

# 憲法の歴史的記憶

——ドイツ集会法論争におけるリベラルと左派——

渡 辺 洋

- 1 立憲主義と平和主義
- 2 ドイツ連邦憲法裁判所
- 3 左 派
- 4 「憲法教育」の位相  
—故人への追想を結びに代えて

## 1 立憲主義と平和主義

近年のドイツにおける集会法をめぐる論争の過程<sup>(1)</sup>で、当事者の一方となったノルトライン・ヴェストファーレン州（ミュンスター）上級行政裁判所が判示したところによれば、まさしくネオナチの思想を「民主的な意見形成過程から排除することは、歴史的に規定された〔ドイツ連邦共和国〕基本法の価値秩序から導きうる憲法的見地であり」、こうした「憲法の歴史的記憶」は、「Nationalsozialismus民族社会主義と軍国主義から解放するために発布された法規定」を明示する同法139条に「その広範な憲法的表現を見出してきた<sup>(2)</sup>」。

およそ国<sup>(3)</sup>（の）法（制）である以上、憲法は、いかに近代立憲主義の普遍性が語られても、他方それをもつ当該国固有の歴史的体験と相即不離にある。上記判示（その是非は別として）にいう「憲法の歴史的記憶」に該当するものは、日本の憲法にあっては、明文上まずその前文に見出せる。そして、そこにも明らかな同法制定の歴史的文脈から、この国の

「憲法の歴史的記憶」には9条も欠かせない。この点は（同条に対する政治的評価を超えて）争いがないだろう。すなわち、ドイツともに第二次大戦の敗戦という「歴史的記憶」共有する日本は、これを受けた「憲法的表現」の一つ（むしろ構成的要素）として、9条＝絶対平和主義を選択したといえる。そしてその行き方は、かの国のそれとは相当に趣を異にする。

むろんドイツの行き方は、「民族社会主義」に対する「強い拒絶」<sup>(4)</sup>に矮小化されるべきではない。それは要言して、「たたかう民主制」という周知の、より一般的な「憲法的表現」をとった。たしかに、その近代立憲主義（史）上の位相については争いがある（ことに日本では）。これを近代立憲主義史上の異物、鬼子などとするにしても、しかし、これもまたかの国の「歴史的記憶」の「憲法的表現」であり、ポスト・ナチズムにおける（少なくとも額面上は）「自由で民主的な基本秩序」の構築に向けた真摯な選択だった。その今日に至るまでの曲折も含め、かの国の憲法的試行は相応の表敬に値する。

これに対し日本では、むしろ“絶対にたたかわない”という表現が採られた。それは、憲法が9条明文で対外的に「戦力」による安全保障を禁じたというだけではない。学説では専ら、そして（ある意味で）実務上も概ね、国内の反憲法的勢力を（意見レベルで）排除する法的対応を禁ずる、その意味で“たたかわない”憲法解釈・運用がなされてきた。あらためて戦前・戦中の出版・思想統制等に言及するまでもなく、それもまたこの国の「歴史的記憶」に深く根差した姿勢である。そして、こうしたいわば“たたかわない民主制”の近代立憲主義（史）上の位相については、これまで（この国では）さほど疑われてこなかった。他方絶対平和主義については、近時立憲主義との抵触が指摘されている。<sup>(6)</sup>

両敗戦国は、戦後なお生々しい「記憶」を凝視し、かつて果たせなかった「自由で民主的な基本秩序」の実現に向け、それぞれに「憲法的表現」を模索したはずだった。だが両国では、対照的な行き方ながら、や

## 憲法の歴史的記憶

はりそれぞれにその立憲主義との関係を問われているかに見える。そこでは皮肉にも、「憲法の歴史的記憶」と立憲主義は予定調和にはない。そしてこの分裂状況は、憲法の担い手にも微妙な影を落とす。前者を強調する者は必ずしも後者に敏感ではない（あるいはその逆）といった錯綜である。まして、9条支持者が軒並みいわゆる護憲派を自認した国では、この錯綜はいっそう深刻に見える。そこでは、革新（左派）＝護憲、保守（右派）＝改憲というこの国独特の政治的構図のもと、前者が護憲である以上、平和主義者であると同時に立憲主義者、言いかえれば個人の自由「最大の尊重」（憲法13条）を擁うりべラルでもある、といった図式が動揺を来すからである。<sup>(7)</sup>

本稿は、このような問題状況に正面から取り組むものではない。本稿の目的は、ドイツにおける集会法をめぐる論争の一端から、かの国における立憲主義ないしリベラルといわゆる「過去の克服」問題の関係について若干の布置を試み、もってこの国における問題状況を考察する一助とすることにある。結びの補論も、本誌の性格に鑑みた、この布置の特定の論者への試論的適用例にすぎない。

## 2 ドイツ連邦憲法裁判所

90年代半ば以降、ドイツ連邦憲法裁判所は「危機に陥ったと言われるようになった」<sup>(8)</sup>。基本法制定来数々の危機を経験しつつも国民の支持をかち得てきた同裁判所に当時向けられた批判は、しばしば感情的な語気さえ帯びると同時に多岐広汎にわたり、それだけに同裁判所の状況を「よく表して」いた。<sup>(9)</sup> 批判の過熱に一際資したいわゆる磔刑像決定と「兵士は潜在的殺人者だ」決定も、憲法裁判手続上ないし統治機構上の諸論点に加え、<sup>(10)</sup> 実体的問題を提起した。前者の決定では、「十字架に象徴されるキリスト教のドイツにおける圧倒的な優位性が、多文化社会の出現とその認知によって侵食されている危機感を背景」に、多数派の「積極的信仰」に対する少数派の「消極的信仰」の保障が<sup>(11)</sup>、後者の決定<sup>(12)</sup>

では（一定の集団を対象とした）意見表明の自由と（当該集団の）名誉保護の調整が問われた。<sup>(13)</sup>そして連邦憲法裁判所は、前者につき少数者の信仰の自由を、後者につき意見表明の自由を、学説のみならず他の憲法諸機関とりわけ政治部門、さらには国民からの広範な「批判の弾幕射撃」<sup>(14)</sup>を浴びてなお優位させた。その意味で、この時期の同裁判所の傾向はたしかに「リベラル」といえる。<sup>(15)</sup>いわゆる「たたかう民主制」が象徴したドイツの戦闘的憲法体制が「異論に対する寛容のシンボル」へと転換したと述べた論者も、その「何よりの例」にこの二決定を挙げていた。<sup>(16)</sup>より精密には、表現の自由の関する同裁判所の説示（萎縮効果論）におけるアメリカ判例理論の明白な影響を指摘する見解が重要である。<sup>(17)</sup>そこでも、こうした傾向への批判（「アレルギー」）と、『『体制の敵』からの言論攻撃に対して自らを守る国家体制は、一方でその担い手が体制に真にコミットしていることを前提とし、そうである以上このコミットへの疑いも、倒錯的に、許さない』<sup>(18)</sup>というかの国の「特殊な社会的背景」との相関が注記されている。

さて、時期的には2000年以降に始まる先述の集会法論争において、もう一方の当事者となった同裁判所の諸判断も、この「リベラル」な文脈で語る事ができる。もっとも、その起源はブロックドルフ決定（1985年）に遡る。それによれば、そもそも基本法にいう「自由で民主的な基本秩序」は、「歴史的に生成してきた既存の国家的・社会的諸関係はより良くしうるし、またより良くする必要があるという」前提に立つ。ここから、「不断に更新される意思決定」によって解決すべき「終わらなき課題」が生ずる。この意思決定形成の途は「trial and error」の過程」であり、恒常的な精神的対峙、相互批判を通じて、当該「国内で活躍する政治的諸力間の合力と妥協としての（相対的に）正しい政治的進路」<sup>Linie</sup>を最もよく保証する。その際、この意思形成が「国民から国家諸機関に」流れ行くべきで、その逆であってはならないとなれば、「市民が政治的意思形成に参加する権利は、選挙時の投票のみならず、政治的意見形成

## 憲法の歴史的記憶

の恒常的過程への働きかけにおいても表明される」。それは、民主主義国家においては原則として「国家から自由に」行使されねばならない。

このような（実に）多元主義的な民主主義観からすれば、「市民」の政治参加の位相も当然多様となる。なかでも、現代における各種社会的権力、ことにマスメディアの抜き難い影響力に鑑みれば、零細な個人レベルには、自らも政治的に結社し活動しないかぎり、「一般的には、デモに向け集会の自由を行使して集団的に訴えかけることしか残されていない」。かくして、民主的公共体における「集団的意見表明の自由」としての集会の自由の「根本的意義」が導出される。<sup>(19)</sup>

基本法8条による集会権保障も、このような趣旨に根差すものである。<sup>(20)</sup> もっとも同条は、まず1項でそれを「平穏」かつ「武器を携帯」しないものに限定し、また同項で「届出または許可なし」に保障された権利も、次項では屋外集会について法律の留保に係らしめる。しかし同裁判所によれば、それも（意見表明の自由と同様）立法者によって「任意に相対化されてはならない」。憲法の文言上は一見一般法律の制約下にあっても、立法者は、先に述べた「基本法第8条に体现された憲法の基本決定を尊重しなければならない」。すなわち、立法者が集会の自由を制約するのは、「厳格な比例原則を遵守しつつ、他の同等の法益を保護するためにだけ」である。<sup>(21)</sup>

以上は、立法者が制定した諸法律を所轄当局や裁判所が解釈・適用する際にも妥当する。すなわち、国家機関は、デモにより第三者の法的立場が害される場合でも、つねに集会権の「自由で民主的な国家における意義に照らして」関連法規を解釈し、それに基づく制限措置も「同等の法益の保護に必要なだけ」にとどめねばならない。具体的には「集会<sup>Gesetz</sup> über Versammlungen und Aufzüge」（以下集会法という）、とりわけ（同法14条に加え）屋外集会の禁止、解散、付帯条件につき定める同法15条が「決定的に重要」である。<sup>(22)</sup>

事実、同条1項にいう「公共の安全又は秩序」が集会法論争でも焦点

となった。これほどの桎梏を課せられたわけである。ミュンスター上級行政裁判所とともに「憲法の歴史的記憶」に忠良であろうとする者は、同項が許す強力な手段を、幸い「不確定的」<sup>(23)</sup>に見えるこの「公共の安全又は秩序」概念を「法的に是認しうるぎりぎりまで」拡張的に解することで、ネオナチによる集会・デモの規制に「動員」したいところだろう。しかし、ブロックドルフ決定はそれも容易には許さない。連邦憲法裁判所は、代表的な警察法学説に依拠しつつ、この概念を次のように（「合憲的」<sup>Verfassungskonform</sup>）に明確化する。いわく、まず「公共の安全」<sup>die öffentliche Sicherheit</sup>（以下公安と略記する）は「個人の生命、健康、自由、名誉、所有及び財産、ならびに法秩序および国家組織の無疵性といった、枢要な法益を包含する。この場合、通常公安の危殆が想定されるのは、これらの法益の可罰的な侵害がさし迫った場合である」。これに対し「公共の秩序」<sup>die öffentliche Ordnung</sup>（以下公序と略記する）とは、「特定の領域内における人間の秩序だった共同生活の欠くべからざる前提」として、「その時々々に支配的な社会観・倫理観にそって」追求される「不文の諸準則の総体」である。そして、禁止や解散を考慮しうるのは、主として（公安に係る）「根本的な法益」を保護するためにだけであって、一般的に「単なる公序の危殆では十分ではない」。つまり集会・デモに当然付随する近隣への単なる「迷惑」や円滑な道路交通の要請のみでは、この重要な基本権の制約を全然正当化しないのである。また、禁止や解散の条件は一般警察法におけるよりもいっそう重く、「公安または公序が『直接的に脅かされる』場合のみ」である。この危険判断はその時々々の具体的状況に基づくべきであり、「単なる疑念や推測では足りえない」。つまり、先述の「厳格な比例原則」をふまえれば、禁止や解散は「最後の手段」<sup>ultima ratio</sup>であって、その動員は付帯条件のような「より緩やかな手段が尽きた」ことを前提とする。<sup>(24)</sup>

ここで同裁判所は、「不文の諸準則の総体」の侵害可能性を完全には排除していなかったとみられる。<sup>(25)</sup>ただ、上記が示すその適用領域の厳格な限界づけに加え、やはり代表的な警察法学説によれば、公安概念の主

## 憲法の歴史的記憶

要な保護法益が、実定政治刑法によって特別に規定されたそれか<sup>(26)</sup>、前述のように国家ないし第三者の利益にはほぼ符合することから、これらに触れない以上、当該集会・デモの掲げるネオナチ的思想内容に着目した規制の余地は、原則としてないことになる。<sup>(27)</sup>

このように、集会の自由を含む「コミュニケーション基本権」<sup>(28)</sup>を重視する立場は、少なくとも“ネオナチ思想の民主的な意見形成過程からの排除”には資さない。こうした姿勢を「リベラル」というのであれば、たしかにそれは、ミュンスター上級行政裁判所がいう「憲法の歴史的記憶」から来る要請に応えることができない。<sup>(29)</sup>

### 3 左派

こうした連邦憲法裁判所に対しては、90年代半ばと同様方々から（もともと今回は、学界、法曹界などを中心に）批判が寄せられた。基本法に対する忠節において人後に落ちるとは必ずしも思われない論者たちが、この論争でも少なからず「リベラル」の批判者に回ったのである。「憲法の歴史的記憶」を真摯に受け止めた（と信じる）彼らは、そしてなによりミュンスター上級行政裁判所は、これに法実効性を付与し、つまるところネオナチに対する表現内容（非中立）規制を敢行すべく、様々な解釈論を展開する一方、リベラルな法治国家性に執着する連邦憲法裁判所の「憲法の歴史的記憶」に対する真摯性、忠節度を逆に疑った。

では、連邦憲法裁判所は「憲法の歴史的記憶」に不実なのか。少なくとも同裁判所自身はそのようには考えていない。その判示には、現行基本法（解釈）の対ネオナチ防衛効果の不十分さを強調するあまり、法治国家的保障を掘り崩してしまいかねないミュンスター上級行政裁判所の姿勢に、むしろあの「不法国家」を重ねるかのような件さえ看取<sup>くだり</sup>できる。いわく、たしかに「民族社会主義の拒絶を、基本法は多くの規範で明確に、例えば139条において表明したが、しかし、それを一般的な法治国家的保障の構造においても表明している。そしてその欠損こそは、人間

を蔑ろにした民族社会主義という体制を特徴づけたものだった。法治国家的保障の遵守にこそ、基本法は不法国家の復活を阻止する重要な保証<sup>(30)</sup>を見ているのである」。

こうした立場によれば、「憲法の歴史的記憶」、それを銘記した基本法と「リベラル」との緊張といった問題は仮象と化すだろう。すなわち、本稿が集会法論争に看取した「憲法の歴史的記憶」とそれへの忠節のあり方という論点は、実はあるべき基本法解釈をめぐる争いだったということである。リベラルでないのは「憲法の歴史的記憶」では（まして基本法それ自体でも）ない。むしろ「憲法の歴史的記憶」を強調する論者たちの基本法解釈姿勢が疑わしい。ところが、概して「過去の克服」にも熱心な彼らは、かの国ではしばしば政治的に左派に分布し、ときに「リベラル左派」あるいは「民主的左翼」とも称される（恐らく、単に“共産主義的ではない”“急進的ではない”という者も含めて<sup>(31)</sup>）。依然その代表格と目される論者も、周到な理論的留保を付しつつも、「かつてナチに率いられた国防軍の無残な犠牲となった一つの国に対する恐るべき軍事攻撃<sup>(32)</sup>」（へのドイツの参加<sup>(32)</sup>）を正当化した際、「ホロコーストに対する[…]正しい回答」（文字通り「憲法の歴史的記憶！」）に言及したことがあ<sup>(33)</sup>った。旧体制（すなわち民族社会主義体制）来君臨する法曹、法学者の責任追及にも及んだ学生運動華やかかなりし創刊期に濃厚な「マルクス主義的啓蒙のアプローチ」を措けば、民主主義や法治国家、少数者保護に対し政党その他の団体の彼岸でジャーナリストイックに関わる「基本傾向」は不変だったと回顧される「批判的」法律誌に、集会法論争の最中寄せられた一小稿もこの点で興味深い。

その論者もまた、「基本権に対する原則的な自由の推定は、その自由の行使が、政治情勢の然るべき変化に際しまさしくこの自由の廃止を目指す場合にさえ、その優位性を主張しうるのか」を問うところから説き起こす。そして、この問いをめぐる従前の議論、現今（当時）では集会法論争における間隙を、基本法8条1項にいう集会の平穏性と非武装性



## 憲法の歴史的記憶

(武器の不携帯)に着目して埋めようとする。それによれば、ドイツ憲法史のみならず、戦後の各種人権条約に照らしても、集会の平穏性は集会の自由の「本質的前提」であり、これを欠く暴力的な(とりわけ武器を携行した)集会は政治的人権の保障を享受しえず、「それゆえ一般秩序法・集会法上の諸規定にしたがって禁止ないし解散しうることに、問題はない」。ここで平穏性とは、集会権の「根本的意義」を強調する連邦憲法裁判所の先述の定式のごとく、単に「人や物に対する暴力活動が発生しないこと」に尽きない<sup>(35)</sup>。もとより平穏な集会の要請から導かれる「公共の平穏」の法益は、社会や各種国家機関を、様々な批判や人の集まりにつきものの公論ないし個人的見解に対する圧力から庇護することではない。この論者も、集会の目的は「他人をある程度動揺させ、その立場の再検討を促すこと」にあるとし、「これはみな開かれた、多元的で民主的な憲法体制に即した社会の性格に相応する」と述べるあたり、連邦憲法裁判所の説示さえほうふつさせる。だがしかし、公共の平穏の危殆化と破壊を防ぐには、多様な意見に対する原理的公開性にもかかわらず、「一定の限界が維持されるべきである」。すなわち、基本法1条によれば、何人もドイツに生きる者は、平等な人間の尊厳に対する責任を免れず、これを疑うことは許されない。これこそは、自由と平等に基づく社会の決定的基礎だからである<sup>(36)</sup>。

こうした考え方は、基本法によって整序された社会という発想と親和的にみえる。実際、論者も公的機関の責任を強調する。やはり各種人権条約にも確認できるとされる、“個人が、出自や国籍、人種的相違とされるものに基づいて人権ないし人格的権利を問われるという恐れから免れて生きる権利”(論者によれば「安全に対する権利」)の否定という点で、比類ない歴史的経験をもつドイツは、それを基本法に銘記した。その9条2項も、ヴァイマル憲法124条とは対照的に、実定刑法違反にとどまらない結社規制の余地を定める。すなわち、「結社のうちで、その目的もしくはその活動が刑事法律に違反するもの、または、憲法的秩序もし

くは諸国民のあいだの協調の思想に反するものは、禁止される」。ここから論者は、「基本法自身がある点で、公共の一国内の一平穏という法益を具体化し、諸国民のあいだの協調の思想に反する結社はドイツにおける平穏な共存の基礎を直接脅かす、と表現している」と解する。この種の危険認定は、しばしば結社禁止という法的効果をも帰結する<sup>(39)</sup>。

論者の主張は、基本法上の「諸国民のあいだの協調の思想」に専ら着目しつつ、これを（基本法妥当領域を超えて）現代人権思想の世界的潮流にも位置づける点で、ミュンスター上級行政裁判所の立論とはひとまず一線を画す。しかし、基本法に見定めた「突出した法益」の“全方位的拡散”を試みる論法において、同裁判所と軌を一にする。公的機関に許される措置が、明文上実定刑法に基づく「処罰」に限定されるかに読める基本法26条1項<sup>(40)</sup>に対し、同種の法益を含む同法9条2項が課すハードルは「明らかにより低」く、単に「諸国民のあいだの協調の思想に反する傾向」だけで足りる。このことは、論者によれば、26条1項が特記する「侵略戦争の遂行を準備するのに役立ち、かつ、そのような意図をもってなされる行為」が、国内外の平穏に対する「諸国民のあいだの協調の思想の際立った意義を基本法自身において明確化する」ための例示でしかないことを意味する。ゆえにこの法益は、26条1項はもとより、9条2項をも超えて妥当し、8条1項の「平穏」解釈に際しても直接参照しうる。かくして、「開かれた、多元的で民主的な憲法体制」における「一定の限界」は、当該集会・デモの「諸国民のあいだの協調の思想に反する傾向」に着目した規制によっても引かれることになる<sup>(41)</sup>。

このように、論者の説く集会規制根拠は、連邦憲法裁判所が集会法15条1項の「公安」概念に押し込めたものに収まらない。とりわけ個人の具体的法益に還元できないそれは、すなわちある種の公序を志向する。しかもそれは、ミュンスター上級行政裁判所が集会法15条1項の「公序」概念の解放によって目指したそれよりもドイツの対外的責務を意識する点で、いわば“国際的”である。ヘイトスピーチに対する法的対応を要

## 憲法の歴史的記憶

請する人種差別撤廃条約に論者が言及するとき、それは国内外の「公共の平穩の具体化」においてであって、個人（ないし集団）の人権保障それ自体においては言い難い。<sup>(42)</sup>こうした解釈姿勢は、「リベラル」な連邦憲法裁判所のそれと、左派にもかかわらず、あるいは左派だからこそなのか、たしかに対照を成す。

### 4 「憲法教育」の位相—故人への追想を結びに代えて

「権力を暴走させないように権力を担当する者を義務づけるところに憲法の本質がある」<sup>(43)</sup>ことは、本誌で追悼される故人が、折にふれ終生力説したところだった。故人は、その日本国憲法制定史研究の成果から<sup>(44)</sup>、日本国民が「憲法制定作業に加わる機会を奪われた結果、自分達の手で議論し、合意を得るまでの膨大な『憲法をつくる努力』を払っていないこと」には自覚を促しつつ、「憲法の空洞化を許さないためには、『憲法をつくる努力』の分も含めた『憲法をいかす努力』が国民の側に必要であるとしたが<sup>(45)</sup>、もとよりそれは憲法による法的義務づけを意味しない。つまり、憲法が描く秩序（憲法的秩序）は、国民を（法的には）義務づけない。

日本国憲法の「歴史的記憶」を銘記した前文および9条から、国民の主観的権利としての「平和的生存権」を導き出す解釈論的立場（いわば人権としての絶対平和主義）の採否に関わらず、<sup>(46)</sup>絶対平和主義は、「この国のかたち」を（主に禁止規範として）命ずる点で、憲法が描く秩序形態の一つ（むしろ構成的要素）でもある。そしてこの秩序形成にも、国民の側の忠誠は（法的には）強要されないことになる。<sup>(47)</sup>

にもかかわらずこの秩序の「空洞化」を阻止するには、故人によれば、これを「いかす努力」が国民の側に欠かせないはずである。もとよりそれも、「動員」に基づくものではありえない。そしてこの「動員」は、公権力によるものに限られない（筆者はここで、「連帯」や「団結」の事実上の強制を想起している）。「動員」に基づく秩序は権力の暴走に対する

歯止めとして覚束ないだけでなく、そもそも非民主的であるがゆえに反憲法的である。とすれば、個々の国民の主體的な「努力」を得るには、それ相応のインセンティブが彼らに必要だろう。<sup>(48)</sup>すなわち、「なぜ日本国憲法が、とりわけ、国民主権主義や平和主義や基本的人権等が、自分たちにとって守らなければならないものなのか、又自分たちの生活を守り要求を実現してゆく上で大切なのか」<sup>(49)</sup>が、各人において真摯に自問自答される必要がある。秩序としての絶対平和主義を人権に読み替える先述の解釈論的試行は、その一回答としても理解できる。他方この文脈で、故人が「憲法教育」に着目したのは自然だった。

この点近時、「日本国憲法の基本価値を擁護し、基本価値の重要性とそれに基づく政治の必要性、日本国憲法に基礎づけられた政治・社会の統合を説くこと」の必要性を論ずる文脈で、「たとえば、[...]教育の目的として『個人の尊重を重んじ、真理と平和を希求する人間の育成を期する』（教育基本法前文）ことを掲げることは、憲法価値の教育という観点から積極的に評価される」との提言がなされている（憲法の基本価値の教育を通じた積極的注入）。だがそれには、「日本国憲法の下での『闘う民主制』の可能性についても、『闘う民主制』の考え方は、何をもって『闘う民主制』と理解するかという根本問題があるものの、日本国憲法の下でも採りえないものではないと思われる」との前説が伴っていた。<sup>(50)</sup>

日本国憲法制定史研究を通じていわば「憲法の歴史的記憶」の方面でも研究を深めたといえる故人は、「憲法教育」の場面でもその成果を精力的に活用することで、当時の（そして、故人によれば恐らく、今日なお頑強に残存する）「憲法条文中心主義教育」の克服を目指したが<sup>(51)</sup>、その具体的あり様は、もはや直接見聞すべくもない。ただ、故人若かりし頃の論文末尾の件は、その逝去に至るまでの一貫性自体驚異的なだけに、彼特有の憲法教育方法論の（「努力」のインセンティブとしての）今日的有効性を考えるうえで、参考になる。以下、やや長文となるがいとわず引用する。抽象的な理念にとどまる「憲法のタテマエ主義的記述は、[...]

## 憲法の歴史的記憶

現実の矛盾を批判し変革する熱意と能力を欠いた体制順応的人間か、あるいは矛盾に満ちた現実に触れた時、憲法の民主的側面をも含めて全面否定をする憲法ナンセンス論者（実は体制順応派の裏返し）が出現するのも当然の理である」。このことはまず、憲法研究者自身に「小学校1年生から系統的に正しい憲法観を教育してゆく作業に研究者として主体的に参加」することを「痛烈に要求」する。また憲法学の諸理論には、「それが単なる抽象的な理論としてとどまるのに満足するならばともかくも、もしそうでないなら、それを理論の受け手のところに効果的に届ける作業」が求められる。その際、当該「理論自身の有効性」が問われることは言うまでもない。この点、(当時の)樋口陽一や影山日出弥の提唱が「一定の層に説得力を持つことを十分認めながらも、それが、憲法ナンセンス論にひかれる者にとっての有効性ということになると疑問を感じざるをえない。すなわち非歴史的に原理をタテマエとして教育されてきた者にとって、いかに憲法の有効性・拠点性が憲法の原理の論理操作で見事に展開されても、それらは、まさに裏返しの方テマエ主義として受け取られ何らの感動も共感をも呼び起こしえないのではないかと考えるからである。それらの原理が、歴史的生成をあきらかにされ、しかもそれが現実に生活をする自己の矛盾とむすびつけられ、現実に存在する多くの運動の担っている価値と展望とにむすびつけられてゆくことにより、はじめて理論が現実的な力をつくる理論たりうように思われるのである」<sup>(52)</sup>。

こうしたいわば歴史的方法に基づき、「青年・学生を […] 憲法ナンセンス論から正しい見方に変える」教育は、先の論者の示唆したある種の戦闘性を帯びはしないか。こうした懸念の当否は、今日なお、それが（なんらかの「感動」や「共感」を呼び起こすなどして）「青年・学生」の主体的「努力」をどれほど導出しうるか（すなわち、「努力」のインセンティブとしての有効性）にも依存するだろう<sup>(53)</sup>。過去の「否定的事実」の規範力（憲法的秩序の自生的形成力）は、必ずしも自明ではない<sup>(55)</sup>。

こうした異論（憎まれ口？）も教示がかなわない今となつては、「憲法の歴史的記憶」をめぐる左派とリベラルという本稿の試論的構図も、（政治的には紛れもなく左派に属した）故人の仕事の評価に、一定の視角を提示するにとどまるしかない。

注

- (1) これについては拙稿 c で論じている。本稿の論述もこの稿に負うところが少なくない。
- (2) OVG NRW, Beschluss vom 30.4.2001-5 B 585/01-。なお、引用文中の [ ] は筆者が補った（以下同じ）。
- (3) こういう言い方をするとき、筆者の念頭にあるのはむしろ、「空間的にも時間的にもごく限られた特定の歴史社会に対応する憲法のありかた」に「人類普遍の原理」を読み取る逆接的営為である（樋口 a: 30を参照）。
- (4) OVG NRW, Beschluss vom 25.1.2001-5 B 115/01-。
- (5) これについては、かつて拙稿 b で論じたことがある。
- (6) とりわけ長谷部：61f. を参照。
- (7) 傍証としての適切さも心許ないが、例えば、「国旗国歌と憲法」をめぐって「いまだに続く不毛の対立」を問う2004年3月28日付朝日新聞朝刊の論説などには、「左手」と憲法への共感はうかがえても、“個人の思想・良心の尊重”という気配は感じられない。
- (8) 渡辺：10。
- (9) 例えば、「コミュニケーション的自由と人格権保護が衝突する領野」では、「名誉保護の抹殺」(Manfred Kiesel), 「スキャンダラスな不法状態」(Martin Kriele), 「<sup>Liberalität</sup>脱文明化した言語形態と行動様式」(Thomas Vesting), 「(リベラルというよりは) <sup>Libertinage</sup>ふしだら」(Horst Sendler) といった言辭が飛び交った (vgl. *Hoffmann-Riem*: 174f.)。
- (10) 畑尻：(上) 74。
- (11) なかでも憲法裁判所と他の裁判機関との関係について、畑尻：(下) 79ff, *Hoffmann-Riem*: 173ff. などを参照。
- (12) 石村：101f.
- (13) 例えば、小山：152ff. を参照。
- (14) リンバツハ：74。
- (15) 渡辺：10。そしてそれゆえに、先の二決定を含む同裁判所の諸判断は、日本では概して「その内容のみをかぎり決して不当なものではな」い（戸波 a: 8）と評されるだろう。

## 憲法の歴史的記憶

- (16) 樋口 b: 26f. なおこうした観方には、拙稿 a: 721ff. で若干の検討を加えた。
- (17) 毛利 b: 574f. および 591f. の注 (1), (6) を参照。
- (18) 毛利 a: 26f. 注 (27)。
- (19) BVerfGE69, 315/345f.
- (20) 但し、学説でも指摘ないし批判されるように、本判決では「自己の人格を自由に発展させる権利」(基本法2条1項)につながる要素も併せ援用されている (BVerfGE69, 315/344f.)。
- (21) BVerfGE69, 315/348f.
- (22) BVerfGE69, 315/349. なお、集會法は以下のように定める。

### 第14条

- (1)公に屋外集會を開き又は行進を行う意図を有する者は、所轄庁が当該集會又は行進の対象の[届出]記載を受けて公表する少なくとも48時間前には、これを届け出なければならない。(2)は省略)

### 第15条

- (1)所轄庁は、集會又は行進の実施に際し、処分通告時に認識しうる諸状況から公共の安全又は秩序が直接脅かされるときは、これを禁止し又は一定の付帯条件に従わせることができる。
- (2)所轄庁は、集會又は行進が届出記載事項に反するとき、付帯条件に違背するとき、若しくは前項による禁止のための諸前提が存するときは、これを解散することができる。
- (3)禁止された集會又は行進の実施は、中止させることができる。
- (23) 本決定における憲法異議申立人もこの点に言及していた (Vgl. BVerfGE69, 315/327)。
- (24) BVerfGE69, 315/352ff.
- (25) Vgl. *Dörr*: 496.
- (26) 例えば、侵略戦争を懲罰する罪 (刑法80条 a), 違憲組織の徴標を使用する罪 (同86条 a), 国家及び国家の象徴、又は憲法上の機関の名誉を毀損する罪 (同90 a, b 条), 外国の代表を侮辱する罪 (同130条) など。
- (27) Vgl. z. B. *Gusy* a: Rn. 82ff.
- (28) 公序を公安の「リザーブ」と解するにしても、いわば実定法 (秩序) で (公安として) 客観的に表現された公序のみが考慮されるべき公序であるというのが、法治国家性から来る原則だろう (vgl. *Brining*: 218, *Dörr*: 498, *Gusy* b: 107, usw.)。その意味で、当局に例外的に内容 (非中立) 規制を授權する関連刑法規範が決定的となる (vgl. z. B. BVerfG, 1BvQ 17/01 und 18/01 vom 7.4.2001, Rn. 32, 1BvQ 19/01 vom 12.4.2001, Rn. 8, usw.)。もっとも、何が「正しい」法治国家性なのか、そもそも見解を分岐させる問題なのだが

(vgl. *Rühl*: 531)。

- (29) Vgl. z. B. BVerfGE 69, 315/342f., *Kunig*: Rn. 2, usw.
- (30) BVerfG, 1BvQ 22/01 vom 1.5.2001, Rn. 17.
- (31) 関連して、村上: 118ff., 三島 a: 369, b: 4ff.などを参照。ここでいう左派の「リベラル」や「民主的」を、“基本法体制を攻撃しないどころか、むしろこれへの忠節（いわゆる憲法パトリオティズム）を包み隠さない”姿勢と言いかえても、その場合基本法の根幹的価値原理とその具体的適用をどう解するのか、という問題の所在は変わらない。
- (32) ルップ: 480.
- (33) *Habermas*: 6.
- (34) *Erd*: 106f.
- (35) この平穏性は、より一般的に「基本権と人権の前提」とも表記されており、それが後述する平穏性のメルクマールの（表現内容非中立的）拡大と相まうと、基本権の公序化に等しい帰結が導かれるだろう。
- (36) *v. Roetteken*: 330f.
- (37) *v. Roetteken*: 332.
- (38) 「すべてドイツ人は、刑事法律に反しない目的のために、社団又は団体を結成する権利を有する。この権利は、予防的措置によって制限することはできない。[以下略]」。本条および後出の基本法条文の訳は、高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集〔第3版〕』（2001年／信山社）によった。
- (39) *v. Roetteken*: 332f.
- (40) Vgl. *Fink*: Rn. 54, aber *Jarass/Pieroth*: Art. 26 Rn. 5, *Streinz*: Rn. 34.
- (41) *v. Roetteken*: 333. なお論者は、こうした9条2項の8条1項への転用の許容性を集会の自由と結社の自由の緊密な関係に求める際も、基本法、ドイツ憲法史に加え、ヨーロッパ人権条約を引証する (*ders.*: 334)。
- (42) *v. Roetteken*: 334f. なお、拙稿 b: 1184で指摘した、基本法9条2項における「戦争加害国としての外交政策的配慮」とは、この点を意識してのものだった。
- (43) 播磨 b: 3.
- (44) 本誌所収の故人「主要著作」のうち、彼が本学赴任前に『山口大学教育学部研究論叢 第1部 人文科学・社会科学』に寄せた一連の論稿がその中心を占める。
- (45) 播磨 b: 17.
- (46) もっとも、「9条=『平和的生存権』の保障規定」とまで割り切るのであれば（例えば浦部: 402f.）、客観的秩序（制度?）としての絶対平和主義は、逆にそうした人権保障のいわば反射的效果となるだろう。
- (47) もっとも、「国連の軍事的制裁措置に個人単位で傭兵として参加する



## 憲法の歴史的記憶

- ことは、憲法上「…許されない」とする見解もある（常岡：119）。
- (48) かつて絶対平和主義に「善き生き方」を投影する風潮が「動員」を容易にしたのであれば、それは少なくとも今日、「努力」のインセンティブとして甚だ心許ない（長谷部：61f.を参照）。
- (49) 播磨 a: 32.
- (50) 戸波 b: 87, 91, 138f. なお論者は、こうした主張を国家の基本権保護義務論も意識して行っており、その点で本誌所収の木下論文にも関わるだろう。
- (51) 播磨 b: 6f.などを参照。
- (52) 播磨 a: 33f.
- (53) 故人が残した学部ゼミ生は、その成果だったといえる。だがそこに、次のように達観する論者のいわば“理論に対する情操教育の優位”に通ずるものを感知せざるをなかつたことも、事実である。「…優しくて、寛容で、裕福で、安泰で、他人を尊重する学生を世界の至るところで生み出すことこそ、…必要なすべてなのです。私たちがこのような若者を育てれば育てるほど、私たちの人権文化はより強く、よりグローバルになるでしょう」（ローティ：156）。なお、この種の心優しい学生の創出（情操教育の成否）は、この論者によれば、彼／彼女が、例えば「ホロコーストと隣り合わせに育ってきた」といった特異な「記憶」をあらかじめ持っているか否かに負うところが大きい。ただ、そのような彼らにとっても、例えば「街を闊歩するスキンヘッド」などは理解し難い（つまり、寛容の限界）とされる（同155f.）。
- (54) 播磨 b: 6f.
- (55) 例えば樋口の所説が、ある側面において「憲法のタテマエ主義的記述」であることは、恐らく誰より本人が自認するところだろう（彼一流の「批判的普遍主義」「強くあろうとする個人」といった表現を想起）。他方、（憲法学界でも広く共有される）本節冒頭の言明自体（「権力を暴走させないように権力を担当する者を義務づけるところに憲法の本質がある」）、明らかに規範的でありうる。このことをふまえたうえで、故人は、自身の憲法学方法論が、樋口らのそれよりも“受け手に感動や共感を呼び起こす”点でより有効だと主張していた、という点を確認する。もっとも、故人も認めていたように、樋口らの憲法学は紛れもなく「一定の層」（筆者も含む）に絶大な影響を与えてきた。樋口について言えば、それはたしかに、「小学校1年生から系統的に正しい憲法観を教育してゆく」類の対極にあったし、「現実中存在する多くの運動の担っている価値と展望」に直接通じていたとも言い難いが、しかし、またある側面において、（自ら「あきらか」にした）「歴史的生成」に裏づけられ（とくに初期の近代フランス憲法史

研究などを想起), しかも「現実に生活する自己の矛盾」への覚醒を促すものでもあったはずである(現代日本社会における“人欲の解放としての自由”観の批判などを想起)。その方法(「受け手」への語りかた)の特異性に「批判的峻別論」を指摘するとすれば, 他方故人は, その主たる対象「層」に, これとは異なる(非批判的?)方法で接していたことになる。「タテマエ主義」を退けながら暗に特定の規範を前提とし(これ自体はおよそ法律学である以上当然だが), 「否定的事実」を語るとしつつその特定の規範の実現に邁進する, 故人の「正しい」憲法学における戦闘性を疑うゆえんである。

### 参考文献

*Brüning, Christoph*: Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit in der „streitbaren Demokratie“. Rechtstextremistische Demonstrationen im Streit der Gerichte, in: Der Staat 2002, S.213ff.

*Dörr, Oliver*: Keine Versammlungsfreiheit für Neonazis? – Extremistische Demonstrationen als Herausforderung für das geltende Versammlungsrecht, in: VerwA 2002, S.485ff.

*Erd, Rainer*: Zur Gründungsgeschichte der KJ, in: KJ 1999, S.105ff.

*Fink, Udo*, in: v. Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hg.), Das Bonner Grundgesetz, Bd.2, 4. Aufl., 2000, Art. 26

*Gusy, Christoph*:

a. Polizeirecht, 4.Aufl., 2000

b. Rechtsextreme Versammlungen als Herausforderung an die Rechtspolitik, in: JZ 2002, S.105ff..

*Habermas, Jürgen*: Bestialität und Humanität: Ein Krieg an der Grenze zwischen Recht und Moral, in: Die Zeit Nr.18, 1999, S.1ff.

*Hoffmann-Riem, Wolfgang*: Nachvollziehende Grundrechtskontrolle: Zum Verhältnis von Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit am Beispiel von Konflikten zwischen Medienfreiheit und Persönlichkeit, in: AöR 128, 2003, S.173ff.

*Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo*: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2002, 6.Aufl.

*Kunig, Philip*, in: v.Münch, Ingo/ders. (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd.1, Aufl.5, 2000, Art.8

リンバツハ, ユッタ:(青柳幸一/栗城壽夫訳)『国民の名において—裁判官の職務倫理』(2001年/風行社)

ローティ, リチャード:人権, 理性, 感情, in:ジョン・ロールズ他, ス

## 憲法の歴史的記憶

ティーヴン・シュート／スーザン・ハーリー編（中島吉弘・松田まゆみ訳）  
『人権について オックスフォード・アムネステイ・レクチャーズ』（1998年／みすず書房）

*Rühl*,: „Öffentliche Ordnung“ als sonderrechtlicher Verbotstatbestand gegen Neonazis im Versammlungsrecht?, in: NVwZ 2003, S.531ff.

ルップ, ハンス・カール: (深谷満雄・山本 淳訳) 『現代ドイツ政治史—ドイツ連邦共和国の成立と発展』(2002年／彩流社)

*Streinz, Rudolf*, in: *Sachs, Michael* (Hg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl., 2003, Art.26

*v. Roettken, Torsten*: Versammlungsfreiheit und Rechtsradikalismus, in: KJ 2001, S.330ff.

石村 修: 公立学校における磔刑像（十字架）, in: ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの最新憲法判例』（1999年／信山社）98頁以下

浦部法穂: 『全訂 憲法学教室』（2000年／日本評論社）

小山 剛: 意見表明の自由と集団の名誉—「兵士は殺人者だ」事件—, in: ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの最新憲法判例』（1999年／信山社）149頁以下

常岡せつ子: 日本国憲法の平和主義と国際社会, in: 全国憲法研究会編『憲法問題10』（1999年／三省堂）107頁以下

戸波江二:

a. 概観 I : 1985～1995年のドイツ憲法判例の特色—人権—, in: ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの最新憲法判例』（1999年／信山社）1頁以下

b. 戦後憲法学における立憲主義, in: 全国憲法研究会編『憲法問題14』（2003年／三省堂）75頁以下

長谷部恭男: 平和主義と立憲主義, in: 『ジュリスト』No. 1260 (2004年) 56頁以下

畑尻 剛: 批判にさらされるドイツの連邦憲法裁判所（上）（下）, in: 『ジュリスト』No. 1106, 1107 (1997年)

播磨信義:

a. 憲法運動と憲法理論—若手研究者の一問題提起—, in: 『ジュリスト』No. 515 (1972年) 29頁以下

b. 播磨信義・木下智史・渡辺 洋・脇田吉隆編著『新・どうなっている!? 日本国憲法—憲法と社会を考える—』（2002年／法律文化社）播磨執筆部分

樋口陽一:

a. 『比較憲法〔全訂第三版〕』（1992年／青林書院）

b. 『憲法と国家—同時代を問う—』(1999年/岩波書店)

三島憲一:

a. (編・訳)『戦後ドイツを生きて 知識人は語る』(1994年/岩波書店)

b. 『文化とレイシズム 統一ドイツの知的風土』(1996年/岩波書店)

村上淳一:『仮想の近代 西洋的理性とポストモダン』(1992年/東京大学出版会)

毛利 透:

a. ドイツの表現の自由判例における萎縮効果論—1990年代—, in:『法学論叢』153巻1号(2003年)1頁以下

b. ドイツの表現の自由判例における萎縮効果論—1980年代まで—, in:『栗城壽夫先生古稀記念論文集』(2004年/信山社)573頁以下

渡辺康行:概観:ドイツ連邦憲法裁判所とドイツの憲法政治, in:ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第2版)』(2003年/信山社)3頁以下

拙稿:

a. 憲法の戦闘性—内外の今日的状況にみる—, in:『神戸学院法学』30巻3号(2000年)719頁以下

b. 「たたかう民主制」の意味・機能変遷—「対テロ戦争」との関連で—, in:『神戸学院法学』32巻4号(2003年)1177頁以下

c. 公安と公序—ドイツ集会法をめぐる論争—, in:大須賀明教授古稀記念論文集『憲法と国家機能の再検討(仮題)』(信山社近刊予定)