

論文の要約
(全文公表に代わる要約)

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——

1 論文の構成

目 次	1
序 章 問題設定と展開予告	6
1 問題の背景と所在	
2 本研究の意義——研究の巨視的な目的・射程	
3 本稿の目的・射程と構成	
(1) 本稿の目的・射程	
(2) 本稿の構成	
第1章 国家の前憲法性と「法学的ビッグバン」の不存在	17
第1節 Verfassung/Constitution の言語概念的検証	
第2節 国家の法人性検証	
1 国家法人としての連続	
2 国家法人の擬制性と実在性	
第3節 憲法の主題検証：成文（成典）憲法の主題と「国家」という主題 ——「国家」という主題は成文（成典）憲法にふさわしいか？	
1 「当然の所与」性	
2 補論：「目的の重複」性？	
第4節 小 括	
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	36
第1節 「継受の憲法理論」という視座	
第2節 国家構造における連続性メルクマールの例証Ⅰ ——ドイツにおける（連邦）参議院制度	
1 ドイツ国家の連続性	
2 ビスマルク憲法の場合	
3 ヴァイマル憲法の場合	
4 現行基本法の場合	
5 ドイツ（連邦）参議院の特殊性	
第3節 補論：国家構造における連続性メルクマールの例証Ⅱ ——スペインにおける伝統的国家機関としての国会と国王の関係性	
1 概 観	
2 1812年憲法＝カディス憲法の場合	
3 1834年王国憲章の場合	
4 1837年憲法の場合	
5 1845年憲法の場合	
6 1869年憲法の場合	
7 1876年憲法の場合	
8 1931年憲法の場合	
9 フランコ時代の基本法の場合	
10 1978年現行憲法の場合	
11 スペイン国家の連続性メルクマール	
第4節 小 括	

第3章 法人意思と法人機関意思	58
第1節 法人学説	
1 概 観	
(1) サヴィニーの法人擬制説	
(2) ギールケの法人实在説	
2 検 討	
第2節 意思と意思表示	
1 代理の諸例	
2 代理システムの本質——前提としての本人意思	
3 代理システムの試験的類型化——本人意思の確認・照会可能性に基づいて	
4 法人意思の所在＝法人の目的	
第3節 国家法人意思	
1 国家法人意思の所在	
2 補論：国家法人意思の普遍性と特殊性	
第4節 小 括	
第4章 国家の本質をめぐる三理論の素描と比較	85
第1節 国家有機体説の素描	
第2節 国家機体説と国家法人説	
1 国家機関人格と代理関係	
2 国民人格否定の論理	
第3節 国家有機体説と国家機械論	
1 国家有機体説と国家機械論の対立点	
2 国家機械論における現象説明力	
第4節 国家意思と成文（成典）憲法	
第5節 小 括	
第5章 “憲法の前提条件、とその諸例	105
第1節 “憲法の前提条件、という観念あるいは理論枠組み	
1 定 義	
2 作 用	
3 方法論的正当性	
(1) 成文（成典）憲法からの離脱	
(2) 歴史的考察の間主観化	
4 存在意義及び保護則の導出根拠	
——主として“憲法の前提条件、がもたらす効果について	
(1) 憲法の実効性——手段としての強制と内容に対する歴史的・現実的条件付け	
(2) 憲法の規範力ないし現実化	
第2節 “憲法の前提条件、の諸例Ⅰ——国家及び国民	
1 国家組織体の発生と存続	
2 国家の構成性と未構成性	
3 ドイツの国家性	
第3節 “憲法の前提条件、の諸例Ⅱ——市場経済モデル・人間像	
1 市場経済モデル	
2 人間像——基本権享有主体としてのそれを中心として	
(1) 前提観念としての攻撃的・合理的人間像——防御権的文脈における	
(2) 生の現実としての人間像——非防御権的文脈における	
(3) 規範的人間像の導出関数としての国家・国民的特殊性と政策テーマ	
第4節 小 括	

第6章 法服従義務・憲法服従義務・憲法尊重擁護義務	138
第1節 市民のア・プリオリな基本義務	
第2節 平穩義務	
1 安全と平穩義務	
2 基本権と平穩義務	
3 近代国家・法治国家（憲法国家）的要請と平穩義務	
第3節 法服従義務	
1 近代国家のメルクマールとしての強制と法服従義務	
2 憲法国家における諸権利と法服従義務	
3 抵抗権と法服従義務	
4 成文法と法服従義務	
第4節 憲法服従義務と憲法尊重擁護義務	
1 憲法服従義務の地平	
2 憲法服従義務と憲法尊重擁護義務の連関	
3 想定される批判の事前検討	
(1) 法服従義務論・憲法服従義務論に対して——代表民主制の観点から	
(2) 憲法服従義務論に対して——民定憲法性の観点から	
第5節 小 括	
終章 総括と今後の課題	162
1 総 括	
(1) 各章における設定課題とその回答要約	
(2) 結 論	
i 憲法領域における不文法源	
ii 法の生成と服従の調達	
2 今後の課題	
初出一覧	169

2 論文の要約

(1) 問題の背景と所在／本稿の射程・目的の要約

日本の戦後憲法学において、「国家」は、成文（成典）憲法の対象——なにかんづく、その規律対象——としてのみ把握され、しかも、国家に関する積極的な考察はほとんど放逐されてきた。本研究は、そのような事情を問題視した上で、成文（成典）憲法がその規律対象である個別・具体的な国家を前提として形成されることを重視している。

このような問題意識の下に、本稿の射程・目的は、成文（成典）憲法の前提としての国家を考察する視座を提供し、あるいは、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あるいは形成するための基礎理論的枠組みの構築を目指すことに据えられる。

(2) 本稿各章の要約

序章においては、第1章以下の論述に必要な、以上2（1）に要約した「問題設定と展開予告」が示される。その上で、第1章以下においては、おおむね次に示すような課題とそれに対する回答に関する論述が展開されることになる。

第1章は、「国家の前憲法性と『法学的ビッグバン』の不存在」と題される。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は、国家の憲法に対する後置性という観念を反証することから開始されなければならないだろう。憲法に対する国家の後置性という観念の反証には、当然に国家の前憲法性の論証が要求される。

国家の前憲法性については、①Verfassung/Constitutionの言語概念的検証、②国家の法人性検証、③憲法の主題検証の三局面から論証を行うことができた。

第2章は、「『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」と題される。第1章における国家の前憲法性の論証に関連して、「国家—憲法」の関係が、——元来の「規律主体としての憲法と規律客体としての国家」という理解から——どのようなものに改められるべきであるのかも示されなければなら

ない。

この点については、イーゼンゼーの唱える「継受の憲法理論」を提示することによって、その回答とした。このほか、いくつかの諸憲法の条文を参照しながら、ドイツの（連邦）参議院制度を概観することによって、そして、——補論的に——スペインの国王及び国会の関係を概観することによって、国家の連続性メルクマールの例証とした。

第3章は、「法人意思と法人機関意思」と題される。特定の個別・具体的な国家像を「描く」という場合に、何を基にして描くのか—モチーフや画材に相当するものは何であるのか—、そうした「国家」像は、何らかの——自然人が就任することになる——「国家機関」の意思とは異なるのか、という問題も検討されなければならない。

この点については、法人実在説の妥当性を示すことによって、第1章においてみた国家の法人性検証による国家の前憲法性の論証を補強した。また、国家法人それ自体と国家機関との関係をめぐって、両者の意思は同一のものではないことを示すとともに、国家法人意思は、前憲法的なるものとしての国家と規範的なるものとしての憲法との相互補完的な営みにおいて見出されるべきだとした。要するに、国家（組織体）の特殊性は、国家法人意思として表出し、かかる意思の導出過程には、前憲法的国家像と憲法的国家像の双方が欠かせないということであった。

第4章は、「国家の本質をめぐる三理論の素描と比較」と題される。国家本質論の理論史においては、個別・具体的国家を把握するには、国家有機体説が有用とされているが、その趣旨をいくつかの諸点から確認する必要もあろう。さらには、国家法人説の台頭とともに放逐されてきた国家有機体説が、国家法人説とどのような関係にあるのかも、検討されるべきであろう。

この点については、国家法人説における人格の理解について、本稿の立場に適合的な方向に、一定の修正を加えた。それとともに、国家有機体説の特徴の一つである、構成員から独立した国家意思を認めるという立場は、本稿が第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旨を示すことができた。

第5章は、「憲法的前提条件」とその諸例」と題される。現実に存在する個別・具体的国家を前提とした成文（成典）憲法理解を深めるために、「憲法的前提条件」という理論枠組みを、それに対する批判とともに紹介し、いくつかの分析を施したい。そのなかでは、成文（成典）憲法の内部における規律と外部における諸存在との関係を明らかにすることも求められよう。

この点については、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、権力性という形式的側面のみならず、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た。また、そのような歴史的・現実的条件づけの要素となる個別・具体的国家像あるいは国民像は、個々の国家・国民共同体によって異なり、そのことは個々の国家の成文（成典）憲法が前提とする諸存在もまた異なることを意味するとの結論を得た。

第6章は、「法服従義務・憲法服従義務・憲法尊重擁護義務」と題される。国家像を中心としたそのような諸々の成文（成典）憲法外部の諸存在あるいは前憲法的諸存在をいかにして保護し得るのかについて、一定の回答を与えたい。これは、「広い意味での憲法」の「広い意味での憲法保障」としても位置付けられるものと考えている。

この点については、法服従義務の論理を素材として、新たに「憲法服従義務」の論理を再構成し、これは日本の現行憲法99条における憲法尊重擁護義務及び同条についての解釈帰結の欠陥を補完し得るものとして機能する可能性を示すものであるとした。

終章においては、各章の論述を振り返るとともに、本稿全体としての結論を示した上で、論じ尽くせなかった諸課題のうち、その主要なものを確認する。

(3) 終章における本稿全体の結論の要約

終章に示される本稿全体の結論は、二つの内容によって構成され、それらは、それぞれ「i 憲法領域における不文法源」「ii 法生成と服従の調達」と題される。

i 不文法秩序の存在肯定は、成文（成典）憲法体制においても、憲法領域において最もよく妥当し得るものとなるし、不文法は、成文（成典）憲法の解釈指針として機能し得るのである。成文（成典）憲法の解釈として個別具体的国家の国家像を描く際に、このような成文（成典）憲法の解釈指針となりうるような不文法秩序の一部を、本稿全体にわたって、「前憲法的国家（・諸存在）」あるいは、「前憲法的なるものとしての国家」などと称してきた。これは、一定程度同一の地理的領域において、事実上存在してきた国家（及びその構造）、あるいは、歴史上存在する複数の成文（成典）憲法によって規律されてきた国

家（及びその構造）を意味している。それらには、最大公約数的な一定の共通性を見出しうる。そうした共通性に、本稿では、当該国家（における国家構造）の特殊性を認め、かつ、国家としての連続性・同一性の指標を求めてきた。また、成文（成典）憲法には、かような特殊性を継受する機能がある旨も指摘し、いくつかの例証も試みた。

さらに、かかる特殊性は、目下の国家機関の意思あるいは国家機関に就任する自然人の意思とは別個に成立しうる、——国家の法人的局面に照準を据えたときには——いわば“国家法人意思”とでも称することができることも論じた。加えて、このような発想は、国家有機体説において、構成員からは独立した国家意思の存在を認める論理に、親和性を有することも確認された。

ii 法の現実化——妥当性（Geltung）と実効性（Wirksamkeit）を備えるための——の段階は、“国家機関の服従→国家機関による解釈・適用→被治者の服従、という図式として描くことができる。

このとき、国法の現実化の手段となる最も端的な形式は、物理的強制である。しかし、国法に付与された権力性が服従を目指しているのであれば、法内容を服従者において受容し易いものとして生成する必要がある。

しかも、法規律が抽象的であるほどに不文法の領域は拡大し、憲法領域において最大値を示す。してみると、憲法学においては不文法源の役割は小さくない。もっとも、法治国家としては、そのことのみをたよりにして、法内容を服従者において受容しやすいものとして際限なく再生成することが許容されるものではない。

だが、国家機関は、多様な条文解釈の幅の中で適用すべき解釈帰結を随意に選択すべきではなかろう。そもそも国家機関は、法内容を服従者において受容しやすいものとして再生成するという要請を果たすべきなのであるから、当該法の適用され得る国家ないし国民共同体における特殊性を考慮した解釈帰結を選択すべきことになる。したがって、当該法の適用される国家・国民共同体における歴史的・現実的な条件を考慮した法解釈によって法を運用・適用することが、法の服従をより獲得しやすい土壌を形成することになる。結果として、そうした法内容に実定法としての妥当性と実効性が与えられるのである。

そのようにして与えられる法解釈の帰結、あるいは、その根拠となる前憲法的諸存在を保護するために、本稿では、すべての国家構成員をその対象とし得る“憲法服従義務”の理論構築を企てたのであった。

最後に、改めてより巨視的に各章を振り返れば、第1章・第2章においては、本稿全体の目的・射程の一つとした「“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」が行われた。そして、それらを前提としつつ、本稿全体のもう一つの目的・射程である「特定の個別・具体的な国家像の探求あるいは形成を行う手前までの、そこに向けられる基礎理論的枠組みの構築」については、第3章以下、第6章に至るまでの展開において述べたのであった。

以上