

# 民主主義のまもり方

—Hans Kelsen における自己支配的＝  
自己破壊的民主主義観から考える—

渡 辺 洋

1. 民主主義の自明化
2. 「民主主義科学者」における民主主義
3. 日本の憲法学を支配した民主主義理解
4. Hans Kelsen における民主主義擁護論
5. 自己破壊的民主主義観の成否
6. 権力抑制原理としての民主主義
7. 民主主義のまもり方—結びとして

われわれは、支配されざるをえないなら、われわれ自身だけに支配されたい。…政治的に自由なのは、ただ自分自身の意思のみに支配される者<sup>(1)</sup>であって、他人の意思に支配される者ではない。

本稿の目的は、民主主義擁護<sup>(2)</sup>のあり方について、内外の憲法（に関わる）研究による理論的蓄積から示唆を得つつ、一定の整理を試みることにある。

## 1. 民主主義の自明化

「飼い慣らされた、形だけの民主政治の中から、国民に責任を負う民主政治をとり戻そう」<sup>(3)</sup>……森喜朗が内閣総理大臣として振舞った時期、

論壇では、この種の、この国の民主主義のあり方を憂慮する主張が方々で説かれた。そもそもその誕生の経緯からしてきわめて不透明だったことに加え、<sup>(4)</sup>国民のひんしゆくを買った相次ぐ言動（「神の国」発言やえひめ丸事件での対応など）により、内閣支持率は常時低迷した。<sup>(5)</sup>国民の支持を得られていない者が、どういうわけか事実上この国の——したがって、いわばわれわれの——政治の頂点にあるということは、たしかに、「国民に責任を負う民主政治」にとって由々しき事態といえる。では、その後はどうか。発足来驚異的な支持率を誇ってきた小泉内閣（というより、主として小泉首相）<sup>(6)</sup>の場合、一見きわめて対照的なようである。だが、それもまた、あまりに“非民主的”だった前内閣期の反動という意味で、この国の民主主義のあり方をむしろ連続的に示唆してはいない<sup>(7)</sup>か。少なくとも、こうした高支持率を背景に——首相の写真集が刊行される事態ではなく——首相への批判的言説が事実上“世論”によって“封殺”されるといった事態の非尋常性は、留意されるべきだろう。<sup>(8)</sup>

もっとも、この種の現象は、他にもこの国のそこかしこに姿かたちを変えて見受けられてきたはずである。昭和天皇の危篤から死去にまつわる“自粛ムード”などは、その——グロテスクなまでの——代表例といえる。概して、皇室に関する事柄にはこうした傾向が顕著のようである（皇太子妃の懐妊から出産に関する“世論”の最近のあり様も、この内<sup>(9)</sup>に入るだろう<sup>(10)</sup>）。

個々人が抱くこうした小泉首相への“熱烈な支持”や天皇（ないし皇族）への“敬愛の情”に対し、憲法を盾に異を唱えようというのではない。それに、これらの集積もまた——ひとまず——“世論”のあり様というべきなのだろう。ただ、それがもたらしうる——“民主的”装いをまとった——諸効果については、その憲法的価値や「民主主義」自体との関係を冷静に吟味する必要がある。そしてそうだとすれば、次のような事象も、以上に続けて問題とせざるをえない。例えば、石原都知事に対する都民の高い支持<sup>(11)</sup>。同様に、それ自体を難ずるのではない。ただ、

## 民主主義のまもり方

不法入国外国人を等しく「三国人」として犯罪予備軍視し、また「ビッグレスキュー」と称し「陸海空軍」(正式には「自衛隊」とされる)を大々的に動員して首都「防衛」の大演習を敢行した石原都知事の高支持率は、「日本国憲法が形作ってきたはずの人権尊重と平和主義」にコミットする者にとって、それに代わる「この国のかたち」の出現を支える「民衆意識」の徴標として、憂慮せざるをえない状況だろう。<sup>(12)</sup> また例えば、法的にも——言いかえれば、国会において形式的には“民主的”な立法手続を経て——国旗・国歌とされた「日の丸」「君が代」、それに対する多くの国民の支持。こうした背景の下、各学校現場で国旗・国歌が一律に強制される状況は、「国民はこの旗、この歌を自分たちの国の象徴とは認めていない」と信じてその正統性を否認してきた者だけでなく、“世論”や“民意”に対しても譲れない個人の思想・良心の自由を主張する者にとっても、<sup>(14)</sup> きわめて困難な問題を提起している点では変わりないだろう。さらに例えば、地域住民の一致した「オウム真理教(アレフ)」信者転入拒否。「現在の信徒たちをすべて悪者扱いし、オウムの撃退に向けられた行為は何でも善とみなす」風潮から、「異端の言動をやりにくくさせる文化的圧制」「大衆感情の暴走」を嗅ぎ取らずにはいられない者にとって、それは法の支配さえ押し流すファシズム類似のもの<sup>(15)</sup>と映るだろう。同じく、被害者感情(あるいは“被害者の人権”)への配慮やよりいっそうの「安全」を求める“世論”を背景にした少年法改正の例も、ここに<sup>(16)</sup>加えることができる。

“世論”といい“民意”といい、これらの事象を、その発信・形成主体であるところの“民”の意向により忠実な治世のあり方とみるのであれば、たしかに、昨今の憲法(ないし改憲)論議も、その意味で「民に<sup>(17)</sup>責任を負う」政治の強化を志向する傾向にあるようである。石原都知事の高支持率に反憲法的「民衆意識」を垣間見憂えた先の論者も、本来は、「地方自治」の本質を当該地域の住民による自己統治(「住民の・住民による・住民のための秩序形成と運営」と捉えたうえで、機能不全に陥っ

た（とりわけ国政レベルの）代表制民主主義の機能を回復し、民主政治を活性化するために、直接民主主義的な住民投票を重視するものだった。<sup>(19)</sup> また首相公選制の導入は、こうした観点をさらに国政レベルにまでラディカルに貫徹しようとする試みの一つとみることもできる。事実、（憲法研究者中において）その主唱者と目しうる論者も、憲法を「特定の価値の体系とみる代わりに、さまざまな価値を対決させ、調整してゆく『場』（フォーラム）」と捉えたうえで、現行憲法がその「場」として用意した議会制民主主義の機能不全を指摘し、その補完物として、（個別の重要テーマごとの）国民投票から首相公選制まで視野に入れた「直接民主主義の部分的導入」<sup>(20)</sup>を位置づけていた。さらに、司法の領域に目を転じて、司法制度改革審議会が打ち出したいわゆる「裁判員制度」などは、主権者としての国民が、「公共的事柄に対する能動的姿勢」をもつて「裁判内容の決定に主体的、実質的に関与する」ことを目指すとする点で、これらと同様の系列に置くことができる。<sup>(21)</sup>

こうした傾向は、「形だけの民主政治」の克服といわば“真の民主政治”の回復を訴えかける冒頭の声への、自然かつ望ましい応答といえるかもしれない。そして、それを「民主的」と形容することに、われわれはさして躊躇を覚えないだろう。だが、この語の射程はどこまでか。すなわち、この語は、「民に責任を負う」政治であれば、それがとりわけ先述のような少数異説——のみならず、それを主張する者の内心の自由まで——の封殺といった帰結をもたらすものであっても、同様に形容しうるのか。

この点例えば、この国の“民”における「集団的凡庸」を批判的に剔抉してきた論者は、<sup>(22)</sup>むしろ「法の支配による少数者の権利保障は、民主主義にとって本質的要素である」としたうえで、「このことが全然できていないことを知らしめた最近の現象」として、先の「オウム真理教（アレフ）」<sup>(23)</sup>信者排斥問題を挙げる。彼によれば、したがって、「住民の漠とした不安・憎悪にもとづく排外主義的な地方行政」は、それが「圧倒的多くの日本市民」の納得するところであっても、「民主主義」とは評しえ

## 民主主義のまもり方

ないことになる。ここでは、この種の問題が、いわば“過剰な民主主義”による法の支配や少数者の権利——この、憲法的価値の核心をなすというべきもの——の危殆化としてではなく、そもそも——真の——民主主義ではないとして、批判の対象とされている。また、「民主主義」は単なる「“民”の意向により忠実な治世のあり方」以上の内実をもつものとして理解されている。当然、その射程は上述よりも限定的となる。それは、裏返せば、この語を用いて批判しうる対象が拡大するということでもある（この論者については7節で再びふれることになるので、ここではこれ以上立ち入らない）。

今日、この国の政治レヴェルにおいても、また社会レヴェルにおいても、「民主主義」を正面から否定してかかる者はまず見受けられない、い  
うなれば、誰もが民主主義者といった様相を呈している（この点、「人権」<sup>(24)</sup>とは対照的といえる）。他方、誰もが各々の思惑で民主主義を標榜する結果、その観念の仕方も、周知の通り百家争鳴に等しい有様である。<sup>(25)</sup>こうしたなか、あえてこの語を駆使して、上の論者のごとく批判の矛先を先鋭化させるのであれば、その意味するところもより明確化し研ぎ澄ましておく必要がある。それが、自らは“真の民主主義”を標榜しつつ、批判対象（ないし“政敵”）には“非／反民主的”のレッテルを貼りつけ切り捨てる——アカデミズムの埒外ではありがちな——類のものであれば、なおさらである。「民主主義」がもつ——はずの——批判的機能に無自覚的に寄りかかることは、それが絶大な威力を秘める——はずの——ものだけに、危険でさえあるだろう。<sup>(26)</sup>

## 2. 「民主主義科学者」における民主主義

ところで、憲法学に対する一般の（あるいはこの国の“民”の）イメージの一端を——少々戯画的に——描けば、さしずめこんなところではないだろうか。すなわち、「民主主義」と相即不離ともいうべき関係を自認し、重大局面では例外なく——「人権」や「立憲主義」というより

は、むしろ——このシンボルを掲げ、改憲を志向しがちな現実政治と厳しく対峙してきた‘同業者集団’の筆頭”……。そして、それがあながち失当でもないとするれば、上の問題につき、まず憲法学における民主主義理解に尋ねるのが順序といえそうである。もとより、「憲法学」という一枚岩的な“同業者集団”の統一的な民主主義理解など存在する（しうる）はずがない（それもまた、精確を期せば、つまるところ一人一説と捉えざるをえないだろう）。では、この種の集団のなかでも、とりわけ「民主主義科学者」として「民主主義法学」にこだわり続けた一群の場合、どうだろうか。端的ながら、次の総括がきわめて興味深い。すなわち、従来「民科法律部会の多くの会員をとらえていた〈社会科学としての憲法学〉」においては、「〈民主主義〉は、資本主義法秩序を支えると同時に、それをのり越える社会主義への展望を可能にするはずのものとしての〈民主主義〉<sup>(28)</sup>だった」。

この総括が、同じ集団に所属しながらも明確に理論的一線を画してきた論者によるものだけに相当程度正鵠を得ているとするれば、彼らの——すべてとはいわないまでも、大方の——<sup>(29)</sup>「民主主義」に対するスタンスは、じつは、「社会主義への展望を可能にする」ことを目的とした民主主義の道具的利用とでもいうべきものだったことになる（いわゆる「さしあたり民主主義的変革」<sup>(30)</sup>論）。また、こうした立場が前提したはずの「歴史の法則的發展史観」は、「民主主義的意思決定手続き」が「（哲学的には）相対主義と（政策的には）試行錯誤主義」を含意するとすれば、それとの原理的緊張は避け難いだろう。少なくとも、その「民主主義」への「相即不離」<sup>(31)</sup>具合は、表見から期待できるほど高くはないようである。

彼らのなかには、たしかに、インターネット上の「掲示板」を通じ「オピニオン・リーダー」によって先導される「時代の気分」とその「独特の秩序感覚」<sup>(32)</sup>にさえ、あるべき民主主義の萌芽を看取ろうとする者も、少なからず潜在するだろう。だが、このように“民”の「試行錯誤」<sup>(33)</sup>に驚くほど寛容にみえる姿勢のみをもって、にわかに「民主主義科学者」

## 民主主義のまもり方

の証立てとするわけにはいかない。まず、「試行錯誤主義」との緊張をはらむ先の立場に鑑みれば、こうしたある種「相対主義」的な姿勢がいか<sup>(34)</sup>に許容されるのか、より突っ込んだ理論的弁明を求めたいところである。また、なにより本稿の関心からすれば、それは、「時代の気分」がはらむ『「少数者・異端者・批判者の権利尊重」を強引に排除しながら[……]一<sup>(35)</sup>気に突き進む公算』といった先述と同様の問題に、いまだ答えられていない（あえて答えない立場や答える必要がないと信じる立場については7節で改めて考究するので、ここではこれ以上立ち入らない）。

こうした事情を反映してか、彼らにおいてもまた、ここにて「民主主義の自明性」が問い直され、さらには民主主義論が「リベラル化」——<sup>(36)</sup>さえ——しつつあるという。たしかに、以下の主張で配慮される価値は、核心的な憲法的価値を分かち難く含み込んだものとして民主主義を捉えた先の論者が固執したものと、まちががなく同質的である。すなわち、「民主主義とは、端的にいえば、国家権力レベルでの民衆の自己決定ということに帰着する」が、この自己決定が「社会を構成するすべての個人の自己決定と一致することは保障され」ず、むしろ「現実には多数による決定に依拠せざるを」えない以上、「そこには不可避免的に少数意見との緊張関係が生じる」。そこで、「事項によっては、多数の決定によっても侵害しえない個人の権利・利益を想定すべきかが問われるだろう<sup>(37)</sup>」。

はたして、彼らはこうした理解を自らの「民主主義」にどう定位するだろうか。「民主主義科学者」の「民主主義」理解にたずねた以上の試みは、しかし、「民主主義」をより実効的な批判概念として明確化する必要性の追確認を超えて、そのための有効な示唆をもたらすまでには至らなかった。

### 3. 日本の憲法学を支配した民主主義理解

もっとも、彼らの議論の「リベラル化」を代表的に特徴づけた上の主張からも、すでにある論者<sup>(38)</sup>によって先鋭的に提起された論点を改めて読み

取ることができる。すなわち、「現実には多数による決定に依拠せざるを」えない民主主義と「個人の権利・利益」、ひいてはこれを専ら公権力から保障する手立てとしての立憲主義との——予定調和ではなく——「緊張関係」がそれである。そしてその際、「民主主義」が「端的」に「国家権力レベルでの民衆の自己決定」に帰着せられる点に着目したい。それは、他方で、本稿冒頭に掲げた民主主義観をほうふつさせる。敷衍すれば、「国家権力レベルでの民衆の自己決定」とは、いわば“自分自身の意思のみによる支配”（自己統治ないし自治）であり、それを“他人の意思に支配されない”形で——つまり自律的に——貫徹しようとするからこそ、これに——他律的に——掣肘を加えようとするものとは、立憲主義であっても緊張を来すことになるだろう。

もとより、こうした理解の是非は別である。前述のように、民主主義の捉え方は着眼点によってきわめて多様に錯綜しうるから、<sup>(39)</sup>見方によっては、こうした理解もまったく承服し難いものに映るかもしれない。ただそれは、「民主主義」の——機能面でも現象面でもなく——本質面において、その必要条件の一つと思しきもの——いわば *dēmos* の *kratia*——<sup>(40)</sup>を言い当てていないか。とすれば、それは、それに尽きる——したがって、「民」の意向により忠実な治世のあり方に尽きる——と解さないかぎり、例えば法の支配を「本質的要素」とした先の民主主義理解とも——ひとまず——矛盾しないと考えられる。次のような整理が、こうした見方を補強するだろう。すなわち、「日本の戦後憲法学の指導的役割を果たした一人である清宮四郎」の民主主義理解からは、『国民による政治』を意味する狭義の民主主義と、『国民のための政治』を含めた意味での広義の民主主義、という言い方を引き出すことができる。そして、このような言い方は、同じく「日本の戦後憲法学の指導的役割を果たした一人」である宮沢俊義や、彼の立場を——彼なりに——自覚的に継承しようとした<sup>(41)</sup>芦部信喜にも認められる。「ただ、戦後の宮沢や芦部は、民主主義は何よりも広義のそれを指す、と考えていた。この考え方は、その後、日



## 民主主義のまもり方

本の憲法学界などに大きな影響力を持ってきた」<sup>(42)</sup>。

ここで、先述した「必要条件の一つ」が「狭義の民主主義」に該当することは、言うまでもないだろう。そして、「広義の民主主義」は「狭義」のそれと矛盾するのではなく、それを——ひとまず——前提するのである。したがって、このことから、民主主義理解における「必要条件の一つ」もまた、民主主義を「広義」に解する立場が「大きな影響力を持ってきた」日本の憲法学界において当然に共有されてきた、という認識を導きうることになる。<sup>(43)</sup>

こうした帰結は、清宮と宮沢の理論形成に決定的な影響を及ぼした共通の論者に思い至せば、さして奇異ではないかもしれない。周知のように、いわば自己支配的民主主義観を唱えた先述の論者、Hans Kelsen がそれである。ところが、彼の理解の前提——にあるはずのもの——をそもそも疑う見解がある。その前提とは、「政治について何が正しいかを客観的に判断することはできない」というものである。にもかかわらず、政治においては「社会全体として統一的な決定が必要」となる以上、「可能な限り多数の人の意思を尊重する」多数決が、よりましな決定方法であることになる。本稿の認識と同様、この論者もまた、これは「戦後の憲法学の支配的な考え方もあった」と述べる。しかし、こうした懐疑的立場が、多数決による政治が「正解」に至る可能性を追求する視座を不当に閉ざしてきたのみならず、「とにかく民主的に多数決で決めればよいのだ」といういわば底無しの多数決主義<sup>(44)</sup>まで下支えしてきたのではないか、嫌疑を向ける。

こうした見解は、論者自身別稿で示唆するように、<sup>(45)</sup>民主制の存在理由を「政治的決定への民意反映度の最大化に求める」立場（いわゆる「反映的民主主義」）がもたらした——とされる——弊害を突く見解と、同様の問題意識を共有している。それによれば、「反映的民主主義」は、「人民の欲求に還元できない価値を政治が追求することに懐疑的であるが故に民主制を要求する」ことから、「認識論的志向性としては、価値相対主

義に傾斜」する。そして、「ポリス的共同体から近代国民国家へという政治社会の規模拡大と、それに伴う人民の欲求の多様化に即応して、[……] 社会的資源の分配を要求する多様な諸集団の駆引と交渉による妥協を通じた利益調整の場として政治過程を機能させることに、民意反映最大化への最適解を求める」。この立場にとって「代表」とは、したがって、「人民を構成する様々な選出母体の命令的委任の枠内で、被選出者が前者の利益の最大化を図ること」<sup>(46)</sup>となる。

もはや明らかなように、これは、「中選挙区制の下で国対政治による与野党協調を図った55年体制とその惰性的再編たる連立政治に見られる戦後日本の現実」<sup>(47)</sup>、すなわち利益誘導政治に符合する。それは、先述に従えば、民主主義の本質を構成する「必要条件の一つ」に——ある意味で——忠実である。そして、そうであるがゆえに——他面で——“非民主的”ともされかねない帰結を招来することになる。このパラドクスから逃れる方法の一つは、「反映的民主主義」ないし自己支配的民主主義観を否定することだろう。しかしそれは、民主主義の「必要条件の一つ」と目したものの否定か、せいぜいのところ純理念化=画餅化でもある（つけ加えれば、それは、「国民による政治」（狭義の民主主義）の「国民のための政治」（広義の民主主義）への限りない接近でもある）。これをもって民主主義の自己破産とみるのでなければ、上述とは本質的に異なった民主主義観を前提する必要がある（この立場については5、6節でやや立ち入って考究するので、ここではこれ以上立ち入らない）。

#### 4. Hans Kelsen における民主主義擁護論

ところで、日本の憲法学において Kelsen 的な自己支配的民主主義観が——Kelsen 自体に対する各人のスタンスは別として、自覚的にか無自覚的にか、程度の差はあれ——前提されてきたのには——清宮や宮沢の「指導的役割」を差し引いても——相応の理由があったと考えられる。まずそこでは、Kelsen は民主主義の敢然たる擁護者として描かれてきた

## 民主主義のまもり方

(この点は、すぐ後に彼のテキストに照らして再確認する)。その哲学的基礎が価値相対主義だったことから、大戦後の欧米、とりわけナチズムを胚出したドイツでは、「自由で民主的な基本秩序」——強いて換言すれば、リベラル・デモクラシー——の敵対者に対して“非戦闘的”として、専ら批判ないし懐疑の対象とされたのに対し、<sup>(48)</sup>“正しい戦争”——リベラル・デモクラシーの擁護を大義としたものも含む——まで否定する条項を刻印した憲法を持つに至った日本において、そうした哲学に基づいてなお「民主主義の実現する自由」に賭けうる彼の姿勢が当時の憲法研究者を少なからず魅了したとしても、無理からぬところだろう。また、戦後日本の憲法学が、同じく敗戦による西側＝アメリカ従属下にあった「西ドイツ」の体<sup>Verfassung</sup>制選択、すわわち「たたかう民主制」を理論的に峻拒しえた背景も、それを——シンプルに——可能にしてみせる Kelsen 的民主主義観の影をまったく抜きには語り難いだろう。とすれば、前節がたどった——意外な——展開は、日本の憲法学にも少なからず再考を迫ることになるはずである。

もっともそれは、自己支配的民主主義観の全面的放擲を必ずしも意味しない。先に見たこれに対する強力な批判にもかかわらず、私見によれば、それはそれで強靱な論拠をそなえ、またそれなりの効用をもたらすからである。殊にそれは、やはり、Kelsen の著名な民主主義（擁護）論<sup>(51)</sup>に顕著である。

(1) Kelsen の民主主義論は、周知のように「自由」に始まり、かつあくまでこれを基調とする。それはひとまず、あらゆる拘束や強制、支配などの欠如——“frei”——ということが出来る。こうした「自由の要求」をわれわれ「社会的生物の根源的本能」の一つに据える彼は、しかし、その純粋な貫徹——「アナーキーの自由」——の可能性を当初から想定しないらしい。人間存在を——自然状態ではなく——「社<sup>gesellschaftlichen</sup>会<sup>Zustände</sup>状態」におけるそれとして前提するのであれば、「人間相互の行動を束ねる秩序が妥当せざるをえず、とすれば支配が存在せざるをえない」<sup>(53)</sup>からである。

かくして彼の自由論は、支配と自由の本質上「解き難い対立」の間であって、後者の——「自己欺瞞」に満ちた——近似的実現を目指すことになる。いわばそれは、社会／支配からの自由（「自然的自由」）の社会／支配における自由（「社会的ないし政治的自由」）への馴致である。

冒頭に掲げた彼の民主主義観は、こうした自由の「意義転化」の文脈において、本来の生気を回復する。すなわちそれは、不可避の支配を「自身の意志」に基づかしめることで、このアポリアからの脱出を図る。

但し、この“自律的秩序”もあくまで「仮説」である。「社会秩序」は、「その勝義の本質からして、客観的に妥当するときに限り、すなわちつまるところ規範に服する者の意志から独立して妥当する場合に限って可能<sup>(54)</sup>」だからである（さもなくば、この秩序は、先に排したばかりの「アナーキー」へと直ちに瓦解するだろう）。この、規範服従者が任意に社会／支配から離脱する自由まで否定された——明白に他律的な——秩序において、なお先の自由の近似的実現を図る術は、この秩序／支配のあり様を、現にそれに服する者の意志によって変更しうるものとするところだろう。それも、一見当該社会の少数派の「自由」保障に厚い特別多数決が、期せずして少数派による多数派の支配（すなわち拒否権）を招くとすれば、単純多数決による秩序／支配の変更が、相対的には最も「自由」に、すなわち、すべてとはいわないまでも、「できるだけ多くの人間の意志が社会秩序の一般意志と矛盾を来さない<sup>(55)</sup>」状態に近いことになる。

こうした行論の行く末には、たしかに権力分立批判<sup>(56)</sup>、そして先の批判者が言うように、命令的委任や比例代表制の肯定などが控える。ただ、以上に限っていえば、それはいまだ観念論<sup>(57)</sup>（ないし理念論<sup>(58)</sup>）の域を出ていない。そしてそのレヴェルにおいて、民主主義と自由主義の関係につき、Kelsen は次のように——予想された通り——明言する。すなわち、上に見た「個人が国家の支配から自由であるという観念から、個人が国家の支配に参加するという観念へと至る、自由の概念の転化は、同時に民主主義<sup>(59)</sup>の自由主義からの解放を意味する。国家秩序に服する者がこの

## 民主主義のまもり方

秩序の成立に参与するほどに民主主義<sup>Demokratie</sup>の要求が満たされるとみなすことで、民主主義の理念は、国家秩序が——これを成り立たしめる——諸個人をいかに把捉しても左右されない、すなわち、それは国家秩序が諸個人の『自由』をどれほど侵害しても左右されないことになる。国家権力が個人に対し際限なく拡大しても、つまり個人の『自由』を完全に無視し、自由主義<sup>liberal</sup>の理念をまったく否定しても、民主主義は——国家権力がそれに服する諸個人によってのみ構成されるなら——なお可能である<sup>(60)</sup>。]

(2) 民主主義<sup>Wesen der Demokratie</sup>の本質を専ら「自己支配」に見定めた本稿にとって、その理念型は以上の観念論に求めることができる。その精髓<sup>エッセンス</sup>を——本稿の関心に照らしつつ——強いて抽出すれば、こう表現できるだろう。すなわち、私（個人の）自由から（社会における）私たちの自由へ——。ここで、いずれの自由も——無支配（すなわちアナキー）の状態から転化して、結果的に——自己支配（したがって自<sup>Selbstverwaltung</sup>治<sup>Selbstbestimmung</sup>、自己決定といってもよい）を意味する点で、連続している。いわば、後者の自由すなわち民主主義は、前者の自由に淵源するからこそ、その正統性を強弁するだろう<sup>(61)</sup>。そしてそれは、そうであるからこそ、正当な他律を——観念的には、一切——排除する。こうした民主主義観にとって、自己支配という正統性自体がその存在意義のすべてであり、それがもたらすであろう様々な帰結の正当性は——観念的には、一切——問題とならない。こうしたなかにあって、「私」は、まさしく「自由のもたらす恵沢」を、怪しむことなく楽しむだろう。

Kelsen の著名な民主主義擁護論は、こうした立場の末路を象徴的に暗示すると同時に、その——ある意味での——一貫性を証明するものといえる。すなわち、「たとえ民主主義を救済する試みがすべて完全に見込みを失ったとしても、なお民主主義に帰依することこそ、今日、あらゆる民主主義者の義務だろう。ある理念<sup>Idee</sup>に対し、その実現可能性<sup>Chance</sup>を問わず忠誠を誓うことも、またその実現が潰えた墓所を越えて報いることも、ありうるからである<sup>(62)</sup>。したがって、多数派の意思が民主主義の“埋葬”

を志向するものだとしても、民主主義を護るために、これに抗して「力づくでも貫徹される民主主義」は、「致命的な矛盾」に陥るがゆえに、「もはや民主主義ではない」と宣告されることになる。<sup>(63)</sup>

(3) このように、民主主義の自己支配的本質に徹していわば“自殺”の自己決定まで肯定する「自己破壊的」民主主義観は、その悲壮なまでの相貌とは裏腹に、ある種の利点（いわば“Wert”）を副産する。そしてそれは、本節冒頭にも述べたように、日本の憲法学も少なからずその恩恵に浴してきたはずのものである。すなわち、まずこの立場は、民主主義という「旗」とともに「沈没」することさえ辞さないだけに、民主主義とそれ以外の価値との妥協を——観念的には、一切——許さなはずだから、民主主義のいわば「切り札」的擁護を可能にする。ここで、民主主義の自殺まで肯定する“民主主義”は、民主主義をけっして「切り札」的に擁護するものではないといふかねてからの批判は——少なくとも——この立場にとって有効とは感じられない。一切の妥協を排す民主主義擁護が、国家＝法制度という合法的な暴力機構<sup>Gewalt</sup>を後ろ盾に「力づくでも貫徹される」ことは、「もはや民主主義ではない」と、この立場は先に説いたばかりである。すなわち、“旗とともに沈没する”あり方が、あくまで民主主義に忠節だということになる。したがってまた、この立場は、その「切り札」的であるがゆえにある意味戦闘的にさえ映る姿勢にもかかわらず、まさしく国家＝法制度という合法的な暴力機構を駆使して反民主主義者と「たたかう民主制」を——観念的には、躊躇なく——否定しうることになる。<sup>(66)</sup>かくしてこの立場は、自身の民主主義の証左として、反民主主義者にも開かれた姿勢（いわばリベラル・デモクラシー）を堅持する。

以上を、自己支配的＝自己破壊的民主主義観がもたらす一定の効用とするならば、この立場の相対化は、こうした効用の入手の困難化、すなわち民主主義擁護と「たたかう民主制」批判の脆弱化につながる。それでもなおこの2つの姿勢を維持したいのであれば、やはり、自己支配的＝

自己破壊的民主主義観とは異なる原理を援用する必要があるだろう。

## 5. 自己破壊的民主主義観の成否

もっとも、この点について、日本の憲法学は必ずしも自覚的ではなかったのかもしれない。例えば、「日本国憲法の改正手続において国民が直接関与する仕組み [……] になっていることを前提としてもなお、憲法改正限界説が採られるべきだ」と説く一方、「たたかう民主制」に対しては、「『絶対に濫用できない自由は、自由ではない』という定式に強い共感を示して」これを退けてきた日本の憲法学あり方に、「個人や結社は自由を濫用してよいが、国民はそうしてはならない」という前提を取捨し、その自明性を問う見解に接するとき、その感を強めざるをえない。<sup>(67)</sup> 内心、自殺さえ辞さないという危険な民主主義観に逡巡し、それが約束する好ましい帰結だけを選好してきたというのであれば、その理論的当否はともかく——「リベラリズムの思考からいって」——<sup>(68)</sup> 実践的には<sup>pragmatisch</sup> 穏当な反応だったといえるかもしれない。あるいは、こうした反応には、この種の民主主義観の論理的成否に対する直感的懐疑まで潜在していたのだろうか。

たしかに、Kelsen の<sup>Rechtslehre</sup> 法理論に対する「内在論理的には殆ど反駁不可能な強靱さと透徹性」と<sup>(69)</sup> いった評価が、前節に見た彼の民主主義論にも同様に妥当するかは、実は改めて検討を要する難問だろう。Kelsen 自身、戦後の別著では次のような言い方をして、われわれを困惑させる。すなわち、「私は、合理的な科学の観点からすると、私のいう理想が相対的なものでしかないことを認めるにやぶさかでない。だが、にもかかわらず私は、民主主義が実現しうる自由のために闘い、かつ無条件に命を賭すことを厭わない。次のごとき Schumpeter の謂いはまったく正しい。いわく、『己が確信の相対的妥当性を悟りつつ、なおそれを決然と支持すること、これこそ、<sup>civilized man</sup> 文明人と<sup>barbarian</sup> 未開人とを分かつものなのだ』。<sup>(70)</sup>

こうした言説もふまえて、戦後 Kelsen 研究の第一人者と目すべき論

者は、「ケルゼンは認識上において断乎たる価値相対主義者であり、実践上においても基本的には価値相対主義者である」が、「実践においては『自由』が相対主義の例外とされている」と解した<sup>(71)</sup>。そして、「この自由自体を相対化するならば、もはや [……] 民主制は専制制に対して何の優位ももたない」とされる<sup>(72)</sup>。つまり、Kelsen における民主主義への「帰依」は、「自由」という「実践の原則」の“選びとり”に基づくものだったというわけである。たしかに、このことから直ちにその民主主義擁護論の強固さと開放性が失われるわけではないが、少なくとも、それは「認識上の客観性」に寄りかかった“内在論的反駁不可能性”を主張できなくなるだろう。換言すれば、その限りで、“選びとり”の実践(的有効)性が——“旗とともに沈没する”あり方も含めて——問われうることになりそうである。

先に自己支配的民主主義観を批判した論者の一人が、自己破壊的論理の論理的不可能性を——くり返し——論ずるとき、それは、こうした問題をはらむ立場に対する一層根源的な批判となって立ち現れる。論者によれば、例えば奴隷契約は、「本人の意思に基づいて契約を締結する自由の一環」に見えるが、その結果、契約の自由を含む「本人の自由そのものの破壊を導く」がゆえに、無効である<sup>(74)</sup>。そして、こうした「契約の自由を破壊する契約の自由は、論理的な悪循環を含む自己言及の一例」とされる<sup>(75)</sup>。別稿による緻密な考察に照らせば、それは「論理学上の定理」により、そもそも「無意味」となるだろう<sup>(76)</sup>。同じことが、「十分な情報と自由な言論・結社を基礎とし、公平な選挙で選ばれた代表が国政を決定するプロセスとしての民主政」にもいえる。それは、「民主制の基礎となる諸自由」を破壊できない。これらを「破壊するならば、民主政自体が破壊される」からである<sup>(77)</sup>。こうした論理は、そのまま自己破壊的民主主義観を直撃する<sup>(78)</sup>。

もとより、こうした批判の当否もまた慎重な吟味を要すると思われ<sup>(79)</sup>。例えば、こうした批判の矛先は、その論理上、自らの存立を「支え



## 民主主義のまもり方

る信念の整合性」に反してでも認識結果の公表に徹しようとする憲法学方法論（いわゆる批判的峻別論）<sup>(80)</sup>にも向かうことになるが、これを受けた論者は、批判者が行なった「定式化」をそのまま提示することで応答してみせる。すなわち、批判的峻別論を選択する研究者にとって「人生の価値は、研究者としての認識および公表を中核として構成されており、それ以外の価値は、ロールズの言う辞書編集的順序において劣位にある」。彼／彼女は、「このような道徳を前提としてはじめて、他の帰結主義的な考慮にもとづく公表停止の理由づけを首尾一貫して排除し、認識の公表を続けることが可能となろう」<sup>(81)</sup>。前述のように、自己支配的民主主義観は、たしかにそのようにして「民主主義とそれ以外の価値との妥協」を排し、民主主義の「切り札」的擁護を可能にしたのだった。逆に言えば、先の論理でもって自己支配的民主主義の自己破壊を許さない立場は、民主主義をまったく別様に、すなわち帰結主義的に正統化／正当化していくことになるだろう。

この点論者は、民主主義の意義——換言すれば、「そもそも民主主義は何のためにあるのか」<sup>(82)</sup>という問いへの回答——を次の三つに類型化している。すなわち、民主主義が①「客観的に正しい政治的決定にいたるための効果的な手段だという立場」、②「客観的に正しい政治的決定にいたるための手段とはいえないが、ともかく政治的決定が必要である以上、民主主義が可能な選択肢の中では最善だ [……] という立場」、③「民主政治へ参加すること自体が人を真に人たらしめる行為であり、決定の当否はともかく参加すること自体に意義があるという立場」<sup>(83)</sup>がそれぞれである。そのうえで、③のごとく「民主主義への参加を自己目的化する主張」を、「副次的効果を直接の目的とする [……] 自己破壊的議論の一例」として退ける<sup>(84)</sup>。こういう彼が選択するのは、もちろん①である。つまり、民主主義によっても「客観的に正しい政治的決定」<sup>(85)</sup>が得られない場合は、民主主義は命運をともにしてまで護るに値しないものとなる。民主政治といえども「あくまで手段であって目的ではない」<sup>(86)</sup>。

論者のこうした民主主義観は、たしかに一貫しているように見える。例えばそれは、憲法の存在意義に関する次の主張に、間接的ながら明確に看取できる。すなわち、「民主制における憲法の存在意義は、政治的決定に障害物を設け、凡庸な政治家がその処理能力の限界を超える重大な問題に手を出さないようにすること、処理可能な問題に民主制のエネルギ<sup>(87)</sup>を集中させることで民主制の健全な運営に資することにある」。しいて敷衍すれば、この前提には、「民主政治は、『瑣末なこと [……]』にのみ」関わり、「各自の人生や社会の基本的なあり方のように、真に重要な問題を解決することはできない<sup>(88)</sup>」といった——冷め切った——認識がある。ここでは、民主主義は当然全面化されえないだけでなく、「過剰な負担を負わせるべき<sup>(89)</sup>」でもない。民主主義を通じた自己支配も、そもそも命がけで執着するほどのものではありえない。誰による、あるいはいかなる統治であろうと、「ある程度、安定した社会秩序を維持してくれているのであれば、それに自ら反乱を起こすよりは面従腹背の態度をとりつつ、各自にとって私的に重要な事柄にいそむほうがはるかに得<sup>(90)</sup>」であるといった表現は、誇張ではなく、この立場の性格の一端をよく表しているといえる。

また、こうした民主主義観にとって「たたかう民主制」は、民主主義の「内在論理」に照らして必然的に排斥されるべき対象ではなく、せいぜいのところ、「リベラル・デモクラシーの人為性と偶然性、そしてその『壊れやすさ』に敏感に対処しようとする立場」との位置づけを得るにとどまることになるだろう<sup>(91)</sup>。

では、手段としての民主主義の有用性（つまり効用）は、どこに求められるのか。論者の場合、上に瞥見した通り、政治的決定において「正解」に到達する一手段としての可能性、ということになりそうである。これに対し、この種のいわば帰結主義的民主主義観のなかでも、これとは一風違った論点を提起するものがある。

## 6. 権力抑制原理としての民主主義

Kelsen の (ないし Kelsen 的) 民主主義論は多元主義的とも評され<sup>(92)</sup>る。上述した民主主義理解をめぐる問題は、その意味で、多元主義の限界をめぐる問題にも通じている。この点、多元主義の憲法理論を説き、憲法の開放性を——ラディカルに——強調する一方、究極的にはその「寛容の限界」を設定し、反多元主義に対する「防戦」<sup>Wehr</sup>を主張した論者は、<sup>(93)</sup>Karl Raimund Popper の「開かれた」科学理論を「憲法理論と憲法実践のうえで民主主義理論のなかに『血肉化』すること、と同時に規範理論と解釈理論のなかに個別的に『血肉化』すること」をもって、「根本的問題」と位置づけていた。<sup>(94)</sup>他方、先に自己破壊的論理の無意味性を論じた論者は、「自己言及文の有意義性を主張している」とされる論者の 1 人として、同じ Popper に言及していた。<sup>(95)</sup>さらに言えば、Popper はかねてから Kelsen との理論的親近性を指摘されていた。<sup>(96)</sup>

このように、Popper をめぐる理論的位相は、本稿の問題関心に照らすといささか錯綜している。ただ、彼の所説の開放性に好意を示し続けた先の論者と同様、結局は「寛容のパラドクス」を受けつけない点で、またこの論者が評するように、「帰結志向的」<sup>folgenorientiert</sup>思考方法という点で、その立場はひとまず把握できるかに見える。

まず Popper は、専制政を説いた Plato が民主政批判に際しもち出した「民主政のパラドクス」<sup>(97)</sup> <sup>democracy</sup>(ないし「自由のパラドクス」)に応答する文脈で、「寛容のパラドクス」に言及し、「際限ない寛容は寛容の消滅へと至らざるをえない」として、不寛容に対しては、「必要とあらば力づくでも、[……これを]抑圧する権利を要求するべきである」と主張する。<sup>(98)</sup>もとより彼も、これに「合理的議論で対抗し、世論によって [……] 抑える」見識を、にわかには放棄しない。とはいえ、その戦闘的姿勢は、「核戦争の可能性や確率を減少させるためにわれわれは降伏すべきであるのか、それとも、必要とあらば、あらゆる手段を用いて防衛すべきで

あるのか」という二者択一を自問したうえで、自身は「合理主義者」であるが、ここでは合理主義的な前者ではなく、「自由の伝統」に根ざした後者を選択すると明言するまでに——ある意味——徹底したものである。<sup>(99)</sup>

こういう彼にとって、民主主義は「味も潤いもない意味においてのみ」帰依する対象となる。彼によれば、「国家理論の根本問題」は、「誰が支配すべきか」とか「誰が権力をもつべきか」といった「プラトンの問い」に答えることではなく、「権力を分割しコントロールする諸制度を用いて [……その] 恣意と濫用を飼い慣らす」ことである以上、民主主義もまた「国家の理想」ではなく、「こうした意味において権力を制限しコントロールする国家機構」と解すべきだからである。<sup>(100)</sup>

たしかに彼は、そのうえで、「民主主義こそ [……] 政治的自由と両立する唯一の統治形態であると信じ」という。<sup>(101)</sup> こうした表現は、一見先述した Kelsen の民主主義擁護論をほうふつさせる。<sup>(102)</sup> しかし、上に見た趣旨で非寛容の「愚かさ」を力説する Popper は、「寛容と法治国家」を破壊した例として、「ワイマール共和国」——この、「たたかう民主制」の対極ともいべき憲法体制！——への想起を促す。<sup>(103)</sup> また、なにより上の論法からして、彼にとって民主主義の意義は、まず先出③ではありえない。それはまさしく、「民主政治へ参加すること」（すなわち「支配」への接近）自体に意義を見出すからである。また同様の意味で、Popper の立場は先出②とも袂を分かつだろう。Popper, Kelsen とともに“われわれの支配”の虚偽性（その裏返しとして、“われわれの被支配”の現実性）<sup>Realität</sup> に言及するが、後者の場合、それでもなお民主主義が実現する——はずの——「自由」=自己支配に執着し続けたことは、先に見た通りである。最後に、科学的言明の客観性をその反証可能性に求める Popper にとって、民主主義の意義が「客観的に正しい政治的決定にいたるための効果的な手段」（先出①）に求められることは、そもそもありえないだろう。

かくして彼の立場には、①～③のいずれにも包摂されえない、いわば

## 民主主義のまもり方

④「権力を制限しコントロールする手段としての有用性」が用意されなければならない。そこでは、民主主義は権力抑制原理——Popper に即して精確を期すれば、「流血なしに権力者たちを解職しうる〔……〕統治形態」<sup>(104)</sup>（を基礎づける原理）——と解される。

こうした、伝統的な理解からすれば「特異な位置」を占める民主主義観<sup>(105)</sup>は、——明示的言及は見当たらないが——先に自己支配的民主主義観を「反映的民主主義」観として批判した論者がこれに「批判的民主主義」観として対峙したものに、ほぼ符合するといえる。事実、Popper と同様<sup>(106)</sup>この立場も、「認識論的志向性」において価値相対主義ではなく可謬主義にあり、具体的制度設計の場面では、「多様な政治的アクターにコンセンサス原理の下で権力を共有させる」比例代表制ではなく、「権力交代を促進することで多様な政治理念とそれが含意する政策体系に自己をテストする機会を与える」小選挙区制<sup>(107)</sup>を志向する。

さて、ここに至りて、先に自己支配的民主主義観を批判した二人の論者が、じつはそれぞれ目指す効用を異にしていたらしいことが分かる。だが、いずれも一定の効用を民主主義の自己支配的契機に優位させる点では、軌を一にしている。つまり、いずれも“dēmos の kratia”を全面化しないだけでなく、民主主義に期待した効用が得られない場合は、それに代わる原理（ないし機構）の並置（ないし代置）を厭わないと考えられる。こうした帰結主義的理論傾向は、民主主義擁護のあり方、そして民主主義と立憲主義ないし自由主義<sup>リベラリズム</sup>の関係にも、少なからず影響を及ぼすだろう。

## 7. 民主主義のまもり方——結びとして

「民主主義の自明化」と民主主義論の——何度目かの——再興隆といった、この国の今日的状況を見据えつつ展開した本稿の考察は、このシンボルを援用した——専ら（憲）法学における——言説の各々において前提されるはずの民主主義理解の諸相を照出することとなった。その成

果は、批判概念としての民主主義の有効性と同時に、民主主義擁護のあり方（どのような民主主義を、どのように護るのか）、さらには民主主義（論）の意義（そもそもなぜ民主主義なのか）を——直接間接に——問い返す様々な知的営為に対して、ささやかながら一定の視座を付加するものとする。以下、その点を敷衍した——多分に図式的でありながら、必ずしも精緻とはいえないが——整理を供することで、稿の結びに代えたい。

民主主義の自己支配的契機を基軸に据えた本稿は、そうした民主主義における、立憲主義的な諸価値、果ては自身まで破壊しかねない危険な傾向を——ひとまず——前提していた。いわば“生のままでは危ない民主主義”にどう対処するのか——前節までに示唆を得た各民主主義観は、こうした観点から再布置できる。まず、①それを承知で、生のままの民主主義を全面化する立場が考えられる。本稿で、自己支配的民主主義観と称した立場がそれである。それは、民主主義の危険性を一切減殺しようとしただけに、その破壊的批判機能をそのまま温存できる利点を有する半面、その利用者（すなわち担い手）に嚴重な取扱注意を促さざるをえない。①<sub>1</sub>民主主義者（を自認する者）にきわめて重い主体的負荷をかけた Kelsen の民主主義擁護論<sup>(108)</sup>は、その明瞭な表れといえる。これに対し、こうした警戒を杞憂としうる立場もありうる。先述に照らして例えば、②<sub>2</sub>「掲示板」上で増幅する立憲的諸価値に敵対的な「時代の気分」<sup>(109)</sup>にさえ市民的公共圏の萌芽を看取する類の立場は、民主主義の担い手は自己毀損的誤謬をそもそも冒さないという——先験的——想定（ないし信仰類似）の上に成り立つだろう。そうした立場が端的にナイーヴなだけでなく、実践的にも無力であることを自覚する一方、民主主義の担い手に「自立し自律すべき個としての市民」を想定する①<sub>1</sub>の近代主義的「虚妄」<sup>(110)</sup>を突きさざるをえない者は、②<sub>2</sub>'——例えば、市民社会が政治共同体を<sup>(111)</sup> *Zivilgesellschaft* *societas civilis* 下支えし市場経済社会を制御し方向づける筋道として——批判的・規範<sup>(112)</sup> *bürgerliche Gesellschaft* 的な市民的公共圏<sup>(113)</sup> *Öffentlichkeit*の理論的構成に向かうことになるだろう。

## 民主主義のまもり方

しかしいずれも、後述の立場とは違い、自己支配的な民主主義に徹し、観念的にはそれ以外の要素を含む原理との調整に悩む必要がない点で、民主主義擁護のあり方は「単純」かつ強力（いわば「切り札」的）といえる。

次に、⑥生のままの民主主義の危険性に鑑み、自身が目指す帰結に照らして不都合な事態が生じうる場合は、民主主義の自己支配的契機を暫定的に抑制ないし停止する立場が考えられる。本稿で、帰結主義的民主主義観と称した立場がそれに当たる。この立場は、各々が目指す帰結に着目して、さらに⑥<sub>1</sub> いわば「正解」（到達）的民主主義観（先出①）と⑥<sub>2</sub> 権力抑制的民主主義観（先出④）に類別できる。いずれも、①のごとく自己支配的契機から民主主義を捉えないというだけで、民主主義を軽視するものではけっしてない。各々が目指す効用に照らして、民主主義の意義ないし有用性が強調される。だが、そこにおける民主主義擁護のあり方は、その論理構造上、常にいわば効用計算の状況依存的均衡の上にある、その意味で脆弱なものとならざるをえない。あるいは、そこにおける民主主義の担い手は、こうした衡量の感覚に長けていなければ、民主主義の危険性も、逆に民主主義を暫定抑制ないし停止することによる危険性も、首尾よく回避するのは困難だろう。この立場が原理的には否定しない「たたかう民主制」の功罪などは、そうした困難性の表れともいえる。

もとより、⑥的な立場にある論者がみな状況依存的に「<sup>(114)</sup>有意義な区別」を行なうわけではない。⑥' 民主主義の原理的限界を慎重に見極め、その機能条件を可能な限り明確化したうえで、他の異なる諸原理との——住み分けを前提とした——協働を図るとというのが、<sup>(115)</sup>大方だろう。この点、③②と同様、民主主義の批判性とその自己批判的契機に由来する危険性と表裏にあることをひとまず承認する一方、そうした民主主義の——危険性に根差す——限界も承認し、これを手なづける外在的原理として「立憲主義」を対抗させる立場などは、<sup>(116)</sup>その延長線上にも見ることができる。

すなわち、この立場の民主主義観は、自己支配的契機を否定しない点で④に近いが、それを立憲主義的諸価値に根差す他律的抑制に服せしめる点で（いわば民主主義に対する立憲主義の優位）、⑤と本質的に同様のディレンマをはらむだろう。<sup>(117)</sup> 言い換えればそれは、各主体レベルでも、<sup>(118)</sup> 予期される帰結に照らした「ぎりぎりの選択」に<sup>(119)</sup> 迫られることになる。

こうした立場にとって、「たたかう民主制」に対する態度決定は、本来⑤にもまして微妙なものとなるはずである。自身に内在する自己支配の論理に忠実であればこれを拒否できるが、この論理を全面化して危険な帰結を招くことには立憲主義をもって抑止するというのだから、この点ではむしろ「たたかう民主制」と親和的にさえ見えるからである。にもかかわらず日本で④的な立場にあると思われる論者の少なからずが「たたかう民主制」を拒否する論理は、④<sub>1</sub> この場面では自己支配の論理を援用するといったものか、④<sub>2</sub> 「たたかう民主主義」の姿勢一般ではなく、<sup>(120)</sup> 一定の形態を採った「たたかう民主制」に限り立憲主義的諸価値を援用して許容しないとといったものか——あるいはそのいずれもか——という具合に、相当程度便宜的なものとならざるをえないだろう。だが、前者の当否はもとより、後者における境界設定についても、①の論者の所説を再度持ち出すまでもなく、<sup>(121)</sup> 普遍的とはいえない。いずれにせよ、④における「たたかう民主制」批判もまた帰結志向的な感を拭えない。それは、支配の正統性という点で——④とともに、したがって⑤に反し——民主主義の自己支配的契機に関わりつつ、それを他律的に抑制する立憲主義原理を優位させる選択をするがゆえに、立憲主義の民主的正統性如何という難問を抱え込む④に宿命のディレンマといえる。<sup>(122)</sup> こうした立場における民主主義擁護のあり方の原理的脆弱性も、容易に推察しうる理だろう。

さて、以上に対しては、その前提自体を根本的に疑う立場も当然ありうる。すなわち、④生のままの民主主義は、自身はもとより、立憲主義的諸価値を葬り去る危険をはらんだものではありえない、というのがそ



## 民主主義のまもり方

(123) である。こうした立場にとって、上記のうちとりわけ①、や③は、民主主義をことさら「多数者支配的」(ないし多数決主義的)に矮小化する皮相な形式主義であり(いわゆる「多数者支配的民主主義観」<sup>(124)</sup>に相当するだろう)、これに対し——再度登場願うならば——「法の支配による少数者の権利保障」を「本質的要素」とする実質的な民主主義観が、真の、あるべきそれとして対置される(いわゆる「立憲主義的民主主義観」<sup>(125)</sup>に相当するだろう)。先述のように、この立場は民主主義の自己支配的契機(ないし「狭義の民主主義」)を前提するはずだが、この契機の機能条件として——表現の自由を筆頭とした——立憲主義的諸価値を位置づけ、<sup>(128)</sup>これを③のごとく民主主義と対立させずむしろ一体と捉えたうえで、<sup>(129)</sup>こうした民主主義の自己破壊を否定する点で、先に見た自己破壊的論理否定論を——暗に——前提していたといえる。<sup>(130)</sup>それは、③が外在化した抑制原理を最初から内蔵した、いわば自己抑制的な——したがって安全な——民主主義観とも表しうる。そしてその意味で、「たたかう民主制」批判の態様も、やはり③と同様の問題を抱えることになるだろう。

こうした立場の理論的・思想的淵源は深く、<sup>(131)</sup>相応の受け止め方を迫る。だがそれだけに、この立場が「民主主義」に盛り込んだ豊富な実質性が、<sup>(132)</sup>「十分つきつめた考察」のなされないまま「安易に依拠」されるならば、この、もっとも人口に膾炙した権力批判のシンボルを競って援用する論者たちによって“<sup>Sowohl-als-Auch</sup>あれもこれも”意味充填を受けかねない。そして、かく意味内容を拡散させ、それに伴い批判対象の拡散も余儀なくされた概念が、批判概念として有効に機能しうるかは疑わしい。<sup>(133)</sup>それは“民主主義のインフレーション”ともいうべき事態である。そして、そのようなものに堕した「民主主義」は、その擁護のあり方を問う以前に、そもそも護るに値しないだろう。したがって、こうした事態を回避するためには、この立場においても、民主主義の担い手(ないし援用者)に相応の自覚を要請することになるだろう。この立場の主唱者と目した論者は、かつて、「個として真に自立した人格を持ち、他人も同じ人格を持つこと

を承認しつつも、決して不合理な大勢に巻き込まれることなく、個たるを恐れず、しかも連帯を忘れないで、自己を貫ける存在であるように努めること、[……] きびしいが、憲法の担い手はそういう人間存在であらねばならないだろう<sup>(134)</sup>」と述べた。このことは、そのまま民主主義の担い手にも妥当するだろう。

本稿の目的は冒頭に掲げたものに尽きる。以上の——洗練には程遠い——整理に加え、いずれかの選択へ明示的に誘導することは、この目的を逸脱することになる。ただ、しいて——もはや学問的提言の域にはない——印象を付言すれば、まず⑥については、あえて民主主義に求める必要もない効用を民主主義に期待する感を抱く。⑥<sub>1</sub>のいわば“正解テーゼ”については、今後の一層の解明を期待するとしても、⑥<sub>2</sub>が目指す権力の抑制については、それは——③のいわゆる——「立憲主義」(ないし自由主義)によっても追求しうるのではないか、あるいはむしろ「立憲主義」(ないし自由主義)の文脈で語りうるのではないか、疑問が残る<sup>(135)</sup>。そこでは、民主主義のまもり方を問う前にどうしても避けられない——はずの<sup>(136)</sup>——問い、“なぜ民主主義なのか”に応答する切実性が、希薄化して見えてしまう。⑥<sub>2</sub>の卓見性と有効性には大いに注目したいが、率直に言って、それはやはり民主主義の本質——控えめに言っても、「必要条件の一つ」——についてあまりに割り切りすぎていないだろうか。

他方、②とりわけ②<sub>1</sub>についても問題は尽きない。この立場が、先述のように<sup>(137)</sup>、民主主義の正統性につき、つまるところ集団の自己決定を個人の自己決定に擬する形で導出するのであれば、——とりわけ③の立場からすれば、決定的に断絶するはずの——両者の連続性をあまりにナイーブに前提しているのではないか、その“没立憲主義性”を指摘できる。また、それがもたらすという“効用”が真に効用たりうるのか、それは自殺をも覚悟してこだわるに値するものなのか、引いては、そこまで強い民主主義をなぜまもらなければならないのかといった、先に見た①

## 民主主義のまもり方

の支持者が突きつける帰結主義的批判は、なるほど説得的ではある。<sup>(138)</sup><sup>(139)</sup>

さらに、先に指摘した④の難点を受け容れるならば、当面採られるべきは——あるいは、民主主義者が賭けるべきは——③の「綱渡りに等しい」行き方、となるのだろう。<sup>(140)</sup>

### 注

- (1) Kelsen a: 4.
- (2) “democracy”, “Demokratie”といった場合、さしあたり、政治のあり方としての民主政、統治に係る（法）制度のあり方としての民主制、さらに、これらをその基底において支える思想ないし精神のあり方としての民主主義といった側面を区別するべきだろうが（この点、平野ほか：272を参照）、本稿では、これらを包括する語として、原則的に——「デモクラシー」ではなく——「民主主義」を用いる。後述のように、とりわけ昨今の憲法状況におけるこの語の用法（“民主的／非民主的～”）への疑問が、本稿執筆の主要な動機を成すからである。
- (3) 藤原。
- (4) 憲法上の問題状況につき、例えば、水島朝穂のホームページ「平和憲法のメッセージ」（<http://www.asaho.com/peace/jpn/index.html>）中の「今週の『直言』 内閣総理大臣が欠けたとき」（2000年4月10日）を参照。
- (5) 2001年2月25日付『毎日新聞』朝刊によれば、森内閣（末期）の支持率は9%、不支持率は75%（電話世論調査）。同紙では、それぞれ「史上最低」、「史上最高」とされた。
- (6) 2002年1月20日付『毎日新聞』朝刊によれば、小泉内閣の支持率は77%（電話世論調査）。前年4月発足来の高支持率を維持していた。後、田中外相更迭問題で支持率は53%に急落するが（同紙2月3日付朝刊）、前内閣に比べれば「依然として高水準」であることに変わらない（その後、同紙6月2日付朝刊によれば、支持率、不支持率ともに40%となった）。
- (7) 丸山眞男を引きつつ、「小泉人気も外相更迭による支持率急降下も〔……〕同じ現象のメダルの表裏にすぎない」とする評（間宮）も、この点に関わる。また、小泉内閣の成立を端緒に、英米の民主政治の展開過程における「憲法」の役割を説き起こす論者もまた、本稿と同様の問題を見据えている（成澤：(1)49ff.を参照）。
- (8) 例えば、2001年5月16日付『朝日新聞』朝刊では、「小泉ブーム野党を“封殺”」「『いじめるな』抗議電話殺到」などと報じられ、翌日の同紙朝刊では、こうした小泉擁護の世論の「暴発」を危惧した諸野党の「批判あってこそ健全な民主主義」といった訴えが報じられた。

- (9) もっとも、それはこの国特有のものではないらしいということが、いわゆる同時多発テロ以降、自他ともに認める“自由の国”で——さえ——起きた諸々の事象（アメリカのアフガン攻撃に反対する反戦Tシャツを着て登校した高校生に対する停学処分、この処分を支持した州最高裁、ブッシュ大統領を批判した地方紙コラムニストの解雇、より一般的には、反戦・反政府の意見表明を行なった大学教員や学生に対する直接・間接の圧力・脅迫、さらには大学当局による処分……）から判明する。
- (10) いわゆる「内なる天皇制」（最近のものとして、奥平<sup>g</sup>を参照）について、ここでは立ち入る暇がない。後述との関連では、井上：3ff. がきわめて重要となることを、指摘するにとどめる。
- (11) 2002年4月24日付『朝日新聞』朝刊によれば、石原知事に対する都民の支持率は、就任4年目にしておよそ78%を記録している。
- (12) この点について、立山：62を参照。
- (13) 古川 b: 35 を参照。これまで憲法を強く支持してきた国民が、日本社会と政治の閉塞感、「新自由主義的改革に対する怒り」から、かえって「これを受け入れつつある」との現状認識を迫る見解（渡辺治：（下）8）も、この点に関わる。
- (14) 西原：136を参照。
- (15) 内野 a を参照。
- (16) この点に関連して、例えば、内田：95ff., 岡本：93ff. を参照。
- (17) もとより、その時々“民”の意向の“カーボンコピー”さながらに振舞う為政者の姿勢が、そもそも「責任」の観念と相容れるかは、ここでは度外視されている。この点について、樋口 d: 159ff. を参照。
- (18) それは、「憲法制定権ないし主権の観念の再登場」といった「近年の憲法学のひとつの傾向」に加え、「おもに憲法学の外側から、[……] 戦後民主主義の『なまぬるさ加減』をあげつらって、決断主義的思考を待望する論調が支配的になってきている」（樋口 e: 8ff.）といった、最近のこの国に特徴的な事情とも連動しているだろう。
- (19) 古川 a: 118, 121. こう述べる彼の前提には、「**実在する民意の確認**表明」と「直接民主制の代替物」といった代表制理解があることに留意したい（同119.この点、後述の棟居とややニュアンスを異にするようである。なお、引用文中の下線は渡辺による強調。以下同じ）。そしてそれだけに、彼が抱え込んだディレンマのほどが推察される。彼の市民社会論への言及は（例えば古川 c 参照）、こうしたディレンマを克服する試みとして、後（7節）にも論及するように、自然な成り行きといえる。なお、国民投票・住民投票の意義について——本稿とは異なり——一貫して主権論から考察するものとして、辻村：262ff. を参照。

## 民主主義のまもり方

- (20) 棟居：64. その主たるねらいは、日本の政治風土に特有な、「特定の利益集団と官僚、族議員など」の「協調」による、「政党や省庁の中」といった閉じた「場」における「ルールなき利益分配」過程（いわゆる「見えないう憲法」の一部）の「可視化」（ないし「対決型」への転換）にあるようである（浦部ほか：114ff. [棟居発言] を参照）。彼が「議会制民主主義の機能不全」と認識するものも、具体的にはこの点に関わるだろう。その意味で、直接民主主義的諸制度をいわばそのための手段として利用しようとする側面があるように思われる。ただその一方で、帰結はどうであれ、（そうした諸制度を通じた）国民の主体的決定自体を是とする（すなわち目的とする）かのような発言もあり（同126-7を参照）、彼における直接民主主義の位置づけには、いくつかの異質な要素（この点、後述7節を参照）が混在しているきらいがある。
- (21) 司法制度改革審議会意見書 (<http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/>) を参照。また、こうした位置づけに関連して、長谷部 f: 52 を参照。
- (22) さしあたり、奥平 a: 2ff., 220ff. などを参照。
- (23) 奥平 d: 4.
- (24) この種の認識は、以下俎上に載せる、今日民主主義を問い直すとする論者の多くに共有されているといえる。そして、このいわば「民主主義の自明化」（木下：70）とは裏腹に、それが必ずしも掘り下げて考究されているわけではないという点についても、同様だろう。この点、例えば千葉：2ff. を参照。
- (25) こうした今日の状況は、本稿でも専ら依拠する論者が戦間期に示した“時代診断”をほうふつさせる。曰く、「民主主義は、19世紀と20世紀の時代精神をほとんど全般に支配したスローガンである。だが、まさにそれゆえに、この語は [……] その確固とした意味を喪失している。この語は、[……] 可能とあらばどんな目的にもどんな機会にも利用されねばならないと信じられているから、あらゆる政治概念のなかでもかく濫用極まるこの概念は、ひじょうに異なった、ときにはまるで食い違った意味内容を与えられている [……]」（Kelsen a: 1. なお、引用訳文中の傍点は原文では斜体。以下同じ）。
- (26) 後に瞥見する「民主主義社会構築の課題を共有する法学研究者の総合的学術フォーラム」（糊澤：128）の議論においても、「ある者が『自由と民主主義』『民主主義と人権』を口にしてしているということ自体は、ほとんど何事をも語っていないに等しい」以上、「＜民主主義＞を掲げる者は、それをどのような原理として自覚的にとらえたうえで、＜民主主義＞社会を標榜する日本の現実を [……] 評価しているのが絶えず問われることになる」

と——適切にも——主張されていた（小森田：38f.）。

- (27) この点で、「従来の憲法論がしばしば陥りがちだった陳腐なアマチュアリズム」は、実は「読者公衆が参与する、もっと知的でチャージングな」「公共圏の形成をスポイルしてきたのではないか」（石川：152）との疑念は、往々にして「民主主義」というシンボルを掲げる、市民レベルも含めた憲法運動全般にも妥当すると思われる。
- (28) 樋口 c: 150f.（なお、引用和文中の傍点は原文のまま。以下同じ。）
- (29) この点、小森田：40では、「＜平和主義＞と＜民主主義＞とを民科のアイデンティティにかかわるものとして取りあげるのと同様な意味で＜社会主義＞を扱うことは、もちろんできない。当面にせよ遠い将来にせよ、＜社会主義＞を実現することが民科会員の共同の目標であったことはないし、またありえないからである」とされている。
- (30) 小森田：41.
- (31) 同45注8.
- (32) 詳しくは、立山：62ff.を参照。そこで示された、「世論の一端」における「理性的な討論を通じて『下から』公共圏を生成することを根底から否定する指向性」（65）が“民主主義憲法学”に及ぼす影響への問題意識は、本稿でも共有されている。
- (33) 彼らに限らず、いわば“プロ民主主義”の論者や運動家にはありがちな傾向だと思われるが、こうした不確かな印象を裏づける学問的検証に耐えうるだけの根拠は、今のところ提示できない。本文に示唆した論者の像も、具体的には、全国憲法研究会・憲法問題特別委員会の第一回研究会（2000年5月13日）における立山報告（「憲法調査会の設置に至る世論動向とその状況」）への、民科会員としては恐らく（本文にいう意味での）多数派に近い論者数名の——きわめて特徴的だった——反応を念頭に置いているが、これとて公式の記録はなく、筆者のメモに基づくものでしかない。本文の記述の歯切れ悪さは、こうした事情に由来する。
- (34) こうした立場からすれば、立山や岡本、筆者のように、“民意”の担い手に危険な兆候を嗅ぎ取り警戒を促す者は、“戦闘的な民主主義者”と映るだろう。
- (35) 立山：66.
- (36) 戒能：123. 榎澤：128f. も、彼らがその「アイデンティティともいうべき『民主主義』や『民主主義法学』の概念が何を意味するのかを〔……〕改めて吟味し、自由で広範な議論を展開する」必要に迫られた事情の一つに、「現代日本の問題状況に批判的に立ち向かう有力な思想的立場」としての「自由主義、リベラリズムの思想」の台頭を挙げていた。
- (37) 吉田 a: 133-5.

## 民主主義のまもり方

- (38) この論者（阪口 b）については7節で再びふれることになるので、ここではこれ以上立ち入らない。
- (39) この点、デモクラシーの理念面と現実面の区別に注意を促す、Dahl: 34 ff. を参照。
- (40) この点小林: 83f. によれば、「民主主義」が『『人民』(demos) の『権力』(kratia) を意味し、古典的民主政観においては、人民による多数派の意思決定が重視され』ることから、これを「統治の目的・内容を含まず、その方法ないし形態のみかんする原理であるとする『手続的民主政観』こそが、民主主義の、いわば本義を受け継ぐものとも』いえる」とされる。
- (41) こうした言い方をするのは、例えば、論稿を通じて Kelsen との強いつながりを示し続けた宮沢とは対照的な行き方を採った芦部が、自身の憲法学の「本質的価値」（高橋: 21）をなす「個人の尊厳の原理」や自由主義と民主主義の関係について言及する折では、宮沢とのつながりを印象づける記述を行なったからである（芦部: 47, 52f. を参照）。奥平ほか: 18末尾における樋口発言は、この点を簡明に言い当てたものといえる。なお、芦部の民主主義理解に対する筆者の問題意識について、拙稿 c: 720 注3を参照。
- (42) 内野 b: 230ff. したがって、民主主義と法の支配は「範疇的なレベル」を同じくすると捉える先の奥平の立場（奥平 f: 10 を参照）も、こうした「広義の民主主義」理解の系譜に属することになる。もっとも、引用文に下線を付して示唆したように、戦前・戦中の宮沢についても同様に考えうるかは、別途検討を要する。後述する、宮沢の議会制民主主義論を Kelsen に引きつけて位置づける長谷部の理解も、どちらかといえば、戦前・戦中の宮沢をより意識したものにみえる。
- (43) ちなみに、「当時における憲法の一種の公定解釈であるとともに、当時の一般国民の考え方をある程度反映している」（横田: 115注5）と考えられる『あたらしい憲法のはなし』にも、「みんながなかよく、じぶんで、じぶんの国のことをやってゆくくらい、たのしいことはありません。これが民主主義というものです」といった件がある（『復刊 あたらしい憲法のはなし』（2001年／童話屋）21頁を参照した）。この点を受けてなお、本書が憲法の『『担い手』の不在を暗示している』（横田: 115注5）というか否かは、なお一考を要すると思われる。
- (44) 以上、長谷部 f: 53. 同旨のより緻密な検討として同 g, 関連して同 d とりわけ 89ff. を参照。
- (45) 同 g: 101 注22を参照。
- (46) 以上、井上: 194ff.
- (47) 同201.

- (48) Vgl. z. B. Topitsch: 11ff.
- (49) なお、本文で用いた「非戦闘的」「正しい戦争」といった語は、拙稿 c に通底する問題意識を表わす鍵概念である。かくして本稿もまた、この前稿の課題を原理的に引き受けることになる。
- (50) こうした言い方をするのは、Kelsen の立場は、その価値相対主義ゆえに、「公正で適正な文明社会」であれば例外なく行ないかつ「無条件に依存」するところの「道徳的・政治的に有意義な区別」(Rawls: 572) を免れうるからである。
- (51) 以下、Kelsen a, b を中心に検討する。Kelsen の民主制論については、かつて拙稿 a で、慎重な方法的限定の下に立ち入って検討したことがあるが、ここでは、本稿の目的に必要な限りの配慮を施すにとどめる。
- (52) Kelsen a: 3.
- (53) Ebd. 4. この点、彼の法理論にも通ずる、ある種の論点先取的傾向を指摘できる。関連して、拙稿 d: 81 を参照。
- (54) Kelsen a: 7.
- (55) Ebd. 9f.
- (56) Ebd. 81ff.
- (57) Ebd. 40ff.
- (58) Ebd. 58ff.
- (59) 事実、Kelsen a の 2 章以下からは、民主主義の観念論にその<sup>Realität</sup> 实在論を織り交ぜた複眼的な考察が展開され、そこから種々の具体的主張が導かれていく。この文脈で、例えば、「いわゆる基本権や自由権ないし人権、市民的諸権利」が、少数者保護のために、すべての近代憲法において、議会民主制に対し特別多数決をもって保障される意義が語られる (ebd. 53ff.)。
- (60) Ebd. 10f. こうした傾向は、例えば、Carl Schmitt 批判に始まり、後に Kant にまで接近しつつ、現代民主主義理論の再道德化＝「再封建化」と、それに伴う法を通じた専門家支配の優位 (特殊ドイツ的には、憲法裁判所による基本権の価値原理化) を突き、これに、(啓蒙期) 国民主権理念の再生と——批判対象だったはずの Schmitt さえほうふつさせる——その全面的解放を梃子とした形式的・手続的民主主義観を対置する Ingeborg Maus を——彼女自身は Kelsen ないし Gustav Radbruch 的形式主義に批判的であるにもかかわらず——連想させる (vgl. Maus: bes. 333ff.)。拙稿 a では「反立憲主義的」と形容したこの種の傾向は、本稿に即して換言すれば、さしずめ“反リベラル・デモクラシー”となるだろう。
- (61) こうした立論は、自由と自律に関する Kant 的前提をほうふつさせる。そしてその成否は——次節での検討を超えて——Kant 的自由／自律論の成否にまで関わるかもしれない (Kant: 140ff. を参照)。なお、民主主義の



## 民主主義のまもり方

本質を自己支配的契機に見立て、これが究極的には個人の自己決定に淵源するがゆえに正統化されると——ひとまず——した場合、後者の自由はどこまで自由なのかという、一層根源的な問題もこの点に関わるだろう。後者において“自殺の自由”が原理的に否定されるならば、後者に擬した前者の自由＝民主主義の自殺も、後述に反し、同様に解されるのではないか。だがこの点は、問題を指摘し、さしあたり中島：77ff.の参照を請うにとどめたい。

- (62) Kelsen b: 62.
- (63) Ebd. 68.
- (64) 次節での検討も考慮し、長谷部 g: 97 における表現を援用する。
- (65) Kelsen b: 68.
- (66) もっともこれに対しては、「仮にケルゼンの民主制の定義や思想を前提としても、なお [……] 明確な解答がありうとは思われない」とする見解がある（長尾 b: 79）。Kelsen 自身、その国際法論において、たしかに次のように述べていた。「国際法を真の法と考えるか否かは、国際法を正戦理論の意味において解釈しうるか否か [……] にかかっている」が（Kelsen c: 52）、それは「唯一の解釈ではない」（ebd. 55）。こうした解釈の採否は、「科学的思考ではなく政治的願望」に基づくからである（ebd. 54）。そのうえで、「我々はこの解釈を選択する」（ebd. 55）と宣言する彼もまた、ある種の「戦闘性」を免れていなかったのではないかと、慎重に疑ってみる必要が生ずるだろう。しかし、この問題は次節以降にも関わることもあって、ここでは指摘するにとどめる。
- (67) 山元 a: 40f.
- (68) 同41.
- (69) 三島（淑）：335.
- (70) Kelsen d: 4.
- (71) 長尾 a: 74.
- (72) 同71.
- (73) 同74.
- (74) 長谷部 d: 139.
- (75) 同139注9.
- (76) 同 a: 828.
- (77) 同 d: 139.
- (78) もっとも、論旨からすれば、民主政が「十分な情報と自由な言論・結社を基礎とし、公平な選挙で選ばれた代表が国政を決定するプロセス」として観念されないならば、それが言論・結社の自由を破壊するに至っても、「論理的な悪循環」とは無縁となるだろう。しかし、そのような民主政を

観念しうるかはともかく、少なくともある民主政が——何であれ——その存立の基礎とするものを破壊できないと説かれる限り、自己の存立基盤たる「自由」をも破壊しかねない民主主義観は、この論理を免れえないはずである。より一般的に言って、このような自己破壊的傾向を有する立論はすべて、その成立の論理的不可能性を説く論理の吟味に曝されうると考えられる。ところが、その種の立論は、例えば憲法改正問題に、また「憲法の番人」問題にといった具合に、「感覚を研ぎすませば、法のいたるところに発見される」だろう (Teubner: 10f.)。

- (79) この点で例えば、循環論法を一致してタブーとする法解釈学、法理論、法社会学に対し、自らに抱え込む循環論法 (ないし自己言及) を論理的に「誤った思考の問題ではなく、法実践の問題と見なす」ことでのかい潜ろうとする autopoiesis 理論の思考形式が、興味深い (Teubner: 15f.)。
- (80) 長谷部 b: 150ff., とりわけ174を参照。
- (81) 樋口 b: 55 (長谷部 b: 174f.)。
- (82) 長谷部 f: 53。
- (83) 同 g: 96. なお、論者は②の典型として宮沢と Kelsen を、そして③の典型としてはこれとは別に Hannah Arendt を観念するようだが、私見によれば、上述のように、少なくとも Kelsen の民主主義観にはいずれも——理論的に密接不可分なものして——妥当すると考えられる。
- (84) 同97。
- (85) 同 f: 53 を参照。
- (86) 同 g: 97。
- (87) 同 e: 62。
- (88) 同49。
- (89) 同 g: 98。
- (90) 同 e: 53。
- (91) 同 c: 18。
- (92) この点は、先に見た彼の批判者によっても正しく指摘ないし示唆されている (例えば、長谷部 g: 88ff., 井上: 200を参照)。
- (93) Vgl. Häberle: 149. その批判的分析として、拙稿 b: (2) 370ff. を参照。なお本稿は、依然未完にあるこの旧稿に対し、それが放置した課題を部分的ながら補完する関係にある。
- (94) Häberle: 172/Fn. 68。
- (95) 長谷部 a: 831ff. を参照。
- (96) 例えば、碧海: 20, 177, 234f. を参照。なお、Kelsen と (Peter Häberle を含む) いわゆる「スメント・シューレ」をめぐる理論的位相の錯綜については、拙稿 b(1)を参照。

## 民主主義のまもり方

- (97) 周知の通り, Popper による Plato 批判の妥当性は, 一方で強く疑われている。例えば, 佐々木 295ff. を参照。
- (98) Popper a: 123f., 265.
- (99) Ders. b: 342f. もっとも彼は, こうした姿勢もまた合理主義の——「徹底」というよりはむしろ——「限界」に関わることを, 「まさに合理主義者として」認めている (ebd. 343)。もとより, こうした論法の成否もまた吟味を要しよう。
- (100) Ebd. 351-3. Vgl. ders. a: 120ff.
- (101) Ders. b: 353.
- (102) ちなみに Popper は, 別著では, 彼のいう意味での「民主主義原理を受け容れる者は, 民主的投票結果を何が正しいかについての有権的表現と見なす義務をもたない」し, 「民主的諸制度を機能させるべく多数派の決定を受け容れ」た結果, 民主的諸制度自体が破壊されるに至ったとしても, 「<sup>tyranny</sup>専制政を避ける安全確実な方法は存在しない」と悟るだけだが, それでも「専制政と闘うという彼の決断を弱める必要はないし, それが彼の理論の不整合を暴くわけでもない」とも述べている (ders. a: 125)。
- (103) Ders. b: 301.
- (104) Ebd. 352.
- (105) 小柳: (2) 94f. を参照。
- (106) Vgl. Popper b: 301f., 小河原: 185ff.
- (107) 井上: 199f.
- (108) 前注62, 70を参照。
- (109) 前注33を参照。
- (110) 樋口 c: 154 を参照。もっとも, この文脈で樋口を引くことは irreführend かもしれない。樋口は Kelsen 的な多元主義的民主主義観を採らないはずである (この点, 同 d: 28ff. を参照)。いわゆる「強い個人」論も, 民主主義論との関連でいえば, 「〈あるべきはずの民意〉」の規範性に賭けるがゆえに「虚妄」とされた (同 c: 151)。だが, この点についてはもはや問題の指摘にとどめ, 当面愛敬 a, b, c などの立ち入った検討に譲らざるをえない。
- (111) この点例えば, 小沢ほかを参照。
- (112) このいわゆる3つの「市民社会」論については, 吉田 b を参照。
- (113) 例えば森や本の戦略は, こうした布置のもとに理解し, かつ——①<sub>1</sub> からも一定程度の——共感を寄せることができる。ただ, 本稿ではもはや詳しく立ち入ることを差し控えざるをえないが, 『「中間団体」と講学上一括されている事象のなかに分け入って, ともしれば法化・制度化によって受けやすい『植民地化』を, 論理的にも構造的にも峻拒しうる自由で動態的

な、日々更新される『自発的・自律的結社 (Assoziation)』の、その『論理』と『構造』を探りだし、——実体としての結社そのものが、ではなく——それらの『論理』と『構造』がネットワークとなって動的に織り成す『公共圏』の場で『政治的国家=公権力』を制御し方向づけつつ『新生かつ真正の公共的国家』を構築・運営する筋道を憲法論として示すこと、その上で、その筋道としての『法的基準』を、憲法解釈の場でも示すこと」(森：140)といった課題を、「民主主義の praxis が [……] 日々営まれている社会生活の至るところで躍動している現実」(山元 b: 140)とは程遠いこの国にあって遂行することは、困難を極めると予想せざるをえない。他方、こうした『個立』した個人による Öffentlichkeit の理論構成」(森：140)に疑義を呈し、「多かれ少なかれ(経済的なものも含めた)『私利私欲』を背後にかかえつつ『普遍的』討議を行う『公衆』の形成」を説く立場に対しては(本：65f.)、それによって統御対象たる「市場経済社会」の“再植民地化”を被る恐れはないか、疑義を返しうるだろう。

- (114) 前注50を参照。
- (115) 「憲法9条による軍備の制限」を、防衛問題に対する民主的政治過程の限界に配慮した「合理的な自己拘束の一種」と見る見解(長谷部 d: 20f. を参照)などは、その一例といえる。また、拙稿 c: 727ff. で検討した Jürgen Habermas や John Rawls における限界設定の試みも、この点に関わると思われる。
- (116) 本文中で抽象化した③に必ずしも符合するわけではないが、「あくまで権力の民主化による真の多数者支配の実現」を目指す民主主義と、「徹底的に民主化された権力も含めて権力からの個人の自由」の確保を目指す立憲主義の間に、「射程」と「方向性」において「深い断絶」を認め、なお個人の権利を脅かす危険性を秘めた前者を後者によって「押さえ込む」という選択をする立場を(阪口 b: 289f.)、ここでは念頭に置いている。ちなみにこの論者は、ドイツの「闘う民主制」との対比で、アメリカの差別的表現に対する態度を「極めて特殊」と位置づけていた(阪口 a: 19ff. を参照)。
- (117) ③につき、むしろ⑥'の亜種とすべきか悩んだが、ここでは③との親近性も重視し、さしあたり③とは区別される範疇を設定した。その意味でも、本文の整理は仮設的なものにとどまる。
- (118) 文脈は異なるが、阪口 b: 292 における表現を流用した。
- (119) 「近代立憲主義の『国家からの自由』は、人民の意思による国家権力の掌握があったうえで、国家権力=自分たちの意思をもあえて他者として見る緊張関係のうえに成立してきた」としたうえで、「そのような立憲主義の王道の文脈」においてではなく、「国家権力が他者でありつづけている」がゆえに「国家からの自由」への執着を「余儀なくされている」という論

## 民主主義のまもり方

者の「選択」も（樋口 a: 20）、この点に関わるだろう。それもまた、「それがおかれている歴史社会の中で立憲主義と民主主義にどのような配分を行うべきか」といった、「praxis についての事実認識と、あるべき praxis」（山元 b: 141）を展望したうえでの高度に実践的な判断と解されるからである。

- (120) 例えば、ドイツ基本法21条3項の政党禁止、同19条の基本権失効といった、憲法レベルで制度化されたものなど。この点について、近代立憲主義、「戦闘性」、「たたかう民主制」（の諸相）の関係を考察した、拙稿 c: 755ff. を参照。
- (121) 前注91を参照。
- (122) さらに、そもそもなぜ“民主主義に対する立憲主義の優位”が選択されるのかまで問われうる。この点に関して、さしあたり阪口 b: 290ff., 松井: (上) 92f. を参照。
- (123) ④は、“民主主義は過ちを冒さない（冒しえない）”という点では一脈②ないし②'に通ずるものがあるし、例えば民主主義における表現の自由の位置づけをめぐるでも、後者を前者の不可欠の機能条件とする点で、結論的に②'の市民的公共圏論とほぼ同旨に落ち着くと思われるが、“多数者による支配”および立憲主義ないし自由主義、さらには民主主義の担い手に対する評価といった諸点において、決定的に袂を分かつと考えられる。
- (124) Dworkin: 17.
- (125) Ebd.
- (126) 奥平 d: 4.「民主主義の役割を限定し、自由主義を基本にすえた憲法学のあり方を追求する議論が有力になっている」（木下: 70）なかにあって、こうした立場はなお「一般的」と思われる（小林: 84）。
- (127) 前注42を参照。
- (128) より正確を期すれば、この立場にとって、（自己支配的に解された）民主主義と立憲主義的諸価値は、それぞれ一方が他方の目的であると同時に手段でもあり、そうした相関関係を指して「立憲民主主義」と表されるだろう。もっともこの点、「日本の学説でも二重の基準論において」「民主政と表現の自由との結びつき」という論点が「必ず持ち出されているにもかかわらず、そのことが民主政論にどのようなインパクトを与えるか」、つまり「民主政が自由な意思形成過程の保障を含むということは、その過程が共同体全体の意思決定——通常、民主的決定とは多数決を指す——とどのように関連すべきかという問題」については、「あまり議論されてこなかった」との指摘がなされている（毛利: 277f.）。
- (129) この点の論証を試みる最近の論稿として、成澤: (10) 40ff. を参照。
- (130) 前注77を参照。

- (131) この点も、本稿ではもはや立ち入ることができない。周知の芦部：10 ff., とりわけ 51ff., また奥平 b: 8ff., 91ff. などの参照を請うにとどめる。
- (132) 小林：93, 83.
- (133) 同様の問題状況が、「立憲主義」についても指摘される（愛敬 c: 79f. を参照）。
- (134) 奥平 c. (同旨として同 f: 10 も参照。) ただこの立場の場合、担い手による「自己支配」に向けた多様な試行錯誤とその帰結が、それを是としないう者によって“(真に) 民主的ではない”と裁断される恐れはないか。本文で引いた論者が、同じ稿で以下のごとく述べている点が気がかりではある。すなわち、「いま日本を包み込もうとしている改憲ムードの特徴のひとつは、これまでずっと一貫して憲法を敵視してきた政治家連中が、一度も憲法などに関心を持つことなく、たわいもない小市民生活に埋没しながらそれでいて不平不満をかこつけてきている大衆に訴え、かれらの支持を得ることによって、このムードを醸成してきているという点にある。[……]『50年もたつて古臭くなったから憲法を取り替えよう』と改憲論者は訴える。憲法を賞味期間・耐用期限付きの消費財と混同してしまう無自覚な集団的凡庸人たちをターゲットにした、その意味ではたくみなアピールであるだろう」(同 c)。もとより、論者は愚民観を明確に拒絶してきたが(同 a: 232 f., e: 30 などを参照)。
- (135) 「つまり、ポパーは民主主義を自由主義に還元するのである」との指摘は(小柳：(2)95)、この点を的確に言い当てている。
- (136) こうした問いかけの意義について、浅野<sup>Kritik</sup> 5ff. を参照。なお、そこで論及された Richard Rorty に対する刺激的な批評として、三島(憲)を参照。
- (137) 前注61を参照。
- (138) 前注84以下を参照。
- (139) 例えば愛敬 b: 92ff. は、この点に関わる決定的に重要な応答を明晰化するといえる。
- (140) 阪口 b: 292.

#### 参 照 文 献

- Dahl, Robert A.: 『デモクラシーとは何か』(2001年／岩波書店)
- Dworkin, Ronald: Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution, 1996.
- Häberle, Peter: Verfassung als Öffentlicher Prozeß: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft, 2. Aufl., 1996.
- Kant, Immanuel: (篠田英雄訳) 『道徳形而上学原論』(1976年／岩波書店)

## 民主主義のまもり方

- Kelsen, Hans*: a. Vom Wesen und Wert der Demokratie, 1929.  
b. Verteidigung der Demokratie, 1932, in: *ders.* (Hg. *Norbert Leser*), Demokratie und Sozialismus, 1967, S. 60ff.  
c. Law and Peace in International Relations, 1948.  
d. Foundations of Democracy, in: *Ethics: An international journal of social, political, and legal philosophy*, Vol. 66, 1955.
- Maus, Ingeborg*: Zur Aufklärung der Demokratietheorie: Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluß an Kant, 1992.
- Popper, Karl R.*: a. The Open Society and Its Enemies, vol. 1: The Spell of Plato, 1966. (翻訳: 内田詔夫・小河原誠訳『開かれた社会とその敵 第一部 プラトンの呪文』[1980年/未来社])  
b. (小河原誠・蔭山泰之訳)『よりよき世界を求めて』(1995年/未来社)
- Rawls, John*: Collected Papers, 1999.
- Teubner, Gunther*: Recht als autopoietisches System, 1989.
- Topitsch, Ernst*: Einleitung, in: *Hans Kelsen* (Hg. *Ernst Topitsch*), Staat und Naturrecht: Aufsätze zur Ideologiekritik, 2. Aufl., 1989.
- 愛敬浩二: a. 「読み替え」の可能性——長谷部恭男教授の憲法学説を読む, in: 『法律時報』1998年2月号63頁以下  
b. 二つの立憲主義憲法学——樋口陽一, 長谷部恭男両教授の「憲法思想」を読む, in: 『法律時報』1999年3月号91頁以下  
c. リベラリズム憲法学の行方——「国家の中立性」の問題を中心に, in: 『法律時報』2001年5月号79頁以下
- 碧海純一: 『新版 法哲学概論〔全訂第2版補正版〕』(2000年/弘文堂)
- 浅野博宜: 生き方としての民主主義(1)——ジョン・デューイを読む——, in: 『国家学会雑誌』114巻1・2号(2001年)1頁以下
- 芦部信喜: 『憲法学 I 憲法総論』(1992年/有斐閣)
- 石川健治: 公共性 魅力的な「公共」を再び演じるために, in: 『AERA Mook 憲法がわかる。』(2000年/朝日新聞社)147頁以下
- 井上達夫: 『現代の貧困』(2001年/岩波書店)
- 内田博文: 「市民的治安主義」の拡大, in: 『法の科学』29号(2000年)95頁以下
- 内野正幸: a. オウム対策の問題点を検討 冷静に多角的な考察を, in: 『朝日新聞』1999年11月10日付朝刊  
b. 民主主義について, in: 紙谷雅子編著『日本国憲法を読み直す』(2000年/日本経済新聞社)221頁以下
- 浦部法穂・棟居快行・市川正人(編): 『いま, 憲法学を問う』(2001年/日本評論社)

- 岡本篤尚：「安全」の専制——際限なき「安全」への欲望の果ての「自由」の荒野，in：全国憲法研究会編『憲法問題12—2001—』（三省堂）93頁以下
- 奥平康弘：a. 『日本人の憲法感覚』（1985年／筑摩書房）  
b. 『憲法III 憲法が保障する権利』（1993年／有斐閣）  
c. 自立した個人が生かす憲法 施行53周年を迎えて，in：『朝日新聞』2000年5月2日付朝刊  
d. 20世紀末の日本社会について思うこと，in：『法律時報』2000年12月号1頁以下  
e. 日本国憲法の軌跡とその総合評価，in：『ジュリスト』No. 1192（2001年）23頁以下  
f. 「人権」ということばを問う，in：『法律時報』2001年2月号5頁以下  
g. 天皇制の現在と将来，in：『ジュリスト』No. 1222（2002年）116頁以下
- 奥平康弘・塩野 宏・園部逸夫・戸波江二・樋口陽一〔座談会〕：芦部信喜先生の人間と学問，in：『ジュリスト』No. 1169（1999年）4頁以下
- 小沢隆一・村田尚紀・笹沼弘志：憲法学における近代主義，in：『法の科学』24号（1996年）177頁以下
- 戒能通厚：民主主義社会構築をめざす法戦略——3年間の企画を終えて，in：『法の科学』26号（1997年）114頁以下
- 木下智史：アメリカ合衆国における民主主義論の新傾向，in：『法律時報』2001年5月号70頁以下
- 糊澤能生：「民主主義」概念への不断の問いかけのために——企画の趣旨，in：『法の科学』26号（1997年）128-9頁
- 小河原誠：『ポパー——批判的合理主義』（1997年／講談社）
- 小林 武：序論——民主主義・立憲主義とわが国憲法学，in：全国憲法研究会編『憲法問題13—2002—』（三省堂）81頁以下
- 小森田秋夫：学会のテーマによせて，in：『法の科学』20号（1992年）35頁以下
- 小柳昌司：カール・ポパーにおける科学と政治(1)(2)・完，in：『法学論叢』145巻1号，147巻1号（1999-2000年）
- 阪口正二郎：a. 表現の自由をめぐる「普通国家」と「特殊な国家」——合衆国における表現の自由法理の動揺の含意——，in：東京大学社会科学研究所編『20世紀システム5 国家の多様性と市場』（1998年／東京大学出版会）13頁以下  
b. 『立憲主義と民主主義』（2001年／日本評論社）
- 佐々木毅：『プラトンの呪縛』（2000年／講談社）
- 高橋和之：芦部憲法学の理論的諸前提，in：『ジュリスト』No. 1169（1999年）19頁以下



## 民主主義のまもり方

- 立山紘毅：「時代の気分」と共鳴する改憲論？——世論の一端が示す、強い「現状突破」指向，in：『法律時報』2000年10月号62頁以下
- 千葉 眞：『ラディカル・デモクラシーの地平——自由・差異・共通善——』（1995年／新評論）
- 辻村みよ子：『市民権の可能性——21世紀の憲法・デモクラシー・ジェンダー』（2002年／有信堂）
- 長尾龍一：a. 『思想史斜断』（1981年／木鐸社）  
b. 『大道廃れて——権力と人間に関する諸省察——』（1985年／木鐸社）
- 中島 徹：「国家の中立性」をめぐる同質の説明と異質な帰結——リベラリズム憲法学へのモノログ，in：『法律時報』2001年10月号73頁以下
- 成澤孝人：立憲的統治の系譜 第1～12回，in：『時の法令』No. 1643～1667（不定期連載）（2001-2年）
- 西原博史：国旗・国家から見えてきた良心の自由，in：『世界』2000年6月号134頁以下
- 長谷部恭男：a. 憲法学における自己言及，in：芦部信喜先生還暦記念論文集『憲法訴訟と人権の理論』（1985年／有斐閣）  
b. 『権力への懐疑——憲法学のメタ理論』（1991年／日本評論社）  
c. 『憲法学のフロンティア』（1999年／岩波書店）  
d. 『比較不能な価値の迷路——リベラル・デモクラシーの憲法理論——』（2000年／東京大学出版会）  
e. 民主主義国家は生きる意味を教えない，in：紙谷雅子編著『日本国憲法を読み直す』（2000年／日本経済新聞社）48頁以下  
f. 首相公選論 何が問題か，in：『世界』2001年7月号46頁以下  
g. 討議民主主義とその敵対者たち，in：『法学協会雑誌』118巻12号（2002年）85頁以下
- 樋口陽一：a. 自由をめぐる知的状況——憲法学の側から，in：『ジュリスト』No. 978（1991年）14頁以下  
b. 『近代憲法学にとっての論理と価値——戦後憲法学を考える』（1994年／日本評論社）  
c. <民主主義>から<立憲主義>へ？——憲法学にとっての「日本社会と民主主義」，in：『法の科学』26号（1997年）149頁以下  
d. 『憲法Ⅰ』（1998年／青林書院）  
e. 『憲法 近代知の復権へ』（2002年／東京大学出版会）
- 平野仁彦・亀本 洋・服部高宏：『法哲学』（2002年／有斐閣）
- 藤原帰一：形だけの民主主義を超えて 政治権力を作る自由はあるか，in：『朝日新聞』2001年3月13日付夕刊
- 古川 純：a. 住民投票の意義づけ 住民権のため直接民主主義を活用し

- たい, in: 『AERA Mook 憲法がわかる。』(2000年/朝日新聞社) 117頁以下
- b. いま, なぜ改憲論議か——憲法は「将来の国民」に対して「信託されたもの」——, in: 『軍縮問題資料』2000年12月号30頁以下
- c. 中国の「市民社会」研究について——“Public Sphere”/“Civil Society” in China?——, in: 憲法理論研究会編『憲法基礎理論の再検討<憲法理論叢書⑧>』(2000年/敬文堂) 145頁以下
- 松井茂記: なぜ立憲主義は正当化されるのか——阪口正二郎『立憲主義と民主主義』を読んで・上/下, in: 『法律時報』73巻6, 8号(2001年)
- 間宮陽介: 論壇時評 大衆感覚の罨, in: 『朝日新聞』2002年2月28日付夕刊
- 三島憲一: 終極の言語のメタファー化と戦闘的リベラリズム——ローティの二つの本をめぐる——, in: 『思想』No. 929(2001年) 52頁以下
- 三島淑臣: 『法思想史〔新版〕』(1993年/青林書院)
- 棟据快行: 『憲法学再論』(2001年/信山社)
- 毛利 透: 『民主制の規範理論 憲法パトリオティズムは可能か』(2002年/勁草書房)
- 本 秀紀: 「市民的公共圏」と憲法学・序説, in: 『法律時報』2001年1月号62頁以下
- 森 英樹: 「憲法と公共性」再論, in: 『法律時報』2000年1月号137頁以下
- 山元 一: a. 「憲法制定権力」と立憲主義——最近のフランスの場合——, in: 『法政理論』33巻2号(2000年) 1頁以下
- b. 現代フランスにおける立憲主義と民主主義, in: 全国憲法研究会編『憲法問題13—2002—』(三省堂) 127頁以下
- 横田耕一: 日本国憲法の『原点』と『現点』, in: 憲法理論研究会編『立憲主義とデモクラシー<憲法理論叢書⑨>』(2001年/敬文堂) 103頁以下
- 吉田克己: a. 民主主義・自己決定権・市民的公共性, in: 『法の科学』26号(1997年) 130頁以下
- b. 総論・現代「市民社会」論の課題, in: 『法の科学』28号(1999年) 8頁以下
- 渡辺 治: なぜ「新しい人権」「首相公選制」なのか?(上)(下), in: 『月刊憲法運動』2001年1, 2月号
- 渡辺 洋: a. ハンス・ケルゼンにおける「反立憲主義的傾向」(1)~(5・完)——ケルゼンにおける「立憲主義的傾向」の救済に向けた一試論——, in: 『早稲田大学大学院法研論集』68, 70, 72, 74, 77号(1994-7年)
- b. ドイツ憲法学における「たたかう民主制」の理論的位相(1)(2)——ベーター・ヘーバーレの民主制論から考える——, in: 『早稲田大学大学院法研論集』86, 90号(1998-9年)

民主主義のまもり方

- c. 憲法の戦闘性——内外の今日的状況にみる——, in:『神戸学院法学』30巻3号(2000年)719頁以下
- d. 法学を“正義”からも“事実”からも純化する(Kelsen『法と国家の一般理論』の書評), in:長谷部恭男編『Best Selection 憲法本41 改憲・護憲をいうまえに学んでおくべきこと』(2001年/平凡社)77頁以下