

資料

フランス憲法学の政治化と脱政治化^①

ドウニ・バランジエ
山元 一
兵田 愛子／訳

解題

本訳は、著者 Denis Baranger 教授が二〇一二年二月二日に慶應義塾大学大学院法務研究科において行った講演 *« Le droit constitutionnel français connaît-il une tendance à la dépolitisation? »* を機縁とするものである。本講演のために準備された仏文テキストは、すでに石川裕一郎教授（聖学院大学）によって、「フランス憲法学の脱政治化？」として訳出され、『慶應法学』二四号（二〇一

二年）二三五―二四七頁に掲載されている。その後 Baranger 教授は、上記の仏文テキストを元に、その論旨をさらに展開させた論文 *« Politisation et dépolitisation du droit constitutionnel français »* を執筆した。この論文は、Xavier Magnon et Stéphanie Mouton (sous la direction), *Quelles doctrines constitutionnelles pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s)?*, 2022, Mare et Martin, pp. 191-211 に所収されている。本解題の筆者は、同書公刊前に Baranger 教授から本論文を送っていただいたので、その翻訳を申し出たところ快諾していただくことができた。こ

のような経緯を経て行ったのが、本訳である。翻訳作業に当たっては、本論文が念頭においているフランス憲法学における政治学的傾向を代表する一人であった René Capitant の憲政理論の研究によって関西大学から博士号を授与された兵田愛子氏^{「」}（二〇二三年四月より、徳島大学准教授）と共同で翻訳作業を行うこととした。

Baranger 教授のプロフィールであるが、現在のフランス憲法学の第一線に立つ憲法学者であることに疑いはない。一九六八年にパリ近郊のブローニュ・ビランクールで生まれた Baranger 教授は、シアンスポ（パリ政治学院）を経て、一九九六年に、旧パリ大学法学部の嫡流的存在であるパリ第二大学で博士号を取得した。博士論文は、イギリス憲政史を素材とする「一八世紀半ばから一九世紀半ばまでのイギリスにおける責任内閣の形成 (La formation d'un exécutif responsable en Grande-Bretagne du milieu du dix-huitième siècle au milieu du dix-neuvième siècle)」であった。Baranger 教授は、一九九七年から一九九八年までパリ第五大学専任講師を務め、同年に公法部門の法学教授資格試験 (Concours national d'agrégation en droit public) に合格し、オルレアン大学教授に着任した。その後二〇〇一年にはパリ第二大学教授に就任し、憲法・一般

国家学・公法原理・法哲学等を講じている。また、ミシェル・ヴィレー研究所所長及び雑誌『法と哲学 (droit et philosophie)』の共同編集長を務めている。オックスフォード大学招聘教授やベンシルベニア大学招聘教授を歴任している。二〇一八年には、フランス学士院の五つのアカデミーの一つである「道徳政治科学アカデミー (Académie des Sciences Morales et Politiques)」から Charles Aubert 賞を授与されている。

Baranger 教授の著作は憲法史・憲法理論・比較憲法学・法哲学等の広範囲に及んでいる。単独著書のみならず、あげると、以下の通りである。

1. *La constitution : sources, interprétations, raisonnements*, Dalloz, Méthodes du droit, 2022
2. *Penser la loi*, Gallimard, L'esprit de la cité, 2018
3. *Le droit constitutionnel*, 7^e édition, PUF, Que sais-je? 2017
4. *Écrire la constitution non écrite : Une introduction au droit politique britannique*, PUF, Léviathan, 2008
5. *Parlementarisme des Origines*, PUF, Léviathan, 1999

Baranger 教授の学問的特徴としては、同僚の Olivier Beaud 教授とともに、憲法学を単なる憲法訴訟法学に還元しようとする傾向に対して強く抵抗し、それに対するオルタナティブを示す「政治法（学）droit politique」という方法的主張の旗手的な存在であって、鋭敏な歴史感覚を持ち、比較法制史的知見、法理論的知見、インターディシプリナリーな考察態度を有していることを指摘できる。このような特質は、本論文においても余すところなく現れている。

本論文は、憲法裁判機関たる憲法院の活動が活性化することについて、もっぱら憲法を規範の束として捉え、しかも規定内容を捨象して、人権価値に対してをも価値中立的な姿勢をとることにによって、政治的社会的問題に対して価値判断をせずに、それを政治部門の決定に委ねる立場が有力化するに至ったことを強く問題視する。このような状況において、Baranger 教授は、憲法と政治が切り離されないことを強調し、「政治は、憲法によって法そのものの中に入り込まれる。したがって、憲法とは、本質的に政治法である。憲法に関しては、政治の外側の法を考えることはできず、また、そのような法を把握することはできない。」¹というのである。以上の観点を踏まえて、憲法を政治法だ

と考える憲法学が、「統治する」ということに真正面から向き合えば、法化を進めることによって権力を法的拘束から解放してしまっている現在の逆説的状況を変化させることができるはずだ、というのが教授の主張である。

日本でも、司法審査制の枠内で司法を通じて憲法的価値を実現しうる場面は限られており、そのようなことの難しい場面において、政治部門の恣意的行動を抑制しうる憲法論を構築しうるのが、重要な課題となろう。²

〔1〕 兵田愛子・関西大学博士論文「ルネ・カピタンの議院内閣制論——民主主義の枠づけ——」（二〇二二年三月）

〔2〕 フランス憲法学におけるこのような学問的動向については、山元一『現代フランス憲法理論』（信山社、二〇一四年）六四九頁以下の紹介と分析を参照されたい。

〔3〕 例えば、日本国憲法五三条は、「内閣は、国会の臨時会の召集を決定することができる。いづれかの議院の総議員の四分の一以上の要求があれば、内閣は、その召集を決定しなければならない。」とあるが、二〇一七年に野党から要求を受けた安倍晋三内閣が三ヶ月以上召集に応じなかった事例がこれに相当しよう。これについては、いずれも国家賠償請求訴訟を提起した原告が敗訴に終わった以下の判例がある。那覇地裁二〇二〇年六月一〇日判決（判時

二四七三号九三頁)、同事件の控訴審判決である福岡高裁二〇二二年三月一七判決、東京地裁二〇二一年三月二四日判決(訟月六八卷五号四六四頁)、同事件の控訴審判決である東京高裁二〇二二年二月二一日判決(訟月六八卷五号五一頁)。

* * *

憲法学と政治学の関係という古典的な問題は、それらの大学の講義科目たる「憲法学」と「政治学」という「ステークホルダー」が経験した変化により、刷新された。憲法学は、いまや規範主義的アプローチと憲法訴訟論によって支配されている。他方で、政治学は、明らかに経験主義の方向へと向かった。そこから、新しい役割分担が生じた。フィリップ・レイノー (Philippe Raynaud) の明快な定式によれば、「規範論理についての研究は法学者たちのものとなり、諸権力のダイナミズムについての研究は政治学者たちのものとなるであろう」⁽²⁾。同じ著者が非常に説得的な方法で示すように、この種の知的な「ヤルタ協定」は役割分担を決めるが、それは偶然的なものではない。憲法学においても政治学においても、「それぞれの学問的作業の」正当化の基礎は、まさに知見が生み出される際に、それが科学的といえるものが要求するものについての実証主義的解釈にある。政治的事実についての実証主義的学問は、実証主義的な法学に対する自律性を喜んで認めるのである。

「政治法学 * droit politique」⁽³⁾ というラベルは、さまざまな別のやり方があるものの、憲法学の現在のあり方に対する批判を可能にすることや、理解の新たな地平を描くことを目指すというプロジェクトを説明するのに役立つであ

ろう。なお、このラベルは、「政治法 *Jus Politicum* (www.juspoliticum.com)」で発表された論文の多彩さが示すように、同じ対象に対する非常に多様な学問的態度を含んでいるので、それが含んでいるアプローチの統一性を誇張したいわけではない。たしかに、「政治法学」* *droit politique* * という、自然法を想起させる古い語彙を復活させることは是非については疑問とする向きもある。この政治法学というチームは、現代の大多数の法学者、特に憲法学者の見解またはプロジェクトとは相容れない、といわれるであろう。他方で、政治学の側では、憲法の政治的側面を考察の対象とするという考えは、たしかに少数派である。政治法学という言葉は、大多数の政治学の研究者たちにとっては何の意味も持たないであろうし、仮にそれがカバーしうる対象についての考え方を彼らに伝えたところで、おそらく、彼らは政治法学という学問が政治学の内容の形成にどう役に立つのかわからないであろう。それでもやはり、「政治法学」というチームは、憲法学的考察の範囲を憲法機関の判決についての単なる注釈にとどめず、それを拡大しようとする様々な試みをカバーするのに最も適しているように思われる。なぜなら、憲法学は、政治現象を前に撤退する運命を課されているわけではないからである。

「政治法 * *droit politique* *」における学問的考察の前提は、なんにせよ憲法学に関しては、法学そのものの観点から政治が考察対象とされるのであり、またそうされなければならぬ、ということである。

本日の講演において、私は、現代フランス公法学が、政治を十分に考察対象としていないことを提示したい。いい換えれば、今のフランス公法学は、政治のリアリスティックな理解から目を背けてしまっている。政治は、多面的な現象である。フランスでは、「政治」という言葉は、たいていの場合、政党間での公開での議論の応酬や権力をめぐる政党間の争いを意味するものとして理解されている。しかし、そのような理解によつて、政治の意味が汲み尽くされるわけではない。政治は、私たちの社会の中でよりいっそう広い地位を占めている。憲法学は、別の形を取る政治現象にも関心を有する。憲法学は、「体制」という観点から政治システムを分析するのである。憲法学は、政治権力の行使、すなわち統治者たちが憲法によつて付与された権限を行使するときに行うのかについても、関心をもつ。私の講演は、政治現象のこのような側面が見落とされがちであることを示すことである。このことに関しては、憲法学の「脱政治化」について話すことができるであろう。

しかし、脱政治化それ自体もまた政治的な性格を有する現象であることを、決して見失ってはならない。

私は、相補関係にあると考えうる二つの観点から、このフランス憲法学の政治とのかかわりという問題を検討する。第一に、フランス憲法学者たちが政治現象に対していかなる関係を維持してきたのか、を明らかにしたい(Ⅰ)。第二に、憲法にかかわる行為のなかで問題がどのように生じたのかを明らかにしたい(Ⅱ)。このような論文構成は、「学説」と「実際の行為」を別々のものとして提示することになるので、分けて考えてはならないはずのものを分けて考えてしまうという難点がある。それらは完全に分けることはできないし、そのことがまさに政治法学のアプローチが要請する重要なもののうちの一つではあるものの、何よりもまず便宜的な理由により、この二分法を採用する。

I. フランス憲法学と政治

第一部では、フランス憲法学のいくつかの特徴を明らかにしたい。憲法の歴史的解釈を取り上げてそれを行う。最初についておかなければならないのは、私は憲法学を、「政治法学」、つまり法と政治の関係についての一定の理解

によって導かれる法学として理解するということである。それこそが、私が「立憲主義」というタームに与える意義である。そこでまず、立憲主義の本質的に政治的な側面について、少し述べたい(A)。次に、フランスにおける憲法学説の最近の一定の傾向を明らかにしたい。特に、フランス公法学における「懐疑主義」の傾向を強調したい。私は、この「懐疑主義」を、憲法の解釈において政治的要素より技術的要素を優先させてしまう傾向として理解する。この傾向は、政治の軽視、すなわち憲法裁判の文脈において政治と区別されるところの法が政治に対して優位すべきであるという考え方と結びついている(B)。

A. 諸起源からなる立憲主義 (constitutionnalisme des origines) に内在する政治的側面

政治法学の目的は、立憲主義を(再)理解することにあるといえよう。たしかに、このようなプロジェクトは、フランスの法学者モリス・オーリウ (Maurice Hauriou) の一九二九年に刊行された『憲法概説』の冒頭のフレーズを思い起こさせる。彼は、特に「古典的学説の復権⁽³⁾」の必要性という考えを強調していた。しかし、私たちは、いささかの理由があつてこの著者に対してなされたようなイデ

オロギー的偏向という非難には陥らずに済むと思われる。

この観点からすれば、立憲主義の特質は、法と政治を実証的に関係づけることである。古代の偉大な政治的思想では、「法には、その基本原理が政治的であつて法的ではない憲法の枠内で、（中略）従属的な地位しか認められない」⁽⁴⁾。これに対して、近代国家は、法に関する二重の考察に基づいて築かれている。すなわち、まず、主権の中に権力が実定的に基礎づけられる。次に、「自由主義的な政治は、諸権利 (Rights) のよりよい保護のために、政治を法 (Law) に従属させることを目指す」⁽⁵⁾のである。いいかえれば、ここでは、立憲主義というタームは、憲法の政治的内容である。つまり、その政治的側面なのである。私がここでいいたいことは、この側面を軽視しえない、ということである。立憲主義の政治的内容は、国ごとの経験の違いに応じて変化し、または相異なったものとなりうる。しかし、憲法が、何らかの政治的構成要素を含んでいることは、明白な事実である。立憲主義を抜きにして、つまり憲法の政治的構成要素を考察の対象にせずには、憲法を理解できない。一定の法形式に訴えることを通じて政治的諸目的を実現するプロジェクトでなければ、憲法ではないのである。立憲主義とは、事後的に憲法に浸透することとなる、一

定の内容を包括するための契機といえよう。立憲主義は、現行の憲法においてすでに部分的に実現されている知的なプロジェクトとして、実質的目的——政治的自由と個人の諸権利の保護——を目指す。立憲主義は、まったく政治的に中立的ではないこのプロジェクトを、以下の方法で実現する。すなわち、1／政治権力の自然主義的な捉え方を通じて、2／この権力を枠づけようとする制度的な仕組みを設けることを通じて、3／法とその制定についての形式主義的な捉え方を通じて、である。

この変化の結果は、単に政治的思想のレベルにとどまらない。このように定式化された立憲主義プロジェクトすべての要素は、価値に基礎づけられると同時に、法的に構成されるのである。価値は、特に権利宣言の中で法的に表現される。「法的に構成される」制度は、「自由の憲法」によって認められ、このような「自由の憲法」自体も、特定の類型の法形式に則っているのである。これらの制度は、意思主義的な形式の下で法を生み出す。立憲主義は、本質的に立法についてのある法理論に基礎を置いている。

以上のことが意味する重要なことは、政治と法をものはや完全に分けることはできない、ということである。まさにこの融合から、憲法が生じるのである。政治は、憲法に

よって法そのものの中に組み込まれる⁽⁶⁾。したがって、憲法とは、本質的に政治法である。憲法に関しては、政治の外部の法を考へることはできず、また、そのような法を把握することはできない。逆に、政治は国家という文脈で行われるのであるから、政治的行為は、いわゆる法外的な手段を失う。法の言葉が、政治的行為に適用されるのである。法のメカニズムが、政治的行為を媒介する。むき出しの政治的行為もなければ、法的にしか定式化されない行動もない。

この法と政治の結びつきは、スムーズにはいかない。実際、憲法において、二つの影響を区別しう。一方はイデオロギーの影響である。つまり、権力についての考え方と人間による統治を支配すべき諸原理についての考え方である。他方は、技術的影響である。つまり、国家についての知見と、国家を法的に組織する方法についての知見である。それが立憲主義の二つの側面である。一方のイデオロギーの影響は、他方の技術的影響よりも古くからある。技術的側面は、全面的にはないにせよ、広くイデオロギー的関心から確立された。

ケルゼン (Kelsen) に端を発する規範主義の強い主張の一つは、(法現象を構成するうちの一つである) 憲法か

ら、そのイデオロギー的側面として理解される憲法の政治的側面を除去し純化することであった。重要なのは規範形成であり、ただそれだけである。そもそも、規範形成は、道徳的価値や政治的価値で構成されるあらゆる実質的側面を捨象して把握されるのであり、そのように把握されなければならぬ、とされる。ケルゼンは、民主主義は究極的な価値相対主義と両立する体制であるという理由で、比例代表制に基づく民主主義を高く評価する懐疑的な政治理論の見方と結合させる。私は、ここで、このような見方の限界についての批判に取りかかりたいわけでも、それができるわけでもない。しかし、ここでは、その解釈では、憲法学から明瞭性という重要な部分を失わせてしまうように思われると述べるだけで十分である。憲法は、その他の法とは違う。憲法は、政治についての一定の理解の仕方や実体的原理や価値の蓄積と有機的に結びついているがゆえに(憲法が属するところの) 法現象より広いコンテクストにおいて自律性を有する。まず、古典的な政治的自由主義に由来する処方箋でありうる。次に、民主主義的な要請でもありうる。最後に、完全には排除されえなかった別の政治的思想によって示される真理でもありうる。すなわち、それは、国家と主権についての古典的学問である。

B. フランスの場合…近年の歴史的展開の概観

1. 憲法学において実質的価値を保持するか排除するか…
フランスにおけるドイツ憲法学の影響

古典的学説…憲法における政治的側面の維持

本論文で企図している歴史的展開の概観を詳しく行うつもりはないのであるが、実証主義的なアプローチが、古典的立憲主義の構想の特定の側面をもちや考察の対象としない、あるいは恐らくもはや考察の対象とすることを望ましいように導いた時期が存在していた、と考えられる。それでもかなり長い間、一八世紀の偉大な憲法を直接の手本にして憲法を提示するアプローチは、実現可能であると考えられていた。「憲法学という」この比較的新しい学問における学問的理解は、多くの論者にとって、まさにそのようなものであった。ゲオルク・イエリネク (Georg Jellinek) が『一般国家学』で行ったことの大部分を（人権宣言の歴史的展開に関する一九〇〇年の彼の有名な作品と同様に、このように理解できないだろうか。まさしくそれが、『憲法綱要 (Éléments de droit constitutionnel)』でアデマール・エスマン (Adhemar Esmein) によってなすとげられた構想ではないか。このような構想は、ある程度までは、

国家機能についての実質的定義ではなく形式的定義の主張が繰り返されたとはいえ、カレ・ド・マルベール (Carre de Malberg) の構想の一端でもあった。彼の理論の特徴は、フランス型の立憲主義と国民主権思想の分析に集中することであった。とはいえ、彼の「フランス憲法によって提供された素材に基づく」国家の一般理論への貢献という構想は、第三共和制期の実定公法と革命期の立憲主義との関係を再び結びつけるための努力として、まさに理解されうるのである。

しかしながら、「立憲主義的」諸原理や諸価値の遺産から実定法上の憲法を導き出すという以上のような構想は不可能となるか、いわば、おそらく考えられなくなってしまう時期が到来した。それがどのように展開していったのかについて、しっかりとまとまてはいない意見を述べるつもりはない。その結びつきが断ち切られた重要な転換期は、国家の一般理論に関するドイツにおける理論的考察、そして特に国家についての社会学理論と国法学との区別にあるように思われる。

イエリネクの国家学における二元論は、実際、国家と一定の諸価値との結びつきを明らかにする利点を有していた。すなわち、権利主体の有する主観的権利の基礎としての国

家「目的」論と人権論がこれに当たる。しかし、これと対照的に国法学は、これらの実体的価値に依拠せずにそのような国家を基礎づけなければならなかった。このように、国家の実質的目的は、国家についての法的な定義とは無関係であるから、イエリネクは国家を法的に定義するに際しては、形式的な基準のみを参照したのである。イエリネクが『法律と命令 (*Gesetz und Verordnung*)』で述べているように、「たしかに、目的が法を生み出す。しかし、法の創造主と創造物を混同するのは、方法論的かつ論理的な誤りである」、と。このようにして、公法理論において法形式と価値の間に亀裂が生じたのである。おそらく、これは、そのような事態が発生した最初の機会ではなかったが、それが、現代史において決定的な機会であったのである。

ケルゼンによる切断

実際、イエリネクによって入念に構築されたこの二元論が、ケルゼンの規範主義によってもはや修復しえない亀裂となっていたことは、明らかである。イエリネクは、公法研究の中に政治のための余地を残していた。これに対してケルゼンは、法と政治の間にある区別が乗り越えられない性質を有することを明確に主張した。すなわち、法を対

象とする純粋な理論は、「法の科学たろうとするのであって、法政策たろうとするのではない(…)それは、法がどうあるべきか、または、法がどう作られるべきかについては、まったく述べようとし⁽⁸⁾ない」。彼のおかげで、分析的観点からみてこの区別が深まっただけではない。この区別は、法を、政治的なものに関するものと明確に対置されるものとして定義づける。一方の領域に属するものは、もはや他方の領域には属しえない。法と政治という二つの領域は、互いに排他的に定義づけられる。法の政治的側面を一定の内容を当為として設定することだけであると位置づける一方で、法の科学に固有の問題は、「いかにして」規範形成が行われるかを明らかにすることであるとするのは、非常に興味深い方法である。しかしながら、政治を単にこのような側面に帰してしまうのは、単純化しすぎているように思われる。憲法が、——規範形成において特別な位置づけを有する——権力や主権や代表や責任などの憲法に特有の概念や、さらには憲法上の機関の政治的行為に結びつけられていることが注目されるであろう。私たちは、この方向に進まない道を選択することはできる。しかし、いずれにせよ、この方向を選択することによって、政治的概念は、ケルゼンと規範主義学派によって示された役割とは

まったく別の役割を果たすことになることを、指摘しなければならぬ。それは、政治的決定を規範形成の仕組みの中に組み込んでしまうことではない。(言葉の非常に広い意味で) 政治的思想によって決定された概念が憲法制度の内側からどのように作用するかを示すことが重要なのである。たとえば、主権というタームで考えるのは規範形成に影響を与えるが、しかし、私たちが自由主義的国家において生きるのか、社会主義国家において生きるのか、自然法のあれこれの思想に基づく神権政治において生きるのか、完全な世俗国家において生きるのか選んだことをまったく含意せず、また人権を尊重するのか、その人権という言葉が当該政治システムにおいて意味すら持たないのか、についていかなる含意ももたらさない。政治的代表のような基本概念についても同じことがいえる。政治的分析を、法理論を「汚す」ことにしかなりえないものと非難することは、政治を、国家の諸活動また国家の形成する規範のための基礎的概念の提供者の地位に閉じ込めてしまうことになる。それゆえに、このような考え方は、政治の中に国家に実質的目的を設定する作用しか見ないということである。この手の考え方は、一九世紀末から二〇世紀までの公法学において非常に活発な数々の議論を経ている。たとえば、私た

ちが統治行為の基準や統治作用の存在についての議論で考えるのが、そうである。それは、学説、特にフランスの学説の行政法学への一極集中の理由の一つでもある。行政法学は、非政治的な法学と解されたからである。国家を非政治的に読解するとは、行政裁判所による公権力機関の法的規律や公権力機関が制定した法に注目することと同じことである。さて、そのような読解を可能にするには、政治を再び目的設定作用に帰してしまわなければならないのである。立憲主義への回帰が教えてくれること、それは、前述とは異なった性質の政治と法との関係がもたらす教訓である。政治は国家のメカニズムそのものの、国家を活発に機能させしめる諸々の概念、それらの相互作用に浸透しているのである。自動車にたとえよう。イデオロギーは、単に、憲法と政治的制度のモーターを動かすガソリンであるだけではない。イデオロギーは、このモーターのパーツのデザインの仕方にも影響を及ぼしてもいたのである。イデオロギーは、それらの機能全体を条件づけるのである。

とはいえ、前述の政治について限定的な捉え方はケルゼンの読者の多くに影響を与えており、確かに彼のフランスでの成功に貢献したことに変わりはない。シャルル・アイゼンマン(Charles Eisenmann)の博士論文(一九二八

年)がその好例である。人権が憲法規範の中で……一種の優位性を有するとする見解を論じたが、若き時代の著者アイゼンマンはそれについて、以下のような判断を下したのである。すなわち、「このような見解は明らかにひとつの政治的な見解を表現するに過ぎない。それは自由主義的な個人主義の影響に直接的に結びついて」おり、「憲法の様々な法的観念の秩序や真のつながりと相反してしまう」と。ここでの構図は、今後は、法的なものと政治的なものは互いに排斥しあう(と考えなくてはならない)、というものである。

私たちは、法から政治を遠ざけてしまうことの実例を、エスマンがその当時において実定憲法を「一八世紀の哲学的思索から引き出された諸原理の(…)共有財産」及びイギリス憲法をモデルとした「制度類型」⁽⁹⁾と結び付けよう(と)実際にはそこから引き出そうと)していた方法的な努力から、推し測ることができよう。まるで、ケルゼンが開始した法現象についての包括的な明証性についての考察のほぼ議論の余地ない成果が、憲法に特有の明証性を犠牲にしてなされなければならなかったかのようである。

それは、たとえば、立憲主義思想の伝統によって国家に

割り当てられた政治的方向性に、非常に体系的なやり方で、自分自身の公法学説を基礎づけようとしていたオーリウのやり方からもほど遠い。たとえば、主権について、「政治的自由を促進する目的で自己拘束を行うために、固有の形態と固有の権力の内的分立によって分権化され均衡化された意思に組織化された国家の支配権力」⁽¹⁰⁾とする定義や、国家について、「自由を保障する安定的な状況を生み出すシステム」⁽¹¹⁾とする定義や、法律について、「国家体制の決定つまり自由(の実現)」に向けた改革を内容とする成文規範」⁽¹²⁾とする定義の中に、彼のこのような方向性が見出される。

これらの論者たちについて記憶に留めなければならないことは、実質的価値全体も考慮に入れなければ立憲主義は理解することができない、という考え方である。しかし、とはいえやはり、これらの実質的価値は、問題を生じさせることは明らかである。それらの価値は、それらの存在自体によって問題が引き起こされるのであって、まさしく近代の規範主義は実質的価値対実質的価値の対立に対して闘争を挑んだのである。それらの価値は、その内容の観点でも問題を引き起こす。たとえば、なぜ自由だけに限るのだろうか。たとえば、なぜオーリウはこれらの定義の中に

「自由と人権」を含めなかったのだろうか。あるいは、なぜ共和国の標語「自由、平等、友愛」ではなかったのだろうか。さらには、仮に自由しか考慮に入れないとしたとしても、それについて実に多様な解釈をなしうる。自由とは、他の概念への参照が必要な概念である。自由は、特に非純粋的な概念である。いかなる自由も、何かをする自由であり、または何かに対する自由である。また、対象となる自由のリストは、積極的なそれから消極的なそれまで限りなく長く、歴史的文脈による。これらのすべての問題を捨象することを企図する憲法学説の誘惑の力を、どうして理解せずにいられようか。

2. フランスの公法学者たちの懷疑主義…アメリカとの対比

アメリカとの比較

オリヴィエ・ボー (Olivier Beaud) が多くの論文で示したように、規範主義理論は、憲法学者たちが政治的制度や政治生活の研究へと向かう「プラグマテックな転機」⁽¹³⁾と呼ばれる現象が生じていたとき、法学において理論的な関心を維持するメリットがあった。私たちは、この観点からアメリカとフランスを比較できるであろう。アメリカ憲法

学は、よきにつけ悪しきにつけ政治法学であり続けてきたし、そうであることについて自覚的であり続けてきた。「憲法学」という学問はかなりはつきりと最高裁判所の判例研究に向けられていたが、やはりそのようにいうことができる。さて、前述の最高裁判所は、政治問題を政治問題として決着をつけないと考えていないにしても、論証的方法で判例形成を行っているのであり、政治的問題は回避されない。そのようなやり方の危険性とはもちろん、最高裁判所が政治的問題に介入するということがある。この危険性は絵空事ではない。ブッシュ (Bush) 対ゴア (Gore) 事件判決やスカリア (Scalia) 判事の個別意見が、十分にその危険性を示している。しかし、そのような不都合自体がその解決策をもたらす。個別意見の原則は、判例を、個別意見に基づいて政治的分析 (批判法学の場合にはイデオロギー的分析) に委ねること、すなわち、決定に対して政治イデオロギーの観点からの読解を行うことを可能にする。この同じボーの学説の観点から、アメリカの法学教授は、政治色がかなり強い主張、すなわち明らかに規範的なものとなるような主張 (キャス・サンステイーン (Cass Sunstein)、ブルース・アッカーマン (Bruce Ackerman)、ラリー・トライブ (Larry Tribe) などの著作を念頭にお

いている)をすることを、職業倫理に反するとは考えていない。このような「法学の」政治への開放は、その社会科学への開放を近づけることになる。フランスではそうではないが、政治経済学は法学の議論においてよりいっそう中心に位置している。また、大多数の法律家は、裁判官も含めて、社会学や社会科学に結びつける研究に躊躇なく励んでいる⁽¹⁴⁾。それと対をなして、非専門家や政党や世論の動向における政治的主張は、フランスよりもいっそう憲法にこだわりの、それを主要論点だと考えている。私たちは、このような政治的主張における原意主義者と生ける憲法の支持者の間の論争の重要性を理解する。同様に、このことは、共和党の運動や「ティーパーティー運動」の提案する憲法の読み直しに関しても同様である。アメリカのそれぞれの大きな政治運動は各々一定の憲法解釈論を携えており、そのような憲法解釈論はそれぞれの運動にとってまさに中心的なものである⁽¹⁵⁾。

フランス公法学における政治的中立性という偏見

フランスでは逆に著しい政治的中立性が優勢であり、それは非常に鮮明な「技術的」偏見とうまく共存してきた。憲法が現実の政治には「立ち入り禁止」となっていること

はかなり明確である。それには多くの利点があり、そのことは否めない。しかし、その結果、憲法問題の政治的な含意がわかりにくくなる傾向にある。憲法学説は、技術的な論点、主に訴訟上の論点に関心を集中させる。逆に、制度的な論点(行政権やそれが保障する公役務に対置される国家、政治体制やその変遷)、または社会がその維持を望む価値に関する論点については、法学者たちは関心を向けない傾向にある。懐疑的なものの見方が求められたのである。法が政治を捕捉するべきとのルイ・ファヴォール(Louis Favoreu)の主張は、思うに、この文脈で理解されなければならぬ。この懐疑主義の大海の中に実質的な真実の小島を打ち立てようとするものであった。注目に値するのは、基本権そのものの保護を議論の出発点としないことである。このように基本権に基礎を置かないのは、フランスの学説に特有のものである。もちろん基本権は否認されないどころか、その逆である。共通する意見によれば、「フランスの」憲法判例がもたらしてきた大きなメリットの一つは、内容豊かな基本権章典が欠いていた法システムに、それを付与したという点である。したがって、ある意味で、「立憲主義的な」やり方を目にする。立憲主義の各時代は、それを基礎づける価値の確立から始まったのである。憲法裁

判官の時代も、同じ作業を前提とする。裁判官はその時代の特徴的な価値を決めるのであり、時代は裁判官の支配によって定められるのである。

ただし、価値に対するかわり方は、ここでは私たちが普通に想像しうるようなものではない。フランスの場合、憲法裁判官が決めた実質的価値は、法解釈学の基礎を構成しない。実際に法解釈学を支えているのは、懐疑的なものの見方である。憲法制定権力が有効に承認しさえすれば、憲法は、いかなる内容も持ちうるのである。そこには、一七八九年の人権宣言一六条で示された立場に対する非常に強い否定がある。私たちは憲法の規定には政治的に実質的な内容が盛り込まれているものと簡単に信じてしまうかもしれないが、以上のことは、憲法の規定についての非常に特殊な解釈を前提としている。たとえば、一九五八年憲法八九条五項についての懐疑的な解釈によれば、この規定は、実際には、君主制ではなく共和制を選択しなければならぬこと以外に、憲法に服する機関に課されるいかなる規範も存在しない、とされることになる。すなわち、「共和政体」は、そのこと以上には憲法改正権力を制限しないのである。

他方で、憲法裁判官は、実体的問題に関しては何も立場

を明らかにしない「転轍手」として提示される。憲法裁判は、(何が正しいかの定式化という意味での「正義」の現代的な見方に関しての) 優越的価値の保障ではまったくない。憲法裁判は、民主的意思がいかなる形式の下で憲法上の「規範定立のルール」に一致するように形成されるべきか、を述べるにとどめてきた。そこには、裁判所の役割と正義とのかかわりを切り離す特別な仕方がある。結局のところ、懐疑的方法に基づいて懸念されない唯一のもの、それはある種の真実を生み出すことのできる憲法裁判官の能力である。この能力は、実体的問題に関して優越的価値と一致によって実証されるわけではない。追求される目的の一つは、むしろ逆に、法解釈学からあらゆる実質的価値を追放することなのである。というのも、あらゆる実質的価値は、超憲法的なものとして捉えられてしまうからである。憲法について真実を述べる裁判官の能力は、(そのような能力は制度的ゲームにおけるほかのアクターたちには認められない(と⁽¹⁶⁾いう意味で) 排他的、自己充足的、自己基礎づけの、自己制限的(それについては後述する)である。私たちは、それゆえ、私たちがよく目にするように、憲法裁判官が政治的アクターたちに「憲法学の真の教訓」を送ったというのであろう。結局、「憲法裁判によって実

現される」「法によって捕捉される政治」の機能とは、審査の根拠、無条件性の根拠（それゆえ合理性の根拠）を、法システム全体に提供することである。私たちは、そこから近代法の最も古く基本的なプロジェクトの一つにさかのぼる。すなわち、政治社会を、秩序立った（アリストテレス的）世界観からの脱却によって生じたカオスから、意思主義的かつ中央集権的なやり方で理解された法によって解放する、ということである。超越的な（このようないい方が許されるなら「上位の」）ものは退けられる。なぜなら私たちが合理化することを通じて脱呪術化するからである。それと同時に、内部にありながらカオスを生むものである。すなわち、およそその力そのものが「秩序を破壊する」政治は梓づけられるべきであり、さもなければ、（ボダン（Bodin）が『国家論六篇』の序文においてすでに想起したように）私たちに破壊が待ち受けることになるのである。

憲法学による懐疑的解釈

冷戦時代に「主要な西洋型民主主義」と呼ばれていたものを見渡すと、フランスは、第二次世界大戦後に、憲法に関する法文化が人道的な道徳的かつ政治的価値を明示的に考慮に入れて引き受ける方向へ明確に舵を切らなかった唯

一の国である。確かに、フランスの憲法は、他国と同じく、人権と民主主義のより良い保障を目指す方向へと向かった。しかし、（ラートブルフ（Radbruch）からハーバーマス（Habermas）までの）ドイツや（ドウォーキン（Dworkin）の）アメリカやイギリスのような国における法の学問的な捉え方は、しばしば、法における道徳的価値の実定化、つまり確固たる移植を説明しようとしてきた。フランスでは、憲法典がこの方向へ向かい、判例もこの方向を辿る方法をついに見つけたのであるが、学説は逆に、強力な中立性と懐疑的立場をとったのである。憲法訴訟論の優位は、上位の人道的価値と切り離せない、またはドウォーキン流に言えば、市民共同体の道徳的諸概念を反映しようするような憲法の理念に基づくものではなくない。むしろその逆である。一方で、憲法についての支配的な解釈は、完全に形式主義的なものである。すなわち、懐疑主義の法学者は、それが憲法制定者によって要求される形式を遵守して制定された以上は、それがどんな内容であれ、憲法適合的でありうる。他方で、憲法訴訟論は、議会の活動を行政機関的な活動のイメージで理解する。それゆえ、フランス行政訴訟論という非常に研ぎ澄まされたツールが、立法者の「越権」を把握するために「憲法訴訟論に」⁽¹⁷⁾ 移し替えられうるのである。

このようなものの見方は、「憲法学」というラベルの使用を首尾よくわが物とした。それは学問において真新しいものであっただけでなく、その見方にとっての学問の究極的な真実を躊躇なく主張した。憲法の「真の」本質は、憲法の訴訟形式、すなわち憲法判例の存在の中にあるかのよう提示された。この見解は、ケルゼンの著作の中に既にその萌芽が見られ、いわば準備状態にあった。またフランスの学説に関しては、シャルル・アイゼンマンの博士論文の時からすでにそうであった。シャルル・アイゼンマンは、憲法裁判についての考察に向けた一般理論のための発言の文脈で以下のように書くことができた。すなわち、「ただ（憲法裁判）だけが、憲法規範を、それに制裁を結び付けることによって、法的に拘束力ある規範、つまり真の法規範にするのである。制裁がなければ、憲法はただの政治的なプログラム、せいぜい道徳的に義務的なプログラムにすぎない。立法者向けの良きアドバイス集とはいえるものの、立法者はそのアドバイスを尊重するも無視するも法的には自由である。というのは、立法者の行為はいずれにせよ有効だからである。それゆえ、憲法裁判は、法的な規範である」と望まれていただけのものを、真に法的な規範にするのである。憲法は、このようにして、またこのような仕方では

のみ十全の法的妥当性を備えた最高の法規範となる」⁽¹⁸⁾と。アイゼンマンは、同書において、法と政治を接近させた一連の学説的見解へ精一杯の反駁をした。特にモリス・オーリウ、フランソワ・ジェニー (François Gény)、レオン・デュギ (Léon Duguit) らの考え方がその対象であった。

フランスではシャルル・アイゼンマンが先駆者の一人であるところの規範主義的な批判は、一九世紀末から一九二〇—一九三〇年代にかけて学説を支配していた法と政治の關係についての考察が到達した行き詰まりを論拠にしていた（一九二八年のシャルル・アイゼンマンの博士論文）。オーリウとデュギの見解は、両者が対立していたことは特に非常に有名であるが、実定法には実定法を超えた基礎が必要であるとする点で共通していた。シャルル・アイゼンマンにとっては、そのような見解が「破綻しており」、現実の法的基礎を欠いていたことを指摘するのは、いとも容易かった。しかし、モリス・オーリウの例だけを取り上げれば、彼の努力は学説として完全な失敗に値するともまではいえなかった。

これらの見解に対する応答は、法実証主義的な学説によって体系的になされた。裁判官を「超実定的な」法の保

障者にしようとしていたあらゆる見解に対しては、「超実定的な」法など見つからなかった、という応答が筋道を立ててなされた。また、「超実定的な」法を探し出すことができたとしても、そうすることは、それを、民主的な主権に由来する法と競合させてしまうことになってしまう。要するに論点は、実定法（法実証主義者にとつての唯一の真の法）と、——正統な国家機関の意思に基づかない規範や制度であつても法的でありうることを論証するためのすべての努力を効果的に指し示す包括的な用語であるところの

——「自然法」との対立にあつた。問題を「法的性質 (juridicite)」という論点に還元させる議論が、フランスの卓越した法学者たちの間で長きにわたって行われた。一九二〇—一九三〇年代におけるカレ・ド・マルベール、シャルル・アイゼンマン、ピエール・ラロック (Pierre Laroque) から、比較的最近のジョルジュ・ヴデル (Georges Vedel) やブルーノ・ジュヌヴォワ (Bruno Genevois) までの議論がそうである。いずれにせよ、この学派は、法の政治化の危険性を理由に「自然法」を狭く捉えた。その逆に、法実証主義的な方法は、政治をカッコに括入するという大きなメリットを有することになるのであるが、そこにおける政治とは、常にイデオロギーに刻印され、党派的で、

それを考察の対象とするのは法学者の仕事ではないとされるところの政治的選択を意味するものとして理解されている。法学者のテリトリーは、政治のテリトリーが終わるところから始まるのである。

実定法であると認定される法は、それゆえ、純粹に形式的な条件に照らして「法」であると認められると同時に、私たちは民主制の下にあり、そこでは法の（究極的な）作り手は人民なのであるから、このような法は政治的に受け入れ可能だ、というメリットがあつた。支配的な見解について、厳密なまとめではないものの以下のようにまとめることができるであろう。すなわち、受け入れ可能な政治的選択は、実定法と認められた法の枠に収まるものだけである、と。現行法を注釈し活用する法学者は、このようにいかなる政治的分析をも免除され、同時に議論の余地のない正統性を身に纏っていると感じる。「憲法判例は政治制度の機能と政治的生活とを知るために欠かせない要素になった⁽¹⁹⁾」というのは全く正当であつた。しかし、憲法院を、行き過ぎから奇跡的に守られた場所から政治を「偏らずに」「穏和化する」中立的な権力として提示することを通じて、おそらく憲法院そのものを政治的分析から除外してはならなかつた。このように捉えた場合には、政治制度における

憲法院の位置づけについて、自己制限という言葉で説明することはかなり筋が通っている。政治や制度的均衡の外側に位置して、良識をもってそれらを規律するにとどまる裁判官は、自分自身に対してまでその良識を及ぼし、自制 (*self-restraint*) を実践する。裁判官は党派的な勢力争いの当事者ではない。しかし、裁判官はその制約を理解し、民主的に任命された機関とは対立しない。そうするために、裁判官は自己制限するのである。

それゆえフランスの〔憲〕法学は、立憲的民主主義の意義やその要請についての根本的な分析をせずに済ますことができた。たとえ憲法裁判官に基本権のカタログとそれらを保護するためのメカニズムの発見の功績が認められたとしても、フランスの法学者の多数派は、民主主義、裁判官の優位、法秩序の内部における基本権の優位が結びついたこの新しいパラダイムの意味について、ほとんど問い直さなかった。このことは、ドイツ・イギリス⁽²⁰⁾・アメリカなど文化的かつ法的な観点から似通った国々と比べて、かなり明確に大きな違いがあったのである。

II. フランス憲法学は脱政治化する傾向にあるのか

しかしながら、懐疑的な態度を取るフランスの法学者たちによって体系化された、明らかに政治から目を背けるという態度は、現実には学問的代償を払わせられることになった。憲法学の伝統的な二つの考え方の変化を説明する二つの実例から、それを証明していこうと思う。

——政治体制の面での論理の消滅・オールドナンスに関する判例の実例 (A)。

——統治の面での論理の消滅・議会制定法律の審署と実施の問題 (B)。

A. 政治体制の面で考察すること…オールドナンスについての判例の実例

政治とは、単に、どのように措置を取るべきか、またはどのように統治すべきかについての党派的な議論ではない。ヨーロッパとアメリカは、社会がどのように自治するかを選択するために憲法をもつ、というジョン・ロックの思想に刻印されている。統治形式についてのこのような選択は、

まさに明らかに政治的選択である。各政治体制は、権力と政治生活についての一定の理解の仕方を前提としている。そこには、権力、統治者たちの責任、統治者たちがどのよう²¹に被治者を代表するかを理解する一定の仕方があるのである。

それこそが、公法学を存在させる理由の一つである。公法学には、政治的事実と切り離された純粹に技術的な側面など存在しない。すべてが政治と結びついているのである。政治に対して中立の姿勢を維持しようとしても、私たちは政治を解釈し、それに影響を及ぼし続ける。オルドナンスに関する実例によって、このことを示していきたいと思う。オルドナンスとは、通常であれば法律の領域に属する措置をとれるように政府に議会が授権することを、一九五八年憲法が認めた仕組みのことである。その仕組みは、一九五八年憲法三八条で規定されている。「政府は、その綱領を実施するために、定めのある期間に、通常であれば法律の領域に属する措置をオルドナンスによって定めることの承認を、議会に求めることができる(…)」。

二〇〇六年、財政裁判所法典を修正する二〇〇五年のオルドナンスに対する申立が、コンセイユ・デタ——フランスの最高行政裁判所——に付託された。オルドナンスの適

法性は以下の通りの唯一の理由に基づいて争われた。その理由とは、オルドナンスを「用いて」いた政府(ド・ヴィルバン (de Villepin) 政権)は、無権限のオルドナンスというそしりを免れずにそうすることはできなかった、というものである。実際、憲法三八条の適用によって議会が承認を与えていたのは、ジャン・ピエール・ラファラン (Jean-Pierre Raffarin) 率いる前政権に対してであった。

ここで一九五八年憲法三八条の解釈が問題となっていた。注目すべき結論の中で、政府委員(レミ・ケレル (Remi Keller))は、あらゆる可能性について検討した審査の後に、授権の「非個別付与的」性質という見解を主張した。つまり、授権は、制度としての政府に付与されるのであって、その綱領(憲法がそう規定しているのだが)のために要求したその個別の政府に付与されるのではない、ということである。

私たちは、たしかに、この解決が、体制の性質を無視することなく、むしろ実際に第五共和制がいかなるものなのかについて適切に評価したものであることを、強調することができであろう。要するに、第五共和制において、特定の政府と政治的多数派の信頼関係は、決定的に重要なものであるとはいいたい。そこでは、政府は、ほとんど大

統領の意思（また「綱領」）を実施する機関と化しているのではない。政府は、自分のものではない政治的意思や自分が主導してはいない見解を実現するために、議会と協力するのである。それゆえ、ある授権法律の採択に際し、特に（それがほぼ例外のないルールなのであるが）⁽³²⁾その授権法律に関係する首相や大臣を名指ししていないとき、特定の議会多数派と特定の政府で結ばれた関係の強さを重視しないのは当然ではないか。「今日では、政府委員がリアルにそれを確認したように、議会と政府の関係を支配するのは「大統領を支持する多数派が議会を牛耳る」多数派現象である」。

しかし、ここで重視されたように思われるのは、そのような第五共和制の解釈ではない（もはや本体制のよりリアルな解釈ですらない）。むしろ、規範形成システムに対して最大限の効率性を確保しようとする傾向である。この関心は当然である。つまり、係争の対象となったオールドナンスは、その他の多くのオールドナンスと同じく、何よりもまず法の明確化と簡素化のための措置であつた。そのオールドナンスは、政党や多数派の綱領の実施ではないという意味で厳密にいえば「政治的」なものではなかった。それは、長きにわたり取り組まれてきたフランス法の法典化の計画

を移行に移そうとするものであつた。憲法三八条を非個別付与的な意味に解釈すると、規範形成の仕組みの機能を「円滑化する」ことができる。実際、優先されるべきは、法典化によつて可能となる法の近代化という善行と法へのよりよいアクセシビリティであるのに、なぜその進展を妨げるのだろうか。行政の適法性訴訟の場面でそのような応答がなされたことは驚くにあたらない。そこでは、議会、様々な行政機関、裁判機関（特に憲法院とコンセイユ・デタ）がみんなで法秩序の「マネージメント」という絶え間ないプロセスに取組んだ、という事実を確認することだけが重要である。

憲法の政治的解釈を前面に打ち出すよりもむしろ、より一層の効率性を目指す行政的解釈のほうが完全にわかりやすい。しかし、おそらくこの解決は、別の文脈で問題を引き起こしうる。大統領と議会の多数派が変わってしまった場合を想像してみよう。ある特定の政治色を帯びた「権力」に付与された（現代では最も一般的である）長期間の授権は、反対陣営に属する異なる大統領とその政府の手に落ちてしまった、とする。そして、前者の政府はある政治綱領を実施するために議会から委任を受けた、とする。このような想定の下では、後者の政府は、それと対立した

政策を実施するためにこの委任を使うことになる。したがって、「(前述の二〇〇六年の判決である) シュミット (Schmitt) 事件判決を再検討しなければならない。

私たちは、たしかに、憲法院が授権が正確に尊重されたかどうかを審査することを通じて、すなわち承認法律についての審査に関して、実際に採択されたオールドナンスがそれを尊重したかどうかを審査することを通じて介入することができるといえる。しかしながら、このような審査が行われることも、授権の正確性がそこで問題になることも全く保障されてはいない。他方で、オールドナンスは、いわばその「一生」の一部 (万一、追認されない場合は全て) を行政行為の形式の下で過ごす、ハイブリットな行為である。行政行為の法律適合性を審査する裁判官が、ここでとりあげてきた「対立する政策のためにオールドナンスが流用されるという」最悪のシナリオを回避する手段を持たないのは、おそらく残念なことである。

他方で、「立憲主義的な」議論を主張できたかもしれない。成文憲法の論理によれば、権力を制限し、(一般憲法学の広い意味における) 授権をできるだけ厳格にし、正確かつ制限的にその限界を定めるべきだ、とされる。さて、シュミット事件判決でとられた解決は、逆に、(憲法三八

条の正確な意味での) 授権の範囲を拡大する。したがって、立憲主義における重要な価値である権力の制限を犠牲にして、法の使い勝手がよくなることが重視されたのである。

B. 統治に関して論ずること…いかにして憲法学で権力を取り扱うか

おそらく、諸起源からなる立憲主義の中には、憲法が、根本的な政治悪、いわば絶対化された権力——モンテスキューが専制主義とよぶもの——に対する盾であると考え、ことに存する無邪気な部分があった。このような憲法の予防的機能という思想は、一七世紀 (ロック (Locke)) と一八世紀 (ボリングブルック (Bolingbroke)) のイギリスにおいて非常に重要であった。憲法は統治者たちの悪しき意図を集団にとつての良い結果に変える心理的メカニズムの作動に依存するというアイディアのおかげで、そのような考え方は『ザ・フェデラリスト』においてもそのまま見出される。アメリカ大統領が議会の法律に対して拒否権で応じたり、上院が大統領による指名を拒否したりすることとは、おそらく打算であり計算であり良識に反する態度に基づいている。しかし、そのことは実際に問題となる機関の権力を制限するので、政治道德的観点からは良い結果と

なる。それが、政治的抑制という思想の一面面である。

この憲法的メカニズムの政治道徳的美点に対する信頼は、おそらく「危機に瀕して」いた。私たちは法学・政治学的な諸概念の根本的な変化によって、もはやほとんど憲法に対して政治悪から私たちを守ってくれることを期待しなくなった。おそらく、この一般論は、かなりの程度でなお当てはまってはいる。しかし、権力のミクロな実践、日常的な統治機能については、それがいまだそうであると信じるのは難しい。政治道徳的な期待は、裁判官の仕事に、裁判官と基本権享有者の間でつくりだされる建設的な関係に向けられることとなった。それは至極当然である。政治道徳的な考え方は、むしろ、もっぱら権利とそれを有する個人の断固たる重視へと向かうのである。現代の絶対的な政治悪は、モンテスキューの専制主義ではなく基本権の軽視である。一七八九年の人権宣言は基本権の軽視に諸悪の根源を見ていたが、議会の制定する法律を専制主義と闘うにふさわしい手段とみなし、権力分立を、専制主義を抑止することのできる仕組みだとみなしていた。

執行権の諸活動の統制

同時に、政治は我が道を辿っていく。それが止まること

はない。私たちは、その勢いにほとんどブレーキをかけようとしなない。まるで法治国家を改善するという関心は実効的権力のところにさしかかると不意に止まるかのようだ。おそらく私たちは、なぜ執行権が私たちの体制の中で政治的に重要な唯一のものであるということには全員が同意するのか、そしてなぜ、そうであるにもかかわらず、憲法学は概して憲法裁判所による立法権の産物である法律の統制の問題にのみこだわるのだろうか、と問うことができよう。執行権の活動は把握しにくく憲法によって制裁しにくいため、それをしなければならぬと考えることを、諦めたようにすら見える。一九八六年にルイ・ファヴォールが行った予言（「遅かれ早かれ共和国大統領は、憲法裁判官の統制に服することになる。なぜならそれが法治国家の発展の道理だからである」²³）は、的中しなかった。法学者たちは、憲法上の地位を有する者たちの行為に関する問題について、それらの問題が訴訟となるか裁判による制裁にならない限り、ほとんど自分たちの問題とは考えなかった。

立法府は「その権限の行使において、すべての国家機関に課された憲法的価値を有する原理や規範の尊重を免除されない」²⁴と憲法院が判示した見解を、私たちは知っている。

しかし、フランスの憲法裁判官の権限に照らすと、憲法裁判官は、執行権の統制者であるよりもずっと直接的に立法府の統制者である。これが一九五八年に憲法院が創設された際の論理であった。つまり執行権の諸活動を妨害することなど論外であった。執行権のキーとなるような特定の特権、たとえば解散などは、ドイツなどの国々では憲法裁判所の統制に服するが、フランスではそうではない。裁判官は決してその問題について創造性を発揮しなかった。裁判官はその統制をこの範囲にまで及ぼさなかったのである。

立法作用に関しては、たしかに、執行府こそが大部分の法律の真の作成者であり、それゆえ、執行府が違憲審査の対象となる、と指摘できる。しかし、執行府の多くの活動や行為は、行政裁判所の統制に服しうることなしに、違憲の汚点がつきうるままである。そこに一種の空隙がある。いかに憲法の裁判的保障のシステムが有益であろうとも、そのシステムはこの問題を解決しなかったし、それを解決する手段を有しているようには見えない。そこで私たちは訴訟を念頭におくのを止めて、現代にぴったり合う新たな憲法の「政治的保障」でありうるものは何か、について検討しなければならないはずである。

たとえば、二〇〇六年に、共和国大統領であるジャック・シラク (Jacques Chirac) は、ある演説において、とりわけ「初期雇用契約」を創設する法律に審署する準備をしていることと、この新しい雇用契約の形式に関係する諸規定の修正を準備するようド・ヴィルパン首相に促していることを発表した。つまり、憲法院に合憲だと宣言されたばかりであった法律が、審署されるが適用はされない、ということになったのである。もう一つの例を挙げると、二〇〇九年に、家族再結合の申請者の親子関係を確認するために遺伝子テスト (通称DNAテスト) を可能とする法律が採択された。この法律の採択から一年以上が過ぎた後、その執行担当大臣であるエリック・ベッソン (Eric Besson) は、その法律の適用デクレを採択するつもりがないことを明らかにした。前者の事例では、国家元首 (「大統領」) の決定は「憲法を手ひどく扱っていた」 (ドミニク・ルソー (Dominique Rousseau) と評価された。後者の事例では、適用措置を取ることを拒否することの違法性はほとんど問われなかった。しかし、両方の事例について、その政治的文脈にさかのぼることは興味深い。執行府は、有権者の直接または間接の同意によって、一定の政

治的綱領（または政治的方針）を推進する。執行府は、このようなことをなすことは、政治的にいえば事前的には正当である。しかし、事後的に見れば、代表制システムが機能する（というより機能不全に陥る）ので、そのような措置の正当性について厳しく再検討されることになる。このように、初期雇用契約の創設後に、政府の政治的基盤をひっくり返す大規模なデモが起きたのである。

初期雇用契約の件ほどではないが、DNAテストは、道徳的観点でも実践的観点でも一度に強い異論が巻き起こった（その措置は多くの人たちによって適用不可能であると評価されている）。かくして（法律を適用するためのデクレの制定を執行権に委ねる）規範的仕組みは最終的に失敗に終わったのだが、それは政治的理由によるものであった。状況は政治的には「収拾不可能」となったが、結果は、（少なくとも）違法性に関する後者の事例では違憲性も存在していた。大統領は、法律の審署の権限の行使においては羈束された権限しかない。それが少なくとも大半の法学者たちの見解である。憲法二一条は、首相は「法律の執行を保障する」と明確に規定している。このことは、状況の是非に応じて執行したりしなかったりする権限があるとは解釈されえない。合理的な期間の経過後に適用措置をとら

なければ、国は損害賠償を命じられうる性質のものである。詳述してきた二つのエピソードは、それゆえ、規範的仕組みと政治的プロセスの動きがズレていたことを示す。もはや憲法は政治的対立を引き受けることができないようだ。私たちはこうした事態にしばしば代表制システムの危機の兆しを見る。それは確かに正しい。しかし、より広く捉えれば、問題があるのは私たちの憲法に対するかわりである。

おそらくより厄介なのは、こうした事態が多くの人々を動揺させないことである。執行府に関する道徳的または政治的な非難はかなり強いかもしれないが、執行府のそのような行動の憲法適合性は再検討されない。なぜなら、おそらく私たちがそれを法的に検討する方法をなしで済ませてしまうからである。それが、当然とされる憲法の定義であると同時に、それゆえ前提とされてしまう裁判的統制の限界の確定である。たとえば、共和国大統領に関して、審署された法律を実施することを拒否した際の違憲性を問いただすのは難しそうだという理由で、その問題を大部分の法学者たちは考察しようとはしない。ある者たちは、制裁が存在しないのでこれは法学の問題ではない、という。別の者たちはこの問題について、法学がこの問題を引き受けるこ

とを拒否しているが、その問題が問題であることには変わりはないし、その問題が一層ゆゆしき問題であることには変わりはない、という。古典的な定式を引き合いに出せば、法学者たちは、実定法と彼らの法文化によって応答することのできる問題だけを自らに提起するといえよう。要するに、憲法と憲法学は政治的紛争を収拾することができない（憲法にとつては）政治的紛争を制度やルールや実例に組み込むことができず、（憲法学にとつては）政治的紛争をなかなか法的に説明することができない。そもそも、そうではなかったことがあるだろうか。ありもしなかった黄金時代を参照しようとするのは危険ではないか。

とはいえ、それでも規範主義的転回を行う前の憲法学の方が、多様な社会的諸利益の調和を法的に把握するよりよい手段を有していたことに、私たちは気づくであろう。近代の代表制議會の目的はまさに、法律の制定という規範のプロセスにおいて諸利益を対立させ、それを調和させることを可能にすることであった。「同業組合的な」代表のあり方は決してそのようには機能しなかった。これに対して、古典的な議會主義は産業社会を構築するために求められた諸利益の調和を実現する上で重要な役割を果たした。近代公法の変化によって議會に課された変容がこの役割を消し

去ってしまったのである。

統治するとは何か

いい換えれば、たとえ政治生活の法化があったとしても、それは政治の「領域」全体のうちの非常に限定的な部分にしか関わらないものであった。

しかしながら、このような変化は、統治者たちが犯した違憲の行為に対する寛容を醸成する結果とならなかったかどうかを、私たちは自問しうる。フランスでは、「その職務の義務に対する明らかな違反」の場合の大統領罷免を定める憲法六八条と（二〇〇七年改正で加えられた）新しい罷免手続では、この問題は解決しない。フランスの文化的傾向によって、統治者たちの悪行に対するより一層の寛容の方向性、統治者の実際の行動と憲法とのより一層の食い違いの方向性が明らかになっている。

その状況は、少し逆説的である。というのも、政治を統制する法の能力に対して疑問が大きくなってきたので、法化は、それとは逆のものをもたらすという状況にあるからである。列挙した事例には、羈束された権限を行使することを拒否する大統領の行為に「助け船を出す」ような、すなわち、そのような行為を少なくともさほど不利ではない

ように解釈し直しうるような読み方があったのであった。実際、「統治」という言葉で議論することは可能であったかもしれない。ずっと以前からフランスの公法学では、「執行権」が法律に審署するか否かに関して裁量の余地を有していることが認められていた。

しかし、私の知る限りでこれらの事件に関する議論の中でこの主張がまったく援用されなかったのは、非常に驚くべきことである。その主張は、第三共和制期には援用されていたのに、あたかも利用可能な説得手段の「リストから外された」ようである。そこに憲法と憲法学の考え方の変化を見て取ることができるのである。

〔訳者注〕 本論文は、Xavier Magnon, Stéphane Mouton (sous la dir.), *Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s) ?* Mare et Martin, 2022, p. 191 et s. に所収されている。また、注(一)において二〇一一年とあるが、実際には二〇一二年の誤記である。

(1) このテキストは、最初は二〇一一年に慶應義塾大学と工学院大学（日本、東京）で行われた二つの講演用に準備されたものである。その加筆したバージョンをこの機会に

発表させて頂けることについて、私の同僚であるステファン・ムトン（Stéphane Mouton）とグザヴィエ・ブーモン（Xavier Magnon）に感謝申し上げる。

(2) Philippe Raynaud, « le droit et la science politique », *Jus Politicum*, n° 2, 2008, <http://www.juspoliticum.com/Le-droit-et-la-science-politique.html>. (訳者注—本論文の邦訳として、フィリップ・レイノー「新井誠訳」『法学と政治学』山元一・只野雅人編『フランス憲政学の動向』（慶應義塾大学出版会、二〇一三年）六三頁以下、がある。)

(3) Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929 (2^e édition), p. vii.

(4) P. Raynaud, *le juge et le philosophe*, Paris, Armand Colin, 2008, p. 26.

(5) *Ibid.* p. 30.

(6) 訳者注—元のテキストにあるこの文章に続く、'Elle' から始まる一文（この文は Baranger 教授から削除するよう指示があったので、この文は訳出していない。）

(7) Cité et traduit par Alexandre Dietrich, *Les théories des fonctions de l'État dans la doctrine constitutionnelle en France et en Allemagne*, Thèse droit public, Strasbourg, 2011, p. 75.

(8) *Théorie Pure du droit*, Dalloz, 1962, p. 9.

(9) Adhemar Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*,

- L. Larose & L. Tenin, 1896, p. 22-23.
- (10) Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public (12e édition)*, 1933, rééd. Dalloz, 2002, p. 606-607. Cité par A. Dietrich, op. cit., p. 40.
- (11) *Ibid.*, 4e édition, 1900, p. 8. Cité par A. Dietrich, op. cit., p. 53.
- (12) *Ibid.* in Dietrich, op. cit. p. 28.
- (13) Olivier Beaud, « Joseph Barthélémy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *Droits*, n° 32, 2000, p. 89.
- (14) ナムズダグ・リチャード・ポズナー (Richard Posner) を照ら読なくる。
- (15) この点については、近時、ジェフリー・ローゼン (Jeffrey Rosen) が共和党にたいして指摘している。
« Three Strands of Conservatism on The U.S. Supreme Court : Lessons for Health Care, Gay Marriage, and Constitutional Review in Europe », *Jus Politicum*, n° 6, 2011 [<http://juspolicum.com/article/Three-Strands-of-Conservatism-on-The-U-S-Supreme-Court-Lessons-for-Health-Care-Gay-Marriage-and-Constitutional-Review-in-Europe-358.html>].
- (16) 「同じく」そのような解釈は、実定憲法規定の趣旨を否定してしまう解釈を想定する。「同じく」は、よく念頭におかれるのは、大統領を憲法の保障者であると規定している一九五八年憲法五条である。ジャン・マッソン (Jean Massot) からルイ・ファヴォールまでの支配的な解釈によれば、本規定は、国家元首たる大統領を憲法の真正の解釈者とするものでは全くない、とされる。
- (17) これらの点については拙稿を参照されたい。* Un chantier qui ne prend jamais fin. Le juge, les révisions, et les autres formes de changement constitutionnel dans la France contemporaine », *Jus Politicum*, n° 18 [<http://juspolicum.com/article/Un-chantier-qui-ne-prend-jamais-fin-Le-juge-les-revisions-et-les-autres-formes-de-changement-constitutionnel-dans-la-France-contemporaine-1186.html>].
- (18) Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris (1928) avec une préface de Hans Kelsen, réédition avec un avant-propos de Georges Vedel et une post-face de Louis Favoreu, Paris-Aix-en-Provence, Economica et P. U.A.M., 1986, p. 22.
- (19) *Ibid.* p. 118.
- (20) イギリスの事例だけを挙げると、基本権に関する議論は一九九八年の人権法の採択の前後により一層深められた。「コモンロー立憲主義」の探求は、長い時間をかけて、イ

ギリスの国内法の中に自由のための実質的関心を特定するに至らしめた。この分析は、懐疑的性質からはほど遠く、コモンローや憲法や自由と個人権のための関心を緊密に結び付けていた。

(21) オルドナンスの中で、首相と経済大臣の副署によってそう表現されていただけである。

(22) ケレールは、一九六〇年二月四日の授権法律だけがある政府に個別付与的な（名指しの）授権を行った、と指摘する。

(23) Louis Favoreu, *La politique saisie par le droit*, Paris, Economica, 1988, p. 99. (訳者注—本書の邦訳として、ルイ・ファヴォール〔植野妙実子訳〕『法にとらわれる政治』（中央大学出版部、二〇一六年）がある。)

(24) Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, Loi de nationalisation, consid. n° 18.