

違憲の憲法解釈

——憲法解釈における憲法解釈「学」の役割についての一考察——

古野豊秋

一 はじめに

二 憲法解釈「学」における憲法解釈

- 1 憲法解釈「学説」の主観性・実践性
- 2 憲法解釈「学説」の客観性・科学性
- 3 有権解釈への「粹」の提供

四 むすび

一 はじめに

一 戦後のわが国の「法解釈論争」の結果、法解釈の実践性・主観性というものが学界の一般的な認識とされていることは、周知のとおりである。⁽¹⁾ また、かような法解釈を法学者が「学説」として行う場合、その主要な機能として有権解釈、とくに裁判所ないし裁判官の法解釈に対してコントロール、ないし方向づけを行うという点が一般に指摘されている。例えば、憲法の領域では、「憲法解釈学は、裁判所を始めとしてこれら国家機関の活動の全体にわたって、

必要かつ、妥当な解釈を準備する役割をもっている」とされる。⁽²⁾ また、民法の領域でも、法解釈学の任務は、裁判のコントロールであり、「判例を指導し、『あるべき法』を説くことにある」とされる。⁽³⁾ さらに、刑法の領域においても、法解釈学は、法を適用することによって社会生活をコントロールしようとする裁判官を説得してその行動をさらにコントロールするものとされる。⁽⁵⁾ むしろ、学説はかような機能のために、一定の法解釈を裁判所ないし裁判官に対して「準備」し、そしてそれによって判例を「指導」し、または「説得」する訳である。法解釈学が実用法学といわれるゆえんもまさにこの点にある。

二 ところで、法解釈学における「学説」が判例をコントロールする仕方としては、より直截的なものとして判例批評とか判例評釈の方法が採られる。そして、この場合往々にして「くはくと解すべきである(あろう)」というコントロールの仕方が存在する。むしろかような仕方の方が一般的であろう。だが、この裁判所ないし裁判官に向けられた当為要求は一体いかなる性質のものであり、そしていかなる根拠によるものなのであろうか。

「学説」が純然たる「私人」としての主観的な私的性質をもつものにすぎなければ、⁽⁶⁾ かような当為要求は裁判所ないし裁判官に対する単なる私的な要請でしかない。そして、そのような要請も自己の主観的、実践的な意図によるものでしかない。ただし、「学説」がなんらかの理論的な性質をも有すべきものとされる場合には、⁽⁷⁾ かような当為要求は客観的な性質をも有することになる。しかし、この場合には、かような当為要求の主観性と客観性の関係が問題となるし、より基本的には、かような当為要求の客観性は単に「学説」それ自身の理論的性格や客観的な方法に由来するというだけで十分なのかどうか問題となる。つまり、「学説」が裁判所ないし裁判官に対し、「くはくと解すべきである(あろう)」と述べる場合、この「べき」という当為要求が客観性をもちうるのは、それが「学説」における解釈主体の要求ではなくて、むしろその解釈の対象たる法規範それ自体の要求を、「学説」が解釈「学」の名におい

て代弁しているからではないのかという問題である。

三 この問題は、かような「学説」に対する裁判所ないし裁判官の対処の仕方の問題と密接に関連するものである。そもそも、裁判所ないし裁判官は、かような「学説」の側からの「準備」、「指導」、「説得」のようなコントロールに対し、完全に自由の立場にあるのだろうか？果して、裁判所ないし裁判官は法の解釈について完全な裁量権を有しているのだろうか？私法の領域は格別としても、果して公法とくに憲法の領域において裁判官しかも最高裁判所の裁判官は完全に自由な憲法解釈権を法的に有しているのだろうか？⁽⁸⁾

ここで結論を先取りしていえば、本稿は、最高裁判所の裁判官がその憲法解釈について完全な自由を法的に有するものではないと考える。換言すれば、最高裁判所の裁判官はその憲法解釈にあたり、その対象たる実定憲法によって規範的な拘束を受けるもの⁽⁹⁾と考える。そして、その理由については、憲法解釈「学」が、理論的な考察をおおしてばかりでなく、実定憲法の解釈をおおしても提示することが可能だと考える。従って、かような本稿の立場からすれば、最高裁判所の裁判官の憲法解釈が実定憲法上違憲、という場合がありうるということになる。

四 問題は、どういう場合にかような事態が生ずるかということである。そして、かような場合がありうることを検討することによって、どういう効果、実益があるかということである。これらの問題は、従来一般に議論されてきたいわゆる法解釈ないし憲法解釈の「枠」の問題と密接に関連するものである。それゆえ、本稿のテーマもこの「枠」の問題に重点をおいてこれらの問題を検討していきたい。

- (1) 渡辺洋三『法社会学と法解釈学』(一九五九年)岩波書店 三頁以下、長谷川正安『憲法解釈の研究』(一九七四年)勁草書房 七頁以下、小林直樹「憲法解釈学の基本問題」田中二郎先生古稀記念『公法の理論下I』(一九七七年)有斐閣 一三二—一頁、星野英一「戦後の民法解釈学方法論研究ノート」加藤一郎編『民法学の歴史と課題』(一九八二年)東京大学出版会 一頁

以下、山内敏弘「戦後における憲法解釈の方法」杉原泰雄編 講座・憲法学の基礎第三卷『憲法学の方法』（一九八四年）勁草書房 七一頁以下参照。

- (2) 小林直樹・前掲 一三七八頁。
- (3) 山田卓生「法解釈の主観性」加藤一郎編『民法学の歴史と課題』（一九八二年）東京大学出版会 一〇四頁。
- (4) なお、星野英一・前掲 六四頁注(25)参照。
- (5) 平野龍一『刑法の基礎』（一九六六年）東京大学出版会 二四六頁。
- (6) 宮沢俊義『法学における学説』（一九六八年）有斐閣 九二頁。
- (7) 宮沢俊義・前掲 九八頁、小林直樹・前掲 一三七八頁参照。
- (8) この点について、アメリカの最高裁判所の憲法上の政策形成に関する議論がわが国の学説において紹介・検討されている。例えば、大林文敏「アメリカにおける司法的政策形成論の一考察」芦部信喜先生還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』（一九八五年）有斐閣 六五頁以下、野坂泰司「テキスト・解釈・客観性」前掲（『憲法訴訟と人権の理論』）一一七頁以下、猪股弘貴「司法と憲法上の政策形成（一）」早稲田法学 第六一卷 第二号 一二三頁以下、大久保史郎「アメリカ憲法理論の現段階・覚書」名古屋大学法政論集 二〇九号 六五頁以下参照。ちなみに、いわゆるハードケースであっても、裁判官が法的な枠組に拘束されることを強調するR・ドーキンの主張に対しては、「法解釈の主観性、実践性、イデオロギー性を強調しすぎたらしいのであるわが国の法解釈論争以後の諸傾向に対する一つの重要な問題提起として受けとめることは可能である」（深田三徳『法実証主義論争』（一九八三年）法律文化社 二六六頁）という指摘がここでは注目される。
- (9) この点を指摘するものとして、例えば樋口陽一『判例による憲法変遷』という考え方について「外尾健一他編著『人権と司法』（一九八四年）勁草書房 一二三頁参照。

二 憲法解釈「学」における憲法解釈

1 憲法解釈「学説」の主観性・実践性

一 周知のように、戦後のわが国の「法解釈論争」については一般にその成果が評価されている一方、他方ではそ

れが残した課題についても色々指摘がなされている。⁽¹⁾ そのなかでも重要なのは、法解釈の主観性・実践性と法学な
いし法解釈学の客観性・科学性との関係の問題であらう。この問題は、いわゆる認識と実践に関する二元論と一元論
との対立にかかわるものであり、同時にそれは論者の世界観になり学問方法論の対立にかかわるものである。従っ
て、その解決は極めて困難なものといえることができる。本稿では勿論かような法哲学上の難問に直接立ち入る余裕は
ない。単に本稿のテーマと関係する限りでこの問題に触れるにすぎない。

二 戦後の「法解釈論争」における発端となり、しかも法解釈の主観性・実践性を強調したのは、いうまでもなく
一連の来栖論文⁽²⁾である。従って、法解釈の主観性・実践性についての問題を扱うには当然この来栖説を検討すべきで
あらう。しかし、ここでは本稿のテーマとの関係で、戦前においてつとに「学説」における法解釈の主観性・実践性
を主張していた宮沢説⁽³⁾を、法学における認識の純粹性を強調したH・ケルゼンの解釈理論との関係で若干検討して
みたい。

周知のように、戦前の宮沢説によれば、「法の解釈は理論的認識の作用ではなく実践的意欲の作用であり、法の認
識ではなくて法の創造である」(六九頁)とされる。そして学説における解釈の対立は、理論的客観性の欠如に帰因す
るとされ、この点についてはさらに次のようにいわれる。「解釈論的な『学説』の内容はつねに論者の政治的・倫理
的な主張である。したがってそれは論者の抱懐する政治的・倫理的理想に応じて異なる。もしそうした理想がその内
容において十人十色であるとすれば、それに応じて解釈論的な『学説』の内容も十人十色でありうるはずである」
(七四頁)。「解釈論的な『学説』の内容はすべて論者の実践的な、そしてまた多分に主観的な主張である」(七六頁)。

三 かように、戦前の宮沢説によれば、「学説」による法解釈の実践的な性格が強調されているが、戦後の宮沢説
によれば若干ニュアンスが違っている。これは、同じく法解釈であっても、「学説」によるものと政治的ないし政党

的意見によるものとを前者の理論性によって区別する点に如実に示されている（九七〇―九八頁）。かような宮沢説の戦前と戦後における変化の原因の一つにその時代の政治的状況の特殊性が存することがあげられようが、この点はこのでは重要ではない。重要なのは、戦前戦後を通して宮沢説にあっては、法解釈「学説」がその本質上科学的な認識によるものではなくて、実践的な価値判断によるものと捉えられていることであり、従って、その限りでは主観的な性格をもつとされる点である（七一頁・九八頁）。そして、宮沢説によれば、かような学説の役割は、「人の社会において必然的に生まれるさまざまな利益と利益とのたたかいを、人間的に可能な最大限の秩序に服させることにあるのではないか」（九九頁）とされる。

四　ところで、学説の役割が右にみたようなのだとすれば、これと同じような役割をもつ有権解釈とくに裁判所の判例と学説との関係はどのようになるのだろうか。この点について、宮沢説は、一方では、両者が法の解釈を行う点で同じ性質を有することを指摘しつつ、他方では、かような法解釈の主体およびその解釈の結果の公的性格の有無によって両者を区別する。これによると、「解釈学説は、判例とちがって、まったく私的な性格をもつことをその本質とする」（九二頁）とされる。そして、このような、まったく「私的な性格」を有する解釈学説は、「判例や先例の成立する際に、それに指導的にはたらしきけることを目的とする」（九六頁）とされる。この場合のはたらしきかけは、宮沢説の立場からすれば「説得力」というものが中心的な役割を演ずることになる（九三―九六頁参照）。

五　以上、学説による法解釈についての宮沢説を一通りみてきたが、そこにはいわゆる価値相対主義的な世界観や方法二元論的な思考が色濃く現れている。宮沢説が先にみたように認識と実践とを明確に区別し、法の解釈が後者に属するととらえているのは（六九頁）、まさに方法二元論的な思考を物語るものである。また、解釈論的な「学説」の内容が十人十色であるとし（七四頁）、その可否を「科学的」に決することは不可能とすることは（九二頁）、まさに価

値相対主義的な世界観を物語るものである。

ところで、このような価値相対主義や方法二元論的思考にもとづいて法学における認識の純粋性・科学性を徹底的に追求した学者として、純粹法学の創始者たるH・ケルゼンがいることは周知のとおりである。そしてこのH・ケルゼンによれば、法学における法の解釈は、「単に解釈されるべき法を表現する枠の確定でしかなく、従って、この枠内で与えられている数多くの可能性を認識することである」⁽⁴⁾。つまり、ケルゼンにあっては、法学における解釈は、「法規範の可能な意味以外の何も示すことはできない。法学の解釈は、その対象の認識として、それによって示された様々な可能性の下で何ら決断することはできず、この決断を法秩序に基づいて権限を有する法機関に委ねなければならぬ」⁽⁵⁾とされるのである。

かようなH・ケルゼンの説と宮沢説を比較すると、同じ価値相対主義や方法二元論的な思考に立つとみられる両者にもかなりの差がみられる。つまり、ケルゼンの場合、法学 (Rechtswissenschaft) における法の解釈にあってても少くとも法を表現する「枠」の確定という作業は消極的にしろ肯定されている。そして、学説による法の解釈が法適用機関のそれと区別されるのは、それが「解釈されるべき法を表現する枠の確定」および「この枠内で与えられている数多くの可能性の認識」に止まる点にある。つまり、ケルゼンにあっては、科学としての法学による法の解釈は認識作用であり、そして法適用機関のそれは意思作用として把握されているのである⁽⁶⁾。これに対し、宮沢説によれば、先にみたように法学における法の解釈、つまり解釈学説は「理論的認識の作用ではなく実践的意欲の作用」⁽⁷⁾によるものとされるのである。

六 このようなH・ケルゼンの所説と宮沢説の相違については、両者の基本的立場がそもそも初めから違っているとすれば、わざわざここで問題とする必要はなからう。しかし、先にみたように、両者ともいわゆる価値相対主義お

よび方法二元論的思考の立場に立つものである。しかも宮沢説は自説の論拠としてこのケルゼンの所説も参照しているのである。⁽⁸⁾従って、H・ケルゼンの所説と宮沢説の相違の原因についてここで検討することは大きな意味があるといわねばならない。

それでは、この相違の原因は何なのだろうか。極めて簡単にいえば、宮沢説はケルゼンのいう「枠」の中での議論に終始している、ということである。ケルゼンにとつても、この「枠」の中で特定の解釈を唯一正しい解釈とするとは認識の作用の問題ではなくて、実践的な問題である。従つて法学の「学説」がどのような解釈をする限り、ケルゼンにとつてもそれは宮沢説のいうように「理論的認識の作用ではなく実践的意欲の作用」となる。その限りでは、宮沢説がケルゼンの所説を参照することにはそれなりの意味がある。⁽⁹⁾しかし、ケルゼンにとつては、法学における法の解釈はかような「枠」内における特定の解釈を正しいものとして選択することではない。このことは、ケルゼンが有権解釈（法適用機関の解釈）と法学における法の解釈を対照させる場合になお一層明確となる。⁽¹⁰⁾ここでは、前者の法の解釈が実践的・意欲作用であるのに対し、後者の法の解釈はあくまでも解釈の対象たる規範の「枠」を確定するという認識作用として捉えられているのである。

それゆえ、宮沢説によるケルゼンの所説の参照がケルゼン自身の立場を示すものとしてのものであれば、それは明らかに誤りである。しかし、そうではなく宮沢説自身を補強としてケルゼンの所説の該当部分を単に参照したにすぎないのであれば、それはケルゼン自身の本来の立場とは関係のないものであろう。

なお、戦後の宮沢説にあつては、法規範の「ワク」についても言及がなされている（九七〜九八頁）。そこでは、「学説」による主観的・実践的な法の解釈も成文法の「ワク」内でなされることによつて立法論との区別がなされること
が説かれている。この場合、立法論との区別によつて解釈における成文法の「ワク」が必要不可欠のものだとすれ

ば、この「ワク」の把握も解釈と同様に主観的・実践的な価値判断によるものかどうかが問題となる。もし解釈者が自由に自己の価値判断に従って解釈の「ワク」を取り扱うことができるとすれば、それはまさしく立法論と解釈論の区別を否定することとなる。そうだとすれば、この「ワク」の把握は、ケルゼンの所説のように、主観的な実践的・意欲的作用ではなくて客観的な認識作用として理解する必要がでてこよう。もしそうだとすれば、宮沢説にあっては「学説」による法の解釈は単なる主観的・実践的な意欲的作用とはいえなくなろう。⁽¹⁷⁾

- (1) 小林直樹・前掲 一三五七頁、浦田一郎「日本における憲法科学の方法論」杉原泰雄編 講座・憲法学の基礎第三巻、『憲法学の方法』(一九八四年) 勁草書房 三〇四頁参照。
- (2) 例えば、「法の解釈適用と法の遵守」(『法学協会雑誌 六八巻 五号、七号、「法律家」末川先生還暦記念『民事法の諸問題』有斐閣所収、「法の解釈と法律家」私法 一一巻等。
- (3) 以下の宮沢説の引用は、前掲『法学における学説』による。なお、本稿とは別の観点からかような宮沢説に対する批判的考察をする代表的なものとして、長谷川正安・前掲 六三頁以下参照。
- (4) H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., 1960, S. 349. Vgl. derselbe, *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl., 1934, S. 94.
- (5) H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., 1960, S. 353.
- (6) Vgl. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., 1960, S. 351. なお、この点については、拙稿「純粋法学における法の解釈」(『法学新報 第八九巻 第五・六号 三二二頁以下参照。
- (7) 宮沢俊義・前掲 六九頁。
- (8) 宮沢俊義・前掲 七六頁注(2)参照。
- (9) ケルゼンは、いわゆる概念法学が意思ではなくて悟性の活動によって「粹」の充実、つまり具体的事件に適用される法律の正しい解釈を導き出せるとするところについて、批判している(Reine Rechtslehre, 1. Aufl., S. 95)。そして、宮沢説はこの点を参照しているのである。
- (10) Vgl. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl., S. 94; 2. Aufl., S. 359.
- (11) この点について、例えば菅野喜八郎『國権の限界問題』(一九七八年) 木鐸社 二四九頁以下参照。

2 憲法解釈「学説」の客観性・科学性

一 周知のように、わが国において「学説」による憲法の解釈が認識作用によることを最も強調したのが佐々木説である。それによれば、「日本国の憲法としては一に日本国憲法を見るべきである」(七〇頁)、「日本国憲法の解釈とは、日本国憲法の条規が法としてもつ意味を、明らかにする精神活動である」(二六頁)、「法理を正確に知るために法文を精密に考究することを必要とする」(八頁)、「法の解釈をなすために、一般に必要であると認められる能力を有する者が、純正な判断を為すならば、その到達すべき結果は、理論上定まっている筈である」(二八頁)。

かような佐々木説については、つとに種々の観点から批判がなされている。⁽²⁾ここでは本稿のテーマとの関係で若干の問題点を検討したい。

二 佐々木説がいうごとく、憲法規範の内容を知るためには、それを表現している法文を「精密に考究すること」が必要であるのはいうまでもない。しかし、その考究の結果は、そもそも「理論上定まっている」ものと一般的にいえるのであろうか。解釈の対象が単なる自然的事実や客観的な数値等を表現するものであれば格別、抽象的な観念および規範的な価値概念を伴っている場合には、たとえ同じ法文を「精密に考究」しても解釈者によってその結論が異なるほうがむしろ一般的である。かような事実は、とくに解釈の対象たる法文の内容が規範的、価値的な性質を有しているためであると同時に、また解釈という人間の精神的活動それ自体の構造にもよるものといえる。というのは、法の解釈者がその対象に対して価値判断を加えることなく純粹に論理的に認識しようとしても、それは決して知覚のように受動的な作用ではなく、対象たる法文の意味の理解、という能動的な作用だからである。そして、この場合には、哲学的ヘルメノイティクの立場からすれば、「言語上のテクストは決してそのものからは理解されえず、むしろ

ろそれが理解可能なためには、常にあらかじめの先行理解又は先行判断が必要⁽³⁾とされるからである。この法文の解釈に先立つ先行理解は、H・G・ガダマーに従えば理解の条件としての性質をもつものである⁽⁴⁾。もしそうであるとすれば、この先行理解が解釈者各人によって異なっていれば、その結果として法文の解釈も当然異なつてこよう。従つて、佐々木説が法の解釈にあたり客観的な論理的一貫性を貫かんとするならば、この先行理解の問題をもその視野に入れざるをえないであらう⁽⁵⁾。

四 佐々木説によれば、「憲法の定めるところ、即ち法理を明にすることそのことを目的とする、法理目的的解释」と「實際発生する或事実の処理において、法の定めるところとして準拠せられるべきものを明にすることを目的とする」(二二九頁)有権的解釈とが厳格に区別される。この区別に従うと、前者の法理目的的解释は、一般に理解されている適用を含めた広義の解釈とは異なるものとなる。つまり、適用とは区別された狭義の解釈である⁽⁶⁾。佐々木説が解釈者の主観的価値判断の介在を排除すべく、解釈の対象たる法文の厳密な論理的把握に専念することは、それ自体憲法解釈学の客観性を確保せんとする解釈主体の側の態度としてそれなりに評価されるべきものである。

しかし、解釈主体のレベルではなくて、解釈の対象のレベルでこの問題を考えると若干の問題が生ずる。というのは、憲法解釈学の対象たる憲法規範は、自然的事象のような単なる観照的な認識の対象ではなく、むしろ政治的な法規範としてその規範内容の実現を受範者に要求する性質をもっているからである。この場合の受範者の一例として裁判官を考へるならば、憲法解釈学による憲法の解釈(佐々木説によれば、法理目的的解释)は、この裁判官の行為つまり法の適用の問題をもなんらかの形でその視野に入れざるをえないであらう。

五 なお佐々木説とは違った立場から、つまりいわゆる実践説の立場から、しかもマルクス主義法学の立場から学説による憲法解釈の客観性を主張したものととして、長谷川説⁽⁷⁾が存在することは周知のとおりである。それによれば、

学説による憲法の解釈は憲法学の枠組の中に位置づけられ、さらにその憲法学は科学という法学、すなわち「法現象のいっさいを客観的に認識し、そこに内在する法則を明らかにすると同時に、法現象が社会現象全体の中で占める位置を明らかにする学門」(八二頁)の一部門とされる。つまり「憲法の解釈は、かような法学の一部門である憲法学の全体を前提とするだけでなく、解釈の対象となる条文にかかわりのある法学の諸部門や紛争にかかわりのある社会科学の諸部門をも前提としなければならない」(八三頁)とされる。

かような長谷川説が憲法の解釈を科学としての法学という大きな枠組みの中で把握せんとすることは、従来の憲法解釈の客観性をめぐる議論の中では皆無に近く、それだけに際立ったものである。ただ、逆にいえばそれだけになおさらそのよって立つマルクス主義法学の方法論上の特殊性が際立っている。このマルクス主義法学の方法論については種々の観点からの批判がみられる。とくに基本的な批判は、この立場が共通して「歴史の発展方向」あるいは「社会の発展法則」を客観的な価値判断の基準とする点に向けられている。⁽⁸⁾ かようなマルクス主義ないしマルクス主義法学における「歴史の発展方向」、「社会の発展法則」の認識の問題は、まさしくこの立場による対象認識ないし憲法の認識・解釈の先行理解にかかわる問題である。ここでは、かような先行理解の若干の問題点について検討してみたい。

憲法の解釈の客観性の基準として「歴史の発展方向」あるいは「社会の発展法則」というものが用いられるその理由は何なのであろうか。極めて簡単にいえば、それは憲法の規範内容およびその適用の対象である現実それ自体が歴史的なものとされるからであろう。つまり、かような規範内容および現実が歴史的に変化するものである以上、もしそのような変化を方向づける法則が認識できるならば、それを基準として憲法の規範内容を解釈しそしてそれを現実適用することは「客観的」なものとなるからである。問題は、かような法則が過去については格別、将来についても客観的なものとして認識しうるかどうかである。

一般に、法則の成立およびその内容の妥当性に一定の前提条件がある場合、その前提条件の数が多ければ多いほどその法則それ自体の自明性、自立性は減少する筈である。そして「社会の発展法則」についていえば、それが存在論的なものであるかぎり、その前提条件の成就是法則の成立および妥当性にとって存在論的な必然性の意味での *Müssen* でなければならぬ。そして、このような必然性の認識こそが「科学的」認識といふべきものであらう。しかし、この成就に主体的、実践的意味での *Sollen* を加えるならば、そこには存在と当為の混同——マルクス主義ないしマルクス主義法学の立場からすれば統一——が存在する。しかし、「社会の発展法則」の前提条件の成就が過去や現在ではなくて将来に、そして必然ではなくて当為に依存すればするほどそれだけ当の法則それ自体の妥当性が制約を受けることになる。それゆえ、かような不確定的な要素による被制約的な法則を基準として憲法の解釈をする場合、たとえそこに「客観性」が与えられようと、しかしそれは現時点においてはあくまでも仮説の域を出ないものといふべきであらう。

六 実践説の立場に立ちながら、しかも憲法解釈および憲法解釈学の客観性、科学性を既存の議論をふまえて極めて多様な観点から検討し、そしてその可能性およびその条件を総合的に提示したものとして、周知のように小林説が存在する。⁽⁹⁾

この小林説によれば、憲法解釈学の主たる任務は、「憲法の『正しい』解釈の可能性を理論的に整理し、司法・立法・行政等各レベルでの憲法の具体的な解釈の適用を導くことにある」(一三七八頁)とされる。そして、この「正しい」憲法解釈の最低限度の条件としては、(1)憲法の精神(基本理念)と枠組みの正確な理解(およびその順守)、(2)各条項等の文理の論理の精密な分析と構成、(3)政治社会の基本条件の科学的認識、(4)公正な考量と手続等があげられる(一三七六頁)。なお法解釈学の科学性については、「実益の見地からすれば、法解釈の実質的過程を可能な限り『科

学的に精密化することについては、おそらく異議は余り生じないと考えられるから、学問性を否認するよりは肯定的に解する方が有意味」とされ、この意味で「憲法解釈学もまた——科学である」というよりは——なし得る限り「科学たるべく、自らを精錬する課題を負うというべきである」とされる(一三八六頁)。さらに、憲法解釈の「わく」については、それは「解釈者が踏みこえてはならないある種の範囲の境界を画するもの」とされ(一四〇二頁)、そして、憲法解釈学はかような「わく」の確定の努力を通じて、立憲秩序の運行に実践的に加わるものとされる(一四〇六頁)。なおこの「わく」の問題については、法解釈学はその確定に止まるのか、それともさらにこの「わく」内での複数の可能性の中から、より妥当なものの選択にまで努めるべきかという問題が検討される。小林説によれば、原理上両者とも成立することを認めながらも、後者の立場が法解釈学の任務だとされる。そして、その理由として次の三点があげられている。(1)法解釈学の課題が実用的なものであること、(2)「より妥当な結論」が恣意的なやり方ではなく可能であること、(3)解釈者間に異なった見解の対立を生じても、それによってむしろ討論可能性を有効に生かすことができ、その結果として、解釈の「客観性」を高めることに奉仕しうること(一四一四頁)。ちなみに、小林説によればこの「客観性」は「間主観的」論議を通じて検討され支持されうる度合とされる(一三六五頁)。

七 以上、本来は極めて多岐の論点にわたる小林説を本稿のテーマと関係する限りで一通りみてきた。そこには、戦後の「法解釈論争」が残した最大の課題ともいえるべき法解釈ないし法解釈学の主観性・実践性と客観性・科学性の関係について、両者を総合的な観点から結合せんとする試みが十分に示されており、本稿にとっても非常に参考となるものである。ただ、本稿の観点からは若干の疑問も生ずるので以下この点について検討してみたい。

小林説にあって特徴的なのは、憲法の解釈あるいは憲法解釈学の「正しさ」、「客観性」、「科学性」についての分析は、憲法の解釈あるいは憲法解釈学の所与の属性としてのものばかりでなく、そのための条件としてのものでもあ

る。そして、後者の点についていえばそれはいわば課題としての「正しさ」、「客観性」、「科学性」であって、そのための条件の成就是今後の憲法解釈あるいは憲法解釈学の努力の問題となる。とくに憲法解釈学の「客観性」をめぐる問題については、憲法解釈学それ自体の属性としての「客観性」ということよりも、むしろその程度の問題、そしてその程度を高める努力の問題として扱われている(一四一四頁)。そして、小林説によれば、かような努力は、学説間の「間主観的」な論議を通じてのものとなる(一三六五頁)。しかし、逆にいえばかような努力が必要なのは、憲法の解釈においてその解釈者自身が主観的な価値判断、つまり決断や選択を行う要素があるからといえよう。ある「わく」内での選択が究極的には主観的な価値判断によるとすれば、果してかような主観的な価値判断をめぐる「間主観的」な論議が可能であろうか。たとえ可能性があるとしても、それはあくまでも実践的な論議——つまり神々の争い——ではなからうか。もしそうだとすれば、かような論議は何によって決着がつくのだろうか。結局は、宮沢説のように「説得力」の問題となるのだろうか。もしそうだとすれば、「説得力」と「客観性」、「科学性」の関係が改めて検討されなければならないであろう。「説得力」があるから「客観性」、「科学性」が高まるのだろうか、それとも「客観性」、「科学性」があるから「説得力」が高まるのだろうか。後者の場合には循環論に陥る。前者の場合にはかような「説得力」の性質やその要素がさらに問題となる⁽¹⁰⁾。

以上検討してきたところのものは、実は憲法解釈学の実践性と密接に関連するものである。小林説によれば、先にみたように憲法解釈学の主たる任務は、「憲法に『正しい』解釈の可能性を理論的に整序し、司法・立法・行政等各レベルでの憲法の具体的な解釈適用を導くことにある」とされる(一三七八頁)。しかし、先に検討したように、憲法解釈学それ自体が憲法規範の「わく」内の選択にあたり、その解釈の「正しさ」なり、「客観性」なりを自己の課題として対内的に「間主観的」に高めあっているのであれば、果してかような憲法解釈学が国家機関とくに裁判所による

「憲法の具体的な解釈—適用を導くこと」が十分にできるのであろうか。憲法解釈学が対外的にその実践性との関係で「学」でありうるのは、個々の「学説」が自己の具体的な解釈行為の「正しさ」、「客観性」を主張しあう点にあるのではなく、むしろ憲法の遵守義務を憲法上課せられている国家機関、とくに裁判所の裁判官に対して、それが具体的に適用すべき憲法規範の「粹」を客観的に提示しうることにあるのではなからうか。そしてかような「粹」内での裁判官の選択がどのような意味をもつか、そしてまたどの程度までその選択が許されるのかを実定憲法規範を基準として示しうることにあるのではなからうか。そして、もしこれらの点について「学説」間に争いがある場合には、最大限度争いのないもの、共通のものをつねに再確認し、そしてその実定憲法上の規範的意味を有権解釈に対して明示することにありのではなからうか。

- (1) 佐々木惣一『日本国憲法論』(一九四八年)有斐閣。以下の引用はこの改訂版(一九五二年)による。
- (2) 例えは、長谷川正安・前掲 二七頁、五二頁以下、小林孝輔「佐々木憲法学批判」、「憲法学における論理的法実証主義の現代的意義」田畑忍編『佐々木憲法学の研究』(一九七五年)一八六頁以下および一九六頁以下参照。
- (3) A. Kaufmann, Beiträge zur Juristischen Hermeneutik, 1984, S. 86.
- (4) Vgl. H. G. Gadamer, Wahrheit und Methode, 4. Aufl., 1975, S. 261 ff.
- (5) ちなみに、H・ケルゼンの根本規範は、対象を法的な意味をもつものとして解釈する機能をもつものである。その意味では、ケルゼンの根本規範はケルゼン自身の、あるいは純粹法学の先行理解といふべきものである。この点については、拙稿・前掲三〇六頁以下参照。
- (6) この区別を徹底したものとしては、一円一億『法の解釈と適用』(一九五八年)有斐閣参照。
- (7) 長谷川正安・前掲。以下の引用はこれによる。
- (8) 小林直樹・前掲 一三七二頁以下参照。
- (9) 小林直樹・前掲。以下の引用はこれによる。
- (10) ちなみに、カイク・ペレルマンは、説得力に対応する同意と真理との関係について、両者が別個のものと理解している。カ

イム・ペレルマン、江口三角訳『法律家の論理』（一九八六年）木鐸社 一八二頁参照。

3 有権解釈への「枠」の提供

一 以上みてきたように、「学説」による憲法の解釈にあたり、その主観性・実践性を強調する宮沢説であっても、立法論との区別に際しては「わく」の認識の必要が生ずる。また、「学説」による憲法の解釈の主観性や実践性を排し、その客観的な認識を強調する佐々木説にあっても、かような認識対象の憲法規範そのものが実践的な性格を有していることに留意せざるをえない。さらに、「学説」による憲法解釈の認識的要素と実践的要素とを統一的に把握せんとする長谷川説にあっても、そこでの「客観性」は特定の史観に基づいた仮説的なものたらざるをえない。そして、最後にみた小林説にあっても、「学説」による憲法の解釈の主観性・実践性と客観性・科学性の調和が試みられているが、この「客観性」を担保すべき「間主観的」な論議の可能性それ自体の条件が改めて問題となる。また、憲法解釈「学」の客観性の問題は、その実践性との関係では、個別的な「学説」による憲法の解釈の客観性の問題とは別の側面において検討される必要が生じる。というのは、後者の問題は「学説」による個々の解釈行為、それ自体の客観性の問題であり、いわば憲法解釈「学」の対内的な問題である。これに対し、前者の問題は有権解釈に対する憲法解釈「学」の地位に関する問題であり、いわば憲法解釈「学」の対外的な問題として把握できるからである。

二 結局、主観説、客観説それぞれがさらに解明されるべき課題を自ら負っているということができるとくに、客観説のなかでも解釈行為それ自体の主観性・実践性を前提としながらもその客観性・科学性をも主張する立場にあつては、その主観性・実践性と客観性・科学性との関係の究明が重要な課題とならう。

この点に関し、本稿は先にみたように、「学説」による個々の解釈行為の次元と有権解釈に対する憲法解釈「学」の地

位の次元を基本的に区別すべきではなからうかと考える。というのは、前者の次元における主観性・実践性は、いわば解釈行為それ自体の存在論的性格のものであり、⁽¹⁾ かような性格に対して認識論的な性格を有する客観性・科学性を付加せんとする努力は初めから困難が予想されるからである。これに対し、後者の次元においては、その客観性・科学性に關して「学説」による個々の個別的な解釈行為のそれを直接問題としなくてもすむからである。つまり、この場合にあっては、憲法解釈「学」の客観性は有権解釈の主観的・実践的な憲法解釈を方向づけるというその地位あるいは機能にもとづくものである。このような憲法解釈「学」の客観性がその地位あるいは機能にもとづく理由は次の点にある。すなわち、憲法を遵守すべき実定憲法上の義務を負う当事者たる法適用機関とくに裁判官がその遵守すべき憲法規範を解釈するということに比べ、第三者としての地位にある憲法解釈「学」が裁判官に対してその遵守すべき憲法規範が何であるかを明らかにするということの方がそれ自体としてすでに客観的な性質をもっているということである。

この場合に、従来の憲法解釈学のように「学説」自身が有権解釈とくに裁判官のそれと同様の具体的な解釈を主観的・実践的に行うのであれば、そこには「学説」間の競合ばかりでなく判例との競合が、つまり神々の争いが生じよう、そしてまた、かような争いの決着に關する困難な問題が生じよう。⁽²⁾ 従って、もしかような問題を回避せんとするならば、憲法解釈「学」は有権解釈と同次元の個別的、具体的な憲法解釈をするのではなくて、有権解釈が遵守すべき憲法解釈の方向づけ、つまり実定憲法規範の「枠」づけのための憲法解釈をすべきことにならう。⁽³⁾

(1) M・ハイデガー・原佑・渡辺二郎訳『存在と時間』『世界の名著』62 中央公論社(一九七一年)一四五頁、二二五頁、二七六頁参照。

(2) 例えば、このような場合に『学説・判例』などと、学説の方が判例より權威あるものの如き扱いは、実定法学のあり方として根拠がない(小嶋和司『憲法学講話』(一九八二年)有斐閣 五一頁注(2))という指摘がなされうる。これに対し、判例に対する学説の事実上の影響力の行使を強調するものとして、例えば大山儀雄「学説」鴨野幸雄他『法学・憲法』増補版(一九

八五年）成文堂 六二―六三頁参照。なお、裁判官の立場から、学説は尊重すべきであっても、いたずらにそれに捉われてはいけないとするものとして、渡部吉隆「判決雑感」公法研究 第四十八号 一―三頁参照。

(3) ちなみに、いわゆる「批判的峻別論」と憲法解釈における「枠」との関係については、山下威士『憲法学と憲法』（一九八七年）南窓社 八四頁以下、および同「批判的峻別論の構造」法政理論 第一九卷 第四号 八三頁以下参照。

三 裁判官の憲法解釈

1 「枠」の存在とその性格

一 一般に裁判官の法の解釈の場合、具体的事件への法の適用をとおしてその解釈の「実践的」、「創造的」性格が顕著に示される。まさに、「裁判官の法解釈とは、要するに何を法たらしめるかを確定する行為であるから、それは法創造でないどころか、むしろ厳密に言えば裁判のみが合法的に法を創造する権限をあたえられている」と指摘されるゆえんである。⁽¹⁾

このような裁判官の法の解釈における創造的性格については、西ドイツのヘルメノイティクないし法律学的ヘルメノイティクの立場がここでは参考になる。というのは、この立場は解釈における先行理解あるいはその循環的構造を指摘することによって、そもそも解釈行為それ自体が存在論的に創造的な性格を有することを主張するものだからである。⁽²⁾ H・G・ガダマーは法律家の法解釈について次のようにいう。「法律家は、法律を作成した者の意図について⁽³⁾の議事録に拘束を受けることはない。むしろ、事情の変化を認め、それゆえ法律の規範的な機能を新たに定めなければならぬ」⁽³⁾。また、A・カウフマンによれば「法発見は常にそして必然的に法発見者の創造的行為でもあるという

こと、それゆえこの者は法発見の過程に何らかのその者の人格性を入れ込むということが正しいならば——そして、このことは専門家の間では殆ど疑われていないのだが——、このような形成的な要素を背後に押しやり、あるいは全く隠蔽するということは理想ではありえない」とされる。⁽⁴⁾さらに、F・ミュラーによれば、「裁判は、単に例外的にはなくて、原則的に創造的な性格を有している」とされる。⁽⁵⁾そして、K・ヘッセによれば、「裁判も、もとより執行ほどではないが、形成的活動である。というのは、裁判は法の具体化という任務を担っているからである。この任務は、既存の事柄の認識のみを前提とするのではなく、そこには形成的要素も含まれる」とされる。⁽⁶⁾

二 このような裁判官の法創造的機能が、裁判官の解釈行為それ自体に本来的に伴うものであるとすれば、それは無限のものかどうかで問題となる。この点について、ガダマーによれば、裁判官の判決が恣意によるのではなくて、法秩序の理念によることを主張し、さらに解釈における法律の具体化の任務においては、判例を知らなければならぬし、法秩序からは汲みとれないようなものを法律に付加することは要請されない、とされる。⁽⁷⁾しかし、他方でガダマーは、一般性と特殊性に関するカントの『判断力批判』における見解に反対するヘーゲルの立場に立つて次のようにいう。「特殊なものが包摂される一般的なものは、まさにその包摂それ自体によってさらに規定される」。「従って、法律の法的意味の方は裁判によって規定され、そして原則として規範の一般性は事実の具体化によって規定される」。⁽⁸⁾果してこの両者のガダマーの主張は整合性があるのだろうか。解釈における循環が存在論的なものであるならば、まさしく後者の主張で足りる筈である。そして、そこにおける解釈の創造性は「事実の具体化」という特殊性によってむしろ拡大される筈である。それにも拘らず、ガダマーが前者の主張をすることとは、解釈行為それ自体の次元以上に解釈の対象それ自体の次元を強調していることになる、つまり、裁判官の解釈の対象たる法それ自体の規範的性格の強調である。もし、そうであるならば、裁判官の法創造的機能を強調するガダマーにあってもそ

の限界として、解釈の対象たる法律、法秩序ないしその理念という規範的「枠」が存在するということになる。

なお、先にみたK・ヘッセも、解釈される規範の内容が解釈においてはじめて自己完結する限りで、その解釈の創造的性格が認められるにすぎず、「解釈行為が規範に拘束されていることに変わりはない」という。もっともかようなヘッセの主張についても、先にみたガダマーの主張と同じような問題が生じる。つまり、規範の解釈における創造的性格とその規範の解釈に対する制約・拘束との関係が不分明という問題である。この点について、ベッケンフェルデは次のようにヘッセの見解を批判する。「憲法解釈の問題は、まさに憲法規範の文言の多義性、不特定性、簡潔性、断片性に由来する。そこから、明確な特定の内容の規範テキストを得ることがそれ自体課題であり、とりわけ、解釈の課題である。しかし、その場合、解釈はどのようにして解釈自らが初めてもたらすことになるものによって拘束されるのだろうか」、「解釈がその中で初めて内容を得るところの規範が不特定である限り、規範は同時に解釈の拘束要素となることはできない」⁽¹⁰⁾。

確かにヘッセの見解に対するこのようなベッケンフェルデの批判は一理あるといべきである⁽¹¹⁾。しかし、ここではヘッセが一方では解釈の創造的性格を肯定しつつも他方ではその拘束を認めざるをえない点に留意すれば足りよう。つまり、ヘッセの主張に従っても裁判官の法創造的機能は、その解釈の対象たる規範によって「枠」づけられることになる。

三 このようにみえてくると、裁判官の法創造的機能は、たとえ存在論的には不可避のものであっても、しかしその限界すなわち「枠」はまず第一に、その解釈の対象たる法規範それ自体によって設けられるということをここで確認することができるであろう。ただし、この場合の「枠」は解釈の対象たる法規範の存在、それ自体に由来するものであり、従って、それはいわば存在論的「枠」としての性格をもつにすぎない。

ところで、このような裁判官の直接の解釈の対象としての「粹」ではなくて、むしろ裁判官の法の解釈に対する一般的な方向づけを行ういわば規範論的「粹」の存在も考えることができる。それは、裁判官はその職権を行うに当たり「この憲法及び法律」に拘束されると規定する日本国憲法第七六条第三項の規定である。

この憲法第七六条第三項の解釈については、周知のようにこれまで裁判官の独立との関係で、専ら「裁判官の良心」の問題を中心にして議論がなされてきた。そして、通説は、この「良心」を客観的な良心としてとらえることによって「この憲法及び法律」と実質的に同質のものとして扱っている⁽¹²⁾。なお、「法律」については実質的意味の法律として理解され、それには政令・規則・条例等も含まれるとされる⁽¹³⁾。ちなみに、裁判官がその職権を行うにつき、かような意味での「法律」に拘束されるというならば、それは単に、裁判官が具体的事件の解決の際に適用すべき当該法規範に拘束されるということを意味するにすぎない。このような拘束は換言すれば、先にみたように、裁判官がその解釈の対象たる法規範に拘束されるといういわば存在論的な「粹」としてのものである。そしてこのような「粹」はたとえその旨の特別の規定がなくても法解釈の一般的性格からいって当然のことである⁽¹⁴⁾。

ところで、「この憲法」に裁判官が拘束される、ということについては、従来立ち入った検討は殆どなされていない。裁判官が「この憲法」に拘束されるということは、憲法の尊重義務を負う裁判官の職権行使にとって当然のところであり、それゆえ、この点については殊更検討する必要もないと思われるためであろうか。しかし、この「憲法」に拘束されるという文言が憲法第七六条第三項あるいは憲法第七六条全体の中で独自の法的意味をもつべきものとしてみるならば、この文言は裁判官の職権の行使とくに法の解釈権の行使にあたり、その行使のあり方を規範的にしかも一般的に「粹」づけるものとして理解できるのではなからうか。もしそうであるならば、この場合には裁判官は「この憲法」によって「粹」づけられた職権の行使つまり解釈権の行使をしなければならない。この場合、「この

憲法」とは文字どおりこの規定を定めている成文憲法典のことである。このことを裁判官とくに最高裁判所の裁判官の憲法解釈についていうならば、その解釈の実定法規範上の「梓」がこの成文憲法典そのものによって与えられているということになる。

四 この場合問題となるのは、果して誰がかような「梓」を「この憲法」のうちに見出し出すのかということである。法を解釈する当の裁判官であろうか？この点について参考となるのが、わが国の憲法第七六条第三項と類似の規定を有する西ドイツのボン基本法である。その第九七条第一項によれば、裁判官は独立であつて、「ただ、法律 (Gesetz) にのみしたがう」とされる。また、第二〇条第三項によれば、裁判は、「法律 (Gesetz) および法 (Recht) に拘束される」とされる。この両者の関係について前者よりも後者の規定の方に注目し、しかも法律 (Gesetz) 以外に法 (Recht) にも裁判官が拘束されることを重視する立場からは、この規定は法律実証主義の否定を意味し、そして裁判官に対して「意味全体としての法秩序に従つた創造的法発見の権限を付与する」ものとして理解されている。⁽¹⁵⁾

しかし、かような理解によれば、裁判官は自分が拘束される法の内容を自分で決定することを認めることになる。というのは、創造的法発見に対する条件としての「意味全体としての法秩序」が何であるかについての判断それ自体がまた裁判官に委ねられてしまうからである。そして、その場合には裁判官の自由な法発見の作業をとおして裁判官自身の恣意も入り込む余地がでてこよう。⁽¹⁶⁾ K・ヘッセは、この点に関し次のようにいう。基本法第二〇条第三項の法律および「法」という規定は、不文法の存在を認めるものであつても、しかし『法』を引き合いに出すことによつて『法律』をこえることができる可能性を与えるものではない。何故なら、そうすることは憲法上の諸機能をずらし、成文法から、憲法によってそれに帰属せしめられるべき合理的および安定化的作用を奪うことになるからである。⁽¹⁷⁾ そこで、裁判官が「法」に拘束されることを実質的に意味あるものとするには、この「法」については裁判官

に「基本法が実定化した価値秩序に代って、主観的な正義観念を持ち込む可能性はない」と理解すべきこととなる⁽¹⁸⁾う。

五 このようにみてくると、わが国の憲法第七六条第三項の「この憲法」によって拘束を受ける当の裁判官がその拘束の内容を解釈をとおして決定するということは明らかに不合理とならう。⁽¹⁹⁾ 従来⁽¹⁹⁾の通説は、裁判官の良心を「客観的良心」としてとらえることによって、それと「この憲法」とを実質的に同じ扱いにしている。しかし、その結果は実際にはC・E・ヒューズのいうごとく、「この憲法」とは裁判官がそういうところのものとなりはしないであろうか。とくにわが国の憲法にあっては、その第八一条によって最高裁判所の裁判官をはじめとして下級裁判所の裁判官には違憲法令審査権が与えられている。この審査権の行使において当該法令の違憲性が判断されるにあたり、裁判官が当該憲法規範を「客観的良心」のもとに自由⁽²⁰⁾に解釈できるとすることは問題があらう。もっとも、下級裁判所の裁判官の法ないし憲法解釈に対しては上訴制度によるコントロールが可能である。しかし、最高裁判所の裁判官の場合にはどうであらうか。確かにこの場合には合議制の歯止めがあるとしても、しかし今度は多数派の憲法解釈に対するコントロールの問題が生ずる。このコントロールを制度的しかも事後的なものとしてみるならば、それには最高裁判所の裁判官の国民審査制度があげられよう。しかし、かようなコントロールを事前にしかも実定憲法の解釈をとおしてなしうる方途も存在する。すなわち、憲法解釈「学」による有権解釈への規範的「枠」づけがそれである。⁽²¹⁾

(1) 渡辺洋三・前掲 六九頁。

(2) M・ハイデガー・前掲訳書 二七七頁、H.G. Gadmer, a. a. O., S. 250 ff., S. 518; A. Kaufmann, a. a. O., S. 76. など。ガダマーのヘルメノイティクが法律学的ヘルメノイティクに用いられることについては、種々の立場からの批判や疑問の表示もなされている。例えば、批判的合理主義の立場からの批判として、Vgl. H. Albert, Traktat über Kritische Vernunft, 2. Aufl.

- 1969, S. 141. また、結果を重視する実用的な法学と知的文化的な哲学との相違を根拠に、ガダマーのヘルメノイティクが法解釈学へ適用すべきならざるを主張するものとして Vgl. K. Adomiet, Methodenlehre und Juristenusbildung, Zeitschrift für Rechtspolitik, 1970, S. 179, Anm. 23.
- これらのほかに、ガダマーのヘルメノイティクを法学の立場から評価するものとしては、例えば、植松秀雄「法律学と自然法論」岡山大学法学会雑誌 二八巻 二号 四九頁参照。
- (3) H. G. Gadamer, a. a. O., S. 310.
- (4) A. Kaufmann, a. a. O., S. 91.
- (5) F. Müller, Richterrecht-rechtstheoretisch formuliert, in: Richterliche Rechtsfortbildung, Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 1986, S. 71. なお、E. ントラーの憲法解釈方法論については、小野寺邦広「フリードリヒ・ントラーの『規範論と憲法解釈方法論』中央大学大学院研究年報第一六号 一— 法学研究科篇上」三九頁以下参照。
- (6) K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 15. Aufl., 1985, S. 210. 阿部照哉他訳 一七三頁。
- (7) H. G. Gadamer, a. a. O., S. 312f.
- (8) H. G. Gadamer, a. a. O., S. 519.
- (9) K. Hesse, a. a. O., S. 24.
- (10) E. W. Böckenförde, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, NJW, 1976, S. 2096.
- (11) ちなみに、批判的合理主義の立場に立つ D. シュルターにすれば、そもそも神学的モデルにもとづくガダマーのヘルメノイティクは法学には適用しえず、従って、かようなガダマーのヘルメノイティクに依拠するヘッセの解釈論それ自体が初めから問題があることになる。Vgl. P. Schwerdner, Rechtswissenschaft und kritischer Rationalismus, Rechtslehre 2, Bd. Heft 1, 1971, S. 87.
- (12) 例えば、清宮四郎『憲法一』第三版（一九七九年）有斐閣 三五七頁参照。
- (13) 例えば、宮沢俊義著・声部信喜補訂『全訂日本国憲法』（一九七八）日本評論社 六〇七頁参照。
- (14) 「憲法及び法律のみ拘束される」という文言について、この「法律」を形式的意味に理解すべきだとするものとして、結

城光太郎「裁判官の良心」ジュリスト 日本国憲法一三〇年の軌跡と展望 一八九頁参照。なお、裁判官の独立と法律による拘束との関係については、宇都宮純一『法律による裁判』論 法学 第四六巻 第一号 一三八頁以下参照。

(15) Vgl. F. Müller, a. a. O., S. 67; BVerfGE, 34, 269 ff. 287.

(16) この意味では、E・ホルストホフが憲法解釈を法律解釈の規則に従うことを強調することとそれなりの意味がある。Vgl. E. Foshhoff, Rechtsstaat im Wandel. 1976, S. 132. など Vgl. R. Dreier, Recht-Moral-Ideologie, 1981, S. 107 f.

(17) K. Hesse, a. a. O., S. 76. くまは、この観点から、成文法の枠を越えることが可能とする Soraya 決定 (BVerfGE, 34, 269, 286 ff.) の立場に反対しては、この soraya 決定については別稿で具体的に検討する予定である。

(18) Ingo von Münch (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, Bd. 1, 2. Aufl., 1981, S. 737.

(19) 裁判官の解釈における「自己授權」を認める M・トロバールの説に反対するものとして、長谷部恭男「憲法典における自己言及」芦部信喜先生還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』(一九八五年) 有斐閣 八四二頁参照。なお、憲法法源としての成文憲法典が同時に「解釈基準」という意味での憲法法源となることを認めるものとして、樋口陽一『憲法変遷』の観念」思想 四八四号 六六頁参照。

(20) この点については、小林直樹・前掲 一三九七頁参照。

(21) なお、憲法解釈方法論の理論的「枠組」について検討するものとして、篠原巖「憲法解釈方法論の理論的枠組について」名古屋大学法政論集 一〇九号 四五頁以下参照。

2 「枠」の内容

一 先にみたように、裁判官の法の解釈については大別すれば二通りの「枠」が存在する。一つは、解釈の対象としての法規範であり、一つは、裁判官の法の解釈に対する一般的な方向づけを行う法規範である。そして、前者が存在論的な「枠」とすれば、後者は規範論的な「枠」ということができる。この点を憲法の解釈についていうならば、裁判官の憲法解釈には憲法の個別的な条文の「枠」と憲法第七六条第三項の「枠」が存在する。前者の枠は先にみたように解釈の対象としてのものであり、従って解釈行為と相関関係に立つものである。この解釈行為それ自体が存在

論的に創造的性格を有することから、その対象としての個別的な憲法の「条文」も不動・不変の「枠」とはなりがたい性格を有する。そしてまた、個々の具体的な憲法規範の内容によりその「枠」としての硬軟に差が生じよう。⁽¹⁾これに対し、後者の「枠」は裁判官の個別的な憲法の解釈における憲法創造的な作用を一般的に限界づけるものである。その意味では、この「枠」は裁判官の解釈によっては変更を受けない不動のものといふべきものである。⁽²⁾

二 問題はこれらの「枠」の内容の確定である。ここでは本稿のテーマとの関係で、先にみた「枠」のうち後者の「枠」について検討する。ここでの問題は、次の指摘のうちに適確に示されている。「科学としての法律学が法の解釈を制約すべきものを確定すべきだとしても、法の解釈を制約するとされる「わく」そのものが既に解釈するものの価値判断によって左右されるんじゃないか」。⁽³⁾この場合の「わく」は、先にみた「枠」のうちむしろ前者のものと理解すべきであろうが、しかし後者の「枠」としてみた場合でも、この問題はあてはまらう。この問題は、憲法解釈「学」自身の「枠」に対する先行理解の問題である。⁽⁴⁾

憲法解釈「学」の任務が有権解釈とくに裁判官の憲法解釈を指導し方向づけるものであることは、すでに見てきたとおりである。そしてこの裁判官の憲法解釈を「枠」づけるものが実定憲法のうちに、つまり憲法第七六条第三項のうちにあることもみてきた。そうだとすれば、かような「枠」について実定憲法の外からの理解や評価―先行理解―は、少くとも憲法解釈「学」のそれとはいえないであろう。⁽⁵⁾ここで要請されるのはむしろ実定憲法に対する内在的理解であろう。問題となるのは、憲法解釈「学」における「学説」が実定憲法に対して同じ内在的理解に立ちながらしかもその「枠」の理解について説の対立がある場合である。しかし、この場合でも「種々の諸要素の理論的な検討―概念の精密な分析、論理の正確なツメ、規範の体系的理解、立法事実の明証化など―を通じて、討論可能性を十分に生かす場があれば、わくの画定に高度の客観性を得ることがかなりな範囲までできるだろう」。⁽⁶⁾

この場合の「討論可能性」の第一の前提は、各「学説」の実定憲法に対する内在的理解において、相互の先行理解の共通性を確認することであろう。この先行理解の一つとして重要な機能を有するものはいわゆる憲法理論である。この憲法理論が共通でなければそれに基づいた実定法の内在的理解にもかなりの相違が生じよう。この点については、ベッケンフェルデの見解がここで参考となる。ベッケンフェルデによれば、憲法理論が解釈者の自由な選択に委されるならば、トピク的な手続や無制約の解釈が幅をきかすことになる。この場合、憲法はなんでも詰め込まれる単なる形式的な容器となってしまう。正しくて拘束力のある憲法理論とは、憲法の内に明確にまたは暗に含まれている憲法理論としてのみ可能である。それは、憲法のテキストおよび憲法の成立方式から合理的な認識手段でもって得られるものとされる。^(?)要するに、実定憲法に即した憲法理論の要請である。

三 しかし、かような憲法解釈「学」による裁判官の憲法解釈の「枠」の確定がそれでもなお説の対立をみる場合にはどうなるのだろうか。この場合の一つの方策としては、「枠」の確定も最終的には実践的な価値判断であるとして、個々の「学説」が自らの確定した「枠」を裁判官に提示することであろう。しかし、それでは裁判官がその「枠」の選択権を有することになり、裁判官の憲法解釈に対する「枠」を憲法解釈「学」が追求してきたことが無意味となる。そうあつてはならないとすれば残る方策として二通りのものが考えられる。一つは、「討論可能性」の前提の下に、これまでどおり「枠」の客観的確定の作業を続けていくことである。一つは、現段階の「学説」間で最大限共通に確認されている「枠」の内容とその性格および機能を明らかにすることである。何れも他方の作業を前提とするものであるが、本稿では、憲法解釈「学」の任務すなわち裁判官の憲法解釈に対する「枠」づけの任務をより意味あらしめるといふ実践的な観点と、思考経済上の観点から後者の方策をとることにする。

四 法の解釈一般の「枠」については、様々な観点から様々なものが「学説」によっていわれている。例えば、私

法の領域では、(i)高次の法律規範によって拘束されること、(ii)他の法律規範との均整、(iii)価値判断の体系的整合性、(iv)現在の社会関係を前提とすること、(v)推論の論理性等があげられている⁽⁸⁾。ちなみに、これらの「枠」を裁判官の憲法解釈の「枠」との関係で検討してみよう。まず、(i)と(ii)は、憲法の最高法規性からいって憲法の解釈の「枠」としては関係がない。(iii)は解釈主体の先行理解の問題である。各解釈主体の価値判断の前提として価値観に相違があれば、たとえ、個人としての価値判断に体系的整合性があっても憲法解釈「学」としての共通性はもたえなくなる。その意味では、この(iii)も裁判官の憲法解釈の「枠」としては不適當となろう。(iv)については、これを規範と現実との関係において、現実によっても規範内容が規定されるべきことと理解するならば、これは法解釈における循環の問題であり、K・エンギッシュのいう視線の往復(Hin- und Herwandern des Blickes)の問題である⁽⁹⁾。しかし、憲法の解釈の場合、とくに違憲法令審査権の行使における憲法解釈の場合、下位規範あるいは国家機関の行為の背景となつていゝる社会的、政治的關係によつて当の憲法規範の内容が規定されるとするならば、そもそも憲法の最高法規性およびそれを保障せんとする違憲法令審査権そのものが意味を失うおそれがなからうか。また、たとえかような憲法現実を考慮する必要があり、それによつて憲法規範の内容や「枠」に変化が生じうることを認めたとしても、あくまでもその憲法規範は具体的な解釈の対象としてのそれであり、裁判官の憲法解釈を一般的に拘束するものとしての憲法第七六条第三項でいう「憲法」規範とは異なるものと理解すべきであろう。もしそうだとすれば、この(iv)も、今みた後者の意味での「憲法」解釈の「枠」とはなりえないであろう。最後の(v)についてみるならば、これはあらゆる法解釈の形式的要件であり、このことは憲法解釈一般にもあてはまる「枠」といえる⁽¹⁰⁾。

なお、憲法の領域で、有権解釈の「枠」として、例えば次のようなものがあげられている。(i)各個の憲法規範の目的、(ii)文言、(iii)規範に内在する原則等⁽¹¹⁾。これらは、現段階の憲法解釈「学」が有権解釈とくに裁判官の憲法解釈に対

して提示しうる最大限共通の「枠」、つまり憲法第七六条第三項のいう「この憲法」が示す規範的な「枠」として理解することができる。ただ(i)については、その「目的」の解釈にあたり、「その目的の把握のしかたいかんでは解釈者の恣意に委ねられる危険性を常に内包している」⁽¹²⁾点の指摘にも注意する必要がある。なお、これらの「枠」以外にも、歴史的立法者の意思とか憲法の精神とかがあげられる場合がある。しかし、前者については、主観説と客観説との対立が存在する関係上、裁判官の憲法解釈に対する相対的な「枠」としての機能しかもちえまい。また、後者については次のような指摘が参考となろう。つまり、それが抽象的であればあるほど、「それは極めて多様な制度原理を含みうるものとなって、個々の具体的な条規のわくの決定などには役立たなくなる」⁽¹³⁾。そして、またかような「憲法の精神」を解釈の基準とすることによって、かえって法的安定性が損われたり、解釈者(裁判官)の意欲やイデオロギーが介在する危険が生じよう。⁽¹⁴⁾

五 このようにしてみると、憲法解釈「学」が憲法第七六条第三項の解釈として裁判官とくに最高裁判所の裁判官の憲法解釈に対して最大限共通のものとして提示しうる「枠」は形式的なものと実質的なものとに分けることができる。前者は法規範の文言であり、後者は成文憲法に示されている基本的な価値原則である。

この場合に生ずる問題を、まず、前者の法規範の文言としての「枠」についてみよう。この点については、法律学的ヘルメノイティクの立場に立って規範の具体化ということを主張するF・ミュラーの見解がここでは参考になる。彼は、一方ではこの法規範の文言について次のようにいう。「規定の文言たる規範テキストは、法規範の概念的な構成要素ではない。通常、『現行法』と呼ばれるものは、むしろ規範テキストの集成である」⁽¹⁵⁾。「法規範は、その規範文言とも、また文言上の解釈の結果とも同一のものではない」⁽¹⁶⁾。しかし、彼は他方では次のようにいう。『裁判官法』と呼ばれるものは、それが正当化されうる場合には、規範的な法作業の要素であって、それから離れたものではない。

これに反し、それが現行法の規範テキストへの還元が主張しえないような場合には、それは別個のものであり、正当化しえないものである⁽¹⁷⁾。これを見ると、裁判官の法創造的性格を強調するミュラーにとっても、その「粹」は不可欠のものであり、そしてその「粹」は規範のテキスト、つまり文言に求められている⁽¹⁸⁾。

この場合、法規範の文言とそれによって表現される法規範との関係が問題となる。つまり、規範の文言の「意味」即法規範の「意味」なのかという問題である。この問題にあつては、文言それ自体の「固有の意味(Sinn)」とその意味が他との関係において有する「意味」とを区別する必要がある⁽¹⁹⁾。ここでは、後者の「意味」が関係的、機能的な性格を有していることから、前者の「意味」と区別して「意義」(Bedeutung)と呼ぶことにする⁽²⁰⁾。この「意義」は関係ないし機能的概念であるから、関係づけられる対象の変化に応じてその内容に変化を受けるものである。いわゆる抽象的な規範概念が多義的であるとされる大きな理由として、その「意味」が関係づけられる対象が不特定・多数であることがあげられよう。また、法解釈の創造的性格をその解釈の対象である法規範の文言の点からみるならば、それは今みた文言の「意義」の関係的、機能的性格に求められよう。例えば、ある法規範の文言の「意味」が従来のもので違って解釈されるといわれる場合、それは正確にいえば、従来の「意味」が新たなケースに新しく関係づけられ、その結果従来の法規範の文言の「意味」が新たな「意義」において解釈され直されるとみるべきであろう。この場合、法規範の文言の「意味」と「意義」との関係は、前者が後者の核としての機能を有しているということができる。

このようにみえてくると、法規範の「意味」には少くともその中核として法規範の文言の「意味」が存在し、さらにその周辺にその文言の「意義」が存在するということができるであろう。そうだとすれば、法規範の「意味」は、まず第一にこの法規範の文言の「意味」を基準点にしなければ把握できないことになる。そして、この限りでは、法規

範の文言の「意味」は法規範の「意味」に対して一種の「粹」を形成しているといえるであろう。F・ミュラーが「文言は法律ではなくて、法律の形式である」⁽²¹⁾というのもこのような連関の中で理解されなければなるまい。それゆえ、裁判官の憲法解釈の「粹」としての法規範の文言は、この文言の「意義」としてよりも「意味」として、しかもその文言の固有の意味のものととして理解しなければなるまい⁽²²⁾。この点に関しては、カイク・ペレルマンの見解が参考になる。「法規範に支配される共同体は同時に言語共同体でもあるから、条文に用いられている言葉は、異なる理解を正当化するような特別の理由がない限り、普通一般に受け取られている意味に解しなければならないものと思われる」⁽²³⁾。

六 次に、裁判官の憲法解釈に対する実質的な「粹」としての成文憲法上の基本的な価値原則についてみてみよう。成文憲法において示される一定の政治的、社会的、文化的な諸価値のまず第一の特徴は、それが憲法制定者によってその制定当時に存在していた各種の諸価値の中から憲法上の法価値として特定——C・シュミット流に言えば決断——されたということである。ただ、特定といっても一般にその形式には様々なものがありうる。例えば、明文による形式もあれば、暗黙による形式もあるし、あるいは排他的な形式による場合もあれば、妥協的な形式による場合もあろう。もしこの特定が暗黙のしかも妥協的な形式によっている場合には、その特定された内容それ自体を確定することそれ自体が困難な作業となる。かような場合には、あるいはP・ベームがいうように⁽²⁴⁾、実定法を越えて存在する価値基準に頼ることも必要かも知れない。しかし、この作業の以前に、実定憲法が明文でしかも排他的に価値の特定をしているのであれば、むしろこの価値を実定憲法の基本的な価値原則と把握し、それを裁判官の憲法解釈に対する規範的な、しかも実質的な「粹」として理解することの方が先決であろう。日本国憲法の基本原理として一般にあげられる国民主権主義、基本的人権の尊重および平和主義については、まさしくそれぞれが日本国憲法の前文および

本文で排他的な価値の特定がなされているものである。勿論、このような価値原則の相互の関係、あるいは個々の価値原則それ自体の具体的な内容については、学説の間で種々の解釈がなされうるし、また現になされている。この点では、かような価値原則がたとえ裁判官の憲法解釈に対する「枠」として機能するにしても、それは先にみた法規範の文言の「意味」がもつ「枠」と比べれば、その「枠」内での特定の内容の選択には裁判官に裁量の余地があることは否めない。⁽²⁵⁾

ここで、上述のまとめとして、裁判官の憲法解釈に対する「枠」としての法規範の文言と基本的な価値原則との関係を改めてみてみよう。先にみたように、前者の法規範の文言も正確には「意味」と「意義」とに区別することができる。この「意義」の方は文言の固有の意味を核として関係的、機能的に他の対象へと拡大する可能性を有するものである。また、その結果として文言の固有の「意味」を拡大し、あるいは縮小させる機能を有するものである。そしてこの作業が解釈である。この作業が憲法の解釈としての「枠」内であるならば、法規範の文言の固有の意味の適用、つまり「意義」づけは正当なもの、妥当なものとして評価される。先にみた価値原則は、法規範の文言の固有の意味が他の対象へと正当なもの、妥当なものとして関係づけられうる場、つまり「枠」を提供するものということができる。

七 ちなみに、憲法規範でも人権に関する憲性規範の文言の解釈にあつては、形式的な文言の「意味」の枠をこえることの方がむしろ望ましい場合が多い。何故なら、その方が憲法の解釈基準たる「個人の尊重」に適しているからである。但し、このことは、形式的にみれば後述のように違憲な解釈であり、従つて、実質的にはあくまでも例外的に合憲な解釈でありうるにすぎないことに注意しなければならない。従つて、ある人権規定の文言の「意味」ではなくて、その「意義」しかも複数の「意義」の中から特定の「意義」を選択するにあつては、その選択の根拠につい

て厳密な論証が必要となる。

かような人権規定の文言の「意義」の選択にあたっては、他の法益との関係が重要な働きをする。この点を「公共の福祉」との関係でいえば、次のようになる。すなわち、「公共の福祉」を通説のように各人権間の衝突を調整する原理として捉えるならば、かかる人権間の衝突の調整は、各人権規範の文言のもつ各種の「意義」の調整であり、従って「公共の福祉」は、このような「意義」の調整原理ということになる。このように、「公共の福祉」との関係で、各人権規範の文言の形式的な「枠」つまりその文言の固有の「意味」がその「意義」において拡大ないし縮小の形で実質的に調整される場合には、その調整に対してはやはり厳密な論証が必要となる。

この場合の論証が、もし形式的な文言の「意味」の観点から何らかの反証が可能であるならば、あるいは実質的な「意義」の観点から不十分なものであるならば、かような論証に基づく人権規定の解釈はやはり違憲ないしその疑いが強いものといわざるをえないであろう。例えば、最高裁判所の判例によれば、公務員も憲法第二八条の「勤労者」に含まれると解されるが、しかし、その公務員に対する争議権の一律禁止は許されるとされる。つまり、最高裁判所は、憲法第二八条が勤労者に保障する「団体行動する権利」を公務員に対しては制限的に理解ないし解釈している。かような制限的な解釈が果して十分にしかも厳密な論証のうえでなされているか否か、この点については問題があるところである。

- (1) 「学説」によって、この「枠」それ自体の変化の可能性が指摘されるのも、この意味での「枠」についてのものと理解すべきであろう。例えば、芦部信喜『憲法講義ノート・I』（一九八六年）有斐閣 五五頁、小林直樹・前掲 一四〇二頁参照。
- (2) 小林直樹・前掲 一三九四頁、一三九七頁参照。そこで主張されている「わく」は、この意味のものとして理解しうるであろうか。なお、この問題については後に詳しく検討する。

- (3) 来栖三郎他「法解釈学の『科学性』」法律時報 二六卷、五八頁。
- (4) かような「先行理解」が非合理のおよびイデオロギー的な性格をもちうることを、従って、心理学、社会学、分析科学等の個別的な経験科学に属する批判的反省が必要なことについては、Vgl. R. Dreier, a. a. O., S. 118.
- (5) ちなみに、長谷川説が従来の学説による憲法解釈について、「学」としての性格を認めるのに否定的とされるのは、それなりに一貫している（長谷川正安・前掲、八三頁）。しかし、憲法解釈「学説」が解釈の客観性を問題とする限り、解釈の対象それ自体にもその根拠を求めることは要請されてよい筈である。この点については、篠原巖・前掲 四九頁以下参照。
- (6) 小林直樹・前掲 一四〇六頁。
- (7) E. W. Böckenförde, a. a. O., S. 2098.
- (8) 来栖三郎・前掲（法律時報 二六卷）五七一五八頁。
- (9) H. G. Gadamer は、この点について次のようにいう。「確かに法律家は常に法律それ自体を考えている。しかし、法律の規範内容は法律が適用されるべき所与の事件において特定されなければならない」（H. G. Gadamer, a. a. O., S. 309）。ちなみに、かような法解釈における循環を通じて、M. クリーレが直観的で曖昧なものととして批判した（M. Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, 1976, S. 205, Anm. 41）のに対し、A. カマンテンは、客観性というものはかような理解の過程の外には存在しないと反論している（A. Kaufmann, a. a. O., S. 75）。
- (10) この「枠」を規範論理学的に徹底して用いたものとして、山下威士「憲法第一章の規範科学的考察」法政理論 第十七巻 第一・二号 二九頁以下参照。
- (11) 芦部信喜・前掲 五五頁参照。
- (12) 渡辺洋三・前掲 五〇頁。
- (13) 小林直樹・前掲 一四二二頁。
- (14) 小林直樹・前掲 一四二七—一四二九頁参照。
- (15) F. Müller, a. a. O., S. 69.
- (16) F. Müller, a. a. O., S. 70.
- (17) F. Müller, a. a. O., S. 84.
- (18) Vgl. F. Müller, Einige Leitsätze zur Juristischen Methodik, in: R. Dreier (Hrsg.), Probleme der Verfassungs-

- interpretation, 1976, S. 251; K. Hesse, a. a. O., S. 29.
- (19) ちなみに、この文言の「固有の意味」は、概念のメルクマルとしても理解することができる。これについては、吉永榮助「一般形式論理学と日本語—法論理学へのプロローグ—」(大東文化大学紀要(人文科学)二三号 一五頁以下参照)。
- (20) Vgl. P. Reisinger, Sinn und Bedeutung, in: Wissenschaftstheoretisches Lexikon, 1978, S. 532; G. Frege, Schriften zur Logik und Sprachphilosophie, 2. Aufl., 1978, S. 25 ff. ちなみに、H. ケルゼンによれば、フーゲはある言葉の Bedeutung のみならず、その言葉で表現されたものにつき表示された対象のことを理解している」とされる。ケルゼン自身はこれに反対し、Bedeutung は対象ではなくて、作用のみである。Vgl. H. Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen, 1979, S. 27, S. 242, Anm. 32. なお、Sinn と Bedeutung との区別につき、本稿とはほぼ同様の理解をするものとして、増田豊「ネオ・客観的解釈論としてのノーマン・ヤ」法律論叢 第五八巻第三号、一三五—一三六頁参照。
- (21) F. Müller, a. a. O., S. 253.
- (22) 問題は、文言の「意義」がその固有の「意味」の枠を縮小または拡大ないし超越していく可能性をもっていることである(体系的、目的論的解釈)。この場合の「正当性」については、裁判官の憲法解釈の実質的「枠」としての成文憲法上の基本的な価値原則のところで検討したい。
- (23) カイム・ペルルマン、前掲・一七三頁。なお、佐々木惣一 改訂『日本国憲法』(一九五二年)有斐閣 一二七—一二八頁、根森健「公共の福祉」論と市民憲法学」小林孝輔教授還暦記念論集『現代法の諸領域と憲法理念』(一九八三年)学陽書房、一〇四頁、増田豊「主観的・歴史的解釈論の語用論的ヴァージョン」法律論叢 第五八巻第六号二〇—二二頁等参照。
- (24) Vgl. P. Böhm, Zur Interpretationstheorie der Reinen Rechtslehre im Lichte ihrer gegenwärtigen Vertreter, JBl 97 1975, S. 6.
- (25) 問題は、この選択における裁量においても、やはりその裁量を方向づける原則—「枠」—があるのかどうかである。この点については、後に検討する。なお、この点の問題に関しては、芦部信喜『憲法訴訟の理論』(一九七三年)有斐閣 二五頁参照。

3 「枠」の機能

一 いくらまでもなく、現行憲法の制度上、裁判官とくに最高裁判所の裁判官の特定の憲法解釈に対する法的な審査

機関は存在しない。最高裁判所の裁判官の国民審査制度は法的というより政治的な機能を有するにすぎない。このような事情からすれば、確立した判例の憲法解釈の誤り⁽¹⁾を主張する「学説」は立法論とされることも制度論としてはそれなりの意味が確かにある。しかし、そうであってもこの場合まず第一に判例の確立がどのようにして認識されるのが問題となろう。さらに、たとえ判例の確立が認識しえたとしても、その判例の憲法解釈が憲法第七六条第三項でいう「この憲法」の拘束を遵守しているかどうかが問題となろう。

すでにみたごとく、この憲法第七六条第三項は裁判官、とくに第八一条との関係でいえば最高裁判所の裁判官の個別的な憲法解釈に対する規範的な「枠」を規定するものと解しうる。従って、最高裁判所の裁判官がもしこの「枠」をこえた憲法解釈をした場合には、その解釈は憲法第七六条第三項に反したもので、つまり違憲の憲法解釈といふことができるであろう。この場合の「枠」は、具体的には先にみたように第一には法規範の文言しかもその固有の「意味」である。従って、この文言の固有の「意味」が社会および憲法解釈「学」によって一義的なものとして理解されている限り、かような文言の「意味」をその固有の「意味」以外のものに解釈することは原則として違憲といわねばならない。ただし、文言の固有の「意味」をそれ以外に解するということは、その文言の固有の「意味」の「意義」づけに関わるものである。従って、もしこのような「意義」づけによって文言の固有の「意味」の拡大ないし縮小がなされることが正当なもの、妥当なものとして論証されるならば、そのような解釈は例外として、実質的には合憲とされよう。ただし、かような論証は、単なる推論の論理性だけでは十分ではない。むしろ、実質的な根拠、つまり憲法の基本的な価値原則という第二番目の「枠」に従ってはじめて、その正当性、妥当性が検証されるといわねばならない。

二 問題となるのは、(i)第一の「枠」としての法規範の文言の固有の「意味」が多義的である場合と(ii)今みた、第

二番目の「粹」としての憲法の基本的価値原則相互間の関係および個々の原則の具体的内容について「学説」間に見解の相違がみられる場合である。何故なら、これらの場合には、最高裁判所の裁判官の憲法解釈に対する「粹」としての機能が十分に果せるかどうかの問題となるからである。これらの問題について共通するのは、それらがともに裁判官の憲法解釈の「粹」の内部の問題である点である。この点で、先にみた法規範の文言の固有の「意味」が一義的である場合とは異なる。後者の場合は、「粹」それ自体の問題だからである。以下、これらの問題について順次検討していこう。

(i) 裁判官とくに最高裁判所の裁判官が個別的な憲法規範の文言を解釈するにあたり、当の文言の「意味」が一義的であるよりは多義的であるというの方がむしろ通常であろう。憲法規範それ自体が抽象的な性格を有しているからである。かような場合に、憲法解釈「学」が裁判官に対してその憲法解釈の「粹」としての憲法規範の文言の「意味」に従うべきだ、³⁾といつても、その規範的拘束力は事実上無きに等しいものである。この場合には、裁判官はその規範の文言の可能な「意義」のうちから特定のものをその「意味」として選択する権限が憲法自身によって与えられているものと解すべきであろう。

しかし、その選択は裁判官の完全な裁量に委ねられているかどうかは検討を要する。何故なら、最高裁判所の裁判官の憲法解釈に対する文言の「意味」の「粹」はあくまでも形式的なものにすぎないからである。従って、裁判官によって選択された文言の「意味」は実質的な「粹」としての憲法の基本的な価値原則によって基礎されていなければならない。かような基礎を欠き、しかもかような価値原則に反するような文言の「意味」の選択は、形式的にはともかく、実質的には違憲の憲法解釈といふべきであろう。この場合には、憲法規範の文言の「意味」の選択における裁量権——解釈権——の濫用ということができらるであろう。また、仮に選択された憲法規範の文言の「意味」が憲法の

基本的な価値原則に合致している場合でも、その程度が問題となる。つまりこの合致の程度が低ければ低いほど裁量権ないし解釈権の濫用の問題が生ずる。この場合には、かような「意味」の選択は、形式的にはともかく実質的には違憲の疑い、がより強くなるというべきであろう。しかし、憲法の基本的な価値原則それ自体について一義的な性格がないとすれば、話は別である。この点については次に検討する。

(iii) 憲法の基本的な価値原則、つまり国民主権主義、基本的人権の尊重および平和主義相互の関係あるいは個々の価値原則の具体的内容をどのようにとらえるかということは極めて基本的でかつ重要な問題である。これらの問題については、周知のように学説の間に見解の相違が存在するのは事実である。しかし、かような相違は、最高裁判所の裁判官の憲法解釈に対する「枠」を問題とするときは無視すべきであろう。というのは、先にもみたように、憲法解釈「学」の任務は個々の学説による憲法解釈の現段階での最大限共通の内容を、裁判官とくに最高裁判所の裁判官の憲法解釈の「枠」として、しかも実定憲法上の「枠」として示すことだからである。そうであるならば、日本国憲法の基本的な三つの価値原則のうち学説上とくに最大限共通に強調されているものとして基本的人権の尊重という価値原則をこのような「枠」としてあげることができるであろう。この基本的人権の尊重もさらに具体的にみれば、憲法の明文でしかも排他的に特定されている「個人の尊重」(第一三条前段)ないし「人間の尊厳」という価値原則が中心的なものということができるであろう。それゆえ、このような基本的人権とくに個人の尊重ないし人間の尊厳という憲法の基本的な価値原則が、少くとも最高裁判所の裁判官の憲法解釈の実質的な「枠」の中心的な役割を演ずるものとみることができよう。⁽⁴⁾⁽⁵⁾

このようにみると、先にみたように憲法規範の文言の「意味」が多義的である場合に、裁判官がそのうちの特定の「意義」をその「意味」として選択する場合、その選択が実質的な「枠」としての憲法の基本的な価値原則に合

致している程度の問題は、とくにこの基本的人權の尊重のレベルでしかも個人の尊重ないし人間の尊嚴のレベルとの關係で検討される必要がでてくる。その結果、その特定の選択がこの個人の尊重ないし人間の尊嚴という憲法の基本的な価値原則に合致する程度が低ければ低いほど、それは形式的にはともかく實質的には違憲の疑いの強い憲法解釈ということができようであろう。この場合にも、最高裁判所の裁判官の憲法解釈における裁量權の濫用の問題が潜んでいるということができよう。

三 以上、極めて抽象的に、裁判官とくに最高裁判所の裁判官の違憲ないしその疑いの強い憲法解釈の条件を憲法規範の形式的、實質的な「枠」の検討をとおしてみてきた。そこで次に検討すべき課題は、かような違憲ないしその疑いの強い憲法解釈の効果に関する問題である。以下、この問題を(i)憲法判断の効果、(ii)判例変更の条件を中心としてみていきたい。

(i) 最高裁判所が憲法第八一条を根拠にして違憲法令審査權を行使する場合、可能性としては、当該法令が違憲と判断される場合もあれば、合憲と判断される場合もありうる。この場合、先に検討した最高裁判所の裁判官の憲法解釈の違憲ないしその疑いの強い可能性との關係では次のような事態が生じうるであろう。つまり、当該法令が違憲と判断されたとしても、実はかえってその憲法解釈の方が違憲である場合である。かような場合、制度上は格別、理論上は当該法令は違憲ではないということになる。また、その憲法解釈の方が違憲の疑いが強い場合には、当該法令は合憲の可能性の方が強いということになる。さらに、当該法令が合憲と判断されたとしても実はかえってその憲法解釈の方が違憲である場合がある。かような場合は、先の場合と反対に当該法令は違憲であるということになる。また、その憲法解釈の方が違憲の疑いが強い場合には、当該法令は違憲の可能性の方が強いということになる。この場合の一つの例としては、当該法令に適合するように憲法の規範的「意味」内容を解釈することがかえって違憲ないし

その疑いが強いとされる場合が考えられる。これは、法律の合憲限定解釈が許されないとされる場合と同じ条件で、憲法の合法的、限定的解釈が許されないとされる例である。

なお、最高裁判所の憲法判断が違憲ないしその疑いが強い場合でしかもその判断が当該事件の判決の結論に影響を及ぼすものである限り、当該判決は制度上はともかく、理論上は無効ないし無効の疑いが強いということになる。

(iii) 最高裁判所の判例が「事実上の拘束力」をもつにすぎないのか、それとも「法源」としての拘束力をもつのかについては、周知のように議論のあるところである。判例の拘束力が単に事実上のものにすぎなければ、最高裁判所自身がその判例に拘束されるということも単に事実上のものとなる。従って、この場合には最高裁判所が自らの憲法判例を変更することは事実上自由ということになる。しかし、判例が法源として先例拘束性をもつとされる場合には、最高裁判所が自らの判例に拘束されるということは単に事実上のものではなくなる。従って、この場合には、最高裁判所が自らの憲法判例を自由に変更することは理論上はできなくなる。ただ、「判例は一般に十分の理由がある場合には変更可能と解されており、憲法判例もその例外とみるべきではない」とするならば、憲法判例の変更も場合によっては可能となる。

何れにしろ、最高裁判所が自らの憲法判例を変更する場合はありうることになる。そして、前者の場合の方がその事実上の可能性が大きいということになる。しかし、何れの場合でもかような変更に対する「裁量権の限界」の問題が生じる。というのは、後者の場合は勿論、前者の場合であっても、本稿の立場からすれば最高裁判所の裁判官の憲法解釈それ自体に実定憲法上の「枠」が存在しているからである。従って、最高裁判所の憲法判例が下級裁判所の憲法判決に対して単に「事実上の拘束力」しかもたないにしても、しかし最高裁判所自身は自らの憲法判例の変更にあたり、その憲法解釈の「枠」に拘束されることになる。そうだとすれば、最高裁判所の憲法判例の変更は、この「枠」

内においてのみ可能であり、そしてその必要性がとくに認められるのは、自らの違憲ないしその疑いが強い憲法解釈を変更するときである。

四 以上みてきたのは、最高裁判所の裁判官が違憲法令審査権の行使において積極的、憲法解釈を行う場合のその解釈の違憲性ないしその疑いの強い場合の諸問題であった。ここでは、消極的な憲法解釈つまり憲法裁判において裁判所が憲法解釈を行わない場合について若干検討する。

この問題は、いわゆる「統治行為」ないし「政治問題」に関するものである。この「統治行為」を肯定する学説の根拠の一つとして三権分立の制度があげられる場合、それによって司法権の制度上の限界の問題が指摘されている訳である。この司法権をとくに法の適用における解釈権として理解するならば、かような司法権の制度上の限界は裁判官の法の解釈権の限界つまり「枠」の問題として一般的にとらえることができる。⁽¹¹⁾この点を本稿で今までみてきたこととの関係でいえば、この司法権の制度的な限界としての「枠」も憲法第七六条第三項の「この憲法」の「枠」の中に入れることができる。というのは、この司法権の制度的な限界は、「この憲法」それ自体が三権分立制度を採用しているからこそ存在するといえるからである。そうであるならば、憲法第七六条第三項による裁判官とくに最高裁判所の裁判官の法解釈上の「枠」は、大別すれば制度上の外在的な「枠」と解釈上の内在的な「枠」との二通りになる。ちなみに、本稿ではこれまでこのうちの後者の「枠」についてみてきたことになる。そうだとすれば、問題は両者の「枠」の関係である。そしてまたこの両者の「枠」と憲法第八一条によってとくに最高裁判所の裁判官に与えられた憲法保障——さらにいえば人権保障——の役割との関係である。

「統治行為」肯定論のうち、いわゆる内在的制約説は、今みた「枠」のうち前者のそれを根拠においているということが出来る。それゆえ、この立場からすれば、最高裁判所が違憲法令審査権を行使する場合であっても、憲法解釈

上の「枠」が存在することになる。つまり、当該ケースに対する憲法的判断——換言すれば、当該ケースに対する当該憲法規範の「意味」の「意義」づけ——がなされないことが、最高裁判所の裁判官の憲法解釈上の「枠」しかも制度上の「枠」を理由として肯定されることになる。⁽¹²⁾ いわゆる苦米地事件に対する最高裁判所の判決の立場もこのような意味において理解しうるであろう。

しかし、最高裁判所の裁判官の憲法解釈においてつねに制度上の外在的な「枠」が厳格に守られねばならないとすることに問題がある。何故なら、憲法第八一条を根拠としてその「枠」の拡大が正当化されうる場合があるからである。とくに憲法第八一条によって最高裁判所の裁判官に与えられた権限が人権保障という憲法の基本的な価値原則の維持・実現にあるとすれば、たとえその憲法解釈に対する制度上の「枠」の拡大が形式的には違憲とされても、実質的にはむしろ合憲のものとして正当化されうるからである。

さらにいえば、最高裁判所の裁判官が当該ケースに対する憲法判断をしないということ自体が実質的には違憲となる場合が考えられよう。例えば、当該ケースとの関係で憲法規範の文言の「意味」が憲法の基本的な価値原則とくに個人の尊厳ないし人間の尊厳という価値原則に基礎されたものとして特定され、それによって当該ケースに対する憲法規範上の「意義」づけ、つまり憲法判断がなされるにも拘らず、それがなされない場合である。しかも単に制度上の「枠」を理由としてなされない場合である。このような憲法解釈権の不行使は、憲法第七六条第三項との関係では形式的には合憲であっても、しかし憲法第八一条との関係では実質的には違憲といえるのではなからうか。

(1) 宮沢俊義・前掲 九六頁、来栖三郎「法の解釈における制定法の意義」法学協会雑誌 七三卷 二号 一三頁参照。

(2) これと関連するものとして、厳格憲法解釈論の立場から「憲法解釈の枠」と「憲法の枠」とを自覚的に区別すべきだとする内野正幸「憲法解釈論のあり方」筑波法政 第八号 一二三頁以下参照。それによると、この「憲法の枠」の外に出た下位規範

の定立は違憲としての意味をもつとされる。このことは、本文でみたごとく、「憲法解釈の枠」の外に出た憲法解釈についてもいえると思われる。

(3) この点については Vgl. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 350 f. など、芦部信喜『憲法訴訟の理論』二五頁参照。

(4) 芦部信喜『憲法講義ノートI』三三頁、小林直樹・前掲 一四三―一頁、佐藤幸治『憲法』(一九八一年) 責林書院、二六七頁、鈴木重武『憲法概要』(一九八五年) 大成出版社 三頁等参照。

(5) ちなみに、人権は憲法一般の本質とし、そして実定憲法の「解釈原理」でなければならぬものとして、結城光太郎『憲法の本質と解釈』法政理論 一三卷一号 三頁参照。

(6) この憲法第八一条の違憲法令審査権の性格については、アメリカ型の審査権とするのが従来通説。判例であるが、これに対して再検討を迫るものとして、畑尻剛「ヴァイマル憲法下の裁判官の審査権(3・完)」城西経済学会誌 第二二卷 第三号 一頁以下参照。

(7) 例えば、合憲限定解釈については、「法律の文言に明らかに矛盾したり、立法目的を大きく損うような限定解釈は、法律の改変として許されない」(佐藤幸治・前掲二五四頁)といわれる。このことは、憲法の解釈についてもあてはまるのではなからうか。

(8) 実務および学説の多くは、判例の法源性を認めていない(樋口陽一「判決・裁判所・判例」、憲法の基本判例、四頁参照)。

これに対し、判例の法源性を認める学説として、例えば、佐藤幸治・前掲二三頁、二六五頁、同「憲法訴訟と司法権」(一九八四年)日本評論社 二六二頁参照。

(9) 佐藤幸治『憲法』二六五頁。

(10) 憲法判例の変更の個々の具体的な要件(佐藤幸治・前掲、二六五頁参照)は、この「枠」内のものとして理解できるであろう。

(11) かような解釈者に対する制度的な「枠」をつとに指摘するものとして、例えば、川島武宜他「法解釈学の『科学性』」、法律時報、二六卷、五七頁参照。

(12) ちなみに、憲法の最終的解釈権の所在と法令の合憲性審査権の所在とは別個の問題とするものとして、井上茂『司法権の理論』(一九六〇年)有斐閣 四五〇頁参照。

4 「枠」の変動

一 裁判官とくに最高裁判所の裁判官の憲法解釈にあたり、その対象たる憲法規範そのものが憲法の改正手続によって変更を受けたならば、当然裁判官は新たな憲法規範の「意味」をその解釈の対象としなければならない。この場合には裁判官の具体的な憲法解釈の対象としての「枠」が憲法改正権者によって変動させられた訳である。また、もし憲法改正によって、憲法第七六条第三項の後半の部分が改正されたならば、その場合には裁判官の法解釈、とくに憲法解釈一般に対する解釈基準としての「枠」が憲法改正権者によって変動させられたことになる。この場合には、裁判官は新たな解釈基準に従って個別的な憲法規範を解釈しなければならない。

それでは、これらの「枠」が憲法の改正による以外の仕方で変動を受けることがあるのだろうか。この問題はいうまでもなくいわゆる「憲法変遷」に関連するものである。ちなみに、この「憲法変遷」に関する問題は、周知のように極めて議論が広範囲において展開されており、ここでこの問題について一般的に検討する余裕は勿論ない。ただ、本稿のテーマとの関係で若干触れるにすぎない。

二 一般に、「憲法変遷」の意味については法解釈学的意味での「憲法変遷」と(法)社会学的意味の「憲法変遷」とに区別される。⁽¹⁾ここで問題となるのは前者の意味での「憲法変遷」である。もし仮にこの意味での「憲法変遷」を前提とするならば、先にみた裁判官の憲法解釈における二つの「枠」、すなわち(i)解釈の対象としての「枠」および(ii)解釈の基準としての「枠」の変動についてどのような問題が生ずるのであろうか。以下この点についてみてみよう。

(i) まず、裁判官の憲法解釈におけるその対象としての「枠」はそもそも変動しうるものであろうか。もしそうだとすればそれはどのような場合であらうか。もし、裁判所以外の国家機関の行為あるいはその他の事情でこの「枠」が

変動するとすれば、⁽²⁾ 裁判官はその変動した後の「枠」に従わなければなるまい。しかし、この場合には誰がそれを認定するのかということが問題となる。この点についてもし裁判所がそれを認定するのだとすれば、⁽³⁾ 結局、ここでの基本的な問題は、裁判官の憲法解釈におけるその対象としての「枠」が当の裁判官によって変動を受けるということが果してありうるのだろうか、もしありうるとすればどのような場合であらうか、ということになる。

ちなみに、法律学的ヘルメノイティクの立場に立って憲法規範の具体化としての憲法解釈を唱えるK・ヘッセによれば、憲法の解釈に対する憲法の限界は「解釈による憲法の変遷の可能性をも含んでいる」⁽⁴⁾とする。これに対し、ベッケンフェルデは次のように批判する。「憲法の改正と憲法の変遷は、憲法の改正は明確に手続に従い、これに対し憲法の変遷は映黙のうちに解釈によって行われるということによって区別される以外にどのようにして区別されるだろうか。両方とも憲法の内容の変更に問題となっているのである。従って、憲法の改正なしの憲法の変更への戸が広く開かれているのである」⁽⁵⁾。勿論、ヘッセも、解釈による憲法の変更(Verfassungsänderung)も憲法の解釈に対する限界として主張しているのである。しかし、ヘッセにあつてはベッケンフェルデのいうようにこの憲法の変更、変遷、改正のそれぞれの区別が曖昧なのは否めない。

一般に、もしベッケンフェルデのいうように裁判官の憲法の解釈による憲法の変遷と憲法の改正の区別が曖昧だとすれば、この点をどう考えたらよいであらうか。両者をともに憲法の規範内容の変更とみるならば、確かに両者の区別は形式的な変更手続の有無に求めるしかないであらう。しかし、後者の憲法の改正は明文で憲法の規範内容の変更が憲法改正権者に授権されているものである。これに対し、前者の裁判官の憲法の解釈によるその規範内容の変更については、かような明文による授権は存在しないのである。むしろ、前者の場合には、憲法第七六条第三項の後半により裁判官はその憲法解釈権の行使にあたり「この憲法」に拘束されるのである。従って、この点からいえば、そも

そも裁判官とくに最高裁判所の裁判官は、個別的なケースに適用するにあたって解釈する当の憲法規範そのものの内容——つまり、解釈の対象としての「枠」——を変動させることは許されないことになる。換言すれば、最高裁判所の裁判官は、その解釈の対象たる憲法規範の文言の固有の「意味」を変更することはできないし、それを変更することは原則として、違憲の憲法解釈であり、従って無効ということになる。

ただ、ここで注意を用するのは、先にみたように憲法規範の文言の「意味」という形式的な「枠」の変更が憲法の基本的な価値原則という実質的な「枠」によって底礎される場合には、例外として、実質的には合憲なものとして正当化されうるといふ点である。⁽⁶⁾ ちなみに、「憲法変遷」という意味が「あくまでも『憲法に違反するものではない』との前提の下での、憲法条項の客観的意味変化の意でなければならない」とされるのは、まさにこの点の事情において理解すべきものであろう。なお、憲法規範の文言の「意味」がそれ自体多義的な場合には、その「意義」の変更は正確には「意味」の変更ではなく、従って強いて「枠」の変更という必要はないといふべきであらう。

(ii) 次に、裁判官の憲法解釈における解釈基準としての「枠」はそもそも変動しうるものであろうか。この問題も(i)の場合と同様に、最高裁判所の裁判官の憲法解釈に絞ってみてみよう。そうすると、この問題は次のようになる。最高裁判所の裁判官は自己の憲法解釈一般の解釈基準たる「枠」——具体的にいうと、裁判官は憲法解釈権の行使にあたり「この憲法」に拘束される、という内容を有する実定憲法規範——をその解釈をとおして変更しうるのかどうかという問題である。この問題は、一般的にみれば裁判官が憲法の解釈基準を自分で解釈する、という点でいわゆるヘルメノイテイク的な循環の性質をもっている。もし、このような循環が解釈行為一般にとつて存在論的に不可避のものであるならば、⁽⁸⁾そしてまた、この場合にM・トロペールの「自己授權」説的な考え方を採るならば、⁽⁹⁾結局は裁判官は憲法解釈の基準の内容は当の裁判官自身が決定することとならう。そうだとすれば、そもそも裁判官の憲法解釈に対

する基準の存在つまり憲法第七六条第三項後半の規定それ自体が無意味となつてしまふであらう。この規定が裁判官の憲法解釈権の行使に対する実定憲法規範としての「枠」を意味する以上、裁判官が解釈によってこの「枠」そのものを変更することはまさしく違憲な憲法解釈であり、無効とすべきであらう。もっとも、このことが明確にいえるのは、裁判官が憲法第七六条第三項にいう「この憲法」に拘束されないと解釈するというような極端な場合でしかない。

問題は、むしろ「この憲法」に拘束されるということが、裁判官が自ら解釈する「意味」での「この憲法」に拘束されるというふうに理解される場合である。この場合、形式的にみれば、それは「この憲法」の「意味」の「枠」内の解釈である以上、その「枠」の変更ということはできない。しかし、実質的にみればこの場合は、裁判官は「この憲法」に拘束されないと同然である。何故なら、この場合にはヒューズのように、この「憲法とは、裁判官がこれが憲法だというものにはかならない」からである。従つて、裁判官が「この憲法」に拘束されることが実質的にも保障されるためには、裁判官は「この憲法」の「意味」の解釈をその自由な裁量によって行うべきではないということになる。つまり、この場合には少くとも、「この憲法」という文言の固有の「意味」を変更することは許されないことになる。そして「この憲法」という文言の固有の「意味」は文字どおりこの成文憲法のことである。もし裁判官とくに最高裁判所の裁判官が憲法解釈一般の解釈基準としてのこの成文憲法の「枠」を変更するような解釈をする場合には、そのような解釈は、憲法第九九条によって課せられた「この憲法を尊重し擁護する義務」に違反する違憲の憲法解釈とすべきであらう。⁽¹⁰⁾

(1) この点については、川添利幸『憲法保障の理論』(一九八六年)尚学社 八三頁、八八頁参照。

(2) この場合の要件として、少くとも成文憲法規範の枯死と憲法慣習法の二つがあげられる。この点については、川添利幸・前

掲 九二—九三頁参照。

- (3) 佐藤幸治『憲法』三五頁参照。
- (4) K. Hesse, a. a. O., S. 29.
- (5) E. W. Böckenförde, a. a. O., S. 2096, Anm. 89.
- (6) この場合、憲法の基本的な価値原則を「大枠」として与えられるならば、その内での憲法規範の文言の「意味」の変更は、単なる憲法の解釈の変遷であって、憲法そのものの変遷ではない、ということにならうか。但し、このような場合にも、一種の憲法の変遷とみるものとして、清宮四郎『憲法I』三八九頁参照。
- (7) 佐藤幸治・前掲 三四頁。
- (8) M・ハイデガー・前掲訳書 二七〇頁参照。なお、Vgl. A. Kaufmann, a. a. O., S. 76 f.
- (9) M. Troper, Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique, Revue Internationale de Philosophie (138), p. 527. このM・トロペールの法解釈論それ自体の検討については、樋口陽一「憲法学の『法律学化』をめぐる—第五共和制におけるフランス憲法学の新傾向—」国家学会雑誌 第九五巻 第三・四号 一一五頁以下、長谷部恭男「ミシェル・トロペールの法解釈理論」学習院大学法学部研究年報 二〇号 一頁以下参照。なお、ここでの問題との関連では、樋口陽一「判例による憲法の変遷」という考え方について「外尾健一他編著『人権と司法』(一九八四年)勁草書房 九九頁以下参照。
- (10) ちなみに、憲法第九九条の公務員の憲法尊重擁護義務の法的性格を強調するものとして、石村修「公務員の憲法尊重擁護義務」専修法学論集 第二十九号 一二八頁以下参照。なお、公務員によって尊重、擁護されるべき「憲法」を単なる形式的な「わく」としてばかりでなく、実質的な「わく」としても理解するものとして、山内敏弘「戦後における憲法解釈の方法」『憲法学の方法』(一九八四年)勁草書房 二二八頁参照。

四 む す び

一 現在、憲法の解釈は主観的、実践的、創造的な性格をもつということが一般に認められている。しかし、他方ではそれが客観的でありうるための条件の検討が「学説」の間で試みられていることも事実である。本稿も、憲法の

解釈が一面では主観的、実践的、創造的な性格をもっていることを認めつつ、しかも他面ではそれが客観的な性格をもちうることをこれまで縷々検討してきた。そこで得られたものを概略すれば、次のとおりである。(i)憲法の解釈と憲法解釈「学」とは区別して理解しなければならない。(ii)憲法解釈「学」の実践的性格は、その対象である憲法自身の実践的性格の反映である。そして、この憲法の実践的性格とはその受範者に対する当為要求の点にある。この受範者には裁判官も含まれる。(iii)従って、憲法解釈「学」はこの裁判官に憲法自身が要求している当為を客観的に提示する必要がある。これが憲法解釈「学」の任務である。(iv)この裁判官に対する憲法の当為要求とは、この憲法を遵守・尊重しなければならない(第九九条)ということである。そして、裁判官の法の解釈権の行使にあたっては、「この憲法」に拘束される(第七六条第三項)ということである。それゆえ、憲法解釈「学」の具体的な任務は、裁判官、とくに最高裁判所の裁判官の憲法解釈に対する憲法の定めた「枠」を提示することである。(v)この「枠」は大別すれば、二通りある。つまり(a)個別的な憲法の規定の解釈におけるその対象としての「枠」、(b)かような解釈に対する一般的な解釈基準としての「枠」である。この(b)の「枠」もさらに分けると次の二通りになる。(a)解釈の内在的な「枠」と、(i)解釈の外在的、制度的「枠」である。これらの「枠」のうち、憲法第七六条第三項後半の「この憲法」の示す「枠」は(b)のそれである。しかもその中で重要なのは(a)のそれである。この(a)の「枠」も憲法規範の文言の「意味」としての形式的な「枠」と憲法の基本的な価値原則という実質的な「枠」に区別される。この両者の関係は、この形式的な「枠」としての文言の「意味」がその「意義」をとおして機能する場が、後者の実質的な「枠」内ということになる。(vi)裁判官の憲法解釈は、このような憲法第七六条第三項後半が示す実定憲法規範としての「枠」に違反することは許されない。それは違憲の憲法解釈であり、制度上はともかく、理論的には無効である。(ii)最高裁判所の裁判官による違憲の憲法解釈の可能性をこのような「枠」をとおして検討することの実益をあげると、少くとも(a)最高裁

判所の憲法判断ないし合憲・違憲の判決の効力、(b)憲法判例の変更の条件、(c)「統治行為」、(d)「憲法の変遷」等において従来議論されてきたのとは別の角度から議論ないしその整理が可能となるのではないかということである。

二 もとより、本稿では憲法の解釈の主観性・客観性という極めて大きな問題を極端に限定した角度から、しかも極めて抽象的・観念的に検討してきた関係で、本稿にとっても残された課題は非常に多くのものがあり、またその一つが重要なものである。なかでも、本稿で検討してきたことがらを具体的な事例、とくに最高裁判所の憲法判例に基づいて具体的に検証することが何よりも優先されるべき課題である。また、本稿のテーマとの関係で英米諸国での議論についても十分な検討が当然なされるべきところであるが、時間の都合でそれがかなわなかった。この点も残された課題の一つである。

加えて、本稿には独断は勿論その他思わぬ誤解や詰めの甘さが多々あろうかと思われる。大方の御批判、御教示を頂いたうえで今後ともにさらに研究を深めていきたいと思う。