

主権の復権？

——インゲボルク・マウスの国法理論管見——

毛利 透

はじめに

「一見したところでは、国民主権 (Volkssouveränität) の概念は、現在の社会ではもはや現実性を主張しえない、民主主義理論の古典的概念に属するように見える。」国民主権の概念は、包括的な排除プロセスに屈服している。それは、連邦共和国の討論では、保守の見解の中でも、左翼あるいは「オルターナティブ」の見解の中でも、同様に支配的な現象である⁽¹⁾。このような状況に対して、インゲボルク・マウスは強硬に主権の復権を叫ぶ。しかも、その「主権」は、あれやこれやの概念操作によって飼い馴らされたものではなく、法に先立ち、従って法的な制約を受けない、国政を決定する事実上の力、という、戦後ドイツ国法学が躍起になって追放しようとしてきたまさにその概念である。

主権の復権？

その際彼女が依拠するのは、二世紀間にわたつて無数の人々の手垢にまれたカントとルソーであり、彼女はこの二人に対して今日かけられているあらゆる嫌疑から彼らを解放しようとする。更に、これまた今日の流行に反し、彼女は歴史的には――英米の革命ではなく――なによりフランス革命の意義を重視し、特に革命の母国においてすら「デラパージュ」と評価されつつある一七九三年のジャコバン憲法を救い出す。これだけ書いただけでも、その議論の臆面もないアナクロティックさには驚かされる。

しかも、彼女の攻撃は今日の立憲主義国家にとつてもはや自明のものともいえる、裁判所による法律の違憲審査制度に対しても向けられる。彼女は、その正当性を根本的に批判し、この制度によつて促進される「憲法の実質化」に対して警鐘を鳴らすのである。「連邦憲法裁判所による基本権の客観的内容の強調とそれからの諸効果の帰結は学説によつて基本的に支持され、承認されている」とされるドイツの状況のなかで、彼女の議論が異様であることは、言うまでもない。

一体、彼女はなぜこんなにもかたくなに古典的近代の国家類型に固執しようとするのか。彼女は今日の社会をどのようにとらえ、啓蒙近代に立ち返ることでのどのような問題を克服しようとしているのか。本稿では、一九九二年の著書『民主主義理論の啓蒙によせて』⁽³⁾（以下本書はADと略記し、引用頁を本文中に示す）を中心に、マウスの国法理論を検討することを課題とする。ただし、彼女は今日忘れられている啓蒙近代思想の原点を蘇らせることを理論の主眼とし、その際特にカントの思想を自らの立脚点としている。従つて、カント解釈に関する諸問題が当然浮上するが、筆者の能力からしてこの点に立ち入ることはできない。彼女のカント理解にはかなり問題もあるように思われるが、本稿ではカントに依拠しつつもマウス自身の思想が語られているという前提で、紹介を行うことにする。

第一章 進化と革命—ルーマンとマウス

今日の社会を最も的確に叙述している、と彼女が考えているのは、ニクラス・ルーマンが押し進めているシステム理論である。今日の「支配的な憲法理論は、主権の社会的「位置」も、その主体も、知らない。それはこの点について、今日の政治的決定プロセスの実際のネット化、システムの循環性に対応している。それはニクラス・ルーマンが定式化したのと同じ論理に従っている。すなわち、もはや個々の決定主体ではなく、いわんや「国民」でもなく、ただ全体としての政治システムだけが「意思の担い手」として考慮されるべきものだ、ということである」。そこで登場した「制度化され、システムの構造化された組織複合」が「具体的コンセンサスからは本質的に独立したシステム」として政治的決定を行う、というのが、的確な観察眼を持つルーマンによって描かれた今日の政治の姿なのである。

社会の複雑化に伴って全体社会が幾つものサブシステムに分化し、それぞれは自己準拠的に自らを正当化するというルーマンは、一九七三年の論文「社会システムの文脈における政治的憲法」で憲法を、システム分化した社会において、政治システムがそのコミュニケーションメディアである権力コードを他システムと関連させる手段として描きだした。彼によれば、「成文として固定化され、実定法として立法され、他の法から区分される憲法という近代の形式は、人々が通常「市民社会」(bürgerliche Gesellschaft)と呼ぶ新しい社会のタイプが広まり、確立した時代に発する。新たな形で社会の部分システムとしての経済を支配的にした、この全体社会の発展と、近代立憲国家の発展との連関は、明らかである」。このシステム分化によって「倫理的政治的に構成された社会(societas civilis)」という古来の伝

統」は破壊され、「全ての重要な政治社会の地位はシステムティックに、すなわち決定的に、変更された」。国家と社会の区分論はこの現実の定式化であり、すなわち「社会システムの進化としての変化」への反応であった。

「社会に帰属することによって、全ての部分システムはそれぞれの機能、変動可能性において、構造的共存可能性という条件を課されることになる。政治システムにとっては、憲法が、そのような社会的共存可能性条件を内的使用のために、すなわち決定できるように、――再定式化する機能を持っている」。政治システムは、憲法という形式で、進化としての、とりわけ経済の領域での、変化に答えたのである。より具体的には、部分システムとなった政治システムの「コミュニケーションメディアとしての権力の社会連関性」、すなわち「全ての社会的相互行為における権力の使用可能性を保持すること」のために、法が必要となる。「法は、政治的に構成された権力の適用の条件を定式化する」。こうして、政治システムの権力メディアが、恣意的に発動されて他システムの自立性を侵害することは防がれる。「政治システムの、自らにとつての社会的環境の構造との共存可能性の条件に向けられた政治的反省」を、「今日の社会システムの水準」では憲法が担うのである。「この社会連関性は、最も一般的には、法の妥当と機能の普遍的制度化に示される。……法的普遍主義の徹底は、誰もがいつでも全ての妥当する法律に拘束されるという要請によつて達成される。――法的に規定された手続で法律を改正しない限り立法者自身をも、である」。このような「法治国家」の原理を定めるものとして近代憲法を考へることができ(る)。

近代憲法を全体社会のシステム分化と結びつけ、進化論的に説明したルーマンは、一九九〇年にもう一度、「進化の成果としての憲法」と題する論文で、今度は法システムと政治システムの結節点として憲法を描きだした。「近代文明の数多くの獲得物のなかでも、一八世紀末以来近代国家が備えている憲法ほど意図的計画の結果であるものはほとん

どない。この事態を認識してなお、どのように進化について語れるのであろうか。「進化は、全く「盲目的」なものとして、とにかく目的を考慮して追求されたのではなく、偶然の刺激の処理から生じた構造の変化として記述される」ものであるというのに。だが、「憲法という法形式で人々が実現しようとした概念の、一体何が新しかつたのか、とまず第一に問うてみると、――計画か進化かという――この選択肢の間の決定を緩和することができる。「私のテーゼは次の通りである。憲法の概念は、一見したところとは逆に、法と政治の分化に反応したものである、より強くは、この二つの機能システムの完全な分離と、それによつて生じた結び付けの必要に反応したものである」。

自己準拠システムとしての法システムは、自らの用いる合法／不法というコードを根源的に根拠付けることはできない。「コード自体が合法か不法かという問いを提起する自己記述は、許されてはならない」。しかし、このトロージャー、パラドックスについての禁断の問いは、「社会システムの根源的変化」の際には浮上する。「憲法の観念は、それに答えるところの脱パラドックス化の概念である」。革命によつて近代憲法が生み出されるが、憲法は自然法や理性法に代わり、「法システムを、その中で自らが再出現するような領域と規定することで、閉ざした」。こうして法システムにおける無限後退は防がれるが、同時に憲法と他の法律との区分を明確にする必要が生じる。そのために成文憲法が置かれる。こうして自己準拠的な法システムが成立すると、憲法の妥当根拠をそれ以上求める必要もない。「自己塑成的システムの理論は、政治に関連する準拠を、自己準拠的自己塑成の要求の分析によつて代替する」。

一方、近代の政治システムにおいては、社会の平和的一体性を保つために何者にも拘束されない最終的決定者が必要であると考えられた。これが主権の問題にほかならない。「初期近代国家においては、当初主権の設立は、帝国や教会に対してではなく、何よりも身分制的社会秩序の「埋め込まれた」権力状態に対して、問題となつた」。しかし、

このような主権にも又、トートロジシ、パラドックスが生じることになる。「私は拘束を受けずに、全員に対して拘束力をもって決定する。すなわち私自身に対しても。なぜなら私はシステムに属しているのだから」。しかも、このトートロジシの「問題は国民主権への移行によって、極めて緊急のものとなる」。

この、法システムと類似した循環性の問題を、政治システムも憲法で解決しようとする。「法システムにおいては、それは憲法によって解釈の道筋へと導かれ、政治システムにおいてはこれに対して、組織的、戦略的な道筋へと導かれる」。「主権のパラドックスは、もはや法のコストによって先鋭化するのではなく、法の助けによって解決される」。そのため法の実定化が必要となり、憲法は「自然的基礎づけを放棄することができ」。その「妥当根拠は」は、ただ、各々のシステム統一性のトートロジックでパラドキシカルな構成を隠し、処理しうる区別によって埋め合わせることの不可避性だけである」。

結局、「一八世紀の憲法概念の新しさは、その憲法が政治システムの自己準拠問題を法的に解決し、同時に法システムの自己準拠問題を政治的に解決することを可能にすることにある」ということになる。法システムのコードである合法／不法は合憲／違憲までしか遡らず、法外の審級である「政治的に一体化した国民」は前提されるにとどまる。一方政治システムは、立憲国家へと自らを限定する。「旧ヨーロッパの *societas civilis* 概念とは逆に、今や次のように言える。「立憲」国家なくして政治はない」。このようなシステム分化は、社会の複雑化に伴う進化としての現象であって、「その発生を特別の原因に遡ることはできない」。

このようにルーマンは、憲法を、社会の複雑さの増大に伴うサブシステムの分化⇨進化によって必要となった、サブシステム間の相互関係を定める定式ととらえている。このルーマンに対しマウスは、端的に言えばフランス革命の

意義を見落としている、と批判する。「ルーマンの視点が排他的に、実際に進行する現実のアングロサクソンの自己記述の伝統主義、漸次主義に向けられ、大陸における憲法創設が全く無視されていることによって、彼は一八世紀の憲法制定を、長い間進化的に成長した現実の国制 (Konstitutionen) がただ憲法化された (konstitutionalisiert) できう) こととしてのみ特徴付けることができる。従って、唯一の新しいことというのは、「憲法」という概念自体が登場したことで、ということになる。フランス革命とその長い憲法制定プロセスは、つまり、生じなかつたのであり、合法／不法というコードが「憲法」成文を構築する」。ルーマンは、啓蒙の法哲学がまだ全く法外の現象として根拠づけていた、法及び憲法を形成する国民主権を、さっさと憲法に同化させ、法化し、それによってフィクション化する。これによって彼は、法と憲法の自己準拠を救う」。憲法は政治的意思の産物ではなく、ヘーゲル的にそれ自体が歴史のアクターとして法システムを作り上げる。マルクスのヘーゲル批判は、彼に対しても当てはまる。しかし、彼が示しているのは実は、まさに「現在、現実中存在する民主主義国家」の概念化である。このことは、啓蒙絶対主義国家と今日の民主主義国家との構造上の類似性を示しているといえる。曰く、「自らの主権を自らコントロールする国家」。「今日の決定プロセスの見通し難さに鑑みれば、この理論は、政治権力の民主的コントロールの努力を免除する。それが自己準拠的制約を信頼を持ってシステムメカニズムの下に置くことによって。かつて良き君主に自己制限が期待されたように」。

第二章 現実と理論の「再封建化」

こうして、政治における決定プロセスの自立化という「現実の記述に規範的ポテンシャルを適応させること」によって現実的となる民主主義理論は、自らが考えるよりも、啓蒙絶対主義の理論に近づいている」(AD, S. 21)。「社会的問題状況の特殊化、今日では更に地域化は、増大する脱集権化、社会的組織複合とのネット化、例えばネオコーポラティブな交渉システムによって特徴付けられる政治的決定構造に、……はつきりと写し取られている。古典的民主権原理の普遍主義は実際、この発展傾向には衝突する」。これが彼女の言う現代社会の「再封建化」である(AD, S. 34)。「再封建化」は今日の公法理論における展開にも表れている。そこではまず、「政治的決定プロセスの分化したシステム構造への移行や、その社会的規制領域(及びその中に定着している非常に強い利益)とのネット化が、—このことによって、それはあらゆる公的コントロールを免れてしまうのに—しばしば民主化プロセスとして祝福されている」。また、「法治国的権力分立の原理が、典型的には、反絶対主義的だが同時に前民主的なモンテスキューの定式化した把握にまで遡らされる」。つまり「今日では、権力分立とは圧倒的に、原理的に自由にとって危険な国民意思への制限と考えられている」。それは、社会的な権力分立とも同視される。こうして、近代の国民主権の概念が忘れられた所では、「前絶対主義的で前民主的な、支配者と被支配者のロマンティックなパートナーシップ」が復帰する。まさに公法理論の「再封建化」である。(AD, S. 29-31)。

しかも、マウスの批判はいわゆる保守的な理論にのみ向けられているのではない。彼女は、今日の社会運動が、自

らを抵抗権や市民的不服従の論理で正当化すること、またそれらを認めるかを国家理論の民主性の基準とすることを「現在の民主主義理論の退化傾向を明確化する」ものだとする。「底辺民主主義的運動を国民主権で正当化するか、抵抗権で正当化するかは、単に術語上の区別を示すのではない」。抵抗権とは、あらかじめ存在する法秩序によって正当と認められる抵抗の権利を指す。それは中世において封建諸侯が、古きよき秩序を守るためにもつていた特権であった。それは「何よりも、原理的に自由に処分することのできない法秩序と関連していた」。今日アメリカやドイツにおいて抵抗権が用いられるときも、現に存在する憲法が不動の前提となっているという点で、両者は見事にパラレルなのである。そこからは、主権者国民が「永久に実効的な憲法制定権力を持つ」という観念が失われている。「現存するものの擁護へのこの限定に、民主主義の欠如が存在している」(AD, S. 32-4)。

このような憲法の自己目的化＝憲法主権は、「法生成の民主的プロセスに対する、法の自立化」を如実に示すものであるが、それは一方で憲法の実質化として現れる。「憲法はもはや、その中で民主的プロセスが発展しえ、法的決定の内容が全く初めて作り上げられる競技規則のシステムとしては理解されない」。「むしろ、憲法は自らすでに決定された正しい内容のカタログへと昇進し、そこから憲法裁判官による解釈によって憲法に適合する一般法律が余りなく「導出」される」。前述の社会運動もまた、今日では法律改正のための民主的意思形成の場ではなく、自らの法的正当性を示す裁判の場を主戦場に選んでいる。「民立的に制定された法のみが正当であるという理念は捨て去られ、法発展のイニシアティブは全く率直な意味で裁判所へと戻される」(AD, S. 36-7)。かつてその権限への恐怖が、司法の権力性を極限にまで縮めようというフランス革命の思考を導いた。今日、歴史は一回りしたのである。

マウスの主張は、「開かれた憲法解釈」を自称するベーター・ヘーベルレに対する批判において更に明確になるとい

える。ヘーベルレは、憲法解釈を法律家の「閉ざされた」社会から開放しようとする。「憲法解釈のプロセスには、潜在的には全ての国家機関、全ての公的勢力、全ての市民と集団が入れ込まれている」。ここでの「解釈」とは閉ざされた法律家集団における通常の理解よりも広い意味であり、「あらゆる人間による」あらゆる憲法の現実化は、少なくとも予見される憲法解釈の一部である。「市民、集団、国家機関、公共は「解釈の生産力」である」というように言われる。そこから、次のような帰結が生まれる。「憲法現実の形成もまた、「帰属する」憲法規範の一個の解釈となる」。従って「政治プロセスは、憲法から自由な空間ではない」。「憲法解釈者」としての「立法者のもつ形成の自由は、確かに憲法裁判官が解釈の際に持つ余地とは質的に異なっている。……しかしこのことは、量的に多大な差異も存在しなければならぬ」ということは意味しない。立法者は「憲法原理の後の発展のためのアクセントを作る」。スローガンのに言えば「憲法解釈としての政治」である。

政治＝憲法解釈に参加する人間を市民と呼ぶヘーベルレは、そのような市民を民主主義の主人公と考える。「市民的民主主義は、次のような考えによって理解される。つまり民主主義を、主権者としての国民が君主の地位を全くた奪取したという観念からではなく、基本権から考察する考えである」。「国民」ではなく基本権的自由(多元主義)が民主的憲法の要となる。「社会は、広義の憲法解釈者の範囲が開かれている限りで、自由であり開かれている」。

しかし、マウスは彼の「民主的」理論を次のように評価する。彼の理論によれば、憲法実践は「国民によって管理される憲法に国家機構を従わせる」ものではなく、**「法を創設する国民主権の原理とは明確に対立して」、「民主的プロセスの、憲法解釈の過程による吸収」が生じる**。ここでは国民と国家機関は同じく憲法解釈を行う者とされ、「国民」自身が「国家化」され、その原理的区別は放棄される。全ての政治過程がその解釈だとされる憲法は、その中に

「全ての考へうる政治的決定内容がすてにより具体的に予め決められており、ただ解釈によって更に明白化しなければならぬ」ということになり、国民は憲法によって保護される権利を使って自由に政治的意思決定を行うのではなく、現に存在する憲法の解釈を、「全ての国家機関」と共に行うべきだとされるのだ。

だが、政治を憲法の実質的内容の実現と見て、その解釈による流動化を容認する理論がどんな帰結を生むかは、ワイマール憲法がたどった運命を見れば明らかである。ナチスこそが「生ける憲法」の概念を最大限に活用した。「憲法をその時々状況に応じた憲法実践や、それに常に従う憲法解釈と同一化することが、この憲法の「みずみずしさ」を形作るのだ」とすると、それはしかし、支配する権力機構に最大限の行為余地を与えることになってしまふ。憲法は日常化されることで規範性を失う。逆に、民主的な手続きによって変更されなにかぎり不変とされる憲法こそが、自由を守るのである。

「全ての政治実践を予め与えられた憲法内容の解釈と考える、ヘーベルレの全体的実質的憲法概念は、憲法の枠内で法を制定する民主的意思形成の自由な領域も、憲法を創設するものとして全ての憲法に先立つ底辺民主的運動も、知らない」。ヘーベルレの理論は、社会の民主的プロセスを開くのではなく、それを憲法の実質的内容の解釈へと閉ざす。国民もまた憲法を前提として存在し、その点で国家機関と区別されず、根本的に自らだけが正当に法を制定できるという観念は消失する。「政治実践に拡大された憲法解釈は、ルーマンと同様、憲法を、法外的で憲法を創設する国民主権の契機をもちや許さない自己準拠性へと接続する」。しかもヘーベルレは、「解釈共同体の他の参加者に対して、最終審級としての解釈権限は連邦憲法裁判所に残る」ことを現実の状況通りに認めている。国民は、自らの憲法解釈が、ほとんど民主的契機を持たない憲法裁判所によって採用されるよう、「裁判所の自己制限」を信頼するしかない。

法から自由な空間が憲法の実質化によって満たされたとき、「啓蒙絶対主義のカテゴリー」が帰還する¹⁴⁾。

以上の現実に対し、マウスは近代国民主権のいわば原点を呼び起こそうとする。「国民主権の原理は、法秩序は自らの妥当根拠を自らの内に持ちうるという伝統的観念と断絶する。立法の社会的自律は、この厳格な意味では、国民主権は妥当する法秩序全体の外に立つということを意味する。法を変更し法を創出する国民の意思は、法からは導出されえない。なぜなら、それは法に先行するからである」。「システム理論の現在の理解は現実の状況を曇りなく見る視点を持って、このような国民主権の強い次元が法主権のルネサンスの現れのなかで排除されたことを、概念化する。つまり、法の自己塑成は、排他的に固有の接続強制に従って発展し、システムと無関係の発展から自らのシステム限界を隔絶し、そして社会の残余に対する自らの「主権」を主張する、法システムの回帰的再生産をまさに示しているのである」(AD, S, 40-1)。不断に進行するシステム分化——ルーマンはそれを「進化」という——に対し、マウスは近代の革命になによりも「断絶」を見る。革命の成果は、それが実定憲法を制定して社会変化に対応する形で再び法システムを閉ざしたことなく、法システムを自己準拠的には決して正当化できないものとして中世的観念と隔絶させたことにある、ということになる。このような視点からは、現在のシステム分化した社会は「再封建化」と映るのである。

第三章 啓蒙近代の国民主権

このような社会現実およびそれに対応する理論状況に対し、マウスは自らの課題を、「啓蒙哲学の古典民主主義的理

論の概念を、現在の再封建化的前理解から再び解放し、同時に、根本的に変化した社会文脈に鑑みて、しかしながらその根源的解放ポテンシャルを放棄することなく、「承認しなければならぬ、その変化した意味を考察する」ことに定める (AD, S, 35)。

上ですでに示したように、カントを代表とする啓蒙哲学に対し、それが「抵抗権」を認めているか否かでその民主性を判断するのは、根本から誤っている。中世の抵抗権論は支配・服従契約をその前提としていたが、「カントは、この協定の欠如から考えて、フランス革命の中心的出来事、すなわち王から国民への主権の移行を正当化する」のである。この、支配契約から社会契約への移行が「近代の区切り」をなすものであるが、後者は前者と違い、よき政治の目的を定めるものではない。「多数の人間を、任意の社会にではなく、「市民的憲法の設立」へと義務づける結合契約 (pactum unionis) は、次のように大変固有の性質を持っている。すなわちそれは、他の全ての、例えば民法的な契約とは違い、内容的に共通の目的を定めるのではなく、「それ自身が目的である」ような社会化を問題にしているのである。このようにカントが定式化するとき、彼は最初から国民主権と自由保障とを特殊な意味で同一化していた。つまり、「カントにとつては、国民意思は決して始原契約から導かれるものではなく」「国民主権のこの絶対的論理的優先性と絶対性が、結合契約の唯一の原理ですらある」。「このことはもちろん、実際に全員の意思が表されている立法の本来にラディカル民主的な組織においてのみ果たされうる、自由保障の形式を、保証する」。国民の意思は現実の国民の意思の一致から導かれなければならない、それ以外の拠り所は一切存在しない。それゆえ、国民意思を形成するには各人の自由が保証されていることが絶対的前提となる、ということである (AD, S, 47-55)。

既存の法から非民主的に政治の目的を導出しようとする思考の破壊こそ、啓蒙哲学の目的であつた。「カントが、社

会を基礎づける契約は内容的目的設定から自由であることよって特徴づけられるという考えに固執するとき、彼は絶対主義の契約理論家の国家目的思考をも視野に入れていた。カントやルソーよりもプーフエンドルフやグロチウスの方が「民主的」だと言う思想潮流の登場は、目的指向で支配を正当化しようとする今日の「民主主義」理論の「再封建化」を如実に示している (AD, S. 57-61)。

「自己立法の権利を得た自由で平等な人々 (カントが「国民」と呼んだものに他ならない) のアソシエーション」として社会を構成する憲法は、そのような「社会化」を定めるだけで、その下でいかなる法を作るかは国民の自由である。従って、「政治的支配の意味での権力は、完全に国民によつて制定された法に従わねばならないが、立法する国民の権力は法より優越し続ける」。他方、主権を握ろうとする国民の民主的根拠を持たない支配に対する抵抗は、「純粹に事実的、すなわち法外的性格」を持ち、法的正当化を必要としない。「抵抗権」ではなく「抵抗」を語らなければならない。国王と国民の紛争に裁判官は存在しえないのである。国民主権と抵抗とは、鏡の表裏の関係にある。「カントの理論では、抵抗と国民主権は、その法外的で事実的性質において明らかに一致する」 (AD, S. 63-8)。

抵抗の結果主権が国民へと移行するとき革命が生じるが、以上の叙述から明らかのように、「カントは、「革命権」の問題を、近代的問題の前近代的把握だとして否定した」。革命は既存の法に照らして正当化されるのではない。この点では、フランス革命が自らを「自然」によつて正当化していたことに注意しなければならない。「自然」はここでは法の対立物を示す。「主権転換の歴史的区切りに関しての、新しい憲法システムの法外的根拠づけの事実性」が、「この概念のラディカルな近代性」を示すのである (AD, S. 76-8)。

このような主張は、法の国家機関への拘束力を弱めるものではない。逆に、革命をも法的に構成しようとするこ

が法治国家の崩壊を招く。実証主義的国法学の彼方から主権の問題を呼び戻したカール・シュミットは、しかしながらそれを「法的現象」として構成してしまった。そのことによつて、「例外状態」を宣言する権限を国家機関に与えることが可能になった。「ナチスシステムも、カール・シュミットの理論を利用することで、あらゆる法治国的法を破りながら、それでも「法の中に」とどまることが可能になったのである」(AD, S. 89-90)。

第四章 国民主権の理性性

こうして主権の法外的性格を強調するマウスは、しかし、主権の転換に対して全く価値判断を行っていないのではない。彼女はここでもカントに依拠する。カントは「歴史的法発展の正しいプロセス」という「歴史哲学的次元」で国民主権への移行を規範的に正当化していた、と彼女は言う。「歴史的に一度達成された国民の立法主権は再び「譲渡可能」なのではない」(AD, S. 112)。「カントによれば、すべての前革命的状況は、ただ理性の許容法則の下で存在しえ、従つてただ暫定的妥当性しか主張しえないが、国民が共和国のために戦うときには、それは理性自体の現実化のために戦っているのである」(AD, S. 116)。すなわち、そこには自然法思想が存在している。

ただし、この自然法思想は、「超実定的価値への訴えかけが、司法による最終的決定を行う正義の専門家主義の中に次第に独占されていった—今や、二十世紀の憲法発展はアメリカ合衆国の特殊事例の普遍化へと向かつている」といった現実を正当化するものでは、断じてない。カントの「自然法」の理性は「人々がその関係を理性的に形成しようとする自覚的意思」に存し、「彼の自然法理論は、明らかに、この(立法者の—筆者注)意思自体が理性的でありうる条

件を示すことをねらいとしている」。そして、国民主権は、その意思形成の手続きが理性的であるが故にこそ、積極的な評価を受けるのである。「法の理性性の基準は、もはや立法プロセスの彼方ではなく、ただその構造自体にのみ求められる」(AD, S. 148-55)。

では、国民主権による立法手続のどこが理性的なのであろうか。ここでは、現実の国民の意思の一致だけが法の唯一の正当化根拠となるといふ、前述の論理が重要となる。「法に従う者全ての法制定への参加の事実性」によって、「法の正しさを、決定者の偶然的経験的意識内容のようなものに依らしめるのではなく、参加者をコンセンサス形成へと、あるいは少なくとも主観的利益の客観化へと、討論の努力によって強制する手続の構造によって、単に偶然的なものを除外することが可能となる。「法の理性性基準、個々人の自由の試みの共存可能化は、つまり個々人の視点転換能力への道徳的アピールの不確かな効果や、まして正しい法の専門家主義的管理者に依存させられるのではなく、まさに当事者の経験的参加の一般性によって、一般的視点転換を強いるような立法手続の構造の中に埋め込まれるのである」(AD, S. 156-8)。立法手続に国民全体が参加することによって、自らの利益を実現したい者もそれを「客観化」して見せる必要が生じる。この点にまず、法の理性性の保障が存在する。

更に、権力分立が法の理性性を保障する。国民主権に対して多くかけられる批判とは逆に、この原理の下でこそ、封建的な社会的勢力に対応する分立ではない、機能的な権力分立が行われる。全員の参加によって生み出される法律は、全員について決定するものでないといけない。つまり、内容にも一般性が必要なのである。全員が全員について決定し、全員に適用可能なものであることで、法律は「あらゆる過剰な非合理性を欠く」ことができる。「まさにここでもカントは、参加者の主観的意識に依存する主権的意思の自己制限を信頼したのではない。立法する主権の自己制

限は、むしろ、自己立法された法の適用へのその構造上の権限不存在に依っている。他方執行権は独自の正当性を失い、「法律の厳格な拘束」に服することで「人的恣意」を消失させる。また、立法・司法の関係でも「法的決定手続の権力分立的分化のみが、将来その法律に従って裁判所で決定されるべき個々の事例について立法者が不知であること」を保障する。この立法者の不知によって、個々の事例に対する人的支配の恣意的関与が防がれ、更に司法は法律への拘束によってその恣意性を妨げられる。ルソーも同様の構図を描いたのは周知である。(AD, S. 178-87)^(15a)

このような自然法概念の転換こそが、近代を導く「コペルニクスの転換」であったとマウスは述べる (AD, S. 159)。「いかなる条件の下で法を制定する意思自体が理性的でありうるか」(AD, S. 161)という問いに対するこの答えが不十分なものに見えるとしたら、それは人々が国家機関に対し、現実の国民の意思とは無関係に超越的に存在する正義を示してほしいと感じ始めたからに他ならない。一般条項を多く含み行政・司法に拘束を与えられない法律が大量生産されつつあり、これによって「構造的自由保障は役立たなくなる」というのに、社会国家化した現実が行政権による法創造―そこにははつきりした参加規則など存在しない―を不可避にするといつて許されている。だが、「国家機構や社会の権力集団が法律の拘束から解放されること」を「中央集権的規律からの解放として祝う」という倒錯からは、既存インサイダーの利益の跋扈しか生まれ⁽¹⁶⁾ない。また、ドイツでは基本法が基本権制約を「一般的法律」に限るという古典的理解を残していたのに、連邦憲法裁判所は個々の事例ごとに基本法の条文には存在しない原理を次々と生み出し、原理衝突を作り上げ、事例ごとにそれを衡量している (AD, S. 316-8)⁽¹⁷⁾。もはや憲法裁は事例ごとに何が憲法かを自ら編み出す「自己準拠的」装置であるが、この憲法裁を多くの者が支持しているのだ。

しかし、看過してはならないことは、もはや神は存在しないという事実である。「実質的自然法への現在の志向は、

次のことを見逃している。つまり、神への責任に帰したところの支配者への超実定的義務づけに対応するものは、世俗化した社会においては存在しないということである」(AD, S. 163)。神なき時代に理性を求めたのが啓蒙哲学であった。今日、神なき時代に神を求める思想は、国家権力を無限定の神とする結果をもたらすであろう。国家機関の自己制限を担保するものはや何も存在しない。

システム理論は法システムと政治システムが自己準拠・他者準拠的に作動しているように描きだすが、現実で生じているのは「人の支配」の復活ではないのか。行政・司法は民主的に生み出された法律に拘束されるという觀念の薄れとともに、権力に座る者が「正しい」政治を行う余地は拡大する。また、それとともに「政治的権力行使の全ての部門の職務管理者の人格性」が問われることになる。しかも「良き意思と人格的徳」というような正体不明の基準によって。すでに「正しい裁判官」を判断するのに、「法律への拘束」よりも「人格的個性」の方が重視される時代が到来しているのではないか (AD, S. 188-9)。正しい裁判を行うには正しい人格が必要だとかつて正面から主張したのはナチスだったというのに。¹⁸⁾ また、国民も憲法の行間に潜む超実定的正義を実現するために国家機関と共同して働くのだとすれば、おしなべて政治に参加するには有徳が必要だと説くのに、それほど飛躍は必要ない (AD, S. 189-90)。もちろん、誰が有徳かを判断するのは、「正しい」政治を行う能力を持った指導者である、ということにもなる。

第五章 特殊性と普遍性

次にマウスは、国民主権に対して最も多く投げかけられてきた批判に対して応答する。すなわち、「一八世紀の国民主権の理論、とりわけその一般的国民意思の概念は、一体的な集団的決定主体を想定しており、近代の多元的で多文化的な社会とは両立しえない」という批判である。「この非難はつまり、一体形成を常にプロセスとらえなければならぬ手続性を、民主的な国民主権の概念に認めておらず、主権的で同時に理性的な国民意思の一体性を、常にすでに実体的に前提されたものとして理解している」(AD, S. 203)。このような思想が、フランス革命に全体主義の起源を見る風潮の前提にあることはいうまでもない。

しかしながらこの解釈は、「一八世紀には、国民意思の主権は人権自体の理念と同様に普遍的だと考えられており、それ故両者は結びつけられえたとする事実」を見逃している。「ハンナ・アレントが見逃していることなのだが、フランス革命の原理としての人民および国民 (Volk und Nation) は、いわば「自然的」な、実体的な、歴史的に成長した同一性にはほとんど基づいておらず、例えば国家喪失の問題はもたらしえないものであった」。一七九三年のジャコバン憲法(「ジャコバン支配のテロルは、この憲法によってではなく、この憲法の停止によってのみ実施されえたとを、ここでもう一度思い出さねばならない」)が一定の外国人に政治参加の権利を完全に与えていたことを想起すべきである。フランス革命では、「国民の前提された一体性が、誰が国民に属するかを決めたのではなく、逆に、人々がどの国民に加わりたいか決めたのである」。国民の同一性は実体的特殊性ではなく、この「自由な意思行為の抽象性」にのみ

基づいていた (AD, S. 204-6)。国民意思と同様、国民の構成自体もまた、人々の具体的意思によるものであった。

それ故、「国民主権の「国民」とは、あらゆる実体的内容からのこの抽象に鑑みて、積極的ではなく、消極的にのみ定義しうる。「国民」には、国家機構に座っていない全ての者が属するのである。まさにこの消極的国民概念は、所属や排除を根拠づけうる倫理的、文化的、あるいは社会的基準を一切知らない¹⁰⁾。このように、フランス革命や国民主権の「原理と現実」(AD, S. 204)を分けることで、その本来の普遍的性格を呼び戻すことができる、とマウスは考えている。

しかしながら、今日の国民主権への攻撃は、まさにこの抽象性に対しても向けられている。それが、抽象性・普遍性に対するポスト・モダンの批判である。「つまり、リオタールがーハンナ・アレントとは逆にー啓蒙哲学やフランス革命に負わせているのは、普遍的なものの宣言のメディアの中での特殊な国民性、主権の貫徹では全くなく、逆に抽象的・一般的なものの、国民的特殊性の犠牲のもとでの絶対化なのだ」。「全ての伝統的社会制度や実体的秩序だけでなく、全ての個々の個人までも、その理念の視点からは、偶然的で疑わしいものである。全ての特殊な現実は、純粹な理性的意思の全体的不確定性の前で、消失する」と言われてしまう。

だが、「主権は自由な国民という理念ではなく、具体的な自由な国民自身に属する」のであって、国民とは物語的概念なのではない。具体的な国民意思形成の上でもすでに見たように、国民意思の理性性を保つために、特殊利益をもとめる人間(ブルジョワ)と政治に参加する人間(シトワイアン)とが内的に分けられなければならないということはない。「政治的意思の抽象的一般性は、具体的個人の彼方に建てられるのではなく、その共存可能性の中のみ存在する。抽象的シトワイアンもまた、特殊利益を持ったブルジョワの禁欲的対極なのではない」。「シトワイアン」と

なるに神秘的徳など必要ない。人は「その特殊利益が一般化可能なものとして手続的自律を通過する限りで、ブルジョワとして、シトワイアンの資質を得る」。そして、「まさに特殊性と一般性のこの手続的媒介は、シトワイアン概念の最高の抽象性に頼らざるをえないのである。その完全な内容の不確定性のみが、どの具体的利益もどの個別のブルジョワも手続への参加から排除されないことを保障する」。「一般的概念の抽象性こそが、特殊なものの自律のための前提」なのであり、具体的現実を無視するものだという批判は当たらない。民族の少数派や女性の主張が政治から排除されたのは、普遍的理念のせいではなく、その適用が不十分であったからであり、二〇世紀の全体主義を生んだのもまた、国民・シトワイアン概念の実質化であった。「啓蒙哲学やフランス革命の抽象性は、特殊な諸地位の法的承認によってではなく、社会的利益状況の不平等にもかかわらず、平等の手続権を保障することで、社会的多元主義を承認する」のであり、このことは社会が分化して民主的に制定された実定法のコントロールから抜け出ていこうとする今日において、特別に「重要性和アクチュアリティ」を持つと言える (AD, S. 210⁽²⁹⁾)。

確かに、国民主権論が全体主義の嫌疑を避けるためには、このような概念構成をとる以外になかろう。ただし、「原理と現実」を分けることが現実には可能なのかという問題は残ると思われる。

第六章 ラディカルな理論の現実化？—ラデアアとマウス

以上のようにマウスは、極めて古典的な近代国家理論をあえて今日説く。もちろん、彼女自身「現実の記述に規範的ポテンシャルを適応させることによって現実的となる」ことを自覚的に拒絶しているから、その非現実性をあげつ

らつても批判とはなるまい（理論提唱の社会的無意味をいうなら別かもしれないが、すぐ右で挙げたようにマウスは自らの「アクチュアリティ」も主張している）。だが、マウスは「根本的に変化した社会文脈に鑑みて、しかしながらその根源的解放ポテンシャルを放棄することなく、承認しなければならぬ、その変化した意味を考察する」ことも自らの課題としていた。次に、この点についての彼女の主張を整理してみよう。

ここでマウスに刺激を与えているのは、カール・ハインツ・ラデーアである。ラデーアは、「政治的決定プロセスの分化したシステム構造への移行や、その社会的規制領域（及びその中に定着している非常に強い利益）とのネット化」を主張しているとしてマウスが批判した人物に他ならないのだが、彼女がシステム理論を現実の的確な叙述と認めている以上、ラデーアが理論の現実化の際の検討対象となることは実は当然であつた。ラデーアは、今日の社会を何よりも「組織化した社会」ととらえている。法主体として平等な個人よりも様々な規模、内部構造を持った組織が登場してくるにつれ、「行為及び情報ポテンシャルの不平等は、自立的行為を中心としての一、つ、の人格という、キリスト教的、更には理念的要素を掘り崩す」。社会は、それぞれが異質な構造を持ちながら自立化した組織によつて構成されるようになる。組織はそれぞれが異質な論理にしたがつて戦略的に行為するのであり、「様々な多元的主体の新しい多様な行為合理性はもはや、――行為連関の統合のかつての形式のように――他者」、つまり法律によつては媒介され²¹ない。これはマウスの理論の現実化に対する根本的な打撃となろう。

こうして「主体が個々の役割にセグメント化される」――これは主体というよりはシステムである――と、普遍的法という「メタ言語」は不可能となり、「コミュニケーション関係は、言語ゲームの状況戦略的に構築されたシステムの共存可能化によつてのみ意味を得ることができる。それは、公的行政の行為の領域では、ネオコーポラティブに集結し

た、公的及び私的利益組織のアーリーナで展開される。立法や裁判も、この断片化しシステム的にのみ統合される社会的意味の生産プロセスの中に組み込まれる。立法はもはや「個人の社会」の特定モデルを引き合いに出すことはできない。それは断片化した利益アーリーナでの法の履行を、そのときどきにおいて共に計算に入れなければならない。一般条項はそのために使いうる。「現代の脱形式化した法に特徴的なのは、ルーマンが言うような「個々の事例ごとの正しさ」というより、社会的転換の高度な必要であり、それは（法制度、一般的法概念といった）討議の構成と「法律意思」との支持連関をもはや許容しない」。今日の社会を統合するのは、もはや「法的な「世界像」ではなく、「断片化した集団利益の危うい連合の中での部分的コンセンサス・妥協形成」ではない。それ故決定も、柔軟化した法の下で、国家中心でなく水平に開かれた形で行われる必要がある。法の「不確定性は、新たな概念として考えられなければならない進化の徹頭徹尾生産的な契機を意味しうる」。

しかしながらマウスは、一般条項に発展のチャンスが存在しているというラデアの指摘を危険であるとして、次のように述べる。「ラデアの非常にリアリスティックな現在の行政構造の分析は、発展の視点を根底に持っているが、それはまさに行政法の脱形式化に対する全くリアリスティックでない希望を定めている」。ラデアの主張だけでは、分化した社会の各分野において行政機関と社会組織が協力して「衡量」を行う際、その分野に係る社会の利益が公正に配慮される保障が全く存在しないからである。マウスもまた、「国民主権の再建への試みは……現実の社会の分裂から出発しなければならぬ」ことを認めるが、「この発展の政治制度的な置き換えとして現在生じている事柄の純粹な叙述に満足することはできない」として理論を進める。

ラデアが言うように社会が組織化した現在には、確かに一八世紀の理論では対応できない。往時とは違って社会

への法的介入の必要は増大しているし、「永久の事後制御の必要への適用」によって法の柔軟さは不可避免的に増大している。そんななかでの緊急の問題は、「完全に自立化した社会の権力センターに、民主的 legalization をなんとかして実行すること」である。「高度に特殊化した知」が各組織を動かす時代には、それを集権的法律によって一体的に行うことはできない。「分化した社会のサブユニットの管理と指導は、それ故ただインサイダーの視点から、組み込まれた対抗力によってのみ可能となる」。だとすると、議会は「法律を作る者と法律の名宛人との同一性、すなわち「自己立法」を、」
「全くもつばら、社会の部分一体性の内的領域においてのみ打ち立てる」べきだということになる。議会は、社会の部分において、力を持った既存のインサイダーが特権的な影響を与えられないよう、該当する対抗力を組み込む手続を明確に定めるべきなのである（「社会的な力の非対称性を法的に補償する、対称的な手続地位」）。

「立法の中心は、最も一般的な機能の権限を保持する。つまり、集権的・プレビシツ的な、あるいは脱集権的な法制定プロセスにおいて、それによって内容のある規範が始めて成立するような手続規範の制定である」。恣意の介入を妨げる個別事例の無知を守るために、手続は予め一般的に明確に定められることが必要であり、それによって各決定の際の恣意性も防がれる。

マウスの理解では、啓蒙近代の立法は特殊なもの一般化可能性によってその理性性を保持していた。ラデアアが示したのは、そのいわば共約可能性の今日における不存在であり、マウスもまたこれを受け入れる。だとすると「今日の社会における一般性は、その極端な内容的分裂に鑑れば、もはやただ手続的なものでしかありえない」。「それぞれの特殊な内容決定の前提」としての手続規範を定めるのが中央の議会の役割ということになる。しかしながら、特殊なものの手続による客観化、共存可能性を求める―現実の意思を超越した「システム理性」ではなく―という点に

において、これは啓蒙哲学の今日化と言えるものなのだ、とマウスは読者を納得させるのである (AD, S. 221-6)⁽²⁵⁾。

だが、このマウスの主張は、第五章までの彼女のラディカルな民主主義論と矛盾無く接続できるのだろうか。彼女は立法の脱中心化はその影響を受ける当事者―つまり手続参加者の範囲―を特定できないという欠点を持つのではないかと、との批判を想定し、それに対して法の影響が見通し難いのは中央で制定する法律も同じだと答えているが⁽²⁶⁾、果してこれが答えとなっているかは疑問である。国民の実質化が特殊利益の排除につながるというのは彼女が最も力説したところであったのだから。各サブシステムもそれぞれが全く閉鎖的に作動しているのではなく、互いに環境として影響を与えあっているというシステム理論からしても、立法の脱集権化が排除の問題を顕在化させないとは言えないであろう。これは彼女が自らの理論の現実化を図る際のツケであり、彼女自身が問題を自覚しているからこそ、このような批判を自ら想定したのである。実際、彼女は文化的多元主義社会においても、それぞれの文化集団に特定アイデンティティ、特別の権利を与えようとする思想(現在アメリカで主張されている多文化主義(multiculturalism)にあたるものであろう)は、集団内での自由な意思決定を省き排除を行うことにつながる危険がある、と指摘している (AD, S. 219)⁽²⁷⁾。ラデアの想定を受け入れることでマウスが困難な立場に迫いやられたことは間違いない、この点での彼女の理論構築はまだ未完成であると思われる。

おわりに

マウスの主張を最もラディカルに表現すれば、国民は主権者として常に実定法秩序全体の外に立ち、「永久に実効的

な憲法定権力」を持つ、ということになる。このことの自覚が近代国家を生んだのであり、世俗化の時代にはそれ以外の道は残されていない―残されているように言う主張は、結局国家権力に正義の認定権を与えるものとなる―、ということになる。

かつて主権論論争において樋口陽一は、憲法上の概念としての国民主権を「権力の正_レ、性_レの所在の問題」に押し込める際の理由として、そうでないとして「実定法の破壊を実定法上の概念の名において正当化」してしまふことを挙げた。⁽²⁸⁾これはまさにカール・シュミットが主権を法的に構成した際に生じた問題点であり、既述のようにマウスもこの点を考慮し、主権をあくまで法を創設する法外の力であるとしたのである。だが、結局 Maus の主張も現存する憲法をいつでも国民が破壊する（その際の破壊は、法的に制度化されたものではない、文字通りの革命としてのみ生じることになる）ことを正当化する、より厳密には正当化する必要がないことを正当化する、理論であるといえるだろう。

この点でも、また徹底したフランスへのこだわりからしても、彼女が博士學位論文⁽²⁹⁾の研究対象としたカール・シュミットからの影響は明白であり、通常状態に照準を合わせて体制内化した「シュミット学派」よりもはるかにシュミット的である、ともいえるであろう。ただし、「国民」のとらえかたに極めて大きな差があることに留保が必要だが。

しかし、彼女をより強くとらえているのは、おそらく、近代においては超越的な正義を示すことはできず、だからこそ国家権力は現実の国民の意思が生み出した法律に強く拘束されなければならない、という信念であり、この点で彼女はハンス・ケルゼンのでもある。彼女が繰り返し批判するのは、今日においても何か政治の「正しさ」といったものが存在し、しかもそれが既存の憲法に書き込まれていると信じる現代人の性向である。システム理論もまた、システムに委ねていれば「進化」が起きると現代人を信じさせざる危険がある。現実を動かしているのは、現に存在する

人間に他ならないという事実が忘れられつつあることが、彼女が「再封建化」を言う際の最も根底にある危機意識である⁽³⁰⁾。

この点からすれば、彼女の違憲審査制に対する徹底的に敵対的な態度もうなずけると思われる。つまり、彼女の理論に従っても、民主的意思形成における手続的権利は国民意思の自由な形成のために憲法上保障されており通常の法律によつては奪えない、という理由で、その限りで違憲審査制を容認することは十分可能であると思われるのだが、彼女は次のように述べるのである。「国民自身だけが、自らの自由権を立法者に対して妥当させることができる。つまり立法のコントロールは、他の国家機関によつてではなく、「下から」のみ可能なのである」。これこそがフランス革命の思想であつた。違憲審査制ではなく、「ペン⁽³¹⁾の自由」こそが自由を守るのであり、国家機関に守つてもらうような自由はその名に値しない(AD, S. 301-2)。彼女は確かに国民主権を自然法的に擁護するが、それはいわば彼女にとつての相対的正義であり、国民自らが民主主義を捨てようとするときには、いかなる賢人もそれを止める権限を持つべきではない。未来を決められるのは国民自身だけなのだ。「経験的、民主的な結論に対する専門家的な修正は、いかなるものでも、すでに民主主義自体を放棄するものだ」。「国民の誤る権利」を認めることこそ民主主義である(AD, S. 157)。

「国民の誤る権利」が行使された結果におののいて、第二次大戦後の多くの民主主義国には「当初より、民主的・底辺民主的なプロセスに対する深い不信」(AD, S. 302)に基づいていた、アメリカ合衆国に由来を持つ違憲審査制が導入された。また、法の外に立つ「主権」の概念が危険視され、国家権力をはじめから「内容的に法によつて構成された権力⁽³²⁾」とし、国民もまた法的に組織されたものと考えられる思想が有力となつた。確かに戦後憲法(思想)は悲惨な

経験からの人類の学習効果ともいうべきものであり、その意義を軽んずることはできない。しかし、その中で国家を作っているのは現に存在する国民自身だという意識が薄れつつあるとしたら、それもまた民主主義にとつては危険なことなのではないか。マウスの理論は、現代に「幻想的」かもしれないが「力強い自由の理念」⁽³³⁾をもう一度復活させようとする異端の主張である。

マウスは、『民主主義理論の啓蒙によせて』の本文を次のように述べて締めくくっている。「一七九一年と一七九三年のフランス憲法の広範な含意は、フランス革命の現実の中でも、その後の歴史的編成の中でも、現実化されなかった」。だが、「アメリカ連邦憲法が世界的な憲法発展の基準を示すようになればなるほど、それが世界の祝祭的意識を定めることは少なくなる。一方、カントによって呼び覚まされた「熱狂」の名残りは、フランス革命の原理への遍在する祝祭にいまたとどめられている。それは今日、排除されたものの帰還を明確に示すのである」(AD, S. 246)。

「理想的な」自由を熱狂⁽³⁴⁾することを知らない者に、民主主義が守れるのかは確かに問題であろう。どのような熱狂も極めて危険なものであるとしても。

極めて現代的なシステム理論の意義を十分に認めながら、自らは啓蒙近代の思想にとどまろうとして理論的模索を続けるマウスは、検討するに値する人物であったと信じて、平板な紹介論文にすぎない本稿を閉じたいと思う⁽³⁵⁾。

(1) Ingeborg Maus, *Sinn und Bedeutung von Volkssouveränität in der modernen Gesellschaft*, KJ 1991, S. 137. (以下 *Sinn und Bedeutung* と略す。)

(2) 栗城壤夫「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』九三頁、九六頁(一九九四)。

(3) Ingeborg Maus, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie* (1992). (以下ADと略す。)なお、インゲボルク・マウス

は「一貫してユルゲン・ハーバーマス、アクセル・ホネット等の「フランクフルト学派」の問題関心の圏域の中で、社会理論としての法理論・政治理論の構築を旨指して学際研究を進めてきた」(インゲボルク・マウス「ワイマール共和国における国民主権の変容について」河上倫逸編『ゲルマニスティクの最前線』一六二頁(一九九三)に付された河上倫逸の解題)とされる人物であり、前掲著書の前書でもハーバーマスには特別の謝辞が述べられている。しかし、両者の理論的隔たりはかなり大きい。ハーバーマスの国法理論については、毛利透「国家意思形成の諸像と憲法理論」樋口陽一編『講座憲法学第一巻』所収の参照を願う。

- (4) Reinhard Brandt, Radikaldemokratie in Königsberg, Rechtshistorisches Journal 12 (1993), S. 202-25」の点を批判したMaus, ADの書評をよむ。
- (5) Maus, Sinn und Bedeutung, S. 137-8.
- (6) Niklas Luhmann, Politische Verfassung im Kontext des Gesellschaftssystems (1) (2), Der Staat 12 (1973), S. 1, 165, 3-7.
- (7) Ebd., S. 178-181. (引用文中の傍点は原文の強調箇所、以下同)
- (8) Niklas Luhmann, Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, Rechtshistorisches Journal 9 (1990), S. 176, 176-80.
- (9) Ebd., S. 184-91.
- (10) Ebd., S. 193-9.
- (11) Edd., S. 202-3, 208-9.
- (12) Ingeborg Maus, Basisdemokratische Aktivitäten und rechtsstaatliche Verfassung, in: Thomas Kreuder (Hrsg.), Der orientierungslose Leviathan (1992), S. 99, 100-1. (以下「Basisdemokratische Aktivitäten」を略す。) なお「ルーマンの「ハーゲル性」については、大野純「ニコラス・ルーマンはどうか変貌したのか」法哲学年報一九九〇、一七九頁も参照。

主権の復権？

- (13) Peter Häberle, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, in: ders., Verfassung als öffentlicher Prozeß (1978), S. 155, 156-64, 169-71.
- (14) Maus, Basisdemokratische Aktivitäten, S. 102-6. Häberle, ebd., S. 157ff. 憲法解釈の「責任は」、「最終的」解釈を行う憲法裁判権に(……)残る」と述べている。なお、法実証主義にナチスを防げなかった思想的責任を帰する「歴史の歪曲」(長尾龍一)『カール・シュミットの死』一四九頁(一九八七)に対するマウスの批判については、vgl. Maus, AD, S. 333-6. この点につき、広渡清吾「法による社会変革」と法律実証主義」長谷川正安他編『市民革命と法』二二五頁(一九八九)を参照。
- (15) 啓蒙思想家カントが抵抗権を否定したのはなぜかというカント解釈にまつわる古来の問題を、マウスは「抵抗権」という概念自体が前近代的だと断することで解決したことになる。ただし彼女もカントが自然状態の出現を恐れていたという一般的理解を否定するわけではない。むしろ、「主権者不在」という事態を心底から恐れることができた点こそ、彼の近代性を示すところである。vgl. Maus, AD, S. 79ff.
- (15 a) 「一般性という枠を嵌めることごと立法者の恣意専断を防止するという発想」は全く伝統ではなく、カール・シュミットの「こしらえもの」だと指摘するのは玉井克哉「法律の「一般性」について」『現代立憲主義の展開(戸部信喜古稀)下』三八三頁(一九九三)。マウス自身「カール・シュミットの呪縛にとらわれ」ているのかもしれないが、国民主権の下での法律をいかにして理性的なものにするかを「更地で」考えた未での結論が投影されていると見ることもできる。
- (16) Ingeborg Maus, Perspektivenreflexiven Rechtsim Kontext gegenwärtiger Derogierungstendenzen, KJ 1986, S. 390, 393-400, 404. (以下「Perspektiven」と略す。) 社会の法化という流行語とは裏腹に、現実に進んでいるのは「脱法化」その他である。Vgl. dies., Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel von Institutionen, in: dies., Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus (1986), S. 277.
- (17) Vgl. auch Ingeborg Maus, Justiz als gesellschaftliches Über-Ich, in: Werner Faulstich, Gunter Grimm (Hrsg.),

Sturz der Götter? Vaterbilder im 20. Jahrhundert (1989), S. 121, 128-31. (以下 Justiz と略す。)

(18) Edd, S. 138. 「法理論的問題は、その中核において道徳原理の問題である」として法的判断を道徳の問題に公然と依らしめようとする―従って当然、連邦最高裁判官の政治的思想も問題にする―ロナルド・ドゥオーキンに対するマウスの批判については、vgl. Maus, AD, S. 311-4. しかし、ここでは次の長尾龍一の記事を引くだけで十分であろう。「ドゥオーキンは困難な法的事件の解決に当たっては、実定法を支える「政治哲学」の補充なしには済まされないと理由で、法実証主義を批判しているが」「アメリカ実定法にはアメリカ実定法の……「政治哲学」があり、それへの顧慮なしには難事件は裁けないというのは、自明のことであり、「国体への信念なしに裁判ができるかと裁判官を罵った血盟団事件の弁護団の主張と大差はない」(長尾前掲注(14)一三三―三四頁)。ただし、その「自明」さをあくまで否定する理念を掲げるのがマウスである。なお、毛利透「人種分離撤廃の現実と法理論」国家学会雑誌一〇六巻七・八号一頁、三一頁(一九九三)で私は、ドゥオーキンは自らの「リベラルな法・政治思想」の少なくともアメリカにおける説得性に「自信を持っている」のだろうと指摘しておいた。

ナチスや日本軍国主義の思想と「人間の尊厳」を基本とした思想とを同列に扱うのはナンセンスだというありうる批判に対し、マウスは次のように答えている。確かに「現代において優先視されている価値は、その内容からすれば、ナチス時代の法理論が形式的な法の保障を犠牲にして特別に法的保護を与える必要性を承認した「ドイツ民族の具体的価値」と同一のものではない」が、だからといって「それが社会的・経済的な現状を保全する機能としては同一のものだという点に変化が生じるわけではない」(Ingeborg Maus, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus* (2. Aufl. 1980), S. X (インゲボルク・マウス『カール・シュミットの法思想』vii頁(今井弘道他訳、一九九三)ただし、訳文は一部変更した)。自然法論の基本的保守性を指摘したハンス・ケルゼンが思い出される。例えば参照、ハンス・ケルゼン『自然法と法実証主義』(黒田覚・長尾龍一訳、一九七三)。

(19) Ingeborg Maus, "Volk" und "Nation" im Denken der Aufklärung, *Blätter für deutsche und internationale Politik*,

- Mai 1994, S. 602, 605. (以下“Volk” und “Nation”と略す。)マウスは、ルソーの「市民宗教」も「歴史的問題状況に鑑みれば」、「大世界宗教に共通の内容への宗教的要求の最小限化」であり、「国民」は彼においてもあらゆる実体的内容から離れた「排他的に憲法上の概念」であった、という (Ebd., S. 607)。なお、アレントについては、特にハナ・アレント『全体主義の起源』(大島通義・大島かおり訳、一九七二)第五章参照。
- (20) Ebd., S. 611. リネタールに「*le contrat*」を、see, Jean-François Lyotard, *Notes on Legitimation*, 9 Oxford Literary Review 106 (1987).
- (21) Karl-Heinz Ladeur, “Adwägung” — ein neues Rechtsparadigma?, ARSP 69 (1983), S. 463, 463-7. Vgl. auch, ders., *Subjektive Rechte und Theorie der Prozeduralisierung*, KJ 1994, S. 42. ラデーアについては、村上淳一『ポストモダンの法理論』『社会変動のなかの法』二六一頁、二七二頁以下(一九九三)を参照。また、ラデーアとマウスの比較については、高田篤「法治国家の再形式化」をめぐる論争と形式化論・手続化論の意義」*広島法字*一六巻四号一〇三頁、一一七頁以下(一九九三)を参照。
- (22) Ladeur, “Abwägung”, S. 468-75.
- (23) Maus, *Perspektiven*, S. 402-3. ただし、ラデーアも法律による手続規律の意義を見落としているわけではない。村上淳一「科学技術の水準と裁判」*法曹時報*四五巻九号一八七三頁、一八九一頁以下(一九九三)参照。
- (24) Dies, *Sinn und Bedeutung*, S. 145.
- (25) Vgl. auch dies, *Sinn und Bedeutung*, S. 147-50.
- (26) Dies, *Basisdemokratische Aktivitäten*, S. 112.
- (27) Vgl. auch dies, “Volk” und “Nation”, S. 611. アメリカでの問題状況については、アーサー・シュレジンガー Jr. 『アメリカの分裂』(一九九二)などを参照。
- (28) 樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』三〇〇—三頁(一九七三)。

- (29) Ingeborg Maus, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus* (2. Aufl. 1980) (インゲルク・マウス『カール・シュミットの法思想』(今井弘道他訳、一九九三))。なお、マウス前掲注(3)「ワイマール共和国における国民主権の変容について」は彼女のカール・シュミット主権論に対する理解を簡明に示す。
- (30) 彼女はおよそ左翼とは思えないほど環境保護運動に対して冷淡であるが(vgl. z. B. Maus, AD, S. 34)「それも」の運動が国民意思というより人類の総意—をも超えた価値を主張する傾向があるのに嫌疑をかけているからであろう。
- (31) ただし、ワイマール共和国の崩壊を民主主義の自殺とする評価に対するマウスの批判として、vgl. Maus, *Basisdemokratische Aktivitäten*, S. 107-8.
- (32) 廣沢民生「主権論—その構成視座の転換に向けて」小林孝輔編『ドイツ公法の理論』二二二頁、二二六頁(一九九二)。「政府の諸権限は、憲法によつてはじめて創出・付与され」という「アメリカ的なパラダイムの根本的なパラダイム・シフト」を提唱する松井茂記「国民主権原理と憲法学」『社会変動のなかの法』一頁、二三頁(一九九三)も参照。当然ながら、マウスはそのような理解をとっていない。Vgl. Maus, AD, S. 316.
- (33) Maus, *Justiz*, S. 126.
- (34) カント全集第十三卷四一—四頁(一九八八)
- (35) マウスは国民意思に先立つ実体的自然法を一切認めないという立場を突きつめて提示するが、そのみが真に近代的思想だとの主張は偏狭にすぎるだろう。少なくとも、「正しくない」政治に陥ることを防ぐ壁として憲法に人権という実体的価値が盛り込まれていると解することは、十分近代の伝統に沿うと思われる。なお、国民意思形成過程に関する私の考えについては、毛利前掲注(3)の参照を願う。現代における特殊利益の共存可能化への不信は共通しているが、そこからの対処法は異なっている。

