九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

憲法・憲法解釈・憲法学

南野, 森

https://hdl.handle.net/2324/27218

出版情報：憲法学の現代的論点〔初版〕, pp.3-27, 2006-04-10. 有斐閣
バージョン：
権利関係：

1　憲法・憲法解釈・憲法学

I　はじめに

かつて高橋和之はある対談のなかで次のように述べた。「リーガル・リアリズムとの関連のご質問ですが，私は，法というものには一定の枠があると思うのです。……その枠は法文のテキスト自身が言語によって表現されているわけですから，言語が持っている枠というものだろうと思うのです。……解釈論というのは，テキストの担いうる意味の枠内で，どれを選択するのが最も説得的かを論ずるものであり，枠をはみ出してしまったら説得力はないのです」[1]と。人権論，統治機構論の分野における憲法解釈上の多くの論点について，これまで実に緻密で鋭利な解釈を展開し，学界におけるいわゆる多数説や有力説に対して論争を誘発し，根本的な視座と発想の転換を迫ってきた高橋にしては，あまりにも素朴かつ単純に過ぎる解釈観の表明のようにみえる。

日本の憲法学がこれまで研究してきたさまざまなテーマについて，現時点での到達点を簡潔に示し，再検討し，そのうえで問題を提起して願わくば高橋なみに論争を誘発しようとする本書の冒頭で，まず本章は，そもそも憲法とはなにか，憲法学とはなにかといった，いわば前提問題を論ずることを課題とする。

---

1)　高橋和之＝山元一「行政権と司法権」井上典之＝小山剛＝山元一編『憲法学説に聞く』（日本評論社，2004 年）181 頁以下，187～89 頁（初出 2002 年）。

そしてその際，よく言われるように戦後日本の憲法学がなによりもまず憲法解釈という営みを中心として出発し，そして展開されてきた[2]ことを前提とするならば，では憲法学の主要な営みたる憲法解釈とはいったい何をどうする作用であるのか，ということを中心に考えなければならないだろう。言いかえれば，本章では，憲法学が憲法の解釈を行うことを主たる任務の一つとするものであるとして，解釈とはなにか，解釈の対象たるべき憲法とはなにか，そして憲法の解釈を主要任務とする憲法学とはなにか，を順次考えてみよう，ということになる。ただし，紙幅の都合もあり，本章では解釈についての検討に多くを割くこととなる。

II　解　　釈

法学の主要部門を構成する実定法学は実定法の解釈を主たる任務として行う，と述べることに大きな誤りはないが，しかしそう述べることに大きな意味もない。実定法学は実定法の解釈を行うという命題は，実定法とはなにか，解釈とはなにか，が少なくとも明らかにならない限り，実定法学が何を行っているのかを，したがって実定法学とはなにかを，うまく伝えることができないからである。同様に，憲法学は憲法の解釈を行うという命題も，憲法とはなにか，解釈とはなにかをまずもって明らかにしなければ，ほとんど無用の命題である。

---

2)　たとえば市川正人は，今から20年近く前のことであるが，「戦後憲法学は何よりもまず憲法解釈学として出発したが，憲法学の他の諸部門が多彩に展開されている今日においても，憲法解釈が憲法学の最も重要な任務と考えられていることには疑いはなかろう」と述べている。市川「憲法解釈学の役割・再考――『厳格憲法解釈』の意義と限界」ジュリ884号（1987年）30頁以下，30頁。また，法の解釈と呼ばれる作用にはさまざまな性質のものが含まれるということを指摘する文脈でのことであるが，安念潤司も「法律学は，諸学のなかでももっとも古い由緒をもつものであるが，およそ二千年の歴史の中で，法学者が行ってきたことの大部分は，あえて名前をつけて呼ぶとすれば，法の解釈に属する仕事であった」と言う（安念「憲法と憲法学」樋口編・ホーンブック31頁以下，69頁）。

1 法解釈論争

「解釈とは，ある事物に対してある意味を属せしめる作用である」[3]とか，「法の解釈とは，法文を読んでその意味を明らかにすること」[4]を言う，などとされる。要するに何らかの意味を対象に認定することが解釈であると考えられているとひとまずは言えようが，ここで意味を認定するとは，はたしてある事物がもともと隠しもつ特定の意味を探りあてることであるのか，それともある事物はある特定の意味をもつものであると決定することであるのか，いずれを意味するのかをめぐってよく知られた争いがある。つまり，解釈とは発見＝認識の作用であるのか，それとも意思＝実践の作用であるのか，という対立である。そしてそれぞれの極限には，唯一の正しい意味を発見した解釈が正しい解釈であるとする見地と，正しい意味など存在せず解釈者はまったく自由に意味を決定できるとする見地とが存在し，両者のあいだには，解釈には枠があるとかニセの解釈・誤った解釈があるとする見地が存在する，と考えられてきた。

戦後日本の法学界においていち早くこの対立を意識して真摯な問題提起を行ったのは，民法学の来栖三郎であった。1953 年の私法学会において「法の解釈と法律家」と題してなされた彼の報告は，聴衆に「異常な感銘と衝撃とを与えた」[5]とも言われるが，その要点は，法の解釈とは複数の可能な解釈から一つを選択することであって，それは解釈者の主観的価値判断によるものであり客観的に正しい唯一の解釈があるわけではない，ただし，主観的価値判断といってもまったく無制約なものではなくそこには一定の枠が存在する，しかしこの枠とても明確不動のものではない，ゆえに解釈者は自ら実質的理由に基づいて選択した解釈について（ときに政治的）責任を負わねばならない，というも

---

3) Michel Troper, « Interprétation », in D. Alland et S. Rials (sous la dir. de), *Dictionnaire de la culture juridique,* Paris, Lamy-PUF, 2003, pp. 843-847, at p. 843.

4) 亀本洋「法的思考」平野仁彦＝亀本洋＝服部高宏『法哲学』（有斐閣，2002 年）189 頁以下，222 頁。また亀本「法解釈の理論」大橋智之輔＝三島淑臣＝田中成明編『法哲学綱要』（青林書院，1990 年）224 頁以下も参照せよ。

5) 碧海純一「戦後日本における法解釈論の検討」同編著『法学における理論と実践』（学陽書房，1975 年）135 頁以下，136 頁（初出 1960 年）。

のであった。この来栖の問題提起は，「全法学界はもとより，歴史学者や一般知識人の注目をもひくところとなり，数年にわたる論争」[6]へと発展した（いわゆる法解釈論争）[7]。そしてその結果，来栖の問題提起自体に含まれていた解釈観，つまり，解釈とは一定の枠のなかで複数存在する可能な解釈のなかから解釈者が一つを主観的に選択するものであるとする考え方が，広く学界に受け入れられるようになったとされる[8]。法の解釈には主観的判断が伴うが，枠がある以上，その主観的判断もまったくの無制約ではありえない，問題はいかにしてこの主観的判断を含む法解釈を客観化していくかである，という法解釈論争後の日本の法学界が広く受け入れた結論と課題[9]は，しかしながら，多くの折衷的見解がそうであるように，いわば常識的でありそれゆえ広く受け入れられ易いものの，理論的には，そして論理的にも，説明困難な論点を少なからず含むものであるようにみえる。

法解釈が主観的判断あるいは価値判断を含むとはいかなることか，枠とはなにか，一定の枠があるがそれは明確不動のものではないとはいかなる意味か，客観化するとはどういうことか……。解明されていない問題はなお多いと言わざるをえないが，「法解釈論争」においてひとまず合意に至ったとされる重要な点が，法の解釈は客観的に存在する唯一の意味を認識する作用であるという

6）碧海純一『新版法哲学概論〔全訂第2版補正版〕』（弘文堂，2000年）136頁。

7）来栖理論および法解釈論争については数多くの論攷があるが，なによりもまず，瀬川信久「民法の解釈」星野英一編集代表『民法講座 別巻1』（有斐閣，1990年）1頁以下が参照されるべきである。また，法哲学者による簡潔なものとして，田中成明「戦後日本の法解釈論争」同編『現代理論法学入門』（法律文化社，1993年）136頁以下をも参照。来栖の私法学会における報告は，来栖「法の解釈と法律家」『来栖三郎著作集I』（信山社，2004年）73頁以下（初出1954年）。

8）もちろん，民法学においては，法解釈が価値判断を含む実践であるとする考え方は，すでに戦前より末弘厳太郎や我妻栄によって法解釈の実践的性格が主張されていたため，「異論がなく，論争を通して法解釈の実践性が確認されただけであった」（瀬川・前掲注7）45頁）。

9）渡辺康行は，戦後ドイツの法解釈をめぐる議論はすでにこのような，「法の解釈は価値判断を含むものであるということを前提として，それをいかに『客観化』するか」という見地から行われていたのであり，「認識か実践かという議論」は，戦後ドイツでは「全く行われていない」と言う。渡辺康行「『憲法』と『憲法理論』の対話――戦後西ドイツにおける憲法解釈方法論史研究(1)」国家103巻1＝2号（1990年）1頁以下，4頁。

いわばラディカルな解釈＝認識テーゼは採りえない，ということであるとは言えよう。そして多くの論者は，冒頭にみた高橋のように，しかしながら法の解釈には一定の枠があるということをも受け入れているようにみえる。このことは，ラディカルな解釈＝意思テーゼ，すなわち解釈とは解釈者が自由に意味を決定する作用であるとする見地が否定されたことを意味するのであろうか。

2 リアリズムの解釈理論

一見ラディカルな解釈＝意思テーゼを現代においても主張する著名な法理論家として，パリ第十大学のミシェル・トロペールがいる[10]。「リアリズムの解釈理論」と自称する彼の主張は多岐にわたるものであるが，ここでの問題関心に即して言うならば，憲法を適用する任にある機関＝憲法の有権解釈機関が解釈するより以前に存在するのは憲法規範ではなくたんなる憲法条文（テクスト）であって，そのような解釈を通じてはじめて憲法テクストの意味＝憲法規範が生成される，そしてそのような解釈とは認識の作用ではなく意思の作用であって法的には自由である，とするものが重要である。有権解釈により与えられた意味が，たとえ「他の人々によって与えられたあらゆる解釈に反しているように見えようが，非合理的に見えようが，さらには，テクストの制定者の意図について知りうるすべてのことに反することになろうが」[11]，そのことに変わりはない。そうだとすると，解釈には枠など存在しないということになりそうである。そもそも，そうであるからこそ，トロペールの解釈理論はラディカルな解釈＝意思テーゼと位置づけられうるのである。

このようなトロペールの解釈理論に対しては，さまざまな方面からの批判が可能であろうし，実際すでに邦語でもいくつかの批判が提出されている[12]。

---

10) トロペールの解釈理論およびトロペールについては，ミシェル・トロペール（南野森訳）「ミシェル・トロペール論文撰 1〈リアリズムの解釈理論〉」およびそれに付した「訳者はしがき」（法政研究 70 巻 3 号〔2003 年〕167 頁以下）を，それぞれ参照されたい。

11) トロペール（南野訳）・前掲注 10) 172 頁。

12) 重要なものとして，長谷部恭男「解釈による法創造：ミシェル・トロペールの法解釈理論」同『権力への懐疑――憲法学のメタ理論』（日本評論社，1991 年）1 頁以下（初出 1985 年），同「制定法の解釈と立法者意思――アンドレイ・マルモー博士の法解釈理論」

それらを含めてトロペール理論を本格的に検討することは本章ではできないが，ここでは，解釈は意思の作用であり法的には自由であるという，トロペールの基幹テーゼをまず取り上げてみたい。ちなみに，このようなトロペールのテーゼは，有権解釈機関による法の解釈を対象としており――だからその解釈が明らかにした意味は法規範であるとされる――，このことはトロペール理論に対するいくつかの批判を成功させない可能性があるものであるが，本章では，より抽象的なトロペール理論として読み直したうえで，必要な限りにおいてのみ有権解釈とそれ以外の解釈とを区別して検討することとする。

3　解釈は自由か

法解釈論争の結果日本の法学界が広く受け入れたようにみえる結論の一つは，法解釈には主観的判断が伴うというものであった。そしてトロペールは，解釈は意思の作用であるとする。ところで，主観的な判断は意思の作用である。ゆえに，――伴うという語の含意を別とすれば――両者の見解に相違はない。違いがあるとすれば，にもかかわらず解釈には枠（制約）があるとするのか，それとも，であるから解釈は自由であるとするのか，という点であろう。そして常識的には，両者の違いはまさにこの点にあり，その違いは大きいと考えられるであろう。

解釈には枠があるとする見地と解釈は自由であるとする見地が異なるものであるのかどうか，異なるとしてその距離はいかほどであるのか，について検討するためには，それぞれの見地において「枠」なり「自由」なりがどのように理解されているのかを理解しなければならない。

有権解釈機関の解釈は自由であるというトロペールのテーゼに対する批判に再反論する文脈で，トロペールはこの「自由」の意味を明らかにしている。それによれば，解釈が自由であると言うときの自由とは，法的意味における自由のことであって，いかなる制約にも服さないという意味での自由意志のことで

同・価値の迷路 113 頁以下（初出 1998 年）がある。また，山崎友也「憲法の最高法規性(1)(2・完)――『実体法』と『手続法』の狭間で」北大法学論集 49 巻 4 号（1998 年）139 頁以下，同 50 巻 3 号（1999 年）177 頁以下をも参照。

はない。「婚姻が自由であるということは，結婚するという決定や配偶者の選択がいかなる社会的心理的影響をも受けないということを意味するのではなく，ただ，いかなる選択であっても法によって有効であると考えられる，ということを意味する」ように，「ある機関は，それが等しく法的に有効ないくつもの行動のなかから選択を行いうるときに，たとえその選択が実際には常に決定要因（déterminisme）の産物であるとしても，法的に自由であると言えるのである」[13]。法律によってではなくたんなる気紛れによって統治する専制君主でさえも，その国の経済的・財政的状況，臣民が抵抗する危険性などのあらゆる種類の制約に服している。しかし彼は法的には上述のような意味で完全に自由である。このように，トロペールが解釈は自由であると言うとき，そのことは解釈者が決定論（déterminisme）を免れているということを意味するわけではないのである。

そうだとすると，解釈は自由であるというトロペールのテーゼは，この点に関して言えば，なんら驚くには値しないほとんど常識的な主張であるということになりそうである。およそ人間の思惟の作用に関する限り，それがなにものにも規定されず影響されずになされていると考えることは，ある種の非決定論に与さない限り，あるいはそのようなものとして仮定しない限り，非現実的である。

トロペールによれば，有権解釈機関の解釈はそのようないわば当たり前の制約とは異なる性質をもつ特殊な制約にも服している。当たり前の制約，つまり決定要因を解釈＝意思テーゼが考慮に入れるならば，ひょっとすると，ある裁判官がある解釈を採用したのは，実はその日の朝食がふだんよりもまずかったからだということになってしまうかもしれない。そうではなく，有権解釈機関の解釈は，「法的」制約にも服しているということがトロペールにとっては重要なのである。「自然や社会といったものに起因する事実上の制約のほかに，法システムに起因する制約が存在し，この制約が，実に数多くのありうべき行動のなかから選択する権限を有するはずの行為者をして，その選択がきわめて

---

13) ミシェル・トロペール（南野森訳）「ミシェル・トロペール論文撰 4〈憲法裁判官の解釈の自由〉」法政研究 72 巻 2 号（2005 年）63 頁以下，72 頁。

限定されていると考えさせるもの」[14]なのである。

4　解釈に対する法的制約

それでは，法的制約（contraintes *juridiques*）とはどのようなものなのであろうか。トロペール自身が用いるチェスの比喩を用いるのが我々の理解を助けるであろう[15]。ある特定の局面においてチェスのプレーヤーは，負けたくないのであれば，ある特定の一手しか自分にとって打ちうる手はないと考えるかもしれない。このとき，その一手を打つ義務は彼にはないにもかかわらず，彼はその一手を打たざるをえない。この状況において，彼は自由ではあるが制約を受けていると考えられるのである。そしてその制約は，心理学的，社会学的，経済学的，あるいは道徳的，宗教的，イデオロギー的な条件，あるいはまたその日の朝食の質とは無関係である。いかなるプレーヤーであれ，彼と同じ状況に置かれたならば彼と同様の一手を打つはずであるからである。彼に及ぶ制約は，つまりこのチェスの特定の状況から生じたものと言え，そしてこの特定の状況はそれまでに打たれてきた両プレーヤーの手から帰結したものである。それゆえ，このような制約は，チェスというシステムとプレーヤーの置かれた状況から生じたものであると言え，いわば固有に「チェス的」な制約である。

同様に，有権解釈機関がある特定の解釈を行ったことには，解釈者の心理学的条件等々とは無関係に，その解釈者の置かれた法システムに起因する固有に法的な制約が原因として存在し，かつ，それを同定することができる，というのがトロペールの仮説である。たしかに，法的な原因と法外的な原因，さらに法システムとその周辺環境との境界を定めることは必ずしも容易ではないが，他の学問分野によって説明されるべき制約は固有に法学の対象となる法的制約ではなく，たとえば財政上の制約，条文の言語学的構造，力の行使，世論，解釈者の政治的・道徳的・宗教的信条，解釈者が判決前に行った読書・面会・朝

14）　トロペール（南野訳）・前掲注13）74頁。

15）　Voir Véronique Champeil-Desplats et Michel Troper, « Introduction », in M. Troper, V. Champeil-Desplats et Christophe Grzegorczyk (sous la dir. de), *Théorie des contraintes juridiques,* Paris, LGDJ, 2005, pp. 1-7 at p. 2 et s.

食の質等々は，法以外の規範的システムに属するものであり，法的制約にはあたらない。ときに「政治システムの配置」が解釈に対する制約として語られることがある――たとえば，憲法裁判官の解釈には，憲法改正権限を有する機関のその時点での政治的構成が影響する，と言うように――が，これもまたここで言う法的制約ではない。この場合に語られるべき法的制約とは，政治上の多数派の構成そのものからではなく，そのような政治的多数派の持つ法的権限と，そのような法的権限が特定の方法で行使される事実上の可能性とから生じるものである[16]。

5 枠と法的制約

以上のようなトロペールの言うところの解釈に対する法的制約と，来栖の言うところの解釈の枠ないし制約とはどのような関係にあると考えることができるであろうか。後者について民法学の瀬川信久は，次のように整理を行っている。「法解釈の制約として，来栖は，法律規範とくにその文言による拘束，他の法律規範との均整，より根本的な法的価値との適合性，現存の社会関係を前提とすること，推論の論理性などを考える。しかしこれらのうち，……制定法の文言は，しばしば結論を一義的に導きうるように考えられているが，法解釈の現実を見ると，その中で自由裁量が可能な『わく』でしかない，しかも，この『わく』自体が解釈者個人の価値判断によって動いている」と。そして瀬川

---

16) Voir V. Champeil-Desplats et M. Troper, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in M. Troper et al., *Théorie des contraintes juridiques, supra* note 15, pp. 11-23 at p. 13. なお，来栖とともに法解釈論争の牽引者となった川島武宜は，トロペールが「法的」ではないとする種々の制約を「法的」制約と一体的に捉えるようである。ある座談会における次の発言を参照。「(解釈が拘束されるかという点については) 簡単に言いますと，抽象的には，司法権と行政権及び立法権との関係に帰着する。ある社会ではそれについてどういうシステムがとられているか，という一般的な制度的な枠の問題になる。そうしてさらに，その制度的な枠の中で，現実のいろいろな圧力，社会力が加わってくる。制度的な枠の中で，そのときの経済の条件，政治の条件とか，いろいろな力が働いてきて，絶えず解釈による法の創造，法の実現というものに対する枠を設定してくるわけです」(川島武宜＝来栖三郎＝加藤一郎＝潮見俊隆「法解釈学の『科学性』」法時 26 巻 4 号〔1954 年〕51 頁以下，57 頁)。

によれば，来栖理論はその後変化ないし発展し，「法と法源を区別することによって，制定法に反する規範創造を正面から認め，制定法の拘束力自体を否定するに至った」。来栖の考える枠の内容は必ずしもこれ以上に明らかであるとは言えないが，制定法が制約の枠たりえないという点では，来栖とトロペールのあいだには大きな差違はないように思える。そして制定法に代わる制約として来栖が重視するのが，「社会学的方法」による法規範の発見と「社会的勢力関係の現存状態の安定」である[17]が，この点がおそらくトロペールとの違いであると言えよう。法社会学的手法あるいは自由法論的立場との距離が，両者の差違を生んでいると言うこともできるかもしれない[18]。そして来栖の言う制約は「唯一の結論しか許されないという程ぴちんと規定して了うものではない」[19]が，トロペールの言う法的制約は，ある特定の解釈を採るようにと解釈者が制約されたことの原因である。制約を認識するために両者が採るアプローチの方向は，真逆である。

ともあれ，解釈には枠・制約があるとする来栖の主張と，解釈は自由であるとするトロペールの主張が，実際にはさほど径庭のあるものではないということが以上によって明らかになったと言える。そこで，解釈は自由であるが制約を受けているということを，少し別な角度から考えてみたい。

6　解釈の解釈

有権解釈機関が自由な解釈を行うことによってはじめて条文の意味が明らかになり，そしてその意味こそが規範であるとするトロペールの考え方は，規範の定義を別とすれば，そして，条文の意味が明らかになるというのはそこで与えられた意味が唯一法的に妥当するものとしての効力を持つということであると考えるならば，もはや常識的な考え方であるようにみえる。そして有権解釈

---

17)　以上，瀬川・前掲注7）23頁，29頁を参照。

18)　「自由法論という補助線を引い」て日本の憲法学（方法論）のあり方を通観する必読の論攷として，石川健治「憲法学の過去・現在・未来」横田耕一＝高見勝利編『ブリッジブック憲法』（信山社，2002年）274頁以下がある。

19)　来栖・前掲注7）76頁。

機関の与える意味が，一般常識的な文言の（たとえば文理）解釈に反していてもそのことに変わりはない。たとえば利息制限法1条2項に関する最高裁大法廷判決[20]は有名である。

しかしながら，このような考え方に対してはいくつかのより根本的な疑問を呈することができる。たとえばある最高裁判決によってある条文の意味が明らかになったとはなぜ言えるのか。判決そのものもテクストであり，テクストである以上解釈されなければ理解されえないはずであろう。また，たとえば誰が憲法の有権解釈機関であるかはいかにして決まるのか。最高裁判所がそれであると言うためには，少なくとも憲法81条というテクストを解釈しなければならないであろう。解散権の根拠についての有権解釈機関は内閣（総理大臣）であると言うためには，いわゆる苫米地事件判決や憲法のいくつかの規定というやはりそれ自体テクストでしかないものを解釈しなければならないであろう。「解釈の解釈」とでも言うべき問題を考慮に入れるならば，トロペールの考え方は重大な難点を含むようにみえる[21]。しかし，このような疑問を取り上げることには，語の通俗的な意味において実益はないとも言える。最高裁判所が最高裁判所であるということを真面目に疑う人はさほど多いとは思えないし，「返還を請求することができない」とする利息制限法1条2項の――現に有効な――意味が「返還を請求することができる」であるということを疑う法律家もまた多いとは思えない。

このことは，「解釈の解釈」という問題が通常は意識されていないことを意味する。そしてそれが通常は意識されていないということは，それが法のプラクティスにとって通常は必要ないことを意味する。逆に，通常は必要ないからこそ法のプラクティスが機能しているとさえ言えよう。しかしながら，来栖や

20） 最大判昭和43年11月13日民集22巻12号2526頁。同条1項に定める制限超過利息を「任意に支払つたときは，同項の規定にかかわらず，その返還を請求することができない」とする2項の規定の解釈が問題となった事案であるが，結論として最高裁は，制限超過部分は元本に充当され，計算上元本が完済となった後に支払った金額については不当利得としてその返還を請求することができるとした。この問題については，たとえば広中俊雄「反制定法的解釈，反制定法的法形成」同『民法解釈方法に関する十二講』（有斐閣，1997年）95頁以下（初出1995年）を参照。

21） 参照，南野森「憲法慣習論から――ルネ・カピタン再読」樋口古稀663頁以下。

トロペールの理論が，通常はさほど意識されていない解釈という作用の性質について問題を提起しているとすれば，「解釈の解釈」という視点は，来栖やトロペールの理論が主張する解釈に対する何らかの制約の存在という問題を，別な視点から考えさせる契機を含むものであると言えるのである。

7　制約の主観性

およそ解釈は自由であり，特定の解釈を採用しなければならない義務は解釈者にはまったくない。仮にそのような義務が実定法で定められたとしても，その実定法自体解釈されなければならない。とはいえ，法令の独自の解釈に基づいて自分こそ真の最高裁判所であると主張する人は通常はいない。ことの事情は，ショパンのピアノリサイタルにおいて，ポロネーズを演奏すると称して九州大学応援歌を演奏する演奏者が通常はいないのと同様である[22]。そしてそれは，解釈者＝演奏者が自らの解釈＝演奏をさらに解釈する聴衆の存在を知っているからである。私の主観的で自由な解釈を，聴衆が主観的にそして自由にどう解釈するかということについて，私が主観的かつ自由に――そして事前に――解釈することによって，私の解釈は制約を受けざるをえないのである。解釈者は，自らの解釈がさらに解釈されることを知っている限りにおいて，自らの解釈に制約があることを知るわけである。最高裁判所裁判官は自らの判断が，共同体就中法律家によって評釈を受けることを知っているし，ピアニストは自らの演奏が，共同体就中音楽評論家によって評価を受けることを知っている。そしてそのような評釈なり評価なりは，大勢として，そのような「解釈の解釈」を生業の一とする専門家集団に漠然と共有されている作法に従ってなされる。「利益考量論」が法律家の文法として共有されるならば，最高裁判所の解釈はそれに則って解釈されるようになるであろうし，「議論」の観点が有力となればまた「解釈の解釈」のあり方も変わるであろう[23]。そして，従うべき

22）法の解釈（interprétation）とピアノの演奏（interprétation）との近似性については，南野・前掲注21）の参照を乞う。

23）「第二次法解釈論争」とも呼ばれる民法学の星野英一と平井宜雄を中心とする論争については，たとえば平井＝星野ほか「ミニ・シンポジウム 法解釈論と法学教育」ジュリ

作法・文法がいかなるものであるかもまた，解釈者により解釈される。つまりすべては解釈であり，すべては主観的である。正しい解釈や誤った解釈が客観的に存在するのではなく，いわば上手い解釈や下手な解釈であると主観的に解釈されるに過ぎない[24]。言いかえれば，解釈の生命線は，「解釈の解釈」を行う者によって受け入れられるかどうかにある，ということになる。そしてそれは，一言で言うならば，語のもっとも広い意味において説得力があるかどうか，である。そして法律家の世界における説得力が，少なくとも——排他的にではなく——法文というテクストに依存していることは疑いがない。トロペールは，たとえ有権解釈機関が与える意味が一般常識的な文言の解釈に反していても，その法システムにおける妥当性にはなんの影響もないことを指摘するが，そのような（おそらく例外的な）場合には，有権解釈機関はやはり法律家としての自己の解釈に説得力を与えるために，さまざまな——ときとして苦しいと評価されうるような——説明を展開しなければならないのである[25]。

以上のように考えるならば，冒頭でみた高橋の「素朴かつ単純に過ぎる」ようにみえる解釈観に対しては，実はほとんど異論の余地がないということになる。ほとんど，と言うのは，「言語が持っている枠」という高橋の言い方については若干の留保が必要であると考えられるからである。

940号（1989年）14頁以下，および瀬川・前掲注7）を参照。

24） 関連して，「解釈論は，一種の『技』の世界である。そこには，正しい解釈論と誤った解釈論とがあるわけではなく，上手・下手の違いしかない。」と言い切る安念・前掲注2）もまた必読の論攷である。

25） たとえば，先に見た利息制限法1条2項に関する大法廷判決についての「法律構成としては，……という理屈を立てており，それ自体は成り立たない理屈ではない」（大村敦志『基本民法III〔第2版〕』〔有斐閣，2005年〕17頁），また，政府の憲法9条に関する解釈についての「私は，この半世紀にわたる日本政府の憲法9条解釈は，政治の激動の中における法解釈のアートとして，絶品だったと思います」（高橋和之ほか「座談会 憲法9条の過去・現在・未来」ジュリ1260号〔2004年〕7頁以下における安念潤司の発言〔15頁〕），という「解釈の解釈」を見よ。

III　憲　　法

憲法学の行う解釈の主たる対象が憲法であるということには異論はないだろう。しかしながら，このように言うこともまた，このままではさほど大きな意味をもたない。憲法解釈の対象が憲法であるという言明は，ほとんど循環ですらある。前節にみたような解釈の対象として，いったいいかなる「憲法」を考えることができるのか，という問題を扱うのが続いての課題である。

1　形式的・実質的意味における憲法

現在日本で市販されている憲法の概説書の多くはその冒頭部分において，「憲法とは何か」「憲法の意義」などといった見出しのもとに，「憲法」とはなにかという問題について論じている。そしてそこではしばしば，形式的，実質的，そして近代的（立憲的）な意味それぞれにおける憲法とはなにかが語られる。憲法の意味をこのように形式的・実質的・近代的の三種に分けて説明する方法は，日本の憲法学においては伝統的なものであると言え，やや乱暴に言えば，穂積八束以来，実に百年を経てもなおほとんど変わっていないとさえ言うことができる[26]。戦後について言えば，日本国憲法という名の憲法典が形式的意味の憲法であって，それは同時に近代的意味の憲法でもあって，実質的意味の憲法の重要な部分を占めるが必ずしもそれに尽きるわけではない，とするのが共通の了解になっているようにみえる。このような共通了解の問題性につ

26）穂積・提要には「是レ所謂実質的ノ憲法形式的ノ憲法ノ観念ナリ」（150頁），また「憲法トイフ語，用例一ナラス，……或ハ狭ク所謂三権分立ヲ主義トスル近世的特殊ノ政体ヲ指称ス」（136頁），といった記述がある。美濃部・撮要〔初版〕にも形式的・実質的意義に加えて，「近代ノ意義ニ於テノ憲法」（72頁）が説明されており，より詳しくは，上杉慎吉『新稿憲法述義〔増補改訂版〕』（有斐閣，1925年）に「現代ニ於テハ，一七八九年ノふらんす人権宣言カ，憲法トハ自由ノ保障ト権力ノ分立トヲ定ムルモノニシテ，之ヲ定メスンハ憲法アルノ国家ニ非スト云ヒシヨリ，此ノ如キ内容ヲ有スル憲法ヲ定ムルヲ，特ニ立憲政体ト称シ，憲法ト云フトキハ，一般ニ現代ノ所謂ル立憲政体ヲ定ムルノ憲法ノミヲ指スニ至レリ」（234頁以下）と述べられている。

いてはここでは触れないことにして，ひとまず日本の憲法学において伝統的なこの用語法を用いながら，解釈の対象としての憲法という問題について考えてみたい。

2 条文と規範

すでにみたように，トロペールは有権解釈機関が解釈を施す前にあるのはたんなる条文（テクスト）であり，有権解釈機関が解釈を施してはじめて意味が与えられ，そしてその意味こそが規範であると言う。このようなモデルは，有権解釈機関の解釈もまた解釈されなければならないはずだという難点を別とすれば――すでに述べた通り，しかしながら法プラクティスにおいては通常この難点は意識されていない――，そして規範なるものを当該システムにおいて妥当している主観的な命令意思の意味であると定義すれば，受け入れがたいものではない。このような定義を受け入れず，広く言われるように条文がすなわち規範であるとするならば，ある条文には複数の解釈により複数の規範が存在していることになり，有権解釈機関が特定の解釈により特定の規範を創設ないし選択するまでは，いったいいかなる規範が妥当しているのかを確定的に知ることはできない，と言うべきことになる。言いかえれば，有権解釈機関の特定の解釈によりはじめてある条文の意味が確定するということには，先の定義を受け入れるかどうかにかかわらず，変わりがないのである。つまり，規範を潜在的なものとして定義するのか顕在するものとして定義するのかは，有権解釈機関による意味の確定というトロペールの中核的なテーゼにとってはさほど重要性をもたないとさえ言える。

3 有権解釈と非有権解釈

有権解釈機関が違憲審査権限を持つ場合，その解釈の対象である憲法が少なくとも形式的意味の憲法，すなわち憲法典のことであることには異論はないだろう。少なくとも，と言ったのは，日本のようにこれまでに出された最高裁判所の違憲判決のすべてが日本国憲法の特定の条項に違反するという理由付けを

とっている法システムもあれば，フランス憲法院のように現行憲法典の他にたとえば1789年人権宣言を違憲判断の根拠として招来するものもあるし，韓国憲法裁判所のようにたとえば（首都がソウルであるという）「慣習憲法」を引証するものもあるからである。このことは，有権解釈機関の解釈によって，形式的意味の憲法ではないものに憲法としての形式的効力が与えられることもありうる，ということを意味する[27]。「裁判官がこれが憲法だと言うものが憲法である」（ヒューズ）という，いまやリアリズムの解釈理論に対する批判的な文脈で言われることの多いアフォリズムと化した言葉は，そのような意味においても理解されなければならず，そしてそのような意味においてもまったくその通りである。

ところでこのような有権解釈とは，法の制定者自身が行う解釈を有権解釈とする古来の用語法（*ejus est interpretari legem cujus est condere*）――たとえば通達についての行政解釈を有権（公権）解釈とするもの――におけるそれとは異なるもので，法の適用機関による解釈のうち当該法システムにおいて妥当性が独占的に認められているもののことである。これに対して，たとえば憲法学の行う解釈には，そのような効果はない[28]。いかに権威のある憲法学者がある法律は憲法○条に違反しないと解釈したところで，最高裁判所がそれは違憲だとすれば日本の法システムにおいては違憲として扱われることは言うまでもない。そのような意味では，憲法学の行う解釈と一般の私人が行う解釈にはなんら変わるところはない。憲法学の行う解釈には，「プロ」としての力量と「業界」の作法に従うべきことが多かれ少なかれ要求されているに過ぎない。多かれ少

27）樋口・憲法の次の記述を参照。「形式的意味の憲法――最高法規としての憲法典――に権利条項が含まれていない場合に，憲法典に先行して定められていた権利宣言をも『憲法』の範囲に含めて違憲審査の基準とするならば，政治部門の公権力への憲法の名によるコントロールは強化される。反対に，憲法典の運用によってつくられる憲法実例に『憲法の法源』としての資格をみとめる――政治部門による実例の場合は『憲法慣習』とよばれることが多く，裁判部門による実例は判例という形式をとる――ときには，これら実例の作り手である公権力へのコントロールは，弱められることになる」（20～21頁）。

28）ハンス・ケルゼンの『純粋法学〔第2版〕』の最終章（とくに§46，§47）を参照。ケルゼンによる「有権解釈」と「学術的解釈」の区別については，とりあえずトロペール（南野訳）前掲注*10*）171頁以下を参照。また，「有権解釈」という語についての簡にして要を得た説明として，亀本・前掲注*4*）「法的思考」229～30頁を参照。

なかれ，と言うのは，そのような制約をどう感じるかは解釈者の自己認識なりプロ意識なりに依存するからである。そしてそれは有権解釈機関の解釈に対して存在する制約と同じ性質のものであると言える。

4 規範としての憲法

ところで，規範の定義についての広い一致を想定することは困難であるように思われるが，日本の場合，有権解釈機関による解釈の対象は形式的意味における憲法条文（もしくは憲法規範）であり，そのような有権解釈により，形式的意味における憲法条文の意味（もしくは形式的意味における憲法規範の意味）が確定する，と言うことについては大方の賛同を得られよう。そうだとすると，確定する前に存在しているのはいったい何なのであろうか。

トロペールの定義を受け入れるならば，そこに存在するのは条文であって，規範としての憲法は，有権解釈機関の解釈によってはじめて生成することになる。そうだとすると，憲法規範というものはたとえば1946年という一つの時点において成立したのではなく，それ以降現在に至るまで続けられ，そして将来においても続けられる有権解釈によって，徐々に生成されていくものとして捉えられることになるだろう。言いかえれば，憲法規範とは，常に未完成のプロセスのなかで展開されていく流動的なものとして考えられなければならない，ということになる。このようないわば動態的憲法観念のもとでは，憲法条文の制定者と憲法規範の制定者とは峻別されることになる。

これに対して，すでに存在しているのが憲法規範であって有権解釈はその意味を確定させるに過ぎないとするのであれば，たとえば憲法条文の制定者としての制憲者なるものがその条文に与えたとされる意味とは異なる意味を有権解釈が与えることが許されるのかどうか（原意主義（オリジナリズム）をめぐる論争）や，選挙された議会が合憲と考えて制定した法律を選挙されていない裁判官が違憲と判断することは許されるのかどうか（違憲審査制の民主的正統性をめぐる論争）といった対立が生じることになる。日本の憲法学の圧倒的多数は，先にみた動態的な観念を採用せず，いわば静態的に，過去の一時点における憲法制定権力の発動の所産としての憲法規範と，これまた過去の一時点における立法権等の発動の所産

としての法律等の規範とを，漠然と憲法学の対象としての「憲法」と捉えてきた。形式的・実質的意味における憲法という体系書の冒頭に配された記述が，違憲審査制の存否を超えて百年間ほとんど変わっていないという事態は，このことを物語る。

とはいえ，日本の憲法学がこのように動態的な憲法観を――とりわけ戦後においても――採用してこなかったことには，十分な理由があるとも言える。おそらくそれは，憲法学の役割をいかに考えるかという問題ともかかわっているはずである。

IV　憲 法 学

日本の憲法学の多くは漠然と形式的意味の憲法と実質的意味の憲法とを憲法学の対象である「憲法」と捉えてきた，と先ほど指摘した。憲法の意味についての概説書の記述が百年間ほとんど変わっていないとはいえ，憲法学の対象をどう捉えるかという点についての記述は必ずしもそうではないのである。一方で，「憲法学ハ法学ノ一部ニシテ国家ノ組織及作用ニ関スル基礎法ヲ其研究ノ対象ト為スモノナリ」と述べる美濃部達吉のように，実質的意味における憲法を対象とするのが憲法学であるとする論者もいれば，他方で，「これらのうち，どの意味での『憲法』を対象としてどう扱うかは，それぞれの憲法学によって選びとられるべき性質のもの」であると述べる樋口陽一のように，そもそも憲法学の対象は論者の自覚的な選択に依るとする者もいる[29]。そして憲法学とは何を対象とするものであるのかを論じない概説書も数多くある。

戦後日本の憲法学の多くの概説書では，形式的意味の憲法の各条文についての解説がその大部分を占めており，そのことは実質的意味の憲法を憲法学の対象とするかのようにみえるものにおいても変わりはない。そしてその際，裁判所の判決についても解説されることが多い。前節に述べたことから明らかなように，憲法典の各条文についての解説は憲法学が「解釈」を行っている場合で

29)　美濃部・撮要〔初版〕81頁，樋口・憲法4頁。

あり，判決についてのそれは「解釈の解釈」を行っている場合である，と言える。他の論者の学説についての論評もまた，「解釈の解釈」の例である。そして憲法学によるこれらすべての解釈は，すでに述べたとおり法システムにおいては何らの法的効果ももたず，その意味においてはたとえばインターネット上で誰かが憲法条文を解説したり，○○説や最高裁判決を批判したりしているのとまったく変わるところはない。

1 解釈としての憲法学

解釈としての憲法学は，憲法条文の意味を自由に決定することをその本質とする。しかしながら，ネット上の書き込み等とは異なってそれが憲法「学」と呼ばれる――あるいは自称される――ことには，それなりの理由があるはずである。とはいえ，学問とはなにかという壮大な物語はここでは断念せざるをえず，ひとまず，憲法学による憲法解釈とそれ以外のものによる憲法解釈とを截然と分けるものはおそらく無く，在るのは憲法学の共同体であると想像されているもののなかで共有されていると考えられている作法や文法にどれだけ従うか，という実に曖昧な程度の差でしかない，という一応の回答を示しておくにとどめたい。

このような性質をもつ解釈としての戦後日本の憲法学は，独特の制定過程をとったことに対して現行憲法の正統性を主張するために，そして「戦後の国会〔が，もともと議会不信に由来する〕消極的権限配分規定としての9条を破って，自衛隊法という組織法を制定するに至った」ことに対して自衛隊の正統性を否定するために，ほぼ一致して議会多数派ないし政府与党の採る憲法解釈とは反対の憲法解釈を提示してきた。とりわけ後者の点に関して言えば，「9条が理想的でありすぎることに倦んで，〔権力分立と権利保障を最低限度の関心事とする立憲主義〕憲法学が正統性剝奪に基づく軍事力統制の課題を安易に放棄すること」ができないのは，まったく石川健治の指摘するとおりである[30]。

---

30) 石川健治「前衛への衝迫と正統からの離脱」憲法問題8号（1997年）105頁以下，116～17頁，および，同「*Arma virumque cano*――憲法学と『時務の論理』」現代思想32巻12号（1994年）102頁以下，105～106頁を参照。

そして，たとえ最高裁判所が直截な憲法判断を回避しているとしても，政府解釈が自衛隊法を合憲としている以上，この問題についての有権解釈機関はなにかというそれ自体解釈を要するはずの問題に立ち入ることなく，有権解釈によって憲法規範が生成されるというような動態的憲法観に安易に与するわけにはいかない状況に，解釈としての戦後日本の憲法学はおかれている。およそ形式的意味の憲法を良しと判断し，その政治部門による運用を悪しと判断する者にとっては，解釈としての憲法学の対象は静態的な形式的意味における憲法でなければならないという主張が出てくることは，自然な成り行きであるようにみえる。

2　解釈の解釈としての憲法学

ほとんど同様のことは，解釈の解釈としての憲法学についても言えるだろう。解釈の解釈としての憲法学は，有権解釈機関による解釈によっていかなる憲法規範が創設されたのかを（そして他の憲法学説が何を述べているのか等を），これまた自由に決定することをその本質とする。自由にとはいえ，このような解釈の解釈としての憲法学自体，テクストである以上解釈されなければならず（解釈の解釈の解釈），そのような解釈がなされうることを憲法学が意識する限りにおいて，憲法学による解釈の解釈は制約を受ける。このことは，すでに有権解釈機関の解釈について述べたことと同様であり，また解釈としての憲法学についても同様にあてはまる。

3　憲法学と有権解釈

以上のような憲法学の解釈という営みは，解釈者の趣旨とは別に，あるいはまた解釈者の趣旨に反して，有権解釈機関の解釈に影響を及ぼすということがありうる。また，そのようなものであるべきだとする主張もある[31]。そして

31）たとえば奥平康弘は，「憲法研究者というものは，まず第一にたんなる政治過程と区別された，特有な土俵の場――憲法制度上，唯一のというわけではないが最後の拠り所（the last resort）である裁判所――で通用する解釈を提供するように，社会的に期待され

実定法の諸分野のなかには，「学説」が法源として有権解釈機関の解釈に直截にかかわることを定めるものもある[32]が，通常は，憲法の場合と同様，学説による解釈が有権解釈機関の解釈に影響を及ぼすことは事実上の可能性にとどまる。

事実上の可能性にとどまるとはいえ，有権解釈機関の解釈であれ，他の憲法学説による解釈であれ，それらをさらに解釈する憲法学は，それら他者の解釈に対する制約をなすものとして重要な役割・意義を担っている，という点は重要であると思われる。日本の憲法学が静態的な憲法観を採ることの戦略的な意味にはおよそ異論はないが，たとえ動態的な憲法観を採ったとしても，憲法学の解釈という仕事は決して無意味なものとはならないはずだ，ということを強調しておきたい。

V おわりに

憲法学の仕事が憲法解釈に限られるわけではないことは，あらためて言うまでもない。本章は，憲法学のさまざまな仕事のうち，憲法解釈という主要な任務について，その性質を考えてきた。そして，解釈という営みがまったくの自由なものではあるものの，それが他者により解釈されることにより制約を受けざるをえないと考え，そのことが解釈憲法学の役割を重要な任務としているのだと主張するに至った。

本章に続く各章は，そのような意味において，いくつもの重要な論点についての「解釈」および「解釈の解釈」を展開するものであるだろう。そしてそれぞれの解釈者は，自らの解釈が読者によってさらに解釈されることを知っているし，またそう希望しているはずである。本章の考え方からすれば，そのことが各章の解釈を制約している，というわけである。そして蛇足ながら，その

ている」と言う（奥平「試論・憲法研究者のけじめ——とくに教育法学者に教えをこう」法セ 369 号〔1985 年〕8 頁以下，8～9 頁）。

32) たとえば国際司法裁判所規程 38 条 1 項は「諸国の最も優秀な国際法学者の学説」を補充法源として挙げている。

「説得力」の有無や高低は，読者によって判断される。

◆……

本章では，憲法学とはなにかについて十分に論じることができなかったが，第3章はその欠を補って余りある。憲法の意義，憲法解釈のあり方についても深い思考をみせる同章を熟読し，本章のいくつかの考え方との異同を吟味してほしい。個別の「解釈の解釈」については，第2部の各章のほか，とくに本章では扱うことのできなかったいわゆる憲法変遷論とも関連して，9条を扱う第4章が考えさせるであろう。

【参考文献】

本章のように憲法学の基礎理論の分野に属するテーマを扱った文献は相対的に多いとは言えないが，この分野における代表的著作として，長谷部恭男『権力への懐疑――憲法学のメタ理論』（日本評論社，1991年）および同『比較不能な価値の迷路――リベラル・デモクラシーの憲法理論』（東京大学出版会，2000年）は必読である。本章に頻繁に登場したミシェル・トロペールの法理論についても鋭利な批判的分析が展開されている。また，同「法源・解釈・法命題――How to return from the interpretive turn」樋口陽一先生古稀記念『憲法論集』287頁以下もある。トロペールの著作については，本章筆者が「法政研究」誌上に翻訳を随時掲載しているので参照されたい。これまでに出たものの一覧は法政研究72巻2号（2005年）79頁にまとめてある。また，本章の関心を強く惹くテーマと憲法史をあわせて扱ったきわめて刺激的な論攷として，安念潤司「憲法と憲法学」樋口陽一編『ホーンブック憲法〔改訂版〕』（北樹出版，2000年）31頁以下と石川健治「憲法学の過去・現在・未来」横田耕一＝高見勝利編『ブリッジブック憲法』（信山社，2002年）274頁以下の二本もまた必読と言える。

憲法学の基礎理論，とりわけ憲法解釈についての戦後ドイツの議論状況を本格的に学ぶためには，渡辺康行「『憲法』と『憲法理論』の対話――戦後西ドイツにおける憲法解釈方法論史研究(1)～(6・完)」国家学会雑誌103巻1＝2号（1990年）1頁以下，105巻1＝2号（1992年）90頁以下，111巻5＝6号（1998年）514頁以下，112巻7＝8号（1999年）682頁以下，113巻5＝6号（2000年）

391 頁以下，114 巻 9＝10 号（2001 年）669 頁以下を，解釈や規範についての法哲学の議論状況については，大屋雄裕「規則とその意味――法解釈の性質に関する基礎理論(1)～(5・完)」国家学会雑誌 116 巻 9＝10 号（2003 年）859 頁以下，117 巻 3＝4 号（以下 2004 年）265 頁以下，5＝6 号 558 頁以下，7＝8 号 703 頁以下，117 巻 9＝10 号 1 頁以下を是非熟読してほしい。また，法と言語の関係については，中山竜一「法理論における言語論的転回――『法と言語』研究序説(1)(2・完)」法学論叢 129 巻 5 号（1991 年）33 頁以下，130 巻 2 号（同年）56 頁以下が参照されるべきであり，さらに同じ著者による優れた概説書として同『二十世紀の法思想』（岩波書店，2000 年）がある。

アメリカで「原意主義」と呼ばれる解釈方法論上の立場から，日本の憲法学においてテクストや解釈についての緻密な紹介と分析を系統的に行ってきたのは野坂泰司である。とりあえず野坂「テクスト・解釈・客観性――O・フィスの議論に即して」芦部信喜先生還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』（有斐閣，1985 年）117 頁以下，および同「テクストと意図――アメリカにおける原意主義―非原意主義論争の意義について」芦部信喜先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開・下』（有斐閣，1993 年）731 頁以下のみを挙げておく。

本章では触れることができなかったが，「憲法変遷」「憲法慣習」というタームで議論されることがらは，有権解釈機関による憲法の解釈と憲法学説との関係を考えるうえでも，きわめて興味深い素材を提供する。「実定憲法」と「実効憲法」とを区別して考えるルネ・カピタンの憲法慣習論を批判的に分析する樋口陽一「『憲法変遷』の観念――憲法慣習論を中心として」思想 484 号（1964 年）57 頁以下は，日本における憲法変遷論の文法を根底から書き直したきわめて重要な論攷である。石川健治「憲法変遷論評註」前掲樋口古稀 747 頁以下と合わせて味読されたい。

考察問題

■1■

次の二つの発言は，「憲法9条の過去・現在・未来」とのタイトルで行われたある座談会（ジュリ1260号〔2004年〕7頁以下）におけるものである。それぞれの発言者がいったいどのような解釈観や憲法観を採っているか，さらに憲法学のあり方についてどのような観念を抱いているかを批判的に検討せよ。

A：「私は国民意識におけるこれほどの変化を無視した憲法解釈で立憲主義を守っていけるのだろうかと悩むわけです。科学的真理の問題なら，『それでも地球は動く』と頑張ればよいのですが，憲法解釈というのはそういうものではない。それに，これは人権問題ではなく，統治のシステムの問題ですから，国民の意識からあまりにも遊離した解釈では，かえって立憲主義の空洞化に荷担してしまうことにならないかと危惧するのです。」

B：（日本政府の9条解釈は，もともとの憲法の意味と一致しているのかという質問に対して）「当時憲法に関する議論をした人が，主観的にそう思っていたかという問題ではなくて，私が2003年の立場から，一読書人として読むならば，もともと1928年の〔不戦〕条約と同じ意味を持ったと解釈すればよろしいと思うわけです。」

◆考察の手がかり◆◆

まず，Aの発言については，そこに「国民（の）意識」なるものが登場することに注目しよう。「国民」とは誰か，「国民意識」ははたして存在するのか，するとしてどのようにしてそれを認識することができるのか，できるとしてそれと「憲法解釈」との「遊離」とはいかなる事態を捉えてのことであるのか，といった問題を考えてほしい。「人権問題ではなく，統治のシステムの問題ですから……」というAの言い方は，「人権問題」であれば，国民の多数が採る考え方に抗してでも守られなければならないという，いわゆる「切り札としての人権」（第**8**章を参照）の考え方が妥当する場合がありうる

のに対して統治機構に関してはそのような問題はない，すなわち国民の多数の考え方に従うべきであるという発想を示したものであるのかどうか，あるとしてそのように言えるのはなぜか，といった視点も検討に際しては重要だろう。

次に，Bの発言は，制憲者の意思に少なくとも裁判官の憲法解釈は拘束される（べきである）とする原意主義（【参考文献】を参照）的立場を否定する趣旨であるのかどうか。否定する趣旨であるとすると，現在の国民意識と憲法解釈は遊離すべきではないというAの発言と一致する可能性もありそうであるが，どうだろうか。原意主義的立場については，憲法解釈において，制憲者の意思を援用することにはいったいどのような意味があるのか（あるいは援用すべきであるという主張の根拠はなにか），そもそも制憲者の意思なるものを認識することができるのかどうか，その場合の制憲者とは誰か，といった問題が関連して問われるだろう。【参考文献】に掲げたトロペールと野坂の立場を比較検討してほしい。

■2■

いわゆる「憲法変遷」について論述せよ。

◆考察の手がかり◆◆

いわゆる「憲法変遷」についての邦語文献は膨大な数に上る。たいていの概説書には，憲法変遷肯定説と否定説とが紹介されているだろう。肯定説，否定説それぞれについて，いったいどのような「憲法変遷」がいかなる場合にある・ないと言われているのかを，そこで「憲法」とはどのようなものとして観念されているのか，仮に本章が示したような「動態的な憲法観」を採った場合それらの見解は何らかの修正を施されることになりやしないか，といった観点から，基礎理論に遡って検討することが重要だろう。【参考文献】に掲げた論攷や，高橋和之「憲法変遷論にみられる混乱の若干の整理」同・制度構想195頁以下（初出は1991年），赤坂正浩「憲法変遷概念の変遷」日本法学66巻3号（2000年）247頁以下，本書第**3**章，または南野森「憲法慣習論から――ルネ・カピタン再読」樋口古稀663頁以下などをも参照してほしい。

（南野　森）