

フランス憲法判例における憲法制定権力論 —— 政治法学における法と政治の接合について ——*

塚 本 俊 之

目 次

はじめに

第1章 判例における憲法制定権力

第1節 憲法院判決による憲法制定権力論

1 諸判決

2 判例理論

第2節 学説における憲法制定権力

1 形式的憲法概念

2 始源的憲法制定権力と派生的憲法制定権力の同一視

3 超憲法的規範の否認

4 憲法改正権への制限の否定

5 国民と両院合同会議の同列化

6 民主的正統化

第2章 憲法裁判の政治性

第1節 憲法院判決の政治的機能

* 本稿は、フランス憲法判例研究会編（辻村みよ子編集代表）『フランスの憲法判例Ⅱ』（信山社、近刊）において筆者に割り当てられた判例評釈を契機とする考察にもとづいている。その機会を与えて下さったフランス憲法研究会、とりわけ辻村みよ子氏および今関源成氏、そして本稿のアイデアに対して貴重な意見を下さった M. Denis Baranger に感謝申し上げる。

- 1 無権限判決の政治性
 - 2 憲法規範の変動と憲法院
- 第 2 節 憲法の開放性
- 1 多元的憲法
 - 2 「不純な」憲法学

おわりに

はじめに

本稿は、フランス憲法院の諸判決における憲法制定権力の論じ方を通して、その理論的特徴に考察を加えるものである。それはまた、それら諸判決がフランス憲法学の通説的立場を基礎としていると考えられることから、フランス憲法学通説における憲法制定権力論の理論的検討でもある。ここで理論的検討というのは、フランス憲法判例および通説の論理構造を明らかにし、その一つの側面に光を当てようとする作業である。この作業によって、さらに一般的に、フランス憲法裁判と政治との関係についても一定の示唆も得られると考えている。

フランス憲法判例および憲法学通説の憲法制定権力論については、すでに、批判的に検討した労作が存在する。オリヴィエ・ボーの『国家権力』⁽¹⁾である。同書は 1989 年 1 月に口頭審査された博士論文をもとに出版されたものだが、出版にいたる過程でヨーロッパ連合条約（マーストリヒト条約）批准をめぐる憲法問題に遭遇し、それに関連する憲法院諸判決も分析されている。ボーは、特にカール・シュミットの憲法と憲法律を峻別する議論を参照しつつ憲法改正限界説を打ち出す。そして、それを基礎に判例通説の憲法改正無限界説を批判するのである。もっとも、以下で検討する

(1) Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, 1994. 本書を検討した日本語文献として、山元一「最近のフランスにおける『憲法制定権力』論の復権：オリヴィエ・ボーの『国家権力論』を中心に」(『法政理論』29 卷 3 号, 1997 年)がある。同論文は後述の 1992 年の憲法院の 2 つの判決および憲法制定権力に関するフランス憲法学通説についても検討している。

ように憲法院マーストリヒト第Ⅱ判決は憲法改正限界説を示唆する一節を含んでおり、ポーもそれが憲法改正限界説——その点で通説と異なる——と理解して評価している⁽³⁾。しかし、憲法院はその後2003年3月26日判決で憲法改正限界説を否定したと考えられるので、現在では判例の立場と通説の立場は同じものと考えて差し支えないと思われる。

ポーの所説は、判例通説の理論的矛盾を明らかにしつつ、憲法改正限界説にもとづいて具体的な憲法問題について説明と解答を与えようとするものである。憲法基礎理論についての考察を踏まえた法解釈論（ドグマティック）の次元での議論である。本稿の関心はこれと異なる。ここでは、判例通説の論理構造の分析を通じて、その理論的諸前提を明らかにし、判例通説に内在する哲学的——ないし政治的——態度決定を突きとめようとする。そうすることで、判例通説についてポーとは異なる角度から考察しようというのである。批判的検討ではあるが、それに代替する理論を提案しようというのではない。憲法改正限界説・無限界説の対立に踏み込むものでもない。ただ、ドグマティックな考察から明らかにされるものとは異なる位相を現したい。

この観点から考察するうえで、有益なのが最近のドゥニ・バランジエの論考である。彼は、「政治法学（*droit politique*）」という観点から既存の憲法学に対し独自の理論的再検討を行っているが、憲法改正をめぐる憲法院の判例理論についての論文も発表している⁽⁶⁾。本稿の叙述も彼の論考を導きの糸として進めていく。

(2) Décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, Rec. 76.

(3) Beaud, *op. cit.*, p. 473-474.

(4) Décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003 Rec. 293.

(5) 《*Droit politique*》には、このほかに「政治法」ないし「政治的法」という訳語があるが、バランジエの場合、考察対象の性格づけというより包括的な研究方法論としての意味合いが強いと考えられるので、本文のような訳語をあてた。彼の方法論については、Denis Baranger, *Écrire la constitution non-écrite Une introduction au droit politique britannique*, PUF, 2008, 特に Introduction générale を参照。

第 1 章 判例における憲法制定権力

フランス憲法学においては、憲法制定権力は、始源的憲法制定権力と派生的憲法制定権力——用語には若干のヴァリエーションがある——の 2 つに区別されるのが通例である。前者は、「憲法による授権によることなく存在する権力」であるのに対し、後者は「憲法によって創設され必要に応じて発動される権力」である⁽⁷⁾。前者は、憲法典を前提とすることなく、したがって既存の憲法典があったとしてもその改正規定に拘束されることなく、無条件に新しい憲法を創造する権力、いわば「無から有を生ずる」絶対的権力である。後者は、憲法典に定められた形式・手続にしたがって発動され——つまり、一定の条件や限界に服する——、既存の憲法典に形式的変更を加える権力である。憲法改正権と言い換えてもよい。それぞれの性質・概念の内容および両者の関係については種々の立場があるが、ほとんどの論者がこの区別を採用しているので、本稿でもとりあえずこの区別を採用して考察を進める。

ところで、憲法院の諸判決による憲法制定権力論を一貫した理論として再構成しようとするとき、必ずしも明確でない点、場合によっては矛盾と考えられる点がある。それは判例の説得力を減じ、憲法裁判の正当性に影を落とす。ここで、その欠点を補うかのように上記諸判決を一見矛盾なく説明するのがフランス憲法学の通説である。そこで以下では、憲法院判例と憲法学通説を一体をなすものと想定して、両者を合わせて一つの理論体系として考察の対象とする。以下、最初に憲法院の判決に現れた憲法制定権力論を概観する（第 1 節）。つぎに、憲法学通説における憲法制定権力

(6) Baranger, *Le langage de l'éternité. Le Conseil constitutionnel et l'absence de contrôle des amendements à la constitution*, *Jus politicum*, n° 5, 2010, <http://juspoliticum.com/The-language-of-eternity.html>. この論文は、2010 年 4 月イスラエルでの口頭発表をもとに *Israel Law Review* に掲載される論文を *Jus politicum* に掲載したものであるため、英語で執筆されている。

(7) Roger Bonnard, *Les actes constitutionnels de 1940*, *RDP*, 1942, p. 49.

論をその理論的基礎を含めて考察する（第2節）。

第1節 憲法院判決による憲法制定権力論

フランス憲法判例における憲法制定権力論を論じようとするとき、検討されるべき憲法院判決は4つある。以下それら諸判決を順次紹介したうえで、そこから引き出される判例理論を確認する。

1 諸判決

これから紹介する諸判決は、憲法改正の合憲性が実質的な争点となった事件についてのものである。憲法院による憲法と政治の関係づけについても示唆を得たいというのが本稿の目的の一つなので、その政治的背景を含めて紹介したい。

(1) 1962年判決

憲法院がはじめて憲法改正について判断を示したのは1962年11月6日判決である。⁽⁸⁾周知のように、本判決のきっかけは、ドゴール大統領が、それまでおよそ8万人の選挙人による大統領選挙を直接普通選挙方式に変更する法案を憲法11条の規定するレファレンダムによって成立させたことである。1958年憲法において明示的に憲法改正手続を定めているのは89条だけであるが、ドゴールは、大統領は「公権力の組織に関する」法案をレファレンダムに付託することができるという11条の規定に依拠して、憲法改正を含む大統領選挙方式の変更を、国会の審議を経ないで——両院多数派が反対で結束するのは明らかだった⁽⁹⁾——直接国民に問い、国民

(8) Décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, Rec. 27. 本判決を検討した日本語文献として、樋口陽一「人民投票によって採択された法案の違憲審査」（『議会制の構造と動態』木鐸社、1974年所収）、井口秀作「フランス型『立憲主義と民主主義』論の一側面」（杉原泰雄先生古稀記念論文集刊行会編『二世紀の立憲主義 現代憲法の歴史と課題』勁草書房、2000年所収）がある。井口論文は、後述の1992年9月23日憲法院判決も検討の対象としている。

は有効投票の 62.25% の賛成をもって答えたのである。この憲法改正を憲法違反と考えた元老院議長ガストン・モネルヴィルは「諸法律 (les lois)」の合憲性審査を憲法院に求めることができるとする憲法 61 条 2 項に基づいて、レファレンダムによって採択された「法律」—— 本件の場合、憲法的法律および組織法律となる —— を憲法院に付託した。その結果出されたのが本判決である。したがって、この判決が扱った問題は、政党次元で見ればドゴール派對その他のすべての政治勢力の対立という構図になるが、政治組織的にみれば大統領・政府對国会の対立になる。⁽¹⁰⁾ さらに、レファレンダムに「ウィ」で答えたことが 11 条に依拠した手続への承認を含むと考えるなら、大統領・政府の側に国民を加えることも可能であろう。

これまた周知の通り、憲法院はもともと人権保障を目的として法律の合憲性審査権限を与えられたわけではない。第三、第四共和制に対する反動として、国会の活動を枠づけること、特に執行権との関係で過度の干渉を防ぐとともに、むしろ政府による国会活動への統制・介入を強化することが 1958 年憲法の主要な目的であり、憲法院はそのような憲法に定められた国会への規律強化を保障することを主たる任務として創設された。このような憲法院の任務の理解に立てば、特に 1958 年憲法制定後わずか 4 年の時点で、同憲法の *Père fondateur* たるドゴール大統領の意向に逆らって、憲法院がレファレンダムの有効性を否定することは困難であったろう。

(9) 国民議会は実際、ドゴール派を除く全政党一致でポンピドゥ内閣に対する不信任案を可決している。

(10) もっとも、組織的にみれば執行権の一部門であるコンセイユ・デタは、本件レファレンダムについて憲法違反とする意見を総会において決定し政府に示していた。V. Bruno Genevois, *Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant, RFDA*, n° 14, 1998, p. 909-910. この意見は正式には公表されなかったが、内容は知られていたようで、国民議会においてポール・レノが言及している (http://www.senat.fr/evnement/revision/debatan_04101962.html)。なお、ジュヌヴォアの上記論文 (p. 910) によれば、1969 年ドゴール大統領によって 11 条にもとづく憲法改正が再度試みられたときも、コンセイユ・デタは憲法違反とする意見を提出したとのことである。

他方で、1958年憲法で憲法改正手続は89条に定められており、11条によって憲法改正を行うことはできないというのが「通常の」解釈であろう。実際、当時のほとんどの憲法学者がこのレファレンダムを憲法違反と考えたようである。憲法院が自らを「憲法の守護者」として位置づけるなら、政治的考慮抜きにあくまで憲法に忠実であるべきであり、政治部門の憲法違反には厳正に対処すべきことになる。憲法院は、こうして、相対立する政治的論理と法的論理との板挟み状態にあったと見ることができる。

モネルヴィルが提訴において指摘した点はいくつかあるが、注目すべきポイントは2つある。第一に、レファレンダムを国民による主権の行使と見なして、憲法院の審査権限を否定する議論への批判である。実際、憲法3条1項は「国の主権は国民に存する。国民は代表者を通じておよびレファレンダムによって主権を行使する」と規定する。レファレンダムが主権の行使であれば、主権の属性である絶対性・無制約性・無条件性によって、ことに憲法によって創設された機関に過ぎない憲法院がそれを無効とすることはできないということになる。しかし、彼は次のように反論する。「国民主権の行使は、国民の代表者によるものであれ、レファレンダムによって意見表明を求められた有権者によるものであれ、憲法によって定められた規範と手続を尊重する限りにおいてのみ正統である。」レファレンダムについて別様に考えることは、代表者による主権の行使についても憲法の制約を解除することになり、ひいては、「法の基礎そのものばかりでなく、諸制度の安定性そのものをも破壊することになる。」

第二に、本件レファレンダムが憲法改正手続に従っていないとしていることを憲法違反としていることである。彼によれば、「憲法がその改正のために制度化した手続は89条によって定められたものだけである。……他方、憲法11条は憲法改正法案をレファレンダムに付託することを認めていない。それは、同条が『公権力の組織に関するすべての法案』と述べていることから帰結される。この文言は憲法的法律案を含まないのである。』

憲法院に提起された主要な問題は2つある。第一に、本件の法文、つまり、レファレンダムによって承認された法文にその合憲性審査権が及ぶか。第二に、審査権が及ぶことを前提にして、本件法文は憲法に違反しているか。結果において、憲法院は第一の問題に否定的に答えることによって、第二の問題を回避することになる。

憲法院における審議についてここでは3点確認しておきたい。⁽¹¹⁾ 第一に、その性格や経緯など詳しいことはわからないが、本件の審議に先立って——レファレンダム実施の前と思われる——、本件レファレンダムの合憲性について憲法院は意見をまとめており、そこでは憲法違反という結論だったらしいことである。第二に、そのためか、本件審議においては、提訴の受理可能性、つまり憲法院の権限がレファレンダムによって採択された法文に及ぶかもっぱら議論されたことである。おそらく、本件の重大性——つまり、激しい政治対立の末、大統領選挙方式という政治制度の根本に関わってレファレンダムによって承認された憲法改正を無効と判断することの実際上の困難——は共通の認識だったと思われる。そして、合憲性について裁定することになったとき、直前の判断と異なる判断を示すことは難しかったであらう。さらに、ほとんどの憲法学者がレファレンダムの合憲性を支持しておらず、その状況において合憲という結論を導く説得力ある解釈論を提示することもまた困難であった。すると、現実的には、訴えの本案について憲法院としての判断を示さないこと、すなわち、レファレンダムの合憲性に立ち入らないことがほとんど唯一可能な選択肢であったと思われる。第三に、とはいえ、判決の結論は、判決に加わった10名の裁判官において6対4の僅差で決せられたことである。⁽¹²⁾ 以上に述べた政治状況にもかかわらず、憲法院においてレファレンダムを違憲無効と

(11) V. Bertrand Mathieu et alii., *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983*, Dalloz, 2009.

(12) 元大統領2人 (Vincent Auriol と René Coty) が審議に加わっていたことも、評決が僅差になったことの一因と考えられる。特にコティは審議においてもっとも積極的に違憲論を主張した。

すべきという立場も相応に有力であったということを意味する。少数意見となった4名は審議において違憲論の立場に立っていた。ちなみに、本件審議前の憲法院の意見形成においては、レファレンダムを違憲とする者は10名中7名だったようである。⁽¹³⁾つまり、本件審議においてこの7名のうち3名が憲法院の権限範囲の論点で結論を出すことに賛成したことになる。

憲法院が本件法律に対する審査権を否定した理由は2つの段階からなる。第一は、憲法院は憲法によって明示的に与えられた権限以外行使できないとする厳格解釈の採用である。その理由は、たとえば、大統領について「憲法の尊重を監視し」「仲裁によって、公権力の正常な機能と国家の継続性を保障する」（5条）、あるいは政府について「国の政策を決定し指導する」（20条）、国会について「法律を採択する」「政府の活動を統制する」「公共政策を評価する」（24条）、さらに司法権について「個人の自由の原理の尊重を確保する」（66条2項）というように、一般的概括的な権限ないし任務が規定されている。これに対し憲法院の場合は個別に具体的権限が規定されているだけで、一般的任務規定がない。ここから、憲法院は個別に付与された権限しか行使できないという解釈が出てくる。

つぎに第二段階として、61条2項が憲法院に付与している権限の範囲が問題になる。これについて、憲法院は、その審査の対象となるのは「国会によって可決された法律だけであり、レファレンダムを通じて国民によって採択された法律ではない」とする。その根拠として挙げられているのは、「憲法院を公権力の活動の調整機関とする憲法の精神（l'esprit de la Constitution）」である。さらに、補足的にレファレンダムは「国民主権の直接的表明」という説明を加えている。これだけでは意味を確定することは難しいが、おそらく、公権力（複数）と主権者との対比において、レファレンダムは主権者の意思表示として公権力の活動より上位の優越的な決定であるので、憲法院の権限が及ぶものではないということなのであ

(13) Mathieu et alii., op. cit., p. 121, intervention de M. Pasteur Vallery-Radot.

ろう。つまり、「憲法の精神」なるものの内容として、主権——始源的憲法制定権力をも有する——と公権力——憲法によって創設された権力——を対比して、主権の絶対性・無制約性を決め手に結論を導いたと考えられる。すると、問題にすべきは、この「憲法の精神」が属する法的範疇ないしその存する法的次元、およびその内容を確定する根拠であるが、それについてはまったく言及がない。この点は第 2 章第 2 節であらためて検討する。

(2) 1992 年判決

憲法改正に関する第二、第三の判決は、1992 年にいずれもマーストリヒト条約批准の過程で出された。1992 年 9 月 2 日判決（マーストリヒト第 II 判決⁽¹⁴⁾）と同年 9 月 23 日判決（マーストリヒト第 III 判決⁽¹⁵⁾）である。

(a) 1992 年 9 月 2 日判決

ヨーロッパ統合を加速すべく、1992 年 2 月 7 日マーストリヒト条約が締結された。この条約は、単一通貨の創設や域内自由通行の原則を定めるほか、とりわけ、ヨーロッパ連合加盟国市民が自国以外の加盟国内に居住する場合に居住国においてヨーロッパ議会選挙および地方選挙への参加を認めることを加盟国に求めていた。これらが 1958 年憲法、特に国民主権原理を定め、選挙権をフランス国民に保障する 3 条に抵触すると考えられた。そこで、ミッテラン大統領は、憲法 54 条にもとづいて、批准に先立って憲法改正を必要とするかどうか確認するために憲法院に同条約を付託した。憲法院は同年 4 月 9 日の判決で同条約が憲法に違反する条項を含むとの判断を示した（マーストリヒト第 I 判決⁽¹⁶⁾）。この判決をうけて、大統領は憲法の既存の条文には手を触れず、同条約に含まれる内容を取り入れた新しい条文の追加という形の憲法改正法案を提出した。同案は 6 月 23 日

(14) 註(2)参照。

(15) Décision n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, Rec. 94.

(16) Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, Rec. 55.

両院合同会議（Congrès）において592票対73票（棄権14）という大差で可決された。これに対し、この憲法改正によってはなおマーストリヒト条約の憲法違反は解消されていないと考えた70名の元老院議員が、憲法54条（1992年改正後）にもとづいて同条約をふたたび憲法院に付託した。その結果出されたのが本判決である。

本件はしたがって、直接憲法改正の合憲性を問うものではない。しかし、6月23日憲法改正の結果、憲法典の中に、憲法院がマーストリヒト条約と両立しないと判断した従前の憲法規定とマーストリヒト条約によって課される制限を表す規定とが併存する形になった。たとえば、憲法3条4項：「市民的政治的権利を享有する両性の成人フランス国籍保持者はすべて、法律によって決定される条件において、選挙人である」という規定を維持しつつ、他方で、88-3条1項：「相互性の留保のもと、1992年2月7日に署名されたヨーロッパ連合条約が定める様式にしたがって、地方選挙における選挙権と被選挙権はフランスに居住する連合市民にのみ付与される」を新たに挿入し、マーストリヒト条約の内容が憲法に反映されるようにしていた。このような状態において、憲法とマーストリヒト条約の適合性を問うということは、実質的には従前の憲法と今回の憲法改正との適合性ないし共存可能性の審査にほかならない。こうして、憲法院はふたたび「憲法改正の合憲性」審査に向き合うことになった。

本判決もまた厳しい政治対立の中で出された。形の上ではたしかに、大統領・政府そして国会両院の合意において憲法改正は成立している。両院合同会議における票差が示すように、基本的には与野党合意のうえとあってよい。しかし、この問題は主要政党内部に深刻な亀裂を走らせていた。たとえば、野党RPRにおいては、同党幹部のフィリップ・セガンやシャルル・パスクワらが真っ向から反対していた。賛成派・反対派が勢力において拮抗していたわけではないが、少数派の強硬な姿勢が政治対立を先鋭にしていたのである。そして、そのような強硬な姿勢の背後には、同条約の政治的重要性に対する認識があった。すなわち、マーストリヒト第I判

決が示すように、それは国の主権の行使に対し重大な制限を加えるもので、国家の運営や国民の生活に大きな影響を与えることは必至であったからである。さらに、6月2日デンマーク国民はレファレンダムで同条約批准を拒否した。このことは、政治家レヴェルと国民レヴェルとで、同条約、より一般的にヨーロッパ統合に対する態度に明確な乖離があることを白日の下にさらすことになった。こうした情勢の変化はフランスにおいても、憲法改正によって達成されたはずの同条約批准の法的正統性に対し、政治的な面から疑問を投げかけるようになっていた。そこで、ミッテラン大統領は政治的正統性をも獲得すべく、マーストリヒト条約批准のための法案を憲法 11 条によってレファレンダムに付託することにした。本判決が出されたのはそのレファレンダムを目前に控えた時期である。

本件において問われたのは憲法と条約の適合性だったので、1962 年判決と異なり、審査権の範囲は問題にならなかった。実質的論点である憲法改正の「合憲性」については、今回の憲法改正は 89 条の手続を尊重して行われたので、もっぱら実体における適合性が問題であった。また、両院合同会議方式がとられたため、レファレンダムによる承認ではなかった点も 1962 年と異なる。この問題に対して憲法院は以下のように、簡潔ながら、憲法制定権力の限界の問題について一般論を展開した。

一方で、憲法 7 条、16 条、89 条 4 項から帰結する、憲法改正が開始されえないあるいは続行されえない期間に関する諸制限、他方で、「共和政体は憲法改正の対象となりえない」とする 89 条 5 項の要求の尊重という留保条件の下で、憲法制定権力は主権的である。憲法制定権力は、適当と考える形式において、憲法的価値を有する諸規定を廃止、修正、補足することができる。それゆえ、憲法制定権力が、所定の場合において憲法的価値を有する規範ないし原理の適用を排除する新しい規定を憲法典の中に挿入することを妨げるものはない。そして、この適用除外は明示的であることも黙示的であることも可能である。

この短い一節は多くの論点を提示しているが、ここではその特徴を 3 点指摘したい。第一に、憲法院は憲法改正作用についても「憲法制定権力」

の作用としたことである。つまり、学説で一般的な「始源的／派生的」の区別を採用していない。したがって、憲法改正権も本質的に始源的憲法制定権力と区別されるものではないことになる。第二に、そのような区別のない、つまり憲法改正権を含む「憲法制定権力」を「主権的 (souverain)」と性格づけたことである。引用文の第二文以下はその内容を敷衍・説明するものである。つまり、「主権的」とは、既存の憲法規定を廃止、修正、補足することも、またそれらの適用を除外する規定を導入することも自由である。しかも、その適用除外は黙示的であってもよい。ということは、既存の憲法規定に矛盾するかような規定を憲法改正によって導入しても、それは適用除外として（たとえば、特別法／一般法の関係あるいは前法／後法の関係として）矛盾のないように解釈される——憲法の最終の有権解釈権は憲法院にある——ので、問題ないということになる。第三に、しかし、引用の冒頭にあるように、その憲法制定権力に対する留保条件があるとしたことである。これは第二の点と矛盾しているように見える。実際、主権とは通常、絶対性・無制約性・無条件性によって特徴づけられる。性質上留保条件とは相容れないものである。そして、まさにこの点から、先に述べたように、憲法院が憲法改正限界説を採用したとする学説が現れるのである。ともあれここでは、第二の点と第三の点にいかに関わり合いをつけるかという新たな問題が提起されたということを確認して先に進みたい。

(b) 1992年9月23日判決

マーストリヒト条約を批准する法案についてのレファレンダムは9月20日実施された。賛成 51.05%、反対 48.95%という紙一重の差で承認された。政治家層と国民との意識の差をフランスにおいても確認することになった。マーストリヒト条約批准に反対する国民議会議員 63 名が今度はこのレファレンダムで承認された法律の合憲性について、憲法 61 条 2 項にもとづいて憲法院に提訴した。レファレンダムによって承認されたという点では 1962 年判決と同じだが、今回は通常法律である点が異なる。ま

た、それゆえこの判決においては憲法改正の合憲性が問われたのではない。しかし、1962 年判決の言い方を借りれば「国民主権の直接的表明」であるレファレンダムの効力が問題になったという点で、間接的に憲法定権力の行使に対する合憲性が問題になったと見ることができる。

憲法院の判決は 1962 年判決を基本的に踏襲するものであった。すなわち、憲法院の審査権について厳格解釈を採用し、本件における審査の可否を 61 条 2 項の「諸法律」の解釈問題とした。そして、それを「国会によって可決された法律のみ」を指すとし、「レファレンダムを通じてフランス国民によって採択された法律」は対象とならないと判示した。ただし、援用された根拠は微妙に異なる。1962 年判決では「憲法院を公権力の活動の調整機関とする憲法の精神」を根拠としたのに対し、本判決では「憲法によって確立された諸権力の均衡」にその判断を依拠させた。しかし、判決においてその意味や両者の違いについて一切語っていないので、この文言から何らかの具体的な解釈論の意味を引き出すことは難しい。いずれにせよ、この「諸権力の均衡」なるものの属する法的範疇ないしその存する法的次元、およびその内容を確定する根拠についてはまったく言及がないことは、1962 年判決と同様である。なお、レファレンダムによって採択された法律が「国民主権の直接的表明」であるという補足説明を付け加えている点もまた 1962 年判決と同じである。つまり、1962 年判決との対比でいえば、レファレンダムによって採択された法律——1962 年は憲法的法律と組織法律、1992 年は通常法律——が憲法院の合憲性審査の範囲外であるという結論が共通であり、根拠は微妙な違いがあるものの、その法律を「国民主権の直接的表明」と性格づけていることも共通している。

(3) 2003 年判決

最後の判決は両院合同会議方式による憲法改正の合憲性を正面から問うものである⁽¹⁷⁾。2002 年に当選したシラク大統領は、従来の限界を超えて地方分権改革を進めるための憲法改正案を作成し、国会両院による可決後、

両院合同会議において賛成 584 票、反対 278 票で成立させた。⁽¹⁸⁾したがって、政治的にみれば、大統領・政府および国会両院が一致協力して成立させたものである。政党レベルでは、たしかに野党の社会党や共産党は反対したが、重要案件として成立阻止にエネルギーを傾注したわけではない。政治対立はあったが、深刻なものとはいえなかった。なお、一般国民レベルではほとんど関心を惹かなかつた。

この憲法改正に対し、社会党元老院議員 61 名が憲法院に提訴した。彼らによれば、憲法 89 条 5 項は憲法改正の実質的限界として「共和政体 (la forme républicaine du Gouvernement)」の改正禁止を定めているところ、本件憲法改正は国民主権、共和国の不可分性、市民の法の前の平等などの諸原理に違反する内容を含んでおり、これら原理は共和国の基本原則として 89 条 5 項の「共和政体」の内容を構成するものである。それゆえ、本件憲法改正は「共和政体」を改正しようとする点で憲法に違反するとしていた。

この事案は、憲法学的には非常に重要なものであった。なぜなら、両院合同会議方式の憲法改正が憲法院に提訴されたのは初めてだったからである。

憲法院の判決については 2 つの特徴を指摘できる。まず、結論だが、結局レファレンダムの場合と同様、両院合同会議による憲法改正についても憲法院は審査権を否定した。従来判決では、レファレンダムによって承認された法律——憲法的法律であれ、組織法律であれ、通常法律であれ——は憲法院の審査権の範囲外にあるが、「国会によって可決された法律」は審査対象となると判示されてきた。そこで、国会議員で構成される両院合同会議によって承認された憲法改正が審査権の範囲に入るかが問題として残されていたのだが、本判決は明快にそれが憲法院の審査に服しないと断じた。このことは同時にマーストリヒト第Ⅱ判決が残した問題に決着

(17) 註(4)参照。

(18) 参照、大津浩『『地方分権化された共和国』のためのフランス憲法改正』（『法律時報』75 卷 7 号、2003 年）。

をつけた。すなわち、あらゆる憲法改正についてそこで示された留保条件を尊重しているかどうかを憲法院が審査することはないことが明確になった。つぎに、第二の特徴は形式において極めて簡素——不完全といってもよいかもしれない——なことである。本判決では、従来の判決同様に憲法院の権限の範囲に関する厳格解釈を説明したうえで 61 条の解釈問題に入るのだが、そこで本件憲法改正が審査対象とならない根拠として挙げられているのは、それを授權する憲法規定が存在しないこと、それだけである。1962 年判決、マーストリヒト第Ⅲ判決とも簡潔ではあったが、レファレンダムによって承認された「法律」が 61 条 2 項の審査権の対象にならない実質的根拠らしきものが示されていた。しかし、本件では、授權規定の不存在というまったく形式的な——そしてあとで説明するように、薄弱な——根拠だけで済ませているのである。だとすれば、本判決において問題とすべきは、判決の実質的根拠を憲法院が示さなかったことにあると考えられる。

2 判例理論

以上の諸判決から引き出される一つの理論体系としての判例の憲法制定権力論はどのようなものになるか確認しておく。まず、レファレンダムによって承認された憲法改正は憲法院の審査に服しない。その理由は、憲法制定権力は主権的だからである（マーストリヒト第Ⅱ判決）。レファレンダム＝「国民主権の直接的表明」という憲法院の把握も補足的な根拠になりうるだろう。つまり、レファレンダムによる憲法改正は、学説上の区別を使えば始源的憲法制定権力の発動となり、法的効力では最高の決定となるということである。法的観点から有効無効を問うことはそもそもできないのであって、それゆえ当然、憲法によって創設された権力に過ぎない憲法院が統制しうるものでない。

つぎに、両院合同会議による憲法改正の場合も憲法院の審査の対象にならないが、その理由は判決からは明確でない。しかし、ここでは、憲法院

が憲法制定権力について「始源的・派生的」の区別を採用していないことが意味をもってくるように思われる。それが、新憲法の創造も憲法改正もすべて同質の憲法制定権力の作用によることを意味するのであれば、レファレンダムによる場合も両院合同会議による場合も、憲法改正は最高の法的決定を意味する憲法制定権力が発動したことになり、いずれの場合も憲法院の審査は否定されることになる。

最後に、マーストリヒト第Ⅱ判決が残した疑問について検討する。すなわち、憲法制定権力を「主権的」としつつも、同時に留保条件があると指摘したことである。ここでは問題を2つのレベルに区別して検討したい。第一は留保条件の法的意味である。ここでいう留保条件が憲法制定権力に対する制限だとしたら、一般に主権の属性とされる最高性に矛盾する。憲法院がこの意味で留保条件に言及したのであれば、「主権的」について特殊な意味を込めたと理解せざるをえなくなる。これに対し、留保条件が憲法制定権力に対する制限を意味しないとすれば、通常の「主権」の理解と矛盾しない。しかし、この場合、なぜわざわざ憲法院は留保条件に言及したのが、疑問として残る。

第二の問題は、第一の問題レベルで留保条件に法的制限の意味がある場合にのみ出てくるが、留保条件の遵守を確保する方法である。留保条件に法的意味があるなら、論理的にいて、それを強制する方法が問題にならざるをえない。つまり、憲法制定権力が課された留保条件を尊重していることに対する審査が原則として要求されることになる。先に述べたように、フランス憲法学説の一部もこの解釈に一時立っていた。そして、具体的な審査方法として憲法院による審査を考⁽¹⁹⁾えていた。しかし、この理解は、憲法改正に対する憲法院の審査権を否定する一貫した憲法院の判決の結論と矛盾する。結局、現在の判例においては、留保条件に法的意味があると

(19) V. Louis Favoreu et Loïc Philip, *Les grande décisions du Conseil constitutionnel*, 11^e éd., Dalloz, 2001, p. 821 ; Dominique Rousseau, *Droit de contentieux constitutionnel*, 4^e éd., Montchrestien, 1995, p. 211-212.

しても、それを強制するしくみはないと考えざるをえない。

第2節 学説における憲法定権力

フランス憲法学通説における憲法定権力論はフランス憲法学の歴史を通じて、特に第三共和制期にその原型が形成された。憲法院が創設される以前から確固として存在していたのであって、憲法院判例を正当化するために作られたものではない。逆に、憲法院判例がそれに依拠したと見るべきである。しかし、近年では、憲法院と通説とは密接な協調関係にあるのも事実である。通説をリードしてきたのが憲法院に籍を置いたことのある論者——元裁判官・裁判長 (Georges Vedel, Robert Badinter), 元事務総長 (Bruno Genevois, Jean-Eric Schoettl)——であることがそれを示している。彼らの見解はあたかも憲法院判決の簡潔さ、不完全さを補完する解説のようである。⁽²⁰⁾

この通説は一言で「法実証主義的」といいよと思われるが、バランジェはとくに「懐疑論的憲法理論」(sceptical theory of constitution)と呼ぶ。⁽²¹⁾ 憲法あるいは立憲主義において固有の実質的価値——自由であれ人格の尊厳であれ——が存在することを疑っているという意味であろう。本稿でもこの特徴づけを採用するとともに、彼にならって通説を6つの観点から考察する。⁽²²⁾

1 形式的憲法概念

第一は、憲法についての形式的理解である。たとえば、ヴェデルは戦後初期からこの考え方を採用し、第五共和制の下でも維持している。すなわち、

⁽²⁰⁾ *Les Cahiers du Conseil constitutionnel* に掲載され、憲法院のWEBサイトで判決にリンクされている匿名の *commentaire* (評釈) は、形式的には一つの評釈にすぎないが、掲載のあり方に関して判決と直接関連づけられているという意味で「準公式解説」ということができるかもしれない。

⁽²¹⁾ Baranger, *Le langage de l'éternité*, p. 8.

⁽²²⁾ V. *ibid.*, p. 8 et s.

「他の法規制定手続より優越的価値をもつ手続に従ってのみ制定および改正されうる法」が憲法なのである。実質的憲法概念を採用しない理由をヴェデルは2つ指摘する。一つは、それによつては憲法を明確に定義できないということである。もう一つは、特に本稿の観点からは興味深い⁽²³⁾が、憲法の内容を問題にすることは政治問題になるということである。これに対し、形式的観点は法的问题にかかわるとされる。たとえば、憲法と法律を区別するものは何か、あるいは、法律による憲法の侵害に対していかなるサンクションがあるか、などである⁽²³⁾。つまり、ヴェデルにとって、形式的憲法概念と実質的憲法概念の区別は法と政治の区別に対応している。以上の観点は、ヨーロッパ統合と憲法の関係が問題になった場合でも維持されている。シェンゲン協定を批准するための法律の合憲性についての憲法院判決に対する評釈において、ヴェデルははっきりと「法的には、憲法の実質的定義はない。いかなる対象についてであれ、憲法制定権力に由来する規定はすべて憲法規定である⁽²⁴⁾」⁽²⁴⁾と言いつ切っている。

もう一つ、ヴェデルの形式的憲法概念に関して指摘すべきは、その形式性が、主として手続によって担保されていることである。形式的概念といつても、いくつかの観点が⁽²⁵⁾ありうる。たとえば、制定（改正）主体によって定義することも制定（改正）手続によることも可能である。やはり「法律」概念の形式性を主張したレーモン・カレ・ド・マルベルグが形式性の指標を制定主体（origine）に求めていたことはよく知られている⁽²⁵⁾。ヴェデルは憲法の形式性について、主体と手続を互換的に使っている場合もあるが、上⁽²⁶⁾

⁽²³⁾ Georges Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Dalloz, 2002 (Sirey, 1949), p. 112-113; *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques*, Les cours de droit, 1960-1961, p. 523 et s.

⁽²⁴⁾ Vedel, Schengen et Maastricht, *RDA*, 8(2)-1992, p. 178.

⁽²⁵⁾ Raymond Carré de Malberg, *Loi, expression de la volonté générale*, Economica, 1984 (Sirey, 1931), p. 23 et s.

⁽²⁶⁾ たとえば、形式的憲法について「法が明確に特別の性質を付与した機関によって、そして、そのような手続に従って制定された法規範の総体」という定義を与えている場合がある（*Manuel*, p. 114）。

記の引用にあるように、基本は手続に置かれており、それはヨーロッパ統合問題に対しても維持されていた⁽²⁷⁾。ただし、カレ・ド・マルベルグとの対比について付言すれば、対象としている憲法の違いが関係しているように思われる。カレ・ド・マルベルグが考察したのは 1875 年憲法的法律であり、法律はもっぱら国会によって制定された。ところが、ヴデルが当面したのは 1946 年憲法および 1958 年憲法である。憲法改正についてはどちらも、国会の特別多数によるほか、レファレンダムによる方法も規定している。したがって、主体による定義をもちこむことは、改正作用について区別をもたらし、それは憲法規範の間の何らかの区別——すぐ後で見るとようにヴデルはそれを否定する——に結びつきかねない。こうして、ヴデルは形式性の重点を手続に置くことになったと思われる。

2 始源的憲法制定権力と派生的憲法制定権力の同一視

懐疑論的憲法理論は、この形式的憲法概念を展開して憲法院判例をうまく説明する。まず、始源的憲法制定権力と派生的憲法制定権力の同一視である。憲法院は用語としてこの区別を採用していない。しかし、レファレンダムについて「国民主権の直接的表明」として憲法院の審査権を否定して (1962 年, 1992 年判決)、その否定を両院合同会議による憲法改正に及ぼした (2003 年判決)。「主権」を字義通りに受け取れば、レファレンダムによる憲法改正は始源的憲法制定権力の発動であり、両院合同会議による憲法改正が派生的憲法制定権力の作用ということになる。そして、両院合同会議による憲法改正もまた違憲審査の対象外となるという結論に着目すれば、レファレンダムと違いはない。その限りで、両者を同質のものと考えたという推測が成り立つ。そして、まさに始源的憲法制定権力と派生的憲法制定権力を同質のものとする見方こそ通説が採用している立場な

(27) ヴデルは「憲法制定権力の行使は、適切な手続に従って行われる以上、ある改正を禁止する憲法条項に含まれる以外の限界はない」(傍点——引用者)とも述べている (Schengen et Maastricht, p. 178)。

のである。

ヴェデルはあいかわらず明快に言う。「派生的憲法制定権力は、始源的憲法制定権力と別の性質の権力ではない⁽²⁸⁾」と。両者の間に権限の強弱・広狭はない。あらゆる事項について、あらゆる憲法規定に対して、制限なく決定することができる。しかし違いもある。すなわち、始源的憲法制定権力は無条件であり、定義上、先行するいかなる規範にも縛られない。これに対し、派生的憲法制定権力は、憲法自身が定めた条件に拘束される。憲法が定める改正手続に、そして、場合によってはその他の条件——形式的あるいは実体的——に従わなければならない⁽²⁹⁾。つまり、無条件ではない。しかし、この違いは両者の性質上の違いを帰結しない。派生的憲法制定権力もまた「その十全の意味において主権の表明」だからである⁽³⁰⁾。このことは派生的憲法制定権力が憲法が定める条件に従わなければならないことと矛盾しないのだろうか。

この問題を解決するのが、ジュヌヴォアのいうところの「二段階改正論」(la thèse de la double révision successive)⁽³¹⁾である。レオン・デュギに由来するこの議論⁽³²⁾は、第一段階の改正で憲法改正の手続を定める規定あるいは条件を課す規定を改廃して制限を撤廃し、第二段階の改正を制限なしに行えるようにするもので、結局、派生的憲法制定権力にも制限はないということに帰着する。始源的憲法制定権力は、憲法制定によって憲法内部に移行し派生的憲法制定権力（憲法改正権）となる。始源的憲法制定権力は、憲法制定によって、憲法外存在——先行する憲法規範を前提としない——から憲法内存在——先行する憲法規範を前提とする——に変化するが、性質が変化するわけではない。憲法改正権と始源的憲法制定権力と

(28) Vedel, Schengen et Maastricht, p. 179.

(29) Vedel, *Manuel*, p. 115.

(30) Vedel, Schengen et Maastricht, p. 179.

(31) Genevois, op. cit., p. 916.

(32) V. Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., t. IV, E. de Boccard, 1927, p. 540, cité par Beaud, op. cit., p. 371.

は同質である。⁽³³⁾しかし、このとき、始源的憲法制定権力は、憲法改正手続、場合によっては憲法改正に対する制限を設けることで自己に制限を課す。そして、その制限はさしあたり有効なものとして憲法改正権を拘束する。⁽³⁴⁾ただし、憲法改正権は、始源的憲法制定権力と同質であるので、それによって課された制限もまた自由に解除できるということである。こうした考え方から、ヴェデルは、1940年の第三共和制からヴィシー体制への移行、1958年の第四共和制から第五共和制への移行——どちらも憲法改正規定の改正を通じて行われた——を憲法上問題ないとするのである。⁽³⁵⁾

なお、始源的憲法制定権力について付言すれば、それは派生的憲法制定権力への転化によって凍結されるわけではない。始源的憲法制定権力は、いついかなる場合でもいかなる制限にも服することなく無条件に発動することができる。しかも、憲法がレファレンダムを規定している場合、この始源的憲法制定権力は、憲法の外皮をまといつつ、憲法内部に存在することになる。しかし、それは憲法内存在となるという意味ではない。なぜなら、始源的憲法制定権力は既存の憲法規定を前提としないからである。憲法に規定されながら、なお発動するときは憲法の外部から作用する。

こうして、第五共和制憲法でいえば、始源的憲法制定権力の発動としてのレファレンダムによる憲法改正も(89条2項, 11条の場合組織法律, 通常法律を含む), 派生的憲法制定権力の発動である両院合同会議による憲法改正(89条3項)も同質のものとなり, その無条件性によって憲法院による違憲審査が否定されるのである。

3 超憲法的規範の否認

憲法の制定あるいは改正を行う主体が異なっても一様に憲法制定権力と

⁽³³⁾ Vedel, *Souveraineté et supraconstitutionnalité, Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 90.

⁽³⁴⁾ Robert Badinter, *Le Conseil constitutionnel et le pouvoir constituant*, in *Mélanges Jacques Robert : libertés*, Montchrestien, 1998, p. 220.

⁽³⁵⁾ Vedel, *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques*, p. 284, 728 et s.

して性格づけられるならば、その所産である憲法規範もまた効力において区別する理由はない。すでに憲法の定義において実質的観点が採用されていないことは述べた。したがって、改正手続さえ守られれば、憲法のいかなる規定も修正・削除の対象となりえ、また、いかなる事項いかなる内容も憲法に取り入れることができる。そこでは、憲法規定の間に優劣関係・段階構造を考える余地はない。すべての憲法規定は同等である。⁽³⁶⁾

こうした立場は他方で、「超憲法的規範」の存在の否定となる。この論争的な概念は論者によって様々な意味で使われている。その根拠を国際法に求める立場は別にして、この概念の主張は2つに大別できると思われる。一方で、文字通り、あらゆる憲法規範に優越する規範、つまり始源的憲法制定権力をも拘束する規範という意味で使われる場合がある。モーリス・オーリウとレオン・デュギが代表的であるが、最近ではステファヌ・リアルスがこの立場に近いと思われる。⁽³⁷⁾他方で、憲法の内部にあって、他の憲法規範に優越する規範を意味する場合がある。憲法に優越する規範を想定するのではなく、憲法規範間に段階構造があつて、そのうち上位の規範が下位の規範、とくに憲法改正作用に制限を課すと考える。一種の憲法改正限界説である。この立場については「超憲法的規範」という表現が適切なのかは疑問があるが、⁽³⁸⁾ともあれその概念の下に括られることが多いので、ここでもそれに従っておく。この立場は、優越的憲法規範をどう考えるかについて多様なので一括りにするのは無理があるが、現在における代表的論者を一人あげるとすれば、オリヴィエ・ポーを措いてないであろう。⁽³⁹⁾

⁽³⁶⁾ Vedel, *Souveraineté et supraconstitutionnalité*, p. 84.

⁽³⁷⁾ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1^{re} éd., 1923, Sirey, p. 297, cité par Beaud, *op. cit.*, p. 339; Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., E. de Boccard, 1928, t. 2, p. 183 s. et t. 3, p. 603 s., cité par Stéphane Rials, *Supraconstitutionnalité et systémité du droit*, *Archives de philosophie du droit*, t. 31, 1986, p. 58.

⁽³⁸⁾ Rials, *op. cit.*; Les incertitudes de la notion de constitution sous la V^e République, *RDJ*, n° 3-1984, p. 587 et s.

⁽³⁹⁾ Beaud, *Pour/contre un tel contrôle en France Un plaidoyer modéré en faveur d'un tel contrôle*, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 27, 2009, p. 44.

これらに対して、懐疑論的憲法理論が、超憲法的規範の存在を認める余地は論理的にあって存在しない。それは上記二様の超憲法的規範論について区別はない。ヴェデルはどちらの超憲法的規範論も論理的に成り立たない⁽⁴¹⁾という。

まず、憲法外の超憲法的規範については、「受け入れがたい国家の構成」として批判する。その批判は要するに、超憲法的規範には、法として必要な最小限の客観性がないということである。ここから批判はさらに二方向に展開する。第一に、超憲法的規範論は、その規範を適用する裁判所に真の憲法制定権力、すなわち「無から有を生じる力」を与えることになるということである。適用される規範が客観的存在でないということは、裁判官が適用という形を取りつつ創造することになるということである。第二に、裁判所は、その裁判官の任命方法からみても、国家制度上の位置からみても、そのような権力をもつ正統性がないということである。この批判は、民主的正統性を問題にしているが、形式的憲法概念採用の根拠にあった政治と法との区別を想起させる。国家における最高の法規範の創造は、国民主権原理の下では国民の決定——この決定は政治の領域にある——によってのみ可能である。憲法裁判官の任務は、そのような憲法規範の適用に限られることで、政治から切り離され正統化される。客観性のない超憲法的規範の適用は実際にはある種の憲法規範の創造にほかならず、それは憲法裁判官の政治の領域への介入を意味するということになる。

つぎに、憲法内の超憲法的規範については、派生的憲法制定権力と始源的憲法制定権力との同質性によって否定される。すべての憲法規定が憲法

(40) Beaud, *La puissance de l'État*, notamment Deuxième Partie, titre II. なお、古典的には、ポーにも大きな影響を与えているカール・シュミットが代表的である(阿部照哉・村上義弘訳『憲法理論』(みずす書房, 1974年, 特に第十一章)。また、現在における論者として、マーストリヒト第Ⅱ判決をめぐる議論において憲法改正権に対する憲法上の限界、そして憲法院によるその審査を主張した論者——ルイ・ファヴォルーやドミニク・ルソーら——もこのカテゴリーに含めて考えると、この立場の論者はかなりの数に上る。

(41) Vedel, *Souveraineté et supraconstitutionnalité*, p. 87 et s.

改正の対象となる以上、その中に優越的憲法規範が含まれると考えることはできないのである。ヴデルはマーストリヒト第Ⅱ判決が「憲法制定権力は主権的である」と述べたことをもって、フランス実定法において第二の意味での超憲法的規範も存在しないと結論する根拠としている。

4 憲法改正権への制限の否定

懐疑論的憲法理論は憲法改正権に対する制限をどのように考えているか。この問題を検討する前に2点指摘しておきたい。まず、ここで問題となるのは派生的憲法制定権力のみである。なぜなら、始源的憲法制定権力は無条件だからである。したがって、第五共和制憲法に則して言えば、レファレンダムによる憲法改正は問題にならない。問題となるのは両院合同会議による憲法改正のみである。つぎに、憲法改正権への制限は憲法改正手続から区別されなければならない。手続規定は本質的に権力を構成するためのものだからである。たとえば、2000年憲法改正の際に議論されたことだが、レファレンダムが有効に成立するために必要な最低投票率を定めたとする。これは本来無条件であるはずの主権者である国民の意思表示について制限を課しているという見方も成り立つかもしれない。しかし、主権行使に制限を課すと見られるほど高い最低投票率でない限り、憲法制定権力の一つの構成方法として理解されることになる。

憲法改正権に課される制限は形式的制限と実質的制限に分けて考えることもできるが、ここでは、とくに問題となる実質的制限について検討することで、懐疑論的憲法理論の一つの特徴を指摘したい。1958年憲法では実質的制限として89条5項が「共和政体」を憲法改正の対象とすることを禁止している。この制限に関して3つの問題レベルを区別することができる。第一に、この規定に何らかの意味で憲法改正権を制限する効果を認められるか。第二に、制限する効果が認められるとして、その制限はいかなる方法で保障されるか。すなわち、違反に対する審査、サンクションの問題である。第三に、やはり、制限が認められるとして、その制限はいか

なるものか。つまり、改正が禁止される「共和政体」の解釈の問題である。第一の問題と第二の問題に関連があるのは当然である。法的効果が認められれば法的サンクションが用意されるというのが、必然ではなくても、当然だからである。これに対し、第三の問題は性格が異なる。制限が認められるか、いかなるサンクションがありうるかという問題は、その制限の範囲についての解釈問題とは次元を異にする。しかし、この3つのレベルの問題を相関的に論じるところに、懐疑論的憲法理論の特徴がある。

まず、第一のレベルの問題については、すでに述べてきたことから明らかである。懐疑論的憲法理論は、派生的憲法制定権力についてもそれに対する制限を否定する。たしかに、憲法に明記された制限は一時的には派生的憲法制定権力を拘束する効力をもつと考えられる。マーストリヒト第II判決における「留保条件」の指摘はこの意味なのであろう。しかし、懐疑論的憲法理論が強調するのは派生的憲法制定権力の無条件性である。つまり、憲法改正に対する制限を憲法自身が定めている場合でも、その制限もまた修正・廃止可能なので、実質的には制限とならないということに重点が置かれる。たとえば、ヴェデルは、1946年憲法のものだが「共和政体」改正禁止規定について、あるのは政治的価値であって「法的価値はない」と言っている⁽⁴²⁾。暫定的な意味で法的価値はあると言ってもよいと思われるが、ヴェデルが強調するのはあくまで制限がないことである。

したがって、第二のレベルの問題も重視されない。「二段階改正論」が示唆するように、89条5項の制限に暫定的であっても法的意味はあるのならば、その違反に対するサンクション、つまり合憲性審査を考える理論的可能性をいちがいに否定し去ることはできないようにも思えるが、懐疑論的憲法理論はその可能性にすら言及しない。せいぜいのところ、バダン

(42) Vedel, *Manuel*, p. 117. 懐疑論的憲法理論が89条5項の法的価値そのものを否定しようとするのは、その文章自体にも関係があるように思われる。同条項は明確に「共和政体は憲法改正の対象となりえない」としており、素直に読めば、派生的憲法制定権力を対象とした制限規定である。この規定にもかかわらず、派生的憲法制定権力もまた無制限であるという解釈をとるのが、懐疑論的憲法理論である。

テールが憲法改正手続⁽⁴³⁾についての合憲性審査の可能性を認める程度である。制限規定についての合憲性審査が認められないのは、派生的憲法制定権力が始源的憲法制定権力と同質だからであろう。つまり、憲法上制限が定められていれば憲法改正権はそれに拘束されるが、それは自律的拘束に過ぎず、憲法によって創造された機関に過ぎない憲法院による審査を認めることは、他律的拘束を認めることになるので、憲法制定権力の性質に反するということなのであろう。このように、懐疑論的憲法理論にもとづけば、2003年判決の結論、つまり、両院合同会議によるものであっても憲法改正が憲法院の合憲審査に服しないというのは当然なのである。

興味深いのは、懐疑論的憲法理論が89条5項を含めて憲法改正権に対する制限について憲法院による審査を否定したうえで、89条5項の「共和政体」を狭く解釈すること、しかもそれをかなり強調している⁽⁴⁴⁾。ジュヌヴォアは、この規定が第三共和制下1884年の憲法改正に由来すること、その改正の意味は君主制復活の防止であったことを指摘したうえで、「現行憲法の国民による採択に先立つ議論において、89条の起草者が従来の憲法伝統を刷新しようとしたと考えさせるものは何もない」として、現在においても、「共和政体」改正禁止の意味を従来の意味で理解すべきだとしている。ここでは「共和政体」の意味をめぐる議論に深入りしないが、現在においては少なからざる論者が、第三共和制下での解釈は現在においては意味がないと考え、より広い意味に解釈することを提案している⁽⁴⁵⁾。にもかかわらず——というより「だからこそ」というべきか——、ジュヌヴォアもジャン・エリック・シュトルも89条5項の「共和政体」について最狭義の解釈を採用する。そして、その理由においても両者は類似している。すなわち、「(89条5項を拡大解釈して問題を解決しようとする

(43) Badinter, *op. cit.*, p. 225. ジュヌヴォアは憲法改正手続についての違憲審査の可能性についても消極的である。V. Genevois, *op. cit.*, p. 919.

(44) Genevois, *op. cit.*, p. 912; Jean-Éric Schoettl, *Le Conseil constitutionnel peut-il contrôler un loi constitutionnelle ?*, *Petites affiches*, n° 70, 2003, p. 21.

(45) Schoettl は学説を4つに整理している (*op. cit.*, p. 20-21)。

ると、) 逸脱の危険があり、その危険は憲法裁判官による審査が認められる場合に増大する」(ジュヌヴォア)。「『共和政体』の意味を曖昧に定義すること、あるいはまったく定義しないことは、現在あるいは将来の憲法院にそれを思い通りに利用する行き過ぎた自由を残したことになるだろう」(シュトル)。つまり、憲法改正に対する合憲性審査を否定するだけでは満足せず、わざわざ合憲性審査を仮定して「共和政体」の解釈論の根拠としているのである。それほどまでに憲法院、より一般的に憲法裁判に対する警戒が強いということなのであろう。⁽⁴⁶⁾

5 国民と両院合同会議の同列化

憲法院は 2003 年判決において、両院合同会議による憲法改正も合憲性審査を免れるとして、レファレンダムによる憲法改正と同列に置いた。懐疑論的憲法理論における始源的憲法制定権力と派生的憲法制定権力との同一視がこれを正当化している。この同列化はとりあえず憲法の定式に根拠を求めることができる。⁽⁴⁷⁾ まず憲法 3 条は、一般的に、国民は主権を「代表者によっておよびレファレンダムによって行使する」とし、憲法改正(政府提案)について 89 条はレファレンダムによる方式と両院合同会議による方式の間に差異を設けていない。したがって、文面的には整合性があるともいえる。

しかし、フランス憲法の歴史に照らしてみると別の様相が見えてくる。国民主権原理が憲法上確立して以来、その主権行使のあり方は大まかにいえば、代表者が独占する方式から始まって、やがて例外的にレファレンダムが採用され、さらに現憲法において両方式が並列的に定式化されるというように変化してきている。つまり、第三共和制では国会が法律制定のみ

⁽⁴⁶⁾ ここで引用した両者はそれぞれ 1992 年判決および 2003 年判決当時の憲法院事務総長であったことを考慮すれば、この警戒は表面に表れない憲法院内部の意見の傾向・分布を反映しているのかもしれない。

⁽⁴⁷⁾ Schoettl, op. cit., p. 19.

ならず憲法改正権をも独占し（1875年2月25日憲法的法律8条）、「国会による主権者の具現（Parlement incarnant le souverain）」⁽⁴⁸⁾、あるいは、「絶対主義議會制（parlementarisme absolu）」⁽⁴⁹⁾といわれる状態だった。第二次世界大戦後、臨時政府によって、まず、第三共和制の存続か新憲法の制定かについてレファレンダムが行われ、さらにそのレファレンダムによって新憲法の成立のためにレファレンダムによる承認を必要とすることが決定された。この実践を引き継いで1946年憲法は、国民主権の行使について憲法に関する場合とその他の場合とを分け、憲法に関しては「代表者による票決およびレファレンダム」によるとし、その他に関しては「国民議会の代議士」によるとした（3条3項、4項）。憲法に関してのみであるが、代表制の論理と並列的に（同格のものとして）直接制の論理が採用されたのである。現行憲法はこの傾向をさらに進め、国民主権の行使一般については代表制の論理と直接制の論理とを事項の区別なく同格のものとし、憲法改正に関しては、政府提出案については両者の論理を並列したものの、議員提出案については直接制の論理を排他的に採用した。このようにみてもくると、国民主権原理確立後、その制度化の論理は代表制から漸次直接制へと移行してきている、言い換えれば、国民主権原理が正統化原理から制度化原理へと変化してきていると考えることも可能である⁽⁵⁰⁾。そして、それは、乱暴な言い方だが「民主主義の実質化」と表現することも可能な変化である。

そして、代表制から直接制への制度原理の漸次的移行は、他方で、憲法裁判導入および確立とも関連がある。立法権が憲法制定権力から明確に分離されその下位に位置づけられることが、憲法裁判の論理的前提だからで

(48) Carré de Malberg, *op. cit.*, p. 130.

(49) Carré de Malberg, *Considération théorique sur la question de la combinaison du referendum avec le parlementarisme*, *RDP*, t. 48, 1931, p. 226.

(50) Beaud, *op. cit.* の議論は、この変化に対応させて考えれば、現憲法の下で、国民主権など重要な憲法原理について直接制の原理を排他的に適用すべきであるという提案と見ることができる。

⁽⁵¹⁾ある。憲法院判決の表現を借りれば、法律は「憲法を尊重する限りにおいてのみ一般意思を表明する」ようになったのである。⁽⁵²⁾問題は、このような立法権と憲法制定権力との峻別が、機関として見たときの類似性にもかかわらず貫けるかである。現行憲法において、立法機関としての国会両院と憲法改正機関としての両院合同会議は実質においてほとんど同じものである。両院合同で決定すること、特別多数決が採用されていることなど違いもあるが、構成する議員は全く同じである。ここに、上記の立法権／憲法制定権力の峻別を単純に適用できるだろうか。両院合同会議はレファレンダムにおいて意思を表明する国民と同格のものと扱ってよいのだろうか。懐疑論的憲法理論は両院合同会議を、段階構造において国会両院に対し優越するものとし主権者国民と同じカテゴリーに入れている。機関の構成を民主主義の観点から評価するとき、そこには憲法条文の表現形式だけでは割り切れないものが残るように思われる。

6 民主的正統化

とはいえ、懐疑論的憲法理論は民主主義に鈍感なわけではない。むしろ、それを主要な立論の基礎の一つとしている。いわゆる「軋轍手(aiguilleur)」理論と「親臨座 (lit de justice)」理論がそれを表している。これらはいずれも憲法院の役割を限定する——限定された役割において正当化する——ように作用している。

「軋轍手」理論は、憲法院の役割はあるべき法律の内容を決定することではなく、ある規範内容を成文化するとき、いかなる機関・手続によって制定されるべきかを述べることにあるとするものである。たとえば、ある通常法律が憲法規範に違反する内容を含んでいる場合憲法院は違憲判断をすることになるが、それはその内容を成文法として制定するためには、通常法律制定手続ではなく憲法改正手続を履むべきことを示すにすぎな

⁽⁵¹⁾ Carré de Malberg, *La loi*, p. 221-222.

⁽⁵²⁾ Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, Rec. 70.

い。つまり、憲法院はある内容の法律について提訴を受けたとき、それをしかるべき手続に振り分ける役割を果たしているということである。つまり、憲法院は法のあるべき内容の決定者ではなく、履まれるべき手続の保障者である。この役割は1958年憲法制定当初憲法院に期待されたものに親和的である。同憲法は国会の権限を厳格に枠づけるために、法律事項と命令事項を区分して国会が法律を制定できる事項を制限し、憲法院に制限を監視する役割を与えた。ここで求められたのは、法規範の内容によってそれが国会の立法手続によるべきなのか、行政立法手続によるべきなのかを決定することであった。立法手続と憲法改正手続の割り振りも、レベルは異なるものの、この役割の延長上に捉えることができる。

「親臨座」とは、本来、アンシャン・レジームにおいて高等法院が王令の登録を拒否したとき、王令の登録を強制するために国王がその威厳をもって高等法院に赴いたことをいう。ここでは、憲法院の違憲判断が憲法制定権力によって覆されうることを指す。つまり、憲法院という民主的正統性に乏しい機関の判断は、民主的正統性の威厳をもつ憲法制定権力によってつねに乗り越えられるという留保の下ではじめて正当化されるということである。つまり、憲法制定権力の憲法院に対する優越を民主主義によって説明することで、憲法院の役割の限界を明確にしようというのである。

このように、民主主義的観点から憲法院の役割を限定してその限りで正当化しようというのがこれらの理論である。この正当化において法と政治の区別がやはり鍵になっている。先にみたように、懐疑論的憲法理論では、憲法の内容の決定は政治に属し、憲法を手続から捉えるのが法の任務である。そして、憲法の内容の決定は憲法制定権力に全面的にゆだね（「親臨座」理論）、憲法院は憲法による規範的諸権限の配分を規範作成手続の問題として適用する（「転轍手」理論）。こうして、憲法院は政治の領域から切り離され、法の領域で活動し、そしてその限りで正当とされる。

では、懐疑論的憲法理論は民主主義の観点から憲法院の現在の役割を正当化するのに成功しているだろうか。民主主義の内容についての詮索は措

くとしても、最も問題と感じられるのは、民主主義が憲法院の権限を限定する方向でのみ援用されている点である。民主主義の発現形態としてレファレンダムによる決定を想定することはここでは問題にしないとしても、懐疑論的憲法理論における民主主義論は、レファレンダムを憲法定権力の典型的な行使とし、その民主的正統性を両院合同会議にも類比的に及ぼしているように思われる。しかし、そう簡単に同一視できるものなのであろうか。ここでは民主主義を問題にしている。たしかに憲法院に民主的正統性は乏しい。両院合同会議は国民の直接間接の選挙によって選ばれた議員によって構成されるがゆえに、憲法院の民主的正統性を上回ると説明するならそれも受け入れよう。しかし、その場合憲法院が国会の制定した法律すら審査することを正当化することが難しくならないだろうか。逆に、法律の違憲審査の基礎を国民自身と国民代表との民主的正統性の格差に求めるなら、両院合同会議による憲法改正に対し憲法院の審査が及ばないとは簡単に言えないはずである。少なくとも両院合同会議はレファレンダムに比較して民主的「威厳」に欠ける。国王自身が出席するから「親臨座」になるのであって、国王の代理では「親臨座」にならないということにはならないのだろうか。

第 2 章 憲法裁判の政治性

前章で検討したように、懐疑論的憲法理論は憲法院の憲法定権力論と矛盾なく接合し調和的に説明している。それは憲法の基礎理論を土台にして、民主制的要請を取り入れつつ、具体的な解釈問題にまで首尾一貫した解答を提供する体系的理論である。しかし、それは全く疑問の余地がないことを意味しない。本稿の関心の対象である憲法と政治との関連づけを中心に、懐疑論的憲法理論について検討したい。これまで示唆してきたように、憲法の基礎概念から民主主義との関連づけにいたるまで、懐疑論的憲法理論は憲法院の活動が、政治から区別されるところの法の領域にあるこ

とを強調している。すなわち、憲法院判決の準拠規範たる憲法は、憲法制定権力によって創造される——その認定は憲法制定手続を基準にする——もので、憲法院がその決定に関与するわけではない。憲法院はそれを適用するだけである。適用の場面において、解釈の余地、憲法院の裁量があることは懐疑論的憲法理論も認めている。しかし、憲法院はその判断を憲法のテキストに基礎づけなければならない。つまり、憲法制定権力が決定した憲法の法文にあくまで根拠づけられる限りで判断が行われる。それは憲法規範の創造（＝政治の領域）と区別されるところの憲法規範の適用であり、その意味で憲法の領域にある⁽⁵³⁾。つまり、憲法裁判の正統性は憲法と政治の分離にかかっているのである。本稿ではこの問題を2つの角度から検討したい。まず、憲法院の判決の政治性について検討する（第1節）。つぎに、憲法院の合憲性審査の準拠規範たる憲法がはたして政治と分離可能なものなのかについて検討する（第2節）。

第1節 憲法院判決の政治的機能

憲法裁判の政治的機能という問題は日本ではおなじみであろうと思われる。日本における憲法訴訟理論のパイオニアたる芦部信喜はじめ多くの代表的憲法学者が強調してきた憲法訴訟の「政策形成機能」ないし「権力性」の問題である⁽⁵⁴⁾。したがって、フランス憲法院が憲法を「適用」することにより政治的機能を果たしているという一般論は議論するまでもないであろう。そこで、ここでは具体的に憲法院の裁判活動においていかなる政治的機能がみられるかについて検討していく。

(53) Vedel, *Souveraineté et supraconstitutionnalité*, p. 86-87.

(54) たとえば、芦部信喜『憲法訴訟の理論』（有斐閣、1973年）、18ページ、同『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣、1981年）、141ページ以下、同『人権と憲法訴訟』（有斐閣、1994年）、3ページ以下。

1 無権限判決の政治性

憲法院は、上述の 4 判決を通じて憲法改正に対する審査ができないことを明示してきた。しかし、問題はそのことによってそれらの判決が完全に政治の領域から切り離されているかどうかである。この問題性はとくに 2003 年判決において現れているように思われる。なぜなら、同判決は、実質的理由を示すことなく、授権規定の不存在という形式的な理由にもとづいて、憲法院の無権限＝当該問題への不介入という結論を引き出したからである。

まず、授権規定の不存在という根拠であるが、一般論として、権限規定がないというだけでは権限がないという結論を引き出すには十分でない。比較法的にみても、司法審査制の母国アメリカ合衆国の憲法にそれを明示する規定はないし、ワイマール憲法下のライヒ裁判所は、やはり憲法上の明示的規定がない状況において、自らに違憲審査権限を認めていた⁽⁵⁵⁾。また、判例からみても、憲法院自身がこの原則をつねに厳密に適用してきたわけではない。代表的な例は両院合同会議規則に関する憲法院判決である⁽⁵⁶⁾。議院規則については、憲法 61 条 1 項で「国会の議院の規則 (les règlements des assemblées parlementaires)」に対する憲法院の審査が規定されており、これを受けて憲法院の組織に関する 1958 年 11 月 7 日のオルドナンスは、「両院いずれによって採択された規則あるいは規則に対する修正 (Les règlements et les modifications aux règlements adoptés par l'une ou l'autre assemblée)」(傍点——引用者)も憲法院に付託されることを規定している (17 条 2 項)。つまり、このオルドナンスは国民議会および元老院という国会の 2 つの議院の規則については憲法院の審査を規定しているが、国

⁽⁵⁵⁾ 参照、宍戸常寿『憲法裁判権の動態』(弘文堂、2005 年)、特に第 2 章；阿部照哉「ワイマール憲法下の憲法裁判」『矢野勝久教授還暦記念論集 現代における法と行政』(法律文化社、1981 年)所収。

⁽⁵⁶⁾ リーディングケースとして *Décision n° 63-24 DC du 20 décembre 1963, Rec. 16*, その後の同旨の判決として *Décisions n° 99-415 DC du 28 juin 1999, Rec. 86 et 2009-583 du 22 juin 2009, Rec. 118* がある。

会がとる「第3の形態の議院」ともいうべき両院合同会議の規則の審査については規定していない。この点については憲法も明示的に定めているわけではない。しかし、憲法院は一貫して、当然のごとく、すなわち、自らの権限範囲について何の説明もすることなく、両院合同会議規則に対して審査を行ってきているのである。⁽⁵⁷⁾あるいは、両院合同会議もまた国会がとる議院の形態の一つとして、国民議会や元老院と同一視できるという説明は可能かもしれない。しかし、他方で、両院合同会議は89条3項において、レフェレンダムと同次元に並列的におかれた憲法改正の決定機関であり、立法権ではなく憲法制定権力を行使する。こうした要素を考慮に入れるなら、国民議会・元老院と両院合同会議を安易に同一視することはできないはずである。⁽⁵⁸⁾

だとすれば、憲法院が自己の合憲性審査権限を否認することに、憲法院自身の裁量的選択が関与することを否定できないはずである。この選択の政治的意味は1962年判決において比較的見やすいように思われる。この判決が当面した問題は、第五共和制の政治制度の基本原則——大統領の地位、レファレンダムの役割など——にかかわる問題であった。いいかえれば、少なくともレファレンダム以前では、政治制度の基本問題が未決着だったのである。この問題はレファレンダムによって最終的決着がついていたのであろうか。憲法院には現実的にはともかく論理的には違憲無効判断の可能性はあったはずである。憲法院は合憲のお墨付きを与えはしなかったが、問題への介入を控えることで、結果を最終的に不動のものとしたのも確かである。憲法院判決が最後の仕上げをしたとも言える。そして、憲法院はその政治的効果を十分に認識していたはずである。

⁽⁵⁷⁾ V. Jean Gicquel, *Le Congrès du Parlement*, in *Mélanges Pierre Avril : la République*, Montchrestien, 2001, p. 454-455.

⁽⁵⁸⁾ 1963年判決について両院合同会議規則の制定は憲法制定権力の行使ではないという理由で、2003年判決に類推できないと反論することは可能である（Schoettl, *op. cit.*, p. 20）。しかし、それでも授権規定の不存在だけでは審査権限を否認するのに不十分であることには変わりはない。

2 憲法規範の変動と憲法院

ここではまず、憲法ないし憲法規範をどう理解するかが問題となる。憲法院の判断方法を、憲法規範（大前提）を付託された法律または条約（小前提）に当てはめて、不適合の部分があるときはそれを憲法に違反する、ないときは憲法に違反しないと判断する（結論）という「法的三段論法」として理解するなら、そこでの憲法規範は憲法院の判断に先立って存在し、憲法院の判断の影響をうけない客観的自律的存在である。そして、その内容は憲法制定権力の意思として理解される。

このモデルを憲法院の裁判官が実際に信じているかどうか、あるいは、それが法学者にどれだけ受け入れられているかは別にして、憲法院の判決の構成はこのモデルを前提にして組み立てられている。⁵⁹⁾つまり、憲法院判決では、憲法院の判断は憲法制定権力の意思として客観的に存在する憲法規範の適用であって、規範創造の要素は全くないということになる。これによって、「裁判官統治 (gouvernement de juges)」の批判をかわし、フランス憲法裁判の正統性を主張するのだが、問題はそれがどれだけ実態に即しているかである。憲法院は判決文のスタイルとは異なって、実際には憲法規範を創造しているとする余地はないのか。むしろ、そのような表象のほうが憲法院の活動を的確にとらえているのではないか。もしそうだとしたら、その表象と懐疑論的憲法理論との乖離について検討する価値があると思われる。

ここで、「法的三段論法」にしる、「裁判作用＝法適用」の図式にしる、法的フィクションであって、現実との対応は問題にならないという反論があるかもしれない。ここでこの問題には立ち入らないが、フィクションの存在価値が所期の目的に対する有効性に依存するとすれば、現実から全く遊離したフィクションはその目的に対し有効性を減じることにならないかという疑問を提示するにとどめる。ともあれ、以下、現実との対応関係が

⁵⁹⁾ Baranger, Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle Motivations et raisons dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *Jus politicum*, n° 7, 2012, p. 6.

なにがしかの意味をもつという前提で議論を進める。

以下では、憲法院の合憲性審査において上記のフィクションがどれだけ現実との間に齟齬をきたしているかを、準拠規範の認定および憲法改正の過程⁽⁶⁰⁾において検討する。

(1) 憲法ブロックの形成

周知のように、1971年結社の自由判決以来、憲法院は人権保障機能を積極的に果たすようになり、その準拠規範として「憲法ブロック (bloc de constitutionnalité)」と呼ばれる一群の憲法的価値を有する規範を認定してきた。認定について、これまた周知のことに属するが、1958年憲法は権利章典をもたないので、間接的方法をとっている。すなわち、同憲法前文中の、1789年人権宣言、1946年憲法前文および2004年「環境憲章」に対してフランス国民は「その愛着 (attachement) を厳粛に宣言する」という一文から、憲法院はそこに列挙された3つの文書に憲法的価値を認め、それに含まれる権利・自由を準拠規範として援用してきた。そしてそれにとどまらず、1946年憲法前文を媒介に「共和国の諸法律によって承認された基本原理 (PFRLR)」なる一般のカテゴリーに憲法的価値を認め、そこから必ずしも条文という形を取らない憲法規範を引き出し、さらには、全くテキストに基礎をおかない原理に憲法価値を認めるということもしている。

しかし、そもそも1958年憲法作成に直接かかわった者が、憲法前文を介して1789年人権宣言および1946年憲法前文を憲法院の審査の準拠規範にすることを予定していたわけではない。それどころか、同憲法制定過程において原案を作成しつつあった政府は明確にこれを否定し、しかもそれは憲法院による違憲審査を警戒してのことだった。憲法諮問委員会(Comité

(60) バランジェは他に組織法律の役割の増大についても検討しているが、ここでは割愛する。

(61) Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Rec. 29.

consultatif constitutionnel) において、法律事項を列挙する政府案 31 条 (現 34 条) 第 2 項に対して、「前文に規定された一般原理および個人の自由を尊重して」という文言を追加する案が提案されたとき、政府委員レーモン・ジャノは、憲法前文が 1789 年人権宣言および 1946 年憲法前文を参照していることに注意を促しつつ、このような文言を憲法に挿入することは、人権宣言および 1946 年憲法前文のすべての条文に憲法的価値を付与するものであるとして、それは「こんにち、憲法院を創設するこのときにおいては、相当な困難を招くこととなります。それはほとんど、みなさんの多くが恐るべきものと信じていた裁判官統治に向かうことです」とし、さらに、「憲法委員会 (憲法院をさす——引用者) が最初の立場を見直して裁判官統治を志向すれば、この修正案は同委員会にそうした方向に進む絶好の契機を与えることになると確信しています」と述べている⁽⁶²⁾。そして、同委員会の委員たちもこの観点を共有していたようで、ここで議論された修正案は撤回された。少なくとも、憲法院がそれらのテキストに準拠して法律の合憲性審査を行うことを積極的に支持する発言はなかった。

ところが、1971 年判決は、1789 年人権宣言や 1946 年憲法前文に列挙された諸権利を通り越して、1946 年憲法前文が言及する一般のカテゴリーである PFRLR から「結社の自由」を認定したのである。その認定の一節は次のとおりである。「共和国の諸法律によって承認され憲法によって厳粛に再確認された基本的諸原理のなかに、結社の自由原理があつてしかるべきである。……この原理によって、結社は自由に設立され事前の届出という唯一の留保条件の下に公示される」。これだけの規範内容を具体的な規定のない一般的な法カテゴリーから引き出してみせたのである。

しかし、PFRLR はなお 1946 年憲法前文というテキストに根拠を見出すことができる。憲法院は法文にまったく基礎をおかない憲法的価値を有する

(62) *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. II, Documentation française, 1988, p. 254 et s. なお、ジャノは憲法前文に憲法的価値はないという立場に立っていることも明言している。

原理も認定している。その一例が公役務の継続性原理である。1979年7月25日判決⁽⁶³⁾は次のように述べて当該原理に憲法的価値を認めた。「1958年10月4日憲法前文によって確認された1946年10月27日憲法前文によれば、『ストライキ権は、それを規制する法律の枠内で行使される』。この規定を設けることで憲法制定者は、ストライキ権は憲法的価値を有する原理であること、しかし、それには限界があることを認め、ストライキ権がその一手段であるところの職業上の利益の防衛と、ストライキ権が侵害するかもしれない一般利益の擁護との間で必要な調整をおこなうことでこの限界を画する権限を立法者に付与している。とくに公役務に関しては、ストライキ権の承認によって、ストライキ権同様に憲法的価値を有する原理であるところの公役務の継続性を確保するために必要な諸制限をストライキ権に課す立法者の権限が阻害されてはならない」。このように、公役務継続を憲法的価値を有する原理と認定しているが、その条文上の根拠は全く示されていない。

懐疑論的憲法理論によれば、ここで援用した1971年判決あるいは1979年判決の前から結社の自由という憲法原理あるいは公役務の継続性という憲法原理が存在しており、憲法院はそれを見つけて認定しただけであるという説明になる。しかし、それは事態を完全に説明し尽くしたことになるのだろうか。ヴェデルは裁判官の裁量を承認しつつそれが「始源的権力 (puissance initiale)」であることを否定するために、「法文の根拠 (fondement textuel)」⁽⁶⁴⁾を挙げていた。この「法文の根拠」の要求が憲法裁判官の裁量の限界を画することができるのだろうか。

2003年判決は授權規定の不存在を判断の決め手にした。しかし、マーストリヒト第Ⅱ判決は、憲法制定権力に対する留保条件を列挙するさい、ひとつひとつ条文上の根拠を示している。はたして、それらの条文から憲法改正に対する合憲性審査権を引き出すことよりも、公役務の継続性原理

(63) Décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, Rec. 33.

(64) Vedel, Souveraineté et supraconstitutionnalité, p. 86-87.

はもとより結社の自由原理にしてもより強力な法文の根拠があったというのだろうか。ヴデルのいう「法文の根拠」は、かつて樋口陽一が指摘したように「ファンクショナル」といってよい側面があるように思われる。すなわち「機能的に伸びたり縮んだりするもの」⁽⁶⁵⁾である。つまり、憲法院による憲法的価値を有する原理の認定基準は「伸縮自在」である。そうだとすれば、そこに「創造」の要素を認めることは難しくないように思われる。つまり、懐疑論的憲法理論が描き出す憲法院の役割と異なり、実際の憲法院の活動には憲法規範の単なる適用を超えた創造という面が見いだされ、そのことはすなわち、憲法院の活動が法の領域にとどまらず政治の領域にも及んでいることを意味するはずである。

(2) 憲法改正過程における憲法院

憲法 61 条は、憲法院の解釈に従えば、国会が制定した組織法律、通常法律について憲法院に合憲性審査権限を付与している。そこでは憲法に違反すると判断された部分は法律として効力をもつことがない。これに対し憲法 54 条は、条約の憲法適合性について判断する権限を憲法院に付与し、違憲と判断された部分については憲法改正後でなければ批准できないということになっている。「転轍手」理論からすれば、どちらも適切な制定手続を指示するという同じ役割に見えるが、憲法の規定のしかたは異なる。61 条は法律制定過程の最終段階において憲法に違反する法律の成立を阻止する権限を憲法院に与えているのに対し、54 条は条約批准手続開始前に憲法改正の必要性の有無を憲法院の判断に委ねている。つまり、54 条において憲法院は、条約批准の過程の出発点にあって、そのために必要な手続について政治部門に対して指示を与える役割を与えられているのである。マーストリヒト第 II 判決で憲法院は、少なくともその法的意味について疑問を抱かせるやり方で、憲法制定権力に対する留保条件を指摘し

⁽⁶⁵⁾ 杉原泰雄他「シンポジウム・憲法学の方法」(『法律時報』40 卷 11 号, 1973 年), 47 ページ [樋口陽一発言]。

た。2003年判決でその審査権を否認することになったが、これにはマーストリヒト第Ⅱ判決が54条の手続であることが影響していたとバランジェは指摘する⁽⁶⁶⁾。たしかに、この留保条件の具体的積極的な指摘は、憲法制定権力（この場合両院合同会議）に対してその権限行使について「意見」を述べたと考えれば、他判決の簡潔さとも平仄が合う。

ともあれ、54条における憲法院の権限が条約批准過程の出発点にあることは、その合憲性審査権の行使のあり方にも影響を与えることになろう。そして、近年は、ヨーロッパ統合の進展によって、そのための条約批准のための憲法改正が増加してきている。このことは、憲法院が国際法規範と憲法を頂点とする国内法規範との調整においてますます大きな役割を果たすことを意味している。しかも、その調整のために採用されるのがマーストリヒト条約批准で見られたような憲法条項の追加という方法である。それは憲法の中に見る矛盾する規定を併存させるものであるから、憲法規定間の調整を必要とすることになり、憲法改正後においても、憲法院がそれらの条文の解釈を通じて、憲法規範の変動に一定の役割を演じることを可能にする。

以上のように、懐疑論的憲法理論の説明にもかかわらず、すでに憲法院は憲法の単なる適用を超えて、憲法規範の創造・変更の領域に立ち入っているように思われる。すなわち、すでに政治の領域に足を踏み入れているのである。そこで、次に検討したいのは、法の領域と政治の領域がそもそも、懐疑論的憲法理論が前提とするように、明確に切り分けられるものなのかどうかという問題である。

⁽⁶⁶⁾ Baranger, *Le langage de l'éternité*, p. 7. ただし、この判決の後、憲法院は同趣旨の指摘を61条の審査の枠内でも行っている。V. *Décisions* n° 99-410 DC du 15 mars 1999, Rec. 51 et 2000-429 DC du 30 mai 2000, Rec. 84.

⁽⁶⁷⁾ Louis Favoreu et Loïc Philippe, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 11^e éd., Dalloz, 2001, p. 22.

第 2 節 憲法の開放性

懐疑論的憲法理論は超憲法的規範の存在を否定する。憲法に優越する規範はもちろん憲法規範間の優劣もない。すべての憲法規範は同一のレベルにある。このことは逆にいえば、憲法院がその合憲性判断の根拠とする規範——憲法的価値を有する原理——はすべて、この同一範疇を構成する憲法規範のなかに見出されることを意味する。合憲性審査に適用できる規範は、この憲法規範の集合体としての「憲法」に含まれている。このような憲法を、バランジエは「自己完結的憲法 (self-contained constitution)」⁽⁶⁸⁾と呼んで問題にしていく。

この問題の検討を始める前に、考察の観点について一言しておく。裁判所が法適用機関である以上、裁判所の判決はすべて法に基礎づけられなければならない。憲法裁判所の判決はすべて憲法（規範）に根拠を置かなければならない。これは機関に課された職務のしからしむるところであり、裁判所としてはそれを逸脱することは許されない。したがって、憲法裁判所が判決の根拠として語りうることは憲法以外にありえない。そして、これは判決を読む場合のいわば「約束事」でもある。そうであるならば、憲法院が「自己完結的憲法」概念を採用していたとしても、それを異とするに足りないし、むしろそうでない場合のほうが問題かもしれない。しかし、他方で、その約束事をフィクションとして客体視し、それを分析の俎上に載せることも可能であろう。自己完結的憲法の内部に身を置くと見えないものが、その外側に出ることで見えることもある。とくに、憲法と政治との関係、この 2 つのカテゴリーの断絶と連続について考えようとする場合には、自己完結的憲法自体を批判の対象とするのも有益な場合がありうると思われる。そこで、ここでは、上記の約束事から離れて、憲法院が合憲性判断の根拠としているものの性質を分析する。

バランジエが主張するのは、憲法改正に合憲性審査が及ばないことを正

⁽⁶⁸⁾ Baranger, *Le langage de l'éternité*, p. 23.

当化するために憲法院が援用する根拠は懐疑論的憲法理論が主張するように一様で均質な憲法に属するものではないということである。そして、憲法院が憲法改正に対する審査を拒否するための根拠と、憲法改正に対する審査を肯定する論者が指摘する根拠は、同じレベルの概念であり、その意味で憲法院の判断は憲法院自身の選択の結果であると結論する。

1 多元的憲法

まず、憲法院の判断の基礎たる憲法が多様な要素からなるという点について、バランジェは少なくとも3つのカテゴリーが見いだされるとする。第一に「本質主義的術語 (essentialist vocabulary)」、第二に「制度的要素 (institutional patterns)」、第三に「非規範的対象 (non-normative objects)」である。⁽⁶⁹⁾ただし、ここではバランジェの第一と第二のカテゴリーを合わせて「本質主義的術語」として扱う。⁽⁷⁰⁾

(1) 本質主義的術語

このカテゴリーの典型的な例は「国民主権行使の本質的諸条件 (les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale)」である。マーストリヒト第I判決⁽⁷¹⁾で採用されたこの術語は、条約に対する憲法規範的要請を表すものであり、その意味で合憲違憲を分ける基準をなす。ところが、同判決を読んでいっても、この概念がどのような意味をもち、マーストリヒト条約の問題となる条項にどのように適用されたのかまったく書かれていない。たとえば、第43判決理由には、経済・通貨統合の第三段階から課される統一的通貨政策・為替政策によって、「構成国家は主権行使

⁽⁶⁹⁾ Ibid., p. 23.

⁽⁷⁰⁾ バランジェは本質主義的術語と制度的要素の区別を、規範と制度的次元との区別に置いているようであるが (ibid., p. 24)、制度的次元における規範もありうるという意味では両者に質的な違いはないという見方も可能であると思われる。そこで、本稿ではこの区別を採用しなかった。

⁽⁷¹⁾ 註⁽¹⁶⁾参照。

の本質的諸条件が損なわれる領域において固有の権限を失う」という記述がある。しかし、「本質的」とはいかなる意味をもつか、問題の統一的通貨政策・為替政策がいかなる意味でその「本質的諸条件」を侵害するのか、全く説明がないのである。同様に、統一ヴィザ政策がヨーロッパ共同体閣僚会議の全会一致の決定でなくなると「主権行使の本質的諸条件が侵害される」というのであるが、やはり説明はない。

同判決によれば「国民主権行使の本質的諸条件」なる要請は、1958年憲法前文および3条、1789年人権宣言3条、そして1946年憲法前文から導き出されたもののようである。ひとまとめにすればこれらの条文は要するに、一方で国民主権を保障し、他方で相互主義の留保の下での主権の制限を認めるという構造になっている。しかし、「本質的諸条件」という術語は出てこないし、その内容を推測させるものもない。上記条文を読んでも何が「本質的」で、何がそうでないのか、そもそも「本質的」なる形容詞がどこから出てきたのか判然としないのである。つまり、この憲法的価値をもつ概念は、適用のプロセスも不明なら導出のプロセスも不明なのである。

しかし、ひるがえって、以上のように主権行使に課される条件に本質的なものと本質的でないものが存在するなら、それは憲法が守ろうとしているものについてより本質的なものとそうでないものが存在することになる。主権行使に対する軽微な制限を憲法が許容するならば、そこで制限される主権の何某かは憲法によって保護されていないことになるからである。主権に対する制限の容認もまた憲法上の要請ではある。しかし、その調整のあり方は憲法には規定されていない。憲法院が、憲法によって保障されている主権行使のなかで、より重要なものとそうでないものとの区別をもちこんだのである。ここにおいて、主権保障という憲法規範は均質性を失っているとはいえないだろうか。

1962年判決に登場する「憲法の精神」も本質主義的術語の一つである。同判決の2年後にドゴール大統領は、憲法の意義を説明するに当たり、テクストよりも精神を強調するが、それを先取りしたわけではあるまいが、

この術語は、法文の背後にあって憲法の諸装置を機能させている一つの考え方を推測させる。とくに、1958年憲法のテキストとドゴール大統領による憲法運用の乖離が一つの論争点になっていた時代においては、ドゴールによる制度運用の基本理念を思わせる。ここまで来ると、この術語の射程は規範の集合体としての憲法を踏み越えて、フランス憲法史（とくに第三、第四共和制）、ドゴールのさまざまな言行（たとえば、バイユ演説や第五共和制下の憲法実践）など広範な領域をカバーするものとなる。「憲法の精神」は憲法に内在しているような表現であるが、憲法の枠を突き破って憲法外の要素を柔軟に取り込む機能をもっているように思われる。

さらに、その「憲法の精神」の内容として憲法院に割り当てられた「公権力の活動の調整機関」という概念もまた本質主義的術語の一つと考えてよいと思われる。バランジェはこれを「制度的要素」に含めるが、それが合憲・違憲を分ける基準であること、用語の一般性抽象性、そしてその導出・適用のプロセスがブラックボックスであることなどから、本質主義的術語と同じ性質をもつと考えることも可能であろう。同じことは、マーストリヒト第三判決における「諸権力の均衡」の概念についてもあてはまる。

以上のように、憲法院は、憲法のテキストに直接根拠づけられないが合憲違憲判断の決め手となる概念をかなり多用している。それは一般的抽象的術語で語られており、具体的内容を知ることは容易でないし、内容を充填するためには憲法外の、歴史、思想、社会状況など様々な要素を必要に応じて取り入れる必要がある。このようにみえてくると、憲法院がその判断を根拠づけている憲法は、均質な規範で構成された自己完結的憲法のようなものではない。

(2) 非規範的対象

バランジェが「非規範的対象」と呼ぶものの典型は人権である。1789

(72) De Gaulle, *Discours et messages IV*, Plon, 1970, p. 162 et s.

年人権宣言への愛着を宣言する 1958 年憲法前文から、憲法院は同宣言に盛り込まれた諸人権に憲法的価値を認めてきた。ところで、懐疑論的憲法理論によれば、憲法規範が憲法規範としての価値をもつのはそれが憲法制定権力によって制定されたこと、つまり、憲法制定権力の意思だからである。この観点で見ると、1789 年宣言が憲法的価値をもつのは、1958 年憲法制定権力がそのように意思を表明したからにはかならない。ところで 1789 年宣言はその当時の憲法制定権力（国民議会）が制定したものである。では、1958 年憲法の下で憲法的価値をもつ 1789 年宣言は 1789 年当時の憲法制定権力の意思を内容とするのだろうか。

周知の通り、1789 年当時国民議会においては自然法論が支配的であった。⁽⁷³⁾ 諸人権を宣言したのも、それによって新たに人権を作り出したのではない。もともと人に備わっている価値を確認しただけである。したがって、当然、憲法制定権力が人権を廃止することもできない。仮に人権規定を削除してもそれは人権を否定することにならない。人権の存在は制定法とは無関係だからである。

もし、1789 年当時の憲法制定権力の意思に憲法的価値を認めるなら、人権規定に超憲法的規範の性格も認めることになるのだろうか。懐疑論的憲法理論からみてそれが背理だとしても、当時当然のことだった人権規定の優越性は現憲法下でも憲法規範の間の序列、段階構造を構成すると考える余地はないのだろうか。1958 年憲法が—— それを通じて憲法院が—— 1789 年人権宣言に認めた憲法的価値が、1958 年憲法の他の規定と同じ価値であるというなら、それは 1789 年憲法制定権力の意思とは異なるであ

(73) 1789 年人権宣言に対しては様々な評価がありうるとしても、この点には争いがないように思われる。参照、深瀬忠一「一七八九年人権宣言研究序説（一）～（四）」（『北大法学論集』14 卷 3・4 号，1964 年，15 卷 1 号，1964 年，18 卷 3 号，1968 年，40 卷 1 号，1989 年）；稲本洋之助「一七八九年の『人および市民の権利の宣言』」（東京大学社会科学研究所編『基本的人権 3 歴史Ⅱ』東京大学出版会，1968 年所収）；初宿正典編訳『人権宣言論争』（みすず書房，1981 年）；澤登文治『フランス人権宣言の精神』（成文堂，2007 年）。

ろう。しかし、それが1958年憲法制定権力の意味であるというならば、それによって憲法的価値を与えられたものは1789年宣言そのものではない。1958年憲法制定権力がその時点で新たに作り出したものになるはずである。

あるいは、憲法制定権力の意味とは憲法のテキストに表現されたものであり、それ以上でも以下でもないというかもしれない。1789年宣言もテキストに憲法的価値があるのであって、憲法制定権力の意味といってもテキストに表れた限りでしか法的意味はないと。しかし、この立論は懐疑論的憲法理論が行う「共和政体」の解釈方法と調和しない。その論者は、第1章第2節4で検討したように、現憲法の「共和政体」も1884年当時の意味に解釈すべきだとしているからである。それでも、1789年人権宣言の意味は1958年憲法前文の解釈問題であり、「共和政体」の意味は同憲法89条5項の解釈問題であって、両者は独立した問題であるというかもしれない。しかし、「共和政体」の解釈においては憲法院による違憲審査権の「濫用」を警戒しながら、人権宣言の解釈ではそうした配慮をほとんど示さないというのは、やはり一貫性に欠けると言わざるをえない。そもそも制憲過程の議論では、前に指摘したように、「裁判官統治」に対する警戒から、人権宣言は憲法的価値を有しないことが政府側から明言されていたのである。つまり、憲法院は、ある場面では「裁判官統治」との印象を与えないように権限行使を抑制し、他の場面ではそのことは意に介さず積極的かつ柔軟にその権限を行使しているように見える。ここに何らかの一貫した理論的根拠を見出すのは難しい。そして、一貫性の欠如するところには、明示された配慮以外の何らかの政治的ないし政策的考慮が潜んでいると疑っても礼を失することになるまい。

2 「不純な」憲法学

バランジェは、懐疑論的憲法理論と異なり、憲法と政治は同質的で連続的であると考えている。彼によれば、「憲法裁判所が守護者であるところ

の憲法的適法性と、それが丁重に距離を置いている政治的議論とを区別することはほとんど不可能である。憲法院が適用しているのは明らかに政治原理であり、それ以外ではありえない。……憲法的適法性は再構成された政治以外の何ものでもない⁽⁷⁴⁾」のである。彼は例として平等原理や国民主権原理をあげ、それらが政治原理であり、社会に関する一つの政治的考え方であることを指摘している。

しかし、バランジェも政治と憲法との区別を全く認めないわけではない。相対的違いは認める。その違いは、政治が「公共善に関する対立する見解が対抗するフォーラム」に位置するのに対し、「憲法的適法性は社会統合が表明される場であろうとする」ことである⁽⁷⁵⁾。それは一言でいえば「普遍化 (universalisation)」の程度である。すなわち、すべての人に共有されていない価値は政治的理由にとどまるのに対し、普遍的に認められた価値は憲法適合性審査における基準となりうる。

このように、バランジェにとって憲法と政治の区別は相対的で不確実なものである。それは水と油であるよりは虹の色のスペクトルである。言い換えれば、憲法から政治的要素を完全に取り除くことはできない。そして、そのような法を研究する学問は「純粹」ではありえない⁽⁷⁶⁾。この観点からすれば、憲法院の活動が政治の領域に及んでいたとしても当然である。憲法を「適用」する行為自体に政治性が内在しているからである。つまり、「憲法裁判は、『政治を捕まえる (saisir du politique)』にとどまるどころか、本質的に政治的性質を帯びている⁽⁷⁷⁾」のである。

憲法原理は多くの場合一般的抽象的言語によって表現されている。した

(74) Baranger, Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle, p. 21.

(75) Ibid., p. 21.

(76) V. Notes de lecture (d'Olivier Beaud sur Denis Baranger, *Parlementarisme des origines*, PUF, 1990), *Droits*, n° 31, 2000, p. 184.

(77) Baranger, Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle, p. 17. 言うまでもなく Louis Favoreu, *La politique saisie par le droit*, Economica, 1988 を意識した表現である。

がって適用に際して具体化のための一定の概念操作を必要とする。それは機械的で直線的な操作ではない⁽⁷⁸⁾。そして、この傾向は、憲法改正に対する合憲性審査が問題になるような場面ではより際立ってくる。なぜなら、憲法改正の限界の有無を問うことは、憲法のアイデンティティを問題にすることにほかならず、そこで扱われる憲法原理は高度に一般的抽象的な術語で表現されざるをえないからである。ここに「本質主義的術語」が登場する理由がある。それは憲法原理の具体的な適用に向けて行う操作を隠蔽する。そして、それがあたかも機械的な適用の結果であるかのような外観を与える⁽⁸⁰⁾。そして、このような外観は、憲法と政治の明確な分離を前提とする懐疑論的憲法理論——そして、それに依拠する憲法院——にとって必要なものなのである。

ところが、抽象的憲法原理の適用こそ、憲法と政治との不可分の関係が現れる場面である。その問題性がはっきり現れるのは不文の憲法原理の場合である。先に1971年判決における結社の自由認定の一節を引用したが、バランジェはこの認定方法を「神託のような (oraculaire)」と形容している⁽⁸¹⁾。そもそも、不文の原理についてこそ憲法価値の認定はていねいに行わなければならないはずである。それがなぜ憲法価値を有するのに値するのか。いかなる規範内容に憲法価値を与えられるべきなのか。少なくともこうした問題についてそれなりの考察を経てはじめて憲法原理に列せられるべきであろう。ところが、この種の考察は懐疑論的憲法理論が描く憲法裁判には調和しない。憲法原理は憲法制定権力の意思表示として完成した形ですでに存在しているはずだからである。憲法院が行うのはそのような原理の認識である。ある憲法原理がなぜ憲法原理であるのかを問うのは憲法裁判の領域を逸脱している。憲法原理は憲法原理として存在しているだけ

(78) V. *ibid.*, p. 7.

(79) Baranger, *Le langage de l'éternité*, p. 27.

(80) Baranger, *Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle*, p. 7.

(81) *Ibid.*, p. 7.

なのである。憲法原理がなぜそうであるのか、いかなる範囲で憲法的価値を有するかを問うのは、憲法の創造に類似してこざるをえない。それは、懷疑論的憲法理論からすれば、政治の領域であって法の領域ではない。

テキストに根拠づけられる憲法原理の場合も基本的な問題状況は変わらない。原理の内容・射程の確定について同様の問題が生じるからである。ここでも先に論じた「国民主権行使の本質的諸条件」を例にすればはつきりする。国民主権原理は憲法テキストに根拠をもつ。しかし、それが条約に対して保障されるべき範囲はその行使の「本質的諸条件」になるという。ここでも、なぜ保障範囲が「本質的諸条件」になるのか、「本質的諸条件」の内容は何かという問題を論じることは、憲法の領域からの逸脱、政治の領域の侵犯となりかねない。それは憲法院の正統な活動からの逸脱となりうる。そこで、憲法院は導出のプロセスを説明することを避け、すでに存在している規範の認識として示す。しかし、それは憲法のテキストとは距離があるので、判決を読む者にとっては「神託」のごとく突然どこからともなく現れたように見えることになる。

憲法と政治の関係は憲法原理の適用の場面でも問題になるはずである。引き続きマーストリヒト第 I 判決を例にとると、たとえば、同判決は、「主権行使の本質的諸条件」に反すると判断する統一通貨・為替政策のしくみについて、同条約のテキストを引用しながら説明している。しかし、そのしくみのいかなる要素がいかなる意味で国民主権行使の「本質的諸条件」を侵害しているのか説明はない。統一ヴィザ政策についても同様である。ドミニク・ルソーは「教育学的失望」と不満を表しているが、まさに「それらのしくみの説明だけで、『本質的諸条件』を『侵害する性質』ははつきりと証明するのに十分だ」と言わんばかりなのである。つまり、適用の場面でも具体的な憲法判断において必要となるはずの様々な考慮が隠蔽されているように思われる。

⁽⁸²⁾ Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 9^e éd., Montchrestien, 2010, p. 386-387.

たしかに憲法院は判決形式においては政治に距離を置こうとしている。しかし、時に憲法のテキストからは容易に導出できない諸原理をもちだしてその判断の根拠としている。それは、本稿の観点からは、憲法院が政治領域に立ち入って政治的要素を考慮しつつ判断したことを示しており、それらの諸原理はそれを隠蔽する機能を果たしているということになる。そして、そのような特徴がとくに憲法改正に対する合憲性審査が問題になるとき顕著に表れるように思われるのも、その問題が憲法と政治とが密接に絡み合う場所に位置し、両者の不可分な関係を反映せざるをえないからではないか、ということになる。

このような見方は憲法院による合憲性審査の正当化根拠についても再検討を要請する。懐疑論的憲法理論にもとづく憲法と政治の分離による正当化では不十分になるからである。むしろ、憲法院が政治的問題を考慮していることを正面から認め、それを含めて正当化することが必要になる。そのためには、憲法院による政治的問題の議論の特殊性が——特に政治部門における政治的問題の扱い方との対比で——明確にされる必要がある。しかし、憲法院が政治的考慮を隠蔽するような実践を続け、それと相関的だが、懐疑論的憲法理論が支配的な状況において、こうした議論が充実していくことは予想しにくい。むしろ、憲法院の構成、とりわけ裁判官の任命方法の再検討や審議手続の整備がまず必要になるのかもしれない。

おわりに

憲法裁判を制度化している国においてはどこでも、その正統性に関して終わりのない議論が行われているであろう。おそらく、それは、憲法裁判官の正統性、特に民主的正統性、憲法と政治の関係、さらには憲法そのものの概念、など多くの共通の論点があるだろう。しかし、他方で、議論のありようはそれぞれの国固有の文脈に規定されて、どの国一つとっても同じものはないであろう。

バランジェによれば、憲法と政治は不可分の関係にあるにもかかわらず、フランス憲法院は政治から距離を置いているという外見を与えようとして、本質主義的術語の使用などによって政治的考慮を隠蔽している。それは憲法院の合憲性審査を、懐疑論的憲法理論に従って、政治の領域から切り離された憲法の領域に限定することで正当化しようとするところに胚胎しているということになる。そして、この観点から、憲法改正に対する合憲性審査に関する憲法院判決の分析を通じて、フランスにおける憲法裁判の正統化理論の問題点を、その基礎とする憲法概念にまで掘り下げて明らかにしようとしている。

本稿は、彼の分析を道しるべに、フランス憲法院判例における憲法制定権力論を分析してきた。しかし、フランス憲法判例の独自の分析にはなっていないし、バランジェの憲法理論の紹介としても不十分である。ただ、彼の憲法学方法論によって、憲法判例分析にいかなる貢献がなしうるかという可能性の一端については明らかにできたのではないかと考えている。それは、フランス憲法判例が展開する憲法解釈論の論理的な前提——それゆえ語られることのない理論——としての、法と政治の特殊な区分をつかみ出そうとするものである。憲法規範の具体的適用の段階ではなく、このようにより抽象的な原理の次元における憲法判例の把握は、比較法という観点からも有益であるように思われる。

(つかもと・としゆき 法学部教授)

(83) 宍戸・前掲書はドイツにおける憲法裁判権を分析しているが、そこで用いられている諸概念は、フランス憲法裁判の分析について参考になるものが少なくないと思われる。たとえば、憲法裁判権の基礎づけにおける「法と政治」観念から「憲法の優位」観念への変化や「ドイツ固有の憲法裁判権」——一般裁判官の審査権と国事裁判所の合憲性審査権の二元的把握——の克服という命題は、フランス憲法裁判を抽象的原理の次元で理解する上でも重要な観点であろう。こうした独仏の比較は、他方で、フランスにおいて《droit politique》の観念が憲法の法学的把握の限界を問う文脈で再評価されている——電子雑誌 *Jus politicum* (<http://juspoliticum.com/>) の成功を念頭に置いている——ことの意味を考える上でも有益であると思われる。