

Title	憲法制定権力と再帰的アイデンティティ： 集团的自己の存在論に向けて
Sub Title	Constituent power and reflexive identity : towards an ontology of collective selfhood
Author	Lindahl, Hans(Yamamoto, Hajime) 山元, 一(Kondo, Keisuke) 近藤, 圭介(Ono, Yusuke) 大野, 悠介
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2022
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.95, No.3 (2022. 3) ,p.85- 115
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	資料
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20220328-0085">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20220328-0085</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

## 資料

### 憲法制定権力と再帰的アイデンティティ

——集团的自己の存在論に向けて——

ハンス・リンダール

山元 一

近藤 圭介／訳

大野 悠介

#### 解題

本論文の著者ハンス・リンダール (Hans Lindahl)<sup>(1)</sup> 教授<sup>(2)</sup> は、南米コロンビアの出身で、同国の首都ボゴタの私立ハベリアナ (Javeriana) 大学で法学士号及び哲学修士号を取得した後、ベルギーのルーヴァンカトリック大学で政治哲学であり、現在はオランダのティルブルク (Tilburg)

大学で法哲学講座教授を務め、さらにイギリス・ロンドン大学クイーンメアリー校でグローバル法講座教授を兼任している。

リンダール教授の基本的な問題関心は、グローバル化とその下で生じる法の変容に関連する現代的な諸問題であり、「包摂／排除」というコンセプトを基軸とし、現象学及びポストモダン思想や分析哲学とりわけ集合行為論といった哲学上の議論を巧みに援用しながら、法に見られる不変の構造的要素を抽出する研究を行っている。

\* \* \*

ここに訳出した論文「憲法制定権力と再帰的アイデンティティ——集団的自己の存在論に向けて」(Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood) [マーチン・ラフリン＝ニール・ウォーカー編『立憲主義のパラドックス』(Martin Loughlin & Neil Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism* (Oxford: Oxford University Press, 2007), pp. 9-24)] 所収]は、近代憲法の基礎概念の一つである憲法制定権力について、彼独自の方法論に基づいて理論的再構成を行った極めて興味深い論文である。<sup>(3)</sup>

本論文が所収されている『立憲主義のパラドックス』は、近代立憲主義そのものに内在するパラドックス、すなわち国家権力に対して法的に規律を及ぼす立憲主義政体が、現存する法秩序そのものを破壊するポテンシャルを有する憲法制定権力によって生み出されるというパラドックスをメインテーマとして掲げ、法学政治学の多様なバックグラウンドを有する論者がこのようなパラドックスにどのような向き合うかという問題に取り組んだ論文集であり、本論文は、その劈頭を飾っている。

本論文<sup>(4)</sup>において、リンダール教授は、ヨーロッパ統合の進展という文脈の中で改めて、戦間期ドイツ語圏で展開されたハンス・ケルゼン (Hans Kelsen) とカール・シュミット (Carl Schmitt) の国家と(憲)法との関係についての論争を批判的に再読しつつ、憲法制定権力論の再定位を試みる。彼は、憲法制定権力を、「集団的アイデンティティ (collective identity)」の問題に引き寄せて考える。リンダール教授は、法的ディスコースにおいて、集合行為論を参照することを通じて、一人称複数の 'we' の意味するところを理解することなくして、憲法制定権力観念を理解することはできないと力説する、リンダール教授からみれば、ケルゼンの純粹法学は、憲法制定権力の主体であるべき 'we' を法秩序の主体から排除し、法秩序そのものに解消してしまおうとするものであった。これに対して、シュミットはといえば、法秩序の主体として憲法制定権力を行使する人民を措定し、憲法制定行為を自己授権的・自己帰属的行為だと捉えた点においては適切であったが、憲法制定権力の行使主体として政治的同質性を有する人民という先行する政治的共同体の存在を前提とした点において不適切であったというのがリンダール教授の批判である。

リンダール教授によれば、実は、ケルゼンにとつても

シユミットにとつても念頭にあつたアイデンティティは、「同一性 (sameness)」という意味でのアイデンティティであつた。このような理解は不適切であり、アイデンティティは「再帰的アイデンティティ」、「集団的自己 (selfhood)」としてのアイデンティティ」として理解されなければならない。かかるアイデンティティは、単なる一人称単数の集積に還元されない一人称複数の「We」を問う次元に位置し、ある集団が自分たち自身を集团的に行爲をすることを企図する統一体として理解するとともに、その行爲が集団的なるものために企図されているという二つの意義において、かかる共有された志向的活動は再帰的なのである。このような再帰性の二つの意義によつて、「人民自身の憲法」という觀念が導出され、それを「人民に押しつけられた憲法」と峻別することを可能にする。このような「私たちのものである」(our) (ownership)の觀念は徹底的に政治的な觀念であつて、「集団的自己構成 (collective self-constitution)」——「集団的自己帰属 (collective self-attribution)」——に含まれた再帰性を表現する。こうして、憲法制定権力は、無から生じる純粋な決定ではない。具体的実存性を帯びた集団的なるものは、すべての段階においてそれに先立ち、「私たちは誰か?」

という設問を自らに課しながら、それに絶えず立ち向かうものに「応答 (re-act)」することによつてのみ行爲しよう (この意味で、憲法制定行爲は条件付で遡及的にのみ成立する行爲であつて、政治的統一の核心はその「根本的な受動性 (fundamental passivity)」にある<sup>6)</sup>)。したがつて、帰属は、過去と未来への投影 (retrojection, projection)によつてのみ成り立つ。リンダール教授によれば、このような憲法制定権力の理解は、決して法秩序の存在を軽視するものではなく、シユミットの所説とは異なつて政治的統一は法秩序を通じてはじめて実現されると理解されるべきである、とされる。「集団的自己」は「懷疑可能性 (questionability)」と「応答性 (responsiveness)」を必然的に伴うのであつて、法治国原理と基本権保障がなされていることが、ある行爲を人民の行爲に帰し得るための最小限の条件をなす、とされるのである。

以上のハンス・リンダールの議論の背景には、近代主権国家システムの不可逆的動揺化という状況にあるヨーロッパの今を生きる人々にとつて、自らの政治的結合体の主体である一人称複数の「We」は誰なのか、という設問が強度なアクチュアリティを帯びた設問として登場していることがあることを見て取ることができる<sup>6)</sup>。リンダールの憲法制

定権力論は、近代主権国家と憲法制定権力観念を不即不離の関係と捉えてきたこれまでの支配的な思考枠組み(=憲法制定にはデモスの存在が絶対的条件であって、主権者人民が憲法採択という絶対的な決定をおこなうのでなければ、憲法制定行為の存在は否定されなければならない)、とする(フランス革命再演要求)のテーゼ)を克服しようとする。一つの魅力的な憲法制定権力再定位論であるように思われる。

この点に関連して、戦後日本憲法学における代表的な憲法制定権力論(樋口陽一、菅野喜八郎、長谷部恭男)においては、シュミット憲法制定権力論についてそれを立憲主義を破壊する議論として強く警戒視し、ケルゼンの思考を継承する方法二元論的見地に基づく事実と規範の二元論的理論構成のパラダイムの強い影響力を看取することができる。さらに、史的唯物論の強い影響下にある杉原泰雄においても、やはり憲法制定権力は法外現象として、憲法学の本来的な考察対象からは排除された。この点から見ても、日本憲法学にとって改めて憲法制定権力を憲法学に再定位させようとするリンダール教授の理論的チャレンジは強い関心に値する、といわなければならない。

なお、本論文以外に憲法学の見地から興味深いリンダール

教授の主要著作として、以下のものがある。

- ・ Sovereignty and Representation in the European Union, in Neil Walker (ed.), *Sovereignty in Transition* (Oxford: Hart Publishing, 2003), 87–114.
- ・ Hans Lindahl (ed.), *A Right to Inclusion and Exclusion? Normative Fault Lines of the EU's Area of Freedom, Security and Justice* (Oxford: Hart Publishers, 2009).
- ・ *Fault Lines of Globalization: Legal Order and the Politics of A-Legality* (Oxford: Oxford University Press, 2013)
- ・ Law as Concrete Order: Schmitt and the Problem of Collective Freedom, in David Dyzenhaus and Thomas Poole (eds.), *Law, Liberty and the State: Oakeshot, Hayek and Schmitt on the Rule of Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), 38–64.
- ・ Constituent Power and the Constitution, in David Dyzenhaus and Malcolm Thorburn (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law* (Oxford: Oxford University Press, 2016), 141–160.
- ・ *Authority and the Globalisation of Inclusion and Exclusion* (Cambridge: Cambridge University Press, 2018) [スウェーデン語訳およびポルトガル語訳が準備中]

(1) cf. <https://hanslindahl.org/> [最終確認二〇二二年六

月一日)

(2) 本問題を執筆するに際して、近藤圭介氏(京都大学准教授)のご教示を得ることができたことについて、記して謝する次第である。

(3) 本邦訳文は、筆者が二〇一九年度に慶應義塾大学大学院法学研究科で開講した憲法特殊講義において報告を担当した大野悠介氏(当時法務研究科助教・法学研究科博士課程学生、現下関市立大学専任講師)が準備した本論文の試訳を原型とし、後日大野氏が見直して完成させた訳文に筆者が加筆・修正したものを、さらにリンダール教授の理論に造詣の深い近藤圭介氏に再検討して頂くという経緯を辿ったものである。なお、大野氏のリンダール教授について論及した論文として、大野悠介「[État / Institution nationale]の制作・試論」『法学政治学論究』一二二号〔二〇一九年〕三七頁以下、同「国家の変動」という問題と〈差異と反復〉の位相—リンダール・オーリウ・タルドの可能性—『下関市立大学論集』六四巻二号〔二〇二〇年〕四九頁以下、がある。

(4) この部分の叙述については、筆者の既発表論文「近未来の憲法理論を考える」『憲法理論の再創造』(日本評論社、二〇一一年)九六頁以下、を参照されたい。

(5) リンダール教授の別稿によれば、ここにおいて、憲法制定権者たる人民と実際にそれを担当する者の間を、よ

り一般的にいえば、憲法制定権力と憲法によって設置される権力が弁証法的に媒介するのが、——相互依存関係を本質とする——「政治的代表の論理 (the logic of political representation)」である。cf. Hans Lindahl, Sovereignty and representation in the European Union, Neil Walker (ed.), *Sovereignty in Transition* (Oxford: Hart Publishing, 2003), p. 108.

(6) 但し、リンダール教授の憲法制定権力論は、既存のナショナルな次元を超えた憲法制定権力弁証の理論的可能性を切り開くものであるが、理論自身はこの論点に対してニュートラルな性質の議論であるから、このような論法は、ナショナルな次元の憲法制定権力論刷新のためにも用いることができるであろう。実際、Martin Loughlin, *Foundation of public law*, Oxford University Press, 2010, pp. 226-228 は、このような見地からリンダール教授の議論について好意的に参照している。

(7) 参照、山元一「グローバル化世界と憲法制定権力」(続)『慶應法学』三九号〔二〇一八年〕一六頁以下。

(山元 一)

※ 【1】は原文のおおよその頁数。「」は訳注、「」は原注。傍点はイタリック。

【9】カール・シュミット (Carl Schmitt) は、その著書『憲法理論 (Verfassungstheorie)』において、近代立憲主義国家は、相異なるそして究極的には対立する二つの要素——すなわち、政治活動のシステムと個人を保護するという視点からその政治活動に課される一連の法的制限——からなる構成物である、と主張している。この著書の主眼——それは、憲法によって設置された権力に対する憲法制定権力の優越性および法の支配に対する民主政の優越性を回復させようとする執拗な主張であるが——は次の一文に表れている。「政治的に一体の人民の具体的実存は、あらゆる規範 (norm) に優先する<sup>(1)</sup>」。シュミットが人民の「具体的実存」を引き合いに出したのは、ハンス・ケルゼン (Hans Kelsen) の純粋法学が最も強力に主張している憲法および立憲主義の規範的理解に対抗して論争を引き起こすためであった。ケルゼンによれば、民主政における人民は何ら〔法秩序に〕先行する独立の政治的実存ではない。というのも、人民の統一 (unity) は法秩序の統一性に過ぎないからである。シュミットの見るところ、ケルゼン

は、政治的統一体としての人民が〔法秩序に〕先行して実存することを否定することによって、憲法制定権力を憲法によって設置された権力へと、政治を法へと落とし込め (collapse)、そうして法秩序を、自己を基礎づけ自らに奉仕し自らを維持するルールの体系へと実体化したのである。本稿は、政治的統一体の「実存」に関するケルゼン＝シュミット間の討論を参照することによって、憲法制定権力と憲法によって設置された権力との関係が生み出す存在論を明らかにする。この存在論的な探求は二つの主要な主張からなる。一つ目は、集団的アイデンティティというのが、政治的共同体の存在のあり方の問題にとつて鍵となるということである。実際のところ、憲法制定権力の行使が政治体の自己構成 (self-constitution) として描かれるや否や、アイデンティティが問題となってくる。私は、ケルゼンにもシュミットにも反対であり、自己構成でいうところの「自己」で問題となるのは、再帰的アイデンティティ、つまり、同一 (sameness) という意味でのアイデンティティとは対置される、集団的自己としてのアイデンティティであると主張する。二つ目の主張は、集団的自己の存在のあり方が非常に両義的だということである。【10】実際、集団の自己構成という言葉によって、集団的自己によ

る、組織化と集団自身を対象とするその組織化との両方が含意される。二〇〇二年にフイレンツェで開催された欧州社会フォーラム (European Social Forum) においてこの両義性が解消できないこと、そしてこの両義性が考えうるあらゆる政治的共同体に現れることが明らかとなった。私の課題は、自己構成の両義的状态によって明らかにされる集団的自己の存在論を説明すること、そしてその点から、民主主義と法の支配の対立関係に関するシュミットの主張を評価することである。

集団的行為主体 (collective agency) に関するケルゼンとシュミット——概念上の行き詰まり

ケルゼンとシュミット論争は、集団の存在論に関する問いの全範囲を論じ尽くしていたわけでは決していない。現代の分析哲学における集団的志向性 (collective intentionality) に関する研究は、「私たち——意図 (intentions)」を「私——意図」に還元できないと認めることによって、この探究の一般的な方向性に対して決定的な寄与を果たした。サール (Searle) が言うには、「集団の意図的活動 (intentional behavior) は始源的な (primitive) 現象であって、個人

の意図的活動の単なる総和としては分析されえないものである」<sup>(2)</sup>。この考察は私たちのテーマにとって決定的に重要である。というのも、そのことは、憲法制定権力にとって適切なアイデンティティ概念は一人称複数の視点から現れるしかないことを示唆しているからである。集団の自己統治は、規範の生成に行動における統一<sup>(unity)</sup>として「私たち」を必然的に伴うことを含意する。しかし、前述の「サールの」研究は、憲法制定権力の行使には集団的行為主体としての「私たち」に訴えることが必要であると正しくも強調する一方で、逆の問題をほとんど見落としていく。その問題とはつまり、憲法制定権力の行使を統制する条件を問うことなくして、集団的行為主体として「私たち」に訴えることの意味を理解することはできない、という点である。これがケルゼンとシュミットとの間の論争における核であり、ここで私が関心を向けるものである。

憲法制定権力に対するケルゼンのアプローチの最も顕著な特徴は、憲法によって設置された権力への問いを介して、この概念(「憲法制定権力」)に間接的に対峙した彼の決断にある。このアプローチはおそらく、『純粹法学(第二版)』における次の一節によく描かれている。そこで彼は、行動主体 (an acting subject) としての国家という考え方を紹

介している。

国家が、行動主体として「国家があれをした」「これをした」というように言われる場合、特定の人間が行った行動が国家に帰され、その行動が国家行為・国家活動と性格づけられる基準は何か、その行為を為す人間が国家機関と看做されるのはなぜかという問題が起る。<sup>3)</sup>

実際ケルゼンは、法的視点からすれば、集団の行為——

例えば規範形成という広い意味での法制定行為 (legislation) —— というものは、公務員の行為によって理解するしかないと主張している。<sup>4)</sup>【11】ケルゼンが正しく主張するように、法的に見る限り、集団の行為主体は、憲法によって設置された権力、つまり法に合致して行使される権力としてのみ理解できるのである。

憲法によって設置された権力において重要なのは、ある個人の行為を集団に帰属させること、(Zuschreibung) である。「行動する人格としての国家」という問題は帰属の問題である。<sup>4)</sup>ケルゼンは、帰属概念を導入することによって憲法によって設置された権力を代表と結びつけることができた。実際、帰属というものは、代表の構造を有している。

「機関の本質は、それが国家を『代表』することである」<sup>5)</sup> この「代表に付された」カッコは、公務員の行為を代表行為と認定することが果たして適切なのかどうかという、この概念を使うことについての疑念を示しているのではなく、むしろ「代表という」概念を議会の代表という伝統的な領域を超えて広げたいとするケルゼンの意向の表れである。ある行為を国家に帰属させるということは、ある公務員の行為が集団の行為を表現する、(stand for) と主張することである。

代表は、法制定行為の第二の重要な特徴である授権と密接な関係にある。規範形成行為を国家に帰属させるということは、より高位の規範によってその行為の権限が与えられていることを意味する。したがって、帰属は遡行的な (regressive) 構造を有する。つまり、規範形成行為からそれに権限を付与する規範へ「さらにその権限を付与する規範へ」繰り返し遡っていくのである。決定的なことは、この遡行は無限ではないということである。授権関係は、ある会議体やある個人が制定する「始源的憲法 (first constitution)」にまで遡る。しかし、始源的憲法の制定者は、実定法規範によって、そのような権限を付与されない。したがって、「歴史的に最初に存在する始源的憲法

において言及された会議体は、この憲法を採択することによって、——この憲法に従って——この憲法によって与えられた憲法制定国民議会として自らを創設するのである。彼〔ケルゼン〕はただちに付け足すのだが、これは「当該機関の自己創設」、つまり「自己授権」に等しい。<sup>6)</sup>ケルゼンも認めるように、自己授権という言葉は矛盾している。したがって、彼の分析は法の中核にある次のようなパラドックスを明らかにする。法制定行為が最も強力に現れるのは憲法制定権力の行使、つまり授権されることなく始源的憲法を創設する行為である。しかし、法は権力というものを法的権力としてしか理解することができないために、法秩序を創始できるのは、授権された行為つまり憲法によって設置された権力の行使として<sup>7)</sup>、*(retroaktiv)* 解釈された場合だけである。それが根本規範 (*Grundnorm*) に託された役割である。<sup>7)</sup>

この考察によって、すぐさま私たちはさらなる関心に向かうことになる。さしあたり私は、純粹法学が集団的行為主体という概念をどのように取り扱っているかを考えることによって、ケルゼンについての私の議論を終えよう。憲法制定権力に対するケルゼンの間接的なアプローチは、「私たち」を法秩序の主体として仮定することを避けたい

という彼の欲求に由来している。この主張を支えるためにケルゼンが引き合いに出す認識論上の論拠をここで議論すると、あまりにも本題から離れてしまう。【12】私たちのテーマにとって最も重要なのは、彼がそれを支えるためにまとめた政治〔学〕的論拠である。彼は次のように主張する。もし民主政が「統治者と被治者、支配の主体と客体の同一性」<sup>8)</sup>だとしたら、統治主体たる人民の統一体というのが民主政に必要な前提であるように思われる。しかしながらざっと概観しただけでも、主張されているところの集団的主体 (*collective subject*) という統一体は大きな問題を孕んでいる。と。「その統一体は、民族的・宗教的・経済的対立によって引き裂かれており、社会学的には、均質の固形凝集体 (*Aggregatzustand*) であるというよりも諸集団の束である」<sup>9)</sup>したがって、「これを統一体と呼び得るとすれば、それは規範的意味においてのみである。……〔その統一体とは〕規範服従者たちの行動を規律の対象とする国家法秩序の統一性〔に他ならないのである〕」<sup>10)</sup>

この理由付けの道筋は、どんなに利点があるうとも深刻な欠点がある。「その欠点とは」もし私たちが、行為における統一体としての集団的主体という考えを放棄しなければならぬとしたら、私たちは同様に、法制定行為を主体

に帰属させ (attributed) するのだという主張も放棄しなければならぬ [「ということである」]。この窮地に対するケルゼンの回答は大胆である。帰属とは、ある行為を法秩序に単に関係づける (reference) にと過ぎない [「こののである」]。「ある特定の人間の活動が法秩序の定めにしたがって国家人格に帰属されるとは、この活動を規律する法秩序の統一性に関係づけられていることにほかならない」<sup>(11)</sup>。こうしてケルゼンは、実際に、集団の主体性 (collective subjectivity) を法秩序自体へと落とし込むのである。法秩序が自らを超えた帰属関係の終着点に関係づけられる可能性を閉ざすことによって、残された選択肢は、法秩序を帰属関係の終着点とすることだけとなる。この結果、法において帰属 (attribution) を語る意味がなくなり、「それを」理論的な探究から完全に放逐しても、何ら説明力を損なうことはないのである。というのも、厳密に言えば、規範が帰属する主体なくしては、帰属というものはないからである。しかしもしそうだとしたら、さらに徹底して、授權と代表という関連した概念をも捨てなければならぬ。皮肉なことに、実体論を回避しようとした結果、自己を基礎づけ自らを奉仕し自らを維持する規範のシステムを法から作ることで、法秩序を実体化してしまったように

思われる。

少なくとも、シュミットの反論はそのようなものであった。シュミットはケルゼンと論争する中で、ある憲法 (constitution) について一貫した規範的な説明ができるとすれば、それは憲法の妥当性を一連の実体的な淵源 (principles) から引き出すことになるはずだ、と指摘する。しかし、もちろんこれは、自然法理論に与することである。この選択肢を禁じるならば——事実、ケルゼン自身はそれを退けたのだが——、残されるのは憲法についての実定的 (positive) な説明である。ただし、ここでいう「実定的」とは、憲法がある政治的主体によって定立、され、いる (positied) という意味である。「憲法が妥当するのは、それが憲法制定権力から発し…… (この権力の) 意思によって定立されるからである」<sup>(12)</sup>。憲法制定権力を憲法の主体であると主張するシュミットの狙いは、閉鎖的な、純粹に規範的な憲法システムの「成立」可能性を否定するところにある。「法秩序という概念は、二つの全く異なる要素を包含している。すなわち、法という規範的な要素と、具体的秩序という存在的 (seinsmäßige) な要素である。統一と秩序は国家の政治的存在に存し、法律・規則その他何らかの規範的なものに存するのではない」<sup>(13)</sup>。

【13】この考察は、憲法制定 (constitution-making) についてのケルゼンの規範的な説明 (normative account) に対するいくつかの反論につながる。第一にそれは、憲法理論と密接な関係がある集団的行為主体へのアプローチに関わる。ケルゼンが、最終的な帰属点として集団的行為主体性へ廻行的にアプローチしたのに対して、シュミットは、行為主体 (agency) は始まり (beginning)、つまり先導的または創始的な行為であることを強調した。シュミットが指摘するには、憲法を集団的行為者 (collective agent) へと帰属させる廻行的な作用 (operation) が意味を有するとすれば、それは憲法が、強い意味での行為主体の表出 (manifestation)、つまり法秩序を創始する憲法制定権力の行為であるということに他ならない。「実定的意味における憲法は、憲法制定権力の行為によって成立する」<sup>14</sup>。第二にそれは、授権の本質に関わる。帰属に関するケルゼンの議論は、憲法によって設置された権力から憲法制定権力へと「視線を」移動させていくのであるが、シュミットはこの順序を逆転し、憲法によって制定された権力が法的にいかなる意味をもつとしても、憲法制定権力の行為がその不可欠の前提となると主張した。「憲法制定権力は……他の一切の『諸権力』と『権力分立』の包括的基礎である」<sup>15</sup>。

第三にその反論は、政治的主体性に必要な前提として何が含まれるのか、を説明する。「(具体的には、)ある集団に憲法を帰属させるためには、集団が自己統治 (self-rules) していることが前提となる。憲法の制定というものは、「政治的統一体が、憲法制定権力の担い手を通して、自ら下し、自分自身に与える、意識的な決定である」<sup>16</sup>。第四に、ケルゼンが集団行為者性にとって代表という考え方が果たす中心的な役割を強調したのに対して、シュミットは、たとえ現実の政治的共同体がなんらかの代表形態なくしてありえないとしても、代表は政治体が自らを民主的に形成していくこと (self-constitution) と相容れない、と反論している。実際、人民は憲法によって設置された権力によって代表されるのに対して、その人民は、憲法制定権力を行使する際には、直ちにその姿を現す、(immediately present to itself)。「代表の思想は、現存する人民の政治的統一体としての自己自身との同一性という民主政の原理に矛盾する」<sup>17</sup>。第五に、そして最後に、もし、民主的な自己統治が「治者と被治者の同一性」を意味するのであれば、被治者と治者とが同じ (the same) であるという点で、人民は自らと同一である (identical) <sup>18</sup>。しかしながら、民主的なアイデンティティというのは、「人間である」点で同じであるという場

合のような、同じであること (sameness) という抽象的概念とは無縁である。市民性 (citizenship) に含意されている政治的に同じであることとは、常に具体的または実質的平等 (Gleichartigkeit) である。そしてその意味するところは肉体的ないし精神的な特質を共有することであり、それを守ることこそが憲法の任務であるとされる。実際シユミットが主張するには、憲法の政治的概念は、時間的にも概念的にもその法的概念に先立つ。法的意味での憲法 (constitution) を「持つ」ことに先立って、国家 (state) が憲法 (constitution) であり、(is)、一つの状態、(status)、つまり「政治的統一と社会的秩序とが織りなす具体的な全体的状態」[Gesamtzustand]<sup>19</sup> なのである。根本規範ではなくこの存在の状態が、憲法の妥当性の根拠である。

【14】この最後の反論によって、私たちは明確な異論へと立ち戻される。というのも、ケルゼンは、シユミットをほのめかしつつ、民主政は集合状態 (Aggregatzustand) にある人民が主体たりうる統一体をなしていることを前提としている、と決めてかかることを精神的に拒否するからである。つまり、ケルゼン＝シユミット論争において、私たちは行き詰まってしまうのである。もしケルゼンを支持するならば、集団的行為主体という強力な概念——憲法制定

権力として行為する「私たち」という一人称複数の視点——が民主的な憲法制定理論からは無視される。この方向はケルゼンをサールの次のような反論にさらすことになる。それは、自己統治における自己は「私たち」に結びついているのであり、「私」または「複数の私」の集合には還元できないはずだ、というものである。もしシユミットを支持するならば、一人称複数の視点は、政治体の構成員相互の実質的平等と同義のものへと変容する。しかし、ケルゼンが正当にも指摘するように、政治体の構成員らをひとつの政治的統一体として明瞭かつ異論なく定義することができないような、何らかの精神的ないしそれ以外の特質を同定することができるとシユミットであろうと、憲法制定行為 (constituent action) における統一体たる「私たち」という一人称複数の立ち位置を説明できない。その結果として、集団の自己統治という言葉で示唆されている、政治体の存在のあり方に関する問題に、彼らは適切に取り組めていない。それでは、私たちはいかにしてこの袋小路を脱することができのだろうか？

同じであること (sameness) と同じのアイデンティティと、自分らしさ (selfhood) としてのアイデンティティ

ケルゼンとシュミットはその鋭い対立にもかかわらず、よく考えてみると、政治的自己統治に含意されているアイデンティティ概念について共通の理解を有している。両者ともに、自己統治の「自己」を、統治者と被統治者が同じであること (the same) という意味で解している。ヴァン・ルー尔蒙ト (van Roermund) の表現を借りれば、ケルゼンとシュミットは、アイデンティティの「同一指示的な (co-referential)」解釈に同意している。<sup>(20)</sup> しかしながら、アイデンティティに関するこのような同一指示的な解釈は還元論的である。実際、ポール・リクール (Paul Ricoeur) は、相異なるが相互に関連する二つのアイデンティティ概念を示した。それは、彼の言葉で言えば「同一としての自己同一性」と「自己としての自己同一性」、すなわち同じであること (sameness) としてのアイデンティティと自分らしさ (selfhood) としてのアイデンティティである。<sup>(21)</sup> これら二つの形態のアイデンティティは、二

つの異なる種類の問いに呼応する (reverberate)。それは、アレント (Arendt) が私たちに気づかせてくれたように、アウグスティヌス (Augustine) によって既に定式化されていた問題である。すなわち、idem-identity は「私は何か？」という問いを引き起こし、ipse-identity は「私は誰か？」という問いを引き起こす。<sup>(22)</sup> 【15】もちろん、この相違は、ハイデガーの「基礎的存在論 (Fundamental Ontology)」の土台である。「存在者は『誰 (実存)』か、もしくは『何 (広い意味での客観的現前)』かである」。<sup>(23)</sup> モノのアイデンティティは、それが何かという観点から確立されるしかない一方で、人間存在のアイデンティティは再帰的でもある。つまり、このような人間存在は行為する者として自らに関係づけられ、また究極的にはその行為にかかわる自分自身と関連づけられる (being relates to itself) という意味で、再帰的なのである。アイデンティティのこの再帰的形態は、『存在と時間』の巻頭において現存在 (Dasein) に対してハイデガーが行った予備的な性格づけに現れている。「現存在は、……おのれの存在においてこの存在そのものに関わらされているということによって、存在的に殊別されているのである。してみれば、現存在の存在構成には、それがおのれの存在においてその存在へむ

かつて、ある存在関係をもっている、ということが属しているわけである<sup>24</sup>。重要なことは、同じであることは異なっていること (difference) と対置されるのに対して、自己 (自分らしさ) は、他者 (the other) と対置されるということである。しかし、「後に」私たちが見るように、それ (自分らしさ) は、より根本的には、異質さ (alien) または奇妙さ (strange) に対置される。

リクルールの分析は主として個人に焦点を当てているが、アウグスティヌスの問題は一人称複数においても「私たちは何か?」「私たちは誰か?」という形で同様に生じることを、リクルールは認めている。集団的志向性についての現代の研究、特にマイケル・ブラットマン (Michael Bratman) のそれは、集団に関するアイデンティティについてのこれら二つの異なる形態を理解するのに役に立つ。ブラットマンの関心は、諸個人が「一緒に (together)」行為すると観念されるときに含意している統一 (unity) のあり方を明らかにすることにある。要約すると、彼は次のように主張している。「共有された意図的活動 (intentional activity)」は相互作用 (reciprocity) を引き起こす。意図的相互作用というのは、私の行為への意図が相手のそれによって相互に定まり (co-determined) 逆も

また然りであること、そして私たちがこのことを互いに知っていることが成立する場合に存する。その相互作用は共有された活動を生み出すために私たち諸個人の行為を調和させる<sup>25</sup>。その集団が何 (what) をしているのか、またその集団は何についてのものなのかを定める目的や利益は、相互行為を通じて決定される。集団は、この目的または利益によって、そのような過程においてその構成員たちが何をしているのかについて理解し直すことに応じて、自己を「同じもの」であり続けていると、または「異なるもの」になったと、確認できるのである。したがって、ブラットマン自身はこの言葉を用いないが、集団の行為者性は *idem-identity* の形態を露わにしている。重要なことは、彼は共有された意図的行為と共有された協力的行為 (cooperative activity) とを区別している、ということである。後者は集団の目的または利益の実現において強制を排除するのに対して、前者は、法がその例であるが、そのような排除はしない。強制が存在するとしても、さらに言えば (*a fortiori*)、たとえ国民内での紛争や宗教的経済的紛争が存在するとしても、そのこと自体によって集団的志向性は排除されない<sup>26</sup>。このように指摘するブラットマンの考察のおかげで、私たちは、社会学的事実の問題としては

法秩序の主体たる人民概念に何の意味もないという、ケルゼンの主張を検討することができる。

「私たち」という一人称複数の視点によって、アイデンティティの第二の形態、つまり自己性 (positiv) または集团的自己がもたらされる。【16】ヴァン・ルールモントが指摘するように、共有された意図的行為は以下の二重の意味において再帰的である。第一に、集団の構成員らは自身自身を（したがって、自分自身が意図の対象なのだ）集団的に行為しようと意図する統一体、つまりある行為を遂行する集団的主体として見ているという意味においてである。第二に、その行為は集団の利益のためのものであると理解されている、という意味においてである。集団は行為の主体であるだけでなく、その行為において優先的な利益を有していると主張する集団であるという意味において、行為の客体でもある。<sup>27)</sup> この再帰性の二重の意味は、「外来の (alien) 憲法——人民に対して押し付けられた憲法——とは対照的な、人民「自身の」憲法において表面化する。この「私たちのもの」である (ownership)」という概念は法的なものではないことに注意すべきである。それは完全に政治的であり、集団の自己構成 (self-constitution) に関わる再帰性を表している。<sup>28)</sup>

これらの考察は、ケルゼンとは反対のシュミットの主張を正当化する。つまり、集団の自己統治は個人の自己統治に還元できないこと、したがって、憲法制定行為の主体としての「私たち」という一人称複数の視点に含まれている政治的統一体なくして法秩序の統一は意味をなさない、という主張を正当化する。さらに、シュミットがケルゼンに対して次のように反論することは正当である。その反論とは、集団への法制定行為の帰属は何よりもまず自己帰属 (self-attribution)、つまりそれによって共同体の構成員が法制定行為を自分自身の（共同）行為であると見る行為である、というものである。シュミットが正当にも主張するように、私たちのものであることと他者のものであること (the alien) との区別が集団の区別として機能しない限り、すなわち集団の構成員が規範と権限とを自らのものである——または他者のものである——と見ることができない限り、授権と帰属は「その意味を法的にも政治的にも」直ちに失ってしまう。最後に、シュミットが正当に主張するよう、（憲法制定）行為における統一体としての集団の一人称複数の視点は、何が相関性と相互性を有する共同体の構成員を結合させるのかについての決定を伴うという意味において、具体的である。

最後の考察はまた、集団的行為主体についてのシュミットの見解が崩れる地点を示す。自己 (selfhood) は、同じであること (sameness) に関わっているので具体的にであるが、自己を多くの性質や属性の担い手 (Träger) として機能するひとつの実体 (a substance) へと落とし込むことはできない。次の一節は、著しく明確にこの決定的な存在の区別の消失 (effacement) を描いている。「あらゆる存在は、具体的に明確な性質を帯びているので、各々の具体的な政治的実存には何らかの憲法が具わっている」。したがって、シュミットの政治体の自己構成 (self-constitution) への言及は集団的自己の存在論への方向性を指し示してはいるけれども、憲法制定権力についての彼の理論は諸実体 (substances) の存在論を賞賛するものとなってしまう。デカルトとの類似点は明白である。

〔ハイデガー (Heidegger) によれば〕

デカルトは彼の『省察』の基本的考察を遂行してゆくにあたって、fundamentum inconcussum (彼がゆるぎない基礎) と見立てた存在者に中世的存在論を転用するという行き方をとっている。res cogitans は、存在論的には ens (存在者) として規定され、そして ens の存在意味は、中世的存在論に

とっては、ens を ens creatum (被造物) として受け取る理解様式のなかで固定されていた。ens infinitum (無限なる存在者) としての神は、ens increatum (非被造物) である<sup>(30)</sup>とされる。

〔17〕この類似は決して偶然ではない。そのことは、近代国家論によって造り出された中心的概念は神学的概念を世俗化したものである、というシュミットの有名な見解から明らかである。実際、シュミットは、創造されるもの (ens creatum) と創造されないもの (ens increatum) という一組の概念と調和する形で法や国家を説明する。彼の見方からすれば、近代民主政への移行は世界に対する神の超越性を世俗化することであり、したがって世界に対して神が有する超越関係が内在化されるのである。人民は、「治者と統治者の同一性という民主政のテーゼ」によって、法秩序との関係で、神がかつて世界との関係で占めていた立場を引き継いだのである。<sup>(31)</sup>このように立場が引き継がれることが前提とされれば、中世存在論はその政治的意義を完全に全うする。すなわち、人民が「存在する」と主張することは、それが実在 (ens)、つまり法秩序を「担う」ものであると主張することである。確かに、憲法制定権力と

憲法によって設置された権力との近代における関係は中世の神学を抜きにしては考えられない、と主張する点でシュミットは正しい。また、憲法制定権力という概念は、法秩序をもたらし行為それ自体はその秩序の一部ではないという神学的考察の近代政治学的な表現 (a modern political articulation) である、と主張する点も正しい。しかしながら問題は、そのような考察を十分に踏まえながら、集団的自己の存在論を創造されないもの (*ens incoeratum*) の世俗化へと還元することを避けることができるような近代政治における憲法制定権力と憲法によって設置された権力との関係についての解釈がありうるかどうか、である。

### 政治的共同体の両義的な自己構成

先述のように、シュミットは、現前と再現前〔代表〕との単純な対置によって、憲法制定権力および憲法によって設置された権力に関する政治―神学的解釈を述べている。このような単純な対置を支持することができないこと、また集団的自己のもう一つの存在論への手がかりを、二〇〇二年一月にフィレンツェで開催された欧州社会フォーラムで起きたある出来事からとてもよく理解することができ

る。この出来事は、憲法制定権力の議論に特に適している。この出来事も、恐らく、欧州社会フォーラムの会議は、欧州連合が策定したヨーロッパ統合計画に対するマルチチュード〔民衆〕による反抗の最も明瞭かつ徹底した場だったからである。なんにせよ、このフィレンツェのフォーラムにおいて、革命派の努力により、主としてNGOによって構成された体制派が周辺に追いやられたのである。「私たちの運動は改革主義的 (reformist) ではない。ラディカル〔な運動〕なのである」。<sup>[18]</sup> ジェノバ (Genoa) 運動の前スポークスマンであり、世界社会フォーラム (World Social Forum) 国際委員会の構成員であるヴィットリオ・アニョレット (Vittorio Agnoletto) はこのように宣言した。フォーラムはこのように主張することによって、「開かれた会合の場」であること、そしてまた「何人も、すべての参加者の立場だと主張しうるような立場……を表明することはできない」ことを定めたポルト・アレグレ (Porto Alegre) 憲章を無視している。<sup>(22)</sup> ここで以下のジレンマに着目すべきである。すなわち、ある空間は、全体の名義でなされる主張が存在しない限りは開かれているのであるが、しかし、そのような主張がなければ、それが革命的であろうがなかろうが、オルタナティブな政治的ないし

法秩序を樹立することはできない、ということである。政治的に「徹底的に開かれていること」の代償は、憲法制定権力の喪失である。というのも、反乱は革命の必要条件 (*conditio sine qua non*) ではあっても、その十分条件 (*conditio per quam*) ではないからである。マルチチュードが統一された行動主体とならない限り、つまりマルチチュードであることをやめて集団的主体とならない限り、自らを政治的共同体へと構成することはできないのである。

重要なことは、アニョレットが「私たちの運動……」に言及した際に「私たち」へ訴えたことが、集団の自己構成の中核へと向かう、注目すべき両義性を明らかにしているということである。一方では、マルチチュードを一つの人民へとまとめ上げる目的または利益が何であるか、そして誰がその人民に属しているのかを述べる政治的主導権を掌握することによってひとつの閉ざされた空間をもたらす、そのような行為が存在しないという点で、一人称複数の視点が無い。それゆえ、アニョレットの訴えは失敗している。その失敗の理由は、単に彼のそのような言語行為が帰属する主体が存在しないからだけでなく、その行為の帰属先たる権限者（たる世界社会フォーラム国際委員会）は、彼がそこに帰属することによってはじめて権限者たりうるから

である。「『人民』は、それに意思を帰属させることに先立っては存在し得ない」<sup>33</sup>。したがって、創設的行為は、代表という名の下に行われてきた諸活動 (*representational practices*) を打破する現前を生じさせる、というシュミットの主張は正しいけれども、このような破壊的行動 (*rupture*) によって、集団的主体として直に現れる人民なるものが明らかになるものではなく、また明らかにはしない。ケルゼンの帰属概念を中心とする集団的行為主体への間接的アプローチは、行為における統一体たる「私たち」が常に不在 (*absent*) であることを示しているものとして理解される。

民主政において人民は憲法制定権力として行為する (*acts*) というシュミットの見解もまた批判的に検討されることを要する。アニョレットの「私たち」への訴えは、一から (*ex novo*) 法秩序を定立するために憲法制定権力を行使するという強い意味で集団が行為する、純粋に能動的な活動 (*spontaneity*) または行為 (*activity*) の瞬間を示すものではない。それは、政治的統一の中核にある根本的な受動性 (*passivity*) を明らかにしているのである。集団が活動をはじめめるのではなく、憲法制定権力によってその活動によって開始されるのである。プラットマンに戻

れば、「共有された意図的活動」の相互作用は、相互的でない行為つまり集団的でない行為を前提としている。憲法制定権力の行使は、なによりもまず、それを保持する客観的な存在である政治的共同体の自己構成を意味する。それが、集団自身が自己構成すること (constitution of a collective self) なのである。

しかし、これは物語の一部にすぎない。アニョレットの言語行為はまた、憲法制定権力を誰が行使するとしても、必ず集団の名義で行為していると主張しなければならぬこと、すなわち憲法によって設置された権力として行為している」と主張しなければならないことを、明らかにしている。

彼は、「私たちの運動……」について語るだけでなく、その名の下に語るのである。【19】したがって、アニョレットの主張は、シユミットによる現前と再現前との単純な対置を否定する。ある行為は、起源を代表、「再現前」することによってしか共同体を創出する、(originate) ことができないのである。このパラドックスは、法制定行為の集団への帰属の全てに及んでいる。というのも、個人の行為を集団に帰属させることは、私たちが現在から過去へと至らせる廻行的戦略に従うことであるが、帰属の「終着点」は、その起源にあたる現前において存在している

(existing in an original present) 集団的主体の創出行為ではなく、「決して現前しない過去」へと廻るからである。<sup>(34)</sup> 私が思うに、帰属のアポリア的性格に関するケルゼンの警告が有する重要な意味がここにある。しかし、彼の帰属についての分析は、どれだけ洞察豊かなものであっても、帰属を廻行的作業としか見ない点で不十分である。創出行為を過去に投影しなければ、帰属というものはない。しかし、共同体の未来への投影がない場合も、帰属というものはない。すなわち、過去にすでに発生したと捉えられたものは、未だ到来していないものである。

さらに、憲法制定権力と憲法によって設置された権力との逆説的な関係は、憲法制定権力によって法制定行為を集団に帰属させることが、いかにして集団の自己帰属 (self attribution) という形をとりうるのかを示している。憲法制定権力の行為は政治的共同体を創設するが、それは共同体の全構成員に共有される利益と捉えられるものを指定するだけでなく、その利益の利害関係者を指定することによって行われる。これは、一定の人々を共同体の構成員として同定すると同時に、彼らに授權する行為に等しい。しかし、この同定 (identification) / 授權が成功するのは、それらの個人が、憲法によって彼らに与えられた権力を行

使しすることを通じて、憲法制定行為を行う政治体の構成員として自らを適及的に同定する場合のみである。以下のような逆対称 (inverted symmetry) に留意すべきである。すなわち、憲法制定権力の活動によって、政治的統一体における還元不可能な受動性が明らかになるならば、同じくらい還元不可能な受動性が、憲法制定権力の活動にも同様に埋め込まれている。この活動が、さらなる行為によって再度取り上げられかつ前に進められる場合にのみ政治体が構成される点において、そうなのである。したがって、憲法制定行為は、集団による、(S) 行為として適及的に——そして暫定的に——のみ解することができる。

私たちは今や、根本規範 (basic norm) という概念に表れている、ケルゼンの注目すべき考察に戻ることができる。それは、憲法制定権力の行為は適及的にのみ、つまりそれが憲法によって設置された権力の行為と看做される場合のみ法秩序を出現させる、というものである。シュミットの場合と同様に、ケルゼンの憲法制定権力へのアプローチは、法そのものの創出行為は秩序の一部に含まれないが故に法秩序は閉鎖的な規範システムではありえないとする、神学的な考え方についてのひとつの近代的な理解の仕方である。確かに、ケルゼンはこの点に関する認識論的な含意

を展開することに主な関心がある。しかし根本規範が再帰的アイデンティティ理論に移植された場合、それは集団的自己の存在論への鍵を提供する、と指摘したい。すなわち、集団自体は諸個人による自己帰属的 (self-attribution) 行為という形で「存在」する。【20】彼らは自らの憲法上の権利を行使することによって、自らの利益のために(かつて)憲法を制定した「私たち」という一人称複数の視点を再帰的に採用するのである。

この考察によって、物象化することなく存在論を語る余地が生じる。実際、集団はそれを構成する諸個人と別に存在するわけではない。なぜなら、先述のように、自己帰属の行為はどの場合も個人の行為だからである。しかし、彼らがそれらの行為を帰属させるところの自己 (self) は、政治的共同体すなわち「私たち」であり、その存在は多数の個人の帰属行為の単なる総和ではない。端的に言えば、ケルゼンの根本規範理論を存在論的に解釈することの意味は、この論文の初めに引用したシュミットによる命題——「政治的に一体の人民の具体的実存は、あらゆる規範に優先する」——を確認しつつ動揺させるところにある。実際、集団的主体が政治的に存在するかどうかは、法秩序の統一体の内部から適及的に確証するしかないのである。政治的

統一体に対して前法的な存在論的判断を行う余地はないのである。<sup>(35)</sup>

この時間のズレ、(decalage) が、集团的自己のより深い存在論的性格についてのもっとも重要な帰結を生む。集团的自己は、創生されないもの (ens increatum) の世俗化としてシュミットが示唆したような不変の基礎 (fundamentum inconcussum) ではなく有制限な存在のあり方であり、このことは少なくとも四つの意味に関わる。第一に、集团的自己は、政治的統一体が諸個人の自己帰属行為を通してその存在を獲得するが故に依存的であるだけでなく、それが存続するためには繰り返し諸個人が自己帰属しなければならぬことにも依存している。第二に、集团的自己は、決して存在しなかった過去および決して到来しない未来、したがって集团的自己が支配することが可能な過去および未来に頼らねばならないが故に依存的である。過去および未来がこのようなラディカルなものであるために、歴史の可能性は、アレントによれば人間の行動を定義する特徴であるところの、予測不可能性と生起不可能性に満ちた時間性という強い意味において条件づけられているのである。<sup>(36)</sup> 第三に、政治的統一体が法的に現実化するることによって行われる自己包摂 (self-inclusion) は、自己

排除 (self-exclusion) つまり政治的統一体のその他の法的な現実化可能性を排除することと同根である。集团的自己の存在論は、相応の注意が必要であるが、ハイデガーの「現存在の分析」から教訓を得ることが出来る。「私たちは誰か？」という問いは、集团的自己が可能性的として (as possibility) 存在するからこそ提起されかつ解答可能なのである。<sup>(37)</sup> 集団は、直接には取り戻すことのできないその始まりにおいて、自ら包摂しつつ排除したが故に、何が自身の利益なのか、そして誰がその政治的共同体の構成員なのかを繰り返し決定することを通じて、絶え間なく自身の可能性と関わらなければならないのである。【21】したがって、「私たちは誰か」という問いは、集団の自己性 (ipsivity) の領域を切り開くだけでなく、より根本的には、その懐疑可能性 (questionability) が集团的自己の存在論の一部をなすのである。第四に、集团的自己の有制限性は、憲法制定権力と憲法によって設置された権力の区別に関することがらに先行しかつそれらを共に包含する集团的行為主体 (collective agency) の存在論的決定を示している。すなわち、行為することは応答することなのである。憲法制定権力は決して、世俗化された純粹行為 (actus purus) のような「無から生ずる」純粹な決定ではない。<sup>(38)</sup> 集団は、すべ

ての段階において先立つ「私たちとは誰か?」という問いに直面し続け、それに対して何度も応答することによってしか行爲することができない。まず憲法制定権力ありきでなく、それは後から来るのである。そのまさに始まりの時から、そしてその始まりにおいて、集団的自己は偏りがある (eccentric)、つまり他者 (other) すなわち奇妙なものとの関係で偏りがあるのである (decentred)。したがってここにおいて、憲法制定権力のパラドックスの集団的自己の存在論に対する主要な貢献がある。集団的自己は、懐疑可能性 (questionability) とありあり方、そしてそのような行爲を介した応答性 (responsiveness) というあり方において存在するのである。<sup>(39)</sup>

### 民主主義と法の支配

私たちは今や、民主主義と法の支配に関するシュミットの命題を検討する段にある。本稿の初めに述べたように、シュミットは、憲法制定権力の憲法によって制定された権力に対する優越性の回復を進めることによって、法の支配に対する民主主義の優越性を救い出そうとする。国家権力を制限するシステム——とりわけ、三権分立 (three

branches of government) や、基本権のカタログ化を通じた憲法によるエントレンチメントを通じた諸個人の保護——は、それ自体として理解不能だ、とシュミットは飽くことなく主張している。一方で、三権分立はその各々の権能が由来するところの憲法制定権力という統一体を前提としている。他方で基本権は集団としての人民がそれらの権利を諸個人に認めた憲法制定行爲まで遡る (lead back to) 場合に法的権利として援用されるにすぎない。「この「制限」システムにおいては、コントロールされるべき国家そのものは前提されている」。<sup>(40)</sup> シュミットは、読者に対して憲法制定権力の憲法によって設置された権力に対する概念的優越性および時間的先行性、そして民主政の法治国家 (Rechtsstaat) に対する優越性を思い出させることによって、彼の見るところ憲法の純粹に規範的な説明の原動力となっている政治的中立性という仮面を引き剥がそうとする。「法の支配の下にある自由主義的国家 (ブルジョワ的法治国家 (bürgerliche Rechtsstaat)) は、「統治」主体の政治的行爲が……もはや不可能となるように、国家権力の行使をあまねく制定法で包囲し制限することができるのだ、という想定の上に運営されている」。<sup>(41)</sup> この一節を、集団的自己についての二つの根本的な存在論的規定 (determination)

—— 懐疑可能性と応答性 —— に照らして吟味することによって、本稿を終えることとしよう。

【22】 シュミットからすれば、民主政を自由主義による束縛から解放するためには、憲法規範 (legal constitution) が人民の政治的な決定であるが故に妥当性を有するのだ、ということ承認する必要がある。妥当性および正統性に関する問題は法秩序との関係では提起できるのに対して、憲法制定行為をなす統一体としての人民との関係では提起できない。すなわち、「政治的実存の特殊な態様は、自己を正統化するを要しないし、また正統化するをえない」<sup>(42)</sup>。しかし、憲法制定権力のパラドックスは次のことを示している。自己構成 (self-constitution) は、政治的統一体が法秩序を通じて構成される時にはじまるのであり、政治的統一体による法的秩序の構成としてはじまるのではないのである。誰かしらが主導権を持って、何が集団において共有されている利益なのか、誰がそれに属すのかを決定しなければならぬ。シュミットの明確な否定にもかかわらず、「政治的統一体は、『憲法制定行為』によってはじめて発生する」<sup>(43)</sup>。したがって、法秩序の正統化の問題は、まさにその始まりからして、政治的統一体にとって必要な包摂と排除の正当化の問題にはかならない。皮肉なことに、法を自

己を基礎づけ自らに奉仕し自らを維持する秩序へと変容させたケルゼンを激しく非難したにもかかわらず、シュミットも全く同じことを政治的統一体との関係で行うに至っているのである。ケルゼンではなく、ほかならぬシュミットこそが法実証主義者 (positivist) なのである。政治的共同体の自己構成の両義性を明らかにすることを通じてシュミット的拒絶を拒絶することは、存在論的にいえば、集団的自己が懐疑可能性というあり方において存在していることを認めることに至る。

中世神学から近代政治学への移行についての私なりの理解によれば、民主政は、集団的自己のこのような存在論上の状態を内包した政治的組織形態として現出する。そして、それは、「政治的存在のこのような特有の形態 (distinctive manner)」は常に正統化されなければならない、という原理を制度化するのである。この観点からすれば、権力分立 (division of powers) は、民主政の原理を妨げるよりもむしろ下支えしている。というのも、権力分立 (国民国家に馴染みのある三権分立は一つの可能性にすぎない)<sup>(44)</sup> は、人民が決して直接には統一体として出現しないことを確認する方法だからである。人民の代表としての発言だと主張する権力はどれであれ、そのような主張がそれ以外の権力に

よって疑問に付されうる場合にのみ、そのように発言しうるのである。西洋憲法理論を非常に悩ませてきた、いわゆる反多数決主義のパラドックスは、全くもって見かけだけのものである。選挙で選ばれた立法院の方が司法府よりも選挙民に近く、したがって多数派と少数派の絶えない交代劇 (ever shifting play) に敏感であるにもかかわらず、その立法院が政治的統一体としての人民へ排他的かつ特権的にアクセスすることは決してできないのである。法の支配は、司法府に選挙至上主義の政治 (electoral politics) からの保護、そして全体の名の下の下に行動していると主張する多数派による潜在的な侵害に直面した少数派の権利を守る権限を与えることによって、民主政を支える集团的自己の存在論に制度的な形式を付与する (gives institutional form)。反多数決主義のパラドックスは、「集団の」アイデンティティと市民参加が代表的なるもの (representation) と対立している場合、つまり政治理論が現前の形而上学 (metaphysics of presence) に屈している場合にパラドックスとして現れるに過ぎないのである。

【23】これらの考察によって、法治国家 (Rechtsstaat) は、「統治」主体の、(o) 政治的行為」を「統治」主体の名義での行為に置き換えることによって民主政を無力化させて

しまう (neutralize) というシュミットの非難に対して、新たな光を当てることができる。というのも、憲法制定権力のパラドックスの民主的受容は、所有前置詞である「(o)」のアポリア的性格を承認することにかかっているからである。なぜならまさに、それは「その名義で」に不可分に結びついているからである。一方で、人民は憲法制定行為の主体として直接に現前することは決してないため、ある行為を人民の行為として同定することは、「人民を」代表しているのだという主張または「その行為は人民に」帰属しているのだという主張を提起することを通じてしかできない。他方で、憲法制定権力のパラドックスは、行為の人民への帰属を取り返しのつかないほど問題を孕んだものとしてしまふ。法治国家 (Rechtsstaat) は、近代民主政がこのアポリアを処理する一つの方法であった。権力分立および基本権のカタログ化を通じた憲法によるエントレンチメントは、行為の帰属可能性——ある行為を人民の行為と見なせること——に関する最低限の条件である。この意味で、そしてシュミットに戻れば、法の支配は民主政を無力化しはしない。それは、「統治」主体の政治的行為、「つまり行為する統一体としての人民の政治的行為」としての制度的条件を明確化するのである。

しかし、シュミットの非難はより深いところに斬りか

かっている。というのも、恐らくこのことは、彼が考えていた強い意味での政治的行為ではなく、すなわち規範の断絶、*(rupture)* と対照的な規範の刷新、*(innovation)* についてのもにとどまるだろうからである。このような深い意味での彼の反論については、ある程度は回避できる。というのも、民主的な法治国家 (*Rechtsstaat*) というものは、何が共同体で共有されている利益なのか、そして誰がそこにおいて利益集団なのかを新たに決定することを考慮しつつ、「政治体の立ちあげ」当初の「外部に対する」閉鎖化とその後の継続如何を (*initial and subsequent closure*) を、ある程度まで保留する (*suspends*) 政治的組織形態だからである。さらに、このような閉鎖化の保留および再検討 (*redefinition*) は、実際に創出された法秩序が政治的共同体の可能性を尽くしていないからこそ可能なのである。民主的な法治国家 (*Rechtsstaat*) はまた、集団的自己が懐疑可能性を有する状態で存在するという見方を取り入れることによって、集団の自己が可能性として存在するという見方を取り入れ、それを解放しようとする。そのため、シュミットに回答するならば、刷新と断絶は、法の支配の下にある民主的な国家において可能であるどころか、積極

的に顕現するものでもあるのである。

この立場は、ある程度までは妥当である。無限の可能性を有する集団は、「もはや」集団ではない。集団的自己は、それに対する疑問への有限な応答という形で存在する。ニーチェのよく知られた金言は、個人と同様に集団についても当てはまる。「ひとは、答えの見つけられる問いだけに耳をかすものだ」<sup>45</sup>、たとえ、何が集団の回答しうる問いかが明らかになるのは、遡及的にのみだとしても。集団は自身がかつて排除したものを包摂することができるけれども、「だからといって」このことは排除されたものがそのまま、*(in its own term)* 合法化されることを意味しない。つまり、集団とその破壊者とは、弁証法的運動の中で、その調和の形成がどんなに困難でかつ長期にわたろうとも、より高度の法秩序において調和されるような仕方では合法化されるわけではない。アニョレットによる改革主義の拒否は、応答というものが根本的に有限なのだ、ということをも想起させる。なぜ有限なのかといえば、法制定行為は単に奇妙なものを法秩序に統合するだけでなく、それは常に奇妙さを無力化する、つまり異常なものを正常なるものの一種へと格下げをするからである。**[24]** 奇妙なものそれは、リクルールのいう「自己と他者との弁証法」において、包摂

に抵抗する注意喚起者(「リマインダー」)である。この視点を失えば、奇妙さからその両義性を奪うことになる。それは、政府転覆の脅威を、法的変化のための単なる機会として単なるその賛美へと落とし込めることである。

応答が有限であること (limited responsiveness) は、いかなる政治的共同体も馴致化する (domesticate) ことに成功しない、根本的な外部から発生する憲法制定権力——規範を刷新および断絶する権力——というものがある、ということの意味する。いかなる民主政も必ず反逆罪を刑法の諸規定の中に有していると述べるとき、シュミットはこのことを明確に理解していた。<sup>(46)</sup> というのも、憲法制定権力の理論という観点からすれば、反逆というのは革命的行為だからである。ケルゼンもまた、反逆および新たな憲法制定を行う革命的行為 (constituent revolutionary activity) について、ある法秩序から別の法秩序へ至る分水嶺であると示唆しているが、このことは驚くべきものではない。<sup>(47)</sup> 実際には、「反逆と革命行為という」二種類の行為の特徴づけ (qualifications) にかかるそれぞれの一人称複数数の視点は、比較不能である (incommensurable)。問題は、革命者の行為が彼らが転覆を企図している法秩序の枠内に位置づけることができないことなのではない。そうではなく、

この生の事実が、憲法制定権力の行使としてではなく反逆としてのみ理解されることである。このような理解によれば、反逆は存在論的に重要である (has an ontological import)。なぜならそれは、不可能の可能性 (impossible possibility)、すなわち集团的自己<sup>(48)</sup>がそれを受け入れた場合には自身の「存在を担保する」可能性の条件を破壊することになるが故に、集団自体の範囲を超えたところにある可能性を証明しているからである。法治国家 (Rechtsstaat) は解消不可能な両義性の極地 (achievement) である。なぜならそれは、「誰が人民の」代表であるかについての主張にかかわる争い (the contestation of representational claims) を可能にするとともに、それを制限するからである。

したがって、この意味で、シュミットは正當にも、法治国家 (Rechtsstaat) は法秩序の統一の内側にあらゆる政治的行為を囲い込むことができる、という想定を非難したのである。集团的自己の存在論によってもたらされた究極の問いは、自己と他者の相互関係を前提とせず、しかもそれを望まないという政治的な応答をどのように理解するかというものである。そして、応答についてのこのような非相互主義的な理解こそが、その強い意味における政治的多元

主義 (*political pluralism*) というものにふさわしい。しかし、この点においてシュミットに賛同したとしても、法の支配を放逐することによって民主政が解放される、といえるわけではない。というのも、民主政は、後から来ることによって先に到るしかない (*only comes first by dint of coming second*) からである。先述のように、もし集団的自己構成が、その名の下に行為することを主張するまさにそのプロセスにおいて、集団的自己を構成する行為として始まるとすれば、その主張が常に拙速であることを認める限りにおいて政治的共同体は民主的である。近代民主政は、シュミットが考えるような仲介者のない「人民による政治的行為」ではない。なぜなら、そのような行為は存在しないからである。近代民主政とは、法の支配に訴えつつ暫定的であれ人民の行為として見なされる最低限の条件を定立することによって帰属行為 (*acts of attribution*) を先延ばしさせる、そのような政治的組織形態なのである。

- (1) C. Schmitt, *Verfassungslehre* [1928] (Berlin: Duncker & Humblot, 1993), 121 (カール・シュミット (著)、尾吹善人 (訳) 『憲法理論』(創文社、一九七二年) 一五五頁)。

- (2) J. Searle, 'Collective Intentions and Actions' in P. Cohen, J. Morgan, and M. Polack (eds.), *Intentions in Communication* (Cambridge, MA: MIT Press, 1995), 23-6, and P. Pettit, *A Theory of Freedom* (Oxford: Polity, 2001), 104-24.

- (3) H. Kelsen, *The Pure Theory of Law* [1960] M. Knight, trans. (Berkeley, CA: University of California Press, 1970), 291 (ハンス・ケルゼン (著)、長尾龍一 (訳) 『純粋法学 (第二版)』(岩波書店、二〇一四年) 二八一頁)。

- (4) *Ibid.* 292 (同右二八一頁)。

- (5) H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* [1925] (Vienna: Osterreichische Staatsdruckerei, 1993), 310 (ハンス・ケルゼン (著)、清宮四郎 (訳) 『一般国家学』(岩波書店、一九七一年) 五一八頁)。

- (6) Kelsen, above n. 3, 154-5 (ケルゼン・前掲注(3)) 五一頁)。

- (7) ここで私が展開している分析は、ルールモンド (B. van Roermund) が『法、物語、現実』(*Law, Narrative and Reality: An Essay in Intercepting Politics* (Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1997)) に於いて主張している根本規範の理解と同様である。より詳細には私の小論である 'Dialectic and Revolution: Confronting Kelsen and Gadamer on Legal Interpretation' (2003) 24

*Cardozo Law Review* 769 を参照。

- (8) Kelsen, 'On the Essence and Value of Democracy' [1927] in A. Jacobson and B. Schlink (eds), *Weimar: A Jurisprudence of Crisis* (Berkeley, CA: University of California Press, 2000), 89. (コンス・ケルゼン (著) / 長尾龍一・植田俊太郎 (訳) 『民主主義の本質と価値 他一篇』 (岩波文庫, 二〇一五年) 二九頁).
- (9) *Ibid.* 90 (同右三二頁).
- (10) *Ibid.* (同右).
- (11) Kelsen, above n. 3, 292 (ケルゼン・前掲注(3)二二八頁).
- (12) Schmitt, above n. 1, 9 (シュミット・前掲注(1)一一頁).
- (13) *Ibid.* 10 (同右一一頁).
- (14) *Ibid.* 21 (同右二八頁).
- (15) *Ibid.* 77 (同右九七頁).
- (16) *Ibid.* 21 (同右二八頁).
- (17) *Ibid.* 262 (同右三二六頁). コッソの部分の邦訳は、訳書と一部異なっている。
- (18) C. Schmitt, *The Crisis of Parliamentary Democracy* [1923] E. Kennedy, trans. (Cambridge, MA: MIT Press, 1985), 91. また参照: Schmitt, above n. 1, 234 (シュミット・前掲注(1)二二八頁).

- (19) Schmitt, above n. 1, 4 (シュミット・前掲注(1)四頁).
- (20) B. van Roermund, 'First-Person Plural Legislature: Political Reflexivity and Representation' (2003) 6 *Philosophical Explorations* 236. トーナムトヤヤニゴソツのゴソツな同一指示的な理解は、多くの文献で見出される。他ご例えは (amongst others) 参照: J. Habermas, *Between Facts and Norms* [1992] W. Rehg, trans. (Cambridge, MA: MIT Press, 1996), 120; C. Castoriadis, 'The Greek polis and the creation of democracy' in *The Castoriadis Reader*, D. Curtis, trans. (Oxford: Blackwell, 1997), 276; J.-F. Lyotard, *The Differend*, G. van den Abeele, trans. (Manchester: Manchester University Press, 1988), 98; A. Kalyvas, 'Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power' (2005) 12 *Constellations* 223.
- (21) P. Ricoeur, *Oneself as another* [1990] K. Blamley, trans. (Chicago, IL: Chicago University Press, 1992), 1-3; 115-25 (ポール・リクール (著) / 久米博 (訳) 『他者のような自己自身』 (法政大学出版局, 一九九六年) 一—五頁, 一四九—一六〇頁).
- (22) H. Arendt, *The Human Condition* (Chicago, IL: Chicago University Press, 1958), 10-11 (ハンナ・アレント (著) / 志水速雄 (訳) 『人間の条件』 (ちくま学芸文庫,

- 一九九四年) 二二—四頁)。テイラー (Taylor) が指摘するところによると、後者 [*ipse-identity*] を「根本的再帰 (radical reflexivity)」または「一人称視点 (first-person standpoint)」と呼ぶものを、アウクスティヌスが導入したと指摘する。それは、「焦点を、認識対象の領域から認識行為自身へ……」の活動に目を向けることは自己に目を向けること……」とシンボリックである。参照: C. Taylor, *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity* (Cambridge: Cambridge University Press, 1989), 130 (チャールズ・テイラー (著)、下川潔・桜井徹・田中智彦 (訳) 『自我の源泉 近代的アイデンティティの形成』(名古屋大学出版会、二〇一〇年) 一五三頁)。
- (23) Heidegger, *Being and Time* [1927] J. Stambaugh, trans. (Albany, NY: SUNY Press, 1996), 42 (アルタイン・ハイデッガー (著)、細谷貞雄 (訳) 『存在と時間 (上)』(ちくま学芸文庫、一九九四年) 一一四—一五頁)。この存在論的な区別はまた「身体」と「人格」は二つの「基礎的な事柄 (basic particulars)」であるという、ストロウン (Strawson) の主張を支持する。参照: P. F. Strawson, *Individuals* [1959] (London: Methuen, 1984) (ピーター・ストロウン (著)、中村秀吉 (訳) 『個体と主語』(みすず書房、一九七八年))。
- (24) *Ibid.* 10 (ハイデッガー、前掲注(23)四七頁)。
- (25) M. Brauman, *Faces of Intention* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999), 142.
- (26) *Ibid.* 100, 118, 133, 142.
- (27) van Roermond, above n. 20, 242-4.
- (28) 異なる道筋であれ、プロイス (Preuss, 一章)、ウォーカー (Walker, 二章)、クリストドウリデイス (Christodoulidis, 一〇章) をつたタリー (Tully, 十六章) が本書に寄稿した諸論文においては、憲法制定権力と集团的自己との関係が有する中核的な重要性を認められている。
- (29) Schmitt, above n. 1, 23 (ハニムット・前掲注(1)三〇頁)。
- (30) Heidegger, above n. 23, 21-2 (ハイデッガー、前掲注(23)四七頁)。
- (31) C. Schmitt, *Political Theology* [1922] G. Schwab, trans. (Cambridge, MA: MIT Press, 1985), 36 (カール・シュミット (著)、長尾龍一 (訳) 『政治神学——主権論四章——』長尾龍一編『カール・シュミット著作集 I 1922-1934』(慈学社、二〇〇七年))。世俗化原理批判とどうより広い枠組みにおけるシュミットの政治神学に対する鋭い批判については、参照: H. Blumenberg, *The Legitimacy of the Modern Age* [1976] R.W. Wallace, trans. (Cambridge, MA: MIT Press, 1983), 89-102 (ハンス・ブ

- ルーメンベルク(著)、斎藤義彦(訳)『近代の正統性  
 (1) 世俗化と自己主張』(法政大学出版局、一九九八年)  
 九八—一三頁。私の論稿は、彼が言うところの、中世  
 的な「推移的保存」から近代的な「内発的保存」、つまり  
 自己保存または自己確証 (*Selbsterhaltung*) への移行を  
 集団の問題として捉える批判的再解釈として理解されよ  
 う。
- (32) L. Caramel, 'Forum de Florence: offensive de la gauche  
 radicale', *Le Monde*, 16 November 2002.
- (33) E. Christodoulidis, 'The Aporia of Sovereignty: On  
 the Representation of the People in Constitutional  
 Discourse' (2001) 11 *King's College Law Journal* 130. 彼  
 の論文(一〇章)において展開されるクリストドウリ  
 デイスのより深い考察は、私の見立てでは、西洋の立憲  
 的の正統学説——集団的主体は憲法によって設置された  
 権力によって代表(再現前)されるか、もしくは憲法制  
 定権力として自ら現前する——を支配する現前の形而上  
 学に囚われている。
- (34) M. Merleau-Ponty, *Phenomenology of Perception* [1945]  
 C. Smith, trans. (London: Routledge, 1989), 242 (M・メ  
 ルロー＝ポンティ(著)、竹内芳郎・木田元・宮本忠雄  
 (訳)『知覚の現象学2』(みすず書房、一九七四年)五九  
 頁)。
- (35) ここまで描いてきた憲法制定権力のパラドックスは、  
 タイゼンハウス (Dyzenhaus) が七章で提示する、法と  
 政治との関係に関する「二元的な」理解と「多元的な」  
 理解という単純な分離に対する他の選択肢(オルタナ  
 ティブ)の存在を示す。このパラドックスはまた、民主  
 政理論に対するケルゼンの根本規範の重要性について、  
 アンドレアス・カリヴァス (Andreas Kalyvas) が近著で  
 提唱したものは (than) 非常に異なった理解を提示す  
 る。カリヴァスの理解については参照: Andreas Kalyvas,  
 'The Basic Norm and Democracy in Hans Kelsen's Legal  
 and Political Theory' (2006) 32 *Philosophy and Social  
 Criticism* 573.
- (36) Arendt, above n. 22, 231-2. (アーレント・前掲注  
 (22) 三六三—四頁)
- (37) 集団的自己のこのような存在の在り方は、アガンベン  
 (Agamben) の「潜在性 (potentiality)」分析と(批判的  
 に) 関わる方向への出発点とみらう。参照: G. Agamben,  
*Potentialities*, D. Heller-Roazen, trans. (Stanford, CA:  
 Stanford University Press, 1999).
- (38) Schmitt, above n. 31, 31-2. (シュミット・前掲注(31)  
 二五頁)
- (39) 私が非常に影響を受けている (indebted) 応答性に関  
 する根本的な分析については、参照: B. Waldenfels,

- Authorregister* (Frankfurt: Suhrkamp, 1994)。
- (40) Schmitt, above n. 1, 200 (シムニット・前掲注(1)二四八頁)。
- (41) *Ibid.* 107, 41 (同上二三八―二三九頁、五一―五二頁)。
- (42) Schmitt, above n. 1, 87 (同右一二二頁)。
- (43) *Ibid.* 21 (参照、同右二七―二八頁)。
- (44) この文脈では、一六世紀フイレンツェ (Florentine polity) における権力分立に関してマキャヴェリ (Machiavelli) が示した議論については、第六章のマコーニク (McCormick) 論文を参照。
- (45) E. Nietzsche, *The Gay Science*, J. Nauckhoff, trans. (Cambridge: Cambridge University Press, 2001), 140 (フリードリッヒ・ニーチェ (著)、『信太正三 (訳)』『悦ばしき知識ニーチェ全集』(ちくま学芸文庫、一九九三年) 二五九頁)。
- (46) Schmitt, above n. 1, 119 (シムニット・前掲注(1)一五二―一五三頁)。
- (47) H. Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory* [1934] B.L. Paulson and S.L. Paulson, trans. (Oxford: Clarendon Press, 1992), 59 (ハンス・ケルゼン (著)、『横田喜三郎 (訳)』『純粋法學』(岩波書店、一九三五年) 一〇九―一〇頁)。