



グローバルな法仲間共同体における政治的選択肢

— 覇権支配、立憲主義、民主制

ハウケ・ブルンクホルスト 著

マンフレッド・フーブリヒト 訳

I. 西洋における具体的秩序思想

21世紀初頭の世界状況は、相反する傾向および一連の選択肢の並存によって特徴づけられている。この状況は、冷戦時やソ連帝国の崩壊直後の時代よりはるかに不透明である。グローバルな民主化、人権を尊重する国際法秩序、国境なき経済成長へと早く発展する新しい世界秩序を夢見たのは、当時のアメリカの大統領だけではなかった。この夢はもはや薄れ、そして世界状況と同様に展望もまた相克に満ちている。一方では（中国、シンガポール、ロシアのような）新種の権威主義的体制が強化され、また他方では、同時に新自由主義的認識および自由を抑圧する過剰な安全保障政策に盲目に従う民主的に安定している経済協力開発機構の諸国の傾向とともに、全世界の国家の民主制への転換の見込みは遠ざかった。新しい国際法秩序は、拡大する内戦地域（国家になり損なった地域、failed states）、原理主義的テロや対テロ攻撃によって弱体化し、覇権的道具化に委ねられるようになっている。中国以外の地域の経済成長は、ある程度停滞しているし、デビッド・ヘルドが一番新しい著作で印象深くかつ極めて現実的に紹介した新自由主義的ワシントン合意（Washington-Consensus）に対する社会民主主義的・ケインズの選択肢は、貫徹可能な政治的意志形成からほど遠いのである。⁽¹⁾

現在、歴史上初めて、法から自由な空間がもはや存在しないにも係わらず、国家権力、グローバルな権力、あるいは経済的権力の支配関係は、国

際法においても反映されている。誰でももはや無視できない世界法というものが存在するが、このグローバルな法体系の内部には構造的な例外もある。

1. 個人、国家、国際的機関等の中の全ての国際的関係は、グローバルな法の枠内での関係である。ハンス・ケルセンが既に1920年に要求したように、法律上の主権は、国際共同体全体が有する⁽²⁾。この共同体は勿論、国家のように、簡単に特定できる所在地をもっているわけではなく、数多くの、しかも頻繁に変わる所在地をもつ。現在、国際的事柄についてある個人、国家、組織と係わるものは、同時に国際的共同体およびその法と係わっていることになる。歴史上初めて、グローバルな政治の行為者⁽³⁾、つまり個人、国家および機関が国際法上の主体にもなったのであり、この資格は最近まで数少ない、しかも専らヨーロッパの国家のみに与えられていた⁽⁴⁾。日本のように完全な発展を遂げた国民国家ですら、第一世界大戦の終わりまで、国際法上の同等の承認を受けていなかった。17世紀のウェストファリア講和条約および19世紀初期のウィーン会議の協定によって、ヨーロッパの一部（後にアメリカ）に限定された国家中心的な国際法秩序が成立した。20世紀になって初めて、世界大戦や民族迫害の結果として、国際法が革命的に変化したし、この過程において国家間の戦争が違法行為として見なされ、公法、国民国家の法、国際法が文字通り全ての領域の最後の平方メートルの完全な国家化によってグローバル化されただけでなく、この世紀のより幸福な第二後半において、国家市民およびまだ存在する少数の無国籍者が、国家とは無関係に妥当する主観的権利を有する地球市民として認められ、最終的には国際法の主体の資格が（NGOを含む）すべての国際的組織・機関まで拡大されるようになった。この発展は、国家ではなく、地球社会の組織・機関およびそのサブシステムであるグローバルなかつ広域的な法仲間共同体を定義するために使われている憲法概念の最近のインフレの使用に反映されている。世界憲法学は、法学および政治学の中の独立した一

部門になりつつある。⁽⁵⁾我々は、最終的に代表制を問題視する憲法闘争を益々引き起こす間国家的、ポスト国家的かつ超国家的法の益々進展する立憲制度化の緊張・摩擦の多い過程のただ中である。

2. 現在の国際法秩序においては、国連憲章2条1項の「全ての加盟国の主権に関する平等の原理」が全ての国家的行為者に対して適用される。

これはとりもなおさず国際法の制定法の前で加盟国は平等であるという意味にほかならない。⁽⁶⁾しかし、実定法においては常にそうであるが、そこには時間的かつ特殊機能的に限定された例外だけではなく、平等原理を体系的に破壊し、形式的に平等な世界憲法を覇権的に歪曲する例外も存在する。それは主にロシア、中国、アメリカ合衆国である。これらの国は国家であると同時に、大地域を支配する帝国でもある。これらの国は、厳しい制裁を恐れる必要なしに、既存の国際法秩序を破り、深刻な人権侵害を犯し、世界平和を危険に晒すことができる。しかし、これらの国は外交文書やその他の国家行為においてのみならず、通常は国際法とは矛盾しない態度を通じて国際法の妥当性を承認している。したがって彼らは、この法の枠の中で行動すると同時に、その枠の外でも行動しているといえる。ただしこれはあくまで政治的事実を述べたに過ぎず、それによって法律上の構成要件が確定されるわけではない。何故なら、純法律的に見れば、違法行為は一それが制裁を伴わない場合であっても一違法行為であることにかわりはなく、そしてこの事実によって法の存在を立証するからである。この行為は法外的ではなく、あくまで違法である。世界法においてもまた、「外なるもの」はもはや存在しない。

3. 生き残った唯一の超大国アメリカ合衆国は特別のステータスをもつ。

アメリカは事実上、立法上の発案権限の大部分を独占し、そしてこの権限を国際法の創出、発展、施行のために利用している (Byers, 他)。重大な衝突が生じた場合に、国際法を貫徹するために必要な強制手段をもっている唯一の大国であるアメリカが、国際法を自らの物質的・精神的利害に従属させ、国際法に数多くの有利な留保条項を書き込もうと、常に試みるのは当然である。しかしその際、合衆国は常に例外なく「既

存の法的変化過程の枠内で」行動する。⁽⁷⁾ 合衆国は、実定法に拘束されない (legibus solutus) ローマの皇帝でもなく、ホッブスの君主 (あるいはドイツの連邦議会) のようには、自ら制定した法への束縛を解除できないし、それを恣意的に変更することもできない。合衆国の違法行為もあくまで例外であり、アメリカの政治の規範などではない。例外は規則の存在を立証する。違法がなければ、法は存在しない。ホッブスの君主やビスマルクの国家と異なり、合衆国は、グアンタナモの恐ろしい例が示すような、法から自由な空間を作るための形式的権限および実際の権力をもっていない。合衆国は法を破り、歪曲することはできても、法を廃棄することはできない。どんなに合衆国が強い発案・貫徹の権力をもっているとしても、それによって発案・貫徹の権利を根拠づけることはできない。19世紀の古典的国際法秩序が規定していたように、国際法を最終的判断基準である国民国家の法に従属させることは、もはや不可能である。たとえばアメリカの反動的憲法裁判官の異議の申し立てやその少数派票をもってしても、この事情を変えることはできない。合衆国は一匹の蜘蛛にたとえられる。この蜘蛛は、グローバルな法規範の目のつんだ蜘蛛の巣を張り巡らす、そして自らこの巣に引っかかる、そしてこの巣を繰り返して破る。しかしそれによってますますこの粘着力のある巣の虜になるのである。しかし本物の蜘蛛と異なり、合衆国は、自らが作った規範から構成されている巣を蜘蛛のようには支配することができない。何故なら、覇権的に歪曲された法もまた私的所有物ではない以上、この法は常に制定者に刃向かってくる危険が存在するからである。合衆国は法を破壊する権力をもっているかもしれないが、それを自らの利害にのみ従属させることは、けっしてできないのである。

国家、個人、機関・組織という地球社会のすべての行為者にとって構成的であるこの枠のなかに、極めて多種多様な選択および矛盾しあう戦略や利害、また争われている選択肢が並存している。マルチ・コスケニエミの言葉を借りれば、法形式主義の非帝国主義的文化を取るか、それとも国

際法の帝国主義的・覇権的な力本位説を取るかという選択肢である。⁽⁸⁾前者の選択肢の狙いは、民主的権力分立の輪郭が間国民国家・超国民国家の法においても明確になるために、この法が今までこの輪郭を曖昧にしたが、国際法の法制化および立憲制度化を促進することである。我々は、こうした非帝国主義的かつ法形式主義的選択肢をカント的選択肢として定義できる。この選択肢は、力本位設の覇権的文化と対立するだけでなく、地球社会の今までの法制化および立憲制度化と対立するものでもある。何故なら、これまでの法制化は今まで決して民主的手続きに基づいて行われてこなかったのである。むしろ逆に、それは国家的に組織化された民主制を、現在既に非常に周辺化し、民主的正当化の源泉から益々離れ、しかも新しい正当化の源泉を殆ど（少なくとも十分には）開発していないからである。この点で、国際法に対するアメリカの批判は、法を過信するヨーロッパの国際法学者、哲学者、政治学者および政治化の盲点についている。これらの人々は、法における利害の問題などは、オーソドックスなマルクス主義とともに葬り去ることができると信じており、それ故、民主制については、もはや真剣に語る必要はなく、儀礼的に語ってよいという立場を取る。⁽⁹⁾

これに対して、国際法上の力本位説の覇権的文化は、法の脱形式化と再道徳化の同時進行として理解することができる。両者とも覇権的道具化にとっては有利に作用する。遅くとも60年代初めに、民主的に選ばれたドミニカ共和国の政府に攻撃を仕掛けて以来、合衆国の政府は、脱形式化と再道徳家の二重戦略に従ってきた。保守的政府だけではなく進歩的政府もまたこの二重戦略に従ってきた以上、我々は、単にその時々政権政党が宣言してきた（外交的にも非常に相反する）意図からだけ説明することはできない。むしろこの戦略は、政治的行為者を規定する文化の根本的転換から機能的に説明しなければならぬ。⁽¹⁰⁾

さてここで目に付くのは、アメリカ合衆国の長期的国際法政策が、30年代初めに、C. シュミットが展開し、後に広域理論に適用された具体的秩序思想⁽¹¹⁾と驚くほど一致していることである。この純粹に偶然的な一致から⁽¹²⁾

我々は、この点ではC.シュミットの立場に近いハンス・モルゲンソーが国際法に代えて国際関係（International Relations）という学科を立てることに成功したこと、またそれがアメリカの外交政策に影響を及ぼしたことも説明できるかもしれない⁽¹³⁾。いずれにせよ、シュミットが30年代に繰り返し強調していたように、具体的秩序思想に決定的に重要なのは、法にできるだけ高い「弾力性」および「適応性」を持たせることであつた。⁽¹⁴⁾まさにこの適応性こそがシュミットが常に嫌っていた、法治国家にとって構成的である法実証主義を排除し、法を直接に遂行可能な倫理的・道徳的選択肢に対して開かれたものにするのである。それ故、旧ヨーロッパの正義概念を前例のない形で歪曲しながら、シュミットはナチ時代の初頭、あらゆる機会を利用して意識的に、かつ一貫して「国民社会主義的正義国家」が市民的・ユダヤ的「法治国家」に取って代わつたことを主張した。⁽¹⁵⁾基本的な相違を無視すれば、ここにはシュミットとジョルジウ・W・ブッシュの政治とすら一脈通じるものがある。両者の規範的な相違は、ブッシュ政府といえども恣意的に解釈できない合衆国の民主的憲法が存続しているという点のみならず、諸国家を民主化するという一つねに建前として使われてきたかもしれないが一普遍主義的な（そして少なくともまだ個別主義的・人種差別的になっていない）⁽¹⁶⁾イデオロギーが存在する点にある。しかし形式的に見るならば、両者にはともに、力本位説にもとづく具体的法秩序への転換という共通性がある。それは道徳と法の境界線を曖昧にし、それによって道徳と法の覇権的支配による道具化の道を開くものである。

C.シュミットは、このように具体的法秩序思想へと転じ、30年代の終わりにさらに国際法上の広域理論のなかに展開することになる。そしてこの転換とともに、彼は20年代の自らの決断主義を放棄してしまう。というのも、数多くの同時代の知識人と同様、「国民社会主義の巨人の絶大なる刺激」（ヨーセフ・シュムペーター）に深い感銘を受けながら、かの決断主義が、いまだに法実証主義にとらわれすぎていたことを認識せざるをえなかったからである。なぜとって、法に拘束されない決断（あるいは革命的非常事態）は常に、形式的に規定される、従って国家権力を拘束す

る（その限りにおいて自由主義的な）法秩序開始段階でのみ行われるものであったからである。⁽¹⁷⁾ ナチスに賭けた実験が失敗した後、シュミットは、国際法理論においても、すでに時代遅れになった実証主義と決断主義の結合に立ち戻り、主権者として決断する君主の国際法的実証主義を称賛する「地球のノモス」というノスタルジーに満ちた本を書き始めた。前ナチ時代の自らの思考に回帰した結果、シュミットは、道徳化された戦争遂行がもつ国家や法に対する破壊力を、第二次世界大戦の勝者と西側列強に逆に投影することができた。こうして彼は、西側列強をレーニン主義者や原理主義的パルチサンと同一視しようとしたのである。歴史的にはそれはナンセンスであり、精神分析の用語によって一番うまく説明しうるたぐいの罪の否認の見え透いた戦略であった。国際法の道徳化に対するシュミットの批判は、実定化された国際法をおおむね順守した列強の戦争遂行にはほとんど当てはまらない。ましてや法実証主義的かつ法治国家的原理から見れば、非の打ち所のないニュルンベルク裁判には全く当たらない。しかし、一コソボへの介入、「対テロ戦争」、二番目のイラク戦争以来、ふたたび高度にアクチュアルな問題と化した一政治、法、戦争の道徳化が抱えるアキレス腱には、たしかに命中している。この道徳化には、アメリカの政府のなかの共和党右派だけではなく、⁽¹⁸⁾ リベラルな哲学者や法律家たち、⁽¹⁹⁾ それも⁽²⁰⁾ アメリカだけではなく、ドイツの哲学者や法律家たちも賛同しているの⁽²¹⁾ ある。

註

- (1) *David Held*, *Global Covenant. The Social Democratic Alternative to the Washington Consensus*, Cambridge: Polity Press 2004.
- (2) *H. Kelsen*, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (2. Aufl. 1928), Aalen: Scientia 1960.
- (3) 行為者の概念について以下を参照。 *John W. Meyer*, “World Society and the Nation-State“, in: *American Journal of Sociology* Vol. 103, 1/1997, 144-181; *J. W. Meyer*, *Weltkultur*, Frankfurt: Suhrkamp 2005.
- (4) *Nathaniel Beran*, “Between Alliance and Localisation: Nationalism and the new Oscillationism“, in: *New York University Journal of Law and Politics* 26/1994, 449-491.

- (5) *Bardo Fassbender*, “The United Nations Charter as Constitution of the International Community“, in: *Columbia Journal of Transnational Law* 3/1998; *Andreas Fischer-Lescano*, *Globalverfassung. Die Geltungsbegründung der Menschenrechte im postmodernen ius gentium*, Weilerswist: Velbrück Wissenschaft 2004; *Jochen A. Frowein*, *Konstitutionalisierung des Völkerrechts*, in: *BDGVR, Völkerrecht und Internationales Recht in einem sich globalisierenden internationalen System*, Heidelberg: C. F. Müller 2001, 427-447; *H. Brunkhorst*, “Globalising Democracy Without a State: Weak Public, Strong Public, Global Constitutionalism“, in: *Millenium: Journal of International Studies* Vol. 31, No. 3, 2002; *Günther Teubner*, “Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur Staatszentrierten Verfassungstheorie“, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* Bd. 63, Nr. 1/2003, 1-28.
- (6) *B. Fassbender*, *United Nations Charter as Constitution*, 574, 582.
- (7) *Michael Byers*, “Preemptive Self-defence: Hegemony, Equality and Strategies of Legal Change“, in: *The Journal of Pol. Phil.* 11, 2/2003, 171-190, 特に 189.
- (8) *Martti Koskenniemi*, *The Gentle Civiliser of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870 to 1960*, Cambridge: Univ. Press 2001.
- (9) *Jed Rubinfeld*, “Unilateralism and Constitutionalism“, in: *Nolte*, Hg., *American and European Constitutionalism 2004*“, 近刊, Teil IV; *Paul. W. Kahn*, “On Pinochet. A dictator’s extradition case raises difficult questions about international law“, in: *Boston Review* Feb/March 1999.
- (10) *M. Koskenniemi*, *The Gentle Civiliser of Nations*; このような説明のモデルについては次の近著を参照のこと。 *J. W. Meyer*, *Weltkultur*.
- (11) *Carl Schmitt*, *Die Wendung gegen den diskriminierenden Kriegsbegriff*, Berlin: Duncker & Humblot 1988 (1938); *C. Schmitt*, *Völkerrechtliche Großraumordnung und Interventionsverbot für raumfremde Mächte*, Berlin: Deutscher Rechtsverlag 1933; *C. Schmitt*, *Positionen und Begriffe*, Berlin: Duncker & Humblot 1988, 162ff (Imperialismus 1932); 271ff (Neutralisierungen 1939); 295ff (Großraum 1939); 303ff (Reichsbegriff 1939); *C. Schmitt*, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlin: Duncker & Humblot 1985, 375ff (Staat als konkreter Begriff 1941)
- (12) 他の説明は「C. Schmittが Hans Morgenthauに、Morgenthauが Kissingerに、そして Kissingerがアメリカの支配層に教え込んだ」というばかげたパターンに従う謀反説になる。それは単なる個人主義的誤解でしかない。全ての前提が正しくても、この解釈は誤っている。何故なら、判断がなされている世界が益々複雑になるのに対して、論法が益々シンプルになるからである。アメリカの外交政策は、次のパターンに従ってのみ説明しうる。即ち、帝国

主義的力本位説は既に存在していたし、だからこそ、それが特定の状況の下で（客観的危険および共産主義の世界革命に関する主観的想像）、アメリカの外交政策に影響を及ぼし、また、この影響が政策の成功によって安定化したのである。そうした状況の下でのみ Morgenthau は影響力のある知識人になりえたのであって、けっしてその逆ではない。

- (13) *M. Koskenniemi*, *The Gentle Civiliser of Nations*.
- (14) *C. Schmitt*, *Der Nomos der Erde*, Berlin: Duncker & Humblot 1988 (1950), 161ff, 295ff.
- (15) *C. Schmitt*, “Nationalismus und Rechtsstaat“, in: *Juristische Wochenschrift* 63, Berlin 1934, 713-718, 特に 714.
- (16) Huntington の新しい本がこの傾向に従っている。しかし、それは憲法に関する支配的合意ではない。
- (17) ちなみに、シュミットが実体論と形式主義の間に揺れ動いたことはよく知られている。彼は政治的状況に応じてこの手法を上手に利用した。
- (18) これについては以下に簡潔で的確な書評がある。*Thomas Powers*, *Tomorrow the World*, *David Frum/Richard Perle*, *An End to Evil: How to win the War on Terror* について, in: *New York Review of Books*, Volume 51, Number 4 March 11, 2004.
- (19) 例えば *Michel Walzer*, *Erklärte Kriege—Kriegserklärungen*, Hamburg: EVA 2003; *M. Walzer*, *Gibt es den gerechten Krieg?* Stuttgart: Klett 1982.
- (20) *Jed Rubinfeld*, *Unilateralism and Constitutionalism*.
- (21) *Günther Jacobs*, “Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht“, in: *HRRS* 3/2004, 88-95.

II. カント対シュミット

今日の国際法が、Pax Westfalia の時代と区別されるのは、そこにより高度な道徳的感受性が働いているためであるが、この感受性はアンビヴァレントなものである。たしかそこには、国際共同体や世界公共圏が人権および国民主権の侵害に対して益々敏感になっていることが反映している。人権や国民主権については、カントがフランス革命のヨーロッパで既に実現されたものとして見なしていた「地球上の一箇所⁽²²⁾で犯された違法行為は、あらゆる箇所⁽²²⁾で感じ取られる」。しかし、国際関係の再道徳化が国際法の実定的妥当性にとって代わるところでは、再道徳化それ自体が退行的かつ

反動的になる。そうなれば、それを国際法の帝国主義的軽視・無視から区別することは殆ど不可能である。あらゆる帝国は、実定法ではもはややっていけないとなれば、正当化の資源として好んで道徳を利用する。⁽²³⁾しかし、カントは道徳を実定法から厳格に分離することによって、道徳をこのような道具化から擁護しようとした。カントにおける法と道徳の分離には、道徳的自立を実定法の道具的使用要求や負担軽減作用から開放するという意味あいがあった。⁽²⁴⁾同時代の国際法をカントが批判したのは、戦争の正義を優先するために、実定法上の合法性を弱体化するためではなかった。むしろあらゆる国際問題における強制力の使用を法制化するという、1648年のウェストファリア講和条約で始まった過程を完成することこそ、その目的であった。たしかにシュミットに異なり、カントにとって18世紀の国際法学者は「単なるやっかいな慰問者」⁽²⁵⁾でしかなかった。にもかかわらずカントは、「地球のノモス」における後期シュミットと同様、道徳的に動機づけられた、正義の戦争を法制化することによって、それを克服し、廃止することを要求した。Pax Westfaliaの国際法秩序によって歴史上初めて「ヨーロッパの戦争の制限と抑制」⁽²⁶⁾が可能になったというシュミットのテーゼに、カントはまちがいに賛同したに違いない。

しかし、カントとシュミットの間接的考え方が分かれるのは、*国際法の立憲制度化*についてである。カントにとって立憲制度化とは、自己支配ないしは「被支配者による支配」(Möllers)を根拠づけ、可能にすること以外のなものをも意味しない。それに対して、シュミットにとっては、憲法は常に既存の支配関係の表現である。この既存の支配関係によって一ウェストファリア講和条約におけるように一既存の支配者が自らを拘束し、あるいは一民主制におけるように一国民同胞が同胞でない者に対する自らの歴史的支配を法律的に規定する。まず非常事態が、他に選考する「歴史的⁽²⁷⁾基本決断」として、支配関係や排除関係をもたらす。しかるのち初めて、法秩序が生み出され、それがかの自然発生的に確立された支配関係を単に制御し、秩序づけるにすぎない。これがシュミットの政治的神学のばかげた結論である。原理的にはLabandおよびJellinekにおけると同様に、非常事

態がまず（主権者としての）前法的国家を構成し、その後初めて、この国家は自らが制定した法秩序によって自らを拘束するというわけである。⁽²⁸⁾ 国家的憲法においても、間国家的憲法においても、憲法を組織化する法は抑止的あるいは自由制限的な法である。その目的はただ一つ、平和を守り、平和の敵を減ぼす、つまり「保護と服従の永遠の関係」⁽²⁹⁾を立憲制度化するという道具的目的のみである。

抑止的法概念に基づく国際法憲法は、最初から法に従属する市民のパースペクティヴから、そして法テキストの創作者として尊重されることを求める市民の要求から、抽出されなければならない。シュミットにとっての市民は臣民、古い意味での *sujet*（対象）である「主体」にすぎない。それは決して、法および国家に権威を与える、公的自由の創造的主体としては取り扱われることはない。⁽³⁰⁾ ここにこそ、彼とルソー、シエイエス、カント、ヘーゲル、サヴィニー、あるいはフォン・モールとの相違がある。18世紀後半から19世紀初頭にかけてのこれら論者たちは一致して、法に従属する市民および彼らの主観的権利のパースペクティヴから法の概念を構成した。このパースペクティヴから見ると、彼らの生命や自由を「応じる資格のある紳士同士の決闘」⁽³¹⁾のために、自分たちの生命や自由を犠牲にする限定戦争が忌々しいが、せめてもの慰めであった。

今日全く不当に軽視されている60年代の言葉を用いれば、我々はカントの共和主義的憲法理解に基づく法概念を解放的（*emanzipatorisch*）と呼ぶことができる。解放的な法を創出する憲法は、平等な国家組織化規範の体系以外のなにものでもない。アメリカ憲法やフランス人権宣言16条にあるように、憲法は、三権分立に基づいて、個人的に自由で平等な自己立法を実現すべきである。それ故、憲法に基づいて制定された法が根拠づけているのは、平和の秩序ではなく一カントの皮肉な注釈によれば、それは「永久平和のために」という名の居酒屋のそばの墓地に見つけるほかはない—自由の秩序を根拠づける。ホッブス、ラーバンド、ケルゼン、シュミットに見られる法による平和（*peace through law*）というスローガンではなく、ルソーに見られる法による自由（*freedom through law*）というス

ローガンこそが、カントの合い言葉である。「制定法を順守するものが同時に統一されて立法能力をもそなえている」という具合に、法的に組織化されている意思形成からのみ、「全ての戦争の除去」が可能になると、カントは期待したのである。⁽³²⁾しかし、この憲法概念は、国際法といったいどのような関係にあるのであろうか。

註

- (22) Immanuel Kant, *Zum Ewigen Frieden*, in: *Werke XI*, Suhrkamp 1977, 216. カントは政治的共同体としての世界を、ヨーロッパと、また公共圏をヨーロッパの知識人のコミュニケーションと同一視する。ヨーロッパ外の世界地域におけるヨーロッパの侵略者の違法行為は—カントはそれらをはっきり意識していたが—カントにとって純ヨーロッパ的事件でしかなかった。
- (23) Nico Krisch, *Imperial International Law. Draft for Discussion 2003*: 48.
- (24) H. Brunkhorst, “Die Folterdebatte des repressiven Liberalismus“, in: *Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2004/05*, 21-28.
- (25) I. Kant, *Zum ewigen Frieden*.
- (26) C. Schmitt, *Der Nomos der Erde*, 112.
- (27) C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin: Duncker & Humblot 1989 (1928); C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, Berlin: Duncker & Humblot 1968 (1932); C. Schmitt, *Theorie des Partisanen*, Berlin: Duncker & Humblot 2002 (1963), 42; 方法論に対する批判的に *Oliver Lepsius*, *Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung*, München: Beck 1994.
- (28) C. Schmitt, *Politische Theologie*, Berlin: Duncker & Humblot 1990 (1922).
- (29) C. Schmitt, *Nomos der Erde*, 295; C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, Berlin: Duncker & Humblot 1987, 53. 保護、防御、従順—この概念は、シュミットが通常自らのホッブス解釈から排除するホッブスの社会契約論よりもむしろ、支配概念によって歪曲されたラーバンドの法概念に近い。ラーバンドによれば、「支配は、自由な人格に対して.... 行為、不作為、給付を命令し、その人格が服従することを強制する権利」である。*Paul Laband*, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Bd. I, 1911, 68; 批判的なものとしては *Hans Kelsen*, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Scientia: Aalen 1960, Nachdruck der 2. Aufl. 1928: 66ff; ワイマール時代における国家意志の実証主義の作用史については、*Hauke Brunkhorst*, *Der lange Schatten des Staatswillenspositivismus*, in: *Leviathan* 3/2003: 362-381; シュミットについては、*Reinhard Mehring*, *Carl Schmitt Der Begriff des Politischen. Ein kooperativer Kommentar*, Berlin: Akademie 2003, 21-44; ドイツ帝国につ

- いては、C. Schönberger, *Das Parlament im Anstaltstaat*, Frankfurt: Klostermann 1997.
- (30) J. Habermas, “Der Schrecken der Autonomie. Zu zwei frühen Publikationen des deutschen Staatsrechtlers Carl Schmitt“, in: *Babylon. Beiträge zur jüdischen Gegenwart* 1/19 86, 108-117.
- (31) C. Schmitt, *Theorie des Partisanen*, 56.
- (32) I. Kant, *Der Streit der Fakultäten*, in: *Werke XI*, Frankfurt: Suhrkamp 1977, 364.

III. カントと今日の国際法

カントは、同時代の国際法のラジカルな改革について専ら憲法理論的パースペクティヴから議論している。しかし彼は、グローバルな平和問題の唯一可能な解決は、国際法が最終的に民主的な、すなわち全ての人間の平等な自由を志向する憲法状態へと移行することによって、初めて与えられる⁽³³⁾と考えていた。しかし、カントは国際法においては憲法概念を用いていない。世界国家なるものは、彼には絶対主義的国家としてしか考えられず、最大限の専制支配として見なしていた。彼が世界国家から厳格に区別した世界共和制は、たしかに専制的ではなかったが、それは18世紀後半にはまったく考えられないような制度であった。それ故、カントにとって唯一実現可能に思われたのは、世界共和制の「代用物」⁽³⁴⁾、つまり国際連盟の連邦憲法だけであった。残念ながら、この理念を説明するために、カントは当時既に1776年から1788年までアメリカ連邦として歴史的に存在した、主権をもつ共和主義的同盟国家の超国家的連邦のモデルを利用していない。この同盟の制度上の革新は、カントの一番重要な前提条件を満たしており、しかも、それにもかかわらず単なる国際連盟としてのカントの共和制代用物を遙かに超えていたのである。何故なら、連邦主義者が設立した超国家的連邦機関は、民主的共和国のみを連邦国として認め、なおかつ、これらの連邦国の主権を形式的には制限していなかったからである。彼らがこれに成功したのは、個々の連邦国と連邦の二重のコードをもつ主権の問題を継続的に未解決のままにして置いたからであり、そうすること

によって安定した連邦機関を設立するために必要な時間的余裕を獲得しえたからである。⁽³⁵⁾

しかし、カントは何故世界共和制の代用物を必要としたであろうか。カントが当該箇所でのみ今日の国際法を先取りしているから、これに対する答えは興味深い。即ち、世界共和制を構成する理念との関連においてのみ、カントは国際連盟を認めた。何故なら、国際法のなかでこそ重要な市民的パースペクティヴが、独自の主観的権利を伴う世界市民資格の構築を彼に追っていたからである。カントはたしかに、当時の国際法のなか人間が世界市民として初めて取得するただ一つの主観的権利、つまり「客として保護を受ける権利」⁽³⁶⁾を発見した。しかし、物質的にはかなり内容の薄いこの権利は、国際法においては革新的な意味をもつ。何故なら、それは世界市民が一例えば外交協定に基づいて一初めて国家市民としてではなく、既に国籍のない地球市民として取得する権利だからである。それは政治的システムの国家組織を超える最初の主観的権利である。このような権利が存在するからこそ、カントは国際連盟と世界共和制の理念との関連を必然的なものとして想定できた。それは今日の裁判実務にも見られる。超国家的機関による主観的権利の創出—このような機関が存在しなかったからこそ、カントは勿論自然法に立ち戻らなければならなかったのだが—には、欧州裁判所が1963年の有名な判決で指摘したように、*国家間の条約による正当化*だけでは十分ではない。こうした機関が、市民によって正当化されるための独自の形式が必要とされる。⁽³⁷⁾市民が同時に相互に公的自立を承認する場合にのみ、既存の法仲間共同体の内部に主観的権利が存在しうるのである。⁽³⁸⁾

世界といっても、カントにとっては、ウラル山脈からポルトガルまでしか及んでいなかった1798年の世界において、欧州経済共同体のように独自の権利を創出できる超国家的組織を想像することは、彼にはできなかった。それ故、地球市民的歓待権を構築する際、彼は自然法に立ち戻り、それと平行して世界共和制を自然法的理念の資格へと落さなければならなかった。我々がヨーロッパと名づける地域は、相対的には小さな世界と

なったが、2005年の時点で、はるかに以前から超国家的機関が存在している。この機関は、拘束力をもつ規定を下す権限を有しており、それを国民国家の裁判所に持ち込むことができ、また国民国家の議会はそれを実現しなければならない。また、世界貿易機関のような国際機関の調停裁判所がアメリカのような大国や欧州連合のような組織を拘束する判決を下すなどということも、1798年にさらに想像しがたいことであった。

カントの時代と異なり、現在は

1. 国家でもなく、また政府間組織でもないような強力な超国家的機関が存在し、また
2. 地球市民としての「欲待権」にとどまらず、それよりはるかに多くの主観的権利を有する地球市民が存在する。

この秩序は、既に国家、組織・機関、個人の間あらゆる国際的関係を法制化し、個人に独自の市民権を与えてきた。にもかかわらず、この秩序は一つの点でなおシュミットが記述したようなウェストファリア講和条約秩序に似ている。国家法は通常、憲法を基本権の部と組織関連の部に区分している。世界経済憲法、国連憲章や人権保護条約の国際法憲法、ウィーン議定書、欧州憲法、世界保健機関等の数多くのポスト国民国家的憲法制度は一つの共通点をもっているように見える。これらの憲法は数多くの平等な権利を保障し、絶えず民主制を宣言しているが、しかし、常に権利の具体的形成を規定し、この権利の利用価値 cash value を常に新しく定義しなおし、それを変化する環境条件に適合させる組織化規範はあまりに民主的ではない。国家憲法は通常国際法および超国家的法をある程度民主的に正当化するが、これらの憲法はその役割を果たさない。むしろこれらの憲法は、既存の覇権的権力に特権を与える。こうした権力は、世界経済、科学的専門文化、超大国および例外国家、欧州連合や世界貿易機関のような強力な組織の間に成立し、極めて流動的かつ変化にとむ地球社会の中心につながっている。⁽³⁹⁾ たしかに国際的組織・機関においても民主制の進展は見

⁽⁴⁰⁾られるが、これまでのところは、諸国家の内部で、あるいは外部での民主制より、超国家的・国際的法の拘束力およびその密度が益々強まることによって、諸国家の脱民主化が早く進展するように見える。

平等な権利と非民主的な組織規範の構造的矛盾によって、グローバルな、あるいは広域的な憲法制度の組織化問題の（我々は引き受けて生きていかねばならない）殆ど制御不可能な複雑性だけではなく、（我々の手で変更できる）既存の支配関係の覇権的性格が顕在化する。

アメリカの覇権的かつ正当な解放戦争に参加し、グアンタナモ刑務所を承認するか、あるいは大事な平和のために民主的正当化要求を取り下げるかという落とし穴からの逃げ道はどこにあるであろうか。

註

- (33) カントの民主的解釈については、*Ingeborg Maus, Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, Frankfurt: Suhrkamp 1992.
- (34) *I. Kant, Zum Ewigen Frieden*.
- (35) このモデルは19世紀において民主的制度（スイス）および非民主的制度（ドイツ）において繰り返され、成功を取めた（*C. Schmitt, Verfassungslehre* を参照）。
- (36) *I. Kant, Zum Ewigen Frieden*, 213.
- (37) EuGH Rs. 26/62, Van Gend en Loos, 1963, I, 24ff.
- (38) *J. Habermas, Faktizität und Geltung*, Frankfurt: Suhrkamp 1992.
- (39) 覇権支配の概念の流動化が、以下の期待はずれのベストセラーの唯一の面白い箇所である。*Michael Hardt/Toni Negri, Empire, Die neue Weltordnung*, Frankfurt: Campus 2002.
- (40) *H. Brunkhorst, Solidarität. Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft*, Frankfurt: Suhrkamp 2002.

IV. 打開策が存在するか

グローバルな憲法制度の基本的矛盾を解決するなら、民主的世界共和制の設立がその唯一の方策であるということであれば、我々はグローバルな立憲主義のプロジェクトを放棄し、民主制とは別の制度を探さなければならない。グローバル化反対運動（Attac）が夢見るグローバルな底辺民主

制も、若干の哲学者が夢見るような、地球社会を、世界憲法裁判所をもつ議会制連邦国家の統治下に置くような構想はありえないものである。

18世紀の民主主義者、共和主義者、啓蒙主義者に習って、我々は可能な解決を、権力分立および地球社会の政治的システムの権力分岐に、また既に存在している脆弱な世界公共圏の強化にこそ求めなければならない。この公共圏は少なくとも必要な場合には、決断者に対して、誰の名において決断したのかという問いに回答を強制できるほどには強くならなければならない。

その間に、国家と超国家的組織・機関の間では、新しい権力分立や労働分業が定着するようになった。そのことによって、超国家的組織・機関が法を創出し、国家の裁判所、行政機関、警察機関がこの法を施行・貫徹するといった複雑な多次元システムが成立するにいたった。このような進化的に新種のグローバルな連邦制度のこうしたシステムにおいても、国家は相変わらず一番重要な役割を果たす。国家が強ければ強いほど、また民主的であればあるほど、このシステムは良く機能する。しかし、どのような連邦制度があっても、それが必ずしも民主的自己決定を可能にするというものではない。

しかし同時に、国際的な、あるいは超国家的組織・機関のネットワークの内部では、古典的権力の新しい分岐が定着するにいたった⁽⁴¹⁾。例えば、国際労働機関（ILO）は立法機能のみを果たすのに対して、国際貿易機関の調停裁判制度は裁判機能を果たし、また国連のシステムから事実上独立している安全保障理事会は主に執行機能を担っている。欧州連合も主に立法に集中し、ただひとつの、しかしかなり強力な裁判所でやっていける。そして実際には行政もなく、警察、軍についてはまったくなして機能している。ただし、残念ながら、我々の国家憲法（基本法20条2、3項）が定める「欠落なき民主的正当化過程」（Böckenförde）が崩壊してしまった。それにもかかわらず、非常に分裂した、ほとんど相互に関係付けられていない新しい権力分岐は、直接民主的、あるいは議会民主的な世界共和制という現実離れしたユートピアの外皮の下に、民主化の可能性を孕んでい

る。分裂した機関の権力をひとつの世界憲法秩序の下に統合しうる見込みはないが、それぞれの特権を、立法・行政・司法機能に通常適用されている民主的代表的基準に従属させる「だけ」が必要なかもしれない。これもまたユートピア的ではあるが、それほど非現実的なことではない。

私が何を言わんとしているのかを、具体的例をあげながら、少なくとも示唆しておきたい。例えば、国家の代表者が労働組合や雇用者団体の代表者とともに、過半数採決に基づいて労働法の領域において柔軟な法（soft law）を創出する場合を考えてみよう。その際、国際労働機関は、民主的に正当化されている国際的立法機関の基準に基づいて、次のことを確定しなければならない。すなわち第2次世界戦後の労働生活の代表者として特権をもつ組合および雇用者団体が、はたして現在でもなお労働・経済のグローバルなシステムにとっての代表者たりうるか、あるいは一時々に提案されているように一むしろ NGO の代表者によって取って代われ、補完されねばならぬかといったことである⁽⁴²⁾。勿論、そうなれば、だがその代表者を選出するのか、またその NGO が代表としての資格をもっているかどうかをどのようにチェックするのかといった問題がただちに生じてくる。しかも、国際労働機関が民主的に組織化されている立法機関でありうるためには、加盟国が少なくとも法治国家でなければならない、等々。同様なことは国際貿易機関についてもあてはまる。国際貿易機関の場合には、訴訟権が平等に保障されていることが特に重要である。調停裁判所は、国家のみならず、関与する全ての法主体、企業、組織、個人、広域議会に訴訟権を与え、公的に審議しなければならない⁽⁴³⁾。同じことは、その他の多くの組織についても言える。

平等な判断権限を効率的に利用することなしに、主観的権利によってのみ「立憲制度化」されてきた世界公共圏は、グローバルな法を真に民主的に正当化するために弱すぎるのである。しかし、意志を表現できる安定した世界公共圏の存在こそは希望の芽である。分裂した機関の権力を民主的に改革することによって、公共圏は徐々に強くなる。まだ極めて弱いものである世界公共圏にして既に、ジェノバの G8 の首脳会議において「君た

ちはG8、我々は60億人」というスローガンを掲げ、それ以来、代表制の問題を議題の第一項にまで押し上げた。この運動の活気は徐々に鎮まりつつあるが、これをグローバルな立憲主義の数多くの、極めて多種多様な代表制の問題へと振り向ける、つまり特殊化することは重要である。このことが可能であるかどうかは、私には分からない。しかし、公的生活がもつ把握し難い力を平等に動員することなしには、また最近フランスにおいて起こったような、全ての当事者の存在に深くかかわる衝突なしには、歴史は動かない。60年前に国連が設立され、40年前には全世界の学生運動の誕生の地となったサンフランシスコで、2年前にイラク戦争に対して抗議したアメリカの活動家たちは、連帯感を生み出す極めてシンプルな「Make Love Not War」というスローガンに代えて、紛争を制御するための「Make Law Not War」というスローガンを掲げることを思いついたとき、時代の急務を認識したのである。

註

- (41) *Christoph Möllers*, *Gewaltengliederung*, Habilitationsschrift Heidelberg 2003.
- (42) *Manfred Weiss*, *Globalisierung und Arbeitsrecht*; unpubl. Man.
- (43) *Stefan Oeter*, “Gibt es ein Rechtsschutzdefizit im WTO-Streitbeilegungsverfahren?” in: *Carsten Novak/Wolfgang Cremer*, Hg., *Individualrechtsschutz in der EG und in der WTO*, Baden-Baden: Nomos 2002, 212-238, 特に 227; *Markus Krajewski*, “Democratic Legitimacy and Constitutional Perspectives of WTO Law“, in: *Journal of World Trade* vol 35 No. 1, 2001; *Armin von Bogdandy*, “Verfassungsrechtliche Dimensionen der Welthandelsorganisation“, in: *Kritische Justiz* 34, Heft 3, 2001, 264-281.