

対抗権

西 土 彰一郎

はじめに

ハーバーマスは、U. プロイスの所説を引用して、プロジェクトとしての憲法という見方を示す。ここでいうプロジェクトとは、「社会が自らの規範的自己主題化の無能力を漸進的に克服していくための可謬的学習過程の制度化」のことである¹⁾。憲法上の権利も、この意味におけるプロジェクトである。

近代市民革命の成果である人権宣言は、人の権利の形式において秩序に対する「反乱」を組み込む、そうした新種の秩序を作り出した面を持つ。しかし、この面だけを捉えて人権宣言の歴史的意義を論じ尽くしたとするのは妥当ではない。このように説くメンケによれば、この新しい権利は、権利形式の自己反省能力を駆動する対抗権（Gegenrechte）としての面を併せ持つ²⁾。社会の「可謬的学習過程」は、こうした権利形式の自己反省能力によるものであり、この自己反省能力を駆動する対抗権としての基本権の制度化は、まさしくハーバーマスのいう近代のプロジェクトである。

1) 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 [下]』（未來社、2003年）182頁。

2) Christoph Menke, *Kritik der Rechte*, 2015, S. 392, 394.

本稿は、この対抗権の概念を中心に据えて、憲法上制度化された権利の機能を反省するための手がかりを得ることを目的とする。まずは、メンケの所説を簡単に見ておこう。

I 権利形式

法の自己反省とは、法の非法との区別を法の中で実行する、法の非法との境界づけである。法は、「人格」を媒介にして、この自己反省を行いうる。「人格」は、社会システムと心的システムの二 - 側面 - 形式である。法は、「人格」形式における（法以外の）社会システムと心的システムの区別に基づく各作動を観察する。法は、各作動の差異を社会的な人格と具体的な個人間の差異として捉え、反省して、権利という二 - 側面 - 形式を生み出す³⁾。

だが、近代市民法は、法を非法に開かせた一方、非法（具体的な個人の私的恣意 [Eigenwille]）を所与の「自然的なもの」として固定化した。こうした矛盾が、「自然的なもの」に対する権利という近代市民法に特徴的な主観的権利を規定している⁴⁾。

対抗権は、「人格」形式を媒介にした法の自己反省を徹底させて、近代市民法の矛盾を解消する権利形式である。対抗権は、権利形式の自己反省を展

3) C. Menke (Fn. 2), S. 388. クリストフ・メンケ [毛利康俊・訳]「権利——形式のパラドクスによせて」グンター・トイブナー編著 [土方透・監訳]『デリダ、ルーマン後の正義論——正義は〈不〉可能か』(新泉社、2014年) 180頁。ルーマンのシステム理論は、システムをシステムと環境の差異として定義したうえで、情報・伝達・理解の3つの選択からなるコミュニケーションの作動(社会システム)と意識の作動(心的システム)を区別する(たとえば、参照、ニクラス・ルーマン著/ディルク・ベッカー編 [土方透・監訳]『システム理論入門——ニクラス・ルーマン講義録 [1]』[新泉社、2007年] 82頁、318頁)。したがって、ルーマンの理論枠組みにしたがうと、「人格」形式の2つの側である社会システムと心的システムの差異は、「使えない形で前提にされている」(メンケ・前掲 180頁)。だが、メンケによる脱構築は、「社会システムと心的システムの差異をひとつの効果として考えることを要求する。すなわち、まさに、その統一性が要求するところの力——正義の力ないし衝撃——を通じて生み出されるところの効果である。……それは、心的システムに対して、つまり『個人の人間の本質』(ルーマン)に対して正当である社会形式を見出そうという試みのなかで生み出されるのだ。社会システムと心的システムの差異は、パラドキシカルな仕方、社会システムと心的システムの統一性への要求のひとつの効果なのである」(メンケ・前掲 181頁)。

4) C. Menke (Fn. 2), S. 388.

開する、諸権利への権利ともいえよう。「諸権利への権利は、諸権利に対してはその根拠として現れるのではなく、それとともに始めて生まれるのである」⁵⁾。

メンケによれば、法の自己反省は、「対立して向き合った判断プロセス」であるため、それを徹底させる対抗権も「プロセスという形式」(die Form des Prozesses) と「対向性の統一」(die Einheit der Gegenwendigkeit) でなければならない。この形態が、近代市民法の「自然的なもの」に対する権利と対抗権を切り分ける。前者は、法の前にある具体的な個人の私的恣意かつ/または利益という所与性に対する請求権である。それに対して後者は、法の中の政治プロセスにおける暫定的で反復継続される契機に対する請求権である。そこでの政治の契機とは、概念規定というそれとは別のもう1つの契機に弁証法的に媒介される感情の動きであるという⁶⁾。どういうことか。

II 人権と人格権の結合関係としての対抗権

1. 判断の革命

アリストテレス以来、具体的な個人の判断能力とは概念を用いる能力であると考えられてきた。この能力の基本条件は、感情から自由であることであり、かかる自由は言語によりもたらされる⁷⁾。注意しておくべきなのは、この判断の観念が政治的なものであるということである。なぜなら、メンケの指摘にしたがうと、言語が感情的な声の持つ力から解放されるところの、判断の非判断からの区別こそが、政治において問題となる階級の差異の基準だからである⁸⁾。

5) メンケ・前掲注(3) 182頁。

6) C. Menke (Fn. 2), S. 388. 前掲注(3)で紹介したメンケの議論を踏まえるならば、対抗権は「個人の人間の本質」に対して正当である社会形式を見出そうと試みるなかで、社会的人格と具体的な個人の間の差異を二 - 側面 - 形式として反省することを求める権利であるともいえよう。

なお、「プロセスという形式」を持つ権利とは、生成する権利を意味する。「対向性の統一」を持つ権利とは、非法の、法の所与の状態に対する異議から生み出される権利を意味する。Vgl. C. Menke (Fn. 2), S. 154.

7) C. Menke (Fn. 2), S. 373 f.

近代市民革命は、個人の感情を所与のものとして尊重することを求める一方、共産主義革命は、個人が判断能力のある支配者となることを主張する⁹⁾。これに対してメンケは、ニーチェの『道徳の系譜』の中の「道徳上の奴隷一揆」の指摘を参照して、phoné と lógos の区別を覆すべきであると説く¹⁰⁾。

メンケによれば、反乱奴隷は、感情から発して、常に感情に回帰的に関連づけられたままである判断を欲する。そこでの感情は、判断の駆動力である。感情は、判断の根拠ではなく、その契機である。感情は、判断の概念規定を駆り立てると同時に、この概念規定を再び超越するよう動かす力である。奴隷一揆は、判断の革命をもたらす。この判断は、感情を判断の駆動力とする点で近代市民革命の想定とは異なるし、こうした契機としての感情の尊重を欲する点で共産主義革命のそれとも違う。判断の革命は、まさしくアリストテレス以来の伝統的な意味とは異なる政治の契機を有する。政治プロセスとは、媒介に係る否定性のプロセスである¹¹⁾。

2. 権利の革命

判断の革命は、権利の革命、すなわち諸権利の権利としての対抗権の基礎となる¹²⁾。

メンケの所説において、対抗権の根拠は、判断の「中にある」感情的力の尊重にある。対抗権の内容は、社会的実践の参加の「中での」非参加を可能にすることである。殊に対抗権の政治的含意は、統治の「中において」言語化できないこと、つまりロゴスに適していないことを尊重する点にある¹³⁾。

以上のことをメンケも批判的に参照しているシステム理論の参照枠組みに

8) C. Menke (Fn. 2), S. 376.

9) C. Menke (Fn. 2), S. 376.

10) C. Menke (Fn. 2), S. 346 ff., 376. 参照、ニーチェ [木場深定・訳]『道徳の系譜』(岩波書店、1940年)46頁以下。

11) C. Menke (Fn. 2), S. 377 ff. 判断の革命は、殊に、感情を揺さぶり否定性の力として(概念規定の中にある概念規定の他者として)捉えることにより、感情を単なる所与の事実として市民の私的恣意に列なる私事とする近代市民社会に対抗する。

12) C. Menke (Fn. 2), S. 381.

13) C. Menke (Fn. 2), S. 381 ff.

依拠して本稿なりに言い換えると、次のようになろう¹⁴⁾。

①自己反省により具体的な個人と社会的人格の間の差異を個人の中へ再参入し（つまり、具体的な個人と社会的人格の差異を個人の中で主題化し）、具体的な個人のうちで分化・統合していくコミュニケーション・プロセスを意識システム（個人）に委ねる。②以上の再参入とコミュニケーション・プロセスを経て、具体的な個人は社会に参加し、社会的文脈の下での具体的な個人の判断プロセスを、つまり社会的人格と具体的な個人間の差異の再参入を尊重するよう求めていく。

①を保障する権利形式が人権である¹⁵⁾。②を保障する権利形式が人格権である。各社会的役割に規定された社会的人格を具体的な個人の判断プロセスの下で演じながら、社会的人格の範型から逸脱することも尊重するように要請する人格権は、社会の自己超越化を導くことができる。対抗権とは、人権と人格権の結合関係からなると要約しても許されるであろう。

具体的な個人の自己反省により具体的な個人と社会的人格の間の差異を再参入する能力の保障（人権）を条件にして、人格権は各社会システムに対し社会的人格と具体的な個人間の差異の再参入の尊重を要請する。このような再参入の組み合わせの保障として対抗権を捉えるならば、社会的人格の遂行、したがって各社会の参加とそれにより規定される言語と論理の駆使により、非参加を可能とし、感情的力を尊重するという対抗権の根拠と内容が明らかになる。そしてさらに、基本権を、社会学的観点に立って、「事実的な行為予期——社会的役割との関連において顕在化し、常に社会的コンセンサスを計算に入れておくことができる事実的な行為態度予期——の複合体」を示すものとして分析するルーマンの「制度としての基本権」理論¹⁶⁾を参照

14) 以下の記述は、前掲注(3)で紹介したメンケの議論「社会システムと心的システムの差異をひとつの効果として考えること」の要求を受けて、本稿なりの見取り図めいたものを示したにすぎない。

15) Vgl. Ino Augsberg, Autonomie als soziale Konstruktion, in: T. Vesting/S. Koriath/I. Augsberg (Hrsg.), Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung, 2014, S. 52 f. この点、不十分ながらも別稿で検討した。参照、西土彰一郎「インターネットによる表現活動の諸問題」毛利透 [編]『講座 立憲主義と憲法学 第3巻 人権II』(信山社、2022年) 199頁。

16) ニクラス・ルーマン[今井弘道=大野達司・訳]『制度としての基本権』(木鐸社、1989年)

して、基本権ドグマティックと方法論を豊饒なものとする試み¹⁷⁾に立脚するのであれば、「その都度の役割連関に対応した行為態度動機を保証する固有のシステム保障」¹⁸⁾としての各基本権は、対抗権としての面を介して「可謬的学習過程」に組み込まれる¹⁹⁾。こうして、社会領域（「固有のシステム」）

13 頁。

17) ルーマン・前掲注 (16) 13 頁以下の指摘を参照。なお、トーマス・ヴェスティンク [毛利透 = 福井康太 = 西土彰一郎 = 川島惟・訳] 『法理論の再興』(成文堂、2015 年) 12 頁以下は、結果として「法理論を哲学や社会学の側にのみ留保する」ルーマンの法理論を批判して、基本権理論を内包する法理論を「国境往来者」として位置づける。ヴェスティンクによれば、法理論は「一種の『インターフェース・マネジメント』によって、『国境往来者』として、学問システムの全般的発展との接触を保ち、その発展の法への移行可能性について反省し審査し、そこで得られた知見をさらなる処理のために法解釈学、方法論、法制史、法社会学、比較法、あるいは法実践へと提供する」機能を有する。そうしてたとえば、同上 27 頁以下、43 頁以下、192 頁は、ルーマンの説く条件プログラムと目的プログラムの区別、規範的予期と認知的予期の区別をそれぞれ相対化する語用論的規則理解を示して、法システムの中心に裁判所を据える考え方の相対化を提示する。

「国境往来者」としての法理論はまた、法システム全体の統一性を記述する役割をも担う。かかる記述がないと法システムは他の機能システムの道具とされてしまう危険があるからである。この法理論の役割は、後述するように、社会システム相互的部分的重なり合い、ハイブリッドなるものが形成されている状況において、一層重要となろう。参照、Karl-Heinz Ladeur, *Recht-Wissen-Kultur: Die fragmentierte Ordnung*, 2016, S. 81.

18) ルーマン・前掲注 (16) 29 頁。

19) ルーマンの「制度としての基本権」理論は、基本権の機能を社会の脱分化を阻み、各社会的コミュニケーション・チャンスを保障する点に見出す。前掲注 (16) 30 頁等参照（以下、同書の頁数のみを示す）。この枠組みの中で、「個人主義の制度化」と基本権の分化・展開が分析されている。

前者について、社会構造的機能要請と行為態度負荷が存在するところでは、個人的人格性は特別の保護を必要とする (77 頁)。具体的な個人は役割コンピネーションを有意義な生活連関として整合的に維持し、表出して、その帰結を負う (73 頁以下)。「尊厳は個人的人格性の自己表出の内的な条件および問題に関わり、自由はそれの外的な条件および問題に関わっている」(109 頁強調ママ)。

後者について、「社会の意味形成という相対的に自律的な諸領域へと社会が分化していることを反映して、「自由の一般条項は個々の基本権へと展開させられている。個々の基本権は、ただ単に人格性の自己表出のための機能ししかもたないわけではなく、諸領域のコミュニケーションの一般化に対して固有の要請をつきつける」(112 頁)。

個々の基本権は、諸領域の相対的な自律を保障する対外的側面とともに、諸領域のコミュニケーションに対する固有の要請という対内的側面を有する。私見では、(オートポイエーシス概念を導入する以前の社会の機能分化に焦点を合わせたルーマン社会学による) 相対的に自律的な諸領域という社会診断の下、個別の基本権は、人格性の

のみならず、法と政治の各コミュニケーションの圧縮と再認をもたらす²⁰⁾。具体的な個人の立場から見れば、各社会領域、法、および政治のコミュニケーションの構造的カップリングとしての対抗権は、各コミュニケーションに接して受けた、具体的な個人の苦悩に対するセンサー²¹⁾として、社会的人格ではなく人間の解放として²²⁾、機能するともいえよう。

Ⅲ 表現の自由としての対抗権

1. 社会領域の内部と外部における対抗権

個々の基本権は、諸社会領域の相対的な自律を保障する対外的側面とともに、諸社会領域のコミュニケーションに対する固有の要請という対内的側面をも有する。対抗権はこうした諸権利の権利として位置づけることができる。

今まで検討してきた対抗権は、諸社会領域の内部で働いて、各行為態度予期の脱分化傾向を可視化し、諸基本権の対内的側面と対外的側面のあり方に

自己表出のための機能を有したうえで、諸領域のコミュニケーションの一般化に対して固有の要請をつきつける以上、「尊厳」と「自由」の保障を「対抗権」として構成し、基本権を「対抗権」の面を持つものとして捉えることは可能であろう。

ルーマンは、その初期の著書『法社会学』の中で、次のように指摘している。基本権のよりどころとする「普遍的で基底的な意味における自由原理もしくは平等原理は、社会学的にみればありそうにない事態である。したがって、それらが法原理として規範化される結果、通常のものが例外的なものへと転換され、あらゆる秩序は自由と平等の制限として否応なく根拠づけを要求される。しかしながら、根拠づけ自身が前もって十分に構造化されることはもはやない」(N. ルーマン [村上淳一＝六本佳平・訳]『法社会学』〔岩波書店、1977年〕357頁)。構造化された社会において、十分に構造化されることのない根拠づけの機能を担うのが、「対抗権」としての「尊厳」、「自由」そして「平等」なのである。

20) 法、政治等の社会システムにおける(社会的)力は、コミュニケーションであることにつき、Vgl. Andreas Fischer-Lescano, *Rechtskraft*, 2013, S. 78. なお、フィッシャー・レスカーノは、システムを社会システム(コミュニケーションシステム)、心的システム、そして意識システムの3つに分類している。このうち、心的システムの作動形式は想像力/構想力(Einbildungskraft)であり、意識システムの作動形式は認識力(Erkenntniskraft)もしくは悟性(Verstand)である。心的システムと意識システムの構造的カップリングが認識の前提となる。人間は、心的システムと意識システムの差異の統一性である。

21) Vgl. A. Fischer-Lescano (Fn.20), S. 100, 102.

22) Vgl. A. Fischer-Lescano (Fn.20), S. 73.

反省を促して、社会全体の機能分化を保護していく。しかし、従来の基本権理論およびドグマティックは、国家（政治システム）の脱分化傾向に重点を置いてきたため²³⁾、諸社会領域の内部で働く対抗権を適切に把握してこなかったように思える。

対抗権はまた、表現の自由、集会の自由等として、諸社会領域の外部から、秩序に対する異議申し立ての行為を保障しつつ、権利形式の自己反省能力を駆動する以上のような機能を果たす面もあるように考えられる。この受け皿となるのが、抗議運動であり、公共圏であろう。

2. システムとしての抗議運動？

ルーマンは、「オートポイエーティック・ターン」以後、抗議運動を社会システムとして規定することにより、機能システムがかなり広い範囲で、プロテストのテーマを受け入れて吸収できる点を示そうとしている²⁴⁾。「何かに対する抵抗——それが近代社会の現実の構成の仕方である」²⁵⁾。

確かに、作動上閉じたコミュニケーション連関としてのオートポイエーティックなシステム、そして、それらの相互の進化的依存関係を前提にするのであれば、抗議運動も、単発の異議申し立てで終わらせないためには、「抗議の形式」によりコミュニケーションの連関を確保する必要があるのかもしれない²⁶⁾。そうしてはじめて、構造的カップリングを通して²⁷⁾ 他の

23) ルーマンの「制度としての基本権」理論も、「基本権は個人を国家から守るだけでなく、それとともにある仕方での社会の下位システムとしての国家の存立を確固たるものとし、全体としてより効果的でより強力な影響力をもつコミュニケーション活動を可能にする国家官僚制の環境世界を構造化する」と指摘する（ルーマン・前掲注（16）67頁）。ただし、ルーマンの「制度としての基本権」理論は、政治システムの社会学であることに注意しておくべきであろう。

24) ニクラス・ルーマン著/カイ・ウーヴェ・ヘルマン編 [得安彰・訳]『プロテスト——システム理論と社会運動』（新泉社、2013年）246頁。

25) ルーマン・前掲注（24）251頁。

26) 参照、小松丈晃『リスク論のルーマン』（勁草書房、2003年）166頁以下。ニクラス・ルーマン [馬場靖雄 = 赤堀三郎 = 菅原謙 = 高橋徹・訳]『社会の社会 2』（法政大学出版会、2009年）1148頁。

27) ルーマン・前掲注（24）249頁によれば、「オートポイエーシスが存在すれば、構造的カップリングも存在する」。

社会システムを攪乱することができる。しかし、そもそもオートポイエーティックなシステムからなる社会という描写が適切であるのかは批判のありうところである。社会の諸領域は、日常言語を媒介にして部分的に重なり合っているものであり²⁸⁾、それは様々な差異の連結の試行によるネットワークという形態をとるように考えられるからである²⁹⁾。そうであると、第1に、社会システムを語るのであれば、それは、オートポイエーティックなシステムではなく、部分的に重なり合う相対的に自律した機能システムを意味すると理解すべきである。第2に、抗議運動を社会システムとして把握する必要もなくなる。たとえ単発の異議申し立てやデモであったとしても、諸社会領域内部での対抗権の行使と連結することにより、当該社会領域の自己反省を促すことができる。

ハーバーマスの説くように、この連結の基盤となるのが、「公共圏、集會結社、私事の領域、これら三者の非公式のコミュニケーション的連関」からなり、了解志向的行為の媒体としての日常言語により再生産される生活世界³⁰⁾である。

2. 政治システム中心主義の中の討議的基本権

法治国家的に組織化された政治システムは、生活世界のコンテクストに、殊に自己了解討議が広範かつ活発におこなわれる（私的生活領域と結びつ

28) 参照、ハーバーマス・前掲注(1) 76頁以下。Vgl. auch Christoph Möllers, Kommentar, in: Udo Fabio, Staat im Recht, 2020, S. 68 ff.

29) 仮にオートポイエーティックなシステムからなる社会という像を描くことができるとしても、社会システムと環境の間でメディアを通して担われてきた媒介機能の形式が、コンピュータ文化への移行に伴い、動化と揺動の方向へと変化し、社会システム相互的部分的重なり合い、ハイブリッドなるものが形成されているとの指摘を重く受け止めるべきであろう。参照、ヴェスティング・前掲注(17) 234頁以下。

30) ハーバーマス・前掲注(1) 82頁以下。参照、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) 105頁。ただし、A. Fischer-Lescano (Fn.20), S. 68 f.によれば、ハーバーマスは『コミュニケーション的行為の理論』の中では、機能的に分出化した社会編成における規範的諸力、そしてかかる諸力と生活世界の規範的諸力との協働を問題意識をもって主題化したものの、その後は言語による法コミュニケーションと生活世界の連関を解消することにより、間主観性モデルを問 - 権利享有主体性モデルへと尖鋭化したという。

いている) 多元的な公共圏に根差すことができると説く³¹⁾ ハーバーマスは、一方で言論の自由、集会の自由、団体結社の自由等、他方で「私事性」の保障等からなる基本権体系の討議理論的解釈を提唱する^{32 33)}。「多元的な公共

-
- 31) ハーバーマス・前掲注 (30) 164 頁以下。特に、ハーバーマス・前掲注 (1) 174 頁以下。
32) ハーバーマス・前掲注 (30) 147 頁以下、殊に、自律的な市民社会と不可侵の私事性の領域とが密接な関連を有していることにつき、ハーバーマス・前掲注 (1) 98 頁以下。ハーバーマス・前掲注 (1) 153 頁以下、163 頁によれば、「私的自律と公的自律はいずれも、本質的に非自立的要素であり、相互に他方と補完しあう関係」であり、「基本権の実現とは、平等な権利をもつ市民の私的自律をその国家市民的自律の活性化とともにのみ保証する、ひとつの過程なのである」(強調ママ)。
33) ハーバーマスが 1962 年公刊の『公共性の構造転換』の中で析出したように、イギリス、フランスを中心とする近代市民社会において、政治的機能をもつ公共圏の前駆をなす、財産所有者からなる文芸的公共圏では、文化的に議論する公衆のコミュニケーションは、家庭の私生活圏の密室でおこなわれる読書に依存していた。習得の私的形式と習得された内容についての公的コミュニケーションの弁証法的相互関係は、基本権における私的自律と公的自律の保障形態の原型であるといえよう。参照、ユルゲン・ハーバーマス『公共性の構造転換 [第 2 版]』[細谷真雄=山田正行・訳] (未来社、1994 年) 219 頁 (以下、同書の頁数のみを示す)。

だが、ハーバーマスが同書においてさらに説くように、19 世紀の中葉以来、マスメディアの消費文化的公共圏を通じて、文化を消費する公衆のレジャー活動は、群居的な雰囲気や営まれ、しかも討論へもちこされる必要がなくなった。私生活圏と公共圏という契機にはっきりとしたけじめがなくなると、換言すれば、公共圏にとって必須の距離感という契機が脱落すると (殊に「ラジオ、映画、テレビは、読者が印刷した文字に対してもたざるをえない距離感を次第に消滅させる」)、公衆は大衆へと転化し、公共圏そのものが親密性の形態を帯びてくる。つまり公衆の議論は、「近隣関係」の中で前市民的な大家族が新しい形態で発生する)「再封建化」の犠牲になる。それとともに、私的決定は他からの影響をうけやすくなる (213 頁以下、218 頁以下、226 頁、233 頁)。さらには、かつては政治的支配を公共的議論の前に引き出してくることを意味していた (批判的) 公開性が、マスメディアの広報活動による操作的公開性により駆逐される。国家も国民を消費者として見なして彼らに呼びかけざるをえなくなる (234 頁、263 頁以下)。

以上の時代診断の下、ハーバーマスは「もろもろの社会的組織によって横取りされ、集团的私的利害の圧力下で権力化した公共性は、みずからをも公開性の諸条件に容赦なく服従させて、ふたたび厳密な意味における公共性となるかぎりでのみ、政治的妥協への関与をこえて、政治的な批判と統御の機能を発揮することができる」と指摘して、団体内民主制、団体内部運営の公開、互いに競合する多元的な団体の確保の制度化等を読む (277 頁以下)。この説示の基礎には、構造変化をとげた公共圏の事実上の形態に照らし、「政治的に機能する公共性を保障する一群の基本権 (言論と思想の自由、結社と集会の自由、報道の自由など)」と「私有財産の制度的保障をその中核として私権の基本的自由を認証している一群の基本権」のいずれも、単に禁止命令的に解釈されるだけでなく、積極的に参加権の保障としても解釈される必要があるとの基本権理論

圏の構造は、基本権的に保障された枠組みの内部で、多かれ少なかれ自生的に形成される」³⁴⁾。

だが、かかる公共圏は、諸社会領域に対抗することに重点が置かれて考察されているのではない。「政治的公共圏は議会の足場として観念されるのみならず、政治的中心を包圍しつつ刺激を発する周辺部としても観念」されているのである³⁵⁾。「人権と国民主権との内的連関を明らかにし、合法性から正統性が成立するというパラドックスを解消する」ことを目指す基本権の討議理論的理解において、ハーバーマスは、ルーマンの「制度としての基本権」理論と同様、政治システム本位の伝統の中にいる³⁶⁾。また、ハーバーマスの

がある(114頁、296頁以下)。この基本権理論は、「リベラルな法治国家の体制は初めから、国家そのものと、社会にたいする関係における国家とだけではなく、社会的生活連関全体を秩序づけようとしたものであった」との理解に立って、自由主義的な自由保障と民主主義的な参加保障という区別に新たな光をあてようとする(293頁)。

ただし、『公共性の構造転換』から約30年後に公刊され、基本権の討議理論的解釈を打ち出した『事実性と妥当性』では、私有圏における民主的参加によって公共的に保障されたステータス(298頁)を「私権の基本的自由を認証している一群の基本権」として把握する視座は後景に退いている。その理由としては、基本権の討議理論的解釈の問題意識と併せて、1981年に公刊された『コミュニケーションの行為の理論』において「生活世界とシステムとしての社会という二段階の構想を採用したこと」、システムの統合された行為領域である経済と国家装置「内部を民主的に転換する、いいかえれば、政治的に統合された状態に転換するとすれば、それは、そのシステム的な特性を損ない、したがってその機能面の能力を妨害することがもはや避けられない」こと、という聡明な現実主義があるといえよう。だからこそ、「目標は、もはや自立した資本制的な経済システムと自立した官僚制的な支配システムとの『止揚』などではなく、生活世界の領域を植民地化しようとするシステムの命令の干渉を民主的に封じ込めること」(強調ママ)であると説かれるようになったのである(ハーバーマス『公共性の構造転換[第2版]』の「1990年新版への序言」xxvii頁)。

私見では、システムの止揚に至るかは、各システムの機能の性格や民主主義的な参加保障の形態によるのであり、一概に参加権を否定することは性急の誹りを免れないように思える。殊に、社会システム相互の部分的重なり合い、ハイブリッドなるものが形成されているとの状況診断を踏襲するならば、主としてシステムの周辺に位置するであろう重なり合う部分において参加権を承認することは、各システムの核心部分に対する民主的封じ込めにとっても積極的な意義を有するであろう。本稿の本文において記したように、ハーバーマスも、「相対的な根拠づけをもつにすぎない」とはいえ参加権そのものを否定してはいない。

34) ハーバーマス・前掲注(1)32頁。

35) ハーバーマス・前掲注(1)180頁(強調ママ)。

36) ハーバーマス・前掲注(30)154頁以下。参照、ヴェスティン・前掲注(17)128頁。もっ

討議理論的基本権体系の中に、諸社会領域の内部で働いてその自己反省を促す対抗権を見つけ出すことも難しく、それがあつたとしても政治的に自律的なかたちで具体化することによって生ずる権利（参加権）として「相対的な根拠づけをもつにすぎない」³⁷⁾。

3. 対抗権と討議的基本権を内包する表現の自由

ラデアは、意見表明の自由、集会・結社の自由に、支配的な社会化形式に疑問を投げかける面を認める³⁸⁾。ただし、間主観的關係に依拠するこうした表現の自由は、要求の根拠づけという発語内の義務と結びついてはいない³⁹⁾。そうではなくて、根拠づけにおいて表現されえない実践的ルールと結びついている⁴⁰⁾。このことは、表現の自由のみならず、主観的行為自由一般に対しても妥当する⁴¹⁾。

とも、基本権の討議理論の枠組みから離れると、ハーバーマスは、システム機制による社会統合の形式の駆逐に基づく生活世界の隷属化・植民地化という形態の下、システムと生活世界の接点のところで発生している新たな抵抗運動、すわなち、私的または公共的な領域と経済・行政システムとの間の交換を制度化する「役割」を標的とする抵抗運動に対し、そして、生活世界が自らの内から生み出す反制度により行為システム固有の力学に制限を加えることに対し、鋭敏な問題関心を寄せてはいる。ユルゲン・ハーバーマス [丸山高司ほか訳]『コミュニケーションの行為の理論 [下]』(未來社、1987年) 125頁、417頁を参照。なお、ハーバーマスは、『公共性の構造転換』の中で、「公衆が教育と情報によって根拠のある見解を抱きうる立場におかれたあとで、公的討論の中で形成される」「公論」(前掲注 (33) 96頁) は、「それ自身の志向からいえば、権力の制限でも、それ自身権力でもなく、ましてすべての権力の源泉でもありえない」(同上 113頁) と指摘している。

37) ハーバーマス・前掲注 (1) 136頁、ハーバーマス・前掲注 (30) 153頁。Vgl. A. Fischer-Lescano (Fn.20), S. 73. 『公共性の構造転換』における基本権理解との重点の置き方の違いについては、本稿の前掲注 (33) での叙述を参照。

38) K.-H. Ladeur (Fn.17), S. 73.

39) 参照、ハーバーマス・前掲注 (30) 149頁以下。

40) K.-H. Ladeur (Fn.17), S. 27, 42, 70. ハーバーマスも、もちろん、このような実践的ルールの存在を否定してはいない。参照、ハーバーマス・前掲注 (33) 330頁以下。

41) 主観的行為自由を、「本質的に、相互的な発語内の義務にもづく公共的空間から退き、相互の観察と働きかけの態度をとるだけの消極的自由」(私的恣意、私事性、私的自律を保障する自由)として捉えるハーバーマスの見解(ハーバーマス・前掲注 (30) 149頁)は、主観的行為自由と実践的ルールの結びつきを軽視するものとして批判される。この観点からさらに、近代市民法上の主観的権利に関するメンケの捉え方に対

表現の自由の挑戦を受ける各社会領域の側にも、主観的行為自由の実践による社会ルールを備えている。表現の自由は、かかる各社会ルールの自己反省を促す機能を有する（それ以外の基本権は、諸社会領域の相対的な自律を保障する対外的側面とともに、諸社会領域の実践的ルールに対する固有の要請という対内的側面を有する、ということになる）⁴²⁾。かかる実践的ルールのあり方は、各社会領域と行為の特性とともに、社会全体の構造形態によっても規定される。

社会全体の構造形態について、ラデアは、具体的な個人の経験の共有を基礎とする比較的安定した諸実践的ルールを備える「個人からなる社会」、組織化された専門知の加入により動態化した諸実践的ルールを備える「組織からなる社会」、および諸実践的ルールがプロジェクト形式で結合し続けていく「ネットワークからなる社会」に整理する⁴³⁾。順に旧を新に換えていくのではなく、旧に新を加えていくプロセスを経ることにより、以上の各社会構造は並存する。

「個人からなる社会」の面では、各社会領域内における相互行為（コミュニケーション）は、ラデアの説くように、発語内的義務に結びついてはいないといえよう。しかし、当該社会領域の外から実践的ルールの自己反省、したがってこの実践的ルールに部分的に重なって作動する法システムの自己反省を促す表現の自由という構想に拘るのであれば、それは、支配的な実践

しても疑問が提起されている。K.-H. Ladeur (Fn.17), S. 71, 128 f.

42) ラデアの基本権理論の特徴は、インゴルトが的確にまとめて指摘するように、主観的権利（基本権）の防御権の内容を相対化することなしに、主観的権利の超主観的側面を強調する点にある。主観的権利は、その個人の享有する防御権の内容にもかかわらず、パラドキシカルに、集团的秩序の構築と維持（自己組織化プロセス）に寄与する。基本権の客観法的次元は、基本権享有主体間の超主観的な自己組織化プロセスとの関連において、その固有の合理性と動的な基本権秩序の維持に対する社会的利益を考慮する。すなわち、社会の秩序形成の複雑性を行為の限界として承認すること、この複雑性を、社会のパラエティ・プールの維持する諸制度、または社会により多くの可能性、より多くの組織の型、より多くの反省能力を組み入れる諸制度を通して間接的に支えること、以上が基本権の客観法的次元の核となる関心事である。Albert Ingold, Grundrechtsschutz sozialer Emergenz, Der Staat 53, 2014, 216.

43) K.-H. Ladeur (Fn.17), S. 93, 128.

に対する外からの挑戦であり対抗でもある以上、感情のみならず発語内的義務とも結びついた判断を基盤としなければならない。ここに、同じ対抗権といえども、人権と人格権の結合関係としての対抗権との違いが認められる。かかる表現の自由としての対抗権の承認は、個人および実践的ルールの学習⁴⁴⁾を強調するラデア説にも合致するように思える。

以上の対抗権の性格は、「社会領域」概念の相対化の下、基本的には「組織からなる社会」の面と「ネットワークからなる社会」の面にも妥当するように思える。だが、そのためには、満たしておくべき条件がある。挑戦および対抗の対象となる実践的ルールを特定することである。

「組織からなる社会」の面では、組織内・間の実践的ルールが問われる。「ネットワークからなる社会」の面では、セカンド・オーダーのルールとしての性格を有する諸実践的ルールの結合ルールと、この結合ルールにより成立するものの、事後的に初めてその存在が明らかになるようなハイブリッドな実践的ルール⁴⁵⁾が問題になる。特定という作用の性格上、以上の実践的ルールのいずれに対しても、発語内的義務と結びついた判断が求められる。殊に、極度に複雑、動的で事後的に明らかになるハイブリッドな実践的ルールについては学術的とすらいえる討議によって確認が行われる必要があろう⁴⁶⁾。

発語内的義務と結びついているからこそ、こうした表現の自由の保障に加え、あるいはかかる自由の内容形成として、各実践的ルールの特定（そして形成）のための制度構築も考えられる。ラデアが指摘するように、「組織からなる社会」の面では、たとえばプレスの自由の内容形成立法のように、プレスにおける自己規律と他者規律の協働の仕組みを構築すること⁴⁷⁾、「ネッ

44) K.-H. Ladeur (Fn.17), S. 52 f., 181.

45) K.-H. Ladeur (Fn.17), S. 136.

46) 同定を受けてハイブリッドな実践的ルールに対して対抗権を行使する場合、それは結合ルールのあり方に対する異議を意味しており、各実践的ルールの自己組織化を保障する各基本権の調整のあり方が問題になっている。この局面では、各基本権はそもそも「衝突」を構造化して各実践的ルールの自己反省を促す（セカンド・オーダーのレベルにある）抵触ルールとして機能することになろう。Vgl. K.-H. Ladeur (Fn.17), S. 32, 134 ff.

トワークからなる社会」の面では、たとえば「契約法のコンテクスト合理性」を構築すること⁴⁸⁾である。

以上を要約すると、表現の自由としての対抗権は、実践的ルールの特定に係る討議的基本権の側面と対抗権の側面を有する。いずれも発語内的義務と結びついた判断を基盤とする。確かに、ラデアアが説くように、表現の自由には、根拠づけにおいて表現されえない実践的ルールと結びついている側面もあることに疑いはない。だが、この側面は、殊に対抗権の側面の行使を容易にするための手段的なものであるように考えられる。

むすびにかえて

法、政治、社会、生活世界、そして人間は、日常言語を媒介にして、部分的に重なり合っている。人権、人格権、そして表現の自由という形態をとる対抗権の行使は、日常言語に託し、媒介機能を果たして、権利形式の自己反省に向けた試行錯誤プロセスを駆動する。

諸権利の権利としての対抗権は、私法上の権利を基礎づけ、浸透して、修正を施す。基本権は、私法上の権利を正当化する働きをする⁴⁹⁾。この延長線上に、トイプナーの説く「民間憲法」の創発をも考えることができる⁵⁰⁾。このことは、「主観的権利の主張から客観法を生成する可能性」という「民法法上の領域における逆方向の論点」を浮上させる⁵¹⁾ことにもなる。

47) Vgl. K.-H. Ladeur (Fn.17), S. 127, 134. プレスの自由は、プレスにおける自己組織化プロセスが自己ブロック化する恐れのある限りにおいて、他者規律を許容する。本稿の脚注 (33) で記したように、1962年公刊の『公共性の構造転換』の中でハーバーマスが触れたマスメディアにおける団体内民主制の構築も、この文脈の中で把握されよう。

48) K.-H. Ladeur (Fn.17), S.63. Vgl. auch Thomas Vesting, Einbau von Zeit. Rechtsnormativität im relationalen Vertrag, Kritische Justiz 2019, S. 626 ff.

49) Vgl. Dan Wielsch, Gesellschaftliche Transformation durch subjektive Rechte, in: A. Fischer-Lescano/H. Franzki/J. Horst (Hrsg.), Gegenrechte, 2018, S.157 ff.

50) グンター・トイプナー [大藤紀子・訳] 『憲法のフラグメント——全体社会の立憲主義とグローバリゼーション——』(信山社、2022年) 124頁以下。Vgl. auch Rudolf Wiethölter, Recht-Fertigung eines Gesellschafts-Rechts, in: C. Joerges/G. Teubner (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht. Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie, 2003, S. 13 ff.

51) 山本隆司「客観法と主観的権利」長谷部恭男ほか編『岩波講座 現代法の動態 (1)』

以上の検討から基本権ドグマティックに対する示唆を導くならば、人権、人格権、そして表現の自由は私人間に直接適用されること⁵²⁾、抵触法としての基本権という視座を正面に据え、実践的ルールを基礎にして論証責任ルールを定式化することにより、事例ごとの利益衡量に墮するおそれのある比例原則を乗り越えること⁵³⁾、等を指摘することができる。だが、この面の検討は他日に譲ることにしたい⁵⁴⁾。

「あらゆる法的行為が同時に基本権の政治的 - 自律的具体化のための貢献として、つまり継続的な憲法制定過程の要素として理解されうることを通じて、市民の私的自律と公的自律を同時に保証する」⁵⁵⁾。かかるハーバーマスの指摘は、対抗権の機能を示して余りある。

[付記] 本研究は JSPS 科研費 19K01259 (研究代表: 東川浩二・金沢大学教授) の助成を受けたものである。

(にしど・しょういちろう = 本学教授)

(岩波書店、2014 年) 42 頁以下。

52) Vgl. Ralf Christensen/Andreas Fischer-Lescano, Das Ganze des Rechts: Vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis deutscher und europäischer Grundrechte, 2006, S. 287 ff.

53) K.-H. Ladeur (Fn.17), S. 27, 182 f.

54) 近年の行政法学では、社会において諸利益を主張し実現するために一定の論証を行う法的コミュニケーションの資格として主観的権利を捉えた上で、従来、「論証過程における諸利益の多様性に対応させて、利益を主張し実現する主体とその多様化の可能性が、十分に論じられてきたとは必ずしも言えない」と指摘して、組織の / における権利を認めるとともに、それに相応しい透明性と組織機構を備えていなければならないと説く見解がある。参照、山本・前掲注 (51) 38 頁以下。組織の / における権利のあり方も含め、かかる広範な議論は、基本権ドグマティックにとりきわめて示唆的である。また、権利ないし利益概念の開放性を前提にして、従来の議論における権利概念の意味の過少及び過剰を指摘する西上治『機関争訟の「法律上の争訟」性』(有斐閣、2017 年) 425 頁も参照。

55) ハーバーマス・前掲注 (1) 146 頁。