

大学における「比較憲法」の存在意義

——一般教養・法学部・法科大学院・法学研究科——

君 塚 正 臣

目 次

はじめに

一 比較憲法学の目的

(一) 教養としての比較憲法

(二) 科学としての比較憲法

(三) 実践としての比較憲法

二 諸「比較」学との比較

(一) 比較法学一般との対比

(二) 比較政治学との対比

三 比較憲法の対象と方法

(一) 比較対象

(二) 比較方法

四 法科大学院時代の「比較憲法」への提言

(一) 法科大学院構想における比較憲法学

(二) 法学部等における比較憲法学の今後

おわりに

大学における「比較憲法」の存在意義

はじめに

大学の法学部では「比較憲法」という科目が置かれている場合が多い。⁽¹⁾ 関西大学もその例外ではないし、ここ数年筆者は同科目の担当者となっている。⁽²⁾ あまりにも当然のことで見過ごしがちであるが、「比較」とつく科目は本学部には現在ほかにない。しかし法学・政治学研究においては諸外国、特に特定の欧米の国との比較は、ほとんどの分野でも重要であるとされてきた。他大学においても「比較法」、「比較法文化論」や「比較政治学」、「比較統治機構論」などが置かれることはあるが、例えば「比較民法」、「比較刑法」という言い方は違和感があり、「比較憲法」以外に、これほどまで特定法分野と比較研究が密接に結びついて科目が確立した例は一般的ではない。⁽³⁾

さて、「比較憲法学」とは「諸国の憲法に関する諸現象を比較研究する学問分野」であるとされる。⁽⁴⁾ ところが、法学部科目「比較憲法」の担当者ならば誰でも感じるであろうが、講義担当者は特定の国との比較研究をしてきた場合が普通であって、より一般的な「比較」をしてきたわけではない。そこで大学における講義は研究発表の自由、学問の自由に含まれるという日本国憲法二三条解釈⁽⁵⁾を思い出し、結局は特定の国の憲法に関する講義、甚だしきは明治憲法との比較講義を行うことになり、またそれ以外は不可能であるということになりがちなのである。言い換えれば現在の「比較憲法」という科目は「アメリカ(ドイツ、フランス、その他の国の)憲法」または「日本憲法史」をも講義担当者に許容するための白地委任的なパッケージである、というのが最大公約数であると言える。⁽⁶⁾ しかしそれが国際学部科目でも一般教養科目ではない、法学部専門科目における「比較憲法」として意味あることなのか、また本当に他は不可能であったのかは十分に問われてきたわけではなかったように思われる。⁽⁷⁾

他方、外国法研究は実定法学研究者となる以上必須、というのが常識である。そしてまず特定の国の特定の分野のことに精通し、そこから論文を執筆できなければ研究者となることは非常に困難であるのが学界一般の認識である。この際、日本国憲法の解釈能力は大学院入学までに既に有しているか、独自に開発することが求められており、大学院法学研究科の教育の中では特段多くの精力が注がれることはないというのもまた学界の常識である。本来憲法研究者には、比較法の方法論的裏付けを必要とし、少なくとも何故それを対象として選んだかを明らかにすることが求められる筈であるが、しかしそのような問題意識を自覚するまでもなく、特定外国憲法の中から最初の論文のテーマを選ぶことは自明のこととされている。注意しなければ手段が自己目的化してしまう恐れもある。よって大学院での教育は、外国憲法研究者養成という重要な目的の点では兎も角、その後その憲法研究者が学部教育に携わることには実質的関連性をあまり有していないのではないかと懸念がないではない。即ち、「比較憲法」はいささかの齟齬を抱えながら、またいくつもの場面でいくつもの捉え方を内包しつつ存在し続けてきたと言えよう。

一 比較憲法学の目的

だが日本の大学法学部は現在大きな転換期にある。言わずと知れた法科大学院構想である。実務家養成にシフトすることが大学の法学教育全体に求められようとしている中で、このような「比較憲法」の研究・教育スタイルは維持できるのだろうか。或いは、それとは別の方法はあるのだろうか。この時期に再度、我々の学問や教育のあり方を見つめ直すことは必要であり、本稿はその思索経過を示し、その共有を求める目的で執筆される。

比較憲法学は、「特定の国法を同時代の他の国法と比較・検討して、その特性（欠陥や長所）・共通性を明らかにし、

実用的な法制策にも資する」ことを課題としていとされる。一般に、諸外国の憲法規範(憲法典・憲法附属法令)、憲法の運用、憲法意識などの憲法現象を対象とし、それらの歴史も含めて比較という方法によって研究する学問であると総括できよう。⁽¹⁰⁾とは言え、これだけでは何のために何をしたらよい学問なのか、未確定である。そこでいくつかの考え方が生まれ得る。憲法研究者が「憲法一部(総論・人權)」「憲法二部(統治機構)」といった科目を講義する際に、担当者による内容の違いがそれほどないのに対し、「比較憲法」ではそうではないのはこのためなのである。⁽¹¹⁾⁽¹²⁾

(一) 教養としての比較憲法

第一の立場は、なるべく多くの国の憲法を数多く紹介し、外国の制度を知り、言わば教養としての比較憲法を目指すというものであるか。一九カ国憲法を紹介したある本は次のように記している。

毎年、海外旅行に出かける人は、百万を越すばかりのおびただしく多数にのぼっている。たとえ、それらの人々の多くが、単なるショッピング・ツアーであったり、観光旅行であったりするにしても、訪問先の国々の国情について相当な知識をもって出かけることは必要不可欠である。このことと、この書『各国憲法の基礎』とは、直接、関連があるわけではないが、単に憲法ないし法律を学び研究する人々のみならず、広く国民の教養の書として役立てられることを念願している。⁽¹³⁾

また、次のような言明にも、このような傾向を感じないではない。

現在、世界はざいぶん狭くなっている。交通機関、情報伝達手段の発達によるものであることはいうまでもない。……国と国、民間と民間との関係も緊密になってきている。今日、いかなる国も、世界から孤立して存在することは不可能である。それとともに、他国の国情、法律体制、経済状況などを知る必要性がますます増大している。

憲法レベルでいえば、たとえば、大使を派遣する場合、相手国の国家元首がだれかを知らなければならぬし、条約を結ぶ場合、相手国の条約の成立過程を知っておく必要がある。……平和・軍縮問題もしかりである。⁽¹⁴⁾

ほかにも、……各国が協力して解決をはかっていかなければならない難問が山積している。これらと憲法との結びつきは、決して唐突ではないであろう。

その意味でも、比較憲法学の任務は重大であるし、比較憲法学研究者の責任も重いといわなければならない。⁽¹⁵⁾

しかしこれらの立場には、法の解釈を学ぶことが主目的である法学部では、これが何の意味があるのかという批判が生じよう。これに対しては、最低限、法学士として主要各国の政治社会的営為を知っておいてよいという考え方はあり得る。憲法学という狭い枠を超え、社会人として接触するであろう諸外国の構造を、憲法が端的に物語っているため、そこでの決断において役立つのではないか、という反論もできなくはない。或いは各国の憲法を教授することにより、世界史的視野で物事を考える素材を与えるという意味はあるかもしれない。⁽¹⁶⁾ また、「役に立つ」コンプレックスから自由になれないばかりに、憲法史のおもしろさに気づか⁽¹⁷⁾ない言わば無味乾燥な法解釈学者を批判し、その外国憲法研究が「『役に立たない』ことにこそ存在意義⁽¹⁸⁾」があると言う論者は次のようにも述べている。

すべての研究が実定憲法の解釈論に役立つべきことは、疑う余地のない、当然の約束事だということなのだろうか？ そうだとしたら、なんと非学問的な解答だろう！ 僕は「学界」という社團の中（あるいはその一部）にあるこの「規範」からひとま⁽¹⁹⁾ず自由にならなくなった。そこで、「日本国憲法の解釈論にすぐ役立つフランス憲法研究なんて、『お箸で食べる懐石フランス料理』みたいで、いかにもいかさまっぽい」と、強がることにした。⁽¹⁹⁾

しかしそれらは「紹介のための紹介」であるとの批判⁽²⁰⁾を免れない。果たして実定法学者や広義の政策に関わる学問

を営為とする研究者が、興味がある、の一言をもって自己の学問を正当化できるかは、難しい問題だと言わねばならない。⁽²¹⁾ このような「比較憲法」は、既に法学部等における憲法学の一分野としての方法では少なくともなく、あり得れば、文学部、国際学部等での科目か教養科目としての在り方であるように思われる。

(二) 科学としての比較憲法

第一の立場が疑問であるとする、法学部の「比較憲法」としてはどのような途があるであろうか。第二の立場は、比較憲法は「憲法」というものの科学的真理解明のためになされるものであるというものである。実定憲法解釈が実践的営為なのか認識なのかについては、いくつかの立場がある。解釈作業は実践であるとする説、解釈も認識だとする説、認識ができる「粹」の中は実践であるとする説、⁽²²⁾ などがあると言えよう。しかし何れにせよ、比較憲法は客観的認識・科学であり、そこでは法則性が発見できる筈であると、この立場は言うのである。これは現在の憲法学界の通説であると言ってよいように思われる。そこでは憲法の客観的發展方向の抽出が目指されるのであって、「究極において普遍的な憲法学の確立をめざす」⁽²³⁾ ことが比較憲法の目的であるとされる。

大日本帝国憲法（明治憲法）の制定を機に、「国法学」と並んで「憲法」という科目が東京大学で設けられ、前者は一般憲法学、後者は個別憲法学となり、前者が比較憲法学とも呼ばれた⁽²⁴⁾ あたりに、このような性格付けは端を発しているように思われる。それは事実上ドイツ法の継受を行ったものであり、二国の憲法を比較するだけのものでは⁽²⁵⁾ なかった。比較対象国が当然に決定されている中では、そこからの憲法の普遍性の探求が比較憲法の役割となったのであった。そして、戦前に宮沢俊義がミルキヌルゲツェヴィチを紹介して以来、日本の憲法学はゲツェヴィチの志向した、⁽²⁶⁾

科学としての憲法学の影響を色濃く受けてきたと言えるのかもしれない⁽²⁷⁾。そして戦後は、資本主義憲法を非科学的に美化する傾向が強いとの批判を行ったマルクス主義法学の立場から主に、「科学」としての比較憲法学が提唱されたと言えよう。戦前以来の先駆的な著書は次のように述べていた。

われわれにとつての問題は、憲法類型の発見・確定は、憲法史における発展法則の発見・確定を意味しえないのかどうかである。このことは、社会の歴史法則とは何か、憲法学ないし政治学の理論的課題は何かの問題に関するところのものである⁽²⁹⁾。

それは現在の教科書においても一般的傾向である。このことは、一九五〇年代以降、政府の憲法解釈に対抗する形で、方法論として「科学としての憲法学」を銘打ったものが増えてきたことに関係する⁽³⁰⁾。例えば次のような記述は、解釈は実践であるとしながら、憲法学は「科学」でなければならぬという姿勢をよく表している。

およそ「学」という以上憲法学も、科学でなければならないはずである。なぜ憲法学、一般的には法律学について、「社会科学としての」それを問題にしなければならないのであろうか。ふつう憲法学の名の下に行われている議論は、たとえば、公共の福祉条項の意味内容をどうとらえるべきか等々の解釈論である。しかし、一般に科学とは自然や社会現象の客観的認識であるとするれば、後述のように、人間の主体的実践的価値判断である解釈は、少なくとも科学それ自体とは異なるといわねばならない。したがって、社会科学としての憲法学の課題は、あるべき憲法の意味内容を追求する解釈論ではなくて、現実にあった、またはある憲法現象の客観的認識、たとえば公共の福祉条項の成立の客観的根拠や現にこの条項が果たしている機能の解明等にある。こんにち社会科学の方法とされているものは多様であるが、どのような認識方法によるにせよ、価値判断としての解釈から客観的認識としての科学を区別することは、科学としての憲法学の前提である⁽³¹⁾。

では、その中で比較憲法は「科学」でなくてはならないのか、という点について、特に後の述べる実践的な比較憲法の在り方を批判しつつ、次のように続ける。

大学における「比較憲法」の存在意義

日本の憲法解釈に役立てる目的で、外国憲法の解釈論のあれこれを分析し、取捨選択あるいは加工するという方法が、比較憲法学の名で呼ばれることがある。そのような目的と方法の実践の意味は評価しなければならないし、必要な作業ではあるけれども、それ自体は解釈論に属する作業であつて、客観的認識を目的とする科学とはいえないであらう。とすれば、ここでも「科学としての」比較憲法学とはなにかが問題とされなければならない。

特定の外国の憲法現象を対象とし、その構造と歴史的に条件づけられた特徴を客観的に明らかにすることは、科学的憲法学に属し、かつ比較憲法学の不可欠の前提である。いずれは日本のあるいは他の国の憲法現象との比較に進むことを目指しているならば、それはすでに比較憲法学に取り組んでいるといつてよい。しかし、比較という以上、異なった国の憲法現象の客観的認識の比較を通じて、一般に憲法現象とよばれる社会現象の法則性ないし体系的認識を獲得するとともに、各国の憲法現象の特殊性を明らかにすることが比較憲法学の本来の課題であらう。⁽³²⁾

同様の姿勢は、現在の比較憲法学の代表的教科書にも見られる。

この本でとりあつかう比較憲法学とは、諸外国の憲法現象を比較の観点から対象としてとりあげる科学のことである。⁽³³⁾

比較憲法「学」が「科学」であるというのは当然で自明のことではないか、という疑問が出てくるかもしれない。しかし、この命題があえて問題になるのは、実は十分な理由がある。この命題は、この本では諸外国の憲法諸規定の解釈をしようとしているのではなくて、憲法現象を対象とする科学にたずさわろうとしているのだ、ということの意味するからである。⁽³⁴⁾

ここで対象とされる現象は、「制定憲法」⁽³⁵⁾、「所与の制定憲法のもとでの憲法実例、すなわち、制定憲法の一定の解釈を前提とし、憲法適用者たちによって、下位規範のかたちをとって定立された諸規範の総体」⁽³⁶⁾という規範記述的なものにとどまらず、「ひろく憲法意識とよぶことのできるもの」「ある社会関係からさまざまの憲法意識を媒介として制定憲法が生み出され、その制定憲法が、憲法適用者たちを一定の社会関係のもとで多かれ少なかれ拘束しながら

もかれらによって解釈適用されることを通じて、その社会関係にはたらきかける、という憲法的社会過程全般⁽³⁷⁾という因果説明的なものも含むと説明される。

もっとも、そのようないかたをするについては、この本は、ひとつの前提をとっている。すなわち、ひとことで「憲」法学⁽³⁸⁾といっても、その中には、(憲)法の解釈と(憲)法の科学という二つの性質の違うものがあり、これら両者は区別されなければならぬ、という前提である。……「前者は」それをおこなう人間が自覚しているかいないかは別として、一個の実務的・実践的な提言であり、最終的には「意欲の行為」であって、「認識の行為」ではない。それに対し、法規範及びその他の法現象を対象として成立する科学は、そのプロセスのなかに研究者の問題意識や観点など実践的な関心を含むとしても、それ自体としては意欲の行為でなく認識の行為であり、そのようなものとして、検証または反証のルールに服する性質のものである⁽³⁹⁾。

同書は解釈を実践としながら、比較憲法学は科学であるという前提を明らかにした。但し同書は、「いずれにしても、この本は、認識の学としての比較憲法学を讀者に exposer (叙述) しているのであり、実践・実務の世界に対して何ごとかを直接に proposer (提唱) しようとしているのでもなければ、ましてや imposer (強制) しようとしているわけでもない⁽⁴⁰⁾」と述べ、「科学」が「神学」に転化しないよう警鐘を鳴らしてはいる。反証を挙げて批判を行い、新たな正解を得ることがあることをこれは示唆しているのである⁽⁴¹⁾。

結局この立場では、現在ある憲法の「評価と利用は比較憲法の効用に属することであり、比較憲法は、それが科学であろうとする限り、憲法現象の分析、その異同の認識および異同の生ずる原因および背景の究明と認識に満足し、評価の前で立ち止まるべきで⁽⁴²⁾」あることになるのである。換言すれば、「条文の解釈は実践科学であり、比較憲法が科学として目標とする、価値から離れた科学とは別物として処理されなければならない⁽⁴³⁾」ことになるのである。

う。また、多分に基本的立場が異なると思われる論者も、「比較憲法学とは、諸国の憲法現象を類型的に比較分析することを任務とする憲法科学の一分科である」⁽⁴⁴⁾との定義を行っており、解釈が実践であるとしても、比較憲法こそは科学である、とする立場は憲法学界を広く支配してきたと言い得るように思われる。

しかし、科学と実践の区別が可能なのかは疑問である。比較憲法学は科学であるとする著書も、その必要性を説く際に、「憲法の問題についての確な理解をもつためには、どうしても、比較憲法の知識が必要である。たとえば、違憲審査権について、日本国憲法には、わずか一カ条(八一条)の規定があるにすぎない。しかし、この制度について正しい知識をもつためには、十九世紀はじめ以来のアメリカの司法審査制」や「第二次大戦後のヨーロッパ大陸」の「抽象的違憲審査制」⁽⁴⁵⁾などを知ることが不可欠であり、「そうすることによって、日本法の解釈や立法にも、かえって有用なものを提供できるはずだ」⁽⁴⁶⁾と述べ、それが日本国憲法解釈のために必要であることを訴えてもいる。⁽⁴⁷⁾そして、「発展社会Ⅱ資本主義型の憲法現象を対象として分析しようとする際に、ファシズム独裁からどのようにして近代立憲主義の原理を防衛するか、また、この本の著者にとっては人類の価値をもつと考えられる精神的Ⅱ政治的自由と複数主義を継承しながら、社会的公正の要請により多くたえるような憲法への展望がどのようにして可能なか、という問題意識をもって理論的分析にアプローチしていることを、かくす必要はない」⁽⁴⁸⁾とも述べている。そして実際に同書は、数多くの西欧諸国の中から「フランス憲法史を座標の中心にすえること」⁽⁴⁹⁾を選択しているのである。⁽⁵⁰⁾以上は極めて実践的な態度であるように見える。また別の著書も、近代の理念型としてフランス、否定される型としてドイツ・プロイセン、現代のもう一つの理念型としてソ連Ⅱ東欧型を取り上げている。⁽⁵¹⁾即ち、ソ連Ⅱ東欧型を選択しながらイギリスやアメリカは選択しない決断をしているのである。

要するに、それぞれの教科書は比較憲法の理想的な対象国を選び、後に述べる一定の方法をも随所で選択することを意図的に行つており、比較対象・方法の選択は既に実践と呼べるものではないか、という疑念が拭えないのである。⁽⁵³⁾「憲法学における政治的・実践的性格が重視せられるかぎり、」結局は「比較憲法的研究方法を無視することができない」⁽⁵⁵⁾とされるのは、比較憲法学もまた実践であることの証明である。このことは、憲法学は科学であるとする論者が、「なんのために外国憲法をまなぶのか」という自問に、「結論的にいえば、日本の憲法を科学的に研究するためには、それがどうしても必要だから」と解答していることにも現われていよう。⁽⁵⁷⁾

また、憲法学は「科学」であり「科学」でなければならぬ、と言う際の、客観的正解が存在する「科学」イメージが古いのではないかという疑問もないではない。⁽⁵⁸⁾ここで言う「科学」とは自然科学からの類推を考へていると思われるが、その中でも主として答への見える幾何学のそれであつて、答への見えない進化論や宇宙論のそれではない。勿論後者も科学であるが、こうなれば「科学」であることを過度に強調する必要性はなからう。「憲法学界では、価値判断や規範提示（とくに法解釈）と区別された意味での事実認識のことを科学とよぶ傾向が一部に見受けられる」が、「科学の語は、事実認識一般ではなく、より深まった高度な認識に関わるものとして使われるべきであらう」⁽⁶⁰⁾し、憲法学は「（近代知共鳴思想がイメージするような種類の）科学性を強調しうる地位にはない」⁽⁶¹⁾し、「（高度の）科学性を安易に標榜すべきではないように思われる」⁽⁶²⁾。「研究者によって概念の意味がしばしば異なり、検査を繰り返し実施するのも極めて困難である」学問を、「物理学や生物学と同列に置き、厳密な経験科学として語るのは、およそ不可能なこと」⁽⁶⁴⁾だったのではないかとの疑問もある。

結局のところ、標榜されるべきは議論のルールであつて、従来唱えられてきた「科学」性などではないのではな

ろうかとも思える。価値観、前提、事実認識、条文解釈手法、結論の妥当性などを含めて、批判に耐え得る学説を提示することが憲法学の使命であるとすれば、憲法学は科学であると言う必要も、解釈は実践であり比較憲法は科学である区別する必要もないことになろうと思われる。⁽⁶⁵⁾ 反証可能性、反駁可能性、ないしテスト可能性⁽⁶⁶⁾が必要なことは、憲法学が学問である以上、それが実践の学であつても何ら変わるものではなからう。⁽⁶⁷⁾

また、もし科学的な比較憲法学、一般憲法学が現実にも可能であるなら、それは普遍的なものであつて、研究者の国籍などの属性は無視できる、否、無視すべきことになつていこう。確かに例えば、「フランス人と同じ問題意識で、フランスの憲法を研究する日本人の憲法研究にとつて、それが外国憲法の研究であるのは、研究対象が研究者にとつて外国憲法であるというだけの意味であるはずがない。それだけの意味であれば、それをあえて『外国憲法』の研究という必然性はない。対象の国名をとつて、フランス憲法の研究といえはすむ。そのような研究にとつて、研究者の国籍は問題ではない」⁽⁶⁸⁾のである。そこでの外国憲法研究は自己目的とならう。⁽⁶⁹⁾

だがこのような研究姿勢は本当に可能であらうか。憲法は国際法でなく、憲法自体の効力は国境を越えない⁽⁷⁰⁾ので、当事者「国民」しか最後は運用できないという限界がある。ある外国の憲法と別の外国の憲法を比較したり、ある外国の憲法の別の外国への継受を論じたりするときには、外国憲法の当否を論じることが許されず、外国憲法のあるべき解釈を語ることは許されまい。更にこの方法によれば、最後は各国文化、国民性等を知らねばならないことになるが、それは外国人に対する過大な要求であらう。⁽⁷¹⁾ そればかりか、精神的に特定外国民となることが求められる筈であるから、そもそも二カ国以上の法を理解すること、即ち、比較法という作業を事実上不可能にする⁽⁷²⁾。その中で、果たして憲法学の研究成果を、一つの特異歴史社会の法から「人類普遍の原理」として抽出できるのかは多分に疑問

が残るのである。これまで、普遍的な模範憲法典のようなものを示した例も見当らないのである。

やはり、「比較すること自体は、あくまで一つの手段・方法であつて、究極の目標ではないということ」を自覚しながら問題にとりく⁽⁷⁵⁾むべきものではないのだろうか。法学者が比較という作業を行うとき、初めから何らかの意味があつて行うものなのではなからうか。「科学」性を追求しても、それが実践と別物なのだとすれば、いかに「科学的」で「一般的」な憲法の方向性を抽出できたとしても、それとは全く異なる方向の解釈実践を「科学的」に止めることはできないことも思うとき、このような立場への疑問は依然として消えないのである。

(三) 実践としての比較憲法

第二の立場に疑問があるとすれば、比較憲法学も実は実践であつたのだ、と言えるかである。第三の立場は、日本国憲法の理解・解釈・運用のヒントとしたり、説得力の強化を図つたりするため、言わば比較憲法を主観的实践として行うというものである。⁽⁷⁶⁾例えば次のような記述はその精神を表している。

憲法の法源には不文部分も多く、また成文法源も法の内容を完全に指示していない。そのために、憲法学は、不文の国家原則・法原則・社会原則を考慮しつつ構築されなければならないが、この不文部分には、ともすれば論者の主観的選択が導入されやすい。これを避けるためには、充分客観的な一般憲法学を基礎として成文法源をみる⁽⁷⁷⁾ことが重要で、憲法学の価値は一般憲法学的思考の深淺によつて決定されるとすら言⁽⁷⁷⁾いうる。

ここに言う「一般憲法学」を比較憲法の徹底と考えれば、それは自国憲法の解釈や制定・改変のためになされるものであるという考え方が窺われる。⁽⁷⁸⁾また、欽定憲法・民定憲法・協約憲法、資本主義憲法・社会主義憲法、硬性憲

法・軟性憲法、成文憲法・不文憲法などの区分を説明した後になされる以下のような記述は、言わば「一般憲法学」や比較憲法学が日本国憲法の解釈のためにあるという立場を示すものと言えよう。

このような憲法の分類が今日どれほどの意義があるかはかなり疑問である。ただ、これらの区分は、諸外国の憲法を比較し、日本国憲法をその中に位置づける際にはいくらか有益な指標を提供してくれるかもしれない。日本国憲法は、民定憲法であり、硬性憲法であり、成文憲法である⁽⁸⁰⁾。

また、次のような記述は、外国憲法研究は主として「一般憲法学」の一環としてなしているのではなく、日本国憲法の解釈等に寄与するために行うものだという、数少ない明快な宣言のようにも見受けられる。

わが国の憲法研究者によるアメリカ憲法研究は、基本的には、日米の相違を踏まえつつわが国に適合的な理論を模索しようとする姿勢を有してきたといえる⁽⁸¹⁾。

アメリカ憲法研究に従事してきた憲法研究者の多くは、こうした研究姿勢に立っており、必ずしもアメリカの憲法理論をすべて日本に直輸入しようとしてきたわけではない。直輸入しようとしているように見えても、そこには、当該理論については日本においても妥当するのではないか、アメリカの憲法理論を持ち込むことによってわが国の法制度・実務を批判的に考察できるのではないかという論者なりの判断があったと思われる。佐藤「幸治」によるアメリカ流の司法権であることの強調も、わが国の実定法制度があまりにも司法権の行使を限定していることを憲法の観点から批判する視座を設定するためであった。

日本の行政訴訟制度はドイツ型のものとして、しかもドイツ的な枠組みの中でドイツ以上に消極的なものとして展開してきている。日本の行政訴訟制度を所与のものとして前提とすることは問題であり、常に憲法の視点から批判検討されなければならないのである。そうした批判的検討の視座を与えるものとしてアメリカ憲法研究が有意義なことはいうまでもない⁽⁸²⁾。

アメリカの二重の基準論は、アメリカにおける違憲審査制の歴史的展開の中で今のような形になっているのであって、「司法

審査と民主主義」という問いに対する唯一の回答であると解すべきものではないからである。二重の基準論をどのように構成するかは、結局、日本国憲法下での司法審査と民主主義との関係をどのように考えるかにかかっているのである。⁽⁸³⁾

このような姿勢を比較的明確にしている記述は、日本の憲法学界では非常に少ない。以上のような立場では、比較憲法とは、他国の憲法条文や判例、理論などの間に共通性を発見し、或いはその中で自国憲法に関する特殊性を強調し、自国の憲法解釈についての自説の根拠を強める手段であるということになる。また以上の見解は、日本国憲法を前提としてその解釈を進めるために比較憲法を行うという立場であるが、場合によっては憲法改正の提言をそこに含むこともある。そして立場により比較国・対象・方法は異なることになるが、その優劣は、本来の目的である自国憲法の解釈論争を行うことで自然と決着するであろうことになるのである。

これらの立場には、比較憲法が単なる手段に過ぎないことになるのではないかという批判がなされるであろう。日本の現状と比べて理想的な外国の実例を理由と共に紹介するなどというのは、比較憲法ではなく個別憲法学の分析である、との批判もあり得よう。⁽⁸⁴⁾しかし、もし解釈は実践であるし、客観的で「科学」的な認識という考えには無理があるのだとすれば、消去法的に比較憲法学も実践であるということになる。手段という以外に言い方がない、ということになる。また、そのことによって学問的価値は低下しない、とも言える。寧ろ法律学が実用的な学問であることが否定できないのであれば、この立場は、ごく普通ではないかとも反論できよう。

更に、「実用的な外国法研究は、一定の実用性はあっても、非科学的なものになりがちであり、「それぞれの国の法体系の中から、一部分が恣意的にとりだされ、日本の法体系の一部に利用されても、その利用のされ方には恣意性がつきまとわざるをえない」⁽⁸⁵⁾」などの批判を浴びることもある。だが、比較憲法学を「科学」だとする立場の学説の多

くも、研究対象国に縛られ易かったことは前述の通りである。逆に実践的な比較憲法を標榜しても、恣意的に偏った比較をしないことが、日本国憲法の実践的解釈論を有利に導くことになるのであって、このことは比較憲法が「科学」か実践かとはあまり関係がないのではなからうかと思われる。説得力ある比較が望まれるだけである。

要は、比較憲法が実践であるということは、実践だから勝手な願望を吐露してよいわけでもなく、論争で負けるような実践をしない方が学問上望ましい、というに過ぎない。「憲法は寄せ集め」であって何らの法則性はないという極論や、ご都合主義の「つまみ食い」に基づく外国憲法の紹介は、痛烈に反駁されるという危険が大なのである。一九六三年に出された、憲法調査会の中の積極的改憲論者一七名の意見書「憲法改正の方向」が、一九四五年から四九年までに制定された新憲法三三カ国のうち、二六カ国がその後憲法を改定しており、しかも一八カ国は前面改正であることを示し、暗に日本国憲法の改正、自主憲法制定を提言した例があり、これは第三世界の独裁・権威主義が憲法を変えた例が殆どであることなどを捨象し、近代立憲主義は西欧ほか少数派になってしまふことを黙殺した、失敗例であるとよく引用される。⁸⁶⁾ これすらも、「科学」的でない、との批判を受けるものというよりも、実践的に上手でない議論であると言うべきだったのではないだろうか。

確かに、「数多くみられる現象を指摘しただけでは、一般原理や発展方向を明らかにしたことはない」⁸⁷⁾「それらは、個別の憲法現象の構造の解明によって明らかにする」として批判をされることがある。しかしこれには、統計的手法が一概に悪いとは言えないのであって、問題はその利用方法にあったのではないか、統計の読み方がおかしかったのではないかという反論もできよう。現象を観察する視点は必ずあるのであって、その視点が全くの客観であることはあり得ない。例えば、議會制を有する憲法を比較すると二院制の数はほぼ同じであるが一院制は倍増してい

ることなどから、二院制の凋落という結論を引き出せ得るとする主張⁽⁸⁸⁾などには、結論への賛否は兎も角、それを感じるのである。やはりそれは実践であると言うべきなのではなからうか。

以上のような検討を行うと、比較憲法学も実践であるべきである、とここに叙述したい念に駆られる。しかし、その解答を「科学」的真理であるかのように強制することは避けつつ、提唱することども、様々な角度からこの議論を考察して検討を深めていきたいと思う。それが、比較憲法学の今後を明らかにすることにも繋がるであろう。

二 諸「比較」学との比較

比較憲法についての憲法学界の圧倒的に多くの認識は、それは認識であり「科学」であるというものであるが、以上のように疑問がないわけように思われる。では、同じ社会科学の中で「比較」と名乗る学問の立場はどうなのであろうか。ここでは、「比較」と名のつく隣接する分野の在り方を示し、比較の中で比較憲法学の姿勢を再検討する示唆を得たいと思う。比較憲法学との隣接性という点では、比較法学一般と比較政治学を取り上げるのが妥当であろうと思われ、その目的についての記述を順次取り上げていくことにする。

(一) 比較法学一般との対比

まずは比較法学一般を考察したい。ある著書は、以下のような問題意識の下、比較法文化を論じている。

今日でもなお、伝統的な法観念、法意識ないし法の役割は、日本人の社会生活の中に根強く残存しており、「書かれた法」と「社会行動の次元における法」との間に深刻なギャップを生じさせている。

大学における「比較憲法」の存在意義

そのようなギャップを生じさせる法以前、裁判以前の前提解ないし共同主観を規定している法文化的要因(法観念、法意識を規定する)ないし人間類型として、いかなるものを想定することができるであろうか。歴史的価値を担う日本法は、西洋化された法ではあっても、西洋法ではないのではないか。もしそうだとすれば、わが国の法は、世界の法秩序の中で、いかなる法として位置づけられるべきなのであろうか。⁽⁸⁸⁾

ここにあるのは、世界の法秩序の中で日本法の位置を明らかにしようという意欲であり、比較法学を手段として日本法の解釈や立法に役立てようという意図ではない。実際、この著書は、「異文化理解を可能にして」、「マルチ文化的発想の一般化を究極の目的として考えている」というのであるから、実践的な立場とはやや距離を置いている。これは、テーマが比較法文化であることにも起因するように思われる。⁽⁸⁹⁾

だが、比較法学一般においても、これは独立の科学であると考えるか、単なる法の比較であるか、意見は分かれるという。⁽⁹²⁾寧ろ、立法の補助手段と捉えられたり、法の一般法則の認識を目的とされたり、単一の目的のために機能を果たすと見られがちであったという。⁽⁹³⁾そして、比較法が単一の目的のためであると考える必要もなく、外国法研究をはじめとする隣接諸分野から全く独立した部門と考える必要もない、というのが著名な教科書の立場である。⁽⁹⁴⁾そのうちの一つの目的は認識であろうが、この著書は次のように述べている。

比較法は「真理の学校」(école de vérité)といわれ、「解決策の貯蔵庫」(Vorrat von Lösungen)といわれるが、これを承認することは、自国法の讚美ないし法学的プロヴァンシヤリスムからの離脱を意味するのである。比較法の精神はまさにそこにある、それはあたかも間接証明のような作用をなして、自国法制度の長所と短所を浮き彫りにすることができる。⁽⁹⁵⁾そしてそもそも日本法のルーツを探ろうとするような場合、フランス法やドイツ法との比較なしには何事も得られないであろう。

即ち、ここでいう認識とは、自国法の制定や解釈を目的として、「法律家の最も陥りがちなドグマティズムの危険から救⁽⁹⁶⁾」うたけになされるのだと言うのである。そしてそのことは国際的相互理解、国際平和を希求することになるとも述べている⁽⁹⁷⁾。しかし、比較憲法学においてよく語られる、「歴史の発展法則」の認識という目的については、自然科学者ですら信じておらず、「法則を語ることは、野心を語るに等しい⁽⁹⁸⁾」として、「近い将来における法発展の傾向を予測すること⁽⁹⁹⁾」にとどめるべきだと主張している。また、理想型としての共通法を採求するという目的も、難しいと言⁽¹⁰⁰⁾うのである。

そしてこの著書は、比較法の目的として実務的目的も挙げている。ここでは、立法における資料提供というもののほかに、法解釈の補助という目的が掲げられる。そしてそれは、「広範に『共通法』を発見しうるかのような素朴な信念の失われた現在では、外国の法解釈の借用も控え目なものとなり、主に親縁諸法秩序間において行われている⁽¹⁰¹⁾」とされる。結局のところ、今日、普遍的な一般法の発見が比較法学の目的ではなく、国内法により妥当でより説得的な立法や解釈に寄与するという控え目な目的が、この著書では全体に謳⁽¹⁰²⁾われている。

更に、外国法研究に目を転じてみると、日本法のための外国法研究という姿勢は顕著になる⁽¹⁰³⁾。英米法の著名な研究者の著書は、「当面問題になっている立法作業、条文の解釈などに役立つ研究」ばかりでなく、「自国の法および法学の枠組から一步離れた立場から自国法を眺めること」によって、自国法の用いているいろいろな法準則、法技術のうちどこまでが自国の社会的諸条件のもので必然的なものであるかということ⁽¹⁰⁴⁾を明らかにする」研究こそが大事であるということ⁽¹⁰⁵⁾を述べている。また別の著書は、「国際的な比較を試みることに」、「外国法を研究し、学ぶことは」、「外国の法制度や理論を、そのときどきの政治的風向きによってご都合主義的に採用することを批判できるし、また外国の制

度や経験を眞の意味で活用することができる」ことなのだと述べている。⁽¹⁶⁾ これらは、外国法研究が結局は自国法研究のためにあるという見解をよく現している。

このような姿勢は、実定法学者が行う比較法においてはより顕著となろう。例えば最近の民法学者による記述を見ても、「研究者が固有の研究として行う外国法研究は、主として解釈理論を組み立てるため」⁽¹⁷⁾ のものであることは自明とされている。民法典の「内容をあきらかにし、それを体系化する作業」⁽¹⁸⁾ の「手がかりとされたのが、ドイツ法であ」⁽¹⁹⁾り、当初は「その問題についてドイツではどうなっているのかということが熱心に調べられ、あたかも日本の民法典もそれと同じことを定めているかのように解釈しなおされた」⁽²⁰⁾ が、「現在では、民法の各制度がどの国に由来するかを慎重にみきわめたうえで、他の国々とも比較しながら、日本の社会に適した解釈をおこなうという方向が一般化してき」⁽²¹⁾ た、などと説明されるのである。またある論者は、日韓の比較法に関しても、その意味として、法の継受の意味を探ること、法学交流により各々の法律学を發展させること、諸法の融合による法創造の実験場として観察に値すること、などを挙げているのである。⁽²²⁾

比較憲法の通説的姿勢は、比較法一般の中に置いたとき、その特異性が目立つ。それは、他の実定法分野の研究者のそれと異なるばかりか、比較法学者のそれとも異なる傾向にあるのである。特殊な立場を維持する側が高度な立証責任を負うべきであるというルールからすれば、何故、比較憲法学だけが「科学」なのかを語らねばなるまい。

(二) 比較政治学との対比

次に若干ではあるが、比較憲法学とも比較制度論を挟んで関係の深い比較政治学⁽²³⁾の姿勢を見てみたい。

政治学の一分野であり、地域研究や「各国政治史における特徴の並列的ないし対比的な記述にとどま⁽¹¹⁾」らない比較政治学では、端的に日本の政治をよくするため、ではなく、第一義的には政治というものを考察することを目的とすることも多いであろうこと、即ち、これまでの言葉を用いれば「科学」志向が見出せるであろうことは想像できる⁽¹²⁾。

だが「一般には、比較によってわれわれは他の政治制度から教訓を引き出すことができる⁽¹³⁾と考⁽¹⁴⁾え」ており、研究者の間わる政治体制の改善や維持のための実践の学である、という考え方もされるようである。それで始まるこの著書は、選挙・統治制度を比較した上で、最終的に様々な「イシューと提案」を行⁽¹⁵⁾っている。或いはこの学問は、「比較政治の分野における」ある理論の「日本政治研究へ応用された」ものを「紹介し、その可能性と意義を検討する」ことなどを目的とするのである。またやはり、比較政治学が自文化中心主義を克服する一助になるという指摘もある⁽¹⁶⁾。特にこの方向性を明確に打ち出した言明は次のようなものであろう。

われわれの比較目的は、西側先進国の政治制度類型に属する日本の政治制度と憲法政治の特質のよりよい理解を得るとともに、この種の政治制度類型の現状認識をふまえて、その発展ないし変容の趨勢を見定めようとする⁽¹⁷⁾ことにある。

このように、比較政治学においては、その目的は一般的な「政治」ないし政治社会・制度の探求あるという方に傾く考え方と、最終的には日本なら日本の政治の改善にあるという考え方があり、多くの場合はそれが混在しているか曖昧であるとの印象を受ける。比較憲法学の通説は前者に近い姿勢であると言えよう。結局、現在の憲法学界は、比較政治学の全体的傾向ともまた異なる状況にあると言えようのである。

結論的には、現在の比較憲法学は、その目的の点において周縁諸学問と異なった姿勢を維持しており、それは強い

一般的「科学」志向であるということである。もし仮にその特殊性を維持しようとするならば、今までにも増してその立場を補強する理論構築が必要であろうことは否定できないように思われるのである。

三 比較憲法の対象と方法

以上のように、比較憲法学の目的を問題にするならば、そのことは次にその手段、附随する各論的問題にも波及することになる。即ち、何よりいかなる国のいかなるものを比較対象とするか、そしてそれをどのように比較するかが、真つ先に立場によって異なることになろう。そこで、ここではその点を整理しておくことにする。

(一) 比較対象

まずは比較憲法の対象国はどこか、という問題である。先駆的教科書は「我が憲法と比較的に類似する憲法を主たる対象とし、併せて異質な憲法にも若干論及する」として⁽¹²⁾いるし、多くの教科書は現在でも英米独仏など、広げても西欧諸国を比較憲法対象国にしているに過ぎない。実際、現在の代表的教科書も、そうするのは、「近代立憲主義の人類価値へのアンガジュマンをかくさず、⁽¹³⁾」「基本的に同質の歴史的類型に属する憲法について、一定の方法的視角からのみきりこ⁽¹⁴⁾」むからだとしているし、別の教科書も「ここで対象とする憲法は」「近代革命を経た国家（イギリス、アメリカ、フランスなど）の所産」であり、「多くの基本的な共通点（立憲性）を有している」ものだと⁽¹⁵⁾している。もしも比較憲法学が日本国憲法解釈の手段としての実践であると考えるならば、この方向性は妥当であろう。英米独仏など、近代立憲主義を基盤とする自由で民主的な国々の憲法こそが日本国憲法の解釈に示唆を与えてくれるからで

ある。偶然にも、「科学」的な比較憲法を標榜する多くの教科書もそうなのである。今後、この範疇に加えられる国も増加しようが、しかし対象が地球大となることは理論上もないであらう。

また、憲法全体を社会主義憲法と非社会主義憲法に二分し、前者では「社会主義的内実の廃棄や根本的変更は、主権者である人民でさえも許され」ないようなものであるから、「体制そのものにかかわるかぎり、」これと後者とを「同一レベルで比較を行なうのは無意味である」⁽¹²⁴⁾し、イスラム諸国の憲法体制との同一レベルでの比較もできないとする記述もある。確かに、「比較方法は、比較される諸項間に比較可能性がある場合だけに適用される」⁽¹²⁵⁾とも言う。比較という手法のもつ対象の限界はあると言うのである。線引きの妥当性は兎も角、日本国憲法に示唆を与える一部の憲法が比較憲法の対象であることで、以上の見解は一致していよう。

これに対して、イタリアや南欧、北欧の憲法研究者が少ないことや、アジアへの無関心を、「日本の外国法研究の拡大の仕方には、組織性や理論的必然性がない」などと批判⁽¹²⁶⁾する論者は、このような限定には反対する。寧ろ「科学」としての比較憲法学を標榜する場合には、比較対象が広くなることが理の必然であらう。この論者は、最も比較すべき対象を別のところに置いているように見受けられる。

社会主義憲法の研究が必要なものは、日本の憲法の資本主義的性格を浮彫りにすることができるからである。比較憲法は、社会体制の同じ国家の憲法間で、その類似点を手がかりとして行なわれると同時に、社会体制の異なる国家の憲法間で、その異質性を手がかりに行なわれることも可能である。これに加えて、資本主義から社会主義への歴史的発展の法則をみとめる研究者であれば、社会主義憲法の研究は、日本の憲法の将来を予測する手がかりとなる。⁽¹²⁷⁾

だが、この論者もナチズムや権威主義を比較対象にしていない。それは観察者の視点があり、多分に、社会主義を

基準に資本主義を検討したときの問題点を白日のものにしたいという意欲があるからであり、またナチズムや権威主義のメリットを考える必要はないと暗黙のうちに考えているからであろう。果たしてそれは客観的「科学」的という以上に実践的な姿勢なのではないか、という疑問はなくはない。

たとえば、奴隸制社会と資本主義社会とを比較するのは無意味であろうか。ローマ法と資本主義社会の民法とを比較するのは無意味であろうか。ローマ法と資本主義社会の民法とは「法の継受」という関係にあるといわれるが、しかし古代ローマ社会とたとえば今日の日本社会とのあいだに現実の関係があるわけではない。とはいえ、しかし二つの法の比較が無意味であるとは思えない。関係のないものどうしの比較が無意味だと考えるために、しばしば現実の関係がないものどうしに苦し紛れの関連づけを行なって比較を行なうこともけっこうしてないとはいえないであろう。それは、形と程度こそ違うにせよ、なお一種の実用主義・ご都合主義にとらわれていることになるといえないであろうか。⁽¹⁰⁾

そこで、比較の対象選択のあり方という問題に回帰すれば、比較の対象の選択は相当自由であつてよいことになる。もちろん比較する際には比較可能な共通の属性を取り出すことが手続上不可欠である。……奴隸制社会と資本主義社会の場合、一見して似ておらず現実の関連がないにしても、ともに社会現象として共通の属性をもつがゆえに比較可能であり、それぞれの政治制度や経済制度を比較することが可能なのである。要は、比較によっていかなる共通点あるいは相違点を析出するかである。それによって有意義な比較になるか否かが左右されるのである。類似点の少ないものどうしの比較の場合、すなわちデュヴェルジェの言葉を借りれば遠隔比較 (comparisons éloignées) の場合、近接比較 (comparisons proches) の場合と違った特別の困難があるようにみえるが、実は困難そのものは特別なものではない。⁽¹¹⁾

ここでもやはり異質なものとの比較により資本主義憲法の本質を析出し、その問題点を提示することが比較憲法学の重要な役割であるという考えが強い。それには、日本国憲法の解釈のためとはやや方向が異なるが、実践ではないか、という疑問がある。或いは、日本国憲法が乗る共通基盤を批判し、ある一定の視点からその解釈を改める実践に

見えるのである。これらの方向は、比較憲法の蓄積により日本国憲法の解釈を行い、具体的な問題の解決に役立つということとは全くスケールの異なる、体制に関わる革命的な議論となることには注意が必要であろう。

ところで、このような方向が更に進めば、比較対象は「全て」ということになろう。国家のみならず、国連憲章などの国際的な諸憲章⁽¹³²⁾であるとか連邦国家の州などの国家的組織体の憲法⁽¹³³⁾までもその対象とすべきという見解もあり得る。だがそれを全て行うことは「常人のよくなしうるところではない」⁽¹³⁴⁾ように思われるし、本来、以下の述べる機能的方法は、この立場では難しい筈である。また、それを続けることは、「科学」を志向しつつ、現象としては教養としての比較憲法の在り方と紙一重になるといふ危惧もないわけではない。逆にその対象の「科学」的限定をすれば、それは実践ではないかと批判されるといふジレンマは、どうしても残るように思われる。

(二) 比較方法

次に、方法論はどうするかであるが、一般によく挙げられるのは次のような方法である。⁽¹³⁵⁾

第一のものは現象的方法である。これは、各国統治体制は各国独自の歴史の表現であり、独自の性格を有するといふことを前提に、互いの土壌の違いを認識しつつ同時代的に制度などの比較する方法である。法の社会学的分析とも言える。特にそれが制度・条文などの形式的異同を数量的・統計的に問題とすると、静態的方法と呼ばれる場合もある。この方法には、外国の統治体制の裏の文化には、受容できないものもあり、限界も指摘される⁽¹³⁶⁾。また、数値の比較をもって事足りるとすれば問題であり、一つの傾向を知る上での参考にするべきことも指摘される⁽¹³⁷⁾。しかし他方、文書や数字をもってするため、多くの国の比較を同時にできる利点もある。

第二のものには機能的な方法⁽¹³⁸⁾である。法現象をその動態、即ち実際の政治社会の中でいかなる機能を發揮しているかに着目して比較するものであり、動態的方法とも呼ばれる⁽¹³⁹⁾。これは、いかなる憲法の下においても統治機関は一定の共通の任務を遂行している筈であるなどとして、共通性を析出できるという信念に支えられているとも言えよう。例えば、違憲審査制を有する国の憲法判例により憲法の適用状況を比較する研究などはこれに該当しよう⁽¹⁴⁰⁾。この方法では、比較は、構造的類似性又は機能的等価性を有する場合だけ可能となる⁽¹⁴¹⁾。そのため、この方法には、比較する外国の可変要素を全て拾い上げることができず、具体例が少ないので何らの一般化もできないという欠点があるとの指摘もある⁽¹⁴²⁾。しかし、靜態的方法では不可能な、制度・条文と運用や意識のずれなどを把握することができるという特長がある⁽¹⁴³⁾。

第三のものは歴史的方法と呼べる⁽¹⁴³⁾。それは言うまでもなく、法現象をそれが存在する歴史社会との関わりで比較するものである。但し、その殆どは人類史を語るものではない。近代立憲主義が特定の歴史的状况の中で誕生したことを考えれば、歴史的考察は必要であるということになろう。多くの著書が、歴史的検討はイギリスのピューリタン革命、アメリカ独立宣言、フランス革命、ドイツ三月革命まで遡るべきとしているのはこのためである⁽¹⁴⁴⁾。第一・第二の方法が現在に力点を置いているのに対し、それらを遡って検討せよということでもある。

これ以外に、通常は忌み嫌われる「寄集め的方法」を提唱する論者もある。それは、「手許にある雑多な素材をある目的のために寄集め組み合わせ、寄集められたものの価値を一新または増大させるという方法⁽¹⁴⁵⁾」と紹介される。この方法は、憲法典を体系性ある一貫した文書とは考えず、起草者たちの書いた条項の偶然的寄せ集めに過ぎないと考えるものであり、一見目的の不明な条項も解釈可能になるという指摘である。また、様々な法圏から独創的で最良の

解釈を發見し、それを繋ぎ合わせることはあり得よう。⁽¹⁴⁶⁾ 欠点は勿論、比較対象の選定が恣意的になされるので正当な方法に見えない点にある。⁽¹⁴⁷⁾ 寧ろ日本ではこのような、「手っ取り早く役に立つものは何でも吸収するというやり方」⁽¹⁴⁸⁾ が根強い⁽¹⁴⁹⁾ため、殊更その方法を紹介するまでもないと言われる傾向にある。このほかに、イデオロギー的方法、システマ的方法があるとの指摘もある。⁽¹⁴⁹⁾

だが、このような方法論に関わる議論は、何れも排他的になすがためにされるのではなく、いかに適切な選択がなされるかのためにされる議論である、と言えよう。ある立法について緊急に反対するため、各国の立法を調べ、その範囲でどの国にもそのような例はなく、或いは悉く失敗に終わっていることを示すという専らの「寄集め的方法」が、その限りで不適切なわけではない。特に緊急性のない「比較憲法」の講義においては、「寄集め的方法」を捨て、最初にタイムスリップ⁽¹⁵⁰⁾したかのように各国憲法史を語り、次に統治機構を現象的方法に寄りかかりながら語り、人権について判例を用いながら機能的方法で講ずることはよくあることである。更に緊急性がないと研究者が考えている論説において、これらの手法が見事な調和を見せる例は多いのである。

これまでの記述で示唆されたように、比較憲法学は「科学」だとする通説的見解は、このうち機能的方法に強いシンパシーを抱いている。だが実際には歴史的方法に拠っている著書も多いように見受けられる。フランス革命の読み方を巡る論争は有名である。⁽¹⁵¹⁾ これに対して、比較憲法学は実践であるという立場は、この種の方法論をあまり語っていない。もし解釈のための実践であるのなら、説得的な方法でさえあればよいのであって、そこまで「科学的」に正しい方法は論じる必要がない、ということになるのかもしれない。筆者もまた、この方法論についての議論を過剰に行う必要を感じていない。

四 法科大学院時代の「比較憲法」への提言

さて以上、本稿はこれまでの法学部における「比較憲法」の在り方を整理し、問題点も指摘してきた。だが既に全国各地での法科大学院の設立が準備されている。そうなると、「比較憲法」の学問としての在り方や講義方法も変わらざるを得ないのかもしれない。ここではそのことも視野に入れつつ、「比較憲法」の純粋学問的な方法論ばかりでない、その今後の在り方を最後に若干考えてみることにする。

(一) 法科大学院構想における比較憲法学

法科大学院の必要性は、二〇〇一年六月二三日の「司法制度改革審議会意見書——二一世紀の日本を支える司法制度」(以下、最終意見書)でも謳われた。それは、「理論的教育と実務的教育を架橋するものとして、公平性、開放性、多様性を旨とし」て「全国的な適正配置となるよう」創設され、「高度専門職業人を養成する」法科大学院は、「他学部、他大学の出身者や社会人等の受入れにも十分配慮」⁽¹³⁾することが求められている。そしてそこでの教育は「実務上生起する問題の合理的解決を念頭に置いた法理論教育を中心としつつ、実務教育の導入部分(例えば、要件事実や事実認定に関する基礎的部分)をも併せて実施することとし、体系的な理論を基調として実務との架橋を強く意識した教育を行うべきである」とされる⁽¹⁴⁾。しかしそこで必要な具体的な科目名を最終意見書は語らず、「具体的な教科内容等については、各法科大学院の創意工夫による独自性、多様性を尊重」としている⁽¹⁵⁾。

しかし、独創的であることが求められても、その目的が明確である以上、各法科大学院のカリキュラムが全くばら

ばらになることは考えられず、コア部分の標準化は一定程度避けられないと思われる⁽¹⁵⁶⁾。その中心が民刑事などの訴訟に関連したものとなることは否定できない。このためか、これまで提示されたカリキュラム案では憲法の相対的地位低下が目立つ。極端な例では、日弁連モデルは、コア科目としては「憲法」に四単位しか配分していない⁽¹⁵⁷⁾。そこで「憲法」は、「圧倒的に実体志向」であつた憲法学⁽¹⁵⁸⁾ではなく、今までより「憲法訴訟論」⁽¹⁵⁹⁾にシフトし、「事例研究」や「憲法訴訟論上の論点」を扱う「ことになっていくのであろう」⁽¹⁶⁰⁾。要するに、司法の場面において必要な法技術としての憲法と、その背景的素養が教授されるのであり、「憲法の精神」が叩き込まれる場所ではないことは明らかである。ここでは外国憲法まで語る余裕はなく、日本国憲法解釈論が展開されよう。

ところで、日弁連モデルの中の選択必修科目に「基礎法学・外国法群」というものがあるが、ここにも「比較憲法」⁽¹⁶¹⁾はない。また、文科省研究会がシンポジウムで傍論的に示した資料から見れば、わずかに「公法（憲法・行政法）」が四単位あるだけである⁽¹⁶²⁾。法科大学院（仮称）構想に関する検討会議のまとめにおいても、「憲法」は基礎科目と基幹科目残るものの、「比較憲法」は「多様なカリキュラム編成」例の中にすら登場しない⁽¹⁶³⁾。法科大学院の教育内容・方法等に関する研究会の中間的な案においても、憲法関連科目は三科目八単位で、やはり「比較憲法」はない⁽¹⁶⁴⁾。他大学の案を見ても、「憲法」はコア科目にあることが普通であるが、「比較憲法」はそれ以外の科目としてもほぼ皆無なのである⁽¹⁶⁵⁾。関西大学の法科大学院構想でも「比較憲法」は置かれそうもないのである⁽¹⁶⁶⁾。法科大学院においては「比較憲法」という名称は影も形もなくなりそうだと、言つてよいであろう。

だが、法科大学院が専ら法曹養成のためにあるのであれば、通説的な「科学」としての「比較憲法」が科目として残る余地はここにはないのは、その目的からして当然と言えよう。コア科目としての「憲法」の中で、より説得的な

日本国憲法解釈を導くため、言わば実践的な意味での比較憲法がそこに組み込まれることが求められなければならない。もし、その結果、単位数が足りないとなれば、比較憲法も含めて「憲法」の単位数拡張を求めざるべきであろうが、他科目の単位数と総単位数との関係から可能かどうか微妙な情勢である。寧ろ、法科大学院の「憲法」の中では、訴訟と無関係の部分のカットを求められるのが結末になると思える。かといって、「基礎法学・外国法群」として「比較憲法」を組み込むことも、法科大学院設置目的からして場違いな印象である。外国法科目も、将来の法曹が外国と交渉する際の基礎知識として必要であるという見地から学ぶのであれば、「アメリカ法」の中でアメリカ憲法が、「ドイツ法」の中でドイツ基本法が講義されればよいだけなのである。⁽¹⁰⁷⁾

結論的には、法科大学院のカリキュラムの中で「比較憲法」が科目として残らないことはやむを得ず、そこでの「憲法」の中で、実践的意図で比較憲法も語られるのが限度である、と予測できる。ここでの講義では、担当者の学問的立場は兎も角、「科学」としての比較憲法学は一旦置いておかざるを得なくなろうと思われる。

(二) 法学部等における比較憲法学の今後

法科大学院で「比較憲法」の影が薄いとすれば、既存の法学部や大学院法学研究科ではどうなのだろうか。

前述の最終意見書は、「現在、全国で九三大学に置かれている法学部」は「法曹以外にも社会の様々な分野に人材を輩出しており、その機能は法科大学院導入後も基本的には変わりはない」とするが、そこでの「教育については、法科大学院との役割分担を工夫するものや、法学基礎教育をベースとしつつ、例えば「副専攻制」の採用等により幅広い教育を目指すものなど、それぞれの大学が特色を発揮し、独自性を競」⁽¹⁰⁸⁾うことが期待されている。このことは、

今後も法学部を存続させるならば、法曹養成がその直接的な任務ではなくなるので、将来法科大学院へ進む学生の法学基礎教育・教養教育を行うか、別の目的を掲げその充実がなければ、それは存在目的を失うことを示していると同解されるのである。国家・地方公務員の養成や、民間企業における法学・政治学的素養のある者の養成は、これからの法学部の正面きつての目的となろうとしているのである。

憲法教育についてもこの変化は重要である。ある論者は、「法学部においては、特に憲法史や国民主権、象徴天皇制、平和主義という基本原理にかかわる話をはじめ、人権の実体にかかわる話をいわば骨太に扱」うべきだと述べている。また更に、一般教養の「日本国憲法」は「一種の主権者教育」の側面を有しており、その必要性は失われていない、とも述べる。このことは、難しい技術的な、訴訟手続に深く関連する部分は法科大学院等の守備範囲として、学部段階では、より基本的な考え方や原則をしつかり教えるべきだということを指しているのだらうと解せる。しかしもし、法学部で、「高校を出たばかりの学生に対して、もう一回世界的な知識と憲法についての歴史を結びつけて教える、社会現象一般についての関心を養う、そういう広い意味での憲法についての教育が行われる必要」があるとの主張が専ら正しいのだとすれば、一般教育ではない法学部での憲法教育の意義が不明であるばかりか、他の実定法教育から遊離したものが誕生する危惧の念を隠すことができない。それを幾重に重ねるだけでは法学部での法学にはなり得まい。寧ろ、「学部を卒業してすぐ公務員になったり、企業に入る」人への「ある程度の実定憲法の知識」を与えることに意義を認めるべきように思われる。法科大学院に進まない法学部生に対する憲法教育は、訴訟という場面に必ずしも限定されない、法律学としての憲法学の基本部分とすべきであらう。

そして、「比較憲法」は、それを支える実践的なものとしても、仮に「科学」や教養だとしても、学部段階におけ

る憲法の総決算として必要であることに変わりないと筆者は考へる。その際には主要各国の憲法を複合的な比較方法を用いて講義すべきことが、担当者の学問的立場が何れであつても肝要と考へる⁽¹⁷⁸⁾。實際、学生からみて、その立場の違いは大差を生じさせない。寧ろ特定外国憲法や明治憲法に拘る講義が、一般にその目的を問われることにならう。

担当者は、必ずしも当該研究の一部を発表することが求められているのではない。特定国に拘泥しがちな研究を、直輸入的に日本国憲法にストレートに反映させてしまう弊害を除去するためにも、この科目を講義する必要があるものである。ある比較法の著書はカントの言葉も引用しつつ、「この道を選ぶ者は、愚者が数国法を比較すれば、一国法の研究で満足する賢者よりもしばしばよい認識に到達しうることを知っており、そしてこの愚者は、この世に賢者や天才があまりいないことをよく知る人びとである⁽¹⁷⁹⁾」と述べているが、まさに様々の論文・著書⁽¹⁸⁰⁾から各国憲法を学び、各自のまとめ方で講義を行うことがこのような科目においては相応しいことにならう⁽¹⁸¹⁾。

他方、法学部の法曹養成コースでは、「比較憲法」は将来の法科大学院での教育の素養・基礎として学ばれることになる。この目的に供するとしても、法学部の「比較憲法」講義の在るべき姿は実際にはそう変わらないであらう。主要各国の憲法の知識等が偏らず講義されることがやはり肝要であると思われる。しかし学部⁽¹⁸²⁾の法曹養成コースの科目に「比較憲法」がない例もある。この点、法科大学院で「比較憲法」が場違いである分、学部段階で四単位程度、同科目が講義される必要があるように思われる。この科目が法科大学院にない傾向を許容する反面、学部段階ではなお一層の充実を図り、講義担当者がその在り方を再考する必要があるように思えるのである。

ところで、憲法研究者の養成の問題は、従来型の法学研究科修士・博士課程を存置するか、少なくとも修士課程の実定法部分についてはそれを廃止し、法科大学院の上に研究者養成の博士課程を新設するか⁽¹⁸³⁾、に大きく影響されるこ

となろう。日本の憲法学がアメリカでは政治学等が扱う問題を「憲法問題」にしているままであれば、法学研究科修士課程廃止にはまず困難さがある⁽¹⁸⁾。また、アメリカのロー・スクールで専門職業的教育重視の傾向が強まると、比較公法的研究は政治学者が担うものとなったという傾向も強まった⁽¹⁸⁾という。そこで、比較憲法学は統治機構というより政府機構、政治制度一般、例えば行政過程や政党政治の研究にシフトしたことや、統計学的客観的なデータなどを集計する研究が盛んになったこと、これに対して法的な理由付けや法理論の研究は衰退したことが指摘されている⁽¹⁸⁾。このことは、一九八九年以降の国際情勢の変化が生じるまで続いたのである⁽¹⁹⁾が、同じ問題は日本でも今後起きない保障はないのである。

そして、法科大学院が法曹養成に特化せざるを得ないとすれば、法科大学院博士課程だけに委ねて既存の法学研究科での実定法研究者養成をやめるスタイルでは、実際のところ、外国憲法の研究は博士課程、即ち早くても二四歳以降にしかほぼ始まらないことになる。法曹養成、法科大学院の教育においても比較憲法学の成果が必要であると思われる⁽¹⁸⁾とき、また一般にその学問の目的が法曹養成・実務に供する実践的なものと規定できない状況の中では、その専門家の育成は法科大学院とは別に早期に始めてもよい⁽¹⁸⁾と思える。特に有力私立大学は、その特性から、憲法研究者の養成について、既存の法学研究科修士課程でも行う方向を選択するのではないかと思われる⁽¹⁸⁾。

おわりに

「比較憲法」とは何か。この問題は古くて新しい。本稿は、通説的な「科学」志向に疑念を抱いて終わる。そしてそれはさておいても、法科大学院時代を目前に、その目的意識や方法論、講義スタイルまで再考が求められている

ではないか、というのが本稿の主張である。本稿の骨子は、実践としての比較憲法学の勧めではあるが、仮にそうでない立場に立つ研究者へも、せめて各段階の講義での使い分けを勧めるものである。これから、法学関係の制度的な目的が各段階でより一層意識される中で、そのことは十分に意識されねばならなくなるであろう。

ところで、「西欧文化圏社会以外で世界でほぼ唯一、人権と権力分立という価値を建前とし、ともかくある程度それに即した法実践がおこなわれている国が、日本なのである。そのことは、日本の憲法実践をきわめて困難なものにしているが、まさしくその反面として、日本の研究者は、比較憲法学にたずさわるためのきわめて有利な条件を占めているといっているのではないだろうか」という指摘がある⁽¹⁰⁾。だが、「日本の比較法学は、グローバル化に影響を受け、かつ影響を与える(はずの)日本法の置かれた位置と進路を、方法論の妥当性まで遡りつつ、確かめてきたであろうか」との問いかけには答えていない、と別の論者は語っている。このことは比較憲法学についても該当するのはなからうか。日本の憲法学は、日本国憲法の解釈実践のために比較憲法という作業を行うべきであり、その姿がよろしければ、諸外国の憲法学に、まずはその継受の方法、次いでその理論自身が継受されるであろうと思われる。それがささやかでも日本の憲法学の世界的な貢献に繋がると思われるのである。決して「科学」的な憲法学を求めることではない。「比較憲法」の在り方はその研究者の姿勢を示す鏡であろうが、日本国憲法解釈者としての研究者の姿も含めて、自己の全体像がピンボケにならぬよう、我々はよりよき実践を心がけるべきであるまいか。

本稿が取り上げてきた問題は、「比較憲法」という一科目だけに限定的な問題ばかりではない。大きくは、法科大学院時代に向けての実定法学の在り方の変革という問題がここに一部表出したに過ぎない、という読み方も可能であるように思える。広く何らかの示唆を本稿から読み取って戴ければ幸いと思う次第である。

- (1) 多くはもともと「国法学」であった場合が多い。関西大学も例外ではない。石村修「比較憲法学の科学的性格」専修法学論集五三三九頁（一九九一）など参照。
- (2) その講義要項については「別表一」参照。
- (3) 黒田了一『比較憲法論序説』一頁（一九六四）は「わがくにの法律制度は、古代から現代にいたるまで、ほとんどつねに外国からの模倣・継受到に終始した感がある」とし、同書八頁でも同旨を繰り返す一方、同書二頁は「とりわけ、比較法学的方法の格別に重視さるべき憲法学の分野」という表現を用い、特に理由も示さぬまま憲法学の特殊性を強調している。
- (4) 大須賀明ほか編『三省堂憲法辞典』四〇二頁（二〇〇二）「樋口陽一」。
- (5) 例えば、芦部信喜『憲法』（新版補訂版）一五四―一五五頁（二〇〇〇）など参照。
- (6) 比較憲法学の多義性につき、黒田前掲註(3)書一四頁同旨。
- (7) このことが大学法学部における「比較憲法」という科目が何であるかを学生にわかりづらくしている面があることも否めない。二〇〇〇年度Ⅱ吉田栄・君塚担当の同科目の「学生による授業評価」アンケートにおいても、「あまりにも抽象すぎた」、「何が問題なのか、問題点がいまいちはっきりしていません。また、比較憲法はどのような学問で、どのように勉強すればよいかをもう少し教えてもらいたかったです」、「憲法一・二部の高度な憲法学、というイメージをもってしたが、別科目だな、と分かった」、「論点がよくわからない」、「どんな試験になるか不安」、「前期では歴史的な部分でわかりやすかったが、何の問題をしているのか、はっきりわからなかった」、「前期」は話し方や行動などはとても楽しかったのですが、最後のには何のことを話しているのかわからない点が多くありました」などの自由記述があった。「学生による授業評価」アンケートのうち五点満点の評価については「別表二」参照。
- (8) 村田尚紀「比較憲法学の方法と自律性に関する覚書」関大法学論集四四卷四Ⅱ五号二二頁、一一三頁（一九九五）。
- (9) 小林直樹『新版憲法講義上』六二頁（一九八〇）。
- (10) 但し西修「比較憲法学の意義、方法、課題（二・完）」駒大法学部研究紀要四八号一〇五頁、一一一―一二二頁（一九九〇）は、「憲法感情や国民の憲法知識」を比較することは困難であるとして、憲法規範、憲法の運用状況、憲法の成立過程から改廃にいたるまでの当該憲法的全过程、憲法によって立つイデオロギー、の四つを主な比較対象とする。
- (11) 関西大学法学部の例。但し、二〇〇二年度より「憲法一部」は「憲法Ⅰ」「憲法Ⅱ」に、二〇〇三年度より「憲法一部」「

大学における「比較憲法」の存在意義

は「憲法Ⅲ」「憲法Ⅳ」に分割され、それぞれ半期二単位科目となる。なお、「比較憲法」も二〇〇四年度より「比較憲法Ⅰ」「比較憲法Ⅱ」に分割される予定である。

(12) 但し、二〇〇〇年度Ⅱ吉田栄・君塚担当の「比較憲法」において、両担当者との採点には中程度の相関があり、他のリレー講義の例と比較すれば高い相関があることが判明している。(別表三) 参照。

(13) 伊藤満『各国憲法の基礎』序にかえて(一九八〇)。同書が取り上げた国は順に、イギリス、アメリカ、東西ドイツ(旧ドイツを含む)、ベルギー、オランダ、ルクセンブルク、スイス、イタリア、スウェーデン、デンマーク、ノルウェー、ソ連、旧ユーゴスラビア、中国、韓国、ブラジルである。阿部照哉Ⅱ畑博行編『世界の憲法集』(第二版)(一九九八)はややこの傾向を帯びていると言えなくもない。同書が取り上げた国は順に、アメリカ、インド、オーストラリア、オーストリア、カナダ、スウェーデン、スペイン、韓国、中国、デンマーク、ドイツ、フィリピン、ブラジル、ベルギー、ポーランド、ロシアの一八カ国である。

(14) 西前掲註(10)論文一三四頁。

(15) 同右一三五頁。

(16) 伊藤満「比較憲法史のための序曲(二)」創価法学一八卷一号一五頁(一九八八)参照。同論文は、同『近代憲法の源流を探る』(一九九二)の一部となった。

(17) 田村理「おいしいカッスーレをつくりたい!」『フランス革命と財産権』への思い』創文三八八号二〇頁、二四頁(一九九七)。

(18) 同右二六頁。

(19) 同右二〇頁。同文献は、「フランスは、料理と憲法史研究の宝庫だ」で締めくくられる。同上二六頁。

(20) 黒田前掲註(3)書二七頁など参照。

(21) 根井雅弘『ケインズを学ぶ』一一―一二頁(一九九六)は、経済学者ケインズの言葉を引用している。以下の言葉は経済学にのみ当たる言葉ではないであろう。

「経済学の研究には、なんらかの人並外れて高次な専門的資質が必要とされるようには見えない。それは知的見地から言って、哲学や純粋科学などのより高級な部門に比べると、はなはだしく平易な学科ではあるまいか。それなのにすぐれた

経済学者、いな有能な経済学者すら、類まれな存在なのである。平易で、しかもこれに抜きん出た人のきわめて乏しい学科！ こういうパラドックスの説明は、おそらく、経済学の大家はもろもろの資質のまれなる組合せを持ち合わせていなければならぬ、ということのうちに見出されるであろう。そういう人はいくつもの違った方面で高い水準に達しており、めったには見られない才能をかね兼えていなければならない。彼はある程度まで、数学者で、歴史家で、政治家で、哲学者でなければならない。彼は記号も分かるし、言葉も話さなければならない。彼は普遍的な見地から特殊を考察し、抽象と具体とを同じ思考の中で取り扱わなければならない。彼は未来の目的のために、過去に照らして現在を研究しなければならない。人間の性質や制度のどんな部分も、まったく彼の関心の外にあってはならない。彼はその気構えにおいて目的意識に富むと同時に公平無私でなければならない。芸術家のように超然として清廉、しかも時には政治家のように世俗に接近していなければならない。」

なお、君塚正臣「勉強の裏ワザ教えます！—法学・政治学では裏ワザはメビウスの輪の如く」関西大学通信一八二号五面（二〇〇〇）も参照。

(22) 但し、「法学が科学であるのか」と言う設問は、法学者がことのほか好む問題であるが、未だに模範解答はないようである」との指摘があることにも注意を要する。戒能通厚「法科大学院構想と司法改革の課題」法律時報七二巻一号一〇六頁、一〇〇頁（二〇〇〇）。

(23) 石村前掲註（一）論文四〇—四一頁は、「憲法解釈学は、当初から存在している、解釈をなすべき法規範の枠の存在を前提にしているのであり、枠のなかにあるであろうさまざまな解釈の可能性を探求し、これを提示することにある。この限りで、比較法学が探求する、法の一般法則や体系化・類型化の試みと一致するものではない」と述べている。また、杉原泰雄「憲法Ⅰ」八六頁（一九八七）も、「憲法解釈論が歴史的社会的実践としての性格をもっているといっても、それが『憲法典の解釈』『憲法規範の解釈』という形態をとって行われることに注意すべきであろう。憲法典・憲法規範から正当化しえないむき出しの、歴史的、社会的、または政治的な主張は、歴史的、社会的、または政治的な実践ではあっても、憲法解釈論ではない。憲法解釈論は、そのような『枠』をもった実践であり、相対立する解釈論のうちでいずれが正しいかは、いずれが法典・法文に忠実であるかによって決定すべきだ」という約束を前提としている実践だということである」と述べている。更に、橋本誠一「帝国憲法の再検討—比較憲法史的考察を手がかりに」静岡大法経研究四二巻二号一九三頁、二三四頁（一九

九四)は、日本法制史学の立場から、明治憲法下での「正統憲法学説を巡る論争に関連して、「憲法解釈論はどの程度の幅をもって解釈することが許されるのか、憲法解釈の限界はどこにあるのか、という点から考えてみたい。私見では、憲法解釈の最終的な限界は立憲主義に求められるべきである」から、「憲法解釈学説がかかる憲法の存在理由を否定することは解釈学説の自己否定を意味するものであって、もはや解釈の限界を超えるものである」と結論付けている。

- (24) 阿部照哉編『比較憲法入門』四頁(一九九四)「阿部」。
- (25) 同右五一六頁「阿部」参照。
- (26) 小嶋和司『憲法概説』三六頁(一九八七)は、慎重にも「比較憲法学」と「一般憲法学」を分けている。
- (27) 村田前掲註(8)論文一一四—一一五頁参照。
- (28) 影山日出弥『現代憲法学の理論』三四頁(一九六七)、長谷川正安『新版憲法学の方法』一五九頁(一九六八)、黒田前掲註(3)書二七頁など参照。
- (29) 鈴木安蔵『比較憲法史』一九頁(一九五二)。同上二頁は、「階級的社会—すなわち国家機関・最高最強の階級的権力機関が存在して、その社会を統制する政治社会—が成立し存続するためには、成文であると不文であるとを問わず、何らかの統一的な秩序維持のための階級的権力的規範が存在しなければならぬ」と述べている。
- (30) 吉田善明『現代比較憲法論』(改訂版)一九頁(一九九六)。
- (31) 阿部照哉ほか編『憲法(一)』(第三版)一一〇頁(一九九五)「山下健次」。
- (32) 同右一二四頁「山下」。
- (33) 樋口陽一『比較憲法』(第三版)三頁(一九九二)。
- (34) 同右四頁。
- (35) 同右二八頁。
- (36) 同右二八—二九頁。
- (37) 同右二九頁。
- (38) 同右四—五頁。
- (39) 同右五一頁。

- (40) 樋口の立場については、樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』(一九七三)、同「比較憲法論的に見た日本国憲法」ジュリスト六三八号六五頁(一九七七)、同「権力・個人・憲法学―フランス憲法研究」(一九八九)、同「人権の宣言から裁判的保障へ」ジュリスト九三七号一五頁(一九八九)、同「フランス革命と近代憲法」法律時報六一巻八号二頁(一九八九)、同「比較憲法学から見た『東西』と『南北』」駿河台大比較法文化創刊号四九頁(一九九三)、同「近代国民国家の憲法構造」(一九九四)、同「近代憲法にのつての論理と価値」(一九九四)、同「憲法と国家―同時代を問う」(一九九九)、同「近代理性主義擁護の最後のモヒカン」?」法律時報七三巻一号一三頁(二〇〇一)なども参照。
- (41) 阿部編前掲註(24)書一三頁「阿部」。
- (42) 例えば、「第一部 国家と憲法の基本理論」「第二部 実定憲法理論」に分割した阪本昌成『憲法理論Ⅲ』〔補訂第三版〕(二〇〇〇)はこのような立場に立っているように思われる。このような例は多い。
- (43) 石村前掲註(一)論文四二頁。
- (44) 西修「比較憲法学の意義、方法、課題(一)」駒大法学論集四〇号九三頁、一一四頁(一九九〇)。
- (45) 樋口前掲註(33)書はしがき四頁。
- (46) 同右はしがき五頁。
- (47) 樋口陽一「比較のなかの日本国憲法」(一九七九)は、主に独仏の憲法情勢を引用して日本の当時の政府・最高裁を批判する色彩が強い。
- (48) 樋口前掲註(33)書五一頁。
- (49) 同右五二頁。このことは同書五七頁以下で明らかになる。その冒頭の、「ひろく憲法史を見わたして、一七八九年宣言ほど、後世に近代立憲主義のシンボルとして影響をもちつづけてきているものはないといってよからう」という一文は特に象徴的である。
- (50) このような直線的発展という観方に注意を要することを指摘した、君塚正臣「二八・一九世紀的人権」再考「東海大学文明研究所紀要一九号五一頁(一九九九)も参照。
- (51) 杉原泰雄『憲法の歴史』(一九九六)。これらと比べて英米についての記述は非常に少ない。なお、同「比較憲法史をどう描くか」比較憲法史研究会編『憲法の歴史と比較』二頁、七頁別表一(一九九八)は、「近代における三類型」として「近代における「比較憲法」の存在意義

代立憲主義型」「外見的立憲主義型」「民衆の憲法思想」を取り上げており、現代立憲主義型と社会主義型に繋がるものは第三類型の中に包含され、両者は相対化されているように見える。

(52) 阿部編前掲註(24)書も、英米独仏の四方国を対象国として選抜している。また、樋口陽一「吉田善明編『世界憲法集』第四版」(二〇〇二)は一〇カ国(ほかにカナダ、スイス、イタリヤ、中国、韓国、ロシア)を選抜している。

(53) 高見勝利「書評」国家学会雑誌九二巻九一〇号一二六頁、一二七頁(一九七九)も樋口前掲註(33)書初版(一九七七)に対して同様の疑問を示している。この点につき、西前掲註(44)論文一〇三頁も参照。

(54) 黒田前掲註(3)書一九頁。

(55) 同右二〇頁。

(56) 長谷川正安「比較憲法について」法律時報四九巻七号三四二頁、三四四頁(一九七七)。

(57) 村田前掲註(8)論文二二六頁も、「比較を自己目的化してはならないとすれば、憲法の比較もいわば通過点となるはずで、つまるところ個別憲法の科学的認識が比較の仕える窮極の目的となるであろう。重要なことは、比較によって発見された側面やその姿態をと憲法現象の他の側面との関係において位置づけることである」と述べ、個別憲法学のために比較憲法学がなされることを認めている。但しここでは個別憲法学も「科学」である点、注意が必要である。

(58) 「往々にして比較方法は、多少とも勿体ぶつてだが、物理学や生物学の科学的方法になぞらえられてきた。」ハワード・J・ウィーアルダ「大木啓介訳」『入門比較政治学』一八頁(二〇〇〇)。

(59) この議論は憲法学だけのものではない。川島武宜『科学としての法律学』とその発展(一九八七)、平井宜雄『法律学基礎論覚書』(一九八八)、同「判例研究方法論の再検討(二一三・完)」ジュリスト九五号六一頁、九六〇号四一頁、九六二号一三六頁(一九九〇)、同『統・法律学基礎論覚書』(一九九二)、同「星野英一ほか「ミニ・シンポジウム法解釈論と法学教育」ジュリスト九四〇号一四頁(一九八九)、星野「議論」と法学教育(二一四・完)」ジュリスト九四〇号七〇頁、九四一号一〇頁、九四二号五四頁、九四三号四六頁(一九八九)、「特集・法社会学的法律学の可能性」ジュリスト一〇一〇号一一頁(一九九二)、山下正男編『法的思考の研究』(一九九三)、能見善久ほか「シンポジウム・転換期の民法学」私法六〇号三頁(一九九八)なども参照。

(60) 内野正幸「憲法学の性格」樋口陽一編『講座憲法学1』一一頁、一七頁(一九九五)。

(61) 同右一七―一八頁。

(62) 同右一八頁。

(63) 大木雅夫『比較法講義』はしがき四頁(一九九二)は、「完成とか絶対とか權威というものは此岸になく、とくに学問の世界にはないとわたしは信じている」と述べている。

(64) ウィーアルダ前掲註(58)書一九頁。同書は、「科学が『整然とした知識体系』として定義できるとするならば、比較政治学も確実に科学」であるものの、一部の研究者が「まるごと量化して数学化しようと試みたり、普遍法則を見出そうとする探求に乗り出したりしてきたが、この種の探求は時には挫折感を引き起こしがちだった」とも述べる。同上同頁。

(65) この点で、内野前掲註(60)論文は以下のような指摘もしており、興味深い。

「第一に、憲法解釈であれ憲法科学であれ、学問的命題の良否の判定は、命題外の諸事情(主張者の動機)によってよりも、それ以上に、(結実して客観化された)命題そのものに即して行われる必要がある。このような判定のための基準としては、私なりの言い方をすれば、学問共同体の成員すなわちその分野を専攻する研究者(や学生など)にとって、より説得力のある説明の体系(ないし物語)を提示しえているかどうか、という点をあげることができよう。

第二に、憲法解釈か憲法科学かで程度の差を語りうるにしても、いずれの学問的主張も、その及ぼす社会的な機能や効果(付随的効果だけでなく本来的效果をも含む)が問題にされる(その一環としては、憲法学は、脱イデオロギー性を標榜する場合であってもイデオロギー的機能を果たしうる、という点も指摘しうる)」。同上二四頁。

「第三に、いずれの学問的主張であっても、その背後にある当該憲法学者の政治的立場などが、一定の重要な位置を占めてくることがある。」同上同頁。

「以上の三つの点にたい対応させていえば、一般に、学問的命題に対して、その真偽や当否などを批判しようとする場合、次の三つのやり方が考えられる。第一は、学問的命題そのものに着目して行われる批判である。それは、内在的批判(ないしは命題内的批判)とよぶことができよう(念のためにいえば、そこには分析判断だけでなく経験判断も含まれる)。

第二は、学問的命題がもたらす(もしくは、もたらしうる)効果や機能に着目して行われる批判である。それは、機能的批判とよぶことができよう。第三は、学問的命題が形成された経緯や背景(当該命題の主張者の人物的特性、主張の動機、きっかけなど)に着目して、いわば知識社会学的に行われる批判である。それは、背景的批判とよぶことができよう。「同

上二五頁。

そして「憲法科学の場合も、方法論（マルクス主義的かどうかなど）やテーマの選択などの点で、イデオロギー的要素が絡んできやすい。」同上二六頁。

なお、内野正幸『憲法解釈の論理と体系』四頁（一九九一）は、「科学とは何かについては、科学観の違いなどに応じて種々の答えがありうるが（私としては一応、科学イコール経験科学として捉えておきたい）、学問については、それは科学より広い言葉であって、一応『何らかの主題について、概念を用いて論理的に組織された判断・推論の体系』を意味する、と説明することができよう。憲法解釈学という場合の『学』とは、まさに学問の意味であって、ただちに科学を内実とするものではない、というべきであろう」と述べている。なおこの点への批判として、長谷部恭男『比較不能な価値の迷路』一六五頁（二〇〇〇）も参照。

(66) カール・R・ポパー〔藤本隆志ほか訳〕『推測と反駁』六三三頁（一九八〇）。

(67) 真淵勝ほか『はじめて出会う政治学』五五頁（一九九七）も、「政治学は、広くいうと社会科学という学問に含まれる。

さて、科学という絶対の真理を探究する学問のように思われるが、実は社会科学において最も重要な作法は、自分がこうだと思つた説を、他の人に反証できるような仕方ですめすことである。それに反する証拠が出たらその説を撤回するという態度が大事なのである」と述べている。

(68) 長谷川前掲註(56)論文三四三頁。但し、同論文は、「ある外国憲法研究者にとって、その特定国の選択はまったく偶然の事情による」が、基準をあくまでも日本国憲法に置く研究や、このような「方法による限り、憲法学界における外国憲法研究のバランスのとれた発展は、のぞむことができないであろう」として、これらに必ずしも好意的ではない。同上三四四頁。

(69) 比較法一般に関して、大木前掲註(63)書一〇一頁参照。

(70) 西前掲註(10)論文一三五頁。

(71) 例えば、斎藤憲司「イギリス憲法の旧植民地諸国憲法への伝播」レファレンス三五卷九号三九頁、六八頁（一九八五）は、「イギリス憲法の理念は、その特徴である不文性及び憲法という性質が旧植民地諸国では成文化され硬性化されながらも、今も生きつづけている」との結論を引き出して終わっている。

(72) 大木前掲註(63)書一〇二頁参照。

- (73) 田村前掲註(17)文獻二五頁は、「日本の憲法理論と外国憲法史・理論は、食文化同様、違ってしかるべき」であり、「その『違和感』が『比較憲法学』を豊かにする」ので、まずは「日本の解釈論的基準はひとまずおいて、その国の憲法史・理論に没頭すべき」であり、それができて「ようやく外国憲法史・理論が日本の憲法解釈学に役に立つ」と述べている。
- (74) 梶幸雄「比較憲法の方法について」大妻女子大学文学部紀要七号六三頁、六四頁(一九七五)。
- (75) 黒田前掲註(3)書一八一―一九頁。
- (76) 古くは、美濃部達吉『米國憲法概論』序一頁(一九四七)の、「我が新憲法の制定実施に依り民主主義が新に我が憲法の基礎を為すに至つたのに伴ひ」本書を再版したという言明もある。
- (77) 小嶋前掲註(26)書三六一―三七頁。
- (78) 中村民雄「論文紹介・アメリカにおける比較憲法の可能性と方法―Mark Tushnet, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, 108 YALE L. J. 1225-1309 (1999)」アメリカ法「二〇〇〇―」九五頁は「日本においては」「アメリカ憲法との比較を頻繁に行い、あるいはヨーロッパ諸国の憲法との比較も適宜行つて解釈論を展開する方法が一つの方法として定着している」と述べ、日本国憲法の解釈のための比較憲法という立場を提示している。
- (79) 但し、梶前掲註(74)論文六三頁は、このような分類のいくつかは無用になっており、「機能」即ち「憲法現象」に着目した分類が必要であると述べている。
- (80) 松井茂記『日本国憲法』二九頁(一九九九)。同「憲法訴訟論への展望」ジュリスト八八〇号一一九頁(一九八七)なども参照。
- (81) 市川正人「アメリカ憲法研究の五〇年」法律時報六七卷一二号六頁、七頁(一九九五)。同論文が「こうした研究姿勢」に立つとして挙げているものは、芦部信喜『憲法訴訟の理論』(一九七三)、佐藤幸治『現代国家と司法権』(一九八八)、戸松秀典『平等原則と司法審査』八頁(一九九〇)、野坂泰司「司法権の本質」論について、杉原泰雄「樋口陽一編『論争憲法学』二八九頁(一九九四)などである。これらに対する批判としては、奥平康弘「憲法裁判の軌跡と理論」法セミ増刊『憲法訴訟』二〇頁(一九八三)、小林直樹「憲法保障と裁判所」法セミ増刊『現代の裁判』三一頁、三九頁(一九八四)、長谷川正安「憲法判例の研究」法律時報五七卷六号二三頁(一九八五)、小林武「憲法訴訟の現状」法の科学一四号一〇五頁、一一六頁(一九八六)、同「これからの憲法訴訟と憲法学」法律時報七三卷一四号三頁(二〇〇二)、大久保史郎「司法

大学における「比較憲法」の存在意義

審査制と人権保障」法律時報五八卷六号五二頁（一九八六）、浦部法穂「憲法訴訟論」同六〇頁、戸波江二「司法権・違憲審査制の五〇年」法律時報六六卷六号八五頁、八七―八八頁（一九九四）、右崎正博「戦後日本憲法學とアメリカ憲法訴訟論研究」樋口陽一編『講座憲法學別巻』一三頁、二六頁以下（一九九五）などがある。

(82) 市川同右七頁。

(83) 同右八頁。

(84) 村田前掲註(8)論文一三〇頁注46は同旨か。

(85) 長谷川前掲註(56)論文三四三頁。黒田前掲註(3)書一七頁も同旨。

(86) 樋口前掲註(33)書八―九頁参照。この例は樋口前掲註47)書二―三頁にも見られる。石村前掲註(1)論文四三頁、黒田前掲註(3)書三二頁注1、村田前掲註(8)論文二二四頁、吉田前掲註(30)書一九頁などもこれを悪例として引用している。

(87) 村田前掲註(8)論文一―五頁。

(88) 黒田前掲註(3)書三〇頁参照。

(89) 木下毅『比較法文化論』二―三頁（一九九九）。

(90) 同右三頁。同様に法社会学の場合もそのような傾向を有する場合がある。六本佳平『法社会学』二頁（一九八六）は「法社会学」を定義して、「法システムを構成する個々の法規範ないし法機構の在り方およびその作動過程について、社会ないし社会的諸因子との関連で経験科学的に研究し、それを通して、法システムの性質および社会的意義に関する理解を進めようとする学問」とした。同書五頁は、法という「特殊な秩序装置そのものに共通の、特有の性質を探るということをも、課題としている」と述べている。

(91) 木間正道ほか『現代中国法入門』はしがき三頁（一九九八）は、「われわれのねらいは、法を切り口として、中国社会をみることに、または中国社会を素材として、西洋近代法ではわりきれない、法についての別の存在様式を提供することにもある」とする。但し、同書はしがき四頁は、一般的な外国法の研究の目的について、「第一に渉外的法実務の需要に應えること、第二に自国の法の解釈や立法のために参考資料や示唆を供すること、第三が地域研究の一環として法的な側面からアプローチすることである」としており、中国法研究は他の外国法の場合と力点の違いがあるとする。

(92) 大木前掲註(63)書六八頁参照。

(93) 同右七五頁参照。

(94) 同右同頁。

(95) 同右七六頁。

(96) 同右同頁。

(97) 同右七七頁。

(98) 同右七八頁。

(99) 同右七九頁。

(100) 同右八〇頁。「この共通法は、それ自体を確認するための枠が広範に設定されなければ、得られた共通法の普遍性を主張し難いが、その枠が広範であればあるほど、共通法は抽象的なものとなって、法規範たる性格が失われうる。」

(101) 同右八二頁。

(102) 特に条約の解釈に関する同右八七頁の記述を参照。

(103) 田島裕『イギリス法入門』はしがき二頁（一九九一）は、「イギリス法に注目する意義は、学問上だけでなく実務上もきわめて大きい。本書が、これからイギリス法を学ぼうとする人たち」などの「便利なガイドブックとして利用していただければ、筆者の望外の喜びである」と述べる。また、村上淳一・ハンス・ペーター・マルチュケ『ドイツ法入門』（改訂第四版）はしがき二頁（二〇〇〇）は、「日本法と西ドイツ法の間には、実はさまざまな相違がある。基本的な類似にもかかわらず多くの違いがあるからこそ、日本法を学ぶ者にとって、西ドイツ法の概観から得られる示唆は少なくないと思われる」と述べる。なおこれは、一九八八年一月に書かれた、『西ドイツ法入門』への「初版はしがき」である。

(104) 田中英夫『英米法と日本法』三二〇頁（一九八八）。

(105) 戒能通厚・広渡清吾『外国法』三三五頁（一九九一）「広渡」。

(106) 更に、田中前掲註(104)書三二八―三二九頁は、「間に合せ的に『役に立つ』研究でない研究」がなされることを強く主張するが、それは「こういう研究の上に立つてこそ、初めて、アメリカ法の教訓を立法や判例を通じてわが国の法形成に真に活かしうる」からだとも述べている。このほか、宇賀克也『アメリカ行政法』（第二版）はしがき四頁（二〇〇〇）も、「日本の行政改革の検討に際して、なんらかの示唆を与えることができれば幸いである」とする。

大学における「比較憲法」の存在意義

- (107) 大村敦志『民法総論』九四頁(二〇〇一)。以下、「もちろん、その延長線上に立法論の主張が出てくる」と続く。同書は「比較対象とする外国法と日本法の双方をともに理解できる上位のメタ・モデルを構築する」際にも、それが「日本法を強く意識した外国法研究の過程で獲得される」ということを強調してやまない。同上103頁。
- (108) 山本敬三『民法講義I』二七頁(二〇〇一)。
- (109) 同右二七―二八頁。
- (110) 同右二八頁。大村敦志『基本民法I』六頁(二〇〇一)の述べるように、フランス法のほか、英米法の影響もある。特に、明治民法は旧民法がそのまま採用された部分も多く、その三人の起草者のうち穂積陳重を除く梅謙次郎、富井政章がフランス留学の経験者であったこともあり、フランス法の影響も強い。内田貴『民法I』(第二版)二五頁(一九九九)。
- (111) 大村敦志『法典・教育・民法学』一六一―一六五頁(一九九九)。同書一六九頁は、「展望」として、「日韓両国の法・法学の経験は、異法文化の接触に関する大きな例を付け加える」という意義を付け加えている。
- (112) 「比較政治」という学問が学界で市民権を認められ、大学に講座を設けられるようになるのは、せいぜい一九五〇年代の後半」で、「きわめて新しいことである。河合秀和『比較政治・入門』(改訂版)一八頁(二〇〇〇)。西川知一編『比較政治の分析枠組』(一九八六)なども参照。
- (113) 小野耕二『比較政治』七頁(二〇〇一)。
- (114) 同右書は、この点で目的が明確ではないが、構成から見てこの傾向が強い。また、特に発展途上国の研究などについてはそうであろう。武田康裕『民主化の比較政治』はしがき一頁(二〇〇一)が、「本書のねらいは、個々の東アジア諸国における体制変動の特殊性を発見することではなく、あくまで体制変動過程の一般化にある」と述べているのは好例である。更に、研究の前提となる知識の提供を目的とする著書の場合、対象国は比較的網羅的になる。飯坂良明ほか編『世界政治ハンドブック』(一九八二)など参照。
- (115) ジョヴァンニ・サルトリー(岡沢憲美監訳)『比較政治学』まえがき一頁(二〇〇〇)。
- (116) 同右一五七頁以下。二〇〇頁からは議院内閣制の問題を論じており、同書の提言が単にアメリカにだけ向けられているわけではないことも確かである。
- (117) 建林正彦「合理的選択制度論と日本政治研究」法学論叢一三七卷三号六三頁、六四頁(一九九五)。同論文は、「今後望ま

れることは、比較の視点を広げていくことである。日本政治研究には、制度研究の良い蓄積がある。これを利用してつづ検証可能な比較論の中に日本政治を捉えることによって、政治学全体への理論的なフィードバックが可能になるのではないかと思われる」と結ぶ。同上八三頁。

(118) ウィーアルダ前掲註(58)書一六頁。但し同書は同時に、知的好奇心のためとか、各国変化の予測のためなどの目的も挙げている。河合前掲註(112)書一八一―一九頁同旨。但し同書一九八頁は、日本を「比較政治研究のいわば実験室のような国」として、いくつかの国と並べて取り上げている。

(119) 田口富久治Ⅱ中谷義和編『新版比較政治制度論』五一―六頁(一九九九)「田口」。

(120) 田上讓治『比較憲法』六頁(一九五〇)。

(121) 樋口前掲註(33)書はしがき一頁。

(122) 同右はしがき五頁。田口Ⅱ中谷編前掲註(119)書八頁「田口」は、この方法論に親近感を示している。

(123) 吉田前掲註(30)書一頁。実際の比較対象もほぼ英米独仏である。

(124) 西前掲註(10)論文一一四頁。

(125) 同右一一五頁。

(126) 大木前掲註(63)書九六頁。

(127) 同右一一三頁は、「資本主義法と社会主義法の比較を全面的に否定する者はいない」が、契約不履行の損害額の算定などの方法は、東側諸国では適用されず、「いずれの解決が良いかと問うことは、まったく無意味なことである」とする。

(128) 長谷川前掲註(56)論文三四二―三四三頁。

(129) 同右三四五頁。同論文は日本の社会主義憲法研究者が「対象に同情的になって、その欠陥まで擁護しがちになる」とも指摘している。同上同頁。また同論文は、勿論西欧諸国の憲法研究を不要だと言っているわけではない。しかしその観点は、「日本の憲法が資本主義国家の憲法であり、現在当面している困難な憲法問題の多くが、国家独占資本主義といわれる資本主義のあり方に関係しているとすれば、同じ国家独占資本主義の国家の憲法研究が、日本の憲法研究にも多くの示唆を与えてくれると考えられる」からだとするものである。同上同頁。石村前掲註(1)論文五六―五七頁も参照。

(130) 村田前掲註(8)論文一一九頁。

大学における「比較憲法」の存在意義

- (131) 同右一一一頁。
- (132) 黒田前掲註(3)書三六頁。
- (133) 大西邦敏『比較憲法の基本問題』一四一—一五頁(一九六八)。なお、大西比較憲法学への過剰なまでの擁護論として、小林昭三「比較憲法学—大西邦敏流」早稲田政治経済学雑誌三二七号一頁(一九九六)がある。
- (134) 黒田前掲註(3)書三九頁。
- (135) 阿部編前掲註(24)書一三頁「阿部」参照。なお村田前掲註(8)論文一一七頁は、これはおそらくはゲツェウイチの影響による分類であると指摘する。吉田前掲註(30)書一〇頁は、「比較憲法学とは諸外国の憲法現象を歴史的發展状況にそって機能(政治学)的に検討する諸外国の憲法の比較研究である」と定義し、第一の現象的方法は含めていない。
- (136) 中村前掲註(78)文献九八頁。また、ややもすれば、「それまでの邦語文献を読んでも分る」のに、「『六法全書と英和辞典があれば英米法は分る』式の過ち」を犯す危険もある。田中前掲註(104)書三二五頁参照。
- (137) 西前掲註(10)論文一一五頁。
- (138) 特に黒田前掲註(3)書三七頁は、「上部構造と下部構造との相互関係における機能的意味を的確に把握しつつ、歴史的・發展的・機能的に比較考察を行うのでなければ、真の比較憲法学とは称しえないであろう」とすら述べる。しかし、中村前掲註(78)文献九五頁は、「日本では、比較憲法(あるいは比較法一般)の方法論は深められなまま、機能的比較の方法が主として採られてきた」と指摘している。
- (139) 黒田前掲註(3)書三九頁のいう「法社会学的・法政策的」方法もこれに該当しようか。
- (140) *See*, M. CAPPELLETTI & W. COHEN, *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW*, 1979.
- (141) 大木前掲註(63)書九六頁。同書は更だ、「この方法により、「大陸法とコモン・ローを架橋した」し、「資本主義法と社会主義法との間にある障壁に突破口を開いたのもそれである」などとしながらも、「しかしこの点を強調しすぎるならば、比較の対象を限定しようとしてきた過去の努力を無に帰する恐れがあり、かつての文明人類共通法の理想に舞い戻る危険がある」と指摘している。同上九九頁。
- (142) 中村前掲註(78)文献九七頁。
- (143) 田上前掲註(120)書は歴史的考察を第一義としている。同上二一九八頁参照。ましてや題名がそのような著書の場合はそ

うである。鈴木前掲註(29)書二三頁は、「歴史上に存在した諸憲法、現に諸国において行なわれている憲法について、その史的過程を比較的に研究し、そこに一定の社会法則を探索し、また諸憲法のそれぞれの特質―共通性とともに独自性を―解明することを目的とする」とする。

(144) 吉田前掲註(30)書二八頁など参照。ここにも、なぜ比較を行うのかという実践的意図が見えるように思われる。

(145) 中村前掲註(78)文献九八―九九頁。

(146) 大木前掲註(63)書八二―八三頁同旨か。

(147) 中村前掲註(78)文献九九頁。これには、Jusinetは、それはコモン・ロー法律家が内外の先例・典籍に関する自分の知識に頼って法を形成してきたのと同様であって、この方法も法律家の素養として正当化できる、と反論している。同上同頁参照。しかし、紹介者は、コモン・ロー法律家の教養はコモン・ロー圏の法的教養に偏っていたのであって、他の法圏との比較憲法の方法としての正当性は立証し尽くしていないのではないかと、と批判している。同上―〇〇頁。

(148) 田中前掲註(104)書三三〇頁。

(149) 西前掲註(10)論文一一八―一二二頁参照。

(150) 矢崎光圀「法思想と慣行的文脈」阪大法学一四二―一四二号一頁、三一五頁(一九八七)参照。

(151) 樋口前掲註(33)書五七頁以下、杉原前掲註(23)書一七頁以下、同前掲註(51)書三〇頁以下など参照。

(152) ジュリスト二二〇八号一八五頁〔以下、前掲註(152)意見書、と引用〕、二二四頁以下(二〇〇二)、月刊司法改革二二号四頁、六八頁以下(二〇〇二)など参照。なお中間報告については、ジュリスト一九九一年一四三頁(一九九九)参照。

(153) 前掲註(152)意見書二一四頁。

(154) 同右二一六頁。

(155) 同右同頁。また、山田剛志『法科大学院』(二〇〇二)、財団法人日本法律家協会法曹養成問題委員会「法科大学院における教育の在り方についての中間まとめ」ジュリスト二二三二号二七頁(二〇〇二)も参照。

(156) 常本照樹⇨木下智史「法科大学院構想と憲法教育」法律時報七二卷八号一〇頁、一一頁(二〇〇〇)〔常本〕。

(157) 宮川光治「プロフェッショナル法学教育の創造」月刊司法改革二二号六四頁、六六頁(二〇〇二)。

(158) 佐藤幸治「憲法学の現状」日本弁護士連合会編『現代法律実務の諸問題上(平成二年版)』三頁、一四頁(一九九二)。

大学における「比較憲法」の存在意義

- (159) 批判と反論につき、同右一六一―一七頁参照。また、同「法学教育と学部・大学院改革」三省堂ぶっくれっと九五号三〇頁(一九九一)も参照。
- (160) 常本Ⅱ木下前掲註(156)文献一〇頁「常本」。また、対談の中では、常本が法科大学院での憲法訴訟論教育に肯定的であるのに対して、木下は否定的である。同上―一四―一五頁参照。
- (161) 宮川前掲註(157)論文六七頁。同「法科大学院のコア・カリキュラムと教育方法」月刊司法改革一九号四五頁、四六頁(二〇〇一)も参照。
- (162) 宮澤節生「法科大学院は法学部のために作るのか」月刊司法改革三三号七頁、一〇頁資料一及び一頁資料二(二〇〇一)など参照。
- (163) 法科大学院(仮称)構想に関する検討会議「法科大学院(仮称)構想に関する検討のまとめ」ジュリスト一一八八号一〇四頁、一〇三一―一〇二頁(二〇〇〇)参照。報告日は二〇〇〇年一〇月六日である。
- (164) 法科大学院の教育内容・方法等に関する研究会「法科大学院の教育内容・方法等に関する中間まとめ骨子(案)」法律時報七四巻一号六六頁、六九―七〇頁(二〇〇二)参照。報告日は二〇〇一年一月二二日である。
- (165) 「法科大学院を通じた法曹養成のシステム構想―法科大学院構想に関する中央大学ワーキング・グループ試案」ジュリスト一一七七八号一二七頁〔以下、中大案前掲註(165)文献、と引用〕、二二―二二〇頁(二〇〇〇)、北海道大学大学院法学研究科法科大学院問題ワーキング・グループ「二一世紀の新たな法曹養成制度と法学教育の構築を目指して」ジュリスト一一八一号九三頁、八七―八四頁(二〇〇〇)、立教大学法学部学部・大学院改革具体化委員会ワーキンググループ「法学部教育と法曹養成の連続と不連続」ジュリスト一一八四号一五五頁、一五四―一五三頁(二〇〇〇)、「筑波大学社会人大学院企業法学専攻(東京地区)における法科大学院構想」ジュリスト一一八九号二二二頁(二〇〇〇)、甲斐克則「広島大学法科大学院の現時のグランドデザイン」月刊司法改革一八号一四頁、一七頁表(二〇〇一)など参照。須網隆夫ほか「ロースクールの〇と×」法学セミナー五六八号一頁、一八頁表(二〇〇二)の上智大学案も参照。このことは法学部を有さない法科大学院の場合でも示唆されている。青柳幸一「横浜国立大学の地域連携型法科大学院構想」月刊司法改革二〇号一〇頁(二〇〇一)参照。そのほか、「特集・法曹教育と法学教育」ジュリスト一一六八号四五頁以下(一九九九)、ジュリスト一一九八号臨時増刊『司法改革と国民参加』二四九頁以下(二〇〇一)に各大学の取組みなど。

(166) 「法科大学院のあり方と関西大学法科大学院(仮称)構想」ジュリスト一八号一〇五頁(二〇〇〇)、孝忠延夫「法曹養成制度改革論議と法学教育」関西大学論集五〇巻五号七三頁(二〇〇〇)、大和正史「関西大学の法科大学院構想」受験新報五一巻一〇号五八頁(二〇〇〇)など参照。第三のものが現況をよく現している。

(167) 但し、国家と憲法の一般の問題を取り扱う、基礎法科目としての「比較憲法」改め「国法学」のような在り方はない。しかしそれが法科大学院の目的からしてここに必須のものかは疑わしい。

(168) 前掲註(152)意見書二二七頁。

(169) 同右二二八頁。

(170) いわゆる法曹コースを学部高学年に導入する流れが私立大学にはある。例えば、伊藤進「明大の法曹養成教育と法科大学院構想の骨子について」ジュリスト一七三三号一六五頁、一六四—一六三頁(二〇〇〇)、中大案前掲註(165)文献一四—一三三頁など参照。甲斐前掲註(165)論文一五頁も参照。関西大学の場合、入試改革(及び第一学年からのコース制導入も視野に)も必要である。

(171) 但し、多くの案が旧弊に捕われていると批判する、西村稔「岡山大学法学部の法科大学院構想」月刊司法改革二二号二二頁、一五頁(二〇〇〇)も参照。

(172) 大久保史郎「法科大学院構想と法学教育の課題」法律時報七二巻八号四頁、七頁(二〇〇〇)同旨。また、浜川清「公法学と法曹養成問題」法律時報七二巻一〇号四六頁、四八頁(二〇〇〇)も参照。磯村保ほか「鼎談・法曹養成・法学人口」ジュリスト二〇八号二六頁、五七頁(二〇〇〇)「磯村発言」は、「法学部を卒業してジェネラリストになる学部生に教える内容と、法科大学院への進学を希望するような学部生に教える内容とは、やはり違ってくる」とするが、「ただ法学部生の多くが、最初は法科大学院を目指すということになると、学部段階で二層化したときのモチベーションの問題がある」とする。

(173) 常本Ⅱ木下前掲註(156)文献一〇頁「常本」。

(174) 同右一三頁「木下」。

(175) とくで、同右同頁「木下」は、「法曹とならない法学部卒業生にとっても、国家機関の活動を憲法の観点から批判的に検証し得る程度の法的素養は」「必要ではないか」と述べているが、これが一般教養として全学部生に必要な「主権者教育」

大学における「比較憲法」の存在意義

とどのように異なるかは不明である。區別が不能なとき、法学部不要論に歩を進める危険があることに注意が必要である。

(176) 同右同頁「木下」。その主張の前提は、小中高校の「先生方が政治的に争いのある問題を避ける」などのため、学生が「憲法について、非常に嫌悪感というか、苦手意識をもって入って」くることにある、とする。だが、法学部生については異論がある。憲法に異和感があるのは、義務教育以来、一部教員と一部政治家・官僚らが憲法の問題を過度に政治的に捉えようとするため、法解釈学をここで学ぼうとする学生が疲弊してしまうからである。

(177) 同右一六頁「常本発言」。

(178) このほか、「比較憲法」を廃止して、「憲法」を二単位とすることなども考えられる。この場合、比較憲法学の成果は通常の「憲法」の講義の中で語られることになる。

(179) 大木前掲註(63)書一九頁。

(180) 引用したもののほか、児玉誠『イギリス憲法の研究』(一九八八)、元山健Ⅱキース・D・ユイニング『イギリス憲法概説』(一九九九)、参議院憲法調査会事務局『イギリス憲法概要』(二〇〇一)、T・I・エマソンⅡ木下毅『現代アメリカ憲法』(一九七八)、松井茂記『アメリカ憲法入門』(第四版) (二〇〇〇)、憲法訴訟研究会Ⅱ芦部信喜編『アメリカ憲法判例』(一九九八)、上山安敏『憲法社会史』(一九七七)、ボード・ピエロートⅡベルンハルト・シュリンク〔永田秀樹Ⅱ松本和彦Ⅱ倉田原志訳〕『現代ドイツ基本権』(二〇〇二)、初宿正典Ⅱ高田敏編訳『ドイツ憲法集』(一九九四)、ドイツ憲法判例研究会『ドイツの憲法判例』(一九九六)、同『ドイツの最新憲法判例』(一九九九)、宇都宮静男『フランスの憲法制度』(改訂版) (一九八三)、モリス・デュヴェルジェ〔時本義昭訳〕『フランス憲法史』(一九九五)など。邦語によるフランスの憲法院裁決集・解説の刊行が望まれる。

このほかに、伊藤満『中南欧諸国の憲法』(一九九七)、井口文男『イタリヤ憲法史』(一九九八)、黒田清彦『スペイン憲法二〇〇年』南山法学二三卷一Ⅱ二頁(一九九九)、吉川智『スペインの憲法』産大法學一五卷四号二三頁(一九八二)同「ルウェー王国憲法とその特徴について」国士館大日本政教研究所紀要三三号五九頁(一九八九)、渡辺久丸『現代スイス憲法の研究』(一九九九)、森下敏男『ソビエト憲法理論の研究』(一九八四)、作本直行編『アジア諸国の憲法制度』(一九九七)、大村泰樹Ⅱ小林昌之『東アジアの憲法制度』(一九九九)、董成美編〔西村幸次郎監訳〕『中国憲法概論』(一九八四)、西村幸次郎『中国憲法の基本問題』(一九八九)、土屋英雄編『中国の人権と法』(一九九八)、金哲洙『韓国憲法の

五〇年」(一九九八)、鮎京正訓『ベトナム憲法史』(一九九三)、孝忠延夫『インド憲法』(一九九二)、新井信之『パキスタン憲法研究序説』長崎外大論叢二号一頁(二〇〇二)、ムハンマド・アサド『イスラームの国家と統治の原則』(一九八九)、小林昭三「中近東イスラーム諸国を『比較憲法学』的に見る」早稲田政治経済学雑誌二九五―二九六号二五頁(一九八九)、中原精一『アフリカ憲法の研究』(一九九六)、矢崎幸生編『ミクロネシアの憲法集』(一九八四)、中川和彦『ラテンアメリカの独立の動きと先駆的憲法』成城法学六一号六七頁(二〇〇〇)などがある。

(181) ここでの「比較憲法」には、「資料収集に伴う困難性と限界」、そこにある言葉の壁、現実の「憲法現象」を「いかに評価するかという困難性」、「研究者の『主体的価値』」、「マイナーとみられている国家」の無視などの問題があるとされる。西前掲註(10)論文二二八―二三〇頁参照。だが、何れも、前註(180)など本稿が挙げたような邦語文献を読めば解決できる問題である。このことと外国憲法研究の能力は別と考えなければ、目的不明の「比較憲法」講義が量産されてしまうであろう。

(182) 中大案前掲註(166)文献一―二三頁など参照。

(183) 常本Ⅱ木下前掲註(156)文献二二頁「常本」。

(184) 同右二二頁「常本発言」。常本は両者並列型を推奨している。これに対し、同上同頁で木下は、「本来的なものとしては上積み型ではないか」と発言する。

(185) ジェラルド・ニューマン「寺尾美子訳」『アメリカ合衆国における比較憲法学の過去と未来』比較法研究六二号三〇頁、三三頁(二〇〇〇)。その分担は一〇〇年間続いたという。日本でも、早稲田大学が政治経済学部が立ち上がる際、この分野を「道連れにした」ケースがあるという。小林前掲註(133)論文三頁。

(186) ニューマン同右三三―三四頁。

(187) その理由は、冷戦終結後に制定された多くの憲法が違憲審査制を有していたこと、隣国カナダが一九八二年に「権利と自由のカナダ憲章」を採択したことや、ヨーロッパ人権法に関するEUの裁判所の判決が英語で入手できるようになったため、ロー・スクールの教授陣に比較憲法学への新たな関心を惹起したことにあるという。同右三五―三六頁。

(188) 勿論、法科大学院出身、その後博士課程に進んだ憲法学者も多く誕生すると思える。またそのことが、これまでの憲法学界に稀有な問題意識や方法論、感性等呼び込むことになるであろう。国公立大学ではこちらが優位になろう。

(189) 樋口前掲註(33)書一―一頁。

大学における「比較憲法」の存在意義

(190) 高野孟『最新・世界地図の読み方』二八頁図(二九九九)の表現を用いれば、「日本はユーラシア大陸の『パチンコの受け皿』である。

(191) 中村前掲註(78)文献一〇一頁。

〔別表二〕二二〇〇一年度講義要項における「比較憲法」の記述(誤字等は修正した。二二〇〇二年度もほぼ同じ) 担当Ⅱ君塚

〔科目内容・講義概要〕 主に西洋各国の憲法の歴史・理論・判例などを統治・人権の両面から比較する。本講義は「海の向こうの珍しい話」に触れることを目的に開講されているわけではない。様々な国の憲法状況を学ぶことで、近代立憲主義憲法である日本国憲法の解釈の指針を大局的見地から各自が探し出すことが目的である。その意味では受講生には、外国憲法論の形態を採った「憲法総復習講義」だという意識が必要かと思われる。講義は日本国憲法の体系にできるだけ合わせ、諸外国では同種の問題をどう考えて処理しているのかを順次提示していく(例えば日本で二五条の問題になる話がアメリカでは修正一四条の問題であるときは「一二」で講義する。日本独特の問題には触れない)。「六」で夏休みとなる予定。

〔講義計画〕 はじめに、比較憲法の意義。一、各国憲法史(仏独英米を中心に、その他各国も検討する)。二、統治機構概説。三、国民主権・立法院。四、行政府(議院内閣制または大統領制)。五、連邦制・地方自治。六、司法部。七、違憲審査制(以下、米独を中心とする)。八、人権概説。九、平等権。一〇、参政権の権利。一一、精神的自由。一二、経済的自由・社会権の権利。一三、手続的権利。一四、明文根拠がない権利。一五、人権総論的問題ほか。

〔成績評価方法〕 成績は原則的に学年末試験のみで評価する。持ち込みは原則一切不可である。

〔教科書〕 以下のいずれかの憲法集を購入し持参すること。樋口陽一Ⅱ吉田善明編『解説世界憲法集』(第四版)(三省堂、二二〇〇二)、阿部照哉Ⅱ畑博行編『世界の憲法集』(第二版)(有信堂高文社、一九九八)。

〔参考書〕 (省略)

〔備考〕 (省略)

〔別表二〕 「比較憲法」二〇〇一年秋の「学生による授業評価」結果

(人数以外は五満点の数値。カッコ内は二〇〇〇年度「吉田栄・君塚担当

受講登録者

一六九名 (四〇四名)

評価参加者 (当日の無遅刻出席者に相当)

五〇名 (九五名)

受験者 (追再試験分を除く)

一一六名 (三二七名)

合格者

八五名 (二六六名)

優獲得者

三九名 (一一三名)

授業内容は、授業名、講義要項、授業計画等で期待していたとおりの内容でしたか。

授業内容は、理解できましたか。

四・〇 (三・四)

授業内容について、わかりやすくする工夫がなされていましたか。

三・八 (三・三)

話し方が明瞭で、授業内容がよく聞き取れましたか。

三・九 (三・三)

学生の理解を深めるよう、能力を高めようとの熱意・努力が感じられましたか。

四・二 (四・一)

教科書・配布資料の利用は適切でしたか。

四・二 (三・八)

黒板 (白板) の使い方は適切でしたか。

三・二 (二・七)

全体としてこの授業を受講して満足しましたか。

四・〇 (三・八)

この授業に触発されて、さらに深く学習したいと思いましたが。

四・一 (三・四)

この授業を通じて、知識が深まった、能力が高まったと感じますか。

三・六 (二・七)

あなたはこの授業によく出席しましたか。

三・九 (二・七)

あなたは受講前にこの授業に興味を持っていましたか。

四・二 (四・二)

あなたは予習・復習するなど、この授業に意欲的に取り組みましたか。

三・五 (三・三)

この授業の教室の広さ、座席の形態などは適切でしたか。

二・九 (二・四)

四・〇 ()

〔別表三〕 リレー講義における担当者相互間の採点相関（他の設問を選択した者を除く）

| 年 度 | 科 目 名 | 対 象 | 人 数 | 比較した設問出題者 | 相 関 係 数 | 君塚分標準偏差 |
|--------|--------|-----|------|-----------|---------|---------|
| 二〇〇〇年度 | 比較憲法 | 全員 | 三三七名 | 吉田栄／君塚 | 〇・四四一六 | 二三・七八 |
| 二〇〇〇年度 | 差別問題と法 | 一部 | 九名 | A教授／君塚 | 一〇・〇〇〇八 | 二七・三五 |
| 二〇〇一年度 | 差別問題と法 | 一部 | 三八名 | B教授／君塚 | 〇・一四七八 | 二四・七四 |
| (参考記録) | | | | | | |
| 二〇〇〇年度 | 憲法二部 | 一部 | 一九五名 | 君塚の問一／問三 | 〇・三七九四 | — |
| 二〇〇一年度 | 比較憲法 | 全員 | 一一六名 | 君塚の択一／論述 | 〇・五四九〇 | — |

(二〇〇二年三月三日脱稿)