



Title	憲法解釈と公共政策
Author(s)	藤井, 樹也
Citation	国際公共政策研究. 2002, 6(2), p. 179-192
Version Type	VoR
URL	<a href="https://hdl.handle.net/11094/9466">https://hdl.handle.net/11094/9466</a>
rights	
Note	

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

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

The University of Osaka

# 憲法解釈と公共政策

## Constitutional Interpretation and Public Policy

藤井 樹也\*

Tatsuya FUJII\*

### Abstract

In Japan, consideration of policy has been mixed into constitutional interpretation in a vague manner. Consequently, arguments over constitutional interpretation and arguments over policy are not distinguished clearly. In this article, I insist that it is necessary to draw a sharp line between constitutional interpretation and proposals for public policy, so that we will be able to establish the theory of public policy as an independent field of study.

キーワード：憲法解釈、公共政策

Keywords : Constitutional Interpretation, Public Policy

---

\* 大阪大学大学院国際公共政策研究科 助教授

## はじめに

現在わが国では、行政改革や司法制度改革など、国家の基本構造の改革がすすめられている。そして、これらの制度改革は、「この国のかたち」の再構築の一環と位置づけられている。すなわち、行政改革は、「『この国のかたち』の再構築を図るため、まず何よりも、肥大化し硬直化した政府組織を改革し、重要な国家機能を有効に遂行するにふさわしく、簡素・効率的・透明な政府を実現する」ことだという<sup>1)</sup>。また、司法制度改革は、「諸々の改革を憲法のよって立つ基本理念の一つである『法の支配』の下に有機的に結び合わせようとするものであり、まさに『この国のかたち』の再構築に関わる一連の諸改革の『最後のかなめ』として位置付けられるべきもの」だとされている<sup>2)</sup>。

「この国のかたち」という表現は、憲法と密接に関連しつつ憲法典をこえる含意をもつ。第一に、「憲法」の原語である“constitution”の語には、憲法典という意味のほか、構成・構造、国制といった一般的な意味があり、「この国のかたち」という表現は、この「constitutionが本来もっていた微妙な味わい」を意識したものである<sup>3)</sup>。第二に、国家の根本法、国家の組織・構造の基本法を、憲法典そのものと区別して「固有の意味の憲法」とよぶのが一般的であるが、「この国のかたち」という表現はこの観念とかさなりあう。つまり、「この国のかたち」とは、ひろい意味での憲法をさすことができる<sup>4)</sup>。

現在すすめられている国家構造改革は、ひろい意味での公共政策形成にあたるといってよい。したがって、ここでは憲法と公共政策とがふかく交錯している。行政改革や司法制度改革のような政策的課題に憲法学が大きな関心をよせるのは当然である<sup>5)</sup>。しかし、憲法と公共政策の関係が十分に明確化されてきたとはかならずしもいえないようにおもわれる。むしろ、従来の憲法学では政策論が憲法解釈論のなかに曖昧なまま混入し、そのままの状態で放置されてきたのであって、両者の関係が十分に整序されてこなかったのではないか。そのため、結果的には憲法学による政策論的主張と解釈論的主張が相互に足を引っぱりあって、両者の説得力がともに低下する結果をまねいてきたのではないだろうか。

本稿は、このような問題意識から、憲法解釈論と政策論とを自覚的に分離することにより、一方で憲法解釈論の役割を明確化し、他方で公共政策学を独立の学問分野として確立する必

- 
- 1) 行政改革会議「最終報告」(1997年12月3日)。
  - 2) 司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書—21世紀の日本を支える司法制度一」(2001年6月12日)。
  - 3) 佐藤幸治「法学講演・個人の尊重と『この国のかたち』」法学教室 242号 55頁、62-63頁(2000年)。
  - 4) 「この国のかたち」という表現は、もとは司馬遼太郎の著作の表題であった。この言葉がその後、作者の意図をこえ、各論者により多様な文脈でもちいられる多義語となりつつあることに注意を要する。高見勝利「『この国のかたち』の変革と『議院内閣制』のゆくえ」公法研究 62号 1頁、1-2頁(2000年)。
  - 5) 第64回公法学会(1999年10月10日)のテーマ「内閣制度と行政機構」は行政改革を、第65回公法学会(2000年10月7日)の統一テーマ「変容する社会と司法」は司法制度改革を、それぞれ意識して設定されたと考えられる。

要性を主張する。以下、①憲法解釈のあり方と公共政策、②憲法学からみた制度改革論の順に、それぞれ憲法と公共政策の関係を論じることにする。

## 第Ⅰ章 憲法解釈のあり方と公共政策

### I 憲法解釈のあり方と政策論

#### (1) 憲法解釈の具体的技法

憲法解釈と公共政策の関係を考える場合、前提となる法的思考様式と政策的思考様式とを区別し、それに応じて両者を区別することが一応可能である。つまり、①法的思考では法規範とその事実への適用を考える（規範＝適用図式）が、政策的思考では目的とその達成の手段を考える（目的＝手段図式）、②法的思考では適法か違法かという二者択一で考える（適法性）が、政策的思考では目的達成にいかに有効かという程度を考える（妥当性）、③法的思考では事件・紛争の解決を考える（過去志向）が、政策的思考では目的の実現のあり方を考える（将来志向）<sup>6)</sup>。これによると、憲法解釈は法的思考様式に、公共政策は政策的思考様式にそれぞれ依拠しておこなわれることになる。

しかし、憲法解釈の技法・方法は多様であり、その内容に応じて憲法解釈と公共政策との関係がおおきく異なる。一般に、法解釈の具体的技法として、①拡大解釈、②縮小解釈、③類推解釈、④反対解釈、⑤勿論解釈などの手法が区別される。これらの手法は憲法解釈にも原則として妥当するが、憲法条文のもつ概括性、簡潔性、不明確性などの特徴から、憲法の意味を明らかにするためには、こうした解釈テクニックの適切な使用がいっそう要請される。たとえば、予防接種による生命侵害に対して、財産への損失補償と同様に憲法29条3項の損失補償を請求できるという解釈は類推解釈、財産に損失補償があるなら生命侵害にも当然損失補償があるという解釈は勿論解釈、財産のみに収用をみとめる意味であり生命侵害への損失補償はみとめられないという解釈は反対解釈の例だといえる<sup>7)</sup>。

これらの解釈操作により、ときに憲法の文言から乖離した意味がみちびきだされる。そのうえ、解釈者により解釈技法の恣意的な選択がおこなわれると、規範の存在を前提にそのあてはめを考えるという法的思考の特徴は希薄にならざるをえない。ある条文をどの技法により解釈するのが正しいかを決めるには、さらに上位の基準が必要となる。

6) 平井宣雄・法政策学 15-20頁（第2版、1995年）、田中成明・法的思考とはどのようなものか 6-11頁（1989年）を参照。

7) その他の例については、内野正幸・憲法解釈の論点 211-214頁（新版、1997年）を参照。

### (2) 憲法解釈の方法

憲法解釈の正しさを判定する基準として、①文理解釈、②体系的解釈、③論理的解釈、④歴史的解釈、⑤社会学的解釈、⑥目的論的解釈などの方法が考えられる<sup>8)</sup>。たとえば、外国人は国民にあたらないとしてその権利主体性を否定する解釈は文理解釈、国際協調主義に関する条文との体系的連関を重視してこれを肯定する解釈は体系的解釈、起草過程で外国人平等条項等が削除された経緯からこれを否定する解釈は歴史的解釈、国際化時代の社会的要請からこれを肯定する解釈は社会学的解釈、個人主義・人間の尊厳の価値に照らしてこれを肯定する解釈は目的論的解釈の例だといえる<sup>9)</sup>。

しかし、文理解釈は客觀性にすぐれるが拘束規的であると批判され、体系的解釈や論理的解釈などの解釈も体系・論理に適合しており決め手に欠くとされる。また、歴史的解釈は起草者意思などの歴史的証拠が多義的かつ不明確で現代的要請にも適応しないことが問題とされ、社会学的解釈は現代的要請に対応するものの法的安定を欠き現状追認的だと批判される。文理解釈以外の方法は多かれ少なかれ条文の無視または軽視だと批判されることになるが、とりわけ目的論的解釈は解釈者の主觀に左右される点が問題となる。どの解釈方法にも問題点があるうえ、具体的な解釈技法との関係や各解釈方法相互間の関係についての理解も論者により一様ではない<sup>10)</sup>。

ここで、憲法解釈論を、①理由の形式的整合性と結果の予測可能性を重視する形式論と、②あるべき利益・価値の実現と結論の具体的妥当性を重視する実質論とにおおきく二分するならば<sup>11)</sup>、上記の各解釈方法のうち、文理解釈を形式論の極に、目的論的解釈を実質論の極にそれぞれ位置づけることが一応可能である。そして、社会学的解釈や目的論的解釈のように実質的考慮を重視する方法は、憲法解釈のなかに目的=手段図式の政策的思考を相当程度とりこむ考え方だということができる。

### (3) わが国の憲法解釈の特徴

わが国の憲法学では、目的論的解釈が非常に重視されているということができる。たとえば、法の科学と法の解釈を二分する宮沢俊義の見解が、法の解釈を「実践的意欲の作用」、「法の創造に関する提言」、「多分に主觀的な主張」だというのがその代表例である<sup>12)</sup>。また、民

8) さまざまな解釈技法については、林修三・法令解釈の常識 117-134頁（第2版、1975年）を参照。

9) 松井茂記・日本国憲法 64頁（1999年）を参照。

10) たとえば、オリジナリズムの憲法理論は歴史的解釈を決め手とする考え方である。また、まず文理・論理解釈、ついで歴史的解釈、それが妥当でなければ目的論的解釈をもとめる見解は、各解釈方法間の優先順位をきだめて解決をはかる考え方である。後者の例として、星野英一・民法概論 I（序論・総則）49頁（1987年）。

11) 形式論と実質論の区別は、民法解釈の方法、とくに利益考量論との関係でしばしば言及される図式である。瀬川信久「民法解釈論の今日的位相」瀬川信久編・北海道大学法学部ライブラリー2・私法学の再構築 3頁、20-21頁（1999年）を参照。

12) 宮沢俊義・法律学における学説 69-72頁、75-76頁（1968年）。

主主義、リベラル、人権尊重、平和主義などの積極的価値をよりよく実現する解釈ほどよい解釈であると觀念される傾向がつよい<sup>13)</sup>。つまり、わが国の憲法解釈では実質論重視の傾向がつよいため、憲法解釈論のなかに政策的思考が相当程度はいりこんでいる<sup>14)</sup>。

また、いわゆる政策形成訴訟（公共訴訟、現代型訴訟）に対する評価次第で、この傾向がいっそうつよまる可能性がある。政策形成訴訟とは、公害訴訟、消費者訴訟、制度改革訴訟など、①多数当事者が関与し、②事前予防や将来的救済を請求し、③多元的・複雑な争点をふくむなどの特徴をもち、「公共政策の形成」にかかわる訴訟だとされる<sup>15)</sup>。一般に、裁判過程がひろい意味での公共政策形成の一環をなすことは否定できないが<sup>16)</sup>、それをこえて、政策形成訴訟の特徴をそなえた憲法訴訟における裁判の政策形成機能<sup>17)</sup>を正面から正当化し、裁判官が政策的課題の解決を考慮して憲法解釈をおこなうべきだと主張するならば、憲法解釈論のなかに政策的考慮がいっそう浸透することになる。

ここには、以下のような問題がある。①一定の積極的価値に適合した解釈が正しい憲法解釈であるという主張は、その価値を積極的なものとして共有する共同体の内部でしか通有性をもたないことになり説得力の低下をまねく。②条文を重視する理論を杓子定規的だとして排斥する傾向は、現在の憲法条文からのぞましい帰結をかならずみちびきだすことができるという姿勢と表裏一体となり、憲法条文の変更禁止原則を論証なしに与件とする方向にかたむく。③目的論的解釈を重視する姿勢は、るべき具体的な結果を抽象的な理念からダイレクトに正当化する結果志向的アプローチにむすびつき、審査基準論などの形式的な理論構成の名目化をまねく危険がある<sup>18)</sup>。④憲法解釈の内にとりこまれる政策論と憲法解釈の外でおこなわれる政策論との境界が曖昧なため、憲法解釈の帰結が憲法の要請なのかどうかが不明確化し、憲法の規範的効力が弱体化する結果をまねく。以下、④についてさらに詳述する。

## 2 ゆるやかな憲法解釈論と政策論

### （1） ゆるやかな憲法解釈論の特徴

ここでいう「ゆるやかな憲法解釈論」とは、厳格憲法解釈論に対置される觀念である。内野正幸によると、厳格憲法解釈論とは、「憲法上の要請か否か、合憲か違憲かについての明確

13) 一例として、小林直樹・憲法判断の原理 上巻 14-17頁（1977年）を参照。

14) これに対して、民法学の場合には近時実質論から概念構成への回帰傾向がみられるという。瀬川・前掲注(11)13-16頁。

15) 政策形成訴訟の特徴については、大沢秀介・現代型訴訟の日米比較 23-25頁、60-62頁（1988年）、大沢秀介・現代アメリカ社会と司法—公共訴訟をめぐって—12-15頁（1987年）、田中成明・現代社会と裁判—民事訴訟の位置と役割 166-168頁（1996年）を参照。See Abram Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 HARV. L. REV. 1281 (1976) (柿嶋美子訳「公共的訴訟における裁判官の役割」アメリカ法1978年1号1頁(1978年))。

16) 堀江漣・現代の政治生活 149-159頁（1987年）。

17) 憲法訴訟における裁判の政策形成機能については、戸松秀典「司法の政策形成機能」芦部信喜編・講座憲法訴訟 3巻 27頁（1987年）を参照。

18) 藤井樹也・権利の発想転換 109-111頁（1998年）。

な言明を伴った憲法解釈論」であり、「憲法上望ましい」、「憲法の精神（ないし趣旨）に適合する」などといったゆるやかな憲法解釈論とは区別される。そして、憲法解釈の本質は憲法の要請・禁止かどうかの指摘にあり、ゆるやかな憲法解釈論は「一種の精神訓話であって、法的には無意味」であり、「憲法解釈としての資格をもたない」という。しかし他方で、厳格憲法解釈論との区別を自覚したうえでゆるやかな憲法解釈論を積極的におこなうことは、規範的憲法学の任務に属するというのである<sup>19)</sup>。

これに対し、市川正人は、「憲法研究者は厳格憲法解釈論をしているだけでは不十分」であり、裁判所に対しても「憲法上望ましい」という「厳格解釈論以外の憲法解釈論的言明を提示する必要がある」として、ゆるやかな憲法解釈論を正面から正当化する<sup>20)</sup>。市川によると、ゆるやかな憲法解釈論には、「憲法の趣旨・精神を活かした法律解釈」と「憲法の趣旨・精神からみて望ましい政策、法律の提唱」の二種類があり、両者とも十分成立するという。たとえば、裁判を受ける権利の実質的保障という視点から、裁判へのアクセスの改善について論じることができ、「国民の裁判へのアクセスの保障や権利侵害の実効的救済をより充実化していくよう、司法制度を改革していくべきであるという視点（裁判を受ける権利を保障する憲法の精神・理念によりかなった司法制度に向けての改革）から、裁判へのアクセスの改善策を論じ」ることができるというのである<sup>21)</sup>。

ゆるやかな憲法解釈論は、厳格憲法解釈論とは別に、「憲法上望ましい」といった主張を「憲法解釈」の名のもとでおこなうことを正当化する。上述のように、厳格憲法解釈論についても、目的論的解釈を重視する方法によれば憲法解釈のなかに政策的考慮が混入してくるが、ゆるやかな憲法解釈論の承認により、さらに別類型の政策的提言を正面からみとめられることになる。この場合、政策論には、①憲法解釈の内にとりこまれ憲法の要請としてかたられる政策論、②憲法解釈の内にとりこまれるが憲法の要請ではない政策論、③憲法解釈の外でおこなわれる政策論の三種類が区別されることになる。

## （2）ゆるやかな憲法解釈論に対する評価

ゆるやかな憲法解釈論を正面から正当化する見解に対しては、きびしい批判がある。なかでも高井裕之は、ゆるやかな憲法解釈論は「厳密な意味での法解釈の帰結でない以上、そこで言及される日本国憲法というテキストはもはや法的意義をもたない単なるテキストにすぎず、他のテキスト、例えば大日本帝国憲法やアメリカ合衆国憲法、あるいは世界人権宣言と

19) 内野正幸・憲法解釈の論理と体系 40-42頁、73頁（1991年）。同様の主張として、奥平康弘「試論・憲法研究者のけじめ—特に教育法学者に教えをこう」法学セミナー 369号 8頁（1985年）。

20) 市川正人「憲法解釈学の役割・再考—『厳格憲法解釈』の意義と限界」ジュリスト臨時増刊・憲法と憲法原理—現況と展望（ジュリスト884号）30頁、39頁（1987年）。

21) 市川正人「憲法論のあり方についての覚え書き」立命館法学 271・272号上巻 677頁、689頁（2001年）。

較べて特権的意義を有するわけではない。特定のテキストに論拠を置く議論がそのテキストを信ずる者の間でしか意味をなさないのと同様に、『日本国憲法の精神に照らして望ましい』という言明は『日本国憲法の精神』を共有する者の間でしか説得力をもたない」と論じる。そして、「憲法より下位の法規範の解釈や立法政策論において『憲法の精神に照らして望ましい』という論拠を持ち出すことは、望ましくない思考停止である場合が多い」というのである<sup>22)</sup>。

ゆるやかな憲法解釈論を正当化する見解は、「憲法の精神」、「憲法の理念」、「憲法の趣旨」、「憲法的価値」などの表現により、憲法上正当とされる单一の価値の存在を想定しているようにおもわれる。たしかに、憲法規定のなかには、ある措置をとることが立法政策としてのぞましいという内容をもつ憲法規範や政治的な努力義務をさだめている憲法規範があり、このような政治規範（たとえば憲法25条2項）については、「憲法上望ましい」という言明が成立するといえよう。しかし、ゆるやかな憲法解釈論を正当化する見解が、政治規範の解釈をこえて「憲法上望ましい」という言明を正当化しているのだとすると、この考え方は憲法をささえている価値の多元性と競合可能性を看過しているといわざるをえない。憲法上をささえている価値には、民主主義、個人主義、自由、平等、平和、福祉など多様な諸価値がふくまれ、ときに競合・抵触するこれら諸価値を具体的な事例に即して調整した結果として、具体的な憲法準則がみちびきだされる。ゆるやかな憲法解釈論を正当化する見解は、暗黙の内に価値衡量・利益衡量をおこなっているにもかかわらず、みちびきだされたのぞましい結果に「憲法上」正当であるという錦の御旗をあたえているようにみえる。前提となる価値の選択・衡量を明示せずに特定の政策論に御墨付きをあたえるのだとすれば、高井の指摘するとおり、共通の前提理解をもたない者に対する説得力を欠く議論というほかないようにおもわれる<sup>23)</sup>。

たとえば、司法制度改革の一環として、裁判の迅速化をはかるための予審制度の導入が「憲法上望ましい」という主張は、迅速な裁判の実現が憲法をささえる価値であることがあきらかである以上、ゆるやかな憲法解釈論として成立可能だとおもわれる。しかし他方で、公正な裁判の実現が憲法をささえる価値であるならば、予断にもとづく裁判まねく予審制度の導入が「憲法上望ましくない」という主張もまた、ゆるやかな憲法解釈論として成立可能だといわざるをえない。この矛盾を調整するためには、迅速な裁判の実現と公正な裁判の実現という競合する価値をあらかじめ序列化し優劣をきめるか、導入すべき制度の内容自体を両価値に抵触しないよう構成するというかたちで競合諸価値間の調整をはかる必要がある。しか

22) 高井裕之「憲法と医事法の関係についての覚書」佐藤幸治先生還暦記念・現代立憲主義と司法権 285頁、300-301頁（1998年）。

23) 藤井・前掲注(18) 230-231頁。

し、前提となる価値衡量の結果が一義的に決定される場合には、憲法の要請として憲法準則がみちびきだされることになるので、むしろ厳格憲法解釈論としての主張をすべきである。また、価値衡量の結果が一義的に決定されない場合には、多様な選択肢のうちのひとつにすぎない政策的主張に憲法上の正当性をみとめる理由はとぼしいというほかない。

さらに、ゆるやかな憲法解釈論の批判者である高井は、憲法と民法・刑法とを切断して把握し、「憲法は、財産法や刑法が、憲法から独立に、独自の価値に基づいて法体系を構築することを許容している」として、「民法（特に財産法）や刑法を憲法の規律の対象とすることには慎重であるべき」だと主張する<sup>24)</sup>。これに対して、ゆるやかな憲法解釈論を正当化する市川は、私人間効力論の理論構成にこれが不可欠であると反論する。つまり、憲法が全法秩序に妥当する価値をさだめており、裁判官による憲法の趣旨・精神にそった民法解釈がもとめられるというのである<sup>25)</sup>。この点に関しては、高井の主張はやや過剰であるようにおもわれる。むしろ、民刑事法が憲法と連動して個人の自由を保護することを承認し、これについては憲法の要請として（厳格憲法解釈論上の言明として）把握するべきではないか<sup>26)</sup>。そう考えれば、私人間効力論の理論構成にゆるやかな憲法解釈論が不可欠だという市川の反論はかならずしも妥当しないのではないだろうか。

### 3 ま と め

第一に、憲法解釈のあり方と政策論の関係について、以下のように要約することができる。憲法解釈にはさまざまな具体的な技法があるが、これらの解釈操作により、ときに憲法の文言から乖離した意味がみちびきだされる。解釈者により解釈技法の恣意的な選択がおこなわれると、規範の存在を前提にそのあてはめを考えるという法的思考の特徴は希薄になる。憲法解釈の正しさを判定する基準にもさまざまな方法があるが、社会学的解釈や目的論的解釈のように実質的考慮を重視する方法は、憲法解釈のなかに目的=手段図式の政策的思考を相当程度とりこむ考え方だといえる。わが国の憲法学では、目的論的解釈が非常に重視されており、実質論重視の傾向がつよいため、憲法解釈論のなかに政策的思考が相当程度はいりこんでいる。また、憲法裁判の政策形成機能を正当化すれば憲法解釈論のなかに政策的考慮がいっそう浸透することになる。しかし、ここには、①このような議論は価値共有する共同体の内部でしか説得力をもたない、②条文のもつ意味を軽視し憲法条文の変更禁止原則を論証なしに与件とする、③あるべき結果を抽象的な理念からダイレクトに正当化する結果志向的アプローチにむすびつき理論構成の名目化をまねく、④憲法解釈論と政策論との境界が曖昧に

24) 高井・前掲注(22) 296頁。

25) 市川・前掲注(21) 682-686頁。

26) 藤井樹也「Civil Rights Acts の一断面（5・完）—§ 1983訴訟を中心に—」法経論叢 18巻1号 65頁、90-91頁（2000年）。

なり憲法の規範的効力が弱体化するなどの問題がある。

第二に、ゆるやかな憲法解釈論と政策論の関係について、以下のように要約することができる。ゆるやかな憲法解釈論は「憲法上望ましい」といった主張を「憲法解釈」の名のもとでおこなうことを正当化し、目的論的解釈を重視する方法と別類型の政策的提言を正面からみとめることになり、政策論として、①憲法の要請としての政策論、②憲法解釈論だが憲法の要請ではない政策論、③憲法解釈論ではない政策論が区別される。ゆるやかな憲法解釈論には、「日本国憲法の精神に照らして望ましい」という言明は「日本国憲法の精神」を共有する者の間でしか説得力をもたないという批判があるほか、憲法をささえている価値の多元性と競合可能性を看過し、前提となる価値の選択・衡量を明示せずに特定の政策論に御墨付きをあたえるという問題がある。私人間効力論の理論構成にゆるやかな憲法解釈論が不可欠だという反論もかならずしも妥当しない。

以上をもとに、次章では、憲法学からみたさまざまな制度改革論のあり方についてさらに検討をくわえることにする。

## 第2章 憲法学からみた制度改革論

### Ⅰ 憲法の変革とともに制度改論

#### (1) 憲法改正論

国家の基本構造の改革は憲法と公共政策とがふかく交錯する領域であり、憲法学は、行政改革や司法制度改革のような政策的課題に大きな関心をよせている。一般論として、法解釈のなかに政策的考慮をいかに浸透させても実現できないような、法解釈の許容する限度をこえた変革を実現するためには、既存の法自体の改変が必要となる。その意味で、法改正論は法解釈論と裏表の関係にある。たとえば、行政改革の一環として首相の指導力強化のため首相公選制を導入する場合、現行憲法がこれを許容していないので憲法改正が必要となる<sup>27)</sup>。司法改革の一環として独立の憲法裁判所を創設する場合も同様に憲法改正が必要である<sup>28)</sup>。また、裁判官を拘束する陪審制をかりに現行憲法が許容していないのだとすれば、にもかかわらずこの制度を導入するためにはやはり憲法改正が必要となろう<sup>29)</sup>。

27) 首相公選制の導入の是非については、長谷部恭男=棟居快行「議院内閣制をめぐって—首相公選制の是非」浦部法穂=棟居快行=市川正人編・いま、憲法学を問う 110頁、121-127頁（2001年）を参照。

28) 読売新聞社編・憲法21世紀に向けて—読売改正試案・解説・資料一 121-126頁（1994年）。憲法改正を要しない改革案をしめすものとして、笛田栄司「違憲審査制」笛田栄司=亘理格=菅原郁夫編・司法制度の現在と未来—しなやかな紛争解決システムを目指して— 29頁、32-34頁（2000年）を参照。

29) 現行憲法のもとでの陪審制・参審制の導入可能性については、笛田栄司・裁判制度 173-182頁（1997年）、常本照樹「国民の司法参加と憲法」ジュリスト1198号 160頁、162-163頁（2001年）を参照。

もっとも、憲法学の大勢は憲法改正をともなう制度改革論には慎重である。まず、伝統的な護憲論からは、憲法改正は憲法9条改正に必然的につらなると観念され、内容にかかわりなく憲法改正それ自体に否定的評価がくだされる傾向がつよい。もっとも、このような考え方には次第にうすれつつあるようにみえる。むしろ、憲法改正をともなう制度改革に消極的な姿勢をうんでいるのは、現在ではどちらかというより現実的な考慮ではないか。つまり、制度改革を実現するために憲法改正のプロセスが必要となると、憲法改正の是非自体がおおきな政治的争点となり、制度改革を実現するコストが膨大なものとなるばかりか改革の実現可能性自体が低下することになる。いかにして政策目標実現の最大化をはかるかという観点からは、改革自体が挫折してまったくゼロにおわるよりも、現行憲法をできるかぎり柔軟に解釈しつつその枠内で制度改革を実現するほうがペターであるという判断に、(すくなくとも短期的には) 合理性があると考えられることになろう。

## (2) 憲法改革論

近年の制度改革にいう「この国のかたち」という概念は、憲法典にさだめられた内容以外にも国家の基本的な仕組みに関するさだめがあるという考え方を前提としている。国会法、内閣法、国家行政組織法、裁判所法、地方自治法、皇室典範などの、いわゆる憲法附属法などがそれに該当しよう。そして、「この国のかたち」という概念が、国家の組織・構造の基本法である「固有の意味の憲法」を意味するのだとすれば、「この国のかたち」の変革は、からずしも形式的意味の憲法の変更にはあたらないが、実質的意味の憲法の変更にあたるということになる。たとえば、行政改革の一環として内閣法の基本内容を変更したり、司法制度改革の一環として裁判所法の基本内容を変更したりすれば、実質的意味の憲法が変更されたと評価されよう。したがって、「この国のかたち」の再構築は、実質的にみて憲法の変革をともなう制度改革論の一種に分類することが可能である。

この点で、芹川洋一が、「憲法改革には二つのシナリオがある。ひとつは、改憲手続きをとつて条文を直す明文改憲である。もうひとつは、基本法などを制定して法制度を整えることで、改良しながら使う方法だ。立法による憲法改革である<sup>30)</sup>」とのべているのは、国家の基本法制の変革が実質的にみて憲法の改革にあたるという考え方を明確に表明した例だと考えることができる。このような考え方の背後には、改憲論と護憲論の衝突により議論が隘路にはいりこみ、必要な制度改革がすすまない従来の議論を問題視し、それに対する代替プランの提示が必要だという意識があるようにおもわれる。また、近時の制度改革が、あえて「この国のかたち」の再構築というスローガンをかけ、憲法改正をともなわない制度改革を中心にするめられている背景には、上述の憲法改正コストに対する考慮が影響していると考え

30) 芹川洋一・憲法改革—21世紀日本の見取図—9頁(2000年)。

られる。

もっとも、憲法典の改変をともなわない制度改革に憲法改革の名をかぶせることには、いくつかの観点から消極的意見がありうるところである。たとえば、一方で、伝統的な護憲論からは、憲法改革なるものを正当化する理論は明示的な憲法改正につらなるという否定的評価がありえよう。他方で、本来であれば明文改憲を要するような制度改革をも、柔軟な憲法解釈をつうじて基本法制の変更で実現できるのだとすれば、そのような考え方に対しては、結果的に憲法規範の名目化をまねき憲法典の規範的効力の弱体化をまねく危険があるという批判が可能である<sup>31)</sup>。後者の立場からは、そのような場合にはむしろ筋をとおして明文改憲をしなければならないと主張されることになろう。

## 2 憲法の変革をともなわない制度改革論

### (1) 立法政策論

憲法の変革を必要とする制度改革とことなり、憲法が要請も禁止もしていない政策的課題の実現は、形式上、それを処理する権限の所在に応じて「立法政策（裁量）」や「行政裁量」の問題とされるにとどまる。たとえば、行政改革の一環として中央省庁を再編する措置や、司法改革の一環として法曹の質・量の拡充をはかるためロー・スクールを創設する措置は、憲法が要請も禁止もしていない範囲内では立法政策の問題としてその当否が論じられるにとどまる。この場合、立法政策の当否を判断する基準は、違憲か合憲かという法的判断ではなく、目的と手段が妥当かという政策的判断だということになる。このような政策論も、憲法改正論と同様、憲法解釈の枠外でおこなわれる制度改革論だといふことができる。

もっとも、立法政策論のあり方に憲法学がまったく無関心であるとはいえない。一方で、憲法が立法の組織・手続等に関する規定をおいていることから、制度的・手続的観点から立法のあり方のコントロールを論じることが可能である。たとえば、いわゆる立法学のこころみが、単なる立法技術論や政治学的な立法過程論にとどまらず、憲法学の視点から立法のあり方を論じようとしている点が注目される<sup>32)</sup>。あるいは、法政策学のこころみが法的意意思決定の過程と技法を整序し、法制度設計のあり方を体系化しようとしている点も示唆に富む<sup>33)</sup>。

31) 「知る権利」との関係で、不明確な拡張的解釈により憲法の規範的効力の弱体化をまねくことを危惧するものとして、藤井樹也「知る『権利』？」法経論叢 18巻2号 57頁、90-91頁（2001年）。

32) 小林直樹「立法学研究—論と動態—」（1984年）、芦部信喜・人権と議会政 341-343頁（1996年）、高見勝利「あるべき立法者像と立法のあり方—立法学研究への一観角一」公法研究 47号95頁（1985年）を参照。

33) 平井・前掲注(6) 167-177頁。

## (2) 憲法政策論

他方で、憲法によるるべき立法政策の内容へのコントロールを論じることが可能だとする考え方がある。この立場は、立法政策のるべき内容を憲法によって方向づけることが可能だと考える所以、もはや憲法の規律から自由は政策論とはいきれない。たとえば、ゆるやかな憲法解釈論を正当化する立場から、「憲法からみて望ましい政策・法律の提唱を『憲法政策論』と呼ぶことができるし、憲法からみて望ましい政策・法律を立案し論じるという学問領域を『憲法政策学』と呼ぶことができる<sup>34)</sup>」という考え方には、立法政策のるべき内容を憲法によって方向づけることを承認する見解の例である。

また、憲法政策の科学的研究の必要性を主張してきた小林直樹は、憲法政策学（政策論）の実際的な意義として、「立憲民主制の基本価値をよりよく実現していく上での『正法』の発見、より適合的な制度の設計に寄与できる」こと、「『正法』とは逆行する負の政策（論）のイデオロギー的虚偽性を曝き、反民主的な政策を批判する」こと、「向憲法的運動に明確な目標を与える、国の政策立案者たちにも指針を示し、もしくは反省を促すことなどをあげる<sup>35)</sup>。そして、「憲法政策の方向と内容を律する、具体的な価値基準は、…憲法（典）そのものの中に求められるべきである」として、「人権」と「公共の福祉」、「自由」と「統制」、「秩序」と進歩・安定の対概念については、「前者の理念に重点を置くべき」だとする<sup>36)</sup>。つまり、「憲法政策の主な目的は、何よりも憲法理念—立憲民主制においては人権保障—の実現と、そのために最適と思われる制度の整備にある」というのである<sup>37)</sup>。

たとえば、行政改革の一環としてパブリック・コメント制度を導入することは憲法の要請ではないが、立憲民主主義の基本価値をよりよく実現する所以憲法政策としてのぞましいという主張が可能となろう。また、司法制度改革の一環として裁判官の選任方法に民意を反映する制度を導入することは憲法の要請ではないが、立憲民主主義の基本価値をよりよく実現する所以憲法政策としてのぞましいという主張についても同様である。

このような憲法政策論を正当化する見解は、憲法が要請も禁止もしていない（許容している）政策についても、「憲法上望ましい」ものとそうでないもの、「立憲民主制の基本理念」に適合的なものとそうでないもの、「向憲法的」なものとそうでないもの（「反憲法的」なもの）とを区別することができるという考え方を前提としている。この点で、ゆるやかな憲法解釈論を正当化する見解と軌を一にしている。すなわち、「憲法の要請とまではいえないが立憲民主制の基本理念によりよく適合する」、「違憲とまではいえないが反憲法的である」などの言明

34) 市川・前掲注(21) 686-687頁、697頁注(31)。

35) 小林直樹・憲法政策論 8頁(1991頁)。小林のいう憲法政策論には、「憲法の部分改正を要する政策」がふくまれる。同 17-20頁。

36) 小林・前掲注(35) 24頁、30頁。

37) 小林・前掲注(35) 38頁。

は、まさしくゆるやかな憲法解釈論上の言明にほかならない。したがって、ゆるやかな憲法解釈論に対する前述の批判がここでも同様に妥当するというべきである。

たとえば、司法制度改革の一環として弁護士費用の敗訴者負担制度の導入の是非を論じる場合、敗訴者負担制度の導入により正当な権利者が敗訴リスクを回避するために提訴を回避する可能性があるため、「権利の完全な回復」、「裁判所への容易なアクセス」などの政策目標が競合・対立することがありうる<sup>38)</sup>。このような場合には、競合価値の衡量・選択の結果あるべき政策論(たとえばこの制度の導入論)をみちびきだし、これを「憲法の理念により適合的」だと主張するのではなく、「憲法上」という名をかぶせずに個別の価値(この場合には「権利の完全な回復」という価値)にてらしてのぞましいと主張するほうが、政策論として透明かつフェアな議論ではないだろうか。

さらに、ゆるやかな憲法解釈論や憲法政策論を正当化すれば、憲法学と公共政策学とが部分的に融合して憲法規範の内容が多様化・多面化し、本来つよい効力をみとめられるべきコアの憲法準則の弱体化をまねくおそれがあるようにおもわれる。むしろ、憲法解釈論と政策論とを自覺的に分離することにより、一方で憲法解釈論の役割を明確化するとともに、他方で公共政策学を独立の学問分野として確立する必要があるのではないか。公共政策学をあらたな分野として確立するためには、さまざまな政策論に憲法の名をかぶせて主張してきた従来型の考え方が一見有用であるようにみえるが、逆なのではないか。むしろ、憲法解釈論になんとなく混入している政策的考慮をひとつひとつ点検し、政策的主張とはことなる憲法解釈論の独自の役割を明確化することによって、反面として公共政策学の独自の守備範囲がうかびあがってくるのではないだろうか。

### 3 ま と め

第一に、憲法の変革ともなう制度改革論について、以下のように要約することができる。

①憲法改正論：法改正論は法解釈論と裏表の関係にあるため、憲法解釈のなかに政策的考慮をいかに浸透させても実現できないような変革を実現するためには、憲法自体の改変が必要となる。憲法学の大勢は憲法改正をともなう制度改革論には慎重であるが、この姿勢は憲法改正コストの計算という現実的な考慮によると考えられる。②憲法改革論：近時の制度改革にいう「この国のかたち」の再構築は、実質的にみて憲法の変革をともなう制度改革論の一種に分類できる。ただ、憲法典の改変をともなわない制度改革に憲法改革の名をかぶせることには、憲法規範の名目化をまねき憲法典の規範的効力の弱体化をまねくという問題がある。

第二に、憲法の変革をともなわない制度改革論について、以下のように要約することができる

38) 裁判費用の軽減策については、菅原郁夫「民事訴訟へのアクセス」 笹田一亘編・前掲注(28) 194頁、川嶋四郎「より利用しやすい司法制度」 ジュリスト1198号 119頁、121-123頁(2001)を参照。

きる。①立法政策論：憲法が要請も禁止もしていない政策的課題の実現は、立法政策の問題とされ、その当否を判断する基準は、違憲か合憲かという法的判断ではなく、目的と手段が妥当かという政策的判断である。憲法学からは、制度的・手続的観点から立法のあり方のコントロールを論じることが可能であり、立法学や法政策学のこころみが注目される。②憲法政策論：憲法からみて望ましい政策・法律の提唱を「憲法政策論」とよび、立法政策のあるべき内容を憲法によって方向づけることを承認する立場がある。憲法政策論を正当化する見解は、憲法が要請も禁止もしていない政策にも「憲法上望ましい」ものがあると考えるので、ゆるやかな憲法解釈論を正当化する見解と軌を一にしており、ゆるやかな憲法解釈論に対する批判が同様に妥当する。このような場合には、「憲法上」という名をかぶせずに個別の価値にてらしてのぞましいと主張するほうが政策論として透明かつフェアな議論である。憲法解釈論と政策論とを自覚的に分離することにより、一方で憲法解釈論の役割を明確化とともに、他方で公共政策学を独立の学問分野として確立する必要がある。

## おわりに

従来の憲法学では政策論が憲法解釈論のなかに曖昧なまま混入し、そのままの状態で放置されてきたのであって、両者の関係が十分に整序されてこなかった観がある。ゆるやかな憲法解釈論を正当化する見解は、両者の関係を整序しようとするひとつのこころみとして評価することが可能であるが、それによって政策論がさらに多岐化し、ますます憲法の規範的効力を弱体化させる方向に傾いたようにおもわれる。明示的なものにしろ默示的なものにしろ、憲法解釈論のなかに政策論を混入させる従来型の理論は、憲法学による政策論的主張と解釈論的主張が相互に足を引っぱりあう結果をまねき、両者の説得力がともに低下する結果をまねいてきたのではないだろうか。

本稿では、このような問題意識から、憲法解釈論と政策論とを自覚的に分離することにより、一方で憲法解釈論の役割を明確化し、他方で公共政策学を独立の学問分野として確立する必要性を主張した。この観点からは、基本法制の変革に憲法改革論の名をかぶせる議論や、のぞましい政策論に憲法政策論の名をかぶせる議論は、憲法解釈論と政策論の関係の整序・明確化をはかるうえでなお問題をはらむといわざるをえない。近時の制度改革にいう「この国のかたち」の再構築を考えるうえでも、憲法解釈学と公共政策学のそれぞれの守備範囲を明確にして、のぞましい政策論のありかたをあるべき個々の価値にてらしてひとつひとつ議論してゆく必要があるようにおもわれる。