

憲法慣習論からーールネ・カピタン再読

南野, 森
九州大学大学院法学研究院：助教授

<https://hdl.handle.net/2324/19650>

出版情報：pp. 664-686, 2004-09-10. Sobunsha
バージョン：
権利関係：



憲法慣習論から

——ルネ・カピタン再読——

南
野
森

カレ・ド・マルベールはかつて次のように述べた。「憲法の法的特徴とは、(…)それが通常法律によっては改変されえないという意味において、また、そのことによってそれが立法権限を限界づけるという意味において、それがより強い力を有する法律である、ということである。憲法という観念は、法的には、この条件においてしか現実のものとはなりえないものである。このように考えれば、ただちに、慣習憲法なるものの存在可能性は排除される。憲法と慣習というこの二つの語には、両立不可能性が存在するのである。慣習は成文化されていないものである以上、慣習を改変するための手続など必要ないからである。つまり、真の憲法を特徴づけるところの、他に勝る力というものを、慣習は有していないのである。かかる特殊な力を与えられているのは、成文憲法が定めた規範のみである」と。⁽¹⁾大革命以来の成文法律中心主義は、フランスにおいてながらく憲法慣習という考え方にほとんどの実益を否定してきたし、成文法律中心主義が成文憲法中心主義へと姿を変えるに至っては、なおさら憲法慣習は、その概念そのものが否定されるべきものとされた。右に訳出したカレ・ド・マルベールの言明は、前世紀初頭以来のフランス公法学におけるそのような意味での法実証主義を代表する立場からの、端的な憲法慣習否定論であった。

カレ・ド・マルベールの否定論からちょうど四十年を経た一九六二年のフランスで、憲法の予定する憲法改正手続によらない——と多くによって考えられる——憲法改正がなされ、さらに同じ方法による憲法改正がその六年後に再度提案されるに及んで、「違憲の憲法慣行」が繰り返されることによつて、あるいは人民がそれを受け入れたことによつて、憲法の変遷を来したのではないかという、ちょうど日本で憲法変遷論が主張されるときに念頭にお

かかっているのと同様の問題状況が出現し、にわかに憲法慣習論は活況をみせることになるが、それ以前の四十年間(2) について言えば、有力学説の多くは右のカレ・ド・マルベールの否定論の流れに属するものであったということが言える。ラフェリエールの有名な論文(一九四四年)および概説書(一九四七年)、そしてヴェデルの概説書(一九四九年)などはその例である。(3) 「少なくともフランスにおいては、(二十)世紀初頭より、慣習一般についての論争にはなんらの新しい要素も付け加えられることがなく、——ジェニーを一方に、ランベールを他方においた——対立軸もおおまかに言って不動のものであった」(4)とも言われるが、憲法慣習論について言えば、(デュルケーム)デュギー→レグラード(Marc Reglade)という社会学学派の流れと、後にあらためて取り上げるルネ・カピタンを別にするならば、カレ・ド・マルベール以来の四十年余のあいだ、フランス憲法学の主流は——*contra constitutionem* あるいは *praeter constitutionem* とされる慣行の存在にもかかわらず——憲法慣習否定論であったと言えるのである。(5) 今からちょうど四十年前に発表された樋口陽一教授最初期の論文『憲法変遷』の観念——憲法慣習論を中心として「は、「ドイツで『憲法変遷』と呼ばれるものと同じ事柄がフランスで(…)憲法慣習 *coutume constitutionnelle* という名でもって問題とされているにも拘わらず、それについての立ち入った検討は未だ行われていない」(6)として、フランスにおける憲法慣習論を、もっとも正確かつ詳細に日本へ紹介した最初の業績であった。周知のとおり、ラーバントが「憲法変遷 *Verfassungswandlung*」の概念を用い、イエリネックがこれを体系的に論じたのがその嚆矢とされるドイツ語圏の議論については、「エリネック教授」の新著を、ベルリンにおけるその出版の翌年に日本で紹介した美濃部の論放以来、右の樋口論文が発表された時点でもすでにそうであったし、美濃部の紹介から数えるならば百年に及ぼんとする現在の我々にはなおさらのこと、膨大な量の紹介と分析とが与えられている。(9) ところが、「[フランスの憲法慣習論]についての立ち入った検討は未だ行われていない」という四十年前の

樋口教授の右の指摘は、現時点でも、彼自身のその後のいくつかの論攷およびほんの僅かなフランス憲法研究者の業績を除けば、ほぼそのままにあてはまる。日本の論者の多くが、彼らが違憲と考えるところの慣行が憲法変遷という概念によって正当化されることを望ましくないと考えていたのであれば、参照されるべきはむしろ、冒頭に見たカレ・ド・マルベール以来のフランスにおいて有力な論者達に引き継がれてきた憲法慣習否定論であったはずであることを考えると、このような日本の学説状況は奇異にも思える。

本稿は、しかしながら、そのような観点からフランスにおける憲法慣習否定論をあらためて取り上げようとするものではない。「慣習というテーマは、法学者が向き合っている問いのうちもっとも根本的なものにかかわる」と考えたうえで、樋口教授が「フランスの憲法慣習論の典型」⁽¹¹⁾として詳細に分析されてきたカピタンの見解を、しかしながら本稿では、右にみたカレ・ド・マルベール以来の憲法慣習否定論が有力であったフランスにおいてはむしろ例外に属するものと位置づけ、にもかかわらず、あるいはむしろ、であるからこそ「もっとも根本的な問い」に対してきわめて興味深い回答（またはそのきっかけ）を含むものとして、再読してみようとするものである。

二

カピタンの憲法慣習論については——そしてさらに「カピタン先生の憲法論」についてまでも——、すでに樋口教授が余蘊なく紹介されてきたところであるので、⁽¹²⁾ここで改めて本稿が付け加えうるものはほとんどない。むしろここではまず、樋口教授による、カピタン憲法慣習論——の「根源にある考え方」——のエッセンスの要約をそのまま再掲することから始めるのが有用である。

カピタンの憲法慣習論の「最も根源にある考え方は、『制定者によって提示された法でなく、現実に適用されている法』こそが『実定法』である、⁽¹³⁾という思考であった。(…)カピタンの場合、規範の『適用』とは、適用者である公権力によるサンクションの問題としてでなく、適用をうける側である民衆の服従の問題としてとらえられ、そして、民衆の服従とは、かれらによる規範の承認を意味するものとされるのである。こうして『実定的』な規範とは『一般に服従されている規範』であり、『規範の実定性をつくるものは民衆によるその規範の承認であり、大多数の人々のコンセンサスである。…実定性とは、このコンセンサスそのものである』⁽¹⁴⁾、ということが強調される⁽¹⁵⁾。

樋口教授による右の要約が引用する通り、カピタンの憲法慣習論の根源にある考え方——すなわち彼の法理論——は、二十七歳という若さで公刊されたその博士論文『法命令（不法ということ・第一部）』（一九二八年）、その翌年に公表された「憲法慣習」⁽¹⁶⁾、そしてほかならぬジェニーへの記念論文集に寄稿された「不文憲法」（一九三四年）の三本に集約されていると言っても大過はない。とりわけ後二者は、それが書かれた第三共和政期の憲法（実例）を直接の考察対象としているという限界はあるものの、それらを含めてこの三本の著作からより一般的に、「法理論家」であった初期カピタンの「もっとも根本的な問い」に対する考えを読み取ることは可能である。

なかでも本稿がとくに注目したいのは、民衆の「服従」「承認」「コンセンサス」が法に実定性を与えるものである、というカピタンの憲法慣習論に底流する考え方である。国際海洋法についてのむしろ技術的なテーゼを書くよう——おそらく父アンリから——示唆を受けていた⁽¹⁷⁾にもかかわらず、「国際海洋法についてはほんの一言も触れることのない、純粹に哲学的な博士論文」⁽¹⁸⁾を執筆し、法理論家として出発した若き日のカピタンが、深い敬意をもちつつもその理論を鋭く批判した論者の一人が初期ケルゼンであるが、ケルゼンにおける法規範を特徴づける妥当性

(validité) と実効性 (effectivité / efficacité) という二要素のうち、ケルゼンにあっては法規範の存在性そのものである妥当性がないよりも重視されることになるのに対して、カピタンにおいては実効性こそが法の実定性を作り出すものとして重視される。⁽¹⁹⁾ だからこそ、ケルゼンの根本規範論は、カピタンによれば、「不正確というよりはむしろ未完成」⁽²⁰⁾ と評されるべきことになったのであった。周知のようにケルゼンは、規範の存在に妥当性は、より上位の規範への適合性に存すると定義したために、かのピラミッドを登りつめた暁に、歴史的に最初の憲法が規範として存在に妥当するものと考えられるためには、それが適合しうるところの、言いかえれば、それに適合して行動するように命じる——あくまでも——規範を想定しなければならぬはずであるとした。規範が客観的に妥当すること存在することを弁証しようとしたケルゼンに対して、そもそも「あらゆる命令は(…)主観的に存在するものではない」⁽²¹⁾ とするカピタンにとって、ピラミッドの頂点には、原初憲法(制定者)に授権する論理的必然の仮説規範ではなく、原初憲法(制定者)に合意・服従する当該社会の大衆が存在すれば足りる。原初憲法は妥当するものと仮定されるのではなく、実際に従われていた以上、つまり実効性を有していた以上、実定法であったというわけである。原初憲法の上にあるのは、大衆という実在なのである。ケルゼンとともに根本規範の仮定を維持するのであれば、もう一段階上に、大衆に実定法を定立することを授権するものとして、カピタン流に言うならば、大衆に原初憲法(制定者)に合意・服従することを命じ認めるものとして、この大衆の上にこそそれを仮定すれば良いという意味で、ケルゼンのピラミッドは一段階欠けている——ゆえに未完成である——とカピタンは言うのである。ただし、大衆という実在を超えて、さらにそのうえに仮説をたてることは、カピタンにとっては、言うまでもなく有用性がない。有用性があるのは、ケルゼン流の「客観主義者」であろうとする者にとってのみのことなのである。「主観主義者」⁽²²⁾ を自任するカピタンにとって、初期のケルゼン理論が受け入れられないのは、それが規範の客観性

を重視する余り、その主観性を、そしてその最終的根拠⁽²³⁾ピラミッドの頂上であるところの大衆を、十分に探究しなかつた、という点にあつた。

このように、規範の名宛人の合意・服従こそが規範に実定性を付与するものであるとするカピタンの法理論は、伝統的な法理論——ケルゼンを含めて——が、むしろ規範の定立者にこそ注目してきたのと全くの逆を行くものである。サンクションをなによりも規範に内在的なものとしてその効力の根拠とするケルゼンに対して、カピタンにあってはサンクションは規範の定義に不要のものとされる。規範が実際に規範たりうるのは、すなわち実定法たりうるのは、それがその名宛人によって服従されているからであり、そしてその限りにおいてのことである。たしかにサンクションは、規範の実効性を強める働きをしようが、あくまでも、服従主体にとっては、服従のありうべき動機の一つに過ぎない。「規範が服従されているのは、主体がそれに服従することを受け入れたからである(ちなみにこの服従の動機がいかなるものであつてもそうである。たとえば、当該規範をそれ自体で正当なものと考えるから、確立した権威に従おうという欲求から、サンクションに対する怖れから、などなど)」とカピタンは述べる。⁽²⁴⁾ソヴィエト政府の制定した法は、その領域内においては現に適用されているから実定法であるが、同政府が、全世界に向けて制定した、世界革命を促し共産主義こそが唯一の適切な秩序であると主張する法は、法ではあつても、従われない以上実定法ではなく、「観念法(droit idéal)」であることとまるのである。⁽²⁵⁾

法の定立者ではなく法の名宛人を重視することによって、服従・合意がそのメルクマールとされる実効性を、法を作り出すものではなく法に実定性を与えるものとして、言いかえれば、観念法を実定法に変容させるものとして捉える以上のようなカピタン理論は、憲法慣習論から根本的な問題を考へてみようとする本稿にとって、決定的に重要な意味を持つ。

たしかに、その博士論文においてカピタンが、「そうすることがその前提から論理的に帰結するように見えるにもかかわらず、法の実定性を作り出す形式として、慣習、あるいはより正確には不文法を重要視していないことはきわめて奇異である。(…)その遺漏を、カピタンは『憲法慣習』と『不文憲法』についての二本の論文において補うことになる⁽²⁶⁾」のであるが、そこで明らかにされるカピタンの憲法慣習論は、すでにこれまでのその法理論の紹介から容易に想像されることを裏切るものではなく、樋口教授が紹介されてきた通りでもある。本稿が冒頭に訳出したカレ・ド・マルベールの考えの対極にあるカピタンの憲法観によれば、実定憲法とは、現にある政治体制を映し出したものであって、日本において近年再び用いられる語を使うならば、それは、「国制」のことであると言ってもよい。だからこそ、実定憲法⇨国制の変化——その典型は、あの簡潔な第三共和政憲法のもとでの二元型議院内閣制から一元型への変化である——が、「成文憲法の知らぬ間に」⁽²⁷⁾生じたのであった。そのような実定憲法⇨国制は、当然のことながら不文憲法をも含むものであるということになる。そして不文憲法には当然のことながら憲法慣習が含まれる⁽²⁸⁾。それゆえ、憲法慣習は、成文憲法を「確認し、補完し、そして変更する⁽²⁹⁾」とされるのである。

三

慣習というテーマに触発される「根本的な問い」は、特殊に憲法慣習の問題に引き寄せて、しかも一言で言うならば、「憲法」をどのように理解するか、という問いである。かかる見地からすると、形式的意味の憲法、実質的意味の憲法という、どの概説書にもその冒頭に出てくる、今日ではもはやたんなるティポロジーとなった観のある二項対立も、憲法についてのある共通する理解を前提としていた——前者においては論理的かつ意識的に、しかし

後者においてはしばしば無意識に——と言えそうである。すなわち、憲法を一つの規範であるとしたうえで、そのような規範は、過去のある特定の時点における憲法制定権力（および憲法改正権力）——および、後者においてはさらに主として立法権——による産物である、とする理解である。

このような理解に対して、近年のフランスで「リアリズム」との名で呼ばれるトロペールの解釈理論が真つ向から異を唱えることは、日本でもよく知られている。憲法を適用する任にある機関が解釈するより以前に存在するのは、規範ではなくたんなる条文（テキスト）であって、そのような解釈を通じてはじめて、憲法テキストの意味（テキスト）憲法規範（テキスト）が生成される、とするのがそのエッセンスである。³⁰ そうすると、規範としての憲法を作り出す中心な主体は、起草者でもなく、主権者人民でもなく、憲法裁判官であるということになる。かかる理論を前提とするならば、規範としての憲法は、過去のある特定の時点における憲法制定（テキスト）改正権力の所産として——つまり静的なものとして——ではなく、憲法裁判官による解釈のたびごとに生産を繰り返されるものとして——つまり動的なものとして——観念されるということになりそうである。「違憲審査革命」とも呼ばれることのある違憲審査制の活性化は、たしかに、「憲法の規範性が、過去に存在する一つの憲法制定行為の結果であるというよりは、むしろつねに現れる——それゆえ必然的に未知の——憲法制定行為の結果である」と考えるべきなのではないかと思わせる。フランスの場合で言うならば、「憲法院によって『取り出される』憲法の規範性は、（…）なんらかの安定性やいくばくかの固定性がそれに認められるものであるどころか、反対に、憲法裁判官の判断の一つ一つが生来させる憲法制定現象のたびごとに展開されていく、常に未完成のプロセスというすぐれて流動的なあり方を帯びたもの」と考えなければならぬ。そもそも、かの「憲法ブロック Bloc de constitutionnalité」という言い方は、現時点で妥当している憲法の規範性をひとり「一九五八年憲法」に還元しえないことを、——必ずしもそれと知らずにであっても——雄弁に語っ

ているのではないだろうか。⁽³¹⁾

しかしながら、解釈の対象はテキストであって、解釈によってはじめてそのテキストに意味が与えられるとする、右に見たリアリズムの解釈理論は、裁判官の解釈がふつう判決というそれ自体一つのテキストであるものによって表明されていると考えるならば、単純な疑問を提起させずにはおかない。判決というテキストを解釈せずには、いかなる規範が憲法裁判官によって生成されたのかを知ることができないのではないだろうか。「解釈の解釈」とでも定式化しうべきこの単純な疑問を正面から考慮しないように見えるリアリズムの解釈理論は、つまるところ、憲法規範を過去の憲法制定時点における産物とする見方と同様に、それが憲法裁判官による解釈の時点における産物とするという意味において、どの時点を憲法制定の時点とするかという時系列上の違いはあるにせよ、そしてさらに、憲法制定・憲法改正に比べると憲法裁判の数は通常格段に多いだろうという限りで「流動的」との形容はあながち外れてはいないとは言えるものの、やはり「単時的憲法観」にたっていると考えられる。言いかえれば、リアリズムの解釈理論が真っ向から対立しているように見える伝統的憲法観が、起草者にせよ、制憲議会（の議員たち）にせよ、あるいは主権者人民にせよ、憲法規範の定立者として考えてきたものなかに、決して含むことのなかった憲法裁判官を、リアリズムの解釈理論は正面からそう捉えるという、それとしてきわめて重要な違いを有するものの、いずれの憲法観も、規範の定立者——そして必然的にそれぞれ単発の定立時点——にのみ着目してきた点で共通するものがあるように思える、ということである。

規範の定立者を重視する右のような単時的憲法観に対して、まったく異なった憲法観を描いてみせるのが、法的ヘルメノイティークの流れを現在のフランスにおいてほとんど一人で推進しているかに見える、社会科学高等研究院 (EHESS) のオリヴィエ・ケラである。現代フランス憲法学の代表的な論者をして「these magistrale」と評

せしめたその長大な博士論文『法における意味の理論』⁽³²⁾のなかで、言語哲学が法理論に投げかける問題を徹底的に探求したケラは、その後もいくつかの論文において、こと言語哲学に関して言うならば圧倒的な受容の遅れがあるように見える——あるいは端的に、「(トローペールとケラを除いて)言語というものには耳を貸さない」⁽³⁴⁾とも評される——フランスの法理論に対して、重大な問題提起を行い続けている。そのようなケラの理論のうち、本稿にとってもっとも重要な部分については、彼がしばしば用いるように芸術作品の解釈という比喻を通して語らせることが、われわれの理解を助けるように思われる。

ケラの理解によれば、演劇や音楽といった、(i)台本、楽譜というなんらかのテクストを書くこと(écriture)と、(ii)その上演というテクストを読むこと(lecture)という、二つの時点が作品の完成に必要な芸術のあり方は——絵画や彫刻といった、作品の完成が単時的になされる芸術と異なり⁽³⁵⁾——、法理論にとって実に示唆的である。「二時的(a deux temps)」芸術においては、作品が実効的に——すなわち感覚によって知覚されるものとして——存在するに至るのは、毎回毎回の上演(representation)が行われる舞台の上のことではない。モリエールの喜劇であれ、ショパンのピアノ曲であれ、このような二時的芸術においては、第一時の芸術家——つまり、実在の人物としてのモリエール、ショパンという、テクストの定立者——も、第二時の芸術家——俳優や演奏家というテクストの解釈者(interprète)——も、単独では当該作品の「作者」の地位にたつことはできない。いずれが欠けても作品は存在しえないからである。作品の「作者」は、実在の人物すべてを超越する抽象的で架空の、そして人工的な人格であって、書くことと読むことの双方がそろってはじめて、「作者」——抽象的存在としての「モリエール」であり、不滅的存在としての「ショパン」であり、十七世紀を生きたモリエールでも、パリで亡くなったショパンでもない——が実在の人物に代わって現前される(つまり、二時的芸術は、representationされるものでし

かありえない。そして「テキストを作る者も読む者も、いずれも平等に、単一の作者に仕える単なるアクター」でしかないことになる。⁽³⁶⁾

以上のような二時的芸術に関する考察をフランスの憲法についてあてはめると、次のようになる。「一九五八年の人民も、また憲法裁判官も、いずれも憲法の主権的作者ではない。いずれにせよ憲法というものは、完成したものではなく、つねに実現される過程にあるのである」⁽³⁷⁾。一九五八年の人民は憲法典というテキストの書き手に過ぎず、憲法裁判官はその読み手に過ぎない。先にみたりアリズムの解釈理論とは異なり、ここで裁判官は、憲法という規範の唯一の定立者という主権的な地位ではなく、「抽象的かつ不滅の存在である『主権者人民』なるものの、常に現在進行中の憲法制定発話 (parole constituante) が結構 (articulation) されていく複雑なメカニズム」⁽³⁸⁾の一部品に過ぎないものとなる。こうして憲法は、伝統的な、あるいはボダンの、単時に生じる憲法制定行為の産物から、むしろ「憲法化」あるいは「憲法過程」とでも呼ぶべき、常に展開される途上にあり、それゆえ常に未完成のものへと、その観念がラディカルな変換を受けることになる。⁽³⁹⁾

それではテキストの解釈者＝演奏者は、単時的芸術の作者がそうであるように、そしてさらに、二時的芸術における第一時の芸術家もまたそうであるように、その営為において主権性を有しているのであるか。ケラ理論は、「書くことと読むこととのあいだの結構過程を強調し、たしかに、法学的リアリズムとともに、読み手の解釈権力に対するテキストによるなんらかの制限という考え方にはおよそ敵対的」ではあるが、他方で、「このような解釈権力が、あるテキストを読むことという形態でしか観念されえないものである、という考え方には執着する。それゆえ、このテキストが前もって書かれているということ、それが解釈にとっての *prétexte* として現存しているということは、いずれも論理的に不可欠のものである」⁽⁴⁰⁾ということを認める。第一時に書かれたテキストの前、テクス

ト性こそが、第二時におけるその読みとしての解釈に一定限度において影響することを認めるわけである。とはいえ、一定限度というのはどの程度なのか、そして第二時における読み手は、彼の好む方向へとテキストに「語らせる」ことができるのであれば、やはりその解釈はまったくの自由なのではないのであろうか。「たとえばグールドという解釈者＝演奏者による〔実在としてのショパンの〕実際の、そして『原初的な』、音楽的意図なるものの追求」は、『ヘルメノイテイク』なパースペクティブにおいては完全にばかげた企図」であって、それは、「作者すなわち〔抽象的存在としてのショパン〕の意図なるものが、沈黙するテキストのなかにも、それが書かれた時間・場所という歴史的・地理的な *contexte* のなかにも、いずれにせよ決して存在しないからである」というケラの記述は、⁽⁴²⁾ 解釈者の解釈の自由を極度に強調する方向に読めそうである。そして実際ケラは、別所において、国務院の——条約と法律との関係に関する——判決群を分析し、国務院が実に自由に判例変更を行ってきたとも指摘している。⁽⁴³⁾

しかしながら、もし解釈者が沈黙するテキストをいかようにも語らせうるのであるならば、ただちにばかげた例を思いつかざるをえない。グールドではなく私が、本稿の筆者が、ショパンのワルツを弾くと主張して、九州大学応援歌を演奏するとどうなるのだろうか。私は抽象的存在としての作者ショパンを作りだす一部品たる地位にあるのだろうか。パリ一区の憲法院ではなく私が、私こそ憲法院であると主張して、マーストリヒト条約は違憲だと宣言すればどうなるのだろうか。ミッテランが憲法改正に踏み切ったのは私の「判決」を読んだからなのだろうか。かかる想定がばかげていると思われるのは、本稿の筆者がそのようなことをあえてするはずがないという前提があるからである（彼ならやりかねない、と思う人にとっては、必ずしも現実離れた仮定ではないはずである）。では、本稿の筆者はなぜそのようなことをしようとはしないのであろうか。まさにこのことを説明するために、本稿はその前半において、カピタンをとりあげた。

四

仮に本稿の筆者がある程度の集客力をもつピアニストであったとして、ショパンを弾くと主張しながら九大応援歌を弾こうとはしないだろう、というのは、そのような「勇氣」が筆者にはないからである。ごく親しい友人のみのパーティーに招かれればそのような(曲)芸を披露するかもしれないが、サントリーホールでのリサイタルではとてもそのようなことをしようとは思えない。それは、そこに大勢の「聴衆」がいるからであり、その聴衆の「反応」が気になるからである。ショパンの楽譜に対する私の解釈Ⅱ演奏が、聴衆によって解釈されるということを私が知っている限りにおいて、私の解釈には制限が課せられるのである。聴衆が私のやることなすことを快く受け入れてくれる人のみから構成されていると私が確信しているならば、あるいはまた、私が聴衆の反応を一切気にしないタイプの人間であれば、このような制限はなくなる。私の主観的な解釈Ⅱ演奏を、聴衆が主観的にどう解釈するかということについて、私が主観的に——そして事前⁽⁴⁴⁾に——解釈することによって、私の解釈Ⅱ演奏は制限を受ける。これまでの多くの法理論において、正面からそして十分に扱われてこなかった問題が、このような「解釈の解釈」、「読みの読み」という問題ではなかったであろうか。かつてミュラーが言ったように、「解釈はさらなるテキストを作りだす。解釈はそれ自身テキストであり、このテキストは、引き続き連鎖のなかで、それ自身解釈されうるものであり、また、解釈されなければならない。テキストは、常にあらたに、フーコーの言葉を用いるならば、『⁽⁴⁴⁾ 際限なき論評の群れ』を生み出すのである」。

それゆえ、ケラがかつて、第一時の芸術家が無制約の主権性を享受するのに対して、第二時の芸術家はそれを享

受しないことを説明する文脈で、以下のように述べていたことは注目される。すなわち、「解釈者Ⅱアクターの媒介的かつ二次的な行為から発出する、代わりに現前されているものが、作者に帰属せしめうる作品としてのタイトル（資格Ⅱ題名）を獲得するのは、そう信じられているときのみ、執行Ⅱ演奏の忠実さ・信頼性・信憑性が推定されているときのみ、表現という形式をとるプレイ（演奏Ⅱゲーム）が適切であるとみなされているときのみ、である。作者による判定は持ち出すことができないから、この適切さの審判は、観衆たる民衆によってしか下されえない。民衆は、アプリアリに、つまり解釈者Ⅱ演奏者をその『作品Ⅱ仕事によって』見る前に、民衆の票決を求める解釈者Ⅱ演奏者に対して与えている（gratifier）好意的な先入観を、その拍手によって——または怒号によって——、追認する（ratifier）ことに合意——または拒否——する。アクターによる、代わりに現前しているのだという自負（pretention representative）と、民衆によるその承認との、間主観的な幸運な邂逅、相互理解、調和、一致、和合こそが、規約による芸術作品の虚構の存在、ひとりの作者へと規約上、帰せられるあらたな ordre の出現、をもたらしするのである。つまり、民衆が、あ、た、か、も、（comme si）⁽⁴⁵⁾ そのような適切性が客観的に確認しうると考える気になつてはじめて、二時的芸術作品が出現するのである」と。

以上のように考えるならば、テキストを書くこと（第一時）、それを読むこと（第二時）、に加えて、第二時においてなされる読みを読むこと、という第三時を考え、それを比喩として法理論に用いる方が、第二時における法解釈に存在する（間）主観的な制約をうまく説明できるかも知れない。⁽⁴⁶⁾ 三時モデルの方が、民衆の存在をより正面から認めることに資するように思われる。ともあれ、この点についての検討は本稿の課題ではない。

カピタンが戦間期に提示した、「規範の実定性をつくるものは民衆によるその規範の承認であり、大多数の人々のコンセンサスである」という命題は、それを底流とする彼の法理論全体とともに、少なくともフランスにおいて

はほとんど忘れられた感がある。カピタンは、「(アンリの息子であるという) その姓にもかかわらず、マージナルな法学者」であり、とくに「若き日のカピタンは、フランスの法学界において非典型の(atypique)法学者」であつたのである。その生涯から百年余を経てようやく、あちこちに散らばつておりアクセスが困難であつた戦間期カピタンの諸論攷が二冊にまとめられたが、そのうちの二冊に付された前書きで、編者オリヴィエ・ボーが、「一方に、ルネ・カピタンの一般的なイメージ、すなわち政治の人、何度となく議員・大臣を務めた人、あるいはさらに『左翼ゴリリスト』のリーダー、というイメージ、そして他方に、法学者・大学人という、より内密なイメージ、前者のイメージによって隠されてしまったイメージ」とがあるとして、まさにこの著作集編纂の「主たる目的はこのよ⁽⁴⁸⁾うな(二つのイメージの)上下関係を逆転させることにある」と述べ、その前書きに「偉大な一法学者の発見」とのタイトルを付したとおりである。本稿もまた、そのような異形の法理論家としての初期カピタンの再(?)「発見」の一記録である。

憲法のテキストがいわゆる制憲者によって定立されたあと、それを解釈するのは、カピタンの時代にあつては主として政治部門のアクター、そして現代においてはそれに加えて憲法裁判官である。カピタンが、規範の定立者ではなく名宛人による服従を語る⁽⁴⁹⁾とき、こと憲法に関する限り、「そこで受範者は国家権力であるから」、「規範の実効性を規定しているものは、言葉の十分な意味での民衆自身の意識による支持とはいえない性格のものである」という樋口教授の指摘はたしかにもつともである。しかしながら、実はカピタン自身が、「警察規範 règles de police」と「権限規範 règles de compétence」という⁽⁵⁰⁾区別——それをケルゼン理論のなかに見出すことはできるが、明確に区別されていないとカピタンは非難する⁽⁵¹⁾——、あるいは「公権力に宛てられた規範」と「単なる私人に宛てられた規範」という⁽⁵²⁾区別をすでに前提としていたことを措くとしても、本稿が先に示唆したように、規範の成立を

三時モデルで捉えるならば、それはカピタンにとっては致命的な批判とはなりえまい（そもそも樋口教授自身が、右の指摘に「一定の時点をとって観察する限り」という限定を付けていたことは、意味深長でもあると言える）。憲法規範の直接の名宛人である公権力の解釈は、それを解釈する民衆によって受け入れられている限りにおいて、妥当する憲法解釈、すなわちカピタンの用語で言えば実定憲法、トロペールやケラの用語で言えば憲法規範 (norme constitutionnelle) である、ということになるだろう。

以上のような「流動的」、あるいは「(間) 主観的」な憲法観念をとる場合、憲法慣習なり、憲法変遷なりといった概念は、さほど重要なものではないということになるかもしれない。日本における議論がしばしばそう前提してきたように、そして樋口教授が「その時点での実効憲法」は、「ことの性質上当然に(…)常に変遷しうる」⁽⁵³⁾と述べる際に念頭にあったはずのもののように、それが政治部門や裁判部門のアクターによる憲法解釈を対象として述べられているのであれば、そのような解釈によってはじめて生成することになる憲法規範との整合性如何は、そもそもはじめから問題となりえない。トロペールやケラにおいては、そのような憲法解釈を比べて「合憲」か「違憲」かを問うことができるはずの憲法規範なるものが存在しないし、カピタンにあっては、そのような憲法解釈が——民衆に受け入れられているのであれば——そのまま実定憲法をなすからである。先にみた、カピタンの、憲法慣習は成文憲法を「確認し、補完し、そして変更する」という言い方は、そのように理解されるべきである。

このように考えることは、たとえば現状肯定主義になるとか、たとえば法学者の仕事が無意味にするものであるとか、卒然として危機感にも似た反発を一部の読者に抱かせることになるかも知れない。しかしながら、このように考えることで、つまり「解釈の解釈」を規範生成の過程に含めて考えることで、カピタン流に言うならば民衆の合意を規範成立——より正確にカピタンの言葉を用いるならば、実定性の成立——の要件とすることで、法学者の

解釈という仕事はむしろ有意義なものとなるはずである。ことの事情は、演劇評論家なり音楽評論家なりが聴衆の解釈に影響を与え、さらに演奏者の解釈にも影響を与える———ことがある———のとまったく同様である。カピタンの忘れられた法理論のテキストは、こうして、本稿の解釈によって、それから半世紀以上を経たフランスの現代法理論と共鳴するものとして、あるいはそれから半世紀以上も前に極めて似通った *points* を提示していたものとして、代わりに現前されたことになる。そして本稿の立場からすると、そのような本稿の解釈は演奏に対して、それが果たしてカピタンの適切な代現前であるのかどうかについては、聴衆は読者の審判を待つほかない、ということになる。

* * *

本稿は、樋口陽一先生に捧げられる。

すでに上智大学に移られていた樋口先生のお部屋をたずね、フランス留学を決意した私のために、トロペールへの紹介状を———実にすらすらと！———書いていただいたのは七年前のことになる。そのおかげで私はトロペールを知り、そしてケラを知った。カピタンの名前を初めて知ったのも、いまから十五年近く前のこと、なつかしい駒場九〇〇番教室での樋口先生の講義を通してであった。当時は研究者になることなど露ほども考えていなかった弱冠の私が、いまこうして先生の古稀をお祝いして、カピタンを読み、トロペールを読み、そしてケラを読んで、論文（のようなもの？）を書いているのは、それゆえ先生との出会いがあったからにはかならない。かつて樋口先生が、その「先生」であった世良晃志郎に捧げられたことばをそのままに繰り返させてもらうなら、「先生との出会いが

なければ、今こうして書き、考えている私になかったことだけは確実だ」というのが私の偽らざる思いである。学部ゼミ（およびそのコンパ）でその警咳に接することができるようになって以来、日本ではもとより、あるいはむしろ、日本でより以上に、パリで、ルーアンで、ロッテルダムで、先生には親しくご一緒させていただく機会を数多く与えていただいた。内外でのご交友の広さは誰しも認めるところ、同様の幸せな思い出を有する恵まれた方は、彼方此方におられることであろう。しかし、数多くまた類多いなか、乗り遅れないようにとパリの地下鉄の長い通路をご一緒に小走りで行き来したのはひょっとすると私だけかも知れないというのは、ちょっとした私の自慢である。先生には、これからもますますご健勝で、学問のうえでこれまで通り引き続きご指導をいただくだい、または是非ともパリの雑踏のなかを伴走させていただきと、心よりお願いしたい。

文字通り敬愛する樋口先生が、今から四十年前、現在の私よりもまださらに若いとき——ちょうど而立の誕辰のころ——に書かれた名論文『憲法変遷』の観念」とはまるで比べるべくもない本稿の拙い出来映えに、いまさらながら、先生の偉大さを痛感せずにはいられない。まったく気にもいらず、使い物にもならない贈り物を受け取ったときと同様の迷惑を先生におかけしているのではないかという危惧はあるものの、あえて「勇気」を奮ってそうさせていただきたい。これまた周知のその包容力で、とりあえずは受取っていただければ幸いである。

(1) Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, tome II, 1922 (rééd., Paris, Dalloz, 2004), p.582, note 10.

(2) 詳しくは、樋口陽一『憲法慣習』の観念についての再論・1（一九七五年、のち樋口『現代民主主義の憲法思想』、創文社、一九七七年、一一七頁以下に所収）を参照。

- (3) Julien LAFERRIÈRE, « La coutume constitutionnelle, son rôle et sa valeur en France », *RDP*, 1944 ; J. LAFERRIÈRE, *Manuel de droit constitutionnel*, 1947 ; Georges VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, 1949 ; cités par Stéphane RIALS, « Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle : à propos du dixième anniversaire du référendum de 1969 », *Revue administrative*, mai-juin 1979, p.265 et s., at p.267. リマルスドヨネズ「Jean DELVOLVÉ, *La délégation de matières en droit public*, Paris, Sirey, 1930」の系列に位置づけらるべきである。むしろ、第三共和政以降の学説を「憲法慣習」否定説、肯定説といった図式ではなく、むしろそれぞれの学説が、少なくとも憲法慣習論を論じている限りでは、法の妥当根拠をどこに求めているかによって区別し、その類型ごとに考察をすすめる」(四〇頁)、齊藤芳浩「憲法慣習について(一)」(福岡県立大学紀要六巻二号、一九九八年)をも参照。
- (4) Jean COMBACAU, « La coutume : de la régularité à la règle », *Droits*, n° 3, 1986, p.3 et s., at p.9.
- (5) その一つの例である、いわゆるデクレ・ロワの慣行については、村田尚紀『委任立法の研究』(日本評論社、一九九〇年)を参照。もちろん、そこで紹介されているとおり、ピント(Roger Pinto)のように、第四共和政下のデクレ・ロワを「憲法慣習」として説明する論者もいた。
- (6) 樋口「憲法変遷」の観念——憲法慣習論を中心として」(思想四八四号、一九六四年)五七—五八頁。
- (7) 佐々木惣一「憲法ノ改正」(京都市法学会雑誌大礼記念号、一九一五年)参照。ただし佐々木は「憲法ノ転化」との訳語を充てていた。
- (8) 美濃部達吉「憲法の変更と憲法の変遷(エリネットク教授新著の梗概)(上)(下)」(国家学会雑誌二一巻八号、同九号、一九〇七年)。
- (9) 憲法変遷論についての「まさに汗牛充棟の感がある」(二頁)日本語文献のリストとして、赤坂正浩「第二次大戦前ドイツの憲法変遷論(一)」(日本法学六三巻二号、一九九七年)四—八頁を参照。
- (10) J. COMBACAU, « La coutume... », *supra*, p.3.
- (11) 樋口「憲法学」の対象としての『憲法』——フランスの場合を素材として」(一九八三年、のち樋口「権力・個人・憲法学——フランス憲法研究」、学陽書房、一九八九年に所収)二二—二頁。
- (12) 前掲の樋口「憲法変遷」の観念、樋口「憲法慣習」の観念についての再論、樋口「憲法学」の対象としての『憲

法』のほか、樋口「憲法変遷論的思考の二系譜」(法学教室四四号、一九八四年)の四論文がとくにカピタンの憲法慣習論を、そして樋口「ルネ・カピタン先生の憲法論」(一九七四年)のち樋口『現代民主主義の憲法思想』前掲、二四九頁以下に所収)がその憲法論を——「法の効力論」「統治機構論」「経済・社会的機構」の三領域に分けて——分析する。

(13) René CAPTANT, « Le droit constitutionnel non écrit » (1934), repris dans R. CAPTANT (Textes réunis et présentés par Olivier BEAUD), *Écrits d'entre-deux-guerres* (1928-1940), Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2004, p.297 et s., at p. 298. 樋口教授によるカピタンの引用は、それぞれ初出版からのものであるが、以下本稿ではすべて、オリヴァー・ボーンにより、最新編纂された、カピタンの戦間期の著作集から引用するものとす。

(14) R. CAPTANT, *L'illícite, tome I, L'imperatif juridique* (1928), repris dans R. CAPTANT (O. BEAUD), *supra*, p.59 et s., at p.143.

(15) 樋口『憲法学』の表紙と下りの『憲法』前掲、二二二頁。

(16) R. CAPTANT, « La coutume constitutionnelle » (1929), repris dans R. CAPTANT (O. BEAUD), *supra*, p.283 et s.

(17) Voir Charles EISENMANN, *Allocution prononcée par M. le prof. Eisenmann pour le 9^e anniversaire de la mort de R. Capitant*, inédit, cité par O. BEAUD, « Découvrir un grand juriste : le <premier> René Capitant », préface à *Écrits d'entre-deux-guerres, supra*, p.7 et s., at p.20.

(18) O. BEAUD, « Découvrir un grand juriste... », *loc. cit.*

(19) Voir R. CAPTANT, *L'illícite, supra*, spéc. at p.133 et s., et p.134 note 2.

(20) R. CAPTANT, *L'illícite, ibid.*, p.163.

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

(22) 表紙の「例として」 voir R. CAPTANT, *L'illícite, ibid.*, p.67 note 3°

(23) Voir R. CAPTANT, *L'illícite, ibid.*, p.161 et s.

(24) *Ibid.*, p.91.

(25) Voir R. CAPTANT, *L'illícite, ibid.*, p.141.

(26) O. BEAUD, « Découvrir un grand juriste... », *supra*, p.32.

1999, pp.291 et s., at pp.307-308.

- (40) O. CAYLA, « Le Conseil constitutionnel et... », *supra*, p.140.
- (41) *Loc. cit.*
- (42) *Ibid.*, p.136.
- (43) Voir O. CAYLA, « La chose et son contraire... », *supra*.
- (44) Friedrich MÜLLER (trad. par O. JOUANJAN), *Discours de la méthode juridique*, Paris, PUF, 1996, p.43.
- (45) O. CAYLA, « La souveraineté de l'artiste <du second temps> », *Droits*, n° 12, 1990, p.129 et s., at p.142.
- (46) Voir MINAMINO Shigeru, « L'acte constituant et le temps : écriture et lecture du texte », in *La constitution et le temps* (sous la coordination du Prof. Alexandre VIALA), Lyon, L'Hermès, 2003, p.37 et s.
- (47) O. BEAUD, « Découvrir un grand juriste... », *supra*, pp.16 et 22.
- (48) *Ibid.*, pp.6-7.
- (49) 樋口「『憲法変遷』の観念」前掲、六一頁。
- (50) Voir R. CAPTANT, *L'illécite, supra*, p.153 et s.
- (51) Voir *ibid.*, p.159 et s.
- (52) Voir *ibid.*, p.124 et s.
- (53) 樋口「『憲法変遷』の観念」前掲、六〇頁。

[憲法論集]

ISBN4-423-73104-5

2004年9月5日 第1刷印刷
2004年9月10日 第1刷発行

編者	藤田宙靖 高橋和之
発行者	久保井浩俊
印刷者	三甲野隆優

発行所 〒102-0083 東京都千代田区麴町2-6-7 株式会社 創文社
電話03(3263)7101 振替00120-0-92472
[URL] <http://www.sobunsha.co.jp>

Printed in Japan

暁印刷・鈴木製本