

# 「たたかう民主制」の意味・機能変遷

—「対テロ戦争」との関連で—

渡 辺 洋

- 1 問題状況
- 2 概念の整理
- 3 ドイツにおける「たたかう民主制」の意味・機能変遷
- 4 今日的状況

本稿は、戦後ドイツ連邦共和国基本法に制度化され、その比較憲法(史)<sup>(1)</sup>上の特異性から「たたかう民主制」と称されてきたものの—法的というよりはむしろ政治的—意味・機能変遷をたどり、その底流をなす「戦闘性」と今般の「対テロ戦争」に対する(ドイツ国内の)議論状況との精神的関連を探ることを、目的とする。

## 1 問 題 状 況

“自由と民主主義の国”の異変 いわゆる9.11後のアメリカの異変<sup>(2)</sup>ぶりは、国内の新聞報道レベルでも感知しうるほどである。例えば、「アフガニスタンで捕らえられた米人タリバーン兵は敵方の戦闘員であり、弁護士に接触し裁判を受ける権利は制約される」とし、市民に対する連邦憲法上の刑事手続保障よりも国家安全保障上の利益を優先した、連邦控訴裁判所の判断が報じられた。<sup>(3)</sup>また、「戦争反対」を訴えるTシャツを着て登校、反戦クラブの設立を呼びかけて3日間の停学処分を受けた高校生が、州地方裁判所に表現の自由の侵害を理由に不服申立てたが敗訴、

これに対する上訴も州最高裁判所によって退けられるといった報道も、  
 なお記憶に新しい<sup>(4)</sup>。これらは、かつて日本の憲法研究者もこぞってその  
 人権保障のあり方を学ぶべく渡洋した“自由と民主主義の国”における  
 出来事だけに、少なからぬ困惑を誘わざるをえない。

「法の帝国」？ 「USA はなお法治国家として範たりうるか？」とい  
 った疑念は、そのごく自然な一変<sup>ヴァリエーション</sup>種である。この論者は、他にもかの  
 国の法治国家性を疑わしめる事例——そこには、国際刑事裁判所からの  
 「一方的」離脱という、「国際法上これまでに先例のない行動」も含まれ  
 る——を種々列挙したうえで、こう述べる。「これらすべての事件に共通  
 するのは、それらが、2001年9月11日のテロ行為に対する反応として解  
 明されうることと、これまで諸々の文明国のもとで、法体系の相違にも  
 かかわらず、その厳格な妥当要求につきもはや争いのないといいうる法  
 的諸原理からの異様な離脱を露呈すること、である<sup>(5)</sup>」。ここで、こうした  
 「法的諸原理」には、確立した国際法の遵守や国際機構の維持、あるい  
 は被疑者・刑事被告人に対する適正手続保障などが含まれるだろう。

「民主ラシーの帝国」？ “汝の法親を他国に強要すべからず、他  
 国がその法親を汝にも適用するを欲せざらば”…カントの定言命法に擬  
 しつつアメリカの態度が批判される<sup>(6)</sup>とき、凶らずも同じ論者のあの命題  
 が、他方で脳裏をよぎる。すなわち、社会の全成員が人間として自由か  
 つ平等であり、等しく唯一かつ共同の立法に服する「共和的体制」は、  
 「永遠平和への期待にそった体制」である<sup>(7)</sup>。この命題が真であれば、か  
 の“自由と民主主義の国”は「共和的」、いいかえれば民主的では——表  
 見上まったく！——ないという逆説<sup>パラドクス</sup>に陥る。いわゆる「民主ラシーの帝  
 国」は、少なくとも“9.11ショック”であらゆる手段を用いたテロ掃討  
 が内政・外交上の最優先課題へと押しやられているあいだは、「民主ラ  
 シー」と称して「極限的な権力や暴力の行使を正当化」する——勝義にお  
 いて非民主的な——「帝国」となるだろう<sup>(8)</sup>。これは、民主ラシーという  
 Normalverfassung Notstand  
 ノーマルな体制の緊急事態による停止如何という問題として捉えう一

「たたかう民主制」の意味・機能変遷

方、民主的な—はずの—国家が民主的に民主的原理を適用しない領域を設定することの可否ないし是非という問題としても、捉えうる。本稿が向き合うのは、もとより後者である。

“ミュンヘンの亡霊”<sup>(9)</sup> もっともこうした姿勢は、まず、アメリカに特有のものではない。同様の法的応答は、程度の差はあれ他国にも見受けられるだろう。ドイツについては、「国際テロ撲滅のための法律」(テロ撲滅法。2002年1月9日公布、同月1日に遡及的発効!)をめぐり各種法律誌の論調を介して、後にふれる。<sup>(9)</sup>次にそれは、9.11後に特有のものでもない。「1945年、ドイツの降伏を国民に知らせる演説のなかで、トルーマン大統領は『世界の半分から邪悪を一掃した。残り半分からも一掃しなければならぬ』と述べた。それから半世紀以上経った『対テロ戦争』でも、テロに対する戦争の正義をブッシュ大統領が繰り返し唱えている。<sup>(10)</sup>問題は、これらに通底するいわば政治的・社会的精神性である。それは、少なくとも—素人目にもそうみえる現象に改めて—「ヒステリー」のレッテルを貼ってみせるのみでは、生産性に乏しい。<sup>(11)</sup>

いわゆる“Just War Doctrine”<sup>(12)</sup>は、この点に関わる。その精神的起源は、ヒトラー後、西欧諸国に広くとり憑く「ミュンヘンの亡霊」に、さしあたり遡ることができる。<sup>(13)</sup>それは、比較的最近では、いわゆるコソヴォ戦争時に「人道的介入」という姿かたちで現出した。<sup>(14)</sup>「必要とあらば血なまぐさい暴力をもってしても貫徹されねばならない政治的真理」<sup>(15)</sup>(へのBekenntnis 帰依)…この表現は、こうした西欧的正義観に抜きがたい精神性をい当てに際し、今日でもなお引くに値する。ちなみに、この論者は別に、「多数者の意思に抗し、まして暴力をもって貫こうとするデモクラシーは、デモクラシーであることをやめたのだ」とも述べていた。<sup>(16)</sup>この主張は、論理的にいわゆる「たたかう民主制」批判に通ずる。<sup>(17)</sup>日本の憲法学説においても、概ねそのように受けとめられてきたといえる。<sup>(18)</sup>かくして、西欧的正義観(そしてその戦闘的一面を色濃く反映した“The Bush Doctrine”)といわゆる「たたかう民主制」の“精神的共犯関係”が、疑

われることになる。

## 2 概念の整理

「たたかう民主制」の諸相 法の本質が(人間社会に生起する様々な紛争の)平和(的調停)にあるとすれば、法の普遍的諸原理からの「離脱」は、なんらかの意味で“戦闘的”といえるだろう。それは、必ずしも物理的な「暴力」をともしない。<sup>(20)</sup>ドイツ基本法に戦闘的相貌を与えた「たたかう民主制」も、「自由で民主的な基本秩序」に敵対する存在を裸の「暴力をもって」排除するものでは、もちろんない。まして、かの国においてそれ自体が今般の「対テロ戦争」への気運を直接的に醸成する規範的要因であるとは、即座にはいい切れない。一口に「たたかう民主制」といっても、さしあたり次の次元を区別する必要があると考える。①「その目的またはその支持者の行動からして、自由で民主的な基本秩序を侵害しもしくは除去し、またはドイツ連邦共和国の存立を危うくすることを目指す」政党に違憲を宣し、これを禁止する制度や(基本法21条2項)、<sup>(21)</sup>「意見表明の自由」を始めとする一定の基本権を「自由で民主的な基本秩序に敵対するために濫用する者」から、その基本権を剥奪する制度(同18条)などのように、法原理(ここでは基本権保障)の一般的・形式的適用を、一定の実質的価値に照らし例外的に遮断する対応を、憲法レヴェルで制度化するもの、②例えばフランスのように、①の次元にはないが、「人種差別、反ユダヤ、または外国人排斥のすべての行為を禁止する法律」(1990年)などによって、単純法律レヴェルで同様の対応を制度化するもの、③明文法上いまだ①②いずれの次元にもないが、法制度等の運用レヴェルで同様の効果を得ているもの。<sup>(22)</sup>

「戦闘性」の位相 「たたかう民主制」としては、一般に①が想起されるだろうし、「その比較憲法(史)上の特異性から」、また思考の整理上も、ひとまずそう捉えるべきだろう(狭義の「たたかう民主制」)。<sup>(24)</sup>後述にも関わる「特殊ドイツの刻印」(いわば“Sonderweg”)をもこれに付加<sup>(25)</sup>

## 「たたかう民主制」の意味・機能変遷

すれば、「対テロ戦争」のみならず、ときとして同じく「たたかう民主制」の語のもとに語られる人種差別的表現の規制も、そのすべてを狭義のそれと一様に論ずるわけにはいかないはずである（例えば、規制根拠として—「自由で民主的な基本秩序」ではなく、あるいはこの種の価値原理に加えて—被差別者の人権の擁護が主張される場合など）。だが、それでもこれらが同質の傾向を有するものとして想念されるのには、相応の理由がある。鍵概念は、「戦闘性」である。“自由の敵には自由を与えない”という「たたかう民主制」の著名な定式に端的なそれは、より一般化すれば、“自身がよって立つ価値原理を（あるいは、これがもたらす「恵沢」を何人にも等しく）防護するために（も）、この価値原理自体を破壊する「内外の敵」<sup>(26)</sup>には、その「恵沢」を享受せしめない”とできるだろう。

「戦闘性」の構造 こうした「戦闘性」には、次の諸点を指摘できる。まず、防護されるべき価値は、狭義の「民主制」<sup>(27)</sup>に限定されない。そもそも先の定式からして、「たたかう民主制」と称して防護対象に置かれたのは“自由”だった。そこでの「民主制」は、まさしく「自由で民主的な基本秩序」、いわばリベラル・デモクラシーを広く指し、また、その特殊西歐的刻印を相対化しないために（も）、ひとまずこの程度に意味拡散は抑えておくべきだろう（したがって、例えば“イスラム的価値原理”の防護を宣する「基本秩序」を、ここでは問題としない）。

またそれは、既存の「基本秩序」<sup>V e r f a s s u n g</sup>、すなわち支配体制の護持に奉仕し<sup>V e r f a s s u n g s s c h u t z</sup>る。<sup>(28)</sup>その際、「基本秩序」が依拠する価値原理とその「敵」は、制度的には、体制側の有権的認定にかかることになるだろう。<sup>(29)</sup>憲法論的には、こうしたあり方を公権力の法的馴致を旨とする憲法に制度化することの“危うさ”が、<sup>(30)</sup>即座に察知されるべきである。その裏返しとして、体制側によって公定された基本価値が、主権者としてその体制に正統性を供給する地位にあるはずの者、と同時にその体制による基本権侵害を憲法によって防護される地位にあるはずの者に対し、逆に強制される“恐れ”<sup>V e r f a s s u n g s t r e u e</sup>もである（すなわち憲法忠誠<sup>(31)</sup>）。

さらに、ナチ犯罪者や旧東独の国家犯罪者の追及に典型的なように、その戦闘性は「断固とした」<sup>(32)</sup> 仮借ないものとなりがちである。その様は先に、法の一般原理からの「離脱」の—物理的「暴力」さえほうふつさせる—“異様さ”と形容された。そしてこの“異様さ”もまた、実質的価値原理によって自己正当化が施される。

「戦闘性」をめぐる本家と元祖 もとより、その理論的当否については根源的な検討を要する。<sup>(33)</sup> 日本の憲法学説も概ね懐疑的だったといえる。<sup>(34)</sup> しかし、この点は別としても、ドイツ基本法下における議論状況は、後述のように、一概にナイーブなものだったとはいえないだろう。少なくとも、その「たたかう民主制」ゆえに「戦闘性」の元祖とも目されがちなドイツにおいては、今般「戦闘性」の本家ともいべきアメリカに<sup>(35)</sup> 比べれば、「対テロ戦争」をめぐる議論状況は“非戦闘的”にみえる。「つまり、私たちに共通する諸原理の一貫性を維持する最善の途こそ肝要なのです。その諸原理とはすなわち、とりわけ法秩序の原理であり、これは普遍的で平和に奉仕するものです」。先般連邦議会においてこう述べ、紛争解決の最終的手段としての武力行使をぎりぎりまで回避すべく一世紀以上にわたって努めてきた国際法の展開過程と、これをふまえた国連憲章を強調し、「この過程は、法の強さを強者の法に置き換える原理ではありません」と該当国を牽制したドイツ連邦首相は、たしかにドイツの「国際テロと闘う責任」を演説の随所に散りばめることも怠らなかったが、その戦闘性は、少なくとも額面上は、上述の「戦闘性」とは相当に趣を異にしていた。<sup>(36)</sup>

### 3 ドイツにおける「たたかう民主制」の意味・機能変遷

仮説 こうした問題状況は、先に抽出した「戦闘性」の一般概念（いわば理念型）と、それがそれぞれの政治・社会・歴史等の文脈で現に果たした（あるいは果たしうる）機能とが、必ずしも符合しないという仮説へと誘う。狭義の「たたかう民主制」についていえば、その「不寛容の体

「たたかう民主制」の意味・機能変遷

系から寛容の枠組へ」の転換を指摘する見解が、この点に関わる。その<sup>(37)</sup>是非は別としても、たしかに、戦後ドイツにおいて「たたかう民主制」<sup>(38)</sup>に込められた意味（ないしイデオロギー）とその結果それが果たした機能は、単線的な叙述では尽くせない。

過去の克服 まず基本法制定時、それには①「ヴァイマルの失敗」、したがってナチズムという——文字通り非人道を極めた——過去の克服が課せられた。その意味で、「ミュンヘンの教訓」と同根である。そしてそれは、戦後ドイツの精神性を、あらゆる場面で、今日まで「ほとんどトラウマのごとく」規定し続けた。だがそれと同時に、制憲者の念頭には、<sup>(40)</sup>同じく「自由で民主的な基本秩序」<sup>(41)</sup>の脅威となりうる存在への防備（すなわち反共主義）があっただろう。地理的要因に加え、連合国の分割占領を受けたドイツは、同じ敗戦国の日本以上に、冷戦が本格化する“歴史的文脈”の緊張下にあったといえる。こうした、西<sup>リベラル・デモクラシー</sup>側陣営への編入を志向した体制選択の側面は、50年代に入り、著名な KPD 違憲判決によって有権的にも追認された。<sup>(42)</sup>かくして、ナチズムという過去の克服は——「戦闘性」の正当化原理として通奏低音を成しつつも——表見上後景に退き、②いわば“反リベラル・デモクラシーの克服”が前面化する。

反リベラル・デモクラシーの克服 その後、政党違憲判決という劇薬は今日まで用いられていない（先述の基本権喪失制度のほうは、形式的には一度も用いられていない）。しかし、こうした路線は60年代以降もより隠微に継承されていく。すなわち、基本法によって「特権」を付与されていない政党以外の結社に対する単純法律レヴェル（例えば結社法）の禁止措置<sup>(43)</sup>、とりわけ70年代には就業禁止、また憲法擁護庁、情報局などによる諸々の諜報活動といったかたちで。もちろん、60年代末にかけて激化した学生中心の議会外抗議運動がドイツの政治文化に及ぼした決定的「民主化」<sup>(44)</sup>は、この文脈でも規定的だろう。だがその後ほどなくして、「DKPの催事の周辺での自動車ナンバーチェック」や「就業禁止候補者の聴取」<sup>(45)</sup>が、「政治局」<sup>(46)</sup>さながらに行われていた。

「過激派」の克服 それは、たしかに左派に「イデオロギー的ハンデ」<sup>(47)</sup>を傾注したものとイえた。しかしその意味合いには、⑥のごとき大上段のものに加え（あるいはこれに代わって）、③体制の紊乱分子（と目された者）——ここには、RAFを始めとする「過激派」のみならず、ドイツの政治文化のリベラル化に寄与したはずの、体制に対し市民的不服従を敢行した者も入れられていただろう——の予防的排除という、いわば国内テロ対策的側面も、漸次付加していったともいえる。そして、それが奏功してか、袋小路化した急進左派運動への幻滅、体制の西側陣営への——思惑通りの——着床とも相まって、80年代にかけて相対的安定期（と同時に新保守主義期）、克服の主な対象は右派へと転移していく<sup>(48)</sup>。

DDR の克服 もとより、それを指して④が純粹に復権を果たしたとはいえないだろう。当初④が理念上予定していなかったはずの③の側面が——「戦闘性」の本質も顕わに——前面化したというだけではない。そこには、当時の政治・社会状況に規定されたその他の非原理的・政策的要素が種々混入していたかもしれない（例えば、④と緊密ながら、「諸国民のあいだの協調」（基本法9条2項）といった、戦争加害国としての外交政策的配慮など）<sup>(49)</sup>。なにより、ドイツ統一後、90年代に入って、克服の対象は④<sup>D D R</sup>ドイツ民主共和国の不法という過去へと再転移した。そこでは、④の真摯性と決然性を理論的に象徴した「ラートブルフ定式」も動員されながら<sup>(50)</sup>、連邦憲法裁判所によっても「絶対的」な法治国家原理と位置づけられたはずの刑罰法規不遡及の原則（基本法103条2項）の適用が、同裁判所自身によって遮断された<sup>(51)</sup>。

「戦闘性」の状況依存性 以上は、およそ「変遷史」にはほど遠い、いわば“時系列的綱目列挙”にとどまる<sup>(52)</sup>。重要事項の遺漏も否認ない。学術論証上の不備を重々承知しつつ、次の諸点を指摘する。まず、先述の仮説は、狭義の「たたかう民主制」(①)との偏差から検証できる。すなわち、少なくとも①が形式的に発動されたのは——④ではなく！——⑥の場面のみだった。にもかかわらず、③④の場面でも「たたかう民主制」



## 「たたかう民主制」の意味・機能変遷

が語られた。このことは、①が所期の含意を拡張させて機能したことを物語る。本稿の整理に照らせば、それは、①ではなく①に内在する「戦闘性」の論理に由来する。いわば①は、「戦闘性」の淵源として象徴的機能を果たしたともいえる。

もっともそのためには、①に相応の、すなわち戦後ドイツを精神的に引き受けるだけの象徴性が付随していなければならない。もちろんそれには、およそこれ以上はない“宿業”が具わっていた。それが④である（最狭義の「たたかう民主制」）。そして「たたかう民主制」の意味・機能の拡張的変遷は、最狭義のそれ（①×④）との偏差から、その状況依存性、したがって非原理性（あるいはいわば道具性）を顕在化する。

戦後ドイツの選択 こうした認識は、一見むしろ先の仮説の反証に資する。戦後ドイツにおいて、「たたかう民主制」に象徴された「戦闘性」は、たしかにその意味と機能を状況依存的に拡張転移させながら、現にその危険性をまざまざと露呈してきたからである。しかしそれが、「戦闘性」の本質に原理的に由来するのではなく、一定の機能条件のもとに生じうるのであれば、それは常に好ましからざる帰結をもたらすとはいい切れない。そのうえで、なおこうしたリスクをとまなう国制類型Verfassungstypを選択するか否かは、したがって、これまた状況依存的政治（ないし政策）判断にかかるともいえるのではないか。<sup>(53)</sup>この衡量的選択はまた、自身のデモクラシーとこれを担う市民（社会）の成熟性への賭けでもある。そして戦後ドイツは、あえてこれを自身の国制＝憲法に—痛々しいまでに—刻印したのではないか。まさしくそれは、戦後ドイツなりの「過去の克服」<sup>(54)</sup>のあり方だった。

もとより、こうした「たたかう民主制」および「戦闘性」（に対する従来の見方）の相対化は、その—危険な！—選択の当否にはなんら関わらない。ましてその選択が、「状況」も「文脈」もまったく同様ではない国での話であれば。

## 4 今日 的 状 況

NPD 違憲提訴問題 最近の NPD 違憲提訴問題をめぐって、政党禁止制度の活用の是非が論議されたことも、こうした「たたかう民主制」の意義の相対化の文脈で語りうる。元連邦憲法裁判所判事による次の主張は、この点をじつによく敷衍してくれる。すなわち、連邦憲法裁判所に対し連邦政府などから NPD 違憲の申立てがなされた際、当該政党の違憲性を証明する確たる証拠が提出されたのであれば、問題は法的次元にはもはやなく、「政党禁止の途を行く […]」ことが政治的に賢明か否かとなるが、さもなくば、逆に法的次元でこの点につき「そもそもこれ以上の検討は不要である」。仮に「申立権者の見解によれば禁止理由が存する場合でも、基本法はその者に連邦憲法裁判所への申立てを強いはしない」のである。したがって、「判決に際し重要となりうるのは、むしろ様々な合目的考量であり」、それは政党禁止へとあえて歩を進めることの「象徴的作用」にかかっている。事実、当時主として取りざたされたのは、法的問題ではなく禁止の政治的効用のほうだった。申立てた側も、肝心の手のうち（つまり証拠）をなかなか明かそうとしなかった（この点、アフガン、イラク問題などをめぐる「戦闘性」の本家の態度をほうふつさせる）。極右的な暴力が生まれる社会現象に直接的かつ迅速有効な対処がとれないほど、「国家は断固としたポーズを重宝し、市民に向け大規模なデモンストレーションを催して社会的嫌悪をまとめあげ、政党禁止申立てというどぎつい武器に訴えるのだ」（この点も、かの国をほうふつさせる）。加えて、各政党の選挙戦をめぐる思惑までからんでいたとなれば、その意義を①×②を引き合いに云々することは、もはや「野蛮」（アドルノ）どころではない。<sup>(55)</sup>

政治文化の意義 ①の有効性に対する疑問は、「文献上ほぼ30年前から主張されていた」<sup>(56)</sup>。だが少なくとも昨今、その「象徴的作用」ほどのものしか語られない状況を、どうみるか。それは、①の有無に関わらず、「憲

## 「たたかう民主制」の意味・機能変遷

法敵対的な政党が現に公的影響力を展開するチャンスをなんら与えない」ほどに、かの国のデモクラシーが揺るぎないものとなった、ということではないのか。逆に、①の機能条件は、このデモクラシーを支える政治文化に規定されるといえないか。これは、デモクラシー批判はデモクラシーの担い手に対する批判に至らざるをえないという、ありきたりな一般論からのありきたりな帰結にすぎないのだが。<sup>(58)</sup>

もとより、以上をもって、相当程度「民主化」ないしリベラル化を果たし、相当程度「たたかう民主制」を無力化したドイツの政治文化を（この国にあって）理想化するのは当たらない。当該社会のデモクラシーにおける当該政治文化による被規定性をいうのであれば、種々雑多な社会的憤懣をかき集めつつ、メディア戦略を通じて延命を図る（だけの）NPDと、これに乗じて社会的マイノリティにネオナチ的（粉飾を施した、その実もっぱら人種憎悪的）暴力をふるう社会のあり方もまた、当該政治文化に規定されているはずだからである。<sup>(59)</sup>

「戦闘性」の対外的拡張 だからこそまた、「たたかう民主制」の意味・機能変遷は、これで落着とはならないはずである。ここで、“自由と民主主義の国”アメリカの異変ぶりを再述するのは贅言だろう。（上述とは若干時を前後するが）①はそのままに、その「戦闘性」の論理の解放を許した時代状況は、㉔冷戦後、さらにその特殊国内的な殻からの脱皮をも促した。この点、ドイツを代表する批判的知性が、周到的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」（へのドイツの参加）を正当化した際、<sup>(60)</sup>「ホロコーストに対する […] 正しい回答」（いわば、①に媒介されない抜き身の㉔）に言及したことは、象徴的だった。当時、「人道的介入」を実行したはずの NATO が、アムネスティインターナショナル報告によっておびただしい数の人道的国際法違反を非難されるといった「中心問題」は、私見によればこの論者も含め、法律専門家にも一般世論にも「驚くほどわずかな注意しか引かなかった」。<sup>(62)</sup>「文民の国」となったはずのこの国で、

「いぜんとして非合理主義〔…〕、いな、おぼろげなく敵一味方>的思考〔…〕が広がった」とは、本稿の認識を代言してあまりある。

9.11後—各種法律誌における論調にみる では、今般の「対テロ戦争」をめぐる議論状況も同様に語りうるか—。

2001年9月11日の「世界貿易センターとペンタゴンへの攻撃は、圧倒的世論によって直ちに西側文明全体の脅威とみなされ」、<sup>(65)</sup>「開かれた社会の傷つきやすさを痛烈に露呈した」。<sup>(66)</sup>各国は軒なみ立法措置を講じ、その様は「安全保障／治安政策による平時からの逸脱・離反」などと称された。<sup>(67)</sup>ドイツでも、テロによる危険を除去すべく、「恐るべき勢いで」利用可能な「ありとあらゆる法的シナリオ、法的ニーズ」が—もとより、治安当局の権限を拡大する方向で—再検討の俎上に上った。<sup>(69)</sup>とりわけテロ撲滅法は、その成立に関わった議員の側から、“ドイツ史に残る包括的治安立法”などと賞された。事実それは、その包括性からして「まったく特例的な地位」を占め、「200を下らない法改正ないし法補充を指示する」。そこには、諜報法、連邦警察法、結社法、外国人法、旅券法、<sup>(70)</sup> *Sicherheitsüberprüfungsgesetz* 公安審査法などが含まれた。連邦、各ラントとも、警察および憲法擁護活動につき「競って」増員、増額することでこれに応じた。<sup>(71)</sup>他方、こうした対応がたとえ「破局的」レヴェルにランクされようと、<sup>(72)</sup>それに対するあらゆる批判・懐疑は、あの「身の毛もよだつテロ攻撃を前に、的外れどころかおよそ浮き世離れしたもののように見える」。なにせよ、「テロからの防護に資しうるであろうものはすべて、当面合理的であるらしい」。<sup>(73)</sup>

こうした法的応答をとる国には、二種類があるという。一つは、テロの結果パニックに陥り、自由を制約する法的手段に訴えるもの。もう一つは—この期に及んで—「ご都合主義的な」国で、従来不評だった措置を強行する、あるいはマイノリティや反対派を抑えつける口実として「対テロ闘争」を唱えるものである。そして件の国には、この二つの側面が混在しているとされる<sup>(74)</sup>（それはどの国も—「戦闘性」の老家も！—同

様ではないかと思われるが)。

後者は一見「戦闘性」の状況依存性——「ご都合主義」性といってもよい——と親和的である。しかしそもそも、こうした状況が「戦闘性」によって——直接、間接に——招来されたという確証は、なお筆者には得られていない。上の記述を構成する、散見しえたかぎりでの各種法律誌上の諸論稿は、少なくとも、みな当然にこうした状況を——なかには、「リベラルな法治国家」<sup>(75)</sup>や「基本権のマイノリティ保護機能」<sup>(76)</sup>に言及しつつ——逆に「批判・懐疑」するものだった。アメリカ大統領の「戦争」発言を受けて、9.11を「少なくとも [...] ある種のゲリラ戦とみないことは、実際きわめて困難」とし、「お天気民主主義」<sup>Schönwetterdemokratie</sup>の幻想を突いた論者も、リベラル・デモクラシーが戦うべき(とされる)左右の過激主義ないし文化的・政治的原理主義一般と、西側世界でステレオタイプ的に均質化された「イスラム」との混同を戒め、むしろ一種の政治的イデオロギーとみるべきイスラム原理主義とも、「文明の衝突」ではなく「対話」を通じた「平和的共存」を図るべきことを説いていた。そこで共有対象とされた「デモクラシー」も、かの「帝国」が「血なまぐさい暴力をもってして」<sup>(77)</sup>も貫徹する類のものではないらしい。

元祖の戦闘性 こうした——一部とはいえ——冷静さが、かの国にとってアルジェリアよりもアメリカ東海岸のほうが遠隔に位置することに由来するか否かは、一概に些事とはいいい切れない(アルジェリアでは、先年イスラム派集団のテロ行為との関連で「10万人以上もの人々が殺害された」という)<sup>(78)</sup>。そうだとすれば、先の論者が「かつてナチ [...] の」犠牲となった一つの国」すなわち旧ユーゴについては「戦闘性」を対外的に拡張適用してみせたことも、状況依存的とはいえ、ここでは「ご都合主義」とまではいえないだろうからである。このいわば——「対テロ戦争」を批判する者にとってある意味好個な——ダブルスタンダードも、じつは④に由来する。換言すれば、基本法に法的表現をみるドイツの戦闘性は、状況依存的に(ときに「ご都合主義的」に)拡張適用される危険をはらみなが

ら、しかし、それを対外的には抑制する因子も内在させているといえる。すなわち「過去の克服」、この国に生きる者になじみ深い表現を用いれば、戦争責任がそれである。ここで、「対テロ戦争」を批判する者が、その法的切り札として酷使をよぎなくされるあの条項を想起することは、ごく自然である（しかし同時に、それは「戦闘性」の勝義において対極を選択したものであるという逆説も、感知するべきである<sup>(79)</sup>）。もとよりそれは、「戦闘性」の本家、あるいは「デモクラシーの帝国」には、存しない\*。

注

- (1) 以下、ドイツ基本法、または単に基本法という。なお、本稿中とくに断りのないかぎり、「ドイツ」とはドイツ連邦共和国を指すものとする。
- (2) この点例えば、阪口：53f.を参照。
- (3) 『朝日新聞』2003年1月17日朝刊。
- (4) なおこの生徒は、その後市民や友人からも脅しや中傷、嫌がらせを受け、退学をよぎなくされたという（『毎日新聞』2001年11月28日朝刊）。
- (5) *Hamm*: 3150f.
- (6) *Hamm*: 3151.
- (7) カント：28-33.
- (8) 藤原：61.
- (9) 関連して、テロ撲滅に向けた多様な国際協調につき、vgl. v. *Bubnoff*: 2672ff.
- (10) 藤原：130.
- (11) この点、モーリス＝スズキ：235ff.による、「政治的ヒステリー現象」における“国民的統合創出機能”の指摘は、示唆的ではある。
- (12) この点例えば、John Rawls の議論を扱った拙稿 b：739ff.を参照。
- (13) 樋口 c：186, 191f.を参照。この論者はさらに、西欧的正義の戦闘性の起源を、ギリシャ民主制における武装した男性市民の自治にまで遡ってみせる (ebd. 193)。
- (14) この点、Jürgen Habermas のコソヴォ戦争論を素材にした拙稿 b を参照。また、「新しい正戦論」について、最上：132ff.も参照。論者の問題意識にはボンヘッファーの「人道的暗殺計画」が定礎されるだけに (ebd. 4-6)、きわめて示唆的である。
- (15) *Kelsen* a: 104.
- (16) *Kelsen* b: 68.

「たたかう民主制」の意味・機能変遷

- (17) この点、拙稿 c を参照。
- (18) この点、拙稿 c : 118f. を参照。
- (19) Vgl. *Kelsen* c: 39f.
- (20) もとより、法の強制的実現（強制執行）に際しては、権限を有する機関による一定の“*physischer Gewaltanwendung*”が予定されうる。本文にいう「暴力」は、むしろ“武力”に近い。
- (21) 基本法の条文の訳は、高田 敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集〔第 3 版〕』（2001年／信山社）に拠った。以下同じ。
- (22) 拙稿 b : 756f. では、③の例として、日本の裁判官任官・再任拒否や「日の丸・君が代」の強制を挙げている。“真正の”「自由で民主的な基本秩序」という価値基準に照らせば、むしろ不適切とも評価されうるこれらの例も、より一般的に、特定の価値基準による形式的・一般的法原理の例外的修正と捉えれば、あながち不当でもないだろう。そしてそれらが、後述のように、“<sup>Verfassungsschutz</sup>憲法保障”、すなわち既存の<sup>Verfassung</sup>体制——それを「自由で民主的な基本秩序」と称するかはともかく——を護持する手段として機能せしめられる点でも、こうした例示は相応の妥当性を主張しようとする。なお、同稿ではさらに④として、「①～③を社会レベルで支える、反憲法的価値に対して戦闘的な精神的あり方」も挙げているが、実定法制上の定形性からは懸隔があり（その意味で、「たたかう民主主義」ともいうべきものである）、また公権力によるものではないこともあって、本稿では割愛する（もとより、この次元にも「戦闘性」は貫流しているが。Vgl. etwa *Klump a*）。
- (23) この点、樋口 a : 436 を参照。
- (24) この点、山岸 : 5 も参照。
- (25) *Becker*: Rn. 1.
- (26) *Becker*: Rn. 2. 基本法の“*wehrhafte Demokratie*”を論ずるはずの稿で、こうした表現が用いられている点は、後述する「戦闘性」の拡張傾向を暗示する
- (27) 「民主主義」の諸相について、拙稿 c : bes. 132ff. を参照。
- (28) Vgl. etwa *Hesse*: Rn. 695, *Becker*: Rn. 41f., usw.
- (29) こうした指摘は、厳密には「内の敵」、すなわち有権の機関が法制化された国内レベルでの「戦闘性」＝「たたかう民主制」により適合的な一方、「外の敵」、すなわち「法化」が必ずしもその域にまで達していない国外＝国際レベルでは一層問題が複雑であり、その分戦闘性も際立って映るだろう（例えば、アメリカによる一方的な「悪の枢軸」の認定を想起）。以上をふまえたうえで、（主に国内レベルでの）非制度的次元につき、前注(22)の④、および拙稿 b : 733ff.（市民的不服従に関して）を参照。この次元のいわば“下からの戦闘性”ないし“草の根的戦闘性”は、それが依拠する価値原理の

内容と戦闘性の具体的態様だけでは、批判的公共圏の醸成に資する可能性を秘める点で、例えば「対テロ戦争」を批判する者にとって、必ずしも好ましくない帰結をもたらさないことが知れる。基本法20条4項(抵抗権)などは、この点との連関を示唆する。

- (30) この点、拙稿 a : (2) 380f. を参照。
- (31) ちなみに、有事法制との関連で国民保護法制が取りざたされるとき、そこには、こうした支配体制＝公権力とそれに服する者との関係性の見過ごせない逆転が存するからこそ、「戦闘性」の視角からも批判する必要がある。この点、ドイツの議論の背景にある「国家目的の濃厚な強調」、そして「基本権の名宛人の転換」を正しく指摘する、水島：6を参照。
- (32) Vgl. *Nehm*: 2665.
- (33) この点、拙稿 c を参照。
- (34) この点、拙稿 b : 750 を参照。
- (35) この点、石村：184Anm. 15 を参照。
- (36) Pressemitteilung, 13. Februar 2003, Nr. 70/03 (“Unsere Verantwortung für den Frieden”; Regierungserklärung von Bundeskanzler Gerhard Schröder vor dem Deutschen Bundestag zur aktuellen internationalen Lage am Donnerstag, 13. Februar 2003, in Berlin). もっとも、彼の従前の言動からその平和主義者ぶりをいぶかる向きが、本文引用の発言もしょせん選挙戦を戦い抜くための方便をその勝利後も踏襲してみせたにすぎないとみるのは、自然だろう。その点は、彼の立場の性質からして、たしかに割り引いておく必要がある。
- (37) 樋口 c : 21ff.
- (38) この点、拙稿 b : 720ff. を参照。
- (39) Vgl. etwa *Becker*: Rn. 4ff.
- (40) *Becker*: Rn. 11. この点、例えば石田：bes. 86ff. を参照。
- (41) この点、例えばルップ：104, また山岸：18ff. を参照。
- (42) BVerfGE 5, 85, Urteil v. 17.8.1956. さしあたり、樋口 b : 320ff. を参照。もちろん、1952年には極右の SRP が違憲判決を受けていたが、両者のもつ政治的意味合いは同じではない。この点、例えば山岸：57f. の指摘を参照。
- (43) 基本法9条2項との対比で、同21条2項における政党保護の含意につき、vgl. etwa *Grimm*: 175f.
- (44) この点、例えばルップ：196ff. を参照。
- (45) Vgl. *Becker*: Rn27.
- (46) *Derleder*: 116.
- (47) この点、例えばルップ：234ff. を参照。



「たたかう民主制」の意味・機能変遷

- (48) この点, 例えば山岸: 190を参照。
- (49) Vgl. etwa *Grimm*: 181.
- (50) Vgl. *Radbruch*: 10ff. 2001年3月, ヨーロッパ人権裁判所がいわゆる壁の射手事件に関して下した判断がこの定式をふまえていないのは, その「社会的・政治的実情に対して裁判官が明確に配慮した表れ」といえる。少なくとも, 被告の行為の可罰性を主張するために, 比較可能性の疑わしい「1945年と1989年の事件をパラレルに」論じて, 両者に等しくこの定式を適用するという「危険」を冒す法的「必要はまったくない」だろう (*A. Miller*: 262)。
- (51) BVerfGE 95, 96, Beschluß v. 24.10.1996. さしあたり, 中野: 115ff. を参照。
- (52) 詳しくは, さしあたり山岸を参照。
- (53) この点, 「立憲主義のかたち」の選択という視点を提示する, 阪口: 50ff. を参照。
- (54) この点, 長谷部: 17Anm. 12 を参照。また, これに対する応答の試みとして, 拙稿cを参照。
- (55) *Grimm*: 180f.
- (56) *Henkel/Lembcke*: 20.
- (57) *Henkel/Lembcke*: 19f.
- (58) この点, 簡略だが拙稿d: 45を参照。
- (59) Vgl. *Henkel/Lembcke*: 21ff.
- (60) ルップ: 480.
- (61) *Habermas*: 6.
- (62) *Groß a*: 642.
- (63) ルップ: 490f.
- (64) 「たたかう民主制」と「味方一敵」論の関係について, 拙稿a: (1) 283ff. を参照。
- (65) *Groß b*: 1.
- (66) *Nehm*: 2665.
- (67) *Garstka*: 524.
- (68) *Baldus*: 400.
- (69) *Schmidt-Jortzig*: 773.
- (70) Vgl. *Baldus*: 400.
- (71) *Groß b*: 1.
- (72) *Garstka*: 524.
- (73) *Schütte*: 399.
- (74) *Garstka*: 524.

- (75) *Schütte*: 399.
- (76) *Groß* b: 17.
- (77) *Klump* b.
- (78) Vgl. *Groß* b: 1.
- (79) この点, 樋口 c : 182ff. を参照。

\* 本稿は, 諸般の事情によりこのような体裁をとっている。「学術論証上の不備を重々承知しつつ」も, ほぼ原型のままの公表に, 現時点で相応の意義が認められると考えたしだいである。少なからぬ「不備」の追完は今後に期すことで, 読者各位のご理解を請いたい(この点拙稿 d は, 初学者向けながら, その一環に位置づけられうる)。

#### 参 照 文 献

- A. Miller, Russell*: Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Verbrechen der Staatsführung der DDR, in: KJ 2001, S. 255ff.
- Baldus, Manfred*: Nachrichtendienste – Beobachtung völkerverständigungswidriger Bstrebungen, in: ZRP 2002, S. 400ff.
- Becker, Jüregn*: Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetz, in: HdbStR, Bd. VII, 1992, S. 309ff.
- Derleder, Peter*: Der Verfassungsschutz als Politbüro, in: KJ 2002, S. 115ff.
- Garstka, Hansjürgen*: Terrorismusbekämpfung und Datenschutz – Zwei Themen im Konflikt, in: NJ 2002, S. 524ff.
- Grimm, Dieter*: Die Verfassung und die Politik: Einsprüche in Störfällen, 2001, Beck
- Groß, Thomas*: a. Buchsprechungen: *Reinhard Merkel (Hrsg.), Der Kosovo-Krieg und das Völkerrecht, 2000*, in: KJ 2000, S. 642ff.
- Ders.*: b. Terrorbekämpfung und Grundrechte: Zur Operationalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, in: KJ 2002, S. 1ff.
- Habermas, Jürgen*: Bestialität und Humanität: Ein Krieg an der Grenze zwischen Recht und Moral, in: Die Zeit Nr. 18, 1999, S1ff.
- Hamm, Rainer*: Sind die USA als Rechtsstaat noch verbindlich?, in: NJW 2002, S. 3150f.
- Henkel, Michael/Lembcke, Oliver*: Wie sinnvoll ist ein Verbot der NPD?: Zum Zusammenhang von Demokratie und politischer Kultur, in: KJ 2001, S. 14ff.
- Hesse, Konrad*: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, Müller

「たたかう民主制」の意味・機能変遷

- Kelsen, Hans*: a. Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl., 1929  
b. Verteidigung der Demokratie, 1932, in: ders. (Hg. Norbert Leser),  
Demokratie und Sozialismus, 1967, S. 60ff.  
c. Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960.
- Klump, Andreas*: a. Freiheit den Feinden der Freiheit?: Die Konzeption  
der streitbaren Demokratie als demokratiethoretisches Fundament  
zur Auseinandersetzung mit politischem Extremismus, in: [http://  
www.extremismus.com/texte/streitbar.htm](http://www.extremismus.com/texte/streitbar.htm), 2001  
b. Die fundamentalistische Herausforderung: Anmerkungen zum  
Spannungsfeld Demokratie und Extremismus, Fundamentalismus,  
Islamismus, in: [http://www.extremismus.com/texte/islamismus.  
htm](http://www.extremismus.com/texte/islamismus.htm), 2001
- Nehm, Kay*: Ein Jahr danach: Gedanken zum 11. September 2001, in:  
NJW 2002, 2665ff.
- Radbruch, Gustav*: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (1946),  
2002, Nomos.
- Schmidt-Jortzig, Edzard*: Verfassungsänderung für Bundeswehreinätze  
im Innern Deutschlands?, in: DÖV 2002, S. 773ff.
- Schütte, Matthias*: Befugnis des Bundesgrenzschutzes zu lageabhängigen  
Personenkontrollen, in: ZRP 2002, S. 393ff.
- v. Bubnoff, Eckhart*: Terrorismusbekämpfung—eine weltweite Heraus-  
forderung, in: NJW 2002, S. 2672ff.
- 石田勇治:『過去の克服 ヒトラー後のドイツ』(2002年/白水社)
- 石村 修:ドイツにおける国家緊急権と有事法制, in: 全国憲法研究会編『法  
律時報増刊 憲法と有事法制』(2002年) 179頁以下
- カント, イマヌエル:(宇都宮芳明訳)『永遠平和のために』(1985年/岩波文  
庫)
- 阪口正二郎:戦争とアメリカの「立憲主義のかたち」, in:『法律時報』74巻 6  
号(2002年) 50頁以下
- 中野雅紀:「壁の射手」事件—基本法103条2項と「ラートブルフ」定式, in:『自  
治研究』75巻 1号(1999年) 115頁以下
- 長谷部恭男:『憲法学のフロンティア』(1999年/岩波書店)
- 樋口陽一: a. 『比較憲法〔全訂第3版〕』(1992年/青林書院)  
b. 自由で民主的な基本秩序の保障と政党の禁止—ドイツ共産党(KPD)違  
憲判決—, in: ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』(1996年/  
信山社)  
c. 『憲法と国家—同時代を問う—』(1999年/岩波新書)

- 藤原帰一：『デモクラシーの帝国—アメリカ・戦争・現代世界—』（2002年／岩波新書）
- モーリス＝スズキ，テッサ：（本橋哲也訳）ヒステリーの政治学 アメリカのイラク，日本の北朝鮮，in：『世界』2003年2月号230頁以下
- 水島朝穂：「国民保護法制」とは何か—「有事法制」第二幕への視点，in：『法律時報』74巻12号（2002年）4頁以下
- 最上敏樹：『人道的介入—正義の武力行使はあるか—』（2001年／岩波新書）
- 山岸喜久治：『ドイツの憲法忠誠—戦後から統一まで—』（1998年／信山社）
- ルッフ，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）
- 拙稿：a. ドイツ憲法学における「たたかう民主制」の理論的位相(1)(2)—ペーター・ヘーバーレの民主制論から考える—，in：『早稲田大学大学院法研論集』86号（1998年）28頁以下，90号（1999年）363頁以下
- b. 憲法の戦闘性—内外の今日の状況にみる—，in：『神戸学院法学』30巻3号（2000年）719頁以下
- c. 民主主義のまもり方—Hans Kelsen における自己支配的＝自己破壊的民主主義観から考える—，in：『神戸学院法学』32巻1号（2002年）111頁以下
- d. 「戦う民主制」，in：『法学セミナー』2003年5月号44頁以下