

日仏憲法学比較の視点から見た法・道徳・政治の 緊張と融合

はじめに

I 「ネオ立憲主義」批判

II 現代フランス憲法理論についての小括

III 日本憲法学における法・道徳・政治の緊張と融合

結びにかえて——日仏憲法学が互いに学びうることは何か？——

はじめに

本稿の課題は、憲法学についての方法論的関心から、最近のフランス憲法理論の展開の一断面を明らかにし、それが現在の日本憲法学にいかなる示唆をもたらすかについて、ささやかな検討を試みることにある。今回の再訪を動機づけた直接のきっかけは、二〇二二年にこの国における憲法理論についての相互理解と対話の進展に関する研究成果であるXavier Magnon（エクス＝マルセイユ大学教授）とStéphane Mouton（トゥールーズ・キャピ

山 元 一

トル大学教授)が共同編集を行った『どんな憲法学说?』(以下、「本書」と記す)が刊行されたことにある。⁽¹⁾ 本稿の関心は、具体的には、憲法学における法・道徳・政治の緊張と融合というテーマに向けられる。ここにおいて道徳とは、何らかの評価主体によって客観的認識ではなく主観的価値判断によって価値があるとされるものであり、具体的には自然権や人権価値などが観念される。また政治とは、具体的に生起している種々様々な政治的諸現象を指すとともに、それだけでなく、より抽象的な(政治的なもの)をも含意し、憲法学が政治を実証的に分析する政治学の成果によって認識された諸事実及び(政治的なもの)とどのような関係性を切り結んできたかの両者が考察対象となる。こうして本稿では、(憲法学が道徳的な価値判断から離れた学問的営為として存在することができるか)、そして(法学の一分野に属する憲法学が政治／(政治的なもの)とどのような関係性を取るべきか)、という問題をめぐって取り交わされている議論の様相に焦点を当てる。そしてまた、緊張と融合とは、法・道徳・政治がそれぞれの憲法学の内部構成において対立的に捉えられているか、それとも融合的調和的に捉えられているかを指し示すものである。

本稿がこのような点に焦点を当てる理由は、本論文と実質的に一体をなす別論文⁽²⁾においてすでに指摘したように、今日なおフランス憲法学においては、日本でもよく知られた Michel Troper をその代表格として、形而上学的議論や道徳的価値判断を学問の名の下に押し付けることを拒否する実証主義的議論の影響力が強く、この点が憲法学説における重要な論争点・分岐点であり続けているからである。このことは、フランス憲法学においては、現実政治における政治的イデオロギー対立と距離を置いたところでこそ真に科学的な学問的営為が成り立つ、という考え方が幅広く共有されていることの反映であると考えられる。このような観点から日本憲法学のあり方を照射すると、日本の憲法学説の特質の一端が鮮明化するであろう。大日本帝国憲法の通用する法的世界において Hans Kelsen の純粹法学の影響下で学説形成をし、それを携えて日本国憲法下で憲法学を推し進めた宮沢俊

義の憲法学は、本稿で分析する憲法学説と知的基盤を一定程度共有しているだけに、フランスの憲法学説との好個の比較対象となる、と考えられる。この点については、Ⅲにおいて検討する。

筆者は、上記別論文ですでに、現代フランス憲法学において学派的なるものの存在を強烈に意識させたエクス学派の憲法学方法論をやや詳しく紹介・検討した。そして、エクス学派の検討に取りかかる準備作業として、同学派の主張をよりよく理解しうるように、現在のフランス憲法学において、同学派に対抗的立場に立つナンテール学派と政治法学派の主張の方から見る機会があった。本論文では、Ⅲの分析の前提的作業として、日本憲法学との比較作業のために、「ネオ立憲主義」批判を紹介・検討し(Ⅰ)、フランス憲法理論の最近の展開について一定の小括を行う(Ⅱ)こととする。

I 「ネオ立憲主義」批判

日本憲法学という観測地に立つて〈法・道徳・政治の緊張と融合〉という視角からフランス憲法学を検討対象とする本稿にとって興味深いのは、本書に所収されているイタリアの憲法学者Riccardo Guastini(ジェノヴァ大学附属Turiello法哲学研究所教授)の論稿「イタリア立憲主義の二つの道」⁽³⁾である。本論文は、本書第二部「フランスにおける憲法学の理論的信仰告白と諸学派の方法の体系化(L'aveu théorique et les formalisations des méthodes des écoles de droit constitutionnel en France)」の第二編「外国における憲法学の諸学派—どんな特殊性か、類似性か(Des écoles de droit constitutionnel ailleurs : Quelle(s) singularité(s), similitude(s))」におけるアメリカ、ラテン・アメリカ、スペインの動向とともに所収されている。Guastiniの執筆した同論文は、もちろんフランス憲法学自体が生み出したものではないが、同論文が展開する「ネオ立憲主義」批判はとりわけ前出のナンテール

学に共鳴板を見出している。⁽⁴⁾この点から、非常に緩やかな意味でいえば、フランス憲法学の一角から放たれた矢であるとも考えることも許されるのではないかと考える。というのも、Guastiniは、二〇一三年に法と道徳の融合に強い拒否感を露わにする「ネオ立憲主義について」というタイトルの論文をフランス語で公表しているが、このような批判を踏まえて、ナンテール学派に属するÉric Millard（パリ・ナンテール大学教授）は、「ネオ立憲主義について疑うべきいくつかのものと理由」⁽⁶⁾及び「ラテン・アメリカのネオ立憲主義の前近代的性質について」を寄稿し、同じくナンテール学派に属するPierre Brunet（パリ第一パンテオン・ソルボンヌ大学教授）も、同様の視角から「現代立憲主義についての批判的考察」⁽⁸⁾や「法による価値の憲法化」⁽⁹⁾等の論文を公表し、「ネオ立憲主義は、確かにもはや神や自然にではないが、価値秩序として理解される憲法に訴える自然法的ディスクールの現実化以上のもではない」と批判しているからである。⁽¹⁰⁾Brunetは、この潮流に属する論者として、Robert Alexy, Ronald Dworkin, Luigi Ferrajoli, Jürgen Habermas, Carlos S. Nino, Gustavo Zagrebelskyの名を挙げる。⁽¹¹⁾

Guastiniは、「イタリア立憲主義の二つの道」において、対照的な思考を展開する二人の憲法学者Gustavo ZagrebelskyとLuigi Ferrajoliを紹介する。このうち、「ネオ立憲主義」の思想を提示するのは、Zagrebelsky（元イタリア憲法裁判所裁判官（一九九五―二〇〇四年）、同裁判所長官（二〇〇四年））である。Guastiniは、Zagrebelskyの憲法思想を以下の通り特徴づける。

第一はその憲法観である。憲法を「公権力の組織化に関するルールの集合体」としてではなく、「諸原理〔強調原文〕の集合体」としてとらえる。憲法上の原理は、自然法的なものが実定法化された正義の諸原理である。諸原理は「行為を方向づけず」、「価値観に基づく態度（attitude axiologique）を方向づける」ものであるとされる。原理は「範疇規範」であって多元的な性質を有するので、包摂作用によって適用することはできず、具体的

ケースの適用の際に問題が生じる。原理相互間の抵触については、比較衡量を用いて解決されるべきである、とされる。憲法裁判官の理由づけは、「論理的（すなわち演繹的）理由づけ」ではなく、「自然法における論証」に類似する、とされる。

Guastini の見るところ、Zagrebelsky の主張の最も重大な問題点は、憲法を「諸原理の集合体」として捉える、「原理主義」的憲法観（conception « principaliste » de la constitution）にある。この考え方は、憲法を「一種の道徳哲学、規範的倫理、諸価値の一覧表」「一種の妥当する自然法」として捉え、「古典的な立憲主義的理論」が、「国家組織と『規範形成』に関するルール（原理ではないルール）」を憲法と捉えていることと鋭い対照をなしている。現代立憲主義においては裁判官による違憲審査が一般化しているが、Guastini からすれば、これはあくまでも「権力分立」の新たなヴァリエーション」に過ぎない。

第二の特徴は、Gadamer や Esser に遡るその「『ヘルメノイティーク』な解釈理論」である。法解釈は認識行為ではなく、具体的事案への適用なくしては生み出されない。解釈は、テキストからではなく、具体的な状況に相応しい正義への「要求」を内包する「事案」から生み出される。現に存在する法律に対して正義に相応しい解釈が不可能であるとしたら、それが違憲の理由を構成するのであり、違憲立法審査は、憲法への適合性だけではなく「実質的正義」への適合性を判定するものである。Zagrebelsky の思考は自然法論的であって、「諸事実は解釈者によって発見すべき正義の『要求』、すなわち客観的価値を組み込んでいる」とされる。

Guastini は、Zagrebelsky の方法論的主張は、イタリアの憲法学者においてかなり共有されている「反実証主義的法観」である、と断定する。Guastini は、イタリアの法哲学者 Norberto Bobbio の分類図式に従って、実証主義を、①方法論的実証主義（事実から規範を導かない、とする態度）、②理論的実証主義（法は実定法に限定され、解釈者にかかる法を認識する、とする態度）、③イデオロギー的実証主義（法と正義を同一視し、法に従うべきだ、と

する態度)に分類した上で、実証主義における法の優位は決して法律の優位ではなく、自然法を排除するものであって、憲法をも含めた法が優位することを認めるものであるとする。そして、②と③を拒絶するだけでなく、

①を拒絶するところに「ネオ立憲主義」の特徴を見る。Gustiniからすれば、①を拒絶する考え方は、法学と法政策の間の違いを全く認めないことにはかならない。実際、Zagrebelskyは、憲法学が学問であることと「闘争的」であることは一見すると矛盾するように見えるが、その対象故にそこに矛盾はない、と主張しており、Gustiniは、そのような反実証主義法観に前近代的な思考(ブレ Weber 的、ブレ Bentham 的)を見る。

Gustiniは、「ネオ立憲主義について」において、「ネオ立憲主義」に対する批判として、かかる立憲主義を基礎づける——倫理とは何であるかについて認識可能であるとする——「認識論的メタ倫理(méta-éthique cognitive)」の問題性を指摘する。彼によれば、この考え方は「宗教的信条に類似した」「形而上学」にほかならず、「一定の不寛容、原理主義、全体主義」を内包している。かかる倫理的価値の具体的認定は、「適用機関の裁量」に基づく主観的判断に依拠するか、「社会に広く共有されている道徳的信念の『社会学的』確認」によるかのどちらかに帰着するのであり、後者の場合でも広く共有されている信念がなければ確認は不可能であるから、「解釈者の道徳的評価が、他者の評価の中立的で公平な認識に取って変わることが不可避である」とする。

Millardは、このような考え方を前提に、「ネオ立憲主義」は、「自由主義や民主主義を保障することが可能な政治的法的テキストとしての憲法を信頼しない」立憲主義とはいえない教説であると断定する。リアリズム法解釈理論に依拠するMillardにとってコミットしうる民主主義は「手続的民主主義」であり、「人間人格の権利の理論」は民主主義によって正統化されるものであり、それと独立に存在するものではない。「ネオ立憲主義」は、「実質的民主主義(démocratie substantielle)」の名の下に行われる「啓蒙専制」たる「裁判官支配(juristocratie)」にはかならない。Millardによれば、ラテン・アメリカでは、「ネオ立憲主義」の下で、民主主義に対する裁判官

による権利保障の優先に加えて、権利主体の非個人化（様々な共同体を主体として認めること）さらには非人間化（自然や「パチャママ（母なる大地）」が見られることを批判する。このような思考は、「アンチ近代」、より正確には「その宗教性への後退（自然の人格化）と貴族的寡頭制（裁判官）を承認している点において前近代」、「前立憲主義の一形態」であるとする。

さらに、Brunetも同様の見地に立ち、「ネオ立憲主義」は、倫理と特定の法テクストの解釈の双方について客観的に認識可能であると考えることから、法を法たらしめる「規範性（normativité）」について、「魔術的といわないまでも奇妙な性質を帯有した特殊な存在」であることを前提とすることになるが、このような「規範性」は経験的実証主義的考察の埒外に位置するものにほかならない、とする。⁽¹³⁾

Ⅱ 現代フランス憲法理論についての小括

社会を学問の対象として捉え、それを分析・検討する方法について、実証主義を標榜するのが August Comte 以来のフランスの伝統である。周知の通り、Comte は、文明史について神学から形而上学、そして実証主義への三段階からなる人間精神の発展段階論を高唱し、その後のフランスそして西洋の社会科学の発展に強く刻印した。⁽¹⁴⁾ フランスでは、法学の発展に伴って、経験によって検証不可能な先験的観念を排除し、もっぱら事実のみを対象とするこのような知的態度Ⅱ方法論が法現象に向けられ、自然法論⁽¹⁵⁾を排斥する法に関する実証主義が語られることとなるが、かかる法に関する実証主義が具体的に何を意味するかについて、立場が分岐していくこととなる。⁽¹⁶⁾ その証拠に、Louis Favoreu の師 Marcel Waline は、Carré de Malberg 記念論文集に一九三三年に寄稿した「哲学的、法的、社会学的実証主義」⁽¹⁷⁾において、当時のフランス公法学説を念頭におきながら、この問題を整

理した。Waine は、「法実証主義」と「社会学的実証主義」が、ともに経験可能な事実の究明を志向する実証主義的思考を共有していることを強調した上で、⁽¹⁸⁾ 以下のように論じる。まず、Kelsen がその代表的論者である「法実証主義」は、諸個人の有する道徳的価値判断とは無関係に、「根本規範」(Waine によれば、通常は国家の憲法がそれに該当する、とされる) 及びそれから派生する上位規範との形式的及び実質的適合性——適合するものが「法的価値」を有するとされる——を学問的に検証する方法的立場である。⁽¹⁹⁾ ここにいう上位規範は成文法に限定されず、慣習法や「法の一般原理」についても成文法がそれらに法的価値を認めるのであれば、やはり上位規範に含まれる。そこでは、法現象を総合的に社会科学的に解明しようとするアプローチは排除され、検証の対象となる事実の実定法に限定される。⁽²⁰⁾ これに対して、Gaston Jèze や René Capitant が代表的論者である「社会学的実証主義」は、何らかの仕方で定立された法的ルール自体ではなく、係るルールが実際に法執行者や裁判所によって適用されている仕方を法として認識して、それを客観的に描写する方法的立場である。Waine からすれば、とりわけ Emile Durkheim の社会連帯観念に学びそれを憲法学に導入し、現実的に観察可能なものとして客観法論を説いた「社会学主義」⁽²³⁾ 者たる Léon Duguit は、自らを哲学的な実証主義者であると信じていたが、法実証主義を受け入れがたく、さりとて「社会学的実証主義」に帰依することもできず、「人生全体において興味深い暖昧さの中を漂流していた」と感じられたのであった。

現在のフランス憲法学の論争的文脈に Waine の実証主義の整理を置いてみると、ナンテール学派は、Waine が定式化した意味における「法実証主義」的方法を「リアリズム法解釈理論」によって粉砕を試み、「社会学的実証主義」の問題意識を法解釈者の権力の暴露を通じてその構造的分析を深化・発展させたものとみることができ。これに対してエクس学派は、一方で、Waine が定式化した「法実証主義」の上位下位の規範相互の適合性の考察という問題視角を受け継ぎつつ、他方で、フランス行政法学において指導的立場にあった Gaston Jèze

の「社会学的実証主義」における考察対象としての判例中心のアプローチを結合させたものとみることができよう。ナンテール学派は、現に形成されている実定的秩序を外在的な考察対象として突き放す点において実証主義的方法論を徹底させるのに対して、エクスペリア学派は、法学の名の下にそのような実定的秩序をよりよいものにするための提言を行うことを辞さない点において一定の主観的価値の混入は不可避だと考えるがゆえに、法と道徳を峻別する法実証主義との関係では徹底性を欠き、曖昧さを生み出す結果をもたらしている。⁽²⁵⁾ これら二学派に対峙する政治法学派は、法現象に対する実証主義的アプローチの一元的支配に抵抗し、そのような事態を回避するために法思想史や比較法、法の制度的考察そしてそこから抽出される「立憲主義プロジェクト」⁽²⁶⁾に解放の糸口を模索している、といえよう。全体としてみると、歴史的に実証主義的方法の強い磁場で開花したフランス憲法理論においては、一方で、Kelsen流法実証主義⁽²⁷⁾と純粋法学のもととしたインパクトはなお強く、他方で、第三共和制期以来の政治学的傾向の伝統を保持し政治学や社会学と共通の知的基盤に立つことを志向する経験主義・実証主義のプレゼンスが高い、といえよう。⁽²⁸⁾

III 日本憲法学における法・道徳・政治の緊張と融合

以上見てきた現代フランス憲法理論における法・道徳・政治の緊張と融合をめぐる課題は、日本憲法学においてどのように展開してきたであろうか。また、いかなる示唆を日本憲法学にもたらすであろうか。

フランス法学に対してと同様に日本法学に対しても、Hans Kelsenは同時代的に様々なインパクトをもたらした。⁽²⁹⁾ そのような状況にあって、実証主義精神を受容し、価値相対主義者・方法二元論者Kelsenの法実証主義の強いインパクトを受けつつ、法・道徳・政治の緊張と融合をめぐる諸問題に自覚的に取り組んだ憲法学者として、

宮沢俊義⁽³⁰⁾の名を真つ先に挙げることに異論はないであろう。よく知られていることであるが、丸山眞男によれば、宮沢は、丸山が出席した一九三三年の憲法の授業の開講の辞において、まさに実証主義的志向に基づいて、「コントの三段階説を実にうまく適用」し、「神学的段階」≡「穂積八束・上杉慎吉」、「形而上学的段階」≡「美濃部」、そして、自らの憲法学の登場をもって「実証的段階にようやく到達した」と述べたという。⁽³¹⁾また「*n'impose rien, je ne propose rien, j'expose.* (私は何も押し付けず、何も提案しない。ただ暴くだけだ) ♪」という宮沢の好んだマニフェスト的キャッチフレーズも、事実在即して検証可能な考察を行う実証主義的志向そのものの表明であった。

それでは、「実証的段階」としての憲法学は、具体的にいかなる作業を行うことができるのか。⁽³³⁾戦前の宮沢は、その重要な業績として、例えば、「民主政」と「独裁制」という「二項対立の理念型」を設定し、同時代が前者から後者への「転回期」にある、と論じた。⁽³⁴⁾また、鋭利なイデオロギー批判の対象として「国民代表の概念」を槍玉に上げた。⁽³⁵⁾戦後においては、憲法体制が移行し——「形而上学的段階」に位置しており、明治憲法制定を通じて日本が西洋立憲主義思想を忠実に継受したという基本認識⁽³⁶⁾の下で、基本的に自由主義的で民主主義的な憲法解釈を提供していた——美濃部憲法学はもはや歴史的使命を終えてしまった。そこで、新制・東京大学法学部教授・宮沢こそが戦後社会そして戦後憲法学を指導する「法の解釈者」としての役割を果たすべき時が到来した。⁽³⁷⁾実証主義的志向を有し、Hans Kelsen の法解釈観を知悉していたはずの宮沢に、自らの主観的価値判断の内容を *proposer* することにはかならないこのような役割を果たすことを可能にしたのは、改めて述べるまでもなく戦前から一貫して明確に意識していた彼なりの社会における(憲)法学者の領分⁽³⁸⁾についての規定の仕方であった。戦前の宮沢は、René Worms や François Gény ら「フランスの学者の説くところに暗示をえて、法の解釈を中心とする一群の手続を、経験科学の外におき、これを技術と呼ぶが適当であると考え」、⁽³⁸⁾「法解釈学の外に

〔強調原文〕法の科学を樹立することを志し」〔長尾龍二〕⁽³⁹⁾た。そして、「法学者」は「法の科学者」であるだけでなく、「法の哲学者」そして「法の解釈者」でなければならない、と述べた。⁽⁴⁰⁾戦後の宮沢もこのような方法論的スタンスを維持し、「憲法の科学的認識とその解釈は、同じ人間が行なう。法学者は、一方では、科学人として、憲法の科学的認識を行うとともに、他方では、実践人として、憲法を解釈しなければならない」とした。⁽⁴¹⁾このような強いトーンを伴って法学者が *Sollen* として法解釈という営為を職業的使命として遂行しなければならないというのは、政治学的傾向が著しい憲法学のあり方を祖とする現在のフランス憲法学には見られない主張である。このことは、両国の憲法学の置かれた政治的社会的コンテクストの違いの反映であると考えられる。すなわち、その誕生以来日本アカデミズム憲法学は、これまで二つの成文憲法典と向き合ってきたが、そのどちらもそれぞれの時代において、統治の規準たる最高法規として妥当してきた。時々の政治的支配勢力の統治のための現実の権力行使をめぐる憲法論議は、日本政治のそして日本社会のあり方そのものを大きく左右してきた。このような舞台において成文憲法典を学術的文脈的に理解し、そのような理解を前提とした規範的提言を行うことが日本アカデミズム憲法学に与えられた使命であるにとらえてきた。天皇機関説事件において美濃部達吉を襲った悲劇は、このような営為には時に大きな代償を伴うことを象徴している。だからこそ、戦前戦後を通じて宮沢は、〈憲〉法学者の領分を不変のものとして提示することができたし、そうすることを自らに課したのであった。このような憲法をめぐる政治的社会的条件を欠くフランスでは、「法の解釈者」であること、すなわち、憲法研究に携わる者は、*Sollen* というトーンを伴った使命として——主観的価値判断に彩られた——法解釈という営為を遂行しなければならないという思考が存在していないのである。

それでは、「法の科学者」と「法の解釈者」という二つの役割を課されていることを強く意識する論者の面前に、自らの主観的価値判断に見事に合致する憲法典が立ち現れたとき、かかる法典についてどのように論じるこ

となるのか。まず、「法の科学者」としての宮沢は、法実証主義の見地から、自らの有する道德的価値判断とは無関係に、日本国憲法を現に実定法秩序における最高規範として妥当している法規範として客観的に認識することとなる⁽⁴³⁾。例えば、基本的人権という観念成立の思想的背景を解明する作業はここに含まれるが、憲法によって保障されている基本的人権の妥当性根拠は、あくまでも憲法制定権力によって憲法規範が定立され、その結果妥当していることに求められる。これに対して、「法の解釈者」としての宮沢が日本国憲法に向き合うときどのようにするのであろうか。前出の Waine 流の法実証主義者であれば、「根本規範」たる日本国憲法と及びそれから派生する上位規範と下位に立つ種々様々な法的行為との形式的及び実質的適合性を客観的に検証する作業は、「法の科学者」としての作業の一環をなすこととなる。そして、もしこのような法実証主義者が所与の実定法に不満があるのであれば、このような法実証主義者は、宮沢のいうような「法学者」として、主観的な価値判断に基づく法解釈を行うのではなくて、「市民、(傍点筆者)の自由」⁽⁴⁴⁾を行使して、その変更を試みることとなるであろう。このような法実証主義者にとってそのような作業は、もはや法学者の仕事ではない。これに対して、宮沢の学問的理解にとって法解釈の提示は、学問的営為でありながら、もっぱら主観的価値判断の具体化として理解されるものであった。

現実的状况として、終戦直後の宮沢において近代西洋の自然権論の系譜をひく日本国憲法の基盤となる基本価値は、自らの主観的価値判断に基づく法について哲学的理解と極めて強く共鳴した。ところが戦後の政治空間において現実の政治的権力を掌握した勢力はそのような日本国憲法の基盤となる基本的価値そのものに対して否定的なものとなったから、まさにそうであるが故に、宮沢にとって日本国憲法は強い engagement の対象となったといえよう。こうして、法解釈という営為は、宮沢憲法学にとって、現実政治における知識人としての憲法擁護運動へのコミットメント——具体的には、「憲法問題研究会」への参加⁽⁴⁵⁾——と並んで日本国憲法の正統性を強

化する一種の政治的投企として立ち現れることとなった。このように、宮沢という同一人格が自らのメチエに付与した役割の二重性の故に、同一の法典を必然的に二重の視角から捉えることとなり、その結果、宮沢憲法学は、方法論的には、同時に法実証主義者としても自然法論者としても現れることになったといえよう。⁽⁴⁶⁾このように宮沢憲法学は自己規定した役割に由来する二つの異質な方法論の同時的並存として理解することが可能であるが、それは、日本国憲法が自然権思想を取り込んでそれを実定化した憲法典であることに起因していよう。これに対して、フランス現行第五共和制憲法典自体に自然権思想は直接言及されていない。その前文において一七八九年人権宣言への言及はあるが、「憲法ブロック」の一環としてそれに対する実定法的効力をはじめて承認したのは、一九七三年一月二七日の憲法院判決なのであった。⁽⁴⁷⁾

それでは、現代フランス憲法理論において政治として概念化されていることがらについてはどうであろうか。一九三〇年代初頭にドイツ公法学を觀察した結果を報告した宮沢⁽⁴⁸⁾は、その当時のドイツにおいて「公法学的概念構成に関する『法律的』方法は今や四面楚歌の声の中にあるように思われる」と診断した。第一次世界大戦後の社会の動乱によって「安定性」を奪い去られたドイツでは、「実証主義」的思考の現実的基盤を喪失したことによってもたらされた「精神科学的方法」を標榜するRudolf Smend公法学の著しい成功が見られるが、そのことは「理論的認識と政治的価値判断との混同を示すこと、いやむしろそれが『精神科学』の形式の中において理論的認識の政治への奉仕を示している。換言すればそれがはなはだしく『政治的』であるという事実」を突きつけている、と宮沢の目には映じた。⁽⁴⁹⁾ここでの宮沢の批判的な分析視角はKelsenのそれを忠実に踏襲するものであった。その後宮沢は、一方で、「法はその根本的性格において政治的なものである」ことを承認するべきであり、他方で、「法が政治的性格をもつということは必ずしも当然に法学が政治的性格をもつべきであることを意味しない」とし、その上で、法学を「法の科学」と「法の解釈論」に二分し、前者は「政治から独立であるべ

き」であるのに対して、後者の方法は「必然的に政治的」である、と主張した。前出のナンテール学派やエクス学派に批判的に対峙する Baranger の立場からすれば、当然前者における法学の対政治独立性の主張はそのままでは規範的実証主義の悪しき影響と考えられ、また宮沢のいう「科学的・理論的」方法がもつばら経験主義的政治学の方法のみを含意すべきものとされるのであれば、やはり不十分であるとされよう。⁽⁵⁰⁾この点、宮沢の後継者として日本憲法学において指導的地位に立った芦部信喜が、憲法研究のあり方に関するマニフェストとして「憲法の存在構造を明らかにするには、規範的考察だけでなく歴史的・政治的・社会学的考察をすること」、そして「憲法に内在し、または憲法の背後に宿る普遍的法理念ないし政治理念の存在を認識しなければならない」と主張したことが興味深い。⁽⁵¹⁾Baranger の主張する「『政治的自由と個人の諸権利の保護』という目的を、憲法という法形式で実現しようとする『立憲主義プロジェクト』」と、芦部の「自由の基礎法」⁽⁵²⁾としての憲法という憲法観は、実質的に大きく重なり合っているといえよう。⁽⁵³⁾

宮沢以降の日本憲法学における解釈のあり方について最も重要な役割を果たした論者は芦部信喜であると考えられるが、芦部は、「憲法が、近代立憲主義国家においては、一定の政治理念を有する実質的意味の憲法を成文化する目的で生まれた」のであって、「憲法には、憲法の核心とか根本法の第一原則などといわれるある種の普遍的な理念が宿っている」ことを理論的前提とし、自らの憲法解釈に向き合う姿勢として、「そうした憲法に内在する理念や価値を問題にすることを——一九世紀のドイツ公法学を支配した法実証主義のように——『自然法的』⁽⁵⁴⁾とか『政治的』なものとして排除することは、少なくとも日本国憲法の解釈方法としては許されない」とした。⁽⁵⁵⁾芦部のこのような憲法解釈方法は、そもそも憲法制定権力が「人間価値の尊厳」という一種の自然法によって法的に拘束されるという憲法観と密接に関連している。⁽⁵⁶⁾芦部によれば、「憲法の解釈には、政治的衡量に基づく目的論的方法によって規範としての憲法を政治と結託せしめることはもとより排斥されなければならないが、

規定の表現にとられる形式的論理よりも、規範の許す範囲内で各規定の背後にある政治の实在を巨視的に把握しつつ法の目的と精神から具体的に妥当な意義をみ出してゆくことが重きをなす」とするのである。

この点において、芦部憲法学は、現在のフランス憲法学の一部から強い批判の対象となっている「ネオ立憲主義」論とかなり共通している。すなわち、前述したように、「ネオ立憲主義」論は「反実証主義的法観」をあらさまに表明し、「認識論的メタ倫理」の立場から憲法を「諸原理の集合体」としてとらえ、憲法上の原理は、自然法的なものが実定法化された正義であるとする。「『原理主義』的憲法観」を主張する。イタリアの有力な憲法論と日本の有力な憲法論が共通することは、新憲法制定を通じて両国が全体主義体制を清算し、新体制へと移行したという憲法史的事実と深く関連していることを示していよう。⁽⁵⁶⁾

以下では、本稿のむすびにかえて、現在の日仏憲法学が互いに学び合えること何か、について考えてみたい。

結びにかえて——日仏憲法学が互いに学びうることは何か？——

フランス憲法学が日本憲法学から学びうる点は、どこにあるだろうか。この点に関して、学統的にはエクсп派に属するXavier MagnonとAriane Vidal-Naquetが政治法学派の問題意識を積極的に摂取しつつ、今後のフランス憲法学の課題について論じていることが参照に値する。⁽⁵⁷⁾ MagnonとVidal-Naquetは、今後のフランス憲法学の課題として、①古典的な憲法学に学び憲法学の全体において学問的考察を進めるためにさらなる概念化⁽⁵⁸⁾を推し進めるべきこと、②憲法研究の学際化（哲学、言語学、経済学、数学、心理学等）を推し進めるべきこと、③裁判官の言説についての批判的読解を採用すること、の三点を挙げる。このうち恐らく注目に値するのは、③である。①②はもともな指摘であり、日本憲法学もこのような方向を推し進めることに異論はないであろう。③

については、特にエクス学派による憲法判例研究が、「実証主義的規範主義的理論のアプローチに基礎を置く法解釈学 (dogmatique juridique) である」とされてきたことと深く関わっている。フランスにおける「実証主義的規範主義」は、論者の主観的価値判断を封印して、所与の判例について客観的考察を行うことをもつとも重要な課題と考えるスタンスを取るのか、かかる研究素材に対して一定の距離を取った批判的考察態度が取りにくい傾向が生じる。そこで Magnon と Vidal-Naquet は、判例に対する内在的及び外在的批判が十分に行われていないことを問題視する。ここで内在的批判とは、憲法判例の形式及び内容の双方に及び、具体的には、まず、「一貫性、論理、議論の質、スタイル」等が対象となる、とされる。そして、裁判官が憲法規範等を解釈・適用する仕方について批判を行う必要がある。具体的には、規範定立者の意思を十分に踏まえた「原意主義的で記号論的な解釈方法 (interprétation de type génétique et sémiotique)」が行われなければならない。これに対して外在的批判とは、憲法院判例は、複数の憲法解釈者のうちの *one of them* の憲法解釈に過ぎないことを前提に、それを批判的に読解する憲法学者たちの提示する複数の憲法解釈による批判的検討を意味する。また、各判例の貢献の度合いや首尾一貫性、重要性などを検討することもここに含まれる。そして、ここで批判的とは、決して憲法院の存在を危険視して否定的に捉えようとするものではない、とされる。日本憲法学における憲法判例研究は、当初は憲法判例の外在的批判を中心に活発に行われ、その後それに対する反省から内在的批判の重要性も強く認識されるようになり、全体としてみれば、現在は健全な距離を取った仕方で行われているのではないかと考えられる。そうだとすれば、フランス憲法学が比較法的考察を駆使した日本憲法学の判例研究の蓄積から学ぶことができる点は、少なくないであろう。現在までのところ、日本語を読解できるフランス憲法研究者は極めて少数であり、このような学問的交流を十分に実現することはなお困難であるが、この点は、最近飛躍的に発展してきている AI による日本語からフランス語や英語への自動翻訳の精度の向上に強く期待したい。

それでは、日本憲法学がフランス憲法学から学びうる点は何であろうか。本稿が取り上げてきたことが示すように、フランスでは群雄割拠するそれぞれの学派が明確な仕方で方法論の提示を行い、それを踏まえて率直な相互批判を展開している。これに対して、日本では最高法規であることを宣明する日本国憲法が厳然と存在し日本政治や日本社会をめぐる議論の中心の一つを構成しているため、これに関連する何らかの法的分析を行う作業はおしなべて憲法研究として認知され、それ以上の方法論を射程に入れた議論が必ずしも行われない傾向があるように思われる。かつては、日本の社会科学の議論を一定程度反映し、憲法科学のあり方をめぐり方法二元論とマルクス主義という相対立する明確な方法論が主張されていた。⁽⁵⁹⁾これに対して、現在の日本憲法学において様々な業績を生み出すアプローチや方法論がタコツボ的に並立しているのだとすれば、方法論議が不在になることは避けられないであろう。このことは、憲法学内部における対話の不在を常態化させるものであって、今後の日本憲法学の発展にとってプラスになるとはいえない。この点において、現在のフランス憲法学に学ぶことができる点は少なくない、と考えられる。

具体的対象についての研究の遂行ではなく、研究する際にどのような方法を採用すべきかを問うメタ理論に関する論議、さらにはどのような方法を採用すべきかについて、どのように論じるべきなのかを問うメタメタ理論に関する論議は、一見すると全く非生産的な知的営みに過ぎないようにも思われる。しかしこのような議論は、他者の学問的営為をどのように自らのそれとの関係で位置づけるのか、という課題を真摯に追求しようとする作業にほかならず、かかる作業は他者の学問的営為を尊重し、それを懸命に理解・咀嚼・批判的検討しようとするものにほかならない。本稿を閉じるにあたって確認しておきたいことは、学問における方法論議は、自己と複数の他者によって構成される学問共同体の知的営為 (*sophia*) に対する愛 (*philo*) に支えられた尊ばれるべきことであることである。

* 本稿について、大野悠介氏（東洋大学准教授）及び樋口惟月氏（慶應義塾大学大学院博士課程）にケアレスキスのチェックをして頂き、またコメントをして頂いたことについて、謝意を表する次第である。

- (1) Xavier Magnon et Stéphane Mouton (sous la dir.), *Quelles doctrines constitutionnelles pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s)?* Mare & Martin, 2022.
- (2) 山元一「憲法学における法・道徳・政治の緊張と融合 現代フランス憲法理論の展開の「断面」」『中島徹古稀・憲法学の領分』（日本評論社、二〇二五年七月刊行予定）。
- (3) Riccardo Guastini, « Deux voix du constitutionalisme italien », in X. Magnon et S. Mouton, *supra* note (1), p. 239 et s.
- (4) ちぬみじ Guastini の *Lezioni di teoria costituzionale* が、ナンテール学派に属するVéronique Champpeil-Desplats の注訳と解説が付されている。R. Guastini, *Leçon de théorie constitutionnelle*, traduit et présenté par V. Champpeil-Desplats, Dalloz, 2010.
- (5) Riccardo Guastini, « Sur le néoconstitutionalisme », in Jean-Yves Chérot et alii (sous la dir.), *Le droit entre autonomie et ouverture : Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, p. 255 et s.
- (6) Éric Millard, « Quelques bonnes raisons de douter du néo-constitutionalisme », in Véronique Champpeil-Desplats et Jean-Marie Denquin (sous la dir.), *Démocratie et constitutionalisme : retours critiques*, Mare & Martin, 2018, p. 245 et s.
- (7) Éric Millard, « Sur le caractère pré-moderne du néo-constitutionalisme latino-américain », in Olivier Cayla et Jean-Louis Halpérin (sous la dir.), *Néo ou rétro-constitutionalismes : Mise en perspective de la démocratie constitutionnelle contemporaine*, Mare & Martin, 2018, p. 211 et s. 関連するラテン・アメリカの neo-constitutionalism に関する論文は、George Sarmento, « Le néoconstitutionalisme au Brésil : Vers l'effectivité des droits sociaux et la lutte contre la corruption », in *Panorama of Brazilian Law*, no. 3 and 4, 2015, p. 38 et s., Carlos-Miguel Herrera (sous la dir.), *Le constitutionalisme latino-américain aujourd'hui : Entre renouveau juridique et essor démocratique*, Édition Kimé, 2015, C.-M. Herrera « Les écoles constitutionnelles en Amérique

- latine », in X. Magnon et S. Mouton, *supra* note (1), p. 225 et s.
- (8) Pierre Brunet, « Remarques critiques sur le constitutionnalisme contemporain », in *Droit et Economie. Interferences et interactions : Mélanges en l'honneur de Michel Bazex*, Lexis-Nexis, 2009, p. 51 et s.
- (9) Pierre Brunet, « La constitutionnalisation des valeurs par le droit », in Stéphanie Hennette-Vauchez et Jean-Marc Sorel (sous la dir.), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisé le monde?* Bruylant, 2011, p. 257 et s.
- (10) P. Brunet, *supra* note (9), p. 260.
- (11) P. Brunet, *supra* note (8), p. 51.
- (12) R. Guastini, *supra* note (5), p. 260 et s.
- (13) P. Brunet, *supra* note (9), p. 272 et s.
- (14) フランスを含めた「法実証主義の比較思想史」に関する法哲学の成果として参照、『法の理論』四一号（二〇一三年）一頁以下。
- (15) 実証主義者たちが対峙していた現代フランスの自然法論については、参照、野田良之「フランスにおける最近の法思想」『法哲学年報 一九六〇』（一九六一年）一一三頁以下、水波朗は、トマス主義の立場に立つ法思想家として、François Gény, Jean Dabin, Georges Renard, Michel Villey, Maurice Hauriou, Marcel Prélôt, André Hauriou, Georges Burdeauらの名を挙げる。参照、水波朗『トマス主義の法哲学』（九州大学出版会、一九八七年）、同『トマス主義の憲法学』（九州大学出版会、一九八七年）。
- (16) フランスでは、実証主義についてメタ理論的観点からの議論が欠如しており、また革命期以来の法伝統（法律中心主義）の故に、この国における法実証主義（positivisme juridique）が、一般にいわれる法実証主義（legal positivism）と大きく異なっていることを指摘するのが、Michel Troperである。Michel Troper, « The French tradition of legal positivism », in Torben Spaak and Patricia Mindus (edited by), *The Cambridge companion to legal positivism*, Cambridge University Press, 2021, p. 133ff.
- (17) Marcel Waline, « Positivisme philosophique, juridique et sociologique », in *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Recueil Sirey, 1933, réimpression Vaduz, Topos Verlag et Librairie Edouard Duchemin, 1977, p. 519 et s. 現

代法哲学における法実証主義論議との関係では、Waine として現代のフランス憲法学における法実証主義について、「法と道徳の概念的分離テーゼ」を必須の条件（規範的命題）としているように思われる。これに対して、今日の法実証主義者に広く共有されているテーゼとして、「社会テーゼ」があるとされる。これは、「法の存在と内容は、社会的事実を参照することによって——当該法規範の善し悪し（*merit*）を参照するのではなく、その社会的源泉（中略）を参照することによって——確定される」とするテーゼだとされる。参照、濱真一郎『現代法実証主義』提題趣旨『法哲学年報 一〇二二』〔二〇二三年〕二二三頁。

(18) 海原裕昭「フランスにおける法実証主義の断面」『法哲学年報 一九六二』〔一九六三年〕一二〇頁は、「フランスにおいて一般に使われている *Le Positivisme Juridique*（法実証主義）という用語は、少なくとも法思考の方法としての *Positivisme*（法実証主義）に重点を置いた表現」である、とする。海原は、このような理解に基づいて、Duguit の理論を、「フランスにおける法実証主義の最大の表現であるといってもよい」とする。

(19) Waine によれば、憲法自体の法的価値は、「市民の圧倒的多数による支持」という事実に求められる。Marcel Waine, « Défense du positivisme juridique », in *Archives de Philosophie du Droit et Sociologie juridique*, 1939, p. 90.

(20) 参照、海原・前掲注(18)一三一頁。但し、Waine は、実定法を分析するために、法的问题の生起する「社会的経済的政治的歴史的環境」について研究することは排除されないと、いう。M. Waine, *supra* note (17), p. 34.

(21) 参照、樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』（勁草書房、一九七三年）三三三頁以下。

(22) 西村清貴によれば、一九世紀後半から二〇世紀ドイツでは、法実証主義について、①「実定法とは『正しい』、『理性に合致した』法なのだ」と「確信」する「法学的実証主義ないし制定法実証主義」と、②「一切の法理念、法価値を否定する」「自然主義としての法実証主義」という二つの理解が並存していたという。フランス実証主義社会学の系譜に立つ Waine における法実証主義は、実証主義的方法に立つ点において②の思考に立ちつつ、その上で実定法秩序を正義や理性から自律した存在として考察するものであり、①の理解とは鋭く対立する。西村清貴「ラートブルフ・テーゼとドイツにおける法実証主義」『法の理論』四一号五二頁以下。関連して参照、同「一九世紀後半以降のドイツにおける二つの法実証主義」『法学志林』一一九卷四号〔二〇二二年〕二一九頁以下。

- (23) 樋口・前掲注(21)二五頁の表現を借用した。
- (24) Léon Duguit の法思想については参照、山元一『《法》《社会像》《民主主義》——フランス憲法思想史研究への一視角——(三)』『国家学会雑誌』一〇六巻九・一〇号(一九九三年)六頁以下。
- (25) 恐らくこの観点から問題となりうるのは、エクス学派の方法論と法と道徳の分離に固執しない「ソフトな法実証主義」ないし「包摂的法実証主義」との異同であろう。但し、この考え方は、あくまでも現に存在する実定法秩序の描写的説明を行うことを目的とする「記述的法実証主義」であり、それとエクス学派の立場は、かなり類似するが同一とはいえないであろう。参照、濱・前掲注(17)四頁、同「法と道徳には必然的な結びつきがあるか」重松博之ほか編『酒匂一郎古稀・法の理念と現実』(成文堂、二〇二四年)二二七頁以下、Wilfrid Joseph Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, 1994。
- (26) フランス憲法学が一般的傾向として、必ずしも立憲主義を重要な概念として位置づけてこなかったことについて参照、山元一「フランス憲法と『立憲主義』」山元一ほか編『講座 政治・社会の変動と憲法——フランス憲法からの展望——第1巻 政治変動と立憲主義の展開』(信山社、二〇一七年)三九頁以下。このことは、フランスにおいて憲法を政治的社会的統合の中心として捉える文化が存在していないことと深く関係しているよう。cf. Marie-Claire Ponthoreau, « L'amour de la Constitution : une brève réflexion à partir du cas français », in *V^e République : Mélanges Didier Maus*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2023, p. 621 et s., Mathieu Carpentier et Wanda Mastor, « Vénérer la constitution », in *Pouvoirs*, n° 187, 2023, p. 98 et s.
- (27) e. g. Carlos Miguel Herrera (sous la dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Bruyant=L. G. D. J., 2001. Carlos Miguel Herrera, « Avons-nous jamais été Kelsenien? », in Thomas Hochmann et alii (sous la dir.), *Un classique méconnu : Hans Kelsen*, Mare et Martin, 2019, p. 87 et s. 注¹ フランス法学における Kelsen 理論の誤解を含めた種々様々な受容のあり方の歴史を辿りながら、「逆説的ケルゼン主義」実践におけるケルゼン主義、逆立ちしたケルゼン主義は、「一つの理論の多様な存在様式なのである」と指摘する。
- (28) この点に関連して、戦後フランス憲法学を国際的に代表しつづいた Maurice Duverger が一九四二年に *Revue du Droit Public* 誌上に発表した「一九四〇年の革命以来の公務員の地位 (La situation des fonctionnaires depuis la

Révolution de 1940」がユダヤ人の公務員からの追放を法的に正統化するものであったとする鋭い批判が Daniele Lochak に「*いなかれ Michel Troper との論争が行われたことがよく知られている*」cf. D. Lochak, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme » et M. Troper, « La doctrine et le positivisme (À propos d'un article de Daniele Lochak) », in *Les usages sociaux du droit*, Publications du CURAPP, PUF, 1989, p. 252 et s. et p. 286 et s.; D. Lochak, « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité? » et M. Troper, « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », in Paul Amselek (sous la dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, 1994, p. 293 et s. et 310 et s. 法学者の持てざるに関して cf. Olivier Beaud, « L'art d'écrire chez un juriste : Carl Schmitt », in Carlos-Miguel Herrera (sous la dir.), *Le droit, le politique : autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt, L'Harmattan*, 1995, p. 15 et s. の問題に触れた邦語文献として、樋口陽一「学説と環境」〔初出一九九六年〕同「憲法 近代知の復権へ」(平凡社、二〇一三年)五五頁以下、がある。

(29) 参照、山下威士『憲法学と憲法』(南窓社、一九八七年)一一九頁以下、二五六頁以下。

(30) 宮沢俊義について言及した筆者の小論として、山元一「戦後憲法思想の影、光、そして限界(?)」三浦信孝編『戦後思想の光と影』(風行社、二〇一六年)八三頁以下、がある。

(31) 丸山眞男(談)清宮四郎ほか「宮沢俊義を語る」『ジュリスト』六三四号(一九七七年)九四頁。

(32) 宮沢俊義『転回期の政治』(中央公論社、一九三六年)一頁

(33) 宮沢が一九四六年の東大での講義において示した彼なりの「法の科学」構想について参照、高見勝利『宮沢俊義の憲法学的研究』(有斐閣、二〇〇〇年)一四五頁以下。

(34) 高見勝利「解説」宮沢俊義『転回期の政治』(岩波書店、二〇一七年)三七三頁以下。

(35) 宮沢俊義「国民代表の概念」〔初出一九三四年〕同「憲法の原理」(岩波書店、一九七五年)一八五頁以下。

(36) 参照、美濃部達吉『日本憲法の基本主義』(日本評論社、一九三四年)一〇一頁以下。

(37) 参照、宮沢俊義『法律学体系コンメンタール篇Ⅰ 日本国憲法』(日本評論新社、一九五五年)、同「菅部信喜補訂」『全訂日本国憲法』(日本評論社、一九七八年)。

(38) 宮沢俊義「法律における科学と技術」〔初出一九二五年〕同「法律学における学説」(有斐閣、一九六八年)六二

頁。

(39) 長尾龍一『日本憲法思想史』（講談社、一九九六年）二二九頁。

(40) 宮沢俊義「ル・フェウルの自然法論」〔初出一九三八年〕同『憲法の思想』（岩波書店、一九六九年）二七一頁。
宮沢における法についての「哲学」的考察は、「法の解釈者」としての準備作業としての側面を有している。

(41) 宮沢俊義「憲法の科学と実践」〔初出一九七四年〕同『憲法論集』（有斐閣、一九七八年）四六六頁。よく知られているように、戦前の宮沢と戦後の宮沢の法の解釈の客観性に関する議論には明らかな変化が見られるが、この論文には、本稿では立ち入ることができない。

(42) 参照、宮沢俊義「フランスにおける憲法学と政治学」〔初出一九六六年〕同『公法の原理』（有斐閣、一九六七
年）一五七頁以下、樋口・前掲注〔21〕二頁以下。

(43) 日本憲法学では日本国憲法制定の法理に関して宮沢が八月革命説を提出したように、法的革命ないし憲法におけるパラダイム変化を法理論上どのように位置づけるかは、重大かつ困難なテーマとなる。これに関する最近のフランス憲法学における業績として、Marie Gren, *Le changement de paradigme constitutionnel : Étude comparée du passage de la suprématie constitutionnelle en France, en Israël et au Royaume-Uni*, Dalloz, 2019 があ²⁹。

(44) M. Waline, *supra* note (19), p. 92.

(45) 憲法問題研究会について参照、邱静『憲法と知識人』（岩波書店、二〇一六年）。

(46) 高橋正俊「法実証主義的自然権説について」『香川法学』一四卷三・四号（一九九五年）九七頁以下、は、宮沢憲法学における基本的人権について、相矛盾する「法実証主義的自然権説」と「超越論的自然権説」の並存として理解する。前者は、「日本国憲法の『基本的人権』は、自然権と解釈（強調原文）」されなければならないという主張であった、「憲法解釈論にもとづいて証明しようとするもので、いいかえれば法実証主義的な立場から自然権性を主張する」立場である。後者は、「自然権の存在を、日本国憲法と離れた立場から根拠づけ、かつ、それが日本国憲法の『基本的人権』によって確認されているとする主張である」、とされる。しかしながら筆者から見ると、まず、宮沢憲法学にとって実証主義的精神に基づくイデオロギー批判を中心とする「法の科学」の見地から基本的人権を分析・検討する作業が論理的にはありえたが、戦後の宮沢はこれを重要な仕事だと考えず、大きく展開しなかった。長

尾龍一はこの点に関連して、「昭和二〇年代においては認識者としての立場が後方に退いた感は否めない。そのことが日本国憲法を冷静な認識対象とする憲法の科学の発達を甚だしく遅らせたと筆者は思う。」とする（長尾・前掲注(39)二三頁）。このような作業は、基本的人権の措定する「人間一般」の権利は、搾取を隠蔽するブルジョワジーの階級的利益に奉仕するものに過ぎないことを基本認識とするマルクス主義法学によって、イデオロギー批判の具体的意味内容は違ふとはいえ、実質的に担われた、といえよう。これに対して、宮沢憲法学において実証主義そのものにこだわることから解放されている「法の解釈」の場面における「法実証主義的自然権説」と「超越論的自然権説」は、相対立する思考というよりも、〈日本国憲法の保障する基本的人権は、自然権として解釈されなければならないが、その根拠は、この世界に自然権が実在しており、かかる存在を日本国憲法が実定法的に確認したことに求められる〉、という論理を構成していたと考えれば、両者はまさに結合することによって、自らの説得力を強めようとする一つの憲法解釈方法論を生み出すことができたのではなからうか。宮沢の人権観に関連して、参照、佐藤幸治「人権論の一断面」『法律時報』六八巻六号（一九九六年）三六頁以下、渡辺康行「人権理論の変容」岩村正彦ほか編『岩波講座 現代の法1 現代国家と法』（岩波書店、一九九七年）七〇頁以下、高見・前掲注33三〇〇頁以下、高橋正俊「高見教授における宮沢の応答について」『香川法学』二二巻一号（二〇〇一年）一頁以下、長尾一紘「宮沢俊義の正義論」『法学新報』一二二巻一・二号（二〇一五年）六三九頁以下。Michel Troper は、フランスでは革命以来伝統的に、自然法と実定法の区別が曖昧であったことの理由を、フランス革命期に自然法が立法者によって実定法化されたことに求めた。日本の憲法制定権力者が自然法たる基本的人権観念を日本国憲法によって実定法化したと理解するのは同様な事態として受け止めることができる。M. Troper, *supra* note (16), p. 137.

(47) Décision n° 73-51 du 27 décembre 1973 du Conseil constitutionnel- Taxation d'office.

(48) 宮沢俊義「公法学における政治」〔初出一九三三年〕宮沢・前掲注(42)五三頁。

(49) 宮沢・前掲注(48)五五―五六頁。

(50) 周知の通り、樋口陽一の憲法学も、Hans Kelsen の法理論のインパクトを強く受けた宮沢憲法学を引き継いで、「法の科学」と「法の解釈」の二元的構成を採用した。本稿では樋口憲法学に十分に立ち入る余裕はないが、以下のように述べることができる。

樋口憲法学において、「法の科学」の領域に関して、当時の実証主義政治学の成果を摂取した『議會制の構造と動態』（木鐸社、一九七三年）というテーマをめぐる研究成果、そして特にフランス革命期を舞台とする立憲主義理解に関して西洋経済史の研究成果を応用した憲法思想史研究成果は戦後憲法学の金字塔といえるものであった、と考えられる。また、ある時期までのドイツ憲法体制の消極的な評価として、この国の近代化の遅れが、まさにそのことの故にドイツ基本法下で著しい法の現代化現象を生み出し、それが憲法上重大な問題を引き起こした（例、憲法忠誠に基づく抵抗義務論）という議論（樋口陽一『司法の積極性と消極性』（勁草書房、一九七八年）八頁以下）は、「法の科学」によってもたらされた認識を「法の解釈」の方向の選択に結びつけた点において、見事なものであったといえよう。しかしその後、樋口憲法学は「法の科学」への関心を減退させ、「法の解釈」の選択の前提となる一定の議論の土俵を明らかにしつつ、自らの価値的選択を明示すること（ルソー・一般意思モデル）vs「トクヴィル・多元主義モデル」が重視されるようになり、学説二分論を前提とすれば、その性質上「法の解釈」の圏域（あるいは、宮沢流にいえば「法の哲学者」としての思索）に入る学問的営為が前景化したといえよう。樋口陽一『近代国民国家の憲法構造』（東京大学出版会、一九九四年）三三頁以下、愛敬浩二『立憲主義の復権と憲法理論』（日本評論社、二〇一二年）一〇頁以下、齋藤暁『初期樋口陽一の憲法学と〈戦後憲法学〉の知的状況（一）（二）（三・完）』（法学論叢）一八三巻四号（二〇一八年）六三頁以下、同一八四巻五号（二〇一九年）九〇頁以下、同一八五巻二号（二〇一九年）六〇頁以下、同『憲法解釈・憲法解釈学・憲法科学』（法律時報）九五巻五号（二〇二三年）一〇六頁以下、林知更『「憲法」と「立憲主義」の間』（法律時報）九七巻一号（二〇二五年）九八頁以下。関連して、筆者が樋口憲法学について検討した論稿として、山元一『「自由」の共和国の憲法思想——『七〇年代主権論争』、そしてその後——』（石川健治編『学問／政治／憲法——連環と緊張』（岩波書店、二〇一四年）八九頁以下、同『樋口憲法学における国家論の批判的検討——グローバル公法学の構築のために』（法律時報）九五巻九号（二〇二三年）一〇三頁以下、がある。

(51) 芦部信喜『憲法と議會政』（東京大学出版会、一九七一年）iii頁。これに対して、芦部がこれら二つの主張と並んで「対象の政治性と方法の政治性を混同し、ワイマール末期の政治法学のように、憲法の規範性を主観的な政治観によって歪曲してはならない」とした点に関しては、ここで意味する「歪曲」が芦部の与しえない *Kelsen* 理論を

下絵にしているだけに、ここでの意味をめぐって不明確さが伴うといわざるをえない。

- (52) 芦部信喜『憲法学Ⅰ 憲法総論』(有斐閣、一九九二年) 四六頁以下。
- (53) 日本憲法学が本論文の文脈における政治とどのように関わりあうかについて本稿では十分に論じる余裕がないが、この点に關して示唆を与えるものとして参照、林知更『政治』の現れる場所「高橋和之・長谷部恭男編『芦部憲法学』(岩波書店、二〇二四年) 三頁以下。関連して参照、同『政治』という他者(上)(下)」「法律時報」九五卷一〇号(二〇二三年) 六八頁以下、同卷一十一号二一〇頁以下。
- (54) 芦部信喜「憲法の解釈ということ」(初出一九五五年) 同『憲法叢説Ⅰ 憲法と憲法学』(信山社、一九九四年) 一三頁、一五頁。
- (55) 芦部信喜『憲法制定権力』(初出一九六一年)(東京大学出版会、一九八三年)。だからこそ、芦部の憲法制定権力論は、法実証主義方法論に立つ論者によって厳しい批判的検討の対象とされた。参照、菅野喜八郎『続・国権の限界問題』(木鐸社、一九八八年) 三一〇頁以下。なお、芦部の憲法制定権力論とBarangerとともに政治法学派に属するOlivier Beaudのそれとが共通の方向性を示していることは、興味深い。参照、山元一『現代フランス憲法理論』(信山社、二〇一四年) 二一〇頁。
- (56) cf. Hajime Yamamoto, « Les caractéristiques de la notion de « constitutionnalisme » dans le droit constitutionnel japonais récent », in *Revue du Droit Public*, 2025, n° 2 (à paraître). ドイツも含めた三国の憲法制定史比較として参照、石田憲『敗戦から憲法へ』(岩波書店、二〇〇九年)。
- (57) Xavier Magnon et Ariane Vidal-Naquet, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique? », in *Les Cahiers Portalis*, n° 6, 2018, p. 122 et s.
- (58) 例として、法学一般としては、「法、妥当性、適法性(régularité)、具体化、適用、解釈、集権化/分権化」、公法学においては、「国家、公役務、公序、一般利益」、そして憲法においては、「権力分立、憲法裁判、基本権」などを挙げている。
- (59) 参照、杉原泰雄編『講座憲法学の基礎3 憲法学の方法』(勁草書房、一九八四年)。
- (60) 参照、丸山眞男『日本の思想』(岩波書店、一九六一年) 一二九頁。