

クリストフ・メラースの正統化論の体系 (二・完)

—民主主義という他律—

小川 亮

(3) 民主主義論

本節では上記の自律観が含意するメラースの民主主義論を、その根拠、基準、そして民主的決定の内容の三つの観点から整理して説明する。

ア 民主主義の根拠

まず、なぜ民主主義が想定されるべきなのか。メラースの体系においては、このような問いは否定される。なぜなら、そもそも民主主義が想定されるべきだとは言えないからである。

民主主義、すなわち、互いを、自由意志を具えた理由付け能力ある個人として承認し合うという民主的約定 (demokratisches Vesprechen) に基づく政治制度は、それ自体が、何かの理想として選択されるべきものだというわけではない。単に、憲法による始原的決定の結果として選択されるものである。しかもその選択は実際に行われるのではなく、物語に過ぎない [Möllers 2012a: 17-18, 20-21]。メラースが民主主義を前提として議論を行うのは、単に憲法にそのように書かれているから、という以上の理由はないのである。

しかし、民主的約定が選択の結果であることの裏返しとして、民主的約定に賛成しない人は、当然に、そこから去るか、それを破壊することが出来なければならない [Möllers 2012a: 26]⁸²⁾。ただし後者の破壊は、すべての約定がそう

82) この空想的な権利がどのように保障されるべきかについてメラースは語っていない。

であるように民主的約定も片面的なものではありえないことから、民主的に行う必要がある [Möllers 2012a: 20]⁸³⁾。

イ 民主主義の基準

民主主義には、共同体の成員全員を算入して、全員に平等な参加の機会を与えるという基準しか存在しない [Möllers 2008a: 169]。逆に言えば、共同体の成員全員に平等な参加の機会を与える（メラースはこれを「民主的平等」と呼ぶ）のが民主主義である。これ自体はそれほど論争的な定義ではない。実際に、メラースは民主的平等の非論争性に依拠してこのような民主主義の定義を主張することもある [Möllers 2012a: 15-16]。

さらに、メラースは、「もし私が君に対して、民主主義よりも重要な政治的原理が存在することを認めるならば、君は私に対して、我々は政治的に平等ではないと認めることになる。」 [Möllers 2012a: 15] と主張して、自由と民主的平等を接続する [Möllers 2012a: 16]。すなわち、民主的決定を構成するための民主的平等は、憲法の始原的選択の結果として理解できると同時に、自律一元論の帰結としても理解できる。

民主的正統化に必要なのは、基本的にはこの民主的平等だけである⁸⁴⁾。そのほかのことはすべて、例えば、どのように民主的決定を行うかということを含めて、民主的決定によって決定できる [Möllers 2008a: 169-170]。どのように決定すべきかという基準は先在していないからである。「結果として、すべての民主的実践は自身の意思を形成し得る、すなわち、決定に対して根拠を与え得るすべての人によって共同決定される過程を通じて自分自身を定義する。」 [Möllers 2008a: 170]。

したがって、民主主義は善き生を約束しない。人々は自らの手で幸福をつかみ取る必要がある。「逆に、善き生から、民主的正統化は帰結しない」 [Möllers

83) このように説明しても、そもそも民主的約定に参加していない人になぜこの約定を押しつけられるかという問題は残存している。

84) より詳細な区別については(4)イを参照のこと。

2012a: 22]。

このような理解は、(1) ウで確認した政治の概念に対応している。民主主義という政治においては、何もかもが恣意的に決定される。そこに(法的な)合理性は存在する必要がないし、むしろそれを強いることは政治と法の差異を消滅させ、意思ではなく理性による統治を導いてしまう。

ウ 民主的決定の内容

既に立ち入っているが、民主主義が民主的平等という基準しか持たないことの帰結として、民主主義はあらゆる事項を決定できる。具体的には、共同体の成員の範囲や、個々人の権利の範囲——公私区分の境界線—— [Möllers 2012a: 23-26]、民主的決定の具体的な手続やそのための組織⁸⁵⁾なども、民主的自己決定によって自由に決定できる。

ただし、民主的約定に反するような決定を行う場合には、その程度に応じて、民主的約定の放棄、すなわち民主主義の放棄につながる。そのような決定としては、抽象的には、個々人の理由付け能力の承認の否定、すなわち人格性の否定がそれに当たる [Möllers 2008a: 171]。より具体的には、例えば、いったん共同体の成員として認められた人が持つ、その成員としての資格を剥奪することは、その人と結んだ民主的約定の破壊を帰結する [Möllers 2012a: 25-26]。

しかしそのような決定でさえも、民主主義に反するから正統化されないとか、そのようにしてはいけない、というわけではない。それが民主的平等を満たした手続によって行われる限り、その決定は、民主主義を放棄するという十全な民主的正統化を具えた民主的決定として理解される⁸⁶⁾。約定は約定に過ぎず、それを超える規範性を持つわけではない [Möllers 2012a: 26]。

85) この民主主義の特徴をメラースは「断固たる民主理論的不可知主義、すなわち民主主義理論に対する民主主義の優先」 [Möllers 2008a: 172] と呼んでいる。

86) メラースはこれを「民主的約定は民主的統治の終焉を禁止しない。しかしながら、非民主的秩序の設立は禁止する。」 [Möllers 2012a: 81] とも表現している。

なお、メラースは、共同体の成員としての資格剥奪のほかにも、いくつかの決定内容に対する指針を民主的平等の帰結として同定している [Möllers 2012a: 72]。すなわち、決定の平等主義的手続、私的領域の存在、民主的意思形成に関するインフォーマル⁸⁷⁾な意見形成の尊重、知識創出のための領域の確保である⁸⁸⁾。

平等主義的手続についてはすでに狭義の民主的平等として言及したが、そのほか三つについては言及していないのでここで補足しておく。

結論から言えば、これらはどれも絶対的な要請ではない。例えば、メラースは、私的領域の存在について「理論的には、民主主義はすべての問題を規律し得たのだが、これは常にもっともらしいとは限らない。」 [Möllers 2012a: 24] としている。すなわち、私的領域が存在するのは、理論的必然ではなく、単に現実にはそうはならない、というだけである。他の2点——それは公私区分の一態様として理解できる——には、同様のことは明言されていない。しかし、もしメラースの議論が整合的なものであるならば、それらにも同じことが妥当すると考えざるを得ない。そうでなければ民主的普遍性の要請に反するからである。

87) メラースにおいて formal という語は「形式的な」と「公式の」の2つの意味をほとんど常に併せ持っている。メラースにとって、特に民主主義は、政治プロセスを法化することによって、統治を明示的なものにする、すなわち、形式化すると同時に公式なものにするという性質を持っている [Möllers 2012a: 21-22]。そのため、両者の意味が結びつくのである。そのため、本稿では、赤坂幸一の訳 [Möllers 2014] を参考にして、formal はそのままカタカナでフォーマルと訳すことにした。

88) 民主的約定のより些末な帰結としては、民主主義に関する著作の在り方が挙げられる。メラースによれば、民主主義においては理由づけ能力を持った人々が自由に政治的決定を行う以上、民主主義論はそのような人々にも分かりやすいものでなければならない [Möllers 2012a: 11]。そのため、民主主義に関するメラースの本はアフォリズムで執筆されている [Möllers 2012a: 7-8]。このような執筆スタイルは、さらに「我々が理性的存在者として相互に承認し合うことが、民主主義にとって本質的である以上、我々は、民主主義の諸根拠を提示することを通じて、民主主義の敵対者をも承認しなければならない。」という認識 [Möllers 2012a: 111] の帰結としても理解できよう。いずれにせよ、これらの要請は、民主主義的決定を内容上拘束するものではない。

民主的意思形成に関するインフォーマルな意見形成の尊重について、これを敷衍しよう。メラースによれば、「民主的意思は、民主的に機能するのではない公共圏 (Öffentlichkeit) を必要としている。なぜなら、ロビー活動とメディアによって、我々は互いのことを、そして我々の異なる見解を知るからである。それらを知る可能性によるのではなくては、我々は民主的決定を行えない。この自由がなければ、民主的意思形成は排除される。」 [Möllers 2012a: 38]⁸⁹⁾。

メラースがここで懸念しているのは、自己決定を合理的に行うための情報の不足ではない。強力な主体による情報流通がもたらす影響力行使の不平等である⁹⁰⁾。だからこそ、メラースは同時に、「意見の自由がある環境 (offene Meinungsumwelt) は民主主義を脅かし得る。なぜなら、その環境は、民主的決定に社会的な不平等を持ち込むからである。」という懸念を表明する [Möllers 2012a: 38]。メラースは、メディアの競争規制や、政治的に独立した (NHK や BBC のような) メディアの設立がこの問題を緩和することを認めつつも、それを是認しない。「不介入は、介入ほど危険ではない。」 [Möllers 2012a: 39]。

しかし、メラースの議論を整合的に理解しようと思えば、この主張を額面通りに受け取るわけにはいかない。どちらがより危険かを民主的に判断したとしても、——共同体の構成員の排除とは異なり——民主的約定に矛盾するとは言えないであろう⁹¹⁾。そうだとすれば、この問題について、一介の「専門馬鹿」

89) このようなインフォーマルな情報共有は、[Möllers 2005: 59-60] でも重視されている。そこでは情報流通は個人的自己決定に資するとして、公共決定に対する透明性の要請を導出している。これも本文で述べたような要請と同じものとして理解されるべきである。

90) メラースは民主主義にとっての熟議の必要性を否定していたことを思い出そう ((1) ウ)。「理性の代わりに意思がある (stat pro ratione volunta)」ことは、上記の議論の後にも確認されている [Möllers 2012a: 42-43]。

91) そもそもこの論理的矛盾性に関する判断についても、次に述べるのとまったく同じ疑義を呈することが出来る。特に、メラースがブランダムやローティを援用している ((1) イ) ことからすれば、この問題は深刻な内在的問題となる。しかし、そこで指摘したように、メラースはブランダムやローティの議論をそもそも真剣に受け止めていない。そのため、この問題は本稿では措いておくとしよう。

に過ぎないメラースの判断が、それ自体として民主主義を拘束するのは「憲法理論に対する民主主義の優先」⁹²⁾に反する。以上のようなメラースの主張は、民主主義に対する内容上の制約としてではなく、メラースの民主的決定に対する要望、良くて原則的要請として解釈されるべきである。民主的決定がそれと異なる形で決定を行ったからといって、それによって民主主義が傷つけられるわけではない。

最後に、知識創出のための領域の確保の必要性について、そもそもメラースは、すでに述べたように⁹³⁾、その前提となる心理独立的な真理の存在について十分な正当化を提供できていない。もし仮にこの欠点を無視するとしても、やはり、原則的要請として解釈されなければ、メラースの議論は矛盾をきたす。

したがって、これらの要請は、民主主義的決定に対する内容上の制約として理解するべきではない。さらに、もし仮にこれらの事項が民主主義的決定に対する絶対的な内容的制約になるとしても、それに反することが民主的に正統化されないとか、そうするべきではないとかいうわけではないことについては、共同体の成員としての資格剥奪に関連して既に述べたとおりである。

「民主主義の限界は、民主主義自身から生まれるのみである。」 [Möllers 2012a: 81]

(4) 正統化論

したがって、上記のような民主主義論は、民主的決定の範囲の極大化を帰結している。それにもかかわらず、この理論は民主的自己決定と個別的自己決定、そして民主的正統化と個別的な正統化の間で前者が後者に対して優越することを含意しない。むしろそれらは規範的に等価である。しかしそれらの正統化が、上記の民主主義論を経由しつつ、権力分立という制度に投影されたとき、その制度は、民主的自己決定の極大化及びそれによって認められた範囲での個

92) 前注 (68) に対応する本文を参照。

93) 前注 (56) 及びそれに対応する本文を参照。

別的自己決定の許容として理解されることになる。

本節では、まずは民主的正統化と個別的な正統化の関係及びその内容を確認する。ただしその理解もまた、法実践の良い説明として提示されているから、権力分立という実定制度を前提にしている。そのため、正統化論の理解に必要な限りで、権力分立論にも踏み込むことにする。

ア 民主的自己決定と個別的自己決定の等価値性

2 (1) で述べたように、メラースにとって、民主的正統化と個別的な正統化・民主的自己決定と個別的自己決定は、一方に他方に対する一般的優先権が定められているわけではない、という意味で規範的に等価である。

この認識は、表出民主主義の帰結でもある。すなわち、代表民主主義と異なり、表出民主主義は正統性の淵源となる代表されるべき何か——例えば国民の意思——を想定しない。したがって、国会が、行政や裁判所よりも、その代表されるべきものに近いということもできない。

「どの権力も、他の権力よりも国民に近いということはない。すべての権力が等しく近いのである。民主的秩序におけるある機関を代表機関として他の機関と対置させることは無意味である。立法の民主的先取特権などというものは存在しない。」 [Möllers 2008a: 176]

しかしながら、個別的な正統化と民主的正統化は、それぞれの性質に応じて、それがどのような要件を満たしたときに獲得できるかという点と、それぞれが関係すべき内容とその時的指向性という点が異なっている。以下でそれぞれの観点から両者の正統化をみていこう。

イ 民主的正統化・民主的自己決定

メラースはいう。

「民主的意思形成は、法によって保障されたり可能になったりするのではなく、作り出されるものなのだ。……民主的意思形成は、根本的に未来を志向しているのである。さらに、事項的には (sachlich)、この意思形成は開かれたものでなければならない。すなわち、法によって決定されるものではないのである。民主的法規律は民主的意思を初めて作り出すものであるから、民主的法生成は、第一に、未来を志向している。そして第二に、民主制を可能にする諸規則は、内容的に開かれたものでなければならない。」 [Möllers 2005: 47-48]

つまり、民主的正統化は、その内容が開かれており、しかも未来志向的であるという特徴を有している。上記の引用文では、その理由は法が民主的自己決定を創り出すところに求められている。このうち後者の未来志向性については、内容上の限定とも言い得るので、民主的自己決定の内容の開放性に反するように思われるが、実際のところ、メラースにとって、この未来志向性は単なる原則に過ぎない。この点については、個別的な正統化の要件にもかかわる問題なので、エでまとめて扱う。

次に、(3) イで見たように、民主的決定と言えるための要件は、民主的平等のみである。しかし、メラースはときにこれをさらに細分化して、民主的答責性 (Demokratische Verantwortlichkeit, democratic responsibility)、民主的普遍性 (Demokratische Allgemeinheit, democratic universality)、民主的平等 (Demokratische Gleichheit, democratic equality)、の3つに区別することができる [Möllers 2005: 48- 52] [Möllers 2013: 71-72]。

まず、民主的答責性は、統治者の行為を民主的決定に拘束させる法的システムの要請である。ただし、「一定期間ごとに創出される拘束の強度は、すなわち、民主的答責性の実現の方法は、憲法理論上、ほとんど定義されない。」 [Möllers 2005: 49]。どのような答責性確保のシステムを設立するかは、民主的決定に委ねられている。

次に、民主的普遍性は、すべての決定が民主主義的決定に開かれていなければならない、という要請である。ここでは直接には自律一元論が根拠として挙げられている。「考える全ての題材が、民主的過程によって取り扱われなければならない。なぜなら、自己決定以外のいかなる観点も、自己決定という観点に対して、規範的な優位を占めることはできないからである。」[Möllers 2005: 50-51]。もちろん、これは民主的平等の要請としても理解できる。(3)エで指摘したように、メラースにおいて、民主的平等と自律は内在的に結合している。

最後の(狭義の)民主的平等は、個々の参加者の民主的参加における平等である。

いずれにせよ、これらの条件は、抽象的には、「すべての問題はすべての成員によって平等に判断されなければならない」[Möllers 2013: 71-72] という、すべての決定に対する共同体全員に平等な参加の機会の確保——(広義の)民主的平等——としてまとめることができる。

ウ 個別的な正統化・個別的な自己決定

メラースによれば

「個人的な正統化が生じるのは、法秩序が、諸個人 (Individuums)⁹⁴⁾ の特定の意思活動に、フォーマルな諸帰結を結びつけるとき、すなわち、自己決定の行為を妥当させられ得る名宛人が定義され、かつ、自己決定の行為を貫徹することを可能にする、決定権力を具えた統治者が存在するときである。したがって、この目的を満たす手続は、事項的にも時的にも、特定

94) 厳密には、ここでいう主体は個人には限られず団体をも含む(前注(31)参照)ので、ここも「個体」と訳した方がよいかもしれないが、少なくともメラース自身もこのあたりの記述で念頭に置いているのは団体ではない個人であるから、以下では個別的な正統化については「個人」を主体として想定する。ただしその場合でも、必要な修正を加えれば、団体にも適用可能な議論になっている(メラースの立場が一貫していればそうなるはずである)。

の個人的自己決定行為に合わせて調整されたものでなければならない。』
[Möllers 2005: 43]

ここに統治者——後述のように裁判所がその機能を担当する——が自己決定行為を保障する必要があることが明らかにされる。それでは「特定の自己決定行為に合わせた事項的・時的な調整」とはなんであろうか。

まず時的には、個人の意思決定は、法秩序以前に存在するものとして、法秩序によって擬制される。このため、「個人の権利保障が要求されるのは、事後 (ex post) においてでしかありえない。個人の自由が行使されるのは、意思形成の実現が失敗するときか、あるいは、確かな確実性をもって、失敗するおそれがあるときである。意思の実現が成功するならば、法秩序は助力しようとすることさえない。したがって、法秩序は、個人的自己決定に関しては、回顧的なものである。」 [Möllers 2005: 44]。

そこで、個人的自己決定が問題になるのは、具体的な事例においてである。法はどのような行為がどのような関係において保護されるかを決定しなければならないが、その決定が個人的正統化を得るのは、「保護請求者のイニシアチブ、意思形成の内容とその妨害の態様に関するその自己決定の具体的分析、そして決定の基礎が統治者自身の自由な意思決定に基づいているのではなく、すでに存在している規律に基づいているという事実」の三つが揃ったときである [Möllers 2005: 44]。

なぜこのような要件が設定されるのだろうか。この点についてメラースは多くを語らないが、以下のように整理できよう。

まず、イニシアチブの行使については、裁判による保護が個人的自己決定に正統化の淵源を求める以上、その保護を求めるかどうかも含めて個人的自己決定に開かれていなければならない、という考慮が背景にあるようである [Möllers 2005: 44, 91-92]。確かにそれは個々人の理由付け能力を相互に承認する民主的約定に整合的ではある。ただし、個々の場合に、裁判による保護を求められない個人が存在し得ることを認めたとしても、——責任能力を否定され

る人々の存在が常態である以上——民主的約定を根本的に破壊するには至らないはずである。したがって、この要件は原則的なものであり、その例外については——責任能力と同様に——民主的決定によって定めることが出来る、と理解すべきだろう。

次に、具体的分析であるが、こちらは、第三の要件である既存の規律に基づく決定、と合わせて理解するのが便宜であろう。第三の要件からも分かるように、個人的自己決定は、既に存在している規律によって、逆に言えばその範囲内でのみ保障される。しかもその規律は、民主的決定の産物でなければならない。

その実質的な理由は「個人的自己決定による特定の行為は、個別化された事態を参照しなければならない。そうでなければ、その人が、他者の権利を犠牲にして自分の権利を実現するおそれがある。」[Möllers 2013: 69] というものである。しかしこれはメラースの体系においては、事実として立法者の決定をおそらくは教導するであろう考え方として理解されるべきであろう。それ以上の位置づけをこの理由に与えてしまえば、民主的決定の範囲を制限することになるからである。

より積極的な位置づけを与えられる理由としては、裁判の対象となる個人的自己決定の範囲を限定すれば限定するほど、民主的自己決定によって決定できる範囲が広がる、というものが挙げられる⁹⁵⁾。すなわち、民主的平等を具えた手続による民主的決定は、あらゆる決定を行うことができる(参照、(3)ウ)。これに対応して、「個別的正統化の惹起は、具体的な個人的意思形成の保障とその貫徹可能性に限定される。これに制度的に対応するのは、決定権限を、手続形式と組織形式において、個々の事案に制限することである。その制限は、個別に定義し得るまさにそのような当事者と事案に基づく、諸紛争の個別化を

95) [Möllers 2012d: 402]においてもこの理由が挙げられている。ただし、同所では、裁判所の判断を限定するという要請が妥当していることを前提に、その可能的根拠として、「体系を安定させる脱・政治化 (De-Politisierung)」と同時にこの理由も触れられているに留まる。

予め考慮に入れている。したがって、個別的な正統化の手続は、可能な限り少ない関係者に対して、関係者の自己決定の実現を制限した事態を可能な限り徹底的に描写する機会を与えなければならない。」[Möllers 2005: 90]。

第三の要件については、民主的正統化の未来志向性とかかわるので、節を改めて検討する。

エ 未来志向性と遡及法・措置法の禁止

個人的正統化の第三の要件は、遡及法の禁止あるいは措置法の禁止を意味する。逆に言えば、これは、民主的自己決定の内容上の制限を意味している。もしこれが厳格な義務であれば、民主的普遍性の要請に反することになっていただろう。その結果として、意思ではなく理性による統治を導き、メラースの基本的立場である「憲法理論に対する民主主義の優先」が瓦解していた。

しかし実際には、第一の要件と同様に、この要件も原則的なものに過ぎないとする事で、この陥穽が回避されている。メラースは、遡及法の禁止や措置法の禁止についてこのように述べる [Möllers 2013: 86]。

「これらの特徴〔一般的規律と未来志向性という立法の特徴〕は、立法者を拘束する憲法上の義務という地位を享受するのか、それとも、単なる弱い規範的示唆なのだろうか。前者は、実際のところ、民主的自己決定の論理と矛盾する。……立法者は、断片的問題や社会の特定の部分に関わる詳細を規律することが許されなければならない。

それにもかかわらず、立法行為のこのような特徴は、単なる用語法上の仕掛けに過ぎないわけではない。このことは、多くの憲法体系に、遡及法や措置法 (single-case legislation) に対する成文の制限を定めていることから証明される。……

それでは、権力分立の観点からは何が依然として受容可能なのだろうか。もし我々が単純な規則や明確な境界線を構築できないのであれば、少なくとも、他の権力、すなわち行政と司法を更なる実施のために必要とす

る判断を、立法が行う一般的義務が存在する。自己執行的法律は疑わしく思える。立法府は、他の権力の判断寄与を先取りするべきではない。』。

すなわち、遡及法や措置法が禁止されるのは、少なくとも第一義的には⁹⁶⁾、行政や裁判所が、憲法上、存在しているからである。それらに一定の権力が委ねられているはずであり、その権力を根本的に立法府が奪うことは許されない。「権力区分の体系学にとっては、一方では、一般的な内容をもつ未来志向的な法創出を帰属 (Zuordnung) させる必要性が生じ、他方では、個体化された、過去志向的な法生成を帰属させる必要性が生じる。」 [Möllers 2005: 91]。

したがって、立法府が一般的・未来志向的な権力を持っていることの反射として (も)、裁判所が回顧的・過去志向的な権力を持つべきであり、それを根本的に奪うことは許されないことになる。第三要件は、そのような要請を背景としているものと理解できる。ただし付言しておけば、上記の引用からも分かるとおり、立法府の義務は根本的に行政・裁判所の機能を篡奪しないという程度に留まる。逆に言えば、その機能が少しでも残っていれば、一般的には遡及法・措置法の禁止に反すると評価されるような立法も成し得る。

(5) 権力分立論

ここまでの検討をいったんまとめよう。メラースは一方では、自由意志と理由付け能力の具備という意味での人間の尊厳をすべての人間に対して想定するという民主的約定を、憲法における決定の結果として、重視している。この意味で、メラースの議論は、個人を出発点として、その自己決定を尊重する自律一元論に立って議論を展開しているといえる⁹⁷⁾。他方で、そのような自律だけ

96) メラースは遡及法の問題や措置法の問題が、「しばしばより正確には、権力分立の問題というよりも、基本権の問題として捉えられる」 [Möllers 2013: 86] とも指摘している。しかしこの問題を、メラースの枠組みを維持しながら基本権の問題としてのみ捉えた場合には、それは民主的決定の枠内で保障されるに過ぎないことになるので、本文で述べたような制限でさえも存在しなくなるであろう。

97) 「個人的自己決定の保障が、統治的行為の正統化の源泉として理解されるべきで

の重視は、あらゆる決定が民主的自己決定に留保されるという形で極端に民主的決定を重視する民主主義論を導いた。その結果として、個人的自己決定は、民主的自己決定の範囲内でのみ保障されることになる。

前節で示したように、メラースは、その結果として、遡及法・措置法の禁止という多くの憲法に規定されているとメラース自身が認める要請を、単なる原則としてのみ理解せざるを得なかった。この極端な帰結は、自律一元論という極端な立場から体系的に導かれたという意味で、その自然な帰結であるといえる。

本節では、メラースの権力分立論を概観した上で（アからイ）、遡及法・措置法の相対的許容のほかに、どのような制度上の帰結が導かれるかを、特に司法審査に注目して確認する（ウ）。

ア 法創出の三段階

メラースは、立法・行政・司法という三権を、その機能に着目して、法創出 (Rechtserzeugung) を具体化していく諸段階 (具体化連関 (Konkretisierungszusammenhang)) として理解する [Möllers 2005: 92-93]。この区別は、(4) における正統化の分析視点を受け継いで、創出される法の①射程 (人的範囲・事實的範囲)、②時的指向性、③法的規律の程度 (法化の程度)、の3つの視点から為される [Möllers 2005: 89] [Möllers 2013: 79] [Möllers 2019: 241]⁹⁸⁾。

ある] [Möllers 2005: 45] というのも本文のような趣旨で理解するべきであろう。

98) [Möllers 2005: 89] では「一般性 (Allgemeinheit) の程度と個別性 (Individualisierung) の程度」という表現が用いられている。メラースはドイツ行政手続法 35 条における「具体的—個別的 (konkret-individuell) 行政行為と抽象的—一般的 (abstrakt-generell) 行政行為の区別」のうち「個別性は、ドイツのドグマティックでは規律名宛人の数を指し、抽象性は規律される事案の範囲を指す」としているところ、この対応を念頭にそのように表現したものと思われる。ただし、メラースは同時に、「規律名宛人と規律された事案は、しばしば、相互に分離され得ないので、この区別は、整合的に貫徹することはできない。つまり、名宛人の数が事案の決定に関与するのである。」 [Möllers 2005: 119] と指摘している。なお、

その正統化論にすでに表れていたように、立法が創出する法はあらゆる人についてあらゆる事項を規律するのに対して、司法が創出する法は特定の事案に関わる限定的な関係者に対してのみ規律を行う。また、立法が創出する法は未来志向的であり、司法が創出する法は回顧的である。法化の程度については、正統化論では直接には言及がなかったが、その帰結として容易に理解される。すなわち、立法が創出する法についてはその立法手続のみが法によって規律されるべきである。内容は民主的普遍性を保つため、規律されるべきではない。これに対して、個人的正統化は法によって定義されて初めて生じるので、司法による法創出は、可能な限り厳密に法によって規律されるべきである [Möllers 2005: 89-92] [Möllers 2013: 79-80]。

このように、メラースの体系においては、民主的正統化は、機能としては立法、機関としては国会が担う一方で、個人的正統化は、機能としては司法、機関としては裁判所が担うことになる [Möllers 2005: 94]。

それでは行政はどこに位置するのだろうか。メラースによれば、「行政は、一方で、派生的な正統化しか有しておらず、他方で、両正統化方式——それらは相互に補完しあい、しかしまた相互に競合し得る——を仲介するという、文字通りの意味での中心的 (zentrale) 課題が行政の責任である」 [Möllers 2005: 94]⁹⁹⁾。

すなわち、行政は、その階層構造において、階層の位置に応じた具体化作用を営んでいく中で、民主的正統化と個別的な正統化を仲介する。そのため、その階層に応じて、民主的正統化や個人的正統化の持つ特徴を有することになる。「行政の判断がより個別化されるほど、行政が従うべき法的規則の枠組は、より狭くなる。」 [Möllers 2013: 97]。

このような両価的な立場に置かれた行政に対して、一般的な分析を与えるこ

[Möllers 2019: 241] では、「法的判断の人的範囲と事実的范围 (the personal and factual scope of a legal decision)」と端的に述べている。

99) 併せて、[Möllers 2012c: 126-128] を参照のこと。

とは困難である¹⁰⁰⁾。法の執行ではない執政と逆に法に拘束される行政の区別をするのも失当である。そこに明確な境界線はない。その代わりに「我々が行政組織の中に有しているのは、漸進的かつ連続的な、法創出の具体化過程である。」[Möllers 2013: 96-97]。

イ 機能的考慮？

ところで、メラースは、行政の特徴として、このような正統化連関の仲介のみならず、その専門性にも言及することがある。

「ここで展開されている、自己決定の理念に注目した概念は、この正当化をそれ自体として受容することはできない。立憲民主主義においては、専門性は、基礎として、あるいは疑義のない基準として受け取られ得ない。専門家の意見は、政府のどの部門にとっても利用可能でなければならないが、その意見は、どんな部門の正統性をも代替しない。それにもかかわらず、行政と専門性の主張されている関係には、妥当な点があり、それゆえ、政治や法を超えた諸行動基準の間にも、妥当な点がある。立法と司法は同様に専門家の助言を利用するけれども、行政の二つの組織的特徴が、この部門を特に専門性の使用に開かせる。

第一に、行政府は、部局構造 (departmental structure) を創出することで、内在的な専門化の諸形態を発展させることができる。第二に、行政は、自身のイニシアチブに基づいて行動することが出来るし、そのために、専門性を発展させることができる。」[Möllers 2013: 98]¹⁰¹⁾

100) 行政に対してはこのような中途半端な位置づけしか与えられないため、メラースは「謎めいた行政 (The mysterious executive)」というタイトルの下で行政の正統化を論じている [Möllers 2013: 96]。

101) [Möllers 2012a: 68] でも同様のことが指摘されている。行政の専門性については、[Möllers 2005: 115] でも行政の持つべき重要な要素として位置づけられている。なお、「専門馬鹿」とは違って、国家があらゆる利益を適切に算入することがどのようにして可能になるのかは明らかではない。

しかし、メラースにおいて専門性は正統化を構成しない。メラースが専門性を正統化として見做していないことは、日本でいう独立行政委員会のような、自立性を持った行政単位に関する議論 [Möllers 2005: 121-133] においても明らかである。すなわち、メラースは、「確かに、専門知識は行政にとってとりわけ重要な意義を持つ、という推定は、上記で確かめられた。しかしながら、この指摘は、正統化構造を凌駕する (Überspielung) のにふさわしくない。」 [Möllers 2005: 122] として、民主的普遍性という原則に立ち戻る。すなわち、「いずれの事例においても、自立性を設立しようという立法による明示的な決定は、より修正が困難であり、より不明確な憲法上の規則よりも優れている (vorzugswürdig)。つまり、行政の正統化作用はどのような民主的基準に従ってデザインされるべきかという問題については、立法が権限を持ち続ける。」 [Möllers 2005: 124]。したがって、自立的な行政単位を設立するか、するとしてどのように設計するかも、民主的決定に委ねられている。

このように、メラースにおいては、正統化はあくまで自律に委ねられている。自己決定の結果が合理的であることを説明する際に、その結果が持つ特徴やそれが果たす (法創出そのもの以外の) 機能に言及されることはある¹⁰²⁾ が、それはあくまで自己決定の結果以上のものではない。すなわち、そのようになるように自己決定すべきものではない。メラースの一貫した自律一元論をここにも見て取ることができる。

ウ 司法審査の在り方

ここでは、2 (2) イで、メラースにおける司法審査の在り方の具体例として示した三つの事例、すなわち、委任立法の広範な許容、裁判所の基本権保護義務の否定、厳格な行政裁量審査の否定について敷衍する。

第一に、委任立法につき、当然ながらメラースもあらゆる委任を許容するわけではない。すなわち、「少なくとも、立法者が、その〔主観的権利の〕デザ

102) 立法に関する例として、前注 (67) に対応する本文を参照。

インにおいて、基本法の保障構造を考慮に入れた事例、すなわち、自由領域の画定においてこの自由領域が認識可能な事例や、裁判所がそのような画定の欠缺を実体的に審査可能である事例においては、裁判所は委任が限界を超えていないかを審査できる。「このような事例は十分あり得る。なぜなら、そのような事例においては、より良く判決を下し得る個人的異議状況 (Beschwersituationen) について決定されるからである。」 [Möllers 2005: 182]。

このうち自由領域が認識可能な事例における委任の限界の審査については、民主的普遍性の帰結として素直に理解できる。メラースが強調するのは、委任に関する一般的な限界の不在である。そのような限界は、当然ながら、民主的普遍性の要請に反する [Möllers 2005: 181] [Möllers 2013: 115-117]。そして実際に、アメリカやドイツにおいても、委任の限界に反するとして立法が違憲とされることはほとんどない [Möllers 2005: 188]。むしろ、委任の限界という規準よりも、基本権などの規準に基づく審査によって、委任の限界は（結果的に）画され得る [Möllers 2005: 188] [Möllers 2013: 118]。このような主張は、裁判所の法創出の規律対象が、事項的にも人的にも限定されていなければならない、という権力分立論の要請の帰結である。

これに対して、問題は、後者の自由領域画定の欠缺に対する審査の方である。その範囲が広ければ、裁判所は委任立法を広範に審査し得ることになる。しかし、メラースは、委任立法の裏面である立法不作為に対する違憲審査を次のように否定する。

「しかし、保護義務は、立法と司法の間の時的機能連関の逆転を帰結する。つまり、立法不作為 (legislatives Unterlassen) が、基本権保護義務に対する違反を根拠づけるとすれば、憲法裁判所は、立法者に対するイニシアチブを持つ機関として働き、それゆえに、憲法裁判所は、具体化連関の終点ではなく、始点となる。」 [Möllers 2005: 149]

このように、裁判所に対するほか二つの権力分立論上の要請、すなわち、回

顧的かつイニシアチブを持たない機関であるべきだという要請が、立法不作為に対する基本権保護義務に基づく違憲審査の否定を導く [Möllers 2005: 419]。さらに、より一般に、メラースは、違憲審査一般の正統性を懐疑する。メラースによれば

「基本権の保護は憲法裁判所の最も重要かつ最も議論されている機能である。権力分立の観点からは、その機能は、最も疑わしいものでもある。

……

基本権を侵害する民主的制定法の破棄は、司法行為の正統性にとりわけ問題となる。裁判所は、排他的手続において表現された個人の主張を裁定する。——しかしそれは、民主的共同体全体にかかわる条文を無効化するという効果を持つ。……しかし、個人権を民主的多数派から保護することが、憲法裁判所の第一の主要な任務ではないのか？ これは一般的な感覚である。この想定の問題は、関係する個人の利益にのみ基づいて、自由領域の範囲を決定することは、まさにその個人の自由観念がすべての他者の自由に潜在的に影響するが故に不可能である、というところにある。」 [Möllers 2013: 134-136] ¹⁰³⁾

すなわち、民主的平等に基づかず、むしろ限られた関係者しか関与できない裁判所の決定によって、法令を無効にすれば、その効果は共同体の全員に及んでしまう。メラースは、この問題に応じて違憲審査を正統化することができない [Möllers 2013: 134-141] ¹⁰⁴⁾。憲法の文言は曖昧であり、ここで依拠できるよ

103) また、「判決を下すにあたって制定法の合憲性について一般的な主張を明示する裁判所のように作動する組織体は、高度に問題である。」 [Möllers 2019: 249] と述べている。

なお、メラースは、違憲審査制度やそれにまつわる憲法理解や歴史の多様性を理由に、「憲法裁判所の正統化問題の記述に関する普遍的な理論的枠組を展開することは、ほとんど不可能である」 [Möllers 2012d: 407] とすることもあるが、少なくとも本文で述べたような次元では、一般的に語れるということなのであろう。

104) メラースは立法が基本権を侵害する可能性を一切否定しているわけではない。

うなものではない [Möllers 2012a: 75]。メラースが最終的に依拠するのは、違憲審査権が多くの憲法において明文で規定されているという端的な事実である [Möllers 2013: 141] [Möllers 2019: 238]。正統化はなされない。

このような態度は、ドイツ連邦憲法裁判所の正統性及び正統化について議論した [Möllers 2011] においても維持されている。本稿にとって関係があり得るのは正統化の方であるが、メラースは「以下では、正統化という標語の下に、独自の構想が打ち出されるわけではなく、憲法裁判権の正統化の様々なモデルが打ち出される。それらのモデルは、概して、〔憲法裁判権の〕特定のデザインまたはその設立に対する賛成あるいは反対の論拠を提供する。」としつつ、メラース自身の構想については、別の著作¹⁰⁵⁾を参照するように指示している [Möllers 2011: 308=267]。

その参照箇所で示されているのは、結局のところ、上記のような憲法における決定に依拠した正統化である。そして上記の論文でも、同様の結論に至っている。すなわち、メラースは、政治と法の分離及びそれを接続する憲法という基本的立場（（1）ウ）を表明しながら [Möllers 2011: 309-328=267-282]、自身が示す様々なモデル——「民主的合法性による正統化」 [Möllers 2011: 329=283] を含む——のすべてを自ら批判する。その結論としてメラースが導くのは以下のような主張である。

「打ち出された諸モデルは、全体として憲法裁判所の正統化の特定の要素を把握しているが、それ自体で十分というわけでも、相互に矛盾していない、というわけでもないように思われる。ましてや、このような抽象的水準におけるモデルの一つあるいはすべてだけから、適切な制度デザインや、それに加えて、特定の憲法裁判のための正統な審査プログラムあるい

しかしその認識は困難なので、少なくとも原則として、侵害の有無は立法者が判断することになる [Möllers 2012a: 74]。その例外をどのように裁判所が同定できるかにつき、メラースは語っていない。

105) 本稿がこれまでも参照してきた [Möllers 2013a: 126ff.] の基礎となった [Möllers 2008c: 136ff.] である。

は決定プログラムを推論しようとすることは、不可能である。なぜならば、より仔細に見れば、すべてのモデルが、非常に多くの前提を有しているのであって、そのために、特定の政治的かつ憲法的文脈にとってのみ適切である、ということが判明したからである。……これに対して、より根拠があるように思われるのは、ここで示された諸正統化モデルを、正統化問題を再構成するための単なる諸要素として持つておくことである。そして、その再構成は、完成されることを必要とする (ergänzungsbedürftig)。

そのような完成をもたらすのは、民主的憲法秩序においては、制憲者及び立法者の決定である。その決定は、民主主義的に正統化されている。またそのために、その決定は、抽象的な諸正統化論拠に対して、反論として持ち出され得る。正統化理論上の論拠に対する具体的な民主的決定の優先が、根本的に、貫徹されるべきである (参照、ローティ 1991)。」 [Möllers 2011: 353-354=300]

このように、メラースは憲法裁判所に対しても、ローティから示唆を得た「憲法理論に対する民主主義の優先」を貫くが、その立場が持つ含意は、国会の正統化に対するそれと異なっている。国会については、民主的正統化によって理論的にも正統化が可能であり、その詳細は民主的自己決定に委ねられている、ということであった。しかし、憲法裁判所については、理論上は正統化を行うことが出来ない。それでも、憲法裁判所を創設するという——制憲時の——民主的自己決定が行われたが故に、憲法裁判所の存在は認められなければならない。すなわち、メラースはこの論文でも、違憲審査権が多くの憲法において明文で規定されているという端的な事実以上のことを言っているわけではない¹⁰⁶⁾。

106) このような議論は、当然ながら、憲法裁判所が理論的に正統化されることを予想する日本の読者に対して困惑をもたらした [松本 2011: 364-365] [高田篤 2011: 372]。特に後者は「メラース論文については、正統化モデルに基づいて、連邦憲法裁判所の在り方に対する全面的な批判を展開したいのか、単に整理を行いたいのか、その意図は本文からだけでは読み取りにくい。そのモデルも、一体どのレベルの議

これに対して、行政裁量審査は、違憲審査ほどに問題であるわけではない。行政による法創出の時点で事項的・人的範囲が限定されているからである [Möllers 2005: 177-178] [Möllers 2013: 143-144]。さらに、裁判所は、行政の判断を代置するような審査を行うことが出来る事例もある。民主的普遍性の帰結として、行政裁量審査の厳格度は、立法が自由に決定できるからである [Möllers 2005: 164, 168, 177] [Möllers 2012d:149-150]。しかし、法律から厳格度を読み取りにくい場合には、権力分立論に従って厳格度が決定される。すなわち、行政はすでに法律で規定された権限に基づいて判断を行っているところ、そのような判断の理由を裁判において完全に再現することは不可能である [Möllers 2005: 166] [Möllers 2013: 143]。むしろそのような無暗な介入は、自由や平等な保護を阻害するおそれすらある [Möllers 2005: 166-168] [Möllers 2013: 143-144]。したがって、裁判所は原則として判断代置をするべきではない¹⁰⁷⁾。

論であるかが明確ではなく、したがって、それを基準として下される連邦憲法裁判所の在り方、活動に対する評価も、どのような性格のものとして理解すればよいのか、はっきりしない。その議論の位置、位相がはっきりしないため、そもそも対話が成立するのか、対話が成立したとしてもそれがどのレベルのものになるか、なかなか見通しが立ちにくいのである。」と、メラースの議論を仔細に理解することが困難であることを指摘している。

この指摘には本稿も同意せざるを得ない。結局のところ、メラースの正統化論は「連邦憲法裁判所の在り方、活動」を含むあらゆる統治機関の「在り方、活動」に対して、全くといってよいほど規範的含意を持たないし、持つべきでもないものとして位置づけられている。それにもかかわらず、メラースは正統化論の規範的含意めいたものを様々な著作で展開している。本文で再構成しているように、それらの規範的含意は、よくても、例外を無制限に許容する原則的要請としてしか受け止められない。

107) メラースは「主観的自由として保障された行為は、通例、司法による完全な執行統制によって保障される。」 [Möllers 2005: 168] とも述べるが、そのような審査は、あくまで上記のような、判断代置的審査を行うべきでない理由が存在しないときに限定されると理解するべきであろう。そしてそのような場合として、メラースは「手続が、行政に対する法拘束を特に確保するための手段でしかない場合、たとえば、政治的影響力の行使から可能な限り解放されるための手段でしかない場合には、この手続を完全な司法的統制に服させることに反対する理由はない。ドイツ法

(6) 自律から他律へ

ア 要約

メラースの議論は自律一元論として一貫している。自律一元論に立つならば、あらゆる価値は自律によって選ばれなければならない。そして我々の憲法は始原的決定として民主主義を選び取ったものと解釈できるのは確かである。その民主的決定を構成するための民主的平等は、そのような選択の結果として理解できると同時に、自律一元論の帰結としても理解できる。あらゆる人の自律が重要であるところ、そこに差を設けるべき理由は、自己決定より以前には存在しないからである。

そしてその民主的平等から、民主的正統化の内容的開放性が生まれる。このようにして、民主的約定に参加している人々は、集団的自己決定を行う。この自己決定が個々人のために枉げられることがあるとすれば、それは民主的平等の否定であり、したがって、誰かの自律の否定である。そのようなことはあってはならない。そのため、個人的自己決定は常に民主的自己決定によってその可能な領域を定義され、その枠内においてのみ可能でなければならない。

このような民主的自己決定—民主的正統化と個人的自己決定—個人的正統化の関係は、それぞれを化体する国会と裁判所の関係に直接的に反映される。すなわち、裁判所は、常に国会の決定に従って判決を行うべきである。したがって、国会の決定を覆す判決や、あるいは国会に代わって多くの人に影響を及ぼ

におけるその一つの例は、収用手続 (Enteignungsverfahren) であろう。] [Möllers 2005: 166] という例を挙げている。

ただし、ドイツにおける収用手続は、通常の行政手続とはかなり異なる立ち位置を与えられていることに留意すべきである。すなわち、ドイツ建設法典においては、収用はラントごとに置かれる収用庁 (Enteignungsbehörde) によって行われるところ (同法 104 条 1 項)、収用庁は、財産の所有者と申立人の間の紛争を、政府から自律して公平に裁定を行う、つまり裁判類似の手続によって解決すべきものと解されている [Möllers 1997: 858]。

すなわち、このような場面は、政治的影響力からの自律性ゆえに裁判による決定に適したものであるため、裁判所が完全に審査を行うことができる。逆に言えば、このような裁判類似の手続とは異なって、階層構造の中で政治の統制下にあるべき通常の行政手続に対して、裁判所は判断代替審査を行うべきではない。

すような判決を、裁判所は行うべきではない。すなわち、違憲審査は、一般的に、正統化されない。行政裁量審査も、国会が認める限りにおいて、厳格度の高い審査を行うことが出来る。国会の決定から審査密度が読み取れないのであれば、代置的な審査は行うべきではなく、より緩やかな審査を行うべきである。

イ 評価

民主的自己決定による個人的自己決定の定義というメラースのライトモチーフは、おそらく、憲法上の論点を含まない民事裁判や刑事裁判¹⁰⁸⁾、それも下級審の判決を良く説明する¹⁰⁹⁾。そこでは、——少なくとも相対的には——いかなる行為がいかなる法的効果を持つかが予め定義されており、裁判所はそれを眼前の事例に適用するに過ぎないからである。

これに対して、この理論は、司法審査を説明することができない。すなわち、メラースの体系では、国会の作った法律や行政の行為に対して、時に厳格な審査を行うことで覆し得る司法審査という制度を正統化できなかった。メラース自身が指摘するように、司法審査は近代憲法の標準装備である [Möllers 2013: 141]。そこからわかるとおり、一般に、司法審査は、民主的正統性との関係で疑義が持たれることがあるにせよ、正統化・正当化が不可能なものだとは考えられていない。その事実を踏まえれば、司法審査を正統化できない理論は、我々の法実践の良い説明とはいえない。したがって、我々の法実践の良い説明を提供しようとしたメラースの議論はその目的に照らして失敗している。

これに対して、メラースの議論を、その多くの前提を無視して、純粋な規範的議論として理解することによって、なんとかその陥穽から救済できるので

108) メラースにおける死刑を含めた刑罰の可能性については、[Möllers 2008a: 263-266] [Möllers 2012a: 102].

109) 実際、メラースが裁判所の通常モデルとして想定しているのは、憲法裁判所ではない下級裁判所である [Möllers 2012d: 403].

は、という疑問が抱かれるかもしれない。しかしそのためには、自律一元論はもちろん、ローティやブランダムといった非常に論争的な立場に対して哲学的次元での正当化を与える必要がある。メラースは、その正当化を、自分の議論は法学の実践の説明である、ということを経由して回避できたが、メラースの議論を規範的議論として理解するならば、そのような逃避は不可能になるからである。そして、上記のような非常に論争的な立場をしかも一貫した形で正当化することに成功する見込みは、ほぼない。

メラースの失敗の原因は、自律一元論という極端な価値論上の立場にあると思われる。もちろん、自律一元論を採ったとしても、メラースのような議論に至らない道筋を示すことが出来れば、メラースの失敗は自律一元論の失敗とは言えない。しかし、そのような道筋が示されているわけではない。そうだとすれば、メラースの理論は、自律一元論の体系的貫徹が如何に失敗するかを示したものと評価できる。自律を一貫させることによって、個人的自己決定は民主的決定という他律に完全に服従することになる。自律の徹底は完全な他律を帰結した。

ウ 克服

以上のようなメラースの議論から学べることの少なくとも一つは、我々の法実践を説明するという目的のためにも、自律一元論を採るべきではないということである。すなわち、我々は他律の可能性を受け入れることによって、それを適切に統御する体系を構築すべきである。そのためには、まず、どのような価値を認めるべきなのだろうか。

その候補としては、行政法学で伝統的に行政の目的とされてきており、憲法学でも現在の到達点において真正面から国家の目的として認められている、公益が挙げられよう [小川 2022-2023: (一) 58, (二) 3-45]。その中身は多種多様でありうる——自律も含みうる——が、それらを総合考慮することによる合理的判断が可能であるためには、それらはすべて相互に通約可能でなければならない [小川 2022-2023: (五)]。したがって、上記のような行政法学や憲法学

の現状を前提とすれば、通約可能な公益を最大化する立場が、法学の説明としてももっともらしい。そうだとすれば、ほとんど唯一の価値一元論であるところの、功利主義が価値論上の立場としてもっともらしいことになる。

法学における功利主義の有用性は、2（1）で取り上げた独立行政委員会やグローバル化がもたらす正統性問題を、簡単に解決できる点にも求められる。前者についてはすでに公益の確保に基づいて正当化する説明がなされている〔曾我部 2013: 29-32〕。後者についても、グローバル化がもたらす構造が効用の総計を蓋然的に最大化するのであれば正当化されるし、そうでなければ正当化されない、というだけである。いずれにせよ、功利主義にとって正統性はそれ自体として重要というわけではない。このようにして、功利主義は正統性問題を解消する。

功利主義が法学の価値論として適切なのであれば、功利主義によって正当化される長谷部恭男の司法審査論〔小川 2022-2023: (二)〕も適切であるということになる。しかし、長谷部の議論には我々の民主主義に対する愛着を説明できていない、という憾みがあった。そこで、以下では、支持基盤理論に基づいて、功利主義及び長谷部の司法審査論に整合的な形で、独裁制等と比較して民主主義がより優れていることを示すことで、その愛着を説明し去ることとした。

4 民主主義の非理想理論と司法審査

本節では、民主主義の非理想理論の一種として支持基盤理論を紹介した上で、そのような非理想理論と司法審査論の関係を整理しておく。

ここで紹介される支持基盤は、アメリカの政治学者ブルース・ブエノ・デ・メスキータ（Bruce Bueno de Mesquita）を中心として執筆された *The Logic of Political Survival* [Bueno de Mesquita et al. 2003] において包括的に展開され、現在まで批判と応答が繰り返されている政治理論である。同理論のわかりやすい解説書には邦訳が存在している [Bueno de Mesquita and Smith 2011]

こともあり、日本での認知度はそれなりに高いと思われるが、本格的な研究の対象になるのはこれからだと思われる¹¹⁰⁾。本節では、専ら筆者の能力の限界により、そのような本格的な研究を展開することはできない。以下では、本理論の概要とその特徴を簡単に確認した上で (1)、それがどのようにして功利主義や長谷部恭男の司法審査論と整合するかを示す (2)。

(3) 支持基盤理論の概要と特徴

支持基盤理論は、要すれば、政治的指導者が在職し続けるために保持しなければならない支持者（勝利連合（winning coalition）と呼ばれる）が多くなればなるほど、その指導者は私的財（private good）よりも公共財（public goods）——その非排他性・非競争性によって利益が広範に行き渡る——の方をより多く提供するようになる、という理論である¹¹¹⁾。以下で敷衍する。

ア 概要

すべての政治システムは、どのように指導者を保持し選択するかを示す二つの制度的特徴を持っている。第一に、支持基盤（selectorate）は、その政体における、指導者の選択に参加し得る人々の集合である（民主主義においては有権者団、貴族制においては貴族。）。第二に、勝利連合（winning coalition）は、指導者が在職し続けるために保持しなければならない支持者の数である。もし、現在の支持者を指示する選択者の数（支持連合（support coalition））が、勝利連合を下回ると、指導者は、勝利連合より多い支持者を持つ対立候補に取って代わられてしまうことになる。

民主主義は、大きな支持基盤と大きな勝利連合をもつ。ただし、実際の大きさは、選挙権の範囲と選挙のルールの詳細に依存している。一党独裁における

110) 法学者による支持基盤理論に対する言及として [大屋 2015: 94-95]。

111) このように、理論の鍵となっているのは支持基盤の方ではなく勝利連合なので、「支持基盤理論（selectorate theory）」と呼ぶのは誤っているかもしれない。しかし著者たちも、この点を認識しながら、既に人口に膾炙していることを理由にこの名前を用いている [Morrow et al. 2008: 393 n.1] ので、本稿でもそれに倣う。

勝利連合は、民主主義よりも小さいが、その支持基盤は大きいかもしれない。君主制や軍事独裁においては、支持基盤も勝利連合も小さい。

指導者は、政策によって公共財と私的財を産出することで、その勝利連合の忠誠を保持する。個人的自由、効果的な経済政策、そして安全保障をはじめとした公共財は、社会の全員の利益になる。独占の許可や金銭の授与といった私的財は、指導者にとって必要不可欠な支持者だけを対象とするであろう。すべての政体はどちらも産出する。

指導者を選択するための制度によって、私的財と公共財の割合が決まってくる。在任し続けるのに必要な支持者の数、すなわち勝利連合が大きくなるほど、指導者は、私的財から公共財へと比重を移す。より大きな勝利連合を得るためには、より多くの支持者を喜ばせなければならないから、公共財が、指導者が支持を得るためのより効率的な方法となる。

独裁者は、大きな勝利連合を持つ指導者よりも、誤った政策をしてもその職を失いにくい。彼らの支持者は、支持連合の一員として受け取ることができる私的財を失うことを恐れているからである。

これに対して、大きな勝利連合を持つ必要がある支持者たちは、対立候補に鞍替えしても影響が少ない。なぜなら、彼らはそれでも、その選択制度によって産出される公共財から利益を得られるからである。そのため、そのような指導者の在任期間は、その政策が成功する傾向にあったとしても、相対的に短期である。

すなわち、支持基盤理論における民主的政策は、公共財を生み出す能力における競争である。独裁政治は、少数の必要な支持者の忠誠を買うことに集中する¹¹²⁾。

イ 特徴

この理論は、上記の説明からも分かるとおり、儉約的な理論である。すなわ

112) [Morrow et al., 2008: 393-394] における要約を参考にまとめた。

ち、基本的には勝利連合の大きさによって¹¹³⁾、指導者の在任期間や公共財・私的財の産出のみならず、その政体における経済成長、戦争、対外援助までも説明しようとする¹¹⁴⁾。

そしてその代償として、本理論は、蓋然的なものに留まるのはもちろんのこと、説明対象を部分的に説明するに留まる。例えば、支持基盤理論は、勝利連合が大きくなればなるほど、より経済成長（公共財の一種）がもたらされると予測するところ、そのような相関は確かに確認できたが、経済成長の分散（データのバラつき）の 5% ほどしか説明できなかった [Bueno de Mesquita et al. 2003 : 155-156]。さらに、著者らは、統計的処理に対する批判 [Clarke and Stone 2008] を受け入れて、改めて計算し直したところ、勝利連合の大きさが様々な要素に特定の形で影響するという支持基盤理論の予想が覆されるには至らなかったが、その影響の程度は当初の計算よりも小さなものに留まることが示された [Morrow et al., 2008: 396-399]。

しかしこれを以て、この理論が民主主義の正当化として機能し得ないとするのは早計であろう。非理想理論的な民主主義の正当化にとって必要なのは、その他の政治体制よりも民主主義が優れていることに過ぎない。支持基盤理論が、勝利連合が大きくなればなるほど、わずかであるとしても、より良い政策を実現する傾向性が増すことを説明できるのであれば、それで十分である。

ただ、この理論が発展途上であることは、筆者らを含めて誰もが認めるところであろう。上記の統計上の処理だけでなく、当初の時点で基礎としたデータの質がそれほど高くなかったことは、筆者らも認めている¹¹⁵⁾。また、その儉約性故の雑駁さに対して批判も加えられている¹¹⁶⁾。筆者らは、それらの批判に対

113) 厳密には、勝利連合と支持基盤の比も従属変数と有意な相関を持つことがある。例えば経済成長につき [Bueno de Mesquita et al. 2003: 152-153]。

114) [Bueno de Mesquita et al. 2003] のほか、著者ら自身による発展的研究として、戦争につき [Bueno de Mesquita et al. 2004]、対外援助につき [Bueno de Mesquita and Smith 2009]。

115) 実際、データの不足は当初から各所で強調されていた。例えば、[Bueno de Mesquita et al. 2003: 133, 314]。

116) データの点を含めて支持基盤理論に対する批判を展開するものとして、

して少なくとも部分的には応答しつつ、より改善されたデータの取得及び分析に努めている¹¹⁷⁾。

本稿の議論は、支持基盤理論に完全に依拠するわけではないが、少なくとも、民主主義の非理想理論の一候補として、参照するに値すると考える。

（4）民主的正当性と司法審査

さて、上記のような、民主主義のもたらす蓋然的な良さによって民主主義を正当化する非理想理論を利用可能だとすれば、それは功利主義を背景としながら、長谷部恭男の司法審査論をうまく説明することが出来る。

まず、上記のような非理想理論が功利主義と整合することについては疑いがないだろう。民主主義は、その勝利連合の大きさによって、私益を追求する統治者が、自らの支持者に対する私的財の供給よりも公共財の供給を重視するように導くアーキテクチャである。もちろん、自らの支持者に対する私的財の供給の方が、公共財の重視よりも効用の総計を最大化することは論理的にはあり得る。しかしそれを重視して上記のようなアーキテクチャを採用しないとすれば、現実の独裁制の多くと同じような悲惨な結果を招くことは明らかである。したがって、効用の総計の最大化を蓋然的に達成するアーキテクチャとして、民主主義は功利主義に基づいて正当化される。

そして、民主主義がこのように理解されるのであれば、民主主義による決定は、公益を蓋然的に最大化する。言い換えれば、民主主義は、国家の行為を、公益——公共の福祉——という目的に資するように仕向けるアーキテクチャである。逆に言えば、民主主義は、国家の行為が、蓋然的に、公益の追求という正当化根拠を持つように仕向ける。

このように考えると、国家の行為はデフォルトとして正当化されていると考えることができる。したがって、裁判において無効とされるまでは、国家の行

[Gallagher and Hanson 2015].

117) 参照、[Siverson and Bueno de Mesquita 2017]。また、この理論を概ね支持する実験室実験も提出されている [Bausch 2014] [Bausch 2015]。

為は公益の追求として、妥当すると考えられるべきことになる¹¹⁸⁾。

なお、上記のデフォルトとしての正当化は、司法審査の在り方——とりわけ司法審査における証明責任論——に対して一義的な回答を与えるものではない。裁判における証明責任を原告と被告のどちらに負わせるべきかという問題に対しては、裁判という制度に由来する様々な諸制約を考慮して初めて、回答することができる。むしろ、上記のような正当化の前提とする帰結主義は、そのような考慮を要請するとさえ言うことが出来る。なぜなら、民主主義がその帰結によってのみ正当化されるという前提を採る以上、その民主主義による決定を無効とするかどうか、そしてその判断の仕方についても、少なくとも究極的には、それが蓋然的に良い帰結をもたらすかどうか、という観点から判断されるべきだからである。

例えば、表現の自由に対する制約については、「[切り札]としての人権」を侵害するインセンティブを国家が特に有していること、もしそのような制約であった場合には民主主義に対して取り返しのつかない損害を与えうることを踏まえれば、裁判上、国家に対して合憲の論証責任・証明責任を加重した形で課すことは合理的である。これを超えて、経済的自由に対する規制についても、同様の責任を課すべきかどうかについては議論があり得る。いずれにせよ、それぞれの自由に応じた、蓋然的に良い帰結をもたらす証明の在り方が探究されるべきである。

5 結語

本稿では、第一に、メラースの議論を体系的に再構成することで、自律一元論が我々の法実践を説明し得ないことを示すことを試みた。そして第二に、民主主義の説明に関する代替案として、民主主義の非理想理論の一種である支持基盤理論を紹介し、そのような帰結主義の正当化が、我々の法実践を良く説明

118) デフォルトとしての正当化がなぜ正当化といえるかについては [小川 2019a: 101-102]。

する功利主義や長谷部恭男の司法審査論と接続可能であることを主張した。

本稿の議論によって、自律一元論や民主的正統性一元論の命脈が潰えた、というわけではない。理論はどのようにでも改鑄できる。その無数の可能性の中に、我々の法実践を体系的に正当化された形で説明する良い理論が存在しない、という保証は存在しない。しかしながら、少なくともそれが一筋縄ではないかという試みであること、逆に言えば、法学の価値論として自律一元論はひとまず前提とできるような安全な立場ではないことは、明らかになったのではないだろうか。

※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 (斎藤浩文訳『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・福間聡・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 巻 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, 「道徳的非實在論」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 巻 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。
- 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・中川文久・白石志忠編『経済社会と法の役割』商事法務。
- 田代滉貴 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。
- 巽智彦 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 12 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学的考察」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。