

Title	【l'État/l'institution nationale】の制作・試論
Sub Title	An attempt at construction of a theory about making the [l'État / l'institution nationale]
Author	大野, 悠介(Ōno, Yūsuke)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2019
Jtitle	法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hōgaku seijigaku ronkyū : Journal of law and political studies). Vol.121, (2019. 6) ,p.37- 71
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20190615-0037">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20190615-0037</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.

## 【l'État/l'institution nationale】の制作・試論

大野 悠 介

### 一 はじめに

- (一) 本稿の目的——「ライオン」と「亡霊」の間
- (二) 本稿の概要
- 二 国家制作の方法——芸術作品とのアナロジー
  - (一) ハンス・リンダールの憲法制定権力論
    - 1 本節について
    - 2 二〇一六年論文の概要
    - 3 二〇〇七年論文と集团的自己
  - (二) 芸術作品とのアナロジー
    - 1 本節について
    - 2 「過程」としての芸術作品
    - 3 作品と国家の存在論における類似性
- (三) リンダールの再分析
- (四) オーリウの制度と「過程」としての国家

### 三 オーリウと【l'État/l'institution nationale】

- (一) 本章について
  - (二) 【l'État/l'institution nationale】と一般意思による架橋
    - 1 【l'État/l'institution nationale】と国民の主権
    - 2 一般意思の現前と潜在
    - 3 【l'État/l'institution nationale】と【一般意思】
  - (三) 【l'État/l'institution nationale】と「住民共同体／領土管理団体」
    - 1 視点の相違——「住民／国民」という区別
    - 2 「住民共同体／領土管理団体」という区別
- 四 おわりに
- (一) 本稿のまとめ
  - (二) 本稿の可能性と今後の課題

## 一 はじめに

### (一) 本稿の目的——「ライオン」と「亡霊」の間

《憲法学に亡霊が出る——Nation という亡霊である》。『共産党宣言』冒頭の有名な言葉をもじったものである。その「亡霊」という文言に着目して論じたのがジャック・デリダであった。デリダは『マルクスの亡霊たち』において、以下のように述べている。

政治家たちは、見者もしくは幻視者なのだ。……人は、亡霊を呼び出しては追い被い、何かにつけて亡霊を引き合いに出してはそれを厄祓いする。……それは、盲目の見物者と見者たちとをうかがい、観察し、凝視するが、しかしその亡霊を人は見るこ  
とができないのであり、亡霊はバイザーつきの鎧のしたで、傷つくことなく眼差しの彼方にあり続けるのである。……結局のところ、共謀者どうし自分たちが誰のことを、また何のことを語っているのかわかっていない。<sup>(2)</sup>

ここで私は「亡霊」の性格に興味がある。デリダの描く「亡霊」は、鎧をまとっている。それは我々の目の前に現前しているようにも思えるが、それはあくまで外形であり「亡霊自体は現身で現前してはいない」<sup>(3)</sup>。その眼差しは常に彼方にあり続ける。それは常に我々との関係で他人として存在する。

なぜ「亡霊」を持ち出したか。それは、「市民社会」志向の憲法学の構築を提示する山元一の言う「方法的ナシヨナリズム」<sup>(4)</sup>が、憲法学の語りが国民国家から始まることを指すとすれば、「亡霊」の性格が国家にもあるのではないか、と思われたからである。これが「Nation ≡ 国家という亡霊」である。

また、ここで Nation を国民とした場合、方法論的国民主義も語りうる。「人」を主体とするはずの人権を語る際に、その享有主体の論点として「外国人」を挙げるとき、そこに方法論的国民主義はないだろうか。<sup>(6)</sup>そしてこれは「国家という亡霊」に「見られている者」とは誰か、という問題と関わる。この問いに国民と答えた場合、国家の構成要素として国民を挙げるとすれば、<sup>(7)</sup>国民もまた亡霊の一部ということになってしまい、我々は「見られている者」ではない。「国家の要素として、国民、すなわち国籍をもつ者という限定は、国家の定義段階ではなされていない」という渋谷秀樹の注意喚起<sup>(8)</sup>に耳を傾け、芦部信喜における、国家の要素としての「人」と国家所属資格としての「国籍」取得者との「はざま」に目を向けるべきである。<sup>(9)</sup>方法論的国民主義は、〈国民を構成要素としない国家〉の可能性を隠してしまう。それが「Nation ≡ 国民という亡霊」の問題点である。

さらに、「亡霊」を、国家の比喩たる「檻の中のライオン」<sup>(10)</sup>との対比において捉えたい。立憲主義は、平和裡に生活するには「ライオン」という権力が必要だが、権力を野放しにするのも困るため、憲法という「檻」に入れておく<sup>(11)</sup>と説明する。しかし、「檻」は「ライオン」を束縛すると同時に保護している。立憲主義は「ライオン」を生かすことをも必然的に含んでいる。さらに考えると、我々はそもそも「ライオン」を殺す術を知っているだろうか、という疑問が生じる。確かに、これまでの人類の歴史において幾つもの国家が減んできた。国家は有限の存在である。しかし、それは国際法学のように国家を突き放して観測しなければ語れない現象であり、憲法学が方法論的ナシヨナリズムに基づくとすれば、憲法学は国家の滅亡を語ることができないのではないか。そして、いわゆるグローバル立憲主義とは異なる（近代）立憲主義がそのような憲法学と不即不離の関係にあるとすれば、（近代）立憲主義および憲法学は「ライオン」を殺すことができない。我々に働きかけてくれども殺せない「ライオン」、それはもはや「亡霊」である。「ライオン」を「亡霊」に置き換えたとき、（近代）立憲主義は我々の厄祓いの試みとして描かれる。

方法論的國家・国民主義、そして「檻の中のライオン」として國家を描く（近代）立憲主義が覆い隠してきたもの

の一部を、私は本稿で示したい。それは、「ライオン」たる国家でも「亡霊」たる国家でもない、「人」たる有限の国家である。それは「ライオン」のように理性を欠くのではなく、「亡霊」のように身体を欠くのではなく、その両方を備えた国家像である。そしてそれこそが、「人」における「身体／精神」の両方を重視したオーリウが制度論において描こうとしていた国家像であったと思われる。

さて、ここまで「我々」については語ってこなかった。「我々」とは誰なのか。「国民」なのか「住民」なのか。国家の構成員なのか他人なのか。これは方法的国民主義から離れ、〈国民を構成要素としない国家〉の可能性、つまり「住民共同体としての国家／領土管理団体としての国家」という区別の可能性を示すものとして本稿に関わる問題である。

## (二) 本稿の概要

以上、私の問題意識と本稿の目的を提示した。これらの事柄を十全に語る力は現在の私にはない。それ故本稿は「試論」にとどまっている。しかしながら、デューギーでもなくドイツ学説でもない第三の国家像を提示したオーリウの意義を再評価し、現在の憲法学および国家像に対する批判を提示するだけでも十分に価値があると信じている。

〈「ライオン」と「亡霊」の「はざま」にある「人」たる有限の国家〉像を試論的ながら示すという本稿の目的のため、まずリンダールにおいてみられる集団的自己の存在論を紹介する(一)。そこで示されるのは、一定の限界がありながら変動しつつ維持される「過程」としての集団である。その際には、芸術作品の存在論とのアナロジーを用いる。そして、かかる生成論も含んだ存在論が、オーリウ制度論と整合的であることを示す。

次に、オーリウの著「国民主権」論文を参照し、そこで描かれている「Etat / Institution nationale」の区別と一般意思による架橋 (passage) の意味とその総体の存在論の検討を通して、第三の国家像を提示する。さらに、「住民

／「国民」の区別から「住民共同体としての国家／領土管理団体としての国家」とを区別すべきことを論じる(三)。  
オーリウは「国民主権」論文においても「超主観主義的」ドイツ公法理論とデュギの「超客観主義的」法理論の揚棄<sup>(13)</sup>を目指したが、日本における多くの優れたオーリウ研究<sup>(14)</sup>の中でも同論文における両者の統一を扱ったものはあるが、その総体の存在論を論じたものは管見の限りない<sup>(15)</sup>。しかし、一者たる「État」と多者たる「institution nationale」は「さま」とその総体の存在を見据えたオーリウの描き方は、我々が普段「国家」と呼んでいるものが何者なのかについての知見を提供するだろう。

## 二 国家制作の方法——芸術作品とのアナロジー

### (一) ハンス・リンドールの憲法制定権力論

#### 1 本節について

本章では最初に、オランダの法理論学者ハンス・リンドールの憲法制定権力論を扱う<sup>(16)</sup>。リンドールが言う「集团的自己」(selfhood)は本稿が提示しようとする国家像に近いものを示しているからである。

本節では、先に「憲法制定権力と憲法」論文(二〇一六年論文<sup>(17)</sup>)を紹介する(2)。同論文は「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」論文(二〇〇七年論文<sup>(18)</sup>)をより精緻化したものであって論旨が比較的明瞭だからである。もともと、二〇〇七年論文で引用されながら二〇一六年論文では引用されていない、ハイデガーの存在論が本節の肝である(3)。そこで見出される、「何のため」という役割すらも持たない「集团的自己」が生成され現前化(representation<sup>(19)</sup>)されるものであって、後に芸術作品の存在論とのアナロジーで「過程」として描

かれる存在者である。

## 2 二〇一六年論文の概要

リンダールにおいて憲法制定権力 (constituent power) とは「憲法 (constitution) を制定する能力」であり、「革命的な方法であろうがそうでなかろうが、それによって新たな法秩序が生じる」ものである。そして、憲法とは、「法の権威的集団的行為モデル (the authoritative collective action model of law (以下ACA)) に包摂するか、そこから排除するかについての最上規範 (master rule)」つまり「集団の自己(再)同一化と他との差異化に関する最上規範」である(二〇一六年論文一四七頁。以下、本項のカッコ内の頁数は二〇一六年論文のもの)。ここで「ACA」とは、「我々 (we)」という一人称複数に最上位の地位を認める法のモデル」である(一四一頁)。

憲法制定権力の行使によって、「我々」という集団に対する「包摂／排除」の規範が形成されるが、その基準は「the point of joint action」に適合するかどうかである。そして、「我々」という集団は「その構成員が、the point of joint action を実現するという目的で共に行動することに専心する限りにおいて、同一 (the same) でありかつ自己 (a self) であり続ける」のであるから(一四三頁)、集団の「包摂／排除」を最上位に据える法モデルからすれば、「包摂＝合法／排除＝違法」という対応になる。

リンダールの肝は、「包摂＝合法／排除＝違法」で分けられる法秩序の外側にある、「その法秩序にとって非＝秩序な (unorderd) 領域」の存在である。この非＝法秩序の領域を認めた場合、法秩序は「意に反して包摂されてきた人々」による挑戦に対して開かれたシステムとなる。集団は「合法／違法」の判定によって実践上の問題を処理していると思われるが、挑戦はその枠組み自体を争っているのだから、「実践上の問題の応答によっては捉えられない」(一五五頁)。つまり挑戦とは非＝秩序から秩序への挑戦である。

もつとも、挑戦への敗北は旧秩序の消滅を必ずしも意味しない。非―法秩序からの挑戦に対してリンダールは憲法制定権力の行使による対応を一つ的手段として提示はするが、それには積極的ではなく（一五七頁）、代わって提示するのが「法のないこと（lawlessness）＝例外（exception）」である。これは「集団にとって奇妙である（strange）」ものとして現れる。リンダールによれば、カール・シュミットはこれを「敵」としたことから集団にとって危険なものとして理解したが、「奇妙なもの」を「敵」ではなく「例外」と捉えることで、「そこにおいては、憲法秩序を延期または妨害（violation）すらするものが、根本において法的集団に含まれているものを、破壊するのではなく、維持することに向けられる、集団の自己抑制の形態」を指摘している（一五八頁）。

以上のように、集団的自己のコードである「包摂／排除」と法秩序というシステムのコードである「合法／違法」とを重ね合わせ、かつ、シュミットの「敵」を「法のないこと＝例外」と読み替えることで、「我々」を維持しつつ法秩序の変更を可能としている。

### 3 二〇〇七年論文と集団的自己

#### (1) 二〇一六年論文と二〇〇七年論文——ハイデガー存在論の喪失

ACAには再帰的構造がある。<sup>(20)</sup>それは憲法制定権力が必ず「我々」が……行使する」という形で「我々」を既に前提としてしまっているという問題に関わる。再帰的構造では、「我々」は憲法制定権力の行使をそこに事後的に帰属させるところの存在となる。山元はこれを「憲法制定行為は条件付きの遡及的によってのみ成立する行為である」と理解する。<sup>(21)</sup>この「我々」の存在論に、二〇一六年論文では参照されていないハイデガーを参照することで、二〇〇七年論文はより迫っていた。本項では、二〇〇七年論文に垣間見えるハイデガーに焦点を当てる。その際には、ハイデガー研究において「存在」と「行為」の区別の重要性を指摘する池田喬の研究を参照する。

(2) 二〇〇七年論文とハイデガー

二〇〇七年論文は、ケルゼンともシュミットとも異なる憲法制定権力理解を提示する。「ケルゼンであろうとシュミットであろうと、憲法制定行為に従事する統一体としての『我々』という一人称複数の立場を説明することはできない。結果として、集団の自己統治で示唆されているような、政治的組織体の存在態様に関する問題に、彼らは適切に取り組むことができている」と両者のいずれからも距離を置こうとするのである(二〇〇七年論文一四頁。以下、本目のカッコ内の頁数は二〇〇七年論文のもの)。

リンダールによれば、彼らが『我々』の存在を説明できないのは、いずれも「自己統治の『自己』を、統治者と被統治者とが同じであること (the same) という意味で解して」おり、もう一つの同一性である「自己」(selfhood)の同一性に着目していなかったことによる。前者は「私はなにか」という問いに対応し、後者は「私は誰か」という問いに対応する(一四頁)。リンダールは、この両者の区別から出発し、『我々』をして常に自身の「goal」と構成員を問い続ける存在、つまり自己の同一性を問い続ける存在として描く。『我々』は、諸個人の行為に依存する存在であり、かつ『我々』は「憲法制定権力／被憲法制定権力」の区別に先立つが常に再帰的にのみその存在が確認される存在である(二〇―二二頁)。このような「集団的自己 (collective selfhood)」の存在論は、「私はなにか／私は誰か」の区別がハイデガーの存在論と関係づけられていることからわかるように、ハイデガーの現存在の存在論を集団ヘアレングしたものともいえる。そこで、検討のため、ハイデガーの存在論を「行為と存在」という点から読み解く池田喬の見解を参照する。

(3) ハイデガーにおける「行為と存在」

池田喬はその著『ハイデガー…存在と行為』<sup>(22)</sup>において、ハイデガーの存在論は、「私」の存在理解は不要ではないかという疑念に対し、「そのように考える者であっても、『私はできる』と言う場合の『私』があらゆる行為に居合わ

せていることは当然視している……しかし、私が私であると言えるのは、孤立した事物的存在者として存在するからではなく、自他を区別でき、私は他の誰でもないと言えるからである」と応答するものであったと述べている（同書一〇四頁）。以下、本目のカッコ内の頁数は同書のもの。この点は憲法制定権力に常に付いて回る「我々」の存在論を語るリンダールの問題関心と同じである。

ハイデガーにおいて「行為する現存在は、『……のために』が自分自身について言われるような存在者として自らの存在を問題にすることができなくてはなら」ず（八五頁）、「現存在は、道具として『何のために』あるかを示すのではなく、自らの存在を『目的であるもの』として指し示す」（九〇頁）。もっともそれは、「生活（生存）するため」ではない。それは「そもそも目標として私が立てたものではなく、あえて言えば、世界内存在する限り、課せられているものであり、存在することを達成・完了するということがない」からである（八七頁）。ここで「世界」とは、存在者でないが故にその存在を問うことすら無意味なものであり、いつでも現存在に与えられているものである。それは行為している時にも既に常に与えられている（五六頁）。それは個々の道具がそこに帰属する全体的連関である特定の世界とは区別される、その特殊世界を世界たらしめているアプリアリナ構造である（八九頁）。そのため、「世界内存在」とは、それは「目的であるもの」という在り方がそのようなアプリアリナ構造と関わっていることを示す。かかる本来的自己は特定の世界に拘束されず、特定の職や地位、役割を削がれたものである。もっとも、アプリアリナ構造は「それ自体として開示されるのではなく、一定の『世界』に拘束される」のであり（九三頁）、そこにおいてハイデガーの世人論が関わってくる。特定の世界（日常的世界）では、現存在は他者を相互に気遣う共同の行為の中にあり、「目的であるもの」は「複数の人々が相互に気遣い、行為を調整するための公共的な規範に従う」ことにあるとされてしまう。特定の世界に没入している「世人」は、「公共的な規範に従って行為する主体」である（二〇二頁）。それは共同行為の中で一定の他者との配慮の中で行為する主体である。

かかる非本来的な在り方を揺さぶるのが「不安」である。不安とは「日常性が崩壊する経験」であり、そこにおいては公共的な規範は意味を失い、「世界内存在」としての本来的自己が立ち現れてくる。もつとも、世人自己が例外だと言っているのではない。「最も固有な存在は、さしあたってたいは世人として世界内部的存在者のもとに他者とともに存在していることを要求する」のであり、特定の世界への「拘束が緩められるところで、『目的であるもの』としての存在が表立って問題になる」ということである(一〇八頁)。

(4) 再度リンダールへ

以上、池田のハイデガー理解を説明したが、このような理解に照らせば、リンダールの言う集団的自己(sellhood)はここで言う「目的であるもの」としての存在、しかも世人自己ではない本来的自己である。そして、「奇妙なもの」は集団的自己に対して「不安」を生じさせるもの、その本来的な在り方自体を問うものと解される。また、二〇〇七年論文で指摘された反逆罪は「不安」を抑圧する制度として理解すべきものであろう。

とすれば、「goal」や「point」も「目的であるもの」の意味であると解されよう。しかし、人間たる現存在ではない集団においてもそのような在り方を見ることが出来るかは不明である。ハイデガーの現存在は人間に焦点を当てており、ハイデガーの延長で語ることは避けたい。そこで、その存在性格において国家(集団)と同一であると指摘される芸術作品を検討することで、人工物における自己(sellhood)を把握しよう。そこからリンダールへ回歸し、リンダールにおいて曖昧なまま残されている点について析出する。

(二) 芸術作品とのアナロジー

1 本節について

本節では、人格のない芸術作品の存在論について説明する。芸術作品の存在論は国家などの社会的存在とその存在

構造において類似しているため、人格のない国家（集团的自己）を把握できる。以下では、芸術作品の生成を中動態に着目して説明する森田亜紀の議論を紹介し（2）、それに合致するような存在論を提示する倉田剛の議論を紹介する（3）。

## 2 「過程」としての芸術作品

森田が『芸術の中動態』<sup>(24)</sup>で論じたのは、『作品』と同時に『作者』も成立してくる動的な過程」である（同書一七七頁。以下カッコ内の頁数は同書のもの）。どういうことか。

中動態とは、歴史的には能動態に対置されていたものであり、能動態においては主語がある過程の外にあるのに対し、中動態においては主語がその過程の中にある（六四頁<sup>(25)</sup>）。例えば、「彼は馬をつなぎから外す」という文は、それが能動態である場合には「彼」以外の他人が乗馬することを含意し、中動態である場合には「彼」がそのまま乗馬することまで含意する<sup>(26)</sup>。このように中動態は出来事を表すのであり、中動態の主語はその出来事に巻き込まれている。そして、出来事が変化の過程であるとすれば、中動態は「過程の中で全体が変化する、差異が生じ、変化が起こるといふように、事態を表現する」。そのため森田は、中動態の主語は「過程の中で生成変化する場のようなもの」であり「場に出来事が起こり、出来事を通じて場が変化する、そういう場」であるとする（七二頁）。

このような中動態の理解を背景として制作過程を分析すれば、作者は権威（authority）たる作者（author）の立場から芸術作品を創造するのではない。「つくり手は、つくる過程を超越的な位置から能動的に支配するのではなく、過程の中動の中に巻き込まれ」、作品が出来上がってから事後的に作者となるのである（一九二頁）。作者を「人Ⅱ実在の作者」と「作者Ⅱ作品に内在する作者」に分けるとすれば（一八一頁）、芸術作品の制作という出来事の過程において、「人」は「作者」となるのであって、初めから「作者」なるものが存在し芸術作品を作るのではない。そして、

芸術作品は「過程」としてある。

そのように「実在の作者」から自立している芸術作品は、素材等の物質的なものとして実在するが、それを介して芸術作品の精神的內容（意味や意図）が理解可能となる。芸術作品とは、前景としての物質的なものを介して、後景として精神的內容を提示するような二層構造を成す一つの全体である（一八三頁）。もともと、精神的內容は「受容者」とつてのみ存在する」（一八六頁）。そのため、「作者」もまたその精神的內容から浮き彫りにされるものとして受容者との関係で発生する。

以上のことから、〈芸術作品の制作〉とは制作（素材を加工する等の行為）および受容をも含んだ一つの出来事であり、そこにおいて「作者」が事後的に生じるのである。このような「出来事」こそが、森田の著作に付された「受容／制作の基層」の意味であろう。

### 3 作品と国家の存在論における類似性

次に、フッサールの流れを汲む形而上学者である倉田剛の主張する、作品や社会的対象、制度対象といった抽象的人工物に関する存在論を示す。結論から言えば、倉田は抽象的人工物を「間志向的タイプの対象」として理解する。

このことは「芸術作品や広く『文化的対象』と呼ばれるもの、さらには『社会的、制度的対象』」に当てはまる。<sup>(27)</sup>

「志向的对象」とは、我々の志向（欲求・信念・意図などあらゆる心的作用を指すと思われる<sup>(28)</sup>）に依存し、かつ対象として存在する存在者を言う。倉田はさらにそれを「タイプ」的という。「タイプ」とは、「その個々の現れ（これをその「トーン」と呼ぶ）によって例化ないし具体化されるような抽象者」である。<sup>(29)</sup> 例えば、「エリーゼのために」という音楽作品は、複数の演奏によって実現される。また、倉田が「対象」と言うとき、それは対象に付随する「性質」（赤さ）など）や例化されない「個体」とは区別されるといふことである。<sup>(30)</sup> そのような意味での「タイプの対象」で

ある作品は、作者が存在しなければ現前しなかったという意味で、作者の志向的作用（創作行為など）に歴史的に依存している。ここまでは「志向的タイプの対象」であるということの中心である。

さらに倉田は、作品は「間」志向的タイプの対象」であると言う。作品は制作者だけで完結するものではなく「常に作品は完成の『途上』にあると言った方が良い」ものであり需要者を含めた「間主観的」なネットワークの中で同定される対象である<sup>(31)</sup>。「間」志向的」とは、「受容者の志向的作用に依存している」ということである。

もっとも、倉田は、作品等の人工物の抽象性ゆえに、それは不完全対象であると言う。「不完全対象」とは「その内実に関して不完全にしか規定されない対象」を言う。例えばシャロックホームズは「ペーカー街に住んでいる探偵である」が、「右肩に赤いあざがある」かどうかは何らの規定もなく、その意味で不完全だ<sup>(32)</sup>というのである。

以上をまとめると、抽象的人工物が「間志向的タイプの対象」であるとは、それが、それを時空間上で実現する人・物・出来事によってその現前を支えられ、かつ、その制作者だけではなくそれを受容する不特定人のネットワークにおいて同定され、それによってその継続が支えられている、その内実に関して不完全にしか規定されないタイプの対象である、ということになる。それは物理的存在に依存しており、その意味で単なる観念的存在ではない。もっとも、「タイプ」は不完全であり、内実拡張の余地が常に残されている。そして、志向性との関係で言えば、私たちが知覚しているのはそのトークンであるが、それを介して「タイプの対象」たる社会的存在が現前（表象）しているということになる。このような存在論は、先の変動する「過程」たる芸術作品の在り方の説明と整合的である。

### (三) リンダールの再分析

森田および倉田でみた抽象的人工物の存在論をリンダールの主張と照らし合わせると、憲法制定権力の行使は（芸術作品の制作）に対応するものであり、「我々」は憲法制定権力の行使という出来事の中で「我々の構成員」と共に

生成される存在者である。また、〈芸術作品の制作〉が「受容」も含む過程であったように、「我々」もまた、憲法制定権力を具体的に行使する「人」を「受容」する人々がいなければならない。「人」は「国民」として「国家」を創るのではない。「人」は「国家」を制作・受容する過程で「国民」となるのである。これが「我々」の再帰的構造（集団的自己）の全容であろう。

ハイデガーにおいては「不安」によって本来的自己が立ち現れた。では、作品の存在論における「不安」とは何だろうか。絵画でも音楽作品でも多くの〈アレンジ〉があろう。それらの中には実際には「作者」の制作したものとは異なるにもかかわらず、同一作品のトークンとして理解されるものがある。これらは「不安」をもたらしめない。しかし、〈アレンジを超えたもの〉はどうだろうか。それらが現れた場合、〈その作品をその作品たらしめているもの〉「作者・受容者」を「作者・受容者」たらしめているもの〈が直截に問われるのではないだろうか。これを集団的自己に即していえば、〈集団を集団たらしめているもの〉構成員を構成員たらしめているもの〉が問われる事態である。ここでは「集団の目的≡役割」は何ら判断の基準にはならない。その目的を有している当のものの存在が問われているからである。それこそが「私は誰か」という問いであり、「自／他」の差異以前の地点であり、「友／敵」の区別が問われている事態である。

リンダールの主張は、「goal」や「point」といった「行為目的≡役割」ともとれるような単語をして「包摂／排除」の基準としているが故に曖昧さが残っている。しかし、「goal」はハイデガー的な「目的であるもの」であり、「the point of joint action」も「共同行為の目的」ではなく「共同行為の結節点」と解すべきものだろう。憲法制定権力の行使はこのような「目的≡結節点」と相容れない場合、たとえ当該集団の構成員資格を有する者による行使だったとしても、別個の集団の行為として理解されるだろう。それが憲法制定権力の（存在論的）限界である。

しかし、そのようにのみ解するとシュミットと大差ない。リンダールとシュミットを分かつものは「奇妙なもの」

の存在である。それは「友／敵」の差異の前において集団に対して「刷新か断絶」を迫るものである。そこでは確かに集団的自己在が賭けられている。だからこそ、「奇妙なもの」に対してとる集団の権威的対応としての二次的な憲法制定権力の行使も始原的であるとされるのだろう。<sup>(33)</sup>ただし、リンダールはもう一つ「法のないこと＝例外」を掲げている。ここにおいて「包摂／排除」の構造それ自体である集団的自己在を変更（断絶）することなく、その内実の刷新として語れることとなる。二〇〇七年論文において、「懐疑可能性（questionability）」と応答（responsiveness）」として示されたのは集団のそのような性質であると解される。

これを先の存在論の点から分析すれば、集団とは「変化の過程」にある存在であり、その外部から（集団を集団たらしめているもの＝構成員を構成員たらしめているもの）が問われる事態が生じるが、集団はあくまで「不完全対象」であることから、「これまで定められていなかった」としてそれを取り込む余地が予めある。付言すれば、集団は「過程」にある限り「完成」はなく、そのような事態に至る場合に「完成」が垣間見えるものであって、現存在の存在は死亡によって完了するように、<sup>(34)</sup>その終焉が伴う場合に「旧集団はこういうものだった」として「完成形」になる（歴史になる）のである。

#### （四）オーリウの制度と「過程」としての国家

以上の議論はオーリウの制度にも通じる。制度の設立は、まず客観的理念（*idea*）に導かれて人々が集い意思決定機関を中心とする機関が形成され（化体段階）、理念を概念化するところの規約を起草するなどしたのちに構成員による一体性の表出がなされる（人格化段階）というプロセスを経る。<sup>(35)</sup>このような制度の生成と先の国家像とを照らし合わせると、オーリウは「化体／人格化」と段階を区別しているが、両段階を併せて国家（制度）の自己（selfhood）が生成されると言うべきである。その意味で、国家（制度）と構成員は同時に生成される。<sup>(36)</sup>このような理解において

は、オーリウの「理念」は〈集団を集団たらしめているもの〉、リンダールの言う「共同行為の結節点」に対応すると解される。

「*juridiquement dans un milieu social*」と述べていることに着目すべきである<sup>(37)</sup>。制度は「理念」であり (*est une idée*)、制度は「実現される」理念なのである (以下【制度≡理念】とする)。例えばそれは選挙・議会の討議・公開集会によって現前化 (*representation*) されるが、【制度≡理念】は現前化されていない潜在態をも含めた全体を指す<sup>(38)</sup>。現前化された理念をトークンとすれば、その潜在態も含めた【制度≡理念】はタイプとして存在していると解される<sup>(39)</sup>。ここで留意すべきは、それは決して現前化 (*representation*) が実在するというわけではない、ということである。オーリウは *representation* の譬えとして「光」を挙げているが<sup>(40)</sup>、そこでの焦点は事物を伝達する作用にあった。「光」はあくまで事物と私 (視覚) を繋ぐ媒介作用という力能であって、実在ではない。同様に、実在するのは「現前化されたもの／潜在的なもの」の総体たる【制度≡理念】であって、現前化それ自体が実在するのではない。

この理念についてはさらに、「[各々の構成員 (*adhérents*) の] 主観的解釈にもかかわらず、社会的環境において生じる事業の理念は客観的存在を保持するが、この実在性によってこそ、「事業の理念は」溶けたり消えてなくなったりすることなく、一方の精神から他方の精神へと移りながらも各々に異なつて屈折する」と説明される<sup>(41)</sup>。理念は常に現前化から滲出するため、【制度≡理念】には変動の余地が常に存在する。そのような変動が可能なのは「懐疑可能性」があるからだ、オーリウに落とし込めばそれは制度内部の差異の存在である。もし【制度≡理念】内部が均一であったならば、懐疑可能性は生じない。そして、そのような差異は「諸力のうちの1つが他に優越する」<sup>(42)</sup> 事態となり、それによって今閔源成の言う「理念をめぐる権力と同意の絶えざる葛藤から均衡へと向かう運動」(動態的均衡) が生じる<sup>(43)</sup>。ここでは「絶えざる」という点が重要である。内部の葛藤が途切れないとすれば、均衡へ向かう運動も途切れ

ることではない。オーリウに見られる均衡は停止ではないのである。【制度Ⅱ理念】はその「運動」においてある。この事態を先の国家像と照らし合わせるならば、【制度Ⅱ理念】は「過程」として存在するといえよう。このような理解は、先の制度についての一文で「réalise」ではなく「se réalise」という再帰動詞が採用されていることも説明できる。「過程」を表す中動態は現代ではこのような再帰動詞にその残滓があり、このような「現実化という過程」を示すものとしての確だからである。また、このような理解によれば、【制度Ⅱ理念】の設立は「人」がその過程に巻き込まれながら【制度Ⅱ理念】の構成員となる出来事として理解される。【制度Ⅱ理念】と構成員が同時に生成されるというのはその意味に解すべきであろう。さらに、オーリウが別の論文で「設立者は設立されたもの（l'establisement）において有効な意思を有しえないだろう。なぜなら、それは設立者の死後にしか始まらないからである」と述べているのも、「設立者」を「実在の作者Ⅱ人」とすれば、「実在の作者」の死と「作品中の作者」の生成によって作品が制作されるように、【制度Ⅱ理念】は「人」のままではなく「構成員」に移行する過程において生成されることを述べていると解される<sup>(44)</sup>。

以上のように、人格のない芸術作品と同様に「過程」として変動し続ける存在として記述できる【制度Ⅱ理念】は（オーリウは「人格化段階」と呼ぶが）人格者たる制度ではなく集団的自己を語っており、主観的には変動がありながらも客観的には同一のものであり続け「均衡へと向かう運動」の行く先として制度を維持する理念（idée）は「共同行為の結節点」であるといえよう。換言すれば、理念は〔制度Ⅱ理念〕を【制度Ⅱ理念】たらしめているものである。その理念が失われれば、当該【制度Ⅱ理念】は消失する。

次章ではこの理解をオーリウの国家像へと照射し、国家という存在を分析しよう。

## 三 オーリウと【l'État / l'institution nationale】

### (一) 本章について

前章において、リンダールの憲法制定権力論を契機とし、「奇妙なもの」の挑戦に開かれながら常に自己を問い直しつつづける「過程」にある集団という像を提示し、それがオーリウの制度論にも通用することを示した。

本章では、オーリウにおいてそのような制度の一つたる国家に「役割 || 人格 || 行為者性」が付与される現場を見る(二)。それは主観たる l'État と客観たる l'institution nationale とを区別しそれを統合するものである。さらに、両者の区別の基底にある視点の差異から、「住民共同体 / 領土管理団体」という区別へとつながっていく(三)。

### (二) 【l'État / l'institution nationale】と一般意思による架橋

#### 1 【l'État / l'institution nationale】と国民の主権

本節で扱うのは、オーリウの「国民主権」論文である(後に抜き出され単行本化している<sup>(46)</sup>)。オーリウは、同論文と「デュギー氏の思想」論文<sup>(46)</sup>とを併せて、デュギー的な汎客観主義 (panobjectivisme) でもドイツ的な汎主観主義 (pansubjectivisme) でもないものを示している。バルテルミに対してオーリウは両論文の参照を求めているが、そのやり取りにおいてオーリウは「l'État」という主観的人格が採用されうるところの管理的な (administratives) 要素と、それが採用されるべきでない構成的な (constitutionnelles) 要素との区別<sup>(47)</sup>が必要であり、その区別からすれば「国家団体 (la corporation Étatique) の構成組織および管理組織は客観的視点において非常によく描かれ、他方で管理権限の行使は、国家間の権利の行使と同様に、主観的視点において描かれる」ため、客観主義か主観主義かというジレンマ

は誤りであると主張している。<sup>(48)</sup> オーリウは両者の対立と対立として見ない地平に立っている。

「国民主権」論文は、その第三の国家像が「l'État/l'institution nationale」の区別と一般意思 (la volonté générale) による両者の架け橋 (passage) として明示されている。<sup>(49)</sup> 以下その概要を説明する (以下、本節においてカッコ内の頁数は同論文のもの)。

まずオーリウは、国家 (l'État) の中に、「無体で (incorporelle) かつ不可分 (indivisible)」な「倫理的および法的人格」と、「有体でかつ寄せ集め (composite)」であるが故に可分な「国民の制度 (une institution nationale)」があるとす。オーリウが咎めるのはこの両者の混同である。オーリウによれば、「国民と統治者の対立というものは、寄せ集めでありかつ可分な国民の制度の観点から把握可能な現象であり、その統一体が不可分であるところの法的人格としての国家 (l'État) の観点からは全くもって把握できない」と論ずる (七頁)。これ以降、オーリウの表記も若干混乱が見られる。以下では、制度と人格を両方含む「État」を【国家】、その人格的側面を単に国家と表記する。

この区別に基づいて、オーリウは、「伝統的な主権論は……国民主権と国家 (l'État) 主権とを混同しているが故に、そしてそのため国民主権を分解できないものと考えざるを得なくなっているが故に、普通選挙による多数意思を国民の一般意思と同一視し、また一般意思を国民主権と同一視してきた」と非難する (七頁)。オーリウにとって国民主権とは「外的人格に対して、つまり服従主体 (sujet) または外国に対して行使する支配権ではない」。国民主権は、組織の力であるから、国民の制度が可分である以上はそれもまた寄せ集め故に可分なものであって、その生成や分配については当該組織内部において探求すべきものである (一〇頁)。後者の点について付言すると、組織内部での力の分配、つまり権力分立原理は「生きた (vivante) 制度内部の秩序の要素たる力の均衡原理に帰着する」(五二頁)。そして、オーリウにおいて権力分立は「立法権、執行権、選挙権」の分立であり、司法はそれら政治的権力に対抗し均衡を目指すものと位置づけられている。<sup>(51)</sup>

## 2 一般意思の現前と潜在

では、このような組織内の力関係と一般意思がどのように関係するのか。オーリウの理解では、いずれの権力もその存在および力の行使は単なる事実であって、一般意思による承諾 (adhesion) によって正統化される (一七頁)。ここで「承諾」といっても、それは能動的なものではない。オーリウによれば、能動的な行動をするためには組織化が必要であるが、組織化をするためには「自／他」を区別せねばならないところ、そうであるとすればそれはもはや「一般 (general)」に値しないものとなるからであろう (三九頁)<sup>(2)</sup>。組織化された選挙団によって表明される意思は多数意思であって決して一般意思と同じではないという理屈と同じである。確かに、承諾は意思表示である以上能動的たらざるを得ないのではないか、「受動的な承諾」は矛盾しているのではないか、と思われる。しかし、オーリウが「受動的な承諾」と述べたとき「能動／受動」のいずれにも収まらない一般意思がそこにあるのではないか。それは「不完全なタイプ」たる「過程」としての一般意思の在り方である。以下、この点を説明する。

まず、「選挙団の意思は一般意思と同一になることを目的とするものではなく、他の統治機関による現前と組み合わされることになる一つの《現前》を形成するだけである」(三三頁) という一文に表れているように、一般意思とは常に統治機関によって現前化 (representation) されるものであって、一般意思は自ら現前するものではない。このような一般意思の在り方は、トークンによる現実化を待つ「タイプ」の在り方と言える。また、一般意思の承諾というが、オーリウの人間観からすれば、我々は決して一般意思それ自体を直観することはできない。オーリウが「【国家】に属する人間 (l'homme d'Etat) は、何が一般意思なのかを究極的な形では知ることができない。しかし、彼は近似の理念を作る、つまり、彼は自身が向かっていくイメージを作るのである」(一一八頁) と言うとき、「homme」という言葉を使用しているのは恐らくその趣旨である。我々が一般意思の「近似」しか語れないとすれば、そこには常に懐疑可能性があり、変動可能性がある。一般意思といってもそれは当代において善いとされる「生きた、

実践的な意思」であり、変動する<sup>(53)</sup>。このように理解された一般意思は、一つの「不完全対象」たる「タイプ」であり、かつ人々が常にそれを制作し続ける「過程」たる存在といえよう。ここで、現前化された一般意思、つまり近似の一般意思と区別すべく、近似の一般意思をも含んだ全体を【一般意思】と表記する。我々は【一般意思】の近似を知るだけなのだから、【一般意思】の変動を知るべくもない。そのため、オーリウが変動すると述べるとき、それは一般意思の変動であって、【一般意思】はただ不完全なまま「過程」として存在する。

### 3 【l'État/l'institution nationale】と【一般意思】

主観 (l'État) は不可分の統一体であり、客観 (l'institution nationale) は可分の統一体であって、両者を無邪気に統合することはできないが、【一般意思】が架橋する。

主観と客観を分けるといっても、オーリウは両者を別個の実体と考えているわけではない。「組織化された国民（＝国民の制度）……は客観的な制度として見られた国家に他ならないし、国家は国民の人格化、換言すれば諸権利の主体 (le *général*) として見られた国民に他ならない。国民（の制度）は国家であり、国家は国民（の制度）である。ただし、国家が不可分のものと考えられるのに対して、国民（の制度）は要素に分割できる」（一四九頁<sup>(54)</sup>）。その意味でそれらは「同一の実体 (réalité) の二つの側面」であるが、先述のようにそれらをそのまま「主観＝客観」とすることはできない（八頁）。本稿ではこの「同一の実体」を【国家】と呼んだが、このような【国家】を「主観／客観」の分断に陥ることなく統合させているものこそが、両者を架橋する【一般意思】なのである。このように理解すると、「国民主権」論文において【国家】と【一般意思】の関係は曖昧なままであるとしても、【一般意思】は（国家）を【国家】たらしめているもの、リンダールの言い方では「共同行為の結節点」であると言えよう。そして、先述のように【一般意思】は「過程」にあるものであり、常に現前化される（されうる）ものであるという点も鑑みれば、それは

制度における理念 (idée) と構造的に同一のものであろう。ここで、オーリウにおいて国家もまた制度の一種であることに鑑みれば、先の【制度＝理念】理解を投影して【国家＝一般意思】と言えるのではないか。制度に関するオーリウの言葉を振れば、「[l'État] est [une volonté générale de la nation] qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social」ということである。【国家】は【一般意思】の現前化された側面であり、潜在的な側面も含めた総体が【国家＝一般意思】である。【国家＝一般意思】は政治機関（権力）によって現前化されるタイプの存在であり、変動もその特徴とする「過程」にある存在である。

オーリウにおける「同一の実体」がこのような【国家＝一般意思】だとすれば、「[l'État / l'institution nationale] は【国家＝一般意思】の二つの側面であり、我々に対する現前の仕方、視点の違いである。<sup>(55)</sup>【国家＝一般意思】が「図／地」の反転図形の関係だとすれば、「[l'État / l'institution nationale] は、前章で扱った森田の書籍に出てくる「アナモルフォーズ（歪像、anamorphose）」と言えよう。それは「わざと歪められた像」であり「或る特定の方法で……見た時にのみ、『正しい』歪まない像が見えるというもの」である。<sup>(56)</sup>森田の示す例を挙げれば、ハンス・ホルバイン作「大使たち」（一五三三年）がそれに当たる。正面から見れば二人の人物が立っている絵であるが、右側面から見ると頭蓋骨が描かれている、という絵画である。反転図形は同一視点に一つの全体が「正しく」立ち現れてきているが、歪像は視点を変えなければ見えてこないし、一方を見た時に他方は「正しく」は見えない構造となっている。このような歪像としての在り方は、「[l'État / l'institution nationale] を「観点 (la perspective)」の差異として語るオーリウとも適合的である（七頁）。

そして、この視点の相違が「国家という亡霊」から解き放たれるためのヒントになっている。またそれは、「国民という亡霊」からの解放であると共に、これまで語ってきた「我々」の分析へとつながる。

(三) 【l'État/l'institution nationale】と「住民共同体／領土管理団体」

1 視点の相違——「住民／国民」という区別

前節で述べたように、「l'État/l'institution nationale」の区別は、「国家＝一般意思」の現前の仕方の二様であり、それは視点の相違であった。

では、両者の区別の基底にある視点の相違、その視点を有している者の相違は何であろうか。ここでオーリウが、「法的人格者としての国家における主権論／国民の制度における主権論」を区別し、前者は「国家の人格とは区別される人格をとしての国家の服従主体に対して (sui) や外国に対して (vis-à-vis)」行使されるものであり、後者は「組織の力であり、組織において探求されるべき」ものとされている点に注目すべきである<sup>(57)</sup>。この相違は「外／内」の区別であり、視点の相違として捉えると「人格者＝服従主体の視点／構成員＝統治者の視点」の区別である。人格者としての国家は他の人格者から見た場合の【国家＝一般意思】、国民の制度は構成員から見た場合の【国家＝一般意思】である。もともと、「人格者／構成員」は資格 (la qualité) の相違でしかなく同一個人の内にある。その意味で個人は国家の権力行使を受ける (受動的な) 「人格者たる服従主体」でもあり、それを行使する (能動的な) 「構成員＝統治者」でもある。しかしながら、「国民は、同時には統治者たり (gouvernante) かつ服従主体たる (sujette) ことはできない<sup>(58)</sup>」。「人格者＝服従主体／構成員＝統治者」は同一の視点ではなく相違の視点である。

このようにオーリウは「外＝人格者＝服従主体／内＝構成員＝統治者」という視点の相違に起因する【国家＝一般意思】の現前の仕方の相違として「l'État/l'institution nationale」の区別をしていると解される。しかし、オーリウは国民 (nation) を「フランスの服従主体個人 (individus sujets français)」であると<sup>(59)</sup>、視点の相違を示す先の一文も「国民」が主語となっている。そこでは、「人格者＝服従主体／構成員＝統治者」を「国民 (nation)」という一方の資

格が架橋し、視点の相違が覆い隠されてしまっている。オーリウは両者を含む【国民】を想定しているのかもしれないが、そのような想定は端的に誤りまたは不十分である。なぜなら、国家の領土たる土地には国民以外にも存在し、領土内に居住する外国人は「人格者＝服従主体」として人格者たる国家と対峙する存在であるのは明らかだからである。もし外国人を含むことなく人格者たる国家を語るのであれば不十分であろう。そこで、オーリウに見られる「外＝人格者＝服従主体／内＝構成員＝統治者」の区別を維持しつつ、本稿では、現在の憲法学の知見を踏まえ、「【国家＝一般意思】の構成員資格（国籍）の取得者」を「国民」とし、「領土内に居住する者」を「住民」と記す。それは、オーリウにおける「国民（*individus sujets français*）」を「フランスにおける服従主体（外）／フランスの臣民（内）」に分けることに等しい。

このように「国民」を分けると、オーリウは【一般意思】は国民に内在すると言うが<sup>(50)</sup>、それは「国家構成員資格者」に内在する【国民の一般意思】と、「住民」に内在する【住民の一般意思】に分かれる。

そして、権力が【一般意思】の承諾を得るように、つまり正統性を得るように活動することを強いられると言われるとき<sup>(61)</sup>、それはこれら二つの【一般意思】に対応して二つの事態を含んでいると解される。第一に、国民の制度において、政治的権力が【国民の一般意思】を現前しているかどうかという事態であり、第二に、国家が【住民の一般意思】を現前しているかどうかという事態である。

## 2 「住民共同体／領土管理団体」という区別

このとき、【住民の一般意思】を理念とするもう一つの【制度＝理念】があるはずである。それについて説明するため、オーリウにおける「人格」へと少し寄り道する。

オーリウには「精神／身体」や「主観／客観」の区別と統合というモチーフが見られるが、オーリウによれば法学

者は主観の検討にとどまり客観の検討を疎かにしている。「客観から主観へという方法は、法的人格の問題を扱う法学者によって一般には採用されていない。むしろ彼らは反対の方向へ進む。……したがって、実際には、彼らは客観的な組織へ向かう図を描きながらも、本当にはその意向を実行しないのであり、まるで魔法陣にいるかのように、純粹な主観的な構想にとどまっている」と非難するのである。<sup>62</sup>この文章自体は『公法原理（第二版）』（一九一六年）のものであるが、「国民主権」論文（一九二二年）で「l'État/l'institution nationale」に分けたのも同様の動機に基づいていると考えておかしくないだろう。「主観／客観」という区別を踏まえた上で、先述のように「国民主権」論文において「倫理のおよび法的人格」を「無体で」と述べていたこと、そして『公法原理（第二版）』において「法人（personnes morales）」の主観の実体は、政治的関係の側面よりもむしろ経済的関係の側面に見出すべきである」と述べていたことに注目すべきである。オーリウにおいて経済とは法的取引一般のことであるが、ここから分かるのは、オーリウにおいて「人格Ⅱ主観」はそれ自身が個体として存在する団体組織的なものではなく、あくまで他者との水平関係において見出される関係的存在（関係においてあるもの）だ、ということである。

したがって、人格者たる国家を語る時点で既に「他者」との人格者同士の関係（水平関係）が指定されているのである。先の第二の事態はこの水平関係におけるものである。そこに【住民の一般意思】なるものがあるとすれば、「住民」と【国家】を構成員とした別の【制度Ⅱ理念】の生成を見出すことができる。それこそが、渋谷秀樹に寄せて私が序論で示した〈国民を構成要素としない国家〉であり、「住民共同体としての国家」である。これまで漠然と【国家Ⅱ一般意思】として論じてきたのは、実のところ、住民共同体において「住民」と対峙するところの【国家Ⅱ国民の一般意思】であった。そして、オーリウが「権力とは、秩序や法を創造することによって、人間集団の統治事業を引き受ける自由な意思の力」あり、「人間集団の統治をひとつの事業として扱うことが重要である」と述べる<sup>64</sup>とき、これは【国家Ⅱ国民の一般意思】による「住民共同体としての国家」（【国家Ⅱ住民の一般意思】）の統治（管理）事

業であると解される。すなわち、私は、【国家Ⅱ住民の一般意思】を「住民共同体としての国家」、【国家Ⅱ国民の一般意思】を「領土管理団体としての国家」と整理し、その上で「領土管理団体としての国家」には「住民共同体としての国家」の統治（管理）事業という「役割（行為の目的）」があり、その役割を果たす際に現れる（「住民」から見える）のが人格の側面（*profile*）だと理解するのである。

このように理解したとき、「領土管理団体としての国家」は、一方でその行為は常に統治（管理）事業という「役割」の中でのみ、換言すれば【住民の一般意思】により承諾される限りに於いてその行為が正統化される行為者である。他方でそれは【国家Ⅱ国民の一般意思】という間志向的な不完全タイプの存在として、変動可能性のある有限な「過程」として存在する存在者である。また、「領土管理団体としての国家」の活動は、「役割」に沿ったものでなければならぬと同時に、それが「国民の意思に基づく」ことが必要である。ある「人」の行為が「領土管理団体としての国家」の行為であると同定されるために必要なものが、【国民の一般意思】による承諾であろう。それは「領土管理団体としての国家」が【住民の一般意思】により承諾される事態とパラレルである。「領土管理団体としての国家」を「政治機関（立法、執行、選挙団）」に、「住民の一般意思」を【国民の一般意思】に置換すればその構造は同じであり、スケールが異なるにすぎない。

## 四 おわりに

### (一) 本稿のまとめ

本稿では、「ライオン」でも「亡霊」でもない「人」たる有限の国家の提示を試みた。その行程において、リン

ダールに垣間見られる集団の存在論をハイデガー、森田および倉田の所説から分析し、「共同行為の結節点」を要とし、「奇妙なもの」を契機として「法のないこと＝例外」として処理することで自己を維持しつつ変動する「過程」としての集団像を析出した。かかる像がオーリウ制度論と重なることを論じ、このような制度を【制度＝理念】と表記した。それは「役割」を剥ぎ取られた次元にある有限の存在であるから、人格者たる国家（制度）ではない。そこで、そのような国家自体と人格者たる国家との関係について、「主観 (Ibid) / 客観 (institution nationale)」とを区別し、一般意思が両者を架橋すると述べるオーリウの「国民主権」論文を分析した。国家もまた制度の一つであることから【制度＝理念】に倣って【国家＝一般意思】と理解し、【国家＝一般意思】が反転図形だとしたら【État / Institution nationale】は歪像であると述べた。さらに、その歪像は【国家＝一般意思】を「住民 / 国民」という視点の区別によるとして「住民共同体としての国家 / 領土管理団体としての国家」を示した。

(二) 本稿の可能性と今後の課題

かかる検討を通じて、憲法学で語られてきた「国家」は基本的には「領土管理団体としての国家」であるが、それが「住民共同体としての国家」と混同されて語られてきたのではないか、それ故に統治の場であって人格者ではない「住民共同体としての国家」までも無批判に人格者として想定してしまっているのではないか、ということが指摘できる。この指摘が的を外していないのであれば、この「人格化された「住民共同体としての国家」こそが「国家」という亡霊」の正体であろう。我々は「舞台」と「役者」を分けなければならぬ<sup>(65)</sup>。付言すれば、「領土管理団体としての国家」もまた一つの「舞台」であり、諸政治機関は「役者」であって、権力分立は「配役」である。ただし、それを「舞台」として見ている限りに於いて、それは「役者」としては現れてこない。「役者（人格） / 舞台（身体）」は【制度＝理念】のような反転図形ではなく歪像なのである。

また、「住民共同体としての国家」と「領土管理団体としての国家」の混在と後者への視点の集中故に、「国民」という一方の資格によって「住民／国民」の区別の覆い隠されたのではないか、との指摘もできる。この指摘が的外していなければ、それが「国民という亡霊」の正体であろう。本稿ではこれに対して「住民／国民」の区別を提示した。

さらに「住民共同体としての国家／領土管理団体としての国家」および「住民／国民」の区別は（国際）人権と憲法に関わる議論の見通しを少しばかりよくすると思われる。憲法（constitution）が一定の集団におけるルールだとすれば、「住民共同体としての国家」と「領土管理団体としての国家」の各々に憲法があると解される。この区分からすれば、従来の憲法学はどちらかと言えば「領土管理団体としての国家」の憲法を探索してきた。他方、「住民共同体としての国家」の憲法は、山元がドミニク・ルソーの憲法観として示す、「統治諸機関の関係を規律するためのルール」ではない市民社会における共生のルールたる憲法に相応する<sup>(66)</sup>。本稿の理解からすれば、それらは一国において併存している。種を明かせば、オーリウが『憲法精義（第二版）』において「社会の憲法（la constitution sociale）／政治の憲法（la constitution politique）」という区別をしており、この発想は決して私自身のオリジナルではない。そのコンテンツとしては大要、「社会の憲法」には営業の自由といった個人権が、「政治の憲法」には権力分立のほか政治的自由といった能動的国民としての活動に関することが含まれている。このように一国に憲法が二つあると理解した場合、裁判所の役割は「領土管理団体としての国家」の憲法の審査に束縛されない可能性がある。つまり、裁判所の役割が「住民共同体としての国家」の維持であり、「領土管理団体としての国家」の動向の監視はその役割の一部であるとする<sup>(67)</sup>ば、「住民共同体としての国家」の憲法から「領土管理団体としての国家」の行動を制限することも可能である。そして、「住民共同体としての国家」の憲法が「住民」により制作されるものだとすれば、その内容はナショナル（国民的）な憲法上の権利にとどまらない、グローバルな人権を含んでもおかしくない。なお、「住民

の「一般意思」と【国民の一般意思】が区別されるべきだとしても、必ずしもその内容が異なるとは言えない。グローバル化においては【国民の一般意思】と【住民の一般意思】との内容上の差異は減少するだろう。しかし、それは「領土管理団体としての国家」の行動がより一層【住民の一般意思】に適合する蓋然性が高まるにすぎず、構造上の差異が消失するわけではない。

最後に、「住民／国民」を「経済人／国民」とすることで【経済人の一般意思】を「共同行為の結節点」とする経済秩序にアクターとして巻き込まれた国家像も提示できる。かかる経済秩序におけるルールを経済法とすれば、経済法と憲法との新たなタッグの可能性を見出すこともできるだろう。

本稿は以上のような可能性を含んだ議論を〈【l'État/l'institution nationale】の制作〉というタイトルで論じた。それは、①【国家】は「過程」にあること、②【国家】は歪像を含んでいることを示す。本稿は、その執筆がオーリウの【l'État/l'institution nationale】や「社会の憲法／政治の憲法」の区別を契機にしているとしても、必ずしもオーリウに従っているわけではない。特に主観と客観の総体たる【国家】の存在論をオーリウは必ずしも示していない。そのため、飯野や高橋の読み方がむしろ正統であり、本稿は異端であろう。本稿はリンダール等の現在の知見からそのような理解の道筋を開拓してみたが、その作業はやはり粗がある。今後はこの読み方を、従来の読み方と対照させながら、並行してより具体的な憲法問題と絡めてその有用性を示し、精緻なものとすることが課題である。また、本稿でいう「亡霊」が全くありえないとはいえないまでも、どこまで真に迫ったものなのかも、より一層の検証が必要であろう。本稿ではその探索のための枠組みを構築したのであり、日本憲法学におけるこれまでの多くの論者の一言一句をより深く探ることもまた今後の課題である。

- (1) 「ヨーロッパに幽霊が出る——共産主義という幽霊である」(マルクスⅡエンゲルス(大内兵衛Ⅱ向坂逸郎訳)『共産党宣言』(岩波文庫、一九五一年)三七頁)。
- (2) ジャック・デリダ(増田二夫訳)『マルクスの亡霊たち』(藤原書店、二〇〇七年)二一五—二一六頁。
- (3) 同右・二一八頁。
- (4) 山元二「覚書・グローバル化時代における『市民社会』志向の憲法学の構築に向けて」法時九〇巻一〇号(二〇一八年)七七頁。
- (5) 例えば、芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法』(第七版)。(岩波書店、二〇一九年)九二頁、佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、二〇一一年)一四二頁、長谷部恭男『憲法』(第七版)。(新世社、一一七頁)、渡辺康行Ⅱ穴戸常寿Ⅱ松本和彦Ⅱ工藤達朗『憲法Ⅰ』(日本評論社、二〇一六年)三六頁など。
- (6) なお、憲法学が「国民」から語ることにについては、そのイデオロギー的な側面もありうる。本稿ではこの点には触れない。
- (7) 例えば、憲法学の教科書では、高橋和之『立憲主義と日本国憲法』(第四版)。(有斐閣、二〇一七年)四頁、阪本昌成『憲法Ⅰ』(全訂第三版)。(有信堂、二〇一一年)五頁、長谷部・前掲注(5)四頁が、明示的に国民が国家の要素であると述べている。また、佐藤幸治は国籍を「国家を構成する人たるの資格」とし(佐藤・前掲注(5)一〇六頁)、大石眞も「特定国家の構成員として認められる法的資格」とする(大石眞『憲法講義Ⅰ』(第三版)。(有斐閣、二〇一四年)七八頁)。国際法学の教科書では「住民」という名称で、「永久的住民(国民)」との説明や(小寺彰Ⅱ岩沢雄司Ⅱ森田章夫『講義国際法』(第二版)。(有斐閣、二〇一〇年)一三三頁(小寺彰担当)、国籍取得者の集団を指すという説明がされている(山本草二『国際法』(新版)。(有斐閣、一九九四年)一二四頁)。
- (8) 渋谷秀樹『憲法』(第三版)。(有斐閣、二〇一七年)八頁。
- (9) 芦部・前掲注(5)三頁および二四一頁。
- (10) 例えば、辻村みよ子『比較のなかの改憲論——日本国憲法の位置』(岩波書店、二〇一四年)二二—二四頁、椋大樹『檻の中のライオン』(かもがわ出版、二〇一六年)。
- (11) 「グローバル立憲主義」の内容は多様でありうるが、ここでは方法論的ナショナリズムに対抗する言説に基づく立憲主義として捉えておく。
- (12) Maurice Hauriou, «La souveraineté nationale», *Recueil de Législation de Toulouse*, 1912, pp. 1-156. 本論文にこころは同雑誌

- から抜き出して同年に出版された同名の書籍版 (*Ibid.*, *La souveraineté nationale*, extrait du *Recueil de Législation de Toulouse*, Paris, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1912) がある。今回は雑誌掲載の論文を用いるが、頁番号については書籍版と一致する。
- (13) 今関源成「レオン・デュギ、モリス・オーリウにおける『法による国家制限』の問題 (二)」「早稲田法学五八巻二号 (一九八三年) 一一〇頁 [同]『法による国家制限の理論』(日本評論社, 二〇一八年) 所収)。
- (14) 近年のものとしては特に、時本義昭「法人・制度体・国家」(成文堂, 二〇一五年) および小島慎司「制度と自由」(岩波書店, 二〇一三年) がある。
- (15) 今関・前掲注 (13)、飯野賢一「モリス・オーリウの公法学説研究 (二)」「早稲田大学大学院法研論集八八号 (一九九八年) 九頁以下、高橋和之『現代憲法理論の源流』(有斐閣, 一九八六年) 三四八頁以下。特に、高橋は本稿の読み方と近い。もっとも、主観と客観が架橋された総体自体の存在への視点は恐らく欠けている。
- (16) 日本の憲法学者によるリンダール憲法制定権力論の紹介として、山元一「近未来の憲法理論を考える」辻村みよ子∥長谷部恭男(編著)『憲法理論の再創造』(日本評論社, 二〇一一年) 九六―九八頁がある。
- (17) Hans Lindahl, "Constituent Power and the Constitution", David Dyzenhaus & Malcolm Thorburn (ed.), *PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONAL LAW*, Oxford University Press, 2016, pp. 141-159.
- (18) Hans Lindahl, "Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood", M. Loughlin & N. Walker (ed.), *THE PARADOX OF CONSTITUTIONALISM*, Oxford University Press, 2007 (paperback 2008), pp. 9-24.
- (19) 哲学者山内志朗によれば、レフレンタチオの *re* に反復の意味はなく、「再現前化」は適訳ではない(同『誤読』の哲学) (青土社, 二〇一三年) 八五頁)。そのため本稿でも「再現前化」という訳を避ける。
- (20) Lindahl, *supra* note (17), p. 147.
- (21) 山元・前掲注 (16) 九七頁。
- (22) 池田喬「ハイデガー・存在と行為」(創文社, 二〇一一年)。
- (23) この点池田は、現存在は人間と一致すべきと説く(同右・六七頁)。
- (24) 森田亜紀『芸術の中動態・受容/制作の基層』(萌書房, 二〇一三年)。
- (25) 参照、國分功一郎『中動態の世界・意思と責任の考古学』(医学書院, 二〇一七年) 八八頁。森田も國分もヴァンヴェニ

ストの研究成果を承けている。

- (26) 同右・九二頁。
- (27) 倉田剛「志向の対象を再考する」哲学学会編『志向性と因果(哲学雑誌一二六卷七八号)』(有斐閣、二〇一一年)二頁、一九頁。
- (28) 倉田剛「日常的世界の形而上学」哲学論文集五二卷(二〇一六年)二二頁。
- (29) 倉田剛『現代存在論講義II』(新曜社、二〇一七年)四五頁。
- (30) 同右・五〇頁参照。
- (31) 倉田・前掲注(27)一八頁。
- (32) 同右・一五頁。
- (33) Lindahl, *supra note* (17), p. 157.
- (34) 池田・前掲注(22)八七頁。
- (35) Maurice Hauriou, «La théorie de l'institution et de la foundation. Essai de vitalisme social», *Cahiers de la nouvelle journée* N° 4, 1925, pp. 2-45, p. 21.
- (36) 小島・前掲注(14)一六三頁。ただし、小島は「人格」が同時に生成されるとする点で本稿の理解と異なる。
- (37) Hauriou, *supra note* (35), p. 10.
- (38) *Ibid.*, pp. 30-31.
- (39) 小島慎司がオーリウに見出した「表象＝代表实在論」の内実はこれである可能性がある(小島・前掲注(14)一五六―一五七頁)。
- (40) Maurice Hauriou, «Leçon sur le mouvement social», Paris, Larose, 1899, réunis par F. Andren et M. Millet, *Écrits sociologique*, Paris, Dalloz, 2008, p. 58.
- (41) Hauriou, *supra note* (35), p. 15.
- (42) 長谷部恭男「モリス・オーリウ国家論序説」『憲法の論理』(有斐閣、二〇一七年)一八八頁〔初出二〇一六年〕。
- (43) 今関・前掲注(13)一一〇頁。
- (44) Maurice Hauriou, «De la personnalité comme élément de la réalité sociale», *Revue générale du droit, de la législation et de la*

- jurisprudence en France et à l'étranger*, 1898, pp. 5-23 et pp. 119-140, p. 128.
- (45) Hauriou, *supra note* (12).
- (46) Maurice Hauriou, « Les idées de M. Duguit », *Recueil académique de législation de Toulouse*, 1911, pp. 1-40.
- (47) Maurice Hauriou, « Le fondement de l'autorité politique. Lettre du Professeur Hauriou et du Professeur Berthelémy », *RDP*, 1916, pp. 20-25, p. 21.
- (48) *Ibid.*, p. 25.
- (49) 「我々は、一般意思の要素がその架橋 (passage) を与えることを認める。しかし、法的人たる国家の主権の不可分性と、寄せ集めたる国民の主権に分割される複数の主権としてこれを扱うことを両立させるのは困難である」(Hauriou, *supra note* (12) p. 11.)。
- (50) この点、高橋・前掲注(15)は「Étatを国民の制度と対置されるところの国家としてのみ理解しているように思われる。その理解は「Étatの中に (dans) と述べていることとの整合性がかたないのではないかとこの疑問がある。」
- (51) 「裁判官がもはや他の政治的権力との均衡を形成する政治的権力ではないとしても、裁判官が政治的諸権力の全体に均衡を形成する裁判的権力であることには変わりなく」(Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel 2<sup>e</sup> éd.*, Sirey, 1929; rééd., Dalloz, 2015, p. 238)。
- (52) 参照、高橋・前掲注(15)三四九頁。
- (53) 例えばオーリウは、「奴隸制」はかつてそれが当時は善いものとして一般意思の内容とされていたと述べる (Hauriou, *supra note* (12), p. 35)。
- (54) オーリウは『憲法精義〔第二版〕』でも「国家 (l'État) は国民 (Nation) の組織化されたものである」と述べており (Hauriou, *supra note* (51), p. 80)、「基本的な枠組みは変わっていない」と思われる。
- (55) 高橋・前掲注(15)三四八頁。
- (56) 森田・前掲注(24)二三頁。
- (57) Hauriou, *supra note* (12), pp. 10-11. なお、「sur」と「vis-à-vis」が使い分けられているように思われるが、その箇所よりやや先の箇所でも「外の人格者に対して (sur des personnes extérieures)」、つまり服従主体や外国に対して (vis-à-vis de sujets ou d'États étrangers)」とも書かれており、使い分けに特段の意味はないと解される。

- (58) *Ibid.*, p. 14.
- (59) *Ibid.*, p. 16.
- (60) *Ibid.*, p. 17.
- (61) 「自由な自然人たる服従主体自身は、彼らにとって秩序を形成するものである (être conformes à l'ordre) ように見える命令にしか自発的には従わない……継続を望むあらゆる権力は、したがって、服従主体を反抗にまで押しやるほどに自然法から逸脱するということがないように物の秩序 (un ordre des choses) と実定法を創出することを強いられる」(Hauriou, *supra note* (51), p. 16)。これが服従主体主権の内実だろう。
- (62) Maurice Hauriou, *Principes de droit public 2<sup>e</sup> éd.* Paris, Sirey, 1916, p. 85.
- (63) *Ibid.*, p. 106.
- (64) Hauriou, *supra note* (51), pp. 14-15.
- (65) 例えば、長谷部恭男「国家はそもそも必要なのか？」(同『比較不能な価値の迷路(増補新装版)』(東京大学出版会、二〇一八年)一頁〔初出一九九七年〕)において、「国家」と「政府」が特に区別されることなく用いられている(なお、国際法上、「国家承認」と「政府承認」とは別問題である。参照、山本・前掲注(7)一七一頁および一八八頁以下、杉原高嶺「国際法学講義(第二版)」(有斐閣、二〇一三年)二〇二頁および二二三頁)。長谷部は「住民共同体としての国家」の統治(管理)事業を「領土管理団体としての国家」に委ねることは是非と範囲を論じ、「調整問題」の解決に「領土管理団体としての国家」の役割を見出している。しかし、「領土管理団体としての国家」が必要ないとしても、「住民共同体としての国家」は存続しうる。他方、長谷部恭男「国境はなぜ、そして、いかに引かれるべきか？」(同『憲法の境界』(羽鳥書店、二〇〇九年)二九頁〔初出二〇〇七年〕)も「領土管理団体としての国家」を論じているように思われる。確かに、領土は統治(管理)権限の空間的限界としても存在する。しかし、猫の「トム」がどこまで肉体を手放したら「トム」でなくなるのかといった自己同一性の問題があるように、領土は同時に「住民共同体としての国家」の同一性に関わる可能性がある。
- (66) 山元「現代フランス憲法学における立憲主義と民主主義」同『現代フランス憲法理論』(信山社、二〇一四年)一五三頁〔初出二〇〇二年〕。ドミニク・ルソーは、人権宣言における「権利の保障が確保されず、権力の分立が定められていないすべての社会は、憲法をもたない」の「社会は」に着目している。
- (67) 裁判所を政治機関から除外したオーリウの構想は再評価に値する。また、棟居快行が「司法はもともと……私人間の司法

的紛争の処理を本来の守備範囲と心得てきた」という記述（同「グローバル化社会と憲法」山元一＝横山美夏＝高山佳奈子（編著）『グローバル化と法の変容』（日本評論社、二〇一八年）六三頁）もより深い検討が必要である。

大野 悠介（おおの ゆうすけ）

所属・現職

慶應義塾大学大学院法務研究科助教

慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程

慶應義塾大学大学院法務研究科修了。法務博士（専門職）

最終学歴

日本公法学会、憲法理論研究会

所属学会

憲法

専攻領域

「秩序に彩られる国家——小売市場判決再訪」「慶應法学」第三四号（二〇一六年）

「《自由な経済活動に起因する弊害》と憲法22条1項」「慶應法学」第四

一号（二〇一八年）

「「場」としての国家／「人」としての国家」「法学政治学論究」第一一

九号（二〇一八年）