

# 「憲法」「立憲主義」「憲法化」「制憲権」をめぐる覚書

—憲法は国家を越えられるかについての読書ノート—

小 貫 幸 浩

はじめに

現代世界はある意味で、今、憲法史上、二義的な混迷の時代に突入した感がある。目下のロシアによるウクライナへの侵略、いくつもの国々での独裁権力による統治、こういった現実がある。憲法先進国と目される国においてさえ、警官による人種の少数派への暴行事件が頻発し、大統領選挙で敗れた陣営によって議会議事堂が暴力的に占拠されるという未聞の事件が起きたばかりである。他方で、やはり1989年旧東欧での諸革命あるいは天安門事件以来の自由・人権と民主制の普及がある。さらに近年、IT、AI技術の急速な発展のなかでの、例えば個人情報やプライバシーに関する権利意識の高揚、それに伴う法制度の拡充という世界的な潮流がある。情報公開に関する権利と法制度についても同様の動きが確認できるであろう。だが、この点にも、例の9.11後、テロ防止のために監視カメラや盗聴システムによる統制の強化という逆流が見られる。国家機密の保守という点でも同様である。このように各国の、さらには国際レベルでの法状況を一瞥したとき、果たして近代以降の立憲主義、法の支配または人権意識は浸透した、もしくはなおも浸透しつつあるのか。それとも逆に形骸化の方向にあるのだろうか。わが国でもほんの少し前、例の安保関連法を巡って国論が二分された時に、「立憲主義」がおおいに注目されたことが記憶に新しい。果たして、それはわが国に立憲主義が十分に定着したことの証だったのか、それとも逆にまだ未成熟であることの証左であったのであろうか。おそらく、そのどちらでもあろう。このようなことを考えていたときに、まさにこのような問いに各論者がそれぞれの角度からアプローチした諸論考を収めた論集<sup>(1)</sup>を読んでメモをとっていたことを思い出した。この小稿は、そのメモをたよりにその論集を全体的に再読して小さな文章を認めるものである。

P.Dobner/M.Loughlin(ed.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, 2010 がその対象であるが、仮にこの欧文タイトルを邦訳するとすれば「立憲主義のあけぼの」であろうか、それとも「立憲主義のたそがれ」であろうか。私見の答えもどきを前もって示しておく、安直かもしれないがここでも、そのどちらでもある、というものである。「トワイライト」はそもそも英単語としても二義的なことばであるが、本書の諸論文からもこの二義性こそが現代世界における「憲法」「立憲主義」のありよう、つまり現象的には隆盛と凋落という逆の動向が同時に進行しているというありようを反映したものであると思われるのである。本書編者ドブナー、ラフリンもその導入において開口一番に、立憲主義のたそがれであろうか? もちろん、そうではない。立憲主義・憲法をめぐる言説は近年、活性化しているのだから。でも他方で、近代立憲主義の到達点一法の支配、民主的正当性に裏打ちされた統治など一の基盤が動揺しているのも今日の状況であるとして、この意味で、立憲主義の「たそがれ」なのだ指摘しているのである。(xi) また、「あけぼの」であれ「たそがれ」であれ、隆盛であれ凋落であるかとは別に、そもそも西欧出自の「憲法」「立憲主義」など一連の概念・考え方が非西欧諸国 = 「非文明諸国」を支配ないし従属させるための法的道具でしかなかったのではないかという穿った疑念もさまざまなヴァリエーションで提出されてきたのであった<sup>(2)</sup>。この点を逆手にとって、本国での人権侵害状況が国際的に批判されると、西側の基準を押しつける「内政干渉」だとうそぶく権力者がいるというグロテスクな強権国家の現実もある。ただ、この側面については今回の小論ではとりあえずかっこんくった形での論述になることをお断りしておきたい。

## I 問題の提示、憲法と国民国家には必然的な結合関係があるか

本書は編者による導入部—ここで、論集全体の概観が与えられる—に続き、六部構成の仕立てであり、各部ごとに2～5本の論考が収められている。その第一部は「立憲主義、および国家性の侵食」と題されており、これまでも立憲主義の根本問題にそれぞれ独自の立場から活発に論考を公表してきた論者が寄稿している。編者ドブナー、ラフリンによれば、おそらく近代立憲主義に関し最も根本的な問題が「政治的なるもの」もしくは「憲法」と「国家」との相互関係如何に関するものである。(xii) この点につき次節に案内する通り、憲法

と国家には必然的な結合関係があるという立場から、まずドイツの比較憲法史家 D. グリム—本書の実質上の企画者—が、近代立憲主義がこれまでに到達した水準、またはこれまでにそれが獲得した果実について概観して、民主制、制限政府、法の支配といった一連の構成要素について骨太の素描を提供する。そのなかで憲法と国家の不可分性が指摘されている。主だった諸家による議論を以下に見ていくが、まず、「憲法」「立憲主義」についてのグリムの理解から読み解いていこう<sup>(3)</sup>。

## II 憲法・立憲主義は国民国家と不可分の関係にあるという見解

### (1) D. グリムの場合

グリムの比較憲法史論については筆者も若干の旧拙稿で取材したことがある<sup>(4)</sup>。ここでは、この小さな読書ノートの対象であるグリムの論考に沿って、目下の設問へのその結論を確認し、およびその理由づけも確認しておきたい。この論考でもグリムは、旧東欧の崩壊を嚆矢とする 20 世紀末までには立憲主義が勝利した。だが、それは外面的にのみそうであって、実は立憲主義は侵食されている、と悲観的なテーゼをここでも提示している。この侵食過程は国家の変容とともに知らず知らずのうちに始まり、いまや国家による公権力の独占も崩れつつある。公権力は国家と非国家的アクターとで分有されざるをえず、とりわけ主権の権力が国際組織に移譲されている点大きい。何よりも国際組織による権力行使が憲法的規制を免れていることがゆゆしいという。(以上、p.3f) この認識も、旧拙稿で案内したところである。

さて、グリムによると「機能的視点」から近代憲法の特徴は次の 5 点に要約できる。

- i) 近代憲法は、一連の法規範であり、単なる哲学的構築物ではない。この法規範は確立した真理の表明ではなく、政治的決定に由来するものである。
- ii) 近代憲法の目的は、公権力の設定・行使を規律することであって、何か先在する公権力をただ改変するだけのことではない。
- iii) 憲法による規律は包括的であり、憲法の外側で公権力の保有者、その行使方法について定めることは認められない。
- iv) 憲法の源泉は人民であり、人民が公権力の唯一正当な源である。憲法を作る力（制憲権）と憲法によって作られた力の区別は憲法にとり不可欠で

ある。

v) 憲法は高次法であり、すべての法律、政府に由来するあらゆる行為に優位する。憲法に反する法令・行為が法的効力を得ることはない。(p.9)

ここで重要なことは、右の5つの特徴がM. ウェーバー流の「理念型」にとどまるのでなく、現に米仏憲法などにより実現された歴史があるということである。機能的視点からも勿論、君主制憲法も、権利章典＝人権宣言を持たない憲法も「憲法」でありうるが、しかし、グリムは近代憲法がどのような内容とも両立しうるわけではない、と断っている点が興味ぶかい。つまり公権力の民主的始原－人民＝国民の制憲権<sup>5)</sup>－、政府権力、政治権力への制限、つまり法の支配に関心を寄せない憲法はここから除外される、と(P.10) 要するにグリムの説くところでは、近代立憲主義にはこれらの二つの要素が内在しているのであり、これらを別々に切り離して、例えば「民主的タイプ」のものと「法の支配タイプ」のものといずれの類型も近代憲法たり得る(Ch. メラース)ということとはできない。より簡潔に言えば、民主的要素と自由主義的要素＝法の支配が密接に絡み合っているのが近代憲法・近代立憲主義である、という見解なのであろう。

なお、グリムは上の「機能的視点」だけではまだ近代「憲法」の全体像を適切に把握できないとして、さらに二つの要素を不可欠なものとしてあげている。(P.11) それは第一に16～17世紀に近代国家が成立したことである。「公権力が国家権力と同視されてはじめて、公権力が包括的に一つの特別の法のなかで規律されることが可能となった。」だが、グリムによると近代国家は「憲法」成立にとっての必要条件であるが、十分条件ではない。そこで第二、個人の自由と社会の自立のために国家権力が制限されねばならないという思想の登場である。こうして一方に公権力の国家への集中化、他方に社会の私化が生じ、さらに個人の自由が第一であり、次が公権力であり、後者が個人の自由を守るという目的に縛られる。かように「公」と「私」の区別が近代憲法の登場に不可欠であった。「国家が私人のように自由を享有する体制も、逆に私人が公権力を行使してもよいというありかたも同様に憲法を持つとはいえないだろう。」(P.12)

行論がやや見えにくいところもあるが、グリムはさらに補足的に国内・国外(対外)の区別が国家主権との関係で特段に重要な要素であることを指摘して

いる。(P.12f) 現代では国内事項と対外事項との境界があいまいになっていることが憲法の条件を衰退させつつある、というのである。(なお、従来、国法学において国家の三要素の一つとしてあげられてきた「領土・領域」のもちうる憲法的意味と役割、およびその限界については後述部(5)でU.Kプロセスの論考とともに考えてみたい。)

「公」「私」の境界線の希薄化と同様に、またはそれと相乗して、国家任務が質量ともに増大していることが、憲法の条件を掘り崩しているというグリムの指摘も看過しえない。経済規制・福祉政策を遂行することだけでなくありとあらゆるリスクから社会を守ることが国家任務となっている。しかし、伝統的な強制の法的手段によってはこうしたぐいの任務を履行することができなくなっているという事情がある。こうした分野では私的中间団体が擬似権力を行使しており、これらの団体との交渉抜きには国家の任務履行がおぼつかない。こうして民主的正当性と説明責任なしに、「私的なもの」が公的領域に割り込んで来る。かように「交渉デモクラシー」が完全には憲法に取り込まれずにその意味で憲法に寄生するインフォーマルなものとして残存する。こうした現象の果てに、近代憲法・国家が崩壊しつつあること、少なく見積もっても憲法が「部分秩序」に成り下がりがつつあることがグリムによって指摘されるわけである。(p.14) この趣旨は、グリムの従来の諸論考での論調と同様である<sup>(6)</sup>。

そうすると、憲法が国内で失いつつある重要性を国家を越えるレベルで埋め合わせることができるか、という問いも浮上するであろう。後述の通り、近年の議論では、国家を越えての、あるいは逆に視線を下げると国家未満の、国家内部においても憲法類似の構築プログラムをさして「憲法化」constitutionalisation という表現がしばしば肯定的に語られることも少なくない。では、近代憲法の諸条件－成立条件、存続条件－との関係で国民国家を越えるレベルで本当に「憲法化」と表現されうる対象が存在するか。まず、EUはどうか。グリムの理解では、EUは通常国際組織とは大きく異なるとはいえ、EUの権力に関する法規範は条約というべきであり、だが、EU内部ではあたかも憲法のごとく機能しているという実情がある。この点を目して、多くの論者さらにヨーロッパ裁判所によりそれらの法規範が憲法と呼ばれているのもあながち不思議ではない。だが、グリムからするとこうした呼び方は近代国家の憲法とその条件についてはおかぶりにすることに他ならない。つまり、

これら EU 条約は近代憲法と違って、人民＝国民の社会が政治的に連合するに際してその形式・内容につき自己決定したものの表明とは言えないものである、と。要するに、これらの条約は EU が EU として自らの法的基礎に基づいて決定したものでなく、基礎を与えたのは構成諸国に他ならない。2000 年代早々に挫折したかの「ヨーロッパ憲法」案も本来の憲法とは言えないものであった<sup>(7)</sup>。仮に全構成諸国によって批准されていたにしても、それで「憲法」になりうるというものではなかった。なお、この点についてグリムが意味深長な一言を付加しているが、筆者にはそれが存外、重要な留保に思われる。曰く、しかし、この挫折でもって EU の「憲法化」が理論的に否定されたというのではない、問題はそれが望ましいことかどうかである、要するに法政策的判断だ、と。一時の東方への拡大の成功にもかかわらず、イギリスの脱退など今日の EU の混迷をふまえると一層、意味深な留保のように思われる。

おそらく、グリムとしては EU が通常の国際組織でも連邦国家でもなく、これらの間でのユニークな存在にとどまり、そうであってこそ史上革新的な役割を果たせるのだ、と言いたいのであろう。だから EU の根拠法＝基礎法としては連邦国家に求められる憲法でなくて、もちろん、もろもろの修正が必要であるにしてもやはり条約のままで行くべきだと、というのであろう<sup>(8)</sup>。

よりグローバルなレベルでは、EU の状況とも違って、ほぼ中世の状況にとどまっている。UN から WTO, IMF, ILO まで。少なくともグリムの目からは、グローバルなレベルで「憲法」と呼ばれるべきものが成立しつつあるようには見えない。しかし、他方で後述部であらためて取材するように少なくない論者により伝統的な意味での国際組織とも国家とも関係しない「社会的 societal 憲法」が語られている。国家も国際組織も私的なグローバル・アクターを統御する力を持たない今日、「社会的憲法」の有意性がひととき引き立っている、とされる。だが、この点でもグリムの理解では、それが制憲権の発動による権威的な文書でないだけでなく、国際的レベルで行使されている私的権力を包括的・全体的に統制するものでもない。せいぜい、一定の分野－メディア、情報流通、貿易、商取引など－に局限されたものでしかない。グリムのまなざしはここでも楽観的にはなれないようである。

以上の考察から導かれるグリムの結論は次の通りである。「国家的なるもの」の衰退および公権力の国際的レベルへの移譲から公権力行使とその正当

化・制限との間に隙間が生じている。このギャップは「当面は」－私見では、この点も意味深長な留保だと思ふ－埋められないだろう。もとより、グリムといえどもウェストファリア体制に逆戻りするのが望ましいというわけではない。ただ、近代立憲主義の到達した水準に、国際レベル、トランスナショナル・レベルでも行き着くことはなかなか困難であり、だから上記で言及した近年の「社会憲法」論者も実のところ立憲主義ということの意味を希薄化し水増ししているだけである。かように近代立憲主義の獲得した水準にマルチレベルで到達することは無理筋である。そこで次善の策としては、所与の諸条件の下に近代立憲主義の水準を維持することが目指されるべきだ、ということなのであろう。そのためにもまず、国内レベルで「国家的なるもの」が浸食されていることを阻止することが至上命題となる。国内レベルにはまだ民主的正当化、説明責任など立憲主義の条件が有利に残っている。このように水準を維持された民主国家と国際組織－グローバルレベルでも、ヨーロッパレベルでも－との適切な関係構築が今後の一番の課題である、と結論づけるのである。(p.22)

(2) M. ラフリンの場合－。ロンドンの公法理論家 M. ラフリンも結論的には上記(1)のグリムと同様、近年提唱されている「憲法化」論者の認識と主張に対しては冷たいまなざしを向けている<sup>(9)</sup>。ラフリンの論考は、「憲法」「立憲主義」という二つの概念を分析したうえで、今日いわれる「憲法化」の中身を同定し、それに対し一定の評価を下すという恰好のものとなっている。一方では国家横断的に(トランスナショナル)または国際的に公権力の行使を、他方、国家の内側に向かっては地方・地域権力の行使を憲法の価値・手続きに服せしめることが「憲法化」のさしあたりの中身であると断ったうえで、ここから先に進められるラフリンの考察手続きがユニークであると受け止めた次第である。－具体的には、こうである。アメリカ合衆国の憲法史に取材して、「憲法」「立憲主義」を検討しており、その際の問題意識が、今日喧伝される「憲法化」が果たして立憲主義のグローバルなレベルでの勝利と言えるのか、それとも逆に立憲主義の終焉ないし変質と見るべきかという点に置かれているのである。(P.47) まさに本書タイトルに含まれる「トワイライト」の二義性を意識化した発問であろう。

①まず、「憲法」概念の史的分析であるが、Th. ペインの成文憲法論を支え

るものとして人民=国民の制定する憲法が政府に先行し優位するという思想を確認している。政府は憲法によって創設されるものである。論理的に、人民が政府に先行し優位する<sup>(10)</sup>。

さて、ペインによると近代憲法には二つの機能がある。一つが、手続き的なもの、もう一つが象徴的機能である。前者は、将来の国民の集团的決定の権威の様式を確定し、その合法性を維持することである。これに対し、過去の伝統・神話などに言及して国民の靱帯を補強し、国民により創出された事物の秩序に正当性を付与するのが後者の機能である。この機能は前近代の憲法に見られただけでなく、近代憲法がしばしば国旗・国家・祝日などについて規定するものこの機能が意識されているからである<sup>(11)</sup>。

同時代の社会契約論の主流はなおも「主権」概念に拘泥していたが、この枠組みを乗り越えようとしたのがペインであった<sup>(12)</sup>。フランス革命支持のため、幾分、戦略的に、人民=国民主権に言及してはいるものの、むしろ A. スミスとともに「社会」-貿易、商業-が発展するのは主権によってでなくて社会に内在する法則に沿ってであると喝破したのである。ペインによれば、人間の秩序を司るのは政府よりも人間 man の原理と人間の自然の憲法である。つまり、社会に内在する自然法の果実が市民社会であるというわけである。また、市民社会が発展して文明が進歩すれば、政府の役割が小さくて済む。こうして、公衆（それ自体はまだアモルフな存在である）を代表するのが市民社会であり、政府ではない。(P.54) 如上のペインの思考につきラフリンは、公的領域の自立性の表現としての主権というパラダイムを乗り越えて、市民社会と政府とを分離したところにその独創性があるとみている。また、ペインが J. ロックとともに、憲法とは国民の権利とりわけ生命・自由・経済的自由を守るために政府権力を制限するものであるという趣旨の制限政府論を提唱したのも特徴的だ、とみている。いずれにしても、ペインの思考様式は、-ロック、スミスとともにあり-、ヘーゲルと対照的であろう。「ヘーゲルの分析によって近代憲法の働きについて別の説明があたえられた。ヘーゲルによると、もし、近代憲法が主として市民社会の主観的権利を守るために存在するならば、客観的自由にとっては障碍として機能することになろう。」(p.55)

②次に、ラフリンとともに「立憲主義」概念の中身の検討に移ろう。この概念にはさまざまな響きが伴われていて、それだけにその分析的・記述的内容が



明らかにされなければ、現代において<立憲主義が勝利した>などと言い切れない。今日までこの点が不分明であり続けたので、i) 立憲主義をめぐる政治的言説に混乱が生じ、ii) 立憲主義の象徴的、いわばイデオロギー的側面に注目の重心が移動し、その手続き的・技術的側面がやや等閑視されたといえるかもしれない。(p.55)

立憲主義の規範内容に関して、ラフリンが参照するのが独立革命期のアメリカ憲法思想史である。まず、(A) 共和主義型(マディソン)、(B) 自由主義型(ハミルトン)という区別を提示したうえで<sup>(13)</sup>、(A)の見地からは共和政治とは、なるほど人民の人民のための政治の謂ではあるが、しかし、それは必ずしも人民による政治とは限らない。というも、何よりも政府が人民をコントロールできるということが重視されるからである。そのうえで、政府が政府自体をコントロール、つまり自己コントロールできるということが重視されるからである。そのためには政府内部にチェック・アンド・バランスの機構が必要となる。この趣旨がフェデラリスト第51編に表明されている。この考え方にラフリンは「政治的」立憲主義という表現を与えており、(B) = ハミルトン流の、司法府による違憲審査権を特に重視する「法的」立憲主義と対照化している。(フェデラリスト第78編) それでは、(A) (B) 二本の基軸の間で、アメリカ憲法思想史はいかなる軌跡を残したか。曲折あるにせよ、(A) よりも (B) が優勢だった。そのアキレスがよかれあしかれ、司法審査権なのだというのがラフリンの整理である。(p.59)

③上記①②の準備作業の次は、幾分複雑な「憲法化」constitutionalisationの内容の明確化となる。それが果たして立憲主義の勝利のファンファーレを意味するのか、それともその凋落、つまり、たそがれを意味するのかが問われる訳である。「憲法化」とは国内外の行政国家現象をはじめとする複雑な動向に対する立憲主義の再編から生まれたプロセスである、とラフリンは理解している。(p.61) より端的に言うと、公・私境界のあいまいか、公的生活領域の拡大に伴ってそれを自由主義的な一経済的自由主義の意味で「法的」立憲主義(上述、ハミルトン型)の規範に服せしめるプロセスが「憲法化」の中身だ、というのがラフリンの理解なのである。公的生活領域と目される範囲が拡張し続けている今日だから、ほぼあらゆる政府行為が自由主義的な「法的立憲主義」のもとにコントロールされることになる。国家の枠を超えての「憲法化」に

関して先鋭的な問題を提起したのがいわゆる EU 憲法をめぐる議論であった。(p.65) ラフリンの認識では、EU の「憲法化」とはこれまでのところ、ハミルトン型の「法的立憲主義」に基づくものである。EU の裁判所と委員会の主導のもとに、経済的自由主義が重視され、各国内で認められているはずの社会的諸権利が掘り崩されているとして、ラフリンの批判は厳しい<sup>(14)</sup>。このように、国民国家の憲法に代わって超国家的憲法と称されるものが「マルチ次元の憲法」の名のもとに力をふるっている状況に注がれるラフリンの視線も、上記(1)に取材されたグリムの場合と同様、冷ややかで悲観的である<sup>(15)</sup>。

(3) R. ヴァールの場合―。ここまで見てきたところ(1)グリム、(2)ラフリン双方とも、国家を超えるレベルで「憲法」「立憲主義」を語ること、あるいはそのような条件が出揃ったという見解には反対、もしくは少なくとも抑制的な論陣を張っている。以下では、同様に「憲法化」の概念を十分な理論的根拠なしに国際レベルまで押し広げることはむしろ「憲法」「立憲主義」の概念を薄弱にすると主張する R. ヴァールの見解を見ておきたい<sup>(16)</sup>。いわゆる「国際憲法」の存在が主張されており、それを通常の条約よりも上位にあるものとし、それ故、国家の同意なしに国家を拘束する法規範・原理が存在すると主張されることがある。けれども、ヴァールはグリム(および P. バドゥーラ)に依拠して、「憲法」というものはそのような単純なものでなくて、法・政治両面にかかわる複雑な現象であり、個人・国家によってどの程度まで「受容」されているかを抜きにしては語れないものだという。(p.222) なるほど、第二戦後、憲法裁判、司法審査権を介して各国の憲法発展一世に違憲審査革命とよばれる一には著しいものがある。しかし、こうした大きな変化さえもが、果たして憲法的「転回」といえるほどに深甚なものであったろうか、と留保づけている。そこでヴァールは、いわゆる「憲法化」の規範的含意、政治的内容両面にわたり考察を加えている。

①まず、ヴァールは「憲法化」論者の誰もがその規範性の前提としての実効性については口をつぐんでいるのが不可解だ、とやゆしている。たとえば、「国際立憲主義」が実現されるための制度やプロセスには誰も論及していない、と。この批判が適切なものか筆者には断じがたいところであるが、少なくともヴァールは、そもそも国内憲法の「優位性」さえもが自明のことでなかったし、単に制定されたというだけでは「優位」しているとはみなされなかった一少なく

とも憲法裁判制度が必要だったと一ことを想起されたい、と注意を促している。(p.233)

②次に、ヴァールによって指摘されているのが「憲法化」論者のいう「憲法」概念には政治的内容が欠けている、ということである。これらの論者の憲法概念からは、なぜ、高次の法規範には政治・社会生活を形造る力があるのか、なぜ、国民・個人がこれらの法規範を承認するのか、なぜ、この承認によって憲法が実効的な法規範になるのか、という一連の問いが回避されている、というのである。(p.234) 1949年の基本法＝ドイツ憲法も、1989年以後の旧東欧での憲法もすべてそれまでの独裁政治に別れを告げてそのうえでの憲法制定であった。つまり、憲法の背後には必ず政治勢力が存在し、政治社会運動の一部が憲法となったというヴァールの歴史認識が示される。もちろん、憲法の背景に政治勢力があるというだけでなく、市民が憲法を承認し、受容し、承認し続けるということこそが重要である。市民の承認が必要となるのは憲法制定時だけのことではない。憲法といえば市民の自由が結び付けられ、だからこそ憲法が尊敬の対象となるということが憲法の実効性の源である。かように考えると、最初に述べた「憲法」と「国家」とは分離可能であろうかという問いにも新しいニュアンスが出てくる。それは、私見が理解する限りでは、「憲法」と「国家」とが結合しうる背景と（つまり両者は抽象的概念レヴェルでの話ならば格別、必然的に結合関係にあるのではない、だから具体的条件次第で、この両者が結合もし、結合しないこともあり、この両者が結合すると、引き離すこともいっそう困難になる）、この結合関係の下で育ちうるもろもろの制度への視点である。ヴァールからすれば、いわゆる「憲法化」論者は、「憲法」と「国家」の両概念を引き離しさえすれば問題が解消するかのごときであるが（私見では、はたして「憲法化」論がこのように単純に考えているのかにわかには断じがたいけれど）それは過度の単純化であり、話はそう簡単ではない、と反論したいのであろう。ヴァールによれば、憲法と国家との結合の背後には「立憲国家状況」というものがある。この状況において、自由、平等、国民主権という一般的・普遍的価値の原理が憲法に規範化され、その下に議会制、民主制、法の支配や憲法裁判といった諸制度が形成されていく。そして、統治者のメンタリテイも権力志向から法志向に向かっており、対して市民にも、基本的権利の主体としてのメンタリテイが根付いている状況である。こうして問われるべき

は、先述の抽象的な問いというよりは、EUあるいは国際レベルにこうした「立憲国家状況」（もしくはそれに相当する状況）が存在するか、あるいはそうした可能性があるのか、ということなのであろう。(p.235) 憲法とは、ヴァールの場合、以上に見たように様々のレベル、様々の局面で、様々の原理が同時にせめぎ合い、絡み合う総合であって、つまりは諸々の要素の全体的な星座 constellation としてのみ理解されうるような、要求度の高い概念なのである。こうして、国際憲法論も、憲法化論も、社会憲法論もそこには重要な問題提起が含まれているにせよ、薄っぺらで一面的な議論であるといわざるを得ない、と突き放されるわけである。(p.241)

(4) 以上、(1) から (3) において「憲法」「立憲主義」「憲法化」という一連の概念の中身を検討して、国家を越える憲法という近年有力になりつつある考え方に抑制的で、基本的には憲法と国家にはいわば必然的な結合関係にあるという見解をいちべつした。この見解には、果たして確たる論拠が与えられているだろうか。この見地の説得性をテストするためにも、節を変えて、憲法は必ずしも国家と（だけ）結合するのではないという見解に耳を傾けよう。

### Ⅲ 憲法・立憲主義は必ずしも国家とだけ結合しうるのではない、 という見解

(5) U.K. プロイスの場合。この小論が取材している件の論集の第一部が問う根本問題、つまり憲法と国家との関係を論じるなかで、結論的には例えばⅡ(1)のグリムと好対照となる見解を提示しているのが、まず、本節で取り上げるU.K. プロイスの論考である<sup>(17)</sup>。このなかで、近代立憲主義とは公権力を制限するものであるという主流見解に対して、立憲主義の本義とは、それまでのとは全く新しいタイプの政治体を「構成する」点にこそあるという視点が前面に押し出されている。実は、グリムにも同様の見解がある。また、ヨーロッパでは、権力の存在を前提にして政治的・経済的・社会的・宗教的エリート間での権力の「配分」こそが立憲主義の主要論点であったというユニークな指摘も出されている。(p.23f) かようなプロイスの理解からすると、公権力からの自由や厳格な権力分立が強調されるアメリカの観念こそが「特別の道」だったというのである。

上のプロイスの前提的理解が、憲法と国家との関係把握にいかに関わると

もかく、プロイスにおいても少なくとも、近代憲法が主権国家を不可分の要素として発展してきたこと自体は揺るがないポイントとして押さえられている。(p.25) そのうえで、憲法は国家を超えるレベルでも存在し・存続しうることが問われるわけである。従来の主流の見解、例えば上述のグリムらの見解では「少なくとも現状では」国家の枠を超えて、憲法・立憲主義を語ることはできない、とされる。この見解の前提に、プロイスの視線が注がれる。まず、主流見解によって、憲法と国家の不可分性が主張されるが、しっかりした論拠によって論証されているだろうか。同様に、国家主権とグローバルなレベルでの憲法とが両立不可能だとされるが、この点もしっかり論証されているのだろうか。これに対し、プロイスは以下のように憲法の「再定義」を示し、すでに国際社会にはそうした憲法の要素が「萌芽的に」登場していると指摘している。(p.25,p.44f.)

さて、プロイスは M. ウエーバーの「国家」の定義を引用して家族・氏族・部族などと国家との違いを「領域ないし領土」に求めている。「領土」とは単に物理的空間の謂ではなく、包括的一般的な権力行使およびこれに対する服従の可能性のことである。プロイスによると、これが主権に他ならない。この点には、いくつか吟味されるべき含意が含まれているが、とりわけ、権力が非人格化され、そのことの結果として支配の範囲と強度が規範化されたことが重要であろう。このように、支配者は、一般的な規範に則り多くの人々を支配することができるようになった。秩序も非人格化された。この点にプロイスは主権のエッセンスを観取している。(p.27f.)

上の点をさらに敷衍して、プロイスは、主権の要素たる領土が法・命令と結合して諸個人の社会的空間を切り拓いた論理を次のごとく描いて見せる<sup>(18)</sup>—。権力の非人格化により、それまでは権力者が上位者だからその命令に従うという状態から抽象的に秩序に一規範は規範だから一従うという外面的態度が出てくる。他方で、自然法論から実定法思考への動き、これとあいまっての道德・宗教規範からの法の自立化の動きと平行に、精神的・宗教的自由の空間も開かれる。(p.30)

次にプロイスは、西洋とりわけ大陸ヨーロッパの「国民国家」において、「領土」という要素の刻印が顕著に残っているのが近代法である、とする。なかでも「国家的なるもの」のもっとも明らかなコロラリーが立憲主義であった、と。

ここで、単に立憲主義と「国家」との関連性を指摘するだけでなく、その線にとどまらず、国家を通しての社会秩序の形成という思想をつかみ出すのである。こうしてプロイスの理解では、フランス人権宣言16条、同1条などからも近代の初発点においてはなお、憲法は国家の、というよりも社会の憲法であった。かように国家権力は市民の自由にとっての脅威であるよりも、むしろそれを可能とするものであった。(参照、人権宣言4条) 基本的に憲法と国家との結合性に固執するグリム(前述)とは対照的に一ただし、先述したようにプロイスもこの点をふまえたうえで一憲法は国家というよりは社会と結合する、というのがプロイスの見解である。そのうえで、フランス人権宣言型の憲法がアメリカ型の制限政府論と対照的なものであるとするプロイスの見解、および微妙であるが、憲法とは社会の憲法である一実は、グリムにもこうした主張がみられる一という見解にグリムとの接点が見られ、興味深い<sup>(19)</sup>。憲法と国家、社会、また憲法と自由という三項、四項の関係把握において、当たり前かもしれないが、両者には微妙ながら接点も、ずれもみられるわけである。

同様に興味深いのは、フランス人権宣言16条に謳われた権力分立についても、その主たる関心は社会における分業、社会の機能分化という社会への問題に置かれていたのであって、国家への関心は第二次的だったという指摘である<sup>(20)</sup>。もちろん、かように解された特殊フランス的な立憲主義においても国家には重要な役割が与えられている。けれども、国家の主要な目的、それは個人の自由と個人の自由との両立という課題であるが、これが主権国家から自由な空間である社会での重要な課題とされるべきことである。そうすると、「憲法」とは先在する権力を制限する一アメリカ型の制限政府論一ものというよりは、まずはまだ形の定まっていないアモルフな人々の群れ=マルチチュードに形と集団としての存在を与え、そして政治体制を造形するもの、だから創設的なものなのだ、と。(p.33ff) プロイスによると、歴史的にも、支配権力をただ制限するにとどまる憲法というのはどこにも存在しなかった。(p.37)

さらに重要な指摘として、近代以前には主権(論)が領土の観念と結合していたが、近代憲法において、主権論が人民=国民と結合し、人民主権論、国民の制憲権に昇華された、ということもここであげておきたい。そうすると、「憲法」の概念は領土として閉鎖された「国家」という概念と必然的に結合するわけではないという興味あるテーゼが導かれる。むしろ、近代憲法は国家という

領土的支配の仕組みと単位に代えて、もう一つ別の支配様式を提供している、というのである。むろん、近代憲法にとっても領土の意味が無となったわけではない。けれども、マルチチュードから人民＝国民への転化が、領土へのコントロールによってでなく、人民＝国民の制憲権によってもたらされる、ということが肝要なのである。プロイスによれば、この点が、18世紀末の民主革命の成果なのである。

ここで、本題に立ち戻らう。一上述したように、プロイスによると、「憲法」とは「構成的」規範である。それまでは単なる物理的事実であったことが、憲法によって「制度的」事実に変化され、それゆえ、特有の意味を獲得するところの制度的現実を「創設」する規範に他ならない。(p.40) プロイスの見解では、制憲権さえもが単なる経験的事実でなくて「構成された」事実、つまり一定の意味を付与された制度的事実である。「だから、憲法制定の行為は集団的な自己帰責の行為として理解されねばならない。かくしてマルチチュードがメンバー全員にとって共通すると考えられる利益を明らかにするのである。また、こうしてマルチチュード自身が政治共同体として構成されるのもある。逆説的であるが、ばらばらのマルチチュードの自己構成（自らに憲法を与えること）が起こりうるのは次の場合だけなのだ。それは、諸個人があとから振り返ってみて、憲法によって彼・彼女らに与えられた権力を行使する制憲行為において一つの政治体のメンバーであると自認する場合ということである。」(p.41)

上の点をプロイスは次のように敷衍している。我々は、誰かの権力をただその制度的事実故に受容するというのではない。我々の社会的行為が、制度的事実と地位が義務・権利・責任・授権を生み出し、こうして人間の行動範囲を拡張していく能力に依存しているからである。例えば、民事法によって個人には契約し、所有権を得る能力が与えられており、これによってさまざまな交渉が行われる。法人というものが発明されなかったならば、大きな投資を呼び込むことも、新しい社会関係が生み出されることもなかったであろう。かように、陸続として、人間の交渉を可能にし・活発にして新しい社会的現実を生み出すのは、「換言すると、それまで未知かつ手の届かなかった社会的事実の機会を創出するルールであり、構成的なルールなのである。」(p.42) プロイスは「憲法」もこのような「構成的」規範であるというのである、この点でもグリムの見解との異同につき一言はさみたい。一プロイスによれば、自らと同様にグリムに

よっても憲法の「構成的」性格が認められており自説と一致する。だが、憲法とは一つの人民＝国民の制憲権からのみ成立し、憲法とはなによりも国家権力に向けられているというグリムの理解には賛同しがたいとしている。(p.42) こうして、プロイスにあっては、領土的国家とは異なる別のタイプの政治体が「憲法」をもちうる可能性が展望されるわけである。「政治体」とは集団に共通の安全と福祉を提供するもの、そのために集団に対し厳格な服従を要求するものである。なるほど、これまでは国家がこの役割を最も有力に担ってきた。だが、こうした機能を果たしうるのはもう国家という政治体だけには限らない。こうして、プロイスによって「憲法」が再定義され、「領土」－境界がある程度明確になったナワバリーに基礎を置くのではない政治体も十分にそれを持ちうる事が主張されるわけである。(p.43)「こうして今や、次のように考えるのが妥当だと思う、その構成員が外界に対して画されているところのマルチチュードが皆に共通の防衛と福祉を追求すべくある体制を設立し、共通の意思の形成に関わるルールを設立し、個々の構成員の義務と責任を生み出すことができれば、そのときはいつでも、このマルチチュードはすでに憲法によって形を与えられた一個独立の存在として自らを構成していたのだ」と。ここでも、制憲権が遡行的に、自己言及的に把握されているのである。

この点は少し視点をずらして、予め前政治的な実体を想定して展開される今では古典的となったC・シュミット流の制憲権論へのプロイスの批判に連なっていく<sup>(21)</sup>。また予め粗野な大衆＝マルチチュードを想定して、憲法によって制憲権の暴力的行使が封じ込められると説くリベラルな制憲権論に関してもプロイスは批判的である。プロイスによれば、もともとアモルフな大衆に組織と形式を与えて集団として能力をもっと自由に活用できるようにする－インパワメント－のが憲法なのである。憲法によってこうして力を与えられたマルチチュードは「市民」となる。市民は憲法の下で自らの能力を発展させる。シュミット流の制憲権論によって制憲のプロセスの重要な側面が見落とされてしまったという批判もある。それはプロイスによると、個人主義的並びに社会的側面である。シュミットの制憲権論が専ら政治的側面に傾いていて、自由・平等な諸個人の集団としての社会が団体として政治の世界に入っていくプロセスがすっぽり見落とされていると言うのである。フランス革命のキーワードは「国民と市民」であったのに、シュミットは市民の側面を忘れてしまったのだ、と言うのである。プロイスは自由・平等な市民の共同体が国民＝人民であり、社会的レヴェルこそが政治の次元を規定することをここでも強調している。



上述のように論じるプロイスの結論としては、憲法は必ずしも価値の共有や社会的慣行の理解の共有を前提としない。だから、物理的・社会的・文化的境界を越えて協働＝共生する仕組みが「憲法」によって創出されうるのだ、と。プロイスによると、すでにEU,UN,その他の国際条約、さらに第二戦後の国際法学により確認されてきたユス・コーゲンスなどの強行規範に国家を超えるレベルでの「憲法」のきざし<sup>22</sup>が確かに観取しうる、というのである。(P.46)

実は、上述(2)で取り上げられたラフリンにおいても、再帰的ないし自省的立憲主義という見出しの下に制憲権を遡行的かつ事後咀嚼的なものとして理解したらどうかという提案がされている。それは、憲法を制定した人民＝国民に誰がそれを授権したかという無限後退のパラドクスに対処するのに、制憲権を歴史的に一回限りのこととして理解するのでなくて、いわゆる制憲の事実のあとに憲法典に列挙された規範を改めて抱きしめ直す、つまり受容する行為として理解すべきだということであろう。こうして憲法の権威性が一方では内的視点から理解され、他方で外的視点からは憲法の条件付けられた性格—私見の理解では、憲法がその環境・条件次第では意味の変容を蒙りうるということ—も承認できるというのである。近代憲法はこうして、硬性性を維持しておかつ時代の要求に柔軟に対応するものとして理解できるというのである。これは言わば制憲権の自己言及とも言うべきことだが、ラフリンによると制憲権は逆説的だが、憲法によって作られた権威のプリズムを通してのみ理解されうるということでもある。<sup>(22)</sup>

(6) G. トイブナーの場合—。上述(5)で取り上げたプロイスも広い意味で「憲法化」論者のなかにカウントできると思う。この節で取材されるG. トイブナーは、法社会学者らしくシステム理論のうえに自覚的に「ソシエタル憲法」論を提唱しており、より典型的な「憲法化」論者であるといえると思う。トイブナー論文<sup>(23)</sup>によって、まず問題が次のように提示される。—憲法的権利の水平的効果、いわゆる人権＝基本権の第三者効力、私人間効力につき、これまでアメリカ型であれ、ドイツ型であれ—ステート・アクションの法理、基本権保護義務論など—理論的対応が不十分であり、むしろ私的アクターが基本権の拘束から免れる隙を提供している。トランス・ナショナルなレベルではとりわけ多国籍大企業がわれわれの生活をおおっており、このレベルでこそ、基本権の水平的効果の問題が先鋭的に問われるべきなのだ。この問題を一般化すれば、「私化」「グローバリゼーション」という主要な潮流に発するもろもろの挑戦に憲法理論がいかに対応すべきか。だが、トイブナーの見るところ、国家という枠組みにとらわれたままの憲法理論には、「私的政府」が生

み出す諸問題に有効に対応することはどうやら無理らしい。そこで、国家という概念から解放された立憲主義を開拓・発展させる必要があるが、それは憲法学者にとってはタブーを犯すことに他ならない。そこで、トイブナーとしてもやや控えめにこの企てがある意味でユートピアであるかもしれないとしつつ、けれどもこれは世界的に観取できる動向を反映した主張であるという<sup>(24)</sup>。少なくとも、社会的現実性のないイチジクの葉ではない、といわんとするのであろう。つまり、今、国民国家を越えて、多くの「市民憲法」civil constitutionsが登場しており、われわれはこの現象に立ち会っているのである。(p.329) 世界の、多くの自治的な下位システムが徐々に「憲法化」されて、今日の姿に至ったものである。トイブナーが自らと同じ「憲法化」論の陣営にいるものとして、U.K. プロイス=上述(5)、後述部(7)で取材されるN.ウォーカーの名前を挙げていることに着目しておきたい。

さて、トイブナーによれば、「社会憲法」societal constitutionsは必ずしも経済の動きだけの結果ではなくて、グローバリゼーションの多中心的な形態として理解されるべきである。そのためにも、この点をさらに敷衍して、広く流布した主要な前提が放棄されるべきだ、と主張する。

- i) 第一に、法のグローバリゼーションについてそれを何よりも経済の国際化の結果であるとする想定である。そうではなくて、グローバリゼーションというものが多中心的な性格のものたることに留意せよ、というわけである。社会の機能変化がこの動きの駆動因である。社会のもろもろの自立的なサブシステムがおおのの領野を越えてグローバルに発展する。この動きは経済活動に限定されない。(P.330) 科学・学問、技術、文化、軍事、スポーツなどなどありとあらゆるサブシステムに共通の動きである。そうすると、おおののサブシステムが己の合理性を一他のサブシステムの合理性を考慮することなく一最大化しようとして、「合理性の衝突」が発生する<sup>(25)</sup>。例えばトランスナショナルな企業による人権侵害は、多国籍企業の経済的自由と個人の人権の衝突というよりは、制度化された合理性間の抵触であるとみた方がよい。
- ii) 第二に放棄されるべきは、法体系というものが国民国家レベルにのみ存在しうるというこれまでの硬い想定である。(P.331) グローバル法は、それ自体が統一的でありつつ、おのれのなかに内的緊張をはらむものだから

らである。例えば、一般的な見解に反して、WTOのようなグローバルな法体系が出現しても、法秩序がどこかの中心に収斂していくとは限らない。むしろ、社会の断片化により法のあり方に次のような影響が現れる。一分化した社会の諸領域を政治的に規制—その手段が法である—するには、該争点特有の政策のアリーナを小分けしなくてはならない、というようにである。

- iii) 非国家的で「私的」な法体系が急速に成長しており、つまり「国家なしのグローバル法」が発生している。それらは、多元的、多次元的な法である。そこで第三に放棄されるべき想定として、法の妥当性が国家による法の創設プロセスから導かれという想定があげられる。こうして「トランスナショナルな共同体」の自立的断片—グローバルな経済、科学、技術、マス・メディア、教育など—を規制するにも、専門的かつ高度な要求がつきつけられている。これらの自立的で断片的な要求は、国家法や、国家に基礎を置く条約によっては満たされないものである。そこに、国際経済を規律するのに、レクス・メルカトリア、インターネットなど、国際的な高度情報流通を統御するものとして、レクス・ディジタリスなどの「社会憲法」が発展してきた理由がある。(p.332)
- iv) 第四、グローバル法というと、とかく国家を構成単位とする国際関係の法のことが論じられるが、そうではない。この常識的ショートカットを捨てて、さまざまな社会的セクターの法がグローバル法であり、それが「憲法化」していることが自覚化されるべきだ、という。断片化した諸セクターにも政治があるが、しかしそれらは、従来のような制度化された政治のことではない。市民社会、科学、教育、スポーツなどなどの諸セクターに「憲法化」が起こっていて、それらセクターが政治体に他ならない。(p.333)
- v) 最後にトイブナーが、伝統的な憲法概念にまとりついていた残滓であり放棄すべきだというのが、統一的な「世界憲法」への希望(たとえば、J. ハバーマス)である<sup>(26)</sup>。というのも、グローバル社会は中心をもたない多中心的な社会(N. ルーマン)であり、グローバル法は諸セクターを司るもろもろのシステム法体制のゆるやかなネットワークに他ならないからである。(P.334)
- それでは、以上 i) ~ v) で説かれるように、それらの想定から解放されて、

「社会憲法」「憲法化」現象を適切に捉えるならば、いかなる基本権論が可能となるのだろうか。本節の冒頭でも紹介したように、近代憲法・近代国家の概念に頼ったままでは、今日の人権侵害状況に能く対応しきれないというのがトイプナーの論定であった。それによれば、従来の基本権理論が妥当しえたのは、国家がまさに一つの包括的な社会組織たりえ、また、政治が階層的でかつ、上下間の調整機能を果たし得た限りでのことであった。しかし、今や、国家とは別の高度に専門化した諸システムが自立化して、上のごとき伝統的な考え方の妥当性も失われつつある。基本権・人権の水平的効果という把握が試されているのは、まさにこの文脈においてのこと—近代国家という前提のもとでは無い—である。社会の断片化・自立化によって、各ネットワークと人間存在(自由)との境界線が複雑になり、また新しいセクターが自立化しては人間存在との間に境界線を引く。ここに、また新しい危険が生まれる。こうして、人権侵害の危険は、個人と国家との間のことに限らない。この危険性は、常に拡張傾向をもって立ち現れるあらゆる社会的セクターから発生する。それは、人間性への残虐な仕打ちによるものばかりではない。例えば、科学機関の研究欲、これ自体は、学問の自由、研究の自由の一環であろうが、これによって人間性が—プライバシーや人間の尊厳—害される場合もあろう。こうした場合、制度化された政治体たる国家による対処—国家による保護—に頼るわけにはいかない。こうした私的アクター間での水平的侵害については別の対処法が考えられるべきだ。また、トイプナーによると近代法の基本カテゴリーたる主観的権利・人格の概念によって水平レベルでの権利侵害に対応することが、どだい、無理筋のことなのである、と。(P.338) 加害者が特定の個人とも団体とも同定しえない匿名の存在であり、特定の主体に帰責しえない人権侵害であるからである。ドイツ型の国家による基本権保護義務という論理でも、アメリカ型のステート・アクションの法理も、時代に遅れているというのであろう。

例えば、トランス・ナショナルな企業による人権侵害への対処として、個人の権利・自由と企業側の権利・自由とを対置し秤にかけるのは不適切な解法である。(P.329) ことは、一つの企業による問題ではないからである。トイプナーによれば、人権の水平的効果という問題は、特定しうる誰かと誰か、つまり間主観的な紛争というよりはある社会システムとその環境—これもシステムである—との紛争という性格のものだからである。それは、社会システム間の共

約不能な合理性間の衝突だからである。だから、かかる問題状況への対応としては、特定の企業活動を規制することよりも、もろもろの社会的合理性の共約不能な衝突をコントロールする一般的・抽象的ルールを開拓することが不可欠となる。こうして一般的ルールによって、ある社会システムの合理性のなかに他の社会セクターの合理性を斟酌するように仕向けることで、共約不能な合理性同士間の抵触から発生する破壊作業に機先を制することが肝要である、というのである。なぜというに、共約不能の合理性の衝突を裁く至高の裁判所は存在せず、国家の裁判所ももうそれではありえない、というわけである。(p.339f.) せいぜいのところ、一つの社会セクターの規範・原理が他の諸セクターのそれらを考慮すべく「重し」を課すことが国家の履行できる任務である、ということであろうか。

おそらくトイプナーにおいても、秩序形成における国家の役割が完全に否定されているわけではないと思われる。たとえば、上述の「一般的・抽象的ルール」の制定に際し、国家機関たる議会の関与が否定されているとは考えがたいであろう。しかし、それがかなり低く見積もられていることが上述からも分かるであろう。なぜであろうか。私見では、「合理性」理解—さらには、「人間」理解—にそのことの重要な鍵があり、そこにまた、ハバーマスの普遍的な「世界憲法」論、および普遍的な理性に基づく人間観・コミュニケーション理論との分岐点があると思われる。その点の私見を敷衍すると次の通りである。—トイプナーにとって、ハバーマス流の近代の解放プログラムも今日の人権侵害解決には役立たない。個人を社会プロセスに民主的に包摂するということから、何ら重要な手がかりが得られない。それは、いわば参加民主主義に過大な期待を寄せるロマンティシズムに過ぎない。こうしてトイプナーは、民主的手続きは決して、社会に生きる人間に対する正義にかなった取り扱いの基準ではない、とまで断定するのである。それは哲学的な抽象論に過ぎず、現実の個人には何らも関係しない机上の空論である、との酷評が下される。(p. 341) また同様に、市場に集う個人の合理的選好理論も現実の人間に関係しない空論である、とも。心と体をもった人間が—だから、内省し、苦痛も感じる—自己考察してのみ、ある人間交渉＝コミュニケーションが果たして人権を蹂躪しているかどうかを判断しうる。また、こうした現実の人間の自己考察が—だから、国家が上からの視線で考察するのでなくて—いかにゆがんでいても、コミュニケーションに

取り入れられてこそ、そのコミュニケーションが人間的に正義に適った自己限定、自らの合理性が限りなく膨張することへの予防つまり、人権侵害を自発的に予防する一するチャンスが生まれる。現実の人間の意識とコミュニケーション、痛みを表現する叫びが同時に立ち現れる瞬間こそが決定的である。正義とは、自発的な憤り、不安、プロテストであり、それはハーバース流の普遍主義哲学によって説かれるような抽象的な政治的・法的ディスクールとはほど遠いものなのだ、とトイプナーはいう。確かに、人間とは精神・心と身体との統一体であるとすれば、心・感情が抑圧されれば当然、身体までも影響を受けるであろうし、その逆も然りであろう。人間の行動と社会のあり方の基準として、もし「合理性」に着目するというならば、理性ないし悟性ばかりでなく感情・感性、身体感覚をも含めた全一的な合理性概念に立つということなのであろう。ハーバース流の近代啓蒙の普遍的合理性とは、別の選択肢を採る、ということなのである。

#### IV 接点を求めて

それでは、上に見たⅡ、Ⅲの見解はどこまでも平行線をたどって、議論は収束することがないのであろうか<sup>(27)</sup>。

##### (7) N. ウォーカーの場合一

私見では、ウォーカーの論考は結論こそはⅢの陣営に与しているかのごとくであるが、しかし、Ⅱの論者たちにも歩み寄りをみせている。逆に、Ⅲの論者たちに対しては「立憲主義」につき外面的な取り扱いに甘んじてはならないと注意を促してもいる。ウォーカーの論考<sup>(28)</sup>をここで取り上げるのは、そのためである。ここで、外面的な取り扱い方とは i) 立憲主義の唯名論的ないし規約的定義のことである。一定の体制に一定の性質が見られるとしてそれを「立憲主義」と呼ぶ場合に、その体制を正当化するイデオロギ的機能に注意が促されているわけである。ii) 立憲主義の形式特徴を強調する動向があり、このことにより、ポスト国家の憲法の着地点をめぐる議論が—近代憲法につきものの法律的視点、成文憲法の最高法規性・包括性の思考様式によって—強く影響されたことが指摘されている(挫折した EU 憲法案、いわゆる WTO 立憲主義論など) iii) ポスト国家の立憲主義の第三の形態として、国家の憲法との間に何らかの実質的な類似性がみられることが強調される場合もある。例えば、権

力分立やいわゆる比例原則がポスト国家のレベルにおいても採用されていることなどがあげられる場合である。ii)、iii) いずれにしてもそうした形式的ないし実質の特徴が観取されるということだけで憲法が国家の枠組みを越えて存在している、もしくは存在しうる、と言い切るに十分であろうか、このような疑問がEU法研究の専門家であるウォーカーによって提起されている<sup>(29)</sup>。

他方、上述Ⅱで取り上げられた論者たちには $\alpha$ ) とくに政治体を構成する人民=国民のアイデンティティ、連帯感、忠誠など文化的要素が強調される傾向がある。 $\beta$ ) そうでなくとも、近代国家という政治空間には知識・理解・ものの見方の共通の枠組み(M. フーコー)が不可欠だという暗黙の前提がとられている。もっとも、後者の点には、ウォーカーも一定の理解を示している<sup>(30)</sup>。

以上のように、ウォーカーはポスト国家の憲法・立憲主義の存在またはその可能性をめぐって賛否両論の議論の特徴を見渡したうえで、一見の限りでは両論に共通の土俵つまり接点を見つけることの困難であることが吐露されている。それでも、ウォーカー論文は、各々の論者の議論が賭けている事柄に少なくとも重なり合う接点—憲法・立憲主義という言葉の単なるすり合わせでなく—があり、これを採り当てようとするのである。(P.296)

この接点を探るにあたり、上述で言及された名目論も、本質主義(実質論)も両極端であり、むしろ穏健で中間的な見解にこそ真理があるのでないか。それは、近代国家の伝統にみられるなにかの価値がポスト国家の文脈にも移植しうるとする見解のことである。本稿でも先述されたグリム(1)、ラフリン(2)の見解においても権利章典・権力分立といった伝統的な近代国家の憲法の構成要素(フランス人権宣言16条)がそのままの姿でないにしてもポスト国家レベルでも重要な価値になっていることが否定されていないことが、ウォーカーによっても注目されているところである。(P.294f)既にみたように、グリムもラフリンも少なくとも現在のところ国家を超えての憲法・立憲主義を語ることには時期早尚であるという認識を示したままであった。両者の認識では、憲法・立憲主義は国境をまたいではまだ十分には成長していないというのであった。(P.296)

以上のような抑制的かつ慎重な考察態度が、制憲権について論じているウォーカーの別論考にも現れている<sup>(31)</sup>。その論文でウォーカーは、EUとの関連で憲法というものは制憲権を前提とするか、と自問してこの点では消極的な議論を行っている。こうして「ポ

スト制憲権」の立憲主義を説いている。しかし、他方で、EUにはすでに「憲法化」を語るに必要な要素がすべて出そろっているという、逆の意味で急進的な説にも距離をとっている。この点にも立憲主義についてのウォーカーの慎重な取り扱い方が観取され得るであろう。

同様の意味で穏健で、広い目配りをした考察態度を見せているのが、該論集でのM.クムの論考である<sup>(32)</sup>。現代は、確かに国内憲法の弱体化がみられるものの、その分、国家を超える範囲で憲法形式が登場しており埋め合わされている、つまり憲法が勝利した時代だという見方、逆に憲法が消失しつつあるのが現代なのだという見解の間で、結論的には前者を採るのがクムの立場ではある。しかし、前者に立ちつつも、国家を越えて立憲主義が拡張してきたといえるほどには自明でもない、としている。また、制憲権を強調する後者の見地に対してはこれを「民主的国家主義」と呼び、憲法の正当性の手続きの基準としては制憲権は万能ではない、と批判している。そもそも、何等か特定の手続き・制度、特定のテキスト、その他なにがしか一つの源（たとえば「われら、人民」）に訴えて、憲法の正当性が明かされると考えるのは、あやまりだ、という。例えば「ドイツ憲法」について、第二戦後、旧西ドイツの基本法としてGGがまず出来上がったときだろうか、あるいは東西ドイツが再統一—旧東ドイツが基本法へ加入した—されたときか、はたしてどの時点で、誰によって、憲法制定の意思が表明されたのか自体がなかなか難しい問題である。同じくアメリカ憲法についても、200年以上前に発動された手続が、今日の憲法の正当性を示しているかは断定し難いところだ、という。クムによれば、GGもUS憲法も国の最高法規として正当なものであるとすれば、それは制憲時とは切り離された特徴・理由からそうなのである、という。「それ自体として、憲法の正当な権威性を証明するのに必要または十分である手続きはない。」だから、ドイツ再統一が、旧東ドイツが旧西ドイツ（のGG）に「編入」されるという条約的—明確な、新しい憲法制定という形ではなく—手続きで行われたからと言って、旧東側の市民であった人々にとってGGの権威性が損なわれるわけではない、というわけである。そもそもクムにとって制憲権と結びつけられた終局的な憲法の権威性という観念が誤りである、とされる。ましてや、国家レベルで選挙手続きがいかに重要であっても、それは正当な法を制定するための一つの手続きでしかない。クムのこの点の主張への是非判断はここではお預けにせざるをえないが、憲法の権威性というか正当性ということを考える際に、近代憲法の源とされてきた制憲権、さらにはそれが制度化された諸手続きや関連する権利の持ちうる重みについて、再考させるものだと思う。この点は先ほど述べたことだが、プロイス、さらにラフリンによってもそれぞれに独自の視点から—自己言及的な制憲権論として—同様の問題提起がされているわけである。



またもとに戻って、ウォーカーの論考では憲法・立憲主義と国家との関係把握をめぐって、他にも方法論的に重要な指摘が見られるが、ここでは一つだけ取り上げておきたい。それは、比較の対象に関することであり、国家を越える憲法・立憲主義、ソシエタル憲法の存在もしくはその可能性を論じる際、近代憲法の初発点でなくて、むしろその後の変容をふまえた現代国家の憲法の姿とその環境こそが一方の比較対象とされるべきだ、という指摘である。国内憲法自体が、今日ではいっそう新しい現象の下に、国家・国民の公法的生活を全体的に・包括的に規制するものであることが困難になりつつあるわけである。つまり、国内憲法もさまざまに現代的対応を図って、内容を充実させてきたのではあるが一主な対応として、違憲審査権の拡充・活性化や、社会的権利の保障、政党・政治資金の規律、諸種の国際化条項など一、それにもかかわらず、またはそうであるがゆえに反面で失ってきたものがあり、少なくとも国家と国民の公法的生活を全面的にカバーしうるのはフルスペック、フルスケールではない。それゆえに法律や条約に補完されまたはそれらを補完しなければならないということであろう。この意味で国家の憲法がなおも規制力を保つには、自ら開かれた・関係的なものになってゆかざるを得ない (p.304f.) というウォーカーの指摘は的を射たものであると思う。

#### (8) 結語に代えて一

社会科学の素材は多層的で複雑である。そのうえ、どの側面・局面に焦点を当てるかも原則自由であるし、仮に同じ側面に光をあてたにせよ、それをいかに認識し・評価するか多様な見解とならざるを得ない。上述Ⅱ、Ⅲで一瞥した二つの見地が分岐するのも社会科学の素材についての認識・評価であるから、致し方ないところかもしれない。仮に同じ素材の同じ側面について論じ・同じ認識だったとしても、評価が異なるということもあろう。また、筆者の冒頭Ⅰでのテーマ設定 (この小稿の副題もそうだし、むしろ、それはまた該・論集の示唆によるものであれ)、およびこれに対する論者の論旨の分類もおおざっぱに過ぎたかもしれない。だから、Ⅱ、もしくはⅢ内部の論者同士でも、一枚岩ではなく見解の違いはもちろんあるし、逆に、Ⅱ、Ⅲの垣根を越えて存外、より詳しく検討すれば、ある論点では近い論旨が見られることもあるに相違ない。実際、(1) グリムと (5) プロイスとでは、冒頭Ⅰに設定した設問への結論こそ対照的であるが、憲法の定義やその性格については微妙に重なり合う

ところが確認できたのであった。同様に(2)ラフリンと(5)プロイスにおいて制憲権をむしろ遡行的に、つまり国民=人民の再帰的自己咀嚼行為として理解するという接点を確認された。どだい、ヴァリエーションに富む諸家の見解をⅡ、Ⅲなどと二つに分類することが乱暴なのかもしれない。その意味では、上記(7)に取材した、ウォーカーのアプローチには示唆的だという域を超えて、方法論的に賛同するものである。

最後に、不十分ではあれ諸家の見解を一渡りしたからには、筆者のざっくりとした私見を提示しておきたい。現状認識としては、鼻眞目で見ても、近代国家の憲法はすでに久しく、国民の政治生活・公権力の民主的正当性並びにその発動を規制する唯一の源としての規範性を、多かれ少なかれ失ってきたといわざるを得ない。国内憲法は、現代の様々の現象の圧力の下に「部分憲法」と化しつつある。これは、グリムが悲観的に幾度も指摘してきたことであった<sup>(33)</sup>。この点については勿論、近代憲法とはそもそも公権力と個人の関係および国家組織の規定にとどまることでこそその規範性を発揮できだのだ、という反対の見解もある(例えば、E.-W.ベッケンフェルデの場合)。また、確かに、これまで憲法の紛うことなき構成単位とされてきた国民国家のプレゼンスにも陰りが見える。それでもなおも当面は、憲法の枠組みとして国家が最有力な単位であることは揺るがないだろうと考える。よかれあしかれ、私見では、少なくとも当面は「国家なしの立憲主義」は夢物語にとどまるであろう。しかし他方で、国境を越えて、あるいは国内の内部で—これまでならば、普通の法律のレベルで対処されてきたことだが、諸法があたかも、各領域の憲法のような体裁をとりつつある傾向が強まりつつある—それぞれの法分野での「憲法」「立憲主義」「憲法化」が語られるだけでなく、実際にもそれらの言葉にふさわしい陣形を整えつつある分野も出てきている。この二つの側面はまさに表と裏の関係にあるのであって、緊張をはらんではいらぬものの矛盾しているのではない。この緊張関係こそは、むしろ憲法の「開放的」「関係的」性格(ウォーカー)に内在するもの、つまり生理的なものであろう。ちょうど、月の満ち欠けが太陽や地球との位置関係に左右される生理であるように。この小論が主な取材対象とした該論集のタイトルにならっていると、近代国家の憲法・立憲主義は現象的には「たそがれ」ではいるものの、国家を越えて、あるいは国家の内側に向かってあらためて憲法・立憲主義は「あけぼの」として薄明かりを灯しているとい

うのが筆者の理解である。一方が他方の原因でもあり、同時にその結果でもあるという相互に入れ子状態の関係にあるようなものである。それでも、この二つの動向——主題と変奏のように——のなかで、憲法・立憲主義はなおも人間の政治的共生のための基礎規範として生きているし、さらに生き続けていくであらうと思うのである。

## 注

- (1) P.Dobner,M.Loughlin(ed.),The Twilight of Constitutionalism?,Oxford University Press,2010,の各部構成を順次打ち出すと次の通りである。1「立憲主義、および国家性の侵食」(pp.3-69)、2「ヨーロッパという問題」(pp.73-137)、3「民主制なしの立憲主義」(pp.141-198)、4「憲法と国際公法」(pp.201-242)、5「グローバル行政法—発展しうる代替肢か?」(pp.245-287)、6「社会的(ソシエタル)立憲主義の登場」(pp.291-341)である。2007～2008年にかけてD.グリムの提案でベルリンに集った特別の研究グループ「国民国家を越える憲法」の共同作業がこの論文集の発端であるとのことである。
- (2) J.Tully, 'The Imperialism of Modern Constitutional Democracy' , in: M.Loughlin, N.Walker (eds.) ,The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form,2007,p.315ff.
- (3) D.Grimm, 'The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World' , in:Dobner,Loughlin(ed.)op.cit.,pp.3-22.
- (4) 拙稿「D・グリムの、『市民社会論としての比較立憲史研究』に寄せて」高岡法学8巻1号73頁以下、「Verfassungsstaatの今日的条件」高岡法学11巻1号1頁以下。
- (5) 人民と国民との異同については特に人民主権論と国民主権論との対立において論じられてきた経緯がある。この論脈では筆者は、フランスのCh.アイゼンマン、およびM.トロベールの見解に賛成で、両者を区別する理論的実益がないと考えている。この点につき、拙稿「国法の一般理論にとっての政治体制分類の問題」法政理論39巻4号225頁以下(258頁以下)。
- (6) 拙稿「自由国家の法理と、E. - W.ベッケンフェルデの憲法学」高岡法学12巻1号17頁以下(21頁)。
- (7) すでに1990年代中頃の時点で「ヨーロッパ憲法」「ヨーロッパ国家」に懐疑的なグリムの見解につき、拙稿「ヨーロッパ統合のなかの、憲法裁判とデモクラシー」高岡法学7巻1.2合併号1頁以下(7頁以下)。
- (8) 拙稿・高岡法学11巻1号55頁以下。
- (9) M.Loughlin, 'What is Constitutionalism?' , in:Dobner,Loughlin(ed.),pp.47-69. ラ

フリンには多くの著作・論考があり、すでに邦訳されたものもある。公法の観念(猪股弘貴訳)がある。この小稿との関係で、ラフリンのスタンスが明確に観取されるもので、かつコンパクトな論考として、M.Loughlin, 'In Defence of Staatslehre', *Der Staat*, 2009, S.1ff. この論考では、近年の「多元的立憲主義」(I. ペルニスらの見解)に抗して、伝統的なドイツ国法学の理論・概念(とくに国家の要素としての領土、支配権、国民=人民)に正面から向き合うことの意義が説かれている。「国家学」にフランス語の *droit politique* が照応するものとしてあてられていて、とりわけ H. ヘラーの理論的意義が強調されている。

- (10) ここでは、ラフリンとともに、ベイン、人間の権利(西川正身訳)を挙げる。
- (11) スメントのいう「象徴的統合」である。R.Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928
- (12) ラフリンは別の大著のなかでベインの思想史上の位置づけをルソーの主権論との比較において行っている。M.Loughlin, *Foundations of Public Law*, 2010, pp.345ff.
- (13) もっともラフリンは前注に挙げた大著のなかで、ハミルトンにも近代共和主義の要素が十分に観取できるとも書いている。M.L., op.cit., p.283f.
- (14) 同趣旨として、D.Grimm, *Die Zukunft der Verfassung II*, 2012, S.132ff., S.178ff., S.219f., S.264ff. 思うに、この点もさまざまな論脈で各国の憲法裁判権ないし司法審査権とEU裁判所との「協力関係」をそう簡単には語れないというグリムの見解に絡んでくる。この問題は経済的自由主義 vs. 社会的諸権利という文脈でのことばかりでなく、類似する権利の性格の理解もしくは射程の理解においても発生することである。例えば、ドイツ憲法学で情動的自己決定権といわれているものに関して、拙稿「情動的自己決定権とIT基本権のはざま・覚書——とくにドイツ憲法とヨーロッパ基本権憲章の場合——」駿河台法学 32巻2号 43頁以下。
- (15) EUの正当性に関して、ラフリンの論考と同様に自由主義的、それに対し共和主義的正当性という分析軸を設定して、後者の視点からヨーロッパ統合に関しては民主的正当性の支点をヨーロッパ理事会(閣僚理事会)に求めるのが、F.W. シャルプフの論考である。これは、各国の政治的意思を重視する見地である。ヨーロッパ裁判所に代表される自由主義的傾向に対し、構成諸国の政治的意思に焦点を当てる見解であるといえる。この点でも、グリム、ラフリンと趣を同じくする見地であるといえよう。F.W.Scharpf, 'Legitimacy in the Multi-level European Polity', in :Dobner, Loughlin(ed.), op.cit., pp.89-119.
- (16) R.Wahl, 'In Defence of Constitution', in:Dobner, Loughlin(ed.), op.cit., pp.220-242.
- (17) U.K.Preuss, 'Disconnecting constitution from Statehood:Is Global Constitutionalism a Viable Concept?', in: Dobner, Loughlin(ed.), op.cit., pp.23-46.
- (18) プロイスがここで、「領土」を主権(ここでは公権力と同義とみなす)の要素として位置づけていることが特徴的であり、かつ興味深い。伝統的ドイツ国法学にとっては、国家概念を構成する一要素として、主権=公権力、人民=国民と並ぶのが領土であったのである。このような理解は、ドイツのみならず、フランス憲法理論、アングロ・サクソン系の憲法理論によっても受容された理解であった。Vgl.M.

- Loughlin, op.cit., p.194f. かかるドイツ国法学の遺産を批判的にでも（とりわけ法実証主義に対して）擁護するというのがラフリンの所説のユニークなゆえんでもある。M.Loughlin, 'In Defence of Staatslehre', a.a.O. これに対しプロイスにとっては、ドイツ国法学を乗り越えて、その先の地点で「憲法」を再定義するために、まず、かかる実体的な「領土」という要素を無化する必要があると思われたのであろう。
- (19) 「市民社会」のありようとの相関関係において、各国近代憲法・人権宣言の機能を比較法的に、かつ発展史＝変動類型的に明らかにした点に、D.グリムの所論の面目があると思う。筆者が理解する限りで、グリムは、憲法とは国家でなくて「社会の憲法」だとまでストレートにいつているわけではないかもしれない。また、憲法規範はあくまでも国家権力に向けられている。しかし、憲法・人権＝基本権には少なくとも、将来の「社会」秩序を積極的に形成する「原理」が含まれうる、実際にもそうだったというのである。この点に、とりわけフランス型とドイツ型との対照性が鮮明に浮き彫りにされるのである。拙稿、高岡法学8巻1号92頁以下、同85頁（11）、高岡法学11巻1号27頁以下。
- (20) 確かに、フランス人権宣言16条の条文上の主語が国家ではなく「社会」であるということは、あまり注目されないが重要なポイントだと思う。この条文は *Tout SOCIETE* が主語となって書き出されている。
- (21) U.K.Preuss, 'The Exercise of Constituent Power in Central and Eastern Europe' . in: M.Lohghlin, N.Walker(ed), op.cit., pp.211ff.(213ff)
- (22) M.Loughlin, op.cit., p.310f., p.285, M.Loughlin, N.Walker, 'Introduction,' in: M.Loughlin, N.Walker(ed), op.cit., p.3f.
- (23) G.Teubner, 'Fragmented Foundations : Societal Constitutionalism beyond the Nation State,' in: Dobner, Loughlin (ed), op.cit., pp.327-341, さらに、Vgl. ders., 'Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie,' *ZaöRV* 2003, S.1ff.
- (24) Ders., a.a.O., S.6 に曰く、「市民憲法」論は遠い将来への規範的要請ではなくて今日のグローバルな規模で生じている現実動向についての見解である、と。
- (25) こうしてトイブナーによって基本権の歴史的役割が再定義される、それは国家組織を定め、また個人の法的地位を守ることよりも、社会的分化（政治、経済、学問・文化、技術…）をある有力なシステムが飲み込む独占化傾向から守ることなのだというのである。Ders., a.a.O., S.10.
- (26) 国民国家の憲法についての思考を、「世界社会」ートイブナーによれば、国家に対応する何事を見いだせないーのレヴェルにそのままただ移したもので、全くもって不十分だ、と酷評される。Ders., a.a.O., S.3.
- (27) 本稿はもっぱら「憲法」に焦点を当ててきたが、同様に「行政法」についても「グローバル行政法」の存在もしくはその可能性を巡って両論が提起されている。そのことの憲法的基礎はともかく（当面、棚上げにしても）、今日、広がりを見ているいわゆるグローバル行政法を分析し明らかにしようという学派が、もしくはこの「グローバル行政法」自体が *Global Administrative Law* と呼ばれていると

のことである。かかる視角限定付きで、かかる研究によって国内空間と国際空間との現代的ギャップを適切に埋め合わせるのは、大がかりな「憲法化」よりも、むしろ限定的な GAL—例えば、グローバルな規制統治における説明責任のメカニズムに焦点をあてるが、その代わりに、その規範的根拠は問わない—のほうだ、というのは N.Krisch の論考である。このほうが、国内で活用されているモデル・道具がより適切に参照枠として用いることもできようというのである。N.Krisch, 'Global Administrative Law and Constitutional Ambition,' in:Dobner,Loughlin(ed.),op.cit.,pp.245-266. この学派およびグローバル行政「法」—規範的根拠を問わないの—と—という把握にたいしては、クリッシュ自身が言及しているところだが、根拠も問わずに、行政現実を「法」の言語を使用して説明したり分析することが、単に記述するという域を越えて現実を「理想化」して認識をゆがめることに荷担するのではないかという疑問も提出されているところである。このような批判的立場を汲むとグローバル行政「法」というのでなくて、むしろグローバル「行政」と呼ぶべきかもしれない。しかし、このような批判は「法的」合理性と「行政的」合理性の違いを極端に過大視するものであって、そうではなく、この二つの合理性は二つの対極ではあるが、連続しているものであり、つまり程度の差だ、というのがクリッシュの反論である。そもそも国内行政というものが、さまざまな合理性の複雑なからまりのなかにあり、法的関係だけでは捉えきれないということが重要だというわけである。グローバル行政も同様であり、それはなるほど行政的合理性のポールに近いところにあるものの、そこには「法」がないというのではない、と。(op.cit.,p.263.) GAL に批判的な論考として、A.Somek, 'Administration without Sovereignty,' in:Dobner,Loughlin(ed.),op.cit.,pp.267-287. ソメクによる論考は、法規であれ、それについての法的言説であれ、法的言明には社会学的なコミットメントが含まれている、しかも法が機能するために理想化された事実認識が含まれている。ソメクが結論に言う、かつて国際法の最も情熱的な支持者によって同時にそれがなおも未発展の状態にあることが率直に認められていた時代があった (H.ケルゼンのこと)。しかし、政治的=法的手段で世界秩序=国際法を変化させようという期待が失われたので、その代わりに学者が学問の名においてこのような願望を偽造しているのが、現代である。この、いわばイデオロギー機能が最も強くみられるのが、現代国際法への憲法用語の応用という現象である。GAL も同様に、行政「現実」を「理想化」してしまい、「理想化」といっても法がもつはずの最も基礎的な側面=変革作用を台無しにするのだ、とやや込み入った批判を述べている。op.cit.,p.286.

28) N.Walker, 'Beyond the Holistic Constitution,' in : Dobner,Loughlin(ed.),op.cit.,pp.291-308.

29) ウォーカーと同様に、M.クムの論考も結論こそはⅢの論者たちと共鳴するが、抑制的なアプローチを見せている。M.Kumm, 'The Best of Times and the Worst of Times,' in:Dobner,Loughlin(ed.),op.cit.,pp.201ff.

クムによれば、国内憲法が弱体化した分は、国家を超える領域の憲法が埋め合わせているという見方がおそらくは正しい。しかし、「国家を超える立憲主義」が拡

張しているという主張はそれほどには自明でなく、それほど容易に支持されうるものでないとして、慎重な取り扱いを求めている。

- (30) 例えば、近代国家には人々のあいだで共通の理解の枠組みが必要だという M. フーコーの見解に、ラフリンも肯定的に言及している。M.Loughlin,op.cit.,p.205ff.
- (31) EU との関係での制憲権について論じるウォーカー論考の慎重な態度につき、Cf., A.Somek, 'The Owl of Minerva:Constitutional Discourse Before its Conclusion,' MLR2008,p.473ff.(480). ここで言及されているウォーカー論文は、N.Walker, 'Post-Constituent Constitutionalism ? The Case of the European Union,' in:M.Loughlin, N.Walker (eds.) ,op.cit.,p.247ff.
- (32) M.Kumm,op.cit.
- (33) 拙稿・高岡法学 8 卷 1 号、同 11 卷 1 号、同 12 卷 1 号所収。

(2022 年 10 月 31 日脱稿)

