

## ミシェル・トロペール論文撰12＜立憲主義の概念と現代法理論＞

南野, 森  
九州大学大学院法学研究院 : 准教授 : 憲法

<https://doi.org/10.15017/15604>

---

出版情報 : 法政研究. 76 (1/2), pp.101-124, 2009-10-01. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :



## 資料

### ミシェル・トロポール論文撰12

#### 〈立憲主義の概念と現代法理論〉

南野 森（訳）

【訳者注】 本稿は Michel TROPER, « Le concept de constitutionalisme et la théorie moderne du droit », in Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, chapitre XIII, pp. 203-221 (© PUF) 初出は in Terence MARSHALL (sous la dir. de), *Théorie et pratique du gouvernement constitutionnel ; la France et les États-Unis*, La Garenne-Colombes, Éd. de l'Espace européen, 1992, pp. 35 et s.) を翻訳するものである。

- 一 機械としての憲法
- 二 社会の憲法

本稿では、立憲主義 (constitutionalisme) の概念と現代の法理論との関係を検討したい。すなわちこの概念が、現代法理論において実際に果たしている機能、もしくは果たしうる機能を検討することが課題である。

さまざまな理由により、立憲主義の概念はいかなる機能をも現代法理論において果たしてはいないし、またいかなる機能をも果たしえない、と考えられるかもしれない。というのも、現代法理論という言葉でもって、実証主義の流れに属する仕事——法の一般理論に関するものであれば憲法に関するものであれ——を理解するのであれば——本稿の検討にとっての必要性からすると、そう理解することが好都合なのであるが——、ここではまずほとんど「立憲主義」の語が用いられていない——索引を調べてみればそのことはすぐわかる——からである。そしてこのような「立憲主義」概念の不存在は、立憲主義と、少なくともヨーロッパにおいて今日支配的な法理論との両立不能性に起因すると考えたくなるかもしれない。

「立憲主義」という語は、一般にはさまざまな異なる考え方として理解されているようであり、それらは次の三種類にまとめることができる。

① 広義における立憲主義とは、一八世紀以降非常に広

まった考え方で、あらゆる国家には、専制政治を排するために憲法が必要であるとするものである。

② 狭義における立憲主義とは、憲法が必要であるということのみならず、この憲法が、特定の効果——すなわち、専制の排除、あるいは、必ずしも同じことではないが、政治的自由の保障——をもたらすような一定の諸原理に基づいたものでなければならないという考え方である。そしてこのようなイデオロギーの内容には、ヴァリエーションがある。それが実践を推奨する諸原理としては、権力の分立、「憲法を制定する権力」と「憲法によって制定された権力」との区別、代表制、違憲立法審査制度などがありうるが、そのうちのいくつかのみであることもある。ここから拡張して、「立憲主義」をこのようなイデオロギーのことではなく、これらの諸原理そのものとすることもある。

③ 最狭義における立憲主義とは、望むべき結果（専制の否定または政治的自由の確保）を達成するためには、憲法のよってたつ諸原理のなかに、法律の違憲審査制がなければならぬとする考え方である。

いずれにせよ、ここで問題となっている立憲主義は、何らかの命令をなす理論もしくはイデオロギーである。<sup>1)</sup>

広義の立憲主義が一八世紀以降のヨーロッパの政治文化

にとつての共通財産の一部をなしているとしても、狭義あるいは最狭義の立憲主義については、ヨーロッパには好意的な土壌があつたわけではないことは言うまでもない。それには少なくとも二つの理由があり、そしてそれらの理由は、互いに完全に独立しているわけではない。

第一の理由は、マテウッチ教授が実にみごとに示したように、権力の制限よりもむしろその正当化に苦心したヨーロッパの政治理論において、主権論——それはアメリカの学説には大きく欠けているものである——が果たした役割である。まさに主権の名において、ヨーロッパではたとえば権力分立論が不可分のものを分割しようとするものとして批判され、あるいはまた違憲立法審査の考え方が法律を一般意思の表明、つまりは主権者の意思の表明であるとする考え方と両立しがたいものとして批判されたのである。

第二の理由は、ヨーロッパにおける法実証主義の支配である。法実証主義という語は、ノルベルト・ポツビオが示したように、三種類の異なった考え方を意味する。<sup>2)</sup>

まず、法学（法の科学）を経験科学のモデルに基づいて打ち立てようとする意思——すなわちあらゆる形而上学、あらゆる価値判断を避けようとし、あるべき法ではなくある法を記述しようとする、要するに「純粹」な法学を打ち

立てようとする関心——をとくに色濃くもった一つのアップローチ、法学方法論がそれである。

つぎに、法とは人間の意思の産物でしかなく、結局は主権者の意思の産物でしかないとする、法システムの捉え方、固有の意味での法理論がそれである。法理論としての法実証主義は、このように、方法論としては拒絶したはずの主権の形而上学に依拠している。

最後に、現に効力を有する法、あるいは「実定法」、つまりは主権者によって定められた法は、その内容の如何にかかわらず——その内容が不正義であると考えられるときにでさえ——、従われるべきであるとするイデオロギーを「実証主義」と呼ぶこともある。Geertz は Geertz という戯画的な言い回しは、かかるイデオロギーに帰されるものである。

そして、これら三種の語意において、実証主義が立憲主義とまったく両立不可能であることは明らかである。

まず、穏和なバージョンでは一定の原理に基づいた立憲政体しか正当とせず、また厳格なバージョンでは憲法に適合した行為——つまり憲法の命じる手続きに適合してなされたのみならず、その内容においても少なくとも憲法の文言の命じるところと両立可能である行為——しか拘束力を

持たないとする考え方が、イデオロギーとしての実証主義の対極にある、ということは一目瞭然である。

つぎに、法理論としての実証主義は、まず何よりも、自然法論を批判するものとして現れる。自然法学説によれば、人間の意思によって定立された実定法の上位に、神によって定立されたかあるいは事物の本性に書き込まれた上位の法が存在する。そしてこのような自然法は理性によって認識可能であり、それを発見するのは法学者の任務であるとされる。それは道徳とは区別されるものであって、人間に対して義務的なものである。そしてこのことは、実定法は自然法に合致していなければならないということの意味する。こういった考え方が、実証主義学説によって拒絶されるものなのである。実証主義は、これらとは反対に、もともと厳格なバージョンにおいては、自然法は存在しないと考えるし、あるいはより穏健なバージョンにおいては、自然法は認識不可能であって、経験的に確認可能であり観察可能であるもの、つまり実定法のみを考察の対象としなければならぬ、と考える。いずれのバージョンにおいても、実証主義学説は、実定法が義務的なものであるとすれば、それはただ単にその固有の性質、とくにその生成の手続きによるのであって、決してその内容の、何であれより上位

の法への適合性によるのではない、とする。

ところが、立憲主義は自然法学説に密接に結びついてい  
るように見えるのである。その結びつきは、一八世紀末の  
理論家や憲法制定者を考えれば、もちろん、歴史的なもの  
であると言える。しかし、それは同時に論理的な結びつき  
でもある。ここでは、憲法によって作られた諸権力に課さ  
れる憲法規定のうちもつとも重要なものは人権を宣言する  
ものである、という考え方を問題とするわけではない。た  
しかにこの考え方は立憲主義の中心的な考え方の一つであ  
り、自然法学説がこのような考え方を人権の自然法として  
の性質に依拠せしめるというのはその通りである。しかし、  
同様の考え方をもち実証主義学説を見いだすことも可能な  
のである。実証主義者も、人権が尊重されるべきであると  
考えることは可能なのであって、ただしその理由は、人権  
が自然法上のものであるからということではなく、人権が  
宣言され、それが憲法規定の対象となっているから、言い  
かえれば、それが実定法であるから、という理由でそう考  
えるのにすぎない。つまり、人権宣言の優越性の主張は、  
論理的に自然法論と結びつくというわけではないのである。  
反対に、実証主義がいかなる解答をも寄せえない問いが  
存在する。それが、憲法の義務的性質の根拠を尋ねる問い

であり、つまり人権宣言のそれをめぐる問いである。憲法  
は制憲者の意思を表しているが、制憲者の意思に従うよう  
に命じる実定法規範などどこにも存在しない。実証主義は、  
仮言的な論法に依拠せざるをえないのである。すなわち、  
もし、法律が義務的であるのはそれが憲法に適合するから  
であると考えようとするのであれば、必然的に、憲法は義  
務的なものであるとの前提を採らなければならない、と。  
これがかの有名な、ケルゼンの根本規範理論の内容であつ  
て、義務的性質の根拠についての理論を、かかる義務的性  
質の仮説に取って替えることへと誘うものである。

そして立憲主義も、この問題を免れるわけではない。憲  
法は義務的なものであり、そう望んだ人間たちが亡くなつ  
たあとも久しく義務的なものであり続ける。しかし我々が  
従っている対象は、それらの人間の意思ではない。憲法が  
義務的なものであるのは、憲法を採択した人々を超えて、  
憲法が真に由来するところの権威を理由とし、また、憲法  
の内容を理由とするのである。憲法が真に由来するところ  
の権威とは、主権の所持者である。制憲者は主権を行使す  
るにとどまり、主権はその性質上、別な者——つまりナシ  
オンかプープルに——属している。そして制憲者がその意  
思を表明する。しかし、憲法に表明されたこの意思は、あ

る時点の政治的意思ではなく——そうでなければ、憲法が何世紀も後になお義務的なものであることを正当化しえなかならう——、一定の目標の実現を目指す意思である。<sup>(3)</sup>この意思は、正義になつた目標、本来的な正義つまり政治的自由の実現を目指すもので、その実現を、権力の構造自体によつて、また権力分立や代表制といった基本的諸原則によつて、すなわち、つまるところ憲法の固有の性質によつて、なそうとする。つまり、立憲主義の解答は単純である。憲法は、その性質のゆえに義務的なものであると。そして、憲法の義務的性質の根拠は、自然法である、と。

最後に、方法論としての実証主義は、法学は記述に自己限定すべきであると考え、イデオロギーを排除する、非認識論のメタ倫理に依拠するものであつて、立憲主義——それ自体、明確に命令的なものである——とは別な平面に属する。<sup>(4)</sup>

ただし、現代法理論と立憲主義のあいだには、一定の一致点も存在することを指摘しておかなければならない。

そのうちのいくつものものは、もちろん偶然の一致である。異なつた観点から異なつた目的で展開されてきた考え方がそれである。たとえば、主権論に対する批判がある。

立憲主義は、主権論を、立憲主義とは両立しえず、かつ有害なイデオロギーであるとして、排除する。たしかに、およそ国家には一つの主権的権威が必要であり、「主権」と呼ばれる神秘的な実体が存在し、それは国家の存在自体にとつて不可欠なものであるとか、主権を分割しようとしてはならない、それは主権を破壊することになつてしまふ、といったデーゼは、立憲主義の対極に位置する。立憲主義の核にあるものは、その反対に、あらゆる主権を破壊すべきである、主権的権威なるものが存在してはならない、という考え方なのである。

現代の法理論——法実証主義の今日的なバージョン——もまた、主権論を批判するが、それはその学問観に基づいてそうする。ちやうどあらゆるイデオロギーや形而上学を、分析的に、あるいは経験的に論証されようのない命題から成り立っているという理由で批判するのと同様である。つまり、立憲主義は、主権論とは異なつた価値を主張するものであるがゆえに主権論を批判するのに対して、現代法理論は、なにも勧奨しないことを勧奨するものであり、また語りうるものしか語らないことを勧奨するものであるがゆえに主権論を批判する、というわけである。

別のある点においては、両者の関係はより複雑である。

違憲審査制についての場合がそれである。たしかに、厳格な立憲主義は違憲審査の制度化を求めるし、またそれは合衆国において、一九世紀初頭以降によく知られた成功とともに発展してきたものである。しかし違憲審査制は、ヨーロッパにおいては二〇世紀、とりわけ第二次世界大戦後に普及したものである。ただし、その端緒は一九一九年のオーストリア憲法においてであつた。そして、この憲法は、現代法実証主義のもつとも重要な一派である純粹法学の創始者ハンス・ケルゼンの影響を受けており、実際にその多くの部分が彼によつて起草されたものである。さらに、純粹法学は第二次大戦後のヨーロッパ諸国の憲法——そしてそれらは違憲審査制を定めるものである——に対しても影響を与えており、とりわけ、イタリア憲法がそうである。それゆゑ実証主義は、立憲主義と同様に、法律の合憲性を裁判所によつて統制する制度を求めるものであると考えたくなるかもしれない。しかしながら、それは大きな誤りである。というのも、実証主義は、すでに見たように、法学に対して、何であれ要求すること、あるいは現にある法の記述を超えることを禁じるものであるからである。そうすると、実証主義の影響と違憲審査制の制定とが一致していることを理解するには、次のような二通りの方法しかない

ことになる。

まず、実証主義者は、たとえば権力を行使したりあるいは制憲者のアドバイザーとなるなどして、あるべき法について (*de lege ferenda*) 語るとき、もはや実証主義者とは言えないと考えることができる。彼は法規範に自らのイデオロギーを表明する内容を与えるか、もしくは与えようとする。ある憲法に対して影響を与えた法学者のうちの多くの者が実証主義者であつたことや、また別所では民主主義のイデオロギーもしくは少なくとも立憲主義のイデオロギーに近いものを表明していた者であつたということは、実に容易に確認できることで、たとえばケルゼンは、よく知られているように、オーストリアの社会民主主義者たちと親しい関係を維持していた。ただし、社会民主主義の諸主張に対する彼の賛同を、何であれ彼の法実証主義と結びつけることはできない<sup>(5)</sup>。

しかし、他方で厳密な法の記述——実証主義はそれに専心する——と違憲審査制の考え方とのあいだに何らかの関係があるかどうかを探索することもできる。法学は法秩序の眞の構造を浮かび上がらせようとする。そしてそれは階級化されており、その結果、それぞれの規範はその妥当性の根拠をより上位の規範のなかに見いだすことになる。実

際、ある行動を命じる法規範が存在すると言うことは、そのような行動が義務的であるということの意味する行為がある人が為した、と言うことである。そしてこのような行為は、通常は意思行為であり、より上位の規範の観点からそのような意味を表現する。というのも、上位規範がこの行為が命じるように行動するよう命じるからである。

上位規範の観点は、動態的であることもあれば、静態的であることもある。意思行為が規範の意味を示すのは、それが上位規範によって命じられた通りの方法によってなされた——たとえば、事前に定められた手続きに従ってなされた——からであるとき、それは動態的である。そして意思行為において表明された命令の内容もしくは実質が——その形式ではなく——上位規範の内容に適合するとき、すなわち、ある特定の行動を命じる行為は、上位規範の内容を明確にすることでしかない、というとき、それは静態的である。たとえば、ある意思行為は、それが憲法によって定められた手続きに従って権限ある機関によってなされたのであれば、動態的観点からして法律としての意味を持つことになる。もし憲法が手続きを定めるにとどまらず、その手続きに従ってなされる諸行為が一定の内容をもつべきことを定めており、かつ、この行為がそのような命じら

れた内容確かに有しているのであれば、それは静態的観点からして法律としての意味を持つ、ということになるわけである。

ある法律が、憲法によって定められた手続きとは異なる手続きによって採択されたようにみえるとか、あるいはその内容が憲法によって命じられた内容に反するようみえるにもかかわらず、それが発効するということがありうる。このような場合、純粹法学は、かかる法律は、それが発効しているものであるからやはり妥当するものであると考え、また、その妥当性の根拠は、やはり憲法に存する、言いかえれば、同法は、その外見に反して憲法に適合する、と考える。たしかに、発効している規範は無ではありえず——無である規範は規範ではない——、ただ取消しうるものであるにすぎないのである。それゆえ、取消しのためいかなる手続きも存在していないのであれば、外見上憲法に反する規範は妥当しているのであって、そう認めるためには必然的に、かかる規範は実際には憲法に適合している、憲法は明示的には一定の行動をするように、黙示的にはそれに反する行動をするように命じている、と考えなければならぬことになる。別な言い方をすれば、一八〇三年のジョン・マーシャルの論法に通じる仕方であるが、もし違

憲審査の手続きが存在しないのであれば、立法機関は好き勝手に憲法を修正することができ、しかもそれは立法という形式でそうすることができる、と想定しなければならぬのである。

もちろん、法秩序の構造をこのように記述したからといって、違憲審査制を導入すべきであるとか導入してはならないといったことが帰結するわけではない。しかし、以上のような記述は、技術的な規範として定式化することができるのである。すなわち、立法形式と憲法形式との区別を維持するためには——イデオロギー上の理由により、それを維持することが望まれていると仮定する——、違憲審査制を導入しなければならない、と。法実証主義は、したがって違憲審査制を当然に導きだしているのではなく、違憲審査制を一定の目的に資する手段として考えることを可能にする関係を記述するにとどまっているのである。

結局、立憲主義と現代法理論と呼ぶべきものとのあいだには、ほとんど関係がない、ということになる。現代法理論は立憲主義という概念を用いず、またそれに対応するイデオロギーを基礎づけることもないのである。

しかし、分析はかかる確認にとどまるわけにはいかず、立憲主義の概念を法理論が用いることにメリットがないの

かどうか、歴史的見地からではなく、方法論の見地から検討してみることが必要である。そのためには、立憲主義を、何らかの命令を含む理論としてではなく、諸憲法を記述する特殊な形式として理解することができないかを検討しなければならない。ただし、それは、法学者が解釈論を行う際に用いる形式とは大いに異なったものである。

法学者が解釈論を行うとき、彼らは憲法のなかに特定の具体的状況に適用可能な規範があるかを探求し、問題の状況を明示的に扱った規定が憲法条文中に見いだせないときには、さまざまな手法によって、諸規定をもとにして、解釈操作の結果そのように用いることが適切であると彼らが判断するところの個別的規範を導きだそうとする。憲法はそこでは主としてテキストとして捉えられており、そこには、対象の違いは別として、憲法学者と民法学者の活動にほとんど差異は認められない。憲法を記述することは、まずはこのテキストを記述し、それが設ける諸機関やその地位、その職務を記述することである。憲法を起草する場合には、このような理解の仕方は、解釈論者としての法学者が慣れ親しんだ手法——すなわち、文書の作成にあたっての極度の正確さと、その適用を統制するための独立かつ不偏の組織の設立——によって一定の効果を追求するよう

誘う。

記述と創設というこれら二つの側面において、以上のような理解の仕方は大いなる成功を収めてきたとはいえない。経験的政治科学の驚異的な発展は憲法の記述の不十分さを栄養としてなされたし、また、近代の憲法のうちのごく僅かしかその起草者たちの期待通りに機能したものがないことは、容易に知ることができる。

ところで、一八世紀の立憲主義思想に基づいて制定された諸憲法のうち、現在でもなお有効であるアメリカ合衆国憲法が生み出した体制は、たしかに二世紀のあいだに変遷を遂げたものの、大要においては、建国の父たちの見解に合致しているし、そのことは彼らも容易に認めうるであろう。もちろん、かかる長寿のメリットがすべて立憲主義に帰せられるかは明らかではない。しかし当時の思想が憲法と権力の現実の調整のあり方との関係を明らかにしうる特徴を有していたということを確認することは重要である。

そしてこれらの特徴は、今日では、別の記述の手法を根拠づけることを可能にし、また近時の憲法学の一定の発展を正当化することを可能とするものである。

一八世紀の立憲主義は憲法を一つの機械装置として捉え、その装置の部品は、必然的に、装置を動かす人間の意思と

は関係なく、一定の効果を作り出すように配列されていると考えていた。他方で、一八世紀の立憲主義は、市民社会から区別された国家ではなく、社会全体を構造化する組織編成の探求として捉えられていた。これらの特徴こそが、現代の法理論が憲法を記述するために用いうる——そして部分的にはすでに用いてきた——もののなのである。

### 機械としての憲法

(La mécanique constitutionnelle)

啓蒙期の立憲主義者にとって、そしてそれは現代法理論学説にとつても同様であるが——ただしその理由は根本的に異なっている——、憲法とは神聖なテキストとして捉えられるものであった。ただし、それが崇拜の対象たりうるものであったのは、それが憲法であるからではなく、それが良い憲法であるからであったのであり、つまりは憲法の形式やそれが宣明されたときの荘厳さを理由とするのではなく、その固有の長所、その技巧のみを理由としていたのであった。

憲法は何よりもまず一つの機械装置 (mécanisme) と

して構想され、憲法に求められる品質は何よりもまず効率的な機械装置としての品質であった。すなわち、憲法は、憲法がそのために構築されたところのものを実現しなければならぬ。このような憲法の捉え方は、ニュートンが英雄であったこの世紀には非常に広く受け入れられていたものであり、機械・力学に関わるメタファーが豊富に用いられていることによって特徴づけられる。たとえば、天秤＝均衡 (balances)、バネ＝原動力 (ressorts)、球体＝範圍 (spheres)、歯車＝機構 (rouages)、カウンターウェイト＝歯止め (contrepoids) などである。

その好例がモンテスキューに、また後になってマディソンに見いだされる。モンテスキューは、よく知られていることであるが、政体を三種類に分ける。そしてそれぞれの政体は独自の性質、いわゆる「政体の固有の構造」——統治者の数や、統治者が権力を行使する方法によって特徴づけられるもの——を有している。<sup>6</sup> 君主政においてはただ一人の人間が、「確固たる制定された法律によって」統治する。専制政体においてもただ一人の人間が統治するが、しかし「法律も規則もなく」そうする。共和政体においては、統治するのは全体としての人民か人民の一部分かであり、それはその共和政体が民主政であるか貴族政であるかによ

る。<sup>7</sup> さらに、それぞれの政体はある「原理」によって特徴づけられ、それは政体を「活動させるもの」、政体を動かす人間の情念である。<sup>8</sup> モンテスキューはそれを「バネ (ressort)」とも呼ぶ。<sup>9</sup> 専制政体の原理、それは恐怖である。君主政体のそれは名誉感情であり、共和政体のそれは徳である。ここにおいてすでに、本性と原理の関係における力学的把握の原初的な痕跡を見て取ることができる。すなわち、一定の本性をもつ政府は、一定のバネによってしか機能することができない。専制政体は恐怖によってしか維持されずまた存在しないし、共和政体は徳によってしか維持されずまた存在しないのである。<sup>10</sup>

また第三の術語もある。目的 (objet) がそれである。目的というのはあらゆる政体が必然的にそれに向かつて行くものであり、あらゆる政体はその本性を理由として作り上げるものである。専制においては君主の悦楽が目的であり、君主政では君主と国家の栄光が目的である。

このような関係に依拠しながら、モンテスキューは自由の問題を解決しようとした。いかなる単一政体も自由を目的としてはいない。ゆえに問題をひっくり返さなければならない。すなわち、これまででは、ある政体の本性と原理とを知ることによって、その目的を知ることができた。モン

テスキューは、そうではなく、まず目的、つまり自由を提示し、それからその目的を必然的に目指すような政体の本性と原理とを探究するのである。そしてこのような政体が、イングランドの政体である。その本性は混合政体である。

その原理とはいえば、それは徳ではない。徳は共和政の原理である。だからこそ共和政は脆弱なのである。イングランドの憲法は、徳を必要としない。それはより強固なバネを有している。すなわち、エゴイズムと利害対立である。このような利益をめぐる対立こそが、憲法体制の均衡と政治的自由とを保障するものである。

マディソンも、用語法は異なるものの、これと似た考え方を持っていた。共和政が依拠する徳とは、通常の見解によれば、紛争を招く私益を公益のために忘れる市民の能力のことである。しかし、かかる徳は稀なものである。というのもエゴイズムと利益対立とは人間の本性に深く根付いているからである。したがって問題は、共和政を徳に基づいてではなく悪徳に基づいて作りあげることである。徳は忘れ去られたわけではないが、憲法のバネではなくむしろ憲法によって作り出されるものである。というのも、憲法システムによって、通常はもつとも有能な者、もつとも徳のある者が選出されるはずだからである。

ルソーのようにモンテスキューとは大いに異なった論者においてさえ、よく似た考え方を見いだすことができる。ルソーもまた、その本性そのものによって必然的に自由を作り出すような体制を探究する。たとえば、「主権者は、それを構成する個人から成り立っているものでしかないから、諸個人の利益に反する利益を持つてはいないし、また、持つこともできない。……主権者は、それが主権者であるというただそれだけの理由で、主権者として持つべきあらゆるものを常に備えている」。そして有名な箇所であるが、ルソーが、一般意思に従うよう市民を強制することは、「自由であるように強制される、ということ以外のいかなることをも意味しない」と説明する部分は、このことこそが「政治の機械がうまく動くための条件」であるという正当化をも含んでいるのである。<sup>12)</sup>

それは常に主権者の本性および人間の本性への依拠なのである。一般意思は誤りえない。それが常に正しいのは、「全体のために投票する際に自分自身のことを思わぬ者などいない」からであり、また「そのことは、権利が平等であること、そしてそのことから生じる正義の観念が、各人の持つ選好から、したがって人間の本性から派生するものである」ということを証明する<sup>13)</sup>。

これらの論者においては、良い法律を作ること、あるいは憲法を尊重すること、自由を保障することを命令することが重要であつたのではなく、その構造そのもののゆえに、こういった結果を必然的にもたらし得ようシステムを構想することこそが重要であつたのである。相違点は、結果に至る手段について存在するのみである。とはいえ、モンテスキューにおいても、ブラックストンにおいても、またアメリカやフランスの革命期の制憲者たちにおいても、支配的見解は、立法権の分立に信頼をおいていた。<sup>14)</sup>

かかる立法権の分立は、立法に部分的に関与するさまざまな機関の組み合わせやその本性についての問題とは独立に、それ自体で望ましいものであると多くの論者が考えた。そして彼らが立法権の分立から得ようと期待した第一のものは、権力分立の保障である。イングランドにおいては、国王は執行機能の所持者であり、また、立法に部分的に関与する機関でもあつた。国王は、国王から執行権を奪ひ、またそうすることで執行権と立法権の両方を兼ねようとする議会のあらゆる試みに、拒否権の行使によって対抗することができた。しかし国王は、一人では法律を制定することはできないし、法律に同意した以上はそれを忠実に、正しく執行するであろうと期待された。言いかえれば、対立

関係を組織化すること自体が、憲法体制の安定を保障する性質をもつていたのである。

他方で、恒常的な分立と対立によって、自由と財産を侵害するような法律の採択が阻害されるかもしれない。もし彼らが合意するなら、多くの法律が作られるであろうし、彼らが合意しないのであれば、ド・ロルムの言葉を用いるなら、「そこから生じる最悪のことからは、一本の法律も作られないということである」<sup>15)</sup>。ところがこの最悪のことからは、悪いことではない。法律が少なければ少ないほど、自由は多くなるからである。

しかし、これらの諸機関が合意して自由を侵害することのないようにする必要もある。ここでもさにヴェネチア共和国の例が引用される。そこでは多様な諸機関のあいだに実に巧妙な対立関係を組織しようとしたものの、実際にはすべての機関が同じ貴族の一門に属する者から構成されており、成功しなかった。対立関係が持続し、望ましい効果をもたらすことを確実にするためには、諸機関を、その構成員がとりわけ異なる社会集団への所属を理由として対立する利益を持つように組織することが必要である。

つまり、優れた憲法とは、神聖な——だからこそ尊重しなければならず、また違反することとくに慎まなければ

ならない——文書なのではない。それは、諸機関が巧みに配置されているからこそ、違反することが不可能なものなのであり、そしてまさにこの配置の巧みさによつてこそ、憲法は賞賛、尊重、熱愛の対象となりうるのである。<sup>16)</sup>

一九世紀以降の支配的な考え方は、以上のような啓蒙期の立憲主義の機械的な捉え方 (conception mécanique) とは非常に異なったものである。

そこでは、憲法は、一定の結果をもたらす機械装置としてではなく、命令の集合体、尊重されるべき規範の総体として捉えられる。このような新しい理解が展開した原因の一つは、おそらく民主政の到来である。というのも、ある機関が主権者人民を代表するとされるのであれば、他の機関がそれとのバランスをとるなどということは想定しえなからである。

このような条件において、憲法規範が実効的に遵守されるためには、言明の力あるいはその名宛人の徳にしかほとんど期待することはできなくなる。

まず立法者の徳に訴えることが考えられる。これは、たとえば一九四六年のフランス憲法が実際に行つたことである。デクレ・ロワの慣行に立ち戻ることを防ぐため、制憲者はほとんど書くという解決策くらいしか想像しなかった

のである。すなわち、デクレ・ロワの端的な禁止である。なお、制憲者はこのような禁止をつくづく不適切な定式化でなしとげた。というのも、制憲者は国民議会が法律票決の権利を委任することを禁じたわけであるが、政府に対してこれらのデクレ・ロワを定めることを許す法律は「立法権の委任」をなすものではなく、ましてや法律を票決する権利の委任などでは毛頭ないということを理解していなかったのである。それはさておき、ここで意味深長であるのは、単なる禁止によつてある行動を阻止することができると信じられたということである。同様の指摘は憲法に反する法律についてもなしうる。

また——今日ではもつとも推奨されることの多い方策であるが——、立法者の徳を信用せず、統制者を設置するということも考えられる。ある面では、このような不信は古くからのものであると言える。革命期において、執行における正しさが求められていたが、一方では、すでにみたように執行機関が法律の形成に参与することによりそれが期待され、他方では、立法機関、つまり議院が執行を監視することにによりそれが期待された。やがて立法院に対する信用は失われ、法律の執行を統制するという口実のもとに実際には立法院が執行権を行使するのではないかと、ある

いは状況に応じて法律を作り直してしまふのではないかと  
 いったことが危惧されるようになった。そのためこのよう  
 な執行の統制を行う役割は裁判機関に与えられることにな  
 った。裁判機関は、その構成により、また、それが判断  
 を下す際に従う手続きによって、異質の機関であつたので  
 ある。しかしそのためには、構成の違いと手続きの違いが  
 徳を保障することになるという公理を認める必要があつた。  
 マスメディアはそのことに十分気がついていたので、さま  
 ざまな統制（または諮問）の機関の構成員を「賢人」と呼  
 んだ。立法府とは異なり、行政裁判所であれば、法律の執  
 行を統制するという名目で法律を作り直したりはしないだ  
 ろう。

これに似た理屈で違憲審査制の導入がもたらされる。立  
 法者が統制を受けず、あるいは同じことであるが、立法者  
 が自ら統制するのであれば、彼はその気の向くままに憲法  
 を作り直すことになる。しかし統制の権限が裁判機関に与  
 えられるなら、裁判所が法律の憲法適合性を確保すること  
 になり、それは憲法の安定性と立法の節度をもたらずであ  
 る。つまるところ、すべては統制者の徳に依存し、そし  
 て統制者の徳は、統制者が選ばれる方法および統制者を輩  
 出する職能階層に依存する。なお、この徳が現実のもので

あることはありうる。またその手続きが、それ自体によつ  
 て統制者の自由を制限し、統制者をその意思に関わらず徳  
 の道に押しとどめるといふこともありうる。しかしこのよ  
 うな補完的な保障は、事実上存在するかもしれないもので  
 あるが、あくまでも余剰的に与えられるものであり、制  
 憲者がかかる保障に頼つてはいないということ、単に裁判  
 所の中立性と不偏性のみに頼つていたということを確認し  
 ておくことはきわめて重要である。

一八世紀においては憲法という機械装置の必然的な機能  
 に期待されていたものを、今日では裁判官の徳のみに期待  
 しているわけである。

ここで、現代法理論が立憲主義学説からいかなるメリッ  
 トを引き出すことができるのかを探求することができると  
 となる。

ただし、最初の確認をしておかねばならない。すなわち、  
 今日の制憲者も、担当者の善意とは関係なく特定の効果を  
 生み出すよう仕向けられた制度を構築することがある、と  
 いうことである。この点について、第四共和政において政  
 権の安定性を高めることを期待して想定された諸ルールと、  
 一九五八年憲法の有名な四九条三項の規定とのあいだの対  
 照性には、驚くべきものがある。この場合、一方は、一八

世紀同様に、政府に敵対する者同士のあいだに衝突が存在し、それにより同一の不信任決議への合意がほとんど不可能となることを期待したのに対して、他方は、不信任案否決の際に自動的に法案が黙示的に採択されるメカニズムを設けたのである。<sup>18)</sup>

しかし、立憲主義を方法論上の道具として用いようとすることができるのは、とりわけ憲法の記述においてである。伝統的な法学は、解釈論の方法に従って、憲法を遵守されるべき規範を表明するものとして捉え、主として言語の分析によって、条文が命じていること、また明示的な命令から導きうることを決定しようと努めてきた。常に、あれこれの状況においては何をなすべきか、という問いに答えようとしてきたわけである。

純粹に記述的な法学は、仮定からして、このような問いを退けねばならず、憲法を特定の効果を生み出さしめる規則の総体と考える。ただし、それが効果を生み出さしめるのは、命令が正しく遵守されるからではなく、これらの規則を理由として、そしてとりわけこれらの規則同士の関係を理由として、行為者にとっては特定の振舞いをなす以外に合理的な選択肢が存在しないからである。

ある振舞いがなされたとき、記述的な法理論が提示すべ

き問いは、「これは憲法に適合するか」ではない。それは解釈論に属するものであり、しかも実はそれは理論的な問いではなく、実践的な問い——それは「この振舞いを非難すべきか」という問いと等しいから——である。そうではなく、「このような振舞いを決定せしめた要因は何か」という問いなのである。そしてそれらの要因のうちで、政治学が記述するもののほかに、いくつかのものは単純に規範のなかに存在している。実際、現に有効な規定についての意識や知識が、戦略や振舞いを決定することは明らかである。

たとえば、投票の方式——つまりは選挙法の定め——が、政党自身の戦略および選挙人の振舞いを通して政党システムに与える影響について、かねてより示されているごとくである。

同様に、いったい何が義務的な行動であるのかではなく、所与の政治情勢のもとで、憲法上のさまざまな機関が、憲法条文によりそれぞれに与えられた権限を考慮したうえでとりうる戦略および行動が何であるかを明らかにしようとする研究が、ますます増えているし、またますます充実している。このようなタイプの分析の例が多くみられるのは、現実のものであれ仮定のものであれ、右派の大統領と左派

の国民議会（あるいはその逆の組み合わせ）が共存する時期に関するものである。<sup>(19)</sup>

しかし、このような方法を憲法裁判の分析に用いることには、大きな困難が伴う。伝統的な分析は、法的問題を明らかにし——しばしばそれは解釈をめぐる問題である——、違憲審査機関の採用した解決策を明らかにし、そしてかかる解決策についての判断を示す、というものである。ところが実際には、今日では裁判官の理論構成と学説のそれとのあいだに大きな違いは存在しない。いずれにおいても、提起される問題は、常に、たとえば法律に関するものであるれば、「それは憲法に適合するか」であり、それに対する答えは憲法条文の分析に依存する。ふつう判例解説と呼ばれるところのものは、実のところ裁判官が明示的に考慮した議論を明らかにするものでしかない。それは一つの正当化である。<sup>(20)</sup>しかしこれとは反対に、法学は、あらゆる科学と同様に、その対象から区別されていなければならないと考え、単に裁判官の言説を繰り返すことが法学なのではなく、その役割は裁判官を説得することでもその決定を正当化することでもなく、記述し説明することである、と考えることもできる。

そうすると、立憲主義の概念はもうひとつのタイプの研

究、つまり他の憲法上の機関についてと同様、裁判官の振舞いの要因を検討する研究の道具たりうるものとなるのである。近時の法理論の発展はまさに裁判所の理論構成に関するものであって、多くの論者が、いかに裁判官の決定が適用しうべき法条に用いられている言語にではなく、また裁判官自身の徳にでもなく、裁判としての理論構成が受ける制約に依存しているかを明らかにしようとしている。

このように、現代法理論において、伝統的な立憲主義におけるのと同様に、法を規範の総体としてのみでなく、現実の制約の総体でもあるものとして捉える考え方が見いだされるのである。同じタイプの制約というわけではないが、重要なのは、いずれの場合においても、規範的ではない視点から振舞いを検討しようとしているということである。振舞いは法則のもとにあるが、それは法規範として考えられているのではなく、事物の本性から帰結する関係として考えられている。そしてこの事物の本性は、ここでは憲法の本性ということになる。現代の理論は、モンテスキューにならない、こうして法的記述と社会学的分析とを近接させるのである。そして、社会学とのつながりは方法論についてのみならず、理論の対象についてもあてはまる。というのも立憲主義は、憲法を社会そのものを組織化したものと

して捉えもするからである。

## 二 社会の憲法

### (La constitution de la société)

一八世紀は憲法を社会そのものの組織化であると考えていた。このような捉え方をもっとも適切かつ明快に示すのは——そのことは必ずしも明確に理解されていないにせよ——人及び市民の権利宣言の第一六条である。

権利の保障が確保されず、権力の分立が確立されていないあらゆる社会は、憲法を持たない社会である。

今日では、このような規定の仕方は奇妙に見えるであろう。今日の起草者であれば、おそらく、社会において権利の保障が確保されるべきであるとか権力の分立が定められるべきであるとは書かず、むしろ前者は国家によつて確保されねばならず、そしてとくに、後者は国家において確立されなければならないと書くであろう。いずれにせよ、常に、憲法は社会の組織編成を定めるものではなく、国家の

それを定めるものとして示されるはずである。

ところが一八世紀には、国家と社会とは区別されておらず、一六条によれば、憲法を持つべきであるのは社会であつたのである。「社会の憲法」、この表現は文字通りに理解されるべきである。公権力を組織し、公権力に対して一定の機能の仕方を命じることだけが追求されるのではない。何よりもまず、社会そのものを構造化することが求められるのである。

そしてこのような捉え方は、なにも学説に固有というわけではない。たとえばルソーは次のように書いている。

「家柄や貴族身分といったものがそこに無意味に紛れ込んでしまうことを避けながら、一人民のうちに異なる階級の区別をつけることができる<sup>(21)</sup>」と。モンテスキューやその後継者たちは、すでにイングランドの議会の構成と社会構造とのあいだの対応関係を強調していた。社会の諸集団が議会に代表され、そこで抵抗する能力を獲得したために、彼らの特権を縮減することになるような、つまりは彼らを社会的範疇として破壊してしまうことになるような、あらゆる立法を阻止することができた<sup>(22)</sup>。このように、立法権限の分割は、それがすでに見たように憲法体制の安定と執行の正しさを保障しようとするものであることからする調整機

能を果たすのみならず、社会の秩序を保守するための道具的機能をも果たす。たとえばマプリは、立法機関にはその国の社会階級と同じ数だけの議院を設けるべきであると考えていた。ある階級の存在は、このように、その存在を擁護するために憲法が与える能力と不可分のものと判断されていた。そこでジョン・アダムズは、次のように書くことができたのである。すなわち、イングランドにおいては貴族階級が存在するのではない、というのも貴族院は、世襲の貴族院議員から構成されてはいるが、彼らは貴族の利益を一般的に擁護するのではなく、彼ら自身の利益を擁護するに過ぎず、他方で議席を持たない貴族はいかなる代表者も持たず、自分たちの特権を擁護することができないからである、と。反対に、混合立法機関の代わりに単一立法機関を創設することで階級による分割は廃止することもできた。

旧体制に独特なこのような構造にとどまらず、社会のその他の特質、たとえば所有権に対して、影響を及ぼそうとすることもなされた。所有権を保障する主たるものは、権力の均衡であつて、だからこそバルナーズは、一七九一年に、権力の均衡に対する侵害はいかなるものであれ所有権に対する侵害となると警告していたのである。一八世紀の

立憲主義者たちは、立法府のなかに特殊なあり方で土地所有者たちを代表する議院を存在せしめることにより、あるいはまた、より単純に立法権をなんらかの形で分割し、そのことによつて法律の採択を遅延させまた困難にし、重農主義者の理想通りに、「ごく僅かの法律」しか存在しないようにすることで、このような保障がなされることを期待した。<sup>(23)</sup>

憲法がもつこれらの社会的効果が、憲法典の宣言の莊嚴さ——それはより正しく憲法を遵守しようとさせるかもしれないが——でも、違憲審査の制度でもなく、ただ政治部門の組織編成、あるいは当時の用語法によるなら権力配置の特殊なあり方のみに期待されていたということは実に注目すべきことである。啓蒙期の考え方においては、憲法というの是一種の遂行的言語なのであつた。

しかし、多くの理由により、とりわけ市民社会と国家の区別を理由として、このような考え方は一九世紀には失われる。そのことは、近代憲法は社会における一定の行動を命じる規定を含まないとか改革の意思を表明する規定を含まないといったことを意味するわけではないし、また、実際に採用された組織編成がいかなる社会的効果をも有しないといったことを意味するわけでもない。ただ単に、これ

らの効果がもはや、今日で言うところの実質的意味の憲法に期待されるものではないということ、制憲者は、今日ではむしろ立法者に向けられた命令をまずは定めるということとを意味するにすぎない。たとえば、いわゆる第二世代の人権についてのさまざまな権利宣言は、たしかに社会変革の意図——時として急進的な変革の意図——を示すものではあるが、しかしこの変革は、これらの宣言に含まれている命令が立法者および他の規範作成権限を有する機関によって遵守されなければ起こりえない。一八世紀の憲法とは異なり、それらの権利宣言は、それだけでは社会を構成し直すことにはないのである。

同様に、職能代表的な第二院も、一八世紀とは異なった見地から生じる。第二院の存在によって直接に社会の構造を強化することが求められるのではなく、市民社会と国家の区別が前提とされる。国家を構造化することによって社会を構造化するのではない。社会の構造をまねて、国家の一部分が組織化されるのである。

現代法理論は、それゆえ、今日の諸憲法のなかに啓蒙期同様の意図を見いだすことはできない。それはそこには存在しない。しかし現代法理論は、権力の構造と社会とのあいだに存在しうる関係を分析の道具として役立てることは

できる。これがチャールズ・ビアードの研究の方向であったし、またフランスにおいては、より近時になって、シャルル・アイゼンマンを通してモンテスキューを読むルイ・アルチュセールの行論の方向でもあった。<sup>(24)</sup>

今日では、第二次大戦以降の諸憲法における違憲審査制が社会全体に及ぼす影響を強調しなければならない。もつとも目立つのは、憲法の領域もしくはその規律事項の拡大である。古典的な教科書は、形式的意味の憲法、つまり最高位の規範の総体であり、特別な手続きによらなければ改変しえないものと、実質的意味の憲法、つまり公権力に関する規範の総体とを区別する。そして形式的意味の憲法はときとして実質的には憲法とはいえない規定を含むことが述べられ、また、その奇妙な一例として、今日では廃止されているが、ユダヤ教の儀式により食肉用の動物を屠殺することを禁止するスイス憲法的一条文がしばしば引用される。

ところが今日では、このような区別はその意義を一部失っている。というのも、憲法のうち何が実質的意味の憲法であるかを決定することが不可能であるからである。区別の基準は、規範の名宛人ではありえないし、またその対象でもありえない。名宛人ではありえないというのは、か

つてと同様今日でも、憲法規範は常に公権力を名宛人としてゐるからである。先に触れたかの有名なスイス憲法の規定も、食肉業者のみに関係するのではなく、立法者にも関係するものであつて、立法者に対してそのような方法での屠殺を認めることを禁じているのである。また、区別の基準は、規範の対象でもありえない。対象の性質に「憲法的」と呼ぶる何かが存在するわけではないので、排他的に公権力のみを規制する規範が、その名宛人や形式には関わりなく、憲法的対象を有しているのだと決めざるをえない。そして、たとえば動物の屠殺を規制する規範は、その名宛人や形式にかかわらず、憲法外的な対象を有しているということになる。これが伝統的な学説の行つていたことであつて、かかる区別は、それが公理のようなものである以上、たとえ実際に役立つ場面は大きくなくとも、議会の権限に関する規範が同時にそれ以外の対象を有していない限りにおいて、受け入れうるものではあつた。こうして、一方には憲法上の機関の地位および権限に関する規範の総体——それは下位の規範がとるべき形式を指示する（学説はこの第一の規範の総体を逆説的に「実質的意味の憲法」と呼んだ）——が存在し、他方にはこれら下位の規範に一定の内容を与えることを命じる規範（学説はこれを「形式

的意味の憲法」と呼ぶ）が存在することになった。ところが違憲審査制の発達により、第一のタイプの規定のほとんどが、少なくとも部分的には、法律レベルの規範の内容についても指示しているものとして解釈されるようになった。立法機関の権限を画定する規範は、立法機関に対して、法律に一定の内容を与えるべきこと、また与えるべきではないことを、同時に命じているのである。

このように実質的意味の憲法と形式的意味の憲法との区別が消去されているということは、非常に重要な意味を持つ。すなわち、憲法の条文はあらゆる事項を規制するものとして解釈されうる、ということである。今日では、憲法は単に国家のみならず、社会全体に関係するものとなっている。

このような憲法と立法レベルの規範のあいだの関係は、命令とそれに従つてとられた行為の関係としてのみ捉えられるべきではない。憲法は、立法者に向けられた命令——そして立法者が次に社会に対して命令を発する——の総体であるだけではない。違憲審査制の存在によつて、憲法は、啓蒙期のモデルにおけるように、法律レベルの規範の内容を、事前に大きく決定するシステムとなつてゐる。憲法裁判官は憲法の文言を、そこに立法者の自由を制限す

る原理を見いだすことができるように解釈するのである。

これらの原理は、もちろんのこと、立法者に対して一定の規範を定めるよう、あるいは定めぬよう、命じることで立法者の自由を制限する。しかしそれにとどまらず、裁判官の独特の行動様式を理由として、これらの原理は一つの特殊な属性を示すのである。ちなみにこの属性が、部分的には、学説が諸原理を完全に実定法規範のごとく扱うのが困難である理由を説明する。すなわち、自然法則とは異なり、規範というのは常に従われるか従われないか——規範を特徴づけるものは、その破られることができるという能力にあるとかつて言われたことがある——であるのに対し、憲法裁判官が表明する諸原理は、文字通り破られることができるものなのである。というのも、これらの原理は、立法者がそれに違背しようとしたとして、法律がただちに妥当性を奪われることになるその瞬間にはじめて宣言されるものでしかないからである。法律がこれらの原理に反しているのであれば、それは発効することができないか、あるいは効力を保つことができない（それは考察対象のシステムによる）。その結果、啓蒙期の憲法モデルと同様に、これらの原理を知れば、立法内容の少なくとも一定の特質が知られるのである。

そして、これらの特質は、まさに、社会そのものの本質的な性質を形作るもの、つまり、一定の範疇のものに特別な地位が与えられているか否か、所有権の制度、経済が社会化されているか国家化されているか、といったことである。この意味においてこそ、今日では憲法は、一八世紀のように、社会の憲法である、と言えるのである。

この点についてもまた、もちろん今日的な立憲主義と啓蒙期の立憲主義とのあいだには重要な違いが存在する。何よりも、今日では社会の構造が立法権の組織編成から帰結するなどとは言えないし、ましてやその分割によって帰結するなどとはいえない。他方で、憲法のもたらす社会的な効果については、今日では、それらは逆説的ながら、違憲審査制の発達をうけて、憲法は義務的なテクストであるという考え方——様々な点において啓蒙期の考え方と対立する考え方——の勝利からもたらされている。とはいえ、これらの違いは歴史的なものであるに過ぎない。そしてこれらの違いは、憲法と社会の関係が形成されるあり方についてのものであつて、この関係自身についてのものでも、それについてなすべき分析についてのものでもないのである。

- (1) Nicola MATTEUCCI, « Costituzionalismo », in *Dizionario di Politica*, Torino, 1976, p. 262 et s. ; « La costituzione americana e il moderno costituzionalismo », rapport au colloque « La costituzione statunitense e il suo significato odierno 1787-1987 », Université de Bologne, 27-29 mai 1987, multigr. ; Gordon J. SCHOCNET, Introduction à J.R. Pennock et J.W. Chapman (éd.), *Constitutionalism*, New York, New York University Press, 1979.
- (2) Norberto BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milan, Ed. di Comunità, 1972, p.103 et s.
- (3) Gordon S. WOOD, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, The University of North Carolina Press, 1969.
- (4) Nicola MATTEUCCI, *loc. cit.*
- (5) ハンキョウノミヤコノチノ新国體ニテホセロキーの國體ニツクニテ cf. Michel Troper, Introduction à la deuxième édition de Hans Kelsen, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, trad. franç. par Charles Eisenmann, Paris, Economica, 1987.
- (6) *Espirit des lois*, Livre III, chapitre 1.
- (7) *Ibid.*, Livre II, chapitres 1 et 2.
- (8) *Ibid.*, Livre III, chapitre 1.
- (9) 【訳者注】たとえば第三編第三章、第五章、第六章、
- (10) 【訳者注】この段落はたしかに『法の精神』の邦訳は「野田良之＝福本英之助＝上原行雄＝田中治男＝三辺博之＝横田良彦（論）『法の精神（上巻）』」に改題されている（経済学雑誌「ミヅノミヅ」1976年）。
- (11) J.RAKOVE, *James Madison and the Extended Republic : Theory and Practice in American Politics*, American Historical Association and American Political Science Association, 1983-1984.
- (12) *Contract social*, Livre I, chapitre VII.
- (13) *Ibid.*, Livre II, chapitre IV.
- (14) Cf. BLACKSTONE, *Commentaries*, Livre I, chapitre II, 5<sup>e</sup> éd., Oxford, 1773, p. 155, « Like three distinct powers in mechanics, they jointly impel the machine of government in a direction from what either, acting by itself, would have done ; but at the same time in a direction, partaking of each, and formed out of all ; a direction which constitutes the true line of the liberty and happiness of the community ».
- (15) J.-L. DE LOLME, *Constitution de l'Angleterre ou état du gouvernement anglais comparé avec la forme républicaine et avec les autres monarchies de l'Europe*, Amsterdam, 1771, p. 162.
- (16) 『フェデラリスト』における手段と目的の関係について

- ては' Harvey C. Mansfield Jr., « The Constitution and Modern Social Science », *The Center Magazine*, septembre-octobre 1986 の非常に鋭敏な分析を参照。
- (17) 【訳者注】第四共和憲法第一三条は「国民議会は単独で法律を票決する。この権利を委任することはできない。」と定めていた。
- (18) 【訳者注】ただし、四九条三項の手続きは、二〇〇九年七月の憲法改正により、財政法律および社会保障財源法律についてのみこれまで通り用いることができるものの、その他の法律案については一會期に一度しか用いることができないと定められた。
- (19) Michel Troper, « La Constitution et ses représentations sous la V<sup>e</sup> République », *Pouvoirs*, n° 4, 1978, pp. 61-72.
- (20) 法学説と裁判官のプラクティスとの方法論的同一性を正統化しようとする試みとして、Ronald Dworkin, « La théorie du droit comme interprétation », *Droit et société*, n° 1, pp. 81-92 など。
- (21) J.-J. Rousseau, *Projet de Constitution pour la Corse*, Œuvres complètes, t. III, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1964, p. 910. 【訳者注】邦訳として、木崎喜代治(訳)『コルシカ憲法草案』(未来社、一九七九年)、および、遅塚忠躬(訳)『コルシカ憲法草案』『ルソー全集 第五巻』(白水社、一九七九年)などがある。
- (22) 「国家には常に、出生、富、名譽によつて際立つた人々がいる。…それゆえ、立法における彼らの役割は、彼らが国内でもっている他の優越性に比例すべきである。人民が彼らの企てを阻止する権利をもつと同様に、彼らが人民の企てを阻止する権利をもつ一団体を構成するならば、このことは実現されるであろう。」(『法の精神』第一一編第六章)。参照、Louis Althusser, *Montesquieu, la politique et l'histoire*, Paris, PUF, 1959. 【訳者注】和訳は前掲注一〇『法の精神』に従った(該当箇所は横田地訳)。
- (23) Michel Troper, « Liberté, propriété et structures constitutionnelles dans la pensée politique du XVIII<sup>e</sup> siècle », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft, Neue Folge NR 10 (IVR IX), pp. 165-175.
- (24) Charles A. Beard, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, 1<sup>re</sup> éd., 1913 : Louis Althusser, *op. cit.*

## 【参考】

## 南野 森（訳）「ミシエル・トロペール論文撰」

- 1 <リアリズムの解釈理論>（付・訳者はしがき）  
（七〇巻三号一六七―一八八頁、二〇〇三年）
- 2 <慣習の根拠から根拠としての慣習へ>  
（七一巻二号一九五―二二二頁、二〇〇四年）
- 3 <必要は法を作る——憲法慣習についての考察>  
（七二巻一号八三―一〇三頁、二〇〇五年）
- 4 <憲法裁判官の解釈の自由>  
（七二巻二号六三―七九頁、二〇〇五年）
- 5 <法治国の概念>  
（七三巻二号一六三―一八三頁、二〇〇六年）
- 6 <持続的民主政と憲法裁判>  
（七三巻三号二二五―二四一頁、二〇〇六年）
- 7 <主権の所持者>  
（七三巻四号一二七―一四五頁、二〇〇七年）
- 8 <帰責原理としての主権>  
（七四巻一号一五五―一七三頁、二〇〇七年）

## 9 &lt;実証主義と人権&gt;

（七四巻四号一六一―一七七頁、二〇〇八年）

## 10 &lt;ナチス国家は存在したか？&gt;

（七四巻四号一七九―一八六頁、二〇〇八年）

## 11 &lt;フランス革命初期における司法権の概念&gt;

（七五巻三号七七―九七頁、二〇〇八年）

※ 拙訳「ミシエル・トロペール論文撰」は、「九州大学  
学術情報リポジトリ（QIR）」に公開されており、  
その全文PDFをダウンロードすることができる。