

ミシェル・トロペール論文撰4 <憲法裁判官の解釈の自由>

南野, 森
九州大学大学院法学研究院

<https://doi.org/10.15017/7580>

出版情報：法政研究. 72 (2), pp.63-79, 2005-11-29. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

ミシエル・トロペール論文撰4

〈憲法裁判官の解釈の自由〉

南野 森(訳)

(訳者注) 本稿は、Michel TROPER, « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », in M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, chapitre VI, pp.85-97 (© PUF) 初出は in Paul AMSELEK (sous la direction de), *Interprétation et droit*, Bruxelles / Aix-en-Provence, Bruylant / PU d'Aix-Marseille, 1995, pp.235-245) を翻訳するものである。

裁判官が自由裁量権を持つということを法理論が認めると、それは政治理論に対して深刻な問題を提起することになる。民主政におけるこのような権力の正統性という問題である。そしてこの問題こそが、かかる裁量権の存在につ

いての論争を繰り広げさせてきたものである。裁判官の権力は、解釈権のみではなく、参照条文を選択したり、事実を評価したり、あるいはまた損害賠償額や量刑を決定したりすることができるといふことから帰結するものではあるが、とりわけこの解釈権の存在についてこそ議論が展開されている。なかでも法律の合憲性審査が行われる場合には、裁判所はまれにしか事実問題を審査したり賠償額を決定したりしないので、とくにそうである。

裁判官の自由の問題は、たとえば次のように一言で言い表される。すなわち、裁判官は、適用しなければならぬ条文を自由に解釈することができるのか、と。このように簡潔に示された問題を扱うに際して、ケルゼンによってきわめて明解に対峙させられた二種類の理論⁽¹⁾をとりあげるのは、もはや古典的な手法と言えるだろう。一方の理論は、あらゆる条文は単一で「真の」意味を有しており、それを適切な方法によつて発見するのが裁判官の任務であるとす。この場合、解釈は認識の作用ということになり、この操作の結果作りだされるものは、真または偽でありうることになる。⁽²⁾ 他方の理論は、条文は裁判官によつて決定された意味以外の意味を持たず、それゆえ解釈は意思の作用にほかならないとする。

ヴデル学部長はいくつかの斬新な議論を用いて、第一の主張の一変種を提唱している。彼はまず最初に、右のいずれの主張も、その戯画的かつ素朴なヴァージョンでは受け入れることができないと言う。すなわち、解釈を認識行為とする第一の主張について言えば、それは「真の」意味という考えに基づいており、そのようなものは裁判官の決定を参照することなしには決定することができないものなのであって、その結果、かかる主張は内在的矛盾を抱えている、と言うのである。解釈を意思行為とする第二の主張については、それは裁判官に及ぶあまたの制約を十分に理解しておらず、とりわけ、文法あるいは裁判官の決定自身が生後的に服する統制から生じる制約を理解していない、と言う。

さらに彼は、解釈を認識行為とする理論の論拠として通常提示されている、裁判官の感覚を根拠とするような議論、つまり彼ら自身が解釈に際して拘束を感じているとする議論を退けるべきであるとも言っている。たしかに解釈を意思行為とする理論の主張者は、このような議論に対して、かかる裁判官の感情は錯覚に過ぎないと反論する。しかし、いずれの主張も等しく誤謬証明不能なものであって、互いに打ち消し合うものである、と。

そのうえで彼は、法システムにおいてある理論が真の値を持つかどうかに関するきわめて巧妙なテーゼを構想し、それを解釈の問題について適用している。すなわち、ある理論は、それが法実践 (*pratique juridique*) を基礎づけるために不可欠のものである場合には「真」であるとされる、というものである³⁾。そのうえで、解釈—認識理論はたとえ「真」ではないにせよ、結局のところ解釈—意思理論に比べればその不正確さはより少ないものであるとする。そしてこのことはある根本的な理由による。すなわち、裁判官の実務というのは必然的に三段論法の神話に基づいているため、解釈—認識理論こそが裁判官の実務を基礎づける、と言うのである。「法の社会的機能および法秩序の信用性は、自らの職務遂行にあたって最大限に制約の存在を信じる裁判官による方が、最大限に自由の存在を信じる裁判官によるよりも、いっそうより良く保障される」からである。

右のような議論については、いくつかのコメントが可能である。たしかに多くの点についてヴデル学部長の主張には賛同せざるをえないが、一方でその主張に対しては若干の修正を求めることができるだろうし、他方で彼の行論は、彼自身が到着すると考えている結論とは実に異なった結論

へと導くということを強調したい。すなわち、裁判官がその任務の遂行にあたって最大限に制約の存在を信じているという事実は、解釈—認識理論ではなく、解釈—意思理論をこそ補強する議論となる、ということである。

(一) いずれの理論が真であるかについての議論に際して、裁判官の心理、その感情あるいは誤った意識といったものに基づくあらゆる行論を退けねばならないことは疑いえないことではあるが、それはそのような行論が互いに対立するものであり、いずれが正しいのかを判断することができないことのみによるのではない。そもそも、両理論が互いに打ち消し合うものであるとも言えない。必ずしも両者が同一平面上にあるわけではないからである。おそらく、仮に裁判官が拘束を感じていると告白し、仮にそれに対してそれは嘘だと反論されるのであれば、両者の議論は互いに打ち消し合うものであり、ともに誤謬証明不能であることになるだろう。しかし、幸いなことに、議論がかかる平面に存していることは稀である。まさしくヴェル学部長が述べるように、裁判官の心情についての主張に対しては、裁判官は錯覚の被害者であるという主張が対峙されているのである。ここではもはや両者の議論は互いに対立するもの

ではなく、両者の命題はまったく矛盾していない。錯覚テーゼを主張する者は、裁判官がそのような心情を抱いていることを否定しているのではなく、ただそのような心情が現実に対応していることに異を唱えているに過ぎないのである。裁判官が自らについて述べる命題は直接的に心理的なものであるが、錯覚テーゼは間接に心理的なものでしかない。すなわち、後者は心情に関するものではなく、外的現実についてのものなのである。裁判官の命題は、彼が感じると主張する心情が確かに感じられているのであれば真である。しかし錯覚テーゼは、たとえ裁判官がそのような心情を感じていたとしても、実際には裁判官に彼自身意識していない自由が与えられていれば真となる。したがって、裁判官による命題が真偽の決定をなさざるものである——なぜならば彼の心情は彼の言説を参照することなしには知りえないからである——のに対して、錯覚テーゼは真偽決定不能でも、また誤謬証明不能でもない。それは裁判官が実際に拘束されている場合には偽であり、その逆の場合には真なのである。

これらの行論を退けなければならぬというのは、つまり、ただ単に、裁判官の心情がその権力の実際についてのいかなる情報をも与えないからであり、また、その心情が

正当化されるものであるかあるいは錯覚に過ぎないものであるかは、現実そのものを検討してみなければ決定しえないものであるからである。

(二) 解釈を認識行為であるとする理論が受け入れられないものであることは疑いえないことである。この理論を反駁するものとしては、数多くの論拠を挙げる事ができる。

まず、解釈—認識理論は、ヴェル学部長も確認するように、条文の「真」の意味なるものを様々な方法によって探究するものであると主張するが、そのような複数の方法は実際には異なる結果、つまり異なる意味へと導くものなのであって、これらの異なる意味のうちのいずれかを選択する道具は我々には与えられていない。次に、同理論は「意味」の様々な概念と両立しうるものであって、それは、「意味」が条文の書き手の意図に還元されることもあれば、この意図から独立してはいるものの、たとえば通常の言葉遣いにおける語の意味、あるいは法的言葉遣いにおける意味、あるいは条文の政治的社会的機能、さらには規範体系におけるその位置といったものには従属するところの客観的な条文の意味に還元されることもあるからである。⁽⁴⁾そしてこのような参照対象のそれぞれが複数の解釈を受け

うるものである以上、唯一の「真の意味」なる考え方は単純に意味をもたないことが明らかであろう。第三に、解釈—認識理論は無限後退に陥るものである。もし「唯一の意味」が存在するのであれば、解釈が真であるのは、それがそのような意味を明らかにするものである場合に限られる。しかし解釈がはたして本当にそのような意味を明らかにするに至ったのかどうかを知るためには、そのような意味を知る必要があるが、それは解釈という手段を通してしか可能ではなく、さらにこの解釈についてそれが真であると言えるのは、それを他の解釈と比べたうえでのことではかない。そしてこの最後の解釈以降もまた同様なのである。最後に——そしてとりわけ——仮に真の意味が存在するとして、そして仮にそれを知ることができるとして、それでもなお、法システムの実際の動きを説明するためには解釈—認識理論は不適切なものである。法の一般理論が扱う問題は、真の意味が存在するかどうか、この意味を知ることができるとか、裁判官はその探究にあたるものであるかどうか、といった問題ではまったくない。法理論にとつて唯一適切な問題とは、解釈について言えば、妥当性の問題なのである。それはある解釈が法的に妥当なものであると云うための基準は何であるかを探究しようとするもので

ある。そして、解釈の妥当性が解釈の真偽に依存しないことは明らかである。それは解釈の提出される条件と反論可能性とに依存する。解釈が明示的もしくは黙示的に授權された機関から提出され、それが他の機関において反論されないものであるとき、それは押しつけられるものとなり、完全に条文に繰り込まれるものとなり、そしてこの条文はそのようにして決定された意味においてしか適用されえないものとなる。つまり解釈が真であると言うことを可能にするのが真の意味ではなく、反対に、何が真の意味であるかを言うことを可能にするのが授權された機関から提出された解釈なのである。

(三)さらにまた、誤った理論でさえそれにもかかわらず社会における実践を基礎づけることができるとするヴェデル学部長の理論に同意することもできる。とりわけ、フランスの憲法裁判官の役割を基礎づけるのが解釈—認識理論であるということは明らかである。というのも、現在のフランスにおける実際においては、裁判官は憲法条文を適用している、そしてこの条文は客観的な意味を有している、そしてこの意味は認識しうるものである、といった単純な考え方によってのみ裁判官はその正統性を得ているからである。

反対に、自由意思による決定から導かれる意味しか存在しないということ認めるならば、そしてとくに裁判官自身がそれを認めるならば、憲法裁判官の正統性は疑わしいものとなる。

しかし、かかる根拠づけはなんらの必然性をもたないものである。異なるシステムは異なる根拠づけに依って運営されているのである。フランスにおいてさえも、革命期さらに民法典において裁判官の役割を基礎づけていた理論は正確には解釈—認識理論ではなく、条文の真かつ客観的な意味は解釈を必要とせずに認識可能であるという、まったく異なった考え方であった。裁判官に対して「法律の沈黙、不明確性、または不十分性を口実として」裁判を拒絶することを禁止していた民法典第四条をあらためてみよう。一七九〇年に定式化された民法典のこの命題は、当時の伝統的な考え方を繰り返したものであって、法律は常に明確なものであり、それゆえ、法律が不明確であるからというのは口実でしかないと考えられるものである。革命期の人々がこのような定式化へと至ったのは、解釈は認識の作用ではなく、反対に意思の作用、立法的行為なのであって、それゆえそれは裁判官によってではなく立法者自身によって行使されなければならないと考えていたからである。

したがって、裁判官は決して解釈を行ってはならず、ただ具体の事例に法律を適用するのみでなければならぬわけである。彼が「誤った適用」を行ったとき、とりわけある法律が問題の事案に適用可能なものであると誤って判断したときには、その決定は破毀されることになるが、しかし破毀裁判所は破毀することを越えて正当な解釈を示すわけではない。ただ何が正しい適用であるかを示すにとどまるのである。移送先の裁判所が破毀裁判所の指示通り法律を適用しない場合にのみ法律の不明確性が推定され、解釈を施さなければならぬことになるが、その場合においても裁判官は当然のことながらその権限をもたないため、立法者に付託せねばならない。裁判官の役割は、このように、解釈—認識理論ではなく解釈—意思理論に基礎づけられていたのである。

解釈に頼ることなく意味を知ることができるといふ考え方は、民法典のみならず国務院判例にも浸透している「明白な行為の理論」の基礎にあるものであり、たとえば明白な行為であるだけで行政裁判官は条約の解釈権限をもつ機関に対して移送せずとすむ、とされる。憲法院判例においても、解釈を展開する議論の欠如が明白な行為という考え方によって正当化されることがある。解釈—認識理論はた

しかにフランスの憲法裁判官の実践をまちがいなく基礎づけているものではあるが、しかし唯一のものというわけではなく、また、フランスの法システムにおける伝統の全体を反映するものでもないのである。

そもそも基礎付けのあり方は偶発的なものであり、違憲審査制が完全にもしくは部分的にその他の理論に基礎づけられているシステムも存在する。たとえば、ケルゼンは法の創設と法の適用という伝統的区別を否定するが、それはある規範が創設されるのは上位規範の基礎付けがある場合にのみであり、すなわち、上位規範を適用する場合にのみであるからである。同様に、ある規範を適用することは、それが何らかの実体的行為を命じている場合を除けば、常に別の規範を創設することである。つまり必ず創造の部分が存在するのであって、ケルゼンは、リアリズム理論に与する前でさえ、解釈とはいくつかの可能な意味のなかから一つを選択することであると考えていたのである。憲法と法律のあいだにのみならず、憲法と裁判官の決定のあいだにも階統性を維持するために、ケルゼンは選択肢を限定し、そのことよって人権宣言や憲法前文という漠然にすぎるものとの関係における法律の憲法適合性審査を裁判官に対して認めないという主張を展開したのであった。ケルゼン

はまた、憲法裁判所は意思を表明するのであって、政治的機能を果たすものであり、それゆえ、その構成員は議会によって選出されるべきであると主張した。⁽⁵⁾ すなわち、ここでの制度を基礎づけるものは、解釈—認識理論ではなく解釈—意思理論なのである。

さらに、アメリカのリアリズム法学によれば、裁判官はとりわけその解釈活動において自由裁量権を有しているが、そのような裁判官に対して正統性が与えられるのは、彼が社会の必要とするものを知りうる立場にあり、社会におけるエンジニアたりうる立場にあるからである、とされる。⁽⁶⁾

これらのいかなる主張も語の通常の意味において真であると言えないことは明らかであるが、ただこれらの主張を思い出すだけでも解釈—認識という神話が法実践を基礎づける唯一可能なものであるとはとても言いがたいというところが理解されるであろう。逆に、法理論の「真性」についてのヴェデル理論を受け入れるのであれば、互いに矛盾するこれらの諸理論は、それにもかかわらず等しく「真」である、と考えるなければならないことになるだろう。

(四)しかし実際には、このような「真性」の概念を受け入れる理由はない。彼の「真性」は、実は二重のものなので

ある。すなわちある場合には、ヴェデル学部長はある特定の社会実践を基礎づけるのに効果的な神話を形成する主張を「真」と呼ぼうとするかのようにであり、そうすると彼は特定の法システムにおいては自然法理論が異論の余地なく「真」であり、また他のシステムにおいては占星術理論が「真」であると述べることになるだろう。そしてその結果、このように「真」という語——「効果的」という語ではなく——を用いることにはいかなる利益があるのか判然としないうことになる。

またある場合には、彼は「真」という語に通常の用法により近い意味を与えようとするかのようにでもある。つまり、解釈—認識理論は「真」である、なぜならば裁判官は実際にまるで条文の客観的な意味を発見するかのようになり、まるで拘束されていると感じているかのように振る舞っているからだ、と。しかしこのように考えることにはきわめて大きな弱点がある。というのも、ある主張はそれが命題としては誤っているだけにいつそう神話として効果的である、ということがありうるからである。たとえば純粋な仮定の話として、もし裁判官が大きな自由裁量権を行使していると考えられるならば、にもかかわらずこの権力の存在および大きさは、まさにそれをどれだけ隠蔽することができるかに

かかっているということを認めなければならぬはずである。ジョン・マーシャル合衆国最高裁判官は次のように述べている。すなわち、「司法権は、法の権力と区別されたものとしては存在しない。裁判所はたんなる法の道具であり、いかなることを意思することもできない」と。そうすると、理論は誤っているときに「真」であり、真であるときに「誤っている」としなればならないのであろうか。

(五)ところが、解釈—認識理論は正しくは理論ではなく、メタ理論に過ぎないと考えることもできよう。言いかえれば、その主張は解釈とは認識作用であるとするものではなく、たんに解釈—認識理論が法実践を基礎づけているとのみ主張するものであるということである。このような立場は完全に受け入れうるものであるにせよ、そもその出発点からすると大きく後退したものである。すなわち、そもそものは次の互いに矛盾する二つの命題のうちいずれが真であるかを求めようとしていたのであった。

- (1) 「解釈は認識の行為である」
- (2) 「解釈は意思の行為である」

ここで、(1)をメタ理論に変化させるならば、次の二つの命題が得られることになる。

- (2) 「解釈は意思の行為である」
- (3) 「法は『解釈は認識の行為である』という信念に適合して機能している」

ここで、(2)と(3)は両立不能ではまったくない。(3)が対立するのは(2)ではなく、次の(4)である。

- (4) 「法は『解釈は意思の行為である』という信念に適合して機能している」

たしかに、解釈は意思の行為であるということと、司法実務が解釈は認識行為であるという信念に支えられているということを、同時に主張することは完全に可能である。そもそも、異なる言明が二つのレヴェルにおいて考察されている以上、あらゆる組み合わせが可能なのであり、(2)と(3)が真であると認めることや、(1)と(4)、(1)と(3)、あるいはさらに(2)と(4)が真であると認めることもまた考えられる。

しかし、法理論のレヴェルにのみ立ったうえで裁判官が

解釈を通して自由裁量権を行使しているのかどうかを決しようとするのであれば、信念や神話ではなく法的現実そのものを検討することが適切であろう。(1)あるいは(2)の真性が、信念を参照することなく決せられなければならないのである。

(六)とはいえ、ヴェデル学部長のように、二つの主張のいずれも十分なものではないと考えることもまた可能ではある。そもそも、彼が効果を持ちだして迂回しようとするのは、まさしく、彼によればいづれの主張も真ではないからなのである。つまり、まるで問題は決着のつけられないものであると彼が考えているかのようになるのである。

しかし、ある問題が決着不能であると考えることができないのは、示された命題の有効性審査(あるいは誤謬証明)の手続きを打ち立てることが不可能である場合のみである。そしてそれは決して不可能ではない。非常に簡単なテストが我々には与えられている。すなわち、ある事実の存在を主張する科学の命題は、もし問題となっている事実が存在しないのであれば偽であると考えられなければならない。その逆の場合には真と考えられなければならないのである。同様に、一定の法行動の存在を主張しその特質を記述する

法理論の命題は、これらの行動および特質が存在するのであれば真であるとされなければならない。ところで、規範もしくは法活動の存在とは妥当性にほかならない。したがって、解釈の性質という問題は、次のような用語法で提起されなければならないことになる。すなわち、ある解釈はその内容——たとえば条文の真の意味を明らかにするものであるといった——のゆえに妥当するものであるのか、それとも反対にその内容の如何を問わずそれが権限のある機関から発せられているという理由によって妥当するものであるのか、と。

ある解釈は、それが解釈権限を与えられた機関から発せられる場合に妥当するものであるというのはきわめて明らかなことである。このような、組織上のかつ形式的な条件において、法秩序は解釈に法的な結果を与えるのである。そしてその際、解釈の内容は関係がない。ゆえに権限ある機関はその意思を表明することができ、解釈すべき条文に何らかの意味を与えることができるのである。授権された機関によって決定された意味のほかには「真の」意味は存在しない、とさえ言うことができる。有権機関による解釈に対抗して、「真」であるときれる別の解釈を提示しえたと思ひこもうが、それは結局私的な解釈の過程を経てしか

提示されえないものであり、それが標準的解釈と称されているにすぎない。

この点について、解釈者——とりわけ裁判官が問題とされる場合がそうであるが——はさまざまな制約に服しており、それゆえ彼は自由であり自己の意思を表明しているとは言えない、との反論がしばしばなされる。⁸⁾このような議論は、実際には自由意志と法的意味における自由との混同に基づいている。

なんらかの機関、法秩序に属するある機関が自由であると述べることは、当然のことながら、それがあらゆる決定要因を免れているということを言おうとするのではない。たとえば伝統的理論は、違憲審査制のないところでは、立法者はいかなる内容の法律を制定することも自由にできるとしながらも、同時に、議会は票決にさいして因果関係を免れてはおらず、あらゆる種類の制約に服している、ということも認めている。婚姻が自由であるということは、結婚するという決定や配偶者の選択がいかなる社会的心理的影響をも受けないということの意味するのではなく、ただ、いかなる選択であつても法によって有効であると考えられる、ということの意味するのである。ここで「自由」という語によって理解されているのは、あらゆる規定を免れた

状態のことではなく、「法的」自由に過ぎないのである。ある機関は、それが等しく法的に有効ないくつもの行動のなかから選択を行ううるときに、たとえばその選択が実際には常に決定要因の産物であるとしても、法的に自由であると言えるのである。つまり、解釈が自由であると述べることは、ある機関が有権解釈を行う権限を与えられているとき、この機関によってなされた解釈はすべて等しく有効であるということの意味するに過ぎない。言い換えれば、それはそのような解釈が解釈される条文に組み込まれる、あるいはさらに、そのような解釈が法的効果を生む、ということであり、このことは、そのような解釈が有権解釈であるということを別な言い方で述べているに過ぎない。そしてこのように言うことは、解釈者の行動がさまざまな原因に基づくとすることを否定するものでは決してない。通常なされる批判はこの点を見誤っているわけではなく、ただ判決を裁判官の朝食の質の結果とするアメリカのリアリズム流の解釈——意思理論が批判されているに過ぎない。

制約が存在するというに基づいてなされる主張の限界は、モンテスキューが定義したような専制体制を考えてみれば明らかになるだろう。すなわち、ただ一人の者が、法律によってではなくその気紛れによって統治するシステ

ムである。この場合、専制君主はもつとも完全な法的自由を享受している。ところが彼もまた、あらゆる種類の制約に服しているのであって、それはたとえばその国の経済的・財政的状况、臣民が抵抗する危険性、あるいは君主の命令がきちんと執行されないことなどに起因する。これらの制約を見誤った決定は、おそらくその実効性をいくばくか削がれたものとなるだろう。しかし、そのような決定もまた有効なのである。

さらにこの分析を推し進めよう。リアリズム理論は、解釈が法的に自由であると認めるからこそ、解釈が決定要因のもとにあるということを理解しうるのであって、反対に、解釈はすでに条文のなかに存在している意味を発見することにあるとする理論では、解釈者がなすべきことを明らかにしうるのみであって、解釈者が実際になしていることを明らかにすることはできない。

(七)まさしく、次の二つの現象が説明されなければならない。

裁判官はその意思に従って自由に解釈をなすことができが、しかし彼らは実に終始一貫して拘束されているという感覚を表明するため、このような感覚が実際のものである

るかどうか疑いえないほどであり、彼らが錯覚の被害者であるとして済ますこともできない。錯覚であるならば、なぜこのように広く共通する錯覚が生じうるのかを理解しなければならぬからである。

他方で、裁判官がすでにそこにあるとされる条文の意味によって拘束されているのではなく、たんにその意思を表明しているだけに過ぎないのであれば、彼らはその解釈を気紛れによって変更することができるはずである。しかしながら、判例は、裁判官の決定が全く予測不能なものであるとは言えない程度には十分な一貫性を示している。

これらの現象は、司法作用は適用の作用であり創造の作用ではないという裁判官に浸透するイデオロギーと、裁判官の教育とに起因すると考えられるかも知れない。また、いかなる権力であれ権力を行使する者は、事実上の状況に起因するさまざまな制約に服しているという意識を持っていて、と説明されるかも知れない。しかしいずれの説明も適切ではない。

第一の説明が適切でないのは、裁判官に対して法を創造するのではなく法を適用することを命じる規範は道徳上の規範であって、法規範ではないからである。たしかに、裁判官に対してまさしく条文の適用に自己を限定するよう命

じる実定法規定が存在することはありえる。しかしこれらの規定自体、適用される前に解釈されなければならず、これらの規定を適用するよう義務づけるものは何かという問題が生じるのである。特定の法システムにおける規範を適用する義務を生ぜしめるのは、そのシステムの外部にある別な規範でしかない。

そして裁判官が有する感覚は、道徳的に義務づけられているというものではなく、法的に義務づけられている、というものである。また、ほんとうに道徳上の義務であるとするれば、裁判官はそれぞれ異なる道徳に従っているはずであるから、全ての裁判官が同様にそれを感じるということにはありえない。しかもそのような規範はしばしば——とりわけ他の道徳規範と衝突するときには——背かれるものである。最後に、そして就中、法を適用すべしという規範は採用すべき解釈行動に関しては何んらの特定の内容をもたない。たしかに条文をその「真の」意味に適合的に解釈するよう命じることは可能であるが、それはそのような意味を発見するための方法を命じるものではないし、裁判官が義務づけられているという感覚を有しているとしても、それはある特定の意味において解釈すべしという義務の感覚ではない。

裁判官が制約に服しているという意識を有しているという考え方について言えば、それもまた裁判官が表明するところの被拘束感覚をより良く説明するものではない。専制君主は事実上の制約に服してはいるが拘束されてはいないとの感覚を持ちうるのに対して、裁判官は、ある決定もしくは解釈が重大な結果を引き起こすがために不適切であると考えるのみならず、彼をそう決定するように導いているのが法であると考えているのである。

ゆえに、法は、義務のみを含んでいるのではない、という考え方を真面目に受け取らねばならない。義務なるものは、容易に見誤ったり違背したりしうると考えられるかもしれないが、この場合に関して言えば、すでに見たように存在しないのである。法は一群の制約をも組織しているのである。この制約を、法的制約と呼ぶことができるだろう。もしこのような仮説が検証されれば、自然や社会といったものに起因する事実上の制約のほかに、法システムに起因する制約が存在し、この制約が、実に数多くのありうべき行動のなかから選択する権限を有するはずの行為者をして、その選択がきわめて限定されていると考えさせるものである、と認めるべきこととなるだろう。

たしかに「法的制約」という言い方は、その用語のなか

にすでに矛盾を含んでいるかのようにも見える。というのも制約は決定要因のなかに含まれているのであって、つまり存在の範疇にあるものであり、当為の範疇にあるものではないからである。しかし、法システムに起因し、そして物質的制約に比しうる制約として二種のを考えることができるのである。

強い意味での制約とは、構成ルール——すなわち、ある行動を命じるのみならず、そのようなルールに従うことによつてはじめてその行動にその行動としての資格が認められることになるという意味で、そのような行動を構成するルール——から生じるものである。たとえば、「結婚式は身分吏によつて執り行われなければならない」というルールは、身分吏以外のものによつて行われた儀式は法的意味における結婚式ではない、ということの意味する。結婚とは、特定の方法で執り行われた結合としてしか定義されないわけである。このような類のルールが真の制約を生成するものである。つまり、このようなルールは特定の目的達成のために必要な手段として現れるのである。結婚するための唯一の方法は、結婚式を身分吏に執り行わせるということである。このような制約は、いうまでもなく解釈活動に影響するものではない。それを遵守することで法解釈

行為に法解釈行為としての資格を認めることが可能になるようなルールは存在しないし、ましてやある解釈を正しい解釈と資格づけるようなルールも存在しない。たとえそのようなルールが存在するとしても、それは解釈されなければならぬ。

これとは反対に、弱い意味における法的制約について語ることもできる。合理的かつ効率的に行動するためには特定のやり方で振る舞わなければならないような状況に人または機関を至らしめるような規範がある場合がそれである。このような状況はまず裁判所の合議体内部において、ある一人がその同僚を説得しようとする際に生じる。たとえば自身はリアリズム理論の正しさを完全に信じているとしても、裁判官は条文にいかなる意味をも与えようと主張することは彼にはもちろん不可能である。というのも、時宜に適切にいるという理由を持ち出さない限り、ある意味を他の意味よりも望ましいと考えることに理由は存在しないからである。つまり、条文には真の意味があるという主張に依拠しようとする客観的な制約が存在すると考えることができるのである。⁽¹⁰⁾

弱い制約の状況は、ある機関の自由裁量権が他の機関が自己の自由裁量権を過度に行使することを抑止することに

なるように、機関と機関の関係について定める規範が両機関の関係を構成している場合にも生じる。たとえば、十八世紀末の諸憲法が構想していたような権力均衡のシステムはすべて、モンテスキューの言う意味において「穏健な」立法や政治の実務がそこから生じるように規範を組み合わせたものである。すなわち、両院が過激な法律の採択を控えるのは、国王が拒否権を発動するであろうからである。国王が法律に反する決定を下さないのは、大臣が副署を拒否するであろうからである。同様に、第五共和政の大統領は、自身の行動を議会が大反逆罪を構成するものと解釈しうるということを知っている場合には、状況が重大かつ直接の脅威を含んだものであると解釈することをためらうことになる。これらの制約は「弱い」と考えられねばならないものである。というのも、定められた方式によらない結婚とは異なり、そのような行動は不可能ではないからである。かかる行動は完全になしうるものであって、そのようなものとして行為の為し手の意図通りに位置づけられるのである。内容が過激な法律の採択の場合、そもそもそれはなんらかの違反ではないし、国王の拒否権発動はサンクションでもない。たんに、このような行動は合理的でない——少なくとも十八世紀の公法学者の見解によれば、

法律が全く存在しなくなることよりは、妥協的な法律を採択することの方がより望ましいことである以上——というのに過ぎない。

こうして、一群の有効な規範から出来する状況が、都合な結果を避けるためではなく、自己の権限を拡大するために、穏健な行動をとらせるといえることが起こりうるのである。パラドックスは見かけ上のものにすぎず、モンテスキューによる専制の描写が完璧に示している権力把握から生じるものである。唯一の者が統治するものの「制定され固定された法律によって」統治が行われる王政とは異なり、専制は、唯一の者が、法律なしに、その気紛れによって統治するシステムである。たとえば、モンテスキューによれば、専制君主の権力は、法律によって制限されず、また「君主の悦楽」をしか目的としないがために、国王の権力よりも強大なものである。専制君主の全能は、このように純粋に否定的なものとして捉えられ、それは法から解放された (*legibus solutus*) フランス国王の権力と同様に、奇蹟を行う能力——すなわち自然法則を免れる、あるいは自然法則を何時でも変更する能力——として定義される場合の神の全能のイメージで捉えられたのである。

反対に、この権力を肯定的に、他者の行動を決定する能

力として定義するのであれば、この権力は、気紛れによって決定するのではなく、反対に、人々が自己の行動の結果を予測することを可能にし、その結果、ありうべき行動のなかから自己にもっとも利益をもたらすものを選択することを可能にする、一般的かつ安定的なルールを定立することによって拡大することになる。法律の拘束から自らを解放するのであれば個別の行為を規制することになり、法律に従うのであれば一般的行為群を規制することになるわけである。

国務院あるいは破毀院がいかなる条文に対してであれいかなる意味を与えることを防ぐものはない。あらゆる解釈は等しく有効であるからである。しかし国務院や破毀院がそのように行動するならば、下級審や裁判当事者にとってそれぞれ自己の行動を規制することは不可能となる。その結果を予測することが不可能となるからである。

憲法裁判の場合、下級審は存在しないが、立法者が裁判当事者である。気紛れな解釈の連続は、憲法裁判官の正統性を疑問視させることになるのみならず、それ以上に、現在そうであるように、将来の立法内容を決定するのに憲法裁判官が貢献することを、不可能にするであろう。判例の安定性という意識によって、立法者はその行為の適法性、

つまりその行為をなしうることを合理的に推定することができるのである。そしてここで判例とは、裁判所の決定の総体から帰結する諸ルールとしてのみではなく、そのような決定に至らしめる方法と概念体系としても捉えられなければならない。同じ方法が用いられ、同じ概念が用いられることによって、裁判当事者およびその他の機関は裁判所の決定を予測し、また自らが従わされているルールを知り、そうすることによって自らの行動を規制することができる。と期待しうるのである。

ヴデル学部長の言う通り、システムはたしかに自らが拘束されているという裁判官の信念に基礎づけられている。しかしこの信念は決して解釈—認識理論に有利な議論をなすものではない。まったく反対なのである。この信念は、それ自体が裁判官にのしかかる制約から帰結するものであり、そしてこの制約は、裁判官が自由であるからこそ裁判官にのしかかるものだからである。それは実践上の必要——最大多数の行動に影響を及ぼすため、また、自らの決定、とりわけ解釈的決定に対して最大の安定性を与えるため——から帰結する制約である。そしてまさにこの実践上の必要こそが、自らの判例および自らの解釈方法に従うように裁判官を制約するものなのである。いかなる時にも裁

判官はその判例を変更する自由を有する。しかし、それは彼の利益にはならない。裁判官の権力はその節度に比例するのである。

*本稿は、一九九三年四月二七日、パリ第二大学法哲学センターにおいて行つた報告用原稿を元とするものである。私の報告は、ヴェデル学部長との論争のなかで行われたものであるが、私自身の報告を準備するために、ヴェデル学部長から事前に草稿をいただいたことに御礼申し上げる。ただし、ヴェデル学部長がその公表の余裕を持たれることがなかったのは残念なことであった。

- (一) H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, trad. franç. de la 2^e éd. all. par Ch. Eisenmann, 1962, p.453 et s.; cf. M. Troper, « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », in *Revue internationale de philosophie*, n° 138, 1981, p.518 et s.
- (二) R. Dworkin, « No right answer ? », in Hacker et Raz (eds), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977, p.58 et s.; cf. F. Michaut, « La bonne réponse n'est-elle qu'une illusion ? », in *Droits*, n° 9, 1989, p.69 et s.

- (三) G. Vedel, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendence des droits de l'homme », in T. Marshall (éd.), *Théorie et pratique du gouvernement constitutionnel*, La Garenne-Colombes, Éditions de l'Espace européen, 1992, p.311 et s.

- (四) R. S. Summers & N. MacCormick (eds.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Dartmouth, Aldershot, 1991.

- (五) H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la constitution », in *RDP*, 1928, p.197 et s., spécialement p.239; « Wer soll der Hüter der Verfassung sein ? », in *Die Justiz*, 1930-1931, Heft 11-12, Bd VI, p.576-628, spécialement n° 6.

- (六) F. Michaut, *L'école de la Sociological Jurisprudence et le mouvement réaliste américain. Le rôle du juge et la théorie de la prédiction*, thèse, Paris X, 1985.

- (七) F. A. von Hayek, *The Constitution of Liberty*, Chicago, Univ. of Chicago Press, 1960.

- (八) Denys de Béchillon, in *Revue de la Recherche juridique*, 1994, p. 247 et s. M. Troper, « À propos de la théorie réaliste de l'interprétation. Réplique à Denys de Béchillon », *ibid.*, 1994, p.267 et s.

- (九) J. R. Searle, *Les actes de langage*, trad. franç., Paris,

Hermann, 1972, notam. p.72.

(10) J. Meunier, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Paris, LGDJ, 1994.

(参考)

ミシェル・トロペール論文撰 (南野 森訳)

- 1 <リアリズムの解釈理論> (付・訳者はしがき)
(法政研究七〇巻三号一六七頁、二〇〇三年)
- 2 <慣習の根拠から根拠としての慣習へ>
(法政研究七一巻二号一九五頁、二〇〇四年)
- 3 <必要は法を作る——憲法慣習についての考察>
(法政研究七二巻一号八三頁、二〇〇五年)