HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	緊急権国家としての「明治国家」の法構造　－東アジアの観点から－
Author(s)	今井, 弘道
Citation	北大法学論集, 53(6), 1-26
Issue Date	2003-03-20
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15185
Type	bulletin (article)
File Information	53(6)_p1-26.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

緊急権国家としての「明治国家」の法構造

――東アジアの観点から――*

今井弘道

*本稿は、二〇〇二年九月二七日・二八日の両日、韓国・全南大学で行われた、「植民地法体制」という統一テーマでの韓国法史学会学術大会に、日本人研究者の一人として招待されて行った報告である。時間の制限との関係で極度に内容を切りつめている上、執筆から半年以上たった今では、不十分に感ずる部分も少なくない。しかし、この文章の韓国語訳が、そのまま『韓国法史学会』の機関誌に掲載される予定であること、また近く上海大学法学院の機関誌に中国語訳が掲載される手はずになったこともあって、日本語原文が必要になり、記録のためからも、さしあたりは、このままの形で掲載することにした。従って、訂正は、語句などの誤記等、技術的なものにとどめた。

一

一―一　「緊急権国家としての「明治国家」の法構造」と題する本報告において、私は、「明治国家」を「緊急権国家」と理解し、日本の植民地主義の法構造をこの「緊急権国家」体制の一環として捉えたい、と考えている。

まず、「明治国家」とは、明治維新として成立し、明治憲法体制を確立し、一九四五年にその体制が崩壊するまでの間の日本国のことを指している。また、「緊急権国家」という言葉を、本稿でより具体的にどのような意味で用いるのかはすぐ後（二―三、二―四）で示す。

ともあれ、「明治国家」を「緊急権国家」として理解しようとするのは、そのことによって、

①日本の植民地支配の、きわめて反「立憲主義」的な法構造を最も原理的な次元で捉えることができる。と同時に、それを踏まえて、

②現代における東アジアの歴史認識問題を考える際に前提とされるべき基礎的問題を法哲学的観点から提示することができる。それだけでなく、そこから更に、

③現在の東アジアにおける「立憲主義」的法体制の実現へ向けての実践的／理論的問題の所在を指示することができる、

このようなことが期待されるからである。

一―二　このように「緊急権国家」論という観点から「明治国家」とその植民地主義的法構造を捉えようとする時、私の念頭にあるのは、金昌禄論文「韓国における日帝強占期の法体系の性格」（北大法学論集、第五二巻第二号所収）である。

金昌禄論文に従えば、一九一〇年から一九四五年までの「日帝強占期三五年間」に韓国を支配した「法」は、「物理力だけを背景にした強制的な命令」にすぎず、本来の意味での法としての性格をもちえない「法」であった。

このような了解を前提としながら、金論文は、「日帝自体の構造的特性に注目し」、「立憲主義」という「評価基準」を用いつつ「日帝強占期の法体系」の性格を「統一的に把握」しようとする（『北大法学論集』、第五二巻第二号、二二四頁）。その分析が到達した結論は次のようなものであった。

一―三　①外見的立憲主義…「日帝」の「法体系の基本原理」は、きわめて「矮小化」された「外見的立憲主義」というべきものであった。それは、「強大な君主権」と「相対的に制約された議会権及び基本権」を内容とするドイツの「君権主義的な憲法」をモデルとしながら、その「立憲主義」の弱さを更に弱めて継承した結果であった（同、二一四―二一五頁）。

②恣意性…「日帝強占期の法体系の基本原理、その支配機構の特性、立法の特性及び法令の構造」は、全くの「恣意性」に立脚するものであった。いや、そもそもそれ以前に、「神的な権威」に支えられた「日帝それ自体」が、従って「その延長としての韓国支配機構」が、「恣意」を原理とするものであった。その「立法の方式」も、その所産としての「法令の構造」も恣意的であった（同、二三四―二三五頁）。

③道具性…かかる「恣意性」に満ち充ちたものとして、「法」は、ひたすら「抑圧の道具」、「搾取の道具」、「民族抹殺の道具」として機能した（同、二三五頁）。

④法虚無主義／法万能主義的法観念の醸成…かくして、それは、「韓国人民たちの心の中」に「法虚無主義」と「法万能主義」――権力の「道具」としての万能性――という観念を植え付けた。日帝の支配は、そのことによって、「韓

民族」の「立憲主義＝近代」への道を「遮断」してそこから遠ざけ、その影響を現代にまで残した（同）。

⑤韓国法の課題…こうして、韓民族は、近代立憲主義を実現するためには、日帝支配がもたらした「反立憲主義」の「清算」という「課題」を担うことになった（同）。

一一四　以上は、「立憲主義」を価値基準として日本帝国主義の韓国支配を法的側面から評価しようと試みる時、必然的にでてくる結論であろう。私は、この金論文の結論を基本的に支持する。しかし、「日帝」のこのような韓国支配の背後にあった法構造とはいかなるものであったのかという問題は、むしろそこからはじまる。これが、金昌禄論文を読んでの私の率直な感想である。

一一五　金論文は、法哲学的次元から見れば、「日帝」の法構造を、実定法／実定憲法を超越したあるべき「立憲主義」という観念を評価基準として動員する、一種の自然法的立場に立っている。そして、その観点から、「日帝」の法構造に欠落している「立憲主義」の諸契機を列挙する。つまり、そこでは、「理想化された立憲主義からの減点法的評価方法」が用いられているわけである。

しかし、この「減点法」によって「日帝」の法構造を「立憲主義」から遠ざけたからといって、植民地支配の法を含めたそれの「固有の法構造」が必ずしも明確な像を結ぶわけではないのではないだろうか。問題はそこからはじまる、といった所以である。

一一六　「「日帝」に固有の法構造」が金のいう「立憲主義」の諸契機を大きく欠落させていたものであったことは、

その通りであろう。そのことに異論はない。だが、その「法構造」とて、ひとつの法構造――自然法的な「立憲主義」とは対立的な類型とでもいうべきものを体現する法構造――であったことも、否定しえないところであろう。

「緊急権国家」体制としての「日帝」＝「明治国家」は、他面では、殖産興業を目指す「開発国家」でもあった。この「開発国家」の側面は、「富国強兵」の「富国」の部分を担い、「緊急権国家」を補完するものであった。「明治国家」は、「開発国家」という側面を含んだ広い意味での「緊急権国家」と理解しておくことができるのである。

一一七　このようにいう時、私は、総じて第二次大戦後の東アジアにおいては、「開発国家」の側面を含んだ「緊急権国家」が氾濫していたといって過言ではない、そしてその原型に日本の「明治国家」があった、という事実を念頭に置いている。

「開発国家」的「緊急権国家」の氾濫という事態は、東アジアにこのような現象を大量に生み出す世界史的意味での構造的要因があったことを推測させずにはおかない。このことを踏まえた上で、しかもその東アジアでそのような国家のあり方を克服していくことを目指すためには、「明治国家」によって最初に体現された法類型とそれの根拠との認識を明確なものにしておくことが不可欠ではないあろうか。

無論、今日私が言及しうるのは、一一一の①の点についての、しかもきわめて雑駁な中間的結論にすぎない。しかし、私は、この作業が一一一の②③で述べた東アジアの全体に通じる課題に対して開かれた意味をもつことを願っている。

二

二一一　「明治国家」は、外国船の渡来―徳川幕府の崩壊―明治維新という経緯の中で成立した。欧米列強の軍事力

の圧倒的な優位性を背景とした開国の強要は、日本民族の存亡に関わる危機であった。この危機についての意識が、いわばVolkを主体化させてNationにしていくことになったのだが、その過程で成立した「明治国家」は、その「危機状態」の克服を第一義的な「国家目的」とした。それは、創設の由来からして「緊急権国家」だったのである。

そして、一八六八年の「明治国家」の成立から一九四五年八月一五日まで、日本は持続的に「緊急権国家」であり続けた（小林直樹『国家緊急権』（学陽書房　一九七九）、一四〇頁、一四三頁）。

二―二　「緊急権国家」とはなにか。それを概念的に正確に示すためには、まず「国家緊急権（Staatsnotrecht, emergency of power）」の概念を明らかにしておかねばならない。

「カルネアデスの舟板」の比喩に象徴されるように、そもそも人に合法的な行為を期待しえない緊急事態下の行為に対しては、少なくとも法律上の責任は問えないとするのが通例である。「国家緊急権」とは、この問題を国家的行動に即して捉え返したときに成立する「国家の権利」、つまり国家的危機状態において、国家が自己を救済するという目的のために必要な一切をなしうる、平時法制を超えた権利である。この「権利」が発動される時、通常の法秩序は停止される（Necessity knows no law）。

こうして、「国家緊急権」は、個人の「緊急避難」と同様に、法的限界状況において発動される。但し、「カルネアデスの舟板」問題は法と道徳の接点に関わり、葛藤は個人の内心の問題となるが、「国家緊急権」は、法と政治の接点に関わる問題であって、葛藤は国家の存立と権力の所在をめぐって展開される。

二―三　小林直樹は「国家緊急権」を次のように規定している。そこには、前項で示した事情が的確に反映されてい

る。

①「国家および基本法秩序（ひいては国民生活全体）の維持・存続を脅かす重大な非常事態に対処する」という目的のために、

②「一時的に平時法制を超えた権限を政府（および／または軍事部）に委任し［典型的には、「戒厳令」―今井］」、

③「これに特別措置を可能ならしめる場合の例外権力」のことである（同、二五頁）。

二―四　発動された「国家緊急権」は、「非常事態」の消失とともに解除される。しかし、「非常事態」が長期にわたる――と判断される――場合、その発動は常態化され、国家は「緊急権国家」化していく。つまり、「緊急権国家」とは、

①国家が対外的／対内的に「持続的な危機状態」にある――と判断される――時、

②それに対処する目的のために、

③「国家緊急権」の発動を常態化し、それを法体制に浸透・内在化させた国家のことである。「明治国家」はこのような国家であった。

二―五　「国家緊急権」の発動は法的意味をもたないとの議論が絶えない。それは、「国家緊急権」が法律内在的なものではなく、しかもその発動が前項で示した「判断」という主観的要素に大きく依存し、しかも〈法を越えた法の前提〉たる〈法的安定性〉の、力による確保という〈法と政治の接点〉＝〈法のアルキメデス・ポイント〉から「立憲主義」的な法内在的な価値を相対化してしまう性格をもっているからである。

二一六　「国家緊急権」の発動に際して必要となる「判断」には、

①「国家および基本法秩序…の維持・存続を脅かす重大な非常事態」の有無、

②秩序回復のために平時法制を超えた権限に訴えて取るべき必要な措置は何か、

③発動された「国家緊急権」を解除するに足る形で危機が去ったか、等がある。

これらの判断には、それを〈誰が、いかに行うのが正当か〉の問題が常につきまとう。判断の主体と判断内容の正当性の問題といってもいい。そこには、法を越えたあからさまな政治＝権力問題が絡んでいる。従って反権力の側からも、「緊急権国家」の発動の判断を「政治的」と決めつけ、自らの立場を「非政治的」とする「政治」的話法が動員されることになる。しかし、重要なことは、問題の構造が〈法と政治の接点〉＝〈法のアルキメデス・ポイント〉に関わるものだ、という点である。

二一七　前項で示した諸「判断」は、具体的な状況に制約された具体的な判断である他ない。この判断を予め法に厳密に規定しておくことは現実的に不可能である。直接に事に当たる権力担当者が臨機応変に判断するしかない。

カール・シュミットは、この判断を「決断」と捉えた。それは、法の存在を前提とする包摂判断とは異質のものであって、法の領域を確保し「法的安定性」を創出するための政治的権力作用たる「決断」だ、としたわけである。

二一八　ここには、法哲学にとっての本質的な問題がある。国家的法秩序の根源にあるのは、上位の規範的秩序＝自然法的規範秩序なのか／それとも法秩序を越えた主権者の政治的決断なのかの問題、要するに〈規範主義と決断主義の対立〉の問題である。

①前者の「規範主義」は、国家的法秩序を法規範に還元し、法規範を上位の理性的規範／自然法的規範に還元する。

②これに対して「決断主義」は、国家的法秩序を秩序創設者の決断／意志に遡及させる。そしてその意志が主権の至高性の根拠だとする。

この決断／意志は、規範主義にとっては、非合理的な「恣意」でしかない――この規範主義的観点は、つまるところ、主権概念の否定に帰結する――。逆に「決断主義」から見ると、「規範主義」は、永遠の平時を前提とするだけで、規範が実効性をもたなくなる例外状態を知らない。また自らの抱く崇高な理念も、権力と決断なしには実現不可能であることに気づいていない。

二一九 「国民主権」論を含めた主権論は、「誰の判断が正当か」の問題に究極する。主権論は、整合性を貫徹させる限り、「決断」の契機を無視しえない。そして、この「誰？」の問いに、君主／貴族／人民と答えることによって、君主制／貴族制／民主制が結論される。この議論を拒否して規範主義の立場に立つ時、主権論は現実的な意味を失う。

法はつまるところ権力に帰着し、権力なき法を願望することは無政府主義的夢想だという他ない。そのことを明確にする点で決断主義はすぐれており、現実の法状態に適合的である。無論、だからといってカール・シュミットを全面肯定しなければならないわけではない。

二一〇 以下、シュミットの議論の問題性についての簡単な確認をしておきたい。「緊急権国家」としての「明治国家」の理解のための大きな手がかりにもなるし、更に「植民地とは、国際法上は国内であり、国内法上は外国である」というシュミットのシニカルな言葉に表現された事情を勘案すれば、「日帝」の韓国支配が圧倒的に反「立憲主義」的

なものであったという事態の基本的理解は可能になる、と思われるからである。

三

三―一　カール・シュミットは、一九二一年に『独裁（Die Diktatur）』を公刊した。ワイマール共和国憲法の四八条は、非常事態を宣告し基本権の停止その他の措置を取る大統領の権限を規定しているが、それとの関連でなされた独裁研究の成果であった。

その冒頭で、シュミットは、ローマの国制史を通覧し、独裁――正確には「委任独裁」――が「共和国」の「賢明なる発明」であったとしている。「委任独裁」とは、共和制ローマに設けられていた、いわば「制度としての独裁」のことである（Carl Schmitt, Die Diktatur, 2.Aufl., 1928 München und Leipzig, S. 1f., 田中浩訳『独裁』（未来社　一九九一）、一六頁）。

三―二　ローマ共和制下の元老院は、危機状態が生じた時、その制度に従って独裁官（平時の職権担当者とは異なって必要とされた時点で臨機的に任命される「特命のコミッサール」）を任命し、その危機状態の除去という限定的な目的のために、一定期間、独裁の権限を賦与し、その間、通常の法秩序を停止した。「戦争の遂行」や「内乱の鎮圧」などにあたらせるためである。

この「独裁官」は、「法律に縛られることなく、無制約の生殺与奪権をもつ王に等しい」ものであった。だが、「少なくとも共和制初期の美習によれば」、六ヶ月の任期の満了をまつことなく「任務の完了とともに辞任した」（ibid., S.2, 同、一六―一七頁）。「独裁官」の権力は、あくまで元老院から賦与された「派生」的なものにとどまったわけである。

三―三 元老院が任期中・任期終了後の解任を実効的になしえた限りで、この「独裁」は、ローマ共和制にとっての、正当な体制維持装置として機能した。

しかし、「独裁官」が直接に民衆の支持を取り付けて、それを背景に元老院に対抗しはじめるや――「カエサル主義Caesarismus」――、事態は変質する。「時限的委任」が維持されなくなり、共和制の弛緩・解体の過程に入ることとなったのである。

三―四 シュミットの見る限り、ワイマール共和国の議会に「委任独裁」が正常に機能していた時期の元老院の機能を期待することは、〈現代議会主義の精神史的地位〉から見て、非現実的であった。かといって、「主権者たる国民」が元老院の役割を担うことも、不可能であった。つまり、「委任独裁」を可能とする基盤は、現代には存在しない。

ここにおいて、現代国家においては、緊急事態の存否と国家緊急権の発動の判断には、そしてその行使には、誰があたるべきか、またその判断やそれの実行の正当性はどのようにして担保されるのかが、シュミットの法哲学／国家学の核心をなす問題となる。

三―五 これに対するシュミット自身の結論は、「極限概念」として言えば「主権をもつのは、非常事態を決断する者である」、という『政治神学』の冒頭の一節に明示されている（Carl Schmitt, Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, 2.Aufl., S.11, 長尾龍一訳「政治神学」、清水幾太郎編『危機の政治理論』（ダイヤモンド社 一九七三）所収、五頁）。

平時に主権者と見なされている名目的な主権者が、常に現実的な主権者として振る舞いうるとは限らない。しかし、

平時には、主権が誰に帰属するのかは、深刻な問題とはならない。問題となるのは緊急時という例外状態においてである。その時には、危機状況への対処において実効的に決断しうる者こそが事実的な主権者なのだ、シュミットはこう考えたのである。「例外が一切を証明する」(ibid., s.22, 同、一一頁)、というわけである。

この言葉は、直ちに国民主権の否定を意味しないが、国民主権に潜む問題点をズバリと衝くものだと評価することができる。では、国民主権に潜む問題点とは何か。

三―六　①主権者である国民それ自体は、緊急事態に即座の判断を下すには、議会以上に不適切な機関である。②そもそも「主権者としての国民の判断」などというものが僭称や虚偽でなく現実に成立するかどうかも、問題である。そして、緊急事態には、「主権者たる国民の判断こそ正当だ」というだけでは、実際にはいかなる問題も解決できない。ここに国民主権をめぐる本質的な問題があった。シュミットは、ここを衝いているのである。

三―七　この問題に対するシュミットの対応は、ある意味では狡猾であった。シュミットは、国民主権論に構造的に内在するこの難点を問題視せず、国民主権をカエサル主義にすり替えることによって、難点を利点に転化させたのである。つまり、こうである。

①「非常事態に実効的に決断する者が事実上の主権者である」との観点から、非常時に対処する独裁者が実質的主権者と見なされ、「国民主権」論は名目的にのみ維持される。

②その上で、「実質的主権者」と「名目的な主権者である国民」との同一化のメカニズムが動員される。「国民」の政治的指導者に対する「歓呼、喝采」は、「名目的主権者」たる国民と「実質的主権者」たる政治的指導者との同一化を

実現する、というメカニズムである。

非常事態における国民主権を、シュミットは、このメカニズムを通して発現するものと理解する。この時、「独裁官」が民衆の支持を取り付け、それを背景に元老院に対抗したという歴史的過去が、〈元老院からの委任による正統性〉から〈民衆との同一化による正統性〉への転換の意味を含みもつものとして読み替えられているわけである。

この読み替えは、この「同一化」メカニズムを〈一般意志の発現〉のメカニズムと見るシュミットのルソー理解のモティーフを基本的に規定している。その点は後にも触れるであろう。

三一八　こうして、シュミットは、「国民の歓呼・喝采」を通して国民を自らに同一化させることに成功した政治的指導者の「決断」は、事実上「主権者たる国民の判断」だといえる。その限りで、その判断は、その内容如何に関わらず正当だ、こう主張しうる論拠を手に入れた。シュミットは、このことを、ズバリ「国民主権とは矛盾なく国民と同一化しうる者の主権を意味する」(ibid., S16, 同、八頁）と表現している。

シュミットのこの言葉は、「人民の意志」とは自己の意志を人民に意志だと思わせることに成功した人の意志にすぎない、というJ.S.ミルの『自由論』(John Stuart Mill, On Liberty, World's Classics (London, Oxford U.P. 1963), 早坂忠訳「自由論」、『世界の名著49 ベンサム／J.S.ミル』（中央公論社 一九八五）所収）におけるデモクラシーへの危惧を、そしてルソー主義的主権論への危惧を、あらためて確証したものとなっている。

三一九　国民主権論のカエサル主義へのすり替えという非難は、しかし、シュミットだけに向けられるべきものではない。この問題は、国民主権／国民的民主主義をめぐる、未だに解決されていない根本問題に関わっているからである。

真の問題は、そもそも「主権者としての国民の判断」などというものが、僭称や虚偽でなく現実に成立するのかという点にある。この問題は、「国民の意志」のドグマ的価値を高めるだけでは解決されない。しかも、何らかのすり替えは、政府と国民との間において、今もなお常に行われている。それが、平時には、深刻な問題とはならないだけのことである。

三―一〇　このことは、シュミットの主権論の不整合性だけでなく、主権論それ自体の――ひいては国民主権／国民的民主主義論の――限界をも示している。社会民主主義主義者でありユダヤ人でもあったヘルマン・ヘラー（Hermann Heller）は、国家学的にはシュミットのカウンター・パートと見なされうる人であったが、国民国家以外に人々の統一性が組織されうる現代的な政治形式はありえず、その基礎は国民と国民文化以外にありえないと見た。その限りで、ヘラーも、国民主権／国民的民主主義をめぐるこの難問と無縁でいることはできなかった＊。

われわれにとって重要なのは、この点である。主権論の問題性とは、実は、近代の主権的国民国家それ自体の問題性に他ならないのである。

＊ヘラーの国家学をめぐっての議論には、今はこれ以上立ち入ることができない。しかし、ここには重要な問題が山積しており、いずれ立ち入って議論をする機会をもちたい、と考えている。

三―一一　シュミットがこのような立場を明確にしたのは、「議会主義と現代の大衆民主主義との対立」（一九二六年）においてであった。ここでシュミットは、「委任独裁」制度の崩壊原因であったカエサル主義を、選挙制度以上に適切

な国民意志の表現方法として、積極的に容認している（Carl Schmitt, Der Gegensatz von Parlamentarismus und moderner Massendemokratie, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 3.Aufl., 1961, S.22f., 樋口陽一訳「議会主義と大衆民主主義との対立」、前掲『危機の政治理論』所収、一三二頁）。その容認は、総力戦の時代という総体的危機の時代の到来に対する国家学的対応という意味をもったのだが、ともあれここからナチスへの道はあと一歩である。

三―一二　われわれの文脈において重要なことは、このようなシュミットの論理が、「緊急権国家」としての「明治国家」においては、天皇制がもつカリスマ的性格のゆえに、近似的な形で実現されたことである。ただ、「明治国家」においては、天皇への「歓呼、喝采」――及びその背景となった、「教育勅語」に象徴される神学的イデオロギー・システム――が、民衆を国民として覚醒・自覚させ、それが国民国家の主体的基盤を形成したことに見られるように、その論理が、より根源的な国民形成的・国家形成的次元で展開されたことには、注意しておく必要がある。

四

四―一　以下で、付論的に、主権論の問題性とは近代の主権国家それ自体の問題性に他ならないと述べたことの、法哲学的含意を開示しておこう。この問題が重要なのは、「明治国家」こそ、その問題性を最も端的に体現したと見ることができるからである。

国家については、①それをアクターと見ることもできるが、②さまざまなアクターが政治的に関わり合う「場」と見ることもできる（多元主義国家論や現代の多元主義的デモクラシー論などを想起せよ）。

「主権」概念は、対内的には最高性、対外的には独立性をもつものと規定される。そこには、国家が統一的主体性を

もつアクターだとの前提がある。それは、実際には、〈ウェストファリア体制〉を前提とした国家理解である――この理解が大衆社会の中で辿るひとつの道を、シュミットは、この上ない明晰さで示した――。

ところで、〈ウェストファリア体制〉は、ヨーロッパ中心主義的性格を濃厚にもち、ヨーロッパという文化圏を背景に成立した。そしてその文化圏の内部では相互性が原則となっていたが、それ以外の地域は、それぞれの主権拡張の対象にすぎないものと了解されていた。かくして、「明治国家」にとって、①この〈ウェストファリア体制〉は、一方では、自らの危機の源泉に他ならず、②他方では、かの主権の規定は、国家学的定義というよりは、危機克服の主体たる「国家」がもつべき属性という意味で、実現すべき目標となり、理想となった。

四―二　カエサル主義に帰結するシュミットの議論には、高度の政治的リアリティがある。それに対抗するためには、それ以上のリアリティをもった対抗力を形成する必要がある。

具体的には、①まず、「国民意志」が「カエサル主義」を帰結する「歓呼・喝采」――ハイル・ヒトラー!、天皇陛下万歳!――として表明されるような政治的風土を克服し、それに対する市民的不服従や抵抗権の発動を不断に可能にするような、またそもそも「独裁やカエサル主義」を許容しない反権威主義的な市民的政治文化を構築していくことである。「立憲主義」や Rule of Law は、このようなリアルな対抗関係が成立する磁場――多元的デモクラシーへの道に通じるような――においてのみ、可能となるのである。

「真の立憲主義」を云々する規範主義者は、しかし大抵の場合、このような政治文化・法文化があってはじめてその「真の立憲主義」なるものが可能になることを看過している。そして、反権威主義的対抗力を規範内在的な力と誤解し、実体化している。

四―三　②反権威主義的な市民的政治文化を構築していく道は、多元的デモクラシーへの道に通じている。こう考える時に注意しておくべきことは、この道は、同時に、「主権論」の隘路を突き抜け、主権国家そのものの批判的克服に向かい、ひいては〈ウェストファリア体制〉という歴史的枠組そのものを越え出ていく道でもありうるという点である。

さまざまな意味でグローバル化が問題にされている現在、このような問題を問題として設定すること、そしてその問題解決に立ち向かうことにこそ、現代法哲学の中心問題を求めることができる、私はこのように考えている。

五

五―一　法／法体制には二つの重要な類型があることが、しばしば指摘される。そしてその二類型が、①Rule of Lawや〈立憲主義〉の観念に体現される〈ルール志向型法〉と、②「緊急権国家」体制に端的な表現を見出す〈目的志向型法〉との対立として構成される。このような類型構成は、近年では、ハイエクに明確に認めることができる（筆者のハイエク理解及びそれと以下の議論との関わりについては、拙稿「正義論と価値相対主義――F.A.ハイエクとH.ケルゼンに即して――」、竹下賢編『実践地平の法理論』（昭和堂　一九八四）を参照されたい）。

五―二　②の目的・成果の実現に定位する〈目的志向型法〉の観点――例えば〈富国強兵〉の実現という観点――に立つとき、立法者・政治指導者は、個々の法共同体成員を歯車――国家目的の実現へと収斂する過程を担う歯車――と見る。

ここで人々の行為を導くものは、「ルールに適った正しい行為」という観念ではない。「目的」を招来させる、技術的に見て目的合理的な行政的措置である。そして、「人権」や「権利」は、この目的論的観点にとっては、しばしば反機

能的なものと映る。

五―三　逆に、①の〈ルール志向型法〉においては、ルールに適った行為はそれだけで正しいとされ、従って、ルールに適ってさえいれば、個々人がそれを通していかなる目的を追求することも許される。そして、自らの定立した目的を追求する行為をなしうる行為主体の人権・権利が尊重されることにもなる。このような事態を可能にするのが、Rule of Law の空間である。ここでは、国家がルールの維持管理以上の目的を持つことは否定される。そしてこれこそが本来の法だとされ、〈目的志向型法〉は、本来的な法としての性格をもたないものとされる。

五―四　しかし、Rule of Law を体現した国家が「緊急事態」に遭遇した場合、「緊急権国家」体制へと転回することは、決して稀ではない。それは、むしろかなり一般的に成立する現象なのである。

例えば、現在「テロ」と戦っているアメリカでは、「戦い」の合目的的な遂行のために、部分的な脱 Rule of Law 現象が生じている。「テロ」との戦争という緊急事態に最も適切な措置を取るためには、Rule of Law の尊重は大きな負担になるからである。緊急事態においては、いかなる国においても何らかの形で「緊急権国家」的法体制が不可避となることが、「人権の国」アメリカの現在の法現象に、端的に象徴されているわけである。

五―五　「緊急権国家」体制の確立が人権侵害を伴うという事態は、しばしば法文化――例えば東アジアの法文化――のあり方や、近代法の実現における後進性との関連で論じられてきた。しかし、このアメリカの例から明らかなように、「緊急権国家」体制との関わりで問題となる人権問題は、伝統的な法文化のあり方とは独立した、法に固有の

論理性と関わっている、すくなくともひとまずはこう見るべきであろう。

五―六　こう考えて見ると、〈目的志向型法〉と〈ルール志向型法〉との二つの法類型があるという理解は、必らずしも正確ではない。原理的には、すべての近代憲法のなかにこの二つの要素がある、むしろこのようにいうべきであろう。二類型論は、その一方が支配的となった状態を実体化しているにすぎない。

二つの要素のいずれが支配的となるのかは、その法体制がおかれた環境的条件――とりわけ、緊急事態の存否を軸とする国際的・国内的な環境的条件――によってよって規定される。これまでは、〈ウェストファリア体制〉の枠組の中での帝国主義的植民地争奪戦の時代、更には第二次大戦後の冷戦の時代に、その矢面に立ち、その中で急速に近代化を志向せざるをえなかった国々が、その環境条件に直接的にさらされてきた。

その環境的条件が消失すれば〈ルール志向型法〉が可能となる。われわれにとって重要なのは、環境的条件との関係におけるこのダイナミクスである。そこに、「緊急権国家」の克服の条件が、そして〈ルール志向型法〉実現の可能性が潜んでいるのである。

六

六―一　近代国家の正統性は、通常、「国民意志」にその根拠をもつものとされる。例えば、ワイマール憲法第一条は、「すべての権力は人民に発する」としている。日本国憲法は、第一条で国民主権を謳うとともに、前文で「国政」の「権威」は「国民に由来」するとして、このことを明文で確認している。

かくして、あらゆる国家的諸権力をこの「国民意志」に根拠づけること、従って必要とあらばこの「国民意志」を顕

在化させることが、憲法にとって最も重要なこととなる。このような憲法的要素は、〈主権的要素〉――あるいは〈政治的要素〉――と呼ばれてよい。この〈主権的要素〉が〈目的志向型法〉と強い親和性をもつ――形式的な法の目的志向的運用を含めて――ことは、すでに明らかである。

六―二　近代憲法は、反面で、国家権力の暴走の抑制を重大な関心事としており、従って〈主権抑制的要素〉――あるいは〈法治国家的要素〉――がもう一つの重要な憲法的要素となる。三権分立による諸権力の相互抑制メカニズムや基本権による権力の発動の限界の確定などが、これに当たる。これは、〈ルール志向型法〉と親和性をもつ。

六―三　あらゆる憲法は、この〈主権的要素〉と〈主権抑制的要素〉の二要素から成り立っている。そして、憲法秩序は、本源的には、革命権力として顕現する〈主権的要素〉＝〈政治的要素〉によって生み出される。この要素を、シュミットは、スピノザ哲学の用語を用いて、能産的自然（natura naturans）とも呼び、憲法学的には、「憲法制定権力」という用語をあてている。

憲法秩序の安定期になると、この〈主権的要素〉は背後に退き、〈主権抑制的要素〉＝〈法治国家的要素〉が前景に現れる。所産的自然（natura naturata）、「被制定権力」である。しかし、憲法的秩序が危機状態に陥る場合には、かつて秩序創造的に働いた〈主権的要素〉が再び前面に現れ、秩序回復的な要素として働く。そこに憲法秩序のダイナミズムの源泉がある。無論、そのダイナミズムは、「国民」の政治的生命力をその存在の基盤としているのだが。

六―四　こう考えてみると、国家緊急権の発動に関わる「決断」とは、要するにこの〈主権的要素〉＝〈政治的要素〉

と〈主権抑制的要素〉＝〈法治国家的要素〉との緊張関係として成立するダイナミクスの中での前者の顕現と関わっていることがわかる。その意味では、国家緊急権は、単なる恣意に発するものではなく、憲法的要素なのである。

六―五　「緊急権国家」的法体制は、秩序創設的＝秩序回復的な「憲法制定権力」の現れに他ならない。それは、〈主権抑制的要素〉を伴わず、〈主権的要素〉だけで単独で働く。

ルソー（Jean Jacques Rousseau）は、旧来の多元的な諸権限の個別諸利害は、「神的尊厳」をもつ「一般意志」によって否定・吸収され、むしろこの「一般意志」の実現過程を担うものへと一元化されるべきだ、とした。それは、多元的中間権力を殲滅／吸収する「憲法制定的な」革命独裁権力の正統性根拠となった――その上で、「憲法制定権力」は、「一般意志」の実現過程を担う諸機構を創設し、憲法を分節化させていく。そうして成立した「被制定権力」の地平において、立憲主義が働き出すわけである――。

シュミットは、このルソーの議論の内に「主権独裁」の法哲学的定式化を見て、その延長上に自らの国民主権とカエサル主義の結合態を位置づけたのであった。

七

七―一　明治維新以降の日本の国法体制のあり方は、「緊急権国家」体制として理解できる。それは、〈主権的要素〉が表面に躍り出て、独裁的権力を行使し、持続的危機に対処しつつ、同時に「近代」的秩序を創設するべき使命、「能産的自然」たるべき使命を担った体制であった。

この文脈の中で、「明治国家」の憲法体制のモデルとなったのが、ドイツのそれであった。金昌禄論文は、正当に、

このドイツの「君権主義的な憲法」は、「強大な君主権」と「相対的に制約された議会権及び基本権」を内容としていたことを指摘していた。ところで、この「強大な君主権」と「相対的に制約された議会権及び基本権」の対比とは、〈主権的要素〉の〈主権抑制的要素〉に対する圧倒的優越性ということに他ならない。

七―二　このようなドイツ憲法体制のあり方は、「君主主義的官僚身分」が国民に対して「超然主義」的な行政権力を行使しつつ、本来の意味での政治指導に携わり、国家形成を領導していたことに対応していた。このような国家体制を哲学的・概念的に表現したのがヘーゲルの法哲学（G.W.F.Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, 藤野渉他訳「法の哲学」、『世界の名著35　ヘーゲル』（中央公論社　一九六七）所収）である。シュミットは、この意味で、このヘーゲル法哲学を高く評価していた。

七―三　「明治国家」は、「強大な君主権」と「相対的に制約された議会権及び基本権」の不均衡を、更に拡大させながら継承した。この「明治国家」の「緊急権国家」体制が、「総動員体制」へと展開していく過程は、総力戦体制の構築という点で、世界的に先駆的な意味をもつものであり、シュミットの構想を現実の法実践の中で先取りする意味をもつものであったとさえいえる。

七―四　「明治国家」における天皇主権の権力は、歴史的にはジャコバンによって実現された「主権独裁」に類似した側面を有していた。

しばしばいわれているように、「明治国家」の達成すべき基本的な課題は、

①「国民国家」の担い手たる近代的「国民」それ自体を形成することと、

②軍事／外交／内政を司掌しうる近代的な「国家的権力機構」を形成することにあった。

まさしく、「明治国家」は、国家秩序自体を生み出す「能産的自然」として全能の「憲法制定権力」であることが求められていたわけである。

七―五　「国民」が未在の「明治国家」において「独裁」権力の正統化機能を果たしたのは、「万世一系の天皇」の意志であった。「明治国家」は、憲法論的には、いわば王権神授説的な「天皇主権的独裁」体制として成立したわけである。

「万世一系の天皇」は、かくしてルソーの「一般意志」に匹敵する神性を、固有の神話を通して確保した。そして、既存の諸権限がもつ個別意志／個別利害は、その天皇の神性の前では無であり、むしろ天皇の「意志」の実現過程を担うものへと帰一し、一元化されるべきものとみなされた。こうして「明治国家」は、「天皇の意志」の発現／貫徹によって、既存の多元的中間権力の殲滅／吸収を推進していった。

七―六　「明治国家」が「国家緊急権」を実効的に発動するためには、同時に「開発独裁」という側面をもたねばならなかった。「緊急権国家」は、「強兵」だけでなく、その「強兵」を可能にする経済的基盤（＝「富国」）をも必要としたのである。

こうして、「明治国家」は、軍制を確立して国民に軍事教育を施し、教育制度を創出し国民教育を通して国民を育成するだけではなく、産業を開発せねばならず、銀行を作り、工場を建て、市場を形成しなければならなかった。また、

その前に／またそれと同時に／更にそれに後追いして、自らの権力体系それ自体を形成し、しかもその全体が国家と民族の存立の維持という究極目的に収斂するように、不断にそれを再調整していかなければならなかった。

そのような必要性は、帝国主義の時代であったことを勘案すれば、国家緊急権の発動を長期化し、構造化させずにはおかなかった。「開発独裁」を内包した「主権独裁」は、内外の「敵」の「撃破」を通して「危機」を克服するだけでなく、旧来の社会関係／生産関係を持続的に打破し、それを革新し続けていかねばならなかったからである。

この「開発独裁」を内包した「主権独裁」としての「明治国家」において、いわば「行動コミッサール」として機能したのが、文武の天皇制官僚であった。

七―七　ここで、もう一度、ルソーを振り返ってみよう。ルソーの「一般意志」は、憲法秩序を創出する「憲法制定権力」であった。その担い手は「主権者」たる「国民」であった。しかし、その「国民」はもうひとつの面をもっていた。一般意志に服従する「臣民」という面である。

「主権者」＝「憲法制定権力」として、「国民」は「憲法を超越した存在」であるが、「臣民」としては「憲法」秩序の中の存在であった。ルソーの「国民」は、「憲法制定権力」の担い手としては「能産的自然」であるが、「臣民」としては、憲法秩序の中に位置をもつひとつの「所産的自然」であったわけである。

七―八　この枠組を残しながら内容に多少の変容を加えると、「明治国家」の憲法構造が説明できる。明治憲法の一条の天皇（＝神権天皇制の天皇）とその四条の天皇（機関として憲法に従う天皇）は、能産的自然と所産的自然の関係に立っているというわけである。

＊因みに、その条文を掲げておこう。「第一条　大日本帝国ハ万世一系ノ天皇之ヲ統治ス」。「第四条　天皇ハ国ノ元首ニシテ統治権ヲ総攬シ此ノ憲法ノ条規ニ依リ之ヲ行フ」。

七―九　法律的に見れば、このような国体論的な「憲法」に大きな矛盾があったことはいうまでもない。①憲法の〈外〉にあってそれを最終的に根拠づける絶対的な存在としての天皇が、同時に②憲法体系の〈内部〉に組み込まれて憲法の制約を受ける立憲君主でもなければならない、という矛盾である。このような矛盾は、②へと天皇を一義化し解消することによって「立憲主義」を志向しようとする動向（美濃部憲法学）と、①へと一義化しようとする動向（国体明徴運動）との相克としてあらわれる。

七―一〇　「緊急権国家」は、やがて「総動員体制国家」として質的飛躍を遂げていった。というよりも、「緊急権国家」としての「明治国家」は、先取りされた「総動員体制国家」としての性格をもっており、後者は前者のひとつの具体化のあり方と見る方が適切であろう。かくして、第一次大戦後の日本は、一九一八年の軍需工業動員法をはじめとして、世界でも最も早く「総力戦」体制に対応しえた国となった（具体的には、前掲小林、一六〇頁以下参照）。

その中で、「植民地とは、国際法上は国内であり、国内法上は外国である」という事情が、反「立憲主義」的な植民地支配を過酷化させていったことは、あらためて繰り返すまでもない。

七―一一　そのような法構造の総体に、天皇制の性格が刻印されていたことは否定すべくもないし、否定してはならない。しかし、その現れの奥には、緊急事態の中で主権国家を支配している普遍的な事態があった。歴史的な法文化の

あり方とは独立した、法に固有の論理性があった。

しかも、その論理性は、現代においても働き続けている。そして、日本だけでなく、東アジアの多くの国々もまた、今、その論理性と戦い、そこからの転換を模索している。

私は、その論理性と戦い、その転換の可能性を理論的に切り開くことが、法哲学的観点から日本の戦争責任に向き合うひとつの方策である、と考えている。

以上