

クリストフ・メラースの正統化論の体系 (一)

—民主主義という他律—

小川 亮

1 序論

(1) 本稿の目的

自律ないし自由のみを先験的な価値として認め、その他の価値は自由な選択によってのみ価値として認められるという立場（以下、「自律一元論」という）は、日本の公法学において支配的な立場になっているように思われる。特に憲法学においては、自由や自律、そしてこれらと概念上結びついている、人格の尊重、個人の尊厳といった概念が、憲法にとって基底的な価値であると明示されてきた。芦部信喜が「近代憲法は、何よりもまず、自由の基礎法である。」、憲法の根柢である「核心的価値が人格不可侵の原則（個人の尊厳の原理）である。」[芦部 1993: 10] と宣言して以降、自由や自律が憲法の最も根本的な価値であることが疑われることはなかった。

しかし、芦部をはじめとした憲法学者たちが、このような立場を一貫させられていたかどうかは疑わしい。「公共の福祉」の内在的制約説は、まさに国家権力の正統化根柢を自律に一元化する役割を果たしていたが、それが失敗していることは現在の共通認識である。そもそも、上記のような立場に対して十分な正当化が与えられてきたとも言い難い¹⁾。

それでも、クリストフ・メラースの議論が日本の公法学において注目を集め

1) 内在的制約説を含む公共の福祉の学説史として、[小川 2022-2023: (二) 3-36]。芦部をはじめとした憲法学者の価値論の内在的かつ体系的な読解及び批判として [内藤 2013]。

ている²⁾のは、上記のような価値論上の立場を基礎としているからかもしれない。すなわち、メラースは、まさに自己決定、そしてそれを可能にする自由意志と理由付け能力の具備としての「人間の尊厳」を議論の出発点としている。そしてその基礎に基づいて、体系的な民主的正統化論とそこから帰結する権力分立論を展開している。しかし、メラースの議論は、まさに体系的であるが故に、自律一元論が如何に我々の法実践を説明するのに失敗するかを如実に表している。

本稿の目的は、このメラースの体系を確認及び検討することによって、自律一元論という立場は、単に倫理学・政治哲学上の立場としてのみならず、まさに法学上の立場として維持し得ないことを示すことである。

それでは、民主主義³⁾の現実的な正当化としては如何なる正当化がふさわしいのだろうか。本稿が紹介するのは、民主主義を帰結主義的に正当化する理論であり「支持基盤理論」である。同理論は、規範理論ではなく、(独裁制等と比較して)民主主義が如何にして公益をより良く実現する蓋然性の実証を試みた政治理論である(いわゆるポリティカル・サイエンスに属する。)。その上で、支持基盤理論のような帰結主義的正統化を与える理論が、長谷部恭男の司法審査論と接続し得るものであることを示す。

なお、日本の公法学では、国家機関の民主的正統性を論じる際に、ドイツ公法学の議論に依拠する傾向にある⁴⁾。それは一つの方法ではあり、否定されるべ

2) その正統化論に言及するものとして、[原田 2014: 78] [高田倫子 2015: 99-114] [田代 2016: 64-68] [高橋雅人 2017: 110-114] [山本 2018: 67-68]。また、メラースの正統化論の簡潔な要約と的確な批判として [松本 2014: 363-365]。

3) 本稿では、民主主義を「最終的な政治的意志決定、あるいは、最終的な政治的意志決定を行う代表者の選出に対する正の影響力の機会を、政治共同体の構成員に対して、平等に分配する政治体制」[福家 2019: 39]として理解する。この定義は、十分に希薄であるがゆえに、本稿で検討される様々な立場を包摂し得るものである。ただし福家がそこで議論しているように、この定義は希薄すぎていわゆる民主主義以外のものをも包摂してしまうので、更なる精緻化が必要である。しかし本稿は、民主主義とその他の政治体制の区別を主眼にするものではないから、民主主義の定義問題には踏み込まないことにする。

4) 例えば、[異 2020: 306-307]は、「ドイツの民主的正統化論」を、「組織法と作用

きものではない。しかし、民主主義論をその主題の一つとする政治哲学や政治学における専門的知見を参照することもまた、有益であり得る。本稿は、その有益性を示すための試みでもある。

(2) 背景にある問題

このような議論が憲法学にとって必要となる大きな原因は、民主的正統性を具えた国会が制定した法律を、それを欠く裁判所が違憲無効と判断することが如何にして正当化されるのか⁵⁾、という問題が、国内外で議論的的となってきた

法を貫く理論構成を持ち、憲法原理との関係づけも明確]、「連邦憲法裁判所が多くの題材を用いて長年にわたり彫琢してきたものであり、高い汎用性と首尾一貫性を有する」として高く評価して、この問題の「有力な参照軸」として定位する。

しかし、異が引用する [田代 2016] [田代 2017] の精緻な分析は、むしろ、ドイツの民主的正統化論が、学説は一枚岩からは程遠くまさに憲法原理との関係でも分裂していること、そして判例は内在的に不整合を抱えておりその解決は不明確あるいは不十分であることを示すものでもある。

また、異自身、ドイツの民主的正統化論は「あくまでこれはドイツ基本法の解釈論に、かつ一定の民主政理解に根差した理論であり、異なる憲法構造において無条件に大きな説得力を有するものではない。行政の正統性を民主政に由来する原理に還元し切ることが果たして妥当であるのか、そもそもそこで念頭に置かれるべき正統性、民主政の概念の内実は何かといった点は、一方で日本国憲法の解釈論として、他方でより広い比較法的、比較方法論的文脈で考察されるべき問題である。」[異 2020: 307] としているところ、そうだとすれば、ドイツの民主的正統化論が「高い汎用性」を持つと言える理由は少なくとも不明瞭である。

「高い汎用性と首尾一貫性」を持つ理論が必要なのであれば、異の指摘するような限界を必然的に有する他国の公法学ではなく、場所や時代に囚われずにどんな場合にも妥当するものとして整合的に正当化される議論を追求している学問分野——例えば政治哲学——の知見を利用する方が素直ではないか。もちろん、あえて回り道をすることによって、素直な道のりでは獲得できない有用な知見を発見し得ることは、言うまでもない。

- 5) 本稿では正統性と正当性を区別して用いることにする。前者は、ある決定、行為その他がその組織や手続故に、その内実を問わずに正しい、という性質であり、後者は、ある決定や行為その他がその内実の故に正しい、という性質である。この区別については [大屋 2011] が解説している (ただしそれ以前から日本の憲法学においてもこのような用法が見られる [土井真一 1998: 155])。なお、大屋は正統性に legitimacy、正当性に justness の語を充てているが、legitimacy は学術文献にお

からである。

しかし、このような議論が生じるのは事理の当然というわけではない。決定内容の正当性を第一義的に重視する立場からすれば、その決定をどのような機関がどのように行うかという正統性の問題は、二次的な問題に過ぎない〔安藤 2007: 265-266〕。逆に言えば、上記のような問題設定が広く受け入れられてきたことが、正当性・正統性を民主的正統性に限定するという、一定の価値論上の立場が——しばしば無自覚に——広く前提とされてきたことを示していると言えよう⁶⁾。

そうだとすれば、従来の学説が、行政の正統性を、行政を民主主義の連鎖の内に組み込むことによって説明しようとしてきたことはごく自然なものであった。もちろん、議院内閣制において国会に劣らぬ民主的正統性を有する内閣からその指示系統を伝えてその正統性を行政各部まで伝播させようとする試みは、グローバル化を始めとした現代的課題を待つまでもなく、今やだれもその違憲性を主張していない独立行政委員会の存在によって否定されている⁷⁾。しかし他方で「参加」ないし「下からの」民主的正統性の付与によって行政を正統化しようとする試みは近時も行われており⁸⁾、民主的正統性一元論の根強さを感じさせる⁹⁾。

いても justness の意味でもあり得るので留意されたい。

- 6) [Stemplowska and Swift 2018] は、民主的決定の内容が「深刻な (grave) 不正義」である場合にのみ、遵法義務が解除されるという「従来の見解」を支え得る論拠を検討した上で、民主的決定の手続の正統性と内容の正当性をどちらも考慮した上で、総体として遵法がより正しいといえるかどうかを考えるべきだ、と主張している。契約論的正当化への依拠など、疑わしい部分もある [Stemplowska and Swift 2018: 12-14] が、手続の良さと内容の良さを同一平面で考慮すべきだという彼らの主張は正当だと思われる。そして、彼らが指摘するように、その考慮が行為指導性を持つためには、正当性の非理想理論が必要になる [Stemplowska and Swift 2018: 24-25]。本稿で紹介される支持基盤理論が、それに当たる。
- 7) このモデルでは独立行政委員会の合憲性を説明できないことについて [曾我部 2013]。メラースがこの問題に与える解決については、3 (5) イを参照のこと。
- 8) 近時の文献として、[毛利 2014] [興津 2016] など。
- 9) これらの見解は、むしろ、2 (2) で紹介するような、メラースによる解決と同様

これに対して、民主的正統性の限界を認識して、むしろ立憲主義に舵を切った見解も憲法学には存在している。特に、松井茂記の「プロセス的司法審査理論」に関する論争¹⁰⁾は、民主的正統性一元論である松井の見解の反射として、「民主主義よりも立憲主義を」という見解¹¹⁾を始めとした、立憲主義に基づく正当性の存在を重視する見解を浮き彫りにした。

その中でも¹²⁾長谷部恭男は、一方で、民主主義の典型的形態の一つである、多数決の可能的根拠を検討することによって民主主義の限界を示した¹³⁾。具体的には、民主主義がそれ自体として常に自己決定や幸福¹⁴⁾を最大化する、あるいは公平中立で客観的な手続であるといった形で民主的正統性を確保しようとする論拠を、議会制民主主義という構造を楯子にして否定しつつ、コンドルセの定理による蓋然的な正解発見のシステム——しかし現実にはそれが機能するための条件はしばしば満たされていない——として、民主主義を位置付けた¹⁵⁾。他方では、立憲主義をリベラリズムに定位する [長谷部 2004] ことに

のものとして理解する余地があろう。その場合には、後注 (31) で挙げた文献と同様に、メラースの自律一元論及び民主的正統化・個別的な正統化論と多くを共有する解決として分類できる。

- 10) 論争の端緒として [松井 1994]。ただし、[松井 2016] では、プロセスの権利とは真反対である「死ぬ権利」が憲法上保障されていると主張している。
- 11) [阪口 2001]。同書に対する松井の反論として [松井 2001]。
- 12) 長谷部恭男と松井との論争については [長谷部 1995] [松井 1998] [長谷部 1998]。
- 13) [長谷部 2016: 第 13 章] など。
- 14) 厳密には、幸福の最大化の方は、行われる決定の内実依存する議論なので、根本的には正当性を確保する論拠であり、正統性はその手段に過ぎない。ロールズの言葉で言えば [Rawls 1999: 74-75=116-119]、民主主義を自己決定の最大化によって正統化しようとする立場は民主主義を純粋手続的正義に適うものとして考えており、幸福の最大化によって正統化しようとする立場はそれを (不) 完全手続的正義に適うものと理解しているもの、と表現することができる。正統化論として重要な差異ではあるが、本文の文脈ではあえて取り上げる必要も無いように思われるため、ここでは踏み込まない。
- 15) 長谷部は、日本の違憲審査を少なくとも部分的に多元的民主制観で説明しているが、他方で、多元的民主制観自体が、それが前提とする価値相対主義や非現実性ゆえに、正当化できないと指摘している [長谷部 1994]。ただし [長谷部 2013]

よって、立憲主義を基底に置きつつ、それに反しない範囲で民主主義その他の制度によって公益を追求する政治的決定を行っていく¹⁶⁾という国家行為の正当性・正統性論を確立した。この立場は、国家行為の正当化根拠を公益に限定しつつ、国家が「[切り札]としての人権」に反しない範囲で公益を追求することを合憲とするという司法審査論¹⁷⁾に結実している。

このような立場にある長谷部は、民主主義に対して、従来の論者よりも期待をせずにいられる。そもそも、長谷部にとって、国家行為が民主的決定に基づいているかどうかは、それ自体として重要な問題ではない。重要なのは国家が「[切り札]としての人権」に反しない範囲で公益を追求することである。国家がそのために用いる方法は、もちろん、上記の目標の達成を効率的に実現するようなものであることが望ましいけれども、それ以上に何か前提条件があるわけではない。したがって、民主主義の正統化は、それほど信頼できないコンドルセの定理でも十分である。逆に言えば、我々はそもそも民主主義をあまり信頼するべきではない。

このような態度は、一貫した体系的論理に基づいておりそれ故に正当化されている。しかしその一方で、審査基準論にとっても、民主主義が実際にどのように作動するかは、審査基準の定立の仕方に影響する重要な要素である。また、上記の理論は、研究者を含む多くの人々が民主主義に対して抱いている愛着を説明し去ることができていない憾みがある。

そこで本稿は、多くの公法学者が共有していると思われる自律一元論に基づく体系的な民主的正統化論を検討したうえで、それが成功しないことを示す。その上で、代替案としての支持基盤理論が長谷部の司法審査論と接続できるこ

では、多元的民主制観の可能性についてより悲観的ではない評価を行っているが、やはりそれに基づく司法審査論には否定的な評価を維持している。

16) [Hasebe 2003: 240-242]. ただし長谷部は、このように民主主義の役割を定式化しているわけではない。そこでは、立憲主義及びそこにおける表現の自由の在り方を説明した上で「ここで記述された立憲主義によって含意される民主主義の構想」[Hasebe 2003: 241]という形で、自らの民主主義構想を同定している。

17) [長谷部 2016: 第5章] など。その検討として、[小川 2022-2023: (二) 36-45]。

とを示す。

(3) 検討対象の限定

本稿は、民主主義に関する議論のうち、メラースの理論と支持基盤理論のみを取り上げて限定の対象とする。その理由は、筆者の限られた能力に加えて、司法審査論という背景の問題意識に求められる。

すなわち、本稿は、現実の民主主義的決定に対峙するための司法審査を論じるための前提として、現実の民主主義が如何にして正当化されるかに関心を持っている。したがって、本稿は、民主主義が理想的にはどのように機能すべきかという民主主義の理想理論を探究する必要がない。あえて言えば、コンドルセの定理による正解発見の機能¹⁸⁾がそれを提供している。[長谷部 2016: 188-190]による限界の指摘にもかかわらず、コンドルセの定理は、かなりの程度の現実性を有している [Goodin and Spiekermann 2018]。もちろんそれでも、人々がコンドルセの定理が作動するために必要となる条件を満たすように行動すべきだだという正義の要請に現実には応えていないことは大いにあり得るので、コンドルセの定理は理想理論に留まる。

このような民主主義の道具主義的な正当化¹⁹⁾に対しては、それが平等を等閑視する点で不十分であるという平等主義者²⁰⁾からの反論があり得る²¹⁾。コンド

18) 民主主義を正当化する理想理論としては、その正解発見能力を根拠とする認識説が、最有力の候補であることについて [安藤 2017]。

19) 民主主義正当化論の現在の布置については、[Ziliotti 2019]。

20) 平等主義の諸類型については [広瀬 2016]。また特に運の平等主義を基礎とする正義論を構築するものとして [井上彰 2017a]。さらに関係論的平等論の議論の到達点を示すものとして [森 2019]。ただし、どちらも後注 (22) で述べるような平等論者の問題を共有している。

21) もちろん、民主主義の道具主義的な正当性を重視する論者も、必ずしもコンドルセの定理によって民主主義を正統化するわけではない。例えば、[Anderson 2006: 11-12] は、以下の3つの理由でコンドルセの定理を批判する。①コンドルセの定理は人々の多様性を重視しない、②コンドルセの定理の前提である人々相互の独立性は現実には成立していないどころか、公的決定に値する問題を決定するには人々の間での議論が必要である、③民主主義はその決定の可謬性を承認するが、コ

ルセの定理からすれば、より正解率が高い人ほど、多数決による正解率を高めるのに寄与する。したがって、投票の正解率が相対的に低い人を有権者から排除することが正当化され得る。しかしこれは、平等に反する、というわけである。

しかし、そもそも平等主義が価値論上の根拠を未だ十分には示せていないと思われる²²⁾ という以前に、もし彼らの議論が正しく、それに従った形で民主主

ンドルセの定理が作動しているとすれば民主的決定はほとんど不可謬になる。

これらの批判には、コンドルセの定理、少なくともその精緻化された形態に対する無理解が含まれている。コンドルセの定理にとっても、特定のバイアスに多くの人が影響されて人々の判断の独立性が減少することを防ぐために多様性は重要である [Goodin and Spiekermann 2018: chp.7]。そのため、コンドルセの定理の下で、多様性の増加は、選挙権拡大の理由になる [Goodin and Spiekermann 2018: 231]。また、コンドルセの定理に必要なのは、人々が誰かに追従せずに相互に独立して判断することであって、議論を止めることではない。むしろ熟議は、i 個人の能力を増加させることで、集団能力を増加させる、ii 投票者間の正の相関を減少させる（相互の独立性を向上させる）、iii より誠実な投票に導く、iv 証拠あるいは状況をより真理寄与的なものにして、最善応答者が正解を発見する確率を上げる、v 証拠を新たに追加することなどによって判断の質を改善する、といった理由により、コンドルセの定理の下でも奨励される [Goodin and Spiekermann 2018: 135]。

最後に、③の批判については、コンドルセの定理が現実にも常に作動していると考えるのであれば妥当だが、そのように考えるのはあまりに非現実的であるということ是一般に了解されているように思われる。したがって、これらの批判は当たっていない。

22) 民主主義の価値には社会的平等が少なくとも含まれることを主張する重要な論稿として、[森 2019] [小林 2019] [福家 2019] を参照。しかし、これらの論稿は、そもそもその社会的平等が、そもそも価値であること、そして価値だとして、その価値が他の価値に優越し、あるいはその価値が欠けては正当化が不可能であるような価値であることを論証するには至っていない。社会的平等がそのような価値であって初めて、民主主義あるいはその他の社会制度が社会的平等のみによって正当化され得る。また、当然ながら、さらに民主主義がどのように社会的平等を実現するかもあきらかにされなければならない。これらの点を示す必要があることとその際に注意すべき点については [Ziliotti 2019: sec.3, 5.1] も参照。

まず、[福家 2019: 81-82] によれば、社会的平等論の主要論者は「社会的平等の価値を自明視したうえで、社会的平等がデモクラシーの擁護にどのような含意を持つか検討するというスタンスを採用している。」そして「彼らの議論の内在的批判を試みる本稿も、社会的平等の価値を前提として議論を行う。」としているため、

義という制度が設計されて運営されるべきなのであれば、民主主義は、コンドルセの定理によって、その正解を選択することができる。なぜなら、平均正解率が $1/2$ を超える大規模な (5000 人程度以上の) 投票者団——民主主義の想定するものとしてはむしろ小さすぎる——においては、そこに正解率が相対的に多少低い投票者を加えても、投票者間の独立性や投票者の誠実性といったコンドルセの定理の他の条件が満たされている限り、正解率にはほとんど影響がないからである。すなわち、いずれにせよ、多数決はほとんど常に正解を選ぶことが出来る²³⁾。

その目的からして上記のような論証を行うものではない。

これに対して、[小林 2019] [森 2019] [井上彰 2017a] は、関係的平等がそのような価値であることを論証することをもその目的としているように見える。

このうち、[小林 2019: 254-259] は、福家が指摘する社会的平等論の主要論者と同じく、その価値——道徳的独立——を自明視しているように思われる。[小林 2019: 257] は「主人は、もし慈恵的ならば、奴隷に対して表現や信教の自由や広範な社会経済的財を継続的に提供することもありうるが、そのような慈恵の主人を想像してもなお、奴隷と主人との間の関係が不正であるという (尤もな) 直観が残る」と主張するが、私はそのような直観を共有しない。さらに、理論的にも、福利を快楽に還元する快楽説——全く無視してよいほど些末な立場とは見なされていない——からもこの直観は正当化されない。幸福な奴隷は不幸な自由人よりも幸福であり、それこそが快楽説における正当化に必要なすべてだからである (同様の疑問は [小林 2019: 260] の「企業における雇用者と被雇用者との関係」にも妥当する。)

次に、[森 2019: 21] は「主として正義構想論の領域において、関係的平等主義に基づく自身の平等主義的正義構想を、最良の正義構想として、最良の平等主義的リベラリズムとして擁護する試みとして位置づけることができる。」としているが、例えば [森 2019: 151-152 注 11, 216] で行われている関係的平等論の正当化は、政治的リベラリズムによる正当化と同型であり、その弁明 [森 2019: 216 注 4] にもかかわらず、同様の問題 [小川 2022-2023: (四) 11-14] を抱えている。

平等主義を支持する [井上彰 2017a] の価値論上の検討の不足については、[宮本 2017] を参照のこと。それに対する応答 [井上彰 2017b] を踏まえれば、議論の次元は、よりメタ倫理的な、あるいはより一般に、方法論的な水準に移行している。本稿でのその詳細に立ち入る余裕はないが、その次元における井上に対する緻密な批判として [安藤 2019a]。

23) [Goodin and Spiekermann 2018: 230-239].

なお、グッディンらは、さらに経験学習による能力の上昇可能性を重要視している

したがって、理想理論の次元では、コンドルセの定理がうまく作動するゆえに、平等主義も、それが正解なのであれば、民主主義を介して統治において実現される。それは民主主義自体の設計や運営についても、同様である。この意味で、平等主義者にとっての民主主義論も、コンドルセの定理によって賄うことができる。逆に言えば、平等主義者の理想理論にも、コンドルセの定理が作動するための条件を満たすように行動すべきだという要請が含まれる²⁴⁾。

いずれにせよ、本稿においてはそのような理想理論に頓着する必要はない。理想は理想に過ぎない。裁判所が判決を下すときには、民主主義が理想的ではなく、非理想的に機能したものと前提とすべきである²⁵⁾。

このような前提は（2）で言及した諸学説にも共有されていたと言える。すなわち、正統性論が様々な現代的課題への対応を迫られるのは、それが現実を見据えた非理想理論だからである。それらが理想理論を語っていたとすれば、単に現実と理想の乖離を指摘するに留まっていただろう。またさらに、松井の「プロセス的司法審査理論」が民主的正統化論として魅力的であり得るのも、

[Goodin and Spiekermann 2018: 239-243]。しかし、グッディンらの指摘する「[同じ] 事柄が、弁別可能な形で、その事柄に関するいくつかのラウンドの経験から任意の投票者が利益を得ることが十分なくらいに頻繁に（しかし前回のラウンドの教訓を咀嚼する機会を持ってないくらい早くはなく）生じること」という要件が、グッディンらの主張するように「多くの——しかしもちろんすべてではない——重要な政治的諸問題」について満たされているとは思えない。また、経験学習には適切な内省を経る必要があるという点で経験学習理論は一致しているようだが [中原 2013]、選挙について適切な内省をする能力はもちろん、そのような内省を行おうという姿勢自体が希少な資源であるように思える。そのため、経験学習にはあまり期待しない方が良いでしょう。

24) したがって、ここでいう「理想理論」は、単に理想的状況下というよりも、正義の要請を人々が遵守する状況という、古典的な「理想理論」を指すことになる。すなわち、コンドルセの定理を作動させることによって、常に正解が選択される以上、あらゆる正義理論は、コンドルセの定理を作動させるように——そのための条件を満たす形で各人が行動するように——要求する。

25) 理想理論に現実を近づけることが、必ずしも現実の改善を意味しないという「近似の誤謬」について、[Estlund 2019: chp.14]。「ブレーキペダルを欠いた車は、ブレーキペダルを持った車に近似しているが、その価値のほとんどは失われている。」[Estlund 2019: 271]。

それが民主主義の過程や決定の内実にかかわらず、その決定の正統性を確保するものであったからにはほかならない。価値相対主義に（少なくとも議論の当初は）立脚することで²⁶⁾ 民主主義における理想の存在は否定される。このとき、いかなる現状であっても、民主主義に反するものとして否定されることはない。結果として民主的正統性を常に確保できることになる。この論理は、その「民主的正統性」という語の魅力故に、——特に価値相対主義を明言せず、あるいは長大な論考の中のごく一部で仄めかすに留まる場合には——説得的に響くこともあり得る。

価値相対主義ではないにもかかわらず、このような論理を基本的に共有しているのが、メラースの議論である。すなわち、メラースは、共同体の成員全員に参加可能性が平等に保障された民主的決定——その典型は選挙によって選ばれた国会議員による決定——には、それが民主的決定であるという理由のみによって民主的正統性が賦与されること、そして、その決定を他のどのような機関も覆すべきではないことを、まさに自律一元論の帰結として主張している。この点で、メラースの議論は、司法審査として前提とされるべき民主主義の非理想理論としての資格を有している。そのような議論が、日本の法学者にも直観的に共有されているであろう自律一元論のために失敗していることを本章で示すことによって、自律一元論そのものと、それによる民主主義の非理想理論が採りえないことを——他のあらゆる主張と同じく、元となる議論の修正あるいは別の議論の提示によって反論され得ることを留保しながら——示すことが出来る。

これに対して、民主主義に対して帰結主義的正当化を与える非理想理論として、支持基盤理論のみを取り上げるのは、純粋に筆者の能力上の限界の理由しかない。理想的には、民主主義が現実においてどのように作動するかについて国内外の様々な文献を渉猟した上で、最も適切な理論を選び出す作業を行うことが必要になるが、筆者にはそのための能力が不足している。

26) 参照、[松井 1994: 331-332]。この点に関しては、[長谷部 1995: 65-66] [長谷部 1998: 166-167] も参照のこと。

本稿ではひとまず、そのような理論の一種であって、しかもそれ自体として説得的かつ論争的ながら有力な支持基盤理論が、本稿の司法審査論とも接続可能な理論であることを示すことによって、我々が持つ民主主義への愛着を（少なくともある程度は）説明し去る責を塞いだということにしたい。

2 メラースの正統化論の受容と乖離

本節では、メラースの正統化論が日本でどのような問題意識の下で受け止められているか（(1)）、そして、日本では注目されていない部分においてメラースがその帰結としてどのような主張をしているか（(2)）、それがどのように評価されるべきか（(3)）を簡単に確認する。

(1) 注目の背景と受容の仕方

まず、メラースの正統化論が日本で注目されるに至った背景として、従来の民主的正統化論が現代には通用しなくなった、という認識の一般化を指摘することが出来よう。一方では、内閣から、すなわち「上から」末端の行政官まで繋がるべき民主的正統性の連鎖は、すでに誰の目から見ても維持されていない。そのため、「下から」の民主的正統性が必要とされた²⁷⁾。他方で、EUに代表される政府間組織の権限の強化に代表されるグローバル化は、そもそも「上から」の民主的正統性の連鎖を根本的に不可能にしている。このような認識の下で、一政府の国会や行政の正統性をどのように確保すべきかという問題は、現代的なものとして浮かび上がってくる。

メラースの正統化論は、おそらく、上記の問題認識を共有した上でそれを解決するものとして受け止められている。実際のところ、メラースは、グローバル化に伴う正統化問題に対して回答を与えることもその目的の一つとして、その正統化論を展開している²⁸⁾。その議論のうち、日本で特に紹介される部分

27) 前注(8)の文献を参照。

28) 実際に、その著書ではグローバル化における正統性論に関してかなりの紙幅が

は²⁹⁾ 以下のようなものだ。

メラースは、まず自己決定を正統化の出発点に置く。そうした上で、より具体的な正統化の淵源として民主的機関による決定（民主的自己決定とも集团的自己決定とも呼ばれる）が持つ民主的正統化と個人（厳密には民主的ではない団体も含む）による自己決定（個別的³⁰⁾ 自己決定）の保障に基づく個別的正統化という二つの正統性を掲げて、それらが等価値であると宣言して見せる。このうち前者の正統性は国会に化体されるものであり、後者は裁判所によって化体されるものである。

このような議論は、個別的正統化という、民主的正統化への対抗軸を用意することによって民主的正統性一元論では解決できなかった諸問題に対して、その解決の糸口を与えるように見える。そして確かに、このようなメラースの正統化論は、自己決定という一元的な基盤の上に、「上から」と「下から」、多元的な正統性を創出することによって、上記の問題を自律一元論の範囲内でうまく解決しているように思われる。そのため、メラースの議論に忠実であるわけでは必ずしもないにせよ、このような正統化の区別は、行政法学者からの賛同を集めつつある³¹⁾。

割かれる [Möllers 2005: 209-396] [Möllers 2013: 150-226]。[林 2016] は、主にこの観点からメラースの議論に注目して各所で引用している。ただし、グローバル化の問題もまた、その組織・手続面に着目するという点で、帰結主義からすれば二次的問題に留まる。そのため、本稿では基本的に立ち入らない。

29) ここでの紹介は最大公約数的なものであって、文献によってはこれより詳しい紹介が行われている。

30) この「個別」は *individuell* の訳である。ここでいう *individuell* は、個人を含むが、それだけではなく個々の団体をも含む [Möllers 2005: 42-43]。

31) [原田 2014: 77-70] [藤谷 2016: 238-241] [山本 2018: 67-68]。

他方で、[巽 2019: 102] は、グローバル化による「上から」の民主的正統性の連鎖の不可能性という問題意識を提示しながらも、その解決の方向性については「電気通信の領域における行政手続および行政組織の整備は、ヨーロッパ化した規制ないし規整の実効性や、私人による公益実現の「保障」の実効性の確保に役立つのだとしても、それが規制ないし規整の直接の名宛人である事業者との関係で、いかなる意味で法律の規律密度の低下を正当化するのは、なお検討の余地がある。」として、どのような解決が妥当かについてはなお慎重な態度を示している。これは、

しかしながら、そのような多元性を許容することの帰結として、多元的な自己決定同士の衝突という問題が新たに作出されたことにはあまり注目が集まっていないように思われる。メラース自身はこの点についてどのような解決を与えているのだろうか。

（2）多元主義の問題とその解決

ア 多元主義の解決

一般論として、何かを多元的に理解した場合には、個々の要素同士の衝突に対して、アド・ホックな直観的判断ではなく、一貫した形で正当化された解決を与えることは、少なくとも非常に困難になる。そのような解決のためには、個々の要素に共通する基準が必要になるが、これを否定することこそ多元主義の要諦だからである³²⁾。多元主義者は、この問題に対して何らかの解決を与える必要がある。

その解決法は少なくとも三通りあり得る。

第一の解決は、多元主義を垂直的に限定する対応である。すなわち、ある次元においては多元主義だが、それらは共通する一元的な基盤を持つと考えた上で、その基盤に基づいて多元的な要素の衡量が可能である、と主張するのである。これは実際には一元主義に回帰する解決であるところ、メラースは、民主的正統化一元主義ではなく、個別的な正統化も認めているので、これには属さない。

第二の解決は、一貫した形で正当化された解決を与えることの放棄である。解決は常にアド・ホックに、直観によってなされるものでしかない。それが人々に受け入れられればよし、そうでなければ他の解決が妥当することになるであろう。しかしこの態度は、正統化論で採用することは困難である。国家は、反対者に対しても実力によってその決定への服従を強制する。その強制を

本節で指摘している、多元的な自己決定同士の衝突という問題（そしておそらくはその解決の困難性をも）を具体的事例に即して剔抉しているものと理解できる。

32) 価値多元主義の困難については [小川 2022-2023: (五)] を参照。

正当化・正統化することこそ、正統化論の課題なのである。もちろん、価値相対主義者はそもそもそのような課題の成立可能性を放棄するだろうし、実際にそれに与している論者も少なくないように思われる。しかし、価値相対主義自体は日本でも昭和時代にすでに [井上達夫 1986: 10-22, 199-200] によって論駁されていることからすれば、少なくとも安易に前提とできる立場とはいえない。

第三の解決は、この問題自体の消去である。すなわち、多元的に理解された個々の要素が現実には衝突する可能性を否定する道筋である。メラースが採ったのは、この道筋であった。

もちろん、メラースも民主的自己決定と個別的自己決定の衝突の可能性を認めている。そして一方が片方に対して一般的な優先権を持っていないという意味で、両者は等価である [Möllers 2005: 29, 32] [Möllers 2013: 66]。しかしながら、その衝突は、権力分立という制度の中で解消される [Möllers 2005: 15-16] [Möllers 2013: 7-8]。

具体的には、国会は、民主的正統性を具えた民主的決定によって、個人の「自由の領域 (Freiheitssphäre, sphere of freedom)」を定義する規則、すなわち「主観法」=「主観的権利」(subjektives Recht) を定義する。そのように法によって定義された個人による自由の行使を——そしてそのみを——、裁判所が保護することによって、個別的な正統化がもたらされる [Möllers 2005: 43-44] [Möllers 2013: 7-8, 68-69]。

イ メラースの解決の帰結

メラースの解決はエレガントである。国会が民主的正統化を具えないことはおよそ考え難い³³⁾。そしてその決定によって権利がはじめて規定されるのであれば、個人の権利行使が国会の決定と衝突することなどありえない。その決定の枠外には個人の権利は存在しないからである。メラースは見事に民主的自己

33) メラースにおいてある決定が民主的正統化を具えるための条件については 3 (3) イを参照。

決定と個別的自己決定の衝突を——そして民主的正統化と個別的正統化の衝突を——消去して見せた。

もちろん、このような形での衝突の消去は、国会のあらゆる決定を個人が受け入れるべきことを意味している。したがって、「憲法理論は、問題がある判断を防止することはできないし、不正な判断でさえも防止することはできない。それにできるのは、他者の自己決定にかかわるすべての判断は、民主的正統化を必要とするということを出し知らせることだけである。」³⁴⁾。

その帰結として、憲法裁判所（本章では日本の最高裁判所を含めて違憲審査権を持つ裁判所を一般に指すものとする）の機能は、「立法府が持つ合憲的に定義された民主的正統化の確保」[Möllers 2005: 138]³⁵⁾に限定される。裁判所はもはや「憲法の番人」ではない。「民主的に定立された規則を司法的手続において無効にする権限は、それ自体として正当化が必要である。そしてその正当化は、立法府の正統化要求 (Legitimationsanspruch)³⁶⁾からのみ生じる。」[Möllers 2005: 139]。したがって、基本権の保護は立法府の任務であって、憲法裁判所が行うべき任務ではない [Möllers 2005: 140] [Möllers 2013: 135-137]。

より具体的には³⁷⁾、例えば、国会は、委任立法を、非常に広範に行うことが出来る。また、裁判所による立法不作為の違憲審査、あるいはより一般に基本権保護のための違憲審査権はメラースの体系において正統化されない。さら

34) [Möllers 2013: 67]。[Möllers 2012b: sec.V] では「憲法理論の強力な規範的主張に反対する論拠が少なくとも二つある。」としている。一つは、規範的主張に対する方法論的懐疑であり、もう一つは「憲法理論に対する民主主義の優位」である。前者についてメラースはほとんどその内容を明確にしていないのに対して、後者はローティの議論から着想を得て他の著作でも展開されている。後者の論拠の問題性については3 (1) イを参照のこと。

35) 併せて、[Möllers 2013: 128-131] を参照。

36) 念のため補足しておけば、Anspruch は英語の claim と同様に請求権をも意味する語である。そのため、ここでも単に要求しているというよりも、自らが正統化されているという認識に基づいて、自らがその資格あるものとして要求しているものと理解される。あるいは、その資格そのものを指すと理解した方が直截的かもしれない。

37) これらの点は3 (5) ウで典拠とともに敷衍する。

に、行政裁量審査の厳格度³⁸⁾は、国会が自由に決定できる。それが明確ではない場合には、少なくとも行政の判断を代置するような審査は排除される。

(3) メラースの解決の評価

上記のような議論は、公法学にかなりの変革を迫るものである。メラースの正統化論に基づけば、司法審査という営みは非常に限定された形でのみ行われるべきである。結局、個人は民主的自己決定の範囲内でしかその自己決定を保障されない。すなわち、個人は民主的自己決定に全面的に服従しなければならない。この意味で、民主的自己決定は、個人にとっては他律である。

このような理論は、まず、これまでの実定法学の蓄積を良く説明する理論としては適格ではないことは明らかである。そのような理由もあってか、日本の論者は、メラースの正統化論を、その体系的考察に従って利用するのではなく、むしろ民主的正統化と個別的正統化の区別から着想を得て、独自の考察を繰り広げているように見える³⁹⁾。当然ながら、その範囲でのみメラースの正統化論を受けいれるとしても——そしてその故にこそ——、多元主義の問題に対して独自に解答を提出する必要があるが、そのような解答は管見の限り示されていない。

また、さらにいえば、3 (1) アで後述するように、メラースの理論は、我々の法実践の良い説明として提示されている。それにもかかわらず、メラースは、日独をはじめとした近代立憲主義国家の標準装備である違憲審査制とその実践を説明することが出来ていない。もちろん、それゆえに、違憲審査制を否定するのであれば理論として一貫しているといえる。しかし、3 (4) ウで詳述するように、メラースはその道も採らない。結局は、違憲審査制を、理論的に説明できない憲法上の決定として位置づけるのみである。そのため、メラース

38) ドイツの論者は、これを「密度 (Dichte)」と表現する。

39) 特に [原田 2014: 78-80] 及びそれに影響を受けた [藤谷 2016: 234-236]。同稿による正統化論の展開は「もともとなったドイツの学説と異なる」[山本 2018: 68 注 71] と評価されている。

の理論は内在的にも成功しているとは言い難い。

したがって、メラースの議論をこれ以上検討することはそれほど有意義ではないようにも思われる。それでも、上記の帰結がどのような論理で生み出されたのかを確認しておくことは、同じ轍を踏まないために有益であるだろう。「もっともらしい誤謬は、死ぬと必ずアメリカに行き、田舎の教授の最新の発見として蘇るものである。」[Broad 1959: 55]と言ったのはイギリスの哲学者だが、ドイツから日本に行く誤謬もあるかもしれない。以下では、メラースの自律一元論がいかなる論理で上記のような帰結に到達するかを見ていこう。

3 自律と他律

以下では、まずメラースの議論の方法論を確認する ((1))⁴⁰⁾。メラースは、基本的に実定法学者である。すなわち、実定法や判例に現れた我々の法的実践を出発点としつつそれを整合的に説明しようとするのが彼の基本的な方法論的態度である。

次にメラースの正統化論の哲学的前提、すなわち自己決定の価値論・認識論・存在論を確認する ((2))。そして、これらの哲学的前提から導かれるメラースの民主主義理論を確認する ((3))。

最後に、これら議論を踏まえて、メラースの権力分立論が如何にして2 ((2))イで示したような帰結に至るのかを確認する ((4))。

(1) 方法論

ア ドグマティックと憲法理論

ドグマティックという言葉はそれ自体として多義的である⁴¹⁾が、メラースは

40) メラースにおける行政法学の方法論については、[Möllers 2012c]。邦語文献における周辺の事情も含めた整理としては [三宅 2013: 170-187] を参照。本稿では、より一般的な法学方法論の水準の議論に注目する。

41) 筆者による「ドグマティック」という語に対する理解とその批判については [小川 2019b: 159-160 注 30, 174 注 128] [小川 2023: 359-363] を参照。また、ドイ

それを「法素材の法規範横断的な体系化」として理解している。より具体的には「権力分立原理のドグマーティクの任務は、決定実践においてすでに黙示的に使用されているモデルの明示化、そして、基本法におけるそのようなモデルの規範的定着化及び基本法によって提起された法問題に際してそれを実証するところにある。」[Möllers 2005: 5].⁴²⁾。

すなわち、日々の法的実践の中において黙示的に使用されている権力分立原理を明示的にドグマとして定立して、それに基づく体系的理解及びそれによる問題解決を(遡及的に)法的実践の中で行っていくこと、これがメラースのいうドグマーティクである。しかしこのようなドグマーティクのみによつては、比較法は「直観的説得力 (intuitive Plausibilität)」に依拠するものに留まらざるを得ない。ドグマーティクは各国法秩序に内在した体系的理解を行うものであるところ、それらを比較するための準拠点が存在しないからである[Möllers 2005: 7-10]。

そこで、メラースがドグマーティクを超えた憲法理論上の準拠点として提示するのが、法秩序の正統化構造に関する憲法理論である。「この検討においては、正統化構造とは、統治権者の行動を正当化⁴³⁾ するために、法主体による意

つにおける「ドグマーティク」の多様性を——著者自身の認識とはおそらく異なり——示すものとして [赤坂 2020]。その点を含めて、「ドグマーティク」を真正面から検討するものとして、[齋藤 2023]。

42) 他方で、メラースは、「実定法に基づいて展開されるが、しかし、個々の法命題の存立には依存しない、規範的諸制度と諸意味連関の展開として理解されたドグマーティクは、人口に膾炙した考え方によれば、法学の中核である。」としつつ「分離することは出来ないにせよ、ドグマーティクと、体系学あるいは体系形成の主張は区別されるべきである」[Möllers 2012c: 156-157] とすることもある。しかしこれはドグマーティクに対して本文と実質的に異なる定義を与えるという趣旨ではないだろう。いずれにせよ、ドグマーティクが体系化の作業を含まないというわけではない。

43) メラースは、Legitimation, Legitimität, Rechtfertigung という語を使い分けている。具体的には、「Legitimität は、最初は王政復古時代において君主制の伝統的な Rechtfertigung を表し、そしてのちにマックス・ヴェーバーによって、支配の事実上の受容と貫徹可能性を表した一方で、Legitimation の概念は、法秩序によって手続の形で創設された Rechtfertigung 連関を指示している。」[Möllers 2005: 34]

思形成を援用する、法秩序の諸要素を意味すると理解すべきである。」[Möllers 2005: 11]。すなわち、「自己決定的権力分立⁴⁴⁾モデル (ein Modell selbstbestimmter Gewaltengliederung)」が、「ドグマーティクの足場」あるいは「比較法の準拠点」たる正統化理論となる [Möllers 2005: 15]⁴⁵⁾。

なぜ憲法理論の中でも自己決定的権力分立モデルがその準拠点になるべきなのかについては (2) アで詳述する自律一元論によって説明されている。しかし、ここで注目したいのは、メラースの正統化論があくまで我々の法実践の良い説明として提示されている、という点である。説明されるのは憲法理論の水準で我々の法実践を教導しているモデルなのであるから、そのモデルは我々の法実践に対して規範的に作用する。そのため、このモデルは法実践と完全に整合する必要はないが、少なくともその大部分を説明する必要があるといえる。

この方法論のもう一つの特徴として、メラースの説明の対象は、我々の経験一般ではなく、我々の法実践に限定されている。その一環として、次節で詳説するように、メラースは哲学から法(学)を独立させている⁴⁶⁾。

(Legitimation, Legitimität に関する同様の用法として、[Möllers 2011: 286=251])。本稿では、それぞれ、正統化、正統性、正当化の語を充てることとした。

44) 通常、「権力分立」と訳されるのは Gewaltenteilung あるいは Gewaltentrennung である。しかしメラースは、三権が分離されているという印象を与えるこれらの語を嫌って、三権が区別されながらも相互に関係しながら統一体を作る、という自身の立場を明確にするため、Gewaltengliederung という語を用いている [Möllers 2005: 25]。邦語文献ではこの趣旨を受けて、Gewaltengliederung に「権力区分」という語を充てることが提案されており [磯村 2014: 208-209 注 24]、この提案は一考に値するものと考えられる。しかし本稿では、日本語の「権力分立」という言葉には分離という印象がないように思われること、「権力区分」という言葉を用いることによってメラースの議論が権力分立論の一種として位置づけられることがわかりにくくなる可能性を考慮して、「権力分立」という語を充てることとした。

45) 同様の方法論は [Möllers 2013: 11-12] では「概念主義 (conceptualism)」と呼ばれている。

46) このような態度は、裁判所が道徳に基づいて判断を行うことの否定——厳格なタイプの排除的法実証主義——をも帰結する [Möllers 2012a: 71]。「ある人の政治的かつ世界観的な確信が、その人が憲法の内容であるとするものと全く衝突しない、ということによって、邪悪な憲法学者を見分けられる。」[Möllers 2012a: 75-76]。すなわち、ロナルド・ドゥオーキンや本稿筆者は「邪悪な憲法学者」(あるいは法

このメラースの方法論そのものに対しても批判を行うことが出来る。なぜ説明の対象は法実践に限定されなければならないのか。この問いに答えるというまさにそのためだけでも、法学の内部に留まり続けることはできないはずである。法学の任務として、第一次的には、法実践の良い説明を提供することを目的とするのが学術的分業として合理的であるとしても、そのことは、その説明が法実践以外の我々の実践の良い説明であることの不要性を含意しない。むしろ、法学の議論が常に外部からの挑戦に開かれていることは、法学が好事家の知的遊戯に堕さないための必要条件である。

この点については、別稿で既に論じたため⁴⁷⁾、ここでは繰り返さない。以下では、仮にメラースの方法論を受け入れたとしても、それが内在的に破綻していることを示すため、上記の方法論を前提として検討を進めていく。

イ 哲学に対する法学の自律性

メラースはいう。

「法学や政治理論において用いられるあらゆる正統化理論上の論拠が、法学における使用に適しているわけではない。つまり、法学的アプローチはむしろ、理論的諸問題を棚上げできるという特権を持つ。そのアプローチは、実定法の妥当性へのその理解の指向性によって、それらの諸問題から解放されている。」 [Möllers 2005: 35]

「憲法条文が「民主主義」とか「自由」という言葉を法典化しているとき、実定法は政治哲学の概念を参照している。しかしながら、そのような参照の際に、憲法条文は、哲学の要素を具体的な政治的かつ法的な文脈に置い

哲学者) である。

47) [小川 2019a: 70-92] [小川 2019b: 113-114, 137-137, 153, 159-160 注 30, 174 注 128] を参照。ドイツにおいても [Meyer-Cording 1973] において、ドグマティックという用語・概念に対して徹底的な批判を加えられているが、同書はその後ほとんど顧みられていないようである。

て、その意味を修正しているのである。したがって、実定法の内容を決定するために政治哲学が必要だというのは疑問である。自然法哲学者の王国というプラトンの遺産——そこにおいては、哲学は、立法者、行政府、裁判所だけがその内側に存在するべき一般的な規範的諸境界線を取り決める——は、法の民主的理解と両立しない。そのようなアプローチは、哲学的論証の射程を、とりわけ道徳的論証を、過大評価してもいるのだろう。] [Möllers 2013: 6]

以上の引用文を一見したところでは、メラースが哲学に対して極度に懐疑的であり、その使用を排除しようとしているようにも思える。しかし実際にはそうではなく、後者の引用文に続けて「それにもかかわらず、法と政治哲学に実証主義的な形で方法論的境界線を引いて、法の文言に単純に固執することも、同じくらい説得的ではない。」 [Möllers 2013: 6] としている⁴⁸⁾。

すなわち、メラースが言いたいのは、法学は哲学に対して自律しており、法学が哲学を利用する限りにおいて、哲学は法学に対して関連する、ということである。実際のところ、メラースは、特に民主主義論（民主主義政治と法との区別に関する議論を含む）において、ロバート・ブランダム（Robert Brandom）の言語哲学上の立場である推論主義⁴⁹⁾ や、リチャード・ローティ（Richard

48) メラースによる（行政）法文言の解釈方法論については、[Möllers 2012d: 144-147] も参照。そこでは様々な手法について論じられているが、結局のところ、「方法的には、行政に対して特定の決定を求めることはできないが、しかし、決定の状況適合的な正当化を求めることはできる。」 [Möllers 2012d: 147]。これは単に正当化を求めることができる、というだけであって、適切な正当化を行政の判断から独立して同定できるとか、適切な正当化がない場合には行政行為は無効と判断されるべきである、といった主張を含意しないと解釈すべきであろう。

そもそも、「行政法にとっては、包摂パラダイムは限定的な意義しか持たない。このように言えるのは、行政法の有権解釈者（Erstinterpret des Verwaltungsrechts）としての行政が、刑法や民法に適合する私的主体とは異なる形で機能する、民主的に正統化された組織だからである。」 [Möllers 2012d: 145]。そして、何が正当化といえるかは、民主的にのみ決定される（参照、(2) ア）。

49) ブランダム自身によるブランダムの立場（推論主義）の入門書 [Brandom

Rorty) ⁵⁰⁾ の形而上学的・メタ倫理的な相対主義——あるいは良くても静寂主義——に、かなり雑駁な形で依拠している ⁵¹⁾。

さらにここから分かるのは、メラースにとって、ある哲学的見解がいかに関論争的であっても、それが法実践の説明に役立つのであれば、それに依拠することに何ら問題はない、という点である。

まず、ローティの相対主義ないし静寂主義 ⁵²⁾ については、現在では、批判的にもなっていない。それは、通説的見解として受け入れられているからではなく、改めて批判する必要があるような有意義な立場だとはみなされていないからである。そもそもメラースがローティの問題提起をどこまで真剣に受け止めているかも定かではない。「民主主義は、意のままにならない真理の概念を必要とする」[Möllers 2012a: 44] と主張しているからである ⁵³⁾。「実際にそうであるように、特定の事物は我々に依存していないということを認めることは、……真理に関する通常的理解 (Alltagsverständnis) に対応している。」[Möllers 2012a: 45] というのはメラースが言う通りだが、そのような「通常的理解」

2000] には邦訳もある。

50) [Rorty 1991] が引用される。

51) ブランドムについては、[Möllers 2008a]、また [Möllers 2012a: 7] ではエビグラフとしてブランドムの言葉が引用されている。その他の著作でもブランドムが引用される。ローティについては、例えば [Möllers 2011: 354=300] [Möllers 2012a: 11]。

52) 特にメタ倫理学上の静寂主義に関する現在の議論及び本稿筆者によるその検討について [小川 2019b: 149-153] を参照。

53) 下記で挙げるようなローティの主張との矛盾を措いても、メラースの議論は成功していない。すなわち、メラースの主張の根拠 (のようなもの) は「イラクにおける大量殺戮や、気候変動に関する問題は、それが政治的に高度に重要であるにもかかわらず、政治的前理解によって解決されるものではない。それらの問題は、客観的に、真あるいは偽として回答されるべきものである。」というような理解は「政治において常に確認されている」[Möllers 2012a: 45] というものだが、これは、直観的にそう感じられるという以上の主張ではない。実際のところ、非實在論 (メラースがそこで唐突かつ局所的に言及する「喜ばしい構成主義 (fröhlichem Konstruktivismus)」を含む) は、「それらの問題は、客観的に、真あるいは偽として答えられる。」ということを否定する立場である。この点でローティから離反するにせよ、何にせよ、正当化が必要である。

の否定こそ、メラースが——常に論文全体を——引用する“The Priority of Democracy to Philosophy”におけるローティの主張である。すなわち、ローティはそこで「[事物についての事実]というまさにその観念こそ、それを持たない方がうまくいくであろうものである、というのが私の考えだ。」と主張している [Rorty 1991: 193=194-195]。もちろんこのような非常に論争的な主張を、ローティの議論を再構成した上で支持することは可能である⁵⁴⁾が、そのような作業はメラースの著作において行われていない。

ブランダムの推論主義についても事態は同様である。推論主義は世界的に注目を集めており、日独もその例外ではない⁵⁵⁾。しかし、「公平に見て、現在の推論主義が概念的にも形式的体系としても高度に洗練された今日の様々な表象主義的理論〔推論主義による批判の対象〕と肩を並べるものではないことは認めねばならない。』[島村 2015: 108 注 16] という評価からもわかるように、その注目は、新奇な論争的見解としてのものである。もちろん、ブランダムの理論についても、それを検討し擁護した上で、民主主義理論に応用するということは可能であろう。しかし、主としてブランダムに依拠して議論を行っている [Möllers 2008a] で行われているのは、ブランダムの言語哲学に関する文章を、——Repräsentation という語が「表象」と「代表」の双方を意味し得るという事実に依拠しつつ——民主主義に関する文章として読み替えるという作業である。それが自覚的な作業であること [Möllers 2008a: 167, 171n.22] は、そのような扱いが哲学的論証を無視するものだという重大な瑕疵を治癒するものではない⁵⁶⁾。

54) 実際のところ、[Rorty 1991] の主張は、反省的均衡の中で真理を決するべきだというものとして理解する余地もある。このように理解した場合には、[小川 2019a] [小川 2019b] の主張とその点ではほとんど変わらないが、しかしそうだとすれば「哲学に対する民主主義の優先」は帰結しない。

55) 例えば、[長谷川ほか 2018] の特集を参照。

56) ただしこの瑕疵も更なる論証を経ることによって、治癒され得るかもしれない。ブランダムの影響を強く受けた議論が、根元的規約主義と親和性を持っていることが指摘されている [高橋洋城 2018: 76-77] と、根源的規約主義を支持する大屋雄裕は、正統性の淵源を国民の承認のみに求めている (例えば [大屋 2017])。

このように、メラースは、それが法実践の説明に役立つのであれば、非常に論争的な哲学的見解に対して論争的なままに依拠することを厭わない。聖書の記述を真なるものとするために、進化論を否定して創造説を支持するキリスト教原理主義者に類似したこのような態度によって、メラースは、哲学に対する法学の自律性を確保する⁵⁷⁾。

ウ 政治と法の区別

さらに、このような法の自律性は、政治との関係⁵⁸⁾においても現れる。ある

このような理論は、確かに、メラースの理論とも親和的である。メラースがそこまで論証を構成することができれば、そのようなものとして検討の対象になり得たのではあるが、その作業は行われていない。なお、大屋雄裕が根源的規約主義から導出する相対主義的見解（それは上記の民主主義論の前提にもなっている）に対する批判として、[小川 2019a: 77-79]。

57) このような態度は、メラースの科学哲学に対する見解にも表れている。メラースは、科学哲学について「近時、プラグマティズムから着想を得た、学問的進化の解放性を考慮に入れた概念が生じている。この概念は、良い実践の特定の規準を発展させることを完全に諦めようとはしない。方法に関する反省によって、自己を観察して誤った方向性を同定するように法学をも義務付ける方法を獲得する (Methodenvergewisserung) ことが出来る。」という見解を紹介して、その見解と共通する法学内部の動向として、「最近の著作では、学問的規準や法学内部の分業の諸構造、そしてそれによる『良い学問』のための規範的準則に対して期待が寄せられている。」と主張して [Möllers 2012c: 141]、それ以降、この見解を前提に議論を進めていく。

この見解が正しいのか、さらに、この見解が自己観察による規準の獲得可能性という点では真理を捉えているとしても、なぜそれが法学内部で自己完結できるのかについては全く論証が存在しない。このように、論争的な見解に依拠する際に論証を省略して引用で済ませる態度は、[Möllers 2012c] の全体において顕著である。同論稿がハンドブックに収められた一篇であるという点がこのような態度を招いたという側面もあるにせよ、法学に役立つのであれば哲学的な論争性を無視できる、というメラースの一貫した方法論の現れとしても理解できよう。

法学の自己完結の不可能性については、前注 (47) の文献を参照。

58) ドイツにおいて、当初は憲法裁判権の限界を画定するものと想定されていた政治と法の区別が、両概念の不明確性・不精確性ゆえに失敗する過程については [穴戸 2021: 167-185]。メラースの議論においても、この不明確性・不精確性は解消されていないので、メラースにおいてもこの問題は残存している。ただし、メラース

いは、政治が法から自律しているといってもよい。

そもそも、メラースによれば、憲法は、一般に、法と政治の区別を保ちながら接続させるためのものであって、立憲主義とはそのような「制度的現象」を指す [Möllers 2012b: sec. I]。より具体的には、憲法とは「民主的過程を通じて法秩序の正統性を保障するのと同時に、法形式の手続を通じて民主的意思形成の組織を保障する制度的環境」である [Möllers 2009: 177]。これによって、一方で、民主主義という政治が、法化されることになり、他方で、立法とそれに基づく法秩序が政治化されることになる [Möllers 2012b: sec. II.2-3]⁵⁹⁾。

ただし上記の説明では、民主主義国家における政治を想定している。政治が民主的に行われる国家でなくても、立法を行う政治プロセスが法によって規定されているのであれば、その国は立憲主義国家であると言い得る。もちろん、立憲主義の標準的特徴とされている裁判所の違憲審査権も、メラースのいう立憲主義には不要である [Möllers 2012b: sec. II.3]。

このような憲法の定義は、一方では、憲法が歴史的に果たした役割に対する考察の帰結として提示されている [Möllers 2009: 169-178]。メラースによれば「憲法上の概念の有意義な現代的使用は、その歴史的意味の参照なくして生じ得ない。」 [Möllers 2009: 170]。そもそもメラースの歴史に対する理解が正しいかについても疑問を呈し得る⁶⁰⁾が、しかし、それを差し置いても、メラースの議論は自壊的であり得る。憲法や立憲主義という用語は、少なくとも現代ではそのように使われていないからである。だからこそメラースはそのような用法を主張する論文を執筆する必要があったはずである。このような現代的展開を捨象した歴史上の意味を参照することにどのような意義があるのかは明確とは言い難い。

いずれにせよ、このような態度は解釈方法論としてかなり論争的なものであ

は、そもそも憲法裁判権を画定するのではなく、それを否定するも同然なので、この問題は顕在化しにくい。

59) 併せて、[Möllers 2005: 56-57] [Möllers 2012a: 74]。

60) 立憲主義に関する歴史の異なる理解については、[長谷部 2004: 43-110]。

り、メラースがそれに応じた論証を行っているわけではない。ここでは、メラースが提示するより実質的な根拠、すなわち政治と法を区別したまま結合すべき根拠に注目するのが理解に資するであろう。

まず、メラースにとって政治とは「組織された集合的行為の何らかの形態」である。そして「政治的行為は、複数の正統な判断が可能であるところのみ実現可能である。——これは法的判断形成の合理性と明白に矛盾する。」[Möllers 2012b: sec. II.3]。このように相互に矛盾する合理性を有している以上、政治的判断と法的判断は相互に自律していなければならない。すなわち、「制度的観点からは、法の自律は司法府の独立に依拠している一方で、政治過程の自律は立法過程における恣意的な判断形成の余地に位置している。」[Möllers 2012b: sec. II.4]。

したがって、メラースにおいては、政治とは恣意的な決定であり、法は合理的な判断である。そのため、メラースは、裁判所における厳格な比例原則審査が、「法的推論と政治的推論の差異のすべてを解消してしまうだけでなく、両方の談話 (discourse) を法的でも政治的でもなく、哲学的なものにもしてしまいでる。」と懸念を表明している [Möllers 2012b: sec. II.5]⁶¹⁾。

それではなぜこのような差異を我々は保存しなければならないのだろうか。メラースは、異なる法秩序の間の、違憲審査における差異を「素晴らしい差異」として称揚しつつ、これを「一つの合理的フレームワークで記述することは不可能である」と主張する。「それらの差異には多くの実践的・制度的理由があるだろうが……、それらの理由は、均一的な哲学的フレームワークでは形成され得ない差異に対する正当化が何か存在する場合にのみ意味を成す、自己

61) ただしここでは「単純に、法に合理性を割り当て、政治に恣意性を割り当てることはもっともらしくない」ともしている。しかしそれは、そのような言い方が、「政治化に法化を優越させる、方法論に言い換えれば、憲法的談話を法的事例の解決へと不当にも制限する、もう一つの方法である」からに過ぎない。つまり、ここでは「恣意性」という言葉に伴う否定的評価を問題にしているのであって、恣意性そのものを問題としているわけではない。むしろ本文でも述べるように、メラースは政治的決定を本質的に恣意的なものと考えている。

決定という理念とも関係を持たなければならないだろう。」[Möllers 2012b: sec. II.5]。

すなわち、メラースにおいては、異なる法秩序の異なる実践は、政治の恣意的な選択の結果である。そのため、それらを単一の（法的）合理性によって統一することはできない。ただし、自己決定は別である。合理的には何らかの正当化を決定することはできないが、自己決定によってそれらを選び取ることはできる。逆に言えば、この自己決定の表出として、政治はその恣意的な選択——そしてその結果としての差異——に正統性を有する。「良い根拠は民主的正統化を創出しない。」[Möllers 2012a:43]。ここに、自律一元論を明確に看取できる。

このようなメラースの立場は、熟議民主主義の評価に顕著に現れている。メラースは、熟議について語るとき、まず「理性の代わりに意思がある (stat pro ratione voluntas)」と宣言する [Möllers 2005: 61] [Möllers 2012a:53]。熟議民主主義は、この原則を反転させ、理性を意思に優先させようとする、すなわち、理由の交換と正当化によって政治を正統化しようとする。このとき、「自己決定的意思の支配の代わりに、正当な論証の支配が存立することになる。」[Möllers 2005: 61]。しかし、上記のように、メラースにとって政治は、意思による決定であって、正当な論証に基づいて行われる判断ではない。したがって、「自己決定の使用は正当化を提供する能力を必要とするだろうが、自己決定の保障もまた、正当化を絶え間なく提供する義務から防護されなければならない」[Möllers 2013: 60]。こうしてメラースは熟議民主主義に否定的な態度⁶²⁾を採ることになる⁶³⁾。「議会手続の鍵となる機能とは、判断された一連の行為に

62) このような態度の裏面として、メラースは「カール・シュミット (Carl Schmitt) のような思想家に着想を得た集合的主意主義の強力な概念」に親近感を示している [Möllers 2013: 58-59]。

63) メラースは規範的 (normativ, normative) という性質と認知的 (kognitiv, cognitive) という性質を区別した上で、正当化をもたらすのは前者だけだと考えている [Möllers 2008a: 173] [Möllers 2013: 58-60, 71] [Möllers 2019: 243-246]。そのため、引用部分でも議論されているように、例えば熟議は認知的改善をもたらすかもしれないが、それは規範的な正当化をもたらさないとされる。

対する代替案を表明し、それによって、最終的に到達された判断を明確化するところにある。……結果として、議会における合理的論証の真剣な交換は、必然的に要求されるものではない。」 [Möllers 2013: 85]。

ただしメラーズも民主的決定が、まったくもって不合理だと考えているわけではない。民主的決定の恣意性は、あくまで結果として恣意的に行われる、あるいは法から見れば恣意的なものとして認められるべきである——その理由が問われるべきではない——、というものである。実際には、民主的決定は、まったく理由なく行われる決定ではない。「なぜなら、諸決定の民主主義的平等は、合理性を存立させる手続に結びつくからである。様々な利益の算入、諸事案の表現、多数派を獲得するために必要性を基礎づけ明確化すること、こういったメカニズムのすべては、開かれた、修正可能な認識過程を可能にする。……それにもかかわらず、民主主義と理性の連関は、弱いものであり続けるし、民主的政治の決定論理によって、あっさりと覆いつくされてしまい得る。」 [Möllers 2012a: 44] ⁶⁴⁾。

このように、メラーズは、自己決定の尊重を根本的な理由として、政治を理由によって統制することが不可能であり、それゆえに政治は恣意的でなければならない、と考えている。このような自身の基本的立場を、メラーズは、特に憲法学との関係においては、「憲法理論に対する民主主義の優先」として定式化している [Möllers 2012b: sec. V]. ⁶⁵⁾。

64) このようなメラーズの立場については以下のような内在的説明も可能であろう。メラーズは自律一元論であるから、あらゆる理由は自律によって選択されなければ妥当しない (② ア参照)。したがって、常に決定が理由に優先する (これについては ② イ) のブランダムスの援用も参照のこと)。さらにいえば、そのような決定は、理由付け能力を持った人々によって行われていると想定される。人々は理由付け能力を持っていると想定するのが法の決定、すなわち民主的約定 (参照、③ ア) だからである。したがって、そのような理由を伴ったとして想定される決定を、裁判所や法学者といった主体が、その主体が理由と考えるものによって覆すべき理由はない。

65) この立場は、法治国的合理主義 (rechtsstaatlichen Rationalismus) に対する民主的意思主義 (demokratische Voluntarismus) の優先としても表現される [Möllers 2012c: 133]。併せて、[Möllers 2013: 58-59] も参照のこと。もちろん、これは憲法

これは、アで述べたドグマーティクとの関係においては、以下のような帰結を導く。

「法適用という実践は、実践的な決定を下す必要があるので、その実践にとって、ドグマーティクは、常に、その仕事の要素の一つに留まる。……ドグマーティクから実践が乖離していることに関する異議は、退けられるべきである。そのような異議は、学術理論的にも、比較法的にも、維持可能なものではない。結果として、ドグマーティクは、行政法学の重要な分野であり続けるが、そのために、ドグマーティクに対して中心的な役割を割り当てるべきだということにはならない。」 [Möllers 2012c: 157]⁶⁶⁾

より端的な表現も引用しておこう。

「民主主義的素人主義 (Demokratischer Dilettantismus) は、常に特定の利益と側面を算入することしかできない専門馬鹿 (Fachidiotie) への必要な距離から生じる。」 [Möllers 2012a: 46]

理論に限定された話ではない。メラースは、例えば、社会学の理論についても「社会学の統一理論 (Großtheorien) は、簡単に受け入れられすぎている。それらの理論は、方法的に一面的であるから、民主主義的法システムの多様性にとっては受け入れることが困難である。」 [Möllers 2012c: 168] と主張している。

このような立場はポピュリズムを導く、という懸念はおそらく正当なものであろう。これに対するメラースの回答は、エルネスト・ラクラウ (Ernesto Laclau) を引用しながら、ポピュリズムと民主主義の区別は困難と指摘しつつ (例えば [Möllers 2008a: 170] [Möllers 2013: 63n.55])、そもそも「民主的意思形成にとって、ポピュリズムをどのように扱うべきかという規則は存在しない。」 [Möllers 2012a: 33-34] とするものである。

66) ここでは、ドグマーティクに対して、行政実践にとって「中心的な役割」を与えるべきではない、と主張していると理解できる。逆に、行政法学にとっては、ドグマーティクは中心的なものであり続ける。そのため、行政実践に対してドグマーティクが持つ重要性が低下すれば、それに伴って、行政実践に対して行政法学それ自体が持つ意義も低下する [Möllers 2012c: 175-176]。

(2) 自律の哲学的前提

さて、ここまでの検討から、メラースが、方法論的には、我々の法的実践の説明として自らの議論を提示していること——そこから法学の哲学からの自律性が帰結すること——が明らかになった。そしてさらに、政治と法を区別した上で、合理性が支配する法に対して、政治は常に恣意的な決定を行うものである、逆に言えば、政治は恣意的な自己決定によって正統化される、と考えることが明らかになった。

このように、メラースの正統化論においては、自己決定、自由、あるいは自律——メラースにおいてはこれらの語は互換的に用いられる⁶⁷⁾——が鍵概念となる。そしてこの鍵概念について、メラースは、一方で自己決定を正統化の出発点に置きながら、他方で、それを民主的自己決定と個別的自己決定に分解してみせる。

以下ではメラースの自己決定に関する理解を、価値論・存在論・認識論の観点から確認していく。

ア 価値論上の自律一元論

メラースは、権力分立論に取り組む際の自らの方法を「一元的規範アプローチ」として説明する。

「この本は、一元的規範アプローチを確固として支持する。それは、例えば、経済的成功、平和維持、あるいは分配的正義を通じて、混交主義的な方法で正当性の様々な形態を組み合わせるモデルとは異なっている。我々の個別的自己決定と集団的自己決定、すなわち自由に対する排他的集中は、他の正当化規準が無関係であるという想定に基づいているわけではない。もちろん、それらは関係する。」 [Möllers 2013: 5]

どうということか。メラースはこのアプローチの理由を 3 つ挙げているが、そ

67) 例えば、[Möllers 2005: 29] [Möllers 2013: 7] .

のうち1つ目が、メラースが自律的一元論に立っていることを明確にしている。

「第一に、自己決定の過程は、正義、福祉、そして効率性といった、他の正統性基準を正統に定義し、適切に特定するのに必要だと思われる。すべての民主的憲法は、この見解を共有している。すなわち、それらは公的権威が特定の目標を達成するように義務付け、それらの目標を同定するために民主的過程をその位置に付けている。」 [Möllers 2013: 5] ⁶⁸⁾

すなわち、メラースによれば、何が正統性規準 ⁶⁹⁾ であるかは、自己決定によって選択されるべき対象である。自己決定より前には如何なる正統性規準も存在しない。なぜそのように言えるのだろうか。

まず、上記の言明は、自律一元論へのコミットメントを示しているだけで、何の論拠も伴っていないことに注意しよう。(メタ)倫理的には、上記の立場は、価値が客観的には存在しないという非實在論に立脚した上で、各自の自己決定によってその人にとっての価値を特定できる、という立場として分析できる。しかしながら、非實在論がそれ自体として論争的な立場であることはもちろん ⁷⁰⁾、非實在論を採った場合に、人々が自己決定によって価値を特定できるという立場は——そこでいう「自己決定」の意味がさらに問題になる——さ

68) また、「すべての決定、すなわち安全、福祉、正義に関することもふくめてすべてが、民主的に決定されなければならない。」 [Möllers 2012a: 15]。

69) ここでは通常は「価値 (value)」という言葉で表される事柄が「正統性規準 (standards of legitimacy)」と呼ばれている。メラースは、value という言葉を、客観的な (個人のイニシアチブに基づかない) 規範として理解している (例えば [Möllers 2013: 35] [Möllers 2012b: sec. II.5]) ので、ここで value を用いなかった可能性がある。

70) 筆者自身による實在論の論証としては、[小川 2019a]。そこで筆者が採用する還元主義的自然主義的道德實在論は、メタ倫理学上、有望な立場として目される [米村 2008: 130-164] [Miller 2013: chp.9]。

らに論争的である⁷¹⁾。もちろん、メラースの立場をより実在論的に解釈することも可能であるが、そのように解釈したとしても、論争的な立場であることに違いはない⁷²⁾。

そのような非常に論争的な立場をメラースが採用するのはなぜだろうか。それは、民主的憲法がそのように定めている（とメラースが解釈した）からである。より具体的には、メラースは、アメリカ憲法とボン基本法がその前文において、その憲法が集団的自己決定によって制定されたものという理解を示していることを指摘する⁷³⁾。

「この憲法自身の憲法成立に対する理解に基づいて、この時点ですでに以下が帰結する。すなわち、どちらの憲法秩序も、自己決定の行為を、統治の正当化のための最小限の必要条件として理解している。憲法制定の自己決定行為は、その秩序の全体に及んでおり、その部分のどれについても、放棄不可能である。しかし他方で、その行為では不十分でもある。当然な

71) 現在有力な非実在論の諸立場の検討として、[安藤 2019b]。

72) 一つのあり得る解釈は、メラースが、自律や本物性に価値を認めている、というものである。しかしそれらは、他の価値が自律的に特定されなければならない、ということの意味しない。そのため、メラースの議論の解釈としては困難であろう。

これに比べれば、メラースの議論を、ある達成によって福利を向上させるためにはその福利を持つ本人がその達成を是認している必要がある、と主張するものとして解釈する方がより有望であろう。実際のところ、本人が是認していない達成はその本人の福利を向上させない蓋然性が高い、という主張——先の主張と同義ではないより弱い主張——が支持されることはある [Woodard 2019: 73-77]。しかし、後者の弱い主張にも例外はあり得る。例えば、禁欲的な生活を好む人が、金持ちを事故から救ったお礼として豪勢な歓待を受けて、その人がそれを楽しんでしまったとすれば、その人の福利はやはり向上していると言わざるを得ないであろう。そして前者の強い条件であれば、なおさら、福利論の検討とそれと整合的な価値論の展開が必要になる。前者の強い条件を主張するジョセフ・ラズの議論を分析した上でその失敗を示すものとして [米村 2018: 151-169]。

いずれにせよ、メラースは本文中で引用した直観以上のことは言っていないので、ここではこれ以上立ち入らない。

73) 併せて [Möllers 2005: 32-33] も参照のこと。

がら、憲法の内容が、憲法の自己決定による成立の嘆願に限定されるわけではない。それら憲法の前文は、それを越えた内容の準則を含んでいる。しかしながら、ここで展開される連関においては、それらの準則は、これ以上は問題にならない。なぜなら、これらの準則もまた、憲法制定の自己決定的行為によってのみ、妥当させられるからである。] [Möllers 2005: 28-29]

ここにも、法実践を説明するためなら如何なる哲学的見解を取ってもかまわないというメラースの方法論が適用されていることは明らかである。国民による憲法制定という物語を筋が通った形で理解するのは困難であるし、そのような物語はそもそも不要とすら言い得る [長谷部 2009]。しかしながら、この憲法制定という始原的決定は、メラースの民主主義論において重要な位置を占めることになる（(3) アを参照）。

残った二つの理由について簡単に触れておこう。二つ目の理由は、「アウトプットを基礎とした正統性概念は、法学の一部に特定の方法論的問題を創出する。法学は、その手続的・組織的問題について語るのと同じ権威をもって事実的状况や法の結果について語るができない。」 [Möllers 2013: 5] というものだ。しかしこれは法学をそのように限定したことの帰結に過ぎない。もしアウトプットを基礎とした正統性概念を採るべきなのであれば、それを考慮できるように法学を組み替えるべきなのであって、これまで行われてきた法学のやり方にそぐわないから正統性概念を切り詰めるというのは端的に本末転倒である。

第三の理由もほとんど同じ批判が当てはまる。メラースによれば、「一元的規範アプローチはまた、他の異なるアプローチよりも議論において生産的であるように思われる。その長所と短所がより簡単に評価され得るし、その限界もより良く測定されうる。」 [Möllers 2013: 6]。もし仮に、メラースの正統化論が、自律によってどこまでを説明できるかを示すことのみを目的としており、そこから何ら規範的含意を導き出さないのであれば、この理由は筋が通って

ただろう。その場合には、自律によって説明できない部分も、必ずしも自己決定を介在しない他の正統化規準によって正統化され得ることを留保できるからである。しかし実際には、メラースは例えば 2 (2) イで示したように、そのような謙抑的な立場を採らず、むしろ現在の法実践を改革するような規範的含意を積極的に打ち出している。結局のところ、メラースはそのような規範的含意を示したいが故に、正統化規準を限定していると評価されざるを得ない。

このように、メラースの提示する他の理由は、単に、法学をメラース自身が遂行できるものに限定しておきたい、という欲求の表出でしかない⁷⁴⁾。したがって、自律一元論の適切な論拠といえるのは、憲法制定の物語に対する憲法の自己理解のみである。ここまで述べてきたように、この憲法制定という自己決定を含めて、メラースにおいては自己決定が鍵概念となっている。そのため、以下ではこの点に着目して検討を進めていく。

まず、この自己決定に対して提起される疑問は、制憲時における国民という主体の不在であろう [長谷部 2009: 4-7]。しかしこれは、とにかく憲法がそのように理解しているという形で逃れられるかもしれない。そこで、より根本的に、そもそもなぜ集合的自己決定なるものを観念し得るか、という問題を提起できる。個別的自己決定について我々は特に違和感を持たないだろう。しかし、それと等置し得るような集合的自己決定とは何か、それはどのように観念し得るのだろうか。

この問題は単なる哲学的興味に由来するというよりも、メラースの議論にとって死活的に重要である。なぜなら、2 (2) イで予示したように、メラースは集団的自己決定の範囲内でのみ、個別的自己決定を認めるからである。このように個別的自己決定が限定されなければならない理由は、まさに集団的自己決定の存在に求められる。しかしながら、それはなぜ存在していると言えるの

74) この点については、[Meyer-Cording 1973: 40-46]。しかしそこで応答されているような批判がメラースの挙げた後二者の根拠とほとんど同じであることを考えれば、このような欲求に基づいて法学を自らが遂行できるものに限定しようとする態度は、メラース以外の論者にも共有されているのかもしれない。

か、そしてそれをどうやって認識するのか。もしそれが存在しておりそれを認識できるとして、なぜそれが個別的自己決定をほとんど無制限に屈従させるものといえるのか。

まずは前者の問題についてメラースの議論を検討しよう。後者の問題については、その帰結として、(3) で回答が与えられる。

イ 集団的自己決定の存在論と認識論

まず、メラースは代表民主主義という構想を二つの点で否定する。

第一に制度的な問題がある。代表民主主義が機能するためには、代表するものとされるもの間に何らかの合致が必要になる。その合致点を公益とした理論家もいたが、そもそも客観的な公益が何かわからないから代表でそれを決定しようとしているのに、その公益で代表を可能にする、というのは筋が通らない。このように代表が不可能であるにもかかわらず、民主主義において何か代表されるべきだという考えに固執すれば、逆に民主主義が不可能であるからそれを諦めて「統治組織の非民主的代替物に手を出す」という「致命的な帰結 (fatalen Konsequenz)」さえ招き得る [Möllers 2008a: 163-164]。

さらにメラースは、ブランダムを引用しつつ、「諸民主主義は、最小限の前提のみを満たす相互の承認に基づいて作動する諸個人から成る共同体である。」と主張する。そして、ここでいう「最小限の前提」は、具体的には、「理由付け能力 (Begründungsfähigkeit) という意味での行為能力」を指す。「諸命題の真理性や実践の合理性は、特定の自己義務賦課の結果としてのみ理解され得る」からである [Möllers 2008a: 167-168]。すなわち、命題の真理性や実践の合理性は、理由付け能力という意味での行為能力を持った人々のコミュニケーションにおいて、ある命題を真として、あるいはある実践を合理的であるとして引き受ける能力の行使によって決定される。そのため、民主的決定には、理由付け能力が必要なのである。

このような立場からすれば、民主主義——そして民主的決定も——を何か既存のものを代表するための過程として考えるべきではない。我々は代表民主

義ではなく、表出民主主義 (expressive Demokratie) の構想を採用して議論を行うべきである。すなわち、

「我々は、特定の手續実践を、政治的現実であれ参照項であれ、何かその実践を超えたものと比較する可能性なしに、その民主主義的内容に基づいて吟味し得る。我々は何も代表し得ない。何故なら、我々は、代表されるべき何物も前提できないからである。」 [Möllers 2008a: 168]

このように、メラースにおいて民主主義は、何か既存のものを発見する制度ではなく、それによって無から有——民主的自己決定——を作り出す制度である。言い換えれば、民主的自己決定は制度による擬制によって存在する。しかし、このような性質は、個別的自己決定との対比で問題になるわけではない。なぜなら、個人の自由意志による個別的自己決定もまた、法による擬制によって存在するからである。

より正確には、メラースは、自由意志は憲法によって「帰責 (Zurechung)」されるものだと主張する⁷⁵⁾。そもそも、法は本当の自由意志——それは常に個人の内面に留まる——を扱えないからである。法は、外部に現れた人々の行動を看取して、それに基づいてその人の自由意志の在り方を評価するしかない [Möllers 2008b: 253-254]。そしてその評価の仕方も、決定の産物である。他行為可能性という意味での自由を確保しなければ、自由意志は認定され得ない⁷⁶⁾。しかし、それがどのようなときに確保されているか、そして、それが確保されたときにどのように自由意志が帰責されるかもまた、法によって決定される [Möllers 2008b: 255-256]。「例えば「強欲に基づく、あるいは、性欲を満

75) このような作業は、法を介さずとも、我々の日常的所作に属する [安藤 2020: 228-230]。

76) ただしこれはいままでは古典的な自由意志論と評価されるであろう。現在では、他行為可能性にではなく、(他行為可能性が無くても) 判断能力や行為能力に自由意志を基礎づける見解が有力である。その例として、[Dworkin 2011: chp.10]。

たすための」⁷⁷⁾ といった、特定の動機を援用することは、法秩序にとって変わったことではない。」 [Möllers 2008b: 254]。

この決定には限界はない。もちろん、例えばすべての人に完全な責任能力を帰責することは、「例えば子供や精神障害者に対する処罰について、相対的に強固な正義観念と激しい衝突を起こすであろう。自由意志のすべての実践的想定
の基底にある、別様にも行動し得るという想定は、そのような状況においてはもっともらしい (plausibel) ものとされ得ない。」 [Möllers 2008b: 254]。人々がそのような自己決定を行うことは現実的にはありそうもない。しかしそれは、単に、そのような想定がもっともらしくないというだけであって、そのように想定してはならない、というわけではない。衝突するのは、正義ではなく、人々が偶さかに有している正義観念に過ぎないのだから。逆に、動物や機械に自由意志があると決定することも可能である [Möllers 2008b: 272]。

そして、民主的憲法は、すべての人に——メラースは明示しないが上記のような例外がある以上少なくとも原則として——民主的決定に必要不可欠な理由付け能力及び自由意志があると想定することに決定した。これがメラースのいう「人間の尊厳」の保障である。明文でそれが保障されているか否かにかかわらず、自由意志の承認は、近代的憲法⁷⁸⁾ に共通する特徴である [Möllers 2008b: 260-262]。

このように、自由意志が個人に対してさえも法によって帰責されるものである以上、集合的の主体を想定してそこに自由意志及び決定を法によって帰責することも可能である [Möllers 2013: 56]⁷⁹⁾。

まとめれば、メラースは集団的自己決定の存在と認識の問題について以下の

77) ドイツ刑法 211 条 (謀殺罪)。

78) 厳密には、メラースが言及しているのはヨーロッパにおける憲法である。

79) ただしこのような類比は実際のところ成立しない。個人は諸時間切片あるいは細胞の集合的の主体であるが故に、集合的の主体である点では団体と変わらないが、個人を構成する部分が「個人」としてまとめあげられるほどの一致したコミットメントを持っているのと異なり、団体にはそのようなコミットメントは、狂信的な団体ではない限り、欠けているからである [安藤 2014]。この類比の失敗は、例えば、民族自己決定権という観念の失敗として具体化する [Ando 2015: 56-57]。

ように答えている。個別的自己決定も民主的自己決定も、憲法によって帰責されたものに過ぎない。個別的自己決定は個人の内部で行われるものであるから、外部からはそれを確知出来ない。そこで、憲法はそれを個人が行っていると擬制することにした。集団的自己決定についても同様のことが言える。集団的自己決定は、個人の意思の集積といった形で予め存在するものではない。あくまで民主的手続によって初めて構成されるものである。そのように憲法が決定したのである。

つまり、メラースにおいては、憲法の決定によってはじめて、個別的なものであれ、集団的なものであれ、自己決定が可能になる。

※本研究は、JSPS 科研費 18J22376 の助成を受けたものです。

引用文献

- Anderson, Elizabeth 2006, "The Epistemology of Democracy", *Episteme* 3(1-2).
- Ando Kaoru 2015, "Ethics of State Control Over Immigration", *Kobe University Law Review* 49.
- Bausch, Andrew W. 2014, "An Experimental Test of Selectorate Theory", *International Interactions* 40.
- 2015, "Coalition Formation and Selectorate Theory: An Experiment", *The European Political Science Association* 5(2).
- Brandom, Robert 2000, *Articulating Reason*, Harvard University Press (齋藤浩文訳『推論主義序説』(春秋社、2016)) .
- Broad, C.D. 1959, "Butler", *Five Types of Ethical Theory*, Littlefield Adams & Co..
- Bueno de Mesquita, Bruce and Smith, Alastair 2009, "A Political Economy of Aid", *International Organization* 63.
- 2011, *The Dictator's Handbook*, PublicAffairs (四本健二・浅野宜之訳『独裁者のためのハンドブック』(亜紀書房、2013)).
- Bueno de Mesquita, Bruce, Smith, Alastair, Morrow, James D., Siverson, Randolph M. 2003, *The Logic of Political Survival*, MIT Press.
- 2004, "Testing Novel Implications from the Selectorate Theory of War", *World Politics* 56(3).
- Clarke, Kevin A. and Stone, Randall W. 2008, "Democracy and the Logic of Political Survival", *American Political Science Review* 102(3).

- Dworkin, Ronald 2011, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press.
- Estlund, David 2019, *Utopophobia*, Princeton University Press.
- Gallagher, Mary and Hanson, Jonathan K. 2015, “Power Tool or Dull Blade? Selectorate Theory for Autocracies”, *Annual Review of Political Science* 18.
- Goodin, Robert and Sperkermann, Kai 2018, *An Epistemic Theory of Democracy*, Oxford University Press.
- Hasebe Yasuo 2003, “Constitutional Borrowing and Political Theory”, *I.CON* 1(2).
- Meyer-Cording, Ulrich 1973, *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?*, Mohr Siebeck.
- Miller, Alexander 2013, *Contemporary Metaethics (2nd ed.)*, Polity Press.
- Möllers, Christoph 1997, “Zur demokratischen Legitimation der Enteignungsbehörde nach dem Baugesetzbuch”, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 1997 (9).
- 2005, *Gewaltengliederung*, Mohr Siebeck.
- 2008a, “Expressive versus repräsentative Demokratie”, in *Transnationale Verrechtlichung*, Regina Kreide and Andreas Niederberger (eds.), Campus Verlag.
- 2008b, “Willensfreiheit durch Verfassungsrecht”, in *Willensfreiheit und Rechtliche Ordnung*, Ernst-Joachim Lampe, Michael Pauen and Gerhard Roth (eds.), Suhrkamp.
- 2008c, *Die drei Gewalten*, Velbrück Wissenschaft.
- 2009, “Pouvoir Constituant—Constitution—Constitutionalisation”, in *Principle of European Constitutional Law (Second Revised Edition)*, Armin von Bogdandy and Jüger Bast (eds.), Hart Publishing.
- 2011, “Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts”, in *Das entgrenzte Gericht*, Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius Christoph Möllers and Christoph Schönberger, Suhrkamp (村西良太ほか訳「連邦憲法裁判所の合法性・正統性・正統化」鈴木秀美・高田篤・棟居快行・松本和彦監訳『越境する司法』(風行社、2014)) .
- 2012a, *Demokratie (3.Aufl.)*, Verlag Klaus Wagenbach.
- 2012b, “The Guardian of the Distinction: constitutions as an instrument to protect the differences between law and politics”, *Jus Politicum*, n° 7 [<http://juspoliticum.com/article/The-Guardian-of-the-Distinction-constitutions-as-an-instrument-to-protect-the-differences-between-law-and-politics-462.html>] (2020年4月1日最終閲覧) .
- 2012c, “Methoden”, in *Grundlagen des Verwaltungsrechts Band I (2. Aufl.)*, Wolfgang Hoffman-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann and Andreas Voßkuhle (eds.), Verlag C.H. Beck.
- 2012d, “Individuelle Legitimation: Wie rechtfertigen sich Gerichte?”, in *Der Aufstieg der Legitimitätspolitik*, Anna Geis, Frank Nullmeier and Christopher Daase (eds.), Nomos.
- 2013, *The Three Branches*, Oxford University Press.

- 2014, (赤坂幸一訳) 「議会統制の二つの概念」法政研究 81 卷 1・2 号。
- 2019, “Separation of Powers”, in *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, Roger Masterman and Robert Schütze (eds.), Cambridge University Press.
- Morrow, James D., Bueno de Mesquita, Bruce, Siverson, Randolph M. and Smith, Alastair 2008, “Retesting Selectorate Theory”, *American Political Science Review* 102(3).
- Rawls, John 1999, *A Theory of Justice (Revised Edition)*, Harvard University Press (川本隆史・福岡聡・神島裕子訳『正義論 [改訂版]』(紀伊国屋書店、2010)) .
- Rorty, Richard 1991, “The Priority of Democracy to Philosophy”, *Objectivity, Relativism and Truth* Cambridge University Press (富田恭彦訳「哲学に対する民主主義の優先」『連帯と自由の哲学』(岩波書店、) .
- Siverson, Randolph M. and Bueno de Mesquita, Bruce 2017, “The Selectorate Theory and International Politics”, in *Oxford Research Encyclopedia of Politics* [<https://oxfordre.com/politics/view/10.1093/acrefore/9780190228637.001.0001/acrefore-9780190228637-e-293>] (2019 年 6 月 16 日最終閲覧) .
- Stemplowska, Zofia and Swift, Adam 2018, “Dethroning Democratic Legitimacy”, in *Oxford Studies in Political Philosophy volume 4*, David Sobel, Peter Vallentyne and Steven Wall (eds.), Oxford University Press.
- Woodard, Christopher 2019, *Taking Utilitarianism Seriously*, Oxford University Press.
- Ziliotti, Elena 2019, “Democracy’s Value: A Conceptual Map”, *The Journal of Value Inquiry* 2019.
- 赤坂正浩 2020, 「憲法ドグマティックと憲法裁判権」立教法学 102 号。
- 芦部信喜 1993, 『憲法』岩波書店。
- 安藤馨 2007, 『統治と功利』勁草書房。
- 2014, 「集团的行為主体と集团的利益」民商法雑誌 150 卷 4・5 号。
- 2017, 「民主政を支えるもの」論究ジュリスト 22 号。
- 2019a, 「分析的政治哲学の行方」法と哲学 5 号。
- 2019b, 「道徳的非実在論」蝶名林亮編『メタ倫理学の最前線』勁草書房。
- 2020, 「AI とその道徳的能力」稲葉振一郎・大屋雄裕・久木田水生・成原慧・福田雅樹・渡辺智編『人工知能と人間・社会』勁草書房。
- 磯村晃 2014, 「執行権の憲法的構成 (一)」阪大法学 64 卷 2 号。
- 井上彰 2017a, 『正義・平等・責任』岩波書店。
- 2017b, 「リブライ」相関社会科学 27 号。
- 井上達夫 1986, 『共生の作法』創文社。
- 大屋雄裕 2011, 「正統性と正当性」SYNODOS2011.06.20 [<https://synodos.jp/politics/1645>] (2020 年 3 月 9 日最終閲覧)。
- 2015, 「立法の品質保証と民主的正統性」法哲学年報 2014。

- 2017, 「最高ですか？ [応答]」安藤馨・大屋雄裕『法哲学と法哲学の対話』有斐閣。
- 小川亮 2019a, 「どこまでも主観的な解釈の方法論」法と哲学第5号。
- 2019b, 「ロナルド・ドゥオーキンの解釈方法論の分析とその擁護」国家学会雑誌 132 卷 11・12 号。
- 2023, 「審査基準論と三段階審査論」法学会雑誌 63 卷 2 号。
- 2022-2023, 「司法審査の基礎（一）～（六・完）」国家学会雑誌 135 卷 7・8 号以降連載。
- 興津征雄 2016, 「行政過程の正統性と民主主義」宇賀克哉・交告尚史編『現代行政法の構造と展開』有斐閣。
- 小林卓人 2019, 「政治的決定手続きの価値」政治思想研究 19 号。
- 齋藤暁 2023, 「憲法学の方法としてのドグマティック」民商法雑誌 158 卷 6 号。
- 阪口正二郎 2001, 『立憲主義と民主主義』日本評論社。
- 穴戸常寿 2021, 『憲法裁判権の動態 [増補版]』弘文堂。
- 島村修平 2015, 「推論主義の独自性と意義」科学哲学 48-2 号。
- 曾我部真裕 2013, 「公正取引委員会の合憲性について」伊藤眞・松尾眞・山本克己・中川丈久・白石忠志編『経済社会と法の役割』商事法務。
- 田代混貴 2016, 「ドイツ公法学における「民主的正統化論」の展開とその構造」行政法研究 14 号。
- 2017, 「判例理論としての民主的正統化論」法政研究 84 卷 2 号。
- 高田篤 2011, 「解説」鈴木秀美・高田篤・棟居快行・松本和彦監訳『越境する司法』（風行社、2014）。
- 高田倫子 2015, 「行政による法の適用の再構成（1）」中京法学 50 卷 2 号。
- 高橋洋城 2018, 「規範のパラドクスから規範のプラグマティクスへ」法の理論 38 号。
- 高橋雅人 2017, 『多元的行政の憲法理論』法律文化社。
- 巽彦彦 2019, 「規整法と法律の留保」法律時報 91 卷 10 号。
- 2020, 「公法学から見た日 EU 間相互十分性認定」成蹊法学 92 号。
- 土井真一 1998, 「司法審査の民主主義的正当性と「憲法」の観念」米沢広一・松井茂記・土井真一 刊行代表『現代立憲主義と司法権』青林書院。
- 内藤敦 2013, 「憲法学は立憲の憲法を正当化できるか？（一）（二・完）」一橋法学 1 2 卷 2 号、3 号。
- 中原敦 2013, 「経験学習の理論的系譜と研究動向」日本労働研究雑誌 639 号。
- 長谷川晃・酒匂一郎・河見誠編 2018, 法の理論 38 号。
- 長谷部恭男 1994, 「政治過程としての違憲審査」ジュリスト 1037 号。
- 1995, 「政治取引のバザールと司法審査」法律時報 67 卷 4 号。
- 1998, 「憲法典というフェティッシュ」国家学会雑誌 111 卷 11・12 号。
- 2004, 『憲法と平和を問い直す』筑摩書房。
- 2009, 「われら日本国民は、国会における代表者を通じて行動し、この憲法を確定する。』『憲法の境界』羽鳥書店。

- 2013, 「多元的民主政観と違憲審査」『憲法の円環』岩波書店。
- 2016, 『憲法の理性 [新装増補版]』東京大学出版会。
- 林知更 2016, 『現代憲法学の位相』岩波書店。
- 原田大樹 2014, 「多元的システムにおける正統性概念」『公共制度設計の基礎理論』弘文堂。
- 広瀬巖 2016, (齊藤拓訳) 『平等主義の哲学』勁草書房。
- 福家佑亮 2019, 「デモクラシーを支えるもの」実践哲学研究 42 号。
- 藤谷武史 2016, 「ガバナンス (論) における正統性問題」大沢真理・佐藤岩夫編『ガバナンスを問い直す I』東京大学出版会。
- 松井茂記 1994, 『二重の基準論』有斐閣。
- 1998, 「プロセスの司法審査理論再訪」阪本昌成ほか『現代立憲主義と司法権』青林書院。
- 2001, 「なぜ立憲主義は正当化されるのか (上)・(下)」法律時報 73 卷 6 号, 8 号。
- 2016, 「安らかに死なせてほしい」同編『スターバックスでラテを飲みながら憲法を考える』有斐閣。
- 松本和彦 2014, 「解題」鈴木秀美・高田篤・棟居快行・松本和彦監訳『越境する司法』風行社。
- 三宅雄彦 2013, 「憲法具体化と行政法」『保障国家論と憲法学』尚学社。
- 宮本雅也 2017, 「宇宙的価値としての平等をめぐる疑問」相関社会科学 27 号。
- 毛利透 2014, 「行政権民主化論の諸相」『統治構造の憲法論』岩波書店。
- 森悠一郎 2019, 『関係の対等性と平等』弘文堂。
- 山本隆司 2018, 「ガバナンスと正統化」社会科学研究 69 卷 2 号。
- 米村幸太郎 2008, 「規範的正義論についてのメタ倫理的考察」国家学会雑誌 121 卷 1・2 号。
- 2018, 「自由と卓越の隘路」横浜法学 26 卷 3 号。

