

規模の大小にかかわらず、意見や利害の異なる多数の人々が社会集団を作り、長い期間にわたって運営していく必要にせまられたとき、しばしば私たちは二通りの方法を活用してきた。

一つは、もともとの目的を見失わないために、また集団の分裂や解体を防ぐために共有しておくべきことながら書きとめ、他の決定に優先して守っていくというやり方。もう一つは、新しい取り決めが必要になるたびに合議にはかり、オープンな議論を経た決定には誰もが（個人的には反対であっても）従っていくというやり方である。——「国家」という政治社会の運営にあてはめるなら、いうまでもなく前者は立憲主義の方法、後者は民主主義の方法だ。これら二つの統治の技法は、互いによく合い、ときには深刻な破綻を引き起こしながらも、今日まで多くの政治社会の統合と運営のなかで大きな役割を果たしてきた。

しかし同時に、両者はそれぞれよく似た困難を抱えてもいる。

立憲主義の擁護者は、憲法の拘束そのものが独善的に硬直化する危険に脅かされてきた。司法機関は憲法に反する議会の決定を退け、その条文のあいまいさを補う役目を担っている。しかし、司法を担う人々は選挙で選ばれたわけではない。しっかりとした民主的基盤をもたない彼らの判断に、人々

はなぜ従わねばならないのか。その根拠がたえず疑われてきたのである。他方、民主主義の擁護者は、政治的な討議と決定そのものへの不安をいつも感じていた。多数派の専制と少数派の排除・抑圧、集団的な熱狂、公益とかけ離れた妥協や利害調整に陥ることなく、立法機関は公正で思慮のある決定を下せるのか。開かれた討議と中身のある合意形成とを両立させることはできるのか。その可能性と条件とがくりかえし問いただされてきたのである。

憲法解釈の理論は前者の困難に、民主主義の理論は後者の困難に応えようとする努力に多くを負っている。西欧近代の統治理論の中核は、これらの努力のたまものだ。両者はそれぞれ、政治社会の運営から独断と無分別を少しでも減らす方法、規律ある統治実践への指針を探り当てようとしてきたのである。

その意味で、本書の著者、キャス・サンステインが一九九〇年代はじめに司法ミニマリズムと熟議民主主義という旗印を掲げて登場したとき、彼もまた、立憲民主制の可能性と足場を見定めようとするこの企ての伝統に加わっていたといえる。

憲法解釈の手法について、彼は「広くて深い」裁定——たくさんの事例を射程に収める準則を定立し、大がかりな理論的裏づけに支えられた判断——を避け、コモン・ロー的な類推解釈を用いて一つひとつの具体的な紛争解決に専念していかうとするミニマリズムの姿勢こそが、これまでの裁判所のあるまいに合致するし、利点も多いのだと主張した。また民主主義については、政治の過程を経済的な取引になぞらえて理解する多元主義的な政治観を批判し、共和主義の理念に根ざした熟議民主主義の構想、政治参加者の相互批判と相互学習に力点をおく民主主義のとらえ方を強く擁護した。なか

でも司法ミニマリズムは、憲法理論のみならず法哲学、政治理論の分野でも広く注目を集めてきた。それが一九五〇年〜六〇年代の合衆国における積極的で強い司法のイメージ——原意主義やドゥオーキン流の憲法解釈理論にも色濃く影を落としている——を根本から疑うものであり、またこのような司法の謙抑性こそが民主的熟議の活性化をうながすのだという主張をともなっていたためである。

しかしサンステインの本領は、むしろそのあと、発揮される。彼はやがて、それまで擁護してきた自分の見解の弱点をすすんで認め、その価値を相対化する議論をみずから精力的に展開しはじめたのである。

曰く、ミニマリズムは憲法問題に取り組む裁判官が全面的に受け入れられるべき解釈手法ではない。重要な政治的局面で裁判官に態度表明を控えさせ、深刻な不正の存続を許してしまう場合があるからである。またそれは、司法機関に余計な負担や責任を負わせないという口実のもと、それを裁判所以外の部門——たとえば熟議の過程——におしつけてしまうかもしれない。たしかに司法ミニマリズムは、裁判所が機関として抱えているさまざまな制約——利用できる情報の限界や、制度上与えられている役割の特殊性——にも配慮した現実的な手法だ。だがこの手法の選択には、一定の代償がともなう。そして状況次第では、その代償は決して小さくはないのである。

また熟議という方法も、いつでも必ず望ましい政治的決定をもたらしてくれるわけではない。気心の知れた仲間内で、始まる前には誰一人考えていなかったような極論へと議論が傾いていった経験はないだろうか。内輪だけの閉鎖的な議論では、全体の流れを覆すような情報が提供されにくく、そこに水を差すような異論の表明も抑えこまれがちになる。参加者はついで、互いに受けのいい話ばかりを

披露してしまいやすいのだ。このとき熟議は、たんに参加者の思い込みを補強し、いっそう極端な方向へとエスカレートさせるだけの装置になりかねない。参加者の意見や価値観を多様な視野のもとで検討し更新しあうという、本来の美質とはまるきり逆のはたらきをもってしまうのである。

この「集団極化」をめぐる知見は、Republic.com（邦訳『インターネットは民主主義の敵か』）や Infotopia（未邦訳）といった近年の著作のなかで、インターネット上のコミュニケーションが示す病理現象の解明にも生かされている。そこでのサンステイーンの考察は、ブログの「炎上」や排外主義的・民族主義的な表現の先鋭化、デマの増幅など、この一〇年ほどの間に私たちがすっかり見慣れた現象を早々ととらえていた。こうした彼の洞察は、熟議全般に共通する限界と危険性をめぐる考察のなかで育まれてきたものなのだ。

とはいえ、彼は司法ミニマリズムと熟議民主主義の理念や理論を放棄したわけではない。彼はただ、これら特定の理論の擁護や推奨から、複数の理論の使い分けをうながす「第二階」の理論図式の提示へと、議論の水準を移そうとしていたのである。この観点からは、どんな価値理念や理論も、状況にあわせて取捨されるべき選択肢の一つとして相対化されるだろう。司法ミニマリズムや熟議民主主義にかぎらず、あらゆる統治の手法は、ある条件のもとでその長所を十全に発揮したとしても、別の条件のもとでは逆にその短所をあらわにするにちがいない。だとすれば、一概にさまざまな理論の優劣を論じることには意味がない。むしろ、さまざまな公的・私的な集合的意思決定の場面で人々にどんな選択肢が開かれているのか、何を基準にその場面にふさわしい選択肢を選びとるべきなのか、まずはその検討に取り組む必要があるのではないか。こうしてサンステイーンの関心は、より柔軟な選択

肢の検討、より広い眺望の提供へと、徐々に移っていったのである。

おそらくサンスティーンはこう考えている。——いついかなるときでも無条件に望ましい手段というものは存在しない。そして、憲法解釈の理論も民主主義の概念も、私たちが自分たちの社会のためのよりよい決定をするための道具にすぎないのであって、万能の手引きのように思い込むべきではないだろう。その道具の持ち味が生かされるかどうかは、使い手の能力や関心、その人をとりまく状況にも大きく左右される。道具の優劣を、道具だけを見比べて云々するだけでは不十分なのだ、と。

もちろんこのような見方に対しては、さらに問いを投げかけることができる。「社会のためのよりよい決定」とはどんな尺度で測られるべきなのか。これらの道具を用いて統治が最終的に実現すべき理念とは何なのか。管見のかぎり、どうやら彼はそのような問いに答えるつもりがないようだ。実際のところ、人は個々の具体的な選択や決定、そしてその決定のための戦略や制度を、そのつど自分にわかる範囲で改善していくほかない。統治がめざすべき究極的な目標は、そのような断片的な努力の積み重ねのなかから、おのずと浮かび上がってくるようなものではないのか。彼の語り口は、暗黙のうちこそうほめかしているようにもみえる。

このような理解にもとづいて、本書に収められた論考について述べておこう。これらの論文は、書かれた時期や発表媒体はさまざまながら、サンスティーンの憲法解釈論と民主主義理論の要点と変遷、そして集団のための意思決定の方法全般に関する基礎理論的考察をとらえることを意図して選ばれたものである。

第1章と第2章は、民主主義理論に対する（ある意味ではきわめて対照的な）彼のアプローチを示すものである。第1章「熟議のトラブル？ 集団が極端化する理由」（二〇〇〇年）は、熟議的民主主義の理論が見落としがちなその負の側面への注意をうながす。ダニエル・カーネマンやリチャード・セイラーらとの共同作業を通じて彼が摂取した行動経済学上の洞察——人間の合理性の限界、とくに集合的決定がある規則性をもつて、非合理的な結論を選んではしまう機制的理解——が、ここでは民主主義論のなかへと持ち込まれ、展開されている。

第2章の「共和主義の復活を越えて」（一九八八年）は、その一二年前に書かれた論文である。ここでのサンステイーンは、熟議民主主義に対する全面的な擁護論をくりひろげている。ただしこの論文の主題は、あくまでも共和主義思想の現代的再解釈とその合衆国憲法との深い関わりへの提示にあった。ここで「熟議」の概念は、二〇世紀の合衆国でもっとも影響力をもった多元主義的な政治観の盲点を浮き彫りにするために導入されているのである。個々の行為者の「選好」を無謬の所与として扱う理論は、経済理論であれ政治理論であれ、致命的な問題を抱え込むことになるだろう。それが当時、さまざま著作のなかで彼がくりかえした主張だった。

第3章と第4章は憲法解釈の理論を扱う。ただしここで取り上げたのは、おもに司法ミニマリズムの相対化を試みた論考であり、正面からの擁護論ではない。その詳細、とくに熟議民主主義との結びつきについては、彼の名著の一つ、*One Case at a Time*（未邦訳）の第二章を参照していただきたい。

第3章「司法ミニマリズムを越えて」（二〇〇八）は、後述する第九回神戸レクチャーでの講演の記録である。ここでサンステイーンは、原意主義やドゥオーキンのな解釈理論と対比させながら司法ミ

ニマリズムの特徴と長所を手際よくまとめ、さらにその欠点と限界についての考察にも踏み出している。司法ミニマリズムを擁護する者は、いつどのような場面でこれを脇におくべきなのかについての考察も怠ってはならない。あらゆる場面で裁判官がミニマリズム的な手法を押し通そうとすることは明らかに不都合があるということに、サンステイーンは十分自覚的なのである。

このような認識は、次の第4章「第二階の卓越主義」(二〇〇七)においていっそう明確な形をとった。冒頭の架空の町の挿話が示唆しているように、サンステイーンの関心はすでにさまざまな憲法解釈論の優劣の確定から、その持ち味を發揮させ、あるいはその弱点を露呈させる文脈の特定へと移っている。憲法解釈論は、状況に応じて最善の——つまり、憲法秩序を最適化する——解釈手法を見出すとする第二階の視点からの考察に、もっと大きな役割を与えるべきだろう。司法ミニマリズムとそれ以外の憲法解釈論との最大の違いは、前者がこの第二階の観点から選び取られている点に認められる。

最終章の「第二階の決定」だけは、哲学者故エドナ・ウルマン・マルガリートとの共著論文である。ここでサンステイーンとウルマン・マルガリートは、状況や課題にあわせて最善の意思決定戦略(制度)を使い分けるための(第二階の)観点、というアイディアの含意を、もっとも一般的な仕方で解き明かしている。第二階の意思決定者は、どのような場合に第一階の意思決定者に判断をゆだね、また逆にいつ綿密な準則を与えてその裁量の余地を抑制するべきなのだろうか。鍵となるのは、日常のさまざまな場面で個々の課題に取り組み第一階の意思決定主体の能力、そして決定に要する費用と判断の誤りがもたらす費用に対する見積もりである。

「なお付言するならば、第二階の観点からの第一階の意思決定環境の設計、というこの着想は、広く一般からも注目を集めたりバタリアン・パターナリズム論（「Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron.」 *The University of Chicago Law Review* vol. 70 (2003)）や、その応用編とでもいっていい Nudge（邦訳『実践行動経済学』）での議論のなかにも生かされている。第二階の意思決定者は、強制的な手段に訴えなくても、第一階の意思決定者の「自発的」な判断と行動をより望ましい方向に改善できる。そこで目指されるのは、人間の認識や判断が無意識のうちに定型的にくりかえす歪みや偏りを逆手にとりながら意思決定の物理的・規範的環境を設計し、操作することであり、それを通じて当人の選択肢の幅を狭めることなく人々の選択を一定の方向へと誘導することなのである。

最後に著者と本書の成り立ちについて、簡単に紹介しておこう。

キャス・ロバート・サンステイン (Cass Robert Sunstein) は、一九五四年マサチューセッツ州コンコード生まれ。二〇〇九年よりハーヴァード・ロー・スクールのフェリックス・フランクファーター法学教授、同年秋季より合衆国政府の行政管理予算局の情報・規制問題室 (Office of Information and Regulatory Affairs: OIRA) の責任者をつとめている。ハーヴァード・ロー・スクールを卒業後、現職に至るまでの間、マサチューセッツ最高裁判所 B・カプラン判事および合衆国最高裁判所 T・マーシャル判事の法務書記、司法省法律顧問室 (The Office of the Legal Counsel) の法律アドバイザー (attorney-advisor) を歴任し、ウクライナ、ポーランド、中国、南アフリカ、ロシアなどの憲法制定・法制度整備支援事業にも携わった。一九八一年から二〇〇八年までシカゴ大学ロー・スクールに在籍した。



もともとの専門は行政法、規制政策、行動経済学だが、その業績は憲法理論、政治理論、環境政策、生命政策など多岐にわたり、また膨大な数にのぼる(共著・編著を含めた著書だけでも三十数点、論文はおおよそ三百を下らないだろう)。主著には *The Partial Constitution* (1993) 'Free Markets and Social Justice' (1997: 有松晃・紙谷雅子・柳沢和夫訳『自由市場と社会正義』農山漁村文化協会、二〇〇二) 'Legal Reasoning and Political Conflict' (1996) 'One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court' (1999) 'Behavioral Law and Economics' (ed. 2000) 'Designing Democracy' (2001) 'Republic.com' (2001: 石川幸憲訳『インターネットは民主主義の敵か』毎日新聞社、二〇〇三) 'Risk and Reason: Safety, Law, and the Environment' (2002) 'Why Societies Need Dissent' (2003) 'Laws of fear: Beyond the Precautionary Principle' (2005) 'Radicals in Robes: Why Extreme Right-Wing Courts Are Wrong for America' (2005) 'Infotopia: How Many Minds Produce Knowledge' (2006) 'Worst-Case Scenarios' (2007: 田沢恭子訳『最悪のシナリオ』みすず書房、二〇一〇) 'Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness' (co-authored with Richard Thaler, 2008: 遠藤真美訳『実践行動経済学——健康、富、幸福への聡明な選択』日経BP社、二〇〇九年) 'Going to Extremes: How Like Minds Unite and Divide' (2009) 'A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before' (2011) がある。

本書は、サンスティーンのこの広大な仕事のひろがりのなかから、熟議民主主義と憲法解釈理論、さらにその基礎理論的考察に取り組んだ論考を選び収録した。翻訳企画のきっかけは、二〇〇八年六月のサンスティーン初来日の折にさかのぼる。この来日は、IVR (法哲学・社会哲学国際学会連合) 日

本支部・日本法哲学会主催の第九回神戸レクチャー（於・青山学院大学）および、科学研究費補助金（学術創世研究費）「ポスト構造改革における市場と社会の新たな秩序形成——自由と共同性の法システム——」主催による南山大学と京都大学でのセミナーのための招聘によるものだった。その際、神戸レクチャーの講演原稿、およびそれと関連の深い論文を選んで翻訳・出版してはどうかという話もちあがり、筆者がいくつかの候補を用意してサンスティーン本人に示し、選んでもらうところからスタートしたのである。

翻訳の作業は、各章担当者の作成した訳稿に編者が注文をつけて送り返す、というやりとりをくりかえす形で進められた。それぞれ別個に公表された論文だったことを考え、散漫な印象を少しでもやわらげるべく、最後に編者が語調・表現や用語をととのえた。また、各章の扉頁に、短い紹介文を添えた。読み進める際の一助になれば幸いである。

編者の無能と度重なる不手際から、最初にお約束した予定をはるかに超過してしまった。とくに勤草書房の二人の担当編集者、出版のお願いを快く引き受け、準備を整えてくださった徳田慎一郎さん、事実上休眠（仮死？）状態だった本企画を目覚めさせ、世に送り出すまで引っ張ってくださった鈴木クニエさんには、この場を借りて深く御礼申し上げたい。

二〇二二年六月

那須耕介