——原意主義的理解の可能性」立命館法学363=364巻 (2015年) 368-369頁。

32 手塚崇聡「カナダ憲法解釈における『生ける樹』理論の意義——その判例上の起源と発展」法学研究第87巻第2号 (2014年) 477頁。

33 手塚・前掲註 (31) 373-374頁。

34 手塚・前掲註 (32) 481-482頁。

ように、各時代に応じて憲法の解釈を行うことが正当化される。そして、裁判官はこの「生ける樹」理論に基づいて、憲法制定時の原意に縛られることなく、「本質的範囲内」において憲法の文言を自由に解釈できるということになる。生ける原意主義においても、抽象的な条文に対しては、抽象的に原意を抽象的に理解して、条文の解釈をすることになる。まさにこの部分が「生ける原意主義」と酷似している。

本来なら生ける原意主義に基づいた判決からその解釈方法を読み取りたいが、比較的新しい理論であるため、理論の域を脱していないようである。しかし、生ける原意主義における「骨組的原意」と生ける樹における「本質的範囲」が対応するはずである。上記の判決では、「本質的範囲内」における憲法解釈とは、憲法制定時に固定された「本来の意味」を客観的意図により判断することにある。客観的意図を判断することにあたっては、憲法制定時の適切な言語的、哲学的、そして歴史的な文脈を検討することで明らかになる³⁵。しかし、それぞれの条文が有している歴史的な文脈は異なるため、どのように解釈するか一律的に明らかになっておらず、解釈理論と言えるかは難しいところである。この「本質的範囲」が「骨組的原意」と同じものであると考えると、生ける原意主義においても「骨組的原意」を確定することはやはり困難であろう。

第3章 司法審査の正当化は可能であるか

本稿ではこれまで原意主義に焦点を当て、「古典的原意主義」、「新・原意主義」、「新・新原意主義」とも言われる「生ける原意主義」の順にその変遷を見てきた。最後に原意主義が司法審査の民主的正当性の根拠になり得るかについて順次検討する。

まず結論から言えば、古典的原意主義と新・原意主義は正当化根拠にはなり得ないと考える。第1章で見たように、誰の解釈を原意とするのか、そしてそれをどのように確定するのかという批判について明確な答えが出せておらず、これらの批判に反論できなければ机上の空論と言わざるを得ない。

そして、本稿での目的であった生ける原意主義による正当化である。しかし、これもまた正当化根拠にはなり得ないと考える。以下ではその理由について論じていきたい。まず一つ目として、もはや「生ける原意主義」は「原意主義」ではないからである。本稿の冒頭にも述べたが、原意は国民が憲法に民主的正当性を付与した解釈であり、それに裁判官が従うことで司法審査の正当性が保たれる理論のはずである。しかしながら、生ける原意主義では、骨組的原意の枠内において裁判官に条文の自由な解釈を認めており、上記の定義とは相容れないはずである。確かに「骨組的原意」の枠内においてしか自由に解釈することができないが、多義的な条文から骨組的原意を確定することになるが、この骨組的原

35 手塚・前掲註 (31) 387頁。

意は抽象度のかなり高いものであり、生ける原意主義から直ちに理論的帰結を導くことは困難であろう。生ける原意主義の提唱者であるジャック・バルキン³⁶は、生ける原意主義は憲法理論が解釈者を拘束することを期待していないようである³⁶。よって、行ける原意主義は原意によって裁判官を拘束することができず、これでは司法審査の正当性根拠にはなり得ないといえる。

次の理由として、解釈理論であったはずの原意主義が、生ける原意主義では憲法構築理論に変化してしまっているからである。生ける原意主義は、これまでの原意主義に対する批判に対応するために、いわゆる「生ける憲法」と「死せる憲法」の考え方を接合した。これにより生ける原意主義は、解釈理論との距離が開いてしまいもはやこれまでの原意主義と噛み合わなくなってしまった。そのため、憲法解釈と憲法構築を接合するために、憲法構築論の観点から原意主義を再構成しようとした³⁷。そして、生ける原意主義では憲法条文を骨組として、その骨組の枠内で後の世代がこれに解釈で肉付けをすることで、一つの憲法が完成するという考え方になった。憲法解釈と憲法構築は二つの異なる行為であり、多義的な憲法の条文の意味を発見することが憲法解釈であり、漠然とした憲法の条文の具体的な適用方法・準則を見出すのが憲法構築とされている³⁸。この定義に従うとすれば、生ける原意主義は純粋な解釈理論ではなくなった。基本的には、憲法構築に関する優位は政治部門に認められている。そして、裁判官が構築へ参加できるのは、政治部門の利益になる場合に限られるべきである³⁹。その理由は、国民と直接的に結びついていない裁判官が憲法を完成する立場に立つことができるからである。このように考えると裁判官が憲法解釈を行う正当性について考えなければならないであろう。これでは、司法審査の民主的正当性の議論に舞い戻ってしまうことになる。

さらに、生ける原意主義は骨組的原意の枠内において裁判官に自由に憲法解釈を認める議論であるが、骨組的原意を具体的にどのように定めるのかが不明確である。本稿では「生ける原意主義」の考え方に近い「生ける樹」を手がかりとして、骨組的原意の捉え方を探った。しかし、原意を具体的にどのように定めるのかについては不明確であった。法学の分野においてはよくあることではあるが、相反する学説はそれぞれ学説の難点を補うために、互いに近づき合い折衷説になる。しかし、折衷説はそれぞれの学説の短所を持ち合わせることになり、理論として不十分であることがある。生ける原意主義についても同じように言えるであろう。よって、生ける原意主義も正当性根拠にはなり得ない。

36 浅野・前掲註(20) 237頁。

37 大林・前掲註(9) 96頁。

38 Lawrence B. Solum, *District of Columbia v. Heller and Originalism*, 103 Nw. U. L. Rev. P973-974. 本稿では、団上智也「原意主義における憲法解釈と構築の区別の意義」憲法論叢19号(2012年)42頁の邦訳を引用した。

39 団上・前掲註(38) 34頁。

以上より、原意主義によって違憲審査の民主的正当性を担保することはできないと言える。原意主義はこれまで批判され、その度に小さな理論的修正をおこなってきた。それが原因で近年では原意主義とすら言えなくなってしまった。原意主義が違憲審査の正当性根拠となりうるためには、批判から逃れるために、その時々で理論的修正を行うだけではなく、それらの批判に耐えられるように理論的修正を行うことが必要ではないだろうか。今のところ、原意主義は取るに足りない理論なのではないだろうか。

おわりに

本稿では典型的な手法であるが、原意主義は違憲審査の民主的正当性の根拠になりうるかについて検討してきた。原意主義は1970年代から現代まで有力な正当性根拠として唱えられてきた理論ではあるが、批判に対応してその意味内容を変化させてきた。第1章で論じた「古典的原意主義」と「新・原意主義」では解釈理論としては不十分な点が多く、正当性根拠にはなり得なかった。そして近年、有力に唱えられている「生ける原意主義」は裁判所が解釈を構築することで憲法が完成する考え方である。これではもはや「原意主義」とは言えず、正当性根拠にはなり得なかった。そのため、私の力不足からかもしれないが、原意主義は違憲審査の民主的正当性の根拠とはなり得ないという結論になった。

「司法審査の民主的正当性」は古典的な論点ではあるが、これほど長年に渡って議論されてきたにも関わらずその答えが見つからない状況である。だとすれば、原意主義以外の正当性根拠について考えることも必要であるかもしれない。しかし、司法審査の民主的正当性を議論する際には、民主主義が正当であることを前提として議論してきたが、この点についても検討する余地があるように思われる。民主主義は完璧な理論であり、全ての国家権力は必ず国民と直接的に結びつく必要性はあるのであろうか。民主主義がそもそも完璧な理論であるのかについて論者の今後の課題としたい。