

博士学位申請論文審査要旨

小林昭三氏論文題目

「西洋近代憲法論再考」

早稲田大学
大学院政治学研究科

1．論文の構成

小林昭三氏による博士学位申請論文「西洋近代憲法論再考」は、2007年11月に成文堂より刊行され、目次9頁、本論192頁、索引7頁からなる。構成は以下のとおりである。

- 第一章 憲法政治学再認識
 - 第二章 国会の権限と実情 憲法政治学的の考察
 - 第三章 「近代憲法論」再検討
 - 第四章 近代憲法の思想における西洋事情
 - 第五章 近代成文憲法の洗練と硬直 啓蒙絶対的知性主義依拠の宿命
 - 第六章 英国憲法に生きる中世風 議会制と法の支配の素地
 - 第七章 英国不文憲法の持ち味探求
- あとがき

2．論文の概要

第一章「憲法政治学再認識」は本論文の序論にあたる部分である。近代憲法を所与のものとした法実証主義的な憲法解釈論への疑問を提示し、近代憲法の周辺からの接近が主張される。その周辺にあるものとは、時代的要請や、自然的・精神的風土などの地理的・空間的条件などであり、それらを考慮して近代憲法の特徴を解明する必要性が強調される。そのなかでも憲法政治学の方法が明らかにされ、擁護される。憲法政治学のモチーフは、西洋近代という空間的・時間的に特殊な場所に成立した近代立憲主義は、元来近代西洋的というローカルなものであったが、それを普遍的なものに仕立て上げた近代西洋諸国の特別の事情を明らかにすることであるとされる。

第二章「国会の権限と実情 憲法政治学的の考察」は、日本国憲法に関して憲法政治学的考察を試みた部分である。日本国憲法が規定する国会は、大日本帝国憲法下の帝国議会よりも、ずっと高い地位および権限を有するように設計されている。しかしそのような位置づけは議会の黄金時代、すなわち古典的議会制に相応しいとされる。強制委任禁止の原則のもと全国民の代表でありノブレス・オブリージュを負う議員が、議場で自由な討論により決定に至るといった古典的議会制は、キリスト教的代表観が下支えしていたことが指摘される。神意の窺知・表現の過程が、国民代表のための技術と叫ぶ議場での討議に擬せられ、真の民意を探る真摯な姿勢と選良としての英知と良識という議会人の条件にまとめ上げられたという。こうした背景を有する古典的議会制は選挙民の増加とともに変容を余儀なくされた。選挙民の拡大は大衆政党を産み

出した。選挙民受けする政策を提示して選挙を戦い、選挙後は提示された政策に縛られ、議員に対して党議拘束をかけるというように組織化された政党は、議会主役となったが、議場での自由な討論による決定は過去のものとなったとされる。そこで、政党国家的議会制の理論を明らかにし、議会制の現実を整理する作業が必要とされる。一方で、代議制の最低必要条件への配慮が求められ、他方で行政国家化した現状を前提にした国会による権力腐敗防止と権力有効利用に比重をおいた行政統制という役割が模索される。こうした議会制の変容は、西洋近代議会制の基本的思考枠組みの限界を示すものと捉えられる。そして日本の伝統である「和」の思想の重視が唱えられる。自己主張をし合い結論を創り出す討論手法は強者の論理であるのに対して、みな分かり合うために衆議を凝らす話し合い主義が対置される。この多神教的思考法を基調に据えた主義が議会制の現状を補う討論手法として注目されるとする。

第三章「『近代憲法論』再検討」は、本論文の主要テーマを直接的に論じる部分である。すなわち、近代立憲主義が、人権保障と権力制限という自由主義的要素と国民参加による統治構造づくりという民主主義的要素との組み合わせとして理解されており、立憲化・民主化・近代化を標榜することに普遍的価値があると考えられていることへの疑問が呈される。近代立憲主義の成立、整備、伝播、そして一般化は「西洋が世界」であったことと深く関わっていたという事実が指摘され、近代憲法は西洋という精神風土を抜きには考えられないとされる。「近代国家学の重要な概念はすべて世俗化された神学的概念である」というカール・シュミット (Carl Schmitt) の言葉は、キリスト教的一神教思考方法が近代立憲主義に重要な役割を果たしていることを象徴的に示しているとされる。木田元教授の指摘に沿って、プラトンによる超自然的なアイデアの構想以来の理性支配の思考様式は西洋以外の文化圏にはおそらく生まれなかったであろうことから、近代立憲主義思想も西洋に限定されたものであるとされる。そして、非西洋の日本では、その風土・精神的土壌に適した近代憲法の受容の可能性が展望できるとされる。したがって日本的受容は決して近代憲法の歪曲ではなく、より望ましい受容である場合も展望できるという。

第四章「近代憲法の思想における西洋事情」および第五章「近代的成文憲法の洗練と硬直 啓蒙絶対的知性主義思考依存の宿命」は、第三章で開陳された主要テーマを敷衍しつつ、近代立憲主義の限界をさらに論究する。徹底したソクラテス的弁証法への懐疑、プラトンの思想的営為への疑問、多神教的役割分担・共存の可能性の追求、西洋近代の限界が提示される。第四章では新たに主権について議論されている。王権神授説が一神教的な超自然的原理に

基づき、君主の主権を基礎付けたが、君主の主権者としての適格性が疑われるようになり、別の主権者が打ち立てられた。国民主権である。近代憲法の国民主権の宣言は、主権絶対・万能・超然の特性の援用により主権者国民を絶対的存在にし、国家以前の存在とした。そこには、キリスト教の神の前で平等な子としての人間を念頭に置いて付与された人権の確保のために社会を形成するという社会契約説的発想が大きく影響していた。いわば人権神授の思考である。そして聖書の完全性の世俗版として、憲法典を欠缺のない完結した法体系と見なす思考(グスタフ・ラートブルフ(Gustav Radbruch)の指摘)が共有された。

第五章では、ポスト・モダン状況から近代憲法が考察される。機械化・合理化・世俗化の度合いが高まるにつれ非人間化・大衆化の現象が出現し、そして社会の複雑化と社会内外の相互関係の緊密化が生じたことが広く認識されるようになった1980年代以降、近代のあり方が再検討されるようになったとされる。他方、資本主義体制の自己矛盾と非道を糾弾して近代憲法体制を克服したと喧伝されたソ連社会主義体制が崩壊したことも、近代的知性信仰の再検討を迫っているとされる。構成主義的合理主義に二元主義的思考方法が組み合わさって近代の思考様式が特徴付けられているとされる。啓蒙絶対的知性主義とでもいう近代の他ならぬ証しが成文憲法であった。自己完結的法体系としての成文憲法は、しかし、大陸西洋の産物である。そして非大陸西洋のイギリスでは、典型的な分析は妥当せず、不文憲法として扱われていることに着目する。

人権宣言と権力分立という近代憲法を形作る二つの基本要素は、イギリス憲法史に人権宣言の前史的文献としてまた三権分立制の原資料として機能していた。イギリス憲法は経験を重視し、問題発生の都度、昔からの流儀に照らして生活の知恵的に解決してきた所産であることが重視される。ダイシー(Albert Venn Dicey)の『憲法序説』に従い、国会主権と法の支配とをイギリス憲法の特徴として取り上げる。君主と貴族院・庶民院からなるイギリスの議会は混合政体論的組織ともいえ、大陸西洋とは異なっているとされる。また権利を強行し保障されるための救済手段に専ら着目した法の支配は、人権宣言がなくとも、権力濫用による権利侵害に対して司法的救済を与えうる。ダイシー以降、社会権概念が一般化し、行政国家化現象が広範化するが、手続的統制の考え方はますます重要になっていると指摘される。

このように非大陸西洋のイギリスで展開されてきた憲法論に西洋近代の限界を克服する鍵を見出す。第六章「英国憲法に生きる中世風 議会制と法の支配の素地」および第七章「英国不文憲法の持ち味探求」はともに、イギリスにおける国会主権と法の支配との意義を探求するものである。ヘンリー八世

のもとでの宗教改革議会に典型的に示されるように、議会における国王という理解は国会主権制への土壌を整えたとされる。また、ローマ法がイギリスのゲルマン法的土壌に適合するよう受容され、たとえば「統治」と「司法」との区別など大陸法とは異なる様相を呈した。社会秩序の維持と臣民の平穏な生活状態の保障が国王の統治の内容であり、そのために国王は自由裁量を行使できるが、司法の領域では「大諸侯との協議と同意を得て国王が発した法」に従うべきとされ、「古来の慣習」に則ることになり、ここに法の支配が実現する素地があるとされる。そして法の支配は「事物の自然 (nature of things)」の秩序ルールであり、ハイエク (Friedrich August von Hayek) により自生的秩序と名付けられた、社会における個人による社会的交流の非強制的な慣習が重視される社会秩序を形成することになる。とくに、「事物の自然」には二つの見方があることに注意が喚起される。一つは、キリスト教的一神教の自然観に代表されるような、超越的な原理により創り出された自然という見方で、もう一つは自然は造物主の作品ではなく自然にできあがり、自然とともに人々は生きるという自然観である。両者の違いは、神の意を体し、神に代わって自然を統御するという思考態度と自然界の生成発展により変化したルールを発見し確認するという思考態度との違いを生み出すとされる。イギリスの不文憲法はまさに後者の思考様式の産物なのである。

イギリスではコモン・ロー原理への執着が語られ、法の支配の源泉となっているとされる。そこではクック (Sir Edward Coke) がつとに指摘したように、「自然的理性 (natural reason)」と「技能的理性 (artificial reason)」との区別が見出される。前者は王権神授されて全知全能を身につけた国王の命令である法に現れる。これに対して後者は、長い歴史を持つ社会生活経験の結晶である英知としての法という考え方に示される。すなわち、コモン・ローは後者によって正当化されるのである。そして、カール・フリードリッヒ (Carl Joachim Friedrich) の成文憲法とイギリス不文憲法との区別が参照される。「自然的理性」と「技能的理性」との区別に言及しながら、フリードリッヒは「理性的 (rational)」であることよりも「分別のある (reasonable)」ことを重視した。そして近代合理主義における合理性とは異なる「伝統における合理性」(フリードリッヒ)こそが擁護されるとする。

3. 論文の特徴と評価

申請者はこれまで、ワイマール共和国やその大統領制についての論攷、また首相公選制導入論など独自の視点で憲法学に貢献してきた。定年退職後、これ

までの憲法に関する思索をまとめたものである本論文は、大きく三部構成をとる。それは、序論と位置づけられる、憲法政治学という方法論を提唱する第一章およびそれを日本国憲法に適用した第二章、そして大陸西洋生まれの近代憲法の限界を論じる第二章乃至第五章、さらに非大陸西洋のイギリスにおける不文憲法の展開に憲法の別の可能性を見出す第五章乃至第七章である。本論文全体を貫く統一のテーマは、近代憲法を疑うということである。これは申請者の憲法学的思索の集大成を表現したものといえるであろう。

申請者の意図は、大陸西洋の近代という地域的・時代的に特徴ある空間において産み出された近代立憲主義の体现である近代憲法を絶対視し、そこからの距離で非西洋諸国の憲法の後進性を批判するような解釈論を否定することにある。西洋近代に独特の思考様式、たとえば対話といいながら他者の存在を結局否定してしまうことになりかねないソクラテスの弁証法、超自然的アイデアの想定による理性絶対主義に至るプラトンの思想的営為、あるいは造物主としての神の絶対性を措定するキリスト教的一神教の精神構造などが、近代立憲主義を成り立たせている背景的要素であると指摘する。そして近代を特徴付ける合理主義を相対化する必要性を説き、リーズナブルであることを重視する。近代立憲主義の一つの起源であるフランス革命が行き着いたジャコバン独裁を想起すれば、コモン・ロー的漸進主義を標榜する法の支配の称揚や、カール・フリードリッヒに依拠しつつ伝統における合理性を援用する立場にも納得できるものがある。

たしかに日本の憲法学界において、一時期の主流的立場は、近代立憲主義の徹底を探求し日本国憲法の不十分な実践を批判する傾向があった。そのような状況で、近代立憲主義が大陸西洋の近代という特殊な空間で生成され限定的な影響力しか有しないと論じることは、非西洋に位置する日本では、それ相応の意義があったと解される。なぜなら日本におけるリベラル・デモクラシーを可能とする条件を検証する契機となるからである。

しかし今日の憲法学界においては、申請者が仮想敵としたような硬直的な立憲主義理解は勢いを弱め、比較の視点も精緻化されてきおり、また狭い解釈論に囚われることなく方法論的にも豊饒化してきている。より冷静に日本における近代憲法の意味を議論する環境は整いつつある。申請者が望んでいた学問状況が漸く成立し、その意味では申請者の主張が受け容れられる結果になったといえるであろう。

ただし本論文には着想に止まり、さらなる検証が求められるところもある。たとえば、近代立憲主義の起源の一つをなすアメリカ合衆国憲法をどのように

位置づけるのか必ずしも分明ではない。キリスト教神学に擬した憲法理論は聖書とのアナロジーで成文憲法の完全無欠性を想定するとされるが、アメリカ合衆国憲法の場合、制定直後に憲法改正が実施されており、最高裁判所の緩やかな憲法解釈手法と相まって、無欠缺とは解されていない。むしろ合衆国では手を加えられてきた憲法が市民宗教の相を呈していることに特徴が認められる。またアフリカでの立憲主義の意義について触れられているが、非西洋という視点を重視する以上、現状を踏まえて議論が深められるべきであろう。

そして何よりも読者が知りたいと思うのは、本論文の次に述べられることであろう。たとえば、面接審査でも議論になったが、多神教的状況にある日本における政教分離のあり方についてである。厳格分離主義を採用する日本国憲法の条文を最高裁判所のように緩やかに解することが、多神教との関係でどのように評価されるのかなど興味深い論点である。この点、面接審査のやり取りの中で明らかになったように、申請者は次の論文集を準備しており、そこで日本の憲法状況が議論されるとのことである。年齢八〇を超えてなお旺盛な申請者の学問的探求心を多とし、続編に期待したい。

このように本論文にはさらに論証すべき事柄も存するが、それは望蜀の感もあり、本論文の価値を減殺するものではないと考えられる。

4. 結論

以上論じてきたように、本審査委員会は一致して、小林昭三氏の「西洋近代憲法論再考」は博士（政治学）に値するものと思量する。

2010年1月13日

審査委員

早稲田大学教授	Dr. rer. publ. (シュパイアー行政大学院)	縣公一郎
九州大学教授	法学博士 (東京大学)	渡辺康行
主査 早稲田大学教授	J.S.D. (イエール大学)	川岸令和