

「憲法学」と「政策学」 - 研究者の任務は変化したのか？

堀 内 健 志

[目次]

- 1 序、理論憲法学時代の終焉か
- 2 認識論的憲法学
- 3 理論と実践
- 4 世紀末のポストモダン論議
- 5 羅針盤のない航海
- 6 ドイツ憲法学とアメリカ実践論
- 7 試行錯誤からのスタート
- 8 政策学の隆盛
- 9 古典的「国家」学の学問的成果は無用か
- 10 観察者の視点と関与者の立場
- 11 結びに代えて、法科大学院生向けの憲法教育

1 序、理論憲法学時代の終焉か

a 今次の司法制度改革とそれに伴う法曹教育体制の改正、法科大学院の導入などによって、このところ従来の憲法学教育にもすでにじわりじわりと大きな変動が感じられるようになってきている。

かかる動向は、もちろん「法学」分野全体へ向けられたものであろうが、ここでは専門分野の関係でとくに公法学に限定してしか扱えない。また近年の変化が単に教育制度の変革にのみその原因があるということではなく、おそらくは世紀末以来今日にまで続いているグローバルゼーションや規制緩和などといった世界的な潮流のなかで物事を考えないといけないよりスケールの大きな問題をも背景としていることであろうが、これらの諸問題にもここでは深入りすることはできない。

b 近年、『法学教室』連載の「演習」コーナーで取り上げられる話題は、単に憲法の基礎的理解だけではとうてい答えに辿り着くのが難しいものが多いように感じられる。我々研究者からみてそうであるから、大学院生を含め、学生の水準からみたらおそらく大半の読者には個々の話題をそのようなものとして、つまり新知識として記憶する対象になっているのではなからうか。たとえ、出

題者側の意図は、柔軟な思考能力の涵養のため、また、単なる憲法解釈論的な知識ではなくどのような問題解決があり得るかという政策論にも及び判断能力を試そうとしているのであるとしてもである。二・三年と限られた時間のなかで憲法の基礎的知識を精確に理解することすらままならないのが現状ではないか。

さらには、そこに答案作成術として、この辺の論点にも触れておいてスペースを稼ぐ方が得策であるといったアドヴァイスもある。これは、わずかばかりの持てる知識をいかにうまくこねくりまわすかという、法曹実務家に求められそうな実践的訓練になるのかもしれないが、その分しかし、いい加減な学問的知見でも何とかなるといふ誤解を与えかねないのではないか。

c 「憲法」について、一般には常識的に何らかの知識や情報を持っていることが多いが、しかし、きちんとした理論としての「憲法学」は、逆にそれだけにそう簡単ではなく、入りやすいがものにし難いというふうに言われる。また、通説的に説かれている学説であっても吟味するとかなり問題を含んでいるものが少なからずあり、その辺の検討はどれ一つとっても研究者にとってライフワークとなりうるほどの深い研究を必要としているのである。

例えば、ある企業を国有化する法律を「措置法律」とする前提に「立法」の一般性という要請があるが、これは今日カビ臭い時代遅れの理論であると説明される。従ってそれは憲法違反というに及ばぬというのである（『法学教室』293号132 - 3頁）。

さて、しかし、伝統学説がそもそもそのように説いたことがあるだろうか。「法律の一般性」とは、名宛人、事件（案）ともに不特定数に向けられている法律は、排他的立法所管であることを意味する。うへの「法律」はある会社に向けられているが、個人人間に向けられたものではなく、「個別法律」に当たらない。また、そのような「措置法律」は伝統学説によっても初めからなら違憲の法律ではない。

このような伝統学説すら正しく理解せずして応用問題に慣れよと言うのは、学問を完全に無視するもので学問の名に値しない。伝統学説を研究するにせよ、それを克服するにせよ、その基礎概念たる「法律の一般性」じしんを明確にしなくてはならぬことは、学界においてすでに二十年も前に指摘されている（堀内『立憲理論の主要問題』（多賀出版、昭和62年）所収論文）。それを何と心得ておられるのか。

そればかりではない。憲法94条のいう「法律の範囲内」での条例制定権と地方自治法14条1項の「法令に違反しない限り」での条例制定との区別もわかっていないようである（『法学教室』303号112 - 3頁）。「留保」（排他的所管）と「優位」（競合的所管）両原理の勉強からもう一度始めなくてはなるまい。

もっとも、念のため言うが、この憲法94条の「法律の範囲内」と地方自治法14条1項の「法令に違反しない限りにおいて」とは、「同様に解すべきものである」と、権威ある書物が述べているので（松本英昭『新版逐条地方自治法』（学陽書房、平成13年）120頁）、そのこと自身を問題にしなくてはならないのである。

2 認識論的憲法学

a わが国の戦後から昭和60年代までの公法学は、ドイツのとりわけG. イェリネク、H. ケルゼン、C. シュミットなどに代表される国法学を背景として展開されてきた。G. イェリネクの国家学にはその後の様々の憲法学方法論の端緒が認められると言える。こうした学問的憲法学は、当時の東北大学法学部におられたそうそうたる諸先生方によって研究され、その成果が後学の学徒へ伝授された。そこでは、学問としての「憲法学」とはどのようなものかということが究明された。

b 「法規範と事実」を巡る「法」の認識、「政治的決断」との関係など、「憲法学」をどのように構築するのか、その基礎的問題が精力的に議論された。理論的一貫性の指摘は、そのような帰結をexposer開陳することに学問的意義があり、政策実践的課題を解決するための処方箋をproposer提案することを意図するものではなかった。

3 理論と実践

a 伝統的な学問観によると、科学的研究およびその研究成果とその応用・技術とは区別されて、前者はそれ自身価値を有し、憲法上「学問の自由」の保障対象となる。「真理探究」は時々の時流・政治的権力に左右されるべきではなく、そのことが「人類の真の進歩」に寄与するものであると考えられた。目先の現実的目的に役立つとか、利害得失の視点で善し悪しが決まるものではない。

ところが、近年の現状はどうであろうか。役所の部署には何々「戦術会議」や「政策審議室」という看板が目につくようになってきているが、大学においても、世紀転換期の大学改革前後から「政策学部」「公共政策学科」など従来の学部学科にはみられなかった名称が付されるようになってきている。そればかりか、伝統的な哲学、歴史学、文学などの現実社会に直接役立つことが乏しい学問分野は、社会貢献度が低いとか、就職率が低いとかといって定員が縮小されたり、大学の生き残りのために低く評価が下されたりする。他方、高度の専門職業人の養成を目指す法科大学院や公共政策大学院、会計専門職大学院などが次々と作られる。大学では、学生アンケートによる講義内容の評価がなされ、また社会貢献などについて自己評価が求められる。

b これらすべてがナンセンスだというのではない。社会がそのようなものを求めている、その要請に応えるべく大学・役所なども変化してきているといえよう。いずれにもせよ、しかし、学問・研究が当面の目的・問題に対処すべく目先の効用に囚われていることは否定できない。実践主義、プラグマティズムのグローバリゼーションということであろうか。

ここでは実践的でない理論の意義は認められない。このような変化はどのようにして起こったのであろうか。

4 世紀末のポストモダン論議

a ベルリンの壁の崩壊、東西ドイツの統合、ソ連など東側諸国の自由主義化など、世紀末の世界

的大変動を経て、1990年代において今後どのような体制がもたらされるかという問題状況の中で、ポストモダン論議も盛んに行われた。西欧ヨーロッパ文明に変わるどのような体制が登場するのかが占われた。西欧型現代民主制の限界論や異なるイスラム社会・文化との関連はどのようになるのかが議論された。そのなかの一つの主張であった、西欧文化の崩壊、全体主義国家の台頭という線は、しかし実現しなかった。

むしろ、後進国における飢餓、貧困、エイズなど病気の蔓延、環境破壊、人口問題、食料不足、医療的救済の必要や世界経済のグローバリゼーション・規制緩和の進行による失業者の増大、農村の崩壊、地震等の自然災害の発生といった世界的社会不安、危機状態において、西欧文明の根底にある「人間の尊厳」という価値原理の普遍性が改めて認識されることになった。

bしかしまた、他方では現代大衆民主制のもとにおいて、従来の「憲法原理」が今日の状況にそのままの形で通用するのかといえ、実はそうではなく、大幅な見直しが必要とされた。例えば、「国家・社会」の近代国家的な二元的構造は民主国家に適合しないとか、また、「行政法原理」にも及ぶところの「法の支配」原理による再構成が必要であるとか、さらには形式的な「法律の一般性」というものが人間の実質的平等原理に適合しないような社会状況になっているとか、司法的救済制度が「行政権」優位の制度になっていて十分な国民の救済をもたしていないということ。行政手続の過程で住民や利害関係人の意見を配慮する必要があるとか、行政の情報公開が必要であるといったことなど。

cこのようにして、ポストモダン論議は、結局「人間の尊厳」という普遍原理を維持しながらも、その具体的「処方箋」において、従来の伝統学説ではだめであるということに落ち着くごとくである。が、しからば、どのような法理が新たに構築・提示されうるのか。これが今後の課題ということになる。しかし、その具体的新提言は決して簡単ではない。

5 羅針盤のない航海

a世紀転換期において、物事の判断にこれまでの理論、思考法がもはや通用しない、新しい時代を迎えたと言われている。憲法学の分野でも、伝統学説はもう古くなっていて、そのままでは使えないとも言われる。いつの時代でも、社会的変動のなかで従来の思考モデルがそのままいつも通用するのではなく、絶えず変化に対応するような作業が必要であることは言うまでもない。が、とりわけ今日の状況においてそのことが著しいものがあると指摘される。

b憲法学上の法理のなかで、さきにも触れた「法律の一般性」のほか、そもそも「憲法」規範の名宛人に関してそれが「私人」間の「法関係」にも効力が及ぶのかといういわゆる「基本的人権の私人間効力」論、「公法・私法」の区別、そしてこれと関連する「立法」概念である「権利命題」や「組織法・行態法」の区別など「近代立憲主義憲法」「近代国家」の諸原理がいずれもその妥当性が問われることになる。

cこれらの諸原理から離れて、では全く白紙でもって「憲法」論を新たに構築できるものであろうか。これがまさしく当面の課題であろう。

6 ドイツ憲法学とアメリカ実践論

a うえにみたごとき伝統学説の諸法理は、実は、わが国において主として西欧、なかんずくドイツ公法学の影響のもと形成されてきたものであった。

戦後の公法学は、アメリカの強い影響下にある。敗戦後アメリカ占領軍の統治、「日本国憲法」の制定に際して占領軍の影響が決定的であったことなどから、憲法はじめ公法上の諸法制も大きく方向転換することになった。もっとも、当初はしばらく従来の伝統的思考がそのまま維持されたし、法制度も一機に切り替わった訳ではなかった。むしろ、実質的には、このつい近年になって、つまり、世紀末の変革期になって、「この国のかたち」の変革の際に、行政改革や地方分権一括法などととも、平成の大改革（革命）として、まさになだれ打って変革が表面化している。

b 行政法の分野において、行政手続法の制定、情報公開法制の整備など「行政の透明化、公正化」のための諸法制はアメリカ法の影響によるものである。また、伝統的な「法律による行政の原理」についても「法の支配」原理による克服の試みもなされている。行政事件訴訟法の改正で、原告適格の拡大、義務付け・差止訴訟の新設、確認訴訟の明示、執行停止の要件の緩和、仮の義務付け・仮の差止制度の新設、出訴期間の延長等による行政訴訟の機能不全を是正し、国民の権利利益の実効的救済手続きの整備が計られた。現実にもどのように運用されるかは今後にかかっているが、これらによって、西欧大陸流の伝統的行政訴訟法に対しての大幅な方向転換がなされたことになる。

c ここには立ち入ることはできないが、実は、このような変化は、わが国においてのみならず、伝統学説の本拠地であるドイツやさらにフランスの行政法においても見られるようである。さきにみた行政裁判制度の改革や行政手続法、情報公開法制は今日西欧に広く採用されているようである。公法学におけるグローバリゼーションともいえる傾向であろう。

7 試行錯誤からのスタート

世紀の転換期にあたり、伝統学説がそのままでは妥当性を持ち得ないという状況のもとで、頼るべき基準・理論が見あたらない。その場合、物事の決定はどのようにして進められていくことになるのだろうか。

当面は、現状を見極めながら個々に判断して行かざるを得ない。そのようないわば試行錯誤による判断の際に、つまり、依拠すべき理論が与えられていず、社会、市民の考え方も一様でない、同一性（アイデンティティ）を見いだしがたい状況では、どうするかといえば、結局はその問題に利害を有するものが話し合いをして決めていくという事になる。その場合何よりの正当性を担保するものは手続きの公正さということになる。そのような公正な手続きによって決められたことについては、内容が正しいという評価が与えられる。この内容をほかに何らかの理念や正義、価値をもって批判することはできない。結果的には、多数決による決定が正当性を与えられる。民主的決定だということになる。ここには競争原理が働き、負けたもの、弱者の意見は通用しない。弱肉強食の結果となる。

実は、この考え方は、アメリカの手続的正義論に親和的であること言うまでもない。戦後の占領地統治後アメリカ戦略がわが国の諸法制に大きな影響を与えてきたことはその通りであるが、近年の社会的変化のなかでは、そのような考え方が実際にも適合的な状況をもたらしているということも言えるであろう。

8 政策学の隆盛

aこのようにして、現実の諸問題に対処するために模範となすべき理論が与えられないときは、自然の成り行きとして、当面の事態を切り抜けるための「処方箋」は何かという、政策論が学問の対象となり、また研究者にその解明が求められてくる。「政策学部」「政策学科」が登場しているということまへにも指摘した通りである。

b私がいる講座名が「公共政策」であり（修士課程が「地域政策」の分野）、そして独立大学院「地域社会」研究科博士課程は「地域政策研究」講座となっている。が、「公共政策」講座は従来の伝統的な「法学・政治学」の研究者が多いし、「地域社会研究科」も純粹の「政策」研究者ばかりが顔をそろえているわけではない。

それでも、当初心配したほどではなく研究テーマを拝見すると「病院の現場における看護師の役割」やその「生涯教育」、中国における終末医療、地域振興策としての整備新幹線問題などの総合的研究などこれまでの狭い個別領域の研究ではなかなか捉えきれなかった学際的研究成果が認められるようである。

c伝統的「憲法学」を長年研究してきたものとして「政策学」とどのようにつきあうのか、そのしっかりした理解を持ってその両者にとって実り豊かな関係を確立する必要がある。

9 古典的「国家」学の学問的成果は無用か

aさて、憲法学において、「政策学」的アプローチが入り込んできていること、前に言及したが、その特徴の一つとして、実定憲法解釈論において、裁判所の置かれている立場、つまりは「立法」に拘束された議論をするのか、それとも「立法論」としてあるべき理想像は何かという議論をするのかを截然と区別せずに渾然一体として議論されるようになったことが挙げられよう。しかも、研究者においてそうなのである。

これは、ひとつにはドイツの憲法裁判所判例の研究の影響であろうか。しかし、これはわが国現行法制と制度が同じではない。学習用の演習設問の中で憲法条項をそのように定めたらどうなるかといった設定が多くなっていることや、裁判例中に「立法の不作为」論が目立って多くなってきていることなどにもその傾向が伺われる。

bドイツにおいて、伝統的な「一般国家学」が、今日学問分野として「死亡宣告」されたものといわれる。これに対してC. シュタルク教授が、「国家」学存立の意義は失われておらず、EUの存在が決して「一般国家学」を否認するものではないとして批判し、むしろこの超国家連合を認識

するためにも寄与するものであることを強調しているという（兔原明「『一般国家学（Allgemeine Staatslehre）』の存在理由」『大東文化大学法学研究所報』26号（2006年3月）1頁以下）。

c そもそも、学問上の理論とは、ある憲法学上の対象をできるだけ客観的にその位置を精確に説明するために有用であると考えられる。対象を絶対化し、またそれが新しい現象によってそれを捉える枠組み自体が消滅するというものであってはいけない。EUという超国家連合の登場によって、それを適切に説明するために「一般国家学」は有効に機能することが求められるのであり、それ自身が「死亡」するというものであってはならない。例えば、G. イエリネクの「一般国家学」は、単に近代国家だけでなく、その考察は古代ギリシャ以来の面々と続く国家群に及んでいる。「国家」が存在する限り「国家」学は必要である。何らかのその時の政策目的のために「国家学」があるのではない。

10 観察者の視点と関与者の立場

a うえのごとき意味での「憲法学」は、その対象となる現象をできるだけ客観的・体系的に説明することを本質とする。そのために様々な方法論が展開されるのである。このような所与の対象を考察するのであるから、これをR. アレクシー（簡約には、R. Alexy, Zur Kritik des Rechtspositivismus, in: Archiv fuer Rechts- u. Sozialphilosophie, Beiheft 37. (1990) S.9-S.26、堀内訳「R. アレクシー『法実証主義批判』」『弘前大学人文社会論叢（社会科学篇）3号（1999年）31-47頁参照）にならって観察者の視点と呼ぶことにする。

これに対して、すでに見たような、例えば裁判官として判決を書く場合や国民が政治的意思を表明する立場は観察者ではなくて、ここではやはりR. アレクシーにならうと関与者として振る舞うということになる。

b このいずれの観点が、「憲法学」にとり絶対的に正しいというわけではない。伝統学説の学問観は、前者に徹してきたきらいがあり、これはこれで誤ったものではない。が、今日の「政策学」には、それでは物足りない。国民の側が国家生活に積極的に参加して、自ら国家のあるべき方向・基準を創設したいという意思を反映している。また、従来の法理をそのままでは使えないという現状もある。この後者の視点は、今日の現代民主制国家のもと不可欠のものとなっている。が、重要なことは、「政策学」的願望で客観的理論である「憲法学」の有用・無用を語ってはならず、両者を都合よく混用してはならないということである。

11 結びに代えて、法科大学院生向けの憲法教育

今日の憲法状況は、「日本国憲法」制定後60年を経て、様々の面から見直し論議が高まっている。憲法の「政策学」的論議や勉強も大いにやってよい。また、「公法学」全般を見渡しても「行政法」の「基本原理」である「法律による行政の原理」が「法の支配」論によって克服され得るのかといった問題にも直面している。あるべき「立法」像の研究は大いに結構である。ただ、長年月経て蓄積

された学的知見というものは、それなりの重みがあり、法科大学院の初学学生水準ではその精確なる理解にまず力を注ぐだけでも時間が必要であろう。教育・研究者にあっても伝統学説の理解が必ずしも充分でないということもあり得る。結論的に言えば、個人の「政策判断」開陳の前に理論的憲法学情報を国民に対して絶えず精確に提供し続けなくてはならず、研究者に期待される任務は増えることこそあれ、理論研究をないがしろにしてよいということにはなり得ない。