

〈その他〉

憲法学の過去・現在・未来

堀内 健志

編集委員会注：青森法学会の会長として、長年にわたりご苦労いただいている堀内健志氏が、昨年度末弘前大学を退職されました。編集委員会は、会員有志からの要望に配慮し、また、その学術的意義を考慮して、最終講義の内容を文章化して寄稿していただきました。

1. ご紹介頂きました、堀内健志です。このたび弘前大学を定年退職することになりましたので、ここにご挨拶を申し上げます。

とはいえ、なにか、急に偉そうなことはいえない、という心境です。当初の企画では、学界の知人なども呼んだり、憲法学の今後の課題・方向はどうか、といった大きなテーマで演説してほしいということでしたが、いきなりここでそれではと言うわけにも行かず、結局、退職に当たり、学生の皆さんはじめ、これまでお世話頂いたことに対して、先生方、事務の方々に対して、お礼、感謝のご挨拶をすることで勘弁して頂きたいとおもいます。

私は、弘前大学に赴任したのは、昭和50年4月で、ですからこの3月までで、まる35年になります。その少し前の昭和44年に当時の経済学科に憲法の集中講義で初めて弘前に来たときから数えると41年になります。

それでも、なお長かったなあということは、まだ実はピンと来ていないのが実感です。

還暦と似たような感じで、いまや定年も一つの通過点という受け止め方しかできていないのです。少年老いやすく、学成り難し、ということわざがありますが、それともちょっと違い、少年年取りやすく、学成り難し、といったところでしょうか。

2. さて、最終講義で、なにをお話しすればよいのか。私の恩師の憲法の巨匠、小嶋和

司先生は、ご退職を前にして亡くなられ、最終講義を聴くことができなかった。スタイルとして、考えられますのは、数年前に退職された倫理学の五十嵐靖彦先生の形と行政法の恩師柳瀬良幹先生の形が記憶にあります。つまり、一つは、時系列の回顧型、そして学問人生論型がもう一つ。

3. ここでは、そのいずれか一方にのみに徹底できないので、両者の折衷型ということになりそうです。

4. まず、時系列回顧型で振り返りますと、私が赴任した当時、昭和50年から60年ぐらいの間は、大学紛争・岩岡問題時代でした。当時の教養部の学務委員長、予算委員長、全学の宿舍委員会委員長など学内行政に忙殺されました。その後、平成に入り大学改革時代で、組織の再編が行われた。この時期に、医学部の倫理委員会の委員に任じられたり、青森県の情報公開条例制定に奔走したりした。その後、法人化時代を迎えた。地域社会研究科、公共政策講座、法学コースができて、今日に至っています。青森法学会ができたのもこの時期です。

また、学生とのつきあいという面では、ずっと、卓球部、そして競技ダンス部の顧問として、私のもう一つの顔として学生と時代をともしてきました。これらの多くは、現在もまだ、現役のものもあり、振り返るという心境になっているわけではありません。

5. もう少し、細かく言えば、次のように

なります。

a 講義について。なによりも幸か不幸か、弘前大学赴任時から、「日本国憲法」「法学」「憲法」「行政法」の受講生数が、大変多かったことがあります。一時は、毎年半期で1000人を越えたことも何年かあります。恐らく、大雑把な計算で、2・3万人を超えるのではないかと。最近コース制になり100人程度になりました。憲法ゼミ生の数は、10年余りで80数人ぐらい。

b つぎに、学生のクラブ活動の顧問について。具体的には、卓球部と競技ダンス部の顧問をし、学生とつきあってきました。というより、自分もスポーツをやりたくてこっちから押しかけたということです。卓球部の学生とは、コンパで明け方まで飲んだこともありました。部員が書いた冊子を毎年発行しています。競技ダンス部のほうは、一時つぶれかけた部を立て直し現在では50名を超える人気サークルで、東北、いや全国的にも強い選手を輩出しています。競技会では、ライバル関係になることも間々あります。私にとり頭と体は車の両輪のように使わないとどちらもうまく行かない、調子が崩れるということでした。

c また、地域社会研究科について。人文で公共政策講座ができるころ、私も、純粋学問とは異なる、① 現代医療と自己決定権、② 地方自治・分権の可能性、③ 情報公開法制、④ 社会福祉法制と現実といった、諸問題に関わることになりました。①は、医学部の倫理委員会で、脳死や生体肝移植、体外受精などについて考えることになったことによります。現在では、殆ど毎日のように学内便にて届けられる倫理申請書類に目を通すことになっています。膨大な資料になります。②は、かねてからの理論研究をもとに平成の地方分権改革のあり方を地域社会研究科の大学院で講義を展開していることと関係します(毎年、受講生が何人かありました)。③は、青

森県の情報公開条例の制定に際して、県庁の幹部と激突することによって、さまざま考えたことに基づいています。④は、放送大学や弘前学院大学の大学院で、この分野の講義や論文作成などを指導したことが基礎となっています。地域社会研究科の今後の展開を見守りたいと思います。

6. さて、少しずつ、研究、学問人生論に近づけてお話をしたいと思います。

a いちばん困るのは、先生は何の先生ですか、と言われるときだ。普通は、「法律」、「憲法」をやっていると一応答えてきている。が、それ以上に、どんなこと?と突っ込んでこられたときには、もう説明できない。権力分立という「立法」の研究です。というものの、いつもそればかりやっているわけではない。また、なぜそれをやっているの、と聞かれると、それも答えは難しい。実は、もう少し奥にある法規範とか事実とか、人間や国家ということに日夜悩んでいるわけです。

また、学生が聞きに来る、講義で説明する憲法何条の解釈、学説・判例の流れなどということの研究として、やっているわけではない。そういうと、学生はきよんとする。講義で説明していることは確かに公務員試験や司法試験に必要な「憲法」であるが、その解釈学説を、整理して覚えて講義している訳ではないのです。外国法制度や思想、そして、哲学や歴史上の意味を考えながら、一般に言われていることに疑問を感じつつ、現在の学説を批判的に説明して見せているのです。

b そこで、私のライフワークは、「立法」であり、学位論文は「ドイツ『法律』概念の研究序説」であること、さらに「立憲理論の主要問題」などの本を書いている。そして、目下「憲法理論研究」という本を準備していると言うことにしています。

c これで、間違いはない。ただ、その研究経緯はどうであったか。まず、恩師の小嶋教授は、ドイツのG・イエリネックの「一般国

家学」を読むように薦められました。併せて、C・シュミットとH・ケルゼンを読み始めていました。私が憲法研究を始めた頃、どうしても分からなかったことは、東北大学の憲法の先生方が言われることがそれぞれ同じでなく、ずいぶんと違っていたということでありました。当時、東北大学法学部は、第二期の黄金時代を迎えていて、憲法の小嶋和司、菅野喜八郎、樋口陽一、行政法の柳瀬良幹、藤田宙靖（さらに民法の幾代通、鈴木祿弥、広中俊雄、刑法の莊子邦雄、政治学の宮田光雄先生ほか）の諸先生方といった実に大変な面々でありました。しかし、だんだんと分かってきたのは、その思考の背後に西欧の憲法学があるということであった。小嶋教授だけは誰というのではなく、実定憲法論と言うことでありましたが、いまでは、P・ラーバントに近いのではと考えています。

そこで、自分は「立法」権について、これらの様々の学説群をくぐり抜けて全体的に体系化できれば、それらの諸々の立場への評価も可能になると考えて、学位論文では、その全体的構図がそこに展開されています。

d そのような作業から、ひとつ、公法学で用いられているキー概念、例えば「公法・私法」「組織法・行態法」「内部法・外部法」「法律の一般性」など、こういったいわば道具概念が議論において必ずしも吟味されないままに使用されていることに気づくことになり、そこから広く一般の諸問題においても議論のレベルの相違を配慮すべきことという提言をしてきました。

e 最近では、これらに加えて、やはり「国家」とか「人間」の位置をどのように配慮すべきかということに悩むようになってきました。「法規範」学は、それはそれとして、今なお打ち負かされ得ない確固たる体系を維持しています。が、国家と個人の「法関係」である人権論では、「国家」というものを使用せざるを得ないことは明らかであるし、また、「組織

法・行態法」の区別も、究極的には、「人間の行為」を問題にせざるを得ないのです。そうすると、「法規範」内部においてどんなにか精緻な純粋法学にあっても、実際の法解釈学上の問題を考えるうえでは、やはり「国家」に対峙する「権利」とか、様々の「法関係」と「人間」とのつながりを定型的に配慮せざるを得ないと思われます。

その意味では、G・イェリネックからR・アレクシー当たりで、絶えず現実を配慮する実定憲法学が必要であり、一般法学として「法規範」内部分析ではH・ケルゼンによるということによいのではないかと思います（〔第1図〕）。

f もう一つ、昭和56年にドイツ、フライブルク大学のK・ヘッセ先生のもとで、在外研究をすることができました（そこには、期せずして拙見に近い立場だったE・W・ベッケンフェルデ教授もおられました）。

が、今日ドイツは連邦憲法裁判所一色ですが、もっと国法学を振り返り、またその先を思考する必要があるのではと考えています。つまりは、不可知論を前提とする権力分立において司法国家化は、Skepsis（懐疑論）からKasuistik（決疑論）へ一気に傾斜することになるのではないかと、ということです。少し、補うならば、戦後日本の憲法学で久しく所謂二重基準論というアメリカ型が支配してきましたが、近年刑法の構成要件理論と似たドイツ型の三段階（保護範囲、規制、正当性）の憲法的推論が有力に主張されています。が、これも、司法判断の過剰な自信に根ざすものではないかと言うことを考えてみる必要があると思います（〔第2図〕）。

一例を挙げると、平成20年最高裁は、国籍法3条1項が外国人女性と日本人男性との間の非嫡出子につき、国籍取得に際し父親が認知すること以上に法律婚まで求めることは時代遅れで何らの合理性もなく、その部分は憲法違反であるとししました。が、従来の立法が

法律婚主義を採ってきていて、それを「司法」で否定する場合には、しかるべく国民意識の変化をきちんと論証した上でなすべきであり、そうでなければ制度改正をまずは「立法」でなすべきではないかということがあります。

7. そろそろ、纏めに入らなくてはなりません。

a これはおそらく私だけでなく、けっこう少なくないと思いますが、弘前にきて最初からここにずっと長く居ようと考えなかったのではないのでしょうか。私もその一人で、数年かなど。が、いまでは、35年も居てしまったのです。

私をこちらに呼んでくれたのは、当時の人文学部長で、商法学者、大塚市助先生と、民法学者の長尾治助先生でした。公募ではありません。大塚先生はジャック・マリタンの著名な訳本があり、長尾先生は消費者法の草分けで、その後立命館に移られ、現在京都で弁護士をしておられます。いまでもおつきあいは続けております。

それでも、果たしてこの地で、うえのような構想を維持・発展させて「憲法」で店を開いていけるかについては、不安もありました。これまで何度となく、転出の誘いがあり、なぜそこにいるのかと、批判されるようにもなりました。「弘前」ということが、周りに知られてくるようになり、かつて旧制弘前高校卒業生に、2人の著名な憲法学者がいることと結びつけられるようになっていきます。1人は、京都大学の石義雄氏、もう1人は東大社研の奥平康弘教授です。が、別に彼らを意識しているわけではありません。現在の心境は、良くも悪くも、ここに居てしまったと言うことです。でも、正解であったかもしれません。中国のことわざに「人間万事塞翁が馬」というのがあります。禍いが福に変わり、福が禍となるものであることの例えとされます。

ドイツなどでは、他の大学から引き合いがあれば、待遇をよくしてくれるということを知りますが、僕はそれを期待することなく何度も断り続けてきました。この大学にいたほうがよいとの判断からです。

b それで、研究がはかどったのか、とということについては、時間の都合もあり、詳しくは立ち入ることができません。目下、『憲法理論研究』という書物をはじめ発表を準備中です。後世の研究者が、この研究意義を振り返ってくれることがあれば、それに勝るものはありません。その要諦は、つぎのようです（別紙再録）。

(1) 「憲法」に *Verfassung* と *Verfassungsrecht* とがあり、「憲法」学はこの二部から構成される。

(2) 「組織法・行態法」論は、この後者に有効な議論である。が、「法規範」は最終的には「人間の行為」を規律するものであること。

(3) 実定憲法論ということは、理想を語ることではないということ。1つは、マルクス憲法学、2つは、人民主権一元論、3つは、法規範至上主義に与するなら楽である。現実の「憲法」はその手前にある。

8. a 最後に、弘前大学は、私にとって適正規模の、住みやすい仕事ができる大学だと思います。かなりいい教授陣で、個人専門店的な布陣であること。が、極端な格差主義を廃して、目立たない領域をも目配りされ、また大事なこととして自分の基準・立場保持のために、他をおとしめるということのないようにということがとくに注意点でしょう。共存共栄という訳です。研究費がさほど多くなくとも、きちんと学界をリードし、又はトップレベルの業績を挙げられる分野もあります。

b また、30数年にわたる研究費でそろえた図書、文献は、代え難い格好のライブラリーとなっています。ほかの大きな図書館にも負

けない僕に合わせたライブラリーといえます。誇れる一つとなっています。

c 幸い私は改革前の教養部時代から、例えば先輩教授から個人的に予算上の援助を受けたり、面倒を見て頂いてきました。

d さらに、何人かの先生と頻繁に学問論上の議論を繰り返して刺激を受けてきました。まだまだ、諸先生の業績を吸収することができないままなのですが、大変感謝しています。

e 公共政策、法学コースのメンバーの皆さんに対して、大変優秀な先生方がそろい、心強く感じています。今回の企画につきましても感謝申し上げます。

f 繰り返しになりますが、学生の皆さん、諸先生がた、事務職員の皆さんに感謝し、そして、弘前大学、人文学部の末永い繁栄をお祈りしまして、最終講義を締めくくりにいたします。ご静聴どうも有り難うございました。

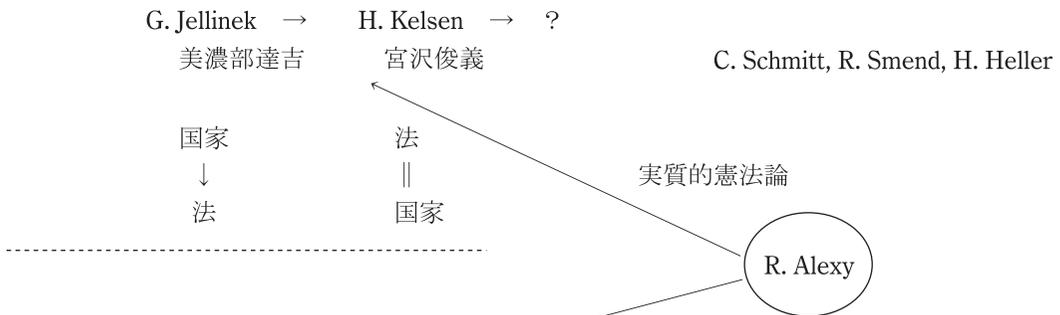
「憲法理論研究」の要諦

(1) 「憲法」に *Verfassung* と *Verfassungsrecht* とがあり、「憲法」学はこの二部から構成される。

(2) 「組織法・行憲法」論は、この後者に有効な議論である。が、「法規範」は最終的には「人間の行為」を規律するものであること。

(3) 実定憲法論ということは、理想を語ることではないということ。1つは、マルクス憲法学、2つは、人民主権一元論、3つは、法規範至上主義に与するなら楽である。現実の「憲法」はその手前にある。

[第1図]



[第2図]

