

〔紹介〕

カス・R・サンステイン

『民主主義の設計——憲法は何をなすのか』(二〇〇一年)(二・完)

孝	忠	延	夫
小	林	直	三
大	江	一	平
奈	須	祐	治

目次

- 一、紹介するにあたって
- 二、『民主主義の設計——憲法は何をなすのか』
 - 序章 民主主義と法の物語
 - 第一章 熟慮の困難
 - 第二章 憲法理論なき憲法原理
 - 第三章 伝統に抗して
 - 第四章 憲法は何を語るべきなのか？
 - 離脱を超えて
- 第五章 大統領の弾劾
- 第六章 民主主義と権利——委任禁止規範(以上、五二卷三号)
- 第七章 反カースト原理
- 第八章 ホモセクシャリティと憲法
- 第九章 性的平等対宗教
- 第十章 社会的経済的権利？ 南アフリカから学ぶもの
- 結章 民主主義の憲法
 - 離脱を超えて

(以上、本号)

第七章 反カースト原理

本章で私は、ある平等の理解について弁護しようと思う。それは自由の理解の一つでもある。私はこの理解を反カースト原理と呼ぶ。極めて単純化して言えば、反カースト原理とは、社会的及び法的慣行が、非常に顕著で道徳的に不適切な差異を社会的不利益の制度化された資源にすることについて、社会がそうすることに高い合理性がない場合には、禁止するものである。

反カースト制度は、民主的理想に明確に基礎を持つ。その理想の下では、何人も市民として扱われ、ある人々や集団を他のそれらの上におく「カースト」制度はあり得ない。

「市場？」

完全な解決として自由市場は、性的及び人種の差別についての救済として不十分であろう。

私が示唆したいのは、自由市場の効果に関する点であり、それは差別を防いでいないし、それを永続させ得るものでさえある。

更に問題なのは、自由市場において差別に服する人々が、自身の不平等な地位を克服しようとすることに失敗するかもしれないこととであり、現行の差別の反動のために市場は、彼らを虐げるようになり、「人的資本」を与えることに失敗するかもしれないことである。

「選好？」

基本的応答としては、選好を生み出し、かつ不当に機会を制限するので、そうした社会的又は法的システムが現行の選好を用いることによってそれ自身を正当化することは、ほとんど出来ないというものである。

政府行為を基礎とする判断が、私的願望を基礎とする判断よりもシステムの影響されにくいとする理由はない。私的願望と個人の幸福には確かに関係があり、このため私的願望は、一般的に適切な政策を決定する際に考慮される。ここで私が示唆したいのは、私的選好が、不当な背景的状况を生み出しもするかもしれないため、反不平等政策についての基礎として期待できないという

ことである。

「不合理又は根拠のない区別？」

「同じ状況の者は同じように扱わなければならない」とする考えが、それ自体は空虚又は純粹に形式論であることは既に明らかであろう。それが機能するには、如何なる種類の類似性及び差異が関係し考慮されるのか、説明を必要とする。

結論：「同じ状況」の考えには二つの基本的問題がある。第一に、その考えは、ある種の理論なしに機能し得ないことである。第二に、現在のアプローチの背景にある暗黙の理論は、ほとんど正当化、又は説明さえできていないことである。その最善の擁護は、司法行政に相応しくすると同時に、平等の説得力ある理解又はその他の様々な説得力ある理解を用いることを示唆する。

反カースト制度

〔定義〕

私は、熟慮民主主義をよく機能させるにあたって、重要な平等原則がカーストに反対することから生じると主張する。支配的原理は、いかなるグループをもセカンドクラスの市民と成し得ないことである。

反カースト原理の背景にある動機となる考えは、非常に認識し易くかつ道徳的観点から不適切な差異が、社会的及び法的構造によつてシステマ的な社会的不利益に、正当な理由なく入れられるべきでないというものである。

この種のシステマ的な差異は、しばしば自尊心に害を生むことを助長する。

ほとんどの立憲民主主義において、反カースト原理は特殊な歴史的ルーツをもつ。

南北戦争期の修正条項は、人種に対する道徳的不適切さに関する判断にルーツをもつ。

ポスト南北戦争期の修正条項は、人種的ヒエラルキーの想定した自然性を包括的に拒絶することに基づく。

〔裁判官及び立法者〕

立憲民主主義において、誰が反カースト原理を執行するのか。カーストの禁止は、問題に差別的効果をもたらす手段に投げかけ

るべきであり、明らかにアフアーマティブアクションの計画を認め得る。

反カースト原理は、司法府、それは必要なツールを欠いているのだが、その能力をまさに超える。

その原理は、裁判所よりも寧ろ、上位の民主的由来及び事実認識能力を伴う立法及び行政体によってより良くされ、かつ履行されるものと主張されなければならない。

〔疑わしい分類〕

私が述べる反カースト原理と、「疑わしい」ものであるという馴染みの考えとの間の関係は、如何なるものか。

二つの考えの差異は、以下のように記述できる。「疑わしい分類」の概念は、不当な考慮が立法の背後に横たわるかもしれないことへの恐れに基づいており、他方、反カースト原理は、セカンドグループをおくことに反対することを保障するものである。

〔カーストなしの差別 差別なしのカースト〕

アジア系アメリカ人は差別と偏見を被っている。しかし彼らは、社会的環境の基本的指標という事柄において他のグループの下位にシステマ的に存すると思われないので、下級カーストと位置づけ得ない。ホモセクシャルは下級カーストではない。彼らはこの意味においてセカンドクラスの市民ではない。しかし彼らは、自尊心を侵食するかもしれない広い差別と偏見に服してもおり、その意味で性的志向を根拠とする差別は、私の述べてきたカーストの問題に関連する。

しかし反カースト原理は、彼らが不当な差別にしばしば服する事実の点によつてだけで、グループをカバーするものではない。反カースト原理は、特別な意味と用途をもつ。それは平等の様々な憲法原理を排除するものではない。

〔将来〕

差別から反カーストへ 合衆国において平等法は二つの段階があつた。第一は、アフリカ系アメリカ人及び女性に対する公的又は私的な明示的差別を妨げることに關したものであつた。第二段階は、明示的差別に關するものではなく、偏見から生じてきた、さもなければ広くかつ不適切に差別的効果を正当化してきた公的又は私的慣行に対する挑戦を考慮するものであつた。

前途有望なモデルは、教育政策によつて与えられる。暴力一般、そして特に女性に対する暴力を減少させるための最近の主なデザインを考えよう——それらは教育、そして犯罪予防及び罰則について付加された政府権限、並びに性に関する暴力の被害者への法的救済を通じてのものである。法がそれらのために出来ることは山ほどある。

人種主義に対して もし基本的目的がカーストへの異議なら、アフーマティブアクション政策は一般的に憲法事項として認められる。

人種主義計画は、特別に広い範囲を占める。これらの状況において裁判官は、人種主義的計画を等しく禁止することを、非常に控えめに課すべきである。

皮肉だが真実なことに、市民権政策の第三の段階は、ほとんど自覚的に人種及びジェンダーのカーストへ向けられ、それは自覚的に——政策的及び原理的根拠について——人種及びジェンダーの特殊性を排するためにデザインされてもいるだろう。

(小林 直三)

第八章 ホモセクシャルイティと憲法

民主的憲法は、性的志向に基づく差別を如何に扱うのか。

私の基本的な主張は、性的志向に基づく差別が、熟慮民主主義において一般に違憲であり、何故なら、それが熟慮事項としてほとんど保護されないからということである。

憲法的可能性

ホモセクシャルに関する事項に憲法を適用するにあたっては、多くのオプションがある。

「プライバシー」

プライバシーの権利——実質的デュープロセスの一形態——をホモセクシャル関係での性的自律に適用することが、おそらく

もつとも魅力的である。しかしながら実際問題として、この道筋はハードウィック判決によつて閉ざされ、ジョージア州のソドミー法は支持された。その事件の結論は、少なくともある程度の説得力を持つ。

第一に、実質的デュープロセス条項は、テキスト及び歴史の事柄に議論の基礎を持つからである。第二に、憲法上の「プライバシー」権は普通、アングロアメリカの伝統に由来し、それはしばしばホモセクシャルの正当性を認めることを拒絶するからである。

〔一般的な平等〕

デュープロセス条項は、伝統的に尊重されてきた権利を新たな又は短期間の变化から保護することに結び付く。一方で、平等条項は自覚的に伝統的慣行に対立して志向する。ホモセクシャルティへのオポジションは深く歴史的ルーツを持ち、平等条項は憲法原則の源にもつとも相応しい。

〔平等と合理性〕

平等条項のもとで最高裁は、あらゆる正当な公的目的とも関連しない、又は結びつかないが故に、ある形態の差別を無効とした。この考えは、民主主義に関する考えに結びついており、実際、熟慮アプローチの中核を反映する。

「偏見」に基づく法律は合理的なものとみなし得ない。

〔聞くな、しゃべるな〕

何故、軍隊はホモセクシャルを差別するのか。

まず「聞くな、しゃべるな」の基礎は、性的関係や性的負担 (impositions) ——つまり上官の——が軍隊において受け入れがたいというものである。しかしながら、もし性的負担が問題を生じるなら、当然の解決はあらゆる種類の性的負担を禁止することであつて、ゲイやレズビアンが彼らの国に奉仕することを禁止することではない。

おそらく問題は、セクシャルハラスメントでなく性的関係である。

しかしこの議論は、本来的問題を抜きに語れない。性的プライバシーは正当な利益であり、おそらく非差別政策はプライバシー

保護の努力を特に要請する。

〔同性婚〕

憲法は同性婚を州に認めることを要求するのか。

その禁止は、子供を伴う関係に婚姻の利益を限定する意味として正当化され得るかもしれない。しかしこの正当化は、つまるところ非常に不十分である。法が認めるならホモセクシャルは養子をとれるし、一方の親と生物学的に関係する子供でさえ持ち得る。いくつかのケースにおいて、ヘテロセクシャルの婚姻は、そのカップルが子供を持ってない又は望まないため、子供を伴っていない。州は同性婚が幸せて健全で成功するものとは「勧め」たくないというかもしれない。しかしこの主張は同様に弱い。同性関係がヘテロセクシャル関係に比べ幸薄く不健全かどうかは——公的私的差別に関わりなく——非常に不明確である。

最後の主張は、広く普及した同性関係に対する道徳的不賛成に基づくものである。しかし、我々がここで述べるのは、同性婚の禁止が平等条項に反するというもので、デュープロセス条項にはない。

これらの指摘にも関わらず、通常は議会を通して、しかし時折、裁判所を通じて、州レベルの方が遙かに良い。連邦最高裁はもつと漸増的に行うべきである。

〔平等と疑わしいクラス〕

性的志向に基づく差別は、人種又は性別に基づく差別と類似し、従って非常に希な状況を除いて無効とすべきと主張し得る。

ホモセクシャルが、公的にも私的にも差別に服しており、また服し続けることも明らかである。ホモセクシャルは憲法上適切な意味で政治的に力を持たないだろう。

「政治的な力のなさ」の事柄に関する問題の一つは、鍵となる判断——グループが政治的力を持っているかいないか——が当然に政治的影響力に関する事実だけに基づかず、幾分議論があり通常不確かな主張にも基づくことである。女性や黒人グループの選挙への潜在的に大きい影響力は、差別に対する特別な保護を受ける資格があるグループの分類から、それらを排除しない。

その理由は、政治的影響力を行使し得るにしても、憲法上適切な意味における偏見が黒人や女性に対する政治的過程を操作する
だろうからである。

最高裁は時折、「不変的」性質に基づく差別を支持し得ないと述べるが、しかしこれは曖昧な主張である。

実際の問題は、適切なグループを不利に扱う立法が不当な根拠に基づくかどうかである。

〔平等、性差別、そしてホモセクシャル〕

性的志向に基づく差別は性に基づく差別の一形態か。私はそう確信する。

反カースト原理

問題は、差異があるかどうかではなく——しばしば確かにあるのだが——法的そして社会的な差異の取り扱いが適切に正当化で
きるかどうかである。

男女間の差異——特に性や出産に関わる差異——はしばしば性の不平等を説明するといわれ、事実、不平等の元である。しかし
少なくともそうした差異は不平等の結果又はその産物であると考えた方が良いだろう。

性の差異と性的志向

私はここで、性差別と性的志向に基づく差別の関係についてみたい。

〔愛と婚姻〕

リビング判決で鍵となる文は次のように述べた。「(当該)人種区分は、白人優位の維持を望む手段として正当化するものであ
る」。

従つて状況——その実際の動機と効果の点——において、その禁止は人種カースト制度の一部である。

異人種婚姻の禁止は、人種の観点においてまさに「二種」存在することを主張する努力の一部である。ここが重要な点だが、こ
の区別は社会的産物である。

白人優位に関連する異人種間婚姻の禁止のように、ある意味「二種」に基づく社会的、法的な主張として同性婚を禁止することが男性優位と深く関連するものと考えられることは、合理的である。

社会的、性的特徴に付随する「男性」「女性」の厳格な類型の違いは、特にゲイやレズビアンにとって顕著に有害な結果をうむ。その害は、ジェンダー関係の現行制度のカースト的特徴と関連する。

慎重さと憲法・エイブラハム・リンカーンの例

エイブラハム・リンカーンは、奴隷制が悪いことだと常に主張した。奴隷制が悪いことだという事実は、直ちにそれを排除しなければならぬことを意味せず、黒人と白人が直ちに平等な場を占めなければならぬことを意味しない。リンカーンの見解では、「白人の大半」の感覚が、そうした結果を許さないうというものである。

リンカーンにとって原理に関する厳格さは、その達成された結果の、まさに手段実施の慎重さと結び付く。

原理についての司法の直接的な主張は、重要な利益をよく危険にさらすだろう。それは反対意見を刺激するであろう。それは司法の自律を危険にさらすであろう。

基本原理にコミットするものでさえ裁判所は、そうした可能性に直面することを躊躇うべきである。裁判所にとっては、注意深く始め、漸増的に行う方が遙かに良いだろう。

司法の役割は二次的なものである。

(小林 直三)

第九章 性的平等と宗教

宗教の自由と反カースト原理の関係は如何なるものか。

宗教制度はしばしば、熟慮集団 (deliberating enclaves) として扱われる。ここでのグループの分極化は著しいと思われる。特

に平等、更には反カースト原理が問題となる場合、宗教制度の保障の限界は如何なるものか。

この問題を考えるに際し、私は十分に探求されてこなかったパズルに焦点を当てたい。合衆国や他の多くの国において、民事刑事とともに大半の通常法が宗教組織へ正當に適用されることを一般に認める。同時に、性的平等が宗教組織に正當に適用される範囲に重要な制限を一般に認める。

この非対称性の根拠は如何なるものか。それは守られるべきか。パズルと対立

私が言いたいのは次の点である。即ち民事上刑事上の不法を禁じる法を、そうした組織は一般に免責されるべきと、ほとんど誰も信じていない事実の点において謎 (puzzles) ということである。その謎は明確だけでなく重要でもある。何故なら性的差別のもつとも有害な形態は宗教制度の慣行から生じ、そうした慣行は内向的従属規範を生み出し得ると思われるからである。これらの内向的規範は性に基づくカースト制度を生み出すことを助長する。

差別的見解や慣行に反対する人々にとって「離脱 (exit)」という救済——宗教秩序を去る女性の権利——は重要である。しかし十分といえないだろう。人々の選好や信仰が不当な背景的環境の副産物である場合、それらは自由の反映ではない。

更に問題なことがある。個々の女性の独立した判断が、他の女性を害する不平等な規範を確立し、再生産することを助長するかもしれない。

スミス原則・一般性と実効性

合衆国において、州が「文面上中立 (facial neutral)」的な法を宗教制度に適用し得るかについて、鋭く継続的な議論がある。合衆国の現行法の下で、文面上中立的な法ということは、合憲となる前提である。全ての文面上中立的な法の妥当性の前提は、スミス原則と考えられるだろう。

スミス原則は、二つの異なる考えによって補強されるように思われる。第一は、民主過程に付随する政治的安全装置によって自

由が如何に保障されるか、に關する要求に關連する。法が一般的な言葉で述べられ、従つて全ての人に適用される場合、もしそれが抑圧的なものであるなら制定されることはないだろう。しかし特定のグループが特別に對象となる場合、政治過程はそれらグループを保護しないだろう。スミス原則は、一般性が自由への不当な干渉のチェックになる結果を生むという立憲民主主義の長期スタンスのテーマと關連する。

スミス原則の第二の基礎は、司法的実効性に關する。文面上中立的な法が原理的に宗教の自由へ重大な問題を生むとしても、裁判所は、対立する利益の衡量を要求する合憲性のテストを非常に行い難い。裁判所は時間と能力を限られており、誤りもするのであり、スミス原則が法を非常に適用し易くするが故に、受け入れられ得る。

憲法的可能性

ここで私は、州が通常の民法や刑法を宗教制度に適用できるが、しかしそうした制度に性的平等の法を適用できないわけをみたい。

1. 第一の可能性は、州が特にそうする強い理由(ときおり「やむにやまれぬ利益」と描写される)を持っている場合のみに、宗教慣行へ干渉することを許されるべきとするものである。

その考えは、もし通常の刑法及び民法が常に著しく深刻な害に向けられるならば効力を持つだろう。しかしそうではない。スミス原則の下では、州の利益の重大性に対する評価に価値をおいていない。

また何故、性的差別からの自由における利益が、原理的に、通常の民法や刑法法のような側面の基礎となる利益よりも弱いものとして抑制的になるのか、説明することは容易でない。

2. もしボーイスカウトが反差別法から免除される結社の権利を有するのなら、同じことが純粋な宗教組織にも求められるか。

しかしそれは非対称性理論の言い直し以上のもではない。根本的問題は、もし宗教グループが通常の民法や刑法に違反することが許されない場合に、宗教グループが差別を認める結社の自由を有しているかである。結社の自由に言及しても、その謎を

解決できない。

3. 性的不平等を禁止することは宗教的信仰や慣行に実質的負担を課し、又はそれらの中核を攻撃さえする一方で、通常の民法や刑事法はそうではないと考えられるかもしれない。

しかし通常の民法や刑事法の幾つかは、実際、宗教の中核を成す慣行や信仰を攻撃する。また性的差別に関する法の幾つかは、全く宗教的信仰や慣行に干渉しない。

4. 相応しいテストは、州の利益の強さ及び性質並びに宗教に対する有害性の程度に基づくという提案によって、非対称性理論を弁護し得るかもしれない。

原則として私は、スミス原則を拒否して宗教的慣行へ干渉する州の根拠の強さ及び正当性を考慮する基準を採用することが、立憲民主主義にとって最善であると考ええる。

私の基本的な指摘は、大半の民法及び刑法と、性的差別を禁止する法との間での非対称性が、維持できないだろうことである。私は以下に結論を述べる。

1. 立憲民主主義は宗教の自由を保護する。しかし少なくとも、もし民法及び刑法の形式が文面上中立的であるならば、一般にそれらの法を宗教制度に適用する。

2. 宗教団体内の熟慮は、その構成員のコミットメントを強化し、彼らを極端な方向へと押し進めるかもしれないと思われる。立憲民主主義者は、そうした効果に何らの地位も与えない。もしグループ内の熟慮が何人かをセカンドクラスにすることを促し、カーストのような特徴を持つシステムの維持に資するならば、合理的に矯正する試みに対し、何ら憲法上の障害はない。

3. 自由主義社会秩序は宗教的制度和慣行に対して「文言上」差別しない全ての法を受け入れるべきという見解には、もつともらしい理由がある。もつともらしいけれども、同時に十分に重大な政府の目的に資する場合を除いて、州は宗教制度に実質的負担を課す、あるいは宗教制度の中核を攻撃する法にそれらを服させることが許されないので、この原則は、結局、受け入れられない。

4. もしその法が(1)宗教的慣行に重大な方法で干渉し、又は宗教制度に実質的な負担を課し、かつ(2)合法で十分に強い正当化によって支持されないならば、自由主義社会秩序は文面上中立的な法を認めないことは、もっともらしいだけでなく正しくもある。しかしこの考えは、通常の民事法と刑事法と性的差別を禁止する法との間に類型的差異を認めない。

5. 多くの自由主義文化の慣行において行われることだが、通常の民事法や刑事法を宗教制度に適用することに問題がなく、性的差別を禁止する法を宗教制度に適用することには問題があると考えるには、何らもっともらしい理屈がない。

これらの結論は、そうした法を宗教制度に適用することに一般的な障害がないことを意味する。そうすることが妥当とされるか否かは、宗教的確信への干渉の程度及び州の正当性の強さに基づく。

(小林 直三)

第十章 社会的経済的権利？ 南アフリカから学ぶもの

憲法は消極的権利を保護するべきであり、憲法上の権利は国家に対して保護されるべきであると考えられる人々にとつて、社会・経済的権利を保護する憲法は憲法上の権利を危険にさらすものであるかもしれない。しかし、伝統的な個人の権利でさえ政府行為を要求する。すべての権利はコストを伴い、表現の自由や信教の自由の権利、財産や契約の権利は納税者のサポートをかなり必要とする。

主な関心がシチズンシップと民主主義であるならば、消極的権利と積極的権利との間の線は維持しがたい。人々が市民として行動でき、自らを市民とみなすことができるために、人々は最小限の保護が保障する類の独立を手にしなければならない。

最小限の社会・経済的権利が民主的に保護されるにもかかわらずなお憲法的保障が必要とされるのは、そのような権利が、その受益者が政治的力を欠いているがゆえにシステムティックな危険にさらされるからである。

社会・経済的権利が司法の能力を超えているとする懸念に対しては、様々な方法で応えることが可能であり、社会・経済的権利

は裁判所ではなく立法府に実行を委ねるべきであるということを明らかにした上で憲法に含めるべきであるとされる可能性もある。しかしこのようなアプローチには、司法による実行がなければ憲法上の保障は実世界では無意味になりうるという欠点がある。

南アフリカ憲法の承認前の社会・経済的権利についての議論は、アパルトヘイトという特定の遺物と、その遺物に関して憲法のレベルですべきことについての主張に大いに影響を受けた。憲法の設計に関わる多くの人々の観点からは、アパルトヘイトのシテムは永続的な社会・経済的欠乏の問題から切り離すことのできないものであった。南アフリカ憲法は世界の中でも典型的な変革的憲法であり、その憲法の多くの部分はアパルトヘイトの「根と枝」を取り除く努力である。憲法はしばしば通常の政治における近視眼的な、あるいは誤った決定から身を守るように設計された、プリコミットメント戦略として描かれる。もし南アフリカ憲法をこのように描写するのが適当であるとすれば、それはその憲法が、将来の政府がアパルトヘイトの時代の害悪のようなものの餌食にならないよう保障するように設計されているからである。社会・経済的権利の創出はこの点から最もよく理解されうる。

社会・経済的権利、裁判所、そして立法府の関係について南アフリカ憲法はほとんどはつきりと語ることはない。南アフリカの社会・経済的権利についての規定は司法による実行をはつきりと生み出すことも、それをはつきりと抑制することもしない。司法による実行が司法府以外のもののためを取っておかれるとする判決を想像するのは難くない。しかし、国家が権利の漸進的実現を達成するために、利用しうる資源の範囲内で、合理的な立法その他の手段をとることを保障することによって、裁判所が関連する権利を監視するように要求されるという趣旨の判決を想像することもまた難くない。

南アフリカ憲法裁判所はまさにこのようにしてこの問題を解決し、社会・経済的権利は司法による実行の対象になるとした。裁判所は、そのような権利は少なくともある程度は司法判断可能であるとし、資源が費やさなければならないという事実はほとんど決定的でないとした。裁判所はいわゆる消極的権利を含めて多くの権利が類似の予算上の問題を引き起こすと言った。

社会・経済的権利の司法的保護に関する議論の最終的結果は特定の・一般的利益をもたらす。それはかなりのパーセンテージの人口が劣悪な貧困の中で住む南アフリカにおいては特定の利益である。憲法は彼／彼女らを助けるために何かをするのであろう

か。

アパルトヘイトの制度は国の多くの地域における深刻な住居不足の直接の原因となっている。アパルトヘイトの中心的要素のひとつは、都市部のアフリカ人の居住を厳しく限定した「流入統制 (influx control)」の制度だった。西ケープにおいて、政府はすべてのアフリカ人を排除しようとし、結果としてケープ半島におけるアフリカ人の住宅供給を凍結した。それでもアフリカ人は職を求めて移住し続けた。正式な住居を欠き、多くの人々は「仮住居 (informal settlements)」に移り住んだ。大規模なアフリカ人の都市部への移動と住居の不十分な供給が合わさったことの必然的な結果として住居不足が生じた。そのときから中央・地方のレベルの政府は多くの立法を制定したが、それでも多くの人々はまともな住居を欠いている。同時に、政府の資源は限られており、かつ政府は様々な義務を抱えているのである。

Grootboom 事件は九百人によって提起された訴訟であった。原告は長期間、ウォーラスデイーンと呼ばれる定住地の丸太小屋の中で、劣悪な貧困状態に置かれていた。ウォーラスデイーンの多くの人々は当局から提供される低コストの住居を申し込んだ。彼／彼女らは長年待ちつづけたが、耐えられない条件に欲求不満を募らせ、私有地に小屋を建てた。私有地所有者は追放命令を得たが、彼／彼女らは以前の住居も失い、行き場をなくしたと主張し、立ち退きを拒んだ。彼／彼女らは、最終的に立ち退かされ、家屋が撤去された後、ある土地に住居を見つけた。この段階で、彼／彼女らは自らの憲法上の権利侵害を主張した。

重要なのは次の二つの規定である。

第二六項

- (一) 何人も相当な住居にアクセスする権利を持っている。
- (二) 国家はこの権利の漸進的実現のために、利用可能な資源の範囲内で、合理的な立法その他の手段を講じなければならない。
- (三) 何人も、すべての関連する状況を考慮した後で出される裁判所の命令なくしては、住居から追放されてはならず、住居を

破壊されてはならない。いかなる立法も恣意的な立ち退きを認めてはならない。

第二八項

(一) (c) すべての子どもは家族や親による保護、家庭から引き離されているときは適当な、代替的な保護の権利を持ち、基本的な栄養、住居、基本的な健康管理サービスと社会的サービスを受容する権利を持っている。

第二六項 (三) は政府のみでなく私人にも義務を課す。この条項の下では、私人が司法的許可なしに他の私人を追放したり、住居を破壊したりすることは憲法に反する。第二八項を、子どもに様々な善への無制限の権利を与えるものとして解釈することが可能であろう。この見解からは、政府は子どもが食べたり住居を与えられたりすることを保障する絶対的義務を負っているということになる。この解釈の下では、第二六項は万人の限定的権利を、第二八項は特に子どもの無限定的権利を要求している。

下級審はこのような見解をとり、第二八項は子どもに絶対的な権利を生み出しているとした。この解釈からは、権利は限定されず、子どもは、大人による保護の権利と基本的に必要なものを政府によってサポートしてもらう権利を与えられるということになる。

Grainboom 事件において、憲法裁判所は第二八項のこのような解釈を拒絶し、第二六項は政府に対し司法的に実行可能な義務を課すとし、住居を持たない人々に一時的救済を与える計画の欠如のゆえに原告の憲法上の権利が侵害されたとした。この判決の最も際立ったところは、皆のための住居でなく、分別のある優先順位づけを求め、最も必要としている人々の苦境に特に注意を払うという、社会・経済的権利への、独特の、目新しいアプローチである。

貧しい人々にとっては、憲法上の義務は、さもなくば自分と自分に依存する人々を支えることができない人々に、十分な社会的援助を与える計画を通じて果たされるかもしれない。憲法裁判所は政府が権利の漸進的実現を確保する合理的手段を生み出していなかったと結論付けた。

憲法裁判所は、もし国家的な住宅計画が合理的に短い期間内にほとんどの人々にとって購入可能な住居を生み出すならば、最も必要としている人々に住居を供給しないことは受け入れられることを認めた。しかし、国レベルにおける既存の政府計画の下では、ほとんどの人々は合理的に短い期間内に購入可能な住居を持つことはできなかつたため、国の住宅計画は憲法上受け入れられないものであるということになる。

裁判所はまた、憲法上の義務は地方レベルで十分に実行されること、当該地方政府がとりわけ最も必要としている人々を扱う独自の土地計画を実行していたことを認めたが、その計画は主として中央政府からの十分な財政的サポートの欠如のため、実行されていなかった。

憲法裁判所によれば、憲法は、憲法上の義務を果たすように企図された、首尾一貫した、調和的な計画への権利を生み出したのであった。それゆえ、国家の義務は、とりわけ住居を必要としている人々に救済を与えるように企図された合理的な手段を含んだ、このような計画を生み出すことであった。

憲法裁判所は第二八項を、子どもの住居への絶対的権利を生み出すものとして解釈することを拒み、第二八項を、第二六項の基本的要件にほとんど何も加えないものとして理解した。Grothman 事件判決の要点は、子供に関しては、住居等を提供する義務は主に親と家族に課せられており、そうでないときにのみ国家に課せられているということであった。第二八項は国家が親の養育を受けている子どもに住居を与える独立の義務を創出しなかつたのであった。

憲法裁判所は、もし子どもが住居への絶対的な権利を持つとされれば、社会・経済的権利の条文上の制限はかなり未完成となるということ、社会・経済的権利の漸進的実現のための注意深く構成された憲法的計画は、もしそれがすべての事例において子ども権利によって打ち負かされうるならば、ほとんど理にかなわないものになるという懸念を表明していた。ここにこそまさに、第二六項が絶対的な権利を創出すると理解されるべきであるという考えについての、憲法裁判所の懐疑の核心があると、私は思う。

南アフリカ憲法裁判所のアプローチは社会・経済的権利、憲法、そして民主的熟慮の間の適切な関係についての多くの問題に回

答を与える。

貧しい国家における立法府は皆がまともな条件で生活することを容易に確保することができないのであるが、社会・経済的権利に關するとりわけまことしやかな懸念は、「社会・経済的権利は司法判断不可能である」、「社会・経済的権利は、政府の側に、必要としている皆に対する保護を確保する絶対的義務を創出する」という二つの極端な立場の間の中を進むことの困難である。

伝統的な権利は、裁判所で争われるとき、個人レベルで十分に保護されるのであり、合理的な全体的保護システムの創出を通してのみ保護されるのではない。この点、社会・経済的権利は異なっている。誰しも、すべての個人が問題となっている利益の十全な保護を受ける、実行されうる権利を有しているとは思わない。個人の権利の創造を避けつつ、司法判断不可能性の結論を避ける唯一のアプローチは、合理的な優先順位づけを含む、合理的な判断を求める公法的なアプローチである。

典型的な行政法の事例においては、行政機関は説明責任を負っている。それによって恣意性を免れることができるのである。もし行政機関が合理的に資源を割り当てたならば、それは合法的に行爲したということになるのである。

南アフリカ憲法裁判所が基本的に行つたことは「社会・経済的権利の行政法モデル」を採用することである。裁判所は、政府が、多くの貧しい人々が非常用の住居を与えられるような計画を發展させ、それに資金を与えるように要求した。裁判所の見解によれば、憲法は、政府が貧しい人々の不十分な住居の問題に対してより多くの資源を捧げることが求めることによって、政府を抑制するのである。

政府機関の不作爲に対する司法審査においては、優先順位づけの合理性を担保する義務が求められ、法令上の判断を拒絶したり、法令上の目的を十分真剣に受け止めなかつたりする機関の決定は無効なものとされるであろう。これこそ南アフリカ裁判所が *Grootboom* 事件で判示したことである。

憲法上の、住居や食物への権利は政治的領域で大きな進歩を遂げられない人々の力を強めうる。社会・経済的権利は、さもなければ通常の政治生活で無視される利益に政治的注意を向ける結果として、ある種の熟慮を促進することによって、永続的な機能を

持ちうる。

最小限の社会・経済的保障への権利は、民主主義が皆に対して一定の独立や安全を要求するという根拠で正当化される。しかし、社会・経済的保障は裁判所になりに似つかわしくない役割を果たさせよう脅かすのである。Grobstein事件において、南アフリカ憲法裁判所は、初めて、如何にして裁判所が社会・経済的権利を保護するべきかという問題に向かい合った。裁判所のアプローチは、民主的特権や限定的な予算という単純な事実を尊重する方法で、そのような保護を提供する可能性を示唆している。南アフリカにおける社会・経済的権利に対する今や支配的となつてゐる憲法のアプローチによれば、非常時の救済を確保する、ある種の計画を含めた、貧しい人々の住居を確保する合理的計画が求められる。このアプローチは、優先順位をつける方法についての民主的判断を排除することなく、分別のある優先順位づけの尊重と特定の必要に十分な注意を向けることを保障する。

もちろん、このアプローチは多くの問題を未解決のままにする。たとえばどれだけの割り当てが合理的かについての争いを解決する基準は何であろうか。さらに深い問題は、住居を供給する資源の割り当てが、資源が他のどこかに行くことを妨げてしまうということである。

しかしながら最も重要なことは、憲法裁判所による、社会・経済的権利の司法的保護のための、目新しく、非常に見込みのあるアプローチの採用である。裁判所は合理的な計画を要求することによって、憲法違反の主張を評価する可能性を示唆した。今、我々は、貧しい国家においても、民主的憲法は司法の能力に不当な負担を課すことなく社会・経済的権利に保護を与えことができると信じるだけの十分な理由を持つてゐる。

(奈須 祐治)

結章 民主主義の憲法

現代国家において政治的不合意は、最も広い危険と最も大きな安全の双方の源である。

熟慮民主主義、それは良い憲法に基づいて運営されるものだが、単に多数決ルールによってだけでなく、内省及び理を付与することを保障し得る制度を創造する試みによって、政治的不合意に答える。憲法的アレンジメントのポイントの一つは、理を付与することについて手続を保護することである。

この点において、抑制と均衡のシステムのような憲法的制度は、公への説明義務を減少する方法としてではなく、熟慮を保障するものとして最善の理解がなされる。熟慮民主主義は、それを多数派が支持する事実によってではなく、すべての又はほとんどの市民によって公的事項として理解し得る理由に基づいて、政府権力の行使及び利益並びに負担の配分を要求する。

民主主義の憲法は、非常に有用である。多様な人々が他の人に相談し、他の人に耳を傾ける機会を持たない限り、政府が行為を行わないだろうことを保障し得る。抑制と均衡のシステムが、ここでの中核である。良い民主主義において憲法的権利は、政治的異議を保護し、かつ家庭への警察の侵入に対して保障を与える。

民主的憲法は伝統的憲法ではない。憲法及び熟慮民主主義の主要な目的は、長期的慣行を厳格な審査に服させることである。良い憲法は、保守的要素及び革新的要素の混合である。

そうした憲法の中心的なポイントの一つは、国の通常の政治生活において特に生じ得る問題を解決することである。民主的憲法は、単なる紙切れではなく実践的な制度であり、具体的な問題を解決し、かつ政治的生活をより良くする様にデザインされる。分裂の危機にある国家において、州の離脱の権利は道徳的権利でないからではなく、離脱の効果が計画の一つをほぼ台無しにするが故に、州の離脱を憲法的権利とすることは大きな誤りである。もし国家が非常に貧しい市民を無視するようなら、相当な (decent) 食料及び住居 (shelter) を確保する社会的及び経済的保障についての事案は、非常に説得力がある。

一般的な教訓は、民主的憲法が「プロコミットメント戦略」として運営することである。私の原理的テーマの一つは、司法権の創造的使用に関するものであり、それは単に民主主義を「ブロックする」ものではなく、民主主義を活性化させるものであり、かつ民主主義をより熟慮させていくものである。

私は、憲法に対するこの種の民主主義促進アプローチが、多くの国において際立った地位を占めるに値すると主張した。そうしたアプローチは、民主的政府が欲することをなし得るかを述べることによってではなく、権利侵害を伴うに際して必要な熟慮及び説明責任の最低限度を促すことによって、如何にして権利保護が確保され得るのかを示す。このアプローチの特別な点は、多様な人々の間の熟慮についての必要性及び官僚並びに執政府におけるグループの分極化についての高いリスクに対して、敏感という点である。

民主的憲法は、平等に関して語るべき多くのものを持つ。熟慮民主主義の考えは、それ自身内在的モラルを伴う。内在的モラルは、何人もセカンドクラスの市民にならないと保障する。私は、この反カースト原理が民主主義の憲法の平等原理における中核部分であると主張してきた。宗教の自由は性的平等を常に「打ち負かす」という広く支持された見解に反カースト原理が疑いを投げかけると、私は主張してきた。

私は、民主的憲法が社会的及び経済的権利を保護すべきと主張しているわけではない。しかし私は、絶望的な状況で暮らす人々——所有権 (property rights) を欠く人々のような——が市民たる地位によって想定される安全及び独立性を有することが出来ないと主張してきた。この意味で食料及び住居の権利保護は、私的所有権の保護と同様である。我々は、社会的及び経済的保障に関して、ややもすれば無視されてしまうかもしれない緊急の必要性に対する民主的注意を、抑制的司法府が刺激し得ることをみてきた。

民主的憲法は、それ自身だけで市民に良い生活を保障するわけではない。正義を保障するわけでもない。しかし、にもかかわらず民主的憲法は、重要な扱いをなされる。

民主主義は、特殊で限られた理想である。それは他の社会的目標と混同すべきではない。しかし、理の付与を保障することで、異なる見解に接することを増やすことで、そしてセカンドクラスの市民を禁止することで、民主的憲法は、特に正義それ自身を含む社会的目的の広い範囲を促進する長い道のりをすすむのである。

三、結びにかえて

(一) 評者の問題意識とサンスティンの理論の応用

「現代における文化の多元化の現象は西欧を中心とする自由主義あるいは個人主義の一つの帰結でもあ」る。「そしてそれは……近代社会の主流となった自由主義、法治主義、あるいは資本主義を一つの文化様式として相對化し、改めてその有効性を問い直すに至っている。またこのような動きのなかでは日本社会も決して例外ではな⁽¹⁾い。こうした傾向の批判的側面に着目して言い換えるならば「リベラルな社会における価値分裂が、社会分裂をもたらしている」ことになる。この批判に対して、我々は如何なる処方箋をもつのか。このことはまた「国家的に限定された公共性理解とその脱文化的・普遍的な理解とを問うものといえる」⁽³⁾。そして、これらの問いにおいて、立憲主義と民主主義との関係及び裁判所の役割は、如何に捉えられるのか。

「市場による『自由』の暴発的な膨張のゆく手に、国家による『平等』と共同体による『友愛』が立ちほだかり、三者が鼎立し、いずれも普遍性を獲得できず歴史が何処に向かうのかも定かでないまま、二〇世紀の世紀末的饗宴は終わりを迎えてしまった」が、「この三者鼎立の時代から、今まさに始まった二一世紀には、いったいどのイデオロギーが大衆の支持を集めるのか」⁽⁴⁾。「全人民の大義を振りかざす誰にも疑いえない正当な主張は、けっきょく誰のためにも何の運動エネルギーにもなりえない。そこから、まさに『いかなる時代も始まらなかつた』⁽⁵⁾のである」。我々は如何なる方向へ進むべきか。

本書を手がかりに若干の検討をしたい。

小泉良幸によれば「現代正義論の対立構図を描こうとする場合、一つの重要な軸を成しているのが、『リベタリアニズム (libertarianism) 対福祉国家リベラリズム』という対立である」。「他方で、右の対立を『リベラリズム』内部におけるローカルな対立として一つに括り、それを総体として批判することによって、もう一つの対立軸を現代正義論の内部に持ち込んだのが、共同体論 (communitarianism) である」⁽⁶⁾。

『民主主義の設計——憲法は何をなすのか』(二〇〇一年) (二・完)

四八一 (二〇七九)

コミュニタリアニズムと対立する形で位置づけられる現代リベラリズムに関し、青木孝平は次のように述べる。「共同体の解体によって生じたアトミスティックな個人を普遍的前提とみなす点で、一定の共通性をもっている」が、リベタリアニズムが強調する「市場の交換原理は人間関係を商品化して手段化」し、「福祉国家リベラリズムがとり入れる「平等主義的イデオロギーとしての側面については」、「中央集権的官僚制を肥大化させ、社会の多様な文化を一元化し均質化していった」。「この結果、リベラリズムは個人の自立を強調しながら……人間の主体性をかぎりなく貧困なものにしていった」。

では、現代リベラリズムへの批判からなるコミュニタリアニズムを青木は如何なるものと考えたのか。

ここで留意すべきは青木が「コミュニタリアニズムといってもけつしてリベラリズムが決めつけるような一枚岩の理論体系ではなく、そこにさまざまな潮流がある点も考慮に入れなければならない」とする点である。「それは、A・マッキンタイアやM・ウォルツァーに代表される……『歴史主義的共同体』論から……公共性にかんする共同決定と対話、討議による相互統治すなわち公民的共和主義に共同性の根拠を求める『参加民主的共同体』論にいたるまで多様な思想的可能性を含んでいる」。「エッツォーニによれば、現代コミュニタリアニズムとは次のような要請を試みるものとして総括される」。「①手続ではなく倫理的価値としての民主主義の承認」、「②ローカルなコミュニテイ政策に対する相互に共通する規範の優先」、「③家族・地域・自治体・ネーションなど多層的な共同体へのロイヤリティ」、「④あい異なる文化・伝統・慣習に対する尊重と敬意」、「⑤アイデンティティ政治の抑制とコミュニテイ内およびその間の対話 (dialog) の促進」、「⑥社会的・規範的なコンセンサスすなわち共通善のゆるやかで多元的な構築」、「⑦紛争に対する闘争ではなく和解による解決の促進」である。

コミュニタリアニズムは必ずしも全体主義ではない。「アーレントによれば、全体主義とは、私的利益の擁護・現実と国民経済の効率的運営という近代的政治のひとつの所産である。ナチズムとスターリニズムにおける強制収容所と総動員の体制は、私的個人の喪失ではなく、逆ににより自律的な社会の共同性と共和主義的な公共領域での協働 (via activa) の否定だったのである」。

こうした近代的政治の所産への批判からなるコミュニタリアニズムは、本来的に反全体主義である。またそれは、「個人の

アイデンティティの形成における帰属集団の多様性とその承認の重要性を主張する多文化主義 (multiculturalism) に通じる思想である⁽¹¹⁾。

ところで石山文彦によれば、多文化主義の諸理論は「自由の価値を重要と認める限りでリベリズムと連続性を有するともに、自由を実現可能とする社会的諸条件の存在を重視し、『国家の中立性』や『国民としての基本的権利義務の同一性』といった政治原理を批判する点ではコミュニタリアニズムとも連続性を有する理論である⁽¹²⁾。そして石山は「その多くが、次の三つの基本原則の一部または全部を受容している」として「自由を実現可能にする基盤としての文化の重要性」、「集団的アイデンティティの適切な承認の必要性」、「政治的統合を可能にするための同胞意識の必要性」をあげる⁽¹³⁾。

このように捉えるならば、わが国の憲法下で議論し得る範囲にあるコミュニタリアニズムの諸理論は、ほぼ多文化主義の理論の範疇に含まれるとみて良い。従ってわが国の憲法理論では、「コミュニタリアニズム対リベリズム」という図式より「多文化主義対そこに含まれないリベリズム」という図式の方が、場合によっては有用かもしれない。

大沢秀介は「最近主張されている熟慮民主主義の概念は、古典的な共和主義ではなく、市民的共和主義やコミュニタリアニズムなどの最近の見解を背景としてと理解されており、サンステイン (Cass Sunstein) に代表されるように、従来の共和主義観を修正し現代に適用する形で用いるべきであるとする見解が念頭に置かれている」とする。こうしたサンステインの理論を評者 (小林直三) は、多文化主義に接合し得ると理解し⁽¹⁵⁾、リベリズムによってもたらされた価値分裂、社会分裂などの問題を解決する処方箋として捉える。

そして多文化主義に接合してサンステインの構想をみた場合、リベリズムによってもたらされた多文化社会における議論に一定の方向性が見出せるのではないか。このように捉え得るとすれば、サンステインの理論は、特殊米国的な議論に留まることなく、リベラルな社会における価値分裂が社会分裂をもたらししていることを問題とする国一般に応用できることになる。

(二)「現実の対話」と「理論的に不完全な合意」の必要性

多文化社会において「国内秩序がどのような変化を求められているのか」という観点を中心として「た場合、「議論の幾つかのターゲットとしては、共通価値の観点から多様な人々を統一することができる」という同化主義的方向、異質な価値や異質な人々の間の棲み分けを進めることが望ましい」という分離主義的方向、異質な価値を尊重する一方で統合的な秩序を模索しようとする多元主義的方向、そして種々の価値や人々が自由に交流し相互に溶解しつつ秩序を変容させてゆくという融合的方向などがある」⁽¹⁶⁾。

サンスティンの集団の分極化に関する議論は、その長所と短所に着目する。長所とは、社会的議論を豊かにするがゆえに広範な社会的利益を有する点であり、短所としては、社会的分裂を引き起こし社会を不安定にすることである。彼が主張する立憲民主主義の採り得る最善の方法は、集団内での熟慮を保護すると同時に、集団のメンバーとその集団の見解に反する人々との間で見解の交換があることを保障することであり、そのためのデザインが、熟慮民主主義である。

こうしたサンスティンの集団の分極化に関する議論は、多文化主義に関する問題に応用し得ると考える。

この考えを多文化社会に関する議論に用いるならば、極端な同化主義的方向及び分離主義的方向を否定し、対話と熟慮を構想することになる。「今日の多文化状況が提起している問題を公共性の再編と呼ぶことができる」とすれば……とりわけ文化的に異なる人々の共存の意味的空間としての公共性が問題となつてみるとみることができる。「しかも、人々のアイデンティティに関わり歴史や伝統に浸透してきている文化が問題である以上、そうした公共性の形成・再編は人々の何らかの『現実の対話』を必要とする」⁽¹⁷⁾。

社会分裂の処方箋として、分離主義及び同化主義を採らずに、「現実の対話」を重視していくこと自体に大きな異論はないだろう。問題は如何なる対話を構想するかである。

酒匂一郎は文化的価値に関わる度合いに応じて次の四類型に対話を分類する。「第一に、文化的問題がほとんど関わってこない対話の類型」、「第二に、文化的差異が問題になるけれども、それらの間の対立を解決不可能として、この問題に立ち入ることを謙

抑する対話の類型」であり、この場合「価値次元の分化（公共的価値と非公共的価値）が現れる」。「第三に、そのような価値次元の分化を否定しないけれども、その境界をある程度相対的なものとみなして、文化的差異を背景とする衝突をも公共的なテーマとして取り上げることが可能なような対話の類型」、「最後に、異なる文化間のその文化的 content に深く立ち入った対話の形態」である。「もちろん、『現実の対話』はこうした類型に尽きるものではないし、また複数の絡み合いをなしているだろう」⁽¹⁸⁾。

文化の捉え方次第では、文化との関わりが皆無の問題はない。しかし、ここで問題なのは、そうした文化との関わり合いを法的「評価」に組み入れるかどうかであり、そうだとするならば、さしあたり価値次元の分化を認めつつも、文化的差異を背景とする衝突をも公共的テーマとする第三の立場が妥当であると考えたい。

文化的差異を背景とする衝突をも公共的テーマとすることは、集団の分極化と統合の緊張関係に立つことを意味する。従って文化的差異から生じる不一致をア・プリオリに公共的テーマから外すならば兎も角、そうした事柄に関しても公共的テーマとして熟慮を行うとするならば、不一致が生じたときのための処方箋が必要となる。

この問題に関しては、サンステインの「理論的に不完全な合意 (incompletely theorized agreements)」の考えが解決を与える。リベラリズムが生み出した多文化社会を前提とした場合、市民が最も基本的な問題について衝突や不一致に直面することは必然である。その不一致は熟慮によって克服できることもあろうが、そうでない場合もある。その不一致が克服できない場合においては、憲法的プラクティスの合意で満足すべきである。「理論的に不完全な合意」は、リベラリズムが生み出した多文化社会において重要な役割を果たす。

「理論的に不完全な合意」は、不十分なものであり、過渡的な理論又は合意に過ぎないのかもしれない。しかしながら、そのことが長所でもある。些か逆説的であるが、「理論的に不完全な合意」は、その不完全性ゆえに、多文化社会における衝突を最小限とし、かつ現在が未来から学ぶことを許し、多くの時間と支出を省くのである。この考えによって、熟慮民主主義は、実践的な理論となり得る。⁽²⁰⁾

(三) 熟慮民主主義と民主主義促進アプローチの構想

それではサンステインの「理論的に不完全な合意」の考えの前提である熟慮民主主義は、具体的に如何なる制度枠組みを構想するのか。そのことを踏まえたとき、わが国において、立憲主義と民主主義との関係及び裁判所の役割に関する議論は如何に捉えらるべきか。

司法審査と民主主義との緊張関係は、立憲主義と民主主義との緊張関係に帰着するといわれる。しかしながら、民主主義において内省及び理の付与を強調する熟慮民主主義の立場に立ち、民主主義は憲法保障をより豊かにする営みであると捉えるならば、立憲主義から見据えた場合、立憲主義と民主主義とを対立するものとして考える必要はない。熟慮民主主義は、内省及び理の付与を強調することで民主主義を、立憲主義との対立から救う。他方、憲法的アレンジメントのポイントの一つが、理を付与することについて手続を保護することであり、従って民主的憲法は、民主主義を「ブロックする」ものではなく、民主主義を活性化させるものであり、かつ民主主義をより熟慮させていくものと捉えるならば、民主主義から見据えた場合、民主主義と立憲主義とを対立的に考える必要はない。民主主義促進アプローチは、立憲主義を民主主義との対立から救うものである。

熟慮民主主義及び民主主義促進アプローチを構想するサンステインは、立憲主義と民主主義とを緊張関係として捉えるべきではないとする。

とくにわが国においては、事実認識として現行憲法の正当性に真摯な疑義が呈されているならば兎も角、あるいは規範論として現行憲法に反して政治が行われるべきと真摯に考えられているならば兎も角、両者を対立的に捉えた議論を行う必要はない。仮に現行憲法の正当性を問題にするとしても、その正当性の確保は不断の憲法的実践にあるのではないか。憲法典を一片の紙ではなく活きた規範とするのは、特別なときにだけ行われる憲法政治ではなく、不断の内省及び理の付与によってであろう。

サンステインによれば、熟慮民主主義は良い憲法に基づいて運営されるが、それは、単に多数決ルールによってだけでなく、内省及び理の付与を保障する制度を創造する試みによって、政治的不合意に答えるものである。従って憲法的アレンジメントのポイ

ントの一つは、理を付与することについて手続を保護することである。また司法審査は、民主主義を「ブロックする」ものではなく、民主主義を活性化させるものであり、かつ民主主義をより熟慮させていくものである。そしてこうした民主主義促進アプローチは、多様な人々の間の熟慮についての必要性及び官僚並びに執政府におけるグループの分極化についての高いリスクに対し、敏感である。民主主義促進アプローチのこのような評価は、それが多文化社会へ適合し得ることを伺わせる。

では、熟慮民主主義を前提とした場合の司法審査の具体的内容は如何なるものか。

司法審査との関係において、「利益集団プルーラリズム」によれば、司法審査は『法の支配』のあり方として、司法積極主義によって『取引』の結果である『議会』の『効率的』な決定を歪めないようにすることが要請され、司法審査の『積極的な要請が導かれるとしても、それは『効率的』な決定を阻害する要因の除去に限定され』るのに対し、民主主義に理の付与を強調する共和主義によれば、「政治権力は『合理的』に行使されなければならず、「立法事実の検証を通じて『剥き出しの選好』が明らかとなった立法は、正当化できない政治権力の行使であり、それに基づく政府権力の行使は違憲と評価されるべき」となる。何故なら「共和主義者が問題とするのは政策判断の『内容』ではなく、政策判断の形成されゆく『態度 (attitude)』だからである」⁽²¹⁾。「内容」ではなく「態度」を重視していくことは、重要な事柄に関して価値対立が生じ得る多文化社会において、社会分裂を妨げる処方箋として重要な意味をもつ。

サンステインの考えの特徴は、これに加えて裁判所の制度的限界から、その役割を捉えることである。従って、彼は原理的に司法審査に消極的であるわけではないが、実際の司法審査の行使については慎重な姿勢を示す場合がある。原理について司法の直接的な主張は、ときに重要な利益を危険にさらす。司法の直接的な主張は反対意見を刺激する。そのことは、司法の自律さえも危険にさらす。従ってサンステインによれば、基本原理にコミットするものでさえ、裁判所は、これらの可能性に直面することを躊躇すべきであり、注意深く始め、漸増的に行う方が遙かに良いとされる。このことは、重要な事柄に関して激しい価値対立がある場合に、とくに言い得る。

これらは、わが国の司法審査の役割について考える際に重要な示唆となる。

わが国では、裁判所が憲法保障の実践において司法消極主義に立つことへ批判が多いが、司法ミニマリズムの側面に関して肯定的に評価すべき点もあったのではないか。あるいは米国の司法積極主義の弊害を省みずに評価し過ぎてきたのではないか。そして裁判所における憲法保障の「内容」を重視し過ぎた結果、国会における審議過程における「態度」に関する検討を相対的に軽視してきたのではないか。例えば米国における妊娠中絶に関する論争を思い浮かべた場合、「理論的に不完全な合意」の考えをも踏まえるならば、*Roe v. Wade* (410 U.S. 113, 1973) は連邦最高裁の役割として果たして評価できるものなのか。*Roe v. Wade* 判決以降の判決の展開とわが国の妊娠中絶に関する議論状況とを比べた場合、わが国の議論状況は、「態度」として正當なものといえるのか。⁽²²⁾ 多文化社会において重要な事柄について価値対立が生じている場合、それをテーマとして扱う裁判所の在り様に関して、改めて検討する必要がある。それに関してサンステインの司法ミニマリズムの立場は示唆的である。

勿論、このように考えたとしても、ときに現実には裁判所の行う憲法判断と民主的機関の判断とが対立する。従って些か逆説的かもしれないが、実際の問題は、立憲主義と民主主義との緊張関係ではなく、司法審査と民主主義との緊張関係にこそある。仮に司法審査を過去の伝統主義に基づくものとするならば、確かに司法審査と民主主義との緊張は高まる。しかしながら、サンステインは、民主的憲法が伝統的憲法と異なると主張する。彼は、第一に事実や価値がときどきによって変化するため、第二に伝統が存在すると言うことが単なる事実を述べることではなく、過去の解釈であるため、第三に伝統には良いものもあれば悪いものも含まれていることから、人権論における伝統主義を否定する。彼にとつて立憲主義における権利とは、熟慮に基づく批判的内省の産物であり、立憲主義とは伝統の探求ではない。

彼は、合衆国憲法において保守的要素を認めないわけではない。憲法的権利は、政治的異議を保護し、かつ家庭への警察の侵入に対して保障を与える。しかし、それと同時に革新的要素をも混合するものと理解する。サンステインは、合衆国憲法におけるデュープロセス条項を保守的条項とし、平等条項を革新的条項とする。わが国において具体的にどの条項がそれぞれに当たるのか

は別にして、日本国憲法も革新的条項をもつのと解し得るだろう。⁽²³⁾そして変容のためのシステムとして熟慮民主主義の構想があるのではないか。

このように考えるならば、司法審査と民主主義の緊張関係は緩和し、問題の所在は憲法の解釈手法及び民主的機関並びに裁判所の役割のあり方に帰結する。細かな論証を行う用意がここではないが、概略的に述べれば、サンステインは、権力分立制に関する憲法解釈において機能主義に立ち⁽²⁴⁾、民主的機関にも熟慮と理の付与を求め、裁判所の役割を制度的限界から抑制的に捉えて司法ミニマリズムを構想している。

こうしたサンステインの構想を踏まえてわが国を見直すならば、わが国の司法審査の消極的側面の再評価、国会審議の在り様などを検討する必要がある。

(小林 直三)

- (1) 長谷川晃「多文化時代と法秩序について」日本法哲学会編『多文化社会と法秩序』有斐閣、一―二頁(一九九七年)。
- (2) 小泉良幸『リベラルな共同体 ドウオーキンの政治・道徳理論』勁草書房、七頁(二〇〇二年)。
- (3) 酒匂一郎「文化多元性と公共的対話」日本法哲学会編『多文化社会と法秩序』有斐閣、九四頁(一九九七年)。
- (4) 青木孝平『コミュニタリアニズムへ 家族・私的所有・国家の社会哲学』社会評論社、二六―二七頁(二〇〇二年)。
- (5) 同上、三〇頁。
- (6) 小泉・前掲書、五一―六頁。
- (7) 青木・前掲書、四七―四八頁。
- (8) 同上、五七―五八頁。
- (9) 同上、六三頁。
- (10) 同上、五九頁。
- (11) 同上、六〇頁。

- (12) 石山文彦「多文化社会の規範理論」日本法哲学会編・前掲書、四三—四四頁(一九九七年)。
- (13) 同上、四六頁。
- (14) 大沢秀介「熟慮民主主義をめぐる最近の議論について」『政治・社会理論のフランチア——慶應義塾大学法学部政治学
科開設百周年記念論文集——』慶應義塾大学出版会、六七頁(一九九八年)。
- (15) 例えばサンステインは、性的平等と宗教との関係について、結果的には多くの場合、宗教制度に民事及び刑事法の免除を認めるが、性に基づく差別を禁止する法の免除を認めない。性的平等の実現を重視する点を考えれば、一定の市民像を前提とする従来からのリベラリズムと評価し得るが、民事及び刑事法の免除を広く認めることを重視するならば、その評価は変わり得よう。
- (16) 小泉・前掲書、三—四頁。
- (17) 酒匂・前掲、九五頁。
- (18) 同上、九五—九六頁。
- (19) 同上、九六頁。
- (20) なお毛利透は「熟議の民主政論の課題は、利益団体へと組織化されていない社会運動に注目し、国家の政策に公共でのその主張のもつ説得力をできる限り反映させることにあると考える」とする(毛利透『民主政の規範理論 憲法パトリオティズムは可能か』勁草書房、一四二頁、二〇〇二年)。また小泉良幸は「『討議民主主義』は、その理論内在的には、通説的『代表』理論から大きく乖離し、『代表』の被代表に有権者に対する『独立』の契機を極大化してしまふ」と指摘する(小泉・前掲書、九七頁)。しかしながら、代表概念における代表者の、被代表者に対する『責任 (responsibility)』と『独立 (autonomy)』との緊張関係は、おそらく熟慮民主主義に限った問題ではなく、程度の差こそあれ民主政論一般に共通する課題というべきであろう。
- (21) 小泉・前掲書、九—九二頁。
- (22) 妊娠中絶に関する米国の判例展開に関して、拙稿「妊娠中絶の自由の本質とその限界——米連邦最高裁判例を素材として——」関西大学法学論集第五一卷第一号七三頁(二〇〇二年)。なお熟慮民主主義の構想においてサンステインは、委任禁止規範を再構成しており、例えば憲法上の委任禁止規範によれば、執行府は憲法上深刻な疑義のある方法で法令を解釈し

てはならないとする。それは、憲法上微妙な問題が、それを立法府が慎重かつ明確に取り上げるまで、生じないようにすることを意図している。わが国の母体保護法は、墮胎罪の適用除外を適応モデルとして規定しているが、実際の運用においては期限モデル化している。そして具体的期限に関して實際上、通達行政に委ねられている。仮に期限モデル化が正当であるとしても、その期限は憲法上、もつとも重要な論点であるはずで、サンスティンの構想に従えば、この点からも、わが国の妊娠中絶に関する法制度は問題があろう。

(23) 評者は「花崎皋平の紹介するところによれば……普遍的である目的の実現を構想するためのカテゴリーとして、人権カテゴリーに代えて、『人間の基本的必要』というカテゴリーを提案する試みがある」ことに注目する。「こうした『必要』の内容についてはなお議論がありうるが、このような観点からみれば、『権利システム』を『基本的必要』を実現するための一つのシステムとみることができらるだろう」(前注(3) 酒匂、九三頁)。こうした試みは、多様な文化的背景をもつ社会が混在する多文化社会において、普遍性と特殊性とを接合する可能性をもつ。「基本的必要」を権利システムの基底に据えるならば、基本的必要の実現にあたって、その社会の文化的背景に応じて具体的権利内容は変容し得る。この変容を予め憲法が認めるとするならば、日本国憲法も革新条項をもつはずである。

(24) 権力分立制に関する米国の議論状況に関しては、大林文敏『アメリカ連邦最高裁の新しい役割』新評論、一四八―一七二頁(一九九七年)に詳しい。