

憲法理論のアポリア

—学説と学問—

宮 下 紘[※]

- I 「法律学における学説」再訪
- II 学説というもの
- III 憲法理論のアポリア
- IV 学説を支えるもの
- V 学説と学問

A man may die, nations may rise and fall, but an idea lives on.

-John F. Kennedy

I 「法律学における学説」再訪

憲法という学問を探求するものにとって「学説」はアイデンティティーである。戦後、日本国憲法の学問のパイオニアとなった宮沢俊義は、「法律学における学説」とは何か¹⁾、ということを追究し、自らのアイデンティティーを開花させた。

なぜ今出版から四半世紀以上も経つ古書を紐解き、改めてこの宮沢の問題提起を俎上に載せる必要があるのか。これにはいくつかの理由がある。たとえば、現実味を帯びつつある憲法改正論の登場により法律学における学説、とかく憲法の学説の任務が問われつつあること。また、法科大学院の誕生により、実務、実践重視の傾向に対して伝統的な学説の存在意義が再考されつつあること。宮沢が提起した「法律学における学説」とは何か、という問題は、このような学説を取り巻く現実の変化によってますます重要性を持ってきたと思われる²⁾。

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第3巻第1号2004年3月 ISSN 1347-0388

1) 宮沢俊義『法律学における学説』（有斐閣・1968）。

しかし、宮沢が提供した疑問は、憲法という学問の歴史の中における現代の特殊な状況のみによってその意義を担保されるわけではない。宮沢の問題提起は憲法を学問の対象として研究を行おうとするものにとって必要不可欠な前提を提供したと考えられる。その前提とは、学説とはどのような要素を備えていることを期待されているのか、そして、究極的には学説はどのような意義を有しているのか、というものである。

学説とは「法律学の研究に従事する人がなんらかの目的のために行うひとつの提言」³⁾である。しかし、もし学説が、学者によって作られることが必ずしも要件ではないとしたら⁴⁾、どのような要素が学説としての資質として要求されるのか。学者が憲法に関する提言をするように、裁判官や政府あるいは市民も憲法に関する提言を行うことはあるが、憲法に関する提言という等しい行為の中で学説はなぜ学説たりうるのか。その資格を付与されるために必要な要素とは何か。また、その意義は何であるのか。このように、学説の持つ意義を考えることは古くて新しい問題である。法律学における学説とは何か、ということを検討することは、学説を取り巻く特殊な環境を唯一の理由としなくても、決してその意義を損ねるものとはならないと思われる。

戦後の憲法学界にかなり不毛な議論があったとすれば、その一因は憲法研究者が憲法解釈にけじめをつけなかったことにある、という指摘がなされてきた⁵⁾。この指摘が妥当するならば、日本国憲法がまだ産声をあげたばかりの頃の憲法学の原点に今一度立ち返り、当時の学説の意義を確認することは決して無駄な作業ではなかろう。そして、本稿ではこの目的を遂行するのに最もふさわしいと目される宮沢が擁護した学説における「理論」の重要性に着目をする。それは二重の意味において重要である。1つは、「理論」が学説の中核であることを明らかに

2) 学説と環境の関係を論じた興味深い論考として、樋口陽一『憲法近代知の復権へ』（東京大学出版会・2002）34頁以下、参照。

3) 宮沢・前掲注1）67頁。

4) 宮沢・前掲注1）92頁。本稿では、学説の標識は、属人的なものでも、属地的なものでもないとの認識に立っている（樋口陽一『近代憲法学にとっての論理と価値』（日本評論社・1994）77-8頁、参照）。

5) 奥平康弘「試論・憲法研究者のけじめ」法学セミナー369号（1985）11頁。

したことである。いま1つは、「理論」が学問の自由の本質をなすことである。これらの重要性にかんがみると、宮沢が法律学における学説を追究した姿勢は、憲法という学問の作法を教授するものである。

本稿では以上のような問題意識の下、学説における「理論」をめぐる議論の分析、検討を行い、なぜ学説における「理論」が学問としての性格を有するのかと、このことを探究することを目的としている。以下、近年の学説における「理論」をめぐる議論を概観しつつ、宮沢が考えていたそれがどのような意義を持つのか検討することにした。

II 学説というもの

憲法という学問の作法を論じるにあたり、各論者は「解釈」、「理論」、「科学」などの用語を使用してきた。それぞれの用語を定義することは容易な作業ではなく、また、それらの用語が持つ意味さえも論じられてきたといえる。しかし、本稿の目的はこれらの用語を定義づけることにあるのではない。むしろ、その狙いは冒頭でも述べたように憲法の「解釈」、「理論」、「科学」がそれぞれどう定義されようと、憲法の学問としての水準を満たす「学説」の要素は何なのか、ということにある⁶⁾。この点、少なくとも現在の憲法学における「解釈」と「理論」の概念について次の指摘をすることができるだろう。

まず第1に、宮沢は「解釈」を「実践的な価値判断作業の結論という性質をもつ」⁷⁾（強調原文）と述べていた。そして、現在でも「法の解釈という作用の基本的性格が実践的価値判断作用であるということ（いわゆる実践説）がほぼ学界共通の認識として確立した」⁸⁾ことが指摘されている。すなわち、解釈が「実践」の

6) 安念潤司によれば、科学と解釈の二分論の貢献は、「解釈を、『科学』ではないにしても、単なる好みや希望の表明ではない、『学問』の水準にまで洗練させなければならぬことを、解釈者自身に自覚させたところにある」（安念潤司「憲法と憲法学」樋口陽一編『ホーンブック憲法〔改訂版〕』（北樹出版・2000）75頁）。この「科学」の概念を明らかにし、法学にどのような貢献をするか、という課題は本稿の守備範囲を超えるものである。なお、この点については、亀本洋「科学と法律学とのアナロジーの射程」奥島孝康・田中成明編『法学の根底にあるもの』（有斐閣・1997）301頁以下、藤井樹也『「権利」の発想転換』（成文堂・1998）第1章、を参照。

7) 宮沢・前掲注1) 90頁。

側面を有すると考えられる。この点は、宮沢が言う「解釈」の性質とほぼ同じであるといつてよいと思われる。

第2に、近年憲法学において「理論」が意識されるようになってきた。ここで、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、具体的には、「国家論、憲法理解（本質論）、民主主義観、基本権観、等」⁹⁾が挙げられよう。

この憲法理論の意義は、宮沢の研究にまで遡って求めることが可能であると思われる。宮沢の憲法「理論」は、天皇機関説事件を境に「理論」のもつニュアンスが異なっているように思えるものの¹⁰⁾、次のようなことを述べている点に注目すべきである。

「学説の存在理由は、どこまでも、それに内在する理論構成にある。それは、科学学説における理論とはちがうが、しかし、あらわな政治的ないし政党的な意見ではなくて、ある種の客観性を有する理論でなくてはならない。そういう理論性がまったく失われてしまえば、そこにはもはや、学説といわれうるものはなくなってしまう」¹¹⁾（強調原文）。したがって、「学説は、どういう場合でも、理論性を放棄することは、絶対に許されない」¹²⁾。

では、ここで述べられている「理論性」とはいったいどのようなものか。この理論性は次のように表現できる。

「それは、法解釈のための独自の理論であり、論理である。それは、一方に、法文の文法的論理をふまえながら、他方で、法の意味や目的に指導されて、具体的に妥当な結論を作り上げる作業である」¹³⁾（強調原文）。つまり、その学

8) 山内敏弘「戦後における憲法解釈の方法」杉原泰雄編『憲法学の方法』（勁草書房・1984）117頁。

9) 渡辺康行『「憲法」と「憲法理論」の対話（一）』国家学会雑誌103巻1—2号（1991）5頁。

10) 高見勝利「宮沢俊義の憲法学的研究」（有斐閣・2000）10頁、参照。ここでの「理論」とは主に「学説というもの（1964年）」を基礎にしているが、IVでは「法学における『学説』（1936年）」を検討の対象としている。いずれの論文も宮沢・前掲注1）に収用。

11) 宮沢・前掲注1）98頁。

12) 宮沢・前掲注1）99頁。

13) 宮沢・前掲注1）93頁。

説に内在する理論構成¹⁴⁾ (強調原文) のことである。

この文脈から戦後宮沢が主張していた「理論」であると読み取ることができる。そして、ここでの「理論性」という概念は、今日の憲法学において注目を集めつつある憲法「理論」に発展していると思われる。すなわち、宮沢の「法解釈のための独自の理論」が現在の憲法「理論」へと発展してきた。そして、解釈の発見の過程で働く「前理解」¹⁵⁾として憲法理論を明示し、当該解釈の正当化の過程で重要な議論の手掛かりをなすのが憲法理論であると考えられている。

いずれにせよ、宮沢のここでの「法解釈のための独自の理論」はいわゆる「解釈学説」に属し、また憲法理論も解釈論の基礎に存在しているのである。つまり、理論は解釈から独立してア・プリオリに存在しているわけではない。理論と解釈は何らかの関係性を有しているのである。

Ⅲ 憲法理論のアポリア

1 循環

では、「理論性」が学説の中核にあると言われながらも、理論がどのように解釈に貢献をしているというのであろうか。宮沢の理論と解釈の学説二分論に関して「まず対立の関係に立つが、対立を通して総合ないし帰一の関係にある」¹⁶⁾ (強調原文) という芦部信喜の指摘が妥当するならば、両者をどのように「総合ないし帰一」すればよいのだろうか。この点、次の2点について注意する必要がある。

第1に、「理論」としてはやむを得ないことながら、一種の「高踏化」が見られ、解釈論との橋渡しができず、「理論」と「解釈」の断絶がされてしまうおそれがある。そのため解釈論の停滞が危惧される¹⁷⁾。やはり、憲法解釈を様々な政治理論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、

14) 宮沢・前掲注1) 93頁。「ここで理論といっても、解釈学説のことであるから、科学的な理論ではない」ことには注意を要する。

15) 渡辺・前掲注9) 7頁。渡辺は、宮沢の理論性について言及し、「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」、と述べている。

16) 芦部信喜『憲法制定権力』(東京大学出版会・1983) 180頁。

17) 安念・前掲注6) 77頁。

誤り」¹⁸⁾であろう。したがって、「理論」が「解釈」を必然的に代替してくれるわけではないことを注意しなければならない。

この点に関連して、第2に、憲法「理論」と「解釈」の架橋を試みようとする際に解釈の対象となる憲法のテキストの定位に関連して両者の循環、というより深刻な問題を生じさせる。すなわち、「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もちだしているという、循環構造」¹⁹⁾が生じる。

この点、松井茂記はこのような循環が生じることを認めて次のように述べている。「そもそも日本国憲法は、テキストである。テキストには、あらかじめ意味はない。解釈されてはじめてテキストは意味を持つ。しかも、実は何がテキストであるかも、解釈によって決められる。何をもちいてテキストとみるか、そのテキストをどう解釈するか、そのようなメタ解釈ルールなくしてはテキストを解釈することはできない」²⁰⁾。

松井は、日本国憲法のテキストが「遥に手続的である」²¹⁾という認識に立ちプロセス理論を展開している。その上で、松井はプロセス理論を「メタ解釈ルール」として措定し、テキスト解釈を試みている。やはりここに、循環が介在して

-
- 18) 阪口正二郎『リベラリズム憲法学と国家の中立性』序説「法律時報72巻12号(2000)97頁。また、憲法学と政治哲学の差異を指摘し、「憲法学者である私からみて、…の主張は受け入れがたい」という主張の仕方はされている(愛敬浩二『自律的生』と憲法学」法律時報75巻8号(2003)48頁)。ここで政治理論ないし政治哲学とは、あらかじめ憲法の解釈論に寄与することを目的としていない理論のことを言い、それらが憲法理論に変換されるためには憲法の視点からの翻訳が必要であると考えている。
 - 19) 渡辺康行「『憲法』と『憲法理論』の対話(六・完)」国家学会雑誌114巻9—10号(2003)91頁。
 - 20) 松井茂記「なぜ立憲主義は正当化されるのか・下」法律時報73巻8号(2002)63頁。「憲法典に先行するルール(憲法典に先行し、憲法典の解釈の方法について定める規範的ルール)」というのも本質的にこれと同じであると思われる(阪口正二郎『立憲主義と民主主義』(日本評論社・2001)162頁、参照)。
 - 21) 松井茂記「プロセス的司法審査理論再論」佐藤幸治先生還暦記念『現代立憲主義と司法権』(青林書院・1998)80頁。この点、等しくプロセス理論にコミットする松井とMichael Klarmanの立場に関して述べると、松井が憲法典を援用するプロセス理論が憲法典だからこそという形をとるのに対して、Klarmanは政治理論としての多数決主義にダイレクトに依拠するプロセス理論は憲法典にもかかわらずという形をとっていることが指摘されている(阪口・前掲注20)165頁)。

いる。そして、この松井の立場は、憲法典に事実そのように定めてあるからそれが憲法論として正当であるとする憲法典実証主義の論者とみなされる。

しかし、この循環の問題は松井だけにかかわるわけではないだろう²²⁾。

なぜなら、憲法理論が解釈を導くとする立場は「超憲法典主義」との批判に直面せざるを得ないからである。そもそも憲法理論そのものは憲法のテキストに書かれている事柄ではなく、テキストの外にある²³⁾。したがって、体系的な基本思考である憲法理論が解釈の導きであると主張する論者にも、憲法のテキストと憲法理論との関係をどのように判断しうるか、という問題は生じるはずである。

この点について、憲法のメタ理論をほとんど独力で切り開いてきた長谷部恭男は、憲法典の解釈が要求される問題については、憲法に何が書いてあるか（だけ）ではなく、憲法はそもそも何のためにあるのかという問題にも回答を用意する必要性を説く。つまり、「憲法典を解釈するに際していかなる基本的立場をとるべきか、そもそもなぜ政府の権威の正当性を認めるべきなのか、なぜ国家の設営に市民として協力すべきなのか等の問題も、同様に、憲法典に何が書いてあるかとは独立に、それを超えて考察する必要がある」²⁴⁾。したがって、「憲法の条文や具体的ルールは、その理論〔条文や制度の背後にあって法体系を包括的に支える深層の正当化理論〕を構築するための素材であり」、「理論の導きを欠いた法解釈は盲目である」²⁵⁾ことを長谷部は主張している。

このような長谷部の主張に対しては、「具体的な憲法典と無関係に、どのような政治像・社会像が最も優れたものかによって定まるということになれば、それはまさに『超』憲法典主義そのものではなからうか」²⁶⁾という松井の評価が下さ

22) 渡辺・前掲注9) 94頁。

23) Laurence H. Tribe & Michael C. Dorf, *On Reading the Constitution* (Harvard University Press, 1991) at 116; Richard H. Fallon, Jr., How to Choose a Constitutional Theory, 87 *Calif. L. Rev.* 535, 549 (1999); Lawrence Lessig, The Puzzling Persistence of Bellbottom Theory: What a Constitutional Theory Should Be, 85 *GEO. L. J.* 1837, 1838 (1997).

24) 長谷部恭男「憲法典というフェティッシュ」国家学会雑誌111巻11—12号（1998）168頁。

25) 長谷部恭男『比較不能な価値の迷路』（東京大学出版会・2000）168頁。

26) 松井・前掲注20) 64頁。

れている。

ここに、憲法典のメタ解釈ルールによる循環を原因として、憲法典実証主義と超憲法典主義の対立が表面化することになる²⁷⁾。結局のところ、松井自身も認めているように、憲法典の位置づけをめぐる憲法解釈と憲法理論の「循環」²⁸⁾が存在するのは不可避のことであろうし、それは憲法理論を提示するものには等しく検討の機会を与えるものであると考えられる。

とすれば、憲法理論の高踏化の克服、そして憲法理論を提示する各論者は理論と解釈の対話としての「メタ解釈ルール」がどのように機能していくかは、いまだ開かれた課題であり、また憲法「理論」が抱えているアポリアでもある²⁹⁾。

2 多元主義

このような学説における理論は、具体的に裁判官に対してどのような意味を持っていると考えられるだろうか。この点、あくまで裁判官に向けての議論を意識しつつ、解釈の本質を理論に求める Ronald Dworkin の議論は示唆に富むものである。『法の帝国 (Law's Empire)』における Dworkin の出発点は、理論的不一致 (theoretical disagreement)、すなわち法の根拠についての見解の相違であった³⁰⁾。現実の世界における個々の具体的な法的議論は常にいかなる根拠で法を判定するかについての基礎理論を前提としていることに Dworkin の眼目が置かれている。このように、Dworkin によれば、法それ自体は理論—どのような理論であるかは別にして—に覆われているのである³¹⁾。

27) 長谷部・前掲注24) 163頁；松井・前掲注20) 64頁。松井が依拠する John Hart Ely のプロセス理論に対しても循環論が指摘されている。See Richard A. Posner, *Overcoming Law* (Harvard University Press, 1995) at 201.

28) 松井・前掲注20) 63頁。

29) この点についての研究は、渡辺康行「『憲法』と『憲法理論』の対話・補遺」法律時報74巻3号(2002)105頁、早瀬勝明「『憲法理論』の一般的意義」阪大法学52巻6号(2003)207頁、参照。

30) Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Harvard University Press, 1986) at 5. (小林公訳『法の帝国』(未来社・1995)21頁)。

31) Ronald Dworkin, In Praise of Theory, 29 *Ariz. St. L. J.* 353, 360 (1997). また、Dworkin に対して「理論」の不要性を説いた Stanley Fish との論争については、野坂泰司「解釈・理論・実践」小林直樹先生古稀祝賀『憲法学の展望』(有斐閣・1991)98-100頁、参照。

これに対して、実践を重んじる「シカゴ学派 (The Chicago School)」³²⁾は Dworkin にとって格好の好敵手である。ここで Dworkin が名指しした「シカゴ学派」とは Richard Posner と Cass Sunstein である。

Posner によれば、理論それ自体は法から導き出されているのではなく、Dworkin のように人民や法による統治ではなく、原理による統治を主張することは、不明瞭な原理の名の下に何でも演繹可能な典型的なトップ・ダウン型 (top-down) であると批判をする³³⁾。抽象的な理論それ自体は、固定された意味を有しているわけでもなく、特に規範論において絶対的な意味を有してはいない³⁴⁾。そのため、理論という言葉を用いるだけでは具体的な事案を解決するには至らない、と Dworkin を批判している。だからこそ、Dworkin 流の学問上の道徳と結び付けられた理論は、学問とは別の道徳的説教とは混同されるべきではないことを Posner は指摘する。結局のところ、理論という言葉を用いたことにより Dworkin の主張の正当性が保証されるわけではないのである。そこで、Posner が採るプラグマティズムの立場からは、Dworkin 流の理論を放棄し、客観的に正しいというものはないという前提の下、アメリカの宗教、倫理や道徳などの多元性ないし異質性を隆盛するために諸事実や諸帰結に立脚した実践的論法 (practical reasoning) が必要となるにとどまるのである³⁵⁾。また、先に日本での理論に対する「高踏化」が指摘されているのと同じく、憲法理論がより高度に理論化すればするほど、裁判官や実務法律家にとって憲法理論が迂遠な存在になっていく

32) Ibid. See also Ronald Dworkin, *The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve* 65 *Fordham L. Rev.* 1249, 1265 (1997).

33) Posner, *supra* note 27 at 172-4. Posner の憲法理論批判に関する紹介として、小林伸一「R・A・ボズナーによる〈憲法理論〉批判を基礎づけるもの(その1)」清和法学研究第6巻1号(1999)137頁以下、参照。

34) Richard A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory* (Harvard University Press, 1999) at 116. Posner は「理論」そのものの放棄を主張しているのではなく、法学にしばしば見られる「すべき (should)」を主張する道徳的理論 (moral theory) の不要性を説く。しかし、Posner によれば、①理論が経験的に反論可能性をもつこと、②その理論を論駁するデータは経験的に観察しうること、の基準を満たしていることから自然科学における進化論に類似する経済理論 (economic theory) は成功している (successful) と考えている。Ibid at 13-4.

35) Richard A. Posner, *Law, Pragmatism, and Democracy* (Harvard University Press, 2003) at 34.

36) Posner, *supra* note 34 at 146.

ことも指摘されている³⁶⁾。

Dworkinによって同じくシカゴ学派に分類をされたSunsteinも「反理論、反ルール (Against Theories, against Rules)」³⁷⁾を掲げている。SunsteinはDworkinが事実を留意する必要性をあまり強調しない点、また裁判所が担うべき制度上の役割に注意をほとんど払っていない点を特に問題としている。裁判官は、理論的な仕事に従事する技能が十分にあるわけではなく、哲学者としての訓練を受けているわけでもない。にもかかわらず、学者と同じレベルの理論の素養を備えていない裁判官に、抽象的な理論を要求することはかえって裁判官の協働の妨げとなる。したがって、「…一般的な理論は法において正統ではない。…多くの状況において裁判官はよい理論を思いつくことはできないであろうし、多くの事案においてどんな理論にも一致できるわけでもないだろう」³⁸⁾。Dworkinが想定する超人的能力と無限の時間をもったハーキュリーズは、包括的理論を指向しているが、通常の裁判官にはせいぜい部分的な理論があれば事案を解決するには十分であることを主張する³⁹⁾。また、Sunsteinの認識によれば、実際にいまだ連邦最高裁はいかなる理論にもコミットしたこともないのである⁴⁰⁾。さらに、理論を要求しないことが裁判官にとって有益であるのみならず、多様な価値観を抱く人々が共存する社会にも役に立っているというのである。つまり、多様な人々が共存することができるのも、法的ルールが完全には理論化されていないことに起因している。だからこそ、Sunsteinによれば、理論によって多様な人々の意見や行動の一致を求めるのではなく、通常の実践のように完全には理論化されない一致 (Incom-

37) Cass Sunstein, *One Case at a Time* (Harvard University Press, 1999) at 8.

38) Cass Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict* (Oxford University Press, 1996) at 56-7. 正や善に関する大規模な理論 (large-scale theories) の提示は司法の任務ではなく、民主主義の討議が担うべき事柄である、と考えている (*Ibid* at 53.)。

39) *Ibid* at 53. もっとも、Dworkinは、次のように述べていることからSunsteinと根本的に異なるわけではなさそうである。「現実にはいかなる裁判官も、自分が属する共同体の法のすべてを同時に対象とするような、完全な解釈に近いものを構成することはできないだろう。だからこそ我々は、超人的な才能と無限な時間的余裕を与えられたハーキュリーズのような裁判官を想像しているのである。しかし、限定的な仕方であれば現実の裁判官もハーキュリーズを模倣することができる。」 See Dworkin, *supra* note 30 at 245. (邦訳381-2頁)。

40) Sunstein, *supra* note 37 at 7.

41) *Ibid* at 13-4.

pletely Theorized Agreements as Ordinary Practice) こそが求められるべきである⁴¹⁾。

Dworkin が名指しこそはしなかったものの、同じ「シカゴ学派」に属すであろう David Strauss も特に事案をより複雑にさせるような理論の必要性はなく、ケース・バイ・ケースに事案を解決するコモン・ロー解釈で済ませることが可能である、ことを主張している⁴²⁾。

このような実践を重んじつつ憲法の反理論を主張する論者に対して、「実践」という言葉自体が「ぼやかし装置 (obscuring device)」⁴³⁾であると Dworkin は反論をする。Dworkin はあくまで「理論の賛美 (In Praise of Theory)」を主張する。とくにハード・ケースでは「理論こそが真の仕事をこなさなければならない」⁴⁴⁾。あくまで裁判官「ハーキュリーズは、この機構〔憲法により確立された一般的政治機構〕の中でいかなる構造をもった諸原理が確立されているかを問わねばなら

42) See David A. Strauss, *Common Law Constitutional Interpretation*, 63 *U. Chi. L. Rev.* 877 (1996). Strauss の主張は、日々積まれていく憲法解釈の実践を尊重するコモン・ロー・アプローチなら、文言主義や原意主義に内在する様々な障害を回避できる、というものである。

43) Ronald Dworkin, *Freedom's Law* (Harvard University Press, 1996) at 361 n 22. (石山文彦訳『自由の法』(木鐸社・1999) 471頁脚注22)。もっとも、Dworkin によれば、理論と実践を結びつける方法は2つある。1つは、「外側 (outside in)」から結びつけることであり、それは、正義や個人的倫理や憲法解釈の一般理論を、人間性や言語、思想の構造に関する一般的前提や他の何らかの性質に関する最初の原則から構成し、次いでこれらの一般理論を具体的問題に適用することを試みる方法である。いま1つは、「内側 (inside out)」から結びつける方法で、実践的な問題から出発し、次いでこの実践的な問題を解決するために直面せざるを得ない、一般的な哲学的・倫理的問題を問うものである。See Ronald Dworkin, *Life's Dominion* (Knopf, 1993) at 28-9. (水谷英夫・小島妙子訳『ライフズ・ドミニオン』(信山社・1998) 41-2頁)。なお、Dworkin と Posner の論争については、これまで脚注で挙げたものの他に、See Ronald Dworkin, *Darwin's New Bulldog*, 111 *Harv. L. Rev.* 1718 (1998); Philosophy & Monica Lewinsky, 47 *N. Y. Rev. of Books*, March 9, 2000; Posner's Charges: What I Actually Said <<http://www.nyu.edu/gsas/dept/philo/faculty/dworkin/papers/posnre.html>> available on January 31 2004; Richard A. Posner, Reply to Critics of The Problematics of Moral and Legal Theory 111 *Harv. L. Rev.* 1396 (1998); An Affair of State: The Investigation, Impeachment, and Trail of President Clinton, 47 *N. Y. Rev. of Books* April 27, 2000; Dworkin, *Polemics, and the Clinton Impeachment Controversy*, 94 *Nw. U. L. Rev.* 1023 (2000).

44) Dworkin, *supra* note 31 at 371.

45) Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* 2nd Imp. (Harvard University Press, 1978) at 106. (木下毅・小林公・野坂泰司共訳『権利論』(木鐸社・1986) 132頁)。

ず、したがって憲法理論を構築しなければならない⁴⁵⁾。それは、チェスの審査員がゲームの性格について一定の理論を提示しなければならないのと同じように、「統治機構を正当化する原理や政策の複合態から成る憲法理論を提示しなければならない⁴⁶⁾」ことを意味している。そして、理論に裏打ちされた法の解釈は、Posner や Sunstein が考えるような未来志向の要素と Strauss が考えるような過去志向の要素を結合させたものである。この両方の要素を結合させた法理論としての「純一性としての法 (Law as Integrity)」こそ Dworkin が擁護する法の構想 (conception) である。そして、この純一性は裁判官が自問自答することを要求させ、理論的な射程を必要であれば拡張させようとする⁴⁷⁾。

だから「裁判所は法の帝国の首都であり、裁判官はそのプリンスである…。法のためにその野心的企てを成就するのは、つまり、我々が有する法の中に内在すると同時にそれを越えたところにあるより純粋な形態の法を創りあげるのは、哲学者の―彼らがこれを試みればの話であるが―任務に属する⁴⁸⁾。つまり、「裁判官の意見というものは、それ自体で一個の法哲学⁴⁹⁾」なのである。

以上の憲法理論をめぐる議論に関する両者の対立については何をもって優劣を決めるかは困難であるが、Dworkin が、「理論の賛美」という論文の最後で、シカゴ学派とは全く逆の発想で次のように述べている点は注目し得る。人々は、文化的、倫理的、政治的、あるいは道徳的に分離しているにもかかわらず、平等な存在として共生していきたいという願望があり、だからこそ多様な存在を結合するための理論が必要である⁵⁰⁾。これは、シカゴ学派が多様な価値観の存在する

46) *Ibid* at 107. (邦訳133頁)。

47) Dworkin, *supra* note 31 at 371. Dworkin は、純一性とは、統一性ではなく原理にその主眼があり、①裁判所の判決とは妥協、戦略あるいは政治的調整の問題ではなく、原理の問題であること、②垂直方向に適用されること (ある裁判官が特定の自由を基本的な権利だと主張するのであれば、彼は自らの主張が、先例の大部分および我々の国の基本制度の主要な骨組と整合的であることを示さなければならない)、③水平方向に適用される (ある原理を採用する裁判官は、彼が下したりは認したりする他の判決においても、その原理を完全に支持しなければならない)。See Dworkin, *supra* note 43 [*Freedom's Law*] at 83 (邦訳105頁); *supra* note 43 [*Life's Dominion*] at 146. (邦訳234頁)。

48) Dworkin, *supra* note 30 at 407. (邦訳621頁)。

49) Dworkin, *supra* note 30 at 90. (邦訳155頁)。

社会だからこそ道徳理論の無用さあるいは完全には理論化されない一致を主張するのに対して、Dworkin は多様な価値観が存在するにもかかわらず様々な存在を結合するために理論が必要であると主張しているのである。結局のところ、Dworkin にとっては、理論こそが多様な価値観を結びつける契機となる。

以上のことから、価値観の多元主義とどう折り合いをつけるのかということも憲法理論が抱えているアポリアであろう⁵¹⁾。

3 射程

今見てきたように、宮沢と同じように Dworkin も「理論」の必要性を主張している。しかし、両者には微妙な違い—もっとも、Dworkin が裁判官の哲学者としての性格を強調したときは両者の距離はそれほど遠くないが—がある。それは、宮沢の「理論」の要求はあくまで「学説」に対して向けられているのに対して、Dworkin のそれは基本的に裁判官の「判決文」へと向けられている。したがって、学説の要素をなすと主張する宮沢の「理論」を、裁判官にとって必要であることを強調する Dworkin の「理論」を同視することは適切ではない。

憲法の解釈や理論を提示する主体は混同されるべきではない。なぜなら、そこで各論者が用いている解釈や理論の内容が異なってくる可能性があるだけでなく、自らの提言の名宛人の設定こそがその論者の解釈や理論の根底にもなりうると考えられるからである。

ところが、この憲法理論を提示する主体の問題についてはあまり意識されてこなかったように思われる。たとえばアメリカでは、「憲法の解釈を考える場合、殆どもっぱら裁判所による司法審査権行使の際の憲法解釈を念頭に置いてきた」⁵²⁾と指摘されてきた。他方、日本においては、「これまでの法解釈論は、専ら

50) Dworkin, *supra* note 31 at 376. See also Dworkin, *supra* note 30 at 164-7. (邦訳263-7頁)。

51) 多元主義を規範として理解するのかあるいは経験として理解するのか、という疑問については、日本でも議論されている。愛敬浩二「リベラリズム憲法学における『公共』」森英樹編『市民的公共圏形成の可能性』(日本評論社・2003) 61-2頁、阪口正二郎「リベラルな立憲主義における公教育と多様性の尊重」一橋法学第2巻2号(2003) 107頁、参照。

52) 松井茂記「憲法『解釈』の意味」阪大法学144号(1987) 54頁。

法律学者一何が『法律学者』であるかを一般的に定義するのは困難であるが、ここでは『主として大学に籍をおいて法律学の教育・研究を任務とする者』という、言わば『非機能的』な定義を与えておこう—内部の世界の議論であった⁵³⁾という指摘が的確であろう。すでに検討をしてきた宮沢の理論と解釈の二分論も「学説」を提示する者、すなわち「法律学者」に向けられている。それに対して、アメリカにおける理論や解釈に関する論争は本質的に裁判官へと向けられていることに注意しなければならない。

もっとも、この区別を国ごとに分析するよりも、同じ国における議論の食い違いを観察したとき次のような指摘ができるであろう。憲法理論の「主体に対する射程の問題」を原因として、先ほど検討を行った憲法典実証主義と超憲法典主義の対立について次のようなことが言えよう。松井の憲法の理論や解釈に関する議論は、「最高裁判所が前提としている憲法観、基本的人権観などを適切に理解しなければならない⁵⁴⁾」という認識がある。そして、このような最高裁判所の判断枠組みやその結論とは「異なる枠組みや結論も知ること重要」であり、「『学説』と呼ばれるものの憲法解釈上の価値は、ここにある⁵⁵⁾」、と述べている。このように、松井は最高裁判所の裁判官が提示する枠組みに対する「異なる枠組みと結論」の提示を「学説」の存在意義として捉えている。プロセス理論を前提に裁判官の提示する枠組みや結論を意識しているところに学説の本質を捉えることは、裁判官を、憲法理論を提示する主体と捉えるアメリカ型の理論・解釈の論争の傘の下に入るものであろう。これに対して、長谷部の提言は、先にも見たとおり、必ずしも直接的に裁判官に向けられているとは限らず、「国家観、憲法理解

53) 平井宜雄『法律学基礎論覚書』(有斐閣・1989) 5頁。また、「西ドイツにおいて憲法解釈方法論が論じられる場合、解釈主体として必ずしも常に裁判官が念頭に置かれてきたわけではない。むしろ、主に学者を主体としての解釈方法論を論ずるのがドイツの伝統であった」と考えられている(渡辺・前掲注9, 2頁)。さらに、裁判官や学者以外に、実務的な土地所有論において、念頭に置かれた解釈主体は、建築主事であり都道府県知事であり収用委員会である場合も想定しうる(石川健治「空間と財産」公法研究59号(1997) 310頁)、政府の憲法解釈も想起しうるであろう(内野正幸「政府の憲法解釈の位置づけ」法律時報75巻2号(2003) 92頁)。

54) 松井茂記『日本国憲法〔第2版〕』(有斐閣・2002) 4頁。

55) 松井・前掲注54)。

(本質論)、民主主義観、基本権観、等」の憲法理論の次元であり、「法律学者」中心主義として伝統的な日本の理論・解釈論争の性格をおおむね共有していると思われる。

また、この憲法理論を提示する「主体に対する射程の問題」は、裁判官に対して憲法理論を要求する Dworkin とその不要性を主張するシカゴ学派との食い違いについても同様の指摘が妥当するようと思われる。つまり、Posner が道徳理論の不要性を説くのも、Sunstein が完全には理論化されてはいない一致を主張するのも、それは限られた時間と能力の中で判決を下す必要に迫られる裁判官を想定しているからである。一方、Dworkin の理論に関する主張も原則裁判官へと向けられているが、そこで想定されている裁判官は哲学者としての性格も有しているのであり、判決文それ自体が法哲学であるということはすでに確認したとおりである。Dworkin とシカゴ学派の対立は憲法理論の「主体に対する射程の問題」に遠因しているといってもあながち不当ではなからう。

つまり、法律学者と裁判官という異なる主体を想定する議論において、それぞれの論者の「理論」を等価交換することが可能であるようには思われない。合議制の下日々活動を行う中、「和の精神」が形成されてゆく裁判官に対して、学者は原則合議によって自らの提言を主張することはない⁵⁶⁾。また、具体的な訴訟の結論を要求されず、また自らの専門分野に特化する傾向がある学者と、訴訟として提起されたあらゆる事案に判決を下すことを要求される裁判官との間にはやはり一定の距離があると考えべきである⁵⁷⁾。とすれば、憲法の「理論」には「主体に対する射程の問題」が存在し、それを1つの理由として論者の議論の違いが出てくることがあると思われる。

そして、憲法理論の「主体に対する射程の問題」は、「他の法律に対する射程」の問題にも発展する。つまり、ここで憲法理論のもう1つの射程の問題である「他の法律に対する射程」の問題とは、憲法における「理論」が民法や刑法における「理論」や「解釈」にどのような影響を及ぼすのか、ということの意味し

56) 伊藤正己「憲法学と憲法裁判」公法研究59号(1997)33-6頁。

57) Charles Fried, *Scholars and Judges: Reason and Power*, 23 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* 807, 825 (2000).

ている。憲法の理論を提示することは、憲法典解釈のみならず具体的な法律の条文の解釈にも関連性がある⁵⁸⁾。各論者がある憲法理論に基づき憲法解釈を行ったにもかかわらず、たとえば民法解釈の際に憲法理論とは矛盾する民法の理論にコミットしたのであれば、やはり「統一性」を欠いた「法律学における学説」—裁判官の場合であれば判決文—として評価されても致し方ないであろう。憲法理論が憲法典のみをその射程とし、その任務を限定するのであれば、憲法という学問の射程を不当に狭めてしまうことになると思われる。「憲法」理論は、その射程についてもアポリアが存在する。

IV 学説を支えるもの

1 もう1つの「理論」

憲法理論にアポリアはつきものである。であれば、アポリアを抱えている憲法理論というコストを支払うくらいなら、憲法理論を破棄してしまえばよいのではないか。シカゴ学派の主張ははるかに経済的にも思える。しかし、このコストの支払いは宮沢のもう1つの理論によって免除されることはないであろう。

58) 民法でも法解釈論争が議論されてきたものの、憲法学はこの論争へどれほど貢献できたかは定かではない。しかし、ここで注意すべきことは、民法の法解釈論争とは異なり、仮に憲法でも法解釈論争があるとするれば、憲法学ではどのように法を解釈すべきか、という議論のほかに憲法の下でどのような場合に、ある法律は違憲となるのかという議論がなされなければならない。後者は憲法の法解釈方法論特有の議論であろう。少なくとも、憲法を解釈することあるいは憲法の理論を提示することは、憲法典のみが唯一その対象となるのではなく、法律の違憲性を判断しうる司法審査制を採用する限りにおいて、論者が好むと好まざるとによって、一般の法律のレベルまで憲法理論の影響力が及ぶことを理解しておかなければならない。とすれば、この点に関して憲法学では憲法の私人間適用というテーマの下議論が行われてきたが、「憲法学の方は私法の一般条項に任せればそれで仕事が終わったと考え、民法学の方はそれを自分の仕事だと考えていないため、…決定的な問題を誰も明らかにしていない（山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治（一）」法学論叢133巻4号（1993）5頁）」という指摘を真摯に受け止め、憲法理論の射程の問題についてより立ち入って検討する必要がある。このためには、憲法以外の法律学の諸分野をできる限り吸収しつつ、憲法理論の法律への適合可能性を模索していく必要がある。この点について、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号2巻（2000）57頁以下；高井裕之「憲法と医事法と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』（青林書院・1998）294頁以下、参照。

59) 宮沢・前掲注1) 74頁。

宮沢のもう1つの理論のレベルにおける、「理論的『学説』は客観的な真理価値にのみ仕えるもの」⁶⁰⁾である。ここでは、主観的性格を有している解釈とは対比され、その内容を形成するものは、「われわれの主観の外にある経験的現象あるいは『もの』についての概念」⁶⁰⁾である。具体的には、天体が人間の意欲に関係なく運行することや、ある国家が民主政か共和政かということ挙げている。

そこで、宮沢は理論の公定について次のようなことを述べている。理論の公定—例えば、ヒットラーは全国民の代表であるという法を作ること—は、「いたずらに人の知識を求める心、真理を愛する心を破壊し、文化一般を否定し、人間を無知ならしめることに役立つにすぎない」⁶¹⁾。「理論的な『学説』を『公定』するとは、つまり、人に一定の考え方を命ずること（また一定の考え方を禁止すること）である」⁶²⁾。そして、「法によって人の考え方を定めることは客観的な知識の自由な探求をある限度において法によって禁止することを意味する。だから、理論的な『学説』が『公定』せられる場合はそこにもはや完全な学問研究の自由はない」⁶³⁾（強調引用者）。

ここで宮沢が対象としていた「理論」とは「客観的な知識の自由な探求」を擁護するための「学問研究の自由」の一要素をなすものである。これは、これまで検討をしてきた「理論」とはどこか異なるように思われる。つまり、すでに論じてきた「理論」とは「理論構成」、すなわち体系的な基本思考であって「学説の要素をなす理論」であった。他方、ここでは「学問の要素をなす理論」を説いているものと考えられる。したがって、宮沢の学説に関するこの論考を唯一無二の憲法解釈の方法論として読む必然性はない以上、後者の意味における「理論」を憲法23条が規定する学問の自由に関する主張であると捉える余地は十分にあると

60) 宮沢・前掲注1) 80頁。ここで用いられている「理論」とはPosnerが擁護する「理論」に近いと思われる。

61) 宮沢・前掲注1) 82頁。

62) 宮沢・前掲注1) 82頁。

63) 宮沢・前掲注1) 85頁。芦部が、科学は絶対主義的態度と本質的に両立しないことを記していたのはここでの宮沢の立場を説明するものであろう（芦部・前掲注16) 176頁）。また、批判的峻別論者の中立的な認識活動には学問の自由の保障が必要である、という主張もここでの宮沢の主張を支持しうるのであろう（長谷部恭男『権力への懐疑』（日本評論社・1991）175頁）。

思われる⁶⁴⁾。

とすれば、宮沢のもう1つの「理論」—学問の要素をなす理論—は何を意図しているのだろうか。ここでの宮沢の理論的学説の目的は「学問研究の自由」の保障であると考えられうる。つまり、宮沢が考えていたここでの「理論」の存在意義は「学問の自由」の要素をなす理論とを次のように結びつけようとする事ができるのではなからうか。学問とは「客観的な知識の自由な探求」であって、だからこそ「客観的な知識の自由な探求」に仕える学説は学問の名に値する。したがって、学説が学問の名に値するためには、「客観的な知識の自由な探求」に仕えるものでなければならない。宮沢はこの論理の中に理論的学説を埋め込んだのではなからうか。

だから、「学説を作ることは、私人の自由—表現の自由ないし学問の自由—に属する」⁶⁵⁾のである。しかし、宮沢は「ある種の客観性を有する理論」を強調し、「そういう理論性がまったく失われてしまえば、そこにはもはや、学説といわれうるものはなくなってしまう」⁶⁶⁾ (強調原文) と述べた。だから、学説は「客観的な真理価値のみに仕える」理論性を備えていることを必要とされ、それにより学問としての資質を付与されるのである。そして、これによって宮沢自身の理論的学説は学問としての資格を付与されると考えられる。

宮沢は、「理論構成」と「客観的な真理価値にのみ仕えるもの」という2つのレベルで「理論的学説」という言葉を用いていた。前者は、学説の要素をなす理論に結び付けられ、後者は学問の自由の要素をなす理論の接点を見出そうとしたのであろう。

2 学問の自由

64) 事実、宮沢が、「法律学における『学説』」の論文において「学問研究の自由」という言葉を何度か用いていること、「法律学における『学説』」の論文の前年に天皇機関説事件があり、「いよいよ強くなった国家権力による学問の自由に対する制約は、わたしの研究者としての生活に大きなショックを与えた(宮沢俊義『憲法論集』(有斐閣・1978)498頁)」と述べていることなどは、その証左であらう。

65) 宮沢・前掲注1) 93頁。

66) 宮沢・前掲注1) 98頁。

このように伝統的な法解釈論争が「学問の自由」論と接合されるようなことはなかったように思われる。しかし、法解釈論争に大きな影響力を及ぼした理論と解釈の二分論は、学問の自由とも結び付けうる可能性は十分にあるし、また結び付けられなければならないであろう。そして、学説の意義は学問の自由と結び付けられたとき、一層その意義を増すことになるだろう。たとえば、プライバシーをめぐる議論がその一例である。学者でありかつて最高裁判事を務めた伊藤正己が、Samuel Warren と Louis Brandies のプライバシーの論文⁶⁷⁾を例に挙げて、次のように述べている。「その理論がたとえそのときの裁判所や実務家にうけいられなくても、それは学説として致命的なものではなく、むしろ将来の知性に対して訴え、そこへの水路を示すことが学問的業績として評価されることも少なくない」⁶⁸⁾ (強調引用者)。

このように、学問の自由は学説を開花させる。そして、学説の閉塞は学問の自由と矛盾する。学説の要素をなす理論、そして学問の要素をなす理論がどのようなものを自由な「学説のコンクールの場」⁶⁹⁾において絶えず突き詰めていく必要があると思われるのである。

したがって、自らの理論を公定させることを唯一の目的とした提言は、学説の存在意義を著しく軽減させるものであろう。Dworkin が (法) 哲学者としての性格をもつ裁判官に対して理論を要求するが⁷⁰⁾、万一仮にこのことが—Dworkin はそう主張していないと思うが—哲学者や法学者に裁判官と全く同じ役割を期待するのであれば、法学や哲学の世界に学問の自由はなくなってしまうだろう。なぜなら、裁判官は強制力、すなわち公定する力を有しているため、学者に同様の力を与えるのであれば、学説は公定されてしまうからである。また、仮にシカゴ学派が、裁判官は理論を不要としているから、それを理由に同じように法学者にもその不要性を主張しているとするならば、法律の学問の概念は霧散してしまうだ

67) Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 *Harv. L. Rev.* 193 (1890).

68) 伊藤正己『裁判官と学者の間』(有斐閣・1993) 18頁。

69) 宮沢・前掲注1) 94頁。

70) これに対して、宮沢は、法学者が科学者であり、哲学者であり、また時には「解釈者」であると述べている (宮沢俊義『憲法の思想』(岩波書店・1967) 271頁)。

ろう。この点、シカゴ学派も理論がロー・スクールの教員たちに一層の「学問としての資質 (academification)」⁷¹⁾を付与していることを認めている点には注意が必要であろう。このレベルでの「理論」の下では、裁判官の「良心」と「学問」を同一視するのは適切ではないと思われる。

以上のことからすれば、アポリアを伴う憲法理論は、各論者が学問を信じる限りにおいて避けることはできない。なぜなら、それを避けることは、学問の自由を放棄することを意味するからである。ところが今の日本で天皇機関説事件のような学問の自由に対する脅威をにわかには想定しがたい⁷²⁾。だからこそ、学説を支える学問の自由の本質を自覚的に考える契機を損ねてしまったのかもしれない。しかしながら、学説を支えるものが学問の自由であることを認識しなければ、ある提言がなぜ学説たりうるのかということ等を等閑に付してしまうことになるだろうし、ひいては、学問の自由そのものを滅殺してしまうおそれがある。とすれば、なぜ学説は学問の自由に値するのか、ということが突き詰められなければならない⁷³⁾。

しかし、ここにもアポリアは付きまとっている。それは、宮沢が考えていた学

71) Posner, *supra* note 34 at 146. 少なくともこの指摘が想定するレベルは、Posner と Dworkin との対立が「理論的でない (untheoretical)」というレベルの対立であり、理論そのものの不要性を説く「反理論 (anti-theoretical)」のレベルにあるとは言えないであろう。(Ronald Dworkin, Reply, 29 *Ariz. St. L. J.* 431, 438 (1997)). 法科大学院が開講される日本において、理論教育が想定する「理論」の意味は何か、また、理論教育をどう位置づけていくか、という観点からも Posner のこの主張は決して無視し得ないのではなからうか。

72) もっとも、現在の社会においてクローンに関する研究は「理論の公定」という脅威を感じているのかもしれない。戸波江二「学問の自由と科学技術の発展」ジュリスト1192号(2001)112頁以下、参照。

73) 正面から「学」とは何かを論じないまでも、「憲法解釈を一つの学問としての確立するために不可欠である」という意欲から内野正幸は厳格憲法解釈論を提示している(内野正幸『憲法解釈の論理と体系』(日本評論社・1991)4頁)。

74) 高柳信一『学問の自由』(岩波書店・1983)43頁(「真理の探究」)、芦部信喜『憲法学Ⅲ(1)〔増補版〕』(有斐閣・2002)201頁(「真理探究を目指して行われる精神的営為」)。宮沢は「学問研究」を「客観的」な真理価値という言葉を用いて説明している点で両者は異なりそうであるが、しかし、本稿では解釈の「主観的」性格との対比を行うために「客観的」という言葉を用いたと考えている。そのため、宮沢の「学問研究」と通説の「学問」はそれほど異なるところがないのではないかとと思われる。

75) Dworkin, *supra* note 43 [*Freedom's Law*] at 250. (邦訳326頁)。

問の要素としての「理論—客観的な知識の自由な探求」が唯一の「学問」としての営為であるとは「公定」されていないからである⁷⁴⁾。最近では真理を探究する戦略を学問の価値とするだけでは不十分であることが指摘されたり⁷⁵⁾、あるいはそもそも学問とは真理探究であり、学問であれば社会的責任から逃れて「聖域」を主張できるものなのか⁷⁶⁾、という疑問がある。また、プラグマティズムの台頭に伴い、学問の前提が改めて問われ始めている⁷⁷⁾。

このような疑問に対しては、自らの営為が学問であると信じる限りにおいて絶えず「学問」の意味を追究していく姿勢が必要だと思われる。「理論」が、学問の要素をなすと信じられたとき、「学問」の意義にまで踏み込んだ憲法理論のアポリアを招来させてしまう。

V 学説と学問

本稿では、憲法理論が抱えているいくつかのアポリアを提起してきた。

まず、憲法理論が学説の要素をなす理論として考えられた場合、次のようなアポリアが存在する。第1に、テキスト解釈と理論の循環という問題が存在した。第2に、多元主義に対する憲法理論の対応によって理論の必要性の有無が割れてしまうという問題が生じた。第3に、憲法理論はその射程について、憲法理論を提示する主体に対する射程と憲法理論の他の法律に対する射程の問題を生じさせた。他方で、憲法理論が学問の要素をなす理論として解された場合、ここでの憲法理論は学問の自由の根拠となりうる。この学問の要素をなす憲法理論は次のような批判に直面した場合に意義を持つ。すなわち「憲法典じしん沈黙する事項についてまで『憲法』学が『解決を発見せんとす』れば、それはもはや憲法典という対象の範囲をこえる『本質的に政治的』な意欲的作用以外の何物でもなくなり、『憲法』学はそれをなすことによって、その『学』的性格を失ってしまう⁷⁸⁾」という批判である。

76) 松井・前掲54) 476頁。

77) See Richard Rorty, Does Academic Freedom Have Philosophical Presupposition?, ed. by Louis Menand, *The Future of Academic Freedom* (The University of Chicago Press, 1996) at 21.

78) 小嶋和司『憲法解釈の諸問題』(木鐸社・1989) 405-6頁。

本稿における宮沢の理解の仕方によれば、むしろ「憲法典じしん沈黙する事項」に憲法理論を登場させながらも、憲法理論こそが「学」的性格を帯びるものであると言える。なぜなら、宮沢の理論的学説の1つの意味が憲法典が沈黙している「法解釈のための独自の理論」であり、もう1つの理論（客観的な真理価値にのみ仕えるもの）それ自身が「学」的性格を持つことを目的としていたからである。しかし、この応答にこそ憲法理論の最大のアポリアが介在している。それは、「理論」という言葉を二重の意味—法解釈のための独自の理論と客観的な真理価値にのみ仕えるもの—で用いているからである。ここで憲法理論は2つの難問に直面することになるだろう。1つは、学説としての憲法理論と学問としての憲法理論の連続を見出すこと。すなわち、法解釈のための独自の理論と客観的な真理価値に仕えるものをどう結合させるのか、という問題。もう1つは、学説としての憲法理論と学問としての憲法理論の断絶を行うこと。すなわち、法解釈のための独自の理論と客観的な真理価値に仕えるものが等しいものとされても、後者を任務としない裁判官は前者を必要としているのかあるいはそうでないのか、という問題。そして、これら2つの難題はそもそも、学説としての憲法理論と学問としての憲法理論の「理論」そのものの内容の検討まで要求するものであろう。

本稿では、宮沢の「理論」がもつ2つの意味から憲法理論のアポリアを抽出することにより、憲法という学問の作法に挑戦する意義を考えてきた。

その意味において、宮沢が残していった「理論」の意味を追求することは今なお重要であると思われる。宮沢は亡くなり、宮沢が憲法学に取り組んだ時代に比べ日本は大きく変わってきた⁷⁹⁾。しかし、宮沢のアイデンティティーである法律学における学説は今なお生きている。

79) この現在という時の学説を取り巻く環境について言えば、冒頭でも述べた通りいよいよ現実味を帯びてきた憲法改正の動向は無視し得ない。少なくとも、憲法学の研究を始めようとするものには好むと好まざるとに関わらずこの憲法改正という現実の動向を直視しなければならないだろう。この点、憲法改正の議論は実践と憲法典の齟齬がしばしば指摘されるが、本稿の趣旨からすれば、学説が提示する理論と憲法典の齟齬があるかということからも同時に議論がなされなければならないであろう。この視点を提供するものとして、長谷部恭男「憲法改正の意識と意義」全国憲法研究会編『憲法と有事法制』（日本評論社・2002）208頁以下、岩間昭道『憲法破壊の概念』（尚学社・2002）XⅢ - XⅣ章、を参照。