

## 人権と主権は本当に矛盾しているか？<sup>(1)</sup>

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

18世紀は近代の憲法革命の世紀であった。この革命によって、人権および市民権が宣言され、法と民主制が結合されることになった。アメリカの若干の州がその出発点であったし、次にこの州が統一されたが、憲法革命を取り消しのできない事実にした本当に劇的な事件は、1789年のフランス革命であった。憲法作成の要求が19世紀を支配し、民主制および人権を保障する約束の実行要求が20世紀を支配した。1789年から1989年までの継続的な発展以後も、この発展の終焉や新しい選択肢が見られなかった。グローバル化の冷たい風も、民主制および人権に向けられたユートピア的希望をうすれさせることはなかった。

全体主義に関する著作のなかで、18世紀において「国民主権および人権、この2つのものが相互に前提とし、相互に保障しあうことは、殆ど自明」であったとハナー・アーレントは書いている。<sup>(2)</sup>遅くともパンジャマン・コンスタンの古代人の自由と近代人の自由に関する影響力のある研究から、このような相互保障が不可能であると、繰り返し主張されてきていた。ハナー・アーレントは、人権のパラドックスとさえいう。人権および民主制が憲法秩序のなかで統合されるときに、このパラドックスが表面化するという。以下、私はそのことを否定し、そして人権と国民主権が相互を前提とし、相互に保障しあうことを示したいと思う。<sup>(3)</sup>

既に絶対主義の主権の概念がこの関係を明確に示している。主権は、*princeps, majestas, auctoritas, potestas, imperium* というローマ法の概念のラジカルな再解釈あるいは新解釈から生ずる近代的概念である。国王はただ適用するだけですむ神聖なる法に、政治的主権者を法源と見なす法律的主

権理念が取って代わる。<sup>(4)</sup> ボダンは、主権の概念を専ら実定法と関連付け、主権の本質を<sup>(5)</sup>法制定権限と定義する。この考え方は全くあたらしい、というのも、それまで君主の一番重要な権限は軍の指導者という権限と並んで現世の最後の審級である裁判官という権限であったからだ。<sup>(6)</sup> いまや君主は唯一の法の制定者であり、法の制定は彼の一番重要な任務であり、そして法とは専門家に依存する実定法、変化可能な制定法の体系であって、この体系は常に新しい状況に適合しなければならない。<sup>(7)</sup> 勿論、主権者は正当な法を制定しなければならないが、ボダンの見解によれば、それが可能なのは、彼が神聖なる法および自然法を顧慮した上のことである。神聖なる法および自然法が主権者を拘束する。それらに従わない場合に、死後の最後の審判に彼の責任が問われることになる。ボダンはここでもなお良き君主の旧ヨーロッパ的理念に従っている。主権者は制定法 (*lex*) にではなく、法 (*ius*) に拘束されているが、その際、*ius* および *iustum* (正義) はまだ統一体として見なされている。かつての法の上下関係がまだ健在で、有限的な人間の主権をキリスト教の神の不滅の主権に遡及的に結びつけることによって正当化要求はみたされるので、憲法を作成する必要はないというわけである。

ホッブスの場合に初めて、「制定法は君主を拘束しない」というウルピアンの命題が適用される。<sup>(8)</sup> ホッブスは、実定法と超実定法や神聖なる法あるいは自然法との区別をなくしたのである。「不正当な法は存在しない」。<sup>(9)</sup> しかし、大事な点は、主権者がこれにより主に彼の中心的課題、即ち実定法の創出およびその修正に関して自由になることである。<sup>(10)</sup> ホッブスの国家では全てが偶然である。予め政治的行動を秩序づける宗教や世界観の命令は存在しないし、社会を超える、社会外の超自然的力は、何が正しいか誤っているか、何が正当か不正当か、何が良い生活であるかでないかを、最早規定しない。社会契約によって自然の秩序から切り離された社会は完全に自立しているし、市民や市民が任命した主権者の意志が、全ての制定法の唯一の源である。

ローマ法に倣って、制定法をなお主権者の恣意による全ての命令と解し

たボダンとは異なり、ホッブスに言わせれば、主権者が制定する法は**実体的に**最早より高い権威のある法によって制約されないが、その効力を制限する特定の**形態**をとらなければならない。制定法は、思想、意識や願望、意図や信条の内的世界から厳格に分離されている。制定法の内容は主権者の自由な裁量に任せられるが、制定法の形態はその限りではない。制定法は、外的行動にしか係わらない、そして主権者は制定法に基づいてのみ支配する。しかも、制定法とは禁止であり、それらには道徳的義務は含まれていない。<sup>(11)</sup>このことから既に一連の**暗黙の権利**が生ずる。制定法は、パンを肉、ワインを血であるという公的告白を強制できても、これの信仰は強制できない。人はいまや善良な市民として暮しながら、心の底では国家全体およびその形而上学を軽視できるのである。意識の自由空間において誰でも無神論者や無政府主義者やその他の、自分が正しいと確信するものの信条者でありうる。<sup>(12)</sup>思想は自由である。これがホッブスの第一の基本権である。だから、30年代にC.シュミットは、ヨーロッパの国家制度の内的退廃を、ホッブスのせいにした。シュミットは、これを権威主義的国家思想の悲劇と解釈したが、これは決して悲劇的なことではなく、むしろホッブスの自由主義の帰結であった。<sup>(13)</sup>ボダンが宗教裁判を真剣に正当化しているのに対して、ホッブスはこの制度を否定する。<sup>(14)</sup>リバイアサンの第二の基本権も、制定法の支配原理および法と道徳の厳格な分離の原理から生ずる。<sup>(15)</sup>制定法が禁止しないことは許されている。これは新しい考え方であり、制定法が存在しないところでも市民の徳を法的拘束力をもつ義務と見なしていた旧ヨーロッパ的伝統との断絶を意味した。ここに既に個人の自由の主観的権利の核心がみられる。ホッブスは、この自由権の市民的、占有個人主義的性格をはっきり強調したのである。<sup>(16)</sup>

つまるところ、ホッブスの場合、主権者の権力が及ばない自然的人権が存在するのである。それは生活権である。社会契約の唯一の目的は、個々の市民の生活の保護である。法的に保障すべき生活の保護というときの生活を、ホッブスは古代の哲学者の「良き生活」の概念よりずっと狭く解釈しているが、「着の身着のままの生活」よりは広い、つまり政治とは無縁

の快適生活を意味し、そこに「正当な労働によって取得した財産」がふくまれている。<sup>(17)</sup>主権者がこのような生活を最早保障できない場合に、契約を履行する義務が消滅し、そして人間は自然状態に逆戻りする。契約は履行しなければならない、*pacta sunt servanda*。よく想定されているように、市民に制定法順守を要求するのは、よく想定されるように、何よりも先ず恐怖ではなく、理性である。つまり、自らの洞察に基づく自らの判断である。個々の市民はいつでも別に判断し、法の順守を拒否をする可能性があり、その結果、彼らは犯罪者や反逆者として（自らの選択に基づいて、全ての自然的権利を取得しながら）自然状態に戻る。ここで彼らは強力な敵、つまりリバイアサンと対決しなければならない。しかし、反逆者にとってこの相手は最早社会的・実定法上の権力ではなく、数多くの自然現象の一つでしかない。<sup>(18)</sup>

臣民の生活権を他の自然的権利と交換する契約は、強制的で訴訟しうる制定法によるこの権利の保護を君主に要求する。君主が私に死刑判決を言い渡した場合、社会契約は解約され、私はあらゆる手段で抵抗する自然的権利をもつ。ホッブスによれば、君主は私を隣人の打ち首に手を貸すよう強制することはできるが、私の打ち首の場合には強制できない。<sup>(19)</sup>私には逃げる権利がある。これは戦死する危険の場合にも妥当する。ホッブスの国家は平和的市民のための国家であり、軍事的英雄のための国家ではない。自由意志に基づいて自ら判決を施行するソクラテスの行為は、最早政治的徳の模範ではなく、忘我の愚かな行為として見なされている。また祖国のために死ぬことは、最早すばらしいかつ光栄な行為ではない。自己利害は共同体の利害に劣らず重要であり、ホッブスの理想国家には、この二つの利害は一致したものでさえある。ホッブスにおいて権利、実定法、主権が一つの統一体である。勿論この上さらに、憲法秩序を構築する必要は存在しない。何故なら、我々は、社会の境界線が自然状態へと超えられるときには、権利をもつからである。即ち

a) 戦争状態において

b) 自分の頭のなかに（現代の言葉を使うと、ホッブスが既に社会から分

<sup>(20)</sup>  
離する「心理的システム」において)、

c) 社会において制定法がおよばない、国家的に保護されている自由空間において、我々は権利をもつ。制定法はこの空間を市民の利害に委ねる。後にヘーゲルはこの空間を旧ヨーロッパの「市民的・政治的社会」(civitas civile et politice) から区別するために、それを「市民的社会」と名づけている。<sup>(21)</sup>

ボダンが自然法を社会および君主に先行するもの、それらを超越するものとして見なしているのに対して、ホッブスの場合、社会契約の核心は、<sup>(22)</sup>契約によって自然法と実定法が一致することになる。制定法の唯一の支配において ius と lex の相違がなくなる。ホッブスの場合、権利や権利の原型は実定法の媒体による社会の自己組織化に由来するのである。この権利は主権的制定法支配に包含されている。主権は絶対の「抵抗不可能な権力」である (Kant)。しかし、主権は制定法に妥当性を与えることしかできない。ホッ布斯によれば、制定法と矛盾する主権は不可能である。ホッブスの国家は純粋な法治国家である。国家の暴力行使は合法的に制定されている、公的に布告されている制定法に制限されている。<sup>(23)</sup>制定法の存在しない自然状態にあっては、個人が互いに暴力を揮うが、国家はこのような形で自らの権力を行使することはできない。制定法支配の国家的形態の射程は、外的に観察可能な社会的コミュニケーションに限定されている。支配の境界線は、社会のなかの独自の複雑性によって規定されている。何故なら、制定法の支配は極めて選択的であるからである。実定法のこの選択性は不可避であり、その可能性の社会的前提条件なのである。古代のアテネやローマの市民の政治的エトスが生活全体に係わっているものであったのに対して、「リバイアサン」における制定法の適用の枠は市民的生活の極めて小さな部分に限定されている。しかも、君主の制定法による支配は外に対して制限されている。制定法の支配の境界線は、社会を自然、生命、意識、信条から分離する境界線である。市民の信条はホッブスの国家にとって、世界の果ての小さな国家のように外的なものである。

今日では、ハーバーマスおよびルーマンが、主観的権利ないしは古典的

自由権は既に実定法の形態、ないしは「法コード」に内在するというテーゼを、それぞれニュアンスの異なる形で主張している。<sup>(24)</sup>法コードに従属する（またその環境のなかに生まれた）市民は、互いに既に思想の自由に対する平等な権利、行動の自由等々を承認している。厳密に言えば、この考えは既に「リバイアサン」に見られるのである。これは偶然ではなく、我々はこれをハーバーマスおよびルーマンのテーゼの初期の立証として解釈できるのであろう。法の完全な実定化がやや進展した（ホブスおよびその同時代人の）社会に生活している場合、また実定法の概念の全ての重要な帰結を説明できる場合に―ホブスおよびスピノザが同時代人のなかにこの説明能力をもっていた数少ない人たちであったが―、我々は（ホブスとその同時代人と同様に）主観的権利を発見するに違いない。その際―それが「リバイアサン」の本当の認識であるが―一次の二つの準構成的前提条件が満たされている場合にのみ、我々は実定法の支配が機能するということを認識するであろう。第一の前提条件は、法を拘束力をもって修正し、新しく創出する制度の存在であり、第二に、主観的権利の核心が存在しない場合に、（道徳から分離されている、公的に布告されている、極めて選択的で、平等な取り扱いを保障する）実定法も存在しない。

ボダンによって、そして古い自然法の上部構造を排したホブスによってより明確に輪郭づけられた主権と自由権の関連は、初めて典型的な形でロックおよびルソーにおいて、またイギリス、アメリカ、フランスの革命の段階で非常にはっきりした形で表面化する。ジョン・ロックが蒔いた種はアメリカの革命に、ルソーが蒔いた種はフランスの革命に芽を出すことになった。

ロックは、イギリスの革命的議会主権の精神に従って、人民を主権者に<sup>(25)</sup>する。人民は国家において最高の権力、ローマの *populus* の *summa potestas* をもっているが、ローマの元老院のような法を超越するかつ法外的制度の下に置かれていない。古代ローマにおいて、元老院は権力（*potestas*）をもっていなかったが、最高の権威（*auctoritas*）であった。そして市民の徳と融合された *auctoritas* は、全ての制定法より強いものであった。徳を

独占する金持ちの元老院議員のより高い権威なしで、市民集会の正当な決議が成立しえなかった。長老 *patres* の考えつくした好意的助言、つまり「元老院布告」(*senatus consultum*) に反対する勇気があるものはなかった。遅くともホブスから国家法において事情が変わる。ホブスは *auctoritas* と *potestas* を同一視し、そうすることによって全ての権威を立法手続きと結合し、最終的には権威の概念を徳による卓越性から切り離す。正当性および合法性は同一の起源に由来する。これが “*Auctoritas non veritas facit legem*” という有名な命題の意味である。<sup>(26)</sup> そこからロックの国民主権の概念が発し、先ずは所有者のみが人民として見なされている。<sup>(27)</sup> 「裕福に暮らすもののみが選挙できる」。<sup>(28)</sup> ボダンやホブスにおけると同様に、立法権限は主権の核心であり続けるが、全てを決定する最高の権力が二分化する。即ち、立法府と執行府の2つの中心的機関が分離する。モンテスキューによって次に主権の第三の機関、つまり独立した司法が成立する。<sup>(29)</sup> ホブスと異なり、ロックにとって市民が人間的な自然状態から市民的法仲間共同体へ持ち出されるのは生命権だけではない。法的安全性の状態においても、市民が生命権以外に自由権および所有権のような重要な権利を有する。しかし、ロックの自然権が成文化された憲法の構成部分として構想されていない。擬制的社会契約—ホブスのそれと同様に—が、この権利の唯一の基礎である。この権利は個人的かつ法的財であるが、それらは「法律的に成文化された、明確に定義された、順列された」権利からかなり離れている。<sup>(30)</sup> にもかかわらず、この権利は、国家および社会に先行する、全ての正当な国家形成の基礎であるべき普遍的人権である。

18世紀になって初めて、ルソーやアメリカ革命およびフランス革命において、冒頭に引用した箇所でもハナー・アーレントが指摘しているように、人権と国民主権の密接かつ内的関連があらわになる。ロックからルソーへの移行は、ボダンからホブスへの移行によく似ているが、ただしここで問題になるのは君主の主権ではなく、国民主権である。

超越する自然法および理性法からの主権概念の分離は、今や市民・人間の権利が完全に制定法支配の概念および立法手続きから導出されねばなら

ないことを意味する。今や皆の名において、あるいは皆に代わって、個人的主権者が最早支配するのではなく、全ての市民の異なっている利害、意図、構想が一般的で立法する意志として調整、また両立されねばならないから、立法のインプットのレベルでの規範的要求が増えてくる。この要求は調整的理念の性質をもつようになる。全ての市民の平等な自由 (pouvoir constituant) は、平等を保障する手続き規範およびそれらに基づいて一般的制定法 (pouvoir constitué) を共同に創出するために、予めに保障されねばならない。循環が自己関係的に閉じられているし、我々はそれを弁証法的ラセンとして想像すればよい。<sup>(31)</sup> 先ずは(実験的)手続き(憲法)が提案され、それに基づいて手続き規範が規定され、それらに基づいて一般的立法が(積極的または消極的)経験に従って手続き規範が修正される。このような理念の出発点はルソーの国民主権の手続き化に既に見られ、そして最初の実験は—ジョン・エルスターの興味深い分析が示すように—1776年のフィラデルフィアや1789年のパリの憲法作成集会であった。<sup>(32)</sup> ルソーにおいて、自由権および国民主権が相互に内在し、支持しあうものである。この権利は具体的にどのようなものであるか、その内容は何であるか、また市民がだれであるかは、時代の成り行き、つまり歴史的学习過程にのみ依存している。契約理論は、全ての共和制の基礎である市民およびその権利の一般的概念が利用されている。

ルソーによれば、人間は自由な存在として生まれ、至る所で鎖<sup>(33)</sup>で縛られている。鎖が人間を市民にする。何故なら、この鎖が人間の自然的自由を制限する制定法である。自然的自由は人権であり、制定法による拘束は市民の日常である。社会契約 *Contrat Social* が解決すべき問題は、人権、つまり人間の自然的自由と両立できるような鎖を作ることである。ルソーの答えは、人間が市民として自らを拘束する制定法を自らに与える場合にのみ、それが可能である。如何に合法性から正当性を導出するという謎は、ホッブスが一方的に正当性を犠牲することによって解こうとしたが、ルソーは市民的法人格を創造者と受け手の役割に分解することによって、それを解いた。同一の人格が一方に受け手、他方に制定法の創造



者であることによって、合法性による正当性が可能となる。<sup>(34)</sup> 人権に関するこの構築の意味は、1789年の宣言が明確に表現している。制定法の創造者として人間は市民状態 *status civilis* において自然的自由の一部を再取得する。1789年に初めてなされた人権と市民権の厳格な分離こそが、そのことを表している。ルソーが既に *Contrat Social* に説いたように、人間は法的自由の状態において決して人間全体の自然状態を再構築できないが、彼が立法者として自然的自由の一部を再取得できる。*Status civilis* における人間の自由の範囲は、市民自身に係わっているし、彼らのアンガージュマン、彼らの意志、彼らの才能、彼らの幸運にのみ依存する。<sup>(35)</sup> この構築によって市民的状态における人間と市民の分離が再び制定法の創造者 (citoyen) と受け手 (sujet/bourgeois) の分離として現れる。最近のシステム論において、そのために「リエントリ」Re-entry という言葉が使われている。(創造者ではないものとして) 選挙権をもっていないものが、(受け手として) まったく権利のないものではない。それは人権に関する市民的状态の中心的意味であり、ここで既に人権は、疎外されたものおよび法の保護を受けないものにとって「鍵」としての包摂的機能<sup>(36)</sup>を果たしている。

人間は変えられない、変えられるのは制定法のみである。これもルソーの命題である。<sup>(37)</sup> この命題によって政治的・共和主義的思考の古典的伝統が逆さまになる。アリストテレス、キケロ、トマス・アクィナスは、人間を改良し、教育し、できるだけ制定法を修正しないことが重要であるという見解をもっていた。古い、正しい法および古い、正しい人倫に基づいて人間を良き市民として教育する共同体が理想的であると。ルソーは文化評論家として浪漫主義的立場からこの見解に共感するが、国家理論家として彼はホッブスと同様に、制定法が専ら実定法であり、つまり修正可能であるという見解をとる。制定法の内容は問題ではなく、それらが誰によって如何に成立したかは重要である。人間の自由と制定法を両立させるために、制定法を順守するもの自身がそれらを修正しなければならない。君主ではなく、臣民が主権者、つまり制定法の独立した創造者である場合に、立法

の際、全ての個々の国家市民が平等の権利に基づいて他人の意志から独立して自らの意志を表現できる保障が必要である。

国民主権の基礎は、具体的政治共同体から初めて生ずる集合的意志ではなくて、*全ての個々人の意志*である。この意志を法仲間共同体は集合体の抑制から守らなくてはならない。全ての市民が全ての市民を平等に拘束する制定法を採決する際、個々人が互いにできるかぎり*独立*していなければならないことは、ルソーにとって一番決定的な点である。ルソーのこの思想は微に入り細をうがつものであった。彼は書いている。「もし市民が互いに何のつながりもなければ、そして市民が確実な情報に基づいて判断するなら、意志の小さな相違の集合した大きな数から常に一般意思が生ずるであろう、そしてこの判断は常に正しいであろう」。<sup>(38)</sup>「何のつながりもない」—そこに我々はルソーの自由の理想、つまり1755年の*不平等に關する討議*における孤立した自然状態が容易に認められる。しかし、それは彼の民主制論の核心ではない。その核心はむしろ、判断過程において市民は*他人*の意見および意志から最大限に独立して判断しなければならないということを保障する規則であり、また全ての市民が一番重要な情報を利用できなければならないという規則である。我々は、そのことを「各々の市民が自らの意見のみを代表し」、それに基づいて判断することを保障する憲法規範として解釈できる。<sup>(39)</sup>このような意思形成の結果が、抑圧、歪曲、脅迫、恐喝、つまり覇権的条件の下で成立した結果よりよいものであるということを、我々は根拠に基づいて期待できる。即ち、ルソーが接続話法二式で表現しているように、「判断は常に正しいであろう」。この接続話法二式は、ルソーおよびカントがまだ知らなかった国民主権の誤謬主義的理解への道を開く。全ての実際になされた判断が誤っている可能性が存在し、従ってそれらが修正の原因になる可能性もある。

立法の手続きは、全ての市民の平等な独立性を保障しなければならない。立法の手続きがこのような独立性を実現すればするほど、制定法は一般意思によって正当化される。自らの洞察による自らの判断の平等な自由は、*Contrat Social* の唯一の基本権である。この自由は最早ホッブスの理

論のように、社会の外への道、自然状態への道を開かない。むしろ、この自由は、社会契約によって政治的かつ法的に制度化されている。この自由は、個人的に独立した創造者の自由である。それ故、ルソーは、徳のある共和主義者が公的に投票し、秘密選挙を否定することを要求したキケロを論難するのである。これは、キケロの意味する古代の政治的、現代の言葉でいうならば、共同体主義的自由理解の精神であった。ルソーはそれに対し、人間の自由を基本的に異なる、ラジカル個人主義的に理解する故に、秘密選挙を主張する。<sup>(40)</sup> 国家市民の権利を行使する権限のみが人間の自然的自由と市民的制定法の拘束を両立させる。個人化された国家市民が自らに与えた制定法は、「自由の存在」そのものである (Hegel)。人間を「自由であることを強制」しなければならないというよく誤解されているルソーの命題が、この意味、この意味のみをもっている。全ての制定法を順守するものが立法に参加できることを保障する自由は、—それは古典的で共和主義的要素であるが一古代人の自由ではなく、近代の人々、近代の個人の自由である。<sup>(41)</sup> このことを誤解したから、ベンジャミン・コンスタンが国民主権と近代の自由権が両立しえないということを主張した。<sup>(42)</sup> 民主制と自由主義が両立不可能であるということを主張するハナー・アーレントおよび C. シュミットは、同じ過ちを犯した。

ルソーは、「全体の全体に対する関係、あるいは主権者の国家に対する関係」を規定する「国家制定法」や「基本権」を他の全ての制定法、つまり「市民的制定法」から区別する（そしてまた道徳と法を厳格に分離しながら、法的に告訴も強制もできない「心の掟」から区別する）。<sup>(43)</sup> この区別に一種の憲法秩序の萌芽を見ることができであろう。しかし、この憲法秩序の本来の歴史は—北アメリカの若干の州における先駆者を別にして—1789年に始まる。基本権の個人主義が典型的な形で「厳格に、ラジカルに」<sup>(44)</sup> 成文化されたのは、フランスの革命の国民国家においてである。アメリカの先駆者の影響は大きかったが、フランスの二つの人権宣言における平等主義および個人主義はアメリカのそれより際立っている。最初は拘束力をもたない単なる宣言であったが、国民がその実現を要求し、法テクス

トに成文化されたが故に、最初は民主的国家のなかで、次に第二次大戦の後で国・超国家の広域的かつグローバルなレベルで、徐々に訴訟しうる実定法の形をとっていた。国家内では積極的に定義された市民権および人権が民主的主権者の中心的政策対象になった。これによって人権と民主制の循環的正当化過程は、事実上日常的、場合によって非日常的憲法立法の仕事になったのである。民主主義的手続きの公平性が制定法の正当性として現れるという反論かつ修正可能な推測は、正当性と合法性を結びつける。ここで現れるのは、公共圏に照らして、そして真剣かつ公的になされれば、成功する議論の過程のなかで過ちを認識し、よりよい問題解決をもたらす結果である。学習する主権者としてのみ、国民が自らに与えられた制定法の正当性を保障する。この過程が進展すると、学習過程の失敗、学習過程の停止、教条主義の定着、学習過程の逆流、つまり逆行や迂回は常に可能である。<sup>(45)</sup> 国民が自らを傷つけるようとする場合、それを止める権利は誰にもないという命題は、ルソーの誤謬主義的思考を表現する。しかし逆に、国民は自らの痛みから学び、徐々に自己責任による未熟さを脱出する義務がある。

近代の憲法は通常、基本権の部および組織化の部からなる。1932年のC. シュミットの論争に対して、我々は、民主的法治国家においてこの2つの部の間の上下関係が存在してはいけない<sup>(46)</sup>ということを強調しなければならない。

上下関係が存在するならば、(権利が優位である場合) 民主制は存在しないし、あるいは(「人民」が優位である場合) 権利は存在しない。基本権の部が主に主観的権利を定義するのに対して、組織化の部に社会の民主的自己組織化の制度的権利および規範が含まれている。<sup>(47)</sup> 基本権は実定化された、合法的に制定された、超越的正当性をもっていない法でしかない。基本権とその他の法の相違は、前者が詳細な点で頻繁に修正され、新しく解釈され、早い社会的変化の新しい状況に適合されなければならないにもかかわらず、長期間的に適切なものとして見なされ、主に批判に長く対抗することができたことにある。しかし、基本権も実定法であり、超越的

当性ではなく、専ら合法性の産物である。必要な場合に、憲法作成権者が最後の手段として憲法革命を惹起し、修辞学的に「永遠の価値」として取り上げられた規範を、時間の流れに取り戻すことができる。そこからより良い結果、あるいはより悪い結果が生ずる可能性がある。何故なら、「人民」も歴史的存在でしかないからである。ちなみに、この誤謬主義的・歴史主義的洞察は、ルソーやカント、またヘーゲルやマルクスには見られない。

勿論それは、国民があるいはその過半数が全て好き勝手に決定できるということではない。ホッブスの主権論に倣って、ルソーが（続いてカントも）論証した通り、主権者は特定の法形態に拘束されている。主権者は制定法のみを作成できるが、それらは極めて要求の高い実定法の形態を持っていなければならない。実定法と主権の内的結合の原理から、すでにホッブスにおいて、市民的自由権の核心が形成されたことは、既に明らかになった。こうして見ると、相互関係を「実定法的手段で正当に規定しようとする」市民が互いに特定の「基本権」を「承認し合わなければならない」というテーゼを提供するハーバーマスも16世紀の政治哲学の理念に立ち戻っているのである。<sup>(49)</sup>このような規定がコミュニケーションによって再生産されている社会において、社会が民主的である場合にのみ、正当でありうる。制定法を順守しなければならない者だけでも、政治参加および制定法を修正する可能性から排除されてはならない。かくして、制定法、権利、民主制の循環は機能するのである。即ち、もし市民が制定法によって自らを相互に拘束しようとするならば、彼らがすべての者にとって容認しうる形で平等な自由の基本権を相互に与える場合にのみ、それは可能である。しかし、そうすることによって、歴史的に変化する実定法の解釈や再構築のなかで多かれ少なかれ適切に満たされている、実質的で超実定の基準が存在するという解釈は、決して正しくない。<sup>(50)</sup>むしろ、常に新しい内容的等価物によって満たされる機能（例えば閉鎖的社会を解放したり、型にはまった「支配的意見」を拡大した、修正する）、<sup>(51)</sup>道徳的・批判的機能を思い浮かべるべきであろう。この機能を果たさない限り、複合的社会に

における社会的統合の問題を解決するための重要な提案を提供する、近代法の力は低下してしまうであろう。しかし、常に同一の法の別の解釈だけではなく、常に新しい法が平等な自由権の機能を果たしている。<sup>(52)</sup>このような法を創出することは、民主的主権者の継続的で、「譲渡不可能」かつ「不可分の」<sup>(53)</sup>権利である。「法的に制度化されている、法から自由な空間の中で」(I. Maus)「合法性による正当性」(J. Habermas)を創出することは、主権者の課題である。

西洋の国民国家においては、ある程度適切な形で民主制と基本権の結合が可能であったのに対して、現在、間国家的かつ超国家的法においては権利が明らかに優位にある。グローバルなレベルで、1966年の国連の人権条約以降、世界法システムおよび国連を特徴づける民主的正当化の明白な欠落を、1966年の条約で極めて疑わしい形で民族の自己決定権と同一視されている民主制を（第一世代の自由権および第二世代の社会的権利と並んで）<sup>(54)</sup>第三世代の人権として昇華する試みがなされた。しかし、民主制は基本権としてではなく、平等な者の間の自由な意思形成の組織化された手続きとしてのみすべての実定法だけではなく、基本権や人権を正当化する起源である。それ故民主制は、人権・市民権を含んでいる基本権ではなく、組織化の部が始まる箇所、つまり基本法20条に始めて取り扱われている。民主制は人権だと宣告しただけで、まだ獲得したものは多くない。何故なら、この場合、民主制を保護し、整え、解釈し、修正し、変化する状況に適合させる、組織化された民主的主権者がまだ存在しないからである。このような主権者が存在しないかぎり、人権は温情主義や恣意の産物でしかない。民主制においてのみ人権は実現せうる。民主制なしに人権は、絵に描いた餅にすぎない。現在、世界の「上下関係による秩序の整っている社会」においても既に観察しうる実際のかつ極めて一方的な人権保護は、西洋の既存の民主的かつ平等な社会から発する、益々拡大された経済および法のグローバルな機能体系を通じて非民主的制度に大きい影響を及ぼす政治的かつ公的抑圧に負っている。現在中国を旅行する日本人、ヨーロッパ人、アメリカ人の人権保護は、自国のそれとはあまり変わらない

い。これは勿論中国の国民には妥当しないが、政治的亡命者として出国する場合、彼らはかつてない形で人権の保護を受けるチャンスが存在する。この意味においても人権は「閉鎖されている社会を開く鍵」の役割を果たしている<sup>(55)</sup>。毎日テレビ画面で映されている移民の流れを見ると、それは決して十分ではないが、なしよりましである。

人権の保護を受けるために、最早国民の資格をもつ必要がなくなっている<sup>(56)</sup>。人権が国民国家の枠の中で、また超国民国家的に実定化されて以来、国民の資格をもっていない法人格が存在する。彼らの資格は、西洋の民主制の国民のそれよりは弱いのであるが、最早法外的状況と関連づけられていないのである。民主制は、国民資格の制度を通じてだけでなく、何よりも先ずそのグローバルな結合や影響力に基づいて、人権の実定法上の妥当性のために唯一で一番重要な保障である。

民主制を放棄しても良い、あるいは放棄しなければならないと信じる人権政策より、国民主権の法的概念と前国家的民族の自己決定権との混同の方がゆゆしい。1966年の「市民的・政治的権利に関する国際条約」は、「すべての民族が自己決定権を有する」という曖昧な命題を政治的人権に昇格している<sup>(57)</sup>。ここでは前国家的、自然発生的、民族的に同質体の意味での「民族」の概念が使われているのである。こうした解釈は少なくとも排除されてはいないし、逆に益々国際法に重視されている。ホッブスからカントまで及ぶ、全ての西洋の憲法に個人主義的特徴づけられている法律的主権概念から全く離れている民族の概念に、「人間」と「民族」の結合に対するハナー・アーレントの批判は的を得ている。民族的に同質の共同体において人民は、自らを「制定法に取って代わらせるために」人権を吸収する<sup>(58)</sup>。しかし、前国家的民族、文化的、宗教的、民族的総体は、決して主権を有する国家市民ではない。それに対して、全ての国家権力が国民に由来するという基本法の定式は、ルソーおよびカントと同様に、「国家」と「人民」が同じ起源に由来することを前提とする。憲法作成権の行使によってのみ人民が主権者になり、そして自立的憲法作成によってのみ国家としての人民は国際法の主体にもなる。前国家的権利が存在するならば、

その主体は「民族」ではなく、常に個人なのである。<sup>(59)</sup>

## 註

- (1) Ingeborg Maus の批判に謝意を表します。
- (2) Hannah Arendt, *Elemente und Ursprung des Totalitarismus*, München 1986, S. 454.
- (3) 人権実現の外的制限としての国民国家の問題について、私はここで論ずることができない。この問題について次の論文を参照。Hauke Brunkhorst, „Sind Menschenrechte eine Aporie? Kritische Bemerkungen zu einer These Hannah Arents“, in: *Kritische Ju-stiz* 1996; Hauke Brunkhorst, „Paradigmenwechsel im Völkerrecht? Lehren aus Bos-nien“, in: Mathias Lutz-Bachmann/James Bohmann (Hg.), *Frieden durch Recht*, Frankfurt am Main 1996.
- (4) Franz Neumann, *Die Herrschaft des Gesetzes*, Frankfurt am Main 1980, S. 113.
- (5) Jean Bodin, *Sechs Bücher über die Republik*, 1576, I, VIII.
- (6) Helmuth Quaritsch, *Souveränität. Entstehung und Entwicklung des Begriffs in Frankreich und Deutschland vom 13. Jahrhundert bis 1806*, Berlin 1988, S. 20.
- (7) 専門家依存について、Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1993; Harold Bermann, *Recht und Revolution*, Frankfurt am Main 1991.
- (8) Ulp. D. I. 3. 31.
- (9) Thomas Hobbes, *Leviathan* (ed. MacPherson), London 1968, Chap. 30, S. 388.
- (10) Thomas Hobbes, *Leviathan*, 1651, zit. u. d. dt. Übersetzung (Euchner), Frankfurt 1984.
- (11) Thomas Hobbes, *De Cive*, 3. Kapitel 28/29, 6. Kapitel 9, 14. Kapitel 3, 14, 19, zit. u. d. dt. Übers., Hamburg 1959.
- (12) Thomas Hobbes, *Leviathan*, 37. Kapitel.
- (13) Carl Schmitt, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, (1938), Köln 1982.
- (14) Jean Bodin, *De la démonomanie des sorcières*, 1580.
- (15) Thomas Hobbes, *Leviathan*, 15. und 21. Kapitel.
- (16) Crawford. B. Macpherson, *Die politische Theorie des Besitzindividualismus*, Frankfurt am Main 1973.
- (17) Thomas Hobbes, *Leviathan* (ed. Fetscher), Kapitel 30, S. 255, Kapitel 15, S. 118, (ed. Macpherson), S. 212.
- (18) Allan Ryan, „Hobbes and Individualism“, in: G. A. J. Rogers (ed.), *Perspectives on Thomas Hobbes*, Oxford 1988, S. 81ff.
- (19) Thomas Hobbes, *Leviathan*, 28. Kapitel.
- (20) (法的社会契約によれば) 思想や意識の産物は、最早社会に属するもので



- はなく、そして絶対に社会の処理の対象ではない。そのことは実際に妥当するが、規範的側面もある。即ち、思想や信条に関する制定法（例えば宗教裁判の制定法）は、制定法ではないし、従って実定法ではない。
- (21) Thomas Hobbes, *Leviathan*, 37. Kapitel (ed. Fetscher, S. 255, 218).
  - (22) Uwe Wesel, *Geschichte des Rechts*, München 1997, S. 368.
  - (23) Thomas Hobbes, *Leviathan*, 26., 27. Kapitel.
  - (24) Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main 1992, S. 151ff; Niklas Luhmann, „Subjektives Recht: Zum Umbau des Rechtsbewußtseins in der modernen Gesellschaft“, in: Niklas Luhmann, *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Bd. 2, Frankfurt am Main 1981, S. 45-104.
  - (25) John Locke, *Über die Regierung*, 1690, zit. n. d. dt. Ausgabe, Frankfurt 1995, II § 22, 89.
  - (26) そのことは既に11世紀と12世紀の法王の法革命から始まる。Harold Bermann, *Recht und Revolution*, Frankfurt am Main 1991; Hauke Brunkhorst, „Die Verrechtlichung des Sakralen“, in: *Leviathan*, 2/1991, S. 241-250.
  - (27) Hobbes, *Leviathan*, lat. Ausgabe, 26. Kapitel. この有名な命題は、制定法が真理でありえないことではなく、政治的権力が制定法に実定的妥当性を与えることのみを意味する。勿論、そのことによってホッブスは立法者を全ての真理要求から開放する。
  - (28) Uwe Wesel, *Geschichte des Rechts*, München 1997, S. 403.
  - (29) Montesquieu, *Vom Geist der Gesetze*, 1748, II/6.
  - (30) Hasso Hoffmann, „Zur Herkunft der Menschenrechtserklärungen“, in: JuS 1988, Heft 11, S. 844.
  - (31) Paul Lorenzen, „Szientismus versus Dialektik“, in: R. Bubner u. a. (Hg.), *Hermeneutik und Dialektik*, Tübingen 1970, S. 57-72; Paul Lorenzen, *Normative Logic and Ethics*, Mannheim 1969.
  - (32) Ingeborg Maus, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, Frankfurt 1993; John Elster, *Arguing and Bargaining*, Starr Lectures, Zale, Law School 1998.
  - (33) J. J. Rousseau, *Gesellschaftsvertrag*, I, 1, zit. n. d. dt. Übers., Stuttgart 1977.
  - (34) 合法性による正当性について、J. Habermas, „Legitimität durch Legalität“, in: *Kritische Justiz* I/1989.
  - (35) J. J. Rousseau, *Gesellschaftsvertrag*, II, 7. この点、マルクスは „Zur Judenfrage“ において徹底的に分析したが、その後彼は、より抽象的属主体の観点からルソーの孤立した人間の個人主義を市民的疎外として批判した。
  - (36) 「開く鍵の機能」について、Lutz Wingert, „Unpathetisches Ideal“, in: Hauke Brunkhorst (Hg.), *Demokratischer Experimentalismus. Politik in der komplexen Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1998, S. 35f.

- (37) J. -J. Rousseau, *Gesellschaftsvertrag*, I, Einleitung.
- (38) J. -J. Rousseau, *Gesellschaftsvertrag*, II, 3.
- (39) A. a. O.
- (40) J. -J. Rousseau, *Gesellschaftsvertrag*, II, 3; IV, 8, 5. Anmerkung.
- (41) H. Hoffmann, a. a. O., S. 847.
- (42) Benjamin Constant, „Die Freiheit der Alten und die Freiheit der Modernen“, in: Constant, *Werke*, Bd. 4, Berlin 1972, S. 363-396.
- (43) J. -J. Rousseau, *Gesellschaftsvertrag*, II, 12.
- (44) H. Hoffmann, a. a. O., S. 848.
- (45) H. Brunkhorst, *Demokratie und Differenz*, Frankfurt 1994, S. 199f.
- (46) Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität*, Berlin 1968; *Verfassungslehre*, Berlin 1989. この立場の批判、Ingeborg Maus, a. a. O.
- (47) Ingeborg Maus, a. a. O.
- (48) J. -J. Rousseau, *Gesellschaftsvertrag*, II, 4, 6, 7; Jürgen Habermas, *Theorie und Praxis*, Frankfurt am Main 1971, S. 104. 「自由と平等、そしてそれに基づいている生命、安全、幸福は、私法上に保障されている自然権および自然発生的社会関係の制定法の自動作用によって市民が取得するのではない。むしろ、一般意思の構造のみが、それが主権権力として如何なる制定法を作成し、自由に修正する権限をもっているにもかかわらず、自由と平等の原理と矛盾していけないことを根拠づける」(S. 104)。
- (49) Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, a. a. O., S. 151 (私は二つの箇所をイタリックに変えた)。
- (50) Jürgen Habermas, a. a. O., S. 159.
- (51) Lutz Wingert, „Unpathetisches Ideal. Über den Begriff eines bürgerlichen Wir“, in: Hauke Brunkhorst, *Demokratischer Experimentalismus. Politik in der komplexen Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1998, S. 35.
- (52) Thomas Kupka, „Demokratie ohne Naturrecht“, in: Hauke Brunkhorst, *Demokratischer Experimentalismus*, a. a. O., S. 257ff.
- (53) J. -J. Rousseau, *Gesellschaftsvertrag*, II, 1, 2.
- (54) Eibe Riedel, „Menschenrechte in der dritten Dimension“, in: *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 10/1989, S. 9-21.
- (55) Lutz Wingert, in: Brunkhorst (Hg.), *Demokratischer Experimentalismus*, Frankfurt am Main 1998.
- (56) 人権の矛盾に関する有名な批判の段階で、ハナー・アーレントがそのことを予測できなかった。Hannah Arendt, *Elemente und Ursprünge*, a. a. O., S. 452ff.
- (57) *Menschenrechte*, München 1992, Beck-Texte.
- (58) Hannah Arendt, a. a. O., S. 370.

- (59) この意味でカントは「民族」と「人民」を区別する、MdS; I. Maus, „Volks-souveränität und das Prinzip der Nichtintervention in der Friedensphilosophie Immanuel Kants“, in: Hauke Brunkhorst (Hg.), *Einmischung erwünscht? Menschenrechte und bewaffnete Intervention*, Frankfurt am Main 1998, S. 88-116.