

主権と統治（2・完）

春 山 習

序

I. 主権と統治

1. ジャン・ボダン

- (1) 政体の分類と主権論
- (2) law と edict の区別

2. トマス・ホブズとジャン＝ジャック・ルソー

- (1) ホブズと眠れる主権者
- (2) ルソーにおける主権と統治の区別

3. フランスにおける受容：ジロンド派とシイエス

- (1) ジロンド派の憲法構想
- (2) シイエスと憲法制定権力論

4. 検討

- (1) ルソーの解釈について
- (2) 憲法学への接続 (以上94巻1号)
- (3) シイエス再訪：憲法制定権力の再定位

II. 憲法学にとっての主権と統治

1. フランス第三共和制期の憲法理論：エスマンとカレ・ド・マルベール

- (1) エスマンによる国民主権論
- (2) カレ・ド・マルベールの主権論：ナシオン主権とプーブル主権

2. 現代憲法学への示唆：立憲主義と主権

- (1) 主権論争：杉原泰雄と樋口陽一
- (2) アメリカにおける人民主権論：アマーとアッカーマンを素材に

結

(以上本号)

(3) シイエス再訪：憲法定権力の再定位

主権と憲法定権力の関係は憲法学において難問とされてきた。⁽¹¹⁴⁾ もっとも、これまでの議論の筋道からすれば、主権とは憲法を制定する権力であるというのはルソーが示したところであり、それに対して憲法定権力論が、シイエスの議論を発展させながらそれを明確にしつつ、主権をより法的な概念へと馴致しようとしたのであるという図式を描くことができる。これは樋口陽一が主権と1791年憲法の関係性について描いた図式と総論としてはほとんど同様である。すなわち、超実定法的な憲法定権力が、人権宣言と一体となった1791年憲法をいったん制定すると、実定法体系が完結し、それによって憲法定権力そのものは凍結され、そこに一括されていた憲法改正権が分離され、⁽¹¹⁵⁾ 憲法典内部の権力として枠づけられることになったとされるのである。

樋口はシイエスについて、フランス革命の当初は超実定法的な憲法定権力を提唱していたけれども、実定憲法の制定後には、いわゆるナシオン主権-代表制というイデオロギーの擁護者として振る舞うようになったと評価する。はっきり述べられているわけではないが、樋口には、シイエスが当初はプーブル主権論に近い論者であったけれども、それが後にナシオン主権論へと変遷したという認識があるように思われる。⁽¹¹⁶⁾ しかし、本稿の

(114) たとえば山元一「主権」小山剛、駒村圭吾編著『論点探求 憲法 [第2版]』5-6頁(弘文堂、2013)。

(115) 樋口・前掲注89)『近代立憲主義と現代国家』第二部第一章参照。

(116) 樋口は「第三身分とは何か」の時点でのシイエスの論理の展開は、必ずしもきわめて明瞭にはないがそれ[引用者注：いわゆるナシオン主権-代表制の主張]とはちがっていて、むしろ、「憲法定権」を本来もっている国民によって拘束された「代表」という観念を基礎としているように読みとることができる」という(同上203頁)。ここには、シイエスは特別代表による権力行使を主張するから純粋なプーブル主権論とはいえないけれども、憲法定権力を国民が直接行使しているのとはほぼ同視できるという評価、すなわち、この時点でのシイエスの主張はナシオン主権的ではなく、プーブル主権的であるという樋口の判断が現れていると思われる。杉原泰雄も、シイエスに両義的な評価を与えていた(『国民主権の研究』193-198頁(岩波書店、1973))。つまり、シイエスはプーブル主権的な主張を行いな

観点からすれば、シイエスは当初から一貫した主権論＝憲法制定権力論を展開していたのだと考えることができる。それは主権と統治の枠組みを基本的に持ちながら、代表制の導入によって人民の直接的関与を排除するものであった。以下、樋口も依拠するシイエスの代表的なテキスト『第三身分とは何か』を中心に検討したい。

シイエスは国民の憲法制定権力と、一般の立法権とを区別している。すなわち、いかなる実定法も国民の意思からしか生じえないのであるが、その法律には二種類のものがあるという。第一は「憲法としての法律 (lois constitutionnelles)」であり、これは「立法権限を持つ団体の組織と役割を規定するもの」と「執行権限を持つさまざまな団体 (différents corps actifs)」の組織と役割を定めるもの⁽¹¹⁷⁾」に分類される。これらは憲法制定権力によって創設される基本法である。第二は「狭義の法律」であり、第一の憲法としての法律に従って立法府が制定するものである。シイエスは、「明らかに、憲法は、統治体 (gouvernement) にのみ関わるものである」⁽¹¹⁸⁾として、憲法制定権力は *gouvernement* を創設することに直接関わるのみであって、狭義の法律はこの *gouvernement* が制定するものだと考えているのである。すなわち憲法制定権力の主たる機能は憲法の制定である。また、この *gouvernement* が「真の権力を行使するのは、憲法に従っている限りである」から、ここに憲法の規範性も生じることになる。シイエスは、明らかに主権という語の使用を避けているけれども、憲法制定権力が

らも、結局、主権に超実定法的な性格を与えることによって、逆に実定法から人民を排除することを可能にする理論であったとする。いわば「人民主権から新しいブルジョア的な国民主権への橋渡し」(同上195頁)である。その他、シイエスのブルジョア性を強調するものとして渡辺良二「国民の憲法制定権力」に関する若干の考察——シェイエスの理論を中心として——同『近代憲法における主権と代表』第一章(法律文化社、1988)。

(117) 稲本洋之助、伊藤洋一ほか訳『第三身分とは何か』第5章105頁(岩波書店、2011)。傍点ママ(以下同じ)。なお、邦訳において傍点は原文で斜体になっている部分に振られている。

(118) 同上第5章107頁。

その代わりになっていることは明らかである。したがって、ここだけを取り出せば、主権-統治理論そのものであるといえよう。

ただし、ルソーと異なるシエスの特徴は、憲法制定権力=主権を人民ではなくその代表者が行使すると主張する点にある。代表は通常代表と特別代表に分けられる。シエスは一方で通常代表について次のように述べる。

人民の通常代表は、共通意思のうち良好な社会運営の維持に必要な部分を、憲法上の形式に従って行使することを任務としている。彼らの権限は、統治に関する事柄に限られる。

他方で特別代表について次のように述べる。

特別代表は、国民が与える任意の新たな権限を持つことになる。大国では、非常事態のつど実際に国民全員が集まるわけにいかないの、国民はそのような場合に必要の権限を特別代表に委ねなくてはならない。……特別代表団は、この国民の総会に代わる。たしかに、この代表に、国民意思の全てを表明する任務を負わせる必要はない。ある特別の権限を与えるだけでよく、それも稀な場合に限られる。⁽¹¹⁹⁾

すなわち、憲法を制定するという権限に限定して、しかも稀な場合にのみ国民は特別代表にその権力、すなわち憲法制定権力の行使を委ねるのである。それによって憲法が制定された後は、憲法に従って通常代表が選出され、統治を行う。二つのレベルは区別されており、代表のレベルもそれに対応して区別されている。この二つの代表の構成員は確かに重複することはあり得るけれども、「それらは性質上混同してはならないもの」であり、「似ても似つかないもの」⁽¹²⁰⁾なのである。

(119) 同上112-113頁。

(120) 同上113-114頁。

すでにみたように、タックはシイエスの代表制の強調をとらえて、その憲法制定権力は実質的には主権ではなく、むしろ統治のレベルを論じていると位置づけた。シイエスがあくまで憲法制定を念頭に置いていることからすると、完全に統治のレベルを論じているとは言い難いが、基本的にこの評価は正当であるように思われる。というのも、たとえば樋口はシイエスの憲法制定権力論の超実定法的性格を強調するけれども、実際には、超実定法的性格を持つのは憲法制定権力を持つ国民の存在それ自体であって、憲法制定権力の行使自体は特別代表が行使するのであり、国民は決定的な役割を果たすことはないからである。特別代表もまた憲法制定という権限行使に限定されたうえで、自然法および一定の社会秩序に拘束される。この議論は、シイエスの社会観に根拠を持つ。

この点、パスキーノは1789年9月7日の憲法制定国民議会におけるシイエスの次の発言を重要視する。

今日のヨーロッパの人民は古代の人民に全く似るところがない。我々にとっての関心事は商業、農業、工業などでしかない。富への欲求によって、ヨーロッパのあらゆる国々は単なる巨大な工場と化してしまったようだ。そこでは幸福よりも消費と生産が考慮される⁽¹²¹⁾。

パスキーノによれば、ここには次のような社会観が現れている⁽¹²²⁾。第一に、アテネやローマといった古代の直接民主政を採っていた社会と当時のフランスとの断絶。第二に、当時のフランス社会が商業社会となっていること。第三に、そこでは富が幸福に優先するものとして考えられているということ。これらは、バンジャマン・コンスタンが後の1819年に行った講演『近代人と比較された古代人の自由について』と極めて近い認識であ

(121) Archives parlementaires, op. cit., t. 8, p. 594.

(122) Pasquino, op. cit., pp. 37-38. K. Baker もシイエスの社会観を強調する。Baker, op. cit., pp. 244-251.

⁽¹²³⁾ さらにパスキーノの指摘に付け加える必要があるのは、ルソーが『山からの手紙』で示した近代社会についての認識とも共通しているということである。⁽¹²⁴⁾ シイエスの憲法制定権力論-代表制論はこの社会観から出発している。したがって、こうした前提を無視するような憲法制定権力が想定されているわけではない。シイエスのいう超実定法的性格は、実際には《社会》に枠づけられている。

実際、シイエスは1770年から1785年あたりまで、アダム・スミスやテュルゴーらの、いわゆる政治経済学 (*économie politique*) の研究を行っていたという。⁽¹²⁵⁾ そこでシイエスは明らかに分業論の影響を受けている。1789年11月に発表された「フランスの新たな組織に関する憲法委員会の報告書への所見 (*Observation sur le rapport du Comité de constitution concernant la nouvelle organisation de la France*)」において、アダム・スミスの名前を明示的に挙げながら、分業が生産性を上げるものであり、社会にとって有用なものであると説いているのである。⁽¹²⁶⁾ さらに、シイエスはこの分業論を産業だけでなく政治の領域に拡大する。

それ [引用者注：分業] はあらゆる種類の産業と同様に、政治 (*travaux politiques*) にも妥当する。一般的利益 (*intérêt commun*)、すなわち国家 (*État social*) それ自体の改良が我々に訴えているのは、統治

(123) Benjamin Constant, *De la Liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, dans *Ecrits politiques*, Marcel Gauchet (éd.), Gallimard, 1997. 邦訳として大石明夫「近代人と比較された古代人の自由について」中京法学33巻3・4号(1999)161-190頁。

(124) パスキーノはむしろルソーは古代のローマ、スパルタを理想化していたと評価する。しかし、すでにみたように『山からの手紙』では正反対の認識が示されているように思われる。

(125) Pasquino, *op. cit.*, p. 38. パスキーノはシイエスの草稿を利用している。

(126) E. J. Sieyes, *Observation sur le rapport du Comité de constitution concernant la nouvelle organisation de la France*, pp. 34-35. この点については、文脈は異なるが西貝小名都「ナシオン主権とプーブル主権(3)」国家学会雑誌130巻1・2号(2017)11-14頁でも紹介されている。

(gouvernement) を特定の職業にすることである。⁽¹²⁷⁾

こうした社会認識を示した直後に直接民主政と代表制との対比が論じられる。⁽¹²⁸⁾ シイエスにおける代表制論は分業論とほぼ同義である。社会認識は同様であるにもかかわらず、ここにシイエスとルソーとの差異が生じる。ルソーにおける《社会》は国家と同義であり、主権者たる人民は、集会し社会契約を締結するまではただの群衆に過ぎなかったのに対し、シイエスにおける《社会》は国家すなわち憲法定定以前に存在する商業的社会であり、したがって主権者たる人民＝第三身分も憲法以前、国家以前に存在する。シイエスにおいて国家に先在する《社会》の原理である分業こそが基本的なのであり、それが国家、政治へと拡張されるのである。その意味で、憲法定定権力もあらゆる制約から自由ではあり得ず、《社会》を前提とした権力たらざるをえない。このシイエスにおける《社会》が法的なものと言いつてもどうかは微妙である。しかしながら、憲法定定権力を制約しうる原理が存在するのは確かであり、その意味でルソーやホブズに匹敵するほどの徹底的な権力をシイエスの主権者が持つとは考えにくい。

実際、1795年頃に書かれたと目される草稿では、「単純多数決によって制定されるあらゆる法 (loi) の前に、単純多数決で決せられる立法府に歯止めを与える全員一致の意思がなければならない」と述べられている。そのためには、権力の分離＝分業が必要であり、「権力の分離と組織、すなわち憲法（というのもそれこそが憲法に他ならないから）は、単純多数決で制定されるあらゆる法律に先立つ基本法 (loi fondamentale) である」とされる。この意味で、「憲法に従うことは、社会の構成員それぞれによる原初的な取り決め (engagement) の一部をなす」⁽¹²⁹⁾ のである。シイエスにとって憲法とは権力の分離＝分業によって権力の濫用や独裁を防止するための

(127) Ibid., p. 35.

(128) Ibid.

(129) この段落の引用は、草稿が収録されている Pasquino, op. cit., p. 178による。

原初的な取り決めであり、したがって実定法破壊的なものというよりは実定法創設的なものとして観念されていたと考えられる。

シイエスの憲法制定権力は、論理的に言えば、憲法制定を行う権力の前に、憲法制定を特別代表に委任する権力 (pouvoir commettant) として観念される。この点は『第三身分とは何か』では明確には現れていなかった。しかし、1789年7月に発表された『憲法前文 (Préliminaire à la Constitution française)』では、憲法によって創設された権力との対比で、委任する権力と憲法を制定する権力がそれぞれ区別されている。委任する権力は特別代表に憲法を制定する権力を委任する。まさにこの委任する権力において、代表者ではなく国民自身による行使がなされるのである。国民は憲法を制定する権力も統治権力も直接は行使できないけれども、国民の委任による正統性の付与がなければ代表者も統治権力を行使できないのである。⁽¹³¹⁾ いったん権力を委任された代表者は、すでに定められている憲法に従って統治しなければならない。それが通常代表の権限である。これは憲法の規範性に他ならない。

権力を法によって制限することを主たる目的の一つとする憲法学の立場からすれば、こうした理論的営為は消極的にのみ評価されるべきではないであろう。⁽¹³²⁾ もっとも、代表制の強調によってシイエスは明らかに主権の領域から人民を締め出している。商業社会に妥当する分業の理論が政治に、特に憲法という国家の根本的原理に関わる事からにおいても妥当するかは

(130) Préliminaire à la Constitution française : reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen, 1789, p. 36. 「人民が自身で行使するのは委任する権力だけでなければならない。つまり、人民は現実に公的組織 (établissement public) を創設する権利をはじめとする権力を行使する人々を選び、委任することのみに制限されなければならない。」

(131) Pasquino, op. cit., p. 47.

(132) 『第三身分とは何か』の訳者、伊藤洋一も「憲法制定権力は、このように一方では、きわめて体制破壊的な側面を持っていたが、しかし他方では、一度成立した憲法体制を維持しようとする体制防御的な側面をも持っていた」と評価する。『第三身分とは何か』243頁。

問題である。ジャコバンの主権論とは区別されるところのルソー的主権論からすれば、分業理論が通用するのは通常の統治のレベルにおいてのみであり、主権のレベルにおいて主権者が権力を行使できないとすれば、それは主権を放棄しているのに等しいことになるだろう。たとえば憲法改正における国民の直接的な関与の可否という具体的論点において、ルソーの主権論とシエス的主権論との相違が明確に現れるはずである。⁽¹³³⁾

すでに紹介したように、樋口陽一は、こうしたシエスの憲法制定権力論が、1791年憲法典の制定において憲法制定権と憲法改正権に分離され、後者は法秩序内部の一つの権限として実定化されたのに対し、前者は観念化され、いわば永久に凍結された⁽¹³⁴⁾と論じる。樋口が憲法制定権力の「凍結」を主張するのは、それが憲法の全面変更を可能とする超実定法的権力と考えたことによる。しかし、本稿の議論によれば、シエスの議論における国民の始原的権力とはまず特別代表を選出する権力であり、憲法制定それ自体は代表者によって行われるのであった。また、そうした国民や憲法制定権力の行使を担う代表者は一定の秩序を持った社会の中に存在するがゆえに、その秩序の維持が規範的な要請として課せられており、完全に無制約の権力を行使するものとは考えられていなかった。したがって、樋口の議論はこの二つの面において相対化される。むしろシエスの憲法制定権力論は、権力的契機を強調するルソー的な主権論に対抗するものであったと位置づけることが可能なのである。

もっとも、革命期にはジャコバン独裁に典型的にみられるように、人民主権の全能かつ無制約な性質のみを強調する主権論が台頭することになる。シエスの示した方向性は、ジャコバン独裁の後の時代に大きな意義を持つことになるだろう。そこで次章では、19世紀のフランス憲法学にお

(133) ここで詳しく跡づけることはできないが、オリヴィエ・ボーのシエス理解と、それに対するルソーの活用は、本稿の理解を補強するものと思われる。Beaud, op. cit., *La Puissance de l'État*, pp. 223-243.

(134) 樋口・前掲注89) 205-211頁。

いて、主権がいかなる存在として理解されていたかを検討し、その後日本の憲法学への示唆を得たい。

II. 憲法学にとっての主権と統治

1. フランス第三共和制期の憲法理論：エスマンとカレ・ド・マルベール

1875年に成立した第三共和制憲法は暫定的なものとして制定された妥協の産物であったこともあり、主権の所在やその行使態様が規定されていないだけでなく、王政か共和政かという政体選択も曖昧なものであった。いわゆる「王政待ちの共和政」である。しかしながら、国民国家の意識が高まり、帝政から共和政への転換が明確になるにつれて、国家の基本原則としての主権論は必然的に重要な意義を帯びることになる。憲法学という学問自体も、フランス第三共和制という国家の正当性やその基本原則、そして実際の運用についての分析、検討を行うために、科学的な学問研究を進展させようとする時代的な潮流のもと誕生したのであった。⁽¹³⁵⁾

この時期の憲法制定権力論は、やはり樋口陽一によって詳しく研究されている。すなわち、「かつて一七九一年憲法の制定過程で分離させられた「憲法制定権」と憲法改正権は、第三共和制の公法学の主流的見解のなかではふたたび同一視され、*pouvoir constituant* という名で実は憲法改正権が指されることとなった。⁽¹³⁶⁾ それによって万能の憲法制定権は法外に放逐され、憲法の定める手続に服する憲法改正権だけが法学の対象とされた⁽¹³⁷⁾ という。

(135) この点については拙稿「フランス第三共和制憲法学の誕生——アデマール・エスマンの憲法学——」早稲田法学92巻4号31-143頁、特に第1章参照。主権論についても108頁以下で論じている。

(136) 樋口・前掲注89) 228頁。

(137) その実質的効果として、法外に放逐されたはずの憲法制定権が憲法慣習論によ

もっとも、樋口の議論があくまで憲法制定権力論に限定されていること、というよりも、憲法改正ないし憲法変更の場面に限定されているに注意する必要がある。エスマンにおいて明らかなように、少なくとも用語においては、憲法制定権力とは別のものとして主権が用いられているからである。樋口の議論では、主権と憲法改正権力がどのような関係を持っていたかについては明らかにされていない。この点、本稿のこれまでの議論によれば、主権を法的に馴致したのがシイエスの憲法制定権力論だ、ということであった。したがって、基本的には主権＝憲法制定権力と考えればよいことになる。しかしながら、ここで主権と憲法制定権力の用語上の分離がみられるのであり、それゆえ両者の異同が問題とならざるをえない。したがって、本稿は、憲法制定権力についての議論は樋口の所説を前提としつつ、主権についてフランス第三共和制の憲法学がどのように論じていたかに注目したい。もっとも、本稿が扱うことができるのはエスマンとカレ・ド・マルベールに限られるから、トータルな分析には到底なりえないが、両者をこの時期の代表的な見解として扱うことは許されるだろう。結論を先取りすれば、エスマンにおいては基本的に主権はシイエス的な理解がなされており、その限度で主権と統治は区別されている。憲法制定権力論は憲法改正権の問題としてのみ扱われる。他方で、カレ・ド・マルベールにおいてナション主権、プープル主権の区別が出現し、主権と統治の区別は希薄となる。日本憲法学が摂取したのも基本的にはカレ・ド・マルベールの主権論である。

（1）エスマンによる国民主権論

アデマール・エスマンはフランスにおける憲法学それ自体の枠組みを形成したとさえ言う人物であるが、主権論においてもそれは例外ではない。エスマンは、憲法典の条文とは離れた「一般原理」として主権を位置

り密輸入され、国家機関による憲法実例を正当化するイデオロギーとなること、また憲法改正無限界説が導かれることが指摘されている。同上230-231頁。

づけ、その原理のもとに条文を解釈、適用するという方法をとる。そして主権について、ルソーの社会契約論こそが、人権保障と国家の正当性とを結びつける画期的な理論であったと評価し、議論の出発点と位置づけている⁽¹³⁸⁾。

しかし、エスマンは社会契約論を国家のために個人が犠牲になる可能性があるとして批判し、さらにその歴史的事実性を否定することでこれを退ける。歴史学、社会学という当時実証的な科学とされていた学問の研究成果に反するというのである⁽¹³⁹⁾。そこでエスマンはエルネスト・ルナンを引きながら、これらの学問の研究成果として、国民 (nation) の歴史的事実性を援用し、国民の利益のために国家が存在するという主張を行うのである⁽¹⁴⁰⁾。この歴史的存在を法的にみると、永続的な法人格である国家 (Etat) となる。もっとも、その行く末を決定するのは、現在生きている国民である。こうした事態を指し示すのがエスマンの国民主権である⁽¹⁴¹⁾。

では、エスマンに主権と統治の区別は存在するだろうか。エスマンは主権の所在を国家形態の問題と結びつけて論じている。すなわち、主権が誰にあるかによって国家形態が決定され、君主、貴族、人民の類型がありうることになる⁽¹⁴²⁾。そして、国家形態のほかに、統治形態の区別も問題となるという。統治とは「主権者による公権力の行使」であるとか「実行にうつされた主権」と定義づけられている⁽¹⁴³⁾。要するに、主権をどのように行使するかという態様の問題として理解されているのである。統治の形態としてエスマンが区別するのは、専制的統治か法による統治か、また、直接統治か代表統治かという区分である。直接統治とは主権者が直接権力を行使する類型であり、君主主権の国家で君主が統治をも行う場合が想定される。

(138) *Eléments*, p. 366, pp. 267-268.

(139) *Ibid.*, p. 158.

(140) 拙稿・前掲注135) 109-112頁参照。

(141) 同上114-115頁参照。

(142) *Eléments*, pp. 3-4.

(143) *Ibid.*, p. 8.

これに対して代表統治は「[公権力の]行使を、主権者本人から決定がなされた場合と同様に有効な法律を制定する代表者に委任すること」とされる。すなわち、主権を誰が持つかという問題と、現実には誰が統治を行うかという問題が区別されているのである。この意味で、後述するように重大な留保はつくものの、エスマンにおいては主権と統治の区別が存在していると考えることができる。そうでなければ、執行権が君主に委ねられている場合も「この種の君主制を共和的と呼ぶことができる。なぜなら、そこにおいて主権は民主的で共和的だからである⁽¹⁴⁴⁾」という記述を理解することは困難である。エスマンにとって、人民主権でありながら君主政を選択するということは理論的に可能なのである⁽¹⁴⁵⁾。

主権者と区別されるところの統治者の強力な権限についてエスマンは次のように述べる。「主権者が現実には、一定の期間、主権の諸属性の全部あるいは一部を、主権者が選んだ代表者に譲り渡す。その結果、代表者は全く自由に行動し、随意には罷免されえない。これが近代人にとって真の代表統治である⁽¹⁴⁶⁾。」主権者は主権を有するといっても、それを日常的に行使するわけではなく、統治者がこれを行うのである。したがって、表面的には、その権力の大ききさゆえに、統治者が主権者のように見える場合もありうることになる。しかし、統治者は主権者のみが選任することができる。統治者の選任は主権者の重大な権利なのである⁽¹⁴⁷⁾。

さらに、エスマンは主権と統治の区分について、その近代的性格を強調している。主権者が君主ではなく人民である場合には、いちいち直接統治

(144) Ibid., p. 172.

(145) しかしエスマンは君主政は採用しえないとする。これが論理的な結論ではないことについて、拙稿・前掲注135) 115頁注304、120頁参照。記述や引用をみる限り、ボダン、ホッブズ、ルソーというような思想の系譜にエスマンが自覚的であったとは思われない。

(146) *Eléments*, p. 13. 「一時的に、最終的な全権限を授けること、これが、したがって、国民主権の自然な、ほとんど必然的な結果であるように思われる。」 *ibid.*, p. 177.

(147) Ibid., p. 14.

を行うことは不可能だからである。エスマンは、モンテスキュー、ド・ロルム、さらにはシエスを引いて、人々が自らの商売や労働に追われていることに触れ、それゆえに統治についての能力をもたず、また古代の人々のように頻りに集会を開いて統治を行うことは現実的に不可能であるということ⁽¹⁴⁸⁾を述べている。人民には法案を理解する教養とそれらを勉強する余暇が不足している⁽¹⁴⁹⁾のである。

以上のように、エスマンは国家理論として主権と統治の区分を取り入れていたようにみえる。もっとも、それはタックの描く主権論とは異なるものである。なぜなら、主権者の最も重要な権利とされる憲法に関する事項について、エスマンはレフェランダムを認めないからである。法律について代表統治が妥当するのであれば、それよりも重要な憲法改正についてはなおさら代表統治が妥当するはずであるとして、人民投票は否定される⁽¹⁵⁰⁾。ただし、エスマンは、憲法改正の場合には立法権を委任された議会では対処することができないために、特別な議会が招集される必要があると説く。この点で通常立法と憲法との差異が強調されている。これに対して、樋口はエスマンを引用し、むしろ立法権と憲法改正権との同質性を強調する⁽¹⁵¹⁾。しかしながら、エスマンが述べているのは次のことである。

憲法を改正する任務を持つ議会は、確かに二つの議会を構成するのと同じ要素、すなわち元老院議員と下院議員から成る。しかし、この議会は法的にはこれら二つの議会とは異なる組織 (corps) であり、それゆえに憲法改正国民議会 (Assemblée Nationale) という法的な肩書を持つのである⁽¹⁵²⁾。

(148) Ibid., pp. 231-233.

(149) Ibid., p. 235.

(150) Ibid., p. 240.

(151) 樋口・前掲注89) 235-239頁。「いずれにしても、憲法改正権—正規のそれであれ、憲法慣習の効果としてのそれであれ—と立法権との質的差異は否定されるのである。(傍点ママ)」

(152) Eléments, p. 803.

したがって、エスマンは立法権と憲法改正権との同質性というよりも、むしろ法的な異質性を強調していたと考えるべきである。エスマンが、立法権はあくまで立法について国民から委任されたということを強調し、イギリスにおいては特別な形式を必要とせずに、議会在通常立法も憲法も改正できることを挙げてイギリスには厳密な意味での憲法的法律はないと述べていることはその証左である⁽¹⁵³⁾。これは主権と統治とを区別することの必然的結果である。

樋口はさらに、憲法制定権力の万能性をそのまま法の世界に持ち込み、それゆえに憲法制定権力と立法権との差異を強調したシイエスと、立法権と憲法制定権力との同質性を強調する第三共和制という対比を強調する。しかし、ここまでの本稿の議論によれば、シイエスの憲法制定権力論は、無限定な主権ではなく、それを憲法を起草する権力と、統治者を選任する権力とに限定し、その行使を特別代表に委ねるというものであった。エスマンにおいても、人民による直接統治に反対するために、主権と統治のレベルを区別し、主権を国家を動かす権力であると観念しつつも、実質的には統治のレベルで代表者がそれを行使すると考えた。さらに、憲法改正についても特別代表が行使すべきだとするのである。

このようにみると、シイエスとエスマンは異質性よりも同質性こそ強調されるべきである。すなわち、樋口はシイエスの議論の超実定法的性格を強調するけれども、実際には、法外にあるものとしての主権と法的なものとしての統治という段階構造から、法的なものとしての憲法制定権力と法的なものとしての統治という段階構造への移行がすでにそこでは生じていた。それを憲法学というディシプリンの観点から、1875年憲法的法律を解釈する中で取り込んだ正統な後継者がエスマンだったのである。その核心は、無限定な人民の直接決定を帰結しうる主権論の危険性を封じるための

(153) Ibid., pp. 163, 403. すなわち、主権と統治の区別が憲法の規範性の根拠になっているのである。もっとも、実質的には同じ構成員であるため、その規範性が理論的には極めて弱いものであることは否定しえない。

法的理論構成であり、その手段は代表制であった。

したがって、エスマンはルソーよりもシイエスに、とりわけ19世紀前半のフランスにおける憲法制定権力論に近いと評価することができる。⁽¹⁵⁴⁾ 眠れる主権者としての人民の潜在的な *pouvoir constituant* は、実定法内部の憲法改正権と同視され、主権と区別された。そして主権は国家形態という国家の類型論、国家の正当性の議論と代表者の選任に再定位されることになった。歴史的な実体として「国民」が指定され、ここに主権が存するとされる。つまり主権や主権者は理論的に想定されてはいるけれども、実際の権力行使の場面からは切り離され、もっぱら正当性の根拠として存在しているのである。さらに、エスマンにおいては主権者たる国民もまた法による統治の原理によって拘束されるとされる。したがってエスマンにとって、憲法改正の際にも憲法改正国民議会は、共和政体の改正禁止条項に反することはできないのである。エスマンは憲法改正の限界という論点は意識していないようであるが、憲法に反する憲法改正が認められないことは当然視されているように思われる。

さらに、エスマンがあくまで第三共和制の憲法的法律の解釈、正当化を行うという任務を担っていた点には注意する必要がある。国家形態と統治形態の区分については憲法的法律の条文それ自体には明記されていない一般原理であるが、憲法改正の手続は条文に規定されているのであり、これに明確に反する主張を行うことは解釈論として困難であったからである。シイエスにおける憲法秩序の絶対性は、憲法典の内部からの正当化という形態でエスマンに継承された。また、エスマン自身が非科学的であるとして社会契約論を退けたように、当時の実証主義的な学問潮流はそうした一般原理としての主権論を深化させるのに適合的な環境ではなかった。エスマンの功績は、憲法学というディシプリンの枠内に、条文に依拠しない一般原理として主権論を取り入れた点にあるといえるだろう。

(154) この点、タックの描く主権論との類似性のみに着目した拙稿・前掲注22)におけるエスマンの位置づけは不十分であった。

また、エスマンの主権論はいわゆるナシオン主権とプーブル主権という枠組みで論じられていないことに注意しなければならない。すでに述べたように、エスマンの主権論では、抽象的な国民と具体的な国民とが並存しており、前者が国家の法人格性の根拠かつ正当性、憲法の規範性の根拠となり、後者が現実の主権行使の主体となっている。さらに、主権の問題と統治の問題は切り離されているから、主権の担い手が抽象的か具体的かという問題が、そのまま直接民主政か間接民主政の選択に直結するわけではない。主権と統治の区分は、主権の担い手が具体的な人民であったとしても、統治レベルで代表制を選択することを妨げない。ナシオン主権とプーブル主権の区分が主張されるのはカレ・ド・マルベールによってである。

（2）カレ・ド・マルベールの主権論：ナシオン主権とプーブル主権

カレ・ド・マルベールは、その主権論によって、第三共和制にとどまらず現代のフランス、そして日本の憲法学にも多大な影響を与えた。ナシオン主権とプーブル主権という定式化は、彼によって明確に憲法学に取り入れられたからである。エスマンにおいて国家の一般原理の中核に据えられた国民主権は、カレ・ド・マルベールによってその意味合いを大きく変えられることになる。カレ・ド・マルベールの主権論およびその批判についてはこれまで多くの論者が取り上げ、検討してきたから、ここではナシオン、プーブルの二分論が、本稿の検討してきた主権論の系譜とは異なるものであることのみを論じたい。

カレ・ド・マルベールは、ナシオン主権の主体を抽象的な国民、プーブル主権の主体を具体的な人民として、それぞれ1791年憲法と1793年憲法にその典型例を見出す。⁽¹⁵⁶⁾しかし、ギョーム・バコはそのアナクロニズムと歴

(155) 最近の研究として西貝・前掲注4) 参照。特に38-50頁において、本稿が取り上げるバコ以後、1990年代の主権論を紹介しており、参考になる。ほか時本義昭『国民主権と法人理論：カレ・ド・マルベールと国家法人説のかかわり』（成文堂、2011）も参照。

史認識の誤りを指摘する。カレ・ド・マルベールの言う意味でのナシオン主権は、革命期ではなく七月王政下において初めて現れたもの⁽¹⁵⁷⁾である。バコによれば、ギゾーらを中心とするいわゆる純理派 (doctrinaires) を端緒として、第二帝政期の頃までには主権の保持者は個別具体的な存在ではなく、より集合的で抽象的な存在へと転換されるようになった⁽¹⁵⁸⁾という。その結果持ち出されたのが理性や正義、神といったもの主権であるが、重要なのは、個別的具体的な主権者は、抽象的な主権者との対比のために、いわば否定されるために明確化されたということである。したがって、バコの議論が正しければ、カレ・ド・マルベールの二分論は、19世紀前半に唱えられた主権論の二類型を、革命期に投影していたことになる。バコによれば、革命期の主権論は「集合的かつ具体的な (collective et concrète) 主権であった。これは、カレ・ド・マルベールに

(156) Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français, t. 2, Recueil Sirey, 1922, pp. 152-199. 同書には主権論が各所で展開されているが、さしあたりはこの部分を参照されたい。本書は以下 Contribution と略記する。

(157) Guillaume Bacot, Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale, 1985, p. 7. バコの議論について、光信一宏「フランスにおける最近の主権論——G・バコ教授の所説について」法律時報60巻9号69-73頁(1988)に紹介と検討がある。また、小沢隆一「カレ・ド・マルベールの「国民主権」論的方法的基礎に関する覚書」一橋論叢101巻1号61-79頁(1989)、渡辺良二「「国民主権」論における「国民」と「人民」前掲注3)『近代憲法における主権と代表』第二章、西貝・前掲注4)35-38頁も参照。

(158) Ibid., chap. 4 et 5, 時本義昭「ノモス主権と理性主権」龍谷紀要29巻2号(2008)12頁。ギゾーの理性主権論と代表制については、特に井端正幸「フランソワ・ギゾーの「代表制」論の形成(三・完)」龍谷法学21巻1号23-74頁(1988)参照。井端によれば、ギゾーの理性主権は人間が近づくことはできても決して到達することのないものであり、それゆえに理性に近づく可能性の高い能力ある者が代表者となるべきだ、という論理を持っていたという(39-42頁)。バコは、現実の授權関係がないにもかかわらず主権を代表者が行使するという点にナシオン主権との類似点を見ているのである (ibid., p. 135)。また、純理派それぞれ自体においてはナシオンとプーブルといった区別は認識されていなかったことについて、井端・同上60頁注39および71頁参照。こうした事実はバコの主張を補強する。

よって描かれたような、集合的で抽象的な (collective et abstraite) ナション主権とも、個別的で具体的な (individuelle et concrète) プーブル主権とも区別される⁽¹⁵⁹⁾。」

カレ・ド・マルベールがプーブル主権を確立した理論家として評価するのがルソーである。これに対して、バコは『社会契約論』の正当な評価ではないと批判する。その要点は以下の通りである⁽¹⁶⁰⁾。カレ・ド・マルベールは、ルソーの主権論を分有主権論として理解し、普通選挙と各個人が立法に直接参加するという直接民主政的帰結を導く⁽¹⁶¹⁾。しかし、ルソーは主権、一般意思を集合的にしか語っていない⁽¹⁶²⁾。本稿の検討からも明らかのように、主権者は各個人ではなく集合体としての、精神的人格＝法人としての人民であり、そもそも分有主権論を主張しうるテキスト上の根拠は存在しない⁽¹⁶³⁾。「こうしてカレ・ド・マルベールは、ルソーを、ルソーのものでは

(159) Ibid., p. 15.

(160) Ibid., pp. 20-29.

(161) Contribution, t. 2, p. 155.

(162) 小沢・前掲注44) 65-68頁。ルソーのテキストにおいて分有主権論に近い一節を見出すとすれば、「国家が一万人の市民から成りたっていると仮定しよう」とする第3編第1章である (Contribution, t. 2, p. 154. また杉原『国民主権の研究』158-159頁)。しかし、これは政府の規模を検討する文脈のものであるだけでなく、そこにおいても「主権者は、集団として、そして一体としてしか考えられないが」と明確に述べている。「主権 (autorité souveraine) の一万分の一の分前しか持たない」とするのは、主権の行使に際しての影響力の問題を語ったのであり、一人一人に絶対的な主権があるということではない。したがってルソーが多数決を認めることとも矛盾しない。OCⅢ, p. 397. 邦訳86頁。

(163) このような理解に至る原因は、カレ・ド・マルベールがプーブル主権論という枠組みに固執するあまり、ルソーにおける主権者をひとつの精神的人格ではなくて、具体的な市民の集合の総体と考えることにある (Contribution, t. 2, p. 155 en note)。しかしこれもテキスト上の根拠は存在しない。ルソーは社会契約について、「この結合行為は、直ちに、各契約者の特殊な自己に代わって、一つの精神的で集合的な団体をつくり出す」と述べ、この団体が能動的に活動する場合に「主権者」と呼ぶ。主権者は共同自我 (moi commun) であって、各構成員はこれと不可分である (OCⅢ, pp. 361-362. 邦訳31頁) から、主権の所有者や行使が問題になる場合には、必ず単一の存在としての主権者が前提となっているのである。主権が集団

ない体系の中に閉じ込めようとしたのである。⁽¹⁶⁴⁾ バコの批判は正当である。⁽¹⁶⁵⁾

さらに、バコはカレ・ド・マルベールの言うところのプープル主権を採用したのが1793年憲法であるという主張についても批判を加える。1793年人権宣言25条は「主権は人民 (people) に属する」と述べつつも「それは、単一、不可分」であると規定するし、同26条は「人民のいかなる部分も、人民全体の権力を行使することはできない」とする。憲法7条も「主権者人民 (peuple souverain) は、フランス市民の総体 (universalité des citoyens français) である」とする。⁽¹⁶⁶⁾ 主権が分有されているという思想はどこにも見出すことはできないし、人民が集合的な存在として想定されているのは明らかである。この点もバコの批判は正当である。

では、プープル主権論で結びついていないとすれば、ルソーと1793年憲法とはいかなる関係にあるのか。この点、バコが述べるように、1793年憲法における主権者は、統治のレベルに属するはずの個別的な事柄にも関与することが可能であり、かつ代表されることも可能であるとされており、むしろルソーの理論との乖離、異質性を示していると考えるのが妥当である。⁽¹⁶⁸⁾ こうすることで、バコは1793年憲法とルソーとを切り離し、1791年憲

的な存在=法人であることを強調する表現は『社会契約論』の各所に見出すことができる。より詳しいカレ・ド・マルベールのルソー理解批判は v. Bacot, op. cit., pp. 23-27. カレ・ド・マルベールの主権理解に大きく依拠する杉原泰雄のルソー理解にも同様の問題がある (『国民主権の研究』142-182頁)。杉原は「国家は人民のうちに解消され、国家意思力としての主権は人民の意思力としてしか現れることができないことになる」との理解を示し (143頁)、それゆえに「ルソーにおいては「人民」は社会契約参加者の総体つまり主権の行使に参加するもの (市民) の総体を意味」するという。これが杉原のルソー解釈の基本的姿勢のように思われるが、すでに述べたように、ルソーにおける「人民」は一つの法人であり共同自我なのであって、「総体」とは主体の複数性を意味しているわけではない (OC III, p. 362. 邦訳31頁)。ルソーにおける人民は単一である。

(164) Bacot, op. cit., p. 29.

(165) バコの指摘が正当であることは、もはや通説的見解であると言ってよい。この点、西貝・前掲注13) 7頁参照。

(166) Bacot, op. cit., pp. 29-32.

(167) 翻訳は辻村・前掲注80) 406-416頁による。

法と1793年憲法の同質性を強調する。

バコがカレ・ド・マルベールに加えた批判は正しい。しかし、本稿の枠組みに沿って整理すれば、バコの論じるところとは反対に、1791年憲法と1793年憲法はやはり決定的に異なっている。その差異は、一般的に唱えられてきたようなナシオン主権とプープル主権の差異ではない。その差異はバコによって否定された。そうではなく、差異は、ルソーおよび1791年憲法が人民主権（popular sovereign）を主張したのに対し、ジャコバン派（モンタニャール派）および1793年憲法は人民統治（popular government）を主張したという点にある。すなわち、ルソーにおいて区別されていた主権と統治が、1793年憲法およびジャコバン派の思想においては区別されていないのである。⁽¹⁶⁹⁾ 主権者人民は主権のレベルだけでなく統治のレベルにまで顕現しうるものとして観念されている。すなわち、憲法だけでなく法律も最終的な決定権が人民すなわち第一次集会に留保されていた（1793年憲法10⁽¹⁷⁰⁾条）。ジャコバン派の憲法思想について研究した辻村みよ子も、「主権保持

(168) Bacot, *op. cit.*, pp. 32-41.

(169) バコ自身は主権と統治の区別を意識していない。バコの批判は基本的にナシオン、プープルの二元論のみに向けられており、主権が国家権力を意味するという点ではカレ・ド・マルベールと前提を共有している。もっとも、現実の歴史においてそのような見方が多数派を占めていたのは確かである。この点、渡辺・前掲注3）65-67頁参照。そこでは憲法制定国民議会において「主権は、原則として立法権、裁判権を含む（というよりそれらをあわせた）すべての権力をさすものと考えられている」と指摘されている。しかしこのように考えると、主権の行使を委任することによって直接統治を避けることはできるが、結局主権を分割するという理論構成をとらざるをえず、主権の単一不可分性という命題に反することになる。この点、渡辺はシエスも主権＝国家権力と同視する論者に数えているが、自身で認めるように、シエスは主権という言葉を用いていない。また、「すべての権力、すべての権威は人民に発する」との文言のみでそのように解することができるかには疑問がある。v. Archives parlementaires, *op. cit.*, t. 8, p. 260. もっとも全体としてみれば、これはそもそも人権宣言や制憲議会においてどれほどルソーの理論が影響を与えたかという歴史的、経験的事実に関わる問題であり、容易には断定できない（cf. Bacot, *op. cit.*, p. 72）。

(170) もっとも、デクレ事項は人民の裁可は不要とされた（1793年憲法53-55条）。

者（人民）と主権行使者（人民を構成する市民）が一致することが原則とされ、人民による直接統治が原則とされる⁽¹⁷¹⁾」と評価する。その帰結が国民公会（convention nationale）であり、これは、長谷部恭男が述べるように「憲法制定権力あるいは主権が現実世界に「ヌキ身で常駐」した具体例」に他ならない。長谷部はその性格について、通常状態へと復帰するための非常事態をも超えた、シュミットのいう主権独裁にあたるものだったと評価する⁽¹⁷²⁾。こうした性格は、ジャコバン独裁の時期を除いては見出せない。このことは次のことを示唆する。すなわち、1793年憲法およびジャコバン派の主権理論の特殊性であり、かつ、主権論を二分するとすれば、それはナシオン・プープルの区分ではなく、主権者たる人民が主権の領域にとどまるか、それとも統治の領域にまで関与するかという区分で考えるべきではないかということである。

もともと、カレ・ド・マルベールのナシオン・プープル二分論それ自体が、本来の意図を越えて過度な負荷をかけられてきた可能性もある。というのも、カレ・ド・マルベールはあくまでプープル主権を君主主権とともに法学的な国家概念に適さない、排斥すべき理論として持ち出しているからである⁽¹⁷³⁾。カレ・ド・マルベールは、その法実証主義的方法論から、法学

1793年憲法それ自体をとってみれば、重要事項に関する憲法、法律は人民が直接関与し、そうではない事項に関わるデクレは代表者が制定するという意味で、むしろ本稿のいうルソー的主権理解に近いとも考えうる。しかし、国民公会とジャコバン独裁の経緯を想起すれば、1793年憲法を支える思想ないし建前は、やはり直接民主政であったと考えるべきである。この点、アルベール・ソプール「パリのサン＝キュロット層の政治的傾向」アルベール・ソプール著、井上幸治監訳『フランス革命と民衆』第三章（新評論、1983）も参照。

(171) 辻村・前掲注80) 389頁。1793年憲法の位置づけについては同書243-246頁参照。ロベスピエールも、人民のセクション（section）が主権を行使可能であることを明示的に認めていた。v. Archives Parlementaires, op. cit., t. 29, pp. 326-327. セクションとその政治化については井上すゞ『ジャコバン独裁の政治構造』第二部第一章第二節（御茶の水書房、1972）参照。

(172) 長谷部恭男「主権のヌキ身の常駐について」法律時報87巻9号103-108頁（辻村みよ子ほか編著『国家と法の主要問題』第4章（日本評論社、2018）に収録）。

の研究対象を憲法創設後の、憲法を最高規範とする法秩序内のみ設定し⁽¹⁷⁴⁾ていた。したがって、憲法制定権力や主権をあくまで法的に把握するとすれば、それは憲法秩序内の、法的な存在でしかありえない。すなわち法によって制限された権力としてのみ把握される⁽¹⁷⁵⁾。カレ・ド・マルベールがプープル主権を退け、ナシオン主権を採用するのは、それが法学にとって、法秩序にとって適した理論的構成であったからである⁽¹⁷⁶⁾。西貝小名都はさらに進んで、カレ・ド・マルベールのナシオン主権論は、実質的には主権者を消去し、法秩序に埋め込むことで法の内部のみで法的言説を完結させようとした試みであると評価する。それゆえ、抽象的か具体的かという主権者の存在態様を基準にしたナシオン、プープル主権の区別を端的に誤った理解であると主張する⁽¹⁷⁷⁾。この意味ではカレ・ド・マルベールの主権論は、その成否は別にしても、主権を馴致しようとしてきた19世紀フランス法学をさらに精緻に練り上げようとする試みと評価できる可能性がある。

さて、本稿の検討してきた主権論は、フランス憲法学の主権論にいかなる示唆を与えるのだろうか。二点指摘したい。第一に、カレ・ド・マルベールのナシオン、プープル二分論は少なくとも相対化を免れない。カレ・ド・マルベールの主権論は、主権の帰属主体の区別（ナシオンか、プープルか）が、そのまま代表制や選挙制度に直結するという前提を採用したために、主権と統治のレベルを区別しえないという重大な帰結をもたらすことになる。しかし、ルソーの理論および革命期においてそのような区別に

(173) Contribution, t. 2, p. 185 et note 19. 市民 (citoyen) によってのみ国家は権力行使を行うことになり、それゆえ市民と国家が同視されることになる、という記述について、monarchie と démocratie は政府 (gouvernement) の形態だけではなく、国家それ自体の形態、あり方をも指すのである、と注をつけている。この記述は主権と統治の区別とパラレルではないだろうか。

(174) Contribution, t. 2, pp. 499-500.

(175) Contribution, t. 1, pp. 229-231.

(176) この点は西貝小名都「ナシオン主権とプープル主権（2）」国家学会雑誌129巻11・12号（2016）4-21頁に詳しい。

(177) 同上58頁。必然的に日本の主権論も批判されることになるろう。

基づいた主権は観念されていなかった以上、主権の帰属主体によって政体や制度が一義的に決定されるとする議論は説得力を欠く。また、本稿の主権論の枠組みからみると、特にそのプーブル主権論は主権と統治のレベルを区別せず、人民が統治をも担うべきであるとする点に特徴がある理論であり、これは1793年憲法に代表されるジャコバン的な主権理解と大きく重なるものである。しかし、これはジャコバン派が自認するところとは異なり、ルソーの『社会契約論』からは逸脱した、歴史的に特殊な主権理解である可能性がある。

第二に、ナシオン主権論が七月王政下の主権論に端を発するとすれば、その本来の目的は、主権を集成的で抽象的なものへと転換し、ジャコバンの無制限の主権による法秩序の破壊を防止することであった。その意味で、ナシオン主権論は、主権を憲法制定権力へと馴致しようとした19世紀フランス憲法学の試みとパラレルである。すなわち、細部に異同はあるけれども、主権と統治のレベルを区別すること、すなわち主権者である人民が権力を行使するのは憲法制定や憲法改正の場面か、統治者を選任する場面に限定しようとしている点は共通する。このように考えると、ナシオン主権論とプーブル主権論の真の対立点は、主権主体が抽象的か具体的か、普通選挙を認めるかどうか、といったことではなく、人民による直接統治を認めるかどうか⁽¹⁷⁸⁾にあったのではないかと考えることができるのである。

本稿は以上のような仮説を提示した。こうした見方によれば、日本の主

(178) こうした議論に対しては、「制度を異にする革命期の諸憲法を [バコ] 教授のように同一の主権原理で捉えようとするれば、主権原理は特定の制度と必然的に結合するわけではないという結論にならざるを得ない」とする光信・前掲注44) 73頁のような指摘が予想される。この指摘は正当である。しかし、そもそも一つの原理を採用することが、実定憲法の制定において必然的に特定の制度を指示する場合の方が例外であろう。この点、渡辺良二の指摘が参照されるべきである。すなわち、革命期において君主主権が国民主権へと転換された後に問題となったのは、ナシオン主権とプーブル主権の二つの原理の対立ではなく、「一つの主権原理——国民主権に基づく具体的な統治制度の問題」であったという（渡辺良二「フランス革命期の国民主権」『近代憲法における主権と代表』第三章）。

権論争にも一定の示唆が得られるはずである。

2. 現代憲法学への示唆：立憲主義と主権

（1）主権論争：杉原泰雄と樋口陽一

日本における主権論は、天皇制と「国体」の問題、その後ナシオン主権とプープル主権の対立を軸に展開してきた。ここでは、いわゆる70年代主権論争において問題となった国民主権＝ナシオン主権と人民主権＝プープル主権の対立について、主権と統治の区別という観点からいかなる示唆が得られるかという点を中心に論じたい。もっとも、急いで付け加えておかなければならないのであるが、以上の意味において、本稿は主権論に関する膨大な研究を網羅的に検証するわけではなく、また、両者の主権論に対する評価を断定するわけでもない。これまでの主権論は、一定の歴史的社会的状況および一定の認識枠組みを前提にしたすぐれて実践的な議論をふくむものであった⁽¹⁷⁹⁾。そうした側面も含めた検討は他日を期すほかない。ここでの関心は、フランス憲法学を素材にした主権論争について、主権と統治という枠組みによる見取り図をいかに描くことができるか、ということに限定されている。

杉原泰雄は、「主権」を「国権」つまり、「国家の包括的統一的支配権、国家の支配的意思力」であるとし、具体的には「立法権、行政権、司法権」のことであるとする⁽¹⁸⁰⁾。この定義から明らかなように、杉原の主権は、本稿第I章の主権-統治の区別によれば主権ではなく統治のレベルにある。だからこそ、人民にそれらの権力への参加を認めないことは背理であり、杉原の人民主権論においては人民自身による主権＝国家権力の行使、すなわち人民投票や命令委任などが要求されることになる。

(179) こうした70年代主権論争の背景についての歴史的、社会的、方法論的分析としては、特に山元一「『自由』の共和国」の憲法思想 石川健治編『学問/政治/憲法』89頁以下（岩波書店、2014）、辻村みよ子「国民主権」同ほか編『憲法理論の再創造』109頁以下（日本評論社、2011）を参照されたい。

(180) 杉原泰雄『国民主権の研究』296、359-360頁。

杉原の人民主権論に対して、樋口陽一は、主権を国家権力の正当性として理解し、実体として把握することを否定する⁽¹⁸¹⁾。これは、プーブル主権といっても、事実の率直な認識を踏まえれば人民が最終的決定権を持っているわけではなく、官僚機構や軍、資本、外国が持っているのであり、この点を曖昧にすると「そのときどきの権力の現実を正当化するイデオロギー」となるおそれがあるからである。したがって、樋口は、国民と権力が同一化することを前提とする——それゆえに理念によって現実が隠蔽される可能性がある——主権論ではなく、国民と権力の対立を前提とする人権論によって実践的要求を行うべきだという戦略をとる⁽¹⁸²⁾。もっとも、これは単なる戦略的な判断だけではなく、超実定法的で法秩序を破壊する機能を果たしてきた主権概念が、フランスの近代憲法の下で憲法制定権や憲法改正権として馴致され、権力の正当性を示すものとして機能するようになったという歴史を肯定的に評価するからであろう⁽¹⁸³⁾。

では本稿の議論は主権論争にどのような示唆を与えるのであろうか。二点述べたい。第一に、主権の定義について国家の全統治権限と解する必然性はなく、むしろ憲法制定権力として解するべきではないかということである。杉原は主権＝国家権力という用法について、ボダンやルソーの議論を根拠とする歴史的な用法であると説明している。しかし、本稿が明らかにしたように、ボダンやルソーにおける主権は国家権力＝統治とは別のレベルにある権力であったと解釈することができる。主権＝国家権力とする見解は主権と統治の区別を無化するジャコバン派のルソー解釈および主権論と強く結びついたものである疑いがある⁽¹⁸⁴⁾。フランス革命それ自体の課題が国家の統治権限の把握であったことが確かだとしても、法的な意味での

(181) 樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』301頁。

(182) 同上303頁。

(183) 同上300-301頁。その詳しい論証は同書第二部において展開されている。

(184) ジャコバン派の主権理解がこのようなものであったことについて、たとえばリュシアン・ジョーム著、石崎学訳『徳の共和国か、個人の自由か』（勁草書房、1998）、特に第1章Ⅲ、第2章Ⅲ、第3章参照。

主権論がそれと同様である必然性はないし、また、そこでの主権がプープル主権として構成されなければならない必然性もまた存在しない。すでにカレ・ド・マルベールについて検討したように、彼が定式化したナシオン主権・プープル主権の二分論自体が疑わしいものであり、この図式によって革命期からの主権論を通時的に分析できると考えるのは難しい。直接民主政が統治の領域にまで及んでいた憲法が1793年憲法のほかに存在しないということは、むしろこの憲法およびそこで採用されている原理が特殊なものであることを示唆する⁽¹⁸⁵⁾。主権と統治の区別を前提にする限り、主権は憲法制定権力に限定して理解されるべきであり、国家権力と同視すべきではないと思われる。

主権-統治論からみると、杉原のプープル主権論は、主権と統治の区別を無化することで、樋口陽一の著名な表現に従えば、主権が「ヌキ身で常駐⁽¹⁸⁶⁾」することによって立憲主義的な統制を不安定にする可能性が高い。本稿の観点からは、杉原は次の二点において主権と統治の区分を無化しているといえる。第一に、主権を憲法制定権力ではなく国家権力そのものと解することによって。第二に、人民が権力主体であることから人民が直接的にそれを行使すべきだとすることによって。しかし、人民に主権が存することが人民が統治を担当することに直結するわけではない⁽¹⁸⁷⁾。ここでは、少

(185) もっとも、主権理解が「特殊」であることは、その主権理解が誤りであるとか軽視してよいということの意味しない。1793年憲法の歴史的意義については多くの論者が強調してきた。また、後の樋口にとっても、「ルソー＝ジャコバン型」国家モデルの提唱において、国家と諸個人という社会像を描いた典型例として1793年憲法は極めて重要な意味があり、単なるフランス憲法史、憲法学の問題にとどまらない実践的、解釈論的戦略があったと評価すべきである。

(186) 樋口・前掲注89) 302頁、232頁も参照。

(187) 杉原は、主権＝憲法制定権力とする見解に対して、超実定法的性格の強調によって、現実に憲法制定権力を行使する手続規定がなくてもその実効性が保障されているかのような外観を呈するイデオロギー性を指摘し、それによって国民を主権者の地位から追放することを可能にする理論だと批判する。杉原にとっては、実定法レベルにおける、現実の、日常的な権力行使が何よりも重要なのである。杉原泰雄「国民主権と憲法制定権力（4・完）」法律時報57巻9号76-77頁。

なくとも、いわゆるプーブル主権論はルソーの主権論とは異なるものであるということ、ナシオン、プーブル二分論とは異なる主権理解があり、それは従来のプーブル主権論とは異なった問題の捉え方を可能にするものであることを強調したい⁽¹⁸⁸⁾。

これまでのフランス的主権論においては、あらゆる憲法ないし理論をナシオン主権的か、プーブル主権的かで区分すること、言いかえれば直接民主政的傾向を持つかどうかで区別することに過剰な比重が置かれていた可能性がある。しかし、主権と統治の区別に基づく立憲主義的な主権論を構築しているかどうかという観点もまた重要であると思われる。こうした観点からみると、19世紀フランスにおける主権論の憲法制定権力への馴致は、ジャコバンの主権＝統治権力論へのアンチテーゼとして、立憲主義的な国家論の構築として考えることができるのである⁽¹⁸⁹⁾。

第二に、本稿の議論は樋口の主張を補強することができると思われる。というのも、樋口は主権を憲法制定権力として、そしてそれに限定されるものとして理解しているからである⁽¹⁹⁰⁾。その理由は、憲法制定権も主権も、どちらも実定法的にも超実定法的にも用いられてきたのであり、両者は「相おおう概念」だからである。もっとも、理由はそれしか与えられておらず、主権と憲法制定権とを同視する理由として不十分であるように思われる。しかしながら、本稿の議論によれば、憲法制定権力は主権を法的な概念として法秩序の中に馴致しようとしたものであり、統治者の任命を別にすれば、両者が「相おおう概念」であることは当然のこととなる。主権と統治という区別を杉原、樋口が用いていたわけではないが、その区別に

(188) 石川・前掲注1) 133頁は杉原流のプーブル主権論について「サンキュロットたちの魅力あるコミュニオン主義と、彼らのパイブルであったルソーの背後にある主権論の定式との間には、論理的には架橋できない溝があったのではないかと指摘する。本稿はその溝を一定程度明らかにしたと考える。

(189) もっとも、革命期から現代までの主権論についての歴史的分析をここで行う用意はなく、問題提起にとどまらざるをえない。

(190) 樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』233頁注2。

よれば、樋口は確かに主権のレベルにおいて主権＝憲法制定権力を論じていたことになる。それに対して、杉原は徹底して統治のレベルにおける主権を論じていたのであり、この点が主権論争のすれ違いの最大の要因であったと考えられる。⁽¹⁹¹⁾ 主権論を憲法制定権力と同視することで、統治レベルの制度論や民主主義といった規範理論も生産的に議論できるように思われる。⁽¹⁹²⁾

ではこのような憲法学によって発展させられてきた主権論は、タックの主張していた主権-統治論とどのような関係にあるのだろうか。歴史家であるタックに憲法学特有の論点や系譜を意識する様子はない。それゆえに、本稿が検討したようなフランス憲法学の主権論は取り上げられず、ジロンド派とシエスを検討した後にアメリカに移ることになる。本稿の検討によれば、フランス革命後のフランス公法学は、主権論を憲法学内部に取り込み、無制約な権力行使を制限しようとする方向に向かった。この方向性はいかに評価されるべきなのか。この点、タックは、現代のアメリカにおいて、自身の主権-統治論に親和的であるとして二人の憲法学者を明示的に挙げている。アキール・アマーとブルース・アッカーマンである。

(191) もっとも、樋口の言説にも主権と統治のレベルの混同があったように思われる。樋口が杉原との議論の中でプーブル主権を「建前」と捉え、正当性の原理としてのみ解釈すべきだ、と述べる時、それは主権原理が国家の統治権限に及ぶことを前提とした議論になっているのではないだろうか（樋口陽一「『国民主権』と『直接民主主義』」公法研究33号（1971）17-28頁）。主権＝憲法制定権力という定義を徹底していれば、立法権や執行権、司法権について、人民の直接的決定が及ぶかどうかは主権論の領分ではないはずであるが、樋口においては、たとえば半代表制論の議論で明らかのように、プーブル主権論が統治レベルの議論に直結されている（樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』290頁、なお参照、「『半代表』の概念をめぐる覚え書き」芦部信喜編『近代憲法原理の展開Ⅰ』55-84頁（1976）、「『半代表』の概念をめぐる覚え書き・補遺」法学44巻5・6号（1981）854-886頁）。さらに、こうした樋口の主権論についての言説は、後のいわゆる「ルソー＝ジャコバン型」国家モデルの提唱との関係で更新されているようにも思われる。詳しい検討が必要であるが、他日を期すはかない。

(192) 高見・前掲注2）参照。

この両者の主権論を検討することで憲法学にとっての主権-統治理論の意義がさらに明確になるだろう。

(2) アメリカにおける人民主権論：アマーとアッカーマンを素材に

すでに述べたように、タックによる『眠れる主権者』の最終章はアメリカ合衆国についてであり、タック自身の関心もそこにあるように思われる。すなわち、ジロンド派による憲法制定時のレフェランダムという構想は、同時代にマサチューセッツやデラウェアといった諸州の憲法においてすでに採用されていたのであり、そこに主権と統治の原型をみることができるとい⁽¹⁹³⁾う。しかしながら、合衆国憲法は、憲法修正手続を定める第5編において人民による投票を規定しておらず、諸州の立法府ないしは憲法会議による承認で修正が行われることになっている。これはあくまで州を単位とするものであり、全人民、連邦レベルのものではない。主権と統治の区分からいえば、憲法修正についてレフェランダムの形態で人民が関与せず、統治権力でしかない立法府や州がそれを行うのは背理である。こうした理由から、タックは明文規定によらない憲法修正を認める論者、アマーとアッカーマンに共感を覚えているのである。⁽¹⁹⁴⁾

確かに、主権と統治の枠組みを前提にすると、アマーもアッカーマンも極めて類似した議論を行っていることがわかる。すなわち、アマーは主権を持つ「われら人民 (We the People)」が憲法を制定し、政府を設立した点を強調し、政府は憲法に従属すべき存在であるという。そして憲法修正について、第5編に人民による直接投票が規定されていないのは、あくまで政府による憲法修正を規律するためのものであり、それをもって人民が⁽¹⁹⁵⁾憲法を改正、制定する権力を否定することはできないと主張する。人民の

(193) SS, chap. 4.

(194) SS, p. 248.

(195) アマーの人民主権論の紹介は以下の論文に基づく。Akhil Reed Amar, Of Sovereignty and Federalism, 96 Yale Law Journal 1425 (1987), Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside Article V, 55 University of Chicago

保有する主権の絶対的権力性が承認されているが、それは憲法修正の場面に限定されており、統治のレベルにおいてではない。⁽¹⁹⁶⁾

他方でアッカーマンは、法制定のレベルを大きく二段階に分ける。⁽¹⁹⁷⁾ 平時は私的な活動にいそしむ一方で、国家にとって極めて重要なモメントには市民としてパブリックな議論に参加する私的市民（private citizen）として現代人は位置づけられ、それぞれに通常時の法制定（通常政治）と、憲法レベルの規範に関係する高次法制定（憲法政治）のレベルが対応させられる。憲法政治が現出するには、通常政治においては存在しない主権者である「われら人民」が立ち現れなければならない。その実例が合衆国憲法の制定や南北戦争後の憲法修正であるが、アッカーマンの議論の特徴は、第5編による憲法修正を経ずとも「われら人民」の運動によって、典型的には連邦最高裁の判例形成、判例変更が生じ、それを「われら人民」も追認することで憲法規範の実質的変更がなされうることを認める点にある。その実例がニューディール期における憲法革命であるという。ここでも、主

Law Review, 1043 (1988), The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V, 94 Colum. L. Rev. 457 (1994). 主権論を含めたアマーの憲法論の全体像については松井茂記「ポピュリストの憲法理論——アキル・アマー教授の見解を契機にして——」比較法学45巻2号（2011）19-55頁参照。また最近の研究として川鍋健「人民の、人民による、人民のための憲法」一橋法学17巻2号227-272頁（2018）がある。

(196) アマーは、主権を持つ人民が通常立法や司法、行政に直接参加すべきであるという議論を行っていない。管見の限りこの点について特に説明はないようであるが、独立宣言や州憲法におけるレフェランダムを強調する点からして、人民の主権というものは無制約の権力ではなく、基本的に憲法制定という機能に特定化されているからであると考えるのが自然である。see, Amar, *supra* note 195, The Consent of the Governed, at 495-497.

(197) アッカーマンの議論の紹介はBruce Ackerman, *WE THE PEOPLE* vol. 1: FOUNDATIONS, Harvard University Press, 1991に基づく。日本におけるアッカーマンの紹介、検討についてはさしあたり、川岸令和「熟慮に基づく討議の歴史とアメリカ合衆国憲法の正統性——ブルース・アッカーマンの「二元的デモクラシー論」への覚書」早稲田政治経済学雑誌320号（1994）286-321頁、大江一平「B・アッカーマンの二元的民主政論」関西大学法学論集50巻6号（2001）177-242頁参照。

権者である人民は通常政治に現出するのではなく、事実上の憲法修正という高次のレベルにおいてのみ権力行使を行うこととされている。

以上のように、アマーとアッカーマンは本稿が展開してきた主権と統治の枠組みとパラレルな議論を行っていることがわかる。フィラデルフィアの大陸会議であったり、ニューディール期の大きな政治的変動が範例とされているように、潜在的で日常的には顕現しないけれども、極めて強力な人民主権の権力性の側面に着目し、その意義を積極的に評価する。その典型的な場面が憲法修正である。すなわち、両者とも憲法典に定められた修正手続によらずに人民が憲法を修正することを認めるのである。この点にタックが両者の議論を評価する理由がある。それと同時に、19世紀フランス法思想が取り組み、樋口が受容した憲法制定権力論との対照性が浮き彫りになるように見える。

この対照性は、樋口の主権＝憲法制定権力の「凍結」論において明らかである。タックが強調する意味における主権と統治の区分論は、主権の超実定法的性格と、それが実行に移される潜在的かつ現実的な可能性を前提とするから、主権は凍結されてはならないことになる。したがって、主権論を正当性の根拠にとどめようとする樋口の議論とは衝突する。すでにみたように、区分論は確かに憲法の規範性を導くけれども、究極的な場合においては統治のレベルにある実定法に拘束されない強大な権力として主権が現れることを肯定するからである。これを制約しようとしたのが19世紀のフランス憲法学だとすれば、樋口の議論はその延長線上にあり、憲法の安定性ないしは立憲主義の原理を擁護する立場からの選択ということになる。主権の絶対性ではなく、非日常性を極限まで強調することで、実質的に主権を消去し、統治の領域に憲法学の課題を見出すのである。というのも、主権者は日常的には眠っているが、重大な事態においては覚醒し、絶対的な権力として振る舞う力を持つことを強調するのは、立憲主義的主権論にとって危険な側面を持つからである。

もっともアマーとアッカーマンの議論の射程を正確に把握することは重

要である。確かに両者は憲法典に定められた修正手続によらずに憲法が修正されることを認めるが、憲法の規範性という側面も存在するからである。これは結局のところ、両者が主権と統治の区分を前提にしていることによる。アッカーマンは確かに憲法の手続に従った憲法修正によらない実質的な憲法変動を認めるけれども、それを行う「我ら人民」は複合的な事象の中で、さまざまなプロセスを経て現れるのであり、決して *deus ex machina* ではない。憲法政治においても連邦最高裁判所や大統領、議会といった統治レベルのアクターも重要な働きをすることが想定されている⁽¹⁹⁸⁾。その意味で、アッカーマンをアマーと同列に評価することができるかどうかは微妙である。憲法政治という例外的な期間を除いた通常政治においては統治者は人民の定めた憲法に従わなければならないのである⁽²⁰⁰⁾。

アマーにおいては、合衆国憲法第5編に従わなくてよいといっても、それは第5編が排他的な手続ではないという意味であって、無視してよいわけではない。アマーは、連邦議会の3分の2の賛成によって連邦レベルでの憲法会議（*convention*）を召集することが可能であり、その憲法会議の議決によって憲法修正が可能であると主張するのである⁽²⁰¹⁾。連邦議会という統治のレベルにある機関は憲法典に従う必要があるから、その限りで憲法修正に関わる行動は第5編によって規律される。ただし、そこで憲法会議を召集し憲法修正をそこで決議することを提案することで、アジェンダを主権のレベルに移行させることが——そのような明文規定がないにもかかわらず——可能である。なぜならそこからは「我ら人民」が意思を明確にする主権のレベルであり、それゆえに憲法典第5編には規律されないから

(198) *Ibid.*, Chap. 10.

(199) *SS*, p. 248. 阪口正二郎も「アマーの議論の方がポピュリズムないしは多数決主義ということに忠実であると考えている」と述べる（『立憲主義と民主主義』282頁（日本評論社、2001））。

(200) 大江・前掲注197）もアッカーマンの議論に憲法の最高法規性の強調をみる。

(201) *Amar*, *supra* note 83, *Philadelphia Revisited*, at 1060-1061. なおアマーは憲法修正の限界を認める。 *ibid.*, at 1044-1045, note 1. 詳しくは川鍋・前掲注195）参照。

である。アマーによれば、この解釈論は合法性と形式性という二つの利点をもつ。統治のレベルの機関は憲法典に規律されるという点で、政府の恣意的な憲法修正の動きを制限することが可能であると同時に、いつどのような場合に「我ら人民」が出現し、何についてその意思を表明したかを明確にすることができるのである。⁽²⁰²⁾

以上のように、アマーとアッカーマンの主権論は、必ずしも憲法典を無視したり、統治構造を簡単に乗り越えるものではない。⁽²⁰³⁾ 両者とも憲法典の構造やアメリカ固有の歴史に依拠するのはその証左である。両者の議論は

(202) なお、アマーは、憲法修正の提案それ自体について、人民の過半数の請願 (petition) によって憲法会議の召集を連邦議会に法的に義務づけることができると論じる (Amar, *supra* note 195, Philadelphia Revisited, at 1065)。つまり連邦政府がイニシアティブをとる第5編の手続とは全く別の、人民主導の憲法修正のルートも主張するのである。しかし、何らの手続や告知もないところに「主権者人民」が憲法修正の提案をするということは想定しがたく、どのような場合に主権者人民の提案がなされたのかを判断する基準を欠く。全人民の請願は、アマーの言葉でいえば self-enforcing ではない (ibid., at 1061, note 67)。何かしらの基準を示さない限り、人民の意思がいつ、何に表明されたかが不明確であるというアッカーマンに対する批判が自らにも妥当することになろう (ibid., at 1092-1093)。これまでアマーの議論を紹介する論者は、この主張を引きながらアマーにおける人民主権の超実定法的性格を強調してきたように思われるが (たとえば松井・前掲注83) 27頁)、以上の理由から、人民による請願がアマーの論旨と整合するか疑問がある。連邦議会のそれぞれ過半数によって——憲法会議によってではなく——特定の憲法修正条文案を全国的なレフェランダム、あるいは批准のための憲法会議の過半数に付託することが可能かという問題に対して、アマーが、暫定的にはあるが、憲法第5編にあるような3分の2が要求されるとする解釈を打ち出していることも参照されたい (ibid., at 1094, note 182)。

(203) もっとも、アマーとアッカーマンには手続および結果の形式性について決定的な差異が存在する。アマーは適法性と形式性を重視するが、アッカーマンは、形式によらずに実質的に We the People の出現を観念するから、第5編は端的に無視してもよい条文ということになる。したがって、アマーは明確に憲法修正を条文のかたちで行うことを想定するのに対し、アッカーマンは、ニューディールにおける説明に顕著なように、連邦最高裁の判例変更による実質的な憲法修正を想定する。この点、大江一平「インフォーマルな憲法改正論の展開とその意義」法学ジャーナル74号(2003)1-81頁参照。大江が同論文4頁注7で指摘するように、両者にとってインフォーマルであることは extra-legal であることを意味しない。

主権と統治の区分を前提としており、その意味では憲法の規範性が存在している。これは主権が発動される局面を憲法改正のような領域に限定することの帰結である。

以上の議論が示唆するのは、主権と統治の区分論に立った場合の主権論には、主権が発動される局面を極めて限定的に解し、究極的には「凍結」へと至るベクトルと、逆に、発動される局面が極めて限定的だからこそ、その巨大な変革の力を強調するベクトルがあるということである。この二つのベクトルは表裏の関係であり、どちらをより強調するかの問題であろう。もっとも現代において主権＝憲法制定権力の絶対性、権力性を強調する実益は乏しく、むしろ危険性の方が大きいように思われる。

主権の絶対性を強調すると、樋口が危惧するように、それが依って立つはずの憲法の規範性を破壊する可能性がある。馴致された主権論およびそれを前提にした憲法典、憲法理論は、特にフランスにおける長年にわたる賢慮の成果であり、一般に妥当しうる普遍性を持っていると思われるだけに、これを簡単に突き崩すことには慎重であるべきだろう。歴史的な観点からいっても、主権論はフランス革命におけるような「解放のための魔力」としての歴史的意義は終えた⁽²⁰⁴⁾と評価することができる。現代において法秩序にほとんど拘束されない絶対的な主権者たる「人民」を想定することがどれほど現実的なのかは疑問であり、むしろそれを利用されること⁽²⁰⁵⁾によって憲法による権力統制の意義が薄れてしまいかねない。特に日本国憲法については、96条に国民投票が定められている以上、合衆国憲法上、最終決定権が人民にないことから憲法手続に必ずしも従わなくてよいとする

(204) 樋口陽一「『魔力からの解放』と『解放のための魔力』——最近の主権論議によせて」杉原泰雄、樋口陽一編著『論争憲法学』11-20頁（日本評論社、1994）。

(205) それゆえに憲法制定権力論の消去可能性が論じられることになる。長谷部恭男「憲法制定権力論の消去可能性について」同『岩波講座 憲法と時間』51-71頁（岩波書店、2007）、同「われら日本国民は、国会における代表者を通じて行動し、この憲法を確定する」同『憲法の境界』第1章（羽鳥書店、2009）。これは樋口の「凍結」論をさらに一步進めたものとして評価することができる。

解釈論を打ち出すアマー、アッカーマンの権力性の側面を持ち出す必要はない。それは憲法の規範性を緩める方向にしか働かないであろう。

権力性の側面と規範性の側面のどちらを強調するかというこのような問題について、近年の山本龍彦の議論は示唆的である。なぜなら、山本は権力性を強調する人民主権論を日本の憲法解釈論に持ち込もうとしているからである。山本は、アッカーマンらの人民主権論を援用しつつ、樋口陽一の主権＝憲法制定権力凍結論について、それは法秩序に外在する主権者なのであり、それがいったん凍結された以上、憲法内在的な国民主権を解釈論の場面において援用することを抑制するのは、「自ら凍結させたはずの外在的主権者の生霊を、なお箱の中の主権者の肩越しに見ようとするものであり、特殊フランス的状况が掻き立てたある種の恐怖症か、戦略的なカテゴリーミステイクと考えてよい⁽²⁰⁶⁾」として批判する。しかしこれは極めて楽観的な観測であろう。

樋口にとって、主権は極めて強大かつ実定法破壊的な性質を持つがゆえに、国民の名が僭称されることで国家の違憲、違法な権力行使が正当化される危険を抑制する必要がある。言いかえれば、法秩序を超越する外の概念とされるからこそ、法の内側においてその概念に依拠することの機能が警戒されなければならないのである。確かに樋口の行論は山本が評価するように戦略的なものである。しかし、樋口を批判する山本が、いわゆる憲法 9 条の解釈改憲について、アメリカの人民主権論から砂川判決を經由して、憲法上の手続規定 (96 条) に依拠しないかたちで「主権者国民」なるものを認定し、憲法 9 条の実体的内容そのものをその判断に依存させようと試みていることに鑑みると、山本は樋口の戦略の妥当性を自ら証明していると言わざるをえない。山本の議論は、通常選挙を国民投票制的に運用

(206) 山本龍彦「アメリカにおける『人民主権』論と憲法変動」憲法問題 28、45-60 頁 (2017)。引用部分は 48 頁。関連して同「国民主権と統治行為」法学セミナー 729 号 51-55 頁 (2015)、同「主権者なき憲法変動——日本国憲法のアイデンティティ」論究ジュリスト 25 号 148-165 頁 (2018) も参照。

することで、実定法超越的な、すなわち法の外にいる主権者を、法の内にいる「国民」なるものに憑依させ、9条の実体論をデモクラシーで置き換えようとする試みであり、それこそまさに樋口が危惧したことに他ならないからである。⁽²⁰⁷⁾ 本稿の表現でいえば、山本は主権と統治の区別を曖昧にし、統治者が主権者を僭称する可能性を開いているといえよう。⁽²⁰⁸⁾

主権者の権力性を強調するにせよ、主権と統治のレベルを区別したうえでのことではなければならない。そうでなければ主権は容易に統治と混同され、主権者の名のもとに憲法秩序の破壊がもたらされる危険を招くだろう。これは結局、憲法の規範性のうえに主権も存在するということである。問題は、憲法学における主権のあわせ持つ二つの側面のうちどちらを強調するかであり、立憲主義か民主主義かという単純な二者択一ではない。もっともすでに述べたように、憲法学の当面の課題はやはり主権の権力性の側面を強調することではないように思われる。

(207) 憲法上の明示的な手続を超越し、憲法の実体的意味内容を決定することができる「主権者」たる「国民」は、いかなる意味で法の「内」にあるのだろうか。憲法制定権力である主権を、完全に法の内側にとどめることは極めて困難であろう。付け加えれば、アッカーマンの二元的民主政論は、自身をネオ・フェデラリストと呼ぶことからわかるように連邦制というアメリカの憲法典から解釈されるところの統治システムを前提にしたものである上に、現代的な憲法政治は、ニューディール期の憲法革命を典型とする、連邦最高裁による判例変更とその確定を必要とするものであるから、そもそも裁判所が判断を放棄する日本の統治行為論との接点は存在しないと考えるべきである。

(208) 山本は樋口の主権＝憲法制定権力を簡単に法秩序の外側として位置づけたけれども、樋口が『近代立憲主義と現代国家』で論じたように、フランスの実定法においては、憲法改正権と憲法制定権力とは実質的に区別されていなかった。だからこそ、憲法典に従った憲法改正権の発動であっても、憲法制定権力と同視されることによって、改正無限界説が唱えられたのであった。山本の内と外の区別は少なくとも曖昧である。この点、「国民」の判断に委ねることの危険性を正当に指摘する蟻川恒正「憲法の番人」に関する考察」法律時報88巻5号12-15頁（2016）も参照。

結

本稿の内容は以下の五点に要約できる。第一に、タックによれば、ボダン、ホップズ、ルソーという系譜において、主権とは、人民が集会を開き、多数決によって憲法と同等の基本的な法を制定し、それに基づいて統治する者を選ぶ力を意味していた。統治者は主権者によって任命されたのであるから、基本的な法に従ってのみ統治を任される。主権者は次の統治者を選任するか、憲法それ自体を改正するまでは現れることはない。こうした構想は、フランス革命以降、憲法改正に際してのレフェランダムとして具体化された。主権は人民に存するのであるからあらゆる場面において人民が権力を行使すべきだとするジャコバン派の理論は、ルソーの恣意的な解釈による主権と統治の混同であり、むしろルソー以降のフランスの思想的系譜からいえば例外である⁽²⁰⁹⁾。第二に、主権と統治の区別は、19世紀のフランスにおいて法秩序へと編入された。それはまずシイエスによって憲法制定権力と憲法によって制定された権力として主張されたが、そこでの憲法制定権力は、ルソーにおけるような絶対的な権力ではなく、むしろ一定の憲法的秩序を前提としたうえで憲法を起草する権力であり、しかもそれは代表者によって行使されるものとして馴致されることになった。19世紀のフランスはこれを受容した。この受容は、ジャコバンのプーブル主権論に対抗して立憲的な秩序を維持するための議論として理解することができる。第三に、第三共和制期のフランス憲法学の泰斗エスマンは、シイエス的な主権論を国家の基本的な概念として受容した。ナシオン主権とプーブル主権という良く知られた二分論が出現するのは、カレ・ド・マルベ

(209) 小島・前掲注55)「国民主権」48頁は、「現在では、皆が誰かの憲法学説を共通の出発点とすることが難しくなりつつある以上、議論のすれ違いを回避するために、誰もが意識する古典を参照して、それとの距離を測りながら自己の主張を組み立てるのはどうであろうか。」と提案する。本稿もこの小島の提案を意識したものである。

ールからであるが、ギョーム・バコの指摘を踏まえると、そのナシオン主権は19世紀のフランス法思想に淵源を持つと考えられる。すなわち、主権と統治の区分を認めず、人民にあらゆる領域を統治させようとする直接民主政的傾向を持つジャコバン主義への対抗として、主権と統治の区別を、憲法制定権力と憲法によって創設された権力との区別として法学的に解釈したのである。第四に、主権と統治の区分からみれば、杉原泰雄と樋口陽一の主権論争は、主権という言葉の意味に齟齬があったと考えることができる。一方で杉原の主権論は、主権を国家権力と同視し、主権と統治の区別を否定するジャコバンの主権概念に依拠するものであり、他方で樋口は主権を憲法制定権力と同視し、あくまで憲法典内部の解釈論と主権論を切り離そうとした。樋口の主権への警戒感は、19世紀のフランスが示したものとほとんど同一であり、立憲主義を維持するために主権の超実定法的な性質を凍結しようとしたものとみることができる。第五に、主権と統治の区分は、主権者の絶対性を積極的に押し出すことで、ポピュリズムとさえ形容されるような議論に根拠を与えることにもなる。アキール・アマーとブルース・アッカーマンがその例である。

最後に、主権-統治論にとって残された課題であると思われるものを五点述べておきたい。第一に、フランスにおける主権論の文脈でいえば、ナシオン主権とプーブル主権という通説的枠組みを、歴史的に、より詳細に再検討することである。本稿が叙述した主権論によって、これまでの主権論で不十分であった点をどの程度補うことができるのか、ナシオン、プーブル二分論に取って代わる枠組みになりうるのが問題である。また、ドイツや日本における主権論との関係性も詳細な検討に値するであろう。

第二に、憲法改正に関する諸問題である。これまでの諸国における憲法改正の実例や制度をどのように理論的に把握できるか、憲法制定権力と憲法改正権力は分離、区別できるのか、その場合どのような差異が生まれるのか、憲法改正に限界はあるのか、制度に則った憲法改正は主権のレベルなのか統治のレベルなのか、など理論的に考察すべき問題は無数に存在す

る。また、プラクティカルな問題としては、日本の国民投票法のような現実の憲法改正手続について、果たして主権者たる国民の意志が明確に現れうるような手続になっているかどうかを検証する必要がある。憲法に関する事項は明確に主権のレベルに属することであるから、統治権力、すなわち政府や国会が主権者の意志を僭称することがないようにしなければならない。同時に、法人などを含む部分意思が、全体の一般意思を僭称することがないようにしなければならない。

第三に、ボダン-ホッブズ-ルソーの主権論においては統治者を選任することもまた主権の重要な機能であった。それこそが政体を決定づけるのである。実はタックの議論においても、統治者の選任を主権のメルクマールとしながらも、次第に憲法を制定、改正する機能へと重点が移されており、統治者の選任という意味での主権については詳しく検討されていない。したがって、その観点を憲法学的にみれば、選挙、世論、人民の政治的活動、および代表の議論をどのように位置づけるかが問題となるだろう。主権が憲法や代表者の選出といった機能に限定され、平時には人民が主権者として現れないからといって、統治者が何でもしてよいということにはならないし、人民は一切統治者に口を出してはならないということにもならない。言いかえれば、タックが前景化したのは主権のレベルでしかなく、統治のレベルは手つかずに残されている⁽²¹⁰⁾ということである。本稿の描く主権論は、具体的な統治機構やシステムについて何か具体的な方針を指示するわけではない。その領域は主権論の守備範囲ではないのである。

第四に、いわゆる国家無答責の原理についても主権と統治の区分論を応

(210) Hoekstra, op. cit., p. 1097はホッブズの議論それ自体にそのような傾向がみられると指摘する。確かに主権-統治区分論は極めて明快な議論であるが、それだけに何を捨象しているのか、何が残されているのかには自覚的であればならぬだろう。この点、人民主権論から自由主義思想へという、パンジャマン・コンスタンやアレクシス・ド・トクヴィルらによる転換を示す Bryan Garsten, *Popular sovereignty to civil society*, in *Popular Sovereignty*, supra note 5, at 237-269も参照。もっとも、本稿は人民主権と市民社会の思想が根本的に相容れないわけではないと考える。

用することができる。すなわち、主権の存する人民は無答責だけれども、その主権者によって創設された政府という意味での国家は原則的に無答責⁽²¹¹⁾ではありえないという帰結を導く議論が提出されているのである。国家責任論を根底から問い直すものであり、重要な方向性を示しているといえよう。

第五に、対外的な意味での主権論の検討である。国際関係における主権論は近年のヨーロッパ統合をめぐる問題とされることが多い。主権-統治論⁽²¹²⁾はそうした EU や連邦国家論にも新たな手掛かりを与えるように思われる。この点も今後の課題という他ないが、ルソーらが統治者の外交権限を統治権として認めていることが考察の手がかりとなろう。

[完]

〔付記〕本研究は JSPS 科研費 JP50780201 の助成を受けた。

(211) David Schraub, Finding the “Sovereign” in “Sovereign Immunity” : Lessons from Bodin, Hobbes, and Rousseau, *Critical Review*, vol. 29, n. 3, 2017, pp. 388-413; Amar, *supra* note 83, *Of Sovereignty and Federalism*, at 1466-1492.

(212) この問題に精力的に取り組むのが山元一である。『現代フランス憲法理論』第二部（信山社、2014）参照。また、近年は視野をヨーロッパのみならず全世界に広げ、憲法制定権力論の可能性を追求している。同「グローバル化世界と憲法制定権力」法学研究91巻1号49-70頁（2018）、「グローバル化世界と憲法制定権力（続）」慶應法学39巻1-21頁（2018）。