

文献紹介

Ruti G. Teitel, “Transitional Justice”

水 島 朝 穂
小 倉 大
馬奈木厳太郎
山 本 千 晴

本稿は, Ruti G. Teitel, *Transitional Justice*, Oxford University Press, 1999. を抄訳し, これを紹介するものである。著者のTeitelは, 現在, ニューヨーク・ロースクールの比較法, 比較憲法および国際人権法の教授である。近時の論文として, *Humanity’s Law : Rule of Law in the New Global Politics*, *Cornell International Law Review*, 2002 ; *The Universal and the Particular in International Criminal Justice*, 30 *Columbia Human Rights L. Rev.* 285, 1999 ; *Vouchsafing Democracy : On the Confluence of Governmental Duty, Constitutional Right, and Religious Mission*, 13 *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy* 409, 1999などがある。

イントロダクション

第1章 転換期の法の支配

第2章 刑事上の正義

第3章 歴史上の正義

第4章 補償上の正義

第5章 統治上の正義

第6章 憲法上の正義

第7章 転換期における正義の
理論へ向けて

イントロダクション

近時、ラテンアメリカや東欧、旧ソ連、アフリカのすみずみに至る世界で、諸社会は、自由と民主制に対する軍事独裁と全体主義体制を崩壊させてきた。リベラルでない支配からの巨大な政治変動というこの時期において、一つの強烈な問いが生起する。どのように社会は悪しき過去を処理すべきだろうか？

転換期における正義の構想という問題は、これまで十分には論じられてこなかった。“転換期の正義”に関する議論は、一般的に、多様な法的応答は民主制に対するその展望に基づいて評価されるべきであるという規範的命題によって枠づけられている。リベラル化に対する法と正義の関連性に関する支配的な議論においては、一般的に二つの競合的観念、すなわち現実主義対理想主義が存する。政治的変革は法の支配の確立に先行するのが当然であると考えられるか、あるいは対照的に、特定の法的段階が政治的転換に先行して必要とみなされる。

本書は、ラディカルな政治的変容期における法の役割を探求する支配的な理論を超越しようとする。それは、法的応答がそのような時期において通常とは異なる構造的役割を果たすことを示唆している。転換期の正義は、主として帰納的方法を採用し、一連の法的応答を探求し、政治的変容期の文脈において法と正義の特徴的構想を記述する。ここでの議論で重要な現象は、政治的変革の今日的なうねりにかかわっており、それはラテンアメリカやアフリカの抑圧的軍事体制からの転換と同様に、東欧や中欧、旧ソ連といった共産主義支配からの転換をも含んでいる。

転換期の正義に関する問題は、転換期という特徴的な文脈——政治秩序の移行——のうちに生起する。一線を画するものは、政治的変革のポスト革命的な時期である。すなわち、転換期の正義に関する問題は、二つの体制にわたる時期区分のうちに生起するのである。

本書は、転換の現代的理解がより民主的でない体制からより民主的な体制への移行において有している規範的要素の重要性を明らかにする。それが、本書の主題であるリベラル化しつつある転換の現象学である。ここでのねらいは、リベラル化しつつある変化に結びついていた伝統的な政治基準から法的現象の性格や役割といった他の実行の考慮へと焦点を移すことである。本書によって提案されている構造的アプローチは、サミュエル・ハンティントンなどが示し

ている選挙手続きといったような民主的手続きの観点に基づき単純に転換を定義することから、リベラルな民主制の受容や法の支配といった他の実行に対する広範な研究へと移行することを示唆している。ここで試みられる研究は、多数決原理を超えて、政治的流動期におけるリベラル化しつつある法の支配システムと結びついている規範的理解を検討することである。転換の現象学は、正義理解における規範的移行と転換構造における法の役割との密接な結びつきを指摘する。

限界的なディレンマが、政治的変容期の正義の文脈から生じる。すなわち、法は過去と未来との間で、後向きと前向きとの間で、回顧的と展望的との間で、個人と集団との間で理解される。したがって、転換期の正義とは、この文脈や政治的状况と結びついた正義なのである。転換は、正義の構想におけるパラダイム・シフトを含意している。すなわち、法の機能とは深刻にかつ本来的に矛盾的存在である。その通常の社会的機能において、法は秩序と安定性を提供するが、しかし政治的激変という通常とは異なる時期においては、法は変容を可能とするにもかかわらず秩序を維持する。したがって、転換期にあっては、法に関する通常の直観と属性は単純には適用できない。政治的流動というダイナミックな時期においては、法的応答は変容的法の独特のパラダイムを生ずる。

本書のテーマは、政治的変革期の正義の構想は通常と異なり構造的なものであるということにある。ここで生起する正義の構想は、状況依存적であり部分的である。すなわち、正当 (just) とみなされるものは付随的であり先行する不正義によって特徴づけられる。究極的には、本書は二種類の主張を行っている。すなわち、一つは根本的な政治的変革期における法の性格に関するものであり、いま一つは転換を構築する法の役割についてである。というのも、支配的な理想主義的解釈とは異なって、ここでの法とは政治的状况によって形づくられものであるが、しかしまた支配的な現実主義的解釈とも異なり、法とは単なる所産ではなくそれ自体転換を構築するものなのである。政治的変革期に伴うこの応答の関連性は、現に進行中の転換に関して社会的理解の構築を促すことになる。

第1章 転換期の法の支配

本章は、リベラルでない支配に対する多様な法的応答と、これらの時期における主導的な法の支配原則とを探究する。政治的激変期に法の支配に固執しよ

うとする試みは、一つのディレンマを生みだす。転換期の法の支配には、前向きのものと後向きのものとの緊張が、固定した対立的な動力として存する。このディレンマにおいては、法の支配は究極的には付随的である。すなわち、法秩序を基礎づけるというよりも、通常とは異なる時期を特徴づける正義の規範的移行を仲介する。転換期の正義の限界ディレンマは、ラディカルな政治的転換期における法の支配の問題である。もし、通常の法の支配が規則性や安定性、制定された法に対する固執といったものを意味するとすると、転換期は法の支配へのコミットメントとどの程度において両立できるのだろうか？ そのような時期には、法の支配とは何を意味するのだろうか？

法の支配の意義に関するディレンマは、政治的変容期を超えて、リベラルな国家にとっての基礎の核心に至る。通常期においてさえ、安定した民主制国家は法の支配への固執の意義に関する問題に苦心している。法の支配のディレンマは、法的変革の価値が固定された法的先例の原則への固執という価値と緊張関係にあるような政治的論争の存する領域において生ずる傾向がある。転換期においては、法的継続性という価値は深刻に試される。転換期の最中における規範的限界の問題は、しばしば一連の対立によって枠づけられる。すなわち、書かれた法は権利としての法に対比され、自然法に対する実定法、実体法に対する形式法などなどがそうである。

私のねらいは、政治的変容期の文脈において生じた社会的経験を探求することによって法の支配のディレンマを再定置することである。私の関心は、法の支配一般に関する理想化された理論にあるのではない。むしろ、私の試みは、巨大な政治的変革を受けつつある社会にとっての法の支配の意義を理解することにある。この章は、法的・社会的文脈において実際に生起しているような問題を再定置するといった帰納的な方法で法の支配のディレンマに接近する。

転換期における法の支配の仲介的観念の一つは、社会構築である。法の支配を確立する際に大事なことは、法的文化であり、抽象的なものや正義の普遍的な理念ではない。転換期の法の支配に関する社会的に構築された理解は、ポスト共産主義期の裁判において明白である。転換期においては、一般的に書かれた法と認識される法との間に大きなギャップが存する。社会的に構築されたものとしての法の支配に関する理解は、独裁制と民主制の間の移行期における正統性の評価に対する原則を提供する。

転換期の法の支配に関するその他の仲介的な観念は、国際法である。国際法は、国内法と国内を超越した制度と手続きを想定する。政治的流動期におい

て、国際法は、根本的な政治変革にもかかわらず、継続的で持続的な法のオータナティブな構築を提供する。国際法は、制定された法としての通常の法の支配に関する理解を維持するが、しかしそれはまた変容をも可能にする。そうするなかで、国際法は転換を仲介する。国際法原則は、政治的転換期における法の限界ディレンマを和解させるのに役立つ。

政治的転換期の法の支配に関する決定的な特徴は、それが法規範の継続性がある程度維持しながら、他方で規範転換を可能にするところにある。政治から独立したものとしての転換期における法の支配の構築は、通常期に適用可能な法の支配に関する理解と一定の類似性を共有する。しかしながら、高度に政治化された文脈における転換期の正義に関する論争は、法の支配への固執にとってハード・ケースを提示する。ラディカルな政治的変革にもかかわらず、法の支配のねらいは政治によって一義的には動機づけられていない。転換期の法学は、反政治性としての法の支配に関する優れた解釈を明らかにする。

転換期の正義のディレンマは、根本的な政治的変革期に生じる。法システムが流動期にあるとき、法の支配に関する通常理解に対する異議申立は、最大のもとなる。異議申立は、戦後期転換よりも共産主義支配からの現代的移行においてより深刻である。この時期においては、新たに創設された憲法裁判所は、法の支配に関する新たな理解を確立するという制度的義務を負っている。法の支配システムに対する変容の負担は、ある程度司法、主として新しい憲法裁判所に負っている。同様の変容的応答は、南アフリカのように他の近時の転換においてもみられる。

変容期の司法実践は決定的な問題を引き起こす。すなわち、転換期の司法が法の支配に関する変容の負担を負う限り、どの程度そのような実践は確立された民主制における司法の役割と両立するだろうか？ 通常期の民主制国家において、積極的な司法の意思決定は、一般的に大きく二つの理由から非正統的なものとみなされている。一つは、司法の意思決定における遡及性は既存の法としての法の支配に異議を申し立てる。二つめに、司法の意思決定は、民主制に対する介入とみなされる。すなわち、立法の意思決定とは異なり、司法のそれは民主的プロセスに関連づけられた正統性を欠いている。問題は、通常期にかかわるこの異議が転換期の司法にも適用されるのかどうかである。

法形成の適切な位置づけに関するわれわれの直観は、リベラルでない体制には自動的に適用されるべきではない民主制と民主的説明責任に関する暗黙の想定に依拠している。確立された民主制の通常期においては、変容期の法形成は

司法によるよりも立法によって生じさせられるべきだというのがわれわれの直観である。司法の法形成によって引き起こされる民主的説明責任の欠如という従来の懸念は、政治的変動期にはあまり適切ではないように思われる。このような時期には、変容期の立法はしばしば自由に選挙されず、さらには通常期の立法作用に関する経験と正統性を欠いている。

司法が一般に適切な法形成機関としてみなされていないその他の理由は、制度的規模と能力の顕著な欠如にある。この懸念は、戦後期に法の支配の確立をめぐる引き起こされた。実証主義によれば、法的変容の責任は立法府に課せられるべきだと考えられている一方で、自然法の立場は司法の変容的役割を想定していた。しかし、戦後期の論争は転換期の文脈を十分には考慮していなかった。政治的転換期のような時期は、法的流動期でもあり、そうした時期においてはしばしば論争は有意な法の欠如によって特徴づけられている。さらに、そうした通常とは異なる時期の論争は、しばしば手早く考慮されることを必要としている。政治的転換期には、司法は、転換期の複雑で個別的な論争の解決には比較的にみても適当かもしれない。結局、いかなる制度がもっとも適当で正統かという問題は、付随的であり、当該国家の不正義という先行遺産の特殊性に依存している。

通常とは異なる時期において、法の支配という規範は普遍的なものを構築しない。この時期における法の支配への固執によって引き起こされる緊張は、多くの仲介的な観念を通じて和解させられる。そのような時期の正統性は、社会的に構築される。すなわち、ある部分は裁判官によって形成される。そのような時期に関する先行研究は、法の支配の理解が転換期の文脈のうちにおいて構築されることを示唆している。

司法を超えて、新たな正統性に関する構造上の規範的变化は、他の法形態を通じても影響を受ける。したがって、個人的な違法行為を罰することに通常限定された刑罰の役割は、転換期においてはより重要であり、そのような法的応答が過去の国家犯罪に異議を申し立て、そして過去の支配の中核的な非正統性へと至るのである。法的応答は、過去の国家権力を批判し、過去の国家権力の濫用を限定することに資している。

第2章 刑事上の正義

刑罰は、われわれの転換期の正義に関する理解を左右する。この法の剥きだ

しの形式は説明責任と法の支配を象徴する。しかしその衝撃はその範囲を超える。転換期をみればわかるように、後継の体制が刑罰による正義を行うことは社会に大きな苦渋の決断を迫るものであるため、しばしばその実行は回避されがちである。転換期における刑事上の正義は深いディレンマによって記される。すなわち、罰すべきか恩赦すべきか？ 罰することは後向きな報復の行使であるのかあるいは新しく法の支配が実現したことの表現なのか？ 誰が過去の抑圧に対して責任を負うのが適切か？ 抑圧に対する責任は、集団や体制、社会全体と対比してどこまで個人に帰することができるのか？

転換に内在する中心的なディレンマはどのようにリベラルでない体制から移行するか、どの程度この移行が法の支配の伝統的な概念と、確立された民主制に関連した個人の責任とによって導かれるかである。最も中心となる問題は、転換を進めるための法の活用である。

なぜ罰するのか？ 転換期の刑罰についての支配的な議論は結果主義と前向きである。以前の抑圧的支配から脱しつつある悪しき遺産を有する後継の社会において、裁判は新たにリベラルな秩序の基礎を築くうえで、重要で根源的な役割を果たす。これらの時期において、刑罰に対するいくつかの伝統的な「功利的」正当化にあっては、刑罰の基礎は社会的善に資するところにあるとされる。だが、実行者や処罰の結果が有する社会に対する抑止力という通常時の処罰に対する伝統的な議論とは違い、たとえば転換期においては刑罰に対する議論は異なる形態をとる。処罰を肯定的に論ずるというよりは、むしろ刑罰を行わなかったらどのような結果になるかというように議論は一般に事実に反するようになされる。刑罰なしではどの程度法の支配の価値が危殆化されるのか？ ここにおいて、転換期の特別な政治状況が役割を果たす。「処罰しないこと」から生じる議論、すなわち、処罰に失敗することの結果から生じる議論は通常時にも問題となるが、転換期においてはより問題となる。というのも、これらは過去の異常な不正義の状況であり、国家が支援していたからである。この文脈において、刑罰権の行使は過去の国家の正義を最もよく無効にし、この時期から法の支配システムへの規範の変容が進むと考えられている。抑圧的体制は、しばしば犯罪的行為、すなわち拷問や恣意的な拘留、失踪、法に則らない処刑といったすべて国家の支援によってなされた行為によって定義される。過去の悪が個人の行為によってなされたときでも、にもかかわらず国家は迫害政策によって、市民を保護しないという不作為という政策を通じて、あるいは最終的に犯罪的行為を隠し不問に付するということで関与している。

転換期における刑事上の正義は、個人責任の原則をリベラルでない支配のもとでなされた重大な犯罪に適用しようというディレンマを提起する。中心的な問題は、抑圧の後に、過去の不法行為を含む前体制を通した責任の所在について国家が応答すべきかである。どのように国家は、体制間の規範の推移を仲介することができるのだろうか？ これらの条件のもとでは、何が個人と国家の責任の関係なのだろうか？

歴史的に、転換期における過去の不法行為に最も責任を負うと思われるものは最高位の政治指導者であった。今日の後継国家の裁判は、政治的指導者が抑圧的支配の最悪の濫用に責任を負うべきであると主張することの困難性を示している。それゆえ、たとえば共産主義の崩壊に続く後継国家の裁判においては、過去の指導者の責任をとらせるために法廷に立たせることは、抑圧的支配のまさに最初あるいは最後の時期になされた罪を糾弾することを意味する。

転換期の体制は、しばしば過去の指導者に責任を帰そうと試みるが、その際のディレンマは、過去の体制において行われた最も深刻な違法行為を過去の体制の指導者に帰すことができないことがあるということである。実際、しばしば政治指導者と抑圧体制の最悪の違法行為との間の関係を十分に構成することは困難である。それゆえ、後継国家の裁判においては、指導者はしばしば見当外れに見える違法行為の責で法廷へ引きたてられる。

国家レベルで行われた他の後継国家の裁判において、正義は必ずしもその最高位の者に対して行われたわけではなく、そのかわり過去の体制において最悪な違法行為を犯した責任のある者に対してなされた。この処罰政策は、治安国家において個人的に残虐行為を行った警察官や国境警備兵に至る低い官位の者にも行なわれた。より現代的な例は統一ドイツの国境警備兵の裁判である。これらの事例は、通常の刑事的枠組みの観点からは後継国家の正義を追求することが困難であることを物語っている。

二〇世紀後半において、刑事責任の可能性は拡大の方向に向かっている。ニュルンベルグ以降、指導者も兵士も潜在的に国家の不法行為に対して責任を負いうる。権力の位階に沿っていかに責任を概念化したらよいのか？ どの程度まで指導者とその部下が同じ犯罪的行為に対して責任を負うといえるのか？ 刑事責任を一人に帰することは他の者に刑事責任を負わせないことを意味するのか？ 上司を訴追することは部下を放免することとなるのか、あるいはその逆となるのか？ 実際の問題として、証明の段階において、しばしば指導者と部下の責任において否定できない関係が存在する。命令責任は、しばしば上位

の違法な政策が証明されることに依存して「上から下へ」のものであると証明され、あるいは逆に、もし下の官位の公務員が命令服従の抗弁に訴える時には、下の官位の犯罪が証明されることによって「下から上へ」のものであることが証明される。

政治的転換にとっての制限された刑事制裁の重要性について考えてみよう。後継国家の裁判の余波にもかかわらず、なぜそれでもやはり、ニュルンベルグ法廷やギリシアの軍事法廷、そしてブエノスアイレスの連邦裁判所において、正義がなされたということが共通の認識なのだろうか？ 完全なあるいは永続する刑罰が存在しないにもかかわらず、転換期の刑事制裁は法の支配の象徴を構成しているようである。

制限された刑事制裁は、一般的に特別な犯罪を越えて、転換期の状況にあわせて目的を正当化する一方で、我々の刑罰に関する直観は、それを特別な不法行為と個人の遂行者の処罰とに結びつけた目的の観点で正当化する。われわれは直観的に、刑事制裁の本質と役割は固定され、規範の変化を進めるにあたっては安定性が法の支配の中心的な価値であるとしているが、転換期の制裁はそうではなく規範の変化を進めるうえでの刑事上の正義の動態的役割を提示する。これらの時期における処罰の実践は、転換期における転換という目的を進める。制限された刑事制裁のもとでは、法は転換を仲介する。その目的は、後向きであり、前向きであり、遡及的であり、展望的であり、非連続的であり、連続的である。先行体制からの離脱は、刑罰の実践によって進められる。過去の体制の不法行為を訴追することはそれを過去のものとする。過去の不法行為に対する責任が完全には帰責されないとしても、過去の不法行為を確立することはそれでもやはり、問題となっている過去の犯罪を明白化するという重要な刑罰に関連した目的を進める。制限された制裁によって、過去の不法行為の調査と非難が可能となる。刑事プロセスは、政治的変動と関連する広い社会へ向けて、不法行為を調査確立し、告発するために展開される。

転換期の制限された制裁は、転換期の中核的なディレンマ、すなわち過去の抑圧体制のもとで体系的に行われた不法行為の責任を個人に帰することに対してしばしば功利的な解決をもたらす。制限された制裁が出現したことは、不法行為をはっきりとさせ、どのような刑罰が良いのかを考えるより柔軟な方法を示唆する。現在の刑罰理論において、応報的正当化は、一般的に単一の実践として考えられている刑罰と関連しているが、転換期における制裁はより明白に様々な刑事プロセスの分離した段階と関連したものとして刑罰とその正当化の

理論を再考することを促す。

制限的な制裁が出現したことで、われわれはどのように刑事責任が転換期の文脈において概念化されたのかについて多くを知ることができる。われわれは、責任を負いうる機関の行動としてもっともらしく見える行動の観点から直観的に刑罰を正当化しようとするが、転換期においては、問題は抑圧的な体制からよりリベラルな体制へと動きを進めることのできるような個人の刑事責任が存在するかどうかである。

リベラル化しつつある国家において、刑罰権を政治的に制約することへの制限は、「人道に対する罪」である。人道に対する罪の決定は、国家の過去の政治的迫害を制限し非難する。制限は一般的に国内政治には影響されない。人道に対する罪を呼びだすことは、法治国家の中心にある憲法規範を構成する。というのは、ここにおいて、リベラルでない体制とリベラル化しつつある体制を区別するものが存在するからである。ここには転換期の規範的可能性が最大の状態で見れる。

人道に対する罪は、法による実効的な規範の転換の最も純粋で最も理想化された可能性を描く。年数を経て、人道に対する罪の決定は、現代の迫害に対するまさに今日的な応答の意味を作りあげる。政治的迫害の中心的特徴は、国際的な応答を引きだすにあたって、それが通常の犯罪を超えるという点にある。この近代の形式において、人道に対する罪は国家の敵対する外国人に対する攻撃を超えて広がり、その自国民に対して行われた侵害行為にまで及ぶ。そしてそれによって市民は自国における敵となり、そうして、平時においても国際秩序を不安定にする。適用可能な法解釈の原則は、伝統的な領土という要因、そして時の経過を超える。人道に対する罪は、全人類に対する不法行為であると思われ、関連する「普遍性」という法解釈の原則を提起する。

転換期の刑事制裁は、後継体制を国家の悪しき遺産という重荷から解放する。個人に帰責することと個人に帰責しないこと、公言することと公言しないこと、象徴的な損失と利得という儀礼化した法の過程を通じて、転換と救済の回復を許す過程を通じて、社会はリベラル化の方向へと進む。

刑罰は、伝統的には一般に応報的であると考えられているが、転換期においてはその目的は矯正であり、個人の迫害者を越えて広く社会へと進む。さらに、一般に刑罰は社会を分断すると思われるが、転換期においては刑罰が行使されるところではどこでも、リベラルな国家へ戻る可能性を残しつつ、制限されたやり方でしかなされていない。そういう意味で、刑事的なプロセス

は、他の章で述べられる転換期の正義を構成する他の非刑事的な応答との類似性を有している。

第3章 歴史上の正義

この章では、悪しき遺産に対する歴史的応答と、リベラルな転換期において歴史的説明責任がどのような役割を果たすかを探求する。転換は、ほとんど当然に歴史的断絶の時期を示唆するようである。戦争や革命、抑圧の支配は、国家の歴史的継続性を脅かすような国家生活におけるギャップを表している。ここで生起する諸問題は、次のようなものである。すなわち、記述的事項として、諸社会はどのようにしてこれらの明白な歴史的異常の時期を扱っているのか？ どの程度、過去の悪に対する応答は歴史的なのか？ いかなる意味で、歴史的説明責任はリベラル化を先触れするところの矯正的な説明責任なのか？

抑圧的な過去に関する集団的歴史形成は、新たな民主的秩序にとっての不可欠の基礎を構築するといわれている。このプロセスがリベラル化しつつある転換にとって本質的である。よりよい未来へと方向づけられた転換期の歴史は、弁証法的な進歩のプロセスを構想する。初期の精神史において、このことは、カントやマルクスの歴史的な啓蒙理解——歴史それ自体が普遍のかつ贖罪的存在であるという理解——に立ち戻る。この理解においては、歴史は教師であり裁判官であり、歴史的真相は正義である。

しかし、そうなのだろうか？ “真実”と“歴史”は一つであり同じものだとする想定に対して、現代の歴史認識にかかわる理論はかなりの異議を申し立てている。歴史が、“解釈的転換”を伴うとき、そこには過去から導かれる単一で明白な、そして決定的な理解や“教訓”は存在しないのであり、そのかわり何らかの程度で歴史理解は政治的社会的偶発性に依拠しているという認識が存する。そうすると、問題は次のとおりである。すなわち、転換期における歴史調査と再現の特別の役割は何か？ 転換期の歴史とは何か？ さらにリベラル化しつつある転換期の歴史とは何か？ リベラル化を促進する歴史調査に関する規範的要求について転換期の社会の実践は何を明らかにするか？ もしあるとして、どのようにして共同体の過去の追求はよりリベラルな未来を促すだろうか？

転換期において何が歴史を構成するのかということは、その地域の歴史や政治的遺産にのみ付随するのではなく、転換期に特有な文脈にもまた付随する。

“創設”すなわち“始まり”として転換期の歴史を理想化する見解は、先行する歴史的評価を削除する。転換期において生じる歴史的評価は、いくらか自立的なものではなく、先行する国民的物語に基づく。継続的な集団の記憶の背景は、社会を定義する。したがって、転換期の真実は、集団の記憶というプロセスのうちにおいて社会的に構築される。

集団的な記憶というのは、現代の観点から過去の再現を再構築するプロセスである。しかし、再構築プロセスは、転換期においては特徴的な形態を備える。変容期においては、政治に対する集団的な歴史構築の関係性は、同時に不継続的でありもつれあっている。転換期の歴史は、それ自身の物語を有しているが、しかしまたより長い国の歴史の基準と結びつきそれを再充填するものである。

“歴史は審判である”——真実は時の経過に耐える。格言は、何らかの歴史的判断が時の経過とともに発展することを示唆しつつ、時代に対する歴史解釈の関連性についての一般的な直観を反映している。時の経過とともに、政治的事象や歴史的発展をはさみながら、すべての事柄は歴史解釈を受け、それはそのような解釈が変革に耐えることを意味している。したがって、時の経過は、歴史的正義への到達という可能性に対するディレンマを示している。どの程度、個人に対する裁判や真実委員会その他のプロセスによって作りだされた歴史的正義の転換期的理解は、時を越えて耐えるだろうか？ 時代の読み替えは、過去の国家の抑圧的遺産に関するありとあらゆる固定された理解の確立の可能性への異議申し立てなのか？ このことは転換期の歴史的正義がただの一時的で政治的なものであることを意味するのか？

転換期の歴史産物は、集団的歴史と記憶を形づくる際に、政治的遺産と今日の政治的枠組みの両方の重要性を明らかにする。それにもかかわらず、この構造もまたその限界を有している。第二次大戦の修正主義に関する議論は、許容される歴史説明の限界を明らかにする。

時の経過を受けた歴史的正義の問題に関する観点というのは、第二次大戦の過去を国家の歴史へと統合しようとする今日のドイツの試みである。ドイツの議論の核心は、戦後半世紀以上を経て、時のテストに耐える歴史理解が存在するかという問題である。すなわち、一般的な理解に対する異議申立として、①ソ連の強制労働収容所とナチの強制収容所との相対化、②ドイツ人はジェノサイドの実行者ではなく犠牲者、③共産主義とナチズムの並置——“二種類の全体主義”といったものが存する。

何がこの異議申立てで問題となっているのか？ この歴史家論争は、ハーバースマスによって、“ナチ時代の修正との闘い”と特徴づけられた。問題は、時を越えてなおジェノサイドの歴史評価は公的評価として維持されるのかどうか、それとも評価は今日の人権侵害の観点から正統に変化しうるのかどうかにあった。戦時迫害の新バージョンは、多数の観点から異議申立てをした。すなわち、違法行為の性質、実行者の身分と責任、犠牲者の権利の観点からなど。ナチの過去に関する解釈学的議論の重要性は、国家の自己理解に対するその含意のうちに存する。ソ連の迫害との比較は、ドイツの犯罪責任の特異性に関する確立された見解を掘り崩す。

ホロコーストや他の迫害の読み替えは時の経過に伴って不可避なのだろうか？ 歴史的正義は本当にいつの時代にも固定されるのだろうか？ 戦争の読み替えの問題は、歴史解釈と再現というより広範な学問的議論の文脈で生じた。今日の歴史理論は、解釈における変化の不可避性を前提にしている。この理論では、歴史解釈は決して中立や客観的であるとは考えられず、常に特定の政治的文脈に位置づけられることになる。しかし、時の経過を受けた、第二次大戦の迫害の特徴に関する許容される変数という問題は、その最も極端な形態においてこの解釈的議論を特徴づけた。

歴史的真相を導くいかなる原則も、たとえその真相が自明のように思われるときにも存在しないのか？ 歴史解釈や相対主義、修正主義、あるいは究極的な“否定”といった変数に対する限界は存在しないのか？ 主要な相対主義にとってさえも、アウシュヴィッツは限界事例である。時の経過を受けた歴史解釈における変化の不可避性にもかかわらず、ここで設定される問題は、語られる物語の種類にいかなる限界もないのかという問題である。

批判的な政治的事象に関する解釈の危険性は、圧制的な不法システムから自由民主主義へと成功した転換において何が問題となっているかを強調する。というのも、政治的社会的変革は、解釈の変革に基づくからである。しかし、歴史家論争がもたらしたことは、解釈の幅は常に明確ではないということである。歴史的解釈をコントロールしようとする試みは、レイシズムとゼノフォビアという新たな挑戦に直面して、リベラルな国家物語の維持の重要性を語ろうとする。

真実語りの法的プロセスは、転換期の集団的記憶を構築する。法やそのプロセスの目にみえる転換は、そうしなければ社会的コンセンサスがぼろぼろになってしまうときに生じる。法は、規範的な用語と確立された象徴、通過儀礼を

提供する。現代においては、裁判や公的聴取を通じた法的儀式やプロセスは、転換期に創出された歴史を実際的なものにする。このような集団の歴史形成の儀式は、転換を構成するものの一部であり、“それ以前”と“その後”を創設する政治期をわかつものである。転換期の歴史物語は、集団の継続的でない物語であり、転換期の歴史は、贖罪的なりベラル化への転換をとっている。

歴史評価は、国家の政治的アイデンティティーにおける変化と結びついたりベラル化への転換の一つの特徴となっている。したがって、転換期の物語は、現代の政治秩序の構築を促進させる。社会的自己理解の可能性と悲劇の反復の回避を強調する歴史物語は、リベラルな政治秩序と結びついている。転換期の物語の構造は、贖罪的な形態、希望の物語ということになる。

歴史が時を越えてどのように語られるのかということは微妙な問題である。歴史物語は、政治秩序に関する国家理解を構成する。転換期の歴史的正義は、時を越えた国家の政治的アイデンティティーの維持に結びつけられる。したがって、時の経過を伴って、国家の自己理解それ自体が、政治的議論の論争対象となる。“歴史家論争”は次のことを示唆する。すなわち、国家物語が先行する抑圧の遺産からの断絶を明示するときに、国家物語はリベラル化しつつある転換期のアイデンティティーを再確認する。

ここで議論された歴史的実践は、全ての法的応答が転換期の物語を創出することを示唆している。必ずしも明示的ではなくとも、そこには常に歴史的評価が存する。ラディカルな政治的変革期における歴史形成という転換期の実践は、確立された民主制における歴史物語のより背景的な役割、すなわち歴史的評価が私たちの政治秩序を補強するという役割を明らかにする。

定義された歴史的類型は、いままでのところリベラルな政治的アイデンティティーと結びついている。議論したように、そこにはリベラルな歴史物語に共通して繰り返される特徴が存する。転換期の物語はまた、政治的文脈や環境にも複雑に結びついている。転換期の歴史創出は、先立つ評価の文脈において設定されるのであり、したがって転換期の歴史は、継続のメカニズムであるが、しかしまた断絶をも含むものである。真実体制の転換のサイクルは、過去の悪に対する歴史的応答の偶然性において明らかである。さらに、何が支配体制の転覆や支配体制からの断絶を構成するのかは、本質的ではなく政治的な偶然である。

どの程度、サイクルは継続的である必要があるのか？ 転換的および非転換的歴史形成の間の関連性とは何か？ 十分に定着した歴史的コンセンサスに対

する最終的評価, いわば“歴史の終焉”に対する願望がしばしば聞かれる。しかし, 過去を固定しようとする衝動は, 国家の歴史評価を止め, その進歩に対する政策と潜在力を消費してしまう試みである。特定の歴史観に基づくアイデンティティーの定着という試みは, それ自体リベラルなヴィジョンではない。

第4章 補償上の正義

ここで追究される補償の実践の再考は, 多様な法文化にもかかわらず, この応答が広くいきわたっていることを提示する。転換期における後継の体制がつきつけた発端であるディレンマは新しい体制が国家の不法の犠牲者を救済する義務があるかどうかである。国際法の下では, 国家が義務を侵したところでは常に, 救済する明白な法的義務がある。それにもかかわらず, 過去の悪しき遺産についてどうするかという国内の議論においては, 補償上の正義の問題は一般的に後継の体制によって受け継がれたいっそう複雑な問題であり, それは過去の国家の濫用の犠牲者に賠償するという後向きの目的と国家の前向きの政治的利益との間の争いを呼び起こす。過去の不法を含むために, 補償上の正義は常にある意味で後向きである。転換期の補償上の正義は, 矯正的諸目的の衡量という通常とは異なる文脈における明白なディレンマと変容の前向きの目標とを一致させる。同様に, 転換期における補償上の正義は個人と集団の責任を媒介し, それはリベラル化する国家の政治的アイデンティティを形作る。

「補償上の正義」という語彙はその多元的であり, 多くの異なった形態を含む古代へと立ち返る先例は転換期の補償上の正義の複雑な役割を示す。転換期の補償手段は犠牲者と共同体との, 過去と現在との修復を媒介し, それらはラディカルな大変動と関連した再配分政策の基礎におかれる。

聖書でのエジプトのイスラエル人の政治的シフト(抑圧から自由)は転換の古典的例である。出エジプト記に画期的な補償の意味は何か? エジプト人からの分捕り物は, 賠償としての意味をもち, 象徴的な補償(redress)は政治的状態の回復を意味する。エジプト人は貴重品を補償として, 神に命ぜられた正義の一部として与えた。

近代においては, 第一次大戦後, ドイツに強要した補償は正面から補償上の正義の意味をめぐる問題を提起した。平和調停は「全面的戦争責任」がドイツにあるとし, 莫大な補償を支払う旨のドイツの同意を取りつけた。それは応報的でありつつも抑止的意味をもった。この重い補償責任は多くの問題を提起し

た。それがあまりにも重すぎたためにドイツには到底払えそうにもなかった。またその経済制裁もあまりにも露骨なものであった。

第二次大戦後に大幅に異なる補償の主張がドイツでなされた。一方は連合国の側からで、他方はドイツの哀れな犠牲者からである。犠牲者・生き残りの人たちに由来する補償はイスラエルに対して、1952年のルクセンブルク合意でナチス迫害の犠牲者に対してなされた。被害者への支払いは、当時の国際法によって検討されたのでも、そのような先例があったわけでもない。近いものとしては1907年のハーグ条約であろう。しかしそのためにはドイツとイスラエルが戦争当事国でなければならない。イスラエルはそのとき存在していないのである。これは伝統的な戦争に関連した補償の理解とは異なる。補償の受益者は戦勝国ではなく、補償している国の市民なのである。彼らはまた潜在的にイスラエルの市民でもあった。

Wiedergutmachungとは文字通りには、「再びよくする」であり、補償を意味する言葉である。すなわち前の状態に戻す。対照的に、補償が再び「よく」することなど決してありえないという考えで、犠牲者のグループは補償をヘブライ語のShilumimと呼んだ。これは「平和をもたらすための埋め合わせ」という意味である。

他にみられるものとして、Velásquez-Rodriguezの事例はラテンアメリカ中に大陸規模の補償政策を活気づけた。米州人権裁判所は、ホンジュラスが米州人権協約を侵害し、国家は協約によって保障された権利の侵害を「防止し、調査し、そして懲罰する義務」があると判示した。さらに裁判所は「このような権利が侵害されたときは常に、国家は被害者の賠償を保証する義務を負わされている」とも判示した。この事例では刑事上の正義の追求の失敗は国内レベルのみならず国際法レベルでの補償義務の誘引となることを示した。ここで示されたことは、調査と賠償の義務が十分に果たされていない場合には、侵害は継続中であり、後継の体制は責任を負うということである。失踪を「ホンジュラスに帰責可能な深刻な行為による不法な死」と特徴づけることで、米州裁判所は、国家は失踪に関連して被った被害を生存者に「道徳的」、「物質的」の双方から賠償する義務があるとした。古代の補償のように、ラテンアメリカの「道徳的補償」は共同体に物事をありのままに伝え、威厳を回復することが意図されていた。ラテンアメリカの政治的に引き裂かれた社会に平和をもたらすために、これらの救済ははっきりと社会的な和解を可能にしようとする。

共産主義の外への転換を際立たせるものは多様であり、同時にラディカルな

変容である。東欧・中欧で採用された補償の計画はこれらの多様な転換のまっただ中にあり、自由市場を構築する試みの集約的部分としてである。没収された所有権の返還によってか、あるいは、賠償によってか、民営化との結びつきは共産主義後の転換期の補償の複雑な役割を明白にする。すなわち、たいていはスターリン時代の過去の国家の不法を修復すること、そして、また、経済的変容に関連した現代の国家の民営化の利益を促進すること。これら二つの目的はしばしば対立的といわれる。転換期の実践は過去の不法の是正と、同時に国家の転換期の経済的目標とを促進する二つの根拠から正当化される支払いの移行に影響を与える。補償の義務は、それらが転換期の他の政治的目的と両立する場合には、当然とされ、そして、権利の主張は擁護される。遡及的な所有「権」はそれらが他の点では経済的転換と両立するという範囲内で構築され、正当化される。転換期の補償の手段が経済的再構成の促進を意図している限りで、それらの計画は政治的変容の結果に符合する保有権保持者の新たな階層を創設する。明らかに、集約された資本は新たな政治共同体にもたらす。さらには、補償計画が政治的基盤での政府の給付金を条件づける場合は常に、それら計画は政治的および経済的メンバーシップの再構築に影響を与える。

どのような法の支配の原理が指導的原理であるべきかの問題は共産主義後の原状回復に関する討論で表面化した。ハヴェルは「誰もが被害を被っているなら、なぜ誰かだけが補償されるべきなのか？」と言った。中心的な平等主義者の仮定条件である先行体制の下で「誰もが被害を被っている」ということは危害に基づいた補償に関する少なくとも二つの主張を含意する。一つは普遍性の主張で、もう一つは平等の主張。普遍的な補償が理想的と位置づけられる場合には、転換期の補償の計画は全てか無かである。平等保護の価値は、同様の事例は同様に扱われるべきことを示唆する。ポスト共産主義の補償の計画に対する挑戦はまた配分に関することと思われる。普遍性は慣習上矯正的正義を導く基準ではないのであるが、共産主義後ではある程度の反響がある。転換期の状況における矯正の計画と配分的計画との類似性は指導的な法の支配としての普遍性へ向けた衝動の説明への道を進む。

正義の真の問題は、何が、後継の補償を正当化する先行する国家の取り扱いにおいて賠償可能な差異なのかである。過去の抑圧的な支配下での互いに異なる取り扱いに関する補償の先例は、どの危害が修復されるのかを決める賠償可能な差異に関する適切な原理は政治的迫害の原理であることを示唆する。政治的迫害に対する保護の原理に基づいた補償政策は平等保護の国家の権限に基づ

いて正当化される。個人の権利の擁護は個人と国家との間の安全の新たに発見された一線を描写し、それ自身自由化への変化の兆候である。

何が補償の計算における権利のベースラインか？ 後継の業務と政治的迫害の波に従った問題は現代の転換において例証された。ベースラインの討論は転換期の補償の権利を認知する社会的意義に関する政治的闘争を含んでいた。東欧での長引き、そして白熱したベースラインに関する討論は、このような時期における補償の政策は、特に賠償計画が、経済的改革や民営化のように他の働きをしている場合には、ほとんど政治化に耐えられないことを示唆した。

過去の不法行為に対する国家の責任に線を引くことは法的継続性の社会的理解と法の支配への固執を構成する。逆にしかし、ベースラインを引くことはまた悪しき体制からの法的非継続性と過去の不法の「取り消し」の形式を構成する。補償のベースラインの論議は政治的アイデンティティに対する補償責任に関連する国家の継続性である活気のある構築という転換に固有の究極の論点を提起する。

転換期のディレンマは、いくつかの事例で、一時しのぎによって妨げられてきた。時がたち、引き伸ばされ、延期された転換期の補償計画のディレンマは世代間の正義という奥の深い問題を提起する。時の経過に伴って、厄介なことは過去の不法に支払いをする人は、おそらくは個人的には過去の不法行為に関与していない後継の世代であるということである。転換期の問題状況は世代間の正義の問題というもう一つの次元を例証する。時の経過後の補償上の正義は、どのような義務を後継の体制が前の世代の犠牲者に負っているのか、あるいは、この重荷を現在のあるいは後の世代に課すことが公正かどうかという特有の世代間の問題を提起する。現代の体制の古い義務の継承は時の経過後にいかに集团的責任の仮定条件が国家の政治的アイデンティティを構成するかを示す。

同じとみなしうる犠牲者に向けられたのではなく、過去の迫害の線にそって同じとみなしうる犠牲者の代表者集団へと向けられた補償の政策は配分的政策にいっそう似ている。そのような配分の計画は論争的である。なぜなら配分がリベラル・デモクラシーと法の支配のシステムの原理と衝突するように見えるからである。

歴史的先例は本書が「代表的補償」と名づける実践を反映する。それは後継政府によって、犠牲者の後継クラスに対して、過去の国家の不法を擁護するためにもたらされたものである。代表的補償は、時を超えて後継政府の補償政策

の仮定条件がもともとの不法行為を超えて正当化するものは認められても償われてもいない国家の迫害の顕著な侵害, すなわち, 法の支配への継続中の脅威であるということに警鐘を鳴らす。

民事的救済は通常は被害者の権利の擁護を意図しているのだが, それを完全にするために, 他の転換期の手段のように, アメリカにおける外国人不法行為訴訟は, 政府の不法行為の認知と共同体からの犯罪者の排除のような, 通常は刑事制裁と結びついた目的に役立つ。「人道に対する罪」のように, 人権の濫用に対する一時的不法行為は同種概念を例証する。通常の裁判管轄のパラメーターの崩壊によって, 「国外」は「国内」と判示され, 国際的違反は再定義される。これらの転換期の法的応答は流動性の出現, 微妙な主権と裁判管轄へのアプローチを示す。

転換期の補償は多くの形態をとる。転換期の補償のパラダイムは私たちの支配的な多くの側面における矯正的正義についての直観とは異なる。転換期の補償は一般的に国家によって引き受けられた義務である。補償原理での変化は個人の責任という慣習的原理の超越を確固たるものにし, 以後の集団的責任によっておきかえられる。さらには, 国家の責任についての仮定を含む補償の理解は継続した政治的同一性を構成する道である。

転換期の実践においては, その補償的機能において法は顕著に政治的な目的を促進する。補償は転換を正当化するためにさえ用いられる。なぜなら, そのような権利付与は, 先行する体制との断絶を正当化する平等からの過去の墮落より派生するといわれているからである。救済は過去との非継続性の主たる象徴を構成し, それは新しい体制の批判的変容の潜在力を行使する。時の経過したあとでも, これらの実践は, 個人の権利規範の自由化を復興する力がある行動に象徴化された形態を持続する。まだ政治的転換のないところでさえも, 補償は自由化の近代的象徴を構成し, それは地球世代での権利の実証へ向けられた動的アプローチを示す。

第5章 統治上の正義

本章では, 法自体が³, 革命的变化の原動力であるところへと立ち戻る。交渉による政治的転換においては, 変容は往々にして法の執行力によっている。政治に組みこまれた公法は, 新たなイデオロギーの基盤にもとづいて権力に寄与する場合, ラディカルな変化に影響を及ぼしうる。法のこうした利用は, 全体

主義体制の政治的正義に似ている。そうした諸処置が提起する問題は、リベラルでない手段とリベラルな目的との関係とは何か、ということである。それがこの章の主題であり、悪質な体制とその国民との関係が中心的問題となる。本質的な政治的変化を及ぼすためには最高階級の人的交替だけでは十分ではないことがしばしばであり、また転換期の社会というのは、市民の階級間に権限を再配分するために、広く統治上の処置に依拠するのである。我々の制度はそうした手段を回顧的処罰と政治的秩序における予見的状況という二律相反の形態の中に概念化しなければならない。こうした転換期の統治上の処置は、通常期における法を前提とした諸制度を無視するときには、矛盾して見える。一方では、この諸処置は、政治的変革に影響を及ぼすことを意図された前向きなものに思えるが、他方で、転換期の統治上の諸処置というのは応報的制裁のごとく後向きに見える。刑事上の正義の通常の働きが不適当なのは、とりわけ先の制圧に関与した人々が罰せられないだけでなく、新しい体制のもとで引き続き権力の座につく場合であり、刑事上の制裁が一般的には個々人の不正行為に根拠をおくのに対して、統治的性質をもつ民事的制裁は、排他的状況に基礎を置いているということである。

公の法を通じた政治的アイデンティティの再建というものとして最重要な例は19世紀のアメリカの再建期である。なぜなら、政治的変革をおおう進行形の政治紛争の役割と、立憲民主政で採用された政治手法上に置かれた抑制の種類とを提示するからである。アメリカ再建はラディカルな政治的激動のなかでの、個人、市民および州の可能な再建を示すのだ。主な問題は、反逆諸州はどの程度まで新連邦に完全かつ平等な参加ができたのか、反逆諸州およびその市民らは背信的で罪ある者とみなされたのか、ということである。こうした時期においては、憲法的採決というのは、部分的に競合する法の支配の諸価値の実践的な均衡を反映する。

戦後の脱ナチ化も転換期の文脈から理解するのが一番わかりやすい。この政策の結果は法の役割が変容を促進させることであったということを提示しているし、その部分的暫定的な性質は政治的に動態的な時期の頻発する特徴なのである。

統治上のパージは政治秩序が不安定な時期におこるため、暫定的であり、政治的変容の時期を通じて妥協されることが多い。これは最初から特定の政治的再建期に向けた一時的なものと意図された実践的解決策であり、常に転換期における正義として理解される。

戦後ヨーロッパでは、ナチズムからの解放は先の体制の支持者たちの大規模なパージと密接な関係があったし、これらのパージの根底は明らかにイデオロジカルなものである。つまり占領が解かれた後の正義は、we/they, 友/敵, 協力者/反抗者という用語で構築された、解体による再編なのだ。戦後のパージは責任と変容との広範な理解を映しだし、個人、中間団体、国家の関係を再構築する。こうしたプロセスの非公式アプローチからは、集団を基底にすえた排除が個人の不法行為を狙い撃ちしているのではないということがわかる。諸個人は将来の公的空間から旧体制のイデオロギーを公に削除するための一手段なのだ。戦後パージは法の支配についてのわれわれの直観的知覚に揺さぶりをかける。というのも、その執行は、正規手続きにおいて適用されるのではなく、非公式で不法な手続きで適用されるものだからである。この手法の縮小的デュー・プロセスは法の支配の妥協的理解を映す。近代の政治的変容からは、抑圧の支配に対するもっともラディカルな政治的応答でさえも、始めから暫定的で、転換の構成要素として意図されているのだとわかる。

独裁者支配には支配する者とされる者という線引きがかならず存在するが、全体主義支配にはそうした明白なラインがないため、誰が過去の不法行為の責任を負うのかが問題となる。共産主義崩壊に対する法的対応は市民と政党の関係、政党と国家の関係についての現代的理解を示す。歴史的に国家は、政治的基準に基づいて公職採用を左右する全権を有していた。近代立憲主義は総じて、純粋に政治的根拠に基づいた公的領域における意思決定を制限されている。民主主義が機能しているところでは、統治の最高位にある者だけが主に政治的基礎に基づいて正当に選ばれるのだと考えられ、よって選挙で選ばれるのだとされる。国家というものは政治的基準に基づいて公的特権の付与を決定するといった自由裁量は持ち合わせていない。リベラル国家にあっては、政治的地位は重要な利害によって正当化されなければならないし、こうした利益を促進するものとして引き出されなければならない。政治的効率性や政治的忠誠は官職任命の政策を正当化するものではない。公共空間における政治的に支配された意思決定に相対する一般原理は、民主政にとって重要な政治結社の自由と言論の自由を保障するのである。

抑圧支配の後では、公務の再構築が意味するのは当該政治秩序に対する個人の規範的関係の再構築である。個人レベルでの変化は、より広範な構造的変化を考慮して検討されなければならない。政治的文脈における変化と政治システムにおける移行とともに過去の個人的行為はある社会の民主主義的可能性にと

ってはほとんど重要でないのもっともだが、政治的条件づけの論理が前向きな用語で正当化される場合に限っては民主主義擁護というのが内在的に首尾一貫しないように思われる。なぜなら過去の行動に基づいて個人の政治的地位を破壊することは新設される政治制度の可能性を黙殺してしまうからだ。

これまで見てきた政治技法は新政治秩序の構築目的という民主政の理由によって正当化されるが、公共財を政治的基準から再分配する段階にある転換期の社会は、別の目的を引き合いに出す。政治上の資格剥奪は、政治的所属に基づく巨大な優遇技法として概念化しなおすことができたのではないだろうか。「アフーマティブ・アクション」のような政治的基準に基づく集合的判断形態を正当化するのは何か？ 政治システムがリベラル化を経る際には、いかなる国家利益が政治的信条の基礎に基づく救済的優遇を正当化するのか？ 戦後の国際人権法のほとんどは政治的意見を基礎にした平等保障を確立するものである。差別禁止原理は立法が政治的意見に基づいて差別を課す場合には必ず重大な統治利益が存しなければならないとする。元来、そのような政治的無能力についての憲法上の正当性は当該国家の正当事由の本質、すなわち、機会平等の原理から離れることを正当化する国家利益が存するかどうかによるはずのものである。公職追放は、政治的無能力の影響が公共空間内で尽きるときに政治的展望の限界を再定義することによって、政治的転換を構築する。その効果は転換期における遺産の一つの機能である。顕示的に烙印をおすという側面で見れば、そぎ政策は刑事立法と似た潜在的効果を有する。本来そうした烙印は、刑事手続きに特有な個人の帰責性によって支えられるはずである。ページはリストで開始される。能力剥奪されるもののリストが発行されるとそのリスト自体が押烙印の政治判断をなすのであり、公共空間の公職追放が力を有するのである。後継者のページは先の態勢の抑圧を解くために展開され、法は公共空間の参加に欠かせない政党を再建するために利用される。転換期においては、後継の体制は分類資格剥奪として、旧体制のもとで明確な資格として提されたまことに同じ政治的カテゴリーを動員するのである。政治再建の権力はこの背景に逆らって説明される。「真実」は旧体制の記録から姿を現すと考えられて、誰かの過去のスクリーニングは旧体制の国防ファイルを逆手になされ、証拠は旧体制のファイルを通じてもたらされた。政治システムの移行期、とりわけ独裁制からよりリベラルな体制への移行にあっては、旧体制下の公文書に依拠することは、旧体制の物質的基盤における連続性の維持を含意し、それゆえまるっきりパラドキシカルに見受けられるのである。みそぎ政策はたとえその変革という

目的を追求しているにせよ、旧体制に深く巻き込まれているようである。だがパラドキシカルであっても、パージは、政治的变化がもっとも明白に表出する、一社会の伝統的な儀式化されたプロセスを通過する。このように管理された変化様式からは、転換期においては、政治的儀式のパフォーマンスがいかに変容の諸目的を促進するのか、がわかるのである。

軍勢力の変容は、個人と、社会的な軍事理解に拘束される団体との緊密な関係に依拠する。特有の緊密な関係が存在する軍隊構造内においては、「一連の命令」を出すことは、命令責任、すなわち他者の行為に対する責任を含意する。軍事支配後の政治変容の中には、その政治変容が排除した政権によって築かれた部分もある。構造レベルでの変化と個人レベルの変化との関係には転換期の流動的な概念が存し、その場合制度上の変容は抑制と均衡の確立という目的をもって、構造的変化と個人的変化の混成を経て起こる。国防組織再建の試みは平和の名で合理化される。政治的变化が平和と和解という目的によって正当化される場合、パージは平和協定の要点になりやすい。変容と防衛と平和との関係は明らかで、民主主義の確立したところでさえ、しばしば政治的パージが国防と平和のための方策として合理化される。通常時には虚しく響く防衛という正当化は、戦時やラディカルな転換期には、強大な力を有するのである。

戦時、公法は「闘う民主制」を防ぐ側にあった。闘う民主制は、近代の抑制のパラドックスに特有な転換期における現象で、自由選挙によって始まるという点で、その起源は民主的である。闘う民主制の「違憲的」政党は政治の蚊帳の外に置かれるが、そうすることで、政治システムのパラメーターが再構築されるのである。闘う民主制によるディレンマは、民主主義の名の下でなされる民主主義の制限ということである。闘う民主制の事例が示すのは、少なくとも転換期においては、そこに重大な民主主義建設目的があるならば、リベラルでない手続きも寛容される、と言うことである。強力な民主主義的伝統がないところでの闘う民主制は民主主義の芽を脅かすのもっともだし、常に裁判所の政治化という危険性が存する。

転換期のディレンマは、民主的手続きと民主的目的との間の緊張関係を明らかにする。圧制からの移行期には、民主主義の構築そのものが多数決のプロセスの制限と理念的な法の支配に関する妥協を正当化する。そして転換期における統治上の処置が政治的なものを超えて立憲のプロセスへと向うとき、その諸処置は民主主義の規範的正当化によって合理化されるのである。

政治的転換期における時間の役割とは何か。帰属年数や年齢といった時間を

理由にした無資格は、明示的にはイデオロギーを理由にしていなので政治的に中立であるように見えるが、広範囲に及び、政治的世代全体を排除することが多い。こうした条件は、ある世代の全構成員を、先の体制に与していたか否かにかかわらず、新しい政治秩序への参加から排除する。抑圧的な体制からよりリベラルな体制への移行期においては、通常の、世代をまたぐ正義は、場違いなのである。転換期のパージは、法を通じた政治的暫定性というもの政治的転換期の時代に特有のものだということを提示する。暫定的な公法は、支持者と反対者の核心的理解を再構築することによって地位を一時的に再定義する。ラディカルな公的処置は、変化する政治秩序への参加という条件と同様に、批判的に政治的共同体のパラメーターを再構築するが、それは、こうした政治的パージが、暫定的であるにもかかわらず、法の承認を得ているからである。

本章で論じられた諸処置は、自由化の進む『法の支配』国家への移行が何を意味するのか、ということにかんする我々の直観的知覚に疑義を投じる。それら諸処置の手続的不正や予測可能性の欠如、個人責任および集団責任に対する流動的なアプローチ、諸処置の明白なる政治化がその理由である。これらすべての理由により、本章で論じられた諸実践は自由化に対する我々の基盤的直観知識の正当性を問う。転換におけるこうした実践の役割を認識することは、独裁政治から出発するリベラルな国家の建設にまつわる政治的な現実への注意を描き出すと同様に、自由主義化する国家の固定的中核価値の欠如を明確にする。(この諸実践はあるイデオロギー上の基盤にもとづいて新しい統治を形成し、かつよりリベラルな体制が統合するまで、政治的自由上で一時的にぐずぐずする後継体制の分別の) 範囲についての問題を提起する。

第6章 憲法上の正義

この章では政治的変化の時期における立憲主義の性質と役割について目を向ける。中心的なディレンマはいかに立憲主義の概念と革命を調和させるかである。革命期とその余波は政治的変容の時期であり、立憲主義にとっては現存する緊張である。それは一般的には永続する政治的秩序と結びついている。一般的に通用している憲法の政治的変化、とりわけ、民主制の基礎としての近代の立憲主義への要求に対する関係の概念について検討する。このモデルは18世紀の憲法の政治に対する関係の見方を最もよく記述している。それゆえ、この半

世紀における政治的変化と結びついた憲法の発展を把握することはできず補足を必要とする。この章では、とりわけ実質的な政治的変化の最後の波の、そして、今日における立憲主義の表現を探究する。そして、第三の世紀における立憲主義の代替的な説明を与え、これらが転換期におけるもう一つの立憲主義のパラダイムに弾みを与えることを含んでいる。ここで提起される代替的なパラダイムは立憲主義に関する今日の理解について、司法的再考察、適切な解釈原則のような、転換を超えた余波があるはずである。転換期の立憲主義は単に現在の政治秩序によって構成されるのみならず、政治的変化を構成しもする。

政治的変化の時期における立憲主義の性質と役割に関する理論化は、現実主義者よりも理想主義者によるほうが支配的傾向となる。そこにおいて革命と制憲の間に強い結びつきがあるべきであるという規範的な主張が存在する。政治的変容期における立憲主義は急激な立憲的秩序の基礎になるようにも思われた政治的変化とそのような変化に対する制約との間の基本的な緊張をもたらす。

古典的な観点において、憲法は国家の基本的な政治的調整であると理解され、その構造と機能を決定する、際立った形態あるいは機関である。古典的な見方では、革命的政治変化は憲法の変化を意味する。憲法が変化したときは、ポリスも変化する。しかし、この説明によれば、転換を定義する新しい憲法的意識はどのように起こるのかが明らかとならない。

古典的な見方とは区別されるように、近代の立憲主義理論は構造に関する、そして個人の人權に関する国家の主権に対する規範的な制限を強調する。近代憲法の矛盾した役割は、政治的変化の時期にもかかわらず、政府に対するそのような制限を課すということである。どのように近代の立憲主義の見方と憲法の変化を調和するのか。これは大きな政治的変化の文脈における立憲主義のディレンマである。ハンナ・アーレントは、ディレンマを立憲主義の理論を再考することで解決する。「制憲における本当に革命的な要素」は「創設という行為」である。アーレントは、創設という熟慮に基づく考えによって革命と立憲主義の間の緊張を解決する。アーレントの説明に依拠しつつ、アメリカの憲法学者ブルース・アッカーマンもまた制憲を民主主義革命への基礎であるとする強い規範的な主張をする。この見方によれば制憲は、旧体制からの訣別という革命的な「憲法的要素」であり、また新しい政治秩序を作る、リベラル化革命の必要な最終の段階である。革命よりも変容期の制憲の可能性を拡張することによって、アッカーマンは通常政治と立憲政治の間の手がかりとなる分類的な区別を近代のモデルに与える。

立憲的な点は全くないボリスの像は18世紀の立憲主義を記述するにはちょうど良かったが、20世紀後半において政治的变化と関連した憲法は一般的に、前の憲法体制を受け継ぎ、それゆえ簡単には新しいものに作り変えることができない。本書で目指すのは、いかに国家がリベラルではない体制からよりリベラルな体制へと進むかを解釈することであり、憲法がこれらの政治的变化を構築する時に果たす役割を探究することである。

転換期における憲法は権威主義的支配からの交渉による移行において現れるかもしれない。転換期の憲法は単に革命を止めるものであるだけでなく、それらは転換を構築する役割も果たす。この点で転換期の憲法は明らかに政治的である。転換期においては、憲法は何が政治的であると認められるかに関する要因を強調する。後継の憲法は一時的な政治的合意と構造を制約から解放し、政治的転換を構築する新しい政治的空間を作り出す。さらに、ある決定的な憲法規範を超越的に確立することによって、後継の憲法はくっきりと過去の抑圧的な支配に対する構造的応答を含む。すなわち、「憲法の憲法」として理解される憲法よりも更に高位にある、より高位な法が存在する。

日本や、旧西ドイツで見られたような、戦後の政権過程は理想化された決裂と新たな始まりに続いているように思われる。戦後の立憲主義は「はっきりとした断絶」を含むが、それは超一民主主義的な過程と今日の憲法モデルである国民主権をほとんど含まない。戦後の憲法は第三の世紀の立憲主義を示す。権威主義的支配からの動きにおいて、過去の憲法の体制に対置して、そのような憲法は際立った、決定的な機能を果たす。一方、旧ソ連圏における政治的变化は、一般的に、平和的であり、それゆえ、ビロード革命として知られている。ビロード革命は一般に明白な断絶を欠いていて、創設的な種類の憲法的变化には至らなかった。暴力的な手段による革命が憲法体制における決裂を意味したのに対して、ビロード革命は強制された連続を意味する。立憲主義と政治的变化の間の緊張というディレンマは消滅するが、それは断絶がないからであり、ただ憲法の連続性が存在するからである。他の交渉による転換におけるように、革命以前の憲法秩序に戻る時と同様に、憲法は政治的移行を構築する合意を修正する時に役割を果たす。共産主義後の憲法は政治的变化の理論と憲法の変化の理論との間のいくつかの類似性を示す。それはドミノ倒しという連鎖反応と「回帰的」立憲主義である。現存する政治的秩序から離れて変容する憲法の変化が存在してきた程度に、しばしば全体主義以前に存在した憲法と政治的秩序に戻ることに、すなわち回帰的立憲主義が存在してきた。

アメリカ合衆国憲法とアメリカ革命との関係は、過程とその規範的命令において転換期の立憲主義を反映する。後向きの立憲主義からは一步はなれてより前向きな立憲主義に向かう前進が存在したが、アメリカ革命と憲法の施行との間の時間の経過があり、そして、アメリカの、最悪の独裁制からというよりも、制限された君主制からの転換の性質を前提にすると、この転換はそれほど劇的ではない。アメリカ憲法の転換する性質の主要な特徴はその修正のための条項である。修正過程は支配的な説明の中では統合することが困難であるので、時折、盛んに学者達による議論的となる。

憲法の自由の保護と、関連した僭主制に対する概念は植民地支配の文脈においてよりよく理解される。主たる立憲的応答は憲法による漸進的な達成であると考えられ、国家権力の再建である。憲法において統治者の言葉は制限され、その権力はほとんど制限されない。かつての君主制のほとんどは強い執行権の体系から議会制度へと動き、アメリカ合衆国は実際には大統領制へ戻るという点で独特である。執行権の構造に対する正当化は過去の君主制という歴史的経験によっていた。連邦主義者の議論における提起された執行権に対する理由付けは国王の意図へ戻って機能する。国王の支配は拘束されていなかったが、四年という期限の大統領の任期は国家権力の濫用を避ける。国王の拒否権は十分であるので、資格をもつた大統領の拒否権は制限され、適切でなければならない。

転換期の立憲主義はまた憲法解釈に対する含みももっている。転換期の観点は、関連する憲法の条項の今日の重要性に貢献する。転換期の観点からは原意的な解釈理論に伴う問題は、動態的な性質をもつ他のより変容する目的を見失いつつ、それらが一般的に統一や次第に憲法の目的を、そして時間や文脈を横断する意味の保護を前提にする。転換期の観点は法典化するものとしての憲法の理解に、変容し動態的な目的を付け加える。関連する解釈研究は関連する憲法の条項が転換的である程度とそれが目的において変容的であるかどうかであるかもしれない。時間の経過とともに、転換期の憲法の特徴は動態的に作用し、あるいはその変容する目的の中で弱まりあるいは拡張する。

今日の憲法理論化は完全には実質的な政治的变化と関連した、とりわけ20世紀の後半に当てはまる、憲法の現象を説明しない。第三の世紀における立憲主義はその前近代の政治秩序への応答において規範的でもあり変容するものでもある。そのような立憲主義は様々な様式の弁証法的な特質を表示する。すなわち、決定的、余剰的、そして、回帰的という性質である。このパラダイムは革

命的な時期における制憲によって作り出された発端となるディレンマを説明するのに役立つ。転換期の立憲主義は法と政治との関係の二分された理解を調停することによって急激な政治的变化に橋渡しする。さらに、転換は立憲主義がいかに民主主義を強固にするかも描き出す。通常期においては、立憲主義はしばしば単純な民主主義との対立において現れるが、転換期において、立憲主義はよりリベラルな体制へと向かう動きを容易にする上で独特な役割を果たす。

転換期の立憲主義は一つの代替のパラダイムを提供する。そのパラダイムの際立った矛盾は、近代の概念におけるのと同様に、立憲主義は政治秩序から独立しては存在せず、密接に相容する政治の中に絡まっているということである。それでもやはり、近代の概念において、転換期の憲法は政治的調整を超越する。転換期のパラダイムは憲法と通常政治との間のよりニュアンスをもった関係を再考する。転換期の憲法は単に現存する合意を法典化するものとして作用するのみならず、その合意を変容させもする。さらに、これら二つの憲法の目的の概念は相互に排他的ではない。転換期の憲法的パラダイムを区別するものは変革期における政治秩序とその構造的関係である。転換期の立憲主義は、限定された期間に一時的政治秩序を形成するための条項という手段から、国家の中核となる政治的アイデンティティを導く法律に至るまでの、異なった局面を包含している。その役割において、転換期の憲法は、よりリベラルな秩序を可能にし、政治的空間をリベラルにするための新しい政治的調整を裁可する。転換期の立憲主義は、未来の憲法秩序の保護者として機能する。

転換期の立憲主義は政治的变化における制憲の特別な役割を示す。革命的な政治的变化を伴って立憲主義を崩壊させようとする今日の傾向を回避するとき、提起されたパラダイムは変容期における立憲主義の性質と役割に対して決定的な空間を作り出し、言葉を提供する手段をもつ。転換期の立憲主義は我々が憲法の規範的力と法の他の使用との関係を理解するための含みをもっている。決定的な立憲主義は過去の抑圧的な支配に対する暗黙裡に相容する応答を含む。上記に論じられた憲法が旧体制の遺産に対して決定的に応答するのを反映しながら、転換期の憲法はある意味での正義を可能にする。前の政治的体制に対する決定的な憲法の応答はまた、旧体制を正当なものではないと見ることと後継の体制を正当化することによって、転換を正当化する役割も果たす。こうした通常期においては、これらの構造的原則が説明責任への規範的表現を可能にする程度に、それらは刑法のような他の規範的な法の使用と重ね合わせられる。今日のポストモダン的な憲法規範は、より広い規範的な社会秩序の理解

を導く国家権力の構造化を制限し、それを超越する。最後に、転換期の憲法の観点は憲法の目的のかすかな現れを提供する。この進歩の見方は、肝要なものでも普遍的なものでもないが、状況を制限する。国家における際立った正義の遺産を理解することで、国家の政治的、歴史的、状況的遺産に真に応答する、憲法の制限を構築することが可能になる。

第7章 転換期における正義の理論に向けて

政治的大変動期の法は反構造的と受け取られ、規範がシフトする時期も反パラダイム的と考えられている。それにもかかわらず、さまざまな法的応答にわたって、秩序がはっきりするようになり政治的变化にそった顕著な過程が明らかになる。転換を明瞭に示す要素は規範的シフトであり、それは慣習への固執とラディカルな変容との二つを橋渡しする。法の機能は政治的变化の構造を前進させることなので、転換期の法的兆候は法の支配がしっかりと確立された国においてよりも転換期の体制における政治的価値によってはっきりと影響を受ける。通常は一般的受容可能性や平等保護のような諸価値は、確立された法体系においては完全に並存可能と考えられているが、実質的な政治的变化の時期においてはこれらの諸価値は争われているようにみえる。転換期の法学の役割は慣習的な合法性と規範的シフトとを橋渡し続ける。政治的变化の時期においては、法的活動の優位的立場などなく、継ぎ目のない創設的理想などない。しかし、転換の経験は勢力均衡に基づいた政治的現実主義者によって仮定されたコースを必然的にたどるということでもない。転換期の司法は解釈上の自由を行使し、政治的意思決定主体ではないが、顕著な自由主義的な法の支配の象徴を構成する。同時に転換は規範的変容の範囲において、および、慣習的な合法性への固執において、さまざまに存在するし、また、転換期の法はしばしば諸法を区分する境界を曖昧にする。

刑事上の正義は後向き前向きという強度に二分法的用語法において理論化される。大規模で組織的な不法行為は個人および集団の責任の複合の認識を含む。

国家の過去に関する社会認識を産出する役割は始原的な事柄でも創設的な事柄でもない。なぜなら、後継の真の体制の批判的機能は先行する体制の抑圧的实践に応答することだからである。

過去の伝統についての新しい歴史的説明は特定の個人を回復させる。転換期

の形態においては、補償は規範的シフトの重要な作業である。転換期の補償計画は政治的転換と経済的転換とが同時に起こっている国においてもっとも顕著である。リベラル化している国は法の平等保護に対する過去の組織的損傷の組織的修繕という形態を採用し、その官僚的形態において、転換期の手段の政治的および集団的基盤ははっきりしている。法はラディカルに変容的であり、法的カテゴリーを分ける境界は曖昧となる。

転換期の立憲主義は理想的な概念をたどらないが、超政治化されている。通常は憲法作成を前向きの計画ととらえるが、転換期の立憲主義は先行する体制との関係において後向きの性質も兼ね備えている。

パラダイミ的な類似性は、転換期の正義に関する論争において、抑圧的支配に対してどのような応答がもっとも適切であるのかというくりかえし起こる問題と関係がある。しかしそれに対する答えは一つではなく、それは体制の諸々の条件次第である。転換期の法的応答のパラダイム上の流動性は法学の高められた政治的性質を照らしだす。なぜなら、これらの時期における法の機能は象徴的であり、多様な応答が規範的シフトを媒介可能だからである。

どのように転換は構成されるのか、政治的文脈における法の役割とは何かという問題は権威的規範の社会的再生産と伝達という問題において提起される。問題は法が存在する正統な規範の再生産をする組織的な能力をどのように保持するのかということよりはむしろ、法の内部で、法を媒介して、ラディカルに変容した規範がどのようにすれば存在するのかということである。法的実践の分析は特有の効力が分離および統合機能をもたらす能力を有することを提示すると同時に、転換期の法の支配は公正あるいは強制的な手続きを含む。転換期の法は何よりも象徴的であり、政治的推移の儀式および象徴である。その象徴的形態において、転換期の法学は相応の政治的差異を地位、メンバー、および共同体の変化を通じて再構成する。これらの過程を経て構成されたものはリベラルでない体制とリベラルな体制との相応の政治的差異である。近代の政治的変容においては、法的実践を通じて後継の社会がリベラル化する政治的変化を形成する。地位、権利、および責任を再定義する、および、国家権力に限界を定めるための法的過程への転回こそが確立した民主的システムと関連した法の支配の行使である。この意味で、転換期の法は単なる象徴を超越する。法的過程は先行のイデオロギーの否定と同時にリベラル化する変容を構成するイデオロギー上の変化を正当化する。転換はいかに法秩序が規範的変化を可能にするのかという問題を提起する。法体系の内部での、および、それを通じた変化は

既存の規範秩序の再解釈か、代替となる法規範への展開かのどちらかである。そのどちらが正しいということはなく、諸々の条件次第である。何が政治上の展開に適切であるかは単に転換の文脈によって構成されるだけである。転換期の法的過程は転換の受容に貢献する認識論上および解釈上の変化に寄与すると同時に、転換期の法的過程は体制の変化を支える規範的シフトの構成を促進するであろう知識に関する付随条件をはっきりと示す。

転換期のパラダイムは法とラディカルな変動の時期における政治的發展との関係を明らかにする。政治的転換期に追求された法的手段は規範的变化の象徴である。比較的・歴史的展望は転換期において正しいと考えられることが政治的に偶発的であるが、恣意的ではないことを示している。暫定的で超政治化された転換期の法学は不完全で部分的である理想主義的でない正義の概念と結びついている。また、転換期の正義の説明は民主的發展の理論を再構成する意味をもっている。再解釈は不完全で部分的な正義という点における転換期の法を特徴づける。

正義を模索するという現象はリベラルな政治的アイデンティティの潮流と結びついている。この応答は断片的であるが共有された何よりも矯正的である正義の見解を指摘する。転換期の正義は集団を再構成する道を提供する。またそれらは法の支配が恣意的でない支配で一般に適用可能な手続きへの固執といったもの以上の何かを意味する。現代の転換期の法学に顕著なことは法の支配の構造が法的承認のもとでの組織的迫害の応答するということである。繰り返し起こる転換期の応答は旧体制と結びついたヒエラルヒーを否定する。「友／敵」の区別は権威的体制に特有のものである。20世紀の後継の正義は個人の国家への関係をも再構成する。現代の転換の現象においては、戦後の民主的見解はより複雑で流動的な個人と集団、国内と国際秩序とを媒介する主権と責任の理解によってとってかわられた過程にある。批判的な主権と裁判権のおきかえを通じて市民へと向けて国家の義務を再解釈することによって、現代の転換期の実践は潜在的に人権保障を鼓舞する。

転換期における正義の通常時のそれとの関係についての問題は二つの次元をもつ。一つはどの程度まで正義の理想的な理論は転換期に適合するのかわかり、もう一つはどの程度まで転換期の正義は通常時へと一般化されるべきなのかわかる。時の経過、干渉の出来事、そして政治的变化にもかかわらず、転換期の正義は、未解決のままである場合には、単純に消滅したりはしない。そのことは、過去に関連した主張に対する継続中の国家の責任の前提は安定した政

治的アイデンティティと同一歩調をとることを示す。転換期の正義は制限された改革の手段を提供し、それは道徳のような他の規範の淵源に完全に基礎をおいた変化よりも適切である。正義を完全に制御するのは可能ではないが、このパラダイム的な象徴的形態は転換期における権威の場所へのシフトを表明する通常の機能を果たす。しかし、転換期の正義はいかにして暴力に応答するかという人権の基準として一般化されるべきではない。転換期の正義の一般化は、結局のところ、何が変容のメッセージなのかを取り違えるだろう。人権法の規範的な力は転換期でない状況においてでさえも変容を可能にさせるところにある。転換期のアイデンティティを確固たるものにしようという追求は二つのさらなる危険を課す。一つは過去をあまりにも誇大に合理化しようとするようにみえることであり、もう一つは、転換期の国家の単一性への探求があまりにも容易に、もともと不可能な神話として、あるいは、到達不可能な規範の見解としてなされた定式を前提とするようになりがちなことである。いずれにおいても、危険は単一性に基づいた国家の政治的アイデンティティの前提が政治的变化の可能性をやせ細らせるかもしれない。リベラルな態度は、対照的に、政治的想像力における実践のおよび贖罪の双方からの批判的空間としての建設的で持続的な転換期の様式を必要とする。

【付記】 本稿の翻訳に際しては、村井綾子（早稲田大学法学研究科修士課程）、遠藤啓之（早稲田大学法学研究科修士課程）の両氏も作業に参加したことを付記する。