

憲法学における民主主義の原理をめぐる論点整理*

柳 瀬 昇

一 民主主義の原理と選挙・議会・政府

(一) 日本国憲法と選挙制度

日本国憲法は、民主的な政策決定のために、国会という名の議会を設置し、それに立法権その他の重要な権限を授権した(四一条)。うえで、その構成員は選挙で選出されるものと規定する(四三条一項)。とともに、国民に対してその議員の選挙権を保障している(一五一条)。また、地方公共団体に議事機関として議会を設置する(九三条一項)。とともに、地方公共団体の長、その議会の議員及びその他の公務員について、地方公共団体の住民による直接選挙で選出するものと規定している(同条二項)。

近代選挙法は、普通選挙、平等選挙、自由選挙、秘密選挙、直接選挙という五つの選挙に関する基本原則を採用

憲法学における民主主義の原理をめぐる論点整理(柳瀬)

してきたといわれるが、このうち、日本国憲法は、一五条三項で普通選挙の原則を、一四条一項で（国会議員については、四四条但書で重ねて）平等選挙の原則を、一五条四項で秘密選挙の原則を、九三条二項で地方議会議員につき直接選挙の原則を、それぞれ規定している。

選挙制度や政党制については、政治学や経済学と同様に、憲法学の世界においても、すでに研究の十分な蓄積がある。法学は規範の学問であるから、憲法上の選挙に関する規定等から、具体的なあるべき選挙制度や政党制というものが直ちに導出されることが期待されるかもしれない。しかしながら、日本国憲法は、何か特定の選挙制度を望ましかどうか、二党制と多党制のどちらがよいなどといったことは、規範的には明言していない。^②むしろ、具体的な選挙制度をどのように定めるかについては、立法政策の問題としており（四七条）、政党に至っては、何ら憲法上の規定は存在しないのである。

九〇年代までのわが国憲法学界で中心的地位を維持し続けた芦部信喜教授は、基本書において、「選挙制度の当否の判断にあたって、①政治を安定させるといふ安定政権の論理と、②国民の意思を公正かつ効果的に国会に反映させるといふ民主的代表的論理、の二つがとくに考慮されなければならない」と整理している。^③芦部教授は、「わが国では、「選挙の目的は正確な国民代表議院を確保することにある」という点^④が、むしろ重視されるべきだ」としたうえで、「代表の正確ないし公正という準則からいえば、疑いもなく、比例代表制が多数代表（小選挙区）制にまさるといふべきだろう」と述べている。^⑤「きわめて多くの死票が生じ、多数党は過多に、少数党は過少に代表され、各政党の得票率と議席率が照応しないこと、のみならず、例外的な現象とはいえず、得票率の低い政党がより多くの議席を獲得する可能性も不可避免的に生ずること」が「小選挙区制の決定的な欠陥」として考えられている。^⑥

小選挙区制に対しては、憲法学界では懐疑的な見解が有力である。⁽⁶⁾ 例えば、選挙権の「民意形成・政策選択・国民統合機能」ではなく「民意反映機能」を重視する辻村みよ子教授は、小選挙区制における得票率と議席占有率との乖離（辻村教授は、これを「民意歪曲機能」と評する）をより重視すべきと述べて⁽⁷⁾、「日本国憲法下で、四三条の代表制を「半代表制」と解し、さらに選挙権が権利であることを重視するならば、民意が可能なかぎり議会に反映されることが何より憲法上の要請と考えるべきであり、国民の投票結果を極端に歪めるような制度は憲法の要請に反するといわざるをえない」としたうえで、「憲法の枠内では、選挙の機能から民意反映機能を除外することは妥当ではなく、むしろその機能を全うさせるために、得票率と議席率との間に乖離が少ない制度を追求すること……が重要と考える」と主張している。⁽⁸⁾ また、「選挙制度は国民意思の議会構成への正確な反映を確保するものでなければならぬとする和田進教授は、「国民代表原理は一義的に特定の選挙区制を導きだすものではない」と述べる（現代国民代表原理は、……比例代表制を要請している」とはいえない）ものの、それが「国民意思の議会構成への反映を破壊するような選挙区制を排除するという役割をはたす」としたうえで、「投票率と議席との……極端なアンバランスをもたらす選挙区制を排除するものなのである」と主張する。⁽⁹⁾ そして、和田教授は、「特定の選挙制度の採用による人為的な議会多数派形成は、国民意思の発展過程を阻害するものであり、ひいては社会の発展を阻害し、当該社会に停滞状況と退廃・腐敗をもたらすものである」と断言する。⁽¹⁰⁾

では、このような議論が展開している憲法学界において、望ましいと考えられていた選挙制度とは具体的には何であろうか。「選挙に期待される最も重要な機能は、国民意思を統合し次期政権を担当する政府を形成することではなく、国民意思を公正に国会に反映させることだと考え」る芦部教授は、「国民意思の統合は政党間の妥協に委

ねるべきだとし、価値観の多元化している現代国家では比例代表に重点をおく制度が望ましいとする見解」を肯定的に評価している。¹²⁾

これに対して、芦部教授が否定した選挙制度観をあからさまに支持し、政府と議会との関係性について新たな構想を示したのが、芦部の亡き後、憲法学界を牽引することとなった高橋和之教授である。高橋教授は、自ら提唱する国民内閣制の実現のために、望ましい選挙制度として、小選挙区制を挙げている。芦部教授が国民意思を国会に反映すべきであると主張していた一方で、高橋教授は、国民意思は（国会ではなく）国政に対して反映すべきであると主張する。そして、その国民意思とは、芦部教授にあっては、国民の多様な意思を指す一方で、高橋教授にとつては、政治過程における多数派の意思を意味することになる。¹³⁾ 国民意思とは何か、そして、それが反映されるべき対象は何かという点で、芦部教授と高橋教授とは明らかに意見を異にしている。この点、高橋教授の見解は、その国民内閣制構想と密接に関連するものであるため、選挙制度に関する議論だけを切り取って扱うのではなく、節を改めて、議会と政府との関係の中で検討することとする。

（二）議会と政府、あるいは直接民主制／媒介民主制

議会と政府との関係については、立憲主義という価値観を共有する国では、議院内閣制または大統領制のいずれかが採用されることが多い。日本国憲法自身は議院内閣制を採用するとは明言しておらず、わが国の議会と政府との関係は議院内閣制であるといえるのか、あるいは、そもそも議院内閣制の本質とは何かなどといった議論が、憲

法学において、かつて重要な論点であった。¹⁵⁾ また、現実政治への不信が高まると（特に、内閣総理大臣に対する世論調査の支持率が低迷すると）、しばしば巷間にわかに期待されるのが、内閣総理大臣を国民によって直接選出するいわゆる首相公選論であるが、その導入には日本国憲法の規定の改正を必要とするため、¹⁶⁾ 解釈論としては（その導入を批判する場合を除き）¹⁷⁾ あまり熱心には議論されていない。¹⁸⁾

議会と政府との関係に関して憲法学において今日最も注目されている議論は、一九九〇年代以降、高橋和之教授が提唱した国民内閣制論¹⁹⁾である。これは、首相公選論²⁰⁾よりも、議院内閣制と大統領制との違いよりも、はるかに重要な直接民主制と媒介民主制との違い²¹⁾に関連するものである。

高橋教授によれば、現代代表制の理念（同教授は、それを「選挙を通じて民意を国政に反映させること」であるという）の実現方法として、「国政の中心を議会にみて、議会に民意をできるかぎり忠実に反映させ、それを通じて選挙民の多数派の意思が内閣、そして国政に反映されることを期待する」²²⁾「議会中心構想と、「国政の中心を内閣にみて、選挙を通じて選挙民の多数派に支持された内閣の形成を実現しようとする」²³⁾内閣中心構想の二つを示す。前者は、「多様な民意をできるかぎり忠実に議会に反映させること」を指すものであり、「その多様な民意を政策意思へと統合する役割、すなわち多数派形成は代表者に委ねられる」一方、後者は、その「多数派形成を、いわば代表者の「舞台裏」での駆引きに委ねず、国民内部の統合プロセスにおいて実現し、その結果を議会に反映させ、自動的に内閣に反映させようとする」ものである。すなわち、後者は、「国政の基本となるべき政策体系とその遂行責任者たる首相を、国民が議院の選挙を通じて事実上直接的に選択すること」を指すものである。²⁴⁾ 国民内閣制論とは、後者の内閣中心構想に依拠するものである。

民主主義の原理という点から再言するならば、国民内閣制論とは、要するに、「議院内閣制の直接民主政的運用形態」である。⁽²³⁾ すなわち、その理論的基礎は、デュヴェルジェ (Maurice Duverger) が提示した直接民主制 (démocratie directe) である。ここでいう直接民主制とは、先に挙げた間接民主制の対義語としてのそれではなく、「国民が選挙を通じて政治プログラムとその実施主体（首相）を事実上直接的に決定する方式」である。これに対置されるのが、媒介民主制 (démocratie médiatisée) であり、これは、「選挙が政治プログラムと首相を事実上直接的に決定する意味をもち、それを決定する役割は選挙で選ばれた代表者に委ねられる方式」をいう。⁽²⁴⁾ 議院内閣制は、制度上、国民が直接行うのは議員の選出のみであり、首相の選出は議員に委ねられていることから、基本的には、媒介民主制の制度であるといえる。しかし、「首相の選出は議員の媒介により間接化されている」以上、「国民の期待に反する首相と政治プログラムが、議員により選択されるということも常に起こりうる」ため、「内閣が国民の内閣と言えるためには、内閣が選挙で表明された国民の期待に合致する形に明確に表明される必要がある」と、高橋教授は主張する。「諸政党が、国民の多数の支持を受けうる政策体系を提示することに成功すれば、「国民は選挙によって事実上直接的に内閣（その首長としての首相）を選出することになる」。議院内閣制であっても、直接民主制的に運用しうる。そして、これが、国民内閣制論である。⁽²⁵⁾ 国民の側から見れば、国民が議員の選挙を通じて、政策を選び首相を選ぶことができる制度であり、その逆の立場から見れば、「内閣が直接国民に政治責任を負う」制度であるといえる。⁽²⁷⁾ そして、そのために必要なことは、「選挙において国民の意思が明確に表明されること」であり、「国民の意思が明瞭に表明されれば、議員はそれを尊重した形で首相を指名する」ことになる。⁽²⁸⁾

選挙において国民の意思が明瞭に表明されるようにするため、高橋教授は、政党制として二党制を肯定的にとら

え、その帰結として、選挙制度としては基本的には小選挙区制を支持する。⁽²⁹⁾

政党制に関して、高橋教授によれば、「二党制は、国民が政治プログラムの選択を直接的に行うことを可能とする」ので、「直接民主政」を実現するのに適している」一方、穏健な多党制においては、「政党間で連立を組み政治プログラムを決定するとすれば、国民は政治プログラムの決定には直接的な発言はできないこととなるから、媒介民主政的運用となる」という。⁽³⁰⁾「現代民主政において政党に期待される役割は……国民の多数意思形成に貢献することではなければならない」とする高橋教授にあつては、「政党は、将来の理想社会を頭に描きつつも、現実政治の中で、国民の多数派形成の可能な政策体系がどのあたりにあるかを模索し、プラグマティックに他党と連立をはかる」ことによつて、「おのずと政党状況は二極化に向かうであろう」と展望する。⁽³¹⁾

選挙制度に関しては、小選挙区制を政治プログラムの決定を重視した制度として、比例代表制を有権者の多様な意見をできるだけ忠実に反映させることを重視した制度として、それぞれ位置付ける。わが国の議論では、「選挙とは多様な意見をできるだけ忠実に反映させることを目的とするものである」という考え方が支配的であるため、「小選挙区制に対して不当な批判が寄せられているが、「小選挙区制と比例代表制度では基礎となつている選挙の役割観がまったく異なること」を指摘し、汚名をそそごうとする。すなわち、議院内閣制における選挙→議会→首相（内閣）という政治プログラムの形成・選択の過程で、「選挙に政治プログラムの選択を決定づける役割を期待するのか、それとも、政治プログラムの決定は代表者に委ね、選挙には代表者の行動をある程度方向づける役割のみを期待するのか」によつて、望ましい選挙制度も異なつてくる。⁽³²⁾先に挙げた内閣中心構想に立ち選挙制度を考えるならば、「ここの選挙の目的は、国民の多様な意見を議会に反映させることではなく、国政の基本政策とその遂行責任者を選

挙民が直接選択することにある⁴³⁾。この議論を踏まえて、高橋教授は、小選挙区制を相対的に擁護する議論を展開する。

（三）国民内閣制論の再検討、あるいは多数派支配型民主主義／合意形成型民主主義

芦部教授は、「わが国のように保守・革新の抗争がはなはだしく、政治過程に不可欠な妥協の行なわれる基盤に乏しく、しかも保守永久政権の観すら呈し、さらに保守も革新も、その内部に派閥ないしイデオロギーの対立をかかえている状況においては、むしろ選挙制度を改め、選挙の重点を、政府形成よりも代表の正確性の確保という要件におき、政府形成なり政治指導は、議会における各政党・政派の妥協にゆだねるという方向、すなわちデュヴェルジェのいう媒介民主制……の構想を検討してみる必要はないか」と述べ、媒介民主制に対して好意的な態度を示していた⁴⁴⁾。その一方で、芦部教授とは反対に、直接民主制を具体化する制度構想を明確に示したのが、高橋教授であった。現実のわが国の政治状況においては、衆議院議員の選挙制度は小選挙区制中心の制度となり、五五身体制下における政権政党と対抗しうる政党が登場し、そして、政権交代も行われた⁴⁵⁾。評価するのではなく政治的な事実の経緯だけを描写するならば、高橋教授の主張した国民内閣制論が機能しえたか、あるいは、機能する条件が整備されたかのように見える。しかしながら、はたして国民内閣制論の完全勝利と評価してよいか否かは、改めて検討する必要がある。ここでは、高橋教授に対する最も代表的な批判者である高見勝利教授の議論を契機に、五点に渡って、国民内閣制論の再検討を行うこととする。

高見教授が要約するに、高橋教授の国民内閣制論の要諦は、「選挙により明確に表明された国民（多数派）の政策意思（プログラム）を基礎として、内閣が、議会の与党・多数派の支持のもとに強力なリーダーシップを発揮して統治を行い、官僚制を駆使して自らの政策を実現してゆく」ことである⁽³⁶⁾という。

第一に、選挙制度に関して、政治プログラムの決定を重視した制度として小選挙区制を高橋教授が挙げるのに対して、高見教授は、「小選挙区制が政党の提示する政治プログラムの決定を重視した制度であり、他方、比例代表制は有権者の意見の忠実な反映を重視した制度であると単純に言い切れるかという疑問」があると批判している。疑問の一つは、各選挙区において一人の代表を選び出す小選挙区制は、その制度の特性としては人物重視の選挙とすべきである一方、政党が作成した名簿に投票する（名簿に登載された候補者の人格は無視されている）比例代表制のほうこそ、政党及びそのプログラムを重視する選挙制度であるといえることである。もう一つの疑問は、小選挙区制の下での選挙が政党の政治プログラムの選択・決定として機能するためには、政党が規律あるものであること、投票が政党の提示する政権公約の選択であること、政党の政権公約の間で明確な対立・競争が存在することの三つの条件が充足される必要があるが、少なくとも三つ目の条件が実現するのは「きわめて稀である」ということである⁽³⁷⁾。

第二に、政党制に関しては、「多様な民意を選挙制度の改変によって無理やり二極化することなく、その多様な存在をまず国会の構成にほぼ忠実に反映させたうえで、国会の場における政党間の合意形成を通して内閣を組織し、議会政を再生する方途も選択肢となりうるであろう」と提案する⁽³⁸⁾。もとより、これは、穏健な多党制の下でも国民に対して責任を負いうる公正な政治を実現しようということを示すにとどまり、高橋教授の主張に対する決定的な

批判とはなっていないといえよう（他の可能性を示しても、高橋構想を否定することにはならないからである）。

第三に、選挙制度と政党制との関係については、二党制—国民は政党の提示する政治プログラムを直接的に選択しうる／穏健な多党制—国民は政治プログラムの決定に直接的に発言できない（通常、総選挙後の議会で政党間の連立が生まれ、政治プログラムが決定されるため）とする高橋教授の理解に対して、高見教授は、根源的な疑問を示す。すなわち、高見教授によれば、「選挙とは、そもそも、政治的プログラムの選択ではなく、特定の地位……につくべき人間の選任で」あつて、「政治的プログラムの選択は、そうした選挙における一つの付随的な機能であつても、選挙そのものは、多数人が行う議員の選定行為で」ある。³⁹ たしかに、高見教授が示すように、選挙が第一次的には具体的議員の選定行為であるという点には何ら異論をはさむ余地はない。しかしながら、政党政治を前提とし、政党が政治プログラムを提示して支持を競い合う現状では、すべての選挙についてそうであるとはいえないとしても、少なくとも内閣の（実質的意味での）存立の基盤となる衆議院議員を選出する総選挙に関しては、政権を担うべき政党と政治プログラムを選択することであると解する余地があろう。候補者が自らの実績や構想を強調して選挙に臨む場合もある（この場合、高見教授の指摘どおりの意義となる）⁴⁰ が、実際の選挙では、政党に所属する候補者の多くは、政党の名を背負い政党の作成した公約を掲げて選挙に挑む。そして、そのような姿を想起するとき、高橋教授の選挙像は決して否定されるべきとはいえないであろう。

第四に、首相のリーダーシップ（政治プログラムの実現と官僚への統制）と議会の役割（議会の主役の交代）に關してである。高橋教授の国民内閣制構想は、その実現によって首相のリーダーシップが強化されることを企図するとともに、議会の役割の視座転換をもたらそうとするものであつた。すなわち、高橋教授は、「選挙の結果代表

者は選出されたが、首相と政策体系の選択は明確でなく、その選択は代表者に委ねられるという議院内閣制の運用形態は……現代政治に必要な内閣のリーダーシップも困難に」すると主張する。⁽¹¹⁾ここでいうリーダーシップとは、「一定の目標に向かって民意を誘導し、先導し、協同させうる説得力」を指すとし、「それは、首相が衆議院議員選挙の結果自動的に選出される時、もつともよく実現されるであろう」という。⁽¹²⁾また、高橋教授によれば、国会に關しては、与党と野党とで協働して政策を法律として作成していくという場ではなく、政策の優劣を与党と野党とで競争し合う場として描かれることになる。内閣は与党と一体的に理解される一方で、議会の主役（攻撃役）は野党ということになる。内閣の強化と議会の強化はトレード・オフの関係にはなく、「議会と内閣のそれぞれの機能を明確化し、それぞれの機能を同時に強化することになる。具体的には、「内閣が与党の支持の下に強力なリーダーシップを発揮して統治を行い、官僚制を使いながら自己の政策を実現していくのに対し、野党は議会の場を中心に内閣の政策の問題点を指摘し、代替政策を提案して国民に訴え、政権交代の脅威によって内閣の行き過ぎを掣肘する」という形で、「内閣（与党）が統治を、議会（野党）がコントロールを分担する」ものとされる。⁽¹³⁾「わが国の政治のあり方の特徴づけてきている「官僚政治」と政治もしくは政策決定における「無責任の体系」の二点」について「民意に直接的に基礎を置いた内閣が官僚に対抗して重要な政策決定を行い、そして決定した政策（体系）がもし間違っていたり、また民意からズレてしまったような場合に国民に対して責任をとるということが、「国民内閣制」の理念の下では可能となるように思われる」点で、岡田信弘教授も支持している。⁽¹⁴⁾高見教授は、この点についても、「官僚に対する「統制」は、国民の多数派ではなく、むしろ、国民の少数派および議会の野党に期待すべきものと思われる」と批判しているが、議論がかみ合っているとは思えない。⁽¹⁵⁾

最後に、第五として、高見教授は、わが国の政治制度の民主的運用を考えるうえで高橋教授が敢えて参照しなかった⁽⁴⁷⁾レイブハルト（Arend Lijphart）の座標軸に定位したうえで、その民主主義観を批判する。すなわち、高見教授によれば、多数派支配型民主主義（政党制として、基本的には二党制を前提とする）と合意形成型民主主義（穏健な多党制を前提とする）とでは、「日本国憲法そのものの規範構造は、むしろ、「合意」型の理念系に属する」と分類し⁽⁴⁸⁾（この点、高橋教授も、「日本は憲法上は合意志向型に属する」ことを認めている⁽⁴⁹⁾）、また他方で、国民内閣制は多数派支配型民主主義に属すると評価する⁽⁵⁰⁾。そのうえで、合意形成型民主主義の現行憲法の下で、「一九九〇年代に始まった政治改革・行政改革のめざすところ」、すなわち、「多数派代表の選挙制度（小選挙区制）の導入によって、二大政党制の形成を促し、国会に対して内閣が優位し、国政をリードする多数派型のデモクラシーを実現してゆく方途は閉ざされていない」が、それは「合意型の憲法規範構造を多数派型として運用してゆくというものであり、憲法の規範構造とその運用形態の間にある種の「ねじれ」ないし「きしみ」を生じさせるものであった」と診断する⁽⁵¹⁾。そして、高見教授自身は、わが国社会が「レイブハルトが合意型のモデルとしたスイス・ベルギーのような硬質の多極構造社会でない」ことを認めつつも、「内外に山積する複雑多岐にわたる種々の政治的争点を二者択一的に収斂しうるほど単純な社会でないことは明確である」として、「二党制」よりも、むしろ、「穏健な多党制」……を基礎に、変化する状況に対して柔軟に対応しうる「合意形成」型のデモクラシーを模索する方がより現実的であるといえるのではなからうか」と主張している⁽⁵²⁾。

なお、後述する議論との関連で、媒介民主制を目指すべきとする芦部教授と直接民主制を志向する高橋教授とは、あるいは、多数派支配型民主主義と分類される高橋教授と合意形成型民主主義へと教導する高見教授とは、

どちらが討議民主主義 (deliberative democracy) 理論に親和的であるかについて、補説することとしよう。一見すると、政治プログラムの決定が国民によって直接行われず、議会などのフィルターを必要とする媒介民主制のほうが、(そこで討議が行われることを前提とすれば) より討議を重視しているかのように思われる。また、高見教授自身が討議民主主義理論に論及していることや、合意形成という語が討議民主主義と関連するものであること (後述) から、合意形成型民主主義のほうが討議民主主義に近いものと見えるかもしれない。

しかしながら、議論は、それほど単純なものではない。決定という要素をより重視する国民内閣制論は、実は、国民とその代表機関である国会による討議を通じて政策決定を前提としているのである。すなわち、高橋教授は、「国民が、国会を中心にメディアを介して全国規模に拡大した公共空間において討論を展開し、選挙ごとに暫定的な政策選択を行うという永続的なプロセス」こそが「代表民主制」であって、そこにおける「代表者の役割は、この討論過程を先導し、可能な政策体系を提示し、国民の多数派形成を助け、国民が暫定的に選択した政策体系を実施し、あるいは、それを批判して代替政策を提示し、討論過程をさらに展開することにあり」と主張しているが、ここで示されているのは、選挙と議会という公式の政治制度のより討議的な運用の必要性である。また、合意形成は、多様な理論をその中に包摂する討議民主主義という理論群のうち、ある一つの理論潮流にとつては重要な鍵概念であるが、それは討議民主主義全体の本質的要素ではないと筆者は解している (後述) し、ましてや合意形成型民主主義と討議民主主義という単純な等式は成り立ちえない。

直接民主制ないし多数派支配型民主主義が討議民主主義とは両立しえないという議論は、必ずしも妥当ではない。このように議論を整理したうえで、次章では、民主主義の原理の限界問題を検討することとする。⁽⁶⁶⁾

二 民主主義の限界問題としての司法権・違憲審査権

(一) 違憲審査権の民主的正統性

民主主義の原理を考えるうえで、違憲審査制に言及する理由は、それが政治部門による民主的な決定を乗り越えて、組織構成及び権限行使につき本来的に民主的基盤を有しない裁判所が、自らの判断を終局的なものとして示すという制度であるからである。日本国憲法九八条一項は、「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない」と規定しており、その最終的な判断権を最高裁判所以下の裁判所に授権している（八一条）。

まず、次の三つの点において、概念の限定をしておきたい。第一に、ここでいう違憲審査制とは、裁判所によるものであつて、裁判所以外の国家機関によるものは含まれない。国家機関にはそれぞれ固有の憲法解釈権があり、例えば、国会がある法律を制定するということは、国会としてそれが憲法に適合的であるということを前提としていると推認されるし、内閣は、自らが提出する法律案について内閣法制局による審査を経て閣議決定を行うことにより合憲性を確認しており、また、国会における答弁や質問主意書に対する答弁書という形で具体的な憲法問題について回答している（なお、九九条参照）。こういった裁判所以外の国家機関による有権解釈は、裁判所が具体的な事件を通じて判断を示さない憲法問題に関しては最終的なもの（結果的にそうなる）として注目すべきであるものの、憲法上、「一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限」を終局的に有す

るのは最高裁判所と規定されていること（八一条）から、本稿では、究極的な判断者としての裁判所の（特に、最上位の裁判所である最高裁判所の）違憲審査（つまり、司法審査）を扱うこととする。第二に、ここで注目するのは、法律の憲法適合性の審査に関してであって、行政機関による処分や裁判所による判決等に対する憲法適合性の審査ではない。もとより、日本国憲法に定める違憲審査制は違憲立法法の審査に限られず、法令以外の国家行為に対する違憲審査を含むものである。しかし、民主主義の原理について考究する本稿では、行政処分や裁判判決等よりも、民主的正統性を有する国会が制定した法律の審査が最も注目されるべきである。第三に、ここでいう違憲審査は、憲法上保障される人権に対する侵害を争うものであって、憲法の統治機構への権限分配規定違反に関するものは、検討の射程には含まない。統治機構の規定をめぐる憲法問題に関しても、後述する民主的正統性の問題は同様に生じうるが、議論をより明瞭にするために、人権保障規定をめぐる憲法問題に議論を限定しておく。

近代立憲主義の歴史を紐解いていけば、はじめに国民を代表する議会が、君主による専制的な支配を制限するべく、法律をもって人権を保障しようとした。これが（形式的）法治主義の原理である。歴史はさらに展開する。一八〇三年にアメリカ合衆国で違憲審査制（特に、司法裁判所がこれを行う司法審査制）が誕生し（*Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137）、その後、それは世界中の憲法へと伝播した。わが国には、他の多くの国々と同様に、違憲審査制は第二次世界大戦後に導入された。これは、議会が制定した法律であっても、それが憲法に照らして人権を侵害するものであれば無効としなければならないとするものである。違憲審査制などに通底する法の支配の原理は、先の表現と対比するならば、憲法をもって人権を保障しようとするものである。

違憲審査制（本稿では、特に、裁判所による法令に対する人権保障規定に関する違憲審査）は、立憲主義にとつ

て重要な構成要素の一つであるが、民主主義の原理との関係では、その位置づけについて非常に深刻な問題を有しているということは、本章の冒頭で示唆したとおりである。この点について、一九六〇年代前半において最高裁判所長官を務めた横田喜三郎教授は、次のように述べている。

「法律は、国民の意志を表現したものであり、国民の意志にほかならない。民主主義は、国民の、国民による、国民のための政治であり、結局において、国民の意志による政治である。そうしてみれば、民主主義のもつて、法律をどこまでも尊重すべきことは、当然のことであり、自明のことである。それを無効にすることは、国民の意志を無視し、否定することであつて、本来ならば、決して許されないことである。ただ、憲法も国民の意志を表現するものであり、しかも法として最高のものであるから、それに違反するふつうの法律は、効力を認めることができなない。それにしても、普通の法律も、国民の意志を表現するものであるから、それを無効にすることは、民主主義のもとで、つとめて慎重にしなければならない。……裁判官は、国民によつて選ばれたものでなく、国民に対して直接に責任をおうものでもない。この点で、国会議員とまったく異なっている。国会議員は、国民によつて選ばれたものであり、国民に対して責任をおうものである。その言動が国民の意志に反すれば、議員として選ばれないし、一度は選ばれても、つぎの選挙では落選するであろう。……これに反して、裁判官は、国民によつて選挙されたものでなく、国民の意思に反するからといって、落選するとか、罷免されるとかということもない。そうしてみると、裁判官が国会の制定した法律を無効にするということは、国民によつて選ばれ、国民に対して責任をおう国会議員が制定した法律を、国民によつて選ばれず、国民に対して責任をおわない裁判官が無効にすることであつて、民主主義のもとでは、まったく異常なことである」⁽⁴⁶⁾

民主主義の原理にとって違憲審査制が異質な制度であるということは、わが国がそれを学んだ米国においても、同様に議論されていることである。例えば、ビッケル (Alexander M. Bickel) は、「司法審査は、アメリカの民主制において逸脱的な (deviant) 制度である」と述べたうえで、「根本的な難点は、司法審査が合衆国のシステムにおいて反多数決主義的な勢力であるという点にある」と主張し、違憲審査の民主的正統性を「反多数決主義という難点 (counter-majoritarian difficulty)」として再定式化した。

問題は、要するに次のとおりである。裁判所の構成員たる裁判官は、国民から選挙によって選出されてはならず、その点、民主的正統性に乏しい。しかも、司法権の独立の下に、裁判官は違憲審査権の行使について政治的に責任を負うことはない。このように民主的な基盤を有しておらず、答責性も有しない裁判官が、民主的に選任された議員により構成される議会の制定した法律について、憲法適合性を判断し、違憲とするものの無効を宣言することは、民主主義の観点からどのように正当化しうるのか。

この問いに対して、憲法の明文上違憲審査権の根拠をもちたず裁判所自身が判例でそれを創出した合衆国の場合とは異なり、「日本国憲法は八一条の明文で違憲審査権を認めている。ゆえに、日本国憲法の解釈論として、違憲審査を行うことの正当性を論ずる必要はない」とする応答方法もあろう。⁽¹⁸⁾しかし、このように問題を正面から論ずる必要性を疑問視する論者であっても、問題を「まったく素通りすることはでき」ないと考えているし、問題を取り組むべき課題として重視するならば、それは立憲主義と民主主義との相克という壮大なテーマとして、論者の前に立ちただかることとなる。

もとより、この違憲審査の民主的正統性の問題は、(かの国ではもちろんのこと) わが国でも、すでに優れた研

究の蓄積がある。代表的なものを挙げるだけでも、戦後憲法学の基礎を築いた研究者や現代の憲法学を先導する第一線の研究者の名が連なるし、⁽⁴⁰⁾ 現在でも多くの若手研究者が真摯に取り組んでいる課題である。ほぼ論じ尽くされたかにも見えるこの論点について、それを主題とするものではない（あくまで軽く触れるにすぎない）本稿において筆者が付加しうる余地はないし、新たに参入するにも障壁はあまりにも高い。

二元的民主主義理論、原意主義、プロセス理論、プリコミットメント論などといったアメリカ合衆国における議論状況については、先行研究にその紹介を譲るとして、ここでは、本稿の問題関心と関係する限りにおいて、わが国の議論として描きなおされたものについて、若干、敷衍することとする。

この問題への接近方法は、現実の違憲審査の運用が民主主義の原理と調和しうるのかという具体的・経験的レベルのものと、違憲審査の制度と民主主義の原理とがどのように両立しうるのかという抽象的・理論的レベルのものに、大別しうる。⁽⁴¹⁾

具体的・経験的なものとして最も有名なものは、政治学者ダール（Robert A. Dahl）による実証研究（Robert A. Dahl, *Pluralist Democracy in the United States*, Rand McNally, 1967, chapter 6）⁽⁴²⁾ である。大沢秀介教授の紹介によれば、「ダールは、連邦最高裁の違憲審査権の行使が民主主義に反するという見解に対して、立法過程での多数派、すなわち当該法律を制定した上院と下院の多数派と大統領であるが、それを国民の多数派とみなした上で、連邦最高裁の違憲判決が国民の選好とどの程度乖離したかを調査し」、「連邦最高裁が立法過程の多数派の意思に反して、すなわち違憲判決を受けた後の法律の改正や憲法修正などに対抗してまで、少数派の立場を支持する政策を判決という形で打ち出す場合には、それはデモクラシーと一致しないことになるが、調査の結果は、そのような結論を支持し

ていないとする」。「連邦最高裁は、常にその時代における政治的連合の一員であり、その政策決定の範囲は、その時代の政治的連合の基本的な政策的目的の枠を超えるものではなかった」ので、「連邦最高裁の主たる役割は、裁判所は政治的な制度ではなく、法律的な制度であるという国民の中に存在する信念に訴えて、社会的に深い対立を有する問題に対するその時代における政治的連合の採る政策に正当性を与えることにあったと主張する」⁶³。しかしながら、「ダールが提示した証拠は方法的に問題が多く、彼の主張を支持するに十分なものとはいえなかった」というのが、この領域に関する最近の議論等についての詳細な研究を進めている見平典准教授による評価である⁶⁴。

もつとも、司法裁判所による違憲審査が結果的には民主的政治部門の意思に沿うように行使されていることを実証的に示したところで、なぜ裁判所が違憲審査を行うことが正統であるのかが、そこから導出されることはいないと考えられる。また、違憲審査権が社会を二分するような政治的争点について積極的に行使されているアメリカ合衆国とは異なり、わが国の最高裁判所の違憲審査はきわめて消極的であるため、違憲審査権と民主主義との衝突という事態が明瞭に示されていない以上、この緊張関係を真剣に取り組む基盤がないとする議論もあるが、実益がなくとも理論的な問題を論ずる意義は多分にあると考えられるし、二〇〇〇年代後半以降のわが国最高裁判所の積極的な違憲審査権の行使状況を前提とすれば、むしろこの問題を取り組む意義を再認識すべきと考えるのが妥当であろう。かくして、検討すべきは、理論的・抽象的な問題に移ることとなる。

解法の一つとして、問題そのものを操作するという方法がある。裁判所が非民主的機関であるという前提そのものを覆せば、問題そのものが消滅する。すなわち、次節で詳述するとおり、裁判官が形式的には民主的に選任されているということを強調する見解である。しかし、裁判官の民主的選任をいかに強調しても、政治部門の民主的構

成と比較すれば、国民からの距離という点ではるかに遠く、また、司法権の独立という憲法原理に鑑みても、およそ裁判所が（政治部門と比してもなお）民主的であるということは立証困難である。また一つは、政治過程のほうもさほど民主的ではないということを強調する議論⁹⁶であるが、ならば、政治過程の民主性を高めることこそ先に取り組むべき課題であって、そのことが民主的基盤に乏しい裁判所の違憲審査権行使を正統化することには何らつながらない。

では、問いに対して、どのように答えればよいのか。今日、わが国におけるこの問題についての最も代表的な解答が、芦部教授によるものである。

芦部教授は、立憲民主主義という民主主義構想をもって、違憲審査制を民主主義の見地から正統化している。すなわち、「民主政を多数者支配主義マジョリティアニズムと同視する立場を採れば……最高裁の違憲審査権は「非民主的」で「本質的に寡頭的なもの」ということになる」が、「多数者支配は……個人の自由・平等・生存の保障という立憲主義の目的を確立し伸長させるための手段であり、一定の——とくに少数者の——不可欠の人権が尊重・擁護されている体制の下で始めて実効的に機能することができる原則であり、「国家権力を合理的に制限し、国民、特に少数者の権利・自由を保障すること、そこに民主政の真の本質が存する」以上、立憲民主主義という観点からは「違憲審査権はむしろ民主的な制度だとみることができると考え」るとい⁹⁷。

この芦部教授による解法に対して、長谷部恭男教授は、次のように批判している。「全能の主権者が常に「ヌキ身で常駐」するというこの前提からすれば、憲法は立憲民主政をとっているため多数決によっても奪いえない権利が民主政の一環としてそもそも組み込まれているとか、自由な言論・結社と公平な選挙は民主政の構成要素である

から、それは民主プロセスによっても破壊できないといった議論の仕方は、単なる論点の先取りであって、都合のよい「民主政」の定義を置くことで問題が解消しようなふりをしているだけのことになる⁽⁸⁸⁾。また、松井茂記教授も、芦部教授のいうように「憲法的価値実現というだけで最高裁による違憲立法審査権の民主主義の正当性を肯定してしまつて良いものであろうか。……やはり最高裁判事が国民の選挙を經ていないという意味では、国民主権との関係では、最高裁は基本的には民主主義の正当性を欠くといわざるをえないのではないか」と、疑問を呈する。芦部教授への批判者たちは、どのように違憲審査権と民主主義の原理との緊張関係を答えるのか。

プロセス的司法審査理論を提唱するのが、松井教授の立場である。松井教授によれば、「憲法は、政治共同体の各構成員に政治参加のプロセスに不可欠な諸権利を保障し、国民が政治参加することを保障している⁽⁸⁹⁾。「政治を多元的な集団の交渉と取引のフォーラムと捉える政治観」、すなわち、プリユラリズムに立つ松井教授は、「日本国憲法の理解としても、リベラリズムよりも……プリユラリズムの方が適切なのではなからうか」と考える⁽⁹⁰⁾。そして、「プリユラリズムの考え方は政治プロセスの決定が本当に公益にかなつていかどうかを判定する客観的な基準は存在」せず「それゆえ、政治の実体的結果の正しさではなく、プロセスの公正さを確保することが重要となる」。「立法者の制定した法律が、愚かな選択であり、不合理とさえ思えたとしても、不満をもつ国民は基本的に政治プロセスに訴えて法律を改廃することを求められている」が、「多数者が、このような国民によるさらなる吟味と政治の変化を閉ざしてしまい、いつまでも多数者のままでいることができるような行為を行うことは、このプリユラリズム的に理解された政治のメカニズムを阻害することになる」。具体的には「多数者が選挙権や表現の自由などの国民の政治参加のプロセスに不可欠な権利を制約している場合、あるいは一定の少数者の利益を代表することなく差

別しているような場合には、政治のメカニズムに組織的な機能障害が生ずるおそれがあり、「このような機能障害を除去し、国民が本来のプリュラリズム的に理解された政治のメカニズムを通して政治を変革することこそが、民主主義に立脚する日本国憲法が最高裁判所に求めていることである」という。⁽¹¹⁾

一方、長谷部教授は、リベラリズムによる違憲審査制度の正統化を提唱する。リベラリズムとは、「国民全体の利益の内容は、第一次的には議会の判断をまつべきだが、個人が共有する人権の内容は理論的にも明らかにすることが可能であり、したがって、裁判所の役割もさまざまな利益が議会に反映される道筋を確保することには限られず、むしろ、個人の権利を政治的・社会的に多数派の決定に対抗して保障することにある」という。「各自が自らの人生を構想し、それを自ら生き抜くための権利は、社会全体の利益を理由として制約することは許されない「切り札」としての意味を持つ」ものであって、「裁判所の役割は「切り札」としての人権の保障の他、民主的政治過程やそれを支えるマスメディアの自由のように、その時々々の政治的多数派によって左右されるべきではない基本的な公共財の保障にもおよぶ」と解することになる。⁽¹²⁾

もとより、立憲民主主義論者は、プロセス的司法審査理論やリベラリズムによる正統化に対しては、表現の自由をはじめとする政治過程への参加を支える人権の保障という目指すところは同じであると反論しうるかもしれないし、ならば、特に後者については立憲民主主義という構想がそれを包摂しうるかと主張するかもしれない。しかしながら、別稿で行った議論に基づけば、違憲審査の民主的正統化にあたって、立憲民主主義という構想のうち意味があるのは、「立憲」という部分であって、「民主主義」という部分は、正統化にまったく寄与していない。敢えて民主主義を名乗るよりも、端的に立憲主義ないし自由主義的正統化とするだけでも足りるのではないかという素朴な

疑問が湧くであろう。

先で触れたようにわが国の憲法が明文で違憲審査権を規定していることを理由に違憲審査の正統性を問わないという選択も採りうるにもかかわらず、わが国でもこの問題への取組みが隆盛している理由について、大河内美紀准教授は、この問題が長らく「議論の枠外に置かれていた」「民主主義とりわけ多数決主義の正当性」を問う企てであることを挙げている。⁽¹⁴⁾そして、このことを意識的に取り上げたのが、長谷部教授であった。曰く、「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ぬ」。⁽¹⁵⁾この長谷部教授による議論を受けて、阪口正二郎教授は、アメリカにおける議論では、「多数決主義として理解される民主主義の正当性は議論の自明の前提とされて」おり、これに対して「正当性に関する立証責任はもっぱら司法審査を擁護する側が負わされてきた」が、そもそも民主主義そのものの正統性について考えるということとは、「少なくとも伝統的なアメリカの議論においては、こうした問題意識はかなり稀薄であったように思われる」と分析している。⁽¹⁶⁾

結局は、裁判所の違憲審査の正統性は、立憲民主主義という術語を用いて問題そのものを消滅させるか、その他の政治観に立脚して、表現の自由に代表される、政治プロセスのための人権、あるいは「切り札」としての人権、その他公共財の保障などを理由に正統化するかのどちらかになる。そして、別稿⁽¹⁷⁾で触れたように、立憲民主主義は、純粋な民主主義の原理のことではなく、自由主義の原理のことであると認めるならば、民主主義の原理とは何なのかという問題に逢着することになる。

（二）司法権の民主的正統性

ところで、改めて裁判所と民主主義の原理との関係を真剣に考えるならば、多数決を超える正義が民主的政治部門の決定を乗り越えるという違憲審査制の正統性だけでなく、裁判所の第一の権能といふべき司法権を民主的基盤を有しない裁判所が行使することの正統性すらも、自明のものとは言えなくなる。この問題は、あまりにも根源的すぎるので、わが国ではあまり議論されてこなかったということ、筆者は、前著で指摘した⁽¹⁸⁾。もちろん、後に触れるとおり、この問題を問題として認識した研究者がまったく存在しなかったわけではなく、また、この問題に意識的に取り組んだ研究者もわずかながらいた。しかしながら、違憲審査権の民主的正統性が国内外で激烈に議論されていることと好対照をなすといえるほど、司法権の民主的正統性に関する議論は、問題として注目されなかったのである。

本節では、前著での議論を敷衍するとともに、その後の研究で明らかになった点につき補説することとする。⁽¹⁹⁾

国民主権国家において、国家机关による統治権の行使は、基本的には、その国家作用に対する国民による民主的正統性の付与によって正統化される。樋口陽一教授のいうように、「今日、およそ公権力はなんらかの意味で「国民」意思によって正統化されるものでなければならない」⁽²⁰⁾。

わが国において、国会が立法権を行使すること（日本国憲法四一条）が正統化されるのは、その構成員である議員が、国民による選挙によって選出された全国民の代表である（四三条一項）からである。国会は、国民によって構成員が直接選出されているからこそ、強い民主的正統性をもって、立法権その他の国政上の権能を行使できるの

である。

また、議院内閣制を採るわが国で、内閣が行政権を行使しうる（六五条）のも、その首長たる内閣総理大臣が、国民代表機関である国会の議決によって、国会議員の中から指名され（六七条一項）、その他の構成員である国務大臣が、内閣総理大臣によって任命される（しかも、六八条一項により、その過半数は国会議員でなければならない）からである。そして、内閣は、国会によって信任され続ける限りで、その権能の行使が正統なものとされる（六六条三項、六九条）。内閣は、国会という媒体を通じて、間接的に民主的正統性を調達している。つまり、内閣の行政権の行使の正統化根拠は、国会を媒介した民意である。

要するに、権力の源泉たる憲法の定める基本的な国家権力の分割、配分及び抑制・均衡の下、国会の立法権行使は、その構成員が国民の選挙によって選任されることにより直接的に正統化され、また、内閣は、その構成員が直接または間接的に国民の代表機関である国会によって選任されることと、その行政権行使が国会に対して連帯責任を負うことにより間接的に正統化される。

では、裁判所の司法権行使の正統性は、日本国憲法上、どのように規定されているのだろうか。

この点、第一に、裁判所の構成員である裁判官の任免について、（一）内閣によって、指名（最高裁判所長官について、六条二項）ないし任命（その他の裁判官について、七九条一項、八〇条一項）がなされること、（二）最高裁判所の裁判官について、国民がその適否を直接投票によって判断する国民審査制度（七九条）が設けられていること⁽⁴⁾、（三）重大な非違のある裁判官を罷免する弾劾裁判制度（六四条二項）が設けられていることの三点を指摘しうる。つまり、裁判官の任免に関して（特に任命については）、間接的ながらも民主的正統性を有するよう、憲法は制度

設計している。ただし、任命権者である内閣それ自体も、民主的正統性を直接調達していないことを考えれば、裁判官と一般の国民との距離は、きわめて遠いものといわざるを得ない。そして、罷免に関しては、国民審査制度という国民の直接の参加制度があるものの、それは、最高裁判所の裁判官のみに対象が限定されたものであり（下級裁判所の裁判官は、国民審査の対象とはならない）、また、すべての裁判官を対象とする弾劾裁判制度については、国民の代表機関としての国会の設置する裁判官訴追委員会及び裁判官弾劾裁判所によって行われる（国民は、直接参加することができない）。

第二に、裁判所の司法権行使については、憲法上、指名・任命権者である内閣、国民代表機関である国会または主権者である国民によって直接に統制する規定が存在しないということに注目しなければならない。むしろ、憲法は、司法権の独立として、いわゆる司法府の独立（国家機関としての裁判所の国会や内閣からの独立）と裁判官職権行使の独立を認め、手厚い身分保障と自主組織権等を定めること（七七条、七八条、七九条、八〇条）によりそれを側面から強化している。裁判官の職権行使の独立については、七六条三項が、「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される」と規定する。その趣旨は、他の何もの指示も受けずに、自らの判断に基づいて裁判を行うことであり、国民や国会等から直接的な統制を受けるとはされていないという点が、他の国家機関と比べて特異である。

第三に、その他の裁判所に対する民主的統制手段として、法律による裁判所の設置（七六条一項）と法律による裁判の原理（七六条三項^②）、裁判の公正を確保するための裁判の公開原則（八二条）、裁判所の判決等に対する自由な批評の保障（二二条）などがこれにあたると思われる。また、裁判所の司法権行使に対して、国会の各議院が

積極的に国政調査権（六二条）を行使することを、裁判所の民主的統制の方法の一つとして考えることもできなくはないが、むしろこれは消極的であるべきと解される。

つまり、裁判所の司法権行使の民主的正統性は、憲法上、きわめて弱く設計されている。組織の構成（構成員である裁判官の任免）においても、基本的には内閣を媒介してなされ（その内閣自身が、民主的正統性を国民から直接調達するのではなく、国会に依存しているにすぎない）、権限（司法権）行使については、国民に責任を負う規定は存在しない。⁸⁵

国民主権国家において、本来は、司法権を含めすべての国家権力の正統化根拠は、国民にたどり着くべきであるにもかかわらず、なぜ、裁判所については、組織構成において、間接的な民主的正統性でよしとされ、また、権限行使において、一方では国民の意思から自由かつ超然としつつも、他方で司法に対する国民の信頼という解釈上の正統化根拠に依存することが許されるのか。たしかに、裁判所も、それが間接的なものであると、それが適正な運用を条件に解釈によって導出されるものであろうと、民主的正統性を必要とし、実際に、それを調達している。では、なぜ、裁判所は、直接的な民主的正統性を調達しようとししないのか。

この問題に対して、わが国で初めて自覚的に取り組んだのが、制定直後に刊行された初めての日本国憲法の権威ある概説書である国家学会編『新憲法の研究』において司法制度の部分を担当した、民事訴訟法の研究者である兼子一教授であった。兼子教授は、次のように述べる。「民主国家にあつては、主体〔筆者注〕主権の誤りか〕は国民全体に存するから、あらゆる国家機関は国民とつながりをもち、又すべての公務員は国民の信任によつてその地位にあり、国民全体に対する奉仕者であることが要求される。そこで、司法権を行使する裁判所にも、これを構成

する裁判官にも、民主的構成や選任が必要となつてくる。……しかし、他方司法権の使命が、多数意思の圧力による少数者の自由の窒息に対する安全弁であり、国政の極端な偏向に対する調節器である役を果たすことにあるとすれば、そこに同じ多数意思がはたらくことに疑念がもたれる。ここに、民主法治国家に於ける司法制度が当面しなければならぬディレンマがある。例えば裁判官の公選制度が一応最も民主的と考えられようが、この方法が果たして適任者を得る最良のものと云えるかは疑わしい。立候補して選挙運動をし、人心に迎合し、人気を博しようとする態度は、一般には謹言剛直な裁判官向の性格とは、むしろ相容れないであろう。又裁判官が一党、一階級の代表として選出される結果は、自ら政党司法、階級司法を現出することになる。民主国家に於て、立法や行政が政党化し、階級化することが自然であるとしても、司法がそうなることは、その使命から見て致命的である。司法は政党の対立や階級闘争に対しても、それが憲法の土俵内で行はれるフェアプレイであることを監視する公平な行司たるべきである。この意味で逆説的な云い方をすれば、司法迄が極端に民主化しないところに、合理的な民主主義の運用がある⁽⁴⁵⁾。

つまり、裁判所が、多数の急進的な専横に抗してでも、あるべき法に基づき、個人の権利・自由を擁護し、法秩序を維持することを目的とする機関であるからこそ、むしろ、そこに単純な民主主義の原理を貫徹させないような制度設計が望ましいものと考えられる。

この点、従来のわが国の憲法学は、一定の民主主義観を採用することによって、そもそも、「民主的司法のディレンマ」は問題とはならないと考えてきた⁽⁴⁶⁾。それが、立憲民主主義という考え方である。すなわち、日本国憲法にいう民主主義は、単純な多数者支配的民主主義ではなく、人権ないし自由の保障という実体的価値を前提とする立

憲民主主義であり、このように民主主義を解する限り、裁判所は非民主的な国家機関ではない（むしろ、人権保障という（立憲）民主主義を実現する機関である）という。やはり、民主主義の定義を操作することによって、問題それ自体が解消されるのである。⁹⁶⁾

しかしながら、このような立憲民主主義という理解は、樋口陽一教授が述べるように、「実質的な説明として、とりあえずは説得的なものはあろう」が、立憲民主主義の原理は、「およそ「デモクラシー」を名のる以上、*demos*＝国民の側から最終的なコントロールを遮断する制度を、それによつてのこりなく説明することは、不可能」であり、なおも「裁判の独立を正統化する根拠を、より立ち入って求める場面に戻ってくる」となる。⁹⁷⁾

では、敢えてここでは立憲民主主義という民主主義の構想を採用せずに、民主主義の本質を多数者支配的民主主義と理解するならば、どのような解法が考えられるであろうか。この場合、基本的には、民主的に正統化することそれ自体を放棄するということになる。すなわち、国家機関の正統化は、民主主義の原理に基づく方法以外も考えられるのである。では、具体的にはどのように行うのか。

第一は、政治部門と裁判所とでは組織形成・権限行使の指導理念が異なるという考え方である。すなわち、政治部門である議会や政府には第一に民主主義の原理が妥当する一方、法原理部門である裁判所では、それとは異なり、法の支配ないし自由主義の原理に基づく組織・権限が考えられるべきということになる。例えば、佐藤幸治教授は、次のように述べている。「国民主権の下にあつては、すべての国家作用は国民の意思に基づいて行われる理であり、裁判所も、権力分立構造の一翼を担い、国民主権の実現のための政治制度の一環としての性格をもっている。が、議会や内閣は、国民の政治的統合をはかりつつ国民の意思実現のため能動的・積極的に活動することを期待される

……のに対して、裁判所は、そこに持ち込まれる紛争を契機に、法の客観的意味を探り、それを適用することによって該紛争を適正に解決し、もって法秩序・原理の維持・貫徹をはかることを期待されている受動的な機関である。その意味で、裁判所は、非政治的・非権力的機関と称しうる性格をもっている……。裁判所の活動には、一般世論がストレートに作用することがむしろ忌避され、国民代表による指揮や監督が排されるが、裁判所が解釈・適用する法は国民代表機関によって定立されるものであることから、国民主権原理と矛盾しないとされる。国民主権は、その現実態にあつては、活性的な政治的行動を通じて顕現しようとする傾向をもつのに対して、「法による統治」は、法原理によつて、「政治」のもつ“非情”さを一定の枠に閉じ込めようとする個人主義的・自由主義的性格を有するものである⁽⁸⁸⁾」。

第二は、裁判所を、民衆の支配である民主主義ではなく、規範ないし法理性の支配であるノモクラシーによつて正統化しようとする立場である。例えば、「民主主義すなわち民衆（民集意思）の支配ならぬ、本来の意味での規範（法理性）の支配が象徴されていないか。本来のノモクラシーとは、相対的正義として決断されるその時どきの民衆意思ではなく、事物の本性から認識される恒常的な合理的規範に最終の判定を委ねることを意味している。裁判という公機能は、たとえ民主主義政体の下でも、究極的にはそのようなノモクラシー的要素を払拭することはできないのではなからうか。ここにおいてか、民主主義と裁判は、相対主義と絶対主義の関係として根本的な違和を生ずるのであろう。このことは、現実におけるデモクラシーの作動原理として概念必然的な多数決原理が、裁判の場面では大きくその妥当性を制約されている、また制約されざるを得ないところに端的に顕われる。すなわち、規範の認識は冷静な専門的理性の働きとして、本質的に主意的で政治的な多数決にはなじみ難い⁽⁸⁹⁾」。「憲法自身が――

多数決制度の下で——国民のなかの多数の意見を吸い上げて実現することによって立法権や行政権が自らを民主的に正当化するのに対して、司法権が国民のなかの少数の意見を吸い上げて実現することによって自らを人権尊重主義を根拠として（＝法理的に）正当化することを許容し、更には要請していることを意味している」と述べる栗城壽夫教授の見解⁴⁰⁾も、民主的正統化を完全に放棄していない点で差異があるものの、論旨においてはこれと同列してもよからう。

第三は、「コオル (Corps) としての司法⁴¹⁾」を前提とする樋口教授の見解である。他説との差異を強調するため、敢えて換言するならば、専門家の専門性に対して畏敬の念を抱け、専門家は素人からの批判を恐れることなく専門家としての矜持を保て、という発想が根底にあると考えられる。

樋口教授は、次のように述べる。「国民国家の内側で、立法者としての主権者の正統性は、普通選挙あるいは人民投票の際に表明される人民意思に起源を置く。裁判官については、最上位にある裁判官……に関していえば、なるほど、彼らもまた、多かれ少なかれ人民意思を反映した政治的機関によって……選任されている。……その指摘を受け入れながらもであるが、私もまた、私の持論を繰り返しておきたい。それは、人民意思という正統性と、バランスをとるだけの重さを持ったもうひとつの正統性の存在ということであり、それなしには、裁判作用の悪しき意味での政治化の危険が生ずるのであろう。……政治権力、法を与える権力の正統性が人民に起源を持つものに対し、裁判をする権力、法を解釈する権力の正統性は、知的起源に負う程度が大きい⁴²⁾」。

法理について知性をもった裁判官の判断は、民意を克服するほどの正統性があるという主張である。ここまでの議論を整理する限りでは、民衆におもねらず専門合理性を追求する裁判官の徹底した卓越的判断に真理到達への唯

一 の途があつて、それが民主的正統性に代わる正統性根拠となると樋口教授が考えているかのように読み解かれなくもない。もつとも、樋口教授においても、その裁判官の希求すべき価値は、自由と平等であり、特異な価値を目指せというわけではない。すなわち、「トクヴィルの「アリストクラット」にせよ、エリオットの「ガーディアン」にせよ、決定方式としては、民主主義Ⅱ「デモスのクラチア」と異質のものとして提示されているのであるが、それによつて得られるだろう決定内容としては、「デモス」の利益と矛盾しないどころか、場合によつては「デモス」自身の意思に抗してでもそれを擁護するものとして、想定されている。トクヴィルの場合は自由だったし、今日のアメリカでは、知的エリート「後見」によつてまもられるべきものとされているのは、何より、精神的自由と平等である。こうして、司法オプティミズムを支える裁判官の「人」の質への期待は、そのような裁判官によつてみ出される一定の決定内容への期待と密接にむすびついている。いいかえれば、本来「アリストクラティック」である裁判官が民主主義社会でなおかつ積極的な役割を果たすことがゆるされ、そればかりか要請されるのは、裁判所がその権能を積極的に行使することによつて特定の内容を実現することが期待されているからこそであり、またそのかぎりなのである」⁽³⁸⁾。

結局は、裁判所の司法権行使の正統性は、立憲民主主義という術語を用いて問題そのものを消滅させるか、民主的正統化を目指さずに、自由主義の原理で正統化するか——それを特に法理的な正統化と呼ぶか、裁判官の専門性を強調するか——のいずれかになる。そして、別稿⁽³⁹⁾で触れたように、立憲民主主義は、純粹な民主主義の原理のことではなく、自由主義の原理のことであると認めるならば、民主主義の原理とは何なのかという問題に逢着することになる。

三 憲法学における民主主義の原理の討議的転回

(一) 憲法学における討議

わが国憲法学において、民主主義理論に討議という要素を定位する方法は、主に三つある。第一は、ドイツの社会哲学者ハーバーマスを源流とするものである⁽¹⁵⁾。第二に、アメリカ合衆国の公民的共和主義 (civic republicanism) 者たちの議論を紹介するものである⁽¹⁶⁾。そして、第三が、その他欧米の政治理論・哲学者の議論を基礎とするものである⁽¹⁷⁾。これらのうち、本稿では、第二の憲法理論研究者による研究を紹介することとする⁽¹⁸⁾。

合衆国における討議民主主義の憲法理論研究者といえば、サンステイン (Cass R. Sunstein) を第一に挙げるべきことに異論はなからう⁽¹⁹⁾。共和主義的憲法観に立脚するサンステインは、明確に「アメリカ合衆国憲法は、熟慮⁽²⁰⁾討議に基づく民主政治 (deliberative democracy) を創造すべく設計されている」と述べており、この言回しは、その著書の中で繰り返し行われている⁽²¹⁾。

サンステインによれば、不偏不党性の原理 (impartiality principle) を重視した合衆国憲法の起草者たちは、君主制の残滓、公務員の利己心及び党派による権力の掌握 (多数派の暴政) を危惧し、憲法制定にあたって、これらの三要素が機能しないように制度設計を行った。国民の代表者は、最終的に国民に対して説明責任を負い、その一方で、党派の影響に支配されずに熟慮⁽²²⁾討議 (deliberation) を行うことが保障された。私的団体の私益のみを基礎とするような法は、討議的な理念の侵害の核心である。討議的な政治の最低条件は、国家行為に理由を求めること

であり、合衆国憲法は、初めて「理由の共和国 (republic of reasons)」を創設したものと理解しよう。⁽¹⁰⁾

『フェデラリスト (The Federalist)』第一〇編には、マディソン (James Madison) による次のような有名な記述がある。「一団の市民によって選出された媒介を経ることによって、民意が洗練され視野が広げられる (refine and enlarge the public views)」。そのような市民の賢明さは、自国の真の利益を最もよく認識させる一方で、国家と正義への愛は、一時のあるいは不公平な考えによってそれを犠牲にするようなことが最も起こりにくくさせる」。また、建国の父たちは、公民的徳性 (civic virtue) という古典的な共和主義の信念を現代化し、高度な同質性と同じ利益によって結合された小さなコミュニティでしか開花しえないものではなく、(私益ないし私的党派の利益ではなく) 公益へのコミットメントとしてそれを理解しようとした。そして、歴史が示すように、小さな共和国は党派によって弄ばれてしまうが、広大な共和国ではさまざまな党派は互いに相殺しあうと考えていた。⁽¹¹⁾

プリコミットメント戦略の複合体 (complex set of precommitment strategies) として憲法を理解すべきというのが、サンスティンの見立てである。すなわち、政治的な私益、派閥抗争、代表選出の失敗、近視眼的行動、その他民主政治における予想される問題から、一般市民を守る制度的な取決めに創造するものである。憲法の諸制度の多くが、このような発想の下に説明されうる。例えば、オリジナルの(修正される前の制定当初の)合衆国憲法では、上院と大統領は、人民の直接投票ではなく、討議的代表によって選出されると規定されていた。当初は、大統領選挙人団は、単純な得票集計ではなく、だれを大統領にすべきかを討議する組織として予定されていた。起草者が上院議員の任期を長くし選挙区を広くしたのも説明がつく。統治機構は同一の目標を達成するために制度設計されたものであり、その思想とは、討議を促進し、公務員が選挙人の利益の代弁人となってしまう危険を制限することであ

コミュニケーション技術が現代の基準から見てきわめて原始的であることが理由で、直接的な参加が技術的に実現不可能であったため、その代替物として共和制を採用したという理解は、サンズテインによれば、絶望的な誤りである。すぐれた民主的制度は、十分な情報に基づき応答的な集合的決定を保障することを企図するものであつて、個人の意見のスナップショットを単純に集計することではない。サンズテインが考える共和主義（政治思想としての共和主義全般ではなくて、アメリカ建国の理念としてのそれを指す）は、討議的な政治を創造するための試みを包摂するものである。下院議員は、一般の国民全体に対して説明責任を負うものとされるとともに、市民同士で、そして統治機関内部で、相当の熟考と討論が行われることをも予定していた。先に挙げた討議体としての大統領選挙人団のほかにも、討議民主主義の実現のための制度として、二院制が挙げられる。二院制は、審議が不十分であるかどうかを立法府のどちらかの議院がチェックするものとして企図されている。特に、上院には、大衆の情念に対する「冷却」効果が期待されているし、上院議員の任期が長いのも大選挙区から選出されるということも、より討議をさせるという観点から設計されたものである^(四)。

サンズテインは、一見すると非民主主義的かのような合衆国初期の二つの重大な決断も、この視点からは説明できると主張する。一つは、市民に議員への指図権 (right to instruct) を付与するという提案が拒絶されたことである。指図権という語は、市民が議会での議論をコントロールできるといふ発想を抱くように誤導するものであるが、ロジャー・シャーマン (Roger Sherman) が述べたように、選ばれた代表者は、合衆国の他の部分から選ばれた代表に会つて、相談し、コミュニケーション全体の一般的利益のためにとるべき行動について合意する義務がある

のであって、もし市民から指示されるのならば、立法府での審議には意味がなくなってしまう。もう一つの憲法制定会議を非公開で行ったということについては、ジェファソン（Thomas Jefferson）によって、公共的討論（public discussions）の価値を無視した唾棄すべき先例だと非難されたが、マディソンは別の考えを持っていた。すなわち、代議員らの意見は当初精錬されておらず、それをまとめ上げるには長時間の議論を行わなければならないため、閉ざされた扉の中で（立ってではなくて）じつくりと座って行うことが最善であった。そして、議論の過程で、代議員は考えを変えるようになり、譲歩・同意の精神が醸成されていった。公開ではなく、秘密の議論をすることによって、自分の意見に固執せずに済む——まさに、ここに政治的討議の重要な特徴が示されている。既存の私的選好は、所与のものとして扱うのではなく、また、単純に集計するのではない。自らの信念や願望は、固定されたものとして扱われるべきではない。¹⁰⁶

結果として創設された憲法の基本的な制度は、討議を促進しそこから利益を得べく企図されたものであるとして、サンステインは理解する。憲法体系の礎石である権力分立は、異なる統治機構間での議論を促進するよう設計されたものであり、異なるパースペクティブが立法にもたらされるといふ二院制の要請も、同様の趣旨である。法律制定に関する大統領の署名／拒否の権限も、同じ目標を達成しようとするものである。連邦制度というのも、州と連邦政府との対話を補うことを保障するものと、ここでは解される。司法審査制についても、さらなる抑制を創設することを意図されたものとなる。人権の多くは討議民主主義というアイディアの部分として理解されうると考えるサンステインにとっては、個人の権利を保障することと討議を促進することは、手を取り合って行進するかのような相互に関連するものに見えており、また、討議的な政府と制限政府とは起草者の目からは同じものに見え

るという。⁽¹⁰⁾

上院議員・大統領が間接的に選出されるという当初の仕組みや、非公開で行われた憲法制定会議での討議などを通じて、憲法起草者の意思は、プリユラリズム的な政治観を明確に拒絶しており、人々の利己的ないしは党派的な「むき出しの選好 (naked preferences)」⁽¹¹⁾による統治ではなく、熟慮や討議に基づく民主政治を志向していたということがいえる。そして、サンステインによれば、眠れる通商条項（一条八節三項）、特権・免除条項（四条二節一項）、平等保護条項（修正一四條）、デュー・プロセス条項（同條）、契約条項（一条一〇節一項）、収用条項（修正五條）といった合衆国憲法の諸規定は、むき出しの選好を抑止するためのものであると解される。⁽¹²⁾

サンステインは、合衆国憲法の規定する統治機構の構造が、熟慮や討議に基づく民主政治を行うために制度設計されたものであると述べるが、その構造について、川岸令和教授は、フェデラリストを再読しながら次のように明瞭に再定式化している。⁽¹³⁾ すなわち、合衆国憲法の制定は、人間社会が熟慮と選択とを通じてよき政府を確立することができた成功例である。⁽¹⁴⁾ その理由は、フェデラリストたちによって熟慮に基づく討議を通じて憲法案批准に向けての説得がなされたという憲法の制定過程そのものがこの理論を体現するものであったということ、その憲法が規定する統治機構が熟慮を促すべく設計された制度であること（代議制、国民により直接選挙される下院議員を（憲法制定当時は）少数に抑えたこと、下院の暴走を抑制するための上院議員の（当時の）選出方法の工夫、参加の要素と熟慮の要素とを組み合わせた大統領選出方法、機関相互間で熟慮に基づく討議を行わせる二院制・議会や議院内での複数政党制・大統領の議会への関与、司法審査制、そして、憲法承認のための邦でのコンベンション (Convention) という手続）の二点である。⁽¹⁵⁾

サンステインは、(一) 政治的な選択は政治的な熟慮ないし討議 (political deliberation) を経てなされるべきであるということ⁽¹³⁾、(二) 国家から独立し不可侵の、政治参加の基盤としての公民性 (citizenship)⁽¹⁴⁾、(三) 政治的論争は平等な公民間での意見の一致を通じて解決されるべきであるという規制的理念としての同意 (agreement as a regulative ideal)⁽¹⁵⁾、(四) 政治的影響力の著しい不均衡を禁ずる政治的平等 (political equality)⁽¹⁶⁾ の四つを共和主義の原理的な要素と考え、それが、憲法解釈原理としての討議民主主義の観念の起源の一つであると述べている⁽¹⁷⁾。このサンステインのいう四要素は、人々が、私的な利害を超えて公民的徳性に基づき、共通善の実現を目指して、熟慮と討議を通じて民主政治を行うにあつての不可欠な要素として、共和主義の憲法理論が構想している原理を的確に示したものであるといえる。

ところで、サンステインと同じく共和主義的憲法観に立つ代表的な研究者として、マイクルマン (Frank I. Michelman) が挙げられる。彼は、それまで政治社会から排除されてきた国民を政治社会に包含させることにより、共和主義の閉鎖的な性格を克服したうえで、十分な情報を与えられ、能動的に政治に参加しうる公民を支援する社会的・経済的状况に、政治が依拠するとし⁽¹⁸⁾、共和主義の諸要素のうちでも、政治参加ないし自己統治という側面を強調する⁽¹⁹⁾。

公民的徳性を重視するか政治参加を重視するかの対立は、共和主義的政治が展開する場として何を措定するかをめぐる議論にも連関する。マイクルマンは、違憲審査権の担い手としての裁判所を共和主義的政治の発現の場としてとらえているが、サンステインはむしろ民主的正統性をもつ議会を中心にとらえている。その一方で、マイクルマンの議論は、私的利益を超越した法創造的な機能を果たす公共的討議であれば、それは議会のような公的な場で

行われるものでなくとも高く評価するという点にその特徴がある。

いずれにせよ、どちらの共和主義的憲法理論も、公共善の追求のために個人の内心における熟慮と他者との間の討議という過程を重視するという点では共通であり、それらのうちの主要な理論は、いわゆる討議民主主義理論において、一つの理論群を形成している。

共和主義は、古典的な意味においては、私的生活よりも社会における公的な義務を優先させることを要請する傾向があり、したがって、国家の権限を最小限にとどめ、個人の自由の領域を最大限に保障しようとする自由主義的な思想とは、明らかに衝突する。純然たる自由主義は、公民的徳性の涵養などという父権的な理念を決して受容しないであろう。⁽¹⁹⁾ もっとも、サンステインやマイクルマンらといった共和主義的憲法理論の主唱者が、自由主義的な見地から議論を出発させていることから示されるように、リベリズムと対立しうるのは、古典的な純然たる共和主義であって、現代的意味での共和主義的憲法理論とリベリズム（それは、同様に、古典的な自由主義ではない）とは整合しうるものである。そのことは、サンステインに関して言えば、自らの共和主義を「リベラルな共和主義 (liberal republicanism)」と定位していることから例証されよう。⁽²⁰⁾

(二) 討議民主主義の理論系譜概観

二〇世紀の民主主義理論は、グッディン (Robert E. Goodin) によれば、三つの波として発展してきた。⁽²¹⁾ 第一の波が、シュンペーター (Joseph A. Schumpeter) やダールに代表されるエリート民主主義 (democratic elitism) である。

前世紀半ばに、シユンペータが示したのは、政党は選挙のときののみ有権者に説明責任を果たし、選挙民は政党によって提示された政策のパッケージの中からそれを選ぶ存在に追いやられるという姿であった。ここでいう民主主義とは、定期的な選挙の際に利益集団どうしで繰り広げられる国民の投票を獲得するための単なる競争的闘争を意味するとされた。この第一の波に反発して起こった第二の波が、公式の政治過程と社会生活を形成する市民社会との両方に、より多くの国民の参画を促進しようとする参加民主主義 (participatory democracy) の理論である。この第二の理論によれば、代議制の民主主義は本質的なものではなく便宜的に採られているにすぎず、民主政治は、本来的には個人の自己決定に由来するものであるという。政治参加は、選挙以外のさまざまな場面で行われるべきであり、また、場合によっては、重要な政策争点をめぐる住民投票などのような直接的な参加を好意的に評価する。そして、それに続く第三の、そして、最も新しいイノベーションの波こそが、討議民主主義 (deliberative democracy) である。この討議民主主義理論は、個人の加工されていない直感的な生の嗜好を集計し、その最大化を図るべく、公共的な事項が決定されるべきであるとする集計民主主義 (aggregative democracy) の対抗理論として登場したものである。ここでいう集計民主主義は、政治を得票と交渉の場と見るエリート民主主義を批判する文脈で登場した概念である。⁽¹⁰⁾これは、その質を問わずにその数に注目して、できる限り歪めることなく嗜好を集計すべきと考え、そのための方法論を追究するものであるから、議会内外における代表者による政策決定を必ずしも肯定的にとらえるものではなく、一方、住民投票などの直接的な市民参加を積極的に評価する参加民主主義と、理論的に親和性をもつことになる。したがって、その理論として登場した経緯を考えれば、討議理論による集計民主主義批判の矛先は、参加民主主義理論に対しても同様に向けられるべきものでもある。

討議民主主義理論をめぐるわが国の議論空間において、篠原一教授が与えた影響はきわめて大きかった。篠原教授による討議民主主義理論の簡明な解説は、この理論を人口に膾炙させ、その後、わが国において、討議民主主義理論をめぐる議論がなされる際には、研究者によってしばしば引用される必須文献の一つになった。

篠原教授の『市民の政治学』においては、討議民主主義と参加民主主義とが並立的な関係にあり、そして、それらは代議制民主主義と対置される関係にあるとされている。篠原教授によれば、討議民主主義と参加民主主義との関係は、前者が市民社会における討議の結果の直接的効果に比重を置かないものであるのに対して、後者はそれと政策決定とを直接結び付けて考えるものであり、これらはいずれも、代議制民主主義とは別の回路の民主主義理論であるという。そして、代議制民主主義と討議民主主義＋参加民主主義の二回路制の民主主義論の時代が到来したといい、この現象を「デモクラシーの複線化」と呼ぶ。この理解は、その後公開された『歴史政治学とデモクラシー』においても、基本的には維持され、そこでは、さらに参加民主主義が討議民主主義理論と「重なるものをも」つとまで述べられている。

しかしながら、一九八〇年代以降の英米の討議民主主義理論を精査し、また、二〇〇〇年代後半の議論の展開を踏まえて検討すれば、篠原教授による討議民主主義と代議制民主主義との関係の整理は、慎重に理解されなければならない。

そもそも討議民主主義という社会科学上の術語が初めて意識的に用いられたのは、エストランド (David M. Estlund) が指摘しているように、ベゼット (Joseph M. Bessette) によるアメリカ合衆国の議会研究であった。ベゼットは、合衆国市民は議員という代表者を通じて討議を行うべきであるとしたうえで、市民の代表者である議員

が共通善を求める討議の場として議会を再構成しようとした⁽⁸⁾。また、前節で紹介した、アメリカ合衆国憲法こそが討議的な民主政治を創造すべく設計されていると主張しているサンステインが、討議民主主義理論の具体化として挙げたものの一つが、合衆国憲法によって創設された代議制の統治機構であった。さらに、今日、討議民主主義理論に立脚したうえで、独自に考案したDOI (Discourse Quality Index) という指標に基づき議会における審議を測定・分析したシュタイナー (Jürg Steiner) らの実証的研究も、注目を集めている。これは、これまででもつばら規範理論としてとらえられてきた討議民主主義理論が、実証的研究を行う際にも援用可能であることを示した点で意義がある。このような議論を踏まえて改めて考えてみれば、討議民主主義理論は、代議制ないし代議制民主主義と対置されるものとして単純に理解されるべきではない。むき出しの選好を吐露する人々による直接統治ではなく、代表者による冷静で慎重な討議に基づく政治が望ましいということを主張するための説明概念として、討議民主主義という用語が創造されたという経緯は、看過すべきではなからう。議会こそが民主的討議が行われるべき場であるという立論は十分に可能であって、むしろ、それこそが討議民主主義理論の源流である。

たしかに、このような議論に対して、代議制民主主義と討議民主主義を対抗させようとする論者もいる。例えば、ドライゼック (John S. Dryzek) は、リベラルな立憲主義と討議民主主義を同化させようとするサンステインら公法理論研究者を批判し⁽⁹⁾、また、国家の立法・政策過程における市民社会のコミュニケーション的影響力により関心を寄せるハーバーマスをも批判したうえで⁽¹⁰⁾、なおも討議理論の公式の政治・経済制度への包摂を忌避し、市民社会の討議の重要性を強調している。また、ウォーレン (Mark E. Warren) は、政治エリートによる討議を強調することは反民主主義的 (anti-democratic) でさえありうるとして、単に代議制機構の討議機能を強調する論者を

討議民主主義論者に数えないと強弁する⁽¹⁵⁾。なるほど、このようなドライゼックらの議論に依拠するのであれば、先述の篠原教授による整理は、理論的には何ら否定されるべきものではない。

議会における審議の討議性に着目する討議民主主義の源流やそれを実証的に検証しようとする水系と、それらに對して決別を図ろうとするドライゼックらの支流とを、同じ討議民主主義理論という術語の下で共存しうるものとして理解するための環境を整備するために、筆者は、前著において、討議民主主義理論の理論的支柱の一つであるハーバーマスによる複線的な討議政治 (zweigleisige deliberative Politik) 論を再評価することとした⁽¹⁶⁾。

すなわち、ハーバーマスによれば、討議政治の場合は、政治システム (politisches System) と政治的公共性 (politische Öffentlichkeit) という二つの層に分けられ、それらが相互作用する (wirken) ことが重要であるという⁽¹⁷⁾。政治システムは、議会などの制度化された公式の審議を行う討議の場であり、集合的に個人を拘束する決定を行うために特殊化された部分システムであり⁽¹⁸⁾、ここでは、決定は制度化された法定の手續に規律されることが求められる⁽¹⁹⁾。一方、政治的公共性とは、必ずしも制度化された手續には規律されない、問題の所在を発見しそれを争点化するための非公式に形成される意思形成過程である。公共的な問題は、政治的公共性において、人々によって公共的な争点として一般的に認知されるようになる⁽²⁰⁾、政治システムにおける議題へと転換されていく。ハーバーマスは、民主的手續によって規制される決定志向的審議 (entscheidungsorientierte Beratung) の場と、公共圏における非公式の意見形成過程 (informelle Meinungsbildungsprozess) とを、明確に区別して考えており⁽²¹⁾、それらはいずれも民主的な討議がなされるべき場であり、そして、それらの相互作用が討議政治の成否を決めると主張している⁽²²⁾。

討議民主主義理論の名の下に集まる多様な諸理論の共存を図るためには、この討議の場の区分法をやや修正した

形で用いることにしたい。すなわち、討議民主主義理論における民主的討議とは、それが何を目的とするかによって、次の二つに分けることができる。一つは、公共的な事項に関して各人の意思を形成することを目的として、個人が、問題の所在を理解し、熟慮したうえで行う討議であり、また一つは、立法その他公権的な決定作成が求められる場面において、決定に責任を負う者が、熟慮し、意思を形成し、それに基づき決定を行うためになす討議である。筆者は、前者を「意見形成のための討議」と、後者を「決定作成のための討議」と呼ぶことを提唱してきた⁽¹⁴⁾。後者が行われる場合は、議会や裁判所などの公式の場である一方、前者は市民社会において重疊的に展開される。そして、討議の意義の重点を、意思形成に置くのか、それとも決定作成に置くのかということとを区別して考えることによつて、討議民主主義理論内部でのいくつかの争点における理論抗争を止揚することができると考えている⁽¹⁵⁾。

議会や裁判所など「決定作成のための討議」の場においては、決定作成が求められている論争的な議題に関して、民主的討議を経た所産として必ず何らかの決定がなされるが、そこで作成された決定は、それに対する異論があるとしても、立憲的政治のルールを共有する討議参加者にとつては、少なくともそれが公権的な決定であるということに関しては合意したものであると評価しうる。一方、「意見形成のための討議」は、討議をすることそれ自体に意義を見出すものであり、決定を作成することから解放されているので、そもそも合意を目指すものではないといえる。

討議民主主義理論において、合意形成を民主的討議の意義の一つとして認めるか否かについては、争いがある。例えば、この理論の代表的論者であるコーエン（Joshua Cohen）は、理想的な討議の目的が理性に動機づけられた合意形成に到達することであると明確に述べる一方⁽¹⁶⁾で、ガットマン（Amy Gutmann）とトンプソン（Dennis

Thompson) は、この理論が、道徳的不一致 (moral disagreement) の場合には、合意形成を求めるのではなく、受容できるような決定に到達するよう討議参加者が互いに説得しつづけるべきであるということを中心概念とする⁽¹⁴⁾と述べている。また、合意そのものに対して、「多元社会において、達成できない、不必要な、かつ望ましくないもの」として、その存在を否定している議論もある⁽¹⁵⁾。問題として問われるべきは、論者の想定する合意の概念であり、その定義如何によっては合意概念そのものの否定も考えなければならぬが、先に提唱した「意見形成のための討議」／「決定作成のための討議」の二分論によれば、前者においては何らかの合意を必要とし、後者ではそれを求めないなどとして、一応の解決が図りうると筆者は考えている。なお、民主的討議が合意形成を志向するとする論者も、合意の成立に疑問をもつ論者も、討議が合意の前提となる個人の嗜好を変容させる可能性については同意している⁽¹⁶⁾ことから、筆者は、討議民主主義理論の本質的要素の一つとしては、合意形成志向性ではなく、嗜好の変容可能性を挙げるべきだと主張してきた⁽¹⁶⁾。

ところで、先述のとおり、議会や裁判所など「決定作成のための討議」の場においては、最終的に決定作成がなされなければならない。したがって、無限の討議が可能ではなく、必ず討議には一時休止が求められる。ここで注目すべき点は、それが、討議の終了ではなく、一時休止であるということである。ハーバーマスによれば、議会などの政治システムにおける討議は、制度化された民主的手続に従って行われる限りにおいて、合理的であること⁽¹⁶⁾の推定を根拠づけることになるが、そこで得られた結論が合理的であることの推定という暫定的な妥当性にとどまるのは、討議を経て作成された決定といえども、多数派による部分的な合意に依存せざるを得ないため、可謬的なものにすぎないからである⁽¹⁶⁾。したがって、討議の結果として作成された決定は、継続されるべき議論の一つの区切り

にすぎず、いわば討議による意見形成の暫定的な結論にすぎない⁽¹¹⁾。議会や裁判所における十分な討議を経た公権的な決定といえども、可謬的な討議の所産にすぎないのであるから、それらは必ず反省的吟味の対象となる。要するに、決定は、原理的には再開可能な論証の、合理的に動機づけられるが可謬的でもある結論であって、同じく民主的手続に従って論拠を再吟味し、改廃される機会が保証されることによって、現下の意思決定に内容上同意しない少数派にも、覆すことのできない結論（unumkehrbare Konsequenzen）を作り出す決定を正統として合理的に受容する態度を可能にする⁽¹²⁾。

（三）民主的討議の具体的発現、その一——公式の政治制度における討議の充実

討議民主主義理論において公式の政治制度における討議を重視すべきとする筆者の立場から導き出される第一の帰結は、民主的政治過程における既存の政治制度での討議のさらなる充実が求められるということである。

議会における審議も、裁判所における評議も、英語で表記すれば、*deliberation* である。議会も裁判所も、その実態が討議的であるかどうかは別論として、本来は討議が行われるべき場として、憲法上制度設計されている。つまり、討議は、市民社会において新たに創造される場で生成されるものに限られない。憲法は、討議の場をすでに用意しているのである。正統性が供給されるかどうかも定かではない、新たな市民参加の構想を渴望するよりも、既存の統治機構の諸制度の再評価こそが、討議民主主義論者にとつてのより優先度の高い課題であろう。また、討議民主主義理論に依拠すれば、審議をしない議会や評議をしない裁判所で得られた結論は、正統性を欠くものと評価

されるべきであろう。

合衆国憲法に定める統治機構についてサンステインが定位したのと同様に、日本国憲法が定めるわが国の統治機構の仕組みについても、討議的な民主政治を実現するための制度として評価するならば、例えば、次の二点について指摘することができよう（もとより、本稿で取り上げない他の政治制度に関しても、同様の議論をなしうる）。

第一に、国会における審議についてである。

まず、一般論としては、討議民主主義理論からは、国会における審議の充実が規範的に要請される⁽¹⁴⁾。国会審議の活性化のための諸制度・諸改革は、討議性という観点からは、基本的には肯定的に評価されよう。しかしながら、看過してはならないことは、国会は討議をする機関であるとともに、公共政策について決定作成を行うべき機関でもあるということである。合意形成という概念が討議民主主義理論において扱いきわめて難しいということとは前述のとおりであるが、合意形成を民主的討議の目的として据える見解（コーエンに代表される）に立たないとすれば、与野党間の完全な合意形成ができなければ、決定を行うべきではない、あるいは行ったとしても、その結果は討議的ではないので正統性を欠くなどという議論は、討議民主主義理論からは直接導出されるものではない⁽¹⁵⁾。

次に、具体的な制度の問題としては、例えば、国会における二院制（両院制）は、これまで、もっぱら自由主義的な統治の原理である権力分立を体现するものとして位置づけられてきたが、これを民主的な討議を促進するために設計された制度として評価することも可能であろう⁽¹⁶⁾。すなわち、憲法学の世界では、二院制の意義として、議会の専制の防止、下院と政府との衝突の緩和、下院の軽率な行為・過誤の回避、民意の忠実な反映などが挙げられ、基本的には、第一院の多数派による単純な決定を阻止するための自由主義的なものとして理解されているが、討議

民主主義理論という新たな視座からは、むしろ、両院間でのさらなる議論や調整を促すための制度的装置として理解しうるものである。¹³⁵一院での議決のみで決定ができないという仕組みは、他院による牽制という自由主義的な意味だけではなく、(他院における)さらなる討議を促進するためという民主主義的な意義を有すると解する。ただし、この議論の前提として、わが国の政党政治の成熟や両院協議会の運用等の問題があるが、これは制度の問題ではなく運用の問題である。

第二に、裁判所における評議についてである。

前章で述べたとおり、民主主義を立憲民主主義として理解するならば、司法権や違憲審査権を裁判所に付与するという憲法の制度設計は（立憲）民主主義的であると評価し得る。しかしながら、別稿¹³⁶において言及したとおり、ここにおいて司法権・違憲審査権を正統化する機能を果たしているのは、「立憲」という修飾語部分のみであって、「民主主義」固有の部分ほとんど貢献していない。このような民主主義構想を支持せず、もっぱら民主主義を多数決主義的なものとして理解するならば、裁判所の司法権行使も違憲審査権行使も、いずれも民主主義的な基礎づけは困難となる。

ところで、民主主義の原理に「討議」という修飾語を関することによっても、裁判所の権限行使を民主的に正統化しうると解するのが、筆者の見立てである。すなわち、民事裁判にせよ刑事裁判にせよ、司法という国家作用は、一般に、具体的な争訟について、法を適用し、宣言することによって、これを裁定する国家の作用をいうと定義される。この司法権の概念をより厳密に考えれば、当事者間に、具体的事件に関する紛争が存在するとき、当事者からの争訟の提起を前提として、独立の裁判所が統治権に基づき、一定の争訟手続によって、紛争解決のために、何

が法であるかの判断をし、正しい法の適用を保障する作用といえる。⁽⁸⁾ たしかに、裁判所が扱う事項は、議会がその対象とする公共政策の問題とは趣旨が大いに異なるものであるが、当事者個人の具体的争訟を通じて、公共的な事項についての判断を求めるものであるという点に注目するならば、共通するものがあるといえる。そして、法と証拠に照らして、具体的な法的問題に対して、裁判官による熟慮と討議に基づく決定作成がなされることが前提とされている点において、議会における審議と同様に、討議的な国家作用であるといえよう。以下、説明を簡便にするため、刑事事件の裁判について論ずることとする。⁽⁹⁾

まず、法廷において、検察官は証拠を示して被告人の罪を立証しようとし、被告人は、弁護人とともに、証拠を示してそれに反駁する。この公判手続とは、被告人個人についての罪責の認定や刑の量定をめぐる議論の応酬である。刑事裁判において検討されているのは、第一次的には被告人個人の具体的なことではあるとしても、それを通じて、社会秩序や治安の維持、犯罪の意義や被害、受刑者の処遇などといった問題が扱われている。つまり、公判手続とは、社会における犯罪と刑罰といった公共的な事項をめぐる対話の場である。被告人個人の事例を通じた対話であるが、それを契機に、社会秩序や犯罪の被害とそれへの対応といった、我々一般の国民が検討しなければならぬ公共的な事項を扱っているといえよう。次に、法廷で行われる公判手続という対話を踏まえて、裁判官は、(一人制の場合は、裁判官個人の内心における熟慮において、合議制の場合は、それに加えて他の裁判官との評議においても) 検討し評価を行う。この評議とは、第一次的には、具体的な犯罪に関して被告人個人の罪責と量刑の判断を行うことであるが、それを通じて、より一般的に言えば、社会における犯罪と刑罰といった公共的な事項をめぐる討議の場である。

このように、裁判における公判手続と評議を対話と討議ととらえるならば、二〇〇九年五月以降わが国で実施されている刑事裁判における裁判員制度についても、討議民主主義理論に基づく公共的な討議の場を創設する試みであると解することができる。筆者は、拙著及びその他の論稿において提唱してきた⁽⁶⁾すなわち、これまでは、わが国の刑事事件の裁判は、裁判官のみによって行われてきた。そこでは、一人の裁判官の内心における熟慮や、裁判官による合議体における評議は行われていたものの、それらは一般の国民に対して開放されるものではなかった。裁判員制度の導入により、一般の国民の中から選任された裁判員が、裁判官とともに一定の刑事事件の裁判に参加することになった。この裁判員裁判では、裁判員は、ある刑事事件の被告人に関する犯罪の成否及び刑罰の決定という公共的な事項について、裁判官とともに、評議という名の討議を行う。討議民主主義理論に基づき再評価すれば、裁判員制度の導入とは、一般の国民に開かれた公共的討議の場を新たに創設するものであるといえよう。⁽⁶⁾そして、「司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上に資すること」を立法目的（裁判員の参加する刑事裁判に関する法律一条）とした裁判員制度は、共和主義的憲法観に基づく討議民主主義理論によれば、それに参加した国民の公民的徳性を涵養するための「陶冶の企て（formative project）」と理解することもできる。

最後に、違憲審査制に関して述べるならば、この制度は、政治部門が法律という形で具体化した公共政策について、裁判所が憲法に照らして抵触すると判断する場合に、それを違憲と宣言し無効とすることによって、政治部門の再考を促すという機能を果たす。これも、公共政策をめぐる討議を始動させる一つの装置であると考えられる。裁判所による違憲判決は、当該政策分野について、法律の制定という形で一旦は凍結された政治部門における民主的討議を再開させるものとして評価しうるであろう。⁽⁶⁾違憲判決の効力をめぐる個別的効力説という立場は、一般に、憲

法による権限配分ないし権力分立という自由主義的な観点から支持され、憲法学の世界において通説的地位にあるが、討議民主主義の立場からも説明することができる。すなわち、裁判所の判断を立法府の判断に代置させ、立法を一般的に無効とするのではなく（それでは、当該政策をめぐる国会による審議は始動しない）、違憲判決の効力を敢えて個別事案のみにとどめることによって、裁判所は、その判断の当否について政治部門による再吟味を待つのである。

もとより、このような日本国憲法の統治機構に関する諸規定の討議的再解釈は、絶対的なものではない。筆者の依拠する討議民主主義理論（すなわち、公式の政治制度における討議を軽視しない討議理論）に基づけば、日本国憲法の規定する統治のシステムをこのように解釈することもできるといえることを示すにとどまるものであって、他の政治思想に立脚した解釈の可能性を一切排斥するような教条的なものではない。筆者も、日本国憲法の解釈論としては、立憲民主主義に基づく解釈が通説的な地位を占めることを承知しており、また、それにいささかの批判を加えるものでもない。ただし、立憲民主主義がリベラリズムを標榜する以上、同じリベラルな理念を共有する共和主義的憲法観に基づく討議民主主義理論による解釈も共存しうるであろう。⁽¹⁰⁾

(四) 民主的討議の具体的発現、その二——新たな討議の場の創造の可能性

民主主義理論は一九九〇年前後に決定的な討議的転回 (deliberative turn) を遂げた⁽¹¹⁾と述べたのはドライゼックであったが、現代は、さらに展開して、フィッシュキン (James S. Fishkin) によれば、民主主義の実験の時代 (an age

of democratic experimentation) であること⁽³⁴⁾。

近年、討論型世論調査 (deliberative opinion poll)、コンセンサス会議 (consensus conference)、プラーヌンクスツェレ (Planungszelle) のように、国民による直接的な討議の場を人工的に創設する構想が示され、実践されていることに注目が集まっている。これらは、近時、ミニ・パブリック (mini-public) と総称されており、筆者も、そのうちの一つと分類される討論型世論調査について、その意義や概要をわが国に紹介するとともに、実際に実践することによって、その意義と限界について考察してきた⁽³⁵⁾。

市民社会における討議に重点を置く討議民主主義論者は、このような民主的討議の場を人工的に創設する試みをめぐつて、閉塞した代議制民主主義を打破する革命的な市民参加の新構想がもたらされたと欣喜雀躍するのかもしれない。

しかしながら、討議民主主義理論において公式の政治制度における討議を軽視すべきではないとする筆者の立場から導き出される第二の帰結は、こういった新たに創造された討議の場の構想について、努めて冷静に受け止めるべきであるということである。このような人工的な討議の場の創設については、その意義を真摯に検討するだけでなく、限界についても自覚すべきである。

このような人工的な討議の場を創造する試みについて、もはや詳論する紙幅はないため、挙げて今後の検討課題としたいが、本稿では、(一)ミニ・パブリックと概括されることの問題点と、(二)ミニ・パブリックそのものの問題点を指摘するにとどめることとする。

第一に、さまざまな人工的討議の場の構想を概括することの問題点についてである。このミニ・パブリックとい

う表現は、古くから用いられているものではなく、⁽¹¹⁾ダールの提唱したミニ・ポピュラス (minipopulus) をもとに、フアング (Archon Fung) やグッティンとドライゼックが用い始めたもののようである。⁽¹²⁾ フアングやグッティン・ドライゼックは、討議の場の諸構想について、その特徴を際立たせながら類型化をするために、この概念を用いたものと思われる。⁽¹³⁾

しかしながら、そのような文脈を離れて、単にこれが民主的討議の実践例として、各構想が有する顕著な差異が捨象され、同格の扱いを受けるための術語として用いられるとすれば妥当ではなからう。⁽¹⁴⁾ 特に、出自の異なる諸構想を討議民主主義の名の下に統合的に理解しようとすることには、それぞれの特徴を見えにくくするという点で、⁽¹⁵⁾疑義がある。

例えば、コンセンサス会議⁽¹⁶⁾は、科学技術の社会的合理性の調達という観点から、参加型テクノロジー・アセスメントの手法として構想されたものであり、そのような経緯を離れて、単に少数の市民が一つの議題について集中して議論を行うという点をもって、他の構想と并列させるのは適切ではない。コンセンサス会議における議題が、すべて科学技術と社会との関係をめぐる問題であったのは、決して偶然ではなく、この構想の出自を考えれば必然なのである。高度に専門化された政策分野に関する政策決定における専門家の役割をめぐる深い議論⁽¹⁷⁾の中で、これが試みられてきたという点は、決して無視されてはなるまい。

また、ディーネル (Peter C. Dienel) がドイツで考案したプラーヌクスツェレ⁽¹⁸⁾は、討議民主主義という術語が誕生するはるか以前から、別の政策理念の下に登場したものである。そして、討議民主主義という表現が登場した後、この理念に基づくものとして再定位された。しかしながら、プラーヌクスツェレは、代議制による民主政

治に対する諦観を前提としており、明らかに直接民主主義ないし参加民主主義の制度構想として示されたものである。⁽¹⁸⁾ その一方で、当初から討議民主主義理論を具体化すべくフィッシュキンによって構想された討論型世論調査は、議会などの公式の政治制度による政策決定に代わりうるものになることにはきわめて慎重である。⁽¹⁹⁾ ここに、本来的に討議民主主義理論に基づく制度構想と、後付けで討議民主主義を標榜することとなった市民参加の制度構想との決定的な差異がある。

前章において、参加民主主義と討議民主主義とを区別すべきであるということを筆者は示したが、⁽²⁰⁾ 厳密な意味で、参加民主主義論者と区別された⁽²¹⁾ 討議民主主義論者の多くは、市民社会における討議の意義を重視し、その活性化のために公共的討議の場を構築しようと試みようとしているのであって、既存の立憲的政治制度からその権限を奪しようとして企てることはない。例えば、フィッシュキンは、討論型世論調査を議会の代替物とは考えておらず、あくまで代議制民主主義の枠組み内での構想としている。⁽²²⁾

討議に参加する一般市民の人数、参加者の選定方法、対象となる主な政策課題、討議の時間・方法、司会者や専門家の討議への関わり方、討議の成果の集約方法などの点でも、ミニ・パブリックと総称される諸構想は、それぞれ顕著な特徴を示している。いずれにせよ、民主的な政治過程への自己定位の姿勢が決定的に異なるという点こそが最も重要であり、その点を捨象して単に少数の市民が公共政策の問題について集中して議論する試みとしてまとめられるならば（実践論としては、それでよいのかもしれないが）、理論的な観点からは論難されるべきであろう。⁽²³⁾

第二に、政策過程におけるミニ・パブリックの扱い方そのもの問題点について検討する。

まずは、憲法学の見地から、公共政策の決定に関して、いわゆる市民参加はどのように位置づけられるかについ

て紹介したい。例えば、中山茂樹教授は、次のように述べる。「科学技術への「市民参加」論においては、行政だけが利害調整にかかわることを批判し、課題ごとに、利害関係者集団による意思決定をすべきだと論じられることあり、「そして、これが意思決定の「民主制」の確保になると考えられているようである」が、「伝統的な憲法理論からすれば、……「市民参加」は民主主義と緊張関係に立つことになる」⁽⁸⁾。

意外に感じられるかもしれないが、公共政策の決定への市民参加は、非民主主義であるというのが、伝統的な憲法学の理解である。中山教授は、その理由を次のように説明する。「伝統的な近代主権国家の民主主義モデルでは、「国民」という統一体が想定される。この「国民」を代表する選挙された議員により議会は構成され、そのような議会において審議・表決され制定された法律は、一般利益（公益）を體現したものと觀念される。行政は、このような法律に基づいて行われなければならない。市民ひとりひとは個別の関係性の中で生きており、個別の利益を持っているだろう。その各人が選挙で投票し、議員が選ばれ、議員が公開の場で審議・表決する、一連のプロセスを通じて、法律という民主的意思決定が結実する。ひとりひとりの個別の利益は、いわば坩堝に入れられ一般性をもった「公益」に化合されるのである。このような「国民」による民主主義モデルの下では、「市民参加」において利害関係者や一般市民は各自の特殊利益を主張しているといわざるを得ない。それを行政に直接反映させることは、一般的な公益を體現した法律による行政という民主主義原理と対立することになる」⁽⁹⁾。

「民主的正統性論の観点から議会制の意義について検討していくに際して、今後重要性を増すと思われるのが、「国会」の有する全国民性・包括性である」と述べる高田篤教授も、たとえ「情報が十分に開示され、多くの利害関係人に聴聞など十分な参加・関与手続を保障し、専門家、利害関係人等の建設的な討議を通じて」であっても、一般

的法規範の定立が議会を経ずに行われることは、「民主制の観点からすれば、……問題である」と主張する。その理由は、「民主制を個人の自己決定によって基礎付ける立場（民主制＝自律）をとるならば、たとえ利害関係人に手厚い手続保障がされたとしても、また、公開の討議を踏まえていたとしても、その規範が利害関係人を越えて一般的効力を持つ以上、「第三者」にとつては「他律」以外の何物でもない」からである。「全国民」の「代表」者達による決定は、憲法理論上「第三者」、「他律」という問題から免れている、という点は決しておろそかに出来ないのである⁽⁸⁵⁾。高田教授の主張は、直接的には、専門家や利害関係者の関与のみでは（議会をバイパスしては）公共政策の決定に正統性を付与しえないことを示すものであるが、当該公共政策に詳しい専門家や利害関係者による討議であっても正統性が調達されないのであれば、ましてや一般の市民による討議が公共政策に決定的な影響を与えるということには、まったくもって説明がつかないことになろう。

次に、人工的な討議の場合への参加者の問題を考えることとする。いわゆるミニ・パブリックと呼称される諸構想において、参加者の選定方法は、公募への積極的な参加希望者の場合（わが国のコンセンサス会議の場合⁽⁸⁶⁾）もあれば、無作為抽出の場合（討論型世論調査やプラーヌクスツェレの場合）もあるが、いずれも参加するのは、当該政策の専門家や直接的な利害関係者ではなく、選挙等によって政策決定に関して正統性を付与された議員でもない、ごくふつうの市民である。特に、一般の国民が母集団の社会的属性分布を考慮しながら無作為抽出される⁽⁸⁷⁾とき、これは、法的な代表でないものの、統計学的な代表であり、構成された討議体は母集団の縮図⁽⁸⁸⁾であるということもできる。行政が企画した事業や市民活動などに平素から積極的に参加しようとする能動的な市民ではなく、何らかの政治的・経済的意図等によって動員された市民でもない、選挙以外の政治参加を積極的に行わない（場合によっては、選挙

にすら参加しない)一般の国民⁽⁸⁷⁾による、熟慮と討議を経た意見を聴取することができる点が、無作為抽出により参加者を選定する討議の場の構想の特徴である。

この点に関して、田村哲樹教授は、ミニ・パブリックを構想し実践する討議民主主義論者の多くが、討議の場として正統なものと評価されるよう制度設計の工夫に尽力しているが、その人工的な討議の場における討議の成果を公共政策の形成に何らかの形で影響させることが許されるためには、そのようなミニ・パブリックを通じた意見が正統なものであるという意味づけを社会が共有し続けなければならず、そのような二階の多数者構成問題については、実践主義者は十分な考慮をしてこなかったと批判する⁽⁸⁸⁾。

たしかに、いかに偏りのない一般の国民を抽出し、優れた討議の場を設計し、政策についての討議を経た意見を獲得したとしても、選挙・議会・政府という公式の政治制度による政策決定に代わる正統性は、そこから発生しない。有権者の悉皆的な参加を求める政策の当否をめぐる投票や精度の高い世論調査には、そこで示される民意なるものに討議性がないという欠点がある一方で、これら人工的な討議の場の構想には、討議性を獲得した代償として、参加性が乏しい点に弱みがある。そのうちの一つである討論型世論調査は、参加者を無作為抽出することによって、参加性を代表性で補おうとするものである⁽⁸⁹⁾が、そこでいう代表とは統計学的なものであって、法的なものではない。すなわち、いわゆるミニ・パブリックでの討議の成果は、いかに優れたものであっても、あくまで一つの実験体による成果物にすぎず、しかも、それは限定された討議という要素を人工的に添加された加工物なのである。

もとより、そのことを自覚しているがゆえに、(狭義の)討議民主主義の実践を試みようとする論者は、政策決定へ過度に影響を及ぼすことについて努めて謙抑的である⁽⁹⁰⁾。ミニ・パブリックにより示された選好を政策決定に直

結させようとする参加民主主義論者にとつては、田村教授の提唱した二階の多数者構成問題は深刻であろうが、そもそも代議制との平和的な共存を目指す討議民主主義論者にとつては、公式の政治制度による正統性付与または節度ある参照が許容される程度に説明できるような努めればよいだけのことである（これが、致命的な批判を構成するものではないと解する）。

ミニ・パブリックに参加しなかった圧倒的多数の市民にとつて、そこでの議論の結果は、いかに討議性に優れた制度としてそれが設計されたとしても、（参加した）他者が（参加しなかった）自分とは無関係なところで行ったものである。ミニ・パブリックでの議論を政策決定に直結させることは、他者の支配を受け入れるということ（⁽⁹⁾）を意味することになる。そして、憲法学において民主主義が治者と被治者の自同性と定義されている以上、それは、明らかに非民主主義的であると評価せざるを得ない。それに参加しなかった市民がそのことを受容するには、ミニ・パブリックで形成された意見の内容的な正当性だけでなく、その意見形成過程の討議体としての正統性（優れて公平で充実した討議が行われるような仕組み）と決定機関としての正統性（有権者からの直接または代表者を通じた授權）が必要であると解する。一つ目の正統性は、ミニ・パブリックが優れて討議的なものとして設計され、公正・中立な第三者機関によって開催され、多くの一般市民がその意義を認識することによって調達される。しかしながら、二つ目の正統性に関しては、悉皆的な参加が実現していない以上、安易に供給されることには筆者はなおも懐疑的である。

また、ミニ・パブリックを政策決定に直結させると、かえってそこでの議論が討議的でなくなるおそれがあることも指摘しておきたい。討論型世論調査の主唱者フィッシュキンは、「討議過程に〔政策決定〕当局を拘束するよう

規定すれば……、「討議過程を」掌握し動員しようという誘因がもたらされる」と懸念している⁽¹⁸⁾。わが国のコンセンサス会議研究・実践の第一人者である小林傳司教授も、「コンセンサス会議は名前とは裏腹に、意思決定を強制しない点に特色がある」と説明する一方で、「コンセンサス会議が政策形成に直結することは望ましくないと考えている」という。「もしコンセンサス会議の結論が政策決定に直結し、大きな影響力を持つことになれば、まずコンセンサス会議は「結論を出す」という圧力にさらされ」、「市民パネルの構成に対して、さまざまな政治的圧力がかかるはずである」と予測したうえで、「政策決定の直結する市民パネルということになれば、その選出自体が政治そのものになってしま」い、それは「完全な理性的討論空間になりえない」と主張する⁽¹⁹⁾。ミニ・パブリックの類型化と比較分析を行ったファンングも、ミニ・パブリックにおける討議の結果が公共的な決定に影響を与える権限を認めれば、必ず討議に個人の利害というものが増すことになると指摘している。「ミニ・パブリックスにおいて熟議が行われるためには、決定の圧力からの解放が不可欠なものとなる。決定の圧力から解放された場であるからこそ、熟議を通じて多様なパースペクティブが示され、新たな問題の地平が明らかになるのである⁽²⁰⁾」。民主的な討議の実現を目的とした人工的な討議の場の構想について、それを政策決定へと直結させることによって、そこでの実質的な討議が阻害されることになるとすれば、それは、まさに本末転倒と言わざるを得ない。

では、開催には莫大な費用がかかるミニ・パブリックでの議論を公共政策の決定に直結させるべきではないとするならば、そのような人工的な討議の場を創設し、それを実施することの意義が問われよう。ここでは、その意義について筆者が考えるところを二つ示すこととする。

一つは、議会や政府が、公共政策の決定のための参考意見として参照するということである。議会や政府が、国

民への影響が甚大な公共政策の問題について、一般の国民の討議的な選好を調査するために、ミニ・パブリックへ諮問するということも考えられる。ただし、コンセンサス会議のように、最終的に政策提言的な文書をまとめ上げるミニ・パブリックを実施する場合であっても、そこでの討議の成果が議会や政府を法的に拘束するものとして設計すべきではない（あらかじめ、政策決定を拘束するものではないことを、議会や政府側も示すべきであり、かつ、ミニ・パブリック側も自覚すべきである⁽¹⁶⁾）。フィッシュキンがいうように、ミニ・パブリックによる議論は、あくまで実験である。しかも、自然科学の実験とは異なり、社会科学の実験では、再現可能性はない⁽¹⁷⁾。

また一つは、直接的な投票で政策の可否を決する場合にあって（別稿で述べたとおり、筆者は、討議民主主義理論の観点から、一般論として、そのような政策決定方法には懐疑的であるが、わが国の憲法改正国民投票のように、直接投票による政策決定が憲法上認められている場合がある）、そこで示される世論が討議的でないものであるということ踏まえ、合わせて、議会や政府以外の中立的な機関が主体となったミニ・パブリックを投票前に実施し、投票に臨む有権者の参考として提供するものも有益であろう。ただし、この場合であっても、判断の主体はあくまで投票に参加する有権者本人であるべきだから、行われるべきミニ・パブリックは、一つの合意を形成しようとするものではなく、討論型世論調査のような討議の成果が集約されない類型のものが望ましいと解される⁽¹⁸⁾。

筆者は、討議民主主義理論に基づく公共政策の形成という観点からは、より自由で平等な選挙の実現を必須の要件としつつ、議会での審議における討議性の向上こそが、第一に目指されなければならないと考える。また、二階の多数者構成問題が解決されない以上、公式の政治制度である議会や政府は、ミニ・パブリックの成果を尊重に値する参考意見として扱うにとどめるべきで、公共政策の決定そのものは、自ら行うべきであると考ええる。なぜなら、

それが代議制民主主義の政治制度の下で、国民によって正統性を与えられた議会や政府が果たすべき責任だからである。人工的な討議の場を創設して、政策決定の権限を国民に授権することは、望ましい民主主義の新形態のように見えるかもしれないが、憲法上の機関が責任を放棄する（そして、責任を国民に押し付ける）ということと同義であつて、否定的に解されるべきである。

* 本稿は、公共選択学会第一六回全国大会（二〇一二年七月一日、於専修大学神田キャンパス）のために書き下ろした論文「公法学理論からの熟議民主主義」の第二章から第四章までを改稿したものである。「熟議民主主義の理論と実証」セッションの司会をお務めいただいた小林良彰先生と討論者の福元健太郎先生・田村哲樹先生に対して、心よりお礼を申し上げたい。なお、原論文の第一章については、「憲法学における民主主義の原理をめぐる論点整理・序論」と題して、公共選択学会の学会誌『公共選択』第五九号（二〇一三年）に所収される。本稿と合わせて参照されたい。

なお、本稿は、平成二二―二四年度独立行政法人日本学術振興会科学研究費補助金（基盤研究（A））「討論型世論調査による民主主義における「世代を超える問題」の解決策の模索」（課題番号…二二二三〇一四、研究代表者…曾根泰教慶應義塾大学教授）及び平成二二―二四年度独立行政法人日本学術振興会科学研究費補助金（基盤研究（B））「科学技術への市民参加に「討論型世論調査」の手法を活かす可能性に関する研究」（課題番号…二二三〇〇三〇一、研究代表者…杉山滋郎北海道大学教授）による研究の成果の一部である。

(1) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第五版）』（岩波書店、二〇一一年）二五四頁。

(2) 憲法から直接いいうことは、任意の選挙制度が憲法の趣旨や規定に違反するか否かであつて、特定の選挙制度が採用されるべきだということは、憲法から一義的にはいえない。現在、衆議院議員の選挙の方法として採用されている小選挙区比例代表並立制について、最高裁判所は、選挙制度そのものは憲法の規定に違反しないと判示している。衆

議院の比例代表制については、最大判平成二一年一月一〇日民集五三卷八号一五七七頁、同じく小選挙区制については、最大判平成二一年一月一〇日民集五三卷八号一七〇四頁。最高裁判所は、両判決において、選挙制度に関する一般的な憲法的要請として、次のように述べる。「代表民主制の下における選挙制度は、選挙された代表者を通じて、国民の利害や意見が公正かつ効果的に国政の運営に反映されることを目標とし、他方、政治における安定の要請をも考慮しながら、それぞれの国において、その国の実情に即して具体的に決定されるべきものであり、そこに論理的に要請される一定不変の形態が存在するわけではない。我が憲法もまた、右の理由から、国会の両議院の議員の選挙について、およそ議員は全国民を代表するものでなければならぬという制約の下で、議員の定数、選挙区、投票の方法その他選挙に関する事項は法律で定めるべきものとし……、両議院の議員の各選挙制度の仕組みの具体的決定を原則として国会の広い裁量にゆだねているのである」。そして、小選挙区制については、「全国的にみて国民の高い支持を集めた政党等に所属する者が得票率以上の割合で議席を獲得する可能性があつて、民意を集約し政権の安定につながる特質を有する反面、このような支持を集めることができれば、野党や少数派政党等であつても多数の議席を獲得することができる可能性があり、政権の交代を促す特質をも有することができ、また、個々の選挙区においては、このような全国的な支持を得ていない政党等に所属する者でも、当該選挙区において高い支持を集めることができれば当選することができるという特質をも有するものであつて、特定の政党等にとつてのみ有利な制度とはいえない。小選挙区制の下においては死票を多く生む可能性があることは否定し難いが、死票はいかなる制度でも生ずるものであり、当選人は原則として相対多数を得ることをもつて足りる点及び当選人の得票数の和よりその余の票数（死票数）の方が多くことがあり得る点において中選挙区制と異なるところはなく、各選挙区における最高得票者をもつて当選人とすることが選挙人の総意を示したものであるとはいえないから、この点をもつて憲法の要請に反するということとはできない」としたうえで、「小選挙区制は、選挙を通じて国民の総意を議席に反映させる一つの合理的方法ということができ、これによつて選出された議員が国民の代表であるという性格と矛盾抵触するものではないと考えられるから、小選挙区制を採用したことが国会の裁量の限界を超えるということはできず、所論の憲法の要請や各規定に違反するとは認められない」と判示した。なお、参議

院の非拘束名簿式比例代表制については、最大判平成一六年一月一四日民集五八卷一号一頁。

(3) これに続けて、前者の論理においては小選挙区制が優れているものの、「比例代表制も多面的な国民意思を均衡させることによって、安定の前提条件を整える役割を果たす場合が少なくないことに」注意を促す一方で、後者の論理に関して小選挙区制は「大きな問題があり」、「国民の価値観が多面的に分かれている国においては、適切ではない」と述べている(菅部・前掲注(1)二九六頁)。

(4) 菅部信喜『憲法と議会政』(東京大学出版会、一九七一年)四〇六頁。

(5) 菅部・前掲注(4)四〇七頁。これに加えて、菅部教授は(ロス(J. F. S. Ross)の議論を参照するという形式を採りつつ)、議員が「選挙人に代わって議会の一般的な政治活動への参画」という職務を行うにあたり、「選挙区の指令に拘束されず、独自の判断と良心を行使すべきにもかかわらず、政党政治が確立するにつれ、重要な国政については全面的に党議に拘束される」ことになるが、「議員の地位が地元利益の保護や政党への忠誠を前提とするものだとすれば、議員は事実上、彼に投票した選挙人および彼が所属する政党を支持する選挙人を代表するにすぎないものとなる」し、「小選挙区制の下では、一つの選挙区の代表者は一つの政党に独占されるので、その選挙区で他の政党を支持する有権者の意思・利益は、実際には議会に反映されなくなる」ということが、「小選挙区制の救いがたい欠陥である」と主張している(四〇八頁)。

(6) 一九八九年六月に発足した第八次選挙制度改革審議会が、衆議院議員の選挙制度について小選挙区比例代表並立制案を答申として提案したことを受けて、全国憲法研究会が一九九一年春季に「議会議制民主主義と「政治改革」の諸問題」をテーマとして研究会を開催した時点では、小選挙区制はもっぱら批判の対象であった。例えば、杉原泰雄「政治改革の理念と現実」憲法問題三号(一九九二年)二〇一―二一頁(「日本国憲法第四三条一項にいう「代表」が「社会学的代表」を包含しているとすれば、比例代表制や人口に比例した厳格な定数配分の上に立つ中選挙区制は憲法に適合的でありえても、小選挙区制やそれに近似する小選挙区比例代表並立制は不適合ということにならざるをえないはずである」)、藤野美都子「選挙制度改革と「政治改革」」憲法問題三号四七頁(「一般に、憲法四三条一項の「代表」については、社会学的代表を意味すると解されている。実在する民意が議会に適正に反映される選挙制度の選択が、ここから要請され

る。小選挙区制から比例代表制までの選挙制度を導入するかということ、全くの自由裁量とされているわけではなく、実在する民意を的確に反映しうる選挙制度を選択しなければならないのである。民意の反映を歪める選挙制度は、本条違反の問題を惹起することになる。死票率が高く、実在する民意と議会構成との間に極端な「ずれ」をもたらす虞れのある小選挙区制は違憲である。また、この答申を具体化した、いわゆる一九九四年の政治改革関連四法の成立に際して、芦部教授は、「現代の政治状況のもとで小選挙区比例代表並立制という制度によって政界の再編成を強いることが、はたして議会政を再生させる切り札と言えるのかどうか疑わしく」、「とくに最近の各党の動きには、小選挙区制の採用によって二党制の方向に政界が再編されてゆく場合、国民意思のかなりの部分が切り捨てられる可能性が大きいことを感じさせるものもある」とも述べている（芦部信喜『憲法叢説一 憲法と憲法学』（信山社、一九九四年）二五七頁）。現行制度の下での初めての総選挙の結果を受けての憲法学からの評価として、例えば、小林武「新選挙制度の映し出したもの」法律時報六九巻一号（一九九七年）二頁（小選挙区制が帯有しているところの、国民意思と代表意思との乖離により国会を「歪んだ鏡」に変えてしまう欠陥がそのまま顕出するであろうことは明白であった。……選挙の結果は、この予測が正鵠を射たものであることを、疑問の余地なく示した）、五頁（小選挙区制について、①それが「死票」の山を築くものである点で、平等選挙の原則……に違背し、また、②国会を構造的に「歪んだ鏡」にしてしまう点で、わが国憲法においては政治的代表的意味に加えて社会学的意味をも含む「代表」の観念からすれば国民の多様な意思を反映する選挙制度が求められる、その憲法的要請を充たすものとはいえないから、合憲性には強い疑問が向けられる。……新制度は、前記の規範的要請に明白に背馳する実態を示すに至り、……初回の実施を以て適用違憲と断じて、さして早計のそしりを受けるものではないと信ずる（）。

(7) 辻村みよ子『市民主権の可能性』（有信堂高文社、二〇〇二年）二二八頁。

(8) 辻村・前掲注（7）二二四頁。辻村教授は、国民内閣制論を否定的に評価する一方で、「選挙のもつ政治責任追及機能や公約についての信任機能を重視し、主権者の政治的意思形成手段としての意義を高めることが望ましいと考える」とも述べている（二二四―二二五頁）。

- (9) 和田進『国民代表原理と選挙制度』（法律文化社、一九九五年）一四五頁。
- (10) 和田・前掲注（9）一五二頁。
- (11) 和田・前掲注（9）一五一頁。さらに、「選挙制度を含むなんらかの制度運用による人為的多数派形成は、実質的には多元的価値の併存を否定する一元的価値体系を善とする「独裁制」に思想的には通ずるものといわねばならない」と述べたうえで、「現代社会が諸階級・諸階層からなる多層・多元的構造から成り立っていることを考えるとき、議会内多数派形成は多元的価値の併存状況を前提にした上での敵対的対立・矛盾の限界内で構成される連合による多数派形成こそが民意による政治の実現に適合的であるといえる」と続けている（同頁）。
- (12) 芦部・前掲注（6）二五七頁。
- (13) 高橋教授は、次のように主張している。「民主政治は国民の意思に基づく政治であり、政治のプロセスは、一面では国民の（多数派の）支持する政策を創造・発見する過程である。そこでは国民個々人が政治のアクションを採りつつ多数派形成に参入することが期待されている。そして、その過程において形成された多数派の政策（国民意思）が「政治」に反映されるのである。「政治」（国政）にであって、国会にではない。国民の意思が反映されるべきは、政治プロセスの結果として承認される国政に対してであって、国会とか内閣に対してではない」（高橋和之『現代立憲主義の制度構想』（有斐閣、二〇〇六年）一〇一―一一頁）。
- (14) 議院内閣制の本質を内閣の存立が議会の信任に依拠している点に求め、議会の不信任決議に対抗する解散権がなくとも、議院内閣制でありうるとする責任本質説と、議会と内閣の対等性を重視し、議会の不信任権に対し内閣の解散権が対抗することにより、両者が均衡するところに議院内閣制の本質があると考えられる均衡本質説との対立である（野中俊彦ほか『憲法Ⅱ（第五版）』（有斐閣、二〇一二年）一七二頁（高橋和之執筆））。この論点は、今日では「要は定義の問題であり、どちらが正しいということではない」ともされている（同頁）が、実は、後述する議論（民意の反映の場の違い）と密接に関連している（議会中心構想は責任本質説に、内閣中心構想は均衡本質説に、それぞれ対応するものである（高橋和之『国民内閣制の理念と運用』（有斐閣、一九九四年）三二頁））。

- (15) もつとも、近時の基本書・体系書において省略されることが多く、あるいは取り上げられるとしても重点的に取り扱われていないことなどから、これらはほぼ克服された問題であると解してもよいのかもしれない。
- (16) ただし、「首相に指名されるもの決定」と「それについての議決」という二段階に分けることにより、憲法改正を回避した首相公選論がかって提案されたこともある（小林昭三『首相公選論入門（改訂版）』（成文堂、二〇〇一年））。
- (17) 憲法学における首相公選論に対する代表的な批判として、芦部・前掲注（4）三四五―三六三頁。現代的な批判として、高橋和之『現代立憲主義の制度構想』（有斐閣、二〇〇六年）一〇三―一〇七頁、長谷部恭男『首相公選論 何が問題か』（世界六九〇号（二〇〇一年）四六一―五三頁など）。
- (18) 首相公選論については、「首相公選制を考える懇談会」報告書（二〇〇二年）に論点がほぼ網羅されている。この報告書は、小泉純一郎政権の下で、「内閣総理大臣と国民との関係の在り方について国民的な議論を提起するため」開催された懇談会での議論をまとめたものであり、国民が首相指名選挙を直接行う案、議院内閣制を前提とした首相統治体制案、現行憲法の枠内における改革案の三案が併記されている。もつとも、いわゆる首相公選論と考えられるのは、三つ案のうちの第一案のみであり、第二案と第三案は、一般には首相公選論とは分類されないものである。この懇談会に関連して、大石眞ほか『首相公選を考える』（中央公論新社、二〇〇二年）。合わせて、弘文堂編集部編『いま、「首相公選」を考える』（弘文堂、二〇〇一年）も参照。
- (19) 国民内閣制という術語は、おそらく憲法学の世界以外ではあまり聞き慣れないものであるかと思われるが、それは当然である。高橋教授によれば、「国民内閣制とは、私の造語であり、従来の政治学や憲法学には存在しない」からである（高橋・前掲注（17）六三頁）。
- (20) 首相公選論は、「行政府の長を国民が直接選挙するという点で、基本的には大統領制の論理に立つ」（高橋・前掲注（17）一〇三頁）。その意味では、所詮、議院内閣制／大統領制をめぐる議論を超えるものではない。
- (21) 論点としてより重要であるという評価は、高橋教授が、デュヴェルジェの発言として述べているところである（高橋・前掲注（14）三九七頁）。

- (22) 高橋・前掲注(14)三〇―三二頁。
- (23) 高橋・前掲注(17)六六頁。
- (24) 高見勝利『現代日本の議会議政と憲法』(岩波書店、二〇〇八年)五六―五七頁。アメリカ合衆国の大統領制が直接民主制であることは明らかであるが、間接民主制の典型である議院内閣制であっても、下院議員選挙が実質的に首相の選択として機能している場合(例えば、英国の議院内閣制)には、直接民主制に分類される点に注意が必要である。
- (25) 高橋・前掲注(17)六六頁。ただし、高橋教授は、直接民主政/媒介民主政という表記を用いている。
- (26) 高橋・前掲注(14)四二頁。高橋教授の主張の趣旨は、「既存の議院内閣制を、選挙制度や政党制などとの組合せの中から、国民内閣制的に機能させることを考えてみようということにあ」って、「決して首相公選論のような制度改正(憲法改正)をめざしているのではない」(四二―四三頁)。
- (27) まさに、それが「国民内閣制の理念である」という(高橋・前掲注(14)四二頁)。
- (28) 高橋・前掲注(17)六七頁。
- (29) ただし、高橋教授は、国民内閣制論を提唱した時点では、小選挙区制の支持を明確に述べていない(後掲脚注(33)参照)。それは、国民内閣制論が最も明確な形で発表されたのが一九九三年であったということと、関連があるのかもしれない(なお、周知のとおり、わが国の衆議院議員選挙で、中選挙区制が廃止され、小選挙区比例代表並立制が導入されたのは、一九九四年のことであった)。また、同教授は、「理論上は直接民主政と密接な適合性をもつ」としても、「イギリス型の小選挙区制を日本で採用することに躊躇を感じる」とも述べている。なぜならば、わが国では、これまで、国民意思を忠実に反映させることこそ選挙の役割であると理解されてきたため、小選挙区制への正統な評価がなされていないためであるという。高橋教授は、「日本で小選挙区制がうまく機能するためには、選挙に関する国民の理解が変わらなければならない」が、「それなしにイギリス型の小選挙区制を導入することは、かえって危険なのである」と述べ、ドイツやフランスの選挙制度、ないしわが国の現行の小選挙区比例代表並立制を肯定的にとらえている(高橋・前掲注(17)八二―八三頁)。

- (30) 高橋・前掲注(17) 七二―七四頁。
- (31) 高橋・前掲注(14) 四一頁。
- (32) 高橋・前掲注(17) 七六頁。
- (33) 高橋・前掲注(14) 三四頁。ただし、高橋教授は、構想提唱当時においては、「比例代表制がその思想自体において目的適的な制度だとは、いえな」いものの、「逆に、比例代表制がこの目的にまったく適さないとも、一概にはいえな」としたうえで、「国民内部での多数派形成へのインセンティブを与えやすい」小選挙区制にも、「議会内の誇張された多数派を基礎に独裁的な政治に陥る危険が生ずることもありうる」とし、「どれが最適な制度か」ということは、制度の性格そのものからは判断できない」と述べている点(三四―三五頁)に注意が必要であろう。
- (34) 芦部・前掲注(4) 三六一頁。
- (35) 二〇〇九年夏のいわゆる政権交代選挙において、総選挙を通じて国民が政策と首相を実質的に選んだと評価しうるか否かは、争いの分かれるところである。しかしながら、現実政治の評価は、筆者に求められている課題ではなからう。
- (36) 高見・前掲注(24) 七三頁。
- (37) 高見・前掲注(24) 六六―六八頁。
- (38) 高見・前掲注(24) 四三頁。
- (39) 高見・前掲注(24) 六一頁。
- (40) 日本国憲法六七条二項、六九条。ただし、形式的意味においては、内閣の存立の基盤は国会である(同法六六条三項、六七条一項)。
- (41) 高橋・前掲注(17)一〇二頁。ところで、筆者にとってより示唆的であるのは、このような議院内閣制の運用形態が「国民から政治の主体意識と責任感覚を奪い、公共心の涵養を困難にする」と述べられていることである(そして、それによって示される高橋教授の構想では、政治の主体意識と責任感覚を国民に与え、公共心の涵養を容易にするものである)ということが含意されているのであろう。筆者の信奉する討議民主主義理論では、国民の公民的徳性の陶冶が討議の

重要な機能として位置づけられるからである。

(42) 高橋・前掲注(17)一〇二頁。

(43) 高橋教授は、「内閣の強化という問題設定は、議会の強化という、戦後憲法学の主流的問題設定と正面から衝突するように見える。なぜなら、主流の見解にとつては、内閣の強化は議会の弱化を意味するからである。内閣・官僚機構は……すでに必要以上に強い行政権を確立しているのであり、これをさらに強化するとすれば、議会によるコントロールがますます困難となつて独裁政治に陥る危険性が増す。ゆえに、内閣の強化という発想は受け入れ難い、と考えてきた」(高橋・前掲注(17)八九頁)。

(44) 高橋・前掲注(17)八九頁。従来のが国の支配的な見解は「国会が決定し、行政権が執行する」という「決定→執行」図式」であったが、「現代における実際の政治は、国会が決定し、行政権が執行するというには行われて」おらず、「実態に即してみれば、一方に政権を握り、政策を立案し、決定し、執行していく人々の集団があり、他方にその政権を監視し、批判し、コントロールする人々の集団がある」(そして、「政策の立案・決定・執行(すべてを一括して「統治」と呼ぼう)は同一集団の支配下に行われる」が、この役割を担うのが政府・与党である)。他方で、「国会が統治に関する議論を行い、国民に対してこのプログラムの正当性を説明し、あるいは、その問題点を指摘し批判する場となる」が、「国会の役割は、政策を決定することにあるのではなく、政府が行おうとする政策の内容をその長所・短所を含めて国民の前に明らかにし、国民の判断に材料を提供することにある」(「野党が国会の場を借りて政府の政策の内容を質し、問題点を指摘し、代替政策を提示して、政府が行き過ぎないようコントロールする」。このように「決定→執行」図式から「統治→コントロール」図式へと政治を転換すべきというのが高橋教授の主張である(四五―四六頁)。

(45) 岡田信弘「高橋和之著『国民内閣制の理念と運用』(ジュリスト書評)「ジュリスト」一〇七七号(一九九五年)一六二頁。

(46) 高見・前掲注(24)七七一―七八頁。

(47) 高橋教授は、「より民主的な政治を目指して民主性の程度を問題とすると、レイプハルトのモデルはいかなる示唆も与えてはくれない」、あるいは「合意志向型を前提にして、より集中する方向を目指すのか、より分散する方向を目指す

すのかというのが、日本における民主政治の選択ということになる」が、「どれを選択するかは、レイプハルトの理論からはヒントを得られない」と述べている(高橋・前掲注(17)三八―四三頁)。

(48) 高見・前掲注(24)二九頁。より詳細な検討は、六九頁。

(49) 高橋・前掲注(17)四二頁。

(50) 高見・前掲注(24)一六頁。

(51) 高見・前掲注(24)八七頁。

(52) 高見・前掲注(24)三〇頁。また、高見教授は、「本格的な「ねじれ」国会が到来したのを機に、合意型のデモクラシーの方途を真剣に切り拓く試みがなされてしかるべきものと考える」とも述べる(八八頁)。

(53) ただし、高見・前掲注(24)二六〇―二六七頁及び同「政治の混迷と憲法」(岩波書店、二〇一二年)一三六―一三八頁は、わが国の国会は討議民主主義的に運用されるべきではないという文脈で論及されている。

(54) 「国民と代表者は、役割分担をしつつ共同して討論と決定を行う」とも述べられている(高橋・前掲注(17)一〇一―一〇二頁)。

(55) なお、選挙制度のあり方については、現時点では、筆者は結論を得るのに必要かつ十分な準備はできていない。暫定的な見解を示すならば、次のとおりである(以下は、今後の改説の可能性を留保したい)。若部教授が示した選挙制度のあり方に関する二つの論理(安定政権の論理と民主的代表的論理)については、そのどちらか一方を貫徹するのではなく、両方を上手に実現する方法こそが選択されるべきであろう。わが国は議會制度として二院制を採用しているので、衆議院については政策決定の側面を重視し、安定政権の論理に資するような選挙制度を採用するとともに、参議院については多様な意見に基づく十分な審理がなされる場として、民主的代表的論理が発揮される選挙制度を採るといえるかがであろうか。そして、討議の面では参議院の審議を尊重する一方で、決定の側面においては衆議院の審議を重視する。本文で縷々述べた対立する議論に対して、どちらにもよい顔をするような八方美人の見解であるが、そもそも筆者の信奉する討議民主主義は、延々と終わりのない討議をするだけのもではなくて、それが求められる場面では果

敢に決定の作成を行うという、討議と決定の共存する理論であるため、上記の構想は、実は、筆者の理論的視座とまさに符合するものである。選挙制度のあり方に関して、岡崎晴輝教授は、政治学の立場から、代表の理念に照らせば（小選挙区制は政権選択レベルでは民意を反映しやすいものの、政党選択レベルでは民意を反映しにくいいため、そのどちらにも民意を反映しやすいとされる）多数派優遇の比例代表制が望ましいとする一方、熟議の理念からは、小選挙区制では政党間熟議が促進され（ただし、二大政党制下では同質的政党間での熟議にとどまる）、候補者同士ないし候補者一有権者間の熟議がしやすいものの、政党内熟議は阻害され、比例代表制では、穏健な多党制等であれば議論が拡散することなく政党間熟議が実質的なものとなり（政党内熟議はやはり阻害されるが、それも小選挙区制よりはましであるとする）、それが名簿式でなければ候補者同士ないし候補者一有権者間の熟議は可能となるため、小選挙区比例代表併用制が望ましいと主張する。つまり、代表と熟議の両方の理念を充足するという観点から、多数派優遇の小選挙区比例代表併用制を支持する（岡崎晴輝「選挙制度とデモクラシー」齋藤純一・田村哲樹編『アクセスデモクラシー論』（日本経済評論社、二〇一二年）二〇三―二〇四頁）。これに対しては、討議民主主義が特定の選挙制度を志向するものか否かは（もし是ならば、岡崎教授の見解が妥当するか否かも）、さらに検討を要するであろうし、また、論者自身も留保しているように、選挙制度の組み合わせの弊害が懸念される（選挙制度の組合せという点に着目して、現行の小選挙区比例代表並立制について、憲法学の見地から批判するものとして、近藤敦『政権交代と議院内閣制』（法律文化社、一九九七年）二七頁がある）ものの、参考に値する議論であろう。筆者の試論は、各議院の目的及びその議員の選挙制度を、討議性を重視するものとそうでないものと振り分け、両方の理念を二院からなる国会全体で実現させようとするものであるが、岡崎教授の主張は、衆議院単独で討議性とそうでない要素との両方を充足させようとするものであるらしい（なお、筆者が直接うかがったところによれば、岡崎教授は、参議院については、選挙に代えて抽選による議員選出が妥当であるという（日本選挙学会二〇一二年度研究会（二〇一二年五月一九日、筑波大学つくばキャンパス）における岡崎教授の、報告に対する討論者としての筆者のコメントへの応答による））。

(56) 横田喜三郎『違憲審査』（有斐閣、一九六八年）二二―二四頁。本文引用箇所は、裁判所による法令の違憲審査権の

行使は慎重になされなければならないということを主張するにあたって、二つの論拠を示すうちのひとつとして述べられた部分である（なお、もう一つの論拠は、権力分立の原理である）。横田教授は、本文引用箇所続き、「アメリカでは、実際において、違憲審査は慎重に行なうべきこととされ、法律や命令をかるがるしく違憲無効と宣言すべきではないとされて」おり、例えば、「政治的問題については、裁判所は、違憲審査を行なわない」し（いわゆる統治行為論のことを指す）、「立法院の自律権と裁量権、行政府の裁量権に属する事項についても、裁判所は、違憲審査を行なわない」ということ（司法権の限界という論点である）を紹介したうえで、「このことは、日本における違憲審査にとっても、重要な参考になるとおもふ」と述べている（二四一―二六頁）。つまり、裁判所の違憲審査権の行使のあり方としては、司法消極主義が妥当であるとする議論である。

(57) Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of the Politics*, Yale University Press, 1962, pp. 16-18.

(58) 高橋・前掲注（17）一八六頁。このような法実証主義アプローチに対する批判として、棟居快行「プロセス・アプローチ的司法審査観について」阿部照哉・高田敏編『現代違憲審査論』（法律文化社、一九九六年）一二四―一二五頁。

(59) 「違憲審査権の行使の仕方（いかなる行使の仕方が正当なのか）を議論する前提として、この制度がいかなる目的で導入されたのかを明らかにする必要がある」と、「この議論のなかに違憲審査の正当性問題が形を変えて入り込むからである」（高橋・前掲注（17）一八六頁）。

(60) 主たる題材として扱っているものに限って挙げれば、市川正人「違憲審査制と民主制」佐藤幸治ほか編『憲法五十年の展望Ⅱ』（有斐閣、一九九八年）二八二―三〇三頁、大沢秀介「アメリカにおける違憲立法審査権とデモクラシー」法学研究五一巻五号（一九七八年）二八一―三〇九頁、阪口正二郎『立憲主義と民主主義』（日本評論社、二〇〇一年）（初出は、一九九八年）、佐藤幸治「司法審査とデモクラシー（二）」法学論叢七四巻三号（一九六三年）一一五四頁、同「同（二）」同七四巻五・六号（一九六四年）三五―八八頁、土井真一「司法審査の民主的正統性と「憲法」の観念」米沢広一ほか刊行代表『現代立憲主義と司法権』（青林書院、一九九八年）一一五―一六五頁、西村裕三「アメリカの司法審査制に関

する一考察(一)「広島法学三巻一号(一九七九年)七九一―一頁、同(二)「同三巻三号(一九七九年)二五―七〇頁、松井茂記『司法審査と民主主義』(有斐閣、一九九一年)(初出は、一九八一年)、野坂泰司「司法審査と民主制」の一考察(一)「国家学会雑誌九五巻七八号(一九八二年)一―三八頁、同(二)「同九六巻九・一〇号(一九八三年)一六―一四八頁、同(三)「同九七巻五・六号(一九八四年)六八―一〇一頁、同(四)「同九七巻九・一〇号(一九八四年)七〇―一六頁、長谷部恭男『比較不能な価値の迷路』(東京大学出版会、二〇〇〇年)一三五―一四八頁(初出は、一九九七年)、棟居・前掲注(58)一―二一―一四七頁などがある。なお、本稿における以下の議論の展開は、一部、初宿正典ほか『憲法 Case and Materials 憲法訴訟』(有斐閣、二〇〇七年)二五―三六頁を参考にした。

(61) 長谷部・前掲注(60)一三五頁参照。

(62) 初出は、Robert A. Dahl, "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker," *Journal of Public Law*, 6, 1957, pp. 279-295.

(63) 大沢秀介『アメリカの司法と政治講義ノート』(成文堂、二〇〇三年)一八一頁。具体的な調査方法とその結果の概要は、次のおりである。「1789年から1958年までの最高裁の違憲判決78件のうち半数以上は、法律が制定されてから4年以上経たものであったとする。そしてこのことは、上院が3年毎の半数改選、下院が2年毎にその3分の1が交代することによって、4年毎に国民の多数派が変化するということを考えると、連邦最高裁の制定後4年以上経てからの立法に対する違憲判決は、法律が制定された当時の国民の多数派の意思には反していないということを意味するとした。また、法律制定後2年以内に下された違憲判決24件のうち11件は、初期ニュー・デイルの法律であるとも指摘する。一方、ニュー・デイル期以外で法律が4年以内に違憲とされた他の26件については、その中で政策的に重要な事件15件のうち10件は議会が後に法律の改正、憲法の修正などの手段によって、連邦最高裁の判決という政策をすべて覆ってきたと指摘するのである」(同頁)。なお、大沢・前掲注(60)二九五―二九六頁も参照。

(64) 見平典『違憲審査制をめぐるポリティクス』(成文堂、二〇一二年)三〇頁(ただし、同書は、このダールの研究について、「連邦最高裁の違憲審査権の行使と政治的多数派のかかわりに関する彼の経験的な問題関心は、その後多くの司

法政治学研究者に引き継がれ、取り込まれていった」とも記述する（同頁）。

(65) 初宿ほか・前掲注（60）三六頁は、「最高裁判所の姿勢を変えさせていき、わが国における違憲審査制の活性化を導くためには、司法審査と民主主義の関係といった原理的な問題の考察や、司法審査と民主主義との関係を踏まえての審査方法論の検討が必要ではないか」と問う。

(66) 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣、一九八一年）一五三頁は、「たしかに司法府は直接の国民意思による正当化の基盤に支えられた、国民に対して政治的責任を負う機関ではないので、多数者支配的民主政の観点からいえば民主性のもっとも稀薄な国家機関であるが、これと同じ非民主性は、政治の現実においては、国民の代表機関である議会および議会に責任を負う内閣の諸制度にも、多かれ少なかれみられることである。議員定数の不均衡、議会の議事運営における国民意思による民主的コントロールの欠如、あるいはまた内閣ないし官僚主導の行政国家現象などは、その例である」と述べる。

(67) 芦部・前掲注（66）一五二―一五四頁。もともと、芦部教授によれば、「問題の本質は、…：違憲審査権ないし司法的政策形成が民主的か非民主的かの議論にあるのではなく、「違憲審査権が実際に国民——とくに少数者——の人権擁護の機能を果たしてきたか否かにある」という（一五五頁）。

(68) 長谷部・前掲注（60）一四〇―一四二頁。

(69) 松井茂記『日本国憲法（第三版）』（有斐閣、二〇〇七年）九七頁。

(70) 松井・前掲注（69）三九頁。

(71) 松井・前掲注（69）九七―九八頁。プロセス的司法審査理論に対するまとまった批判として、棟居・前掲注（58）一三一頁、土井・前掲注（60）一三七頁。

(72) 長谷部恭男『憲法（第五版）』（新世社、二〇一一年）四三〇頁。松井―長谷部論争については、松井茂記「プロセス的司法審査理論 再論」米沢ほか刊行代表『現代立憲主義と司法権』六七―一四頁、長谷部恭男「憲法典というフェティッシュ」国家学会雑誌一一巻一一―一二号（一九九八年）一六二―一七六頁。

- (73) 拙稿「憲法学における民主主義の原理をめぐる論点整理・序論」公共選択五九号。
- (74) 大河内美紀「司法審査の正当性を問うこと」について」辻村みよ子・長谷部恭男編『憲法理論の再創造』（日本評論社、二〇一一年）四七四頁。
- (75) 長谷部・前掲注（60）一四一頁。
- (76) 阪口・前掲注（60）一九一―二〇頁。
- (77) 拙稿・前掲注（73）。
- (78) 拙著『裁判員制度の立法学——討議民主主義理論に基づく国民の司法参加の意義の再構成』（日本評論社、二〇〇九年）二〇二―二一四頁。
- (79) 以下、本章（二）の議論は、拙著・前掲注（78）第三章第一節を再構成したものである。また、憲法理論研究会二〇一一年春季研究総会「刑事裁判システムと市民——「司法と民主主義」再考」における討論者としての筆者の配布資料（なお、これは、拙稿「司法という名の公共性の空間」憲法理論研究会編『政治変動と憲法理論』（敬文堂、二〇一一年）一七五―一八〇頁とは、まったく別のものである）上で展開した議論に基づく。
- (80) 樋口陽一『憲法Ⅰ』（青林書院、一九九八年）五〇二頁。また、樋口教授は、「国民民主権を掲げる憲法のもとで、権力分立機構は、なんらかの意味で、「国民」という正統性根拠と結びついている」とも述べている（樋口陽一『憲法（第三版）』（創文堂、二〇〇七年）三二〇頁）。
- (81) この点、佐藤教授は、「裁判官の適否について有権者団に直接判断させることの是非については、司法権の独立の観点から議論のありうるところである。が、最高裁判所が規則制定権（七七条）や下級裁判所裁判官の指名権（八〇条）を有するとともに、拘束力のある判決をなす立場にあり、また、何よりも違憲審査権を行使する終審裁判所（八一一条）、格別の憲法保障機能を託されていることを考慮するならば、憲法が特に最高裁判所裁判官の適否について有権者団に判断させることにしたのは十分な理由があると解されるべきであろう。つまり、相互に依存的でありながら、同時にときには反発し合う、法の支配の原理と民主主義の原理との微妙な調和を達成維持しようとする1つの試みとして評価さ

れる」と述べる（佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、二〇一一年）三九九―四〇〇頁）。

(82) これらの中で最も本質的なものは、法律による裁判所の設置（七六条一項）と法律による裁判の原理（七六条三項）である。すなわち、憲法は、法律に基づき下級裁判所を設置すると定め、また、裁判官は、憲法及び法律に拘束されると定めるが、まさに、この法律が国民代表機関である国会によって制定されることに、民主的統制としての意義がある。

(83) もとより、裁判所の司法権行使の民主的正統性は、規定された制度以外に、裁判所による司法権の行使に対する国民の信頼にたどることもできるであろう。すなわち、裁判官が独立して中立かつ公正な裁判を行うことによって醸成される裁判に対する国民の信頼を、裁判所の正統化根拠と評価することができる。最高裁判所も、裁判の存立の根拠が、裁判官による独立、中立かつ公正な裁判と、それに対する国民の信頼にあると判示している（いわゆる寺西判事補懲戒事件最高裁判所決定（最大決平成一〇年一月一日民集五二巻九号一七六一頁）参照）。もっとも、この司法に対する国民の信頼については、憲法に直接規定されているものではなく、独立、中立かつ公正な裁判の運用の蓄積から解釈によって創出される正統化根拠にすぎない。

(84) 兼子一「司法制度」国家学会編『新憲法の研究』（有斐閣、一九四七年）二三六―三三七頁。

(85) 樋口陽一「裁判の独立」樋口陽一編『講座・憲法学第六巻 権力の分立（二）』（日本評論社、一九九五年）五三頁。

(86) 長谷部・前掲注（60）一四〇頁。

(87) 樋口・前掲注（85）五四頁。

(88) 佐藤・前掲注（81）五七五―五七六頁。あるいは、大石眞教授も、次のように述べている。「国会と内閣とは、国民による選挙に存立の基礎を置き、国民の民主的コントロールに服し、相互に牽制しつつ（抑制と均衡）、積極的・能動的に国政上の決定をおこない、これについて国民に直接に政治的責任を負う権力機関である。これに公民団として組織化された国民を加えて、これらを広く「政治部門」と呼ぶことができる。これに対して、司法裁判所は、国民による選挙に基礎を置くものでなく、むしろ国民を含めた他の国政上の機関から独立しつつ（司法権の独立）、争訟の当事者から提起された事件に対し、公平な第三者として所与の法的規準に照らした判断をおこなうが、裁判の内容については国民に

対して直接には政治的責任を負うことのない非政治的な権力機関——これは「法原理機関」と名づけられる——として活動する。ここでは、確かに、国民の主権的意思が実現することを重んじる民主制の原理は後退する。しかし、それに代わる価値を立憲民主制は「法の支配」原理に見いだすのである」（大石眞『憲法講義Ⅰ〔第二版〕』（有斐閣、二〇〇九年）一九三—一九四頁）。

(89) 手島孝「司法権」全国憲法研究会編『憲法三〇年の理論と展望（法律時報四九卷七号）』（日本評論社、一九七七年）一四八頁。

(90) 栗城壽夫「権力分立体制における司法権の正当性」法学教室一五一号（一九九三年）三二頁。ここでいう「民主的正当性」とは、栗城教授によれば、「国民の意思、国民代表の意思を根拠とする正当性」のことを指し、また、「法理的正当性」とは、民主的正統性によってカバーされない「人権尊重主義を根拠とする正当性」のことを指すという（同頁）。

(91) 樋口教授のいうコオルとは、要するに「職業身分特権集団のこと」であって、「コオルは、特権集団として残存することによって権力を多元化し、自由の確保手段を提供するものとして、機能する可能性がある」という（樋口陽一『憲法 近代知の復権へ』（東京大学出版会、二〇〇二年）一三七頁）。

(92) 樋口・前掲注（91）一一四—一一五頁。

(93) 樋口陽一・栗城壽夫『憲法と裁判』（法律文化社、一九八八年）八六—八七頁（樋口陽一執筆）。

(94) 拙稿・前掲注（73）。

(95) 例えば、毛利透『民主政の規範理論』（勁草書房、二〇〇二年）、同「政党と討議民主主義」、辻村・長谷部編『憲法理論の再創造』四四七—四五九頁、本秀紀『政治的公共圏の憲法理論』（日本評論社、二〇一二年）一六一—四六頁、一七六—二四九頁。

(96) 例えば、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・大石裕編『政治・社会理論のフロンティア』（慶應義塾大学出版会、一九九八年）六三—八七頁、同『アメリカの政治と憲法』（岩書房、一九九二年）、同『司法による憲法価値の実現』（有斐閣、二〇一一年）二五五—二七四頁、川岸令和「熟慮に基づく討議の歴史とアメリカ合衆

国憲法の正統性」早稲田政治経済学雑誌三二〇号（一九九四年）二八六―三二二頁、同「言論の自由と熟慮に基づく討議デモクラシー」同三二四頁（一九九五年）二四二―二七七頁、同「自由の構成としての憲法」同三二八号（一九九六年）二六一―二九六頁。

(97) 例えば、木下智史「アメリカ合衆国における民主主義論の新傾向」法律時報七三卷六号（二〇〇一年）七〇―七三頁、駒村圭吾「討議民主政の再構築」中村睦男・大石眞編『立法の実務と理論』（信山社、二〇〇五年）三―三四頁、同「討議民主政論の挑戦」憲法問題一七号（二〇〇六年）九五―一〇八頁。

(98) 以下、本章（一）及び（二）の議論は、拙著・前掲注（78）インタビューの議論を再構成したものである。なお、拙稿「立憲民主主義は選好に基づき政治的選択を行うべきか」公共選択の研究五五号（二〇一〇年）五六―六〇頁も参照された。

(99) 本稿の問題関心からいえば、他の研究者、例えば、ニノ（Carlos S. Nino）らも取り上げるべきところであろうが、ニノについては、大沢・前掲注（96）「熟慮民主主義をめぐる最近の議論について」七三頁以下に詳細な紹介があるので、本稿では指摘のみにとどめることとする。

(100) Cass R. Sunstein, *The Partial Constitution*, Harvard University Press, 1993, pp. 19-20.

(101) Sunstein, *Free Markets and Social Justice*, Oxford University Press, 1997, pp. 13-14（有松晃・紙谷雅子・柳澤和夫訳『自由市場と社会正義』（財団法人食料・農業政策研究センター、二〇〇二年）一六頁）. Cass R. Sunstein, *Why Societies Need Dissent*, Harvard University Press, 2003, p. 150.

(102) Sunstein, *supra* note (100), pp. 18-20.

(103) *Ibid.*, pp. 20-21.

(104) *Ibid.*, pp. 21-22.

(105) Cass R. Sunstein, *Republic.com 2.0*, Princeton University Press, 2007, pp. 34-35.

(106) Sunstein, *supra* note (100), pp. 22-23.

- (107) *Ibid.*, p. 23.
- (108) *Ibid.*, p. 25.
- (109) *Ibid.*, pp. 32-37.
- (110) 川岸・前掲注(96)「自由の構成としての憲法」二六一頁。
- (111) 川岸・前掲注(96)「自由の構成としての憲法」二六三頁。
- (112) 川岸・前掲注(96)「自由の構成としての憲法」二六四頁以下。さらに、川岸教授は、熟慮と討議に基づく民主政治の実現のために密接不可分に関連する言論の自由についても詳しく言及している。
- (113) Sunstein, *supra* note (100), pp. 134-135.
- (114) *Ibid.*, pp. 135-136.
- (115) *Ibid.*, p. 137. なお、サンステインは、別の論文では、この規制的理念としての同意という要素を、異なる嗜好も議論と対話によって仲介され合意に達しようとするという「普遍主義 (universalism)」とも表現している (Cass R. Sunstein, "Beyond the Republican Revival," *Yale Law Journal*, 97, 1987, p. 1554)。
- (116) Sunstein, *supra* note (100), pp. 137-141.
- (117) *Ibid.*, p. 134.
- (118) マイクルマンの共和主義的憲法理論については、さしあたり、Frank I. Michelman, "Law's Republic," *Yale Law Journal*, 97, 1987, pp. 1493-1537°.
- (119) 筆者が、討議民主主義理論と総称される理論群のうち、共和主義的憲法観に基づく討議理論に注目している理由は、この理論が特に民主的討議を通じた国民の公民的徳性の涵養をその本質的要素の一つとして重視していることにある。もともと、共和主義の憲法学者以外の討議民主主義論者が、公民的徳性の涵養という要素をまったく顧みていないわけではない。例えば、フィッシュキン (James S. Fishkin) は、討議民主主義のまた一つの野心として、人々がともに討議を行うことを通じて公共精神を幾分か高まるといふ考えを示している (James S. Fishkin, *When the People Speak: Deliberative*

Democracy and Public Consultation, Oxford University Press, 2009, p. 109 (曾根泰教監訳『人々の声が響き合うとき』(早川書房、二〇一一年) 一七〇頁))。

(120) Sunstein, *supra* note (115), p. 1541.

(121) Robert E. Goodin, *Reflective Democracy*, Oxford University Press, 2003, pp. 3-4.

(122) 例えば、ヤング (Iris M. Young) によれば、現代の民主主義理論を整理するうえで最も重要な視点の一つが、選好の集計モデルと熟慮・討議モデルとの二分論であるという (Iris M. Young, *Inclusion and Democracy*, Oxford University Press, 2000, pp. 18-26)。一方、フィッシュキンは、討議的 (deliberative) かむき出し (raw) かは選好の形成方法の視角であり、集計的 (aggregative) か合意的 (consensual) かは決定ルールの問題であって (これら四つの要素を掛け合わせたマトリクスを示し、討議的に形成された選好を集計するモデルとして、討論型世論調査を位置付けている)、したがって、集計民主主義と討議民主主義とは競合する・両立しない立場と解するのは両刀論法 (false dilemma) であると主張する (Fiskin, *supra* note (119), pp. 85-88 (訳書一三六一-四〇頁))。しかしながら、具体的な参加モデルを考える際には、この四分表は有用であろうが、民主主義理論の系譜という点では、なおもヤングらの示す理論対立図式のほうを支持したい。

(123) 篠原一『市民の政治学』(岩波書店、二〇〇四年)。

(124) もっとも、二〇〇二年の『市民の政治学』において篠原教授が「討議デモクラシー」と訳出したものは、ドライゼックのいう言説的民主主義 (discursive democracy) のことであって、本書の筆者が「討議民主主義」と訳出する deliberative democracy のことではなかった (篠原・前掲注 (123) 一一〇—一二頁)。「市民の政治学」において deliberative democracy を「協(討)議デモクラシー」と訳出していた篠原教授は、その後、二〇〇七年の『歴史政治学とデモクラシー』において、deliberative democracy の訳語に「討議デモクラシー」をあてるようになる (篠原一『歴史政治学とデモクラシー』(岩波書店、二〇〇七年) 五頁)。篠原教授は、「討議デモクラシーを通常いう討議デモクラシーと批判的討議デモクラシーとに分けて考えたとすれば、これまでの使われ方から考えて前者を熟議デモクラシーとし、後者にディスカシブ・デモクラシーとコミュニケーションタイプ・デモクラシーを含め、両者を総合して討議デモクラシーということにしてもよいであ

- ろう」と述べる(六〇頁)。しかしながら、「討議デモクラシー」の下位概念として「熟議デモクラシー」が位置づけられる理由についての説明が十分になされていないことに加え、不用意に概念を複雑化させかねないため、筆者は篠原教授の概念整理には賛同できない(なお、このようにコミュニケーションタイプ・デモクラシーとは、ヤングのいう討議民主主義理論の二形態であるが、それが討議民主主義理論に含まれること自体は、ヤング自身がすでに認めているところである)。
- (125) 篠原・前掲注(123)一五七頁。
- (126) 篠原・前掲注(123)一五六頁。
- (127) 篠原・前掲注(123)一五五―一五七頁。
- (128) 篠原・前掲注(124)『歴史政治学とデモクラシー』三二―三五頁(特に、一五頁)。
- (129) ホーマン(James Bohman)とレーグ(William Rehg)やドライゼックは、討議民主主義という術語の初出が、Joseph M. Bessette, “Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government,” Robert A. Goldwin and William A. Schambra eds., *How Democratic Is the Constitution?*, American Enterprise Institute, 1980, pp. 102-116(こゝらで、おぼろげに James Bohman and William Rehg, “Introduction,” James Bohman and William Rehg eds., *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, MIT Press, 1997, p. xii; John S. Dryzek, *Deliberative Democracy and Beyond: Liberals, Critics, Contestations*, Oxford University Press, 2002, p. 12)。ただし、エストランドによれば、それは、ヘゼットがシカゴ大学に一九七八年に提出した博士論文「議会におけるザリムレーション——予備的調査 (*Deliberation in Congress: A Preliminary Investigation*)」(こゝらで、おぼろげに、David M. Estlund, “Who’s Afraid of Deliberative Democracy?: On the Strategic / Deliberative Dichotomy in Recent Constitutional Jurisprudence,” *Texas Law Review*, 71, 1993, p. 1437, n. 1)。
- (130) Joseph M. Bessette, *The Mild Voice of Reason: Deliberative Democracy and American National Government*, University of Chicago Press, 1994。
- (131) Jürg Steiner, André Bächtiger, Markus Spörndli, and Marco R. Steenbergen, *Deliberative Politics in Action: Analysing Parliamentary Discourse*, Cambridge University Press, 2004。

- (132) Sunstein, *supra* note (100), p. 25.
- (133) Dryzek, *supra* note (129), pp. 17-20.
- (134) *Ibid.*, pp. 20-27.
- (135) Mark E. Warren, "Deliberative Democracy," April Carter and Geoffrey Stokes eds., *Democratic Theory Today: Challenges for the 21st Century*, Polity Press, 2002, p. 174. 一七八九年制定当初のアメリカ合衆国憲法において、より質の高い討議を保障するために上院議員の選出を直接投票とはしなかったという制度設計は、ウォーレンにとっては、否定的に評価される (*ibid.*)。反対に、『フェデラリスト』に沿って、「人民の感情と熟慮に基づく討議とを組み合わせるシステムである」と肯定的に評価するものとして、川岸・前掲注(96)「自由の構成としての憲法」一三七頁。
- (136) 拙著・前掲注(78)一九五―二〇一頁。
- (137) Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp Verlag, 1992, S. 361-366 (河上倫逸・耳野健二訳『事実性と妥当性(下)』(未来社、二〇〇三年)二二―二六頁)。
- (138) *Ibid.*, S. 363 (訳書(下)二四頁)。
- (139) *Ibid.*, S. 374 (訳書(下)三二頁)。
- (140) *Ibid.*, S. 372-373 (訳書(下)三二頁)。
- (141) 討議的政治の成功は、適切な手続、コミュニケーション的前提の制度化、制度化された討議と非公式の世論との協同 (*Zusammenspiel*) にかかっているという (*ibid.*, S. 361-362 (訳書(下)二二頁))。なお、*ibid.*, S. 374 (訳書(下)三二頁)も参照。
- (142) 幸いなことに、筆者の理論枠組みについては、憲法学の世界では、例えば、糠塚康江教授から肯定的な評価・引用を受けることができた(糠塚康江『現代代表制と民主主義』(日本評論社、二〇一〇年)一九頁)。
- (143) 例えば、民主的討議が合意形成を志向するものであるか否か、理性的論証以外のコミュニケーション様式が許容されるか否か、民主的討議への参加資格を有する主体は誰か、民主的討議の議題として許容される範囲はどこまでか、な

- どといった問題に対して、明快な解答を示すことができると考えている（拙著・前掲注（78）一九七―一九九頁）。
- (14) Joshua Cohen, "Deliberation and Democratic Legitimacy," Bohman and Rehg eds. *Deliberative Democracy*, pp. 74-75. 合意形成ができない場合、多数決により決着することが認められるが、その場合でも、理性に動機づけられた合意を模索したというコミットメントがあることに意義を見出す (*ibid.*, p. 75)。
- (15) Amy Gutmann and Dennis Thompson, *Democracy and Disagreement*, Belknap Press, 1996, p. 1; pp. 73-79.
- (16) Dryzek, *supra* note (129), p. 170. See, also, *ibid.* pp. 31-80. あるいは、ムフによれば、いかなる合意も必然的に排除に結びついており、排除なき合意というものは実現しえないため、そもそも合意は廃棄されなければならない概念であり、それに代わって、恒常的な紛争や敵対関係が受容されなければならない（Chantal Mouffe, *The Return of the Political*, Verso, 1993, pp. 104-105（千葉真ほか訳『政治的なるもの再興』（日本経済評論社、一九九八年）二〇八頁））。
- (17) マーニン（Bernard Manin）は、集計民主主義理論が前提としている個人の嗜好の所与不変性に対して、討議という過程が個人の嗜好を変容させうるということを摘示し、決定の正統性の源泉を個人の所与の嗜好ではなく嗜好が形成されていく討議という過程に見るべきであると主張している（Bernard Manin (trans. by Ely Stein and Jane Mansbridge), "On Legitimacy and Political Deliberation," *Political Theory*, 15(3), 1987, pp. 345-351）。また、ホーマンは、討議参加者間で論拠の交換が行われ、参加者が、互いにより応答的になり、他者の観点を自分自身の観点として撰取したり、自分自身の観点から他者の観点を再解釈したりするようになることを、民主的討議の意義の一つとして挙げている（James Bohman, *Public Deliberation: Pluralism, Complexity, and Democracy*, MIT Press, 1996, p. 58）。もてより、論争的な議題に関して、個人は何らかの自己利益に基づく私的な嗜好を有しており、合理的な個人のそれはきわめて利己的なものであるかもしれない。しかしながら、複数の相対立する主張が衝突するとき、普遍化しがたい当該個人の自己利益のみに基づく論拠ばかりを示しているのは、通常は、自己の主張について他者から納得を引き出すことは困難であるので、より多くの他者から支持を得るために、利己的な自己利益を強弁することに代えて、個人が潜在的に有していた、他の討議参加者も共有しうるような論拠を示そうとするようになる。このことについて、討議という過程は、誰でもが受容可能な理由によって

自らの決定や意見を正当化することを討議参加者に強要するものであると、ポーマンは分析している (*ibid.*, pp. 5-6)。

(148) 拙著・前掲注(78) 一八一—一八三頁、一八七—一九〇頁。

(149) Habermas, *Ann.* (137), S. 368 (訳書(下) 二八—二九頁)。

(150) 同様のことは、ガットマンとトンプソンやコーエンらによっても主張されている。ガットマンとトンプソンは、討議は決定を目的とするものであるが、決定は一定の期間のみ有効であつて（拘束するものであつて）、将来のある時点には、再挑戦されることに開かれていなければならない（そして、このことが討議民主主義の特徴の一つであるが、多くの提唱者によつて見逃されている）と主張している (Amy Gutmann and Dennis Thompson, *Why Deliberative Democracy?*, Princeton University Press, 2004, p. 6)。また、コーエンによれば、討議は、合意形成を目的とするものであるが、原理的に無制限に継続され、いつでも再開しうるものである。その一方で、政治的討議には決定を行わなければならない時間的な制約がある (Cohen, *supra* note (144), p. 75)。

(151) Habermas, *Ann.* (137), S. 220-221 (河上倫逸・耳野健二訳『事実性と妥当性(上)』(未来社、二〇〇二年) 一一三頁)。
 (152) もとより、政治システムにおける討議がその性質上可謬的であることを余儀なくされ、そして、そこでなされる決定が原理的に暫定的なものであるといつても、現実には、議會の場合、法律が制定され、それが執行されることにより、それに基づき、個人の権利が制限され、義務が課せられるし、裁判所の場合、判決が言い渡され、それが確定すれば、判決が執行される。ここでいう討議の可謬性ないし決定の暫定性というのは、主張が受容されなかつた少数派が原理的ないし潜在的に異議申立てをしうるということを意味するにとどまり、実際にそれが可能であることを必ずしも意味しない。

(153) ただし、その評価と分析は、当座、筆者の仕事ではないと考えている。

(154) その点、「熟議の国会を実現し」よつとの、施政方針演説におけるある内閣総理大臣の発言(官報号外第一七七回国会衆議院会議録第一号(一) 四頁)は、(本人が「熟議」の意味をどれほど理解していたかは不明であるが、ともかく)憲法の趣旨に沿うものであつたと筆者は評価している。もっとも、実際にその後展開された国会審議が真に討議的なも

のであったか否かについては、多分に異論があろう。この点については、(筆者ではなくて)政治学者による詳細な分析がなされることを期待している。

(155) 筆者は、拙著・前掲注(78)一八九頁脚注一八一において、「野党が審議を拒否し物理的な抵抗を企てるという議会の病理に我々が違和感を覚えるのは、本来議会が理性的な論証に基づく討議がなされるべき場であるという認識があるからであり、これに対して、それでも公共政策の決定に責任を負う与党が採決を強行せざるを得ないのは、議会が「決定作成のための討議」を行う場であるからである」と述べた。これは、二〇〇九年夏のいわゆる政権交代以前の政治状況を意識して記述したものであるが、いかなる政権枠組みになろうとも、基本的には普遍的に妥当するものであると解している。

(156) もちろん、ある任意の制度に対する評価は、それをを行う論者の依拠する立場によって異なりうるし、同一の論者が違う文脈において異なる解釈をすることもあろう。例えば、筆者は、公的な政治制度における討議に着目する本稿では、二院制を討議民主主義的に解釈しようという視角を示したが、このような文脈を離れて、一般的な議論をする場合には、基本的には自由主義的な制度であると解している。

(157) 芦部・前掲注(1)二九〇頁。

(158) このような二院制の再評価については、直接的には、サンステインの議論に依拠したものはあるが、只野雅人教授の議論(只野雅人『憲法の基本原理から考える』(日本評論社、二〇〇六年)五三頁)にも着想のヒントを得た。

(159) 拙稿・前掲注(73)。

(160) 芦部・前掲注(1)三二六―三二七頁。

(161) 詳しくは、拙稿「裁判所における素人と専門家との熟議・対話」田村哲樹編『語る——熟議／対話の政治学』(風行社、二〇一〇年)二〇六―二三四頁を参照されたい。

(162) 拙著・前掲注(78)二三―二五九頁。なお、民主主義だから司法にも市民参加が必要だなどというナイーブな言説は、学術的な議論として成立しえない(筆者は、討議民主主義理論に基づく裁判員制度の意義の再構成を提唱してい

るのであつて、裁判員制度が司法の民主化を企図して導入されたものであるなどと主張しているわけではない。司法に（多数者支配的）民主主義の原理を直接持ち込むのであれば、国民の代表による審議や国民の直接投票の結果で判決を形成することに躊躇する必要はなくなるだろう。司法をめぐる制度設計理念として単純な民主主義の原理のみを重視するのであれば、裁判官による法に基づく形式的な裁判を経るよりも、国会の議決や国民投票などで国民の直接的な意思を確認するほうが、より民主主義的であるといえる。なぜならば、この国会の議決による「裁判」は国民の代表である国會議員による判断であり、国民の代表ではない裁判官や裁判員による裁判よりも民主的正統性が高く、また、国民投票による「裁判」を全国民が参加できる制度にするならば、国民の部分的な参加の制度にすぎない裁判員制度よりも、はるかに参加性の高い制度であるともいえるからである。あるいは、情報通信技術が発達した今日においては、短期間で国民の直感的な意思を集計することは容易であるので、精度の高い世論調査を活用して、被告人に対する国民の意思を確認するのも一案であろう。この世論調査による「裁判」では、裁判員制度では決して得られない統計学的な国民の代表による判断を確認することができる。しかし、これらが人権保障という観点からは、まったく忌避すべき制度設計であるということは、論証するまでもなく明らかなことであろう（詳しくは、拙著・前掲注（78）二一〇―二二二頁、さしあたり、拙稿「民主的司法のディレンマと裁判員制度の意義」法社会学七二号（二〇一〇年）一六七―一八二頁を参照されたい）。

(163) そのように解釈しうる論拠及びその帰結については、拙著・前掲注（78）一三四―一三五頁を参照されたい。

(164) 木下智史教授は、「裁判所の違憲判決が世論の喚起にもたらすインパクト」に注目すべきとし、原告の請求を棄却しながら傍論で内閣総理大臣の神社参拝を日本国憲法二〇条三項等に違反すると判示した福岡地判平成一六年四月七日判時一八五九号一五頁について、「一地方裁判所の判断であつても、民主主義的決定の前提となる「討議」の活性化に大きな貢献をなしうることを示したといえる」として、肯定的に評価する（木下智史「違憲審査制の意義とその活性化の方向性」法学セミナー五九七号（二〇〇四年）三四頁）。いわゆるねじれ判決の是非や討議の場（木下教授は、議會や政府などの公式の政治部門における討議ではなく、もっぱら市民社会における討議を前提としていられる）については、

筆者の見解は木下教授とは異なるが、違憲審査制を討議民主主義的に再構成しようとする点においては、木下教授の見解に共感している。

(165) 任意の事件において裁判所がある法律を違憲無効と判示した場合に、違憲とされた法律の効力はどうなるのかという論点に関する、当該事件に限定され適用が排除されるとする見解である。国会による改廃の手続なく客観的に無効となるとい一般効力説は、消極的立法作用を裁判所に認めることになり、国会のみが立法権を行使するという日本国憲法四一条の国会単独立法の原則に反することになり、また、付随的違憲審査制の下、当該事件の解決に必要な限りで審査が行われる以上は、違憲判決の効力も当該事件に限って及ぶと解されることを理由に、個別的効力説を支持する見解が支配的である(芹部・前掲注(上)三七八―三七九頁)。

(166) リベラルカリパブリカンかは、リベラルな共和主義者を標榜するサンスティンら現代の憲法理論においては、対立軸ではなくて、色彩の濃さ薄さの問題にすぎなくなっている。

(167) Dyzek, *supra* note (129), p. v.

(168) Fishkin, *supra* note (119), p. 1 (訳書一一頁)。

(169) 拙稿「討論型世論調査の意義と社会的合意形成機能」KEIO SFC JOURNAL 四巻一号(二〇〇六年)七六―九五頁、同「討論型世論調査の意義と課題」Voices 九号(二〇一二年)一〇―一一頁。

(170) 拙稿「公共政策をめぐる民主的討議の場の実験的創設——わが国における初めての本格的な討論型世論調査の実施の概要」駒澤大学法学部研究紀要七〇号(二〇一二年)五五―一四二頁、同「公共政策の形成への民主的討議の場の実装——エネルギー・環境の選択肢に関する討論型世論調査の実施の概況」同七二号(二〇一三年)五三―一八六頁。

(171) 例えば、二〇〇五年に刊行された John Gastil and Peter Levine eds., *The Deliberative Democracy Handbook: Strategies for Effective Civic Engagement in the Twenty-First Century*, Jossey-Bass, 2005 には、*“ミニ・パブリック”*という表現は登場してゐない。

(172) Anthon Fung, “Minipublics: Deliberative Designs and Their Consequences,” Shawn W. Rosenberg ed., *Deliberation, Participation and Democracy: Can the People Govern?*, Palgrave Macmillan, 2007, p. 182.

(173) Archon Fung, "Recipes for Public Spheres: Eight Institutional Design Choices and Their Consequences," *Journal of Political Philosophy*, 11(3), 2003, pp. 228-267; Robert E. Goodin and John S. Dryzek, "Deliberative Impacts: The Macro-Political Uptake of Mini-Publics," *Politics and Society*, 34(2), 2006, pp. 219-244.

(174) 篠原・前掲注(123)は、これらの諸構想をまとめてわが国に初めて紹介したものであり、それが一般向けの新書であったため、多くの読者に受け入れられることとなった。

(175) コンセンサス会議は、主として科学技術と政策をめぐる倫理的な問題を対象に、公募に応じて少数（一五人程度）の一般市民が、専門家との質疑や討論を通じて意見を形成し、最終的にはその合意の下で一つの文書をまとめるというものである。発祥の地デンマークでは、議会により設置された公的機関であったデンマーク技術委員会が、参加型テクノロジー・アセスメントという観点から実施し、成果物としての合意文書が議員等に諮問されていた。

(176) 科学技術社会論は、核物理学・原子力技術の戦力としてのあるいは平和的な利用や、生命科学・遺伝子工学に基づく遺伝子治療・遺伝子組換え作物の承認などを典型とする、先端的な科学技術の社会的活用の問題について取り組んできた。科学技術を社会に活用する場合、(ここでは、もっぱら自然科学の) 科学者が完全に確実な予測を行えるならば、科学的妥当性に基づいた科学的合理性にのっとって判断すればよい。しかしながら、今日では、科学者も予測できない問題が登場しており、それを解決するために、社会的合理性に期待が寄せられる。社会的合理性に関しては、科学者・技術者や行政がバターナリステックに評価し決定すべきことではなく、公共空間で決められるべきであるとされる。科学的合理性Ⅱ社会的合理性であった時代には、科学技術の専門家と一般市民との関係は、知識を持つ者（専門家）と持たない者（市民）という枠組みで考えられ、市民は科学についての知識を有していないので（欠如モデル）、専門家が判断し、専門家から市民へ知識を一方的に伝授すべき（市民は専門家から知識を獲得すべき受動的な存在である）と考えられてきた。しかしながら、科学的合理性だけで問題が解決できない場合には、双方向的な科学の公共理解モデルへの転換が求められることになるという（藤垣裕子『専門知と公共性』（東京大学出版会、二〇〇三年）七七八頁、七七—八四頁、一〇七—一〇八頁、一五九—一七九頁、一八九—一九八頁参照）。また、近年、一般市民の側にも科学技術政策

の形成に参画すべきだという意見が強くなっているという(城山英明ほか「科学技術の発展と社会的含意」城山英明編『科学技術ガバナンス』(東信堂、二〇〇七年) 三三頁参照)。そこで、科学者と政策立案者とだけで行われてきた意思決定について、市民が対等な参加者として関与すべきであると議論されるようになった。このような状況を背景として、コンセンサス会議をはじめとする参加型テクノロジー・アセスメントが盛んに行われるようになった。

(177) プラックス・スツェレは、まちづくりについての一般市民の声を地方公共団体が聴取するために実施するものである。無作為抽出により選定された少数の市民が(五人程度のグループを五つほど作り、休憩ごとに構成員を組み替えるなどして)グループ討論を行い、その討論の成果をグループごとに提案という形で集約し、全体での投票により順位付けするというものである。

(178) ペーター・C・ディーネル、篠藤明德訳『市民討議による民主主義の再生』(イマジジン出版、二〇一二年) 一五三―一五四頁は、プラックス・スツェレを政治・行政が必ず利用させるようにするため、公的实施機関(「参加庁」)の創設を要求している(なお、ディーネル自身の記述ではないが、プラックス・スツェレが直接民主主義の制度モデルであるということを示す序言(七一―〇頁)も、合わせて参照)。

(179) Fishkin, *supra* note (119), pp. 156-157 (訳書二四二―二四四頁)。

(180) もっとも、討議民主主義という術語が流行して以降、討議の要素なしの直接民主主義論者と決別し、討議民主主義論者を標榜するようになった参加民主主義論者が多数見られることから、参加民主主義理論と討議民主主義理論との区別が見えにくくなっている。ここで改めて、先に紹介したグッデンの整理を再確認されたい。なお、筆者は、フィッシュキンの討議ないし討議民主主義の定義には全面的に賛同するものではないが、参加民主主義理論が討議と非専制という要素に不可知であり、これを討議民主主義理論と区別すべきであるとする彼の議論(Fishkin, *supra* note (119), pp. 76-77 (訳書二二二―二四四頁))には強く共感するものである。

(181) James S. Fishkin, *Democracy and Deliberation: New Directions for Democratic Reform*, Yale University Press, 1991.

(182) なお、わが国でコンセンサス会議を研究し実践してきた研究者も、その直接民主主義的な利用には警戒心を持つ

ている。小林傳司教授は、「コンセンサス会議が政策形成に直結することは望ましくないと考えている」と述べる。「理由の一つは、市民・パネルが国民の代表ではなく、ある偏りを持った人々によって構成されているからであり、また、「これがある制約条件、たとえば時間制約のもとに行われた会議体であり、しかも少数意見の存在を容認する構造でとどまるように設計されている」からであるという（小林傳司『誰が科学技術について考えるのか』（名古屋大学出版会、二〇〇四年）三二四頁）。

(183) 中山茂樹「科学技術と民主主義」初宿正典ほか編『国民主権と法の支配（佐藤幸治先生古稀記念論文集）上巻』（成文堂、二〇〇八年）八九頁。

(184) 中山・前掲注（183）九〇頁。

(185) 高田篤「議会制についての憲法理論的・憲法科学的省察」憲法問題一七号（二〇〇六年）一一八一―一九頁。

(186) 議会によって正統性を付与されたデンマークの当初のコンセンサス会議では、無作為抽出によって参加者を選定していたとき。

(187) そして、そのような積極的に声を挙げないサイレント・マジョリティこそが、政策の影響も受ける最大の構成員である。

(188) 田村哲樹「熟議による構成、熟議の構成」小野耕二編『構成主義的政治理論と比較政治』（ミネルヴァ書房、二〇〇九年）一一二頁。

(189) この点が、田村教授によって、さらに批判される。すなわち、参加者を無作為抽出することによって、かえって参加者の正統性を害することになるという（田村・前掲注（188）一一八頁）。

(190) ただし、この点は、討議民主主義論者の一部にも異論がある。ガットマンとトンプソンは理論研究者であって実践主義者ではないが、彼らは、討議過程が、トークショウや学術的なセミナーではなく、一定の期間を拘束する決定を作成することを目的とするものであることを、討議民主主義の特徴の一つとして挙げたうえで、討議は決定に影響を及ぼす目的で行われなければならないと主張している（Gutmann and Thompson, *supra* note (150), p. 5）。

- (191) 拙稿・前掲注(73)。
- (192) Fishkin, *supra* note (119), p. 112 (訳書一七五頁)。
- (193) 小林・前掲注(182)三二四―三二五頁。
- (194) Fung, *supra* note (173), p. 346。
- (195) 田畑真一「熟議デモクラシーにおけるミニ・パブリックスの位置づけ」田中愛治監修『政治経済学の規範理論』(勁草書房、二〇一一年)二六六頁。
- (196) 小林教授は、「少なくともコンセンサス会議は、そしていわゆる住民投票を除くおそらく多くの市民参加型手法は、判定を下す場ではな」く、「問題点を可視化し、専門家の意識と一般市民の意識のずれを明るみに出すことによって、政策形成のための重要な参照資料を提供することに意味がある」と述べている(小林・前掲注(182)三三九頁)が、筆者も基本的には同感である。
- (197) 参加者が異なれば同じ政策課題について行うものであっても、討議の成果が異なることは十分に考えられる。もとより、討議の成果があくまで可謬的なものであるということは、公式の政治制度の場合であっても、同様である。
- (198) 拙稿・前掲注(73)。
- (199) 田畑・前掲注(195)二六六頁参照。なお、実際に、オーストラリアや英国などでは、討論型世論調査を総選挙や国民投票に先駆けて実施し、全体会議の一部をテレビ等で放送した事例もある(Fishkin, *supra* note (119), pp. 135-139 (訳書二二一―二二七頁))。