

2016年平和的生存権覚書

——憲法哲学ノート①

金 井 光 生

日本国民は、恒久の平和を念願し、人間相互の関係を支配する崇高な理想を深く自覚するのであつて、平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼して、われらの安全と生存を保持しようと決意した。われらは、平和を維持し、専制と隷従、圧迫と偏狭を地上から永遠に除去しようと努めてゐる国際社会において、名誉ある地位を占めたいと思ふ。われらは、全世界の国民が、ひとしく恐怖と欠乏から免かれ、平和のうちに生存する権利を有することを確認する（日本国憲法前文第2段）。

目 次

序 —— 日本国憲法のために

1. 平和的生存権論の可能性

2. 平和的生存権理念の人間学的根源性 —— Seinsverfassungとしての

3. 平和的生存権理念の国法学的根源性 —— Staatsverfassungとしての

4. 無力という思想の無限の力

結びにかえて —— 憲法哲学のために

序 —— 日本国憲法のために

恒久平和。それは一朝一夕に成るものではない。それゆえ、人はその理念を冷笑し否定しようとする。だが、それは単なる夢想でも「空虚な理念」でもな

く、「根拠ある希望」¹である。少なくとも日本では、70余年前よりは現在は確実に平和的である。天災はともかく、戦争も含めて人災は人間の手によるものである以上、人間の手で防ぐことができる。「仕方なかった」、「想定外だった」は、少なくとも為政者・公権力者には禁句であり、市民の人権保障のために立憲平和主義を推進する義務がある。それを国策としてではなく、「全世界の国民の人権としての平和」というコンセプトで明示した1946年日本国憲法の前文の「平和的生存権」理念は人類史上画期的な意義を有する。理念は否定できない。ただ断念できるのみである。しかし理念は断念したらおしまいである。一層の平和に向けて、この「憲法をいかにす」²こと。

本年11月3日で公布70周年を迎えた日本国憲法について、平和的生存権の観点から再読しそのポテンシャルを再発見することで今一度弁明apologiaすることは、右傾化と壊憲化が進む現在³にこそ強く要請されている。それゆえここに、2012年自民党改憲草案では抹殺されている平和的生存権について、従来の先行業績の成果を踏まえつつもそれを超えて根源的かつ内在的に憲法哲学的な探究を行い、「われらとわれらの子孫のために」（前文）、2016年の福島か

1 I・カント（中山元訳）『永遠平和のために／啓蒙とは何か 他3編』（光文社古典新訳文庫、2006年）253頁。

2 奥平康弘『いかそう日本国憲法』（岩波ジュニア新書、1994年）2、21頁。

3 SEALDsら市民の護憲運動や属性を超えた人々の安保法制反対の国会デモの隆盛、第24回参議院議員通常選挙における福島と沖縄での現職閣僚の落選などの反面、安倍政権の壊憲行為や「在日特権を許さない市民の会」（在特会）の活動、それらを支える「日本会議」やネット右翼等の活性化、先の東京都知事選における桜井誠元在特会会長の候補者21人中第5位の得票など、保守化以上の右傾化の空気が垂れ込めつつある。いずれにせよ、2015年夏の安保法制の強行成立は、安倍政権または安保法制への賛成派も反対派も共に、法の支配・立憲主義の国家権力による破壊という、文化国家たるべき文明国の文明人としての敗北を喫したのである。

ら未来の世界に向けて覚書を認めておきたい。これはまた、平和的生存権理念に基づく思想の自由市場を基底とする間主観 - 身体的な人格的コミュニケーション体系として日本国憲法体系の正統性および正当性を弁証しようとする、私の憲法哲学の統一的体系化のための基本コンセプトとなるものである⁴。

1. 平和的生存権論の可能性

平和的生存権の法権利性については、いまだ学界で定説を見ない。しかし、星野安三郎⁵による主題化を嚆矢とし、わけでも深瀬忠一（1927.3.1-2015.10.5）による体系化を画期として、多くの重要な論者がその法理論化に努めてきた。深瀬の主著『戦争放棄と平和的生存権』は、後世に大きな影響を与えた重要文献であるが、日本国憲法の平和主義を人類の歴史と思想史の中に

4 私の憲法哲学の構想については、拙稿「Vor dem Gesetz——福島大学で語る日本国憲法」法律時報88巻4号（2016年）などの参照を乞う。

5 星野安三郎「平和的生存権序論」小林孝輔ほか編『日本国憲法史考』（法律文化社、1962年）5頁。「僕はだから、ここは、『圧制の恐怖から免れて自由に生き』また『欠乏から免れて豊かに生き』そして『戦争から免れて平和に生きる』というように読み込みたいわけですね。つまり平和の前提には、自由と、豊かに生きる権利、平等に生きる権利が確固としてある。それから『全世界の国民が』といったのは、日本がやった戦争が日本国民だけではなくて、アジア諸国民のそうした権利を侵害したという反省に立っているからなんですね。『全世界の国民が、ひとしく恐怖と欠乏から免かれ、平和のうちに生存する権利を有することを確認する』というのは、そういうことが人類共通の平和の原則としてあるのを、日本の国民は確認したということです。『確認』だから、『発明』ではない。…日本国民は第九条によって、それを保障することにした、というのがこの憲法の核心だと思う」（星野ほか『日本国憲法 [平和的共存権] への道』[高文研、1997年] 75、76頁 [星野発言]）。

位置づけてその意義を解明したうえで、大要、以下のように論じる。

日本の戦争体験の反省から、①自衛と侵略の区別の不可能性、②国ないし独立を守るための軍備拡大強化による国際的・国内的な惨禍の不可避性、③近現代の戦争の最大悪性・核戦争の絶対悪性という日本国民の近代・現代戦争の三大経験⁶を導出して、憲法9条に、①「一切の戦争放棄システムの維持・展開によって『戦争非合法化』の普遍的世界平和組織の建設と実効化を目指す」こと（戦争放棄）、②「わが国の軍縮と軍備撤廃の実行のプロセスと実績を示しつつ周辺国際的地域そして世界の軍縮実現のイニシアチブをとり促進する」こと（軍備不保持）、③「戦争と軍備による侵害・圧迫から免れた『平和的生存権』の日本国民への保障の実行モデルを提示しつつ、全世界の国民（人類）がそれをひとしく尊重される『正義』に基づく人類平和『秩序』の建設に努める」こと（平和的生存権の保障）という独創的な平和三原則⁷を見出したうえで、こう述べる。

日本国憲法における「平和的生存権」を定義するとすれば、次のようにまとめてよからう。「戦争と軍備および戦争準備によって破壊されたり侵害ないし抑制されることなく、恐怖と欠乏から免かれて平和のうちに生存し、またそのように平和な国と世界をつくり出してゆくことのできる核時代の自然権の本質をもつ基本的人権であり、憲法前文、とくに第九条および第一三条、また第三章諸条項が複合して保障している憲法上の基本的人権の総体である」。

6 深瀬忠一『戦争放棄と平和的生存権』（岩波書店、1987年）90-92頁。深瀬に捧げられた、小特集「9条裁判を再考するために——深瀬忠一のactualité」法律時報88巻9号（2016年）の各論稿は必読。

7 深瀬・前掲書注6、204-242頁。

「平和的生存権」の…スケールと規範性の立体的構造の「全体像」を要約すれば、次のようになる。／『『平和的生存権』は、目的においても手段においても平和に徹し、国際的・国内的次元にまたがり、客観的制度・主観的権利の両側面の保障があり、外延に政治的規範をもち、中核に法（裁判）規範を含む、日本国憲法の平和に徹した基本的人権の総体である」⁸。

憲法条項の文言は、「幸福追求」にせよ「健康で文化的な最低限度の生活」にせよ、一般的に、最高規範ゆえに抽象性が高い。にもかかわらず、その抽象性を理由に平和的生存権の具体的権利性に消極的な立場に対して、深瀬が、法領域と政治領域の区別も含めて、平和的生存権を複合的な権利として立体的・構造的に解明し、憲法上の権利の総体と捉えた功績は大きい。その後の学説の発展については割愛せざるをえないが⁹、おおよそ、「人権としての平和」¹⁰と

8 深瀬・前掲書注6、227頁、239-240頁〔傍点は原文。原文の傍線は省略〕。

9 平和主義論と併せ一つの到達点として、深瀬忠一ほか編『恒久世界平和のために』（勁草書房、1998年）は世界史的な意義を有する金字塔である。なお、主要学説とその展開については、植松健一「平和的生存権論のトポグラフィー」名古屋大学法政論集225号（2008年）や小林武『平和的生存権の弁証』（日本評論社、2006年）・同「平和的生存権論の展開状況」愛知大学法経論集197号（2013年）などを参照。特に、深瀬説を継承・発展させた小林の業績は、平和的生存権を周延的な政治的規範と中核的な法的規範に分け、さらに法的規範部分を4つの裁判規範として構造化して、実践に耐えうる一層の緻密化を図っており（前掲『平和的生存権の弁証』）、注目に値する。

10 高柳信一「戦後民主主義と『人権としての平和』」世界283号（1969年6月号）〔井上ひさしほか編『「世界」憲法論文選』（岩波書店、2006年）に再録〕・同「人権としての平和」法律時報臨増47巻12号『憲法と平和主義』（1975年）。高柳は、「平和は、多数決の間に、あるいは選択され、あるいは選択されないうころの、戦争と同等のものではなくて、多数決の論理の及ばない、いかなる状

いうコンセプトを重視し、とりわけ、諸々の憲法上の権利の保障・実現の前提としての、軍事的なものに対する平和的生存権のポテンシャルを模索しつつ、現実の自衛隊や在日米軍をめぐる権利のための闘争の要請上、主に実践的な裁判規範としての実効化のための基準の具体化に傾注してきたと言えよう。その学問的努力は——いまだ最高裁には採用されていないものの——市民平和運動・権利闘争¹¹と相俟って、1973年長沼ナイキ訴訟札幌地裁判決¹²を先駆けとして、そして特に、2003年イラク特措法に基づきアメリカ軍支援のために行われた自衛隊のイラク派遣の合憲性について争われた2008年自衛隊イラク派兵訴訟名古屋高裁判決（確定）で、実を結んだのであった。後者は、航空自衛隊によるイラクでの空輸活動を憲法9条1項違反であると判示したのち、平和的生存権について以下のように論じる。煩を厭わず引用する。

憲法前文に「平和のうちに生存する権利」と表現される平和的生存権は、例えば、「戦争と軍備及び戦争準備によって破壊されたり侵害ないし抑制されることなく、恐怖と欠乏を免れて平和のうちに生存し、また、そのように平和な国と世界をつくり出していくことのできる核時代の自然権の本質をもつ基本的人権であ

況においても確守されるべき優越的な価値になったのであります」（前掲『「世界」憲法論文選』218頁）、「国家は戦争すべからざることを国民に対する関係において義務づけられ、国民は自らの権利として平和の保持を国家に対して要求できることになる」と言う（前掲「人権としての平和」36頁）。なお、丸山眞男「憲法第九条をめぐる若干の考察」世界235号（1965年6月号）〔前掲『「世界」憲法論文選』に再録〕は、今日でも色褪せない。

11 内藤功『憲法九条裁判闘争史』（かもがわ出版、2012年）などを参照。

12 札幌地判昭和48年9月7日判時712号24頁、特に71-72頁。本件については、深瀬忠一『長沼裁判における憲法の軍縮平和主義』（日本評論社、1975年）、福島重雄ほか編著『長沼事件 平賀書簡』（日本評論社、2009年）参照。

る。」などと定義され、控訴人らも「戦争や武力行使をしない日本に生存する権利」、「戦争や軍隊によって他者の生命を奪うことに加担させられない権利」、「他国の民衆への軍事的手段による加害行為と関わることなく、自らの平和的確信に基づいて平和のうちに生きる権利」、「信仰に基づいて平和を希求し、すべての人の幸福を追求し、そのために非戦・非暴力・平和主義に立って生きる権利」などと表現を異にして主張するように、極めて多様で幅の広い権利であるということが出来る。／このような平和的生存権は、現代において憲法の保障する基本的人権が平和の基盤なしには存立し得ないことからして、全ての基本的人権の基礎にあってその享有を可能ならしめる基底的権利であるということができ、単に憲法の基本的精神や理念を表明したに留まるものではない。法規範性を有するというべき憲法前文が上記のとおり「平和のうちに生存する権利」を明言している上に、憲法九条が国の行為の側から客観的制度として戦争放棄や戦力不保持を規定し、さらに、人格権を規定する憲法一三条をはじめ、憲法第三章が個別的な基本的人権を規定していることからすれば、平和的生存権は、憲法上の法的な権利として認められるべきである。そして、この平和的生存権は、局面に応じて自由権的、社会権的又は参政権的な態様をもって表れる複合的な権利ということができ、裁判所に対してその保護・救済を求め法的強制措置の発動を請求し得るという意味における具体的権利性が肯定される場合があるということが出来る。…／なお、「平和」が抽象的概念であることや、平和の到達点及び達成する手段・方法も多岐多様であること等を根拠に、平和的生存権の権利性や、具体的権利性の可能性を否定する見解があるが、憲法上の概念はおおよそ抽象的なものであって、解釈によってそれが充填されていくものであること、例えば「自由」や「平等」ですら、その達成手段や方法は多岐多様というべきであることからすれば、ひとり平和的生存権のみ、平和概念の抽象性等のためにその法的権利性や具体的権利性の可能性が否定されなければならない理由はないというべきである¹³。

ここには、日本国憲法の立憲平和主義を実現しようとする市民の憲法的思惟

と、深瀬や小林武らの学説をはじめこれまで平和的生存権概念の彫琢に尽力してきた学問的功績とが十分に反映されていることが判る。象牙の塔としての司法に自閉するのでもなく、統治行為論に安易に訴えて司法の責任を回避するのでもなく¹⁴、「憲法の番人」として法と良心に拘束されつつ可能な限り市民への応答責任に開かれた真の意味での司法権の独立という自律的な職責を果たすという、司法の場における思想の自由市場の要請に応えようとする姿勢が見て取れる。判例の趨勢とはなっていないにせよ、立憲平和主義的な文化国家を理想とする日本国憲法に鑑みて、これら裁判例の意義を無視することはできない¹⁵。名古屋高裁の言う平和的生存権の「法的権利性や具体的権利性の可能性」の開花に向けて、一層理論的な発展を進めることが法学徒の課題である。

以上の学説・裁判例から導かれる要点は、本稿の問題関心からすれば、次のようにまとめられる。すなわち、日本国憲法の平和的生存権は、【1】法規範として空虚な理念性を超えたリアリティを有すること（理念的リアリティ）、【2】裁判規範として具体的権利性を有すること（具体的権利性）、【3】国家の

13 名古屋高判平成20年4月17日判時2056号74頁、86頁〔傍点は引用者〕。本件については、奥平康弘「“違憲”判決の意義」世界780号（2008年7月号）・同『『平和的生存権』をめぐって』世界781号（同8月号）、川口創ほか『今、改めて「自衛隊のイラク派兵差止訴訟」判決文を読む』（星海社新書、2015年）、小林武「自衛隊イラク派兵違憲名古屋高裁判決の意義」法律時報80巻8号（2008年）、村田尚紀「平和的生存権の価値と構造」関西大学法学論集59巻3・4号（2009年）、毛利正道『平和的生存権と生存権が繋がる日』（合同出版、2009年）ほか参照。石川健治「ラオコオンとトロヤの木馬」論座2007年6月号、日本科学者会議編『憲法と現実政治』（本の泉社、2010年）第2部も重要。

14 戸常寿「統治行為論について」浦田一郎ほか編『立憲平和主義と憲法理論（山内敏弘先生古稀記念論文集）』（法律文化社、2010年）も参照。

15 この名古屋高判の翌年には、岡山地裁も平和的生存権の具体的権利性を認める判決を下している（岡山地判平成21年2月24日判時2046号124頁）。

軍事的活動による脅威や侵害を排除して憲法上の諸権利を享受可能にするための基底的な権利性を有すること（基底的権利性）、である。

本稿では、憲法哲学的観点から、主に【1】を敷衍し【3】を徹底化して、平和的生存権を軍事的なものに限定せずに、人間存在にハビトゥスとして現象する普遍的なRecht理念の一形相たる「人間の尊厳dignitas hominis」のnationalizationとして、「人間存在の構造法則Seinsverfassung」¹⁶に根源的に根ざすものと解明したうえで、日本国憲法の憲法＝国制Staatsverfassung体系全体を指導し拘束するリアルな理念として再定位することを試みたい。

2. 平和的生存権理念の人間学的根源性

——Seinsverfassungとしての

「平和のうちに生存する権利」とはそれ自体、意味の複合体である。平和的生存とは、自己と他者、精神的・知的なものと身体的・物質的なもの、理性的なものと非理性的なもの等々の西洋近代において二項対立的な、しかし概し

16 この観念は、水波朗『自然法と洞見知』（創文社、2005年）による。それがネオ・トミストである水波のように、「万人の本性適合的な洞見」により直観的に自明かどうかはともかく（同書第9章・10章参照）、諸々の現象態からの暗黙知に基づく本能的なアブダクション仮説形成（C・S・パース）による対話を通じて、プラグマティックにCan't Helpsなuniversal lawの客観的（＝間主観的）なりアリティの想定（O・W・ホームズ裁判官）へ至りうる可能性は否定できない。本稿の前提となる、パースやホームズ裁判官のプラグマティズムの私の理解については、拙著『裁判官ホームズとプラグマティズム』（風行社、2006年）などの参照を乞う（本稿注24も参照）。なお、伊藤邦武『プラグマティズム入門』（ちくま新書、2016年）のほか、拙著を引用してくださっている、戒能通弘『近代英米法思想の展開』（ミネルヴァ書房、2013年）およびC・S・パースほか（植木豊編訳）『プラグマティズム古典集成』（作品社、2014年）は必読。

てその一方のみが優越的地位を享受してきた両極を、共に人間存在に不可避のものとして不可分に含意している。人間存在自体が意味の複合体の故である。

人間のおこなう精神活動は…他者とかかわることを内容とすると言っていい。他者、したがって社会と交わるための人間活動なのである。人間は「社交的=社会的動物である」という、言い古された命題を前提とすれば、ひとにとって精神活動はこの命題が成立するための不可欠な要素だということがわかる。このことは、精神活動の個人的=人間的な意義として捉えるのに役立つだけでなく、この人間活動がもつ客観的=社会的な意義を表すものとして捉えることを可能ならしめる。精神活動は、異質の人間同士が寄り集まって社会を構成し、各人を「平等な配慮と尊重」に値する存在として認め合いながら、共生=共存してゆくためには、本質的なものである。すなわち、精神活動の自由は、個人の存在にとって重要不可欠であるばかりでなく、そのことをつうじて、じつは社会の成立と存続にとってもまた本質的に必要な要素であると知れる¹⁷。

奥平康弘（1929.5.19-2015.1.26）の指摘どおり、そもそも人間は、「ポリス的動物zōon politikon」として、理性的・精神的・作為的なものと本能的・肉体的・自然的なものとのキメラ複合体として存在する。この複合性は、主観/客観図式以前の生のエロス¹⁸の審級において、否応なく世界へと被投されつつ企

17 奥平康弘『憲法Ⅲ』（有斐閣、1993年）161-162頁。

18 拙稿「聖獣物語——中性国家のわいせつ性に関する憲法哲学的断章」法律時報88巻11号（2016年）。「エロス」は、プラトンのエロスが愛知を含んでいたように、セクシュアルなものに限定されない（後出の「インターコース」も同様）。本稿では、竹田青嗣『エロスの世界像』（講談社学術文庫、1997年）などに示唆されて、「合理性/非合理性の分化以前の生そのものに根ざす、世界を他者との関係において共同幻想を通じて志向的に解釈しようとする無意識的欲望」

投する世界内存在としての人間の存在被拘束性により、否応なく共同存在として他者との諸々の関係性にすでにつねに巻き込まれている。しかし同時に、その諸関係を反省し自覚しうる点で人間は脱自ekstasis的であり、開放的な超越性を持つ。この人間の根源的なエロスのインターコース（交通）志向性が、カントが「非社会的社交性ungesellige Geselligkeit」¹⁹と呼ぶものの核だろう。

この根源的な対話 - 応答可能性の関係性は、構想力の働きにより人間をして個人を生起させ、公共的コミュニケーションを駆動させる、主観／客観の人為的分化以前の必須不可欠のモメントである。いわば、個人とは諸関係の大海原に浮かぶ島であり、原理的に存在するのはアトムの個人ではなく、ペルソナを介して対話する関係性の束としての存在本性、つまり主体的な人格²⁰であって、そのうえで日本国憲法上は「個人として尊重」（13条）されるべしという個人主義なのである。ゆえに、閉鎖的な断絶関係も敵対関係も生じうるし、同時に恒久平和および平和的共存という未完のプロジェクトの使命も必然的に要請されるのである²¹。人権に裏打ちされた「憲法上の権利」の保障が国家目的

と一応定義しておく。それは、パース流のプラグマティズムが理性／感性以前の「本能」に由来するとされたことと同根であり、カント流の感性と悟性の共通の根かもしれない「構想力」のポテンシャルに相当するものと言えよう。拙稿「救いと幻想、または信念。」法学セミナー 743号（2016年）も参照。

19 カント（篠田英雄訳）『世界公民の見地における一般史の構想』『啓蒙とは何か他四篇（改版）』（岩波文庫、1974年）。この命名には、単独者であれ引きこもり者であれ、他者関係的インターコースが本質的に先在している点が看取されているように思われる。人間は本来インターコース的であるがゆえに孤立化・自閉化も（お好みならば、ホップズの狼化も）可能なのである。そうでなければ、社会契約も締結しようがない。

20 稲垣良典『人格《ペルソナ》の哲学』（創文社、2010年）、恒藤恭『法的人格者の理論』（弘文堂書房、新装版1967年）も参照。

21 神話的表象で語れば、絶対他者たる神とアダムの純粹かつ透明なコミュニ

の第一である——同時にそれが国家存在の正統性かつ正当性である——のも、奥平が述べるように、「人間は、自己の尊厳・自己完結性（インテグリティ）を確保しながら、他者と共生しつづける」存在だからである。

そのさい、自己を他者に対してどう表出するかという点に関し、自分が判断し決定するのでなければ、自己の尊厳を確保し自己を完結すること（自己を自己たらしめること）はできない。ひとは、向き合う他者それぞれのコンテクストの次第によって、自己を開いたり閉じたりする。見境なく自己のすべてを開き放しても、逆に、誰に対しても自己を閉じたままであるのも、どちらも健全な個体とは言えない。プライバシーの権利とは、人間が一個の個性をもつ存在であるために、他者に対して自己を開いたり閉じたりする能力を確保するために保障されてしかるべきものなのである²²。

これはプライバシー権のみでなく、およそ人権に根ざす憲法上の権利全般に当てはまることであり、その根本理念として平和的生存権はある。そして、個人の自己開閉性に連関して他者の尊重は自明である。有限かつ可謬的な人間

ケーション的の同化という甘美なエデンの園から知恵の実の獲得により離脱したこと（創世記）は、人間による他者との根源的なズレとそれゆえの関係性の不可避性という開放性の自覚化を示し、逆に、イザナキとイザナミの性交による国生みの際にまず異形のヒルコ等を追放したこと（古事記）は、関係性の遮断による自閉的な家共同体の定礎という閉鎖性の自覚化によって却って外部的他者との関係性への開かれの根源的な不可避性を暗示している。拙稿「憲法哲学の夜想曲『正義の女』」福島大学行政社会論集23巻3号（2011年）も参照。

22 奥平・前掲書注17、107-108頁。なお、奥平の平和的生存権論については、同書431-435頁を参照。奥平は平和的生存権を環境権類似のコンセプトと把握して、現時点では主観法体系において裁判規範となる「憲法上の権利」としては未成熟としつつ、今後の平和的生存権論の発展に期待する。

は他者との交わりにおいて真正の自律的な個としての無限性を、全体性には包摂も合一もされえない本来の無限性を開示する。他者との対話 - 応答可能性は決して融解的一体化による他者や世界の抹消への必然²³を意味しない。むしろ、汝はすでにつねに我を溢れ出てズレ続けるがゆえに、非社交的社交性は駆動し続け人格的コミュニケーション体系は遂行されうる。それゆえ、対話的自他のインターコース的關係性を恒久平和のうちに実現しようとする平和的生存権理念は、平和的共生の基盤としての「思想の自由市場」論と結びつく。

第一次世界大戦下での政府批判・ゼネスト唱道のビラのばら撒きが防諜法違反で有罪とされた1919年Abrams v. United States事件アメリカ合衆国連邦最高裁判決におけるO・W・ホームズJr.裁判官の有名な反対意見の一節は言う。

明白かつ切迫した危険を生じ、または、生じる意図を持つ言論を、合憲的に処罰できるということに、疑問の余地はない。この権限は疑いなく、平時より戦時の方が大きい。なぜならば、戦争は平時には存在しない危険を開くからである。しかし、戦争に特有な危険に対しても、他の場合に対するのと同様に、自由な言論の権利に関する諸原理は同一である。

意見の表明に対して迫害を行うことは、私には完全にロジカルであるように思われる。自分の前提や権力になんら疑いを抱かず、心から一定の結果を望むのなら、人は当然のことながら自己の願望を法の中に表明して、すべての反対意見を排斥するものだからである。…しかし、闘い合う多くの信が時の経過により覆されて

23 そのようなことが起こりうるとすれば、神や仏との神秘的合一という彼岸的な宗教体験においてのみであろう。しかし、世俗市民たるわれわれは、神の愛の垂直的關係性と隣人愛の水平的關係性の象徴としての十字架にせよ、如来の汎宇宙的關係性の象徴としての（胎蔵）曼荼羅にせよ、そこに理念を介した超国家的な対話的關係性の布置連関を此岸的に見出す。

しまったことを悟るに至ったとき、人々は自己自身の行為のまさしくその基盤を信じることにままして、望まれる究極の善は思想の自由な交換によってより良く達成されるということ——真理の最良のテストは市場競争において自らを受け入れさせる思想の力であること、そして、真理こそ人々の願望を安全に実現できる唯一の根拠であることを信じるようになるのかもしれない。これがわれわれの憲法の理論である。それは、すべて人生が実験であるように、ひとつの実験である²⁴。

人は（権力者ならばなおのこと）自己とは相容れない見解を権力的に抑圧する欲求に駆られがちであり、しかも平時ではない戦時ではその欲求を強く持ちがちであるが、それは如上の人間存在の本性をいまだ自覚していないbruteな獣性の段階にすぎない。平時であれ戦時であれ、「明白かつ切迫した危険clear and imminent danger」（一般には、「明白かつ現在の危険clear and present danger」²⁵で知られる）が当の状況circumstanceにおいて普遍的客観的な外形

24 250 U.S. 616, 627-628, 630 (1919)(Holmes, J., dissenting)〔傍点は引用者〕。ホームズ裁判官の法思想と思想の自由市場論については、拙著『裁判官ホームズとプラグマティズム』（風行社、2006年）・拙稿「拙著『裁判官ホームズとプラグマティズム』義解」アメリカ法2007-1・拙稿「表現空間の設計構想（アメリカ）」駒村圭吾ほか編著『表現の自由 I』（尚学社、2011年）のホームズ三部作の参照を乞う。その趣意は、パースーホームズ裁判官流のプラグマティズムは唯名論的な実用主義ではなく記号実在論的な間主観・身体的ハビトゥス主義であること、思想の自由市場は経済市場のアナロジーではなく憲法上の諸権利の母体として普遍的にリアルに先在していること（思想表現の自由の優越的地位の基礎づけ）等である。

25 Schenck v. United States, 249 U.S. 47, 52 (1919).時に、ホームズ裁判官ですら、平時とは異なり戦時におけるcircumstanceの特殊性ゆえに表現の自由の制限を当然視したと評価されることがあるが、本文に述べたように妥当でない

行為として惹起される場合にのみ憲法上の権利は制限されうる。存在的には有限かつ可謬的ゆえに構想力と自己統制により存在論的には関係かつ対話的でしかありえないことに気づく人間性の段階（あるいは「聖なる獣」の段階）に至っては、平和的生存権理念に基づく思想の自由市場（以下原則として、「人格的コミュニケーション体系」と呼ぶ）における「思想の自由な交換free trade in ideas」、つまり対話を通じた「思想の力power of the thought」のみが（暫定的な）真理の試金石であって、実力・暴力・武力・戦力・nuclear力問わず、対話的關係性と推論的連続性とを遮断するthoughtless bruteへの墮落は人間性の否定である。文化国家たるべき文明国の、その最後の一线を守るために、Rechtの母体である市民の人格的コミュニケーション体系²⁶への批判的信頼と国家権力の全知全能性の否定から法の支配・立憲主義は要請される。

ここでは、いかに多元的な価値観を持つ多様な個々人が対話により平和的に共生できているか——思想表現の自由（特に政府・政治に対する批判²⁷）の最大限の保障——が、一国の成熟度を測る尺度である。カント倫理学が「非社会的社交性」を持つ人格を前提として、「目的としての人間性の尊重」（目的定式）と「理性の公共的使用の重視」から、世界市民の複数性に基づく「多元主

（詳細は、拙著・前掲書注24、特に第三部を参照）。

26 ホームズ裁判官の後任であるカードウゾウ（Benjamin N. Cardozo）裁判官いわく、「表現の自由は、他のほとんどすべての形式の自由の母体であり、不可欠の条件である」（Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319, 327 [1937]）、と。H・アーレントの言う「諸権利を持つ権利」、「人間がその行為と意見に基づいて人から判断されるという関係の成り立つシステムの中で生きる権利」という人権が生起する「人間世界における足場」とも言えよう（アーレント [大島通義ほか訳]『全体主義の起原2』[みすず書房、新装版1981年] 281、280頁）。

27 関連して、蟻川恒正「最高権力者の『表現の自由』『尊厳と身分』（岩波書店、2016年）は必読。

義Pluralismus」へと至るのは必然である。国家にはまず、市民相互関係の人格的コミュニケーション体系とその体系への民主的な参加を実現するために市民各人の平等な存在を平和的に保障する義務があり、それに対応して、憲法上の権利全体だけでなく統治機構全体も平和的対話システムとして構築されなければならない。この実現を国策の反射的利益としてではなく、人権として要求することができるのと平和的生存権理念は要請しているのである。

ゆえに平和的生存権は対話 - 応答の適切な距離の関係性を分配し実現する原 - 法的保障であり、キケロやウルピアヌスの古来より「各人に彼のものを与えよ (suum cuique tribuere)」と命じてきたRecht理念の内実である。それは、これなくしては<人 - 間>たる人間の存在が可能とならない、生においてどうしようもなく措定されざるをえないという意味で、空虚な理念以上のCan't Helps性 (ホームズ裁判官) をプラグマティックに有しており、普遍的な「人間の尊厳」を特殊的に世俗国家化したりアルな理念として、人間の心身にすでにつねにハビトゥス化している²⁸。したがって、一国の憲法上明文化されていようといまいと、人間のあらゆるStaatsverfassungの統制的かつ構成的ルールである。なかんずく、平和的生存権を「恒久の平和を念願し、人間相互の関係を支配する崇高な理想を深く自覚する」ことで全世界の国民のものとしてStaatsverfassungのアイデンティティとして明示的に確認した1946年日本国憲法は、思想の自由市場を基盤とする思想表現の自由の優越的地位と結合した「個人として尊重」を実体的に根拠づけた法規範として、今後の人類にとり否定不能な——否定自体が当の前提の肯定となるばかりか、否定者本人の存在をも否定してしまうという遂行的矛盾に陥る——重みを持つ世界遺産である。

以上のように、人間のSeinsverfassungに照応したStaatsverfassungの根本理念である平和的生存権は、その下位の法体系全体を規整する生きた規範でも

28 葛山栄二郎「ハビトゥスとしての人間の尊厳」法の理論26 (2007年) も参照。

ある。これゆえ、平和的生存権はまさしく「ひとしく恐怖と欠乏から免かれ、平和のうちに生存する権利」なのであって、後述するように、軍事的なものに限定されない——もちろん、戦後の再軍備化傾向において対軍事的なものとして主張されてきたことは必要かつ必然的であったし、今後も9条との重要性は変わらないけれども。その核心にあるのは、インド思想の「アヒンサー」にせよ、十戒の「汝殺すなかれ」にせよ、国津罪の「生膚断・死膚断」にせよ、古今東西、人間存在の他者関係の本性から要請される、各人の他者性の抹殺（＝人格的コミュニケーション体系の消去）の禁止である²⁹。この禁止の具体化を目的として、日本法では、「人間の尊厳」のnationalizationとしての平和的生存権理念とその個別化の原理である憲法13条の「個人として尊重」原理を中核とする法体系（したがって、私見によれば、「人間の尊厳」の名の下での個人の犠牲は原理的にありえない。13条と24条はその再確認規定でもある）は刑罰も含めて妥当性を得る。他方、殺人、大量虐殺、戦争（「正義」の名の下での正当原因によるものも含めて）等は、C・シュミットの人間「友／敵」への反平和的分断であり、対話的な他者性の関係性の絶対的否定であって、絶対悪として原理的に断じて許されない³⁰。

29 E・レヴィナスなら、現前はするが認識をすでにつねにはみ出す「語りとしての顔」の倫理的命令と言うだろう（レヴィナス [熊野純彦訳] 『全体性と無限（上）・（下）』 [岩波文庫、2005-2006年]）。

30 いわゆる祖国防衛義務、すなわち「御国のために死ぬこと」も、対国家の関係性における市民の自己決定の問題であり、人格的コミュニケーション体系としての国法が法義務として市民に命じることはない。法的な兵役義務は主に宗教的なものに由来する過渡的段階の現象態にすぎない。有力な社会契約論者ルソーが、生命維持を目的とする社会契約の下、国家により保証された生命を国家のために犠牲にするのは当然の義務だと断じている（『社会契約論』第2篇5章）のは、人間の開放的な無限性と社会契約共同体の閉鎖的な局所性を同一視している点で時代制約的な理論的限界を持っている。それでもなお祖国防衛や

かつて自身が学生時代に勤労働員され徴兵検査にも合格していた法学者広中俊雄は、広島で原爆投下を目の当たりにした実体験から、「戦争は互いに敵側の人間を——…戦闘員・非戦闘員の区別なく多数の人間を——殺すことを当然のこととする国家権力の作用であり、それが人間の尊厳に対する明白な侵害を内容としていることは否定する余地がない」³¹という重いメッセージを遺した。日本国憲法公布70周年の今、大戦後の「安らかに眠ってください 過ちは繰り返させぬから」（広島平和都市記念碑・原爆慰霊碑の碑文）という言葉と、2011年3月11日東日本大震災・東電福島原発事故後の「原発さえなければ」（福島県相馬市酪農家の遺言）という言葉のリアリティから、再び真摯に日本国憲法の意味と意義を考えなければならないだろう³²。それは占領軍の押しつけ云々といった次元の非難では消去不能な価値を有している。むしろ人間存在の本性に普遍的な平和的生存権理念の日本における内発的胚胎が外的触発により開花したと見る方が、当時の人々の心身にも適合している^{33, 34}。それ

兵役の義務の法的正当性を当然視する公権的解釈が生じないように、平和的生存権理念は念を押しているのである。いずれにせよ、人格的コミュニケーション主体性を民族や国家や君主などの公的シンボルに梵我一如・自他不二的に同化するのには記号解釈遂行的な人間性それ自体の廃棄である。

31 広中俊雄『戦争放棄の思想についてなど』（創文社、2007年）120頁〔傍点は原文〕。蟻川恒正「日本国憲法における『個人』と『国家』」法律時報87巻9号（2015年）・同『『個人の尊厳』と九条』前掲書注27も参照。

32 拙著『フクシマで“日本国憲法（前文）”を読む（福島大学ブックレットNo.10）』（公人の友社、2014年）参照。本書は市民向けブックレットであるが、福島原発事故を教訓にして、平和的生存権が憲法本文でなくあえて前文に掲げられた意義、その理念の非軍事的なものへの拡張解釈および憲法全体への解釈適用（数学の分配法則のように）の可能性を示唆している。

33 古関彰一『平和憲法の深層』（ちくま新書、2015年）、小西豊治『憲法「押しつけ」論の幻』（講談社現代新書、2006年）など参照。外来の仏教の日本土着

ゆえ、この理念は特殊日本的な歴史性を契機として日本市民のロゴスとパトスの交錯したところに発現しつつ、エートスとして長きに亘りハビトゥス化されてきた信念である。問われるのは、われわれ自身が、この新憲法をいかにいかすのか、いかに使いこなして物にし、世界に贈与していくのか、であろう。

化と同じく、「日本的靈性」の開花と言えようか（鈴木大拙 [橋本峰雄校注] 『日本的靈性』 [中公クラシックス、2008年] 第2篇、特に61-64、71頁）。

34 記紀神話の象徴的テキスト解釈：日本書紀と古事記は共に旧世界で公式の歴史書とされてきたが、露骨な天皇制の正統化である日本書紀に対して、古事記は最終的には天皇制イデオロギーに仕えるものとはいえ、天皇や天皇制への批判、正統ヘゲモニーにおける異分子への配慮（スサノヲ、ヤマトタケル、ヒトコトヌシ等々）、異界の存在等、それ自体、多元的な価値観を含む書物であり、かつ、記紀共に公式に肯定されていること自体がまた多元性の要素を含んでいた。日本書紀ですら異論異説を併記することで、ある程度の寛容さを持っていた（もっとも、両者共通して異形・異類の排除の要素も強い点も看過されてはならないが）。この多元的な意見への（一定の）寛容さは、いわゆる「五箇条の御誓文」の第一「広く会議ヲ興シ万機公論ニ決スベシ」まで繋がっているだろう。「問答無用」と異論を弾圧することなど、本来的には許されない暴挙のはずである。ところで、河合隼雄『中空構造日本の深層』（中公文庫、1999年）による三柱神の「中空性」の指摘や、山本七平『「空気」の研究』（文春文庫、1983年）による理念・原理への志向性の欠如としての「空気の支配」の指摘は、現在までの日本人の思考様式をある程度は言い当てているのかもしれない。だが、古事記のみに現れる、天（高天原）の至高神アメノミナカヌシを始源とする五柱の独神たる別天津神（コトアマツカミ）の存在は、古代日本人の心性にも超越論的思考の契機があったことを推測させる（対して、日本書紀の最初神が、古事記では別天津神の後の神代七代の初代である国土の根源神クニトコタチであるのは興味深い）。いずれにせよ、中空構造に、Recht理念を、平和的生存権理念を対話的に定位しうるのか、戦後日本の立憲主義に問われている。

3. 平和的生存権理念の国法学的根源性

—— Staatsverfassungとしての

したがって、日本国憲法上、平和的生存というコンセプト自体を否定することはできない。日本国憲法体系は、平和的生存権理念を自覚的に織り込み^{ビルト・イン}済みの立憲主義なのである³⁵。無論、現行の主観訴訟体系下の実務的な裁判法理においては、原告適格等の訴訟要件や訴訟技術の面で現時点では困難があろうが、いわゆる消極論に位置づけられる論者も「裁判上の権利」性には懐疑的であっても、「憲法上の権利」性までを否定する者は少ない³⁶。平和的生存権に最も消極的と考えられる尾吹善人は、「トンガ王国のような幸せな島はいざ知らず、国家という国家がすべて軍隊を備えている世界で、日本が軍隊をもつことが、憲法九条二項違反だというのならまだ分かるが、戦火に会うことのない基本的人権の侵害だという議論は、今の日本でしか見られない珍説である」云々と散々扱き下ろしているが、この1982年公表の所見³⁷は、おそらく現在

35 長谷部恭男は「穏和な平和主義」を主張し、非武装絶対平和主義という特定の「善き生き方」の強制は日本国憲法の拠って立つ多元主義的な立憲主義と相容れないとする（長谷部『憲法と平和を問いなおす』[ちくま新書、2004年] 128-168頁・同『憲法（第6版）』[新世社、2014年] 68-69頁）。本稿の理解する立憲主義とは、Seinsverfassungに照応しつつあくまで憲法内在的な論理として日本国憲法自体が要請している平和的生存権基底的な立憲主義である。

36 保守的改憲派の西修は、平和的生存権の法権利性を肯定するが、具体的権利性は否定する。そして、平和的生存権の真の実現にこそ、防衛軍力は必要と論じる。ただし、著者がその証拠として挙げる各国の憲法条項は、本稿が解明してきた市民の人権たる直截的な平和的生存権の例とは言えない（西『自衛権』[学陽書房、1978年] 特に57-84頁）。

37 尾吹善人「いわゆる『平和的生存権』論への疑問」『憲法の基礎理論と解釈』

の平和的生存権論批判のベースとなっていると言えるものなので、ここで私の立場から応答しておきたい。尾吹は、単なる理念を超えて法権利性を肯定する深瀬説に対して、たとえば、次のような疑問を呈している。

- (1) 個別的な基本的人権とは別に一個独立した平和的生存権を認める必要があるのか？
- (2) 憲法改定で消去しうような憲法9条依存型平和的生存権は基本的人権と称しうるのか？
- (3) 完全非武装説に依存する平和的生存権は別様の論者にも通用するのか？

深瀬説はともかく、本稿の平和的生存権理解では、(1)については、個別的な憲法上の権利を規整する根源的理念であると同時に、個別的な憲法上の権利に枚挙されていない、いわゆる「新しい人権」を13条を根拠に認める際の選択原理となる（本人にとっては幸福追求であっても、平和的生存権理念と相容れないものは憲法上の権利として認められない）こと、さらに、統治機構条項をも統制するために一個独立した大文字の根本的権利として必然であること³⁸、(2)・(3)については、平和的生存権は、9条と密接に関連しているがそれに依存せず、むしろ9条を要請するのであって、憲法上明文化されていようといまいと、人間のSeinsverfassungに照応したStaatsverfassungの根本理念である平和的生存権として否定不能なこと、と一応応答できる。

さらに尾吹による深瀬説への容赦ない非難は続くが、その要点はつまとこ

(信山社、2007年)。

38 新しい人権の選択原理であり統治機構の統制原理であることから、裁判所が時折「憲法21条の精神により」云々類似の表現を以て示そうとする法意も、平和的生存権理念から理解されることになろう。岸信介—安倍晋三流「日本精神」という独善的な特定価値観の押しつけでは毛頭ない。

ろ、深瀬が自身の個人的なキリスト者の絶対平和主義信仰と日本国憲法解釈学を混同している、ということに尽きる。だが、「テキストに即しつつ解釈者の対話的な地平融合を介してテキストを超えて解釈する」というテキスト解釈学の基本からすれば、特定信仰者でない私からしても、日本国憲法を素直に読んで、深瀬説のポテンシャルの普遍化可能性も、平和的生存権の法権利性も否定することは到底できない。要は、動機が宗教的であれ何であれ、テキスト解釈として、いかに合理的に普遍化可能な要素を見出せるか、であろう。むしろ、先に引用した「トンガ王国」云々の一節からして、尾吹もまた、国家には軍備がなされていて当然とする（砂川事件最大判の「国家固有の権能としての自衛権」と同類の）超法規的・憲法外的な個人的信念を日本国憲法解釈に導入している点で、まして日本国憲法前文の制定過程の個人的な解せなさから平和的生存権の法権利性を否定している点でも、「おのれの信仰や政治的願望を法律的なレトリックで語り続け」ているのではないか。

ところで、一国の憲法上の権利において「全世界の国民」という権利主体性は意味不明であるという批判も往々にしてなされるが、まずはテキストを前提として内在的に体系整合的に解釈すべきテキスト解釈学の基本からすれば本末転倒である。繰り返しになるが、本稿の観点からは、「全世界の国民」である人間存在の本性に根ざしている普遍的な平和的生存権が13条の「個人として尊重」により各憲法上の権利へと個別化しているのであって、裁判実践の面から言えば、平和的生存権に則った個別的な憲法上の権利の問題として処遇すればよい。全世界の国民の平和的生存権が憲法本文ではなくあえて前文に規定されたのは、実定法的諸権利の権利としての「メタ権利かつ実定的権利」（「オントロギッシュかつオンティッシュな根源的権利」と言う方が適切かもしれない）という二重の性格を持つ高次のリアルな法理念的人権であるが故である。

以上、全世界の国民の平和的生存権理念に基づく平和主義とさらに9条を持つ日本国憲法は、「平和を維持し、専制と隷従、圧迫と偏狭を地上から永遠に除去」し「ひとしく恐怖と欠乏から免かれ」るべきことを命じていることが

ら、単なる一国平和主義でも戦争放棄でもなく、自衛の名における軍備も含めて、およそ一切の戦力の解体を終局的に志向している（それゆえ、日本国憲法全体は軍事条項をカテゴリカルに否定しているのである）。しかも平和学で言う、「直接的暴力direct violence」を否定して戦争のない状態（消極的平和negative peace）を実現するに留まらず、戦争の原因となる貧困や抑圧などの「構造的暴力structural violence」等を根絶して人間の基本的ニーズを充足する状態（積極的平和positive peace）³⁹を実現することまで人権として要求できることを要請しているものと言える。この「人間の安全保障」の十全化のためには、平和的生存権は狭義の軍事的なものに限定されないはずである。それはさらに、日本国憲法上、非軍事的拡張に相応して、個人の関係的存在の保証による「いのち」の法的保障というような根源的拡張へと至ると考えられる。

まず、非軍事的拡張について。2011.3.11原発震災による被災被曝後、中里見博は次のように「第三の生存権」について論じた。

[原発] 事故を経験した現在では、…生存権——それも憲法25条の社会的生存権、憲法前文の平和的生存権に次ぐ第三の生存権——を提唱すべきではないかと考えています。…主たる論拠として4つを挙げました。①原発がもともと原子爆弾の開発によってもたらされた技術であること、②改憲と再軍備をめざす政府にとって、原発は、エネルギー政策以上に、軍事転用（核武装）を主たるねらいとする国策そのものであること、③放射能による被曝という被害の共通面でも原発と核兵器を区別できないこと、④平和的生存権の「平和」概念は、「暴力」の反対概念としてとらえる平和学の成果に基づき拡大して理解されるべきで、直接的・構造

39 J・ガルトゥング（高柳先男ほか訳）『構造的暴力と平和』（中央大学出版部、1991年）、日本平和学会編『「積極的平和」とは何か』平和研究45号（2015年）などを参照。

的・文化的暴力そのものである原発は、拡大された意味での平和的生存権を侵害すると言えること⁴⁰。

もともと、軍事目的から生まれた科学技術や軍事転用可能な科学技術で日常生活に役立っているものは多く（たとえばインターネットやGPSなど）、あらゆるものが潜在的には平和的生存への侵害の虞がある。かといって、そのすべてが平和的生存権侵害として法的救済が得られるわけではないことは法論理的に言って当然である。平和学などの諸科学の知見を踏まえたその理論的精緻化も今後の課題ではあるが、深刻な被ばく問題の現実性に加えて、自民党などの原発推進派の主たる論拠に、国民のためのエネルギー政策以上に国益のための核の潜在的抑止力、「原爆を持たない代わりに原発を持つ」ことが挙げられている現状では、安保法制や特定秘密保護法等ともリンクして、中里見が主張するような、nuclear国策への平和的生存権による統制は、安全神話崩壊後の憲法ナラティブズのひとつとして、十分に法的議論としてのリアリティを持っている。ただし私見では、中里見の言う「第三の生存権」は、現実の歴史上発生的な順序としては新しい段階の権利であるとはいえ、理論上概念的な順序としては、そもそも平和的生存権理念に内在していたものである。同様に、平和的生存権自体が、星野や樋口陽一の指摘⁴¹以来、第3段階の「21世紀的人権の先取り」と言われることが多いが、本稿が論じてきたように、およそ人間本性に本来的に固有の、その意味で概念的な順序としてはすでにつねに内在的で先行的な普遍的理念としてリアルに潜在していたと言えよう⁴²。

40 中里見博「原発と憲法」憲法問題24号（2013年）143、144頁。

41 星野・前掲論文注5、14-19頁。樋口陽一『憲法（第3版）』（創文社、2007年）147頁。

42 そのポテンシャルは、たとえば、ジェンダー法学にも及んでいる（辻村みよ子『『人権としての平和』論の再構築』浦田ほか編・前掲書注14など）。

次に、平和的生存権理念を一層実質化する法的根拠として、佐々木惣一の提唱する「存在権」と山内敏弘の提唱する「生命権」に着目してみたい。共に憲法13条の解釈に関するものであるが、前文の平和的生存権理念を介して、日本国憲法体系全体に援用できる議論だと思う。戦後初期に佐々木は言う。

「国民が個人として尊重される。」というのは、国民が…独自の立場において、人間としての存在を認められ、国家に対して、その存在を主張し得ることを定めるのである。これを称して国民の存在権という。／人間は、人間本来の本能として、自己の生命を愛し、自由を有し、及び、幸福を追求する、という意欲を有するものであるから、人間の存在の内容は、生命を愛し、自由を有し、幸福を追求することである。故に、これらの意欲を有し、これを実現することを、国家に対して主張することが国民の個人としての存在を主張するの権利である。それが国民の存在権である。／右の如き人間の個人としての存在ということは、国民と国家との生活関係において考えられるが、そのみでなく、国民と他の私人との生活関係においても考えられる。国民が国家との生活関係において、人間としての存在を主張することは国民の国家に対して有する存在権である。国民は他の私人との関係においても、人間としての存在を主張し得る。併し、その私人に対して主張することは、それ自身で、ここにいう存在権ではない。他の私人との関係において存在を害せられないよう努力することを、国家に要求することが、国民の存在権である。…／われわれ人間は、自己の独自の立場で行動すること即ち自己の存在を主張することができ、内的に又外的に自己の自由の意思により行動することができるものと、保障されているときこそ、人間として尊重されているのである。故に、国家は、われわれ人間を、その成員として、国家作用の対象として取扱うに当ても、右の保障を為すとき、始めて、われわれを人間として尊重するもの、と考えられる。これが、本書本論で述べた国民の存在権、自由権の設定される所以である⁴³。

ここでは、私見によれば、国家をすでにつねに溢れ出る無限の個人が諸々の関係にコミットした人間存在として「独自の立場」に在ることを前提として、対国家関係における国民個人の存在権が規定されている、と読める。そして、この国民の存在権に対応して、国家には単に国民を支配対象として扱うことが禁じられるだけでなく、個人存在の適切な関係性をも保障する義務が生じる。もっとも、この魅力ある存在権コンセプトは佐々木自身においてもこれ以上十分に探究されず、その後は理論的な系譜も途絶えてしまった。だが、これまで本稿が論じてきた平和的生存権理念に基づく人格的コミュニケーション体系としての憲法という観点から、このコンセプトを再評価し、平和的生存権理念との連関でその理論的可能性を模索してみる価値はあろう。実証主義的な佐々木のオリジナルの意図とは異なるだろうが、われわれは、ここに憲法哲学における現象学的存在論への接続可能性を見出そうと思う（詳論は他日を期す）。

また、平和的生存権についての代表的論者のひとりである山内は、憲法13条の明示する「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」を一括して幸福追求権と把握する通説的立場に対して、生命権を独自の権利とみなし、生命についての侵害排除権と保護請求権の2つに分けたうえで、前者を、「①戦争や軍隊のために自己の生命を奪われたり、生命の危険に曝されたりすることのない権利（平和的生存権）、②国家の刑罰権などによって自己の生命を剥奪されない権利、そして③生命の保持存続についての自己決定権」に、後者を、「④最低限度の生存を国家に要求する権利（狭義の生存権）と⑤生命の侵害（の危

43 佐々木惣一『改訂日本国憲法論』（有斐閣、1952年）401-402、514-515頁〔傍点は引用者〕。ただし、存在権は自衛戦力肯定説と不可分ではないと考える。なお、遠藤美奈「佐々木惣一の『人間必需ノ生活』権」西南学院大学法学論集43巻3・4号（2011年）も参照。

険)からの保護を国家に要求する権利」に細分化する⁴⁴。侵害排除権の側面として、平和的生存権はこの13条の生命権を核心とし、9条の非武装平和主義により、公共の福祉によっても制約できないものとされ、死刑も違憲とされる⁴⁵。また、保護請求権の側面として、25条の生存権が位置づけられ、⑤の場合には、限定的にドイツ流の国家の保護義務が認められる。以上の山内説は国家の保護義務論についての賛否は保留するとしても、大枠は首肯できる。特に、先の佐々木流「存在権」と合わせて考えると、広く精神的・経済的自由権から社会権までをカバーする諸関係における個人の生存在(=いのち)の法的保障という点で意義深い。私見では、先の中里見の主張も考慮して、平和的生存権理念を、軍事的なものに限定されず、しかも憲法上の権利のみならず憲法全体にかかるものと考えたい。憲法上の権利(自衛隊員等の人権問題も含む)および公共の福祉と同様に、<対抗・役割>⁴⁶としての権力分立を要とする統治機構(9条と天皇制⁴⁷も財政も含む)も、平和的生存権理念に基づく人

44 山内敏弘『人権・主権・平和——生命権からの憲法的省察』(日本評論社、2003年)7-8頁。上田勝美は、山内説を一層純化して、生命権をすべての人権の基礎に位置づける(上田「世界平和と人類の生命権確立」深瀬忠一ほか編著『平和憲法の確保と新生』[北海道大学出版会、2008年])。

45 「憲法前文と第九条は日本政府に対して『汝、殺すなかれ』と命じているのである。このような生命権尊重の考え方からすれば、国内において殺人などの重大犯罪を犯した人間についてであれ、死刑という形でその生命を抹殺することは、憲法前文及び第九条の趣旨にはそぐわないということができよう。外部からの侵略者に対しては『殺すなかれ』と国家に命じつつも、国内における殺人犯には死刑を科することを国家に認める合理的な理由は見出しがたいからである」(山内・前掲書注44、53頁)。

46 石川健治「エンジン・ステアリング・コントロール」憲法問題26(2015年)。

47 深瀬が平和的生存権の観点から平和主義と天皇制をめぐる日本的心性を問題にしたことは慧眼であった(深瀬・前掲書注6、382-387頁。同「国際学界か

格的コミュニケーション体系の観点からインテグリティを有したものとして体系整合的に整理・解釈されるべきものとなる。運動して、まぎれもない権利であるにもかかわらず現時点では軽視されている社会権（生存権）の実体価値的な底上げ⁴⁸にも仕えることとなろうし、司法も「魂の闘い」としての対話的憲法裁判の場⁴⁹とみなされることとなろう。

そこで、重要な憲法解釈上の原則となるのは、個人を絶対的な価値の担い手とし、その手段としての国家を限定的存在とする法の支配・立憲主義から「統治機構論は限定解釈、人権論は拡大解釈が基調となるのは、当然の事理である」という石川健治の指摘であろう。

それゆえ、国家に対しては「権限の濫用」が禁止される反面で、個人については——あくまで「原理的には」という条件つきではあるが——「自由は、つねに、濫用の可能性を含む。その濫用を封じようとする、自由のそのものの本質を否

ら見た象徴天皇制（上）・（中）・（下）」ジュリスト933号・934号・936号〔1989年〕も参照）。私見では、象徴天皇を「贖罪羊」として立憲平和主義的な人格的コミュニケーション体系の境界線上の契機に再定位することを試みている（拙稿「八咫鏡に映るオイディプス」名和田是彦編著『社会国家・中間団体・市民権』〔法政大学出版社、2007年〕。同「メント・モリ・2011・3・11」大野達司編著『社会と主権』〔法政大学出版社、2014年〕も参照）。

48 遠藤美奈『『健康で文化的な最低限度の生活』の複眼的理解 齋藤純一編著『福祉国家／社会的連帯の理由（講座福祉国家のゆくえ5）』（ミネルヴァ書房、2004年）・同「憲法に25条がおかれたことの意味」季刊社会保障研究41巻4号（2006年）、山内敏弘「東日本大震災と生命権・生存権」独協法学88号（2012年）・同「生存権をめぐる今日的課題」龍谷法学45巻2号（2012年）参照。私の憲法哲学は、関係性におけるシティズンシップの点で遠藤説に近いと思う。

49 小畑清剛『魂のゆくえ』（ナカニシヤ出版、1997年）、佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』（三省堂、2013年）参照。

定することになる虞れがある。絶対に濫用できない自由は、自由ではない」と主張されることになる。／この根本建前からいえば、統治機構論は限定解釈、人権論は拡大解釈が基調となるのは、当然の事理である。あくまで「原理的に」いえば、の話ではあるが、政府は憲法に「書いていないこと」は「できない」のに対して、個人は「書いていないこと」でも「できる」。それくらいの対照的な関係にあるわけである。／これは、一見すると、矛盾した解釈態度のように感じられるかもしれない。しかし、憲法を授權規範という観点から統一的に捉えれば、統治機構条項は「～すること（だけ）ができる」という積極的な権限分配規定、人権条項は「(少なくとも)～を侵してはならない」という消極的な権限分配規定と理解される。「権限濫用」の禁止と「自由濫用」の許容は、「授權規範の体系としての憲法」という同じコインの、表と裏の関係にあることが理解できよう。政府よりの論者のなかには、「憲法には授權規範の側面もあるのであって、護憲派が『憲法は国家権力を制限するためにある』と主張するのは誤りだ」と主張する者があるようだが、それは授權規範とは何かを知らぬ者の妄言である。／この点で、安倍政権に顕著なのは、<「権限濫用」の禁止と「自由濫用」の許容>から<「権限濫用」の許容と「自由濫用」の禁止>へという、逆転現象である⁵⁰。

現政権によるこの逆転現象、まっとうな立憲主義を骨抜きにする外見的立憲主義への幼児退行は、全世界の国民の平和的生存権の公権力的濫用にも顕著である。志田陽子も言うように、「憲法全体がとっている基本の構図を確認しておく、≪国民（人権保障）のために国家の統治がある≫という≪目的と制度の関係≫が憲法の全体を貫徹している。日本国憲法における平和主義も同じである。憲法前文の『平和のうちに生存する権利（平和的生存権）』と13条『生

50 石川健治「環境権『加憲』という罨」樋口陽一ほか編『安倍流改憲にNOを！』（岩波書店、2015年）67-68頁。

命権』からは、そこに生きる人間の生命を守ることが主（目的）であり、それを守るための手段として国家があるのだ、という逆転禁止のベクトルが確認できる。…『平和的生存権』も、軍事については「国家目的のために人間の生命・生存を犠牲にしない」という消極的要請であるため、国家の軍事活動への制約原理として働くが、この概念が戦闘型の軍事組織の存在やその装備・活動を正当化する根拠となるわけではない」のは当然なのである⁵¹。したがって、平和的生存権を法的根拠として、安倍政権流「積極的平和主義proactive contribution to peace」に基づく集団的自衛権（地域的軍事同盟）を正当化することは、砂川事件最大判を引き合いに出すのと同様、失当である⁵²。

51 志田陽子「安全保障の岐路」佐々木弘通ほか編著『現代社会と憲法学』（弘文堂、2015年）212頁。

52 現行憲法下での集団的自衛権行使容認は違憲または非立憲的であるというのが憲法学者の意見の大勢である（元最高裁判事や元内閣法制局長官の発言もある）。安倍首相は、当初は集団的自衛権解禁のために改憲を、しかもいきなりの9条改憲は困難と見て96条改憲（硬性憲法改正手続の軟性化）を、国民意志に訴えて声高に主張していた。しかし国民の支持が得られないと判断するや、国民意志から隠蔽された閣議決定において、歴代内閣が違憲としてきた集団的自衛権行使を解釈改憲により合憲化（？）してしまった。必要とあらば何でもできるというなら、法の支配も立憲主義も政治家も要らなくなってしまう。集団的自衛権という名の日米軍事同盟自体に賛成するにせよ反対するにせよ、現憲法により授權された公権力者によるこうした遣り口はあまりに政治家として不誠実ではないか、さらに2012年自民党日本国憲法改正草案からはそもそも平和的生存権自体が抹殺されていることも考え合わせれば人間として破廉恥ではないか、と本を正せば戦後の自民党主導の防災・原発国策の尻拭いとして3.11原発震災を被ったフクシマの人間としては（米軍基地と人権侵害を押しつけられているオキナワの人々と共に）思わざるをえない。石川健治「集団的自衛権というホトトギスの卵」世界872号（2015年8月号）、奥平康弘ほか編『集団的自衛権の何が問題か』（岩波書店、2014年）、高橋哲哉『犠牲のシステム 福島・沖

自律的な「全世界の国民の平和的生存権に基づく積極的平和」とは似ても似つかぬ他律的な安倍政権流「国際協調主義に基づく積極的平和主義」⁵³は、およそ世界を「友（善）／敵（悪）」に分断し、その仮想敵国に対して「やられる前にやるproactive」軍備として他国防衛を含む集団的自衛権を不可分とするものであって、もはや一個人の正当防衛権に比定される（とはいえ、自己目的的な自然人の自然権としての正当防衛と、そのための手段的存在たる国の自衛権を同列に並べること自体、本来は不当である）一国の自衛権ですらない。もちろん、本稿が論じてきた平和的生存権理念からしても、憲法解釈学的に許容されないものと言えよう。平和的生存権理念は、敵対hostilityではなく歓待hospitalityを日本政府に要請しているのである。この点、カントの「訪問権 Besuchsrecht」⁵⁴は、外部の他者の声を聴き自ら思索し応答する自己をもたらず、平和的生存権理念に基づく人格的コミュニケーション体系の一層の交わりの開かれへのアクセス権であり、恒久平和の契機である。それは、人間の対話的インターコースの性向により志向されている。

4. 無力という思想の無限の力

日本国憲法の平和主義の文言は不思議である。制定経緯の実際はともかく、解釈学的に法テキスト上を問題とすれば、最も憲法に密接に関連しているはずの「政府」と「正義」の語はそれぞれ、「政府の行為によつて再び戦争の惨禍

繩』（集英社新書、2012年）、特別企画「安保体制と憲法改正」法律時報88巻10号（2016年）は重要。

53 奥平康弘「伝言——『積極的平和主義』という言葉』『『憲法物語』を紡ぎ続けて』（かもがわ出版、2015年）も参照。

54 カント『永遠平和のために』第3確定条項。J・デリダ（廣瀬浩司訳）『歓待について』（産業図書、1999年）は必読。

が起ることのないやうに」(前文1段)と「正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し」(9条1項)に1回きり出てくるのみである。しかも、その両者は(平和的生存権の前文2段と共に)、主語を「日本国民」としている。それだけ現行憲法は、公権力者のための2012年自民党改憲草案とは異なり、全世界の国民のための平和的生存権の観点から、われわれ国民(それは政権与党の支持者だけに限定されない)により信託された政府の責任と反省⁵⁵に基づく「積極的平和」の実現へ向けての立憲的な誠実さを重視している。それは、国民自身による「Rechtのための闘争」の武器・防具でもある。R・イエーリングは「Rechtの目標は平和であり、そのための手段は闘争である」⁵⁶と述べたけれども、もちろんこの闘争は武力ではなく対話による思想の力によらなければならない。かつて南北戦争に従軍した経験を持つホームズ裁判官も言う。

戦闘の時代は終わった。剣は錆びた。もはや銃砲が火を噴くこともないだろう。かつて頭上を旋回していたハゲワシも、今ではその獲物ともども葬り去られた。われわれに栄光が残されているとしても、それはもはや二度と戦場ではなく、公共的な議場や私的な部屋で勝ち取られなければならない⁵⁷。

日本国憲法公布70周年の今、現在の政治状況や改憲動向を冷静に反省して、戦後70年の歴史の重みと対話的な熟考をなさなければならない。thoughtless bruteへの墮落——単なる現状追認⁵⁸、盲目的な状況依存的漂流、まして親子

55 蟻川・前掲『『個人の尊厳』と九条』注27の指摘は重要。

56 R・イエーリング(村上淳一訳)『権利のための闘争』(岩波文庫、1982年)29頁。J・デリダ(堅田研一訳)『法の力』(法政大学出版局、1999年)も。

57 Oliver Wendell Holmes, *The Soldier's Faith*, in CWH.3.490.

58 「ひたすら現実を追認する者は、『現実主義』という『思想』を持っているのではなく、そもそも『思想』なるものを持っていない」(愛敬浩二『改憲問題』)

3代に亘る私的情念なども——によるStaatsverfassungの破壊や篡奪は人間のSeinsverfassungから許されない。国家的危機神話が横行する中でこそ、市民の立憲的な平和ナラティブズの「思想の力」が試される。戦後、M・ハイデガーは、原子力時代における「無思想性Gedankenlosigkeit」に警鐘を鳴らし、単なる「計算する思考」ではない「内省する熟考」⁵⁹を行うことの人間の固有性を説いた。その不遇の愛弟子H・アーレントは、かのナチス将校の巨悪の本質に「無思想性thoughtlessness」を見た⁶⁰。同時代の日本で時局と真理の間で思想的に格闘した最初の真の日本人哲学者にして敗戦の2か月前に死んだ西田幾多郎は、「大東亜共栄圏」・「八紘一字」等々の判りやすい思考停止の総力戦プロバガンダ国家神話に流されて大日本帝国が暴走し崩壊していく末期の大混乱の1945年春、死の2か月前に一通の書簡を記した。

どうしても原理的のものを深く研究せないと現実の諸問題も唯のその皮相を見るのみにて深くその真実を掴むことはできないと存じます 我国の政策の観念的独善的にて現今の如き難局に陥つたのも一に我国民及政治家に深い思想がなかつたからと存じます…今こそ真に深く学問に心を潜むべき時ではないでせうか…道義文化に基礎を置かずして永遠の国家発展はあり得ないと思ふのです 一時の時勢のためには迷はされてかゝる根本的思想を誤つてはならないと思ひます 表面は武力によ

[ちくま新書、2006年] 196頁)。

59 M・ハイデッガー（辻村公一訳）「放下」『ハイデッガー選集15』（理想社、1963年）11-13頁〔改訳〕。ハイデッガー自らのナチス加担への反省を含んでいるのだろうか？〔以下のハイデッガーから西田の件は、本学類2016年度夏季集中講義にお招きした加藤哲理氏の政治思想史講義から示唆を受けた。記して感謝致します。〕

60 H・アーレント（大久保和郎訳）『イエルサレムのアイヒマン』（みすず書房、新装版1994年）221頁。

つてと思はれても古来唯武力のみにて起つた国はないのです 必ずやその根柢にはいつも道義と文化があつたのです…道義文化の立場に於て真に東洋に大なる使命を有つて居るのではないですか 本当の日本はこれからと存じます⁶¹

啓蒙の子カントは『啓蒙とは何か』において、市民が自律的に思考することの重要性をつとに主張していたが (Sapere aude !)、それは結局、世界市民的な平和的共生の確立に向けてのことであった。こうした人間としての対話的思想の力による平和的生存の獲得の意義を顧みるとき、ホームズ裁判官の「法は思想家の天職=召命である (The law is the calling of thinkers)」⁶²という言葉は、法学徒には重く、そして深く強く響く。われわれは、こうした先人たちの声、そして、「安らかに眠ってください 過ちは 繰り返しませぬから」、「原発さえなければ」という声を真剣に引き受けて応答すべく召命されている。その時、われわれは日本国憲法の平和的生存権を、カント的な統制的理念⁶³以上

61 1945年4月8日付高坂正顕宛書簡『西田幾多郎全集23』(岩波書店、2007年) 366-367頁 [傍点は引用者]。現在では、道徳と法の区別は当然である。われわれとしては、文中の「道義」を「正義Recht」と理解したい。

62 O. W. Holmes, *The Profession of the Law*, in CWH.3.472.

63 麻生多聞『平和主義の倫理性』(日本評論社、2007年)、小野原雅夫「平和の定言命法」カント研究会編『社会哲学の領野(現代カント研究5)』(晃洋書房、1994年)・同「平和の定言命法と平和実現のための仮言命法」日本カント協会編『ドイツ哲学の意義と展望(日本カント研究7)』(理想社、2006年)、中村博雄『カント批判哲学による「個人の尊重」(日本国憲法13条)と「平和主義」(前文)の形而上学的基礎づけ』(成文堂、2008年)は非常に有益で必読。カント哲学からまだまだ学ぶべきことはもちろん多い。カントをいかにすすめるために、「普遍的なイデアルが他者間の対話的ナラティブズのうちにいかに連続的なハビトゥスとして具体的な身体的リアリティをもつだろうか」(拙稿・前掲論文注4、46-47頁)という理念の受肉化の観点から、私はカントを超えてパース起源の

のリアルでアクチュアルな超越的かつ内在的な根源的Rechtとして確信せざるをえない。まさに憲法前文の規定のとおり、「われらは、…確認する」のである。それは日本の歴史に特殊的に発現したリアルな普遍的理念であり、歴史的な形象生成性を有するポイエシスの行為者たる人間のエロスの構想力によりそられる（2016年7月1日国連人権理事会「平和への権利宣言」案採択）。

もはや「手段（軍事力）が目的（戦争の大義）を破壊する」⁶⁴のみならず、軍事が国家を守りえても国民を守ることは保証の限りではないことが自明となった大戦後において、平和的生存権理念をナラティブとして市民から語り続けることは決して無意義ではない。理念は断念したらおしまいである。それはフィクショナルなものかもしれない⁶⁵。しかし、それは、われわれの存在を規定し思想と行動を導く、どうしてもなく血肉化したものとして自覚せざるをえないリアリティである。それは無力かもしれない。しかし、われわれはRechtのための闘争を、武力ではなく無力で闘う。いや、憲法の下、無力によって「戦争とたたかう」⁶⁶。「永遠の平和はおそらくありえないにしても、ありうるかのようにわれわれは行為しなければならない。永遠平和の確立と、そのために、また救いのない戦争遂行に終止符を打つために、もっとも適切と私たちに思われる体制…とを目指して努力しなければならない」⁶⁷。

現象学的プラグマティズムへと進まなければならない。なお、河上暁弘『日本国憲法第9条成立の思想的淵源の研究』（専修大学出版局、2006年）、山室信一『憲法9条の思想水脈』（朝日選書、2007年）も重要。

64 今なお再読に値する、高柳・前掲「人権としての平和」注10、50頁以下。

65 来栖三郎『法とフィクション』（東京大学出版会、1999年）、吉本隆明『共同幻想論（改訂新版）』（角川ソフィア文庫、1982年）も参照。

66 水島朝穂『戦争とたたかう』（岩波現代文庫、2013年）。

67 カント（樽井正義ほか訳）『人倫の形而上学（カント全集11）』（岩波書店、2002年）207頁。

結びにかえて ―憲法哲学のために

以上、私の憲法哲学の課題は、従来の憲法学体系とは異なって、平和的生存権理念に指導された思想の自由市場を基底とした間主観－身体的な人格的コミュニケーション体系として統一的に日本国憲法の体系的な人間学的解釈を遂行し、以て憲法物語を紡ぎ出しながら「世代を超えた未完のプロジェクト」⁶⁸として立憲平和主義的な文化国家の実現を目指すこととなる。それは解釈学的循環の帰結として、1946年日本国憲法の正統性と正当性の弁証ともなろう。

「日本国民は、国家の名誉にかけ、全力をあげてこの崇高な理想と目的を達成することを誓ふ」（前文4段）と、70年前にすべてを喪失した焼け野原で、こう誓ったのだ。導きの星となるのは、平和的生存権論の第一人者である故深瀬忠一による根本命法であろう。この命法は提唱されてからおよそ30年経つが、ますます一層その重みを増すばかりであって、立憲文化国家の下⁶⁹、全世界の国民により真摯に顧みられ、各国政府により実現されるべきである。

「汝平和を欲するならば、平和に備え、平和的生存権を培え（*Si vis pacem, para pacem et cole jus vivendi in pace.*）」⁷⁰。

68 奥平「『憲法物語』を紡ぎつづけるために」前掲書注53。

69 「文化的な姿勢と、将来の戦争のもたらす惨禍にたいする根拠のある不安という要素があいまって、近い将来に戦争はなくなると期待するのは、ユートピア的な希望ではないのかもしれませんが」（S・フロイト [中山元訳] 『人はなぜ戦争をするのか』 [光文社古典新訳文庫、2008年] 37－38頁）。

70 深瀬・前掲書注6、450頁および同ほか編・前掲書注9、91頁。