

民主主義における法学（1）

オリヴァー・レプシウス*

土屋 武（訳）**

目次

I. 従来の準拠カテゴリー：国家と憲法

1. 国家への学問的的定位
2. 憲法への学問的的定位

II. 準拠基底としての民主主義

1. 多数派と少数派
2. 妥協（以上本号）
3. 制度の分化（以下次号）
4. 時間性

III. 帰結

1. 公法にとっての帰結
2. 法学一般にとっての帰結

数十年来、我々が民主的に創出された法秩序において生き、活動していることには何の報道価値もない。しかし、我々が生きている国家形態は、

* ミュンスター大学教授

** 新潟大学法学部准教授

我々が営む法に関する学問に影響を与えるのだろうか¹？民主主義が実定法に影響を与えることに何の疑いもない。民主的に創出され、正統化された立法によるということを見るだけでもそうである。しかし学問へはどうだろうか？そしてさらに進んで、果たして民主的国家形態はそもそも法学に影響を及ぼすべきであろうかと問うこともできよう。結局、法学はかなり非民主的な時代に最盛期となった。法学はその方法と対象を全く別の政治レジームの下で発展させてきた。さらに、法律、判決、執行行為、契約といったさまざまな法の形式は、本質的に民主主義と結びつくものではない。法に関する学問にとってはまさに——当然第一次的に現行法にかかわる法実務とは異なり——、国家形態および政治から離れて考えられ、それぞれの支配体制を超えて真に学問的な独自の妥当根拠を主張していたときには常に有益であったと正しく指摘することができよう。結局、法学はその理念と方法の大部分をその時々々の政治秩序から距離を置くことに負っており、そしてこの距離はナチズムの経験後には一層守るべき価値があるのではないか？民主主義における法学の位置づけを果たしてそもそも有意に問うるのか、それともむしろ法学が有する国家形態に無差別的な性格を強調し、民主主義において日常的に表れるような、道具的目的のために法を用いることから距離をとるべきではないのか？そして民法に法学の基礎があり、民法がすべての法の母であり、そして民主主義が民法において探究されることがさほどなかったこと以上の根拠が、この距離の存在についてあるのだろうか？それゆえ私はまず慎重に公法学について述べ、最後にはじめて法学全体に再度戻ることにはしたい。

本稿で主張されるテーゼは次の通りである。民主主義において法学には固有の任務がある。それは一方では現行法の取扱いにかかわり、他方で法の批判と形成に向けた学問の任務を形成する。以上のテーゼは3段階で展開される。第一段階では、従来の概念の定位との区別が問題となる。第二

1 M. Stolleis, Staatsrechtslehre und Politik, 1996, S. 7, 24はこれを肯定する。

段階は、民主主義という大概念を法の取扱いに対して持つその造形力から詳細に分類し、いくつかの構造要素に還元する。第三段階では、民主的パースペクティブを法学において認めた場合に何が変わるのか、そしてパースペクティブの転換がもたらす重要な結果がどの程度期待されるのかを示されることになる。

I. 従来 of 準拠カテゴリー：国家と憲法

公法学はこれまで民主主義と関連づけられることはなかった²。中心におかれてきたのはむしろ2つの別の概念、すなわち国家と憲法である³。

2 散発的に見られる反例として、*L. Ferrajoli*, *Pricipia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 2 Bände, 2007; *E. Demninger*, *Staatsrecht* 1, 1973, S. 55 ff.; *D. Jesch*, *Gesetz und Verwaltung*, 2. Aufl. 1968, S. 171 ff. 1990年代に入ってはじめて民主主義の憲法原理が実定憲法上解明されるようになった。参照、BVerfGE 83, 37 (50-58) [1990] ; 83, 60 (71-75) [1990] ; 93, 37 (66-74) [1995] ; 107, 59 (86-101) [2002] ; 111, 191 (216 f.) [2004] ; 119, 331 (366-367) [2007] . この判例は主に *E.-W. Böckenförde* の影響を受けている。参照、*Demokratie als Verfassungsprinzip*, in: *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band I, 1987, § 22. 概観として、参照、*B. Pieroth*, *Plurale und unitarische Strukturen demokratischer Legitimation*, *EuGRZ* 2006, 330-338; ならびに *S. Unger*, *Das Verfassungsprinzip der Demokratie*, 2008. 批判的評価としてたとえば、*B.-O. Bryde*, *Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie*, *StWStP* 5 (1994), 305 ff.; *Redaktion Kritische Justiz* (Hrsg.), *Demokratie und Grundgesetz*, 2000.

3 *J. Isensee* は1987年にすでに国法学におけるパラダイム転換、とりわけ「憲法」と「民主主義」による「国家」からの離脱を確認している。参照、*Staat und Verfassung*, in: *ders./P. Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band I, 1987, § 13 Rn. 3. *P. Kirchhof* は1997年に「国家に対する違和の増大」を検証している。参照、*Demokratischer Rechtsstaat-Staatsform der Zugehörigen*, in: *ebd.*, Band IX, 1997, § 221 Rn. 2-8; 議論を

1. 国家への学問的定位置

学問分野として、公法は、少なくともドイツでは、国家の特別法として成立した⁴。この歴史的起源は国家法という概念に生き続けている。これは、国家法という概念を他の言語に翻訳しようとすれば直ちに分かるように、名誉であるが奇妙な概念である。国家法〔という言葉〕は、主にドイツにおいて存在する⁵。フランス人は国家法 (*droit d'État*) という言葉を知

先に進めているのは、*J. Isensee*, Die Staatlichkeit der Verfassung, in: O. Depenheuer/C. Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 6 Rn. 44 ff., また Rn. 57 では戯画化している。分析として、*K. Stern*, Staatsrecht I, 2. Aufl. 1984, S. 10 f.; *C. Möllers*, Staat als Argument, 2. Aufl. 2011, S. XI ff.; *M. Kloepfer*, Vom Zustand des Verfassungsrechts, JZ 2003, 483 ff.; *F. Günther*, Denken vom Staat her: die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949–1970, 2004; *W. Pauly*, Wissenschaft vom Verfassungsrecht: Deutschland, IPE II, 2008, § 27 Rn. 13–16; *J. Murkens*, From Empire to Union. Conceptions of German Constitutional Law, 2013, S. 69–98.

- 4 たとえば、*E.-W. Böckenförde*, Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 11 ff. [エルンスト＝ヴォルフガング・ベッケンフェルデ「国法と国法学の特質」同（初宿正典編訳）『現代国家と憲法・自由・民主制』（風行社、1999年）3頁]；*D. Grimm*, Zur politischen Funktion der Trennung von öffentlichem und privatem Recht in Deutschland, in: ders., Recht und Staat in der Bürgerlichen Gesellschaft, 1987, S. 84 (85, 90) [ディーター・グリム（矢澤久純訳）「ドイツにおける公法と私法の区別の政治的機能について」北九州市立大学法政論集34巻1・2号（2006年）107頁以下]；*ders.*, Die deutsche Staatsrechtslehre zwischen 1750 und 1945, ebd., 291 ff.; *W. Pauly* (Fn. 3), § 27 Rn. 6 f. を見よ。
- 5 このことはもちろんドイツ語圏においてあてはまる。オーストリアではたしかに国家法の概念が用いられる。たとえば参照、*L. Adamovich/B. Funk/G. Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, 4 Teile, 1997/1998/2003/2009, teilweise 2. Aufl. 2010/2011, または *P. Pernthaler*, Österreichisches Bundesstaatsrecht, 2004 ならびに、とりわけ *H. Kelsen*, Österreichisches

らないし、イタリア人も国家法 (*diritto statale*) を知らない⁶。また国家法 (*state law*) と言った場合、アメリカ人は連邦法と区別される州法としか解さず、イギリス人は全く解さない。ドイツの公法が国家と関連性をもつのは、学問的な目的適合性の問題ではなく、むしろ歴史的条件によるものである⁷。周知のように、ドイツは——フランスやイギリス、アメリカ合衆

Staatsrecht, 1923 (Nd. 1970)。しかし、素材の構成と構想がドイツの説明と比較してより一層規範に定位したアプローチであることによって〔ドイツとは〕はっきりと区別される。この差異については参照、*E. Wiederin*, *Denken vom Recht her: über den modus austriacus in der Staatsrechtslehre*, in: H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, 2007, S. 293-317; *ders.*, *Grundlagen und Grundzüge des staatlichen Verfassungsrechts: Österreich*, in: IPE I, 2007, § 7 Rn. 128: 「国家ではなく共和国」; *A. Somek*, *Wissenschaft vom Verfassungsrecht: Österreich*, in: IPE II, 2008, § 33 Rn. 21 ff.; *A. Jakab*, *Two opposing paradigms of continental european constitutional thinking: Austria and Germany*, *International & Comparative Law Quarterly* 58 (2009), 933-955; *ders.*, *Die Dogmatik des österreichischen öffentlichen Rechts aus deutschem Blickwinkel: ex contrario fiat lux*, *Der Staat* 46 (2007), 268-291。スイスでは、「国家」の概念が現れることはむしろまれであり、その場合でも権限との関係または比較法との関連で用いられる。たとえば参照、*U. Häfelin*, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 7. Aufl. 2008 oder *W. Haller/A. Kötz/T. Gächter*, *Allgemeines Staatsrecht*, 4. Aufl. 2008; 差異を分析したものとして、*G. Biaggini*, *Die Staatsrechtswissenschaft und ihr Gegenstand: Wechselseitige Bedingtheiten am Beispiel der Schweiz*, in: *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, op.cit., S. 267 ff.

6 参照、*L. Heuschling*, *Wissenschaft vom Verfassungsrecht: Frankreich*, in: IPE II, 2008, § 28 Rn. 31 f., 43 ff.; *M. Fioravanti*, *Wissenschaft vom Verfassungsrecht: Italien*, in: IPE II, 2008, § 31 Rn. 34 ff.

7 参照、*C. Möllers*, *Der vermisste Leviathan*, 2008, S. 15-19; *J. Isensee* (Fn. 3), § 13 Rn. 41 ff.; *U. Di Fabio*, *Die Staatsrechtslehre und der Staat*, 2003, S. 15, 19 ff. また参照、*G. Hübinger*, *Staatstheorie und Politik als Wissenschaft im Kaiserreich*, in: FS Wilhelm Hennis, 1988, S. 143 ff.; *U. Scheuner*, *Das Wesen des Staates und der Begriff des Politischen in der neueren Staatslehre*, in: *ders.*, *Staatstheorie und Staatsrecht*, 1978, S. 45 ff.

国とは違い——国家統一がなかった。王国や教会都市、共和制により編成された自由都市といった数多くの領土が存在しており、1806年以降は王国と共和国から構成されていた。ドイツが国家統一を果たしたのは1990年になってはじめてのことであった。それ以前には常にドイツ問題があり、1871年のプロイセンによる小ドイツ主義的解決後もそうであった。ヴァイマル憲法すら、2条2文ならびに61条2項によりオーストリアのドイツライヒへの加盟に関する規定を有していた。

このような国家性があいまいな状況において、国家概念に照準を合わせるよう学問は駆り立てられた。国家概念を通じて、19世紀の法の断片化が克服され、法の欠缺を埋めることができた。当時まだ断片的であった複数の憲法がより大きな全体、すなわち国家法の一部として解釈され、そして法秩序の統一性または法治国家といった熱望的要素と関連づけられた。最後に、国家任務の定義を通じて公権力の内容的な限定が得られた。これは19世紀に主に参加獲得を通じた支配のコントロールの手段であった基本権以上のものであった⁸。さらに国家概念に定礎することにより、学問は純粋な法問題を超えて研究対象を拡張する刺激を受ける⁹。今日では、〈研

8 *J.-D. Kühne*, Von der bürgerlichen Revolution bis zum Ersten Weltkrieg, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band I, 2004, § 3; *D. Grimm*, Die Entwicklung der Grundrechtstheorie in der deutschen Staatslehre des 19. Jahrhunderts, in: ders., Recht und Staat (Fn. 4), S. 308 ff., auch in: G. Birtsch (Hrsg.), Grund- und Freiheitsrechte von der ständischen zur spätbürgerlichen Gesellschaft, 1987, S. 234 ff.; *R. Wahl*, Rechtliche Wirkungen und Funktionen der Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus, in: E.-W. Böckenförde (Hrsg.), Moderne deutsche Verfassungsgeschichte, 1815–1914, 2. Aufl. 1981, S. 346 ff.; *D. Jesch* (Fn. 2), S. 74 ff.

9 *M. Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band 2, 1992, S. 51 f., 97–99, 119 f.; *W. Pauly*, Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus, 1993, S. 219 ff.; *C. Möllers*, Staat als Argument, 2000, S. 116–120, は国家概念の4つの記述機能をまとめている。統一として

究対象として国家法は学際的な研究をする資格を与えている〉ということができよう。法の社会的あるいは哲学的な前提条件を扱うことが正統化された。そして最後に国家法は間接的に民法をも構成する。というのも、国家と社会の分離¹⁰によって、民法にはまさに非国家的な役割が割り当てられるからである。民法は非政治的で中立的であり続けるべきであり——そしてそれが許される。そして中立的な事物法則性と結びついた私法の自己理解は、政治的なものとして宣言された公法に対して守られており、20世紀においてもこの自己理解はなお長らく妥当していた。私法は自己組織化する自由な社会の要求を規律し、公法は、強制的に執行される高権的行為に依拠する、国家の領域の要求を規律していた。国家と社会は異なる合理性の領域区分を示しており、基本権によって確保される。19世紀の公法の成立は私法からの切り離しとして記述されることが多いが¹¹、その場合、逆の定式化もされうる。国家法なくして、政治問題を排除することを認めることができる中立的私法は存在しない。

の国家、「現実」としての国家、正統性の保証者としての国家、そして学問の対象としての国家である。O. Lepsius, Braucht das Verfassungsrecht eine Theorie des Staates?, EuGRZ 2004, 370 (372–376) : 熱望の対象概念としての国家概念、喪失概念としての国家概念、学際的な架橋概念としての国家概念。またU. Di Fabio, Staatsrechtslehre (Fn. 7), S. 13 ff. も見よ。

10 19世紀の国家法の議論についての意味については、C. Schönberger, Das Parlament im Anstaltsstaat, 1997, S. 28 ff., 79 ff., 357を見よ；私法上の議論にとって持続的に意味があることについてはP. Zumbansen, Ordnungsmuster im modernen Wohlfahrtsstaat, 2000, S. 20 ff., 32, 185 ff.を見よ；変遷を通じて維持されていることについては、K.-H. Ladewig, Staat und Gesellschaft, in: O. Depenheuer/C. Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 18 Rn. 40 ff.

11 参照、C. Kremer, Die Willensmacht des Staates. Die gemeindeutsche Staatsrechtslehre des Carl Friedrich v. Gerber, 2008; W. Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert: die Herkunft Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft, 1958.

19世紀のコンテクストにおいて、学問的に国家へと照準を合わせることはドイツにとって革新的でもあった。それは法学を強く刺激した。今日まで、ドイツ公法はこの時期に彫琢された中心的概念に負っている¹²。しかし私法もまた、権力問題や配分問題に関する政治的側面を公法に委ね、個人の自由な発展の余地を確保することによって利益を得ているのである¹³。基本権は、自由と自主規制という社会の領域と、政治的目標、介入そして強制を伴った国家の領域へと境界線を引く¹⁴。公法学が20世紀後半にもなお長らく国家性に関する観念、国家からの思考、あるいは憲法適合的な国家像の必要性を堅持しているとすれば¹⁵、それはドイツ公法の前憲

12 *T. Vesting*, Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes, VVDStRL 63 (2004), 41 (43–47, 59); *N. Achterberg*, Deutschland nach 30 Jahren Grundgesetz, VVDStRL 38 (1980), 55. 今日まで主張される国家と社会の分離の例について、一方でこれを支持するものとして、*E.-W. Böckenförde*, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit, 1973; 他方でこれを批判するものとして *H. Ehmke*, „Staat“ und „Gesellschaft“ als verfassungstheoretisches Problem, FS Rudolf Smend 1962, S. 23 ff., in: ders., Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik, 1981, S. 300–324に再録。

13 これを浮き彫りにするものとして、たとえば、*K. Hesse*, Verfassungsrecht und Privatrecht, 1988; *D. Grimm*, Zur politischen Funktion (Fn. 4), S. 99 ff. [グリム (矢澤訳)・前掲注 (4) 125頁以下]: 私法は自由の法として現れ、公法は強制の法として現れる。国家法実証主義にとっての私法の意味については *P. v. Oertzen*, Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus, 1974を見よ。最後に *H. Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1. Aufl. 1934, S. 110–114, 2. Aufl. 1960, S. 285 ff. [ハンス・ケルゼン (横田喜三郎訳) 『純粹法学』 (岩波書店、1934年) 172頁以下、同 (長尾龍一訳) 『純粹法学第二版』 (岩波書店、2014年) 272頁以下] を見よ。彼は「公法・私法の二元論のイデオロギー的性格」について述べている。

14 批判的分析としてとりわけ *H. Ehmke*, „Staat“ und „Gesellschaft“ (Fn. 12) *E. Denninger*, Staatsrecht 1, 1973, S. 93–97 も見よ。

15 これについては、*J. Isensee*, Staat und Verfassung (Fn. 3), Rn. 20 ff., 40 ff.; *U. Di Fabio*, Das Recht offener Staaten, 1998, S. 2 f., 132 ff.; *ders.*,

法的な基本概念の頑強さを反映しているのみならず、国家概念には学問に対して同時に超実定的な規範的剰余価値と学際的地平を切り開く能力があることをも反映している¹⁶。国家概念は、保守的な構造維持、規範的補充論拠ならびに分野横断的な自己啓発のための学問的な表現手段として役立つ。国家概念の魅力は、国家を含むさまざまな法概念、特に国際法上の国家概念に負うものではなく、規範的な妥当の地平を超越し、法律学的に生産的なものにするような学問におけるこの概念の機能的な使用のおかげなのである。国家概念と特殊ドイツ的な学問分野の自己理解が結びつけられたのである¹⁷。

2. 憲法への学問的定位

ヴァイマル共和国において、そして次に初期連邦共和国には完全に、国家概念への照準設定にある競争相手が登場した。公法の憲法への照準設定である¹⁸。1950～60年代に、ドイツ国法学は、国家から考える陣営と憲法

Staatsrechtslehre (Fn. 7), S. 7, 13 ff.; *F. Meinel*, Der Jurist in der industriellen Gesellschaft, 2011, S. 359 ff.; *O. Lepsius*, Funktion und Wandel von Staatsverständnissen, in: A. Voßkuhle/C. Bumke/F. Meinel (Hrsg.), Verabschiedung und Wiederentdeckung des Staates im Spannungsfeld der Disziplinen, Beiheft zu Der Staat, 2013, S. 37 (44–47).

16 「法外的實在」について述べるのは、*U. Di Fabio* (Fn. 7), S. 14. 剰余価値についてはまた、*A. Voßkuhle*, Die Renaissance der „Allgemeine Staatslehre“ im Zeitalter der Europäisierung und Internationalisierung, JuS 2004, S. 2–7.

17 たとえば *U. Di Fabio*, Staatsrechtslehre (Fn. 7), S. 10. もっとも彼は、次の命題を現在形でかつ修飾語抜きで記述している。参照、*ebd.*, S. 15: 「法学の特殊分野としての国法学は国家とともに歴史的に生じ、国家とともに消えることになる」。

18 これを反省したまた具体的に実行に移すのが、*H. Ehmke*, „Staat“ und „Gesellschaft“ (Fn. 12); *D. Grimm*, Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform, AöR 97 (1972), 489 ff.; *R. Wahl*, Der Vorrang der

を中心に据える陣営との間に前線が形成された¹⁹。憲法への定位の支持者は十分な論拠を持っていた。基本法により、法治国家の願望を達成した完全な憲法が準備された²⁰。もちろん基本権解釈および基本権理論の発展——それは世界基準でもドイツ国法学の極めて重要な成果のひとつである——も、国家に根ざした残滓に依拠することを不必要とした²¹。国家概念

Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts, NVwZ 1984, 401 (401 f.), in: ders., Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, S. 161 (162 ff.) に再録〔ライナー・ヴァール（石村修訳）「憲法の優位と法律の独自性」同（小山剛監訳）『憲法の優位』（慶応義塾大学法学研究会、2012年）251頁以下〕も見よ。

19 卓越した分析として、*F. Günther* (Fn. 3); *C. Möllers*, Leviathan (Fn. 7), S. 31 ff.; 次も見よ。*A. Rinke*, Einführung in das juristische Studium, 3. Aufl. 1996, S. 206 ff., 213 ff. (「国家思考から憲法思考へ」); *K. Hesse*, Einführung in das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, S. 11 ff. [コンラート・ヘッセ（初宿正典・赤坂幸一訳）『ドイツ憲法の基本的特質』（成文堂、2006年）14頁以下]; *C. Waldhoff*, Entstehung des Verfassungsgesetzes, in: O. Depenheuer/C. Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 8 Rn. 16–19; *Murkens* (Fn. 3), S. 85 ff.

20 重要な論稿としてとりわけ、*E. Fraenkel*, Deutschland und die westlichen Demokratien, 1964, 9. Aufl. 2011; *H. Ehmke*, Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik, 1981; *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1967, 20. Aufl. 1995 [ヘッセ（初宿・赤坂訳）・前掲注（19）]; *P. Häberle*, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, JZ 1975, 297; *ders.*, Die Verfassung des Pluralismus, 1980; *ders.*, Verfassung als öffentlicher Prozeß, 2. Aufl. 1996. 国家から思考する反対説の代表者として、たとえば、*W. Weber*, Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 1951, 3. Aufl. 1970.

21 *E.-W. Böckenförde*, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1990 [エルンスト＝ヴォルフガング・ベッケンフェルデ（鈴木秀美訳）「基本法制定四〇周年を経た基本権解釈の現在」同（初宿正典監訳）『現代国家と憲法・自由・民主制』（風行社、1999年）345頁]; *ders.*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: *ders.*, Staat, Verfassung Demokratie, 1991, S. 115 ff. [エルンスト＝ヴォルフガング・ベッケンフェルデ（小山剛訳）「基本権理論と基本権解釈」同（初宿正典監訳）『現

は、付加語が付くことによってうまく残った。法治国家、社会国家、自由で民主的な国家——立憲国家としてまさに残った²²。有名な格言で言われるように、民主主義においては憲法が成立させるのとちょうど同じ数だけ国家がある²³。これまで国家に依拠して処理できていた問題は、憲法の解釈によって厳密かつ効力を持つ形で解決される²⁴。たとえば国家任務を基本権保護義務へと再解釈するような客観的基本権論が念頭に置かれよう²⁵。あるいは客観的価値秩序の意味での基本権カタログの意味づけが考えられる。連邦憲法裁判所は1958年にリュート判決でこのような意味づけを行った²⁶。——この判決は、基本権に私法の領域を含む全法秩序のた

代国家と憲法・自由・民主制』(風行社、1999年)279頁]; *D. Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, 1991, S. 372 ff.; *ders.*, Multikulturalität und Grundrechte, in: R. Wahl/J. Wieland (Hrsg.), Das Recht des Menschen in der Welt, 2002, S. 135 ff.; *W. Schmidt*, Grundrechte-Theorie und Dogmatik seit 1946, in: D. Simon (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, 1994, S. 188 ff., もっとも彼は、基本権ドグマーティクの利益のために基本権理論から撤退しているとの診断をしている。ドグマーティクの増大に判例実証主義への視線の転換の責任があるとされる。ebd. S. 208–212.

22 *U. Di Fabio* (Fn. 7), S. 53.

23 *A. Arndt*, Umwelt und Recht, NJW 1963, 24 (25); これを支持するのは、*P. Häberle*, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. Aufl. 1998, S. 620.

24 数多くの議論に基づいて詳論するものとして *C. Möllers*, Staat als Argument, 2000, S. 129 ff.

25 批判的考察として、*R. Wahl*, Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band I, 2004, § 19.

26 BVerfGE 7, 198 (208); これについては、*M. Jestaedt*, Die Meinungsfreiheit und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen-Das Lüth-Urteil zwischen Dogmatisierung und Historisierung, in: B. Rill (Hrsg.), Grundrechte-Grundpflichten: Eine untrennbare Verbindung, 2001, S. 67 ff.; *R. Wahl* (Fn. 25), § 19, Rn. 5 ff., 12 ff.; *T. Henne/A. Riedlinger* (Hrsg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-) historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts, 2005; *H. Schulze-*

めの実質的基準を見ているために、伝統的な国家と社会の区別を疑問に付した。少なくとも時代の推移に伴い、いかなる問題設定が国家への定位を前提としているか、そして同時に実定憲法のパースペクティブで扱われてはいなかったのかがますます疑問になってきた²⁷。通常法の現代化も基本法への関連づけを通じて行われた。行政法の現代化が想起される。これは早期に通常法による憲法の執行を通じて実現された²⁸。あるいは憲法委託（基本法3条、6条、9条、14条、20条1項）²⁹または民事法規の基本権への

Fielitz, Das Lüth-Urteil nach 50 Jahren, JURA 2008, 52-57; *M. Fromont*, Commentaire, in: P. Bon/D. Maus (Hrsg.), Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes, 2008, S. 117-121; *E. M. Frenzel*, Zugänge zum Verfassungsrecht, 2009, S. 19-24, 122-126; *O. Lepsius*, Die maßstabsetzende Gewalt, in: M. Jestaedt u.a., Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 184-194 [オリヴァー・レプシウス（棟居快行訳）「基準設定権力」マティアス・イエシュテットほか（鈴木秀美ほか監訳）『越境する司法』（風向社、2014年）153頁以下] .

27 *M. Stolleis*, Staatsrechtslehre (Fn. 1), S. 20は「国家」という客体が概念的に崩壊していると述べている。

28 参照、*R. Wahl*, Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2006, S. 29-38, 40 f. [ヴァール（小山監訳）・前掲注（18）26頁以下] ; *C. Schönberger*, „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“, in: M. Stolleis (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, 2006, S. 53 (67 ff.); *U. Herbert*, Integration der jungen Republik durch Verfassungsrecht?, ebd., S. 85 (98 ff.); より一般的に、*G. F. Schuppert/C. Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000; *C. Bumke*, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in: E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 73 (95 ff.).

29 参照、たとえば家族法について、BVerfGE 6, 55 - Zusammenveranlagung von Ehegatten [1957] ; 10, 59 - elterliche Gewalt [1959] . *S. Simitis*, Elterliche Sorge im neuen Nichteheleichenrecht, in: ders./G. Zenz (Hrsg.), Seminar: Familie und Familienrecht, Band 2, 1975, S. 210 ff. (210-212, 217); *ders.*, Familienrecht, in: Rechtswissenschaft in der Bonner Republik (Fn. 21), S. 390 (401 ff.) は家族法の憲法化の保守的解釈の可能性を跡付けてい

拘束の表現としての民法の現代化が想起される³⁰。

憲法の中心化が国家中心化との学問的競争に勝利することに寄与した側面としてさらに2つある。一方で、効力の問題は、国家性あるいは国家理解よりも憲法を参照することでより容易に答えられる。この学問の創造的な潜在力には、前途有望な実行可能性がある³¹。というのも、憲法解釈と

る。基本権の影響に批判的なものとして特に、*U. Diederichsen*, Das BVerfG als oberstes Zivilgericht, AcP 198 (1998), 171–260; *ders.*, Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Verfassungsrecht, in: *ders.* (Hrsg.), Verfassungsprivatrecht, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Unternehmensbesteuerung, 1997, S. 3–27; *H.-M. Pawlowski*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Privatrecht, in: *J. Wolter/E. Riedel/J. Taupitz* (Hrsg.), Einwirkung der Grundrechte auf das Zivilrecht, Öffentliche Recht und Strafrecht 1999, S. 39 ff. (39 f.)によれば、連邦憲法裁判所の判決は、現代化を目指す基本法の傾向を法実務、上級裁判所そして立法以上に一貫して実行に移している。基本権ドグマティック上当然のものとしての契約統制について述べるのは、*W. Roth*, Die Grundrechte als Maßstab einer Vertragsinhaltskontrolle, ebd., S. 229 (248 f.)。

30 *G. Hager*, Grundrechte im Privatrecht, 1995; *V. Schmidt*, Konstitutionalisierung des Zivilrechts? Verhandlungen 61. DJT 1996, S. O 43 ff.; *P. Derleder*, Die Geltung der Grundrechte im Privatrecht, in: FS Jürgen Seiffert, 1998, S. 294–305; *C.-W. Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1999; *K. Stern*, Probleme der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf das Privatrecht, in: FS Herbert Wiedemann, 2002, S. 133–154; *J. Neuner*, Die Einwirkung der Grundrechte auf das deutsche Privatrecht, in: *ders.* (Hrsg.), Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007, S. 159 ff.; *K.-H. Ladeur*, Die Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht, in: FS Gunther Teubner, 2009, S. 543 ff. 初期にはすでに *W. Geiger*, Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung, 1960, insbes. S. 18 ff.; *H. C. Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, 1961; *W. Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960。

31 この側面の下で、また参照、*P. Häberle*, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretation, in: *ders.*, Verfassung als öffentlicher Prozeß, 1978, S. 121 ff.

いう方法によって学問は憲法の優位とその規範的指示力に関与するからである³²。憲法解釈は学問に、自己の認識を憲法上の要請へと高める可能性を提供する。憲法解釈は指令の次元を切り開くが、一方で国家理解を通じた論証の優位性は規範的規律の事実的前提の解明にある。

憲法思考の凱旋の第二の根拠は憲法裁判制度にある。その重要性の獲得は伝説的であり、ここで跡付ける必要はない³³。もちろん、連邦憲法裁判所はその判断において憲法に関連づけなければならない——そして前提または基礎にある国家理解には関連づけることを要しない。そしてこれに対応して、裁判所が明示的に国家理論的なカテゴリーにさかのぼることはまれである³⁴。公法上の論議は連邦憲法裁判所の判例によって規定される一方であった³⁵。憲法裁判の結果として、憲法学も重要性増大の益に浴して

32 参照、すでに *R. Smend*, Festvortrag zur Feier des zehnjährigen Bestehens des Bundesverfassungsgericht, in: *Das Bundesverfassungsgericht 1951–1971*, 1971, S. 15 (16).

33 たとえば次を見よ。 *C. Starck*, *Das Bundesverfassungsgericht in der Verfassungsordnung und im politischen Prozeß*, FS 50 Jahre BVerfG, Band I, 2001, S. 1 ff.; *M. Eberl*, *Verfassung und Richterspruch*, 2006, S. 7 ff., 53 ff.; *R. C. van Ooyen/M. Möllers* (Hrsg.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 2006; *W. Hassemer*, *Erscheinungsformen des modernen Rechts*, 2007, S. 63 ff.; *S. Kneip*, *Verfassungsgerichte als politische Akteure*, 2009, S. 181 ff.

34 次の例を参照。 *C. Möllers*, *Staat als Argument*, 2000; または *R. C. van Ooyen*, *Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa*, 4. Aufl., 2011.

35 さまざまな評価として、 *B. Schlink*, *Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit*, *Der Staat* 28 (1981), 161–172; *W. Schmidt*, *Grundrechte* (Fn. 21), S. 208–211; *M. Jestaedt*, *Verfassungsgerichtspositivismus*, in: *O. Depenheuer u.a.* (Hrsg.), *Nomos und Ethos. Homage an Josef Isensee*, 2002, S. 183; *U. Haltern*, *Die Rule of Law zwischen Theorie und Praxis*, *Der Staat* 40 (2001), 243 (256); *P. Lerche*, *Rechtswissenschaft und Verfassungsgerichtsbarkeit*, *BayVBl.* 2002, 649 (650 ff.); *H. Schulze-Fielitz*, *Staatsrechtslehre als Wissenschaft:*

きた³⁶。これに対し、連邦憲法裁判所実証主義による憲法学の失墜を訴える者もいる³⁷。これについてはたしかに妥当なところも多く、学問の独自の構成作用が一見したところもはや認識できない。なぜなら、その構成作用が実定憲法上効力を持つ可能性がある場合、憲法解釈と称され、また学問の創造的行為として認識することがもはやできないからである。

それゆえ、2つのアプローチには正当性がある。国家思考の強みは前提論議にある一方、憲法思考はその法的効果に定位することにより説得力を持つ。しかし、これらの強みは同時に特有の弱みももたらす³⁸。国家思考の前提論議は、結果に対して有意であることがほとんどない（少なくともカールスルーエ〔連邦憲法裁判所〕の裁判はそのような結果に対する有意性に反対している）³⁹。超国家的なダイナミズムを「新国家主義的」に扱おうとする試みも見聞に魅力を失っている⁴⁰。リスボン条約判決では、統合の限界としての国家性と主権に代わり、今度は民主制原理に依拠している⁴¹。そして憲法思考が法的効果に定位する場合には、学問の真の貢献が

Dimensionen einer nur scheinbar akademischen Fragestellung, in: ders. (Hrsg.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, 2007, S. 11 (28–31); *A. Voßkuhle*, Die politischen Dimensionen der Staatsrechtslehre, in: ebd., S. 135 (146 f., 153 ff.); *H. Bethge*, *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, Die Verwaltung 43 (2010), 429 (430).

36 *Lerche* (Fn. 35), S. 649 ff.

37 *Schlink* (Fn. 35), S. 161.

38 *M. Morlok*, Reflexionsdefizite in der deutschen Staatsrechtslehre, in: *Staatsrechtslehre als Wissenschaft* (Fn. 35), S. 49 ff. も見よ。

39 しかし *S. Haack*, L'État-qu'est-ce que c'est?, *Der Staat* 49 (2010), 107 (120 ff.) は異なる見解である。

40 広範にわたる批判的議論の幅広さについては、たとえば参照、*J. Weiler*, The State „über alles“, *FS Ulrich Everling*, Band II, 1995, S. 885 ff.; *R. C. van Ooyen*, *Staatstheorie* (Fn. 34).

41 批判的なものとして参照、*C. Schönberger*, Neostatismus im Gewand der Demokratietheorie? Zur Wiederbelebung etatistischer Traditionslinien in der deutschen Staatsrechtslehre in der Europadebatte, in: H. M. Heinig/J.

実定憲法に関する一般的な実践的論議に墮するおそれがある。

私が第三の道、すなわち法学の民主主義への定位を提案するとき、それは結局、競合するアプローチが持つ問題解決能力が現代では限界に行き着いているとの確信の下でもなされている⁴²。国家理論的に論究することにより期待される学際的剰余価値というものは生じない⁴³。法律学的国家理論は隣接分野によって目立った形では受容されていない⁴⁴。くわえて、この論議はドイツの特殊性にかたどられており、国際的につながる力が乏しい。自らを明示的に国法学と定義する公法学は、国際的な論争とのつながりを失う。特にヨーロッパ化とグローバル化の時代には、それは何の積極的な学問的記述も提供しない没落史に身を委ねるおそれがある。主権⁴⁵な

Terhechte (Hrsg.), Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus. Wandel klassischer Demokratievorstellungen in der Rechtswissenschaft, 2011; *D. Grimm*, Souveränität, 2009, S. 108-111, 121-123 は主権概念の時代に適合したさらなる発展と考えている。

42 比較できるような結論に至っているものとして、*D. Grimm*, Souveränität, 2009, S. 116, 121-123。しかし彼は時代になかった民主主義の観念を主権という伝統的な上位概念の下におくことができると考え、したがって従来の国家理論上の諸概念の固有価値を維持し、その機能を適応させようとする。すでに *J. Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, S. 170 [ユルゲン・ハーバーマス (河上倫逸・耳野健二訳) 『事実性と妥当性 [上]』(未來社、2002年) 168頁] も見よ：国民主権はそのラディカル・デモクラシーの内実を奪われてはならない。

43 参照、*M. Morlok*, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988, S. 26 f.; *O. Lepsius*, Themen einer Rechtswissenschaftstheorie, in: M. Jestaedt/ders. (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 1 (12-14)。

44 *C. Möllers/A. Voßkuhle*, Die deutsche Staatsrechtswissenschaft im Zusammenhang der internationalisierten Wissenschaften, *Die Verwaltung* 36 (2003), 321 (330 ff.), *J. A. Frowein*, kritische Bemerkungen zur Lage des deutschen Staatsrechts aus rechtsvergleichender Sicht, *DÖV* 1998, 806 (811)。

45 EUの法関係に主権概念を用いることに懐疑的なものとして、*D. Grimm*,

どといった国家理論のカテゴリーはヨーロッパ連合のような形成物には通用せず、あれかこれか、白か黒かという二項対立によって認識を歪める⁴⁶。くわえて主権問題を権限問題へと再形成し、それによってこのカテゴリーを放棄できるとしたのは、立憲国家の成果のひとつである⁴⁷。立憲国家では、憲法をつくる力 (*pouvoir constituant*) としての国民にしか主権は帰属され得ないであろう⁴⁸。これ以外の場合はずべて憲法によって創設された機関や権限の担い手が問題なのであって、これらは主権を主張す

Souveränität, 2009, S. 91 f., 98; 多層システムにおける主権概念のさらなる発展については、*U. Schliesky*, *Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt*, 2004, S. 123 ff., 361 ff., 507 ff.; リスボン条約判決を契機としてこの概念を古典的な用法で擁護するものとして、*C. Hillgruber/K. F. Gärditz*, *Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen*, *JZ* 2009, 872–881.

46 主権概念を帰納的かつ相対主義的に理解する者は別の判断をすることができる。たとえば *D. Grimm*, *Souveränität*, 2009, S. 17–20, 75, 101, 115 に依拠して、主権概念の目的によって規定された相対主義的な概念史・憲法史的発展にもとづいて行わなければならない、というようにである。無制限の支配要求は主権概念に必然的に含まれるものではない。主権概念が今日なお使用されるべきとすれば、公権力の完全所有から解かれなければならないであろう。ebd., S. 106 f. 同様に、*ders.*, *Die Zukunft der Verfassung II*, 2012, S. 275 ff. (281 f., 290 f.). 想像的かつ深層構造的で信仰と神秘主義に根ざした進歩概念としてこの概念を維持しようとするのは、*U. Haltern*, *Was bedeutet Souveränität?*, 2007.

47 参照、*M. Kriele*, *Einführung in die Staatslehre*, 5. Aufl. 1994, § 69 [第2版の翻訳として、マルティン・クリーレ(初宿正典訳者代表)『平和・自由・正義』(御茶の水書房、1989年)363頁以下]; *J. Habermas*, *Faktizität und Geltung*, 1992, S. 170 [ハーバーマス(河上・耳野訳)前掲注(42)168頁]; *H. Hofmann*, *Das Recht des Rechts, das Recht der Herrschaft und die Einheit der Verfassung*, 1998, S. 52; *O. Beaud*, *La Puissance de l'État*, 1994, S. 207 ff. も見よ。

48 参照、*M. Kriele* (Fn. 47), S. 237 (クリーレ(初宿訳者代表)・前掲注(47)363頁):「立憲国家には主権者は存在し得ない」; *D. Grimm* (Fn. 46), S. 71:「完全に構築された立憲国家の主権は国民主権である」。

ることができない。立憲国家に関連づけられた憲法思考の凱旋により、国家理論的概念形成の優位は終焉を迎えた。

しかし憲法関連的アプローチも、アクチュアルな問題領域を扱う際に学問的限界に行き着く⁴⁹。130巻を超える連邦憲法裁判所の判例集によれば、連邦憲法裁判所による憲法の解釈はすでに量的に見て矛盾のない統一体として理解することができない⁵⁰。学問による体系形成の努力は、万物が流転するために、絶え間なく現れる大量の判例を処理しなければならず、実際に休止点に至りえないという問題に直面する。くわえて、継続的に行われる憲法解釈の地位が不明確である。リユート判決はその宣告から55年を経てもなお実定憲法なのだろうか、それともすでに憲法史となったのだろうか⁵¹？我々は憲法解釈から再びまた解放されうるのか、それともいつか大量の憲法法規によって押しつぶされ、政治がなお自由に形成できる領域がしぼんでしまうことになるのだろうか？政治生活が実定憲法による先行決定に苦しめられ、政治〔的決定〕を支持する基礎づけ負担がますます重くなり、それによって現に存在する大量の実定憲法が政治的行為〔の範囲〕をたえず狭めることにならないか？いかにして再び形成のための自由な空間が獲得されうるか、それとも我々は、すでにあらかじめ与えられた実定憲法の枠においてしか問題を扱えず、自由な空間が超国家的にしか生じえないような世界と折り合いを付けなければならないのだろうか？

49 国際化、ヨーロッパ化、民間化に鑑みて相対化するがパースペクティブとして擁護するのは、*D. Grimm, Die Zukunft der Verfassung II*, 2012, S. 67 ff.; 182 ff.

50 問題分析として、*O. Lepsius, Die maßstabsetzende Gewalt* (Fn. 26), S. 214 ff., 245 ff. [レプシウス（棟居訳）・前掲注（26）177頁以下、203頁以下]

51 参照、*O. Lepsius, Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?*, in: *Staatsrechtslehre als Wissenschaft* (Fn. 35), S. 319 (355–361) とそこで挙げられている文献。

II. 準拠基底としての民主主義

一つのことが明らかにされたものとおもわれる。「国家」も「憲法」も学問的認識対象としてはまだ退けられるべきではない。また「民主主義」を、すべての憲法要素を取り上げ公共体にとって善いもの一切を支えるホーリスティックな基底へと成長させることが重要なでもない⁵²。中心にあるのは認識対象でも補充的論拠でも架橋概念でもなく、認識を導く関心、学問的問題設定と方法的アプローチであり、これによって民主的に創設された法秩序が扱われうるのである。重要なのは関係的側面であって実体的なものではない。この意味で、民主主義に定位したアプローチは憲法理論のヴァリエーションとして把握される⁵³。民主主義への定位は、我々の認識対象が別様に、すなわち成立条件と機能条件を顧慮して扱われるとの期待と結びつく。しかしこれがどのようにすれば成功するか、学者として法秩序を民主主義のパースペクティブから考察する場合、少なくとも、法の学問的取扱いにとって有意な4つの構造要素が認識されうる。

1. 多数派と少数派

民主主義は多数派と少数派〔の存在〕を前提とする。多数派が決定し、少数派はこれをただチェックするのみとの原則が妥当する⁵⁴。しかしなぜ

52 J. Isensee, Die Staatlichkeit der Verfassung, in: O. Depenheuer/C. Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 6 Rn. 58は懸念を示している。

53 憲法理論の新たな学問的な基礎づけとして、とりわけM. Jestaedt, Die Verfassung hinter der Verfassung, 2009; 憲法ドグマティクとカテゴリーカルに区別するのは*ders.*, Verfassungstheorie als Disziplin, in: O. Depenheuer/C. Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 1.

54 根拠と限界については、浩瀚な文献から、参照、W. Heun, Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie, 1983, insbes. S. 79 ff.; H. Schulze-Fielitz,

多数派が決定することができるのだろうか？純粋に計算上の理由からだろうか？多数派は、その背後に多数が集まったということだけを理由に自らの側が正しいとするのだろうか？そうであるとすれば、多数決原理の援けによって自らの確信を命じ、少数派を抑圧しうることになるという多数派の専制の危険があろう。自由な社会はその時々より大きな部分にしか保障されず、全員には保障されえないことになる。多数決原理の根拠は量的な優越、そこから導かれる質的な正しさのいずれにもない。多数決原理の背後に隠れているのは組織原則であって、実質的な正しさの保証ではない。自由な民主主義においてはあらゆる意見は等しく評価される⁵⁵。各人は反対意見を少なくともありうるものと考えなければならない。名目上は同権的な意見の〔間での〕競争が生じ、この競争は、一定の時点で社会技術的に多数票によって決定される⁵⁶。この決定に、参加者は内的確信によってかわるわけではない。敗者側は多数派の意見を是認する必要はない。少数派が多数派の決定に服するのは、自らの側が今度は多数派になる可能性がある場合のみである。この可能性がなければ、多数決に服すべく構えることができない。したがって、民主主義における多数決原理は意見相互の間の継続的な競争を前提とする⁵⁷。このことにより、多数派は思い上が

Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 443 ff; *J. Cohen*, Democracy and Liberty, in: J. Elster (Hrsg.), Deliberative Democracy, 1998, S. 185 ff.

55 これについてはとりわけ *H. Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 322-325 [ハンス・ケルゼン (清宮四郎訳) 『一般国家学』 (岩波書店、1971年) 539頁以下]; *ders.*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl. 1929, S. 53-59 [ハンス・ケルゼン (長尾龍一・植田俊太郎訳) 『民主主義の本質と価値 [第2版]』 (岩波文庫、2016年) 73頁以下]; また参照、*O. Lepsius*, Zwischen Volkssouveränität und Selbstbestimmung, in: H. Brunkhorst/R. Voigt (Hrsg.), Rechts-Staat, 2008, S. 15 ff.

56 参照、*U. Scheuner*, Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie, 1973, S. 10, 57 f.; *V. Büchler-Tschudin*, Demokratie und Kompromiss, 1980, S. 37.

57 参照、*G. Simmel*, Soziologie, 1923, S. 186 ff. [ゲオルク・ジンメル (居安正

りや権力濫用に備えられる。少数派が多数派になりうるのと同様、多数派も少数派になりうるのである。ひとは誰でも、少数派の中に自己を再発見しうるのである。それゆえ、多数派も少数派の利益、少なくともその手続にかかわる形式的立場を尊重しなければならない。

多数決原理を少数派の位置づけによって正当化する（そして多数派の量的ないし質的な優越によって正当化するのではない）場合、これによって多数派による決定の意味づけについていくつかの帰結がもたらされる。多数派による決定は、正しさではなく相対主義の表現である。多数決は多元主義の条件となる。それ自体としては同権的なその時々意見の多様性は、賛否が挙げられ続けることにおいてしか、これを形成し、明確化することができないからである⁵⁸。したがって、多元主義は多数決を切れ目として、理念の持続的発展と利害の継続的調整の中間決算として用いるのである。ここで明るみに出された民主主義の相対主義的な根本性格は、考えられるほど民主的意思形成の信頼性を弱めるものではない。我々が多数決を受け入れることができるのは、多数決〔の内容〕を正しいと考えることを要せず、また多数決を変えることができることを知っているからである。また、民主主義においては正しさも究極の根拠づけも期待することができない。意思形成が常に先立つがゆえに、個人は自由に自己を発展させることができる。少数派に一度属する場合ですら、それによってその確信は侵されるものではない。個人は別の見解を持ち続けることが許されている。これを我々は自由と呼ぶ。したがって、民主主義は理念と利益の多元主義に基づくだけにとどまらない。そのような多元主義をまた作りだすの

訳)『社会学(上巻)』(白水社、1994年)248頁以下]; *L. Brandeis, Whitney v. California* 274 U.S. 357 (1927), concurring opinion: 「公共的論議は政治的義務である」。

58 また参照、*J. Waldron, Law and Disagreement*, 1999, S. 7, 10, 266 ff., 282 ff. und passim. 彼は意見の多様性に鑑みて行為することができることによって法を正当化する。

である。相対主義的な答え以上のものを民主主義に期待することはできない——そしてこれは消極的ではなく積極的に評価することができる。相対主義ゆえに民主主義を信頼することができるのである。

2. 妥協

民主主義において多数派を形成することは容易ではない。反対というほうが容易である。その場合には自らを貫き通すことができるからである。反対を唱える者たちの集団は、積極的意味では何も結びつけられない。拒否の個人的動機が何であれ、それは重要ではない。賛成という者たちの集団についてはこれが等しくあてはまるものではない。そのグループは、何か共通のものでまとめられなければならない。最低限の一致が必要であり、最低限以上のものがもはや存在しないこともしばしばである⁵⁹。それゆえ「賛成、でも」と言うことが多く、単純に賛成とは言わない。誰でもこのような疑問の感情を知っており、そして同意の対象となる決定、少なくとも投票記入所での決定の際のその克服の感情を知っている。同意する者は通例妥協する——そしてそれゆえに不快な感情を抱く者も多い⁶⁰。

59 一致の蓋然性を交渉によって高めることができるといった戦略と戦術については、参照、*R. Fisher/W. Ury, Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*, 1981; *W. Ury, Schwierige Verhandlungen. Wie Sie sich mit unangenehmen Kontrahenten vorteilhaft einigen*, 1992; このような交渉が根拠づけた「ハーバード交渉プロジェクト」の評価については、たとえば *C. Bühring-Uhle/L. Kirchhoff/G. Scherer, Arbitration and Mediation in International Business*, 2. Aufl. 2006, S. 153 ff. を見よ。

60 譲歩の不可欠性と次善の優位性については、参照、*A. Margalit, On Compromise and Rotten Compromise*, 2010, S. 115 ff. 譲歩が実践的な倫理的価値を持ち、インテグリティの喪失と評価することができないことを強調するものとして、*M. Benjamin, Splitting the Difference. Compromise and Integrity in Ethics and Politics*, 1990, insbes. S. 139 ff.; また次の文献も見よ。*S. Besson, Die Tugend des Konflikts*, *Zs. für Rechtsphilosophie* 4 (2006), 21-

それはともかく、多数派は妥協に基づくということは⁶¹、われわれが多数決原理の相対主義的性格についてまさに述べてきたことを確認する⁶²。同意は決定を妥協、すなわち（「一定の条件の下で優越する」）相対的言明であると感じる。それに最終的な効力を認めることができない（条件が変更されるためである）。妥協しなければならない者は、数字上多数派である場合ですら、少数派の立場にいる。数字上の少数派とは異なり、そのような者のみが、一部譲歩することで多数決に影響を与えることができるという望みをもって自分の立場から一部距離を置く準備ができています。俗に言われるように、賢者は参加することによって失うものより得るものが多ければ譲歩する。別の言い方をすれば、妥協の準備をすることによって、たしかに自らのもともとの立場を部分的に一部放棄することになる。しかしそのようにして他者と一致を目指すことによって、それまでは持っていなかったものを得る。それが多数である⁶³。したがって、民主主義では、肯定的な観点からは妥協以上のものを期待することができないのであ

37; *dies.*, *The Morality of Conflict: reasonable disagreement and the law*, 2005, S. 263 ff., 339 ff., 353 ff.; *D. McCabe*, *Modus Vivendi Liberalism*, 2010, S. 154-156.

61 それゆえまた *U. Scheuner* (Fn. 56), S. 58; *Büchler-Tschudin* (Fn. 56), S. 37; *Schulze-Fielitz*, *Gesetzgebung* (Fn. 54), S. 432; *R. Höppner*, *Die Kompromißlosigkeit der Moral und die Moral des Kompromisses*, in: *Staatskanzlei des Landes Sachsen-Anhalt* (Hrsg.), *Kompromiß im Widerstreit*, 1998, S. 9 (15). フランス、ドイツ、イギリス、オランダの立法からの多くの例を分析するものとして、*K. Günther*, *Politik des Kompromisses*, 2006; 1980-1983年の立法についてはまた、*H. Schulze-Fielitz*, *Gesetzgebung*, op.cit., S. 415 ff.

62 *H. Kelsen*, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, S. 358-361 [ケルゼン (清宮訳)・前掲注 (55) 539頁以下]; *ders.*, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl. 1929, S. 56-58 [ケルゼン (長尾・植田訳)・前掲注 (55) 76頁以下].

63 参照、*Margalit* (Fn. 60), S. 5. 彼は人間の行為を、崇高なる理念ではなく、妥協の準備があること、そして妥協を目指すことに基づいて判断することを擁護する。

る⁶⁴。

もつとも、ドイツにおいてこの現象は否定的に評価されることが大半である⁶⁵。妥協はよく腐敗と呼ばれる——そしてこのような妥協の否定的評価は、政治的レトリックにおいてはほとんどすでに自立化しており、妥協が完全に肯定的な位置づけを持つ英米の言語慣用と異なる⁶⁶。ドイツ政治思想では、圧倒的に妥協に対する敵意が長らく表明されてきた⁶⁷。妥協す

64 *H. Kelsen*, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl. 1929, S. 57–63 [ケルゼン（長尾・植田訳）・前掲注（55）76頁以下]；*ders.*, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, S. 324 [ケルゼン（清宮訳）・前掲注（55）542頁]；*G. Simmel*, *Soziologie*, 1923, S. 250 [ジンメル（居安訳）・前掲注（57）327頁]；*H. Lasswell*, *Compromise*, in: *Encyclopaedia of the Social Sciences*, Band IV, 1930, S. 147–149；*Benjamin* (Fn. 60), S. 149 f.；*H. Schulze-Fielitz*, *Gesetzgebung* (Fn. 54), S. 408 ff., 429 ff.；*G. F. Schuppert*, *Governance und Rechtsetzung*, 2011, S. 35を見よ。

65 ドイツの妥協に対する敵対性の思想史・文化史的的分析については、*M. Greiffenhagen*, *Kulturen des Kompromisses*, 1999, S. 19 ff., 30 ff.；*N. Elias*, *Studien über die Deutschen. Machtkämpfe und Habitusentwicklung im 19. und 20. Jahrhundert*, 3. Aufl. 1990, S. 378 ff., 388 ff. [ノルベルト・エリアス（青木隆嘉訳）『ドイツ人論』（法政大学出版社、1996年）334頁以下]；また参照、*K. Sontheimer*, *Der Kompromiß als Form politischer Konfliktregelung*, in: *Kompromiß im Widerstreit* (Fn. 61), S. 35 (35)；*T. Wilhelm*, *Traktat über den Kompromiß*, 1973, S. 52 ff., 67 ff., 155–159.

66 たとえば参照、*J. A. Doerig*, *Der Kompromiss als Wesenszug des englischen Nationalcharakters*, in: *Schweizer Schule* 1957, 489 (500)；*H. Steubing*, *Der Kompromiß als ethisches Problem*, 1955, S. 7；*K. Sontheimer* (Fn. 65), S. 35 (35)；*M. Greiffenhagen* (Fn. 65), S. 19 ff.。彼はそのほか、古典である *J. V. Morley*, *On Compromise*, 1874, の「権威的なドイツ語版」、*L. Haller*により „Überzeugungstreue“ というタイトルで1879年に出版されたドイツ語版において著作の根本性格が交換されており、それゆえ *Moley* の妥協哲学があまり残されていないことを示す。

67 そしてこれは異なる方向からなされている。一般に広まっているものとして、一方で、たとえば *C. Schmitt*, *Verfassungslehre*, 1928, S. 31 f. [カール・シュミット（尾吹善人訳）『憲法理論』（創文社、1972年）40頁以下] の評

る者は体面を汚され、特徴や原理原則がないものとされる。尊厳、人格そして原理原則に忠実であることはドイツの伝統であるが、これらは毅然とした性格において示されるものであり、このような性格が妥協を許さないことと同視されたのである⁶⁸。現在に至るまで、ドイツの世論において政治的行為のこのような認知を観察することができるのである。しかしこのような消極的な含意は全く適切ではない。妥協は利益であって喪失ではないからである⁶⁹。妥協は恵み豊かなものであって腐敗ではない。これなく

価値がある。彼は原理的問題に関する真正の決定〔決断〕、非原理的な組織上および内容上の細目における真正の妥協、ならびに不真正あるいは外見的妥協を区別する。不真正の妥協は、「すべての相反する要請を満足させ、多義的な言い回しで真の争点を未決定のままにしておく」ような定式を見出すことによって、決定〔決断〕を延期する。更新可能な利害調整に向けられた実際の妥協は、*Schmitt*にあつては形式的妥協という信用を失わせる類のものに墮すことになる。多元主義が妥協と関連することについて批判的評価を行っているものとして、たとえば*H. Pross, Zum Begriff der pluralistischen Gesellschaft*, in: M. Horkheimer (Hrsg.), *Zeugnisse*. FS Theodor W. Adorno, 1963, S. 439 (442 f.) がある。彼女は妥協に関して、既存の制度の正統性についての批判的反省が行われていないことに気が付いた。妥協は、現在の制度の維持に役立つような変更のみを支持する態度を優遇する。今日妥協が支配的であるがゆえに、すべての集団は自らの必要に最低限の効力を持たせる可能性をもつことになる。妥協に定位することは、たしかに権威ある綱領を広めることを難しくする。しかし既存の制度の正統性に関する反省とそこから生じる行動、すなわち個人の自由のために現在の制度を変容させる行動を阻むために反動的でもあろう。

68 参照、*N. Elias* (Fn. 65), S. 386–389 [エリヤス(青木訳)・前掲注(65) 346頁以下]: どこまで進みどこで譲るかを配慮し妥協するのが議会制度の基本的な生活様式の一部だが、そういうやり方をドイツ人が高く評価するようになるにはほど遠い。それに慣れるまでにはおそらく数世紀はかかるだろう [348頁]。

69 *G. Simmel, Soziologie*, 1908, S. 248–251, 329 [ジンメル(居安訳)・前掲注(57) 343–345頁]によれば、妥協は「人類の最大の発明のひとつである」。 *M. Weber, MWG II/10*, S. 986は、細分化して次のように述べる: 「政治家は妥協すべきであり、しなければならぬ。……学者は妥協をしてはならず、『無

しては政治的行為は不可能であろう。はじめはさまざまな意見しかなく、最後に多数を得る。はじめはさまざまな利害があり、最後は決定が生じる。