

ミシェル・トロペール論文撰3 <必要は法を作る — 憲法慣習についての考察 >

南野, 森
九州大学大学院法学研究院

<https://doi.org/10.15017/7571>

出版情報 : 法政研究. 72 (1), pp.83-103, 2005-07-20. 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3

〈必要は法を作る——憲法慣習についての考察〉

南野 森(訳)

(訳者注) 本稿は、Michel TROPER, « Nécessité fait loi. Réflexions sur la coutume constitutionnelle », in *Mélanges offerts au Professeur Robert-Edouard Charrier, Service public et libertés*, Paris, Editions Emile-Paul, 1981, pp. 309-323 を翻訳するものである。

一 慣習の形成

二 憲法慣習の義務的性質の問題

憲法には慣習という法源は存在するのだろうか。このような問いは、フランスでは、まず戦間期において、つぎに一九六九年の人民投票キャンペーン以降、実にさかんな論争の的となってきた。¹⁾ この問題について表明された見解の不一致は、しばしばそうであるように、より一般的な諸問

題についての対立を反映したものでしかない。つまり、法源、解釈、欠缺の存在、事実と法との関係、といった諸問題である。本稿ではこれらの点につきあらゆる論者のあらゆる理論的前提を明らかにすることも、また、新たな前提を提示することもできない。ただ、事情を明確にするために、論争からいくつかの問題を分離させることを目指したい。

まず第一に、慣習のもつ長所あるいは利点という問題がある。たとえば成文法が硬性を有するのに対して慣習は軟性をもつことや、慣習が集団の意識から直接に発生するとされるため民主的性格を有することを賞賛する論者がいる²⁾ 同様に、学説による慣習の「承認」がいかなる利点あるいは不利益をもつかが問われることもある。³⁾ しかし、はっきりと述べておかなければならないが、これらの関心事は、法の実証科学にとっては関係のないものたるべきである。法の科学は、そもその仮定によって、その対象から区別されたものである。したがって、法の科学が慣習を認めるか否かは、法そのものにはなんらの影響も及ぼさず、法に対して利益も不利益もたらさないのである。この科学の観点からして唯一正当な問題とは、「慣習は存在するか」につきる。答えが肯定の場合、そしてその場合にのみ、慣

習を認めなければならないが、それは、慣習の利点を捨象したうえでそのようなのであり、また、この認めるという行為はたんに認識の行為であり実践的效果を有しないということとを強調したうえでそのようなのである。

この種の問題に対して、憲法慣習と成文硬性憲法の存在との両立可能性の問題を結びつけることができる。ある論者は、成文憲法はあらかじめ定められた手続きによつてしか変更されえず、よつて慣習という方法によつてもまた改変されえない、と主張する。⁴別の論者は、成文法にせよ不文法にせよ、いずれも法の規則あるいはナシオンの主権的意思を確認する態様に過ぎず、したがつて、たとえこの意思がまずは成文テキストによつて表明されたとしても、それは後に慣習によつて表明されうると主張する。⁵ここでもまた、法の科学によつては解決不能な問題が扱われている。実際には、次の二つのうち一つしかないのである。

・特別の憲法改正手続きによることのない成文憲法のあらゆる変更を禁止する憲法レベルの規範を引き合いにだすことが考えられる。しかし、このような規範そのものが同じレベルの他の規範、たとえば憲法慣習によつて変更されることを妨げるものはなにもない。言いかえれば、憲法慣習は、もしそれが存在するのであれば、実体的な規定

にとつて代わる前に、まず憲法改正手続きに関する憲法規範を変更しうる、ということを経易に考えうるのである。

・あるいは、これはより広く受け入れられている立場であるが、憲法慣習は、硬性憲法の存在とは両立不可能であるという「原理」を打ち立てることが考えられる。そうするとこの原理は超憲法レベルに位置することになり、次のような規範形式において表明されうることになるであろう。すなわち、「ある実定法秩序において硬性憲法が存在するならば、この憲法は改正手続きに適合してしか改変されえない」と。この「原理」が実定法の一部をなさないことは明らかである。ある論者はこれを自然法上の原理と考える。そうであればそれについて語ることは法の科学には属さない。他の論者は、反対に、これを現実についての真の判断であるとする。すなわち、「硬性憲法が存在するならば、同時に憲法の慣習法源が存在することは不可能である」と。この場合には、この判断の妥当性を検討しなければならず、実定法の現実において、憲法が硬性であるときに、憲法慣習が存在するかどうかを確かめなければならぬ。

ここではそれゆえ、ある法秩序が憲法慣習を含んでいる

ことが望ましいのか、あるいは合理的なのか、といった問題を扱うことはせず、特定の法秩序、とくに実定フランス法が、憲法慣習を実際に含んでいるのかどうかという問題を検討することにする。

このように、問題が実定法における慣習の「存在」という語で提起されるならば、その結果、関連した二つの問題を等しく排除しなければならぬことになる。すなわち、「慣習は法を確認する一態様なのか、それとも法を創設する一態様なのか」という問題と、「慣習は実質的法源なのか、それとも形式的法源なのか」という問題である。規範の存在がその妥当性と同視されることは認められるであろうから、憲法慣習が存在すると言えるのは、規範が慣習という過程によって、または慣習という形式において、有効に表明されうる場合であることになる。言いかえれば、法秩序によって慣習上のものであると決定された慣行が、この法秩序の観点からして、規範としての意味を有する場合である。この点について、これらの慣行が実定法の上位に位置する客観的法規則を表現したものであるかどうか、あるいは、その形式的淵源が国民意思あるいは集団意識であるとされるような規範を言い表したものであるかどうか、といったことはどうでもよい。ここでは実定法の観点のみ

からの問題を扱うのである。すなわち、「慣習は、憲法の形式的法源の一つであるか」という問題である。

方法論上の問題、つまり慣習の定義の問題をも取り上げておかなければならない。論者はしばしば次のように議論を進める。すなわち、通常⁽⁷⁾の定義を繰り返すことから始めるのである。たとえばJ・シュヴァリエは、「慣習とは、一般には二つの要素によって定義される。まず物質的要素、つまり事実上の状態、そして心理的要素、つまり主観的な評価とである」と書いている⁽⁷⁾。そのうえで、慣習は存在しない、なぜならば第一にこれらの要素はほとんど同定しえないものであるからであり、第二に慣習はいかなる価値もしくは法的効力、あるいはいかなる義務的性質をも有さないからである、とする。ところが、さきほどの問題、すなわち実定法における慣習の存在という問題について言えば、このような論法は重大な混乱の原因である。

(a) 慣習が二つの要素の集合であると言うことは、多くの論者のように、現実定義——すなわち事物を指示する言葉のみでなく事物そのものの定義——を述べようとするのであれば、ほとんど意味をなさない。要素について語ることは、事物がそれら諸要素の集合によって「構成される」ということを含意する。ちなみに、法学者は時として「構成

要素」という表現を用いる。しかし、物質的なものであっても、事物は、それを構成している諸要素がなであるかということを示したからといって定義されたことにはならないのである。家屋を石とセメントから造られたものと定義することはできない。たとえばまずこの事物が「建物」という類に属することを述べなければならぬのである。そうしてはじめて、その要素によつて家屋とそれ以外の建物、丸太小屋、家畜小屋、テント：などの区別が可能になる。慣習については、たとえそれが実際に二つの要素によつて「構成され」ているということを確認できたとしても、いったいそれがいかなる類に属するものであるのかを明確にしないかぎり——ただし、このことは後述する理由により本稿では行わない——、定義することはできない。以上の操作は、しかしながら、非物質的なある事物が、二つのうち一つが物質的なものであるような二つの要素から成り立っていると主張されるに及んで、不条理と紙一重のものとなってしまう。

反対に、名目定義 (definition nominale) を表明しようとするのみであるならば、「慣習」という語が用いられるのは、一方で繰り返された慣行が、そして他方でこの慣行が義務的なものであるという感覚が存在するときである、

と述べることは完全に正当となる。このような定義は、それがもはや要素を問題とするものではなく、たんに「慣習」という語の用いられる条件を問題としているに過ぎないのだという留保のもとに受け入れることができる。しかしながら、このような定義を用いることには利益がない。このように定義された語は、法的言語そのもの、憲法テキストの言語や裁判所の判決の言語に属するものではなく、理論家の用いるメタ言語に属するからである。いかなる状況において理論家たちが「慣習」という語を用いているかを明らかにするに留まるものなのである。それゆえこのタイプの定義に基づいて、特定の法システムにおける慣習の——「慣習」という事物の——存在もしくは非存在を論証しようとすることは不可能である。

(b) 「要素」が同定しがたいものであるということ、たとえばある慣行が何回繰り返し返されなければならないのか、あるいは誰が義務的性質の感覚をもたなければならぬのか、が知られていないということから、慣習の「非存在」が結論できるわけではない。それはただ、そのような定義が正確さを欠いているということの意味するに過ぎない。

(c) 慣習の現実定義とは、まず、それがある類——たとえば本稿の場合で言えば「法源」という類や「法規範」とい

う類——に属するということを述べるものでなければならず、次に、その類⁽¹⁰⁾に属するその他のものとの関係における特殊性を明らかにするものでなければならぬ、ということとを先に述べた。しかし、このように論を進めた場合、慣習の義務的性質という問題を提起することは不可能になつてしまふだろう。というのも、規範というものは、その本性として義務的なものであるからである。⁽¹¹⁾したがって、慣習が「規範」という類に属すると述べるのであれば、義務的性質の問題はすでに解決されてしまつてことになるのである。

たしかにある事物をその本質的な性質によつて定義すること、そしてその後それがなんらかの隣接する性質または属性を持っているかどうかを検討することは可能である。しかし、法規範が義務的であるかどうか——あるいは、同じことであるが、法規範が存在するかどうか——を尋ねることは、猫を定義したあとに、それが果たして角を持つかどうかを検討することとは実に異なつた操作である。猫の場合においては、たんに猫の属性を決定しようとしているにすぎない。しかし、ある事物の存在は、事物の重さや色といった属性もしくは性質と同じようには扱えないのである。規範が義務的であるかどうかを尋ねることは、規範

が存在するかどうかを尋ねることである。ところが、このような操作は、もしも現実定義——それは「∴」といった事物が存在する」とまず想定されていることを含意する——から出発するならば、不条理であるということになる。⁽¹²⁾以上のことから、慣習の存在または不存在を確定しようとする論者たちが、慣習を法源または法規範として定義しないようにしていることが説明できる。しかしすでにみたように、そのことには重大な混同が存在する。これらの論者たちの議論の出発点には真の定義が存在しておらず、その結果、彼らは検討している事物がいったい何であるのかを知らずにいるのである。

それゆえ、伝統的な定義を次のように改めるのが適當である。すなわち、「慣習とは、繰り返され、義務的なものとして捉えられている慣行である」と。⁽¹³⁾

かかる定義は伝統的な定義とははっきりと区別されるものであり、三つの利点を有している。まず、慣習が「法源」あるいは「法規範」という類ではなく、「慣行」という類に結びつけられる。それゆえこの慣行の原因を尋ねることができ、続いてその義務的性質についても尋ねることができる。第二に、繰り返しと義務感はここでは「要素」ではなく「性質」なのであり、その結果、「慣行」という

類において、「慣習」という種に属するいくつかのものを同定することが可能となる。第三に、慣習の存在の問題は、その義務的性質の問題とはっきり区別されている。慣習が慣行として定義されることで、それはいずれにせよ存在し、そしてそれが義務的性質を示すか否かを検討することが可能となるのである。

そこで以下順に次の問題を検討したい。一、先の定義に示された二つの本質的性質をもつ、慣習と呼ばれる事実の原因。二、隣接する性質、つまり義務的力の存在如何。

一 慣習の形成 (formation de la coutume)

学説はときとして、慣習の形成という問題を、先にみた要素の理論にしたがって、慣行の形成の問題と *opinio juris* の形成の問題とに分解して扱ってきた。¹⁴

反対に、ここでは、慣習を慣行とする定義に基づいて単純な問題を提起する。つまり、これらの慣行の原因はなにか、である。この問題の前提を思いだしておこう。(a) 慣行は規範——それは当然あらゆる因果関係を免れるものである——ではなく、一定の原因に決定された事実である。¹⁵ (b)

要素による定義を放棄することにより、二つの性質を示す現象の形成について検討することが可能となり、それはこの二つの性質の表出を別々に検討することなくそうである。さらに、慣習と呼ばれるところの慣行は、つねに——少なくとも黙示的な——授權規範¹⁶の適用に存在しているというところをも思い出しておこう。その例を二つのみ挙げておく。

まず、十九世紀のイギリスあるいはフランスにおける議會王政下の政治責任である。そこでは、一定の事実上の条件が揃ったさいに大臣に対して辞表を提出しよう命じる規範もそれを禁ずる規範も存在していなかった。つまり彼らはいかなる場合においても、辞職する権利および辞職しない権利を有していたのである。ここで慣習は、これらの権利のうちの一方を恒常的にある特定の状況下——下院における敵対的票決の場合——において行使する、ということにあつた。

第二に、フランス第三共和政における解散権の「死文化」である。憲法は、共和国大統領に対して元老院の同意のちに下院を解散する権限を与えていた。つまり、解散しない権限をも同時に与えていたわけである。ところが、一八七七年以降、大統領はもはや決して元老院の同意を求

めようとはしなくなつた。

これら二つの場合のいずれにおいても、ある機関に対して、ある行為をなすこと、そしてそれをなさないことが認められている。そしてこの機関は、恒常的に、二つの行動のうち一つを選択している。唯一の違いは、授權規範が一八七五年憲法の場合は明示的なものであり、イギリスの場合には黙示的なものである、という点である。

たしかに、学説の提示する例は数少ないとはいえ、なんらかの命令規定に一見して違背する慣習というものを観念することは可能である。しかしその場合、かかる命令規定は授權規範としての意味を持つものとして公権力によって解釈されており、公権力は引き続きそれを恒常的に適用しているのだと考えなければならぬ。¹⁷⁾

こうして慣習は、いずれも許されている二つの行動のうち一つの選択が繰り返されたものとして現れることになる。慣習の形成について尋ねることは、この選択の原因を尋ねることである。

たしかに——たとえば純粹法学の立場はそうであるが——、原因の問題は法の科学に関係しない、と考えることも可能であろう。法の科学は妥当する規範を記述することのみを任務とするのであって、実際にとられている振舞

いの原因を決定することは法社会学に属する。民法典が夫婦にその財産制を選択することを認めているとしても、実際にとられる選択肢は民法典の所産ではなく、様々な経済的、社会的、あるいは心理的要因の所産である。とはいえ、実際の振舞いの要因が——少なくとも部分的には——法そのものに見出されるということもありうるのである。¹⁸⁾

たとえば、憲法慣習の原因は政治システムに存するといふ仮説をたててみよう。実に単純な場合として、大臣の責任を考えることとする。大臣の責任とは、本稿が定位した方法論を理由として、議会における敵対的票決に基づいて大臣が辞任すべき義務を意味するのではなく、このような票決に引き続き行われる集団辞任の慣行を言う。このような慣行は、イギリスでは、まずは問責手続の活用によって、つづいてはその活用のたんなる脅しのみによって、そしてフランスでは、議会王政期に、予算案の否決（当時「協賛の拒否」と呼ばれていたものである）の脅しによっても確立したものである。いずれの場合においても、言うまでもなく、かかる脅しが示された場合に大臣たちに辞職すべきことを命じる憲法規範は存在しなかった。それにもかかわらず大臣たちが譲歩したのは、脅しが深刻なものであったからである。すなわち、一方では、下院が問責案の

可決または予算案の否決をなす裁量権を有していたこと、そして他方では、下院においてこの権限を行使しようとする決定的な多数派が存在したということによる。言い換えれば、辞職する必要性があつたことであり、この必要性は、内閣にとっては政治システムの布陣——そのうちのいくつかの要素は、さまざまな機関の権限という法的なものであり、その他のものは、これらの機関の構成や態度という純粋な事実である——から帰結したものである。このような慣行が繰り返されたのは、言うまでもなく、これらの原因が何度となく生じたからであり、そして、そのような行動をとることがそのたびごとに必要なものであると感じられたからである。様々な政治システムの歴史をひもとけば、かかる必要性を明らかにすることができる。つまり、政治責任は、いま述べた要因が現れるたびになんらかの態様で現れたのである。

同様にして、第三共和政における元老院に対する政府の政治責任の出現を説明することができる。上院は、内閣の政策実現に必要な法律の可決を拒否することによって、内閣に対して辞任を押しつけることができたのである。クレマンソーは、自らの内閣が責任をとるほかない状態におかれていますと考へたうえで、このような束縛状態が政治シス

テムに起因するという考えを見事に表明していた。すなわち、元老院議員に対して、彼は「私が信任問題を提出することにあなたがたは不満のようだが、私はこう言わざるをえない。私が信任問題を提出しているのではない、信任問題はそれ自身で提出されているのである、と。私は一つの施政方針を持つており、それは良いか悪いかのどちらかである。しかし、この方針なしには、私は存在理由を持たない。」と述べたのであつた。¹⁹⁾

一八七七年以降フランスにおいては解散が存在しなくなるが、本稿ではこれについて「死文化」——すなわちある規範の慣習上の廃止——の語は、責任に関して述べた方法論上の原則により、用いない。むしろ「非使用」との語を用いよう。解散を求める大統領または首相が、下院を解散することにより引き出さうする利点を簡単に考えてみよう。学説は一般的に、この特権を、議院と執行権（あるいはその一部門）の間における対立を選挙人団に仲裁させる手段として理解している。ところが、このような説明はまったく非現実的なものである。一八七七年以降に生じた内閣の危機のすべては、小規模政党の連合が瓦解したことによるのであつて、すなわち、対立は議院と執行権のあいだではなく、かつて連合していた諸政党のあいだに存在してい

たのである。それゆえ国家元首にとっては、選挙人団による彼に有利な仲裁が期待しうる場合にしか解散を宣言する意味がないのである。そしてそのような有利な仲裁は、次の二つの条件が満たされなかり、実現しえない。すなわち、(a)大統領(あるいは首相)が、多数派連合の瓦解以前にそれを構成していた政党もしくは政党グループの首領であるということ、そして、(b)この政党もしくは政党グループが単独で過半数議席を獲得しうること、である。これら二つの条件は、言うまでもなく、一八七七年から一九四〇年に至るまで満たされることがなかった。国家元首は政党の首領ではなかったし、首相について言えば、彼もまた、——最良の場合でさえ——本来的に少数政党のリーダーでしかなく、そしてその政党は、不安定な連合の一員でしかなかったのである。

一九六二年の解散は、このことに対する反証を提供した。そしてここでもまた、国民議会と首相あるいは共和国大統領とのあいだに対立が存したと言うことはものたたとえに過ぎない。実際の対立は、人民投票に好意的な連合——それ以前には多数派であった——と、下院における多数派——憲法改正のための人民投票に反対で、野党および右の連合から離脱した政党を再編したもの——とのあいだに生

じたのである。しかしこのときは、問責決議案採択の日に少数派となった連合は、瓦解することはなかった。連合は、なお多くの議員を有しており、ふたたび多数派となりうる⁽¹⁹⁾と考えることは合理的であった。共和国大統領はそれゆえ、解散権の使用により、内閣およびその政治方針を維持することが可能になると期待することができたのである。⁽²⁰⁾

必然的に図式的ではあったがこれまでみてきた三つの場合においては、ある行動が、それが唯一可能である、もしくは唯一合理的であると考えられたがために、繰り返し行われたのであった。それゆえこの「慣習」と名付けられた行動は、システムの産物だと言うことが正当なのである。しかしながら、この「システムによる生成」については、二つの補充的説明を加えなければならぬ。

まず第一に、ここで語られているシステムとは、法理論家が通常「法システム」という語によって理解しているものではない、ということである。⁽²¹⁾ここではむしろ、フランスの法学者が言うところの「憲法システム」「政治システム」を問題としている。⁽²²⁾その要素は規範ではなく、機関、すなわち国家の諸機関であり、それを規定しているものは、その地位規定、それぞれの権限、それぞれの機関が他の機関に対して有する行動手段、そしてその政治的構成である。

システムにおける機関それぞれの位置、あくまでも部分的にはあるが法によって規定されている他の機関との関係こそが、機関にとつての戦略上の選択を決定しているのである。

第二に、これまで本稿では「原因」もしくは「必要性」という語を用いてきた。言うまでもなく、ここでは真の因果法則を探究することが問題となりうるわけではない。必要性について語っているのも、仮定からして義務的ではないある行動が、にもかかわらず、当事者の一人にとつては、状況および他者のとりうべき行動を考慮にいたしたときに、最良であるかもしくはもつとも合理的であるかのように見えるということの説明しようとするために過ぎない。内閣は辞職する「べき」であるとか、大統領は解散を断念する「べき」であるとか、あるいはさらに、「彼らはそれ以外にしようがない」などと言うのは、ナポレオンが近衛兵に攻撃を命じ「なければならなかった」とか、あるいはチェスのプレーヤーがルーク（城将）を犠牲にし「なければならぬ」と言うときに用いる意味においてである。これらのいずれの場合においても、それ以外の行動も想定できるし、物理的にも実現可能である。すなわち、ナポレオンは近衛兵に攻撃を命じないでおくこともできるし、チェ

スのプレーヤーはある駒を犠牲にすることを拒否することもできる。そして内閣は職に留まることもできる。しかし、これらの行動は如何なる利益をもたらさないものである。実際にとられた行動は、その決定の時点におけるシステムの配置を考慮に入れれば、もつとも合理的あるいは唯一合理的なものとして存在する。この意味において、これらの行動はシステムの産物であると言うことができるのである。ただし、これらの行動が、こんどはシステムの配置そのものに変容をもたらすということをつけ加えておくことが適切であろう。すでに用いた例を考えれば、そのことは納得されるであろう。

イギリスにおける内閣の責任（すなわち下院における不信任案可決を受けての集団辞職の慣行）は、結果として、女王がそれ以降は下院の多数派の中から大臣を選ぶということ、そして、その特権は首相によって行使されるということ、をもたらしした。同様に、第三共和政の大統領がおかれていた、解散に続く選挙において勝利を収めることが不可能であるという状況は、結果として、大統領職にあつてもほんのわずかな政治的役割しか果たさない人物がこのポストに選出されるということと、さらに、大統領の特権が首相によって行使されるということをもたらしした。

いずれの場合においても、二元的議院内閣制から一元的議院内閣制へと移行したということが言える。またこの変化は一般に慣習の効果であると認められている。しかし、それに加えて、この慣習が新しいシステムの一つの要素となったということを指摘しなければならない。すなわち、議院の多数派から選ばれた首相は、その発露となり、もはや問責あるいは協賛拒否の脅威のために辞職するのではなく、自らの多数派との関係を理由として辞職するようになるのである。同様に、大統領は、政治ゲームの外に留まるものとして任命され、もはや解散に訴えるなど想像することすらできなくなる。それゆえ、旧システムの産物であった慣習は、変化の要因であるだけでなく、同時に新システムの効果でもあることになる。つまり、慣習は憲法システムのプロセスそのものと性格づけることができるのである。ところが、これまでの分析は、慣習の存在という問題についての回答を与えるものではあっても、その法的価値という問題に対して解決をもたらすものではない。そこでつぎに、慣習がこのような特質、つまり義務的性質を有するのかどうかを検討しよう。

二 憲法慣習の義務的性質の問題 (la question du caractère obligatoire de la coutume constitutionnelle)

(一) 実を言うと、右の定式化では、学説が通常——そして正当に——提起している問題をうまく説明することはできない。繰り返され、義務的なものと感じられているある慣行が、ほんとうに義務的であるのかどうかを決定することが問題なのではないからである。ある人間の行動が義務的であるのは、それが妥当する規範によって命じられているときである。

ところが、そもそもの仮定により、慣習というのは実定規範の適用によって実現される行動ではない。²³つまり慣習の第二の性質は、たんなる感覚ではなく、義務的性質という幻想を抱かせる感覚であると考へなければならぬ(そうでなければ、慣習を、ある命令が繰り返し遵守されているものにすぎないとしなければならぬ)。

ある行動が義務的であるかどうかを決定するために、学説はサンクションの存在によった基準を用いる。すなわち、それに反する行動がサンクションを受ける場合、それは義務的である、とするわけである。そこでは裁判所によって

サンクションが与えられるということが暗黙のうちに前提とされている。しかし、伝統的なもの見方によれば、サンクションは規範によって課されたある命令に対する非遵守のみ与えられるものであるということを見逃してはならない。義務に対してサンクションがあるかどうかを検討することは、それゆえ、義務を作りだす規範が存在するかどうかを確かめることである。慣習と呼ばれる慣行は、そもそもその仮定により、それ以前に存在する規範が適用されることにあるのではない以上、サンクションという基準はここでは適切なものたりえない。

ゆえに、真の問題は、「慣習と定義された行動は、義務的なものか」ではなくて、「この行動は、これまで行動されてきたように行動することを命じる規範を生むか」なのである。言いかえれば、ある慣習が義務的なかどうかは問題なのではなく、慣習が法源なのかどうか問題なのである、ということである。

(二)ところが、このような問題は伝統的理論にとって解答不能なものである。

その理由の第一は、しばしば十分な注意が払われてこなかったあるパラドックスにある。慣習とは、繰り返され、そして義務的であると誤って感じられている一つの慣行な

のであって、そしてそれが規範を生み出すとされる。しかし、この慣行が最初に行われた際には、前者の性質は欠けている。いまだなお、繰り返しは存在していないからである。続いて、この慣行が規範を生むのであれば、それは義務的なものと感じられるはずであるが、その場合このように感じられることは、まさに正・当・な・こ・とである。すると、先ほどの後者の性質が欠けてしまうことになり、ある命令に適合した行動という仮定に引き戻されることになってしまう。二つの性質はつまり決して同時に存在することがないものなのであって、慣習は決して存在しないということになってしまっているのである。

第二の理由は、慣習は、本稿が定義したように一つの事実なのであって、事実は規範を生むことができない、あるいは言いかえるならば、存在に関する命題から当為に関する命題を推論することはできない、ということである。⁽²⁴⁾

それゆえ、学説にとっては二種の理論的解決方法しかない。すなわち、慣習は法源ではないとするか、慣習はそれ自体では法源ではないが、法秩序によって法源とされているとするか、である。

前者の解答はオースティンによって提出されたものであり、その他の論者によっても繰り返されてきた。⁽²⁵⁾ ある慣習

に反する行動に対してサンクションを与える裁判所こそが、慣習に義務的力を与えるものである、とするものである。そこでは、法源は慣習ではなく判例である、ということになる。

このような理論は、ハンス・ケルゼンにより厳しく批判された。⁽²⁶⁾ 裁判官は、法律もしくは慣習に適合して、ある規範——つまり判決——を表明することによって係争を裁くよう授權されている、とケルゼンは言う。もし慣習に義務的力を与えるのが実際には裁判官であるとするのであれば、同じ結論を法律についても導きださなければならぬはずで、法律もまた裁判官によって作り直されることになる。しなければならぬはずであるが、ケルゼンによれば、それは不条理である。

そこでケルゼンは別な解答を用意する。すなわち、規範はある事実の意味でしかない、と言うのである。たとえば、立法者と呼ばれる人間たちが他の人々がある一定の方法で行動するべきだという意思を表明したという事実は、上位規範——つまり憲法——が人々は立法者の表明した意思に従って行動するべきだと命じている場合には、その法秩序の観点からすると、「客観的に」規範としての意味を持つことができる。意思の表明は、一つの事実である。そして

この事実は法源である。それは、この事実の固有の性質によるのではなく、ただ、上位規範の観点からしてこの事実が規範としての意味を持つているからにすぎない。そして同じことが慣習についても言える。ある上位規範が慣習に従って行動するように命じているのであれば、事実が規範としての意味を持つことができるのである。そうすると、法を作り出すのは事実ではなく、この事実のある規範に対する関係である、ということになる。こうして、法律は裁判官に対して慣習に反する行動を罰するよう命じることができるのである。

(三)必然的に非常に簡略化して述べてきた右の二つの解答は、そのいずれもが、真に満足を与えるものではない。とりわけ、それを憲法レヴェルにあてはめようとする場合に、そうである。

第一の解答に対しては、当然のことながら、公権力の活動に関するあらゆる係争について権限を有し、その結果、慣習について義務的力を確認し、そのことによってそれを慣習に与える真の憲法裁判所が存在しない、ということをして反論として呈することができる。合衆国の最高裁判所でさえもこのような普遍的な権限は有しておらず、そもそも慣習の問題は憲法裁判所を有さないシステムにおいてとりわ

け生じるものなのである。オースティンの理論を適用することは、それゆえ、憲法慣習の義務的力を否定することへと至る。そうであるからこそ、イギリスの学説は、裁判所によってサンクションが与えられるゆえに義務的である慣習と、法的には義務的ではない憲法習律とを区別するのである。⁽²⁷⁾

ケルゼンの主張に対しては、憲法より上位にあつて憲法慣習に適合して行動するように命じる実定規範は存在しない、と反論することができる。そのような規範は想定されるべきであるというケルゼンの反論は、この場合には受け入れることができない。もちろん、根本規範の仮説は、成文憲法を問題とする場合には、認識論上の前提として適切なものたりうる。この場合には、憲法が妥当しているのか否かを検討することが目的なのではないからである。憲法が基礎づける法秩序について、法の科学の方法を用いることが可能となるために、憲法は妥当していると前提されているのである。反対に、慣習の場合については、問題となつていのはまさにその義務的性質なのであつて、ある規範を前提することによる回答はトートロジーとならう。⁽²⁸⁾

ただし、ケルゼンの主張のうち、事実が規範としての意味を受け取りうるものであるという考え方を維持すること

はできる。この事實は、意思の行為——たとえば議会の票決——であることもあれば、また慣習であることもありうる。純粹法学は、周知のように、ある行為の主観的意味——つまりその行為者にとっての意味——と、ある上位規範がこの行為に従うよう命じているときの客観的意味——つまり法秩序にとつての意味——とを区別する。法の言葉遣いにおいては、この行為——あるいはむしろその結果であるテキスト——は「義務的」であると言われる。そしてこの形容語は、テキストが規範としての客観的意味を持つときには、テキストについてではなく、そのようなテキストによって命じられている行動についても用いられる。そしていずれの場合においても、義務は、義務の主体以外の者によって表明された規範との関係においてのものではないということを確認しておこう。

ところが、あるテキストの意味は、必ずしも上位規範によって決定されるというわけではなく、時として、適用の過程においてはじめて、「法解釈」とよばれる操作によつて決定されることがある。とりわけ成文憲法の場合がそうであつて、成文憲法は、つまり、解釈者にとっては義務的なものではない。⁽²⁹⁾

このような考えを憲法慣習にあてはめるならば、慣行と

というのはその定義上義務的なものではないにもかかわらず、規範という義務的なものを生むことができる、と考えなければならぬ。そしてこの規範は、ときとして慣習と呼ばれることがあるが、本稿では、混同を避けるため、むしろ「慣習上の規則あるいは慣習上の規範」と呼びたい。そして、この規範によって命じられている行動は、「義務的である」と呼ばれることになる。⁽³⁰⁾

それゆえ、いかなる条件において、繰り返された慣行が規範としての意味を持ちうるのかを検討しなければならぬのである。

慣習が、憲法のテキストと同様に、その作り手にとっては規範としての主観的意味を持つことは明らかである。しかし、その客観的意味は、法秩序へ組込まれることによつてしか決定されえない。憲法の上位には規範が存在しない以上、それは上位規範によつては与えられえない。したがって、慣習は、憲法のテキスト同様に、適用の過程においてしか規範としての意味を受け取ることができないのである。そしてそのようなことは滅多に生じない。もつともしばしばみられるのは、慣習がたんに規範としての主観的意味しか持たない場合である。そして憲法上のいかなる

る機関に対するいかなる義務もそこからは生じず、慣習は、必要性が存続する限りにおいてしか持続しない。このような仮説は「憲法習律」に対応するもので、イギリスの法学者が、場合により状況に変化があればそのような習律は転覆する、と考えている通りである。たとえば、女王が一定の場合には下院を解散するという首相の要求を拒否することができると考えられるように。

しかし、規範としての客観的意味を獲得し、そのことによつて法秩序のなかに組込まれる慣習の例をいくつか見出すことも可能である。そのシェーマは次の通りである。すなわち、ある機関Aが、繰り返され義務的であると考えられている機関Bの慣行が、この機関BはそれまでBが行ってきたように行動すべき義務を負っているということを意味すると考えられる。この状況においては——この状況においてのみであるが——、Bの慣行はBに対する（Aに対するではない）義務的な慣習規範を生み出した、と考えることができる。そして慣習上の規範は、この場合、Aによつて表明された他の規範の妥当性の根拠として働かざる。たとえば、イギリス国会の立法権（the Queen in Parliament）は、いかなるテキストにもその根拠をもたないが、裁判所は、法律を適用する際に、まさにそのことのゆ

えに、議会のそれまでの慣行が、議会は法律を採択するよう授權されているということの意味するものであると考⁽³¹⁾える。つまりこのような授權規範という慣習上の規範を表明するのは裁判所なのであり、そしてこの規範が議会の制定した法律の妥当性を根拠づけ、さらに議会の制定した法律が裁判所の決定の妥当性を根拠づけるのである。

このケースは「憲法習律」——それは裁判官によってサ
ンクションが与えられるものではない——の場合とも、イ
ギリス法における厳密な意味での慣習 (customs) ——裁
判所がそれに反する行動を罰する場合には、規範としての
価値を持つことになる——の場合とも異なるということに
注意しなければならない。

同様に、議院による敵対的な票決に続く内閣の辞任とい
う慣習は、裁判所が辞任しない大臣を非とするか、あるい
は国家元首がその罷免を表明するか、さらにあるいは問責
されたにもかかわらず辞職しない内閣に対して元首が日常
業務の処理のみを任せる、などといった場合に、辞任する
義務という意味を受け取ることになる。

これら全ての仮定において、大臣がその完全な権限を有
したまま職に留まることを妨げるような必要性が存在する
のみならず、それ以前の慣行が、他の機関によって表明さ

れた規範の妥当性の根拠として機能するということが認め
られる。

つまり、慣習上の規範が存在する場合には、それは、
「成文規範」と呼ぶことが適切であるものと同じ性質のも
のとして現れるのである。憲法の採択によって憲法規範が
作りだされるのではないのと同様に、慣習規範もまた、慣
習によって作りだされるものではない。これら二つの場合
において問題となつてゐるのは、その作り手が義務的
——成文憲法の場合には他者にとって義務的で、慣習の場
合には作り手自身にとって義務的——であると判断する行
為なのであるが、その行為は、解釈によつてのみ、法規範
としての意味を受け取るのである。

義務という語を用いて考察するに際しては、憲法上の機
関は、規範が他者により形成された限りにおいてしか法的
義務を負わず、そして、その規範との関係においてのみ法
的義務を負うということを確認しておかなければならない。
規範を形成する機関は法的には自由である。それは、解釈
の過程におけると同様に、たとえ必要性によつて拘束され
ているとしてもそうなのである。⁽³²⁾

つまりここには二重の必要性が存在しているように思わ
れる。すなわち、繰り返された慣行を行う機関によつての

必要性和、場合によってこの慣行に規範としての意味を与える機関にとっての必要性和である。

本稿の冒頭において提起した問題、すなわち、「憲法には慣習法源は存在するか」という問題に対しては、今や肯定をもって答えることができよう。つまり、政治システムが一定の慣行の出現を決定しており、その慣行は一定の条件のもとで法規範としての意味を受け取る、と。

もちろんこのことは、あらゆる憲法慣習（本稿がこの表現に与えた意味における）がこのような意味を持つ、ということを結論として述べるものではない。そのうちのいくつかのものが、規範を作りだすものであるとされうるにすぎない。そこで問題は、「一体どれが」そのようなものであるか、ということになる。法の科学は、この問題に対して、様々な憲法上の機関が参与する解釈の複合的な過程を記述することによってしか回答することができない。

そして実際にはこの過程は憲法システムの動きそのものではない。それゆえ法の科学は、少なくともこの領域において、法ドグマティークを基礎づけることはできない。言いかえれば、法の科学は、ある慣習が義務的であるとする機関の言説を繰り返すこと、そしてこのような言説を作りだすところのものを説明しようとすることができるのみで

ある。法の科学はこれらの機関に代わることはできないのである——時として憲法学者はそう主張してきたのであるが。そして機関に代わって、一見憲法のテキストに違背するように見える慣行が規範を生み出したなどと表明することもできない。これまでその概要を述べ来たった議論の至らしめるところは、政治的な慣行を非難することでも、また、正当化することでもないのである。

しかし、次の二つのことは言えるだろう。第一に、義務的な憲法慣習の存在を論証しようとする学説のあらゆる試みは、真の法の科学がなしうることはまったく縁のないものであり、たんにその論者のイデオロギーを言いかえたものに過ぎないということ。そして第二に、規範、つまり意味は、法システムの作りだすものなのであり、それゆえ因果分析の管轄に属するものであるということ。

(1) これらの論争は、最近の以下の諸稿に跡づけられている。J. Chevallier, « La coutume et le droit constitutionnel français », *RDP*, 1970, p. 1375 et s.; J.-C. Maestre, « A propos des coutumes et des pratiques constitutionnelles : l'utilité des constitutions », *RDP*, 1973, p. 1275; D. Lévy, « Le rôle de la coutume et de la jurisprudence

- dans l'élaboration du droit constitutionnel », in *Mélanges Maline*, Paris, 1974, p. 39 ; D. Lévy, « De l'idée de coutume constitutionnelle à l'esquisse d'une théorie des sources du droit et de leur sanction », in *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975. あらたにこれらの論争に触れる必要はないし、また完全な文献一覧を掲載する必要もなからう。以上の論放に含まれる文献リストに加えて以下のものを補足する必要がある。 Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, 1929 ; N. Bobbio, *La consuetudine come fatto normative*, 1942 ; du même, « Consuetudine », in *Enciclopedia del Diritto* ; F. Pergolesi, *Sistema delle fonti normative*, Milano, Giuffrè, 1973 ; G. Marshall & G. Moodie, *Some problems of the Constitution*, London, Hutchinson, 1959 ; Sir W. Ivor Jennings, *The Law and the Constitution*, Univ. of London Press, 3^e éd., 1943.
- (2) J. Chevallier, *op. cit.* 参照。著者は厳密に法の領域に立ち留まらなければならないもの、この問題を扱わなければならないのは、「慣習は有益なものか否か」(一二七六頁)について結論を出すためであるとする。
- (3) *Ibid.*, p. 1376. エスマンの論文のタイトル「慣習はフランス民法の法源として認められるべきか」(Bull. de la Soc. d'Etude lég., 1905, p. 533) が注記に示されている。
- (4) *Ibid.*, p. 1378 et 1385. ハルピッチマン・ユ・ブレンナー (Contribution à la Théorie générale de l'État, t. II, p. 582, note 10) を引く J. Laferrière, *RDP*, 1944, p. 20 に よって唱えられた主張が繰り返されている。
- (5) このような考え方は、いくらかの変形をともなうて、デュギーとその学派 (J. Chevallier, *op. cit.*, p. 1387 参照) によつて、そしてのちにルネ・カピタン (*La coutume constitutionnelle*, 一九二九年十二月十九日、国務院および破産院付弁護士研修会での講演) によつて主張されたものである。
- (6) Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 13.
- (7) J. Chevallier, *op. cit.*, p. 1377. J.-C. Maestre 前掲一二七八頁の次の記述と比較せよ：「まず、慣習が存在するためにいくつかの条件、とりわけ物質的要素——すなわち同じ事実のあいまいでない繰り返し——に加えて、不可欠な要素として心理的要因、すなわちその他の規範と同様の法的効力を有する義務的規範が生じているという確信が必要である」とするのが慣例である。」
- (8) 奇妙なことに J.-C. Maestre は「慣習の諸要素を論証することは不可能である」と書いている (前掲一二七八頁)。
- (9) ちなみに憲法学説のみがこのような定義の仕方を独占しているわけではない。参照 J.-H. Robert, « L'Histoire des éléments de l'infraction », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1979, p. 269.

(10) この語は、法源——つまり法規範を作り出す特定の過程——を示すため、あるいはこの過程によって作りだされた規範を示すために用いられる。

(11) Hans Kelsen, *op. cit.*, 「人間の行動に関係するある規範が妥当している (gilt) と言うことは、それが義務的である (verbindlich)」、人々はそれが予定する方法通りに行動しなければならぬ、ということ述べることである」(二五五頁)。

(12) 参照 R. Blanché, *Introduction à la logique contemporaine*, Paris, A. Colin, 4^e ed., 1968, p. 151.

(13) 第二の性質は、この慣行が単なる法規範の適用もしくは執行ではないということの意味する。というのも、議会が憲法条文に示された日付に通常会期として定期的に開会されているとすると、ここにはたしかに繰り返し返された慣行が存在しているが、それは実際に義務的なものであり、言いかえれば、命令に適合しているものである。法的言語では、これを慣習とは呼ばない。慣習が語られるのは、議会の採択した法律をイギリス女王が受け入れるという場合である。ここでは、自由裁量権(同意するか拒否するか)が存在しており、それが恒常的に同じ方向においてのみ用いられているのである。後述を参照。

(14) たとえばシュヴァリエは「慣習という概念の形成は極めて困難である」。というのも、慣行が憲法の分野において生じるのは多大な困難を伴うし、法的義務感はほとんど

の場合、存在しないからである」(*op. cit.*, p. 1398) とする。残念なことにはここには慣習の概念と慣習との混同があるが、これは、要素による定義の結果以外のなものでもない。

シュヴァリエは、要素によって慣習の現実定義をなすことの論理的不可能性を感じ取ってはいたようである。それゆえ彼は、現実定義を名目定義に変えている。すなわち、「二つの条件が充たされた場合に、慣習について語られる」と彼は言う。そこで、シュヴァリエは慣習についてではなく慣習の概念について論じなければならず、少なくとも外見上は、慣習の形成という問題に代えてその概念の形成に関する問題を扱わなければならないのである。しかし、概念とは言説の一要素である。その形成は、それが指示する事物の形成が従う法則と同じ法則に従うわけではない。その結果、読者は慣習のすべて、慣習の形成のすべてについて知ることができなくなってしまうのである。というのはそこで扱われているのは、慣行と義務感が扱われている以上、概念でありまた概念の形成であるからである。

(15) Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 104 et s. 参照。

(16) (訳者注) 原文に *norme d'habilitation* とあるのは、*norme d'habilitation* の誤植である。

(17) 反対に、*contra legem* な慣習が存在すると思われる論者たちは、まず憲法の成文規定を命令規範として解釈しなければならぬはずである。そうすることで慣習はこの規範によって作りだされた義務を免れると考えることができる。

- 彼らによれば、(慣習上の) 授權規範が (命令的な) 成文規範にとってかわる、ということになる。たとえば、一九五八年憲法十一条について、ある論者はまずそれが直接的な人民投票による憲法改正を排除している (命令的規範) ととらえたうえで、次に、そのような改正方法は慣習上の授權規範によって認められている、とする (G. Vedel の一九六八年七月二六日付けおよび十二月二二―二三日付けル・モンド紙に掲載された論説を参照)。公権力学説はより単純であった。すなわち、第十一条のテキストは共和国大統領に憲法改正を目的とする人民投票を行うことを授權しており、大統領はこの授權を利用するに留まる、とする。そうして、このような利用が慣習であると考えるか、あるいは、慣習による説明を用いず解釈理論で満足するか、のいずれかとなる。
- (18) 行動が法によって作りだされるというこのようなメカニズムについては、後述を参照。
- (19) 一九〇八年六月二五日。J. O. Sénat, p. 841.
- (20) 参照 F. Michaut et Ph. Woodland, *L'équilibre et le changement des systèmes politiques*; *Sur deux crises significatives de la fin du XIX^e siècle*, Paris, PUF, 1977; P. Albertini, *Le droit de dissolution et les systèmes constitutionnels français*, Paris, PUF, 1978.
- (21) 「法システム」の概念については、参照 J. Raz, *The concept of a legal system*, Oxford, 1970 参考 Niklas

- Luhman, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Verlag W. Kohhammer, Stuttgart, 1974, trad. ital. Il Mulino, 1978.
- (22) 参照 D.-G. Lavroff, *Le système politique français, la V^e République*, Paris, Dalloz, 1975, p. 10 et s.
- (23) 前掲注(21)を参照。
- (24) 参照 Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 23 et s. et p. 95 et s.; Gaetano Carcaterra, *Il problema della fallacia naturalistica*, Milano, Giuffrè, 1969.
- (25) J. Austin, *The Province of Jurisprudence determined*, Ed. Hart, London, 1954, p. 30 et s.; J. Chevallier, *op. cit.*, pp. 1405-1406.
- (26) Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 307 et s. 参考 Hart, *Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1972, p. 45 et s. 参考ネーストマン批判を参照。
- (27) この區別は Dicey, *Introduction to the study of the law of the Constitution*, 10th ed., London, MacMillan, 1959, p. 420 et s. 参考提出を参考 H. Philips, *Constitutional law*, 1952, p. 23 et s. 参考ロビンソンを参考。この區別を批判するのについて I. Jennings, *op. cit.*, p. 67 et s. et p. 103 et s., 参考 Marshall et Moodie, *op. cit.*, p. 28 et s.
- (28) この區別については P. Anselek, *RDP*, 1978, p. 5 et s. et p. 17 et s. の適切な指摘を参照。
- (29) Michel Troper, « Le problème de l'interprétation et

la théorie de la supralégalité constitutionnelle », *Mélanges Eisenmann, op. cit.*, p. 131 を参照。

(30) ここで「義務的」の語は、単純化のために用いられていることは言うまでもない。本来であれば、「義務的もしくは禁止されたもしくは認められた」と書くべきところであろう。

(31) 参照、Hart, *op. cit.*, p. 106.

(32) 前掲拙稿を参照。これまで本稿が述べてきた考え方が、解釈的慣習理論(多くの法学者、たとえば、前掲のルネ・カピタンなどによって主張されているもの)とはなんの関係もないことは言うまでもない。*praeter legem*な慣習についての理論の一種に過ぎないこの理論によれば、慣習は、真に法源であることなしに、それが成文憲法を補う、もしくは、ある規定に意味を与える、という限りにおいて、「補充的な」淵源であるとされる。成文憲法のみが法を創設するものであるとされるのである。この点については、以下のことを指摘できる。(a) *praeter legem*な慣習という概念は、それが法に欠缺があるということを前提とするものであるゆえ、支持することはできない。(b) 解釈は人間の意思の行為からしか帰結しえないものであって、たんなる事実から生じうるものではない。事実が主体たりえず、解釈の対象たりうるに過ぎないのである。

※ 本稿は、S. Riels, « Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle », *Revue administrative*, juin 1979, p. 265 et s. という極めて有益な分析が公表されたときには、すでに全体を脱稿していた。