



|              |                                                                             |
|--------------|-----------------------------------------------------------------------------|
| Title        | 「憲法理論」の一般的意義                                                                |
| Author(s)    | 早瀬, 勝明                                                                      |
| Citation     | 阪大法学. 2003, 52(6), p. 207-236                                               |
| Version Type | VoR                                                                         |
| URL          | <a href="https://doi.org/10.18910/55228">https://doi.org/10.18910/55228</a> |
| rights       |                                                                             |
| Note         |                                                                             |

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

# 「憲法理論」の一般的意義

早瀬勝明

- 一 序
- 二 「憲法理論」の提言
- 三 「憲法理論」の提言と相対主義
- 四 その他の問題
- 結

## 序

(1)

憲法解釈はもちろん哲学それ自体ではない。それらの異なる人間観を前提として、人権宣言史と実定憲法の体系とを総合的に考慮し、憲法の保障する人権の観念を考えれば足りる。<sup>(1)</sup>

(……) 近代的自然権に社会権等をそう簡単に“接木”することができるものであったのか。“接木”できるとすれば、それはどのような理論によってであるか。それは、「人権の歴史性」ないし「人権の進化」といった表現によってでは

なく、哲学的解明を必要とするものであろう。(……)

「人権」に関するこうした哲学的解明は、法哲学者の領分に属する事柄ではある。ただ、この種の問題は、日本国憲法下の「<sup>②</sup>基本的人権」の意味を考え、具体的な保障（および制約）のあり方を考えて行く上で重要なかわり合いをもっている。

前者は芦部信喜の、後者は佐藤幸治の、共に「人権の観念」の文脈においてなされた言明である。考えてみると、實際上、「憲法解釈は哲学それ自体ではない」ことと「異なる人間観を前提として人権宣言史と実定憲法の体系とを総合的に考慮して考えれば足りる」ことに論理必然的な結びつきはない。「憲法解釈は哲学そのものではないが、かといって無関係でもない」という立場は十分に成立し得ると思われる。

また、別の文脈で、阪口正二郎は、憲法解釈と政治理論との関係について以下のように述べている。

(……) 憲法解釈という知的営みを政治哲学の探求という知的営みによって全面的に代替可能であると考えるのは知的怠慢であると同時に、誤りでもあろう。しかし他方で、およそ憲法解釈は政治哲学とは無縁であるという立場もまた、欺瞞であり誤っているはずである。(……)

素朴な実証主義をとるのでない限り、憲法解釈という実践的な学問的営為は、好むと好まざるにかかわらず、どこかの地点で政治理論との自覚的な対話を伴わざるを得ない。<sup>③</sup>

より具体的にはどのような理論を参照すべきか、という問題は存在するけれども、政治哲学あるいは法哲学の領域で論じられる一般的、抽象的理論を憲法解釈を行うに際して利用しようとする立場、と広く捉えれば、この点で佐藤と阪口は同じ立場に立つことになる。この二人の論に限らず、「人権」や「自由」あるいは「民主主義」や「国家」といった事柄についての一般的、抽象的理論が、憲法解釈と関わりをもつものとして展開される場合、ここでは憲法解釈を正当化する一般理論の必要性が意識されているものと思われる。解釈が実践的なものであること

を認めた上で、「実践のための理論」が展開されているのである。

(2) 憲法解釈に際して、法哲学的、政治哲学的理論を含めた一般的、抽象的あるいは理念的な理論を用いるか否かについて異なる立場が存在するとして、この問題をどのように考えるべきだろうか。この問題の回答が、各解釈者の個人的な趣味に委ねられたり（「哲学的に考えることが好きだから」「好きではないから」）、憲法学界という狭い世界での知的流行や雰囲気依存に依存したりする（「周りの人達がそうしているから」「そうしていないから」）のは好ましくないだろう。この問題の回答は可能な限り論理的に与えられるべきであるし、これに関する議論もできるだけ論理的に行われるべきだと思われる。

このような問題認識の下に、本稿は、憲法解釈の正当化理論の必要性を一般的なかたちで主張する、渡辺康行の「憲法理論」の提言に着目する。本稿に言う「憲法理論」とは、渡辺のドイツ憲法解釈方法論分析及びそれに基づく提言のキーワードとして使われているものを指す。憲法理論という語は、様々な文脈で異なる意味において使用されているように思われるが、本稿では、渡辺の主張を支持する立場から、彼の用語法に従う。そして、「憲法理論」というかたちで括弧付きで表現することにする。渡辺の言う「『憲法理論』とは、ある特定の解釈主体が憲法の個々の条文について行っている様々の解釈論の基礎に存する、体系的な基本思考」のことであり、例として「国家論、憲法理解（本質論）、民主主義観、基本権観、等」が挙げられている。<sup>(4)</sup>そして、この「憲法理論」は、「一般に、憲法学者が憲法の個々の条文を解釈するに際して、前提に存在する基本的な考え方を憲法理論という形で明示することには重要な意味がある」<sup>(5)</sup>ものとされている。

さて、それでは、「憲法理論」の明示にはどのような意味があるのだろうか。本稿は、このような基本的問いの下に、「憲法理論」の一般的意義について考察を行うものである。

## 一 「憲法理論」の提言

## 1 渡辺康行の戦後ドイツ憲法解釈方法論分析及び日本憲法学への提言

## (一) 戦後ドイツ憲法解釈方法論分析

## 〔1〕「憲法理論」

渡辺は、論文『「憲法」と『憲法理論』の対話<sup>(6)</sup>』において、戦後(西)ドイツの憲法解釈方法論に関する理論分析を行っている。その問題関心として、憲法訴訟論に関わる問題関心、「平井宜雄教授の問題提起とそれをめぐる論争についての関心」、及び「ドイツ憲法理論史への関心」の三つが挙げられている<sup>(7)</sup>。この内、本稿にとって重要なのは第二の問題関心であり、本稿はこの問題関心に着目し、「憲法理論」の意義についての理解を得ようと試みることとする。

渡辺は戦後ドイツの代表的な論者の解釈方法論について、「憲法」観、憲法解釈方法論、解釈方法論の正当化理論、憲法裁判の位置づけ、民主主義観、基本権観等を対象に詳細な検討を行っている。この作業から、渡辺は『「シュレ」』とみなされている諸論者の間にも相当の見解の相違<sup>(8)</sup>があり、戦後ドイツの憲法解釈方法論は「ほとんど一人一説的な状況にある」との分析を行った上で、「しかし、そのような状況に収斂する方向性を見出すことも全く不可能ではない」と言う。その方向性とは、「各論者とも、明示的あるいは默示的に、憲法の個々の条文解釈の基礎には何らかの憲法理論が無くてはならないと考えている、ということである」<sup>(9)</sup>。先に見たように、渡辺の言う『「憲法理論」』とは、ある特定の解釈主体が憲法の個々の条文について行っている様々の解釈論の基礎に存する、体系的な基本思考<sup>(10)</sup>のことであるが、渡辺は、ドイツではこのような「憲法理論」が個々の憲法条文の解釈

の基礎に存在することが明示的、默示的に求められている、という分析を行っている。

ただし、「憲法理論の性格、内容は、論者により様々である」とされている<sup>(11)</sup>。これについては、渡辺が学説二分論との関係で「論理的に構成されていれば、『解釈学説』であっても『理論』の名に値するという態度を採っている」<sup>(12)</sup>こと、特定の論者の「憲法理論」理解にコミットしている形跡は見つからないこと、それぞれ異なる「憲法理論」理解を採る論者の理論の分析に基づいて「憲法理論」の存在が指摘されていること、等から考えて、渡辺は、個々の条文解釈の基礎に存する、あるいは前提となっている基本的な考え方が理論的あるいは論理的に構成されていれば、それを広く「憲法理論」と呼ぶ立場を採っているものと思われる。

〔2〕「憲法理論」と「客観性」

渡辺は、我が国においてかつてなされた法解釈論争との対比で、戦後ドイツにおいては法の解釈は認識か実践かという議論や法律学の科学化という主張はほとんど行われなかったとし、「ドイツにおいては、法の解釈は価値判断を含むものであるということをも前提として、それをいかに『客観化』するか、が議論されていると考えてよいであろう」<sup>(13)</sup>と言う。

さて、それでは、「憲法理論」と法解釈の「客観化」との関係はどのようなものとなるのだろうか。この問題について詳しくは後で述べるが、ここでは渡辺自身の記述を見ておくことにしよう。

憲法解釈の「客観性」ということに関しては、従来からさまざまな議論がなされてきた。ここで言及しておきたいのは、「客観性」の担い手をどこに求めるのか、解釈者個人に求めるのか、解釈者の集団のなかに求めるのか、という視点である。ドイツにおける議論の伝統は、客観性の担い手をおそらく解釈者個人に求めてきた。つまり、解釈者個人の態度や方法が「客観的な」解釈を担保すると考えてきた。これに対してエームケ以降のドイツにおける憲法解釈方法論

は、憲法条文を解釈するに際して働く前理解を明示化し、解釈者の間の討議にさらすことによって合意に達することを目的としている、とおおよそ総括できよう。<sup>(15)</sup>

そして、上に見た「憲法の個々の条文解釈の基礎には何らかの憲法理論が無くてはならない」との考えと「エームケ以降の傾向とした前述の討議への傾向と合わせると、個別的な憲法解釈を導いている前理解を憲法理論という形で明示化し議論の場にさらすことが重要と考えられている、ということでもある」<sup>(15)</sup>。

## (二) 日本憲法学への提言

ドイツ憲法解釈方法論についての詳細な分析の後、渡辺は以下のように言う。「本稿『『憲法』と『憲法理論』の対話』論文―筆者』で行ったドイツ憲法理論史の分析は、日本憲法学と無縁の試みではない。まず、個々の憲法解釈の基礎にある憲法理論や基本権理論を明らかにし、相互を比較の舞台に載せるという学説分析の手法は、日本憲法学についても意味があると考えられる」<sup>(16)</sup>。また、「本稿は、ドイツ憲法学の重要な傾向が、個々の憲法解釈の基礎にある憲法理論を明示するべきだと考える方向にあるという説明を行った。そして、本稿は、それは支持すべきことだという主張をも行おうとしている」<sup>(17)</sup>。つまり、渡辺は、日本の憲法学に対して、憲法の個々の条文を解釈する際に憲法解釈の基礎にある「憲法理論」を明示し議論の場にさらすべきだ、という提言を行っているのである。

## 2 「議論」

ただし、注意しなければならないのは、「ドイツでの重要な傾向である」ことから直接的に「日本憲法学においても支持すべきである」との結論が導かれるわけではない、ということである。つまり、日本国憲法の解釈に関して以上のような意味での「憲法理論」が明示化され解釈者間の討議にさらされるべきだとする理由は、「ドイツの傾向」だけでは足りない。以下、平井宜雄の「議論」<sup>(18)</sup>に関わる主張を手掛かりにして考察を行うことにする。

(一)「議論」による正当化と法解釈の「客観性」

先に見たように、渡辺は、「憲法理論」の提言を導いているドイツ憲法解釈方法論研究の問題関心の一つとして「平井宜雄教授の問題提起とそれをめぐる論争についての関心」<sup>(19)</sup>を挙げている。平井の主張は、周知の通り、「第二次法解釈論争」<sup>(20)</sup>と呼ばれる現象を引き起こした。したがって、「議論」に関わる彼の提言の内容は広く知れ渡っていると思われる。ここでは、「憲法理論」の意義を明らかにするという目的に必要なと思われる限度で、平井の主張についてその概略を見ておくことにする。

平井は、価値観の相違であるとして法解釈に関する議論を早々に終わらせたり、事実や論理ではなく感覚に頼った法解釈を行ったりするような態度を「非合理主義」として排し、事実と論理に基づく説得と合意を目指した主張―反論―再反論のプロセスを中核とする「議論」による正当化を法律家の活動の中心に位置付けようとした。

戦後法解釈論は、解釈の「客観性」を「科学」のような法的議論に外在的な基準に求めていた。これに対して、平井は、『客観的に妥当な(あるいは『正しい』)価値判断を発見する方法が、問題解決の試みと離れてアブリアリに存在すると考えてはならない』<sup>(21)</sup>と言う。『客観性』はあくまで「議論」内在的なものであり、「或る法解釈論の『正しさ』は『議論』による『正当化』を経て『事後的』にのみ、しかも『生き残った』かぎりにおいてのみ、語り得るのである」(傍点原文)<sup>(22)</sup>。

つまり、法解釈論の「客観性」は、事実と論理にもとづく主張―反論―再反論のプロセスの中で保障されるのであり、「反論をぐぐりぬけ反論に耐えた言明は、それだけ多くの当事者の間の共通の世界の一部となるわけであり、その限りで『客観化』<sup>(23)</sup>されたことになるのである。

これを別の角度から考えてみると、戦後法解釈論の「客観性」は、何らかの外在的な基準に従うことによって保



障されるものであり、「議論」に参加しなくとも確認できる性質のものであると言える。つまり、「客観性」の追求は一個人によっても行うことができる。これに対して、平井の「客観性」は、あくまで「議論」内在的なものであり、主張―反論―再反論のプロセスを中核とする「議論」が行われる場あるいは制度が存在し、そこに参加する人があることが条件となる。そして、法解釈論の正当性あるいは客観性が「議論」によって保障される以上、そこには何らかの規範が必然的に要求される。<sup>(24)</sup>

## (二) 反論可能性テーゼ

以上のような理解からすれば、「議論」に参加し、そこでの生き残りを目指すことが法律家のなすべきことである。そして、「反論を加えられることができるような言明、そして反論に耐えるように努力の傾注された言明こそ『議論』によって『正当化』される資格を有し、したがって、『生き残れる言明』たり得る」<sup>(25)</sup>。

「反論可能性」とは、言い換えれば、主張―反論―再反論のプロセスを中核とする「議論」に参加できる可能性のことであり、これが要求される理由は、反論可能性のない、あるいは低い言明は「議論」による正当化ができない、あるいは困難となるからである。例として、同義反復や比喩を用いた法律論が、反論のしようのないものあるいは反論しづらい、すなわち反論可能性のないあるいは低いものとして挙げられている。<sup>(26)</sup> 逆に言えば、反論可能性が存在し、かつ高い言明は「議論」によって正当化される資格を有する「良い」法律論である。そして、これが『議論』の場に提出され、反論にさらされ、かつそれに耐えてなお『生き残っている』程度が高ければ高いほどそれだけ『良い』法律論である<sup>(27)</sup>ことになる。

ただし、大事なものは「生き残っている」かどうかではなく、『議論』による正当化を経て「生き残っている」か否か、であることに注意が必要である。「議論」による正当化を経ないままに―言わば『権威』によって―生き残っ

てきた規範言明」については、「単に伝統なるが故に尊重することなく、(……)『反論可能性』の基準によって、その優劣を判定し、場合によっては『悪い法律論』として斥けなければならない」のである。<sup>(28)</sup>

### 3 「憲法理論」の意義

#### (一)「議論」の手掛かりとしての「憲法理論」

渡辺は、「発見の過程で働く『前理解』を憲法理論という形で明示することが、正当化の過程で重要な『議論』の手掛かりとして有意味ではないか」<sup>(29)</sup>と述べている。この、「憲法理論」が「議論」の手掛かりを与える、とはどのような意味なのだろうか。

これを逆から考えてみると、ここには、証拠や理由(事実と論理)を挙げた論拠の提示が全くあるいはほとんど行われぬ、論者の裸の感覚や価値観に依拠した憲法解釈の提示や、「価値観の違いだから仕方がない」として解釈に関わる議論を終わらせてしまうような態度は、「議論」の手掛かりをほとんど与えてくれないのではないか、という考えがあるように思われる。「妥当な結論(あるいは憲法解釈)」について見解が異なる場合、自己の見解を独断的、独善的に妥当なものとして保持するのではなく、「他の人によってもその意味が(相互主観的に)了解され、批判され、同意され、修正され、納得されること、すなわち他人の共通の世界の一部となることが可能」<sup>(30)</sup>となるためには、出来る限り論理的な説明が試みられる必要がある。そして、憲法解釈の正当化を行う手段としての「議論」のプロセスを可能にするためには、憲法解釈を背後で支える基本的な考え方を事実と論理に基づかせて提示すべき場合が存在する。また、そのような理論を含めて提示される憲法解釈論は、平井の言う反論可能性の高いものとなるように思われる。以上のような意味で「憲法理論」は「議論」の手掛かりを与えようとするのである、と考えられる。

## (二) 憲法解釈及び「憲法理論」の「客観性」

先に見たように、渡辺は、ドイツにおいては憲法解釈の「客観性」の担い手は解釈者個人ではなく、解釈者の集団の中に求められている、としている。<sup>(31)</sup> ここには、議論内在的な正当性あるいは客観性を想定する立場、言い換えれば、「一定範囲の解釈共同体を想定しつつ、その内部での対話や議論をつうじて法解釈が間主観的な客観性ないし真理性を獲得する考え方」<sup>(32)</sup>があると考えるように思われる。だとすれば、「個別的な憲法解釈を導いている前理解を憲法理論という形で明示化し議論の場にさらすことが重要」<sup>(33)</sup>なのは、「議論」の中に「客観性」が存在するからだ、と理解できるだろう。つまり、説得と合意の獲得を目指した事実と論理に基づく主張―反論―再反論という「議論」による「正当化」を経て、初めて解釈論は「客観性」を獲得するのである。すなわち、憲法解釈を背後で支える「憲法理論」の提示は、解釈上の争いを主張―反論―再反論のプロセスを中核とする「議論」にのせるために必要とされるのであり、「議論」内在的な「客観性」の獲得を目指した試みであると言えるよう。

そして、このような理解からすれば、「憲法理論」の存在自体が憲法解釈論の「客観性」を保証するわけではない、ということになる。つまり、解釈論の背後にある「憲法理論」が、どれだけ詳細で論理的、体系的なものであるとしても、「議論」にさらされる以前に、「客観的」な、あるいは「正しい」ものとなるわけではないのである。また、いったん合意をみた言明についても、後に再び「議論」にさらされる可能性は常に存在する。<sup>(34)</sup>

## (三) 修正可能性

「議論」をきっかけとして「憲法理論」が修正されることもありうる。渡辺が想定する「憲法理論」は、修正不可能で固定的なものではない。「憲法理論」は、「具体的な事例への適用をきっかけとして、あるいは他の立場との討議をきっかけとして、修正されていく」<sup>(35)</sup>可能性を持つのである。

「憲法理論」が一定の形式で存在すれば「客観的な」あるいは「正しい」法解釈とされるのではなく、主張―反論―再反論のプロセスを経ることが必要だとすれば、これは当然の帰結と言えるように思われる。「議論」に参加するに際して、自己の理論に修正を加える用意がなく、合理的な反論が加えられた場合でも自己の理論に固執するような態度で提示される憲法解釈は、「議論」によって正当化される資格のないものだと考えられるからである。

(四) 「憲法理論」の意義

(1) 以上見てきたように、解釈論の背後にあってそれを支えるものとしての「憲法理論」の明示は、「正当化のプロセス」において重要な「議論」の手がかりを与えようとするものであると考えられる。解釈上の争いは単なる見解あるいは価値観の相違だとして早々に議論を終わらせるのではなく、事実と論理に基づいた合理的な議論を行おうとするものである。

例えば、憲法解釈の正当化を試みる言明として「人権の精神に合致する」という言明がなされた場合、この言明は、そのままではスローガンに留まるものであり、反論可能性が低く「議論」のきっかけを与えづらいかもしれない。問題は「人権の精神」に合致するか否かではなく「人権の精神」がいかなる内容を持つものなのかである、という場合に、その内容理解が各論者の個人的な感覚に全面的に委ねられてしまうと、解釈論争は単なる価値観の相違であるとして突っ込んだ意見交換もないままに終わらされることがあるかもしれない。このような（議論として不合理であると考えられる）事態を避けるためには、「人権」や「人権の精神」とは何かについての可能な限り論理的な説明を行い、合理的な議論を目指すべきであろう。この場合に提示される「人権」理論は一つの「憲法理論」であると言えるように思われる。

また、「現実の人権侵害を注視すべき」とか「人権感覚に乏しい」といった批判は、相手が同じような「人権」

感覚を有しているときには有効であるかもしれないが、そうでない場合はさらに「人権」についての論理的説明を必要とする。人によって現実の見え方や感覚が異なることを認めた上で、合理的な説得を試みる必要があるのである。自分の感覚を絶対のものとして他の論者の人格批判を行ったり（例えば「そのような感覚を有する人物は21世紀にふさわしくない」いった批判がその他の論理的な説明なしに行われる場合）、権威によって相手を黙らせたような議論の仕方は、「憲法理論」の提言からすれば、不合理な議論として拒否されることになるだろう。

(2) また、「憲法理論」に着目することは、例えば「人権」に関する理解や感覚が異なることが条文解釈上の対立の原因となっているが、それに気づかれていない場合にも有効であると考えられる。こういった場合、解釈上の争いが噛み合わず不合理な議論となりやすい。渡辺が「個々の憲法解釈の基礎にある憲法理論や基本権理論を明らかにし、相互を比較の舞台に載せるといふ学説分析の手法」<sup>(36)</sup>を意味のあるものとして捉えているのは、こういった場合の議論の合理化に「憲法理論」が一定の役割を果たすと考えられているからだと思われる<sup>(37)</sup>。別の言い方をすれば、「憲法理論」の提示は、『議論』を『効率的』に行うための各種の工夫<sup>(38)</sup>の一つであると言える。

(3) 「憲法理論」は、具体的事例への適用をきっかけとした修正の可能性を有することからも分かるように、そこから機械的に条文解釈の結論が出てくるというような性質を持つものではない。解釈は価値判断を含むものであり形式的論理のみによって結論を導くことができるわけではない、ということを確認すること、可能な限り論理的な説明によって解釈を正当化しようとする態度は両立するはずである。「憲法理論」の提言は、このような視点から、条文解釈に関わる議論の合理化を目指しているものだと考えることも出来るように思われる。

## 二 「憲法理論」の提言と相対主義

### 1 価値判断と相対主義

「憲法解釈は価値判断を含むものであることを前提として、それをいかに客観化するか」。これを問いとした場合、「憲法理論」の提言からの回答は、解釈者集団による討議（議論）による正当化あるいは客観化である、そしてそのために、「議論」の場に「憲法理論」の明示が必要である、ということになる。

さて、ここで問題としたいのは、「憲法理論」の提言が憲法解釈に価値判断が含まれることを前提としている、ということである。そして、ここから「憲法解釈は価値判断を含む。価値判断の優劣は事実による証明が不可能である。したがって、憲法解釈にも優劣は無い（憲法解釈は客観性を獲得することは出来ない）」といったかたちの相対主義的な立場が生ずる可能性がある。「憲法理論」の提言は、このような立場をいかに扱うことになるのだろうか。

これについて以下考えてみたい。ただし、ここでは相対主義およびこれに関わる議論について詳細な検討を行うことはしない。考察の対象は、「憲法理論」の提言と相対主義的な立場との関係に限定する。そして、ここでの回答は、以下のようなものとなる。すなわち、事実と論理に基づく擁護、正当化あるいは説得を試みる限りで、相対主義的な立場も憲法解釈の一つの背景理論であり、「憲法理論」の一つとして扱うことが可能である。そしてこの場合、「憲法理論」の提言と相対主義的な立場は対立するものではない。

### 2 相対主義的な立場もあり得る複数の立場の内の一つである

（1）事実による検証あるいは証明によって、全ての（あるいはほとんどの）人々が合意せざるを得ない結論が

確認されるということを「客観的」である、と考えた場合、証明が不可能な価値判断は「客観性」を獲得することができない。そして、ほとんどの価値判断の証明は不可能である以上、価値判断は客観的ではありえないし、価値判断を含む憲法解釈も客観的ではありえない（あるいは優劣がつけられない）。このような論理で相対主義的な立場が提示されたでしょう。こういった立場について問題となるのは、第一に、「客観性」の意義が「憲法理論」の提言が想定するものと異なっている、ということ、第二に、相対主義的な立場自体、以上のような「客観性」を備えることができない、ということである。

(2) 法解釈の「客観性」の概念が意味するところは、それ自体議論の対象となるべき問題であって、法解釈の「客観性」についての一つの絶対的な意味が存在するわけではない。<sup>39)</sup> 先に見たように、「議論」による正当化のプロセスを経ることで他者との共通世界の一部となることが、「議論」のテーゼが前提とする「客観性」の意義である。そして、「憲法理論」の提示による「議論」への参加はこの意味での「客観性」の獲得を目指すものである。つまり、「議論」による正当化は証明による正当化を目指すものではなく、法解釈あるいは価値判断の証明不可能性は既に前提としている、と言って良いと思われる。また、「憲法理論」(「人権」や「司法の役割」に関する一般的、抽象的理論)にも、価値判断が含まれることは前提とされているだろう。少なくとも、事実による検証や証明が可能なものとして考えられてはいないように思われる。したがって、証明による正当化を目指しているわけではない「憲法理論」の提言に対して「証明不可能である」との批判を行っても、そのままでは単に的外れな批判を提示しているに過ぎない、ということになる。

(3) 第二の問題は、憲法解釈あるいは価値判断は証明不可能である、という相対主義的な立場自身、証明不可能である、ということである。つまり、事実による検証あるいは証明によって全ての（あるいはほとんどの）人々

が合意する、このような状態を実現できないのは、相対主義的な立場も同じなのである。<sup>(40)</sup>

(4) もちろん、だからと言って、非相対主義的な立場の正当性が立証されるわけではない。唯一あるいは相対的に正当な解釈はあり得るという立場とそのようなものはあり得ないという立場、その両方が証明不可能なのである。そして、どちらの立場も決定的な証明が不可能であるとすれば、最終的には両者の対立は、どちらの立場を信じるかという信念あるいは確信同士の対立であるということになるのかもしれない。<sup>(41)</sup>

いずれにせよ、相対主義的な立場もあり得る複数の立場の内の一つであって、決してそれ以外選択のしようのないあるいは変更不可能な絶対的なものではない。

### 3 相対主義の「客観性」獲得の可能性

(1) 平井は「発見のプロセス」と「正当化のプロセス」を区別し、前者においてはあらゆる主観的要素が混入することを認めていた(むしろ積極的に評価している)。<sup>(42)</sup> このことから考えるに、「議論」のテーゼは法律問題に関わる人々の主観的信念や価値観が異なることは既に前提としている、と言って良いように思う。すなわち、問題は法解釈における主観的要素の混入そのものではなく、主観的信念や価値観の異なる者同士がいかに法的問題を処理するか、ということなのである。

(2) だとすれば、主観的信念として相対主義的な考えを持つ人は、他の立場に対して事実と論理に基づいて説得と合意を目指すことによって、「議論」に参加することが可能であるように思われる。つまり、相対主義は他に選びようのないあるいは変更不可能な立場ではなく、それ自身正当化が必要であるけれども、事実と論理に基づく正当化を試みることで「議論」に参加することになるのである。すなわち、相対主義的な立場は、事実による証明というかたちでの客観化はできないとしても、「議論」のプロセスを経ることで他者との共通世界の一部となると



という意味での客観性の獲得の可能性は有するのである。

そして、例えば完全に政治運動論的な憲法解釈のように、相対主義的な考え方を基礎にした憲法解釈論もあり得る、と考えれば、それが憲法解釈の背後にある基本思考として理論化され明示される限りで、相対主義的な立場も一つの「憲法理論」として扱うことが可能であるように思われる。

(3) ただし、これはあくまで「議論」のプロセスに誠実に参加した上での話である。論理的、理論的議論の場に参加せずに、独善的に自己の立場を保持し、批判に対して誠実に応えないような態度は「憲法理論」の提言とは相容れない。このような態度が価値相対主義を根拠として採られる場合は、平井の言うところの「非合理主義」的な態度となり、「憲法理論」の提言からは拒否されることになる。例えば、ある憲法条文についてどの解釈が妥当であるかが議論されている時、解釈に関する相対主義的な立場から「解釈の優劣はつけられない」との結論を擁護するためには、相対主義的な立場そのものを事実と論理に基づいて擁護あるいは正当化しなければならない。

「議論」に誠実に参加しない以上、「客観性」を獲得する見込みはないし、そのような態度を採る者の解釈論が「主観的」であるのは当然のことである。そして、「議論」のテーゼからは、「議論」に参加せずに「法解釈は主観的でしかあり得ない」との立場を独善的に採用している者がいる場合、その当人の主張が「主観的」であることは間違いがない。しかし、客観性の獲得の可能性が最初から全くないという意味で「主観的」なのは、「議論」に参加しないその人の主張だけなのである。

#### 4 学説二分論と相対主義

##### (一) 相対主義を導く可能性

憲法学においては、かつて、「科学学説（理論学説）」と「解釈学説」を二分し、それぞれに「理論的認識」と

「実践的意欲」、「客観」と「主観」が対応するものとして理解する学説二分論が力を有していた。この立場から、憲法解釈に関する相対主義的な立場が導かれる理論的可能性がある。すなわち、「客観的」な「科学学説」に対して「解釈学説」は「主観的」なものである。したがって、いくら「憲法理論」の提示によって正当化が行われたとしても、それが「解釈学説」の領域に属するものである以上、「主観的」なものでしかあり得ず、解釈論の優劣を決めることはできない、と。

## (二) 二分論の理解の仕方

ここでまず確認しておかなければならないのは、学説二分論の主唱者宮沢俊義の主張に肯定的な立場の中でも、宮沢の主張についての理解の相違がある、ということである。<sup>(41)</sup>つまり、宮沢の学説二分論の理解の仕方は一つではない。学説二分論に関わる宮沢の主張に肯定的な態度を採りつつ「憲法規範の趣旨・目的にもっとも合致した、相対的に客観性のもっとも高い解釈は可能」<sup>(45)</sup>であるとすると芦部信喜のように、宮沢の学説二分論を肯定しながら非相対主義的な立場を採ることも可能なのである。

相対主義的な立場が導かれるとすれば、それは、芦部のように二種類の学説を「総合ないし帰一」の関係にある「傍点原文」<sup>(46)</sup>と考える立場からではなく、相互に全く次元の異なるものとして厳格な峻別を説くものと捉える立場<sup>(47)</sup>からであるように思われる。

## (三) 学説二分論と相対主義

ただ、厳格な二分論を採用したとしても、そこから直ちに法解釈に関する相対主義に直結するわけではない。「法の『解釈』は確かに『科学』とは異なるが、法解釈独自の客観性や妥当性の基準は存在する」という立場を採ることを、「科学と異なる」ということのみを論拠として否定することは出来ないように思われる。

一般に、事実と価値の峻別、あるいは存在と当為の峻別といった方法二元論と価値相対主義の間には論理必然的な結びつきはない。方法二元論を採用しながら価値相対主義を否定することもできるのである。<sup>(48)</sup>だとすれば、法の「科学」と「解釈」が区別されるべきものであるとしても、そこから論理必然的に法解釈についての相対主義的な考え方が導かれるわけではない。つまり、科学とは異なるという理由のみで解釈が客観性を持たないとの結論を導くのは、論理の飛躍である。

したがって、結局のところ、「憲法理論」の提言にとって問題となるのは、(厳格な)二分論それ自体ではなく、「価値判断を含むから」客観性がない、あるいは優劣がつけられない、という相対主義的な立場であることになるだろう。<sup>(49)</sup>

### 三 その他の問題

以下では、ここまで扱わなかった「憲法理論」に関わるいくつかの問題について、若干のコメントを付すことにする。

#### 1 循環構造と「対話」

渡辺は、「憲法典を取り扱う際の基準として憲法理論を説きながら、その憲法理論の採否の基準として憲法典適合性をもちだしているという、循環構造<sup>(50)</sup>」についての指摘を行っている。そして、これについて渡辺は、「憲法と憲法理論の間に循環構造が生ずるのは、ある程度の明確化はあり得るとしても、おそらく不可避のことであろう。もしそうであるならば、この循環を『対話』という形で積極的に位置づけるべきではないか。これが本稿の表題『「憲法」と「憲法理論」の対話——筆者』の由来となっている主張である<sup>(51)</sup>』としている。

循環が生じることを一切拒否するならば、究極的には何らかの確実な基礎づけが必要となる。この基礎づけについて合意が出来ないとすると、解釈上の争いは無限に後退していくことになってしまうかもしれない。しかし、法解釈を支える「憲法理論」の提示の最終的な目的が「議論」による正当化にあるとすれば、重要なのは、結論も含めてどの立場が事実と論理に照らして説得力を有するのか、であり、究極の基礎づけが可能かどうかにあるのではないのである。<sup>(52)</sup>

## 2 具体的事例における判断と理論

「憲法理論」の提言を憲法解釈の論理性、理論性を求める立場の一つであると解した場合、これに対して「具体的事例に即した判断を困難にする」あるいは「結論を軽視する見解だ」といった批判がなされるかもしれない。しかしながら、このような批判は的外れなものであると考えられる。「憲法理論」の提言は、決して結論を軽視するような立場を採っているわけではない。なぜなら、「議論」に関わる平井の主張が法的問題の処理の仕方として提示されていることから分かるように、「議論」の手掛かりを与えるものとしての「憲法理論」は、憲法問題を事実と論理に基づいた「議論」によって解決しようとするものであり、問題は、具体的事例に即した判断か理論かという単純な二者択一ではなく、具体的事例における判断をいかに論理的、理論的に正当化するか、だからである。

つまり、法的問題をいかに処理するのか、という問いに対して、事実と論理に基づく「議論」によって処理すべきである、そして、その「議論」の重要な手掛かりとして「憲法理論」が明示化されるべきである、との回答が与えられているのであり、問題の処理の仕方として、この提言は示されているのである。したがって、具体的な問題に対する判断と一般的、抽象的理論との関係について、どちらが重要なのかとの問いが提示されたとすれば、「憲法理論」の提言は、両方重要である、と答えることになると思われる（ただし、そのバランスのとり方については

論者により異なることになるかもしれない)。

「いかなる理論構成を行うかより、いかなる結論を提示するかの方が重要である」。このような言明は、理論構成と結論を選択的あるいは二項対立的に捉える点で、間違いを犯している。具体的事例についていかなる結論が妥当であるかの問題が憲法解釈にとって最重要事項であるとしても、結論の妥当性について意見が分かれた時、どのように問題を処理すれば良いのか。この場合、自己の結論を独断的あるいは独善的に妥当なものとしたり、価値観の相違だから仕方ないとして簡単に議論を終わらせたり、権威や肩書きの有無によって決着をつけたりするのはなく、事実と論理に基づいて誠実な議論が行われるべきであり、そのためには、解釈の背後にある一般的、抽象的理論にも目を向ける必要がある。「憲法理論」の提言はこのような考えを含むものであると思われる。

### 3 「憲法理論」の提示と不合意

渡辺は、「憲法理論的前提を明示することによって、かえって解釈者相互の合意が得られなくなる、という可能性<sup>(53)</sup>」について指摘している。これについては別稿<sup>(54)</sup>で扱った。ここで重要なのは、結論の正当化の仕方に関して、一般的、抽象的な理論の展開に否定的、警戒的な立場を採るとしても、このような立場自体は論理的、理論的に擁護される必要がある、ということである。そして、このような立場が理論的に展開されていけば、憲法解釈の背後にある「憲法理論」の一つとして考えることが出来る。

「憲法理論」の提言が求めるのは憲法解釈の背後にある基本的な考え方を理論として明示することであり、より具体的な問題、すなわち憲法解釈はどのような理論にどれだけ依拠すべきなのか、という具体的な解釈方法の問題にまで踏み込んではいない。つまり、この提言は、憲法理論の提示の仕方を論じる点で解釈方法の一つと言えるだろうが、一般的、形式的なものであり、具体的、実質的な解釈方法ではない。したがって、冒頭に示した芦部の立

場も、哲学に依拠しない憲法解釈の方法論として論理的に擁護されるのであれば、憲法解釈を支える一つの「憲法理論」として考えることができるように思われる。<sup>(55)</sup>

#### 4 「議論」に参加する能力

「議論」による正当化がうまく行われるためには、参加者に一定の能力を要求する必要があるかもしれない。もちろん、説得と合意を目指すのであれば、なるべく相手に分かりやすい説明が行われる必要があると思われるが、相手の論理を理解し自己の主張を論理的に述べることができるような一定の能力は必要だと思われる。

#### 5 「憲法理論」の提言の正当化

他に考えられるのは、「憲法理論」の提言自体がどこまで正当化できるのか、という問題である。平井宜雄は「合理主義」を「ある言明（ステートメント）の妥当性を主張するとき、その論拠を提示し、それへの批判を受けらることに最大限の努力をすることが価値あることだ、という信念あるいはその信念にもとづく態度」<sup>(56)</sup>と定義している。私は「憲法理論」の提言の背景にもこれに類する信念が存在すると考えている。しかし、問題は、この信念自体をどのように正当化するのか、ということである。別の言い方をすれば、この信念に同調しない人がいる時、どのようにして論理的な説得を行えばいいのか、ということである。

これはかなり難しい問題であるように思う。あるいは、これは最終的には比較不能なコミットメントの類なのかもしれない。この問題についての詳細な考察は他日を期すこととして、ここでは、研究者による憲法解釈を念頭に置いた場合、法実務との関係で右のような信念が重要と思われる理由を挙げるに止めておきたい。

裁判所その他の法実務に関わる人々は、憲法研究者の提示する学説に従う制度的な義務はない（おそらく、倫理的、道義的義務もない）。学説は、「私人による提言であって、公の権威によってなされる提言」ではなく、「その

本質において全く『私』的性質をもったもの<sup>(58)</sup>である。したがって、「どんなに学界では通説になっても、裁判所はその通説を必ず適用しなければならないというものではないのである」<sup>(59)</sup>。法実務に対して何らかの影響力を持つとする研究者の憲法解釈論は、あくまで「私」的な説得活動である。

このような事情に鑑みれば、価値観の違いだから仕方がないとして早々に議論が終わったり、個人的な感覚に依拠したりするような解釈論は、実務にとっては有益でない、あるいは説得力のないものでしかない可能性が高いように思われる。なぜなら、実務にとっては、価値観の異なる人達の間に起こる紛争をいかに解決するのが問題なのであり、「解釈は価値観の違い。仕方がない」などという態度を含む解釈論が有益であるかは疑わしいからである。また、例えば「私の感覚からすれば、○○である」と言われても、研究者の私的、個人的な感覚や感情等を尊重する理由は、少なくとも実務側にはないように思われる。そうだとすれば、解釈に関わる憲法学説の提示は、説得を試みるものとして、なるべく論理的なかたちで行われるべきではないだろうか。

## 結

(1) 本稿は、主に渡辺康行の「憲法理論」の提言について考察を行うものであった。まず、一において、渡辺康行の言う「憲法理論」の意義について、平井宜雄の「議論」の理論を参考にしながら考察を行い、以下のような結論を得た。「憲法理論」とは、個々の憲法条文の解釈の前提に存在する基本的な考え方を理論として明示化したものである。「憲法理論」の明示化は、解釈上の争いを単なる見解の相違として早々に終わらせてしまったり、感覚に頼った主張を提示したりするのではなく、憲法条文の解釈を事実と論理に基づく主張―反論―再反論のプロセスを中核とする「議論」にのせるために必要とされるのであり、「議論」による正当化あるいは客観性の獲得を目

的とする。次に、二において、法解釈は主観的なものに過ぎない、という相対主義的な立場について考え、このような立場も事実と論理の提示による「議論」に参加する限りで「憲法理論」の一つとしてカウントすることが可能であるとの結論を提示した。そして、三では、一と二では扱わなかった「憲法理論」に関わるいくつかの問題について、若干のコメントを付した。

(2)「憲法理論」の提言は、第一に、価値判断を含むことから、憲法解釈は一定の手続を踏めば誰が行っても同じ結論にたどり着くような性質を持つものではなく、その結論は十人十色であり得ることは認める。しかし、第二に、十人十色であることはゴール地点ではなく、むしろスタート地点であり、十人十色の解釈の中でもより説得力のある、あるいはより客観的な解釈は可能である、との理解を採用するものだと考えられる。説得は事実と論理に基づいて試みられるべきであり、そのために必要な場合は、憲法解釈の背後にある基本思考を「憲法理論」として明示し議論の場にさらすべきだとされるのである。

このような主張に対しては、「論理偏重である」との批判があり得るかもしれない。確かに「理屈としては分かるが、どうしても感情的に受け入れられない」という場面は誰しもが経験することだろう。しかし、そのような事態を論理あるいは理論の展開を否定的に見る論拠とするのは、少なくとも法律家としては、早計であるように思われる。例えば、裁判所がある憲法学者の個人的な感情や感覚を尊重してくれるのであれば、論理や理論はそれほど重要ではなくなるかもしれないが、少なくとも現在の日本の裁判制度はそうはなっていない(し、なるべきでもないと思う)。法律家としてなすべきことは、自分が感情的あるいは直感的に正しいと思う結論を事実と論理に基づいて擁護することであろう。人によって感情的あるいは直感的に出される回答が異なるからこそ、説得と合意のため、論理あるいは理論が必要となるのである。<sup>(61)</sup>



もちろん、理論にこだわるあまり解決すべき問題を見失うようなことがあってはならない。しかし、たとえ間接的にであっても、憲法問題を論理的に処理するために必要だと考えられる場合は、法哲学的、政治哲学的な理論を含めた一般的、抽象的理論を憲法解釈に際して展開、利用することは正当なことだと思われる。

- (1) 芦部信喜『憲法学Ⅱ』(有斐閣、一九九四) 五七頁。
- (2) 佐藤幸治「人權の觀念」ジュリスト八八四号一四五頁(一九八七)、一五五—一五六頁。
- (3) 阪口正二郎『リベリズム憲法学と国家の中立性』序説「法律時報七二卷一二号九七頁(二〇〇〇)、九七頁。
- (4) 渡辺康行『憲法』と『憲法理論』の対話(一)「国家学会雑誌一〇三卷一・二号一頁(一九九〇)、五頁。
- (5) 渡辺康行『国民主權』論の栄枯「ジュリスト増刊『憲法学の争点(第三版)』(有斐閣、一九九九) 一〇頁、一三頁。
- (6) 渡辺康行『憲法』と『憲法理論』の対話(一)「(六・完)」国家学会雑誌一〇三卷一・二号一頁(一九九〇)、一〇五卷一・二号九〇頁(一九九二)、一一一卷五・六号一〇〇頁(一九九八)、一二二卷七・八号四〇頁(一九九九)、一一三卷五・六号一頁(二〇〇〇)、一一四卷九・一〇号二五頁(二〇〇一)(以下、渡辺「対話」)。
- (7) 渡辺「対話(一)」前掲注(6)、二二三頁。
- (8) 同三頁。
- (9) 渡辺「対話(六・完)」前掲注(6)、八九頁。また、「対話(一)」、六頁。
- (10) 渡辺「対話(一)」前掲注(6)、五頁。
- (11) 同七頁。
- (12) 同五頁。
- (13) 同四頁。
- (14) 渡辺「対話(六・完)」前掲注(6)、八七—八八頁。「このような動向を最も典型的な形で体系化したのはアレクシスである」が、「彼の議論はドイツにおいて突然出現したわけではない」(同八八頁)。

- (15) 同八九頁。
- (16) 同九四頁。続けて、「そして私自身そのような試みを、不十分ながら別稿で行ってゐる」。渡辺康行「基本原理としての国民主権主義」栗城壽夫、戸波江二編『憲法（改訂版）』（一九九七、青林書院）八一頁、同「人権理論の変容」『岩波講座 現代の法Ⅰ』（一九九七、岩波書店）六五頁、同「多数だけでは決めない仕組み」樋口陽一編『ホーンプック憲法（改訂版）』（二〇〇〇、北樹出版）二六九頁。
- (17) 渡辺「対話（六・完）」前掲注（6）、九五頁。
- (18) 平井宜雄『法律学基礎論覚書』（有斐閣、一九八九）（以下、平井『覚書』）、同『続・法律学基礎論覚書』（有斐閣、一九九一）（以下、平井『続・覚書』）。渡辺は、現代（西）ドイツにおいて「このような見解を代表する論者」としてアレクシーを挙げているが、アレクシーの議論については渡辺自身の研究発表を待つこととし、本稿ではアレクシーの理論について取り上げることはしない。
- (19) 渡辺「対話（二）」前掲注（6）、三頁。
- (20) 碧海純一「合理主義と法解釈論」ジュリスト九四〇号六一頁（一九八九）、六一頁。平井宜雄、星野英一、瀬川信久、田中成明「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）（以下「ミニシンポジウム」）、甲斐道太郎『せつないまでの憧憬』再論「ジュリスト九四〇号六四頁（一九八九）、星野英一『議論』と法学教育（一）」（4・完）ジュリスト九四〇号七〇頁、九四二号一一〇頁、九四二号五四頁、九四三号四六頁（一九八九）。
- (21) 平井『続・覚書』前掲注（18）、二八頁。
- (22) 同二八―二九頁。
- (23) 同二六頁。
- (24) 同一九頁。平井は、事実や論理にもとづく主張―反論―再反論のプロセスが「すべての人に対して開かれており、その中で自由に批判的に『議論』が行われるような仕組みを維持し、拡充し、作り出していくことの重要性」を強調し（平井『覚書』前掲注（18）、六五頁）、「議論」の参加者に対して「一つの倫理的態度―さわやかな弁舌だけで反論を押しさえこんだり、ジャーゴンを駆使してごまかしたりしない態度、自らを反論に敗れるかもしれないリスクにさらす態

度、相手の人格や心理ではなく、言明の内容だけを尊重する態度、等々」を要求している（平井『続・覚書』前掲注（18）、三二頁）。

（25）平井『続・覚書』前掲注（18）、三二頁。

（26）同三四—三五頁。

（27）同三六頁。

（28）同二九頁。

（29）渡辺「対話（二）」前掲注（6）、六一—七頁。

（30）平井『続・覚書』前掲注（18）、一一頁。

（31）渡辺「対話（六・完）」前掲注（6）、八七—八八頁。

（32）藤井樹也『権利』の発想転換（成文堂、一九九八）、五八頁。

（33）渡辺「対話（六・完）」前掲注（6）、八九頁。

（34）平井『覚書』前掲注（18）、五三頁参照。

（35）渡辺康行『憲法』と『憲法理論』の対話・補遺（法律時報七四卷三号一〇五頁（二〇〇二）、一〇八頁）。

（36）渡辺「対話（六・完）」前掲注（6）、九四頁。

（37）筆者は、かつて、拙稿「憲法一三条解釈における『憲法理論』の役割」（阪大法学五〇巻六号（二〇〇一））において、一三条解釈に関わる従来の議論が「人権の基礎づけ」や「司法の役割（解釈方法）」に関わる理論の役割を見過ごしており、それによって不合理な議論を導いているのではないか、という疑問を提示したことがある。

（38）平井『覚書』前掲注（18）、六五頁。

（39）拙稿「憲法理論はいかに裁判官を拘束するのか」（阪大法学五〇巻五号一四七頁（二〇〇一））。

（40）井上達夫『共生の作法』（創文社、一九八六）一六頁、星野英一「民法解釈論序説」同『民法論集第一巻』（有斐閣、一九七〇）一頁、四二—四三頁、参照。

（41）Cf. Ronald Dworkin, *Objectivity and Truth*, 25 PHIL. & PUB. AFF. 87 (1996).

（42）平井『覚書』前掲注（18）、五一頁参照。

- (43) 宮沢俊義「国民代表の概念」同『憲法の原理』一八五頁、「法律学における学説」同『法律学における学説』（有斐閣、一九六八）（以下、宮沢『学説』六五頁、同『学説』というもの）宮沢『学説』八七頁。宮沢の学説二分論について、高見勝利『宮沢俊義の憲法学的研究』（有斐閣、二〇〇〇）第一部、芦部信喜「宮沢憲法学の特質」同『憲法制定権力』（東京大学出版会、一九八三）一六九頁、樋口陽一『比較憲法（第三版）』（青林書院、一九九二）三一―一頁、同『近代憲法学としての論理と価値』（日本評論社、一九九四）（以下、樋口『論理と価値』）一頁以下、岩間昭道『憲法変遷』についての一試論』芦部信喜選『憲法訴訟と人権の理論』（有斐閣、一九八五）七五七頁、杉原泰雄、奥平康弘、樋口陽一、影山日出弥、阿部照哉「シンポジウム・憲法学の方法」法律時報四〇巻二一―号（一九六八）四頁、長谷川正安『憲法解釈の研究』（勁草書房、一九七四）など参照。
- (44) 高見・前掲注(43)、七頁。高見によると、学説の中に「解釈」と「科学」という異なる性質を有するものが存在する、という「宮沢の問題提起をめぐって、現在相反する二つの見解が存する」。「ひとつは、宮沢憲法学の特質を『認識と評価の峻別』に求め、理論学説と解釈学説を相互に全く次元の異なるものとみる樋口陽一の見解である。今ひとつは、宮沢は『戦前から、理論（的態度）と実践（的態度）、事実と解釈とを、架橋すべからざる対立関係に立つものとは捉え』ず、『両者は、まず対立の關係に立つが、対立を通して総合ないし帰一の關係にある』ものと考えていたとして、理論学説と解釈学説の密接な相互関連性を説く芦部信喜の見解である」。
- (45) 芦部信喜、橋本公巨、小林直樹「憲法解釈と憲法学」芦部他『憲法をどう学ぶか』（有斐閣、一九八四）三五頁、八三―八四頁（芦部発言）。
- (46) 芦部・前掲注(43)、一八〇頁。
- (47) 例えば、樋口『論理と価値』前掲注(43)、一頁以下。
- (48) 井上・前掲注(40)、一八頁。
- (49) ここで「科学学説」の「客観性」についても簡単に触れておくことにする。なぜなら、「解釈が独自の『客観性』を有するとしても、『科学』は実践とは関わりのないところで客観的認識を目指すものであり、観察者の主観的価値判断によって左右されることがない。したがって、『憲法理論』及びその提示によって行われる憲法解釈は客観性の面で『科学学説』には及ばない」との立場が、理論的には考えられるからである。

ここで考えなければならぬのは、「実際のところ、法の科学的認識を標榜しつつも、戦後の憲法学は、法の科学がどのような営為であるのか、それを支える方法論がどのようなものか決して詰めた検討を行ってこなかった」（松井茂記「国民主権原理と憲法学」岩波講座・社会科学の方法Ⅳ『社会変動のなかの法』（岩波書店、一九九三）一頁、二八頁）との指摘がなされている、ということである。

もし「より客観的なもの」としての法の科学を支える方法論が存在しないとすれば、「科学的認識」を標榜することは、「事実と異なることをさも現実であるかのように装ったり、自分の都合で理解を捻じ曲げたりせず、なるべく自分と距離を置いた視点から理解する」という態度表明以上のものではなくなるかもしれない。そして、このような態度が「憲法理論」の提示や憲法解釈においても採用することが可能であるとすれば（実際に可能であるし採用すべきであろう）、「科学」の方が客観的であることの根拠は別箇に提示される必要があることになる。

一般に、自然科学の理論活動は観察データという事実とそれを説明する論理に関して行われている（その割合は問題の対象によって異なる。例えば宇宙に関する理論のように、観察データ自体が非常に少なく理論同士の争いの側面が大きいものもある）。それでは、法の世界における観察データとは何だろうか。法律の条文や歴史的資料、社会調査の結果、また、原発訴訟における原発の安全性に関するデータのように問題の処理に関連する何らかの資料。比較法においては諸外国における同じような資料も利用されるだろう。

しかし、このような観察データを基に論理を組み立てるといった作業はまさに法の「解釈」が行っていることである。例えば、樋口陽一は「科学」に関して、ポパーの反証可能性に触れている（樋口『論理と価値』前掲注(43)、六一頁）が、「反証可能性、反駁可能性、ないしテスト可能性が必要なことは、憲法学が学問である以上、それが実践の学であっても何ら変わるものではなからう」（君塚正臣「大学における『比較憲法』の存在意義」関西大学法学論集五二巻二号一頁（二〇〇二）、一二頁）（また、平井の反論可能性テーゼはポパーの科学哲学そのものにコミットしているわけではないが、ポパーの反証可能性を参考に行っている）。

いずれにせよ、より高い客観性を確保する方法論等が提示されない限り、「憲法理論」より「科学学説」の方が客観的である、という命題を正当化することは出来ないように思われる。もちろん、ある「科学学説」（例えば国民主権原理に関する学説）の「科学」性が否定されたとしても、その学説の有する説得力そのものが減少するわけではない。し

たがって、理論としてどちらが妥当であるかという問題は、「科学」を標榜するか否かではなく、その理論が有する説得力によって決まることになるだろう。

(50) 渡辺「対話(六・完)」前掲注(6)、九二頁。また、「対話(二)」前掲注(6)、一二〇頁、渡辺・前掲注(35)、一〇七頁。

(51) 渡辺「対話(六・完)」前掲注(6)、九二頁。また、少し文脈は異なるが、藤井・前掲注(32)、五七―五八頁は、憲法解釈における循環を積極的に承認している。

(52) 平井『覚書』前掲注(18)、五五頁は、『マクロ正当化』が確実な基礎づけによって究極的に『正当化』されなければならぬという考え方はこれを棄てるべきである。このような考え方は、戦後法解釈論をして、大きく分けて『無限後退』に導くか、価値判断には『きめ手』はないから『科学』化するしかない、という二つの方向のいずれかに向わせ、法律家の活動そのものを視野から見失わせる結果をもたらした。しかし、(……)『議論』による『正当化』という法律家の活動に着目するならば、『究極的な』正当化の根拠があるという考え方は排除されるべきなのである」と述べている。

(53) 渡辺「対話(六・完)」前掲注(6)、九五頁。

(54) 拙稿「裁判所による憲法解釈と理論」阪大法学第五一卷第六号一五三頁(二〇〇二)。

(55) 長谷部恭男「芦部信喜教授の人権論」ジュリスト一一六九号三六頁(一九九九)、四二頁脚注(31)参照。

(56) 「ミニシンポジウム」前掲注(20)、一六頁(平井発言)。

(57) 長谷部恭男『比較不能な価値の迷路』(東京大学出版会、二〇〇〇)三三頁参照。

(58) 宮沢『学説』前掲注(43)、六七頁。

(59) 田中英夫『実定法学入門(第三版)』(東京大学出版会、一九七四)二二五頁。

(60) 宮沢『学説』前掲注(43)、七四頁参照。

(61) もっとも、言うまでもないことであろうが、憲法解釈における論理性、理論性について述べているのは渡辺だけではない。

いくつか例を挙げると、内野正幸は、戦後日本の憲法解釈学の反省から「憲法解釈論にとって論理性・体系性を保持

することが最低限必要」(内野正幸『憲法解釈の論理と体系』(日本評論社、一九九一)四頁)であるとの考えを示し、「厳格憲法解釈論」の立場を打ち出している。藤井樹也もまた、従来の憲法学の反省から「憲法解釈の理論的整合性や明快性という法解釈の基本的な構成要素を重視するという考え方」(藤井・前掲注(32)、四三二頁)を提示している。また、長谷部恭男は「何が問うにあたいする問題であり、それをいかなる方法で解決すべきかについて」の「暗黙のあるいは明示の前提」を「規範的メタ理論」として把握している(長谷部恭男『権力への懷疑』(日本評論社、一九九一) i 頁)。

これらを「憲法理論」の提言の視点から見ると、憲法解釈に「論理性・体系性」や「理論的整合性や明快性」が必要とされるのは、これらの要素を欠く解釈は事実と論理に基づく「議論」によって正当化される可能性が低いからであり、また正当化を目指す「議論」のプロセスを不合理なものとする可能性を有しているからである、ということになる。また、憲法解釈に関わる論争を論理的に進めるために必要であるならば、例えば「憲法典の妥当性や正当性」をも疑問の対象とし論じる「規範的メタ理論」を展開することは正当であることになるだろう。

また、内野の厳格憲法解釈論は、主に憲法解釈の結論の提示の仕方に関わるものであると思われるが、「憲法上望ましい(望ましくない)」、「憲法〇条の精神に適合する(反する)」あるいは「違憲の疑いがある」といった結論の提示の仕方は、「議論」のきっかけを作りづらいう意味で、反論可能性のないものとして批判することも可能だと思われる(奥平康弘「試論・憲法研究者のけじめ」法学セミナー三六九号八頁(一九八五)も参照)。