

本論文は、アメリカ合衆国における、民主主義との関係における司法審査の正当化に関する論争を主たる素材、また憲法改正に関する論争を従たる素材とし、それらの論争の検討を通じて、立憲主義と民主主義の関係について考察し、いったんは立憲主義と民主主義が対立するものであることを確認した上で、両者を逆接の関係で再度接合する可能性を示そうとするものである。

第一章「『立憲主義』をめぐるある対照」においては、冷戦の終焉と旧・東側世界における体制転換という現状において、国際社会とアメリカが、多数者によっても侵害し得ない「人権」という観念と、それを担保するための制度的な装置としての違憲審査制を内容として有する「立憲主義」に関して、「残酷な逆説」という形での対照関係にあることが明らかにされる。

一方では、冷戦の終焉と旧・東側世界における体制転換は、これまでもっぱら西側世界にとどまっていた「立憲主義」という概念が旧・東側世界においても受け容れられた結果、上述の意味での「立憲主義」が東西における「憲法ゲマインシャフト」という形でグローバル化するという、かつてない状況を現出させている。しかし他方では、こうした状況のもとで、冷戦の勝利者であり、「立憲主義」の有力なモデル国家であるはずの当のアメリカは、自らの「立憲主義」のモデルの旧・東側世界への「輸出」に失敗しただけでなく、国内において、「立憲主義」のモデルの選択に関して、アメリカとは異なった形を示すヨーロッパ・モデルの「輸入」を唱える議論が提起されており、「立憲主義」のモデルの選択をめぐる激しく動揺している。さらに、それにとどまらず、アメリカ国内において、そもそも「立憲主義」が「民主主義」と整合的なものなのかどうか問われ、その過程で「立憲主義よりも民主主義を優先させるべきではないのか」という選択を示す、「反立憲主義」宣言が提示され、「立憲主義」それ自体が「民主主義」との関係において根本的な異議申し立てに遭遇している。本論文によれば、これは、アメリカを有力な母国とする「立憲主義」が急速にグローバル化しつつある一方で、当のアメリカにおいては「立憲主義」それ自体に対して根本的な異議申し立てが台頭しつつあるという意味において、「残酷な逆説」である。本論文は、「立憲主義」が他者であり続けている日本において、立憲主義の母国であるアメリカにおける「反立憲主義宣言」を受けとめて、それに対して批判的な立場から応答を試みることが、日本において「立憲主義」を自覚的に選びなおすために不可欠ではないかと考えている。

第二章「司法審査の正当性」では、最初に、アメリカの憲法学を悩ましつづけてきた司法審査の正当性の問題とは、多数決主義として理解される民主主義のもとで、国民に対して直接政治責任を負わない司法権が国民の代表である議会の制定した法律を違憲とする司法審査という制度がなぜ正当化されうるのかという問題であることが確認される。次に、アメリカにおける、司法審査の正当性に関するこれまでの伝統的な議論の枠組みは、あくまで司法審査の正当性を問題にするものであって、立憲主義それ自体の正当性を問題にするものではなかったこと、多数決主義として理解される民主主義の正当性は自明

なものとしてきたことが確認される。その上で、第三に、こうした伝統的な議論の枠組みを前提にしていたのでは、司法審査の正当化は極めて困難であることが、幾つかの正当化の試みが挫折を余儀なくされることを立証する形で確認され、問題の本質は立憲主義と多数決主義として理解される民主主義の対立にまで及ぶこと、多数決主義の正当性を問題にする必要があることが指摘され、伝統的な議論の枠組みを見直す余地があることが示唆される。

第三章「原意主義」においては、司法審査の正当性をめぐる論争において最も論争誘発的な原意主義の理論が批判的に検討される。最初に、原意主義とは、裁判官の憲法解釈を制憲者の意図によって拘束し、司法審査はそれが司法権による制憲者の意図の執行である限り民主主義とは矛盾しないとする議論であるという、原意主義の論理構造が提示される。次に、原意主義は保守派の理論にすぎず、それゆえ真面目に検討するに値しないとするアメリカの議論の一部に見られる傾向に対して、そもそも原意主義は必ずしも保守派の専売特許とは言えないこと、仮にそれが保守派の理論であるとしても、そのことは理論としての原意主義の価値を減じるものではないこと、原意主義を真面目に検討することによって、司法審査の正当性という問題の本質が立憲主義それ自体の正当性にまで及び得る可能性が拓かれることなど、原意主義を理論として真面目に検討する必要性が指摘される。

続いて司法審査の正当性問題に対する応答としての原意主義の理論的当否が検討されるが、最初に、原意主義の問題点としてアメリカで最もしばしば指摘される、原意は客観的な形で確定可能なのかどうかという批判が検討される。本論文は当該批判を、誰が制憲者なのか、それは起草者なのか批准者なのか、個人ではなく集団である制憲者の意図は確定可能なのかどうか、集団である制憲者の内部で理解の対立がある場合どのように考えるのか、制憲者の意図としての原意は最も特定のレベルから最も抽象的なレベルに至るまで様々なレベルで記述可能であり、原意を記述する一般性のレベルの線引きをなす必要が生じるが、この線引きを客観的な形でなすことが可能なのかどうか、の四つに分解して検討している。その際に本論文は、原意主義に対するこれらの批判に応える形で洗練された最近の原意主義の立場までを検討の視野に入れて、この点に関する批判の当否を判断する方法をとっている。その結果、最近の原意主義はこれらの批判に対する十分な回答を用意するまでに至っており、原意は裁判官の憲法解釈を客観的に拘束する形で確定可能であり、それ以外の点でも原意主義は十分にワークしうる憲法解釈方法論である可能性があるとする。

したがって、本論文によれば、原意は確定可能なのかどうかという批判は、最もしばしば原意主義に対して提起される批判であるにもかかわらず、原意主義に対する決定的な批判とはならない。本論文によれば、むしろ原意主義の決定的な問題点は、原意主義が裁判官の裁量を拘束することに、他のアプローチに対して比較優位性を主張しうるほどに成功したと仮定して、そのことに成功したからこそ生じるものである。それは第一に、原意主義を採用すると多くの確立された先例が正当化不可能となり、憲法秩序の革命的な変更をもたらすことになり、そうした帰結を回避するために、原意主義は何らかの形で先例拘束性法理との妥協を図ろうとするが、これは原意主義にとって原理のレベルでの妥協を招き、結果として原意主義は理論としての首尾一貫性を喪失させる。第二に、原意が一定客観的な形で確定可能であり、原意主義が主張するように、原意によって裁判官の憲法解釈

を拘束することが可能だとしても、原意主義に基づく司法審査は、原意という過去の多数者の意思によって現在の多数者が支配されるという、「死者による支配」という問題を招き出すことになる。原意主義自体が「司法権による統治」を批判する際に依拠する多数決主義として理解される民主主義からすれば、原意主義は「司法権による支配」という問題を「死者による支配」の問題に差し替えただけであり、司法審査の正当性に応えたことにはならない。このような原意主義の失敗は、司法審査の正当性問題の本質が、むしろ立憲主義と民主主義の矛盾にあることを示すものであるとされる。

これを受けて第四章「二元的民主政論」では、民主政は、その枠組み自体を決める「憲法政治」と、その中で行われる「通常政治」の二元的なものから構成されているとして、前者を維持するものとして「立憲主義」が構想され、それを維持する機能を果たす限りにおいて「立憲主義」も「司法審査」も民主主義との関係において正当化可能であるとする一方、「死者による支配」の問題を緩和すべく、正式な改正手続を経た憲法改正だけでなくインフォーマルな形での憲法改正を認める、ブルース・アッカマンの議論が批判的に検討される。最初に二元的民主政論は、「通常政治」を政治の全てだと考えるイギリスの議会主権をモデルとする「一元的民主政」と区別される一方で、権利が「通常政治」はおろか、戦後のドイツのように憲法改正の限界を構成する形で「憲法政治」にすら先行する「権利基底主義」からも区別される考え方であり、民主政に関する「アメリカ例外論」であると位置付けられる。次にこうしたアッカマンの二元的民主政論の意図が検討される。二元的民主政論は、確かに、ニューディール期にインフォーマルな形での憲法改正があったとし、さらにその成果を「憲法政治」として擁護する機能を果たすものではあるが、二元的民主政論の意図は、通常理解されるように「ニューディールの擁護」ということに尽きるわけではなく、その主たる狙いは、「憲法をつくる権力」と同一視される「人民主権」の「継続的な実践」の肯定にあり、万能な主権という概念の復権にあることが示される。

その上で二元的民主政論の評価が、立憲主義と民主主義の両方の観点からなされている。立憲主義の観点からすれば、二元的民主政論は、万能な主権という概念の復権を目指す点でカール・シュミットの議論と理論的立場を共有する一方で、シュミットとは異なって二元的民主政論において憲法制定権と憲法改正権は厳密に区別されておらず、しかもインフォーマルな形での改正権の発動を認めるものである以上、二元的民主政論はシュミットの議論以上に余計に立憲主義を脅かす可能性があるとの評価が与えられている。

民主主義の観点から見れば、「死者による支配」の問題を緩和すべくインフォーマルな改正を肯定する二元的民主政論は、それがインフォーマルなものである宿命からインフォーマルな改正を認定する手続的ルールを明確に定義することができず、原意主義の場合とは逆に、「死者による支配」の問題を「司法権による統治」という問題に差し替えただけにすぎない結果に終わらざるを得ず、また正式な改正手続を経た憲法改正だけでなく、インフォーマルな形での憲法改正を認める限りにおいて、「死者による支配」という問題は緩和されはするものの結局解消されるまでには至らない以上、問題を残しているとの評価が与えられている。

第五章「プロセス」理論においては、原意主義や二元的民主政論とは異なって、立憲主義の起源ではなく内容に注目して、立憲主義の役割を、民主的な政治過程の生み出す結果を制約することではなく、民主的な政治過程それ自体の機能の維持にあると考えることに

よって、立憲主義を民主主義との関係で正当化しようとするプロセス理論が批判的に検討される。最初にプロセス理論の代表的な論者であるジョン・ハート・イリイの理論が検討される。イリイのプロセス理論の問題点として、プロセス理論として首尾一貫したものではなく、プロセス理論とは矛盾するテキストに基づく司法審査という不純物が混じっていること、プロセス理論の根拠の一つである憲法典自体が多数決主義的な文書であるという理解は、多数決主義の正当性を自明なものとして導き出される循環論法にすぎないこと、プロセス理論の基本的な前提であるプロセスと実体の区別は容易ではなく、イリイ自身が区別に失敗していることが指摘される。

次に、こうしたプロセス理論への批判を受け容れて、立法者が多数者の意思を無視して立法者の地位にとどまり続けようとする「立法者のエントレンチメント」と、現在の多数者が将来の多数者の意思を無視して多数者の地位にとどまり続けようとする「時を横断するエントレンチメント」を防ぐ「反エントレンチメント理論」として、プロセス理論の射程を限定する形でプロセス理論を再構成しようとするマイケル・クラーマンの理論が検討される。本論文によれば、クラーマンの手によって再構成されたプロセス理論は、イリイのそれとは異なって首尾一貫したものではあるが、逆にプロセス理論の限界を示すものでもある。プロセス理論の限界とは、クラーマン自身が認めているように、プロセス理論のもとで司法審査が自らの役割を「反エントレンチメント」にとどめる保証がなく、司法権自身の「エントレンチメント」を引き出す可能性のある、一種の「死亡遊戯」的な議論であること、プロセス理論が自らの理論を首尾一貫させようとするれば、そこで正当化される立憲主義の射程は、政治的な表現の自由の保障や選挙権の保障という極めて限られたものにならざるを得ないこと、である。後者の限界は、アメリカにおける伝統的な議論の想定とは逆に、立憲主義や司法審査の正当性ではなく、多数決主義の正当性こそが問題なのではないか、という疑問を誘発するとされる。

また本章においては、わが国における代表的なプロセス論者である松井茂記の議論も検討され、それがイリイ型のプロセス理論であり、イリイの理論と同じ問題点を共有していること、また最近の松井がプロセス理論の立場を維持しながら、あるべきプロセス像として多元主義から共和主義へと暗黙のうちにシフトしつつある可能性が指摘され、その上で共和主義とプロセス理論は整合的な関係にはなく、プロセス理論にとって共和主義はプロセス理論を最終的に擁護するための「駆け込み寺」にはならないことが示される。

第六章「プリコミットメント論再訪」においては、スティーブン・ホームズの「積極的立憲主義」としてのプリコミットメント論を、プロセス理論と同じく、立憲主義の起源ではなく内容に着目して立憲主義を民主主義との関係で正当化しようとするものとして読む試みがなされた後で、それに対する批判的検討が加えられている。最初に、立憲主義とは民主主義を抑制する消極的な機能を営むものではなく、立憲主義こそが民主主義を可能にする積極的な機能を営むものであるというホームズの「積極的立憲主義」論の比較憲法的な意味が、トクヴィル＝アメリカ型とルソー＝ジャコバン型という、立憲主義の型の間での選択を問題にする樋口陽一の議論を参照しながら明らかにされる。本論文によれば、ホームズの構想は、アメリカにおける、トクヴィル＝アメリカ型からルソー＝ジャコバン型への接近を示すものとしていちおう位置付けることが可能で注目に値するが、ルソー＝ジャコバン型という選択にとって決定的な意義を有するはずの中間団体に対するホームズの

評価から見て、ルソー＝ジャコバン型への選択が徹底されたものではない。次に、積極的立憲主義の内容として提示される、立憲主義にプリコミットメントすることによって、民主主義は創出されるだけでなく、民主主義が安定する以上、立憲主義は多数決主義として理解される民主主義と矛盾するものではないという、ホームズの「プリコミットメント」論が検討され、はプロセス理論と基本的には同じであり、したがって同じ問題点を抱えていること、についても、ホームズ自身が典型例として示す南北戦争時の奴隷制をめぐる議会の自己検閲を取り上げて、それが民主主義を安定させるだけでなく、民主主義を破壊する可能性をも有する「諸刃の剣」であることが指摘される。

第七章「憲法をめぐる『守旧』と『改革』」では、最近のアメリカにおける憲法改正をめぐる政治状況のなかで、リベラル派内部において、立憲主義の擁護という観点から安易な改正に反対する議論と、逆に「ポピュリズム」という形で、民主主義を擁護する観点からリベラル派も憲法改正それ自体に慎重な姿勢をとるべきではなく、保守派の「ポピュリズム」に対して、リベラル派は立憲主義ではなく「ポピュリズム」で対抗すべきであるという議論が、激しく対立する形で並存していることが示される。

第八章「ささやかな問題提起」においては、これまでの議論が整理された上で、最初に、問題が単に司法審査と民主主義の対立にあるわけではなく、問題の根本には立憲主義と多数決主義として理解される民主主義の対立があることが確認されたうえで、この対立を、原意主義や二元的民主政論のように、立憲主義の起源を民主主義に求める形で解消しようとする議論も、またそれとは逆に、プロセス理論やプリコミットメント論のように、立憲主義の内容を民主主義の実現に求める形で解消しようとする議論も両方とも最終的な企図には成功しないことが示されている。

次に、多数決主義として理解される民主主義の正当性が必ずしも自明ではないことが、功利主義の制度化として多数決主義の正当化を試みる議論も、政治や道德に関する問題について多数決を経ずとも正しい答えがあるとしてもなお、その答えについて人々の意見が一致する可能性がない以上、やはり多数決主義によるのが正当であるという議論も、多数決主義の正当化としては失敗していることを示すことによって明らかにされる。

最後に、本論文は、立憲主義と多数決主義として理解される民主主義は最終的には対立せざるを得ないものである以上、両者を順接的な形で接合することはできず、むしろ両者の対立を前提にした逆接続を考えるべきだとの問題提起を行っている。本論文が示す選択とは、「民主主義よりも立憲主義を」という選択であるが、それは、かけがえのない個人ということに徹底的にこだわるリベラリズムの立場に立つ立憲主義は、必然的に民主主義を保証できないし、保証すべきでもないものの、そこまで個人にこだわってこそ始めて逆接的に民主主義を担い得る主体が創出できるのではないか、という「賭け」として示されている。