

資 料

憲法の背後に？フランスにおける 憲法のアイデンティティの原理

ミシェル・トロペール

松本有平・長谷部恭男（訳）

1 序

憲法の背後あるいはその上位に何かを求めるには、その「何か」によって何が意味されるかを決める必要がある。当然ながら、この「何か」は憲法によってあらわされた政治的あるいは社会的現実を意味することがありうる——たとえば「X国の憲法の背後には軍隊の影、あるいは特定の政党の影を見出すことができる」と述べる場合のように。たとえば、ハンス・ケルゼンは「実定法の背後にあるものは何かという永遠の問い」を論じた際、まさにこの趣旨で書いていた⁽¹⁾。ケルゼンにとってそれは次のようなものであった。

その答えを求めようとしたところで、何人たりとも、形而上学的な絶対的真理も、自然法という絶対的正義も見出すことはできないだろう。ヴェールを取り去り、目を閉じない者だけが、権力というゴルゴーンの頭が彼を見つめていることに気づくだろう。⁽²⁾

同様に、あらゆる憲法の背後には剥き出しの権力や経済的支配力や道徳的原理がある、といえるかもしれない。しかしながら、そうした理解は政治哲学や社会学の重要な関心事である一方、憲法の背後にあるこの「何か」が法的性質の

(1) H. Kelsen, *Aussprache* [Comment] in E. Kaufmann *et al.* (Eds.), *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 3 [Publications of the Association of German Constitutional Lawyers 3] 53, at 54-55 (1927). Cited in English in D. Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar* 154 (1999).

(2) *Id.*

ものであるか否かを知りたいと思う憲法学者の観点からすれば、それはイレレヴァントである。

より具体的には、憲法一般ではなく或る特定の憲法について論じたとき、特定の憲法の背後には特定のイデオロギーがある、といえるかもしれない。たとえば、1787年のアメリカ合衆国憲法の背後にはかの建国の父たちの見解があり、東ヨーロッパにおけるポスト共産主義の諸憲法の背後には法の支配というイデオロギーがある。この場合、法律家と裁判所がこれら特定のイデオロギーに照らして当該憲法を解釈することは十分に考えられる。そうした慣行は、しかしながら、当該イデオロギーを法的拘束力のあるものにするわけではない。そもそも、これらの慣行は変化しうるのであって、裁判所が解釈の過程で所与のイデオロギーを用いるとしても、後にそのイデオロギーに言及しなくなることがありうる。或る判決が、所与のイデオロギーを用い、それに照らして解釈された憲法に反すると判断された法律を無効にする場合でも、立法者に対して拘束力があるとされるのは、イデオロギーではなくただ憲法のみである。

したがって、われわれは問題を絞り、法的性質のある「何か」のみを探究すべきことになる。憲法の上位または背後にありうる道徳的ないし政治的諸原理を頭の中に描くことは、まったく不可能というわけではないものの、こうした理解が現実を反映しているのかという問題、そうした諸原理がどんなかたちであれ存在しているのかという問題は、通常の方法では答えることが困難であろう。自然法の存在や、自然法と実定法の関係という古い議論の繰り返しを避けようとするならば、そうした諸原理は、憲法制定権力より上位の権威によってそれらが実定化され、そして、もしそれらに反した場合には諸原理を侵害する憲法規定は無効とされる、そうした場合にのみ存在するといわねばならないのだろう。しかしながら、たとえ憲法制定過程に先立って制定され、なおかつ憲法制定権力への拘束力があるような諸原理の実例があるとしても、この論理は無限後退に陥るだろう。なぜなら、そうした諸原理はさらに上位の規範などにより授權された権威によって制定された場合にのみ拘束力をもつことができるであろうからである。しかし、そうした諸原理の実例を見出すことはできない。最も近いものとして、1958年のフランスにおける憲法制定過程、あるいは1993年から1996年にかけての南アフリカでのそれを挙げることはできない。

ここではフランスの例を手短に検討してみよう——すなわち、厳しい政治的危機のさなか、1958年にド・ゴールが軍事クーデタの噂とともに権力の座に戻

った、という例である。彼は、1946年憲法に厳密に則り、6月1日に首相に任命された。しかしながら彼は、共和国大統領としてより多くの権力を彼に与える新憲法を策定する権限を求めた。この権限が彼に与えられるためには、まず改正手続が改正される必要があった。これは6月3日に議会によって承認された憲法的法律によって行われ、ド・ゴールには新憲法を策定・提案する権限が与えられた——そしてそれが提案されるのは議会や憲法改正議会にではなく、直接にレファレンダムに対してであった。同時に、その憲法案策定は次の5つの原理を尊重することとなっていた——すなわち、普通選挙、権力分立、内閣の責任、司法府の独立、および旧植民地の自治である⁽³⁾。

これらの諸原理は曖昧であり、さまざまな仕方で解釈される余地が十分にあった。レファレンダムによる承認に反対する運動において、政治家のなかには、新憲法案がそれらの諸原理の一つを侵害することを許容してしまっている、と論ずる者もいた。しかし、彼らに法的救済手段はなく、彼らは違反の疑いを主張することしかできなかった。レファレンダムが行われ、国民が新憲法案を承認した後は、特定の規定に対するものであれ憲法の下で活動する政府諸機関に対するものであれ、何らの制裁も考慮すらされえなかった。したがって上記の諸原理は、憲法制定権力にとって単なる指針であった。それらは憲法解釈の過程における材料として用いられる可能性はあったが、いかなる意味においても拘束力ある法的原理ではなかった。

憲法の上位または背後に、拘束力のある法的原理——それらは憲法に先立って存在しており、授権された権威における起源によってか、あるいはそれらに反する憲法規範が権限をもつ裁判所により無効とされうるという事実によって、同定することができる——をまったく見出せないとしたら、われわれはそうした諸原理を同定するための別の方法を探究することもできよう。憲法上の機関の言説、とりわけ裁判所の言説を検討してみると、それらはあらゆる種類の諸原理を持ち出しており、たとえば——つねにというわけではないが——法律の合憲性を審査する場合にそうした諸原理を適用していることがわかる。それらは実定化されておらず、憲法典のなかで言及されているわけでもないが、われわれはこれらの諸原理を法的原理として受け容れることができる。そうし

(3) J.-M. Denquin, *La genèse de la Vè République* [第五共和国の起源] (1988); W. Zimmer, *La loi du 3 juin 1958. Contribution à l'étude des actes pré-constituants* [1958年6月3日法律。憲法制定以前の活動の研究への寄与] 111 Rev. Dr. Publ. 383, at 384 (1995).

た諸原理は、実定化された他の諸原理によって含意されていると解される場合もあれば、法制度全体から導出されることもある。しかし、憲法典との結びつきはきわめて緩やかである。

たとえば、結社の自由に関する1971年の著名な判決において、フランス憲法院は次のように述べたにとどまる——「共和国の諸法律によって認められ、[1958年]憲法前文によって厳粛に再確認された基本的諸原理のなかには、結社の自由という原理が数えられるべきである⁽⁴⁾」。憲法前文はそうした基本的諸原理を直接には再確認していないが、1946年憲法前文に言及していた。この1946年憲法前文が、「共和国の諸法律によって承認された基本的諸原理」に言及していたのである——もっとも、そうした諸原理を列挙してもおらず、それら特定する方法すらも示されていないが、結社の自由を挙げていかなかったのだが。かくして憲法院自身が、1901年から議会制定法によって結社の自由が保護されてきたため、制定法はその原理を創設したのではなく、単に「それを承認した」のだと判示した。結社の自由という原理は、制定法に先立って存在するものとされたのである。また、1958年憲法前文において間接的に「承認された諸原理」が言及されていたため、憲法院は、それを通常の立法のレベルから憲法のレベルへ引き上げる判決を下した。この事例において、結社の自由という原理は、憲法典に挙げられてもおらず、憲法院によって憲法典から導出されたわけでもない。われわれはこの原理を有効な憲法規範とみなすが、そうするのは、それが憲法制定権力によってつくられたからでも、憲法制定権力によってつくられた規範に由来するからでもなく、憲法上の基本的諸原理が存在し、そのなかに結社の自由も含まれると憲法院によって判示されたからにほかならない。この同定の方法は、規範創造に関するいかなる理論からも独立している。学者たちは、憲法院こそがそうした諸原理の真の創設者だと考えようと、あるいは憲法院は先立って存在する諸原理を単に承認しているにすぎない

(4) “Considérant qu’au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution il y a lieu de ranger le principe de la liberté d’association” [共和国の諸法律によって認められ、憲法前文によって厳粛に再確認された多くの基本的諸原理の中に結社の自由の原理が数えられるべきことに鑑みると] (Decision no. 71-44 DC of 16 July 1971), (transl. J. E. Beardsley), *The Constitutional Council and Constitutional Liberties in France*, 20 Am. J. Comp. L. 431 (1972); see A. Stone, *The Birth of Judicial Politics in France* (1992).

と考えようと、この同定の方法を用いる。この方法は、憲法院の言説を検討するだけで十分である——すなわち、憲法上の機関または裁判所が、憲法典の規定のみに依拠するだけでは審査することができない議会制定法を審査するために或る法的原理を持ち出す場合に、そしてその場合にのみ、その法的原理は存在する。

したがって、検討されるべき問題は、裁判所の判決に先立ってそうした諸原理が存在していたかどうかではなく、裁判所がそれらを生み出す必要があると考えるか否かであり、裁判所がそう考えた場合には、彼らが憲法の上位または憲法を超えたところにそうした諸原理を位置づけるかが問題となる。こうすることで、規範的態度を回避し、法的言説において現実起きていることとその理由とを端的に記述することが可能となる。共和国の諸法律によって承認された基本的諸原理に関する事例において、憲法院は明らかにそれらを憲法規範とみている。それらは憲法の上位や背後にあるのではなく、まさに憲法そのものの一部である⁽⁵⁾。

しかし、憲法の一部とはいえないにもかかわらず法的である原理を裁判所が適用する状況も想定できる。その原理は、憲法制定権力によって制定されておらず、憲法典の規定に由来しているわけでもなく、また憲法裁判所が憲法上の原理として用いていないがゆえに、憲法の一部ではない。もっともそれは、裁判所によって法的論拠として用いられているがゆえに法的ではある。ここで、フランス憲法院の判例法理の一例を分析してみよう。フランス憲法院はヨーロッパ法の優越を制限しようと長らく苦闘し、ついに2006年に、憲法の背後にある憲法のアイデンティティという概念を生み出すに至った。私はまず憲法院がそうした決定に至った過程を叙述する。次いで、私は、その新たな原理が本当に憲法の背後にあるのかという問題に答えるため、その原理と、規範の階層秩序におけるその原理の位置づけとを分析する。

2 事実

欧州連合の構築にあたって最も困難な問題の中に、国家主権とヨーロッパの統合との間の緊張関係に係わる問題がある。主権概念がもはや廃れたというこ

(5) V. Champeil-Desplats, *Les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* [共和国の法律によって承認された基本的諸原理] (2001).

とを受け容れなければその問題は解決されえない、と主張する者がいる⁽⁶⁾一方で、主権を擁護し、国内の法体系に対するヨーロッパ法の影響を限定しようとする者もいる。フランスの裁判所は絶えずこの第二の途を辿ってきた。

より一般的には、フランス革命の劈頭から、拘束力を有する国際条約の性質を、フランスにおける特殊な国家主権〔国民主権〕理論——一般意思の表明としての法律——と調和させる必要があった。1789年の「人および市民の諸権利の宣言」6条で謳われたこの原理によれば、立法権限を与えられた機関は一般意思、すなわち主権者の意思を表していると推定され、法律の形式で制定されていない場合または法律から導出されるものでない場合には、いかなる規範も拘束力をもたない。では、どのようにして条約が拘束力を有しうるのか？唯一可能なのは、条約制定手続を立法手続にならって構成する場合である。じっさい、最初の憲法——1791年憲法——では、条約は国王による交渉の後に立法府によって批准される必要があった。この手続は立法手続と平行であり、通常の立法権と同様に、条約制定権限は国王と議会に分割されていた。唯一の相違点は、通常の立法では発議権が議会に属し、国王が法案を裁可する権限のみを有していたのに対し、条約においては国王が発議権を有し、下院がそれを批准した、という点であった。

後に、手続は若干変更された。条約の批准権限は立法府から国家元首に移ったが、国家元首は議会の法律によって条約が正式に承認された後で初めて批准することができた。法律と条約の矛盾は、したがって、容易に解決された。いずれも立法としての法的性質は同一であったから、後法は前法を破るという原則が妥当したのである。しかし、共同市場の発展によって、条約の批准前だけでなく批准後の制定法についても、ヨーロッパ条約が法律に優越する必要が生じた。さもなくば、どの国も新たな立法によってヨーロッパレベルの国際法の適用を容易に回避することができてしまう。だからこそ、時期の違いはあれ、ほとんどのヨーロッパ諸国において国内法に対する欧州共同体法の優越を確立するための憲法規定が採用されたのである。

フランスについてみると、1958年憲法55条は次のように規定している。

正式に批准されまたは承認された条約または協定は、それぞれの協定または条約

(6) See, e.g., L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno* [現代世界における主権] (1997); N. MacCormick, *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth* 126 (1999).

が相手国によって適用されることを条件として、公布と同時に、議会制定法に優先する。(7)

にもかかわらず、当初、フランスの裁判所はこの規定を適用することができなかった。その理由は、議会制定法は一般意思の表現であるため、裁判所は、議会制定法がたとえ違憲であると考えたとしてもその適用を拒むことはできないから、というものであった。じっさい、革命期以来、法律の適用を拒むことは司法による立法権の篡奪であって犯罪であると考えられてきた。これが、法律の司法審査をフランスに導入することが非常に困難であった理由の一つである。

1975年になって初めて、憲法院による著名な判決の後に国内の法律に対する国際法の優越が実効的となった(8)。判決によれば、条約違反は憲法違反と同じではなく、したがって憲法院の管轄には属さない。憲法院の判決文は次のとおりである。

条約に反する法律は、当然に違憲というわけではない。[...] 憲法55条に定められる規範の審査は、61条(9)による審査の一部として行われることはない。なぜなら、2つの審査は別種のものだからである。[...] したがって、憲法61条に従って憲法院に付託された場合でも、或る法律の条約や国際協定の規定との適合性について検討することは、憲法院の権限に属さない。

こうして、通常裁判所が55条を用いる門戸が開放され、通常裁判所は条約に反する法律の適用を拒否するようになった。今日、すべての裁判所は、法律の司法的違憲審査権限を行使していないが、法律の条約への適合性審査を行うことで別種かつ非常に強力なコントロールを行っている。後者の手続は法律の条約適合性審査 review of the conventionality of statutes として知られてきた。条約の優越は、ヨーロッパ関係の諸条約に限られず、ヨーロッパの諸機関による下位法や他の国際条約にまで及ぶ。たとえば、頻繁に引き合いに出されてきた条約の一つは、ヨーロッパ人権条約である。そのシステムにおいては、その当時の解釈によれば、国際法（とりわけヨーロッパ法）は法律に対して優越する

(7) 1958年憲法の英訳は以下で参照できる〈<http://www.assemble-nationale.fr/english/8ab.asp>〉。特に注記のないかぎり、本稿ではこの英訳を用いる。

(8) 1975年1月15日人工妊娠中絶法に関する判決 no. 74-54 DC の英訳は、憲法院のウェブサイトにて参照できる〈http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/a7454dc.pdf〉。

(9) 61条は違憲審査について規定していた。

が、その優越性は、主権は憲法という形式を通じて第一次的に行使されると主張することで、主権と整合させることができた。議会に法律の制定権限を与えるのは憲法であり、国際法の優越を組織するのも憲法である。同様の考え方は、法律の違憲審査を正当化する場面にも当てはまる。憲法院によれば、「議会の制定した法律は一般意思を表明するが、それは当該法律が憲法を尊重している限度においてのみである」⁽¹⁰⁾。結局これは、主権が憲法レベルにおいてのみ表明されるということか、あるいは主権に2つの等級 degree があると観念できるということかのいずれかを意味しうる⁽¹¹⁾。いずれの考え方も説得的とはいえない。前者は1789年人権宣言6条——「法律は一般意思の表明である」と規定する——および1958年憲法3条——「国家の主権は人民に存し、人民は代表者およびレファレンダムを通じてそれを行使する」と規定しており、主権が法律レベルでも行使されることを示唆する——と矛盾すると思われる。後者の考え方、すなわち主権に2つの階級があるという考え方は、至高の権力という主権の古典的定義と相容れず、われわれのほとんどにとって、至高の主権と従属的な主権の併存を観念することは困難である。じっさい、従属的主権という概念は撞着語法である。

しかし、論理的欠陥があるにせよ、主権は最終的には憲法のレベルで行使されるという考え方は、国際法の優越性を打倒する一つの手段を与えてくれる。制定法を上位のレベル、すなわち憲法レベルへと昇格させながら、国際法は国内法に優越するが、憲法には優越しないと論ずることは、つねに可能である。したがって矛盾が生じた場合には、憲法が改正され、制定法は憲法改正というかたちで取り入れられる。あるいは裁判所は、議会が形式的には制定したにせよ、或る制定法は、共和国の諸法律によって承認された基本的原理の現れ、あるいは憲法的価値を伴う黙示の一般的原理の現れにほかならない、と判示することができる。それゆえ、そうした原理は国際法に優越しなければならない。コンセイユ・ダタは1996年にそのような理由づけを用い始めた⁽¹²⁾。

(10) ニューカレドニアの発展に関する法律 *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie* についての1985年8月23日判決 no 85-197の英訳は、J. Bell, *French Constitutional Law* 27 (1992) で参照できる。

(11) 主権の2つの等級という理論は M. Gauchet, *La révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation; 1789-1799* [権力の革命。主権、国民、代表; 1789-1799] (1995) において擁護され、また D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel* [憲法裁判法] によって採られてきた。

そうであるにもかかわらず、制定法を憲法レベルに昇格させるという戦略は、国際法は制定法だけでなく国内法秩序にも優越するという考え方を受け容れた場合には、国家主権を擁護するには不十分である。これはまさにヨーロッパ司法裁判所が1964年から行ってきたことである——というのも、これは憲法に対する優越も含意しているからである⁽¹³⁾。さらに、この主張は欧州憲法条約 I-6 条において明文化された——「付託された権限を行使するため、欧州連合の諸機関で採択された憲法と法律は、加盟国の法に優越する。」

欧州憲法条約は批准されてはいないものの、I-6 条の実質、つまり欧州共同体法の優越という原理は、欧州司法裁判所の判例法理とリスボン条約における言及によって、いまだに欧州共同体法の一部であり続けている⁽¹⁴⁾。

したがって、ヨーロッパ法の優越の承認を避けたいフランスの裁判所は別の議論を立てなければならない。ここにおいて憲法のアイデンティティが作用する。細部には立ち入らず、憲法院が2004年に「欧州共同体指令の国内施行は憲法上の責務である」⁽¹⁵⁾と初めて判示して論点提起を行った例を紹介しよう。この判例法理は、最終的には2006年の次の判示で表明される——「指令の実施は、憲法制定権力が同意した場合を除いて、フランス憲法のアイデンティティ *l'identité constitutionnelle de la France* [the constitutional identity of France] に内在する規範または原理に反してはならない」⁽¹⁶⁾。

(12) CE, Ass., 3 July 1996, Koné.

(13) Case 6/64, Costa v. ENEL, 1964 ECR 585.

(14) 第17宣言：

会議は、欧州司法裁判所の確立された判例法に従い、ヨーロッパ条約および欧州連合により採択された法が、前述の判例法によって定められた要件の下、加盟国の法律に優越することを確認する。

(15) Decision no. 2004-496 DC of 10 June 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*: 憲法88条の1は次のように定める：「フランス共和国は、欧州共同体および欧州連合を設立する諸条約によって、権限の一部を共同して行使することを自由に選択した諸国家から構成される欧州共同体および欧州連合に加盟する」。したがって、欧州連合指令の国内施行は憲法上の義務である。フランス語版は憲法院のウェブサイトにて参照できる〈<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/2004/2004-496-dc/decision-n-2004-496-dc-du-10-juin-2004.901.html>〉。

(16) Decision no. 2006-540 DC of 24 July 2006, at 19, DADVSI: “La transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe in-

それゆえ、憲法院の理由づけは次の二段階に再構成できる。

1) ヨーロッパ法を適用する義務の根拠は条約ではなく憲法のなかに見出される。したがってヨーロッパ法は、ヨーロッパ法が憲法に優越すると憲法に規定されるかぎりにおいて憲法に優越する。

2) フランス憲法は、憲法の明文規定またはフランス憲法のアイデンティティを形成する諸原理に反するようなヨーロッパ法に服することを矛盾なく決断することはできない。したがって、フランス憲法はこれまでそうした諸規定または諸原理を暗黙のうちに保障しており、ヨーロッパ法はそれらに優越することはできない。フランスの憲法制定権力のみが、それらの諸原理から逸脱することができる⁽¹⁷⁾。

もっとも、明示の諸規定という言い回しは困惑を招く——なぜなら、もし明示のという文言が黙示のという文言に対置されているとすれば、あらゆる規定は必然的に明示的だからである。当時の憲法院事務総長によれば、裁判官たちが念頭に置いていたのは、フランス憲法に特有であってヨーロッパ法には同様のものがない規定であった⁽¹⁸⁾。

3 憲法のアイデンティティとは何か？

3.1 憲法のアイデンティティの原理の内容

憲法規範のなかには他の規範に比べてより重要なものがあるという考え方

hérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti.” フランス語版は憲法院のウェブサイトにて参照できる (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/2006/2006-540-dc/decision-n-2006-540-dc-du-27-juillet-2006.1011.html>)。[訳注：原文では判決年月日が2006年7月24日となっているが、正しくは2006年7月27日である。脚注27についても同様。]

(17) P. Blacher & G. Protière, *Le Conseil constitutionnel, gardien de la Constitution face aux directives communautaires* [ヨーロッパ共同体に抗する憲法の擁護者としての憲法院] 69 Rev. Fr. Dr. Const. 123 (2007).

(18) J.-É. Schoettl, *Le nouveau régime juridique de la communication en ligne devant le Conseil Constitutionnel* [憲法院におけるオンライン通信に関する新法制] 122 Pet. Aff. 18 (2004).

は、広く行き渡っている。そうした違いは、価値論的観点あるいは論理的観点からのみ理解することができ、かつ、憲法の諸規範の個々の法的価値には関係がない場合もある。憲法のなかには、最も重要な規定を特別に保護し、特別の手続によってのみ改正できるようにしたり、まったく改正できないようにしたりするものもある。しかし、憲法がそうした明示の区別を設けていない場合、規範の特別なカテゴリーの創設を、裁判所が決定することもある。そうした創設は比喻によってのみ正当化されうる——すなわち、特別の保護によって恩恵を受ける諸規範は、根本的、基本的であり、あるいは憲法の「核心」や「基本構造」を成す、ということができる。憲法上の特別の保護は、憲法改正権がこれらの諸規範から逸脱することに対する禁止を導くことがありうる——たとえばインドにおいて、最高裁判所が「[[憲法の] 改正は憲法の基本構造を変更してはならず、また前文に述べられた諸目的と矛盾してはならない」と判示した⁽¹⁹⁾ように。

憲法上の特別の保護は、より控えめに表現されることもある——フランス憲法のアイデンティティを成す諸原理の場合のように。これらの諸原理は、憲法改正の違憲審査には用いることはできないが、他の憲法規範とは異なり、ヨーロッパ法に優越する。「憲法のアイデンティティ」という表現は、欧州憲法条約（I-5条）およびリスボン条約における類似の表現——「政治および憲法の基本構造に内在する、[加盟国の] 国家のアイデンティティ national identity」——に影響を受けている⁽²⁰⁾。しかし、フランス憲法院は慎重にも、新たな原理の根拠をヨーロッパ条約ではなくフランス憲法のみに求めようとした。したがって、条約の言葉遣いととの関係はすべて純粹にことばの上の問題にすぎない。

ヨーロッパ [諸条約] とフランス [憲法] の表現の間には2つの違いがある。第一に、基本構造には憲法上のものでないものもあるから、それらは一致しないといえる。反対に、憲法上の構造には、国家のアイデンティティを表現

(19) Kesavananda Bharati v. State of Kerala, 1973 SC 1461.

(20) 3a条2項は次のように定める：「欧州連合は、両条約の前の加盟国の平等、並びに、地域および地方の自治を含めた、政治および憲法の基本構造に内在する加盟国のアイデンティティを尊重しなければならない。欧州連合は、加盟国の領域の保全の確保、法および秩序の維持、および国家安全保障等の本質的な国家の機能を尊重しなければならない。特に、国家安全保障は各加盟国の単独の責任のもとに留保される。」

していないもの——当該国家特有のものではないが重要な諸価値を表現しているものも存在しうる。第二に、かつ、より重要なことに、ヨーロッパ諸条約は「尊重する」と述べているにすぎず、これは欧州連合諸機関が加盟国の国家のアイデンティティを害することを避けるよう努めなければならないことを意味しているのであって、必ずしも加盟国の国家のアイデンティティへの尊重を欠く欧州連合の諸規範をヨーロッパ司法裁判所が無効にすることを意味するわけではない。換言すれば、加盟国の国家のアイデンティティを尊重する義務はヨーロッパ共同体法の優越という原則の例外ではないのに対し、これ〔ヨーロッパ法の優越という原則の例外をつくること〕はまさにフランス憲法のアイデンティティの原理が達成しようとするところのものである。

憲法のアイデンティティというこの観念の主な利点の一つは、その曖昧さゆえに、必要とされうる内容をなんでも裁判所が充当することができる点にある。明らかに、学者の頭の中にまず思い浮かんだのは、その観念によってライシテの原理が保護されるというものであったが、憲法院とコンセイユ・デタは、いずれもそれ以上詳細を語らないように注意を払った。こうすることで、彼らは自由な判断の余地を確保してヨーロッパ法に抵抗するための拠りどころを見つけることができる。じっさい、憲法のアイデンティティはその国に固有な諸特質のみに由来するのではなく、いくつかの憲法に共通であってそれぞれに不可欠な諸特質の組み合わせにも由来する、と論じることも容易であろう。

この表現を広範に解釈することを支える一つの非常に有力な議論は、フランスの法学にとって非常に重要な発想の源になっているカレ・ド・マルベールの名著の副題のなかに見出されうる⁽²¹⁾。同著の副題には、奇妙に思われかねない理由がいくつかあるが、その理由の一つは次の事実にある——すなわち、*d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*（フランス憲法の与件による）という表現によって、カレ・ド・マルベールは「実定憲法から導出された」ことを意味した⁽²²⁾一方、彼が分析する諸原理は、彼が同著を執

(21) R. C. de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat; spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français* [国家の一般理論への寄与、とりわけフランス憲法の与件による] (1920).

(22) 別の著作の序文で、彼は次のように述べている：

[...] la présente étude n'a point pour but de discuter et d'apprécier des idées ou des doctrines, mais seulement de constater et d'établir, d'après les données fournies par le droit positif en vigueur, l'un des points capitaux du système con-

筆していた時代に妥当していた1875年憲法典には見出されない、という事実である。こうした諸原理——いずれも革命の劈頭から確立されていた——には、権力分立、主権、一般意思の表明としての法律、代表、などが含まれる。では、どのようにしてそうした諸原理が実定法の一部とみなされえたのか？なぜなら、カレ・ド・マルベールと圧倒的多数のフランスの法学者によれば、そうした諸原理は、憲法または制定法の基礎であるかのようにそれらの本質的内容に影響を与えたからである。

一つの著名な例がある。フランス第三共和制は1871年に次のように決定した——アルザスとロレーヌから選出された国民議会議員は、フランスがプロイセンに敗北し、両地域がフランスの領土ではなくなった事実にかかわらず国民議会における議席を保持できる、と。これに対する正当化は国民主権 *national sovereignty* という原理から導かれ、また国民議会議員は各選挙区民の代表ではなく不可分の国民 *nation* 全体の代表だという考え方から導かれていた。カレ・ド・マルベールの見解によれば、これらの諸原理は国家の一般理論へのフランスの寄与——したがって同著の題名でもある——であって、また諸原理はこの意味においてフランス特有ではなく普遍的である。しかし、これらの原理はまた、フランスという国家を構成するものでもある。なぜなら、それらはあらゆる憲法規範の前提となっており、したがってフランス憲法のアイデンティティを定めるからである。それゆえ憲法院は、ライシテからデモクラシーや国民主権や権力分立に至るまで、フランス憲法のアイデンティティを形成しているがゆえに、フランス憲法の基本構造の一部とみることのできる、非常に多く

stitutionnel français actuel. Je me propose de montrer que la constitution de 1875 a appliqué et s'est par conséquent approprié, touchant la notion de loi et de pouvoir législatif, le concept énoncé dans le célèbre article 6 de la déclaration des droits de 1789, et je voudrais surtout mettre en clarté l'influence que ce concept a exercé sur les institutions consacrées en 1875. [本研究は、観念や学理を議論し評価することをまったく目指しておらず、むしろ、現に妥当している実定法の与件を所与として、現在のフランスの憲法秩序の重要な局面の一つを確認し確定することを目指す。私は、1875年憲法が著名な1789年権利宣言6条において述べられた法律および立法権力の捉え方を適用している（したがって採用している）ことを示そうと思う。私は、とりわけ、そうした捉え方が1875年に設立された諸制度に与えた影響を明らかにしたい。]

R. C. de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale* [一般意思の表明としての法律] (1931).

の諸原理を見出すことができる。このようにして、それらの諸原理は憲法院によってヨーロッパ法の優越に抵抗するために用いることができる。では、どのような意味においてそれらは憲法の背後にあるとどういうのだろうか？

3.2 諸原理の地位

2つのまったく異なる原理が区別されねばならない。一方において、フランス憲法のアイデンティティを成す諸原理が存在する（そのリストは未だ開かれたままではあるが）。他方において、フランス憲法のアイデンティティを成す諸原理にヨーロッパ法が優越することはできないというメタ原理（以下「憲法のアイデンティティの [メタ] 原理」という）が存在する。前者は憲法規範である。

カレ・ド・マルベールによって発見された諸原理は或る特定の意味においてのみ法的かつ憲法的原理であった——すなわち、それらは彼の時代に有効だった憲法のテキストのなかには見当たらず、またそれらは憲法より下位の規範を無効化する基準としては機能しえなかった。しかしこれらの諸原理は、政治的ないし道徳的理論として、憲法制定権力あるいは裁判官にとって着想の源であっただけではない——それらは一定の決定に説得力ある正当化根拠と考えられるものを与えるために用いられることもありえた。たとえば、既にみたように、国民主権という原理は、1871年にアルザス-ロレーヌの議員のフランスの国民議会議員としての地位を継続する決定を正当化した。しかしそれは、いかなる意味においても拘束力をもたない。1962年にアルジェリアが独立した際、アルジェリアの選挙区から選出されたフランスの国民議会議員は議席を失った——これは1871年の決定に真っ向から反する決着である。学者と政治家はこの判断が国民主権原理を侵害すると主張したが、法的救済手段がまったくなかったことから、その決定は実施された。

したがって、カレ・ド・マルベール——および他の学者ら——は、国民主権や権力分立など、フランス憲法のアイデンティティを形成するあらゆる原理は、憲法の背後にある実定法の一部であるから憲法上の原理である、と論じることもできただろう。こうした議論の私法におけるアナロジーとして、意思の自律という原理——これはフランス民法典には書かれていないけれども——は、立法者に影響を与え、法律上の議論の基礎として用いられうるから、民法典の背後にある実定法の一部である、と論じることができるかもしれない。

しかしながら、立法の違憲審査が導入されて以来、フランス憲法のアイデン

ティティを成す諸原理の地位は大きく変容した。いまや、ヨーロッパ連合法が優越しないという点を除けば他の憲法規範の地位と同等である。一方において、そうした諸原理は、法律その他の諸規範がそれらの諸原理——たとえばライシテや権力分立——のいずれか一つでも侵害する場合には対抗されるという意味で、法律その他の諸規範に対し、拘束力をもつ。したがってそれらの諸原理は憲法のなかにあり、憲法の背後にあるとはみなされえない。

他方において、そうした諸原理は超-憲法的であるということとはできない——なぜなら、憲法制定権力は特別な改正手続すら経ずしていつでもそれらを改正することができ、またフランス法は、憲法規範の間に形式的階層秩序を設けず、価値的階層秩序のみを設けているからである⁽²³⁾。その点において、そうした諸原理はインド憲法の基本構造をなす諸原理とは異なる。じっさい、憲法院はそうした諸原理を憲法の上に位置づけることを慎重に避けていた——というのも、そうすることで、憲法制定権力が、必要な場合にこれらの諸原理の例外を自由に設けることはできない、ということをも暗に意味してしまうからである。したがって憲法院は、これらの諸原理を憲法上のものへと変容させた。この変容は、エジプトの憲法裁判所がシャリーアについて行ったことと比較できよう。

1980年に改正された1971年エジプト憲法2条は、次のように規定している——「イスラームは本邦の国教である。アラビア語は本邦の公用語であり、立法における第一の法源はイスラーム法（シャリーア）である」。

一つのありうる解釈は、シャリーアに反する立法は違憲だというものである。しかしながら、エジプト最高裁は「以下のような」二段階にわたる議論を展開した⁽²⁴⁾。

(23) R. Guastini, *Gerarchie Normative* [規範の階層秩序について] in R. Guastini, *Il diritto come linguaggio* [言語としての法] 91 (2001); R. Guastini, *Lex superior. Pour une théorie des hiérarchies normatives* [上位法：規範階層の理論に向けて] in P. Brunet & E. Millard (Eds.) *Les juristes et la hiérarchie des normes* [法律家と規範の階層秩序] (2009).

(24) 以下の記述は次のものに依拠している。N. Bernard-Maugiron & B. Dupet, *Les principes de la sharia sont la source principale de la législation. La Haute Cour constitutionnelle et la référence à la Loi islamique* [シャリーアの原理は立法の主要な源泉である。最高憲法裁判所とイスラーム法の参照] in N. Bernard-Maugiron & B. Dupret (Eds.), *Le Prince et son juge: droit et politique dans l'Égypte contemporaine* [王と彼の裁判官：現代エジプトにおける法と

第一に、エジプト最高憲法裁判所は、2条に遡及効がないことから、1980年より前の法律の違憲審査を拒否した。これは、シャリーアが2条ゆえに拘束力をもつということ、つまり、シャリーアの効力は宗教ではなく憲法——すなわち憲法制定権力の意思——のみに由来するということである。また、シャリーアはエジプト憲法の一部であり、それゆえシャリーアの解釈は宗教的権威ではなく裁判所によって行われるということでもある。

第二に、1993年に、1980年以後に承認された法律がエジプト最高憲法裁判所に付託され、シャリーアとの適合性にもとづく審査を余儀なくされた。最高憲法裁判所は、従来の2条の解釈に従い、次のように判示した——立法権は、その価値が絶対的である諸原理に反する場合にのみ制限される、なぜなら、そうした諸原理は解釈の対象ではなく、時の経過により変化することがないからである、と。他方、相対的で時と場所によって変化する諸原理も存在する。この区別に従い、最高憲法裁判所は、審査を行なったあらゆる事例において、争点となるシャリーアの諸原理は相対的原理にすぎないと解し、それらに対して非常にリベラルな解釈を施した。一つの例がある——学校におけるヴェールを規制した1994年の教育大臣による決定は、違憲とはみなされなかった。

フランスと同様にエジプトの事例においても、司法による関与は、憲法の傍らにある〔つまり、憲法とは異なるもの〕とみなされてきたものを憲法のなかに取り込むことから成っていた——ここでも、裁判所のミダース王的資質が示されている。

この意味において、フランス憲法のアイデンティティを成す諸原理は、似たような名前では呼ばれるものの、インド憲法の基本構造を成す諸原理とはまったく異なる——なぜなら、これらの諸原理と矛盾するインド憲法改正が無効とされうという意味において、インド憲法の基本構造を成す諸原理は、憲法改正〔権〕より上位にあるのだから⁽²⁵⁾。しかしながら、あらゆる憲法規範が平等に取り扱われる必要はない。一部の憲法規定は一定の手続で改正され、他の規定は別の手続で改正されると決定することがありうるのと同様に、一定の種類の規範と衝突した場合に、一部の憲法規範は優越するが、他の憲法規範は優越しないということがありうる。これこそがいまの状況である——すなわち、ヨーロッパ法は他の憲法規範に優越するが、フランス憲法のアイデンティティを成

政治] 107 (1999).

(25) Kesavananda Bharati v. State of Kerala, 1973 SC 1461, at Para. 1624 (1973).

す諸原理は、ヨーロッパ法に優越する。

もしフランス憲法のアイデンティティを成す諸原理が憲法規範であるならば、それらは憲法の上部にも背後にもない。このことは、ヨーロッパ法の優越はフランス憲法自体に基づいているという原理にも当てはまる。なぜなら——憲法院自身のことばによれば——ヨーロッパ法の優越がフランス憲法に基づいているということこそが憲法88条の1の実質的内容であるから⁽²⁶⁾。しかし、憲法のアイデンティティのメタ原理についてはそうではない。

憲法のアイデンティティの原理は、ライシテや権力分立のようなヨーロッパ連合法から保護される上記の一群の諸原理を対象とする、という意味においてメタ原理である。これらの諸原理とは異なり、憲法のアイデンティティの[メタ]原理は、憲法のなかには見出せない。じっさい、憲法院は、憲法のテキストから読み取ろうとする素振りさえみせていない。憲法88条の1は次のように定める。

共和国は、欧州共同体および欧州連合を設立する諸条約によって、権限の一部を共同して行使することを自由に選択した諸国家から構成される欧州共同体および欧州連合に加盟する。

憲法院はこの規定を、ヨーロッパ連合法を適用する義務の根拠はヨーロッパ諸条約ではなく憲法それ自体にあるとするものと解している。もっとも、憲法院は、88条の1と憲法のアイデンティティの[メタ]原理との間の含意について述べていない。そうではなく、憲法院は、憲法のアイデンティティの[メタ]原理を、同条で表明された諸規定に対する制約と解している。

[憲法院が] この[88条の1の要求を満たす] 目的のために行う審査は、しかしながら二重の制約に服する——第一に、指令の実施は、フランス憲法のアイデンティティに内在するいかなる規範または原理に反することもできない[……]⁽²⁷⁾

憲法規範は、それ自体は憲法上のものではない原理のなかに自身の限界をどのようにして見出すことができるのか？憲法院はこの問いに対して明示的には答えておらず、いかなる正当化根拠も与えていない。しかしながら、憲法のテキストや、さらに上位の原理と関連づけるといった、他の憲法原理の正当化と同

(26) Decision no. 2004-496 DC of 10 June 2004, *supra* note 14.

(27) Decision no. 2006-540 DC of 24 July 2006, at 18-19, 英訳は憲法院のウェブサイトにて参照できる (http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/2006_540dc.pdf)。)

じ方法によっては、憲法のアイデンティティの [メタ] 原理が正当化されることはありえないことを、われわれは知っている——それは、法それ自体の一定の構造的特質にのみ関連づけられる。

ここでは、規範の階層秩序のアナロジーを用いることができる。裁判所が或る規範の適用を拒もうとする場合、つねに彼らはその規範が別の規範に反し、かつその別の規範が上位であると主張しなければならない——もっとも、その規範が他方の規範に優越することを論証するのは容易ではない。Marbury v. Madison 判決⁽²⁸⁾におけるアメリカ連邦最高裁の議論の骨子は次のようなものであった。

合衆国憲法は、次のいずれかである——上位の法、つまり最高法規であって通常の方法では改正できないか、あるいは通常の議会制定法のレベルにあって、他の法律と同様に立法府が改正したいと思えば改正できるものか。もし前者であるならば、合衆国憲法に反する議会制定法は法ではない。

では、なぜ前者が真なのか？それは、あらゆる憲法が特別な改正手続を設けているからである。したがってジョン・マーシャルによれば、[特別な] 改正手続の存在から、憲法に反する議会制定法は法ではないという原理を導出できる。この議論の弱点は、それが経験的に偽であるという事実にある——すなわち、マーシャル首席裁判官はこれがあらゆる憲法に当てはまると強調したにもかかわらず⁽²⁹⁾、特別な改正手続を設けながら、しかし違憲という根拠の下にその法の適用を拒否することを、徹底して禁止し懲罰を科した多くの憲法（そのなかにはマーシャル自身が非常によく知っていたいくつもの憲法もある）を、われわれは知っている。Marbury 判決までに、フランスには既にそうした類型の憲法が4つ存在した⁽³⁰⁾。

換言すれば、憲法は、他の手段によって改正されえないという意味において

(28) Marbury v. Madison, 5 U.S. 137, 177 (1803), 5 U.S. 137, 177 (1803); cf. M. Troper, *Marshall, Kelsen, Barak and the Constitutionalist Fallacy*, 3 I-CON 24 (2005).

(29) 上記 Marbury 判決は177頁で次のように述べる：

間違いなく、成文憲法を起草した者はみな、成文憲法が国家の根本的かつ最高の法を形成していると考えており、したがって、そうしたすべての政府がもつ見解は、成文憲法に反する立法府の法律は無効である、というものでなければならない。この見解は、成文憲法に本質的に結びついているのである。

(30) 1791, 1793, 1795, および1799年フランス憲法が、それである。

優越的であり、同時に、憲法に反する議会制定法が法ではないという意味においては優越的でない、ということがありうる。これら2つの優越性の間には何らの論理的連関もない。1791年から1958年までのすべてのフランス憲法は第一の意味において優越的だったが、第二の意味においてはそうではなかった。対照的に、イスラエル憲法は第二の意味において優越的だが、第一の意味においてそうではないということができる。また、もしアメリカ合衆国憲法が本当に2つの意味において優越的だとしても、それは *Marbury* 判決の根拠ではなく、同判決の帰結である。

違憲立法審査権限をそれまで与えられていなかった裁判所が、それにもかかわらず或る議会制定法が既存または仮定上の規範に反することを理由に無効であることを宣明したときはつねに、上記のものと同じ理由づけが見出されうる。たとえばアンシャン・レジーム期の高等法院は、彼らには国王の法律を審査し「王国の根本法」⁽³¹⁾に反する場合にはそれらを無効化する権限がある、と論じた。別の例として、インド憲法の基本構造——憲法のアイデンティティと似た表現といえる——を成す一定の諸原理が存在し、そうした諸原理は憲法規定の改正に優越する、と判示したインド最高裁の例が挙げられる⁽³²⁾。また、フランスにおける1971年の結社の自由に関する判決を挙げることもできる⁽³³⁾。さらに、一部の議会制定法は他の議会制定法に優越するため、後者に対する司法審査を行う際の規準として用いることができる、と判示したイスラエル最高裁の例も挙げられる⁽³⁴⁾。

これらすべての例に共通するのは、或る原理——それが或る文書で言及されたものであれ、あるいは新たに発見されたにすぎないものであれ——が優越するとの決定は、その優越性が当該法体系の不可欠の特質であるがゆえに優越性の決定以前から存在していたと主張することによってのみ正当化されうる、ということである。

(31) S. Hanley, *The Lit de Justice of the Kings of France: Constitutional Ideology in Legend, Ritual, and Discourse* (1983).

(32) *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, 1973 SC 1461.

(33) G. D. Haimbaugh, *Was it France's Marbury v. Madison?*, 35 *Ohio St. L. J.* 910 (1974).

(34) *United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Village*, C.A. 6821/93, 49(4) P.D.221 (1995), 英訳は次の箇所参照できる。N. Dorsen *et al.* (Eds.), *Comparative Constitutionalism, Cases and Materials* 103 (2003).

1971年のフランスの判決は特に参考になる。フランス憲法院の評議の議事録が近年公刊された⁽³⁵⁾。[それによれば]、1971年判決それ自体に正当化根拠がまったくなかったにとどまらず、裁判官らは、憲法前文のテキストが曖昧すぎて違憲審査権限行使の根拠にならない可能性については評議室においても——しかもきわめて手短に——議論していたようだが、Marbury 判決と同様に仮定されたにすぎない優越性の原理について議論を行うことはまったくなかった⁽³⁶⁾。換言すれば、優越性、すなわち憲法と議会制定法が対立した場合に後者が無効であるという原理は、1971年の判決以前に存在していたわけではなく、裁判所によって創設されたのである。しかしながら、裁判所は既存の諸原理を適用していると見せかけるよう制約されており、その創設は正当化されえないから、それは単に前提されているのである。

ヨーロッパ連合法が憲法規範に優越するにもかかわらず一部の憲法規範がヨーロッパ連合法に優越する、という原理にも同じことが当てはまる。憲法院にかなり広い意味での政治的な目的、つまり国家主権の核心を保全するという目的があったのは明らかである。しかし、法的観点から唯一成り立ちうる正当化は、論理的性質のものである——すなわち、フランス憲法に対するヨーロッパ連合法の優越がフランス憲法そのものを根拠としながら、憲法のアイデンティティの[メタ]原理を仮定しないとすると、憲法に従わないよう市民に命じる憲法というパラドックスに直面する。このパラドックスから脱け出す唯一の手段は、次のように仮定することである——すなわち、憲法外部の法規範に服

(35) B. Mathieu *et al.*, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983* [The great deliberations of the Constitutional Council 1958-1983] [憲法院の重要評議 1958-1983] 209 (2009).

(36) 同様の仮定は1795年にエマニュエル・シエスによってなされた。当時彼はある種の違憲審査を提案し、次のような措定から始めた：“Une constitution est un corps de lois obligatoires, ou ce n’est rien; si c’est un corps de lois; on se demande où sera le gardien; où sera la magistrature de ce code. Il faut pouvoir répondre.” [憲法は拘束力ある諸法律からなるか、さもなければ何ものでもない；もしそれが拘束力ある諸法律からなるならば、この規範の守護者、つまり審判者の所在を訊ねることになるだろう。それに対して答えを与えることができなければならない。] E. Sieyès, *Convention Nationale; Séance du 18 thermidor an III (5 août 1795)* [国民公会、共和暦Ⅲ年テルミドール18日(1795年8月5日)の討論] 1795 *Moniteur universel* 1301, at 1311-1316 (1795).

するいかなる憲法も、それに完全に服することはありえず、一定の核心的諸原理を保持しているはずである、と。こうした仮定こそが、憲法の背後にあるわけである。

4 結論

憲法の背後あるいは上部にはないが、まさに憲法の一部を成す諸原理がある、と結論することができる。これらの諸原理には——たとえばそれらがヨーロッパ連合法から保護されているなどの理由から——部分的に異なる地位があるものの、それらは他の憲法原理と本質および機能において同一である。これらの諸原理に違背する規範は無効とされ、また諸原理自身も改正される。このことは、たとえ一部の憲法上の諸原理には異なる地位がある——たとえば改正手続が異なる場合や、裁判所で用いられる原理のリストから排除されるという場合——ということをわれわれが知っているとしても、同様である。しかしながら、フランス憲法のアイデンティティのように、比喩的表現を受け入れ、成文化されてはいなくとも法的拘束力をもついくつかのメタ原理が憲法の背後に存在する、といえる場合がある。そうしたメタ原理は、一定の種類の憲法的論議の根拠となるという点で法である。それらは、制定されたのではなく前提されてきたからこそ、憲法の背後にある。

[解説]

本稿は、パリ第10大学名誉教授、ミシェル・トロペール氏の論文「憲法の背後に？ フランスにおける憲法のアイデンティティの原理」⁽³⁷⁾の邦訳である。

トロペール教授は、あらゆるイデオロギー的、規範的視点から脱却して、憲法をめぐる学説、判例法理、政治的言説を鋭利に分析することで、世界的に著名である。

本稿は、フランス憲法学、とりわけフランス憲法院の判例法理にあらわれる「憲法のアイデンティティ」という観念を分析する。憲法のアイデンティティは、近年、日本を含めて世界各国で活発な議論の対象となっている。トロペール教授が分析するのは、フランス憲法院が、ヨーロッパ法のフランス国内法に

(37) Michel Troper, *Behind the Constitution? The Principle of Constitutional Identity in France*, in András Sajó and Renáta Uitz (eds), *Constitutional Topography: Values and Constitutions* (Eleven International Publishing 2010) 187-203.

対する優越性を限界づける原理として用いる、憲法のアイデンティティという観念である。この観念は、内容を2つに区分することができる。一つは、フランス憲法のアイデンティティを構成する憲法原理は、ヨーロッパ法に優越するというメタ・レベルの原理、いま一つは、そうしたメタ原理によってヨーロッパ法に優越するとされる個別の諸原理である。

いずれの原理も、憲法上の機関——フランスの場合で言えば、憲法院がその典型である——の決定によって創設される。創設に際しては、それらの諸原理が、憲法上の機関による創設前から存在していたとの正当化が試みられる。それは、フランスに限らず、アメリカ、インド、イスラエルなど、他の諸外国においても同様であることが、淡々と記述される。この論点に関する分析は、トロペール教授独自のリアリズムの解釈理論が下敷きとなっている。

アイデンティティを構成する諸原理は憲法上の原理であって、憲法の背後にあるわけではないが、アイデンティティを構成する諸原理がヨーロッパ法に優越するとのメタ原理は、仮定されたものであり、憲法の背後にある原理であることが示される。このメタ原理を正当化するのは、憲法自身が市民に対して憲法に従わないよう命ずることは自己撞着となるという論理的根拠である。憲法のアイデンティティという論争的な観念を理解する上でも、また近年のフランスの憲法学説、憲法判例法理を理解する上でも、おおいに参考になるものと考えられる。

本稿の翻訳にあたっては、松本有平が第一次稿を作成し、長谷部恭男が表現の統一をはかる等の微修正を全体にわたって加えた。

訳者によって挿入された語彙は、角括弧 (square bracket) で囲っている。

本稿では、ヨーロッパ法 (European Law)、ヨーロッパ共同体法 (European Community Law)、ヨーロッパ連合法 (European Union Law) をそれぞれ訳し分けているが、原著者がこれらの概念の区別にさほどの意味を認めているようには思えない。また、「ヨーロッパ」と「欧州」が慣用等に従って混在している点も、読者のご寛恕をお願いしたい。

他方、national sovereignty という概念は、文脈に応じて「国家主権」と訳している場合と「国民主権」と訳している場合とがある。カレ・ドゥ・マルベールに由来するフランス特有の *souveraineté nationale* の概念は、普通、国民主権と訳される。普仏戦争後に、アルザス・ロレーヌ選出の議員が国民議会議員としての地位を維持したときに根拠として言及されるのは、この国民主権の観念である。しかし、ヨーロッパ法と憲法または法律との優越関係が問題とされ

る場面での national sovereignty は、国家主権と訳されることになるであろう。フランス憲法学に造詣の深い読者の方であれば、とくに注意は必要ない点かも知れないが、いずれも英語にすると national sovereignty となるので、場合によっては混乱を招くリスクがある。

最後に、本稿の邦訳を快諾していただいたミシェル・トロペール教授に、そして翻訳をご承諾いただくとともに、寛大にも翻訳権料を放棄するご判断をいただいた Eleven International Publishing 社に厚く御礼申し上げたい。

松本有平・長谷部恭男