

憲法解釈『学』の一断面

— 違憲の憲法解釈・再論 —

1 はじめに

一般に、裁判官の法解釈には、創造的機能が認められており、しかも、それは、裁判官の解釈行為がそれ自体に本来的に伴うものとされている。^①ここで問題となるのは、このような裁判官の法解釈における創造的機能に限界はあるのか、もしあるとすれば、その限界を画すのは何か、ということである。この点について、かつて、筆者は、拙著『違憲の憲法解釈』において、裁判官の憲法の解釈に焦点を絞って試論を展開したことがある。^②しかし、判例についての具体的な検討は、今後の課題として残していた。また、筆者の見解に対しては、その後学説から幾つかの異論も提示された。^③そこで、本稿では、このような私見に対する異論および判例の検討をおとして、改めて、裁判官の憲法解釈とその限界の問題について検討してみたい。

古野 豊秋

2 憲法解釈の「枠」

1 わが国では、裁判官ばかりでなく、学説による憲法の解釈も、主観的、実践的、創造的性格をもつと理解するのが一般的である。しかし、他方では、それが客観的でありうるための条件について、学説の間で色々と検討されている。その代表的な試みとして、小林直樹教授の学説をあげることができる。⁴ 上述の私見も、この小林説に触発されて、⁵ 自分なりの解釈理論を展開したものである。

2 念のために、私見の要旨を述べれば、次のとおりである。

(1) 憲法の解釈と憲法解釈「学」とは、区別して理解しなければならない。

(2) 憲法解釈「学」の実践的性格は、その対象である憲法それ自体の実践的性格の反映である。この憲法の実践的性格とは、その受範者(名宛人)に対する当為要求(遵守要求)の点にある。この受範者(名宛人)には、裁判官も含まれる。

(3) 従って、憲法解釈「学」は、この裁判官に対して憲法が要求している当為を客観的に提示する必要がある。これが、憲法解釈「学」の任務である。

(4) 裁判官に対する憲法の当為要求とは、この憲法を尊重・擁護しなければならない(九九条)ということである。そして、裁判官の職権の行使、とくに法の解釈権の行使にあたっては、「この憲法」に拘束される(七六条三項)ということである。それゆえ、憲法解釈「学」の具体的な任務は、裁判官、とくに最高裁判所の裁判官の憲法解釈に対して、憲法の定めた「枠」を提示することである。

(5) この「枠」は、大別すれば、二とおりある。すなわち、①個別的な憲法の規定の解釈における対象としての「枠」、②このような解釈に対する一般的な解釈基準としての「枠」である。この②の「枠」もさらに分けると、次の二とおりになる。③解釈の内在的な「枠」と④解釈の外在的・制度的な「枠」である。

(6) これらの「枠」のうち、憲法七六条三項後段の「この憲法」の示す「枠」は、②のそれである。しかも、その中で重要なものは、③のそれである。この③の「枠」も、憲法規範の文言の「意味」としての形式的な「枠」と憲法の基本的な価値原則^⑤という実質的な「枠」に区別される。この両者の関係は、前者の形式的な「枠」としての文言の「意味」がその「意義」をとおして機能する場が、後者の実質的な「枠」内ということになる。

(7) 裁判官の憲法解釈は、このような憲法七六条三項後段が示す実定憲法規範としての「枠」に違反することは許されない。この「枠」に反する裁判官の憲法解釈は、単に解釈が誤っていると、妥当ではないとか、あるいは問題だというのではなく、むしろ違憲の憲法解釈なのであり、制度上はともかく、理論的には無効である。

3 以上のような見解から、筆者は、上述の小林説に多くの示唆を受けつつも、若干の点について、次のような疑問を提示した。

(1) 小林説によれば、憲法解釈学の「客観性」をめぐる問題については、憲法解釈学それ自体の属性としての「客観性」というよりも、むしろその程度の問題、そしてその程度を高める努力の問題として扱われている。そして、このような努力は、学説間の「間主観的」な議論を通じてのものとなる。しかし、逆にいえば、このような努力が必要なのは、憲法の解釈においてその解釈者自身が主観的な価値判断、つまり決断や選択を行う要素があるからといえる。ある「枠」内での選択が究極的には主観的な価値判断によるとすれば、果たしてこのような主観的な価値判断をめぐる「間主観的」な論議が可能であろうか。たとえ可能性があるとしても、それ

はあくまでも実践的な論議、つまり神々の争い—ではなからうか。もしそうだとすれば、このような論議は何によって決着がつくのだろうか。^⑦

(2) 小林説によれば、憲法解釈学の主たる任務は、「憲法の『正しい』解釈の可能性を理論的に整序し、司法・立法・行政等各レベルでの憲法の具体的な解釈適用を導くことにある」とされる。しかし、憲法解釈学それ自体が憲法規範の「枠」内の選択にあたり、その解釈の「正しさ」なり、「客観性」なりを自己の課題として対内的に「間主観的」に高めあっているのであれば、果たしてこのような憲法解釈学が国家機関、とくに裁判所による「憲法の具体的な解釈—運用を導くこと」が十分にできるのであろうか。憲法解釈学が対外的にその実践性との関係で「学」でありうるのは、個々の「学説」が自己の具体的な解釈行為の「正しさ」、「客観性」を主張しあう点にあるのではなく、むしろ憲法の遵守義務を憲法上課せられている国家機関、とくに裁判所の裁判官に対して、それが具体的に適用すべき憲法規範の「枠」を客観的に提示しうることにあるのであるのではなからうか。そしてこのような「枠」内での裁判官の選択がどのような意味をもつか、そしてまたどの程度までその選択が許されるのかを実定憲法規範を基準として示しうることにあるのであるのではなからうか。^⑧

4 このような筆者の疑問に対して、小林教授からは、次のような反問が出された。すなわち、「客観的に提示しうる『枠』の画定そのものに、『学』としての理論作業を可能な限り行うことと、その最後の段階で実践的な『決定』を行うことが、共につねに緊張的な課題となるということが、そもそも私の問題とした点である。そこが理解されない、上記の折角の疑問と説明は、それじたい循環論法に似た堂々めぐりに陥ることになりはしないだろうか」^⑨。

ちなみに、憲法解釈の枠の問題について、小林教授自身は、次のような見解を示されている。「解釈者を拘束する憲法の枠がどのようなものは、或る程度までは理論的に見定めることが出来るけれども、その範囲が客観的に、認識

するだけでは確定しえない場合……がある。枠の認定をできるだけ客観的に行うことは、法解釈における理論的作業の任務であるが、さいごには解釈者の実践的な価値判断によって「決定」しなければならない場合が常に生じうるのである。この点で憲法解釈学は、前述した複数の解決可能性の中からの選択にとどまらず、枠の境界判定でも、実践的性格をもつといわざるをえない」。

5 私見も小林説も、憲法解釈学における憲法の解釈に認識的性格と実践的性格の両者が存在することを認めている。それにも拘らず、上述のような見解の相違が生ずるのは、一つには、この二つの性格に対する理解の仕方に相違があるためといえよう。この点がとくに明確になるのは、憲法解釈の「枠」それ自体が客観的に認識されうるかどうか、という問題においてである。

この点について、小林説によれば、憲法解釈の「枠」それ自体の客観的認識がなされえない場合が常に生じうるとされ、その場合には、「さいごには」、解釈者の実践的な価値判断によって、その「枠」の認定が「決定」されることになる。つまり、小林説では、憲法解釈における認識的性格と実践的性格について、最終的には、後者の実践的性格の方にウェイトが置かれる。なお、この場合の認識的性格は、理論的なものとして、そして実践的性格は、解釈者の価値判断による決定として理解される。従って、この立場からすれば、私見に対する上述の反問が当然に生ずるであろう。しかし、私見によれば、憲法解釈学による憲法解釈の「枠」の確定は、客観的に認識しうる限りでのものである。従って、もし「枠」の客観的な認識が困難であるならば、その困難な程度に応じてその「枠」は、より開かれた、よりオープンなものとして認識される。また、私見によれば、憲法解釈学による憲法解釈の実践的性格は、国家機関、とくに裁判官に対して憲法の「枠」を提示することに求められる。そして、このような実践的性格は、国家機関、とくに裁判官に対して憲法の遵守義務を課している日本国憲法それ自体の実践的な性格を客観的にそのまま反映したも

のである。つまり、私見では、憲法解釈における認識的性格と実践的性格は、相反するものではなく、後者は前者の内容を成すものとして理解される。従って、この立場からすれば、小林説に対する私見の疑問と言明は、なんら「循環論法に似た堂々めぐりに陥る」ことにはならないであろう。

6 このような私見と小林説との相違の基本的な原因は、憲法解釈学それ自体の理解の相違に求めることができる。ちなみに、小林説によれば、「憲法解釈学は、現実に生じた（或いは生じうる）憲法問題に対して、憲法の解釈（最終的には適用）を通じて、具体的な解決を計ることを主な任務とする」とされる⁽¹⁵⁾。このような理解は、オーソドックスなものであり、一般には当然のことかも知れない。しかし、私見からすれば、次のような疑問が生ずる。何故憲法解釈学は、現実に生じた憲法問題に対して「具体的な解決を計ることを主な任務とする」のだろうか。その理由は、憲法解釈学が社会工学の一分野のものであり、応用（実用）法学として、社会の要求に応える実践的課題を有しているからであろうか。仮にそうだとしても、しかし、この社会の要求に応える実践的課題は、もともとは、憲法解釈学の対象である憲法自体のものであり、そして、その課題の実現は、むしろこのような憲法の尊重・擁護義務を負った国家机关、とくに裁判官の任務ではなからうか。あるいは、たとえそのような課題の実現が憲法解釈学の任務であるとしても、しかし、裁判官のそれと比べれば、その任務は間接的なものではなからうか。憲法解釈学の直接の任務は、むしろ憲法問題が具体的に解決されるに当たって適用される憲法の規範内容を客観的に認識（解釈）することではなからうか。

7 私見からすればこのような疑問が生ずるのも、その理由は、私見が、憲法解釈学を伝統的な意味での *Rechtsdogmatik* とは別の意味において理論構成することを模索しているからにすぎない。私見によれば、憲法解釈学は、憲法の解釈学 (*Dogmatik*) と憲法解釈の学 (*Wissenschaft*) とに区別される。前者が伝統的な憲法解釈学であり、後者が私見という憲法解釈「学」である⁽¹⁶⁾。前者は、いわば憲法解釈を「実践」する学問であり、後者は、憲法解釈を「認識」す

る学問である。

ちなみに、前者についてみるならば、それは、学問として憲法解釈を「実践」する以上、認識と実践は「近接化」されると同時に「緊張関係」に立つことになる。¹⁶⁾この場合、両者の緊張関係において実践の方が初めから突出しているならば、そのような憲法解釈は、憲法解釈学というより、むしろ憲法解釈論と称すべきものとなる。また、後者についてみるならば、憲法の解釈の方法や限界・「枠」に関する問題を、実践的な要素をもった第三者（例えば、裁判官）の憲法解釈との関係で究明することが主な課題となる。

このような私見による憲法解釈学の分類を、小林教授の憲法学の分類に当てはめるならば、次のようになる。教授によれば、（狭義の）憲法学の一分野として応用（実用）憲法学が位置し、さらにその一分野として憲法解釈学が位置づけられている。¹⁷⁾私見によれば、さらにこの憲法解釈学は、上述のように憲法の解釈学（憲法解釈を「実践」する学問）と憲法解釈の学（憲法解釈を「認識」する学問）とに分類されることになる。

3 判例の検討

1 私見でいう憲法解釈「学」の任務が、国家机关、とくに裁判官の憲法解釈に対して解釈の限界・「枠」を提示することである以上、上述の私見の要旨で示した憲法解釈の「枠」の有効性を、裁判官の具体的な憲法解釈の検討をとおして検証することが当然に要請されよう。本稿では、時間と紙幅の関係で、この憲法解釈の「枠」に関する若干の判例（判決例）について検討してみたい。

2 憲法解釈の「枠」の縮小に関する代表的な判例（判決例）としては、補強証拠を必要とする憲法三八条三項の

「本人の自白」には「公判廷における自白」は含まれないとする最高裁判所の憲法解釈があげられる¹⁸⁾。このような最高裁判所の見解の主な理由は、(1)公判廷における被告人は、自己の真意に反して虚偽の自白をするような情況の下にはない、(2)裁判所は、被告人の自白の真实性・任意性について、自ら心証を得ることができるといふ点にある。しかし、周知のように、「本人の自白」を限定・縮小して解釈することのような最高裁判所の憲法解釈に対しては、憲法学説から非常に強い批判がなされている¹⁹⁾。とはいえ、このような憲法三八条三項の解釈をめぐる裁判所と学説との対立も、実際上は、刑事訴訟法三一九条二項によつて立法的に解決されている。それによれば、補強証拠を必要とする自白は、「公判廷における自白である」と否とを問わず」とされているからである。

3 しかし、憲法三八条三項と刑事訴訟法三一九条二項との関係については、両者の整合性に関する理論的な問題が存在する。そして、この問題は、憲法三八条三項の「本人の自白」という憲法の規定(文言)に対する最高裁判所の憲法解釈と刑事訴訟法三一九条二項の規定を定立した立法者の憲法解釈の関係をどのようにみるか、という問題でもある。というのも、最高裁判所は、補強証拠を必要とする憲法三八条三項の「本人の自白」を縮小して解釈するのに対して、刑事訴訟法三一九条二項の立法者は、この「本人の自白」を最高裁判所の解釈よりも拡大して解釈した形となっているからである。この点について、最高裁判所の憲法解釈からすれば、刑事訴訟法三一九条二項の規定は違憲——換言すれば、このような規定を設けた立法者の憲法解釈は違憲——とされてしかるべきであろう。しかし、最高裁判所は、このような刑事訴訟法の規定は、「さらに憲法の趣旨を一步前進せしめ」たものだととして、違憲ではないとしている²⁰⁾。だが、この違憲ではないという結論とその理由との論理的関係は、最高裁判所の見解では必ずしも明らかにはされていない。そこで、以下では、私見の観点からこの関係を検討してみよう。

4 憲法の規定、とくにその文言と法律の規定との関係を一般的にいえば、憲法の文言は、法律の規定に対して「枠

としての地位にある。この「枠」としての憲法の文言が法律の規定に対して有する関係としては、少なくとも次の場合が考えられる。(1) 法律の規定が憲法の文言の「枠」内のものであり、その「枠」内の複数の可能性からの選択が憲法自身によって立法者に授權されたものとして捉えられる場合である。これは、いわゆる立法裁量の問題であり、このような法律の規定は、原則として合憲である。(2) 法律の規定が憲法の文言の「枠」を拡大または限定・縮小したものであり、このような立法が憲法自身によって禁止されていると捉えられる場合である。このような法律は、原則として違憲である。(3) 法律の規定が憲法の文言の「枠」を拡大または限定・縮小したものであっても、しかし、それが憲法の基本原理、とくに人権の尊重の原理によって底礎されている限りで、例外的に許されると捉えられる場合である。このような法律は、人権の尊重という憲法の基本原理によって底礎されていることが厳密に論証される限りで、例外的に合憲でありうる。

このような観点から、上述の最高裁判所の見解を分析するならば、次のようにいうことができるであろう。

(i) 最高裁判所は、憲法三八条三項の「本人の自由」から「公判廷における自由」を除外して解釈している。従って、最高裁判所の見解からすれば、憲法三八条三項の「本人の自由」という文言は、もともと「公判廷における自由」を含まない「枠」であるということになる。(ii) 従って、刑事訴訟法三一九条二項の規定がこのような「憲法の規定の趣旨を一步前進せしめた」ということは、最高裁判所が解釈した意味での憲法三八条三項の「本人の自由」という「枠」がそれによって拡大されたということになる。(iii) そして、最高裁判所によれば、このような刑事訴訟法三一九条二項は、違憲ではないとされる。従って、このことを上述の私見の分類に形式的に当てはめれば、一応(3)の場合に該当することになる。

5 以上の分析は、あくまでも私見の観点からの、しかも最高裁判所の見解に則してのものである。従って、学説

の中には、刑事訴訟法三一九条二項が合憲という最高裁判所の結論それ自体には異論がないとしても、その理由に対しては異論が当然にありうる。⁽⁴⁾この点は、私見においても同様である。というのも、私見からしても、刑事訴訟法三一九条二項が合憲であることの理由づけについては、私見なりの見方が存在するからである。それは、法律の合・違憲の問題を、立法者の憲法解釈と最高裁判所の憲法解釈との関係で検討するのではなく、最高裁判所の憲法解釈とその対象である憲法それ自体の規定・文言との関係で検討するという観点である。この見方からすれば、憲法三八条三項の「本人の自白」という文言の「粹」を限定・縮小して解釈することそれ自体が、初めから原則として違憲の憲法解釈なのである。ただし、例外としてこの「粹」を限定・縮小して解釈しても合憲となりうる場合がある。それは、そのような解釈が憲法の基本原理、とくに人權の尊重の原理に基礎されており、しかもその論証が厳密になされうる場合である。しかし、上述の最高裁判所の憲法解釈は、この例外にも属さない。何故なら、憲法三八条三項の「本人の自白」には「公判廷における自白」は含まれないとすることによって、被告人の人權を不利にすることはあっても、決して尊重することにはならないからである。

このようにみてくると、刑事訴訟法三一九条二項は、「さらに憲法の趣旨を一步前進せしめた」がゆえに合憲なのでなく、初めから憲法の規定それ自体に則しているから合憲なのである。ちなみに、法律の規定によって憲法の趣旨が生かされるのは、原則として、その法律が初めから憲法の「粹」内にあるからである。たとえば法律が憲法の「粹」外において憲法の趣旨——とくに人權の尊重——を生かす場合があるとしても、それは仮象であって、実はその憲法の「粹」自体が解釈によって初めから狭められている場合がありうる。⁽⁵⁾ここでみた最高裁判所の憲法解釈もその一例というべきであろう。

6 以上に検討したような憲法解釈の「粹」に関する私見の立場からの議論は、見方によれば極めて特殊な、例外

的な事例に関するものであり、あるいは一般的に通用しうるものではないかも知れない。そこで、次には、学説においても厳しい解釈の対立がみられる事例について検討してみよう。

憲法八九条後段の「公の支配」という規定の意味については、周知のように、これまでの学説において大きな対立がみられる。大別すれば、二とおりの対立であり、一つは、文言に忠実な文理解釈に基づく、いわゆる厳格説と呼ばれるものであり、一つは、現実の必要性と憲法のその他の規定をも考慮した目的論的解釈に基づく、いわゆる緩和説と呼ばれるものである。²⁶⁾ もつとも、このような学説での議論は、もともと、この問題に関する具体的な裁判に先行してなされてきたものであり、裁判所の判決は、その後を追う形で数件下級審のレベルにおいて下されているにすぎない。²⁷⁾ しかし、下級審の判決であつても、憲法解釈の「枠」の問題を検討する上では、むしろ貴重な素材を提供するものとして位置づけることができる。そこで以下では、この下級審の判決に焦点を絞って検討してみる。

7 憲法八九条後段の「公の支配」についての学説での議論は、専ら私立学校への公的助成に関するものであるが、これに関連する下級審の代表的な判決としては千葉地裁の判決をあげることができる。²⁸⁾ これは、私立大学の付属病院の誘致のために市が土地を無償譲渡することが憲法八九条に違反するかどうか、という争いに関するものである。判決は、憲法八九条後段の「公の支配」の意味内容については、「憲法一九条、二〇条、二三条の諸規定のほか、教育の権利義務を定めた憲法二六条との関連、私立学校の地位・役割、公的助成の目的・効果等を総合勘案して決すべきもの」として解している。²⁹⁾ そして、このような観点から、憲法八九条後段の規定する「公の支配」に属する事業とは、「国又は公共団体が人事、組織、予算等について根本的に支配していることまでをも必要とする趣旨ではなく、それよりも軽度の法的規制を受けていることをもって足り」として³⁰⁾いる。

私見の観点から、このような判決を分析するにあたり、とりあえず上述の学説における（1）厳格説と（2）緩和

説の二つをその基準にしてみよう。

まず(1)の厳格説を基準とすれば、この説に基づく「公の支配」という文言の「枠」は限定されたものであり、本判決はその「枠」を越えた解釈ということになる。かつての通説(厳格説)が現行の私立学校法五九条を違憲と捉える論理に従えば、本判決の憲法解釈も当然誤り——私見でいえば違憲の憲法解釈——となるであろう。しかし、たとえ憲法の規定の文言の「枠」を越えた解釈であっても、それが憲法の基本原理、とくに人權の尊重の原理に基礎されており、しかもその論証が厳密なものであれば、私見からすれば、実質的には例外的に憲法に適った解釈——合憲の憲法解釈——となりうる。本判決が「公の支配」という文言の解釈にあたり、「憲法一九条、二〇条、二三条の諸規定のほか、教育の権利義務を定めた憲法二六条との関連」をも勘案すべきとしている点からすれば、本判決の解釈は、たとえ厳格説を基準としても例外的に、実質的には憲法に適った解釈といえることができる。

次に(2)の緩和説を基準とすれば、この説に基づく「公の支配」という文言の「枠」は初めから限定されたものではなく、本判決はその「枠」内の複数の可能な解釈の中の一つの解釈を示したものである。従って、このような基準からすれば、本判決の憲法解釈は当・不当あるいは説得力の問題とはなっても、何ら法的な問題とはならないであろう。もともと、私見からすれば、複数の解釈の可能性の内から特定の解釈を選択したことが、解釈権または解釈における裁量権の濫用とはならないか、という問題が生じうる。つまり、憲法の規定の文言の「枠」内での特定の解釈が、たとえ形式的には憲法に適っている(合憲)場合であっても、実質的には憲法に反している(違憲)か、あるいはその疑いが強い場合の問題である。そして、そのような解釈が違憲の解釈といえるのは、「枠」内の特定の解釈の選択が憲法の基本原理による基礎を欠き、しかもその原理に反する場合である。また、そのような解釈が違憲の疑いが強いといえるのは、「枠」内の特定の解釈の選択がたとえ形式的には憲法の基本原理に合致していても、

その合致の程度が他の解釈の可能性と比較してより低い場合である。この点について本判決を検討するならば、「公の支配」についての解釈が、上述のように「憲法一九条、二〇条、二三条の諸規定のほか、教育の権利義務を定めた憲法二六条との関連」をも勘案すべきとしている点からして、このような解釈が実質的には違憲またはその疑いが強いということとはできない。

8 以上、千葉地裁の判決を学説における厳格説と緩和説とを一応の基準として、私見の観点から分析を試みた。結論からすれば、何れの基準に立つても、本判決は私見という違憲の憲法解釈でもなければ、その疑いの強い憲法解釈でもない。しかし、そもそも、「公の支配」という憲法の規定の文言の「枠」それ自体については、憲法制定当時から議論があり、しかも上述のように、現在においても厳しい学説の対立がみられる。従って、この「枠」は一義的なものではなく、むしろ多義的な、不確定的なものというべきである。そうだとすれば、先にみた本判決の分析は、厳格説よりも緩和説の基準に立つて行うのが妥当であろう。

ちなみに、私見の立場から、改めて憲法八九条後段の「公の支配」という文言の「枠」について試論的にいうならば、次のようになる。すなわち、「公の支配」という場合の「公」については、国またはその機関（地方公共団体）を指すという点で、この点についての議論は殆ど皆無ということが出来る。議論があるのは、「支配」の方であり、その議論の文言上の一つの理由は、「支配」という概念が「程度」という質ないし量的な性格を含んでいることにある。そこでこの点を考慮するならば、「公の支配」という文言の「枠」は、(1) その中核に「支配」の程度が極めて強い厳格説の理解する観念が存在し、(2) その周辺に「支配」の程度がより緩やかな緩和説の理解する観念が存在するということができる。そして、この(2)の観念が(1)の中核から外の「枠」へと向かえば向かうほど、「支配」の程度はより緩やかとなる。また、(2)の観念が外へ向かう可能性があればあるほど、この「支配」という文言の「枠」

はより開かれた、オープンな性質をもつことになる。

そこで、憲法八九条後段の「公の支配」と教育事業との関係についてのこれまでの学説や下級審の議論を上述の試論にあてはめるならば、国公立の学校は、(1)の「支配」に属し、私立学校は、(2)の「支配」に属することになる。そして、いわゆる「幼児教室」は、(2)の「支配」に属し、しかも私立学校よりさらにその支配の程度が緩やかな所に位置することになる。³⁰⁾

4 むすび

以上、極めて簡単ではあるが、憲法解釈の「枠」の問題について、私見に対する異論および判例(判決例)の検討をとおして私見の解釈理論の適用を試みた。それが成功したかどうかは、大方の判断を仰ぐしかない。ただ、本稿で扱った素材が不十分な点はもとより、私見の解釈理論そのものが未だ十分なものではない点が危惧される。その意味では、憲法解釈「学」の確立のための今後の課題として、まず第一に、これらの点の補強に努めていきたい。

〔注〕

- (1) この点を指摘する代表的なものとして、渡辺洋三『法社会学と法解釈学』岩波書店(一九五九年)六九頁参照。なお、外国文献としては、*Y. Kojima*, Vgl. A. Kaufmann, Beiträge zur Juristischen Hermeneutik, 1984, S.91; F. Müller, Richterrecht-rechtstheoretisch formuliert, in: Richterliche Rechtsfortbildung, Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 1986, S.71. *やまびら* *らわゆる* *ホム*

トモダンの法理論の観点から、裁判官の法解釈における法創造の問題を検討するものとして、村上淳一「ポストトモダンの法理論」岩波講座『社会科学の方法』第VI巻岩波書店(一九九三年)二六一頁以下、同「科学技術の水準と裁判」法曹時報第四五巻第九号一八七三頁以下参照。

(2) 古野豊秋「違憲の憲法解釈」尚学社(一九九〇年)。

(3) 例えば、内野正幸「憲法解釈の論理と体系」日本評論社(一九九一年)六八頁以下、赤坂正浩「憲法解釈の枠について」新正幸・鈴木法日児編「憲法制定と変動の法理」木鐸社(一九九一年)三六四頁以下、小林直樹「憲法学の課題と対象」法学協会雑誌第一〇巻第八号一一三八頁以下参照。なお、本稿では、私見に対する異論の中でも、小林教授のそれを代表的なものとして取り上げて後に若干検討してみたい。

(4) 小林直樹「憲法解釈学の基本問題」『公法の理論下I』有斐閣(一九七七年)一三九四〜一四四四頁。

(5) 古野・前掲、一四二頁以下参照。

(6) 筆者は、前掲書においては、憲法の価値原則という表現を用いた。この原則という用語に従えば、場合によっては例外もありうることになる。しかし、憲法は、例外を排除して特定の価値を選択したと理解するならば、憲法の価値原則というよりも価値原理という表現の方が適切かも知れない。この憲法における原理と原則との関係については、別の機会に詳しく検討してみたい。

(7) 古野・前掲、一四三〜一四四頁。

(8) 古野・前掲、一四四頁。

(9) 小林・前掲注(3)「憲法学の課題と対象」一一三九頁。

(10) 小林・前掲注(3)「憲法学の課題と対象」一一三三頁。

(11) ちなみに、赤坂・前掲、三六七〜三六八頁での私見に対する疑問も、この問題と密接な関係がある。なお、赤坂説によれば、私見は枠||原理説に分類されている。私見の「枠」論が、一面ではこの憲法の価値原理を視野においていることは勿論である。しかし、私見からすれば、それはあくまでも実質的・例外的な場合においてであって、形式的・原則

的には文言の意味を本来的な「粹」として理解するものである。

- (12) もっとも、このような私見であれば、そもそも解釈の「粹」を問題とする意味がないのではないか、という疑問も当然生じうる。しかし、憲法規範それ自体がもともと抽象的なものであり、その意味では、その解釈の「粹」は一般的に初めから多かれ少なかれ開かれたものということができる。問題は、そのような「粹」がどこまで理論的・客観的に認識されるかである。この場合、本文で述べたように、解釈の「粹」の理論的・客観的な認識の可能な程度に応じて、解釈の「粹」の広狭の程度が画定されることになる。この点については、後に若干の判例を素材として具体的に検討してみたい。

- (13) 小林・前掲注(3)「憲法学の課題と対象」一一六四頁。

- (14) 小林・前掲注(3)「憲法学の課題と対象」一一二七頁参照。

- (15) 私見でいう憲法解釈「学」は、強いて別の用語でいえば、「憲法解釈学」ともいうことができるであろう。このような用語法については、内野正幸「憲法学の意味と課題」法律時報第六五巻第一号七八頁参照。

- (16) 小林・前掲注(3)「憲法学の課題と対象」一一二七頁参照。なお、このような理論と実践とが「近接化」され、それと同時に「緊張関係」に立つ中で、換言すれば憲法解釈における「神々の争い」の中で、自らの憲法解釈について厳密な論証を試みたものとして、根森健「最高裁と死刑の憲法解釈」『現代憲法の諸相』専修大学出版局(一九九二年)一一一頁以下参照。

- (17) 小林・前掲注(3)「憲法学の課題と対象」一〇八九頁参照。

- (18) 最大判昭和二三年七月二十九日(刑集二巻九号一〇二二頁)。

- (19) 例えば、橋本公巨『日本国憲法』(改定版)有斐閣(一九八八年)三三八頁。

- (20) 最大判昭和二四年六月二十九日(刑集三巻七号一一五〇頁)。

- (21) ちなみに、学説の多数は、この刑事訴訟法の規定は、憲法上の要請によるものと解している。この点については、例えば、樋口陽一他『注釈日本国憲法上巻』青林書院新社(一九八四年)七九八頁参照。

(22) ちなみに、いわゆる情報公開制度は、現在のところ法律上の制度ではなくて地方公共団体の制定する条例上の制度である。このような制度が憲法の要請に基づくものか、それとも立法機関の裁量に委ねられたものかについては、議論が分かれる。この点について、仮に後者として理解した場合には、本文で述べたのと同じような場合がありうる。なお、この問題との関係で、古野豊秋「立法裁量と司法解釈」『愛と信頼』丸善ブラネット株式会社（一九九二年）四一～六一頁参照。

(23) このような学説の分類の仕方については、内野正幸「憲法解釈の論点」日本評論社（一九九〇年）一六五頁参照。

(24) 例えば、私立大学の付属病院に対する市からの土地の無償譲渡について、千葉地判昭和六一年五月二八日（判時一一一六号五七頁）、無認可の幼児教室に対する町からの公的補助について、浦和地判昭和六一年六月九日（判時一一二二二号一九頁）Ⅱ第一審、東京高判平成二年一月二九日（高民集四三卷一号一頁）Ⅱ第二審がある。なお、比較的最近のものとしては、私立大学に対する市の公金の支出について、新潟地判平成四年十一月二六日（判夕八二三号一八七頁）がある。

(25) 前掲、千葉地判昭和六一年五月二八日（判時一一一六号五七頁）。

(26) 判時一一一六号六六頁。

(27) 判時一一一六号六七頁。

(28) 古野・前掲注（2）『違憲の憲法解釈』一六五頁以下参照。

(29) 野中俊彦他「憲法Ⅱ」有斐閣（一九九二年）二八九頁、佐藤幸治「憲法」（新版）青林書院（一九九〇年）一六七頁等参照。

(30) ちなみに、前掲注（24）の浦和地裁の判決は、憲法八九条の「公の支配」について「行政機関の行う規律の根拠が法律でなければならぬことまでは規定しておらず、普通地方公共団体における行政機関が、議会のコントロールの下、教育の事業を規律することは、憲法が一律に禁止するところではなく、また……一般的に、現に学校法人に対して行われている規律と同程度でなければならない理由はない」（判時一一二二二号二八頁）としている。

（ふるの）とよあき・本学法学部教授