

平成 30 年 6 月 20 日現在

機関番号：22604

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2014～2017

課題番号：26780016

研究課題名(和文)現代民主主義国家における一般国家理論：主権・代表・近代国家概念の変容と連続性

研究課題名(英文)general theories of law and state in modern democratic societies: continuity and discontinuity of the concepts of sovereign, representation, and state personality

研究代表者

西貝 小名都(Nishigai, Konatsu)

首都大学東京・社会科学部研究科・准教授

研究者番号：20580400

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 2,200,000円

研究成果の概要(和文)：本研究は、近代国家概念の理論的含蓄と具体的公法制度におけるその帰結を、理論的および歴史的側面から探る作業を行なった。その結果、ヨーロッパ大陸におけるジャン・ボダンやトマス・ホッブズら以来の代表、主権、法人格といった公法の基礎的概念の理論的基礎およびその20世紀を通じた発展を詳細に分析した。そこで得られた知見を元に、ヨーロッパにおける現在の公法理論を巡る議論、我が国における明治維新以後の公法理論の特殊な発展、そして近い将来我が国が直面することになる新たな立法論的問題について分析を行うことを通じて立法解釈実務に一定の貢献をすることができた。

研究成果の概要(英文)：This project tackled the theoretical problems entailed in the concept of the modern state and in its public law systems, by using both analytical and historical methods. The concepts of representation, sovereignty and legal personality were chosen as the specific objects of the analysis, because they were all at the core in the thoughts of Jean Bodin and Thomas Hobbes, each of whom was one of the founding fathers of the modern state notions, and in the development of this notions in later days up until now. The key findings of the research are the two basso continuo, the intuitionism and expressionism, underlying those three concepts, which gave rise to different interpretations mutually exclusive in several public law issues. Through the publications of the analysis of current debates over now and future public law legislation, based on that finding, this research contributed to academic discussions as well as the public law interpretative practices.

研究分野：Constitutional Law

キーワード：主権 近代国家 代表 国家人格

### 1. 研究開始当初の背景

憲法改正論議が出始めたものの、法と国家に関する理論的研究が日本に非常に少ないことに気づいたことが、この研究を開始するきっかけであった。当時、カレ・ド・マルベールの主権論の研究をしていたので、その研究を発展させ、憲法思想史を理論的な観点から位置付けることで、現行公法原理・制度についてより深い理解を得たいと考えた。

### 2. 研究の目的

近代国家概念の理論的な含蓄と具体的な公法制度におけるその帰結を、理論的、歴史的側面から探る作業を行う。具体的には、トマス・ホッブズ及びボダン等を素材とした代表・主権概念の理論的研究およびドイツ・フランス・日本における一般国家理論の理論的な考察を行う。近代国家理論の基礎を築いた彼等の代表・主権概念がどのような世界の見方に立っているのかという観点から、これを受け取ったドイツ一般国法学をさらに継承した日本の国法学がこれにどのようなフィルタリングや歪曲を加えたかについて研究を行う。その考察をもとに、民主主義観念と伝統的な国家概念の間に衝突があるとすれば、それは究極的にそれぞれの立脚するいかなる世界観に立脚しているのか、さらに、近年しばしば問題となっている、憲法改正の限界や議員定数不均衡等の具体的な問題についてこうした抽象的正当化様式がどのように影響を及ぼしているかについて考察を行う。

### 3. 研究の方法

第一の方法である、代表概念の基礎理論研究は、近代国家概念の理論的な含蓄とその帰結を、理論的、歴史的側面から探る作業である。まず、近代国家概念のバックボーンをなす政治的代表概念について、代表民主主義における代表概念を法学的側面・政治学的側面の両面から検討した。その中でも特に、国家を権利義務の帰属主体として観念することで、為政者を単なる国家「機関」とし、かつこの帰属主体は憲法によらなければ観念できないという結論を導き出すことにより、法治国的理想を実現しようとする、第三共和制フランスのカレ・ド・マルベールの国家理論を読み解くことによって、近代代表理論が背景としているのはある特殊なものの見方であるという点を明らかにした。次に、この問題の現代的現れとしてのマスメディアをめぐる議論を分析・整理することを試みた。新聞やテレビ等のメディアは、代表民主主義において市民に必要な情報を提供する不可欠の要素として、憲法上表現の自由の保障を受けるものとされてきた。他方、テレビ・ラジオという電波放送メディアは、新

聞には許されない特別な規制を受けるものとされる。このような議論の背景にあるのは、メッセージを伝達する技術としての導管を発信者そのものの性質としてとらえる前提である。しかし、この前提は、近年の技術革新により、憲法上特定のメディアの特別扱いを正当化するに足りるものではなくなりつつある。他方、導管ではなく発信者そのものの性質に着目する伝統的な議論の一つとして、メディアが代表者として民主主義社会において果たしている重要な役割を強調する議論が存在する。しかし、ホッブズの代表理論および近年におけるホッブズ解釈者の代表理論から学べることは、「メディアは××を代表している」との言明は、何も言っていないに等しいという点である。この観点から、本研究では、現代民主主義におけるマスメディアの地位に関する、集合行為論に依拠した代替的な説明を提案した。

第二の方法は、主権概念の理論的基礎研究からなる。「主権的法人格」としばしば定義されることから明らかであるように、近代国家概念は、「法人格」の要素を代表概念を理論的に詰めることだけでは明らかにならず、主権が国家を共時的な観点から見た問題であるのに対して、法人格は国家を通時的な観点から見た問題であるとも言えるからである。そこでまず、主権理論を歴史上最初に定式化した法律家である、ジャン・ボダンの主権論の含意について、教会法や、中世の注釈者達によって解釈されたローマ法（古代ローマ法そのものではなく）とをボダンがどのように解釈し、いかに主権理論を近代国家概念のバックボーンとして構築したのかを考察する作業を行った。「例外の制度化」により、ボダンがいかに従前の神学的国家理論を塗り替えたかを理解することなしには、その後の国家理論を相対化することもできないからである。次に、この主権理論の理論的な研究成果を応用して、ホッブズの代表=主権論とルソーの直接民主制の主権論についての考察を行った。このような研究内容は、具体的な憲法問題、あるいは現代の憲法学説理解との関係で、当該問題を解決するために必要な思考方式として参照する形において公表した。

第三の方法は、代表・主権という近代国家概念の二つの柱となる概念の理論的基礎研究成果を応用した、19世紀ドイツの一般国家理論についての理論的研究からなる。ここで「理論的」研究とした意味に関して、対象を「ドイツ憲法」や「フランス憲法」等として国別に研究対象を固定することは、当該学説が出てくる背景をなすその国特有の歴史的事情に精通することができる点で優れているが、しかし、一般国家理論はその当時公法学者が直面していた問題に対する解答としてだけでなく、一般的普遍的妥当性を有する理論としても提出されてい

ることを看過するおそれがある。そこで代表・主権に関する理論的・歴史的バックボーンを踏まえた上で、とりわけ19世紀公法学を代表するイエリネクおよびラーバントの議論において国家、意思、契約等の諸概念がいかなる含蓄を持ってどのような役割を果たしているかという観点から見た理論的意味を探った。さらに、仏英において発展させられた国家理論と当時の独国家理論は、それぞれ異なる思想潮流、国家情勢という背景を持ちながら、どのように共鳴していたのかをあぶり出す作業も同時に行った。この研究の結果は、単なる歴史的な研究としてではなく、現代の憲法問題や、現代の憲法解釈の通説を成す学説を批判的に検討し、相対化する方法を探る、一つの思考のツールとして用いる形で公表した。

第四の方法は、代表と主権概念についての基礎研究およびドイツの一般国家理論に関する研究成果の応用として、戦前日本における近代国家概念についての研究からなる。ドイツの一般国家理論をひたすら吸収するだけでなく、『日本』であることにこだわった私たちの先達は、『国家』理論そのものを誤解したりねじ曲げたりしたこともあった。特に、しばしば現在の日本では地方自治に関する学説と一体化している公法人論であるが(団体自治)ももとはドイツで法人の性質論および国家人格論と不即不離の学説であった。本研究では、これらの輸入学説が、日本の地方自治と天皇をめぐる別の政治的緊張の中で、それぞれどのような別の運命を背負うことになったかについて考察を行なった。この研究の成果は、団体自治をめぐる理論的考察に関する論考で公表した。

#### 4. 研究成果

平成26年度は、6月にノルウェーのオスロで開催された国際憲法学会に参加し、"The Media in distinction"というタイトルの報告を行った。現代民主主義国家における、代表の観念の変容を踏まえた上でメディアの政治的役割及びこれに基づくメディアへの規制のあり方について論じるものであった。得に、現代社会におけるインターネット及び各種ソーシャルネットワークサービスの利用の増加によるメディアのあり方の変容を受けて、代表政治におけるメディアの地位及びこれに対する規制の正当化論法が刷新される必要があるとの認識の下に、これらについて新たな立論を試みた。当報告は、国際憲法学会のホームページにPDFとして公開されている。

平成27年度は、代表国家概念の理論的研究の発表と主権論についての基礎研究の成果として、"Representation without Interpreter"(イタリア、憲法雑誌)と題する英語論文を公表した。具体的には、代表論

がその出発点としているアリストテレスの意味の三角形は、それ自体が無限後退という理論的不都合を有しているため、この三角形とは異なる形で代表論を把握することが必要である。解決策は一つとは限らないが、メンタリズム、つまり人間の脳裡などのイメージに着目した意味論ではなく、行動主義的に人間の言語解釈的集団行動を把握することによって、メンタリズム的な三角形の不都合はかなりの程度回避できる。この方向性を提唱しているのが先に挙げた論文である。さらに、同年度は主権論のバックボーンとなる契約理論についての調査研究も進め、「団体自治について」(法学会雑誌)と題する論文はこの成果の一部に基づいている。

平成28年度は、国家理論と民主主義理論に関する研究成果のうちの大きな一角をまとめた論考として、国家学会雑誌に「ナシオン主権論とプーブル主権論(1~5・完)」を連載した。フランス公法学の学問用語であるナシオン主権論とプーブル主権論は、1970年代以来、日本の学会でもよく知られた概念になった。しかし、日本の議論が依拠している1970年代のフランス公法学会における議論は、その後同国でより深いレベルの考察がなされるようになったことによって、ほとんどフランスでは通説としての地位を失っている。そこで本論文では、フランスの現在の議論のレベルまで日本の議論をアップデートすると同時に、フランスでの現在の議論において未だ深い考察がなされていない部分に関して、最近の法哲学の研究成果を取り入れつつ新たな考察を行なった。

平成29年度は、本研究の総決算として、19世紀終わりから20世紀を通じて大陸国家理論からアングロ=アメリカ法哲学へと発展していった国家理論の日本における特殊発展について応用的な研究を行った。検討対象となった領域は、明治期から戦前までの日本の公法学および現在の公法学である。そのうち検討事項としたのは法人概念であり、一般法人概念と公法人概念の二つの領域において研究を進めた。公法における特殊な法人概念である公法人概念は、国家法人格や法体系を説明する基礎と密接な関わりがあるだけでなく、我が国の地方自治法制の基礎である団体自治概念の由来でもある。この概念は、19世紀末から20世紀はじめにかけてドイツ公法学において形成されたが、必ずしも見解の一致を見ていたわけではなかった。本研究では、明治期にこれが日本に輸入された後、どのような変容を被り、その変容がどのような基礎理論への傾倒に由来するかについて分析を行った。他方、一般法人概念については、我が国において新たな法人格を新たな主体に付与することができる条件はどのようなものかについて、二つの相異なる基礎理論との関係で検討を行った。この検討においては、これまでの研究において得

られた基礎的法理論の知見を、機械に法人格を与えることが可能か否かという喫緊の問題に応用し、公法人理論においても流れる2つの法人論によるとどのような結論が導かれるかについて試論を展開した。本年度の研究成果は、「二つの団体自治論」、月刊地方自治第839号2頁~18頁(2017年)および「Legal Attributism and the Agency of Machines」, JURISIN 2017 (Nov 2017, in English)にて公表した。

#### 5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文](計 9 件)

1. 西貝小名都「二つの団体自治論」月刊地方自治 839 (2017), pp. 2-18 (査読無, 招待有)。

2. 西貝小名都「ナシオン主権論とプーブル主権論(5・完)」国家学会雑誌 130-5・6(2017), pp. 1-50 (査読無)。

3. 西貝小名都「ナシオン主権論とプーブル主権論(4)」国家学会雑誌 130-3・4(2017), pp. 1-55 (査読無)。

4. 西貝小名都「ナシオン主権論とプーブル主権論(3)」国家学会雑誌 130-1・2(2017), pp. 1-50 (査読無)。

5. 西貝小名都「ナシオン主権論とプーブル主権論(2)」国家学会雑誌 129-11・12(2016), pp. 1-66 (査読無)。

6. 西貝小名都「ナシオン主権論とプーブル主権論(1)」国家学会雑誌 129-9・10(2016), pp. 1-57 (査読無)。

7. 西貝小名都「団体自治について(一)」法学会雑誌 57-1(2016), pp. 195-233(査読無)。

8. 西貝小名都「『全国民の代表』概念について一法的・政治的・社会学的意味の代表」論究ジュリスト 2016-spring (2016), pp. 142-149 (査読無, 招待有)。

9. Konatsu Nishigai, Representation without Interpreter. Percorsi costituzionali, 3. 2015, pp. 533-546 (査読有)。

[学会発表](計 2 件)

1. Konatsu Nishigai, Legal Attributism and the Agency of Machines. JURISIN 2017, November 2017, Tokyo, Japan (査読有)。

2. Konatsu Nishigai, The Media in Distinction. International Association of Constitutional Law, June 2014, Oslo, Norway (査読有)。

[図書](計 1 件)

1. 木下昌彦, 片桐直人, 村山健太郎, 横大道聡, 西貝小名都, 御幸聖樹, 山田哲史編『精読憲法判例』(弘文堂, 2018年)。

[産業財産権]

出願状況(計 0 件)

名称:  
発明者:  
権利者:  
種類:  
番号:  
出願年月日:  
国内外の別:

取得状況(計 0 件)

名称:  
発明者:  
権利者:  
種類:  
番号:  
取得年月日:  
国内外の別:

[その他]  
ホームページ等  
なし

#### 6. 研究組織

##### (1) 研究代表者

西貝 小名都 (Nishigai, Konatsu)

首都大学東京・社会学研究科・准教授

研究者番号: 20580400

##### (2) 研究分担者

(なし)

研究者番号:

##### (3) 連携研究者

(なし)

研究者番号:

##### (4) 研究協力者

(なし)