九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

ミシェル・トロペール論文撰８＜帰責原理としての主権＞

南野, 森
九州大学大学院法学研究院

https://doi.org/10.15017/8738

出版情報：法政研究. 74 (1), pp.155-173, 2007-07-31. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

ミシェル・トロペール論文撰8
〈帰責原理としての主権〉

南野　森（訳）

（訳者注）　本稿は、Michel TROPER, « La souveraineté comme principe d'imputation », in Dominique MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, 2006, pp. 69-80（©Montchrestien）を翻訳するものである。なお、本書は、二〇〇五年一月にアンジェ大学（Université d'Angers）で二日間にわたり開催された研究会の報告を集めたものである。

一　帰責原理の必要性
二　帰責原理の今日的危機

欧州憲法条約案をめぐる論争においてはさまざまな議論が提示されたが、そのうちあるものは「政治的」と言われるものであり、またあるものは「法的」と言われるものであった。ところが政治的な議論が法的な議論に依存するということがありうる。民主政や主権に言及される場合がそれであるが、実はそのいずれもが、単一かつ同一の問題を扱っているに過ぎない。

とはいえ、「法的議論」とりわけ「適切な法的議論」という語によって何が理解されるべきであるのかについて、正確を期しておくことが望ましいだろう。フランスの文脈においては、二〇〇四年一一月一九日の憲法院判決[1]の以前と以後とを区別することが必要である。同判決以前においては、法的議論とはたんに条約案がなんらかの憲法規範に適合するかしないかを論証することのみを企図したものであった。

それに対して、ひとたび憲法院が同条約のある規定が憲法に適合し、またある規定がそうではないと判断し、さらに憲法が改正の対象とされて以降は、もはや同条約の憲法との関係における妥当性を議論することを想定することはできなくなった。すなわち、同条約の批准を可能とするためにフランス憲法が改正された以上、また、定められた諸手続が遵守されなかったとも主張しえず、強行法規（*jus cogens*）の規範が侵害されたとも主張しえない以上、同条約の妥当性は争われず、それを擁護する必要もまた存在し

ないのである。

憲法改正がなされたことにより同条約は定義上憲法に適合することになったため、ひょっとすると、同条約を憲法とではなく、なんらかの原理、たとえば国民主権とか、法治国、権力分立といったものと衝突すると捉えることが試みられるかも知れない。その場合の法的議論とは、たとえば、条約は正規に批准されたとしても、これらの原理に違背するから、あるいは逆にこれらの原理を尊重しているから、という理由で「法的に」批判しうべきものである、ということを論証しようとするものになるかもしれない。これはつまるところ、最高裁判所によって下された判決や憲法改正法律を批判する際に多くの法学者がなすところのものである。しかしながらこのような行論は、それ自体が批判しうべきものであって、また、あらゆる種類の理由によって、完全に無駄なものである。とりわけそれが無駄であるのは、こういった行論が、妥当しており、現に効力を有しており、そして無効となしえないある規範が、にもかかわらず法に違背しているということを論証しようとするものだからである。そもそも憲法改正の後に承認された条約が憲法上の原理に違背すると主張することはできないのである。そのように主張するためには、これらの原理は超憲法的価値を有している、すなわち、自然法に属するものである、との前提をとらねばならないはずである。

それゆえ、このような前提を拒否するのであれば、条約案の妥当性や、あるいはその憲法適合性の非存在を論証しようとする議論を提示することは不可能となる。しかしながら、法的議論は妥当性の問題に限定されるわけではない。法はたしかに規範のシステムであるが、これらの規範は概念を利用することによって表明されるのであり、概念はそれ自体でまた一つのシステムを形成している。法の科学の任務の一つはこれらの概念とその変容とを明らかにすることなのである。そして、憲法改正というのは、もちろんそれによって条約が憲法に違背するリスクのすべてを除去するものではあるが、同時に、憲法上の諸概念のシステムを根本的に変容させるものでもあるのである。このことはあらゆる憲法改正に共通するものではあるが、とりわけ条約の批准を可能にするための憲法改正の場合には、これらの変容が非常に明白となる。たとえば、憲法院が、条約のある規定が憲法三条によって定められている「国の主権行使の本質的条件（conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale）」を侵害すると確認し、さらに、にもかかわらず憲法三条の文言には手を触れない憲法改正

によって条約の批准が可能になったと判断したのであれば、憲法三条が禁止していることがらが、以後は認められることになったと理解しなければならない。[2] これはつまり、同条の文言の意味が変化したということであり、さらに、このことに伴って、同条が用いる概念の意味が変化したということである。同条に対する一つの例外が付け加えられ、かつ、国の主権は人民に属しているとしても、欧州連合にその行使が移譲された諸権限は主権に属するものではないと考えるか、あるいは、人民は自己の主権をその代表者によって、また国民投票の方法によって、そしてさらに欧州連合諸機関の声を通して行使すると考えるかの、いずれかによらなければならないのである。

したがって、この新しい意味を決定し、新たな概念と同じシステムに属するそれ以外の概念との関係を分析することは、法解釈学に属することとなる。そうして法解釈学は、条約もしくは条約案を正当化したり批判したりすることを目指す法的議論を根拠付けうるが、しかしそれが妥当性をもたないとか、超憲法原理に違背するとか主張するのではない。すでに妥当性を認められている諸原理と新しい諸概念とが両立しうるものであるのかどうかを検討し、したがって、新しい諸概念が法的議論の一貫性を構成あるいは維持しうるものであるのかどうかを検討するのみなのである。

この見地からして、欧州建設が主権原理に及ぼす影響のあり方は、まさにこのタイプの議論に適したものであり、数多くの優れた分析をもたらしてきた。[3] ところが、フランス語では単一かつ同一の術語で示される主権には、いくつかの概念が存在する。そのうちの一つが、とくに欧州連合における規範生成のメカニズムおよび欧州法と国内法との関係によって影響を受けている。それが、帰責原理としての主権であり、必ずしも常に十分に他の主権概念と区別されているとは言いがたいものである。

第一の、そして実に有用な区別がカレ・ド・マルベールによってなされている。彼によれば、

「原初的な意味においては、主権の語は、国家権力の最高であるという性質を意味する。第二の意味では、国家権力に含まれる諸権限の総体を意味し、それゆえそれは国家権力の同義語となる。第三に、国家権力の最高の所持者が国家において占める地位を特徴づけるために用いられる場合がある。この場合主権の語は、機関の権力と同一化する。[4]」

カレ・ド・マルベールは、これら三種の意味がドイツ語では異なった三種の語に対応することを強調する。つまり、第一の意味における主権が *Souveränität*、すなわち国家の国内関係および国際関係における最高性であり、第二のそれが *Staatsgewalt*、すなわち国家権力であり、そして第三のそれが *Herrschaft*、すなわち機関の支配権力である。彼によれば、この区別によって「主権の真の性質」を理解することが可能となるはずである。もちろん果たしてかかる主権の真の性質なるものが存在するかは明白ではないが、この区別によって、通常混乱して提示されているいくつかの問題を明確にしうることは疑いがない。

たとえば、主権は分割可能であるかどうかが問われるのがそうである。しかしその答えは主権の語に与えられる意味に依存する。たとえばそれが、あらゆる者の上位に在る者の性質としての主権に関するものであるならば、それは語の固有の意味において分割不可能である。それを分割しようとするならば、もはや主権者は存在しなくなる。反対に、もし国家権力、すなわち国家によって行使されうる権限の総体のことを意味するのであれば、それはもちろん分割可能であり、しかも様々なあり方で分割されうる。これらの権限はその対象によって、戦争をする権力、貨幣を鋳造する権力、一般的な規則を制定する権力、裁判する権力等々に分割することができ、そしてそのそれぞれを異なった機関に与えることができるのである。また、諸権限をそれが実行されるために必要な行為の種類によって区別することもでき、たとえば法律と法律執行行為のように区別して、それらを同様に複数の機関に配分することができる。権力分立とはまさにこのタイプの分割である。さらにまた、法規範の妥当性の領域によって権限を区別することもでき、これらの規範を作りだす権限を、たとえば分権化の進んだ国家のように、あるいはまた連邦国家におけるように、分配することができる。時として、これらの国家では、正当にも、権力あるいは主権の垂直的分立がなされていると言われるとおりである。

同様に、カレ・ド・マルベールの分析によって、複数の命題が、互いに両立不可能であるようにみえるにもかかわらず、同時に真でありうることから生ずるいくつかの混乱を解消することが可能となる。たとえば、第三共和政下にあっては、「フランス国家は主権者である」とも、「議会は主権者である」とも、また「法律は主権者である（法律は主権的である）」とも完全に述べることができた。第一の命題においては、主権は国家権力の最高性を意味し、まさ

にそのことがフランスという国家を国家たらしめているものであった。第二の命題においては、最高位の職能すなわち立法機能を行使する機関の性質が示されており、第三の命題においては、このような機能の最高性そのものが示されているわけである。

ところが、カレ・ド・マルベールの区別によっては、いくつかの命題を理解することができない。しかもそれらの命題はしばしば、憲法典において、また法学者の言説において述べられるものである。たとえば「人民は主権者である」とか、「主権はフランス人民に属する」といったものがそれである。これらの文は、フランス人民がフランス国内におけるあらゆる集団やあらゆる機関に対する支配権力を行使するということを意味するものではないし、また、フランス人民が国際法の主体であるとか、他のあらゆる機関の上位に位置する機関であるといったことを意味するものでもない。さらにまた、なおのこと、フランス人民が諸権限の総体であるというわけでもない。これらの文は、実際には、「主権者」や「主権」といった語が現れる他の文を正当化するために用いられているのである。たとえば、「議会は主権者である」という言い方は、議会は、人民を代表するがゆえに、また、自己に属してはいないもののその淵源が人民のみに在る主権を行使するがゆえに最高機関である、という考えによって正当化されているのである。

つまり「主権者」なる語の第四の意味、あるいは「主権」の第四の概念を引き出すことができるのである。それは、先の三つの意味における主権がその名において行使されるところの存在の性質である。たとえば、代表民主政においては、立法権は人民の名において行使され、人民が主権者であるとされる。そしてそもそも、人民が人民自身で主権を行使するわけではなく、また人民は「その代表者によって」[5]主権を行使するにもかかわらず、主権が人民に属すると言われるのは、代表民主政という呼び方を正当化するためなのである。

こうして、ある帰責原理が必要であるということが理解されるであろう。そして、この帰責原理は今日、危機に瀕しているのである。

一　帰責原理の必要性
(La nécessité d'un principe d'imputation)

法規則の帰責点として主権者の概念に依拠することは、

法を義務的命令の総体であると認めるあらゆる法理論にとって必要である。一般に考えられているのとは異なり、それは、なんらかの理論が法規則に正統性を与えようとする場合に必要であるのみならず、ただそれを定義しようとする場合にもそうである。たとえば、ジョン・オースティンが、法規則を主権者の命令であるとか、主権者の命令から直接あるいは間接に派生したものであると定義するのがその例である。そして主権者については、個人であれ集団であれ、人々が従属する習慣を有しており、それ自身は通常誰にも従属しない者として定義される。

このような定義は、H.L.A.ハートの有名な批判を受けた。ハートは従属の習慣による定義の弱点を強調する。イギリス人は土曜の夜にはバーに出かける習慣を有しているということは言える。しかし誰も彼らがそのような義務を有しているとは言わないだろう。人々がある個人に従う習慣を有しているからといって、彼に従う義務を有しているとか、彼は命令する「権利」を有していると言うであろうか。彼に従う習慣を有しているということすら、実は真実ではない。主権者が亡くなった場合、そもそもの仮定からして誰もその後継者に従う習慣を有してはいないはずである。つまりなぜ後継者が命令権限を有するのか、またなぜ後継者に従わなければならないのかを理解することはできないのである。ハートによれば――そしてケルゼンも同種の指摘を行っているが――、実際には、主権と生の権力とを区別し、また従属する習慣と他の習慣とを区別するためには、命令権限という概念と従属義務という概念とをなしで済ますことはできないのである。(6)

このような批判はまさしく正当であり、オースティンの主権者概念が根拠を欠き不十分なものであるということを示しているが、さらにまた、法を義務的なものであると考える以上はこの義務的性質の根拠を探求せざるをえないということをも示している。ケルゼンのごとく根本規範によってかかる根拠を前提するか、あるいは義務的性質を放棄して、ハートのごとく法を法律家のプラクティスの総体として定義するか、であるが、後者の場合は、オースティンの推論に立ち戻ることを意味する。

真に実証主義的なパースペクティヴを採る場合にのみ、根拠の探究を放棄することができる。法はその総体において客観的にも絶対的にも妥当するものもしくは義務的なものではなく、また、存在するものは文（énoncé）でしかなく、さらに、かかる文は互いに相対的にしか妥当するものではない、と考えられるのである。そうだとすると、法

秩序と呼ばれるものは、その内容を吟味することが重要となるべき言説としてあらわれることになる。ところがまさにそうであるからこそ、根拠の問題を避けることはできないのである。おそらく、客観的に義務的な性質――それは存在しない――の根拠が問題となるのではもはやなく、法的な言説により援用されている根拠こそが問題となるであろう。

すなわち問題は、主権者がいるのかどうかを検討することではなく、またその権限や権限の根拠が何であるかを探究することでもない。法律家がこの概念を用いていることを確認し、そしてなぜ彼らはこの概念を必要としているのかを探究すれば十分なのである。つまり、人々はなぜ従うのか、という問いに答える必要はないのである。近代国家においては、統治者が、彼らの命令権力および被支配者にのしかかる従属義務を正当化するために主権を援用している、ということが観察されるのである。

ところで、主権の語は――そしてそれが意味する様々な概念は――、さらに異なった目的のために役立てられることもある。たとえば、皇帝や教皇、あるいは今日では、特に重要な領域において加盟国の過半数で決定を行う国際機構などへの従属を拒否することを正当化するために、第一の意味における主権が援用される。たとえば、ある分野において規範を作り出す権利や、戦争遂行や貨幣鋳造の権利を肯定するために、第二の意味における主権が援用される。たとえば、最高位の規範を生成する権利を正当化するためには、自身がたしかにその制定者であるとするか、あるいは自身の意思ではなく他の何者かの意思を表明しているとするかのいずれかが必要であり、後者の場合に、最高位の規範を生成する者はその何者かの名において語り、最高規範はその何者かに帰せられることになる。つまり、第四の意味における主権が援用されるわけである。支配者が言うことができるのは、「私に従うべきである、なぜなら私は主権者であるから」ということか、あるいは、「私に従うべきである、私は主権者ではないが、私のなすことは主権者の意思の執行でしかないのであるから」ということのみである。このように、第四の意味における主権は、最高位の規範およびそれから派生するとされるあらゆる規範を、実在のあるいは仮想の――それは重要ではない――何者かに帰するための一つの方式なのである。

主権の所持者、すなわち、帰責点として用いられる存在は、実に様々である。時として、フランス国王やイングランド議会のようにそれは制定者自身であるし、また時とし

て、ナシオンやプープル、あるいは国家のようにそれは仮想の存在である。そしてこのような規範が帰せられるところの存在を何者とするかは、政治的イデオロギーのみに依存するのではなく、法システムの構造自体および諸権限の配分のあり方に依存すると言える。[7] たとえば、簡単な例を挙げるならば、フランス革命下においては、立法権は一般意思を表明するとされたが、この一般意思の主体は誰なのか。立法権が選挙された議会によって行使されているとしても、プープルやナシオン――これら二つの術語は同義語であった――がそれであると定めることができたのである。しかし、一七九一年憲法のように、立法権が混合構造をもつ場合、つまり民主政的要素と王政的要素とを併せもつ場合には、このような正当化はもはや機能しない。というのも、人民が主権者とされるシステムにおいては、人民自身が主権を行使してその結果そのシステムは民主政となるか、あるいは人民はその行使を委任するかしかないのであって、人民は主権の行使と委任とを同時になすことはできないからである。ある混合機関は、主権が不可分である以上、三人の主権者の名において語ることはできないし、また、人民が主権者であるならそのシステムは混合政体ではないことになる以上、人民の名において語ることもできない。ゆえに、この機関はまた別の主権者の名において語らなければならない。そしてそれが抽象的存在であるナシオンとされ、人民はその一方の構成要素でしかなく、他方の構成要素が国王とされたのである。このような条件のもとで、立法権は一つの混合機関によって行使されることとなり、その混合機関は二つの要素、すなわち立法府と国王とから構成されるものとなる。そして立法府と国王のそれぞれが、ナシオンの二つの構成要素に対応しつつも、両者相まってナシオン全体を代表するものとなったのである。

こうして、近代国家においては、あらゆる決定は直接あるいは間接に主権者に帰せられることとなる。決定が、一般意思を表明するものとされる法律である場合には直接に、そしてそれが法律から派生するものである場合には間接に、である。そしてまさにこのような権力の正当化の方法が、今日危機に瀕しているのである。

二　帰責原理の今日的危機
(La crise actuelle du principe d'imputation)

このような危機は、決定を直接的にせよ間接的にせよそ

れを下した者以外の者に帰することができなくなっていることに由来する。国内法においてもそれは顕著であるが、とりわけ欧州法という特異な文脈において、それはいっそう顕著である。

国内法においては、法律ではないにもかかわらず法律より下位の存在というわけではない法が存在することから生じる、二種類の困難――その深刻さは同じではない――に突き当たる。

立法権の行使を正当化するためのみならず、法律より下位にある規範の生成を正当化するためにも、帰することは必要である。ある決定が、法律を大前提とする三段論法の結果でしかないのであれば、その決定自身も立法権に帰することができ、ゆえに主権者に帰することができる。これが、「ナシオン、法律、国王」というフランス革命初期の標語や、今日では「法律の名において」とか「フランス人民の名において」といった謂いが表明するところのものである。

ある個別的な決定が三段論法の結論に還元できないとき、つまり一定の裁量権限が存在するすべての場合――たいていの場合がそうであるということになる――でさえ、かかる裁量権が法律による授権に基づいているとすることによって、その決定を主権者に帰することができる。

つまり問題が実際に生じるのは、立法権による授権なしにある決定が下される場合であって、たとえば、国際関係上の行動に関する決定のように、憲法によって直接授権されている場合がそうである。この場合にはこれらの決定が主権者の意思によって認められたものであるとは言えないのである。

しかしながら、このような問題は、三種の異なった方法によって解決することができる。

第一の方法は、このような決定を法律の執行行為あるいは準立法行為とみなすことである。これはフランス革命期において、国王が国際関係あるいは戦争に関する行動についてなす行為について行われていたことである。今日においては、憲法三七条のデクレが同様であって、国務院判例はこれを法律に従属せしめている。それは一般意思の表明たる法律によって認容されたものではないものの、一般意思を見誤りえないものなのである。

第二の方法は、それを機関同士の関係についての行為であると考え、実際の行為主体に帰せしめうるがゆえに、それを主権者の名においてなされたものと解釈する必要はないと考えることである。たとえば、国家元首による議会の

解散がそうである。

第三の方法は、それが一般意思の表明であるとの推定を憲法が設定しているがゆえに、間接的に主権者へと帰することができるとするものである。法律としての性質をもちながら、一九五八年フランス憲法の規定によって議会ではない者によってなされる決定がそれである。〔旧〕九二条の定める経過期間におけるオルドナンスや、一六条が発動されている期間において大統領のなす一定の決定のように。そもそも、これらの決定が法律であり、その結果一般意思を表明するものであり、したがってフランス人民に帰せられるものであるということにこそ、大統領が代表者であるということの最良の正当化を見出しうるのである。

帰責原理が国内法の領域で当面している第二の困難は、違憲審査制より生じるものである。言うまでもなくそれは、違憲審査機関の決定が、法律の適用を無効にしたり、または妨げたりするものであり、そのような決定はそれ自体が法律としての性質を持つものであるにもかかわらず、それが選挙によって選ばれてはいない機関によって発せられ、しかも憲法はかかる機関が一般意思を表明するとも、また、人民を代表するとも述べてはいない、ということから生じる。

とはいえ違憲審査制を正当化することはいかにも必要であることから、様々に、違憲審査機関の決定を、にもかかわらず人民へと帰することが試みられてきた。ところがその困難さの度合いは、アメリカ的制度とフランス的制度において異なっている。

アメリカにおいては、法律は一般意思の表明ではない。ゆえに代表者は、主権者人民のではなく、その固有の意思を――授権によって――表明することが認められている。主権者人民の意思は憲法においてのみ表明されるものとされている（「我ら人民」）。したがって違憲審査は、憲法に適合すると判断された法律はたしかに人民の授権によって制定されたものであるということを確定する目的で、代表者の意思と人民の意思とを対峙させるものとして捉えられる。

このような議論は、もちろん、反多数決主義の難点（*countermajoritarian difficulty*）と呼ばれるものを解決しうるものではないが、裁判官の決定を憲法に、すなわち憲法を採択し、また改変しうる――改正手続に従って形式的に、もしくは非形式的に――人民に、帰することを可能とするものである。(8)

このような解決策をフランスに移植することは容易では

ない。フランスの憲法システムの特殊な性質がその理由である。すなわちフランスでは、人民の意思を表明するとされるのは憲法のみならず、通常の法律もまたそうであるからである。有名な人権宣言六条の表現によれば、法律は一般意思の表明なのである。そして、法律を人民の意思の表明であるとし続けるためには、以下のいずれかの構成を採用しなければならないが、そのいずれも真に満足のいくものではない。

まず、法律は必ずしも常に、また必然的に一般意思の表明であるわけではないと主張することが考えられる。この方向での試みはよくあるものである（とりわけ、憲法院の次のような有名な定式がそうである。すなわち、「議会によって可決された法律は、憲法を尊重している場合にのみ一般意思を表明する」[9]）。つまり、憲法に違背すると宣言された法律は、人民の意思を表明するものではないということになるのである。しかしながら、違憲審査のこのような正当化は、憲法を尊重しているかどうかの統制がたんなる確認の作用であるということを含意している。ところが、よく知られているように、そうするためには解釈が必要であるし、解釈は意思の作用である。つまり問題は先送りされているのである。なぜなら、裁判官によって表明された意思が人民自身に帰せられうることが必要なのであって、そうだとするとそれは、裁判官が代表者であるということと、それゆえ、にもかかわらず民主政であるとされるシステムにおいて、選挙で選ばれてはいない機関によって人民が代表されているということとを意味することになるからである。

また、ジョルジュ・ヴデルのように、主権者人民はラストワードを握っている、なぜなら、いわば「親臨法廷（lit de justice）」[10]を開くことで、すなわち憲法改正法律を用いることで、よしとしない裁判官の決定を覆すことができるからである、と主張することもできる。人民がそうしないのであれば、それは人民が憲法裁判官の決定に同意しているからであって、この決定は人民に帰せられうることになる、と。しかしながら、このような正当化は、憲法改正という現実的な困難に突き当たるのみならず、親臨法廷との比較は、憲法裁判官がまず第一段階において主権者と対立しようとしているということを含意する。ところが、憲法院がなしてきた努力はすべて、議会によって制定された法律に対抗しながらも、主権者の意思に対抗しているということをまさに否定することにあったのである。つまり、親臨法廷という正当化を受け入れるのであれば、立法者に対

抗することによって実は主権者に対抗しているのだということと、主権者は、この対抗関係を解消するために、荘厳さを伴って、つまり憲法制定権者として、出現しなければならないということとを認めなければならない。しかし親臨法廷とはいかなる性質のものであるのか。旧体制の制度においては、主権者に対抗している高等法院（パルルマン）の意思を打ち砕くために行動するのは主権者自身であった。しかし今日の用例においては、次の二種類の解釈のいずれが良いのか戸惑うことになる。一つは、立法者および憲法制定権者がともに主権者の代表者であるとする解釈である。しかしそうすると、両者ともに主権者の名において語るにもかかわらず、なぜ一方が他方に優位することになるのかを理解することができなくなる。もう一つは、立法者と憲法制定権者は主権の二つのレベルをそれぞれ代表するとする解釈である。しかしこの場合には、いかにして主権なるものが、絶対的権力でもあり、かつ同時に異なるレベルを含むものとしても観念されうるのかを理解することが必要となるだろう。

最後に、マルセル・ゴシェのように、そしてさらにドミニク・ルソーのように[11]、二種類の主権者を区別することもできる。彼らによれば、憲法裁判官は、「超越的な」あるいは「永遠の」人民、唯一の真の主権者たる人民の意思を、現実の人民の意思に優越させるものである。ゴシェは、現実の人民は、「選択し、投票する者であって、それ自身は、永遠の人民、つまり世代を超えて自己自身との同一性を永続させる人民、そして主権の真の所持者となる人民の権力を、一時的に代表する者でしかない[12]」と言う。

これはつまり、古典的憲法学説によって一般利益とか死者と生者の継続性として定義された、伝統的なナシオン概念への回帰である。しかし重要なのは、実際には帰責点の変化ではなく、帰せられる決定の類型の違いである。実際ゴシェは、憲法裁判官の決定を永遠の人民なる主権者に帰することを提案するわけであるが、そこで言われているのはそのような憲法裁判官の決定のみであって、その他すべての規範ではない。規範のすべてが裁判官の決定から生じるわけではないからである。要するに、ゴシェの主張は先に見た説が突き当たらざるをえないのと同様な困難に逢着する。すなわち、永遠の人民は、その意思を優越させるところの憲法裁判官と現実の人民という二種の代表者を有していることになり、したがって、代表者のうちの一方がなぜ他方に対して優越しうるのかを理解することができない、ということになるのである。

以上のいずれの説も完全には一貫したものでなく、また、それぞれが主権者と呼ぶところの、その名において最高の決定が下されるところの存在や、あるいはそれぞれが代表者とするところの機関に執着するという違いがあるにもかかわらず、あるいはむしろこのような違いのゆえにこそ、帰責点なしですますわけにはいかないということを確認することができる。

ところが、欧州建設の文脈においては、問題は、まるで解決不能のように思われる。

一九五八年憲法以前の状況においては、帰責原理は国際法と国内法の関係を完全に理解せしめるものであった。すなわち、条約は法律として承認され、それゆえ条約もまた一般意思の表明としてとらえられた。だからこそ条約はそれより以前の法律には優越するものの、それより以後の法律――それはより新しい一般意思を表明する――には優越しなかったのである。ところが、一九五八年憲法の五五条によってすべてが変わった。同条は、条約（および欧州派生法）を事後の法律にさえ優越させるものなのである。[13] それ以降、より新しい一般意思がより古い一般意思によって拘束されるということ、つまり一般意思がそれ自身拘束されうるものとなったということを理解することは、もはやできなくなっているのである。

条約に基づいて欧州の機関が生成する法については、困難はさらに大きなものとなる。いったい誰を、これらの欧州機関により表明された意思の主体として示すことができるのだろうか。

明らかに、現在効力を有する諸条約も、また憲法条約案でさえも主権者に言及してはいないし、そもそも欧州の諸機関によって下される諸決定が直接間接に帰せられうるような何らかの存在にも言及していない。ある一国において法律や裁判所の決定がその国の人民に帰せられるのと同様に、欧州の立法的決定が欧州人民なるものに帰せられるわけではない、ということは容易に理解できるだろう。誰もそのような欧州人民なるものが存在するとは主張していないのである。

かといってこれらの欧州の決定を加盟国の諸国民に帰することもできない。たとえば、欧州法はフランス法に優越し、またフランスの意思に反して採択されうるものである以上、欧州法をフランス人民の意思の表明であるとすることはできないのである。

唯一の解法は、それゆえ、加盟国の憲法が法律に対する欧州法の優越性を定めているのであって、加盟国の憲法の

みが一般意思の表明であると主張することである。欧州の立法がフランス法に優越するのは、フランス人民がそれを望んだからである、とするのである。しかし、そうすることの代償は大きくなる。つまり、法律を一般意思の表明であるとする理論の放棄である。憲法院が結局のところ二〇〇四年六月一〇日の判決[14]において支払わなければならなかった代償が、まさにそれである。

このような解法は、しかしながら、もし欧州法が通常法律のみならず憲法そのものにも優越するのであれば、満足のいくものであると言うにはほど遠いものであることとなる。ところが周知のように、憲法条約はそのI―6条において、このような優越性を定めているのである。すなわち同条は、「欧州連合の機関が採択した憲法および法は、機関に与えられた権限の行使において、加盟国の法に優位する」と定めているのである。「加盟国の法」には、加盟国の憲法も含まれるわけである。

憲法院は、二〇〇四年一一月一九日の判決において、同条がフランス憲法、とりわけその三条に適合するということを、まさに帰責原理を用いることによって認めた。この判決は、きわめて巧みなものであった。実際、もし憲法院が憲法違反を宣言していたとすると、憲法は改正され、そして憲法条約の批准に際しては、フランス憲法に対する欧州法の優越性は同条約のI―6条に根拠を有するものとなり、つまり連邦制国家におけるごとく、欧州憲法そのものから帰結するものとなっていたであろう。

そうではなく、憲法院は、同条約は憲法三条の宣言する国民主権原理を侵害しないものであると確認することによって、フランス憲法に対する欧州法の優越性の根拠を、フランス憲法そのもののうちに見出したのである。そしてその結果、憲法に対する条約の優越性も、フランス人民に帰せしめうるものとなったのである。かかる解法は、主権を保守するというイデオロギー上の利点を有しているのみならず、巨大な実際上の利点をも有している。すなわち、ある憲法規定がなしうること（欧州法の優越性を定めること）を、別の憲法規定が否定しうる、ということである。憲法院が六月一〇日の判決のなかで述べていたのがまさにこのことであった。すなわち、「欧州指令の国内法への移植は、憲法上の要請から帰結するものであって、この要請に対しては、憲法の別の規定が明示的に反対の趣旨を述べている場合にしか障害が生じえない」と。

したがって、欧州法のフランス憲法に対する優越性を、憲法条約ではなくフランス憲法に、したがってフランス人

民そのものに帰するこのような解法は、いくつかの基本的な原理を、必要とあらば欧州法に対してでも維持することを可能とするものなのである。そもそも憲法院がなしたことは、ドイツ連邦憲法裁判所がその有名な一九七四年判決および八六年判決（*Solange I* および *Solange II*）においてなしたこと、また、フランス国務院がたとえばサラン訴訟[15]においてなしたことの移植にすぎない。

これらすべてのことは、ある法システムにおける最高位の規範を主権者の意思に帰することがいかに必要であるかということを、いまひとたび示している。ところが、その巧みさにもかかわらず、こういった解法は論理的問題としての帰責の問題を解決することがない。おそらく、欧州法をフランス法に優越せしめるよう命じるのがフランス人民なのである、なぜならフランス人民は、憲法によって、そして憲法のうちにしか、その意思を表明しない者であるから、と考えられるかもしれない。同様に、もし人民が憲法において意思を表明するのであれば、憲法の明示的な規定に対して法律が優越するということを人民が命じることはありえない、なぜならばそのようなことは結局、人民が自らの意思を理解し誤るということか、あるいは人民が自らの意思に従わないように命じるという不条理を導くからである、ということも理解されよう。ところが、明示的でない規定から生じるフランスの憲法規範に対して欧州法が優越しうるということは、如何にして理解することができるのであろうか。これには、憲法の解釈から生じた規範や、より重要ではないと判断された規範、さらに不文の憲法原理という三種の場合がありうるが、いずれの場合も、憲法規範なのであって、主権者人民の意思へと帰する必要があり、そこですでに述べたパラドックスに陥ることになる。すなわち、主権者人民は、明示的規定によって表明されている憲法規範に従わないことを禁止する一方で、他の憲法規範――主権者人民がそのような規範を欲したとされる――には従わないことを命じることになる、というパラドックスである。

それは形式的な問題に過ぎないとの反論があるかもしれない。しかしこの難点は実際には非常に深刻なものであり、民主政のシステムのまさに核心に関わるものである。代表民主政と呼ばれるものは次の二つの要素からなるフィクションなのである。

（a）有権者が主権者人民であるとみなされる。

（b）選挙によって選ばれた者は、法律を採択することにより、主権者人民のものであるとみなされる意思を

表明する。

しばしば、正当にも、欧州における民主的赤字――つまり、選挙された者自身が果たす役割が過小であるから、または、市民が彼らに対して微少な影響力しか持たないから、決定過程において市民が実際に果たす役割が不十分であるということ――が嘆かれている。しかしこのような主張は、加盟各国の統治における民主的赤字を観察するならば、より薄弱なものとなる。ただし、加盟各国においては、代表民主政というフィクションによって、少なくとも、権力は主権者人民によって行使されている、なぜならばそれは主権者人民の名においてそうされているから、と主張することができていたのであった。

ところが、欧州憲法の登場によって、このようなフィクションの要素がすべて溶解することになる。欧州議会の選挙人は欧州人民とはみなされていない。諸決定は、一部は選挙で選ばれてはいない者によって下され、一部は選挙で選ばれた者（欧州議会）によって下されるが、それらは人民の決定であるとはみなされていない。加盟国議会の選挙人について言えば、彼らは人民であるとみなされうるものではあるが、しかしこの場合の人民はもはや主権者であるとは考えられないのである。その名において下された決定が、欧州規範に従属するものとなっているからである。唯一存続するのは憲法制定権者たる人民という幻であるが、しかし、自らに従わないように命じるふりをすることは、やはりほとんどできないのである。

（1）　欧州憲法条約（Traité établissant une constitution pour l'Europe）に関する憲法院二〇〇四年一一月一九日判決（Conseil constitutionnel, Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004）。

（2）（訳者注）憲法院は、一九九二年四月九日のいわゆる「マーストリヒト第一判決」において、マーストリヒト条約の規定のうち二種類のものが「国の主権行使の本質的条件」を侵害するとして憲法に違反するとした。そこで、同条約の批准のため同年六月二五日に憲法が改正されたが、主権原理を定める憲法三条には一切の変更が加えられなかった。そのため、同条約は改正後の憲法にもなお違反していると主張する議員らによって違憲審査が求められた。これに対し憲法院は、同年九月二日のいわゆる「マーストリヒト第二判決」において、「憲法制定権力は主権的である」として、同条約は改正後の憲法に違反しないと判断した。以上について、参照、南野森「欧州統合と主権論――フランス憲法学の場合」（本郷法政紀要五号、一九九六年、二三九―二七四頁）。また、憲法院判決の解説とし

て、マーストリヒト第一判決については、フランス憲法判例研究会編（辻村みよ子編集代表）『フランスの憲法判例』（信山社、二〇〇二年）所収の辻村みよ子解説（二四―二九頁）を、また同第二判決については、山元一解説（三〇―三五頁）を、それぞれ参照。

（3） たとえば、Agostino CARRINO, *Sovranità e Costituzione nella crisi dello Stato moderno*, Torino, Giappichelli, 1998 ; Florence CHALTIEL, *La souveraineté de l'État et l'Union européenne, l'exemple français : recherches sur la souveraineté de l'État membre*, Paris, LGDJ, 2000 ; L. COHEN-TANUGI, *L'Europe en danger*, Paris, Fayard, 1992 ; L. COHEN-TANUGI, *Le choix de l'Europe*, Paris, Fayard, 1995 ; R. DEHOUSSE (sous la dir.), *Une constitution pour l'Europe ?*, Paris, Presses de Sciences Po, 2002 ; Jean-Marc FERRY, Paul THIBAUD, *Discussion sur l'Europe*, Préface de Pierre Rosanvallon, Paris, Calmann-Lévy, 1992 ; J.-P. FITOUSSI, *La règle et le marché*, Paris, Seuil, 2002 ; J.H.H. WEILER and Marlene WIND (ed.), *European Constitutionalism beyond the State*, Cambridge, Cambridge UP, 2003 ; C. JOERGES, Y. MÉNY, J. WEILER (ed.), *What Kind of Constitution for What Kind of Polity ? Responses to Joschka Fischer*, Florence, European University Institute, 2000 ; M. La TORRE, *Cittadinanza e ordine politica. Diritti, crisi della sovranità e sfera pubblica : una prospettiva europea*, Torino, Giappichelli, 2004 ; Neil MACCORMICK, *Questioning Sovereignty (Law, State and Nation in the European Commonwealth)*, Oxford, Oxford UP, 1999 ; N. MACCORMICK, « Constructing Legal Systems. "European Union" », in *Legal Theory*, Dordrecht, Kluwer, 1997 ; Michael NEWMAN, *Democracy, Sovereignty and the European Union*, London, Hurst & co., 1996 ; J.-L. QUERMONNE, *L'Europe en quête de légitimité*, Paris, Presses de Sciences Po, 2001 ; N. WALKER (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford / Portland Oregon, Hart, 2003 ; G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e costituzione nell'unione Europea*, Roma / Bari, Laterza, 2003.

（4） Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, t. I, p. 79.

（5） （訳者注）これは、フランス第五共和政憲法三条一項に用いられている言い方である。

（6） H.L.A.HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 50-60.

（7） Michel TROPER, *Le droit, la théorie du droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, chap. XVIII, « Le titulaire de la souveraineté », p. 283 et s.（訳者注）邦訳として、南野森（訳）「ミシェル・トロペール論文撰七〈主権の所持者〉」法政研究七三巻四号（二〇〇七年）一一七頁以下。

(8) B. ACKERMAN, *We the People*, Cambridge, Harvard UP, 1991, traduction française : *Au nom du peuple*, Paris, Calmann-Lévy, 1998.

(9) (訳者注) これは、憲法院がその一九八五年八月二三日判決のなかで述べたものである。同判決の解説として、フランス憲法判例研究会編(辻村みよ子編集代表)『フランスの憲法判例』(信山社、二〇〇二年)所収の今関源成解説(四二六―四三一頁)がある。

(10) (訳者注)「絶対王政下では国王が立法権を行使していたが、その王令は各最高法院の登録簿に記載されない限り当該最高法院の管轄区域内で適用されなかった。最高法院は、王令の適用を阻害するという消極的なかたちでも、立法権の行使に関与しえたことになる。これに対して国王は、自ら赴いて親臨法廷(lit de justice)を開催することにより、その適用を強いることができたが、最高法院はその有効性を争うなどして抵抗した」(滝沢正『フランス法〔第二版〕』三省堂、二〇〇二年、四一頁)。また、より詳細には、野田良之『フランス法概論上巻〔再版〕』(有斐閣、一九七〇年)四一四頁以下を参照。野田は「親裁座」と和訳している。

(11) Marcel GAUCHET, *La révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation, 1789-1799*, Paris, Gallimard, 1995 ; Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 5e éd., 1999, notamment p. 469-470.

(12) M. GAUCHET, *op. cit.*, p. 45. (訳者注) 邦訳として、富永茂樹＝北垣徹＝前川真行訳『代表制の政治哲学』(みすず書房、二〇〇〇年)三八頁を参照。ただし本稿ではその訳文に従っていない。

(13) (訳者注) 一九五八年憲法五五条:「適法に批准または承認された条約もしくは協定は、他方当事国による各条約もしくは各協定の施行を留保条件として、公示後直ちに、法律に優越する権威をもつ」(初宿正典＝辻村みよ子編『新解説世界憲法集』三省堂、二〇〇六年〔辻村みよ子訳〕)。

(14) (訳者注) Conseil constitutionnel, Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004.

(15) Conseil d'État, Assemblée, 30 octobre 1998, *M. Sarran, Levacher et autres*.

（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）

4　〈憲法裁判官の解釈の自由〉
（法政研究七二巻二号六三頁、二〇〇五年）

5　〈法治国の概念〉
（法政研究七三巻二号一六三頁、二〇〇六年）

6　〈持続的民主政と憲法裁判〉
（法政研究七三巻三号二二五頁、二〇〇六年）

7　〈主権の所持者〉
（法政研究七三巻四号一二七頁、二〇〇七年）