

# 共和主義と憲法文化

—憲法愛国主義論の検討を端緒として—

松村 芳明

## 目次

はじめに

### 第1章 憲法愛国主義論

1. 前提
2. マイクルマンによる憲法愛国主義論の検討
3. 考察

### 第2章 共和主義論

1. 倫理の包摂論としての共和主義論
2. 司法権中心主義論としての共和主義論

### 第3章 憲法文化

1. 南アフリカ憲法論
2. 基本権保護義務論

おわりに

## はじめに

国民に対する強制力を持つ国家権力は、憲法に従う限りで正当であるが、国家権力は、法律以下の法の制定とその執行によって（あるいはそれらにかかわって）行使される。しかし、多様性を内包する現代国家において、ヘイト・スピーチの法的規制は表現の自由に反するか否か、「法の下での平等」は実質的平等やファーマティヴ・アクション／ポジティヴ・アクションの要請をどの程度意味するか、といった例のように、憲法規範の意味自体について不確定な余地が残される。憲法規範の意味が不確定であれば憲

法の下で作られる個々の法律等の内容やその適用をめぐる異論が生じざるを得ない。しかしだとすれば、国家権力が憲法に従うとはどういうことなのか。本稿は、このような問いを、アメリカ合衆国の憲法研究者、フランク・マイケルマン（Frank I. Michelman）の議論をもとに考察するものである。

第1章においては、ドイツの哲学者、ユルゲン・ハーバーマス（Jürgen Habermas）の憲法愛国主義論に対するマイケルマンの検討を素材とする。そこから本稿は、まず、普遍性を目指すものとしてのハーバーマスの憲法愛国主義論が、実はドイツという特定の国家を前提としたものだというマイケルマンの分析を見る。次いで、例えばヘイト・スピーチ規制における各国の差異についてハーバーマスが普遍的憲法秩序の適用の違いであるとするのに対し、マイケルマンが適用こそ憲法の正当化の場面だとすることを見る。さらに、共同体や集団における生活様式やメンタリティ、個人や共同体・集団のアイデンティティといった、倫理的観点<sup>1</sup>、ハーバーマ

1 ハーバーマスは「倫理」を、「善き生活あるいは誤っていない生活の構想に関連するすべての問題を意味する」と定義している。また、「倫理的な問題は、何か『すべての人々にとって平等に善い』かどうかという、『道徳的観点』から評価することはできないのであって、……強力な価値評価に基づき、特定集団の自己認識と……生活設計によって決せられるのである」とも述べる（Habermas 1998, 215-16, 邦訳246頁〔訳は従っていない部分がある。この点、本稿全般において共通。〕）。

この点、同書の邦訳者である高野昌行は、次のようにコメントしている。すなわち、ハーバーマスにとって「倫理とは、『私にとって、あるいは、われわれにとって善なるものは何か』という一人称のパースペクティヴから考慮されるものであり、個人あるいは集団のアイデンティティ（価値観・文化・生活様式等）を形成するものである。他方、道徳は、『万人にとって等しく善なるものは何か』というパースペクティヴから考慮されるもの（倫理としての『善』と対置される場合の、『正義』）であり、普遍的妥当性を要求する」（邦訳396頁〔訳者あとがき〕）。

また、三島憲一は次のように言う。ハーバーマスは、「普遍主義的な形式的道徳規範に対して、倫理的・文化的価値というように区別をする。つまり、……〈倫理的〉を、ある共同体の中の、風俗・習慣・メンタリティといった意味でとらえる。その意味では文化的アイデンティティの構成要素でもある。だが、こうした実質的

スでは憲法の適用に、マイクルマンでは憲法の正当化そのものに入り込むことを確認する。そして以上を踏まえるならば、マイクルマンにおいてはそれぞれの倫理に基づく各国の憲法どうしを比較することが不可能になってしまうというのではないか、という難題が生じてしまうことを、「憲法文化」という語を用いて示す。

第2章では、適用の場面こそ憲法の正当化の場面であり、またそこには倫理が入り込むという捉え方が、マイクルマンの共和主義論と接合することを見る。

第3章では、「憲法文化」の難題について、マイクルマン自身の議論によって解答を得ることを模索する。そこでは南アフリカ共和国暫定憲法へのコミットメントに際するマイクルマンの議論と、「アメリカ合衆国における基本権保護義務論」を見る。最後に、本稿冒頭の問いに戻ることになる。

## 第1章 憲法愛国主義論<sup>2</sup>

### 1. 前提

本章は、ハーバーマスの憲法愛国主義論に対するマイクルマンの検討を

---

な側面は、形式的な普遍主義的規範（人権、法の前の平等、平等な政治的参加権など）と緊張関係に立つこともある（ハーバーマス2000, 287頁〔三島「解題」〕）。

「倫理」の語を以上のような意味で用いることは、基本的にマイクルマンにおいても共通であると本稿は考える。したがって本稿は、「倫理的観点」について本文のような語で定義した。

- 2 憲法愛国主義論については、毛利2002, 栗城2002, 牧野2008等。なおデイヴィッド・ミュラー（David Müller）は、憲法愛国主義の定義の変遷について、次のように述べる。すなわち、戦後のドイツで生まれ、統一すれば無くなるもの、国家的アイデンティティの代用品として観念された。しかし1990年代半ば以降、ドイツ内外の論者によって再定義され、多文化化する社会への市民的・非国家的な愛着のための規範的に魅力ある構想とみなされるようになった。さらに近年では、「ヨーロッパ的憲法愛国主義」という言われ方がなされるように、超国家レベルの市民的アイデンティティのための一つの構想とされている（Müller 2007, 2）。

取り上げるが、その前に、ハーバーマス自身による憲法愛国主義についての説明を確認しておきたい。以下の引用文から読み取れるように、第一にハーバーマスは、憲法愛国主義を、民族的なナショナリズムないし民族的なナショナル・アイデンティティが占めていた地位に取って代わるものとして提示している。第二に、人民主権や人権といった各国共通の憲法原理に対する、それぞれの国の歴史に照らした解釈に基づくものとして提示している。第三に、さまざまな生活形式の共存のために必要なナショナル・アイデンティティを提供するものとして提示している。

「各国の政治文化は、現行憲法を中心に結晶している。どの国民文化も、人民主権や人権といった、他の共和主義憲法にも同じように組み込まれている憲法原理に対して、自国の歴史に照らして、特徴的な解釈を展開している。このような解釈に基づいた『憲法愛国主義』は、本来はナショナリズムによって占められていた地位を代わって占めることができる。」(Habermas 1998, 118, 邦訳142頁)

「もしナショナル・アイデンティティなるものが、共和制的な自己理解、そして憲法パトリオティズムという自己理解にまず依拠するのでないときには、そうしたアイデンティティは、さまざまな生活形式が相互に……交流しあい、共存しあうための普遍主義的規則に抵触せざるをえない。」(ハーバーマス 2000, 188頁)<sup>3</sup>

これらの引用文にある、「共通の憲法原理」「自国の歴史」「解釈」「共存」「普遍」といった概念は、まさに本章にとってのキーワードとなる。

---

3 またハーバーマスは別の個所では、「こうした脱伝統型のアイデンティティが存続しうるのは、われわれのそのつどの歴史的状況に応じて具体化されるはずの憲法パトリオティズムの解釈をめぐる、公共のディスクルスの抗争というあり方を通じてのみなのである」とも述べている(ハーバーマス 2000, 193頁)。

## 2. マイケルマンによる憲法愛国主義論の検討

では、ハーバーマスの憲法愛国主義論に対するマイケルマンの議論を見てみよう<sup>4</sup>。

マイケルマンは、現代の多元的な社会においては一国の憲法の具体的な内容について、確固たる合意は存在しないにもかかわらず、リベラリズムにおいて、憲法という観念が、政治の正当化において核心的で不可欠の要素となっているとする (Michelman 2001, 253 (“Abstract.”))。リベラリズムとしてマイケルマンが名前を挙げているのは、ジョン・ロールズ (John Rawls) とともに、ユルゲン・ハーバーマスである。そしてマイケルマンは、リベラリズムにおいて憲法という観念が政治の正当化の不可欠の要素となっているのはどのようにしてなのかを見るとき、ハーバーマスの憲法愛国主義論を検討する。

### (1) 言語論的転回

マイケルマンはまず、憲法愛国主義論とは直接の関連のないハーバーマスの講演原稿<sup>5</sup>でとりあげられている「言語論的転回 (linguistic turn)」という概念に注目する。言語論的転回とは、言語はもはや、対象や事実を表現するものとしてまずもって理解されるのではなく、人々の精神を形作るものとして理解されるというものである。つまり、ものの見方や思考、判断や評価は言語に規定されるということである。ハーバーマスはこの考えを否定しない。

しかし、言語論的転回を認めると、自然言語ごとに互いに通訳不可能な閉じた諸世界が存するのみとなり、ロールズの言う、異なる「包括的諸教

4 以下は主として Michelman 2001 に基づく。

5 1998年10月にデンバーで行われた現象学・実存哲学会の年次会議におけるハーバーマスの講演原稿、「解釈的・分析的哲学：言語論的転回に関する二つの相補的な見方」。

説」(Rawls 1993, 58) から見ても同一で不変の概念の可能性が排除されてしまうという問題が生ずる。つまり、道徳、理性、規範、義務といった、ハーバーマスが重視する、文化超越的・倫理超越的に把握可能な、普遍性を持った概念が導き出される余地がなくなってしまう (Michelman 2001, 255-56)。

しかしハーバーマスによれば、道徳や理性等の概念を、言語論的転回から救出することができる。その鍵は、言語の持つコミュニケーション的機能の中に存する。見解を異にする当事者どうしが、言語によるコミュニケーションに参加するということは、互いにとって共通の対象を想定することであり、その想定こそ、見解の一致しない者どうしを相互理解の作業へとコミットさせるものであるとする。

だがしかし、これではまだ問題が残るとマイクルマンは言う。何が当事者の中に、共通の対象の存在を感じさせるのか、また最初に何が、当事者をコミュニケーションに参加させるのかという問いが出てくるからである。これについては、言語論的転回を受け入れるならば、それは言語しかないというのがハーバーマスの立場だとマイクルマンは言う。つまり、言語には、人格の自由と平等の相互承認のための道具立てが存在するのである。

しかしここで、さらなる疑問が出てくる。つまり、あらゆる言語にそのような機能が備わっているのだろうか。もしそうなら、そもそも言語論的転回という議論は一体何なのだろうか。もしそうでないとすれば、ハーバーマスの議論は、討議によって道徳や義務といった普遍主義的なものを生み出す際、そのコミュニケーションは、特定の言語を前提とし、他の特定の言語を排除するものとならざるを得ないのではないか (Michelman 2001, 256-57)。

この問題はまさに、憲法愛国主義論においても言える問題のアナロジーなのであるが、マイクルマンは、憲法愛国主義論の直接の検討の前に、リベラリズムにおける政治の正当化という問題を検討する。

## (2) リベラリズムにおける政治の正当化

リベラリズムにおける政治の正当化とは、いかにして市民たちは互いに対して強制的な政治権力を適切に行使しうるか、つまり、ある者による政治権力の行使が、いかにして「自由かつ平等なものとしての他者にとって正当なもの」とされ得るのかを説明することである (Rawls 1993, 217)。

マイケルマンは、ハーバーマスやロールズによるこの問題への解答を、政治的正当化の「憲法的契約主義」モデルと呼ぶ (以下は Michelman 2001, 258-61)。それは、ロールズの次のような言明にあらわれている解答である。「我々の政治権力の行使は……、憲法に従っている場合に正当化される」。ただしそれは、その「憲法の本質事項 (essentials) を、すべての市民が是認することが期待できる」場合であり、かつ、その是認が、「理性的かつ合理的な存在としての彼 (女) らが受け入れられる原理と観念に照らして」なされる場合に限られる (Rawls 1993, 217)。

マイケルマンはこのフレーズは3つのキー要素から成るといふ。第一の要素は、全市民の是認を要件とする要素であり、マイケルマンはこれを「合理的普遍主義」と呼ぶ。なおこれは、ハーバーマスの、「法は、各個人の見地から皆によって受け入れられる場合に、道徳的意味において妥当なのである」(Habermas 1998, 31) という言明にも当てはまると言う<sup>6</sup>。

第二の要素は、憲法的本質主義である。マイケルマンは、多元性に彩られる現代国家においては、正当化の普遍主義的基準 (全市民が是認できる権力行使であるか否か) を、あらゆる個々の政治的行為や法形成に適用す

6 この要素にあらわれるのは、潜在的に強制的な政治的行為と、利益対立の中にある各個人 (集合化された意味での「全員」ではない) の持つ理由との調和であるとして、個人主義的感覚を踏まえている点で、憲法的契約主義者はリベラリストと呼べるとマイケルマンは言う。また、この要素についてマイケルマンが、「強制的な政治権力の行使が正当化されるのは、関係各個人が、自らの利益の観点からそのような権力行使を受け入れる理由を有するという条件の下においてである」と言い換え、「利益」という語を用いていることは興味深い。Michelman 2001, 258.

ることはできないとする。そのため、正当化の普遍主義的基準は、法形成のシステム——つまり法形成作用を形成し、つかさどり、限界づける憲法——にのみ適用される。つまり、憲法的契約主義が依拠するのは、法形成システム（憲法）を正当とみなす者はそのシステムに由来する日々の法形成を受容していると言えるはずだ、という考えである。しかも、普遍主義的に受け入れ可能かが審査されるのは、正確には憲法の中の本質事項である。本質事項とは、すべての憲法規範のうち、個々の国家行為や法形成に関する具体的な論争に適用する際に、客観的な確実性を提供するものことである。

マイクルマンは、憲法の本質事項は、次のような、二つの潜在的に対立する要求を満たさなければならないという。第一に、本質事項は、その憲法下で制定された法に、すべての人々が従う理由を与えられるものでなければならない。しかし第二に、憲法の本質事項は、特定の場面における一義的な法制定や法執行を約束するものでなければならない。下位法の制定と執行を一義的に指導するものとならねばならないから、例えば、「すべて個人は、最低限度の生活基準を保障される」というような憲法条項があったとしても、憲法的契約主義からは、それは本質事項を備えた憲法ではないということになる。すなわち、憲法の本質事項は、その適用に対して一義的な解を提供できるものである一方、すべての人々の受け入れを調達できるものでなければならない。ここにマイクルマンは矛盾を感じ、憲法的契約主義を不安定な所業であると断ずる。

憲法的契約主義は、このように不可能なほど不安定だからこそ、次の第三の要素が必要になる。それは、全市民を「理性的かつ合理的な存在」とするものであり、マイクルマンはこれを、「道徳的応答主義（責任主義）」と呼ぶ。本質事項に関する上記の二つの要求を一度に満たすために、憲法的契約主義は、合理性と理性を持つ存在、すなわち、合意を目指した討議に参加する動機を有し、討議の結果を受け入れる用意のある一定の人格を



前提にしている、という人格論によって補完されねばならないのである。

ここにおいて、憲法的契約主義は、政治の正当化を、一定の人格の存在という偶然性に依存させるのではないかという、ハーバーマスにとって不都合な疑問が出てくる。この点についてマイクルマンは、説明としてやや分かりにくいのが、ハーバーマスは、その問題を、「仮説的な受け入れ可能性」によって乗り越えようとしていると言う。すなわち、憲法上の本質事項が道徳的に正当化され、その負担を各自が担い合うのは、道徳的に応答的で・責任をとる人格——繰り返せば、自分自身を、自由かつ平等であるとみなされる同居人の社会の中の存在と理解する者、つまり社会的協働の公正な条件への合意を見出そうとする道徳的プレッシャーの下にある者——であると想像されるようなすべての者にとって、受け入れられるものである場合である。これは、憲法の本質事項の、仮説的であって現実的でない受入れのテストである。このように契約主義的正当化は、道徳的応答主義・責任主義が実際に人々にあてはまるかには依存しないという。

### (3) 「観点」による正当化

つまりハーバーマスは、政治の正当化論において、人々の間の実体的・倫理的共通性を想定することなしに行おうとしているのであるが、それは本当に可能なのかについて、マイクルマンは以下のような検討を行う (Michelman 2001, 263-65)。ここでマイクルマンが素材とするのは、ハーバーマスの『他者の受容』第1章に収められている、「道徳の認知内容についての系譜論的考察」という論文である。この論文は全体として、具体的な倫理や利益と結びつくことなく道徳が正当化される仕組みを論じようとしたものである。

マイクルマンによれば、ハーバーマスの議論には、トマス・ホブズ (Thomas Hobbes) と同様、近代の多元的な社会においては、実定法という強制力なくしては、あらゆる者の生活を破壊から守る手段はないという

前提がある。そこで権力行使のシステムとして憲法の正当化が必要だが、ハーバーマスは、特定の実体的-倫理的な利益や動機等によって誰かが現実に関与されることを必要とすることなく正当化を行おうとする。すでに見たように、憲法（の本質事項）は、すべての市民によって受け入れられ、しかも明確なものとして内容が特定されるものでなければならない。そこでマイケルマンは、「ポスト伝統的社会の構成員」が道徳規範を正当化する際には、ある「観点」（“point of view”）を「直感的に採用する」（Habermas 1998, 7）とハーバーマスが述べていることに着目し、ハーバーマスにおいては憲法の正当化の根拠は、この「観点」のうちすでに含意されている諸規範以外にはないという。それらの諸規範とは、ハーバーマスが述べるところによれば、「(i) 議論に……貢献しうる者はだれも排除されないということ、(ii) 全参加者には貢献を行う平等な機会が与えられるということ、(iii) 参加者は意思する通りに発言しなければならないということ、(iv) コミュニケーションは外的・内的強制から自由でなければならない、妥当性の主張に対して参加者が採用する『是』、『否』の立場は、よりよい理由という合理的な力のみによって動機づけられねばならないということ」である（Habermas 1998, 44）。またハーバーマスは言う。ポスト伝統社会においては、社会的協働の基礎的諸条件に従う人々の「よき意思と洞察」よりも「高次の」規範的権威は存在しないのであるから、それらの諸条件を道徳的義務として決定・判断するための基準は、それらに関して「参加者が互いに説得を追及する状況にのみ由来しなければならない」（Habermas 1998, 24）。

マイケルマンは、ここでハーバーマスが、協働のための条件を、法的義務ではなく道徳的義務として判断しなければならないとしていることが重要であると言う。法律の妥当性の保証は憲法に求められるが、政治の正当化の目的は、憲法それ自体の根拠を提供することであり、よってその根拠は法的なものではありえず、道徳的なものでしかありえないのである。し

たがってハーバーマスの議論は、一定の「観点」に含意されるある種の規範への適合性以外に、憲法に根拠を与えるものはない、というものとなる。

マイケルマンの分析によれば、ハーバーマスは、以上の議論によって、政治の正当化を、人々の間に偶然的に存在する実体的-倫理的な共通性を前提とすることなく行っていることになる。

しかしマイケルマンはそのような議論には批判的である。マイケルマンは上記の「観点」に内在する諸規範は、価値であり実体であると断言する。そしてそれらの諸規範は、ある生活形態を前提としているとマイケルマンは言う。それは、力やごまかしよりも互いの真摯な説得を好むという生活形態であり、コミュニケーションにおいて互いを自由かつ平等なものとして扱うという生活形態である。これらは偶然的に存在する価値であり倫理である (Michelman 2001, 269-71)。

マイケルマンによる以上の分析の結果、言語やコミュニケーション、「受け入れ」、仮説、観点、説得、道德等の語によって説明される、ハーバーマス流の政治の正当化（憲法の正当化）の議論は、一定の倫理的なものを前提にしているのではないかと判断されるのである。

#### (4) 憲法愛国主義

以上を前提に、ハーバーマスの憲法愛国主義論に対するマイケルマンの直接的な検討を見ることにする (Michelman 2001, 265-71)。

すでに見たように、憲法的契約主義においては、正当化の普遍主義的基準は、個々の国家行為にではなく、憲法の本質事項に適用されれば足りるものとされていた。

しかし、憲法の本質事項が役目を果たす最先端の部分（いわゆるハードケース）では、そもそも本質事項の意味は何であるのかという問題が生ずる。例えば平等保護については、「カラー・ブラインド」すなわち、法の制定・執行において差異（特に人種）を考慮しないこと（中立性）を意味

するのか、または、「アンチ・カースト」すなわち、法の中立性が現に生み出している「二級市民」の地位を解消すべきとする意味なのかという、見方の違いがある<sup>7</sup>。このように、相い競合する解釈が存する中で、憲法の本質事項が同一の規範としてあり続けられることを、どのようにすれば説明できるのかは、簡単ではないのである。

マイケルマンは、憲法（の本質事項）の適用に関する論争を把握する方法には、以下の二者択一的なものがあると言う（Michelman 2001, 267-68, Michelman 1996, 1177）。

- ①すでにすべての人々に受け入れられることが確認された条項についての、意味ないしは適用に関する論争とみなす。
- ②争われているどの意味ないしは適用こそが、それらの条項に、すべての人々に受け入れられるという性格を与えるかをめぐる論争とみなす。

マイケルマンによれば、解釈上の論争が最高裁等によって解決されるまで待つことなく、政治体制が正当化されたと言うことができるのは、①の見地に立つ場合のみであるから、憲法的契約主義的正当化は、①の見地に立つ<sup>8</sup>。しかしそうすると、本質的憲法条項が役目を果たす最先端の部分（ハードケース）でのその意味内容を十分に知らないまま、人々はそれらを合理的に受け入れ可能だとして是認できると決定できるのか、という問題が生じてしまう。

しかしマイケルマンによれば、ハーバーマスにおいては、「諸原理への合意の確認の緊急性」のゆえに、適用に関する不合意が、諸原理それ自体

7 「カラー・ブラインド」と「アンチ・カースト」については、例えば平地2000, 138頁以下、同2001, 140頁以下等に詳しい。

8 憲法的契約主義が依拠するのは、法形成システム（憲法）を正当とみなす者はそのシステムに由来する日々の法形成を受容していると言えるはずだという考えであることについてはすでに見た。

の不変性を揺るがしはしないものとされていると言う。そのように考えられなければならないのは、憲法上の本質事項はその「同一性」(sameness)を維持してのみ、憲法的契約主義的正当化において枢要な役割を演じ得るからであると言う (Michelman 2001, 267)。

そこでマイケルマンは、憲法的契約主義においては、憲法上の諸規範の適用に関する不都合が、その諸規範の意味以外の何かに向けられているはずだとする。そしてその答えは、適用の「文脈」、すなわち「憲法的アイデンティティ」であるという。曖昧なのは本質事項の意味ではなく、例えば我々は誰であるか、我々は何処から来て何処に向かわせられているのか、といった問題、すなわち「倫理的な」問題なのだと言っている (Michelman 2001, 268)。

合衆国においてヘイト・スピーチの自由は保護される一方、規制される国もあるという問題について、ハーバーマスは次のように言う。

「オリジナルな憲法の正当化の討議」にはそれらの国の間で違いはあり、また、「異なる文化的・倫理的な歴史が存する」ものの、「全員に対する平等な権利という同一の(普遍的な)原理が両国には存在する」。「法理上の差異は、異なる法的伝統と、その時点での異なる社会的事実……を反映する、第二段階の適用上の違いなのである」(Habermas 1996, 1487)。

「倫理的な歴史」の違い、すなわちマイケルマンの言うところの「憲法的アイデンティティ」が異なるため、「第二段階の適用上の違い」に差異が生ずるに過ぎないが、どちらの国にも同一の原理が存する、というのがハーバーマスの立場である。

今や憲法愛国主義の核心に接近したとマイケルマンは言う (Michelman 2001, 268-69)。憲法愛国主義とは、ある国の人々が、本質的な憲法原理の

確定性についての確信を失うことなく、その適用に関する不都合を受け入れる用意があることである。なぜ受け入れられるかと言えば、それは、不都合が「憲法的アイデンティティ」をめぐる争いに厳密に限定される不都合だと人々が理解し得るからであるとマイケルマンは言う。また、具体的なアイデンティティをめぐる争いが、不完全にはあれ満足いく程度まですでに知られ、固定化されたアイデンティティの範囲内で起こるという確信を人々が持てるからだと言う (Michelman 2001, 269)。

マイケルマンの言おうとすることを噛み砕いて述べるならば次のようになるだろう。ヘイト・スピーチを規制するか否か、平等保護にアファーマティブ・アクションを含めるか否かという適用の違いは各国であっても、ハーバーマスによれば表現の自由や平等という普遍的な憲法原理は共通である。ヘイト・スピーチを規制する、しないという普遍的な憲法原理の適用の差は、各国の「憲法的アイデンティティ」の差に過ぎない。「憲法的アイデンティティ」にはそれぞれの国の「文化的・倫理的な歴史」の違いが反映するから、ある国の人々は自国の文化や歴史にしたがってヘイト・スピーチを規制し、他の国の人々はその国の文化・歴史にしたがってヘイト・スピーチを規制しない、ということになる。「憲法愛国主義」とはまさにこの「憲法的アイデンティティ」の局面における概念だということになる。

すなわち、「憲法愛国主義」の名の通り、人々が愛着を感じる対象は憲法ではなく具体的な共同体すなわち国家である。マイケルマンは言う。ハーバーマスの憲法愛国主義は、要するに「反事実的な憲法という観念と経験的な共同体主義的感情との調合物」であり、ハーバーマスが示しているのは、「政治の正当化が、具体的な共同体（何らかの具体的な憲法ではないことが強調されるべき）への愛着の感情の……共有に依存していること」なのである。ハーバーマスの言う憲法愛国主義者は、「自らの国家の具体的な倫理的な性格」のゆえに、政治的实践に信頼を置くことができ、

まさにそのために、彼らは自らの国家に傾倒する感情を抱くのである (Michelman 2001, 254)。

### 3. 考察

以上がハーバーマスの憲法愛国主義論に対するマイクルマンによる検討である。ここで、何点かの考察を加えよう。

#### (1) 普遍と倫理

マイクルマンの議論は、普遍性を目指そうとするハーバーマスの議論に対して、そこで言われている普遍は倫理や実体を前提としている（あるいはそれらが混入している）、と指摘するものである。しかし、実はこのような指摘は、マイクルマンに限ったものではない<sup>9</sup>。例えばミュラーは、憲法愛国主義は、ナショナリズムに対抗して普遍主義を打ち出すだけでなく、魅力ある主張であるために、「個別性による補充」に常に依拠してきたとし、ドイツの文脈においてそれは、「記憶」すなわちホロコーストおよびナチへの批判的回想と、「戦闘性」すなわち闘う民主制であったとするが<sup>10</sup>、そのことはハーバーマスの憲法愛国主義論にも基本的に妥当するとする (Müller, 2007, 10, 41)。

ではハーバーマス自身はどう語っているであろうか。いわゆる「承認への闘争」問題においてハーバーマスは次のように言う。

---

9 毛利も次のように言う。「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、多元的文化に重なっ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」。ただ、「政治文化は普遍的憲法原理を基礎にするが、市民の議論によって国家ごとに解釈的展開がなされうるものであり、その意味でやはり『文化』として国家の基礎となりうる」(毛利2002, 46頁)。なお、普遍主義的側面を重視してハーバーマスの憲法愛国主義論を捉えようとするものとして、牧野2008, 98頁等。

10 なお「戦闘性」については、渡辺2000。

「倫理的・政治的な諸決定は政治の避けられない部分であり、法的規制は……国家の集合的アイデンティティを表現するがゆえに、軽視された少数派が鈍感な多数派文化と闘争する文化的な戦いが引き起こされる」。「闘争を誘引するのは、法秩序の倫理的中立性ではなく、基本的な諸権利の実現に向かうすべての法的共同体とすべての民主主義プロセスは、不可避免的に倫理によって浸透されるという事実である。我々はこの証拠を、信教の自由にもかかわらずドイツのような国においてキリスト教会が享受している制度的な保護や、伝統的な家族に対して与えられ、他の婚姻類似の取決めには与えられていない（それゆえ近年攻撃されている）憲法的保護に見ることができる」（Habermas 1998, 218. 邦訳 248-49頁。下線は本稿筆者）。

日暮雅夫の整理を借りれば、ハーバーマスは『事実性と妥当性』第9章における「手続主義的法パラダイム」の議論において、権利体型の実現を私的自律と公的自律との循環関係によって理解するに至ったことにより、「承認への闘争」論に接近することとなった。諸個人の私的権利がなければ、公共的自律も保障されないが、同時に、政治参加し法制定する平等な自由がなければ、私的自律が具体化され保障されることもない。諸個人は法秩序の私的自由における「受け取り手」であるだけでなく、法を自ら制定する「作り手」としても理解されねばならない（その参加の過程に多元性・多様性が浸透する）。このような定式化の結果、手続主義的法パラダイムは、「承認への闘争」論と接続し、倫理的なものの手続きへの浸透を認めるものとなったのである（日暮 2008, 第7章等）。

このようにハーバーマスにおいても法形成や民主政治の過程に国家的アイデンティティや倫理は浸透する。しかしマイクルマンと異なるのは、ハーバーマス自身は倫理が浸透する法形成・民主政治過程を、あくまで「基本的な諸権利の実現」の過程に限定している点である。



## (2) 制定と適用——ハーバーマスとマイケルマンの憲法観

マイケルマンの議論から導かれる重要な問題は、ハーバーマスとマイケルマンの憲法観の違いである。

ハーバーマスは普遍主義的な憲法原理（憲法の本質事項）の制定と適用とを明確に区別し、倫理が浸透するのはあくまで適用においてであって、普遍主義的な憲法原理は参照点として同一性・普遍性を持つものであると言う。

しかし、マイケルマンは、憲法原理（憲法の本質事項）の制定（マイケルマンはこれを一次的な法形成と呼ぶ）と適用（マイケルマンは二次的な法形成と呼ぶ）との区別は相対的なものにすぎず、一次的な法形成の段階からの倫理の浸透を主張する。

「立憲主義は、法の支配を意味する」が、法は、「二次的な適用者の行為を実効的に統御することが可能なもの」でなければならない。したがって、「憲法の一次的な正当化のための討議が正当化しなければならないのは、……適用のための法的討議を拘束するのに十分なほど具体的な決定である」。そのためには、「正当化は倫理的な文脈への参照なくして考えられない」のである（Michelman 1996, 1176-77）。

すでに見たように、マイケルマンは、憲法上の本質事項の適用に関する論争を把握する方法には、①すでに受け入れられた憲法条項の適用に関する論争と把握する方法と、②争われているどの意味もしくは適用こそが、皆に受け入れられるという性格を与えるかをめぐる論争と把握する方法との二種類があるとしていた。そして憲法的契約主義は①の立場に立つ。しかしこれまでの検討からは、マイケルマンは①の立場には批判的であるように考えられる。実はマイケルマンは、ハーバーマスの憲法愛国主義を検討するにあたり、憲法とは憲法典だけを意味するものではなく、確定的な合意に至ることが困難な現代の多元的国家においては、憲法は「常に機能し続けるもの」でなければならない、という自身の主張をサポートするた

めである、と述べている (Michelman 2001, 254)。このような動態的憲法観を持つマイケルマンは②の立場に立つと考えるのが自然であると思われる。つまりマイケルマンにおける憲法の正当化は、具体的な適用の場面において、どの意味・解釈ならば皆が受け入れるものとなるか、というものとなるし、そこでは倫理的な要素が捨象されることはない。

さらに言えば、マイケルマンは①も②も正しいと言っているのではなく、憲法とは②のはずだ、と言っているものと思われる。個別具体的な文脈や倫理を捨象した、一般性・普遍性志向の憲法はあり得ないという立場からハーバーマスを批判している、というのがマイケルマンの立ち位置である。そして、ハーバーマスにおける憲法の正当化も、「観点」に内在する規範によるものであり、実は価値や倫理から自由ではないとしたマイケルマンの分析には説得的なものがあると言える。

### (3) 憲法文化

これまで見てきたように、例えばヘイト・スピーチを規制する国としない国がある場合、それはハーバーマスにおいては（あくまでハーバーマス自身の主張では）普遍的な憲法原理の適用の差の問題であり、適用の際の解釈のなかに、その国のアイデンティティや倫理的・文化的なものが反映するに過ぎない。そしてその解釈・適用の場面が憲法愛国主義の場面である。

それに対してマイケルマンにおいては、適用の場面こそ憲法原理の正当化の場面であり、その場面において倫理や文化が反映するから、マイケルマンにおいては、ヘイト・スピーチを規制するかしないかの差異は、普遍的で同一の憲法についての適用の違いやアイデンティティの違いなのではなく、憲法原理の違いとなってしまうのである。

ここにおいて本稿は難題に直面した。言語が異なれば普遍的なものを導くことができなくなる「言語論的転回」状況から、まさに言語によるコミ

ユニケーションを梃子にして普遍的なものを導こうとするハーバーマスに対して、マイクルマンは、そのような議論は国家や文化の偶然性を脱せないのだと批判していた。しかし、実は倫理が憲法原理にまで浸透するとするマイクルマンの議論こそ、アイデンティティや文化の異なる国は異なる憲法原理を持つことになってしまい、比較憲法的な営為を不可能にしかねない状況、すなわち「言語論的転回」状況に陥ってしまう可能性があるのである。本稿は以下、この難題を「憲法文化」の問題と呼ぼうと思う。

## 第2章 共和主義論

前章の考察においては、ハーバーマスが法制定と法適用とを区別し、倫理が浸透するのは法適用に限られるとするのに対し、マイクルマンは、法制定の段階から倫理が浸透すること、憲法の正当化（制定）は個々の法適用の段階において行われるべきものとするを見た。「民主的プロセスには必然的に倫理体系が浸透している」（ハーバーマス）ことを認めるのであれば、法制定の段階から倫理が浸透するとするマイクルマンの立場の方に理論的には軍配が上がるように思われる。しかしマイクルマンのような立場においては、憲法文化の違いは憲法の違いとなり、各国に共通する普遍的な原理のようなものが生じないという問題が出てくることも見た。

「憲法文化」の問題については次章に検討することとして、本章では、マイクルマンにおいて個々具体的な適用の場面において憲法は正当化・制定されること、その際に倫理が浸透することについて、マイクルマンの共和主義論に帰って確認したいと思う。

### 1. 倫理の包摂論としての共和主義論

1980年代後半、マイクルマンはアメリカの憲法を共和主義によって説明する立場を鮮明にした。同様の立場に立つキャス・サンステイン（Cass

R. Sunstein), ブルース・アッカーマン (Bruce Ackerman) 等とともに我が国においても紹介され, また本稿筆者も取り上げたことがある (松村2004, 同2005. 有益な先行業績として, 例えば大森2006)。

マイクルマンは共和主義論を, ①アメリカの人民は, 自分たち自身によって統治される限りにおいて政治的に自由であるということ, ②アメリカの人民は, 人ではなく法によって統治される限りにおいて政治的に自由であるということ, という二つのテーゼを両立させる立場として主張した。すなわち, 自己統治と法の支配の両立である (Michelman 1988, 1499)。このことが達成されるのは, 政治の所産である法について, 人々が, 自ら生み出したものと感じられる場合である。マイクルマンはそのような政治を「法生成政治」と呼んだ。そこで重要なのは, すべての人々がそのような実感を得ることが出来ること, すなわち全員が自己統治をすることができることであった (全員の自己統治) (Michelman 1988, 1502, Michelman 1998a, 408)。

マイクルマンによれば, 現代の多元的な社会を前提にして以上の要件を満たすには, 政治プロセスは次のようなものである必要があるという。すなわち, 政治プロセスへの参加者は, 前もって持っている自己理解——本稿の言葉で言えば倫理——を互いに調整する覚悟を持たなければならないが, そこではそのような調整は, 「強制的なものでなく, またアイデンティティや自由を侵害しないもの」として経験されねばならない。つまり, アイデンティティをすべて放棄することや, 倫理的な不一致を徹底的に解消することは目指されないのである。言い換えれば, 目指されるのは利益や構想をめぐる対立を持続させつつ, 参加者全員を満足させるというプロセスである (Michelman 1988, 1526-27, Michelman 1986, 23)。そしてこのような政治プロセスから生み出される法は, 可能な限り多くの参加者のアイデンティティを包摂したものでなければならないから, 必然的に, その都度の修正に対して柔軟で, 暫定的・非形式的・包括的・不確定的な性格

の強いものになるのである。

以上のように定式化される共和主義のあらわれの一つとしてマイクルマンは、信教の自由に関する判例における意見を挙げる。ユダヤ教徒である空軍の軍医が、空軍規則に反して勤務中にヤムルカ（頭にかぶるユダヤ教の帽子）を着用したことが修正1条の保障の範囲内かが争われたゴールドマン判決<sup>11</sup>においてマイクルマンは、オコナー裁判官反対意見を共和主義的なものとして高く評価する（Michelman 1986）。オコナーは、厳格審査基準を採用するとしたものの、その実は、①政府は、信教の自由の主張を否認するときには、「並外れて重要な利益（unusually important interest）」の立証を要求され、また、②服装規則からの例外の許可が、実際に「実質的な害悪（substantial harm）」をもたらすことを示さねばならない、というものであった。これは、客観性を欠く基準であり、特定のケースにおける具体的諸利益の評価を通じてのみ適用可能な、比較衡量テストであった。他の類似の事例にはほとんど直接の通用性はなく、「一つのケースずつ取り組む（one case at a time）」という姿勢のテストである。しかし、一方当事者の大勝や大敗を導くことなく、また文脈依存的な基準であるために具体的な考慮を否が応でも裁判官に課す点で優れているのである。

法の暫定性・非形式性等については、共和主義論との関連でマイクルマンが論じる表現の自由論、特にポルノグラフィ規制論及びヘイト・スピーチ規制論が興味深い。これらの分野でマイクルマンは、表現が被差別集団や女性に対してもたらす害悪や「傷み」に着目して、表現の自由の優越性・絶対性を相対化しようと論じるフェミニズム法学や、批判的人種理論に対して好意的である。ポルノグラフィ規制問題については、ポルノ産業による不利益（女性への害悪）と、公的規制を行うことによるポルノ表現への不利益とを衡量することなく、〈公権力による表現内容規制の禁止〉

11 Goldman v. Weinberger, 475 U.S. 503 (1986).

という絶対主義に訴えて、ポルノ規制条例を違憲とした判決を、権威主義であると批判する。ヘイト・スピーチ規制問題については、平等保護に関する修正14条がある以上、表現の自由を保障する修正1条も、ヘイト・スピーチによる被差別集団の従属化を避けるよう解釈すべきだとする批判的人種理論の議論を紹介しつつ、被差別集団の自己統治の実現のためにヘイト・スピーチ規制が許されることがあってもよいとする (Michelman 1989, Michelman 1992, 松村2009, 74-77頁, 同2010, 126頁以下)。つまり、マイクルマンにおいては、裁判所や学界が築き上げてきた定式にとらわれることなく、実際の当事者の利益・不利益を直截に見て、柔軟な法的判断を行うことが追求されている。その結果として法的結論は体系性や一般性、明確性を犠牲にすることになるが、そのマイナス面には目をつむるのがマイクルマンの立場なのだと言い切ってもよいであろう。

## 2. 司法権中心主義論としての共和主義論

同じく共和主義に立つ論者でも、サンステインは民主主義のアリーナとして議会を想定し (Sunstein 1988), アッカーマンは人民に期待する (Ackerman 1991)。しかしマイクルマンは裁判所を想定する。以上に見てきた共和主義的な政治や法のあり方に最も適合的なのは何処かをプラグマティックに考えると、そこは裁判所だからである。マイクルマンは投票行動を政治や民主主義の概念に不可欠のものとは考えていない。投票は必ず敗者を生み、一人ひとりの活動が現実の結果を左右することはほとんどの場合期待できない。それでは人々は自己統治を行っているとは言えない。どんな少数者も1対1になれる裁判所では、一人ひとりの声や意見が結論に反映される可能性が高い。したがって必然的に、裁判所で生み出される法は、人々の倫理を反映した柔軟なもの、つまり「全員の自己統治」が可能なものに近いものとなり得る。裁判所に期待する選択、すなわち、事件に真摯に向き合う裁判官に自己統治を委ね、場合によっては猛烈な批判に

さらず等して監視することは、プラグマティックに考えて、有効な選択肢なのである (Michelman 1986, 74-77, Michelman 1988, 1537, Michelman 1998a, 403, 424-27, Michelman 1998b, 1732)。

以上のようなマイクルマンの共和主義論は、憲法愛国主義論の検討から導かれた、適用の場面における憲法の正当化論、および倫理の浸透論と軌を一にするが、基本的に魅力ある議論であると思われる<sup>12</sup>。

### 第3章 憲法文化

すでに述べたように、マイクルマンの立場においては、憲法文化の違いは憲法の違いとなり、各国に共通する普遍的な原理が導出されず、比較憲法は不可能になるのではないかという問題が出てくる。この問題をどう考えれば良いだろうか。

#### 1. 南アフリカ憲法論

この点で興味深いのが、マイクルマンの南アフリカ共和国憲法への貢献にまつわる議論である。

マイクルマンは、1995年に南アフリカ共和国暫定憲法の第3章 (Fundamental rights) に関するセミナーに招待された際のスピーチで、次のような議論を展開した (Michelman 1995, 477-482)。

マイクルマンは、アメリカと南アでは権利章典制定時の歴史状況や前提条件が異なるため、権利章典の役割や、裁判官・法律家が採用してきた、または採用すべき解釈態度について大きな差異が存すると言う。

マイクルマンによれば、アメリカにおいては権利章典制定時にすでに民

---

12 ただし、法を暫定的で常に修正に付され得るものと考えても、無限の憲法変遷に陥らないためには、政治が「熟議」であることが必要とされる (松村2009, 78頁)。

主政治のための社会的・経済的・文化的基盤が存在していた。そのため権利章典は社会の変容や国家再興の手段として期待されていたわけではなかった。そこでアメリカにおいて主流をなす法律家・裁判官の考え方は、裁判所は、権利を代表民主制のプロセスに関連してのみ解釈し、実体的正義をあえて憲法上の権利の問題として扱うことについては慎重であるべきだとするものとなってきた。

それに対して南アフリカ暫定憲法の権利章典は、根本的な国家再興のための「道しるべ」としての役割が期待されていると言う。したがって南アにおいては、アメリカの主流の考え方は参考にすべきではなく、社会正義や政治的な問題についても憲法問題として果敢に取り組むべきことを推奨する。

マイクルマンを南アに招き、その後もマイクルマンと交流を続けた南アのある裁判官は、マイクルマンの議論に対して次のように評している。

マイクルマンのスピーチは、聴衆たちの性格を考えると、「勇気ある」内容のものであった。なぜなら、セミナーの会場にいた「法律家たちのほとんどが、……人種主義、性差別主義、……アパルトヘイトと……闘ってきた者たちであったが、しかし全員が、ウエストミンスター・スタイルの憲法を学び、主として形式主義的・実証主義的な法学教育を受けてきた者たちだったからである」(Davis 2012, 882)。

ではマイクルマンが南アに対して推奨する、社会正義や政治的な問題についても憲法問題とする方法とは、具体的にはいかなるものであろうか。マイクルマンは、一見逆説的な説明にも思えるが、裁判所が権利を直接執行することができないことを表明し、他の政治部門に執行を委ねると言うのがその方法だという。これはマイクルマンが批判する裁判所の自制の態度のようにも思えるが、「全員にとっての実体的社会正義に基づく社会を



構成するため、抽象的な権利要求に具体的意味を染み込ませるよう裁判官に求め」(Davis 2012, 884)るマイクルマンが、自身が批判する立場をとるはずはない。実はこのマイクルマンの議論は、「アメリカにおける保護義務論」というマイクルマンの別の議論と関連する。次にこれについて見てゆこう。

## 2. 基本権保護義務論

マイクルマンにおける比較憲法的考察としてもうひとつの重要な議論が、基本権保護義務論である。

基本権保護義務論とは、周知のとおり、国家は私人の基本権を侵害してはならない義務を負うだけでなく、ある私人の基本権を他の私人の侵害から保護する義務をも負うという、ドイツを中心にヨーロッパで採用されている法理・議論である。マイクルマンはアメリカにおいてもこれが採用されているという驚くべき見方を示した (Michelman 2005, 松村2009, 同2010)。

マイクルマンの保護義務論とは、憲法上の権利に対する州による制限を裁判所が正当化するとき、裁判所は保護義務を果たしている、というものである。これは日本式に言えば公共の福祉による人権制限の承認という、裁判所が通常行う所業のことではあるが、マイクルマンが保護義務の例として挙げているのを見ると、治療を拒否する権利を制限して虐待からの患者の身体の保護をはかった例<sup>13</sup>、人工妊娠中絶クリニック周辺での中絶反対の表現の自由を制限し中絶クリニックに通院する患者の権利をまもった例<sup>14</sup>等がある (松村2009, 70-71頁, 同2010, 121-124頁)。

以上の議論は要するに、権利と権利が衝突する場合に裁判所は適切な衡

13 Cruzan v. Director, Missouri Department of Health, 497 U.S. 261 (1990).

14 Hill v. Colorado, 530 U.S. 703 (2000), Madsen v. Women's Health Center, Inc., 512 U.S. 753 (1994).

量を行うべし、というものに過ぎないかもしれない。ただマイクルマンの議論に特徴的なのは、すでにみたように、表現の自由の優越性や公私二分論のような形式主義的・絶対主義的定式の束縛から脱し、当事者の利益の得失を直截に見て、その最大化を図るべきだとする点である。本稿はマイクルマンのこのような議論に共鳴するものである。

保護義務論との関係でマイクルマンはさらに、「未執行の権利」テーゼとも呼べる、次のような議論を展開する。すなわち、憲法上の権利は裁判所によって直接執行できるものには限られず、裁判所は、直接の執行を見合わせ、政治部門が実施するものを後から是認しつつ、そこに差別や権利はく奪がないかを審査するという方法をとることができる。これも憲法上の権利の執行の一つのあり方であるという。このような意味で、マイクルマンは、例えば「身体的虐待からの州による保護を求める」「未執行の」憲法上の権利は存するし、福祉や教育の権利も同様であると言う(Michelman 2005, 175, 松村2010, 125頁)。

南アに対してマイクルマンが勧めたものは、以上のような方法によって、裁判所が抽象的な法文に基づいて社会正義を実現してゆくことなのである。

以上のことはマイクルマンの憲法観にもかかわる。本稿はすでに、マイクルマンが、憲法の適用の場面を重視していることを見たが、マイクルマンは、憲法とは憲法典を指すのではなく、裁判所の判断や、政治部門による具体化をも含めたものとしてとらえているのである。

ここで想起されるのは、憲法学との交流もある政治学者杉田敦の議論である。杉田は、憲法典を持たず、「マグナ・カルタ以来のテキスト」や判例、制度、慣習の総体を憲法＝コンスティテューションと捉えてきたイギリス流の憲法観に立つべきことを主張する(杉田2009, 89頁以下)。重要なのは憲法典ではなく、「実践としてのコンスティテューション」であり、「憲法典／政治実践」「高次のルール／低次のルール」の二分論は有害なものとして排除されると言う(杉田2009, 104頁)。これは、『憲法』とは、

テキストとしてのそれではなくて、解釈と実践を通じて現実のコンテキストに適合的なものとして、新しく鑄直された『憲法』だとする立場、つまり、「テキストとしての『憲法』と別に、プラクティスにもとづく『憲法』なる観念（あるいは、はたらき）を想定」（奥平2003, 75-76頁）する立場である。適用の場面を重視し、低次法による執行をも射程に憲法を考えるマイクルマンの議論は、まさに「プラクティスとしての憲法」論の一つのあり方を示すものと言えよう。

ここで「憲法文化」の難題というテーマに戻ると、マイクルマンは、保護義務論を論じる際、次のような興味深い議論を行っている。基本権保護義務という法理がヨーロッパには存在し、アメリカでは一般には存在しないとされることを説明するのは、両地域における政治的イデオロギーの差のような大掛かりなものではなく、もっとミクロなレベルの、「専門家の憲法文化」の差である。マイクルマンは言う。

「アメリカの憲法が州（国家）の保護的機能ないし義務を否定ないし排除しているということではない。……この点におけるアメリカとヨーロッパの憲法の区別は、ヨーロッパが称揚する人権の原理に対してアメリカが冷淡であるということではなく、両地域の専門家の憲法文化が、……裁判所……の適切な役割に対する制約に関して、いくらか異なる観念を持っているということなのである。」（Michelman 2005, 176-77）

アメリカの「専門家の憲法文化」とは、裁判所が政治部門に対して、ヨーロッパに比べてより敬謙的に接し、憲法上の権利の執行を委ねる態度をとることである。ヨーロッパとアメリカの間には、大きな意味の憲法文化の差ではなくて小さな意味の憲法文化の差しかない。憲法上の権利の保護という実質に関しては差異はない、と言っているのである<sup>15</sup>。

さて、本稿が「憲法文化（の違い）」の語で何を指していたかを確認しよう。それは、憲法原理の適用に各国の文化や歴史、アイデンティティが反映するという点、その結果として例えば、ヘイト・スピーチを規制するかしないかの差が出ることであった。つまり「憲法文化」の違いは、適用の差ないし法理の差としてあらわれる。本稿は、適用こそが憲法だとするマイクルマンの立場に立てば、適用の差は憲法そのものの差となり、互いを架橋する普遍的なブリッジがなければ互いの憲法は通訳不能となるのではないかと、という難題を指摘したのである。この難題に対する答えをマイクルマン自身の議論から導くならばいかなるものとなるだろうか。次のようなものが考えられるだろう。

憲法が具体的な文脈から生み出されるものであり、そのプロセスに倫理が浸透することを否定することはできない。むしろ、倫理をもっと浸透させるべきなのである。裁判所が形式主義的・絶対主義的な基準や定式を用いるとき、一方当事者の倫理、すなわち、アイデンティティ、自己理解、メンタリティ、利益、「傷み」等（さらに「思い」や「欲求」等も含ませてよいと思われる）が結論に反映されない場合がある。この場合、当事者の利益の総量の最大化、すなわち自己統治の総量の最大化は図られない。マイクルマンはこのような方向性を批判し、形式・定式を犠牲にしてでも、倫理をもっと浸透させた法的な営為に努めることを主張するのである。アイデンティティや自己理解、メンタリティ、利益、「傷み」、「思い」、「欲求」等を法の言葉に翻訳する方法については、たしかに克服すべき問題もあるであろう。しかし本稿は、マイクルマンの議論に基本的に魅力を感じるものである。

マイクルマンのような方向性をとる場合、その結果として、各国の憲法

---

15 裁判所が政治部門に対して敬謙的に接し、未執行の憲法上の権利を実現する方法は、裁判所が表現の自由の絶対主義等に訴えて被抑圧集団の利益主張を退ける方法と、いわば真逆の関係にある。

がそれぞれの倫理に浸透され、比較憲法学が不可能になるような状況、すなわち「言語論的転回」状況に陥るのではないかという疑問はたしかにありえるかもしれない。しかし、むしろそうではないのではないか、倫理の法への浸透を追求しても、「言語論的転回」状況には陥らないのではないかと考えられる。例えば基本権保護義務という法理を明示的に用いるか、あるいは「未執行の権利」論でいくか等、用いる道具の差はあっても、要は裁判所が、形式主義的・絶対主義的な定式や基準に頼らず、一つひとつの事件で当事者の利益の得失を直截に見て、適切な衡量を行い、自由や利益——倫理——の総量の最大化を図ることが枢要なのである<sup>16</sup>。このよう

---

16 この点で、わが国の判例で注目できるものに、例えば、婚外子相続差別規定最高裁大法廷違憲決定（2013〔平成25〕年9月4日民集67巻6号1320頁）がある。これは、立法理由および当該区別と立法理由との関連性の双方において合理性を問うという、これまで基本とされてきた定式を用いることなく法令違憲の判断を行ったもので、「法的推論の在り方という点から見て前代未聞」（蟻川2013、133頁）とも評されているものである。違憲判断の内容は、周知のように次のようなものである。すなわち、立法府が相続制度を定める際に「総合的に考慮」すべき事柄が「時代とともに変遷」したため、民法900条4号但書前段による婚外子の相続分区別の合理性が失われた、というものである。しかもその「変遷」を論証するにあたり、時代とともに「家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきた」ことを根拠としている。

「総合的に考慮」「変遷」「個人の尊重」といったものは、基準としての明確性は極めて弱く、事件ごとにどのようにでも使うことができる概念である。しかし、マイクルマン流に言えば、ゴールドマン判決のオコナー意見がそうであったように、だからこそ事件ごとの当事者の利益や自由に向き合うことができる判断枠組みであるとも言い得る。結論として900条4号但書前段は違憲とされ、婚外子という社会的身分に関連する自由・平等の回復が図られ、まさに倫理の浸透がなされた点とも併せ、注目すべき決定である。

同様の問題意識に基づき、いまだ当事者の倫理的法的決定への浸透が不十分なのではないかと本稿にとって考えられる問題に、宗教的人格権（ないし宗教的自己決定権、宗教的プライバシー権）と宗教団体の信教の自由が対立する事例がある。これは、殉職自衛官合祀事件最高裁大法廷判決（1988〔昭和63〕年6月1日民集42巻5号277頁）がリーディング・ケースであるが、近年では、戦没者遺族が靖国神社の霊壘簿からの抹消を請求したが敗訴した靖国合祀取消請求訴訟大阪高裁判決

な裁判所の判断のあり方は普遍性を持つのではないだろうか。つまり、法への倫理の浸透を目指すことは、個別的でありかつ普遍的なもののではないだろうか。

## おわりに

本稿は冒頭で、現代の多元的な社会においては憲法の意味には不確定さが伴うとすれば、その適用においても不確定さが残るが、それでは国家による統治が憲法に従うというのはいかなることなのか、という問いを掲げた。ハーバーマスの議論は、個別性・偶然性にかかわらないものとして普遍的な憲法原理を正当化しつつ、その適用においては個別の倫理が浸透するとする議論であることが明らかとなった。したがって、適用の不確定性

---

(2010〔平成22〕年12月21日判時2104号48頁)がある。後者の判決においては、原告・控訴人側の権利・利益について、「家族的紐帯の中で遺族が戦没者を敬愛追慕するというのは、遺族個人のアイデンティティーや、自己のよって立つ価値観、家族観、倫理観等に関わるという点で重要であり、十分尊重に値するといえる」けれども、「未だ不法行為や国家賠償法の規定によって保護されるだけの具体的な内容をもった権利ないし利益ということではできない」(判時2104号53-54頁)等とされた。他方靖国神社の合祀および合祀継続行為は「まさに教義にかかわる宗教活動そのもの」であり、内在的制約に服することはあっても、個人的人格権の保障等に当然に劣後するものではまったくないとされた(同54頁)。

この問題につき、不法行為法によって保護される「権利や法益は、柔軟で、かつ伝統的な権利・法益概念とは異なる膨らみ」を持つものであるとする民法学の吉村良一の分析が注目される(吉村2010, 961頁)。吉村は、「侵害された利益が弱いものであったり、公共的なものであっても、侵害行為の反社会性や憲法を頂点とする法秩序からの判断により権利ないし法益侵害があったとして、それに対する不法行為法上の保護を認める」ことがあり得ると言う(同960頁)。そして本件訴訟においても被侵害利益は単なる心情や感情ではなく、侵害の程度も決して軽微なものではないとする(同987頁)。

このような民法学の知見をも参考に、この分野について検討を深めるべきと考えるが、倫理を法の言葉にいかについに翻訳するかという点の模索とも併せ、今後の課題としたい。

の深刻さはそれほど重大なものでなかった。これに対してマイクルマンの議論は、制定と適用は区別できず、適用こそ憲法であり、憲法の制定には必然的に倫理が浸透するはずだとする立場からハーバーマスを批判しようとするものであった。ただしマイクルマンのように考えると、各国の憲法は互いに通訳不能となるのではないかという難題が出てくることを指摘した。この問題について本稿は、マイクルマン自身の議論から一定の結論を得た。それは、形式主義的・絶対主義的な定式や基準に頼らず、当事者の利害の得失を直截に見て、適切な衡量を行い、利益の総量の最大化を図るという裁判所の態度に期待するというものである。そして憲法への倫理の浸透こそむしろ目指すべきであって、それによって自由・自己統治の最大化はなされるとしても各国憲法間の通訳不能状態は生じないと考えられる、というものである。

憲法の意味は不確定でその適用も一義的に導かれるわけではないとしても、あるいはそうだからこそ、我々は憲法というものを憲法典を中心にしてではなく、個々の場面での適用すなわち「プラクティス」として捉え、裁判所を中心とするプラクティスを注視してゆくほかないと言えるだろう。

#### 参考文献

- Ackerman, Bruce [1991]: *We The People 1: Foundations* (The Belknap Press of Harvard University Press, 1991).
- Davis, Dennis [2012]: "In Tribute: Frank I. Michelman," *Harvard Law Review*, 125: 881 (2012).
- Habermas, Jürgen [1996]: Reply to Symposium Participants, Benjamin N. Cardozo School of Law, *Cardozo Law Review*, 17: 1477 (1996).
- [1998]: *The Inclusion of the other* (The MIT Press, 1998) (高野昌行訳『他者の受容——多文化社会の政治理論に関する研究』〔法政大学出版局, 2004年〕).
- Michelman, Frank I. [1986]: "The Supreme Court 1985 Term – Foreword: Trace of Self-Government," *Harvard Law Review*, 100: 4 (1986).
- [1988]: "Law's Republic," *The Yale Law Journal*, 97: 1493 (1988).
- [1989]: "Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument:



- The Case of Pornography Regulation,” *Tennessee Law Review*, 56: 291 (1989).
- [1992]: “Universities, Racist Speech and Democracy in America: An Essay for the ACLU,” *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 27: 339 (1992).
- [1995]: “A Constitutional Convention with Professor Frank Michelman,” *South African Journal on Human Rights*, 11: 477 (1995).
- [1996]: “Family Quarrel,” *Cardozo Law Review*, 17: 1163 (1996).
- [1998a]: “Brennan and Democracy,” *California Law Review*, 86: 399 (1998).
- [1998b]: “Protecting the people from themselves,” or how direct can democracy be?, *UCLA Law Review*, 45: 1717 (1998).
- [2001]: “Morality, Identity and “Constitutional Patriotism,” *Ratio Juris*, 14-3: 253 (2001).
- [2005]: “The protective function of the state in the United States and Europe: the constitutional question,” in Georg Nolte (ed.), *European and US Constitutionalism* (Cambridge University Press, 2005).
- Müller, David [2007]: *Constitutional Patriotism* (Princeton University Press, 2007).
- Rawls, John [1993]: *Political Liberalism* (Columbia University Press, 1993).
- Sunstein, Cass R. [1988]: “Beyond the Republican Revival,” *The Yale Law Journal*, 97: 1539 (1988).
- 巖川恒正 [2013]: 「婚外子法定相続分最高裁違憲決定を書く(1) ——平等違反事案の起案」法学教室399号(2013年)
- 大森秀臣 [2006]: 『共和主義の法理論』(勁草書房, 2006年)
- 奥平康弘 [2003]: 『憲法の想像力』(日本評論社, 2003年)
- 栗城壽夫 [2002]: 「憲法愛国主義について」憲法問題13号(三省堂, 2002年)
- 杉田敦 [2009]: 『政治への想像力』(岩波書店, 2009年)
- J. ハーバーマス [2000]: (三島憲一訳)『近代 未完のプロジェクト』(岩波書店, 2000年)
- 日暮雅夫[2008]: 『討議と承認の社会理論——ハーバーマスとホネット』(勁草書房, 2008年)
- 平地秀哉 [2000] [2001]: 「市民的地位・平等保護・Affirmative Action (一)(二)」早稲田大学大学院法研論集95号(2000年), 97号(2001年)
- 牧野正義 [2008]: 「ハーバーマスのアイデンティティ論——憲法パトリオティズム論を中心に——」西日本哲学年報16号(2008年)
- 松村芳明 [2004] [2005]: 「自己統治的民主主義と司法の役割(1)(2) ——フランク・I・マイクلمانの所説の一端を素材として——」早稲田大学大学院法研論集110号(2004年), 113号(2005年)
- [2009]: 「アメリカ合衆国における保護義務論とその含意——フランク・マイクلمانの議論を中心として——」憲法理論研究会編『憲法理論叢書⑩憲法



- 学の最先端』(敬文堂, 2009年)
- [2010]:「国家の保護義務と比較衡量——フランク・マイケルマンの『アメリカ合衆国における保護義務』論を端緒として——」聖学院大学論叢23巻1号(2010年)
- 毛利透 [2002]:『民主政の規範理論』(勁草書房, 2002年)
- 吉村良一 [2010]:「個人の追悼・慰霊に関する遺族の権利・利益の不法行為法上の保護——靖国合祀取消訴訟をてがかりに——」立命館法学327・328号(2010年)
- 渡辺洋 [2000]:「憲法の戦闘性——内外の今日的状況にみる——」神戸学院法学30巻3号(2000年)