

# 憲法共同体と構成員資格

—外国人の政治的権利を中心に

魏 培軒

## 【 論 文 目 次 】

|  |     |
|--|-----|
| 序章 問題意識と論文構成.....                      | 1   |
| 第一章 国民国家と憲法秩序の結合 .....                 | 9   |
| 第一節 近代立憲主義の前提条件としての国民国家体系.....         | 9   |
| 第二節 人権と市民権の区分とパラドックス .....             | 13  |
| 第三節 国民主権の絶対性：憲法判例の基本的立場 .....          | 21  |
| 第二章 国法学における民主政治、同質性と国籍の三者関係 .....      | 34  |
| 第一節 民主政の前提条件としての同質性の再建：シュミット.....      | 35  |
| 第二節 前法的統一体および運命共同体としての国民概念：イーゼンゼー..... | 39  |
| 第三節 民主的正統化の唯一主体としての国民：ベッケンフェルデ.....    | 45  |
| 第三章 民主主義の理念に基づく国民概念 .....              | 53  |
| 第一節 開かれた国民概念の可能性.....                  | 53  |
| 第二節 リベラル・ナショナリストからのディフェンス .....        | 59  |
| 第四章 同質性概念の再検討 .....                    | 68  |
| 第一節 民主政治の前提性の問題 .....                  | 68  |
| 第二節 閉鎖的な人間像と流動的なアイデンティティ .....         | 75  |
| 第五章 権利性質説と民主政的基本権論.....                | 84  |
| 第一節 普遍性の試金石としての外国人権論 .....             | 85  |
| 第二節 権利性質説の方法論上の問題とその限界.....            | 89  |
| 第三節 人権論の再構成—ハーバーマスの基本権理解と権利体系論.....    | 97  |
| 第六章 憲法共同体の境界問題の再考 .....                | 106 |

|                                   |     |
|-----------------------------------|-----|
| 第一節 権利体系論の修正と再構築.....             | 106 |
| 第二節 憲法パトリオティズムと政治的統合に基づく構成員性..... | 114 |
| 第三節 民主的反復と異質性の投入.....             | 121 |
| 終章 外国人の政治的権利の擁護.....              | 131 |
| 【文献一覧】 .....                      | 139 |

## 序章 問題意識と論文構成

時間と空間の次元の再構成を促進するグローバル化は、現代の経済的、政治的、社会的な生活の一般的なあり方に重大な変化をもたらす現象である。テクノロジー上のイノベーションと社会的なイノベーションとが組み合わさるグローバル化の下で、人々や場所を隔てていた時間と空間の次元は、急激に再編成され圧縮されることになったのである。グローバル化は、社会的相互作用の超大陸的なフローとパターンの規模と範囲が広がっているだけでなく、そのインパクトも強まっていることを意味する。そのグローバル化の現象は、人々の組織が遠隔のコミュニティと結びつき、従来の政治的領域性を越えて権力関係を広げて、人間生活の諸分野に変化ないし変容が起こることを示している<sup>1</sup>。グローバル化の時代において、人間、機械、イメージ、情報、権力、カネ、アイデア、リスクのどれもが、いうなれば「移動中」であり、有形にせよ無形にせよ、それらが途方もない速さで場所から場所へ、時間から時間へと、予期せぬ方向に流動している。新たな時間＝空間秩序としてのグローバルなネットワークは、近代においてあらゆる生活領域の基本的なユニットとされたナショナルなものの特定の構成要素に浸透し始めている<sup>2</sup>。換言すれば、グローバル化は、ナショナルなものを持つ伝統的な領域性を解体し始めている。まさに社会学者のジグムント・バウマンが強調したように、グローバル化の発展は、近代世界が初期においてとっていた固定的で所与的な形状に対比させる形で、「液状化する近代」の加速する形態のように作動している<sup>3</sup>。世界規模での流動性は、言うまでもなく、明確に境界づけられた特定の領土としての国民国家という最も重要な権力関係のモデルにも、非常に強力な衝撃を与えている。空間と時間の次元は、今日には、従来の国民国家的な生成と再構築から離脱しつつあり、グローバルなフローの下で、個々の国民国家の領域性を越えて、複数の行為主体の相互作用によって、権力関係の新たな空間＝時間布置を形成している<sup>4</sup>。

もちろん、近代国民国家を観察対象とする憲法学は、グローバル化のもたらした重大な影響を免れ得ない<sup>5</sup>。国民国家は、強制力の独占を背景として区画化された領域に対する至高

---

<sup>1</sup> デヴィッド・ヘルド、アントニー・マッグルー『グローバル化と反グローバル化』中谷義和、柳原克行訳、日本経済評論社、2003年、5頁。

<sup>2</sup> ウルリッヒ・ベック『グローバル化の社会学—グローバリゼーションの誤謬—グローバル化への応答』木前利秋、中村健吾監訳、国文社、2005年、34-35頁

<sup>3</sup> ジグムント・バウマン『リキッド・モダニティー—液状化する社会』森田典正訳、大月書店、2001年。

<sup>4</sup> ヨアヒム・ヒルシュ『国家・グローバル化・帝国主義』表弘一郎、木原滋哉、中村健吾訳、ミネルヴァ書房、2007年、208-212頁。ジグムント・バウマン『グローバリゼーション—人間への影響』澤田真治、中井愛子訳、法政大学出版局、2010年、90-95頁。

<sup>5</sup> 江橋崇「主権理論の変容」公法研究第55号、1993年、1頁以下。森英樹「国家の『ゆらぎ』と憲法」公法研究第64号、2002年、1頁以下。田中孝彦「世界政治の構造変化と立憲主義」阪口正二郎編『岩波講座 憲法5 グローバル化と憲法』岩波書店、2007年、3頁以下。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『憲法理論の再創造』日本評論社、2011年、93頁以下。工藤達朗「市場のグローバル化と国家の位置づけ—憲法の視点から」公法研究第74号、2012年、1頁以下。

の管轄権を保有し、国民の忠誠ないし同意の所産であるという正統性を享受しうることを意味している。近代国民国家の主な特徴は、国境を厳格に設定された領域性、暴力の独占的コントロール、政治権力の脱人格的構造、代表制を基礎とした固有の正統性の主張に求められる。したがって、近代立憲主義に基づく憲法学は、国民国家体制の垂直的な権力関係、すなわち、国家権力＝国民という権力関係の根本図式を議論の出発点としている。そのような基本的モデルには、政治的な領域における支配＝従属の作用関係が極めて明らかに描かれる。権力関係の垂直方向の両端において、支配者としての国家権力（上部構造）と被支配者としての国民（下部構造）が配置されている。それゆえ、従来の憲法学は、この明確なシェーマにしたがって、権力関係の両端における行為主体による相互作用に探究の焦点を置き、更に近代憲法の諸要素をこの仮定的な構図に合わせて再解釈している。ところが、グローバル化の衝撃は、国民国家体制に影響を及ぼすとともに、権力関係についての従来の記述から前提設定の有効性を奪っている。言い換えれば、従来の憲法学が議論の礎石とした、国家権力と国民という単純な行為主体の関係性によって把握される権力図式は、グローバル化が既定の領域性を破壊して再形成する過程において、伝統的な想像と理解よりはるかに複雑な形で変動している。権力作用については、垂直方向性の配置が依然として維持されるが、この支配関係の両端に設定された上部構造と下部構造は、もはや単純な国家権力と国民をもって説明されうるのではない。グローバル化による空間と時間の次元の再構成に伴い、国民国家体制の支配関係の両端にも行為主体の複雑化が生じる。

まず、上部構造において、国民国家が唯一の主権所有者として主張する従来の権能は継続することができない。今のところ、グローバル資本は多国籍企業の発展に伴い、頻繁に国民国家の国境を越えて、従来の領土制限性を無視してきている。そして、トランスナショナルな組織・会議の活動も活発化し、もろもろのリージョンにおいて国民国家の影響力を縮減させた一方、極めて大きな決定権力を持つようになる。上部構造の行為主体には、国民国家に加えて、多様な非国家アクターが含まれている。かつて最高性を有した主権権力は、もはや国民国家が独占的に所持できない。国民国家は主権権力を部分的に手放さざるを得ず、グローバルな体制の下で、それを様々な行為主体と持ち合い、重層的な決定構造を形成しなければならない。国民国家は、トランスナショナルな諸力を中心とした地域的な、またグローバルな網のなかに取り込まれ、自らの運命を決定しえない傾向を強くしていることになる。こうした状況において国家主権と国民国家の正統性が問われることにもなる<sup>6</sup>。

他方で、同様な複雑化の現象は、権力関係の下部構造にも明らかにみられる。グローバル化の促進した脱領域性も、世界的な規模での人的流動をもたらす。絶えず移動する人々の流

---

<sup>6</sup> 森英樹「国家の『ゆらぎ』と憲法」公法研究第64号、2002年、6-7頁。アントニオ・ネグリ、マイケル・ハート『〈帝国〉—グローバル化の世界秩序とマルチチュードの可能性』水嶋一憲、酒井隆史、浜邦彦、吉田俊実訳、以文社、2003年、395-401頁。

動体は、地球のほとんどあらゆる場所を巻き込んでいる。ここに見られるのは、グローバルな労働市場において仕事関係で移動する人々であり、他の様々な目的を持って国境を跨いで移動する人々であり、さらに、難民や亡命希望者として移動する人々、移住者として自発的に密入国する者、短期の使い捨ての奴隷として強制的に密入国させられる者もいる。権力関係の下部構造において、国民という集合的な名詞によって、被支配者を全般的に記述することができない。それは、人的流動に対する国民国家の統制力が全くなくなったことを意味しない。確かに、資本、情報と貨物の流動現状に比べると、人的流動は、現在に至るまでも国民国家体制の厳密な監視の下に置かれている。人間の国境の透過性は、今なお、資本、情報と貨物のほど高度化されるものではない。ところが、グローバル市場の強力な要求に応じるために、国民国家の境界設定は、過去のように絶対化されるものでもない。人的流動に対して、国民国家がある程度の管理能力を保有しているにもかかわらず、以前の国家主権と国境線の絶対的意味に基づいた完全なコントロールの可能性はもはや存在せず、国民国家は国家領域の開放要請に対してかろうじて妥協点を求めることしかできない<sup>7</sup>。従来の国民概念に包摂されえない多数の人間は、グローバル時代において、国境を越えて特定の国家領域に入り込んでいる。その意味で、権力関係の下部構造に置かれる被支配者をまとめて表現するためには、ナショナリティという均質性を強調した国民概念は有効な記述道具として使用されえない。むしろ、現在のところ、権力関係の下部構造には非均質性が増大している。したがって、国家主権と超国家的権力との相互調整によって特徴づけられる上部構造の変容に対して、権力関係の下部構造においては、国民概念と政治共同体の再定義という問題が現れている。

グローバル化の急激な影響によって、政治権力の構図の再編が起こっている。それゆえ、憲法学も、従来とは異なった背景設定において今日の権力関係を再把握し、より精確に新たな作用構造を描写して内在的な問題性を探究し、更に革新的な思惟様式と実効的な解決策を指摘しなければならない。グローバル化のもたらした権力関係の変動を憲法学の議論の主軸として、特に権力関係の下部構造、すなわち被支配者の端点に注目すれば、グローバル時代の現時点において外国人の人権論を再提起することの必要性も、再び浮かび上がっている。したがって、憲法学の議論体系から見れば、本論文は、下部構造の部分に焦点を当てて、外国人の政治的権利を議論の出発点として、今日の憲法共同体と構成員資格の内実を探究しようとするのである。

言うまでもなく、憲法学にとって、外国人の権利保障の問題は決してかつて議論されなかったテーマではない。確かに、グローバル時代の到来に伴い、外国人の権利保障の問題は先鋭化しつつある。ところが、こうした問題は、グローバル化によってはじめて引き起こされ

---

<sup>7</sup> 江橋崇「主権理論の変容」公法研究第 55 号、1993 年、2-4 頁。サスキア・サッセン『グローバリゼーションの時代 国家主権のゆくえ』伊豫谷登士翁訳、平凡社、1999 年、138-147 頁。

るのでない。それは、そもそも近代立憲主義に隠れる根本的な問題である。なぜなら、近代立憲主義は、人権の普遍性と国民主権の閉鎖性を同時に要請するからである。近代立憲主義を公言したフランス人権宣言は、根本的に新しい政治秩序において、普遍性という概念を権利言説の核心とし、人間一般の普遍的な権利を宣言した。普遍的人権とは、身分への帰属ゆえではなく、人間がただ人間であることにのみ基づき当然持っている権利である。他方で、フランス人権宣言も同時に、閉鎖性を有する国民主権という概念をもたらし、新しい政治秩序に強固な基盤を与える。政治的人間として至高の主権を担う国民は、必然的に限定されており、更に区別および排除によって定義づけられなければならない存在である。したがって、普遍的人権を閉鎖的な国民主権の下に実現するという近代立憲主義の構図には、このような二重的要請の間に存在する緊張関係が不可避的に現れている。こうした緊張関係は、憲法学の本来の課題に他ならない。

人権の普遍性と国民主権の閉鎖性を織り交ぜて構築される憲法体制において、憲法学は、このような二重的要請に従い、両原理のバランスを取りながら政治秩序を形成または解釈するという任務を有する。この憲法学の任務は、まさに国民概念に包摂されない外国人の権利が国民国家の憲法秩序の中にどのように位置づけられるべきなのかという問題において最も明らかに示されている。外国人の権利保障をめぐる議論は、本質的には、普遍性と閉鎖性との間を架橋する憲法秩序を検証する緊要な課題である。それは、近代立憲主義の根本的な問題に繋がっている。それゆえ、大沼保昭は「外国人が基本的人権の享有主体たりうるかという問題は、基本的人権の普遍的理念としての質を問うことにほかならない」と強調した<sup>8</sup>。こうした問題は、グローバル化の展開に応答するだけでなく、近代立憲主義の核心的構造を解明するために、提起されなければならないのである。

外国人の権利保障について、今日の憲法学において通説的地位を占める「権利性質説」は、個別的な基本権の性質を類別化することに重点を置き、例えば自由権、参政権と社会権の区分に基づいて個別的に論じている。要するに、そのようなアプローチは、国民国家との関係性を測定基準として、個別的な基本権の享有可能性を検討することに集中するのである。もっとも、ここで注目すべきなのは、むしろ通説の「権利性質説」の背景に隠れる基本的な立場である。すなわち、国民国家への所属性が形式的に国籍を用いて判定され、憲法上の国民概念と国民主権が「国籍保有者」と「国籍保有者主権」と解される上に、参政権は国籍保有者の独占的な基本権利として一般的に理解されることである。「権利性質説」は、国民概念と国民主権に対する硬直的な解釈に基づき、実質上、外国人の政治的諸権利の保障範囲を極めて縮減する。

「権利性質説」は、政治と無関係な諸権利が外国人に保障されうるかどうかという問題に

---

<sup>8</sup> 大沼保昭『新版 単一民族社会の神話を超えて』東信社、1993年、4頁。

ついで、外国人の実態に照らしてより合理的な操作基準を持ち出すことができる。ところが、国境を跨ぐ人的流動の常態化と頻繁化によってもたらされた被支配者の非均質性は、「権利性質説」の内在的な問題点を顕在化している。つまり、「権利性質説」は、人権と市民権との間の、更に基本権と民主政治との間の癒しがたい分裂に直面しており、その根本的な課題を徹底的に解決できない。「権利性質説」は、「人間」と「市民」との間に生じる深刻なズレを解消することができないところか、そのような問題性を差し置き、更に泥沼化している。それに従って、権利保障と民主主義の回路欠陥と機能不全の問題は拡大しつつある。というのは、「権利性質説」には、二つの決定的な問題が内在しているからである。

まず、「権利性質説」が基礎とする分断的な基本権の理解には、基本権の全般的な体系構造を見落とし、基本権の無力化をもたらす恐れが常に存在している。個別的な基本権を独立的なものとして論じることは、権利体系の諸要素が緊密に関連することを見逃しやすい。

「権利性質説」の論法に従えば、非政治的な諸権利を有する外国人の人権保障が十分であるという結論は、非常に容易く出てくる。だが、政治的権利が欠ければ、権利体系はなおうまく作動することができるか。政治的権利を持たない人間は、基本権の十分な保障を受けると言えるか。政治的権利および民主政治の参加という重要な支えがなくなると、基本権は、ただ他者からの好意的な賜物でしかなくて、堅実な保障もあり得ない。その意味では、政治的権利を持たず、民主政治の参加を許されない外国人は、どの程度まで自分たちの権利を守れるかどうか、やはり疑わしいのである。それに次いで、政治的権利が基本権の権利体系において極めて重要な役割を担うことが正確に認識されれば、「権利性質説」は、最も根本的な問題に不可避的にぶつかる。すなわち、なぜ国籍を持たない人間が、当該政治共同体において政治的権利を享有することが認められないのか、という問題である。参政権の範疇において外国人は最初から排除されるだけでなく、国民概念と国民主権に対する厳格な解釈の下で、在留国の政治議題に影響を与える可能性を有する自由権、つまり政治的自由権も必然的に萎縮してしまう。それは、「権利性質説」に隠れる基本的な立場のもたらした当然な帰結である。しかしながら、「権利性質説」は、なぜそのような基本的前提を設定するのか、また、なぜ国民を国籍保有者、国民主権を国籍保有者主権としか解せないのかという諸問題に答えることができない。これは、「権利性質説」の適用問題に比べてより深い問題である。憲法上の国民概念と国民主権については、他の解釈可能性が消滅せずに残っている。更に、今日の状況に基づき、近代立憲主義の理想と精神に照らして、国民概念と国民主権に対するより適切な理解を追求しなければならない。

それゆえ、政治的権利が基本権の体系に必要な部分であり、更に基本権が有効な保障を受けるために政治的権利が欠かせないことを論証した上で、憲法上の国民概念と国民主権に対する把握も再検討しなければならない。形式的な国籍を構成員資格の唯一の判定基準として理解されるそれらの概念が、政治的権利の享有主体から外国人を排除することを正当



化できるかどうか、という問題は他のアプローチによって解明する必要がある。憲法学において、現代国民国家は憲法共同体としてその構成員資格をどのように理解すべきか、また、整合的な権利保障と活気のある民主政治のために、現実に応じてより柔軟な国民概念をどのように構成すべきか、という憲法問題をもっと深く探究しようとする。

論文の構成について、本論文は、下記のように議論を展開する。第一章では、近代国民国家の憲法秩序の領域限定性を説明する。国家主権を形成し、一方ではこれを制限する憲法は、近代立憲主義の発想に従って国民国家の根本的な政治秩序を構築することから、領域性の本質を帯びざるを得ない。ところが、人権の普遍性と国民主権の閉鎖性との矛盾関係は、そのような憲法秩序に内在している。両者の間に強まりつつある対立は、結局、人権と市民権との理論的に想定される位置づけの逆転をもたらした。したがって、国民国家のシステムにおいて、国籍は人権体系の鍵を握り、国籍という法的身分を持つかどうかによって、権利判定と保障の実効性も左右されている。その基本的な立場は、憲法判例にも明らかにみられる。そこで、日本の最高裁判所とドイツの連邦憲法裁判所の裁判例を検討し、民主政国家の構成員性について、両国とも形式的な国籍を唯一の測定基準としたことを立証する。

第二章では、従来の国法学において、民主政治、国民の同質性と国籍の三者関係がどのように把握されるかという問題を扱う。そこで、シュミット、イーゼンゼー、ベッケンフェルデ、代表的な国法学者の三人の議論を整理し、民主政治、国民の同質性と国籍の緊密な連結関係が従来の国法学の脈絡に一貫したことを明らかにする。シュミットは、民主主義を治者と被治者の同一性として定義し直し、この同一性は、国民の同質性・同種性を前提とした。つまり、国民の同質性は民主政治の核心的な前提である。その思惟は、彼のよく知られる友敵理論を支えた。また、イーゼンゼーは、民主主義と国民概念を実質的に把握しようとし、政治的運命共同体たるドイツ国民が民族の国民的統一として現れて、国家存立の前提条件であると理解している。ベッケンフェルデも、国籍と民主政治との結び付きに固執した。ベッケンフェルデにとって、治者と被治者の一致性という民主主義の理念は否定できないが、ドイツ基本法の国民主権の下に、その理念によって民主的正統性の基礎を判定することはありえない。国民主権の国民とは、ドイツ国民のこと、ドイツ国籍を有することによって平等な国家市民としての地位を有する者の全体を指すのである。

第三章では、オーソドックスな国法学の見解に対して、民主主義の理念から国民概念を理解する批判的な見解を紹介する。近代立憲主義によって要請される民主制は、統治者と被統治者との同一性を核心的な理念とする。こうした理解に従って、国家権力の支配下に置かれるあらゆる者は、国家権力の正統化に全く関連しない単純な臣民にとどまらず、民主政治の参加する権限を持つ能動的な国民でなければならない。その意味で、憲法上の国民概念を構成するのは、国家権力が実質的に支配する対象である。そうすると、憲法上の国民概念は、

国家の領域上に生活する外国人にも当てはまり、外国人の選挙権が憲法上保障されるべきである。ところが、近年「リベラル・ナショナリズム」論は、民主主義理念を実践する政治制度に着目し、ナショナリティに結晶する同質性の重要性を強調している。リベラル・ナショナリストは、国籍によって保証される国民的同質性なしには、国民国家の民主制が順調に作動しえないと力説し、拡張的な国民概念を批判する。

もつとも、同質性概念それ自体は、民主政治の過程に生じたあらゆる衝突を回避できず、更に民主政治の存在意義を抹殺する危険性を内包している。他方で、今日には、アイデンティティの流動的な性格が際立って見られる。グローバル時代において、真新しい他者との出会いは、伝統の源泉から解放して真新しいアイデンティティを形成する可能性を秘めている。したがって、同質的な国民性は、他の勢力から絶えず挑戦を受けざるを得ない。それは、現実には、同質性概念の不可能性を暴露し、当該概念が民主政治に必要な前提ではないことを証明する。それゆえ、第四章では、従来の国法学とリベラル・ナショナリズムによって強調される国民的同質性概念に焦点を当て、当該概念の問題性を突き詰める。

第五章では、「権利性質説」が基礎とした分断的な基本権の理解を問題として取り上げる。権利体系をうまく作動させ、基本権と民主政治との間に存在する重要な回路を維持するために、政治的権利は、欠かせない媒介として作用している。分断的な基本権の理解は、権利体系の循環的な構造を無視した故に、外国人の人権論において、結局、パターンリズム的な基本権、つまり恩賜的な権利様態しかもたせない。そこで、基本権体系構造を解明するために、ハーバーマスの論説を参考にする。ハーバーマスにとっては、「人権」と「国民主権」が同一の根源から成立してきた。その関係性は、まさに基本権の体系に内在する。主観的な自由権なしに民主的討議は成立しえないし、そうした自由権が専ら民主的な討議を通じてのみ解釈され具体化されうることは、相互に緊張関係にある。このような関係性こそが、権利の体系を絶えず再構成することができる。その図式の中で、政治的権利は、これらの権利の「同根源性」を保障するのである。「人間」の権利としての「人権」は、「市民」の権利を保障する民主主義によってのみ実現されうる。

ところが、ハーバーマスの権利体系論を外国人の人権保障に適用すると、理論的な死角が浮かび上がってくる。これは、政治共同体の構成員資格について、ハーバーマスが形式的な国籍に固執したことに由来する。こうした理論上の問題点を解決するために、権利体系論に重要な修正を加えることが必要である。すなわち、構成員資格を判断する際に、形式的な国籍の認定を放棄し、その代わりに実質的な生活実態を基準とすることである。更に、ハーバーマスの憲法パトリオティズムの主張から見れば、実質的な生活実態によって構成員資格を判定することは、むしろ彼自身の政治秩序観に親和性を有する。他方で、構成員資格を認められない外国人に対して政治共同体はどのように対応すべきか、または、憲法秩序はそれ

らの他者をどう位置づけるべきか、という問題も返答しなくてはならない。憲法上の国民概念は、実体ではなくてプロセスである。主権者たる国民の定義が政治的領域の成果であり、その成果は政治過程によって変更可能である。そこで他者としての外国人は、重要な触媒の役割を担っている。討議民主政の観点から考えると、外国人の異質性を投入することによって、憲法規範に対する解釈は多元化される。それと同時に、政治共同体の公共的討議も豊富化される。それゆえ、外国人の民主的発言権は、諸境界が揺らいでいる今日に、憲法共同体の深化を促進することができる。第六章では、こうした論理に従って、憲法共同体の境界問題を再検討する。

近代立憲主義に基づいて、憲法共同体は民主的でなければならない。ところが、民主的共同体の境界線を引くこと自体は、非民主的な決定である。言い換えれば、デモスへの包摂または排除の権利を決定される人々自身が、それらの規則を決定する人々ではないという民主的逆説である。しかし、憲法共同体の境界画定について、少しでも民主主義の理想に接近し、政治的領域において開放的空間を作り出し、構成員資格の定義づけに対して異議申し立ての余地を維持すべきである。外国人の処遇は、民主主義体制の道徳的良心と政治的再帰性の重要なテストケースである。そして、普遍的な人権と個別的な国民主権を架橋する端緒は、外国人の政治的諸権利という鍵概念である。したがって、本論文は、外国人の政治的諸権利を中心にして、構成員資格について憲法秩序の可能性を追究する一試論である。

## 第一章 国民国家と憲法秩序の結合

### 第一節 近代立憲主義の前提条件としての国民国家体系

近代国民国家の原型は領域国家であり、国民国家は明確な領域性に依存する。したがって、近代の国民国家体系は、強固な領域概念、すなわち、「土地と権力との結合」という形で展開される領域高権としての主権概念によって構築される。しかしながら、このような領域国家の形成は、特定の時間と空間の下に行われるものであって、近代化がもたらす産物にほかならない。近代において初めて、領域国家なる概念が出現し、国家は完結したひとつの集合体として成立した。土地と権力を結合させて国家のプロトタイプを築き上げたのは、中央集権化と近代化を目指した西欧の絶対王政であった。絶対王政の登場とその発展に伴い、中世ヨーロッパでは、それまでの土地と権力の重層の関係が一変し、単純化された。即ち、同一化された支配構造と図式が作り出され、そこから領域国家としての国民国家の基盤となる統一的、かつ合法的な秩序の空間が提供された。

同じ土地の上に封建領主、国王、皇帝、教皇、司教など複数の多元的な権威体が存在し、互いに己の支配を主張し合う、という中世ヨーロッパの多重かつ流動的な支配構造は、各々の領地の境界線が明確に設定されておらず、権威主張者の力関係によって左右されるような曖昧なものであった。そして、様々な被支配者たるものも、それぞれ別々の支配者に服し規律されていたのである。ところが、17世紀のウェストファリア条約の成立によって構築されたウェストファリア体系は、宗教戦争を終結させるために、各地の君主・封建領主に領地内の宗教を決定する権限を承認した。ポール・ハーストが分析したように、「宗教と領土とが一对一で対応するような排他的同一化」を成し遂げたことは、30年戦争の決定的な成果の一つである<sup>9</sup>。宗教を領域化することにより、排他的領土権も確立される。結果として、領土自体の保全と領地内の君主の統治権は、他の権威体によって尊重されなければならない。つまり、現代国家主権論のいわゆる「内政不干涉」の概念が登場した<sup>10</sup>。他方で、中世末期、生産性や生産技術の向上によって商品流通が活発化するにつれて、商業資本が発達し、このため封建体制の経済が破壊された。土地の組織化のため、領地内で交通と輸送を改善し、生産を市場に密接に連動させる整備の必要に迫られた商業資本は、領主である君主の権威に結びついていった。そして、領地は市場を中心として強くまとまり、君主の政治的

<sup>9</sup> ポール・ハースト『戦争と権力—国家、軍事紛争と国際システム』佐々木寛訳、岩波書店、2009年、67頁。

<sup>10</sup> 国際連合憲章第2条第7項には、内政不干涉の原則が規定されている。「この憲章のいかなる規定も、本質上いずれかの国の国内管轄権内にある事項に干渉する権限を国際連合に与えるものではなく、また、その事項をこの憲章に基づく解決に付託することを加盟国に要求するものでもない。但し、この原則は、第七章に基づく強制措置の適用を妨げるものではない。」参照、

〈[http://www.unic.or.jp/info/un/charter/text\\_japanese/](http://www.unic.or.jp/info/un/charter/text_japanese/)〉

権力と具体的な領土との結合関係もますます定着した<sup>11</sup>。絶対王政は、そのような領域化された国家を基に、対外的には帝国と教会に対する独立、対内的には領域内の他のいかなる領主、貴族や司祭に対する独占的な統治高権をも勝ち取り、近代の主権国家へ発展してきた<sup>12</sup>。

政治的権力と具体的な領土との安定した結合関係に基づいて展開した領域高権は、国家がその領域における物理的な管轄権を持つことであり、国家領域内に存在するすべての人と物とに対する唯一の排他的な支配構造を意味する。政治的権力の作用範囲は、したがって、具体的な国家領域によって画定されなければならない、近代のすべての国家組織は、地理上の明確な境界線を持つ権力空間を必要とし、さらにそのような空間性の制限を積極的に認識して把握している<sup>13</sup>。領土の近代国家に関わる重要性を理解したイエリネックは、領土の特性を、主体としての国家の単純な要素だけでなく、国家領域内の人々全体に対する支配の行使の地域的な基礎であるとし、国民・主権と並んで領土を国家の必要な構成要素とした<sup>14</sup>。近代国家は、その支配領域内の人民を政治的に統一して社会内に一定の秩序を保つために、一方では行政、司法、課税の組織を備えることによって、課税による経済力の保持、徴兵による軍事力の保有など国力の要素を蓄え、他方では越境する資本・情報・労働力に対して管理を行うなど、治安の維持及び対外経済関係の管理を行う。それゆえ、境界線を画定することは、近代国家体系の下に、真新しい意味を付与される。すなわち、国境線の設定により、国家が領域内の最高権威として一切の暴力手段を独占しうるのみならず、近代における意味で、国家主権が具現化されている。そのような領域性の認識に基づき、アンソニー・ギデンズは、「国民国家は、他の国民国家と形作る複合体のなかに存在し、確定された境界（国境）をとともう領土にたいして独占的管理権を保有する一連の統治制度形態であり、この国民国家による支配は、法と、さらに国内のおよび対外的暴力手段に対する直接の統制によって正統化されていく」と説明した<sup>15</sup>。近代国家の場合、国家こそが最上位の権力主体として領域内部の統治権を最終的にもつとされる。このような主権を持つ国家こそ近代国家の最も基本的な規定であり、だからこそ領域性が近代国家にとって不可欠の契機と見なされるわけである。

近代国家体系は、国境線という外的境界のみならず、被支配者の間にまで内的境界を作り

<sup>11</sup> 押村高『国家のパラドクス—ナショナルなもの再考』法政大学出版局、2013年、30 - 31頁。

<sup>12</sup> ゲオルグ・イエリネック『一般国家学』芦部信喜ほか訳、学陽書房、1974年、358—367頁以下。

<sup>13</sup> 国家と領土との関係、または領土権という権利の本質について、学説上の対立もあった。参照、石村修「憲法における領土」新潟大学法政理論第39巻第4号、2007年、171—177頁。石川健治「憲法のなかの『外国』」『日本法の中の外国法—基本法の比較法的考察—』早稲田大学比較法研究所、2014年、8—15頁。

<sup>14</sup> ゲオルグ・イエリネック『一般国家学』芦部信喜ほか訳、学陽書房、1974年、323頁以下。

<sup>15</sup> アンソニー・ギデンズ『国民国家と暴力』松尾精文・小幡正敏訳、而立書房、1999年、144頁。領域性と暴力独占に着目して非常にマックス・ウェーバー的な仕方でも国民国家体系を定義したギデンズの考えは、「史的唯物論の現代的批判第1巻『権力・所有・国家』」にも見られた。参照、Anthony Giddens, *A Contemporary Critique of Historical Materialism*, Vol.1: Power, Property and the State, Macmillan, 1981, p.190.

出した。国境線を画定することにより、国家主権を握る者にとって国家領域内の秩序を維持することが容易になる。この結果、国家内部の統治が安定した。主権者が国家領域内の一切の管轄権限を集中化することも、法の性格に大きな変化をもたらした。主権者は、領土的な立法を主要な手段として自らの統治を行うようになった。各地で多様な慣習に基づいて形成して、統一化されていなかった法律は、実効性が強く、かつ施行範囲を全国に及ぼすことのできる中央集権の「立法」に置き換わった。それに応じて、国境線は立法の強制的な適用を受けるべき人間とそうでない人間を分けるラインとしても機能するようになった<sup>16</sup>。それゆえ、平等な地位を有する「国民」と、当該国家共同体に所属してはいない「非国民」とを法的な権利・義務関係によって区分する内的境界も、近代国家の領域性に由来する。内的境界は、国家領域内の諸人間とそれらの法的関係の区別を正当化して、外的境界とともに、近代国家の排除と包摂の任務を担当し、同時に国家主権の完全性を維持する力をも保有する。まさにジョン・トーピーが言ったように、「国民国家は、領域的であると同時に人間集団の組織でもあるので、物理的な国境だけでなく、国境の内側にいる人間の間にも、国民と非国民の境界を設けて、これを維持しなければならない」のである<sup>17</sup>。言い換えれば、外的境界と内的境界で囲まれた領域性という想定は、近代国家体系の下に、近代の政治の文法を根底で支える要石の一つであった。このように、近代国家体系は、独占的な領域性を確立・維持すべく、境界を以って内部と外部とを区別する。即ち、内部と外部とを区別する排除と包摂の主権作用を有するといえる。それこそが、近代国家の保有する最高権威を具現化したものである。国家制度は排除と包摂の規則や常に法と実践のなかで具体化される可視的あるいは不可視的な境界の規則の形成に依拠している。エティエンヌ・バリバルは、「主権が制定するのは、個人からなる等質な塊と、一定の権力装置の広がりの方たる領土との、相互帰属なのである」として、単一的に統合された国家領域と、等質的な集合体を形作られた国民との連関性を明快に指摘した<sup>18</sup>。

近代国家においては、領域内人民に対する支配の包括性と貫徹性をもって排除と包摂を同時に行う国家作用が生起する。このため、政治的アリーナが明確に構築された。国家の存在は空間的領域と切り離せない。同様に、政治的秩序も場所確定と不可分である。近代国家が必死に維持する境界線とは、すぐれて「通常の」法秩序の管理または保証が中断される場所なのである。それゆえ、国家主権は常に境界上で成立し、何よりもまず境界設定において行使されるものである。領域化される国家主権は、領域化される政治の場を規定した。空間的領域の政治性についてハンナ・アレントも、『領土』とは、…政治的かつ法的概念であり、単なる地理上の用語ではない。領土とは一片の土地というよりも、少なくともそれが第

<sup>16</sup> 押村高『国家のパラドクス—ナショナルなものの再考』法政大学出版局、2013年、34—35頁。

<sup>17</sup> ジョン・トーピー『パスポートの発明—監視・シティズンシップ・国家』藤川隆男監訳、法政大学出版局、2009年、2頁。

<sup>18</sup> エティエンヌ・バリバル「主権論序説—国境、国家、人民」（上）福井和美訳、『環』（vol.5）、藤原書店、2001年、182頁。

一の意味というよりも、集団に属する個々人の間にある空間とみられよう。その集団の成員は、共通の言語、宗教、共通の歴史、習慣、法に基づくさまざまな関係によって結び付けられ、同時に隔てられ、守られている。このような諸関係は、集団の多様な成員が相互に関係し、相渉る空間をそれら自身が構成する時には、空間的にも明確な形を取る」と述べた<sup>19</sup>。領域性の政治的意味を最大限に発展させてきた近代国家は、確かにカール・シュミットのいうように、「それに先行する秩序概念にとって代るという意味での新秩序ではなく、前例のない大きな全地球的空間革命が世界政治や国際的に影響を及ぼしはじめた歴史的瞬間における新たな空間秩序観念の規定者」であった<sup>20</sup>。

18世紀に至り市民革命が勃発した。以来、近代立憲主義の思想に基づいて再構成された国民国家が、上述するような領域性という基本的設定を継承し、これを発展させてきたことはいままでもない。さらに、国民国家は、共和制、国民主権、そしてナショナリズムなどの諸要素を有効に融合させて近代立憲主義を採用した。係る憲法共同体としての国民国家組織は、政治的領域において、国民のすべての生活領域における強固な連帯関係を創り出し、自己完結的で強力な共同体への道を突き進んでいった。その結果、外的境界と内的境界はより一層強化されていった<sup>21</sup>。それゆえ、領域性によって定義づけられる国家主権を形成し、一方ではこれを制限する憲法は、近代立憲主義の発想に従って国民国家組織に根本的な政治秩序を構築することから、このような領域性の本質を帯びざるを得ない。すなわち、外的境界と内的境界、自己と他者、排除と包摂の文法は、憲法秩序に書き込まれて、前提要件として作動している。そのうえで、近代立憲主義の要請の一つ、国家の暴力の民主化を目指して国民主権に結びつけられる民主政治の実践も、領域性に基づいて展開される憲法秩序の枠組みの中で行われている。こうして、民主政治は、国民国家という台木に接ぎ木されていた<sup>22</sup>。領域性という基本設定がもたらす近代政治の理解、すなわち、外的境界としての「地理的意味での国境線」および内的境界としての「国民性を証明する国籍」をもって、最初から限定された民主政治は、各々の国民国家、つまり個別的な憲法共同体の中で実行されている。外的境界と内的境界との相互作用のゆえに、近代国民国家体系において憲法秩序と民主政治の不可避的な限定性が決まった。外的境界である国境線は、憲法秩序および民主政治の有効範囲を特定すると同時に、内的境界である国籍は、国民身分、憲法上権利の享有者および民主政治の参加者資格を確認するに際して、唯一ともいえるほど絶対化された基準として使われている。

<sup>19</sup> ハンナ・アレント『イェルサレムのアイヒマン』大久保和郎訳、みすず書房、1969年、203頁。

<sup>20</sup> カール・シュミット『リヴァイアサン』長尾龍一訳、福村出版、1972年、137頁。ところが、国民国家観について、アレントとシュミットの違いがあるのは言うまでもない。

<sup>21</sup> 共和制、国民主権およびナショナリズムの相互的な融合の過程と成果について、参照アントニオ・ネグリ、マイケル・ハート『〈帝国〉—グローバル化の世界秩序とマルチチュードの可能性』水嶋一憲ほか訳、以文社、2003年、130-145頁。

<sup>22</sup> 千葉眞『デモクラシー』岩波書店、2000年、29頁。

## 第二節 人権と市民権の区分とパラドックス

市民革命を経て近代国民国家の模範となったフランスが、世界に最も影響を与えた成果を挙げるとすれば、それは1789年に憲法制定国民議会で採択されたフランス人権宣言であることは疑うべくもないことだ。18世紀のフランス革命は、新たな世界の始まりを象徴するものである。フランス革命における旧体制と革命との社会的連続性が、トクヴィルによって明らかにされた。だが、それは本質的には政治的断絶であった。革命史学者フランソワ・フュレが示したように、フランス革命は政治的近代が誕生した瞬間であった。そして、リン・ハントは、政治的断絶と再構成に焦点を当てつつ、フランス革命がもたらした新しい政治的レトリックの創造と政治的实践における新しい象徴形式の発展は、政治に関する同時代の考え方を大きく変えた、と強調し、かつフランス革命の主要な成果こそが「根本的に新しい政治文化の創造」である、と力説した<sup>23</sup>。

もしもこのような用語をもってフランス革命の意義を理解することが正しいのであれば、政治的近代への転換を完成する重要な要素の一つこそ、啓蒙主義の遺産として1789年フランス人権宣言の中に再現した「普遍性」という概念であろう。1789年フランス人権宣言第2条には、「自由」・「所有」・「安全」および「圧政に対する抵抗」が自然的な諸権利として掲げられた。権利内容を具体化したその後の諸条文は、精神的自由、身体的自由、財産権および抵抗権などの不可侵の諸権利の保障を定めている。確かに、権利内容のリストとして、1789年フランス人権宣言は斬新とは言えない。精神的自由、身体的自由、財産権、更に抵抗権という様々な権利の態様および主張は、フランス革命勃発の前に、すでにイギリスの諸宣言、アメリカの独立宣言、アメリカ諸州の権利宣言の中に登場していた。そういう意味では、1789年フランス人権宣言は真新しい権利体系を表明するものとは言い難い。しかしながら、この宣言に先行するイギリスの諸宣言、アメリカの独立宣言およびアメリカ諸州の権利宣言とは違って、1789年フランス人権宣言は、「普遍性」という概念を権利言説の核心として、「人間」一般の「普遍的」な権利を世界に向かって宣言した最初の体系的な人権宣言である<sup>24</sup>。つまり、権利主体の無限定性と権利主張の脱領域性との結合した「普遍性」という概念は、1789年フランス人権宣言の権利体系の観念基礎となった。このような「普遍性」こそ、1789年フランス人権宣言をして政治的近代を展開する契機となったものであり、そこにおいて権利言説のもたらす破壊力が最大限に発揮され、従来の政治思想および権利概念との断絶が明らかに表出された。

イギリスの諸宣言が封建的特権身分の権利を国王が保障するものであり、かつ国民的伝統に基づく権利の再確認を要求するものであるのに対して、1789年フランス人権宣言は、

<sup>23</sup> リン・ハント『フランス革命の政治文化』松浦義弘訳、平凡社、1989年、37頁。

<sup>24</sup> 辻村みよ子『人権の普遍性と歴史性—フランス人権宣言と現代憲法—』創文社、1992年、96頁。



人間一般の普遍的な自然権利を保障しようとするものであり、特定の国民的伝統を超える普遍的に妥当な権利言説を提出するものである。他方で、プラグマティックな性格をもち、権利主体を特定化するアメリカ独立宣言、アメリカ諸州の権利宣言に比べると、1789年フランス人権宣言は、体系的かつ抽象的な権利原則をもって人類全体に対して訴えようとするものである<sup>25</sup>。1789年フランス人権宣言は、近代における理性的な政治構造の思想基盤を提供する。かかる人権宣言の意味するところは、人間世界の正義の基準が、「神の戒律や自然法や伝統によって聖化された過去の慣習や道徳」ではなく「人間それ自体」になったということであるという<sup>26</sup>。

したがって、このような宣言が主張する人権とは、人間がただ人間であることにのみ基づいて当然持っている権利であり、人間が生まれながらに持っている生来の権利である。だからこそ奪うことができず、他人に譲り渡すこともできず、時効によって消滅せしめることもできないものである<sup>27</sup>。人権の妥当性は、他のいかなる法および権利にもその根拠を求め得ず、むしろそういう人権自体は、他のすべての法および権利の土台となるべきものである<sup>28</sup>。人権を根拠づけることも、聖化することも必要がないし、さらにありえない。人権の無根拠性は、そのような真新しい権利体系の重要な宣告であり、根本的な核心でもある。無根拠性によって成立される人権の唯一の泉源は、人間だという自然の事実である。人間それ自体が人権の目的である。つまり、形容詞がつかない「人間」は、その存在という客観的自然の事実によって、人権を意味づけて人権を当然に享有する。その上、人権を主張することができる権利主体は、最初から限定されず、そのような無限定性が人権の権利主体を特徴づけるものである。それゆえ、同宣言第1条は、「人は、自由、かつ、権利において平等なものとして生まれ、生存する」という命題を堂々と掲げ、旧秩序から解放された人間一般としての個人が権利主体であることを、明確にしている。

他方で、フランス革命信念の結晶としての人権宣言は、人権を基礎とする政治秩序を打ち立てようとするものである。このような人権を中心に構築される政治的秩序について言えば、その構想は、理性を持つ合理的な諸人間が形成する合理的な政治秩序を目指すものであって、そこには啓蒙思想の影響が顕在する。「合理主義」の特性を持つ人権の権利体系は、啓蒙運動とその思想と同様に、最初からコスモポリティックな理想を追い求める。このように合理性を持った政治的秩序は、如何なる地域、領域であろうと適用することができるものであり、そして適用すべきものである。北アメリカという新世界の独立革命と違って、フランス人権宣言は、旧世界からの完全な解放を目標として普遍的な権利体系という姿で作動するものである。そのために、人権の権利体系は、最初から特定の地域を超えて、脱領域性

<sup>25</sup> 辻村みよ子『人権の普遍性と歴史性—フランス人権宣言と現代憲法—』創文社、1992年、103頁。

<sup>26</sup> ハンナ・アレント『全体主義の起原2』大島通義、大島かおり共訳、みすず書房、1981年、270頁。

<sup>27</sup> 宮沢俊義『憲法Ⅱ 基本的人権〔新版〕』有斐閣、1976年、77頁。

<sup>28</sup> ハンナ・アレント『全体主義の起原2』大島通義、大島かおり共訳、みすず書房、1981年、272頁。

を帯びなければならない。革命の信念を体現した人権宣言の権利体系は、旧世界の再建のために革命活動とともに広がるべきものである。こうして、1789年フランス人権宣言に含まれる、権利主体の無限定性と権利体系の脱領域性とを組み合わせる「普遍性」という概念は、政治的近代の基本元素として作用している。

もっとも、フランス革命とフランス人権宣言も同時に、政治的近代を具現するもう一つの基礎概念、すなわち、「閉鎖性」を有する国民主権という概念をもたらした。1789年人権宣言第3条が「あらゆる主権の淵源は、本質的に国民にある。いかなる団体も、いかなる個人も、国民から明示的に発しない権威を行使することができない」と述べたように、これまですべての権力が国王から「発していた」のに対して、これからは「国民」のみが一切の権力源泉なのである。ところが、伝統的にあらゆる権力の源泉であった国王から「国民」への権力の移行、即ち諸個人の総体の優位性を確立し、その権力に対して正当性を転換し、移行させたことは、果たしてどのように理解すべきであろうか。

主権論の発展歴史から見ると、フランスの宗教戦争が激しさを増してくる最中に著された『国家論』において、ボダンが主権の本質的図式をなるべく詳細に描こうとした。ボダンは、主権を「国家の絶対的かつ永続的な権能」と定義づけ、近代的な主権論を提出した。ボダンの論じる主権は、その中である種の内的理性が実現される政治秩序と不可分である。彼によれば主権とは、国家の「正しい統治」の理論、つまり「よく秩序つけられた国家」の諸部分を統治する正義の理論の到達点として現れる<sup>29</sup>。そのような主権の構成図に欠かせない二つの頂点は、至高権力を持つ君主と、主権者に仕える廉直なる臣民である。ボダンがここに指し示した臣民とは、従属する身分ではあるが外国人の身分とも従僕や奴隷の身分とも異なる、「自由身分」（自由市民、ブルジョア）である<sup>30</sup>。すなわち、近代的な主権理論は最初から主体と射程を限定し、国家の枠組みの中で主権によって結び付けられた両者は明確な資格と範囲を与えられている。さらに、ウェストファリア体系が確立されるとともに、ボダンによる主権と主体の認定も強まる。ところが、革命による国王の不在という事実によって、伝統的な主権の構成図も変更せざるを得なかった。1789年フランス人権宣言第3条は、ルソーによる主権の定義と一般意志の想定という遺産を疑問の余地なく受け継いだ。つまり、近代国家の人格性を「国民という集合体そのものの擬人化」と理解した。フランス革命が君主である一人の人間から民衆という集合体への最高権力の移転を意味する上で、従来からの統治者と臣民との区分が「国民」という統合的な観念によって再構成される。まさにアントニオ・ネグリが指摘するどおり、「絶対主義的かつ世襲制的なモデルの変容は、領土的な世襲財産の神学的基礎づけを、同じく超越的な新しい基礎づけに取って代らせるよう

<sup>29</sup> 佐々木毅『主権・抵抗権・寛容—ジャン・ボダンの国家哲学—』岩波書店、1973年、89—91頁。

<sup>30</sup> エティエンヌ・バリバル『ヨーロッパ市民とは誰か—境界・国家・民衆』松葉祥一、亀井大輔共訳、平凡社、2007年、322—323頁。

な、漸進的なプロセスを通じてなされた。いまや、王の神聖な身体よりもむしろ国民という精神的な同一性が、領土と人口を構成する住民を理念的な抽象概念として措定した」のであり、「国民という近代的概念が、君主制国家の世襲制的身体を引き継いだのであり、またそれを新たな形で再発明した」のである<sup>31</sup>。

市民は、至高の権威の分有者として、また国家の諸法に従属する臣民として、両者の顔を同時に持ち現れることができる。それは、国民という概念が存在するからこそ可能になる。すなわち、単一の構成において、臣従の臣民と自由な市民との二語の統一を可能とする条件は、国民性を具現する国籍に基づく共和政である。組織化されていない民衆と、統一を要求される国家との二元性は、国民という理想的統一の形で壁を乗り越え、統治者と被統治者が見事に融合した。近代的な国民国家という政治共同体において、市民と臣民との二重身分を持つ国民は、政治的人間の認定基準とされる。その一方で、世界の政治秩序の代わりを務める、合理的な人間の自己統治という革命的な理想を核心とする新たな政治秩序は、国民的同一性と統合力によって安定化させられた。国民とは、「歴史的・文化的な統一体」としての自己意識によって構成されるものであり、国民は過去の歴史の共有によってのみならず、未来の運命の共有によっても特徴づけられている。したがって、歴史的・文化的な統一体としての国民は、至高の主権を担う主体として、自然的連関と人為的構成とを結合して形成される政治の文脈において、必然に限定されなければならないはず、さらに区別および排除によって定義づけられなければならないものである<sup>32</sup>。すなわち、国民とは、「他のグループから区別されるグループの特殊性を実現したいという要求を実現するための母胎となるものであり、内にあるのは共通性を志向し、外に対しては区別を志向する」ものである<sup>33</sup>。こういう国民の原理が領域的主権国家と結びつく「国民国家」は、この国民概念自体の限定性によって、可能となるのである。言い換えれば、閉鎖性を持つ国民主権という概念が、絶対王政時代から発展して確立されてきた領域国家の枠組みを受け入れ、そして新たな姿で領域国家を再構成し強化した。

こうして、自己統治の理想および共和制の信念に基づき、君主から奪った国家主権は、国民国家という自己完結的な政治共同体において、市民と臣民との二重身分を有する国民によって行使され、また主権運用の正統性と有効性も、国民という概念によって保障されてい

---

<sup>31</sup> アントニオ・ネグリ、マイケル・ハート『〈帝国〉—グローバル化の世界秩序とマルチチュードの可能性』水嶋一憲ほか訳、以文社、2003年、132頁。

<sup>32</sup> 西川長夫は、フランス革命における王妃の処刑を、国民統合形態の転向を象徴する事件と見なして、王妃の処刑が女性と外国人の排除を意味している故に、この出来事が宣言したのは、「協和、すなわち基盤の拡大による国民統合から、排除、すなわち基盤の縮小強化による国民統合への転換ということ」と主張した。参照、西川長夫『国民国家論の射程—あるいは〈国民〉という怪物について』柏書房、1998年、189頁。

<sup>33</sup> 栗城壽夫「国家・国民・憲法」憲法理論研究会編『立憲主義とデモクラシー』敬文堂、2001年、11頁。

る。その上に、抽象的な主権を具体化して国民自体にその権利性を意識させるのは、市民権の諸制度である。主権者として市民権を有する国民が、歴史的・文化的な統一体であるがゆえに、選別されなければならない。そのとき、国籍付与にあたる様々な要件が国民性を確認する基準となり、結局は国籍が国民性を保証するものとされる。つまり、国籍とは、そうした国家や国民といったものの歴史的な存在形態に規定されており、いふならば国籍概念は当該国家と国民の成立史を負っているのである<sup>34</sup>。したがって、国民主権という政治的命題のもとに、国籍＝国民＝市民権＝主権という等式が確立されなければならない。さらに、その等式には、政治的共同体を有効に維持して政治的人間の姿を析出するために、核心的概念としての閉鎖性が一貫して存在している。

政治的近代を創出したフランス革命と1789年人権宣言に内包する、一見すると互いに矛盾しているかのような二つの要素、すなわち「普遍性」および「閉鎖性」、そして、その二つの要素を具現する異なった権利概念「人権」および「市民権」とは、一体どういう関係であるのか。両者の適用射程および存在意義から見れば、人権、つまり人間一般の権利は、最も一般的なレベルで、特定の国民主権の枠組みの中で創設される市民権のための前提条件と基礎をなすと考えられる。したがって、人権は、少なくとも理論的には、政治的なものによる法の支配に対し、普遍的に認められた制限と限界をしるしづける。ところが、ハンナ・アレントは、人権と市民権との間に隠れられない、強まりつつある対立に目を向けて、人権と市民権との理論的に想定される位置づけの逆転を警告しようとした。両者の矛盾は、近代国民国家の論理に内在している<sup>35</sup>。従って、アレントは、「国民が一方では、人権にのみその源泉と権威を求めべき法の支配の下に立つと言われながら、同時に他方では国民の絶対的主権が宣言され、その主権は普遍的な法ではなく国民的な法にのみ服し、主権者たる人民の意志の、つまり自分自身の上に立つものを認めないとされた。この矛盾の実際的、政治的結果は、これ以後は人権が単に特殊的、国民的権利として認められ保証されるようになったこと、そしてすべての住民に人間としての権利、市民としての権利、国民としての権利を保証することを自らの最高機能とする国家自身が合理的法治国家としての性格を失い、ロマン主義的国家理論によって『国民の魂』の具現としてぼやかされ神格化され得るようになったことである」と述べて、普遍的人権の無力化と国民主権の絶対化を明快に指摘した<sup>36</sup>。

<sup>34</sup> 河上倫逸『ヨーロッパ法と普遍法—諸世界システムの共存』未来社、2009年、151頁。

<sup>35</sup> その矛盾性について、エティエンヌ・バリバルは以下のように説明した。「我々の関心を引くのは、これらの歴史的諸条件が、国家の国民的形式がついには自らを閉じ込め、われわれを閉じ込めることになる、一種の死の円環に集約されることである。国民国家は、近代における人間の権利を創設し制度化するための唯一ポジティブな地平であったが、同時に、かつては国民国家が支えていた普遍性の漸進的な破壊に国民国家自身がつとめ、その地平は『不可能』になってしまったという円環である」。エティエンヌ・バリバル「暴力とグローバリゼーション【市民性の政治のために】」松葉祥一、亀井大輔訳、三浦信孝編『来るべき〈民主主義〉—反グローバリズムの政治哲学』藤原書店、2003年、48頁。

<sup>36</sup> ハンナ・アレント『全体主義の起原2』大島通義、大島かおり共訳、みすず書房、1981年、176頁。

人権と市民権との逆転について、アレントは、「国民国家の没落と人権の終焉」と題した研究論文において、無国籍者を対象として観察することを通じて普遍的人権の不可能性を証明しようとした。無国籍者の運命が証明したことは、個々人に属すると考えられていた人権が実際には市民しか要求できないことである、とアレントは考えた<sup>37</sup>。市民のカテゴリーから外れた人々、アレントの用語によれば、「国家なき」、「故郷なき」、「権利なき」人々にとっては、他人に譲渡することのできないと考えられた人権の憲法上の保障は無意味だということが明らかになった。結局、無国籍者の悲惨状況を見て分かるように、国民＝領土＝国家の三位一体から放り出され、国家的に保障されている諸権利を喪失した人々に対して、「人権」という単なる言葉は、偽善的あるいは精神薄弱的な理想主義の権化となったものに過ぎない、とアレントは告発した<sup>38</sup>。国民国家の体系においては、いわゆる聖なる不可侵な人権からは、それが一国家の市民の権利という形をとることがもはやできなくなった時点から、あらゆる後ろ盾が奪われている。ところで、普遍的人権の理念が現実世界において失敗に終わり、有効性を十分に確保された閉鎖的な市民権が法的権利体系の唯一の基礎となり、両者の理想的な位置づけが逆転した。一体、係る事態は何故起こったのか。これに対してアレントは、普遍的な人権の混乱についての考察を通じて人権の概念を突き詰めて探究し、ここから「諸権利をもつ権利」を問題の核心に据えて、次のように答えた。

アレントによれば、1789年人権宣言は、世俗化の進行によって神の前での平等の保証を人間の政治体によって肩代わりすることを宣言するという役割をも負っていたものである<sup>39</sup>。普遍的人権と国民国家の体系との均衡点について、アレントは、「もし人権が、つねに前提とされている通りにすべての文明国の憲法の礎石を実際になしているならば、市民の各種の法律は、本来国籍やナショナルな相違とは無関係だと謳われている譲渡することのできぬ人権を具現し具体化していなければならない。すべての人間は何らかの政治体の市民である以上、人権はそれぞれ異なった形式においてであってもあらゆる人間にとって実現されていると期待していい筈である」と述べていた<sup>40</sup>。ところで、注目に値するのは、アレントが普遍的人権の前に「すべての人間は何らかの政治体の市民である」を条件づけ、つまり、人間一般の普遍的人権の根本的な前提要件を指し示したことである。アレントにとって、普遍的人権とは政治共同体とのつながりによってはじめて可能になるものであり、普遍的人権の保護のためには何らかの共通の政治的装置が欠かせない。したがって、無国籍者が喪失した権利は、人権宣言に伝統的に掲げられた諸権利よりもはるかに基本的であった。無国

---

<sup>37</sup> ハーバーマスは、「ハンナ・アレントは、今世紀を特徴づけるのは国家に帰属しない人々、難民、権利を剥奪された人々であると分析したが、この分析の正確さには驚きを禁じ得ない」と述べている。参照、ユルゲン・ハーバーマス「シティズンシップと国民的アイデンティティ」『思想』867号、1996年、197頁。

<sup>38</sup> ハンナ・アレント『全体主義の起原2』大島通義、大島かおり共訳、みすず書房、1981年、239-240頁。

<sup>39</sup> 川崎修『アレント—公共性の復権』講談社、2005年、125頁。

<sup>40</sup> ハンナ・アレント『全体主義の起原2』大島通義、大島かおり共訳、みすず書房、1981年、271頁。

籍者が自由を欠いていたというより、むしろ政治共同体の外に影の薄い存在として彼らの行為や意見は誰にも関心を持たれなかった。それゆえ、アレントの論述において、普遍的人権より根本的なものとは、諸権利を持つ権利であり、それは政治的共同体に属する権利を意味している。

普遍的人権の不自然な性格、つまり、自然そのものから由来すると考えられてきた人権が、人間の作った共同体の構成員であることに依存していることは、明らかになった。その点について、アレントがバークのフランス革命批判に言及し、抽象的すぎる人権の無意味さをバークと同じように糾弾した<sup>41</sup>。抽象的な人間像および人間性を基礎とする自然権は、当然のことながら「抽象的権利」であり、すなわち、具体的、制度的支えをもたない空虚な権利に過ぎない。行為の意義と承認の場所を構築する共同体が存在しなければ、人権は弱化されたイデオロギーとしてしか発揮しない。だからこそ、厳密に言えば、アレントの思想において「人権」とは、人間の生得的かつ不可譲の「権利」を意味する先験的な観念ではなかった。千葉眞の分析したとおり、アレントにとって「人権」とは、自然権思想というよりも、むしろ人々の歴史的経験に深く根ざしたものであり、人々の複数性と共通世界を基盤とする彼らの具体的な生の尊厳を前提とするものである<sup>42</sup>。人権は自然の贈り物ではなくて、文明によって自然に付与された「人間の作為」の一部だと思われる。したがって、市民権を奪われ、法の埒外に置かれた人々は、実際には「自然状態」に投げ返されわけだが、それは野蛮状態にすぎないことが判明した<sup>43</sup>。政治的共同体に帰属する権利を失った人々は、政治的には確信を持つ能力と活動する能力を奪われ、政治的な意味での生ける屍であり、この世界における足場、つまり、通常人権として数えられるすべての権利が拠り所とする基盤を一切失ったのである<sup>44</sup>。人間である以外の何ものでもないという人間の裸出した抽象性ほど、人々に最大の危険をもたらすものはない。まさに哲学者アガンベンが述べたように、「人権がもはや市民の権利ではなくなっている時、人間は、古代ローマ法における意味で、真に聖なる *sacro* ものである。つまり、死へと捧げられている」<sup>45</sup>。あらゆる政治的共同体によって排除される、人間という単純な自然の事実しかない人間は、決して普遍的人権の起点ではなくて、むしろ犠牲とされる道具であり、剥き出しの命の持ち主であり、普遍的人権の終点と悲劇である。

普遍的人権が政治的共同体とのつながりに依存していることは、アレントの「ペルソナ」

<sup>41</sup> ハンナ・アレント『全体主義の起原2』大島通義、大島かおり共訳、みすず書房、1981年、285-286頁。

<sup>42</sup> 千葉眞『アレントと現代—自由の政治とその展望』岩波書店、1996年、195頁。

<sup>43</sup> マーガレット・カノヴァン『アレント政治思想の再解釈』寺島俊穂、伊藤洋典共訳、未来社、2004年、48頁。

<sup>44</sup> ハンナ・アレント『全体主義の起原2』大島通義、大島かおり共訳、みすず書房、1981年、280頁。

<sup>45</sup> ジョルジョ・アガンベン『人権の彼方に—政治哲学ノート』高桑和巳訳、以文社、2002年、30頁。

論においても見られる<sup>46</sup>。アレントにとっては、人は法的仮面を身に付けた市民となり、自らの生が有意味となりうる場としての共同体に生きることが出来るものである。この法的仮面とは、アレントが「ペルソナ」と呼んだものである。ペルソナは、法によって役割を与えることで個人が公的領域に現れることを可能にすると同時に、その保護の下で個人が自らの声を響かせることも可能にする機能を果たしている<sup>47</sup>。ペルソナという法的仮面を身に付けた人間は、自然人と区別されることができ、政治体の構成員として承認された人間であるとともに、政治の場において公的事象にかかわる公的人間として「現れる」人間である。政治的共同体によって付与されたペルソナは、人間活動の有意味性を保証し、更に、あらゆる権利主張の必然的な前提として人権概念を支える。人間であることそれ自体は人権の根拠とはなりえず、人間がペルソナを通じて、共同体によって構築される法的世界に現れることは、権利体系の根本である。ペルソナが法的人格として法的世界を体現したものであるとすると、ペルソナという概念は政治体において法的地位を確固としてもった人間である、すなわち市民という地位、シティズンシップをもった人間であるということが出来る。それゆえ、政治の場を独占する国民国家の体系において、政治的共同体とそれによって構築される法的世界に現れるために欠かせないペルソナは国籍と切り離すことができない。国民国家は、一方では市民という地位の基盤となり、他方では人間活動の空間を形成する役割を果たす。その限りでは、市民たることと国籍の保有とが結びつくのである<sup>48</sup>。国民国家体系における法的仮面としてのペルソナとは、国民性を保証する国籍に重なり合い、国民国家の領域性によって特定化されている<sup>49</sup>。

アレントの見解に従って、アガンベンは、1789年人権宣言における人間生命と身分の連結関係を究明し、人権宣言を、自然な剥き出しの生（ゾーエ）そのものが始まり主権の直接の保持者になること、つまり、生まれることで直ちに国民となり、市民という地位を得ることを擬制して保証するものと考えた。アガンベンは、「権利が人間に与えられるのは、人間が市民の登場とともに即座に消滅する前提である限りにおいてでしかない」と述べて、人間と市民との同一性、生まれと国籍との同一性を1789年人権宣言の基本的な発想と見なした。

<sup>46</sup> ハンナ・アレント『革命について』志水速雄訳、合同出版、1968年、131-135頁。ペルソナがもともと演劇の舞台上で俳優が使用した仮面を意味する言葉であるが、アレントは、人間世界の公的領域を舞台に非議するために、ペルソナという仮面を被ることによって、人間が公的領域において「善き市民」として現れることができると考えた。

<sup>47</sup> 毛利透「アレント理論における法」『理想』690号、2013年、116頁。

<sup>48</sup> 伊藤洋典『ハンナ・アレントと国民国家の世紀』木鐸社、2001年、210頁。

<sup>49</sup> ところで、現在の国民国家体系においてペルソナは国籍と密接不可分であるが、アレントが国籍を理想的な政治的共同体におけるペルソナのあるべき姿と見なしているという逆方向の推論は、必ずしも正しいとは言えない。アレントは、国民国家が歴史的文化的統一体としてのネーション、および法的機構としての国家という二つの契機を持つと述べた。変質したナショナリズムによる影響を受けて、国民国家が「血の共同体」の方向に傾き、法的機構としての領域国家の要素を弱化して国民国家体系の崩壊をもたらしたが、それは国民国家の必然的な運命とはいえない。むしろ、法的機構としての国家像を基礎として国民国家体系を安定的に構築することができれば、ペルソナの機能を担う象徴は、必ずしも血脈に基づく国籍概念ではない。アレントの理論における国民国家の二つの契機について、伊藤洋典『ハンナ・アレントと国民国家の世紀』木鐸社、2001年、187頁以下参照。

もつとも、難民と無国籍者は、そういう同一性の虚構が国民国家体系において引き起こした人権危機を徹底的に暴露していた<sup>50</sup>。国民国家が形成する世界システムにおいて、このような同一性の仮定は、続けられえないものである。我々がすべて人間に生まれるという事実は、それ自体として政治的権利や政治的地位を与えるものではない。「普遍性」と「閉鎖性」との間で、国籍と組み合わさったペルソナは、権利が十分に保障される人間のあり方を象徴し、政治的共同体における完全な人間の測定標識として機能している。したがって、国民国家におけるペルソナの核心概念とされる国籍は、人権体系の鍵を握り、国籍という仮面を持つかどうかによって、権利判定と保障の実効性が左右されている。

### 第三節 国民主権の絶対性：憲法判例の基本的立場

国籍が個別の国民国家において構成員を判定する識別表示および当該政治領域に現れる資格とされることは、憲法裁判例の中でも明らかである。裁判所は、国民主権の絶対性を力説し、国籍と国民についての定義との必然的な関連性を強調することによって国籍の描く国家の境界性の構図を持ち出し、その上で一体誰が国民国家の中の政治的共同体のメンバーなのか、政治活動の自由とその権利を持つ地位を有するか否か、または基本的人権を十分に保障するに値するか否か、などといった諸問題に対して、国籍を唯一の判定基準として答えるべく努力してきた。つまり、それらの憲法裁判例において裁判所は、憲法上の国民主権を「国籍者主権」と、そして民主主義を「国籍者民主主義」と理解するとともに、国籍概念によって想定され、かつ実質的な同一性を有する国民的統一体の下において、国民の間で既に成立している連帯関係を説明している。また、特定の政治的共同体における人間性を国籍という象徴的な道具を以って区分し、更には国籍を有しない人々に保障される権利と保障されない権利についても明確な一線をいとも簡単に引き、政治的共同体との距離を国籍の有無で測定し、このようにして様々な基本的人権の享有主体性を決定している。それらの諸判例に見られるように、裁判所は、国民主権という概念に含まれる閉鎖性を最大限に発揮して、民主政治の有するべき開放性そのものを、国民主権に対する狭義の考えに基づいて再解釈していた。国民性の実質的な担保と考える国籍を基本点として理解される国民主権が憲法秩序の揺るがない基礎の一つと見なされ、つまり、このような国民主権が絶対視されていることは、以下の諸判例において如実に語られている。

国籍を有しない外国人の人権についての基本判例は、言うまでもなく、政治活動を理由として在留更新を拒否したマクリーン事件の判決である<sup>51</sup>。外国人をして基本的人権の享有主体としうるか否か、政治活動を行う資格を持つかどうかという問題について、最高裁は、「憲

<sup>50</sup> ジョルジョ・アガンベン『人権の彼方に—政治哲学ノート』高桑和巳訳、以文社、2002年、29—30頁。

<sup>51</sup> 最大判昭和53・10・4民集32巻7号1223頁、判例時報903号3頁。



法第三章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべきであり、政治活動の自由についても、我が国の政治的意思決定またはその実施に影響を及ぼす活動等外国人の地位に鑑みこれを認めることが相当でないとして解されるものを除き、その保障が及ぶものと解するのが、相当である」と述べて、「権利性質説」を採っていた<sup>52</sup>。このような論述から見ると、基本的人権の中において、日本国籍を持つ日本国民にのみ認められる人権、つまり日本国民だけが享有しうる人権が存在し、日本国民しか持たないそれらの諸人権が外国人に保障されることは許されないと解されている。さらに、政治活動を行う権利をカバーする、権利性質から見れば何人も持つべきである表現の自由は、外国人に認められるに際して若干の制限を設けられなければならない。つまり、日本国の政治的意思の決定またはその実施に影響を及ぼす場合、表現の自由を以てしても、外国人は当該政治活動を行う権利を主張することができない。このような政治活動は、最初から権利保障の範囲から排除されているからである。最高裁ははっきりと言わないが、憲法上の国民主権の要求に基づく国家の政治的意思の決定及びその実施に影響を与えられる者が、国籍を有する本国の国民に限定され、それ以外の外国人は、当該政治的共同体の構成員性を持たないゆえに政治的意思決定及びその実施について口をはさむ余地がないという考えが推論されうる<sup>53</sup>。

それに最高裁は、「外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、右のような外国人在留制度の枠内で与えられているにすぎないものと解するのが相当であって、……在留中の外国人の行為が合憲合法な場合でも、法務大臣がその行為を不当の面から日本国にとって好ましいものとはいえないと評価し、また、右行為から将来当該外国人が日本国の利益を害する行為を行うおそれがある者であると推認することは、右行為が上記のような意味において憲法の保障を受けるものであるからといってなんら妨げるものではない」とした<sup>54</sup>。簡単にいえば、この段落において、合憲合法だが日本国および日本国民にとって望ましくない不適当な政治活動がどのように捉えられるべきであるかということ、それは、国民主権の要望に反して、国籍保有者を主体とする政治的領域に介入した政治的行為である。憲法上外国人に認められる基本的人権は、法律によって形成される在留制度を承認の基礎として付与されるものである。外国人は、政治的共同体の構成員性を持たない。それゆえ、彼らは、国民性を保証している国籍を有する本国の国民によって決定される法制度を通じて、位置づけられなければならない。更に、当該政治的共同体において、ぜいぜい不完全なペルソナ、つま

<sup>52</sup> 最大判昭和 53・10・4 判例時報 903 号 6 頁。

<sup>53</sup> 表現行為の政治的影響力をどのように事前に測定することができるかどうか、どのような政治的影響力まで外国人の表現行為が許されるかどうか、という様々な問題について、最高裁は当該判決において全く説明しなかったままである。政治議題についての表現行為は、あらゆる政治的影響力を持たないことは考えられない。そうすると、最高裁の基準に従えば、外国人による政治的表現が一切認められない、という結論も導き出されうる。その問題について、論文の第五章において詳細に検討しようとする。

<sup>54</sup> 最大判昭和 53・10・4 判例時報 903 号 6-7 頁。

り流動的な法的人格しか承認されない<sup>55</sup>。

マクリーン事件判決において、当事者マクリーン氏が行った政治活動を具体的に検討すると、裁判所のこのような国民主権に拘る執拗性がより一層明らかになる。当該訴訟を起こしたマクリーン氏の政治活動について言えば、基本的には、最高裁の評価は第二審の東京高裁の読解に従ったものに過ぎない。第二審判決において、東京高裁は、「とくに憲法上外国人は参政権を認められず、わが国の政治、外交など日本国民が自主的に主権の行使として決定すべき事項に関し、純粋な学問上の見地からする批判や在留外国人が国際的礼讓の立場から許容される論評行為であればともかく、その域を越えて、これに干渉的言動を弄するがごときは、何人の目にも本来望ましい事柄と見えるものとは必ずしもいいえないであろう。……（マクリーン氏の行動は）我が国の外交政策を非難し、また、わが国と友好関係にあるアメリカ合衆国が国策としているところを非難するものであり、日米間の国際友好関係に影響なしとしないものに属する」と述べて、日本国民が自主的に主権の行使にかかわる事項について外国人による実質的な非難が許容されるものではないと強調した<sup>56</sup>。マクリーン氏の在留更新を拒否した法務大臣の処分を違法とした第一審東京地裁の判決においてさえ、在留国の主権にかかわる政治問題に対しては外国人はある程度回避すべきであるという解読も見られる<sup>57</sup>。

<sup>55</sup> 「在留資格制度こそが外国人の人権を最もドラスティックに制限している」ことをはっきりと描き出したものとして、安念潤司、『外国人の人権』再考 芦部信喜先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開（上）』有斐閣、1993年、176頁参照。それに、外国人が享有可能な権利の種類と、在留法制における在留資格及び様態との関係をめぐり分析について、柳井健一「国民と外国人の間—判例法理における『外国人の人権』論の再検討—」法と政治 60巻1号、関西学院大学法政学会、2009年4月、7-13頁参照。柳井健一は、後述した地方参政権についての判例を統合的に理解した上で、最高裁が実際には国籍の有無を基準として、保障ないし享受を認める人権の範囲を独自に決定するというものではなく、外国人の在留法上の地位の違いを踏まえて、保障・享受可能な人権の範囲を画定するというものであると考えた。

<sup>56</sup> 東京高判昭和 50・9・25 判例時報 792号 14頁。

<sup>57</sup> 東京地判昭和 48・3・27 判例時報 702号 53頁。東京地裁は、「(一) いわゆるベトナム反戦（米軍のカンボジア介入反対を含む）を目的とする集会、集団示威運動および反戦放送への参加があるが、米国のベトナム政策については、人道上、外交上の見地からの批判が存し、米国内においても反対の意見が少なくないことは公知の事実であるから、米国人である原告が翻刻の行いつつある右政策に対し、滞在地である日本国内において自己の見解を表明し、主として在日米国人に対して反戦を呼びかける行為（ロジャーズ国務長官来日反対の行為も同趣旨に出たものと解される）は、政治活動というよりは、むしろ一米国人としての自然の思想表現であって、これをもって我が国の政治問題に対する不当な容喙とみることはできず、このために日本国民および日本国の利益が害される虞があるということもできない。(二) (日米安保条約については)《証拠略》を総合すると、原告自身は、むしろ日米案法条約を廃棄することは非現実的であるばかりでなく、そもそもこのような日本の政治問題は日本国民自らが決定すべきであるとの考えを持っており、従来、日本の政治に関する発言をさし控えるように努めていたこと、原告が前記の集会などに参加した意図は、もっぱらベトナム反戦を訴える点にあったこと、および右集会等における原告の参加の様子は、指導的または積極的なものではなかったことが認められる」とし、マクリーン氏の政治活動は意思表示および決定権限が日本国民にしか認められない日本国の政治事項に相当距離をとり、厳密には国民主権の要求に違反しなかったと判断して、つまり、国民主権＝国籍者主権という原理を保持し、政治活動及び表現行為についての外国人の自由と権利を一定範囲内限定しながら、マクリーン氏の行為を基本的なルールに外れなかったと認めた。横田耕一「在留外国人の政治活動の自由」法学セミナー231号、1974年12月、68頁参照。

実は第一審において、原告側は在留更新の拒否処分<sup>58</sup>の違法性を力説した。これに対して、被告法務省が提出した反論は、当該事件にかかわる諸判決の基本的な立場を明確に説明することになった。これはまた、裁判所が判決を作成する際に参考とした重要な基礎認識だといえるだろう。被告は、「民主主義政治体制をとっている日本国憲法下においては、わが国の政治は日本国民の意思により決定されるべきものであるから、国民と異なり、わが国と身分上の永続的結合関係を有しない外国人は、我が国の政治に直接参加する権利（参政権）を有しないばかりでなく、我が国の政治的意思形成に影響を与える政治活動を行うことも、権利としては保障されていないものというべきである（実質的にみても、このような政治活動を許容することは、わが国と単に場所的結合関係にのみ立っている外国人の無責任な政治活動による弊害をもたらす危険があり、また、外国人が我が国を政治活動の場として悪用する危険もないとはいえない）」と述べた<sup>58</sup>。日本国と身分上の永続的結合関係、すなわち日本国籍を有しない外国人が、憲法上の国民権原則に基づいて日本国民が選択決定すべき政治問題を干渉することは許されない。仮にこのような政治的行為が理論上表現の自由の射程に入り、すなわち、憲法上保障されるべき表現行為であったとしても、法務省が描き出した定式は、それを理由として不利益取扱いの根拠とすることが合理性を有するというものであり、爾後、諸判決の核心的な構図となっていく<sup>59</sup>。

憲法上政治的権利の核心としての参政権が、日本国籍を有しない外国人に認められるかどうかという問題をめぐる最初の最高裁判決例は、ヒッグス・アラン事件判決である<sup>60</sup>。事件の原告は、イギリス国籍を有する外国人で、日本国籍を有する小林雅貴と婚姻し、永住者としての在留資格を取得した。しかし、原告が参議院議員選挙に投票するため原告の住所地を管轄する選挙委員会を訪れたところ、右選挙の投票を行うことができない旨を告げられ、投票することができなかった。これを不服とした原告は、国を相手に損害賠償を求めて出訴した。裁判において、原告は憲法上の国民概念を突き詰め、国籍から解放される国民概念に基づき自己の選挙権を主張したが、これに対して最高裁は、ただ前述したマクリーン事件の判決要旨を繰り返すだけで、理由をほぼ説明しないまま、原告の請求をあっさり棄却した<sup>61</sup>。外国人の参政権について、最高裁が判決理由を詳細に説明し、かつ憲法上の根拠を以って問題に対する立場を明示したのは、その後の地方議会議員選挙の投票権事件の判決からである<sup>62</sup>。

上述する地方議会議員選挙の投票権事件の第一審で大阪地裁は、「参政権は、それが成立

<sup>58</sup> 東京地判昭和 48・3・27 判例時報 702 号 50 頁。

<sup>59</sup> 更に、外国人が政治の場と距離を保持すべきであるという考え方は、最高裁にとって「社会通念」、つまり、社会一般に行き渡るべき常識であると捉えられていた。この問題点について、長谷川正安「憲法判例と社会通念—マクリーン事件を素材としつつ」法律時報 55 卷 5 号、1980 年 5 月、17 頁以下参照。

<sup>60</sup> 最二判平成 5・2・26 判例時報 1452 号 37 頁、判例タイムズ 812 号 166 頁。

<sup>61</sup> 当該判決についての批判と評釈は、戸松秀典、判例評論 417 号 179 頁以下参照。

<sup>62</sup> 最三判平成 7・2・28 民集 49 卷 2 号 639 頁、判例時報 1523 号 49 頁。

するためには、まず国家の存在することがその前提として必要であり、右国家の政治に参加する権利（及び義務）は、その権利の性質からして、その国家を構成するものに当然帰属すべきものである。したがって、参政権を保障されるためには、その者が国家を構成する一員であることが必要というべきであるが、現実に右国家を構成する者のうち、どの範囲の者にこれを与えるか、また、右権利を行使する形式をどのようなものにするかなど、右権利の具体的内容は、正に国家の基本法である憲法において決められるべきことである」とし、「憲法 10 条は、『日本国民たる要件は、法律でこれを定める』と規定して、具体的にどの範囲の者を『国民』とするか、その要件については法律に委ねており、これを受けて、国籍法が日本国民たる要件を定めている……以上によれば、憲法 15 条 1 項により参政権を保障されているのは、「国民」、すなわち「日本国籍を有する者」に限られるのであり、右以外の者、例えば定住外国人には、憲法上、公務員を選定、罷免する権利、すなわち参政権は認められていないというほかはない」と述べた。

また、憲法 93 条 2 項所定の「住民」概念について、大阪地裁は「憲法 93 条 2 項所定の『住民』を、憲法 15 条の『国民』とは別個の概念として捉えるのは適切ではなく、これを統一的に理解すべきであり、……憲法 93 条 2 項の『住民』は、日本『国民』であることがその前提となっているというべきである」と認めた<sup>63</sup>。大阪地裁は、前国家的権利と後国家的権利との区分に基づき、後国家的性質を有する権利として参政権を把握して、国家構成員性を参政権の行使の前提条件とした。その上で、憲法 10 条を授權規範として制定される国籍法が国家法秩序において国民概念を画定する基準とすることは、憲法の要請に相応するものであり、さらに、憲法 93 条 2 項の「住民」が 15 条の「国民」と異なる概念ではなく、憲法上の国民概念を基礎として整合的に解釈されなければならないと示した。故に、大阪地裁は、地方自治体の参政権の享有について日本国籍を有しない外国人を排除すること憲法に違反しないことは、当然であると判断した。

さらに、地方議会議員選挙の投票権事件の上告審において最高裁は、判決の後半部で「憲法第 8 章の地方自治に関する規定は、民主主義社会における地方自治の重要性に鑑み、住民の日常生活に密接な関連を有する公共的事務は、その地方の住民の意思に基づきその区域の地方公共団体が処理するという政治形態を憲法上の制度として保障しようとする趣旨に出たものと解されるから、わが国に在留する外国人のうちでも永住者などであってその居住する区域の地方公共団体と特段に緊密な関係を持つに至ったと認められるものについて、その意思を日常生活に密接な関連を有する地方公共団体の公共的事務の処理に反映させるべく、法律をもって、地方公共団体の長、その議会の議員などに対する選挙権を付与する措置を講ずることは、憲法上禁止されているものではないと解するのが相当である」と述べた

---

<sup>63</sup> 大阪地判平成 5・6・29 判例タイムズ 825 号 134 頁。

この判決は、立法措置によって地方参政権を外国人に与えることが憲法上可能であると、一見して、従来の判例における外国人の人権への多重制限を緩和する、よりリベラルな判決ともいえるが、その実、第一審判決と同様に権利性質説を出発点として、憲法上の国民概念が国籍保有者しか示せないとし、かつ国籍保有者を核心要件とする国民主権を強調するという基本的な考え方は、何ら変わらない。

前掲の判決の前半部分において、最高裁は、「憲法 15 条 1 項にいう公務員を選定罷免する権利の保障が我が国に在留する外国人に対しても及ぶものと解すべきか否かについて考えると、憲法の右規定は、国民主権の原則に基づき、公務員の終局的任免権が国民に存することを表明したものにほかならないところ、主権が『日本国民』に存するものとする憲法前文及び 1 条の規定に照らせば、憲法の国民主権の原理における国民とは、日本国民すなわち我が国の国籍を有する者を意味することは明らかである。そうとすれば、公務員を選定罷免する権利を保障した憲法 15 条 1 項の規定は、権利の性質上日本国民のみをその対象とし、右規定による権利の保障は、わが国に在留する外国人には及ばないものと解するのが相当である」とし、「前記の国民主権の原理及びこれに基づく憲法 15 条 1 項の規定の趣旨に鑑み、地方公共団体が我が国の統治機構の不可欠の要素をなすものであることをも併せ考えると、憲法 93 条 2 項にいう『住民』とは、地方公共団体の区域内に住所を有する日本国民を意味するものと解するのが相当であり、右規定は、わが国に在留する外国人に対して、地方公共団体の長、その議会の議員などの選挙の権利を保障したものである」と述べた<sup>65</sup>。

依然として国民主権の絶対性を相変わらず力説した最高裁だが、幾許かの疑問は残る。例えば、判決の核心的な根拠とされ、前半部分に最重要事項と考えられる国民主権の大前提の下で、後半部分に言及した立法裁量による地方選挙権の解禁をどのように整合性を以って説明すべきか、また、国籍保有者を意味する憲法上の国民概念を前提とする住民の概念の下で、立法裁量による地方選挙権の解禁をどのようにして「外国人を包摂する参政権」の行使とみなすか。当然のことながら、ここでいう「参政権」とは、その適用範囲が地方自治にまで及ぶ国民主権に深く関わるものであるが。当該判決の説示に照らしても、地方公共団体の長、議会の議員に対する在留外国人の被選挙権について、まだ解決されないままである<sup>66</sup>。

<sup>64</sup> 最三判平成 7・2・28 判例時報 1523 号 52 頁。

<sup>65</sup> 最三判平成 7・2・28 判例時報 1523 号 52 頁。

<sup>66</sup> 当該判決の二つの部分が内包した矛盾点について、初宿正典「外国人と憲法上の権利—とくに定住外国人の《参政権》を中心に—」法学教室 152 号、1993 年 5 月、53—54 頁；高乗正臣「選挙権の法的性質と外国人参政権問題」『憲法における普遍性と固有性—憲法学会五十周年記念論文集』成文堂、2010 年、256—258 頁；辻村みよ子『市民主権の可能性—21 世紀の憲法・デモクラシー・ジェンダー』有信堂高文社、2002 年、250—251 頁参照。

この判決から見れば、確かに最高裁は、永住者などの定住外国人が地元自治体と密接に関連していることを肯定し、尚且つ民主主義社会における地方自治の趣旨および重要性に鑑み、それらの定住外国人に参政権を付与することが現実として必要性を帯びていると十分認識していた。それにもかかわらず、最高裁は、ややもすれば端から参政権を外国人の人権保障リストから削除してしまう権利性質説の立場からアプローチし、国籍保有者の概念を以って捉えられる国民主権に固執した。言い換えれば、国籍の有無のみを政治的共同体における構成員性の判断の準則とし、参政権の行使の主体を硬直的に画定したといえる。そして、日本の国籍を有しない外国人の立場を慮ることなく、国民主権という概念に対してより一層柔軟な解釈の余地を残さず、彼らの訴えを拒絶した。その意味では、最高裁の基本的な考え方、つまり、憲法上の国民概念を国籍保有者と理解して、参政権が外国人に認められる可能性を原則として否定する狭義の国民主権にこだわる考え方は、定住外国人の生活実態に従って修正されていない。それどころか、最高裁は論点矛盾の重大なリスクを冒してでも、従来の判例に現れる見解を繰り返して強調し、一貫してこのような根本的な立場を固持している。

上述するように、裁判所は憲法上の国民概念を国籍保有者と捉える国民主権にあくまでも固執している。その基本的な立場を説明する際に、当然のことながら数多い憲法判例の中から、外国人の政治的権利と関わる一連の裁判例を選択し、特に検討を要する対象としなければならない。だが、同時に在外日本人選挙権制限規定違憲判決も見過ごすべきではない<sup>67</sup>。国籍国と居住国との不一致のために政治的権利、とりわけ参政権について問題が生じることは性質上同様であるが、前述したマクリーン事件判決、ヒックス・アラン事件判決および地方議会議員選挙の投票権事件判決に比して、平成 17 年 9 月 14 日、最高裁大法廷による在外国民選挙権制限規定違憲判決における最高裁の立脚点は、国外に居住していて日本国内に住所を有していないが日本国籍を持つ者の投票権について、最高裁が在外国民の類型を問わずに最大程度の保障を要求しようとするものであることは明白だ。

前記在外国民選挙権制限規定違憲判決において、最高裁は選挙権の重要性について「国民の代表者である議員を選挙によって選定する国民の権利は、国民の国政への参加の機会を保障する基本的権利として、議会制民主主義の根幹を成すものであり、民主国家においては、一定の年齢に達した国民のすべてに平等に与えられるべきものである。……憲法は、国民主権の原理に基づき、両議院の議員の選挙において投票をすることによって国の政治に参加することができる権利を国民に対して固有の権利として保障しており、その趣旨を確たるものとするため、国民に対して投票をする機会を平等に保障しているものと解するのが相当である」と認めた<sup>68</sup>。ここにおいて、最高裁が従来の裁判例について理解される国民の定

<sup>67</sup> 最大判平成 17・9・14 民集 59 卷 7 号 2087 頁、判例時報 1908 号 36 頁。

<sup>68</sup> 最大判平成 17・9・14 判例時報 1908 号 40 頁。

義、つまり国籍保有者イコール国民とする国民概念に基づいて国民主権に言及したことは疑う余地がない。国民主権の原理に基づき、憲法上の国民概念に該当する国籍保有者に対して投票権を保障すること自体は、憲法上重要な要請であり、国内に居住しなくても、国籍を保有すればその選挙権を十分に保障しなければならないという考え方は、最高裁の基本的発想といえるだろう。したがって、国民主権を国籍保有者主権として把握することに関して、最高裁の考えは常に一貫していた<sup>69</sup>。

しかも、本判決において最高裁は、「国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならないというべきである。そして、そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえず、このような事由なしに国民の選挙権の行使を制限することは、憲法 15 条 1 項及び 3 項、43 条 1 項並びに 44 条ただし書に違反すると言わざるを得ない」と述べ、極めて厳格な違憲審査基準を持ち出した。従来の裁判例において、最高裁は選挙権が重要な憲法上の権利であることを認めつつも、制度構築についての立法裁量を広く認めた。しかしながら、当該事件において、最高裁は従来の主張した立場を一変して、在外国民の選挙権をめぐる立法者の裁量範囲をなるべく限縮しようとした<sup>70</sup>。さらに、選挙権の形式的な保障に止まらず、投票の機会の実質的な保障こそ憲法上の要請だと、最高裁は認定していた。言い換えると、選挙権があったとしても投票の機会が保障されなければ、選挙人が選挙の結果に影響を及ぼすことができなくなる。だからこそ、憲法が国民に対して選挙権を保障する趣旨は、国民に対して選挙権を行使する機会を保障することをも含むものと、最高裁は考えていた。係る考えに基づく最高裁の説示から見れば、やむを得ない事由が存在しない限りでは、立法府である国会が立法裁量をもって在外国民の選挙権の行使を制限することは許されない。のみならず、実質的な投票機会の保障すらも選挙権に対する憲法上の要請に含まれるのであるから、国会は在外国民の様々な事情を考慮に入れて、投票権の行使についての予想できる困難を極力克服し、かつ実質的な投票の機会をできる限り確保しなければならない。

他方で、救済手段の適法性について、最高裁は第一審判決及び原審判決の見解を覆して、従来狭く解される確認の利益を認めて本件確認請求に係る訴えの適法性を積極的に承認した。従来の実務には、確認訴訟の成立要件に対して厳格な解釈を行う傾向が見られる。この

<sup>69</sup> 内野正幸「在外日本国民の選挙権」法律時報 78 卷 2 号、2006 年 2 月、79 頁。赤坂正浩「在外国民選挙権訴訟上告審判決」判例評論 572 号、2006 年 10 月、173 頁。

<sup>70</sup> 最大判平成 17・9・14 判例時報 1908 号 40-41 頁。赤坂正浩「在外国民選挙権訴訟上告審判決」判例評論 572 号、2006 年 10 月、172 頁。鼎談・長谷部恭男＝田中宗孝＝小幡純子「在外邦人選挙権大法廷判決をめぐって」ジュリスト 1303 号、2005 年 12 月、3 頁〔長谷部恭男発言部分〕。野坂泰司「在外日本国民の選挙権—在外選挙権訴訟違憲判決」法学教室 315 号、2006 年 12 月、83 頁。

ような傾向に照らして最高裁が本件確認訴訟の成立要件、特に確認の利益をより緩やかに認定した理由を分析してみれば、2005年に成立し、本件判決前の4月に施行された改正行政事件訴訟法4条がまさに確認訴訟を活用することを促すのであることは一因であることはもちろんだが、やはり最高裁は、本件において在外国民の選挙権の重要性に鑑み、本件において救済手段の適法性をより広く認定したのではなかろうか。最高裁が選挙権は重要な権利であり、行使できなければ意味がなく、侵害後に争っても行使の実質を回復できないと言及したことから見れば、選挙権の特性と重要性こそが最高裁が本件確認訴訟の適法性を認めた根本的な理由であるといえる<sup>71</sup>。

在外国民の選挙権行使の制限から生じた憲法上の争いに対して、極めて厳格な違憲審査基準を提出し、形式的な保障のみならず投票機会の実質的な保障を立法者に要求し、更には選挙権の重要性を鑑みて当事者の救済手段の適法性を従来の裁判例より広く認めたことを考えると、最高裁は在外国民の選挙権を徹底的に保障しようとした。しかしながら、それに対して、在日外国人の政治参加については、最高裁の態度は一変し、消極的に取り扱ったといわざるを得ない。国政への政治参加はいうまでもなく、地方自治体レベルの参政権についても、最高裁は外国人の類型を問わず、現行選挙制度の下に外国人の選挙権をすべて否定することも憲法に違反しないと明確に宣告し、せいぜい傍論において立法裁量論を持ち出し、外国人の地方参政権を立法者の決定にゆだねると説明し、憲法上の問題性を否認した。

最高裁が国民主権に基づいて形式的な国籍と政治参加との関連性を強調した立場は、生活実態をあまり考慮しなかったことからもうかがえる。まさに本件判決における横尾・上田両裁判官が反対意見で述べたとおり、日本国の主権の及ばない国や地域にも、様々な国や地域が存在し、在外国民にも二重国籍者や海外永住者などいろいろな種類の人たちがいる<sup>72</sup>。二重国籍者が一人で二つの国の国政選挙権を持つことは各国選挙の公正性にマイナスな影響をもたらすか否か、これに対しては、最高裁はただ国籍保有者に対して日本の国政選挙権を確保しなければならないという考えに固執するのみで、一切検討しなかった。また、生活の本拠地を海外に移して、長い間他国に暮らしている海外永住者は、国籍国の政治への密接な関連性が薄くなったと言わざるを得ない。このため、民主制が統治者と被治者の自同性を意味する政治形態であれば、海外永住者の場合でも、果たして日本の国政選挙権がそのように徹底的に確保されなければならないのか、尚も疑問が残る。確かに、在外国民は、国籍

---

<sup>71</sup> 最大判平成17・9・14判例時報1908号42頁。最高裁は、「選挙権は、これを行行使することができなければ意味がないものといわざるを得ず、侵害を受けた後に争うことによって権利行使の実質を回復することができない性質のものであるから、その権利の重要性にかんがみると、具体的な選挙につき選挙権を行行使する権利の有無につき争いがある場合にこれを有することの確認を求める訴えについては、それが有効適切な手段であると認められる限り、確認の利益を肯定すべきものである。そして、本件の予備的確認請求に係る訴えは、公法上の法律関係に関する確認の訴えとして、上記の内容に照らし、確認の利益を肯定することができるものに当たるといふべきである」と述べた。

<sup>72</sup> 最大判平成17・9・14判例時報1908号44頁、「裁判官横尾和子、同上田豊三の反対意見」参照。



国の政治と全く関係ないとはいえず、統治関係がある程度薄いと考えられるものの、それでも日本国の保護及び支配の対象者なのである。したがって、日本の国政参加の機会を保障する必要は否定できないかもしれない。もっとも、それらの海外永住者に比べて、定住外国人の場合、彼らは日本の社会および政治情勢と密接に関連して、常に日本国の国家権力とぶつかり合っている。民主主義の原則から言えば、彼らにとって日本における政治参加の必要性は、日本人の海外永住者に比してはるかに高いものがある、だが、結局は、国籍保有者の選挙権のように、徹底的にどころか、最低限度の保障さえも与えられてはいない。

それら一連の判例を総合的に考えると、最高裁は、長きにわたり国外に居住し、生活実態から見れば日本国内との関係が密接とはいえない日本国籍保持者の選挙権を絶対視し、それに対して、日本の社会に生活の本拠をもち、その生活実態において自己の国籍国をも含む他のいかなる国にもまして日本と深く結びついている定住外国人の政治的権利にネガティブに対応した。最高裁にとっては、実際に日本との結びつきがあるかどうかという実質的な基準に基づき選挙権の付与を区別することは、選挙権の形式性に照らせば不相当であり、国籍を有して憲法上の国民概念に該当する者に等しく選挙権を認めることこそ妥当なのである。言い換えれば、「国籍」と「生活実態」との二つの要件の下で選挙権者の範囲の基準が揺れ動いているとしても、最高裁はやはり「国籍」を選んで絶対的な判断基準としている<sup>73</sup>。この点から見れば、政治的権利に言及した諸判例において、最高裁が持ち出した国民主権イコール国籍保有者主権という定式は、瞭然たるものといえるだろう<sup>74</sup>。

憲法上の国民概念を国籍保有者と解することに基づく国民主権の理解は、決して日本の裁判所だけの独特な発想ではない。外国人参政権という問題に取り組んだ世界各国の諸判決を見れば、ドイツ連邦憲法裁判所もまた、国民主権の原則をこのような基本的な定式で把握し、民主政治に参加しうる国民と国籍の結合関係を強調していた。ドイツにおいて、外国人労働者の定住化状況が次第に明らかとなり、これに加えて EC 各国でも、相互主義の原則に基づいて加盟諸国の国民に対して地方自治体選挙権を付与することを検討し始めていた。このような背景のもとに、1989年2月、まずハンブルク市が外国人選挙権の導入を決定した。国籍を問わず、八年以上基本法の適用地域内に滞在するすべての外国人に区議会の選挙権を与えることが承認されたのである。ハンブルク市に続いて、同月シュレスヴィヒ・ホルシュタイン州も選挙法の改正を行い、相互主義の原則に基づき、特定の国の国籍を有し、五年以上基本法の適用地域内に滞在する外国人に市町村議会および郡議会の選挙権を付与し

<sup>73</sup> 最高裁の立場は、まさに当該判決の前に在外国民の選挙権についての研究を先行した戸波江二の見解と同じである。戸波江二「在外日本国民の選挙権」法学教室 162号、1994年3月、42頁。

<sup>74</sup> 国籍の重要性についての最高裁による説明から、国籍が基本的人権の体系ないし国民主権にとって特別な意味を有することも見られる。国籍法違憲判決において、最高裁は、「日本国籍は、我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な法的地位でもある」と明確に述べていた。最大判平成 20・6・4 民集 62 卷 6 号 1367 頁、判例時報 2002 号 3 頁。

た。これを憲法違反であるとして強く反発したキリスト教民主・社会同盟（CDU/CSU）を中心とする勢力は、外国人参政権の承認という問題を連邦憲法裁判所に投げて、これらの法改正を無効とする判決を要求した。その後、連邦憲法裁判所は、国家主権の担い手である国民と国籍との不可分の関係を憲法秩序上の要求とし、外国人への選挙権の付与の法改正に対して、二つの違憲判決をもって消極的に返答した<sup>75</sup>。

シュレスヴィヒ・ホルシュタイン州の選挙法改正の違憲判決において連邦憲法裁判所は、基本法 20 条 2 項の国民概念とはドイツの国籍者および基本法上これと同等の地位を有するドイツ人を意味するものと解した。連邦憲法裁判所は、「この規定自体が、選挙・投票において、また立法・行政・司法の個別の諸機関を通じて国家権力を行使する国民が誰であるかを定めている。すなわち、それはドイツ連邦共和国の国民である。ドイツ連邦共和国は、基本法 20 条 1 項から 3 項において、法治国家の権力分立の構造をもった民主的かつ社会的な連邦国家として設立されており、民主的国家としてのドイツ連邦共和国は、その中でおよびその機関によって行使される国家権力の担い手および主体である人的全体なしには考えられない。このような人的全体が国民を形成し、そこからすべての国家権力が由来するのである」とし、「ドイツ連邦共和国における国家権力の源泉である国民は、基本法によれば、ドイツの国籍者および基本法 116 条 1 項に基づきこれと同じ地位を有する人々から構成される。したがって連邦共和国の国民への所属は、原則として国籍によって媒介されるものである。国籍は、一方では平等な諸義務の根拠となり、そして他方では特に、民主制における国家権力の正当性の源泉となる諸権利の根拠ともなる平等な国家市民の地位を得るための法的な要件である。……………ドイツにおいて住民構成が変化したという事情に基づいて、基本法の下でできる唯一のことは、国籍法の規律による対処、例えば、ドイツに定住する外国人のドイツ国籍取得を容易にすることなどである」と述べた<sup>76</sup>。

さらに、基本法 28 条 1 項について連邦憲法裁判所は、やはりドイツ人だけによる選挙を規定したものと解している。連邦憲法裁判所は、「連邦諸州に帰属する国家権力についても、基本法 20 条 2 項、28 条 1 項 1 文によれば、これを担うことのできるのは基本法 116 条 1 項にいうドイツ人のみである。……基本法 28 条 1 項 2 文によって郡および市町村について国民の代表が規定されている点においても、結論的には変わらない。州、郡および市町村につ

---

<sup>75</sup> ドイツにおける外国人の選挙権問題にかかわるこの二つの憲法判決および学説の論争についての紹介、宮地基「外国人の選挙権をめぐる憲法上の論点について—ドイツにおける学説、判例の検討を中心として」神戸法学年報第 7 号、1991 年、239 頁以下；高田篤「外国人の選挙権—ドイツ連邦憲法裁判所違憲判決の論理」法律時報 64 卷 1 号、1992 年 1 月、83 頁以下；仲哲生「ドイツ連邦共和国における外国人の選挙権」社会科学論集第 63 号、1992 年 10 月、47 頁以下；相澤直子「定住外国人の選挙参加—ドイツの議論の示唆と日本国憲法解釈の視点—」九大法学 71 号、1996 年、227 頁以下；日比拓也「ドイツにおける国民主権の動揺—外国人選挙権導入のための基本法改正とその限界—」法政理論 215 号、2006 年、121 頁以下；大西楠・テア「ドイツにおける外国人の地方参政権—基本法二八条一項三文と外国人参政権違憲判決の法理—」国家学会雑誌 121 卷 5・6 号、2008 年、155 頁以下参照。

<sup>76</sup> BVerfGE 83, 37 (50f.)

いて国民という概念を統一的に用いているこの規定の文言が既に、ここでもそれぞれ国民を構成し、その代表を選出するのがドイツ人だけであることを示している」と述べて、国民概念を統一的に国籍保有者と解することによって、ドイツ連邦共和国におけるすべての地域団体の民主的正当性基盤の統一性を保証すべく要求した<sup>77</sup>。基本法 28 条 1 項に基づくそのような同質性原則は、各州の立法者の裁量限界を形成しており、つまり、諸州に要請される同質性原則は一致性や画一性ではなく、ある程度までの同質性であるが、28 条 1 項 2 文の限界を越えてはならない。それゆえ、州の立法者が基本法上の国民概念に当たらない外国人に対して選挙権を与えること自体は、既にそういう同質性原則に違反するために、憲法秩序にとって許さないということである<sup>78</sup>。

同日に言い渡されたハンブルク市の区議会選挙法改正の違憲判決において、連邦憲法裁判所はハンブルク市の区議会も国家権力を行使する機関に該当することを立証し、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン州の選挙法改正の違憲判決の論理に従い、当該法律の改正を違憲としていた。連邦憲法裁判所は、ハンブルク市には郡および市町村に相当する地方自治体が存在せず、区はあくまで州の行政単位にすぎないものとされているため、当該事件において基本法 28 条 1 項 2 文の適用を否定した。ところが、連邦憲法裁判所は、ハンブルク市の区議会の権限を検討した上で、区議会の活動も民主的な正統性を必要とする国家権力の行使に該当し、しかも州議会および州政府を経由する間接的な正統性も成立しないものと判断した。それゆえ、ハンブルク市の区議会選挙の場合も、基本法 20 条 2 項および 28 条 1 項 1 文に明記した諸原則、つまり基本法に要求される国民主権原則および同質性原則に従わなければならない、ハンブルク市の立法者が民主的正当性の統一を確保しなくてはならないものとされた。このため、区議会の選挙権の付与もドイツ人のみに限定されて、外国人の区議会の選挙権を有することは基本法上容認することができなくなった<sup>79</sup>。

基本法 20 条 2 項の民主制原理に対する連邦憲法裁判所の理解からは、国家権力に民主的正当性を与える人的全体としての「国民」とは一定の団体であることが要請されている。基本法の体系の下に、国家を構成する「国民」が国籍によって確定される、という定式が前述した違憲判決において明白に現れるのである。言い換えれば、連邦憲法裁判所にとって、国籍は民主政国家の構成員性を証明するものであり、国民主権原則に基づいて国家権力の行

---

<sup>77</sup> BVerfGE 83, 37, (53ff.)

<sup>78</sup> ところで、連邦憲法裁判所は傍論において、EC レベルでの外国人の地方自治体選挙権の導入が基本法の改正対象ではありうることを示唆した。もっとも、基本法改正によって EC 加盟諸国の国民に対して地方自治体選挙権を付与することは、基本法 20 条 2 項の国民主権原則における国民概念、および基本法 28 条の同質性原則とどのように統合的に解釈すべきであるかについて、連邦憲法裁判所は全く説明しなかった。その問題について、学説上も様々な見解が存在している。大西楠・テア「ドイツにおける外国人の地方参政権—基本法二八条一項三文と外国人参政権違憲判決の法理—」国家学会雑誌 121 巻 5・6 号、2008 年、183 頁以下；長尾一紘「外国人の地方参政権と民主制の原理—ドイツにおける理論と実践—」比較憲法学研究 23 号、2011 年、108 頁以下。

<sup>79</sup> BVerfGE 83, 60, (72f.)

使に対して正統性を付与することができる主体は、国籍という唯一の基準のみで測定される。国内に多数の外国人が定住することによって民主政治の原理と国民の範囲を定める規定との間に緊張関係が生じたとしても、連邦憲法裁判所は、国籍というメルクマールをもって国民を画定することばかり強調し、被統治者である定住外国人から国民主権に由来する選挙権を排除することを認めた。確かに、連邦憲法裁判所が基本法 116 条を引き合いに出して基本法 20 条 2 項と 28 条 1 項の国民を解釈したことは、基本法の体系を考えてそれらの国民概念を整合的に解釈した結果である。しかしながら、民主政治への参加を可能とする国民概念が、何故国籍と結びつかなければならないのか、という問題に対しては、何ら説明がなかった。即ち、統治者と被統治者との同一性のズレに直面した立法者が、このような問題を解決しようとしたところ、連邦憲法裁判所がその選択肢を限定したことになる。どのレベルでの政治参加であるかを問わず、ただ国籍の保有こそが参加者の最低条件と見なされれば、立法者はせいぜい国籍法を改正して国籍の取得要件を緩和することしかできない。このような民主政治にかかわる基本法上の国民概念に対する理解は、国民主権の実質的な内容を国籍者主権と解するものにほかならない。

## 第二章 国法学における民主政治、同質性と国籍の三者関係

憲法共同体は、近代立憲主義の基礎概念とされる国民主権の下において展開されてきた、国民国家のイデオロギーを構造化した一つの形態といえる。この憲法共同体の政治的領域に参入するための資格及びその権利は、民族的統一体として捉えられる国民概念、すなわち、ナショナルな特殊性を持つ国民概念と歴史的に結び付いている。民主的正統性と実践が構築されるのは、ナショナルリティという枠組みの中においてである。歴史的な観点から見れば、18世紀および19世紀のヨーロッパとアメリカ、20世紀のアフリカとアジアにおけるすべての独立運動において、ナショナルな独立への要求は、国民主権に基づく政治的権利の主張と不可分の関係にあった。まさに政治的権利の旗の下に、脱植民地化運動が活発になり、絶対的な被支配者に位置づけていた植民地の人々は、帝国主義による圧迫に抵抗して立ち上がったのである。地域の独立化および国家化、更にそれにつれて実行し始めた民主政治は、ナショナルな形式の下に生まれた<sup>80</sup>。ナショナルリティの概念は、民主政治を国民の自治の実現に結び付け、国民の政治的自律を民族自治と再解釈し、植民地主義の下での政治的他律から解放することに大役を果たしたのである<sup>81</sup>。

他方で、理論的な観点に従えば、民主政治とは国民による支配形態であり、国民が支配すべきであるなら、いかなる事情の下でも国民が政治的決定を行い、更に活動統一体を形成していなければならない。そうすると、旧社会の拘束から解放された国民を同等な法的地位に置き、身分制度によって形成された可視的、伝統的な階層関係の代わりに、近代国民国家領域において真新しく強力な結合関係が作り出される。国民の意見交換に相互性が成り立ち、その基盤のうえで政治的決定が共同に行われうるためには、同質性という要件が欠かせないのである。まさしくヘルマン・ヘラーが指摘したように、「政治的統一体形成がそもそも可能であるためには、一定程度の社会的同質性が存在してはならない。かような同質性の現実存在が信じられ想定されている限り、敵対者との議論によって政治的一致へと達する可能性が一物理的暴力による抑圧が断念され、敵対者と会話を交すことが可能な限りでは一存在するであろう。……このような社会的同質性が存在しなくなるのは、政治的に重要性を持つ人民のすべての部分がもはやいかなる形においても政治的統一体の中に自らを再認しえなくなった場合であり、国家的シンボルや代表者といかなる形においてもアイデンティティを持ち得なくなった場合である」<sup>82</sup>。

<sup>80</sup> ベネディクト・アンダーソン『想像の共同体—ナショナリズムの起源と流行』白石さや、白石隆訳、NTT出版、1997年増補版。

<sup>81</sup> ユルゲン・ハーバーマス『他者の受容—多文化社会の政治理論に関する研究』高野昌行訳、法政大学出版局、2012年、136—137頁。ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（下）—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二共訳、未来社、2003年、274—276頁。ドミニク・シュナペール『市民権とは何か』富沢克、長谷川一年共訳、風行社、2012年、235頁。

<sup>82</sup> ヘルマン・ヘラー「政治的民主制と社会的同質性」大野達司、今井弘道共訳、北大法学論集40巻2号、1989年11月、459—460頁。

歴史的条件と理論的必要性との相互作用の下に、ナショナリティが民主政治に同質性の基盤を提供している。国民的アイデンティティは、構成員の相互的な紐帯、共同体の統合象徴として現れ、統一体内部の同質性を担保するものになる。近代国民国家の法的側面において、ナショナリティ、そしてそれに基づく国民的アイデンティティを法的に転写するのは、国籍にほかならない。それゆえ、我が同胞たる国民義務意識を我々に与えてくれるものこそ、歴史と政治文化の共有と、共通の運命意識として定義される国籍とである。ナショナリティおよび国民的アイデンティティを実質的に反映している国籍という法的身分によって構築される政治的紐帯は、利己的な個人と個人との間の厳格な相互依存関係をはるかに超えるものであり、共同体のために国民を献身的行為や利他主義に向かわせてきたものである。法制度としての国籍は、本来的に文化的で政治以前の「国民の理念」を再現しており、民主政治に必要な同質性の基盤を確保し、他方で同質性の存在を害する統合できないものを排除するようなメカニズムである。したがって、国民の同質性が近代国民国家という統一体の根本的な条件であり、さらに民主政治の最重要な前提であることの強調、および、同質性を象徴する国籍が当該統一体の政治の参加資格を判別する基準として、政治的権利と切り離しえないことの主張は、従来の国法学にしばしば見られる。そして、そういう考え方を基礎として民主政治における国民概念が展開するのは、むしろオーソドックスな理解とはいえるだろう。以下には、カール・シュミット、ヨーゼフ・イーゼンゼー及びエルンスト＝ヴォルフガング・ベッケンフェルデの理論を分析して、民主政治、同質性と国籍、三つの概念の間に存在する緊密な関係が従来の国法学に深く根をおろすことを説明する。

## 第一節 民主政の前提条件としての同質性の再建：カール・シュミット

第一世界大戦の敗北、戦後に課せられた高額な賠償金、ルール地帯の占領とそれに続く極度のインフレ、世界恐慌、左翼組織の急激な発展をもたらしたカオス状態に陥ったワイマール共和国は、政治的には非常に不安定と特徴づけられる。そのような共和国の危機に直面したシュミットは、当時の政治体制を診断して核心的な問題点を明らかにするだけでなく、更にドイツの国家的実存を防衛するために、危機の時代における真新しい政治理論を提出しようとした<sup>83</sup>。まず、彼は政治的な不安定要因として議会制度を糾弾し、ワイマール共和国の議会主義の志向に非難の矢を向けていた。『現代議会主義の精神的地位』においてシュミットは、議会主義の理想形を公開性と合理的な討論を通して国民の決定を形成し、真理と正義を生み出す政治体制に位置づけた。しかし、ワイマール時期における大衆民主主義とそれに伴う大衆政党の台頭によって、そういう理想的な議会主義に必要な基礎が全く喪失されることとなった。彼にとって、現代議会制には公開の討議が存在しえず、その代わりに、政党および私人の利害の秘密協商と秘密投票が国家政治の運営を支配した。議会の活動が

<sup>83</sup> 竹島博之『カール・シュミットの政治―「近代」への反逆』風行社、2002年、56頁。

実態において公開性と討議が空虚な実質のない形式にすぎず、私的利害の横行した議会が精神的価値を一切失い、ワイマール・ドイツを救い出すどころか、議会が政治領域の悪影響の根源であって死亡宣告を受けるべきである、とシュミットは明白に弾劾した<sup>84</sup>。

『現代議会主義の精神的状況』において、シュミットは議会主義と民主主義を区別し、両者は原理的に異なるものであると指摘し、議会主義と民主主義との結合がただ歴史的な偶然であり、議会主義は本当の民主主義の目標に達成しえないと主張していた。このような考えは、シュミットによる「代表」の定義づけにも見られるものである。シュミットは政治的形式の二つの原理として「同一性」と「代表」とを挙げる。代表の概念についてシュミットは、「代表とは、規範的な事象ではなく、方式でも手続でもなく、実存的なるものである。……代表の理念は、政治的統一体として実存する人民が、何らかの仕方で共同に生活している人間の集団という自然的存在に対して、より高次の・高められた・より強度の種類が存在を有することに立脚している。政治的実存のこの特質に対する感覚が失せ、人間が他の種類の定在を選ぶようになると、代表というような概念に対する理解も消失する」と述べた<sup>85</sup>。議会は君主に対する対抗権力としての人民の代表という意味合いを歴史的に失い、議会制の存立根拠としての精神要素も紛失した。現代議会における人民の代表は利益代表、つまり「代理」にすぎなくなった。

シュミットによる議会主義への非難および代表概念の説明においては、政治的統一体の同質性を民主政の根本条件として強調することが明白である。シュミットにとって、代表されるのは、全体としての政治的統一体である<sup>86</sup>。したがって、理想的な議会制は、全国民の教養と理性を具現したものである。議会が全国民の教養と理性を代表する場合のみ、真正の討論が成立し得る。議会において「話者が標榜する代表への信仰」が聴衆になくてはならない。真正の議会には、全国民の理性と教養が現れている。シュミットは「国民という概念もまた、一つの教養概念である。人間的意識や人間的自覚のようなもろもろの属性の意味において教養のある人民だけが国民であり、全く教養のない、それゆえにまた歴史も持たない人民は、国民ではない。…教養ある人間のみが自分の個人的利益と全体的利益とを注意深く区別し、前者を後者に従属させる能力を持つからである」とした<sup>87</sup>。そうすると、シュミットにとって、現代議会に私人的利益の闘争が満ちたことは、そういう教養と理性を正しく反映する理想的な議会制における同質性の凋落、およびそれに伴う議員の独立性と会議の公開性の消失がもたらした必然的な結果である。

<sup>84</sup> カール・シュミット「現代議会主義の精神的状況」樋口陽一訳、『カール・シュミット著作集 I』長尾龍一編、慈学社出版、2007年、88-91頁。

<sup>85</sup> カール・シュミット『憲法理論』尾吹善人訳、創文社、1972年、260-261頁。

<sup>86</sup> カール・シュミット『憲法理論』尾吹善人訳、創文社、1972年、263頁

<sup>87</sup> カール・シュミット『憲法理論』尾吹善人訳、創文社、1972年、388頁

そのような議会制の発展に対する理解の下に、ワイマール共和国の難局に直面したシュミットは、議会制に代わって政治的統一性を代表し、同一性を維持または回復しようとする方策を追求しようとした。彼は同一性への理解を再構成し、「治者と被治者との同一性」に基づき、自分の民主主義論を打ち出した。シュミットは、民主主義の論拠が基礎とする一連の同一性は、治者と被治者との同一性、国家の権威の主体と客体との同一性であると説明し、更に「このような同一性はすべて、手にとらえることのできる現実ではなくて、同一性の承認に基づいている」と指摘した<sup>88</sup>。大野達司が分析したように、「この同一性の内容は、治者・被治者が能力的に同一であり、相互に交替し得るといようなポリス・イメージのものではなく、信念的な一体感の次元にとどまっている」<sup>89</sup>。したがって、シュミットの同一性の維持には国民の同質性が欠かせない礎石であり、政治的統一性としての国民の同質性こそが民主主義の同一性の要請を確保するものである。シュミットは、自著『現代議会主義の精神的状況』に対するトーマの批判に反批判する論文「議会主義と現代の大衆民主主義との対立」を著わした。彼はルソーの一般意志と国民の同質性との内在的連関性を明快に指摘した。シュミットによると、「ルソーが構成したような『一般意思』は、同質性の上に基づいている。そのみが首尾一貫した民主主義である。国家は、『社会契約論』に従えば、その表題と最初の部分の契約的構成にもかかわらず、契約ではなく、本質的には同質性に基づいている。この同質性から、治者と被治者の民主主義的な同一性が生ずるのである」。それ故に、「真の国家は国民が同質であって本質的には全員一致が支配しているところでのみ存在する、ということが示されている」という<sup>90</sup>。

シュミットは、「政治的民主制は、万人の無差別性に立脚することはありません、特定の人民への所属にのみ基礎を置くことができる。……民主政の本質に属する平等は、ただ内部にのみ向けられ、外には向けられない。民主政的な国家の内部では、すべての国家成員が平等であり」<sup>91</sup>、民主政の諸制度に不可欠な平等の実質が国民的なるものに存し、民主政の前提が国民的同質性であるとした<sup>92</sup>。それに、「あらゆる実質的な民主主義は、等しいものが等しくあつかわれるだけでなく、その不可避的な帰結として等しからざるものが等しくあつかわれぬ、ということにもとづいている。それゆえ民主主義にとっては、必然的に、まず持って同質性が必要であり、ついで—その必要があれば—異質なるものの排除あるいは殲滅が必要である」とシュミットは述べた<sup>93</sup>。そのような理解の上に、民主的な国民国家は、国

<sup>88</sup> カール・シュミット「現代議会主義の精神的状況」樋口陽一訳、『カール・シュミット著作集Ⅰ』長尾龍一編、慈学社出版、2007年、62-63頁。

<sup>89</sup> 大野達司「シュミットとリーガリズム」思想774号、1988年12月、82頁。

<sup>90</sup> カール・シュミット「議会主義と現代の大衆民主主義との対立」樋口陽一訳、『カール・シュミット著作集Ⅰ』長尾龍一編、慈学社出版、2007年、169-171頁。

<sup>91</sup> カール・シュミット『憲法理論』尾吹善人訳、創文社、1972年、280頁。

<sup>92</sup> カール・シュミット『憲法理論』尾吹善人訳、創文社、1972年、285頁。

<sup>93</sup> カール・シュミット「議会主義と現代の大衆民主主義との対立」樋口陽一訳、『カール・シュミット著作集Ⅰ』長尾龍一編、慈学社出版、2007年、165頁。



民の同質性に依拠し、それを守るために異質的なものを排除しまたは殲滅する課題を遂行するものと捉えられている。確かに安世舟が分析したとおり、友敵の区別を政治の本質と見るシュミットの考え方は、実は彼の民主主義概念の論理的帰結であった<sup>94</sup>。それゆえ、「政治的なるものの概念」においてシュミットは、「国民が政治的なものの領域内に存在するかぎりには、もっとも端的な事例にかんしてだけではあるが一しかも現にこの事例であるかいなかは、国民自身が決定するのであるが一友・敵の区別を国民自身が定めなければならない」と強調した<sup>95</sup>。

ところで、国民の同質性はどのようにとらえられるべきであるか。国民の概念についてシュミットは、「国民は、人民という一般的な概念に対して、政治的な特殊意識により個性化された人民を意味する。国民の統一性、およびこの統一性の意識には、様々な要因が寄与する。共通の言語・共通の歴史的運命・伝統と追憶・共通の政治的目標と希望など」と説明した<sup>96</sup>。ここでの説明に従って、シュミットがナショナリティを形成する要素として言及したのは、共通の言語、共通の歴史的運命、伝統と追憶、共通の政治的目標である。こうして、シュミットにとっては、国民の同質性を構築する要素は決して単一のものではない。古賀敬太が指摘した通り、少なくともシュミットはワイマール時代、国民の同質性についてドイツの民族性や言語などナショナルな要件を唯一の測定基準として主張することはしておらず、国民の同質性の中にも、共通の政治的目標といったシビックな要素、および共通の歴史的運命や伝統と追憶といったエスニックな要素が混在していると言える<sup>97</sup>。そうすると、確かにユートピア的観念論または自然主義的な同質性の理解、つまり現実の生を無視した地上の天国を政治的理想として構成した同質性、または、生への衝動、血の共同体、精神分析にいうところのリビドーなどに還元する同質性というヘラーの批判を免れるかもしれない<sup>98</sup>。

しかしながら、シュミットの国民概念および国民の同質性に、ナショナリズムの傾向が秘められていることは明白である。第一次世界大戦後新しく誕生した国民国家の抱えた少数民族の問題について、シュミットは国民同質性の観点から捉えていた。つまり、民主制の国民国家は、国内の少数民族の問題に対して、平和的な方法または過激な手段を問わず、国民的同質性を保障して実現しなければならない。それゆえ、シュミットは『憲法理論』において、平和的な分離、支配的な国民集団への同化、植民地や保護領などの特別な統治形式の採用のみならず、強制的な移住や排除、国籍取得の禁止、既存国籍の剥奪、帰化の取消などの

<sup>94</sup> 安世舟「カール・シュミットはワイマール共和国の擁護者であったか」思想 774 号、1988 年 12 月、44 頁。

<sup>95</sup> カール・シュミット『政治的なるものの概念』田中浩、原田武雄共訳、未来社、1970 年、55 頁。

<sup>96</sup> カール・シュミット『憲法理論』尾吹善人訳、創文社、1972 年、285 頁。

<sup>97</sup> 古賀敬太『シュミット・ルネッサンスーカール・シュミットの概念的思考に即して』風行社、2007 年、262-263 頁。

<sup>98</sup> ヘルマン・ヘラー「政治的民主制と社会的同質性」大野達司、今井弘道共訳、北大法学論集 40 巻 2 号、1989 年 11 月、460 頁。

強力な措置も、国民同質性を維持するために正当化されうる方策として提示していた<sup>99</sup>。

しかも、危機の時代の政治理論家としてのシュミットは、国民の同質性が戦争や革命といった例外状況において形成されて、危機に直面する主権者が敵を明確化して同質性を創出することを繰り返して強調した。例外状況に位置づけられ、主権者の独裁権力を最大限に要求したナチス体制の展開につれて、シュミットの同質性の理解が人種的ナショナリズムの根拠として使われていった。ナショナリティは、国民の同質性の、唯一ではないが、最も重要、代替不可能の担保である。1933年の「ドイツ革命の良き法」において、シュミットは既にドイツ民族の事実に、実質的同種性を憲法上の平等の基準、および、ドイツ法を支配する共通の法思想として主張した<sup>100</sup>。それゆえ、彼の反ユダヤ主義と国民の同質性の主張との結合に従って、シュミット自身が、ユダヤ人を公務員から追放する職業官吏再建法、およびドイツ人とユダヤ人との結婚や性的関係を禁じたニュルンベルク法にも賛成している。「あらゆる国々、あらゆる民族が彼ら固有の大地に、彼ら固有の血に、血と大地からなる自然的秩序に立ち帰ろうとしている」<sup>101</sup>と述べたシュミットは、国民概念を所属民族の自然的なナショナリティによって捉えようとした。したがって、国民身分の法的表徴としての国籍は、当然にナショナリティに左右されている。民族が国籍保有者の総和であり、国籍が民族の法的身分である。そうすると、国民の同質性を確保するために、国籍が、主権者が民族的な異質者を排除する手段として運用されたのは、確かに不思議なことでもない。シュミットの理論において、国籍と民主政治との連関性は、国民の同質性の要求からの必然的な帰結に過ぎない。

## 第二節 前法的統一体および運命共同体としての国民概念：ヨーゼフ・イーゼンゼー

国民の同質性から国籍と民主政治との密接不可分な連関性を導き出す傾向は、シュミットの理論に対する非難とともに戦後の国法学において見られなくなるわけではない。外国人選挙権をめぐるドイツ連邦憲法裁判所の判決において、原告側の訴訟代理人を務め、外国人の参政権に強力に反対したイーゼンゼーは、国民の同質性にに基づき、国籍と民主政治との表裏一体のような関係を繰り返して強調している。民主政治と国籍との相互関係を解明するために、まず、イーゼンゼーによる憲法上の国民概念の定義づけを説明しなければならない。国民概念に対する理解こそ、イーゼンゼーの民主主義論の土台を作るものである。イーゼンゼーにとって、国民とは、前法的および法的な統一体である。このような定義づけは一見すると、イーゼンゼーが国民概念を二つの性格、つまり前法的および法的な性格を持つも

<sup>99</sup> カール・シュミット『憲法理論』尾吹善人訳、創文社、1972年、286-287頁。

<sup>100</sup> カール・シュミット「ドイツ革命の良き法」竹島博之訳、『カール・シュミット時事論文集—ヴァイマル・ナチズム期の憲法・政治論議』古賀敬太、佐野誠編、風行社、2000年、267-269頁。

<sup>101</sup> カール・シュミット「ナチズムの法思想」佐野誠訳、『カール・シュミット時事論文集—ヴァイマル・ナチズム期の憲法・政治論議』古賀敬太、佐野誠編、風行社、2000年、232-233頁。

のと把握しているように見える。ところが、こういう国民概念への分析において特に注目し値するのは、イーゼンゼンが国民を前法的な統一として捉えることである。憲法のテキストに書かれる国民概念が、法的な性格を持っているのは言うまでもなく、むしろ、法的な統一という形で登場する国民概念は、領域国家としての国民国家の発展史がもたらした当然的な帰結の一部である。それゆえ、前法的な統一として国民を定義づけることが、イーゼンゼンの国法学を特色付けるところと言える。実は、イーゼンゼンの見解からよれば、国民の法的な性格もそういう前法的な統一の意義に由来するのである。そのために、前法的な性格を持つ国民概念は、イーゼンゼンの民主主義論を解明する鍵となり、彼の国法学の基本的な前提とされている。

前述したように、シュミットは友敵の区別を政治の本質と見なして、国民の実質的な純化と同質性を確保するために、主権者が政治的な過程において異質的なものを絶えず排除することによって政治的共同体の存立を保証すると考える。それに対して、イーゼンゼンは、国民が前法的な統一であることを強調している。言い換えれば、彼にとって、国民概念は先験的な概念であり、それは最初から実存して、明確な形姿を持つものである。イーゼンゼンは、「国民は意思能力と行為能力を有する政治的統一として現れるが、それは国家権力とその法的秩序よりも先行した」と述べた<sup>102</sup>。国家の創立を根拠づけるためによく援用される社会契約論に反対してはいるが、イーゼンゼンは、そのような社会契約論を二段階で区分すべきであると考えた。すなわち、国民が統一として互いに結び合うことに同意した契約と、国家を創り出すことに同意した契約とは、区別されなければならない。さらに、国民が統一として結合する契約は、国家の創立契約の前提条件である。それゆえ、国家の体現する権力体系と法秩序より、そういう国民の結合契約が先行して、国家システムの基盤となるものである<sup>103</sup>。換言すれば、目的、組織および憲法統一としての国家的統一は、国民という民族的統一を前提としている。そのため、このように先験的な国民概念は、事実的な記述として憲法のテキストに書き込まれ、法秩序に先行して与えられるものであり、憲法秩序によって創り出されるのではない。言語行為論からすれば、憲法上の国民概念は事実確認的 (constative) な言明であり、パフォーマティブ (行為遂行的 : performative) な言明ではない。だからこそ、イーゼンゼンは、国民は憲法が創造したのではなく、むしろ憲法を創造するのであると明言した<sup>104</sup>。憲法の創造者と考えられる先験的な国民概念は、それゆえ、既存の法規範には拘束されえないのである。

ところで、イーゼンゼンにとって、前法的な統一としての国民はどのように形成される

---

<sup>102</sup> Josef Isensee, Nationalstaat und Verfassungsstaat --- wechselseitige Bedingtheit, in: Rolf Stober (Hrsg.), Recht und Recht (Festschrift für Gerd Roellecke), 1997, S.139.

<sup>103</sup> Josef Isensee, Staat und Verfassung, in: ders. / Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 1, 1987, S.633-634.

<sup>104</sup> Josef Isensee, Nationalstaat und Verfassungsstaat --- wechselseitige Bedingtheit, in: Rolf Stober (Hrsg.), Recht und Recht (Festschrift für Gerd Roellecke), 1997, S.139-140.

のか。彼は、国民という前法的な統一は人為的な国家によって創り出される産物ではありえないが、「自然的」に存在するものでもないと考えた<sup>105</sup>。地理学及び地政学上の位置、歴史的な起源および経験、文化的な特殊性、地域経済上の需要、宗教的な結合性といった様々な種類の要因で、前国家的な統一としての国民が形成される。しかしながら、それらの要因は国民が成立するのに必要なのであるが、そのいずれもが不可欠なものではないとイーゼンゼーは認めた。ある人間集団が何時、そして何故国民として理解されるかは、偶然なことである。国民の存在は歴史的に、また社会心理学的に解明することができるとしても、合理的に理由づけることはできない。国民においては、立憲国家の合理主義の要請を免れる、人間の非合理的な要求が現れるとイーゼンゼーは強調した<sup>106</sup>。国民性の選択においても非合理性が見られる。そういう国民性の形成は歴史的な不確かさと政治的恣意の産物にほかならない。イーゼンゼーにとっては、国民は決して客観的にあらかじめ与えられたものではなく、理由づけることのできない政治的意思の産物である。こうした政治的意思は、前述した様々の偶発的な要因の相互作用から生じる。理性的に解明されえない国民の政治的意思は、国民という前法的な統一の主観的な基礎を形成している。その意思は客観的な先行的存在と結びつき、政治的意義のためにこれを引き受ける。そのような政治的意思とは、構成員全体が互いに責任を負うという義務に基づく永続的な運命共同体、すなわち、解消することができない連帯性である。こうした運命共同体は、あらゆる国家の組織または体制に先行するものである。イーゼンゼーは、シラーの戯曲「ヴィルヘルム・テル」におけるリュートリの誓約を引用して、運命共同体としての国民を説明した<sup>107</sup>。「我々はいかなる災いや危険の時にも分裂することがない、同胞からなる唯一の国民でありたい」。

運命共同体の意味を踏まえて、国家法は、法的意味で国籍を用いて国民を定義している。イーゼンゼーは、「国籍保有者は、人格権的な絆 (**personenrechtliches Band**) をもって、危険共同体そして運命共同体と永続的に、更に原則として解消できずに結合される」と述べた<sup>108</sup>。ところが、彼にとって、それは国家法が国籍を通して国民を法的なレベルで生成することを意味しない。国籍によって法的に定義された国民の絆は、前法的な力 (**vorrechtliche Kraft**)、すなわち、すべての参加者の国家への政治的統一意思によって統合され保持される<sup>109</sup>。そのため、国家法的な意味での国民の背後には、前国家的、前法的なものとしての国民が現れる。国籍は、そのような前国家的、前法的国民を事実として国家法体系に書き込む法

---

<sup>105</sup> Josef Isensee, Staat und Verfassung, in: ders. / Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 1, 1987, S.634.

<sup>106</sup> Josef Isensee, Nationalstaat und Verfassungsstaat --- wechselseitige Bedingtheit, in: Rolf Stober (Hrsg.), Recht und Recht (Festschrift für Gerd Roellecke), 1997, S.147-148.

<sup>107</sup> Josef Isensee, Staat und Verfassung, in: ders. / Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 2004, S.66-67.

<sup>108</sup> Josef Isensee, Staat und Verfassung, in: ders. / Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 1, 1987, S.634-635.

<sup>109</sup> Josef Isensee, Nationalstaat und Verfassungsstaat --- wechselseitige Bedingtheit, in: Rolf Stober (Hrsg.), Recht und Recht (Festschrift für Gerd Roellecke), 1997, S.146.

の概念に過ぎない。イーゼンゼーはそれゆえ、「国籍法がもたらしうる統一性と共通性は、単に形式的・法的なものではない。法は固有の力によって存在することのできる自足的な制度でもない。したがって、国籍は、現実の同質性の先行的存在（Vorgaben）や政治的統一の意思と結びつかなければならない。法自体はもちろん狭い範囲においてこれらを保持・促進できるとしても、これらを生成させることや強制することはできない」と強調した<sup>110</sup>。

こうして、前国家的・前法的な統一体としての国民を国家法体系に移し替え、法的な統一体としての国民を表明する国籍は、運命共同体の構成員性を保証するものである。イーゼンゼーによれば、そういう運命共同体こそ、民主政治の基礎を創り出して共同決定の正統性を与えられる。そのため、運命共同体の構成員性を法的レベルで体現する国籍は、当然ながら、民主政治の作動とは切り離せないのである。イーゼンゼーにとって、国籍を法的に形成することが、国家の統治形態としての民主主義にとって必然的な条件であることは明らかである。国籍は、社会団体として現実に現れる国民と憲法原理としての民主主義の間を媒介する<sup>111</sup>。国籍は国家と人的な継続的關係を保証し、国家の人的要素に、民主的な国家形態を築くことのできる法的構造を与え、法的に取り扱うことのできる分類と範囲を確保する。それゆえ、国籍は国家の民主政治に二つ重要な基盤を提供する。つまり、政治的共同体からの離脱の非任意性、および、民主主義によって要請される多数決原理に欠かせない強力な連帯性である。国籍が帯びたこういう二つの性格は、イーゼンゼーの民主主義論において、重要な意味を持っている。したがって、彼にとっては、国籍法制度と民主主義のそれぞれの発展史が歴史的に重ね合うことは決して偶然ではない。

イーゼンゼーによれば、国籍は国家の構成員を非構成員から、すなわち、国家公民を外国人から区別する。そのために、国籍は形式的に平等な地位を根拠づけることができる。人間は共通の国籍の保有者として法の下に互いに平等な地位を承認している。まさにシュミットが指摘した通り、民主政の本質に属する平等は、ただ内部にのみ向けられ、外には向けられない。その結果として、法的に構成された国家公民の地位の平等に対置されるのは、法的に構成された外国人の地位の不平等である。更に、国籍保有者としての役割、あるいは、外国人としての役割は、役割の担い手を自国の観点から見るか、外国の観点から見るかによって異なるのである。複数の国家が存在する限り、国籍保有者と外国人の差異性を顧慮せずに同等に取り扱えば、諸国家の国家法体系の間に重大な衝突を生じる危険性が否定できない。だからこそ、イーゼンゼーは、国籍はその保有者が自由に処分することができないものであると力説した。彼は、「国籍保有者の家族と同様に、国籍はその者に運命的に与えられた出自の一部である。国籍は終身存続するものであって、特別な状況の下でのみ、自由な処

<sup>110</sup> Josef Isensee, Nationalstaat und Verfassungsstaat --- wechselseitige Bedingtheit, in: Rolf Stober (Hrsg.), Recht und Recht (Festschrift für Gerd Roellecke), 1997, S.145.

<sup>111</sup> Josef Isensee, Nationalstaat und Verfassungsstaat --- wechselseitige Bedingtheit, in: Rolf Stober (Hrsg.), Recht und Recht (Festschrift für Gerd Roellecke), 1997, S.141-142.

分によって変更することができる」と述べた<sup>112</sup>。したがって、国際的な移動および移住が頻繁に起こる現代社会にもかかわらず、国籍を保有すれば、自国から離れることによって、国籍の意味する法的な帰属性がなくなるわけではない。

それゆえ、選択の余地がなく永続的に国家と運命を共にすることを免れない国籍保有者の場合のみ、民主的共同決定と、それと不可避的な結果責任との関係が生じる。国籍保有者は、自分が参加する政治的決定のもたらした結果から逃れられない。そのために、国籍保有者が、自ら不可避に巻き込まれる国民全体の運命を、選挙と投票を通じて共同に決定することに、民主的国家体制において正当性が与えられる<sup>113</sup>。言い換えれば、運命共同体の構成員性を保証する特定の国籍を持つ者こそ、当該国の民主政治に参加する資格を有し、更に、そういう民主政治に参加することに値するのである。それに対して、国籍を持たない外国人は、地域的なつながりを通じてのみ自国以外の国と関係を持ち、地域的なつながりが持続する限り、このような関係が続くに過ぎない。したがって、当該国家と人的な継続的關係を有しない外国人は、たとえ彼らが経済的にまたは社会的に統合され、国家権力の対象となっても、政治的な観点から見れば、依然として過客である。外国人は、何時でも自国に帰ることによって当該国家から離脱することができる。外国人の場合には、まさに共同決定と結果責任との関係という前提が与えられず、外国人たちは、彼らの国家法上の関係を滞在の受け取りを通して根拠づけ、そしていつでも自らその関係を終えることができる。民主的憲法におけるデモスは、国籍保有者の団体であり、領域所属者からの流動的で出入り自由な共同体ではない。外国人は滞在国に不可避的に依存するわけではなく、運命共同体の一員とは全く言えない。したがって、民主政治に参加する資格を外国人に与えること自体は、民主主義に反対するのである。そのことはむしろ、政府が滞在権利の承認によって外来者の総量をコントロールすることで、国内の選挙及び政党を恣意的に支配することを認める。他方で、国民の政治的影響力が弱化され、それによって国民から民主的同一性を確保する能力が奪われるとなる<sup>114</sup>。

政治的共同体からの離脱の非任意性だけでなく、国籍を通じて反映される運命共同体の連帯性も、民主政治を支えるもう一つの重要な要素であるとイーゼンゼーは考えた。国籍保有者からなる連帯社会においては、「すべての人が一人のために、一人の人はすべてのために」責任を負わなければならない。こういうことによって、民主主義は倫理的な基礎を獲

---

<sup>112</sup> Josef Isensee, Nationalstaat und Verfassungsstaat --- wechselseitige Bedingtheit, in: Rolf Stober (Hrsg.), Recht und Recht (Festschrift für Gerd Roellecke), 1997, S.143.

<sup>113</sup> Josef Isensee, Staat und Verfassung, in: ders. / Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 1, 1987, S.634-635. ヨーゼフ・イーゼンゼー「ドイツ連邦共和国における外国人の国法上の地位 (3・完)」斎藤靖夫訳、ジュリスト 624 号、1976 年 11 月、95 頁。

<sup>114</sup> Josef Isensee, Kommunalwahlrecht für Ausländer aus der Sicht der Landesverfassung Nordrhein --- Westfalens und der Bundesverfassung, Kritische Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 4, 1987, S.302-304.

得する。この連帯性は、少数者と多数者との区別に先行するのである<sup>115</sup>。更に、このような連帯性も、民主政の多数決原理を理由づけるのである。イーゼンゼーにとって、民主主義の根本問題は、多数者がその意思を実現することにあるのではなく、少数者がこれに従い、多数者の意思を一般意思として受け入れることにある。多数決での敗者が多数決の結果を承認して、政治的な激しい対立が国家全体の基盤を傷つけないために、運命共同体における連帯性の自覚は不可欠なものである<sup>116</sup>。イーゼンゼーはエルネスト・ルナンの名言を引用し、このような連帯関係を説明した<sup>117</sup>。「国民とは、人々が過去においてなし、今後もなおなす用意のある犠牲の感情によって構成された大きいなる連帯なのである。それは過去を前提とする。だがそれは、一つの確かな事実によって現在のうちに要約されるものである。それは明確に表明された共同生活を続行しようとする合意であり、欲望である」<sup>118</sup>。そういう連帯性は、理性的に解明されえないものであり、非理性的な力、激情、共感および嫌悪によって構築される、魂にして身体なのである<sup>119</sup>。それゆえ、彼にとって民主政治の基盤となるのは、政治的なあらゆる衝突を越えられる、運命共同体の持つ強力な連帯性でしかない。多数決原理が起すかもしれない国家の分裂を防止するために、そういう非理性的な人間の感情に基づく連帯関係がなければ、民主政治の成立は無理であると彼は考えた。多数決原理に従う民主政治は、国民という基盤の上に構築されるものである。

国籍が前法的、前国家的な統一団体の構成員性を表明する法的概念である故に、イーゼンゼーは、立法者がこのような先験的な国民概念を無視して国籍制度を恣意的に改定することを認めない。立法者が民主的な手続きを通じて国民の範囲を調整することは、一見したところでは、国民主権によって要請される民主制原則に相応しいが、イーゼンゼーの見解から見れば、それは民主政治と国民概念との関係を誤解することにほかならない。イーゼンゼーは、国民が憲法の産物ではなく、憲法の創造者であるのと同様に、代表民主制は国民概念を立法者の意のままにする権力を有しないと主張した。立法者は国民を代表し、更にそのように確定される国民によって正当性を獲得するものである。民主政治と国民概念との関係は逆行することができない<sup>120</sup>。国家権力の組織を規制することが憲法の存在目的であれば、憲法規範の主題は、民主政（デモクラシー）のみであり、決して国民概念（デモス）ではない<sup>121</sup>。

---

<sup>115</sup> Josef Isensee, *Am Ende der Demokratie --- oder am Anfang?* (Wirtschaftspolitische Kolloquien der Adolf-Weber-Stiftung), 1995, S.53.

<sup>116</sup> Josef Isensee, *Staat und Verfassung*, in: ders. / Paul Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II, 2004, S.65-66.

<sup>117</sup> Josef Isensee, *Staat und Verfassung*, in: ders. / Paul Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II, 2004, S.68.

<sup>118</sup> エルネスト・ルナン「国民とは何か」 鶴飼哲など訳『国民とは何か』、インスクリプト、1997年、62頁。

<sup>119</sup> Josef Isensee, *Staat und Verfassung*, in: ders. / Paul Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II, 2004, S.68.

<sup>120</sup> Josef Isensee, *Am Ende der Demokratie --- oder am Anfang?* (Wirtschaftspolitische Kolloquien der Adolf-Weber-Stiftung), 1995, S. 58.

<sup>121</sup> Josef Isensee, *Nationalstaat und Verfassungsstaat --- wechselseitige Bedingtheit*, in: Rolf Stober

そうでなければ、国民が国家権力の起源ではなく、国家権力の産物となるとイーゼンゼーは強調した。したがって、国籍付与の規制緩和、および複数国籍の承認を導入した国籍法改正の試みは、運命共同体の安定性と強力な連帯基盤を破壊して、国籍についての階級差別をもたらす恐れがある。その先験的な国民概念を無視すれば、民主政治をうまく運営することができないだけでなく、統一体としての国民国家にもボスニアのような大惨事を招く可能性がいつも潜在する、とイーゼンゼーは指摘した<sup>122</sup>。

### 第三節 民主的正統化の唯一主体としての国民：エルンスト＝ヴォルフガング・ベッケンフェルデ

連邦憲法裁判所の裁判官として活動した経歴を持つベッケンフェルデは、国家権力と国民との民主的な関係性に関わる諸判決において、正統化主体、正統化客体および両者の間に存在すべき連鎖性をまとめた民主的正統化理論を憲法判断の核心的な基準として、連邦憲法裁判所の決定に強烈な影響力を与えた。その意味では、連邦憲法裁判所が行った憲法解釈の実務において、ベッケンフェルデは、基本法 20 条 2 項に由来する国民主権と民主政原理の要請を具体的にフレーミングして、国家の決定行為の正当化程度を測定する憲法基準を形成したと言っても過言ではない。それに加えて、前述した外国人選挙権についての連邦憲法裁判所判決においても、当時裁判官であったベッケンフェルデの民主的正統化理論は、基本的な推論構造として、外国人に選挙権を付与することが基本法に違反するという違憲決定を導き出したことが一般的に認められている<sup>123</sup>。それゆえ、ドイツ国法学の理論面及び実務面から見ると、民主政治、同質性と国籍の三者関係を把握するために、憲法上の民主的正統化の展開を系統的に取り扱うベッケンフェルデの見解は決して無視できない。

まず、国家と憲法の関係について、「実質的立憲国家」の観念から演繹する一般的な見方をベッケンフェルデが拒否したことは注目に値するのである。「実質的立憲国家」の観念に従えば、政治的統一体および行為の統一体としての国家は憲法によってはじめて創設されるのであって、憲法が政治的統一体としての国家の存在を前提とし、そうした国家に形式と構造を与えるものではない。そういう理解が、民主主義的な憲法理論に合致して、万人の平等と統治の始原的不存在という民主主義原則の前提に相応したのである。だが、ベッケンフェルデによれば、このような理解は、政治的および社会的現実こそ基礎的存在前提であることを見落とした。それは、「政治的・社会的現実にあつては、人間相互の実際の生活関係や生活秩序は支配と従属という事実上の力関係なしには存在しないということ、しかも、そ

---

(Hrsg.), *Recht und Recht* (Festschrift für Gerd Roellecke), 1997, S.139-140.

<sup>122</sup> Josef Isensee, *Am Ende der Demokratie --- oder am Anfang?* (Wirtschaftspolitische Kolloquien der Adolf-Weber-Stiftung), 1995, S. 55-58.

<sup>123</sup> Redaktion *Kritische Justiz* (Hrsg.), *Demokratie und Grundgesetz* (2000)が、当該判決を連邦憲法裁判所における民主的正統化思考の代表的な判決として収録するのは象徴的である。



れはあらゆる法的憲法に先行して存在するということを誤認している」<sup>124</sup>。ベッケンフェルデは、「民主主義的に組織された国家を含めて、あらゆる国家にいえるとは、権力と決定の平和な統一体としての国家は、法的憲法によってはじめて創出され、形成されるのではなく、むしろ、法的憲法に先行して存在しているということ、換言すると、現実の法的憲法は国家という統一体の存在を前提とした上で、そうした国家の組織の詳細を定めるものだ、ということである」と述べて、明らかに国家を憲法の基礎および前提とした<sup>125</sup>。

憲法と国家の関係についてのベッケンフェルデの見解に従えば、国家の構成員としての国民も憲法に先行する存在であることが導き出される。そうすると、ベッケンフェルデの理解では、国民が前憲法的な概念であることは間違いない。憲法が制定される前に、国民は既に具体的に形作られて、更に前憲法的な人的団体として憲法秩序を創設するのである。このような推論は、彼がよく知られる憲法制定権力論によっても立証されうる。ベッケンフェルデによると、憲法制定権力とは、規範的な妥当性要求を備えた憲法を生み出し、支え、廃棄することができる政治的な実力かつ権威なのである。そのような憲法制定権力は創設された国家権力と同じではなく、むしろそれに先行するものである<sup>126</sup>。ベッケンフェルデは、憲法制定権力を単に仮定的根本規範として規定する実証主義的規範主義、および憲法制定権力を単にその時代に不可欠の理念的な基礎と理解して憲法に規範的な拘束性を付与あるいは剥奪する自然法論を反論した。彼にとって、憲法を生み出し正当化する実力は政治的な実体として現れるべきである。ベッケンフェルデは、現実の政治的実体に内包する前秩序性と超秩序性が憲法制定権力を特色付けるのであると考えた<sup>127</sup>。

歴史発展と理論構造に基づき、ベッケンフェルデは憲法制定権力の主体として国民しか認めない。「政治的なひとまとまりを作り、政治的に他と一線を画する人間集団であり、自らを政治的実体として意識し、そのようなものとして歴史の形成に参画していく」という国民こそ、憲法制定権力の担い手である<sup>128</sup>。国民の憲法制定権力が発動されうるためには、そ

<sup>124</sup> ベッケンフェルデにとっては、政治的・社会的現実としての支配と従属関係が消滅しえないのである。彼は、人間の人間に対する支配が国家および統治形態としての民主制においても存在し続けることを強調して、民主制がそのような支配と従属関係を除去することを狙うのではなく、支配を行う国家権力が市民によって創設され、正統化され、コントロールされうることを目的として作動する制度であると主張した。Ernst-Wolfgang Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Bd. II, 3. Aufl., 2004, S.434-435.

<sup>125</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde, Begriff und Probleme des Verfassungsstaates, jetzt in: ders., Staat, Nation, Europa, 1999, S.135-136. E.-W.ベッケンフェルデ「立憲国家の概念と諸問題」岩間昭道訳『現代国家と憲法・自由・民主制』初宿正典編訳、風行社、1999年、158-159頁。

<sup>126</sup> E.-W.ベッケンフェルデ「国民の憲法制定権力—憲法の限界概念」松本和彦訳『現代国家と憲法・自由・民主制』初宿正典編訳、風行社、1999年、165頁以下。

<sup>127</sup> E.-W.ベッケンフェルデ「国民の憲法制定権力—憲法の限界概念」松本和彦訳『現代国家と憲法・自由・民主制』初宿正典編訳、風行社、1999年、168頁。

<sup>128</sup> E.-W.ベッケンフェルデ「国民の憲法制定権力—憲法の限界概念」松本和彦訳『現代国家と憲法・自由・民主制』初宿正典編訳、風行社、1999年、170頁。

れ以前に政治的統一として組織的に活動しうる国民が先行していなくてはならない。更に、ベッケンフェルデは、憲法制定権力を内容的に拘束するために、先行する法の不在と神の世界秩序の実践不可能を考えて、憲法制定権力を枠付けるための最終的な可能性としての国民の精神的・文化的遺産という道具立てを持ち出している<sup>129</sup>。こうしたベッケンフェルデによる返答にも、前憲法秩序性・超憲法秩序性を有する国民概念が明らかになり、彼の憲法制定権力論に核心的な役割を果たしていることは否定できない。その点において、イーゼンゼーと同じように、ベッケンフェルデも国民概念を前法的統一と把握し、それを憲法の基本概念として展開している。

ところで、ベッケンフェルデにとって、前憲法的な人的団体としての国民はどのように形成されるか、つまり、その中心的な内容は何か。彼は、フランス的国民概念を属地主義、ドイツ的国民概念を血統主義として対置するという一般的な理解に言及し、国民概念についての異なったバリエーションを分析した。確かに、フランスで支配的な「政治的・意志的に方向付けられた国民概念」と、ドイツにおける「民族的・文化的に規定された国民概念」との相違は否認できないものである<sup>130</sup>。しかしながら、ベッケンフェルデによれば、それら国民概念の相違は決して絶対的なものではない。ドイツ的国民概念には、異なる言語と文化を排除する傾向があるが、フランス的国民概念には、同一の言語と文化を強制するきらいがある。相違なるのは、フランス的概念の論理が、同一の政治理念、つまり自由・平等・博愛の下に生きるのだから同一の言語を話すべきだという筋道をたどる点のみである。言い換えれば、その二つの国民概念には、言語と文化の画一化の傾向が常に内在していて、画一化の論理と筋道が異なるに過ぎない<sup>131</sup>。それら国民概念の相違は、歴史的具体的状況の差異によって規定されたものである故に、その相違自体が相対的なものであり、相対化できるものである。ベッケンフェルデは、歴史から見れば、国民の形成に関して、そのたびごとに一つまたは二つの恒常的なメルクマールに結びつけられないことが示されるのであり、この結び付きは、むしろ所与の状況および国民形成の具体的事情に応じて絶えず変化するのであると指摘した<sup>132</sup>。国民とは、具体的な歴史および政治的諸条件の中で形成されるものであり、国民がそういう条件の中で自らのメルクマールを選択して決定する。それゆえ、国民性および国民的アイデンティティが具体的な表現形式の中で様々な形式をとって現われることも当然なのである。国民のメルクマールが異なるからこそ、各々の国民は他の国民との相違を明確にすることができ、各々の同一性が形成されるのでもある<sup>133</sup>。むしろ、国民概念に関し

<sup>129</sup> E.-W.ベッケンフェルデ「国民の憲法制定権力—憲法の限界概念」松本和彦訳『現代国家と憲法・自由・民主制』初宿正典編訳、風行社、1999年、178頁以下。

<sup>130</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Nation --- Identität in Differenz, jetzt in: ders., Staat, Nation, Europa, 1999, S.34.

<sup>131</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Schweiz --- Vorbild für Europa ?, jetzt in: ders., Staat, Nation, Europa, 1999, S.28.

<sup>132</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Nation --- Identität in Differenz, jetzt in: ders., Staat, Nation, Europa, 1999, S.41.

<sup>133</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Nation --- Identität in Differenz, jetzt in: ders., Staat, Nation,

て重要なのは、「政治的意識と共属感情の形成と存在」という確立された事実である<sup>134</sup>。

ベッケンフェルデの憲法理論において、そういう前憲法的な人的団体である国民は、メタ法的なものとして前憲法的次元において民主制を支えるものである。すなわち、国民概念に内在する同質性の保証は、現代国家の民主制に欠かせない前提条件である<sup>135</sup>。ベッケンフェルデは、「相対的な同質性を基礎に置く場合に、すべての市民の同等の自由と政治的平等に基づく統一体形成と意思形成の民主的形態は、所与の利害対立、社会的および経済的な衝突にもかかわらず、政治的公共団体に必要な統合と平和状態を実現させて、そして維持することができる」と強調した。そういう相対的な同質性が反映した社会心理学的な状況において、「既存の政治的、経済的、社会的および文化的な対立と利害関係が、市民同胞の『我々の意識』、つまり、実現している共同体意思によって拘束されている」<sup>136</sup>。政治共同体を構成する者の間に存在している一定程度の相対的な同質性こそ、民主政治の運営に必要な前提条件である。こういう相対的な同質性があるから、あらゆる紛争、意見の対立が暴力によらない討論、手続、妥当、決断によって解決されうる<sup>137</sup>。相対的な同質性が確保される限りで、国家内部の緊張関係と国家構成員の間の相違の多数を処理して、耐え抜くことができる。彼は、「この同質性に基づいて、政治的参加権についての厳格で形式的な平等に基礎づけられた民主的な国家組織が可能となるのである。すなわち、市民は政治秩序に関する原則問題について『同じ』で一致しているのであり、その限りにおいて、同胞たる市民をよその者あるいは別のものとして経験したり体験したりすることはなく、それを基礎として、妥協したり多数決による決定を誠実に受け入れたりする用意があるのである」として、そういう相対的な同質性が民主的平等のメタ法的な根拠としての前法的な共通性と同じ意味を有するのであると考えた<sup>138</sup>。その最小限度の相対的な同質性なくしては、民主的秩序が全く機能しえない。

---

Europa, 1999, S.42.

<sup>134</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Nation --- Identität in Differenz, jetzt in: ders., Staat, Nation, Europa, 1999, S.38.

<sup>135</sup> ベッケンフェルデにとって、そのような同質性が相対的なものでなければならない。それが「絶対的な同質性」は人間の自由と両立することができないからである。

<sup>136</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Bd. II, 3. Aufl., 2004, S.472-473.

<sup>137</sup> ところで、ベッケンフェルデは国民の間に存在している様々な相違を無視してはならないことも注意すべきである。それらの相違点を整合的に一般化することは、民主的代表制の任務にほかならない。ベッケンフェルデは、「民主的代表制において、市民は、自らが国民であるということ、自らの自我の一部として形成するようになる。更に市民は、共通の問題の処理方法について、あるいは欲求やりがいの一般化の方法について、一定の観念を抱くようになる。民主的代表制とは、このような市民の生き生きとした自己意識や自己理解を明確な形で提示し、更には活性化させることなのである。……このように、民主的代表制は、個人の様々な相違を媒介し、市民が普遍性を担うことを目指した過程である」と主張した。もっとも、ベッケンフェルデの理解において、民主的代表制によるこのような相違性の整合は、一定程度の同質性に基づくことは前提であり、言い換えれば、相対的な同質性を保持する国民という人的団体においてのみ、それらの相違点を整合的に一般化することが可能になる。E.-W.ベッケンフェルデ「民主制と代表制」権島博志訳『現代国家と憲法・自由・民主制』初宿正典編訳、風行社、1999年、261-262頁。

<sup>138</sup> E.-W.ベッケンフェルデ「国家形態および統治形態としての民主制原理」高田篤訳『現代国家と憲法・自由・民主制』初宿正典編訳、風行社、1999年、229頁。Ernst-Wolfgang Böckenförde, Demokratie

前憲法的な人的団体としての国民は、法的秩序においてどのように現れるか。ベッケンフェルデによると、政治的行為体と作用体としての国家の中で結合し、国家を支えている国民の総体は、国籍という法的な絆によって規定され、限界づけられている。「国籍は、国家的支配秩序の担い手集団への所属を、その内容とする」<sup>139</sup>。それゆえ、国民とは、自らが形成し担う国家の存立と運命に本質的に結びつき、政治的運命共同体を表す国籍保有者全体のことである。国籍保有者のみが国民を形成するのであり、民主制原理によれば、国家権力は、国民である国籍保有者に由来し、国民である国籍保有者によって行使されるのである。それにしたがって、基本法 20 条 2 項に定められる国民主権の要請に基づく民主的正統化理論において、国家の構成員性を法的に表現しうる国籍保有者のみが民主的正統化の主体であると、ベッケンフェルデは主張した。そのため、ベッケンフェルデにとって、民主的正統化主体を「国家支配にその時々に関係する者全員」<sup>140</sup>、または「国民の中から任意に集団化した個々の市民」<sup>141</sup>として理解することは否定される。基本法 20 条 2 項における国民概念は、必要に応じて埋めることができる開放的な国民概念ではなくて、政治的な運命共同体として国籍という法的な絆によって保証される限定的な国民概念、すなわち国籍保有者の人的総体としての国民概念である。

前述したように、国民の間に相対的な同質性が存在するかぎり、政治的平等が可能になる。したがって、国民の同質性を法的に表現する国籍は、政治的平等の地位の有無を測定する唯一の基準である。シュミットと同様に、ベッケンフェルデは政治的平等の特殊性を繰り返して強調した。彼は、「民主的平等は、人間であるが故に認められる一般的な平等ではなく、国民という政治共同体への所属に結びついているのであるが、その限りにおいて、それは特殊な平等なのである。……この国民という政治共同体への所属は、形式的にまた法的にみて、国籍によって決められる」と主張した<sup>142</sup>。政治的参加の機会の法的平等は、国籍という法的メルクマールによって確定されている。それゆえ、選挙権と被選挙権の場合、それは国籍と切り離されえないのである。ベッケンフェルデによれば、選挙権は、人権ではなく市民権である<sup>143</sup>。運命共同体としての国民の政治的決断こそが民主主義の意義である限りでは、民主

---

als Verfassungsprinzip , in: Josef Isensee / Paul Kirchhof ( Hrsg. ), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Bd. II , 3. Aufl. , 2004 ,S. 473.

<sup>139</sup> E.-W.ベッケンフェルデ「国家形態および統治形態としての民主制原理」高田篤訳『現代国家と憲法・自由・民主制』初宿正典編訳、風行社、1999年、220頁。

<sup>140</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde , Demokratie als Verfassungsprinzip , in: Josef Isensee / Paul Kirchhof ( Hrsg. ), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Bd. II , 3. Aufl. , 2004 ,S.446.

<sup>141</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde , Demokratie als Verfassungsprinzip , in: Josef Isensee / Paul Kirchhof ( Hrsg. ), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Bd. II , 3. Aufl. , 2004 ,S.448.

<sup>142</sup> E.-W.ベッケンフェルデ「国家形態および統治形態としての民主制原理」高田篤訳『現代国家と憲法・自由・民主制』初宿正典編訳、風行社、1999年、228頁。

<sup>143</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde , Demokratie als Verfassungsprinzip , in: Josef Isensee / Paul Kirchhof ( Hrsg. ), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Bd. II , 3. Aufl. ,

制に必要な政治的参加権も、普遍的な人権の見方に相応しくなく、特定の人的関係性によって理解されなければならない。それゆえ、人権主体と政治的主体とは全く異なる概念である。民主制において、国家権力を正統化する力をもっているのは、運命的に結集した国籍保有者全体でしかありえない。

ベッケンフェルデが民主的正統化の主体を国籍保有者に限定するもう一つの理由は、一般意思の担保にある。彼によれば、民主制とはなお国家権力の支配の一つの形態であるが、それは政治的統一体を形成する国民自身による支配ということである。そのような民主政の要求の下では、特定の唯一者、外国人、超世俗的権威、つまり国民以外のあらゆる主体による支配は許されない。したがって、国民の中でも特定の一部は国家権力の支配を正統化することができず、民主的正統化の力を持つのは、国民全体のみである。ベッケンフェルデは、「人的正統化団体 (personale Legitimationskörper) における任務で重要であるのは、国民である個々人があるがままの立場で構成される特定の集団の特殊性ではなく、その特殊性から離れた、不特定・平等な総体である」と強調した。民主的正統化を与える国民は諸特殊利益の集合ではなく、不特定の一般性をメルクマールとする人的団体である<sup>144</sup>。そういう不特定の一般性を有する人的団体としての国民こそ、一般意思の形成を担保する民主的正統化の唯一主体である。民主的正統化は、国民全体に関わるものなので、市民社会において個別的に集団化した組織は、たとえ数的に強大であり、政治領域において強い実質的影響力を持つからといっても、民主的正統化の主体とされることができない。それらの個別的な集団が基本的自由権に由来し、政治的意見と意思形成の開かれた過程にも影響を及ぼし、それを通して参加することができても、その本質はやはり特殊的な利害関係と利益に基づくものである、それゆえ、このような諸集団は一般意思の純化を保証することができず、決して国民全体を代表していない<sup>145</sup>。

したがって、国家的支配にその時々に関わるすべての人々が国家的支配を正統化するという、民主制の理想状態から推論される見解に対して、ベッケンフェルデは、「民主的な国家において、自らの自己決定権のために支配に参加している多数の個人に対する、単なる領域的支配が行われているのではない、ということを見落としている」と反論した<sup>146</sup>。更に、そのような国家権力の行使が及ぶ当事者という発想から構築される民主的正統化の主体範囲は、国民全体による一般意思と特定の諸個人による特殊利益の集合との決定的な相違を

---

2004 ,S.446.

<sup>144</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde , Demokratie als Verfassungsprinzip , in: Josef Isensee / Paul Kirchhof ( Hrsg. ), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Bd. II , 3. Aufl. , 2004 ,S.449.

<sup>145</sup> E.-W.ベッケンフェルデ「国家形態および統治形態としての民主制原理」高田篤訳『現代国家と憲法・自由・民主制』初宿正典編訳、風行社、1999年、222頁。

<sup>146</sup> E.-W.ベッケンフェルデ「国家形態および統治形態としての民主制原理」高田篤訳『現代国家と憲法・自由・民主制』初宿正典編訳、風行社、1999年、220頁。

軽視し、国家権力と特殊利益との結合という反民主的な結果をもたらす。当事者性にに基づく民主制の理解には、一般意思を形成するための一般性が存在していない。民主的国家も、人的団体という本質は変わらない。一般意思の形成を担保することができるのは、国籍という法的所属性を有する、総体としての国民でしかない。そうすると、ベッケンフェルデはどのように外国人の民主的参加を理解したのか。彼は、民主制に関する権利を持つ者と長期にわたって特定の国家的支配に服する者との間には合同関係が成り立つこと自体を否定しようとしな。つまり、支配的民主的国民が、その支配領域内に長期にわたって生活するが政治的参加権を有しない臣民を意のままにできることが、民主制原理に内在している自由思想と矛盾する点は、確かに存在している。もっとも、ベッケンフェルデによると、民主制原理の根本構造と国民権原理の要請に相応するためには、この問題は、国籍保有者ではない人々に選挙権を拡大することによっては解決されえないのである。外国人が帰化を通じて当該国家の構成員にならなければ、彼らにとって、政治的な運命共同体としての国民との絆および所属性がまだ欠けている。彼らの経済的、場合によっては社会的な統合、および行政措置に対する当事者の関係にもかかわらず、彼らは、政治的にみれば、やはり「客」のままである。外国人は、滞在国の政治的な運命と実存的に結合されず、むしろ自国に帰ることによって逃げるができる<sup>147</sup>。そのために、根本的な解決策は、政治的参加権と国籍との不可分な関係性を廃棄することではなく、帰化政策の見直しによって、それらの外国人に定住国の国籍を取得させることである<sup>148</sup>。

以上のことから見れば、ベッケンフェルデの民主的正統化理論には、「国家の一体性と政治性を同視する一種強烈な民主主義理論」が現れている<sup>149</sup>。多文化化、ヨーロッパ連合を中心とするヨーロッパ統合の挑戦に直面して、近代立憲主義の規定対象である主権国家は岐路に立っている。まさに、そのように主権国家の一体性がますますあいまいになっている状況で、ベッケンフェルデは、明快的かつ単純な民主的正統化理論の図式によって、首尾一貫した完全な主権国家像を呈示しようとした。民主政と主権国家は、グローバリゼーション、ヨーロッパ統合の進行、多元主義ないし個人主義の風によって風化されず尚も存立しうるのである。主権国家体系が完全に歴史の舞台から引き下がらない限り、今日の民主制の認識において、一方で、民主的正統化の客体は相変わらず国家権力であり、他方で、民主的正統

<sup>147</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Bd. II, 3. Aufl., 2004, S.447. E.-W.ベッケンフェルデ「国家形態および統治形態としての民主制原理」高田篤訳『現代国家と憲法・自由・民主制』初宿正典編訳、風行社、1999年、221-222頁。

<sup>148</sup> ドイツでの外国人労働者の定住化に直面したベッケンフェルデは、従来民族的に方向付けられたドイツ的国民概念を捨てる要求は性急な解決法であると考えた。固有のアイデンティティを構成している長い伝統を直ちに放棄することはできない。そういう難局に対して、イーゼンゼーと違って、彼は第二、第三世代の外国人に二重国籍を与えることを支持した。Ernst-Wolfgang Böckenförde, Staatsbürgerschaft und Nationalitätskonzept, jetzt in: ders., Staat, Nation, Europa, 1999, S.66-67.

<sup>149</sup> 毛利透「行政権民主化論の諸相」樋口陽一、森秀樹、高見勝利、辻村みよ子、長谷部恭男編著『国家と自由・再論』日本評論社、2012年、334頁。

化の主体は、国籍保有者として構成され、国家と不可分に結びついている国民の総体である。ベッケンフェルデは、そのような一元的に理解される民主的正統化の定式を持ち出して、基本法の枠組みにおいて主権国家の一体性を確保しようとした。

### 第三章 民主主義の理念に基づく国民概念

#### 第一節 開かれた国民概念の可能性

国籍を国民の法的地位の表徴として民主政治の参加者範囲を限定しようとする考えは、前述したシュミット、イーゼンゼー及びベッケンフェルデ三人が代表した従来の国法学の理解において明らかになったのである。簡単に言うなら、ドイツ国法学のオーソドックスな思考様式は、以下のように展開されてきた。憲法およびそれに基づく具体的な国家組織に先行して存在する前法的国民概念は、同質性を備えた強固な統一体でなくてはならない。同質性のメルクマールを通して、国籍は前法的統一体としての国民概念を法的レベルに転換することができる。そのうえ、前法的な国民から忠実に転換される国籍保有者は、自らが作り出した憲法共同体において、主権者として民主政治の参加資格を持っている。したがって、国籍の保有は、憲法上の国民概念の要件である。形式的な国籍を基準として画定される国民という法的統一体は、国民主権の原理を実践して民主的正統化を担う主体である。そのような想定によれば、民主政治の運営主体は、民主政治が実際に作動する前に、既に決定されるべきである。つまり、憲法上の国民概念に該当する国籍保有者は、既定の人的集団として、民主政治の形で国民主権を行使するのである。民主政治の作動は、民主政治の参加資格に影響を与えず、更に国民主権の主体を変更することができない。デモクラシーのゲームをする者が、国籍を持つプレイヤーであり、国籍というゲームに参加する資格は、デモクラシー自体と関係ない。

そのような通説的立場を占める見解に対して、民主制の理念を出発点として憲法上の国民概念を把握しようとする試みは、学説上の重要性がなくなるわけではない。近代立憲主義によって要請される民主制は、統治者と被統治者との同一性を核心的な理念とする故に、能動的な国民と単なる臣民とを区別することを許さない。そのような理解に従って、国家権力の支配下に置かれるあらゆる者は、国家権力の正統化に全く関連しない単純な臣民にとどまらず、民主政治の参加する権限を持つ能動的な国民として、国家権力を構成しまたは制約することができ、国家権力の行使に正統化を付与する主体でなければならない。言い換えれば、国家権力の作動が直接的に影響を及ぼす対象は、民主政治に参加する権限を承認されるべきである。それゆえ、民主制の理念から見れば、国家権力が実質的に支配する対象が、憲法上の国民概念を構成するのであり、それに従って、国民主権の担い手と見なされなければならない。そこでは、憲法上の国民概念について、二つの逆方向のアプローチが現れている。つまり、一方で、国籍保有者という既定の実体が形成する憲法上の国民概念が、民主政治の参加者の範囲を決定する、という基本的立場と、他方で、国家権力が作用する対象を中身とする憲法上の国民概念が、国民主権を行使する主体を捉える、という理念とは対立している。その二つのアプローチの衝突は、外国人に選挙権を付与することをめぐる憲法上の論争に



において最も激化する。それゆえ、以下には、外国人の選挙権の問題について、民主制の理念に着目して国民概念を定義づける考え方が、従来の見解に対して具体的にどのように応答するのかを中心として、開かれた国民概念の可能性を説明する。

ブルン＝オットー・ブリーデは、外国人の選挙権をめぐる議論が提起している根本的な問題は、「我々の民主制が我々の住民のかかなりの部分を民主的な参加から長期にわたって排除しうるのか」ということであると指摘している<sup>150</sup>。ブリーデによれば、ドイツ基本法上の民主制は、被支配者の自己統治である。したがって、この基本的原理の下では、被支配者自身の意思決定が唯一支配を正当化しうるものとして最高位に置かれる。つまり、基本法上の民主制は、国家権力の対象が一方的に支配の客体となる受動的な存在ではなく、能動的・自律的な人間として尊重されていることを意味する。ところが、国家の支配に服従する者がその国家の支配の正統性を承認するという民主制の基本的な原理と、住民のうちかなりの部分が民主的な権利を全く認められていないという実態との間に引き起こした矛盾は、外国人の選挙権の問題において明らかになった。その状況で、ブリーデは、民主主義のあるべき姿を強調し、国民概念の拡張と外延によってその憲法秩序上の矛盾を解消しようとした。まず、ブリーデは民主主義原理を「人間の尊厳」と結びつけ、民主的正統化の問題を諸個人の自己決定に基づいて理解している。ブリーデに従えば、民主主義とは、政治的決定過程において、それに服すべき人間自身の意思決定を最大限尊重することを通じて、究極的にはその人間としての価値や尊厳性を尊重しようとする理念である<sup>151</sup>。このような個々の人間の人格的価値を中心を置いた基本姿勢には、この原則の人間の尊厳との密接な関連性が看取される。それゆえ、憲法上の国民概念を正しく理解するために、基本権の核心的な価値と密接に関連する民主主義の視点から、国民権の内実を把握しなければならない。つまり、人間の尊厳と民主主義の理念を総合的に解釈することが、国民概念を究明する鍵となる。

ブリーデは、「基本法はその始まりに国民権を置いているのではなく、人間の尊厳を置いている。民主主義は、最大限可能な自己決定に依存した国家形式であるがゆえに、最高度に厳粛な人間の尊厳の (*menschenwürdigste*) 国家形式なのである」と主張した<sup>152</sup>。したがって、人間的価値を保証する性格のものとして理解し、また人間の尊厳という理念の普遍性に鑑みれば、この原則の下で行われる政治的決定には、原則としてそれに服すべきすべての者が参加の機会を与えられるべきであり、それはたとえ外国人であっても、特に区別される理由はないと思われる。それゆえ、「すべての国家権力は、国民に由来する」という基本法 20 条 2 項 1 文の定式における国民概念は、根底には人間という主体に基づいて解される

<sup>150</sup> Brun-Otto Bryde, *Ausländerwahlrecht und grundgesetzliche Demokratie*, *Juristen Zeitung*, 1989, S.257ff.

<sup>151</sup> Brun-Otto Bryde, *Ausländerwahlrecht und grundgesetzliche Demokratie*, *Juristen Zeitung*, 1989, S.258.

<sup>152</sup> Brun-Otto Bryde, *Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie*, in: *Staatswissenschaft und Staatspraxis*, 1994, S.322.

べきである。ブリーデは、「民主主義原理を人間の尊厳と自己決定との関係のなかで見ると、基本法における民主主義原理の定式化において、国家権力を『国民』という名の集団的な国家元首 (kollektives Staatsoberhaupt) に委譲すると考えることは禁止される。国民というのはむしろ、たんなる人間の簡単な言い回しにすぎない」とした<sup>153</sup>。こうしてブリーデは、基本法 20 条 2 項 1 文の国民概念を、開放的な概念として解釈し、「人間の尊厳」および「自己決定」と結びつけて、民主政治への参加の意味を持ち出している。

前述したように、ベッケンフェルデは、彼自身の民主的正統化理論において、民主的正統化主体としての国民を一元的に理解し、民主主義を閉鎖的な原理として捉える。国家権力の民主的正統化に対するそのような設定は、国民の法的定義を国籍保有者の集団と考えていた。それに対して、ブリーデは、民主主義理論を概念法学的に扱うベッケンフェルデの理論を批判し、それを「一元的に」閉じられた理論という意味で「単一体理論」と称している<sup>154</sup>。ブリーデによれば、国家権力が国民に由来するという文言は、完全なルール (Vollregel) ではなく、伝統的定式を借りた民主主義原理への一つの支持表明である。それゆえ、この文言が当てはまるのは民主的正統化の一元論ではない。基本法 20 条 2 項 1 文の定式は、ブリーデが強調したように、「ドイツ人ではないものの国家権力にも開かれた憲法秩序にこそ当てはまるのであり、すなわち、連邦国家における国家権力がさまざまな『諸国民』に由来し、憲法価値秩序の頂点に国民ではなく、個々人の尊厳が置かれているところの国家権力に開かれた憲法秩序にこそ、当てはまるのである」<sup>155</sup>。したがって、民主政治に参加する権限の画定は、「ドイツ国民」という前実定的な概念から切り離し、「人間による民主主義の構造の原型」に立脚した基本法の要請に応じて行われるべきである。

そのため、ブリーデは、開かれた国民概念に対して、立法者がその概念の内実を形成する、すなわち、誰が民主政治に参加する資格を有するかを決定する権限を持っていると主張した。基本法 20 条 2 項にいう「国民」の概念について、ブリーデは、「ここにおける『国民』を制度化されていない憲法制定権力の担い手と解するなら、かかる憲法制定権力は、いずれにせよ国籍のような技術的な法制度に束縛されうるものではない。それに対し、選挙及び投票において国民が行使する権力 (20 条 2 項 2 文) は、制度化された権力である。誰がこれに参加しうるかは、憲法の限界内において法律がこれを定めるのであり、したがってこれに関連して誰が国民 (能動市民) に属するかは、一定の範囲内において通常立法者の任意に委ねられている」とした。したがって、「国民を国籍によって定義する場合でも、例えば生

<sup>153</sup> Brun-Otto Bryde, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, in: Staatswissenschaft und Staatspraxis, 1994, S.322.; Brun-otto Bryde, Ausländerwahlrecht und grundgesetzliche Demokratie, Juristen Zeitung, 1989, S.259.

<sup>154</sup> Brun-Otto Bryde, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes als Optimierungsaufgabe, in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Demokratie und Grundgesetz, 2000, S.59f.

<sup>155</sup> Brun-Otto Bryde, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes als Optimierungsaufgabe, in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Demokratie und Grundgesetz, 2000, S.61f.

地主義を採用して外国人の将来の世代を生まれながらのドイツ人にすることによって国民の範囲を拡大することは立法者の自由である」。ブリーデは、「このような人民の構成の可塑性からみると、立法者が、帰化によってではなく、政治的な権利を付与することによって能動市民の範囲を広げることを考える可能性すら否定する厳格性は、むしろ奇妙なことに思われる」と強調した<sup>156</sup>。

ブリーデと同様に、ベッケンフェルデの民主的正統化理論を批判したハンス・ハイブリヒト・トゥルーテも、民主的正統化の主体を、より一般的に人間の尊厳に結びついた諸個人の自己決定の視点から把握するべきであると主張した。トゥルーテは、民主主義原理が「最適化および具体化を必要する」という意味において「原理」である点を強調した。つまり、民主主義原理は、発展に開かれている国家目標規定、憲法上の原理として理解されなければならないのである<sup>157</sup>。それに加えて、トゥルーテは、「正統化の出発点は個人である。民主主義の決定的な基点は個人なのである<sup>158</sup>。個人は、自らの人間の尊厳と、人間の尊厳から導かれる自己決定の保障に基づき、行使される支配権力に対して、自らを法秩序内に位置づけることができる」とした。したがって、彼は民主主義原理を「最適化原理」によって捉え、民主政治の参加者の画定を、基本法の根本的価値である人間の尊厳および自己決定の保障問題に引き戻した。それゆえ、トゥルーテによれば、民主的正統化の構図において、諸個人は場合によっては種々の正統化主体（連邦国家の構成員、州の構成員、地方自治体の市民、機能的自治主体の構成員、欧州連合の市民など）として登場する。国家権力に対する有効な帰責関係を保証するために、国民概念は、従来の見解が想定するような国籍保有者という集合的統一体を超えて、多元的に理解されるべきである<sup>159</sup>。

また、国民概念を「国家と不可分に結びついた運命共同体」として理解し、国籍という人的な継続関係を強調したイーゼンゼーの見解に対して、マンフレート・ツーレークは、「運命共同体」を実質的に解釈した上に、外国人の選挙権の付与に賛同する。前述したように、イーゼンゼーによれば、国籍は運命共同体の構成員性を保証するものである。常に滞在国から離脱して自国に逃げられる外国人に対して、国籍保有者は、選択の余地もなく、当該国家と運命を共にすることを免れない。したがって、国家に帰属する者が国家団体の自己決定に参加することは、同じ者が国家団体に生涯、不可避免的に依存することの代償であると解される。ところが、ツーレークは、外国人が何時でも自由に出国でき、国家の拘束を受けないことを理由として選挙権を認められないという見解を反論した。ツーレークは、外国人の可離

<sup>156</sup> Brun-Otto Bryde, *Ausländerwahlrecht und grundgesetzliche Demokratie*, *Juristen Zeitung*, 1989, S.259.

<sup>157</sup> Hans-Heinrich Trute, *Die demokratische Legitimation der Verwaltung*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd.1, 2006, S.318f.

<sup>158</sup> Hans-Heinrich Trute, *Die demokratische Legitimation der Verwaltung*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd.1, 2006, S.321.

<sup>159</sup> Hans-Heinrich Trute, *Die demokratische Legitimation der Verwaltung*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd.1, 2006, S.320-325.

脱性の点について、長期滞在により連邦共和国内に社会的生存基盤を構築した外国人は、その放棄という代償を支払ってのみ母国に帰還しうるのであり、とりわけ連邦共和国に生まれ育った世代にしてみれば、母国への帰還は他国との出会いに等しい、と指摘している<sup>160</sup>。定住外国人の状況から見れば、連邦共和国への経済的および社会的依存により、その可離脱性は相対的なものにすぎない。定住外国人にとって、そのような依存状態から離脱することは、実質上極めて困難であると言わざるを得ない。他方で、ドイツ国籍保有者にも、基本法2条1項で出国の自由が認められており、また国籍離脱という手段も取り得る<sup>161</sup>。その観点から見れば、可離脱性の点において、ドイツ国籍保有者と外国人との間に重大な差異は存在しない。それにしたがってツーレークは、国籍保有者の場合のみ、「運命共同体」の概念が限定的に使われることに反対した。ドイツ連邦共和国の領土に生活する人間の運命共同体には、ドイツ国籍保有者のみならず、ドイツに長期滞在してその運命をドイツ人と分かち外国人も含まれる。こうして、ツーレークは「国家に諸個人に対する奉仕機能を付与する民主政の理解は、外国人の選挙権にいきつく」と結論づけた<sup>162</sup>。

ツーレークは、ドイツが外国人住民の急増によって事実上の移民国家に変わるという重大な社会的変遷に着目した上で、今日の国民概念が実質的な運命共同体として把握されるべきであると主張した。確かに、ドイツの場合、労働者としてきた大部分の外国人は、通常、長期に渡りその生活拠点をドイツに移しており、従来 of 外国人に対する「お客」との見方は、もはや実情に適合していない。そして、国家権力の担い手たる国民への所属は、連邦領土における「流動的」滞在に基づくべきではないが、生活拠点をもつ定住外国人について流動性を語るのには疑問である<sup>163</sup>。ツーレークは、それらの定住外国人がドイツ国民と同様の形でドイツの国家機関の高権行為に服していることを強調する。基本法上の民主主義原理は、政治的意思形成への能動的参加権を専らドイツ人が独占することではなく、ドイツ人住民と同様に国家権力に服する人々に能動的参加権を付与することを意味するのである<sup>164</sup>。更に、現実から見れば、外国人に選挙権を承認する必要性は明白である。19世紀の労働者階級が選挙権を獲得することによって様々な障害を廃止していったように、ツーレークは、社会的分野

<sup>160</sup> Manfred Zuleeg, Grundrechte für Ausländer ; Bewährungsprobe des Verfassungsrecht, DVBL 1974, S.341ff.

<sup>161</sup> ドイツ国民の出国の自由について、BVerfGE 6, 32, S.32ff.

<sup>162</sup> Manfred Zuleeg, Juristische Streitpunkte zum Kommunalwahlrecht für Ausländer, K.Sieveking/K.Barwig/K.Lörcher/C.Schumacher (Hrsg.), Das Kommunalwahlrecht für Ausländer, 1977, S.119f.

<sup>163</sup> Kai Bücking, Die Beteiligung von Ausländern an Wahlen zum Deutschen Bundestag, zu den Parlamenten der Länder und den kommunalen Vertretungskörperschaften unter besonderer Berücksichtigung der Wahlen zu den hamburgischen Bezirksversammlungen, 1992, S.81f.

<sup>164</sup> リトシュティークは、外国人にも選挙権を認めることが可能であるとの見解を表明した。基本法の「国民 (Volk)」の概念を国籍要件と結び付けることも可能ではあるが、定住要件と結合させることもできるはずだとの解釈を示し、現実には400万人を越える外国人住民を抱えた社会は、その民主主義的正当性を示すためには外国人住民への選挙権の承認を求められているのではないかと指摘する。Helmut Rittstieg, Wahlrecht für Ausländer, Verfassungsfregen der Teilnahme von Ausländern an den Wahlen in der Whhngemeinde, 1981, S.6.

における外国人のハンディキャップを選挙権の承認によって克服できると考える<sup>165</sup>。国民主権の原理は、最初から、社会の下層階級に対する抑圧を打破し、かかる階級を国家権力の行使に取り込むことを志向するのである。外国人に選挙権を付与することは、国民主権に違反しておらず、むしろその思想的起源に合致するのである。

国民概念の解明にアプローチするに際しての鍵は、民主制をどのように解釈すべきなのかという問題である。つまり、民主制が国民を作るのか、または国民が民主制を作るのかという問題に由来する。民主制が国民国家において発展し貫徹される以外に機会をもたなかったことは確かである。しかしながら、国家権力の支配の実態を無視し、国民概念を国籍保有者に限定して、民主政治に参加する権限を外国人から排除することは、むしろ不自由の芽を孕んでいる。これは本質的に、民主制的支配の個人主義的・自由主義的理論から集団主義的理論への移行に起因するものである<sup>166</sup>。外国人を国家における意思形成に参加させることを反民主的と考えるならば、帰化せずにいる定住外国人は、臣民のままでいなければならないことになるが、これはやはり不合理であり、民主主義の理念に背を向けるのである。国民概念は、開かれた概念として、民主主義の要請に応じてその内実を調整すべきである。それゆえ、国民概念が国籍という法的枠組みを越えて実質的に形成される可能性は、常に存在しなければならない。

民主主義原理を具体的に実践するために、ヨーロッパ統合が引き起こした基本法上の国民概念の変容は、国籍という法的身分に固執した従来の見解に対して、国民概念の多元的な理解の可能性を立証するのである。シュテファン・ホーベによれば、マーストリヒト条約及びそれを受けた基本法 28 条 1 項 3 文の導入という状況の下で、連邦憲法裁判所の外国人選挙権判決の「ドイツ国民はドイツ国籍所有者のみを含む」という命題は修正されている。彼は、ドイツ国民がドイツ国籍所有者だけでなく、ヨーロッパ連合加盟国の国民たる外国人をも含む、と解釈される可能性が出てきたことを示唆し、更に、国籍法の改正による血統主義の放棄の結果として、国家国民の概念が変容され、一定の領土上に定住する人々の運命共同体に近づく可能性が出てきたことを示唆した<sup>167</sup>。確かに、ドイツ国籍を有しない欧州連合の市民に地方参政権を付与することを、基本法上の国民概念の例外として理解する見解もある<sup>168</sup>。このような発展を例外的状況として解釈するとしても、従来の国民国家の想定に従って国籍保有者のみを中身とする国民概念を非国籍保有者に拡張することは、現実上可能で

---

<sup>165</sup> Manfred Zuleeg, Juristische Streitpunkte zum Kommunalwahlrecht für Ausländer, K.Sieveling/K.Barwig/K.Lörcher/C.Schumacher (Hrsg.), Das Kommunalwahlrecht für Ausländer, 1977, S.118ff.

<sup>166</sup> Manfred Zuleeg, Juristische Streitpunkte zum Kommunalwahlrecht für Ausländer, K.Sieveling/K.Barwig/K.Lörcher/C.Schumacher (Hrsg.), Das Kommunalwahlrecht für Ausländer, 1977, S.118.

<sup>167</sup> Stephan Hobe, Das Staatsvolk nach dem Grundgesetz, Juristen Zeitung, 1994, S.191 ff.

<sup>168</sup> M. Kaufmann, Kommunales Unionsbürgerwahlrecht und kommunaler Staatsaufbau, Zeitschrift für Gesetzgebung, 1998, S.42.

あると解されるべきである。少なくとも、国民の同質性＝国籍＝民主政治に参加する権限という定式の絶対性は、風化しつつある。国民概念は、国籍保有者の限定的な集団を指し示す一枚岩的な概念でなく、時代の変化と民主主義の理念に相応して多元的に把握されうる概念であることがわかる。

## 第二節 リベラル・ナショナリストからのディフェンス

民主主義の理念が、集合的存在としての「ネーション」の観念からではなく、「人間」の観念から構想されるとすれば、憲法秩序における民主制は、人間の尊厳の原理に基礎づけられた民主制である。そのような人間の尊厳の原理は、政治共同体の決定に服する者がその決定に参加すべきことを要請する。したがって、憲法上の国民概念も、憲法の根本的価値である人間の尊厳によって、構成されなければならない。民主政治に参加する権限を有する国民は、国民的同質性を保証する国籍でなく、人間の尊厳に結びついた自己決定の観点から把握される。そのため、外国人は当該国家の国籍を持たず、更に国民的同質性を有しなくても、国家権力の支配下に置かれ、国家機関の高権行為に実質的に服するのであれば、国民概念に組み込まれるべきである。

だが、国民的同質性は、実際の民主政治に完全に関わらない無用の長物なのだろうか。民主主義の理念を出発点として、国民概念の開放性を主張する論者は、国民的同質性と民主政治との関係性を厳密に検討しているとは言えない。国民的同質性の民主政治にとっての重要な機能を見落とせば、国民的同質性を保証する国籍の役割も、正確に認識されえない。それに対して、近年活発に論じられている「リベラル・ナショナリズム」論は、ナショナリティに結晶する同質性の有益性というアプローチをもって、同質性概念と民主的な政治制度との関連性を説明し、国民概念の限定性を主張している。

確かに、ナショナリズムの帯びる強烈な排除の暴力性、および、それが引き起こした人間世界の惨事史の歴史を強調し、更にポスト・モダンの言説の普及に伴い、ナショナリティの物語性と人為性、国民国家による再生産の循環を摘発した上で、ナショナリズムに否定的に取り組む議論が各学科の分野で提出されてきた。例えば樋口陽一は、憲法上の国民概念を、人々の自然的に結合した「民族」＝「エトノス」という、民族文化的多様性を包摂しえない共同体でなく、宗教や民族文化といったアイデンティティの要素から切り離され、政治的理念と価値の共有のみによって結合し政治的意思決定を行う一つの「国民」＝「デモス」と捉えるべきであるとした<sup>169</sup>。彼はドイツの公法学者ウルリヒ・プロイスの見解を引用した。「人民の憲法制定権力は、つねに、人民の **ethnic** な要素と **demotic** な要素とを包括しようとする。しかし、**ethnos** という測り難い力を **demos** という責任ある権威に転化することが、

<sup>169</sup> 樋口陽一「Nation なき国家？」『憲法 近代知の復権へ』平凡社、2013年、240頁以下。

まさしく憲法の原理なのである。それゆえ、憲法は、憲法制定権力によって創られたものではない、その創造者のもつ傾向、政治の構造に前政治的要素を導き入れようとする傾向に対抗して、つねに戦わなければならない<sup>170</sup>。樋口陽一は、エトノスの要素の決定性を最大限に拡張するナショナリズムを厳しく批判した。他方で、彼は「デモス」モデルの包摂力を力説し、「デモス」の概念によって国家が民族文化的多様性から中立であることで国内の民族的団体の衝突を回避し、多様な民族的出自を有する諸個人を排除なしに平和裏に統合しようとして構想した。それゆえ、異なったアイデンティティを持つ諸個人が憲法秩序の下に共同生活することができるために、国家は個人の自律的な選択に干渉して特定の民族文化に肩入れすべきでなく、厳格な中立性を保持しなければならない。「デモス」モデルに基づき中立性を要請される国家像は、従来のリベラリズムが目指すものと合致する。すなわち、文化超越的な中立国家には、多様な人生観や世界観を有する人々が、その相違にもかかわらず、みな同意でき、共生を可能にする。それは、リベラリズムが探究した政治社会の構成原理に相応した理想状態ともいえる<sup>171</sup>。

ところが、国内の諸民族的なアイデンティティに対して絶対的な中立性を保ち、民族文化的観点から見れば純粋な「無色透明」の立場に立つ国民国家像は、現実上存在し得るのか。リベラリズムは、属性から生じる役割や先決的なアイデンティティから個人を解放することを目標とした啓蒙思想の影響を引き受ける。そのため、リベラリズムはもともと、いかなる経済的・宗教的・人種的關係等への帰属によっても規定されない、無属性的で中立的な人間像を想定している。まさにジョン・ロールズの『正義論』で「原初状態」に置かれるように、リベラリズムの仮想した人間像は、「社会における自分の位置や階級的立場、社会的地位を知らないし、自分の先天的資源や能力、知力や体力などの分配における運も知らない」人間である<sup>172</sup>。つまり、理性を有して自律的な純粋選択主体としての「負荷なき自我」、原子的個人観である<sup>173</sup>。リベラリズムは、そのような負荷なき純粋選択主体としての諸個人が、自由に善き生を選び取る環境を整えることを理想とする。したがって、国家は当の個人の自律的な選択に介入すべきでもなく、また特定の選択を取らせることも許されない。リベラリストは、いわゆる国家の中立性を要請する。しかしながら、そういう負荷なき純粋選択主体としての個人像は、現実に対応することができない。なぜなら、個人はそれまでの人生

<sup>170</sup> 樋口陽一「Nation なき国家？」『憲法 近代知の復権へ』平凡社、2013年、252頁。

<sup>171</sup> リベラリズムの目標について、ジョン・グレイは「異なる善き生の構造と世界観を有する各人の間に同意を打ち立てることのできる政治的諸原理の探求」と説明した。ジョン・グレイ『自由主義』藤原保信、輪島達朗訳、昭和堂、1991年、134頁。

<sup>172</sup> ジョン・ロールズ『正義論 改訂版』川本隆史、福間聡、神島裕子訳、紀伊國屋書店、2010年、18頁。

<sup>173</sup> ロールズの原初状態における自我について、マイケル・サンデルは、「偶発的に与えられるすべての属性が自我からはぎ取られているので、本質的に負荷がなく、前もって境界づけられ、目的よりも優先する、一種の超経験的な地位が、つまり、行為や所有が限りなく希薄である、純粋な主体が仮定されている」と分析した。マイケル・サンデル『リベラリズムと正義の限界』菊池理夫訳、勁草書房、2009年、107頁。

において民族、家族、宗教、教育などの経験を通じてアイデンティティを形成するという意味で、ある特定の文化的共同体と密接な関係性を持つ存在だからである。キムリッカが指摘したように、人生の選択は、そうした文化的体験やその共同体の中で受け継がれてきた「文化的遺産」を頼りになされ、個人は、その選択が自らの今後の人生経路において有意義なものかどうかを判断するのである<sup>174</sup>。

それゆえ、ナショナル・アイデンティティは、ある人の人格的アイデンティティの一部を構成している。確かに、人間の多元的で複合的なアイデンティティ構造においては、ナショナル・アイデンティティは決してすべてではなく、一部である。とはいえ、ナーションにアイデンティティを見出すこと、自らをネーションの不可分の一部であると感じることは、世界の中で自分自身の場所を理解するごく普通のやり方である<sup>175</sup>。個人は生まれ落ちたナショナルな共同体において自我を形成するものであり、所与のナショナルな共同体に埋め込まれた存在である。諸個人の価値観と政治社会への想像が、ある程度でそのようなナショナリティによって規定されることも避けられない。したがって、現代政治の戦場がイデオロギーの闘争とその代表の正統性の争奪から諸個人と諸集団のアイデンティティの表出と承認に移れば、支配的地位を占めるナショナル・アイデンティティは、当然ながら国民国家の政治実態に反映されることになる<sup>176</sup>。優位なナショナル・アイデンティティを有する集団は、マイケル・ウォルツァーがいったように、「それ自身の歴史と文化を反映する仕方でも共同生活を組織し、事が意図されたとおりに運ぶ場合に、それ自身の歴史を前に進め、それ自身の文化を持続させている」<sup>177</sup>。こうしたナショナル・アイデンティティの表出は、公教育の性格、公用語、公共生活の象徴や礼儀、国家の暦法とそれが指示する祝祭日を決めることに現れる。様々な歴史や様々な文化について、国民国家は決して中立的ではない。その政治的装置は民族の再生産のための始動装置であり、民族集団は、まさに再生産手段を統制するために、国家としてのあり方を追求するのである。この事実を鑑みれば、国家は文化中立的な政治組織であるどころか、ある特定の多数手段の民族文化的な要素を支持せざるを得ない。ナショナルな諸要素は、当該社会の政治領域に濃密に反映されている<sup>178</sup>。

それゆえ、重要な課題は、民族文化に対して絶対的な無色透明の立場を固執して、国家の

---

<sup>174</sup> Will Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture*, Oxford: Clarendon Press, 1989, p.165.

<sup>175</sup> デイヴィッド・ミラー『ナショナリティについて』富沢克、長谷川一年、施光恒、竹島浩之訳、風行社、2007年。ヤエル・タミール『リベラルなナショナリズムとは』押村高、高橋愛子、森分大輔、森達也訳、夏目書房、2006年、93頁以下。

<sup>176</sup> 富沢克『『ナショナル問題』再考—『リベラル・ナショナリズム』の理論的基礎に関する考察』同志社法学63巻1号、2011年6月、119頁。ヤエル・タミール『リベラルなナショナリズムとは』押村高、高橋愛子、森分大輔、森達也訳、夏目書房、2006年、178-181頁。

<sup>177</sup> マイケル・ウォルツァー『寛容について』大川正彦訳、みすず書房、2003年、47頁。

<sup>178</sup> 白川俊介『ナショナリズムの力—多文化共生世界の構想』勁草書房、2012年、23頁。栗田佳泰も、政教分離原則の諸判例において最高裁によって提出される「社会通念」という概念の中身に、リベラル・ナショナリズム論のナショナリティ理解を以て充実させるべきであると主張した。栗田佳泰「多文化社会における『国民』の憲法学的考察」久留米大学法学第59・60合併号、2008年10月、103-105頁。



政治領域において民族文化的な要素を排除して否認することではない。むしろ、その自然的な傾向を積極的に評価しながら、ナショナル・マイノリティを公正に処遇すること、または、自らの民族文化にアクセスさせて政治領域にも自らのナショナル・アイデンティティを表明できるように努力することが、国民国家の任務である。国民国家は、マジョリティの形成したナショナル・アイデンティティをリベラリズムの諸価値に照らしてよりリベラルな方向に調整すべきである。一方でそれは、今までの「リベラルな」国民国家の「ネーション・ビルディング」をナショナル・マイノリティに対する抑圧の契機を孕むものとして可視化し、こうした公正性の問題を真摯に捉える。他方では、ナショナル・アイデンティティの形成と維持をリベラリズムの理想の下に再検討して、新たな価値と重要性を見出しようとする試みでもある<sup>179</sup>。つまり、国民国家とナショナル・アイデンティティの「物語性」や「人為性」が明らかにされても、自由・平等・民主主義の秩序の実現という価値理念に照らして、既存の「物語」や「人為的産物」の価値と有益性を再発見することが、現代国民国家の政治プログラムに必要なのである<sup>180</sup>。

リベラル・ナショナリストにとって、異なる人生観・世界観を有する人々の間での共生を達成にするためには、そうした相違を超えて社会的統合を可能にする連帯意識や共有の制度に対する愛着なども強調されるべきである<sup>181</sup>。言い換えれば、リベラル・デモクラシーの二つの主要な課題、つまり「多様性の要請」と「統合の要請」を果たすために、リベラル・ナショナリストは、少数者の存在に配慮するのみならず、強固な連帯意識を作り出して、民主制度の重要な基盤を整備することを力説する。したがって、リベラル・ナショナリズム論者の中心的主張は、リベラル・デモクラシーの核心的な価値がナショナルな政治的単位で最もよく実現されるというものである。ナショナル・アイデンティティの共有による同胞への強い連帯意識や信頼感、および国民国家の既存の政治制度を「我々の制度」と認識し愛着を持つこと、これらがリベラル・デモクラシーの諸原理とその制度的実現の基礎にあるとリベラル・ナショナリズム論者は主張する。

民主主義の理念の下に、解放された個人が共同で自らの運命の決定者を務め、そうした個人は、国家市民として自らの共同生活の規則と様式を決定する権力を手に入れる。ハーバーマスの指摘したように、「徹底的に世俗的な政治は、個人の主体性と国民の主権とに同時に

---

<sup>179</sup> 施光恒「リベラル・ナショナリズム論の意義と展望—多様なリベラル・デモクラシーの花開く世界を目指して」萩原能久編『ポスト・ウォー・シティズンシップの構想力』慶應義塾大学出版会、2005年、162頁。

<sup>180</sup> ナショナル・アイデンティティの神話性について、ミラーは以下のように返答した。「私たちは、ナショナル・アイデンティティに神話的な要素が含まれていることをいったん発見したからといって、ナショナル・アイデンティティを手放してしまうのではなく、むしろこうした要素がネーションの創設と維持にどの程度の役割を果たしているのかを問うべきである。なぜなら、厳密に言えばナショナル・アイデンティティに関する信念が誤謬だとしても、その信念が価値ある社会関係を支えるのに重要な貢献をなしていることが明らかな場合、そうした信念を捨ててしまうことは理にかなったことではないからだ」。デイヴィッド・ミラー『ナショナル・アイデンティティについて』富沢克、長谷川一年、施光恒、竹島浩之訳、風行社、2007年、62頁。

<sup>181</sup> 施光恒「リベラル・デモクラシーとナショナル・アイデンティティ」施光恒、黒宮一太編『ナショナリズムの政治学—規範理論への誘い—』ナカニシヤ出版、2009年、80-81頁。

対応する、自由の表現であり証明として理解される」<sup>182</sup>。したがって、民主主義の理想像によれば、政治的共同体の構成員は民主的討議に参加し、了解に達して互いに歩み寄り、個別的利害や普遍的利害にかかわることがらについての意見を形成すべきである。ところで、リベラル・ナショナリストにとっては、民主的討議によって政治的共同体の共通問題に対する合意が成立するのは、民主政治の参加者がお互いを理解し、信頼している場合のみである。自分以外の他者が真剣に自分の利益や意見を考慮してくれると思うことができなければ、そもそも民主政治は成り立たない。それゆえ、民主政治の運営にとって相互信頼と相互理解が不可欠な前提条件であり、そしてこのような相互信頼と相互理解には「同質性」が必要とされる。リベラル・ナショナリストによれば、相互信頼と相互理解の状況を作り出した同質性の基盤となるものが「ナショナル・アイデンティティ」にはかならない。リベラル・ナショナリズムの代表的論者たるデイヴィッド・ミラーは、民主政治の運営とナショナル・アイデンティティとの関係性について以下のように述べた。「全市民が公的問題についての議論にいずれかのレベルで関与する形態の民主主義を切望するのであれば、同意の基盤を求め際に市民がお互いの誠実さを信頼しあえるような条件を探求しなければならないということである。現代の巨大な集団にあつては、ナショナリティの共有のみが、こうしたことを可能にする連帯意識を付与することができる。……ナショナル・アイデンティティの共有は、ナショナリティを同じくする同胞が共生していくために同意できる条件の探究に実践的に関与していくことを意味するのである」<sup>183</sup>。

「想像された」同質性の感覚を共有する共同体内に構成員が住まうことは、彼らの間に相互的な責任感を生じさせる。人間関係の発展、すなわち共有された目的を達成するために政治的共同体において他者とともに奮闘する能力は、人間的生活を豊かにする。そして、ナショナルな構成員性に内在する連続性への敬意は、自らを祖先と将来の世代とに結合させ、現代生活の特徴である孤独感と疎外感とを減じ、それによって個人に人間的生活と創造性との連続の中に自らを位置づけることを可能にさせるのである。それゆえ、共有されたナショナル・アイデンティティは、民主政治に対して統合の要請を満足させ、構成員同士の間、他の人間集団の提供することができない強力な統合の絆を構築して、民主政治の安定した基礎構造を整備しているのである<sup>184</sup>。そういうナショナル・アイデンティティによってもたらされる連帯意識も、民主政治の基本的なルールとしての多数決原理に欠かせないものである。特に多数派と少数派との間に民主的討議がうまく行われ、意見の衝突する諸集団が真

<sup>182</sup> ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（下）—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2003年、247頁。

<sup>183</sup> デイヴィッド・ミラー『ナショナリティについて』富沢克、長谷川一年、施光恒、竹島博之訳、風行社、2007年、170頁。

<sup>184</sup> ヤエル・タミール『リベラルなナショナリズムとは』押村高、高橋愛子、森分大輔、森達也訳、夏目書房、2006年、258-265頁。マーガレット・カノヴァンも、民主政治の運営に必要な強い連帯意識と、政治制度への愛着を促進する共通のアイデンティティをもたらすものは、現代ではナショナリティしかないだと強調する。Margaret Canovan, *Nationhood and Political Theory*, Edward Elgar, 1996, pp.16-26.

撃に相手の主張を傾聴して、お互いに納得できる結論をなるべく追求するために、このような連帯意識は民主政治の過程に重大な貢献を果たす。多数派と少数派の間に、何らかの相違があるとしても我々は政治的共同体において仲間であるという強固な連帯意識が存在しなければ、多数派はあえて少数派の声に耳を傾けようとしないと考えられる。したがって、多数派が少数派の直面する困難を配慮して彼らの不利な立場を改善しようと積極的に行動することは考えにくい。多数派と少数派の間に、主張、意見や置かれる状況の相違にもかかわらず、同じ仲間であると思われる連帯意識が存在するほうが、多数派が少数派の見解を傾聴して尊重する現実上の動機付けは高まり、民主的な討議過程がスムーズに展開されることを可能にする<sup>185</sup>。さらに、そういう連帯意識が作用する限りでは、少数派が自分にとって望ましい結論が得られなくても、民主的な討議過程を通じて形成される決定を服従することは、ある程度保証される。

他方では、現実上の技術的観点から見れば、民主的討議過程がうまく行われることを可能にする最善の政治的枠組みは、言語を共有するナショナルな集団である、トリベラル・ナショナリズム論者は論じる。彼らは、「同胞感情のない国民のあいだにあつては、ことにかれらが異なった言語を読み書きしているばあいには、代議制統治の運用に必要な、統一された世論が存在しえない」という一九世紀自由主義思想家ジョン・スチュアート・ミルの見解が今日でも通用すると認める<sup>186</sup>。例えば、キムリッカは、リベラル・ナショナリズムの立場から、言語的単位であるネーションと民主政治との密接な関連性を指摘する。キムリッカによれば、国民の同質性の基盤となる「社会構成文化」には、あらゆる社会的慣習や制度の背景にある「伝統や慣習に関する共有された語彙」が含まれている<sup>187</sup>。このような社会構成文化は、共有された言語を基礎とするのである。キムリッカは、「言語を通じて明示するやり方は、我々の歴史、我々の『伝統や慣習』から作られる。……意味ある選択肢を利用できるかどうかは、社会構成文化にどれくらいアクセスできるか、その文化の歴史と言語、つまり『伝統や慣習に関する共有された語彙』をどれほど理解できるかにかかっている」と主張した。言語の共有は、民主的討議が成立するための相互信頼と相互理解の重要な源泉である<sup>188</sup>。

それに言語の共有は、民主的討議の精神的基礎のみならず、その技術的な土台を提供している。一般的にいえば、複数の言語を流暢に話せて、そうした語学力を維持・発展させる継

---

<sup>185</sup> デイヴィッド・ミラー『ナショナリティについて』富沢克、長谷川一年、施光恒、竹島博之訳、風行社、2007年、167-170頁。

<sup>186</sup> ジョン・スチュアート・ミル『代議制統治論』水田洋訳、岩波書店、1997年、376頁。

<sup>187</sup> キムリッカによれば、社会構成文化とは、「公的領域と私的領域の両方を含む人間の活動のすべての範囲—そこには社会生活、教育、宗教、余暇、経済生活が含まれる—に渡って、さまざまな有意義な生き方をその成員に提供する文化」である。ウィル・キムリッカ『多文化時代の市民権—マイノリティの権利と自由主義—』角田猛之、石山文彦、山崎康仕監訳、晃洋書房、1998年、113頁。

<sup>188</sup> ウィル・キムリッカ『土着語の政治—ナショナリズム・多文化主義・シティズンシップ』岡崎晴輝、施光恒、竹島博之監訳、法政大学出版局、2012年、294頁。

続的な機会を持ち、多言語状況で母語以外の言語で政治的争点を十分に議論する能力を有するのは、僅かなエリートだけである。たとえヨーロッパのように複数の言語を使える人が稀ではない地域であってもそうである。一般市民は、母語でなければ政治的争点を満足に議論できない。自由で民主的な政治的討議において、他人の主張を聞き取って自分の意見を適切に表明することは、片言の言語を用いて済むことではない。大衆が、自己の生活感覚を言語的に表明し、レトリックなどもまじえ、互いに微妙なニュアンスまで理解し合う審議を行って初めて十全な民主的討議となる<sup>189</sup>。それゆえ、キムリッカは、民主政治を土着語による政治と定義して、民主主義にとって政治的討議は「土着語」で行われる方が参加的になると考える。したがって彼は、例えばヨーロッパ連合のような地域統合体における政治的意思決定は、言語を共有するネーションと比べた場合、民主的決定の主体としての正当性は低いと認めた。異なる母語を持つ者が話し合うトランスナショナルなレベルにおける討議は、ほとんど例外なくエリート支配になってしまい、大衆の民主的参加の実質的な条件を備えないので、大衆の声が反映されにくい<sup>190</sup>。言語の境界を越えた高次の政治空間よりも、一つの共通語によるナショナルな政治的討議は、現代世界における民主的参加の主要な場となり、人々が真に参加できる場なのである。

リベラル・ナショナリストは、民主政治に安定した組織的な基盤を与えるために、ナショナルリティによって表明される同質性を強調している。その点について、リベラル・ナショナリズムは、前述したドイツ国法学の従来の見解と同様な見解を示す。確かに、リベラル・ナショナリズムは、リベラル・デモクラシーの諸理念の実現には、同質的なナショナルリティに強固な統合の構造を求める。それゆえ、政治制度へのナショナルな文化の反映、およびナショナルリティの構築のための言語政策や文化政策の遂行が、ある程度許容されることとなる。ところが、リベラル・ナショナリズムは、「リベラル」的な性質を有する以上、リベラル・デモクラシーのもう一つの要請、つまり「多様性の要請」を見捨てるべきではない。したがって、リベラル・ナショナリズム論者は、同質的なナショナルリティを主張すると同時に、リベラリズムの要請する公正性の制約に服しなければならない。そのため、ドイツ国法学の従来の見解に比べれば、当該理論の主張者たちは、国民国家の内部に存在するマイノリティ集団の処遇により一層配慮し、多様性の保護の問題をさらに意識している。

まず、リベラル・ナショナリズム論者は、ナショナルリティの柔軟性を強調し、ナショナルリティをすべての社会集団による能動的な解釈に開かれた概念として捉える<sup>191</sup>。また、ナショ

<sup>189</sup> 施光恒「リベラル・ナショナリズム論の意義と展望—多様なリベラル・デモクラシーの花開く世界を目指して」萩原能久編『ポスト・ウォー・シティズンシップの構想力』慶應義塾大学出版会、2005年、153頁。

<sup>190</sup> ウィル・キムリッカ『土着語の政治—ナショナリズム・多文化主義・シティズンシップ』岡崎晴輝、施光恒、竹島博之監訳、法政大学出版局、2012年、299頁。

<sup>191</sup> デイヴィッド・ミラー『ナショナルリティについて』富沢克、長谷川一年、施光恒、竹島博之訳、風行社、2007年、74-78頁。ヤエル・タミール『リベラルなナショナリズムとは』押村高、高橋愛子、森分

ナリティは、エスニック集団など他の集団の帰属に由来するアイデンティティと原理的には両立可能なのである。すなわち、ナショナルリティは、様々な社会集団のアイデンティティと必ずしも排他的ではなく、原理上は十分な包摂性を有する<sup>192</sup>。共有のナショナルリティの解釈に関して異なる見解を持つ社会集団が存在する場合、政治的枠組みの公正性の確保のためには、それらの社会集団の主張を尊重し、既存のナショナルリティの解釈に修正を加え、すべての社会集団が納得できる形に整えていく必要がある。他方で、例えば、イギリスのスコットランド人やウェールズ人、フランスのブルターニュ人のように、ナショナルリティを部分的に共有する集団が存在する場合、各地域のアイデンティティのあり方にかなった政治を行う様々な制度（連邦制や地方分権）を深化させることによって、各集団は平和的に共存することが可能である<sup>193</sup>。最後に、極端な場合、つまり一つの政治的枠組みの中に敵対的なナショナル・アイデンティティを有する集団が含まれ、いくら連邦制や自治を深化させようとも、共存が決定的に困難な場合は、少なくとも原理上は、分離独立の承認が求められると言える<sup>194</sup>。こうして、リベラル・ナショナリズム論者は、同質的なナショナルリティがもたらす公正性の問題を認識したうえで、ナショナルリティの共有程度によって場合分けして論じ、様々な社会集団にリベラル的な対応を考えている<sup>195</sup>。

以上のように、「統合の達成」と「多様性の保護」を同時に配慮するリベラル・ナショナリズム論者は、ナショナルな枠の存在が民主主義を可能にしていると力説する。その枠を前提とした国民国家という制度の利用によって、大規模な人間集団へ民主主義を提供することが可能となる。ミラーが強調したように、「およそ政治共同体は可能な限り、その構成員が多く、様々な個人的また集団的アイデンティティを超えて一つになる、共通のナショナル・アイデンティティを分かち持つような形で組織されるべきである。それゆえ、政治的境界の線引きは単なる偶然の事柄と見なされるべきではない」<sup>196</sup>。国民国家において、ナショ

---

大輔、森達也訳、夏目書房、2006年、135-144頁。

<sup>192</sup> デイヴィッド・ミラー『ナショナルリティについて』富沢克、長谷川一年、施光恒、竹島博之訳、風行社、2007年、78-80頁。

<sup>193</sup> デイヴィッド・ミラー『ナショナルリティについて』富沢克、長谷川一年、施光恒、竹島博之訳、風行社、2007年、第五章。David Miller, In Defence of Nationality, in: *Citizenship and National Identity*, Polity Press, 2000, p.37.

<sup>194</sup> デイヴィッド・ミラー『ナショナルリティについて』富沢克、長谷川一年、施光恒、竹島博之訳、風行社、2007年、190-193頁。David Miller, Nationality in Divided Societies, in: *Citizenship and National Identity*, Polity Press, 2000, p.125-131.

<sup>195</sup> しかし、リベラル・ナショナリズムは、はたして多様性の保護を主張することによって同質性の圧迫に関する懸念を払拭できるかどうかについて、まだ議論の余地がある。例えば、山崎望は懐疑的な立場を採る。「生の条件をめぐることは、人々は何よりナショナルリティによって強く規定される『国民』として生きることが要請されるため、かかる『典型的な国民像』から『逸脱』した少数派に対する同一化の圧力や、排除の機制は強まる。人々の生のかけがえのなさは、あくまで『国民』であることを条件としたものとなる（換言すれば、国民とはみなされない人々の生の条件は制約される帰結をもたらしやすい。）」山崎望「政治共同体の構成と現代デモクラシー論」宇野重規、田村哲樹、山崎望『デモクラシーの擁護—再帰化する現代社会で』ナカニシヤ出版、2011年、108-109頁。

<sup>196</sup> デイヴィッド・ミラー『ナショナルリティについて』富沢克、長谷川一年、施光恒、竹島博之訳、風行社、2007年、333頁。

ナリティの同質性は、市民資格を有する者を限定する判断基準とし、同質性の条件を満たした者のみを対象として民主的諸制度を確立している。したがって、その民主主義的制度を安定させるために、同質的なナショナリティを活用すべきだとリベラル・ナショナリズム論者は主張する。同質的なナショナリティが民主政治を機能させることを積極的に評価する立場から、同質性概念は新たなディフェンスを得られる。討議のための言語空間や社会的構成構造を維持するものとして、同質的なナショナリティが期待されている。その意味では、リベラル・ナショナリズムは、ナショナリズムの一形態であり、民主主義論の一形態でもある。彼らによれば、同質的なナショナリティが自己目的化しておらず、民主政治の安定性を向上させるための最善な枠組みとして想定されるのである。同質性は、民主政治の帰結であり原因でもあり、両者が現代の政治共同体の表裏一体となっている。

## 第四章 同質性概念の再検討

### 第一節 民主政治の前提性の問題

前述した説明と分析に従って、国民的同質性が民主政治の運営に欠かせない前提条件と見なされることは判明した。確かに、しばしば指摘されたとおり、このような同質性は非常に抽象的な概念である。例えば、国民の共同体が形成される様々な場合、決して一つ或は二つの固定的なメルクマールを一律に使う同質的な人々を国民として束ねるのではない。分散した諸個人の間が生じた繋がりの内容は、共同体形成の目下の与えられる状況と具体的な事態に基づいて変わる。まさにベッケンフェルデが述べたように、ある時は共通の言語、ある時は特定の歴史的な伝統、ある時は既存の国家政治的な秩序への所属性、ある時は共通の宗教信仰、または上述した色々な要素の組み合わせの形で現れる、国民共同体の自己定義に資する結合点の多様性と相違性が存在している<sup>197</sup>。それにもかかわらず、国民共同体は、必然的に同質的なナショナリティを有し、より正確に言えば、同質性の内容を問わず、このような同質性を有することこそ、国民共同体がうまく構築される先決的な根本条件である。したがって理論上、共同体内部の政治秩序も同質性の基盤に依存し、同質性概念をもって初めて合理的な政治生活の展開が可能にされる。

そのために、かつて宗教の持っていた絶対的な価値基準が近代以降に衰退し、啓蒙思想の影響を受けて多様な価値観が交錯し、「神々の闘争」と呼ばれる現代世界において、諸個人の自由権と自律的な選択が最大限に尊重され、国家的な政治秩序の存立意義として見なされても、同質性概念は依然として諦められない。国民国家の境界線と政治運営に必要な環境を説明するために、同質性概念は繰り返して利用されている。諸個人の価値観の多元性と自律性への尊重の下に、当然ながら、同質性概念はある程度の修正と弱化に耐えなければならない。例えば、ベッケンフェルデが主張した「相対的な同質性」のように、内容の相違を承認して要求の強度を低減することを受ける同質性概念も登場した。しかしながら、同質性概念はそのように修正されても、まだ国法学の舞台で大役を任され、憲法の要請に基づく民主政治の前提条件として認められ、消え失せたことがない。更に、近頃政治哲学の領域においても、同質性概念は新たな正当化の根拠を得る。従来为国法学が抽象的な国家理論に基づき、同質性概念を政治的共同体の形成要件として論議することに対して、リベラル・ナショナリズム論者は、民主政治の現実的な側面に着目して、プラグマティックな効果という視点から、国民国家の政治体系における同質的なナショナリティの必要性を論じている。更に彼らは、ナショナリズムの固執した同質性概念をリベラルな政治秩序の諸価値を照らして調整し、その概念に新たな存在意味を付与しようとする<sup>198</sup>。

<sup>197</sup> Böckenförde, Die Nation --- Identität in Differenz, in: ders., Staat, Nation, Europa, 1999, S.41.

<sup>198</sup> 山崎望「政治共同体の構成と現代デモクラシー論」宇野重規、田村哲樹、山崎望『デモクラシーの擁

同質性概念は、一方で従来の国法学から理論上の論証基礎、他方でリベラル・ナショナリズムから実務面の補強的な根拠を得る故に、政治的共同体に決定的な前提要件として取り扱われている。しかしながら、このように一見して反駁し難い同質性概念をもって、近代立憲主義によって要請される民主政治の存立基盤を論じ、政治的共同体の理想像を説明する試み自体は、実際には様々な問題点を孕み、民主政治の最も重要な意義と機能を見失う立論であると言わざるを得ない。

まず、同質性概念と民主政治の多数決原理との関連性にメスを入れて検討したい。従来の国法学者とリベラル・ナショナリズム論者の想定によれば、多数決のを通じた政治的決定に対する少数派の受け入れと服従は、国民の同質性に基づいて形成される強力な連帯感しか確保することができない<sup>199</sup>。そのような同質性が存在しない場合、政治的共同体において激しい対抗が、回復できない分裂や越えられない対立を引き起こし、最後には民主制の放棄、そして同時に現れる暴力的な政治闘争を招くおそれがある。こうした重大なリスクを回避するために、多数決原理は国民の同質性の上に成り立たなければならない<sup>200</sup>。確かに、政治的決定を作成する際に適用される多数決原理には、潜在的な危険が常に内在している。すなわち、多数決原理の下に劣勢に立たされる少数者は、政治的統一の維持より個別的な利益の貫徹を重要視する故に、具体的な決定過程において自分の利害関係が十分に考慮されない場合、その結果として消極的な不遵守、積極的な抵抗または完全な分離という反応をとるかもしれない。このような危険の本質および起因を理解するために、多数の見解は、実際の政治的決定の手續に先行した社会構造に主眼を置いて、それを少数者の反応を説明するための鍵概念とする。それに、共同体内部の同質性を強調することによって、民主的過程において調停できない衝突状況を生じる者は、およそ異質的な諸集団であるという考え方も強化される。したがって、このような危険のもたらす衝撃を最小限に抑えて、多数決原理の

---

護一再帰化する現代社会で』ナカニシヤ出版、2011年、106-108頁。

<sup>199</sup> 中村浩爾は、ウィルモア・ケンダルを「絶対的多数支配」の代表的論者と見なし、多数決原理について彼の理論が集団の同質性を強調したことを指摘する。中村浩爾『現代民主主義と多数決原理—思想としての民主主義のために—』法律文化社、1992年、108-110頁。

<sup>200</sup> 和田英夫は、「各成員間の意見の対立にもかかわらず、しかもその根源においては、基礎的な利益の同質性が、すなわち、たとえば国にあつては国民的利益や国民的連帯性の共通的な認識といったものが、大前提となっていなければならない」と述べて、同質性概念を多数決原理の前提条件として認めた。それに加えて、和田英夫も同質性の要請をフレキシブルに認定し、「少なくとも、たとえば、人間の平和な幸福な生存の保障という点においては、わが国内における資本家・労働者階級のはげしい対立の現状にもかかわらず、また、国際社会における米ソ等国家体制のきびしい対立にもかかわらず、今日のわが国民のすべてが、また、今日の世界のあらゆる国民が完全なる利益の同質性を享有しうるはずであり、そのことはおよそ合理的な人間集団における暗黙の約束となっているともいえよう」と説明した。和田英夫「公法における多数決原理」日本法哲学会編『日本法哲学年報—多数決原理』有斐閣、1961年、55頁。注目に値するのは、従来の国法学の理解した具体的、実存的な同質性概念と違って、和田英夫がそこで論じた同質性の要請は抽象的な権利主張、最低限度の保障内容や政治理念をもって満たせることである。このような同質性概念は、ベッケンフェルデの「相対的な同質性」よりはるかに弱化され、おそらく国法学者の許容の最低限度に達することができなからう。それほど弱化された同質性概念は民主政治の重要な前提条件として挙げられ、論じられる必要性も全くなく、むしろ理論上揚棄すべきではないか。



適用を可能とするために、政治的共同体の同質性を確保することが最優先だと考えられる。しかし、同質性概念を強調する故に、多数決原理の諸前提を詳細に分析する課題が、逆に軽視されているのではないか。

一見して宗教的理由、民族的理由、言語的理由または文化的理由に基づいて調停できない衝突も、もっと奥深く分析すれば、最初は全く違う問題によって引き起こされることがわかる。言い換えれば、社会内部における多くの衝突は、様々な問題に由来したものであるが、社会構造に内在的な問題として、エトノスの、民族的な意味論を通して再定式化される。宗教、言語または文化という強力な動員資源によって問題の方向性が転換される故に、衝突自体の本当の起因は誤魔化される。そのため、あらゆる宗教的理由、民族的理由、言語的理由または文化的理由に基づく諸衝突は、社会的同質性が欠けるために引き起こされたので、民主政治にとって調停できないのであるという認識自体が疑われる。他方では、ハンス・ケルゼンが指摘したように、「そもそもあらゆる方向において本質的に利害が調和する人間社会などは存在しない。利害の調和は、永続的に更新されてゆく妥協によってのみ達成される。なぜなら、枝葉末節の意見対立も死活の利害対立となり得るのだから」<sup>201</sup>。ケルゼンの見解から見れば、民主的過程で調停できない衝突が宗教的、民族的、言語的または文化的な要素に帰されると想定し、民主政治の運営のためには同質性が確保されなければならないという主張自体が、民主政治における対立関係を単純化し過ぎており、最初から社会の現実を把握しきれなかったと言わざるを得ない。

更に、多数決原理を通じた政治的決定に対する反対の多くは、政治的決定の質に由来している。70年代において多数決原理を批判の対象とした見解から見れば、「無関心そして無知な多数者とそれらの代表者」が多数決原理を通じて作成した政治的決定の正当性は、ただ算術的、統計的な価値を持った既存の多数状態から調達されるに過ぎず、政治的決定の質から導き出されえないのである<sup>202</sup>。したがって、政治的共同体の同質性も同様に政治的決定の質を確保することができない。政治的決定の質が疑われる場合に、当該決定の受け入れを拒否する少数者が現れることは回避できず、それらの諸衝突は決して国民的同質性をもって抑制できるのではない。対立した諸意見の間に行われる民主的討議において現れるのは、文化的相違でも、言語的または民族的な相違でもなく、あくまでも共通の政治的秩序の下に生起する衝突として理解されるべきである。

政治的共同体の同質性を主張する論者が見落としたもう一つの重点は、民主的手続のもたらせる社会的な統合力である。彼らは、表決の手続に先行して存在する共同体の同質性に

---

<sup>201</sup> ハンス・ケルゼン『民主主義の本質と価値 他一篇』長尾龍一、植田俊太郎訳、岩波書店、2015年、87-88頁。

<sup>202</sup> Bernd Guggenberger, *Krise der repräsentativen Demokratie?*, in: ders./Kempf (Hrsg.), *Bürgerinitiativen und repräsentatives System*, 1978, S.27.

専ら注目したゆえに、民主的決定過程の手續に関する技術的な内容形成、および、多数による決定の具体的な成立に対して、十分な関心を寄せるとは言えない。多数決原理自体の有する社会的な統合力について、ケルゼンは明言した。彼は、「重要なことは、多数を形成し、獲得しようとして、社会内に存在する相違・対立への無数の衝動を、唯一の基本的な対立点に従属させ、結局は支配権を争う二集団の対立に集約することである。両集団は、数字上の優劣はともかく、その政治的重要性、社会的影響力においてはそれほどの相違はない。多数決原理を社会学的に特色づけるのは、さしあたって社会的統合力である」と述べた<sup>203</sup>。したがって、ケルゼンによれば、多数決原理は、異なる政治的な諸集団に圧力を与えて、連携を図ったり、妥協を達成したりしようとして作用し、社会内部の無数の区分及び分裂の傾向を効果的に収斂することに役立っている。

このような理解に従えば、多数決原理の適用にとって最も決定的なのは、そもそも言語的、文化的または民族的な相違ではなく、むしろ社会構造上の少数者が民主政治の過程において永遠の少数者にならないこと、つまり、政治的決定に影響を与えることができない、固定した少数者集団の生成を回避することである<sup>204</sup>。この点について、ニクラス・ルーマンの洞察は見事に当たっている。ルーマンは、「社会を汎通的に支配している密度の高いコンフリクト戦線が直ちに政治的システムへと移行させられるということは避けられねばならない。もしカトリックとプロテスタントが、労働者と資本家が、黒人と白人が、あらゆる役割において対立しあっているなら、そのようなコンフリクトに政治的表現を与えることができない。そのようなことをすれば、政治的に操作可能なコンフリクトを過剰に先鋭化させることになるうし、社会対立をきわめて激化させる結果、内戦の危険がさし迫ってこよう。それゆえコンフリクト戦線が社会的に幾重にも分断されていることは、社会的なコンフリクトを政治化して無害化するための前提なのである」と断言した<sup>205</sup>。民主政治にとって重要なのは、あらゆる決定に対して、すべての人が事実的に同意しなければならないということではなく、様々な相違を根拠として異質的な他者をアプリアリに民主的決定過程から実質的に排除しないことである。社会構造は、「その事前決定されている影響力が手續に及ぼされることによって中立化される」べきである<sup>206</sup>。

したがって、皮肉にも、民主政治の運営のために政治的共同体の同質性を確保しなければならないという主張は、実は社会内部の政治的衝突の脱政治化を促進し、民主政治の存在意義を無意識に否定するのである。確かに、同質性概念を力説した論者は、政治的共同体の内

---

<sup>203</sup> ハンス・ケルゼン『民主主義の本質と価値 他一篇』長尾龍一、植田俊太郎訳、岩波書店、2015年、76頁。

<sup>204</sup> この点について、ルドルフ・スメントも、国民の一部が永続的に少数派の地位に置かれずに統合されることを言及した。Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 3 Aufl., 1994, S.156.

<sup>205</sup> ニクラス・ルーマン『手續を通しての正統化』今井弘道訳、風行社、1990年、202-203頁。

<sup>206</sup> ニクラス・ルーマン『手續を通しての正統化』今井弘道訳、風行社、1990年、238頁。

部の純化、つまり同質性によって、一致して安定した政治的統一体を期待する。特に、急激な近代化および極端的な個人化が行われ、実質的な同質性が保障されえない時代において、「象徴的」な同質性の強調は、分断化した社会を予防する唯一の方法として認められる<sup>207</sup>。しかしながら、厳密に言えば、絶対的に一致して安定した政治的統一体は、最初から存在しえず、社会のあらゆる変遷から単純性を保てる同質的な社会基盤もあり得ない。同質性概念のもたらす逆効果は、実際に存在する諸意見、世界観、価値観および利害関係の様々な相違を差し置き、社会的融合という空想を満たすために意識的に覆い隠す危険を一層増大することである。それゆえ、同質性概念の想定は、現代社会において生じた様々な対立の構造を実際に廃棄することができない。逆にそれは、政治的共同体の構成員の抱く色々な生活の計画と利害関係、および、異なった生活境遇から生じた反対見解と要求の重要性を無視する

208  
。

同質性概念の支持者は、その概念と一致性や安定性を同一視することによって、社会構造上の動揺を隠す神話的な物語を作り出す。彼らは、諸対立関係から固定した基盤に基づいて様々な相違を徹底的に解決し、そして象徴的なレベルで、同質性の形成した平等関係を基礎として共同体内部の連帯を構成しようとする。だが、民主政治の基盤も、そのような構想によってなくなる。前述したように、あらゆる衝突は、調停できない諸理由、例えば言語的、宗教的、民族的または文化的理由に帰することが可能であり、すなわち、それらの要素を利用して社会資源の動員を最大化し、紛争の状況を激化することができる。だとすれば、政治的共同体の同質性概念の下に、すべての対立と衝突は解決不能なものであり、少なくとも、それらの対立と衝突には解決不可能性が永続的に内在していることになる。こうして、民主政治の存在意義も疑わしくならざるを得ない。更に、民主的過程に先行して存在する同質性への強調は、事前の既決性を無制限に増大するのである。同質性概念の論者の想定によれば、民主的討議が行われる前に、硬直化した社会構造上の多数者と少数者との関係性は、既に政治的決定の最後結果を決めるはずである。したがって、民主的過程が必死に創り出す討論の公開性と結論の可変性も、それ自体の存在意義を喪失する。そのような状況において、社会構造上の少数者にとっては、民主的討議の参加および政治的な関与への動機が取り去られ、コンセンサス・チャンス可能な限り可変的なものとして維持することが不可能になる。理想的な民主政治の下では、まさにルーマンが指摘した通り、「コンセンサス問題は、あらゆる個々の手続において新たに定立され、決着のつけられねばならない問題だ」という事態が確立されている」のでなければならない<sup>209</sup>。民主的討議と政治的決定が行われる前に、誰が

<sup>207</sup> 例えば毛利透は、ベッケンフェルデが厳格な民主的正統性理論を主張した背景と動機をそのように理解している。毛利透「行政権民主化論の諸相」樋口陽一、森秀樹、高見勝利、辻村みよ子、長谷部恭男編著『国家と自由・再論』日本評論社、2012年、334頁。

<sup>208</sup> ヘラーも「社会的同質性は、敵対的關係を不可避とする社会構造の廃棄を意味するものでは決してない」と明言した。ヘルマン・ヘラー「政治的民主制と社会的同質性」大野達司、今井弘道共訳、北大法学論集40巻2号、1989年11月、460頁。

<sup>209</sup> ニクラス・ルーマン『手続を通しての正統化』今井弘道訳、風行社、1990年、238頁。

この表決の敗者であるかについて既に明白だとすれば、討論、交渉または妥協はただの茶番劇に過ぎない。これにより、民主的過程の価値が一切考えられなくなり、それとともに民主政治が既存状況に事後的に正当性を与える無用の長物にほかならなくなってしまう。

ところで、どのようにすれば、社会構造上の少数者が民主政治の過程において永遠の敗者にならないことは保証されうるのか。言い換えれば、社会構造上の少数者は、どのように実質的な政治的影響力を持ち、多数決の場合、票数競争の下に宿命的な犠牲者とならないのか。更にそれらの少数者は、自分の権利を確保すると同時に、政治的共同体の内部に回復できない分裂が生じることを押し留めることができるか。この問題について、政治的共同体の同質性に期待しなくても、実は他の道が残っている。その一例として挙げられるのは、アイリス・マリオン・ヤングが主張した「差異化されたシティズンシップ」である。ヤングは、「差異の政治」(politics of difference)の主張に基づき、民主政治を行う社会において排除され、不利益な立場を押し付けられる諸集団の再生産という問題に焦点を当てる<sup>210</sup>。参加民主主義の制度の下で、シティズンシップが普遍的で統一化されたものとして規定される場合、弱小集団への既存の抑制状況を再生産してしまうことに対して、ヤングは、このような「民主主義のパラドックス」の起因として、一般性および普遍性の神話を俎上に載せる。彼女は、「市民としての活動を行うことによって、集団への帰属関係、集団の置かれた状況や利害の個別的相違を超越した一般意思を表現し作り出すことができるという理念は、一般的視座をとれないと判断された諸集団を実際には排除してきた。つまり、一般意思として表現されたシティズンシップの理念は、市民の同質性を強要しがちであったということである」と指摘した<sup>211</sup>。普遍的なものとして公共性の理念を捉え、それに伴って個別性を私的なものと同一視することにより、同質性が公的参加の前提条件として求められるようになる。したがって、このように単純化しすぎる二分法では、多元性と私的領域化が混同される。既存の社会構造の下に、社会的権力の作用によって特権を持つ人々の視座と利害が、統一化された公衆を支配し、他の諸集団の視座や利害を周縁化し、彼らに沈黙を強いる傾向が生じる。

「人々が、集団のアイデンティティを維持し、集団固有の経験に由来する影響を受けつつ社会的事象を認識していきながら、同時に他者の主張に耳を傾け、自分たちの利得以外にも関心を払うという意味で、公共的精神を持つことは可能である」として現代社会の民主政治の真意を理解するヤングは、抑圧されている諸集団を明確に認知し、それらの集団の声の表明を可能にする制度的手段を提供することを力説する<sup>212</sup>。彼女は、あらゆる差異を持たない

---

<sup>210</sup> Iris Marion Young, *Justice and the Politics of Difference*, NJ: Princeton University Press, 1990, p.164-165. ; Iris Marion Young, *Intersecting Voices: Dilemmas of Gender, Political Philosophy, and Policy*, NJ: Princeton University Press, 1997, p.114-115.

<sup>211</sup> Iris Marion Young, *Polity and Group Difference*, In: Ronald Beiner, ed. *Theorizing citizenship*, State University of New York, 1995, p.176-177.

<sup>212</sup> Iris Marion Young, *Justice and the Politics of Difference*, NJ: Princeton University Press, 1990, p.121-135.

同質的な人間像の仮定ではなく、集団の差異は実際に存在し、現実にはまた潜在的に抑圧され不利益を被っている集団が存在するという仮定に基づき、民主主義の理論を展開する。現実上、幾つかの集団は沈黙させられ、周縁に追いやられている。そのような状況をふまえて、それらの集団が具体的なニーズや利害を完全かつ自由に表明し、政治的影響力を実質的に握ることを可能にすることは、緊要な課題である。そのため、ヤングは、集団代表制や少数者へのエンパワーメントなどを主張して、民主的討議や決定の場において弱小集団が意見を表明できるように制度上の特別な配慮を強調した<sup>213</sup>。もちろん彼女は、決して近代の政治思想および実践がもたらした重要な成果、つまり、人権の普遍主義、法の支配の公平性と平等性の原則という積極的な諸原則を覆すつもりはなかった。むしろ、普遍的な権利体系および近代民主政治の基本文法を認める一方、他方では個別的な具体的状況に応じて政治上の実質的な平等の保証のために、社会的差異を積極的に承認し、民主政治の理想に照らして既存の強弱関係を調整する可能性を模索している。社会構造上の少数者が民主政治の犠牲者となり、民主的討議と決定の過程から引き離される傾向に対抗するために、ヤングの構想は効果的な改革策を提示したといえる<sup>214</sup>。

現実の格差状況を考慮して、不利益な立場に置かれる少数者に実効的な諸権利を与え、したがって政治的決定への参加を可能にすることは、社会的統合を促進する効果を有する。民主的過程に劣勢に立たされる少数者が、自分の意見と顧慮を十分に表明する機会を持てれば、多数決原理を通じた政治的決定の質が相当に強化されるはずである。それゆえ、少数者はその決定を真摯に受け入れる可能性も増大する。政治的諸権利の行使及び強化は、少数者に対して、共同体において自身の見解と利害が無視されるままではないという感じを与える。そのため、少数者は自身の見解と利害に矛盾する政治的決定を受け入れやすくなる<sup>215</sup>。

それ以外、政治的決定を行う過程において、自身の意見が数的な劣勢に立たされるために多数派の見解となされえない場合でも、社会構造上の少数者も、憲法上の基本権の行使または多数決原理の適用の制限をもって、自分の利益とアイデンティティを確保することができる。集団的な防御権の性格を有する基本権は、多数決過程において数的な劣勢を相対化しうる。とりわけ集団の観点から自己定義にとって特別な意味を有する個別の領域においては、基本権の行使を通じて、諸個人が国家の介入から自らを守れる。民主制の多数決原理の前提条件として必要なのは、同質性概念ではなく、むしろ個人の自由権および集団の防御権である<sup>216</sup>。それらの諸権利は、まさにロナルド・ドウォーキンが描出した「切り札」のよう

---

<sup>213</sup> Iris Marion Young, *Inclusion and Democracy*, Oxford University Press, 2000, p.141-153.

<sup>214</sup> 他方で、キャス・サンスティーンも、共和主義の視点から集団代表制の可能性を主張した。キャス・サンスティーン『熟議が壊れるとき 民主政と憲法解釈の統治理論』那須耕介監訳、勁草書房、2012年、129-133頁。

<sup>215</sup> Bernard Manin, *On Legitimacy and Political Deliberation*, *Political Theory*, vol.15, no.3, 1987, p.360-363.

<sup>216</sup> イーゼンゼーも、民主政治の多数決の下に、個人的または集団的な基本権利は、少数者の直面した難

に、民主政治において最後の防火戸として働いている<sup>217</sup>。更に、多数決原理の適用範囲を限定することも、社会構造上の少数者への保障をより一層強化しうる<sup>218</sup>。例えば、宗教上の自身の信仰と信念に関わる特殊かつ敏感な問題について、それは自らの根本的な世界観と生活感覚に密接に関連する故に、多数決の排除が認められるべきである。または、ケルゼンが多民族国家において少数民族の自己定義と諸権利を保障するために提言したように、「民族文化に関する決定は中央議会の権限外に置かれ、自治に、すなわち属人原理によって組織された民族共同体（部分集団）を代表する議会の決定に委ねられざるを得ない」<sup>219</sup>。したがって、上述した様々な手段を以て、社会構造上の少数者が民主政治の多数決の下に永続的に完全な敗者となることを避ける可能性が十分ある。それゆえ、政治的共同体の同質性という要請は、決して民主政治に必要な前提条件ではなく、逆に厳しい排除または脱政治化の反作用をもたらせるために、批判されるべきである。

## 第二節 閉鎖的な人間像と流動的なアイデンティティ

同質性概念を民主政治に欠かせない前提要件として強調した考え方は、前述したように、民主主義の意義と機能に着目した観点から理論的な批判を浴びるだけではない。同質性概念に基づく民主政治の青写真は、現実上の問題を抱えている。ここで問題の核心なのは、政治的共同体の同質性に基づいて構築する憲法秩序および民主政治の理想像が、「閉鎖的な人間像」を根本的な出発点として形成されることである。そのような「閉鎖的な人間像」という記述の基盤と正当性は、最初から反人間性という性格を帯びざるを得ない。更に、今日の社会的な背景において、「閉鎖的な人間像」が維持されうる諸条件は、より強力な挑戦に直面し、その内在的な矛盾と不可能性は急激に表面化するゆえに、批判の矛先になっている。

「閉鎖的な人間像」は、アイデンティティの固定化と単純化を意味する。つまり、諸個人のアイデンティティを静態的に捉え、一定のカテゴリーに振り分け、更に硬直化したカテゴリー

---

局を緩和し、または部分的に解決することに役立つのであると認めた。Josef Isensee, *Nationalstaat und Verfassungsstaat --- wechselseitige Bedingtheit*, in: Rolf Stober (Hrsg.), *Recht und Recht (Festschrift für Gerd Roellecke)*, 1997, S.160.

<sup>217</sup> ロナルド・ドゥオーキン『権利論 [増補版]』木下毅、小林公、野坂泰司訳、木鐸社、2003年、246頁以下。権利のテーゼについて、ドゥオーキンは、「権利は、社会全体としての目標に基づく政治的決定の正当化を覆す切り札としてもっともよく理解することができる。もし、ある人が道徳的独立性への権利を有しているとする、かりに、その権利を侵害することによって社会全体の福祉が向上すると信じられる場合でも、政府がそうすることは不正である」と明言した。Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Mass & London, Cambridge, 1985, p.359.長谷部恭男『権力への懐疑—憲法学のメタ理論』日本評論社、1991年、182頁。

<sup>218</sup> 和田英夫「公法における多数決原理」日本法哲学会編『日本法哲学年報—多数決原理』有斐閣、1961年、57—58頁。

<sup>219</sup> ケルゼンは、『多数決原理を現代の全人類集団に適用すればばかげた結果になる』とはしばしば言われることであるが、それは多数決原理そのものの問題なのではなく、[実際には集権的ではない]世界秩序に無理にこの原理を当てはめようとしたところに問題がある」と述べて、多数決原理の適用を特定の状況で制限する必要性を強調した。ハンス・ケルゼン『民主主義の本質と価値 他一篇』長尾龍一、植田俊太郎訳、岩波書店、2015年、87頁。

一の帰属によって諸個人をあらためて認識することである。したがって、このような人間像に基づく同質性概念とは、単純化された同質的なアイデンティティを有する主体として諸個人を把握することを当然視している。厳密に言えば、人間のアイデンティティをア priori に計画的に設定し、更に不変のものとして理解する「閉鎖的な人間像」に基礎づけられてこそ、同質性概念の有効性と説得力を維持することが可能になる。それゆえ、同質性概念について批判的な論点を主張した者は、当然ながら、「閉鎖的な人間像」が孕んでいる深刻な問題に目を留めて、政治的共同体の同質性を根本的に反駁しようとする。

人間のアイデンティティは孤立したものではなく、社会的なものである。それは、他の人間とのかかわりにおいて社会的に形成される。アイデンティティの本質は、人間の関係性から構築されるので、社会の分化や変動の進行などによって複雑なものとなる<sup>220</sup>。そのため、アイデンティティについて理論的な分析を行ったエリク・H・エリクソンは、アイデンティティの「心理・社会的な」性格を強調した。「アイデンティティについて論ずる際、個人の人格的成長と共同体の変化とを切り離すことができないし、また、個人の人生におけるアイデンティティの危機と、歴史発達における現代の危機とを切り離すこともできない。なぜなら、両者は相まって互いに他を定義しあい、真に相互関連的だからである。事実、心理的なものと社会的なもの、発達のものと歴史的なものとの間のすべての相互作用は、一種の心理社会的相対性としてのみ概念化されうるものであり、アイデンティティの形成はそのような相互作用にとって原型としての重要性をもっているのである」<sup>221</sup>。

エリクソンが説明したアイデンティティの意識は、三つの領域において位置づけられる。すなわち、自分の出自に関連する位置づけ、周りの人間関係の中での自分の位置づけ、社会との関係での自分の位置づけ、である。それゆえ、アイデンティティの社会的な位置づけとしての領域は、個人の身近な社会の領域からさらに広い範囲へと拡大されていく。自分は一体何者か、自分は何処で生まれたのか、自分の祖先と仲間は誰なのか、という個人のアイデンティティの問いは、自分の周囲の環境、すなわち社会と不可分に結びつく。したがって、この個人のアイデンティティの問いは、我々は一体何者か、我々は何処に帰るのか、我々の祖先と味方はその人々なのか、という集団のアイデンティティの問いへ拡大している。人種、部族、民族などの人的集団、その集団における文化や歴史もアイデンティティの対象となっていくのである。そのようなアイデンティティの追求や確認によって生まれた集団への一体感とは、ベッケンフェルデによって呼ばれる「我々の意識」である<sup>222</sup>。それは、個人を特定の人間集団に帰属させて明確な規定性を与えることを通じて、その人間に個人の内部の

<sup>220</sup> アマルティア・セン『アイデンティティと暴力 運命は幻想である』大門毅監訳、勁草書房、2011年、45-50頁。

<sup>221</sup> E・H・エリクソン『アイデンティティ—青年と危機』岩瀬庸理訳、金沢文庫、1994年、16頁。

<sup>222</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Bd. II, 3. Aufl., 2004, S.472-473.

平和感や安定感を促進するものである。その集団的なアイデンティティの作用力について、エリクソンは、フロイトが1926年にウィーンの「ユダヤ男子共済組合協会」に宛てた手紙文を引用した。その手紙において、フロイトはそのように明言した。「ユダヤの民の魅力を高めてやまないものが山ほどあります。それは、一つには数多くの何か薄暗い感情の力があります。それは、言葉では表現できないものですから、なおさら力強く感じられるわけです。もう一つは内的アイデンティティにかんする明確なる意識であります。つまり、ユダヤ人へのみあてはまり共通の精神構造を伴った心安らかな私事に関する意識のことです」<sup>223</sup>。エリクソンに従えば、フロイトが書いた「薄暗い感情の力」は、単に「精神的」または「私的」なのではなく、それを共有しあっている人々のみが理解でき、また、概念的な言葉ではなく神秘的な言葉によってのみ表現可能な、共同体への深い感情である。このような感情を具現する内的アイデンティティは、同じユダヤ人たちと共有する精神構造であって、それは内心世界を安らかにしてくれる意識である。

それでは、国民国家と人間のアイデンティティとの関係性をどのように理解すればいいのか。エティエンヌ・バリバルは、アイデンティティの二つの側面によって引き起こされる調整の問題を手がかりとして、その関係性の解析を行った。バリバルは、アイデンティティが両面性を有すると主張した。一方では、アイデンティティの絶対的一義性、つまり唯一の社会的役割への強制的還元である。他方では、アイデンティティの無限の多元性、つまりあるアイデンティティから別のアイデンティティへの継続的移行である。そのうえ、バリバルは、こうした両面性をもつアイデンティティが国民国家においてどのように位置づけられるかという問題に着目している。国民国家におけるアイデンティティの価値秩序について、バリバルは「一次アイデンティティ」と「二次アイデンティティ」の区分を説明した。国民国家は、あらゆる種類の一次アイデンティティ（階級、地域、言語、宗教、家族、性的アイデンティティ）を、二次アイデンティティ（国家、市民のアイデンティティ）にうまく変形している。二次アイデンティティは、一次アイデンティティから自らを区別し、一次アイデンティティの上に自らを確立する。この構造で、国民国家は、自らの目的に合わせて一次アイデンティティを法秩序に編入する。そのように、国民国家は多様かつ不安定な諸個人のアイデンティティを把握し、国家自体の期待に合わせて濾過し、改造または強化して、統一的な様式を有する二次アイデンティティに収斂することができる<sup>224</sup>。

<sup>223</sup> E・H・エリクソン『アイデンティティ—青年と危機』岩瀬庸理訳、金沢文庫、1994年、12頁。

<sup>224</sup> バリバルは、アイデンティティの転換に大役を演じる近代国民国家の教育過程を強調して、更に諸アイデンティティとの間に生じる関係性を、「ヘゲモニー」として理解している。まさに彼が指摘したように、「知識人あるいは手工業労働者、カトリック教徒あるいはユダヤ教徒でありうるためには、まずもって自らをフランス人、ドイツ人、アメリカ人だと認める必要がある」。エティエンヌ・バリバル、イマニュエル・ウオーラースティン『人種・国民・階級—「民族」という曖昧なアイデンティティ』若森章孝、岡田光正、須田文明、奥西達也訳、唯学書房、2014年、156頁以下。エティエンヌ・バリバル『ヨーロッパ市民とは誰か 境界・国家・民衆』松葉祥一、亀井大輔訳、平凡社、2007年、70-71頁。



それゆえ、国民国家という統治形態は、個人の人格の構築、あるいは絶対的単一性と無限の多元性との間の個人的な調整の問題に、返答を与える能力を持っている<sup>225</sup>。というのは、国民国家は、象徴的制度を以て諸個人のアイデンティティを格付けし、アイデンティティの価値秩序を確立して規律化するからである。言うまでもなく、国民国家がそうした理由には、分裂なき強固な組織基盤および国民と国民性の統一を求めることがある<sup>226</sup>。その意味では、バリバールは、「国民は、それが国家と社会、政治的共同体と個人、社会集団と公共圏のあいだの、コード化された関係の総体であるかぎり、確かに歴史の流れの中で特異な集団的『アイデンティティ』を手に入れるかもしれないが、しかしそれはそうしたものとして再生産されるかぎりにおいてである」と述べて、国民概念を精確に描写した<sup>227</sup>。

したがって、国家の価値秩序は、実は一次アイデンティティの多様性を支配すべき二次アイデンティティとして構築される。ここでこそ、個人観の抽象的な同質性という観念は、決定的役割を果たすことになる。国民国家が二次アイデンティティを創出するために画定した諸境界は、他者との区分と自我の特定化の基準となる故に、共同体への帰属感情に明確な形を与え、諸個人があらゆる領域において国家の枠組みに従って同化されることを可能にするメカニズムである。それは、フィヒテが有名な表現の中で「内的国境」と呼んだものへと変貌するメカニズムである<sup>228</sup>。国民国家は、アイデンティティの器として働いている。しかしながら、二次アイデンティティへの転換と収斂は、統合に必要な暴力と非自然性を必然的に意味する。ナショナル・アイデンティティを生じさせるには、血と暴力、また、それまで存在したアイデンティティの破壊と従属化が必要である。国家によって押し付けられる新しいアイデンティティは、その流儀で歴史を再構築するわけで、自身で自らに与えたいイメージを満たさない要素を含む物語は捨て去ろうとする<sup>229</sup>。言い換えれば、他のあらゆるアイデンティティを圧倒する国家のアイデンティティを形成するに際して重要なのは、国家への帰属が他のあらゆる帰属を切断して統合するための暴力である。その暴力性は、国家の歴史を積み込む「記憶の場」において隠されず具現する。すなわち、この記憶の場は、社会的対立を調整する固有のモデルを発展させるために、国家の歴史を再理解する過程を開く。そこで、強制的に記憶させる暴力と強制的に忘却させる暴力とが同時に作動し、暴力的な同

---

<sup>225</sup> エティエンヌ・バリバール『ヨーロッパ市民とは誰か 境界・国家・民衆』松葉祥一、亀井大輔訳、平凡社、2007年、68-69頁。

<sup>226</sup> 人民主権論がフランス革命によって具現化した時に、国民の同質性があらゆる領域で強調されることになった。その背景には、人民主権が主権である以上、国民の声が一つになることは絶対的な要件であり、同質性を有する国民の間にこそ、国民の声が調和されることが可能であるという直観的な考え方が支配的なのである。

<sup>227</sup> エティエンヌ・バリバール『ヨーロッパ市民とは誰か 境界・国家・民衆』松葉祥一、亀井大輔訳、平凡社、2007年、52頁。

<sup>228</sup> フィヒテ「ドイツ国民に告ぐ／第十三講演」鶴飼哲、大西雅一郎、細見和之、上野成利訳『国民とは何か』インスクリプト、1997年、149頁。

<sup>229</sup> ミシェル・ヴィヴィオルカ『差異 アイデンティティと文化の政治学』宮島喬、森千香子訳、法政大学出版社、2009年、220頁。

化と暴力的な排除は同じ次元で相互作用を行っている<sup>230</sup>。

アイデンティティの価値秩序に現れる国民国家の暴力性を曖昧化するために、二次アイデンティティの自然性が繰り返して強調される。それゆえ、ナショナル・アイデンティティを形成する諸要因の中で、バリバールは、特に強い二つの束縛に注意を集中した。すなわち、系譜学的形式の束縛と言語体系の束縛である。系譜学的形式の束縛は、象徴的秩序の束縛である。それは、家族枠組みの核心的な、世代から世代へという人間の直接的な垂直関係を、国家によるパターンリズムの権威図式と結び付ける。他方で、言語体系の束縛は、言語による意味付与の構造である。それは、単なるコミュニケーションの道具だけではなく、個人横断的なつながりである。バリバールによれば、この二つの束縛の重要性は、「種としての人間の見かけ上『永続的な』分割」に基づく点にある。すなわち、この分割は、人間という主体を暴力的な仕方で、主体の間で分割すると同時に、「自然」と「文化」を結び付ける<sup>231</sup>。両者の補完的關係を通じて、国民概念は、歴史的住民を「自然的」事実のうちに根付かせることを基として、あたかも自然的共同体を形成するかのように概念の内実を与えられている。したがって、国民国家によって創出された共同体は、でっち上げられる国民性を取得し、現実の個人的および社会的条件を超越するような起源、文化、利害の同質性を自然的に備えている。それゆえ、国民概念の純化と国民性の自然化が、アイデンティティの価値秩序に現れて、それぞれの正当性を調達することができる<sup>232</sup>。

ナショナル・アイデンティティは、国民国家の暴力的作為をかりうじて隠蔽するために、自らの自然性を繰り返して主張せざるを得ない。しかしながら、ナショナル・アイデンティティの自然性を強調すれば強調するほど、その人為的かつ虚構的な性格、更にそのようなアイデンティティの価値秩序の内部の不安定性が逆に際立たせられる。ナショナル・アイデンティティへの収斂の過程において排除された一次アイデンティティは、消失してしまうのではなく、ただ国民国家の暴力によってその爆発を遅れさせられるにすぎない。もちろん、それは、国民国家があらゆるアイデンティティを統制し、更に圧制する能力を十分に持つ限りである。したがって、国民国家がアイデンティティの価値秩序の確立にある程度成功し、二次アイデンティティを整合的に完成する場合でも、他の数多くのアイデンティティが、こ

<sup>230</sup> ルナンが「日々の人民投票」として国民概念を定義する前に、そう付言した。「忘却、歴史的誤謬と言ってもいいでしょう。それこそが一つの国民の創造の本質的因子なのです。……歴史的探求は、あらゆる政治構成体、もっとも有益な結果をもたらした政治構成体の起源にさえ生起した暴力的な出来事を再び明るみに出してしまうからです。統一は、つねに乱暴になされます」。エルネスト・ルナン「国民とは何か」鶴飼哲、大西雅一郎、細見和之、上野成利訳『国民とは何か』インスクリプト、1997年、47頁。

<sup>231</sup> エティエンヌ・バリバール『ヨーロッパ市民とは誰か 境界・国家・民衆』松葉祥一、亀井大輔訳、平凡社、2007年、56-57頁。ヘラーも、そのような政治人類学の性格を言及した。ヘルマン・ヘラー『国家学』安世舟訳、未来社、1971年、212頁、221頁以下。

<sup>232</sup> エティエンヌ・バリバール、イマニュエル・ウオーラーズティン『人種・国民・階級—「民族」という曖昧なアイデンティティ』若森章孝、岡田光正、須田文明、奥西達也訳、唯学書房、2014年、149頁以下。

の価値秩序に対して反撃し、二次アイデンティティの正統性を弾劾する可能性は何時でも存在する。それゆえ、暴力によって創生された同質的な国民性は、他の勢力から絶えず挑戦を受け、脱構築の危険にさらされている。

そうすると、ナショナル・アイデンティティの同質性を基盤とする国民概念、および、そのような国民概念から演繹される国家理論は、常に現実の状況を把握し難いことになる。まさに、シュミットに対するワイマール共和時期の批判者が指摘したように、シュミットの強調した国民の同質性という前提条件は、ワイマール期の社会における政治的な諸制度に全く合わなかった。同質性の定言の下に、ワイマール期に現れた社会の多様かつ重要な分化状況は見失われる。シュミットは統一体と同質性の虚構を社会に投影したが、この社会の発展は、もはやアイデンティティの概念実在論者の想像に従うのではない<sup>233</sup>。シュミットが設定した前提の非現実性に比べて、むしろ、ヘラーは国民概念の現実的な姿をより一層配慮し、同質的な人民から国家統一体への単線的な思考モデルに反論した。彼は、「民族と国民の現実は、通常、統一体を示すどころか、政治的意思方向の多元性を示しており、そして一般的な国民的高揚が見られる最も稀な瞬間でさえも、やはり国家的行為に表現される国家的統一性に反対する、例外なく、当該民族内部で目的または手段について意見を異にする多元性が存在するのである。……政治的階級連関によってのみならず、同一階級内部でも、経済的、精神的、宗教的、王朝的、その他のあらゆる可能な諸対立によって、極めて多様な政治的敵対関係が生み出されているのである」と明言した<sup>234</sup>。

アイデンティティは、固定的な構造の産物ではなく、社会的交渉の所産である故に、流動的、関係的な性格を持っている。したがって、アイデンティティの形成と表出について、まさにヘラーが民族の所属性を分析したように、その問題は「客観的、精神的、ひいては身体的な本質規定を単に指摘するだけでは、決して解決することができないのである」<sup>235</sup>。共同の歴史、言語、文化または宗教という客観的基準を利用して、アイデンティティの内容を単一的に詰めようとした本質主義者は、固定した所与性を強調するが、社会構造とアイデンティティの形成との相互関係を度外視している。アイデンティティは社会において生成されるので、それは必然的に不安定な物語となる<sup>236</sup>。様々な当事者がダイナミックな過程において関与するために、持続的に再現されて再生産されるアイデンティティは、絶え間なく色々な刺激を受けて、その内容と形式の変化も止まらず、繰り返して新たに構成されている。主

<sup>233</sup> Thomas Vesting, *Politische Einheitsbildung und technische Realisation : Über die Expansion der Technik und die Grenzen der Demokratie*, Baden-Baden, 1990, S.51.

<sup>234</sup> ヘルマン・ヘラー『国家学』安世舟訳、未来社、1971年、243頁。

<sup>235</sup> ヘルマン・ヘラー『国家学』安世舟訳、未来社、1971年、238頁。

<sup>236</sup> 集団の成員をなす諸個人の間には差異があることはもとよりとして、個人の生そのものが既に多様な文化が交差する場になっている。それゆえ、個人の内部でも、自我認識が整合的に一つの特定のアイデンティティに還元されうるとは考えにくい。自己と他者のアイデンティティを固定しない倫理の政治的含意について、斎藤純一「デモクラシーと複数性」『政治と複数性—民主的な公共性にむけて』岩波書店、2008年、18頁以下。

体間の衝突と論争によって形作られる複雑な社会領域において、アイデンティティの所与性は途絶え、異なったアイデンティティの諸相が表明され、更に反駁されることはむしろ一般的なものである。ハーバーマスが言った通り、「集団のアイデンティティは、諸個人に対してもはや伝統の実質を持たず、自分自身のアイデンティティが、定まったレンズのような伝統の実質を通しては形成されえない。むしろ、諸個人は、最初から共同にアイデンティティを描き出すように内容構成と意思形成のプロセスに参加している」<sup>237</sup>。

それゆえ、社会の中のアイデンティティは、実体論的に理解される所与性が直接にもたらした帰結ではなく、「公共的な物語」の成果として現れている。そのようなアイデンティティの形成プロセスは、国家権力の支配体系より幅広くて、国民国家によって完全にコントロールされえないのである。もちろん、国民国家は暴力的にアイデンティティの価値秩序を創り出して、国民全体を信奉させるように力を尽くす。しかしながら、それらの擬自然化した「客観的な基準」は、実際には、アイデンティティの全貌をカバーできず、せいぜい公共的な物語の要素と脈絡として作用している。同質性の外観は、「重層的決定」を通じた、集団的に創造される物語の現れであるが、この公共的な物語の先験的な前提ではない<sup>238</sup>。アイデンティティの形成に資するあらゆる参照点は、諸個人の観点に基づいて再解釈され、他の人々との交渉過程を通じて絶えず構築しなおされるものである。どのように政治化し、どのような形式を選択し、どのような意味を付与するか、というアイデンティティに関わる様々な問題は、公共的な物語の作成の前に、決してあらかじめ決定されえない。それゆえ、アイデンティティは、事前に与えられた不変のものではなく、相互に討論して決められる自我記述の連続的プロセスにおいて形成される。まさにハーバーマスが指摘した通り、「国家市民としてのナツィオンにとってのアイデンティティとは、民族的—文化的の共通性ではなく、自らの民主的参加権とコミュニケーション的権利を能動的に行使する市民の実践にある」<sup>239</sup>。

今日、アイデンティティの可変的かつ流動的性格は際立って見える。グローバル化が社会的行動の作用範囲の拡大をもたらすにつれて、新しい移動技術とコミュニケーション技術の出現、変化しつつある経済の発展状況、液状化した社会構造や行政組織の変容も世界の舞

<sup>237</sup> Jürgen Habermas, Können komplexe Gesellschaften eine vernünftige Identität ausbilden ?, in: ders. (Hrsg.), Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus, 2. Aufl., 1976, S.107.

<sup>238</sup> エルネスト・ラクラウとジャンタル・ムフは、アルチュセールの「重層的決定」を分析して説明した上に、それをきっかけとして社会的アイデンティティが実際には「言説的編成」から成っていることを主張した。すなわち、アイデンティティは、言説を通して遂行される社会的交渉の所産なのであり、社会の全体性を構造的な固定性として語ることはもはやできないと宣言された。彼らは、「関係は、体系的な構造的総体として、アイデンティティを吸収できない。しかし、アイデンティティは純粹に関係的なので、これはつまるところ、完全に構成されたアイデンティティなどない、というに等しい」とし、「完全に固定されることが決してない、このアイデンティティの場合こそ、重層的決定の場合なのである」と強調した。エルネスト・ラクラウ、ジャンタル・ムフ『ポスト・マルクス主義と政治—根源的民主主義のために』山崎カヲル、石澤武訳、大村書店、2000年、175—180頁。

<sup>239</sup> ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（下）—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2003年、276頁。

台に登場する。それらは、アイデンティティの形成に色々の重要な要素と変数を提供し、公共的な物語の創造過程に新たな文脈を差し入れている<sup>240</sup>。グローバル化の結果として、多くの次元で世界社会が形成されるが、この世界社会は、国民国家の影響力を相対化する。社会集団、コミュニケーションのネットワーク、市場での関係、ライフスタイルといったものの多くが、特定の場所には結びついていない多元性を生み出しており、その多様性が国民国家の領土上の境界を越えて縦横に結びついている。そのグローバル化がもたらした社会の容貌について、ウルリッヒ・ベックは、「世界社会は、すべての国民社会がそのなかに含まれ溶け込んでいくメガ国民社会ではなく、多様性と統合されていないこと、を特徴とする世界地平である。この地平は、コミュニケーションと行為によって作られ保持されるときに開かれるのである」と強調した<sup>241</sup>。グローバル化は、単にナショナルな境界線が乗り越えられることを意味しているだけではない。それはまた、国民の社会という空間の内部でもグローバル化が進行することを意味している。つまり、グローバル化は、社会的諸関係からナショナルな性格を剥ぎ取り、そうした諸関係に深刻な変容を迫るのである<sup>242</sup>。

真新しい他者との出会いは、伝統的なアイデンティティの源泉から解放して、真新しいアイデンティティを形成する可能性を秘める。それは、既存の自我記述に対する不断の再解釈と再構築、更に多様な帰属形態を意味している<sup>243</sup>。グローバルな複雑性によって、国家は、その領土内で相対的に固定的で明確な国内居住人口を統治し、相対的に不変な独自の運命共同体を構成することから離れはじめている<sup>244</sup>。この描写が正しければ、単線的に純化されたアイデンティティと閉鎖的な人間像の土台の上に立ち、今日の民主政治を規定しようとする考えは、社会的現実とのズレを認識しえないので、もはや有効な論述として維持されえない。人々の移住、混血、交錯などといったもの、つまり「異種混交」によって創り出される政治的ダイナミズムこそは、今日の民主政治に対する思索の出発点であり、更にオルタナティブの源泉である<sup>245</sup>。同質的なアイデンティティは、最初から存在しないのである。たと

<sup>240</sup> ミシェル・ヴィヴィオルカ『差異 アイデンティティと文化の政治学』宮島喬、森千香子訳、法政大学出版社、2009年、53頁。

<sup>241</sup> ウルリッヒ・ベック『グローバル化の社会学—グローバリズムの誤謬—グローバル化への応答』木前利秋、中村健吾監訳、国文社、2005年、32頁。それゆえ、グローバル化の衝撃を考えて、ベックは、ドイツ国民の同質性に基づく自我記述に対して、否定的な立場を表明した。ウルリッヒ・ベック『グローバル化の社会学—グローバリズムの誤謬—グローバル化への応答』木前利秋、中村健吾監訳、国文社、2005年、35-36頁。

<sup>242</sup> マイケル・ケニー『アイデンティティの政治学』藤原孝、山田竜作、松島雪江、青山円美、佐藤高尚訳、日本経済評論社、2005年、292頁。

<sup>243</sup> その点について、例えば、ジュディス・バトラーは、移住民のデモンストレーションのパフォーマンスへの観察を通して、多様な帰属形態と複数性に基づき、既存の国民意識、自由、権利との固定した繋がりを挑戦する正当性を肯定的に認めた。ジュディス・バトラー、ガヤトリ・スピヴァク『国家を歌うのは誰か—グローバル・ステイトにおける言語・政治・帰属』武村和子訳、岩波書店、2008年、42-49頁。

<sup>244</sup> ジョン・アーリ『グローバルな複雑性』吉原直樹監訳、伊藤嘉高、板倉有紀訳、法政大学出版社、2014年、164頁。アーリは、「ネーションは、新たなグローバル秩序の渦巻き状の等高線のなかで相対的に『国家』から切り離された浮動するシニフィアンとなっている」と強調した。ジョン・アーリ『グローバルな複雑性』吉原直樹監訳、伊藤嘉高、板倉有紀訳、法政大学出版社、2014年、132頁。

<sup>245</sup> アントニオ・ネグリは、その視点から、「マルチチュード」という政治的主体を期待し、今日のグロー

え国民国家が暴力的に同質的な外観を作っても、いまだき、そのような同質的な国民像はグローバル化の攻撃を耐えられず、根底から揺さぶられている。その上、同質性概念に基づく民主主義観は、時代遅れと批判されることを免れない。同質性概念の基礎的な想定が崩れてしまい、当該概念の必要性も必然的に疑問視されつつある。

---

バルな世界秩序に相応した民主政治を再構成しようとする。彼は、「マルチチュード」の異種混交」の性格に力点を置き、政治的重要性を強調した。「マルチチュードは特異性同士が共有するものにもとづいて行動する、能動的な社会的主体である。マルチチュードは内的に異なる多数多様な社会的主体であり、その構成と行動は同一性や統一性（ましてや無差異性）ではなく、それが共有しているものにもとづいているのだ」。アントニオ・ネグリ、マイケル・ハート『マルチチュード—〈帝国〉時代の戦争と民主主義（上）』幾島幸子、水嶋一憲訳、市田良彦監修、NHK ブックス、2005年、172頁。アントニオ・ネグリ『〈帝国〉をめぐる五つの講義』小原耕一、吉澤明訳、青土社、2004年、139-142頁。

## 第五章 権利性質説と民主政的基本権論

前述したように、従来の国法学とリベラル・ナショナリズムは、純化された人間の集団として国民概念を理解し、ナショナリティによって表明される同質性の必要性を強調している。こうした見解によれば、政治的共同体は、専ら国民が同一の伝統文化、同一の言語、あるいは同一の民族的血統を共有していることに基盤を置いており、生まれつきそれを相続していない人々、それに統合的に同化されない人々には近づくことができない。政治的共同体の内部において保有される同質性に対して、政治的共同体の外部は、異質性によって定義づけられる世界である。外部の異質性は、内部の同質性に欠かせない想定である。何故なら、国民という集団的アイデンティティは、外国人の異質性との対照を通じてのみ有効に維持されうるからである。したがって、同質的なナショナリティを確保するために、国民国家は様々な境界線を引き、外部に存在する異質なものを制度的に選別して既成の秩序の下に位置づけ直している。国民国家の体制は、差異化を生み出し、それを永続的なものとし、したがって自分が守られることを要求する。そのような構図において、差異化は、国民国家の体制の本質そのものである。その人が国民であるか外国人であるかによる、共同体に属しているか否かによる、国家体制における権利への不平等なアクセスである<sup>246</sup>。それゆえ、同一の憲法秩序の下に、フィヒテが称する「内的境界」の内部に置かれる国民は、外部者の外国人とは異なり、より完全な権利を主張することができる<sup>247</sup>。

しかしながら、第四章の分析に従えば、国民の同質性の想定自体は、極めて疑わしいといわざるを得ない。民主主義の観点から見れば、同質性概念は不可欠な前提要件ではなく、更に民主政治の実現に有害な影響を与える恐れがある。他方で、今日のアイデンティティの流動化は、国民概念が同質的なナショナリティに基づき構築されることの問題性を露呈し、その現実上の不可能性を意味する。国民国家が暴力的に同質的なナショナリティの外観を維持しようとしても、アイデンティティの価値秩序の再構成を押し止めることができない。政治共同体の内部には、画一的な同質性でなく、無限の多様性が存在している。内部の同質性と外部の異質性という前提的な設定は、理論的にも現実的にも重大な欠陥を孕む。同質性の幻想が打破される場合、政治共同体の内部と外部との仕切りは、従来のように明確なものか

<sup>246</sup> 石川健治「承認と自己拘束—流動する国家像・市民像と憲法学—」岩村正彦等編『岩波講座 現代の法1 現代国家と法』岩波書店、1997年、44頁。

<sup>247</sup> エティエンヌ・バリバル『ヨーロッパ市民とは誰か 境界・国家・民衆』松葉祥一、亀井大輔訳、平凡社、2007年、62-63頁。こうした権利主張の差異化について、バリバルは、これが他者性を通じて自己のアイデンティティを形成することと同様な構造を有することを強調する。『共和国の』証明として、非市民がもたないような諸権利が市民の地位に対して与えられなければならないが、この証明は、代償物として働くことによって、市民に直ちに決定的な正当化を与える。すなわち国民としての市民たち(citoyens nationaux)は、外国人の権利が劣ったもの、一時的なものであり、[国家への]忠誠が繰り返し示されなければならない(しばしば「同化のしるし」と呼ばれる)ものであるのを見て、自分たちの権利が無効ではないと思うことになる。エティエンヌ・バリバル『ヨーロッパ市民とは誰か 境界・国家・民衆』松葉祥一、亀井大輔訳、平凡社、2007年、95頁。

らあいまいな本質に戻らなければならない。そうすると、同一の憲法秩序の下に、国民と外国人を区分するのに役立つ内的境界、その実質的な意味も希薄化されている。こうした内的境界の画定が曖昧模糊になり、国民と外国人との隔たりが相対化されれば、権利主張の差異化の正当性も再検討されなければならない。諸個人の権利主張に対する取り扱いの差異化は、新たな合理的な基準を追求しなくてはならない。それゆえ本章では、外国人の人権論に議論の重心を置き、近代立憲主義の普遍性と閉鎖性との間に、外国人の権利保障をどのように実現すべきなのかという問題を究明する。

## 第一節 普遍性の試金石としての外国人人権論

外国人の権利保障について、一般的にいえば、この主題は基本権の享有主体の問題として必ず取り扱われる。すなわち、憲法学の体系においては、外国人の人権にかかわる問題は、通常基本権総論中の、基本権の享有主体という論題で語られる。それは、基本権の主張可能性と法的身分との組み合わせの問題として位置づけられている。言うまでもなく、このような憲法学上の位置づけは、国民国家の諸境界および領域性を受け継ぐ憲法秩序の限界性に由来する。国民国家の限定性は、憲法という法規範の定義に明らかに反映されている。例えば、芦部信喜は、代表的な憲法教科書の中で、国家三要素説に基づいて国家と憲法の関係性を説明した上で、憲法を一般的に定義づけた。「一定の限定された地域（領土）を基礎として、その地域に定住する人間が、強制力をもつ統治権のもとに法的に組織されるようになった社会を国家と呼ぶ。したがって、領土と人と権力は、古くから国家の三要素と言われてきた。この国家という統治団体の存在を基礎づける基本法、それが通常、憲法と呼ばれてきた法である」<sup>248</sup>。それゆえ、憲法は国民国家の外的境界と内的境界を忠実に引き受け、憲法秩序の範囲を特定している。すなわち、憲法秩序は特定の国家と国民の上で構築されるのである。

そのような理解に従って、憲法の文法は、国家と国民という二つの主語に基づき、両者の権利義務を明記し、近代立憲主義の基準の下で法的な権力関係を再構成するのである。合理的な憲法秩序において、国民は国家権力に対して、憲法規範を引き合いに出して自らの権利を守り、更に政治参加を通して実質的にコントロールすることができる。他方で、国家も憲法規範に則り、国家権力の法的組織化を遂行して最低限の正統性を調達し、当該共同体の営為を統制する権限を主張することができる。それゆえ、憲法規範の目標と機能からすれば、国家と国民という主体のみが、憲法秩序の作用対象の両端である。こうして、憲法規範の解釈および適用も、国家と国民を対象として行われなければならない。その根本的な想定を踏まえて、当該国家の国籍を有しない外国人、言い換えれば、憲法上の国民概念に包摂されない外国人は、当該の憲法秩序にとって、最初から部外者にほかならない。それゆえ、理論

<sup>248</sup> 芦部信喜『憲法〔第五版〕』高橋和之補訂、岩波書店、2011年、3頁。



的に言えば、憲法の基本権条項は、あくまでも国民を憲法上の権利主体として諸権利の保障を与える規定である。基本権の保障について、外国人は特定の憲法秩序の外に置かれる故に、憲法理論上、外国人の享有可能性が最初から全面的に否定されることは、全くあり得ないわけでもない。

憲法の存在と意義に基づき、憲法上の権利主体から外国人を排除する見解の中では、佐々木惣一はその代表的な論者と認められる。佐々木惣一は、国民と国家との関係を包括的關係と個別的關係に分けて考えた。包括的關係とは、国民は国民であるということによって、包括的に適法な国権の支配に服従する関係にある。個別的關係は、「憲法が想定する個々の事実について、憲法の規定するところにより、生ずるのである」とし、「これを法律関係としてみると、国民は国家に対して、個々の権利、義務を有するのである。日本国憲法第三章は右の国民の権利及び義務を定める」と考えられる<sup>249</sup>。それに対して、外国人も国権の客体に該当するが、これは国民と全く異なった法的地位に由来する。すなわち、国民が国民という身分に基づいて国家権力に対して包括的に服従する関係に置かれることとは違って、外国人は領土や準領土に居住しているという、現実の事実によって当該国家の支配に服従しなければならない<sup>250</sup>。この法的地位上の重要な差異性を前提にして、佐々木惣一は、外国人の憲法上の一般的な権利義務関係についてそう説明した。「外国人については、前に国民の権利、義務として述べたような、一般的の権利、義務は存しない。即ち、一般に適法に支配されることを要求する、という権利、又、一般に国権の適法な作用に服従するを要する、という義務というものは存しない」。外国人は、国民のように国権の包括的な支配を受けるものではない。また、外国人の個別的権利、義務について、佐々木惣一は「憲法第三章の定める個々の権利及び義務は、前述の如く、国民の権利及び義務である。故に、外国人は憲法第三章の条規による権利及び義務を有するものではない」とした<sup>251</sup>。

彼によれば、憲法の基本権規定は、本来国家と国民との間の権利義務の個別的関係を規律する法規範である。それゆえ、日本国憲法第三章が「国民の権利及び義務」という題名を採用することは、基本権規定の性質から見れば当然の結果である。佐々木惣一は、憲法学の論理体系において国民という主体性を一貫し、憲法規範の本来あるべき性質に着目し、基本権の享有主体を制限しようとした。大石義雄も、佐々木惣一と同様の視点を取り、憲法上の基本権の保障範囲を国民のみに限定すべきだと強調した。「憲法は、国家という強度社会の基本的秩序であって、国民に対する国権の発動の基準を示すことを以てその本質とするものである。それ故に、その国の構成者ではない外国人の法的取扱は、当然には、その国の構成者である国民の法的取扱と同じではないのである。外国人も国民と同じ法的取扱をうけるた

<sup>249</sup> 佐々木惣一『改訂日本国憲法論』有斐閣、1952年、387-389頁。

<sup>250</sup> 佐々木惣一『改訂日本国憲法論』有斐閣、1952年、467頁

<sup>251</sup> 佐々木惣一『改訂日本国憲法論』有斐閣、1952年、469-470頁

めには、特別のさだめあるを要するのである。日本国憲法は日本国民の権利を定めたものである<sup>252</sup>。国民と国家という二つの主語を基点とする単線的な憲法解釈は、確かに国民国家と立憲主義との結合過程に合致する。更に、こうした解釈方法は、憲法理論上の前提設定の純粹さを維持し、従来の憲法学と国家像との整合性を確保した上で、外国人の基本権の問題について明快な解答を提出することができる<sup>253</sup>。

この単線的な憲法解釈に従うと、基本権の保障は当然ながら外国人に及ばないことになる。国家の構成員ではない外国人に対する処遇が完全に当該国家の自由裁量に属すべきであると立論した上で、極端に言えば、「日本にいる外国人を煮て食おうと焼いて食おうと自由」という結論も正当化される<sup>254</sup>。もちろん、そのような結論は憲法規範のレベルにおいてのみ導出されるのである。憲法規範のレベルで基本権の保障主体が外国人を最初から排除するのは、外国人の人権を全く無視することを意味しない。憲法上保障されない外国人の諸権利が法律規範によって実現する可能性は残っている。外国人は、当該国家の立法措置を通じて自らの諸権利を保全することができる。憲法上の基本権は本来、あらゆる人の権利に対して完璧で網羅的な保障を意図しておらず、格別に重要な権利を、憲法秩序における最も重要な対象主体、つまり国民のために定めたものである<sup>255</sup>。その後、現実には照らしてそれで保障不足である場合には、国家の立法によって補充されることを当然の前提とする<sup>256</sup>。

他方で、憲法規範のレベルでなく、立法によって法律規範のレベルで外国人の権利を適切に保障することは、複雑な国際関係および国家間の相互主義に柔軟に対応する可能性を維持しうる。例えば、外国人の権利保障について、憲法制定議会における金森徳次郎大臣はそのように答弁した。「憲法は一度権利が決まりますれば、容易にこれを動かすことは出来ませぬ。如何なる場面が起っても動かし得ないと云う根本的規定に依るよりも、寧ろこの憲法を基として一般日本人に当て嵌るように規定せられたる法律が同時に外国人にも適用せられるように立法して、それに依って外国人が公平に取扱わると云う態度を執ることが便利で

<sup>252</sup> 大石義雄『日本憲法論〔増訂版〕』嵯峨野書院、1984年、281-282頁。

<sup>253</sup> 外国人の基本権保障対象性について、小嶋和司は、法理的には否定説を賛同した。小嶋和司『憲法概説』良書普及会、1987年、156-157頁。小嶋和司、大石真『憲法概観〔第7版〕』有斐閣、2011年、77頁。近年、小嶋和司の論理に基づいて外国人の基本権問題を再検討しようと試みたのは、高橋正俊「外国人の基本的権利保障の対象性」新正幸、早坂禧子、赤坂正浩編『公法思想と制度—菅野喜八郎先生古稀記念論文集』信山社、1999年、85頁以下。加藤隆之「外国人の人権享有に関する『国民説』の再評価」法学新報第120巻第1・2号、2013年6月、57頁以下。

<sup>254</sup> 池上努『法的地位200の質問』京文社、1965年、167頁。

<sup>255</sup> 国民と国家との権力関係性を中心にして構築される基本権概念によって引き起こされた論争は、基本権の私人間効力の問題にも現れている。国民対国家という図式を基礎として理解される基本権概念は、外国人の人権論において国家対非国民という問題、そして私人間効力論において国民対国民という問題に直面する。基本権規定は私人間に適用されないという「無効力説」について、高橋和之『『憲法上の人権』の効力は私人間に及ばない』ジュリスト1245号、2003年6月、137頁以下。また、高橋和之「人権論のパラダイム」全国憲法研究会編『憲法問題17』三省堂、2006年、36頁以下。

<sup>256</sup> 高橋正俊「外国人の基本的権利保障の対象性」新正幸、早坂禧子、赤坂正浩編『公法思想と制度—菅野喜八郎先生古稀記念論文集』信山社、1999年、98頁。

はなかろうか、適切ではなかろうかと思うのであります」<sup>257</sup>。したがって、憲法上の基本権の保障対象性が外国人に認められないにもかかわらず、立法措置によって外国人の諸権利に対してなるべく実効的な保障を図るという憲法解釈は、国民と国家との権力関係に対応した憲法秩序の一貫性を保てるだけでなく、将来の変化を考慮してあらかじめ柔軟な対応の余地をキープすることも可能にする。

しかしながら、この憲法解釈論は、近代立憲主義の「閉鎖性」に過度に傾いたものである。国民と国家という特定の主語に固執した文法構造を憲法秩序の唯一の下敷きとして絶対視することは、近代立憲主義の「普遍性」という規範的な要請を無視してしまった。第一章で言及したように、政治的近代性を具現したフランス人権宣言に内在している「普遍性」と「閉鎖性」との相互関係は、憲法学の外国人権論でも再び重要な論争点になる。普遍性の要請に着目した宮澤俊義によれば、日本国憲法において「侵すことのできない永遠の権利」として保障されている「基本的人権」は、「アメリカ・フランス両革命以来の人権宣言で宣言・保障された『人権』にほかならず、前憲法的性格を有する固有の意味の人権を意味する」<sup>258</sup>。その背後には、国民国家も実定憲法も人間の生来の自由、普遍的人権に依存する考えがある。つまり、普遍的人権を宣言することによって初めて暴力による支配、身分制社会の旧制度、および人間の存在価値を黙殺した権力関係を離脱し、人間の共同体たる国家の理想像と法の世界が成立することが可能になる<sup>259</sup>。

それにもかかわらず、普遍的人権と憲法上の権利の間の距離は、確かに存在しており、無視されるべきではない。アレントが指摘したように、身分制社会から解放された個人を担い手とする基本的人権は、もはや唯一の公権力の担い手となった国家からの自由を確保するものとして、宣言され、やがてはさらに実定制度化される。したがって、石川健治は、普遍的な人権概念を国民国家の憲法秩序に移植したことから生じる論理上の転化に注目し、憲法学において人権でなくて憲法上の権利をめぐって議論すべきことを強調した。石川健治によれば、日本国憲法の基本権規定は、「人間の権利」として政治倫理上正当化された自己主張の中で、「基本的」と考えられるものを、「憲法上の権利」として「保障」しているにすぎない<sup>260</sup>。時間的・空間的・人的な限界を持つ国民国家の憲法秩序を憲法学の議論の根底として、近代の人権概念に内包する人権主体の無限定性と人権主張の脱領域性を、現実の憲法秩序に合わせて磨き上げなければならない。こうした思考は、奥平康弘の憲法論議にも明らかにみられる。奥平康弘は自然権的・道徳哲学的な人権と、実定憲法が保障する諸権利とを

<sup>257</sup> 清水伸編著『逐条日本国憲法審議録〔増訂版〕第二巻』原書房、1976年、196頁。

<sup>258</sup> 宮澤俊義『憲法Ⅱ 基本的人権〔新版〕』有斐閣、1976年、200頁。

<sup>259</sup> 笹沼弘志「人権批判の系譜」愛敬浩二編『講座 人権論の再定位2 人権の主体』法律文化社、2010年、49頁。

<sup>260</sup> 石川健治「人権論の視座転換—あるいは『身分』の構造転換」ジュリスト1222号、2002年5月、2頁。石川健治「人権享有主体論の再構成—権利・身分・平等の法ドグマティック」法学教室320号、2007年5月、65頁。

峻別している。彼によれば、「人権」というものは野性味ゆたかで生きのいいじゃじゃ馬みたいなものであり、これをひとびとが憲法的秩序に適合するように飼いならすことによって、「人権」が「憲法が保障する権利」となり、このことによって、「人権」の本性が憲法制度上発揮できることになる<sup>261</sup>。

ところが、近代立憲主義の要石の一つである人権の普遍性が憲法秩序を規定して作用する限り、憲法学は、その普遍性を犠牲にし、記述と議論の対象を限定し単純化してはならない。確かに、普遍的人権は近代の国民国家の憲法体制において実定化されて初めて保障の実効性を獲得するのであるが、これは、人権の価値理念を特定の憲法秩序の下に見捨てるべきであることを意味しない。理念としての人権の普遍性と事実としての国民国家体制との複雑な相互関連は、理念と事実との二元性に簡単に解消しきれない。人権の普遍性と国民主権の閉鎖性が、近代立憲国家の基本原則として憲法秩序を支えている故に、両者は、相互に他者を実現せしめる前提をなすべきである。したがって、実定の憲法規範の解釈と適用を行う際に、その人権の普遍性は必然的に参照されなければならない。普遍的な人権と限定的な憲法上の権利との間に生じる隔たりは、決して短縮されえないわけではなく、むしろ、近代立憲主義の精神に照らして、なるべく両者の間の架橋を確保すべきである。そのような架橋が成功するかどうかという問題は、まさに外国人の人権論において検証されるのである。ここでは、大沼保昭が強調したように、「外国人が基本的人権の享有主体たりうるかという問題は、基本的人権の普遍的理念としての質を問うことにほかならない」<sup>262</sup>。

## 第二節 権利性質説の方法論上の問題とその限界

今日通説的地位を占める「権利性質説」は、まさに基本的人権の普遍性を憲法解釈の基本原則として考慮し、憲法上の基本権の保障対象について、外国人を最初から全般的に除外することを認めない。こうした見解は、裁判所の判決論理にも定着している<sup>263</sup>。第一章で説明しように、基本的に最高裁は権利性質説の立論に従い、外国人の権利保障問題に対応している。だが、国民主権の原理と衝突するおそれがある権利について、最高裁は、常に権利性質説を論拠として外国人の権利主張を拒否する。前述したマクリーン事件、ヒックス・アラン事件判決や地方議会議員選挙の投票権事件判決は、その典型例である。権利性質説が外国人に対する効果的な権利の実現に資することになるのかは、詳しく検証しなければならない。結論を先取りするならば、外国人の権利保障の現状に照らして、権利性質説は脆い基盤しか提供することができない。それは、権利性質説は方法論上の問題を抱え、外国人の権利保障に対して理論上の限界を有するからである。その意味で、権利性質説は、普遍的な人権と個

<sup>261</sup> 奥平康弘『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』有斐閣、1993年、20-21頁。

<sup>262</sup> 大沼保昭『新版 単一民族社会の神話を超えて』東信社、1993年、4頁。

<sup>263</sup> 最大判昭和53・10・4民集32巻7号1223頁、判例時報903号3頁。

別的な国家主権をうまく架橋することを果たせない。それゆえ、本節では、権利性質説の方法論を究明し、こうしたアプローチに内在する限界と盲点を指摘しようとする。その前、学説と裁判例の議論に基づき、外国人の権利保障について権利性質説の構図と論法を確認する。

権利性質説は、以下の根拠を以て、外国人の基本権享有可能性を承認している。まず、憲法上の基本的人権が、人間性に由来する前国家的ないし前憲法的性格を否定されえない故に、近代立憲主義の精神に基づき、人権の普遍性を憲法解釈論において徹底させるべきである。早々に憲法上の基本権の保障範囲を国民に限定し、外国人を憲法秩序の部外者とする解釈論自体は、近代立憲主義の価値理念と相容れない。第二に、憲法が国際協調主義を採択した以上、憲法上の基本権について自国民と外国人を原則として差別していけないことは、憲法の基本原理である国際協調主義に適合的であるだけでなく、国際協調主義の要求するところでさえあると言える<sup>264</sup>。それらの理由で、日本国籍を持たない者に対して、権利性質説は、基本権の享有可能性を封じるのではなく、出来る限りその可能性を留保するという立場を採っている。

確かに、外国人に憲法上の基本権の保障対象性を承認しない否定説の主張のように、国家の立法措置を通じて外国人の諸権利を有効に保障することは事実上可能である。しかし、この場合、外国人は法律規範の根拠があってはじめて諸権利を具体的に享受しうるために、立法者の広汎な裁量余地が認められている以上、当該国家の立法者の好意的な対応を待たなければならないことになる。外国人の権利保障は、単に立法政策の問題と見なされる。法律規範が作成される前に、外国人は自らの諸権利を主張する権限を全く持たず、ただ受動的に立法者からの権利付与を期待することしかできない。それゆえ、外国人の諸権利の実現を立法者に依頼すると主張した否定説は、外国人の権利状況の不安定化という大きな代価を支払い、更に立法裁量の下で外国人同士の間には権利享有の格差状態を広げる恐れがある。そうすると、人間と市民、人権と市民権との間に内在している深刻なズレは縮められるどころか、無限に拡大することになる。その点について、権利性質説は、最初から外国人の基本権の享有可能性を全般的に否認する前提を拒んで、否定説の問題性を解決することができる。

---

<sup>264</sup> 権利性質説の主要な根拠について、多数の論者はその二つの理由を挙げて説明している。芦部信喜『憲法〔第五版〕』高橋和之補訂、岩波書店、2011年、92頁。芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』有斐閣、1994年、122頁。戸波江二、松井茂記、安念潤司、長谷部恭男『憲法(2) 人権』有斐閣、1992年、37頁。佐藤幸治『日本国憲法論』成文堂、2013年、142頁。野中俊彦、中村睦男、高橋和之、高見勝利『憲法Ⅰ(第4版)』有斐閣、2009年、219頁。初宿正典『憲法2 基本権〔第3版〕』成文堂、2010年、77頁。他方で、それらの根拠付けに対する批判と再検討について、高橋正俊「外国人の基本的人権保障の対象性」新正幸、早坂禧子、赤坂正浩編『公法の思想と制度—菅野喜八郎先生古稀記念論文集』信山社、1999年、91-94頁。柳井健一「外国人の人権論—権利性質説の再検討」愛敬浩二編『講座 人権論の再定位2 人権の主体』法律文化社、2010年、168-169頁。

もつとも、権利性質説の前提設定を検討する際に、あることを見過ごすべきではない。つまり、当該学説は最初からあらゆる基本権の享有可能性を全面的に外国人に認めてもいなくて、基本権の権利主体性を外国人に開放することを各権利の性質から個別的に論じている点である。要するに、外国人の基本権の享有可能性について、権利性質説は、全面否定でもなく全面承認でもなく、折衷的な前提に立ち、「閉鎖性」と「普遍性」との矛盾の中に合理的なバランスを図ろうとするのである。大抵の場合、権利性質説は、憲法上の基本権を前国家的権利と後国家的権利に区分し、自然権的な性格の濃厚さを基準として、個別的な基本権の保障範囲が外国人に及べるかどうかを決める。具体的にいえば、憲法上の基本権が参政権、社会権および自由権という三部分に分けられた上で、参政権と社会権は、後国家的権利の性質を有する故に、原則として外国人に対して保障されない。他方で、自由権について、国民主権の憲法原理に抵触する可能性が残る自由権を除き、その他の自由権は、憲法は外国人にもなるべく日本国民と同等に取り扱う趣旨であると解される。

まず参政権は、その性質上、当該国家の国民にのみ認められる権利である。国民主権の原理に基づき、一定の能力と資格を有する国民のみが自国の政治的意思を最終的に決定することは憲法上要請されている。したがって、国民が特定の国家・地方公共団体の意思形成に直接参加する場合と、国家・地方公共団体の意思形成を職責とする公務員を選定することによって、間接的にその意思形成に参加する場合の両者を含んで、外国人は最初から排除されている<sup>265</sup>。次いで社会権は、各人の所属する国によって保障されるべき権利であると解される<sup>266</sup>。各人の生活配慮は、それぞれの出身国家社会が負うべきであり、たまたまその者が在留している国家社会が負うべき責務ではない。また、社会権について、当該国家社会が要保護者に提供する生活配慮の財源は、当該国民の拠出によるものであるから、拠出にあずからない外国人は、生活配慮の恩恵にあずかってもならない。それらの論拠で、社会権の保障は外国人に及ばないと一般的に考えられる<sup>267</sup>。それゆえ、後国家的権利として理解される参政権と社会権について、憲法規範レベルで、基本的に外国人は保障主体性を否定されている。

自由権について、入国の自由と在留の権利は、外国人に保障されない。国際法上、国家が自己の安全と福祉に危害を及ぼす恐れのある外国人の入国を拒否することは、当該国家の主権的権利に属し、入国の拒否は当該国家の自由裁量によるとされる。入国の自由がない以上、在留の権利も憲法上保障されるとはいえない。外国人に入国・在留を認めるか否かは、当該国家の裁量に委ねられている。日本国憲法にも、それと異なる立場を採ったと思われる

<sup>265</sup> 高乗正臣「選挙権の法的性質と外国人参政権問題」憲法学会設立五十周年記念論文集編集委員会編『憲法における普遍性と固有性 憲法学会五十周年記念論文集』成文堂、2010年、245頁。

<sup>266</sup> 宮澤俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』有斐閣、1971年、242頁。橋本公亘『日本国憲法〔改訂版〕』有斐閣、1988年、130頁。戸波江二、松井茂記、安念潤司、長谷部恭男『憲法（2）人権』有斐閣、1992年、40頁。

<sup>267</sup> 奥平康弘『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』有斐閣、1993年、63頁。

規定は存在しないので、特別の条約が存しない限り、国家は外国人の入国と在留を許可しなければならないという義務を負わない。したがって、外国人が入国の自由と在留の権利を憲法レベルで主張する余地も認められない<sup>268</sup>。

それに、政治的自由権については、国民主権原理に抵触する恐れが常に存在する。それゆえ、国民の政治的選択に不当な影響力を行使するような政治活動の場合、憲法上、こうした政治活動を行う権利は外国人に認められない<sup>269</sup>。マクリーン事件判決において、最高裁は、「政治活動の自由についても、わが国の政治的意思決定又はその実施に影響を及ぼす活動等外国人の地位にかんがみこれを認めることが相当でないと解されるものを除き、その保障が及ぶ」と述べた<sup>270</sup>。その最高裁の論理の反対解釈によれば、憲法上、外国人の政治的自由権は限定的に保障されている。つまり、あらゆる政治活動を行う権利を有する一般的な日本国民に比べて、外国人は、国民主権の要請に衝突しない限り、部分的な政治的自由権しか享有しえない。

しかしながら、部分的な政治的自由権の保障範囲を画定した最高裁の定式化は、重大な問題を内在している。最高裁は、我が国の政治的意思決定又はその実施に影響を及ぼすかどうかを基準として、政治的自由権の保障の有無を判断する。したがって、最高裁の理解の下に、政治活動は、政治的意思決定又はその実施に影響を及ぼすのと及ぼさないのに分けられることが可能である。ところが、こうした線引き自体は、極めてあいまいなものと言わざるを得ない。まず、最高裁がいった「影響」は、当事者が政治活動を行う前にどのように測定されるべきか。政治活動自体の影響力は、往々にして事後的、回顧的にしかわからないのである。つまり、政治活動を行う前に、実際に当該活動が一体どのような影響力を有するかどうか、更に政治的意思決定又はその実施に及ぼすかどうかについて、行為者は全く判断することができない。更に、当該の政治活動を行うことが生じる実質的な効果は、行為者の思い通りにコントロールされうるのではない。政治的意見が発信された後、この活動自体が一般国民の中でどのように理解されるか、どのような議論を引き起こすか、政府にどのような刺激を与えるかについても、行為者は自ら決められない。こうして、行為者が権利を行使する際に完全に予想しえず、行使する後にもコントロールできない結果を、政治的自由権の要件とすることは非常に疑わしい。

それに加えて、こうした線引きから見れば、最高裁は政治活動の本質を正しく認識しないことがわかる。政治活動はもともと、政治的意思決定又はその実施に影響を及ぼすために行

---

<sup>268</sup> 芦部信喜『憲法〔第五版〕』高橋和之補訂、岩波書店、2011年、94-95頁。戸波江二、松井茂記、安念潤司、長谷部恭男『憲法（2）人権』有斐閣、1992年、38-39頁。佐藤幸治『日本国憲法論』成文堂、2013年、143頁。

<sup>269</sup> 佐藤幸治『日本国憲法論』成文堂、2013年、149頁。

<sup>270</sup> 最大判昭和53・10・4判例時報903号6頁。

われる。政治的意思決定又はその実施に対して、何らかの衝撃を与えることは、まさに政治活動の存在意義であり、最大の目的である。影響力を全く有しない政治活動は、誰でも行おうとしない。少なくとも、行為者は、政治的影響力の発揮を期待する上で政治活動を行う。それゆえ、影響を与えられない政治活動はただ無意味な行為にすぎず、そのような政治活動を営む権利自体も、最も重要な価値を失ってしまう。他方で、民主政治の観点からすると、あらゆる政治活動は、多かれ少なかれ、最終的には政治的意思決定又はその実施に作用することになる。実際には、政治活動を通じて発信される政治的意見のすべては、世論の構成要素である。基本的に、行為者が政治的問題を発見した上で、政治活動によって当該問題の存在および自分の見解を一般国民に表明し、民主的討議の回路に投入する。したがって、そのような政治的意見のすべては、民主的討議の過程において吟味と批判の対象となる。それらは、民主的討議の主題、発言、情報や根拠である。結果として、発信者の個人的意見が受け入れられ、変更され、または拒否されることになる。それにもかかわらず、当該意見は、民主的討議の回路に提出されて議論の基礎の一部となるときから、既に世論の形成に影響を与えるのである。言い換えれば、民主的討議の過程においてどのように取り扱われるかを別として、政治活動によって表明される政治的意見のすべては、国民間の公的意見・意思形成に作用した以上、世論の内容構築に貢献しているのである。最終的には、そのような世論が政治的影響力を持ち、ある程度、国家機関の決定に反映されることは言うまでもない<sup>271</sup>。それゆえ、個別的な政治的意見＝世論＝国家機関の正式な決定という民主政治の連鎖関係から見れば、理論上、政治的意思決定又はその実施に影響を及ぼさない政治活動は、最初から存在しないはずである。

全般的に言えば、外国人が享有しうる政治的自由権の範囲について、最高裁の定式化はあいまいな判断基準であるだけでなく、それ自体とあって、政治的自由権の意義と実態を理解していない故に、実際にも適用不可能なのである。こうした最高裁の線引きを文字どおりに受けとめれば、外国人に承認されうる政治的自由権は、実質上ほぼ無きに等しいと言わざるを得ない。更に、最高裁の定式化を厳格に解釈し、外国人の政治活動が政治的意思決定又はその実施に影響を及ぼさず、国民主権の原理に抵触しないことが可能であるとしても、事後的に行行為者に不利益取扱いをしないことも保証されていない。マクリーン事件判決の結論からすれば、外国人の行った政治活動が完全に合憲合法であるにも拘らず、日本政府にとって望ましくない政治的表現が、当該外国人を「追放」する合理的理由に該当することが裁判所によって正当化される。したがって、憲法上外国人に保障される部分的な政治的自由権

---

<sup>271</sup> ハーバーマスの討議民主主義論において、市民社会の公共圏と議会の機関の公共圏との連関は特に強調される。ハーバーマスにとって、政治システムがうまく機能するのは、その意思決定的な制度が市民社会からのインプットを受け容れる多くの通路を備え、下からのインプット（市民社会と世論）が、そのアウトプット（政策と法規範）に影響を与えることができるような正しいチャンネルを持っている場合である。健全な民主主義的制度は、討議によって形成された世論に調和するような政策や法規範を生み出そうとする。ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（上）—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2002年、204—210頁。



についても、政府側の好みに基づいてその権利行使を評価することによって、当該外国人に事後的に厳しい不利益を押し付けることも許されている。そこから推論すれば、外国人の政治的自由権は、非常に疑問のある判断基準によって萎縮効果が限りなく広がっている以上、結果から見れば、憲法上ほとんど保障されていないともいえる。最高裁が外国人に部分的な政治自由権を承認したとしても、疑わしい判断基準と事後的な不利益の許容の下では、そのような政治的自由権は、ただ絵に描いた餅にすぎない。それは、権利の核心部分を剥奪されており、実質的に行使することができる権利ではない。

結局、権利性質説の論理に従って、憲法上外国人にも保障されている権利の類型は、せいぜい非政治的自由権にとどまる<sup>272</sup>。そのため、憲法上の保障範囲を非政治的自由権に局限する権利性質説は、外国人の基本権享有可能性を否認するにもかかわらず、なるべく立法作為を通じて権利保障を図る否定説と、大した隔たりが存在しない。しかし、権利性質説は、否定説と全く異なった前提に立つ故に、より開放的な展開のポテンシャルを有する。言い換えれば、権利性質説は、違憲審査の判断基準により、外国人の非政治的自由権に関する立法者の恣意的な剥奪または制限をコントロールできるだけでなく、外国人の諸権利の保障範囲を非政治的自由権からその他の権利類型に段階的に拡張する可能性を留保することができる。

例えば、社会権について、権利性質説は憲法上の保障を外国人にも及ぼす可能性を保有している。大沼保昭は、権利の性質を論理の基礎として、社会権の憲法保障が外国人に広げられるべきであると力説した。大沼保昭の見解によれば、生存権に代表される社会権は、人が社会の一員として労働して生活を営む、つまり共同体の一員たることを基礎とするものである。他方で、国家がそれを保障する義務を負うのは、国家が当該共同体を統轄する機関であることに基づく。要するに、社会権を基礎づける「強い社会連帯意識」なるものは、同一社会において生活を共にする者としての連帯意識である。それゆえ、社会権については、国籍の基準ではなく、社会構成員性を基準にして保障対象を決めるべきである。憲法レベルでの社会権の保障は、社会構成員性に該当する外国人、すなわち、日本社会に居住し、日本国民と同一の法的・社会的負担を担っている定住外国人にも妥当するものである。社会権の保障に関しては、無拠出制の社会保障の国庫負担性も、国民と同じく租税を払っている定住外国人を排除する根拠となりえない<sup>273</sup>。

---

<sup>272</sup> 外国人の非政治的自由権は、権利の性質に基づき憲法上保障されているが、立法者が合理的な根拠をもって、自国民とは異なる強い制約を行うことも憲法違反にならない。例えば、職業選択の自由、営業の自由、財産権の取得と行使、そしてプライバシーの権利等については、実定法と入国・在留規制システムの下で、外国人に対してさまざまな制限が設けられている。つまり、それらの非政治的自由権については、当該国家の立法者の裁量権が認められるので、実際の保障程度に関して、多くは立法政策に委ねられる。

<sup>273</sup> 大沼保昭『『外国人の人権』論再構成の試み』法学協会編『法学協会百周年記念論文集 第二巻—憲法行政法、刑事法』有斐閣、1983年、410-411頁。大沼保昭『新版 単一民族社会の神話を超えて』東信

社会権を除き、公務就任権を検討する場合にも、権利性質説の備えた拡張可能性が現れている。従来学説上は、公務就任権を広義の意味での参政権と捉え、「憲法上の権利として外国人に及ぶと解する必要はない」とされてきた<sup>274</sup>。実務上、人事院規則 8-18 第 8 条に基づき、国家公務員採用試験の受験資格として国籍要件が置かれている。地方公務員の場合もそれに倣っている。ところが、公務員の職種も多種多様であること、また行政の活動は憲法および法律の下に行われることから、「外国人の公務就任資格を一律に否定することには疑問がある」と説く見解も有力になっている<sup>275</sup>。例えば芦部信喜は、「公権力を行使する職務であっても、少なくとも直接国の政策に影響を及ぼすところの少ない調査的・諮問的・教育的な職務などは、定住外国人に道を拓くことを考慮する必要がある」と主張した<sup>276</sup>。他方では、外国人の公務就任資格を全般的に否定するという従来の見解に対して、各級の裁判所も、実際の職務内容を検討する上で、そのように厳格な制限基準を緩和している傾向が見られる。東京都管理職選考受験資格事件の控訴審において、東京高裁は、外国人は「公権力の行使または公の意思の形成に参画することによって直接的に統治作用に関わる管理職に就くことはできないが、もっぱら専門的・技術的な分野においてスタッフとしての職務に従事するなど、統治作用に関わる程度の弱い管理職と、それ以外の、上司の命を受けて行う補佐的・補助的な事務またはもっぱら学術的・技術的な専門分野の事務に従事する公務員に就くことは、必ずしも国民主権の原理に反しない」と述べた<sup>277</sup>。こうした理解は、最高裁にもある程度引き受けられた<sup>278</sup>。総じて、国民主権原理との関係性が希薄で、その原理に抵触する恐れの低い職務に携わる公務員の就任は、外国人に対しても解禁されうるのである。したがって、その部分の公務就任権は、再び当該権利の性質に基づいて検討すれば、職業選択の自由として再理解され、憲法上外国人にも保障される権利の類型に数えられることも可能である<sup>279</sup>。

---

社、1993年、238-239頁。萩原重夫「日本の〈国際化〉と外国人の権利保障」平野武、澤野義一、井端正幸編『日本社会と憲法の現在』晃洋書房、1995年、203-204頁。

<sup>274</sup> 伊藤正己『憲法〔第三版〕』弘文堂、1995年、197頁。

<sup>275</sup> 渋谷秀樹『憲法〔第2版〕』有斐閣、2013年、119頁。浦部法徳『憲法学教室〔全訂第2版〕』日本評論社、2006年、504頁。

<sup>276</sup> 芦部信喜『憲法〔第五版〕』高橋和之補訂、岩波書店、2011年、93頁。

<sup>277</sup> 東京高判平成9・11・26判例タイムズ960号79頁。

<sup>278</sup> 最高裁は、「地方公務員のうち、住民の権利義務を直接形成し、その範囲を確定するなどの公権力の行使に当たる行為を行い、若しくは普通地方公共団体の重要な施策に関する決定を行い、又はこれらに参画することを職務とする」公権力行使等地方公務員について、外国人はその類型に該当する公務員に就任することは、「本来我が国の法体系の想定するところではないものというべきである」と述べた。そのような最高裁の趣旨に従って、地方公務員は、公権力行使等地方公務員とそうではない地方公務員にと区分されて、公権力行使等公務員の就任は外国人に認められないが、そうではない公務員について、外国人の就任は可能である。最大判平成17・1・26民集59巻1号128頁、判例時報1885号3頁。

<sup>279</sup> 例えば、当該事件判決の結論に対して、泉徳治裁判官は、「特別永住者の法的地位、職業選択の自由の人格権的側面、特別永住者の住民としての権利等を考慮すれば、自治事務を適正に処理・執行するという目的のために、特別永住者が自己統治の過程に密接に関係する職員以外の職員となることを制限する場合には、その制限に厳格な合理性が要求されるというべきである」と述べて、反対意見を出した。

しかしながら、権利性質説の備える拡張可能性は、限界を有しないわけではない。前述した外国人の公務就任権を検討した際にも明白になったように、権利性質説に基づいて外国人の基本権の保障範囲を広げる可能性は、国民主権によって決められる。言い換えれば、権利性質説の最大外延は、国民主権という憲法原理の内側にとどまる。国民主権原理は、権利性質説の拡張の終点として、政治的権利において権利主体の純粋性を確保できるように作用している。言うまでもなく、これは、従来の国法学のオーソドックスな見解に密接に繋がっている。すなわち、憲法上の国民概念と国民主権が「国籍保有者」と「国籍保有者主権」と解される上に、参政権は国籍保有者の独占的な基本権として一般的に理解される。このような認識は、権利性質説の背景に隠れる基本的な立場を構築するのである。それゆえ、非政治的諸権利に比べて、権利性質説は外国人の政治的諸権利の保障範囲を極めて限縮する。権利性質説に対して、国民主権原理は絶対に越えられない障壁である。

確かに、政治的諸権利を除いて考える限り、権利性質説は、政治と無関係な自由権が外国人に保障されるかどうかという問題について、外国人の実態に照らしてより合理的な操作基準を持ち出すことができる。例えば、大沼保昭が主張したように、権利性質説に従って社会権を外国人に承認することは可能である。外国人権論の発展から見れば、権利性質説は一定の成果を収め、更に時代の変化に対応して従来の差別的な取扱いを段階的に見直している。少なくとも、それらの限定的な権利類型に対して、権利性質説の適用と検証は、国家権力が非国民に恣意的かつ非合理的に介入または干渉することを有効に排除し、そして憲法レベルで国家に保障を義務付けている。その点について、権利性質説の貢献は否定されえない。それでも、権利性質説が権利類型から特定の基本権を対象として個別的に論じるというアプローチは、実際には重大な欠陥を内在している。要するに、権利性質説が基礎とした分断的な基本権の理解は、基本権の全般的な体系構造を考慮せず、基本権の無力化をもたらす恐れが常に存在している。何故ならば、本来、整合的な権利体系に置かれており、その他の基本権と共に作用して最も堅実な保障を獲得し得るように予想される基本権の本質を、権利性質説は正確に把握することができないからである。それゆえ、権利体系から抽出されて、その他の基本権に由来する共同作用および後ろ盾を失う個別的な基本権に対する保障は、結局、無力化せざるを得ない。この問題性は、とりわけ、権利性質説が外国人の政治的諸権利の許容範囲を縮減することにある。権利性質説は、政治的諸権利が基本権の権利体系において最も重要な役割を果たしていることを見落とす故に、それ以外の権利に対する保障の実効性も非常に限定される。

権利性質説の支配的な見解の下で、外国人の人権論を検討すると、政治的諸権利を付与されなくても、非政治的自由権を保障することで外国人の人権保障は十分であるという結論は、非常に容易く出てくる。更に、外国人が政治的諸権利を犠牲にすることによってこそ、その他の基本権の享有を可能にするという論理も、外国人の断片的な権利保障を正当化する

るために立ち現れている。例えば、イーゼンゼーは、「連邦領域に居住する外国人がドイツの法を遵守しなければならないからといって、それ故外国人もドイツ人と共に法を形成しなければならないといった、代償的論理は生まれてこない。法秩序の支配の代償は、法秩序による保護である。社会的法治国家は受動的地位に対しては、積極的地位・消極的地位の付与をもって償いとする」と強調した<sup>280</sup>。しかしながら、国家法秩序の下での純粋な被支配者としての外国人は、政治的諸権利を持たず、民主政治に参加することも許されない状況で、自分たちの諸権利をどの程度まで守れるかどうか、何と云っても疑わしいのである。政治的諸権利を取り上げることは、民主的な政治過程から除外して、その他の基本権について具体的な内容形成や制限の合理性に関与する権能を全般的に否定することを意味する。その場合、権利性質説に従って非政治的自由権の権利主体性が外国人に承認されても、それらの基本権は堅実な保障を与えられるとは言えない<sup>281</sup>。政治的権利および民主政治の参加という重要な支えがなくなると、基本権は、自己主張によって確保されるのではなく、ただ他者からの好意的な賜物でしかない。それゆえ、権利性質説の問題性を克服するために、基本権の体系構造を探究しなければならない。次に、ハーバーマスの権利体系の論説を参考にして、個別的な基本権の間の緊密な連関を分析することしよう。

### 第三節 人権論の再構成—ハーバーマスの基本権理解と権利体系論

前述したように、フランス人権宣言に内在しており、国民国家の政治的文脈の主線を構成している近代立憲主義の「普遍性」と「閉鎖性」は、一見すると、調和することができないと考えられる激しい対立関係を孕んで、それぞれの憲法共同体に「人権」あるいは「国民主権」という二者択一の難問を投げかける。それは、近代政治哲学において「自由主義的政治理解」と「共和主義的政治理解」を引き起こした論争の主因ともいえる。すなわち、政治的な価値秩序について、自由主義的理解は人権という概念を最優先するが、共和主義的理解は国民主権という概念を根本的な出発点とする。人権と国民主権という二つの概念は、それぞ

<sup>280</sup> ヨーゼフ・イーゼンゼー「ドイツ連邦共和国における外国人の国法上の地位（3・完）」斎藤靖夫訳、ジュリスト624号、1976年11月、95-96頁。

<sup>281</sup> 他方で、民主主義の理念と参政権の人権性質から外国人の参政権問題について、肯定的な見解を持ち出した学説も、基本権の体系構造を詳細に分析することを踏まえて議論を展開するとは必ずしも言えないと思われる。外国人の参政権に対して肯定説に立つ多くの論者は、在日外国人の特殊な歴史的背景に目を留めて、参政権の人権性の含意、つまり、参政権が個人の幸福追求権の一部であることを強調し、外国人の政治的権利の保障の必要性を高唱した。例えば、肯定説の代表的な学者たる江橋崇は、「表現の自由が市民に認められているのは、表現の自由市場が確保されることが善であり、社会的に望ましく、かつ政治的にも民主主義の基礎的な前提条件であるという理由だけではなく、この権利を行使することが、市民にとっての人間的な喜びであり、かつ、自己の人格形成、自己実現の道であるという理由も存在する。参政権にも同様な意義があるのであって、選挙のプロセスに参加することは、政治的な意味で自己を実現する最有力な方法である」と説いた。江橋崇「外国人の参政権」樋口陽一、高橋和之編『現代立憲主義の展開 芦部信喜先生古稀祝賀（上）』有斐閣、1993年、197頁。確かに、その論法も外国人の参政権の保障を正当化するアプローチの一つである。ところが、このようなアプローチは、権利性質説の運用と同様に、参政権を個別的に論じる故に、基本権の権利体系において政治的諸権利の連携関係を見過ごし、外国人の政治的諸権利の保障に最も有力な論拠を提供できないと考えられる。

れ自由主義と共和主義のいくつかの局面と結合しており、政治構造の根源性の地位を競い合うのである。ハーバーマスは、民主政治モデルのあるべき姿について完全に異なった主張を展開する両理解が、実は自律性についてのある解釈に特権を与えていることに起因すると指摘した<sup>282</sup>。というのは、自由主義的理解は、個人的ないし私的自律性（個人の自己決定）に、他方で、共和主義は集団的で公共的ないし政治的自律性（政治共同体の自己実現）に最高の特権地位を付与している<sup>283</sup>。

個人の私的自律性を最優先させ、市民を主観的権利の主体と見なす自由主義的理解に従えば、個人の基本的権利は前政治的な利害の結晶である。諸個人はこのように前政治的な利害を追求する自由を、他の人が自らの利害を追求する同様な自由と矛盾しない仕方で守る一連の基本的権利を保有する。そのため、国家機構の主要な機能は、公共的管理機構として、諸個人の基本的権利に対して充分の保障を提供し、平等原則に照らして諸個人の間主観的自由権の行使範囲を合理的に配分することである。したがって、国家の最も重要な役割は、諸個人が自由的意思と独自の価値観に基づき自らの生活を展開することを可能にすることである。それゆえ、自由主義的理解の下に、「政治的権利とは、公民が私的利害関心に基いて行動を起こし、最終的には投票・議会の結成・政府の形成を介して、みずからの利害を他者の私的利害関心とともに、行政に影響力を及ぼすひとつの政治的意思へと凝集させることを可能にするものである」<sup>284</sup>。こうして、政治的共同体への参加は、それ自体の価値性が非常に希薄であり、単に道具的に、私的利害の主張を保証する手段と見なされるに過ぎない。

それに対して、共和主義的理解は、公的自律から第一義的に出発し、市民を共同の実践に参加することのできる政治的に責任ある国家市民として捉える。国民主権は、国家共同体の政治的権威が最終的には国民の意志に存在していることを意味する。したがって、本質的に政治の内実とは、諸個人の私的自律を確保するというより、むしろ公的自律を国民集団的に実現することに関わることがらである。言い換えれば、共和主義的理解にとって、最も重要なのは、各個人の自由ではなくて、われわれ国民の自由なのである。そのような思考様式の下に、国民主権は、政治的共同体の構成員は自分たちを支配している法を自分たち自身の価値観の表現と見なすことができるという程度に自由であることを言いあらわす。政治的共同体において、主体の享受するあらゆる個人的権利も、政治的共同体の価値観と理想に由来して依存する<sup>285</sup>。それゆえ、政治的共同体の構成員であることは、それ自体で価値あること

<sup>282</sup> ユルゲン・ハーバーマス「民主政の三つの規範モデル—協議政治の概念について—」河上倫逸編訳『法と正義のディスクール—ハーバーマス京都講演集』未来社、1999年、127頁以下。

<sup>283</sup> ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（上）—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2002年、126—127頁。

<sup>284</sup> ユルゲン・ハーバーマス「民主政の三つの規範モデル—協議政治の概念について—」河上倫逸編訳『法と正義のディスクール—ハーバーマス京都講演集』未来社、1999年、130頁。

<sup>285</sup> 例えば、マイケル・サンデルは、「政治問題としては、正義や権利に関する熟議は、このような熟議が

であり、政治的諸権利は、決して私的自律を十分に保障するために利用される単純な道具ではなく、むしろ国家共同体の中に生活することの目的と本質でなければならない。ハーバーマスが分析した通り、「共和主義的見解によると、市民の地位は、市民を私人であると同じく扱おうとする消極的自由権のモデルで規定されるものではない。……国家存在の正当性は、第一に同等の主体の権利を保護することにあるのではなく、全員に共通する利害関心がどのような目標と規範にあるのかを、自由かつ平等な市民たちが互いに了解し合う場としての意見および意思形成プロセスを保証するという点にある。だから、共和主義における公民には、それぞれ自分勝手な利害関心に従う以上のことが要求されるのである」<sup>286</sup>。共和主義的理解は、国民の政治的生を政治的共同体における国民の諸権利の根底と見なしている。

ところが、自律性について片方の自律概念に偏重する自由主義的理解と共和主義的理解とも、それぞれ欠陥を持っている。自由主義的理解は、政治的意思形成過程を私的利害の妥協という観点からのみ捉える。そうすれば、政治的意思形成過程が私人の利害にのみ分散することになり、政治的共同体の構成員の相互関係と法規範の正統性要請を見落とす。自由主義の想定は、意識哲学の特徴である主観への固有な偏向を反映する。だが、その想定は権利の社会化の重要性を無視し、共同体の構成員の地位に道具的な価値しか付与しておらず、政治的な正統化を全般的に把握することができない。他方で、共和主義的理解は、政治的意思形成過程を国家市民の倫理的自己了解の実現として捉えるが、それは市民の徳にあまりにも多くの負担をかけるものである。更に、前述したように、近代社会には複数の競合した伝統と世界観が同時に存在し、アイデンティティーの多元性と複合性が絶えず増大していることによって、共和主義の想定がもはや当てはまらない。結局、共和主義的理解は、市民の徳という脆弱化しつつある媒介に希望をかけて、政治概念に含まれる衝突と不和の要素を取り除き、倫理的共同体を求めているのにほかならない。

ハーバーマスは、「人権」と「国民主権」との二者択一を脱出して、政治的秩序の根源性について両者の交差点を模索しようとする。彼は、自由主義的理解と共和主義的理解を同時に修正し、近代社会の要請に合致して調律するような枠組みを提供する<sup>287</sup>。ここでは、ハーバーマスが最も強調しようとしたのは、人権と国民主権が等しく根本的で相補的であり、その両者が互いに依存し合っていることである。換言すれば、私的自律性と公的自律性は相互に結びつけられ、相乗的に機能しなければならず、政治的価値序列において同等な重要性を有する。ハーバーマスによれば、政治とは「個人の主体性と国民の主権とに同時に対応する、

---

行われるための前提である、多くの文化や伝統において、表現されている善の構想と関連させられなければ、継続していくことができないのである」と主張した。M・J・サnder『リベラリズムと正義の限界 [原著第二版]』菊池理夫訳、勁草書房、2009年、214頁。

<sup>286</sup> ユルゲン・ハーバーマス「民主政の三つの規範モデル—協議政治の概念について—」河上倫逸編訳『法と正義のディスクール—ハーバーマス京都講演集』未来社、1999年、130—131頁。

<sup>287</sup> ユルゲン・ハーバーマス『討議倫理』清水多吉、朝倉輝一訳、法政大学出版局、2013年、241頁。

自由の表現であり証明として理解される」<sup>288</sup>。したがって、彼は自律という自己決定の能力を、個人としての主体に帰属させる自由主義的理解と、国民というマクロ的主体に帰属させる共和主義的理解とも退け、両理解が見落とした「間主観的」な要素に主眼を置いて、討議理論を近代政治領域の基本的原則として政治構造を再理解する<sup>289</sup>。ハーバーマスの見解によれば、理性的自律のもとに獲得されるはずの規範的内実、あらかじめ個人の主体あるいはマクロ的主体に内在する「普遍的法則」として保証されているのではなく、討議に基づく意見形成・意志形成のコミュニケーション的形式を通じてはじめて保証されうる<sup>290</sup>。そのような政治的意思形成過程の中にこそ、政治的自律の行使の様態の規範的内実が現れており、人権と国民主権との内的連関もこれによって成立しうる<sup>291</sup>。そこでは、私的自律と公的自律との「同根源性」が確実に示されており、政治秩序の根本的要素として作動している。

討議理論を基礎としたハーバーマスの政治秩序観は、彼の権利体系論にも直接的に反照している。ハーバーマスは、権利体系の生成の解明全体に、以下のような鳥瞰図を与えている。「討議原理は、法の形式による制度化という方途によってはじめて民主主義原理のかたちをとるとされ、そのうえでこの民主主義原理が法制定の過程に正統性産出力を提供するのである。民主主義原理が討議原理と法形式の結合に由来するというところこそ、決定的な要となる思想である。私はこの結合を、段階的に再構成されうる、権利の論理的生成として理解する。この結合は、討議原理を一法形式それ自体にとって構築的な一主観的行為自由の権

<sup>288</sup> ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（下）一法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2003年、247頁。

<sup>289</sup> ハーバーマスによるなら、そもそもカントは、道徳の根拠づけから法の根拠づけへと議論を展開する過程で、社会契約論に中心的な位置を与えていない。つまり、人間に帰属する諸権利が、道徳的原理から直接的に、したがって社会契約によって構築されるはずの国家市民の政治的自律とは全く無関係に正統化されることを、ハーバーマスは批判した。他方で、共和主義の代表者たるルソーは、「自律」を、国民によって自覚的に獲得された生活形式の実現として理解し、自己立法という理念に共同体に応じた倫理的な解釈を加える。ところが、ハーバーマスによれば、「われわれ」にとって「善い」ものを越えて、万人にとって平等な利害関心とは何かを判断するための道徳的な視点がやはり必要なのであり、ルソーの構想では、最終的に法原理の普遍主義的な意味が失われてしまい、更に市民が私人の個別的利害との関係を完全に断絶してしまう主体へと強制的に融合される危険性が内在している。ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（上）一法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2002年、128-131頁。

<sup>290</sup> ハーバーマスは、ポスト慣習・ポスト形而上学の時代に入っておる現代には、もはや諸規範の内実を先験的に把握することが不可能になり、過去の宗教的な根拠や形而上学的根拠を引き合いに出して、規範的なものの内容を確定することができないと考える。この状況において、あくまでも討議という手続きを経て、規範的なものの内容を取り決めていかざるを得ない。つまり、規範の形式面と手続面によってのみその規範の内実の正統性が確保されうる。それゆえ、社会的・世界観的多元主義の下で、政治権力と法規範の正統性を産出することができる民主的手続きは、討議理論に合致しなければならない。言い換えれば、これは、「規制は、関係者全員が合理的討議への参加者として同意しうるであろう場合にのみ正当性を主張しうる」という討議理論的観点から検証されるべきである。ユルゲン・ハーバーマス『他者の受容—多文化社会の政治理論に関する研究』高野昌行訳、法政大学出版局、2012年、292-293頁。ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（上）一法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2002年、125頁。

<sup>291</sup> ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（上）一法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2002年、131頁。

利に適用することから出発し、最終的には、政治的自律の討議による行使のための諸条件を法的に制度化することにまで行き着く。そして、この政治的自律の討議による行使によって、発端として抽象的に設定された私的自律が遡及的に具体化されうる。それゆえ民主主義原理は、権利の体系の核心としてのみ出現しうる<sup>292</sup>。こうして、ハーバーマスは、民主主義原理を討議理論と法形式との結合と見なして、この民主主義原理によって法規範の正統性が合理的に調達され、権利体系の生成が規範的に解明されうると考えている。

ハーバーマスに従えば、民主主義原理の行使が、「段階的に再構成されうる権利の論理的生成」をもたらす。この生成は、討議原理を「主観的行為自由の権利」へと適用することから出発し、「政治的自律の法的制度化」によって終わる。主観的行為自由の権利は、諸個人が各自の選択意思により成果志向的に行為する自由の権利である。このような権利は、私的自律に対応する権利であり、公共的空間から逃げる「消極的自由」の権利ともいえる<sup>293</sup>。これに対して、政治的自律、つまり公的自律とは、諸個人の公共的政治領域に参入する権利の行使であり、法規範の正統性を保証する決定過程に参加して政治的意思形成を行うことである。それゆえ、「段階的に再構成されうる権利の論理的生成」というのは、個人の諸権利が私的自律から公的自律へと段階的に高まっていくことを意味している。それに次いで、諸個人の政治的自律は、正当な手続きに通じて法規範を制定し、この法制定は遡及して主観的行為自由の権利の具体化を行う。したがって、私的自律は公的自律へと高まっていきながら、同時に公的自律は私的自律を現実的に展開している。ここで描かれるのは、私的自律と公的自律とが相互に他方に依存して相互に循環しながら、権利体系を形成することである。権利体系の循環的構造について、ハーバーマスは、「ポスト形而上学的世界理解の諸前提の下では、等しい権利を有する国家市民の討議による意見形成・意思形成から生まれた法だけが、正統的だとみなされる。国家市民は、私的自律が保障されているかぎりにおいて、民主的参加権により保障された公的自律を適切に行使することができる。私的自律が保障されていれば公的自律の『成立の保証』が得られるのであり、それと同様に逆の関係、つまり公的自律の適切な実現によって私的自律の『成立の保証』も得られるのである」と強調した<sup>294</sup>。このような権利体系の構造は、近代立憲主義に相応しい憲法上の基本権を位置づけるために参照されなければならないのである。

---

<sup>292</sup> ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（上）—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2002年、151頁。

<sup>293</sup> ハーバーマスは、「ある権利主体の私的自律は、本質的に、相互的な発語内の義務にもとづく公共的空間から退き、相互の観察とはたらきかけの態度をとるだけの消極的自由として理解される。……主観的行為自由は、コミュニケーションの行為からの離脱ならびに発語内の義務の拒絶のための権限を与える」と主張した。ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（上）—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2002年、149頁。

<sup>294</sup> ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（下）—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2003年、144頁。



ハーバーマスは、具体的に権利の体系を次のように呈示している<sup>295</sup>。まず、彼は（１）「最大限の平等な主観的な行為自由」への権利、（２）「法的同胞 *Rechtsgenosse* の自由意思による連合における構成員の資格」の権利、（３）「個人の権利保護」の権利、という私的自律の領域に属する古典的な権利のカテゴリーを取り上げる。それらの権利は「討議原理」、つまり、「すべての可能的な関係者が合理的な討議への参加者として同意しうる行為規範こそが、妥当である」という定式を通じてはじめて、すべての人々の平等な権利と両立可能で、正統的なものとなれる。他方で、これらの古典的な自由権は、（４）「意見形成と意思形成のプロセスへと参加する平等な機会」への諸権利、すなわち市民の政治的自律に関わる諸権利によってはじめて、基本権として法体系を構成する。論理的には、（１）から（３）の諸権利は、国家権力の法的組織化がなされる以前に、権利主体が互いに法の「名宛人」として承認し合うことによって、権利主体の私的自律を保障するものにすぎない。（４）の政治的諸権利においてはじめて、権利主体は法秩序の「作成者」としての役割を獲得しうる。最後には、これらの権利を行使しうるには、ここにあげられた市民権を利用する平等な機会にとって不可欠な（５）「生活条件の保障」のための権利が確保されていなければならない。それは、権利主体の私的自律や公的自律の枠組みにはいるものではなく、そうした自律を実現するための社会的・文化的な条件を保障するものにほかならない<sup>296</sup>。

したがって、ハーバーマスは、古典的な自由権から出発し、権利体系の論理的生成を解明している<sup>297</sup>。それらの自由権と政治的諸権利とが循環的關係を形成しており、この循環的關係を前提にして、社会権が導出されるという図式は成立される。それゆえ、彼が強調したように、人権と国民主権との内的連関には、「一方で、国家市民による公共的自律の適切な使用は、平等に保障された私的自律によって市民が十分に自立している場合にのみ可能であるという直観が表現されている。また他方で、市民が私的自律についての合意可能な規制に到達しうるのは、国家市民として政治的自律の適切な使用によってのみであるという直観も表現されているのである」<sup>298</sup>。法形式は、主体の行為自由への諸権利を導出するが、平等な行為自由への諸権利の保障に至るために、討議原理を導入する必要がある。このような主体の行為自由への諸権利についての様態の列挙だけでは、これらの諸権利の内実は確定さ

---

<sup>295</sup> ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（上）—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2002年、151—154頁。

<sup>296</sup> ハーバーマスは、権利体系において社会権を相対的なものとして位置づける理由について、社会権を絶対化することは、共同体の前政治的絆を過大に評価し、法の担う社会的統合力を過小評価する恐れがあるからだと説明している。ユルゲン・ハーバーマス『他者の受容—多文化社会の政治理論に関する研究』高野昌行訳、法政大学出版局、2012年、378頁。

<sup>297</sup> ハーバーマスが権利体系の論理的生成を解明する際に、主体の行為自由への権利が所与の前提として設定され、そこから積み上げて権利体系が構築されているわけではないことに注意すべきである。ハーバーマスは、主体の行為自由への諸権利から出発しているが、このことは、あくまでも説明上の出発点に過ぎない。権利体系において諸権利が循環的構造を形成しなければならないことは、ハーバーマスの論議の決定的な要点である。

<sup>298</sup> ユルゲン・ハーバーマス『他者の受容—多文化社会の政治理論に関する研究』高野昌行訳、法政大学出版局、2012年、295頁。

れない。諸権利の内実を確定するためには、法それ自体が正統性を備えるための原則を設定することを必要とする。そこでは、政治的諸権利が導出される。これらの政治的諸権利は、一方において主体の行為自由への諸権利を論理的な前提としているが、他方において主体の行為自由への諸権利に法としての形態を遡及的に付与している。したがって、権利体系の循環的構造に基づき、主観的権利は、自由で平等な人格として互いに承認し合う諸主体の「共同作業」のなかで構成される。市民は、自分が名宛人として服すべき権利の作成者として自己を理解し、かつ同時に活動することによってはじめて、法的人格としての権利主体の自律を獲得する<sup>299</sup>。すなわち、討議原理を通じて、主観的自由権を平等に分配することのみならず、権利主体に権利の作成者としての自覚を与えるとともに、共生を法形式に基づいて規律する市民の決意を自覚させることが達成されうる<sup>300</sup>。この意味で、主権的権利は客観的の法と同じ起源に由来し、両者は「同根源性」を有する。更に、「普遍性」と「閉鎖性」とは、このような理解の脈絡の下に、合理的なバランスを取りながら、政治秩序の構築において、織り交ぜて体系化された概念として作動することが可能になる。

ところで、ハーバーマスの説明は、もう一つの重要な意義を提示している。それは、権利体系の論理的生成に際して、政治的諸権利が決定的な役割を担うことである。インゲボルク・マウスは、近代法の正統化問題についてハーバーマスが循環的構造の理解によって解明したことの重要性を特に強調している<sup>301</sup>。つまり、「近代の正統化問題にとって決定的なのは、正当化の水準が再帰的であることである。正統化過程の手續と前提とは、いまや正統化の妥当を支える正統化の根拠なのである」<sup>302</sup>。フランス人権宣言において、従来解釈によって区別される自然権としての前国家的な「人間の諸権利」と、国民主権を実現するための「市民の諸権利」は、実際には、異なる権利主体に対して異なる権利の内実を付与するという絶対的な断絶を意味しない。むしろ、両者は一体化した権利体系において循環的な相互関係をもって、その権利体系の正統性の生成を維持する現代政治の理想像を描き出している。「人権は市民の自己決定の実践を可能にする」というテーゼは、ハーバーマスの論述において最も重要な原点となる<sup>303</sup>。政治的自律によってこそ、市民が極めて抽象的な私的自律に法形式を与えることが可能になる。これは、基本権体系の循環的構造を保有する決め手である。したがって、ハーバーマスによれば、国家市民に政治的自律を行使する権利を保障すること

---

<sup>299</sup> ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（上）—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2002年、157頁。

<sup>300</sup> 内村博信『討議と人権—ハーバーマスの討議理論における正統性の問題』未来社、2009年、121頁。

<sup>301</sup> インゲボルク・マウス『啓蒙の民主制理論—カントとのつながりで』浜田義文、牧野英二監訳、法政大学出版局、1999年、219頁。

<sup>302</sup> ユルゲン・ハーバーマス『史的唯物論の再構成』清水多吉監訳、法政大学出版局、2000年、332—333頁。

<sup>303</sup> ユルゲン・ハーバーマス『他者の受容—多文化社会の政治理論に関する研究』高野昌行訳、法政大学出版局、2012年、293頁。ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（上）—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2002年、121頁。

で、正統性は合法性から成立するのである<sup>304</sup>。法の正当性や支配の正統性は、正義の原理のあらかじめ設定された内容によって保証されるのではなく、それらを措定ないし設置した民主主義的手続きの性質に依存している。それゆえ、民主主義原理は、基本権の体系において最も重要な媒介の役割を果たし、諸権利の内実と行使の正統性を確保するのである<sup>305</sup>。

ハーバーマスに従えば、歴史上の憲法の基本権の諸規定は、政治的自律の行使を通じて権利の体系を文脈依存的に解釈したものとして理解される。基本権の権利体系は、憲法制定者が前もって自然法として与えるものではなく、憲法制定における基本権解釈によってはじめて権利として意識されるのである。ところが、基本権体系の構成について、憲法の制定は一連の解釈行為の起点にすぎない。憲法制定者は、基本権体系に対する解釈を尽くせず、基本権の内実を形成する権能を独占することができない。憲法が制定された後にも、市民は当事者として、その一連の解釈過程に参加し、自身の置かれている状況から、基本権体系の構成という共同作業を行い続けなければならない。基本権の体系は、超越論的純粋性という形で存在するものではなくて、民主的討議を通じて行為遂行的な解釈行為の中で遡及的に構成される。そうすると、「憲法とはそもそも、法制定のすべての次元において連綿と遂行され受け継がれてきた憲法解釈という様式でのみ、存続しうるプロジェクトなのである」<sup>306</sup>。そこで、政治的諸権利は、諸個人が憲法的解釈にアクセスすることを確実に保障する故に、基本権の体系構造において格別の地位を占める。政治的諸権利をもって民主的手続きに参加することは、主観的自由権の具体的な内容形成だけではなくて、それらの諸権利の正統性を調達するための必要条件である<sup>307</sup>。それゆえ、ハーバーマスにとって、人権はまず基本権として、「市民がその共同生活を実定法という手段によって正統的に規律しようとする場合に市民が相互に承認しなければならない権利」である<sup>308</sup>。すなわち、人権はどれほどうまく道徳的に正当化されたとしても、いわばパターンリスティックに主権者に押し付けられるようなものであってはならない<sup>309</sup>。そのため、民主的討議の展開を可能にする政治的諸権利は、このような論理構造において、基本権体系の完備性に欠かせない核心的な権利とされて

---

<sup>304</sup> ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（上）—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2002年、109頁。

<sup>305</sup> 民主的な規範制定手続きに集中してその重要性を強調する故に、憲法裁判所の違憲審査権をめぐるハーバーマスの論理は、エリー（John H. Ely）のプロセス理論とも親近性を有している。ハーバーマスがエリーのプロセス理論を言及したことについて、ハーバーマス『事実性と妥当性（上）—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2002年、300頁以下。Tobias Lieber, *Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit --- Zu Demokratie, Gewaltenteilung und Rechtsanwendung in der Rechtstheorie von Jürgen Habermas*, Mohr Siebeck, 2007, S.195-196.

<sup>306</sup> ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（上）—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2002年、158-160頁。

<sup>307</sup> Tobias Lieber, *Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit --- Zu Demokratie, Gewaltenteilung und Rechtsanwendung in der Rechtstheorie von Jürgen Habermas*, Mohr Siebeck, 2007, S.185.

<sup>308</sup> ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（上）—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2002年、108頁。

<sup>309</sup> Tobias Lieber, *Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit --- Zu Demokratie, Gewaltenteilung und Rechtsanwendung in der Rechtstheorie von Jürgen Habermas*, Mohr Siebeck, 2007, S.183.

いる<sup>310</sup>。

こうして、基本権カタログに置かれる諸権利の間に内在すべきである循環的な相互関係が判明される。その理解の下に、権利性質説の不可避免的に抱える問題性が、より明らかに暴露される。私的自律を実践する主観的自由権と、公的自律を行使する政治的諸権利が循環的に作用している場合にのみ、基本権の権利体系は整合性を備えるといえる。主観的自由権と政治的諸権利は、二本の大黒柱のように基本権の権利体系を構築している。したがって、権利体系の大黒柱の中にどちらかが失われれば、基本権の権利体系は同時に崩壊せざるを得ない。その場合、私的自律と公的自律の合理的なバランスが成立されず、そして基本権の実質的な内容形成と正統性の調達が行われえないので、残った基本権の部分も必然的にうまく機能することができない。

それゆえ、外国人に対して政治的諸権利の容認を極めて縮減する権利性質説は、整合性を備える基本権体系を構築することができない。権利性質説の下に、人権の普遍性の観点に基づき、確かに外国人の非政治的自由権が一応保障されている。それにもかかわらず、公的自律の要請に応えられておらず、基本権の権利体系の循環的構造がその際に維持されえないから、そのような非政治的自由権は不安定な権利状態に置かれるといわざるを得ない。政治的諸権利を持たなければ、非政治的自由権は権利享受者自身によって生活領域の諸要求に応じて具体的な内実を形作れない。民主的討議は、基本権を具体的な法的かつ制度的形態を通じて成立させると同時に制限する唯一の方途なので、その民主的討議の不在は、最終的に基本権の実現不可能性を帰結する。

権利の名宛人が同時に権利の作成者であるという法的自律の思考を放棄すれば、外国人の基本権は後退して人権の道徳的論理に依存せざるを得ない。その代価は、公的自律の徹底的な萎縮によって基本権を全般的にパターンリズム化することになるのである<sup>311</sup>。それゆえ、私的自律しか承認されない外国人が、権利体系の循環的構造が崩壊した際に最後に期待できるのは、外国人の境遇をよく意識して好意的に対処しようとする、絶対的な上位を占める主権者にほかならない。ところが、このような期待はやはり非現実的なものであり、往々にして裏切られてきたのである。したがって、権利性質説の理解は、抵抗可能性さえ保証できない、パターンリズム化される基本権しか外国人に与えられない。結局、外国人に認められるそれらの諸権利は、無力かつ空虚な人権外観のみを保有して、基本権に対して憲法上想定される実質的な保障をはるかに下回る水準で維持されることになる。

<sup>310</sup> 斎藤純一「排除に抗する社会統合の構想—ロールズとハーバーマスにおける相互承認をめぐって—」日本政治学会編『年報政治学 2007—II 排除と包摂の政治学』木鐸社、2007年、108頁。

<sup>311</sup> キース・フォークス『シチズンシップ 自治・権利・責任・参加』中川雄一郎訳、日本経済評論社、2011年、212—213頁

## 第六章 憲法共同体の境界問題の再考

### 第一節 権利体系論の修正と再構築

確かに、ハーバーマスの権利体系論および基本権理解は、非政治的自由権を主要な保障類型とした権利性質説の問題性を露呈する。すなわち、外国人が私的自律の行使だけによっては基本権の堅実な保障を獲得しておらず、結局、既存の政治権力に過度に依存せざるを得ず、自らの基本権のパターンリズム化に陥る。したがって、権利性質説は、外国人の基本権保障に対して十分な対応を与えるどころか、外国人の権利を極めて不安定な状態に置く。しかしながら、外国人の人権論の場合、こうして直接的にハーバーマスの権利体系論および基本権理解を現状の検証基準として適用することは、やはり説明が不十分で論理的な飛躍があり、逆に言えば、ハーバーマスの権利体系論の短所を暴露してしまうと思われる。というのは、ハーバーマスの権利体系論の前提設定は、外国人の人権保障の進展に厄介事を招いて議論上の障害になるおそれを内在しているからである。

ハーバーマスの理解では、近代以降のポスト慣習的段階において、法的規則と道徳的規則とは同時に伝統的人倫から分化してきた。近代社会において、理性的基礎にのみ支えられた自律的道徳が登場し、普遍化可能性を検討する観点から、社会的エートスを問題視するようになった。生活形式のエートスが単なる習慣へと格下げされることによって、道徳が諸個人の相互行為を制約する際の負担過剰と不確実性が生じるに至る。その理性道徳から生じた不足部分を補い、社会全体の相互行為を確実なものとするために、道徳を補完する実定的な法形式も行為規範として整備され展開されたのである<sup>312</sup>。したがって、ハーバーマスは、こう説明した。「道徳的問いと法律的問いは、たしかに同一の問題にかかわっているのであって、その問題とは、いかにすれば間人格的な諸関係が正統的に秩序づけられ、正統化された規範を通じて行為が相互に調整されるのか、あるいは、いかにすれば行為の衝突が、間主観的に承認された規範的原則と規則を背景としつつ、合意によって解決されうるのか、というものである。しかし、法と道徳がこの同一の問題にかかわるそのやり方は、おのおの異なっている」<sup>313</sup>。言い換えれば、法秩序と道徳は、従属的關係にではなく、むしろ、同じ起源を持つものとして補完的關係にある<sup>314</sup>。そのうえ、ハーバーマスは、道徳原理としての「普遍化原則」と、法的原理としての「民主主義原理」とを区別する。行為と決定の合理性を要求

<sup>312</sup> ハーバーマスは、諸個人が近代以降に理性道徳から突きつけられる要求として、認知的要求、動機的要求および組織構成的要求を挙げ、法規範の補完の必要性を説明した。ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（上）—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2002年、143頁以下。

<sup>313</sup> ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（上）—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2002年、135頁。

<sup>314</sup> ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（上）—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2002年、140-141頁。

する近代社会において、道徳原理に基づく行為規範は、諸個人間の相互行為を規制し、民主主義原理を通じて形成される行為規範は、諸権利の担い手としての法人格同士の相互行為を規制する。したがって、道徳原理がすべての人間の利害関心を顧慮するのであるが、法的原理は法共同体の構成員の利害関心に関係する。

こうして、ハーバーマスの分析には、道徳規範と法規範との間に重要な相違点が存在している。それは、人間社会における二つの行為規範が、各自の特殊化される討議原理を通じて根拠づけを求めることによって、作用対象と範囲の特性を区分するためである。道徳規範は、同等な利害関心という視点からのみ正統化されうる行為規範である。ここで決定的な要点は、原理的にすべての者によって受けられうるような根拠である。ハーバーマスによれば、「道徳的問題提起においては、人類もしくは想像上の世界市民共和国が、万人の等しい利害を考慮した規律を根拠づける関係システムをなす」<sup>315</sup>。他方で法規範は、倫理—政治的に正統化されうる行為規範である。民主主義原理の下では、われわれの政治共同体の生活形式を通じて、法形式として妥当する諸規則が作成される。ここで決定的な役割を果たすのは、伝統や諸価値を享有する政治共同体のすべての構成員によって受け入れられうる根拠である。「倫理—政治的問題提起においては、『われわれの』政治共同体の『それぞれ』の生活形式が、意識的な集合的自己理解の表現とされる規律を根拠づけるための関係システムをなす」<sup>316</sup>。それゆえ、ポスト伝統的道徳はただ文化的知の形式だけをとるに過ぎないのに対して、法は同時に制度的地平において拘束力を与えられる。そのような法規範の特性は、政治共同体という限られるものに由来する。

したがって、政治共同体において作用する法規範は、法規範そのものによってはじめて産出される抽象的共同体の法仲間として承認された行為者を対象としている<sup>317</sup>。法規範は、政治共同体に依存しなければならない。そのため、法規範の形式を取って循環的な相互関係を有する権利体系論は、時間的かつ空間的に限定される政治共同体から離れられない。それゆえ、ハーバーマスの人権理解に見落とすべきでないのは、人権とは道徳的内実を担うと同時に、構造上、「提訴可能な主体の権利」を根拠づける実定的な法秩序に属していなければならないことである。この意味で人権には、現存する法秩序の枠組みのなかで保証される基本権としての地位が必要であることが含まれている<sup>318</sup>。人権はまず基本権という法規範とし

<sup>315</sup> ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（上）—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2002年、137頁。

<sup>316</sup> ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（上）—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2002年、137頁。

<sup>317</sup> ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（上）—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2002年、141頁。ユルゲン・ハーバーマス『他者の受容—多文化社会の政治理論に関する研究』高野昌行訳、法政大学出版局、2012年、289頁。

<sup>318</sup> ユルゲン・ハーバーマス『他者の受容—多文化社会の政治理論に関する研究』高野昌行訳、法政大学出版局、2012年、220頁。Jürgen Habermas, 'Der interkulturelle Diskurs über Menschenrechte', in: Brunkhorst/Köhler/u.a. (Hrsg.), 'Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und

て、特定の政治共同体に属する個々の人格、一般に国民国家の市民を保護する。

人権、法規範や権利体系の政治共同体への依存性は、ハーバーマスが言及した「構成員の資格の権利」にも反映される。権利体系の論理的生成を説明する際に、ハーバーマスが最初に古典的な自由権として挙げる諸権利には「構成員の資格の権利」が含まれる。ハーバーマスの説明に従えば、法規範は、歴史的立法者の決定に還元され、地理的に画定された法領域と社会的に画定された法仲間集団、要するに特定の妥当領域にかかわる。それゆえ、世界共和国が存在しない限りで、法コードの設定によって生み出されるべき権利とは、法仲間の特定の連帯的結合への帰属を規定し、そうすることで構成員と非構成員の違い、市民と外国人の違いを許容する権利なのである。国家的に組織化された共同体において、構成員の資格の権利は国籍の権利という形態をとる<sup>319</sup>。こうして、ハーバーマスは、権利体系の生成を担う主体、つまり政治共同体の構成員の資格を有する主体を、国籍を持つ国民に限定している。更に、普遍的な人権の内実は、国民による民主主義原理の実行を通じてのみ確立されることがわかる。それは、確かにハーバーマスの強調した定式、「個々人の道徳的自律に基礎をもつ人権は、国家市民の政治的自律を通じてのみ、実定的形態を獲得する」に合致し、法的論理の首尾一貫性を保持する。

しかしながら、そうすると、ハーバーマスの権利体系論は、人権の普遍的意味とそれを実現する国家組織の条件との間に鋭い緊張関係を生じざるを得ない。国民国家の保証を失う非構成員の人権の無意味性というアレントによって投げられる難題は、ハーバーマスの権利構想にも突きつけられる。それゆえ、ハーバーマスの権利体系論の不都合性は、外国人の人権を論じる際に、最も明らかにされる。例えば、ゲオルク・ローマンは、人権と国民主権の形式の同根源性を引き合いに出して、権利体系論の問題点を批判した。ローマンは、個別の法共同体の構成員のみに認められるべきである公的自律が、人権理念によって要求される、私的自律の構造を与えられる諸権利への普遍的な保障に直面する、という問題を指摘した。外国人の人権状況に照らして、国籍を有しない外国人は、政治的諸権利を保障されなくても、人権の普遍性理念の要請によって、民主的法治国家の法秩序において最低限度の自由権を保障されている。ところが、人権と国民主権との同根源性の強調の下に、ハーバーマスの権利体系論は、なぜ外国人としてある法秩序の内部に生活する人間は一般的に主観的諸権利を保障されるべきか、という問題をもはや説明できない。それは、法共同体との関連性に基づいて公的自律が全く自由に行使できない人間にとっては、私的自律が公的自律に優先するからである。結局、外国人の基本権の場合ではなく、法共同体の構成員の市民権の場合にのみ、その同根源性が保障されることはあり得る<sup>320</sup>。したがって、ローマンは、「ハー

---

internationale Politik, 1999 ,S.216.

<sup>319</sup> ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（上）—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2002年、154-155頁。

<sup>320</sup> Tobias Lieber ,Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit --- Zu Demokratie ,Gewaltenteilung

バーマスは、人権と市民権との区別を放棄して世界共和国の理想を引き合いに出す場合、あるいは、人権の『普遍主義的な意義』を、消極的権利と呼ばれる『古典的な自由権』に制限する場合にのみ、人権の普遍主義を彼の構想において取り上げることができる」と批判した<sup>321</sup>。

他方で、討議倫理学とコミュニケーション論を提唱するカール＝オットー・アーペルも、ハーバーマスの権利体系論が逆説的に、道徳的に根拠づけられる外国人の主観的諸権利を脅かすと考える。何故なら、権利体系論の要請の下で、個別の法共同体の討議的立法手続は、外国人の基本権をも権利体系の論理に従って保障するために、規範的に要求されるすべての外国人の観点の包摂に見せかけなければならない。ところが、こうしたことは、複数の国民国家からなる政治的世界において、国家による権力政治の主張の必然性から決して免れることができないのである<sup>322</sup>。確かに、ハーバーマスは、「移住の権利には、構成員としての資格を取得するには移住先の構成員の（少なくとも想定上の）同意が必要である、という前提がある。と同時に、移住者の受け入れ、つまり国籍の権利を希望する外国人に法共同体を拡大するには、そうした移住希望者と受け入れ側の構成員の利害を等しく考慮した規律が必要である」と力説した<sup>323</sup>。それにもかかわらず、アーペルは、ハーバーマスの提唱が本質的には討議原理から帰結するものとはいえないと指摘した。

アーペルによれば、国家に帰属する権利、外国人の権利または庇護権について、討議原理から導出される人権の要求は、それぞれ国民国家の国是を基準として、国籍を持つ者の利害関心に媒介されなければならないことである。このような媒介は、ハーバーマスが要請するような「市民がその共同生活を実定法という手段によって正統的に規律しようとするならば、彼ら市民が相互に承認しなければならない権利体系」から、直接的に生み出されることはありえない。非構成員の権利について、道徳と両立可能な法の観点に基づく討議と、国是または経済利害の観点によって規定される討議との間には、緊張関係が消失しえずに続いている。これは、最終的には片面的な決定にほかならない。それゆえ、収容する受け入れ国の利益と同様な方式で移住者の利益が考慮されることは明らかに期待されない<sup>324</sup>。したがって、アーペルは、そのような状況で、避けられない反道徳的な決定に対して人権の普遍主義の批判性を保持すること、または、個別の法共同体の民主的手続を通じて作成される実定

---

und Rechtsanwendung in der Rechtstheorie von Jürgen Habermas ,Mohr Siebeck ,2007 ,S.181.

<sup>321</sup> Georg Lohmann ,Menschenrechte zwischen Moral und Rechte ,in: Stefan Gosepath/Georg Lohmann(Hrsg.): Philosophie der Menschenrechte ,2.Aufl. ,Suhrkamp ,1998 ,S.75.

<sup>322</sup> Tobias Lieber ,Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit --- Zu Demokratie ,Gewaltenteilung und Rechtsanwendung in der Rechtstheorie von Jürgen Habermas ,Mohr Siebeck ,2007 ,S.181.

<sup>323</sup> ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（上）—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2002年、155頁。

<sup>324</sup> Karl-Otto Apel ,Auflösung der Diskursethik? Zur Architektonik der Diskursdifferenzierung in Habermas' Faktizität und Geltung. Dritter ,transzendentalpragmatisch orientierter Versuch ,mit Habermas gegen Habermas zu denken ,in: ders.: Auseinandersetzungen in Erprobung des transzendentalpragmatischen Ansatzes ,Suhrkamp ,1998 ,S.820.



法に対して、人権も外部の次元から有効に働きかけることが必要であると主張した<sup>325</sup>。

ローマンとアーペルの批判の発端は、人権の道徳的な内実または道徳的な必要性が、制度化された法制定手続きの個別主義を越えなければならないことにある。確かに、法的共同体の中に生活しているが、国籍を持たない故に公的自律を自ら行使することができない外国人にとって、彼らの主観的諸権利がどのように保証されることが可能であるかという問題は、私的自律と公的自律との相互作用を強調する権利体系論にとって非常に厄介な問題である。そのため、外国人の人権論も権利体系論への批判の出発点になる。しかし、ハーバーマスの権利体系論がそれらの批判に返答できないわけではない。理論的に見れば、ハーバーマスの権利体系論の枠組みにおいて、少なくとも二つの応答可能性が残っている。

その一つは、討議の手續における代弁可能性である。討議理論において想定される理想的なコミュニケーション共同体は、いかなる強制や権威からも自由に、すべての参加者が対等の立場で全員の利益を実現するために相互的な議論を行う共同体である。ところが、こうした純粋な連帯は、明らかに、現実の社会で歪められて存在する人間のコミュニケーションから、かろうじてすくい取られた理念化の産物である。実際にすべての当事者が特定の地点に集合して意見を戦わせることは難しい。更に、例えば言語能力を奪われた故に、討議に参加する能力が欠ける人間も存在している。そこでは、代弁の必要性が現れる。一部の当事者が他の当事者の身になり、彼らの生活史に対する理解を通じて彼らの主張を想像し、相手の利益と妥当要求を代弁しようと努めることは、不可能ではない。そのような代弁の方式で、あらゆる当事者の利害関心を顧慮することができるような討議は、ある意味で実現可能性を獲得する。それゆえ、ある法共同体の内部に行われる討議が、代弁という方式ですべての外国人の観点を包摂することによって、なるべく人権の普遍主義的な要請に応じることはあり得るのである。そうすると、外国人の私的自律としての主観的諸権利は、公的自律の不在の状況でも権利体系において立証されうる。しかしながら、代弁の使用も新たな問題を生じる。代弁者が掲げる妥当要求が、本当に当人の意志をくみ取っていることは、どのように保証されるか。討議に参加する個人は、それぞれ自律で代替不可能な主体である。この意味では、代弁者が自らの想像に基づき、そのかけがえのない存在に代わり、討議の場で彼らの利益を主張して擁護することの正当性は、一体どこに求めるべきなのか。それに加えて、代弁の使用は、皮肉にも権利体系論が克服しようとするパターナリズムの新たな温床になるかもしれない。

理論上、もう一つの可能性は、世界市民法である。ハーバーマスは、「すべての現存する

---

<sup>325</sup> Karl-Otto Apel ‚Auflösung der Diskursethik? Zur Architektonik der Diskursdifferenzierung in Habermas’ Faktizität und Geltung. Dritter ‚transzendentalpragmatisch orientierter Versuch ‚mit Habermas gegen Habermas zu denken ‚in: ders.: Auseinandersetzungen in Erprobung des transzendentalpragmatischen Ansatzes ‚Suhrkamp ‚1998 ‚S.836.

国家が民主主義的な法治国家へと移行し、同時に個々人に国籍に関する選択の権利を与える」というような人権のグローバルな拡張を考えることは、やはり現実的ではないと強調した。したがって彼は、人権の普遍的な意味を国民国家体系において確保するために、「すべての者たちが直接的に、すなわち世界市民として、人権の効果的な享受へと至る」と主張した<sup>326</sup>。ここで、ハーバーマスの戦略は、より上位の法共同体を引き合いに出して、すべての人格に最も広汎な市民資格を保証する。彼はこうした戦略によって、個別の法共同体における特定の構成員資格の欠如を克服し、すべての人格が権利体系において公的自律と私的自律を同時に保有する完全な権利主体として現れることを可能にしようとする。言い換えれば、ハーバーマスは、「国際的に法制化された世界公民状態」または「世界市民的秩序」への要請によって、人権と国民主権との間の衝突関係を解消し、権利体系の論理性を確保する<sup>327</sup>。ところが、諸個人が世界市民という構成員資格に基づいて付与される公的自律は、現実的な観点から見れば、今日の法体制において極めて弱い効力しか持たないことは否定できない。理想的な権利体系の下で、個別の法共同体における私的自律に対応するために、そのような公的自律は、より実効的に強化されなければならない。だが、その代価は、おそらく国民国家体系の終結である。ハーバーマス自らも指摘した通り、「国連人権宣言から提訴可能な権利が生まれるためには、国際司法裁判所だけでは不十分である。国際司法裁判所が適切に機能しうるためには、議決能力のみならず行為能力と貫徹能力をもつ国際連合によって主権的個別国家の時代が終焉することが不可欠である」<sup>328</sup>。更に、世界市民という身分の実効性問題を別にしても、特定の法秩序がある外国人を私的自律の担い手として承認しなければならない理由は、外国人がその場合に他の法秩序において承認される公民資格の主観的権利を有するからである、という論証はあまり説得力がない。

したがって、外国人の人権保障が引き起こした問題点に直面し、ハーバーマスの権利体系論は、ある程度の修正を加えて再解釈されなければならない。そこでまず、公的自律について補足的に説明する。前述したように、ハーバーマスによれば、政治共同体において、自分たちの制定する法が正統的な法であるかどうかを市民が討議原理に照らして評価するための条件が、それ自体として法的に保障されねばならない。その役割を果たすのは、立法者の意見形成と意思形成の過程に参加するための政治的基本権にはかならない。ところが、注意すべきなのは、このような政治的基本権は、参政権に汲み尽くされるものではないことである。参政権は、立法者の意見形成と意思形成に最も強力な実効性を有するが、最も限定される政治参加の権利と捉えられる。政治的自律の行使は、事情に応じて、さまざまな形態の中

<sup>326</sup> Jürgen Habermas, *Die postnationale Konstellation : politische Essays*, Suhrkamp, 1998, S.178.

<sup>327</sup> ユルゲン・ハーバーマス『他者の受容—多文化社会の政治理論に関する研究』高野昌行訳、法政大学出版局、2012年、220頁。ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（下）—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2003年、309頁。

<sup>328</sup> ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（下）—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2003年、309頁。

に展開することができる。例えば、言論の自由、情報の自由、集会の自由、結社の自由、信仰の自由、良心の自由、思想信条の自由、政治的選挙と投票に参加する権限、政党活動、社会運動と市民活動の権限、等々といった形で、政治的自律の行使が具現化されている<sup>329</sup>。参政権のみならず、諸個人は各種の政治的基本権を通じて、政治過程に参加する平等な機会を獲得し、主観的諸権利を実質的に形成して実践することができる。その意味では、参政権はただ政治的自律の行使の様態の一つにすぎず、他の様態で具現化される政治的自律の行使によって、権利体系の循環的構造も確保される。それゆえ、狭義の参政権を有しないことを理由として、外国人の公的自律が完全に存在しえないと推論することによって、外国人の場合にハーバーマスの権利体系論が全く適用できないという批判は疑わしい。法共同体の内部において、外国人が政治的投票に参加する権限を許されなくても、他の政治的基本権の行使を通じて、共同体の意見形成と意思形成に参加することも可能である。

しかしながら、そこでは根本的な課題に戻らなければならない。すなわち、外国人はどのようにすれば法共同体の一員として政治的基本権を与えられるのか。また、法共同体の権利体系において、構成員資格の認定はどのような基準をもってなされるべきなのか。政治的基本権が個別の法共同体に依存しており、更に、より上位の世界市民の論理も説得力に欠ける限りでは、外国人の問題に当面しても権利体系論をうまく作動させるために、「構成員の資格」の設定を再検討する必要がある。ハーバーマスは、明らかに「国籍」を基準として構成員の資格を判定し、国籍という構成員資格を有する者に実定法上の地位と国家市民の意味を付与すると考えている。ところが、国籍を構成員性の認定基準とすることこそは、権利体系論の下で外国人の人権保障を展開するに最も重大な障害となる。つまり、国籍という硬直的な判定基準の下に、外国人は構成員の認定要件に満たして法共同体に入ることができず、権利体系において決して完全な権利主体と見なされない。

形式的な国籍を判定基準とすることにより、国籍保有者と非国籍保有者との間に引き起こされた権利の格差状態について、ハーバーマスは察知しないわけでもない。ハーバーマスは、国籍という構成員の判定基準を保持する前提の下で、その権利の格差状態をなるべく抑えようとしている<sup>330</sup>。例えば、ハーバーマスは以下のように説明した。「基本権のうち自由権・社会権は（たんに国家の構成員としてではなく）『人間として』の市民に宛てた一般的規範の形式をとっている。たとえ人権が国法秩序の枠組みの中でだけ貫徹されているとしても、人権はこの妥当性がおよぼ領域範囲内では、国家市民だけでなくすべての人間にとっての権利として基礎づけられているのである。したがって『基本法』の人権の内容が広がれば広がるほど、連邦共和国で暮らす非一国家市民と国籍を所有する国家構成員との法的地

<sup>329</sup> ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（上）—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2002年、159頁。

<sup>330</sup> ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（下）—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2003年、308—309頁。

位は近づくことになる。そのように人間である限りの全員に適用される普遍的妥当性を、基本権は道德規範と共有している。外国人の選挙権に関する実際の論争に現れているように、それはある観点で政治的基本権にもあてはまる」<sup>331</sup>。しかし、国籍という判定基準に固執する以上、国籍保有者と非国籍保有者との間にある絶対的な断絶性は、両者の間のギャップを近づけても、完全に解消することは不可能である。両者が同様に法共同体において生活するとしても、法的取扱から見れば、国籍の有無は両者の間に越えられない境界線を作り出し、法的差異性を擬制している。皮肉にも、国籍という判定基準の非合理性は、まさにハーバーマスが言及したドイツの外国人選挙権の争議において最もよく暴露されている。

構成員の資格を認定する際に有効な判定基準を必要とすることは誰も否定できない。言い換えれば、如何なる判定基準を採用しても、構成員と非構成員との区分は避けられない。権利の保障範囲と保障程度について、その両者の間に生み出される差異性も維持されつづける。それにもかかわらず、判定基準の選択は、それ自体の重要性を失わない。つまり、人権の普遍主義と国民国家の個別主義との緊張関係を緩和するために、最も適切な判定基準をとるべきである。したがって、外国人の人権に対する正真正銘の保障を求めるには、ハーバーマスが強調した権利体系は、相当な開放性を保たなければならない。その意味では、法共同体の境界線の透過性を高め、現状に照らして外国人を法共同体に組み入れることをより柔軟に承認し、権利体系の循環的構造を外国人の場合にも作動させることは、まさに現段階で決定的な突破口である。特に、グローバル時代において、ハーバーマスの採った国籍基準は人権保障に対してフレキシビリティを失う。その基準は、法共同体の下に外国人の人権に対して有効な保障を提供するどころか、外国人を重要な権利体系から排除して彼らの権利を非常に不安定化することになる。したがって、権利体系論の目的、要請やその論理的な整合性を考えれば、国籍という形式的な判定基準に固執することの意義と必要性も崩れつつある。それゆえ、ここでは、ハーバーマスの権利体系論について、大胆に重要な修正を行うことにする。すなわち、形式的な国籍を構成員資格の判定基準とすることの放棄である。それに代わり、実質的な要素を認定の重点に置き、「生活実態」を新たな判定基準として外国人を権利体系に包摂する。しかしながら、こうした重大な修正を加えることによって、ハーバーマスがもともと想定した権利体系論が崩壊するかどうかについて、より詳しく検証しなければならない。ハーバーマスの権利体系論の作動モデルが、国籍基準の撤廃によっても有効に維持されうるかどうかという問題が、答えられなくてはならない。したがって、国籍基準の機能性と代替可能性が、次の論証の焦点になる。それも、憲法共同体の国民概念の本質を解明するための最も重要な糸口である。

---

<sup>331</sup> ユルゲン・ハーバーマス『他者の受容—多文化社会の政治理論に関する研究』高野昌行訳、法政大学出版社、2012年、218頁。

## 第二節 憲法パトリオティズムと政治的統合に基づく構成員性

ハーバーマスの権利体系論は、普遍的人権の次元を特定の法共同体の基本権の次元に引き下げ、堅実な保障状態を循環的構造から生み出すことを狙う。複数の法共同体からなる国民国家の世界の下に、普遍的人権は、権利体系論によって具体化され保障される市民の基本権としてはじめて、各自の法共同体において実現されうる。そのため、ある意味では普遍主義の要請を満たせないわけでもない<sup>332</sup>。つまり、法共同体は完全に閉鎖的なものでありながらも、複数の法共同体が同時に各自の領域範囲に権利体系論をもって市民の基本権を実践することで、人権の普遍主義の達成を可能にする。しかしながら、そのような達成状況は、あくまでも構成員の流動性が全く否認されるという前提にしか立てないのである。権利体系論が、完全に閉鎖的な法共同体においてのみ作動しうるならば、構成員の流動性に直面する状況で、人権の普遍主義的な価値を担う機能を失ってしまう。この場合、こうした権利体系論は、ただアレントの悲観的な結論、すなわち、政治共同体に帰属する権利を持たない人間にとって人権が無意味であるという定式を再び裏付けるものにすぎない。

人間の移動行為がより頻繁に起こるグローバル時代において、人権保障の問題は、構成員資格を厳密に限定される法共同体によって完全には解決されえないことは明白である。したがって、人権と国民主権との内的連関を強調した権利体系論は、普遍性と閉鎖性という二重の要請を同等に配慮するために、政治共同体の開放性を維持しなければならない。そこでは、ハーバーマスが主張した国籍基準を修正する必要があるが出てくる。言い換えれば、形式的な国籍に代わり、実質的な生活実態に基づき構成員資格の認定を行わねばならない。ところが、こうした修正が逆に権利体系論の崩壊をもたらすかというのは、緊要な問題になる。ハーバーマスの権利体系論における原始的な設定とこうした修正との間にどの程度のずれが生じるかを考えることが、可能な手がかりの一つである。それゆえ、まず、国民国家における構成員資格、特に国籍問題についてのハーバーマスの議論を切り口として検討する。

ハーバーマスは、法人格に対する三重の承認様態の区別を基礎として、政治共同体の構成員問題の射程を明確に画定する。彼によれば、国家市民が民主主義原理によって法秩序の正統化を根拠づけ、連帯的結合を相互的承認の諸関係に基づき構築する際に、諸個人は三つの承認を得られる。すなわち、「各人はその純一性において、代理不可能な個人として、民族的・文化的集団の構成員として、市民つまり政治共同体の構成員として、平等な保護と平等

<sup>332</sup> 概念上、「立憲主義のグローバル化」は、「グローバルな立憲主義」と区別されなければならない。「立憲主義のグローバル化」は、冷戦後の世界において立憲主義が、時間をかけて地理的に広がりつつあり、世界諸国に普及して定着している状況を意味する。それに対して、「グローバルな立憲主義」は、世界秩序価値の実現に向けられた政治体系を導き出すように設定された、超国民国家的な規範のことを意味するのである。篠田英朗「国境を超える立憲主義の可能性」阪口正二郎編『岩波講座 憲法5 グローバル化と憲法』岩波書店、2007年、100-103頁。個別的な国民国家が同時に人権保障を実践することで、人権の普遍主義を達成することは、むしろ、「立憲主義のグローバル化」という概念に近いのである。

な尊重を得ることができる、というわけである」<sup>333</sup>。人間は共同体の法秩序において、諸個人の有する三つの役割を相互に承認することによってのみ、同等な保護と尊重を享受できるようになる。そこでは、ハーバーマスは明らかに、政治共同体の構成員問題が独立した次元で解決されるべきであると考えている。彼は、政治共同体の構成員性を特に民族的あるいは文化的集団のレベルから区別することを繰り返して強調する。その理由は、近代人権侵害の悲惨事が政治共同体と民族的・文化的集団との混同によって引き起こされるからである。とりわけ、異なったレベルの集団的アイデンティティの完全な接合が多元化社会の現状に対応しえず、強制的な接合の結果は莫大な代償を払うことになってしまう<sup>334</sup>。換言すれば、ハーバーマスが求めるのは、「人民デモス」と「民族エトノス」との間、つまり共和主義とナショナリズムとの間のあいまいな関係を断ち切り、政治共同体の構成員性を純化することである。

確かに、共和主義とナショナリズムは、国民国家体制の成立史において、社会心理学的には重要な相互関係を有する。共和主義に基づき創建された国民国家に生命力を与えるために、ナショナリズムは政治的動員の強大な力を提供し、新しい共和国への連帯的情感の隙間を国民精神によって埋めることができる。ナショナリズムは、共通の出自、言語および歴史への自覚によって結晶化した国民意識を作り出すことができる。その国民意識は、見知らぬ者同士を一つの政治共同体の市民にまとめ、法的に構成された国家形式に精神的土台を与える。共和政を達成するために、共和国が実質的に強化されなければならない。その場合、賭けられるのは常にナショナリズムの爆発的な威力である<sup>335</sup>。国民は、民主的正統化の源泉である国家市民と、強力な社会統合をもたらす人民同胞という二つの顔を同時に持っている<sup>336</sup>。ハーバーマスは、歴史的観点から共和主義とナショナリズムとの密着性を否定しようとするわけではない。しかしながら、彼は、社会心理学的にはナショナリズムと共和主義は互いに関係するとしても、それが偶発的な結合事象にすぎず、その両者は概念的に区別されなければならないと強調する<sup>337</sup>。

---

<sup>333</sup> ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（下）—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2003年、278頁。

<sup>334</sup> ユルゲン・ハーバーマス『他者の受容—多文化社会の政治理論に関する研究』高野昌行訳、法政大学出版社、2012年、140—141頁。

<sup>335</sup> 例えば、近代国民国家における市民の兵役義務は、ナショナルな意識と共和主義的な心的態度を結び付けることによって生じるのである。ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（下）—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2003年、276頁。エチエンヌ・バリバル「フィヒテと内的境界」鶴飼哲、大西雅一郎、細見和之、上野成利訳『国民とは何か』インスクリプト、1997年、212—213頁。共和国の安全に対する共和主義とナショナリズムとの結合関係は、近年テロ事件の発生に伴い、外国人嫌悪が急拡大して右翼勢力が台頭していることにも明らかになった。

<sup>336</sup> 第二章に言及したように、国家市民と人民同胞とのつながりによって形成される国民像は、まさに共同体の同質性を強調した従来の国法学の想定である。

<sup>337</sup> ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（下）—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2003年、277頁。

国民国家の概念の中には、平等を目指す法治共同体の普遍主義と歴史的運命共同体の個別主義との間の緊張が埋め込まれている。ハーバーマスによれば、その緊張関係が引き起こしたアンビバレンツを解消するために、概念上の両者の無関連性を確認した後、共和主義に基づく政治領域は、ナショナリズムの民族的感情の支配から独立し、政治共同体の構成員性もナショナルティの諸要素を取り除かないといけない。したがって、政治文化を基礎とする政治的統合は、他の諸文化を基礎とする集团的統合から区別されるべきである。今日の多元社会において、特定の文化的、民族的アイデンティティを共通の分母として政治的統合を行うあらゆる試みは、民族的粛清の結果しかもたらしめない。擬制的な同質性の実現は、現代社会において規範上許容し難いコストを支払う以外、事実上不可能である。それゆえ、政治的統合は、諸々のサブカルチャーや前政治的に形成されたアイデンティティから距離を置き、国家市民同士の間で承認される共通の政治文化に基づいて行わなければならないのである<sup>338</sup>。

共通の政治文化の内容が一体どんなのか、および、政治文化がどのように安定した政治的統合を行えるかについて、ハーバーマスは「憲法パトリオティズム」をもって説明している<sup>339</sup>。彼は、各々の国民国家の政治文化が、各自の現行憲法を中心に結晶していると強調した。どの国民文化も、自国の憲法のうちに具体化される国民主権と人権の根本的原理に関して、自国固有の歴史からそのつど異なる解釈を作り出す。彼が主張したように、「同じ普遍主義的内容といっても、それぞれ自分たちの歴史的な生の連関から獲得されねばならないし、自分たち自身の文化的な生活形式のうちに根づかせねばならない」<sup>340</sup>。普遍的意味を有する諸原理は、特定のアイデンティティによって支えられ、国民の生活領域に強く根付かなければならない。多元性に特徴づけられる現代社会において、そうしたアイデンティティは、共通の政治文化に求められ、更に法形式上具体化されうるべきなのである。したがって、ハーバーマスは、憲法規範という政治共同体のコンセンサスに期待を寄せている。つまり、憲法規範の実践と憲法秩序の構築を基礎とした政治文化は、国民国家体制の現状において、政治的統合を達成できる唯一の合理的な選択肢である。憲法原理が根づくことのできる政治的文化は、すべての国家市民に共通の倫理的、言語的、文化的起源によって支えられる必要はない。自由な政治文化によって形成されるのは、憲法パトリオティズムという共通分母だ

<sup>338</sup> ユルゲン・ハーバーマス『他者の受容—多文化社会の政治理論に関する研究』高野昌行訳、法政大学出版社、2012年、140—141頁。

<sup>339</sup> ハーバーマスの憲法パトリオティズムについては、以下参照。毛利透『民主制の規範理論—憲法パトリオティズムは可能か』勁草書房、2002年、第一章。ジュスティーン・ラクロワ「憲法パトリオティズムの可能性」石川裕一郎訳、慶応法学第29号、2014年4月、389頁以下。井上典之「立憲主義と憲法パトリオティズム—多元主義とコンセンサスの調和をめざして（統合と保護の諸相）」公法研究第70号、2008年、83頁以下。牧野正義「ハーバーマスのアイデンティティ論—憲法パトリオティズム論を中心に—」西日本哲学年報第16号、2008年、91頁以下。栗城壽夫「憲法愛国主義について」全国憲法研究会編『憲法問題13』三省堂、2002年、168頁以下。

<sup>340</sup> ユルゲン・ハーバーマス『遅ればせの革命』三島憲一、山本尤、木前利秋、大貫敦子訳、岩波書店、1992年、224頁。ユルゲン・ハーバーマス『引き裂かれた西洋』大貫敦子、木前利秋、鈴木直、三島憲一訳、法政大学出版社、2009年、109—110頁

けであり、この共通分母のもとに多文化社会における生活形態の多様性や不可侵性に対する感覚が培われる<sup>341</sup>。

特定の歴史的経験の理解を踏まえなければならない以上、憲法の諸原理に対する解釈は、決して倫理的に中立とは言えない。ところが、そうした解釈をめぐる論争は、常に同一の基本権と憲法の諸原理の最善の解釈を狙うものである。「基本権と諸原理は、諸権利の体系を法共同体の歴史的コンテクストに位置づける、あらゆる憲法パトリオティズムの確固たる基準点を形成するものである」。前政治的アイデンティティの代わりに、政治的統合の感情的動機づけは、国家市民が自らを共同体の構成員として再認識する共通の政治文化が、それゆえ倫理に浸透されていることから生まれる。他方で、倫理的要素が特定の憲法解釈に入り込んでも、直接的に政治的統合の基礎となり、憲法秩序の中立性を損なってはいけない。政治的統合と倫理的統合のレベルの区別は保たなければならないし、倫理的要素は、憲法解釈をめぐる公共的討議においてのみ政治文化の一部として具現化する。国家市民の政治的統合は、「手続的コンセンサス」が「その時々々の歴史に規定される政治的文化のコンテクストの中に、いわば憲法パトリオティズムとして埋め込まれる」ことによって維持される<sup>342</sup>。自由で平等な人民からなる連帯的結合は、憲法原理が市民の動機と心的態度と結びつくように社会的実践において具体化し、国家市民からなる国民の歴史というコンテクストに位置づけられるときはじめてダイナミックなものとして作り出される<sup>343</sup>。

こうして、ハーバーマスの「憲法パトリオティズム」は、もはや限定的な国民総体ではなく、政治共同体の共同生活とコミュニケーションによって政治的統合を行うのである<sup>344</sup>。したがって、複数の集団的アイデンティティを同等に尊重して、憲法規範に基づく共通の政治文化との合理的な連結性をそれらに付与することによって、政治共同体は普遍主義と個別主義の二つのモチーフを正しく把握して、統合力と安定性を獲得することができる<sup>345</sup>。その

---

<sup>341</sup> ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（下）—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2003年、281頁。毛利透『民主政の規範理論 憲法パトリオティズムは可能か』勁草書房、2002年、45頁。

<sup>342</sup> ユルゲン・ハーバーマス『他者の受容—多文化社会の政治理論に関する研究』高野昌行訳、法政大学出版社、2012年、256—257頁。

<sup>343</sup> リベラル・ナショナリズム論者は、憲法パトリオティズムが強力な政治的統合の力を提供できないとよく批判する。デイヴィッド・ミラー『ナショナリティについて』富沢克、長谷川一年、施光恒、竹島博之訳、風行社、2007年、288—292頁。しかし、憲法パトリオティズムは具体的な歴史的文脈・経験やそれらと結びついた感情・動機から切り離されているわけではない。憲法パトリオティズムはむしろ、そうした文脈・経験・感情・動機が普遍主義的な観点から行われる憲法原理の再解釈のための共通の地平を提供するという仕方、それに依拠するものである。更に、そもそも前政治的な帰属意識や特殊な政治制度に基づく連帯が、現代において憲法パトリオティズムよりも強い統合力を保ちうる保障があるわけではない。

<sup>344</sup> ユルゲン・ハーバーマス「歴史意識とポスト・伝統的アイデンティティ—ドイツ連邦共和国の西欧志向」河上倫逸編集『ゲルマニスティックの最前線』リプロポート、1993年、240—241頁。

<sup>345</sup> ユルゲン・ハーバーマス『ああ、ヨーロッパ』三島憲一、鈴木直、大貫敦子訳、岩波書店、2010年、116—117頁。



ような憲法パトリオティズムの下に、政治共同体の構成員性は、前政治的アイデンティティによって形成される国民総体の形態で、自然主義的に捉えられるのではない。それは、あくまでも憲法規範の承認と実践という共通の政治文化の受容に基づき形成するのである。「民主的立憲国家の国民による自己立法は、国家設立世代による憲法制定の決意にまでさかのぼることができる。しかしそれによっても、参加者はただ遡及的に国家人民としての資格を得るにすぎない。参加者が自らを国家市民からなる一つの国民として構成することができるのは、あくまで国家としての実存の根拠となるこの共同意思を通してであり、さらにこの意志に基づく憲法制定の実践によってである」<sup>346</sup>。ハーバーマスの見解において、政治共同体の構成員性の要件は、決して個人の意思に関わらない生得的なものではなく、むしろ、個人の自由意思に基づき特定の政治文化を自発的に接受することにほかならない。こうして、政治共同体の境界線は、理論的には、最低限度の排除性を保持しながらも、個人の自由的選択による共同体の進出に対して最大限の透過可能性を確保されている。同時に、それほど低い敷居によって政治共同体の構成員性を認定しても、政治的統合がなお可能である。むしろ、こうした認定こそは、多元社会において政治的統合を可能にする。

それゆえ、構成員の流動が引き起こした政治的統合の再建問題を検討する際に、ハーバーマスは常に移住民と外国人に寛容な立場を保持している。政治的統合の次元とサブカルチャー的統合の次元を明確に区別した民主的法治国家が移住民に要求すべきなのは、政治文化への同化のみである。なぜなら、政治共同体のアイデンティティは、政治文化に根を下ろしている憲法原理を土台にするのであり、支配的な文化的生活様式の倫理的な根本志向に基づかないからである。したがって、移住民に期待すべきは、ただ新しい祖国の政治文化に適應する覚悟だけであり、移住民が自らの出自の文化的生活様式を放棄する必要はない<sup>347</sup>。政治共同体の共通の政治文化を受け入れることは、定住外国人が特定の国家市民資格を獲得するための最も重要な、そして唯一の条件である。逆に言えば、共通の政治文化を自らの生活領域に浸透させて、憲法秩序の下に共同体の一員という深刻な自覚を持つ定住外国人は、当該国家の国籍を取得しなくても、彼らが備えた政治共同体の構成員性を否定されるべきではない。そのため、外国人嫌悪の感情を煽り、外国人への差別と排除を実行した反移民の右翼勢力に対して、ハーバーマスは激しく非難した。彼によれば、右翼勢力の主張した「国民国家の正常化」は、共和主義を犠牲にして、ナショナリズムの意識形態に含まれた個別主義的要素に基づき、過去の栄光にすぎる民族的アイデンティティの再支配にすぎない<sup>348</sup>。お

<sup>346</sup> ユルゲン・ハーバーマス『他者の受容—多文化社会の政治理論に関する研究』高野昌行訳、法政大学出版局、2012年、165頁。

<sup>347</sup> ユルゲン・ハーバーマス『近代 未完のプロジェクト』三島憲一訳、岩波書店、2000年、289—290頁。ユルゲン・ハーバーマス『他者の受容—多文化社会の政治理論に関する研究』高野昌行訳、法政大学出版局、2012年、260—261頁。

<sup>348</sup> ユルゲン・ハーバーマス『近代 未完のプロジェクト』三島憲一訳、岩波書店、2000年、276頁以下。ユルゲン・ハーバーマス『他者の受容—多文化社会の政治理論に関する研究』高野昌行訳、法政大学出版局、2012年、267—268頁。

そらく、ハーバーマスが示唆した共和主義への破壊は、今までかろうじて民主的法治国家の政治文化に根付くメンタリティーを右翼勢力が容赦なく否定することのみならず、長期間にわたって共同に生活している定住外国人を対象とする攻撃行為にも当てはまる。なぜなら、ハーバーマスの理解によれば、政治的統合を自発的に受け入れる定住外国人は、政治共同体において他の国家市民と同様に、平等に取り扱われるべきだからである<sup>349</sup>。

確かに、そのような憲法パトリオティズムは、最終的には政治的領域へ進出できる市民の増大を必然的に引き起こす<sup>350</sup>。しかし、その結果に対して、ハーバーマスは全く否定しようともせず、むしろ、このような増大を肯定的に捉えている。彼は、「移民に固有の伝統を放棄するよう強制することは許されないから、新しい生活様式が定着するとともに、市民が共有する憲法原則を解釈する地平は必要に応じて拡張されることになる」と主張し、移民の異質性の投入によって憲法解釈の文脈が豊富化されることをポジティブに考えている<sup>351</sup>。ところが、現実的には、それらの定住外国人が実質的には政治共同体の構成員性の要件に満たしても、形式的な国籍を取得できるかどうかは、また別の問題である。ハーバーマス自身の権利体系論において、形式的な国籍は、依然として市民資格の法的地位の表徴である。こうして実質的な構成員性と形式的な国籍との間に生じる矛盾性を、ハーバーマスは認識していないわけでもない。その矛盾性を明らかにする外国人労働者の状況について、ハーバーマスは「外国のパスポートを持ったドイツ人」と形容した<sup>352</sup>。まさに、「外国のパスポートを持ったドイツ人」という表現は、ハーバーマスの権利体系論の前提設定がもたらしたパラドックスを徹底的に摘発する。

もちろん、ハーバーマスは、このパラドックスを意識した上で、実質的な構成員性と形式的な国籍との断絶をなるべく乗り越えようとする。戦略上、ハーバーマスは、国民国家の道徳的義務を根拠として、実質的な構成員性を有する定住外国人に形式的な国籍を付与すべきであろうと力説した。ハーバーマスは、そのため、庇護権の適用の拡大、二重国籍の承認、移民政策の改正を提案し、国籍付与の認定を緩和することによって、構成員性と国籍との断絶を解消しようと試みている<sup>353</sup>。ところが、ハーバーマスがやはり国籍概念に固執した故に、結果として彼は、ただ構成員性を有する定住外国人を国籍の取得により容易にアクセスさ

---

<sup>349</sup> ハーバーマスは、植民地化の歴史と資本主義的な近代化の侵入を観察の出発点とし、ヨーロッパ諸国が今までの人口移動から相当な利益を得ている故に、現時点での移住民に対して特別な義務を課されると主張した。こうした道徳上の理由で、ヨーロッパ諸国がより寛大な移民受け入れ政策を採用すべきである、とハーバーマスは強調した。ユルゲン・ハーバーマス『近代 未完のプロジェクト』三島憲一訳、岩波書店、2000年、292-293頁。

<sup>350</sup> ユルゲン・ハーバーマス『近代 未完のプロジェクト』三島憲一訳、岩波書店、2000年、298頁。

<sup>351</sup> ユルゲン・ハーバーマス『他者の受容—多文化社会の政治理論に関する研究』高野昌行訳、法政大学出版局、2012年、261頁。

<sup>352</sup> ユルゲン・ハーバーマス『近代 未完のプロジェクト』三島憲一訳、岩波書店、2000年、296頁。

<sup>353</sup> ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（下）—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2003年、292頁以下。

せるという戦略を選択する。そのような選択は、確かに市民資格の法的地位の問題をある程度解消できるので、間違った戦略ともいえないが、明らかな限界性を持っている。というのは、ハーバーマスが外国人の公的自律の問題を国籍取得という行為の問題に収斂したので、入国と帰化との間に存在する中間段階に置かれる定住外国人の公的自律の行使問題は、未だに解決しないままである。この問題を徹底的に解決するためには、権利体系論において市民資格の認定基準を国籍から生活実態へ移行することを必要とする。逆に生活実態という基準の採用は、ハーバーマスの論理により一層の親和性を有する<sup>354</sup>。つまり、憲法パトリオティズムの主張と、政治的統合の観点によって捉えられる構成員性の理解とも、こうした修正の必要性と妥当性を支えている。国籍基準の放棄は、理論上の混乱をもたらすのではなく、むしろ、ハーバーマスの理解をもって彼自身の権利体系論の問題性を解消することになる。

権利体系論において、形式的な国籍に代わって実質的な構成員性を市民資格の認定基準とすることは、生活実態を有する定住外国人に対して完全な公的自律を行使できる法的地位を付与することを意味する。こうした法的地位は、権利体系に欠かせない政治的諸権利の全面的な保有を導くのである。それは、言論の自由、集会と結社の自由など、政治的領域において公的自律の行使を具現化する権利のみならず、立法者の意見形成と意思形成に最も強力な実効性を有する参政権も含んでいる。つまり、従来の見解によって否定される外国人の参政権は、権利体系の論理の下に改めて法的根拠を得られる。形式的な市民資格のモデルが拒否される故に、国籍と参政権との直接的な接合は、もはや理論上の必然的な帰結ではない<sup>355</sup>。実質的な構成員性を備える外国人も、参政権を行使することによって自らの諸権利の内実を形成し、共同体の政治的決定の作成に参加することができる。そもそも、生活実態を参政権付与の基準とすべきであるという立場は、外国人の参政権を積極的に支持する論者たちの一貫した見解である<sup>356</sup>。特にグローバル時代の今日、国籍とそこに生活する住民とが必ずしも一致しなくなりつつある。一つの国家社会の構成員とか運命共同体の一員などという点では、その一員たる住民は、国籍にはかかわらなくなっている<sup>357</sup>。形式的な国籍に比べて、生活実態によって参政権の付与範囲を実質的に画定することは、むしろ、社会契約論、民主主義の理念と平等原則の要請に忠実に応えるのである。それに加えて、権利体系論と憲法パトリオティズムの視点は、外国人の参政権問題について生活実態の基準を主張す

<sup>354</sup> キース・フォークスは、ハーバーマスの憲法パトリオティズムに基づいて運営される国家のソーシャル・メンバーシップにとって唯一適切な基準が在住期間という基準であると主張する。キース・フォークス『シチズンシップ 自治・権利・責任・参加』中川雄一郎訳、日本経済評論社、2011年、77頁。

<sup>355</sup> デレック・ヒーターは、現代社会の多元性と、市民資格が行使される社会的、政治的な制度の近年における数の増大や形態の多様化を鑑み、複合的市民資格の可能性を主張する。デレック・ヒーター『市民権とは何か』田中俊郎、関根政美訳、岩波書店、2012年。

<sup>356</sup> 浦部法穂「日本国憲法と外国人の参政権」徐龍達編『定住外国人の地方参政権』日本評論社、1992年、45頁以下。江橋崇「外国人の参政権」樋口陽一、高橋和之編『現代立憲主義の展開 芦部信喜先生古稀祝賀（上）』有斐閣、1993年、183頁以下。渋谷秀樹『憲法への招待 新版』岩波書店、2014年、41頁以下。

<sup>357</sup> 藤井俊夫『憲法と国際社会』成文堂、2000年、233頁。

る従来の肯定的な見解に対して、論証基礎の決定的な強化を与える。権利体系論は、諸基本権の連関構造における参政権の重要な地位を解明し、他方で憲法パトリオティズムは、生活実態の基準の妥当性を認め、合理的な政治的統合の構図を提供する。それらの論理は、外国人の参政権付与に憲法学上および政治学上のより有力な根拠を打ち出し、従来の肯定説の議論に新たな動力源を注入している。

### 第三節 民主的反復と異質性の投入

前述したように、共同体の概念には境界線の画定と自他の区分が必然的に内在している。このことは、構成員資格の判定基準を修正しても変わらない。つまり、政治共同体の開放性と境界線の透過可能性をなるべく高めても、構成員と非構成員の間に存在する差異性は撤廃されることができない。いかなる共和制的な構成の行為も、新しい「内部者」と「外部者」を確立せざるを得ないという逆説は消し難い。政治共同体の自己決定の概念の下に、構成員資格をめぐるデモスの自己定義が最大限の包摂性をもっていても、その行為も不可避免的に排除性を表出している。すなわち、あらゆる包摂の行為もそれ自身の排除の条件を生み出すことになり、包摂と排除は同時性を有するメカニズムのセットである<sup>358</sup>。したがって、ここでは、政治共同体の構成員でない人々は、政治共同体の包摂と排除によって受ける影響をどのように理解すべきであるかという問題が浮き彫りにされる。

討議理論は、「実践的討議への参加者としてのすべての当事者の同意を取り付けることができるような規範のみが、妥当性を要求できるということ」で定式化される<sup>359</sup>。それについて、ハーバーマスは、「当事者」を「規範によって規律された一般的実践について予測される結果が、自己の利益に抵触するすべての者」で定義している<sup>360</sup>。しかしながら、法的規範が道徳的規範から区別され、法共同体が有限性を持って自己構成を行っている以上、討議理論によって設定される当事者と法共同体の構成員との間には、再び嚴重な段差が生じる。セイラ・ベンハビブが指摘したように、その討議理論上のジレンマは、「あらゆる構成員資格の規範に共通する特徴は、これらの規範の帰結によって、そして何よりも、それらの排除の基準によって影響を受ける人々が、当然のことながら、それらの表明の当事者にはなりえないということである」<sup>361</sup>。当事者であるはずの外部者は、その構成員資格に関わる法規範に

<sup>358</sup> この理由で、アレントは「諸権利を持つ権利」の考察によって、国民国家体制における普遍的人権の神話性をはっきりと摘発しても、その人権実践上のジレンマについて、やはり悲観的な態度をとっていた。なぜなら、アレントにとって、諸権利を持つ権利の実現は、政治共同体においてのみ可能である。しかし、あらゆる政治共同体の形成は、排除の行使を伴わざるを得ない。つまり、諸権利を持つ権利の喪失は、政治共同体の存続の限りで必然的である。

<sup>359</sup> ユルゲン・ハーバーマス『討議倫理』清水多吉、朝倉輝一訳、法政大学出版局、2005年、7-8頁。

<sup>360</sup> ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（上）—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2002年、136頁。

<sup>361</sup> セイラ・ベンハビブ『他者の権利—外国人・居留民・市民』向山恭一訳、法政大学出版局、2006年、13頁。

ついて、あらゆる決定権を承認されない。

法共同体は近代立憲主義に基づいて、民主的な共同体でなければならない。ところが、民主的共同体の境界線を引くことは、まさに非民主的な決定である。すなわち、国家市民への包摂または排除の権利を決定される人々自身が、それらの規則を決定する人々ではないという民主的逆説である。こうした民主的法治国家に内在する民主的逆説は、討議理論の「道徳原理」と「民主主義原理」との間に置かれており、「普遍性」と「閉鎖性」との関係を改めて弁証法の舞台に立たせる。ベンハビブは、このパラドックスに対応するために、「民主的反復」という概念を提唱している。彼女によれば、国民市民としてのデモスの自己構成は、決して安定した既成の事実として静態的に捉えられるのではない。国家市民の集合的アイデンティティと連帯関係の形成は、長期にわたって繰り返された激しい社会的対立を通じて獲得されたものである故に、動態的に把握されなければならない。彼女が強調したように、「国民であることは、事実ではなく、目標なのである」<sup>362</sup>。国民概念の内実は、競合的な諸物語の相互連鎖によって形成される。それは、一時的な統合状態が、やがて新たな対立や論争によって異議を申し立てられ引き裂かれることになり、新しい統合を目指す再構成の過程を繰り返すのである。したがって、国民概念の拡張は、排除されて周辺化された集団の闘争によってなされるのである。歴史的に見れば、男性市民から女性市民へ、またはブルジョワ階級から労働者階級への拡張は、繰り返されてきた対立と衝突によってなされた成果である。その意味では、国民概念は、完全で閉じられたシステムを示すものではなく、それ自体未完の物語であり、異なる要素と解釈によって絶えず定義され直されるのである。国民概念に内在する不安定性は、国民集団という物語に歴史的な進化の土台を与え、政治文化の進展につれて共同体の自己表現を形成することができる。

国民概念の永続的な自己構成の過程において、ベンハビブは「民主的反復」という概念を使って、普遍的な人権と限定的な国民主権を調停しようとする。ベンハビブによれば、内なるよそ者、外国人、その他の非構成員への処遇は、自由民主主義体制の「道徳的良心」と「政治的再帰性」の重要なテストケースとなる。国民概念の自己構成が、あくまでも同質性を有する市民集団の一方的な生成行為として理解されれば、こうした国民像は、歴史的な事実を見落とすばかりでなく、近代立憲主義の発展可能性を手放すことになる。それゆえ、構成員資格の規範問題は、常に「民主的反復」によって検証され、国民概念の包摂と排除に対して再交渉しなければならない。「民主的反復」という概念について、ベンハビブは以下のように説明した。「民主的反復とは、普遍主義的な権利の要求と原則が、法的および政治的な制度全体をつうじて、そして市民社会の諸団体において、論争されては文脈化され、呼び出されては取り消され、提起されては配置される、そうした公的な議論、熟議、応酬の複雑なプ

---

<sup>362</sup> セイラ・ベンハビブ『他者の権利—外国人・居留民・市民』向山恭一訳、法政大学出版局、2006年、78頁。

プロセスを表したものである」<sup>363</sup>。したがって、民主的反复の理解の下に、国家市民のアイデンティティを定義することは、立憲的な自己創出の継続的なプロセスにほかならない。排除される人々と、排除の規範を決定する人々との区別は、継続的な一連の民主的反复のプロセスを通じて、流動化されて交渉可能なものにされうる。こうした動的なプロセスにおいて、非構成員という他者の存在は、国家市民の討議体系にとっての単純な被隔離者ではない。彼らは、政治共同体の構成員の解釈学上のパートナーとして位置づけられ、国家市民の討議体系に再び関係して討議過程の一部になる<sup>364</sup>。

憲法上の国民概念は、固定的な集合体として具体的に理解されるのではなく、動的なプロセスにおいてのみ捉えられるべきなのである。それゆえ、国民主権の理念的実践も、国民集団の固定的な実体性の幻想から救出されなければならない。こうした思考は、ハーバーマスの「手続としての国民主権」にも反映されている。ハーバーマスは、「すべての国家的組織化をおこなう権力が前提とする国民というものは、意思と意識を備えた主体などではない。それは複数形でのみ出現するのであり、単数の国民としては、決定能力であれ行為能力であれ有していない」と主張した。なぜなら、政治的自由は、常に自己決定と自己実現を行う主体の自由として把握され、個人の自律と自己実現は、その目的、つまり人間の尊厳にかなった生活の生産と再生産を内包する実践のための鍵概念だからである<sup>365</sup>。それゆえ、国民主権の発動は、固定的な集合体という実体の主権的意思ではなく、人間の複数形を前提とする意見形成と意思形成の手続に根づかなければならない。そのような手続において、公共的討議は、理性と意思との間を媒介する審級となり、国民全員の意見形成と国民代表の多数派の意見形成との間にある軋轢を調停することができる。したがって、ハーバーマスは、完全に分散化された主権が具体化されるのは、国民総体という擬制的な実体においてではなく、主体なきコミュニケーション形式においてのことであると断言する<sup>366</sup>。つまり、公共的討議のプロセスにおいてのみ、国民主権が具現化されるべきである。そうすると、国民主権の理念は、抑圧的な集合性と実体化の要請を免れることができ、コミュニケーション的権力として再帰的に展開されうる。

ベンハビブの「民主的反复」は、明らかに、デリダの言語哲学に使用された「反复可能性」という概念に由来する<sup>367</sup>。彼女自身が解説したように、「あらゆる反复はいつも微妙なかた

---

<sup>363</sup> セイラ・ベンハビブ『他者の権利—外国人・居留民・市民』向山恭一訳、法政大学出版社、2006年、165頁。

<sup>364</sup> セイラ・ベンハビブ『他者の権利—外国人・居留民・市民』向山恭一訳、法政大学出版社、2006年、154—155頁。

<sup>365</sup> ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（下）—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2003年、247頁。

<sup>366</sup> ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（下）—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2003年、266頁。ユルゲン・ハーバーマス『他者の受容—多文化社会の政治理論に関する研究』高野昌行訳、法政大学出版社、2012年、186頁。

<sup>367</sup> ジャック・デリダ『有限責任会社』高橋哲哉、増田一夫、宮崎裕助訳、法政大学出版社、2002年。

ちで、意味を変え、それに何かを加え、それを豊かにする。実際のところ、意味の『原初的な』起源というものは、あるいは、すべての後続の形式が従わなければならない『原型』なるものは実在しないのだ<sup>368</sup>。したがって、あらゆる反復の行為は、権威的な原型を新しい異なった文脈のなかで理解する。言うまでもなく、憲法上の国民概念も、こうした反復の行為を通じて絶えず意味づけ直される。ベンハビブの狙いは、まさにデリダの「反復可能性」の概念を、ハーバーマスが「循環的」と特徴づけた近代の民主的な政治体制の「正統性」の概念と結びつけることである<sup>369</sup>。彼女は「民主的反復」という概念によって、構成員資格における正統性と人権との間の緊張関係を緩和しようと試みる。その意味では、ベンハビブの政治哲学において、デリダの「反復可能性」は普遍性と閉鎖性を架橋する鍵概念である。ところで、国民主権について、デリダはどのように把握するのか。政治共同体の場合、デリダの「反復可能性」はどのように展開されるべきなのか。そこでは、国民概念をめぐるデリダの理解を分析する必要がある。

前述したように、ハーバーマスはコミュニケーションの過程に焦点を当て、民主的法治国家の国民主権の理念を、匿名化されて間主観的に解体された、主体なき国民主権として把握する。それに対して、ジャック・デリダは、更に主権者をめぐる決定不可能性を見事に提示している。デリダは、アメリカの独立宣言の署名を哲学的に分析することによって、国家創建の起源を突き止め、主権者の実体の不在をほのめかしようとする。アメリカ独立宣言は、主にトマス・ジェファソンによって起草される文書である。ところが、ジェファソンが起草者、更に署名者の一人としてその重要な文書に力を尽くしても、彼がこの文書の唯一で至高な立法者であったわけではない。独立宣言の文言が示すように、この宣言の主語は当時各州の代表者たちであり、独立宣言の本文下に記された五六人の代表者こそは、事実上の署名者である。だが、このような代表者たちは、彼ら自身のためのみならず、他の被代表者、すなわち彼ら代議員として署名の代理を行う「善良なる人民」すべての人々のために、彼らに成り代わって署名するのである。したがって、権利上の署名者は、「善良なる人民」である。その集合的な「善良なる人民」は、連合諸邦の代表者たちとジェファソンとの代理を介して独立宣言を作り上げて署名することになる。もっとも、このような人民は、文書が署名された前には存在していない。すなわち、この人民は代表者たちを介して権利上署名したことになるのだが、まさに「善良なる人民」の権利は、というよりむしろそうした権利を備えた「アメリカ国民」の存在そのものが、当の署名によって生み出されるのである。それゆえ、デリダは「この人民は存在していません。人民はこの宣言以前には、そのものとしては存在していないのです。人民が自由で独立した主体として、ありうべき署名者として誕生しているとすれば、それはこの署名の行為に由来するものでしかありません」と主張した<sup>370</sup>。署名が署

<sup>368</sup> セイラ・ベンハビブ『他者の権利—外国人・居留民・市民』向山恭一訳、法政大学出版局、2006年、165頁。

<sup>369</sup> 内村博信『討議と人権—ハーバーマスの討議理論における正統性の問題』未来社、2009年、247頁。

<sup>370</sup> ジャック・デリダ「アメリカ独立宣言」宮崎裕助訳、『思想』1088号、岩波書店、2014年12月、57

名者を発明するのである。それ自体としては未だ存在しないはずの「主権者」が署名して、自らを生み出したことになる。

その結果、独立宣言への署名を、存在するものを言及した事実確認的な発言であるのか、それとも言及することで何かを行う行為遂行的な発言であるのかを決定することができない。つまり、宣言はみずからの行為遂行を事実確認として表明せざるを得ず、それにもかかわらず、この事実確認そのものは、当の事実確認に依存した行為遂行として可能になる。まさに宮崎裕助が比喩したように、「そのようにして両者が入れ子状に支え合っており、最終審級が決定不可能になるというのがここでの実体なのである」<sup>371</sup>。署名の起源を突き止めようとしても、その正統性の由来となるような国家創設の場合、こうした虚構的な署名者を事後的に想定することなしには起源の正統性の説明がつかなくなる<sup>372</sup>。国家創設において問われているのは、宣言および署名のような言語行為が成功する条件そのものを創設しなければならないという自己言及的な事態である。国家創設のパフォーマンスが達成しなければならないのは、みずからのパフォーマンスの成否を左右する上位審級そのものの正統性を同時に打ち立てることである。アメリカ独立宣言のみならず、日本国憲法で言えば前文に「私たち」という言葉が書かれるが、これが誰のことかは不明のままである。ところで、その後の10条はといえば、「日本国民たる要件は、法律でこれを定める」となっている。つまり、前文の「私たち」が誰であるかは憲法の中では規定されず、憲法に準拠して作られるはずの国籍法に転送されるのである。従って、最初に出てくる「私たち」とは誰のことかという問いは、憲法の構造そのものの中で宙吊りにされている。実際に、主権者とは実体化されえない者である。単なる人々の集合体と公共性を共有した「デモス」とを区別するならば、「デモス」を構成する規範を正統化するような私たちの主権が、遡及的に前提とされなければならない<sup>373</sup>。こうした主権の誕生における決定不可能性が示すのは、主権者としての国民を完全に実体化することができないということである。

ここでデリダは、「署名」の機能と重要性に注目していた。デリダは、「署名 出来事 コンテキスト」において以下のように説明した。「定義上、書かれた署名は、署名者の顕在的ないし経験的な非-現前を含み込んでいる。しかし、書かれた署名はまた、ある過ぎ去った今において署名者が現前していたということをも記し付け、把持している、と人は言うだろう。このような過ぎ去った今とは、他方で未来の今でもあり続けるだろう。それゆえ、書かれた署名が記し付けるのは、今一般、今性の超越論的形式において署名者が現前していたと

---

頁。

<sup>371</sup> 宮崎裕助「国家創設のパフォーマティヴと署名の政治—ジャック・デリダの『アメリカ独立宣言』論—」『思想』1088号、岩波書店、2014年12月、72頁。

<sup>372</sup> 国家創設の正統性の起源に徹底的に遡行すれば、基礎づけ不可能な「神秘的な」リミットに突き当たらざるを得ない。それこそは、「権威の神秘的基礎」なのである。ジャック・デリダ『法の力』堅田研一訳、法政大学出版局、1999年、33頁。

<sup>373</sup> 鶴飼健史『人民主権について』法政大学出版局、2013年、118—119頁。



いうことである。こうした一般的な今性が、署名の形式のもつ、つねに明証的でつねに特異である現在のな一点性のうちに、いわば書き込まれ、ピン留めされている。これこそ、あらゆる略署名〔花押〕の謎めいた根源性である。源へと結びついているということが起こるために把持されねばならないのは、それゆえ、署名の出来事と署名の形式の絶対的な特異性であり、純粋な出来事の純粋な再現＝複製〔再生産〕可能性なのである<sup>374</sup>。したがって、署名が署名者の現前を記録し一つの署名として機能しうるための根本的な条件は、まさに署名者の不在において、更にはその死においてもなお反復されうるということである。署名は主体が書き込む瞬間の一点性を封じ込めるものであるが、その主体を再現前させるために、それ自体は、完成した後にも、繰り返して参照され、読み取られうる記号でなければならない。署名が署名として認知され読まれるためには、そのような再認可能性を最小限備えていなければならない。署名の機能を担える名は、署名者の意図や主体の単一性、各言語のコードやコンテクストの同一性を超えてもなお、一つのマークとして反復可能であり引用可能であり再認可能なのである<sup>375</sup>。

署名は「反復可能性」、つまり「純粋な出来事の純粋な再現＝複製可能性」をもたねばならない。それゆえ署名は、一回的な特異性を守るためには、自ら反復によって当該特異性を抹消してしまうというジレンマを内在している。デリダによれば、そのようなジレンマの存在によってこそ、署名は機能することができる<sup>376</sup>。まさにこうした署名によって、まだ国民が実体として立ち上がっていないにもかかわらず、「われわれ国民の名において」という形で正統的な法を生起させることが可能になる。したがって、実体性をもてない「われわれ国民」という署名の内実は、反復可能性を通じて本質的に流動性を帯びざるを得ない。それは、最終審級の不在または決定不可能性を最も明らかに表現するのである。他方で、最終審級の不在または決定不可能性は、「われわれ国民」という署名が必然的に政治的闘争の標的であることを意味する。こうした「署名」をめぐる諸闘争は、絶えず政治的領域において行われる。それらは、現実と虚構、合法と非合法、更に自己と他者の区別を間断なく問い直し、反復可能性を追究している。「われわれ国民」または「善良なる人民」という署名は、新しく他者がそれを読むたびごとに反復され連署され、あらゆる読解可能性を獲得する<sup>377</sup>。こうした署名の中には、排除と包摂が絶えず作動するにもかかわらず、異なる形で構成される排除と包摂は必然的に存在し、それを入れ替えることができる。デリダがいったように、「反復

<sup>374</sup> ジャック・デリダ『有限責任会社』高橋哲哉、増田一夫、宮崎裕助訳、法政大学出版局、2002年、49頁。

<sup>375</sup> 宮崎裕助「国家創設のパフォーマティヴと署名の政治—ジャック・デリダの『アメリカ独立宣言』論—」『思想』1088号、岩波書店、2014年12月、77頁。

<sup>376</sup> ジャック・デリダ『有限責任会社』高橋哲哉、増田一夫、宮崎裕助訳、法政大学出版局、2002年、50頁。

<sup>377</sup> 例えば、ジュディス・バトラーは、カリフォルニア州の不法滞在者がデモを行った際にスペイン語で米国国歌を歌ったことをきっかけとして、国民概念の反復と帰属形態の多様化の可能性を探究している。ジュディス・バトラー、ガヤトリ・スピヴァク『国家を歌うのは誰か？—グローバル・ステイトにおける言語・政治・帰属』竹村和子訳、岩波書店、2008年、42頁以下。

は他化し、新しい何かが起こる＝場をもつのである」<sup>378</sup>。

デリダの反復概念に基づき、ベンハビブが「民主的反復」を提唱して構成員の政治を再把握する目的はそれゆえ明白である。デリダによれば、「反復可能性は、〈同じもの〉の同一性が他化において、他化を通じて、そして他化を目指してさえ反復可能となり、同定可能となるために最低限の残遺を想定するのである。なぜならば、反復の構造は、もう一つの決定的な特徴として、同時に同一性と差異とを含んでいるからである」<sup>379</sup>。したがって、署名者としての国民は、反復可能性をもってしか作動できないのであれば、主権的なものとしてのデモスもまた、こうした理解の下に置かなければならない。そうすると、近代立憲主義の理念に従えば、国民概念に関する民主的反復とは、「こうした言語的、法的、文化的、そして政治的変容のなかでの繰り返しであり、取り消すと同時に呼び出す行為である」<sup>380</sup>。構成員と非構成員の区分は、「われわれ国民」という署名を反復しなおし、議論、修正または却下を通じて、民主的な意思形成のプロセスへと組み込むのである。それに加えて、外国人やよそ者の権利は、「われわれ国民」というアイデンティティが再交渉される場所で、その限界と境界線を明らかにするべきなのである<sup>381</sup>。究極的に言えば、主権者の最終的な定義というのは、存在しえない。国民であることは静態的な現実ではない。それによってこそ、普遍主義と個別主義とのつながりを強固に保証する架橋があり得る。

民主的反復のプロセスにおいて、他者の存在は、触媒として肯定的に認められなければならない。他者の特異性が政治共同体に入り込むことの重要性は、ハーバーマスの議論にも読み取られうる。ハーバーマスは、「民主的法治国家の憲法の枠組みでは、多様な生活形式が平等に共存することができる。そうした生活形式は共通の政治的文化のなかで互いに重なり合わねばならないだけでなく、こうした政治的文化はさらに、新たな生活形式の側からの刺激に開かれているのである」と主張した<sup>382</sup>。政治共同体の憲法文化は、それらの異質性によって再び活性化の動力を獲得し、文脈の豊富化の契機を手に入れる。公共的討議の必要性和可能性も、異質性の投入を通じて確保される。他方で、デリダの他者論は、「歓待」という概念への分析をもって、共同体政治の再構成に異質性の不可欠さを最も強力的に示唆する。歓待とは、自分の家に来たものに対して、外から来た外国人に対して、無条件にあらゆる

<sup>378</sup> ジャック・デリダ『有限責任会社』高橋哲哉、増田一夫、宮崎裕助訳、法政大学出版局、2002年、90頁。

<sup>379</sup> ジャック・デリダ『有限責任会社』高橋哲哉、増田一夫、宮崎裕助訳、法政大学出版局、2002年、116頁。

<sup>380</sup> セイラ・ベンハビブ『他者の権利—外国人・居留民・市民』向山恭一訳、法政大学出版局、2006年、166頁。

<sup>381</sup> セイラ・ベンハビブ『他者の権利—外国人・居留民・市民』向山恭一訳、法政大学出版局、2006年、164頁。

<sup>382</sup> ユルゲン・ハーバーマス『事実性と妥当性（下）—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2003年、297頁。

るものを与えることである<sup>383</sup>。それをデリダは、絶対的な歓待という法と呼んでいる。絶対的な歓待は、絶対的な他者のために設けるのである。ところが、絶対的な歓待は、有限性をもつ権力と絶え間なく衝突している。この衝突は、共同体の主人が庇護、訪問権や歓待権を付与してやろうと決心する者を選定しなければならないという必然性の故のことである。絶対的な他者が完全には理解しえない者と見なされれば、共同体は彼らを、攻撃性を有する危険なものとして想定し、自己免疫のシステムを作動せざるを得ない。それゆえ、デリダはこう指摘した。「非正義、ある種の非正義、さらにはある種の誓約違反が、すでに歓待権の関で生じています。権力の暴力や法の力と歓待の間の衝突というものは、歓待を権利＝法に書き入れることから生まれるように思われます」<sup>384</sup>。政治共同体の中に、他者の歓待とは、実際には条件的なものにならざるを得ない。絶対的な歓待を法的権利という形式に変換しなければならないことは、それ自体の到達不可能性をすでに決定する。

もつとも、デリダは、歓待の理念が、まさに法的権利が支配する場においてそれを超過しなければならないと強調した<sup>385</sup>。絶対的な正義の歓待は、権利上の歓待を非難したり、権利上の歓待と対立したりとするものではなく、反対にそれを絶え間ない進歩の運動の中に置くことができるのである。「法＝権利による歓待」が腐敗することなく機能するためには、「絶対的な歓待」のいわば介入が常に必要である。デリダ自らが承認したように、「いかなる国家も純粋な歓待をその法の中に記載することはできません。ですが、少なくともこの純粋かつ無条件な歓待の思想、歓待そのものの思想なしには、歓待一般のいかなる概念も私たちは持ちえないでしょうし、条件付き歓待のいかなるルール（その方式、法的規定、規範、国家的あるいは国際的な規約を伴うルール）をも規定できなくなるでしょう。この純粋な歓待の思想（この思想は特有の仕方の一つの経験＝試練でもあります）なしには、他者、他者の他性、つまり招待されたわけでもないのに私たちの生のうちに入り込んでくる何者か、という観念を持つことさえないでしょう」<sup>386</sup>。絶対的な特異なものとしての他者の周りに、諸々の共同体が出会い、その「条件付きの歓待」、つまり条件づけられた権利や義務が再構

---

<sup>383</sup> 歓待の概念は、最初にはカントの「永遠平和のために」に議題として取り上げられるのである。カントは、「国家間の永遠平和のための三つの確定条項」を定式化している。それは「各国の政治体制は共和制的でなければならない」、「諸国家の法は自由な国家の連合にもとづかなければならない」、そして「世界市民の法は普遍的な歓待の条件に制限されなければならない」というものであった。カントによれば、歓待の必要性、更に歓待を権利として認める理由は、地球という空間の有限性という事実由来する。「地球の表面は球面で、人間は無限に分散して広がることができず、結局は並存することを互いに忍び合わねばならないのであるが、しかし根源的には誰ひとりとして地上のある場所にいることによって、他人よりも多くの権利をもつものではないからである」。遠山義孝訳「永遠平和のために」『カント全集 14 歴史哲学論集』岩波書店、2000年、274頁。樽井正義、池尾恭一訳『カント全集 11 人倫の形而上学』岩波書店、2002年、204頁。

<sup>384</sup> ジャック・デリダ『歓待について—パリのゼミナールの記録—』廣瀬浩司訳、産業図書、1997年、83頁。

<sup>385</sup> ジャック・デリダ『歓待について—パリのゼミナールの記録—』廣瀬浩司訳、産業図書、1997年、92頁。

<sup>386</sup> ユルゲン・ハーバーマス、ジャック・デリダ、ジョヴァンナ・ボッラドリ『テロルの時代と哲学の使命』藤本一勇、澤里岳史訳、岩波書店、2004年、199-200頁。

成される。政治的、司法的、倫理的責任は、「無条件の歓待」と「条件付きの歓待」の相互交渉によってのみ生じうる<sup>387</sup>。絶対的な他者は、「無条件の歓待の唯一なる法」をもたらす者として到来し、歓待の「諸々の法」に新たな条件を見出すべく問いかけ問いただすのである<sup>388</sup>。

それゆえ、無条件の歓待には、常に法の進歩の契機が潜在する。言い換えれば、到達不可能の無条件の歓待は、法の進歩の可能性に結びつき、既定の限界を再測定するポテンシャルを秘めている。こうした弁証法は、まさに他者によってしか展開されえない。絶対的な他者は、限定的な共同体にとって理解不可能を意味する。その完全な異質性によってこそ、政治共同体の内部においても現実批判の空間は開かれてくる。他者への接近によって引き起こされた衝撃は、既成の文脈の下に把握されると同時に、既成の文脈を再構成するのである。堅田研一が主張した通り、デリダ的な歓待の空間において、他者の理解不能の言説を自己の言説につなぎ合わせることは、批判の作業を必然的に組み込む。「歓待の空間とは、このような徹底的な批判、つまり不和と闘争を含んだ空間である。けれども、批判することは、歓待することにほかならない」<sup>389</sup>。他者の異質性の存在は、政治共同体の現実批判を確保する。異質性の投入は、共同体に対して新たな政治的可能性、すなわち、デリダの用語によれば、現行の法と権利を正義に絶えず接近させる可能性を提示する。その意味では、他者の異質性は、共同体の政治の進展に欠かせない触媒である。したがって、ベンハビブの「民主的反復」は、諸権利がそれまで知りえなかった異質性を経験することを通じて、政治的実践の中で新たな世界を開くことを意味する。

他者としての外国人の到来は、構成員政治を絶えず再開する契機である。それは、政治共同体の構成員を反省させる刺激を促し、批判空間を引き立てるのに欠かせない要素である<sup>390</sup>。言うまでもなく、あらゆる政治共同体は、いつでも他者が引き起こす衝撃を必要とする。とりわけ、民主的な政治共同体は、常に他者性が触発する公共的討議を通じて、「来るべき民主主義」の理想を追いかける。諸意味の創造と世界観の開示は、コミュニケーションの外部で生起し、そこからコミュニケーションの内部へと移入されるわけである。討議民主政の構図に、民主主義を同質的な表象の空間との結び付きから解き、公共圏という多様な言説の空間に接続することが要求される。そうすると、外国人の他者性は、そこで重要な触媒の役割を担わなければならない。公共的討議の活性化、憲法解釈の文脈の豊富化、政治的構造の再進化や市民意識の再喚起という視点から見れば、外国人自身の異質性の投入は、積極

<sup>387</sup> ジャック・デリダ『歓待について—パリのゼミナールの記録—』廣瀬浩司訳、産業図書、1997年、145頁。

<sup>388</sup> ジャック・デリダ「万国の世界市民たち、もう一努力だ！」港道隆訳『世界』628号、岩波書店、1996年11月、311—312頁。

<sup>389</sup> 堅田研一「権力と公共性—デリダの公共性について」仲正昌樹編『ポスト近代の公共空間』御茶の水書房、2005年、65頁。

<sup>390</sup> 土佐弘之『野生のデモクラシー 不正義に抗する政治について』青土社、2012年、153—155頁。

的に評価すべきなのである。したがって、民主的な政治共同体において、外国人の権利と義務に密接に関連する政治的議題について、外国人自身は、あらゆる決定の権限を承認されないとしても、少なくとも、公共的討議の過程に民主的発話権を与えられなくてはならない。民主的発話権は、構成員性に関わらず、政治的共同体においてすべての人に保障されなければならないのである。生活実態の基準を満たさない外国人にも、彼らの異議申し立ての空間を確保するためには、民主的発話権が承認されなければならない。言うまでもなく、こうした民主的発話権の行使は、マクリーン事件と同様に事後的に不利益を押し付けることを免れるように、実効的な保障を付与されなければならない<sup>391</sup>。そのような民主的発話権は、普遍性と閉鎖性との弁証法を保証するだけではない。それは、民主的な政治共同体にとって、グローバル時代において政治共同体の自己構成の主張を補強する基礎でもある。まさにベンハビブが強調したように、「他者の権利は、政治的自由主義のプロジェクトを脅すものではない。むしろ、これらの権利はそれをより内包的で、動的で、熟議的な民主主義のプロジェクトに向けて変革するものなのである」<sup>392</sup>。

---

<sup>391</sup> 表現活動の萎縮しやすさに着目する毛利透は、「憲法は、臆病者の勇気をくじかず、促進するインセンティブを与えなければならない」と主張する。異議申し立ての空間を創出するためには、より強力な権利保障が決して欠かせない。毛利透『表現の自由—その公共性ともろさについて』岩波書店、2008年、46頁。

<sup>392</sup> セイラ・ベンハビブ『他者の権利—外国人・居留民・市民』向山恭一訳、法政大学出版社、2006年、84頁。

## 終章 外国人の政治的権利の擁護

「われわれは労働力を呼び寄せた、しかしやって来たのは、人間だった」とスイスの作家、マックス・フリッシュは、出稼ぎにきた外国人労働者の苦境を目にして 60 年代に書いた。自国に流入した外国人の存在に対する世人の注意を喚起しようとしたフリッシュの名言は、実は、二つの重要な事柄を暗示するのである。まず、流動性によって特徴づけられるグローバル時代において、国民国家の領域と経済的・政治的空間との関係が再構成を迫ることになる。グローバル資本主義が新しい世界秩序の核心的な価値体系として作動する状況で、あらゆる商品化可能なものは、ナショナルな過度の束縛から解放され、既成の国民国家の境界を越えて、グローバルな世界市場の下に流動している。交通手段や情報通信の発達の結果、人間の労働力も、産業に必要な資源としてグローバルな視点で組織化され、従来の国境に浸透する。もっとも、有形の工業製品と無形の情報とは異なり、労働力は徹底的に商品化されえないものである。というのは、労働力が人間の存在と切り離して単純に使われてはならないからである。したがって、グローバリゼーションの進行の下に、単純な労働力はトランスナショナルに流動するだけではない。それと同時に、目的自体としての道徳主体や普遍的人権の権利主体たる人間は、国民国家の境界を跨いでそれぞれの共同体に進出する。労働力的手段性と人間自体の目的性を同時に体現する外国人労働者の内在的矛盾は、フリッシュのフレーズにおいて強調される意味の一つである。

他方で、国民国家の境界線は、グローバル資本主義の戦略的な構図によって、完全に撤廃されるわけでもない。グローバリゼーションは国民国家の権力の衰退を意味するわけではない。ある種の国家制度は逆に強化され、むしろ、ナショナルな支配装置がグローバル化し、これまでの諸国家間を分け隔てていた制度や機構が融解してきている<sup>393</sup>。資本はかなり自由に移動できるのに対して、労働力の流動は依然として、国民国家の国境線によって強く牽制されている。人間の移動に伴う外国人の到来は、そうした国民国家による権力主体の再編の中で位置づけ直されたのである。それは、労働力の世界市場への配置は、国民国家のコントロールの下に捉えざるを得ないからである。グローバル化の状況で、国民国家は、完全に閉鎖的なシステムとして維持されつつあり、国境線をもって一切の外来者を拒否することができないとしても、人間の流動に対して選別する機能を保有し続けている。自国の政治的決定に基づき、それぞれの国民国家は、共同体への浸透性を調整する。諸国家は、国境線のフィルター機能を最大限に発揮する上に、自国に好ましい人間を戦略的に受け入れ、完全なよそ者を排除することができる。

<sup>393</sup> サスキア・サッセンが強調したように、「グローバリゼーションと越国家的組織の結果として、国家主権が衰退するというよりは、変形されつつあるということであるように思われる」。国民国家従来の主権概念の変形の過程は、領土性と主権の交差を再構成してきたのである。サスキア・サッセン『グローバリゼーションの時代—国家主権のゆくえ』伊豫谷登士翁訳、平凡社、1999年、79頁。

ウルリッヒ・ベックが形容するように、「陰りを見せ始めたナショナル時代と新たなコスモポリタン時代という二つの光の中で、政治行為が全く異なりつつも、互いに絡み合う二つのシナリオに従っているという洞察がある。世界という舞台上、二つの異なる劇団が既成の政治ドラマと新しい政治ドラマ、閉じた政治ドラマと開いた政治ドラマというように異質でありながらも、逆説に充ちて互いに関連する作品群を上演している」<sup>394</sup>。グローバル時代においても、人間の移動が国民国家という明確な領域をもつ政治共同体から自由であることは、やはりあり得ない。外国人の身分を持つ存在は、どこかの国民国家で滞在して生活し、諸権利を享受したり、または共同体から排除したりするしかないのである。国民国家の主権的権力は、労働力ないし人間を選び分ける権限を保有している。それにもかかわらず、労働力として受け入れられる外国人は、国民国家の選別によって人間性を剥奪されてはならない。フリッシュが生き生きと表現した名言において、二つ目の重要な意味は浮き彫りにされている。つまり、国民国家が国境線の通過をコントロールする権限を利用し、必要な労働力しか迎え入れなくても、身体の交換価値を狙われる外国人が、人間の尊厳を備える主体として共同体へ到来することはやはり否定できない。それゆえ、外国人が一旦この政治的共同体に入り込んだら、彼らは人間として認められ、取り扱われなければならない。

共同体の内部において人間として処遇されることは、一体何を意味するのか。人間性の剥奪と具現をめぐるアレントの論述は、検証の基準を探究するための端緒を与える。アレントによれば、人間性の完全な剥奪は、物理的な死亡ではなく、無名性の常態で引き起こされる現代の孤独を意味するのである。現代の孤独は、他の人々から懸隔することだけでなく、世界に属する場所そのものを奪われることである。それら「場所なき者」とは、「人間がその行為と意見に基づいて他者から判断されるという関係の成り立つシステム」から排斥された者である<sup>395</sup>。「語られることの意義の喪失」は、人間性の「リアリティ」の喪失を引き起こし、無名性によってのみ把握されうる彼らを、政治的な死へと放逐する。その人間は、他者から見捨てられ、放置されている。自らの行為や意見への注意又は応答を完全に奪われる結果、彼らは余計者として共同体の中に暗闇に物理的な死亡の到来しか期待できない。したがって、人間の尊厳が「複数性」という人間の条件に依存する以上、現れの喪失に伴う存在の喪失は、人間の尊厳の否定を意味するにほかならない<sup>396</sup>。

他方でアレントにとっては、そのような人間の複数性を最大の条件として構築される政治的領域においてこそ、人間としての最高な成就が生じる。なぜなら、アレントの思想の根

---

<sup>394</sup> ウルリッヒ・ベック『ナショナリズムの超克—グローバル時代の世界政治経済学』島村賢一訳、NTT出版、2008年、13頁。

<sup>395</sup> ハンナ・アレント『全体主義の起原2』大島通義、大島かおり共訳、みすず書房、1981年、281頁。

<sup>396</sup> ハンナ・アレント『人間の条件』志水速雄訳、中央公論社、1973年、10頁。また、アレントは、「他のいかなる領域にもまして政治においては、本質と外観を区別することができないのである。実際、人間関係の領域では、本質と外観は一つであり、同一のものである」と主張した。ハンナ・アレント『革命について』志水速雄訳、合同出版、1968年、120頁。

底に、政治的に活動する能力は人間の最高の能力だからである。古代ギリシア人の理解に従えば、自由でまさに人間的な生活様式とは、「活動」から生まれた「政治的問題に捧げられた生活」(bios politikos)である。政治の存在理由は自由であり、自由であるということは、人々が共に語り活動する政治的生活を意味する。同じ状態にいる他者と共同生活し、更に、他者と出会うための共通の公的空間においてこそ、自由は可能になる<sup>397</sup>。この共通の公的空間は、自由人誰もが言葉と行いによって立ち会われうる政治的に組織された場所であり、ポリスと呼ばれる<sup>398</sup>。

ポリスは、正真正銘の自由を創出して保証する場所のみならず、歴史の物語への共同的な創作という人間の卓越性を成就する空間でもある<sup>399</sup>。人間とは、「死すべきもの」、誕生から死へといたる直線的な時間をもつ存在である。ところが、その人間は不死の偉業にたいする能力、不朽の痕跡を残しうる能力を有する。つまり、共同体の中に政治的活動を行うことによって、自分の思想を他の市民向けに書き遺し、市民たちの間で不死になろうとすることである<sup>400</sup>。政治的共同体の歴史は、行為や言葉によって自らの存在を証した死すべき者たちをその記憶にとどめる。政治的共同体における不朽の名声が意味するのは、死すべき者たちが、その可死性にもかかわらず、恒久に存続するものうちにとどまりうることである。人間性の最高の成就是、政治的共同体に依存するのである。ポリスにおける活動的生活、すなわち政治的生こそは、人間性の最高の表徴である。

政治的領域への進入は、近代民主主義の原始的な構想にも由来する。アレントが古代ギリシアのポリスにおける政治的生活を典拠に展開した「政治への自由」に対して、現代の自由主義は、「政治からの自由」を論述の基盤として出発するのである。言い換えれば、古代人の諸自由と近代人の諸自由との対比が立てられる。ところが、樋口陽一が強調したように、「近代立憲主義の『国家からの自由』は、人民の意志による国家権力の掌握があったうえで、国家権力＝自分たちの意思をもあえて他者として見る緊張関係のうえに成立してきたはずである」<sup>401</sup>。近代立憲主義の下に、「政治からの自由」は、政治権力が正統性の基準に従って構成されるという前提に依存するのである。個人の諸自由の空間を確保するために、国家権力の介入と行使は、民主的正統性を調達しなければならない。つまり、国家権力を民主的にコントロールし、自己統治の理念を政治的領域に実現することによってはじめて、自由な個人領域は保障されうる。それゆえ、近代民主主義の発想の根底には、こうした単純な欲動、

<sup>397</sup> ハンナ・アレント『過去と未来の間 政治思想への8試論』引田隆也、斎藤純一訳、みすず書房、1994年、200頁。

<sup>398</sup> ハンナ・アレント『人間の条件』志水速雄訳、中央公論社、1973年、226頁。

<sup>399</sup> ハンナ・アレント『過去と未来の間 政治思想への8試論』引田隆也、斎藤純一訳、みすず書房、1994年、209頁。

<sup>400</sup> ハンナ・アレント『過去と未来の間 政治思想への8試論』引田隆也、斎藤純一訳、みすず書房、1994年、94頁。

<sup>401</sup> 樋口陽一『憲法という作為—「人」と「市民」の連関と緊張』岩波書店、2009年、9頁。



すなわち、国家権力を我がものとした上で、自らの自由と尊厳を確保する欲動がある。地方自治体における外国人選挙権を違憲としたドイツ連邦憲法裁判所も、同判決においてその民主主義の原始的な構想をともかく承認していた。「[原告]の見解の背後には、明らかに次のような観念がある。すなわち、民主主義的な理念、とりわけこれに含まれる自由の思想には、民主主義の政治的権利の保有者と特定の国家的支配に継続的に服する者との一致が想定されている、というのである。これは出発点としては適切である」<sup>402</sup>。確かにベッケンフェルデが指摘したように、国家統治の形態としての民主制においても、人間に対する国家権力の支配は依然として存在する。統治者と被統治者との同一性または民主的討論と参加の実現によっても、政治的決定過程から支配権力の行使という特質が消失してはならない<sup>403</sup>。それにもかかわらず、民主制の緊要な課題は、自由と支配をめぐる冷厳な認識に立って、国家権力を拘束する民主的正統性を確保することにほかならない。そこで、被統治者が政治的影響力をもって国家権力を制約する可能性は、民主主義原理の本質的な要請である。

別の観点から見ると、自由権とは単に個人の私的領域を守るための個人的権利ではなく、政治の重要な構成要素である。自由権は、国家権力に対抗する権利であると同時に、特に表現の自由に明らかのように、コミュニケーションの自由を介した公共空間を創出する特徴を有する。何が自由か、誰がその自由を享受するのかについての議論から始まって、その理念が実現されるプロセスにおいて、自由を核にして人と人が結び付き、政治のダイナミズムを生み出していく。これは、まさにハーバーマスの権利体系論の真骨頂である。理想的な権利体系の中に、私的自律と公的自律は同根源性を有し、相補的關係を持っている。このような理解の特徴は、政治的共同体において「自由で平等な人格が自らの共同生活を、実定的かつ強制的な法によって規制しようとするなら、彼らはいかなる権利を互いに認め合わねばならないか」という問題設定の下で最もよく表現される<sup>404</sup>。近代の強制法は、各主体の恣意的自由に向けられるのであるから、法は個々の法人格の行為自由を前提としている。したがって、一方でこうした法人格の地位は、平等な個人の行為自由の権利、つまり私的自律と規定される。他方で、この法形式が実定法である以上、その正統性は、市民の政治参加の共同実践、つまり公的自律の行使によって制定されることに依拠する。権利体系の循環的構造においてのみ、私的自律と公的自律に基づく諸基本権は、最大限の保障を得られる。

こうした権利体系の論理的生成に際して、政治的諸権利が決定的な役割を担う。法の正当性や支配の正統性は、民主主義的手続きによって保証される。民主主義の原理は、基本権の権利体系において重要な媒介機能を果たす。それゆえ、民主主義の要請に応じて民主的討議

<sup>402</sup> BVerfGE 83, 37, (52.).

<sup>403</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Bd. II, 3. Aufl., 2004, S.434.

<sup>404</sup> ユルゲン・ハーバーマス『他者の受容—多文化社会の政治理論に関する研究』高野昌行訳、法政大学出版社、2012年、89頁。

の展開を可能にする政治的諸権利は、基本権体系の完備性にとっての最も核心的な権利である。その理解の下に、フランス人権宣言において、「人間の諸権利」と「市民の諸権利」は、異なる権利主体に対して異なる権利の内実を付与するという絶対的な断絶を意味してならない。むしろ、その両者は循環的な相互関係をもって、権利体系の正当性の生成を維持する現代政治の理想像を描き出す。したがって、政治的自由の営みは、民主的社会において自由な政治空間を生み出す唯一の道である。こうした自由な政治空間があつてこそ、個人の自由も実現するのであり、その限りにおいて「政治的自由」と「個人の自由」とは一体不可分である。その意味で、「政治からの自由」が政治への参加によって確保されるという逆説的な定式が成立する。

人間の尊厳と自由の本質については、「政治への自由」と「政治からの自由」という二つの理解が対立する。ところが、いずれの理解にとっても、政治的領域にアクセスして政治過程に参加することの決定的な重要性は否定できない。そうすると、特定の政治的共同体の領域に入り込んだ外国人が、人間として取り扱われるかどうかという問題を検証する際に、彼らの政治的生の完全性も、物差しとして使われるべきであろう。政治共同体の手段でなく、目的自体として存在する外国人は、政治的領域において平等な他者と共に発言し活動することができる限りでのみ、真正の自由および人間の尊厳を実質的に保有する主体である。彼らは、政治的生によって、政治共同体において完全な人間の地位を確認される。しかしながら、こうした基準を満たす外国人は極めて稀であると言わざるを得ない。何故かと言うと、国民主権原理の絶対性の下に、外国人は当該国家の政治的領域に距離を置くように要求され、彼ら自身の政治的諸権利の保障範囲も非常に縮減されるからである。したがって、この問題は最終的には、政治的共同体の構成員資格に戻らなくてはならない。

前述したように、従来の国法学の見解に従えば、同質性を有する前法的統一体としての国民概念は、国家組織を成立して憲法秩序を創設し、具体的な憲法の枠内において民主政治を働かせる民主的正統化の唯一主体である。このような同質性を有する前法的統一体は、国籍という法的地位を通じて、憲法秩序の中に位置づけられる。憲法上の国民概念が「国籍保有者」と解される故に、外国人は当然ながら、国民主権原理のバリアによって民主政治の運営から除外される。しかし、こうした国民概念の理解には、幾つかの勘違いが存在する。

第一に、国民の同質性は、最初から民主政治の運営に欠かせない前提条件ではない。同質性概念は、民主的決定の質を保証し、社会的な衝突や分裂を回避することができない。国民の同質性を民主政治の重要な基盤とする主張は、民主政治における対立関係を単純化して過ぎており、最初から社会の現実を把握しきれないと言わざるを得ない。それとは逆に、同質性への強調は、民主的過程における理性的な討議と公開性の意義を抹殺し、暴力的な排除または脱政治化の反作用を引き起こすかもしれない。民主的討議と政治的決定が行われる

前に、誰がこの表決の敗者であるかについて既に明白だとすれば、民主的過程のすべては無意味になってしまう。

第二に、同質性概念が想定した閉鎖的な人間像は疑問視されつつある。アイデンティティの多元性と特徴づけられる今日には、閉鎖的な人間像の基盤が強力な挑戦に直面している。そもそも、アイデンティティは固定的な構造の産物でなく、社会的交渉の所産である故に、流動的な性格を持っている。こうして、アイデンティティは社会において生成されるので、それは必然的に不安定な物語となる。国民国家はアイデンティティの価値秩序を確立にし、ある程度の成功を収めても、既存の価値秩序に対する再構成、再解釈または反撃を完全に押し止めることができない。特にグローバル時代の今日、ナショナル・アイデンティティの正統性は、多様なアイデンティティから絶えず挑戦を受け、脱構築の危険により一層さらされている。アイデンティティの流動性が同質的な国民という擬制の根本的問題を露呈する以上、同質性概念は国民集団の構成に対して有効な判定基準になるとは言えない。

第三に、憲法上の国民概念を定義することは、それ自体開放的なプロセスである。その意味で国民概念は、完全で閉じられたシステムを示すものではなく、むしろ、異なる要素と解釈によって絶えず再定義される未完の物語であり、政治過程の結果である。それゆえ、憲法上の国民概念は、普遍性と閉鎖性との二重的要請に応じてバランスを取ろうとする諸解釈の競合過程からしか捉えられないのである。国民概念の内実は、競合的な諸物語の相互連鎖によって形成される。それは、一時的な統合状態が、やがて新たな対立や論争によって異議を申し立てられ引き裂かれることになり、新しい統合を目指す再構成の過程を繰り返すのである。したがって、国民概念に内在する不安定性は、国民集団という物語に歴史的な進化の土台を与え、政治文化の進展につれて共同体の自己表現を形成することができる。同一化や連帯は重要でないわけではないが、それらは民主的な愛着や立憲的な規範を通じて変容されなければならない。いわゆる前法的統一体の理解は、国民概念の動的な側面を見失い、憲法秩序の発展可能性を狭める。

しかしながら、外国人の権利保障の問題について、現在の通説たる「権利性質説」は、憲法上の国民主権を国籍者主権、民主主義を国籍者民主主義と解する立場を前提とし、基本権を権利類型によって断片的に解釈した上で、外国人の権利保障の問題に取り組んでいる。このようなアプローチには、方法論上の欠陥と限界が内在する。その結果、権利性質説は、外国人の非政治的自由権のみを集散的に保障する。更に、基本権の権利体系性と政治的諸権利の重要性を見失う故に、当該学説は外国人の諸権利に対して実効的な保障を提供することができない。政治的諸権利を取り上げることは、民主的な政治過程から除外して、その他の基本権について具体的な内容形成や制限の合理性に関与する権能を全般的に否定することを意味する。国家法秩序の下での純粋な被支配者としての外国人は、政治的諸権利の許容範

困を極めて縮減する状況で、自分たちの諸権利を支える堅実な基盤を奪われる。したがって、権利性質説の論理は、外国人の諸権利を極めて不安定な状態に置くだけでなく、人権と市民権との間のズレを固定化し続ける。こうしたアプローチは、外国人の権利保障に現れる近代立憲主義の根本的な問題に有効な対応策を打ち出せない。

国籍保有者の集団を憲法上の国民概念の内実とする見解が解決できない課題からすれば、構成員資格の判定に対してより合理的な基準を提出する必要性が高まっている。権利体系のメカニズムをうまく作動させるために、構成員資格の判定について、形式的な国籍の基準を放棄し、実質的な生活実態の基準を採用しなければならない。同一の政治的共同体の内部に生活する外国人は、国籍保有者と同様に政治的諸権利を享有し、私的自律と公的自律を同時に行使すべきである。構成員資格を判断する際に実質的な基準を使うことこそ、外国人の権利保障を充実させ、更に民主主義の本来の要請に合致するのである。他方で、生活実態の基準を満たさない外国人は、たとえ完全な政治的権利を承認されなくても、民主的発言権を保障しなければならない。それは、外国人の異質性が民主的社会において重要な役割を担うからである。外国人の異質性は、共通の政治的枠組みに対する解釈のパースペクティブを拡大し、多様化することができる。それらの異質性を通じて、政治共同体の憲法文化が豊富化の契機を獲得し、批判的な公共空間も開かれうる。更に、外国人の異議申し立ては、構成員資格をめぐる民主的反復のプロセスを促進し、政治的領域の新たな可能性を触発するのである。

それゆえ本論文の見解は、以下の通りである。政治的共同体の構成員性を実質的な生活実態によって判定する上に、政治的共同体に入り込む外国人は、大まかに二つの類型に分けられ、異なる程度で政治的諸権利を付与されるべきである。まず、生活実態を有する外国人は、帰化を通じて国籍を取得しなくても、参政権を含む完全な政治的諸権利を享受すべきである。生活実態の基準を満たさない外国人は、参政権という狭義の政治的権利を承認されなくても、政治的領域において異議申し立てをするために、参政権以外の政治的諸権利、例えば政治的表現の自由、集会と結社の自由、平和的なデモ活動を行う自由等の権利を保障されるべきである。それに加えて、これらの諸権利の行使は、事後的な不利益を招かないこと等の実効的な保障を付与されなければならない。このような構図の下に、政治的共同体において、あらゆる外国人は、最低限の権利保障として民主的発言権を行使することができ、他方で、実質的な構成員性を有する外国人は、完全な公的自律を発揮するために参政権を保障される。もちろん、こうした見解に従って外国人の人権論を展開することには、まだ若干の課題が未解明のままである。例えば、生活実態がどのように認定され、また、参政権を獲得するためにどの程度の生活実態が要求されるのか。更に、生活実態の基準を採用したら、国籍概念は憲法秩序においてどのように理解されるべきなのか。これらの問題は、本論文の今後の課題として探究し続けなければならないのである。

「抑圧されている者たちの伝統がわれわれに教えるのは、われわれの生きている『例外状態』は規範である、ということである。われわれは、この事実に対応する歴史概念に到達しなければならない」<sup>405</sup>。ベンヤミンの診断は半世紀以上前のものであるが、全く今日性を失っていない。大衆現象としての難民の最初の出現は、第一次世界大戦の終わりに起こっている。しかしながら、それ以降、難民問題は依然として国際社会の舞台から降りてはいない。今年九月初旬、トルコの海岸にシリア難民の三歳の男の子の遺体が打ち上げられた。この悲惨な映像と、折からの欧州に逃れる大量のシリア難民の流入とが相まって、難民問題が現代国民国家の不可避的な難局であることが、再び浮かび上がってきている。こうした難民の悲劇は、民主的法治国家の信念と価値観を絶えずテストし、政治的共同体の限界を挑戦している。内部と外部、自己と他者、人権と市民権または普遍性と閉鎖性、それらの対立関係の認識と解明は、国民国家の憲法秩序の緊要な課題である。実は、こうした課題は、難民問題と外国人の政治的権利の問題についての共通の核心である。言うまでもなく、難民問題は単一の国家の憲法秩序が完全に解決できるものではない。このような難局の打開、更に憲法学と国際法学との相互協力を必要とする。憲法上の構成員資格と外国人の政治的権利をめぐる分析は、前述した対立関係に焦点を当てて、従来国民国家の理論的前提の問題性を取り上げることによって、この問題に重要な手がかりを提供することができるかもしれない。他方で、政治共同体の内部に生活する外国人がどのように取り扱われるかどうかということも、政治共同体の外部にとどまる難民に対する基本的な立場の指標である。それゆえ、現在の時点で外国人の政治的権利を検討することは、まだ現実性を失っていない。それは、グローバル時代において国民国家の憲法秩序を再理解する出発点ともいえよう。

---

<sup>405</sup> ヴァルター・ベンヤミン「歴史概念について」浅井健二郎訳『ベンヤミン・コレクション1』ちくま学芸文庫、1995年、652頁。

## 【 文 献 一 覧 】

### [日本語書籍・論文]

- アーリ, ジョン『グローバルな複雑性』吉原直樹監訳、伊藤嘉高、板倉有紀訳、法政大学出版局、2014年
- 相澤直子「定住外国人の選挙参加—ドイツの議論の示唆と日本国憲法解釈の視点—」九大法学 71号、1996年
- 赤坂正浩「在外国民選挙権訴訟上告審判決」判例評論 572号、2006年
- アガンベン, ジョルジョ『人権の彼方に—政治哲学ノート』高桑和巳訳、以文社、2002年
- 芦部信喜『憲法〔第五版〕』高橋和之補訂、岩波書店、2011年
- 芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』有斐閣、1994年
- アレント, ハンナ『革命について』志水速雄訳、合同出版、1968年
- アレント, ハンナ『イェルサレムのアイヒマン』大久保和郎訳、みすず書房、1969年
- アレント, ハンナ『人間の条件』志水速雄訳、中央公論社、1973年
- アレント, ハンナ『全体主義の起原2』大島通義、大島かおり共訳、みすず書房、1981年
- アレント, ハンナ『過去と未来の間 政治思想への8試論』引田隆也、斎藤純一訳、みすず書房、1994年
- アンダーソン, ベネディクト『想像の共同体—ナショナリズムの起源と流行』白石さや、白石隆訳、NTT出版、1997年増補版
- 安念潤司、「『外国人の人権』再考」芦部信喜先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開(上)』有斐閣、1993年
- イーゼンゼー, ヨーゼフ「ドイツ連邦共和国における外国人の国法上の地位(3・完)」斎藤靖夫訳、ジュリスト 624号、1976年
- イェリネック, ゲオルグ『一般国家学』芦部信喜ほか訳、学陽書房、1974年
- 池上努『法的地位200の質問』京文社、1965年
- 石川健治「承認と自己拘束—流動する国家像・市民像と憲法学—」岩村正彦等編『岩波講座 現代の法 1 現代国家と法』岩波書店、1997年
- 石川健治「人権論の視座転換—あるいは『身分』の構造転換」ジュリスト 1222号、2002年
- 石川健治「人権享有主体論の再構成—権利・身分・平等の法ドグマティック」法学教室 320号、2007年
- 石川健治「憲法のなかの『外国』」『日本法の中の外国法—基本法の比較法的考察—』早稲田大学比較法研究所、2014年
- 石村修「憲法における領土」新潟大学法政理論第 39 巻第 4 号、2007年
- 伊藤洋典『ハンナ・アレントと国民国家の世紀』木鐸社、2001年
- 伊藤正己『憲法〔第三版〕』弘文堂、1995年
- 井上典之「立憲主義と憲法パトリオティズム—多元主義とコンセンサスの調和をめざして(統合と保護の諸相)」公法研究第 70 号、2008年
- ヴィヴィオルカ, ミシェル『差異 アイデンティティと文化の政治学』宮島喬、森千香子訳、法政大学出

版局、2009年

- ウォルツァー, マイケル『寛容について』大川正彦訳、みすず書房、2003年
- 鶴飼健史『人民主権について』法政大学出版局、2013年
- 内野正幸「在外日本国民の選挙権」法律時報 78巻2号、2006年
- 内村博信『討議と人権—ハーバーマスの討議理論における正統性の問題』未来社、2009年
- 浦部法穂「日本国憲法と外国人の参政権」徐龍達編『定住外国人の地方参政権』日本評論社、1992年
- 浦部法穂『憲法学教室〔全訂第2版〕』日本評論社、2006年
- 江橋崇「外国人の参政権」樋口陽一、高橋和之編『現代立憲主義の展開 芦部信喜先生古稀祝賀(上)』有斐閣、1993年
- 江橋崇「主権理論の変容」公法研究第55号、1993年
- エリクソン, E・H・『アイデンティティー—青年と危機』岩瀬庸理訳、金沢文庫、1994年
- 大石義雄『日本憲法論〔増訂版〕』嵯峨野書院、1984年
- 大西楠・テア「ドイツにおける外国人の地方参政権—基本法二八条一項三文と外国人参政権違憲判決の法理—」国家学会雑誌 121巻5・6号、2008年
- 大沼保昭『『外国人の人権』論再構成の試み』法学協会編『法学協会百周年記念論文集 第二巻—憲法行政法、刑事法』有斐閣、1983年
- 大沼保昭『新版 単一民族社会の神話を超えて』東信社、1993年
- 大野達司「シュミットとリーガリズム」思想 774号、1988年
- 奥平康弘『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』有斐閣、1993年
- 押村高『国家のパラドクス—ナショナルなものの再考』法政大学出版局、2013年
- 堅田研一「権力と公共性—デリダ的公共性について」仲正昌樹編『ポスト近代の公共空間』御茶の水書房、2005年
- 加藤隆之「外国人の人権享有に関する『国民説』の再評価」法学新報第120巻第1・2号、2013年
- カノヴァン, マーガレット『アレント政治思想の再解釈』寺島俊穂、伊藤洋典共訳、未来社、2004年
- 河上倫逸『ヨーロッパ法と普遍法—諸世界システムの共存』未来社、2009年
- 川崎修『アレント—公共性の復権』講談社、2005年
- カント, イマヌエル「永遠平和のために」遠山義孝訳『カント全集 14 歴史哲学論集』岩波書店、2000年
- カント, イマヌエル「法論の形而上学的定礎」樽井正義、池尾恭一訳『カント全集 11 人倫の形而上学』岩波書店、2002年
- ギデンズ, アンソニー『国民国家と暴力』松尾精文・小幡正敏訳、而立書房、1999年
- キムリッカ, ウィル『多文化時代の市民権—マイノリティの権利と自由主義—』角田猛之、石山文彦、山崎康仕監訳、晃洋書房、1998年
- キムリッカ, ウィル『土着語の政治—ナショナリズム・多文化主義・シティズンシップ』岡崎晴輝、施光恒、竹島博之監訳、法政大学出版局、2012年
- 工藤達朗「市場のグローバル化と国家の位置づけ—憲法の視点から」公法研究第74号、2012年

- 栗城壽夫「国家・国民・憲法」憲法理論研究会編『立憲主義とデモクラシー』敬文堂、2001年
- 栗城壽夫「憲法愛国主義について」全国憲法研究会編『憲法問題 13』三省堂、2002年
- 栗田佳泰「多文化社会における『国民』の憲法学的考察」久留米大学法学第 59・60 合併号、2008年
- グレイ, ジョン『自由主義』藤原保信、輪島達朗訳、昭和堂、1991年
- ケニー, マイケル『アイデンティティの政治学』藤原孝、山田竜作、松島雪江、青山円美、佐藤高尚訳、日本経済評論社、2005年
- ケルゼン, ハンス『民主主義の本質と価値 他一篇』長尾龍一、植田俊太郎訳、岩波書店、2015年
- 古賀敬太『シュミット・ルネッサンスーカール・シュミットの概念的思考に即して』風行社、2007年
- 小嶋和司『憲法概説』良書普及会、1987年
- 小嶋和司、大石真『憲法概観〔第7版〕』有斐閣、2011年
- 斎藤純一「排除に抗する社会統合の構想—ロールズとハーバーマスにおける相互承認をめぐる—」日本政治学会編『年報政治学 2007—II 排除と包摂の政治学』木鐸社、2007年
- 斎藤純一「デモクラシーと複数性」『政治と複数性—民主的な公共性にむけて』岩波書店、2008年
- 佐々木惣一『改訂日本国憲法論』有斐閣、1952年
- 佐々木毅『主権・抵抗権・寛容—ジャン・ボダンの国家哲学—』岩波書店、1973年
- 笹沼弘志「人権批判の系譜」愛敬浩二編『講座 人権論の再定位 2 人権の主体』法律文化社、2010年
- サッセン, サスキア『グローバリゼーションの時代—国家主権のゆくえ』伊豫谷登士翁訳、平凡社、1999年
- 佐藤幸治『日本国憲法論』成文堂、2013年
- サンステューン, キャス『熟議が壊れるとき 民主政と憲法解釈の統治理論』那須耕介監訳、勁草書房、2012年
- サンデル, M・J・『リベラリズムと正義の限界〔原著第二版〕』菊池理夫訳、勁草書房、2009年
- 篠田英朗「国境を超える立憲主義の可能性」阪口正二郎編『岩波講座 憲法 5 グローバル化と憲法』岩波書店、2007年
- 渋谷秀樹『憲法〔第2版〕』有斐閣、2013年
- 渋谷秀樹『憲法への招待 新版』岩波書店、2014年
- 清水伸編著『逐条日本国憲法審議録〔増訂版〕第二巻』原書房、1976年
- 初宿正典「外国人と憲法上の権利—とくに定住外国人の《参政権》を中心に—」法学教室 152 号、1993年
- 初宿正典『憲法 2 基本権〔第3版〕』成文堂、2010年
- シュナペール, ドミニク『市民権とは何か』富沢克、長谷川一年共訳、風行社、2012年
- シュミット, カール『政治的なるものの概念』田中浩、原田武雄共訳、未来社、1970年
- シュミット, カール『憲法理論』尾吹善人訳、創文社、1972年
- シュミット, カール『リヴァイアサン』長尾龍一訳、福村出版、1972年
- シュミット, カール「ドイツ革命の良き法」竹島博之訳、『カール・シュミット時事論文集—ヴァイマール・ナチズム期の憲法・政治論議』古賀敬太、佐野誠編、風行社、2000年



- シュミット, カール「ナチズムの法思想」佐野誠訳、『カール・シュミット時事論文集—ヴァイマル・ナチズム期の憲法・政治論議』古賀敬太、佐野誠編、風行社、2000年
- シュミット, カール「議会主義と現代の大衆民主主義との対立」樋口陽一訳、『カール・シュミット著作集 I』長尾龍一編、慈学社出版、2007年
- シュミット, カール「現代議会主義の精神的状況」樋口陽一訳、『カール・シュミット著作集 I』長尾龍一編、慈学社出版、2007年
- 白川俊介『ナショナリズムの力 多文化共生世界の構想』勁草書房、2012年
- 施光恒「リベラル・ナショナリズム論の意義と展望—多様なリベラル・デモクラシーの花開く世界を目指して」萩原能久編『ポスト・ウォー・シティズンシップの構想力』慶應義塾大学出版会、2005年
- 施光恒「リベラル・デモクラシーとナショナリティ」施光恒、黒宮一太編『ナショナリズムの政治学—規範理論への誘い—』ナカニシヤ出版、2009年
- セン, アマルティア『アイデンティティと暴力 運命は幻想である』大門毅監訳、勁草書房、2011年
- 高田篤「外国人の選挙権—ドイツ連邦憲法裁判所違憲判決の論理」法律時報 64 卷 1 号、1992年
- 高乗正臣「選挙権の法的性質と外国人参政権問題」『憲法における普遍性と固有性—憲法学会五十周年記念論文集』成文堂、2010年
- 高橋和之『「憲法上の人権」の効力は私人間に及ばない』ジュリスト 1245 号、2003年
- 高橋和之「人権論のパラダイム」全国憲法研究会編『憲法問題 17』三省堂、2006年
- 高橋正俊「外国人の基本的人権保障の対象性」新正幸、早坂禧子、赤坂正浩編『公法の思想と制度—菅野喜八郎先生古稀記念論文集』信山社、1999年
- 竹島博之『カール・シュミットの政治—「近代」への反逆』風行社、2002年
- 田中孝彦「世界政治の構造変化と立憲主義」阪口正二郎編『岩波講座 憲法 5 グローバル化と憲法』岩波書店、2007年
- タミール, ヤエル『リベラルなナショナリズムとは』押村高、高橋愛子、森分大輔、森達也訳、夏目書房、2006年
- 千葉眞『アーレントと現代—自由の政治とその展望』岩波書店、1996年
- 千葉眞『デモクラシー』岩波書店、2000年
- 辻村みよ子『人権の普遍性と歴史性—フランス人権宣言と現代憲法—』創文社、1992年
- 辻村みよ子『市民権の可能性—21世紀の憲法・デモクラシー・ジェンダー』有信堂高文社、2002年
- 鼎談・長谷部恭男=田中宗孝=小幡純子「在外邦人選挙権大法廷判決をめぐって」ジュリスト 1303 号、2005年
- デリダ, ジャック「万国の世界市民たち、もう一努力だ!」港道隆訳『世界』628 号、岩波書店、1996年
- デリダ, ジャック『歓待について—パリのゼミナールの記録—』廣瀬浩司訳、産業図書、1997年
- デリダ, ジャック『法の力』堅田研一訳、法政大学出版局、1999年
- デリダ, ジャック『有限責任会社』高橋哲哉、増田一夫、宮崎裕助訳、法政大学出版局、2002年
- デリダ, ジャック「アメリカ独立宣言」宮崎裕助訳、『思想』1088 号、岩波書店、2014年

- ドウオーキン, ロナルド『権利論 [増補版]』木下毅、小林公、野坂泰司訳、木鐸社、2003年
- トーピー, ジョン『パスポートの発明—監視・シティズンシップ・国家』藤川隆男監訳、法政大学出版局、2009年
- 土佐弘之『野生のデモクラシー 不正義に抗する政治について』青土社、2012年
- 戸波江二、松井茂記、安念潤司、長谷部恭男『憲法(2) 人権』有斐閣、1992年
- 戸波江二「在外日本国民の選挙権」法学教室 162号、1994年
- 戸松秀典、判例評論 417号、1993年
- 富沢克『「ナショナル問題」再考—『リベラル・ナショナリズム』の理論的基礎に関する考察』同志社法学 63巻1号、2011年
- 長尾一紘「外国人の地方参政権と民主制の原理—ドイツにおける理論と実践—」比較憲法学研究 23号、2011年
- 仲哲生「ドイツ連邦共和国における外国人の選挙権」社会科学論集第 63号、1992年
- 中村浩爾『現代民主主義と多数決原理—思想としての民主主義のために—』法律文化社、1992年
- 西川長夫『国民国家論の射程—あるいは〈国民〉という怪物について』柏書房、1998年
- ネグリ, アントニオ, ハート, マイケル『〈帝国〉—グローバル化の世界秩序とマルチチュードの可能性』水嶋一憲、酒井隆史、浜邦彦、吉田俊実訳、以文社、2003年
- ネグリ, アントニオ『〈帝国〉をめぐる五つの講義』小原耕一、吉澤明訳、青土社、2004年
- ネグリ, アントニオ, ハート, マイケル『マルチチュード—〈帝国〉時代の戦争と民主主義(上)』幾島幸子、水嶋一憲訳、市田良彦監修、NHK ブックス、2005年
- 野坂泰司「在外日本国民の選挙権—在外選挙権訴訟違憲判決」法学教室 315号、2006年
- 野中俊彦、中村睦男、高橋和之、高見勝利『憲法 I (第 4 版)』有斐閣、2009年
- ハースト, ポール『戦争と権力—国家、軍事紛争と国際システム』佐々木寛訳、岩波書店、2009年
- ハーバーマス, ユルゲン『遅ればせの革命』三島憲一、山本尤、木前利秋、大貫敦子訳、岩波書店、1992年
- ハーバーマス, ユルゲン「歴史意識とポスト・伝統的アイデンティティ—ドイツ連邦共和国の西欧志向」河上倫逸編集『ゲルマニスティクの最前線』リプロポート、1993年
- ハーバーマス, ユルゲン「シティズンシップと国民的アイデンティティ」『思想』867号、1996年
- ハーバーマス, ユルゲン「民主政の三つの規範モデル—協議政治の概念について—」河上倫逸編訳『法と正義のディスクール—ハーバーマス京都講演集』未来社、1999年
- ハーバーマス, ユルゲン『近代 未完のプロジェクト』三島憲一訳、岩波書店、2000年
- ハーバーマス, ユルゲン『史的唯物論の再構成』清水多吉監訳、法政大学出版局、2000年
- ハーバーマス, ユルゲン『事実性と妥当性(上)—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2002年
- ハーバーマス, ユルゲン『事実性と妥当性(下)—法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』河上倫逸、耳野健二訳、未来社、2003年
- ハーバーマス, ユルゲン, デリダ, ジャック, ボッラドリ, ジョヴァンナ『テロルの時代と哲学の使命』

- 藤本一勇、澤里岳史訳、岩波書店、2004年
- ハーバーマス、ユルゲン『引き裂かれた西洋』大貫敦子、木前利秋、鈴木直、三島憲一訳、法政大学出版局、2009年
  - ハーバーマス、ユルゲン『ああ、ヨーロッパ』三島憲一、鈴木直、大貫敦子訳、岩波書店、2010年
  - ハーバーマス、ユルゲン『他者の受容—多文化社会の政治理論に関する研究』高野昌行訳、法政大学出版局、2012年
  - ハーバーマス、ユルゲン『討議倫理』清水多吉、朝倉輝一訳、法政大学出版局、2013年
  - バウマン、ジグムント『リキッド・モダニティー—液状化する社会』森田典正訳、大月書店、2001年
  - バウマン、ジグムント『グローバリゼーション—人間への影響』澤田真治、中井愛子訳、法政大学出版局、2010年
  - 萩原重夫「日本の〈国際化〉と外国人の権利保障」平野武、澤野義一、井端正幸編『日本社会と憲法の現在』晃洋書房、1995年
  - 橋本公巨『日本国憲法〔改訂版〕』有斐閣、1988年
  - 長谷川正安「憲法判例と社会通念—マクリーン事件を素材としつつ」法律時報 55巻5号、1980年
  - 長谷部恭男『権力への懐疑—憲法学のメタ理論』日本評論社、1991年
  - バトラー、ジュディス、スピヴァク、ガヤトリ『国家を歌うのは誰か？—グローバル・ステイトにおける言語・政治・帰属』竹村和子訳、岩波書店、2008年
  - バリバル、エチエンヌ「フィヒテと内的境界」鶴飼哲、大西雅一郎、細見和之、上野成利訳『国民とは何か』インスクリプト、1997年
  - バリバル、エチエンヌ「主権論序説—国境、国家、人民」（上）福井和美訳、『環』（vol.5）、藤原書店、2001年
  - バリバル、エチエンヌ「暴力とグローバリゼーション【市民性の政治のために】」松葉祥一、亀井大輔訳、三浦信孝編『来るべき〈民主主義〉—反グローバリズムの政治哲学』藤原書店、2003年
  - バリバル、エチエンヌ『ヨーロッパ市民とは誰か—境界・国家・民衆』松葉祥一、亀井大輔共訳、平凡社、2007年
  - バリバル、エチエンヌ、ウオーラースティン、イマニュエル『人種・国民・階級—「民族」という曖昧なアイデンティティ』若森章孝、岡田光正、須田文明、奥西達也訳、唯学書房、2014年
  - ハント、リン『フランス革命の政治文化』松浦義弘訳、平凡社、1989年
  - ヒーター、デレック『市民権とは何か』田中俊郎、関根政美訳、岩波書店、2012年
  - 樋口陽一『憲法という作為—「人」と「市民」の連関と緊張』岩波書店、2009年
  - 樋口陽一「Nationなき国家？」『憲法—近代知の復権へ』平凡社、2013年
  - 日比拓也「ドイツにおける国民主権の動揺—外国人選挙権導入のための基本法改正とその限界—」法政理論 215号、2006年
  - ヒルシュ、ヨアヒム『国家・グローバル化・帝国主義』表弘一郎、木原滋哉、中村健吾訳、ミネルヴァ書房、2007年
  - フィヒテ、ヨハン・ゴットリーブ「ドイツ国民に告ぐ／第十三講演」鶴飼哲、大西雅一郎、細見和之、上

- 野成利訳『国民とは何か』インスクリプト、1997年
- フォークス、キース『シチズンシップ 自治・権利・責任・参加』中川雄一郎訳、日本経済評論社、2011年
  - 藤井俊夫『憲法と国際社会』成文堂、2000年
  - ベック、ウルリッヒ『グローバル化の社会学—グローバリズムの誤謬—グローバル化への応答』木前利秋、中村健吾監訳、国文社、2005年
  - ベック、ウルリッヒ『ナショナリズムの超克—グローバル時代の世界政治経済学』島村賢一訳、NTT出版、2008年
  - ベッケンフェルデ、E.-W.「国家形態および統治形態としての民主制原理」高田篤訳『現代国家と憲法・自由・民主制』初宿正典編訳、風行社、1999年
  - ベッケンフェルデ、E.-W.「国民の憲法制定権力—憲法の限界概念」松本和彦訳『現代国家と憲法・自由・民主制』初宿正典編訳、風行社、1999年
  - ベッケンフェルデ、E.-W.「民主制と代表制」樺島博志訳『現代国家と憲法・自由・民主制』初宿正典編訳、風行社、1999年
  - ベッケンフェルデ、E.-W.「立憲国家の概念と諸問題」岩間昭道訳『現代国家と憲法・自由・民主制』初宿正典編訳、風行社、1999年
  - ヘラー、ヘルマン『国家学』安世舟訳、未来社、1971年
  - ヘラー、ヘルマン「政治的民主制と社会的同質性」大野達司、今井弘道共訳、北大法学論集 40 巻 2 号、1989年
  - ヘルド、デヴィッド、マッグルー、アントニー『グローバル化と反グローバル化』中谷義和、柳原克行訳、日本経済評論社、2003年
  - ベンハビブ、セイラ『他者の権利—外国人・居留民・市民』向山恭一訳、法政大学出版局、2006年
  - ベンヤミン、ヴァルター「歴史概念について」浅井健二郎訳『ベンヤミン・コレクション1』ちくま学芸文庫、1995年
  - マウス、インゲボルク『啓蒙の民主制理論—カントとのつながりで』浜田義文、牧野英二監訳、法政大学出版局、1999年
  - 牧野正義「ハーバーマスのアイデンティティ論—憲法パトリオティズム論を中心に—」西日本哲学年報 第16号、2008年
  - 宮崎裕助「国家創設のパフォーマティヴと署名の政治—ジャック・デリダの『アメリカ独立宣言』論—」『思想』1088号、岩波書店、2014年
  - 宮澤俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』有斐閣、1971年
  - 宮澤俊義『憲法Ⅱ 基本的人権〔新版〕』有斐閣、1976年
  - 宮地基「外国人の選挙権をめぐる憲法上の論点について—ドイツにおける学説、判例の検討を中心として」神戸法学年報第7号、1991年
  - ミラー、デイヴィッド『ナショナリティについて』富沢克、長谷川一年、施光恒、竹島浩之訳、風行社、2007年

- ミル, ジョン・スチュアート『代議制統治論』水田洋訳、岩波書店、1997年
- 毛利透『民主制の規範理論 憲法パトリオティズムは可能か』勁草書房、2002年
- 毛利透『表現の自由—その公共性ともろさについて』岩波書店、2008年
- 毛利透「行政権民主化論の諸相」樋口陽一、森秀樹、高見勝利、辻村みよ子、長谷部恭男編著『国家と自由・再論』日本評論社、2012年
- 毛利透「アレント理論における法」『理想』690号、2013年
- 森英樹「国家の『ゆらぎ』と憲法」公法研究第64号、2002年
- 安世舟「カール・シュミットはワイマール共和国の擁護者であったか」思想774号、1988年
- 柳井健一「国民と外国人の間—判例法理における『外国人の人権』論の再検討—」法と政治60巻1号、関西学院大学法政学会、2009年
- 柳井健一「外国人の人権論—権利性質説の再検討」愛敬浩二編『講座 人権論の再定位2 人権の主体』法律文化社、2010年
- 山崎望「政治共同体の構成と現代デモクラシー論」宇野重規、田村哲樹、山崎望『デモクラシーの擁護—再帰化する現代社会で』ナカニシヤ出版、2011年
- 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『憲法理論の再創造』日本評論社、2011年
- 横田耕一「在留外国人の政治活動の自由」法学セミナー231号、1974年
- ラクラウ, エルネスト、ムフシ, ヤンタル『ポスト・マルクス主義と政治—根源的民主主義のために』山崎カヲル、石澤武訳、大村書店、2000年
- ラクロワ, ジュスティーン「憲法パトリオティズムの可能性」石川裕一郎訳、慶応法学第29号、2014年
- ルーマン, ニクラス『手続を通しての正統化』今井弘道訳、風行社、1990年
- ルナン, エルネスト「国民とは何か」鶴飼哲、大西雅一郎、細見和之、上野成利訳『国民とは何か』インスクリプト、1997年
- ロールズ, ジョン『正義論 改訂版』川本隆史、福間聡、神島裕子訳、紀伊國屋書店、2010年
- 和田英夫「公法における多数決原理」日本法哲学会編『日本法哲学年報—多数決原理』有斐閣、1961年

### [英語書籍・論文]

- Canovan, Margaret, Nationhood and Political Theory, Edward Elgar, 1996
- Dworkin, Ronald, A Matter of Principle, Mass & London, Cambridge, 1985
- Giddens, Anthony, A Contemporary Critique of Historical Materialism , Vol.1 : Power , Property and the State , Macmillan , 1981
- Kymlicka, Will, Liberalism, Community and Culture, Oxford: Clarendon Press, 1989
- Manin, Bernard, On Legitimacy and Political Deliberation, Political Theory, vol.15, no.3, 1987
- Miller, David, In Defence of Nationality, in: Citizenship and National Identity, Polity Press, 2000
- Miller, David, Nationality in Divided Societies, in: Citizenship and National Identity, Polity Press, 2000

- Young, Iris Marion, *Justice and the Politics of Difference*, NJ: Princeton University Press, 1990
- Young, Iris Marion, *Polity and Group Difference*, In: Ronald Beiner, ed. *Theorizing citizenship*, State University of New York, 1995
- Young, Iris Marion, *Intersecting Voices: Dilemmas of Gender, Political Philosophy, and Policy*, NJ: Princeton University Press. 1997
- Young, Iris Marion, *Inclusion and Democracy*, Oxford University Press, 2000

[ドイツ語書籍・論文]

- Apel , Karl-Otto , *Auflösung der Diskursethik ? Zur Architektonik der Diskursdifferenzierung in Habermas' Faktizität und Geltung. Dritter , transzendentalpragmatisch orientierter Versuch ,mit Habermas gegen Habermas zu denken , in: ders. : Auseinandersetzungen in Erprobung des transzendentalpragmatischen Ansatzes , Suhrkamp , 1998*
- Böckenförde , Ernst-Wolfgang , *Begriff und Probleme des Verfassungsstaates , jetzt in: ders., Staat , Nation , Europa , 1999,*
- Böckenförde , Ernst-Wolfgang , *Die Nation --- Identität in Differenz , jetzt in: ders., Staat , Nation , Europa , 1999*
- Böckenförde , Ernst-Wolfgang , *Die Schweiz --- Vorbild für Europa ?, jetzt in: ders., Staat , Nation , Europa , 1999*
- Böckenförde , Ernst-Wolfgang , *Staatsbürgerschaft und Nationalitätskonzept , jetzt in: ders., Staat , Nation , Europa , 1999*
- Böckenförde , Ernst-Wolfgang , *Demokratie als Verfassungsprinzip , in: Josef Isensee / Paul Kirchhof ( Hrsg. ) , Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Bd. II , 3. Aufl. , 2004*
- Bryde , Brun-Otto , *Ausländerwahlrecht und grundgesetzliche Demokratie , Juristen Zeitung , 1989*
- Bryde , Brun-Otto , *Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie , in: Staatswissenschaft und Staatspraxis , 1994*
- Bryde , Brun-Otto , *Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes als Optimierungsaufgabe , in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.) , Demokratie und Grundgesetz , 2000*
- Bücking , Kai , *Die Beteiligung von Ausländern an Wahlen zum Deutschen Bundestag , zu den Parlamenten der Länder und den kommunalen Vertretungskörperschaften unter besonderer Berücksichtigung der Wahlen zu den hamburgischen Bezirksversammlungen , 1992*
- Guggenberger , Bernd , *Krise der repräsentativen Demokratie? , in:ders./Kempf (Hrsg.), Bürgerinitiativen und repräsentatives System , 1978*
- Habermas , Jürgen , *Können komplexe Gesellschaften eine vernunftige Identität ausbilden ? , in: ders. (Hrsg.) , Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus , 2.Aufl. , 1976*
- Habermas , Jürgen , *Die postnationale Konstellation : politische Essays , Suhrkamp , 1998*
- Habermas , Jürgen , *Der interkulturelle Diskurs über Menschenrechte , in: Brunkhorst / Köhler / u.a.*

- (Hrsg.) , Recht auf Menschenrechte . Menschenrechte , Demokratie und internationale Politik , 1999
- Hobe , Stephan , Das Staatsvolk nach dem Grundgesetz , Juristen Zeitung , 1994
  - Isensee , Josef , Kommunalwahlrecht für Ausländer aus der Sicht der Landesverfassung Nordrhein --- Westfalens und der Bundesverfassung , Kritische Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 4 , 1987
  - Isensee , Josef , Am Ende der Demokratie --- oder am Anfang ? ( Wirtschaftspolitische Kolloquien der Adolf – Weber – Stiftung ) , 1995
  - Isensee , Josef , Nationalstaat und Verfassungsstaat --- wechselseitige Bedingtheit , in : Rolf Stober ( Hrsg . ) , Recht und Recht ( Festschrift für Gerd Roellecke ) , 1997
  - Isensee , Josef , Staat und Verfassung , in : ders. / Paul Kirchhof , Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland , Bd . II , 2004
  - Kaufmann , M. , Kommunales Unionsbürgerwahlrecht und kommunaler Staatsaufbau , Zeitschrift für Gesetzgebung , 1998
  - Lieber , Tobias , Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit --- Zu Demokratie , Gewaltenteilung und Rechtsanwendung in der Rechtstheorie von Jürgen Habermas , Mohr Siebeck , 2007
  - Lohmann , Georg , Menschenrechte zwischen Moral und Rechte , in: Stefan Gosepath/Georg Lohmann(Hrsg.) : Philosophie der Menschenrechte , 2.Aufl. , Suhrkamp , 1998
  - Rittstieg , Helmut , Wahlrecht für Ausländer , Verfassungsfregen der Teilnahme von Ausländern an den Wahlen in der Whhngemeinde , 1981
  - Smend , Rudolf , Verfassung und Verfassungsrecht , in:dern. , Staatsrechtliche Abhandlungen , 3 Aufl., 1994
  - Trute , Hans-Heinrich , Die demokratische Legitimation der Verwaltung , in: Hoffmann-Riem / Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.) , Grundlagen des Verwaltungsrechts , Bd.1 , 2006
  - Vesting , Thomas , Politische Einheitsbildung und technische Realisation : Über die Expansion der Technik und die Grenzen der Demokratie , Baden-Baden , 1990
  - Zuleeg , Manfred , Grundrechte für Ausländer ; Bewährungsprobe des Verfassungsrecht , DVBL 1974
  - Zuleeg , Manfred , Juristische Streitpunkte zum Kommunalwahlrecht für Ausländer , K.Sieveking / K.Barwig/K.Lörcher/C.Schumacher (Hrsg.), Das Kommunalwahlrecht für Ausländer, 1977

#### [日本の各級裁判所の判決]

- 最大判昭和 53・10・4 民集 32 卷 7 号 1223 頁、判例時報 903 号 3 頁
- 最二判平成 5・2・26 判例時報 1452 号 37 頁、判例タイムズ 812 号 166 頁
- 最三判平成 7・2・28 民集 49 卷 2 号 639 頁、判例時報 1523 号 49 頁
- 最大判平成 17・1・26 民集 59 卷 1 号 128 頁、判例時報 1885 号 3 頁
- 最大判平成 17・9・14 民集 59 卷 7 号 2087 頁、判例時報 1908 号 36 頁
- 最大判平成 20・6・4 民集 62 卷 6 号 1367 頁、判例時報 2002 号 3 頁

- 東京高判昭和 50・9・25 判例時報 792 号 11 頁
- 東京高判平成 9・11・26 判例タイムズ 960 号 79 頁
- 東京地判昭和 48・3・27 判例時報 702 号 46 頁
- 大阪地判平成 5・6・29 判例タイムズ 825 号 134 頁

#### [ドイツ連邦憲法裁判所の判決]

- BVerfGE 6 , 32
- BVerfGE 83 , 37
- BVerfGE 83 , 60