

論文審査の結果の要旨

氏名：小 関 康 平

博士の専攻分野の名称：博士（法学）

論文題名：憲法典の前提としての国家——成文憲法の解釈指針の構築及び憲法領域における不文法源の探求に向けた基礎理論的枠組み——

審査委員：（主 査） 教授

池 田 実

（副 査） 教授

齋 藤 康 輝

名城大学教授 Dr. jur.（法学博士）

渡 邊 互

本論文は、序章、第1～6章及び終章によって構成される、A4版163ページに及ぶ体系的かつ精緻・詳細な大作である。

1. 本論文の内容

序章：日本の戦後憲法学は、国家をもっぱら成文（成典）憲法の規律対象としてのみ把握し、国家に関する積極的考察を放逐してきた。しかし、国家は成文（成典）憲法の前提条件として存在するのであり、憲法の内容は、既存の個別・具体的な国家のあり方を参照して決定されるのであって、憲法が任意に国家を形成するわけではない。このような問題意識に基づき、本論文は、成文（成典）憲法的前提としての国家を考察する視座を提供し、成文（成典）憲法条規の解釈指針とすべき個別・具体的な国家像を探求・形成するための基礎理論的枠組みを構築することを目的として執筆された。

第1章：「国家の前憲法性と『法学的ビッグバン』の不存在」と題された第1章では、成文（成典）憲法の解釈指針に据えられるべき特定の個別・具体的な国家像の探求が有意義であることを裏付けるため、国家の憲法に対する後置性という觀念の反証（＝国家の前憲法性の論証）が試みられる。すなわち、Verfassung/Constitutionの言語概念的検証、国家の法人性検証、憲法の主題検証を通じて、国家の前憲法性、および『法学的ビッグバン』の不存在を理論的に確認している。

第2章：「『継受の憲法理論』と国家構造における連続性メルクマール」と題された第2章では、『規律主体としての憲法と規律客体としての国家』観の部分的克服が試みられ、『国家＝憲法』の関係をどのようなものに改めるべきかが考察される。著者は、イーゼンゼーの『継受の憲法理論』に依拠しつつ、ドイツの（連邦）参議院が一貫して、議会の純然たる第二院的性格のものではなく、それ自体一定の独立性が認められたものであり続けている点をもって、ドイツ国家の連続性の例証としてしている。また、『補論』として、スペイン憲法史を概観するなかで、国王及び国会が『伝統的国家機関』として位置づけられているところに、スペイン国家の連続性のメルクマールを見出している。

第3章：「法人意思と法人機関意思」と題された第3章では、法人擬制説と法人実在説の理論的対立に検討が加えられている。著者は、法人実在説の妥当性を示すことで、国家の前憲法性の論証を補強する。また、『代理』の諸例を通じて、国家法人の意思と国家機関の意思が同一のものではないことを示し、国家の目的は、国家機関の意思からは独立した、法人それ自体の意思として構成され、国家（組織体）の特殊性は、国家法人意思として表出するもののなかに見出されるとした。

第4章：「国家の本質をめぐる三理論の素描と比較」と題された第4章では、国家有機体説に再検討が加えられている。著者は、同説が構成員から独立した国家意思を肯定する点に着目し、その点が第3章において措定した『国家法人意思』におおむね符合するということができると述べ、特定の具体的・個別的國家を描く国家本質論として国家有機体説が最適である旨主張している。

第5章：「『憲法的前提条件』とその諸例」と題された第5章では、『憲法的前提条件』という理論枠組みの分析が行われている。H・クリューガーの所説に着想を得て、著者は、法が妥当性（Geltung）・実効性（Wirksamkeit）のある実定法（positives Recht）として現実化されるには、公権力による強制という形式的要因だけでなく、法内容に対する当該国家の歴史的・現実的条件づけが必要になる旨の評価を導いている。

第6章：「法服従義務・憲法服従義務・憲法尊重擁護義務」と題された第6章では、前憲法的諸存在をいかにして保護しうるのかという、「広い意味での憲法保障」の問題が論じられている。著者は、イーゼンゼーのいう「市民のア・プリオリな義務」としての平穩義務及び法服従義務の論理を素材として、新たに「ア・プリオリな憲法服従義務」の論理を再構成し、日本の現行憲法99条にいう憲法尊重擁護義務の解釈問題にこの論理を応用する。すなわち、憲法規定としての憲法尊重擁護義務のほかに「ア・プリオリな憲法服従義務」を指し、それを公務員のみならずすべての国民に適用することによって、これを前憲法的諸存在に対する保護として定立すべきことを主張している。

終章：終章に示された本論文全体の結論は、「i 憲法領域における不文法源」、「ii 法の生成と服従の調達」と題され、以下の趣旨にまとめられている。

i 歴史上複数の成文（成典）憲法によって規律されてきた国家及びその構造にみられる最大公約数的な共通性には、当該国家（における国家構造）の特殊性が認められ、かつ、国家としての連続性・同一性の指標が求められる。成文（成典）憲法には、そうした特殊性を継受する機能があり、かかる特殊性を国家機関の意思とは別個に成立しうる「国家法人意思」と称することができる。

ii 国法を現実化する第一義的な手段は物理的強制であるが、国家機関が当該国家・国民共同体の歴史的・現実的諸条件を考慮した法解釈に基づいて法を運用・適用することが、法への服従をより獲得しやすい土壌を形成し、それが法内容に妥当性と実効性を与える。その際には、すべての国家構成員を対象とする「ア・プリオリな憲法服従義務」を指定することによって、法解釈の根拠となる前憲法的諸存在の保護を期することができる。

2. 本論文の総合的評価

本論文は、イーゼンゼーをはじめとする数多くの論者の言説に着想を得て、精緻かつ慎重な理論的考察を機軸としながらも、諸国の憲法史に照らした例証を試み、日本の現行憲法の解釈問題との関連をも視野に入れつつ、日本の戦後憲法学が軽視してきた国家論に再び光を当て、憲法学界において支配的な「規律主体としての憲法と規律客体としての国家」観の克服に挑んだ意欲的な論考である。

本論文について評価すべき貢献は、その各章にそれぞれ表れている。

第一に、Verfassung/Constitutionの語の概念に関する内外多数の研究者の言説から帰納する形で「目下の成文（成典）法規範としてのVerfassungに事実としてのVerfassungが時系列的に前置している」ことを導いている。これは憲法の体系書の冒頭で語られることの多い「固有の意味の憲法」概念をめぐる混乱状況に、一応の着地点を示すものといえよう。

第二に、イーゼンゼーの「継受の憲法理論」においては抽象的な命題にとどまっていたドイツ国家の連続性を、連邦参議院の制度的特徴を憲法体制ごとに整理する作業を通じて実証的に確認している。なお、予備試験審査報告における指摘を受け、著者は、脚注161を書き加え、第2章が国家機関の特殊性の継受をミクロ的・実質的視点から検討したのに対して、第3章はその属するところの法人性の継受というマクロ的・形式的視点から国家性の継受をみようとするものである旨、説明を補っている。

第三に、法人擬制説と法人実在説の理論的対立を検討する際に、民事訴訟法、民法等の日本の現行法制や、八幡製鉄事件、オウム真理教解散命令事件、南九州税理士会事件等の日本の重要判例を取り上げ、法人の本質に関する日本の研究者の際立った言説を批判的に論評するなかで、民事法・刑事法の領域におけるとは別次元の問題として、憲法領域において法人実在説を採ることの妥当性を導き出している。また、代理システムを独自に類型化したうえで、「国家——国家機関」という代理関係を認めることができるとし、国家の目的を、国家機関の意思から独立した国家法人それ自体の意思として構成している。日本では、国家をもつばら権力機構と捉える国家観に批判的な立場が少数説として存在するところ、著者のかかる論考は、そうした少数説の妥当性を理論的にも実証的にも裏付けるものとしてのスケールと有用性をもつものと評価することができる。

第四に、国家有機体説を妥当として再評価する際に、同説が構成員から独立した国家意思を肯定する点に着目し、それが「国家法人意思」に符合することを指摘することによって、国家法人説を単純に否定するのではなく、法人実在説を媒介として両者を架橋している点において、国家本質論に新たな地平を拓くものと評価することができる。

第五に、「憲法の前提条件」への問題関心は、観念論に終始することなく、一国の法が妥当性・実効性のある実定法として現実化され、規範力を獲得するために必要な条件へと振り向けられ、個別・具体的な国家・国民像を法の内容や解釈に反映させることの重要性を示唆することによって、あらゆる

る国家に共通する立法の包括的な指針を示すことに成果を上げている。

第六に、「憲法の前提条件」に関する知見は、日本国憲法 99 条にいう憲法尊重擁護義務の解釈という現実問題に応用され、その結果、「ア・プリオリな憲法服従義務」を不文法上の義務として措定し、これを前憲法的諸存在に対する保護として定立すべきだとする、きわめてユニークでプロヴォカティブな提言を行うに至った。

以上のように、本論文は、緻密な理論的考察と個別・具体的な例証を通じて、国家の前憲法性の論証に成果を上げたものと評価することができる。成文法主義に傾斜し、国家を権力機構と同一視し、政府権力を制限することのみに憲法の意義を見出すような立憲主義観が支配する日本の憲法学界の風潮に、あえて一石を投ずるものであり、不文法的要因の重要性に注意を喚起している点で、憲法学の発展に裨益するところ大なりといえよう。

もちろん、問題点がないわけではない。たとえば、「継受の憲法理論」は、抽象的なレベルでその普遍性を主張するだけでは単なる保守的イデオロギーとみられかねないところ、ドイツの連邦参議院とスペインの国王＝国会関係を挙げるのみでは、例証として、いかにも数が少なく、それらはむしろ例外ではないのかとの邪推を招くおそれがある。日本の場合も含め、より多くの例証が望まれるところである。また、国家有機体説の妥当性を論ずるのであれば、同説の特徴を論者別に詳述・整理することにより、著者の関心事とは直接関係のない側面にも光を当て、著者が同説を恣意的・断片的に利用しているわけではないことを示す必要もあっただろう。さらに、「憲法の前提条件」に関する知見は、憲法尊重擁護義務の解釈だけでなく、日本国憲法 96 条との関連における憲法改正の内容的限界、96 条自体の改正の是非、男系男子による皇位継承、国会や内閣の運営など他の憲法問題にも広く応用できるはずであり、それらを現行憲法下の現実問題としてまとめて論ずることができていたならば、憲法学への貢献はいっそう大きなものとなっていたであろうことが惜しまれる。

しかしながら、これらの問題点は、今後の研究において克服が十分に期待できるものであり、その一部はすでに終章において著者自身が自覚しているところでもあって、本論文が全体として博士（法学）の学位授与に値する価値を有するという判断を揺るがすものではない。

よって本論文は、博士（法学）の学位を授与されるに値するものと認められる。

以 上

平成 30 年 1 月 17 日