

〔紹介〕

カス・R・サンスティン

『民主主義の設計——憲法は何をなすのか』（二〇〇一年）（一）

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、本号
 - 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
- 三、結びにかえて

『民主主義の設計——憲法は何をなすのか』（二〇〇一年）（一） 四七一（九七三）

一．紹介するにあたって

本稿は、Cass R. Sunstein, *Designing Democracy: What Constitutions Do*, Oxford University Press, 2001 (以下、本書と略す)を紹介するものである。本書は、共和主義憲法学の泰斗であるサンステインが、自身の民主主義観 (deliberative democracy, 本稿においては「熟慮民主主義」と訳す) を詳細に説明・根拠づけるとともに、そうした民主主義観を前提とした場合に求められる具体的な制度設計について述べたものである。

米国においては、ウォーレン・コートの *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954)、『バーガー・コートの *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)』を経て、特に最高裁判所の役割とその正当性が注目されるようになり、わが国にも大きな影響を与えてきた。そして、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⁽¹⁾。立憲主義と民主主義との関係は、憲法学において重要なテーマであるが、それらの関係を検討するには、裁判所の役割と正当性について考えるだけではなく、民主主義についても考えていく必要がある。「司法審査と民主政との緊張関係を検討するには、司法審査の正当性と同時に民主政の正当性とその射程をも検討しなければならない⁽²⁾」のである。また、そのこととも関連して、「従来自明とされてきた民主主義概念について新しいとらえ方が現れてきている」⁽³⁾。

他方、わが国において展開されてきた主権論は、「今や問題は『誰の意思が』ではない。『いかなる意思が』こそが問われているのであり、憲法学に求められているのは、『いかなる意思が』とそれを実現するシステムのあり方を究明することなのである」⁽⁴⁾と指摘されている。

こうしたわが国における憲法学の問題意識の中で注目されているのが、本稿で紹介しようとするサンステインの熟慮民主主義についての考えである。

では、何故、サンステインの熟慮民主主義の考えが注目されるのか。

一つには八〇年代のリバタリアニズムの潮流において、市場原理を公的部門へ適用することへの反省がある。即ち「公的部門においては、市民が自らの目的を表明し、共通理解を形成・発展することを可能とする、市場メカニズムとは別の考え方・制度的枠組みが必要となり、多様な人・集団が政策や活動に関する合意 (agreement) に到達するために、市民としての参加を強調する討議民主主義 (deliberative democracy) が提唱⁽⁵⁾されたのである。このことは、言い換えれば公共性の復権の必要性・可能性を示唆するものでもある。

サンステインは共和主義憲法学の立場に属するが、「単純化して言えば、共和主義は『公共性の衰退』ということが問題にされる現在の政治的状况の中で、二重の意味で『公共』性の復権を目論む思想であり、その過程で共和主義は『政治過程』観について多元主義と対立し、また『自由』観についてリベラリズムと原理的に対立すると考えられる……。 (そして) こうした共和主義の政治過程観は、しばしば『討議民主政 (deliberative democracy)』と呼ばれ、魅力ある民主主義像を示すものとしてアメリカにおいて急速に台頭しつつあり、わが国の憲法学においても注目を集め始めている」⁽⁶⁾のである。

しかしながら、他方において「共和主義の立場を徹底させれば、リベラリズムが保障しようとする、公的権力から干渉されないで私的な生を生きる自由は、私生活に個人を埋没させることによって、真に尊厳ある完全な生を生きることを不可能にするという理由で否定される可能性があり」、「共和主義的な選択を『政治過程』観の次元を超えて『自由』観の次元における選択にまで拡大して徹底させるならば、それはリベラリズムと基本的に対立することになる」⁽⁷⁾。わが国において自由観についてはリベラリズムが有力であり、そのことが、共和主義者のうちでも、その共和主義的な選択を政治過程観の次元に留めるサンステインの考えをわが国に調和的と評価し、注目する理由であろう。つまり「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」⁽⁸⁾のである。

さて、サンステインの考えには、次のような評価、指摘がなされている。「恐らくサンステインは、市民は熟慮Ⅱ討議への参加において、自らの選好を反省し公共の善を指向する視点を得ることができるようになる、と考えているのではないか。しかし、もしそうだとしても、今日の政治制度で問題となるのは、そのような熟慮Ⅱ討議の場が一般国民のあいだに存在しているのか、ということであろう」。「サンステインは現状の政治的意思形成への批判的観点から、共和主義への議論を進めた。だがこうして考えてくれば、彼のような共和主義を裏切るものにするには、市民が政治的熟慮Ⅱ討議を行えるような場の構築についての現実的理論をたてることが必要だということになる⁽⁹⁾」。本書から、こうした指摘に対し、幾分の回答を見いだし得る。

立憲主義と民主主義との関係についてのサンステインの考えの特徴は、両者を対立的に捉えない点である。熟慮民主主義は理と議論に基づくもので道徳性を内包しており、その内的な道徳性が個人的権利の憲法上の保護を要求しているのである。

しかしながら、他方、サンステインは、熟慮を常に望ましいものと考えているわけではない。人は自ら情報を持たないとき、他者の情報に頼り（情報カスケード）、自らの名声を守るために懐疑的な意見に従う場合がある（名声カスケード）。このことを前提とした場合、隔離された集団内での熟慮（enclave deliberation）は集団の分極化を生む場合がある。そして集団の分極化は、全体としての熟慮にとって困難の源となる。そのためにサンステインは「理論的に不完全な合意」の重要性を述べる。

サンステインは憲法解釈の手法において、熟慮民主主義を基礎におき、司法ミニマリズムを主張する。

連邦と州との関係においてサンステインは、憲法上、州の離脱権を保障することに懐疑的である。州の離脱権は、政治道徳として正当化し得るものの、民主プロセスあるいは熟慮のプロセスを脅かす危険がある。従って自己統治に照らして離脱権を憲法上認めることは出来ないのである。また議会と大統領との関係において、サンステインは大統領の弾劾条項を厳格に解することを主張する。大統領弾劾の基準を下げることは、憲法の想定に反して大統領弾劾を党派の道具とし、アメリカの自己統治にとって不幸な問題を引き起こす。厳格に弾劾制度を理解することが、民主的熟慮の制度に対する憲法的熟意に沿うのである。また委任禁止規範については、民主部門による判断を保障する民主主義促進的司法ミニマリズムとして理解し、最高裁は、議会の裁量逸脱という困

難な問題ではなく、議会だけが判断すべき問題を判断する裁量を執行府当局が与えられているか否かを取り上げれば良いとする。

他方、人権規定においては、革新的解釈を肯定する場合がある。サンステインによれば、デュープロセス条項は伝統的に尊重されてきた権利を、新たなあるいは短期間の変化から保護するものであり、保守的条項として機能する。それに対し、平等条項は、自覚的に伝統的慣行に対立して志向するもので、革新的条項として機能するものである。たとえばホモセクシャルに関する問題は、デュープロセス条項との関係においては否定的に扱われるものの、平等条項との関係においては肯定的に扱われる。

サンステインの平等条項の理解における特徴の一つは、機能においてデュープロセス条項と対比的な革新的条項として理解することである。もう一つは、その内容面において平等条項の中心を反カースト原理として理解することである。従ってアフアーマティブ・アクションを肯定する。しかしながら、そうした社会改革などの領域において、憲法解釈上、肯定的に理解したとしても、その実施者は、必ずしも裁判所を想定しているとは限らない。憲法は裁判所に対してだけあるのではなく、すべての公的機関に対してある。たとえ問題が個人的権利に関するものであっても、場合によって司法の直接的な主張は、重要な利益を危険にし、反対意見を刺激し、司法の自律を危険に晒す。個人的権利の問題であっても場合によっては大統領や議会が一次的责任を負い、司法の役割は二次的であり、裁判所はそれを注意深く始め、漸増的に行うべきとする。

サンステインの憲法解釈の基本的手法は、司法ミニマリズムなのである。違憲かどうかの問題と、誰がそれを解決するべきかという問題とを分けて考えることは、*Doan* 判決以降の妊娠中絶を巡る社会問題を思い起こすと、重要な点なのかもしれない。

さて、こうしたサンステインの考えは、わが国に如何なる示唆をもたらすのか。

サンステインの考えをわが国との関係で捉える際には、何よりも立憲主義や民主主義に関する状況が日米で大きく異なっていることに留意すべきである。「アメリカにおいて、ポピュリズムや共和主義が、違憲審査制を通じてのリベラルな立憲主義というもののへの異議を申し立てるものだとすれば、違憲審査制を通じてのリベラルな立憲主義は、たとえ『リベラル・リーガリズム』が幻想だとしても、異議を申し立てられるだけのそれなりの実績を有している」のに対し、「違憲審査制はわが国ではリベラルな立憲

主義を表現する方向ではなく、保守的な現状を肯定する役割を積極的に果たしてきた⁽¹⁰⁾のである。

違憲審査権の行使の現状において、アメリカとはほど遠いわが国の状況を踏まえた場合、司法ミニマリズムを主張するサンステインの考えは、それほど魅力的なものでないのかもしれない。しかし視点をかえれば、わが国の司法の現状を踏まえればこそ、司法よりも寧ろ民主政に期待をかけ、それを理と議論に基づき道徳性を内包する熟慮民主政と理解し、民主政に期待を持つサンステインの理論に重要な示唆を見いだし得るのではないか。

(孝忠 延夫・小林 直三)

- (1) 阪口正二郎『立憲主義と民主主義』日本評論社、六八一―七〇頁(二〇〇一年)。
- (2) 長谷部恭男「司法審査と民主主義の正当性」法律時報六九巻六号五一頁(一九九七年)。
- (3) 木下智史「アメリカ合衆国における民主主義論の新傾向」法律時報七三巻六号七〇頁(二〇〇一年)。
- (4) 高橋和之「『国民主権』の諸形態——『誰の意思が』から『いかなる意思が』へ——」法律時報六八巻六号三〇頁(一九九六年)。
- (5) 新谷浩史「討議民主主義を巡る理論的考察」早稲田政治公法研究六九号一〇三頁(二〇〇二年)。
- (6) 阪口正二郎「アメリカ憲法学における民主主義論の動向と立憲主義の動揺——ポピュリズム、共和主義、リベラリズム——」憲法問題二三号一六―一七頁(二〇〇二年)。
- (7) 同・阪口、一一八頁。また、熟慮民主主義の歴史的・理論的背景については、木下・前掲、七〇―七一頁も参照。
- (8) 大沢秀介「熟慮民主主義をめぐる最近の議論について」田中宏・大石祐編『政治・社会理論のフロンティア——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)。
- (9) 毛利透「国家意思形成の諸像と憲法理論」樋口陽一編『講座・憲法学 第一巻』日本評論社、五八頁(一九九五年)。なお同『民主政の規範理論——憲法バトリオティズムは可能か』勁草書房(二〇〇二年)も参照。
- (10) 前掲注(6)阪口、一一二―一二三頁。

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

イスラエルで、拷問がテロへの対抗手段として繰り返し行われた。それに対し、イスラエルの最高裁で異議申し立てがなされた。最高裁は立法府の許しがあったときにも違法になるかどうかは判断しなかった。ただ治安委員会の命令のみで実行されてはならず、最小限、民主的討論を経た後で立法府によって支持される必要があるとされた。公安委員会のメンバーは社会を広く代表しておらず、彼らと働く人々は観点や関連事項の枠組みを共有する可能性が高い。ゆえに人権に不利に働く方向で、既存の確信を強めるように議論してしまう可能性が高い。しかし拷問のような手段を許す前提としてはより多くの見解を含むより広い議論が必要である。最高裁のアプローチは狭いものだが、多くの自由を守る国家は自由の侵害の前に広い民主的議論と明らかな立法の許可を求めるという、この種のアプローチをとってきた。自由を守る裁判所は、政府の一部門や同質傾向の人々 (like-minded people) の集団が命令によって自由を奪う判断をすることに疑いの目を向けてきた。それによって、それら裁判所は民主的熟慮の保障というプロジェクトと権利を促進するプロジェクトを結合させてきた。

立憲主義と民主主義の関係について新たに考えるときである。多くの国々が憲法を制定したり、憲法規定に新鮮な考慮を与えたりしている。様々な憲法についての議論のさなかで憲法規定の成文化、書き換え、解釈、再考が行われているのである。

本書は憲法の民主的理解を求めるものである。民主主義の創造こそ憲法の目標であり、自己統治は自由の重要な一側面であり、それ自体善である。

私が主張するのは政治責任と高度な内省と一般的な「理 (reason)」の付与へのコミットメントを結合せんとする熟慮民主主義の憲法による促進である。私の主な目的は立憲主義のプロジェクトと熟慮民主主義の概念との結合である。

熟慮民主主義は多数決ルールではない。熟慮民主主義は理と議論に基づいており、その内に「道徳性 (morality)」を内包している。民主主義の内的な道徳性 (internal morality of democracy) が個人的権利の憲法上の保護を要求する。それゆえ、民主主義は権利と敵対的な関係にない。

熟慮民主主義は直接民主主義を生むものではない。それは人々が多くの話題や考えにさらされるような制度を生むことを願う。それは自由かつ平等な市民による支配の保障を望み、伝統に縛られない。それは既存の選好や信念を所与のものとするのではなく、理に基づく議論によって選好や信念を形づくっていくのであり、頻繁にそれらを変えるのである。

熟慮民主主義の問題は意見の不一致である。憲法の中心の目標は一致が得られないときにそれを不要とすることで問題の解決を図ることである。よい状態のときは不一致の基礎が明らかになって合意が導かれる。しかし、熟慮が不一致を解決しない場合もある。手に負えない不一致に直面して立憲民主主義はどのように進むべきか。「集団の分極化 (group polarization)」と「理論的に不完全な合意 (incompletely theorized agreements)」が私の主要テーマである。

集団の分極化は熟慮の困難の源であり、理論的に不完全な合意はしばしばそれを解決するものである。民主主義が、政府権限が社会の一部門にのみ利用されることのないように保障する制度を生むことと、さもなければ同質傾向の人々へのみ語りかけることを好むような人々の間での熟慮を促すことが重要である。民主的憲法の主要目的は永続的な不一致の問題を解決することである。

憲法と民主主義の対立の必要は全くない。熟慮民主主義では、憲法の主要目的の一つは多数決ルールではなく民主主義の内的道徳性を保護することである。憲法はプラグマティックな文書であり、公正な社会のアウトラインではないから、憲法が語るものと正義の要求を同視できない。伝統は簡単に確認できず、悪いものも多く含むから、民主的な憲法は伝統から理解されるものではない。司法は最大かつ最も抽象的な問題を避けるという、理論的に不完全な合意の価値と偏在を私は強調するがゆえ、司法により大きな役割を持たせることはできない。民主的憲法は自由を促すものと理解されると信じることは部分的には正しいが、司法が大きな理想に内容を与えることは限定されており、民主的な自己統治の前提条件を強く強調することによって漸次的に進む方がよい。

人種、性に基づく區別扱いは平等原則にいつも反するわけではない。民主的憲法は反カーストを具現化するものであり、人種や性に基づく別異取扱いは可能である。

司法は限定的叡智と限定的ツールしか持たない。司法は排他的作用を持つものでなく触媒作用を持つものである。

(奈須 祐治)

第一章 熟慮の困難

集団による熟慮の事実が存在する。そして熟慮民主主義を支持する論者が存在する。「集団の議論は競合する見解が述べられ交換されるといふ理由でのみ、よい結果を導きうる。」と言われる。ではどのようにして熟慮はうまく機能するのであろうか。

「集団の分極化 (group polarization)」とは、「熟慮する集団のメンバーは、メンバーの熟慮する前の傾向が示す方向に、より極端な態様で動く」現象である。集団分極化の根底にある二つの主要なメカニズムは行動への社会的影響と熟慮における「理 (reason)」の役割である。筆者の最大の目的の一つは「隔離された集団内での熟慮 (enclave deliberation) ≡ 同質傾向の人々の小集団内での熟慮」の社会的役割評価である。隔離された集団内での熟慮は良い点と悪い点があり、不当に抑圧された見解の発展と、正当化しえない過激主義 ≡ 狂気の、両方を繁殖させる土台になる。

人々は頻繁に、他者の考えや行動に従う。社会的影響は情報の流布や仲間内でのプレッシャーを含めた「カスケード (cascade)」効果の結果として、人々をある方向に向かわせる。カスケード効果が狭く局限化するとき、異なった集団が同じ問題について異なった、しかしエントレンチされた見解を生む。行動に影響を与える二つのメカニズムは情報と名声である。

情報と名声という要因は人々を誤りに導きやすい。社会プロセスは「追従の支配 (dominance of conformity)」によって害されている。

人は自ら情報を持たないとき、他者の情報に頼る。人々が何か新しいことや違ったことを信じたり行ったりする際の敷居の高さ

(thresholds) は異なっている。敷居の低い人がある信念や行動に至るとき、いくらかより敷居の高い人がそれに参加し、集団、さらには国家までも傾けるほどのかなり大きな集団が生まれることがある。かくして雪だるま効果、あるいはカスケード効果が生じる。これは実験室でも実社会でも見ることが可能である。これは自らが情報を欠く場合に起こりやすいことに注意を要する。人は自らの名声を守るために懐疑的な意見に従うことがある。政治生活でこの種のことが起こるのはよく見られる。ここでも結果的にカスケード効果が生じる。カスケード効果は良いものであることも悪いものであることもある。

集団の分極化は、ある一定の方向への個々のメンバーの最初の傾向が集団の議論によって強められるときに起こる。結果として集団は一人だけのときより極端な方向に向かう。集団の分極化はカスケード効果と似ているところと似ていないところがある。集団の分極化とは集団が二極に分かれるということではなく、集団内での予期しうるシフトを指す。熟慮の結果、集団のメンバー間の相違が減じ、熟慮する前の判断のうちで、比較的より極端な点に収束される。

集団の分極化はコミュニケーションのマーケットにおいて特に重要である。可能性として、違う集団が自ら好むコミュニケーションのパッケージをデザインすればさらに集団間で分裂が起こりうる。異なった(いくつかの)熟慮集団は、その議論のほとんどがお互いのものに限られるという単純な理由で、ますます遠く離れていくかもしれない。

熟慮は集団を、個人のと看よりも大きな危険を受け入れる方向に向かわせることがあるが、これは「危険なシフト (risky shift)」と呼ばれる。その事実には以下二つの側面がある。①「チョイス・シフト (choice shift)」は集団の決定が必要なとき、熟慮する集団が極端な方向に動くこと。②集団の分極化は個人によって個人の判断が影響され、極端に本来の方向に進むこと。通常双方が同時に起こるが、双方は両立可能である。ただし、後の研究によれば「注意深いシフト (cautious shift)」もありうる。結婚に関する決定などで、そのような現象が見られる。とても注意深い個人の集団はさらに大きな注意へとシフトし、リスクを受け入れやすい個人集団はさらにリスクをとる方向へとシフトする。中間的立場の集団は小さなシフトししかない。

分極化は画一化の問題ではない。中間点にシフトするのではなく、いずれかのサイドに人々は動く。分極化についての二つの主な

説明は以下のようなものである。①社会的比較Ⅱ人々は集団の他のメンバーからよく見られたいと思い、自分自身をよく見たいと思うため、支配的な立場に合わせようとする。②説得的議論Ⅱ個々人の最初の立場について何らかの正当化がなされることができ、個々人が最初にもつ特定の方向に歪んだプルをつくる。全体としてのプルはグループ内の人々の傾向に応じてある方向に傾くことになる。

先述した現象と立憲民主主義との関係を理解するために、以下の二点が重要である。①人々が自分を他のメンバーと同じ社会集団の一部であると考えれば、シフトが高まり、そうでなければシフトが減じられたり、除去されたりする。②熟慮集団は等しく対立している小集団から成っており、メンバーがその立場上、一定の柔軟性を持っているならば、非分極化の傾向を示す。

定期的に出会う人々の間での熟慮によって、繰り返し分極が生じる。外的ショックが分極を止めたり、方向転換させたりすることもある。

たとえば金銭賠償の際、熟慮の一般的结果として、賠償額を中間にいる人々が求めるより上の額まで増加させる。高額を提唱する人々を好む「レトリカルな非対称 (rhetorical asymmetry)」の産物としてこのような「深刻性シフト (severity shift)」が生じる。我々の文化においては、そして既存の社会的規範に照らすと、懲罰的損害賠償のためにより高額を求めるのを好む人が、より少額を好む人より説得的になりやすいように思われるのである。こうした事実は熟慮の重要な一要素である。ある一定の方向に最初から見解が配分されていて、既存の規範がその方向への極端な動きにレトリカルな利点を与えるとき、かなり極端なシフトを予期しうる。

集団の分極化は多くの熟慮する集団や機関に大きな影響を与える。「分極化を専門にする人 (professional polarizers)」や「それを事業とする人 (polarization entrepreneurs)」を想像することが可能である。分極化は同定しうる政治的確信を持った雑誌、好まれる大義に捧げられた特別なテレビ番組、独自の立場を持ったトーク・ラジオの司会によってもたらされうる。

「排除集団 (outgroups)」はかなり極端な方向に分極化する。集団間の敵対を高める「ハイト・スピーチ (hate speech)」はその

れゆえ恐怖の対象である。集団内の議論で意識を高めるといふよりは一方への分極が進む。

あらゆる種類の確執の際、集団の分極化が働く。ここではとりわけメンバーを極端な方向に向かわせやすい。民族集団や国内でも同じことが起こる。グループ内での議論が強い民族的アイデンティティを生む。情報、名声の圧力が影響を持つこともあった。

マス・メディアとインターネットは分裂を生む危険を持ち、もともとの傾向を反映する選択を行うことを可能にする。特にインターネットは個人的なコミュニケーション・パッケージを作つて、好まない情報をフィルターにかけてしまうことを可能にする。インターネットは集団の分極化を生み、極端な方向へと向かわせるいくつかの特徴をもっている。「公平原則 (fairness doctrine)」が捨てられた後、特にトーク・ラジオで極端な見解を伴う論争型番組が成長した。自らと同じ見解を何度も、より大声で聞けば社会的分裂が生まれやすい。人々が多様な声を聞くように保証するコミュニケーション・イニシアティブ (communications initiatives) を考慮し、本来公平原則が目指していたものを今日目指すべきである。

陪審、独立規制委員会、裁判所、立法府のような公的機関においても分極化が見られる。

集団の分極化によつて社会的分裂が起こる。対応策は、大きくて異質な公的領域内で熟慮を生み出し、同質傾向の人々が壁を作るのを防ぐことである。一般的な公的領域へのシフトは極端な動きや不安定を減らす一方、抑圧的な画一性を生む。他方、隔離された集団内での熟慮への動きは議論のプールの多様性を増し、思想市場を豊かにする一方、極端な動きや分裂等を生む。民主的な憲法は同質傾向の人々による社会的スペースを保障しながら、関連集団のメンバーが全く異なつた見解を持つ人々との会話から隔離されない可能性を高める。

熟慮は正しい答えを生む最良の方法であるといふのは本当であらうか。熟慮の前提が語られることもあるが、それらがあつても集団の分極化は起こる。実世界では熟慮によつて真実に到達する可能性は低い。

分極化がよい結果を生むこともある。それは何について議論されているのかによる。自信を持つ人が説得力をもつという事実か

ら、集団の分極化が説明されることも可能であり、不変の真理ではないが、統計上、自信を持つ人は正しい可能性が高い。しかし分極化が最初の見解をより強くするとき等には熟慮の効果を信頼する理由はほとんどない。ある見解が不合理であるとわかればそれを共有する人々の間での議論は危険である。

ここで得られる教訓は、よい制度をデザインする必要である。立法府、規制委員会、裁判所等、いずれにおいても集団の分極化の危険を避ける必要がある。関連する集団の全ての市民から成る熟慮集団は、全ての関わる市民の正確な理解に答えてシフトする。全ての市民による熟慮は長所と短所を持つ。異質性は利点を有しており、広い議論のプールの中の熟慮は民主的憲法の中心的デザインである。

分極化が機能しているなら、隔離された集団は特に社会的な議論のプールを豊かにするがゆえに広範な社会的利益を提供しうる。多様な集団のメンバーがお互いに語り合い、見解を発展させる（いくつもの）隔離された集団を促すのがよい。しかし隔離された集団は、隔離された集団内での熟慮の特定状況から予測しうる、良くない結果と見られる立場に動く危険がある。社会的安定を乱すこともある。それらの危険を単純に解決することはできない。騒乱がよいこともある。隔離された集団を社会の他の部分から分けるものが何かを知る必要がある。

立憲民主主義における最善の回答は、隔離された集団が競合する見解と壁を隔てられず、隔離された集団のメンバーとそれに対する人々との間の見解の交換があることを保障することである。立憲民主主義は隔離された集団内での熟慮を保護し、隔離された集団内の人々が別の見解を聞き、特定の隔離された集団の外にいる人々が隔離された集団のメンバーが言うことにさらされるように保障するためのステップを踏むべきである。必要なことは、異質性が社会的分裂の源にならないようにし、創造的力として機能し、さもなければ気づかれない問題やそれに対する解決を同定することを助けるように保障するアプローチをデザインすることである。

（奈須 祐治）

第二章 憲法理論なき憲法原理

たいていの民主的國家において、市民は最も基本的な問題について衝突や不一致に直面しつつ進まねばならない。このようなき立憲主義はいかにして実行可能か。

憲法理論について合意できないときでも憲法的プラクティスにはしばしば合意できる。つまり、しばしばうまく機能する憲法秩序は「理論的に不完全な合意 (incompletely theorized agreements)」への到達を通じて問題を解決しようとする。

抽象的なものについて意見が一致しない人々はより特定のレベルへ移動する（概念的下降 (conceptual descent)）ことによって進歩できる。理論的に不完全な合意は成功する立憲主義と社会的安定の重要な源であり、人が相互の尊重を示す重要な方法をも提示する。また、人々が何らの根拠原理について合意することなく、結果について合意するときがある（「完全な特定性」(III particularity)）。

理論的に不完全な合意はルール (rules) とアナロジー (analogies) の両方の基礎として機能しうる。このような合意は裁判所を含め、多くの多様な機関の限界に特にふさわしい。理論的に不完全な合意は特にしばしば社会的カスケードと集団の分極化から生じる、手に負えない問題や誤りに対する抑制として役立つ。

法の領域外で、人々は当該判断を説明する理論を持たないとしても正しい結果について同意しうるが、そのことは政治、憲法についても同様である。

ルールとアナロジーは異質な社会の主要な目標を促進する試みである。つまりそれらは合意が必要ときに合意を得ることを可能にし、合意が不可能なときに合意を得ることを不必要にする。憲法的ルールの主要な利点は多様な人々が多様な議論を括弧に括ることができるある種の焦点 (focal point) を生み出すことである。不一致に直面したとき、人はアナロジーによって特定の憲法的ケースについての推論をする。人々は法的判断が確固としている事例を指し示し、そこからより難しい判断へと進む。アナロ

ジーとルールによって、しばしば抽象的原理や特定の結果について収束することが可能になる。

人々がある権利の価値や意味、健全なアナロジの存在について合意を得られるという事実が良い結果を保証するものではない。ルールとアナロジによる決定の長所は部分的である。ときにより野心的 (ambitious) になる必要がある。しかし、政治、法システムはルールとアナロジ無しで済ますならば正当でも効率的でもなくなりそうである。

憲法や民主主義において、理論的に不完全な合意は広範な役割を果たす。憲法の制定は理論的に不完全な合意を通じて可能となる。憲法規定が多くの抽象的規定を含んでいる一方、具体的特定性について鋭く紛争になっていることがある。ときに人々は中間レベルの原理について合意するがより一般的な理論や特定のケースの両方について合意しないことがある。それを説明する狭い、あるいは「低いレベルの原理 (low-level principles)」についての合意を伴って、特定の結果について理論的に不完全な合意がなされることもある。

不完全な理論化を不幸なものと考える人もいる。理論的に不完全な合意はときに混乱を生むこともある。憲法、政治に参加する人々は野心的になるのに十分な情報を得て、十分な合意をすることもときどきある。しかし理論的に不完全な合意は公私、両方の生活において重要かつ貴重な一部である。その長所のほとんどは「沈黙の建設的利用 (constructive uses of silence)」に関わる。それは衝突を最小化し、現在が未来から学ぶことを許し、多くの時と支出を省く。

それはなぜなのか。第一に、憲法原理やケースについての理論的に不完全な合意はスケールの大きな問題についての社会的不一致を含み、集団の分極化や社会的カスケードに左右される世界にふさわしい。このような合意は一般の原理に関して合意に達せられない人が特定の結果に収束することを可能にする。この利点は事例の判断の必要のみでなく社会的安定性とも関わる。第二に、不完全に理論化された合意は人々がお互いに高度の相互尊重、礼節、互酬性を示すことを許す。

確かに基本的コミットメントが法システム内で、あるいは他の複数のメンバーから成る組織体の中で、異議を唱えられることがあるかもしれないが、多くのケースは理論的に不完全な方法で解決される。社会的論争の仲裁役として行動する人々にとって、

理論的に不完全な合意は永続的の不一致の政治的コストを減じるといふ決定的機能を持つ。理論的に不完全な合意は社会が道徳的進歩を継続的に求めるとき、特に価値がある。

憲法は頻りに野心的理論を用いるべきであると主張されることもあるかもしれない。たとえば、憲法上の権利に興味のある人々が抽象性のレベルを上げて最終的にスケールの大きな理論に訴える十分な理由がある。実際問題として、特定事例に関する具体的判断は道徳性や憲法にとって不十分だと分かることがありうる。より広い原理をみることによって、我々は不一致を解決することができるかもしれない。

それが偶然の産物でないかどうかを知るために、特定のケースについての熟慮された判断を説明するという問題がある。控えめな判事が理論的に不完全な意見に参加するとき、その人は結果を正当化するために理性や原理に頼らねばならない。低いレベルの原理は他の事例と一致しないため、あるいは政治道徳の問題として弁護できないため、誤っているかもしれない。

理論的に不完全な合意は誤っていたり、信頼できないものであったりするかもしれない。もし時間があれば、基本的権利について考える道徳的な推論家 (reasoner) は理論的に不完全な合意によって提供される部分的な理路整然性だけではなく垂直的・水平的な一貫性を達成しようとすべきである。しかし、理論的に不完全な合意への異議をその価値以上のものとして受け取ってはならない。

既に述べたように、理論的に不完全な合意は多くの長所を持つ。理論が特定の判断を照らし出す光であるとする見解もあるが、理論は単に人々が自らの倫理的、法的、政治的世界を構成する諸判断を理解する手段でしかない。抽象論は特定性に優位するものでなく、いずれも基底的なものとして扱われるべきでない。

理論的に不完全な合意はあまりに保守的で、あまりに既存のプラクティスを尊重しすぎるといふ異議がありうる。なぜ憲法はこれほど用心深いのか。

漸次的な手法がすばやく大きな変化を生み出すことはありそうにない。しかし、第一に不完全に特定化された抽象性の形態をと

る憲法規定は長期的なプラクティスに対する大きな挑戦の基礎として機能しうる。第二に、司法的決定が理論的に不完全な合意である限り、それらはいずれもアナロジーによって機能する。アナロジーによる推論について何事も保守的になる必要はない。全ては類推をする人が始める事例と、推論をする人がそれらの事例から原理を抽出する理由付けのプロセスに依存する。不完全に理論化された合意への強い興味と憲法的保守主義を同一視することは大きな誤りであろう。

理論的に不完全な合意の長所は部分的なものである。理論的に不完全な合意に賛同する主張は決定的なものではなく、推定上のものである。

不一致とは何か。法の世界では、個人、集団間の不一致は生産的、創造的な力となり、間違いを明らかにし、ギャップを示し、議論を動かすものとなりうるものであり、結果を良い方向に導くものである。

憲法上の不一致は多くの正当な源をもっている。二つのものが特に重要である。一つは、人々が一般的なコミットメントを共有しうるが特定の結果について反対するかもしれないということである。第二は、人々の一般的原理についての不一致は特定の結果や低いレベルの前提に関する不一致をも生み出さうということである。理論化はより野心的な主張を参照して低いレベルの原理をテストするがゆえに有益な機能を果たしうる。不一致はこのテストのプロセスによって生産的になりうる。

理論的に不完全な合意は熟慮する、隔離された集団のメンバーからの吟味と批判に何度も服するべきである。そのプロセスが通常、憲法が生み出す以上に野心的な思考を生ぜしめる。社会的コンセンサスは他の何事にも勝る考慮ではない。正当な憲法が合意された憲法より重要である。

異常な状況を除いて、抽象理論は憲法制定や憲法の基礎としてありそうにないものである。高次の理論について用心し、謙遜するのは少なくとも複数の理論が同じ方向に導くときは適当である。理論的に不完全な合意は特別な長所を持った重要な現象である。このような合意は同質傾向の人々がたいていお互いと話し合い、市民が多くの最も根本的問題について意見を異にする国々の中でさえ憲法を可能にすることを助ける。不完全に理論化された合意は、どのように多様な社会のメンバーが鋭い不一致の中で相互に

尊重しながらともに働くことができるのか、という問題に光をあてる。

(奈須 祐治)

第三章 伝統に抗して

多くの人々は基本原則についての分裂や、分極化の状況において伝統に従うことが最善であると主張してきた。もし我々が祖先に従えば我々を分断する困難な問題を解決する必要がなくなるといふ根拠で、伝統がしばしば主張される。

Lawrence Lessigによれば、保守的な (preservative) 憲法と変革的な (transformative) 憲法の二種に区分されうる。保守的な憲法は瞬間的な情熱によって危険にされると恐れられる長期的慣行を保護しようとする。変革的な憲法は理想的な将来に向けて道を指し示すことを試みる。

保守的憲法を信じる人々は権利が伝統に根ざしていると主張する。しかし、権利を定義する企ては伝統への問いかけに基礎を置くべきでない。伝統は評価されるべきものであり、複製されるべきものではない。伝統の認識にも評価が必要である。裁判所が分裂させるような長期的慣行に用心すべきであるといふことを別として、伝統主義 (traditionalism) は権利や憲法の命じるもの適切な内容について考える人々に提供するものをほとんど持たない。

憲法上の権利は憲法の文言からくるという答えは不完全なものである。たいていの、憲法の権利を付与する規定は曖昧であり、見たところ開かれた (open-ended) ものである。従来からの法律家の道具はテキストだけでなく、憲法構造や歴史をも含む。しかし、ときにこれらの憲法解釈の源は、大きなギャップと曖昧さを残すという意味で底を尽きてしまう。裁判官が、最も性分に合うと思う政治哲学を基に法を無効にすることも、できないようにしようとするべきである。それらが残すギャップを埋めるためにしばしば伝統が持ち出されてきた。

Eisenstadt v. Baird, 405 U. S. 438 (1972) & *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973) のようなケースでは、伝統ではなく、どのような

権利が個人にとって最も重要であるかが考慮された。しかし、過去数十年で、伝統を参照して憲法上の権利が定義されるべきであるという考えが、*Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986) のようなケースで再び生まれた。姦通を犯した父の、他者と結婚している女性が産んだ子を訪問する憲法上の権利が否定された *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U.S. 110 (1989) での相対多数意見は、伝統の中でそのような権利がないことに強く依存した。伝統は死ぬ権利に関わるケースで主要な問題として再び現れ、スカーリア判事らは伝統を参考にすることを主張した。伝統は憲法の基本的自由保障の意味構築、さらには、憲法の他の領域において中心的役割を果たし続けている。

おそらく伝統主義者は国や地方の慣行に憲法上の権利を根付かせようとしており、「コスモポリタニズム (cosmopolitanism)」や「ユニバーサルイズム (universalism)」に反対しようとするのであろう。伝統主義はまた、地方や小コミュニティの判断を尊重して「ナショナルイズム (nationalism)」に反対するかもしれない。

ある見解によれば、ほとんどの権利章典の規定を連邦政府と同条件で州に適用した「編入 (incorporation)」の動きを評価しなおすべきであるとされ、連邦最高裁は今よりも地方の伝統を尊重すべきであるとされる。しかし、多くの権利は国の市民権やすべての人々が持つに値する基本善の最小限の保障を表しているため、国家的なものであると考えられる。伝統主義は、普遍的権利と国家的権利、国家的権利と地方の自己決定の権利の間で必要な区別をする助けにならない。

伝統主義の標的は「独立の道徳的議論 (independent moral argument)」であるかもしれない。伝統主義は「理性主義 (rationalism)」に反対するのである。人間は自らの慣行を評価するのがうまくなく、自らの慣行がなすべきことの最高の指標であると考えられるかもしれない。伝統の利用は「決定コスト (decision cost)」や「誤りのコスト (error cost)」を最小化するがゆえ、最善の道である。伝統主義が社会的な変化の潜在的に有害な結果について警戒的な通告を提供しようデザインされれば、それは大いに理にかなっている。しかし、慎重さ (prudence) は限定的な美德である。どのような憲法システムにおいても、人々は道徳的な議論の基礎として自らの切望 (aspiration) を用いるし、また用いるべきである。

【民主主義の設計——憲法は何をなすのか】(二〇〇一年) (一)

四八九 (九九二)

道徳的、政治的議論は「内省的釣り合い (reflective equilibrium)」の探求の形態をとり、その中で我々は様々な道徳的判断を調整しようとする。伝統であるがゆえに伝統を尊重することは内省的釣り合いの探求と一貫しない。憲法の大半の部分は法と道徳の議論の源を参考にした伝統の批判的評価に関わる。原理は伝統的慣行を参考にして正当化される必要がない。我々は批判的内省に耐えないというだけで慣行を変えようとするのに躊躇するべきであると、伝統主義者は主張するかもしれない。しかし、もし持っている権利を理解しようとするならば、それらは道徳的、法的吟味に耐えないという理由で、いくつかの伝統は屈しなければならぬ。

変革の次元を持った憲法にとって、憲法的伝統はつむじ曲がりと思われる。たとえば南アフリカの憲法裁判所はその決定を、中心的な地方の伝統を否認する人間の尊厳 (human dignity) の原理に根付かせて、死刑の禁止、社会・経済的権利の保障を伝統に抗して認めてきた。ドイツ憲法もその目標の多くは変革的であり、たとえば国が、放送機関が広範囲の意見のフォーラムを提供するように保障する積極的義務を持つ。ここでは伝統は無関係であり、民主主義についての切望が機能がしている。アメリカ憲法でも表現の自由や平等に関して伝統によって理解されない側面がある。しかし司法府内で、伝統主義が新たに生まれている。

伝統に訴えることを支持する意見としていくつかの可能性がある。アメリカの伝統が良いので、アメリカ人にとって伝統は憲法上の権利の良い源であるかもしれない。しかし我々は多くの悪い伝統を見出す。また、伝統が正しかったり良かったりするがゆえに権利の源であるのなら、その正しいことや良いことに直接進むべきである。複雑なものを最小化し、他のものより良い結果に導く可能性が高いものとして、伝統を守る可能性がある。しかし、おそらく我々の伝統のあまりに多くが不正を含んでいるであろう。長く続いた慣行は何かを提供してくれるがゆえに、伝統は権利の源であるかもしれない。しかし、いくつかの慣行は有益な機能のためでなく、惰性、視野の狭さ、偏見、権力、混乱のために存続している。

伝統を権利の源として用いることに關して三つの基本的問題がある。第一に、事実や価値はときどき変化する。第二に、我々はどうやって権利を言い表せるのか。スカーリア判事は伝統の特定のな解釈が裁判官を規律するとするが、我々はある伝統が存在す

ると言うとき、単に事実を報じているのではなく、ある方法で過去を解釈しているのである。第三に、どの国の伝統も良いものも悪いものを含むことを既に見た。

立憲主義がうまく機能しているとき、権利は批判的内省の産物であり、法的システムが要求するように適切に規律、抑制されるものである。立憲主義は伝統の探求ではない。

(奈須 祐治)

第四章 憲法は何を語るべきなのか?——離脱を超えて

本章では離脱権 (right to secede) を手がかりに民主主義憲法の実質を検討する。

プレコミットメント戦略としての憲法

離脱権の問題にアプローチするにあたって、制度と実体的権利のエントレンチの理由付けを述べることに有意義である。憲法制定時に基本的権利や制度を通常政治の範囲外に置く際、どんな種類の考慮が働くのであろうか。ここで以下のようなプレコミットメント戦略が登場する。

- 一、定種類の権利が政治外のものであるがゆえに、民主主義から独立してエントレンチされる。私有財産、自己負罪拒否、身体の純一性、拷問や残虐な刑罰の禁止、プライバシーがその典型である。
- 二、民主主義原理それ自体に由来する権利が保護される。表現の自由や参政権がその典型である。
- 三、集団の分極化による人民の情動が無制限の民主主義をもたらすことを抑制するために、権力分立や権力分割といった、多数決ルールから私的空間を保護する制度的アレンジメントが必要となる。

四、三のような制度は現在の多数派を拘束する。しかし、当該制度は民主主義を抑制すると同時に促進する。権力分立はその典型である。

五、憲法は一定のテーマを政治アジェンダから切り離すことで民主主義を保護する。中絶の権利も同様の観点から正当化される。

六、こうした「促進型」プレコミットメント戦略は、囚人のジレンマ状態を解決する。例えば、他州の判決や法を尊重する「十分な信頼と信用」条項や州際間の関税や保護主義を禁止する通商条項がその典型である。

七、憲法的プレコミットメント戦略は、社会の浅慮や脆弱さを克服し、代表者が人民の熟考に従うことを保障する。全ての事例において、一定のテーマを政治的アジェンダから引き上げることが民主政を保護することに帰着する。この意味において、憲法は民主的である。

八、多くの憲法条項が一般善についての同意を志向する議論と熟慮を保障するメカニズムとしてみなされ得る。

プレコミットメントと離脱

さしあたり筆者は、憲法が離脱権を保障すべきか否かについて検討する。まず、構成体が当該国家にとどまることを望まないのなら、離脱権が認められるべきであるとの主張がなされる。しかし、離脱権は、当該問題とは技術的に無関係な事柄をめぐる権限を用いて利益を追求し、義務を免れる戦略的行為を助長しかねない。離脱権行使の脅威が、当該構成体の利益に反する国家的決定を行えなくしてしまう可能性がある。

離脱権は重要な資源を持つ構成体にアンバランスな権限を与えてしまう。離脱の禁止は集団的行為に伴う問題への処方箋であり、離脱権行使を厳格もしくは不可能にすることが、当該構成体間の長期的な協力を促すことに帰着する。

離脱権の文脈において、実際の政治問題は深刻となる。離脱権はエスニシティ、領域、分離、分離や自己決定の歴史を伴う感情問題を伴う。集団の分極化はここでも問題となる。よって、離脱権の放棄は情動的行為を防ぐ。

構成体が離脱しかねない国家は長期計画に支障が出る。離脱権放棄のプレコミットメントは民主主義プロセスに対する脅威を除去する。離脱権は相互依存のない、弱くルーズな連合ならばさほど問題にはならないが、憲法制定に際しては、最悪の事態を想定しなければならぬ。離脱権の憲法的承認は深刻な問題をもたらすことになるように思われる。

離脱の理由

「市民的権利もしくは市民的自由の侵害」

政府が当該構成体の人民の市民的権利や市民的自由を抑圧している場合、その抑圧が他の方法では救済不可能ならば、離脱権は正当化され得る。しかしながら、不正義や抑圧は憲法上の離脱権を強く根拠付けるわけではない。例えば、表現の自由の侵害は、離脱権よりも、当該権利復活の主張によって対抗されるはずである。

一定の場合、離脱権は承認され得るかもしれないが、市民的権利・自由の侵害に対しては、より直接的であり危険ではない手段が存在するのであり、よき憲法はこうした手段を含む。移動の権利とフェアラリズムは付加的な安全装置として機能する。

「経済的自己利益」

構成体が経済的な自己利益によって離脱を望む場合、政治道德の問題として、離脱権が正当化されるか否かははっきりしないが、当該構成体の被る経済的損失が正当化され得るか否かで部分的には判断し得る。不正義が存在しないならば、離脱権が構成体の自己利益であるという事実は離脱権を正当化するものではない。

「経済的搾取」

国家が当該構成体の資源を搾取し、もしくは資源の分配で不当な取り扱いを行う場合、搾取をやめさせる手段として離脱権は正当化され得る。しかし、経済的搾取の程度や、長期にわたる利益と義務の計算は困難である。

国家の搾取に対して、よき憲法の制定が離脱権を不要なものとする。立法府における代表は有効な制度である。離脱権は次善の手段であり、他の手段で代替可能である。

「歴史と領域——原始取得 (original acquisition) の不正義」

国家における帰属関係は不当な侵害の結果であり、当該構成体は歴史上、国際法上、領土的純一性を持つとの主張がなされる場合、こうした主張は道德的な問題としての離脱権を根拠付けるが、憲法上の離脱権の根拠となるかどうかは疑わしい。

この問題に対する望ましい救済手段は国際法である。政治道德の問題として離脱権が正当化されるとしても、国内的な憲法上の問題とすることは不適切である。

〔文化的純一性と自己決定〕

離脱権を前提とした文化的純一性と自己決定の主張は、代表制やフェデラリズムで代替可能である、そうした代替手段が不十分である場合、政治道德的の観点から、離脱権は一定の場合に正当化され得る。ただ、文化的純一性の議論が憲法上の離脱権を正当化する可否かは疑わしい。こうした主張による離脱権の憲法的承認は、自己統治を危険に晒すことになる。

限定的離脱権？

以上の議論に対応して、限定的離脱権が主張される。しかし、フェデラリズム、権力分立、市民的権利・自由のエントレンチ、司法審査の担保がなければ、限定的離脱権は十分なものとはならない。

熟慮の後の離脱権がおそらく最善の選択肢である。そして、離脱権行使の厳格さがその行使を最低限度にとどめ、民主主義や熟慮のプロセスへの侵害をとどめる。しかし、エスニック問題や宗教問題の絡む地域では、限定的離脱権でも危険がある。その場合、おそらく最善の選択肢は離脱権を規定しないことである。

最後に、離脱権を規定しつつもそれを執行不可能とすることが考えられる。しかし、離脱権が説得的なものであるならば、当該権利はテキストにエントレンチされ、司法的に執行可能とされるべきである。そうでないならば、執行不可能な離脱権は権利とはいえない。

憲法は何のために？

憲法上の権利保護は民主主義の促進を目的とする。一定事例において、離脱権は政治道德として正当化され得る。しかし、道德的理由は離脱権の憲法化の根拠としては不十分であり、通常時の民主プロセスを脅かす危険がある。ゆえに、離脱権の放棄は、立憲主義の当然の一部として理解されるべきである。自己統治に照らして、離脱権を憲法上認めることはできない。

第五章 大統領の弾劾

(大江 一平)

よく機能している民主政において、上級公務員の弾劾は稀なことである。しかし、弾劾が提起する問題は非常に重要なものである。弾劾条項は立憲主義と民主主義との関係について多くの教訓をもたらす。

〔テキスト〕

大統領の弾劾は、「反逆罪、収賄罪その他の重大な犯罪及び非行」を犯した場合になされる。まず、反逆罪と収賄罪という言葉にかんがみれば、「その他の重大な犯罪及び非行」も、反逆罪と収賄罪に匹敵するものを指すと考えられる。

しかし、収賄といっても様々なレベルのものがああり、全ての「賄賂」が権力の濫用に該当するわけではないとしたら、「収賄罪」という文言は曖昧さを免れない。そして、「重大な」という文言は「犯罪」にかかるとは異なるのか。少なくとも、「非行」にはかからない。どのような「非行」とは反逆罪や収賄罪に準ずるものであり、「非行」についても、「重大な」という文言を冠して解釈することが求められる。

なお、「収賄罪」という用語も問題とはならない。それは公権力の濫用の見返りに金銭を要求することを指す。テキストは、弾劾とは公権力を濫用する場合を想定したものであるとの見解を支持する。しかし、テキストが問題の全てを解決するわけではない。

〔建国期〕

大統領権限については争いがあり、この問題は憲法会議で大きな論点となった。様々な議論がなされたが、妥協が図られ、大統領は公的権威を深刻に濫用した場合のみ解職され得るという限定的な弾劾制度に議論の方向が向いた。そして、大統領と議会の権力分立に配慮しつつ、最も極端な場合に大統領は解任され得ることとなった。憲法草案では、当初、反逆罪と収賄罪の場合のみ大統領は弾劾され得るとなっていたが、後に、「重大な犯罪及び非行」という文言が付け加えられた。

『民主主義の設計——憲法は何をなすのか』(二〇〇一年) (一)

四九五 (九九七)

結局のところ、弾劾条項は、公務員がその職務を利用して権限を深刻に濫用した場合に向けられている。この限定的な理解の背景には、政治的敗者によって弾劾制度が意趣返し的手段として利用されて公的熟慮が脅かされることを防ぐ意図があった。

二世紀にわたる実践

最も重要な歴史上の教訓は、大統領に対する真摯な弾劾手続がほとんどなく、弾劾は大統領権限の最も極端な濫用の場合に限られるということである。これまで弾劾されたのはA・ジョンソンとクリントンの二人だけであり、また、真摯な弾劾審理に服したのはニクソン一人だけである。

用いられなかった制度

歴史は、弾劾相当の場合であっても、冷静な意見が有力であったことを示している。ニクソンの脱税や恩赦、イラン・コントラ事件、ケネディの女性問題等の事例において、議会は冷静に行動した。歴史的慣習は弾劾条項の意味する問題を明らかにしないが、熟慮民主主義の防護と実践に資する。つまり、その抑制的な慣習は立憲主義と民主主義に資するがゆえに尊重されるのである。

応用事例——クリントン弾劾、双方の攻撃手段の統制とそれを超えて

まず、一九九八年のクリントン弾劾について、彼は重大な犯罪や非行を犯したのであろうか。筆者はそうではないと考えるし、当該弾劾は違憲である。第二に、将来における弾劾権限の行使である。筆者は、対立する双方が双方の攻撃を統制する同意にいたること、つまり、彼らが弾劾を最も極端な事例に限定することが重要であると考ええる。

「クリントンに対する違憲な弾劾」

弾劾条項のポイントは、合衆国大統領がその公職の権威を濫用したのに等しい著しい非行を行った場合に、下院が大統領を弾劾することを認める点にある。

クリントンの場合、大陪審での偽証や司法妨害の容疑は大統領権限の深刻な濫用には該当しない。もし、大統領の偽証や司法妨害が違法な性的関係を隠蔽するためのものであるならば、当該行為は憲法の弾劾基準を満たさない。

こうした見解に対する批判を検討する。ひとつは、どんな犯罪であれ、犯罪者がホワイトハウスにいることは受け入れがたいものである。しかしこれは憲法にそぐわない。大統領が罷免され得るのは「重大な犯罪もしくは非行」を行った場合である。また、偽証を行い、他の違法行為に従事することによって、大統領は憲法条項を尊重するという宣誓に反しているとの批判がなされる。しかし、これも弱い主張である。違法行為が直ちに弾劾事由に帰着するわけではないのである。

宣誓に反した虚偽発言は、それが職務権限の深刻な濫用に該当する行為を含む場合にのみ、弾劾事由に該当するということが一般的にいえる。違法な同意による性的関係についての虚偽発言、つまり、当該関係を隠蔽しようとする「共同謀議」に弁解の余地はないが、憲法上の重大な犯罪もしくは非行には該当しない。

深刻な訴追がなされた場合、政治参加者は党派の圧力によって極端な方向に向かいやすい。よって、最も危険なのは、憲法制度の想定に反して、弾劾が党派の道具となってしまうことである。憲法構造の観点からは、厳密な意味での大統領権限の濫用の事例に弾劾を限定すべきである。

「弾劾制度の現在」

我々は大統領弾劾の基準を引き下げるべきなのか。筆者はそうすべきでないと考え。というのは、政治的不一致がしばしば、公的信頼の濫用、違法行為、もしくは犯罪行為といったスキャンダルに結びつく、現代の大統領制とアメリカ民主主義の抱える問題が存在するからである。この種の問題提起はアメリカの自己統治にとって不幸な問題を引き起こし、想定されるメリットもそうした不幸な結果を正当化しない。

仮想事例

あり得る大統領弾劾の事例は以下の通りである。

- 一 国家の安全を脅かすにもかかわらず、大統領が外国から、その国を援助する約束の見返りに賄賂を受け取った場合、これは反逆罪ではないが、「重大な」犯罪を含み、弾劾事由に該当する。

『民主主義の設計——憲法は何をなすのか』(二〇〇一年) (二)

二、大統領が対立相手を告発する証拠を収集するためにFBIやCIAを用いた場合、当該行為は刑法に違反する。
三、戦争もしくは国内危機の際に、大統領が職務不履行の状態に陥り、職務を果たせない場合、当該職務不履行は飲酒、精神的疾患、身体的障害、もしくは怠惰であるかもしれないが、犯罪には該当しない。しかし、大統領の解任事由に該当する非行である。

四、大統領が脱税を行った場合、通常これは弾劾事由に該当しない。厳密な意味での政府権限の濫用ではないからである。

五、大統領がマリファナを吸引した場合、これも厳密な意味での政府権限の濫用ではないので、弾劾事由に該当しない。

六、大統領が政敵を暗殺した場合、これは弾劾事由に該当する。

七、大統領が単に彼の氣に入らない人間を殺害した場合、これはハードケースである。憲法がそのような大統領の解職を認めないとすれば、憲法のもつ意味は低下する。重要なのは、裁判所が僅差で判決を下すことも許されるべきではないということである。

弾劾と民主主義

「重大な犯罪及び非行」という概念は、大統領という特定の公職に由来する権威の深刻な濫用を指すと理解すべきである。通常最も弾劾事由に該当する行為は、厳密な意味での大統領自身による大統領権限の濫用である。もしそれ以外の弾劾のカテゴリーがあるならば、それは非常に稀な事例である。このように弾劾制度を理解することが民主的熟慮の制度に対する憲法的熱意に沿うのである。

(大江 一平)

第六章 民主主義と権利——委任禁止規範

アメリカ憲法第一条第一節は立法権を議会に委ねている。委任禁止原則 (nondelegation doctrine) によれば、立法府はその立

法権限を他部門に委ねてはならないとされる。

委任禁止原則は本書の中心テーマである熟慮民主主義と密接に関連している。執行府はその性質上、立法府と比べると、熟慮のための多様性を欠く。議会が専ら立法を行うという主張は、同質傾向を持つ人々による熟慮の病理に対抗し得る。

委任禁止原則は衰退したとされるが、筆者はこの理論がまだ大いに有用であると考える。基本的な権利や利益が問題となる場合、当該選択は立法府によってなされなければならない。カギとなるのは、一定の判断についての明白な立法的正当化を保障する委任禁止規範 (nondelegation canons) である。

執行府は深刻な憲法問題を惹起するような方法で連邦法令を解釈してはならない。つまり、明白な議会の同意がない限り、裁判所は執行府が自由や平等を制約することを許してはならないのである。これは制度的保護と個人的権利を結びつける努力である。議会による明確化は権利保護に有意義であり、権利を制約する場合は、議会と執行府によって明白に正当化されなければならない。本章で筆者は、委任禁止規範が正当なものであり、謙讓的な民主主義促進的司法ミニマリズム (democracy-forcing judicial minimalism) を提示することを述べる。

明瞭原則 (?)

通説的な委任禁止原則を筆者は次のように理解する。裁判所は、憲法第一条第一節が議会に行政官の裁量を厳しく限定化するこゝとで明確な立法を行うことを要求していると理解すべきではない。そして、高度に微妙な判断は議会によってなされるべきであり、全面的な立法委任を受けた執行府によってなされるべきではない。

最高裁はこれまで、通説を、議会が執行府の裁量を指導・限定する明瞭原則 (intelligible principle) を提供しなければならぬとするものであるとしてきた。委任禁止原則は重要なものであるが、ニューディール以降用いられなくなったとされる。しかしながら、通説が復活する兆しが見られる。

憲法テキストは議会に立法権を委ねており、他部門に立法権限を委ねることを禁じている。抑制と均衡のシステムの概念も通説

的な見解を擁護する。テキストや歴史上の根拠以外にも、憲法の目的や構造から通説の擁護が導かれる。

最も重要なのは政治的な説明責任 (accountability) であり、それは議会と一院制の組み合わせに由来する。立法者に比較的明確な文言を要求することは個人的自由の保護に資する。そうした義務やコストは、連邦政府権限が個人の権利を侵害するのに用いられることを防ぐのである。

委任禁止原則は法の支配を促進する。明瞭原則に則した法の履行を保障することで、委任禁止原則は「曖昧ゆえに無効」の原則と同様の目的に資する。

最後に、立法の明確性という要件は党派の権力と自己利益代表の問題に対する抑制であると思われる。つまり、多様な立法者から一般的な同意を要求することによって、代表が自己利益を図る危険を縮減するのである。以上の諸点は、委任禁止原則を熟慮民主主義という憲法の目的と関連させる。

通説の問題点

しかしながら、通説には多くの問題がある。まず、委任禁止原則の司法的執行は司法権限の深刻な問題を帰結する。委任禁止原則はルールに即した形態では処理され得ないからである。

第二に、委任禁止原則の復活が現代国家の統治作用の改善に資するのかどうかは明らかでない。筆者はこうした問題点を、通説に変わる手段としての委任禁止規範を導入するために取り上げることとする。

通説の憲法上の根拠

通説は本当に憲法上の根拠を有しているのだろうか。連邦最高裁が委任禁止原則に基づいて違憲判決を下したのは一九三五年 *G. L. A. Schechter Poultry Corp. v. U. S.*, 295 U. S. 495 (1935) 及び *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U. S. (1935) が最初で最後である。それゆえ、委任禁止原則が憲法理論として十分に確立されているとするのは誤解を招く。

憲法テキストと歴史も通説の十分な根拠とはならない。アメリカ憲法は立法権を議会に委ねているが、立法権の委任が禁じられ

ているわけではない。初期の議会が大統領に広範な権限を委任している事例も見受けられるし、そうした委任が一般的な委任禁止原則に反すると考えられていたわけではない。

民主主義と委任

民主的考慮は通説的な委任禁止原則の明確な根拠とはならない。議会は代表制や二院制によって説明責任を負う。しかし、民主主義による執行府当局の裁量の限定がうまくいくわけではない。立法の明確化は利益集団の自己利益を反映する場合がある。実際、旧来の委任禁止原則が連邦法の施行を改善するという証拠は無い。

明確な法令の文言は熟慮ではなく、組織的な私的集団の影響の産物である場合が多い。曖昧な文言に基づく執行府当局の決定が、議会の明確な文言に基づく決定よりも悪いとも言いがたい。執行府当局の能力が明確な法令の文言と関連しているわけではない。

委任と裁判所

通説にとって特に深刻なのは司法権に由来する問題である。通説によると、許容される委任とそうでない委任との差異は程度問題である。このような場合、同原理の司法による執行はアドホックで、下級審や議会の指針とはなり得ないものとなる可能性が高い。司法府が明確な基準を欠く以上、通説の司法的執行は通説それ自体を侵すことになりかねない。

通説の司法的執行には二つの深刻な問題がある。ひとつは、原理だった司法的執行の困難性であり、もうひとつは、通説が現代民主主義にとって望ましい効果を与えると信ずるに足る根拠がないという点である。

隠された委任原則

重要な権利や利益を保護するために、裁判所は、立法府が明確に判断しない限り、執行府が一定の判断を行うことを認めてはならない。最高裁は *Chevron USA v. Natural Resources Defense Council*, 467 U. S. 837 (1984) において、議会在当該問題を判断しない場合、執行府当局が、その解釈が合理的であれば、任意に曖昧な文言を解釈し得ると判示した。同判決は、まず、議会在当該問題を判断してきたか否か、そして、執行府当局の解釈が合理的か否かを問うものであった。

委任禁止原則からすれば、同判決は、全面的な解釈権限を執行府当局に与えるだけでなく、自らの権限範囲を解釈することも許容したという批判が可能であるが、この反論は脆弱である。というのは、法令の文言が曖昧である場合、委任を避けることはできないからである。もし、議会が明確な判断を下さなければ、その委任の対象は執行府当局か裁判所ということになる。Chevron判決は、裁判所との関係で、執行府当局の裁量権限を増大させたに過ぎない。

しかしながら、筆者が委任禁止規範と呼ぶ構造規範は Chevron 判決に勝るものである。それは、憲法上、主権上、そして公共政策上の三つのカテゴリーからなる。当該規範によれば、多様な構成員からなる立法府が明確な判断を下すまで、執行府は自らの判断で重要な権利や利益を侵害してはならない。

〔憲法上の委任禁止規範〕

第一のカテゴリーは憲法上のものである。執行府当局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。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のである。

執行府当局が州法を専占 (heem) するために曖昧な条項を解釈することも許されない。この原則はフェアラリズムに由来する。しかし、専占の決定は立法的になされなければならない。

議会が明確に判断しない限り、執行府当局は法令を遡及適用してはならない。無論、憲法は刑事法における事後法を禁止しているが、議会は民事立法を遡及的に行うことができる。しかし、議会は当該判断を明確に行わなければならない。その判断は委任し得ない。

最後に、曖昧な法令に直面した場合、減刑原則 (rule of lenity) は、刑法が被告人の有利になるように解釈されることを要求する。刑法は議会の明確な判断の産物である。よって、明確な判断が存在しない場合、当該法令は適切に解釈し得ないがゆえに適用されない。なお、減刑原則は、民主的憲法にとって重要なデュープロセスの抑制によっても促進される。

〔主権上の委任禁止規範〕

第二のカテゴリーは主権に由来する。法令の国外適用といった微妙な問題は、通常の立法プロセスによってなされなければならないが、執行府だけで決定を行うことはできない。この要請は、合衆国の法令が国外適用される前に、執行府のみならず、多様な人々との間の熟慮を保障するためのものである。

また、執行府当局はネイティブ・アメリカンにとって望ましくない方法で法令や条約を解釈することはできない。これはアメリカ合衆国とネイティブ・アメリカンとの複雑な歴史関係に基づいている。より問題となる事例として、執行府当局が合衆国の主権免責を放棄することが許されないことがあげられる。主権免責は立法府によってのみ解決される問題である。

〔公共政策〕

第三のカテゴリーは公共政策である。一般的に実施されていると考えられる政策の調整を議会が望むのなら、議会自身が判断することが要求される。これは、妥当な政策は、広範な社会的コミットメントに基づくという見解に依拠している。

例えば、議会が所得税の免除を行う場合、党派的利益の産物とならないように、それは明確になされなければならない。執行府当局が反トラスト法で示された政策を攻撃するために曖昧な法令の文言を用いることも許されない。議会が例外事由を設けることは許される。しかし、執行府当局は、議会の判断が無い限り、例外を設けてはならない。また、退役軍人に便宜を図る法令は彼らのために解釈されなければならない。このように、配慮を必要とする集団がぞんざいに扱われていないかどうかについても、議会は判断を求められる。

さらに、現代的な規制国家において、執行府当局はわずかな利益のために多大な支出を行ってはならない。もし議会が社会的成長に制約を課す形で安全を追求するならば、それは議会の明確な判断によってなされなければならない。執行府が曖昧な文言に基づいてそうした行為を行ってはならない。これは現代の規制政策における問題に対応した、新しい委任禁止原則である。

抑制と触媒

どのようにして委任禁止規範は実施されるのか。どのような司法の役割が前提とされているのであろうか。当該規範が民主主義

を促進し、一定のチャンネルに沿って政府が活動することを許容する触媒であるという理解は正しい。議会が明確に判断した場合、政府は行動可能であり、司法の抑制 (Barrier) はない。委任禁止規範は、民主部門による判断を保障する民主主義促進的司法ミニマリズムとして理解される。しかし、委任禁止規範には抑制としての要素もある。当該規範は執行府や行政府による一定の裁量判断に重要な歯止めをかけるのである。

民主主義対権利？

筆者の主張する委任禁止規範は非常に論争的であるが、それは委任禁止原則として実施され、一定の問題について議会が自ら判断を行うことを保障する。このことよって微妙な問題についての幅広い熟慮が保障されるならば、司法的施行に伴う問題は存在しない。つまり、最高裁は、議会の裁量逸脱という困難な問題ではなく、議会だけが判断すべき問題を判断する裁量を執行府当局が与えられているのか否かという扱いやすい問題を取り上げるのである。また、委任禁止規範は、ある種の重要な権利と利益が、議会が明確に承認しない限り、侵害されないことを保障する。

以上のような委任禁止規範は、個人的権利と利益を制度設計に結びつけるという制憲者の意図の現代的具現化である。それは、一定の判断が、様々な制度的安全装置を伴いつつも、執行府のみならず、立法府によってなされることが望ましいという前提に基づいている。その安全装置の目的は、同質傾向を持つ人々が熟慮しつつも、他の選択肢を考慮することに失敗するという問題に対処する点にある。