



Title	裁判所は民主政を護ることができるか：「政治改革」立法の憲法学的含意をめぐって
Author(s)	林, 知更
Citation	北大法学論集, 54(4), 133-162
Issue Date	2003-10-09
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/15232">http://hdl.handle.net/2115/15232</a>
Type	bulletin (article)
File Information	54(4)_p133-162.pdf



[Instructions for use](#)

## 裁判所は民主政を護ることができるか

——「政治改革」立法の憲法学的含意をめぐって——

林 知 更

一・民主政にとっての裁判所の役割

(1) 裁判所による積極的な違憲審査権の行使は、民主主義との関係でどのように正当化されるのか——これはわが国の憲法学にとって、古くて新しい中心的な問いの一つである。これは、解釈の不確定性という問題と密接に関係する。日本国憲法自体

が違憲審査権を裁判所に与えている以上、民主主義といえども憲法には従わなければならないという前提をとる限りは、違憲審査制それ自体の正当性を改めて問う必要は乏しい。裁判所はただ自らの職責を肅々と果たすのみであろう。しかしながら、<sup>(1)</sup>そもそもかかる裁判所の任務の中心を成す「法の解釈」とは何

であろうか。リアリズム法学以来の洞察に従えば、法の解釈には多くの場合複数の可能性があり、客観的な唯一の正解の存在は疑わしい。裁判官は解釈に際してしばしば、自らの価値判断による決断を迫られるのであり、このことは抽象的な規定の多い憲法の領域では一層強く当てはまる。<sup>(2)</sup>もし裁判官が自らの主観的な哲学に従って憲法を創造的に解釈し、民主的に制定された法律を覆すとすれば、裁判官は憲法が定める民主主義の領分を不当に侵すことになりはしないか。かくして違憲審査制の民主的正当性をめぐる問題は、その運用の次元で再び帰する。<sup>(3)</sup>我々は、憲法の下における違憲審査の領分と民主主義の領分とのかような抵触を、どのように解決することができるのだろうか。

かかる問いに答えるための一つの方途は、厳格な解釈準則へと裁判官を拘束することによって、なおも憲法解釈の「客観性」に望みをつなごうと試みる立場である。<sup>(4)</sup>しかしながら、これはその説得力と魅力において未だ十分な成功を収めていないものと見られている。<sup>(5)</sup>そこで現在わが国で有力な立場は、解釈の不確定性をいったん受け入れた上で、裁判所がなお一定の場合に積極主義的な態度をとるべきことを、より実質的な見地から正当化しようと試みる。これは大きくは二つの立場に分けること

ができる。<sup>(6)</sup>一方の立場は、民主主義を基軸に据えたものとして憲法を理解する。<sup>(7)</sup>ここでは裁判所の違憲審査は、民主主義に対して補充的な役割を与えられるにすぎない。しかし、逆に民主的プロセスの正常な機能を維持し、これを補完するために必要な限度では、裁判所は立法者の意思に敵対的な積極主義的解釈を行うことも許されるのである。かかる立場によれば、表現の自由など民主的プロセスを構成する権利は、民主主義それ自体の前提条件として強く保護されるべきであるが、他方で例えば自己決定権<sup>(8)</sup>や社会権<sup>(9)</sup>のような個人の自律のための権利の積極的保護は正当化されない。それは民主的プロセスを通じて国民自身によって決せられるべき事柄である。

これに対して他方の立場は、個人の尊厳、個人の自律を基軸に据えるものとして憲法を理解する。<sup>(10)</sup>日本国憲法は、「すべて国民は、個人として尊重される」という基本理念<sup>(11)</sup>に基づき、多数者によつても侵されてはならない個人の権利を保障している<sup>(12)</sup>のであり、裁判所は政治的多数者に抗してでも、これを擁護する役割を演じなければならない。この際に裁判所が強く保護すべき権利は、政治プロセスに関わる権利のみには限定されず、社会権や自己決定権<sup>(13)</sup>などにも及ぶべきものとされる。

これは本来は、立憲主義のコンセプションをめぐる対立であ

る。しかし、この対立を解くためには、「そもそも何のために憲法は存在するのか」、「我々はなぜ憲法に従わなければならないのか」というもう一段上の問題に行き当たらざるを得ない。<sup>(14)</sup>かくして現在この問題は、個別規定の解釈論よりも原理論の次元を主たる戦場とする傾向を見せている。

(2)とところでかような対立は、時に先鋭化して「立憲主義」対「民主主義」の対立として特徴づけられることがある。<sup>(15)</sup>多数者支配として理解された民主主義は、突き詰めれば「立憲主義」それ自体を突き破るポテンシャルを有する（そもそもなぜ過去に創られた憲法によって、現在の多数者が拘束されなければならないのだろうか？）のであり、かような厳しい緊張を自覚した上で敢えて「民主主義よりも立憲主義を」選び取るべきだとされるのである。しかしながら、憲法超越的な絶対主義的「民主主義」論が否定されるべきだとしても、ここではなお選び取られた立憲主義の内部で、「ではいかなる立憲主義か」という問いが解決されないまま残されるように思われる。仮に「我々はなぜ憲法に従うべきなのか」という問いに対する答えがリベラリズム以外にも複数存在しうるとすれば、これに対応して、憲法の内側で違憲審査制と民主主義の関係を具体的にどのような形づくっていくのか、という古くからの問いは、実はここでは

未だ開かれたままにとどまる。<sup>(16)</sup>

そしてこの局面では、恐らく我々にとって問題は単純な二者択一ではあり得ない。我々の憲法自体が、国民を「個人として尊重」することと、国民主権ないし民主主義の両者にコミットしたものだからである。「個人の尊重」の実効化を含んだ違憲審査の領分と、多数決による民主主義の領分は、憲法の内部でそれぞれ正当な位置を占めるのであり、ここでの問題は一方のみを選択して他方を切り捨てることではなく、両者のあいだの適切な配分原理を探求することに他なるまい。<sup>(17)</sup>

ところで、かような見地からわが国の議論の対立状況を眺めた場合、表面上の華々しい対立に相違して、実はかなりの程度まで学説のあいだに共通理解が成立していることに気づかされる。民主主義を中心に憲法を理解する立場は、表現の自由など政治プロセスに関わる権利を手厚く保護し、他方で経済的自由の制約を大幅に立法者に委ねようとする。しかしながらこの点は、「個人の尊厳」を中心に憲法を理解する通説的な陣容も、決して正面から異を唱えるところではない。彼らによれば、民主主義も国民の自由を実現するための重要な仕組みであるし、また国民の自由と平等が確保されて初めて民主主義は実質化するはずである。この意味で「個人の尊厳」と民主主義は互いに

矛盾するものではなく、むしろ相互に支え合う。かような考えに従えば、裁判所が積極的に民主主義の守護者として活躍することは「個人の尊厳」にとつても望ましいことである。他方で、現代の「社会国家」・「福祉国家」では、国民の平等な自由を現実化するために、社会・経済領域で国家の積極的な介入が要請されうるのであり、この領域での司法審査は基本的に緩やかなものであるべきだとされる。結局のところ、ここではいずれの陣営においても、初めからいわゆる「二重の基準論」が議論の共通前提とされるのである。<sup>(18)</sup>それ故、ここでは議論の大枠については実は強固なコンセンサスが成立しており、具体的な対立点は、主に社会権や自己決定権などといったいわば周辺部分にとどまるものと見ることもできるであろう（もちろんかような問題の重要性を否定する趣旨ではないが）。

従つてわが国の多くの学説は、違憲審査の役割に関して少なくとも次の点で一致していると言いうるように思われる。すなわち裁判所は、民主主義の保護者としての役割を果たすために、表現の自由や選挙の領域などでは積極的かつ厳格な審査を行うべきである。これに対して争点は、次の点に関わる。裁判所は民主主義の保護を超えて、「個人の尊厳」のためにどこまで積極的な役割を果たすことが許されるのか。すなわちここでは、

裁判所が公平無私な「憲法の番人」たるべきだという一応の前提の下で、<sup>(19)</sup>護られるべき「憲法」の射程が争われていると見ることがもできる。論争が時に「憲法」の意義についての原理論を軸に展開されるのも、かかる理解を補強する<sup>(20)</sup>。

しかしそもそも、裁判所が民主主義を擁護すべきだという、この一見自明の前提とされている共通了解は、具体的には何を意味するのだろうか？ 裁判所はいかなる意味において、民主主義の番人たることができるのだろうか？ 本稿では以下で、この共通了解について若干の批判的検討を試みることにしたい。

(3) 裁判所は民主的政治プロセスの保護者たるべきである。しかし、いかにして？ 裁判所はなぜ、何から、どのように、どこまで民主政を守ることができるのか？ これに対するひとつの説明の仕方は、恐らく次のようなものであろう。すなわち国民は決して一枚岩ではなく、内部に多様性を孕んだ存在である。このため国家の支配は、常に国民の一部による他の部分への支配とならざるを得ない。民主政もまた、最善の場合ですら多数者による少数者の支配としての性格を帯びる。ここで少数者が自らに不利な多数決の帰結をなお甘受しうるための条件のひとつは、少数者もいつの日か政治的な競争を通じて多数を獲得しうる可能性が開かれていることである。このためには、現在

の多数者が自らの有利な地位を永続化するために政治的な開放性を制限する事態が防がなければならない。<sup>(21)</sup>かくして民主政プロセスの外部に位置する裁判所は、中立的なアンパイアとして、民主政の競争ルールが恣意的に歪められないよう監視する任務を負う。このための具体的な手段が、表現の自由や選挙権の平等の保障である。

もしもこのように考えることができるとすれば、我々は民主政との関係における裁判所の役割をより明確に理解することができる。それは恐らく精確には、民主政における自由と開放性の擁護者としての役割である。この自由と開放性は、恐らく民主政が民主政であり続けるために不可欠の部分を構成するであろう。しかしその上でなお我々は、かような要素が実際には民主政のあくまで一部分に過ぎないのではないかと、と問うことができるように思われる。

国家によつて制限されない自由な討論の中で、悪しき意見は淘汰され、より良い意見が生き残り、公論が形成されていく。例えば「思想の自由市場」というメタファーが示すかような像は、たしかに現在の民主政についてのひとつのイメージを形づくっている。ここでは少数者も、討論の中で自らの意見の正しさを説得することによつて、いつの日か多数を獲得すべく努め

ることができる(はずである)。しかし、シユミットのよく知られた指摘を引くならば、我々は永遠に議論し続けることはできない。<sup>(23)</sup>民主政においても、少なくともどこかで討論を打ち切って、拘束的な決定を下す必要が存在するはずである。この角度から見た場合、政治プロセスとは、無数にある可能な政治的決定の選択肢を徐々に絞り込んでいき、最終的にひとつの決定を産み出すためのプロセスであると理解することもできる。公共の利益に適った、より良い内容の決定を下すことができるためには、このプロセスが全体としてどのように構成され、機能するかが、重要な意味を持つはずである。<sup>(24)</sup>

表現の自由は、たとえ非力な少数者であっても自らの意見を討論の場に持ち込むことができるように保障する。選挙権の平等は、かような討論の帰結を国家の官職の構成へと変換する際に、各人が平等にカウントされることを要請する。これらによつて、どんな少数意見であつても等しい資格で政治的意思形成のアーリーナに登場することができるべく試みられるのである。しかし、このような自由と開放性は、政治的意思形成のすべてではない。問題は、かようにして保障された多様性の中から、どのように意見や利害の集約を行い、ひとつのより良い決定を創り出していかである。そして、まさにこの局面において、し

ばしばし民主政の機能不全が問題とされ、これをいかに克服するかが苦慮されることになるのである。

(4) この問題は、実はわが国でも大変なじみ深いものである。九〇年代初めまでに、自民党が長期にわたって政権の座を独占するいわゆる「五五年体制」が様々な弊害をもたらしている旨が指摘されてきた。ある立場によれば、議院内閣制においては政権獲得をめぐる与野党間の競争が重要な意義を有するのであり、わが国でも政権交代の可能性を実現することによって、政府と国民のあいだにできる限り透明な責任とコントロールの連関を創り出すべきであると考えられたのである。「政治改革」とは、まさに意思を集約し終局的な決定を産み出すメカニズムをより合理的なものに変革しようとする試みとして理解することができる。<sup>(25)</sup>

ここでは憲法学にとつて、いくつかの問題が折り重なるかたちで存在している。第一に、いかなる民主政が目指されるべきかである。例えば、選挙において国民自身によつて政権の選択がなされるような仕組みが望ましいのか、それともまず議会に多様性が反映されることが重要なのか、という対立軸は、当時憲法学においてひとつの争点を形成した。<sup>(26)</sup> 第二に、いかにしてかような理念を実現するかである。人々の自由な活動の中から、

自然と政治的意思形成が一定の方向に組織され、良好に機能している場合には、何の問題もない。問題は、自生的な政治プロセスが何らかの構造的な弊害を生み出す(と考えられる)場合である。ここでは、一定の制度改革など、集合的な作為の力を通して現状を変革することが試みられ得る。「政治改革」が問題となる所以である。そこで第三に、立法者がこのようにして何らかの形で政治プロセスに影響を与えようとするとき、これが憲法の制約に抵触しないかどうかの問題となる。例えば、政権交代をめぐる政党間の競争を創り出すために、政権を担う能力を備えた複数の大政党を育成すべきだという考えがあり得るだろう。しかし場合によっては、かかる目的のために採られた一定の制度が、大政党の優遇をもたらし、少数者の政治的機會を制約するかもしれない。「政治改革」が、逆に自由で開かれた政治的競争を阻害する危険がないとは言えない。憲法の見地からは、かような場合に、立法が憲法の定める具体的な制約に抵触していないかどうかを、十分批判的に検証すべきことになろう。まさにかようなコントロールの重要な担い手として期待されるのが、裁判所の違憲審査である。

以上の検討に従えば、裁判所と民主政の関係は、最初に考えたよりももう少し複雑なものであることが明らかになる。裁判

所は、憲法の解釈において、民主的プロセスの自由と開放性を擁護しなければならぬ。しかし他方で、民主政が単なる諸意見の永遠の自由競争に尽きるものではないとすれば、決定形成に向けた集約プロセスの「質」を高めようとする立法者の企て自体が、常に否定されなければならないとは限らぬであろう。

「改革」の企図と「自由」の要請のあいだに一定の緊張が生じた場合、裁判所はこれをどのように解決すべきなのだろうか。

裁判所はどこまで、またどのようにして「自由」の擁護者としての役割を貫徹することができるのか。そして自由と開放性の要請は、「改革」の企てによってどの程度まで制約されるのだろうか。<sup>(27)</sup>

そこで次節では、この問題の憲法学的な意義について、「多元主義」と「共和主義」というふたつの異なる民主政理解を採る立場からの議論を題材に、もう少し検討することにしよう。

## 二．現状保障という幻想？

(一) 憲法典自身が多数決主義的な民主主義にコミットしているという立場によれば、裁判所は原則として民主的な立法者の判断を尊重しなければならない。例外的に裁判所が積極的な違憲審査を行使しうるのは、民主的政治プロセスの前提自体を立

法者自身による侵害から保護する場合である。その根拠は、自らの政治的優位を固定化しようとする立法者の自己授益に対する不信である<sup>(28)</sup>と見ることができよう。これは、裁判所の積極的介入を要請する議論としては、たしかに一定の説得力を認めることができるように思われる。

しかし、この場合に裁判所はどのように介入をすべきなのだろうか？これは、あるべき民主政としてどのような像をイメージするかと裏腹の関係にある。この際に、かような多数決主義者が依拠する有力なモデルのひとつが利益集団多元主義<sup>(29)</sup>である。この立場は、民主政を組織された諸利益の間の競争のプロセスと捉え、自由で妨げられない競争によってこそ公共の利益が生み出されるもの<sup>(30)</sup>と考える。裁判所は、この自由な政治的「市場」のルールを、権力を握った多数者によって歪められないように保護する任を負う。具体的には表現の自由などの厳格な保障によって政治的な変化のチャンネルを保護すること、そしてこのプロセスから不当に排除されがちな「切り離され孤立した」少数者を保護することである。ここでは基本的に自由な政治的「市場」の存在が所与のものとして前提され、これに対する国家の介入が厳格に審査されるべきことになる。

この見解の基礎には、多元的な諸集団の競争と妥協のプロセ



スによって、諸利益の調和が生み出され、公共の利益が実現される、という政治的「市場」の機能への信頼が存在している。

すなわち、かかる「市場」が正当化されるのは、利害の多元化した社会においてはこのようなメカニズムこそが、多数者の専制を避けつつ全人民の利益を平等に配慮するという「代表」の理念をよりよく実現すると考えられるからである。まさにかかるとしては、多元主義者イリイは、実際に代表者の選出に参加しなければならないという「バーチャルな代表(virtual representation)」の原理を援用することによって、多元主義的政治プロセスから不当に弾き出された少数者(「切り離され孤立した」少数者)が裁判所によって保護されるべきことを主張し得たのであった。<sup>(31)</sup>ここでは、諸集団に対する平等な配慮という「代表」の理念を具体化するための主たるメカニズムとして自由な政治的「市場」が構想され、この「市場」を維持しつつその限界を補完するための従たるメカニズムとして裁判所の司法審査が構想されているものと整理することができるように思われる。

しかし、かような「代表」の理念を実現する上で、国家から自由な政治的「市場」のメカニズムをどこまで実際に信頼することができるのだろうか。かような多元主義憲法理論を受け入

れるか否かは、ひとつにはこの点の判断に関わるように思われる。そしてまさにかような「市場」モデルを厳しく批判するものが、共和主義の立場に立つサンステインである。そこで次に、彼の見解の意義について簡単に検討しよう。

(2) サンステインは、所与の「現状(status quo)」を自然的なものとし、この「現状」に変更を加えるような国家の行為を憲法上疑わしいものと見なす。「現状中立性(status quo neutrality)」の観念を厳しく批判する。<sup>(32)</sup>彼によれば、ロクナー判決に代表されるようなニューデール以前の連邦最高裁判所の思考は、「現状中立性」の観念に依るものとして特徴付けられる。これは、コモン・ローの秩序およびこれに従って形成されたところの現実の社会状態(「現状」)を、国家に先立つ自然的な秩序とみなし、国家行為の憲法上の許容性を判断するにあたってこの現状を基準(Quasi)とする考え方である。国家が現状を尊重しこれに従って行動している限り、国家は中立的に行動しているものと見なされる。他方、かかる現状に違背するような内容の立法は、非中立的で党派的なものとみなされ、違憲の疑いをかけられる。ロクナー期に労働者保護立法などが相次いで違憲とされた背後に、サンステインはかような現状を規範的尺度とする思考を見出す。<sup>(33)</sup>

これに対してサンステインは、この現状の自然性を強く否定する。コモン・ローといえども裁判所によって形成された国家法であり、国家の作為の産物である。そもそも社会の秩序とは、国家の法によって構成され、作為によって作られたものであつて、自然ではあり得ない。同様に、このような法秩序の下で形成された富の分配や人種・性別間の格差、人々の選好なども、この意味での国家の作為による影響を受けたものである。いま現にある社会状態を、国家に先立つ自然として捉え、その自然性の故にこれを当然に規範的尺度とする考え方には根拠がない。現状といえども、それが合理的なものであるか否かを批判的に検討されなければならないし、現状に変更を加えるような国家の行為も、それだけで直ちに疑わしいものと見られてはならない。

サンステインによれば、ニューデールの意義は、まず第一にこのような現状中立性の観念を否定した点にあつた。しかしまた彼によれば、この意味での「自然」の否定は、ニューデール以前に、アメリカの歴史に深く起源を有するものである。身分的秩序を「自然」と見なす君主制的な観念を否定して、社会を人為によって構成されたものと見ることこそが、共和制の出発点であつた。社会の秩序は、主権者たる人民の作為による、

より善き秩序形成に向けて開かれていくはずである。<sup>(34)</sup>

かように社会が人為的に構成されるものである以上、重要なのはこの作為の担い手たる主権者の決定がいかにしてなされるかという点にある。ここでまさにサンステインは、熟慮と討議に基づく民主政を、憲法の基礎にある民主政像に据える。国家の行為は、剥き出しの私益によって決定されてはならず、熟慮と討議のプロセスを経た、理由 (reason) に基づくものでなければならぬ。かくしてサンステインにおいては、この共和主義的な民主政治こそが、「自然」としての現状に代わつて憲法理論の中心の座を占めることになるのである。<sup>(35)</sup>

それでは、裁判所の違憲審査は、このような民主政に対して、いかなる関係に立つのであろうか。社会秩序が「自然」ではなく「人為」による制作物であるという洞察は、必ずしも主権者の無制約な自由を招来するわけではない。秩序の自然性が否定されるからといって、国家が剥き出しの私益に基づいて社会秩序を恣意的に造形してよいということにはならないはずである。熟慮と討議の民主政は、単なる既存の選好の集計に基づく利益集団多元主義とは異なり、意思形成プロセスの「質」を要求する。そしてかような民主政の質は、政治的平等や政治的意見の多様性など様々な条件に依存している。裁判所は、この意味に

おける民主政の前提条件の保護が問題となる場合には、立法者との関係で積極的な役割を果たすことが要請されるのである。<sup>(36)</sup>

他方で、立法者による社会改革が問題である場合には、裁判所の役割はより抑制的であることが要求されるであろう<sup>(37)</sup>(但しこの場合でも、裁判所は国家行為が利益ではなく理由に基づくものであるかどうかを審査する役割を負うが)。かくして、サンステインの場合もイリイの場合と同様に、裁判所が民主的プロセスの保障者として呼び出されることになる。

では、裁判所は民主政を保護するために、いかなる尺度に基づいて司法審査を行うべきなのだろうか。ここでは、国家に先立つ所としての政治的「市場」を国家の侵害から保護するという思考は採用しがたい。かかる政治的「市場」なるものが、熟慮と討議に基づく民主政の前提条件を当然に提供しているとは限らないからである。表現の自由は、多様な意見の間で討議が行われるための不可欠の条件として、裁判所によって厳格に保障されなければならない。しかし他方で、例えば放送に対する公平原則や政治資金規正などのように、国家による規制が既存の社会的な権力に制約を加えて平等で多様な言論を促進し、熟慮と討議を促進すると考えられる場合も存在する。かかる種類の規制は、民主政の前提を創出するものとして、憲法上一定

の範囲で容認される余地があろう。<sup>(39)</sup>

それ故、裁判所は一定の限度で民主政の保障者としての積極的役割を果たすべきであるが、他方で民主政の前提条件は裁判所のみによって保障されるわけではない。立法者は、民主政の現状に歪みがある場合には、種々の立法によって積極的に社会秩序を形成する任を負う。こうした立法が、熟慮と討議を促進するものと見なす十分な根拠がある場合には、裁判所はこれを容認しなければならぬであろう。この意味において、サンステインの民主政の構想においては、立法者と裁判所の協働によって、より良き民主政の実現が目指されることになるのではないかと思われる。

しかしながらこのような理解は、同時にサンステインの憲法理論にある種のディレンマをも呼び込むものと思われる。民主政に関わる諸権利については、立法者が自己利益のために民主的プロセス自体を歪める危険に鑑みれば、裁判所は積極的な違憲審査を行うことが要請されようである。しかし他方で、メディアや政治資金の問題のように、民主的な政治プロセスの前提となる社会条件が必ずしも当然の所与ではないために、立法者による積極的な形成的活動が要求される場合がある。この際、いかなる立法的な規律がいかなる効果を及ぼすかは、常に明らか

であるとは限らない。この場合、積極的な社会形成について判断する能力の点から見て、裁判所は立法者の判断に対して一定の謙譲を示すことが要請されうる。かくして、民主政の前提条件の創出を目的とした立法に関して、立法者の自己授益の防止という観点は厳格な司法審査を求めるベクトルをもたらし、積極的な社会形成についての判断能力という観点は司法の自己抑制を求めるベクトルとして作用しうる。この二つの観点は時として相互に対立する。

秩序形成的な立法に関して問題となるのは、それが時として無益なものに終わったり、本来の目的に反する結果を生じるなど、「意図せざる結果」をもたらす点である。<sup>(40)</sup>例えば、抽象的・理念的なレベルでは民主政にとって歓迎すべきはずの政治資金規正が、実際には様々な抜け道によって実効性をあげることができず、かつこのような規制によって現職者を新しい挑戦者から守る（「エントレンチメント」の問題）などの副作用を生むという事例をサンステインは論じている。この問題は、裁判所に難問を投げかける。たしかに適切に設計された政治資金規正は、政治的に平等な者の間における熟慮と討議を促進する限りで、表現の自由と両立可能だと考えられる。しかし実際には議会は自己利益に基づいて不適切な立法を行うかもしれないし、

かかる立法がええって民主政を悪化させる効果すら持つかもしれない。裁判所がこの領域において、立法者への不信に基づき積極的な審査を行うことには理由がある。しかしこのことは、多様な制度設計の可能性とその効果（それは立法者すら予測できない「意図せざる結果」をも含む）という、複雑な経験的判断の難問の中に、裁判所を引きずり込むことを意味しよう。立法者の自己授益の排除という視点と、立法者による社会形成の自由（および司法の限界）という視点の交錯するなかで、適切な裁判所の役割をいかにして構想していくべきなのか。これは我々にとってなお開かれた問題として残されているように思われる。

(3) 以上、立法者の自己授益から民主政を擁護する上で、裁判所がいかなる役割を果たすべきなのかを検討してきた。仮に所与の「市場」があるべき民主政の理念から判断して十分な信頼に値しない場合には、立法者がこれに変更を加え、積極的に民主的な秩序を形成する可能性を原理的に否定することは困難であろう。「ニューディール」ないし「社会国家」を民主政の領域に持ち込むことは、我々をかような困難に直面させるのであり、「政治改革」という問題が憲法学に対して有する含意のひとつもまた、かような点に存するよう思われる。

ところで、以上に検討した議論において、その下敷きとされる民主政理解には共通の特徴があったように思われる。イリイにおいて、多様な利益集団間の競争によって諸利益の平等な配慮をもたらすことが問題となり、サンステインにおいては平等な公民の多様な政治的意見の間の討議が重視されることになる。いずれにしても、ここでは民主政を実現する上での要点は、政治的意思形成の平等性・多元性・開放性を確保する点に置かれているように思われる。

しかし既に触れたように、民主政の課題はこうした点のみに尽きるわけではない。ひとつの終局的決定を産み出すための意思集約のプロセスをどう構成するかも、同様に重要な意義を有するはずである。あるいは伝統的な理解によれば、自由で妨げられないコミュニケーションの領域と、意思集約及び拘束的な決定が下される領域とは、相互に区別されるのかもしれない。しかしながら、実際にはこの両者を截然と区別することは難しい。例えば政治的意思の集約・統合は、選挙や議会という制度のみによって可能になるものではなく、社会の領域でも政党や団体などによって支えられる必要がある。そして元来自由な社会的結社である政党のあり方こそは、わが国で「政治改革」を論じる際の中心的な論点のひとつとされたであつた。他方で議

会の審議には、市民社会における討議や競争の延長としての性格も見出し得よう。

それ故、立法者が望ましい民主政を実現するために社会形成的な立法を行う場合、問題はさらにもう少し複雑である。ここには、政治的意思形成の多元性・開放性を実現しつつ、同時にこの多様な意見を集約・統合するプロセスを合理的に構成するという課題が存在している。立法者は、所与の社会条件のなかでこの二つの要請を最適なかたちで実現し、両者の均衡を達成すべき任務を負っている<sup>(4)</sup>と理解することもできる。ここでは、何より立法者自身が民主政の保障者としての役割を果たすことが要請されるのであり、立法者が自己利益を克服して、民主政の自己変革を成し遂げることができるとは、主として民主政のプロセスそれ自体にかかってくるのである。他方で裁判所は、よき民主政の前提条件のすべてを保障することはできないし、とりわけ政治的意思の集約・統合過程の合理化を自ら積極的に創出することは困難であるが、このような立法によって政治過程の自由と開放性が一方的に犠牲に供されることのないよう、監視する責任を負う。この意味で立法者と裁判所は、民主政の実現に向けた協働の関係にあるものとして理解されなければならない。

ここでの問題は、立法者と裁判所それぞれが、どこまでそれぞれの負う固有の困難を克服してかかる役割を果たすことができるかに存するであろう。そこで次節では、かような観点から見て、わが国の九〇年代の「政治改革」が憲法学にとって具体的にいかなる問題を示しているかを、簡単に検討することにした。

### 三、「政治改革」の諸問題

(一) 一九九〇年代の一連の「改革」の背後にある指導理念のひとつは、「政党本位」の政治的意思形成の実現というものである。個々の議員が、地元や業界への利益誘導を通して自らの支持基盤を固め、議席の維持を図る、という伝統的な政治スタイルの弊害や疲弊が指摘され、政党という組織が互いに理念や政策を競うこと<sup>(42)</sup>によって、「政策本位」の政治を実現することが試みられたのである。

リクルート事件をきっかけに「政治改革」の必要性が説かれる中、自民党は一九八九年五月に「政治改革大綱」を党議決定<sup>(43)</sup>する。ここではまず、「中選挙区制下においては、政党本位ではなく個人中心の選挙になりがちであり、このことが利益誘導政治や金のかかる選挙の原因となってきたことを指摘した上

で、「国民本位、政策本位の政党政治を実現するため、小選挙区制の導入を基本とした選挙制度の抜本改革にとりくむ」こととされた。また政治資金に関しては、政治資金の透明性を高めるべきことともに、「政治家個人またはその政治団体にたいする寄附は、情実や直接の利害がからむ場合がある」ため、政治活動に対する寄附については今後「そのかなりの部分」を党に集中すべきこと、国会議員の活動への公的援助の拡大および「選挙制度の抜本改革によって、政党の公的役割のいっそうの増大が予想されることから、主として国庫補助を内容とする政党法の検討にはいる」べきことが示された。

第八次選挙制度審議会による一九九〇年の第一次答申も同様に中選挙区制の弊害を指摘し、「政策本位、政党本位の選挙を実現するため」小選挙区比例代表並立制の導入を提言する。同時に、「選挙区制の改革は、現実に展開される選挙が改革の趣旨に沿って行われてこそ、その目的を達するものである」との見地から、政党中心の選挙運動や政党要件の絞り込みなどが提案された。政治資金に関しても、政党中心の政治資金調達という方針の下、団体の寄附を政党に対するものに限るべきものとし、加えて「政党政治の健全な発達」の見地から政党に対する公的助成の導入が提案された。

かくしてその後の「改革」の流れは、かようなレールの上で、選挙制度・政治資金規正・政党助成における「政党本位」化を基本的な柱として展開することになる。ここでは、「政党本位」の実現に向けて、選挙制度の変更などを通じた政党化への「誘導」と、選挙運動・政治資金といった局面における政党への「優遇」という方法が用いられている点に注目することができる。主要な争点としてより注目されたのは選挙制度の方であろうが、（後に見るように）自由で開かれた政治的競争を一定の限度で制限してまで政党化の促進を図るという点でも、後者の持つ意味は憲法上軽視できない。

かような「改革」の実現には、海部内閣・宮沢内閣・細川内閣の下における周知の紆余曲折を経なければならず、様々な修正や妥協を経て一九九四年一月によりやく政治改革関連立法が成立に漕ぎ着ける。<sup>(45)</sup> 当時かような「改革」を実現する上で最大の困難と目されたのは、現行制度の下で既得権を有する政治家が、いかにして自己利益を克服することができるかという問題であった。それ故、例えば佐々木毅は「改革」の実現を次のような最大級の賛辞で賞揚したのであった。「五五年体制の政治的基盤を決定的に変えようというわけであるから、自民党、社会党が苦しんだのは当然であった。抜本的に制度を変えるため

には政治家を変えなければならないが、制度を変えなければ政治家は変わらないというジレンマがあったからである。このジレンマが乗り越えられたのは、政治家たちがある程度の自己変革を遂げたからにはかならない。……新しい仕組みを作って自らの変革を成就していくという、自己改革能力が発揮された一つの事例として見るべきである。従って、将来に向けて更なる改革を実行することができるし、政治への信頼の手がかりとなる資産を手にしたといつてよい。」<sup>(46)</sup>

(2) もつとも、当時から既に遠く離れた今日においては、かような評価にはにわかには同調しがたいところもある。ここでは旧制度の否定という一点にエネルギーが傾注された一方で、新しくいかなる制度を創出するかという側面に関しては、既存勢力間における駆け引きと妥協の成立が優先された可能性も否定できない。<sup>(47)</sup> 仮に既存制度の廃止という限りで立法者が「自己変革」に成功したとしても、そのことは必ずしも新制度の構想において自己利益から自由でありえたことを意味しない。

こうした問題は、政党助成制度の導入や政党中心の選挙運動、それらの前提となる「政党」要件の絞り込みなど、選挙制度以外の諸制度について特に当てはまる可能性がある。これらの諸制度は、既に議会に勢力を持っている既存政党に便宜を提供し

つつ、小勢力の新規参入には抑制的に働くものであり、難しい憲法上の問題を提起するにも関わらず、この点は「改革」の主要な争点としては浮上しなかった。<sup>(48)</sup>

他方で、かような「改革」の結果に関しても、今のところ十分に期待された成果を挙げていないという理解が一般的であるように見える。その原因のひとつとして、「改革」が政党に様々な便宜を提供しながら、政党自身の内部構造を合理化したり、その責任を実効化するための努力が伴わなかった点が示唆されている。先に引いた佐々木毅は、数年後には次のような批判的評価を下さなければならなかった。「実際、政治改革を批判的にみれば、政党に問題を『丸投げ』したといえなくもない。そして政治改革大綱は政党の改革を一つの重要な項目にしたのであるが、実は政党の改革はその後、ほとんど手がつけれない状態のまま事態はここにいたっている。また、政治改革は政党交付金制度を導入し、政党に対する公的支援体制を整えたわけであるが、それに対する返礼に値するような改革はなされなかった。それどころか、政党交付金目当てともおぼしき新党結成さえ見られたのである。個人から政党へと問題解決の担い手を移したところ、今度は政党が問題になったといえなくもない。……政治改革は政治により合理的な仕組みを求めるところ

から出発した。しかし、政党改革という肝心の環が欠けているために、この目標は達成不可能な状態に放置されている。」結局政党は、未だ十分な「自己変革」を遂げていなかったというわけである。

かくして現在、更なる「改革」の課題に挙げられるのは、ひとつにはこの政党の問題である。佐々木自身が座長を務めた「首相公選制を考える懇談会」の報告書（二〇〇二年八月）は、首相と与党とのあいだの「二重権力」を解消することを課題のひとつに掲げる。政党の派閥による不透明で責任を負わない支配を、できる限り透明でコントロール可能な支配へと変えていかなければならない。このための方策のひとつとして、議院内閣制を前提とする第二案・第三案では、政党の党首選出を合理化することが企図される。憲法改正を視野に入れた第一案では「憲法に政党条項を導入し、政党が首相候補者の選出について国民参加の余地を広げるよう義務付ける」ことが提案され、また現行憲法を前提とした第三案では「政党助成金の受給要件として、透明性・公開性を柱とする党首選出規程の整備などを義務付ける」旨の提案がなされている。<sup>(50)</sup>

かような提案が実行された場合に、実際にどのような成果を産み出しうるかは必ずしも明らかでないが、少なくとも次なる



救済策の実現のためには、ここでも政党自身の「自己変革」が要求されることになる。「政治改革」とは、多かれ少なかれ立法者が自己自身の事柄について立法を行うことを意味する<sup>(51)</sup>。

「何人も自己自身の裁判官たりえない」にも関わらず、立法者が自らの欠陥について、自ら裁き、自ら救済を模索しなければならぬ点に、この問題の構造的な困難が存する<sup>(52)</sup>。

(3) それでは、かような改革立法に対して、憲法はどのような制約を置いていると考えるべきだろうか。裁判所はその合憲性をどのように判断するべきか。

選挙制度の問題をひとまず別にすれば、上記の改革立法やその提案は、政党を通じた政治的意思形成を強化するべく試みる点で、共通の特徴を有している。しかしながらかような企てはその反面において、(既存) 政党というルートを経由せずに政治プロセスに参加する可能性に対して制約的に作用する危険を持つ。それ故ここでの憲法上の問題は、政党による政治的な意思統合を改善し強化するという目的のために、政治プロセスの自由と開放性がどこまで制限されるか、という基本的な構図を有するように思われる。

この点について筆者なりの解答を与えるには、詳細な個別的分析を要するところであり、残念ながら本稿のなしうる範囲を

超えている。以下では具体的な論点ごとに、問題の所在をごく簡単に確認するにとどめたい。

### ① 選挙運動

公職選挙法は、政党を中心とした選挙という理念の下、衆議院議員の小選挙区選挙において政党その他の政治団体による立候補届出の制度を設け(八六条)、この候補者届出政党が、候補者本人とは別に、自動車、拡声機、文書図画等を用いた選挙運動や新聞広告、演説会等を行うことを定める(一四一条二項、一四二条二項、一四九条一項、一六一条一項等)。また、候補者届出政党が、候補者本人には認められない政見放送をなし得るものとしている(一五〇条一項)。

ここでは憲法上、候補者届出政党に属する候補者とそうでない候補者のあいだにおける選挙運動の不平等が問題となる。この背後には、その実質として、候補者の選挙運動に対する厳しい制限という周知の問題が存在している<sup>(53)</sup>。これは政党に所属しない候補者の選挙運動を直接に制約するものであるだけに、新勢力の参加への開放性にとって重大な意義を持つ可能性があり、その合憲性についても強い疑いを提起しうる。また、政見放送では、この局面で「平等」の意義をいかに解するかという困難な問題が突きつけられる。

もつとも、戸別訪問禁止規定に関する判例などが示すように、わが国の判例はそもそも選挙運動の自由を厳格に保護する姿勢を示していない。その根拠とされるのは、選挙のルール形成における立法者の裁量という視角である。政党による選挙運動の問題についても最高裁は、一九九九年判決において、選挙制度についての立法裁量を広く解する視角を示しつつ、次のように述べる。「憲法は、政党について規定するところがないが、その存在を当然に予定しているものであり、政党は、議会制民主主義を支える不可欠の要素であつて、国民の政治意思を形成する最も有力な媒体であるから、国会が……政党の右のような重要な国政上の役割にかんがみて、選挙制度を政策本位、政党本位のものとすることは、その裁量の範囲に属することが明らかである」。そしてこれに伴う選挙運動の不平等についても、「合理的理由に基づく」と認められる「限り裁量の範囲内であるものとした。一見すると政党の役割についての実質的判断が重要な役割を果たしていると思えなくもないが、そもそも選挙制度に関する広範な裁量という判断枠組みが裁判所の姿勢を規定している」と読むべきであろう。裁判所は民主政の秩序づけに関わる困難な判断に自ら踏み込むのを回避したと解し得よう。

## ② 政治資金

政治資金規正法は、政治家個人への寄付を厳しく制限し、団体の寄付は政党と政治資金団体に向けてなされるべく定めている(二一条)<sup>(56)</sup>。その意図は、佐々木毅によれば、当時「個人本位」の政治がもたらした弊害が極に達しており、その是正がなによりも緊急の課題とされたことである。個々の政治家の実態に即して考えると、政党はこれよりもましな、責任感のある存在と少なくとも想定されていた<sup>(57)</sup>。もつともかように政治資金の流れを政党中心へと制限する反面として、政党に所属しない政治家は不利を被ることになる。

かくしてここでも、「政党本位」化という目的による寄付の自由への制限が問題となる。この点、市民社会における自由で開かれたコミュニケーションという観点を重視する立場からは、その問題性が厳しく批判される。毛利透は、「なぜあらゆる私的団体からの政治的な寄付が政党に集中されなければならないのか。考えうるのは、市民社会での自由な議論をカットし、各種の政治的要望を直接に、国家権力と直結する政党へと集約するということ、憲法上不当と評価されるべき考慮であろう。政党中心の政治というキャッチフレーズが、ゆえなき政党の特権化を帰結した一例である」と述べ、「こうして、政治改革で求められた政党中心の政治とは、政党を通じて実際にはそれに所属す

る政治家を特権化するものであったことが明らかになる」、と断罪する。<sup>(58)</sup>

毛利が正当に指摘するとおり、かような政党の特権化の問題は、憲法判断に当たって考慮されるべき重要な視角であると思われる。ここでは、まさに政党の優遇によって、無所属政治家の「平等」な機会が制約されるからである。但し、憲法上の判断において、かかる制限を「市民社会での自由な議論をカット」するものと位置づけることができるかは、なお検討の余地が残るように思われる。<sup>(59)</sup>

### ③ 党首の選出方法の規制

既に触れたように近年では、政党内部の実態に手を触れないまま特権のみを付与しても、十分に意図された効果を上げないのではないかと、という懐疑が有力であるように思われる。かくして上述の「首相公選制を考える懇談会」報告書が提案するように、党首の選出手続の規律など、政党の内部秩序を合理化するための規定の導入が問題となりうる。もともと、かような提案の際に念頭に置かれるのは、政党一般であるよりもすぐれて与党、とりわけ自民党の問題であるように思われる。政権を担う能力のある大政党を念頭に、その幹部のインフォーマルな権力を何らかのかたちでコントロール可能なものにした、とい

うのが、かような提案の際の基本的関心であろう。

これに対して、伝統的にわが国の憲法学においては、政党の内部秩序規制に対しては批判的な見解が有力であったように思われる。これは、内部秩序の民主化という大義名分が、イデオロギーや秩序原理を異にする野党に介入するための口実とされることを恐れたものと考えられる。<sup>(60)</sup> 少なくとも、主に政権政党を念頭に置いた内部秩序規制であっても、全ての政党に一律に適用される場合、その内容によっては、新たな（異なる）秩序原理を備えた小政党や新政党の登場に対して制約的に作用する可能性もある。ここでは結社の自由の下で、かような対立する要請を両立させるような規律が可能かどうかが問題になる。

この点で同報告書は、政党助成を交付するための条件として一定の党首選出手続を要求するという案を示しており、注目される。もともと、たとえ一律の強制ではないとしても、結社の自由という基本権の行使を不利益処分に結びつける点で、基本権への「侵害」<sup>(61)</sup>に該当しないかどうか、検討の必要はあるように思われる。また「侵害」に当たらないとしても、助成の条件が不合理な内容のものとならないよう、憲法的見地からの制約の可能性を探っていく必要も残ろう。<sup>(62)</sup>

### ④ 政党助成

政党助成においても、問題の基本的構図はこれまでの例と同じであると考えられる。<sup>(63)</sup> 政党助成は、政党の政治的な働きを金銭的に支援することを目的とするが、これは通常その勢力比に従って配分されるため、大勢力の有利な政治的地位を固定化する一方で、小政党や無所属の政治家の競争機会を相対的に損なう作用を持つ危険がある。

政党助成の特殊性は、これが自由に対する直接の制約を伴わないため、上記の例に比べて憲法による統制が難しいという点に求めることができる。しかしながら、侵害を伴わない給付であるからといって、民主政にとつての危険が小さいとは言いがれない。ドイツでも、政党がいわばお手盛りで国庫からの助成を肥大化させることの弊害が指摘されている。ある論者によれば、「連邦憲法裁判所は、自らの主要な役割を、市民の権利への国家による侵害を防ぐ点にあるものと理解している。この際、不適切な国家の給付に対するコントロールがとまれば不十分になる。しかしながら、政治資金の不適切な規定によって、個別の基本権侵害よりもはるかに大きな国家と法に対する危険が生じうるのである」<sup>(64)</sup>。

政党助成の問題性としては、政党が資金的に国家に過剰に依存することによって市民との乖離が生じたり、また「お手盛り」

の外観を生じさせることで市民の政治的信頼を損なう点なども指摘される。これに対してドイツの連邦憲法裁判所は一九九二年判決において、<sup>(65)</sup> ①国家による助成額が政党の自己資金額を超えてはいけないという「相対的上限」、②必要な額以上に助成を行うことを禁止するという観点から、一九八九年から一九九二年までに支払われた助成額の平均を今後の上限と定める「絶対的上限」、③政党が社会に根付くことを促進するような配分基準を採ること、具体的には当該政党が獲得した得票、党費、寄附に応じた配分、という三つの制約を導いている。もつとも、ドイツにおいては憲法上に政党条項が存在し、いわば政党という制度が客観的に保障されていると見る余地もあるため、かような「解釈」が直ちに事情の異なるわが国に移植可能かどうかは慎重な考慮が必要であろう<sup>(66)</sup>。

わが国の憲法の下では、政党助成へのコントロールの根拠としては、競争機会の不平等という観点から平等原則違反を問題とするのが最も有効ではないかと思われる。これはまさに平等な政治的競争という主題に直接に関わる。これを極めて厳格に解釈すれば、現状の競争状況に対して完全に中立的な効果を持つ配分基準を発見することは困難であるため、一切の政党助成は違憲であるという結論も導きうる（「現状中立性」<sup>(67)</sup>）。もつ

とも、ここまで厳格な理解を採らずに、政党助成の許容性それ自体は容認しようとする場合には、平等の見地から許される配分基準と許されない配分基準の線引きを行うという困難な判断を引き受ける必要が出て来るであろう。

いずれの場合においても、政党助成を憲法的にコントロールするには、多かれ少なかれ裁判所による困難な法創造的解釈が必要とされるように思われる。また、ここでも裁判所は立法者に一定の「枠」を与えうるに過ぎず、給付という手法の濫用を防ぐ上では恐らく部分的な役割を果たしうるに過ぎない。かくして、上記の他の問題と同様に、裁判所による民主政の保障が限界に突き当たるところでは、結局立法者の「自己変革」へとボールは投げ返されることになるのである。

(4) 以上の簡単な検討によれば、「政党本位」の政治を目指す「政治改革」の諸方策は、それぞれ政治的な自由と開放性という憲法上の要請と、何らかのかたちで緊張関係に立つ。もしも我々が政治的な「自由市場」を十分に信頼することができ、これらの措置を「自然」な秩序に対する不自然な作為的介入と評価することができるのならば、恐らく問題はそれほど難しくないのである。それは原則として、「国家から自由な」政治プロセスへの疑わしい介入として厳格審査に服することになら

う。しかしながら、もし立法者が政治的意思形成の過程に対して秩序形成的に働きかける可能性を原理的に認める限りは、我々は一定の民主政の規範的理念に従って、許される規律と許されない規律を区別するという課題を背負うことになる。

ここでは、憲法解釈論上、「自由」のみではなく「平等」という論点が重要な意味を持つて来るであろう。上記の①②④それぞれにおいて政治的競争の平等は中心的な論点をなす(特に、政党助成や政見放送など、直接的な自由の制約なしに政党に「特権」を提供するというソフトな手法に関して、平等原則によっていかなる統制を及ぼしうるかも重要な意味を持つ)。これを立法者の広範な裁量に委ねるというのでなければ、ここではいかなる解釈が可能であろうか。もし仮に「政党本位」の政治を実現することが、憲法上一定の尊重に値する価値であるとするならば、少数者の平等な政治的機会とのあいだで適切な調整原理が解明されなければならない。もつとも実際には我が国の裁判所は、かような問題についても立法者の裁量を広く認める傾向にある。

もちろん立法者による秩序形成には一定の危険が伴う。立法的介入がもたらすリスクを重視する場合には、敢えて実践的な見地から「現状」の歪みを甘受するというのもひとつの選択で

はあり得よう。かくして立法を通して人為的に「政党本位」の政治を創出しようとする「政治改革」という企ての正統性を認めるか否かは、憲法学的な思考にとつてもひとつの分かれ道の意味するのかもしれない。この分岐点においてどのような立場が可能なのか、そしてここから実際に各論的な次元で、具体的にいかなる解釈論が構築されていくべきかは、今後検討を深めべき課題である。

#### 四、おわりに―民主政の自己変革という困難

裁判所はどこまで、またどのようにして民主政の保護者たりうるか―本稿はかような問いを出発点として、「政治改革」の憲法学的意義という視角から、この領域における違憲審査をめぐる若干の問題状況を検討すべく試みた。そのさしあたりの結論を一言でまとめるならば、次のような極めて平凡で常識的な理解に落ち着くであろう。裁判所は、最善の場合ですら、せいぜい部分的にししか民主政の擁護者たり得ない。かくして残された問題は、再び民主政自身の「自己変革」に委ねられざるを得ない。

ここでは、エゴイズムに汚れた「通常政治」のプロセスから裁判所が憲法を護る、という思考は、限界に突き当たらざるを

えない。「憲法政治」が設定した箱庭の内側で展開されるべき日常の政治プロセスにおいても、民主政は時として、諸利益を超えた公共の見地から政治の仕組みを形成すべき必要に迫られる。そしてかような課題は、その特有の困難故に、容易に立法者と裁判所のはざまに取り残されてしまう。

いうまでもなく、憲法学の通説的な立場も、恐らくかような結論を否定するものではなからう。それはむしろ暗黙の前提とされているだけかもしれない。しかしながら、かような困難な問題は、元来民主政というものを真剣に受け止めようとする限りは、決して避けて通ることはできないはずである。もしもかかる問題が正面から十分に議論の俎上に載らなかつたとすれば、憲法学自身の理論的関心のうちに相応の原因が存在したのではないかと推測される。

それはあるいは、憲法学の課題を主に「権力の制限」に見出すという理解なのではあるまいか。憲法は、国家という危険な存在を前にして、これを「法の支配」に服さしめようとする。これは、制限されるべき権力が君主の権力であろうが国民の権力であろうが変わりはない。しかしながらとりわけ民主政においては、これに加えて、公共の利益への責任を担う正統な権力を国民自身の中から創出するというもう一つの課題が、重要な

意義を持つはずである。そして本稿で論じてきた問題も、結局この「権力の形成」という課題に行き当たると。

「権力の制限」という課題に関する限りでは、違憲審査制は、万能ではないにしても極めて有力な手段たりうる。これは、裁判所の役割として「個人の尊厳」の保護を中心に据える場合でも、多数者から民主政のルールを護ることを重視する場合でも同様であろう。しかしながら、そもそも我々にとつて必要な権力をいかにして創り出していくか、という局面においては、裁判所はせいぜい憲法が保障する民主政の一定の前提条件を、一定の限度でのみ保護しうるにすぎない。これを超えて、民主政をいかに実質化していくかは、まさに民主政の不確実なプロセスそれ自身に委ねられざるを得ない。

憲法学において民主政論が要請されるひとつの文脈は、裁判所の違憲審査権の範囲を限界付け、正統化するための理論としてである。しかしながら、このような視角に照らせば、違憲審査の正統化理論という枠内でのみ民主政を論じることには、初めから大きな限界が内在していると考えざるをえない。裁判所の外側で、違憲審査によつて保障されえない領域において、民主政をどのように実現していったらよいのか―これもまた、国民主権ないし民主主義の下における憲法学の正当な（あるいは

不可避の）課題であると思われることができる。しかしこれは同時に、憲法典のテキスト解釈という意味における憲法学が容易に取り組みうる範囲を超えた課題でもある<sup>(67)</sup>。とすれば、ここで問われているのは、憲法学という学問の自己了解に他ならない。

「憲法」とは元来多義的な概念であるが、もし仮に憲法を権力に対する制限規範というよりも、むしろ事実の次元を含めた公共体の基本秩序（ないしシュミットのいう政治的単一体の全体状態）として捉えるならば、ここで問題となっているのは、広い意味で憲法をいかに保障するかという問題だと見ることもできる。裁判所はこの意味での「憲法の番人」たりえない<sup>(69)</sup>。ここでは憲法の危機は反憲法的勢力のみによつてもたらされるとは限らず、むしろ憲法秩序は自らの機能不全によつて内側から

衰弱することもありうる。民主政はいかにして自ら自身を保障しうるのだろうか。ここにおいて憲法の規範性はいかなる意味を持ちうるのか。そして憲法学はかような問題にいかん理論的に対処しうるのだろうか。これは恐らく我々にとつて、少なくとも「議會制の危機」と同じくらい古い問題であろう<sup>(70)</sup>。しかしこれは、もはや本稿で取り組みうる課題の範囲を超える。本稿では、次に取り組むべき理論的課題の所在を確認することができたと思えば、さしあたりの目的は達せられたことになる。

注

- (1) 参照、高橋和之「司法制度の憲法的枠組—法の支配と司法権」公法研究六三号（二〇〇一年）二〇一—二二頁。
- (2) リアリズム法学の歴史的意義に関しては参照。ホイットツ（樋口範雄訳・現代アメリカ法の歴史（一九九六年））。
- (3) 高橋・前掲註（1）、二〇一—二二頁。
- (4) 例えば「原意主義」はかような立場のひとつと解される。原意主義については参照、野坂泰司「憲法解釈における原意主義（上）・（下）」ジュリスト九二六号六一頁以下、九二七号八一頁以下、同「テキストと意図」芦部信喜古稀記念・現代立憲主義の展開・下（一九九三年）七三一頁以下、同「原意主義論争と司法審査制」ジュリスト一〇三七号四六頁以下、土井真一「憲法解釈における憲法制定者意思の意義（一）」（四・完）法学論叢一三一巻一号一頁以下、三号一頁以下、五号一頁以下、六号一頁以下。
- (5) 参照、阪口正二郎・立憲主義と民主主義（二〇〇一年）三三—三七〇頁。
- (6) ここでの整理は、基本的に高橋和之・前掲註（1）、二一—二二頁の枠組みに従う。
- (7) わが国でこの立場の代表者は、いうまでもなく松井茂記であろう。次のものを挙げるにとどめる。松井茂記・二重の基準論（一九九四年）、同「プロセス的司法審査理論再論」佐藤幸治還暦記念・現代立憲主義と司法権（一九九八年）六七頁以下、同・日本国憲法（一九九九年）。
- (8) 松井茂記「自己決定権」長谷部恭男編・リーディングス現代の憲法（一九九五年）五七頁以下、同「自己決定権について（一）・（二）・（三）・（四）・（五）」阪大法學四五巻二—一頁以下、五号一頁以下。
- (9) 松井茂記「福祉国家の憲法学」ジュリスト一〇二二号六九頁以下。
- (10) これは恐らくわが国で伝統的に通説的地位を占めてきた立場であろう。その代表者の立場を示すものとして、さしあたり参照。芦部信喜・憲法学Ⅰ（一九九二年）五〇—五三、二一三—二一九頁、同（高橋和之補訂）・憲法（第三版）（二〇〇二年）一七、三六—三七、八〇頁。他に、例えば参照。佐藤幸治「立憲主義といわゆる『二重の基準論』」芦部信喜古稀記念・現代立憲主義の展開・上（一九九三年）三頁以下、など。
- (11) これについての最近の検討として、参照。高橋和之「すべての国民を『個人として尊重』する意味」塩野宏古稀記念・行政法の発展と変革・上（二〇〇一年）二六—九頁以下。
- (12) 二重の基準のかような方向への発展に関して、例えば



参照。芦部信喜「憲法訴訟と『二重の基準』の理論」同・

憲法訴訟の現代的展開（一九八一年）六五頁以下。

- (13) 自己決定権の意義を重視する立場として、例えば参照。佐藤幸治「憲法学において『自己決定権』をいうことの意味」同・日本国憲法と「法の支配」（二〇〇二年）一一五頁以下。

- (14) 長谷部恭男はこの点を強調する。長谷部恭男「憲法典というフェティッシュ」国家学会雑誌一一一卷一一・一一号一六二頁以下。

- (15) 阪口正二郎・前掲註（5）。

- (16) 松井茂記は、「立憲主義か民主主義か」という阪口の問題提起に対して、これを「民主主義に内在する立憲主義か民主主義を超えた立憲主義か」という立憲主義のコンセプションの選択の問題として捉え直し、後者を採用しなければならない根拠が未だ十分には明らかにされていないという見解を示す。松井茂記「なぜ立憲主義は正当化されるのか（上）・（下）」法律時報七三巻六号八八頁以下、八号六二頁以下。また、参照。高見勝利「学会回顧二〇〇一年 憲法」法律時報七三巻一三三号六頁以下、九頁。

- (17) わが国で長く通説的な地位を保ってきたのは、このような「立憲民主政」論であったと思われる。その代表者である芦部信喜の立場に関しては、さしあたり前掲註

(10) を参照。

- (18) これは、かような議論がともに、アメリカ合衆国連邦最高裁の判例理論を土台として、これに説明と正当化および部分的批判を与える性格を持つ以上、当然といえは当然ではある。もつとも周知のようにこれに対しては、経済的自由の保障を強化すべきだという立場から異論が提起されている。例えば参照、井上達夫「人権保障の現代的課題」碧海純一編著・現代日本法の特質（一九九一年）六〇頁以下、森村進・財産権の理論（一九九五年）一五〇頁以下。憲法学からの応答として、参照。長谷部恭男「それでも基準は二重である！」同・比較不能な価値の迷路（二〇〇〇年）九九頁以下。

- (19) 例えば長谷部恭男は、多元主義の立場を取る松井茂記もまた司法に関してのみは個別利益から中立的な「公益」の促進者としての役割を期待している点を指摘し、その整合性と現実性を問題とする。長谷部恭男「政治取引のバザールと司法審査」法律時報六七巻四号六二頁以下、六五頁。

- (20) もちろん実際には、このような学説における自明の共通了解は、わが国の判例においては決して自明どころではない。この学説と判例の乖離をいかに架橋するかは、わが国でこの問題について考える際の最大の課題であるはずだが、この点は本稿では立ち入ることはできない。

- (21) ここでは、所与の国民の単一体という想定が説得力を失った後に、なお社会的な複数性の中から共通の秩序を立ち上げていくための方法という限りで、ケルゼンの民主政論をさしあたりひとりの参考として置ける。Vgl. Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl., 1929. 関連して、参照。拙稿「政治過程の統合と自由(四)」  
国家学会雑誌一一六卷一一・一二号掲載予定。
- (22) 「思想の自由市場」に関する近年の検討として、例えば参照。山口いつ子「『思想の自由市場』理論の再構築」マス・コミュニケーション研究四三号一四六頁以下、同「デフォルトとしての『思想の自由市場』」法律時報七四卷一五一頁。
- (23) Vgl. Carl Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 2. Aufl., 1926.
- (24) 国民内閣制論の背後にある問題もひとつにはここに関わる。参照、高橋和之・国民内閣制の理念と運用(一九四四年)。
- (25) わが国の九〇年代の政治改革の基本的な経緯に関して、参照。佐々木毅(編著)・政治改革一八〇〇日の真実(一九九九年)。
- (26) 高橋和之の国民内閣制論が前者を代表したのに対し、高見勝利はより後者への志向を示す。参照、高橋・前掲註(24)、同「『国民内閣制』再論(上・下)」ジュリス
- ト一一三六号六五頁以下、一一三七号九二頁以下、同「議院内閣制」ジュリスト一一九二号一七一頁以下、同「国民民主権」の諸形態」法律時報六八卷六号二五頁以下。高見勝利「岐路に立つデモクラシー」ジュリスト一〇八九号四〇頁以下、同「デモクラシーの諸形態」岩波講座現代の法3・政治過程と法(一九九七年)三三頁以下、同「国民内閣制論についての覚え書き」ジュリスト一一四五号四〇頁以下。
- (27) 毛利透は、「自由と決定との緊張」に着目し、決定圧力から自由を開かれた公共の議論を実現しつつ、同時にこれに権力を与えるという難題に取り組む。毛利透・民主政の規範理論(二〇〇二年)。Toru Mori, *Die staatliche Willensbildung in der differenzieren Gesellschaft*, in: ARSP 86, 2000, S. 185ff. 毛利の視角が「自由」の確保をまず重視する側から問題にアプローチするものだとすれば、本稿は同様の主題を「決定」形成の側から眺めようとするものとして対比できるかもしれない。
- (28) 近年の教科書から松井自身の言葉を例として引けば、次の通りである。「……裁判所には、あくまで民主主義プロセスの機能の組織的障害を是正し、民主主義が適切に機能するよう確保する役割が期待されていることになる。それは、そのような役割であれば、民主主義において裁判所にふさわしく、裁判所がそのような役割を果た

- すことは民主主義に矛盾しないからである。逆にいえば、裁判所がそれを越えた役割を果たすことは、国民によって選出された代表者からなる国会の正当な権限行使に不当に干渉し、民主主義に反するものといふべきである。」
- (29) 松井茂記・日本国憲法（一九九九年）・九六―九七頁。
- (29) 阪口正二郎はこの問題を、クラーマンに即しつつ「エントレンチメント」（懸壕を掘って権力を固定化しようとする）の問題として分析する。阪口・前掲註(5)、一六六頁以下。
- (30) 松井茂記と、彼が依拠するジョン・ハート・イリイの議論を参照。John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, 1980。（佐藤幸治・松井茂記訳・民主主義と司法審査（一九九〇年））。
- (31) 「バーチャルな代表」については参照。Ely, *Id.* at 82-83.
- (32) 以下、本稿で扱うサンステインの議論については主に、Cass R. Sunstein, *The Partial Constitution*, 1993 に依拠した。
- (33) *Id.* at 40-67.
- (34) *Id.* at 60.
- (35) *Id.* at 17-39.
- (36) *Id.* at 142-144.
- (37) *Id.* at 147-149.
- (38) *Id.* at 158-159.
- (39) *Id.* at 197-231.
- (40) Cass R. Sunstein, *Free Markets and Social Justice*, 1997, at 223-241.
- (41) ここでは見方を変えれば、政治的な「競争」の二つの次元が問題になっているものと捉えることができるかもしれない。民主政においては一方で、政治的アリーナに登場し、議会への代表を目指して競争する機会が、できる限り開かれていなければならない。しかし他方で、とりわけ議院内閣制では、代表をめぐる競争のみではなく、これと同時に政権をめぐる競争が十分に機能する必要があるように思われる。政府がかような競争に晒されることで、選挙を通じた権力のコントロールの強化が期待されるからである。このためには恐らく、政権の中核を担いうる、国民意思を集約する能力の高い複数の政党が存在し、かつこの政党が寡頭政的なホス支配の道具ではなく民意の集約媒体としての実質を有することが前提とされよう。かような社会的前提が存在しない場合に、いかにしてここから生じる弊害を克服することができらぬかという問題は、我々にとって少なくとも無関心ではないと思われるであろう。
- (42) その経緯については、参照、佐々木編・前掲註(25)。政党助成を中心とした憲法学的な検討として、拙稿「政治過程の統合と自由（一）」国家学会雑誌二一五巻五・六号三三三頁以下も参照。

- (43) 佐々木編・前掲註(25)、三二六頁以下。
- (44) 小沢隆一、村田尚紀(編)「資料」選挙制度と政党助成」法律時報六四巻二号一三二頁以下。
- (45) その内容の紹介として、参照。ジュリスト一〇四五号「特集・政治改革立法」。
- (46) 朝日新聞一九九四年二月十六日。
- (47) このような局面は数多いであろうが、例えば参照、佐々木編・前掲註(25)一二〇頁。成田憲彦「政治改革法案の成立過程」中村睦男・前田英昭編・立法過程の研究(一九九七年)三一九頁。
- (48) 政治的なアジェンダの設定に際して、既存の政治的勢力が、自分たちの共通の利害から暗黙の「カルテル」を結ぶという現象がしばしば指摘されることがあるが、本件をこのような見地からどこまで説明できるかは、少なくとも一度は検討に値する問題であるように思われる。差し当たり参照。Hans Herbert von Arnim, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, 1984, S.272-278. アルニムによれば、政治的競争の阻害が生じるメカニズムは、主として三つある。第一に、政権を獲得した多数党が、その権力を利用して競争上自己の有利を図り、あるいは野党に不利益な扱いを行う場合(例えば、選挙における与党の利益を目的とした政府の広報活動など)。第二に、議会に代表された政党が共同で、小政党・新政党など議会外の競争相手に対して競争上の不利益を課す場合(例えば、政党助成からの小政党の除外など)。第三に、同じく議会に代表された政党が共同で、国民一般の不利益の下で自分たちの利益を追求する場合。ここでは、国民の利益を実現するという目的のためには競争は機能しない(例えば、政党や議員、会派などへの過大な助成。官吏へのパトロナージ。特定の問題を政治的に取り上げないことについての政党間のカルテルなど)。また政党間カルテル論に関して、高見勝利の一連の紹介も参照。高見勝利「[ ]の国のかたち」の変革と「議院内閣制」のゆくえ」公法研究六二号一頁以下、特に二一一二頁、同「国会改革の前提と課題」ジュリスト一一九二号一四八頁以下、同「市民社会・国家・政党のトライアド」法律時報七三巻九号九七頁以下。
- (49) 佐々木編著・前掲註(25)、二二六、二九一三〇頁。
- (50) 大石眞・久保文明・佐々木毅・山口二郎編・首相公選を考える(二〇〇二年)一五五頁以下。
- (51) 自己の事柄についての立法という論点については、差し当たり参照。Hans-Peter Schneider, Gesetzgeber in eigener Sache, in: Dieter Grimm, Werner Maihofer(Hrsg.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Band 13, 1988, S.327.
- (52) つとに岡田信弘は選挙立法法に関して、内容的にいかな

る選挙立法が望ましいのかという「実体的」観点と並んで、いかなるプロセスで選挙立法が行われるべきかという「手続的」観点の重要性を指摘している。岡田信弘「選挙立法における政官関係」中村睦男、前田英昭編・立法過程の研究（一九九七年）一七〇頁以下。この「手続論」の局面が独自の重要性と困難を孕むという指摘は、狭義の選挙制度を超えて、政党助成など、政治的意思形成の秩序に関わる他の諸立法にも当てはまろう。

(53) 例えば参照。奥平康弘・なぜ「表現の自由」か（一九八八年）第四章。

(54) この選挙のルールという視点を重視するのは伊藤正己裁判官の少数意見である。最高裁昭和五六年七月二一日第三小法廷判決（刑集三五卷五号五六八頁）。

(55) 最高裁平成一年一月一〇日大法廷判決民集五三卷八号一七〇四頁（法律時報一九九六年六月二頁）。

(56) 資金管理団体への団体寄付は、政治改革の時点では制限にとどまっていたが、一九九九年改正によって禁止された。経緯につき参照。太田雅幸「政治資金規正法の一部を改正する法律について」ジュリスト一一七二号五〇頁以下。

(57) 佐々木毅・吉田慎一・谷口将紀・山本修嗣編著・代議士とカネ（一九九九年）五五頁（佐々木毅執筆）。

(58) 毛利透「政党法制」ジュリスト一一九二号一六四頁以

下、一六七―一六八頁。

(59) ここにおける金銭の意義についてはある程度判断が分かれるように思われる。筆者の直観的な感想としては、政治献金は、互いが理由を示して議論を尽くすべき「自由な討論」それ自体とは同視しがたいように思われる（むしろ、金銭的支援による職業政治家への影響力の行使と見るならば、「自由」から「決定」への変換過程の問題として主題化されよう）。この局面における法的規律の問題があるとしても、それは「自由な討論をカット」する（「表現の自由」を侵害する）故ではなく、むしろ議員個人に対して政党をまさに「特権化」することによって、かような変換過程（ないし決定形成過程）の基本原理解であるべき競争条件の「平等」を損なうが故と考えるべきようにも思われる。とは言えこの点についての筆者の思考枠組みは未だ十分に熟していないため、ここではこれ以上の論究は行わない。

(60) 参照。吉田栄司「政党」岩波講座現代の法3・政治過程と法（一九九七年）二六三頁以下、二七〇頁、本秀紀「政党―社会と国家の媒体？」憲法問題七号（一九九六年）八六頁以下、加藤一彦「戦後政党法案の軌跡と今日の動向（一）（二・完）」東京経大学会誌一八四号四九頁以下（一九九三年）・一八六号一六九頁以下（一九九四年）、同「憲法・政党法・政党」白鳥令・砂田一郎（編）

現代政党的理論（一九九六年）一頁以下、一一―一四頁、水島朝穂「わが国における政党法制の憲法問題性」法律時報五六卷三号二四頁以下、二五―二九頁、山下健次「戦後日本における政党法制の展開」法学セミナー一二号（一九六六年）五三頁以下。

(61) 「侵害（介入）」概念については参照。松本和彦・基本権保障の憲法理論（二〇〇一年）二四頁以下。

(62) この種の試みの例として、参照、中林暁生「違憲な案件の法理」法学六五巻一号三三頁以下。

(63) 政党助成に関しては、既に拙稿「前掲註（42）」でやや詳細に検討したため、本文では簡略化した叙述にとどめる。

(64) Hans Herbert von Arnim, Die Partei, der Abgeordnete und das Geld, Neuausgabe 1996, S.395.

(65) BVerfGE85,264.

(66) 政党助成は自由な結社としての政党の本質を損なうために違憲の疑いがある、という議論がわが国では有力であるが、かかる議論が成り立つためには、憲法が「自由な政党制」を客観的に保障しているという前提が必要になろう。しかしこれは、政党についての特別な規定を欠くわが国の憲法の下では、必ずしも容易な議論ではない。逆にいえば、憲法に政党条項を定めることのひとつの意義は、かような意味での政党制度の客観的保障を強化する点に求められうる（もちろんこれは自由を強化する方

向にも、規律や特権を強化する方向にも働きうるため、慎重な具体的検討が必要であろう）。

(67) 毛利透はサンスティンの討議民主政論について、現代の社会的条件の下で「現実の市民の参加が不可能であれば、共和主義は結局現状の政府が行う政策の正当性を計る理論しか供給できないことになる」点を批判する。毛利透「国家意思形成の諸像と憲法理論」樋口陽一編「講座憲法学一・憲法と憲法学（一九九五年）四三頁以下、五八頁。サンスティンに限らず、憲法学上の規範的な民主政論（あるいは裁判所の憲法解釈の前提解たる「憲法理論」としての民主政論）は、少なからぬ場合において、裁判所（法システム）がいかにか政治システムを観察するかという枠組みに拘束されることによって、違憲審査権の行使を限界づけるための議論へと自閉する危険を内在している、ということになろう。もっともこれは恐らく、憲法学が「違憲審査制」という、法学的に自らの言説を構築するための（一見）堅固な準拠点を手に入れたことの代価と理解すべきようにも思われる。この意味で、裁判所を超えた「政治」の問題に再び憲法学が取り組もうとすることは、不可避的に困難な方法的・理論的な反省を要請しよう。

(68) 憲法の問題に関してはさしあたり参照。清宮四郎「憲法の法的特質」同・憲法の理論（一九六九年）一頁以下。

(69) 制限規範としての憲法に関する限り、裁判所は「憲法の番人」としての役割をある程度有効に果たしうるはずであろう。「憲法の番人」をめぐるシュミットとケルゼンの論争のひとつの論点としては、この「憲法」概念をいかに理解するかという問題が存在するように思われる。Hans Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, 1931, *Des.* S.52-54.

(70) まさにドイツの帝政期からワイマール期にかけて、多元的に分裂した政党の存在こそは、憲法秩序を不安定化させるものとして、少なからぬ論者によって批判の対象とされてきた。これに対して皇帝や大統領といった中立的・超党派的な権力に憲法秩序の砦を求めようとする反議会主義的な試みは、最終的に頓挫するに至る。かくして議会外の第三者に望みを懸けることができないとすれば、もはや議会制の実質的な担い手である政党それ自身に、憲法の護り手としての役割を期待するほかないのではないか。かような思考を恐らく最も鮮明に示すのが、ライプホルツの政党国家論であろう。ここでは戦後ドイツの政党法制は、国家の担い手であるべき政党に一定の保護と特権を付与する反面、その役割に応じた制約を課すものと理解されることになる。もともとライプホルツの政党国家論は、その政党への過大な評価などのために、次第に説得力を喪失していく。かような理論的展開の例

からもうかがわれるように、憲法学上の政党論という主題は、この多元的・流動的で時に不安定な議会制における憲法秩序の保護という関心と背後で結びついていたものと考えられる。ここにおいて、法による民主政の規範的な統御という試みが具体的にいかなる意味と限界を有するかは、本稿の主題とも密接に関わる問題である。かような問題に関する、ドイツ憲法学説史を中心とした検討として、参照、拙稿「政治過程の統合と自由(一)」、(四)〔未完〕、国家学会雑誌一一五巻五・六号一頁以下、一一六巻三・四号三三頁以下、同五・六号六六頁以下、同一一・一二号掲載予定。自由な国家という前提の下で「憲法の規範性」がいかなる意味と限界を持ちうるかは、かような政治的意思形成の文脈にも照らして再検討される価値があるものと思われるが、これは今後の課題とせざるを得ない。

\*本稿は、二〇〇一〜二〇〇二年度科学研究費基盤研究(B)

(1)「統治機構の改革に係る諸法律の立法過程・執行状況と『立法事実』の検証」(研究代表者・岡田信弘)の支援を受けている。本稿の基礎となる内容は、二〇〇一年八月の北海道大学立法過程研究会で報告された。同研究会の参加者の方々、とりわけ拙い報告原稿に目を通して下さった高見勝利先生、岡田信弘先生、常本照樹先生には厚く御礼申し上げます。