

## 憲法解釈論の構造 (3・完)

千國 亮介\*

**要 旨** 人間は、「理性」を持っているがゆえに、「尊厳」を有し、「尊厳」を有しているがゆえに、「個人」として尊重される。ここでいう「理性」とは、衡量判断〔普遍性〕へ向けられたものであった。それゆえ、個々人が、そのような「尊厳」ある主体である（あり続ける）ために／「尊厳」ある主体であるということとは、健全な政治プロセスが確保されるとともに、普遍性を実現できるだけの（憲法）裁判のプロセスが十全に確保されることが求められる／（十全に）確保されることと同義である。この意味におけるあるべき憲法裁判〔人権〕保障を確立するためには、それゆえに、過剰侵害禁止だけでなく、過少保護禁止の側面も組み合わせた、基準論の形成・定立が求められる。「尊厳」ある「自由」な主体（＝我々／個々人）にとって、「憲法」は、このような価値〔普遍性〕向けられた〕そのものであり、その意味での共存するための入れ物であり、「憲法」解釈論は、それを実現するための技術である。

**キーワード** 個人、人間の尊厳、保護義務、人権主体、憲法

### 1. はじめに

本稿は、前稿の「憲法解釈論の構造 (2)」から、引き続いて論じるものである<sup>1)</sup>。

### 2. 「個人の尊重」と「人間の尊厳」<sup>2)</sup>

人間は、この「理性」（前稿 参照）を持っているがゆえに「尊厳」を持つと考えられている<sup>3)</sup>。そして、「人間」は「尊厳」を有するがゆえに、「個人」として「尊重」されるのである。

「理性」を ①功利主義的なもの（長谷部説的）や ②“自らの生の作者”になりうる能力（佐藤幸治説）と捉えれば（前稿・注31 参照）、「個人」として「尊重」されることこそが、その人の「尊厳」が保たれるということである、ということに尽きる<sup>4)</sup>ので、「個人の尊重」と「人間の尊厳」は同義となる（ $\alpha$ ）。一方、「理性」を ③衡量判断〔普遍性〕へ向けられた想像力とでもいうべきもの（本稿の立場）と捉えれば、「人間」は「尊厳」を持ち、その「尊厳」を確保するために、「個人」

として「尊重」される必要がある、と考えることになるので、実質としての「人間の尊厳」<sup>5)</sup>と、形式的手段概念としての「個人の尊重」とは異なるものとなる<sup>6)</sup>（ $\beta$ ）。

$\alpha$  の立場に立てば、図1の私人Aは国家に対して、「個人として尊重してもらふ権利」＝防禦権<sup>7)</sup>を有し、私人Bも同様に「個人として尊重してもらふ権利」＝防禦権<sup>7)</sup>のみを有する、ということになる。（図1に即していえば、私人Bの立場〔保護を求める立場〕は想定されず、私人Aの立場〔防禦権を主張する立場〕しかない、ということでもある。）一方、 $\beta$  の立場に立ち、さらに、解釈上「個人の尊重」（憲法13条前段）に「人間の尊厳」の意味も読み込むとすれば、私人Aも私人Bも、防禦権に加えて、保護される〔互いに保護しあう〕法・権利＝主観的保護請求権<sup>8)</sup>等を有する、ということになる。例えば、女性が自己決定権の一内容として墮胎の自由を主張するとき、それとぶつかり合うものとして、胎児の生命

\* 岩手県立大学総合政策学部 〒020-0693 岩手県滝沢市菓子 152-52

権を観念する（「人間の尊厳」から導出される）ことができる<sup>9)</sup>。（私人Aと私人Bは常に入れ替わりうるものであるが、ここでは図1に即して私人Aを防禦権を主張する立場にある者、私人Bを保護を求める立場にある者とし、上述の例ではA=女性、B=胎児として議論を進めたい。）

そうだとすると、現実問題として、上述の胎児や、差別的言論にさらされる者、教育を受けるべき子ども、犯罪被害者としてケア等を必要とする者など、人間である以上保護を必要とする場面は多々ある以上、 $\beta$ を採るのが理に適しているといふべきである。もっとも、「保護」というとき、 $\alpha$ からは、自律を阻害する概念であり、むしろ「尊厳」を害するものではないのか、という批判がありうると思われる。しかし、例えば、犯罪被害者が犯罪被害へのケアに関する立法を求めたり、差別的言論の規制を求めたりすることは、人間が「国家」[客観的精神]に対して客体化するわけではなく、「国家」との関係で主体性を保持しているのである。というのも、前述したように、自分自身の権利のために闘争することこそ「国家」を支えているのであり、「個人」が「国家」と相互依存の関係にあるとき、「人間」すなわち「尊厳」を持つ主体となるからである（前稿・注16、27等参照）。また、本稿の人権観からは、他人の権利のための闘争もありうるし、ありうべきである（前稿・61頁等参照）。このモデルを憲法論上具体的に言えば、例えば、典型的には、選挙における投票行動で自分の考え[どのような立法をして欲しいか]を表すことができる<sup>9)</sup>し、他にも、「議会」の立法不作為を違憲なものとして「裁判所」に訴えるということ（この立場から、抽象的違憲審査制が求められる（前々稿・注27等参照））がありうる。そして、これは、「議会」の立法が、（本来の防禦権の意味の）人権を侵害するものであるときに「裁判所」にその違憲判断を求める権利と両立するのである。したがって、「国家機関」としての「国家」に対しても客体化するものではない。「尊厳」ある主体として、「国家機関」に対して、「防禦」と「保護」（「自制」と「介入」）を

要求し続けているのである<sup>10)</sup>。逆に、「国家機関」に対して、その前者だけしか要求しないとする考え方は、「国家」との関係で十分に主体的であるとはいえない。「国家」の運営を、基本的に「国家機関」に任せてしまい、（つまり、「国家機関」に従属し、）最低限自分の生活領域だけを守るという消極的なかわりにとどまろうとする考え方なのである<sup>11)</sup>。また、理論上、選挙権や社会権を「人権」の一類型とみなすことはできなくなるはずである<sup>12)</sup>。

### 3. 三極関係と「国家の基本権保護義務」

こうして、（前々稿・105頁以下で主に指摘した）三極構造のモデルに立ち戻ることになる。

前述したように、立法等に対する違憲審査およびその基準論は、背後で三極関係を前提としたものであった。そこでは、私人Aの人権を制約する立法等の国家行為が違憲となるかどうか判断されるが、その際、私人Bに代表される利益について潜在的に考慮される、ということであった。そして、私人Aの人権と表面上対抗関係にある、この私人Bに代表される利益は、「人権」に内在する制約であり、「人権」は、そもそもそのような諸利益の対立関係における衡量問題を抱え込んだ概念であり、その抱え込むということが、この社会＝国家の一員になること、すなわち、「人権」主体になることを意味するような、そういう概念なのであった。そうだとすると、そのような「人権」主体は、常に社会＝「国家」[客観的精神]を形成し続ける主体なのであり、「国家」を技術的に運営する「国家機関」に関わり、それを媒体として、「国家」運営に参画し、その反射として、自身の権利＝「人権」を実のあるものにしていくのである。

そう考えたときに、では、「人権」を実のあるものにしていくために何が必要かといえば、まず、法律の制定とその執行である。「人権」および「国家機関」[国会、内閣、裁判所]を成立させた「憲法」という一回的決断（“基本合意”）の趣旨に則って、「契約の自由」などを定めた「民法」や、「殺

人の禁止」などを定める「刑法」を制定し、それらを実効あるよう、裁判制度や警察制度などの法整備をしなくてはならないし、それに際して様々な細則の制定も必要となる。また、細々とした作業もあるはずで、官僚組織の整備も要求される。そして、これらを、「人権」実現のために過不足なく要求するためにこそ、選挙制度があり、憲法裁判＝違憲審査制がある<sup>13)</sup>のである。

そうだとすれば、法律等の国家行為が、過剰な場合だけでなく、過少な場合にも<sup>14)</sup>、「基本合意」としての「憲法」の趣旨に反するものであれば、(裁判所の)違憲判断を通して、国民全体の議論のなかで「国家機関」の運営に統制をかけていくことが要求されるのである。したがって、これらの要請を取り込んだ「違憲審査基準」としては、過剰介入についてのドグマーティクと過少保護についてのドグマーティクの双方が、いわば「衡量判断」を具体的にこなしていくための「基準論」として、必要になってくる。前者は、国家と私人 A=左辺にあたるものであり、「過剰侵害禁止」のための基準、後者は、国家と私人 B=右辺にあたるもので、「過少保護禁止」のための基準、と呼ぶことができる。そして、この後者の基準論を要求する理論が、「国家の基本権保護義務論」と呼ばれているものなのである<sup>15)</sup>。

ここで、前者と後者が組み合わせられた形での基準論を具体的に考え、構築していく必要があり、その際、前述してきたような「衡量問題」を正面から見据えながらの議論の蓄積のあるドイツ憲法学の諸説が非常に参考になると考えているが、これに関しては別稿を準備することにしたい<sup>16)</sup>。

また、「基本権保護義務」の根拠について、ドイツでは、①基本法1条1項の「人間の尊厳保護義務」規定、②国家目的論的・国家学的基础づけ[「国家からの自由」に先行するホプズの「国家による自由」、③基本権の客観法的側面などが、その有力なものとして、論じられている<sup>17)</sup>。日本では、①は明文としては存在しないが、前述のように「個人の尊重」に「人間の尊厳」を読み込むということはある。そして、そう読み込んだ

以上、「保護<sup>18)</sup>」も導かれるという解釈も成り立つ。また、②についても、これも前述したように、「近代国家」を基礎づける「憲法」を持つところではどこでも共有するものだったはずである。③についても、客観的法規範とは、前述したように、「憲法」を制定したときに合意をした(「人権」が保障される社会=平和を志向するという)根本的な規範であり、各人権主体の“権利のための闘争”によって維持されるものだったはずであり、それゆえ、これも、「憲法」を持つところはどこでも共有している<sup>19)</sup>。

#### 4. 一般意思と公共圏、およびその前提

##### — “憲法という基本合意”の意味と維持 —

そうだとすると、このような「憲法」的規範を維持して行くのは、(「国家機関」も「人権」主体も、この社会を構成しているのは、すべて人間である以上、)どこまでいっても「人間」である。しかし、それは何ゆえに、また、何を意味しているのだろうか。

「自然」は「神」によって動かされているのかもしれないが、「人間」は悲しいことに「神」の手から離れてしまった。いや、そうではなく、「神」の手から離れてしまったと同時に、/にもかかわらず、神によって動かされる「自然」に囲まれ、共存し、自らのうちに「自然」を宿している以上、依然として「神」の手のなかにいる<sup>20)</sup>。それゆえ、「人間」は、自由でありながらも、「神」の意思を読み取りながらでなければ、生き続けることができない存在・生き物なのである<sup>21)</sup>。そして、ここで「神」ないし「神の意思」というのは比喩である。今ここで、「神の意思」と名指した「何か」は、それぞれの文化で、いろいろな呼ばれ方、語られ方をしているはずである。「神話」だったり、「宗教」だったり、本稿で扱った「啓蒙思想」でさえ、この例から外れるものではない。その土地や国、地域の歴史や時代状況のなかで、必然的にその語られ方は決まってくる。それは、各人が、その「何か」を“納得”しなければ、それに則って生きることはないであろうが、その“納得”の

仕方は、そこにある文化コードによるからである。語られ方の違いはあれ、このような作業は、人間自身が生み出した生きながらえる工夫として、時代・場所をこえてどこにでも見出される。しかし、交通手段・通信手段等の発達——これも人間自身が生み出したのだが——により、異なる文化コードを持つ地域同士が交流を持つようになり、それぞれの文化コードが維持できなくなって変容し、それまでの説明が“納得”できなくなる。または、新たな科学技術の開発で、それまでの「神話」が説得力を持たなくなる（例えば、「聖書」にとしての地動説のように）。そこで、それに適応した“語られ方”が模索されるのである。人間の歴史は、そのことの繰り返しだったと思う<sup>29</sup>。現在は、いよいよ地球全体が一体化する段階にまで来ている。このようななかで、“納得”のための“語り”は拡散し、相対化され、どれも説得力を失っていく。加えて、科学技術の発展がきわめて高度なところまで来ており、自然との接触も希薄で、「神」の手のなかにいる感覚そのものを失いつつある。しかし、「神」の手のなかにいるという厳然たる事実は変わらない以上、「神の意思」の声を聞き取り、“納得”することができなければ、人間は生きながらえることはできない。人間は、人間自身のために、「納得」のための“語り”をあきらめることはできないし、あきらめてはならないのである。（それは生き物としての本能＝「自然」な姿である。あきらめたとしたら、それは「絶望」の子である。）しかし、それは如何にしてか。

もうすでに、「神話」や「宗教」といった、ある種の権威主義的な文化規範の継承という形態は採りえないであろう。「哲学」も、本来そういう権威的なものから切り離された、人間自身の主体性のなかでの思索の集積だったはずなのだが、今では何か棚上げされ、権威的な色彩を帯びているようにも感じられる。そのように扱われる限りにおいては、もはや通用力を持たないと考えなければならぬ。

そうだとすれば、あらゆるどんな文化圏に属し

ていたとしても、「自然」自体にテキストを求め<sup>30</sup>るしかないであろう。すべての文化圏のそれぞれの人間が、ともにもう一度「自然」から読み取る作業をし、地球全体で統一した文化形成を図っていくしかない。それによって、それぞれが有している文化を（現在進行しているように、相対化させられるのではなく）自ら相対化しながら強固さを獲得していくことができるとともに、各文化圏が（もちろん自然とも）平和・共存できるようになるのである。

では、この“「自然」から読み取る作業”は、如何にして可能なのであろうか。ルソーの『エミール』は、子どもを「自然」に学ばせながら育てることで、「神の意思」の声を聞き取れる「市民」を創出していく過程を描き、『社会契約論』で、そのような「市民(citoyen)」の「一般意思(volonté générale)」によって形成される社会の平和を描いている<sup>30</sup>。ここで描かれていること（あるべき教育の本質＝あるべき社会）をもう一度考えてみるのが、ひとつの辿るべき道であるように思われる<sup>30</sup>。

そして、憲法学的には、ルソーのいう「一般意思」の内容を正確に捉えることが重要になってくる。「一般意思」とは、人民全体の意思であって、一部の意思ではない<sup>30</sup>。そして、一部の意思は「特殊意思」であるが、そのような「特殊意思」の総和としての全体の意思は、「全体意思」であって、決して「一般意思」ではない。それゆえ、「特殊意思」を代表するような部分的結社は好ましくなく、「一般意思」を形成するためには、個々人が他人に影響されずに自分だけの意見を述べるのが効果的である、とルソーは考えるのである<sup>30</sup>。そのように形成された「一般意思」は、まさに「公共の福祉」なのであるが<sup>30</sup>、「国家」が衰えはじめ、特殊な利益が意識の上を上りはじめると、そういう特殊な利益が「公共の福祉」という神聖な名で身を装うようになり、「一般意思」が口を利けなくなることがある、と述べている。つまり、「一般意思」は決して破壊されないが、口を利けなくなるとはあるというのである<sup>30</sup>。また、「一

般意思」は、常に正しいが、具体的な人民の議決は誤ることがあるとされる。なぜなら、人民は腐敗することはないが、欺かれることはあるからである<sup>30)</sup>。つまり、言い換えれば、本稿でここまで述べてきた「公」としての「国家」は、衡量判断を欠いた「人々」や「国家機関」によって、乗っ取られることがあるのである。そして、そうならないためにこそ、衡量判断を有する「市民」を創出する、というのが、ルソーの議論だったのである。ルソーは、そのような「一般意思」を反映した「立法」をするには、「人力をこえた計画」と「なきに等しい権威」が必要だと述べる<sup>31)</sup>。それを実現するのが、“衡量判断を有する「市民」”なのである。

さて、このように考えてみると、“「一般意思」＝(精神的結合としての)「国家」と“「市民」＝(衡量判断を引き受けた)「人権」主体”との相補性がやはり再び浮かび上がってくるのであり、各人の「人権」が保障されるためには、人間の営みにすべてかかっており、それも常に、このように「憲法的規範」へコミットする意思に裏づけられているものでなければならないのである。(そして、この「憲法的規範」は、いまや「自然」から読み取るしかないものであった。)したがって、**図1**に即していえば、「人権」が保障される「社会」＝「国家」であるためには、まず、(i)人々が「市民」で、「一般意思」を形成するものでなければならない。加えて、(ii)立法府などの「国家機関」が「一般意思」を反映するもの、すなわち、人民の「一般意思」と「国家機関」が乖離しないものでなければならない。そういった状態を確保している空間こそ、「公共圏 (Öffentlichkeit)<sup>32)</sup>」と呼ばれるものであり、その創出が現代の大きな課題なのである。

前述したように、複数の文化圏が交流し、文化コードが拡散し、弱められている現代においては、地球全体で統一された文化形成が必要になってくるところ、ひとつの有用な概念は、やはり「コミュニケーション的理性(前稿・注29等参照)」になってくるであろう。①(いまや「自然」から

学ぶべき)「平和」への意志としての「理性」にコミット[この段階で、「人力をこえた計画」と「なきに等しい権威」という条件が揃う]した主体が、②討議していくことではじめて、各文化圏をこえた、地球全体での「一般意思」＝「法」の形成に開かれるはずだからである。(その結果として、ルソーの想定した「一般意思」とは違う姿があらわれるのかもしれない。それは、結果として平和的にあらわれたものが、「国家」というより「(たんなる)統合」にすぎないかもしれないからである。「文明」を手に入れた生き物は、「自然」に寄り添ったままの生き物と比べて、「より深い悲しみ」を抱えないわけにはいかない、ということくらいは、覚悟する必要があるだろう<sup>33)</sup>。)

なお、このような議論が、どこか宗教めいているとの批判があるかもしれない。宗教めいているというのはその通りである。しかし、「文明」を持っているというのはそういうことであり、すべては意味づけのなかで生きている(「お金」だって、その「紙」への意味づけ抜きに成立しない<sup>34)</sup>)のである。意味づけとは、どこまでいっても価値であり、価値はどこまでいっても宗教的である。そして、意味づけのなかで生きることから免れることはできない以上、価値を否定することもやはり価値でしかなく、宗教であるが、価値を否定する宗教は、決して「希望」ではなく、「絶望」に向けられたもので(意味づけのなかで生きるということは、「絶望」ができてしまうということも意味するのである)、人間の「死」に向かうものである<sup>35)</sup>。それゆえ、「文明」に「生きる」以上、宗教性から逃れることはできないのと同時に、その宗教は「希望」を語るものでなければならない。そうである以上、“紛争の種にならないような「宗教的」なるもの<sup>36)</sup>”(ルソーは、それを「市民宗教」と呼んだ<sup>37)</sup>)の確立とコミットしか手立てはない<sup>38)</sup>。その象徴として世界的に記号化されているのは、現在のところ「人権」や「憲法」である。別にこの用語を使う必要はなく、平和な社会を形成するためには、これまで述べてきたような、(「自然」から学ばれる)「衡量判断」さえ、引き



受けられていけばよいのであるが、ともかく、現在のところ、「憲法」はそのような内実を持ちつつある概念であり、だとすれば、新しい地球規模の「文化＝（語弊を恐れずにいえば）神学」になっていくものなのだと考えられるのである<sup>39)40)</sup>。

## 5. 本稿〔本論文〕の結びに代えて ―価値と入れ物としての「憲法」と解釈論―

以上で、憲法解釈論の構造の提示を終えたいと思うが、最後に、ここまでの解釈論の構造上のキーワードを、価値の問題（憲法的価値）と結びつけながら〔憲法的価値を浮き上がらせながら〕、本稿で述べたことをまとめておきたい。

「人権」とは、「人間の尊厳」に根拠を求める概念で、“衡量判断”を引き受けるものである。これを「引き受ける」ことによって、「自由」な主体となる。「自由」な主体は、バラバラな「個人」でありながらも、“普遍的な連帯”と結びついており、「平和」を共有する。そういう価値を一時的に決断して制定されたものが「憲法」であり、裏を返せば、「憲法」はそういう価値を内包している、あるいは、価値そのものであり、かつ、その文書化したものこそ「憲法」である。

ここで「自由」とは、単に拘束がないということではなく、近代の価値としての、“自由 (liberté)”、“平等 (égalité)”、“友愛 (fraternité)<sup>41)</sup>”がワンセットになったものと理解することができる。つまり、例えば、形式的かつ単独の“自由”にとつては、“平等”や“友愛”は対立物であるが、実質的にはそうではない。互いに“平等”に尊重し合おうとするからこそ、互いに“自由”たろうとするのであり、互いに“自由”たろうとするからこそ、“平等”に尊重し合う。そして、この「互いに」というのは“友愛”の理念であり、これなくして“自由”も“平等”も成り立たないのである。この“自由”“平等”“友愛”のセットこそ、“普遍的な連帯”＝「平和」への理念なのである。そして、それにコミットすることが「立憲」であり、それを引き受けるのが「人権」主体になることである。

しかも、これは共存という消極的なところから構築しうる連帯であり、多様な文化、個々人の信仰をこえてコミットしうる。それは、最低限の、紛争を起こさないところを共有するものだからであり、その共有の更新を、その共有を資源として討議を重ねるといって、一種の間主観的なプロセスが想定されているからである。この更新の契機がなければ、「憲法」は、その趣旨に反して、暴力的なものになってしまうのであり、それではもはや「憲法」とはいえないのである。

「憲法」はそのようなものとして存在し、それを実現するために、我々自身が制定し、解釈理論（憲法学）が形成されてきた。その解釈論の構造分析を通して、そのことが確認できるとともに、本稿で示したように、（これまでの解釈学的営みを継続して、）よりよい理論的發展につなげることができると考えている。

### 【注】

- 1) 本稿は、拙稿「憲法解釈論の構造（1）」（『総合政策』19巻掲載。以下、「前々稿。」）、拙稿「憲法解釈論の構造（2）」（『総合政策』20巻掲載。以下、「前稿。」）の続篇であり、これらと同様に、2006年度早稲田大学に提出した修士論文の一部である。前々稿、前稿と同じ方針と趣旨の下、公にするものである（前々稿・注1、前稿・注1参照）。
- 2) 日本国憲法13条前段で「個人の尊重」、同24条2項で「個人の尊厳」が規定され、他方、ドイツ連邦共和国基本法1条1項では「人間の尊厳」が規定されている。ホセ・ヨンバルト教授によれば、「個人の尊厳」という言葉は、「個人」「尊厳」という用語が持っている意味からみて、本来成立しえない言葉であり（ホセ・ヨンバルト『人間の尊厳』と『個人の尊重』法学教室88号（1988年）52頁参照）、これに賛同しつつ、議論を明確化するためにも、ここは通説的見解（宮沢俊義『憲法II〔新版<再版>〕』（有斐閣、1974年）213頁、矢島基美「日本国憲法における『個人の尊重』、『個人の尊厳』と『人間の尊厳』について」栗城壽夫先生古稀記念『日独憲法学の創造力（上）』（信山社、2003年）253-254頁等

参照)に従って、「個人の尊厳」は「個人の尊重」と同義として、「個人の尊重」に含めて論じたい。そうだとすると、では、日本国憲法の「個人の尊重」は、ドイツ憲法の「人間の尊厳」と違う意味なのか、同義なのか問題となり、憲法学説上論争がある。これがここでの論点である。

- 3) この論理自体は、「理性」をどのように捉える立場も共有している。
- 4) 佐藤幸治教授は、未成年者に対する(限定された)バタナリステックな制約を(内在的制約、外在的制約とは異なる第三の類型として)認め、その論拠として、“自らの生の作者”であることができなくなる[人格的に自律できなくなる]ことを防ぐ必要性を挙げている(佐藤幸治『憲法【第三版】』(青林書院、1995年)405-406、411-415頁参照)。もつとも、(結論的な具体的妥当性は確保されているものの)説明としての一貫性が十分確保されていないようにも思われる。というのも、介入とは本来相容れない、“尊重”される＝「尊厳」が保たれる”という論理のみが軸になる「自律」概念が採られているからであり、たしかに、法哲学において、このような立場を前提としながらバタナリズムを正当化する論理として、「人格の同一性の程度」論が唱えられ(森村進『権利と人格』(創文社、1989年)108頁以下参照)、一定の説得力を持っていると思われるものの、これたりとて“コミットメント”の問題(前稿・注29参照)から解放されるわけではないと思われるからである。一方、「尊重」という形式は「尊厳」という実質を確保するための一手段と考える③によれば、人権制約の三つの類型を統一的に捉えることができる。「衡量判断」は、社会の関係性のなかで獲得されるもの(前稿・注15参照)だからである。
- 5) 本稿で述べてきた「理性」の内実と表裏一体の概念であり、ドイツ憲法1条1項に関してドイツの憲法学説上論じられているものとしての「人間の尊厳」。この概念の成立史等については、若松新「ボン基本法における『人間の尊厳』(1-11)」早稲田政治公法研究23-33号(1987-91年)、西岡祝「ボン基本法第1条成立史」福岡大学法学論叢36巻1・2・3号

(1991年)、同「憲法と『人間の尊厳』条項」福岡大学法学論叢36巻1・2・3号(1991年)参照。内容について、田口精一「ボン基本法における人間の尊厳について」『基本権の理論』(信山社、1996年)、押久保倫夫『『個人の尊重』の意義』時岡弘先生古稀記念『人権と憲法裁判』(成文堂、1992年)、青柳幸一『『個人の尊重』と『人間の尊厳』』『個人の尊重と人間の尊厳』(尚学社、1996年)、西岡祝「ボン基本法と人間の尊厳の保障(1-2)」福岡大学法学論叢38巻1号、39巻2号(1993年)、Bodo Pieroth u. Bernhard Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 19. Auflage, 2003, S. 80-85 [永田秀樹 他訳『現代ドイツ基本権』(法律文化社、2001年)115-123頁]等参照。

- 6) ただし、「個人の尊重」自体も実質概念と捉えて、「個人の尊重」と「人間の尊厳」を同義と考えることはできる(宮沢俊義『憲法II【新版<再版>】』(有斐閣、1974年)78-79、213-214頁、戸波江二『憲法【新版】』(ぎょうせい、1998年)122頁参照)が、議論の都合上、 $\alpha$ 「個人の尊重」(形式)を中心に考える立場＝“個人の尊重＝人間の尊厳”と $\beta$ 「人間の尊厳」(実質)を中心に考える立場＝“個人の尊重 $\neq$ 人間の尊厳”との対立軸で整理して論じたいので、かかる見解は、本来 $\gamma$ 「人間の尊厳」(実質)を中心に考える立場＝“個人の尊重＝人間の尊厳”と整理すべきものであるが、 $\beta$ に含まれるものとして論じることを御了承願いたいと思う。そして、 $\beta$ は、日本国憲法の「個人の尊重」にドイツ憲法の「人間の尊厳」を読み込む立場(つまり、解釈上の結論としての $\gamma$ )として設定することにする。
- 7) 武市周作「保護請求権としての基本権」大学院研究年報[法学研究科篇]30号(2001年)、同「憲法上の主観的保護請求権の実現」大学院研究年報[法学研究科篇]31号(2002年)等参照。
- 8) ドイツでは、ドイツ憲法が2条2項で「生命権」を規定し、1条1項で「国家権力」が「人間の尊厳」を「保護する義務」を明文で規定していることから、「生命権」と「人間の尊厳」を一体化させて、“国家権力が胎児の生命を保護する義務”を導き出すという解釈がなされている(判例・通説)。そこでは、通

常、「人間の尊厳」の内容を「生命権」に限定する代わりに、絶対的なものとする（あるいは、絶対的なものとする代わりに、内容を「生命権」に限定する）という論理がとられる〔=A「人間の尊厳」と「生命権」連結説、B「人間の尊厳」絶対説〕。それに対して、A「人間の尊厳」と「生命権」は保護領域が異なるはずで〔分離説（ホルスト・ドライヤー（H. Dreier））〕、「人間の尊厳」は絶対的だとしても、「生命権」は（正当防衛の例から分かるように）相対的であるはずだという見解や、A「人間の尊厳」も「生命権」も〔連結説に立ちながら〕ともに、相対的なもの〔B 相対説〕だとする見解（クレプファー（M. Kleopfer））が、少数ながら有力に唱えられている。（戸波江二「胎児の人権、死者の人権」同他『生命と法』（成文堂、2005年）、嶋崎健太郎「生命の権利と人間の尊厳」栗城壽夫先生古稀記念『日独憲法学の創造力（上）』（信山社、2003年）等 参照。）

本稿としては、前述のように、「尊厳」は「人権」を有する前提と考えているので、「人間の尊厳」は、すべての諸人権を抽象的に包括する概念であると考え〔A 分離説〕。そして、人権は衡量判断へのコミットと表裏に成立するので、すべての人権は、（生命権といえども、）衡量に服する相対的なものである。（この点、前稿・注31の議論との関連のなかで、「人質の生命を護るためのハイジャック犯の射殺は、犯人の生命権への介入ではあるが、同時に犯人の人間の尊厳への介入と言えるか疑問である」（嶋崎健太郎「未出生の生命の憲法上の地位と人工生殖・生命操作技術」ドイツ憲法判例研究会 編『未来志向の憲法論』（信山社、2001年）510頁）との指摘を参照されたい。）そして、「人間の尊厳」という概念が、抽象的なもの〔広義の人間の尊厳〕だけでなく、実定的レベル〔狭義の人間の尊厳〕としても（生命権等と別の保護領域をもつものとして）存在するとすれば、後者〔狭義〕の人間の尊厳は、やはり他の人権と同様に、相対的なものとするべきことになるが、一方で、すべての諸人権を抽象的に包括する〔前者の〕「人間の尊厳」は、（“基本合意”に関わるものである以上、）なおも、絶対的なものとするべきである。したがって、「人間の尊厳」は絶対的か相対的

か〔論点 B〕という問いに対しては、そもそも（いわば抽象的入れ物の存在として）絶対的なものであるが、その内容の実定的・政策的具体化にあつては（つまり中身としては）相対的なもの、と答えることになるであろう。

- 9) もっとも、この選挙というルートは、官僚主導の立法が多いこと（前々稿・注17 参照）や、選挙では複数の争点についての各候補者の提示する考えのなかから選ぶという消極的なものでしかない、といった諸問題によって、現在あまり有効なものとなっていないと思われる。やはり、当事者が直接参加しうる「裁判」のルートが今後重要性を増すであろう（前々稿・注27 参照）。
- 10) ここでの議論は、つまりこういうことである。“基本合意”（＝各人の自由（実質の意味）が確保される平和な社会の創設）によって、それぞれの人はその社会〔つまり国家〕の一員（平等な status）となるが、その国家を運営するための「国家機関」の（大枠での）承認もその“基本合意”のなかに含まれている。「国家機関」によって、“基本合意”が実現される〔= i 国家による自由〕が、「国家機関」は、「国家」の所有者・主体ではないので、“基本合意”の趣旨を没却するような活動は禁止される〔= ii 国家からの自由〕し、そのような活動がなされないようにすることをも含めて、各人はその国家の一員である以上、「国家機関」という媒体を通して、運営に参加する主体でもある〔= iii 国家への自由〕のである（前々稿・注18 参照）。i～iiiがワンセットとなって「近代国家」が成立しており、そのような「国家」を形成している個々人が「人権」主体なのである。（つまり、「国家」なくして「人権」なく、「人権」なくして「国家」はないのであり、この「人権」と「国家」の不可分性およびその双方の存在を支えているのは、憲法の“基本合意”すなわち「憲法的価値」（およびそれへのコミット）なのである。）したがって、各人が「国家」に所属し、その恩恵を自覚している以上、その国家を運営する「国家機関」というものをシステムの許容しながら、その運営に参加する（特に不満を言わず「国家機関」の運営に従うという選択も含めて）のが、「尊厳」を有する「人権」主



体〔＝市民〕である、ということであり、本稿の立場を支える「近代国家」理解である。

なお、ここで重要なことは、人間なしに国家はありえない以上、“人間を性善説的に捉えながら、国家を性悪説的に捉える”こと（あるいはその逆）はできない、ということである（ホセ・ヨンバルト『人間の尊厳と国家の権力』（成文堂、1990年）125頁参照）。つまり、人間は善でも悪でもあるからこそ、国家も善でも悪でもあるのであり、だからこそ、善なる社会に向けて取り組まなければならないし、それは可能だという結論＝i～iiiがワンセットとなって「近代国家」が成立している、ということを理解しなくてはならないと思われるのである。（それゆえ、i～iiiのどれかひとつが欠けたり、強調しすぎたりすれば、バランスが崩れるはずである。ただ、その時々で、どこかのバランスが崩れていると感じ、バランスをとるためにこそどこかを強調するということはありえよう。それは、時代状況の認識にかかってくる。とはいえ、それも、時代をこえて妥当する論理を背景で確立した上でなければ、むしろ危ういのではないだろうか。）

- 11) 長谷部教授の、「国家の正当化論」と「切り札としての人権」を組み合わせた憲法論（前稿・注27、前々稿・注18等参照）は、この立場にあてはまる。（なお、マス・メディアに与えられた報道の自由を「公共の福祉に基づく権利」としたり、公教育制度を教育の持つ「公共財」としての性格に基づいて正当化する議論も、「国家の正当化論」を思想的前提とした亜種〔一ヴァージョン〕とみられ、ここにおいても、「国家」中心の論理構成であることが看取できるようにも思われる。）

また、高橋和之教授も、前述（前々稿・注18）の論理〔近代国家は、財産権を重視するとともに、政治への参加そのものに独自の価値があるとは考えなかった〕からは、「国家への自由」を重視しておらず、この立場にあてはまると考えることができる。ただ、「国家による自由」を“法律上の権利”と捉えていることから、長谷部教授のように憲法理論的基礎を与えるというより、実定法としてすでに存在している、という歴史的事実に根拠を求めている点で、長

谷部説とは根本的な相違がある。しかし、「法律」は、憲法の枠内であればいくらかでも改正できるものであり、「国家による自由」という「国家の創設」＝“基本合意”に関わることを、（その基礎づけにおいて）「憲法」でなく「法律」に求めるのは、法体系的にみて妥当ではないように思われる。例えば、「契約の自由」が奪われるような民法改正や、「殺人」が合法になるような刑法改正は、違憲とはならないのだろうか。（この点、拙稿「私人間効力論議に関する覚書—憲法は私人間において無適用だが直接効力が及ぶ—」戸波江二先生古稀記念『憲法学の創造的展開（上）』（信山社、2017年）を参照されたい。）

やはり、本稿としては、各人＝社会の「平和」に向けられた「国家」を論じるためには、「国家による自由」「国家からの自由」「国家への自由」三つともに一貫した憲法理論的基礎を与える必要があると思われるのである。

- 12) 高橋教授は、裁判を受ける権利と社会権は、本来の「人権」ではないが、例外的に「憲法上の権利」として認められたものとされている（前々稿・注18参照）が、そこにあまり一貫した説明があるように思われない。また、長谷部教授も、他の権利とは違い、選挙権や社会権について、自身の憲法論の体系に関連させた説明を（少なくとも明示的には）行っていないように思われる。
- 13) ディーター・グリム (D. Grimm) (毛利透 訳) 「基本権を擁護せよ！」法律時報 69 卷 11 号 (1997 年)、クラウス・シュテルン (K. Stern) (小山剛 訳) 「ドイツにおける憲法裁判制度」名城法学 46 卷 3 号 (1997 年) 等 参照。
- 14) ここで、「過剰」「過少」というのは、次のようなことである。例えば、「殺人を禁止する」立法がなかった場合、それは明らかに過少である。一方、「表現を全般的に禁止する」立法があったら、それは明らかに過剰である。前者は、私人 A の利益に偏り、後者は、私人 B の利益に偏っているからである。また、「差別的言論を禁止する」立法は、私人 B の利益を守るためであり、程度によって (A と B の利益の衡量にかかった形でなら) 過剰とはいえないが、「国家機関〔時の政府など〕を批判する言論を禁止する」

立法は、私人Bではなく、「国家機関」の利益を守るためのものであり、「国家機関」は「機関」でしかない以上、利益はないはず（私人A Bの利益のためのときは別）なので、そもそも「過剰」と判断されるべきものである。

- 15) この理論について扱う我が国の代表的論考として、山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治（1～2）」法学論叢 113 巻 4 号、5 号（1993 年）、同「憲法と民法の関係—ドイツ法の視点」法学教室 171 号（1994 年）、同「基本権の保護と私法の役割」公法研究 65 号（2003 年）、戸波江二「国の基本権保護義務と自己決定のはざままで」法律時報 68 巻 6 号（1996 年）、同「人権論の現代的展開と保護義務論」栗城壽夫先生古稀記念『日独憲法学の創造力（上）』（信山社、2003 年）、同「胎児の人権、死者の人権」同他『生命と法』（成文堂、2005 年）、鈴木隆「ドイツにおける保護義務の基礎」法研論集 76 号（1996 年）、同「ドイツにおける国家任務としての保護（1～2）」法研論集 81 号、82 号（1997 年）、小林伸一「憲法上の『政府に対し保護を請求する権利』と『政府の保護義務』に関する序論的考察」清和法学研究 3 巻 1 号（1996 年）、山崎栄一「基本権保護義務とその概念の拡大」六甲台論集・法学政治学篇 43 巻 3 号（1997 年）、永松正則「自己決定権と基本権保護義務」名城法学論集大学院研究年報 30 号（2003 年）、および、なかでも最も代表的なものとして、小山剛『基本権保護の法理』（成文堂、1998 年）、同『基本権の内容形成』（尚学社、2004 年）。また、同理論を積極的に否定する論考として、西原博史「『国家による人権保護』の困惑」法律時報 75 巻 3 号（2003 年）、同「基本権保護義務論の位相と『平等の法律による具体化』について」栗城壽夫先生古稀記念『日独憲法学の創造力（上）』（信山社、2003 年）、同「<国家による人権保護>の道理と無理」樋口陽一 他編『国家と自由』（日本評論社、2004 年）、高橋和之「憲法上の人権」の効力は私人間に及ばない」ジュリスト 1245 号（2003 年）、同「現代人権論の基本構造」ジュリスト 1288 号（2005 年）、同「人権論のパラダイム」憲法問題 17 号（2006 年）、根森健「憲法上の人格権」公法研究 58 号（1996 年）等がある。

ドイツでは判例・通説であるこの理論（同理論の母国ドイツにおける形成過程や内容の概要については、前々稿・注 11 参照）は、我が国では、肯定（少数説）と否定（多数説）で激しく争われており、肯定説のなかでも、その肯定・導入の程度やニュアンスに差があり、やはり争われている。

否定説の代表的論者である西原博史教授は、基本権の法律による具体化〔基本権保護義務論〕は、条件プログラムとしての憲法規範（基本権）を、客観的価値秩序という目的プログラムに質的に転換するもので、防禦権的意義を有する憲法が空洞化する、すなわち、「法システムの骨格を形成する概念に意味変化を迫り、法システム内部における理論的体系性が—政治システムの側で明確な意図を欠いたまま—掘り崩されて行く。」（西原博史「<国家による人権保護>の道理と無理」樋口陽一 他編『国家と自由』（日本評論社、2004 年）328 頁）なぜなら、「基本権が規範としての鋭さを発揮するのは、専門技術者集団としての司法と法学に共有された意味内容で、多数決に抗して実現される場面である。…立法者によって実現される自由は、所詮、多数者にとって有利であると考えられる自由でしかない」（同「基本権保護義務論の位相と『平等の法律による具体化』について」栗城壽夫先生古稀記念『日独憲法学の創造力（上）』（信山社、2003 年）226 頁）からである、と主張されている。たしかに、防禦権的側面が忘れられてはいけぬ。しかし、同理論が、防禦権的側面〔立法府の人権侵害に対して裁判所が違憲判断〕を維持しながら、立法府に対して裁判所が「保護義務論」を通じて統制をかける〔立法府の過少保護に対して裁判所が違憲判断〕、ということをどうみるのか、疑問なしとしない。裁判所の判断は、多数決ではなく、人権相互間の衡量判断によってなされるのであり、例えば、多数者によって在宅投票制度は不要と判断されても、ひとりの障害者の選挙権という人権のために、そのような不要という判断〔立法不作為〕は違憲であり、在宅投票制度の創設を要求する、というのはまさしく、保護義務論に基づいた、少数者の自由実現のための裁判所の憲法判断なのである。他方、依然として、単なる「国家機関」の利益のための立法等は、人権の「過剰侵害」として違憲とされる（本稿・

注14等参照)のである。

肯定説のなかでは、小山剛教授は、同理論の射程を厳密に限定するアプローチ(具体的には、墮胎判決の例や、代理商決定の例〔契約内容統制〕に限られ、自然災害からの保護などには適用されないとされる(小山剛『基本権保護の法理』(成文堂、1998年)48頁以下等参照))を採られるのに対し、戸波教授は広く肯定される(戸波江二「人権論の現代的展開と保護義務論」栗城壽夫先生古稀記念『日独憲法学の創造力(上)』(信山社、2003年)718頁、723頁、731頁以下参照)。また、保護義務の根拠として、①「人間の尊厳」②国家目的論的・国家学的基礎づけ③基本権の客観法的側面などが考えられているところ(この点、本文でも後述)、ドイツの通説は②③双方(とりわけ③を重視)にその根拠を求めているのに対して、山本敬三教授は②に限定する(山本敬三「契約関係における基本権侵害と民事救済の可能性」田中成明編『現代法の展望—自己決定の諸相』(有斐閣、2004年)9頁以下等参照)。(この点、小山教授はドイツの通説に近く、戸波教授は①②③すべてに根拠を求めているものと解される(小山剛『基本権保護の法理』(成文堂、1998年)170頁以下、戸波江二「人権論の現代的展開と保護義務論」栗城壽夫先生古稀記念『日独憲法学の創造力(上)』(信山社、2003年)717頁以下等参照)。

このような議論状況のなかにあつて、本稿は、前述してきたように「人権」を捉えている(前稿・59頁以下)[それゆえ、「人権」を語るときには常に背後に三極構造があると考えている]ので、広く肯定する立場に立つものである。もっとも、私見の「人権」理解では、前述のように、“人々が平和的に共存する社会の創設=基本合意”としての「憲法」規範に(一回的決断として)コミットしたときに、人々が持つことになった権利が「人権」であるので、人権の防禦権的側面も、客観法的側面も、ひとつの憲法的「客観規範」の要素であり、両側面はたしかに矛盾するものではあるが、分裂するものではなく表裏の関係にあるものであり、統一的に理解されるものである。(これは、アレクシー(R. Alexy)の「三重の抽象化(eine dreifache Abstraktion)」によって導かれる「根本原理(

Grundprinzipien)」の考え方[例えば、防禦権としての表現の自由を、①権利の主体(権利者)②権利の名宛人(義務者)③権利の内容(保障の種類)[この例では、①市民A②国家③侵害不作為]について抽象化すると、表現の自由という“単に命じられたもの(das bloße Gesolltsein)”になり、それを「根本原理」と呼ぶ]とその基礎を同じくするものと考えてよいように思われる。というのも、この「根本原理」は、人権[基本権]に基づく主観的性格、客観的性格の任意の内容の具体的要求を解釈により根拠づけるための出発点として用いることが想定されているからである。(vgl. Robert Alexy, Grundrechte als subjektive Rechte und objektive Normen, Der Staat 29.Band 1990 Heft1, S. 57 f. [小山剛訳「主観的権利及び客観法としての基本権(1)」名城法学43巻4号(1994年)187頁以下], ders., Theorie der Grundrechte, 2. Auflage, 1994, S. 478 f.)さらに、根拠について、私見としては、(本文で後述するように、)①②③すべてに求めることができると考えているが、あえていえば、上述のような「人権」(および人権[基本権]論)理解[防禦権的側面と客観法的側面を表裏のものとする]からは、やはり③が中心になると思われる。山本敬三教授は、③による根拠づけは単なる論点の先取りにすぎない等主張されているが、②のみを根拠とすれば、国家と人権のつながりが切れてしまい、国家側の論理が前面に出てくる危険があると思われる。(事実、国家目的論は歴史的に支配者の権力拡大に用いられたことが指摘されている(栗城壽夫『19世紀ドイツ憲法理論の研究』(信山社、1997年)358頁以下参照)。)国家は個々人の“基本合意”に基づいて設立されたものである以上、むしろ、その基本合意=国家目的なるものは、憲法的「客観規範」に包摂されるはずであり、人権と「国家目的を含む「客観規範」」とは表裏の関係にあるはずである。そのような(相互に論点の先取りから逃れられない)論理循環と切り離された「国家目的」があるとすれば、それは人権不在の国家側の論理でしかありえないと思われる。私見としては、広範かつ変動可能な「客観規範」(③)の中心で、(変動しても)客観規範それ自体が消えないようにいわば重石として存在する「基本

合意」を「国家目的」②と名指しし、その“基本合意”における価値的なものとして「人間の尊厳」①という概念が存在するものと解する。そして、ここに、本稿のこれまでの議論との関係性（公共の福祉に関する二段階画定説における一段階目→②、二段階目→③という対応関係など）が見出されるものと考えている。

また、栗城壽夫教授は、「国家秩序・法秩序全体の基本原理としての基本権のなかに主観的権利的内容と客観法的内容とが含まれていると考え、前者は基本権から直接的・無媒介的に導出されうるが、後者は基本権についての解釈論的・原理論的な実質的論証を経てはじめて導出されうるものと考え、前者は重要と思われる。」（栗城壽夫「最近のドイツの基本権論について」憲法理論研究会 編『人権理論の新展開』（敬文堂、1994年）104頁、下線による強調は筆者）と指摘され、いわば留保つき肯定説に立たれているものと理解されるが、この指摘自体重要なものと思われる。それゆえ、本稿では私なりに、基本権についての解釈論的・原理論的な論証を意識的にしてきたつもりであった。（もっとも、未だ十分ではないので、残される不十分なところは今後研究を進めてゆきたいと思う次第である。）

なお、同理論の「理解」に関連するものとして、次のような議論がある。すなわち、長谷部教授は、「国家による自由」のなかに、a「国家からの自由」の前提として、国家による侵害行為の合憲性を争い救済を求める地位が「国家により」保障されていなければならない、という意味のものと、b第三者たる私人による侵害行為から自由であるのも、刑事実体法や不法行為法等によって張られている「防衛線」があつてこそであり、（それらの第三者に対しての自由は「人権」として保障されていなくとも）やはり「国法によって」保護されている、という意味のものがある、と論じた上で、後者の「防衛線」を設営する義務が憲法上国家に課されているか、を問題にする。憲法上課されていないば、「国法」整備、すなわち、立法等の作為義務が国家にあり、それに反すれば違憲という論理がとられることになるからである。これについて、長谷部教授は次のように論じる。i「国家が国民の生命を尊重する義務を負うことは、さほどの異論なく、承認され

るであろう。ところで、この義務は、国家権力自身が国民の生命を侵害しない義務を含むだけではなく、第三者がもたらす危険や危害から、国民の生命を保護する義務をも含むと考えられる。社会契約の比喩を使うならば、人々が自然状態において保有していた自力救済の権利を原則として国家に譲渡し、あるいは委託したのは、少なくともそれと同等に実効的な生命保護の仕組みを国家が提供するとの条件の下においてであったと考えなければ筋が通らない。そうした実効的な生命保護の仕組みが提供されていないのであれば、国法を尊重すべき国民の側の理由も著しく弱まることになるであろう。」したがって、生命、そしてそれと同等の重要性と保護の必要性を持つ個々の国民の利益について、国家がそれを実効的に保護する制度を提供すべき義務を負っているとの結論は、自然に導かれる。（長谷部恭男「国家による自由」ジュリスト 1244号（2003年）33頁）と述べた上で、ii「保護のあり方をその時々政治的多党派の判断に委ねることができないほどの重要性を持つ利益については、その保護の義務は、憲法上要求される義務であるということも許されるであろう。」（同論文 33頁）iii「ここでいう国家の義務が、いわゆる『基本権保護義務』にあたるとの見方もあるかもしれない。ただし、仮に生命や健康、一般的な行動の自由等が基本権として保障されているとの前提に立ったとしても、ここで問題となっているのは、そうした基本権が、国家による侵害から保護する利益を、第三者による侵害から保護すべき国家の義務であり、それを『基本権保護義務』と称するとしても、そこでは相当の省略語法が用いられていることになる。そこでは『基本権』自体ではなく、『基本権』が国家から保護すべき利益 一小山剛氏は、これを『基本権法益』と呼ぶ。……が国家によって保護される。この点で、まさに基本権を保護する国家の義務が問題となる、[aの意味での]「国家からの自由」を保障する国家の義務とは異なっている。」（同論文 33頁の注10、[ ]は筆者による注）iv「[i・iiで述べた]国家の義務は、所与の条件の下で、問題となる利益の重要性と保護の必要性に応じ、可能な限り実効的に当該利益を保護する仕組みを提供すべき義務であつて、…原則として、個々の国家機関の行動を一義

的には指定しない。」（同論文 33 頁、[ ] は筆者による注）としている。

つまり、「国家による自由」も a の意味のものであれば、国家に憲法上義務づけたものであり、b の意味のものであっても、保護のあり方をその時々<sup>1</sup>の政治的多数派の判断に委ねることができないほど重要な利益についてなら、その保護を国家に憲法上義務づけたというが、そのようなものはほとんどなく、通常は、所与の条件の下、保護の仕方を政治部門で判断すべきであり、憲法上一義的に決まるようなものでないので、憲法が国家に義務づけているとは考えられない、ということ。および、憲法上義務づけられたものでも、a については、国家の基本権保護義務といえる — しかおそらく、これは「国家による自由」に化体するので、独立に論じる必要がない、あるいは、「国家正当化論」に吸収されるものなので、独立に論じる必要はない、と主張する趣旨を有していると思われる — が、（重要な利益に限定された）b については、「基本権」保護義務でなく、いわば「基本権法益」保護義務とでもいうべきものではないか — したがって、憲法学上「基本権保護義務論」は理論上成立しない、との主張が含意されていると思われる —、ということが述べられ、主張されている、ということができる。

しかし、「防衛線」の設言義務について、“社会契約の比喻”として説明をされているが、その説明そのもの (i) こそが、「社会契約」だったはずである。「社会契約」のモデルのひとつである「国家による自由」(ホッブズ) は、人間は人間にとって狼であるがゆえにこそ、平和のために社会契約を結んで「国家」を設立した、という論理だったはずであり、第三者たる私人がもたらす危険から国民の生命等を守るためにこそこの国家であった。そして、そのような国家が、その役割を逸脱する [= 人権侵害] ことは当然許されないものであるからこそ、「国家からの自由」(ロック) もセットで要求された（ということを実感するに至った）のであり、そのための制度整備に向けられた「国家による自由」も要請されたのである。したがって、a の意味でも b の意味でも、（憲法という“基本合意”があつてはじめて国家 [ 国家機関 ] が存在する以上、）国家は憲法上その [ a と b の ] 義務を負ってい

るのであり、そうである以上、保護される利益も、憲法上保障されるものであるはずであるから、呼び方はどうであれ、「憲法上の権利」であることにはちがいない。また、保護されるべき利益のほとんどについては、その保護のされ方は、政治部門の裁量に多くを委ねるべきもので、一義的に定まらない以上（人権を“切り札”として論じられる長谷部説からは）「人権」とはいえない (iv)、との理解については、保護義務論からすれば、そもそも、国家はそのような利益を保護する義務を有する、という大枠の方向づけが憲法上要求されている、というのが保護義務論の主張であり、その枠内でどのような手段を選択するかは、政治部門の裁量に任されると考えるものなのである。つまり、あくまでその枠を逸脱したときのみ、違憲判断が下されると考える議論なのである。（因みに、アレクシーは、これを「構造上の余地 (struktureller Spielraum)」と呼んでいる。すなわち、[ 防禦権に対応する ] 不作為義務は、複数の選択肢を考慮することができない = 一義的なものであるが、[ 保護請求権に対応する ] 作為義務は、そのための手段として複数の選択肢が考えられるのであり、そのいずれかを選択するかは当然行為者の裁量に任されるわけで、つまりそこに「余地」が残されるのである。例えば、「殺人をするな」というのは一義的であるが、「水難者を救助せよ」というのは、救助しなければならぬが、その手段として、泳いで行って救助しても、浮き輪を投げて救助しても、ボートで救助しても、どれでもよいのである。（vgl. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2. Auflage, 1994, S. 420 ff.）なお、長谷部教授も、iv の記述において、引用注でアレクシーを挙げられていたが、アレクシーは保護義務論肯定論者と受け止められていると思われる。）その意味で、上述の長谷部教授の議論が「保護義務論」を否定する趣旨であるとするならば、いわば、教授の同理論の「理解」は「誤解」であり、同理論否定の根拠となる議論にはならないように思われる。

また、高橋和之教授は、「国家による自由」を「法律上の権利」とされており（前々稿・注 18 参照）、それゆえに、保護義務論を批判されている（高橋和之「現代人権論の基本構造」ジュリスト 1288 号 (2005 年) 参照）が、「国家による自由」を「法律上の権利」



- とみることに、本稿としては、前述したような疑問を感じている(本稿・注11参照)。(なお、高橋教授が、小山教授の言うところの「基本権法益」(長谷部・前掲論文におけるiiiの引用箇所参照)を「憲法上の法益でないことは確かである」と述べたことに対して、松本和彦教授が、「何かの誤解であろう。基本権法益は憲法上の法益である。」(松本和彦「基本権の私人間効力と日本国憲法」阪大法学53巻3・4号(2003年)916頁)としているのは、既述のような高橋教授の依拠するフランス型と、ドイツ型の議論の相違を象徴している。)
- 16) さしあたり、拙稿「被害者の権利の憲法上の基礎づけ(2・完)」法研論集141号(2012年)参照。近年、このあたりのドイツ憲法学の議論の紹介が進んでいることについては、前述(前々稿・注28)。一方で、後者の基準(自体)については、その定立に難しい問題を孕んでいるが、そのことも含めて、小山剛『基本権保護の法理』(成文堂、1998年)第三章、同『基本権の内容形成』(尚学社、2004年)227頁以下等が現在でも最も精緻な研究を提供していると思われる。
- 17) 小山剛『基本権保護の法理』(成文堂、1998年)170頁以下、鈴木隆「ドイツにおける保護義務の基礎」法研論集76号(1996年)、クリスティアン・シュタルク(Chr. Starck)(小山剛訳)「基本権保護義務」名城法学49巻1号(1999年)186頁以下、ヨーゼフ・イーゼンゼー(J. Isensee)(ドイツ憲法判例研究会編訳)『保護義務としての基本権』(2003年、信山社)131頁以下等参照。なお、本稿・注15参照。
- 18) 「保護」という言葉は、たしかに誤解を生みやすいかもしれない。この点、前述のように基本権保護義務を肯定される戸波教授は、「国家による『保護』という語感是人権の国家への依存性を連想させるので避けたほうがよく、むしろ、国家に人権を保障するための積極的措置をとることを義務づけるという意味で、『積極的保障義務』の用語が適切である」(戸波江二「人権論の現代的展開と保護義務論」栗城壽夫先生古稀記念『日独憲法学の創造力(上)』(信山社、2003年)744頁)と述べており、基本権保護義務論の文脈における「保護」とは、このような「積極的保障」の意味を持つものと理解されたい。
- 19) ただし、その呼び方は、それぞれの国で異なる。そのことが、各論点での議論を混迷させている原因のひとつになっているとも思われる。ここでの客観的規範は、(各国の通説を前提とすれば)、ドイツでは「憲法」が担っており、フランスでは民法や憲法が前提としている「近代法」と括られるものに内在しており(拙稿「私人間効力論議に関する覚書—憲法は私人間において無適用だが直接効力が及ぶ—」戸波江二先生古稀記念『憲法学の創造的展開(上)』(信山社、2017年)注15等参照)、アメリカでは「建国者の意思」に見出される(松井茂記「憲法『解釈』の意味」阪大法学144号(1987年)等参照)。
- 20) 例えば、生き物を食べなければ生きていけない以上、人間は自然の生態系のなかに完全に組み込まれている。
- 21) 例えば、人間はたしかに、自然界にない物質を作り出すこともできる。それ自体でさえ、自然界の仕組みを知るからこそできるのであって、そこから離れたところでは成り立たないのであるが、それだけでなく、そのような物質を作り出すことで、生態系を壊し、人間自身の生存を脅かすこともある、ということが、このことを教える。そして、このようないわば「不自由な自由」を持ってしまったということこそ、(サルトル(Jean-Paul Sartre)に反して、)サルトルの「人間は自由の刑に処せられている」(ジャン=ポール・サルトル(J-P. Sartre)(伊吹武彦訳)『実存主義とは何か』(人文書院、1961年[1946年])29頁)という言葉の核心だったのだと考えられる。「自由」と同時に引き受けることになる「責任」の重さ。
- 22) 例えば、キリスト教圏でいえば、「聖書」の説得力の低下、宗派の分裂とその深刻な対立を受けて、「キリスト教」の持っていた「納得」を生み出す役割が「哲学」に移った。カント哲学は、「聖書」の説得力を低下させた原因となった、近代自然科学の大前提となる考え方を受け入れ、同時に、「善」の源泉を「神」ではなく「人間」に求めることで、「神の国」を「目的の国」に移し変えた。そのことで、説得力

を確保し、宗教的な教説同士の対立を緩和したのであり、「宗教」とは切り離された「世俗」で“平和”＝統合された“納得”の獲得に成功したのである。（カール・レーヴィット（K. Löwith）（柴田治三郎 訳）『世界と世界史』（岩波書店、1959年〔1958年〕）50頁以下、宇都宮芳明『カントの啓蒙精神 一人類の啓蒙と永遠平和に向けて』（2006年、岩波書店）160頁以下、坂部恵『坂部恵集1 一生成するカント像』（2006年、岩波書店）173頁以下 等参照。）カントの提示する「単なる理性の限界内の宗教」（Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, 1977〔1793〕, S. 645 ff. [北岡武司 訳『たんなる理性の限界内の宗教<カント全集 10>』（岩波書店、2000年）]）とは、そういう世俗化された宗教的なもの、つまり、宗教の世俗化形態だった。「近代啓蒙思想」と呼ばれ括られる思想家はみな、大きくいえば、このような問題に取り組んだのだ。「近代啓蒙思想」のこのような位置づけは、憲法学上すでに、『魔術からの解放』と『解放のための魔術』という言葉づかいで、分析的に提示されている（樋口陽一『近代憲法学にとっての論理と価値』（日本評論社、1994年）93頁以下 等参照）。

- 23) これが実は、デリダの「脱構築」の先にある／を貫いている“核心”＝“脱構築不可能な正義”（ジャック・デリダ（J. Derrida）（堅田研一 訳）『法の力』（法政大学出版局、1999年〔1994年〕）35頁 参照）なのだとは私考えている。（これは、「自然」という言葉を使っても、キリスト教的色彩を強く残した「自然法論」そのものとは異なる。）そして、この“脱構築不可能な正義”に満たされた「社会」こそが、「来たるべき民主主義」（前稿・注 31 参照）と名指しされているものなのである。

すなわち、権威主義的な色彩がついてしまったとすれば、その哲学は、少なくとも当該文化圏以外では通用力を持たなくなる（その固定化ゆえ）が、その“核心”は、そういうものではなかった（緩やかな妥当性を強く支えるものだった）はずだ、というのがデリダの脱構築的読解だったはずである。それでもなお、その核心を（「言語」を使う以上）言いあてることは所詮できない（本稿・注 36 参照）、とい

うことを承知の上で。

そして、また、三島淑臣教授のカント読解に基づく「実在する人間の存在論的根基（Radix）」の思想も、この“核心”と重なり合うものと思われる（三島淑臣『理性法思想の成立—カント哲学とその周辺』（成文堂、1998年）287頁以下 等参照）。これにより、本稿がカント哲学の“核心”と称してきたもの（前稿・注 29、31 参照）が、「近代批判」を内包した／貫いている「近代」（あるいは、“デリダの核心としてのカント”から“カントの核心としてのデリダ”）という形で、別様の角度から、再度理解されるのではないかなと思われる。

- 24) ジャン=ジャック・ルソー（J-J. Rousseau）（樋口謙一 訳）『エミール（上・中・下）』（白水社、1986年〔1762年〕）、同（作田啓一 訳）『社会契約論』『社会契約論／政治経済論』（白水社、1986年〔1762年〕）参照。カッシーラ（E. Cassirer）は、ルソーの思想について、次のように述べている。「ルソーの著作に沈潜し、そこから人間・思想家・芸術家ルソーについての直感を得ている人はだれしも、よく『ルソーの教説』として出されている抽象的な思想図式が、その著作に現れている内的な豊かさをどれほど少ししかつかみえていないかを感知するであろう。そこにおいてわれわれに開示されるものは、決して確固として出来上がった学説などではない。むしろそれは、たえず自己を更新してゆく思想の運動なのであり、これを平穏な『客観的』歴史的考察の中へすくい上げることなどほとんど不可能と思われるほどの力と情熱をたたえた運動なのである。…ルソーがかれの時代に働きかけた比類のない力は、究極的には、“形式の文化的洗練をかつてない高みにまで引き上げ、完成し、完結せしめた世紀”の眼前にふたたびその形式概念そのものの内的問題性の全体をつきつけたところにもつづいている。十八世紀は文学においても哲学や科学においても、確固として出来上がった形式の世界に安住していた。…一義的に明確な規定を喜び、事物の明確・鮮明な輪郭、確然たる限界を楽しんだ。そして、このような規定をし限界づけをすることのできる能力を、人間の主体的な力の最高のものであると同時に、『理性』そのものの基本的

能力とみなしたのである。」「ルソーこそ、この確固たる安住性をたんに疑問視したばかりでなく、根底から動揺せしめた最初の思想家であった。…それは、世界をふたたびその根源的な無形式の状態に、『自然』の状態に沈め、それによって世界をある意味で混沌にゆだねるという危険を賭してのことであった。しかし、かれ自身が呼び出したこの混沌のただ中で、彼自身の創造力が証明され、発揮される。」(エルンスト・カッシーラ (E. Cassirer) (生松敬三 訳)『ジャン=ジャック・ルソー問題』(みすず書房、1997年 [1932年]) 2-3頁)そして、カントの、「ニュートンは、それまで無秩序と乱雑な多様性しか認められていなかったところに、はじめてきわめて単純な秩序と規則性を見出し、以後遊星は幾何学的軌道を動くこととなった。ルソーははじめて、人間のとる多様な諸形態のもとに深く秘められた人間の自然と隠された法則とを発見した。かれの考察によるこの法則によって神の摂理は正当化される。…ニュートンとルソー以後において、神の正しさが認められ[た]」との言説を紹介し、「カントの視線はその形而上学的な証明の外皮を貫通して、ルソーの倫理的・宗教的根本見解の核心をとらえていた」「そして、そこに自分自身の見解を再発見していた」のだ(同書 41頁)、と述べていることは、きわめて示唆的である。

- 25) このこと(あるべき教育の本質、教育的な側面)については、今後、別稿を準備したいと考えている。
- 26) ルソー・前掲書(前掲注 24「社会契約論」) 28-31頁 参照。
- 27) ルソー・前掲書(前掲注 24「社会契約論」) 32-33頁 参照。これが、(方法的)「個人主義」の核心である。また、樋口教授の有名な、ルソー=ジャコバン型とトクヴィル=アメリカ型とを対置させる図式(樋口陽一『近代国民国家の憲法構造』(東京大学出版会、1994年) 35頁以下 等参照)は、まさに、ここでの「一般意思」と「全体意思」とに対応していると考えてよいように思われる。「国家」を「一般意思」とみるか、「全体意思」とみるか、である。私見としては、ここまでの本稿の議論からして、前者を採るものであることは理解されると思われる。ただ

し、この対立図式を、アメリカにおける「普遍主義」と「共同体主義」との対立に重ね合わせるような議論の仕方があるとするれば、それには異論がある。アメリカの「共同体主義」は、アメリカという「全体意思」で形成された「国家」のなかで、ルソーでいう「一般意思」へつながる「市民」を育成するためにこそ、各共同体の文化に埋め込まれるべき、と主張するものであり(前稿・注 15 参照)、むしろ「一般意思」で形成される「国家」の条件として「適度な大きさ等」が語られるところ(ルソー・前掲書(前掲注 24「社会契約論」) 50-58頁 参照)に対応しさえするからである。アメリカは、ルソーが理想とする「国家」として形成され得るのには大きすぎるのであり、それゆえ、「世界」をどう統合するか、という別な論点が設定された上での議論と考える方が妥当である。

- 28) ルソー・前掲書(前掲注 24「社会契約論」) 28-29頁 参照。
- 29) ルソー・前掲書(前掲注 24「社会契約論」) 119-121頁 参照。
- 30) ルソー・前掲書(前掲注 24「社会契約論」) 32頁 参照。それゆえ、ヘーゲルがルソーの人民主権を批判して、「…専ら人民が、理性と洞察力を有し法権利を知るというのは、危険で間違った想定である。…国家を形成するものは、人民ではなく、教養ある認識である。」(Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*, 1986 [1837], S. 61 [長谷川宏 訳『歴史哲学講義(上)』(岩波文庫、1994年) 80頁])と述べているのは、誤解に基づいている。ルソーは人民の「善性」を信頼しているが、欺かれたいとは述べていないからである。人間はみな、正義を知っているが、複雑な社会状況のなかでそれを見定めることが容易でなく、忍耐強い努力や思考を要することは否定できないし、そのことも知っているのである。(この点に関連して、ルソーは、「一般意思」を「世論」とは区別している(ルソー・前掲書(前掲注 24「社会契約論」) 147頁等 参照) ことにも、注意が必要である。「世論」は、民主主義にとって必要な一部分ではあるが、技術的な力 [〇×式のアンケート、大規模な通信技

術、メディア]が媒介することによって日々つくられる、主体でも客体でもない[‘国民’でも‘イデオロギー’でも‘私的な意見の総和’でもない]“幽霊”なのである(ジャック・デリダ(J. Derrida)(高橋哲哉 他訳)『他の岬』(みすず書房、1993年[1991年])87頁以下参照。)

- 31) ルソー・前掲書(前掲注24「社会契約論」)45-49頁参照。
- 32) ハーバーマス(J. Habermas)は、『公共性の構造転換[Strukturwandel der Öffentlichkeit]』において、「公共圏」の歴史的構造変動を描きながら、現代においてはかつてのような「市民的公共性(公衆によって公論がつくりあげられる状況・圏)」が成立しないことを分析し、そのような状況[=文化を消費するだけの大衆(による公論=公共の討論の原理に拘束されることもなく政治的支配にも関わりを持たない大衆のコミュニケーション過程の産物)と、国家法的規制としての公論]のなかで、いかんにして本稿で述べたような“「公論」=そのための「公共圏」”を再生するか、模索している。(Jürgen Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Neuauflage, 1990[細谷貞雄 他訳『公共性の構造転換[第2版]』(未来社、1994年)]、花田達朗『公共圏という名の社会空間』(木鐸社、1996年)、Craig Calhoun (ed.), *Habermas and the Public Sphere*, 1992[山本啓 他訳『ハーバースと公共圏』(未来社、1999年)]、本秀紀『「市民的公共圏」と憲法学・序説』法律時報73巻1号(2001年)等参照。なお、前々稿・注13参照。)
- 33) ジャン=リュック・ナンシー(Jean-Luc Nancy)は、現在の“脱魔術化した世界(マックス・ヴェーバー(M. Weber))”は三重の問題に直面していると述べている。それは、すなわち、“身体なき[一体化することなき]共同体”、“愛なき欲望”、“主権なき権威”の三つについて同時に思考しなければならない、ということであるが、この一つ目の“身体なき共同体”とは、有機的に融合する共同体を求めてはならず、(すぐそばにいながら、その人とのあいだに同一性が存在しないような)「近接性」について考えることを意味している。(ジャン=リュック・ナンシ

ー(Jean-Luc Nancy)(西山達也 訳)「世界化の時代における政治」文学界60巻7号(2006年)164頁以下参照。)なお、二つ目と三つ目については、本稿・注38の文脈(「地平」)上で理解されるものである。(誤解を避けるために補足しておく、ここの「愛」とは、キリスト教的価値によって規定された概念である。)

- 34) 仲正昌樹『貨幣空間[新版]』(世界書院、2006年)、中野昌宏『貨幣と精神—生成する構造の謎』(ナカニシヤ出版、2006年)参照。「お金」の“成立”と「人間社会」の“成立”は、(同時ではないが、構造的に)パラレルなものであることが示される。(「人間(社会)」の“成立”については、本文と関連して、ピエール・ルジャンドル(P. Legendre)(森元庸介 訳)『西洋が西洋について見ないでいること』(以文社、2004年)111-145頁等を参照されたい。)
- 35) セーレン・キルケゴール(S. A. Kierkegaard)(斎藤信治 訳)『死に至る病』(岩波文庫、1957年[1849年])参照。キルケゴール(S. A. Kierkegaard)によれば、「絶望」の形態には、三種類ある。すなわち、人間とは自己であり、自己とは、有限性と無限性の総合[関係]であり、可能性と必然性の総合[関係]であるところ、絶望とは、そこでいう“自己をもっていることを意識していない場合[=非本来的]”、“自己自身であろうと欲しない場合[=弱さ]”、“自己自身であろうと欲する場合[=強情]”のことでとされる。一つ目は、絶望に気づいていないため、その克服の手前におり、絶望の只中で不安定な状態[いつ心のなかに絶望が姿を現すかわからない状態]にいる。二つ目は、(地上的なものへの絶望と永遠的なものへの絶望とがあるが、いずれも、)外見上はきちんとした社会人ではあるが、絶望して心理的に内にこもり、厭世的となる。三つ目は、自己の絶望によって自己の全存在を否定するがままの自己であろうとする。そして、これらは、「死に至る病」=「死という最後の希望さえも遂げられないほど希望がすべて失われている状態」だとされるのである。つまり、逆に言えば、「希望」=「自己」とは、有限性と無限性の総合、可能性と必然性の総合が成立している[バランスがとれている]場合なのであるが、キルケゴ

ールにとって、この「希望」＝「絶望」の克服は、キリスト教の信仰に求められる。というも、人間はすべてを知ることにはできないからである。(ここは、キリスト教を擁護した、パスカル (B. Pascal) の考え方(「賭け」とも重なって来る (ブレーズ・パスカル (B. Pascal) (前田陽一 他訳『パンセ (I・II)』(中公クラシックス、2001年 [1670年] 参照。)) たしかに、いわゆる科学的な思考をしても、世界のしくみを少しずつ解明していくことはできても、なぜそのようなしくみになっているのか、なぜそもそも世界は存在するのか (=「存在の謎」) は解明できない (カントの「アンチノミー [二律背反]」(Immanuel Kant, Kritik der reinen Vernunft Bd. 2, 1974 [1781] [篠田英雄 訳『純粹理性批判 (中)』(岩波文庫、1961年)))。その意味で、「希望」＝「自己」は、何らかの信仰のなかだけにしかないのかもしれないが、現在においては、それを狭義のキリスト教に求めることはできないであろう (本稿・注22、36、38等 参照)。

- 36) それは、「宗教的」ではあるが、もうすでに「宗教」ではない。すなわち、前稿・注27、29の文脈でいえば、価値相対主義でも絶対主義でもない、「来たるべき民主主義」であり、そういう内実を持つ「理性」へのコミットである。「宗教」のように人間の主体性を神に奪われることのない、しかし、人間の有限性を自覚しつつ (自然に根ざした) 柔軟な「宗教性」ということである。これこそ、デリダが「メシア主義なきメシア性」(ジャック・デリダ (J. Derrida) (増田一夫 訳)「共謀する=厄祓いする—マルクス主義 (を)」環1号 (2000年)、同 (國分功一郎 訳)『マルクスと息子たち』(岩波書店、2004年 [2002年] 参照) と呼んだものであろうし、ジャン=リュック・ナンシーがスピノザ (Baruch de Spinoza) をして、はじめて「神」について思考した人、と称した (ジャン=リュック・ナンシー (Jean-Luc Nancy) (大西雅一郎 訳)『神的な様々の場』(松籟社、2001年 [1997年] 参照) とき、「神」を思考する」という言葉の意味していたものであろう。(ただし、デリダとナンシーとでは、(このような根本的考え方を共有しつつも、) いわば人間社会を悲観的に捉えるか

楽観的に捉えるかで、そのスタンスを異にする。すなわち、ナンシーは、「意味 (sens)」のなかで/によって、(依然として) 人間が社会 [世界] を構成し生きて行くことができる (あるいは、できるべき)、と考えているのに対して、デリダはそれに懐疑的 [=「意味」と「宗教」の区別不可能性への自覚 (デリダにとって、メシア性 (「宗教的なるもの」) とは「意味」の喪失のなかにある、それにもかかわらず、ということ)] である。

- 37) ルソー・前掲書 (前掲注24「社会契約論」) 149-163頁 参照。
- 38) この視点からすると、イスラム法のあり方には、ひとつの合理性が見出される。というも、ルソーの考える「人民主権 (souveraineté populaire)」というのは、ここまでの説明で理解されるように、結局いざどこにも「主権 (souveraineté)」がないということである (ジャン=リュック・ナンシー (Jean-Luc Nancy) (大西雅一郎 他訳)『世界の創造あるいは世界化』(現代企画室、2002年 [2002年] 124頁以下 参照) ところ、イスラムにおいても、「主権」が神に属していることによって、ムスリム [神に帰依する人間] は、被造物として神の前に対等であり、誰も「神を独占的に代理する権限=聖典 [クルアーン] の解釈権を独占する権限」を有さないからである。つまり、「西欧近代 (イギリス型「法の支配」、フランス型「人民主権」など) と同じように、「主権」を「人間社会」から括り出すしくみが出来上がっており、社会の動向に対応する、思想の市場メカニズムが働いているのである。(小杉泰、澤江史子「イスラームと公共性」稲垣久和、金泰昌 編『宗教から考える公共性<公共哲学 16>』(東京大学出版会、2006年)、ギリアド・アツモン (G. Atzmon) (早尾貴紀 訳)「パレスチナ議会選挙、ハマス勝利に関する三つの考察」現代思想34巻6号 (2006年) 等 参照。) その意味では、西欧におけるかつてのキリスト教 (教会の支配) とは違っている (「…カトリックでは、理性的な憲法 [体制] は存立できない。というも、政府 [統治作用] と人民は、互いに究極のところでの心的態度を保障し合わなければならない、それは、理性的な国家体制に反することのない宗教



の下でのみ、可能なのである。」(Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*, 1986 [1837], S. 531 [長谷川宏 訳『歴史哲学講義(下)』(岩波文庫、1994年) 362 頁])を参照。必要なのは、ここでいう意味での“西欧近代(的なるもの)”の地平の上で、宗教と世俗が和解することである(本稿・注22 参照)。(この点、ハーバーマス/ラッツィンガー対話(高柳俊一「カトリックと公共世界」稲垣久和、金泰昌 編『宗教から考える公共性<公共哲学 16>』(東京大学出版会、2006年) 156-157 頁、Jürgen Habermas u. Joseph Ratzinger, *Dialektik der Säkularisierung. Über Vernunft und Religion*, 2005 [三島憲一 訳『ポスト世俗化時代の哲学と宗教』(岩波書店、2007年)])を参照)が示唆するものを探ることが有益だと思われる。関連して、拙稿「信仰からの離脱を理由とする神学部の大学教員の配置換えの合憲性—リュウデマン決定」ドイツ憲法判例研究会 編『ドイツの憲法判例IV』(信山社、2018年)を参照されたい。また、晩年のデリダが、(それまでずっと批判を加えていたはずの)西欧に誇りを見出していたのは、「西欧」そのものではなく、その「地平」だったはずである(ジャック・デリダ(J. Derrida) (高橋哲哉 他訳)『他の岬』(みすず書房、1993年 [1991年]) 3頁以下、同(鶴飼哲 訳)『生きることを学ぶ、終に』(みすず書房、2005年 [2005年])等 参照)。そして、樋口教授が、「憲法からの自由」に対して警戒するとき(樋口陽一「国家からの自由と『憲法からの自由』」憲法問題 17号(2006年)等)、その護るべき「憲法」とはやはり、この「地平」が念頭に置かれたものなのではないだろうか(樋口陽一「西欧近代の『普遍性』の射程」早稲田大学比較法研究所 編『日本法の国際的文脈』(成文堂、2006年)等 参照。)尾高朝雄教授の「ノモス主権論」もまた、この文脈で理解される(前稿・注27、尾高朝雄『国民主権と天皇制』(青林書院、1954年)等 参照)。

39) これはつまり、「憲法」とは何か、というのが先にあって、世界的に押しつけられていく、ということではなくて、「憲法」という入れ物を共有して、その中身を入れていく作業を世界的に参加・協働する、

ということを意味している。具体的には、今のアメリカのような、「民主主義」の輸出・押しつけではなく、共存という消極的なところからの構築である。(本稿・注38 参照。)

- 40) コスケニエミ(M. Koskeniemi)は、次のように述べている。「結局カントの前提に立つならば、『世界市民的な目的をもつ普遍史の理念』は、立法・制度の諸改革以上のものを必要とするであろう。国際法学者にとっては、これは道徳の蘇生の呼びかけと法の再神学化を伴う。過去における西欧のキリスト教世界の文明化の使命と現在の国際法学者の使命のあいだの類似性は、この点において最も顕著である。憲法プロジェクトとは必ず道徳的な内容を含む使命であり、精神的な再覚醒と道徳的な純粋さへの呼びかけを伴う。それは『敬虔主義的な』プロジェクトであって、その焦点は、確立された世俗の宗教としての法の役割よりも、信仰を通じて法にふれることにある。もちろんこれは完全主義的な見解であるし、これを現代の政治に呼応する形で実現することも、表現することすらも、きわめて困難である。しかし、それでも、政治の流砂の中でこれが真に『革命的な』努力として正しく理解される日が来ないと言切ることにはできまい。」(マルティ・コスケニエミ(M. Koskeniemi) (林美香 訳)「世界市民的な目的をもつ普遍史の理念と実践」思想 984号(2006年) 23頁、下線部分、原文は傍点)
- 41) ここで、「博愛」ではなく「友愛」という言葉(訳語)を用いることにも意味がある。というのは、前者には、ブルジョワ的・慈善的性格ないしキリスト教的博愛主義・人道主義の意味合いが含まれているのに対して、後者には、労働的・相互扶助的性格ないし兄弟愛・同志愛の意味合いがあるとされており、本稿の立場[fraternitéを自由・平等と等しく重要なものとしながらワンセットとする考え方]からすれば、後者の方が適切だからである(中村浩爾「友愛原理の再生について」長谷川正安 他編『自由・平等・民主主義と憲法学』(大阪法科経済大学出版部、1998年) 289頁以下 参照)。これはすなわち、デリダが、「寛容」という言葉に付着した伝統的意味合い(キリスト教的価値=赦し)から、“条件付きの歓待”

しか導き得ない概念であるとして、「無条件の」という意味合いを含ませたものとしての「歓待」という言葉を使う (see, e.g., Giovanna Borradori, *Philosophy in a Time of Terror*; 2003, pp. 124–130 [藤本一勇 他訳『テロルの時代と哲学の使命』(岩波書店、2004年) 192頁以下]) のと同様に、何らかの価値 (ブルジョワ的価値=自由・平等) を「正統なもの」として前提しながら、そこから「離脱するもの/異なっているもの」を“赦す=慈善”という構造ではなく、「異なっているもの」同士が“相互扶助”のなかで生きていく社会のイメージを大切にしたい、ということである。(もっとも、「異なっているもの」とは、“相互扶助”を破壊するものには向けられていない。“相互扶助”を超えた価値的「正統」による画一からの解放と、“相互扶助”そのものの破壊とは、異質なものである。)(また、用語というのは、(ある共同体における) 歴史のなかでその内実・意味内容が変容しあるいは定まっていくものであるので、同じ用語を用いていても、論者によって想定する意味内容が異なることもあり、その点にも注意を要する (前稿・注28等 参照)。それゆえ、ここでの議論は、形式的な用語ではなく、意味内容の問題として検討されているものである。)