

憲法尊重擁護義務から要請される市民の監視について ——表現の自由に対する給付の議論に触れて

大 芝 理 穂

1. 問題意識

憲法尊重擁護義務は、天皇、摂政、国務大臣、国会議員、裁判官、その他公務員に宛てられた義務であり、この義務は国民のものではない。その含意を説明する方法は多くある。あえて書くほどのことでもなかったからであり、国民が憲法を遵守する義務を当然負うものであると考える学説もあれば、そうではなく、書かれていないことに特別の意味を見出す学説も存在する。後者は、ただ義務はないとする考え方も可能であるが、99条に書かれていないことをより積極的に捉えることで、義務という一定の制約をとまなう性格をしているのではなく自由を重んじることを強調するものである、と考えることもできる¹。自由を重んじるという点は、憲法の他の条文に、「この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によつて、これを保持しなければならない」(12条)、「この憲法が日本国民に保障する基本的人権は、人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果」(97条)、とあることもとも整合的と考えることができると思われる。また、99条が憲法の実質的に最後の条文であることから、最初の条文である1条との関係性に着目し、1条にある「主権の存する日本国民」、つまり

1 栗城壽夫「演習」法学教室No.102、1989年、77頁。

国民の権利を保障することを憲法は要請しているという説明にも刮目すべきである²。99条においては、公職者らの義務を規定しているのに対し、1条は、国民の権利を規定する条文であり、この点をより積極的に解し、憲法は、国民に対し、憲法尊重擁護義務を課していないと解すべきである。

しかし、公的機関に対する憲法尊重擁護義務が、何を以て果たされているとするのかについて、定説があるとは言い切れないと思われる。そもそも、憲法尊重擁護義務は、道徳的規範であり、法的に意味をもたないと考えられ、裁判規範性が否定されてきた。とりわけ国会議員や国務大臣に対しては、憲法尊重擁護義務の政治的責任を問うとしても、その責任とは何かという点で、学者と政治家の間に大きな齟齬があると言わざるを得ない。たとえば、学者から政治家に対して説明責任を負うべきとする批判があったとしても、政治家としては、以後職務を全うすることによって責任を果たすこととする、という説明にとどまるということが考えられる。憲法尊重擁護義務が公的機関によって果たされているのか否かは、結局、判断されてこなかったといえる。

佐藤功は、憲法尊重擁護義務の政治的責任説に重点をおいて議論を展開するが、政治的責任が果たされるならば法的義務は必要ない、というような解釈ではない。政治家の責任としての政治的責任を強調し、法的な責任は法的にとられて然りであると展開する³。では、法的責任、あるいは法的義務を、どのように課することができるだろうか。ひとつには、裁判規範性を認め、裁判において99条違反を問うという手段が考えられ、他方で、国民が公的機関の行動や言動について監視する役割を担うものと解する手段が考えられる。後者に関して、12条や97条の自由への「不断的努力」が、公的機関への監視を要請するものと捉えることができる⁴。この場合にお

2 石村修「憲法尊重擁護義務・再論」、専修法学論集第126号、48-49頁。

3 佐藤功『日本国憲法の課題』（学陽書房、1976年）、180頁以下。

4 蟻川恒正「『憲法の番人』に関する考察」法律時報88巻5号、15頁。

ける国民とは、憲法を理解した国民であるとされている。また、石村修も、15条の国民の公務員選定罷免権を根拠に、憲法尊重擁護義務違反を理由に罷免できると結論づけていることから⁵、権利として公的機関の監視を国民に委ねている点で、国民と公的機関の関係を同様に捉えていると解することができる。

99条は国民に憲法尊重擁護義務を課していないということを先述したが、憲法を理解した国民が公的機関を監視するとの解釈は、結局のところ、国民が憲法を理解することを強制するような意味合いをもつ。ここで考えられるのは、99条から見た国民の解釈を変更し、憲法尊重擁護義務を負うものとして国民を捉える理解をするか、それとも、国民は憲法尊重擁護義務を負わないものであるとの解釈を貫き、公的機関を監視する国民観を別に検討するか、であると思われ、後者を検討した。憲法を理解した国民という、啓蒙的な国民観を採用するのではなく、アメリカのポピュリズム憲法学を参考にした国民観であり、前者の裁判規範性ともかかわる考え方である。とりわけ日本においては、裁判所を通すことで、裁判官が市民の真の意思を顕在化する役割を持ち、それらが憲法適合的であるかを審査する方法が提唱されるものである⁶。この国民観を憲法尊重擁護義務と接合すると、憲法尊重擁護義務違反ではないかと持ち掛けられた問題に対して、裁判所が、市民の真の意思を汲み上げ、違反であるか否かを判断することができる。つまり、国民が憲法を理解しているかどうか、憲法を尊重擁護しているかどうかにかかわらず、その国民の意思が憲法に適合的であるか否かについては裁判所が判断するという点で、国民の権利性が強調されるものの、義務的に憲法を理解する必要がないと理解できる。このような理解が、99条との関係で整合的であると、私は考える。

国民の真の意思を汲み上げるために、どのような装置が必要なのかを考

5 石村修『憲法の保障』（尚学社、1987年）、第2章。

6 木下智史「市民の憲法解釈」公法研究66号、2004年、149-159頁。

える必要がある。「裁判官が国民の真の意思を汲み上げる」という点を描くならば、国政選挙が国民の意思を集約する役割を担うものと理解できる。選挙の場合、立候補する人々が、それぞれにマニフェストを掲げ、より賛同する候補者に票を投じること、賛同できない候補者を選択しないことなどによって、国民の意思を多数決的に集計することができる。しかし、マニフェストに掲げられたこと以外の国民の意思は、汲み上げられないままである。このような「通常の多数決が、各自の意見（選好）の中身は問わずに単純に合算（集計）して決める」集計型民主主義では、国民の真の意思を汲み取ることは難しいと考える⁷。

集計型民主主義の問題点としてあげられるのが、①「『公的な事柄』といっても、個別の『私的な』選好の総和に過ぎ」ず、政治目標が「私的な」要求の実現となってしまう点、②「十分な情報と熟慮を経ない」世論は、不十分な知識に基づいている場合が多く操作されやすいため、政治が不安定になってしまう点、③多様化などの「現代社会の構造変容」に対応するためには、共通点を作り出す熟議をする必要がある点である⁸。また、国政選挙で代表を選ぶことには限界があると、齋藤純一は述べる⁹。第一に、国政選挙は数年に一度のものであり、市民の意見を十分に代表するとみなすことができない点について指摘する。マニフェストを示すのが慣例化してはいるが、それは「包括的な政策パッケージ」にすぎないと主張する。これに伴って第二に、「個々の争点についての市民の意思や意見が選挙によって代表されると考えることはできない」点、第三に、「投票率の低下傾向と小選挙区制による過剰代表の効果（得票率に比して議席数の割合が多くなること）を考慮すれば、選挙によって議席を得る者は、社会に

7 田村哲樹、松元雅和、乙部延剛、山崎望『ここから始める政治理論』第7章「多数決で決めればよい？」（有斐閣ストゥディア、2017年）99頁。

8 同上、99-100頁。

9 齋藤純一『不平等を考える』（ちくま新書、2017年）200-202頁。

広く分散している意見を部分的にのみ代表しているにすぎない」という点を指摘する。その上で、「代表という概念をより柔軟に解釈し、代表の形態やルートを多元的なものとしてとらえ直す必要がある」との考えを述べる。その柔軟に解釈された「代表という概念」とは、現代だけではなく過去や将来の「観点」をも代表することを指すものと思われる¹⁰。

では、齋藤がどのような市民観をもっているかであるが、市民を、法の「作者」と「編者」とに区別する。前者は文字通り、法を作る人であり、政治的権力を持ち立法を行う者（政治家）も含められ、「民主的な意見－意思形成過程に」関与することが想定されている。「編者」としての市民の役割とは、「異議申し立てを積極的に行い、公共的利益に反すると見られる法や政策を特定し、その改廃を要求していくこと」である。しかし、法の「編者」としての市民が、個々の私的な苦情や陳情を表明するだけでは、「法や政策の正当性／正しさを問う異議申し立ては沈静化してしまう」し、「異議申し立てを行うための政治的交渉力の非対称性を考慮すれば、交渉力において有利な立場にある者の方が自らの既得権が損なわれることに対してより活発に反応するという事態も考えられる」と懸念する。何よりも、個々の私的な陳情をそのまま表明するにとどまると、「ある市民による異議申し立てを、他の市民が自らの利益には響かない「彼らだけ」の事柄とみなす余地も大きい」とする。例えば、沖縄には米軍基地があり、そのことに関連してさまざまな問題が存在するが、沖縄に住んでいない人々にとってその事実は、自分たちの事柄ではなく、沖縄の人々（彼ら）だけの事柄であると認識されてしまいがちである、ということが挙げられる。このようなことについて留意しながら要求すべきだということである。また、「編者」としての市民は、「作者」としての「市民の問題関心」を呼び覚ます」役割も持つことになる。つまり、「市民間の協働が不可

10 同上、202-203頁。

欠」ということであり、「そうした政治的協働にとって重要なのは、何らかの不正が見出される場合に、必ずしも直接の利害を共有しない他の市民の注目と対応をある程度期待できるということである」とする。「自らの利害には直接響かないと感じる市民も、不正として感知された問題に対応することが相互に期待できるということが、市民の間に政治的な協働関係を築く。すべての市民による平等な自由の享受という普遍的な価値を実現すべき制度は、たとえそれが直接にはごく一部の者のみ関わる事柄であるとしても、感知された不正に反応し、法や政策そのものの妥当性（正しさ）を問い直そうとする市民の協働によって支えられる。」¹¹ 市民が協働するために熟議するという考えであるように思われる。

以上より、集計型民主主義では市民の真の意思を汲み上げることに限界があると考え、熟議民主主義の立場に立って、市民の真の意思を顕在化させる方法を検討する。どのようにして熟議するか、熟議する上で考慮すべきことは何か、を見る。

2. 熟議民主主義とは何か？

（1）熟議民主主義とは

熟議民主主義とは、「話し合いを中心とする民主主義を指」し、「話し合いを通じて、各自が自らの意見を問い直」し、「その結果として、各自の意見が変容し、当初とは異なる意見をもっていた人々との間に合意（コンセンサス）が形成されることが期待される」ものである¹²。しかし、ただ話し合えばそれで良いということではない。

話し合いをするときに、ただ多い意見に同調することや、無理やり同調させようとする人など、「話し合い」が成立しているのか怪しい場面を想

11 齋藤、前掲・注）9、180-183頁。

12 田村他、前掲・注）7、98頁。

定することができる。また、男女が熟議をする場合に、女性が発言する回数の方が少なくなってしまうことが明らかになっている¹³。ワイドショーで女性が聞き役に徹し、男性の説明し意見を述べる場面が度々観察されるような、役割分担が働く要因として①マンスプレイング、②マンタラプション、③プロプロブリエーションの3点が挙げられる。①は、男性＝「man」と説明することを意味する「explaining」を組み合わせた造語であり、女性が男性に対して説明を求めているにもかかわらず、男性の側が説明するものだと思い込んでいるかのようにして、長く発言することを指す。②は、「man」と遮ることを意味する「interruption」を組み合わせた造語であり、女性が発言しているときに、遮るように（その目的で）男性が発言してしまう状態をいう。①、②は、2000年代のアメリカで流行した言葉であるという。③は、兄弟＝「brother」と盗用を意味する「appropriation」を組み合わせた造語であり、たとえ①②を突破して女性が発言したとしても、それがその女性の発言であると認められないことを示す。男性の発言として公表した方が重要視されるという社会的背景も影響していると解説される。

このように、単に熟議すればよい、というわけではなく、配慮しなければならない点が存在する。「話し合い」を形骸化させないために、「熟議とは『理由（reason）』の検討のプロセスであるということ」を強調しなければならない¹⁴。この点について齋藤は、「市民による意思形成が理由の検討によって媒介されるようにすれば、市民の多数意思を同時の合理的なもの／理にかなったものとして尊重することも可能になり、市民の意思が「理由の検討を通じて形成されるもの」としてとらえれば、少なくとも、現在の多数意思それ自体に正当性の根拠があるとする見方を相対化してい

13 以下は、前田健太郎『女性のいない民主主義』（岩波新書、2019年）23-29頁を参照している。

14 田村他、前掲・注）7、98頁。

くことができる」と、「理由」を重視する¹⁵。これは、熟議を重ねたとしても、間違ふことはあるため、その意思決定の過程で出てきた異論を再確認する必要があるからである。熟議民主主義は、異論をも認知し理由の検討のなかに取り込むところに特徴があるものだとする¹⁶。さらに、「理由の力」には、①「政治過程における『数の力』や『金の力』の作用を抑制すること」、②政治的な意思形成において、「自分たちの利益を排他的に優先する内部最適化を避ける」こと、③「社会の（再）統合」が望まれると主張する。つまり、権力的な動きや、ただ私的利益を政治で達成しようとするを抑え、市民同士が互いのことを考えながら政治的意思形成を行うことが、「理由」を重視する熟議民主主義に期待されることなのである¹⁷。

では、熟議民主主義を実施するためには、どのようなことを検討すべきなのか。齋藤も、熟議はただの理想に過ぎないのではないかと批判されることを承知しているが¹⁸、現実的に検討するときに、熟議をするということとは、具体的にはどのようなことを考慮するべきか。

（２）熟議の思考実験

ブルース・アッカマンとジェイムズ・Ｓ・フィシュキンは、『熟議の日』という「新しい全国的祝日」を構想した¹⁹。熟議の日は、アメリカ合衆国における憲法に関する事柄について市民に話し合いをさせる目的がある。その方法とは、「主要な国政選挙の２週間前に設定」し、有権者を近隣の集会場に呼び集め、大小それぞれの集団を形成し、「選挙運動によっ

15 齋藤、前掲・注）9、187-188頁。

16 同上、191頁。

17 同上、223-225頁。

18 同上、228-230頁。

19 ブルース・アッカマン＋ジェイムズ・Ｓ・フィシュキン著、川岸令和・谷澤正嗣・青山豊訳『熟議の日』（早稲田大学出版部、2014年）2頁。

て提起された主要な争点を討議する」というものである。「熟議参加者一人ひとりに対して、その日にシティズンシップの責務を果たしたことへの報酬として150ドルが支給される」だけでなく、「実社会の動きが完全に停滞してしまわないようにするために」、熟議の日を「2日間におよぶ催事とし、「国が当面する諸々の選択肢について熟議を行うべく、すべての市民は普段従事している仕事を1日だけ休む権利を有する」ものであるとしている。この熟議の日が成功すると、市民以外のあらゆる選挙に関連する行為主体が、「今まで以上に注意深くって情報にも明るくなった公衆に歩調を合わせていかざるをえなくな」り、「選挙が到来すると、有権者は自分たちが一体何を望んでいるのか、どの候補者が国民からの負託に応える可能性が比較的高いといえるのかを認識するよりよい機会を得て意思表示を行う」ことが期待されるのである。

構成は、タウン・ミーティングに類似するものであるとするが、「各地域の住民は自ら小集団で質問事項を提起するという任務を担い、各政党の代表者は各候補者のためにその質問事項に対し答弁しようとする」点で異なるという²⁰。熟議を実践したものの例としては、伝統的には陪審制度が挙げられてきた。「陪審制度には、エリート主義に対して普通の人の参加を重視するという側面、さらに集合的決定そのものだけでなく、それに先立つ話し合いが持つ重要性に光を当てるという側面もある」とされる²¹。また、日本では「市民討議会」という名称で知られる『『ミニ・パブリックス』と総称される一連の熟議の仕組』は、「市民社会の中に熟議のための特別な機会を設け、熟議を経た後の公衆の意見を知らうとする取り組み」であり²²、これについても熟議の日と類似する。この2つと熟議の日とを比べると、①「公衆全体を平等に熟議に携わせようとする点」、②「選挙あるいはレファレンダムという公式の決定の機会と直接の結び付け

20 同上、31-33頁。

21 谷澤正嗣「訳者解説」、同上、321頁。

22 同上。

られている点」、③『『予測される反応の法則』を通じて、政治家、メディア、官僚などの政治的アクターに与える影響が事細かに計算されている点」で、後者の特徴を見出すことができる。「熟議の日はそれ自体としては政治的決定を下す権限を持たないが、デモクラシーの体制全体の中で他の決定力を持つ制度に与える効果によって意義を発揮するよう設計されている」のである²³。

この思考実験からは、市民が熟議し政治に関与することは理想に過ぎないという批判に応答しようという意図が伝わってくる。しかし、熟議民主主義に対する重要な批判であると思われるのが、キャス・サンスティーンという集団分極化の懸念である²⁴。熟議の日は、集団分極化を解消できるというが、本当にそうなのだろうか。また、「熟議デモクラシー論に対する最も重要な批判」と言われるのが、「熟議に内在する、政治的支配の強化という危険」、すなわち、「熟議デモクラシーには、政府の政治的権力の行使に、より直接的、積極的に普通の市民を関与させるという側面があり、「それはたしかに『参加』ではあるが、同時に市民を『権力に取り込む』ことも意味する」という点である²⁵。これらの点にどのように対応することができるのだろうか。まず、集団分極化について、サンスティーンの議論を見る。

（3）集団分極化を解消するために

集団分極化現象とは、同じ意見を持った人々が集まって話し合うと、その意見がより極端になってしまうという現象をいう。極端化してしまった意見同士は、極端化してしまう前よりも、相手の意見を受け入れて議論す

23 同上、「訳者解説」、同上、321-322頁。

24 アッカマン+フィッシュキン、前掲・注）18、78-83頁。

25 谷澤、前掲・注）21、322-325頁。

ることが難しくなる²⁶。集団分極化を引き起こす条件として、①個人の行動に及ぶ社会的影響（とくに自分の評判や自己像）を守りたいという願望、②各集団における「議論の蓄積」の有限性と、その結果として集団構成員が向かうことになる方向を重要視することが挙げられる²⁷。市民は、誰かと対峙したときに、自分の存在が脅かされないように構えてしまうということ、情報をうまく処理することができず事実か否か関係なく信じてしまうということ、というようなとりわけ「弱い」存在であるから、集団分極化が起こると主張しているように思われる。インターネットが普及し、自分の関心のある事柄についての記事だけを読むように設定することが可能になった。すなわち、自分の主義主張に当てはまらない主張の記事を読まない選択も可能なのである。そうすると、情報が偏ってしまい、自分の主義主張以外のものは、存在しないと思いついてしまう。このようにして、自分とそうではない他者とを分ける動きはどんどん加速してしまう。サンスティーンは、このような現象を最も恐れているのだと、田村哲樹はいう。選択肢を多様に提示し、選択しないことも含めて選択させるように仕向けることによって、「人々ができるだけ多様な意見にふれる機会を確保する」²⁸ように促す必要があると訴えるのである。

そこでサンスティーンは、ナッジという行動経済学の議論を取り入れる²⁹。ナッジとは、「肘でこづく」という意味のある単語で、選択肢を与

26 Cass R. Sunstein, *GOING TO EXTREMES: HOW LIKE MINDS UNITE AND DIVIDE*, Oxford University Press, 2009, PP・3-10.

27 キャス・サンスティーン著、早瀬勝明訳「熟議のトラブル？——集団が極端化する理由」同著、那須耕介監修『熟議が壊れるとき』（勁草書房、2012）7-13頁。

28 田村哲樹「第5章 熟議をナッジする？」那須耕介・橋本努編著『ナッジ!?』（勁草書房、2020）128頁。

29 田村や大屋は、サンスティーンがナッジの議論を展開する要因に集団分極化を解消する目的があると分析している。田村、同上。大屋雄裕「第4章 民主政は可能か？」前掲・注）28、109頁。

えることによって正しい選択ができるように促す行動のことを指す。「正しい」選択肢を提示する部分はパターンナリズム的であるが、それを強制するのではなく選択するという行動に移させるという点で、自由の下に行動することを確保しているということである。すなわち、「リパタリアン・パターンナリズム」であるといわれる。人は、「こうすることが正しい」とわかっていても、別の行動を取ってしまう、限定的合理性を備えた存在であり、そのような選択を採用せず「正しい」方を選択するように、という願いが込められているように思う。強制はしない（義務化しない）が、選択肢を与え、そこから選ばせるということ、さらに、選択しない選択も確保することで、自由を尊重するのである³⁰。

高カロリーの食べ物が健康に良くないとわかっていても、それを選んでしまうということが、不合理な行動をとってしまう例として挙げられる。これに対して、カフェのメニューの陳列を、目につきやすいところに低カロリーの食べ物を陳列するように変更したところ、低カロリーメニューを選ぶ人が増えた、という実験例がある³¹。また、サンスティーンはGPS機能を搭載した地図アプリをナッジの最もわかりやすい例だと評価している。経路をいくつか提示し、そのうち自分の目的にとって最も適しているものを選ぶことができる。あるいは、経路を見つ、別の道を選択し、目的地に到着するように歩くこともできる。交通手段も提示されるし、提示されていないものがあるからといって、それを選んではいけなわけではない。ナッジは、「人々が好ましいと思う行き先に進むのが簡単になるよう、『操舵力』を高めることを目的としている」のである³²。

ナッジの設計次第で、人びとを操作するようなナッジを採用することに

30 リチャード・セイラー、キャス・サンスティーン著、遠藤真美訳『実践 行動経済学』（日経BP社、2009年）Kindle版No.78-387を参照。

31 同上。

32 キャス・サンスティーン著、田総恵子訳、『ナッジで、人を動かす。』（NTT出版、2020年）45頁。

なってしまうのではないか、という批判は当然に存在する。選択しない選択を含む選択の自由を確保しているというが、選択を操作することは、自由が確保された状態であるということを困難にするとと思われる。サンスティーンは、人の思考の種類が「直感的で自動的な思考と熟慮的で合理的な思考の二つに区別する」、心理学における「二重過程理論」のアプローチを採用する。前者は「自動システム」、後者は「熟慮システム」と呼ばれる³³。また、前者を利用するのが「非教育的＝幻惑ナッジ」、後者を利用するのが「教育的＝目覚ましナッジ」、ということができ、後者に関しては、選択を操作して人々の自律を侵害しているという批判は当てはまらないという見解もある³⁴。前者はどうだろうか。前者の例として挙げることができるのは、男性の小便器にハエのシールを貼っておくと、そこへ目がけて小便をするため、小便が便器の外にもれることを防ぐことができる、という例である。これは、人間の（あるいは男性の）潜在意識に語りかけて、結果的に小便を便器外に漏らしてしまうことを減らす効果を生じさせている、ということができ³⁵。すなわち、無意識のうちに行動が操作されている例、ということができよう。このような、無意識のうちに操作する幻惑ナッジは、「思わず行動してしまう」ことに関与するナッジであるから、人の自律した選択を脅かす場合がある³⁶。

さらに、インターネットが普及している現代において、ソーシャルメディア内で感情が操作されることもあったと、サンスティーンは指摘している。例として、フェイスブックの多くの人々の「感情に影響を与えよう（操作しよう）としたことがある」という。「いいストーリーと悪いストーリーを掲載して、これらの人々の気分はどう影響したかを確かめ」たとこ

33 セイラー、サンスティーン、前掲・注）30、Kindle版 No.433。

34 那須耕介「第2章 ナッジはどうして嫌われる？」那須・橋本、前掲・注）28、54頁。

35 セイラー、サンスティーン、前掲・注）30、Kindle版 No.136。

36 那須、前掲・注）34、55頁。

ろ、「感情は極めて伝染しやすいことがわかった」という。「悲しみは悲しみを生み、怒りは怒りを増幅し、喜びはさらなる喜びを生む（幸せな人と一緒に住んでいると、自分も幸せになる）。ストーリーを選択的に掲載したフェイスブックの試みも、その後の投稿に示される感情を見る限り、利用者の感情に影響を与えることになった。」この例について、「明らかにナッジを伴い、操作との境界線に迫るもの」であるとし、操作であると指摘されても仕方ないとまで評している³⁷。

気づかないうちに操作されてしまうと聞くと、懐疑的にならざるをえない。例えば、ナッジを使って人々の行動を操作し、結果として戦争になったとしても、それが幻惑ナッジであればなおさら、戦争が何らかの意図に操作された結果だということに誰も気づかないだろう。戦争が「悪い」ことであるという前提で話を進めているが、幻惑ナッジは「思わず行動してしまう」作用であるため、ナッジを仕掛けた本人の手を離れて作用し続けるから、仕掛けた本人でさえ反省しようにもできなくなってしまっている場合も考えられる。「悪い」結果について、何が原因だったかを反省することがほぼ無理になる、ということである。

しかし、懸念するとして批判される際には、「悪い」結果をもたらすナッジについて指摘される傾向にある。サンスティーンは、ナッジに対して「強い反対が起きるのは、背後にある理由が不正ではないかという恐れ」るからであり、「ナッジそのものに反対しているのではなく、特定のナッジを根拠に反対している」として、ナッジへの懐疑的な意見に反論する³⁸。特定の「悪い」ナッジに対して、人々は懸念を抱いてしまいがちであるが、誘導は、「嘘や欺きがなくても行われるわけで、その意味では別個の概念であり」、「人々の行動に影響を与えようとする行為であるという理由だけでは、その行為を操作的と見なすことはできないということは

37 サンスティーン、前掲・注）32、143頁。

38 同上、61頁。

明らか」だとしている³⁹。この点、リバタリアニズムの研究者である森村進も、ナッジが影響を与えること自体は自由を侵害するものではないとし、それらはパターンナリズムではなく「説得」であると位置付ける⁴⁰。また、政府がナッジを使うことを想定したときには、「政府はナッジの理由についても開示する義務を負う」し、「行動経済学的視点からの根拠を開示すべき」であると考えているようである⁴¹。「悪い」ナッジが「悪い」のは、ナッジのためではないし、ナッジの根拠を説明することで「悪い」部分を「悪い」まま存在させないようにすることができる、ということである。

また、サンスティーンは操作的なナッジに対して、福利としての観点に期待を寄せているように思われる。例えば、消費者金融商品では、「操作側が操作を通じてしか達成できなかったような契約条項を有利に用いること」が蔓延しており、そのような操作を禁じる消費者保護法を制定することで「長い間取り組んできて」いるとのことである。「金融市場の監視に当たって、消費者金融保護局は『金融・サービス商品のリスクについての消費者の理解度』に配慮しなくてはならないとされており」、「借りる前に知ろう」というスローガンの下、消費者が熟慮しやすいように対応しているという。具体的には、クレジットカードの契約書を短くわかりやすいものにし、消費者の熟慮を促すことで、「不正で欺くような」消費者金融商品への対抗策としている⁴²。不正を欺くというような「良い」ナッジが活躍することに期待している一方で、「悪い」ナッジには期待していない、ということであると思われる。

39 同上、120頁。

40 福原明雄「第7章『リバタリアン』とはどういう意味か？」那須・橋本、前掲・注）28、192頁。ここで福原は、森村進「サンスティーンとセイラーのリバタリアン・パターンナリズム」『リバタリアンはこう考える』（信山社、2013年）を参照している。

41 サンスティーン、前掲・注）32、111頁。

42 同上、168-169頁。

この点、坂井豊貴は、あくまでもそのナッジを良いものか悪いものか判断する時には、その人の選好が関わってくることを主張している。サンスティーンは、「個々のナッジには様々なものがあり、ナッジ全般について自由の観念を論じることは、そもそも生産的ではない」と考えているため、「ナッジ全般について論じることや、抽象的に自由を論じることには否定的である」という。また、サンスティーンは、『「梅毒や癌になる権利、食べ物に不足する権利」などをも要求する自由の主張は、尊重に値するとは考えていない様子で、「それはそのような辛い事態に陥ったことがない者がする主張である」からだとしている⁴³。つまり、サンスティーンのナッジの想定には、もともと「悪い」方向へと促すナッジは入っていない。たとえば梅毒や癌になりたいという人が現れたとしても、ナッジは、それを促すことはしないように設計される。あるいは、なりたいたく思わないようにナッジすることこそが正しい、ということになろう。これに対しては、何が正しいナッジなのか判断することができるのはサンスティーンしかいないことになるのではないかと、という批判がなされるところである⁴⁴。

ナッジは、選択の自由がある点で義務や禁止とは異なるものであるが、「義務化や禁止についても、新たな倫理基盤に照らして改めて正当化が可能ではないかと」いわれるようになったとサンスティーンはいう。「義務化によって明らかに社会の福利が増進される場合は、義務化を支持すべきではないか、ということである⁴⁵。このナッジの義務化に対しては、自由があることによって多様性を考慮し、「正しさ」を他者に押し付けることを減らす点、「ナッジを支持する人々は、公職者の知識にも限界があり」、間違っていることを知っている点などを挙げ、反論を述べる⁴⁶。

43 坂井豊貴「解説」、サンスティーン、前掲・注) 32、305頁。

44 大屋、前掲・注) 28、104-106頁。

45 サンスティーン、前掲・注) 32、275-278頁。

46 同上、278-281頁。

サンスティーンは、ナッジは社会の中にあふれているため、避けることはできないことを強調する。例示してきた通り、ナッジの例は多種多様であり、さまざまな場所や状況で出現する。これらを避けることは、困難のように思われるし、ナッジが役立つこともあるのは、例示してきた通りである。ただし、ナッジを避ける選択はできることも強調するものである⁴⁷。ナッジは、「倫理的に許されるだけではなく」、「積極的に用いられていいものだ」⁴⁸。サンスティーンは、このように断言する。

（４）熟議とナッジの組み合わせ⁴⁹

これまで、熟議民主主義を実践するにあたって懸念される集団分極化現象への対抗策として、ナッジについて概観してきたが、ナッジは「思わず特定の行動をとってしまう」ことが期待されるのに対して、熟議は立ち止まってよく考えることが求められる。すなわち、水と油な関係なのではないか、といわれる。

田村は、ナッジと熟議を「組み合わせ」ることによって、熟議の魅力のなさを低減することが期待できるのではないかとする。田村は、「自分の意見を他者にとって受け容れ可能と思われるかたちで提示すること（正当化）、および、他者の意見を妥当と考えた場合には自分の見解を見直すこと（反省性）によって成り立つ」熟議が、理想の熟議であるとしている。しかし、このプロセスは、非常に面倒であり、魅力的ではない、と田村は主張する。主張の理由や話し合いの過程を重視し、同一化や排除をもたらさぬよう配慮することを念頭におくと、話し合いが長引くし、目に見える成果が現れない場合もある。そうすると、「これだけ考えて熟議したのに

47 同上、292-293頁。

48 同上、295-296頁。

49 以下では、特に指摘しない限り、田村、前掲・注）28、125-150頁を参照している。

結論が出ない」と、やるせない思いをする人も多いはずだ。そのため熟議は倦厭されてしまう、つまり魅力がない、ということである。「よく考えて話し合う」ことに我慢できない人々＝「よく考えて話し合う」ことができない人々は、熟議に参加する資格がないように思えてしまい、熟議に参加しようとしなくなってしまう。熟議という言葉の持つ敷居の高い印象を、ナッジが取り払うことができるのではないか、というのが田村の主張である。「ナッジは人間の『自動システム』に作用するが、熟議は『反省システム』に関わる」ため、相反する考え方のようにも思われるが、組み合わせることが可能であるという。すなわち、「思わず熟議に参加してしまう」仕組みをナッジに任せ、熟議の内容には介入しない、という組み合わせ方である。

田村が熟議のナッジの例としてあげるのは、公共フォーラム（パブリック・フォーラム）、くじ引き、レトリック、ファシリテーション／ファシリテーター、ベーシック・インカムである。なかでも公共フォーラムは、サンスティーンも思いがけない発見のためのアーキテクチャだとしつつも、ナッジであるとは言っていないようであるが、ナッジの例としてとらえることができるのでは、というのが田村の主張である。田村が最も理想とする熟議を促すためのナッジに近いのは、ファシリテーション／ファシリテーターである。ファシリテーション／ファシリテーターとは、熟議を促進するための仕掛けのこと／ミニ・パブリックスにおける熟議の場に立ち会う人のことである。できるだけ参加者が平等な立場で発言できるように気を付け、議論をまとめる役割を担う。また、話しやすい環境を作ることにもこれにあたる。こういった存在についても、ナッジととらえることができるのではないか、とのことである。熟議を促す役割や環境を整えることが重要であるが、内容には介入しないことを徹底して熟議のためのナッジを設計する。

田村は、熟議のためのナッジ設計に際してもまた、熟議を要請し、その
(龍法 '21) 53-4, 222 (1294)

設計段階における熟議をモニタリングする機会が与えられなければならない、と主張する。熟議に魅力を感じない人びとをナッジして熟議に参加してもらう試みであったにもかかわらず、ナッジされる側の人びとに対して、設計段階のモニタリングの必要性を示唆する。モニタリングへと惹きつける魅力は、どこに見出すのだろうか。はたまた、これは「魅力」に頼るべきではないのだろうか。法、とりわけ憲法は、上記のようなことで熟議民主主義を促すことを正当化できるのであろうか。

3. 表現の自由に対する「給付」

(1) 表現の自由

表現の自由は、他の人権と比較してより手厚く保障されるべき人権であると言われる。それは、「個人が言論活動を通じて自己の人格を発展させるという、個人的な価値（自己実現の価値）」と、「言論活動によって国民が政治的意思決定に関与するという、民主政に資する社会的な価値（自己統治の価値）」という2つの価値があるからである⁵⁰。つまり、表現の自由は、人権論として語る場合と、統治論として語る場合とが存在するということであると思われる。自由な表現活動をすることによって意見が交わされることへの保障であり、何が「正しい」ことかを追究し、よりよい社会を実現しようとするのが望まれる。「表現の自由は、方法においても内容においても、保障の範囲が広く理解されるようになっていて、心の中を外に表すことに関連するおよそすべての、コミュニケーションの全過程にかかわる自由であると理解されるに至っている」⁵¹。そのため、規制は必要最小限でなければならない。「表現の内容に注目した規制である内

50 芦部信喜、高橋和之補訂『憲法 第七版』（岩波書店、2019年）180頁。

51 青井未帆、山本龍彦『憲法Ⅰ 人権』（有斐閣ストゥディア、2016年）70-72頁。

容規制」と、「表現の手段・方法等を規制する」内容中立規制との二分論は、「一般に受け入れられている」ところである。内容自体が規制されることに対する審査は厳格に、表現の時、場所、態様などが規制されることに対する審査は、内容自体に比べて緩やかに行う、と説明されるものである⁵²。

（２）パブリック・フォーラム理論

内容自体への規制よりも緩やかに審査されるといっても、表現する場所や機会がなければ、表現活動を遂行することは困難になる。表現する「場」についての議論として知られるのが、パブリック・フォーラム理論である。

日本においては、伊藤正己裁判官が判例で展開したものが有名であると思われる。すなわち、道路、公園、広場など、「一般公衆が自由に出入りできる場所は、それぞれその本来の利用目的を備えているが、それは同時に、表現のための場として役立つことが少なくない」ので、「これを『パブリック・フォーラム』と呼ぶことができ」、「このパブリック・フォーラムが表現の場所として用いられるときには、所有権や、本来の利用目的のための管理権に基づく制約を受けざるをえないとしても、その機能にかんがみ、表現の自由の保障を可能な限り配慮する必要があると考えられる」というものである。「私的な所有権、管理権に服する」場所であっても、「パブリック・フォーラムたる性質を帶有する」場合には、「それぞれの具体的状況に応じて、表現の自由と所有権、管理権とをどのように調整するかを判断すべき」であり、「表現の自由の保障を無視することができない」とするものである⁵³。

パブリック・フォーラム理論は、もともとアメリカ合衆国の議論であり、

52 同上、76-77頁。

53 最三小判1984年12月18日刑集38巻12号3026頁。

伊藤裁判官の説明とは異なる。パブリック・フォーラムとは、①伝統的パブリック・フォーラム、②指定パブリック・フォーラム、③非パブリック・フォーラムと通常分類され、①は、「道路、広場、公園など、長い伝統のなかで集会や論争に捧げられてきた場所」を指す。②は、「設置するかどうかは裁量の問題であるが」、「表現のためにとくに設置された公会堂などが該当」する。①②における「表現規制は厳格な審査の対象とされなければならない」。③は、「表現のための『場』ではないため、表現のために使用させるかどうかは裁量の問題」となる⁵⁴。この概念の核心は、「話し手に、表現のため公共の場所を利用する何らかの権利を保障する」こと、換言すると、憲法上の表現の自由の積極的な意味の表れであるということにあった⁵⁵。しかし、「判例の展開の過程で、パブリック・フォーラムに該当する場所が政府所有地に限定されるようになり、またパブリック・フォーラムにあたらなことをもって、表現活動の規制が正当化されるなど、当初の目的とは逆の結果がもたらされたと指摘されている」⁵⁶。

さらに、アメリカ型のパブリック・フォーラム論にはかねてから指摘されている問題点がある。政府所有の財産に関しては適用できるが、私有財産は射程外である点、パブリック・フォーラムのカテゴリの硬直化によって政府所有の財産における表現活動の制限を正当化する議論に転化する危険性、特に、政府所有財産が「指定パブリック・フォーラム」か否かを判断する際に、政府が当該財産を表現活動のために設置する意図を有していたかを基準とするならば、「非パブリック・フォーラム」とされてしまう可能性や、また、公共空間の縮減を問題視する立場からはアメリカ型のパブリック・フォーラム論において「伝統的パブリック・フォーラム」であれ「指定パブリック・フォーラム」であれ表現内容に中立的な表現の時・

54 青井、山本、前掲・注）51、95頁。

55 紙谷雅子「パブリック・フォーラム」（公法研究50号、1988年）103頁。

56 青井、山本、前掲・注）51、95頁。

場所・方法に関する規制は許されるとされている点は看過できないという点である⁵⁷。

（３）表現の機会の給付と政府言論

パブリック・フォーラム理論には、問題点が多く指摘されると確認したが、「公共空間が縮減されていく事実」⁵⁸に対抗するべく、表現の自由の給付の側面から注目される。

表現の自由の給付とは何か。そもそも、「規制と給付の二分論とは、公権力の作用の代表的な基本的な型を『規制（不利益を課すこと）』と『給付（利益を与えること）』とに分け」ることを指す⁵⁹。その上で、「言論に対する政府の規制が、憲法21条による統制を受けるのは当然であるが、言論に対する政府の給付の撤回は、不利益を課すことではなく、利益を与えないことにすぎないから、政府には広い裁量が認められ、原則として憲法21条の問題を構成しない」という考え方のことをいう⁶⁰。しかし、「現代福祉国家とも呼ばれる今日の国家は、社会経済政策の分野においてのみならず、私人の言論を奨励する政策分野においても、給付国家としての性格を強めつつあるなかで、「政府による給付の撤回に対して凡そ憲法21条の統制を及ぼすことができないとしたら、表現の自由の保障は画餅に記すと評せざるをえない」。よって、「給付の文脈においても、言論にかかわる政府の行動に対して、何らかの意味で憲法21条の統制を及ぼすべきであるとする考え方が共有されるようになった」のである⁶¹。私人の言論を奨励

57 平地秀哉「『公共空間』と憲法理論」法学セミナー742号（2016年）38-39頁。

58 同上、平地は、パブリック・フォーラム理論で対抗可能であるとの見解を示しつつ、公的表現助成に関しては、慎重な検討が必要との考えを述べる。

59 中林暁生「パブリック・フォーラム」曾我部真裕、赤坂幸一、新井誠、尾形健編『憲法論点教室 第2版』（日本評論社、2020年）138-140頁。

60 蟻川恒正「プロト・ディシプリンとしての読むこと 法令を読む（１）」法学セミナー665号（2010年）68頁。

61 同上。

する政策を行うためには、財源を確保する必要があり、当然有限であるため、どの表現に対して給付を行うかは、政府によって選択されることが想定される。その場合、表現の自由の議論から、表現内容（観点（view point））によって選択されることに対しては、厳格に審査することを要する、ということになろう⁶²。アメリカ合衆国最高裁は、「私的言論主体の見解の多様性を推奨するために政府が助成を行う場合には、『観点』にもとづく助成決定を行うことは許されないとしたが、その際に念頭に置かれていたのが、パブリック・フォーラム論であった」ことに鑑みると、「一定の政府の財産（パブリック・フォーラム）について、所有者としての政府を統制することが企図されていたパブリック・フォーラム論を、公権力による給付作用（『場所』の提供）に係る議論として捉えなおすことにより、その考え方を“表現活動への助成”の問題にも及ぼしていくことが可能になるといえる」⁶³。すなわち、表現の自由の給付は、内容によって規制されることは許容されない、と理解するべきである。

政府によって助成される言論とは、ある私人が言論をするにあたって給付を求める場合と、政府が言論を行うように勧めて私人が言論を行う場合と、区別がつかないのではないかという指摘がある。後者の場合について、アメリカでは「政府言論（government speech）」と呼ばれる。政府言論の法理とは、政府言論であると認定されると、「観点に基づく規制の禁止（viewpoint-based restrictions）に抵触することなく、みずからの政策という特定観点に立った主張をしたり、その観点に立った助成をしたりできるとされる」。つまり、表現の自由の観点から私人の言論を助成するとき、内容に基づく規制を政府が行なった場合、厳格に審査しなくてはならないという法理が、政府言論の法理の場合、内容に基づく規制が容認されてしまうことになり、表現の自由の給付という側面が形骸化してしまう。

62 同上、69頁。

63 中林、前掲・注）59。

それだけでなく、「政府が巨大な力で表現の自由市場を根本的に歪める危険性が含まれている」のである。「政府の言論であるとは国民に知らされずに政府言論が言論空間を席卷するとなれば、国民の思想の操作にもつながりかねない」と懸念される⁶⁴。

政府は、「近年では『発言主体としての政府』という観点からの議論も注目され」る。政府が言論を行うことは、民主主義体制においては当然のことである。「自己の政策の正しさを説明」し、「市民から統治の正統性への同意を調達する」ことによって、「政策の妥当性を説明」することができるからである⁶⁵。しかし、政府が政策の妥当性を説明するのは、表現の自由が根拠となっているのではなく、自由のゆえではない。むしろ、99条の政治的責任から主張される、説明責任のゆえにあるということを、本稿では冒頭より主張してきた。つまり、自由ではなく義務や責任が根拠となって政府は言論を行うものである。

アメリカ合衆国でこれらの問題が浮上する条文は、修正1条である。修正1条は、信教・言論・出版・集会の自由、請願権に関する規定である。横大道聡による表現の機会の助成と政府言論との関係についての検討によると、パブリック・フォーラム法理を一元的に理解することによって観点差別の曖昧さを回避することができるという⁶⁶。論点は、合衆国最高裁の基準では、「私人の表現の自由の促進のための助成」と位置付けられるか、「政府言論」と位置付けられるかによって、「観点差別が容認されるか否かが決まることになる点」（後者であると位置付けられると観点差別が容認される点）にある⁶⁷。「必要となるのは、政府の助成目的に応じて適用されるアプローチを差配するという方法ではなく、①助成対象や仕方、その

64 青井、山本、前掲・注）47、97頁。

65 同上。

66 横大道聡『現代国家における表現の自由』（弘文堂、2015年）。

67 同上、160頁。

内容などを踏まえつつ、より客観的に適用することが可能なアプローチ方法を考えていくこと、そして、②観点差別が容認される「政府言論」の該当する局面を明確にしていくという双方向からのアプローチであると考えられる」⁶⁸。①に対して注目すべきとしているのは、合衆国の判例で示された「従来理解されていたパブリック・フォーラム法理とは異なる、一元的理解によるパブリック・フォーラム法理」である。つまり、「表現活動の手段や助成プログラムへの『アクセス』が問題となった」場合でも、パブリック・フォーラム法理が連邦最高裁で適用・類推適用される際に、「『表現がなされる場の本質』と矛盾するような仕方での政府介入を排除しようとするアプローチ」のことである⁶⁹。さらに、デヴィッド・コールやロバート・ポストの議論を参照し、「あるべき公共討論像を打ち立てるのではなく」「あるべきではない公共討論への介入を排除」するアプローチと接合して、「助成を受ける対象が本来果たすべきと期待されている役割が阻害される」ような方法での「助成を『公共討論への違憲な介入』と位置づける」ことで、「曖昧さを回避できる」と述べる⁷⁰。ここで横大道は、「『何があるべき公共討論か』ではなく、『何が公共討論を損なわせる介入なのか』という観点から考察していく必要性を強調し」ている⁷¹。

また、公的表現助成の問題を考察する学説から、「助成を受ける制度を『文化制度 (cultural institution)』とし」、文化制度の自律を保障しようという見解もある⁷²。詳細の説明は避けるが、「文化制度」が果たすべき役割・意義を、「『公共討論に対して有する』役割・意義であると捉えるので

68 同上、162-163頁。②に関しては、判例においてさまざまテストが用いられた上で、何が政府言論であるかははっきりしないということが明らかにされている。同、364-365頁。

69 同上、188頁。

70 同上、174-187頁。

71 同上、188-189頁。

72 同上、190頁以下。

あれば、公共討論に着目する議論と、文化制度に着目する議論とを接合的に理解することが」できるという。そうすると、「何が公共討論の役割・意義を没却させる仕方での介入なのか」という問題を、「専門職の自律」論からアプローチする方策が見えてくる。日本においては、『『専門職による自律的判断』への懷疑は、十分に理由のあるものである』が、それでもなお、『『公共討論に仕える限りにおいて』という留保つきで、文化制度の自律を保障』するという「表現の自由の客観的価値との照合によって設定」することで、「一方では政府に対する統制として、他方では専門職に対する統制としての役割に期待することが可能となる」というのである⁷³。

要するに、政府による表現の自由の観点差別が容認されてしまう危険性に対して、「何が公共討論を損なわせる介入なのか」という点から専門職が自律的に判断するが、そのときに、表現の自由が専門職、さらには政府に対する統制の役割を担う、ということであると思われる。このようにして、表現の自由の給付が政府から行われる場合に、観点差別を回避することが可能である。

4. 検討

上述の議論は、日本でも援用することは可能であると、横大道は評価しているが、ただ援用するだけでは不十分ではないだろうか。とりわけ日本においては、公共討論、すなわち熟議民主主義的な集まりへの参加は、田村の指摘にあったように、「魅力のないもの」である。その魅力のなさを軽減するために、ナッジ的なアプローチを行う場合には、そのナッジについて熟議する過程をモニタリングする必要性を、田村は指摘していた。しかし、多くの市民にとって熟議とは、「魅力のないもの」であると指摘す

73 同上、362-363頁。

るのと同様に、ナッジについて熟議するところをモニタリングする「魅力」もまた無いということが考えられる。モニタリングに参加したくなる「魅力」、あるいはそれに代わるものが必要であると考ええる。そのモニタリングが、表現の自由を根拠に助成されるべきではないか。一方では、市民の側が、モニタリングする権利を主張するための根拠になろう。他方では、政府や専門職の側からより積極的に、市民の意思だけでなく自由や権利に配慮した熟議ができているのか否か、市民のための熟議体設計ができているのか否か、市民に対して、モニタリングを促すという意味合いで助成する政府の義務の根拠になることが考えられる。

「助成」というところが肝腎であって、すなわち市民は、政府や専門職をモニタリングする義務を負っているわけではない。モニタリングしてもらうように助成しなくてはならないが、市民は、その助成を受けたとしても、モニタリングする必要がないと思うのであれば、しないという選択を取ることも保障されるべきである。『熟議の日』での構想も、参加しない選択ができるものであった。さらに、熟議に対する最も重要な批判点として挙げられていた、市民が「権力に取り込」まれる懸念にも応答できるように思われる。市民が権力に取り込まれるのではなく、市民は権力を監視することを強く意識し、権力の側は市民が監視できるように助成するという、市民と政府とが互いの姿を確認しあえる関係性でもって、熟議が行われるという考え方を持つべきである。

5. おわりに

憲法尊重擁護義務を課せられた公務員たる国会議員は、国民の監視（モニタリング）を常に意識し、その監視とは、一つには、国民の意思であると言いうことができるであろう。本稿では、国民が公権力を監視する場面における国民の意思の顕在化方法を検討したが、国民の意思は、国会が国民

の支持を得ているか否かを確認する場面や、国政選挙の場面などで引き合いに出される。どのような場面においても、国民の意思とはこうである、ということが言いたい場合、集計型民主主義に頼るのではなく、熟議民主主義的に政治的市民の意思を組み上げなければならない。そのために、人々が公権力をモニタリングしやすくなる熟議の機会を市民に給付することを、憲法21条と99条を根拠に、国会議員の義務として位置づけることができるのではないだろうか。給付は、市民の多くは「弱い個人」であり⁷⁴、自己決定する主体としての能力を十分に備えていないということを考慮する必要がある。

サンスティーンの集団分極化を示す実験に類似する実験は、日本でも行われた。テレビ番組の企画で集められた初対面の職業も性もバラバラな6名が、憲法学者・水島朝穂と小林節の議論を聞き、改憲をどう考えるか、一つの結論を出すという、2日間にわたる「国民的憲法合宿」が行われた。水島と小林の意見は対向関係にあるが、一点だけ一致したという。その点とは、「『憲法とは権力者を拘束し、制限する規範である』という立憲主義の常識」であり、「この点を曖昧にした改憲派の議論」や「家族のあり方などを憲法に書き込み、国家が市民に説教するかのような主張」に対する批判は、両者とも同意するところであったという。この両者の議論を受けて、参加者6名が改憲への考えを議論する。すると、当初は、改憲派・護憲派が半数ずつに分かれていたにもかかわらず、「今年中に国会議員によって提出されるであろう憲法改正案に対して、国民として態度を留保する」、「この態度を国民の側から表明することによって、より質の高い草案を提出させるきっかけにすると同時に、憲法とは政治家が国民に押しつけるものではなく、国民が大切な政治を委託する、政治家の行動を監視する手段であることが非常に大事であるので、国民一人ひとりが自分たちの考

74 例えば、稲葉実香『『個人』概念の動揺?』片桐直人、岡田順太、松尾陽編『憲法のこれから』（日本評論社、2017年）8頁以下。

えや意見を持つことに期待したい」という結論に達したのである。1日目の中間評決では、「『憲法改正を容易にするための改正手続（第96条）の改正には、全員一致で反対』という結論を出した」。

この結果について水島は、このように述べる。「専門家の情報提供と議論、そして自らの長時間にわたる討論を通じて、」このような結論を導いたが、「世論調査では、憲法を変えることに賛成か、反対かという一般的な問いかけがなされる」だけである。この一般的な問いかけに対して、説明するのはどちらを選んだとしても労力が必要になるが、実際には、変えようとする側が「何を」「どのように」という具体的な説明を要することもわかる。「この合宿の体験は、明確な論点の提示と十分な情報提供が行われ、かつ（ここが重要！）十分な議論の時間が確保されれば、市民はきちんとした判断能力を発揮しうること示唆する」と。徹底した議論が期待できず、「ムード的な改憲論議が展開されることも予想される」からこそ、「心の準備」の必要性も強調する⁷⁵。

サンスティーンの懸念からすれば、「憲法改正を容易にするための改正手続」の改正に反対するということに集団分極化したことになろうが、これは、憲法の専門家2名が意見を同じく説明したのを聞いたからであって、当然の結果とも見える。あるいは、どちらの論者も「憲法改正を容易にするための改正手続」に賛成で、憲法上何ら問題ないとの見解を説明していたとすれば、参加者の意見はそのように集団分極化したかもしれないが、専門職の見地からすれば、どちらが客観的に正当であると評価されるのかは、一日瞭然となることであろう。また、水島の主張は、「思いがけない」ナッジに操作されないよう「心の準備」をする必要があるとの読み換えが可能であるように思われる。

齋藤は、一般の市民には熟議の能力がないと批判されることに対して、

75 水島朝穂『改憲論を診る』（法律文化社、2005年）1-4頁。

「市民にとって欠けているものがあるとすれば、それは、熟議の能力というよりもむしろその機会である」とする⁷⁶。「編者」としての市民は、「作者」としての「市民の問題関心を呼び覚ます」役割を持つ、ということと照らし合わせるならば、「編者」と「作者」が協働できる機会を与えるべきではないだろうか。憲法尊重擁護を課された公職者たちは、国民主権を実現するための「心の準備」を、市民に給付する義務を負うと考えるべきである。

76 齋藤、前掲・注）9、213頁。

（龍法 '21）53-4、234（1306）