

共和主義の憲法論・序説

成 澤 孝 人

はじめに

I 立憲主義と民主主義

- 1 阪口正二郎『立憲主義と民主主義』にみるリベラリズム憲法学
- 2 リベラリズム憲法学を越えて

II 立憲主義と共和主義

- 1 ペティットの共和主義
- 2 共和主義とリベラリズム

おわりに

はじめに

日本国憲法は、2006年の11月3日に制定60周年を経過し、2007年5月3日には、施行60周年を迎えることになる。人間で言えば還暦である。そのようなめでたい年であるにも拘わらず、日本国憲法をめぐる状況は、非常に厳しい⁽¹⁾。

本稿の問題関心は、二点存在する。そのような日本の現状を踏まえた魅力ある憲法像を語っていく必要があるのではないか、ということが一点。もう一点は、そのように考えたとき、公私の切断を憲法の主目的と考えるリベラリズム憲法学には限界があるのではないかということである。少し敷衍しよう。

新憲法によって大日本帝国軍国主義は解体したはずであった。しかし、戦前・戦中に作られた「共同体」をベースにした集団主義的思考は、戦後日本社会に引き継がれたといわれる⁽²⁾。もしそうだとすれば、日本国憲法は、天皇制型権威的集団主義と労働組合・社会主義運動型集団主義のはげしいぶつかり合いの中で維持されてきた「暫定協定(modus vivendi)」であった可能性がある⁽³⁾。自由民主主義の政治文化が十分に根付いていない状況において、戦後憲法学は、日本国憲法の条文に対する「護教」もしくは「啓蒙」的な役割を引受けざるをえない状況が長く続いたのである⁽⁴⁾。

しかし、戦後数十年が過ぎ、日本国憲法の一定の「定着」状況が見られるようになる中で⁽⁵⁾、憲法の条文の背景にある政治原理を抽出し、憲法解釈につなげていこうとする動きが、特に90年代後半以来顕著になった⁽⁶⁾。そして、自由の価値が社会に定着しつつありながら、また同時に、集団主義からの個人の解放が依然として課題であったという時代状況の中で、民主主義よりも自由をという議論が、一定の説得力をもって語られるようになったのである⁽⁷⁾。

ところで、憲法の「定着」と同時代的現象として進行したのは、グローバリズム資本主義の

進展である。その中で、地縁共同体や企業共同体だけでなく、これまで日本国憲法を支えてきた労働運動を中核とする市民的共同体もねこそぎ解体されつつある。

もちろん、戦後の集団主義的企業社会や労働運動に、人権保障の観点から展望があったわけではない。しかし、「日本型」という接頭語を付してという大きな限定を伴ってではあっても、そこにおいては、一定の「福祉」の役割を企業が引き受けざるをえないような状況があり、また、地方自治体における「政権交代」を通じて、行政が、福祉や教育の面で、積極的な役割を果たすという状況も存在したのである。日本国憲法という大きな原理を生かしていこうとする市民の力があって、企業も国家もその力を無視できないというバランスを形成していたところに、憲法の「定着」現象があったのだと思われる⁽⁸⁾。

以上のように、55年体制は、非常に不十分ながら、日本における「立憲民主主義」の顕れであった可能性がある。すなわち、日本国憲法の存在を前提にして、ある意味において、「利益代表民主主義」が実現されてきたのであり、それが憲法の「定着」を支えていたと考える余地がある。しかし、90年代に始まる「改革」は、そのようなバランスの中で形成されてきた戦後日本の「公共」を解体することに先鞭をつけた。もともと基盤の弱かった日本社会の「公共」は、民営化＝私化を標榜する「改革」の前に、なす術なく解体しつつあるように見える。さらに重大なのは、「改革」が「公共」を破壊しつつ進行していることからすれば当然ともいえる帰結であろうが、「改革」の方向性が、いつの間にかリベラルの価値そのものを敵視するような方向に向かっていることである⁽⁹⁾。

そのような事態を招来した根本的な原因として、「改革」という言葉の内容についてコンセンサスを形成することができないまま、「改革」という船だけを出航させてしまったことを挙げることができるだろう。方向の定まらない「改革」が成し遂げたことは、権力を「リーダー」に集中し、それへのチェック機能を弱めることであった⁽¹⁰⁾。

そして、その結果、思想良心の自由や表現の自由といったリベラルな価値そのものが深刻に傷をつけられても、そのこと自体が社会において特に問題にされない状況に至っている⁽¹¹⁾。戦後日本の「日本型」集団主義が解体しつつあることそれ自体は、人々を「自由」にすることに貢献した。しかし、残念ながら、そうして達成された「自由」が決して「公共」の方向には向かっていないということが、21世紀初頭の日本社会が抱える深刻な問題なのである。

以上の問題に照らしたとき、公私の切断を憲法の主目的と考えるリベラリズム憲法学には限界があるということを論ずるのが、第一章の課題である。まず、第一章において、リベラリズム憲法学の代表例として阪口正二郎の学説を取り上げ、リベラリズム憲法学の特徴とその問題点を明らかにする。次に、第二節において、リベラリズム憲法学の公私の切断の論理を批判し、両者を再び接合しようとする学説に触れる。第二章において、この問題に「共和主義」という視角から魅力的な憲法論を提示するペティットの学説を詳しく紹介し、リベラリズム憲法学が構想するのとは全く異なる共和主義の憲法論を提示してみたいと思う。

I 立憲主義と民主主義

1 阪口正二郎『立憲主義と民主主義』にみるリベラリズム憲法学

(1) 立憲主義と民主主義の対立

憲法学において、「立憲主義」と「民主主義」との対立を鮮やかに対置してみせたのは、阪口正二郎である。

阪口は、アメリカ憲法学の司法審査の正当性をめぐる議論を丹念にフォローし、「立憲主義が民主主義との関係でその正当性を根底から問い直され」ているという問題を立てる⁽¹²⁾。そして、制憲者と裁判官によるのではなく、政治的な闘争によって賛否両論ある政策の問題を決定することを主張するクラーマンに注目し、「立憲主義よりも民主主義を選択するべきではないのか、というラディカルな立憲主義批判が登場してきている」と指摘する⁽¹³⁾。阪口は、この現象を、「世界的な規模で立憲主義がコンセンサスの対象になりつつあるまさにその瞬間に、立憲主義の先駆者であり、その伝道師を自称してきた当のアメリカにおいて、立憲主義がその正当性を問われる形で根本から動揺し始めている」と評し、それを「残酷な逆説」と呼ぶ⁽¹⁴⁾。そして、アメリカ憲法学をめぐる議論から導き出した「立憲主義と民主主義」の「どぎつい選択」という問題を自ら引き受け、立憲主義を選択すべきであるという結論を導くのである⁽¹⁵⁾。

この阪口の主張は、少なからぬインパクトをもって、憲法学に受け止められたように思う。確かに、阪口の議論は、それまでのように立憲主義と民主主義が自然に調和していたかのような理解を排し、両者の緊張関係を明らかにした点において有益であった。しかし、阪口の登場以来、憲法学において「民主主義」は、立憲主義を破壊する可能性のあるものとして、少なからず消極的に評価されるようになったのではないだろうか⁽¹⁶⁾。民主主義という旗を重視しようとする立場からは、彼の議論が適切な論点を提示するものであったかどうか、再考する必要があるだろう。

まず阪口における二つの概念の定義を確認しておくべきである。阪口において、「民主主義」とは、「現在の多数者が多数者であるという資格で支配することが正当である、という多数決主義のこと」であり⁽¹⁷⁾、それに対して、「立憲主義」とは、憲法によって「多数者といえども犯しえない人権を保障し、それを違憲審査制という装置によって担保しようとする」ことである⁽¹⁸⁾。

最初に注意しておかなければならないのは、両者は、定義上、最初から矛盾しているということである。一方は、「多数者による支配」を意味し、もう一方は、「多数者といえども犯しえない人権」を意味しているからである。そのように定義された両者が衝突するのは、当然のことである。両者が対立しているということをきちんと受け止めるべきであるという指摘は重要である。しかし問題は、阪口が、憲法解釈者は対立する二つの立場のうちどちらか一方を選択しなければならない、と主張する点である。定義上対立する「立憲主義」と「民主主義」を提示し、そのいずれかを選択させようとする阪口の問題設定に対し、「民主主義」と「立憲主

義」双方の観点から異論を提示してみたい。

まず、民主主義を単純多数決主義と捉え、それを拘束するものを立憲主義と位置づけた上で、いずれかを選択せよと迫るならば、多くの人は立憲主義を選択せざるをえないと思われる。なぜなら、単純多数決による決定が少数者の重要な人権を否定し、多数者の専制を招くという極限状況に至ったとき、その決定が道徳的に正しくないことは明らかであるからである。しかし、もし、わたしがそのような多数者の決定を否定したとき、阪口の問題設定に従うならば、わたしは民主主義者ではないことになるだろう。この例からも明かなように、単純多数決とそれに対する拘束という形で、民主主義と立憲主義を対置してしまうことは、前者に不利な問題設定であることは否めない。

この論点は、民主主義の定義の問題であり、民主主義から道徳的価値を除外して、純粹に手続き的に理解することの是非に関わる。そして、それは、論者が実践的に選択する問題であろう。わたしは、民主主義を単純多数決という形でのみ理解し、立憲主義と二律背反の形で対峙させることは、民主主義の価値を必要以上に低く評価する危険性があると考える。

次に、立憲主義に関わる問題である。再び定義の問題から言えば、阪口の立憲主義においては、違憲審査制が前提になっているということを指摘したい。それに関連して、阪口が立憲主義と民主主義との相克として描こうとしているアメリカの議論、すなわち、原意主義、二元的民主政、プロセス理論、プリコミットメント論は、直接的には司法審査制の正当化という問題に対応するものであり、立憲主義そのものが問われているわけではないのではないか、という疑問がある¹⁹⁾。

この点に関して、阪口は以下のように述べる。「もともと、違憲審査制と民主主義の関係という論点は、違憲審査制が立憲主義を維持するための要の装置である以上、立憲主義と民主主義の関係という論点にまで行き着かざるを得ないものである。また逆に、そのように考えれば、違憲審査制と民主主義の対立ということで実際に問われている争点は、立憲主義と民主主義の関係そのものであり、したがって問題は違憲審査制という制度を採用しているかどうかに関わりなく問う余地があることが分かる。たとえば、違憲審査制を採用しなくとも、単純多数決による憲法改正を認めない硬性の憲法典を有している場合には、多数決主義の観点からはなぜそれが正当なのかということが問われることになるはずである」²⁰⁾。

違憲審査制と民主主義の関係が、終局的には、立憲主義と民主主義の関係という論点に行き着くという指摘は、その通りであろう。民主的正統性のない裁判官が法律を違憲無効にする根拠を憲法典に求めるならば、論理必然的に立憲主義を民主主義に優先させることになる。

ただし、この議論においては、裁判所による違憲審査権＝立憲主義、政治部門＝民主主義という役割分担が前提となっていることを指摘しなければならない。あくまでも直接に争われているのは、民主的基盤のない裁判官が、どうして制定法を無効化できるのか、という争点であることからすれば、どうして立憲主義が民主主義に優位するのかという問題は、その争点を解決するために必要とされる論点にすぎないのである。そして、阪口の検討するところによる

と、原意主義、二元的民主政、プロセス理論、プリコミットメント論は、すべて、裁判所による審査は、民主主義に反しないと主張する。しかしながら、それらの主張は、どこまでいってもうまくいかないし、現実的でもない、というのが、クラーマンのいう「民主主義」論であろう⁽²¹⁾。

しかしながら、このクラーマンの立場を、文字通りに「反＝立憲主義」＝民主主義と解釈すべきかは、一つの問題である。憲法解釈を含めて、ものごとを解決していくのは、裁判所ではなく政治過程であるべきだという考え方は、司法審査の否定かもしれないが、必ずしも憲法を否定することを意味しないからである。裁判所の違憲立法審査権を否定し、そういう意味で「反＝立憲主義」を主張するとしても、憲法に国家機関が拘束されることはありうる。つまり、司法が違憲立法審査権を行使しなくとも、政治部門が立憲主義を引き受ける場合には、憲法の政治部門に対する拘束は、なお存在しているといえるのである。違憲審査権が存在しないまま憲法を語ってきたイギリスの例や、また、日本の憲法9条が現在なお政府を拘束しているという事実をとってみても、立憲主義が裁判所の専管にあり、民主主義が政治部門の専管にあるということは、必ずしも自明ではなく、政治部門が立憲主義を引受ける場合も十分にありうると考えなければならない。

したがって、「違憲審査制と民主主義の対立」において「問われている争点」が、「立憲主義と民主主義の関係そのもの」と言えるかどうかについては、留保を付さなければなるまい。つまり、違憲審査制と民主主義の対立の問題は、必ずしも、立憲主義と民主主義の対立の問題に収斂するわけではないのである。両者を混同するならば、イギリスに見られるような民主的な政治過程が憲法による拘束を自主的に引き受ける立憲主義の形が見えなくなってしまうのである。

この点に関して阪口は、違憲審査制の存在しない場合においても、硬性憲法と多数決主義が矛盾することを例に挙げて、話が司法審査の有無のレベルに留まらないことを示唆しようとする⁽²²⁾。しかし、「民主主義と立憲主義」の問題として持ち出されるのは多数決主義をそもそも抑制しようとする硬性憲法であり、ここでもやはり、軟性憲法であるイギリスの例は説明できない。阪口の問題設定からは、イギリスには立憲主義が存在しないと考えるか、立憲主義と民主主義は対立しないと認めるかのいずれかの結論しか導くことはできないであろう。

以上のように、阪口の「立憲主義と民主主義」の問題設定は、民主主義を多数決主義、立憲主義を反多数決主義と定義し、両者のデッドロックを最初から想定しながら一方を選択するよう要求した上で、民主主義過程を政治部門に、立憲主義過程を司法部門へと暗黙のうちに振り分けることによって、民主主義概念、立憲主義概念双方を形式的で貧困な内容にしてしまっていると批判することができよう。

(2) 対立から「逆接続」へ？

「立憲主義」と「民主主義」のいずれかの選択という自ら設定した問題に対して、阪口が選

択したのは、「立憲主義」であった。その理由として、阪口は樋口陽一を引用しながら、「たとえいかに徹底的に民主化されようと権力はあくまで権力であり、個人の権利が脅かされる可能性がある以上、『誰が支配者であるべきかという問いよりも、むしろ支配者が誰であろうと、その権力をいかに制約するかという問いを重要とみな』して、『権力からの自由によって少数者の——究極的には個人——の人権こそを確保すべきだとする方向』の——すなわち『民主主義よりも立憲主義を』という——選択をなすべきである」と述べる²³⁾。

権力の民主化という意味での民主主義をないがしろにするものだ、という予想される批判に対して、阪口は、「断絶を前提にした逆接続」という形で民主主義を擁護する²⁴⁾。「断絶を前提にした逆接続」とは、あくまでも自由の担い手を国家と切り離された私的な個人に限定することによってこそ、強靱な民主主義が可能になるという主張である。

「真に『公』の存在としての『国家』」ということを語ろうとすれば、それは簡単に『同化』する『個人』ではなく、いったんは『国家』を『他者』とみなした上で、『他者』であるからこそ、その『国家』を『自分』のものとしようとする関心を常に持ちながらも、場合によっては最後まで『国家』の『他者』性ということを問い続けるような強い覚悟を持った『個人』を抜きにしては考えられないのではないだろうか」と述べる阪口の主張には、共感すべきところが多い²⁵⁾。

しかしながら、わたしは、前節で検討した「立憲主義と民主主義」と、「断絶を前提とした逆接続」との間にギャップを感じてしまう。

阪口は、民主主義に対して優位する「立憲主義」の「担い手」は、あくまでも「最初から最後まで『国家』というものに対しておよそ関心を持たないという形で、『国家』を徹頭徹尾『他者』とみなして私的存在であり続けることを選択する全くの『私人』としての『個人』の存在をも肯定するものでなければならない」ということを強調する²⁶⁾。このように、私人の権利から議論を出発させ、憲法は私的権利を保障するものだということを強調する阪口や長谷部恭男に代表される立場は、「リベラリズム憲法学」と呼ばれる²⁷⁾。もちろん近代憲法が果たす重要な役割の一つに、「公と私の分離」があるということ自体に異論はない。しかし、「公」と分離される「私」には、他者や社会の利益よりも自己の利益を最優先するような「私」（つまり、欲望の追求としての「私」）と、自分の利益のみを追求するのではなく、社会的な善についても関心を持ち、そのような理想を社会において実現しようとする、いわば社会的な「私」の二種類が考えられる。後者のような「私」が公共を担うというのが、阪口のいう「逆接続」だろう。

しかし、民主主義と「断絶」し、私化された個人は、民主主義へと「逆接続」していく可能性よりも、むしろ、より深く「私」の領域に没頭し、公共から逃避していく危険性の方が高いのではないだろうか。私的な利益を追求する個人は、自分の私的利益を犠牲にしてまで「公共」に参加していくインセンティブを持たないと考えられるからである²⁸⁾。しかし、もし、大多数が公共から逃避する選択をするような危機的な状況になれば、公私の線引きをしている憲

法はその存在意義を失い、立憲主義は崩壊に向かうだろう。しかも、その場合、憲法にとどめを刺すのは、多数決主義で理解されるところの「民主主義」であるだろうことは、想像に難くない。

以上のように、「断絶」の後の「逆接続」が可能かどうかは、個人が市民へと成長するかどうか、言い換えるならば、個人が現実に行使する「立憲主義」＝「私的権利」の実質に係っている。戸波江二や松井茂記が指摘するように、阪口は立憲主義の価値については、明らかにしていない²⁹。したがって、保障される「私的権利」が、「公」に向かうよう想定されているかどうかは不明なのである³⁰。

わたしの違和感は、民主主義に支えられているわけでない「私的権利」を裁判所で保障するという阪口の認識によって増幅する。リベラリズム憲法学は、政治的自由が一定の役割を果たしているアメリカの状況を前提にしていると想像されるが、アメリカにせよイギリスにせよ、裁判所は伝統的に財産権の擁護者であったことを忘れるべきではないだろう³¹。英米両国において、経済的自由の猛威を最終的に押しとどめ、裁判所に方針変更を行わしめたのは、政治部門＝民主主義の力であったのである。

つまり、公共を支える私的権利を保障するような職業倫理に溢れた裁判官が立憲主義の防壁になることを期待しうるのは、自由民主主義を支持する政治文化が十分に展開している社会を想定する場合に限られるように思う。そのような政治文化の基盤がもともと弱く、また、裁判所が、そのような政治文化の創造に積極的に取り組むことができなかった日本の現状からして、裁判官に対して過度に期待することは現実的ではない³²。

この歴史的経緯は、「民主主義」によって支えられない「立憲主義」は、強者の利益を保護する点において、弱体なものになり、「立憲主義」によって支えられない「民主主義」は、多数者の専制を招くという意味で、危険であるということを示している。この歴史的教訓は、自由民主主義を支える政治文化が依然として弱体のままである日本社会において、より多くあてはまると考えた方がよいだろう。

以上のように、リベラリズム憲法学は、「立憲主義と民主主義」という問題設定を憲法学に持ち込んだが、「立憲主義」が「民主主義」に「逆接続」していくためには、やはり、自由民主主義の政治文化の存在が前提条件である。そのような文化的基盤が脆弱なところで、裁判所に「逆接続」の役割を期待するならば、「立憲主義」は「民主主義」への「逆接続」の方向へは向かわず、多くの人が公共から逃避することを追認する結果に陥る危険性があるのではないだろうか。要するに、公私を切断したまま放置するリベラリズム憲法学は、新自由主義と国家主義の台頭とともにリベラルな社会そのものが溶解しつつある日本の現実に適切に対応できないというのが、わたしの主張である³³。

(3) 小 括

最初に指摘したように、現在わたしたちが抱える問題は、経済発展の結果生じた「個人の解

放」が、公共の創造へと向かってはいないということである。公と私を分離しながら、公共へと接続する私を積極的に擁護する論理をもたないリベラリズム憲法学が、そのような現状に適切に対応することができないことは明らかであろう。

日本においても、個人の私的権利を国家や社会と切り離して考えるリベラリズムを批判する研究成果が現れるようになってきているのは、このような時代背景と無関係ではないように思われる。以下では、そのような研究として、小泉良幸と大森秀臣の議論を取り上げて、両者がどのような形でリベラリズムの公私の分離という問題に立ち向かおうとしているのかみてみよう

³⁴⁾。

2 リベラリズム憲法学を越えて

(1) リベラルな共同体

まず、注目すべきは、小泉良幸の「リベラルな共同体」である³⁵⁾。

小泉の研究は、厳密には、リベラリズム批判ではなく、その意図するところはリベラリズムの復興である。しかしながら、リベラルな価値を共同体の追求すべき価値と位置づけたところに、共同体と完全に分離された「私」の空間として自由を考えてきたリベラリズムとの明確な差異が認められるのである。

小泉は、「『日本国憲法』によって保障された『自由』の形式性がまじめに受け止められることの一度もないまま、その形式性を濫用する人や法人の行為の『反＝公共』性を指弾する言説を梃子に、『自由』それ自体がなし崩し的に侵蝕されていくように見える」と現代日本社会の状況を描写する³⁶⁾。憲法調査会での議論を見れば一目瞭然のように、現在日本社会は、近代法の「形式性」と「ポスト＝近代」との緊張関係を自覚することなく、「社会分裂のもたらす不安を共鳴板」として、「プレ＝近代」の言説に回収されつつあるのである³⁷⁾。そのような現状認識に立って、「『日本国憲法』の前提とする『政治・道徳理論』の解明を通して、『日本』という政治的共同体を構成し運営する『我々』の自己理解をより深い次元から捉え直す」という目的を掲げる³⁸⁾。その目的のために、小泉は、アメリカの共同体論によるリベラリズム批判に注目し、その法学における対応物である批判的法学研究と共和主義の検討を通じて、リベラリズムと共同体の「架橋」を試みるドゥオーキンに行き着くのである。

批判的法学研究と共和主義は、リベラリズムが、「『個人の観点』と『政治の観点』との間に『断絶』を生ぜしめ、政治の領域から市民を疎外し、民主主義＝自己統治の理想を経済権力と官僚機構とに売り渡したアメリカ政治の病根」であると批判する³⁹⁾。しかし、リベラリズムの立場からすれば、逆に、この「断絶」こそが、価値多元的な自由社会の秩序形成にとって重要になる。個人の価値が多元的であることを認めるためには、国家は「私」に対し徹底的に無関心でなければならない、というのが「リベラルな中立性」を意味するのである⁴⁰⁾。そのことは、すなわち、個人が「公共」から逃避し、「私」に閉じこもるという選択をするとしても、「リベラルな中立性」は、それに関心を示してはならないということの意味する。「リベラル

な中立性」は、リベラリズムにとっては公理なのである。

しかし小泉は、「ドゥオーキンが、その知的営為の到達点として、その理想を、『定理を公理と見誤ったもの』として総括したことの有する意味を、リベラルはまじめに受け止めるべきである」と述べる⁽⁴¹⁾。ドゥオーキンは、すべての構成員が「善き生」を追求することが理想であるような共同体を構想し、公と私を道徳理論によって結び付けようとする。この「統合（integrity）」は、「善き生」を追求する個人とそれを最大限保障しようとする共同体との「統合」である⁽⁴²⁾。この「統合」は、共同体が構成員を包摂し、その生き方に関与してくるような性質のものとは全く異なる。そうではなく、個人と共同体は、自由な個人の人格の尊厳を共同体が平等に尊重するという意味で、「自由と平等」という理念において統合されているのである。

小泉がドゥオーキンを支持するのは、彼の道徳理論に、批判的法学研究と共和主義によるリベラリズム批判を受け止めながら、リベラリズムの規範を確保していく可能性を見出したからであろう。小泉は以下のように述べる。

「『リベラルな統合』の概念は、『民主主義（集合的自己決定）』と『個人の独立性（個人自己決定）』、『参加（積極的自由）』と『（消極的）自由』、『共和主義』と『法の支配』とを媒介する、失われた環である。この概念の導入によって、憲法学の通説的思考が『多数派民主主義』から区別して支持してきた『立憲民主主義』を構成する概念群を、整合的に秩序付けることができる。」⁽⁴³⁾

阪口の「立憲主義と民主主義」が、リベラリズムに忠実に公と私を切り分け、両者の対立関係を強調したとするならば、小泉の「リベラルな共同体」においては、「私」の根源的な平等性というリベラリズムの思想こそが、公と私の統合原理となる。公と私の分離という理念が、逆に、私と公を結び付けているのである。

構成員が「善き生」を追求することを可能な限り保障することで共同体として統合されるという小泉の議論は、確かに、日本国憲法が前提とする政治・道徳理論の一つの解釈として説得力があるし、非常に魅力的であると言ってよいだろう。それは、ドゥオーキンの議論がアメリカ合衆国憲法の一つの非常に魅力的な解釈であるのと同様である。しかし問題は、ドゥオーキンの議論は、現実のアメリカ連邦最高裁の実践を前提とし、それを政治・道徳理論において説明したところに説得力の源泉の一つがあるのではないかということである。そうだとすれば、裁判所によるそのような実践が全く乏しい日本においては、その説得力が半減してしまうのは仕方がないことであろう。

そして、この点は、ドゥオーキンの理論それ自体の問題でもある。というのは、やはり、アメリカにおける司法裁判所による違憲立法審査の制度およびその実践は、立憲主義諸国の中でも特殊なものであり、普遍的なモデルとはなりにくいのではないか、という問題があるからである。ドゥオーキンの理論においては、個人と共同体は人権の理念において統合される。その統合を現実に保障していくのは、裁判官である。しかし、ドゥオーキンがかつてアメリカ型の

硬性憲法のイギリスへの導入を提案したとき、政治哲学者のウォルドロンは、それまで政治のフォーラムで正義の問題を片付けてきたイギリスに、わざわざアメリカ型の違憲審査制を持ち込む必要性がどこにあるのか、と主張した。そのときの論理は、自分たちに関する事柄は自分たちで処理するのが、民主主義の理念であり、その理念からすればエリート専門職である裁判官にその問題を判断させるアメリカ型よりも、国会という政治のフォーラムでその問題を処理するイギリス型の方が望ましい、というものであった。このウォルドロンの批判に対して、それでもアメリカ型の方が優れていると反論するのは難しいように思う⁴⁴⁾。

もちろん、この問題は選択の問題であろう。ただし、ドゥオーキンのモデルにおいて、リベラルな統合の要を担う理想的な裁判官は、その権威の多くを、アメリカの憲法文化に負っていると思われる。そのような憲法文化が未だ根付いていない日本においては、常に裏切られることを覚悟しながら、理想的な裁判官の姿を思い描き、それに淡い期待をかけるという選択にならざるを得ないだろう。

わたしは、リベラルな統合の理論は非常に魅力的ではあるが、正義の問題を理想的な裁判官に任せるモデルは、現状の日本においては現実的でないと思う。さらに言えば、その問題をも含めて、民主的なフォーラムで解決していくモデルが可能であればその方が望ましいというウォルドロンの見解に説得力を感じる。法による公/私の再統合の問題は、裁判官が単独でなしうるものではなく、やはり、市民自身がコンセンサスとして創りだすことができれば、確固たるものにならないと思うからである。

以上の点からすれば、やはり、公と私を結びつける役割は、裁判所よりも政治の領域においてなされるべきであろう。次に、そのような議論として、大森秀臣の「共和主義」を取り上げよう。

(2) 共和主義 = 討議民主主義⁴⁵⁾

大森の問題意識は、リベラリズムが、公と私を断絶したために、自己統治が失われているという認識にある⁴⁶⁾。ただし問題は、単に自己統治 = 民主主義が形骸化しているということではない。自己統治の喪失の結果、法の正統性が失われ、法による支配が隷属状況を意味するようになっていたことが大森にとっての問題なのである⁴⁷⁾。

大森がこのように述べる背景に、彼の自由への見方が存在する。彼は、「私的な領域で放っておかれる自由」と「公共の場に積極的に参加して、自分たちの社会生活を規律する法的枠組みを自ら取りきめること」という二つの自由が本質的には対立することを認めながら、「問題は、今まで語られてきたように、これらの自由が矛盾するとしたうえで、この矛盾をどのようにして克服すればよいのか、にあるのではない。むしろ問題は、われわれが、いかにして二つの意味で自由でありえるのかにある」と問題提起を行う⁴⁸⁾。その問いに対して、大森は、「『自由』を与えられる者でありながら、同時に『自由』を与えるものであり続けること、これによってわれわれは真に『自由』に生きることができるのではないか」と答える⁴⁹⁾。また、

大森は、二つの自由の関係を、法と政治の関係に置き換えて、「政治の決定範囲を確定する法的枠組みそのものが、政治の決定対象となること」によって、政治と法が、相互に支えあう関係にあるという立場に立ち、「法的枠組みによって自由を保障されると同時に、その法的枠組みを創設する政治プロセスに参加することによって自由を実現する、すなわち二重の意味においてわれわれは自由であることができるかもしれない」という見方を提示するのである⁵⁰。

以上のように、大森の問題意識は、消極的自由と積極的自由の統合である。積極的自由の行使が公共的に正統な法を作り、その法が消極的自由を保障することによって、二つの自由が確保される必要性を主張しているのである。それは、リベラリズムによって分断された「公的なもの」と「私的なもの」を結び付ける試みにほかならない。

その課題を達成するため、大森が主張するのが「共和主義」である。ただし、「共和主義」とは何かという問いに答えるのは容易ではない。共和主義は、「思想史的に言えば、古くは古典古代のギリシャに起源をもつ、極めて古典的な思想」であり、近代以降はルソー型とトクヴィル型の二つの側面を持ちながら、「複雑に絡まりあった観念をはらみつつ」発展してきた⁵¹。現代の共和主義の思想も錯綜しており、「必ずしも一つの思想体系として確立できるほど、整合的で首尾一貫していない」ものかもしれない⁵²。しかし大森は、そのように述べながらも、ある共通の内容を、現代の共和主義として再構成することは可能であると主張する。

大森が、共和主義に特徴的な内容として指摘しているのは、①「私的なもの」と「公的なもの」とを結びつける、②審議への参加を重視する、③公民的徳性 (civic virtue) を重視する、④シティズンシップ (citizenship) に関心を持つ、⑤「自我」をアイデンティティによって構成される存在として捉える、⑥自己統治を自由として理解する、⑦古典古代期のギリシャに政治の本質を求める、⑧法制化の要求をもつ、の八項目である⁵³。大森は、この諸要素を基礎にしながら、共同体論、及びデモクラシー論と区別することによって共和主義を明らかにすることを試みる。その結果、共和主義の最大の特徴が公私の架橋（①）であり、審議と参加を強調する点（②）において共同体論と異なり、徳性や陶冶を強調する点（③）において、デモクラシー論と異なるという特徴を導き出すのである⁵⁴。

大森は、こうして得られた共和主義を、さらに二つのタイプに分類する。②の要素を強調するのが、審議－参加型共和主義であり、③の要素を強調するのが、徳性－陶冶型共和主義である⁵⁵。この二つの型は、共和主義の最大の特徴である公私の架橋に対するアプローチの仕方が異なる。前者は、「私的領域にいる人々が、自分たちの生活にかかわる共通の事柄を議論しあう公共の場に参加することを通して、公と私を結び付けようとする」のに対して、後者は、「『公的なもの』と『私的なもの』とを結びつける役割を、『徳性』の『陶冶』という共同体の政治に委ねる」のである⁵⁶。

そして、大森にとっての問題、すなわち、法の公共的正統性の問題に適切にアプローチできるのは、前者の型であるという⁵⁷。後者の共和主義は、自己統治が失われた原因を「リベラリズムの自我観」に求め、「リベラリズムの自我を教育し、徳性を陶冶することによって、この

危機を乗り越えよう」とする結果、「私的領域における個人の自由な生き方を擁護する」というリベラリズムの重要な価値を損なってしまうからである⁵⁸。

それに対して、審議－参加型共和主義は、「リベラリズムの基本的理念を損なうことなく、リベラリズムの問題性を適切な形で克服することができる」点において優れている⁵⁹。すなわち大森は、「個人の自由を前提としつつ、かつ同時に自己統治としての自由を実現する」ための政治モデルとして、「審議－参加型」共和主義を評価するのである⁶⁰。

大森が審議－参加型共和主義を唱える論者としてあげるのが、マイケルマンとハーバーマスである。マイケルマンは確かに共和主義を主張する憲法学者として有名であるが、ハーバーマスを共和主義者と位置づけることには、違和感があるかもしれない。しかし、大森によると、二人はお互いの主張を径庭のないものと考えており、議論の内容も、「ともに政治を、対話やコミュニケーションの過程として捉え、『公共性の再構成プロセス』として評価している点」において共通している⁶¹。

ここで重要なのは、マイケルマンの「法生成」の概念である。「法生成的政治とは、市民社会の組織・団体における対話やコミュニケーションを通して、現実的に一般市民の意志を『下』から『底辺』から代表しようとする。それは、今まで『私的なもの』として排除されてきた声や要求をすくいあげ、公的議題のなかに取りあげ、公的決定に反映させることによって、公的なものと私的なものとのあいだに新しい形での結びつきを与える。それはまた、現行の法的枠組みを暫定的な所与としながらも、同時にあたかも一般市民が『創設者の地位』に就いているかのように、法的枠組みを再度あるいは何度も創設する手段となる」⁶²。

マイケルマンの理論の難点は、政治的審議が「個人の自由」によって制約されると考える点である。つまり、法生成の機能を果たす政治的審議が憲法上の人権によって抑制されるとするならば、政治が法を生成するというプロセスは首尾一貫しないのではないか、という疑問が生じるのである。ここでは、立憲的共和主義を唱えるマイケルマンの立憲主義と共和主義が対立してしまっている⁶³。これでは議論は振り出しに戻る。

大森は、ハーバーマスを援用してこの問題を解決する。ハーバーマスもマイケルマンと同様に、個人の自由を審議プロセスに優先させるが、彼の議論において個人の自由は、政治的審議のための前提条件として位置づけられる⁶⁴。つまり、審議参加者に対し、自由と平等をあらかじめ法で認めておくことによって、平等な参加者が相互に認め合う関係の中で、自由な審議がはじめて可能になるのである。そして、それらの権利は、審議において、参加者によって解釈されていく中で具体化していくのである⁶⁵。

以上が、大森の主張の概要である。

本稿のはじめに、21世紀初頭の日本社会が抱える問題として、集団主義のぶつかり合いの中での権力抑制の構造が解体し、集団からの「個人の解放」が一定程度進展したのと同時間進行的に、「私」の領域への逃避と権力の肥大化という現象が生じているという指摘を行った。このような状況において、リベラリズム憲法学は、人々が市民として公に出てくる積極的論理をも

たない。

大森の問題意識も、その点と重なっていた。大森は、法による自由の保障が他律的になっているのではないか、という疑問を提示し、法をみんなで作るというプロセスの中で公共的に正統なものとしていかなければ、われわれは「自由」の名において「隷従」してしまうと主張する。公共から逃避する「私」と権力の肥大化は、大森の指摘する法による隷従と表裏一体の関係にある。もしわたしたちが、「私」の領域から一歩前に踏み出し、「公共圏」において「法」を正統化することができれば、「自由の名による隷従」から自己を解放するとともに、権力の肥大化を抑制することができるだろう。

この「積極的自由」と「消極的自由」の統合のプランにおいて、両者を結びつけるのが「審議－参加」である。そして、憲法上の基本的権利は、「審議－参加」の前提条件として設定され、さらに、憲法の解釈それ自体が、「審議－参加」の対象にされることによって、権利をアプリアリに前提しているという問題を解決しようとする。阪口において対立していた「立憲主義」と「民主主義」は、大森の議論においては見事に融合し、「立憲主義」が「民主主義」の前提条件として、「民主主義」が「立憲主義」の公共的正統性を支える手続として、それぞれ位置づけられる。こうして、大森は、法と政治もしくは立憲主義と民主主義は循環するものであるという立場を取った。

前節において、①民主主義を単純多数決と考えることにより、民主主義を魅力のないものになっている、②民主主義を政治部門に立憲主義を司法部門に暗黙のうちに振り分けることによって、政治部門が立憲主義を引き受ける可能性を閉ざしてしまう、③公共から逃避する私的権利を結果として擁護する、というリベリズム憲法学の抱える三つの問題点を提示した。「審議－参加」という魅力的な民主主義像を提示し、民主主義と立憲主義の相互依存関係を明らかにし、民主主義の前提としての私的権利を擁護した大森の「共和主義」は、上の三つの問題を免れているように思う。したがって、審議－参加型共和主義の主張するところは、立憲民主主義の現実的なあり方として十分に説得的なモデルであるといえよう。

しかし、問題はここでも、日本の現実である。審議－参加型共和主義が成功する前提として、そもそも、公共へと審議－参加していく市民の存在が大前提なのではないか、という疑問を拭うことができないのである。戦後日本の憲法史が示しているのは、残念ながら、この国の多数者が、「政権」という形で日本国憲法へのコミットメントを積極的に示すことに成功していないという事実である。わが国において、日本国憲法の価値に積極的にコミットメントを示してきたのは、典型的には国会における「抵抗野党」とそれを支持する「運動」であったのである。そしてそれは、西欧諸国と比べて貧弱な力しか有しない労働運動・市民運動の現われでもあった。その力が衰退しつつある今、われわれの政府が、日本国憲法が掲げる基本的価値から「脱却」することを具体的な政治目標として掲げているのは、決して不思議なことではない。

そのような歴史的背景からすれば、本稿で指摘してきた90年代以降の状況は、人が市民とし

て公共へと参加していくことを、ある意味、以前よりもさらに困難にしているのではないだろうか。もし、そうだとするならば、審議－参加型共和主義はうまくいかず、結局において、「公共」を生み出すことができずに、「多数者の専制」へと至ってしまう可能性がないとはいえないのではないか。リベラリズム憲法学が、「私」にこだわるのも、そのような日本の状況を懸念してのことではないのか。

つまり、審議－参加型共和主義を成功させるのも、審議－参加を「善い」と考えるような政治文化の存在が前提ではないか、というのが、わたしの疑問である。そのような政治文化がますます脆弱になっているところでの「法の公共的正統性」の創出は、「多数をなめる少数者」を「公共的」に「正統化」してしまう危険性がある。

その点に関して、大森の「共和主義」は、いわゆる「共和主義」から距離を取ることによって、リベラリズムに傾斜したものになっているのではないか、という素朴な感想をもつ。「共和主義」の本質は、なによりも政治参加の徳にあったのであり、だからこそ、リベラリズムは市民的共和主義とは一線を画してきたのである⁶⁹。「審議－参加型」の戦略は、そのジレンマを回避しようとするものだが、政治参加の徳をリベラリズムによって薄め過ぎたことによって、現在生じている「公共の縮減」にどう対抗していくかというアクチュアルな問題の解決からは遠ざかってしまったという感否めない。

しかし、だからと言って、共同体による善のおしつけを帰結しかねない「強い共和主義」に賛成するわけにはいかないだろう。価値のおしつけを否定するというリベラリズムの規範は、やはり、わたしたちを恣意的な権力行使から守ってくれる最後の一線である。とするならば、わたしたちは、国家からの自由を確保しながら、それを公共と結んでいくという課題をあきらめなければならないのだろうか。

課題は、「徳」を強制されることなく、「私」が「公」へと参加するインセンティブをもちうる条件を考えることである。そのためには、まず「審議－参加」から語るのではなく、やはり、「私的権利」から考えていくべきであろう。「私的権利」が私的利益の追求ではなく公共善の追求へと自然に向かう条件はどのようなものであろうか。

最近注目されているオーストラリアの政治哲学者、フィリップ・ペティットの「共和主義」は、この点について説得的なモデルを提唱している。次章において、少し詳しく見ていきたいと思う。

Ⅱ 立憲主義と共和主義

これまで検討してきたように、21世紀初頭の日本における喫緊の問題は、集団から解放された「個人」が、「動員」されるのではない形で、「公共」へと、再び接続していく条件を探ることである。この課題は、リベラリズムが考えるように、国家と私人を分離したままにしておくのでは達成できない。公私の分離を前提に、自由と民主主義の担い手である個人を、国家や

社会との関係の中に位置づける権利論が必要とされているのである。

そのような思想として注目されるのが「共和主義」である。共和主義というコンセプトが政治哲学の世界において注目を浴びるようになったのは、ポーコックの政治思想史研究がきっかけであった。ポーコックは、古代ギリシャに淵源を有し、ルネサンスのイタリアを経て、17世紀のイングランド革命で確立し、18世紀アメリカに影響を与える政治思想として、「共和主義」を描いた。ポーコックの発見した共和主義は、「個人の自己達成への発展は、個人が市民として、すなわち自律的に決定を行う政治的共同体つまりポリスや共和国への意識的で自律的な参加者として行動するときのみ可能になる、ということが主張される思考スタイル」である。ここにおいては、自己実現という個人の自由は、政治参加という積極的自由によって支えられている⁶⁷。

この「シヴィック・ヒューマニズム」こそが、「強い共和主義」であり、ここにおいて個人は、政治への積極的参加という価値を身に付けることが要請される。しかし、多くの論者が指摘しているように、個人の消極的自由に最大の価値をおく憲法学としては、この構想に完全に賛同するのは難しいと思われる⁶⁸。問題は、「強い共和主義」が、政治参加による自己実現という一つの善を共同体と市民が体现すべき「徳」としてしまうことにある。一つの包括的な善を共同体全体に及ぼすのであれば、自由という価値に傷をつけることになる。ここにジレンマがある。リベラリズムにおいては、人々は「私」に逃げ込んでしまい「公共」が縮減する状況を押しとどめることは難しい。他方、強力な共和主義は、人に特定の生き方を押し付けてしまう危険性があり、自由の価値に根本的な転換を迫ることにならざるをえない。両者の中間点をどこかに探ることはできないのか。

この点で、大森の共和主義もまた、アメリカの共和主義憲法学を推進してきたマイケルマンの議論をハーバーマスの討議民主主義で補うことによって、共和主義の強力な解釈を退けた。言ってみれば、討議民主主義の一つのバージョンとして、共和主義を主張したのである。しかし、民主主義に重きをおくこの構想は、「多数の専制」をもたらしてしまう危険性がある。

ここで注目されるのが、オーストラリアの政治哲学者ベティットの共和主義思想である⁶⁹。彼の共和主義的自由は、消極的自由と積極的自由のどちらでもない「第三の自由」として提示され、日本においても、最近、急速に注目を浴びようになっている。さらに、その自由論は、彼のユニークな民主主義論と深く結びついている。以下で詳述しよう。

1 ベティットの共和主義

(1) 第三の自由

「立憲主義」と「民主主義」の対立を強調する立場は、「国家からの自由」と「国家への自由」の衝突を問題にしてきた。その際、「国家からの自由」は国家から干渉を受けない自由を意味しており、「国家への自由」は政治参加の自由を意味している。両者が対立する場合、どちらを優先させるべきかという問題について、哲学者も法学者も長い間議論を続けてきたので

ある。

この問題設定は、言うまでもなく、バーリンが提起した「二つの自由論」に依拠している。バーリンは、他者から干渉されない自由である「消極的自由」と、自分自身をコントロールしていく自由である「積極的自由」の二つの自由を提示する。自己実現という積極的自由は、自分自身を支配する自由として自己統治の自由へと拡大される。バーリンは、そのような「積極的自由」が「消極的自由」を抑圧する事態を憂えたのである⁷⁰⁾。

しかし、ペティットは、バーリンの二分法は間違っているという。なぜなら、この二分法は、両者とは根本的に異なる第三の自由の哲学的妥当性と歴史的現実性を無視しているからである⁷¹⁾。その第三の自由こそが、ペティットの主張する共和主義的自由である。

その考え方によると、人は、他者に従属した地位に置かれたときに自由を侵害されるのであって、単に干渉を受けないことが自由を意味するわけではない。例えば、奴隷は、たまたま心優しき主人に所有され、主人が奴隷に干渉をしない状況にあれば自由だといえるのだろうか。いつ何時、干渉されるかもしれないという不安定な状況におかれながらも、現実には干渉をされない奴隷が有している「自由」は、所有者の気持ち一つでいつでも取り上げられる可能性がある。そのような奴隷は、所有者のご機嫌を常にうかがい、自分の決定が否定される現実的可能性に脅えて生きることになるだろう⁷²⁾。

その反対の状況もありうる。干渉を受けることがわたしの利益を増進することが明らかであり、また、わたし自身が納得している見解にしたがって行われるという条件で、誰かの干渉を受けるという場合を想定してみよう。干渉が許されるのが、その条件を満たすときのみであり、その条件を満たしていない場合には、干渉が阻止されるような制度が整っているとき、その条件を満たす干渉を受けたとして、わたしは不自由だと言えるだろうか⁷³⁾。

バーリンのように「非干渉」を自由のメルクマールだとするならば、主人の恩恵によって干渉を受けない奴隷は「自由」であるし、本人が納得し、本人の利益に合致するときのみ行われるという明確なルールに基づく干渉は、「不自由」だということになる。しかし、前者は実質的には不自由であり、後者は実質的には不自由だとはいえないという結論には、経験的に考えるならば、十分な説得力があるように思われる。

以上のようにペティットは、通常考えられているような「非干渉 (non-interference)」ではなく、他者に支配されないことを意味する「非従属 (non-domination)」こそが自由であると主張する。「非従属としての自由」は、他者から「支配」を受けない地位にあることによって保障される。「支配」という概念は、奴隷と主人の関係に由来している⁷⁴⁾。主人は、奴隷に対して常に干渉する権限を有するのであり、そのような不安定な状況におかれること自体が不自由なのである。ペティットは、このような観点から、恣意的な干渉を受ける可能性がある場合、「支配」の状況が存在するのであり、その人の自由が侵害されていると考える⁷⁵⁾。逆に、恣意的な干渉を受ける可能性がない場合、すなわち、干渉を受ける人が受け入れている明確な基準に基づいて行われ、干渉を受ける人の利益になることが明らかな干渉は、「支配」の状況

を構成しないため、自由を侵害するものでないと考えるのである⁷⁶⁾。

「非従属としての自由」は、「支配」が存在しないことである。「存在しない」という否定形で語られるこの自由は、積極的自由ではなく、消極的自由の一種である⁷⁷⁾。したがって、共和主義の自由は、リベラリズムの自由と同様に、消極的自由であるところに特徴がある。

しかし、両者は以下の点で異なる。「非干渉としての自由」は、国家が私人間に干渉しないことを第一の任務と考えるのであるから、例えば、市場経済の進展による不平等を是正するために介入することは、自由の侵害にあたる。そのような介入は、「実質的平等」という別の目的のために、どこまで自由を制限できるか、という問題として提示される。それに対して、「非従属としての自由」は、他者による支配のない状態を意味しているのであり、実質的平等のための経済介入は、自由のために行われると考える余地がある⁷⁸⁾。

上の例から明らかなように、リベラリズムの自由と共和主義の自由では、「法」の役割が決定的に異なる。「非干渉としての自由」からすれば、国家の実定法はそもそも自由を侵害するものとして位置づけられる。それに対して、「非従属としての自由」は、人間は国家の保障する法によって自由になると考える。つまり、国家法は人を従属から解放するのであり、そのような法は、自由の侵害ではなく、自由の保障と考えられるのである⁷⁹⁾。

(2) 歴史の中の共和主義的自由

以上のように、ペティットは、自由を国家との積極的な関わりとの中で考察しようとする。これまで検討してきたような立憲主義と民主主義の対立が生じるのは、自由を「干渉されないこと」と捉えていたからである。そういう位置づけである限り、自由と民主主義は、必ず衝突する。なぜなら、定義上、自由が最大限保障されるのは、法による国家の干渉が存在しないときであるからである。この自由は、まさに19世紀のレッセフェールが保障してくれるであろう。

しかし、ペティットによると、そのような「非干渉としての自由」が主流になったのは19世紀のことで、それ以前においては、共和主義的自由こそが自由であったのである⁸⁰⁾。

ペティットの見解に影響を受けた政治思想史家のクエンティン・スキナーは、19世紀の「自由主義」に先立つ「自由」が存在したことを主張している⁸¹⁾。彼は、その思想を「ネオ・ローマ理論」と呼ぶ⁸²⁾。共和主義的自由の淵源は、古代ローマ、とくにキケロの思想にある。その自由は、ルネサンス期のイタリアの思想家マキアベリによって「復興」され、17世紀イギリスにおいてハリントンがそれを受けつぎ、18世紀のコモンウェルスマンへとその思想を伝えたのである⁸³⁾。

共和主義的自由が、17世紀イングランドにおいて主張されるようになった背景には、当時のイングランドの政治状況が存在した。初期スチュアート朝が主張した王権神授説に対して、「臣民の権利」を盾に抵抗していかなければならなかった議会は、それまで歴史の中で形成されてきた「古来の権利」を保障する「法」が、国王の命令によって否定されてはならないと主

張した。そのようなことが許されてしまえば、イングランドは「自由なコモンウェルス」ではなくなり、自由人たる臣民は奴隷になってしまうと論じたのである。すでに明らかなように、ここにおいて、奴隷と自由人との対比において、臣民の権利が語られていることが重要である。つまり、イングランドの臣民たる自由人は、その地位に付随する権利を「古来の法」によって享受するのであって、その権利を確実なものにするためには、「法」が君主によって簡単に覆されてはならないという論理が、ここにみられるのである。ここで語られている「自由」は、国家法が市民に対して保障するものであり、国家から干渉を受けない権利ではない⁸⁴。

このような「非従属としての自由」に対して、「非干渉としての自由」を唱えたのは、ホッブズであった。ホッブズは、共和国であるルッカでの自由と君主政であるコンスタンティノーブルでの自由は、程度の問題が異なるが、干渉からの自由という問題において、その本質は変わらないと主張する。つまり、君主政の下でも自由は存在するというのが、ホッブズの見解であった。干渉を受けないことが自由であるならば、確かに、そのように言うことができるだろう。このホッブズの見解を批判し、共和国における自由を擁護したのが、ハリントンであった。ハリントンの立場においては、他者に従属することこそが不自由であり、反対に、従属しない状況にあることが自由を意味する。コンスタンティノーブルにおいては、現実には、臣民に干渉が行われていなくとも、スルタンの意志に従属している以上は不自由である。臣民は、スルタンの怒りを招くならば、いつでもその地位を失う危険に晒されているからである。それに対して、ルッカにおいては、市民が獲得している自由をスルタンの意志によって奪われることはないものであり、両者を比較するならば、後者の方がより自由だというのがハリントンの立場であった。ホッブズとハリントンとの論争は、自由の本質が「非干渉」なのか「非従属」なのかをめぐるものであったのである。

いうまでもなく、ホッブズは王党派、ハリントンは共和主義者であった。絶対王政を支持したホッブズが、「非干渉としての自由」の熱烈な擁護者であったという「パラドックス」は、それに対抗する「非従属としての自由」が、自由を確保するための法は市民自身が制定しなければならないという意味で、自己統治の原理をその概念の中に組み込んでいたということの裏返しであろう。市民が権力に従属しないことが自由の意味であるとすれば、立法権が国王に従属してはならないことは、当然の帰結である⁸⁵。反対にホッブズの自由は、絶対的権力を有する主権者によって、他の市民による自由の侵害から「守ってもらう」ことを要求するものであったことに注意すべきである⁸⁶。

したがって、ハリントンが、共和国は「人の帝国 (empire of men)」であってはならず「法の帝国 (empire of laws)」でなければならないと考えたのは、共和主義的自由から当然に導かれる論理的帰結である。「人の帝国」においては、特定の人恣意によって法が運用されてしまう。そのような不安定な状況にある市民は、非従属としての自由を享受していないのである⁸⁷。

後期スチュアート朝の排斥法案の時代に活躍したシドニーは、さらに明確に次のようにいう。「自由は単に誰れの意志にも服さないということにのみあるのだから、他人の意志への依存こそが奴隷を意味する。もしも王国に君主の意志の他に何の法律もないのであれば、自由といったものはない。」⁸⁸⁾

以上のように、他者から支配を受けないという意味での古代ローマに由来する自由は、17世紀イングランド革命によって、確かな足場を築くことになった。しかしながら、名誉革命体制においては、国会が法の制定権を確保したが、国王大権は残存したのであり、共和国の原理を貫徹することはできなかった。こうして、国王と議会とのバランスの中で、ウィッグ寡頭制が成立する。国王大権を利用して、権力を増大させるウィッグ政権を、共和主義の論理を用いて批判したのが、トレンチャードやボリングブルックらのコモンウェルスマンであった⁸⁹⁾。

ここで注目しなければならないのは、18世紀初頭の共和主義者は決して多数派ではなかったということである。それにも拘わらず、彼らの主張は、大きな説得力を有した。

絶対王政と対峙した17世紀とは異なり、彼らの課題は、「多数者」の権力を抑制することであった。この点に関して、共和主義がそもそも多数決という意味での民主主義とは一線を画す主張であったことが重要である。すなわち、ハリントンの「法の帝国」の目的は、非従属としての自由の保障であり、この原理は多数者に対して適用されなければ意味がないのである。もし、法が多数者の恣意によって運用されてしまうならば、少数派に属する市民の自由＝非従属は侵害されてしまうからである⁹⁰⁾。

17世紀において国王の専制を抑制するべくもちだされたのは「法」であった。18世紀の共和主義者が、多数派を牛耳るウィッグ寡頭制に対して主張したのは、「憲法 constitution」であった。ここにおいて、国家権力を抑制し、市民の自由を保障する原理としての憲法が、歴史上、明確に主張されるようになったのである。そして、憲法が保障する市民の自由が、国家からの自由ではなく、市民としての自由、すなわち、共和主義的自由であったことは、この歴史的経緯に照らせば、むしろ当然であったと考えられる。

共和主義的自由は、18世紀の英語圏において、一つの共通理解として支配的な影響力を有していた。18世紀後半には、この思想は、アメリカ革命を理論的に支えることになる⁹¹⁾。それが、「非干渉としての自由」へと転換していったのは、市場経済の進展の中で、功利主義思想が登場するようになってからである。ベンサムは、自由を苦痛＝干渉のない状況と定義し、したがって、法を自由に対する制限として捉える。害悪としての法的サンクションを市民に科すことは、それがよりよい善をもたらす場合に限られる。19世紀の「自由主義の時代」において、現代に生きるわたしたちになじみの深い「国家からの自由」が、共和主義的自由に完全に取ってかわるようになるのである⁹²⁾。

(3) 非従属としての自由の内容

ペティットの自由論においては、「従属 (domination) の欠如」が自由のメルクマールであ

る。その内容を理解するために、まず、その概念の定義を見ておく必要がある。

ペティットは「従属」の関係には、次の三つの側面があるという。①ある人が他者に干渉する能力を有していること、②恣意的な根拠においてそれがなされること、③もう一方がなす資格を有するある特定の選択に対してなされること、である⁸³。

干渉とは、相手の状況を意図的に悪化させることである。干渉の形態は、身体に対する干渉、意志に対する干渉がある。干渉する能力を有するとは、仮定の話ではなく、現実的な能力でなければならない⁸⁴。

次に、干渉は恣意的な根拠に基づくものである必要がある。干渉を受ける人の利益や意見とは無関係に、干渉する人の意志で干渉するかしないかを決定できる場合、恣意的な根拠での干渉だといえる。注意しなければならないのは、この恣意性の定義からすれば、干渉を受ける人の利益や意見を適切に踏まえる限り恣意的とはいえない、ということである。すなわち、どのような利益が得られるかについての解釈が、干渉を受ける人々に共有されており、その解釈に基づいて干渉がなされる場合には、恣意的ではない⁸⁵。

ここで、「干渉される人々に共有されている」とは、一部の利益に奉仕するのではないという意味である。一部の利益に奉仕していないかどうかは、公的議論に委ねられる。そのためには、国家がなす干渉に対しては、批判の回路が常に開かれていなければならない⁸⁶。

第三に、「従属」と判断されるには、全面的なものである必要はなく、特定の選択に対して干渉が行われることで足りる。例えば、夫婦間において、夫は妻が家の内部にいるときに干渉し、労使間においては、雇い主は労働者が仕事場にいるときに干渉する。つまり、奴隷のように全面的に従属している場合に限られるわけではないということである⁸⁷。

この三つの要件が満たされる場合、「従属」にあたり、「従属」が存在するならば不自由を意味する。反対に、「従属」が存在しない場合、わたしたちは自由だといえる。

「非従属としての自由」は、自然的自由ではなく、市民であることに付随した地位である。すなわち、「非従属としての自由」というコンセプトは、他者の存在＝社会を前提としているのである。対照的に、「非干渉としての自由」は、自然的自由であり、社会とは切りはなされた自由である⁸⁸。

19世紀に至って、後者の自由が主流になっていくのだが、その際に、「同意」の原理が「従属」を正統化するようになった。まず、人民主権という同意の論理が、多数決主義を生み出し、多数者の専制をもたらすようになった。もう一つは契約自由の法理が、「同意」を理由に、それに対する異論を封じるようになった。この二つの傾向に対して、共和主義者は異論を唱えてきたが、その理由は、権力の行使が恣意的でないと言えるかどうかは、権力に対する同意の存在ではなく、権力に対して効果的に異論を唱えることができることにかかっていると考えたからであった。つまり、「非従属としての自由」から導かれるのは、市民は、どのような場所からであっても、支配的な利益や考えが共有されているという仮定に異議を唱えることができ、その異議が説得力を持ち続ける場合には、国家の活動に影響を与えることが可能でなけ

ればならないということである⁹⁹。この点は、民主主義論にも関係する論点であり、後に触れることにする。

(4) 政治的理想としての共和主義的自由

共和主義者は、「非従属」を何より重要な政治的価値と考え、国家の目的はこの自由を拡大することだと考える。ペティットは、伝統的共和主義者のこの主張を引き受けるために、非従属がすべての人にとって必要な善であることを論証しようとする¹⁰⁰。

ペティットは、「非干渉としての自由」と比較したとき、「非従属としての自由」の方が優れており、より利益をもたらすという。「非干渉としての自由」は、干渉それ自体を最小限に抑えようとするけれども、干渉を完全に除去することはできないのであり、結果として、恣意的な干渉が行われる可能性を残してしまう。それに対して、「非従属としての自由」は、恣意的に干渉できる可能性に焦点を当て、それを取り除こうとする。この場合、恣意的な干渉が人に大きな害悪を与えることは明らかであるから、後者の方が望ましい選択であるという結論になるのである。

ペティットは、その理由として以下の三点を挙げる。まず、恣意的な干渉を受ける可能性があるということは、不明確な基準に基づき、不当な干渉を受ける可能性が常にあるということであり、人がそのような不明確な状況におかれるならば、極度の不安に晒されることを意味する¹⁰¹。「非従属としての自由」は、その不安を可能な限り取り除き、人に安心を保障する。

次に、「非干渉としての自由」のもとでは、人は、権力を持っている人のご機嫌を伺わなければならないという欠点が存在する。強いものに媚びる社会においては、人々は戦略的に生きようとする。しかし、その戦略が効を奏するかどうかは、全く不確実である。この不確実性に対応していくことのコストは計り知れない。「非従属としての自由」は、戦略の必要性が最小限になる社会を可能にする¹⁰²。

最後に、「非干渉としての自由」においては、人は、他者の恣意的意思によって自分が傷つきやすく、その人よりも自分がより劣った社会的地位にいることを認識しなければならない状況におかれるかもしれない。それに対して、「非従属としての自由」においては、自己が、他者の恣意的意思に支配されないことによって、自己が他者には決して劣らない社会的存在であることを認識することが可能になる¹⁰³。

ペティットは、「非干渉としての自由」には、上で見たように、不明確性、戦略的生き方、劣等感という不利益があるのにもかかわらず、それを主張する人がこれらの事実を無視することができるのは、現実社会において、非従属を保障する伝統的な制度（たとえば、コモン・ローの制度など）が存在しているからではないのか、という疑問を提示するのである¹⁰⁴。

以上のことは、「非従属としての自由」が利益をもたらすという意味で善い（道具的善 instrumental good）という主張であった。ペティットは、さらに議論を進めて、非従属にはロールズの主張する基本善（primary good）としての価値があると主張する。基本善とは、

人間が生きていく上で第一に必要なものである、それだけの結果を人にもたらすものである⁽¹⁰⁵⁾。人が、生きていくために、不明確性、戦略的生き方、劣等感から解放されることを望むのであれば、非従属という価値をそれ自身として認めていく必要がある。つまり、非従属が、利益をもたらすから重要だという議論を超えて、それ自体が、人間が生きていくために必要な価値（基本善としての価値）として認められるべきなのである⁽¹⁰⁶⁾。

ペティットは、非従属が基本善であるということを、以下の事実から補強しようとしている。まず、人が生きていく中で、幸福を追求していこうとすれば、不明確な状況におかれてはならず、予見性が存在しなければならない。次に、戦略的生き方と劣等感の除去は、人が、他者と対等な立場で発言し、意見が聞かれることを確保する。人は誰でも、人として尊重されたいと考える。そして、意見が聞かれるということは、人として尊重されるための条件である。したがって、その条件を確保しようとする非従属は、基本善として承認するだけの理由があるのである⁽¹⁰⁷⁾。

以上のように、非従属が人間にとって必要な善であるとするならば、それは実現されなければならない。ただし、例えば友情が人間にとって必要な善であるからといって、国家がそれを実現すべきかといえ、決してそうではないだろう。また、国家が友情を実現することがうまくいくとは思えない。しかし共和主義者は、自由については、国家が実現しなければならないと主張する。その理由は、「非従属としての自由」は、友情と異なり、私的領域で実現することがそもそも期待できないからである⁽¹⁰⁸⁾。

「非従属としての自由」の配分を私的領域に任せることは、そもそもの目的に反する。各人が、それぞれのやり方で、私的領域で「非従属」を追及するならば、他者からの干渉の可能性をその人の判断で排除することになり、ホブズという「万人の万人に対する闘争」の状況に至ってしまうであろう⁽¹⁰⁹⁾。ペティットは、それよりも、憲法に拘束された国家を利用するほうがよい、と主張するのである⁽¹¹⁰⁾。

非従属が一つの価値であり、そしてそれが国家によって実現される価値であることは明らかになった。最後に検討されるのは、その価値がどのようにして政治システムを形成すべきかである。

この点について、ペティットは、国家がある価値を実現していく場合、二つの方法が考えられるという。その価値を国家の目的そのものとするやり方と国家が他の目的を達成する際に、その価値によって制限を設けるやり方である⁽¹¹¹⁾。

「非干渉としての自由」の場合には、法そのものが干渉であるから、非干渉それ自体を国家の目的と考えることは著しく困難である。したがって、国家が他の目的を追求するときに、自由を侵害してはならない、という位置づけにならざるを得ない⁽¹¹²⁾。

それに対して、「非従属としての自由」の場合には、「非従属」という一つの目的を達成するために、国家を直接利用することが可能である。したがって、「非従属としての自由」は、国家の目的として考えたほうがよい⁽¹¹³⁾。

両者のこの差異が重要なのは、自由の実現のされ方に違いが生じるからである。国家が介入して、干渉を除去する場合、国家の介入と非干渉は原因－結果の関係になる。しかし、「非従属としての自由」の場合には、国家が介入して干渉を除去するのではなく、制度が存在することによって、誰も恣意的に他者に干渉することができなくなる結果、非従属の価値が実現するという関係になる。両者は直接の原因－結果の関係にはない。

ペティットは、このことを、免疫の例で説明する。血液中の免疫の存在によって、わたしたちは特定の病気から保護される。しかし免疫は、直接病気を治してくれるわけではなく、免疫の存在によってウイルスの増殖が抑制される結果、わたしたちは病気から保護されるのである。ペティットは、この関係を、免疫の存在が保護を「構成している（constitute）」と表現する。同様に、国家が「非従属としての自由」を保障するということは、権利を保護する法や制度の存在によって、社会に存在する他人を従属させようとする力が抑制される結果、市民は「非従属としての自由」を享受するようになる。ここにおいて、国家機関は自由の原因ではなく、自由を構成しているのである。すなわち、わたしたちが恣意的な干渉から保護されるためには、社会の中に恣意的干渉を妨げる抑制力を持つことが必要なのである⁽¹¹⁴⁾。

(5) 共和主義の国のかたち

ここまで検討してきたことから理解できるように、ペティットの「共和主義」は、近代立憲主義国家が登場したその時点にさかのぼって人権思想を考え直し、そこから導かれた原理を、現代社会の人権をめぐる諸問題に適用していこうという主張である。

近代国家が登場したとき、そこで追及されていたのは、「非干渉としての自由」ではなく、「非従属としての自由」であった。このように理解してはじめて、人権を実現するために統治機構を創設したという革命の論理を文字通りに受け止めることができる。もし、これが「非干渉としての自由」であるならば、国家による干渉を妨げるために統治機構の設立がなされるといふ非常に消極的な意味になってしまうであろう。近代国家創設と「非干渉の自由」との間には、タイム・ラグがあるのである。

既に述べたように、「非従属としての自由」は、私的領域における従属関係を是正するための国家介入を、自由の制限としてではなく、自由の保障として描くことができる。この論理は、使用者と労働者という古典的な関係だけでなく、女性、外国人、障害者、失業者、高齢者、先住民などその他もろもろの社会におけるマイノリティの権利の問題に広げていくことができる⁽¹¹⁵⁾。これらの社会問題が、これまで、「政策」として論じられる傾向にあったのは、自由を非干渉と同視し、実質的平等のための国家干渉を自由の制限として考えてきたからである。福祉国家が実質的平等を追求することは「政策として」許容されるのであり、自由を第一の目的とする法原理から要請されているわけではない。しかし、共和主義の視点に立って、これらの問題に対し、自由という観点から切り込むとすれば、これらの社会問題を、法原理の問題として論じることが可能になるだろう。

ただし、これらの問題を、国家が自由の問題として引き受けることを肯定した場合、現代国家における行政権の膨張を抑制する論理を失いかねないという危険性が考えられよう⁽¹¹⁶⁾。しかし、ここで重要なのは、共和主義の伝統は、まさに国家が市民を従属させる可能性に注目し、権力を制限する理論を立ててきたことである。

ここでのキーワードは、「専制」である。これまでみてきたように、「非従属としての自由」の実現のために権力は必要なのだが、だからこそ、それが「専制」に至ってはならないというのが、共和主義のそもそもの出発点であった⁽¹¹⁷⁾。ここにおいて、「専制」とは、国民を「従属」させる体制である。共和主義は、国家が専制に陥らないようにするための制度と密接に結びついている。ここに、共和主義において「憲法」という概念が登場する歴史的必然性があったと言ってよい⁽¹¹⁸⁾。ペティットが主張するように、「非従属としての自由」を保障しようとする共和主義において、憲法は必然的なものである⁽¹¹⁹⁾。

① 立憲主義と非操作性

ペティットは、共和主義国家の制度は、操作性があるべきでない (non-manipulable) と主張する。どのような人や団体も、どのように制度が運営されるべきかについて裁量権を有してはならない。すなわち、共和主義においては、何人も、制度を自己の利益のために使用することがあってはならないのであり、したがって制度は、そのような「腐敗」を避けるよう構築されなければならないのである⁽¹²⁰⁾。

それではどうやって操作性をなくするのか。ペティットは、可能なシナリオとして、法の支配、権力分立、反多数主義の三つの条件が考えられるという。権力者を抑制する機能を果たすこれらの条件は、「立憲主義」と言い換えられてもよいであろう。ペティットによると、形式的な憲法典に書かれているかどうかにかかわらず、権力者の意志を制限する法的に確立された手段が存在するところには、立憲主義が存在しているのである。

それではペティットにしたがって、この三つを簡単にみていこう。

a 法の支配

法の支配には二つの意味がある。まず第一に、法はある特定の形式を前提としなければならないという命令である。ある特定の形式とは、フラーなどの法の支配の専門家が描くような制限に従わなければならないということである。例えば、法は立法者を含む全ての人に適用されなければならない、法が適用される人々に事前に知らされていなければならない、法は明確で、首尾一貫しており、恒常的な変化に支配されてはならないのである⁽¹²¹⁾。

共和主義者が法にこの種の制限を要求する理由は明快である。これらの制限に従わない法は、法を作り、執行し、適用する権限を有する人々に対して、他者に対する専制的な権力を与えてしまうからである。例えば、自分に適用されない法が専制的になる例としては、イギリスの議会がアメリカ植民地に対して制定した諸法を思い浮かべるだけでよい。また、公布されていない法を自由に適用したり、意味の不明確な法や首尾一貫していない法を、自己の目的のた

めに、執行し、適用する行政官や裁判官が存在するならば、そこに専制的な政治体制があることは明白であろう。つまり、法の支配が破られるとき、法は権力者の恣意的な意志の遊技場と化してしまうのである⁽¹²²⁾。

第二の意味は、政府は可能な限り、法律の基礎の上に行動しなければならないという命令である。その理由は、決定権者が恣意的な根拠に基づいて特定の決定をなす場合でも、立法の原理づけられた部分は、簡単には操作されないだろうということにある。つまり、立法府は一般市民の関心事であるので、そう簡単には専制的な根拠に基づいて立法をすることはできないと考えられているのである⁽¹²³⁾。

法の支配は、共和主義の伝統において、特に強調されてきた。シドニーは、「人民の幸福とか、自由の保護という理由で、ある人に法を超える恣意的な権力を与えることほど愚かなことはない。なぜならば、そのような権力が存在するところに、自由が存在するはずがないからである」と主張している⁽¹²⁴⁾。

法の支配は、マルクス主義から、特定の階級の利益に奉仕する法の性質を隠蔽するものだという批判を受けてきた。しかし、重要なことは、政府が法に従うべきであるという要請が、わたしたちにとって必要なかどうかであろう。この点、マルクス主義者の18世紀史家トムソンが、法は確かにエリートによる支配を正当化してきたが、法はまた、貧民の保護のための強化にも役立ったと述べていることが注目される⁽¹²⁵⁾。「法の支配」が、歴史的に、権力者による支配を隠蔽してきたことは確かだが、だからといって排斥すべき観念とは思われない。専制的な「人の支配」に歯止めがきかなくなったときには、市民の生命、自由、幸福は犠牲にされる。「法の支配」は、専制的な権力者による支配と比べて、明らかに、被支配者にとって利益になるだろう。

b 権力分立

第二の条件は、法の体制の下で政府がもつ権力は分散されていなければならないということである。法が存在しているところには、法を作ること、法を執行すること、法を適用し事件を解決することという異なった役割が存在する。この分類は、18世紀にモンテスキューの「法の精神」においてようやく明確にされた。これらの機能を担う権力は、分離されなければならないというのが、権力分立である。そして、共和主義の観点からは、その理由は明白である。一人の人や集団に、それらの機能が集まってしまうと、その人や集団が、他者に対して専制的な権力を奮うようになるからである⁽¹²⁶⁾。

権力分立は18世紀に十分な展開を始めるのだが、権力の分離そのものは、共和主義の伝統において特徴的なテーマであったことを忘れてはならない。たとえば、17世紀イギリス共和政の時代のネーダムは、立法権と執行権との混同は、政府の大きな失敗だと述べている⁽¹²⁷⁾。

また共和主義者は、法の機能の分離を超えて、政府の権力の分散を主張してきた。その目的は、法の非操作性を拡大し、政府が他者に対して恣意的な権力を行使しないようにすることであった。背後に存在したのは、権力が一ヶ所に集中するならば、権力は人を従属させていくと

いう前提であった。したがって、二院制、連邦制、国際条約なども権力分立の一種である。さらに、伝統的な共和主義が主張してきた混合政体もそうである⁽¹²⁸⁾。

権力分離を主張する共和主義者の考えを、人民もしくはその代表者のみが法を制定しうると考える人民主義もしくは議会主義と比較してみよう。両者の対立は、三権の分離をどこまで厳格にするかという点で生ずる。共和主義者は、厳格な分離は不可能であると考え。例えば、裁判官が法を解釈する際に、一定程度の法制定権力を行使することは避けられない。さらに共和主義者は、共和主義の目的を達成していくためには、厳格な分離が望ましくない場合があるというかもしれない。それに対して、人民主義者は、法は人民もしくはその代表者のみが制定すべきだという立場に立ち、立法権が他の権限に行使されることを拒否する。しかし、共和主義は、たとえ人民の権力であるとしても専制的になってはならないと考えるので、人民主義者の見解とは衝突するのである⁽¹²⁹⁾。

c 反多数決主義

立憲主義の根拠に関する三つ目の条件は、反多数決主義である。政府のシステムを操作できないようにするためには、権力分立だけでなく、国家における最高の法、および、少なくとも「非従属としての自由」の観点からみてより基本的で重要な法は、単純な多数決で変更できないようにすべきである。その理由は、多数を形成することはそれほど難しくないのであり、多数意見を代表する人は、多かれ少なかれ専制的な権力を奮うようになりやすいからである。もしも、法が多数意見で簡単に変更できるようになれば、法自身が専制的な力に支配されることになる。そのとき、政府が市民に従属させようとすることに對する法による抑制力は失われるのである。したがって、多数者であっても（多数者だからこそ）非従属としての自由に拘束されるというべきなのである⁽¹³⁰⁾。

現代の共和主義者は多数決の脅威から市民を保護する諸制度を支持する。したがって、両院制、憲法による制限、権利章典の導入のような反多数決主義の手段を支持するのである。その背後にあるのは、「善き法」という概念である。多数決は、「善き法」を導くとは限らない。「善き法」かどうかは、多数決とは別の根拠によって判断されるべきなのである⁽¹³¹⁾。

この点について、伝統的共和主義者の中には、例えばマキアベリのように、民主主義的な決定が公共善を体現するものであり、少数者に対して恣意を強制するものでないと考え、この点について楽観的な見解をもつ論者もいる。しかし、彼もまた、人々が変更することのできる法律とは別に、立法のための憲法的な取り決めが存在するべきだと考えていた⁽¹³²⁾。

16世紀に共和主義の伝統が出現したとき、それは、善き法が多数の支持によっては判断されないという観点と深く結びついていた。クックやヘイルといったイングランドの法律家がそのような見解を主張していた。イングランドの「法学」のスタイルは、歴史的に審査され、後世に伝えられてきた伝統が有する権威を法に与える。この審査をパスし、権威づけられた法は、コミュニティの期待への応答能力と「非従属としての自由」を維持する能力を発揮するのである。この伝統こそが、ほとんどのイングランドのコモンウェルスマンが賞賛してきた「古来か

らの不文憲法」に体现されたものであり、また、アメリカの共和主義者が自分たちのために作り上げた「憲法」の源泉であった⁽¹³³⁾。

② 異議申立て可能性と民主主義

以上のように、共和主義においては、「非従属としての自由」という目的のために国家が創設される。そして、その目的のためには、ある程度の裁量が国家権力の保持者に与えられることになる。だからこそ、憲法によって、恣意的で党派的な意思決定を避けることが何よりも重要になるのである。この論理において、共和主義と憲法が、歴史的にも論理的にも一体のものであることが理解できるであろう。

このような構想に立つペティットにとって、「民主主義」の内容も従来とは異なるものになることは必然的であろう。ここにおいて、ペティットが民主主義の概念の中核として提示するのが、「異議申立て可能性（contestability）」である⁽¹³⁴⁾。

立法権、行政権、司法権のいずれであっても、権力担当者が彼らの私的な利益や私的な考えに基づいて行動するならば、専制的な権力を行使することになる。その場合、権力保持者は市民を従属させるのであり、市民は権力保持者の慈悲にすがって生きることを余儀なくされる⁽¹³⁵⁾。

したがって、「非従属としての自由」は、公権力の行使が及ぼされる市民の利益や意見が公的決定に実際に反映されるためのしるべきを要求することになる。この反映の関係が、公的権力の恣意を排除すると考えられるからである⁽¹³⁶⁾。

ここで重要なのは、ペティットが、同意は恣意性の排除のためには役に立たないと明言している点である。もし、恣意性を排除するためには、明示的な同意が存在しなければならないという立場に立てば、およそ恣意的でない公的決定を行うことが難しくなるだろう。他方、もし、暗黙の同意で十分であるとするならば、反対派がバリケード内に立てこもって明示的に反対しない限り、どのような決定も恣意的でないことになってしまい、危険であろう。集団的な同意であっても、多数の支持をえる決定や政策が、少数派の生活に極めて恣意的に介入することは十分にありうることである。恣意性を排除するためには、同意では不十分なのである⁽¹³⁷⁾。

ここで、ペティットが主張するのは、同意ではなく、異議申立て可能性である。こうして、民主主義は、通常考えられているような同意モデルではなく、異議申立て可能性のモデルの上で理解される。このモデルにおいては、「民主主義」とは、人民が、政府の決定に対して、個人的または集団的に、永遠に異議申立てを行うことである。そのような体制は、まさに人民がコントロールする統治という意味において、民主的といえるであろう⁽¹³⁸⁾。

こうして民主主義は、「異議申立て」が効果的になされることを含意するものとなる。すなわち、公的決定が「非従属としての自由」を尊重するべきであるならば、その決定は異議申立て可能な基盤を有していなければならない。また、公的決定は、異議申立ての機会を十分に保障するために、審議の形態をとり、共同体内部の様々な声を聞き、それに対してなされた異議

申立てに対して、適切に答えなければならない。そして、そのための具体的な制度が整備されていなければならない⁽¹³⁹⁾。

以上のように、ペティットは、「異議申立て可能な民主主義」という新たな民主主義の概念を提示した。ここで注意しておかなければならないのは、「異議申立て可能な民主主義」において、民主主義がやはり優先性を有しているということである。つまり、もし、「異議申立て可能な民主主義」のプロセスが、共和主義にとって新たな別の目的を導き出すことや、また、立憲主義の具体的な制度について再考を促すことがあれば、民主主義のプロセスが優位しなければならない。同様に、「異議申立て可能な民主主義」が、異議申立ての方法それ自体を再考するよう促すならば、ここでも民主主義のプロセスが優位しなければならない⁽¹⁴⁰⁾。それが、人民の利益や意見を反映するということである。

ただし、ここで民主的プロセスは、多数決主義ではなく、本質的に異議申立てプロセスであることに注意すべきである。このプロセスは、決して、単純な多数決を意味するわけではないのである⁽¹⁴¹⁾。

英語圏の共和主義は、法が、長い歴史の中で挑戦を受け、審査されるということを強調してきた。この「長い歴史の中でテストされた法」の強調は、ここでいう民主主義の内容と合致する。というのは、「異議申立て可能な民主主義」の下で重要なのは、民主主義が、法を選択する環境を提供するということだからである。すなわち、厳しい異議申立てに耐え生き残った法は、可能な限り人々の利益や考えに忠実であり、したがって恣意性を免れているというのが、ペティットの新しい民主主義が意図する効果なのである。通常の民主主義のプロセスは、作るプロセスであるのに対して、この新しい民主主義は選択のプロセスなのである⁽¹⁴²⁾。

2 共和主義とリベラリズム

ここまでの論述を確認しよう。まず、リベラリズム憲法学の問題点として以下の三点を指摘した。①民主主義を単純多数決と考えることにより、民主主義を魅力のないものになっている、②民主主義を政治部門に立憲主義を司法部門に暗黙のうちに振り分けることによって、立憲主義を魅力のないものになっている、③公共から逃避する私的権利を擁護する結果に陥る。そして、これらの問題点と密接に関連しているのが、裁判所が私的権利を保障した段階で法的問題は終了し、そこから先の公の問題は政治の領域であるという形での、公私の分離であった。リベラリズム憲法学においては、私と公が分離した後に再び接続していくかどうかは、直接的には、政治の問題であって、法の問題ではないのである。

小泉の「リベラルな共同体」は、公私の分離を、「善き生」という理念で統合しようとした。しかし、この戦略においては、権利の保障を裁判官に委ねざるを得ず、日本においては期待できないだけでなく、根本において、裁判官にそのような重大な事項を任せてよいのか、と正面から問われたときに、民主主義モデルよりも優れているとは必ずしも言えない。

この点で、大森の「審議－参加型共和主義」は、論理的には、リベラリズム憲法学の三つの

問題を解決しているように思う。ただ問題は、立憲主義も民主主義も基盤が弱い日本において、討議デモクラシーが失敗し、多数の専制に至ってしまう危険はないのか、ということであった。そして、そのことは、審議－参加型共和主義モデルそれ自体の抱える問題性ということにもなるだろう。リベラリズム憲法学が考えるように、やはり、まず権利から出発する必要があるのである。

このような筋道で、ペティットの共和主義に至ったわけである。ペティットの共和主義は、まず、私的権利から議論をはじめめる。彼の議論のユニークなところは、この権利を、干渉されない権利ではなく、従属しない権利として描き出したところである。

従属しない権利は、平等な市民として生きる権利である。リベラリズムは、干渉されない権利として自由を位置づけてきた。国家から干渉されない自由によって、私的自治が確保されるというのが、リベラリズムの基本的な考え方であり、したがって、害悪としての国家介入は、より大きな害悪を除去する場合にのみ許される。それに対して、共和主義の自由は、恣意的な干渉を排除する。共和主義の自由は、一見、自由を侵害するようにみえるかもしれないが、恣意的な干渉に標的を絞ってそれを基本的に許さないところに主眼がある。リベラリズムは、その干渉が恣意的であるか否かを問わず、干渉それ自体を悪とみなすので、恣意的な干渉を除去するための必要な国家干渉も、自由の侵害と位置づけなければならない。共和主義的自由においては、恣意的な干渉を排除するための干渉は、自由のためにむしろ要請されるのである。

重要なことは、「非従属としての自由」は、国家法によって「構成される」という点である。つまり、私的領域における不平等を是正するための制度が、平等な市民としての権利に力を与え、その結果として、権利が保障されるのである。すでに明らかなように、このプロジェクトにおいては、権利を保障するのは、まず、国会の制定する法律であることを確認しておくべきであろう。

だからこそ、「非従属としての自由」は、権力が憲法に拘束されることを必然的な要件とするのである。「非従属としての自由」は、「恣意的」な権力の行使を拒否する。そのために、法の支配、権力分立、反多数決主義という権力に対する制限を必要とするのである。

このようなペティットの自由論は、自由観の転換を要請するものであり、受け入れるのには抵抗があるかもしれない。しかしわたしは、共和主義的自由を前提とする、彼の描く「共和国」は非常に魅力的だと考える。私的権利が利己的な「私」に逃避するのではなく、「公共」へと向かっていくためのインセンティブをこのモデルは与えてくれるように思うからである。

ここでのキーワードは、「非従属」である。もし、人がペティットのいう「非従属」の地位にあれば、明白な社会的不正義を黙認し、公共善よりも私益を優先させていくとは、想定しにくい。すでにみたように、「非従属」の条件は、国家権力が自分たち以外の誰かに従属していないことである。つまり、自己が「従属しない」ためには、わたしたちが当然に公共社会の担い手になっていることが前提なのである。逆に、市民が、自ら公共社会を担うことなく、「プライベート」へと逃避してしまえば、権力は恣意的になる。そのとき、すでにわたしたちは、

恣意的な権力者に「従属」しているのである。

わたしは、ペティットの共和主義理論が、自由と統治機構を相関関係としてとらえる点に、現代社会のアクチュアルな問題に適切に対処していくための手掛りを得られるように思う。つまり、ホブズのリヴァイアサンの下では、わたしたちは自由ではないはずである。現在わたしたちに問われているのはそういう問題であるということを認識する必要がある。

そして、現代国家に「専制」の危険性があるのであれば、ペティットの議論は、それへの一つの処方箋になりうる。共和主義の原理は、人が他者に従属しないように、法制度が市民に力を与えるというものである。わたしは、公共善を増進するべく自由を行使する「私」を法が促進することによって、市民の間に信頼が醸成されるならば、私的自由は自然に公共へと接合していくと考える。こうして、従属から解放された市民が公共へと向かっていけば、私的権利が民主主義へと接続していくことになる。

ペティットの政治思想がさらに魅力的なのは、この接続の仕方である。これが、最近憲法学においても注目されつつある「挑戦モデル」である⁽¹⁴³⁾。

この点については、討議民主政について検討した駒村圭吾が的確に指摘しているので、その整理するところをみてみよう。

駒村は、討議民主政に立つ論者の多くは、民主主義の正当化を「合意」に基づかせる「合意モデル」に立っているが⁽¹⁴⁴⁾、合意モデルは、リベラリズムとの調和を目指そうとするあまり、反対に、個人権保障に対する危険性を有していると指摘する⁽¹⁴⁵⁾。そして、「討議民主政は、討議が巻き起こすダイナミズムをもっと正面から引き受けるものとして再構成されるべき」であり、「民主的討議のポテンシャルを全開させることによって、むしろ民主政の回路を開くことこそが目指されるべき」だと問題提起を行うのである。こうして、駒村はペティットの「挑戦モデル」を、「討議民主政を再構成するもの」として高く評価するのである⁽¹⁴⁶⁾。

「合意モデル」が、「合意の練り上げという調整圧力」によって、批判的な声を排除してしまう可能性があるのに対して、「挑戦モデル」は、合意への「到達点を指定すること自体を回避」しようとする。「挑戦モデル型討議民主政において、決定の正統性は、議題が多様な挑戦をかいくぐり、生き延びえた点に求められ、そして、民主政の正統性は、多様なチャンネルを通じての挑戦が活発に展開されていること自体に求められる」⁽¹⁴⁷⁾。

くどいようだが、異議申立てが行われる前提に、「非従属としての自由」という人権論があることを忘れてはならない。多数意見は多数であるということによって正統性をもつわけではない。全く逆に、多数であるということは、少数派を従属させる可能性があるのであり、そうでないことを示すためには、多数の決定は、常に、恣意性から免れているかどうかを審査されなければならない。そのための手続きが、「異議申立て」なのである。すなわち、少数派が多数派によって従属の地位におかれていないかどうかを審査するのが民主主義の過程なのである。

ペティットの共和主義において、立憲主義と民主主義は、通常考えられているそれとはこと

ごとく対照的である。従属しない自由という基本善があり、法がそれを保障するが、権力者も多数者も恣意に陥ってしまってはならないのであって、そのため、その決定は、不断の審査の下に置かれる必要がある。権力の行使を受ける少数者は、異議申立ての権利を行使することによって、多数者と権力者の決定が恣意に陥っていないかどうかチェックする。その審査を免れたものが、正統な国家権力の行使となり、市民と社会の幸福を実現していくのである。

おわりに

ペティットの議論をみてきて感じるのは、最近の憲法学は、政治部門と法部門が別々の役割を果たしていると考えられる傾向が強いのではないかと、ということである⁽¹⁴⁸⁾。政治部門は多数決を基盤にした「政治」を行う。そこにおいては、最大多数の最大幸福を目指した「政策」が決定され、実行される。法部門は、「政治」が市民の自由を侵害していないかどうかチェックする。このような発想からは、民主主義が政治部門、立憲主義が司法部門へときれいに役割分担するという論理的帰結が出てくるのも当然であろう。

この点、ペティットの共和主義論は、まず、国会の制定する法律が自由を保障する。司法は、政治部門が恣意的に行使されていないかどうかを審査する。ここには、政治部門と法部門との間に、その果たすべき役割において厳格な区別は存在しない。むしろ、政治部門と司法部門は、お互いを抑制しながら、「非従属としての自由」の実現のために努力するのである。もちろん、このモデルにおいて、「非従属」を求めて、政治部門と司法部門に「異議申立て」を行う市民の存在が前提とされているのはいうまでもない。

このように考えると、ペティットの議論のモデルが、政治部門が、権利や正義の問題を引き受けるイギリスの憲法実践に近いことが理解できるだろう。そのことは、なによりも、ペティットの依拠する共和主義者が、主に17世紀～18世紀のイギリスの思想家であることからすれば当然かもしれない。

ところが、イギリスにおいても、裁判官による違憲審査制（に似た制度）ができた⁽¹⁴⁹⁾。また、学会においても、「政治的憲法」か「法的憲法」かの論争が続いている。どうやら、法的憲法論が力をつけてきているようであるが、政治的憲法を主張する声もまだまだ健在である⁽¹⁵⁰⁾。

政治的憲法論の中心的人物の一人、アダム・トムキンスは、ペティットに全面的に依拠して『わたしたちの共和主義的憲法』を正面から論じている⁽¹⁵¹⁾。トムキンスが共和主義を根拠に、国会を中心とする政治的憲法論を擁護しようところからすでに明らかなように、イギリスの国会は、単なる「政治部門」ではなく「立憲主義の担い手」でもあるということを再確認しておくべきである。

ただ、国会が立憲主義の担い手であったのは、イギリスだけではないだろう。政治改革前の日本も、抵抗野党が憲法改正発議を阻止しうだけの議席を有していたからという変則的な形

ではあるが、日本国憲法の価値を疑うことを許さなかったという意味で、国会が立憲主義の要であったのである。その構造を破壊したのが、94年政治改革であって、その目論見は大成功を収めているといつてよい。

イギリスにおいては、議院内閣制の内閣統治制や首相統治制への移行は、権力の統制を弱体化させるものとして批判されてきた⁽¹⁵²⁾。そして、イギリスにおいて、権力抑制のための最大の武器が政権交代である。つまり、「多数者の専制」を常に警戒し、いつなんどきでも政権から権力者を引きずりおろすという意味で、議院内閣制もまた、「立憲主義」として機能してきたのである⁽¹⁵³⁾。

それが日本では、まさに多数決主義による強大な権力を生み出すための制度として、小選挙区制が導入された。政権交代は、権力抑制のためではなく、「政策」が選挙民に支持された場合に生ずる。選挙に負けたほうは政策が悪かったということになるのだろうが、どこが悪かったかについては、誰も明らかにすることはできない。しかも、期待されていた政権交代は未だ実現していない。その結果、何度も指摘してきたように、中央権力の膨張に対して、それを抑制する力がほとんど失われてしまうという特異な状況の下で、「自由の喪失」という深刻な事態が静かに進行しているのである。

そのような状況に至ってしまったことの一端は、日本の55年体制において、国会が憲法の法規範性を確保していたという事実を十分に意識せず、「政治改革」を断行してしまったことにあるのではないだろうか。日本の国会が、イギリスの国会と同じように、憲法の規範性を確保する要としての役割を担っていたのだとすれば、政治改革が目標とした「政治」の自立によって、「法」の側面が国会から放逐されたとき、出現した強力な政治権力を抑制することが難しくなったのはある意味当然のことであろう。

以上のように、55年体制は、一種の「挑戦モデル」を体現していたと考える余地がある⁽¹⁵⁴⁾。それが94年政治改革によって、政権交代という権力抑制メカニズムを欠いた「二大政党制」へと体制が変化した。このような急激な（国民の多くが意識していなかった）変化の中で、これまで積極的に法を創造する機能を果たしてこなかった司法権に期待をかけることは、あまり現実的ではないだろう。

しかし、事態はかなり深刻である。以前であれば、抵抗野党の反対で国会に持ち出すことさえ不可能であった有事法制も教育基本法改正も国会を通過してしまった。そしてその後に、国民投票法案、共謀罪、労働法改正といった「非従属としての自由」の根幹に関わるような法案が軒並み準備されているのである。そのような危機的な状況であるのにも拘らず、国会もメディアも、憲法論に依拠した異論を唱えなくなった。まさに、「多数の専制」（多数を名乗る少数の専制）の状況へと、自ら向かっているのがわたしたちの現状ということになるだろう。

このような状況に批判的に対峙していくとき、ペティットの共和主義は非常に魅力的である⁽¹⁵⁵⁾。

前述のトムキンスは、国会主権を共和主義の方向で再生させることで、首相の強大な権力を抑制しようとしている⁽¹⁵⁶⁾。日本もその方向を目指すべきであろう。そのためには、選挙制度の

変更がどちらの国においても必要であるだろう⁽¹⁵⁷⁾。

以上のように、「非従属としての自由」の観点から眺めることによって、日本の憂えるべき現状について鮮明に認識することが可能になったと思う。ただし、もし、この国において、自由民主主義が単なる暫定協定から「重なり合う合意」へと変化している状況に至っているとすれば、事態はそんなに憂うべきではないのかもしれない。18世紀にイギリスで「憲法」が出現したときには、憲法のテキストも存在しなかったのであり、なによりも、「立憲主義者」はごく少数であった。それにもかかわらず、「憲法」という発想が説得力をもっていたことに注目したい。

立憲主義と民主主義にとって、重要なのは「数」ではない。

注

- (1) わたしは、日本国憲法をめぐる昨今の状況について、「微罪」を利用した思想良心の自由や表現の自由の弾圧、日米安全保障条約強化による平和主義からの逸脱が、日本国憲法の明文改正の主張と同時に進行しているという危機的状況を踏まえて、日本国憲法の規範的力の衰退現象として論じたことがある。成澤孝人「憲法が『法』であること」早稲田法学第80巻3号（2005）。
- (2) 戦前と戦後の思想の連続性を指摘するものとして、例えば、米原謙『日本的『近代』への問い』（新評論、1995）第一章。
- (3) ロールズは、自由民主主義体制が確立するには、包括的な諸教説が、自由民主主義体制を「暫定協定（modus vivendi）」として支持するだけでは不十分であり、自由民主主義体制への「重なり合う合意（overlapping consensus）」の存在が必要だと指摘する。John Rawls, *Political Liberalism* (Columbia University Press, 1996), pp. 147-150.
- (4) 樋口陽一『近代憲法学にとっての論理と価値』（日本評論社、1994）178-180頁。
- (5) 日本国憲法の「定着」過程について、奥平康弘「日本国憲法の軌跡とその総合的評価」ジュリスト1192号（2001）を参照。奥平は、戦後憲法の歩みを振り返った後、現状を「変な改正に抵抗する程度には、現行憲法はしかるべく広くしっかりと根を張り、一本のまとまりのある樹木とし適的な枝葉を発展させてきたという実績を否定するのはむずかしいだろう」と評価する（30頁）。
- (6) その代表的な論者が長谷部恭男である。政治哲学の手法を駆使した彼の日本国憲法の概説書が、新世社から出版されたのは1996年のことである。
- (7) このテーゼを正面から打ち出したのが、本稿（後述）で取り上げる阪口正二郎『立憲主義と民主主義』（日本評論社、2001）であった。
- (8) 渡辺治『日本国憲法『改正』史』（日本評論社、1987）。樋口陽一は、「五五年体制」の「社会学的権力分立」の側面に注意を促している。樋口陽一「解題」樋口陽一編『講座・憲法学 第5巻 権力の分立（1）』（日本評論社、1994）3頁。
- (9) 「伝統と文化を尊重し、それらをはぐくんできた我が国と郷土を愛する」ことを教育の目標として掲げた教育基本法改正がそのような方向性を有していることは、誰の目からも明らかであろう。教育基本法改正が国会で審議されていた2006年12月5日、伊吹文部科学大臣は、教育基本法改正と日本国憲法との整合性を問われて、自民党新憲法草案との整合を検討していると答えたという。ま

た、「教育改革」の最先端にいる東京都においては、2007年度から「奉仕」という教科が高等学校の必修科目になるが、それに関する議論において、ある教育委員から次のような発言があった。

「奉仕活動というのは、私というものを捨てて公に尽くすということが奉仕だろうと思うのです。ですから、その心、それが道德の範疇に属するのか、日本の伝統文化なのか、美しい国づくりのもとになるのか知りませんが、やはり便所掃除にしても素手でやる。もっとも、学校教育ですので、病気になったらどうするんだということがまた出てきて、ちょっと違うが出てくるのです。しかし、それでも構わない、素手でやるのだ、これが奉仕なのです」。この委員に従えば、病気になるという危険を犯してでも、素手で便所掃除を行うのが、「公への奉仕」である。人間を奴隷化しようという主張にしか聞こえないが、このような人物が教育委員として権力を奮う社会は、すでにリベラルな価値を逸脱しているのではないだろうか。東京都教育委員会2007年第一回議事録21ページ参照。<http://www.kyoiku.metro.tokyo.jp/gaiyo/gijiroku/1901teirei.pdf>

- (10) 樋口陽一は、1994年の時点で、「五五年体制」への批判の「最も核心にふれる意味」は、「野党の抑止能力、労働運動の対抗力、論壇やジャーナリズムの政権批判、『革新自治体』による牽制力」のような「抑止機能をふり払った、決断主義的な統治機構を回復しようとする意思にある」と指摘していた。樋口・前掲（8）3頁。
- (11) 奥平康弘は、昨今の状況について、「誇張して言えば、言論・表現活動への刑事抑制は、いまや花盛りと言わんばかりにはずみがついて」おり、現状の時代特性が、「ある種の方向性を持った言動に対して有形無形のプレッシャーがかかり、言いたいことが言えなくなっている雰囲気醸し出されつつある」という印象を述べている。奥平康弘「『安全・安心』国家と表現の自由の現段階」法律時報編集部編『法律時報増刊 新たな監視社会と市民的自由の現在』（2006）4頁。
- (12) 阪口・前掲（7）11-12頁。
- (13) 同上12頁。
- (14) 同上14頁。
- (15) 同上284、290頁。
- (16) 小沢隆一は、阪口と長谷部の議論を取り上げ、「近年の憲法学では、『リベラル・デモクラシー』ないし『リベラリズム』を標榜して、民主主義ないし民主主義的決定にもとづく国家が関与する領域を立憲主義や人権の概念によって限定しようという議論が隆盛を極めていく観がある」と指摘する。小沢隆一「民主主義と公共圏」森英樹編『市民的公共圏形成の可能性——比較憲法的研究をふまえて』（日本評論社、2003）45頁。
- (17) 阪口・前掲（7）12頁。
- (18) 同上13頁。
- (19) この点に関して、「立憲主義を違憲審査と解して民主主義と対置させる立憲主義理解は、立憲主義の観念を混乱させるもの」とあるという戸波江二の批判がある。戸波江二「戦後憲法学における立憲主義」全国憲法研究会編 憲法問題14号（2003）82頁。
- (20) 阪口・前掲（7）278頁。
- (21) クラーマンやタシュネットが展開する司法審査制に対する消極的な議論については、塚田哲之「合衆国における『市民的公共圏』と憲法裁判」森英樹編『市民的公共圏形成の可能性——比較憲法的研究をふまえて』（日本評論社、2003）を参照。クラーマンは、ブラウン判決の背景を詳細に検討し、裁判官が時代の社会的政治的コンテクストに影響されるという結論を導く。Michael J.

Klarman, *From Jim Crow to Civil Rights* (Oxford University Press, 2004) p. 5.

- (22) 阪口・前掲（7）278頁。
- (23) 同上286-287頁。
- (24) 同上289-292頁。
- (25) 同上291-292頁。
- (26) 同上291頁。
- (27) 二人の議論を「リベラリズム憲法学」と呼んだのは、愛敬浩二である。愛敬浩二「リベラリズム憲法学の行方」法律時報73巻6号（2001）。
- (28) そういう意味で、私的利益の交渉・妥協のプロセスである利益代表民主主義を想定する長谷部の議論は、首尾一貫していると思う。長谷部恭男「司法審査と民主主義の正当性」法律時報69巻6号（1997）52頁。後述するように、わたしの問題意識は、日本においては、利益代表民主主義が解体しつつある中で、憲法それ自体の規範性が減少しているのであり、そのような現代日本が抱えている現象に、リベラリズム憲法学は適切に対応できないのではないかと、ということにある。もちろん、問題はそこにはないのかもしれない。また、そのような現実があるとしても、憲法学が対応する必要はないのかもしれない。批判を待ちたい。
- (29) 戸波・前掲（19）83頁。松井茂記「なぜ立憲主義は正当化されるのか・上」法律時報第73巻6号（2001）92頁。
- (30) 愛敬浩二は、日本の憲法学において「立憲主義」は、「『新自由主義改革』を正当化することもできれば、それを批判することもできる」のであり、その「意味内容」が「不明確なままである」ことを問題にしている。愛敬浩二『近代立憲主義思想の原像』（法律文化社、2003）3頁。
- (31) もちろん阪口は、その歴史を忘れてはいないわけではない。阪口は、アメリカの違憲審査制について歴史的な素描を行った論稿において、20世紀初頭の連邦最高裁が、「福祉国家への時代の流れに棹をさす形で機能を発揮した」と指摘している。阪口正二郎「違憲審査制と『二つ』の世紀末」ジュリスト1192号（2001）184頁。イギリスの裁判所が果たしてきた役割については、Keith Ewing, "The Politics of the British Constitution", *Public Law* (2000), pp. 406-417.
- (32) 21世紀初頭の日本社会の憲法問題として、日の丸・君が代の公立学校での強制や、ビラ配布の刑事事件化という現象があるが、このような精神の自由の深刻な侵害に対して、日本の裁判所が「歯止め」になりうるかは、今後の日本社会の行方に少なからず影響するだろうと思われる。2007年2月27日、それらの事件に対する最高裁判所の最初の判断というべきピアノ伴奏拒否事件の判決が言い渡された。多数意見は、「学校の儀式的行事において『君が代』のピアノ伴奏をすべきでないとして本件入学式の国歌斉唱の際のピアノ伴奏を拒否することは、上告人にとっては、上記の歴史観ないし世界観に基づく一つの選択ではあろうが、一般的には、これと不可分に結び付くものということとはできず、上告人に対して本件入学式の国歌斉唱の際にピアノ伴奏を求めることを内容とする本件職務命令が、直ちに上告人の有する上記の歴史観ないし世界観それ自体を否定するものと認めることはできないというべきである」として、訴えを提起した音楽教員の主張を退けた。<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20070301113512.pdf>
- (33) 愛敬浩二は、日本の特殊性を考慮に入れて、「リベラリズム憲法学」を批判しようとする。この主張には、学ぶべきところが多い。愛敬・前掲（27）81-82頁。
- (34) この二人の議論を特に取り上げるのは、両者が、共同体＝国家の積極的な役割を正面から受け止

めた議論を展開しているからである。

- (35) 小泉良幸『リベラルな共同体』（勁草書房、2002）。
- (36) 同上 i 頁。
- (37) 同上 ii 頁。
- (38) 同上 iii 頁。
- (39) 同上59頁。
- (40) 同上10-11頁。
- (41) 同上107頁。また、同上181頁の注(18)を参照。
- (42) 同上108、133-145頁。
- (43) 同上145頁。
- (44) Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* (Oxford University Press, 1999), ch.10.
- (45) 大森秀臣『共和主義の法理論』（勁草書房、2006）。
- (46) 同上17頁。
- (47) 同上2-3頁。
- (48) 同上3-4頁。
- (49) 同上5頁。
- (50) 同上6-7頁。
- (51) 同上40-43頁。
- (52) 同上43頁。
- (53) 同上44-51頁。
- (54) 同上52-60頁。
- (55) 同上60-61頁。
- (56) 同上61頁。
- (57) 同上62頁。
- (58) 同上63-64頁。
- (59) 同上64頁。
- (60) 同上65頁。
- (61) 同上166頁。
- (62) 同上190頁。
- (63) 同上198-201頁。
- (64) 同上219-221頁。
- (65) 同上221-223頁。
- (66) ロールズは、「強い共和主義」が善に関する包括的教説であることを理由に不支持を表明する。
Rawls, *supra* note 3, p. 206.
- (67) J.G.A.Pocock, *Politics, Language and Time: Essays on Political Thought and History* (The University of Chicago Press, 1960), p. 85.
ポーコックの研究については、田中秀夫『共和主義と啓蒙』（ミネルヴァ書房、1998）を参照。
また、ポーコックの研究を基本に据えた本格的な共和主義研究として、田中秀夫・山脇直司編『共和主義の思想空間』（名古屋大学出版会、2006）。

- (68) アメリカの「共和主義」憲法学の代表格と思われるサンスティン、マイケルマンもリベラリズムの価値との調和を図っている。大沢秀介『アメリカの政治と憲法』（芦書房, 1992年）116頁。
- (69) Philip Pettit, *Republicanism* (Oxford University Press, 1999). ペティットの自由論を批判的に検討したものに、神原和宏「共和主義における自由の概念について」ホセ・ヨンバルトほか編『自由と正義の法理念 三島淑臣教授古稀祝賀』（成文堂、2003）、小田川大典「共和主義と自由—スキナー、ペティット、あるいはマジノ線メンタリティ」岡山大学法学会雑誌第54巻4号（2005）がある。両者は共に、ポーコックが強調した「積極的自由」の観点こそが共和主義の核心であるという立場から、ペティットの考え方に疑問を呈している。ペティットの考えに共感を示すものとして、関口正司「二つの自由概念（下）」西南学院大学法学論集24巻3号（1992）がある。
- (70) アイザイア・バーリン著 小川 晃一ほか訳『自由論』（みすず書房、1979）296-390頁。
- (71) Pettit, *supra* note 69, pp. 18-19.
- (72) *Ibid.*, pp. 22-23.
- (73) *Ibid.*, p. 23.
- (74) *Ibid.*, p. 22.
- (75) *Ibid.*, pp. 24-27, 31-32.
- (76) *Ibid.*, pp. 35-37.
- (77) *Ibid.*, p. 22.
- (78) *Ibid.*, p. 35. 雇用者と労働者の関係、夫と妻の関係など、私的領域における従属関係の是正は、自由の実現のために行われる。また、独占禁止法を自由促進と考えた岡田与好の「営業の自由」も、共和主義的自由の観点から説明することができよう。岡田与好『経済的自由主義』（東京大学出版会、1987）を参照。
- (79) Pettit *supra* note 69, p. 36.
- (80) この歴史的区分も、18世紀における国家干渉による「営業の自由」と、19世紀における自由放任主義という岡田与好の認識と一致する。岡田・前掲（78）22-25頁。
- (81) Quentin Skinner, *Liberty before Liberalism* (Cambridge University Press, 1998). 邦訳 梅津順一訳『自由主義に先立つ自由』（聖学院大学出版会、2001）。
- (82) *Ibid.*, pp. 10-11. (邦訳18-19頁。)
- (83) *Ibid.*, pp. 11-12. (邦訳19-20頁。); Caroline Robbins, *The Eighteenth-century Commonwealthman* (Harvard University Press, 1959).
- (84) Skinner, *supra* note 81, pp. 68-77. (邦訳77-84頁。)
- (85) *Ibid.*, pp. 68-77. (邦訳77-84頁。)
- (86) *Ibid.*, p. 5. (邦訳15頁。); Pettit, *supra* note 69, p. 42.
- (87) *Ibid.*, pp. 173-174.
- (88) Skinner, *supra* note 81, pp. 86-87 (邦訳91頁); Algernon Sidney, *Discourses Concerning Government*, Thomas, G. West (ed.), (Liberty Fund, 1996), p. 402.
- (89) Pettit, *supra* note 69, pp. 33-34.
- (90) *Ibid.*, pp. 180-181.
- (91) *Ibid.*, pp. 33-35.
- (92) *Ibid.*, pp. 45-50.

- (93) *Ibid.*, p. 52.
- (94) *Ibid.*, pp. 52-54.
- (95) *Ibid.*, pp. 55-56.
- (96) *Ibid.*, p. 56.
- (97) *Ibid.*, pp. 57-58.
- (98) *Ibid.*, pp. 36-37.
- (99) *Ibid.*, pp. 62-63.
- (100) *Ibid.*, pp. 80-81.
- (101) *Ibid.*, pp. 85-86.
- (102) *Ibid.*, pp. 86-87.
- (103) *Ibid.*, pp. 87-89.
- (104) *Ibid.*, pp. 89.
- (105) John Rawls, *A Theory of Justice* (Harvard University Press, 1971), p. 62.
- (106) Pettit, *supra* note 69, pp. 90-91.
- (107) *Ibid.*, pp. 91-92.
- (108) *Ibid.*, pp. 92-93.
- (109) *Ibid.*, p. 94.
- (110) *Ibid.*, p. 93.
- (111) *Ibid.*, p. 97.
- (112) *Ibid.*, pp. 98-99.
- (113) *Ibid.*, p. 102.
- (114) *Ibid.*, pp. 107-109.
- (115) 伝統的な共和主義における人権の主体は、有産の成人男性のみであった。ペティットは、歴史の中から「非従属としての自由」を抽出し、その帰結を現代に適用しようとする。その視角から、環境、女性、労働、多文化主義という現代的な課題を、「非従属としての自由」の問題として把握することを主張するのである。*Ibid.*, pp. 135-147.
- (116) *Ibid.*, p. 171.
- (117) *Ibid.*
- (118) 18世紀初頭に、「憲法」という概念で、ウィッグ政府を批判したのが、ボリングブルックであった。ボリングブルックについては、高濱俊幸『言語慣習と政治』（木鐸社、1996）。
- (119) Pettit, *supra* note 69, p. 200.
- (120) *Ibid.*, p. 173.
- (121) *Ibid.*, p. 174 ; L. Fuller, *The Morality of Law*, (Yale University Press, 1971).
- (122) Pettit, *supra* note 69, p. 174.
- (123) *Ibid.*, pp. 174-175. 「法の支配」から「法治主義」が導かれるということに注目したい。
- (124) *Ibid.*, p. 176 ; Sidney, *supra* note 88, p. 440.
- (125) E. P. Thompson, *Whigs and Hunters* (Allen Lane, 1975), p. 264 ; Pettit, *supra* note 69, p. 177.
- (126) *Ibid.*, pp. 177-178.
- (127) *Ibid.*, p. 178. ネーダムについて、Blair Worden, "Marchamont Nedham and the Beginnings of English

Republicanism, 1649-1656", in David Wootton (ed.), *Republicanism, Liberty, and Commercial Society, 1649-1776* (Stanford University Press, 1994).

(128) Pettit, *supra* note 69, pp. 178-179.

(129) *Ibid.*, pp. 179-180.

(130) *Ibid.*, pp. 180-181.

(131) *Ibid.*, p. 182.

(132) *Ibid.*

(133) *Ibid.*, pp. 182-183.

(134) *Ibid.*, p. 183.

(135) *Ibid.*, pp. 183-184.

(136) *Ibid.*, p. 184.

(137) *Ibid.*, p. 185.

(138) *Ibid.*

(139) *Ibid.*, pp. 190-200.

(140) *Ibid.*, pp. 200-201.

(141) *Ibid.*, p. 201.

(142) *Ibid.*, pp. 201-202.

(143) 法学や政治学においてペティットの民主主義論に注目する論稿として、谷澤正嗣「現代リベラリズムにおける立憲主義とデモクラシー」飯島昇藏・川岸令和編『憲法と政治思想の対話』（新評論、2002）、駒村圭吾「討議民主政の再構築」中村睦男、大石眞編『立法の実務と理論』（信山社、2005）18-22頁がある。谷澤の主張するように、共和主義を「政治的リベラリズムの枠内に取り込む」ことも可能なのかもしれないが、共和主義によるリベラリズム批判という契機を重視した本稿の立場からすれば、討議民主政がリベラリズムと接合するためにも、リベラリズムとの安易な妥協を拒否する「挑戦モデル」が必要だ、という駒村の議論に魅力を感じる。

(144) 同上10頁。

(145) 同上17頁。

(146) 同上。

(147) 同上21頁。

(148) 高橋和之の「制度構想」は、「政治の領域」と「法の領域」を分離することを意図している。高橋和之『現代立憲主義の制度構想』（有斐閣、2006）「はしがき」参照。

(149) 詳しくは、江島晶子『人権保障の新局面』（日本評論社、2002）参照。

(150) 政治的憲法と法的憲法との対立について、元山健「政治的憲法論（political constitution）再訪」広渡清吾・大出良知・川崎英明・福島至編『民主主義法学・刑事法学の展望 下巻』（日本評論社、2005）、元山健「イギリスにおける統治状況の変容と憲法学」憲法問題13号（三省堂、2002）、愛敬浩二「現代イギリス憲法学における『立憲主義と民主主義』」法律時報75巻6号（2002）、愛敬浩二「イギリス『憲法改革』と憲法理論の動向」松井幸夫編『変化するイギリス憲法』（敬文堂、2005）。

(151) Adam Tomkins, *Our Republican Constitution* (Hart Publishing, 2005).

(152) 例えば、元山健「イギリスの憲法改革」憲法理論研究会編『憲法理論叢書 9 立憲主義とデモク

ラシー』（敬文堂、2001）を参照。

(153) 元山健『イギリス憲法の原理』（法律文化社、1999）4頁。

(154) この点に関して、駒村圭吾が以下のように述べていることに注目したい。「非理性的な討議の代表例として、牛歩や座り込み、あるいは乱闘が挙げられるのは想定されやすいことであろう。確かに、牛歩も座り込みも、また乱闘も、それ自体としては愚行の一種なのかもしれない。が、問われるべきは、それらの愚行が進行中の討議のどのような文脈で行われたかである。そして、仮にそれが愚行であったとしても、そこから国民が得られる政治的メッセージには、仕切られた討議から感得する倦怠感よりもはるかに重要なものが秘められている可能性もある」。駒村・前掲（143）23頁。

(155) 説得性を高めるためにも、共和主義的自由を歴史の中に発見していくことが重要であろう。この点に関して、わたしは、「イギリスにおける立憲民主政の起源？（5・完）」早稲田大学大学院法研論集96号（2000年）において、イギリス革命で求められていたのは、「自由の文化を維持するための民主主義」であったと結論づけた。その時点においては明確にすることができなかったが、求められていた「自由」は、コモン・ローと結びついた自由であり、そういう意味で、単純な「国家からの自由」ではない。ペティットの所説は、17世紀初期憲法闘争の文脈からは、素直に受け入れられる議論だと感じている。

(156) Tomkins, *supra* note 151, pp. 131-141. トムキンスの主眼は、台頭しつつある法的憲法論に対して、国会を中心とする政治的憲法論を擁護することである。ただ、元山健が指摘するように、彼の見解においては、これまで「国会主権」で語られてきた「国会が立法者」であるという位置づけがどうなってしまうのかという問題もある。その点を含めて、共和主義をイギリス憲法史の文脈で検討する作業は、他日を期したい。元山・前掲（150）（2005）417-418頁。

(157) ただし、トムキンスは、イラク戦争承認におけるバックベンチャーの反乱や第二読会の立憲的な作用などを指摘して、小選挙区制による内閣の権力増大を過大評価するべきではないと主張する。Tomkins, *supra* note 151, pp. 129-130.