

憲法政策研究のための分析枠組みの構築

－比較政策的アプローチ－

北村 貴

概要

本稿は、憲法政策研究のための分析枠組みを構築することを目的とする。具体的には、「憲法政策とはどのような政策か」及び「憲法政策研究にはどのような分析枠組みが有効か」という二つの問いに対する回答を導出する。

第一の問いに対しては、「立憲国家における憲法と政策との関係」という観点から理論を展開した。まず、先行研究のサーヴェイを通じて、先行研究が憲法政策を立法政策に限定していることを明らかにし、その問題点を指摘した。その上で、憲法政策の意味内容を「憲法規範を憲法現実として実現するために、他の憲法規範の範囲内で実施される政策」と捉えることが適切である旨を理論的に示した。この憲法政策の意味内容は、立法政策に限定されず、行政作用及び司法作用も含まれる。

第二の問いに対しては、社会科学的な因果推論の中への位置付けを念頭に、憲法政策の分析枠組みを構築した。まず、裁判所を名宛人とした裁判規範性に限らず、広く政策全般に対する規範性、すなわち政策規範性の強さという観点から憲法政策研究を行う必要性を提示した。その上で、政策規範性の強さを操作化し、比較政策的にアプローチすることが、憲法政策研究において有効な分析枠組みのひとつであることを示した。

1. 序論

本稿は、憲法政策研究のための分析枠組みを構築することを目的とする。具体的には、憲法政策の意味内容を理論的に明確にした上で、比較政策の観点から憲法政策研究に対してアプローチする枠組みに関して検討する。

日本における一般的な憲法学の対象又は方法は「憲法解釈」であり、「憲法政策」研究は憲法学におけるサブディシプリンとしてすら確立していない。日本の憲法学界において戦前及び戦後を通じた約120年に渡る期間で蓄積されてきた膨大な数の先行研究の大部分が憲法解釈学に関する研究であるということは疑いようがない事実である。憲法制度に関しては、いわゆる制度論において統治機構と関連する研究が行われているが、それらは憲法学ではなく政治学の研究として位置付けられることが一般的である。こうした事実の背景として、「憲法が法律学分野の一部門であり、法律学＝法解釈学といった一般的な認識」が挙げられている¹。

この点、日本において憲法解釈学以外の憲法研究のひとつとして「憲法政策」の研究が行われてこなかったわけではない。そもそも、法律研究一般における研究区分として、「実践的な価値判断作業の結論（解釈学説）」と「理論的な認識作業の結論（科学学説）」という区分は従前から認識されている²。この区分を前提に、「実践的意欲の作用としての憲法解釈学」に対する「認識の作用としての憲法科学」という憲法研究の可能性及び必要性を指摘した上で、「憲法政策学」を憲法科学の一分野として位置付ける見解があ

¹ 東 (2010)、446 頁。

² 宮沢 (1968)、90-91 頁。

る³。こうした観点に基づく憲法政策研究は、憲法解釈学と比較すると決して十分な量であるとは言えないものの、確かに存在している。

しかし、従来の憲法政策研究は、以下に掲げる二点において限界がある。第一の限界は、そもそもの出発点である「憲法政策」の意味内容に関する考察が不十分であるという点である。第二の限界は、憲法政策研究のための分析枠組みが体系的に検討されていないという点である。これらの先行研究の限界の克服、すなわち、対象となる憲法政策の意味内容を適切に示した上で分析枠組みの構築は、今後の憲法政策学の発展のためには必要不可欠であろう。

こうした問題意識に基づき、本稿では以下に掲げる二つの問いに対する回答を導出する。第一の問いは、「憲法政策とはどのような政策か」というものである。この第一の問いに対しては、先行研究における憲法政策の意味内容を批判的に検討した上で、「立憲国家における憲法と政策との関係」という観点から憲法政策の意味内容に関して理論展開を行う。第二の問いは、「憲法政策研究にはどのような分析枠組みが有効か」というものである。この第二の問いに対しては、第一の問いに対する回答で明らかにした憲法政策の意味内容を前提とした上で、「比較政策」の観点からアプローチする。

2. 憲法政策とはどのような政策か

本節では、本稿の第一の問いである「憲法政策とはどのような政策か」という点に関して考

察する。

2.1. 先行研究における憲法政策の意味内容とその問題点

本項では、憲法政策に関する先行研究をサーヴェイした上で、先行研究における憲法政策の意味内容の問題点を明らかにする。

先行研究における憲法政策の意味内容に関しては、「憲法に関する立法政策」が最も一般的である。この広範な意味内容を端的に表したものととして、①「立法政策を打ち出す憲法政策学」⁴という見解が挙げられる。この見解とほぼ同様に憲法政策の意味内容を捉えているものとして、②「学問的なスジの通った価値判断を前提とした立法政策」⁵、③「憲法の理念を実現するための法政策」⁶、④「人権（憲法）の観点に基づく立法政策」⁷、⑤「憲法条規の具体化のために採るべき立法政策」⁸、⑥「憲法的価値の実現・具体化、すなわち違憲ではないが憲法上、望ましくない法（制度）の回避と、憲法上の具体的作為義務にはあたらないが憲法上、望ましい法（制度）の形成」⁹という見解がある。これら①から⑥までは、憲法政策の意味内容を明文で立法政策（法政策を含む、以下も同様）と限定している点で共通している。加えて、明文では立法政策と限定してはいないものの、前後の論旨から実質的には憲法政策を立法政策に限定している先行研究も存在する。具体的には、⑦「憲法からみて望ましい政策・法律の提唱」¹⁰、⑧「憲法の目的の実現のために最も有効で能率的な法技術の体系」¹¹、⑨「憲

³ 高見（2004）、13-15頁。こうした「実践的意欲の作用としての憲法解釈学」「認識の作用としての憲法科学」という用語は芦部信喜によるものであるが、当該記述のある芦部の講義録を筆者が入手不可能であったため、高見（2004）から重引した。また、同書によれば、「憲法動態の分析を行う『憲法社会学』」「憲法やその思想・理論を歴史的に探究する『憲法史学』」が「憲法科学」に含まれるとされる。

⁴ 同前書、14頁。

⁵ 黒田（1959）、98頁。

⁶ 阿部（1996）、4頁。

⁷ 戸波（1998）、131頁。

⁸ 池田（1999）、i頁。なお、池田は、他稿においても憲法政策論について言及しており、ここでは憲法9条の問題を例に、「自衛隊の合憲違憲論争を離れて、日本の防衛をいかにするべきかという政策論」という観点から、憲法政策論の意味内容を捉えている（池田（1965）、100頁）。この「防衛をいかにするべきか」という点について、「安全保障の憲法政策学」という観点からの学際的な憲法政策研究として、松浦（1998）を挙げることができる。ただし、松浦（1998）では、「憲法政策」の意味内容については詳細に記述されていない。

⁹ 小山（2000）、84頁。

¹⁰ 市川（2000）、686-687頁。

¹¹ 小林直樹（1991）、6頁。なお、当該書における記述は、「法政策学についてみれば、それは『法の目的の実現のために最も有効で能率的な法技術の体系を科学的に探究する学問』である…（中略）『法』という言葉は「憲法」と読み直せば、当面の憲法政策学の意味も一応は右のように解してよいだろう」という旨のものであり、本稿では、その旨に従い「法」を「憲法」と読み直したものを小林直樹（1991）における憲法政策の意味内容とした。

法の理念を実現していくために必要な（しかし現実にはまだ存しない）諸方策¹²というものである。これら①から⑨までの先行研究は、抽象度や語法に若干の相違はあるが、憲法政策の意味内容を「憲法に関する立法政策」に限定している点で共通している¹³。

こうした「憲法に関する立法政策」に関して、「憲法改正」が立法政策に含まれるか否かが問題となる。この点、手続面に関しては、憲法改正は立法政策に含まれる。なぜならば、改正のための要件が通常法律と変わらない軟性憲法は勿論のこと、改正のための要件が通常法律と比べて厳しい硬性憲法の改正も、最終的には「憲法改正法律」の「立法」を通じて施行されるからである。こうした憲法改正の形式は、日本国憲法制定以降一度も憲法が改正されていない日本においては馴染みの薄いものであるが、比較憲法の観点からは一般的なものである¹⁴。他方で、手続面ではなく、実体面に関しては、憲法改正が前述の憲法に関する立法政策に含まれるか否かが問題となる。前述した①から⑨までの先行研究における立法政策とは、「現行憲法を前提とした立法政策」である。つまり、「現行憲法を前提とした立法政策」が憲法政策の意味内容とされている。これに対して、憲法改正という立法政策は「現行憲法を変更する立法政策」である。すなわち、実体面に着目すると、現行憲法を前提とするか、現行憲法を変更するかという点において、「①から⑨までの先行研究における立法政策」と「憲法改正という立法政策」との間に矛盾が生じると捉え得るのである。

この問題に対して理論的に考察すると、「①から⑨までの先行研究における立法政策」と「憲法改正という立法政策」とは矛盾しないという帰結を導き出すことができる。現在の成文憲法においては憲法改正手続が規定されていることが一般的であり、憲法改正は「憲法改正手続を前提とする立法政策」である。つまり、憲法改正手続に基づいて憲法改正が行われる限りは、憲法改正も憲法政策に含まれる。先行研究においても、憲法改正を憲法政策に含めることを否定する見解よりも、肯定する見解のほうが多い。例えば、⑩「一定の価値基準に基づいて策定される憲法改正及び立法に関する政策」¹⁵、⑪「憲法及び付属法令の立案ないし改正」¹⁶という憲法政策の意味内容は、憲法改正を立法政策に含めている。また、「憲法の根本規範を変えるような『改正』は、少なくとも理論上は許されない限界踰越の行為になるから、本来は『憲法政策』の範囲外とってよい」と改正可能な範囲を留保した上で、⑫「現実即して不都合な憲法の条規を改めたり、『憲法の欠缺』を埋める条文追加を行ったりする作業」¹⁷として、限定的にはあるが憲法改正を憲法政策の意味内容に含める見解もある¹⁸。

このように、憲法改正の限界の有無¹⁹と関連する「許容範囲」の問題は残されるものの、憲法自体に改正規定が含まれている限り、「憲法を前提とした立法政策」と「憲法改正」は、どちらも同時に憲法政策の意味内容として捉えられるものである。すなわち、「憲法改正の是非」という価値判断から離れて理論的に考察す

¹² 小林直樹（2002）、79頁。

¹³ こうした憲法政策の捉え方に基づいて論考を展開しているものとして、藤井（2002）及び村田（2009）を挙げることができる。

¹⁴ 法律以外による憲法改正が行われる例として、「決議」によるカナダ憲法の改正がある。ただし、この憲法改正の「決議」は立法機関である議会により議決されるため、広義には立法政策の一環として捉えることもできる。cf. Hogg（2009）。

¹⁵ 塩津（1999）、41頁。

¹⁶ 近藤（1997）、1頁。なお、近藤は、「複数の解釈の中から特定の解釈を選択すること」そのものも憲法政策であると論じている。

¹⁷ 小林直樹（1991）、17頁。なお、ラーバント（Laband, P.）は、「憲法の欠缺（Verfassungslücke）」と「憲法典の欠缺（Lücke in der Verfassungs-Urkunde）」とを理論的に明確に区別した上で、「憲法典の欠缺」はあり得ても、「憲法の欠缺」はあり得ないとしている（Laband（1871）、S. 75.）。小林直樹（1991）における「憲法の欠缺」は、ラーバントの区分における「憲法典の欠缺」を意味するものである。

¹⁸ この「限定性」という点につき、改正対象の限定性ではなく、改正に対する姿勢における限定性について論じているものとして、Loewenstein（1961）、S. 64ff. が挙げられる。

¹⁹ 憲法改正の限界の有無について、本稿で詳細に立ち入ることはしないが、学説上の対立を簡潔にまとめると以下のとおりとなる。一般的に無限界説は、法実証主義的無限界説（佐々木（1954）、11頁）にせよ、主権全能的無限界説（結城（1956）、63頁）にせよ、どちらも手続面に着目し、実体面には着目しないという点に収斂する。これに対して、限界説も、法理論的・憲法内在的限界説（橋本（1998）、672頁）にせよ、自然法論的限界説（声部（2011）、385頁、また、清宮（1979）、410頁）にせよ、手続面のみならず、実体面にも着目するという点に収斂する。この点、①から⑫までの憲法政策の意味内容とより整合的なものは、限界説であろう。すなわち、憲法政策としての憲法改正には限界がある。ただし、どの範囲まで改正可能かは別途議論を要する問題である。なお、日本における主権全能的無限界説に通じる理論として、Burckhardt（1944）、S. 233が挙げられる。これに対して、Kägi（1945）、S. 74f. は、「少なくとも基本的人権の保障と権力分立は前国家的理念として立法者の専断から奪い、憲法改正によっても変更できない」としている。

ると、先行研究における二つの憲法政策の意味内容は理論的に矛盾することなく「立法政策」に収斂し、両立し得るものである。

しかし、これらの先行研究は、憲法政策の意味内容を立法政策に限定している点で不十分である。換言するならば、先行研究は、「憲法政策」という語の「政策」の部分に関してその範囲を矮小化しており、結果として憲法政策の意味内容も矮小化されている。この点、「政策」という言葉自体が非常に多義的であるが、本稿では政策を「様々な問題に対する解決手段の体系」と捉える。法治国家²⁰がある問題に対する解決手段を実施するためには、政策決定の段階における政策の立法化が不可欠となっている。その意味で、立法政策が憲法政策に含まれることは明らかである。しかし、政策決定はあくまでも政策過程の一部に過ぎない。憲法政策の意味内容を立法政策に限定することは、政策過程の一部にのみ着目したものとなり、総合的な視点に欠けている。この点、憲法政策に関する先行研究は、憲法研究者及び行政法研究者などの法学者によるものであり、法解釈学の隣接科学としての「立法学指向」が強い²¹。その結果、行政又は司法を主体とする「立法政策以外の政策」に関しては、憲法政策研究の対象として学問的に検討する必要性が認識されるに至らなかったと推察される²²。このように憲法政策研究を立法政策に限定している点が、憲法政策に関する先行研究における問題点として指摘できる。

2.2. 立憲主義からの帰結に基づく憲法政策の意味内容

本項では、前項で指摘した先行研究における問題点を克服する憲法政策の意味内容を明らかにする。具体的には、「憲法規範を憲法現実として実現するために、他の憲法規範の範囲内で実施される政策」が憲法政策の意味内容として適切である旨を、「立憲国家における憲法と政策との関係」という観点から明らかにする。

立憲国家においては、憲法とあらゆる政策とは密接な関係にある。以下では、「立憲国家における憲法と政策との関係」に関して、二つの側面から論じる。

立憲国家における憲法と政策との第一の関係は、「憲法規範を憲法現実として実現するためには、政策の作為／不作為が必要不可欠である」という点である。ダール (Dahl, R. A.) は、政策にアプローチする際の切り口のひとつとして、規範領域と経験領域との架橋という指向を取り上げた²³。この規範領域と経験領域との架橋という指向は、憲法政策の意味内容を検討するための重要な示唆に富んでいる。憲法で定められた規範は、法規範の中でも特に「憲法規範」と呼び得る。こうした「当為 (sollen)」としての憲法規範に対応する「存在 (sein)」としての経験的事実を、憲法規範に対する「憲法現実」と呼び得る²⁴。こうした憲法規範と憲法現実との関係について、「憲法規範を憲法現実として実現する」ことこそが、政治権力としての国家に対する立憲主義の基本的かつ最も重要な要請である。しかし、憲法規範は、単体ではあくまでも国家に対する静態的な規範でしかない。つ

²⁰ 以下、本稿における「国家」には、中央政府と地方政府の双方が含まれている。

²¹ 行政法制定という行為は立法政策であり、憲法政策に含まれる。したがって、「憲法政策としての行政法制定」という観点も着目されて然るべきである。しかし、「(憲法) 価値実現のための法的手段を提示するという期待に答えるものとは言い難い」という阿部 (1997) の見解に代表されるように、行政法研究においても憲法政策という観点から十分な成果が挙がっているとは言えない。この原因について、行政法研究が憲法との関係においては「実体的価値よりも手続的価値が重視されている」とする塩野 (2013) の指摘は重要である。すなわち、憲法と行政法との関係も合憲か否かが主たる考察と対象となるため、行政法に内包された実質的価値と憲法との関係は重視されなかったと言えよう。

²² 藤井 (2002) は、「憲法解釈」と「公共政策」との関係について論じている。前半部分は憲法解釈と公共政策とを厳密に区分することに主張の重点を置いており、憲法と政策との関係について論じられているわけではない。また後半部分は、憲法政策について言及されているものの、前述した先行研究における憲法政策の意味内容を前提に、制度改革論を論じている。すなわち、本稿で意味するところの「憲法と政策との関係」については十分な言及がなされていないのではない。

²³ Dahl (1976), pp. 14-15.

²⁴ 「憲法規範」「憲法現実」とは、主としてドイツ国法学において用いられている概念であり、それぞれ *Verfassungsnorm / Verfassungswirklichkeit* に対する訳語である。憲法現実に関しては、本稿とは異なる意味で用いられることもある。この点に関しては、*Vgl., Maurer (2007), S. 26ff.*

まり、ある価値規範が憲法規範として成立することにより、直ちにその価値規範が実現されるわけではない。ダイ (Dye, R. T.) は、「政府が選択した全ての作為／不作為」を公共政策としているが²⁵、憲法規範に含まれる「作為要求」又は「不作為要求」に基づく政策の作為又は不作為を媒介として、憲法規範は初めて憲法現実として実現され得るのである。こうした観点からは、立憲国家における憲法と政策とは密接に関わっていると言えよう。

立憲国家における憲法と政策との第二の関係は、「政策は最高法規である憲法に従属しなければならない」という点である。最高法規である憲法の授権規範としての性質により、国家は権力を付与される。同時に、憲法の制限規範としての性質により、権力の行使は制限される。政策の形成及び実施が権力の行使の一環である以上、政策の正統性の淵源は憲法に求められなければならない²⁶。こうした憲法に求められる政策の正統性を、本稿では立憲的正統性とする。この点、作為に関しては、憲法の範囲内での政策の作為である場合に限り、作為に対して立憲的正統性が備わる。同様に、権力の非行使である政策の不作為に関しても、憲法の他の規定に違反しない場合に限り、不作為に対して立憲的正統性が備わる。また、こうした作為／不作為の正統性に関して、ラスウェル (Lasswell, H. D.) が区分した政策内容と政策過程の双方²⁷において立憲的正統性が要求される。政策内容に関しては、作為／不作為に憲法違反の内容が含まれる場合には立憲的正統性を備えることはできない。政策過程に関しても、作為／不作為の過程が憲法規範により創設された秩序に従っていない場合には立憲的正統性を備えることはできない。これらは、立憲的意味の憲法の性質から導き出される帰結である。こうした観点からも、立憲国家における憲法と政策とは密接に関わっ

ていると言えよう。

こうした立憲国家における憲法と公共政策との関係から、「憲法規範を憲法現実として実現するために、他の憲法規範の範囲内で実施される政策」という憲法政策の意味内容を導出できる。この意味内容における「政策」は、先行研究のように立法政策に限定されるものではない。すなわち、立法による憲法政策に加え、行政による憲法政策、司法による憲法政策という概念も成立し得る。

まず、行政に関しては、前述の第一の関係からの帰結として、行政による憲法政策という概念を導出できる。立法政策により憲法規範が具体化された後に、行政による政策実施を通じて憲法現実に作用することになる。行政による政策実施がなければ、憲法規範がどれだけ具体化されようともあくまでも規範領域に留まるものにすぎない。行政による政策実施まで含めることではじめて、憲法政策として経験領域の憲法現実に対して作用し得る。こうした考え方は、一般的に認識されている「憲法→法律→執行」²⁸という大陸法系国家における法の段階的実現過程の図式を「政策」という観点から再構築したものとも言える。こうした点に鑑みると、理論的には行政作用も憲法政策の意味内容に含めることができる。

次に、司法に関しては、前述の第一の関係及び第二の関係からの帰結として、司法による憲法政策という概念を導出できる。現代の司法には伝統的な紛争解決機能だけでなく、政策形成機能が備わっている。すなわち、個人間の紛争を解決するだけでなく、「訴訟を通して示された政策に対して何らかの判断を下すことで、立法や行政をはじめとした政策形成過程」に影響を与えるという意味で政策形成に関与する²⁹。つまり、司法により形成された政策が、憲法政策である立法政策又は行政作用に影響を与える

²⁵ Dye (2013), p. 3.

²⁶ この憲法の正統性の根拠を規範領域に求めるか経験領域に求めるかは、ドイツ国法学における最大の争点の一つであるものの、本稿の目的から逸脱するためここでは詳細に立ち入らない。規範領域に求めるものとして、Vgl. Kelsen (1966), 存在領域に求めるものとして、Vgl. Schmitt (1970).

²⁷ Lasswell (1951), p. 3.

²⁸ ここでの「執行」に関しては、行政作用を指すことが一般的である。これに対して、Kelsen (1960) は、いわゆる純粋法学を構築し、行政に加え、裁判を執行に含める法秩序観を提示している。現在のオーストリア憲法はこうしたケルゼンの法秩序間の影響を受けており、憲法上の位置付けとして、裁判は執行に含まれている。Vgl. Berka (2013), S. 266ff. und Öhlinger und Eberhard (2014), S. 279ff.

²⁹ 大沢 (1981)、53-62 頁、田中 (1996)、170-173 頁。なお、司法の公共政策形成機能について詳細に論じている他の文献として、国内における幾つかの事例を検討している戸松 (1980)、アメリカにおける制度改革訴訟 (公共訴訟) との関連で論じている大沢 (2003) を参照。

のである。こうした点に鑑みると、「憲法規範を憲法現実として実現するための政策」には司法による政策も含まれる。

また、「政策は最高法規である憲法に従属しなければならない」という点に関しても、この立憲主義の帰結を制度的に担保する制度が司法による違憲審査である。司法作用である違憲審査権の行使により憲法違反の立法政策及び行政作用が是正されることで、政策の憲法従属性が保障されることとなる。この点、憲法政策の意味内容に司法作用を含めている国として、アメリカを挙げることができる。憲法訴訟が活発なアメリカにおいては、憲法問題に関する最高裁の判決が、憲法政策形成（Constitutional Policy-Making）と呼ばれている³⁰。こうした点に鑑みると、理論的には司法作用も憲法政策の意味内容に含めることができる。

2.3. 小括

本節では、「憲法政策とはどのような政策か」という問いに対して、先行研究における憲法政策の意味内容を批判的に検討したうえで、「立憲国家における憲法と政策との関係」という観点から憲法政策の意味内容を明らかにした。理論的には憲法政策の意味内容を「憲法規範を憲法現実として実現するために、他の憲法規範の範囲内で実施される政策」と捉えることができる。その上で、憲法政策を立法政策に限定することなく、行政作用及び司法作用も憲法政策に含めることが適切である。また、こうした意味内容は、大陸法系国家における法の段階的実現過程の図式とも、またアメリカにおける憲法政策形成の考え方とも整合的なものと言える。

3. 憲法政策研究にはどのような分析枠組みが有効か

本節では、本稿の第二の問いである「憲法政策研究にはどのような分析枠組みが有効か」という点に関して、前節で明らかにした憲法政策の意味内容を前提に考察する。

3.1. 憲法の政策規範性

本項では、憲法政策を分析するための切り口のひとつとして「政策規範性」という概念を提示し、その基礎理論を展開する。

憲法政策の目的は「憲法規範の価値の実現」であるが、実際には憲法規範の価値が「完全に」実現された状態とは極めて非現実的なものである。換言すれば、憲法規範と憲法現実との間には常に乖離が存在することが法の常態である。この「憲法規範と憲法現実との乖離」の問題に関して、レーヴェンシュタイン（Loewenstein, K.）は、憲法の存在論的分類という観点から憲法を分類している³¹。この憲法の存在論的分類において、憲法現実と乖離していない憲法規範は、「規範的憲法（normative Verfassung）」として位置付けられる。他方、「様々な外部条件が憲法規範と憲法現実との一致を阻害して、憲法現実の動態が憲法規範に従っておらず実存的現実性を欠いている状態」、すなわち、憲法現実と乖離している憲法規範は「名目論的憲法（nominalistische Verfassung）」と位置付けられる³²。このレーヴェンシュタインの存在論的分類に基づくならば、憲法政策の目的は、その実施を通じて規範的憲法の状態を実現することである。しかし、完全な規範的憲法の状態はあくまでも理念的なものに留まるものである。

こうした憲法規範と憲法現実との常態を前提とするならば、憲法政策について分析する際には「乖離を少しでも縮小するための憲法政策」という観点が重要となるであろう。憲

³⁰ Ashdown (1976), p. 645. ただし、こうした司法の政策形成機能の一部を問題視する見解もある。この点に関して、cf. Schauer (1995), pp. 71-98.

³¹ Loewenstein (1959), S.151ff.

³² *Ebd.*, S.152ff. なお、存在論的分類に関して、「完全に適用され、かつ活用されているが、その存在論的現実 (ontologische Realität) においては、事実上の権力保持者の排他的利益のために現存の政治的権力状況をそのまま形式化したものに過ぎない憲法」を意味論的憲法 (semantische Verfassung) としている。

法規範の価値の実現のために、憲法には政策内容及び政策過程に対する規範性が含まれている。ヘッセ (Hesse, K.) は、この憲法の規範性の本質を「憲法規範の価値の妥当性要求 (Geltungsanspruch)」³³ として捉えている。政策体系における「狭義の政策」の段階に対して妥当性要求が作用し、プログラム、プロジェクトの段階を経ることにより、最終的に憲法規範の価値の実現が図られる。このように憲法規範が一連の政策体系に対して妥当性要求に基づく規範性を発揮することで、名目論的憲法の状態から規範的憲法の状態に近づく。すなわち、憲法規範と憲法現実との乖離が縮小される。一般的な政策の課題が現状を理想に近づけることである点と同様に、憲法政策の課題は憲法現実を憲法規範に近づけることにある。

ここから、憲法政策に対する分析枠組みを構築するための切り口のひとつとして「政策規範性」という概念が導出される。本稿では、政策規範性を「政策内容及び政策過程に対する憲法の規範性」と定義する。「憲法規範と憲法現実との乖離を少しでも縮小する」という政策課題に対して、「どのような憲法政策」が「どのような政策過程を経て」「どの程度」実施されているか。こうした憲法政策に関する問いは、「憲法規範が政策内容及び政策過程をどの程度統制できているか」という点に収斂する。この統制に関して、実際にどの程度統制できているかという点が「政策規範性の強さ」の問題であると言えよう。

この点、一般的な憲法学における規範性をめぐる議論は、憲法規範の「裁判規範性」に関するものである。具体的には、裁判規範性の有無又は裁判規範性の程度をめぐる議論である。こ

れらは、裁判における憲法規範の適用性の可否の問題に収斂する。つまり、訴訟を通じた事後的な権利救済の可否を明らかにするという観点に基づくものである。こうした憲法の規範性をめぐる議論の状況を端的に示したものが、「狭義の憲法解釈学は裁判所を名宛人とする」ものであり、「そこにおいて、憲法規範は裁判規範である」とする見解である³⁴。このように、従来の憲法学における憲法の規範性をめぐる議論は、あくまでも司法審査の場において問題となるものである。

こうした事後的な権利救済の可否をめぐる議論は憲法解釈学の重要な意義である反面、憲法解釈学の限界でもある。訴訟を通じた事後的な権利救済の可否は事件・紛争の解決を図る過去志向に基づく法的思考に基づくものであり、目的の実現の在り方を考える将来志向に基づく思考は政策思考に基づくものである³⁵。この点、「憲法価値の実現」「憲法規範と憲法現実との乖離の縮小」といった目的を実現するための手段は、訴訟を通じた事後的な権利救済に限定されるものではない。裁判所以外の場で形成される政策も、これらの目的の実現に対しては必要不可欠である³⁶。

したがって、憲法政策研究においては、裁判所を名宛人とした裁判規範性に限らず、広く政策全般に対する規範性、すなわち政策規範性の強さという観点から検討する必要がある。

3.2. 政策規範性に対する比較政策的アプローチ

本項では、政策規範性に対する比較政策的ア

³³ Hesse (1959)。なお、ヘッセはこうした「妥当性要求」を発揮するために憲法自身に備わった力を憲法規範力 (normative Kraft der Verfassung) と呼んでいる。

³⁴ 村田 (2009)、100 頁。

³⁵ 藤井 (2002)、180 頁。

³⁶ 特に、一般的に裁判規範性が認められないことが多い社会権に関する領域においては、立法及び行政による憲法政策の実施が、「憲法規範の価値の実現」及び「憲法規範と憲法現実との乖離の縮小」に対して大きなウエイトを占めている。この点、比較憲法の観点からは、明文で裁判規範性を否定している国もある。例えば、アイルランド憲法 (Bunreacht na hÉireann) 第 45 条第 4 項は「国は、社会的弱者の経済的利益に対して特に注意を払い、必要な場合には、病弱者、未亡人、孤児及び高齢者の保護に寄与することを誓約する。」と規定している。この規定は、日本国憲法第 25 条の生存権と同様の趣旨の規定であると解することができる。しかし、同時に「この条に規定する社会政策の原則は、国会に対する一般の指導を意図するものとする。この原理を立法に適用することは国会の専任事項であり、憲法のいかなる規定に基づいても、裁判所の審判事項とすることはできない。」と規定されている。また、スイス連邦憲法 (Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft / Constitution fédérale de la Confédération suisse / Costituzione federale della Confederazione Svizzera) 第 41 条第 4 項は「社会目的を根拠とした国家の補助に対する直接請求権が生じることはない。」と規定している。これらの規定は一般に「国策の指導原則」と呼ばれる規定である。もともと、全ての国策の指導原則に関する規定の裁判規範性が明文で否定されているわけではない。例えば、スペイン憲法 (Constitución Española) 第 39 条から第 52 条までの規定やポルトガル共和国憲法 (Constituição da República Portuguesa) 第 81 条の規定も国策の指導原則に関する規定であるが、アイルランド憲法やスイス連邦憲法のように明文で裁判規範性が否定されているわけではない。

アプローチの必要性について論じる。

政策規範性の強さは、あくまでも相対的指標である。前項で示したとおり、完全な規範的憲法の状態はあくまでも理念的なものに留まる。程度の差はあれども、実際には名目論的憲法の状態が憲法規範と憲法現実との関係の常態である。つまり、憲法規範により政策内容及び政策過程が完全に統制されることはない。その意味で、政策規範性という性質は、憲法規範と憲法現実との動的な緊張関係の中で常に不完全な状態としてのみ発揮され得る。加えて、憲法規範は静的である一方で憲法現実が動的であるため、政策規範性の強さも必然的に動的なものとなる。つまり、政策規範性には、恒常的な不完全さ及び動態性が含まれている。したがって、政策規範性の強さを絶対的指標として捉えることは適切ではなく、あくまでも相対的指標として捉える必要がある。「政策規範性をどの程度発揮しているか」という点を相対的に捉えることで、政策規範性という概念は憲法政策分析の契機となるのである。

こうした相対的指標である政策規範性を分析するためには、比較政策的アプローチが必要である。ここでいう比較政策的アプローチには、時系列比較と国際比較の双方が含まれる。時系列比較においては、ある国における特定の憲法規範の政策規範性の強さの変化の傾向を分析する。国際比較においては、特定の憲法規範の政策規範性の強さが国によってどのように異なるかを分析する。こうした比較政策的アプローチを通じて政策規範性が具体的な意味をもつ指標となり、政策的含意の導出に資することとなる。

この点、政策規範性に対する比較政策的アプローチは、抽象的概念である政策規範性の操作化を前提とする。この操作化の手順のひとつとして、本稿では、「憲法解釈による指標の収集範囲の確定」、「憲法政策及び憲法現実に関する指標の収集」、「指標に基づく政策規範性の強さの導出」という三段階を提示する。

操作化のための手順の第一段階は、「憲法解釈による指標の収集範囲の確定」である。憲法解釈学と憲法政策学とは区別する必要がある。しかし、両者は区別こそされるものの、決して

分離されるべきものではない。そもそも憲法規範の内容が明らかになっていなければ、政策規範性の強さを操作化することはできないからである。つまり、政策規範性の強さを操作した上で憲法政策分析を行うための前提作業として、憲法規範の内容を憲法解釈によって明確にし、操作化のために必要な指標の範囲を確定する必要がある。この点、操作化の前提作業としての憲法解釈においては、厳格な成文法主義に基づく憲法解釈ではなく「憲法規範に幾つかの選択肢があることを認め、運用の場合に持つ意味や役割を考察する」³⁷という憲法政治学的観点からの解釈が望ましい。なぜならば、憲法規範の運用の形態は憲法規範を実現するための憲法政策の内容や政策過程に大きな影響を与えるものであり、憲法規範の実際の運用の意味を考慮せずに憲法解釈を行うことは、政策規範性の強さの操作化という目的に対して適切ではないからである。こうした観点から、「憲法解釈による指標の収集範囲の確定」を行うことが、政策規範性の強さを操作化するための具体的手順の第一段階である。

操作化のための手順の第二段階は、「憲法政策及び憲法現実に関する指標の収集」である。憲法解釈学の目的は、「規範内容の明確化」そのものである。しかし、憲法政策研究における政策規範性の分析においては、「規範内容の明確化」はあくまでも前提作業である。政策規範性の強さを操作化するためには、「憲法規範の性質に見合った具体的な指標」が必要となる。この指標の収集という作業は、「憲法政策及び憲法現実の側から憲法規範に接近する」という意味で、前述の憲法政治学的観点に基づくものである。ここでは二つの観点から指標を収集する必要がある。第一に、憲法政策に関する指標である。具体的には、憲法政策の内容に関する指標、憲法政策過程に関する指標及び憲法政策の実施程度に関する指標である。第二に、憲法現実に関する指標である。換言すれば、憲法政策の結果として憲法規範が憲法現実としてどの程度実現されているかという点に関する指標である。なお、ここで収集する指標は量的指標に限らず、質的指標も含まれる。こうした観点か

³⁷ 小林昭三（1991）、90-92頁。

ら、「憲法政策及び憲法現実に関する指標の収集」を行うことが、政策規範性の強さを操作化するための具体的手順の第二段階である。

操作化のための手順の第三段階は、「指標に基づく政策規範性の強さの導出」である。この指標の組み合わせに関しては、二つの観点が重要となる。第一の観点は、「憲法現実の要素の加味」という観点である。政策規範性の強さの操作化に際して、中心となる指標が憲法政策に関するものであることは確かである。しかし、憲法政策に関する指標のみを組み合わせたとしても、政策規範性の強さの適切な操作化とはならない。政策規範性は、起点としての憲法規範と終点としての憲法現実との相互関連性の中で発揮される性質である。「統制の結果」としての憲法現実の要素を加味することで、はじめて政策規範性を憲法規範と憲法現実との相互関連性の中に位置付けることができる。したがって、憲法政策の内容及び実施程度という憲法政策に関する指標を中心に添えつつ、適宜、憲法現実に関するという指標を加味して政策規範性の強さを操作化する必要がある。第二の観点は、「比較可能な指標」という観点である。比較政策的アプローチを通じて政策規範性が具体的な意味をもつ指標となり得る点は前述した。時間的及び空間的な一点においてのみ政策規範性の強さを示すことができたとしても、その後の分析に繋がらなければ意味がない。したがって、時系列比較又は国際比較が可能となるように指標を組み合わせることが前提である。つまり、汎用性の高い指標の組み合わせを志向すればするほど操作化の妥当性が損なわれる可能性が高くなる点に留意しつつも、時系列比較や国際比較などの各種比較が可能となるような指標の組み合わせを考慮する必要がある。こうした観点から、「指標に基づく政策規範性の強さの導出」を行うことが、政策規範性の強さを操作化するための具体的手順の第三段階である。

以上の三段階の手順を通じて、憲法の政策規範性の強さを比較政策的に分析可能な具体的指標として導出することができる。

こうして導出された政策規範性の強さを比較

政策的に分析することで、憲法政策研究を社会科学の因果推論³⁸の中に位置付けることが可能となる。政策規範性の強さは、独立変数(以下、媒介変数も含む)としても、従属変数としても設定することができる。例えば、政策規範性の強さを独立変数として設定した場合には、憲法現実を従属変数として設定し得る。その上で、両者の因果関係を特定できれば、憲法現実をより望ましい状態にするための含意を導き出すことができる。他方で、政策規範性の強さを従属変数として設定した場合には、憲法規範を独立変数として設定し得る。その上で、両者の因果関係を特定できれば、憲法規範のあり方に対する含意を導き出すことができる。

3.3. 小括

本節では、「憲法政策研究にはどのような分析枠組みが有効か」という問いに対して、まず、「政策規範性」という概念を提示し、政策規範性に関して比較政策的にアプローチする分析枠組みを構築した。憲法政策研究に際しては、裁判所を名宛人とした裁判規範性に限らず、広く政策全般に対する規範性、すなわち政策規範性の強さという観点から検討する必要がある。この政策規範性の強さという概念を操作化した上で比較政策的にアプローチし、分析することは、憲法政策研究のひとつの方法として有効であろう。

4. 結論

本稿では、憲法政策研究のための分析枠組みを構築するために、憲法政策の意味内容を理論的に明確にした上で、比較政策的観点から憲法政策研究に対してアプローチする枠組みに関して検討した。具体的には、「憲法政策とはどのような政策か」及び「憲法政策研究にはどのような分析枠組みが有効か」という二つの問いに対する回答を導出した。第一の問いに対しては、「憲法規範を憲法現実として実現するため、他の憲法規範の範囲内で実施される政策」

³⁸ こうした因果推論に関する研究として、成文憲法上の社会権規定の有無と政策規範性の強さとの間の因果関係を実証的に否定した北村(2009)、北村(2010a)、北村(2010b)を挙げることができる。

という憲法政策の意味内容を「立憲国家における憲法と政策との関係」という観点から理論的に明らかにした。第二の問いに対しては、社会科学的原因推論の中への位置付けを念頭に、「政策規範性の強さの操作化及び比較政策的アプローチ」という分析枠組みの有効性を示した。以上が、本稿の内容である。

本稿の意義は、次に掲げる二点である。第一に、本稿は、「憲法政策の意味内容」及び「憲法政策の分析枠組み」という二点に関して検討し、先行研究とは異なる回答を導いた。この点を、本稿の学術上の意義として挙げるができる。第二に、本稿で構築した分析枠組みは、憲法改正論議を従来のようなイデオロギー対立が根底にあるものから脱却させ、政策論議としての憲法改正論議の展開に資する。この点を、本稿の実務上の意義として挙げるができる。

ただし、本稿には、憲法政策の基本的な意味内容及び分析枠組みを示したに過ぎないという点において課題が残されている。立法政策のみならず、行政作用や司法作用を憲法政策の意味内容に含めるからには、個別の行政作用又は司法作用に関して、憲法政策の観点から検討する必要がある。また、本稿で示した分析枠組みに基づき、実際に政策規範性の強さを社会科学的原因推論の中に位置付けた研究を行う必要がある。これらの点を、今後の研究課題とする。

参考文献

- 芦部信喜著・高橋和之補訂(2011)、『憲法』、第5版、岩波書店。
- 阿部泰隆(1996)、『政策法学の基本指針』、弘文堂。
- 阿部泰隆(1997)、『行政の法システム(上)』、新版、有斐閣。
- 池田政章(1956)、『法学の成果と課題・憲法』、『法律時報』第37巻第5巻、96-101頁。
- 池田政章(1999)、『憲法社会体系Ⅱ 憲法政策論』、信山社。
- 市川正人(2000)、『憲法論のあり方についての覚え書き—憲法の趣旨・精神の援用をめぐる』、『立命館法学』第271・272号、677-699頁。
- 大沢秀介(1981)、『現代型訴訟の日米比較』、弘文堂。
- 大沢秀介(2003)、『司法の公共政策形成』、『比較憲法研究』第15号、65-88頁。
- 北村貴(2009)、『日本国憲法の勤労権規定に対する憲法政策的含意—憲法規範力比較の観点から』、『比較憲法研究』第21号、137-161頁。
- 北村貴(2010a)、『生存権と社会政策との乖離の検証—憲法規範力比較の観点から』、『公共経営研究』第3号、1-21頁。
- 北村貴(2010b)、『教育を受ける権利の政策規範性—憲法規範力の定量化と比較分析』、『公共経営研究』第4号、1-21頁。
- 清宮四郎(1979)、『憲法Ⅰ』、第3版、有斐閣。
- 黒田了一(1959)、『憲法学の方法について—伝統的憲法学への反省と一試論(2)』、『法学雑誌』第6巻第1号、85-112頁。
- 小林昭三(1991)、『憲法学の方法』、北樹出版。
- 小林直樹(1991)、『憲法政策論』、日本評論社。
- 小林直樹(2002)、『憲法学の基本問題』、有斐閣。
- 小山剛(2000)、『基本権的自由と法制度—峻別思考と非分別思考のはざままで』、『名城法学』第50巻、81-110頁。
- 近藤敦(1997)、『政権交代と議院内閣制—比較憲法政策論』、法律文化社。
- 佐々木惣一(1954)、『憲法を改正する国家作用の法理』、『法学論叢』第60号第1・2巻、1-13頁。
- 塩津徹(1999)、『憲法政策論の再検討』、『創価大学比較文化研究』第17巻、41-66頁。
- 塩野宏(2013)、『行政法(1) 行政法総論』、第5版補訂版、有斐閣。
- 高見勝利(2004)、『芦部憲法学を読む—統治機構論』、有斐閣。
- 田中成明(1996)、『現代社会と裁判—民事訴訟の位置と裁判』、弘文堂。
- 戸波江二(1998)、『憲法』、新版、ぎょうせい。
- 戸松秀典(1980)、『司法の公共政策形成機能』、芦部信喜編『講座 憲法訴訟 第3巻』、有斐閣、227-259頁。
- 橋本公亘(1988)、『日本国憲法』、改訂版、有斐閣。
- 東裕(2010)、『新立憲主義・憲法工学・憲法政治学』、憲法学会編『憲法における普遍性と固有性』、成文堂、445-458頁。
- 藤井樹也(2002)、『憲法解釈と公共政策』、『国際公共政策研究』第6巻第2号、179-192頁。
- 松浦一夫(1998)、『ドイツ基本法と安全保障の再定義—連邦軍「NATO 域外派兵」をめぐる憲法政策』、成文堂。
- 宮沢俊義(1968)、『法律学における学説』、有斐閣。
- 村田尚紀(2009)、『日本国憲法の国家像—憲法政策学的試論』、『法律時報』第81号第5巻、97-103頁。
- 山崎栄一(2001)、『災害者支援の憲法政策—憲法政策論のための予備的作業』、『六甲台論集 法学政治学篇』第48号第1巻、97-169頁。
- 結城光太郎(1956)、『憲法改正無限界の理論』、『山形大学紀要 人文科学』第3巻第3号、281-294頁。
- Ashdown, G. G. (1976), "Gertz and Firestone: A Study in Constitutional Policy-Making", *Minnesota Law Review*, Vol. 61, pp. 645-690.
- Berka, W. (2013), *Verfassungsrecht*, 5. Aufl., Verlag Österreich.
- Burckhardt, W. (1944), *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft*, 2. Aufl., Polygraph. Verl.
- Dahl, R. A. (1976), *Modern Political Analysis*, 3rd Ed., Prentice-Hall.
- Dye, T. R. (2013), *Understanding public policy*, 14th Ed., Pearson.
- Hesse, K. (1959), „Die normative Kraft der Verfassung“, *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, Hef222, J. C. B. Mohr, S. 3-24.
- Hogg, P. W. (2009), *Constitutional Law of Canada*, Carswell Legal Pubns.
- Kägi, W. (1945), *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, Polygraph. Ver.
- Kelsen, H. (1960), *Reine Rechtslehre: mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, 2., vollständig neu bearbeitete und erw. Aufl., Deuticke.
- Kelsen, H. (1966), *Allgemeine Staatslehre*, M. Gehlen.
- Laband, P. (1871), *Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preußischen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes*, J. Guttentag.
- Lasswell, H. D. (1951), "The Policy Orientation", Lerner, D. and H. D. Lasswell eds., *The Policy Science—Recent Developments in Scope and Method*, Stanford University Press, pp. 3-15.
- Loewenstein, K. (1959), *Verfassungslehre*, J. C. B. Mohr.
- Loewenstein, K. (1961), *Über Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung*, de Gruyter.
- Maurer, H. (2007), *Staatsrecht I—Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen*, 5. Aufl., Verlag C. H. Beck.
- Öhlinger, T. und H. Eberhard (2014), *Verfassungsrecht*, 10. Aufl., facultas.wuv.
- Schauer, F. (1995), "Ashwander Revisited", *Supreme Court Review*, No.71, pp. 71-98.
- Schmitt, C. (1970), *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot.