

憲法パトリオティズムと憲法学

——国家の基礎づけをめぐる

毛利 透

第一章 シュテルンベルガー、シュヴァン

第二章 イーゼンゼー

第三章 ヘーベルレ

第四章 ハーバーマス、そして

第一章 シュテルンベルガー、シュヴァン

1 ドルフ・シュテンベルガーは一九八二年に「Verfassungspatriotismus」と題する講演を行ったが、その背景には一九七〇年代半ばのいわゆる「傾向の転換」以来西ドイツで急速に盛んになっていた、「ドイツ人のアイデンティティ」をめぐる議論があった。そこではすでにこの問題についてナチスの過去が決定的に重要であることが意識されていたのであり、この意味で「歴史家戦争」と共通の論点が提出されていた。だが、戦後西ドイツの歴史は常に、ナ

チスの過去を背負いしかも分断国家に暮らすという異常事態をどう受けとめていくのか、という問題との取り組みだったと言つてもよいだろう。では、どうしてこの時期に特に「ドイツ人」としての意識向上が叫ばれるに至ったのか。

社会学者M・ライナー・レプジウスは、次の三点を挙げている。まず、東ドイツの承認によつて再統一要求の意味が薄れ、西ドイツが暫定国家というだけでは自己同一化を求め始めたこと。第二にそうして「国民国家化」するにつれて、西ドイツ設立以来のヨーロッパ統合への希望も薄れたこと。第三に外国人の増加により、社会の民族的同質性が現実⁽¹⁾に失われたこと、である。もちろんこの他にも、経済成長の鈍化などの原因が挙げられるであろうが、いづれにせよ社会の保守化傾向は明白であつた。そんな中、ボン基本法によつて「つくられた」西ドイツにおいて、「西ドイツに生きる」ことの意味が広く議論されるに至つたのである。シュテルンベルガーの主張の理解のためにも、この時期の議論の一端をみておくことにしよう。

2 ベルナルト・ヴィルムスは、戦後西ドイツにおいてナツイオンの話題が政治の議論から排除されてきたと指摘した上で、次のように述べる。「しかし我々はなお生きている。その現実が意識の中に押し入り、そうして学問、政治評論、そして政治意識におけるナツイオンの議論の復権が生じているのだ」。彼は、「ナツイオナルなアイデンティティの新しい意識のための前提は、修正された歴史記述である」として、道徳的、イデオロギー的な叙述⁽²⁾。「一九四五年の勝者」の見解」からドイツ史を解放しようとするいくつかの試みを検討した後、「我々の政党政治の構造の根本的問題」へと分け入る⁽³⁾。

「ドイツ連邦共和国において『自由で民主的な基本秩序』は、この構造の政治的基礎という意味での基本コンセン

サスとみなされているが、しかしそれによって現実の共同性の基礎を持てるかと考える人は、誤っている」。なぜなら、この「基本秩序」は共同体の人間にとって不可避な状態ではなく信条によって「持つ」ものであり、従つてその解釈をめぐつて不断の政治的議論が生ずる。「そして制度的には、この共同性は連邦憲法裁判所にまで縮む。これは政治的アイデンティティを満足に形成することはできない」。そもそも、個々人が選ぶようなものは、個人的アイデンティティを強化する働きは果たせない。「人が何であるかの意味、つまり単なる『持つている者』ではない『である者』の意味での固有の共同性は、ドイツ人にとつても、ナツイオンである」⁵⁵。「ナツイオンとは、客観的な、ごまかすことのできない状態であり、古い表現を使えば、運命である」⁵⁶。そのようなナツイオンへの同一化は、ドイツにおいてはナチスの戦勝国の視点からの解釈によつてタブーとされてきたが、その偽りの排除によつてドイツ人はアイデンティティ危機に陥つていたのであつて、今日のアイデンティティ論議はその危機への正当な対応なのだとされる。

「徹頭徹尾こしらえもの」⁵⁷とも評された西ドイツの政治体制に、保守派がアイデンティティを求められないのはいわば当然であろう。しかし、ドイツの過去から教訓を得る者は、今日における運命共同体としてのナツイオンへの無批判な同一化には疑問を持たざるをえない。イリング・フェツチャーは、「我々はあまりにも長く、我々が何者であり、どこから来たのかを問ふことを排除してきた」としてドイツ人のアイデンティティを求める動きに理解を示した後、しかしその一部が「西側的な（表層的な市民的な）文明と、ドイツ的な（深遠な神秘的な）文化との対立性」などを指摘していることに警告して、そのような国民文化の特殊性を主張することの「危険は、我々においては、他の国々におけるよりも大きい」とする。彼らの「ナツイオナルなナルシズムのために極めて気に障る、ナチスの残虐行為の認識にまさに鑑みると——失敗した歴史的発展の産物に過ぎなかつた物が、短絡的に再びドイツ人の徳として復権さ

せられるのではないかと私は恐れる」。この問題の「絶対的『解決』は『人を魅了する』かもしれないが、それは（高い確率で）死をもたらしうる。『ドイツの政治文化についての議論』において、人々の具体的な日常の必要が考慮されるべきだということが繰り返し要求されるとしたら、それは確かに一つの進歩なのだ」。そして彼は、いかに表層的と言われようが、「魅惑的な、血にまみれた非寛容」よりも「様々な種類の個人がいるなかでの平和な共同生活」を可能にするものとしての「寛容」の精神を主張するのである。

だが、急速に膨らんだ「ドイツ人のアイデンティティ」論は、そのような日常の政治で全てが片づけられていくことへの不満、いらだちをも背景に持っていた。政治とは、単調な議会政治、その中で諸利益のバーゲニングに終始するものではないはずだ。しかし、すでに革命への夢は破れている。この状況下では、一部の左翼が、特に西側との対比の上でドイツの特殊性を積極的に主張することにもなる。また、ナツィオナルな感情に訴えて少数派を「国家の敵」として排除することをやめるといふのは、戦後西ドイツが獲得した最大の政治的美徳であろうし、これが簡単に崩されるとは思えない。しかし、社会の多元化が現実に行進するにつれ、それを一つにまとめるものの存在が問われるのは当然でもあるし、諸個人を解放する自由が「むしろ重荷として、アイデンティティ発見とそれに基礎付けられた生活の仕方の困難化として」感ぜられるとしたら、すでに存在する何らかの集団的アイデンティティに寄りかからうとする者が増大することも十分考えうる。

3 では、このようななかで、ナチスへの反省にたつて「自由で民主的な基本秩序」の保持を基本原理としてかかげる西ドイツ政治体制への国民の統合は、いかにして可能なのか。シュテルンベルガーの憲法パトリオティズムは、この要請に応えるものであった。

彼は、「パトリオティズムのエートスは、ヒトラーによつて確かに傷ついたが、しかし彼の支配によつて見捨てられはしない」と述べる¹¹。パトリオティズムはナチスによつて党派的に歪められ、いわば乗つ取られたのである。彼は、「パトリオティズムはナシヨナリズムよりも古い」ことを示した後、古代よりパトリオティズムの対象としての祖国は、まさに「我々がその中で自由の空気を吸うことができる」ものとして敬愛の対象となつてきたのだとする。従つて、「我々がそれをきちんと正しく理解するならば、それは（今日においても——筆者注）十分に通用する」。今日の言葉に翻訳すればこうなる。「自由で民主的な基本秩序」が、そのような愛着もしくは忠誠を呼び起こし期待させようだろう。つまり、単なる条文としてではない、内容を伴つた基本秩序としての「憲法」が、「パトリオティズムによりどころと内容を与え、もしくは特に与えるべきである」ということになる¹²。

彼は一方で、ナチスへの反省を棚上げしようとする動きに対しては、そこで自由のないナシヨナリズムが跋扈したことを改めて意識させ、西ドイツの基本秩序がナチスとの断絶に基づくべきことを強調する¹³。しかし他方、そのような基本秩序にアイデンティティを求めることを容易にするため、彼は歴史を遡る。しかもそこでは、「国家」の価値は古代の「共和国」にまで遡れるものとして疑問の対象とはなつていない。「人權は、国家の、というのは他ならぬ立憲国家の内部での市民の権利としてののみ現実化される」。彼が民主主義について語るときにも、主眼は、国家権力をいかに構成すべきかであり、いわば議会をつくる選挙で国民の積極的役割は終わる。従つて、彼はラディカルな民主主義を求める議会外活動には批判的である。権力を危うくする大衆運動は、権力によつて守られる自由をも危うくする¹⁴。彼の憲法パトリオティズムは、「支配からの自由」を求める進歩派に、これまでに知られた中で最良の国家体制だとして、現在の立憲国家体制に愛着をもつよう呼びかけるものでもある¹⁵。

シュテルンベルガーの主張が、議会中心のボン基本法の政治体制をそのまま擁護するものであることは明白であろう。⁽¹⁶⁾ 彼は「自由で民主的な基本秩序」を歴史的に位置づけることでそれに非日常的価値を与え、同時にそれを眼前にある政治秩序と同一視することで、それに具体的内容を与え、愛着を持ちやすいものにしたと言える。⁽¹⁷⁾

4 しかし、パトリオティズムの対象が「自由で民主的な基本秩序」なのだとされる以上、それは理論的には現実の国家体制を超えていくポテンシャルを持つていると言えよう。と同時に、理念が抽象化されるにつれて、それにアイデンティティを求めることの困難は増大することになる。アレクサンダー・シュヴァンの主張はこの方向を指すものである。

シュヴァンは、「我々は新しいアイデンティティを必要とするのか」と題する論文において、次のように述べる。最近のドイツの新しいアイデンティティを求める動きは、戦後西ドイツの政治文化を占領軍の押し付けだとして否定する点において危険である。「再ナチオナル化の傾向は、……ドイツ民族とヨーロッパを不幸へと突き落としてきたドイツ史の伝統の綱と結びついている」。「その民主的な秩序と自由を保持していく限り、連邦共和国は理念的、憲法政治的、そして安全保障政治的に西側の中に束ねられる。これが、他の何物にも優先する我々のアイデンティティである」⁽¹⁸⁾。ドイツ人はそもそも一八七一年以前には統一国家を持っていなかったし、「今日、国民国家はもはや絶対的な単位ではない」。「我々にとつて、運命的不可避性は全く存在しない」。多元社会においては、「我々はいろいろな忠誠や同一化と共に生きる——生きなければならぬのだが、しかしまた、生きられるのである」⁽¹⁹⁾。従つて、地域主義と国家を超えた統合の進展は、「ドイツ問題」を考える際の「不可欠の前提」である。

国内の多元性を承認した上で西側との結びつきが強調されるとき、それを支えるのはもちろん、「人間の尊厳、自由、

寛容、社会的正義、そして法、自由の保障、利益の調整によつて守られる平和といった、ヨーロッパで生まれた理念を歴史への反省とともに思い起こすことである。この理念を世界に主張していくことが西欧の任務とされる。ドイツ人に必要なのは、この、諸民族の多様性を包含したヨーロッパのアイデンティティへと結びつくこととなる。⁽²⁰⁾

シュヴァンが後に(一九八七年)自らの論文で憲法パトリオティズムという用語を使うときにも、それは西ドイツの現実からは離れた抽象的な理念への愛着という色彩が濃い。両ドイツの統一追求は、憲法パトリオティズムによつて担われるときにのみ価値があるのであつて、そのような統一には、自由な西ヨーロッパにしっかりと西ドイツが結びつくことこそ結局最良の政策となる、⁽²¹⁾という。

だが、自由と民主主義を内実とする西側の「政治文化にとつて、批判と自己批判への開放は基本的要素として、まさに酵素として同時にうちたてられている」のであつて、自己の基礎の問い直しが当然要求されるのだとすれば、そこで可能なのは「反省的アイデンティティ、すなわち意識的で自由な、理性的で人間の尊厳をもつた、個人および集団のアイデンティティ形成、意味発見、指向」のみとなる。しかも、第二次大戦まで「ドイツは……持続的な自由で民主的な国家制度を基礎づけることができなかった」のであり、「我々のまだ若いドイツ民主主義は、とりわけアングロサクソンおよびフランスの歴史伝統に支えられている」のだとすれば、ドイツにとつて自由と民主主義は、本⁽²²⁾当に現実へのよりどころのない抽象的理念となる。⁽²²⁾「西側の憲法パトリオティズムの原理は、純粹なコミュニケーション的理性の抽象的普遍性……の中には決して解消しえない」という批判には、どのように対処すればよいのか。⁽²³⁾

西ドイツにおける「ドイツ人のアイデンティティ」を求める動きは、このような抽象的理念への同一化では国家を担うことはできないという保守派の反発を意味した。彼らはドイツ史を依拠するに足るものと見ようとする。シュテ

ルンベルガーはそれに対し巧みに現体制を擁護するが、そこで出された「憲法パトリオティズム」の主張は、突きつめていけば、結局抽象的理念への自己批判的愛着という極めて困難な課題をドイツ人に負わせることになる。にもかかわらず、「歴史家論争」以後ユルゲン・ハーバーマスはこの道をつつ走ろうとする。

第二章 イーゼンゼー

1 しかし、ハーバーマスの主張の検討に移る前に、第二・三章では、政治学者や社会学者からラブコールを受けた憲法の専門研究者が、「憲法パトリオティズム」なる主張にいかに対処したのかを見ておくことにしよう。ここでは国家と憲法との基本的な関係が問題となってくるのであり、憲法をいかにとらえるかの論者の基礎理論が浮上する。国家が憲法をつくるのか、憲法が国家を基礎づけているのか、あるいは両者は両立するのか、これらの論点を、憲法の専門研究者はどのように考えているのか。本稿では特に、憲法に対する国家の先行性を強調するヨゼフ・イーゼンゼーと、憲法をその国家的文化的発展度合の表現と考えるペーター・ヘーベルレを取り上げて考察の対象としてみたい。もつとも、ヘーベルレは憲法パトリオティズムについて正面から応答してはいないが、読み進んでもらえれば、彼の理論を本稿の検討対象とする必然性は承知してもらえらると思う。

さて、憲法パトリオティズムの主張に対し、最もはつきりとした態度表明を行っている憲法研究者は、ヨゼフ・イーゼンゼーである。「自由な世俗化された国家は、みずからは保障できない諸前提により生活する。これは、国家が、自由のために賭けた大冒険である。」⁽²⁵⁾という自由な国家の構造的不安定性に国家がどう対処するかが一九七〇年代後半

に西ドイツで行われた基本価値論争のテーマであったとすれば、⁽²⁶⁾「みずからは保障できない諸前提」の内容はいかなるものでありうるかが、ここでのテーマである。

すでにウルリッヒ・シヨイナーは、戦後ドイツの国法学が「憲法がその秩序であるところの共同体の存在と運動ではなく、憲法の意味 (Sinn und Bedeutung)」から始まり「国家的な統一と共同性」への意識が減少していること、「ナツイオンの観念が色あせている」ことを指摘していた。それは「かつての国家思想、ナツイオン感情の過剰への今なお効力を持っている反動」の現れであると同時に、「政治理論の多元主義」という「現在の精神的状況」の対応物でもある。その中では政治的行為の判断基準は、国家の歴史的伝統からはえられず、もっぱら憲法から引いてこられることになる。「基本法は、今日では……国家現象の基礎となった」⁽²⁷⁾。しかし、歴史的伝統と全く離れたところで、ドイツという国家の存在の根拠はえられるのか。

2 イーゼンゼーは、「祖国としての憲法」という皮肉をこめた表題の論文(一九八六年)において、この問題を扱う。再統一の夢の遠のいた暫定国家に住み、ヨーロッパ統合も国境を取り払うものではないと悟った西ドイツ国民は、結局自らの祖国は何かという問題を排除するに至った。現在の問題は、「国家が提供しえないとしたら、ドイツ人のアイデンティティは一体何か」である。ところが、「民族が自意識を得るための通常の道」としての「固有の歴史による道」はドイツ人には閉ざされている。「ヒトラーの影は歴史的な距離とともに大きくなり、(ドイツ史の——筆者注)全てを覆っている」。「ドイツ史の全ての道はアウシュヴィッツへと通じている」というような理解が広まっている所では、歴史への自己同一化など到底不可能である。⁽²⁸⁾

「故郷を失った自己同定のポテンシャルは、新しい、罪を背負っていない偉大なものへと向く。つまり、憲法であ

る。「連邦共和国のドイツ人は、基本法の中に自らの精神的統一を見いだそうとする」。「それは、全ての者が尊重する、偉大なタブーである」。もともと暫定秩序の法として、むしろ技術的な性格を強く持つて出発したボン基本法は、この状況の中で、次第に単なる法をこえた權威を持つに至った。「こうして、最高の法律から政治的統合プログラムへの……基本法のメタモルフォーゼが生じている」。基本法は国家の全ての活動を指導する「自己目的化したシンボル」となる。守られるべきは国家ではなく自由で民主的な基本秩序であり、「今日もなお可能なパトリオティズムは、『憲法パトリオティズム』である」とされる。⁽²⁹⁾

しかし、基本法への国民の表面的コンセンサスの裏には、その解釈をめぐるディセンサスがある。特に、このような状況ではあらゆる政治的主張が自らの正当性を基本法に求めようとするから、このディセンサスは大きく深く深くなるざるをえない。そして、一九六八年の「ドイツの文化革命」以後社会の多元化は現実に深化しているのである。この中で「自由と平等の、民主主義と法治国家の可能性の条件」「憲法のテーマというより前提」としての「立憲国家における国家的なるもの」の復権が生じるのは当然である。憲法によって本来にアイデンティティを得られるのが不明になるとき、視点は憲法を支える共同体の特性へと下りていく。それは「ドイツにおける国家性の個性、その地政学的、歴史的、文化的特性である」。「憲法の提供しうる合理性」だけでドイツ人が生活していけるかは定かでない。自らを「憲法によって存在すべき」ものではなく、「歴史と状況によって不可避」なものとして受け入れる方が、連邦共和国のドイツ人のコンセンサスは確実なものとなるであろう。⁽³⁰⁾これがイーゼンゼーの判断である。

以上からも分かるように、イーゼンゼーは西ドイツの現状を、社会の多元化が国家統合を危うくしている状態だと考えていた。社会の多元化自体は立憲国家では当然許されることである。だが、国家に仕えることが名譽ではなくな

るとき、その多元化は国家の脱統合へと導かれる。そしてこれは、「国家の倫理的基礎」を研究対象から除外した戦後の西ドイツ憲法思想の必然の結果なのである。「統治者および被治者の義務」を国家の基礎として考えるのはドイツ国法学の伝統だったのだが、『西側』の理念は二度の世界大戦でのその武器と同じくらい勝利を収めたことが明らかになった。『ドイツ的』理念は、結局憲法政治的に降伏した——もちろん無条件にはないけれど。だが、「基本権的自由は社会的行為における倫理的自律と自己責任である」ことを忘れて抽象的な自由を叫ぶだけでは社会はなりたない。現状はその現れだということになる。⁽³¹⁾

3 イーゼンゼーはこうして、立憲主義の可能性の条件として、倫理的基礎を持った国家の先行性を説く。しかし、問題は、どうして市民に徳と名譽心を与えるものが国家でしかありえないのかであろう。憲法への自己批判的愛着が社会を成立させる可能性もないとはいえないのではないか。だが、イーゼンゼーははっきりと言う。『憲法パトリオティズム』(D・シユテルンベルガー)、連邦共和国におけるパトリオティズムの代用提案、はそれだけでは社会のコンセンサスと国家的統一意思を持続的に基礎づけ、支え、維持することはできない。なぜなら、合理的な法的秩序としての憲法は、集団の感情的必要を満たすことはできないから。⁽³²⁾ ここには、人間は理性のみによっては持続的に結合することはできない、という前提が存在している。

では、彼は国家をどのように理解しているのか。イーゼンゼーの考えでは、「(一七七六年から八九年のアメリカ合衆国、一八七一年のドイツ帝国におけるように)たとえ国家の設立と憲法制定が時間的に一致しても、憲法は国家統一が打ち立てられるべき諸条件に関連するが、他方で国家となることは前もって作られた構造モデルとして受け入れられている」。つまり、国家こそが憲法の条件であり、「憲法は国家をつくらない」⁽³³⁾。逆に、「国家とは、憲法の内容と

射程とを決定する事物の本性である。「国家へと統一された民族、国家民族 (Staatsvolk) のみが行動可能であり、従つて自らに憲法を与えることも可能である」⁰³⁴。つまり、国家は「民族の国民的統一」を前提とするが、それ自体は「国家の処分から全くもしくは部分的に離れた所与」、例えば「地理的・地政学的状況、歴史的な由来と経験、文化的特殊性、『民族』経済的必要、自然的・政治的必然性」などによつて条件づけられている。「持続的で解消できない運命および危険共同體」という「国家的統一の本質」への国家構成員の意識は、そのような前憲法的所与によつて条件づけられており、また、その意識が生き生きとしていたことが国家統合を保障する。「一体意識は、合理的な立憲国家、近代国家の地平の彼方に位置し、『祖国』としての国家結合を實現する心情的価値によつても生きる」⁰³⁵。

4 イーゼンゼーはこうして、合理性を超えた所与への愛着を国家の基礎として持ち出すが、それは上に見たように、西ドイツにおけるその減少への危機意識と表裏の関係にあつた。それ故、「憲法の中に費消されつくされない国家の本質への問い」⁰³⁶が問われないことへの不満を彼は隠さなかつたのである。だが、国家の基礎として西側の価値への同一化を掲げた分断・暫定国家において、「まさにドイツ民族に固有なもの」を求めめるには苦労がある。そして特にナチスの過去をどのように処理するかは、イーゼンゼーに対しても難問として立ちふさがる。既述のとおり、彼はナチスによつてドイツ史、ドイツ国家思想の伝統から価値剝奪がなされることに苛立っているが、他方で「歴史家論争」での保守派の主張のように、ナチスを勇ましく相対化することもない。むしろ彼は、国家の理念を古代の共和国にまで遡ることでのこの問題を迂回する。

国家を「諸個人の総和としてではなく、国家的に結合した、統合された『一般性』としての市民の全体」としての、その中で「公共の福祉 (共通善)」(Gemeinwohl) が實現されるべきものとしての「共同体」と考える思想は、「ギリ

シア・ローマ古代」にまで遡るものである。そのような共同体のなかでのみ人間の「良き生活」は可能になる。そのエートスの一つは「職務」(Ami)の制度に表れているが、「公共の福祉の理念やその職務の制度への現れは、ヨーロッパの共和的伝統を決定づけている。そこから——幾重もの媒介を経て——立憲国家が生まれたのである」。しかし、近代の立憲国家思想はこの出自から離れ、「それによって公共の福祉の道具としての国家は公共の福祉の主体としての国家への視線をさえぎっている」。伝統への注意の喚起によって、「運命・責任共同体としての、共同体の時代および憲法に則した理論の解明」を、彼は求める。政治的争いにおいて、市民には「一般的利益」「共通の最終目標」をめざすという徳目が課されることもはや論をまたないであろう。ドイツ国法学は、比較的最近までこのヨーロッパの伝統を受け継いでいた点において特徴的だったのである。⁽³⁷⁾

こうして、ドイツの伝統は救われる。また、「合理のおよび感情的統合要素は両立しないものではない。古代ローマ共和国以来の共和的伝統は、両者を一体化している。」⁽³⁸⁾として非理性的なものに国家の基盤を求めるとの危険も除去され、同時に正当化される。

5 しかも、突発的に、西ドイツはもはや分断・暫定国家ではなくなった。イーゼンゼーの国家理論は、一九八九年以後の東欧革命も次のように描きだす。そこでは、「国際的な絡み合いの時代においても、国家と憲法を構築する基盤は、今なおナツィオンである」ことが示された。「一つのナツィオンの断片」としての東ドイツは、消滅するしかなかったのである。また、そのように運命づけられた統一であるから、どのような憲法上の手続をとるかは二次的問題にすぎず、早く確実に国家統一を行うことが最優先される。その故彼は、国民の間に論争を起こす危険のある新憲法制定による統一ではなく、基本法二三条による東独編入を支持する。だが、もちろん、ドイツ統一は単なる基本法の

妥当領域の拡大ではない。「統合の指導理念はドイツ民族の連帯である」。「連帯統一」としてのナツイオンが「国家的倫理的基盤」を提供する。イーゼンゼーのポルテージは高い。「自由は、……憲法パトリオティズムの空中ではなく、現実の国家の土台の上で生きている」。ようやく「国家的なるもの」を正面から話せる時代が来たと言いたげである。¹¹⁾

このように、イーゼンゼーは抽象的な「自由で民主的な基本秩序」のみによつては持続的な政治的結合はなしえない、と説く。憲法の妥当基盤には、憲法によつてはくみつくせない国家性が先行しており、その国家の倫理的基盤には、所与としての統一意識、ナツイオン意識が含まれている。彼の主張では、戦後西ドイツの憲法意識の発展は否定的に評価されることになった。しかし、西ドイツが「こしらえもの」としての憲法に自らを定位しようとしていたとすれば、それはやはり一つの「偉大な」冒険だったのではないか。イーゼンゼーはそれを、人間の本性に反した不可能な夢の追求として否定する。そして、分断・暫定という異常事態が終わりを告げ、ドイツが一つのナツイオンからなる一つの国家となったからには、その冒険は歴史的役割も終えたとされることになる。だが、この冒険への価値づけには別のものがあるだろう。実際、ドイツの現状を見ればすぐ分かる通り、「国際的な絡み合いの時代」たる現在、一つのナツイオンに基づく国家という想定はフィクション性をますます強めている。

更にいえば、既述のとおり、イーゼンゼーは、一九六八年の「若者の反乱」以後の西ドイツ社会を否定的に評価していたが、この時代にこそ社会の多元化は現実に進んだのであり、この点からは彼の許容する多元性の範囲が疑問となる。「ナツイオンとしての統一意識」などというあいまいな概念によつて社会の開放性が制限されるのでは、自由な国家の根幹が揺らぎかねないだろう。多元社会における立憲国家のあり方を自らの考察の中心にすえるのが、ペーター・ハーベルレである。

第三章 ヘーベルレ

1 「立憲国家における国家目的」がテーマとなった一九八九年のドイツ国法学者大会において、イーゼンゼーは、「私がこれまで参加してきた数々のドイツ国法学者大会においては、一貫して『憲法』のみが話題となってきた。しかし今日は『国家』が中心へと戻った。」としてドイツ憲法学の最近の「パラダイム転換」を満足げに語った。⁽⁴²⁾これに対し、「道具的国家理解」「国家の固有価値の不存在」を強調し、「民主主義においては、『国家理性』は存在せず、ただ『憲法理性』のみが存在する」と主張するのがペーター・ヘーベルレである。⁽⁴³⁾イーゼンゼーが「祖国としての憲法」論文において、憲法を国家活動の全ての基準にしようとしていると名指しする人物も、他ならぬヘーベルレであった。⁽⁴⁴⁾

また、ヘーベルレは、「国家目的」ではなくあえて「立憲国家の国家任務の理論」という題名をつけた論文において、立憲国家の国家任務は「憲法によって構成された政治的共同体」の視点から考えなければならず、国家の「生まれながらの」任務というような考えをとってはならない、そのような「一般国家学」的考えは「全体主義の国家類型と立憲国家との根本的差異を覆い隠」してしまふ、と述べている。⁽⁴⁵⁾このように、「人間の尊厳」を根本価値とする近代の「道具的」立憲国家の特殊性を強調する彼の立場は、「公共の福祉の主体」としての国家の価値を強調するイーゼンゼーとは確かに対照的である。

では、ヘーベルレは近代国家の存立基盤を全て憲法に求めようとしているのか。実はそうではない。「多元主義の憲法は、……かなりの程度、書かれていない前提に基づいている」。これは「基本コンセンサス」といえるものだが、そ

れをつくるのは、「数多くの文化の統合機能」である。「憲法、すなわち我々の基本法は、我々の共同体およびそのアイデンティティの、……歴史的に生じた文化連関の一部分である」。しかも、その文化には、「非理性的」内容も含まれている。⁽⁴⁶⁾つまり、彼もまた憲法の奥にある共同体のアイデンティティを求めようとしているのである。

憲法によつて構成される共同体と、憲法を支える共同体のアイデンティティ。このようなヘーベルレの主張は、どのようにして内的統一性を保持しているのであろうか。その謎を解くには、一九八〇年代以降彼が強調し続けている、「文化科学としての憲法学」という研究方法を覗く必要がある。⁽⁴⁷⁾

2 ヘーベルレは文化を、「広義」で、すなわち「知識、信条、技術、道徳、法律、倫理、そして社会の構成員としての人間が獲得してきたその他の能力と慣習を包み込む複雑な全体」と理解する。そのような「文化の本質的中核は、伝統的な(すなわち歴史的に引き出され選ばれた)理念と、特にその中に組み込まれた価値からできている」。しかし、文化は単なる過去の拘束ではない。文化には三つの面があると彼は言う。すなわち過去の媒介としての「伝統的側面」と過去の更なる発展としての「革新的側面」と、「政治的共同体は多様な文化を持つことができる」という意味での「多元的側面」である。そして、「このように広義で理解された『文化』は、立憲国家の全ての法条文、全ての法的に意味のある行為のコンテクストを構成する」として憲法をこの背景との関係でとらえようとするのが、彼の「文化科学としての憲法学」の出発点である。⁽⁴⁸⁾

彼は次に、個々の立憲国家と、立憲国家の「類型」(Typus)とを区別する。「この類型は、個々の立憲国家において同時に全て達成されていることはほとんどないが、最善のあるべき状態(Sollzustand)と可能な事実状態(Istzustand)を示す、——国家および社会についての——理念のおよび現実的要素から構成されている」。逆に、個々の立憲国家は

「類型」の許容範囲内の「バラエティ」と考えられる。⁽⁴⁹⁾

そして、「この類型は、その中核的要素（人間の尊厳や国民主権など——筆者注）において、それ自体西側の、西洋の文化領域の文化的獲得物である」。このように、「類型」としての立憲国家自体が、ヘーベルレにおいては「文化」の背景からとらえられる。個々の憲法についても当然次のようになる。「憲法は、単なる法的条文や規範的『規則作品』ではなく、民族の文化的発展状態の表現、文化的自己表現の手段、文化的遺産の鏡、希望の基盤でもある」。「立憲国家の法的現実性は、——広く深く入り込んだ——文化的な性格のものである『生きている憲法』の現実性の一端に過ぎない」。つまり、憲法は、民族の文化から生ずる「憲法コンセンサス」によって支えられるのである。⁽⁵⁰⁾

3 しかし、このような考えは、「立憲」国家の価値の相対化を導くものではないのか、という疑問が当然起こるであろう。憲法も文化の一産物にすぎないとすれば、文化の多様性は、法秩序の基本価値の多様性をも含意するのではないか。それは立憲的憲法独自の価値の否定に至るのか。だが実は、ヘーベルレは逆に「類型」としての立憲国家の価値を絶対視しているとすら言えるのである。ポイントは、先に文化の定義で述べたところで示唆された、「文化の開放性」にある。

共同体構成員にとって、文化とはただ所与のものとしてあるのではない。むしろ構成員は、伝承の中に立ちながらも自ら新しい文化を作りだしていく主体でもある。そのためには当然、多様な文化の併存が承認されなければならない。ここにおいて、文化は自由と必然的に結びつく。文化は自由が行使されて何らかの成果を生み出し、それがまた次の自由の基礎となるという「変転運動」によって成長するのである。文化の「生産と受容の先述のプロセスは、まさに基本権『によって』進む」。従って、「政治的共同体は、自由に不可避の拘束と限界づけを失わずに、基本権的

自由が可能な限り強化され、拡大され、一般化されること、あるいはそれによって自由と開放性の客観的基礎づけ要素が生み出されること、に注意を配らなければならない」。このような政治的共同体は、もちろん立憲国家である。文化の発展と共同体の安定・自己主張が「個人の自由を通じて起こりうるということが、立憲国家の比類なき機能である。それは同時に、その『信仰告白』でもある」⁹³⁾。

「人類学的糸口」として「人間は多様な文化的欲求を持つ」という命題から出発するヘーベルレにとつて、「自由は、――多元的――文化のための本質的前提である」として、立憲国家はまさにその「道具」性によつて「比類なき」ものとされる。「自由は、いかにしばしば危険にさらされるとしても、同時に西側の文化の獲得物でもある」として立憲国家の類型の発生⁹²⁾の文化依存性も語られるが、結局ヘーベルレ自身は他の類型の国家を価値あるものとは考えていないようである。いわば、西側において、普遍的価値を持った国家類型が誕生したのだということになる。

4 しかし、ヘーベルレの理論はこうした立憲国家礼賛に終わるものではない。むしろ彼の主眼は、「類型」としての立憲国家の価値を前提として、「『立憲国家』の類型の具体的バラエティ（つまり例えば、スイスやオーストリア、フランスやアメリカ合衆国）をその個性の中で把握し、また全ての多様性にもかかわらずそれらを一つの類型の変種として見ること」⁹³⁾すなわち、「バラエティ」としての個々の立憲国家の多様なあり方の条件を探るところにある。そして、この段階では、個々の憲法が政治的共同体の文化によつて支えられていることに大きな意味が持たされることになる。いわば、類型としての立憲国家総体の価値は文化依存性を脱したと考えられる（ここにはその現実的安定性についてのヘーベルレの信頼が存在するのだろう）のに対し、個々の国家はやはり憲法のみによつて支えられているとは考えられていない。

「まさに『多元主義の憲法』、開かれた社会の憲法は、いふなれば『価値』による、『文化的結晶化』、客観化による、基礎づけを必要とする」。(文化)民族は、個々の市民と同様、アイデンティティを決定し保障する照準点、ないしは『価値』を必要とする。それなしでは、自由と多元主義は文字通り空虚で、目的を欠いた、『基盤のない』ものとなる。そして、「民主的立憲国家は、市民の自らへのこのより感情的な結びつき……を放棄できない。批判的合理主義の憲法理論も、このむしろ非合理的な領域を否定できないししようともしない。それは、人間は非合理的にも、つくられていくという人類学的前提に基づいている。開かれた社会および立憲国家は、自由と平等、寛容と開放性といった保障だけは維持されている限度内で、自らをこのような内容的告白によって基礎づけ、堅固にする」。

では、個々の立憲国家を支える文化はいかにして調達しうるのか。それは完全に国民の自由な文化形成に委ねられるのか。立憲国家の類型を絶対視し、しかもワイマールをつぶした歴史を持つドイツに住むヘーベルレには、そのよ
うな超然とした態度はとれない。そこで登場するのが、一つは人間の尊厳や寛容の価値などを「立憲国家の文化的『信仰告白』の一種」として取り入れる教育の重要性であり、もう一つは国民を統合する「象徴」の重要性である。憲法の前文や永久条項(改正禁止条項)も象徴機能を果たす。憲法を最終的に保障するのが開かれた社会でつくられる憲法文化であるとしても、「永久条項の象徴的価値は過小評価されるべきではない」。それは市民への「アピール機能」を持つ。更に彼は、憲法以外の制度にも目を広げる。「立憲国家の文化的アイデンティティ要素としての祝日保障」という一件奇妙な題名の著作などにおいて彼が述べるのは、この問題に他ならない。

「多元的立憲国家ないし民主主義は、集団的意識と集団的行為のための象徴的表現形態を必要とする」。

な象徴には国旗、国歌、記念碑などと共に、祝日も含まれる。例えば、アメリカ合衆国の独立記念日やフランスの革命記念日、あるいはアメリカの人種平等・統合への誓いを示すマーティン・ルーサー・キング・デーなどは、「特定の——祝われるべき——内容が様々な世代を決定的に統合する」というし方で、「個々の立憲国家の個性とアイデンティティ」を映し出すのである。それは、象徴として、憲法文化の「感情的なものと理性的なものとを結びつける要素」として働く。その「象徴性格」は、「開かれた社会に『基礎づける』内容を与え、——全ての他に存続しているディセンサスに加えて——コンセンサスを得ようと望む⁽⁵⁸⁾」もちろん、繰り返しになるが、この背景には「立憲国家は理性的および感情的なコンセンサス源を必要とする」というヘーベルレの「人類学的」前提がある⁽⁵⁹⁾。

このように、ヘーベルレは象徴への感情的結びつきにも立憲国家の基礎づけを見いだそうとする。もちろん、彼は立憲国家においては祝日の祝賀を国民に強制してはならないことを繰り返し強調する（それは文化発展の開放性への許されざる介入である）が、一方で、「祝日の憲法の基本価値との内的関連が明らかにされ、場合によっては育成されるべきである」として国家の「祝日育成」政策が必要とされる⁽⁶⁰⁾。

5 確かに、「開かれた社会」への彼の高い価値づけは特筆すべきである。このことは、一九八九年以後の東欧革命において彼が特に重視するのが、ナツイオンの復活などではなく、東欧各国で自然発生的に成立した円卓会議であることにも表れている。「円卓」の成功は偶然ではない。……「円卓」は政治的共同体において多くの者が平等の権利を持つて共存し協力することを象徴している。「国家は契約に基づいている、憲法は『常に新しい契約』である、という古い理念は、現在行われている『円卓』のパラダイムによつて確認されたと考えてよい」という意味で、「それは『始源状態』を象徴して」もいるのである。このように多数の人間が「契約」「共存」へと向かうのは、互いの人間の

尊厳を承認して共同体をつくるという「基本コンセンサス」がまさに文化の発展の中から登場したことの現れである。このようにヘーベルレは、東欧においても「多元的公共」を可能にする立憲国家が基礎づけられたことに何よりも高い価値を認めるのである。⁽⁶¹⁾

従つて当然、統一方法についての判断もイーゼンゼーとは違つてくる。ヘーベルレは現実的判断から基本法二三条による編入方式を一応支持しつつも、統一後には、東欧革命から得られた立憲主義への貢献をふまえた上で全ドイツ国民の直接の承認による新憲法をつくるべきだ、とする。ドイツ統一はそれによつて初めて完結するのである。^(61a)

6 以上、ヘーベルレの「文化科学としての憲法学」を検討してきたが、これは確かに自由な国家を基礎づける有力な理論を提供していると思われる。国家の憲法体制が広義の文化の一環であつてそれに支えられているという理解は直観的にも納得できる。更に彼は、その文化が多元性・開放性を必要とすることから、立憲国家の価値を承認する。しかし、彼は文化的アイデンティティ形成の一環として象徴への感情的結びつきも挙げていた。東欧革命においても国家象徴の変化も重視される。⁽⁶²⁾だが、象徴への感情的結びつきは、憲法的価値と確実に結びつくのであろうか。彼も認めるように、「若干の祝日が、形式的分類をこえて『憲法上の日』となるほどに立憲国家の憲法の統合的要素を構成している」⁽⁶³⁾のであつて、憲法とは直接関係しない祝日の方が数としては多い。そして、ヘーベルレは、考察の中心は憲法上の価値を体現した祝日に置いているが、その他の祝日の統合機能を否定しているわけではない。⁽⁶³⁾また、ヘーベルレが繰り返し挙げる国歌にしても、そもそも西ドイツのそれからして憲法的価値との関係は微妙であり、議論を呼んでいる。東欧諸国で新しく統合力をもつた国家象徴はその多くが歴史を遡るものであるが、それらは本当にこれから立憲的価値を象徴しうるのだろうか。

更に注目すべきは、この問題を彼が論じるとき、一貫してルドルフ・スメントが先行業績として挙げられていることである。「R・スメントの統合理論は、(象徴の問題において——筆者注)今日に至るまで有効なキーワードを提供している」⁽⁶⁵⁾。だが、そのスメントは、「政治的象徴の理論と実践については、特に多くをフアシズムについての文献中」を見よとし、象徴の機能として、「非合理的」な強い統合力、合理的形式化よりも内容的弾力性を持つこと、それらを通じて「緊張と抵触なしに」「全体への包含」を可能にすること、をあげているのだ。更に国旗の象徴性について、旧ドイツ帝国国旗の統合力は認めるがワイマール共和国旗のそれは否定するという有名な診断をくだしていたことも忘れるわけにはいかない⁽⁶⁶⁾。象徴による統合は、いわばスメント理論の中でも最も危険な分野の一つなのである。

もちろん、戦後のスメント学派が全てそうであるように、ヘーベルレもスメントの危険な要素は周到に排除している。スメントが象徴的統合要素として特に重視していた国家領土および王制は、ヘーベルレにおいては軽視されている⁽⁶⁷⁾。また、既述のとおり、ナチスの経験をつまえて、国家による強制があつてはならないことを強調する。しかしこれは、象徴の利用が立憲国家を危機へと追いやる「危険が常に存在している」のを彼が認めていることの裏返しでもある⁽⁶⁸⁾。いみじくもスメントが述べているように、象徴の特徴がまさにその内容的弾力性にあるのだとすれば、それがもたらす文化的アイデンティティも特定の内容を持ってないのではないか。特に、ドイツについて言えば、そこでの種々の象徴が「自由で民主的な基本秩序」を象徴していると解され続ける保証は存在しないのではないか。例えば、それらは(特に国家の政策が加われれば)ドイツの敗北と屈辱の象徴へも転化しうるのではないか⁽⁶⁹⁾。

また、自由な国家の象徴であれば、当然それ自身への批判も許されなければならないはずだが、このことによつて象徴との感情的、無批判的結びつきは阻害されるであろう。象徴を文化的アイデンティティの主要な要素とする理論

は、それへの批判を封じる機能を果たす危険もある。⁽¹⁾

本章でのヘーベルレの紹介においてナツイオンという言葉が登場しなかったことが示すように、彼は国家の基礎を所与の統一意識には求めない。文化の多元性・開放性を最優先する彼は、共同体の自由な文化発展によって、「常に新しく」自由な国家を基礎づけようとする。しかし、皮肉にもそのことが、彼を危険な河岸へと追いやることになった。だが、象徴作用をその一環として含む文化全般に立憲国家の基礎を見ようとするならば、結局このような危険を免れることはできないであろう。より根本的に言えば、政治的共同体としての国家への「感情的」統合をはかること自体（この点においてヘーベルレはイーゼンゼーと一致している）の是非が問われることになる。現実の国家を生み出した契機は、もちろん決して理性的、反省的なものだけではない。確かに、国家という団体を理性によってのみ基礎づけようとするのは、ヘーベルレの「人類学的前提」を持ち出すまでもなく、かえって非人間的試みなのかもしれない。それは国家という枠組みそのものを自己批判的に掘り崩すものとなるかもしれない。しかし、立憲国家という特別の国家形態と確実に結びつくのは、やはりシュヴァンの述べていたように、反省的アイデンティイシかないのではないか。このような問題意識から、我々は、同じく「文化」に着目しながらも、政治文化をその他の文化から切り離すという、野心的試みの検討へと導かれる。第二章にわたる憲法学者の検討を経てここで登場するのは、第一章の末尾で予告された人物、ユルゲン・ハーバーマスである。

第四章 ハーバーマス、そして

1 「歴史家論争」においてユルゲン・ハーバーマスは、アウシュヴィッツを経たドイツにおいては、「慣習的に、すなわち全員一致的かつ前反省的に共有されたアイデンティティのいかなる形態」も許されない。「宗教の代用としての歴史意識」はそのナチスとの「共犯」関係によって「有罪が証明された」と述べた。その上で彼は、「我々の西側との結びつきの唯一の信頼できる基礎」として「憲法パトリオティズム」を挙げる。確かに共同体の歴史解釈を批判的に行うためには「広範に効力をもつ歴史解釈の多元主義」が必要であり、それは「開かれた社会の構造」を前提にすると言えるだろう。⁽¹²⁾しかし、これまでの検討から明らかのように、だからといって立憲国家が普遍的な価値のみによって基礎づけられるということにはならない。論争当時のドイツ歴史学会会長クリスチャン・マイヤーは、ナチスとの断絶という西ドイツ創設の理念を堅持すべきことを主張しながらも、「それで十分なのか」と問う。「何よりもまず特定の普遍的原理の上に築かれた連邦共和国であり、偶然にドイツでもあるというだけで、我々にとって十分でありうるのか」⁽¹³⁾。むろん、十分ではないという意味表示が、「ドイツ人のアイデンティティ」を求める動きとして噴出したのであった。

この点につきハーバーマスは、「例えばあらゆる種類の国民史的なアイデンティティ形成を……全く放棄するのか」「ラディカルに脱中心化された生活連関というそのような前提のもとで、自己主張や自己確認という現実の必要がどのように償われうるのか」との質問に答え、次のように述べる。「ある個人、グループ、国民、あるいは地域のアイデ

ンティイは常にある具体的なもの、ある特殊なものである。「同一の普遍的内容も、それぞれ固有の歴史的生活連関から習得されなければならないし、固有の文化的生活形態の中で定着させられなければならない」。「普遍的原理がこのように根づくためには、常にある特定のアイデンティイを必要とする」⁽⁹⁾。つまり、普遍的内容を持つ憲法パトリオティズムも、国民的アイデンティイを前提とした上で、各国家共同体によつてそれぞれ自らの愛国心の内容として選り取られるものだ、ということになる。

2 しかし、ハーバーマスは前述のとおりドイツにおいては憲法パトリオティズムのみが許されていると強調していたし、更に「アウシュヴィッツは時代全体を示す表徴となった」とも述べている。あの悲劇が人間の手によつて起こりえた以上、「疑問視されないまま傳承されているもの」に權威を与えるナイーブさはもはや持ちえない。「アウシュヴィッツは歴史的な生活連関の連続性を保つための諸条件を一変させた。——そしてこれはドイツには限られない」。彼はこのことを、近代国民国家のナシヨナリズムの内に潜んでいた緊張からも説明する。つまり、「一方での法治国家と民主主義という普遍的な価値指向と、他方での国民が自己を外部から区別する個別主義との間の緊張」である。この緊張は近代国民国家成立以後なんとか均衡がとられてきたのだが、ヒトラーやムツソリーニによつて前者を完全に落としたナシヨナリズムが成立してしまつた。それが本当に起こり、そしてその結果が明らかになつたとき、各国民にとつて自らの個別性・連続性へのナイーブな信頼は維持しえなくなつたのである⁽¹⁰⁾。

だとすれば、今日の世界において、憲法の普遍的原理はハーバーマスにとつてまさに普遍的に受け入れられるべき価値と考えられていることになる。従つて、彼もやはり立憲国家体制をとるかとならないかをそれぞれの国民に委ねて放つておくことはできない。様々の歴史的・文化的アイデンティイをもつた国家において共通に憲法パトリオティ

ズムが可能であることを示す必要に迫られる。ヘーベルレはここから感情的なものを含む国民の統合へと向かった。だが、ハーバーマスは国民史への徹底的な反省を要求することから当然見て取れるように、あくまでも憲法上の価値そのものを問題にする。彼ははじめ、次のように述べていた。「憲法パトリオティズムは、文化と国家の政治が、古いタイプの国民国家と比べて、互いにより強く分離して初めて成立する」。「そこでは、固有の生活形態や伝承への自己同一化の上に、より抽象的になった、もはや具体的な国民全体とではなく抽象的な手続きや原理と結びつくパトリオティズムが重なっている」⁽⁶⁾。ここからは、彼が文化と政治とを切り離し、文化の面での固有のアイデンティティと政治の面での普遍的価値への愛着とを両立させようとする戦略をとっているように思われる。いわば、近代国民国家の緊張をはらんだ二つの要素のうち、人権と民主主義という普遍的価値指向のみを政治の領域に残し、後を脱政治化しようというのである。彼は後に、これを政治文化とその他の文化の区別として語ることになる。

3 彼の概念整理に大きな役割を果たしたのは、M・ライナー・レブジウスが述べたナツイオン概念の区別の必要であった。レブジウスは次のように述べる。ナツイオンは国家と結びつく（国民国家）ことによって、他の集団に対して特殊な地位に立つことになった。そして、「ナツイオンの規定のための基準によって、国境確定と国内秩序の種類にとつての政治的帰結が生み出される」⁽⁷⁾。それ故、多義的に用いられてきたその概念を分析する必要は大きい。彼は、ナツイオンを類型論的に四つに分ける。民族ナツイオン、文化ナツイオン、階級ナツイオン（東ドイツが自らのアイデンティティのためにつくりだしたもの）、そして国家市民ナツイオンである。

特にドイツでは文化的特性とも結びついた民族ナツイオン（本稿がこれまでナツイオンと呼んできたものはこれに当たる）が歴史上政治的に大きな役割を果たしてきた。この概念は「自然法的、前政治的」に自らを正当化し、ドイ

ツの領土拡大要求や国内での少数民族差別の根拠となってきた。そして、この観念は「個人に対しより優位な前政治的本質」としての「民族の集団性の価値」を掲げるから、憲法には無関心であり、民族の利益の名によって自由・民主主義を制限する理由となりうる。この極端な例がナチスであったことはいうまでもない。他方、「国家市民ナツイオン」は、個人的な国家市民の平等な権利と国家市民による支配の民主的正当化手続きによって、自らを構成する」。いわば、政治的、意識的につくりだされるナツイオンである。国境は憲法の妥当範囲によって決められる。国内秩序でももちろん憲法が重視される。「存在しうる民族的、文化的少数派との関係も、民族的な団結の禁止や文化的な強制同化なしに、国家市民の権利の平等によって規律可能になる」。この概念はドイツでは戦後連邦共和国で初めて国家の正当化として使われるようになった。

また彼は、前政治的なナツイオン観念を“Ethnos”、「ある政治秩序への自らの結合によって」つくられる国家市民ナツイオンを“Demos”と呼んだ論文において、平等な政治的、法的な国家市民の地位に“Ethnos”が影響を与えると、その平等が損なわれ、少数派への抑圧や同化強制が生じてしまうと述べる。しかも、“Ethnos”は自然、歴史に自らの根拠を求めるように見えながら、実は時代時代によって操作的に再解釈されうる。「操作的に構成された“Ethnos”は、“Demos”の憲法に内容的効力を持つてはならない」。ナチスを経て、西ドイツは国家市民ナツイオンの概念と結びついた。「国家市民ナツイオンの『憲法パトリオティズム』が連邦共和国との十分な同一化を提供した」。「“Demos”の政治的憲法は、民族の特殊な『運命』には決して還元されえない自らの価値決定である」。「ドイツ人のアイデンティティ」を求める動きはこの西ドイツの政治的基礎を隠す危険をもつ。また、この区別は、西欧が民族的多元性を保持したまま統合されることの「前提」でもある、とする。

4 レプジウスは「歴史家論争」にこの両概念の相剋を見ているが、ハーバーマスが自らの理論をレプジウスの分類によつて整理しようとするのは、すでにドイツに大変革が訪れたときであつた。そしてそれ以後、ハーバーマスは統一ドイツという国家が何に基礎づけられるべきかを強力に論じはじめるのである。それは、彼のドイツに対する危機意識の高まりと連動している。「国家市民の愛他心はコストなしで持てるという経済市民的前提は、安定した時代にしか通用しない。不安定な時代には、西ドイツ市民がこの四〇年間に実際に身につけたメンタリテイはどうなるだろうか」¹⁰²。彼は、ドイツ統一に国民投票を要求したが、それは、「国家統一のプロセスを、国家市民ナツイオンを構築するという明確な政治的意識のもとで遂行するという歴史的瞬間を逃」¹⁰³さないためであつた。いわば国家統一によつてナツイオンを作り上げようとしたのである。統一によつて前政治的ナツイオン概念への依拠がより簡単になるからこそ、これは必要な規範的要請であつた。「第一義的に共和主義的、憲法パトリオティズム的な自己理解に基づかないような国民的アイデンティティは、平等な権利を持つて共存する諸生活形態の共生に関する普遍的規則と衝突する」¹⁰⁴。

しかし、ハーバーマス自身認めていたように、国民国家の成立は普遍主義的原理と国民の他からの個別主義との結びつきから生じていた。フランス国民国家の成立が多様な地域文化のマージナル化、「フランス」文化の強制を伴つたことは周知である。今日、確かに多元的な文化の共存のためには、国家は政治的、意識的につくられたナツイオンから構成されなければならないかもしれないが、そんな一体性がはたして可能なのだろうか。可能になつたとしたらそれはいかなる歴史的條件によるのか。

彼は、確かにフランスを模範とした国民国家の民主主義は「文化的、民族的同質性」に基づいていたことを認めるが、しかし近代国家において「主権の担い手としてのナツイオン」という觀念も成立したことに注目する。一九世紀

末には、民族や文化をメルクマールとはせず、「民主的な参加、コミュニケーション権を積極的に行使するという市民の実践」の中にアイデンティティを持つ国家市民ナツイオンの概念が大きな力を持つに至った、という。⁽⁸⁾しかしながら、そのようなアイデンティティを持てるのは各市民が「第一人称複数の参加者の視点」から「相互承認の平等な関係のネット」に入ることによつてであるとしたら、そしてそのような「公共の福祉を指向する市民の動機と心情」は民主的法治国においては「法的に強制されえない」のだとしたら、やはりそれは前政治的抛り所なしで可能なのかという疑問は消えない。だがハーバーマスは次のように言う。そこから導かれるのは「民主的法治国の普遍主義的原理は何らかの政治文化的定着を必要とする」という命題だけあつて、「憲法原理が根をおろしうる政治文化は、全ての国家市民に共通な民族的、言語的、文化的由来に支えられる必要は決してない。自由な政治文化は憲法、パトリオイズムという共通の分母のみをつくり、それは同時に多元的文化を持つ社会のさまざまな共存する生活形態の多様性と不可侵性への感覚を研ぎすます」⁽⁹⁾。

こうしてハーバーマスは、政治文化とその他の文化を切り離し、多元的文化に重なつて存在しうる共通の自由な政治文化に立憲国家の基礎を置こうとする。彼が西ドイツ市民のメンタリティを云々するのは、そこで国家は政治文化に基づくという意識がある程度育つていたからであり、今後もその自由な政治文化を一層広げ統一ドイツの確かな基礎としなければならぬからであつた。

このようなハーバーマスの主張は、東欧革命以後特に深刻化している難民問題で最もはつきりと表される。つまり、文化・生活形態の差異が国家の市民となることの正当な拒否理由となるのかという問題について次のように述べるのである。「政治的共同体のアイデンティティ……は第一義的に政治文化の中に定着した法原理に依存しているのであつ

て、特定の民族、文化的、生活形態全体に依存してゐるのではない。従つて、移民には新しい故郷の政治文化に進んで加入することだけが期待されるべきで、元來の文化的、生活形態を捨てる必要はない」⁽⁸⁶⁾ 従つて逆に、統一ドイツにおいて民族的、文化的相違から、流入する外国人への敵対視が強まることは、国家市民ナツイオンに基づく国家という西ドイツで育つていたメンタリテイが崩れつつあることも意味する。ハーバーマスの最近の時事論文からは切羽づまつた危機意識すら感じられる。保守政権が民族意識によつて統一を強引に進め、「国家市民からなるナツイオンの意識的意思を避けた」ことのつけが回つてきてしまつた。「右翼テロに対する反応を見ると……道徳的・政治的荒廃がいかに進んでゐるかその規模がよく分かる」。「旧連邦共和国は、(ロストツク事件以降の——筆者注)この三カ月間で、それまでの一五年間以上にメンタルな面でのより深刻でより急速な変貌を遂げてしまつた」。「メンタリテイの断絶が始まつてゐるのではなからうか」⁽⁸⁷⁾

しかし、もし既存の国家市民ナツイオン意識、自由な政治文化に基づく国家という自己理解が危機に瀕してゐるとしたら、それを救うのは何なのか。自由な国家が何に基礎づけられうるのかという問題は、危機においてこそ現実の問題となるはずである。憲法パトリオティズムは安定した時代の幻だつたということになるのか。もちろんハーバーマスはそうは考へない。彼を最後に支えているのは、公共の論争への信念であるように思われる。

5 ハンス・リーツマンは、集団的アイデンティテイを憲法パトリオティズムに求めるのは、その「市民宗教的ポテンシャル」を高め、「そこから出発することを要求してゐる啓蒙的基礎をむろん同時に危険にさらす」、と述べる⁽⁸⁸⁾。しかし、これはハーバーマスには当たらない。ラルフ・ダーレンドルフすら、ハーバーマスのドイツ・マルク・ナシヨナリズム批判は行き過ぎだとして、「今日のドイツ・マルクは、四〇年間の民主的歴史の最高度に総合的な成果である」

と云う。そのようなドイツ・マルクに誇りを持つことは憲法パトリオティズムの一種だといえる、というのである。⁽⁸⁹⁾しかし、ハーバーマスはその逃げ道に向かおうともしない。そして彼は次のように主張する。「政治的参加権だけが、国家市民の自分自身に関係した反省的な法的地位を根拠づける」。「今日では多くの市民にとって、政治的参加権はただ、非公式な、全体を組織化することはできない、むしろ自由で平等な政治文化によって担われている公共のコミュニケーションの循環への統合とそこへの影響力行使の意味で認められうる」のだが、決定を行う国家機関はそのような政治的公共に開放されていなければならず、この二つの段階の「共同作業」がうまくいつている限りで、国家市民は積極的に自らを構成しうる。⁽⁹⁰⁾いわば、公共の論争への参加によつてこそ、国家市民としての意識は育成されるということになる。

イーゼンセーは、憲法パトリオティズムが不可能な理由を、憲法解釈をめぐるディセンサスが不可避免的に発生することに見いだしていた。しかし、ハーバーマスにとっては、まさにそのような論争によつてこそ、国家市民としての集団的アイデンティティは形成されるのである。自己理解をめぐる公共の議論は「第一に市民のメンタリテイの転換を目的とし、そこから自由な政治文化が生まれてきうる」⁽⁹¹⁾

こうしてハーバーマスは奇妙な位置に立つことになる。そもそも自由な公共の議論への参加によつて国家市民としての政治的アイデンティティが生まれるのであれば、自由な国家は何に基礎づけられるかという問題自体が解消する。しかし、ということはつまり、ハーバーマスもやはりある「人類学的前提」から出発しているということになる。それはもちろん、コミュニケーションの中で自らを反省できる理性をもった、近代的個人の姿である。⁽⁹²⁾

むしろ、彼も現実と全く関係のないユートピアを提示しようとしているのではない。現に旧西ドイツではそれは一

定程度定着していたのである。また、今日でも現実にはそのような理性による公共圏のかけらが散らばっているとの信頼がある。ここに、先述したペシミズムとは一見矛盾する、彼のオプティミズムが登場する原因がある。今日では、技術の進歩によつて世界規模の公共圏が生じはじめており、世界規模の政治的コミュニケーションを担う「世界市民」が生じはじめている、と言う。「国家市民と世界市民とは連続している。その連続性は、ともかくすでに輪郭においては浮かび上がってきているのである」。このような世界規模（もちろんその中には無数の多様な生活形態がある）の自由な政治文化を国家の政治文化も無視できないのだとすれば、国家の民族ナショナリスティックな振る舞いにもある程度規制がかかることにならう。⁽⁹⁸⁾

6 このような展望の現実性をどう考えるかは観察者によつて変わってくるだろう。しかしここでは、このような楽観的見通しを彼がたてられる背景ともなっている命題について考察しておきたい。それは何よりも、政治文化をその他の文化から分離するということが本当に可能なのか、ということに他ならない。彼によれば「ドイツ人であるという状況は、故郷と憲法に、感情的でもあり合理主義者でもあるというように二つのレベルのコミットメントに、分けられるべきである。しかし、ハーバーマスの『生活形態』の感情的把握は、そんな道具的役割にとどまっていられるだろうか」⁽⁹⁹⁾ 彼自身政治「文化」と述べているように、それはやはり一つの文化であり、だとすればそれがどのような文化的基盤の上にも定着しうるかどうかは分らないのではないか。

この点、ハーバーマス自身も本当に誰もが公共の議論への参加によつて国家市民のメンタリティを作り上げられると考えているかは、実は疑わしい。彼は、自由な国家がその他の政治文化の侵入から自らを守る権利を持つことを明示的に認めているのである。「自己決定の民主的権利は、国家市民の権利への具体的コンテクストを構築している固有

の政治文化を守る権利を……含む」⁽⁹⁵⁾。「このような意味での法治国家への統合は、ファンダメンタリズム的傾向を持った文化が移住してくることを認めることができない」⁽⁹⁶⁾。つまり、公共の議論への参加自体を拒否するものは、国家が加入を拒めるというのである。確かにハーバーマスはドイツにおいて民族、歴史的な文化アイデンティティが政治の領域に影響を与えるのを必死で食い止めようとしているが、一方で新たに外から来るファンダメンタリストは国境で食い止められるというのでいいのだろうか。冷戦後の世界では、種々のファンダメンタリズム——ハーバーマス流にいえば、自らの生活形態の絶対性を政治の領域にも貫徹させようという思想——とどのようにつきあつていくかがむしろ重要なテーマとなつていたのであり、それを無視するのでは彼の「世界市民」とはやはり「ヨーロッパ市民」だと思われてもやむをえない⁽⁹⁷⁾。

もつとも、逆に言えば彼が自ら公共の論争で論敵と戦おうとしていることは、彼が少なくともヨーロッパ及びその一員であるドイツにおいては、多様な文化から独立した、憲法パトリオティズムにおいて一致する自由な政治文化が可能であると信じていることの現れとはいえる。彼は自由な国家をこの信念に基づかせようとしている。ハーバーマスの理論は、強烈な信念に基づいた、野心的試みというにふさわしいものである。

7 樋口陽一は、ハーバーマスを引いたあと、「多かれ少なかれ自然的所与としての民族や国民ではなく、憲法価値をみずから選びとることによつて成立する《citoyen》としての国民 = 《Statbürgernation》という観念によつてドイツを自己定義しようとするこの見地は、伝統による自己定義こそアイデンティティを確保すると主張する見地と、きびしく対立することとなる」と述べている⁽⁹⁸⁾。本論文はこの単純な問題を縷々述べてきたにすぎない。しかも一方で

憲法学にとつて根本的なこの問題と正面から取り組むというよりは、ドイツにおける主要な論者の意見を自分なりの観点で比較してみるといふにとどまるものとなつた。

前政治的所与としてのナツイオンなのか、多様な文化の象徴による統合なのか、それとも公共の論争から生まれてくる国家市民ナツイオンとしてのメンタリテイ（ハーバーマスの言う憲法パトリオティズム）なのか。この問題は論者の人間観とも関わる一刀両断な解決の困難な問題である。にもかかわらずこのような論争が本格的に行われたことの背景には、既述の旧西ドイツの特殊な地位があつた。「こしらえもの」としての国家に住むという意識が、積極的にせよ反発によつてにせよ、憲法パトリオティズムなる主張の現実性を支えていた面は否定できない。この意味では、統一ドイツでこの問題が今後どのように論じられていくのか——それは民族・文化において多元化を進めているドイツの自己理解にかかわる——は興味をひくところである。

他方、同じ敗戦国として再出発した日本は、確かに幸福にも暫定国家でも分裂国家でもなかつた。しかし、まさにそれ故、「日本国」の存立の基礎を問うという問題意識の社会への広まりは、ドイツに比べれば少ないままだったといえないだろうか。樋口陽一は、「近代立憲主義の成否は、アトムの個人を超え、諸個人の自立と自律にもとづく*publica*を構築できるかどうかにかかつている」と述べ、その「さわどい文明のあり方」の「危険」性を強調する。⁹⁹ 危険性を少しでも和らげるために立憲主義以外の要素を国家の基礎に含めるか（しかしこれは別の危険を招く恐れを含む）、それともその危険に耐え抜くか。この選択は容易なものではない。もちろん、このような危険な問いは発する必要がない方が幸福なのかもしれないが、その意識の希薄さが自由な社会を意識的につくろうという指向の低さに影響しているのだとしたら、幸福の中にとどまっているわけにもいかないであろう。

- (1) Dolf Sternberger, Verfassungspatriotismus, in: ders., Verfassungspatriotismus (1990), S. 17.
- (2) 「ドイツ人のアイデンティティ」をめぐる論争については、後掲注(4)のヴィルムス論文及び注(18)のシュヴァン論文で挙げられている文献を参照。「歴史家論争」については、佐藤健生「遠ざかる『過去』をめぐって」思想八三三号一〇八頁(一九九三)およびその注(一)で挙げられている諸文献を参照。なお、毛利透「人種分離撤廃の現実と法理論(一)」国家学会雑誌一〇六巻七・八号五一頁、五三三頁以下(一九九三)では、同論争でのユルゲン・ハーバーマスの主張を簡単に分析した。
- (3) M. Rainer Lepsius, "Ethnos" oder "Demos", in: ders., Interessen, Ideen und Institutionen (1990), S. 247, 251.
- (4) Bernard Willms, Politische Identität der Deutschen, Der Staat 21(1982), S. 69, 74ff. 以下で検討されているのは、当時の西ドイツ歴史学界で行われていた「ドイツの特殊な道」論争である。この論争については、松本彰「ドイツの特殊な道」論争と比較史の方法」歴史学研究五四三号一頁(一九八五)、佐藤健生「ドイツ近現代史の『特殊な道』考」(拓殖大学)研究紀要一三号五頁(一九八七)参照(後者は同論争と「歴史家論争」との関連にも触れる)。
なお訳語についてだが、本稿で重要な位置を占める「Nation」は、第四章でいうところの前政治的意味を持つ場合、およびそれとの対比が問題となっている場合には「いささか論点先取的になるが国民と訳すわけにはいかないの」で「ナツィオン」と表記する。「Volk」も同様の場合には「民族」と訳した。
- (5) Willms, ebd., S. 83f.
- (6) Ebd., S. 72.
- (7) 三島憲一「精神と政治の道具的ならざる関係をめぐって」現代思想一九八六年一〇月号五〇頁。
- (8) Iring Fetscher, Die Suche nach der nationalen Identität, in: Jürgen Habermas (Hrsg.), Stichworte zur Geistigen Situation der Zeit <, 1. Bd. (1979), S. 115, 120ff, 129ff.
- (9) Ebd., S. 118.

- (10) Alexander Schwan, Deutschland und der Westen, in: Klaus W. Hempfer und Alexander Schwan (Hrsg.), Grundlagen der politischen Kultur des Westens (1987), S. 3, 6.
- (11) Sternberger, a. a. O. (Anm. 1), S. 19.
- (12) Ebd., S. 20ff. シュテルンベルガーの主張については、栗城壽夫「立憲主義の現代的課題」憲法問題四号七頁、九頁（一九九三）参照。
- (13) 彼は後に、歴史をこまかしなしに観察する（この）パトリオティシユな行為であるとして、一九八五年五月八日のヴァイツェッカー大統領演説を評価している。Vgl. Dolf Sternberger, Anmerkungen beim Colloquium über Patriotismus < in Heidelberg am 6. November 1987, in: ders., Verfassungspatriotismus (1990), S. 32, 35.
- (14) Sternberger, a. a. O. (Anm. 1), S. 25ff.
- (15) Vgl. Sternberger, a. a. O. (Anm. 13), S. 36ff.
- (16) シュテルンベルガーは、政党の政治における指導的役割も正当化している。Vgl. Sternberger, a. a. O. (Anm. 1), S. 27f.
- (17) ハンス・リーツマンは、シュテルンベルガーの主張を「民主主義の状況下において、取り消せず討論を免れた国家理性の等価物を構築し、政治プロセスの計量不可能性を通じてそれを保証する」試みだと述べる。Hans Lietzmann, "Verfassungspatriotismus" und "Civil society". Eine Grundlage für Politik in Deutschland?, in: Rüdiger Voigt (Hrsg.), Abschied vom Staat — Rückkehr zum Staat? (1993), S. 205, 211. この部分の叙述には賛同できるが、彼のシュテルンベルガー理解は、全体に保守的にかたよりすぎているように思われる。この点は、論文の一つの主眼が彼とユルゲン・ハーバーマスの対比にあることにも起因しているようである。なお、リーツマンはシュテルンベルガーとアレクサンダー・シュヴァンを同じ思想と分類している (ebd., 210f) が、本文での叙述から明らかなように、私はこの分類には与していない。
- (18) Alexander Schwan, Brauchen wir eine neue Identität?, in: Albrecht Randelzhofer und Werner Stüb (Hrsg.),

Konsens und Konflikt : 35 Jahre Grundgesetz (1985), S. 309, 310ff.

(19) Ebd., S. 514f.

(20) Ebd., S. 516ff.

(21) Alexander Schwan, Verfassungspatriotismus und nationale Frage, in: Manfred Härtich (Hrsg.), Zum Staatsverständnis der Gegenwart (1987), S. 85.

(22) Schwan, a. a. O. (Anm. 10), S. 11f, 23. とはいえ、シュヴァンはアメリカ・フランス両革命に先立つものとしての「理性的個人の自由」を基礎にした近代啓蒙思想にはドイツも参加していたとして、間接的にはドイツも西側の政治体制の伝統の中にあると述べている。Ebd., S. 15.

(23) Jürgen Gebhardt, Verfassungspatriotismus — Anmerkungen zur symbolischen Funktion der Verfassung in der USA, in: Manfred Härtich (Hrsg.), Zum Staatsverständnis der Gegenwart (1987), S. 111f.

(24) この点についても、栗城前掲注(12)一〇頁以下参照。

(25) Ernst - Wolfgang Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit (1976), S. 60 からの日比野勤「国家の『中立化』と自由な国家」、『法学協会百周年記念論文第一巻』一三七頁、一七九頁(一九八三)における翻訳引用をそのまま借用した。

(26) 基本価値論争については、日比野同及び日比野勤「基本価値論争をめぐって」、『憲法訴訟と人権の理論(芦部信喜選歴)』八四三頁(一九八五)、若松新「人間の尊厳と基本価値論争」早稻田政治公法研究三四号一七九頁(一九九二)参照。国家統合をいかに基礎づけるかという論点において、基本価値論争と憲法パトリオティズム問題とは重なりあう。両問題においてシュヴァンやイーゼンゼーといった人物が共通して登場するのは偶然ではない。なお、イーゼンゼーについては更に、西原博史「良心の自由と国家の信条的中立性」、『現代憲法の諸相(高柳信一古稀)』三頁、三〇頁以下(一九九二)参照。また、彼の「補足性原理」については、角松生史「『民間化』の法律学」国家学会雑誌二〇二巻一一・一二号七〇頁、九三頁以下

(一九八九) 参照。

- (27) Ulrich Scheuner, Staatszielbestimmungen, in: ders., Staatstheorie und Staatsrecht (1978), S. 223, 223ff, 237f.
- (28) Josef Isensee, Die Verfassung als Vaterland — Zur Staatsverdrängung der Deutschen, in: Armin Mohler (Hrsg.), Wirklichkeit als Tabu (1986), S. 11ff.
- (29) Ebd., S. 14ff, 20, 23, 25. なお、彼が憲法・パトリオティズムとして引くのはシュテュルンベルガーの論文であるが、明らかなに、その用い方より抽象化された意味が念頭に置かれている。
- (30) Ebd., S. 28ff.
- (31) Josef Isensee, Die verdrängten Grundpflichten des Bürgers, DÖV 15 (1982), S. 609, 610, 615. Vgl. ders., Republik — Simpotential eines Begriffs, JZ 1981, S. 1. の箇所からは「(国家共同体 — 筆者注) においては、無関心な態度で全体への共同責任から逃げることは、個人には許されていない」のであって、そのような国家に対する消極的な態度こそがワイマール共和国の悲劇を生んだのだとする、ルドルフ・スメントの指摘が想起される。もちろん、「政治世界の中に自らの位置を探し、自らをその中へ『統合』」することは個人の「自由な努力」によるのであるが、それはまた「神の意思に沿った使命」を果たすことでもある。また、スメントにとっては、統合過程はいちいちそれと意識されない方が「健康的」である。Rudolf Smend, Integration, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen (2. Aufl. 1968), S. 482, 485f. なお、スメントについては、西原博史「統合と自由 — R・スメントの基本権論に関する覚書」『早稲田社会科学研究所四十七号一頁 (一九九三)』及び同論文に注記されている文献を参照。
- (32) Josef Isensee, Staat, in: Staatslexikon, 5. Bd. (7. Aufl. 1989), S. 133, 152.
- (33) Ebd., S. 151.
- (34) Josef Isensee, Staat und Verfassung, in: Handbuch des Staatsrechts, 1. Bd. (1987), S. 591, 592ff.
- (35) Ebd., S. 634f.

- (39) Ebd., S. 599.
- (37) Josef Isensee, *Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat*, in: *Handbuch des Staatsrechts*, 3. Bd. (1988), S. 3, 6ff. Vgl. Ulrich Scheuner, *Die Legitimationsgrundlage des modernen Staates*, ARSP Beiheft 15 (1981), S. 1, 6ff. 「職務」(Amt)の思想については、日比野勲「憲法における正当性とコンセンサス」*国家学界雑誌*一〇五巻一一・一二号八〇九頁、八五七頁以下(一九九二)参照。なお、ここでイーゼンゼーは完全社会としての国家思想の伝統としてアリストテレスとトマス・アキナスを引いており、明らかにトマス主義から強い影響を受けている。トマス主義の国家思想については特に、水波朗「国家の本質」同『トマス主義の憲法学』二二頁(一九八七)参照。
- (38) Isensee, ebd., S. 18f. もよみ入、この中の「Republik」という言葉は、現在の王制のない国というような形式的基準によるものではなく、倫理的基礎を持った国家のあり方を示すものである。Vgl. ders., a. a. O. (Anm. 31 「Republik」).
- (39) Vgl. Isensee, a. a. O. (Anm. 31 「Grundpflichten」); Scheuner, a. a. O. (Anm. 27), S. 241. イーゲンパーが共和国の伝統から「基本権は、道徳的基本義務のための法的容器である」(Isensee, a. a. O. (Anm. 31 「Republik」), S. 8) とよみ入き、再びルトルフ・スメントが想起される。Vgl. Rudolf Smend, *Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht*, in: *ders., Staatsrechtliche Abhandlungen* (2. Aufl. 1968), S. 309. イーゼンゼー自身「スメントを」近代憲法理論のなかで「共同体としての、社会生活の現実としての、文化連関としての、国家」を考察しえた例外であると評価している(Isensee, a. a. O. (Anm. 37), S. 10)°
- (40) Isensee, a. a. O. (Anm. 34), S. 635.
- (41) Josef Isensee, *Stateinheit und Verfassungskontinuität*, VVDStRL 49 (1990), S. 39, 41ff. 48ff.; ders., *Wenn im Streit über den Weg das Ziel verlorengeht*, in: Bernd Guggenberger und Tine Stein (Hrsg.), *Die Verfassungsdiskussion im Jahr der deutschen Einheit* (1991), S. 270.

なお、イーゼンゼーのこのような理論は、外国人の参政権を認めないという憲法解釈上の実際の帰結を導いている。Vgl. 憲法パトリオティズムと憲法学

Josef Isensee, Abchied der Demokratie vom Demos, in: Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft: Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat (1989), S. 705. 地方自治体レベルでの外国人参政権を違憲とした連邦憲法裁判所判決 (BverfGE 83, 37; 83, 60) の彼の関わりについては、高田篤「外国人の参政権」法律時報六四巻一号八三頁(一九九二)参照。

(42) Josef Isensee, VVDStRL 48 (1990), S. 136.

(43) Peter Häberle, VVDStRL 48 (1990), S. 128f. 「民主主義においては……」の箇所は、アドルフ・アルントからの引用として語られている。

(44) Isensee, a. a. O. (Anm. 28), S. 32f.

(45) Peter Häberle, Verfassungsstaatliche Staatsaufgabenlehre, AöR 111 (1986), S. 595, 600, jetzt in: ders., Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates (1992), S. 573. この論文集に入っている論文はその旨を示すが、頁数の引用は初出時のものからおこなう。

(46) Peter Häberle, Die Gemeinwohlproblematik in rechtswissenschaftlicher Sicht, Rechtstheorie 14 (1983), S. 257, 276f.

(47) ベーベルレについての日本語文献は非常に多いが、特に一九八〇年代以降彼が前面に打ち出している「文化科学としての憲法学」に言及するものは実は少ない。ここでは特に、西浦公「P・ベーベルレの憲法論」『現代法学の諸相』一頁(一九九二)、同「P・ベーベルレの最近の理論動向」岡山商大法学論叢一号一二二頁(一九九二)を挙げておく。なお、彼の「文化科学としての憲法学」の一環をなす「立憲国家における人間像」の問題については、浜田純一「憲法・人間・基本権理論」『憲法学の展望(小林直樹古稀)』一二七頁(一九九二)、押久保倫夫「個人の尊重の意義」『人権と憲法裁判(時岡弘古稀)』三三三頁、五八頁以下(一九九二)を参照。

(48) Peter Häberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft (1982), S. 10ff. 本書は、その後のベーベルレの研究プログラムの綱領論文と言えるものである。

- (49) Ebd., S. 18, 34f. ただし、どの程度の国ならバラエティの範囲に収まるのかについては、明確な説明はない。
- (50) Ebd., S. 18ff.
- (51) Ebd., S. 60ff. 憲法解釈は全ての国民に開かれているというクーベルレの有名なテーゼも、憲法を支える文化の担い手の多元性、開放性の観点から理解しなければならない。Vgl. ebd., S. 66ff.
- (52) Ebd., S. 17, 68. Vgl. Peter Häberle, Das Menschenbild im Verfassungsstaat (1988), S. 82f. また、ders., Die Entwicklungsländer im Prozeß der Textstufendifferenzierung des Verfassungsstaates, VRÜ23 (1990), S. 225, jetzt in: ders., Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates (1992), S. 791においても、発展途上国は「立憲国家の世界時」との観点から立憲国家への発展途上の国としてのみ分析の対象となっている (S. 253ff)。
- (53) Häberle, a. a. O. (Anm. 48), S. 74.
- (54) Ebd., S. 59, 71, 39. Vgl. Häberle, a. a. O. (Anm. 52 “Menschenbild”), S. 70f. 「批判的合理主義」とはもろろんカール・ポパーの理論のことである。クーベルレは、理論的基礎をポパーに寄っていると自認しているが、その主眼は「開かれた社会」の重要性を強調するという点にある。Vgl. ders., Verfassungsentwicklungen in Osteuropa, AöR 117 (1992), S. 169, 172.
- (55) Häberle, a. a. O. (Anm. 48), S. 63ff. クーベルレにおける教育の重視については、西浦前掲注(47)「P・クーベルレの憲法論」一六頁参照。
- (56) Peter Häberle, Verfassungsrechtliche Ewigkeitsklauseln als verfassungsstaatliche Identitätsgarantien, in: Völkerrecht im Dienste des Menschen: Festschrift für Hans Haug (1986), S. 81, 103, jetzt in: ders., Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates (1992), S. 597.
- (57) Peter Häberle, Feiertagsgarantien als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates (1987), S. 37.
- (58) Ebd., S. 11ff, 18.

(65) Ebd., S. 28f. Vgl. Peter Häberle, Die Hauptstratfrage als Verfassungsproblem, DÖV 23 (1990), S. 989, jetzt in: ders., Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates (1992), S. 297. これは「統一ドイツの首都問題を首都の象徴機能に着目して分析したものである」。

(66) Häberle, a. a. O. (Anm. 57), 34ff.

(19) Peter Häberle, Ethik "im" Verfassungsrecht, Rechtstheorie 21 (1990), S. 269, 272ff. ヴーベルレはこの評価を「繰返し述べよう」。Vgl. ders., Der Entwurf der Arbeitsgruppe 《Neue Verfassung der DDR des Runden Tisches (1990), JoR NF39 (1990), S. 319, 321ff.; ders., a. a. O. (Anm. 54), S. 173f. ヴーベルレの東欧革命への態度については「西浦前掲注(47)」「D・ハーベルレの最近の理論動向」参照。東ドイツの円卓会議憲法草案は「a. a. O. ("Der Entwurf")」, S. 350ff.に原文が掲載されている。その経緯、内容についてはベルンハルト・シュリンク「円卓会議憲法草案」(高田篤訳) 広島法学一七巻二号四五九頁(一九九三)を参照。

ちなみにハーベルレは、「自然状態」の思想はフィクションではあるが、憲法を根拠づけるために不可欠なフィクションなのだ、という。つまりは立憲国家の文化的基礎となる思想だということであろう。それは「人間の歴史の幸福な成果」である。A. a. O. ("Ethik"), S. 278.

なお、革命時における円卓会議の自然発生という命題からは、革命について卓越した思索を残したハンナ・アレントの名が当然想起されねばならない。彼女は、この一瞬のきらめきに(大げさに言えば)人類の未来への希望を見て取っている。See Hannah Arendt, On Revolution, Ch. 6 (1963) (ハンナ・アレント『革命について』(志水速雄訳)第六章(一九七五))。国民国家と人権のアンビバレントな関係についての彼女の優れた分析の価値からしても、本稿のようなテーマにとってアレントは避けて通れない人物であり、将来研究の機会を持ちたいと考えている。とりあえず、ナチスのユダヤ人虐殺をアレントの政治思想の「出発点」かつ「基準点」と位置づけて分析を進める坂本貢造「ハンナ・アレントの『政治』イメージ」思想七七〇号五六頁(一九八八)、及び同論文に注記されている諸業績、また寺島俊穂『生と思想の政治学』(一九九〇)、

伊藤洋典「ヘンナ・アレントにおける政治概念の基底」法政研究（九州大学）五八巻一号七二頁（一九九二）を参照。

- (61 a) Vgl. Peter Häberle, Verfassungspolitik für die Freiheit und Einheit Deutschlands, JZ 1990, S. 358, jetzt in: ders., Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates (1992), S. 721.
- (62) Häberle, a. a. O. (Anm. 54), S. 176ff.
- (63) Ders., a. a. O. (Anm. 57), S. 29.
- (64) Ebd., S. 18f.
- (65) Häberle, a. a. O. (Anm. 54), S. 176. Vgl. ders., a. a. O. (Anm. 57), S. 27; a. a. O. (Anm. 48), S. 71.
- (66) Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen (2. Aufl. 1968), S. 119, 163f. なお、戦後のスメントも、「個人の（国家への——筆者注）組み込みがあまりにも問題なしに考えられて」いたとする戦前への自己批判（ders., Integrationslehre, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen (2. Aufl. 1968), S. 475, 480）にもかかわらず、注(31)で述べたように、無意識の統合の方が健康的だという考えは一貫して持ちつづけている。この考えはクーベルトにも当てはまっていると思われる。
- (67) Ders., a. a. O. (Anm. 66 “Verfassung”), S. 144ff, 168ff.
- (68) クーベルトが国家の象徴機能を担うものを列挙するとき、国家領土は現れないし、王制への関心も薄い。Vgl. Häberle, a. a. O. (Anm. 54), S. 176; a. a. O. (Anm. 57), S. 27f; a. a. O. (Anm. 59), S. 989; ders., Artenreichtum und Vielschichtigkeit von Verfassungstexten, eine vergleichende Typologie, in: Festschrift für Ulrich Häfelin (1989), S. 225, 227ff, 234ff, jetzt in: ders., Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates (1992), S. 228. クーベルトが、国家領土の意味は相対化しつつあると考えていることについては、vgl. ders., Der Kleinstaat als Variante des Verfassungsstaates, in: ders., Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates (1992), S. 739, 775ff. 他方、イーゼンゼーは「王冠は、国家理念および国家伝統の象徴として、客観的統合力を授ける」と明確にその特別の力を認めている（Isensee, a. a. O. (Anm.

31 "Republik", S. 1)。

(69) Häberle, a. a. O. (Anm. 57), S. 35. そもそも、西ドイツ戦後国法学が、これらの象徴作用を戦前とは切り離し「抽象化・無害化」して扱ってきたことについては、和仁陽『教会・公法学・国家』二九〇頁(二九九〇)参照。ヘーベルレはこの問題に再び大きな意味——それは危険を伴う——を与えようとしている。

(70) ヘーベルレ自身、「歴史のなかで『遅れ』、そして『破壊され』、更に今日(一九八七年——筆者注)に至るまで『傷つけられて』いる」ドイツにとって、記念碑や記念日の問題は「センシティブ」であることを認めている (Häberle, ebd., S. 32f)。

(71) 周知のとおり、この問題は特にアメリカ合衆国で争われてきた。See, *Texas v. Johnson*, 109 S. Ct. 2533 (1989); *U. S. v. Eichman*, 110 S. 2404 (1990). 前者の判決において、国旗焼却を罰する法律を合憲と主張するレーンキスト反対意見は、国旗のアメリカ社会における「特異な地位」を独立革命以来の様々な時代のエピソードによって印象づけるといふ、判決としてはかなり破格の書き出しをしたうえで、「国旗は思想の市場のなかで承認を求めて争う単なる一つの『思想』や『視点』なのではない。数えきれないほど多くのアメリカ人は、自分たちが持っている社会的、政治的、哲学的信念とは関係なく、それをほとんど神秘的な畏敬の念をもって見つめてきた。」と述べて自らの主張を理由づけている (109 S. Ct. 2548, 2552 (Rehnquist, C. J., dissenting))。レーンキスト自身の国旗への感情をほとぼはしらせたかのようなこの文面は、象徴のもつ危険な力を如実に表している。

日本においても、沖繩国体の際の日の丸焼却が問題を提起したことは記憶に新しい。木下智史「日の丸焼き捨てと表現の自由」法学セミナー四六四号六四頁(一九九三)およびそこで注記されている文献を参照(上記のアメリカの判決を紹介・検討した文献も含まれている)。また、古川純「日の丸」焼却事件」法学教室一五五号一〇八頁(一九九三)は日の丸の持つ「異常な力」に言及している。しかもアメリカとは違い、そもそも日の丸への畏敬の念を要求する人々も、そこに象徴されているのが「自由と平等」だとは考えていないであろう日本では、問題はより深刻である。

- (72) Jürgen Habermas, *Eine Art Schadensabwicklung* (1987), S. 133ff.
- (73) Christian Meier, *40 Jahre nach Auschwitz* (1987), S. 87.
- (74) Jürgen Habermas, *Die nachholende Revolution* (1990), S. 151ff (エルゲン・ハーバマス『遅ればせの革命』(三島憲一他訳)二一九頁以下(一九九二))——ただし訳文には変更を加えた。以下翻訳を注記している箇所でも、変更を加えている場合がある。
- (75) Habermas, a. a. O. (Ann. 72), S. 163ff (エルゲン・ハーバマス『歴史意識とポスト・伝統的アイデンティティ』(西川珠代訳)河上倫逸編『ゲルマニスティクの前線』二二五頁、二三〇頁以下(一九九三))。
- (76) Ebd., S. 173 [訳二四〇頁]。
- (77) M. Rainer Lepsius, *Nation und Nationalismus in Deutschland*, in: ders., *Interessen, Ideen und Institutionen* (1990), S. 232, 234.
- (78) Ebd., S. 235ff.
- (79) Ebd., S. 242ff. “Staatsbürger”は、後で“Weilbürger”という言葉が出てくる以上、単に「公民」とは訳せない。「国家公民」と訳す例も多いが、国家・公共の議論の場に参加する諸個人という意味でもむしろ「市民」を使う方が通例であり、この場合にだけ「公民」とする必然性はないと思ったので、こなれない訳かもしれないが「国家市民」と訳すことにした。
- (80) Lepsius, a. a. O. (Ann. 3), S. 249ff. なお、Habermas, a. a. O. (Ann. 74), S. 224 [訳書八八頁]及びJürgen Habermas, *Faktizität und Geltung* (1992), S. 637が本論文やEthnos und Demosと注記しているのは誤りである。
- (81) Lepsius, ebd., S. 252.
- (82) Habermas, a. a. O. (Ann. 74), S. 215 [訳書七〇頁] (再統一は、「連邦共和国がこれまで免れてきた自己同一化の分裂を引き起こすかもしれない」。「私には、もちろん西ドイツに過去を持つメンタリテイの未来が何よりも問題である」。Ebd., S. 162, 165 [訳書二三八頁、二四五頁])

- (83) Ebd., S. 217 (訳書七五頁)。イーゼンゼーは明らかにハーバーマスを念頭において、一九八九年以前には憲法パトリオティズムを説いていた「西ドイツの左翼陣営」が今や「憲法の交換」を要求しているのは「不思議な」ことだ、と述べるが (Isensee, a. a. O. (Anm. 41 "Staatseinheit"), S. 45) 彼は、彼には結局憲法を支える理念 (実定憲法ですらなく) への同一化などというものがあろうとは考えられなかった証とも言える。
- (84) Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung (1992), S. 634ff.
- (85) Ebd., S. 641ff.
- (86) Ebd., S. 658f. など。Jürgen Habermas, Die Festung Europa und das neue Deutschland, Die Zeit, 28. Mai 1993, S. 3 (エルゲン・ハーバーマス「ヨーロッパ要塞と新しいドイツ」(三島憲一訳) 思想八三三三頁五頁(一九九三)) にはこの点を簡潔にまとめた叙述がある。
- (87) Jürgen Habermas, Die zweite Lebenslüge der Bundesrepublik: Wir sind wieder "normal" geworden, Die Zeit, 11. Dez. 1992, S. 48 (エルゲン・ハーバーマス「ドイツはノーマルな国民国家になったのか」(三島憲一訳) 思想八三三三頁二〇頁(一九九三))。最近のドイツの状況については、三島憲一「混交するポリテイクス」へるめす四二二頁一四頁(一九九三)も参照。
- (88) Lielzmann, a. a. O. (Anm. 17), S. 214。国家の基礎づけとしての市民宗教の問題については日比野勤「国家における自己正当化と市民宗教」『現代立憲主義の展開(下)』(戸部信喜古稀) 七九七頁(一九九三)参照。また、これと共通の素材を扱ったものとして、Helmut Dubiel, Zivilreligion in der Massendemokratie?, Soziale Welt 1990, S. 125。
- (89) Ralf Dahrendorf, Eine Mark für Deutschland, Merkur 1990, S. 579, 580
- (90) Habermas, a. a. O. (Anm. 84), S. 647ff.
- (91) Jürgen Habermas, Bemerkungen zu einer verworrenen Diskussion, Die Zeit, 3. April 1992, S. 82, 84 (エルゲン・ハーバーマス「今日における『過去の消化』とはなにか?」(三島憲一訳) 思想八三三三頁四頁一五頁(一九九二))。

- (92) この点については、毛利前掲注(2)五三二頁及びそこでの注記の文献を参照。三島憲一の的確なハーバーマス紹介が、次の文章の引用から始まっていることは印象的である。「事実がいかに違うように見えようと、現実の知識人は、そこにおける議論によって態度の変更がもたらされるはずの公共性というものがもつ社会的統合の力を信じている」(三島憲一「△反事理的√な理性の位置①」未来一九八八年二月号二頁)。これはHabermas, a. a. O. (Ann. 72), S. 48 (ユルゲン・ハーバーマス「ハインネとドイツにおける知識人の役割」(樽田収訳)思想七六二号五頁、二三頁(一九八七))からの翻訳引用である。あるいはまた、「連帯の社会的統合力……は、広く分化した自律的公共と法治国的に制度化された民主的意見・善思形成の手續とによって伸ばさなければならぬ」(Jürgen Habermas, *Drei normative Modelle der Demokratie*, in: Herfried Münkler (Hrsg.), *Die Chancen der Freiheit: Grundprobleme der Demokratie* (1992), S. 11, 23)。
- (93) Habermas, a. a. O. (Ann. 84), S. 659f. Vgl. ders., a. a. O. (Ann. 72), S. 169ff. (訳(前掲注(75))一三六頁以下)。後者の文献においてハーバーマスは、「二〇世紀における国民国家の枠から外れた無権利者の増大というアレントの診断を、むしろ共同生活者達に自らの生活形態の相対化、普遍主義への注目を迫るものとなろうと楽観的に読み変えている。
- (94) Charles S. Maier, *The Unmasterable Past* 153 (1988)
- (95) Habermas, a. a. O. (Ann. 84), S. 659.
- (96) Ders., a. a. O. (Ann. 86) [訳六頁]。ハーバーマスは別の哲学論文でも、生活形態はそれぞれのアイデンティティを持ち、そのことと生活世界の合理化とは両立すると言いつつも、「生活の仕方の内容は普遍的な視点のもとでは決して正当化されない。それはまた、生活世界の合理化が当事者を必ずしも——決して通常の場合ではないが——より幸福にはしないこと」の理由でもある。」(Jürgen Habermas, *Was macht eine Lebensform rational?*; in: ders., *Erläuterungen zur Diskursethik* (1991), S. 31, 48)。普遍的な観点から自らの生活形態を反省できない者にとっては、公共の論争は苦痛でしかない。

なお、この問題は諸文化の間の人間像の一致可能性という問題に帰着するだろうが、それについてはヘーベルレが、「人

間の尊敬観念の文化依存性」を認めながらも「文化相互的に有効な(すなわち『普遍的な』) (個人の——筆者注) アイデンティティ概念」を言えるのかという問題設定で少し論じている。彼は「人間の尊敬」はその中核においては普遍的な要素を持つとし(ただし詳しくは説明していない)、また国際的な政治・文化交流(特に人権条約)によって普遍的な性格が強まりつつある、と述べている。「人類学的前提」から出発するヘーベルレにとつて少なくとも「中核」の普遍性は譲れないところであるから、この主張は当然である。また、ハーバーマスとも共通する国際交流へのオプティミズムもうかがえる。

Peter Häberle, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, in: *Handbuch des Staatsrechts*, 1. Bd. (1987), S. 815, 839ff.

(97) ハーバーマスの国家思想の「排除の構造」を指摘するものとして、中野敏男『近代法システムと批判』終章(一九九三)参照。なお、このことは、自由の名による西側文化圏以外への介入という問題とも関係するであろう。すでにエルンスト・トゥゲンツハットは、「歴史家論争」でハーバーマスが軍事同盟としての西側と政治文化としての西側を分けて話をする事に対し、「西側との結びつき」という言葉をそのように分けることはできない」と反論していた(Ernst Tugendhat, *Wie weit sind die Positionen von Nolte und Habermas voneinander entfernt?*, *Niemandsland*, Jg. 1, H. 1(1987), S. 21, 23)。冷戦終結によって、対共産圏対策ということでない本当の「自由のための」軍事介入の現実性が増しているだけに、この問題の重要性も増している。

これらの点については、ハーバーマスの次の言葉があるいは答えとなるかもしれない。「それ(ヨーロッパ精神、西洋合理主義——筆者注)は、自己批判と自己超越によってのみアイデンティティを保つ」。歴史に終わりはない。Habermas, a. O. (Ann. 74), S. 166 (訳書二四六—七頁)。

(98) 樋口陽一『比較憲法(全訂第三版)』二九三頁(一九九二)。なお、同「憲法状況・変化するものと動かぬもの」ジュリスト一〇二二号一三頁、一六頁(一九九三)は近代国民国家を「自然的な所与(『Blut und Boden?』)ではなくて、その反対に普遍的価値(『自由、平等、友愛』)へのコミットメント」によって説明するが、それは現実の国民国家のあり方(フラ

ンスも含めて)にそのまま当てはまるものではない。

なお、国民国家における民族的、文化的集団の位置づけという点については、石川健治「個人の人権と集団のアイデンティティー」ジュリスト一〇二二号三九頁(一九九三)を参照。

(99) 樋口陽一「近代立憲主義擁護と近代批判の見地」『現代憲法の諸相(高柳信一古稀)』三四三頁、三五五頁(一九九二)。
資料収集において、栗城壽夫上智大学法学部教授および大石紀一郎東京大学教養学部講師の両氏にお世話になった。この場を借りてお礼申し上げる。

