

人権と主権の弁証法——樋口報告へのコメント

榎澤能生

樋口教授のご講演の内容には、大事な論点がちりばめられていた。学生諸子にはやや込み入った話ではなかったろうか。少なくとも憲法学の専門家ではない私は、個人の自由と国家に関する、一筋縄ではいかない複雑な問題の提示に圧倒された。素人の私に与えられたコメントの役回りは、講演で提起された論点を、関連する樋口教授の著作との往来を通じて正確に理解することに努め、多くの学生諸子とこれを共有することにある、と受け止め、学生がレポートを書くように、以下のコメントを書いてみた。さて樋口先生から合格点をいただくことができるだろうか。

1 二つの自由観の対抗 I : 「国家からの自由」と「国家による自由」

講演のテーマは、個人と国家、あるいは人権主体としての人=homme と、主権主体の構成員としての市民=citoyen との関係如何である。このテーマを考えると、誰もが個人か国家か、人権か主権か、自由か民主主義かという対立項のいずれを重視するかという問から出発するであろう。樋口教授は以前から、個人の国家に対する、人権の主権に対する優位こそ、追及されるべき最重要の課題だと主張されてきた。「国家からの自由」という課題である。主権概念は、常に国家権力の正当性を論証する機能を持つ。「国民主権の形骸化」の現実を解明する科学の任務は、「国民主権」概念をその形骸化から救って「実質化」「実体化」することによってではなく、逆に「主権」が権力を正当化するものでしかないことを明らかにすることによってしか果たされない。「国民主権の貫徹」という言い方で主張されてきた実践的要求は、「真の国民主権」の観念によってではなく、権力に対抗する人権観念によって行わなければならない。(樋口『「国民主権」と『直接民主主義』』『公法研究』33, 1970年, 17頁以下)。国家権力に対する冷徹な分析から、国家主権概念の実体化という行き方に対する冷静な批判が展開された。

しかしその後、社会的中間団体による個人の抑圧という日本社会の問題状況の認識から、国家が中間団体を制約することによって、団体からの個人の自由を確保することの重要性、すなわち「国家による自由」という課題が意識されるようになる。本講演でのイスラム・スカーフ問題は、まさにこの問題局面に位置づけられるものである。革命期のフランスでは「主権の担い手としての近代国民国家による身分制秩序の解体があつてはじめて、人権主体としての個人が成立した」という論理的相互関係と緊張があつた。カトリック教会の支配から個人を解放するために、国家は政教分離の原則を貫徹することによって、教会が主張した信教の自由と対決し、教会の影響力を公共空間（公教育の場）から閉め出した。「国家による自由」の創出である。他国では、国家による教育への干渉から、親の（宗教）教育の自由をどう擁護するかが問題だった。フランスでは逆に「教育の自由」の主張よりも、政教分離という国家（共和国）理念の公教育の場への貫徹の方が、自由のために不可欠と考えられたのである。これがフランスの伝統となった。

ところが1989年のチャルド（スカーフ）事件はこの伝統を揺らがせた。イスラム教の教えを守ってスカーフを着用したまま公立中学へ登校した女生徒に対して、校長は、伝統的な考え方に従い、特定の宗教を公教育の場から排除すべく着用をやめさせようとした。女生徒がこれに反発したため、大きな論争に発展した。当時の文相は、スカーフ着用は政教分離原則と両立するか否かを、憲法裁判所に諮問した。これに対する同裁判所の意見は、両立を一定の条件の下に認めるものだった。公役務の施設とその正常な作用を乱さない限りにおいて、公教育の場での宗教的信条の表現の自由を認めたのである。しかしこれは当然に論議を巻き起こした。「信仰を捨てることを求めるのではなく、学校にいる間はそれを心の内奥にしまっておくことを求める」政教分離の伝統的考え方（共和主義）からすれば、学校内部にまで「相違への権利」を認めることは、「普遍的価値を教える」学校の任務と矛盾することになる。しかし1992年憲法裁判所は同種の事件において、スカーフを取らなかつたことを理由に校長によってなされた退学処分を取り消し、スカーフ着用禁止を求めた校則を無効とする判決をくだす。これによって共和主義の「国家による自由」の伝統は、「国家からの自由」へとカーブを切ることになった。この背後には、宗教的多元主義の枠組みの中で寛容を求める現代的主張の台頭がある（以上につき種口陽一「二つの自由観の対抗」『近代国民国家の憲法構造』1994年、東京大学出版会、99頁以下）。

今回の話は、その続きである。しばらく沈静化していたこの問題が、“9・11”以後再燃する。スカーフ着用が頻発したため立法による対応が求められ、これを禁ずる法律が制定、適用されることになり、多数の退校処分が出されているという。89年、92年の段階で「国家からの自由」の方に切られたハンドルは、再び共和主義の伝統の方向に戻されたように見える。今後の裁判所の判断が注目される。

2 事実とフィクション

樋口教授は、ここでは問題を別の対抗軸で整理された。individualisme と communautarisme である。前者は共和国を個人の集合として構想し、公共空間にはそれぞれの共同体への帰属性を持ち込まないという伝統であり、後者は、それぞれの帰属共同体ごとの統合による公共社会での共存を考える方向である。両者を「国家による自由」か「国家からの自由」か、という問題との対応関係においてみるなら、前者が「国家による自由」に、後者が「国家からの自由」に対応するということになるが、両者はそれにはとどまらない対立構造を持っている。すなわち individualisme が、共和国を実際に帰属する共同体の如何にかかわらず、そのような具体的実在から抽象された個人の集合として構想する限りで、それは主権者をフィクションとして観念するのに対し、communautarisme は、個人が実際に帰属している共同体という実体を前提として主権を考える限り、それは主権者を実在するものとして観念するのである。樋口教授は、ここでフィクションがもつ規範性、普遍性という問題を提起されたのだと私は受け止めた。「共和国」は宗教や人種や出自の単位を問わず個人の集合として成立すべきであり、人びとはすべてひとしく個人として遇されるという想定＝フィクションは、フィクションであるがゆえにどの共同体にも通用する普遍的規範性を備えている。事実性に抗するフィクションの規範力こそ、多元的社会に求められるものではないか、これがスカーフ事件を素材にとられて発せられた樋口教授のもう一つのメッセージだったように思う。

3 二つの自由観の対抗II：「拘束の欠如としての自由」と「規範創造的自由」

個人として共和国を構成する人間は、二つの顔をもつ。一つは団体や、国家から自由な人権主体としての「人」=homme であり、もう一つは共和国=主権主体の構成員としての「市民」=citoyen である。既に触れたように樋口教授は、かねて「市民」が「人」を呑みこんでしまう危険に警鐘を乱打され、とりわけ日本社会の

現状にあっては、国家や社会団体からの「人」の自由の擁護に、より敏感であるべきことを強調されてきた。しかし丸山眞男「政治学における国家の概念」の読み方を示された際の強調点は、むしろ「市民」の方に置かれている。これはどうしたことか。

個人と国家の二者択一を前提とする「個人主義的国家観」と「ファシズム国家観」が対抗する学問状況にあって、丸山が提起したのは「弁証法的全体主義」だった。「個人は国家を媒介としてのみ具体的定立をえつつ、しかも絶えず国家に対して否定的独立を保持するとき関係に立たねばならぬ。」それは「無規定的な単なる遠心的・非社会的自由でなくて、本質的に政治的自由」を行使する「市民」が公共社会をとり結ぶという、個人と国家の関係に関する、あるべき姿（「われわれはcitoyenになることによりはじめてhommeとなる」ルソー）を提示するものだった。下手をすればそれこそ「公共性」の名の下に「人」=hommeの権利が蹂躪されかねない、このような丸山の「弁証法的全体主義」を取り上げられた樋口教授の真意はどこにあったのだろうか。

市民革命が身分制秩序を解体して集権的国家=国民主権を創出した。そうしてこの集権的国家=主権という公共が、中間諸集団から人権主体としての個人を力づくで解放し、私的空間を確保することになる。この公共の正当性を担うものとして「市民」=citoyenの権利が位置付けられた。このように「公共」=国家=主権=citoyenの系列があってはじめて、近代的な「私」=個人=人権=hommeができた、と考えると、hommeをのみこんでしまわないような「公共」の担い手たるcitoyen像を追求することが課題とならざるを得ない。こうして樋口憲法学は、国民主権の名による人権侵害への批判から、人権と主権の相互連関性の強調を経て、citoyenによる「公共」の形成へと理論関心を拡大させてきた（以上につき樋口『『公共』の可能性とアポリア』『前傾書』、141頁以下）。

このような展開を促す背景には、もう一対の自由観の対抗という視点を改めて考えざるを得ない知的状況が今日出現しているという事情がある。そのもう一対の自由観とは、丸山眞男が「日本における自由意識の形成と特質」（『戦中と戦後の間』）で提示した「拘束の欠如としての自由」と「規範創造的自由」である。「各人が好むことをなし、勝手に生活し、いかなる法にも拘束せられない」状態（フィルムー）、「反対物の欠如…運動を妨げる一切のものの欠如」（ホブズ）という自由の定義に、「行為者が精神の決定或いは思考に従って特定の行為をし又は思い止まるこ

とのいずれかを選択しうる能力」こそ自由の核心とするロックの自由観が対置され、「フィルマーやホッブスにおいては、自由とは第一義的に拘束の欠如であり、それに尽きているのに対し、ロックにおいてはより積極的に理性的な自己決定の能力と考えられている。」「やや粗放的な一般化を許されるならば、ヨーロッパ近代思想史において、拘束の欠如としての自由が、理性的自己決定としてのそれへと自らを積極的に押進めたとき、はじめてそれは封建的反動との激しい抗争において新しき秩序を形成する内面的エネルギーとして作用しえたといえる。」という視角が提示される。この視角から今度は日本の状況を見ると、徳川封建体制下の規範意識の崩壊は、もっぱら『人欲』の解放「拘束の欠如としての感性的自由」をもたらし、明治維新はこの過程を一挙に推しすすめ、「理性的な自己決定の能力」に支えられるべき「規範創造的な自由」をつくり出すことはなかった。戦後丸山は、改めてこの問題に立ち返り、戦後解放の方向を見定めようとした。

そして新自由主義的改革の嵐が吹き荒れる今日「自由＝市場経済＝規制緩和」の大合唱という新たな状況の中で、「人欲の解放」、「感性的自由」が、経済的自由、精神的自由の双方で跋扈し、「規範創造的な自由」の欠落状態が継続している。樋口教授は、判決も実は無規定的な「自由」を前提としたうえで、これを抑える「公共の福祉」をこれまた無制限に持ち出す論理の運びとなっていること、さらに判例を批判する学説も、自由への制限（「公共の福祉」）をできるだけ制限する、という議論の仕方に陥っていたことを喝破する。このように「拘束の欠如としての自由」を前提として議論を組み立てるのではなく、むしろ自由の中身を吟味して、何らかの実質的価値によってこれを基礎付ける（規範創造的自由）必要が説かれている。この場合「国家からの自由」と「国家による自由」の対置と、「拘束の欠如としての自由」と「規範創造的自由」の対比は、単純には重ならない。「規範創造的自由」は、「国家からの自由」の中身を自分自身の判断によって充たすことを意味しているからである（以上につき樋口「立憲主義の基礎としての『規範創造的自由』」『憲法近代知の復権へ』2002年、46頁以下）。

4 自覚的「脱道徳論」に抗して：公共秩序としての自由

樋口教授が、あえて今日、丸山の「弁証法的全体主義」を引き合いに出さねばならなかったのは、新自由主義における「人欲の解放」「拘束の欠如」という時代状況への対応の必要からだけではなかった。「近代国家への批判を通して、国家その

ものを疑問に付すことになる主張」への応答という意味合いもそこにはある。この主張は「何か価値ある目的、道徳的目的にとって望ましい目的を追求しているか否かを問う」自由論をしりぞけ、基本権の道徳的根拠を論ずることが「卑近な人間の欲求を軽んずるおそれ」を持つことを批判し、「理性、合理性、人格、個人の尊厳、人間性、意志の自由等、大陸的超越論が依拠してきた人間の特性に回帰する議論」から「抜け出る」必要を説く。近代を疑うポストモダンの思潮に乗って、自覚的に「理性」や「意志の自由」から離れた「脱道徳」が主張されているのである。「卑近な人間の欲求」の自由をフリーライダーに認めるのが「自由社会」である。しかしただ乗りするには乗り物が必要だ。乗り物としての公共秩序がなければただ乗りさえできない。「規範創造的自由」の行使による公共秩序あつての「脱道徳」、「拘束の欠如としての自由」なのである（以上につき樋口『「たたかう民主制」と『脱道徳論的』自由観のはざまー「近代立憲主義憲法学にとって自明」でないことー』樋口他編『国家と自由』日本評論社、2004年、1頁以下参照）。

西欧近代の「普遍性」への、文化多元主義、ネオ・コンサヴァティヴ、ポストモダンなど全方位からの攻撃の中で、「普遍性」の射程は狭められつつあるかに見える。こうした中で、あくまで西欧近代の普遍的価値へコミットすることの意義を考え抜く、樋口教授の強靱でかつしなやかな思考に感動を禁じえなかった。しなやかなと言ったのは、人権と主権の理論的關係に関する洞察を通じて「個人」の価値をどう確保するか、という一貫した課題意識が保持されつつも、時局に対峙する上で最もクリティカルと思われる論点に即して理論が展開される柔軟さのことである。「人権」の「主権」に対する優位の主張から、「規範創造的自由」の主体としての市民=citizen (=主権者) による公序構築の主張へと、一見すると転換かとも思われる思考の展開が遂げられている。樋口教授のこのような思考展開は、hommeをのみこんでしまわない公序の担い手たる市民像を模索することが、一定の現実性を持つような社会に、日本社会も到達したことを示すものなのだろうか。