

書
評

ジャック・ムニエ

『憲法院の権力——戦略的分析試論』

(Jacques Meunier, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel: Essai d'analyse stratégique*, Bruylant = L.G.D.J., 1994, 373pp)

山 元 一

はじめに

筆者は、別稿「フランスにおける憲法解釈論の現況——△トロペール法解釈理論▽以降の議論状況¹⁾」において

て、最近のフランスにおける憲法解釈に関する論議の展開について、簡単ながら検討する機会を持った。そこでは、憲法院活動の活性化現象を念頭におきつつ、憲法解釈という営みが、どのようなアプローチによって、どのように論ぜられているのか、を探るといふ問題関心のもとに、ミシェル・トロペール (Michel Troper) の法解釈理論を切り口にして一定の整理が試みられたのであった。不十分ながらそこで明らかにし得たことは、憲法院による一九七一年のいわゆる「結社の自由」判決、および一九九四年に二〇年目を迎えた、一九七四年の憲法院への提訴権者の拡大のための憲法改正を画期とする憲法院の活性化現象が、次第にフランス憲法学における憲法解釈への関心を高めてきた、ということである。このことは、つとに指摘されてきたように、憲法裁判の発展がフランス憲法学の様相を大きく変化させてきたことの一つの重要な帰結である、といえよう。実際、ある論者は、一九八九年の時点で、憲法学の「法律学化」という現在のフランス憲法学において支配的な志向性は、憲法学内部における解釈論の優位へと導き、憲法学者たちは、憲法解釈が争われる政治的論点において、各々政治的立場に応じた様々な解釈論を提示することとなる、と観察していた。⁽³⁾そして、そのような憲法解釈への関心は、あれこれの個別的論点における憲法解釈の提示作業から、いわば体系的な憲法解釈方法論の提言の方向へと、向かいつつあるように思われる。そうして、**▲トロペール法解釈理論**が憲法裁判の正統性そのものに脅威を与える性質を有する議論であるだけに、そのような法解釈観を批判しつつ、あるべき憲法解釈の模索が試みられつつある、といえよう。

ところで、ここで最近の憲法院のありように関していえば、**▲憲法院は政治的機関か、それとも裁判機関か**、という、いわゆる憲法院の性質論が熱心に論議された古典的な論争の時代は遠く過ぎ去った、⁽⁴⁾といえる。もちろん、たとえばいわゆる移民法 (la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et

de séjour des étrangers en France) 違憲判決⁽⁵⁾の際見られたように、具体的に下された判決を機縁として、有力政治家の激しい批判にさらされることはありうるとしても、憲法院の制度としての正統性に対する合意が根づいていることは、否定し得ないであろう。そして、憲法院長官ロベール・バダンテールのイニシアティブの下で、憲法院自体が裁判機関としての内実を充実させる方向で、すなわち、「憲法手続の裁判化 (la juridictionnalisation de la procédure constitutionnelle)」⁽⁷⁾を押し進める方向で様々な改革がなされてきた。そして、憲法学もそのような憲法院を中心的舞台として展開される憲法裁判過程の実際⁽⁸⁾に強い関心を差し向けつつあるようにみえる。

このような状況の中で、△トロペール法解釈理論⁽⁹⁾を出発点にしつつ、先に見たような、憲法院の憲法解釈に影響を与え、それを枠付けようとする実践的関心とは全く無縁のところ、憲法院による憲法解釈活動を分析の俎上にのせようとする注目すべき作業が見られる。ジャック・ムニエ『憲法院の権力——戦略的分析試論』がそれである (p. 26. 以下、「」内は本書の頁数を示す)。そこで、このような「憲法科学の対象としての憲法解釈」を関心対象とするフランス憲法学における新たなアプローチを瞥見することが、本稿の課題となる。

一 本書の内容

本書の原型は、トロペールの指導の下にルーアン大学に提出された博士論文(一九九一年)であり、著者は、ルーアン大学教授として憲法学を講じている(一九九五年現在)。そして本書は、副題にあるごとく、憲法院の活

動について、単なるメタファーの域を越えて「戦略」という角度から分析を試みたものである。⁽¹⁰⁾ このことは、憲法院が、アプリオリには、一般的な依拠規範を提示する場合でも、また具体的な解釈論を展開する際においても、裁量の自由⇨活動の自由を持つていることを白日の下に曝すという意味を持つ。

さて、まずはじめに、フランスの慣例に従って師トロペールが寄せた序文によりつつ、ムニエの分析の斬新さを見ておこう。彼によれば、ムニエの分析の斬新さは、①裁判官が裁量的権力を有するということ、そして、②彼が規定した目的と手段がある固有の論理に従っているということ、すなわち、彼が、特別の強制システムの中に身をおいていることを、同時に前提とすることにある。このような視角は、伝統的法解釈学においては勿論のこと、アメリカのリアリズム法学にも見られなかったものである、という。というのは、リアリズム法学においては、判決や司法政策を裁判所の人的構成や裁判官の伝記、政治システムの一般的形態による説明に解消しようとするが、戦略的分析は、法を真面目にとらえ、特殊に法的な可能性と強制のみを考慮しようとするからである。⁽¹¹⁾ そして、実は、このような戦略的分析は、古典的法学の最良の部分が行ってきたものに完全に忠実である、とされる。それは、まず、方法的に純粹であるということであり、また、判例を分析する際、それが「よい回答」であるかどうかではなく、「それが、先行する変化、強制、とりわけ裁判官に議論的強制 (des contraintes argumentatives) の到達点であることを示すからである」。

このようにみえてくると、ムニエの視角は、すでにトロペールによって提示されていたものを、憲法院研究に具体的に適用したものに他ならないものであることがわかる。というのは、トロペールは、一九八一年のその論説「裁判作用か、それとも司法権力か」⁽¹²⁾の中で、すでに以下のように述べていたからである。

「司法権力」及びその政治的性格の存否の問題は、伝統的法律学や今日の社会学が考える以上に複雑である。裁判活動は、その解釈権限ゆえに政治的なのであるが、それは法律には拘束されないものの、その性格及び活動の諸条件によって制約されているために、裁判の基礎自体にはほとんど政治性はない。しかしながら、だからといって「裁判」が政治性を免れるものではなく、むしろ逆である。「裁判官には、立法者の場合と同様に各種の強制（限定）の要素が存在している。すなわち、規律の対象に由来する強制及び社会的・経済的圧力による強制があり、さらに、裁判活動の性格及び形式ゆえに生ずる強制も存在している。しかし、いずれの強制についても、義務というものはほとんど存在しないのである。従って、裁判官の活動の政治性を考察するには、まず、義務と強制とを区別し、次に、諸々の強制の内部での区分——すなわち、法的形式に基づき法律家のみが整理しうる、裁判作用に内在する強制と、社会学者の助力が必要となる外在的強制との区分——がなされなければならない。」。

この意味で、ムニエの著作は、師トロペールの「研究プログラム」⁽¹³⁾に忠実に従ったものといえる。トロペールの法解釈理論に対しては、しばしば憲法裁判官は、様々な要因によって拘束されているはずであり、憲法裁判官が事実上憲法制定権力を有していると考えるのは不当である、との批判がなされてきたが、本書全体がそのような批判に応える形となっている。

さて、ムニエにとって、このような研究が憲法学に属する作業であることは疑いを入れない。そして、まさに、違憲立法審査制の実像を明らかにすることが、この研究の目的に他ならない。その際、戦略的アプローチが分析しようとするものは、「諸公権力の行動に関する法的義務の影響」であって、この意味で、そのような分析視角は、

「実定憲法研究 (l'étude du droit constitutionnel positif)」のための一つの方法であるはずだ、という (pp. 46—48)。こうして、著者によれば、憲法裁判官へのインタヴューも重視された (pp. 45—46) が、その反面、当然のことながら、憲法院はいかなる憲法解釈を行なうべきか、という「憲法解釈方法論としての憲法解釈論」が関心を寄せることがらは、全く問題の外におかれることになる。

さて、ムニエは、以上の観点から憲法院活動の分析を行なっていくが、憲法裁判官たる憲法院メンバーを憲法の擁護者として描き出すことはできない (p. 19)。ムニエは、トロペールを引きつつ、「憲法裁判官は、他の諸機関を包含するシステムの一要素として現れる。憲法院は、それらの機関と力関係ないし協力関係に立っている。そこから、憲法解釈が生み出されるのだ」(p. 21)、という。

それでは、憲法は、裁判官がこれが憲法だというものにはかならない、ということを前提としつつ、いかなる意味で憲法裁判官に対する拘束を語ることができるのか。ムニエによれば、一九五八年一月七日のオールドナンスの規定二〇条の「憲法院の規定は、理由づけられる (motive)⁽¹⁴⁾とある以上、「裁判官は、憲法に付与する意味を決定するのは自由だが、付与した解釈には拘束される」(p. 30)。こうして、「彼〔憲法裁判官〕は、自由を行使すると同時に、それを破壊する」ことになるのである。しかしながら、このオールドナンスの規定を解釈するのも憲法院であって、それが与える解釈に客観的法規の形態を与えるのを避ける上に、憲法院は、判例変更の自由も有している。結局、憲法院は、完全な自由を有しない。こうして、憲法院の権力は、実は、属性というよりも、諸ファクター全体の結合の産物である。

さて、ムニエは、このような認識から、憲法院の憲法解釈活動を分析するための二つの視点を引き出す。それは、

(a)各憲法院メンバーに着目する視点と、(b)憲法院を憲法判断を下す一つの組織として見る視点である。これが、以下の憲法院活動の戦略的分析のための二つの観点——①「内的戦略 (strategies internes)」と②「外的戦略 (strategies externes)」——に結びつく。

① 「内的戦略 (strategies internes)」という観点↓ここでは、個々の構成員の憲法院内部における戦略が問題とされる。例えば、長官が憲法院の地位を上昇させようとして、他のメンバーを誘導することがある。

② 「外的戦略 (strategies externes)」という観点↓ここでは、憲法院が、政治制度の他の機関の行為に結びついた、その権力に対する制約をどのようにはねかえすか、が問題とされる。ただし、憲法院という組織の意思が実体的に存在するわけではなく、存在するのは各メンバーの意思に過ぎないことに留意しなくてはならない。

まず、ムニエは、①の「内的戦略」の観点から、相異なつた意見を持っている憲法院メンバーが様々な憲法上の論点に関して、いかなる憲法解釈論を主張するに至るか、という問題をとする。

一見、憲法院メンバーはいかなる憲法解釈論も主張できるように思われるが、実際には、他の意見を持ったメンバーを説得するという要請から、決してそのような態度をとることができない。憲法は、そのようにしか解釈されないとか、解釈の必要もないほど明確だ、という風にして説得していくことになる (p. 133)。次の説得の道具としては、「憲法的義務 (l'obligation constitutionnelle)」 (p. 135 et suiv.) が存在する。これは、自らの解釈的主張を「原理」によって正当化しようとすることである。すべての憲法院メンバーは、憲法に拘束されていると宣言す

る。あるメンバーにとっては、「憲法を尊重する義務」は、信条である。別のメンバーにとっては、いかなる帰結ももたらさない強いられた意図 (propos obligé) である。さらにまた別のメンバーにとってそれは、戦略の基礎であり、強制的ディスクールの始まりである。

ところで、憲法院メンバーは、一旦ある「解釈準則 (directives d'interprétation)」に従うと、状況が変わってもそれに従わなくてはならないことになる [p. 145 et suiv.]。例えば、場当たりに、憲法起草者意思を援用したりすることは許されなくなる。こうして、憲法解釈に対する全面的理論を構築すれば、拘束力はより強くなることになる。このような例として、かつて憲法院メンバーであったフランソワ・リュシエール (François Luchaire) の論文「憲法学の方法について」⁽¹⁵⁾がある [p. 147]。裁判官は、自らの解釈作法を宣明すれば、それを他の裁判官に提示することができるが、そうしなければ、他の裁判官の解釈論を批判することはできない。不文の憲法原理を援用することも行われるが、いかなる原理も自由に引き出せる反面、憲法院メンバー相互の間での意見の相違について決着をつけることができなくなる [p. 152 et suiv.]。また、憲法院長官が事案についての「報告者 (rapporteur)」の決定等を通じて与えることのできる影響も、検討に値する [p. 176]。

以上見てきたように、結論的にいえば、憲法院が「合議制 (la collégialité)」によって行われるために、憲法院メンバー相互間の討論における説得力を高めるためには、「法の要求 (exigences du droit)」に従うことを強いられるようになるのである [pp. 193-194]。

次に、憲法院の活動は、②の「外的戦略」から検討の対象となる。憲法院は、規範生産の全体にその権力を広げること欲しているが、大きな限界が存在する。まず、憲法院は、自ら自発的な意思だけで判決を下すことができ

ない。また、憲法院判決は、すべての公権力機関を拘束するわけではない〔p. 199〕。したがって、通常法律については、例えば組織法律の場合と異なり義務的な付託は要求されないので、憲法院に付託されるか否かは、付託権者の判断に依存している。⁽¹⁶⁾ それゆえ、付託権者によって付託されるかどうかは、彼にとってコストよりベネフィットの方が上回ると判断された場合に限られる〔p. 203 *et seq.*〕。このような事態を憲法院の側から見れば、なるべく自らの下に提訴がなされるように行動することが戦略上の要請として現れてくることとなる〔p. 225〕。付託権者⁽¹⁷⁾から見れば、憲法院への付託に際して結果の不確実性というリスクを負っている。このリスクが大きいときには付託が忌避されてしまうわけだから、そのような事態を惹起しないために、憲法院は依拠規範を安定的なものにせざるをえない。⁽¹⁸⁾ この文脈において、憲法院裁判官は、裁判官としてのイメージを強化することに必死になる〔p. 347〕。憲法院は、こうすることによって付託権者に付託を促すとともに、自らの依拠する憲法的義務を強化する姿勢を示すことになる、という利点をもつ。この点からいって、憲法解釈の継続性の保持というのは憲法院にとって大きな利益がある。かくして、付託者にとってみれば、結果の不確実性を完全に回避することは困難であるとしても、そのことが決定的な障壁とはならないために、憲法院は、判例を持ち、解決の原理とルールを持つことになる。

憲法院は、通常法律が付託された場合、付託者の理由づけや攻撃の対象条文に関わりなく合憲性についての判定を下すが、⁽¹⁹⁾ このことも付託者にとって攻撃してはならない規定を違憲としてもらえる利益を持つと同時に、なされる判決の予測不可能性が高まるという効果をもたらす〔p. 260〕。

さらに、「外的戦略」の観点から重要な意味を持つのは、競合しうる裁判機関、すなわちコンセイユ・データおよび破棄院との関係である〔p. 285〕。というのは、憲法六二条二項で、「憲法院判決は、公権力及びすべての行政・

「司法機関を拘束する」と規定されているが、実際には、コンセイユ・デタ及び破棄院判決を实效性を伴ってコントロールをする権限を憲法院は有していない。ところが、コンセイユ・デタと破棄院は、同一の条項（例、憲法三四条）ないし同様の法原理（「法の一般原理」）に関して、憲法院と相異なつた（憲）法解釈を行なっていることから深刻な問題が生じうることになる。⁽²⁰⁾この点については、つとにこの三つの最上級裁判機関の判決内容の類似性が指摘されているが、これ自体、他の二者を完全に屈服させる階層的権限を有しない裁判機関が、自己の役割を縮減させないための、戦略的配慮に基づいた行為である [p. 312]。

二 本書に対する若干のコメント

以下、本書の意義及び問題点に関して、若干のコメントを行なつてみよう。

まず第一に、著者のジャック・ムニエが憲法学者であることが、過小評価されてはならないだろう。従来、ながらフランス憲法学の政治学的ないし社会学的傾向が指摘されて来たが、近時にいたり、憲法裁判の活性化に促されて、⁽²¹⁾「法学としての憲法学」への自律化の志向が強く打ち出されてきたことは、よく知られている。このようなかにあつて、本書は、そのアプローチを、いわゆる法律学的思考とは無縁の政治学Ⅱ社会学的考察次元に自らを限定しており、この意味で、方法的に見た場合、従来主流的であつた考察方法の政治学的ないし社会学的傾向に連なる性質の作業だといえる。にもかかわらず、著者は、あくまでも公法学のアグレジェ（教授資格保持者）であつ

て、憲法学者として講壇に立っている。このように、本書のような性質の仕事が、憲法学の枠内に属する業績として認知されていることは、フランス憲法学が方法的多様性をその内部に許容し、あるいは育成しつつあるものであることを示している、といえよう。着目点は異なるが、バスチアン・フランソワ (Bastien François) もまた、憲法学を法律学へ純化しようとするルイ・ファヴォール (Louis Favoreu) と教授 \parallel 知識人 ∇ を自称し、メディアでの旺盛な活動が目につくオリヴィエ・デュアメル (Olivier Duhamel) の憲法学の対照的なあり方を指摘し、この両者の憲法学の共存がフランス憲法学の社会的影響力の保持に貢献している、という。⁽²²⁾

第二に、本書のアプローチは、憲法裁判の進展により、 Δ 法的なるもの ∇ によって Δ 政治的なるもの ∇ が拘束されつつある、とするイメージを粉砕ないし本質暴露を行なう効果を持つものである、といえる。このようなイメージは、ファヴォールの著作名『法によって捕捉される政治』⁽²³⁾という標語によって、しばしば引き合いに出されるものであつて、規範構造的に、今日では「法律は、憲法を尊重する限りにおいて、一般意思を表明するに過ぎない」とされるに至つたことを意味している。⁽²⁴⁾

このような文脈の中で、憲法学者や公権的憲法解釈機関がそのような資格において一定の憲法解釈論を提示するとき、不可避免的に「憲法裁判の発展による公権力の法による拘束の進展」という一種の社会的表象が形成されると考えられるが、この点に関しては、既に、一九八九年に、イヴ・ポワルムル (Yves Poirier) とドミニク・ローゼンバール (Dominique Rosenberg) の論説「憲法学説とフランス立憲主義」は、トロペールの法解釈理論を引用しながら、「……法の実効性は、競合的パースペクティヴにおいてしか理解され得ない。かくして、憲法は、見事に適用されている、そして、政治的実践を統御するのはその Δ 規範全体 ∇ である、という考えを流布させるすべて

の動きは、法規範とは何か、そして、その実効性についての諸条件に目を閉ざすことによつてしか、効力をもちえない。その意義もその適用も、決して条文に内在したものでなければ、決定的に獲得されたものでもない。それは、一定の時期に、政治生活の加速された法化の感情を与えることができ、最終的にフランス立憲主義の学説的理論化を権威づけることのできる戦略的相互作用に由来している」と結んで⁽²⁵⁾いた。この論文においては、先の社会的表象の強化を企図する憲法学説が批判の対象となっていたのに対して、本書は、このような視角を憲法院による憲法解釈活動に適用し、いかなる意味で法規範がこのようなアクターの行動に影響を与えているかという問題について、真正面から取り組んだものといえる。なお、憲法院に提訴しうるものが限定されている現行制度においては、このような限定的な複数のアクターの行動分析を積み重ねていく手法は、極めて有効な対象への接近方法だといえる。

こうして、「憲法解釈は純然たる意思行為である」とする命題を出発点にして、現実の憲法院の憲法解釈活動を戦略論の見地から解明・説明しようとする本書は、あるべき憲法解釈、「 \wedge もつともな解釈 \vee 」⁽²⁶⁾が存在することを想定し、それを模索しようとする思考に対する対抗言説として位置づけられることになる。

第三に、第二の点と関連するが、本書において、憲法裁判における \wedge 法的なるもの \vee と \wedge 政治的なるもの \vee がどのように取り扱われているか、具体的にいえば、裁判官の政治的選好と裁判官像に関連することがらが、なお検討に値する。この点に関して比較に値するのが、知識社会学の立場から提示されるバスターン・フランソワの見方⁽²⁷⁾である。彼は、フランスにおける憲法裁判の活性化にもかかわらず、 \wedge 法という衣装をまとった政治が行われているに過ぎない \vee 、とする見方を批判する。それによれば、憲法院の社会的受容に伴う「第五共和制のもとで憲法裁判

官像 (la figure du juge constitutionnel) の誕生」という現象が決定的に重要である。そして、これまでの憲法裁判の政治学的研究にとつて所与の前提とされてきた、△憲法院は、政治的行為者である▽というテーゼを取り上げ、このテーゼに基づいて、個々の憲法裁判官が、その職務を果たす際、裁判官に任命される以前に果たしていた政治的アンガジュマンを表現する、という捉え方が単純かつ不適切な図式であつて、現実を捉えていない、という。フランスの憲法ディスクールにおいて、「判例を形成し、その判決が法の冷厳な論理の帰結である、非人格的で非政治的な裁判官⁽²⁸⁾」というイメージが現れてきたことそのものが重要な意味を持っている、とされる。

このようにして、フランスソワにおいては、最近のフランスにおける憲法裁判の進展、純然たる政治的決定とは區別されるものとして観念されている憲法院判例の集積、そこから生じてくる「非政治的裁判官像」が、憲法裁判の政治社会的分析という観点から見た場合、何よりも重要なのである。このような把握を行なうことによつてこそ、「政治体制の知的領域の変容 (la transformation des registres d'intelligibilité du régime)」⁽²⁹⁾を理解することが、そしてこの意味で△政治的なもの▽に対する△法的なるもの▽の優位化を理解することができるのである。

極めて興味深いことは、憲法学からのアプローチである本書において、フランスソワのような仕方でも△法的なるもの▽をすくい上げようとする見方が、むしろ批判の対象となつてゐることである [p. 84 et suiv.]。ムニエもまた、ある政治的選好が唯一の解釈を導くわけではなく、単純な図式化は不可能である [p. 78]、という。しかしながら、ムニエによれば、新たな役割を与えられることにより政治的人間が公正無私な裁判官へと変貌することを想定するフランスソワの所論は、伝統的な法律家を喜ばせるであろうが、リアリストの法律家を満足させることはできない。フランスソワにおいて、「あやまった裁判官」と區別されるべき「真の裁判官」が想定しうるとされているところに、

すでに問題がある。なぜなら、このような區別自体が、「法適用」の際の政治的選好の表明と真正の法解釈とを區別することが可能である、との前提に立っているからである。裁判官が、これが法だというものが法なのであるから、実は、法を曲げて適用する裁判官など存在しない。裁判官が公平無私に振る舞う外見を呈したとしても、それはそのように振る舞うことが戦略的に有利であるから、その限りでそうしたに過ぎないのである。

恐らく以上のようなムニエの批判は、フランソワにとっての外れであろう。フランソワ自身にとって、公正無私な裁判官の理論的な存在可能性を肯定するかどうかを検討することは関心の外にあつて、重要なことは、そのような存在を受容・承認する知的空間が現在のフランスにおいて存在している、ということがらである。筆者の見るところ、双方のアプローチは、十分両立可能であるように思われる。所与のシステムに属する諸アクターの行動そのものを分析の対象とするのではなく、そのシステムと相関的に存在する知的空間のありようの歴史的推移を分析対象の俎上へのせよとするフランソワの見地は、ムニエの考察方法を補完するものではありえても、決してそれを否定するものではないであろう。そうだとすれば、フランソワのアプローチを否定しようとするムニエの態度は、硬直的かつ狭隘だと評しえよう。

第四に、本書の分析視角は、フランスのおかれた政治状況・社会状況との関連で、違憲立法審査制というシステム作動の実態を明らかにしようとする観点と全く無縁である。この点において、政治制度の自律的役割を強調する「新制度主義」の影響下で、一九八一年から一九八八年の間に、フランスの司法政策が生まれ、成熟し、制度化したととらえるアメリカ人政治学者アレック・ストーンの『フランスにおける司法政策の誕生——比較的展望における憲法院³⁰』と対照をなしている。憲法裁判所・政府・議員間の緊密な相互作用の増大が、政治的選択を構造化し、

政策決定 (policy outcome) を形成する、とする観点に基づく観察の結果、この時期に憲法院は、政権交代とコア・ローションの時期を乗り切り、立法過程において他の公的機関に対する地位を強めた、とされる。このようなアプローチの有効性も、もとより否定されるべきではないであろう。それに加えて、例えば、人権保障機関としての役割が広く承認されている憲法院に関して、それが、いかなる程度において、とりわけ、他の裁判機関との関連で、人権保障機能を実現する判例政策を採用しているか、そしてそれをどのように評価・説明するかという観点からの作業も成立しうるであろうし、そのような作業は、現在のフランス憲法院研究にとって重要な意味を持つであろう。逆にいえば、このように様々なアプローチから考察可能な憲法院研究において、一つの徹底的な手法を採用しそれを展開したという点に、本書の意義があるといえよう。

最後に、以上のようなムニエのアプローチは、付随的違憲立法審査制と抽象的違憲立法審査制という違憲立法審査制のあり方の違いを越えて、——必ずしも豊かな業績の蓄積されていない——日本の憲法裁判の法社会学的研究にとつて、より具体的にいえば、「最高裁はいかに在る、(強調原文・以下同)かを、いわば客観的に認識するよう」に努め、それを現代日本社会とのつながりにおいて理解すること」を試み、「なせ、どのように司法消極主義に落ちついているのかの原因」⁽³¹⁾の解明を志す作業にとつて、一定の有益な示唆をもたらしているであろう。「最高裁が日本の社会において、一般に認められた、しかも強力になる可能性をもつ制度として、自己を確立するには、初期の時代の自己制限は、最上の戦略、(強調筆者)だった」⁽³²⁾とすれば、現在の最高裁判所の憲法判例政策に対して、果していかなる評価・分析が可能なのであるうか。

- (1) 本稿は、もともと、筆者が一九九六年九月二四日に一橋大学で行なわれた比較憲法史研究会において「フランスにおける『憲法解釈』論の現況」と題して行なった報告原稿の一部をなすものとして準備された。この報告の概要については、『法律時報』一九九七年八月号に掲載される予定であるが、紙幅の都合より、報告のうちジャック・ムニエの所論を取り扱った部分については割愛せざるをえなかった。そこで、ここにその部分を切り出して、書評という形式で公表する次第である。
- (2) 一九八〇年代初頭までの議論状況の整理として、参照、樋口陽一『権力・個人・憲法学』（学陽書房、一九八九年）一五二頁以下。
- (3) Yves Poirmeur et Dominique Rosenberg, *La doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme français*, in C.U.R.A.P., *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, pp. 237-239. 参照、拙稿「八〇年代コアピタシオン現象」以降のフランス憲法論の一断面——「法によって捕捉される政治」という定式をめぐって——、『清水望古稀・憲法における欧米的視点の展開』（成文堂、一九九五年）二二二頁。
- (4) あえて学説を分類すれば、裁判機関説が通説的であろう。cf. Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 4^e édition, Montchrestien, p. 47 et suiv. 現在のフランス憲法院の活動の正統性の弁証に関する代表的理論家であるルソーは、解釈行為の法創造機能に照らして、その活動の政治性を率直に認めなければならない、という。しかし、こう解することは、彼にとつて、憲法院を中核とする「立憲主義的民主主義」モデルの構築にとつて何らの妨げになるものではない。彼の理論については、さしあたり、拙稿「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・ポーの『国家権力論』を中心に——」、『法政理論』二一九卷三三六頁以下、を参照されたい。
- (5) 93-325 DC du 13/08/93; *Recueil de jurisprudence constitutionnelle 1959-1993*, réunies par Louis Favoreu, Litec, 1994.

p. 539 et suiv.

- (9) cf. Georges Burdeau, Francis Hamon et Michel Troper, *Droit constitutionnel*, 24^e ed., 1995, p. 681. シャルル・バスクワ (Charles Pasqua) 内務大臣(肩書は、当時。以下同)は、「この違憲判決につき、「憲法院は判決を行なう際、条文に照らしてそれを行なうのではなく、それを解釈することによって、政府がその政策を実施するのを妨害している」とコメントした。[*Le Monde*, 17 août 1993] また、エドゥアール・バラデュール (Edouard Balladur) 首相が、「この法案の合憲化を目的とする憲法改正のために召集された両院合同会議において冒頭、「憲法院が、そのコントロールを憲法前文の尊重にまで広げることを決定して以来、この機関は、時折、時に相矛盾し、現代とは全く異なった時代に生み出された、法的というより哲学的・政治的な一般の原理に照らして法律の合憲性をコントロールするに至つてゐる」[*Le Monde*, 20 novembre 1993] と断定し、政権の最高責任者として極めて異例の激しい憲法院批判を行なつたことは、よく知られている。これに対して、「これまた異例のことに、「憲法院長官ロベール・バダンテール (Robert Badinter) がルモンド紙に「権力と反権力 (Le pouvoir et le contre-pouvoir)」と題する論説を寄せ [*Le Monde*, 23 novembre, 1993]、「憲法院の違憲立法審査権行使を擁護した。このような事態の推移の中で、シッテラン大統領は、憲法五条に基づき首相と憲法院長官の仲裁を行なつた」[*Le Monde*, 26 novembre, 1993]。cf. Didier Maus, *La pratique institutionnelle française* 1^{er} juillet-30 septembre 1993, in *Revue française de droit constitutionnel*, n° 16, 1993, p. 791 et suiv.
- (7) Thierry Di Manno, *Chronique de contentieux constitutionnel 1995*, in *Revue française de droit constitutionnel*, n° 26, 1996, p. 346.
- (8) cf. Guy Carcassonne, *La stratégie de ceux qui saisissent*; Georges Vedel, *La manière dont les saisines sont perçues par les membres du Conseil constitutionnel et prises en compte dans les discussions*; Olivier Schrameck, *Les aspects procéduraux*

des saisines, in *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica = Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995.

(9) くりかえし提示される彼の法解釈理論——「リアリスティック(realiste)な法理論」と彼自ら呼ぶ——を、ある論文から抜き出しておこう。

「リアリスティックな主張によれば、裁判官は、純粋な便宜性(opportunite)に基づく諸理由によって決定を下し、事後的に一般的規範を選択することによって、それを正統化する。そうすることによって、判決は、論理的に演繹されたように見えるのだ。現実には、この選択は、自由であるばかりでなく、規範は、いつでも条文ないし先例全体に含まれており、規範が意味であると思われるが、解釈のみによって、裁判官はそれを「引き出す」と主張する。さて、意味は、条文のなかに存在するわけではない。それは解釈の産物であり、裁判官によって自由に行なわれる。この主張は、「リアリスティック」だといわれる。なぜなら、それは、司法的決定の外見でしかない正統化の背後にある裁判官権力の現実を明らかに出すと主張するからである。結局、この決定の内容は、先在する法から生ずるのではなく、公然と政治的な行為に関してと同様に、「心理的ないし社会学的要因から生ずる」。Michel Troper, *Le constitutionnalisme entre droit et politique*, in C.U.R.A.P.P., *Droit et politique*, PUF, 1993, p. 84.

トロペールの法解釈理論の分析については、参照、長谷部恭男「権力への懐疑」(日本評論社、一九九一年)二頁以下。近時現れた、△純粋法学▽の「法解釈」観とその法秩序構造論の両立不可能性を説くトロペールの法解釈理論への批判と「つ」cf. Denys de Béchillon, *Reflexions critiques*, in *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 1994-1, p. 247 et suiv. これに対するトロペールの反論がそのすぐあとに掲載されている。M. Troper, *Replique a Denys de Béchillon*, in op. cit., p. 267 et suiv. さらに名指しはされていないが、トロペール流の法解釈観を「決断主義への回帰」として批判する以

下の論説が興味深い。cf. Olivier Camy, Le retour au decisionisme: l'exemple de l'interprétation des pratiques constitutionnelles par la doctrine française, in *Revue du droit public*, 1996, p. 1019 et suiv.

(10) cf. Préface de Michel Troper, p. 8.

(11) ここでは、「裁判過程には法的ルールや論理が大きな役割を果たしている」ことを批判したアメリカのリアリズム法学の中でも、とりわけ「裁判官は合理化の専門家であり、法はその合理化を可能にする『よそゆきの服』にすぎず」、法的ルールや原理は、裁判官に対するいろいろな刺激の一つにすぎず、刺激のなかで最も中心的なものが裁判官のパーソナリティである」とした、J・フランク流の発想に対する批判が念頭におかれているのであろう。田中⇨竹下⇨深田⇨兼子『法思想史』(有斐閣、一九八八年)〔深田三徳・執筆担当〕一六八、一七〇頁。

(12) Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, pp. 104-105. 邦訳は、ミシェル・トロペール、吉田邦彦訳『裁判作用か、それとも司法権力か』山口俊夫編訳『フランスの司法』(ぎょうせい、一九八七年)一四一―一五頁による。

(13) 長谷部・前掲書、一七―一九頁。トロペールによれば、「妥当している諸規範の記述 (la description des normes en vigueur)」に携わる「法の科学」とは別に、「その規範の社会的効果を探求」しようするところに、法社会学の役割がある。しかも、いかなる仕方でも規範が適用されているか、をもっぱら問題とした「古典的な法社会学 (la sociologie juridique classique)」ではなく、「行為者たちが、諸状況から生ずる行動が諸規範の諸帰結として理解され得るように、彼らの諸利益を見込み諸戦略を作成するような状況を、諸規範、そしてとりわけ諸規範の結合がいかなる仕方でも規定しているか」を取り扱う研究が現れてきている、という。このようなものとして、トロペールは、ムニエの博士論文を引用する。M. Troper, *Le constitutionnalisme entre droit et politique*, p. 90.

(14) トロペールもまた、「それ〔理由づけ (motivation)〕は、それ固有の構造のうちにその自律性を見出す。それは、権力

に形を与えると同時に「それを制約する」という。Michel Troper, la motivation des décisions constitutionnelles, in Ch. Perelman et P. Fortiers (Etudes publiées par), *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, 1978, p. 302.

- (15) François Luchaire, De la méthode en droit constitutionnel, in *Revue du droit public*, 1981, p. 275 et suiv. 本論文のこの部分は、参照：樋口『権力・個人・憲法学』一六五頁以下。

- (16) Jacques Meunier, Pour une approche «économique» de la saisine, in *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, p. 153 et suiv. なお、この論説における「経済的」アプローチ」というのは、「戦略的」と同義的であるように見える。

- (17) 現行フランス違憲審査制度における付託権者、とりわけ「議員による付託 (saisines parlementaires)」の重要性を分析したものであり、cf. Benoit Mercuzot, Saisines parlementaires et constitutionnalisme, in C.U.R.A.P.P., *Droit et politique*, PUF, 1993, p. 65 et suiv.; du même, Les saisines parlementaires dans le contrôle de constitutionnalité des lois, in *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, p. 141 et suiv.

- (18) フリユノー・ジュヌボフによれば、憲法院は「立法府に対抗するときは、憲法的価値を有するテキストに基礎をおくようにはしており、前提的審査という性質上、疑う余地のない憲法的理由による他は、法律を違憲とはしないという戦術を採用している。Bruno Genevois, La jurisprudence du Conseil constitutionnel est-elle imprévisible?, in *Pouvoirs*, n° 59, 1991, p. 134.

- (19) これについての近時の研究として、cf. Thierry Di Mano, *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulennés d'office*, Economica = Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1994.

- (20) この問題に触れた邦語文献として、矢口俊昭「フランスの憲法裁判」菅部信喜編『講座憲法訴訟 第一巻』(有斐閣)

一九八七年)一六九頁以下、がある。

(21) このような方向性をリードしようとする代表的論者の綱領的論文として、cf. Louis Favoreu, Propos d'un *«Neo-constitutionaliste»* in Jean-Louis Seurin (Textes réunis et présentés par), *Le Constitutionnalisme aujourd'hui*, Economica, 1984, p. 23 et suiv.; du même, *Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit*, in *Revue française de droit constitutionnel*, n° 1, 1990, p. 71 et suiv.

(22) Bastien Francois, *La Cinquième République dans son droit. La production d'un corps de connaissances spécialisées sur la politique et les institutions*, thèse en science politique, Paris I, 1992, p. 388 et suiv.

(23) Louis Favoreu, *La politique saisie par le droit*, Economica, 1988, p. の書物では、『法によって捕捉される政治』という名の下で、さらに統治機構の研究において法規範が重要な地位を占めるに至ったことが、強調されている。これについては、前掲・拙稿』八〇年代コアピタシオン現象』以降のフランス憲法論の一断面』二一四―二一五頁参照。ファヴォールによるこのような実証的作業は、かならずしもムニエのアプローチと常に対立関係に立つものではない。確かに、ファヴォールは、一方で、憲法裁判を正統化する文脈で、いわゆる*«aiguilleur»*論を引き合いに出して、憲法院は、憲法改正によらなければ実現しえない政策と法律改正によって実現できる政策とを仕訳する機能を営んでいるに過ぎない、とする議論は、ムニエのよって立つ憲法解釈観からは受け入れがたい。しかしながら、コアピタシオン期に憲法判例の集積が、円滑な政権交代を可能にした、という評価は別段ムニエの所説と抵触しないであろう。前者の問題については、以下のファヴォールとトロペールの応酬が興味深い。Louis Favoreu, *La légitimité du juge constitutionnel*, in *Revue interne-honale de droit comparé* 1994, p. 578 et suiv.; Michel Troper, Kelsen et le contrôle de constitutionnalité, in Carlos-Miguel Herrera (sous la dir.), *Le droit, le politique: autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Editions L'Harmattan, 1995,

p. 174 et suiv.

- (24) この定式は、憲法裁判決の中に現れたものであった。cf. 85-197 DC du 23/08/85; *Recueil de jurisprudence constitutionnelle 1959-1993*, p. 241.
- (25) Yves Poirneur et Dominique Rosenberg, La doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme français, in *Droit et politique*, p. 245.
- (26) Yann Aguilu, Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle, in *Revue française de droit constitutionnel*, n° 21, 1995, p. 46; 本論文は「ついで」参照。森保憲「フランスにおける憲法裁判官による憲法解釈とその限界づけ」『法学新報』一〇三巻一・三頁五七二頁以下。
- (27) Bastien François, Le juge, le droit et la politique: éléments d'une analyse politique, in *Revue française de droit constitutionnel*, n° 1, 1990, p. 59 et suiv.
- (28) *ibid.*, p. 54.
- (29) *ibid.*, p. 59.
- (30) Alec Stone, *The birth of Judicial Politics in France: The Constitutional Council in Comparative Perspective*, Oxford University Press, 1992, pp. 5-7; ストーンは、また、所与の社会における法伝統を、「相対的に自律的な『認識構造』」として捉える見方に共感を示しつつ、それを比較憲法裁判研究に活用しようとする〔*ibid.*, p. 13〕。このような視角は、前述のバスチアン・フランソワの議論と共鳴しうる反面、ムニエの批判を招くように思われる。
- (31) 奥平康弘『憲法裁判の可能性』（岩波書店、一九九五年）九七〜九八頁。
- (32) Danelski, The people and the Court in Japan, in Grossman and Tanenhaus, ed., *Frontiers of Judicial Research*, 1969, p. 72.

和田英夫『憲法と最高裁判所』(学陽書房、一九七五年)二八頁からの引用による。