

憲法解釈論のあり方

—その批判的再検討—

内野正幸

- 一 はじめに
- 二 本稿の考察対象としての憲法解釈論
- 三 厳格な意味での憲法解釈論
- 四 若干の検討
- 五 むすび

一 はじめに

本稿のさしあたつての問題関心を記すことから始めよう。

憲法五六条一項に規定されている両議院の議事の定足数に関しては、同項にいわれる「総議員」の意義をめぐつて、法定議員数説（先例）と現在議員数説の対立がみられるが、^①右の「総議員」を現在議員の意味に捉えたいので

議事を運営すべきであるV(命題A)と論じる後説の論者は、前説による制度の運営は違憲である、と考えているのであろうか。——そのように考えている者もいるかもしれないが——論者の多くにとって、答はおそらく否であらう(ここでは、かりに、否であるという前提の下に議論を進める)。他方、国会議員の選挙について間接選挙ではなく直接選挙が憲法上要請されると考えるべきかにつき、学説は分かれるが、この点を積極に解し、⁽²⁾入国政選挙は直接選挙によるべきであるV(命題B)と説く論者は、直接選挙にしなかつたら違憲になると主張していることになるのであろうか。明らかに然りであらう。

ここで、命題Aも命題Bも、憲法解釈論上の当為命題として提示されたものと考えられるが、しかし、二つの命題にいわれるべきであるVの意味は、必ずしも同じでないことに気がつかれよう。A……べきであるVは、命題Bにあっては、A……は憲法上の要請であり、その要請に反したら違憲になるVという意味で語られているのに対し、命題Aにあってはそうではないからである。⁽³⁾命題AにいわれるA……べきであるVは、A……は憲法上許容され(……に反しても違憲にならず)、かつ望ましい(憲法の趣旨によりよく適合する)Vという意味に帰着するように感じられる。そうすると、憲法解釈論上の当為命題としてのA……べきであるVには、命題Bに示される厳格な意味でのA……べきであるVと、命題Aに示される緩やかな意味でのA……べきであるVの二種類があることになるのであろうか。また、このような枠組に照らしてみた場合、たとえば、人民主権説の論者が入国會議員に対する有権者の命令的委任(および罷免請求)の制度を採用すべきであるVと主張するとき、それは、⁽⁴⁾いかなる意味でA……べきであるVと言っていることになるのであろうか。

本稿は、このような問題意識の下に、憲法解釈論のあり方につき、批判的な再検討を試みることを目的とするもの

である。もっとも、本稿が考察の対象とするのは、憲法解釈論と呼ばれるもののうちの一部の領域にすぎない。そこで、まず、本稿の範囲の限定性を示しておくことにしよう。

※本稿の引用文中の傍点は、断わりのない限り、筆者（内野）によるものである。

- (1) 法定議員説として、たとえば小林直樹『(新版)憲法講義 下』(東京大学出版会、一九八二)二二二頁、橋本公亘『日本国憲法』(有斐閣、一九八〇)五一三―五一四頁、伊藤正己『憲法』(弘文堂、一九八二)四三三―四三四頁、清水陸『議決の憲法問題』奥平康弘・杉原泰雄編『憲法学5』(有斐閣、一九七七)三六頁以下、四一頁、現在議員数説として、たとえば宮沢俊義著・芦部信喜補訂『全訂日本国憲法』(日本評論社、一九七八)四二一頁、佐藤功『憲法』(下)(新版)『(有斐閣、一九八四)七二八頁、法学協会編『註解日本国憲法 下巻』(有斐閣、一九五四)八六〇頁、清宮四郎『憲法1』(第三版)』(有斐閣、一九七九)二四四頁、佐藤幸治『憲法』(青林書院新社、一九八一)一一九頁、清水陸ほか『憲法講義1』(有斐閣、一九七九)一四四頁〔高見勝利執筆〕。
- (2) 積極説として、たとえば橋本・前掲『日本国憲法』四九九頁、樋口陽一ほか『注釈日本国憲法 上巻』(青林書院新社、一九八四)三五一頁〔中村睦男執筆〕、佐藤幸・前掲『憲法』八五頁、伊藤・前掲『憲法』一一四―一一五頁、消極説として、たとえば宮沢・前掲『全訂日本国憲法』三五五頁、佐藤(功)・前掲『憲法(下)』六四〇―六四一頁。
- (3) なお、命題BにいわれるべきであるVは、命題Aとの対比では、むしろAなければならぬVと表現されるべきものではなかったか、との疑問が生じえよう。しかし、AべきであるVとAなければならぬVは、――日常用語としては、要請の強さが違う点でそれぞれ意味の少し異なった二つの語として位置づけうるが――規範論理的には、Aべきである(「なければならぬ」)Vという一つの範疇の下は捉えられるべきであらう。なお、後述二(四)参照。
- (4) 後掲注(25)(26)およびそれに対応する本文参照。

二 本稿の考察対象としての憲法解釈論

(一) 本稿の考察対象としての憲法解釈論は、つぎのような当為命題の形をとる憲法解釈論である。すなわち、(イ) それ(当該命題)に対する違反が論理的に、違憲と観念されうるような入……べきであるVという形で表現される具体的、⁶ 当為命題、および(ロ)それから派生する当為命題である。以下、その意味を説明することにしよう。

(二) まず、いうまでもないことであるが、憲法学者による(あるいは憲法学の教科書その他の文献における)実践的言明のすべてが憲法解釈論であるわけではない。憲法解釈論は、もっぱら所与の憲法典(日本国憲法)を対象としてなされるものでなければならぬ。⁵したがって、憲法付属法律(国会法など)の解釈についての言明、憲法学者による立法政策的提言や、憲法を改正すべきか否か(改正するとしたらいかなる内容のものにすべきか)についての実践的言明は、当然のことながら憲法解釈論には属さない。

ここで問題になるのは、憲法典と憲法付属法律とがいわば一体化された形で解釈される場合についてである。たとえば、議員の不逮捕特権に関する憲法五〇条および国会法三三条との関わりで、議員はいかなる場合に逮捕の許諾を拒むことができるか、また、議院は許諾に際し条件や期限をつけることができるか、という問題につき学説の対立がみられるが、⁶そこでの解釈学説は、憲法解釈学説というよりも、憲法五〇条の趣旨に照らしての国会法三三条の解釈についての学説という性格をもっている⁶と捉えることができよう。また天皇に刑事責任は認められるかという点につき、学説上、皇室典範二一条の摂政不訴追の規定から類推して無答責(ないし訴追されない)といった説明がなされ

る傾向にあるが、しかし、皇室典範二一条は憲法上の要請を確認したものでないとしたら、憲法解釈を行なうに際し皇室典範(法律)の規定を援用するのは筋違いだということにもなる⁽⁸⁾。この学説は、純粹な憲法解釈ではなく、(憲法付属法律をも視野に収めての)現行法制度の解釈論を展開しているか、もしくは、解釈論とは別の種類の実践的言明を提示していることに帰着しよう⁽⁹⁾。同様のことは、最高裁判所長官の任命についての国民審査の要否の問題が、憲法七九条だけでなく裁判所法(や国民審査法)の条文をも援用した形で議論される場合⁽¹⁰⁾についても妥当しよう。ここでは、これらの場合にかかる解釈学説を純粹な憲法解釈学説とは位置づけえないものとして捉えることにしたい⁽¹¹⁾。

ともあれ、以上は、憲法解釈論に属さないものとして本稿の考察対象から除外される。

(三) 一応憲法解釈論に属すると位置づけうる規範言明であっても、つぎの二つは、本稿の範囲外におかれる。

(1) 第一は、内容の具体性に乏しい(情報内容の豊富でない)規範命題である。憲法解釈学説に示される当為命題は、おおまかにいって、抽象的・法原理的なそれと具体的なそれに分けられよう。前者の例としては、A地方自治権は国家から伝来したものと捉えるべきである⁽¹²⁾という言明(命題P)、後者の例としては、A都道府県と市町村の二段階制は維持されるべきである⁽¹³⁾という言明(命題Q)があげられる。ここで、前者は、いかなる具体的国家行為(制度)が合憲であるのか、あるいは憲法上の要請によるものかについての規範的言明を豊富に含むものといえない(命題Pからは、命題Qもその否定も、ただちには導かれない)。かかる抽象的当為命題の例としては、そのほかに、国政調査権の本質や最高裁判所国民審査の本質などをめぐる学説に示される命題があげられよう。本稿は、このような意味での抽象的な当為命題ではなく、(命題Qに示されるような)具体的な当為命題を考察の対象と

しようとするものである。

(2) 第二は、當為命題の内容が具体的であっても、当該當為命題に対する違反が論理的に違憲と観念しえないもの、すなわち、 \wedge 当該當為命題違反は違憲である \vee という文章が憲法学的に意味をなさなくなるようなものである。たとえば、憲法改正権の限界をめぐる議論の文脈で語られる、 \wedge 国民主権を定める憲法規定を廃止することは許されない \vee という命題は、 \wedge それに対する違反(すなわちかかる規定を廃止すること)は違憲である \vee という文章を有効に成立させないものとなっている(かかる規定を廃止した場合、違憲というより法的革命と評価されることになる)。そのほかには、法解釈学的意味での憲法変遷を認めるべきか否か、憲法のある条項の裁判規範性の有無、憲法と条約の効力の優劣関係、不承認条約の効力、違憲判決の効力などについての規範的言明があげられよう。

これらの言明に示される学説は、一応憲法解釈学説と呼びうるものであるが、本稿では考察の射程に入れないことにする。

(四) 憲法解釈論的言明は、當為命題として定式化することができるが、その際、當為命題としては、いわば基本命題たる \wedge ……であるべきである(でなければならぬ) \vee という形の言明(命題AⅡ要請を示す命題)⁽¹³⁾のほかに、つぎのものが含まれる。それは、 \wedge ……であるべきである(でなければならぬ)というわけではない \vee という形の言明(命題BⅡ非要請を示す命題)、 \wedge ……であるべきでない(であってはならぬ) \vee という形の言明(命題CⅡ禁止を示す命題)および \wedge ……であつてもよい(であることが許される) \vee という形の言明(命題DⅡ許容を示す命題)である。ここで、命題B、CおよびDは、命題Aから派生する當為命題として位置づけられる。⁽¹⁴⁾

本稿では、命題Aが前述(二)(一)(イ)に示されるものであることを前提として、そこから派生する命題B、Cお

よびDをも考察対象に含ませることにする。

(五) なお、本稿は、当為命題の内容(命題の示す結論)に着目して憲法解釈論を考察しようとするものであり、当為命題がいかなる理由に基づき導かれたかを問題にするものではない。たとえば、海外渡航の自由の根拠を憲法二二条一項、同条二項および一三条のうちいずれに求めるべきかにつき学説の争いがあるが、かかる理由づけ⁽¹⁵⁾についての学説の相違は、ここでは無視される。なお、本稿では、学説について語る際、理由づけの問題にあまりふれられることがないが、このことも、一つには、右の点に関わっている。

本稿では、以上のような形に考察対象に対して限定が付けられるが、それは、三で述べるような厳格憲法解釈論を語るになじむような素材を抽出しようとする趣旨に基づくものである。

(5) これは、憲法解釈とは何を対象にすべきものかについての立言であって(なお注(12)参照)、憲法解釈をするにあたり何を参考にし、また勘案すべきかについての立言ではない。よって、それは、憲法解釈論が歴史的・社会的事実をも視野に収めたうえでなされるべきであるということを否定する趣旨では決してない。また、それは、憲法解釈における憲法典の法源性をめぐる論争(とりわけ、小嶋和司「法源としての憲法典の価値について」田中二郎先生古稀記念「公法の理論 下I」(有斐閣、一九七七)一四六七頁以下、およびそれに対する批判を含む論稿たる、小林直樹「憲法概念の考察」『法学協会百年記念論文集』(有斐閣、一九八三)一頁以下、二〇―二五頁や樋口陽一「憲法概念と憲法解釈」芦部信喜ほか編『演習憲法』(青林書院新社、一九八四)三頁以下、八一―一〇頁参照)に対する一定の発言を直接的に含意するものではない。

(6) さしあたり、佐藤(幸)・前掲『憲法』一四七頁など参照。

(7) 前掲『註解日本国憲法 上巻』六八頁、小林・前掲『憲法講義 下』五五―五六頁、佐藤(功)・前掲『憲法(上)』五八頁、伊藤・前掲『憲法』一五一頁。ただし、この点については、学説上争いがある(たとえば橋本・前掲『日本国憲法』四六一頁参照)。

(8) 同様の指摘を行なうものとして、橋本・前掲『日本国憲法』四六一頁。

(9) なお、佐藤(幸)・前掲『憲法』一七六頁は、「天皇も不訴追の存在であることを法は前提としている」、としている。

(10) この点につき、とりわけ、佐藤功「最高裁判所長官任命についての国民審査の要否」小嶋和司編『憲法の争点』(ジュリスト増刊)(有斐閣、一九八〇)一八五頁以下参照。なお、ここでの本文の文脈では、三(二)⑩で後述する佐藤(幸)説は、視野にはいっていない。

(11) なお、下級裁判所裁判官の再任に関する憲法八〇条一項後段につき、多くの学説は、再任原則説(彌東裁量説)をとっているが、この学説は、現行の裁判官制度(キャリア・システム)を所与のものとして——すなわち、日本国憲法下でアメリカ式の法曹一元制が採用された場合を視野に収めずに——解釈論を展開していると考えられ、その意味では、実質的には、純粋な憲法解釈論ではなく、現行制度の解釈論を主張したものと捉え直すことができよう(なお、この点に関わって、新たな理論構成を鋭く提示するものとして、野中俊彦「下級裁判所裁判官の再任制度」奥平康弘・杉原泰雄編『憲法学4』(有斐閣一九七七)一〇四頁以下、一一二—一三頁)。

(12) なお、このことは、かりに、憲法解釈は実践ではなく認識にとどまるものであるという立場——筆者はこの立場にはくみしないが——に立った場合でも妥当する。というのは、認識の対象となる憲法典の条文自体が当為命題として定式化しうるものとしての性格をもっており、憲法解釈は、かかる当為命題(たとえば憲法二一条二項前段に示される入検閲はこれをしてはならない)という命題)から、より具体的な当為命題(たとえば入行政機関による表現内容の事前抑制は絶対にしてはならない)という命題)を導き出す作業として位置づけうるからである。

(13) 要請を示す命題には、当然、 \wedge ……するべきである(しなければならぬ) \vee という形の言明も含まれる。が、ここでは、便宜上、本文で示した言明をもって要請を示す命題を代表させることにする。本文にいわれる \wedge ……であるべきである \vee は、 \wedge ……である(する)べきである \vee と読みかえていただいでさしつかえない。同様のことは、命題Aだけでなく、命題B、C、Dについても(さらには、三(二)で後述する命題A'、B'、C'、D'についても)、妥当する。

(14) 命題Aに対しては、二種類の否定を行なうことが可能である(たとえば井上達夫「法命題の概念に関する若干の考察」東京大学教養学部社会科学紀要第三〇輯(一九八一)一七九頁以下、二二一頁参照)、かかる否定によって作られたのが命題BおよびCである。命題Dは、命題Aに対して、 \wedge ……であるべきでないというわけではない \vee という形に)双方の否定を重ねて行なうことよって得られる。

(15) たとえば、芦部信喜編『憲法Ⅲ人權(2)』(有斐閣、一九八二)一五一—一七頁〔中村睦男執筆〕参照。

一〇四

三 厳格な意味における憲法解釈論

(一) 憲法解釈論は、典型的には、ある国家行為もしくは事態が合憲(憲法上許される)か違憲(憲法上禁じられる)か、あるいは、(その要請に反したら違憲になるという意味での)憲法上の要請なのか否かを指摘するものとしての性格をもっているといえよう。二(四)で述べた四つの命題は、憲法解釈論の平面に移しかえると、それぞれ、A' || 憲法上の要請、B' || 憲法的非要請(憲法上の要請ではない)、C' || 憲法上の禁止(違憲) および D' || 憲法上の許容(合憲)を示す命題として捉えられることになる。たとえば、A' (および B') につき、△国会議員の選挙につき直接選挙を採用することは憲法上の要請である(ではない) V、C' (および D') につき、△税関検査は違憲である(合憲である) V という命題があげられる。なお、「[刑事訴訟法上の黙秘権の]規定は直接に「不利益供述強要禁止に関する憲法三八条一項」の要求するところではないが、その趣旨を法律によりさらに進めたものと解される¹⁶⁾」、とされたり、労働組合法二七条の定める、不当労働行為に対する労働委員会による救済の制度が「憲法〔二八条〕の保障以上の助成¹⁷⁾」として位置づけられたりするのは、B (憲法的非要請)の言明を示すものである。

かかる性格をもつ憲法解釈論上の言明は、立法政策的当否に関する言明と自覚的に区別されて捉えられてきたといえよう。このことは、ある学説におけるつぎのような説き方によって例証される。「象徴侮辱罪といった規定を設け

ても、その不当は別として、法論理的には違憲ということではできないであらう⁽¹⁸⁾、「投票権を行使しない者に一定の不利を課すことは、それが立法政策として望ましい否かは別として憲法の禁止するところではない⁽¹⁹⁾」、「〔間接選挙制の〕採用の当否は別として、この制度による議員も〔憲法四三条一項の〕選挙に基づくものと解することはできよう⁽²⁰⁾⁽²¹⁾」。

ともあれ、憲法解釈論の本質は、憲法上望ましいか否かではなく、憲法上要請されるか否かを指摘し、また、憲法上望ましくないかどうかではなく、憲法上禁止されるか否かを指摘する点に存する、ということが確認される必要があらう。まさに、「憲法の立場から好ましい⁽²²⁾」(傍点は原文による)といった言明は、「一種の精神訓話であつて、法的には無意味」なものであるといふべきなのである。その意味では、ある法的制度につき、△その採用は憲法上許容され、かつ望ましい(しかし憲法上の要請ではない)▽と語ると、△その採用は憲法上許容されるが、決して望ましくない▽と説くのとでは、憲法解釈論上の意味はまったく異ならない、ということもできよう。かかる憲法解釈論の立場からは、ある国家行為に対する法的評価は、——ここでは、憲法上の禁止を別にすれば——(1)△憲法上許容され、かつそれにとどまる(憲法上の要請ではない)▽か、(2)△憲法上許容され、かつ要請される(その要請を満たさなければ違憲となる)▽かのいずれかであり、両者の間に△憲法上望ましい▽といった独立の中間項は存在しない(それは(1)に帰着する)、と捉えられるべきことになるのである。なお、本稿では、△憲法上望ましい▽などの語を使うことがあるが、それは、右の点をふまえたうえでのものである、ということをお断りしておきたい。また、以下の叙述では、便宜上——表現がやや不正確ではあるが——、(1)および(2)を単に、それぞれ△憲法上許容される▽△憲法上要請される▽と表記し、(1)および(2)の主張を内容とする説をそれぞれ許容説、要請説といふことがある。

(二) (1) (三)(二)でみたような性格の憲法解釈論については、ここでは、それを厳格な意味での憲法解釈論(略して、厳格憲法解釈論)と呼ぶことにしよう。およそ憲法解釈論は厳格憲法解釈論として位置づけるべきものであるという点については、——四で後述するように異論も提示されようが——それは憲法学者にとつて一種の常識に属するのではないか、との指摘もありえよう。しかし、ここで問題にしたいことは、かかる「常識」は憲法解釈論的言明のすべてについて通用してはいえないのではないか、ということである。憲法解釈論的言明が、要請、許容のいずれ(あるいは禁止、非要請のいずれ)の性格のものとして語られているのか明らかでなかったり、憲法上の要請、非要請、禁止、許容という枠組で捉えきれない当為命題が、憲法解釈論上の命題であるかのように語られたりするものがそれである。このことは、一つには、憲法解釈を扱った学説や判例において、△……は憲法○条の趣旨によりよく適合する▽といった類の表現が用いられることがまれでない、⁽²³⁾という点にも示されるが、ここでは、かかる表現に示される場合は、一応除外しておくことにしよう。

以下、厳格憲法解釈論の立場から光を当てた場合に趣旨・性格が必ずしも完全に明確ではなくなると思われる——あるいは厳格憲法解釈論の枠組では捉えきれないような——憲法解釈学的言明の例をあげつつ、それを厳格憲法解釈論の枠組で捉え直す作業を試みておくことにしよう。

(2) 手始めに、一で言及した定足数と命令的委任論の問題をみておくことにしよう。

① 定足数に関する憲法五六条一項については、採りうる厳格憲法解釈論上の立場は、つぎの三つのいずれかになるろう。第一は、同項にいわれる「総議員」は法定議員を指すという解釈に立脚した制度の運用が憲法上要請される(かかる要請に反した議事の運用は憲法上禁じられる)とする立場、第二は、「総議員」とは現在議員の意味である

という解釈に基づく制度の運用が憲法上要請される（かかる要請に反したら違憲となる）とする立場、第三は、右のいずれの制度の運用も憲法上許容されるとする立場である。ここで、法定議員数説は右の第一、第三のいずれの立場に帰着するのか、また、現在員数説は第二、第三のいずれの立場に帰着するのかという点は、必ずしも明らかであるとはいえない。が、推測するに、多くの論者にあつて、両説は、互いに他説に基づく制度の運用を違憲と難する主張を含蓄するものでないと考えられていたことになるのではなからうか。だとすると、両説の対立は、憲法五六条一項の枠内でいずれの解釈もとらうることを前提とした、どちらが憲法上望ましいか、ないしは憲法の趣旨に照らしより合理的であるか、をめぐる対立であつたと評されるべきことにもなる。

もっとも、両説の論者は、おそらく、それぞれ自説につき、△憲法上望ましい▽以上のことを言っているつもりである、と反論するであらう。ここでは現在議員数説に關していうと、実際、現存する現在議員数説とは別に、(イ)△現在議員数とするのが望ましい▽とする説が成立しえよう。^(23a) その意味では、現在議員数説は、この(イ)と、(ロ)△現在議員数として捉えなければ違憲となる▽とする説（前述の第二の立場）との中間の道を行くものとして位置づけることもできよう。その場合、それは、△現在議員数として捉えなければ違憲となる▽とでも言っていることに帰着することも考えられよう。が、かかる準違憲なる概念は認めがたいのであるから、現在議員数説は、——それがかりに(ロ)を意味するのではないとしたら——(イ)に解消されることになるのではなからうか。もっとも、かくいう場合、憲法上の要請とまではいえない肯定的価値判断を、その判断の強さの度合いにかかわらず、△憲法上望ましい▽という言葉で表現していることにならう。なお、右の(イ)がさらには許容説（前述の第三の立場）に解消されると考えるべきことは、もちろんである。

この点については、かかる評価ははずれであるとの指摘もありえようが、そのことは別に、少なくとも私自身の憲法解釈論としては、前述の第三の立場をとっておきたい。すなわち、憲法五六条一項所定の定足数に関しては、憲法の規定は、法定議員数説、現在議員数説のいずれをとるべきかについての規範的指針を含んでおらず、その規律を下位の法形式（法律もしくは議院規則）ないし不文の制度運用の慣行に委ねている、と解すべきであるということである。⁽²⁴⁾

② 国会議員に対する有権者の命令的委任の問題についても、①の場合と同様に、採りうる立場はつぎの三つにずれかならう。第一は、命令的委任は憲法上要請されるとする立場、第二は、命令的委任は憲法上禁止されるとする立場、第三は、命令的委任は憲法上許容される（要請されてはいない）とする立場である。命令的委任論の主張は、第一か第三の立場に帰着しようが、はたして、「日本国憲法の国民主権を『人民主権』の意味に解するならば、命令的委任は肯定されることになっても、これを禁止すべき理由はなくなる」⁽²⁵⁾、あるいは、「『人民主権』の原理からすれば命令的委任……は、当然のことである」⁽²⁶⁾といった言明は、第一、第三のいずれの立場にかかるものなのであろうか。他方、命令的委任を採用するのは望ましくないとする論者は、第二の立場に立っているのであろうか、それとも、第三の立場に立ちつつ命令的委任の採用は違憲とはいえないが好ましくないと、と言っているのであろうか。なお、罷免請求の制度についても——それは命令的委任を前提としなくても認められうるものであるが（たとえば汚職議員に対しての場合）——大体同様のことが妥当するが、ただ、そこでは、その採用は憲法上許されないとする学説が、⁽²⁸⁾かなり明確な形で存在するといつてよからう。

(3) いわば導入部として掲げた以上の①および②の例との関わりで指摘しておきたいことは、つぎの二点である。

第一は、憲法解釈にかかる言明を提示する場合には、当該言明がいかなる趣旨・性格のものとして語られているのか、とくに、△憲法上の要請である▽、△憲法上望ましい▽（すなわち△憲法上許容されるにとどまる▽）のいずれの意味で語られているのかを明確にさせる必要があるのではないかとすることである。第二は、憲法条項は当該問題についての一義的な規範的指針を含んでおらず、その処理の仕方を法律を始めとする下位の法形式ないし制度の運用に委ねているとみる見解を下位規範委任説と呼ぶとすると、これまでの学説の中には、定足数の例に示されるように、厳格憲法解釈論の枠組で捉え直すと、下位規範委任説として位置づけ直すことのできるものが、かなり含まれているのではないかとすることである。以下、さらに、様々の例をあげつつ、右の二つの指摘の意味をより具体的に明らかにしていくことにしよう。

(4) まず、右の二点のうち、もっぱら言明の不明確に関する第一点にかかるものとしては、つぎのような例があげられよう。

③ 憲法四一条が「国会は……国の唯一の立法機関である」という場合の「立法」が、実質的意味の法律の定立を意味することについては、学説は大体一致しているが、実質的意味の法律とは何かという点については、学説は区々に分かれている。⁽²⁹⁾ここでは、便宜上、様々の学説の中から、国民の権利義務に関する一般的抽象的法規範とする説（甲説）と、単に一般的抽象的法規範とする説（乙説）をとりだしてみることにしよう。ここで問題にすべきは、実質的意味の法律とは何か、という問いかけの意味は何か、ということである。それは、いかなる内容の法規範は、国会の議決により成立する法形式たる法律の形で定立することが——憲法上許容されるか、ではなく——憲法上要請されるか、という意味であったようにも思われる。このことは、甲説の一論者が、「(ア)国民の権利・義務を定める、(イ)

一般的・抽象的な法規範」は「形式的意味の法律によって定められなければならない」と語るとともに、「(ア)の要素については、そうした『法規』以外のものまでを形式的意味の法律が内容とすることも承認される〔許容される〕」、と論じている点に示されているといえよう。が、他方、乙説の一論者は、「一般的・抽象的法規範である限り、いかなる事項についても……立法の対象とし、……法律を制定することができる」とするとともに、その根拠として、法律で定めうる、また定めるべき事項をできる限り拡大することがこの憲法の趣旨に合致する」という点をあげている。⁽³²⁾ここでは、憲法上の許容、要請のいずれが語られているのかが、やや不明確になっているように感じられる。かりに、甲説や乙説が要請の意味で語られているとしたら、被疑者補償規程なども法律として定めなければ違憲となるが、論者はそのような帰結を認めるものなのであろうか。あるいは、両説は、しかしかの内容の法規範は法律で定めるのが憲法上望ましい、と主張する性格のものにすぎなかったのであろうか。さらに、甲説および乙説の問題を離れていえば、ある種の個別的法規範(措置法)も実質的意義の法律に含めて理解すべきであるとする学説は、かかる措置法は法律として定立することが憲法上許容される、要請されるのいずれの趣旨のものなのであろうか。

④ 憲法一四条における法の下の平等は実質的平等を含む、という命題は、いかなる意味をもつのであろうか。実質的平等の実現は憲法(一四条)上の要請である、という趣旨⁽³⁴⁾であろうか、それとも、形式的平等の犠牲の上に成立する実質的平等の実現が憲法一四条によって許容されているという趣旨⁽³⁵⁾であろうか。宮沢俊義教授は、「重要なことは……社会国家的立場に立って、民主主義的合理性〔合理的差別〕の内容をきめることである」(命題P)、と述べるとともに、それに続けて、「……そこで要請される平等も、……社会国家の理念に即した実質的平等でなくてはならない」(命題Q)、と論じている。⁽³⁶⁾命題Pは許容説、命題Qは要請説を表明したものととして一応読みうる。しかし、

教授にあっては、許容と要請の区別は、明確に意識されていないようにも感じられ、また、命題Qは、命題Pと同じ意味のものとして語られているようにも思われる。その意味では、命題Qも、実質的には、要請説を表明したものである、と捉えることが許されよう。この宮沢説に代表される、憲法一四条は実質的平等を含むとする学説は、多数説の地位を占めていとされたりするが、しかし、同説に属するとされる学説は、必ずしも、要請説を主張しているわけではない、ということに注意する必要がある。その限りでは、かかる学説は、一四条は実質的平等の憲法的要請を含まないとする学説⁽³⁹⁾と異なるものではない、と位置づけられるべきことになる。^(39a)

⑤ 地方自治権の本質の問題として、「団体自治にかかわる公の事務の配分については、地方優先〔しかも市町村優先〕の原則が要求される」⁽⁴⁰⁾、という命題を語る学説はそれを憲法上の要請として主張していることになるのである。⁽⁴¹⁾⁽⁴²⁾

(5) つぎに、(3)にいわゆる二つの点のうち言明の不明確に関する第一点だけでなく、下位規範委任説についての第二点にも関わる学説をみていくことにしよう。法律委任説は、従来から、たとえば違憲審査制の性格をめぐる議論において、有力な形で提示されてきたところであるが、本稿の厳格憲法解釈論の立場からすれば、かかる法律委任説的な考え方の妥当する領域がかなり拡張されることになる。それは、つぎの二つの意味においてである。第一は、多くの学説は、厳格憲法解釈論の枠組で捉え直すと、下位規範委任説の考え方をとっていたことに帰着するであろうと推測される場合である。第二は、多くの学説は、下位規範委任説にくみしていないように感じられる——あるいは同説にくみしているかどうかは推測しがたい——が、少なくとも私見によれば、法律委任説的な考え方によって問題を処理してよいと考えられる場合である。が、かかる区別は、理論上のものとどまり、実際には、相対的、便宜的な

ものにすぎない。ここでは、かかる区別にこだわらずに検討を進めていくことにしよう（以下で扱う事例の多くは、右の第二の場合に該当しよう）。

⑥ 議決方法に関する憲法五六条二項については、そこにいわれる「出席議員」に棄権者および無効投票者を算入する説と算入しない説の対立がみられる。⁽⁴⁵⁾ここで、前説は、もし算入しないとすると「出席議員」という憲法の明文に反することを一つの重要な根拠とする——その意味で、後説による制度の運用は憲法上禁止されるとする主張を含んでいる場合も少なくないとも感じられる——が、「両説ともに理由があり、いずれとも決しがたい」⁽⁴⁶⁾とも考えられるのであり、その意味では、この領域でも下位規範委任説が妥当する余地があるといえよう。⁽⁴⁷⁾

⑦ 憲法五九条二項の解釈論として、参議院先議の法律案につき、衆議院の特別多数決による再可決に基づく成立が認められるかという点に関し、積極、消極の両説が存するが、⁽⁴⁸⁾ここでも、おそらく下位規範委任説の発想が妥当する余地が残されているといえよう。もっとも、憲法解釈にあたり文理をきわめて重視する立場に立つと、文理上の根拠をもたない積極説に基づいて制度を運用することは憲法上許されないとする見解も成立しうることになるう。

⑧ 予算の議決形式をめぐることは、予算法規説と予算法律説の対立がみられる。⁽⁴⁹⁾ここで、予算法律説は、予算を法律として議決することは憲法上の要請である（よって、現行の制度の運用は違憲である）、と主張する性格のものなのであるうが。⁽⁵⁰⁾他方、予算法規説の論者はみな、予算を予算という（法律とは異なる）法形式で議決することは憲法上要請される（したがって、予算を法律として定立することは憲法上許容されない）と考えているのであるうか。⁽⁵¹⁾これらの点は、ともに必ずしも明らかでない面があるといえよう。が、この点については、——予算法律説の論じるところも説得力に富むところがあることをも考えると——憲法は、予算制度を予算法規説、予算法律説のいずれに基づ

いて運用することをも許容している、と解することも十分可能なように思われる。⁽⁵²⁾

⑨ 内閣の法律案提出権を認めるべきかについては、消極説(少数説)と積極説(通説)の対立がみられる。⁽⁵³⁾ この点は、内閣法五条により積極説の立場が採用され、今日では、ほとんど結着済みの論点として位置づけられる傾向にある。しかし、そもそも、積極説に属する論者は、内閣に法律案提出権を与えることは憲法上の要請である、内閣に法律案提出権を許容されるにとどまる、積極説に属する論者は、内閣に法律案提出権を認めることは憲法上許容されるにとどまり、憲法の要請するところではない(内閣法によって内閣の法律案提出権を否定しても違憲にはならない)、という見解も十分妥当するように思われる。なお、国会議員の法律案提出権については、これを認めることは憲法上の要請である(それを否定したら憲法四一条違反になる)、と解することができよう。⁽⁵⁴⁾ ともあれ、内閣法五条は、理論的には、憲法上の要請に基づくものではない、いわば立法政策的な規定である、と考えることができよう。なお、右と同様のことは、憲法九六条にかかる憲法改正の発案権が内閣に認められるかについての肯定説と否定説の対立についても妥当しよう。かくて、つぎのように説く見解が支持されるべきであろう。「内閣に法律案提出権および憲法改正案提出権があるかどうかの問題については、……おそらく憲法は、どちらの説をも容認する趣旨ではないかとおもわれる。したがって、……法律によって、そのいずれの説を採用しようとも、それはあえて憲法の規定に違反するものではないと解される。」⁽⁵⁵⁾⁽⁵⁶⁾

⑩ 違憲立法審査権の主体については、最高裁判所のみならず下級裁判所にも違憲審査権は属するかという点につき、それを肯定する通説とそれを否定する少数説の対立がみられる。⁽⁵⁷⁾ もっとも、この点は、現在では、学説・実務の

上ではほ完全な結着をみたといつてよからう。問題は、通説は、下級裁判所に違憲審査権を与えることは憲法上の要請である、と論じているのか、それとも、憲法上許容されると主張しているのか、明らかでない面があるということである。「下級裁判所もまた審査権を有することを妨げない」といった表現は、許容説を示唆するが、おそらく、多くの学者は、要請説の意味で語っていたように思われる。が、私見によれば、下級裁判所で憲法問題が提起された場合には、下級裁判所で違憲審査を行なわず、最高裁判所に事件を移送させるという制度を採用することは、憲法の許容するところというべきであらう。⁽⁶⁰⁾ 通説がかりに許容説の趣旨をもつものだとすると、それは、私見と論理的に矛盾しないものとなるが、通説が要請説を意味すると、私見は、通説に異を唱えるものとして位置づけられるべきことにならう。

⑪ 最高裁判所長官の任命についての国民審査を行なうべきか否かにつき、憲法論の次元で、⁽⁶¹⁾「改めて審査が必要と解すべき」であると主張する学説が存するが、それは憲法上の要請という意味で語られているのであらうか（審査をしない実務の立場を違憲と難ずるものであらうか）。この問題についても、憲法は明確な規範的解答を示しておらず、この点を下位規範の決するところに委ねている、と解することができるのではなからうか。⁽⁶³⁾

⑫ 下位規範委任説は、憲法改正手続の領域においても、妥当する余地がある。それは、——すでに⑩の末尾で言及した内閣の憲法改正発案権をめぐる学説の対立のほか——憲法九六条一項前段にいわれる「総議員」の意味についての法定議員数説と現在議員数説の対立、⁽⁶⁴⁾同項後段の国民投票における「過半数」の意義を投票総数の過半数、有効投票数の過半数のいずれと解するかについての学説の対立や、⁽⁶⁵⁾憲法改正についての各議院の審議のための定足数についての三分の一以上説と三分の二以上説の対立⁽⁶⁶⁾に關してである。

以上の下位規範委任説との関連で掲げた事例は、すべて統治機構の領域のものであるが、人権論にも関わるものとして、ここでは、つぎの二つをあげておきたい。

⑬ 外国人の参政権（公務就任権はここでは別とする）については、それは認められないとする通説と、⁽⁶⁶⁾「国政にかんする参政権は、国民にのみ認められ「るが」、地方選挙における参政権は、外国人にも認められる」とする少数説の対立がみられる。しかし、通説が△認められない▽というのは、外国人に参政権を与えることは憲法上禁止されるという意味なのか、それとも、憲法上の要請ではないと主張しているにとどまるのか、必ずしも明らかでない（おそらく、論者の多くにあつては前者であろう）^(67a)。他方、少数説が、地方選挙については外国人の参政権は認められるとするのは、憲法上許容される、要請されるのいずれの意味なのであるか。^(67b)私見は、外国人に参政権を認めることは憲法上の要請ではないが、少なくとも地方選挙に関して定住外国人に参政権を与えることは憲法上許容されると考⁽⁶⁸⁾える（さらにいえば、国政選挙に関して定住外国人に選挙権を与えても、憲法四四条の文言などに照らし、ただちに違憲とはならない、と解する余地もあろう）^(68a)。

⑭ 公共的事項に関する名誉毀損的行為は、一定の要件を満たせば、罪とならず（刑法二三〇条の二）、また、民事上も不法行為とならないが、一般に、刑事法学者は、刑法二三〇条の二の規定につき、摘示された事実の真实性の証明についての挙証責任を被告に負わせたものと解する傾向にある。⁽⁶⁹⁾しかるに、有力な憲法学者説は、かかる名誉毀損的行為が刑事ないし民事の裁判で問題になった場合につき、当該行為が「現実の悪意」をもってなされたことの挙証責任を検察官ないし原告に負わせるべきである、と説いている。が、これは憲法上の要請の意味で語られているのであろうか。かりにそうだとすると、そこでは、憲法二一条の規定から、——刑事裁判の場合ともかく——少なくとも

も民事裁判の場合における訴訟法学的意味での拳証責任の帰属という法技術的な問題についての明確な回答を引き出すのは、むずかしいのではないか、という疑問が生じる余地があろう。

- (16) 佐藤(功)・前掲『憲法(下)』五九三頁。この見解は、宮沢Ⅱ芦部・前掲『全訂日本国憲法』三二二頁、前掲『註解日本国憲法 上巻』六六一頁、前掲『注釈日本国憲法 上巻』七八五頁(佐藤幸治執筆)などのとるところであり、通説といえよう。また、橋本・前掲『日本国憲法』三二六頁の立場も、——そこにおける、「刑事訴訟法は、……被疑者および被告人に対して、憲法三八条一項の要請するところにより広く黙秘権を定めた」という、やや不明確な表現にもかかわらず——実質的にはおそらく通説に属しよう。なお、反対説としては、芦部編・前掲『憲法Ⅲ人權(2)』二〇頁(杉原泰雄執筆)がある。
- (17) 石井照久『新版労働法(第三版)』(弘文堂、一九七三)七五頁、二七九頁、四五四頁。同趣旨と受けとれるものとして、石川吉右衛門『労働組合法』(有斐閣、一九七八)一七頁、菅野和夫「団体交渉拒否および支配介入と司法救済」『新・実務民事訴訟講座・第一巻 労働訴訟』(日本評論社、一九八二)九七頁以下、一〇〇頁などがある。なお、中村陸男教授は、「不当労働行為制度は、……憲法(二八条)の保障の趣旨を立法によって具体化したものと考えるべきである」、とす(芦部編・前掲『憲法Ⅲ人權(2)』四六九頁注(78)、さらに同四六六頁および前掲『注釈日本国憲法 上巻』六三六頁(中村執筆)をも参照)、本稿の三(一)で述べるような憲法解釈論の枠組でみると、かかる中村説も、おそらく憲法的非要請を語る学説に帰着することになる。ちなみに、筆者は、かつて述べたように(拙評・自治研究五九巻一号(一九八三)一三一頁以下、一三九頁)、憲法二八条は、団交応諾拒否の場合の救済が何らかの形で実効的に行なわれるべきことを要請するものであるが、どのような具体的内容をもった実効的救済制度を設けるべきかについては、明確な規範的回答を含んでおらず、よって、アメリカ法的刻印を帯びたいわば個人的な労働委員会の救済制度そのものを要請しているわけではない、と考えている。
- (18) 小林・前掲『憲法講義 下』四〇頁注(3)。
- (19) 中村陸男『憲法30講』(青林書院、一九八四)六九頁。
- (20) 佐藤(功)・前掲『憲法(下)』六四〇頁。
- (21) なお、菅野和夫「国家公務員の団体協約締結権否定の合憲性問題」久保敬治教授還暦記念『労働組合法の理論課題』(世

界思想社、一九八〇）一三〇頁以下、一四一頁によると、つぎのように説明される。「〔憲法規定の要請には、〕憲法規定がどうしても譲れないとする要請部分と、立法政策としてそうすることが望ましいとする要請部分とがある……。前者を仮に憲法規定の『中核的要請』、後者を『立法政策的要請』と呼ぶとすれば、ある立法規定がある憲法規定に違反しているとして無効とされるのは、当該立法規定が憲法規定の中核的要請に反している場合だけであって、立法政策的要請の部分に反している場合は違憲・無効とまではならないと考えられる。」ここにいわれる憲法規定の中核的要請と立法政策的要請も、本稿の立場からは、それぞれ憲法上の要請と立法政策上の妥当という意味に再解釈することができよう。

(22) 佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』（日本評論社、一九八四）一五九—一六〇頁。

(23) 「学用品の無償支給……を行うことは、いっそう〔憲法二六条二項後段の〕精神にそうだろう」（宮沢Ⅱ芦部・前掲『全訂日本国憲法』二七七頁）、と論じられ、あるいは「報道のための取材の自由もまた、憲法二一条の精神に照らし、十分尊重に値する」（最決昭五三・五・三一刑集三二巻三号四五七頁〔四六三頁〕）、とされるのが、その例である。

(23a) なお、注(65a)の後半部分を見よ。

(24) なお、小嶋和司教授は、憲法九六条一項にいわれる「総議員」を現在議員数、法定議員数のいずれの意味に捉えるかにについては、「合理性を失わないかぎりで各議院が定めることになる」と論じているが（同『憲法概観〔新版〕』（有斐閣、一九七五）四四頁）、教授は、五六条一項にいわれる「総議員」の捉え方についても、同様に解する説を主張するものと推測される。本文に述べた筆者の見解は、かかる説にやや近い面をもつものともいえよう。

(25) 杉原泰雄「国民主権と国民代表制の関係」前掲『憲法学』4 六三頁以下、八一頁。

(26) 同七九頁。

(27) なお、小林・前掲『憲法講義 下』二七頁注(31)によれば、「『命令委任』のプラス面のみに幻惑されることなく、それが現実にも果しうる（時には甚だしいマイナスの）機能を文字どおりリアルに捉えておく必要がある」とされる。

(28) 佐藤(功)・前掲『憲法上』二四一頁、なお宮沢Ⅱ芦部・前掲『全訂日本国憲法』三六七頁。

(29) たとえば、芦部信喜Ⅱ小嶋和司Ⅱ田口精一『憲法の基礎知識』（有斐閣、一九六六）一一八—一二九頁（小嶋執筆）参照。

(30) 阿部照哉Ⅱ池田政章編『新版憲法(4)』（有斐閣、一九八三）二二頁（樋口陽一執筆）、ほかに橋本・前掲『日本国憲法』四八一頁。

- (31) 阿部 池田編・前掲『憲法(4)』二二頁。
- (32) 佐藤(功)・前掲『憲法(下)』六二八頁。
- (33) 小林・前掲『憲法講義 下』一四四—一四五頁、伊藤・前掲『憲法』三九九頁、清水陸ほか『憲法講義1』(有斐閣、一九七九)一三二頁〔高見勝利執筆〕。なお、芦部信喜『憲法と議政』(東京大学出版会、一九七二)二六〇—二六三頁、同『演習憲法』(有斐閣、一九八二)二二三頁。
- (34) 在宅投票制廃止訴訟に関する札幌高判昭五三・五・二四判例時報八八八号二六頁〔三二頁〕によると、「法の下の平等の原則は、形式的な平等ではなく、実質的な平等を意味し、従って国民各自における身体的、肉体的、社会的条件に基づく相違に対しては、当該相違に応じた合理的差別扱を許容するものであるのみならず、進んで当該相違に応じた合理的差別扱を命ずる原理でもあると解するのが相当である」とされる。
- (35) 前掲『注釈日本国憲法 上巻』三一九頁〔浦部法穂執筆〕によると、「本条〔一四條〕の規定する平等原則じたいは、依然として、国家による不平等取扱の禁止に法律上の均一取扱の要求という意味にとどまり、……〔実質的平等のための〕法律上の不均一取扱は本条に違反するものではないという限度で、本条は実質的平等の観念を反映するものと解すべきである」とされる。さらに、注(39a)を見よ。
- (36) 宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』(有斐閣、一九七二)二八九頁。
- (37) 中村陸男『法の下の平等と『合理的差別』』公法研究四五号(一九八三)二七頁以下、三一頁。
- (38) その主なものは、中村・前掲論文(注(37))三七頁注(4)に掲げられている。
- (39) 注(35)所掲のほか、前掲『註解日本国憲法 上巻』三五二頁、伊藤・前掲『憲法』二三七—二三八頁、野中俊彦「『合理性の基準』の再検討」Law School 二八号(一九八一)四頁以下、一三頁、阿部照哉・野中俊彦『平等の権利』(法律文化社、一九八四)一八八—一九九頁(なお二三一頁)〔野中執筆〕、横田耕一『女性差別と憲法』ジュリスト八一九号(一九八四)六八頁以下、七〇頁。
- (39a) この点については、和田鶴蔵『日本国憲法の平等原理』(三和書房、一九七二)四八五—四八六頁におけるつぎの指摘が注目されよう。曰く、憲法一四條一項の平等は、「実質的に人間の具体的生活の均等をねらうての、法の取扱いの不均等は合憲であり、平等原則に反しないという意味の実質的平等であ(り)」、かかる「消極的な実質的平等」は、「相対的平等を認め

た形式的平等と同義である」。

(40) 杉原泰雄「地方自治権の本質」前掲『憲法学6』一一九頁以下、一三六頁。

(41) この点に関し、成田頼明「『地方の時代』における地方自治の法理と改革」公法研究四三号(一九八二)一五一頁以下、一五三—一五四頁参照。

(42) もっとも、ここでは、規範命題(注(40))に対応する本文)の情報内容が十分に豊富だとはいえないのではないか、という問題(二二三(1))も関わってこよう。

(43) その代表的学説と目されてきたのは、小島和司「最高法規」法学セミナー一九号(一九五七)九頁以下、一二頁である(それによれば、わが憲法における「司法」が抽象的違憲審査をも含むものは一義的には決まらず、付属法令の整備如何によって決定する余地は否定されていない、とされる)。なお、最近の学説としては、とりわけ、——小島説とは趣きを異にするが——「憲法は法律によって最高裁判所に一定の抽象的違憲審査権を与えることを禁止するものではなく、これを立法政策に委ねている」、とする中村・前掲『憲法30講』二四二頁の見解が注目される。筆者としては、この見解にくみしておきたい。

(44) なお、本稿が考察の範囲からはずした違憲判決の効力の問題(一般的効力か個別的効力か)についても、法律委任説が唱えられてきた。それに属するものとして、小島・前掲論文(注(43))一二頁、宮沢俊義『日本国憲法』(日本評論社、一九五五)六七八頁(ただし、その新版たる宮沢Ⅱ芦部・前掲『全訂日本国憲法』では、法律委任説の主張は姿を消している)。

(45) 算入する説として、たとえば小林・前掲『憲法講義 下』二二六頁、清宮・前掲『憲法I』二四六頁、橋本・前掲『日本国憲法』五一八頁、佐藤(功)・前掲『憲法(下)』七三二頁、伊藤・前掲『憲法』四三九頁、清水・前掲論文(注(1))四〇頁、四三—四四頁、算入しない説として、たとえば宮沢Ⅱ芦部・前掲『全訂日本国憲法』四二六—四二七頁、前掲『註解日本国憲法 下巻』八六二頁。

(46) 清水ほか・前掲『憲法講義1』一四六頁〔高見執筆〕。

(47) 小嶋・前掲『憲法概観』一三七頁は、「この取扱いは、議院自律権によって定めるべきである」としている。

(48) 積極説として、前掲『註解日本国憲法 下巻』九〇六頁、阿部Ⅱ池田編・前掲『憲法(4)』一二二頁〔岩間昭道執筆〕、消極説として、林修三「国会の意思決定手続」清宮四郎Ⅱ佐藤功編『憲法講座3』(有斐閣、一九六四)四三頁以下、五一頁、

憲法解釈論のあり方

阿部 池田編・前掲『憲法(4)』六五頁〔藤馬龍太郎執筆〕、なお宮沢 芦部・前掲『全訂日本国憲法』四五四頁、佐藤(功)・前掲『憲法(下)』七六〇頁。

(49) さしあたり、中村・前掲『憲法30講』二一九―二二二頁参照。両説につき、同二二四頁注(9)および(10)に掲げられた諸論文を参照。ただし、本稿で問題にしているのは、予算の本質ではなく議決形式であり(この点は二(三)(1)で述べた点に関わっている)、その意味からは、予算法律説に属するとされる学説の中でも、議決形式の問題にはあまりこだわりを示さないものと受けとれる安沢喜一郎『予算制度の憲法学的研究』(成文堂、一九七四)(たとえば一五頁)の見解——や見方によっては、さらに高野真澄『予算と憲法』前掲『憲法学5』一三八頁以下、一四三―一四四頁の見解——は、本稿での文脈に限る限り、予算法律説に属するとはただちにいいないものとして、位置づけ直すことができよう。

(50) この点につき、小嶋和司「実定財政制度について」公法研究四一号(一九七九)七四頁以下、七八―七九頁は、否と明言している(なお、同『憲法学講話』(有斐閣、一九八二)一三八頁参照)。そして、ここでは、予算法律説の主張は、憲法解釈論上の言明ではなく、「憲法典の規定を総合的に検討〔する〕と、どのような運営を予想してのものと考えることが最も合理的か」という点についての立言である、ということが明らかにされている(小嶋・前掲論文七九頁)。が、小嶋教授以外の予算法律説の論者は、ここでの(本注に対応する本文で示した)問題につき、どのように考えているのであろうか。

(51) なお、この点につき、小嶋・前掲論文(注(50))七九頁は、「多くの論者は、……〔予算についての〕現行の運営を憲法典のもとに可能な、それが要求する動かしがたいものとして把握して〔いる〕」、と評している(同・前掲『憲法学講話』一三八頁をも参照)。

(52) 同旨の結論を示すものとして、小嶋・前掲論文(注(50))七九頁。

(53) さしあたり、野中俊彦「内閣の法律案提出権」前掲『憲法の争点』一五八頁以下など参照。

(54) この点は、多くの学説の承認するところと思われる。なお、議員が発案権をもつのは当然である、とするものとして、橋本・前掲『日本国憲法』五二三頁、佐藤(幸)・前掲『憲法』一二六頁。

(55) 宮沢 芦部・前掲『全訂日本国憲法』五五四頁。

(56) 憲法改正発案権につき同旨の説をとるものとして、清宮・前掲『憲法I』三九九頁、佐藤(幸)・前掲『憲法』三〇頁。

- (57) たとえば、阿部泰隆「下級裁判所の違憲立法審査権」『憲法判例百選Ⅱ』（別冊ジュリスト）（有斐閣、一九八〇）三二六頁以下参照。
- (58) 前掲『註解日本国憲法 下巻』一二一六頁。
- (59) かかる制度の採用の当否をめぐる議論につき、阿部・前掲論文（注(57)）三一七頁、池田政章「違憲審査制」前掲『憲法講座4』五六頁以下、七三―七四頁参照。
- (60) なお、「憲法問題は移送して最高裁の判断をあおぐという制度を設けることまで、政策論として考えてみてはどう（か）」という提言（野中俊彦ほか「ゼミナル憲法裁判（第2部）憲法裁判のルール形成とその問題点1」法学セミナー三五九号（一九八四）六六頁以下、七六頁における戸波江二発言）は、かかる制度の採用は憲法上許容されるということを前提としてのもものと受けとめるべきか。
- (61) なお、純粹な憲法論とはいえない学説については、注(10)およびそれに対応する本文をみよ。
- (62) 佐藤(幸)・前掲『憲法』八二頁。
- (63) 大体同旨の見解として、丸山健「最高裁判所裁判官の国民審査」『憲法の判例（第三版）』（ジュリスト増刊）（有斐閣、一九七七）二二一頁以下、二二六頁。なお、阿部照哉『演習憲法』（有斐閣、一九八五）一九九頁、二〇〇頁参照。
- (64) 法定議員数説として、たとえば小林・前掲『憲法講義 下』五五四頁、橋本・前掲『日本国憲法』六五六頁、野中俊彦「憲法改正手続についての諸問題」前掲『憲法の争点』二二五頁以下、二二六頁、岩間昭道「憲法改正手続」芦部ほか編・前掲『演習憲法』六三五頁以下、六四〇頁、現在議員数説として、たとえば前掲『註解日本国憲法 下巻』一四四一頁、宮沢Ⅱ・前掲『全訂日本国憲法』七九五頁、佐藤(功)・前掲『憲法(下)』一二五六一―一二五七頁、清宮・前掲『憲法Ⅰ』四〇〇頁、佐藤(幸)・前掲『憲法』二九頁。なお、小嶋説に関しては、注(24)を見よ。
- (65) 前説として、たとえば橋本・前掲『日本国憲法』六五六―六五七頁、後説として、たとえば前掲『註解日本国憲法 下巻』一四四八頁、宮沢Ⅱ・前掲『全訂日本国憲法』七九五頁、佐藤(功)・前掲『憲法(下)』一二六一頁、清宮・前掲『憲法Ⅰ』四〇三頁、小林・前掲『憲法講義 下』五五六頁。なお、そのほかに、有権者総数の過半数とする学説も存するが（田上穰治編『体系憲法事典』（青林書院新社、一九六八）六七二頁（針生誠吉執筆））、ここでの文脈では度外視してある。
- (65a) 三分の一以上説として、たとえば橋本・前掲『日本国憲法』六五五頁、三分の二以上説として、たとえば前掲『註解日本

本国憲法 下巻』一四四四頁、佐藤(功)・前掲『憲法(下)』一二五七頁、小林・前掲『憲法講義 下』五五四頁。なお、三分の二以上とするのが望ましいとする学説として、清宮・前掲『憲法Ⅰ』三九九頁、野中・前掲論文(注(64))二二五頁。

(66) たとえば、宮沢・前掲『憲法Ⅱ』二四一―二四二頁、小林・前掲『憲法講義 上』二八六頁、橋本・前掲『日本国憲法』一三五頁、中村・前掲『憲法30講』二八―二九頁、横田耕一「外国人の人權」大須賀明ほか編『憲法判例の研究』(敬文堂、一九八二)八三頁以下、一〇二―一〇三頁。なお、筆者も、かつて、「[政治的権利は]原則として外国人には認められない」と述べたことがあるが(拙評・法学協会雑誌九七卷九号(一九八〇)一三七頁以下、一四五頁)、この点、本稿の立場からは、言明の不明確性が反省されるべきであろう。

(67) 萩野秀夫『基本的人權の研究——日本国憲法と外国人——』(法律文化社、一九八〇)二五五頁。

(67a) この点につき、長尾一紘「外国人の選挙権」月刊法学教室五四号(一九八五)二頁以下、二五頁は、国政レベルの参政権を外国人に与えることは憲法上禁止される、としている。これに対して、大沼保昭「在日朝鮮人の法的地位に関する一考察(六・完)」法学協会雑誌九七卷四号(一九八〇)四五五頁以下、四九八頁、五三一頁注(85)は、参政権一般に関し、それを一定の外国人に認めることは憲法上禁止されているわけではない、と論じている。

(67b) 外国人の地方議会選挙権につき、長尾・前掲論文(注(67a))二六頁は、要請説を主張している。

(68) 大体同旨のことを明言するものとして、中村・前掲『憲法30講』二八頁、三三頁註(14)。

(68a) この点については、注(67a)所掲の大沼説の存在に留意せよ。なお、奥田剣志郎「外国人の法的地位」社会労働研究二七卷二号(一九八一)六三頁以下、七七頁は、「外国人に参政権を(国政レベルのそれも含めて)付与することには、特に不合理な点はない」、としている。

(69) たとえば大塚仁『刑法概説(各論)(増補版)』(有斐閣、一九七九)一二四頁、松尾浩也「準証責任」熊谷弘ほか編『証拠法体系Ⅰ 第一編証明』(日本評論社、一九七〇)四八頁以下、五三頁。判例も同旨である(最判昭三〇・一二・九刑集九卷一三号二六三三頁(二六三六頁))。なお、同様の事柄が民事裁判において問題になった場合に関し、準証責任は被告にある、と説くものとして、村上正巳『民事裁判における証明責任』(判例タイムズ社、一九八〇)三二〇―三二二頁。

(70) 佐藤(幸)・前掲『憲法』三六〇頁、前掲『注釈日本国憲法 上巻』四六六頁(浦部法穂執筆)、中村陸男「表現の自由と事前規制の合憲性」ジュリスト八三〇号(一九八五)二七頁以下、三三頁、なお、松井茂記「名誉毀損と表現の自由(四・

完「民商法雜誌八八卷一號（一九八三）五一頁以下、七八頁。

(71) 刑事裁判については、犯罪事実の存否に関する挙証責任は原則として検察官が負うという原則（刑訴法三三六条参照）は憲法三一条の要請に基づくものであり、「被告人に挙証責任を負担させ、真偽不明の場合も不利益に裁判することは、合理的な理由がないかぎり、遠慮の疑がある」（松尾・前掲論文（注（69））五一頁）、ということができよう。その意味では、刑事事件における挙証責任の帰属の問題は、法技術的な問題とはいきれないといえよう。が、民事裁判における挙証責任については、同様には解しえないのではなからうか。

四 若干の検討

(一) 以上のような憲法解釈論の捉え方——そのうち下位規範委任説にかかる部分——に関しては、様々な疑問が提出されようが、まずは、本稿の厳格憲法解釈論の立場は、「〔法解釈の任務は、〕単に解釈される規範が表現するわくを確定し、それと共に、このわくのうちに与えられている多くの可能性を認識することに止まる」⁽⁷²⁾（よって、かかる可能性の中から一つを選択して主張することを含まない）、とするH・ケルゼンの見解を憲法解釈論について確認したものに帰するのではないか、との指摘がありえよう。そこで、この点につき、簡単に検討を試みることにしよう。

憲法（解釈）の枠の捉え方については、必ずしも一般的に承認されている固まった理論が形成されているとはいえないように思われるが、私見によれば、枠という場合、つぎの二つの意味の枠を自覚的に区別して捉える必要がある⁽⁷⁵⁾と考えられる。第一は、憲法解釈の枠、というべきものであり、文理や憲法の精神に照らし「解釈者が踏みこえてはな

らないある種の範圍の境界を画するもの⁽⁷⁶⁾である。第二は、憲法の⁽⁷⁶⁾枠というべきものであり、それ⁽⁷⁶⁾の外に出た下位規範を違憲とする意味をもつもの⁽⁷⁷⁾、換言すれば、下位規範の定立の許容される範圍を示すものである。第一の意味での枠を越えたとされるのは、ある憲法解釈であるが、第二の意味での枠を越えたとされるのは、ある国家行為⁽⁷⁸⁾（ないしそれにかかる事態）である。違憲という評価を受けうる対象は、ある憲法解釈自体ではなく、当該解釈によれば許容されるとされる国家行為なのである。

右の点を前提としていえば、つぎに、 \wedge ある国家行為は枠（ここでは第一の意味での枠）を越えた解釈によつてのみ許容される⁽⁷⁸⁾ \vee ということと、 \wedge ある国家行為は違憲である \vee ということは、等置できるものなのか、という点が問題になる。この点については、たしかに、積極に解することも十分可能であろう⁽⁷⁹⁾。たとえば、憲法五六条一項についていえば、そこにいわれる「総議員の三分の一以上」は、それを(イ)現在する総議員の三分の一以上 \vee 、(ロ)法定の総議員の三分の一以上 \vee のいずれの意味に解することも、憲法解釈の枠内で可能であるが、(イ)同項を \wedge 緊急事態である場合など合理的理由がある場合には、総議員の三分の一を満たさない出席の下でも議事を有効に開くことができる \vee という趣旨に解釈することは、憲法解釈の枠を踏みこえるものであり、許されない、ということにならう。その場合、(イ)および(ロ)の解釈に基づく制度の運用（ないし下位規範の定立）は合憲であるが、(イ)の解釈に基づく制度の運用は違憲となる。かくて、憲法解釈の枠の内か外かという問題と合憲か違憲かという問題とは一致をみる、という命題が成立することになるのである。しかし、ここで注意すべきことは、(イ)も(ロ)も、本稿の立場からは厳格憲法解釈論としての性格をもたないとされるべきものであり、よつて、右の命題も、そこにいわれる「憲法解釈」には厳格憲法解釈論に属さない憲法解釈論的言明も含まれる、ということ为前提としてはじめて成り立つものであった、ということであ

る。

この点につき、本稿の立場からは、右の命題は必ずしも妥当しない、と考えることが可能である。それは、とくに、ある憲法解釈によれば許容される国家行為が違憲であるからといって、当該解釈がただちに枠外のものとして位置づけられる、ということにはならないのではないか、という意味においてである。たとえば、憲法六六条二項にいわゆる「文民」の解釈に関して、自衛官が「文民」に当たらないとする点については、学説は大体一致しているが、しかし、過去の職業軍人が「文民」に該当するかという点については、積極・消極の両説の対立がみられる。⁽⁸⁰⁾この場合、消極説の立場に立ちつつ、過去の職業軍人を國務大臣に任命することは違憲であるが、このことを許容する積極説の解釈も、憲法解釈の枠内のものとして位置づけうる、と論じることが可能なように思われる。

ともあれ、私見によれば、憲法解釈の枠は複数の解釈可能性の範囲を示すものであるのに対し、憲法の枠は、ある特定の解釈を所与のものとした上で意味をもつものである、と理解されるべきことになるのである。たとえば予算を法律として議決することは憲法上許容されないとする解釈も、許容されるとする解釈も、ともに憲法解釈の枠内のものであるが、ここで後者の解釈を選んだ場合、国家機関（ないし下位規範）としては、予算を法律、予算のいずれの形で議決することも、ともに憲法の枠内の行為として許容されることになる。

かくて、厳格憲法解釈論は、憲法解釈の枠を指摘するにとどまらず、枠内での選択にも及ぶが、それは、同時に、——憲法上の要請・非要請ではなく、合憲・違憲についての解釈論に関する限り——憲法の枠の指摘として意味をもつ、と考えるべきことになる。このことをケルゼンの見解との関連でいうと、彼の理論を憲法解釈論に適用した場合、彼のいう枠は本稿のいう憲法の枠と同じものに帰着する、と解することが許されるとしたら、その限りで、厳格

憲法解釈論による下位規範委任説の主張は、ケルゼンの見解と同じものに帰することになる、と一応理解されるべきことになろう。ただ、憲法の枠の指摘を行なうことは、——それは(厳格)憲法解釈論そのものなのであるから——価値判断としての性格を含む、と考えるべきであろう。

(二) 本稿の主張する下位規範委任説に関しては、あるいは、それは憲法解釈論の重要な任務の実質的な放棄に通じるのではないか、との批判が浴びせられるかもしれない。とくに、下位規範が沈黙している場合には、その点について何らかの解釈論を展開する実質的な必要が感じられるのではないか、との指摘がありえよう。

この点については、筆者は、つぎのように考えている。たしかに、(イ)厳格憲法解釈論の立場から照射した場合その不明確さが浮かび上がってくるような憲法解釈論的言明を提示したり、(ロ)下位規範委任説によって処理されるべき問題について複数の選択肢の中から一つの憲法解釈論言明を選んで主張したり(これは(イ)に含まれる)、あるいは、(ハ)憲法の趣旨によりよく適合する√、△憲法上望ましい√、△憲法の精神に反する√などの言明を行ったりすること、(ニ)ある憲法条項の(裁判規範としての性格をもたない)プログラムの側面にかかる具体的な規範内容を示すこと(たとえば、「憲法二八条のプログラムの性格の部分を立法によって具体化したもの」が不当労働行為制度である、と論じること)⁽⁸²⁾や、(ホ)ある憲法条項の拠って立つ理念を指摘すること(たとえば、「憲法二六条の」規定の背後には、……成長、発達し、自己の人格を完成、実現するために必要な学習をする固有の権利……の観念が存在している」と語ること)⁽⁸⁵⁾も、厳格憲法解釈論の得意とするところではない。しかし、かくいうことは、(イ)が憲法学の任務に属さないということの意味するものではない。むしろ、規範の学としての憲法学は、厳格憲法解釈論以外の憲法解釈論的主張を行なうことが許されるのみならず、かかる主張の面でも積極

的に発言すべきであるということができよう。しかし、その際、それは嚴格憲法解釈論とは異なった次元の規範的言明である、ということが十分自覚される必要がある。のみならず、規範の学としての憲法学の一次的任務は、あくまでも嚴格憲法解釈論を展開することに存する、ということは、ここで改めて確認される必要がある。ともあれ、憲法解釈論的当為命題には、嚴格憲法解釈論上の命題とそれ以外の命題の二種類が存する、というべきなのである。

それにしても、憲法解釈論を本稿でみたような厳格な意味のものとして捉えることには、いくばくかの抵抗が感じられよう。実際、多くの学説は、憲法解釈論はかかる厳格な意味のものに限定されない、と理解していたようにも思われる。このことは、たとえば、憲法五六条一項にいわれる「総議員」の意味についての法定議員数説と現在議員数説が、——お互いに他説による実務の運用を違憲と難するものではなかったと推測されるにもかかわらず——暗黙のうち素朴に憲法解釈論上の学説として性格づけられていたように思われる、という点に示されよう。また、憲法解釈の枠の内か外かという問題と合憲か違憲かという問題は一致するとしつつ、憲法解釈は枠内での選択にも及ぶとする⁽⁸⁸⁾と、そこでは、——それが理由づけについての選択にとどまるのであれば別であるが——憲法解釈は、何が憲法の趣旨により適合し、また憲法の理念に照らして望ましいかを指摘する作業を含むものとして捉えられていたことに帰着しよう。これらの場合に関わる憲法学上の実践的言明の提示を憲法解釈論と呼ぶかどうかは、一次的には用語の問題であり、筆者もそう呼ぶことにことさらに異を唱えようとするものではない。しかし、ここで注意すべきことは、一般の学説も、他方では、三(一)で述べたように、本稿のいう嚴格憲法解釈論こそ憲法解釈論と呼ぶにふさわしいものであることを承認していたと考えられる、ということである。とすると、かかる学説は、憲法解釈論には性格の異なった二種類のものがある、ということを認めていたことに帰着するのではなからうか。それは、嚴格な意味での憲法

解釈論といわば緩やかな意味での憲法解釈論である。

かかる枠組を使って、筆者の主張を言い直せば、つぎのようになる。ここでも、憲法五六条一項にいわゆる「総議員」の解釈を例にとると、厳格憲法解釈論として発言すべきことは、憲法は制度を法定議員数説、現在議員数説のいずれに基づいて運用することも許容している、ということにとどまるのであり、そこから進んで、憲法の枠内において、法定議員数説、現在議員数説のいずれを選択すべきかは、緩やかな意味での憲法解釈論という資格においてはじめて行ないうるものである（その限りで、筆者の立場は、前述したケルゼンの見解とは異なる）、と説明されるべきことになるのである。ともあれ、憲法解釈論の命題が語られる場合、それが厳格、緩やかかいずれの意味のものであるのか、明確にされる必要があるといえよう。もし、この二種の憲法解釈論の間に境界線を引かず、両者を混淆してしまふようなことがあるとしたら、それこそ、憲法上の要請か否か、合憲か違憲かを明確に指摘するものとしての（厳格）憲法解釈論の重要な任務の実質的な放棄に通じることになるのではなからうか。

(72) ケルゼン『純粹法学』（横田喜三郎訳、岩波書店、一九三五）一四八頁。

(73) 覚道豊治『憲法』（ミネルヴァ書房、一九七三）一三一—一四頁の見解が、これに当たる。

(74) それは、これまでに、憲法解釈の方法論の文脈および憲法変遷論の文脈でふれられてきた。ここでは、前者の文脈でその問題に言及した文献をあげると、以下のようになる（後者の文脈については注(79)をみよ）。小林直樹「憲法解釈学の基本問題」前掲『公法の理論下I』一三四九頁以下、一四〇二—一四〇六頁、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3 憲法学の方法』（勤草書房、一九八四）七一頁以下、一二七—一三〇頁、阿部照哉ほか「公法における法の解釈」『法の解釈』（ジュリスト増刊）（有斐閣、一九七二）一〇五頁以下、一四九—一五七頁、杉原泰雄ほか、「憲法学の方法」法律時報四〇巻二一—二二号（一九六八）四頁以下、四七—四九頁。

(75) この二つの意味の枠の区別は、ケルゼンにあつても、注(76)および(77)で引用される小林教授を始めとする、わが国の多

くの憲法学者にあっては、あまり自覚されてこなかったように感じられる。

(76) 小林・前掲論文(注(74))一四〇二頁。

(77) 同一四〇四頁。

(78) 枠を越えているとされる説は、(イ)ある国家行為は憲法上許容される√と表現されるものである場合が通常であろうが、論理的には、それが(ロ)ある国家行為は憲法上要請される(または禁止される)√という定式によって表現される場合もありえよう(たとえば、もしかしたら、ある論者は、△△国政選挙につき直接選挙が憲法上要請される(間接選挙は禁止される)√とする説は、憲法の文理に根拠をもたないものであり、憲法解釈の枠を越えたものである√、と主張するかもしれない)。が、ここでは、便宜上、(ロ)の場合は眼中におかないことにする。

(79) 小林教授(同・前掲論文(注(74))一四〇四頁)を始め、多くの学者は、この点を積極に解していると推測される。なお、憲法変遷論の文脈でも、憲法(解釈)の枠外に出るということと違憲であるということは、同視される傾向にある(たとえば、小林直樹「憲法の変遷」法学協会雑誌九一卷六号(一九七四)八八五頁以下、八八七―八八八頁、浦部法穂「憲法変遷論」について」現代憲法学会編『現代国家と憲法の原理』(有斐閣、一九八三)三五七頁以下、三四四頁、中村・前掲『憲法30講』二八二頁以下、二八二頁、清宮四郎『国家作用の理論』(有斐閣、一九七〇)一九四頁(同一九三頁、二二二頁をも参照))。

(80) 積極説として、たとえば橋本・前掲『日本国憲法』五六六頁、伊藤・前掲『憲法』五一四頁、消極説として、たとえば清宮『憲法I』三〇八頁、小林・前掲『憲法講義 下』二六〇頁、佐藤(功)・前掲『憲法(下)』八二二頁。

(81) ケルゼンによると、上級段階の規範は、これを執行する規範設定の行為——それは自由裁量の余地をもっている——に対して枠としての意味をもつとされ(同・前掲『純粹法学』一四三頁)、また、「執行される規範は単にわくを形成するのみで、そのうちに多くの執行の可能性が含まれている」(傍点は原文による)(同一四八頁)とされる。よって、彼にあっては、枠は、一次的には、(憲法の枠に対応するものとしての)法の枠の意味で語られていたと考えることができるが、そこでも、(憲法解釈の枠に対応するものとしての)法解釈の枠との区別は、あまり意識されていないように思われる。

(82) 芦部編・前掲『憲法Ⅲ人權(2)』四六六頁(中村執筆)。なお、注(17)をみよ。

(83) そのほかに、ある憲法条項が裁判規範としての側面と綱領的(プログラムの)側面とをあわせもつとする見解の代表的な

ものとしては、憲法九二条についての成田頼明説(同「地方自治の保障」宮沢俊義先生遷曆記念『日本国憲法体系第五卷』(有斐閣、一九六四)一二五頁以下、二八八―二八九頁)や、憲法二五条についての中村睦男説(芦部編・前掲『憲法Ⅲ人權』(2)『三四六―三四八頁』)があげられよう。

(84) なお、兼子仁『教育法(新版)』(有斐閣一九七八)二二七頁は、「憲法二六条二項後段は、義務教育費をすべて無償化していくべきことを国に原理的に義務づけているものと解される。この国の義務教育無償義務は、授業料無償のほかは原則として直ちに裁判で金銭支払請求されえず、立法・予算等を通じて具体化されるものではあるが、……政治的義務にすぎないものではなく、憲法上、国民の教育をうける権利に対応している法原理的義務である」(傍点は原文による)、と説いているが、かかる言明も厳格憲法解釈論の枠組では捉えきれないものを含んでいるといえよう。この点につき、芦部編・前掲『憲法Ⅲ人權(2)』三七九頁〔奥平康弘執筆〕は、「論者のいう『原理的』義務づけなるものの意味するところは、必ずしもはつきりしない」が、それは純粹な憲法解釈とはいえないであろう、と評している。これに対して、中村睦男『社会権の解釈』(有斐閣、一九八三)二〇一頁は、右の兼子説につき、「立法府が〔授業料以外の費用の無償化についての〕裁量権を逸脱した場合に違憲となる余地」を残したものと位置づけている。

(85) 最大判昭五一・五・二二刑集三〇巻五号六一五頁〔六三三頁〕(旭川学テ事件判決)。

(86) なお、内容の具体性に乏しい憲法解釈論的言明は、本稿の考察対象からはずされていたが(二三三(1)参照)、本文の(8)は、かかる言明に関わるものとして捉えることもできよう。

(87) なお、同様のことは、「憲法コモン・ロー」——それは「『その示唆と典拠を各種の憲法規定より引き出しはするが、憲法規定によって要求されるものではない』ところの実体的・手続的および救済的準則の下部構造」にして国会による修正およびときには破棄の対象となりうるもの」を意味するとされる(佐藤(幸)・前掲『憲法訴訟と司法権』一六一頁)——を語ることについても、妥当しよう。

(88) たとえば、小林・前掲論文(注(74))一四〇二頁、一四〇四頁。また、小林・前掲『憲法講義上』七〇頁によると、「a. b. c. x 等の解釈可能性なかで、そのいずれが憲法の基本精神に最もよく適合するかの判断が、憲法解釈の重要な任務となる」、「とされる。

五 五 五 五 五

本稿の主張を要約すれば、つぎのようになる。憲法解釈論の本質は、ある国家行為が憲法上の要請にかかるのか否か、もしくは合憲か違憲かを明確に指摘する点に存する（厳格憲法解釈論）。かかる見地からいって、憲法解釈学上の議論を展開する場合には、その趣旨・内容を明晰なものにしておくことが望まれる。また、かかる憲法解釈論の枠組で照射すると、ある問題につき憲法条項はその処理の仕方を下位の規範に委ねている（下位規範委任説）と解すべき場合が少なからず見出される。⁽⁸⁹⁾ 憲法学は、∧……は憲法○条の趣旨によりよく適合する√などの言明も行なうべきであるが、それは厳格な意味での憲法解釈論には属さない。その意味では、憲法解釈論的当為命題には、厳格憲法解釈論上の命題とそれに属さない（右の言明に示されるような）命題の二種類があることになる。が、憲法学の一次的任務はあくまでも厳格憲法解釈論を示す点に存する。⁽⁹⁰⁾

以上のような本稿の立場は、これまでにみられたつぎのような指摘と大体軌を一にするものである。すなわち、
「〔教育法学界における種々の主張は、〕どこまでが憲法論であって、どこまでが憲法の理念をふまえた政策提言であり、どこまでが教育実定法の解釈論であるのか、その……境界線ははっきりしない」⁽⁹¹⁾、とするのがそれである。
また、筆者の主張は、「〔憲法解釈学は、〕学問が学問であるために要求される、精密で着実な分析や思考、論理性を失ってしまった」⁽⁹²⁾、「とする指摘を私なりに再確認しようとするものにはかならない。その意味では、本稿は、さほど新しい主張を含むものではない、といわれるかもしれない。が、本稿のような視角から憲法解釈論の

あり方を批判的に再検討すべきことを説く論稿が、今までにあまりみられなかっただけに、本稿を世に問うことがまったく無意味であるとはいきれないであらう。

なお、本稿が説き明かせなかった点も少なくない。第一は、△憲法上の要請である▽と△憲法上許容されるにとどまる▽の間に中間項は存在しないという命題（本稿一〇五頁）は、厳格憲法解釈論上の命題としては維持できるが、別の視角から光を当てると成り立たなくことがありうるのではないか、ということである。それは、一つには、憲法規定のプログラムの要請ないし立法政策的要請を語ることは、憲法解釈論的に意味のないものであるといえるか、という点にも関わっているが、その点はさておき、ある制度に関して△△該制度の設立は、憲法上の要請ではないが、ひとたびそれが設立された以上は、（合理的理由なく）それを改廃することは憲法上許されなくなる▽といった命題が妥当するということは考えられないか、ということが問題にならう。もし妥当するとすると、この命題は、△憲法上の要請▽と△憲法上の許容▽のいわば中間に位置する、憲法解釈論上有意義な命題として捉えることも許されよう。第二は、憲法二五条などの文脈で語られる解釈基準論は、いかなる意味をもつものなのか、ということである。⁽⁹⁵⁾それが、法律を解釈する場合には、憲法（二五条）を基準とし、同条によりよく適合する解釈を施すべきである、という意味で語られているとしたら、厳格憲法解釈論の立場からは無意味なものと評されることになる可能性はないか、ということである。⁽⁹⁷⁾そのほかにも、いろいろ問題はあがるが、たとえば、憲法訴訟論上の当為命題（△…の場合には憲法判断を回避すべきである▽といった命題など）は、憲法解釈論的諸言明の中でどのように位置づけられるべきか、という点も問われることになる。そして、そもそも、憲法解釈論的命題を、——厳格憲法解釈論上の命題とそれ以外の命題の二種類に分けるだけでなく——（本稿が二（三）で考察の対象からはずした憲法解釈論上の言明をも視野に

収め直したうえで)当該當為命題の性格、規範の名宛人など様々の視点から類型化する作業も、必要となつてこよう。右の諸点は、筆者にとつて、今後の検討課題として残されたものとなる。

本稿では、学界の諸先生の所説を幾度となく引用させていただいたが、それは、かかる学説を厳格憲法解釈論の立場から照射すると、しかじかのようになる、ということを指摘する点に主眼があるのであつて、そこで引用された学説を批判しようという趣旨にいたたものではない。それにしても、そこには筆者の憶測や誤解に基づく不適切な叙述も含まれていようし、諸先生に対する非礼にわたるところがあつたかもしれない。この点、御寛恕を乞う次第である。

(89) 誤解のないように一言しておくが、筆者は、憲法規定の文言が一義的かつ明白でない場合には、ただちに下位規範委任説が妥当する、と考へてゐるのではない。「多義的内容の規定であつても、そこから特定の規範的意味内容を読み取らなければならぬ場合がある」(阿部・前掲『演習憲法』一九九—二〇〇頁) こと、もちろんである。よつて、下位規範委任説の適用領域は拡張されるべきであるということとは、人權領域にもその適用が安易に及ぼされよい、という主張を含蓄するものではない。人權領域の解釈論については、憲法学界の一般的傾向に異を唱へる必要はあまり感じられないのであり——このことは、通常、そこでの憲法解釈論がそのままの形で厳格憲法解釈論として妥当するということに関わつてゐる——、よつて、下位規範委任説は、主として、統治機構の運用のあり方が問われる場面で適用されることになる。それにしても、憲法解釈論に関する筆者の実践的立場は、おおまかにいつて、八人權の領域では厳しく、統治機構の領域ではより甘くVということに帰着することになるか。

(90) 厳格憲法解釈論の枠組による(憲法上の要請か否か、合憲か違憲かという)二者択一的な問いかけに対しては、はつきりとした回答を出しにくいこともありえよう。また、厳格憲法解釈論上の立場の明示を求められて、たとえば、——憲法二六条二項後段について授業料無償説をとりつつ——八義務教育段階の教科書を有償制にしても違憲とはならないVと云うことは、教科書有償化に反対する論者にとつては、言いにくいことであろう(なぜなら、かく発言することは、教科書有償化賛成論者

を喜ばせる機能を営むからである)。しかし、このような言いにくいことを必要ならばあえて言うことこそ、憲法解釈論の一つの任務ではなからうか。

(91) 芦部編・前掲『憲法Ⅲ人権(2)』三九〇頁〔奥平執筆〕。

(92) 小嶋・前掲論文(注(50))九六頁。

(93) 注(82)に対応する本文および注(21)をみよ。

(94) 憲法九二条の「地方自治の本旨」との関わりでつぎのように説かれているのが、その例である。曰く、同条における立法府に対する指導原理たる側面は、その法律的实现の後では、法律による制度と一体化して一種の憲法規範的效果をもつ(山下健次「地方自治権の本質・存在理由の検討方法」公法研究四三号(一九八二)一七七頁以下、一八二頁、鴨野幸雄「地方自治権」杉原泰雄編『講座・憲法学の基礎Ⅰ 憲法学の基礎概念Ⅰ』(勁草書房、一九八三)二五九頁以下、二七一頁)。また、憲法二五条の生存権規定に関して、同条の理念を具体化した法律によってひとたび国民に権利が与えられた以上は、それを合理的理由なく奪うことは憲法上許されない旨説く見解(東京地判昭四九・四・二四行集二五卷四号二七四頁〔三〇六頁〕〔宮訴訟第一審判決〕、大阪地判昭五五・一〇・二九行集三一巻一〇号二七四頁〔二三〇〇頁〕〔塩見訴訟第一審判決〕、芦部編・前掲『憲法Ⅲ人権(2)』三四五―三四六頁〔中村執筆〕参照。また、抽象的権利説からかかる見解が導かれることにつき、たとえば奥平康弘「『健康で文化的な最低限度の生活を営む権利』」前掲『憲法学3』五四頁以下、六〇―六一頁参照)や、二七条一項の労働権規定に関して大体同趣旨のことを説く学説(芦部編・前掲『憲法Ⅲ人権(2)』四三六―四三七頁注(40)〔中村執筆〕に引用された藤井俊夫、松林和夫、梶井常喜の各氏の所説も、同様の発想を含むものとして捉えることができよう。なお、筆者も、かつて、つぎのように述べたことがある。「憲法二八条は、……〔不当労働行為制度を設けること自体を要請しているわけではないが、〕ひとたび、……不当労働行為制度が設けられた以上、この制度の中核を――少なくともそれと同等の機能を有する別の制度で代替することなしに――侵害するような法律を制定することは許されなくなる」(拙評・自治研究五九巻一号(一九八三)一三二頁以下、一三九頁、なお本稿注(17)をみよ)(なお、この点に関わる社会的制度保障の理論につき、拙稿「社会権の法的性格論の歴史的的分析(2・完)」法律時報五三巻一〇号(一九八二)一一一頁参照)。

(95) 憲法二五条については、伊藤正己『憲法入門(新版)』(有斐閣、一九七九)一六六頁、佐藤(功)・前掲『憲法(上)』四二―三頁、なお、中村・前掲『社会権の解釈』五七頁、山下健次「生存権の裁判的保障」(一九七三)大須賀明編『生存権』(三

省壁、一九七七）一一五頁以下、一一五頁参照。憲法二七条一項の労働権については、山下健次「勤労の権利」受験新報昭和五六年新年号一七二頁以下、一七六頁、なお、吾妻光俊『労働法』（青林書院、一九五九）四一―四二頁。一般論としては、「行政機関および司法機関は、「憲法の基本権規定に含まれうる」原則規範の精神に従って、法令を解釈しなければならぬ」（橋本・前掲『日本国憲法』一三〇頁）、と説かれたりする。

(96) なお、前掲拙稿、(注(94))一一五―一一六頁参照。

(97) 「(学説は、憲法二五条に)立法の解釈基準としての法的意味を認めていた」(中村・前掲『社会権の解釈』五七頁)、と説明されたりするが、ここでは、それがいかなる意味において「法的意味」といえるのが、問い直される必要があるのではなからうか。