

令和元年5月22日現在

機関番号：14101

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2014～2018

課題番号：26780011

研究課題名(和文) 習律の基礎づけ 日英加仏の比較法的視点から

研究課題名(英文) A comparative legal approach to incorporating constitutional pluralism of law and conventions into Japanese constitution

研究代表者

内野 広大 (UCHINO, Kodai)

三重大学・人文学部・准教授

研究者番号：90612292

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 2,100,000円

研究成果の概要(和文)：本研究は、日本法において、習律を独立した規範カテゴリーとして承認すべきか、つまり多元論を承認すべきか否かを問うものである。本研究では第一に、J. A. G. Griffithの政治的立憲主義の特徴を析出することにより、想定される多元論批判が当面しうる問題を特定できた。第二に、イギリス法実証主義に与するJ. Goldsworthyの憲法理論の特徴を浮き彫りにすることにより、法学方法論上、憲法と習律を区別すべき理由を解明できた。第三に、T. R. S. AllanやA. Heardの一元論の主張構造を吟味しそれとの対話を重ねることにより、多元論が当面すべき課題を特定できた。

研究成果の学術的意義や社会的意義

私は、人が本当の意味で主権者となり、人を「人」として遇せざるをえなくなったとき、そこにおいて自ずと守るべき規範が生じてくると考えています。そしてイギリス憲法学の伝統的理論のいう習律が、そうした声なき者の声とでもいべき規範の受け皿になるのではないかと考えています。ところが従来の日本の憲法学は、こうした規範を憲法学の内に取り込むことについて大きな関心を寄せるものではありません。本研究は、イギリス憲法学の伝統的理論のいう習律をわが国のかたち組み入れる際に、何を問わなければならないかを明らかにするものです。

研究成果の概要(英文)：The purpose of this study is to inquire whether Japanese constitution can accept a distinction between law and conventions of the constitution, namely, constitutional pluralism of law and conventions.

First, this study showed the issues including nihilism which opponents of the pluralism would have to confront, by analysing the nature of political constitutionalism articulated by J. A. G. Griffith. Second, this study showed the reason why law of the constitution should be severely separated from conventions of the constitution, by exploring J. Goldsworthy's constitutional theory. The rationales behind the legal positivism which Goldsworthy are committed to seemed to suggest the reason. Thirdly, this study showed some problems which the pluralism would be compelled to resolve, by scrutinising constitutional monism, which gives priority to law of the constitution, and engaging in dialogue with it.

研究分野：憲法学

キーワード：習律 法の支配 政治的立憲主義 イギリス憲法

様式 C - 19、F - 19 - 1、Z - 19、CK - 19 (共通)

1. 研究開始当初の背景

従来わが国の憲法学は、なぜ、わが国の国制において習律を導入することができるのか、その理論的基礎づけについて十分には深く考究してこなかった。もちろん有力説は、習律の柔軟性を持ち出し、あるいは習律を考察対象から外すと憲法学から国政の重要な部分の考察が捨象されてしまうという懸念を挙げてきた。けれども、「日本国憲法」という名の成文の憲法典が存在していることを理由に、習律の存在を否定し、あるいは習律を法律よりも規範階層上劣位に置く見解に対して、決定的な反論を提起できているとは必ずしもいえなかった。

以上のような状況の下で、主にイギリスにおける議論の展開を参照しつつ、日英加仏四か国の比較法の手法により、わが国における習律の基礎づけを試みるのが本研究の出発点であった。

2. 研究の目的

本研究は、わが国制に「独立した規範カテゴリとしての習律」を導入することができるのか、言い換えると、日本法が憲法と習律の「多元論」を受容しうるのかを問うものである。これまでの私の習律に関する研究成果では、わが国制がわが国の憲法理論及び先例に照らしてイギリス多元論を受容しうるのか否かまで問うていなかった上、成文憲法典の存在を根拠とする習律否定説に対してその思想的背景にまで遡ったかたちでの反論を展開できていかなかった。さらに、習律には裁判所のような権威的裁定者による裁定もなければ義務的な力も存在していないという欠点に対する手当も不十分であった。そこで本研究では、当初、以下の三つの問題群に取り組むこととしていた。A) 第一に、「日本国憲法」という憲法典があるから習律の存在はそもそも否定されることになるのではないか、という批判に対する応答を試みる。B) 第二に、わが国の国制に「習律を独立した規範カテゴリとして位置づけるイギリス多元論」を受容する素地があるのか否かを問う。C) 第三に、習律には権威的裁定者や制裁が欠けているため実効性の担保が欠けわが国制に導入する必要性は希薄ではないのかという疑念に対して応接する。

3. 研究の方法

当初は、主にイギリスにおける議論の展開を参照しつつ、比較対象国をカナダ及びフランスにも拡大し、日英加仏四か国の比較法という手法を採用することとしていた。具体的には次のような方法である。A) 第一に、憲法典の存在を理由とする習律否定論に対しては、憲法典導入論等に批判的立場をとる J. A. G. Griffith の政治的立憲主義を分析しそこから考察の糸口を得るとともに、憲法典の万能性を批判的に考察する。B) 第二に、わが国制にイギリス多元論を受容する素地があるか否かを問うにあたり、イギリス憲法学における主権論・習律論から検討の指針を抽出し、わが国判例法・学説を渉猟することで法的主権と政治的主権の区別論を受容できるか否かを考察する。C) 第三に、習律の実効性への疑念に対しては、イギリス憲法学における習律の実効性についての議論状況を整理・概観し、そこから考察の糸口を得る。

4. 研究成果

(1) 日本法が多元論を受容しうるか否かを問うにあたっては、多元論を否定する主張が十分な説得力をもつものであるのかを考察する必要がある。その主張の代表例として、近代立憲主義の理念に基づくものを想定しうる。本研究では第一に、Griffith の政治的立憲主義(以下、「政治的立憲主義」と略記する)の特徴を析出し、そうした近代立憲主義に基づく主張が当面しうる課題を特定できた。

G. Gee 及び G. C. N. Webber によると、政治的立憲主義として括られる潮流一般は、日々の日常政治を法の支配や個人の諸権利を破壊する潜在的危険性をもったものとしてのみ把握するのではなく、個人の諸権利その他の目的を達しうるものとしても把握するものである。このことから、政治的立憲主義一般は、日々の日常政治を単に「否定的」に捉えるだけでなく「肯定的」にも捉えるところがあるといえる。また、政治的立憲主義一般は、国制が無から創造される瞬間を想定する立場に立つものではなく、まずもって既に作られた国制の内に自らが位置していることを受容するものであり、国制の創造を政治状況の中で「時々刻々と」進行する政治プロセスとして見るものである。対立がなくなることは決してないし、状況が変われば人々の意見も影響を受けるものであるというのがその理由である。そして、政治的立憲主義一般は、国制がこのようにして創造されることを受け入れる以上、国制を、政治的アクターにとって固定された終着点ではなく、不確定で動的な政治的活動として捉える。

それゆえに「政治的立憲主義」には、T. Poole も指摘するように、どこことなくニヒリズムが漂っているが、そのニヒリズムの程度は他の政治的立憲主義の論者に比すれば深刻なものである。Griffith の「政治的立憲主義」と A. Tomkins の政治的立憲主義を対比すると、前者が、政治的立憲主義を特定の政治哲学により基礎づけなければならないとする問題意識を欠く点、特定の政治哲学を実体化しないという点、さらには特定の政治哲学に基づいて現状を評価し政策提言をしない点において、Tomkins のそれと袂を分かつものであるといえるからである。

Tomkins は、Griffith らの機能主義は性質上記述的であるという限界を免れず、政治的立憲主義を規範的に基礎づける必要があるとの問題意識を抱き、Petit や Skinner の共和主義論に依拠し、自身の共和主義観を提示する。その上で、イギリス憲法実践の歴史を振り返り、特に議会に対する政治的説明責任の制度がその絶対的中心を占めていたことに注目し、その共和主義の理念がイギリス憲法秩序に内在するものであり、政治的立憲主義は共和主義により基礎づけることができるとする。さらに Tomkins は、その共和主義論に基づいて議会統治の現状を評価し、また、国王大権の議会制定法による廃止等を提言している。このような Tomkins の姿勢にあたるものは、Griffith の「政治的立憲主義」には見受けられないものであるといえる。

このようにみえてくると、「政治的立憲主義」は、「対立の実在性」や「状況変化に伴う人心の変化」を受け入れるものであること、そしてその根底にはニヒリズムに徹するという姿勢があるといえるだろう。

以上見てきたように「政治的立憲主義」がニヒリズムに徹するものであるとしても、そのことは日本法が多元論を受容しうるか否かという問いといかに関わるのだろうか。上述のように、多元論を日本法に導入することに対しては近代立憲主義を掘り崩す恐れがあるとの懸念を想定しうる。しかしながら、「政治的立憲主義」は、わが国においても、近代立憲主義そのものの限界を露わにし、動揺させるといえる。それというのも、「政治的立憲主義」が批判の矛先を向けるのは法的立憲主義であるところ、その法的立憲主義は成文憲法国の背後にある思想や制度的構想と相通じるものがあるからである。法的立憲主義の流れに位置づけうる Lord Hailsham は、権力が過度に集中した民主主義、選挙独裁の温床となったのは功利主義と法実証主義の結合であると指摘した上で、これに対する処方箋として制限政府の理念を提示する。Lord Hailsham によれば、それは、政権の座にある者は絶対的に支配をしてはならない、国王といえども法を超えることはできず、庶民の訓育された良心を傷つける法を制定してはならないということの意味するが、それを実現する制度的構想として、司法審査制や抑制と均衡が重視される。

もっとも、「政治的立憲主義」は記述的性格をもつにとどまるものであり、日本法におけるそれとの対話は不適切ではないかとの批判を想定できる。しかしながら、Gee 及び Webber によれば、「政治的立憲主義」には規範性がないわけではなく、法的立憲主義とは異なり細部にわたって国制の中身や性質を定めてしまうものではない。そのため、「政治的立憲主義」との対話は不適切であると論結することはできないと考える。

今後は、G. Gee による「政治的立憲主義」解釈の基盤となっていた M. Oakeshott の思想とニヒリズムとの関係に留意しつつ、すでに読解を進めているニヒリズムに関する諸文献を精読し、ニヒリズムとの対話を深めることで、「政治的立憲主義」の中身をより深く掘り下げていきたい。

(2) 第二に、J. Goldsworthy の憲法理論の特徴を R. Dworkin の法理論に与する T. R. S. Allan の憲法理論との対比により浮き彫りにすることで、法学方法論上、憲法と習律を区別すべき理由を解明できた。

イギリス法実証主義に与する Goldsworthy は次のように述べている。法システムは政治道徳の原理にのみ依拠するものではないから両者を峻別すべきである。政治道徳を法原理として性格づけるならば法が整合性を失いかねず、また政治道徳はイギリスの法概念から排除される。さらには両者を峻別せず法的妥当性を道徳的尺度に依存させることには弊害がある。Goldsworthy によれば、こういった理由から、憲法と政治道徳とを峻別すべきである。

多元論がイギリス法実証主義を前提とするものであり、習律が立憲的道徳とも言い換えられることを踏まえるならば、Goldsworthy の挙げる諸理由は憲法と習律を峻別すべき根拠としても捉えることができるだろう。

もっとも、このような法実証主義を日本法においても受容しうるか否かを考察するにあたっては、それがわが国の「法の支配」論や権利保障理論と整合的であるかどうかを吟味しておかなければならない。そこで今後は、法実証主義の影響下にある伝統的な制定法解釈理論において政治道徳がどのように組み込まれるのかを踏まえつつ、この点について更に考察を深めたい。

(3) 第三に、法的立憲主義の急先鋒に位置づけられる Allan の習律論及びカナダにおいて一元論を説く A. Heard の習律論を検討することにより、多元論が、一元論に有利にはたらきうる実務上の習律の取扱いに対して十分に理論的に応接できているわけではないことを明らかにした。

Allan は、憲法と習律の区別を否定し、裁判所が習律を「強行」するとは、裁判所は習律に依拠して法原理の内容を充填し、少なくとも、習律を法的推論における重要な考慮要素となしうることをいうとするものとする。それではなぜ憲法と習律の区別は否定されるべきであるのか。この点について Allan は、Dworkin の原理とルールとの区別を踏襲して、次のような根拠を示す。すなわち、立憲的原理の次元においては、憲法と習律との区別は存在せず、裁判所が習律を強

行することは否定されない。立憲的原理は、裁判の場では法原理として、他方政治の場では政治的原理として現れるが、法原理と政治的原理は相互不可分・相互依存の関係にある。そして習律は、政治的原理の帰結するところを表現するものである。このように法原理と政治的原理は相互依存関係にあることから、憲法と習律との区別は存在しない。さらに Allan は、多元論の前提とする区分に疑問を提示する。すなわち、多元論は、Austin の法理学をその理論的基底に据えるものであり、「強行」と「認知」を区分してその主張を根拠づけてきたが、先例において特定の習律が立憲的原理の淵源として用いられていること等からすると、この区分は妥当な区別とはいえないという。結局 Allan によれば、習律は、「法原理」の内容充填にとって重要な役割を果たし、事案によっては法ルールに抵触するにもかかわらず「法原理」の問題としては法ルールに優越しうる。

他方、Heard によれば、憲法と習律の間に区別はなく、裁判所は習律を強行しうる。もっとも、憲法と習律の区別を否定した場合、裁判所はいかなる習律であっても強行できるのかという問題に逢着せざるをえない。そこで習律は、階層化・多段階化されることになる。そしてこのように一元論が採用されるべきであるのは、第一に習律の強行を肯定する先例が存在しているからであり、第二に州の同意を要求する習律が問題になった 1981 年のカナダ連邦最高裁判所判決を検討すれば「強行」概念を拡張的に捉えることができるからである。つまり、Heard は、憲法と習律とは区別されず、しかも習律は多層化・多段階化され、強行できる習律か否かは複数の考慮事項を踏まえて判断されるべきであるとするのである。

したがって、多元論は「強行」と「認知」の区別論に依拠するものであるところ、貴族院等の先例において特定の習律が立憲的原理の淵源として扱われているから、多元論としては、その点にどう対応すべきかを考察しなければならない。また、多元論は制定法解釈における習律の援用がもつ意義について理論的応接をする必要がある。さらに、カナダにおいて習律の強行を肯定する先例が存在することや、州の同意を要求する習律が問題になった 1981 年のカナダ連邦最高裁判所判決の解釈次第で「強行」概念を拡張的に捉えることができるのかを考察する必要がある。

なお、(1)及び(3)の事項については、体調が優れなかった点に加え、当初の研究計画段階での見通しが甘かったこともあり、論稿にまとめるまでには至っていない。今後なるべく早期のうちに大学紀要等で公表したいと考えている。

(4)比較法学会においては、「ダイシー議会主権論の限界と法の支配」と題して報告を行い、Goldsworthy と Allan の論争をとりあげ、貴重なご指摘をいただいた。

(5)研究開始当初の計画では、イギリスにおける国制の法典化に関する論争を整理し、また、カナダ及びフランスにおける習律論継受の理由を解明し、さらには、法的主権と政治的主権の区別論の日本法への導入可能性を考察するほか、習律の実効性に対する懸念論に対応する予定であったが、体調を大きく崩し、その回復にかなりの時間を要したため、いずれについても取り組むことができなかつた。今後は、上述の諸課題に加え、これらの点についても考察を深めていきたい。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕(計1件)

内野広大、ダイシー議会主権論の限界と法の支配、比較法研究、査読無、79号、2017、134-140。

〔学会発表〕(計1件)

内野広大、ダイシー議会主権論の限界と法の支配、比較法学会、2017年6月3日、明治大学(東京都千代田区)

〔図書〕(計1件)

戒能通弘編マイケル・ロバーン・ジェラルド・ポステマ・内野広大・原口佳誠・大久保優也・清水潤・椎名智彦著、法の支配のヒストリー、ナカニシヤ出版、2018年、275(97-124)頁。

〔産業財産権〕

出願状況(計0件)

名称：

発明者：

権利者：

種類：

番号：
出願年：
国内外の別：

取得状況（計0件）

名称：
発明者：
権利者：
種類：
番号：
取得年：
国内外の別：

〔その他〕
ホームページ等
なし