

憲法の戦闘性

——内外の今日的状況にみる——

渡 辺 洋

1. 本稿の目的

本稿の目的は、内外の憲法状況に——意外にも——見受けられる同質の戦闘性を、摘示することにある。ここで「憲法状況」というとき、それは、実定憲法の明文規定上確認できる個別具体的諸制度はもとより、当該憲法が大綱的に指示する憲法体制、のみならず、有権解釈機関による当該憲法の運用状況、当該憲法の解釈論として主張されてきた諸見解、さらには、これらをその基底において支える人々の思想的・精神的あり方まで、広く射程に入れている。また、ここで「戦闘性」というとき、

(1) それは、今後「寛容の限界」の論理を探求する準備作業としての意味も、あわせもつ。

(2) 以下に引く見解が、こうした視角を端的に支持してくれる。「自由主義的・民主的基本秩序という概念は、もはや [...] 特定の制度的政治支配構成を意味しない。それはひとつの価値秩序の総称となっている。この秩序にとって、諸々の法律・権利に対する諸否の目安は、もはや外観から認識できる行態ではなく、間接事実で支持された内心^{ゲジヌンク}である。こうした構造の問題は、基本法18条（基本権の喪失）や21条2項（政党の違憲宣言）といった道具立てをそのまま用いるところにはない。周知のように、基本法18条にしたがった、それ自体完結した手続にまで至ったことはないし、また、1956年のKPD判決も、二つの政党禁止手続のうちで依然最新のものである。問題は、憲法に適合した合法的体制が内側から掘り崩されるとこ

それは、さしあたり、形式的には民主的正統性を有するものでも、その内実に着目した実質の正当性という点で排除されうるといった、傾向一般⁽³⁾を指すものとする。

2. 問題状況

さて、こうした課題を設定するとき、ふつう真っ先に日本の憲法研究

ろに、そして、憲法に適合した秩序が政治的に好ましくない考えや『試み』に意のままにレッテルを貼りつけるのを許すところにあるのだ」(Ulrich K. Preuß, Notstand und Parteienverbot: Über die Geltungsbedingungen der „Normalverfassung“, in: Kritische Justiz, Jg. 32, Heft2. (1999), S. 268f.)。

- (3) こうした視角は、民主主義をあくまで形式的にとらえたうえで、それと、とりわけ人権という実質的価値を通じてそれに(さえ!)掣肘を加えようとする(近代)立憲主義の企てとは、原理的な緊張関係に立たざるをえないという理解を、あらかじめ前提にしている(この点、長谷部恭男「民主主義国家は生きる意味を教えない」(神谷雅子編著『日本国憲法を読み直す』(2000年/日本経済新聞社)48頁以下所収)、同『憲法学のフロンティア』(1999年/岩波書店)1章、阪口正二郎『立憲主義と民主主義』(2001年/日本評論社)8章なども参照)。もちろん、理論的ないし実践的当否は別として、両者の関係を調和的・融和的にとらえる立場もありうる。欧米各国で古今を問わず説かれた様々な憲法概念を横断しながら「実質的憲法論」を構成し、「自由主義を否定しても民主主義は成り立つ」という「ワイマール憲法時代のドイツに支配的」な見解が「ナチズムを基礎づける一つの大きな役割を果たした」として、「自由と民主の不可分性」、「立憲主義と結びついた民主主義」を強調した芦部信喜の所説などは、日本におけるその代表的な例である(『憲法学I 憲法総論』(1992年/有斐閣)などを参照。なお、引用文中の傍点は原文のまま。以下同じ)。ここでは、「たたかう民主制」に関する重要な批判的論稿を残した宮沢俊義や、「たたかう民主制」に対する理論的アンビヴァレンツを潜在させていると思われるコンラート・ヘッセ(Konrad Hesse)の見解が好意的に引かれるだけに、ことさら重要である(後者の論点については、拙稿「ドイツ憲法学における『たたかう民主制』の理論的位相(1)——ペーター・ヘーバーレの民主制論から考える——」(『早稲田大学大学院法研論集』86号(1998年)281頁以下所収)289-92頁を参照)。

憲法の戦闘性

者の念頭に浮かぶのが、ドイツ連邦共和国基本法に法的根拠を有する、⁽⁴⁾
「たたかう民主制」と呼ばれてきたあり方だろう。ドイツ統一後のそれ
については、私もかつて、先に暫定的な定義を与えた憲法状況という観
点から、とり上げたことがある。⁽⁵⁾そこでは、「過去の克服」から“「たた
かう民主制」の克服”へと向かう視点の——依然とした——希薄さが、
批判的記述の対象とされた。⁽⁶⁾つまり、少なくとも90年代前半までは、大
方のドイツ人にとって、「たたかう民主制」は「克服」すべき「過去」
とは了解されていなかったのだ。

こうした関心からすれば、樋口陽一の近時の認識には、考えさせられ
る。彼は、今日のドイツにおいて、「たたかう民主制」がもはやその役
割を終えたというのではない。逆に彼の趣旨は、ドイツの憲法状況に対
する日本での「受信の感度」を問題にする点でも、むしろ「たたかう民
主制」の意義の増大に着目するほうに近い。だがそれは、かつて彼自身
によって、「国家により基本価値の肯定という契機を含んでいる点で、
国家の価値中立性を大原則としていた近代立憲主義からの基本的転換」
として——明確に批判的スタンスから——位置づけられてきた「たたか
う民主制」の本質的「転換」を——控えめにいっても、好意的ニュアン

(4) 以下、基本法と略記する。また、原則として、ドイツ統一前のドイツ連邦共和国を旧西ドイツ、同じくドイツ民主共和国を旧東ドイツ、統一後のドイツ連邦共和国を統一ドイツ、またはたんにドイツと呼称する。

(5) 拙稿『「たたかう民主制」と『過去の克服』——最近の「たたかう民主制」にみる一断面——』（『早稲田大学大学院法研論集』82号（1997年）271頁以下所収）

(6) なぜ「批判的」なのかについては、ここでは詳言しない。さしあたり、日本の憲法学の趨勢が、日本国憲法の解釈論の文脈にかぎってみても、「たたかう民主制」に対して批判的ないし懐疑的にふるまってきたことを、挙げておけば足りる。もっとも、そうした姿勢がどれだけ自覚的で徹底したものだっただかを問うのが、本稿の秘めたねらいでもある（後述4.を参照）。

(7) 樋口陽一『比較憲法〔全訂第3版〕』（1992年／青林書院）436頁。

スを含めながら——前提にしたうえでの話である。いわく、「古典的な西欧自由主義の引照基準からしても、[…]『自由の敵には自由を与えない』という[…]思想を憲法制度化していた」旧西ドイツの「たたかう民主制」は、「問題をはらむものとしてうけとられていたが」、「東方外交と『非ナチ化』の徹底[…]によって[…]不寛容の体系から寛容の枠組へと、自分を変えて」いった。たしかに、「『たたかう民主制』のかなめ」としての「政党違憲裁判制度」（基本法21条2項）のもとで、「1952年に[…]『社会主義ライヒ党』が、1956年にドイツ共産党が、違憲の判決をうけ解散させられたことは、よく知られている」。だがその数十年後、学会レヴェルで端的にこの制度の放擲が唱えられ、また制度の存続を支持する者からさえ、「自由主義民主制にあつて、政党禁止は異物である」と主張されるまでに、「法による政党禁止の制裁というかたちでの『たたかう民主制』のあり方は、實際上、過去のもの」となった。つまり、「60年代以降、『黄金の経済成長』を背景にして、そのような状況自体への批判をも許容する文化が、次第にすがたをあらわして」きたのである。こういう彼が「その、何よりの例」として挙げるのが、「教室十字架事件⁽⁸⁾」と「『兵士は人殺し』事件⁽⁹⁾」である。というのも、連邦憲法裁判所は、これらの判断を通じて、「政治部門や世間のなかに、つよい憤激をまき起こすこととなったが、[…]あえて、社会の多数派の見解に対する異論に、憲法上の保護をあたえた」からである。かくして基本法は、「『不寛容に対してまで寛容ではない』というシンボルとしての憲法から、異論に対する寛容のシンボルとしての憲法へ」と、本質的転換を果たしたとされる⁽¹⁰⁾。

たしかに、社会主義統一党（SED）を前身とする民主社会党（PD

(8) BVerfGE93, 1, Beschluß v. 16. 5. 1995.

(9) BVerfGE93, 266, Beschluß v. 10. 10. 1995.

(10) 以上、樋口陽一『憲法と国家——同時代を問う——』（1999年／岩波書店）21-7頁。

S) が、「ただ名前を変えただけ」なのか「性格まで変えた」ものなのか定かでないのにもかかわらず、基本法21条2項との関係で云々されたことは、これまでなかった。その意味で、旧西ドイツ期からその憲法状況を象徴的に規定しつづけてきた「たたかう民主制」も、しょせん——東西冷戦という——時代に規定されたものでしかなかったのであり、統一により「^{ノーマリテート}まともさ」を回復したドイツにあっては、少なくとも、かつてと同じ「役割をもはや演じはしない」の⁽¹¹⁾だろう。なかには、ヨーロッパでも不可抗的に進行する「国際化」を前に、元来“予防的憲法保障”の一環にあったはずのこれを、未来志向的に読み替える——日本でもありがちな——論調さえ存在する⁽¹²⁾。そしてそれらは、樋口も指摘したように、戦後日本（政治）における「過去」のとり扱いの“軽やかさ”（“50年もたって古くさくなったから憲法をとり替えよう”といった言説がまことしやかに主張される状況を想起したい）からすると、及びもつかない真摯な「過去」との格闘を経たうえでの主張であるだけに、⁽¹³⁾軽々に一

(11) *Preuß, a. a. O. (Fn. 2), S. 270.* もっともこの論者は、抽象的にではあるが、「たたかう民主制」にともなう「合法的体制が内側から掘り崩される危険」はいまだ払拭されていないと述べ（*ebd.*）、「1989年11月の壁の崩壊」によって、「西ベルリンの国際法的・憲法的地位」や「旧東ドイツやポーランドとの国境」といった諸問題と同様に、こうした問題までも法制史の彼方へ忘れ去られてしまう風潮に、強く警鐘を鳴らしている（S. 263）。

(12) Vgl., z. B., *Claire Marienfeld, Wehrhafte Demokratie 2000*, in: *Armin A. Steinkamm/Dietmar Schössler (Hg.), Wehrhafte Demokratie— zu Wehrpflicht und Wehrstruktur: Politische, rechtliche, gesellschaftliche und militärische Dimensionen des Wehrstrukturproblems der Bundesrepublik Deutschland in der „postkonfrontativen Periode“* (1999/Nomos Verl.), S. 19ff.

(13) 依然として、三島憲一『戦後ドイツ』（1991年／岩波書店）を参照したい。なお、村上淳一「罪咎・謝罪・責任」（同『システムと自己観察——フィクションとしての〈法〉』（2000年／東京大学出版会）173頁以下所収）は、この点に関する日本の知識人の「受信の感度」を問う、重い論稿

蹴できそうもない。

しかし、その一方で、ドイツにおける「疑わしい発言をすると危険人物に仕立てて退場させるというリベラル左派ジャーナリストたちやり方」が——地味ながら、依然として——報告される。⁽¹⁴⁾そこでは、1980年代に「過去に対する反省が旧西独の政治文化を規定するコンセンサスとして受け入れられるように」なった事態は、必ずしも好意的ニュアンスだけでは語られない。⁽¹⁵⁾寛容な社会にとってなにより脅威なのは、たしかに、こうした「コンセンサス」=『『政治的に正しい』とされる標準を大過なく守」りつづけた結果、それが「プラグマティックで退屈なルーティン（慣習）に墮」し、「硬直した制度的言説」空間を「定型化」してしまうことだろう。だが、「90年代に入ると、[...] 政治的な許容ラインに抵触する発言にはマスコミが直ちに警告を発し、論争に発展するという事例が多くなった」という状況は、残念ながら、こうした危惧を裏うちしてしまう。⁽¹⁶⁾最近では、いわゆる「スローターダイク論争」におけるリベラル左派陣営の対応の仕方を批判したペーター・スローターダイク（Peter Sloterdijk）自身の辛辣な表現（「徳」という名における独裁の[...] 社会主義・リベラル派のヴァージョン」）が、こうした「やり方」に対応するだろう。⁽¹⁶⁾

である。

(14) こうした傾向をかねてから示唆するものとして、三島憲一『文化とレイシズム 統一ドイツの知的風土』（1996年／岩波書店）22-3頁を参照。

(15) 以上、大石紀一郎「ドイツの政治文化に変化の兆し」（『朝日新聞（夕刊）』1999年11月8日に掲載）。論者が作家のマルティン・ヴァルザーの言として引く、“このようなやり方で忘却を禁止するのは回想を儀式にしまう”といった表現が、事の問題性を端的に表現している。それは、日本で戦争責任問題を追究してきた者たちがドイツに対して夢想していた“真摯なドイツ人による真摯な「過去の克服」”では、けっしてありえない。もっとも、この論者によっても、「連邦共和国の政治的役割をナチスの犯罪に対する責任と結びつけてきたリベラル左派のコンセンサスは、弁解的な修正主義に対しては有効だった」ことは、承認されている。

また思うに、こうした「政治文化」のあり方と、「旧東ドイツ政府の過去の不法の『克服』」を、「戦後のナチス克服の過程と同質のもの」とらえ、社会主義思想に染まった旧東ドイツに対してその克服のための一連の措置をとった」ドイツ政府、およびそれを追認した連邦憲法裁判⁽¹⁷⁾所の姿勢とは、無関係ではない。旧東ドイツの公務員関係を停止・終了させた統一条約（これには、「人間性と法治国家の基本原則」，「旧国家公安省に勤務していた者」といった、憲法忠誠条項が含まれている）に⁽¹⁸⁾対する合憲判断、旧東ドイツで⁽¹⁹⁾国家公安省に協力した過去をもつ弁護士⁽¹⁹⁾の資格許可撤回を容認した決定、なにより、刑罰法規の不遡及が基本法

(16) 彼の反批判の学問的適否は措くとしても、そこで用いられた刺激的な表現は、論壇レベルから垣間みられる現代ドイツの「政治文化」とその問題点の一端を、ある程度照射していると思われる。たとえば、「自分で勝手に『危険』を見つけてはやたらに『警告』を発したがる『警告主義』あるいは『警告のための警告』は、スキャンダルリズムに繋がり、引いては公共空間における『批判』の機能を低下させることになる」、今やハーバマスに「代表されるフランクフルト学派＝批判理論こそが、公共空間において他者の言説を抑圧するマシンと化している」、さらには、「ナチスの父親たちの後に続くハイパー・モラリストの息子たちの時は […] 過ぎ去りました。 […] 伝承されてきた、懐疑と人に罪を被せる文化は、もはやあまり意味を持ちません」など（以上は、仲正昌樹「『スローターダイク論争』とドイツのポストモダン」（ペーター・スローターダイク（仲正編訳）『「人間圏」の規則——ハイデッガーの『ヒューマニズム書簡』に対する返書』（2000年／お茶の水書房）3頁以下所収）による論争の紹介（とくに16頁以下）に依拠した）。こうした時代診断は、つまるところ、「68年の学生蜂起を契機としてドイツの政治文化の中に確立された、リベラル左派＝批判理論＝フランクフルト学派第二世代のヘゲモニーが最終的に解体し」たとの評価につながりうる（同論文21頁）。

(17) 戸波江二「概観Ⅰ：1985～1995年のドイツ憲法判例の特色——人権——」（ドイツ憲法判例研究会編（栗城壽夫・戸波江二・石村 修編集代表）『ドイツの最新憲法判例』（1999年／信山社）1頁以下所収）2頁。

(18) BVerfGE84, 133, Urteil v. 24. 4. 1991.

(19) BVerfGE93, 213, Beschluß v. 9. 8. 1995.

の明文で指示されており（103条2項）、かつ同条項を「法治国家原理の刻印」として「絶対的」とまで位置づけながら、旧東ドイツでは適法と⁽²⁰⁾された上官の逃亡者射殺命令にしたがい、旧西ドイツに逃亡しようとした市民を射殺した国境警備兵に対する刑事責任の追及を、「実質的正義の要請」やいわゆる「ラートブルフ定式」など（「正義との矛盾が耐え難いまでになった場合、規範は最初から服従を拒絶されねばならない」）を援用して肯定した、いわゆる「壁の射手」事件決定⁽²¹⁾…。少なくとも、こうした連邦憲法裁判所の一連の態度は、樋口が先に「何よりの例」として挙げたいいくつかの“寛容判決”の存在感を、どうしてもかすませてしまう。

くわえて、いま（本稿執筆時）ドイツでは、依然あとを絶たない「人種差別的テロ行為」を前に、「實際上、過去のもの」として封印された

(20) Vgl. *Walter Ott*, Rechtswidrigkeit der Taten von Mauerschützen?: Zum Beschluss des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 24. Oktober 1996 (BVerfGE 95, S. 96-143), in: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Neue Folge, Bd. 119 (2000), S. 143f.

(21) BVerfGE95, 96, Beschluss v. 24. 10. 1996. 旧東ドイツのスパイの処罰に関する BVerfGE92, 277, Beschluss v. 15. 5. 1995 など同種の問題に関わる。こうした事例における主要な原理的共通性を一般化すれば、それは、“形式的適法性は実質的不法により破られうるか”という問いだろう。冒頭で暫定的な定義を与えた「戦闘性」という用語がこの問いの一派生にあることは、いうまでもない。問題は、この問いが論理的に肯定されるかである。「壁の射手」事件決定の場合、刑罰法規不遡及の趣旨に「実質的正義」を仕組むことにより、これを肯定する回路を用意した（中野雅紀の本件評釈（『自治研究』75巻1号（1999年）115頁以下掲載）121頁参照）。そこには、“ある原則がその正当性を基礎づける目的を有効に実現できない場合、その原則は修正ないし放棄されるべきである”といった一般的論理を看取できる。だが、このいわば“論理的自殺の否定”の論理は、それほど強固なものか？私は、「たたかう民主制」の論理的是非は、この論理の解明にかかっていると考えているが、「寛容の限界」の論理を探求する準備作業である本稿では、問題の指摘にとどめる（後述5. (1)を参照）。

憲法の戦闘性

はずの「法による政党禁止の制裁というかたちでの『たたかう民主制』」を、国家民主党（NPD）に対して復活させようとする気運が高まっている。その様は、「『ナチスとの闘争』に熱を上げる世間の雰囲気、
[…] 旧西ドイツでリベラル左派陣営が政党禁止の忌まわしい実務に対して挑んだかつての闘いの記憶を、すべて消し去ってしまったかのようだ」とさえ評される⁽²²⁾。はたして、樋口の先の認識は、手つかずのまま維持できるだろうか。換言すれば、ドイツにおける憲法（状況）の戦闘性は、樋口が認識するほどまでに寛容化されたといえるだろうか⁽²³⁾。

3. リベラルにおける戦闘性

(1)ハーバーマスの場合①——「コソヴォ戦争」正当化の論理 ところで、樋口がドイツにおける憲法（状況）の本質的転換を指摘する際、「その点で何より象徴的である⁽²⁴⁾」として引き合いに出したのが、「体制批判の知識人」ユルゲン・ハーバーマス（Jürgen Habermas）だった。彼が「その『支配なき討議』という鍵概念^{ディスクール シュテティヒヴォルテ}、[あるいは] 現に交わされた討議において、ある規範が効力をもつ効果・派生効果に可能なきざり、間接的とはいえ関与した者すべての [なかに] 必然的 [に潜在するはずの] 合意 [といった理論]⁽²⁵⁾」で著名な哲学者である以上、その立場

(22) Jörg Lau, Helm ab zum Verbot, in: Die Zeit, Nr. 36 (2000). ドイツ政府、連邦参議院および連邦議会は、2000年11月から12月にかけて、憲法裁判所にNPD違憲提訴を行なう方針を決定した。他方、その必要性や効果のほどを疑い、“法的闘争”ではなく“政治的闘争”の選択を主張する向きも、少なくない。

(23) 現代ドイツの憲法状況につき、本稿に近い認識ないしスタンスを共有するものとして、たとえば、ドイツ憲法判例研究会編（栗城壽夫・戸波江二・根森 健編集代表）『ドイツの憲法判例』（1996年／信山社）および前掲（注17）『ドイツの最新憲法判例』所収の、根森 健、石村 修、日笠完治による各関連判例評釈を参照。

(24) 樋口前掲書（注10）28頁。

(25) Thomas Blanke, Recht und Moral im Kosovo-Krieg. Eine Auseina-

は、たしかに、「社会の多数派の見解に対する異論」の権力による抑圧や“硬直した制度的言説空間”からの排除とはおよそ無縁な、寛容な政治文化にきわめて親和的であるかにみえる。だが皮肉にも、先述のスターダイクの反批判は、そうしたハーバーマスにおける「理論と実際」の矛盾を揶揄しようとするものだった。実際、これよりもはるかに真摯な理論内在的検討を経たうえで、先の「コソヴォ戦争」に対する彼の「理論と実践のあいだ」に「なにがしかのズレ」を見出す見解も存在する。⁽²⁶⁾

ハーバーマスは、1999年4月29日付の『ツァイト』紙において、セルビア人に対するNATO諸国の戦争を扱った論説、「非道と人道法と道德の境界線上にある戦争」を公表し、この戦争に対する彼の立場を明らかにした。それは、一般読者の購読もある程度想定しているはずの週刊紙の論説にしては恐ろしく高度な理論的記述をまじえながら、かつ相変わらず辛辣な批判的修辞や晦渋な留保を随所に織り込みながら、しかし結論的にはNATO軍によるコソヴォ空爆に——あくまで限定的にはあるが——ある種の正当性を付与するものだった。その冒頭、彼は「赤—緑政権 [社会民主党と緑の党の連立政権] の法的平和主義」を引き合いに、「国際法の世界市民法への変容」を語りはじめる。というのも、彼によれば、この思想は、「迫り来る主権国家間の戦争状態を、国際法で囲い込もうとするだけでなく、遍く法化された世界市民的秩序において止揚しようとする」もので、元来「カントからケルゼン^{ドゥムニグ}にいたるまで」⁽²⁸⁾ドイツの伝統にも存在していたのだが、それが「今日ド

ndersetzung mit Jürgen Habermas, in: Kritische Justiz, Jg. 32, Heft3. (1999), S. 414.

(26) Ebd. S. 410.

(27) 引用文中のゴシック体は、原文中イタリック体で強調された箇所。以下同じ。

(28) ここでハーバーマスが、自身の立論を補強する文脈で、生粋の法実証主義者（としてドイツではきわめてしばしばナチズムの責を帰せられた）

イツ政府によって初めてまじめに受けとめられた」からである。その証拠に、「古い」タイプの政治家まで人権の理念を口にし、「心情的平和主義者」だけでなく「法的平和主義者」までもが世論を支配した。こうした「政権左派と〔世論における〕規範的論証の優勢」は、ドイツの公共圏における論調が、もはや他の西欧諸国と変わらない状況で安定したことを示している。もう「ドイツ固有の途も意識もないのだ」。そして同じことが、大陸諸国と英米諸国のあいだにもいえる。こうした段階に至っては、「世界市民の協アツツィアシオン同における直接的メンバーシップが、国民を自国政府の専横からさえ守るだろう」。たしかに、それを実行したら、「古典的な国際法の枠組では、主権国家の内政事項への介入と〔…〕みなされていただろう」。けれども、「人権政治の諸前提のもとでは、こうした介入はもはや、(国連の委任がなくても、黙示的に)国際社会から授権された、武装した平和創造使節として理解されるべきである」⁽²⁹⁾。

大要このように述べるハーバーマスが具体的に念頭に置いていたのが、

ケルゼンを援用していることは、決定的に重要である。彼がカントを引き合いに出すのは、後述のように (3), ロールズとのつながりでまだ理解に難くない。しかしケルゼンの場合、その国際法論の一方 (cf. e. g. Hans Kelsen, *Law and Peace in International Relations* (1942/Harvard University Press)), 民主制論においては敢然たる「たたかう民主制」の批判者だったはずである (Vgl. *Hans Kelsen, Verteidigung der Demokratie* (1932), in: ders. (Hg. *Norbert Leser*), *Demokratie und Sozialismus* (1967))。逆にいえば、ケルゼンにおける「たたかう民主制」批判の論理がどのようなものだったのか、こうした援用を機に問われうるだろう (関連して、前注21を参照)。

- (29) *Jürgen Habermas, Bestialität und Humanität: Ein Krieg an der Grenze zwischen Recht und Moral*, in: *Die Zeit* Nr. 18 (29. April 1999), S. 1. なおこの論説は、「コソヴォ戦争の国際法的・憲法的・法倫理的諸相に関する一連の論争的論稿」を集成した *Dieter S. Lutz* (Hg.), *Der Kosovo-Krieg: Rechtliche und rechtsethische Aspekte* (1999-2000/Nomos Verl.), S. 217ff. に再録されている (いずれ彼の „Kleine Politische Schriften“ にも採録されるだろう)。

ほかでもない、当時現在進行形で戦われていた「コソヴォ戦争」である。いわく、「こうした西側の解釈によれば、コソヴォ戦争は、諸国家の古典的国際法が世界市民社会の世界市民的法に至る途上の一進歩とみなすことができる」。そしてこの「進歩」は、「国連の設立に始まり、東西対立期の停滞の後、湾岸戦争その他諸々の介入を通じて促進された」といった、独自の国際法史観上に定位される⁽³⁰⁾。

こうした一見無批判的でナイーブでさえある認識は、たしかに、「批判理論の改宗」⁽³¹⁾をほうふつさせる。だがその一方、彼は、用いられた「軍事的手段の適切さ」^{フェアヘルトニヌメーシヒカイト}や次第に不明確になっていった軍事介入の「政治的目標」を疑いつつ、先の「法的平和主義」自体をも省察の対象としてみせる⁽³²⁾。その徹底ぶりは、「元来中立的な国家理性を『道徳化』する試み」が「生のままの国家間闘争を抜き差しならない『悪への闘争』へと墮落させる」と喝破したカール・シュミット (Carl Schmitt) の「反人道主義」にまで立ち返り、問題を、「政治学や哲学でも争われた原理的問い」として、近代立憲主義史上にたどり直すほどである。このため、彼がいう「世界市民の状態」は、結果的に、「概念上の不明確さ」を否認ない抜き身の「道徳的観点」ではなく、あくまで実定国際法上「確立した紛争処理手続」を介してしか顕現しない、「一国の法秩序内で犯罪行為が追及される」と同レベルのものにまで、いわば世俗化されてしまう。まして、「人権のグローバルな貫徹」を、

(30) Ebd.

(31) 樋口前掲書 (注10) 29-30頁参照。

(32) Habermas, a. a. O. (Fn. 29), S. 1f.

(33) Ebd. S. 6. トマス・ブランケ (Thomas Blanke) によれば、ハーバーマスのこうした理論的展開を決定づけたのが、1992年の『事実性と妥当性』以来体系化された法理論である。そこでは、法の合理的性格と法と道徳の差異が「以前より明瞭に強調され」、「彼の道徳理論の高度に理念化された想定」が、現実の世界にその居所を確保すべく、それが妥当するための諸条件と結びついて、「リアリズムに席をゆずっている」とされ

憲法の戦闘性

こうした「国際関係の法化」ではなく、「超大国」として「権力政治の諸前提のもとで追求する」アメリカへの批判的スタンスは、もちろん健在である⁽³⁴⁾。しかし、そのうえで本稿が注目したいのは、この「戦争」で西側諸国の軍事介入が招来した実定国際法上の諸原則との緊張関係を十分承知しておきながら、なおそれを正当化する、彼の論理である（もとより、彼の主張の国際法解釈論的当否を云々することは、私の能力をはるかに超えている⁽³⁵⁾）。

前述のように、「国際関係の法化」を実定国際法秩序の展開にそのまま重ね合わせるかのごときハーバーマスによっても、「世界国家の権力独占」までは要求されない。「だが、少なくとも、安全保障理事会が機能すること、国際刑事裁判所の判決が拘束力をもつこと、そして、[各国] 政府代表の総会を世界市民代表で『ツヴァイト・エーベネ副次的』に補完することが必要だ」。とはいえ、当面こうした国連の改革がむずかしく、安保理が依然機能不全である以上、換言すれば、「世界市民法」がいまだ十分に制度化されず、「法と道徳の境界線」上にとどまる以上、「NATOは国際法の道徳的効力を [直接] 援用できる⁽³⁶⁾」。国際法解釈論上の争いはともあれ、「ニュルンベルクと東京の戦犯法廷の指導原理に由来する『人間性に対する罪』として、国際法内に入り込んだ諸構成要件はまぎれもない」のだから、「コソヴォ戦争」のような場合、安保理の委任が欠けても、「迫害された民族的（および宗教的）マイノリティに対する緊急救助として」、軍事介入は正当化される⁽³⁷⁾。

る (*ders. a. a. O.* (Fn. 25), S. 414)。

(34) *Habermas, a. a. O.* (Fn. 29), S. 7.

(35) NATO 軍によるコソヴォ空爆にまつわる国際法上の諸問題を、憲法学の立場から分析する、水島朝穂『『人道的介入』批判の視点 改憲論の隠れた焦点』（『法律時報』72巻12号（2000年）88頁以下所収）は、本稿の直接的な先行業績でもある。

(36) *Habermas, a. a. O.* (Fn. 29), S. 6f.

(37) *Ebd.* S. 1.

こうした論法に対しては、多くの問題点を指摘できる。なかでも、「実定国際法には反しても道徳的諸原理の貫徹には適う […] 暴力の投入」を、結果的には「人間性」「人道」「人権」といった裏づけを得た「緊急救助」のもとに容認する点が重要である⁽³⁸⁾。それは、素朴に考えても、「非人道的政策を断固継続する政府に対してあらゆる切り札を手中にした」⁽³⁹⁾に等しい議論にみえる。また、「国法秩序で承認された緊急救助という法的表象 […] は、国際法の枠組においても承認される」ことを前提にしたかのような議論が、国際社会における「世界政府」の不存在という、先に彼自身も言及した現実と、にわかには整合しうるかも不明である⁽⁴⁰⁾。この点、この論説により説得的論証が見出せないならば、そこには、彼のNATO軍に対する論理を超えたある種の“賭け”を看取せざるをえない⁽⁴¹⁾。先の論者が、彼の「理論と実践のあいだ」に横たわる「なにがしかのズレ」と評したのは、まさにこの点に関わる。こうした断絶は、より一般的表現を与えれば、次のようにいえるだろう。“究極的には諸国民の人権保障に寄与すべき国際法を形式的に遵守するのみでは、それが本来企図した人権保障を有効に実現できないのであれば、——「緊急性」その他、いくつかのきわめて慎重な限定を付したうえで——形式（的適法性ないし正統性）を破ってでも人権保障という実質（的正当性）に直接訴えることができる（できなければならない！）” …。ここで、冒頭で暫定的な定義を与えた「戦闘性」概念が想起される

(38) Vgl. *Blanke*, a. a. O. (Fn. 25), S. 418f.

(39) Ebd. S. 422.

(40) Vgl. ebd. S. 419, weiter s. u. Fn. 51.

(41) この点、ペーター・ヘーバーレ (Peter Häberle) における「寛容の限界」論をほうふつさせる (拙稿「ドイツ憲法学における『たたかう民主制』の理論的位相 (2) ——ペーター・ヘーバーレの民主制論から考える——」(『早稲田大学大学院法研論集』90号 (1999年) 363頁以下所収) 377-80頁参照)。要するに、「アウシュヴィッツ以後、詩を書くことは野蛮である」(アドルノ) ということか。

べきである。この表現には、「たたかう民主制」と同質の戦闘性を読みとることができる。ハーバーマスがこの論説で「ホロコーストに対する〔…〕正しい回答⁽⁴²⁾」——これこそ、戦後ドイツの「戦闘的」憲法状況に今日まで精神的滋養を供給しつづけたものでもあった——に言及するのは、偶然ではない。

(2)ハーバーマスの場合②——「市民的不服従」正当化の論理 「ハーバーマスの諸論稿を80年代はじめ〔…〕までさかのぼった者」⁽⁴³⁾は、この論理が、彼がかつて他の論稿で展開したものと類似していることに気づくだろう。いわゆる「市民的不服従」の正当化を試みたときの論理がそれである。

1980年代前半、一般市民をも巻き込んで先鋭化した、反原発運動、アメリカの中距離核ミサイル配備反対運動などに代表される様々な抗議運動を受けて⁽⁴⁴⁾、ハーバーマスは、こうした市民による「象徴的な違法行為」＝市民的不服従を、「西ドイツの民主的・法治国家的秩序の一般に承認された正当化事由を援用して実行されはするが、形態としては違法な行為⁽⁴⁵⁾」としたうえで、『「法律は法律だ^{フォーラム}』といったメンタリティ』に基づく否定論に抗し、「ドイツの地で最初の、あらゆる社会各層が担う民主的共和国の、成熟度をはかる試金石」と位置づけた⁽⁴⁶⁾。もっとも、彼は「市民的不服従」の標榜をそうかんたんには許さない。それが、「民主的・法治国家的秩序」において形式的には「妥当する規範ないし法的に確定した〔…〕政策」につき、制度上修正する余地が尽きたにもかかわ

(42) *Habermas*, a. a. O. (Fn. 29), S. 6.

(43) *Blanke*, a. a. O. (Fn. 25), S. 414.

(44) ユルゲン・ハーバーマス（三島憲一編訳）『近代 未完のプロジェクト』（2000年／岩波書店）80頁以下所収の同編訳者による「解題」を参照。

(45) *Jürgen Habermas*, *Ziviler Ungehorsam—Testfall für den demokratischen Rechtsstaat*, in: *ders.*, *Die Neue Unübersichtlichkeit: Kleine Politische Schriften V* (1985/Suhrkamp Verl.), S. 82.

(46) *Ebd.* S. 84.

らず、なお「あらたな協議と意思形成」を促し、「多数派の意見の修正」を目指すものである以上、それ相応の実質的正当性と厳格な条件が要求されるからである。この点彼は、前者につき、「法律学的ではない法哲学的」方法で近代立憲国家の道徳的正当化原理にまで分け入り、基本法1条2項の「不可侵不可譲の人権への^{ベケントニス}信奉」などにその実定法上の表現を見出す一方、⁽⁴⁷⁾後者については、次のような「主要な諸規定」を「議論の余地なき」ものとして挙げる。すなわち、「道徳的基礎をもつ抗議」であり、「私的信念や個人的利害だけに」とらわれていないこと。「公共の場での行動」であって、「通常予告され、警察が経過を予測できる」こと。「個々の法規範に意図的に違反するもの」だが、「法秩序全体に服する姿勢に変わりはない」こと。そのうえで、「法規範を違反したことにともなう法律効果を引き受ける覚悟」をもつこと。かく限定づけられた市民的不服従における違法行為は、「もっぱら象徴的性格をもつ」ものである以上、抗議の手段は「非暴力的な」ものに限定されること⁽⁴⁸⁾…。実定法秩序を形式的に維持するだけでは汲みとれないものを、その実定法秩序を支える——それ自身では請け負えない⁽⁴⁹⁾——実質的道德原理に訴

(47) Ebd. S. 82f.

(48) Ebd. S. 85f.

(49) Ebd. S. 83f.

(50) Vgl. ebd. S. 85, usw., weiter *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation (1967), in: *ders.*, Recht, Staat, Freiheit: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte (1991/Suhrkamp), S. 112f., *Josef Isensee*, Verfassungsgarantie ethischer Grundwerte und gesellschaftlicher Konsens: Verfassungsrechtliche Überlegung zu einer sozialetischen Kontroverse, in: *Neue Juristische Wochenschrift* (1977), S. 545. だからこそ、法治国家という「弱々しい […] 企て」においては、「市民のセンシビリティや適度の判断能力、リスクに対する覚悟を育む政治文化」に根ざした市民的不服従という「実験がないと、活力ある共和国は自己革新能力もその正統性に対する市民の信頼も維持できない」のである (*Habermas*, a. a. O. (Fn. 45), S. 87f.). それはつまり、「民主的法治国家は、究極

憲法の戦闘性

えかけることで救済を図りつつ、前者に違背することにもなう諸々の弊害をも慎重に熟慮して、後者の成立に厳格な要件を課すこの方法が、先述の「コソヴォ戦争」正当化のそれと対比の関係にあるのは明らかである。⁽⁵¹⁾ 敷衍すれば、市民的不服従論も、「合法性／正統性」という「二つの相関的契機^{パラレル}の緊張関係を考え抜くよう仕向ける」⁽⁵²⁾点で、「法と道徳の境界線上にある戦争」を問うた「コソヴォ戦争」論と、同様の理論的ディレンマの前に立つ。そのうえで、「法」（合法性）に対して「道徳」（正統性）を闘い獲るという、実定法秩序内にあってきわどい選択をあえてする。さらに、こうした戦闘性が、ナチズムというドイツ特有の負の過去に規定された道徳——つまりとて、先の「不可侵不可譲の人権」——に由来する点でも、⁽⁵³⁾「コソヴォ戦争」論に共通する。

以上の検討は、ハーバーマスの重厚な社会哲学理論を丹念にふまえてはいない。きわめて断片的なものである。したがって、以上をもって、彼の主張全般に、本稿にいう戦闘性を看取することには、なお慎重であ

的にはこうした正統性の番人に依存している」ということでもある。したがって、ハーバーマスにあっては、「たたかう民主主義」は、「権威主義的リーガリズム」による少数意見の排除を通じた体制保障といった、一般的理解とはちょうど裏返しの、こうした意味で戦闘的な市民による下からの体制保障として理解されているようであり（Vgl. ebd. S. 97f., 三島前掲解説（注44）106頁も参照）、注目に値する。

(51) Vgl. *Blanke*, a. a. O. (Fn. 25), S. 423f. もっとも、「にもかかわらずハーバーマスは、セルビア人に対する戦争に対し、市民的不服従よりも明らかに正当化の敷居を低くしている」。というも、「NATOの行動は緊急救助という点で正当化されるといった想定」が、彼にはあるからである（ebd. S. 424）。NATOの行動がいかなる意味においても「非暴力的な抗議手段」ではなかったことが、そのなよりの証拠である。前述した「緊急救助」という概念的仕掛けの導入が、彼における「理論と実践」の断絶を際立たせていることが、市民的不服従との比較においていっそう明瞭となる。

(52) Vgl. *Habermas*, a. a. O. (Fn. 45), S. 86.

(53) Vgl. ebd. S. 86f.

るべきだろう。だが、それにしても、「法と道德の境界線上にある」アポリアが、彼にとって重大な理論的関心事であることは、まちがいない。その考察に際し、通俗的な意味での「法実証主義的誤解」⁽⁵⁴⁾が峻拒されることも、たしかである。そして、彼をしてそうさせる決定的要因が、前述した意味での「道德」だった。とすれば、ドイツを代表する批判的知性のなかにも、「たたかう民主制」と同根の論理が——少なくとも——伏在していると考えても、大過ないだろう（それが、批判的知性であるにもかかわらずなのか、批判的知性だからこそなのかは、いまは問わない）。

(3) ロールズ、ドゥオーキンの場合 こうした見当は、ドイツ特有の道德を共有しない（できない）者には戦闘性は無縁であるかのような想定を、帰結しがちである。しかしそれは、ハーバーマスが市民的不服従の正当化に際し引き合いに出した英米の論者に目を転じれば、かならずしも当たらないことが分かる。たとえば、「争点が基本的な個人的ないし政治的諸権利にふれ、かつ連邦最高裁が誤りを犯したと論じうるなら、当該判決を終局的なものとして受け容れることを拒絶しても、社会的な^{ソウシャル・}諸権利の許容範囲内にある」⁽⁵⁵⁾としたロナルド・ドゥオーキン（Ronald Dworkin）もまた、「犯罪は処罰されなければならない、法律を見誤った者は結果を甘受しなければならないといった、単純な^{ド・}厳罰主義的諸命^題」⁽⁵⁶⁾——ハーバーマスが「権威主義的リーガリズム」と呼んだものに相当する——から距離をとる。⁽⁵⁷⁾そうした彼の民主主義^{コンセプション}「観」が「厳罰主

(54) Ebd. S. 97.

(55) Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977/Harvard University Press), pp. 214-5.

(56) *Ib.* p. 222.

(57) もっとも、彼が別に擁護しようとする「法実証主義」が（cf. Ronald Dworkin, *Law's Empire* (1985/Harvard University Press), pp. 37ff.）、ハーバーマスが峻拒したそれと、同じであるわけではない。そこには、扱うテーマのちがいをさることながら、法文化圏のちがいを認めなければな

憲法の戦闘性

義的」なものとならないのも、理解に難くない。いわく、民主主義とは「すべての市民が平等な地位にあるといった条件 […] に服する支配」の謂いであり、「多数者支配的な機関」がこの条件を十分に尊重しない場合は、「それをよりよく守り尊重する他の手続に対し、民主主義を語って異議を唱えることはできない」⁽⁵⁸⁾。ここで彼が「他の手続」として念頭に置くのはもっぱら司法権だが、それだけというわけでもないだろう。というのも、別に彼は、「なんらかの非多数者支配的手続のほうが […] 民主主義の本質的条件と考えるべき」市民の平等な地位をより保護ないし強化する」といった「特別な場合」に、その手続に依ったとしても、「道徳的に遺憾なこと」とはいえないとも、述べているからである。つまり、「特別な場合」に、「多数者支配的民主主義観」に抗して彼のいう「立憲主義的民主主義観」⁽⁵⁹⁾を貫徹しうる「実験」⁽⁶⁰⁾のひとつとして、市民的不服従も算えられていたからこそ、当時彼はこれをぜひとも擁護しなければならなかったと考えられる。こうした理解から直ちにハーバーマスの同じ戦闘性を読みとることができるかは、ひとまず措く。ただ少なくとも、そこには、「多数者支配的民主主義」の形式性に「多数者が尊重すべき重要な道徳的諸権利」⁽⁶²⁾を対置する——あの——論理が、たしかに存在する。

らない。

(58) Ronald Dworkin, *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution* (1996/Harvard University Press), p. 17 (訳語の選定にあたり、とくに石山文彦訳 (1999年/木鐸社) を参照した)。

(59) *Ib.*

(60) Dworkin, *supra* (fn55), p. 217.

(61) くわえて、ドゥオーキンが各著書で展開した理論におけるニュアンスの差異ないし経年的変化 (の有無) といった論点についても、本稿ではさしあたり度外視し、彼の理論的一貫性を前提して検討をくわえた。この点、たとえば、前掲訳書 (注58) 所収の石山文彦「訳者あとがき」510-1頁を参照。

(62) Dworkin, *supra* (fn58), p. 16.

ジョン・ロールズ (John Rawls) にいたっては、さらに興味深い類
 比性を指摘できる。彼は、市民的不服従につき、ハーバーマスの同様、
 「ふつう政府の政策や法律に変革をもたらす意図で行なわれる、公共的
 で非暴力的、かつ良心的な違法行為」であり、「市民社会観と公益⁽⁶³⁾
 観を規定する道德原理によって正当化される」としたうえで、「憲法の⁽⁶⁴⁾
 正当化が依存する正義の諸原理に盲目であることを自ら示してきた民主
 的多数者による基本的諸自由の抑圧に黙従することは、要求されない」
 と述べた。⁽⁶⁵⁾つまり彼にとっても、多数決原理は絶対的権威を主張できず、
 「通常⁽⁶⁶⁾の状況では民主的憲法体制⁽⁶⁷⁾にとって恐らくもっとも効率的
 な手続的ルールとして、副次的地位にある」にすぎない。あくまで「そ
 の基礎は本質的に正義の諸原理にある」⁽⁶⁸⁾。このように、「市民的不服従の
 根拠を簡潔に」論じたはずの論稿でも、彼はそれをしっかりあの「正義
 の理論」から基礎づける。⁽⁶⁹⁾それはいわば、民主的憲法体制が存立しうる
 には、観念上、そこに生きる人々すべてによって共有されなければなら
 ない、「社会的協同の諸条件」である。周知のように、こうした前提の
 もと、彼は正義の二原理を導き出すのだが、本稿ではそこまで立ち入る

(63) もっともこの点につき、ハーバーマスは若干の留保を示唆している。

Vgl. *ders.* a. a. O. (Fn. 45), S. 85.

(64) John Rawls, *The Justification of Civil Disobedience* (1969), in: Samuel Freeman (ed.), *Collected papers* (1999/Harvard University Press), p. 181. 有名な, *Political Liberalism* (1993/Columbia University Press) 以降の彼の理論的修正を考慮して、ここでは、基本的に *A theory of justice* の改訂版 (1999/Harvard University Press) などにはよらず、あえて——ハーバーマスの市民的不服従論と同時代的な——旧稿のほうを参照した。

(65) Rawls, *supra* (fn64), *The Justification of Civil Disobedience*, p. 183.

(66) *Ib.* p. 180.

(67) *Ib.* p. 176.

(68) *Ib.* pp. 176ff. cf. John Rawls, *A theory of justice* (1971/Oxford University Press), pp. 363ff.

(69) Rawls, *supra* (fn64), *The Justification of Civil Disobedience*, p. 181.

余裕がない。ここでの目標は、ひとまず、ロールズにおいてもハーバースマスやドゥオーキンと同様の論理を看取できることを確認しておくことである。

さて、こうした現代正義論の旗手も、自身の理論的立場から、「民主的な人民による […] 戦争遂行を支配する諸原理」⁽⁷⁰⁾ について省察したことがあった。⁽⁷¹⁾ 『ディセント』1995年夏号のシンポジウム、「ヒロシマから50年」に寄せた小論がそれである。その終盤でロールズは、スミソニアン博物館の原爆展をめぐる議論⁽⁷²⁾でもおなじみの、“広島・長崎への原爆投下は、戦争の長期化による米軍側犠牲者のさらなる増大を防ぐのに、不可欠だった”⁽⁷³⁾ といった主張を、「理解しがたい」と切り捨てる。彼にとって、「われわれがあらゆる道徳的・政治的諸原理と諸拘束を免れるとき⁽⁷⁴⁾などけっしてない」という点で、「ヒロシマ」も例外ではないとい

(70) John Rawls, *Fifty Years after Hiroshima*, in: *Dissent* (Summer 1995), p. 323 (訳語の選定などにあたり、とくに川本隆史『ロールズ 正義の原理』(1997年/講談社)を参照した)。なおこの論稿は、Rawls, *supra* (fn64), *Collected papers*, pp. 565ff. に再録されている。

(71) もっとも、“*jus ad bellum*” に対する “*jus in bello*” への言及は、すでに Rawls, *supra* (fn68), pp. 377ff. から見受けられる。また、cf. John Rawls, *The Law of Peoples* (1993), in: *supra* (fn64), *Collected papers*, pp. 529ff., *The law of peoples; with, The idea of public reason revised* (1999/Harvard University Press), pp. 89ff.

(72) たとえば、マーティン・ハーウィット (山岡清二監訳/度会和子・原純夫訳) 『拒絶された原爆展 歴史のなかの「エノラ・ゲイ」』(1997年/みすず書房)を参照。この著者によれば、「合衆国におけるこの論争には、重要な問題を解決するためにわが国が用いるようになった方法——実質的な議論によってではなく、いかなる手段によってでも勝利をかち取ろうとする党派の闘い——が反映していた」(同書vi頁)。そうした言説空間が「民主主義的市民生活」として「きわめて危険」な「検閲」と化しうる点では(同書xv頁参照)、先述したドイツの「政治文化」の一端と同様の問題状況にある。

(73) Rawls, *supra* (fn70), p. 327. なお、原爆投下正当化論の分析に関連して、長谷部前掲書(注3)101-5, 232-3頁を参照。

うわけだ。すなわち、「ヒロシマと日本の各都市への焼夷弾爆撃、いずれも度しがたい蛮行⁽⁷⁵⁾だった」。こうした彼の判断は、次の諸原理に照らしたうえでのものである。①「適正な民主的社会によって戦われる公正な戦争のねらいは、諸人民間の、とくに当面の敵との、公正で永続的な平和である」。②「民主的な人民はお互い戦争しない」から、「適正な民主的社会」によって戦われる戦争の相手は、非民主的国家である。③民主的社会は、戦争に際し、責任のちがいに応じて、相手国の指導者・当局、兵士、非戦闘員の三つを慎重に区別しなければならない。戦争相手はあくまで非民主的国家の戦争指導者であって、彼らに踊らされた非戦闘員ではありえない。なお兵士は、上級士官を除いて、非戦闘員同様戦争責任を負わない。④「適正な民主的社会」は、敵国の非戦闘員と兵士の人権を尊重しなければならない。彼らも「諸人民の法」^{ロー・オブ・ピープルス}により人権を享受すること、また、彼らをそのように遇することによって、彼らに人権の内実を教示し、もって彼らもまた人たるに値する権利を有する人間社会のメンバーであることを感得させること、がその理由である（但しここには、「極度の危機の場合は除く」という留保がつく）。⑤④からすれば、（軍事行動や各種布告・声明において）「公正な人民」は、自分たちが求める平和と国際関係がどういったものか、戦時中予示するべきである。これらの義務は、とりわけ民主的な人民よりなる政府の指導者・当局に課せられる。⑥戦争目標の達成ないし利益を上回る害悪の回避という観点から軍事行動・政策の適切さを判断する、実践的な目的一手段審査は、「つねに上述の諸原理の枠内で練り上げられ、かつそれらによって厳格に制約されなければならない」（但しここでも、「極度の危機の場合」は⁽⁷⁶⁾「唯一の例外」とされる）。

(74) *Ib.*

(75) *Ib.* p. 326.

(76) *Ib.* pp. 323-4. もとより、こうした諸原理の妥当性も、本来個々に精査を要する。たとえば、やはりカントの永久平和論をほうふつさせる②原

憲法の戦闘性

こうして、第二次世界大戦におけるアメリカの日本空爆、わけても原爆投下による一般市民の大量殺戮は——③④の原理に一見明白に抵触することからしても——甚だしく非人道的だったと率直に認める著名なアメリカ人哲学者に接し、日本のナショナリストの何人かは、当時、溜飲の下がる思いをしたかもしれない。他方、日本のリベラルな知識人の何人かは、反戦への確信を新たにされたかもしれない。だがこの考え方には、本稿の観点からしても、見過ごせない二重の「陥穽」が潜んでいる。ひとつは、①の裏返しとして、「公正な戦争」が容認されることである。それは、「民主的な人民」によって担われた国家によって、「非民主的な国家」の指導者層を敵に回して戦われる「戦争」である。その示唆するところは、「民主的な人民はお互い戦争しない」にもかかわらず、相手がひとたび「非民主的な国家」となれば、自身の「民主的政治体制の安全とその自由な諸制度⁽⁷⁷⁾」を防衛するため戦闘的になりうるといった、見覚えのある論理である。その際、「人権政治」が重要な位置を占めることも、この見覚えをいっそうたしかなものとする。しかし、なにが「公正な戦争」なのか？その“公正さ”を、だれがどうやって判定するのか？そんなことはだれにもできず、歴史上（ことに20世紀の）どんな戦争も、結局「地獄」と化したがゆえに悪ではないのか？（日本国憲法9条⁽⁷⁸⁾への共感に篤い者も、きっとこう問うにちがいない。）…これに対しロールズは、「皮相であらゆる理性的区別を否定する」、「道徳的に空虚」なニヒリズムだと一蹴する。彼によれば、反戦思想も、「あらゆる道徳的

理などは、額面通り受けとれば、一見奇異な帰結を招きかねない（アメリカ合衆国は非民主的な国家か？それとも、かの国が戦う戦争の敵国のほうが、つねに例外なく非民主的な国家なのか？）。

(77) *Ib.* p. 324.

(78) *Cf. ib.* p. 327. こうした戦争＝「際限なき地獄」論に対しては、近時、日本の憲法学内からも有力な「懐疑」が示されていることは、周知のとおりである（長谷部恭男「平和主義の原理的考察」（全国憲法研究会編『憲法問題 [10]』（1999年／三省堂）50頁以下所収）55-6頁を参照）。

・政治的諸原理と諸拘束を免れ […] ない」点で、戦争となんら変わらないのだらう。⁽⁷⁹⁾ 言いかえれば、彼の「正義の理論」もまた、それにコミットする者に、「公正さ」を“法と道徳の境界線上で考え抜く”——ときに戦闘性さえ帯びる——精神的営為を要求するのだらう。実際、この「ヒロシマ」論に先立つ講演では、「諸々のリベラルでない社会に対する寛容は、どんなかたちをとるのか」、そうした社会に対する「寛容のほどよい限界線は、どの辺に引かれるのか」といった、より直截的な問題意識が示されていた。⁽⁸⁰⁾ また、自国のかつての非道を直視できない者に対し、「われわれは、50年たって、われわれの過ちふり返りよくよく考えることができなければならない」と説きつつ、ドイツ人のいわゆる「フェアガンゲンハイツフェアアルバイトウング」⁽⁸¹⁾ 「過去の清算」を援用する彼の姿勢は、この文脈で、きわめて示唆的である。

もうひとつは、上述からも知れるように、彼のいう「諸人民の法」には、「極度の危機の場合は除く」という重大な留保が付されるということである。彼の認定によれば、この点でも「ヒロシマ」は正当化できない。当時のアメリカは、「孤立して絶望的な状況で優勢なドイツ勢に対峙していた」イギリスほど、切迫した危機的状況にはなかったからである。⁽⁸²⁾ そのうえで彼はいう、「この点については多言しない。決定的に重要なのは、ドイツがこの戦争に勝利することは是が非でも許されえなかった、ということだからである。その基本的理由は二つある。ひとつは、立憲民主主義の本質と歴史、およびその西欧文化における位置づけであり、もうひとつは、ナチズムの比類なき蛮行と、それが市民社会に示した、⁽⁸³⁾ 並はずれたばかり知れない道徳的・政治的害悪である」。ここで、

(79) Rawls, *supra* (fn69), p. 327.

(80) Rawls, *supra* (fn71), *The Law of Peoples* (1993), p. 530. ここでも、ヘーバーレの「寛容の限界論」をほうふつさせる（前注41を参照）。

(81) Rawls, *supra* (fn70), p. 327.

(82) *Ib.* p. 325.

“ヒロヒト”や“トウジョウ”に比して、なぜ「ヒトラー」の“比類なき”⁽⁸⁴⁾だけが取りざたされるのか、事実「多言」はないが、多言しまい。ここで決定的に重要なのは、敵国の「比類なき蛮行」が認定されれば、先の④⑥の原理さえ適用除外とされうるといった論理を、「諸人民の法」は組み込み済みだということである。かくして、イギリスによるハンブルグやベルリンの爆撃は正当化される⁽⁸⁵⁾。それはいわば、つきなみな国家正当防衛権——つまり自衛権——肯認論に等しいといったら、あまりに彼の「正義の理論」を矮小化するだろうか。ともあれ、ここにいて、彼の論法は、ハーバーマスの「緊急救助」論に限りなく接近するといえる。

以上のロールズ、ドゥオーキンの検討も、ハーバーマスの場合と同様、彼らの慎重な熟慮にもとづく法・政治哲学理論を相応にふまえたものにはなっていない。したがって、以上をもって、彼らの論理に潜在する戦闘性を主張することは、いま少し学問的謙抑に欠けるかもしれない。だが、少なくとも、彼らの論理に——それが主張された様々な具体的^{コンテ}文脈^{フスト}の差異をひとまず捨象したうえで——ハーバーマスに通ずるものを読みとることは、可能だと思われる。ハーバーマスが折にふれて彼らの著作を引き、ときに理論的対決をも辞さない⁽⁸⁶⁾のには、それなりの理由が

(83) *Ib.*

(84) しいて推察すれば、ナチズムは——表見上——ヴァイマルの「立憲民主主義」を母体として登場したがゆえに、その逆説性が特筆されたのだろうか。

(85) Rawls, *supra* (fn70), p. 325.

(86) Vgl. z. B. Jürgen Habermas, Erläuterungen zur Diskursethik (1991/Suhrkamp), *ders.*, Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats (1992/Suhrkamp), bes. S. 80ff., *ders.*, Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie (1999/Suhrkamp), S. 65ff., *ders.*, Wahrheit und Rechtfertigung: Philosophische Aufsätze (2000/Suhrkamp), bes. S. 271ff., usw., cf. Rawls, *supra* (fn64), *Political Liberalism*, pp. 372ff.

あるはずである。

(4)西欧的正義観の伝統?——小括にかえて もっとも、次のようなロールズの認識は、こうした力ない主張を、むしろより一般的な西欧史的文脈でとらえ返す可能性を示唆するだろう。いわく、「公正で適正な文明社会——その諸々の制度や法律、市民社会や背景にある文化等々——はすべて、どんな状況でも道徳的・政治的に有意味な区別を行なっており、そうした区別に無条件に依存している⁽⁸⁷⁾」。たしかに、彼の「正義の理論」や「諸人民の法」の特殊西欧的出自を、その普遍的妥当性請求にもかかわらず、疑うことは可能である⁽⁸⁸⁾。だがここで、仮にそうした批判を逆手にとれば、上の文章は、「公正で適正な文明社会」の範たるべき西欧社会に通底する特有な精神的態度——「政治文化」といってもよい——のあり方を、そのまま言い当てているといえないだろうか。そして、3. でみてきた論者のだれもが、そうした精神的背景のもと、上の「有意味な区別」を、「法と道徳の境界線上」で呻吟しながら、行なおうとしてきたのではないか。とすれば、それはけっしてナイーブな営みではない。それはそれで、個々の判断主体に高度な緊張を強いる、きわめて「きび

(87) Rawls, *supra* (fn70), p. 327.

(88) この点たとえば、長尾龍一『カール・シュミットの死』(1987年/木鐸社) 134頁を参照。また、それぞれの立場から普遍主義的正義論に挑戦するものとして、マイケル J. サンデル (菊池理夫訳)『自由主義と正義の限界〈第2版〉』(1999年/三嶺書房)、ウィル・キムリッカ (角田猛之・石山文彦・山崎康任監訳)『多文化時代の市民権——マイノリティの権利と自由主義——』(1998年/晃洋書房)、シャンタル・ムフ (千葉 眞・土井美徳・田中智彦・山田竜作訳)『政治的なるものの再興』(1998年/日本経済評論社)、マイケル・ウォルツァー (大川正彦・川本隆史訳)『解釈としての社会批判——暮らしに根ざした批判の流儀——』(1996年/風行社)、エイミー・ガットマン編 (佐々木毅・辻 康夫・向山恭一訳)『マルチカルチャリズム』(1996年/岩波書店) 所収の関連論稿 (とりわけチャールズ・テイラーの論稿)、リチャード・ローティ (室井 尚・吉岡 洋・加藤哲弘・浜日出夫・宍 茂訳)『哲学の脱構築 プラグマティズムの帰結』(1994年/御茶の水書房)などを参照した。

(89) しい選択」である。そして、彼らをしてあえてそうした営為に向かわせるのが、「道徳」ないし「正義」であり、それに支えられた戦闘性である。ただそれは、その特殊西欧的性格ゆえに、「公正」や「適正」、あるいは「法」と「道徳」についてまじめに受け止める習慣のなかった文化による接木的摂取を、一朝一夕には許さないかもしれない。

このように、戦闘性の精神的基礎を西欧に貫流する伝統的正義観にみる認識自体は、けっして目新しいものではない。視角に多少のちがいはあるにせよ、同様の作業は、たとえば、ハンス・ケルゼン (Hans Kelsen) やカール・R・ポパー (Karl R. Popper) などによって、かねてからくり返し行なわれてきた⁽⁹⁰⁾ (というより、本稿が、彼らの仕事に決定

(89) 樋口陽一『改訂 憲法入門』(1997年/勁草書房) 47頁において、日本国憲法9条の選択を指して用いられた表現を、ここでは逆向きに用いた。もとより、こう述べたからといって、9条における『『穏健な反戦派』からさらに一步踏み出す […] 勇気』(『朝日新聞』2000年12月7日掲載の愛敬浩二談) の意義は、なんら相対化されない。

(90) 残念だが、本稿では彼らの仕事も確認する余裕がない。さしあたり、vgl. *Hans Kelsen, Was ist Gerechtigkeit?* (1953), *Ernst Topitsch, Einleitung*, in: *Hans Kelsen* (Hg. *Ernst Topitsch*), *Staat und Naturrecht: Aufsätze zur Ideologiekritik*, 2. Aufl. (1989), cf. Karl R. Popper, *Open Society and Its Enemies, Vol. 1 The Spell of Plato, Vol. 2 The High Tide of Prophecy: Hegel, Marx, and The Aftermath* (1962, 1966). もっとも、ケルゼンとポパーは、同じく西欧的正義観の根源的批判者であり、しかも後者は前者の「イデオロギー批判」に賛辞を惜しまなかったとはいえ (cf. Popper, *supra*, *Open Society and Its Enemies, Vol. 1*, p. 284, fn60, p. 313, fn59), 両者には戦闘性に対するスタンスにおいて決定的なちがいがあったことに、注意を要する。やはり本稿では立ち入らないが、ポパーはいわゆる「寛容のパラドクス」を次のような論法で断ち切ろうとした。「際限ない寛容は寛容の消滅に行きつかざるをえない。もしわれわれが、際限ない寛容を不寛容な人々にさえ押し及ぼし、もしわれわれに、不寛容な者の猛攻に抗して寛容な社会を守る用意がないなら、そのときには寛容な者は滅ぼされ、と同時に寛容も滅ぼされるだろう。[…諸々の不寛容な哲学に] 合理的議論で対抗し、世論によってそれらを抑えることができるかぎりで

的に規定されているというべきである)。そして、先の樋口もまた、「西欧デモクラシーの伝統が、あの、武装した男性市民の自治」、すなわち「『武器をとる者が投票するのだ […]』という、ギリシャ民主制の考え方」に起源すること、また、「戦争であれ革命であれ、暴力というものが、『権利のための闘争』の起動力だった」ことを、⁽⁹¹⁾だれよりも知悉していた。「特にフランスでは、1938年の『ミュンヘン』以後、平和主義（pacifisme）を説くことがきわめて困難」なことも、もちろん彼は承知だった。にもかかわらず、彼の場合、フランス人を前にこう問いかける。「『ミュンヘン』の亡霊によって、およそ建設的な議論が封ぜられているのでは」⁽⁹²⁾ないか。また、国内レヴェルで個人に「良心的兵役拒否」を承認してきた西欧諸国が、国際レヴェルで、是非を問わずあらゆる戦争を禁ずる憲法をもった国家に、どうして同じものを認めることをしないのか。この問いかけに、⁽⁹³⁾少数者による市民的不服従や良心的兵役拒否を擁護し、多元的で寛容な社会——それは、そうであるからこそ、「建設的な議論」に不可欠な環境であるはずだ——をそれぞれの理論で設計しようとしたリベラルな論者たちは、どう応えるのだろうか…。ここでそれを指してこういうか、もはやいうまでもないだろう。3. の記述を支えた問題関心は、リベラルさにおいても法・政治哲学界を先導する彼らもが戦闘的であることは、その思想史的背景や実践における葛藤の真摯さはどうであれ、理論的にも無視できない逆説を抱え込みはしないか、⁽⁹⁴⁾というものだった。だが、この問いに答えるのは、実は本稿の仕事では

は、たしかに抑圧はもっとも賢明でないだろう。しかしわれわれは、必要とあらば力づくでも、それらを抑圧する権利を主張すべきだ。[…] われわれは、寛容の名において、不寛容な者には寛容ではないという権利を主張すべきだ」(Ib. p.265, fn4)。この異様なまでに激しい戦闘性は、到底ハーバーマスの比ではない。

(91) 樋口前掲書(注10)193頁。

(92) 同書191頁。

(93) 同書192頁参照。

憲法の戦闘性

ない。本稿の目的は、冒頭に掲げたとおり、ひとまず、内外の憲法状況に見受けられる同質の戦闘性を摘示することだった。したがって、3. の成果としても、欧米の代表的な法・政治哲学者の所論を通じて、リベラルにおける戦闘性が確認されれば、足りることになる。

戦後西ドイツのリベラル左派を担った「68年世代の知識人の大方は、
[…] 国際法を道徳化し、異常事態における緊急の戦闘的人権政治を道徳化するハーバーマスに、明らかに追従するつもりでいる」といわれる。⁽⁹⁵⁾ また、先にもふれたNPDの違憲化は、ドイツのリベラル（＝社会民主主義）を政治レヴェルで担ってきたはずの社会民主党（SPD）と緑の党の連立政権によって推進されている。他方、アメリカにおける表現の自由保障の伝統的な「特殊性」にもかかわらず、今日、^{ヘイトスピーチ}差別的表現規制に好意的な論陣を張る者には、それまでリベラルを標榜してきた論者が現れはじめているという。⁽⁹⁶⁾ こうした今日の状況は、3. での認識に、

(94) こうした問いに対しては、根源的な反論を覚悟しなければならない。すなわち、3. (2)の末尾でも若干示唆したが、リベラルの批判性を思想史上に規定するのが西欧的正義観の伝統であるならば、その戦闘性は、“リベラルであるにもかかわらず”ではなく、“まさしくリベラルだからこそ”と表現するべきではないのか。この点、日本国憲法9条＝絶対平和主義における近代立憲主義との法思想的継承の側面と断絶の側面という、樋口の問題提起（たとえば、『憲法Ⅰ』（1998年／青林書院）416頁以下を参照）にそのままつながる難問だけに、やはり、本稿では問題の指摘にとどめざるをえない。

(95) *Blanke, a. a. O. (Fn. 25), S. 424.*

(96) たとえば、阪口正二郎「表現の自由・市場・国家——表現の自由と国家の役割をめぐる最近の合衆国の議論から——」（大須賀明編『社会国家の憲法理論』（1995年／敬文堂）27頁以下所収）28頁以下、同「表現の自由をめぐる『普通の国家』と『特殊な国家』——合衆国における表現の自由法理の動揺の含意——」（東京大学社会科学研究所編『20世紀システム5 国家の多様性と市場』（1998年／東京大学出版会）13頁以下所収）17頁以下、長峯信彦「アメリカにおける人種差別的ヘイトスピーチ——調節主義の提案——」（憲法理論研究会編『憲法基礎理論の再検討〈憲法理論叢書8〉』（2000年／敬文堂）129頁以下所収）130頁以下、樋口前掲書（注10）

図らずも状況証拠を提供してくれるようだ。

4. 日本の憲法学における戦闘性？

3. では、欧米のリベラルな論者にかぎっても戦闘性を確認できた。まして、リベラルに敵対する勢力、さらにはかならずしもリベラルにコミットしない勢力をも巻き込んで、それぞれしのぎを削る欧米の現実政治・社会・国際関係にあっては、旗色は鮮明である。理論的に葛藤するハーバースらを尻目に、NATO諸国によって「コソヴォ戦争」は遂行された。ドイツでは、国防軍のNATO域外派兵が、憲法裁判所によって追認された。⁽⁹⁷⁾ 目新しいところでは、オーストリアで——手続的にはまちがいなく民主的に——成立した極右連立政権に対するEU諸国の反応が、格好の例である。また、アメリカのような「特殊な国家」を除けば、西欧諸国では民族誹謗的言論を法的規制の対象とする立法はめずらしくない。⁽⁹⁸⁾ では、日本ではどうか。

133-4頁などを参照。差別的表現規制をこの文脈でもち出すことについては、若干説明を要するかもしれない。かんたんにいえば、主として健全な民主主義過程の維持に不可欠であるがゆえに優越的とされる表現の自由を、あえてその内容に着目して法的に規制することは、つまり、形式的には民主的正統性を主張できる表現に実質的なしほりをかけ、特定のものは法的制裁^{サンクション}を用いてでも民主主義過程から排除するということだろう。規制目的が（自由主義的民主主義の）「体制それ自体の擁護」であれ、『『少数者の保護』』であれ（阪口前掲論文「表現の自由をめぐる『普通国家』と『特殊な国家』」20頁参照）、「論理構造上」は変わりはない（内野正幸「憲法的価値の擁護義務と思想的自由」（『ジュリスト』No.1022（1993年）147頁以下所収）147頁参照）。樋口も、「たたかう民主制」を、「PCの論理と共通の発想から、それをひとつの憲法システムにまで高めた例」と表現している（前掲書134頁）。

(97) BVerfGE90, 286, Urteil v. 12. 7. 1994.

(98) たとえば、阪口前掲論文（注96）「表現の自由をめぐる『普通国家』と『特殊な国家』」20-1頁、樋口前掲書（注10）135-6頁、内野前掲論文（注96）147-9頁、同『差別的表現』（1990年／有斐閣）35頁以下などを参

一見すると、この問いは愚問かもしれない。そもそも、この国には差別的表現を規制する法令は——いまのところ——存在しない。またこの国は、人種差別を助長・扇動する宣伝活動の禁止を義務づける人種差別撤廃条約（4条）について⁽⁹⁹⁾、“表現の自由と抵触しない範囲で履行する”⁽¹⁰⁰⁾というのだから、その意味では態度を一貫させているかにみえる。たしかに、憲法解釈学説レベルでは、表現の自由の優越的地位にもかかわらず、一定限度の差別的表現規制を肯認ないし主張する見解も、少数ながら有力ではある⁽¹⁰¹⁾。しかし、「特殊な国家」アメリカの憲法判例にならいつづけた日本の憲法解釈学説の主流は、こうした表現の内容規制

照。

(99) くわえて、国際人権B規約20条2項および内野前掲書（注98）20頁以下参照。

(100) 内野前掲書（注98）27-9頁参照。もとより、本気でこうみる者はいないだろう。差別的表現に関して、「日本では […] 即座に応じることのできる事例に乏しい」のを承知で、あえて最3小判1990年4月17日民集44巻3号47頁（いわゆる政見放送削除事件）をとりあげた論者の次の指摘は、当該最高裁判決にとどまらず、「日本の状況」全般に妥当するとみるのが、ふつうだろう。「要するに、この判決には、リベラリズム強調主義や差別解消積極主義の片鱗も顔を出していないことはもとより、両者の対立に関わる苦慮を何ら感じない形式的、表面的処理のみをみせているのである」（戸松秀典「表現の自由と差別的言論」（『ジュリスト』No.1022（1993年）57頁以下所収）61頁）。もっとも、人種差別撤廃条約に対する日本政府の態度を、「グローバルスタンダードに見合った積極的な人種差別撤廃措置」の拒否ととらえ、それを日本の憲法学の「『たたかう民主制』というものに対する認識の甘さ又は暗さ」に帰する見解も存在する（大石 眞「結社の自由の限界問題——立憲民主制の自己防衛か自己破滅か——」（『京都大学法学部創立百周年記念論文集 第二巻』（1999年／有斐閣）175頁以下所収）179-80頁）。

(101) たとえば、内野前掲書（注98）154頁以下、戸波江二『憲法 [新版]』（1998年／ぎょうせい）259-60頁、棟据快行「差別的表現」（高橋和之・大石 眞編『ジュリスト増刊 憲法の争点 [第3版]』（1999年／有斐閣）104-5頁所収）など。

には依然^{センシティブ}敏感⁽¹⁰²⁾である。まして、日本国憲法を、ドイツの基本法と同じ「たたかう民主制」を選択したと読み、公権力による特定政党ないし思想の禁圧（その裏返しとして、特定政党ないし思想の公定）を一般的に許容する見解となれば、寡聞にして聞かない。日本国憲法に——ある意味で、ドイツと同様——「自由主義的民主主義の基本秩序」を読み、それを理由に——ドイツとはちがって——“「たたかう民主制」的なもの”⁽¹⁰³⁾を批判ないし懐疑するのが、大勢のはずである。

だが、この国の憲法状況に目をやれば、現実には——ここでも——法規範ないし法学説とはかならずしも一致しない。たしかに、国会で、政党助成こそ熱心に議論され法制化されても、さすがに政党禁止までは話題にのぼらない。しかしその一方では、既存の破壊活動防止法では飽き足らず、特定宗教団体をねらい撃ちにした団体規制立法が、あらたに行なわれている（いわゆる団体規制法（1999年））。学校現場では、大人にくらべ一般に批判能力が発達途上にあるこどもたちに「日の丸」「君が代」

(102) とりわけ、芦部信喜『憲法II 人権総論』（1994年／有斐閣）230-2頁を参照。また、奥平康弘『憲法III 憲法が保障する権利』（1993年／有斐閣）202-3頁、松井茂記『日本国憲法』（1999年／有斐閣）64頁、市川正人「表現の内容規制・内容中立的規制二分論」（長谷部恭男編著『リーディングズ現代の憲法』（1995年／日本評論社）99頁以下所収）も参照。差別的表現の規制をめぐる日本の議論状況については、内野前掲書（注98）146頁以下参照。

(103) たとえば、辻村みよ子『憲法』（2000年／日本評論社）217頁、松井前掲書（注102）77-8頁、戸波前掲書（注101）219-20頁、芦部信喜『憲法学III 人権各論（1）』（1998年／有斐閣）110頁、樋口前掲書（注94）401頁、野中俊彦・中村陸男・高橋和之・高見勝利『憲法I [新版]』（1997年／有斐閣）286頁（中村執筆）、初宿正典『憲法2 基本権』（1996年／成文堂）258頁、佐藤幸治『憲法〔第3版〕』（1995年／青林書院）47、135頁、樋口陽一・佐藤幸治・中村陸男・浦部法穂『憲法I [前文・第1条～第20条]』（1994年／青林書院）378-9頁（浦部執筆）、杉原泰雄『憲法I 憲法総論』（1987年／有斐閣）317頁など、多数。逆に、こうした憲法学のあり方を問いたすものとして、大石前掲論文（注100）。

が強制され、これらを国旗・国歌とする法律も制定された（いわゆる国旗国歌法（1999年））。職業倫理ないし自己の良心に照らしこれに異議申し立てした教師が、各地で懲戒処分を受けている⁽¹⁰⁴⁾。裁判官の任官拒否や再任拒否などは、かねてから陰に日に行なわれている⁽¹⁰⁵⁾…。もとより、これらのねらいは、冷戦下におけるような、「自由主義的民主主義の基本秩序」の保守に名を借りた、左右両勢力の切捨てによる体制維持では、もはやない。まして、「過去の克服」や少数者の人権保障ではありえない。それがなにごとであるかは、ここでは問わない⁽¹⁰⁶⁾。ただ、きわめて一般的でない方をすれば、そのどれもが、ある種の秩序観を公権力の側が実体化・静態化し、それにそぐわないものは、たとえそれが既存の実定法秩序において自身の地位の正統性を主張できても、これを強制排除しようとする点で、明白に戦闘的である。しかも、そうした措置の多くが、相当程度民意を反映したはずの国会で、それなりに民主的な審議を経て制定されたはずの法律を盾に、行なわれている。さらに、こうした措置がはらむ本質的問題に対する自覚が、それをとり巻く第三者層に往々にして欠けるだけに、その直接・間接の当事者の孤立感をいっそう深め、反「たたかう民主制」を自認する憲法研究者の憂慮をいっそう募らせる。

こうした状況にあって、少なくない憲法研究者が、手法のちがいや程度之差はあれ、あるいは試行錯誤のうちに、なんらかの実践的活動を試

(104) さしあたり、西原博史「不服従を讃える道 国旗・国歌の儀礼的利用と教師」（『法律時報』72巻8号（2000年）1-3頁所収）を参照。

(105) さしあたり、渡部保夫・宮澤節生・木佐茂男・吉野正三郎・佐藤鉄男『テキストブック 現代司法〔第4版〕』（2000年／日本評論社）76頁以下を参照。最近では、大阪地判2000年5月26日（神坂裁判）が記憶に新しい。

(106) さしあたり、西原前掲論文（注104）1頁、渡辺 治『日本とはどういう国か どこへ向かっていくのか 「改革」の時代・日本の構造分析』（1998年／教育資料出版会）のとくに第V、VI章、同『企業社会・日本はどこへ行くのか 「再編」の時代・日本の社会分析』（1999年／教育資料出版会）のとくに第V章などを参照。

みた。たとえば、「中堅・若手を中心とした憲法研究者が、ある程度の立場の違いを乗り越えて […] まとめた」⁽¹⁰⁷⁾「『国旗・国歌』強制は許されません——憲法研究者のアピール⁽¹⁰⁸⁾」では、次のように訴えられた。「もともと『国旗・国歌』あるいは『日の丸・君が代』をどう受けとめ、これらにどう向きあうかは、一人ひとりの個人が自己の思想・良心にてらして決めるべき […] です」。ここで戒められているのは、なんであれ、特定の思想を公権力が個人に強制することであって、「日の丸・君が代」だから強制が許されないとはされていない。まず警戒すべきは、こうした意味での強制であって、逆に、「日の丸・君が代」であっても、そうした契機が存在しなければ、少なくとも憲法19条の問題は直ちには生じないと、一応ここでは考えられているだろう⁽¹⁰⁹⁾。思うに、こうした慎重な態度表明には、明確な前提がある。この「アピール」で中心的役割を担った論者の次のような問題認識から、それを読みとることが許されるだろう。「〈国民の教育権論〉」という「枠組に支配されてきた […]」従来の「[『日の丸』『君が代』] 反対運動は、この旗、この歌のもつイデオロギー内容を根拠に、国民統合の象徴としての意味を否定し、子どもに歌わせないことを目的としてきた部分があった […]」。国旗・国歌法によって、[…こうした] 運動が打撃を受けたのは、そうした運動のあり方による […]。国民はこの旗、この歌を自分たちの国の象徴とは認

(107) 西原博史「国旗・国歌から見えてきた良心の自由」(『世界』2000年6月号134頁以下所収) 137頁。

(108) 現在この声明文には、<http://faculty.web.waseda.ac.jp/nissie> で接することができる。

(109) こうした立場は、たとえば、内野前掲論文(注98)(152頁)に端的である。また、安念潤司「信教の自由」(樋口陽一編著『講座・憲法学 第3巻 権利の保障』(1994年/日本評論社)189頁以下所収)209頁、西原前掲論文(注107)136-7頁も参照。もっとも、西原の場合、19条の「客観法的原理としての国家の信条の中立性」は、断念されていない(西原博史『良心の自由 増補版』(2001年/成文堂)321頁以下を参照)。

憲法の戦闘性

めていない、という論法は、国会の多数決で国旗・国歌法が可決されたことにより、崩れ去る。仮に多数決で認めたことであっても、個人として自らの人格と根本的に相容れないことを押しつけられれば、それに対して個人は基本的人権に基づいて否と言える、という発想は、そもそも前提になっていなかった⁽¹¹⁰⁾。そのうえで彼は、この「責任の一端」を、これまで「[良心の自由という]人権を口にしてきた側」にも着せる⁽¹¹¹⁾。

「日の丸」「君が代」反対運動の方法論に対しても、従前の良心の自由論に対しても、重大な反省を迫るこの認識は、他方で、「この旗、この歌のもつイデオロギー内容」をことさら敵視する勢力の存在を前提していることを、見逃してはならない。しかもその勢力に、「人権を口にしてきた側」が加担してきたふしがある。はたして、そこには、反「たたかう民主制」を自認する憲法研究者は含まれていなかっただろうか。あえて「中堅・若手を中心とし」、「ある程度の立場の違いを乗り越え」ざるをえなかった、この「アピール」のとりまとめ方が、こうした危惧に現実味を与える。彼らは、有効な反対運動にとって克服すべき対象が憲法研究者のなかにも存在するとふんだからこそ、こうした異例な手法を選択したはずだからである。

もっとも、反「たたかう民主制」を装う憲法学の戦闘性を、明確な学問的主張に確認することは、そうかんたんではない⁽¹¹²⁾。「憲法99条により特に憲法尊重擁護の義務を有する国務大臣の資格要件として、平和憲法に適合的でないと考えられる軍国主義思想の持ち主でないことを基準とすることは、[…]必ずしも不合理[…]ではない」といった見解も⁽¹¹³⁾、

(110) 西原前掲論文(注107)136頁

(111) 同134頁。

(112) 但し、先の論者によれば、少なくとも「〈国民の教育権論〉」にコミットしてきた憲法研究者は別となるだろう。

(113) 樋口陽一・佐藤幸治・中村陸男・浦部法穂『憲法Ⅲ [第41条～第75条]』(1998年/青林書院)198頁(中村執筆)。

憲法20条3項がとりわけ「国家と宗教との徹底した分離を規定するのは、具体的には、かつての神社神道の国教的性格を否定することを主眼とする」とみる⁽¹¹⁴⁾見解も、少数説をこえてサイレンス・マジョリティをなしているという証拠は、薄弱である。しかし、憲法学における、「憲法尊重擁護義務が思想・表現の自由との関係で有する緊張関係に対する自覚」の弱さを指摘する見解が、これまでの危うげな推察を支援してくれる。それによれば、「憲法や政府を暴力によって破壊することを主張する団体を結成したり、それらに加入したことを、公務員の欠格自由とする国公法38条5号や地公法16条5号は、これまで99条の憲法尊重擁護義務の法律による具体化の例として挙げられることはあっても、その合憲性に疑いがさしはさまれることはほとんどなかった」。そしてそれは、「これまでわが国においては、政権を担当する権力が改憲を熱心に説き、憲法の擁護に熱心ではなかったという特殊な状況」⁽¹¹⁵⁾に由来するとされる。なるほど、そうした特殊日本的憲法状況は、欧米諸国とはまたちがった意味で、総論において前提された反「たたかう民主制」——つまりところ、寛容^{リベラル}——の論理に不実な戦闘的解釈論を生産するには、良好な環境だったろう。

上の指摘によっても、「日本では、闘う民主主義の考え方は、憲法学界においてはもちろんのこと、政府・裁判所レベルや実定法制においても、採用されていない」⁽¹¹⁶⁾といった一般認識は、左右されないだろうし、安易に左右されるべきでもないだろう。だが、4. を終えるに際しても、

(114) 樋口・佐藤・中村・浦部前掲書(注103)388頁(浦部執筆)。なお、これに対する批判として、安念前掲論文(注109)211頁参照。

(115) 以上、阪口正二郎「憲法尊重擁護の義務」(高橋和之・大石真編『ジュリスト増刊 憲法の争点 [第三版]』(1999年/有斐閣)28-29頁所収)29頁。この論文に先立つ詳論として、内野前掲論文(注96)、石村 修『憲法の保障——その系譜と比較法的検討——』(1987年/尚学社)4章も参照。

(116) 内野前掲論文(注96)149頁。

こう疑わざるをえない。すなわち、少なくとも、こうした日本の憲法学の一断面にも、違憲（と認定された）思想は、たとえそれが民主的正統性を主張できるものであっても排除する（べきだ!）といった、あの戦闘性に類する姿勢を、読みとれないだろうか。

5. 常態としての戦闘性? ——むすびにかえて

さて、以上の検討をふまえると、冒頭で仮設した、内外の憲法状況における同質の戦闘性は、とりあえずいうことができそうである。もちろんそれは、網羅的というにはほど遠い、きわめて断片的かつ暫定的なものである。また、「戦闘性」という概念で通覧したいいくつかの憲法状況は、あくまでそれらの論理構造の共通性に着目したものにすぎず、それらの（法制）史的・（法）思想史的基層を探る作業は、意図的に回避されている。したがって、以上から、憲法（状況）を把握するための新たな包括的パラダイムを導き出すことはできない。まして、以上から、なんらかの実践的・規範的提言を行なうことなど、本稿はまったく企図していない。以上の成果をどう受けとめるかは、あくまで読者に開かれている。ただ、本稿を結ぶにあたり、若干の整理をしておきたい。

先述したように（4.）、日本の憲法学では、法解釈論ないし規範的主張において、「たたかう民主制」を批判ないし懐疑する立場が支配的である。しかし、比較法的記述において、「たたかう民主制」のドイツの特色を——程度の差はあれ——⁽¹¹⁷⁾相対化する見解も、存外多い。本稿で得られた認識も、そうした見解への同調を帰結するかにみえる。では、「たたかう民主制」ないしそれと同質の論理に由来する戦闘性は、近代立憲主義を根本原理とする憲法（状況）下においても、むしろ常態なの

(117) たとえば、長谷部前掲書（注3）18頁、木村俊夫「人権の観念と国家観——ドイツの基本権観をモデルとして——」（『比較憲法学研究』11号（1999年）37頁以下所収）48-9頁、大石前掲論文（注100）、樋口前掲書（注94）402頁、内野前掲論文（注96）148頁など。

か。とすれば、先にもふれた樋口による「たたかう民主制」の位置づけは(2.)、再考を迫られるのか。結論を急ぐまえに、さしあたり、この問いが含む以下の次元^{ディメンション}を区別しておくべきだろう。

まず、(1)“自由の敵には自由を与えない”という、「たたかう民主制」の論理——いいかえれば、「寛容の限界」の論理——の論理的可否である。本稿では、これを、リベラルにおける戦闘性、反「たたかう民主制」の憲法学における戦闘性というかたちで、あらかじめ否定的に解した視座のもと、対象を検討してきたが、この論理自体の考察をつめて行なうことはしなかった。仮にこの論理の不能をいえるのであれば、近代立憲主義における「たたかう民主制」の位置づけも、この次元においては、従前どおり維持できると考えられる。すなわち、近代立憲主義の論理的要請にてらせば、「たたかう民主制」はあくまでその変態である。次に、(2)「たたかう民主制」の近代立憲主義(思想)史における位置づけがある。これは、本稿でも意識し、なにより、樋口によってもくり返し指摘されてきたように、その論理的是非はともあれ、近代立憲主義自体が、自身の西欧的出自——それは、西欧的正義の伝統と不可分である——に忠実に、ある種の戦闘性を内包させてきた側面がある。これをより実証的に解明しようとする歴史研究も存在する⁽¹¹⁸⁾。そのうえで、この次元において、①近代立憲主義における戦闘性の必然まで語るのか、あるいは、②にもかかわらず、近代立憲主義の“こわれやすさ”や“偶然性”をいうにとどまり、なお——(1)との関係でも——緊張を意識するのは、もはや本稿の手にあまる問題である。もっとも、ここで仮に①を結論するとしても、(3)「たたかう民主制」と「戦闘性」の概念規定上の相互連関を整理しておく必要がある。本稿では、冒頭で後者を概念規定したうえで、前者が後者の論理に根ざすことをとくに断りなく前提してきたが、いうまでもなく、両者はまったく同じ概念ではない。したがって、後者

(118) たとえば、大石前掲論文(注100)など。

(119) この点、長谷部前掲書(注3)14, 17-8頁を参照。

憲法の戦闘性

について①がいえても、前者についてはかならずしもそうではないということは、ありうる。この点、前者につき、当面以下のレヴェルを区別するのが便宜だろう。①憲法レヴェルで制度化されたもの（たとえば、ドイツ基本法の政党禁止（21条3項）や基本権失効（19条））、②法律レヴェルで制度化されたもの（たとえば、フランスの1990年人種差別等禁止法）、③①②いずれのレヴェルにも確認できないが、法制度等の運用レヴェルで存在するもの（たとえば、日本の裁判官任官・再任拒否、「日の丸・君が代」の強制）、④①～③を社会レヴェルで支える、反憲法的価値に対して戦闘的な精神的あり方（たとえば、ドイツの歴史家論争、スローターダイク論争）。冒頭での概念規定によれば、「憲法状況」はいずれのレヴェルも含む。そして、そうした前提のもと、検討対象のそれぞれに「戦闘性」を読みとってきたのである。だが、これに対し、仮に「たたかう民主制」を①レヴェルに限定すれば、それは、②～④と同様の「戦闘性」を共有するにもかかわらず、その発現形態としてはひとまず区別される。この場合、「たたかう民主制」は、近代憲法史上（旧西）ドイツに初めて顕現した型である。換言すれば、①レヴェルまで戦闘性を明確にした国家の画期をなしたという意味で、ドイツの比較憲法上の地位は依然ゆるがないだろう。

ところで、こうした(3)の整理は、(4)「たたかう民主制」批判の対象についても、省察を促すだろう。(1)で戦闘性を支える論理を疑った者が、(3)のすべてのレヴェルで批判的である必然性はないからである。とりわけ、④レヴェルでの戦闘性まで留保なしに批判することは、たとえば、幸福にも、リベラルで多元的な言説空間——いわば“思想の自由市場”——で漸次醸成された「過去の克服」への社会的コンセンサスまでも、放擲しかねない。こうした事態を恐れる者が批判すべきは、あくまで、④レヴェルにおける“硬直した制度的言説空間の定型化”だろう。さもなくば、まさに際限ないニヒリズムである（それもひとつの立場かもしれない）。

最後に、上のどのレベルとも明確に区別されなければならない「戦闘性」がある。リベラルで多元的な社会で民主的に形成された穏和なコンセンサスにさえ、なおなんらかのかたちで異議申し立てざるをえない少数者に、法的正統性を承認するのが憲法のゆずれない役割だとすれば、憲法の戦闘性は、たしかに常態である。

(付記) 本稿の執筆に際して、西原博史氏(早稲田大学)、長峯信彦氏(愛知大学)から、貴重なご教示を賜った。この場をお借りしてお礼申し上げたい。