

一橋大学大学院法学研究科 博士学位論文

憲法学と国家理論

連邦論・国家論・法秩序論における一元性と
多元性

JD131003 門輪 祐介

2016年1月提出

博士学位論文

憲法学と国家理論——連邦論・国家論・法秩序論における一元性と多元性

JD131003 門輪 祐介

<目次>

はじめに	5
第1章概説 「連邦」のモチーフ (7)	
第2章概説 オリヴィエ・ボーの連邦論 (9)	
第3章概説 カレ・ド・マルベールの国家論 (1) 一元性の問題 (10)	
第4章概説 カレ・ド・マルベールの国家論 (2) 多元性の問題 (11)	
第1章「連邦」のモチーフ	15
第1節 伝統的国家論における「連邦」	15
1. なぜ「連邦」か (15)	
2. 連邦論の問題設定 (18)	
(1)「連邦国家」と「国家連合」(19)	
①.「連邦国家」と「連邦制」の区別という問題 ②.「主権国家」としての連邦国家 ③. 主権概念と「連邦国家」・「国家連合」 ④. 連邦論における「構成国」の語	
(2) 連邦論における「主権」の取り扱い (23) (3) 地方自治・地方分権と連邦・連邦制 (25) (4) 連邦論の数直線構造 (29)	
第2節 ル・フェールの連邦論	31
1. 前提：連邦国家と国家連合の区別 (32)	
2. ル・フェールによる区別：主権を鍵として (33)	
3. 連邦創設の議論：「契約」か「憲法」か (336)	
(1) 前提：過渡的存在としての国家連合と成熟形態としての連邦国家 (37)	
(2) フェデラリストの連邦創設：主権分割 (38) (3) カルフーンの連邦創設：契約と憲法の差異 (40)	
4. ル・フェールにおける連邦創設：法的把握の完成 (42)	
(1) 前提：イェリネック説：創設の法的描写の放棄 (42)	
(2) ル・フェール説：契約と契約結果の区別 (44)	
第3節 カレ・ド・マルベールの連邦論	47
1. 新たな問題：構成国と地方公共団体の区別 (48)	
2. カレ・ド・マルベールによる対応：主権と国家権力の区別 (49)	

憲法学と国家理論

連邦論・国家論・法秩序論における一元性と多元性

第4節 政治体結合のモチーフと理論形成.....	54
1. 憲法制定権力論と政治体結合のモチーフ (55)	
2. 杉原泰雄のパリ・コムニオン読解と政治体結合のモチーフ (58)	
第2章 オリヴィエ・ボーの連邦論.....	62
第1節 新たな連邦の一般理論.....	63
1. 直線的構造への批判① 連邦論における「主権」の焦点化 (63)	
2. 直線的構造への批判② 国家連合と連邦国家の区別の弊害 (68)	
3. 連邦論の構造転換：単一直線構造から二直線構造へ (70)	
第2節 連邦創設の問題：連邦概念の非国家化.....	72
1. 用語の非国家化：名詞 <i>pacte</i> と形容詞 <i>fédératif</i> (73)	
2. 憲法契約 (<i>pacte constitutionnel</i>) としての連邦契約 (73)	
3. 連邦契約における憲法制定権力の担い手 (75)	
第3節 モナド国家からフェデラシオンの構成国への変化.....	77
1. 2度登場する「国家」の語：「モナド国家」と「構成国」(77)	
2. 構成国化による法的状況の変化 (78)	
3. 市民・国籍とフェデラシオン (82)	
第4節 連邦の一般理論の射程.....	83
1. 適用対象の問題 83	
(1) フェデラシオンの射程：EU という回答 (83) (2) 政治体としての EU (86)	
2. 試論：フェデラシオンとしての EU (90)	
(1) ボーの主権論と連邦論の共通構造 (91) (2) <i>Puissance de L'État</i> 再読 (92) (3) 小括：連邦論から国家論へ (95)	
第3章 カレ・ド・マルベールの国家論 (1) 一元性の問題.....	101
第1節 古典理論の再検討の道筋.....	101
1. 連邦論から国家論へ (101)	
2. 検討対象としての可能性：国家の多角的な観察者カレ・ド・マルベール (103)	
(1) カレ・ド・マルベールの業績 (103) (2) 先行研究と検討の方法 (104)	
第2節 一貫性の問題.....	106
1. 問題の所在：2大原理の整合的解釈の困難 (106)	
(1) 第一著 <i>Contribution</i> ：「国民主権」原理の書 (107) (2) 第二著 <i>Loi</i> ：「法律＝一般意思の表明」原理の書 (108) (3) 一貫性についての解釈の問題：一貫か、断絶か (110)	
2. 杉原泰雄・高橋和之による整理：代表観の変化 (110)	

(1) 第一著 <i>Contribution</i> の代表観：純粹代表 (111)	(2) 第二著 <i>Loi</i> の代表観：選挙と結合した代表 (111)
3. 杉原・高橋の解釈の分岐 (112)	
(1) 杉原泰雄による解釈：断絶論 (113)	(2) 高橋和之による解釈：一貫論 (113)
(3) 杉原・高橋の分岐の意味 (114)	
第3節 一般性の問題とカレ・ド・マルベール読解	115
1. 問題の所在：国家の一般理論の射程 (115)	
(1) 国家の「一般理論」と法実証主義の手法 (115)	
(2) 各読解者の読解における一元性問題への解答 (117)	
A. ルネ・カピタンの読解	B. ジョルジュ・ビュルドーの読解
C. ミシェル・トロペールの読解	D. ピエール・アヴリルの読解
E. オリヴィエ・ボーの読解	
(3) 整理：各読解における視点の設定 (127)	
2. 杉原・高橋におけるカレ・ド・マルベール一般性の解釈と継承 (128)	
(1) 杉原泰雄の一般性読解と継承 (128)	(2) 高橋和之の一般性読解 (130)
(3) 小括 (133)	
第4節 新たな視点からのカレ・ド・マルベール読解.....	134
1. エリック・モランによるカレ・ド・マルベール読解 (134)	
(1) 再問題提起：読解の基軸設定 (134)	(2) モラン読解の軸①「非法実証主義」(136)
(3) モラン読解の軸②「独仏対照」(138)	
①. <i>Contribution</i> における独仏対照	②. <i>Loi</i> 以降における独仏対照
③. 独仏対照軸からの示唆	
(4) モラン読解についての小括 (145)	
2. 時本義昭によるカレ・ド・マルベール読解 (146)	
(1) 一般性・一貫性の問題についての時本の立場 (146)	(2) 時本による読解の軸：複合機関 (148)
(3) 複合機関を軸とする読解の帰結：三著作の相互補完性 (149)	
(4) 時本読解についての考察 (151)	
①. 時本の一貫性読解についての整理と批判	②. 時本読解の意義：一貫性についての視点の転換
第4章 カレ・ド・マルベールの国家論 (2) 多元性の問題	159
第1節 第三著 <i>Confrontation</i> の読解から	159
1. 第三著作 <i>Confrontation</i> の位置づけ (159)	
2. モランによる第三著作の位置づけ (160)	

憲法学と国家理論

連邦論・国家論・法秩序論における一元性と多元性

3. 時本による第三著作の位置づけ (164)	
第2節 <i>Confrontation</i> 第一部：執行／立法の区別の「権力構想」論	167
1. 法律の「一般的抽象的規範」性の否定 (168)	
2. 憲法の「根本規範」的性質の否定：憲法・法律同位論 (169)	
3. 執行権による命令の内容的無限定 (170)	
4. 法規範の「権力構想」論による法段階理論批判 (172)	
第3節 国民内閣制論と執行権定義	180
1. 国民内閣制論における二つの行政権構想 (180)	
2. 国民内閣制論の「モデル」論とカレ・ド・マルベール (183)	
3. カレ・ド・マルベールと高橋の構造的重なり (186)	
第4節. <i>Confrontation</i> 第二部：法秩序の二重性論	194
1. <i>Confrontation</i> 第二部の論理展開 (195)	
2. 「法秩序論」の登場——第二部の論理展開に関する考察 (202)	
第5節 <i>Confrontation</i> についての考察	208
1. <i>Confrontation</i> 執筆意図についての考察 (208)	
2. 一般性・一般性の問題としての考察 (210)	
3. 現代的視点：カレ・ド・マルベール読解からの示唆について (213)	
(1) 整理： <i>Confrontation</i> の遠心性 (213)	
(2) 現代的視点から：現代国際社会の多元性へ (215)	
むすびにかえて	223
参考文献一覧	228

はじめに

憲法学において、正確に言えば法学的意味での国家論において、政治体の輪郭をいかに描くのかは重要な課題であり続けている。戦後日本において主たる論争の的となったのは主権概念であった。主権にまつわる論争は、その対象概念自体の多義的な性質から混迷を極め、多くの対立軸が提示されてきた。しかしそこに通底していたのは、「単一国家たる日本国」の枠組みを確たる前提として認識したうえで、国家権力の担い手（国民主権とは誰の主権か）、国家機関の間での権力分配（権力分立の実体的原理とは何か）等を問題化する問いかけである¹。したがってそこに、国家の外縁を揺るがすような可能性を有するものはなかった。主権論争が活性化した戦後復興初期や高度成長期はおろか、大戦終結後という激変の可能性をはらむ時代すら、日本はその国境を切断される危機に陥ることは、結果として無かったのである。これが、日本の主権論が根本的な意味において牧歌的であったことの原因となった。国家の政治的運命としては幸福であったかもしれないが、憲法学の理論的發展にとって、不幸なことであったかもしれない。

法学的意味において、国家をいかに記述し、論じるか。法学的国家論が投げかける問題はシンプルであるが、日本憲法学の参照先であったヨーロッパにおいては、切実な意味が込められた問であった。帝国ドイツの歴史においては、割拠する領邦君主の権力をまとめ、帝国として統治するためには、一個性・自己完結性を備えた連邦の理論が不可欠の前提であった。また、ワイマール憲法期のドイツ国法学者たちは、動揺するヨーロッパの中で国家としての統一性を求めて国家論の著しい発展を成し遂げた。そのドイツと隣接し、領土抗争をはじめ、戦火を交えてきたフランスも、必然的に国境のゆらぎに対応して国家論を構築せざるを得なかった。また、フランスは革命による政治体制の劇的な変更を幾度となく繰り返した歴史を背景に、安定期に入った第三共和制における公法学論者たちは、革命から続く政治体制の統一的把握と理論的基礎の提供に努めていた。公法学における国家論・連邦論の射程は、このように、日本の歴史的・政治的所与のみを捉えては把握しきれないものであった。領域的細断、政治的断絶を歴史の見えざる手によって回避してきた日本では真の意味での国家論・連邦論を論じる所与に欠けていたともいえる。毛利透は、戦後憲法学における国家論の不在が、「時折批判的に言及されることはあるが、そこから議論が起こることはない」現象にとどまるものであるとし、その原因を、「日本において国家の枠組みがあまりにも確固としており、憲法学の当然の前提として機能している」ことに求めている²。要するに、日本の憲法学においては、その歴史的條件等から、国家の存立について真剣に悩む必要がなかったということになる。

¹ 戦後の主権論争の展開とその沈滞と限界について、渡辺康行「主権の意味と構造」、大石眞、石川健治編『憲法の争点』、有斐閣、2008、16-19頁。

² 毛利透「憲法の前提としての国家と憲法による国家統合」、『憲法の規定と憲法論 高見勝利先生古希記念』、信山社、2015、112-113頁。

憲法学と国家理論

連邦論・国家論・法秩序論における一元性と多元性

本稿の目的は、日本固有の非論争的な状況にとらわれることなく、原初的・本来的意味での国家論・連邦論を、その原典のテキストに依拠しながら検討し直し、その意味・射程と現代的視点からの示唆を明らかにしていくことである。原初的な「意味・射程の解明」とは、日本独自の主権論の展開を経て、いわば日本の前提として定着し、ありていにいえば概説書においてのみ提示され、その意味するところが深く考察されることのない基礎的概念を再問題化することを意味する。「現代的視点からの示唆」の解明とは、このような一種古典的意味での理論の検討が、現代国家論、とりわけ国家の物理的輪郭を超越して生成されていく現代国際社会において、既存の国家の枠組みの内部でのみ通用する理論を再構成・再構築するための一助となることの解明である。

まず、本稿前半（第1章・第2章）では、日本の憲法学・国家論を大胆かつ明確に異化するために、連邦論を扱う。しかも本稿の対象はドイツ・アメリカ・スイス等の連邦国家当地において形成された連邦論ではなく、日本同様、単一国家であるフランスにおいて形成された連邦理論である。本稿が連邦当地の公法学ではなく、フランスの連邦論を参照する根源的な理由は、単一国家における国家論の論者がいかに連邦の法的構想を形成していたかを検討することを通じて、日本における主権論がその形成過程においていかなる要素を切り捨て、そのために日本国仕様に純化されてしまっているのかを明らかにすることである。日本とフランスは単一国家という国家類型上の共通点を持ち、またフランスは、日本の戦後憲法学にとっては国家論の屋台骨として発展した主権論の主たる参照国であった。その点を踏まえ、第1章では、「単一国家の連邦論」の典型例としてのフランスの古典的理論を扱い、連邦を「政治体結合のモチーフ」として整理したうえで、そのモチーフを参照軸として、日本の主権論・国家論が切り捨ててしまったものを検討する。次に、第2章では、フランスの古典的連邦理論を前提として、その上に展開している現代的な連邦論として、オリヴィエ・ボーの連邦論を検討する。ボーの連邦論は、古典理論の成果の再読と再構成の上に成り立っており、かつ単一国家たる当地フランスに適用しようとするものではなく、EUをその適用対象として想定している。このようなボーの理論は、伝統理論を理論構築の在り方の参考とするのみならず、単一国家が否応なしに国際社会に巻き込まれていくという極めて現代的な国際化現象を、憲法学の伝統理論の発展形によって対処しようとするものであり、参照に値する。

本稿後半（第3章・第4章）では、前半での連邦論の展開を踏まえた上で、主に単一国家を適用対象とした国家論の検討を行う。ここでの検討対象は、多角的な側面から国家を観察・記述した古典理論として、日本のフランス憲法研究者、主権・国家論者にも頻繁に参照される、第三共和政期フランスの憲法学者カレ・ド・マルベールの理論である。カレ・ド・マルベールの理論は、主に日本の戦後国民主権論における「国民（ナシオン）主権と人民（プープル）主権の対置・択一関係」の図式を提示した論者として紹介されており、主権論者の理論的基礎ともなっている。しかし、主権論の枠組みの提供者としてのカレ・ド・マルベールは、あくまで彼の業績の一側面にすぎない。本稿が問題とするのは、カレ・

ド・マルベールがその主要業績を通じて構築しあるいは変遷していった国家論の姿であり、カレ・ド・マルベールの理論の総体を解釈することである。このような理論全体の読解についての先行研究を参照しながら、本稿独自のカレ・ド・マルベール読解と、現代的視点からみた理論的示唆を提示することを、ここでの最終目的とする。

本論に入る前に、以降において全体の構成を概観しておく。

第1章概説 「連邦」のモチーフ

連邦論には、単一国家の国家論にはない構築概念が存在する。とりわけ、今後、フランスの古典的連邦理論を扱っていくためには、議論の土壌づくりとして、連邦にまつわる諸対立軸を整理しておかなければならない。

第一の対立軸は、連邦国家と国家連合の対照である。この二つの概念を分け、区別し、対照せしめるものは、主権概念に他ならない。すなわち、構成体が集合した連邦という一個の政治体そのものに、一個の主権が内包されている状態を指す。一国家一主権。この意味では、連邦国家は法的には単一国家と共通する。それに対して、国家連合は、一個の政治体を形成するものの、主権はそれぞれの構成者、すなわち国家連合の構成国に帰属しており、国家連合という一つの政治体の中にそれぞれの構成国の持つ複数の主権が併存している状態である。一政治体に対して複数の主権があることが、国家連合が「国家」として定義されない決定的差異である。連邦国家／国家連合の区別をフランスにおいて定式化した公法学者として、ル・フェールの連邦論に注目しておく必要がある。ル・フェールは、同じく構成国が結合することで形成される連邦国家と国家連合を、いかにして区別するかという問題に取り組んだ。実際の政治の実態の機能においては、いずれの政治体も構成国内の法的共同が行われているのであり、政治的機能の側面で決定的に両者を区別することは困難である。そこで、ル・フェールは主権の所在（中央としての連邦全体にあるのか、各々の構成体が主権を保持し続けているのか）を、理論的な両政治体の区別指標としつつ、その主権の所在と数の差異から、国家連合と連邦国家を、政治体統合の過程を示す概念として帰結した。すなわち、国家連合は構成国間の統合の密接性において、いまだ未完成の過渡期の状態であり、結合体としての一個的・全体的意思決定の能力・効率・範囲について、連邦国家よりも弱体な存在である。統合が進行し、構成体間の紐帯が密接化・強化されると、一個の政治体としての決定能力が単一国家のそれと比肩するようになり、連邦国家が実現する。そのことを法的に表現したものが、国家連合と連邦国家における主権の所在・数の差異であるということになる。

第二の対立軸は、単一国家の地方公共団体／連邦国家の構成国の区別論である。この問題は、単一国家と連邦国家の区別にかかわる。すなわち、とりわけ現代の国家に顕著な現象であるが、良く分権化された単一国家における地方公共団体と、連邦国家の構成国は、

憲法学と国家理論

連邦論・国家論・法秩序論における一元性と多元性

もはや同視できる存在なのではないか。両者にいかなる差異があるのかという問題が、現代的文脈においては、理論的にも実践的にも問題化される余地がある。現代において連邦国家は、地方分権が極大化した政治体として捉えられる傾向にあるが、国家連合／連邦国家の項でル・フェールが論じたように、連邦とは統合の法技術として成立しているのであり、連邦としての性質が実質化すればするほど、構成国間の密度は高まり、単一国家と同様の性質を強めていくのであり、連邦化を単一国家への同質化と捉える限り、連邦を分権的政治体と捉える理論的根拠はないことになる。単一国家の地方公共団体／連邦国家の構成国の区別問題を扱ったのがカレ・ド・マルベールである。カレ・ド・マルベールは、この二者を区別するために、主権と国家の概念についての理論操作を行った。通常、国家論は「国家は主権を有する」という強固なテーゼによって支配されているが、カレ・ド・マルベールはこれを分解し、国家は国家権力を有するが、必ずしも主権を持つとは限らないと考えた。「主権なき国家」の理論的構築である。カレ・ド・マルベールによれば、単一国家の地方公共団体は国家性を全く喪失しており、したがって単一国家にはそれ自体以外に国家を内包することはありえない。これに対して、連邦国家の構成国はそれぞれに国家権力を有しており、それら国家権力が主権と呼びうるほどの強力な性質を持たないとしても、国家と呼びうる性質は残存している。したがって、連邦国家は「主権なき国家」の結合体が、全体として一つの主権を構成している。単一国家も連邦国家も、一国家一主権の構図は保持したまま、連邦国家のみが主権的国家の中に主権を欠いた国家が結合しているという構図が成立しているのである。

一旦ここで、このように問題化される連邦論の構造を、政治体結合のモチーフとして念頭に置きながら日本の主権論を観察するとき、新たな視点がもたらされる。本稿では、政治体結合のモチーフからの既存の主権論の再検討の例として、杉原泰雄の主権論を取り上げる。杉原の人民主権論は、イデオロギー批判として成立しているがゆえに、国家の構成原理として、政治体を成立させる基礎としての実質に欠けているのではないかという批判にさらされることがあった。この批判にさらされる実質は、政治体結合のモチーフを前提としたとき、杉原のパリ・コミューン観において、様相を変えて現れる。杉原の主権論において、パリ・コミューンは人民主権を体現した政治体として、国家論や後年の地方自治論の範型となっている事例である。しかし同時に、パリ・コミューン期のフランスは、コミューン連合としての性質、すなわち政治体結合としての性質の色濃いものであった。杉原は、人民主権の政治体としてパリ・コミューンを構想しつつ、人民主権を国家の構成原理として提示するために、結果としてパリ・コミューンの連邦的性質を捨象して論理構成することになった。人民主権論において、政治体結合のモチーフは参照されることなく切り捨てられたことになる。このような検討は、国家論の学説形成に政治体結合のモチーフを持ちこむことによって、憲法学・国家論が、その理論形成上において何を切り捨て、何を回収したかを明らかにする試みの一例である。

第2章概説 オリヴィエ・ボアの連邦論

その学位論文から主権論・憲法制定権力論を主題としてきたフランスの憲法学者オリヴィエ・ボアは、これまでのフランス連邦論において、連邦と国家があまりにも当然に結合し、概念的に不可分一体のものとして扱われてきたことに異を唱える。すなわち、法的な意味での国家が主権を中心とした中核的・本質的内容を具備するものとして綿密な考察の対象となってきたのに対して、連邦は国家論に安易に取り込まれてしまったばかりに、連邦それ自体の固有の性質を公法学が等閑視してしまっている。この状態を解消するためには、連邦と国家の概念を「再差異化」し、新たに連邦の本質を考察し構築する必要があるという。

ボアが提示するのは、「主権なき連邦」という構想である。連邦に主権はない。なによりもまず主権の内容について議論してきた日本の憲法学から見れば、このような問題設定は奇異なものとも映るかもしれないが、これは決して暴論ではない。ボアは主権論の古典を丹念に読み解きながら、主権概念を「憲法制定権力」としてより限定的・縮減的に解釈し、主権の発動を（事後的改正とは法的に区別される）憲法の始原的な意味での創造に限定するに至った。このように厳密な意味において解釈された主権は、ボアによれば連邦という政治体には適用できないという。すなわち、国家創造に際しての憲法制定権力の発動は、単一の国民という集団による一個的一回的な法創造行為であるが、連邦の創造の場面では、憲法の創造者の一個性も、所与としての同質性を有した国民集団も、想定することはできないからである。連邦の創設は国家における憲法制定とは別の、いわば「連邦契約」と称される法的行為によって行われる。「契約」の語によって書き手の多様性・複数性を取り込んだ連邦契約は、国家とは差異化されたもう一つの憲法の在り方として捉えられる。つまり、「国家の憲法」と「連邦の憲法」を法的に区別することによって、連邦と国家の再差異化が果たされたということである。創造の時点から始原的に国家と差異化される形で把握された連邦は、連邦契約時に憲法の書き手として当時者となった政治体が、その政治体としての存在の固有性・アイデンティティを喪失することなく統合のプロセスが進行するという点を、最大の特徴とする。

そして、アイデンティティを保持したままの統合は、EUによってまさに生じようとしていることであり、ボアは、EUの将来的発展のありかたを、連邦という概念を再鑄することによって、あくまで憲法学的に記述することが可能であると示そうとしたのである。このようなEUをめぐるボアの連邦論の意義は、古典的連邦論・国家論の再読と新たな連邦のモチーフの構成を行ったというだけにとどまらない。現代国際社会において、あくまでも政治体論に軸足を置く憲法学が、いったい何を提示しうるのか、その限界をめぐる問いを投げかけているのである。

以降、本稿では、連邦論によって示された政治体結合のモチーフを念頭に置くとともに、

憲法学と国家理論

連邦論・国家論・法秩序論における一元性と多元性

現代国際社会における憲法学の可能性を探ることを第一の問題意識とし、国家論の再検討を行う。

第3章概説 カレ・ド・マルベールの国家論（1） 一元性の問題

連邦論の検討を通じて明らかになったことの一つとして、国家論・国法学の範疇で連邦論を構築しようとする場合、おのずから連邦構成単位である国家と、この国家の法学的中核である主権概念を厳密に再検討する必要性に迫られる、という事実がある。とりわけボーの連邦論は、古典理論を読み解き、主権論を再陶冶することによって、必然的に散逸した現代の国家論を批判し、連邦理論の再構築へと進む駆動力を内包していた。このような国家論・連邦論の道筋は、西側の島国として政治的・領域的に固定化された存在であった戦後日本のなかで生じてきた主権論の展開とは、位相の異なるものである。

このような連邦論と国家論の展開上の連関を想定した上で、現代国際社会への示唆の探求を行う視点、これを本稿の独自性として「現代的視点」と呼ぶこととする。連邦論を経て、このような現代的視点の問題意識を明確化した本稿は、次に、この問題意識をもって、国家論を読解・検討する。この作業の対象となりうる国家論は無数に想定できるが、本稿が対象とするのは、もっとも古典的かつ基礎的な国家理論の一つである、カレ・ド・マルベールの国家論である。数多くの先行研究によって読み解かれ、戦後日本の憲法学のフレームの形成に寄与したカレ・ド・マルベールの理論であるが、その中で連邦から回帰する形で、明確な問題意識をもって古典理論の再読へ取り組む点に、本稿の独自性がある。

カレ・ド・マルベールの諸論・諸著を読み解くに際して、諸々の先行研究の中で結論が分岐している大きな問題がある。それが、カレ・ド・マルベールの理論の一貫性の問題と一般性の問題である。

第一に一貫性の問題は、カレ・ド・マルベールの主要二著作の間に、一見矛盾する原理が含まれていることに端を発する。第一著 *Contribution* は法人理論と結合した国民主権論を提示しており、その中核はいかなる国家機関にも主権独占を許さない、権力抑制的原理である。これに対して第二著 *Loi* は、「法律は一般意思の表明である」という人権宣言に由来する原理を、第三共和制憲法下のフランス公法秩序の基礎原理と位置づけ、当時の議会主権現象を法的に基礎づけるべく、権力集中的原理を提示した。二著の間で提示される原理の基調が、権力の抑制から集中へと変化していることは、カレ・ド・マルベールの学説の変節を意味するのか、それとも何らかの形で一貫していると読み解くことが可能であるのか。

第二に一般性の問題も、第一著と第二著の一見矛盾する内容をいかに解釈するかという問題である。カレ・ド・マルベールが第一著においては「国家の一般理論」を表題に掲げ、特定国家の法秩序を離れた、国家一般を定義し基礎づける議論の探求を行っているのに対

して、第二著においては、フランス革命原理を中核に据えて、フランス固有の法秩序の実際を克明に認識することを試みているのである。カレ・ド・マルベールのこのような変化において、第一著での国家の一般理論を探求する姿勢は、第二著以降自己否定されたのか、それとも何らかの形で残存しているのか。

以上の二つの問題に対して、主権論のフレームそれ自体が日本の憲法学の国家論上の共通見解の位置にあるのとは対照的に、カレ・ド・マルベールの業績に内在する一貫性・一般性の問題は、フランス・日本それぞれの論者によって様々に読み解かれ、最終的な一致を見ているとは言い難い状況である。カレ・ド・マルベールを参照して、国家論の理論的一助の提示を試みようとする本稿の立場からすれば、カレ・ド・マルベールの一貫性・一般性の未確定に対して、どのような解答を提示するかが問われることになる。

カレ・ド・マルベール読解における一貫性・一般性の問題を、一個の国家をいかにして構想するのかを追求した、体系としての一元性の問題と名付けることができる。この一元性の問題に対して、日本における体系的なカレ・ド・マルベール読解としては、高橋和之と杉原泰雄の読解がある。高橋の読解は、第一著の主権論が第二著においても持続した枠組みとして機能しており、用語法を異にするのみで全体として国家論として一貫したものと考へつつ、カレ・ド・マルベールの国家論の一般性を肯定して、国民内閣制をはじめとする高橋自身の統治論の中核にカレ・ド・マルベールの統治構想を据えた。杉原泰雄は、カレ・ド・マルベールの第一著の試みを国家の認識論、第二著の試みを第三共和政期フランスの状況に依拠した政策提言を射程に入れた実践論として区分し、一貫性を否定したうえで、前者の枠組みを持論の中核として取り入れた。両者は一貫性の点で、カレ・ド・マルベールの内在的解釈に違いがあるが、いずれもカレ・ド・マルベールを持論の基礎に据えるために、当時のフランスの法的所与にとどまらない、一般理論性を肯定する方向へ進んだといえる。

第4章概説 カレ・ド・マルベールの国家論（2） 多元性の問題

一元性の問題として提示された一貫性・一般性の問題は、近年、新たなカレ・ド・マルベール読解者によって再解釈されている。エリック・モランは、カレ・ド・マルベールの業績を通じてその基底に流れる傾向を、非法実証主義的性質、独仏対照、革命原理の法秩序における現出のありかたといった諸基軸として整理している。モランは、一般性の問題については判断を留保しつつも、基本的にはカレ・ド・マルベールの業績を体系的に把握しうるものとして一貫性を読み解いている。とりわけ、法秩序における革命原理の現れ方について、第一著と第二著の検討が、第三著作 *Confrontation* において結び直され、体系としての完結性を見るものであるとする。時本義昭は、独自の観点からカレ・ド・マルベールの一般性を否定しつつ、複合機関という理論装置を用いて精緻な一貫性肯定論を展開す

憲法学と国家理論

連邦論・国家論・法秩序論における一元性と多元性

る。時本は、カレ・ド・マルベールの業績の終着点は、あくまで国家の一般理論ではなく第三共和制フランスの法的所与を基礎とした国家論であるとする。すなわち、一見相矛盾するとされる第一著・第二著の内容であるが、時本の読解では、第一著の内容の積み残しが第二著の検討につながり、その結論として、特定国家の法的所与から離れた国家の一般理論が成立しえないことを示すために、第三著作が執筆されたという。

この二つの新たなカレ・ド・マルベール読解に共通するのは、これまでのカレ・ド・マルベール読解に対する明確な新規性を有することのみではない。同時に、従来解釈においてはあまり重視されてこなかった、第三著作 *Confrontation* について相応の検討と位置づけを行っている点である。

本稿が目指すのは、このカレ・ド・マルベール第三の著作 *Confrontation* である。同書は、カレ・ド・マルベールが読み解いた限りにおけるケルゼン、すなわち、同書冒頭でまとめられる「法段階理論」に対する批判論を展開している。先行研究においては、同書の内容はあまり注意を払われて来たとはいえず、読解の対象としては軽視されていた。確かに、同書前半は第二著との理論上重複する部分が多い。しかし、同書後半においては、これまでの二著作には存在していなかった法秩序論が展開される。この法秩序論とは、これまでのカレ・ド・マルベールの議論、すなわち法規範の性質を規範の創造者（創造する機関）の性質から考える「権力構想」論の観点を基軸としつつ、前半部分の主たる対象であった国家の理論と機関、すなわち法の作り手の分析を、いわば反転させ、創出された法規範の側から国家を観察したものである。しかし、この同書後半部分は、ただ単に原理的に法段階理論を排除したという意味にはとどまらない。というのも、カレ・ド・マルベールが法秩序論に行き着くまでに、原理的法規範分析に加え、法規範の観念それ自体に対する実質論、現実に存在する第三共和制下の諸機関の性質の分析といった多様な要素が積み重ねられていくからである。したがって、カレ・ド・マルベールの法秩序論は、同書前半の議論と比べ、複合化・重層化されたものであった。

とりわけ注目し得るのは、カレ・ド・マルベールの二元的法秩序論である。この法秩序の構想は、国民全体に適用される法規範の集合＝一般的法秩序と、個々の市民（もしくは市民集団）を規律する法規範の集合＝個別的法秩序の二領域を構想する。法段階理論という法規範の段階構造では表し尽くせないものである。法規範の段階構造においては、法規範は、法創造と法執行が繰り返される中で、適用対象を明確化する代わりにその抽象度を減じていき、全体としてピラミッド型法秩序として図式化される。しかし、カレ・ド・マルベールの二元的法秩序構想は、法規範をその抽象性・具体性においてのみならず、創出した機関の性質や適用対象の性質を考え合わせることで、より複雑化した形で法秩序を捉えようとするため、図式化はそもそも不可能である。

この二元的法秩序論において蓄積・総合される法秩序構想のうち、一般的法秩序は、カレ・ド・マルベールが第一著 *Contribution* において展開した国民主権論と同期する性質を持つ。そして第三著 *Confrontation* の前半が、第二著 *Loi* と同じ「権力構想」論を前提とした

原理的検討を行っていたことを考え合わせるに、カレ・ド・マルベールの国家論は、第三著においてそれまでの議論の一定の再結合を行おうとした未完の試みであったと考えることができる。こうして、第三著の最終結論として提示される法秩序論において統合され統一化されることによって、一般的かつ一貫した国家論として成立する。この読解が、カレ・ド・マルベールの一般性・一貫性の問題についての本稿の解答である。

しかし同時に、*Confrontation* の法秩序構想は、原理的検討の枠を超えた複合的・実質的な法秩序の構想の上に提示されたものであり、これまでの三著作において展開してきた主権論、国家機関論、法創造・法執行といった多角的な国家分析を総合したことで、単一不可分性を本質とする共和国フランスの理論でありながら、非常に複雑化・重層化されたものとなっている。とりわけ二元的法秩序論は、一方において主権論と結合するような国家の一元性担保の機能を果たしながら、他方においては、国民全体を適用対象とする法秩序を併存させることで、法適用と統治の実際についての複雑性を受容する余地を持たせていた。このことを、カレ・ド・マルベールの内面的理解において、国家の法的把握が一元性に回収しえない法的多元性の認識が増大したと考える余地もある。このように考えるとき、カレ・ド・マルベールの法秩序論は、国家内部の法的多元を十全に把握するための論理装置となりうる存在であったともいえる。

法的多元性への憲法学的対応（未完の試みではあるが）として捉えるとき、カレ・ド・マルベールの法秩序論を、政治体結合のモチーフおよびこれを想起させる現代国際社会の問題状況を念頭に置く本稿の現代的関心からとらえ直すと、以下のような示唆が得られる。カレ・ド・マルベールの法秩序論には、多元化する現代国際化社会を法的に把握する理論装置の端緒となるものが、すでに用意されていたことにはならないか。カレ・ド・マルベールはあくまで一個の単一国家の中で法秩序が二分化する姿を描いたが、二元的法秩序論においては、交わることのない異質な二つの法秩序領域が併存している。ここで浮き彫りになっているのは、一個の政治体について、必ずしも完結した一個の法秩序を構想する必然性はないという発想である。このような発想は、現代国際社会、とりわけ連邦論において検討した EU の法的状況についても、有用なのではないかと思われる。すなわち、EU は国家内で完結する法システムとは異なり、構成国それぞれの国家機構による法創造・執行と、EU レベルの諸機関（欧州議会による法創造、EU レベルの裁判所での法創造）による法創造と法執行、および EU レベルと構成国レベルの法規範の複雑な相互作用が存在する。EU 全体を統合していく政治体として捉えた時、ここでは、単一の立法機関が法規範を創造し、行政機関がそれを執行するというシンプルな国家像・法秩序観がもはや通用しないことは明らかである。このような法的状況において、憲法学が政治体としての一元性と統治の実態を反映する法規範の多元性を、ともに受容しうるような政治体の法的把握を可能にする理論の構築しようとするに際して、カレ・ド・マルベールの「権力構想」論や二元的法秩序論は、参照の価値があるものであると考えられる。

このようなカレ・ド・マルベール読解から得られる現代的視点からの示唆を念頭に置く

憲法学と国家理論

連邦論・国家論・法秩序論における一元性と多元性

と、主権と単一不可分性に強く拘束された国家論の中であってさえ、どこかで多元性・複雑性を取り込まなければ、有用な国家論足りえないのであったことが想起される。このことは、EUをはじめ現代国際社会に直面する憲法学が、一元性と多元性の激しいせめぎ合いの中で、一個の国家論・（連邦も含めた用語を用いれば）政治体論としてどのように均衡をはかり、完結性を備えるのか、という問題を提示している。

第1章「連邦」のモチーフ

本章では、根本的な問題設定と連邦にかかわる諸概念を確認した上で、フランスにおける古典的な連邦論を検討する。本章の内容は、次章におけるオリヴィエ・ボーの連邦論の検討の前提となるのみならず、本項全体の主関心である「現代国際社会」、およびそこへ憲法学が向ける視点とはいかなるものであるかを示すための前提でもある。

第1節 伝統的国家論における「連邦」

1. なぜ「連邦」か

連邦にまつわる問題領域の画定を行う前に、ある問題に解答しなくてはならない。それは「なぜ連邦論か」という問題である。序において述べたとおり、本稿が検討対象としているのは、比較法上はあくまで単一国家の中で形成された連邦学説であり、また、3章・4章における検討対象は、日本においてはむしろ単一国家型の主権論の論理的基礎ともなっているカレ・ド・マルベールである。また、日本においては、連邦への関心は理論・実践のいずれにおいても、決して高いものではない。憲法学説上の連邦論は、つまるところ「特定分野において権力配分の主体として連邦政府と支邦政府が存在する」という事実を指摘することとどまり、「連邦国家とは何か」という一般的問い、連邦国家の法的・憲法的な定義の探究を行ってこなかった。日本の地方分権化政策において、「単一国家日本の連邦化」という命題は、伝統的に、実現しない、あるいはする必要のない企てを意味するものであった³。しかし本稿の対象は、国際法学説や地方分権論を中心とするわけではなく、あくまでも法的国家論と、主権をはじめとする国家論における諸概念のあり方である。憲法学において「国家」を中心として扱う以上、国家それ自体を後回しにして、国家・政治体の結合体として成立する連邦を先に扱う必然性とは何かを、明らかにしておかなければならない。

地方分権の文脈において、「連邦」は「地方分権の極大化」、「中央集権の対極的存在」として理解されている。しかし、ここでの連邦の評価は、必ずしも積極的なものではない。第27次および第28次地方制度調査会の「道州制の在り方に対する答申」において示さ

³ 近年の日本において、政策上連邦制が登場するのは、地方分権改革における道州制構想である。道州制の諸構想のうち、そこで想定されている「道州」について区分すると、「連邦制を採用する国家における単位国家、すなわち州、邦、共和国を想定するもの」、「国の直下に位置する、第一級地方総合出先機関を想定するもの」、「国の第一級地方総合出先機関としての性格と、広域自治体としての性格を併せ持つ融合自治体を想定するもの」、「都道府県と併存する、都道府県よりも広域の、もう一層の広域自治体を想定するもの」、「都道府県に代わる広域自治体を想定するもの」等に区別される（西尾勝『地方分権改革』、東京大学出版会、2011、152-153頁）。

れた道州制構想では、「道州」は「都道府県に代わる新しい広域自治体」として構想されており、また、同時に、日本社会には単一の主権国家から連邦制国家への移行を支持するような、歴史的社会的基盤も存在していないとされた。このような認識を基礎とする限り、「都道府県に代わる広域自治体を想定する」構想の採用が有力視され、少なくとも「連邦制を採用する国家における単位国家、すなわち州、邦、共和国を想定する」道州制構想は、必然的に却下されることになる。要するに、日本における地方分権改革は、「連邦でないもの」として構想されており、日本において「連邦」を問う意味は限定的であると言わざるを得ない。こうした状況は、ボーが連邦論を展開するフランスでも同様である。フランスの政治文化のなかで、連邦は連邦主義者としてのジロンド派と結びついて、否定的な響きを帯びつつ、地方分権の議論の中に位置づけられている⁴。

「なぜ連邦か」という問いに対する解答は、地方自治・分権化とは別の文脈で「連邦」をとらえることで導き出すことができる。

樋口陽一は、近代以降公法学における「連邦」が、必ずしも分権化のみと結びついて示されてきたわけではないことを指摘する。樋口は、日本を例外として、「もともと連邦制は、分権のための法技術だというよりは、近代国家形成のための法技術であった⁵」との認識を示す。連邦は起源において「分権」ではなく「統合」の理論であったのであり、「諸国家の連合」ではなく「連邦国家」という形態での近代国家を創出することが、この段階での問題だった⁶とする。また同時に、樋口は「連邦」が欧州統合を舞台として、近代とは異なる形で発現していることも指摘する。すなわち、欧州統合の進展に伴い、「国境の内側での連邦制の採用（例えばベルギー）と、外側での国家結合への思考（ヨーロッパ連合）が、同時に国民国家の完結性を動揺させる方向へ向いて⁷」おり、この現象をより広い枠組みでとらえると、「均質な国民国家を想定してえがかれる集権的・多数派デモクラシー像に対して、多元的なサブ・カルチャーの共存を想定して描かれる多元的・協調型デモクラシー像⁸」に基づく「多元的な国家」と国家結合が構想されているのだという。ここでは「連邦」の問題は、分権の技術という側面をこえて、近代国民国家の相対化と、多極共存を可能とするデモクラシーの技術の⁹問題にまで及ぶ。

また石川健治は、国家結合の理論として生じた「連邦国家」概念を、特殊ヨーロッパ的

⁴ 山崎榮一『フランスの憲法改正と地方分権 ジロンドンの復権』、日本評論社、2006、1-2頁。また、第4共和制憲法は、本土と海外領土を統合した「ユニオン・フランセーズ」として自国の輪郭を構想していたが、しかし、その制定過程においては明確に連邦制嫌悪の議論が基底となっていた（François LUCHAIRE, 《Les radicaux et le problème constitutionnel en 1946》, *RFDC*, n° 9, 1992, p.15-25）。

⁵ 樋口陽一『憲法Ⅰ』、青林書院、1998、39頁。

⁶ 樋口陽一『憲法』改訂版、創文社、1992、378-379頁。

⁷ 樋口、前掲注5、40頁。

⁸ 樋口、前掲注6、379頁。

⁹ アーレンド・レイプハルト著、内山秀夫訳『多元社会のデモクラシー』、三一書房、1979、61頁は、連邦制の理論を「限定された特殊な型の多極共存理論」と位置付け、両者の間に親和性を認める。このような「連邦」についての定式化が、憲法学から可能かが問題となる。

文脈の中に位置づけて、以下のように読み解く。ヨーロッパの近代化の過程において、フランス共和国にみられるような、単一国家を理想形とする構想は、特殊な歴史的条件のもとにおける例外であり、むしろ複合的な国家結合こそが、近代的な国家生活の常態であった。主権概念が確立して以後、「連邦国家」の概念を構成したドイツ語圏の国家学は、結束を固めるスイスとアメリカの形成史を範にとりながら、近代国家としての連邦国家概念を構成し、そこで得られた連邦国家概念を中欧に適用して、「近代」の発展動向を腑分けすることを任務としてきた¹⁰。

そして、統合のために形成される「連邦国家」概念は、これを分権化に適合的とする一般的な認識とは異なって、「分権的・遠心的ではなくむしろ集権的・求心的¹¹」な国家結合を目指す概念であった。統合を強化し、分離・独立の動きを抑制するために、「連邦国家」が主権性を強調され、これと対応して「連邦構成国」の主権性の喪失が生じる。ここに「主権なき国家」、「非主権的国家」としての連邦構成国が承認されなければならない。そのためにドイツ国法学は、「主権性を失っても、国家でありうる条件」を示すことになった¹²。

これに関して、石川は今日における多元化という現実に対しても注意を向ける。石川は、「当面は（中略）、抗・事実に一元的志向が維持されていくものと思われる¹³」と留保しつつも、「多元化」という事実を照らして法学的国家論が問い直されれば、国家の実体性は疑わしきものとなり、憲法の国民主権解釈も大いに動揺せざるを得ないことを認めている。これは、先の「連邦国家」概念が、実際には一元性・凝集性を含むものであったことを見ればわかるとおり、法学が持つ国家論のレパートリーが貧弱であることに起因している¹⁴。このような認識に立つ場合、国家結合の理論としての連邦論や主権論が、解体あるいは再構築の機会に直面しているのは、もはや明白であろう。

林知更も、ワイマール憲法理論における連邦論、「連邦国家」概念の意義をめぐる議論の中で、「国家論としての連邦論」という構想を示す¹⁵。ビスマルク帝国下において展開された連邦国家論は、「伝統的に「単一国家」を範型としてきた国家概念との関係で、連邦国家概念の特質を究明し概念化しようとする¹⁶」試みであった。この意味で、連邦論は「国家論」の一樣態として位置づけられていたのであり、この点で石川と林は認識を共有している。

¹⁰ 石川健治「「国家結合の理論」と憲法学 Sezession の可能性」塩川信明・中谷和弘編『法の再構築Ⅱ 国際化と法』、東京大学出版会、2007、43-45 頁。

¹¹ 石川、前掲注 10、54 頁。

¹² 石川、前掲注 10、49-50 頁。なお、石川は、ここにいる「主権性を失っても、国家でありうる条件」とはすなわち、伝統的な地方自治の本質をめぐる「固有権説」と「伝來說」の対立における「固有権」と符合するものと位置付け、日本の憲法学において「地方自治」の名において語られてきたものの背後に、「連邦国家」概念が隠れていると指摘する。

¹³ 石川健治「国家・国民主権と多元的社会」樋口陽一編『講座憲法学 2 主権と国際社会』、日本評論社、1994、91-92 頁。

¹⁴ 石川健治「憲法学における一者と他者」、『公法研究』、第 65 号、2003、134 頁。

¹⁵ 林知更「連邦と憲法理論——ワイマール憲法理論における連邦国家論の学說的意義をめぐって 上・下」、『法律時報』、第 84 卷 5 号、2012、99-105 頁、同 6 号、2012、66-74 頁。

¹⁶ 林、前掲注 15（上）、105 頁。

憲法学と国家理論

連邦論・国家論・法秩序論における一元性と多元性

その後、スメントとシュミットの議論において一つの頂点を迎えた後、戦後のドイツ憲法学の脱イデオロギー化、対象における専門家と細分化が進行し、国家論という包括的な問題設定自体の意義が失われていく傾向¹⁷の中で、連邦国家論は衰退していくことになる。しかし、林はこのようなドイツの学説状況の中に新しい連邦論への胎動があることを付け加える。これは伝統的な連邦理論の統一主義的思考を反省的に検討するものであるが、その背景にはEUの登場がある。すなわち、EUと連邦制という切り口や民主的正統性の議論がEUにおいても問題化される中で、「正統性の構造」という新たな見地からの連邦論の可能性が提示されていると見る¹⁸。

樋口、石川、林の三者は、「連邦」の語の歴史的・学説史的な形成過程を参照して、その原初的な性質を明らかにしつつ、主権・国家という概念の相対化という国際化社会における憲法学の課題に対する新しい視座として「連邦」の提示を試みている。「なぜ連邦か」という問いへの解答は、「新しい国家論として」の連邦研究という関心のあり方である。すなわち、政治体が結合して連邦を形成するという歴史的な事象を、憲法学がいかにして類型化・理論化していくいとなみそれ自体を捉えなおすことによって、将来の憲法学の可能性を探ることが必要とされているのである。憲法学が国家を扱う時、そこには国境という形で強固な枠がはめられ、国家内の法秩序の探究という限定がかかるが、多元化の進む国際社会について考察しようとするとき、この限定は枷となることがある。憲法学が、あくまで国家を扱う学問としてのアイデンティティを維持しつつも、国際的な多元化に対していかなる提言をなすことが可能であるのか、その可能性を探究する試みとして、例え単一国家の憲法学による営みであったとしても、新たな連邦論の必要性があると考えられるのである。

2. 連邦論の問題設定

ここでは、連邦論・国家論の検討の前提として、連邦論にかかわる問題設定を整理しておく。もっとも、ここで登場する諸概念の詳細な理論的検討は、当然論者によって異なってくるものであるし、実際、次節以降においてはル・フェール、カレ・ド・マルベール、そして次章ではポーラそれぞれの概念定義が登場するのであるから、ここではあくまで、本項の議論全体を円滑に進めるための、簡潔な理論装置の整理にとどめる。また、単一国家フランスにおける連邦論の検討の準備段階でもあるから、適宜、フランスにおける「連邦 (fédération)」の扱われ方も参照しておく。

¹⁷ 林知更「国家論の時代の終焉?——戦後ドイツ憲法学史に関する若干の覚え書き(1)・(2)」、『法律時報』、第77巻10号、2005、113-121頁・11号、2005、61-73頁。

¹⁸ 林、前掲注15(下)、74頁。

(1) 「連邦国家」と「国家連合」

憲法学が国家を基本単位としてその内部を分析する憲法学にとって、連邦論に関連する概念の中でもっとも身近であるのは「連邦国家 (État fédéral)」であろう。しかし、身近に使用されているというならば、他にも、「連邦制」、「連邦主義」といった語が存在しているし、もちろん単に「連邦」という場合もある。これらの語群は、意識的に使い分けられているとは言い難いが、本稿においては議論の精密化をはかるため、これらの意味を整理しておく。

①. 「連邦国家」と「連邦制」の区別という問題

一般に「連邦制」とは、「連邦主義の思想の中から生み出された政治制度¹⁹⁾」であると考
えられている。これを逆転させれば、「連邦主義とは連邦制の土台となる思想である」と定
義することができよう。しかし、このように定義される「連邦制」を中核にその内実を検
討する形で議論を進めようとする、必然的に「連邦主義」という思想の内容を検討せざる
をえないことになる。しかし、連邦主義を体現する連邦(制)の形態が一義的に決定さ
れている訳ではない以上、「連邦主義」や「連邦制」という語を使用したからといって、直
ちに有用な実質的内容がそこに表わされることはない。憲法学的に想起されやすい連邦主
義とは、むしろフェデラリズムと片仮名で表記した場合に想起されるそれ、すなわち英語
federalism の和訳としての連邦主義であろう。仮にこのような連邦主義を「フェデラリ
ズムとしての連邦主義」と呼ぶとすれば、このような連邦主義の研究とはとりもなおさずア
メリカのフェデラリズムの政治思想研究を意味することになるが、本稿では単一国家フ
ランスにおいて形成された連邦論を検討対象とするため、このような手法は採用しない。
したがって、「連邦制」を議論の中心概念とすることはしない。

「連邦国家」をもっとも単純に定義するならば「連邦制を採用する国家」とする事ができ
よう。しかし、前述のとおり「連邦制」の概念を制限的に位置づけた以上、本稿におけ
る連邦論の対象としての「連邦国家」の定義としては、これでは単純すぎる。このことを
端的に示すために、辞書上の定義を例として取り上げる。専門的でない一般的な連邦国家
の定義の例として『ブリタニカ国際大百科事典²⁰⁾』における「連邦国家」の項目に注目する。
同書の「連邦国家」の項目は「連邦制」と同義であることが示される。次に「連邦制」の
項目を見ると、「多数の支分国家によって集合的に構成される連合国家制度。単一国家の反
対概念。」と定義される。とりわけ、最後の「単一国家の反対概念」の部分に注目すべき点

¹⁹⁾ 岩崎美紀子「連邦制と主権国家」、『岩波講座 憲法3 ネーションと市民』、岩波書店、2007、
221頁。

²⁰⁾ 2010年デジタル版を参照した。

が集約されている。すなわち、同書の定義においては「連邦制」の語の中に「国家」の意味が内包されている。このことを分割して述べると、諸邦が連なることによって創出されるものが国家であることが自明とされていることになる。この定義においては、「連邦主義」、「連邦制」、「連邦国家」を「政治思想」、「政治制度」、「政治的実体」に分割する視点は含まれていない。

まさに一般的である同書の定義に、問題の核心が隠されている。「連邦制」が創出するものが必ず「連邦国家」なのであれば、同書の定義は何ら問題を含まないことになるのだが、このことは必ずしも自明ではない。たとえば、連邦制を国際連合の発展的形態として構想する小森義峯は、「連邦制度」と「連邦国家」を区別している。すなわち、「連邦制度」とは政治制度であり、「連邦国家」とは「連邦制度を採用する国家」とであると定義づけられている²¹。この定義上の区別は、同書の目的である連邦制度としての世界機関の性質から生じていると考えられる。すなわち、国際連合の発展的形態として、主権国家としての連邦制を構想することは困難であり、その違和が、「連邦制」と「連邦国家」を明確に区別する必要性を生じさせたと考えられるのである²²。

さしあたってここでは、思想としての「連邦主義（フェデラリズム）」、政治制度・統治制度としての「連邦制」、思想・制度を体現した現実に存在する政治体としての「連邦国家」という区別が浮き彫りになったことを確認しよう。そして、憲法学には、それらのいずれを連邦論の中核概念とするかという選択の余地がある。思想・制度・政治体のいずれ中核として検討していくかは論者によって異なるであろうが、本稿と、そして本稿の対象であるル・フェール、カレ・ド・マルベール、ボーの連邦論は、いずれも現実に存在する政治体としての「連邦国家」を、検討の中核に据えるものである。

②. 「主権国家」としての連邦国家

次に、一般的な意味での連邦国家とは、「主権国家」の一様態であり、したがって一個の主権を有する。さらにこの主権がその性質上単一であるため、連邦（中央）と連邦構成諸国のいずれが主権を有するかという問いが生じるが、通常、この問いの解答は「連邦（中央）のみが主権を有し、連邦構成国は主権を有しない」というものである。そしてこの連邦国家による主権独占形態の帰結として、代表的な連邦国家の憲法規定を参照することによって連邦国家に共通する諸原則・諸制度が導き出される。代表的なものとしては、①連邦法の優先、②連邦の外交機能占有、③憲法による連邦構造の変更、④連邦の軍事機能占

²¹ 小森義峯『連邦制度の研究』、三晃出版、1965、5頁。

²² もっとも、小森が逆に国際連合の発展の到達点を一個の主権国家に定めていた可能性は否定できない。同書序文において、小森は国際連合が連邦国家へ到達するとの見解を肯定的文脈で引用している。しかし、小森自身の用語法としては徹底して「連邦」が到達点であると記すこととどまり、「連邦国家」と記すことへの抵抗が読み取れる。

有、⑤連邦強制、⑥構成国の統治形態の基本的条件の設定、⑦連邦（連邦最裁判所）の最終的な憲法解釈権の独占、⑧連邦構成国の脱退権の否定などがある²³。

以上の八つの原則は、連邦国家に主権が存することの必然的結果として観察される。したがって、連邦国家の一般的性質を検討しようとするとき、必然的に主権の性質がどのような原理・制度として現れてくるかを、現実の統治制度の実例に即して考える作業が必要となる。そして同時に、「連邦構成国が主権国家ではないこと」も確認しておかなければならない。この点は、連邦国家と「国家連合」を比較して理解しようとするとき、問題になる。

③. 主権概念と「連邦国家」・「国家連合」

「国家連合 (confédération、confédération d'États)」は、連邦論において取り扱われる他の用語と比べ、日本語としては使用されることが少なく、また翻訳の問題が常について回る語でもある²⁴。しかし、本稿においては *confédération* の訳語としては「国家連合」の語のみを採用し、辞書上では登場する「連邦」、「連邦国家」の訳語は採用しない。本稿で取り扱うフランスの連邦論では、「連邦国家 (État fédéral)」と「国家連合 (confédération)」の比較が重大な論点となっているため、両者を混合するような訳語を選択することはできないからである。結局ここで問題となるのは、連邦論において一般的とされる「国家連合」の内容とは何かということである。

歴史上、国家連合という政治体ははっきりと表れた代表的な事例が、1777年のアメリカの連合規約 (The Articles of Confederation) である。ここでは *confederation* の語に「連合」の訳語があてられているが、その第2条で各邦 (stats) が完全な主権を維持することが宣言されており、この点が後述するように一般的意味における「国家連合」の特徴と合

²³ 主要な連邦国家における各制度・原理を示す憲法規定の例として、さしあたり、以下のものを挙げておく。①連邦法の優先 (ドイツ連邦共和国基本法第31条、アメリカ合衆国憲法第6条2項)、②連邦の外交機能占有 (スイス連邦憲法第54条1項、アメリカ合衆国憲法第1条10節1項)、③憲法による連邦構造の変更 (アメリカ合衆国憲法第4条3節2項)、④連邦の軍事機能占有 (アメリカ合衆国憲法第1条8節11項から16項、ドイツ連邦共和国憲法第73条1項、スイス連邦憲法第58条3項および第60条1項、アメリカ合衆国憲法第4条4節、スイス連邦憲法第53条1項)、⑤連邦強制 (ドイツ連邦共和国基本法第84条3項、同4項、第85条2項、同4項)、⑥構成国の統治形態の基本的条件の設定 (アメリカ合衆国憲法第4条4節、スイス連邦憲法第51項1項) など。

²⁴ 英語 *confederation*、仏語 *confédération* には「国家連合」のみならず、「同盟」「連邦」「連邦国家」の訳語があてられている場合がある。また、現在のスイスの正式名称は、仏語で *Confédération Suisse* であるが、一般に、法的にはスイスは「国家連合」ではなく「連邦国家」であり、名と体が矛盾する状態にあるとされる ('*confédération*', dans *Dictionnaire constitutionnel*, sous la direction de Olivier DUHAMEL et Yves MÉNY, PUF, 1992, p.193)。日本語ではスイスに「国家連合」の語をあてて表現されることはないが、日本語で単純に「スイス連邦」「スイス連邦共和国」と記した場合、*confédération* に「連邦」あるいは「連邦国家」という訳語が与えられていることになる。

致すると考えられる。連合規約の後、1788年の合衆国憲法の制定によって、アメリカは国家連合の状態から連邦国家の状態へと移行したとされ、国家連合は「その構成国間の統合の進展によって、連邦国家へ進展する」存在として立ち現れることになる。

憲法理論においても、国家連合と連邦国家は、主権概念によって区別されると同時に、統合の進度によって連続的なものとして観念される。仏語 *confédération* は、通常「複数国家間の条約により、一定の権限を共同の機関に委任²⁵」するものであり、この点については「同盟」、「連邦」、「連邦国家」らの語が意味するものと共通する。しかし、国家連合に固有の性質として説明されるのは、「連邦国家とは区別されて」、各構成国が主権を有し、したがって国際法上の主体となる点である。つまり、連邦国家と国家連合を区別する「決定的な基準とは主権国家²⁶」であり、「主権が構成国にあるのか、それとも連邦（中央）にあるのか」および「真の意味での「国家」であるのは、構成国か連邦（中央）か」という問いにすべてが集約されることになるのである。

同時に、国家連合の性質として語られるのが「過渡性」と「流動性・不安定性」である。「過渡性」とは、国家連合が、「諸国家が無関係に存在する状態から、一個の主権国家連邦国家を形成する過程の中間に存在する過渡的形態²⁷である」ことを指している。「流動性・不安定性」は、この過渡的形態としての性質を受けて、一国家形成へ向けて働く求心力と、各構成国の完全な自治へ向かう遠心力が併存する状態であることを指しており、この求心力が増大していく過程が、連邦国家の建国史の説明として用いられることになる。またこのように連邦国家の建国を説明することによって、一種の歴史的法則²⁸として「国家連合から連邦国家へ²⁹」という構図が描かれることになった。

④. 連邦論における「構成国」の語

最後に、本稿で既に何度か使用している「構成国」という語について、その意味するところを確認しておこう。この語は、連邦的な性質を持つ統合化された政治体の構成単位と

²⁵ 「*confédération*」山口俊夫編『フランス法辞典』、東京大学出版会、2002、105頁。

²⁶ 前掲注 24, p.194.

²⁷ 前掲注 24, p.193 では、*confédération* を「形態 (form)」ではなく「状況 (situation)」の語を用いて示しているが、まさにこの点に「過渡性」が示されている。

²⁸ すべての連邦国家の建国が「国家連合からの移行」という構図によって説明されるわけではない。この構図に当てはまらない例として、1993年に単一国家から連邦国家へと移行したベルギーがあげられる。「国家連合」の定義の問題とは区別されるとしても、連邦国家の建国を法的に説明する場合、複数の主権国家が統合されることによるものと、ベルギーのように単一国家を分割することによるものの差異を、どのように説明するかは大きな問題となる。

²⁹ Olivier BEAUD, 'Fédération et État fédéral' dans *Dictionnel de la culture juridique*, sous la direction de Denis ALLAND et Stéohane RIALS, PUF, 2003, p.712 は、このような構図の典型例がアメリカであり、すなわち「連合規約にもとづく国家連合アメリカから、合衆国憲法にもとづく連邦国家アメリカへ」という説明の仕方であるとする。

なる、個々の政治体を指す概念である。この語を中核として使用する理由は、前項における連邦国家／国家連合の区別にある。連邦国家（仏語：État fédéral）の構成国は、仏語では États fédérés と表記されるのに対して、国家連合（仏語：confédération）の構成国は États fédérés ではなく États confédérés と表される場合がある。フランスにおいて États fédérés と États confédérés を対照させる意図は、「連邦国家」と「国家連合」の問題領域を画然と分割し、両者の性質の差異を対照化させることにある。すなわち、「連邦国家」が一個の主権国家であるのに対し、「国家連合」は主権国家の集合体であるのだから、したがって、États fédérés は主権国家でないのに対して、États confédérés は各々すべてが主権国家であることになる。連邦論の射程に連邦国家と国家連合の両者が含まれ、しかし同時に、連邦的性質を持つ政治体でありながら、統合の密接度・連続的をもとに連邦国家と国家連合が区別される以上、このような大きな性質の違いのある二つのものを、「構成国」という一般的な語で表す必要があるのである。よって本稿では、États fédérés と États confédérés の両者を含め、政治体の結合（事実上の同盟、同盟、国家連合）を構成する諸国家、または連邦国家の要素³⁰を総称して「構成国」と表し、États fédérés と États confédérés に対応させる必要のある場合は、「連邦国家の構成国」、「国家連合の構成国」と表すこととする。

（２）連邦論における「主権」の取り扱い

連邦国家・国家連合の区別論が国家・主権の概念を基軸として成立していたことに関連して、連邦論において主権という概念がどのように機能し、いかなる存在感をもって提示されるものであるかを簡単に確認しておこう。主権という語の内容は非常に膨大であるが、ここまでの項で部分的に示されてきたものを含め、連邦論にかかわる主権の問題を確認しておく。

主権の内容のうち、どの部分が主に連邦論と関連するのか。通常、国家の主権の三つの用法として提示されるもの、すなわち、①国家権力そのもの（統治権）、②国家権力の最高性・独立性（対内的には他のいかなる権力主体に対しても優越する最高性、対外的には他

³⁰ 仏語 États fédéral には「連邦国家」という訳語を当てるのが確定しているのに対して、États fédérés の訳語は一定しておらず、またこれを一意に確定することには様々な困難が伴う。まず、語の一般性の問題がある。特定の連邦国家を検討対象とする場合、その国家を構成する行政区画を示す語が使用され、訳語もそれにしたがって選定される。例えば検討対象がアメリカ、カナダ、オーストラリア等であれば「州」が用いられるし、ドイツであれば「ラント」が、スイスであれば「カントン」が使用される。しかし、États fédérés はこれら連邦国家の構成要素を、一般化、抽象化して総称するものであり、個別的な行政区画の名称とは区別された、より一般的な訳語をあてる必要がある。このような一般的概念としての États fédérés の訳語として、通常採用されているものを見ると、「支邦」と「支分国」があり、とりわけ「支邦」は、「連邦」の対概念としての位置づけが明瞭である点で優れている。

のいかなる権力主体からも独立する独立性)、③「国家の政治のあり方を最終的に決める力または権威³¹⁾」(国家における主権の問題として、主に主権の対内的側面に注目する用法)の三者のうち、連邦論に関わりが深いのは、②の部分である。この用法は、対内的には最高性、対外的には独立性を示すが、前述の国家連合と連邦国家の区別をここに当てはめることで、連邦論に特有の問題構造が浮かびあがる。すなわち、国家連合においては、各構成国が主権国家であるから、国家連合における②の用法での主権の問題とは、構成国間の独立性、または国家連合の中央機関に対する構成国の独立性の問題である。これに対して、連邦国家においては連邦(中央)が主権を有するので、連邦国家での②の用法での主権の問題とは、連邦国家の構成国に対する優越性・最高性の問題となる。このように、同じ連邦論の領域内にあるといっても、国家連合と連邦国家の区別に応じて主権主体が変化する場合がある。

さらに、③の意味での主権も連邦論と関連して問題となりうる。③の意味での主権、「国家の政治の在り方を最終的に決める力または権威」という領域においては、国家内における主権の保持者および行使者の問題、すなわち君主主権か国民主権か、あるいは国民(ナシオン)主権か人民(プープル)主権か、といった戦後日本における主権論の重要問題が議論の対象となる。この領域でも、連邦論における国家連合と連邦国家の区別を取り込みつつ主権者人民という位置に注目することで、ある問題が浮かび上がる。まず、国家連合の場合、主権者人民という存在は各構成国ごとに存在し、主権者の意思の統合と形成はあくまでまず構成国のレベルにおいて行われ、構成国が主権国家としての外交権を行使することによって中央組織の意思が形成される。しかし連邦国家の場合、ひとつの主権国家の内部で政治体が複合化されている状態であるから、主権者人民とは、連邦憲法の改正権の主体としての「連邦人民」と、帰属する構成国の区別を基準とする「構成国人民」に分けられ、その二者が複合的に主権者意思を形成する。このことを、アメリカの連邦憲法改正手続きを例として確認する。アメリカ合衆国憲法第5条では、憲法改正(修正)について、全州のうち四分の三以上の州の州会議または憲法会議による承認を要求している。すなわち、州が憲法改正手続きの構成要素として組み込まれ、意思決定を要求されている、ということである。これを主権者人民の立場から考えると、憲法改正を承認する人民は、まず州の市民として意思決定を行い、全州の四分の三という要件を充足した場合にそれが連邦の意思、すなわち連邦人民の意思となる。合衆国憲法の改正手続き上、連邦人民は「州市民を媒介とする複合的な構造を持つ³²⁾」ものとして位置づけられているのである。主権者人民に着目する場合、連邦国家においてはこのような「複合的構造」が検討対象となる可能性がある。

また、国家連合と連邦国家に対応する、検討対象となる主権の変化は、同時に主権の個

³¹⁾ 芦部信善『憲法I』、有斐閣、1992、221頁。

³²⁾ 高橋和之「国家主権とフェデラシオン——EU統合プロセスの憲法学的把握をめぐって——」、『欧州統合とフランス憲法の変容』、有斐閣、2003、15頁。

数の変化でもある。国家連合を対象とする場合は、すなわちその構成国の数だけ主権が存在する、複数の主権を含む結合体が対象とすることになるが、連邦国家を対象とする場合は、対象の中に単一の主権しか存在しない。国家連合と連邦国家の区別を堅持する限り、両者を連続的にとらえることと、区別される両対象の間に主権の個数という重大な差異が存在することが、連邦論の枠組みの中で衝突する。

この主権の個数は、また、それ自体が論争的である。近代以降の主権概念の性質として、単一性 (unité)・不可分性 (indivisibilité)・不可侵性 (inaliénabilité)³³があるが、連邦論においてこれらの性質を捉えるとことにつき、大きな問題が生じる。主権を国家の指標として捉える限り (国家であれば主権が存在し、主権が存在する政治体は国家である)、上述の連邦国家と国家連合の区別において、両者を分かつ基準は、究極的には構成国の主権の有無である。すなわち、構成国に主権が存在するのなら、それは国家連合であり、主権が存在しなければ、それは連邦国家であることになる。国家連合が連邦国家へと移行する時、それによって構成国は主権を喪失し、連邦 (中央) が主権を有することになる。単一性・不可分性を基軸として、主権と国家を不可分の要素として捉える限り、構成国は主権とともに、「国家」ではなくなることになる。このような主権に関する大がかりな変化がはたして理論的に正当化されうるのか。あるいは、国家連合から連邦国家への移行に際しても、構成国が主権を保持し続ける、あるいは連邦 (国家) が主権を獲得しないような理論構成は成立しうるのか。単一・不可分・不可侵といった主権の性質は、国家連合と連邦国家の移行を観察する時、移行に抵抗し、論理操作を迫るものとして働く場合がある。

(3) 地方自治・地方分権と連邦・連邦制

「なぜ連邦か」の問いにおいても扱ったように、フランス固有の文脈における「連邦」は、基本的に共和国の単一不可分性原理と相容れないものとして観念される。そこでも述べたとおり、本稿では基本的に地方分権とは異なる、政治体の法的把握の理論としての連邦論を扱うが、分権化は事実として生じている事象である以上、連邦論とは密接なかかわりをもつことに注意しておかなければならない。

現代 (とりわけ第五共和制以降) のフランスにおいて、連邦が語られる場面は大きく分けて二つある。第一の場面は、EU 統合の進展、とりわけ EU に関する諸条約の批准についての憲法院判決をめぐる、主権と欧州統合の問題にかかわり「連邦」が論じられることがあるが、この問題は第2章において扱う。第二の場面は、よりフランスの国内的領域にお

³³ 単一性・不可分性・不可侵性はそれぞれ独立した性質ではなく、むしろ三者が連結し存在しているとされる。例えば、Eric MAULIN, 'Souveraineté' dans *Dictionnel de la culture juridique*, sous la direction de Denis ALLAND et Stéohane RIALS, PUF, 2003, p.1435-1436 は、単一性から不可分性を、不可分性から不可侵性を順に導出する。これらはまとめて、「国家である条件」としての主権の性質として捉えられる。

ける分権の問題、すなわち海外領土・海外県の問題について、連邦が論じられる場面であり、ここでは、こちらの場面の問題について検討を加えておく。とりわけ、海外領土の諸問題を連邦化の方向によって解決を図ろうとすることは、「一にして不可分の共和国」フランスにおいて、成立不可能な概念であった。この共和国の単一不可分性と連邦の概念の矛盾衝突について、特徴的な諸論を参照しておく。

1982年の時点のフランスの法的状況を「半連邦」と提示したミシャロン³⁴は、海外領土の制度的独自性・法的独立性に注目して、そのような診断を下した。しかし、この論考において、「共和国の単一不可分性」原理は、じつはフランスの法的現実を直視することをさまたげ、共和国の真実の姿を歪めるものとして、否定的文脈で扱われていることに注意しなければならない。ミシャロンは、海外領土においてその当地の議会制定法により、共和国憲法がその地位を実質的に取って代わられる状況（憲法の複数化・立法府の複数化）から「単一性」を否定し、また、海外領土がフランスを離脱・独立し、植民地支配の清算を進めていくために有害なものでしかないという理由で「不可分性」を否定する³⁵。そして、「単一不可分の共和国」概念は、フランスの法的分析にとって有害なものであると結論付けるのである。この議論は、地方分権の枠内で海外領土の問題を進展させようとする意図ではなく、むしろ特異性・固有性に注目することで、海外領土の統治と政治的運命を、「共和国内における地方自治」のくびきから解き放とうとする議論なのである。ここにおいては、「連邦」は共和国の現実を直視するための装置として用いられているのであり、連邦と単一国家フランスの観念の間の論理的矛盾衝突が、克明に表現されている。

同様に、共和国の単一不可分性原理と連邦をめぐって、単一国家と連邦国家の区別論が展開される場合がある。たとえば、単一不可分性と分権化について、以下のように述べた論考が存在する。

「共和国の不可分性は、国家におけるあらゆる連邦的分権化を拒絶するものである。なぜなら、それは政治権力を垂直方向に分割するものだからである。共和国の単一性は、水平的組織である国家の内において、唯一とまではいかないとしても、少なくとも至高のものである政治権力を分割する。³⁶」

このように、分権化を交えて単一不可分のフランスと連邦を対照させたとき、そこに「垂直」と「水平」の二つの概念が対照されていることが注目される。ここでは、連邦的な権力分立（政治権力の垂直的な分立）と、単一国家的な権力分立（水平的な政治機関の間の

³⁴ Thierry MICHALON, 《La République française, une federation qui s'ignore?》, *RDP*, n° 3, 1982, p.623-688.

³⁵ ミシャロンのこの論文と同年に発表された他の著者の論文においても、海外領土の離脱・独立現象は、不可分性の弱体化の例として扱われている（Michel-Henry FABRE, 《L'Unité et l'indivisibilité de la république, Réalité? Fiction?》, *RDP*, n.3, 1982, p.615-616.）。

³⁶ FABRE, *supra* note 35, p.615.

権力分立) が区別されている。すなわち、同じ「分権化」といっても、連邦国家におけるそれと単一国家におけるそれは、まったく異なる概念として構想される場合がある³⁷。この捉え方は、分権化を素材として連邦国家と単一国家を概念上区別する思考法を含んでおり、政治体に注目した国家論・連邦論においても考慮されるべき理論操作の一例であると言える。

しかし、このような連邦と単一不可分性原理の矛盾を認識した上で、それでも海外領土問題の解決の道筋として連邦概念を活用しようとするファブロン³⁸の議論は注目に値する。ファブロン³⁸の議論の出発点は、「連邦主義 (fédéralism)」と「連邦 (fédération)」を概念上区別するところから始まる。「連邦」は具体的な政治体の形態であって、これは実際のフランスの政治体の形態＝単一国家の対蹠概念として成立するものであり、フランスにおいては実現不可能な概念である。しかし、「連邦主義」は政治体の形態ではなく統治を基礎づける思想・理念であり、理念であるがゆえに、単一国家フランスにおいてもこれを参照し実践する可能性があることになる。海外領土の問題は、植民地支配の清算、すなわち非植民地化 (独立もしくは政治的自治独立の確立) の契機を含んでいるが、この非植民地化を達成するために、海外領土の自治の理論は連邦主義の理念をその内に取り込んでいくことになる。このように成立しうる「フランス連邦主義」を体現する事例として、ニューカレドニアの事例を検討している。そこで描かれるニューカレドニアは、「フランスと共に全体を構成し、連邦的全体に参加しつつ、真の意味での自治権を有している³⁹」状態であるという。ニューカレドニアは、単なる行政現象を超えた「原理の共同体」として現れ、憲法上の明文規定を待たずして独自の機能を持つ。このような独自性は法的に付与されたものではなく、ひとえに社会的・人口的構成という現実から、真の意味での始原的な権力の萌芽として現れたものである。ここに「非植民地化」、「権力の独立」への途が存在する。ファブロンはこのようなニューカレドニアの姿に、連邦主義の思想的なエッセンスが含まれていると考えている⁴⁰。

ファブロン³⁸の議論においてもう一点、注目しておくべきなのは、その結論部分における、将来の「フランス連邦主義」の行きつく先のヴィジョンである。ファブロンによると、現

³⁷ ただし、分権化と連邦国家を類比的に捉える分析も存在する (Jean-Marie PONTIER, 《La decentralization et le temps》, RDP, 1991, p.1217-1237)。この論考では、連邦に一定の組織的固定性を見出し、連邦国家と単一国家の間で「分権化」の意味を原則的に区別する思考様式に対して、時代とともに分権化の到達目標のありかたが問い直される中で、中央と地方の関係性を一種のパートナーシップとして構想する思考様式が現れていく展開を追っている。パートナーシップとしての分権論は、中央と地方との関係性の「契約化」の契機を内包しているとされるが (同 p.1225)、本稿が後に検討するとおり、国家論における「契約」という概念は連邦固有のものとして立ち現われるものであり、ここでは連邦と単一国家の理論的断絶が、「分権化」の場面で相対化されていく様子が描写されている。

³⁸ Florence FABERON, 《Le fédéralism, solution française de décolonisation : le cas de la Nouvelle-Calédonie》, RFDC, 2015, p.53-72.

³⁹ FABERON, *supra* note 38, p.55.

⁴⁰ FABERON, *supra* note 38, p.67.

状のフランスの構造は、単一国家的性質と、ニューカレドニアを唯一の構成国とする連邦的性質を両立させるすべを体得しているのであって、法的には、単なる思想としての連邦主義の実践に留まらない、政治体としての「連邦」への移行が可能であるのだという⁴¹。ここまでのニューカレドニアの法的状況の分析、および海外領土全般に各々の特殊性・独立性が強調される議論の傾向を考えると、ファブロンが考える「連邦化したフランス」の将来像は、非対称的な連邦の姿であると思われる。すなわち、本土フランスが最大の構成国として中心に存在し、その周辺に元海外領土が小規模な衛星構成国として点在する形になる。このような「非対称的な連邦」は、構成国間の規模・同質性を想定し難い場合に指向されることになる⁴²。このような非対称的な関係を内包する連邦が、具体的な統治制度・デモクラシーの実効化の段において、単一国家の枠内における分権化よりも先鋭な問題を引き起こす可能性があることは想像に難くない⁴³。しかし、そのことは置くとしても、単一国家フランスにおいて、分権から連邦化への道筋を現実的に提言する論者が存在していることは、注目に値するといえよう⁴⁴。

⁴¹ FABERON, *supra* note 38, p.71. もちろん、実際に政治体として単一国家ら連邦へと変化するためには主権の問題を惹起することになるため、憲法改正が必要であるし、連邦と構成国間の権力配分の問題について、憲法院の判断によって解決する制度も必要となるという留保のもとで、「連邦化は可能」と結論している。

⁴² François DELPÉRÉE, 《La complexité fédérale》, *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs Mélange en l'honneur de Pierre PACTET*, Dalloz, 2003, p.123-124.

⁴³ この非対称的連邦の問題を考察するうえで参考になると思われるのが、二個の構成国（ワロン、フラマン）によって構成される「二極型連邦」の国家であるベルギーである。二極型とはいっても、両構成国の間には人口および政治勢力の不均衡が存在するため、多数派は他方のナショナリズムと衝突し、少数派は憲法規定上の憲法保障に由来する拒否権制限と衝突することになり、統一的な政治的意思決定の形成について非常に困難な問題を引き起こす。このような状況下では、連邦主義の理念と直接民主制が必ずしも順接するとは限らないのである。なお、ベルギーの連邦制を題材とした二極型連邦の理論的検討については、Hugues DUMONT, 《Le fédéralisme multinational belge se prête-t-il à une mutation confédérale? Les onze leçons d'un fédéralisme immature》, sous la direction de Michel SEYMOUR et Guy LAFOREST, *Le fédéralisme multinational, Un model viable?*, Diversitas, 2011, p177-210.

⁴⁴ 本稿で取り上げた議論は1980年代までのものが多いが、単一国家フランスにおける海外県・海外領土問題は、2003年の憲法改正以降、制度上大きく変化したことに注意しておく必要もある。2003年3月28日憲法改正においては、地域圏（*région*）レベルの地方自治・制度の実質化の要求が明文化されることとなった。すなわち、①共和国の基本原則を規定する第1条に「組織は分権化される」が追加され、②地方公共団体を規定する72条以下に大幅な修正がくわえられたことで、海外県・地域圏（DOM）、海外公共団体（COM）、ニュー＝カレドニアの特別な位置づけが規定されることとなった（73条①：本土の法律・命令に対し、現地特性に応じた「適応措置」が可能、74条①：海外領土の「特別の利益」、「固有の制度」を認める、13章：ニュー＝カレドニアに関する経過規定）。しかし、改憲に端を発して、単一不可分の共和国のもとでの「自由行政の原理」（辻村みよ子編『フランスの憲法判例Ⅱ』、信山社、2013、230頁、大津浩執筆部分）と連邦制的な統治技術との抵触が問題化した。2003年3月26日憲法院判決（*Décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003*）では、2003年憲法改正法律の合憲性が問われ、「立法にとどまらない憲法改正による分権国家化」は「共和国の不可分性」原理すなわち「単一国家型地方自治」と抵触するのか、および「単一国家型の地方自治」は、憲法改正対象外の事項である「共和政体」（第89条5項）に含まれるかが争点となったが、憲法院は、請求について判断を下す

分権化と関連して連邦を論じてきたここまでの諸論は、「連邦」の概念を理論的に再検討する契機を含むものであり、その意味では本稿の関心とかかわりがある。とりわけ、単一不可分性の原理は、共和国フランスの属性であるとともに、公法学にとっても国家の主権の属性として身近なものであり、この属性が連邦論において大きな論理操作を迫ってくるという構図は、政治体結合・統合を関心の核とする議論においても、分権化を中核的関心とする議論においても、変わらないのである。ただし、繰り返すことになるが、本稿の直接の対象としては、フランス国内の分権論と結合する形での連邦論ではなく、より大きな規模での、国家結合、政治体結合を法的に描写し把握する連邦の理論であることを、重ねて強調しておく。

(4) 連邦論の数直線構造

これまで述べてきたように、本稿の主眼である連邦論のあり方は、地方分権の延長線上にある国家内部の統治技術というよりは、複数の政治体が結合して一個の政治体を形成する統合の法的把握のための理論である。そのため、考察の出発点となるべき概念はまず「連邦国家」や「国家連合」といった政治体である。これに対して理念としての「連邦主義」や制度としての「連邦制」は、考察の補助概念として、あるいは理論の帰結として生じてくるものであって、その意味で副次的である。具体的な政治体の姿から理念の抽出や制度の構想を練っていくことになるのであり、「連邦的なもの」の想定からアприオリに政治体の姿が決定するわけではない。多くの場合、多元性が連邦の本質的要素の一つとされることを考えても、理念や制度を先に想定するより、政治体の形を法的に構想することを先に行うべきであるといえよう。

それでは、連邦論において観察される政治体とはどのようなものがあるのか。統合、つまり政治体の結合・統合を問題とする連邦論においては、統合現象を内包する政治体がそこに含まれることになる。すなわち、すでに法的性質を概観した「連邦国家 (État fédéral)」、
「国家連合 (Confédération, Confédération d'États)」、そして周辺的なものとして、「同盟・連盟 (alliance, ligue)」と「地域国家 (État régional)」が存在する。これらは、全て国家の結合体である（あるいは、国家の結合体をその発祥とする）点において共通する存在である。そして、これらの政治体をそれぞれ定義しようと試みるとき、論者は各政治体の概念を規定する決定的な指標を探る。この決定的指標の探求は、しかし、各類型が「国家の

権限を有しないとし、判断を回避した。この判決以降、「分権化」と「共和国原理」の原理的対立が明確化し、憲法の新規定を具体化するための組織法律の合憲性をめぐる憲法院判決の中で、新規定の意味の明確化がはかられていくことになる。たとえば、2004年7月29日憲法院判決 (Décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004) においては自主財源保障における「財源の主要部分」(72条の2第2項)の解釈が、2005年7月7日憲法院判決 (Décision n° 2005-516 DC du 29 juillet 2005) においては「補完性原理」(72条第2項)の規範的意味が問題となった。

結合体である」という共通点のもとでとらえられるために、どこかに消極的定義を含むことになる⁴⁵。したがって、結局のところ、この定義作業は、「政治体間の統合の緊密度」を軸とする数直線を想定し、各々の概念がどの位置に存在しているかを決定することによって行われる。連邦論のこのような構造を、「直線的構造」と呼ぶとしよう。

この直線的構造のもとで、連邦論は、国家の結合体をその結合の強度・緊密性にもとづいて区別する。そこで、この直線的構造と、すでに列挙した政治体の結合を示す諸概念を用いて、連邦論の一般的構造を示すことができる。結合の度合いが最も弱いのが、「事実的な結合・同盟 (union réelle, alliance)」である。「事実的な結合」は文字通り法的な基礎 (条約) を欠いた国家間結合であり、「同盟」は、法的な基礎を有する。この二者は、中央機関の活動が結合体の目的の範囲内に限定されている点で共通し、また両者とも、通常、統治そのものを目的とした結合体として把握されることはない。これに対して、結合の度合いが最も強いものが「単一国家 (État unitaire)」である。そこで、連邦論は、「事実的な結合・同盟 (union réelle, alliance)」と「単一国家 (État unitaire)」を両極とした、結合の緊密性を示す直線を想定し、この直線を分割し領域化する。すなわち、直線に目盛りをうつ作業としてとらえることができる。

続いて、これまで挙げられた政治体の概念を使用して、このような直線的構造の連邦論の結論を記述する事ができる。すなわち、その構成国 (États membres)⁴⁶の結合・統合の強度を示す直線上に、「事実的な結合体・同盟 (union réelle, alliance)」→「国家連合 (Confédération)」→「連邦国家 (État fédéral)」→「単一国家 (État unitaire)」の順に、合計四つの領域を構想するところに帰着する。

なお、フランス公法学においては、連邦国家と単一国家の中間に、「地域国家 (État régional⁴⁷)」という領域を設ける場合があり、これを含む場合は、直線上に合計五つの領域を構想することになる。「地域国家」とは、連邦国家と単一国家の中間的形態であり、おもにスペイン・イタリアがその例として想定されている。「地域国家」の性質としてあげられるのは、構成要素である地域の「地域の利益のための政治的自治の承認」と、総体としての「国家の一体性の保持」の二点である。このうち、第一点は連邦的な性質、第二点は単一国家的な性質であり、これらを同時に備える点で中間的である。また、これを反映した地域国家の憲法上の特徴として、連邦国家の憲法同様の分権化された立法府の存在と、国家の単一・不可分性の宣言が、憲法の中に同時に書き込まれている⁴⁸という点があげられ

⁴⁵ すなわち、「～でないもの」とする定義を含むということ。この構造は、以下のような典型的な説明に現れている。すなわち、国家の結合体のうち「全体として一個の国家であるもの」を「連邦国家」とした場合、その論理的帰結として、「構成する国家がそれぞれ国家性を喪失していないもの」は「国家連合」とされる。

⁴⁶ 本稿における「構成国」は、このように、連邦論の直線状上のいずれの位置、領域に存在するかを問わず、国家の結合体の構成要素を一般的に示すものとして使用する。

⁴⁷ Louis FABOREU, *Droit constitutionnel*, 13^e éd, Dalloz, 2010, p.471-488.

⁴⁸ Jean FOUGEROUSE, 《Unité et État regional en Italie》, *De l'Unité de l'État*, sous la direction de Félicien LEMAIRE, Éditions Cujas, 2010, p.75.

る。しかし、この直線的構造の連邦論において、地域国家と（とりわけ分権化された）単一国家をいかにして区別するのかが明らかではない⁴⁹。日本においては、スペイン・イタリア両国は通常、「単一国家」の領域に含まれるもの⁵⁰として把握されており、本稿でも「地域国家」の区分を扱わず、イタリア・スペインの扱いについても、これに従う⁵¹。

このように、一般的な連邦論は、「国家の結合体を四つ（五つ）の形態に分類すること」とまとめることができる。構造的特徴として、数直線は必ず想定されるが、目盛りを付ける位置・根拠は、論者により異なり、その指標の違いこそが、連邦論の真の問題となるのである。

本章で検討した連邦論の基本的な問題設定を前提として、次節、次々節では、単一国家フランスにおいて形成された古典的な連邦理論として、ル・フェール、カレ・ド・マルベールの連邦論を検討する。

第2節 ル・フェールの連邦論

本節では、古典学説の一として、第三共和政期フランスの公法学者ルイ・ル・フェール（Louis LE FUR）の連邦論を検討する。ル・フェールの議論の主眼は、その著書『連邦国家と国家連合⁵²』の表題が示す通り、連邦国家と国家連合の二概念を区別することにあつた。ル・フェールの結論、連邦国家と国家連合の定義自体は、前節において既に触れたとおり

⁴⁹ ウィルフリード・スウェンデン著・山田徹訳『西ヨーロッパにおける連邦主義と地域主義』（公人社 2010）p.26 は、「地域制国家と分権的単一制国家を別ける明瞭な基準がないことは、地域主義を分類学によってではなく、連続線上のいずれかに位置するものとして捉えることから生まれている。」とし、直線的構造の連邦論を批判する。換言すれば、直線的構造を維持する限り、「地域国家」を正しく把握することはできないことになる。

⁵⁰ 地域国家は、その特徴として「地方自治・分権化」と「単一・不可分性」を同時に取り込むが、同種の特徴を含むものとして語られる「分権化された地域国家」といかにして区別されるのかが、あまり明確ではない。本稿ではポーの主題である「連邦と国家の差異化」に傾注し、「地域国家と連邦国家の区別」の論点には立ち入らない。たとえば、イタリア共和国憲法第5条は、「一にして不可分の共和国は地方自治を認め、これを促進する」と定める。同条は、地域国家の中間的形態としての性質を示すものとして読むことも可能であるが、本稿ではより素朴に、「分権化された単一国家」の表明として捉えることになる。

⁵¹ なお、「地域国家」とは別に、連邦国家と単一国家の中間形態が存在する可能性を指摘する議論もある（Charles DURAND, 《De l'État fédéral à l'État unitaire décentralisé》, *L'évolution du droit public, études offertes à Achille MESTRE, professeur honoraire à la Faculté de Droit de Paris*, Sirey, 1956, p.193-210）。この中間形態においては、地方の権力拡張方向へ進む力と、その拡張の手段を連邦中央の議会制定法による制度変更に限定することによる単一性確保の力が均衡する。すなわち、自治を求める有権者の圧力と、連邦中央の議会制定法律を中心とする法制度の凝集力が対抗することによって、統治の性質がより複雑化することになる。

⁵² Louis LE FUR, *État fédéral et Confédération d'États*, Paris, Marchal et Billard, 1896, reed, LGJD, 2000. なお、同書は頻繁に引用するため、以降、略称として *État fédéral et Confédération d'États* と表記する。

憲法学と国家理論

連邦論・国家論・法秩序論における一元性と多元性

の、現在の公法学でも一般的なものである。すなわち、両者は主権の所持者が異なる政治体であって、国家連合は構成国がそれぞれ固有の主権を保持しているのに対し、連邦国家は総体として一個の主権を有し、構成国は主権を保持していない。

しかし、本節の主眼は、この結論それ自体ではなく、そこに至るまでにル・フェールがどのような論理操作を行ったのかという点である。二つの政治体の区別においては主権が鍵概念となるのだから、ここでは主権概念をいかなる方法で用いたのか、もしくは主権概念それ自体が改铸されるようなことがあったのかが問題となる。本節での試みは、古典的連邦論の一の読解を通じて、単一国家の枠内においては生じえないような、連邦論に固有の論理操作の姿を探究することにある。

ここでは、国家連合・連邦国家について、政治体の概念の定義・比較対照の場面（１）と、連邦的な政治体の統合、すなわち連邦創設の法的把握の場面について、ル・フェールにおける連邦論特有の論理操作のあり方（２）をあきらかにする。

1. 前提：連邦国家と国家連合の区別

連邦的な性質を有する政治体とは、複数の政治体の結合・統合によって形成されていくものであるから、個々の構成国とそれらが結合して構成される全体としての連邦という複合的な構造が存在することになる。連邦的な政治体の中には、構成国の併存関係と、全体を包含する形で成立する政治権力（単一国家でいえば中央政府のような）を中核として政治体が存在することになり、水平的にも垂直的にも、複数の政治体が複合的に組み合わせられている。このうち、構成国から独立した権力を中核とする全体としての連邦を、便宜上「中央としての連邦」と呼ぶとする。このとき、全体として一つの政治体と考えられる連邦の中に、構成国と中央としての連邦が複雑に組み合う形で存在しているのだから、当然、それらのうちいずれが主権を有しているのかが問題となる。

連邦国家、すなわち「連邦制を採用する国家」という定義においては、「国家」の語が強く意識される。というのも、公法学における「国家」の語は当然に単一不可分の主権を前提とする概念として想起されるものだからである。つまり連邦国家とは、「主権国家の一様態」であり、その意味で単一国家と並列される。ここで、先の問いに戻り、複合化された連邦的な政治体の中で、どの政治体が主権を有するのかを考えると、この問いに対しての解答は、連邦国家については、「中央としての連邦」が排他的に主権を有しており、全体としての連邦に一個のみの主権が帰属するということになる。このことをもって、この政治体は主権国家として定義される。

これに対して、国家連合は主権国家の集合体として定義される。既に述べたとおり、国家連合は通常、複数国家間の条約により、一定の権限を共同の機関に委任することによって成立している。連邦国家とは異なる国家連合固有の性質として説明されるのは、各構成

国が主権を有し、したがって国際法上の主体となる点である。

よって、連邦国家と国家連合を対比してその国家性と規律する法領域を整理すると、以下ようになる。連邦国家は、それ自体一個の主権国家であり、構成国が国家であって、内部の構成国関係は、(国内) 公法によって規律される。これに対して、国家連合は総体としては非国家的存在であり、構成国がそれぞれ主権国家であって、内部の構成国関係は、国際法によって規律されることになる。連邦国家と国家連合の二概念の一般的定義の確認によって明らかになるのは、この二概念があくまで両者の対比と区別によって理解されること、そして、この二概念の区別が、究極的には、「国家」と「非国家」をいかにして区別するかにかかっているということである。

2. ル・フェールによる区別：主権を鍵として

以上の理解を前提として、ル・フェールが連邦国家と国家連合の区別、すなわち「国家」と「非国家」の区別をいかにして説明したかを見てみよう。

結論から言って、ル・フェールが国家と非国家を区別する指標として採用したのは、唯一、主権のみであった。ル・フェールは、国家連合と連邦国家を区別する基準として有力なものを取り上げ、次々に否定していく。第一に、連邦国家にのみ、憲法上の構成国権限の列挙と⁵³、中央権力の対外拡張指向性⁵⁴が存在するという基準、第二に、連邦国家のみ立法・執行・司法の三権を全て備えとする基準⁵⁵、第三に、連邦国家のみ、構成国間の平等性が完全でないという基準である⁵⁶。ル・フェールは、以上の三基準すべてに反例が存在すると指摘し、形式的に過ぎるとして退ける。

第四に、連邦国家においてのみ、中央組織が自身の決定につき、連邦の所属民に直接かつ平等に執行するという基準⁵⁷、第五に、連邦国家においてのみ、中央組織が対外的な主権的権限（国家連合の中央組織が強く制限される交戦権・公使派遣受権・条約締結権）を排他的に保持するという基準⁵⁸について、いずれも当該性質についての国家連合と連邦国家の差異は相対的であり、連邦国家の法的性質の記述としては正当でも⁵⁹、区別の基準としては採用しえないとして退ける。結局以上の五つは「単なる程度の差⁶⁰」の記述に過ぎないの

⁵³ *État fédéral et Confédération d' États* p.719.

⁵⁴ *État fédéral et Confédération d' États* p.725.

⁵⁵ *État fédéral et Confédération d' États* p.720.

⁵⁶ *État fédéral et Confédération d' États* p.772. 国家連合としての創設時より構成国間の不平等を内包していたドイツが、最大の反例として挙げられている。

⁵⁷ *État fédéral et Confédération d' États* p.772.

⁵⁸ *État fédéral et Confédération d' États* p.724.

⁵⁹ 実際に、*État fédéral et Confédération d' États* p.527において、ル・フェールは、中央組織の交戦権・公使派遣受権・条約締結権が強度に制限されることを、国家連合の法的性質として示す。

⁶⁰ *État fédéral et Confédération d' États* p.726.

である。

なお、ここまでの議論でル・フェールが否定する五つの指標は、すべて「連邦国家にのみ特定の性質が存在する」という形での連邦国家の積極的定義である。しかしこれらは代表的な連邦国家の憲法に共通する諸特性⁶¹において列挙された、連邦国家が主権を有することの帰結と一般に考えられている諸特性と重なる。現代的視点からみれば、ル・フェールがここで指摘しているのは、「連邦国家が主権を有する」ことの、「結果」と「根拠」が混同されているということである。連邦国家と国家連合の区別のために主権を問題にするならば、主権があることの「根拠」が問題化される。

そして、ル・フェールは真の基準として、「構成国の国家性」を提示する。すなわち、構成国が国家性を保持しているならばそれは国家連合であり、保持していないならば連邦国家である。そして国家性を基礎づけるのは、主権に他ならない⁶²。最終局面へ来て、ル・フェールは主権論に回帰するのである。

では、ル・フェールにおいて「主権」とは何を意味するのか。ここで、ル・フェールの主権論に立ち戻らねばならない。ル・フェールの主権の定義をめぐる議論の結論部分を抜き出すと、次のようになる。

「主権とは、人間組織の最高の (*la plus élevée*) 形態、すなわち国家に、以下の二つを付与する性質である。第一に、他のあらゆる人間の権力に対する、絶対的な独立性である。第二に、その確定された領土の全域における、他のあらゆる自然人または法人に対する、相対的な命令権限であり、この権限の結果として、国家に、その領土内における自身の固有の権能を、他の人格に対して、その上位の法原理に従う限りにおいて、自由に決定する権限が付与される。⁶³」

ここでル・フェールは、主権の所持によって国家が獲得する性質を「絶対的な独立性」と「相対的な命令権限」の二つに分けている。この二つは「独立性」と「命令権限」の部分だけ抜き出すと、国家の主権の三つの用法として提示されるもの、すなわち、国家権力そのもの（統治権）、国家権力の最高性・独立性（対内的には他のいかなる権力主体に対しても優越する最高性、対外的には他のいかなる権力主体からも独立する独立性）、「国家の政治のあり方を最終的に決める力または権威」（国家における主権の問題として、主に主権の対内的側面に注目する用法）の三者のうち第二の用法、すなわち国家権力の最高性・独立性の内容をなす。

ル・フェールのいう「絶対的な独立性」は、通常の主権概念の理解と重なる。国家は、主権の存在を基準として、主権が及ぶ領域内を国内法・憲法の領域とし、主権が及ばない

⁶¹ 注 23 を参照。

⁶² *État fédéral et Confédération d'États* p.681.

⁶³ *État fédéral et Confédération d'États*, p.492.

範囲を国際法の領域と認識する。国際法領域では、国家間の平等の原理が適用される。主権を基準とした領域の切り替えが国家の独立性の名において示されており、ある国家による法の支配が、他の主権国家に対して及ぶことはない。この独立性を、ル・フェールは「絶対的な」ものとして構想する。

問題は、「相対的な命令権限」である。単一性・不可分性・不可侵性をまとう主権概念には、同時に「最高の権力」あるいは「至高の権力」と表現が当てはめられる。しかし、このような主権に付着する「最高 (suprême)」、「全能性 (l'omnipotence)」、「無制限 (illimité)」の語は、「主権概念の決定的表現にはなりえない⁶⁴」ものとして、ル・フェールにおいて問題化される。ル・フェールは、「至高」と呼ばれている主権は、実際には、事実的な制限の他に、上位の法原理による制限に服しており、本質的に、主権が「至高」たりえないとする。

ここにいう上位の法原理による制限とは、究極的には法哲学的な問い、すなわち、「国家の目的とは何か」という問いに帰する。この問いに対してル・フェールが用意した答えは、国家が人間組織の最高の形態であるがゆえに負う、人間の発展の条件の保障という目的である。国家は、この目的の達成の義務と存在の義務を負う。この国家の目的は、普遍的ではあるが、その構成員である諸個人の発展と依存関係に立ち、そのような依存関係が存在する限りにおいて、普遍的であるにとどまる⁶⁵。また、国家権力の行使に当たっては、この目的の対象となる諸個人および法人と、この目的に従う存在である国家自体とを区別する必要が生じる。それゆえ、国家は、「主権の効果として、それ自体で、固有の権限と、個人の権限・主権的でない団体の権限の間の境界線を引く義務を負⁶⁶」い、この義務の履行によって、国家目的との関係で、自身を主体化し、国家以外の存在を対象化する必要に迫られる。すなわち、国家の中に、他の全ての政治体・社会組織に対して自己を差異化する契機が含まれることになる。

ル・フェールにおける主権は、国家権力に対し、事実的な限界とも、固有の主権意思による自己拘束とも区別された、「国家目的への適合」という限界づけをなす存在である。国家が主権を有することの効果として、国家は対内的には、自己の固有の意思以外によっては義務付け・決定を受けず、この性質が、外部から見れば、国家の構成員に対する、国家法の自由な創造の権限、すなわち「権限権限」として把握される。しかし、ル・フェールにおいてはこの性質に、「上位の法原理の制限下で、実現を要請される集団の目的に合致する限りにおいて⁶⁷」という限界が設定される。

このように限界づけられた主権、および国家は、もはや「至高 (suprême)」ではありえない。国家を構成する個人および主権的でない構成団体との関係において、国家はその権限を構成されているのであるから、国家の最高性は、比較においてもっとも上位に位置す

⁶⁴ *État fédéral et Confédération d'États*, p.417.

⁶⁵ *État fédéral et Confédération d'États*, p.440.

⁶⁶ *État fédéral et Confédération d'États*, p.441.

⁶⁷ *État fédéral et Confédération d'États*, p.443. 英語 the highest の意。

るという意味での最高性であって、この点を、ル・フェールは「suprême」の語を排して「la plus élevée⁶⁸」と表現する。国家とは、「la plus élevée」な存在である。

ル・フェールが「国家連合と連邦国家は主権によって区別される」と提示するとき、その区別の指標として提示した「主権」には、これだけの綿密な内容的制約がかかっていることに注意しなければならない。ル・フェールがこれほどまでに連邦論の前提として主権の定義に傾注したのは、主権と連邦それ自体に鋭い衝突が含まれているからである。主権の語が含む内容は膨大であるが、まず、主権概念の性質として、単一性 (unité)・不可分性 (indivisibilité)・不可侵性 (inaliénabilité) に注目すると、連邦論においてこれらの性質を捉えるところにつき、大きな問題が生じる。連邦国家が単一国家と比較し、「分権化された国家」、「分権的国家」ととらえられる場合、主権の性質としての単一性・不可分性・不可侵性と鋭く衝突する。このため、主権の性質は、連邦論において、論理操作を迫るものとして働く。

ル・フェールの、国家と主権の「至高」性、「最高」性を緩和しようとする試みは、まさに連邦論のために用意した主権論であることに由来すると考える⁶⁹。ここに、主権の「国家性の標識」としての役割を維持しながら、分権的・遠心的性質をもたらす「連邦」の語と国家を接続する論理操作を読み取ることができる。このような論理操作を前提として、ル・フェールは主権の語の単一性・不可分性を維持しながら、結論として、連邦国家の構成国は、主権を有しないために国家性も有せず、総体として一個の主権国家が現れるという結論に達する⁷⁰のである。

3. 連邦創設の議論：「契約」か「憲法」か

⁶⁸ *État fédéral et Confédération d'États*, p.439.

⁶⁹ もっとも、この点には若干の留意が必要である。連邦国家と国家連合の区別以前の、主権論の段階から、ル・フェールは連邦国家における構成国の現実の姿は、およそ主権国家と呼べるものではないという認識を持っていた。アメリカ憲法における「共和政体の保障」の例をまつまでもなく、連邦国家の構成国は、憲法上、中央としての連邦によって多様なコントロールを受けており、法的には、構成国が中央としての連邦の下位の次元に該当する (*État fédéral et Confédération d'États* p.388)。仮に、連邦国家の憲法の中に、構成国に主権の存在、あるいは国家性を承認する規定が存在しても、そのような性質は、同時に連邦憲法自体によって制限されている。連邦憲法の存在自体が構成国の権限を外在的に制限するものとして機能する以上、このような連邦憲法の規定は、実際に構成国に主権・国家性を承認する効果を持つことはない (*État fédéral et Confédération d'États* p.401)。ル・フェールにおいて、この種の規定は、各地方のパトリオティズムに対する配慮のもとに設けられた表面上の規定としての意味しか持たないことになる。ル・フェールにおいて、このような現状認識が「当然に国家性を有しない構成国像」の形成に直結したことは疑いなく、論理操作の目的が、「主権と連邦の平仄を合わせる」ことと同時に、ル・フェールの認識する現実の構成国の姿を忠実に反映することでもあったことには、注意すべきであろう。

⁷⁰ *État fédéral et Confédération d'États*, p.395.

(1) 前提：過渡的存在としての国家連合と成熟形態としての連邦国家

本章第1節2-(1)において既に述べたように、複数の主権国家が統合していく過程をとらえて、国家連合が連邦国家への過渡的形態として捉えられることがある。連邦国家が主権を有するのに対して、国家連合が主権を有しない政治体であることの帰結として、あるいはそのような主権の所在の根拠として、国家連合の結合の強度が弱いこと、国家連合の中央権力が弱いことが示されるが、このような「弱さ」の認識のもとでは、国家連合が、統合の深化によって連邦国家というより「強い」政治体へと移行するための過渡的形態として位置づけられる。また、このように解釈することで、国家の結合から一個の主権国家へと変化する連邦国家の形成史を、法的に説明するという課題が設定されることになる。

この問題に大きな関心を向けたル・フェールは、国家連合の過渡的形態としての性質を、次のように説明する。国家連合の形成の目的は、恒常的に機能する中央組織の形成であり、この目的を達成するために、二つの方法が用いられる。第一に、中央組織の意思形成に構成国が参加することであり、そして第二に、中央組織と国家連合全体の生存・防衛に必要となる、中央組織の権力に対する一般的な合意である⁷¹。この合意によって、構成国の主権が制限される⁷²ことになり、とりわけ、交戦権、外交使節派遣・接受権、条約締結権の三つの領域で構成国の主権が強く制限され、結果として国際法の原理の適用が排除され、その領域は国内公法の原理の適用によって置き換えられる。しかし、逆に言えば、この制限される領域以外では、構成国の権力が保持されることになる。中央組織の権限が制限される領域として、立法権、行政権、執行権のうち、統治に関わる重要部分があげられる。また、国家連合の根本法を、連邦契約に定められた手続きに従って変更する場合でも、前述のとおり、構成国は拒否権として、連合からの脱退権を行使できる。この点を捉えて、ル・フェールは、脱退権を「構成国の主権の究極的発現⁷³」と表し、また究極的であるがゆえに、仮に条約レベルにおいて脱退権の行使に対する制限が書き込まれていても、事実上その行使を妨げられることはないとする。結局、安全保障以外の数多くの領域において、「構成国の主権保持」という題目のもとに、構成国に対する主権の制限の程度は弱いものにとどまり、このこと自体が、国家連合全体の利益を大きく損なう原因となっている。ル・フェールは「国家連合の最大の弱点は、国家連合が依拠する原理それ自体が、連邦契約のいかなる小さな変更をも不可能にし、ひいては、(連合の)一般利益の障害となるものに対して、強制し、またはこれを除去するような規定を、連邦契約に追加することを不可能にする点

⁷¹ *État fédéral et Confédération d' États*, p.523.

⁷² 前節で述べたとおり、ル・フェールは主権の至高性を相対化して外在的制約を認めており、これに対応して、国家連合において構成国が主権を制約されることも、ル・フェールの体系上、主権の性質と矛盾しないことになる。

⁷³ *État fédéral et Confédération d' États*, p.536.

である⁷⁴⁾と述べる。

そして、ここまでの国家連合の法的性質、および構成国の法的地位の議論を展開したのち、ル・フェールは結論として国家連合の過渡的性質を示す。国家連合は、その根本原理である「構成国の主権の保持」と、国家連合の目的である中央組織の維持・促進との、まさに根本的な矛盾を抱えている。これを「弱点」と捉えるル・フェールにおいては、この弱点を解消した形態を想定することができる。アメリカが連合規約下の国家連合状態から、連邦憲法下の連邦国家状態へと移行したことを皮切りに、非永続的、過渡的な政治形態である国家連合から、永続的な形態としての連邦国家への移行は、まず、歴史の法則として捉えられる。ル・フェールは、この歴史法則を、同時に、法学的、理論的法則としても成立するものとして構想する。すなわち、「歴史がそう示すのと同様に、理論もまた、国家連合が過渡的な形態にほかならず、解消するか、多くの場合は、(中略)連邦国家と名を冠するものへと到達する運命にある⁷⁵⁾」のである。

「過渡的な形態」である国家連合の構成国は、ル・フェールのいうようにそのままの状態では達成できない国家連合の目的を放棄せず(国家連合を解消させず)、これを達成することを望むならば、新たな連邦契約を結んで「連邦国家」へと移行することになる。主権の有無によって国家連合と連邦国家を区別するル・フェールにとって、この移行は、構成国の保持する主権の消失と、新たに中央組織としての連邦における一個の主権の創出という重大な変化を意味する。このような認識のもとで、国家連合が連邦国家へと移行する過程を、法的にいかにかに説明するかが連邦論における重要論点であった。

しかし、この問題には非常に大きな理論的困難が存在する。それは構成国が主権国家からそうでなくなるという大きな法的変化の問題であり、そして、その大きな変化を正当化する法形式とはいったい何か、という問題である。この困難が示される例として、連邦国家創設による主権の消滅と創出に絞って、アメリカの連邦国家形成史の法的説明に目を向けよう。

(2) フェデラリストの連邦創設：主権分割

まず、ハミルトンらアメリカのフェデラリスト⁷⁶⁾の政治論は、連邦憲法によって創設される「連邦国家」を、国家でもあり連邦でもある、両者の「重ね合わせ」として説明した。一方で、連邦憲法は条約ではなく憲法であり、アメリカ人民という単一の人民によって結ばれ、単一の国家を創設する法である。創設されるのは「二つ以上のステイトが単一のス

⁷⁴⁾ *État fédéral et Confédération d' États*, p.539.

⁷⁵⁾ *État fédéral et Confédération d' États*, p.539.

⁷⁶⁾ また、以降では、A・ハミルトン、J・ジェイ、J・マディソン著・斉藤眞、中野勝郎訳『ザ・フェデラリスト』(岩波書店 1999)を参照する場合、『フェデラリスト』の略称を使用する。

タイトへと結合したもの⁷⁷⁾であり、国家としての単一性が意識されている。他方で、「連邦加盟州のそれぞれの組織体が廃止されないかぎり、また、その組織体が地方ごとの諸目的にかんする国制上の必要から存在し続けるかぎり、たとえ、それが連邦の中央権力に完全に服すべきであるとしても、連合共和国は、実際上も理論上も、やはり、諸ステイトの連合体⁷⁸⁾であり、構成国の複数性が意識されている。統合の利益と諸州の利益の両者に配慮すべき政治状況、すなわち憲法案に対する諸州の同意と批准を引き出すというフェデラリストの目的をその背景として、連邦と国家は、順接され、重ね合わせられている。

この重ね合わせの構造は、憲法案（および憲法改正手続）の説明の部分において、一層明確にあらわれてくる。「新政治機構は、少なくとも国家的性格と同様に、多くの連合的性格を持った一種の混合的性格のように思われる⁷⁹⁾」のであり、また、憲法修正手続について、「各市民の多数ではなく諸州による多数以上のものを必要としている点で、この憲法は国家的性格を失い、連合的性格を帯びるようになっていく。しかし、連邦を構成する全州の同意がなくとも（四分の三以上の州の同意で）憲法を修正することができる点では、この憲法は再び連合的性格を失い、国家的性格を帯びることになる。したがって、要するに、この憲法案は、厳密に言えば国家的憲法ではなく、さりとして連合的憲法でもなく、両者の結合なのである⁸⁰⁾」とされる。ここで述べられているのは、ある一つの政治体において、「連邦的 (federal) であると同時に国家的 (national) である」という性質、さらにいえば、ある場面においては連邦的であり、他の場面においては国家的であるという性質⁸¹⁾が存在することである。

それでは、このような連邦と国家の重ね合わせの構造下において、主権の問題はどのように解決されるのか。連邦国家の一般的定義においては、「主権は構成国ではなく連邦に存在する」ものであり、また、連邦国家においては、主権は一つしか存在しない。しかし、フェデラリストの議論はこれと異なり、主権は当然に構成国に残留するものとして構想されている。この点は、州代表としての連邦上院の説明の中にあらわれている。すなわち「連邦憲法案は、各ステイトの政府の廃止をなんら当然視していないのであり、むしろ、上院への直接代表を認めることによって各州を国家主権の構成要素としているし、さらには、一定の占有的で重要な主権部分を各州に残して⁸²⁾ おり、「各州に与えられた平等な投票権は、各州に留保してある主権の一部を憲法によって承認することであると同時に、その残された主権を保持するための手段でもある⁸³⁾」のである。

ここでは、連邦国家へ移行する以前の構成国が保持していた主権が、連邦国家の創設後

77 『フェデラリスト』、第9篇、50頁。

78 『フェデラリスト』、第9篇、50頁。

79 『フェデラリスト』、第39篇、185頁。

80 『フェデラリスト』、第39篇、188頁。

81 *État fédéral et Confédération d' États*, p.541.

82 『フェデラリスト』、第9篇、50頁。

83 『フェデラリスト』、第62篇、279-280頁。

憲法学と国家理論

連邦論・国家論・法秩序論における一元性と多元性

も、一部分ではあるが、構成国に留保されるという構造が提示される。同時に、構成国に残存する主権とは、あくまで主権の一部であり、それ以外の部分は当然に連邦国家が行使する。連邦国家への移行後も、連邦国家以前の構造を引き継ぐ形で、「単一の共和国に誤って統合されることを可能な限りあらゆる手段で防⁸⁴」ぐために、主権は分割され、各構成国によって分有される。

つまり、フェデラリストらによって把握された主権とは、主権の分割および共同所有を可能とする理論である。連邦条約によって、構成国は各々の保持する主権の一部を中央権力に対して移譲し、中央権力は、移譲された主権の行使に当たっては、憲法に適合するように行為しなければならない。中央権力の憲法による限界付けのもとに、構成国に対して主権の帰属が確保される。このようにして、フェデラリストにおいて、主権の可分性の理論が、連邦国家の創設と密接に結び付くことになる。

(3) カルフーンの連邦創設：契約と憲法の差異

しかし、フェデラリストの議論に対する反対者として、南北戦争における南部の離脱の理論的基礎を提供したジョン・F・カルフーンの議論が存在する。カルフーンは、フェデラリストの論理的基礎である、主権の可分性と、憲法と契約の抽象的な結合に対して批判を向ける。結果、その批判の裏返しとなる以下の二点が提示される。

第一に、主権は不可分であり、したがって共有・分有することはできない。「主権それ自身即ち最高権力が分割され得るという議論、各州の人民が部分的に主権者で、或る部面では主権を持たず、或る事項については最高決定者であり、他の事項に於いては最高でないとするは、了解できない。主権は一体であり、これを分割することは、これを破壊することである⁸⁵」。よって、主権を分割し行使するフェデラリストの議論とは、完全に衝突する。そして、カルフーンは、連邦憲法の創設・採択の時点において、「各州（ステイト）は、明瞭で独立した、主権的な団体であり、そのようなものとして既に確立していた⁸⁶」とし、各州が憲法に先行することを強調して、各州人民こそがそれぞれ主権者であり、州に主権が存在することを明確にする⁸⁷。カルフーンの主権論は、連邦政府を政治的契約の産物として位置づけ、主権の共有主体と区別し、不可分の主権を各構成国の人民に帰属させて主権の所在を明確にしたが、この法的な明確さをもってフェデラリストの議論における主

⁸⁴ 『フェデラリスト』、第 62 篇、280 頁。

⁸⁵ John C. Calhoun, *The Works of John C. Calhoun*, edited by Richard K. Callé (New York 1853) Vol. I, p.145. なお、この部分の訳文は、アメリカ学会編『原典アメリカ史』第 3 巻、岩波書店、1964、431 頁に依る。

⁸⁶ John C. Calhoun, *A Disquisition on Government and selection from the discourse*, edited by C. Gordon Post, New York, 1953, p.91.

⁸⁷ *État fédéral et Confédération d' États*, p.544.

権の所在の抽象性を批判した⁸⁸。主権の不可分性を前提とする点で、現在の国家論となじみ深いのはフェデラリストよりもカルフーンであったといえよう。しかし、少なくとも主権の不可分性に基礎をおいて議論を展開しなければならない「縛り」を抱えた論者は、カルフーンの結論を採ることはできず、何らかの方法で構成国の主権の消滅を明確に説明しなければならない。

第二に、連邦国家は構成国間の条約によってのみ成立するという点である。カルフーンは各州が連邦憲法に先行して確立していたことを重視し、連邦憲法も、その創設者は各州でしかありえず、アメリカ憲法は憲法の名を冠しながら、その実質は平等な諸州の間に締結された「条約」であるとする。つまりカルフーンは、連合規約下の国家連合状態から、連邦憲法下の連邦国家へと移行する変化を、実質において重大なものでないと結論する。

「合衆国 (United States)」の名は、独立戦争以来通じて、諸州が自身の連合体を示すために用いてきたが、まさにこの名こそが、独立によって変化し確立された諸州の法的性質を示す「洗礼名 (the baptismal name) ⁸⁹」であった。諸州の法的地位に劇的な変化をもたらしたのは独立宣言であり、それ以降、諸州間の政治的関係は、連合規約下、および連邦憲法下においても、実質的に同一であって、連邦憲法制定によって生じた変化とは、いわば「土台におけるものではなく、体制の上部構造におけるものにすぎない⁹⁰」ことになる。

カルフーンの議論に従えば、連邦憲法制定を基軸とした、国家連合から連邦国家への移行は無意味化し、連邦国家は国家連合に還元され、ル・フェールが定義した無効化宣言や脱退権といった、国家連合の構成国が有していた権限は、連邦国家の構成国も行使できることになる。このようにして、アメリカ合衆国は「国家連合」の状態にあると定義され、南北戦争期における南部諸州の脱退権行使が正当化されることになる。

フェデラリストとカルフーンを対照させることによって、条約 (traité) または契約 (contrat, pacte) と憲法 (constitution) の対照が浮かび上がる。前者が水平的・平等的な関係において締結されるものであるのに対して、後者は垂直的・上下関係におけるものである点で、両者は決定的に異なる。国家連合の構成国が、連邦国家の構成国へと移行することは、主権国家が、新たな主権国家 (連邦国家) に吸収されて非国家化する重大な変化であったが、このような吸収関係は、いわば被造物が創造者を吸収することにあたり、論理的に正当化しえないものであった⁹¹。換言すれば、水平的関係である契約・条約から、垂直的關係にもとづく憲法は生じないのである⁹²。

⁸⁸ 中谷義和『アメリカ南部危機の政治論』、御茶の水書房、1979、139頁。

⁸⁹ Calhoun, *supra* note 86, p.88.

⁹⁰ 中谷、前掲注 88、157頁。

⁹¹ ル・フェールはフェデラリストとカルフーンの理論対立からこの論点を問題化する (*État fédéral et Confédération d'États* p.548)。

⁹² 本文においては「条約の水平性と憲法の垂直性の対照」に焦点を絞ったが、ル・フェールが契約による国家の基礎づけを不可能とするのは、当然に、社会契約説に対する批判的立場を背景としている。すなわち、社会契約は現実性および永続性を欠き、また、構成員への義務づけの根拠とならないという批判である。ル・フェールはこのような社会契約説への批判を前提としたた

憲法学と国家理論

連邦論・国家論・法秩序論における一元性と多元性

ここで、連邦国家の創設に関して回答すべき問題が明確化される。すなわち連邦国家の法的基礎は、条約であるのか、それとも憲法であるのか、という問いを立てるとき、条約と憲法の性質の差異が、次のような決定的なジレンマを生み出すことになる。

「連邦国家が条約に基礎を置くとすれば、そのことゆえに、それは主権国家間において形成される集合体、すなわち単なる国家連合にすぎないことになる。一方で、(先行しているはずの)条約が何らかの方法によって消失し、いかにして置換されたかを説明できないままに、憲法によって置き換えられてしまった場合、新たな国家はその法的基礎を欠くことになる。⁹³」

仮にこのジレンマを解決不能のものとして受け入れるならば、あらゆる連邦国家は法的には主権国家たりえず、全て国家連合へ還元されてしまう。連邦論によって連邦国家の創設を法的に説明するなら、このジレンマを乗り越えることが必要となる。主権が可分であるのか、それとも不可分であるのか。また、連邦創設の法的基礎は、条約なのか憲法なのか。この二点につき、論者は態度を明確にしつつ、無理のない論理を展開しなければならないのである。

4. ル・フェールにおける連邦創設：法的把握の完成

フェデラリスト、カルフーンの議論によって明らかにされた問題設定にもとづいて、ル・フェールの連邦創設論を検討しよう。ル・フェールは主権の不可分性を認め、フェデラリストのように主権の可分性を認めるような曖昧さを否定する。次に、カルフーンの提示した契約と憲法のジレンマについて、水平的関係である契約・条約から、垂直的關係にもとづく憲法は生じないことを認め、取り組むべき課題として提示している。しかし、結論から言えば、先に述べたとおり、ル・フェールは確かに連邦国家を主権国家として、また国家連合を主権国家の結合体として説明している。したがって、これらの概念と矛盾しない形で、創設のジレンマを解くことがル・フェールの課題となるのである。ル・フェールは、イエリネックの連邦論を自説の下敷きとして、この問題に対応する。

(1) 前提：イエリネック説：創設の法的描写の放棄

めに、連邦創設の基礎となる「連邦契約」が社会契約でないことの論証を行っている (*État fédéral et Confédération d'États* p.566-571)。

⁹³ *État fédéral et Confédération d'États*, p.553.

ル・フェール同様、連邦国家が主権国家であることも、国家連合が主権国家の結合体であることも認めながら、創設のジレンマの解決を試みたのがイエリネックの連邦論であった。イエリネックの解決策は、「連邦国家は、いかなる法的基礎も持たない」という一種ラディカルともいえる解答である。

「連邦国家の創設のプロセスは、制定されるべき憲法に関するメンバー国家の協定によっても、憲法制定議会と政府による憲法の議決によっても説明されないし、またこのようにして確定された憲法の、メンバー国家の議会による承認とメンバー国家の政府による自国の国内法としてのその憲法の公布とによっても説明されることができない。これらすべての手続と連邦国家の創設自身との間には、いかなる論理構成をもってしても埋めることのできない法律上の欠缺、空白が、どうしても残る。むしろ法律的立場からいえば、およそ連邦国家の創設行為を法律的過程として説明することは、みのりのない形式主義的な議論であるか、さもなければ、議論をつきつめていって、連邦国家の国家としての性質の否定にいたるか、いずれかである。⁹⁴」

このようにして、イエリネックは、連邦国家の創設の法的説明の実益を否定する。上の引用部分後半にあるように、国家の法的説明の行きつく先は、結局、連邦国家の国家性の否定、国家連合への還元にあるとする点で、イエリネックは連邦創設のジレンマを確かに認識しつつも、それを法的議論の土俵から除外してしまう。

イエリネックのこの解答は、自身の理論体系からすれば、必然的帰結であった。連邦国家が「国家連合ではなく主権国家の一様態である」との前提に立つイエリネックにとって、連邦国家と単一国家を創設行為において区別する必要はないのであり、「連邦国家の創設は、国家的行為であって、国家創設一般と同じように、法律的には構成され得ぬもの⁹⁵」であった。結局、問題は国家一般の創設をいかに構想するか、に集約される。この点についてのイエリネックの理解は、次のようなものである。

「国家はまずもって歴史的・社会的な形成物なのであり、法はこれに附接するかたちではじめて生ずるのであって、法が国家を創ることができるものではなく、国家が法の実在根拠なのである。法の事実は、人間個人の出産に先行しながらこれに結び付いてゆくのであるが、生殖行為そのものはしかし完全に法の埒外のものである。⁹⁶」

イエリネックにおいて、国家一般の創設行為はすべて、「法的性質を觀念しえない単なる

⁹⁴ G・イエリネック著、芦部信善・阿部照哉他訳『一般国家学』、学陽書房、1974、625頁。なお以降においては同書を『一般国家学』と記す。

⁹⁵ 『一般国家学』、624頁。

⁹⁶ 『一般国家学』、220頁。

事実⁹⁷」であった。例えば、アメリカにおける憲法制定議会の意思による州創造行為をさして、この創設行為の時点では、これを法的に評価できる法制度はまだ存在せず、単なる事実として、当然に法の埒外にとどまることになる⁹⁸。国家の創造は、公法の効果によっては生じず、新たな法秩序が確立するに至ってはじめて、あたかもその法秩序が所与であるかのように、法的、科学的検討が可能となるのである⁹⁹。言い換えれば、近代国家の成立とは、事実上の国家状態に「法が結びついてくる¹⁰⁰」こと、すなわち事実を法に転化させること¹⁰¹である。

連邦国家の創設についての法的説明の放棄によって、連邦国家の法的性質について、ジレンマにとらわれることなく「自然な」結論が導出されることになる。すなわち、連邦国家は国家連合と区別される一つの主権国家であり¹⁰²、単一不可分の主権を中央としての連邦が有する。構成国は主権を保持しておらず¹⁰³、主権の代替物としての、国家権力への参与が連邦憲法によって定められる。これらの連邦国家とその構成国の法的地位の結論について、イエリネックの議論はル・フェールと共通している¹⁰⁴。

(2) ル・フェール説：契約と契約結果の区別

しかしル・フェールは、イエリネックと結論を同じくしながらも、連邦国家の創設の法的説明を放棄しなかった。連邦国家設立のジレンマが生じた原因は、突き詰めれば、構成国の連邦国家に対する時間的先行性であった。構成国が時間的に先行して存在する以上、連邦国家の間に、創造者—被造物関係が成立するのは当然であり、成立した後の連邦国家と構成国の間に、連邦憲法により基礎づけられた支配者—従属者関係を説明しようとする、創造者が従属者となり、被造物が支配者となる論理的転倒が生じてしまう。アメリカの連邦国家形成を説明するために生じたフェデラリストとカルフーンはもちろんのこと、イエリネックにおいても、この構成国の先行性は、所与の前提として捉えられていた¹⁰⁵。

⁹⁷ *État fédéral et Confédération d' États*, p.554.

⁹⁸ 『一般国家学』、221 頁。

⁹⁹ *État fédéral et Confédération d' États*, p.554.

¹⁰⁰ 『一般国家学』、223 頁。

¹⁰¹ *État fédéral et Confédération d' États*, p.555.

¹⁰² 『一般国家学』、620 頁。

¹⁰³ 『一般国家学』、621 頁。

¹⁰⁴ 連邦国家の法的性質について、イエリネックとル・フェールの間で結論が分かれる唯一の論点は、構成国の国家性の有無である。イエリネックが連邦国家の構成国の国家性を認め、連邦国家を「国家が結合して統一体を形作っている（『一般国家学』、621 頁）」ものと定義するのに対して、ル・フェールは、構成国の国家性を認めない（*État fédéral et Confédération d' États* p.681）。

¹⁰⁵ イエリネックは、「連邦国家の支邦は、連邦国家の創設に際してすでに存在していたか、あるいは後からそれに加入したか、のいずれかである。」（『一般国家学』、626 頁）と述べ、本文で述べた構成国の先行性を前提としていた。また、単一国家から連邦国家へと移行した場合につい

ル・フェールは、この構成国の先行性をさらに相対化する。連邦国家は「連邦的 (fédéral) であると同時に国家的 (national) である」が、ル・フェールは、この二つの性質に対応して、連邦国家の創設方法が二つ存在するとした。まず、構成国が先行し、全構成国の意思表示の合致 (条約) によって連邦国家を創設する方法は、いわば「連邦的 (fédéral)」な創設であり、この方法において、構成国の先行性は動かしようのない事実である。しかし、単一国家が連邦国家へと移行する方法¹⁰⁶、すなわち中央権力が国家の特定の部分に権限を譲り渡すことで、あるいはこれまで単一国家の一領土であった部分が、構成国としての実質を備えることで、単一国家が割断され、連邦化させることで連邦国家を創設する場合は、先行するのは国家であり、構成国ではない。ル・フェールはこの場合を、「国家的 (national)」な連邦国家の創設とする。

また、スイス 1848 年憲法は、1815 年の同盟規約との間に法的な連続性を有しておらず、またカントンの投票・全員一致によって制定されたものではなく、新憲法草案に関する各カントンのレファレンダムの結果を受けた同盟議会が、「人民の名において」採択を決定したものである。それゆえ 1849 年憲法の制定は「始原的な制憲行為¹⁰⁷」であった。単一国家からの移行の例、および移行ではなく始原的創造としてのスイス 1848 年憲法の例は、構成国の先行性を要素とせず、むしろ国民主権原理と結びつく「国家的」な連邦国家の創設である。こちらの創設を考慮すれば、「連邦国家の創設は、構成国の意思によって締結される条約を介在することなく、実効化され得る¹⁰⁸」ことになる。

構成国の先行性は、創設方法が「連邦的」ならば前提として存在しており、「国家的」ならば必ずしも存在するとは限らないが、他方で、その創設方法がどちらであれ、結果として成立する連邦国家の実質は同一である¹⁰⁹。イェリネックにおいては、このような構成国の先行性の相対化は、連邦国家の創設と法的説明の間の適合性につき、否定的な要素として示される。法的に連邦国家一般を検討する場合は、「連邦国家は、唯一主権を保持する存在であり、事実とは逆に、構成国の創造者として構想されなければならない¹¹⁰」ことにな

ても、構成国が「後から加入した」場合の亜種として説明しており、むしろ単一国家から連邦国家への移行を考慮に入れたからこそ、国家創設の法的説明の放棄という道筋が活きることになる。¹⁰⁶ 単一国家が連邦国家へ移行した例として、ル・フェールが念頭に置くのは、メキシコ (1824 年中央アメリカ連邦憲法および 1867 年憲法により連邦国家化) とブラジル (1891 年憲法により連邦国家化) である (*État fédéral et Confédération d' États*, p.540, 562)。今日的には、1993 年に連邦国家化したベルギーもここに分類される。

¹⁰⁷ 関根照彦「代議制連邦国家の成立——一八四八年のスイス連邦憲法——」、『スイスの歴史と文化』刀水書房、1999、164 頁。同著者執筆の『新解世界憲法集』第 2 版、三省堂、2010、274 頁におけるスイス連邦憲法解説の項においても、同一の表現が用いられている。同盟議会自体はカントン代表的な性格を持っていたが、カントンの全員一致ではないこと、国民投票によって、カントン人民が直接民主政的なかたちで制定手続の主体として取り込まれたことなどから、1848 年スイス連邦憲法は、ル・フェールにおける「国家的 (national) な」性質を帯びた連邦国家の創設行為であったと考えることができる。

¹⁰⁸ *État fédéral et Confédération d' États*, p.562.

¹⁰⁹ *État fédéral et Confédération d' États*, p.540, 562.

¹¹⁰ *État fédéral et Confédération d' États*, p.565.

る。

だがル・フェールは、構成国の先行性の相対化を、連邦国家創設の法的説明になじむ形で継承する。ル・フェールにおいて、構成国の先行性の相対化は、国家創設の法的説明を排除する要素でなく、むしろ現実の連邦国家が、先行性の相対化を含む法的説明に対して開かれていることの根拠となる。

「構成国を創造することが可能である存在は、構成国が先行して存在する以上、連邦国家ではありえない。だが、構成国が連邦国家を創設した、この創設は、もはや、歴史的観点のみならず、法的観点においてもなんらの困難も生じえない。¹¹¹」

構成国間の水平的合意である契約・条約から、連邦憲法という垂直的関係を基礎づけられないとの批判に、創設のジレンマの核心があった。この批判に対し、ル・フェールは、「契約と契約の結果を完全に混同したもの¹¹²」として再批判する。創設のジレンマにおいては、連邦憲法と連邦創設契約（条約）が同視されているが、連邦国家の創設を内容とする「連邦契約¹¹³」は、法的には連邦憲法と同一ではない。これを出発点として、ル・フェールは、以下のように連邦国家の法的説明を行う。

まず、新国家の誕生以前においては、構成国間には契約的關係しか存在せず、構成国は条約によって結合しており、この関係を規律するのは国際法である。次に、各構成国において、連邦憲法のプロジェクトを承認する法が公布されることによって、「新たな国家の法的創造を実効化するために要求される最初の条件¹¹⁴」が満たされることになる。この時点ではまだ国家は存在していない。続いて、受容された憲法のプロジェクトに従って連邦組織が成立して機能を開始し、また並行して、連邦国家の名において、連邦憲法が公布される（ここまでは不可分一体の行為である）。この時点から、連邦憲法は構成国意思ではなく、連邦国家自身の意思を基礎とするものへ変化する。つまり、水平的合意である連邦契約と、垂直的関係に立つ（新）連邦憲法は別の概念であるが、連邦憲法は連邦契約（およびル・フェールの構想する法的過程）の結果として生じる産物である。

ル・フェールがここで行っている連邦契約とその結果の区別は、つまるところ「連合に

¹¹¹ *État fédéral et Confédération d'États*, p.578.

¹¹² *État fédéral et Confédération d'États*, p.579.

¹¹³ 例えばル・フェールは、*État fédéral et Confédération d'États*, p.468, 499, 504 において、国家連合の創設について、*pacte fédéral*（連邦契約）の語を用いている。なお、*État fédéral et Confédération d'États*, p.540 以降においては、連邦国家の創設の合意を説明するために、*pacte fédéral* という語を用いているが、同時に、*traité*（条約）の語を（むしろ *pacte fédéral* よりも）頻繁に用いている。この点につき、国家連合と連邦国家の区別を、国際法と国内公法という「舞台の区別」として分かつル・フェールにおいては、その区別をこえて一般化する作用を持つ *pacte fédéral* よりも、国際法の舞台であることを鮮明にする *traité* のほうが優先されていると考えられる。また、同時に、ル・フェールは *pacte fédéral* の語を、連邦国家と国家連合の両者について使用可能なものとして位置づけているとも推察される。

¹¹⁴ *État fédéral et Confédération d'États*, p.582.

における条約が連邦憲法に変化することと、連邦憲法がその法的基礎を条約に置くこと¹¹⁵の区別という論理操作であり、自説を後者の道筋を採るものとして位置づけることによって、イェリネックと自説の差異を明確化している。連邦憲法は、確かに国家連合下における条約を法的基礎とするものであるが、「構成国の先行性」を相対化したことで、必ずしも、条約が連邦憲法に転化したと考える必要はなく、連邦契約と連邦憲法を区別しつつ、両者を法的に連続したものとして説明可能となる。

この論理操作によって、主権、連邦国家、国家連合、契約・条約、憲法といった関連する諸概念の定義に変更を加えずして、ル・フェールは国家連合の創設を説明し、連邦論として完結することになる。

ル・フェール議論の小括として、最後に出発点となった国家連合／連邦国家の区別論を思い返してみよう。ル・フェールの結論自体は、現代公法学においても採用される一般的結論であった。すなわち、一個の主権を持つ政治体結合が連邦国家であり、個々の構成国が主権を有している状態が国家連合である。この結論部分だけを見れば、非常にシンプルな構造である。しかし、ここまでの検討において、このシンプルな結論に至るまでに、国家論の典型的な概念（主権・憲法・契約）について、非常に緻密な理論操作が積み重ねられていることが判明した。主権は、その属性が「至高性」から「最高性」へ置き換えられることによって相対的な存在として観念されることになり、連邦創設行為の法的形式における契約と憲法のジレンマは、契約それ自体と契約の結果を区別した上で、構成国間の水平性と総体としての連邦と構成国間の垂直性をそれぞれに充当した。綿密な理論操作の結果として体系的に完成したル・フェールの連邦論によって明らかになるのは、連邦、すなわち政治体結合の場面を法的に捉えようとする試みによって、国家論の諸概念が再検討を迫られるという構図である。

第3節 カレ・ド・マルベールの連邦論

連邦国家と国家連合の区別に傾注し、主権と国家性を結合させたル・フェールに対して、同じく主権について省察しつつも「連邦国家と単一国家」の区別に傾注したのが、同じく第三共和制期フランスの憲法学者カレ・ド・マルベール（Raymond Carré de Malberg）による連邦論である¹¹⁶。主著である *Contribution* は、国民主権と人民主権の概念を区別・類型化し、国家の一般理論を構築した業績として著名であり、第三共和制期の著名な憲法学者

¹¹⁵ *État fédéral et Confédération d'États*, p.587.

¹¹⁶ カレ・ド・マルベールの連邦論は、主に Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Sirey, 1920 et 1922, reed, Dalloz, 2004 において展開される。同著は頻繁に参照するため、以降、略称として *Contribution* を用いる。また、カレ・ド・マルベールの議論は、本稿第3章・4章における主題でもあり、そちらではその業績の全体を取り扱うことになるが、ここでは連邦論に関する部分のみをピックアップする形で検討する。

の中では、とりわけ日本の主権論の展開に大きな影響を与えたものである。しかし、同書においては国家論に関する多くの事項が扱われているのであり、ル・フェールほど体系的かつ豊富な分析の上に成り立っているものではないにしても、そこには国家の一般理論の一要素として連邦国家論が存在していた。ここでは、ル・フェールの議論によって明らかになった国家連合と連邦国家の区別論からさらに進み、新たに提示される問題として単一国家と連邦国家の区別論を展開したカレ・ド・マルベールの連邦論を検討する。

1. 新たな問題：構成国と地方公共団体の区別

前提として、カレ・ド・マルベールによる連邦国家と国家連合の区別を見てみよう。カレ・ド・マルベールの連邦論は、国家論の中で、国家の属性である主権との関連においてのみ問題化される¹¹⁷がゆえに、その分析対象は、連邦国家における主権の性質であり¹¹⁸、必然的に、カレ・ド・マルベールにおける国家連合の扱いは非常にシンプル¹¹⁹なものとなる。カレ・ド・マルベールは、国家連合が諸国家による「社会 (société)」であるのに対して、連邦国家は「組織化された人格 (personne)」であるとした。国家連合は、構成国間において結ばれた条約によって規律される国際法の領域であるのに対して、連邦国家は、「連邦憲法によって組織化された国家の共同体 (corporation) ¹²⁰」である¹²¹。また、主権を基準として捉えるならば、国家連合の構成国が排他的に主権を有しているのに対して、連邦国家の構成国は主権を有しておらず、主権は連邦国家にのみ帰属する¹²²。

ル・フェールが定式化した連邦国家と国家連合の区別を単純化して継承しつつ、カレ・ド・マルベールは「国家の共同体」と表現することで、連邦国家の構成国を国家であると位置づけている。ここで、ル・フェールの議論では表出しなかった、連邦論の問題が明らかになる。すなわち、連邦国家を主権国家として位置づける場合、もはや主権を有してい

¹¹⁷ Olivier BEAUD, *Théorie de la Fédération*, PUF, 2007, p.75.

¹¹⁸ *Contribution*, t. I, p.88-147 においては、連邦国家とこれを対象とするドイツ国法学の議論を列挙しながら、それらの議論における主権の意味の検討を通じて、最終的に「国家権力の本質的要素は主権それ自体ではない (*Contribution*, t. I, p.146-147)」という結論を導き、自論へ移行する。ここで、カレ・ド・マルベールは、連邦国家が「興味深い事例」であるのは、「国家性の基準が主権の中にしか存在しないのか」という問いに直接結びつくからであると述べている。

¹¹⁹ *Contribution*, T. I p.95-96 において、カレ・ド・マルベール自身、「国家連合はこのように比較的単純な概念であるのに対して、反対に連邦国家は、その構成に当たって、非常に複雑かつ微妙な概念である。」と述べ、連邦国家と比較した場合の議論の単純さを自認している。

¹²⁰ *Contribution*, t. I, p.97.

¹²¹ Olivier BEAUD, *Théorie de la Fédération*, PUF 2007, p.75 において、ボーは、カレ・ド・マルベールにおける「国家連合＝連邦国家＝社会＝結合体」という定式化を指して、ル・フェールにおいては未だ可塑的であった国家連合と連邦国家の概念を、フランス公法学における今日的な意味において、固定化させた議論と評価する。

¹²² *Contribution*, t. I, p.123.

ない連邦国家の構成国¹²³は、単一国家の地方公共団体と法的にいかにして区別されるのか、という問題である。この点について、連邦国家と国家連合の区別に集中したル・フェールの連邦論からは、容易に解答が得られない。総体としての国家からの脱退権、(連邦) 国家レベルの法を無効化する権限を持たない点、中央政府との法的紛争の最終解決権が中央にある点で、ル・フェールの目から見ても、構成国と単一国家の地方公共団体は同一であったからである¹²⁴。

この問題に対するル・フェールの対応を簡単に確認しておこう。両者が差異化されるのは、連邦国家の構成国にのみ、「連邦国家の機関としての地位において、主権の権力の一部をなす¹²⁵」権限が与えられている点である。構成国のみが中央に対して人民代表とは異なる特別の代表を有し¹²⁶、代表を通じて中央権力の一部として参加できる。この構成国の主権への参加は、共和政における市民の主権参加との類似関係において語られる。すなわち連邦国家の構成国とは、「特別な選挙人¹²⁷」であって、この構成国から中央に対する代表こそが、ル・フェールにおいて連邦国家の構成国と単一国家の地方公共団体を区別する基準となる。この「構成国からの特別な代表の存在」は、現在でも連邦国家の統治における重要な特徴である。

2. カレ・ド・マルベールによる対応：主権と国家権力の区別

次に、この問題に対するカレ・ド・マルベールの解答を概観する。カレ・ド・マルベールは *Contribution* において、あくまで国家の一般理論として議論を展開しているのであり、連邦国家論も、国家類型の一環として分類される。カレ・ド・マルベールは、連邦国家概念は、連邦的な組織化を、単なる分権的組織化との形態として理解することを拒否し、忘れられた「真の連邦国家」の姿を、強度に分権化された単一国家の転身体としての連邦主

¹²³ 国家連合の構成国はそれぞれ主権を有する国家であるため、「構成国」の語を用いて表現することができるが、連邦国家の構成単位はもはや主権国家ではないために、国家連合同様「構成国」の語を用いて表現することができるか。この用語法上の問題は、とりわけ邦語訳の場面において、仏語 *États fédéral* には「連邦国家」という訳語をあてることが確定しているのに対して、*États fédérés* の訳語は一定していないことに現れている。仏語においては、国家連合 (*confédération*) の構成体を示す場合、*États confédérés* が使用される場合があり、この場合、*États confédérés* を連邦国家の構成体 *États fédérés* とを対照させる。この用語法では、連邦国家と国家連合の構成体を別々の語で示すことで、「国家」の語に付きまとう連邦との理論的衝突を回避している。なお、本稿では後述するポーの連邦論との接続を簡易にするため、国家連合と連邦国家いずれの構成体についても、「構成国」の語であらわす。

¹²⁴ *État fédéral et Confédération d' États*, p.529.

¹²⁵ *État fédéral et Confédération d' États*, p.601.

¹²⁶ *État fédéral et Confédération d' États*, p.609. また、この点が、構成国代表としての第二院の存在に具体化される (*État fédéral et Confédération d' États*, p.620)。

¹²⁷ *État fédéral et Confédération d' États*, p.638.

義の体现者とする、根源的構想を組み立てたことになる¹²⁸。

カレ・ド・マルベールとル・フェールの議論の最大の違いは、カレ・ド・マルベールが連邦国家の構成国に国家性を認めることである。連邦国家の構成国はもはや主権を有していないが、それは構成国に対して国家性を否認するということを意味しない。ル・フェールは主権と国家を不可分一体とみなし、構成国の主権を否定することの論理的帰結として、国家性を否定する道筋を採ったことは既に述べた。これに対して、カレ・ド・マルベールは、構成国の国家性を否定せず、「主権なき国家」の存在を認めることによって、論理矛盾を排除する。したがって、主権の有無と「国家」であるための要件を切り離し、「主権なき国家」の存在を認めることが、カレ・ド・マルベールの連邦論の鍵である¹²⁹。ここで、主権と国家性を切断しない道をとったル・フェールと、決定的に分岐することになる¹³⁰。

それでは、「主権なき国家」とは、法的にはどのような存在であるのだろうか。カレ・ド・マルベールは、イエリネックの国家権力論に依拠しながら、主権 (*souveraineté*) と国家権力 (*la puissance étatique*) を概念上区別することによって、この問題に解答した¹³¹。すなわち、国家とは「国家権力を有する政治体」であって、「主権を有する政治体」とは限らないということになる。

では、「国家権力」と主権の違いはなにか。カレ・ド・マルベールは、「国家性の基準を、権力の性質の中に求める¹³²」ことによって、国家権力 (*la puissance étatique*) を定義する。国家権力の特徴とは、その権力主体が、自己の命令を、他の制限・抵抗を排して強制し貫徹すること、すなわち「支配権力」にある。しかも支配権力は、他からの借物でなく始原的である。このように定義される国家権力を示す標識は何か。それは「自己組織能力 (*la faculté auto-organisation*)¹³³」である。この能力はまず何より、自己に憲法を授ける能力、すなわち、その固有の意思によって、行使する権限の主体となる機関、権限の範囲と権限行使の本質的条件を定める能力である。「自己固有の支配力を有し、その行使のための組織を自ら形成しうるとき、国家が存在する¹³⁴」ことになる。

しかし、このような性質を持つ国家権力には、強弱がありうる。そして国家権力が「最

¹²⁸ *Éric MAULIN, La théorie de l'État de Carré de Malberg, PUF, 2003, p.34-35.*

¹²⁹ 高橋、前掲注 32、8 頁では、カレ・ド・マルベールの連邦論を、構成国の国家性を認めつつ連邦を成立させるという現代的文脈の中に位置づける。

¹³⁰ カレ・ド・マルベールもル・フェールも、自論の下敷きとして、イエリネックの国家論を重んじ、参照している。連邦構成国と単一国家の地方公共団体の区別の問題について、イエリネックは「主権なき国家」を認めることで回答しており、この点について言えば、ル・フェールはイエリネックから離れ、カレ・ド・マルベールはイエリネックの回答を継承したことになる。イエリネックの回答については、G・イエリネック著、芦部信善・阿部照哉他訳『一般国家学』、623 頁を参照。

¹³¹ カレ・ド・マルベールの国家権力論の骨子は、高橋和之『現代憲法理論の源流』、有斐閣、1886、134 頁以降も参照。

¹³² *Contribution, t. I, p.151.*

¹³³ *Contribution, t. I, p.159.*

¹³⁴ 高橋、前掲注 32、9 頁。

高・独立」の段階にまで高められた時、初めて主権としての性質を具備するようになるのであって、国家権力における自己組織の能力が、外在的な制限を受けており、結果として、「国家権力ではあるが主権ではない」という状態の支配力が存在しうる。連邦国家の構成国にこの構図を適用すると、州憲法に対して共和政体を要求するアメリカ憲法が、この制限の例である。だが、構成国がこのような制限を受けることは、構成国に主権的でないことを意味するに過ぎず、国家性の喪失を意味しない。自己組織権自体は連邦憲法によって与えられたものではなく、構成国に始原的に存在したものであり、またそれゆえ、固有の意思によって、構成国憲法を改正することが可能である。

結局、カレ・ド・マルベールにおける「主権なき国家」とは、構成国それぞれの真の意味での固有の憲法に帰着する¹³⁵。構成国は自己の意思および機関によって、固有の憲法を改正する能力を有しており、この改正権は、法的に、事実としての始原的な制憲権同様の性質を有する。国家性を有しない地方公共団体が、仮にその自治において固有の権限を有しているとしても、国家権力でないその権限は始原的でない¹³⁶。

構成国の国家権力が連邦憲法によって制限を受けることと、構成国の国家権力の始原性を確保すること、この一見矛盾する両者を併存させるために、カレ・ド・マルベールはさらに論理操作を行う。すなわち、連邦憲法による構成国権限の制限を、他の国家権力による制限ではなく、構成国による「真の意味での自己拘束¹³⁷」として捉え、このことが、構成国の連邦憲法の改正への参加によって示されているとする。カレ・ド・マルベールにおいては、構成国の連邦憲法改正への「単なる参加」という説明だけでは足りず、諸構成国が改正のプロセス全体に対して一定の影響を及ぼすような影響力の大きさが、併せて説明され¹³⁸、同時に構成国の連邦憲法改正への参加権が、構成国の自己の制憲権・改憲権を補完するものとして位置づけられている¹³⁹。この点に対する二つの問題は、①国家創設の最初の段階で発動する始原的制憲権と、憲法によって創設され発動要件を決定される制憲権の関係である。カレ・ド・マルベールは、始原的制憲権と二次的制憲権を、その機能においては同一であるとして同視する。この同一化によって、制憲権を自律的団体の国家性の基準として使用することが可能になる。連邦国家の構成国は、単一国家が自身の憲法を改

¹³⁵ MAULIN, *supra* note 128, p.64.

¹³⁶ *Contribution*, t. I, p.185 において、カレ・ド・マルベールは、地方公共団体 (commune) について、「国家の法によって承認され実効性を保障されている点で、国家の意思に依存している」と述べる。また、カレ・ド・マルベールは 1914 年の論文 (Raymond Carré de Malberg, 《La condition juridique de l'Alsace-Lorraine dans l'Empire allemand》, *RDP*, 1914, p.31) において、*Contribution* で示される「自己組織権」の有無を基準とし、アルザス・ロレーヌ地方を連邦構成国に該当しないものと見ている。

¹³⁷ MAULIN, *supra* note 128, p.66.

¹³⁸ *Contribution*, t. I, p.162. また、カレ・ド・マルベールは、このような、構成国が主体となって連邦の法制定への影響力を持つ機関として、ドイツ連邦参議院 (Bundesrat) を想定しており (*Contribution*, t. I, p.385.)、連邦国家における二院制の意義という論点についても、構成国の自己組織権、制憲権を補完する機能と関連付けられていることが推察できる。

¹³⁹ MAULIN, *supra* note 128, p.67.

正によって連邦国家化を憲法に書き込むことによってこそ生まれるのであり、ゆえに始原的制憲権を固有権として持つことになる。この憲法の自律権は、本質的に改憲権に本質を置く。歴史的な意味での始原的制憲権ではなく、法的には二次的なものである改憲権の機能によって、構成国権力の始原的性質が裏打ちされるというのである¹⁴⁰。

この主権と自己制限の観念について、現代のカレ・ド・マルベール読解者であるエリック・モランの分析を参照しつつ、その意味するところを明確化しておこう。モランによれば、カレ・ド・マルベールの自己拘束としての国家権力論は、ラーバントの議論の影響を受けているという¹⁴¹。しかし、ラーバントがすべての議論の根底に君主制を据えた上で理論を構築したのに対して、カレ・ド・マルベールはフランスにおいて克服された君主制を議論の基礎とせず、代わりに国民主権原理を土台として議論を展開した。したがって、ラーバントにおいては、権力を制限する法的な権力／法的次元において制限される実在の存在としての君主の国家権力を区別していたが、カレ・ド・マルベールはこれを混同し、国家を、それを構成する機関のシステムへと吸収させた¹⁴²。

こうして、君主政を前提とした自己拘束によって国家性を基礎づける議論に対して、カレ・ド・マルベールの自己拘束の概念は異なるものとなる。君主政に代えて自己組織原理をもって国家性が規定され、構成国憲法についての自律権・自己組織権は、上位の方次元から下達されるものではなくなる。そして、国家権力とその極大化した姿である主権は、「自己制限する権力」として定義されることになるが、この「自己制限」は王権由来の鎖から解き放たれ、法秩序それ自体に内在する権力の属性となった¹⁴³。

カレ・ド・マルベールが連邦論の自己拘束を核とした国家権力概念君主の意思による制限ではなく、法システムそれ自体の属性としての制限として理解される。権力行使の制限は、権力主体の意思の「選択の結果」ではなく、主権という法システムが権力行使の制度化を定めることの帰結として起こる、「必然の結果」である¹⁴⁴。主権を有する連邦国家は、しかし、手続的規範の側面、とりわけ憲法改正手続の中においてのみ、主権性を表示できるのであって、連邦国家は最高者（最強者）ではない。また、この改憲手続の中に構成国が参加できることは、構成国が自律的に存在し、始原的な固有権を行使可能であることを保障するものである。

しかし、このような主権・国家権力概念についての論理操作は、それらの概念に理論的

¹⁴⁰ *Contribution, t. I, p.160.*

¹⁴¹ MAULIN, 前掲注 128, p.53 において、モランは、国家の性質の核心を「支配権の中に見出した点、およびこれをもって国家権力を再定位した点において、カレ・ド・マルベールにはラーバントの学説の影響がみられるとしている。また、両者いずれも、構成国権力を導出されたものでなく、固有のものとしてとらえ、かつ、この権力を歴史的権利ではなく法の次元における権利ととらえた点でも共通するという。

¹⁴² MAULIN, *supra* note 128, p.54. なお、モランはこのような収斂の試みが不完全なものに終わったと指摘している。

¹⁴³ MAULIN, *supra* note 128, p.79.

¹⁴⁴ MAULIN, *supra* note 128, p.57.

に大きな変更を加えてしまう可能性があり、その点について批判を受ける可能性がある。すなわち、自己拘束を中核とする国家権力概念は、主権的でありながらも全権性・最高性を有しない政治体を説明するために、カレ・ド・マルベールが予防線として張った、「消極的意味での主権」の作用である。主権を有する中央国家権力が、構成国にのみしかかる可能性と、部分的な自治を有する構成国を両立するために、カレ・ド・マルベールは主権を有する権力の意味を、「自己制限化された権力」として極小化してしまう¹⁴⁵。しかし、このような主権の意味・範囲の極小化は、主権の性質としての「権限の権限（自己がいかなる権限を持つかを自身で決定する権限）」を排除してしまうことになる。また、外在的な主権の制限ではなく、自己制限という形での主権制限は、事実のレベルでの主権の全権性を否定せず、かつ連邦憲法が主権を有しない構成国の存在を保証するという両立的構図を可能にするが、同時に意思による制限ではなく権力内に制度化された必然的な制限として、実定法秩序内に内在化された存在である以上、カレ・ド・マルベールにおいて、主権はもはや神聖かつ鋭利な既得権的権力としての原初の姿を喪失してしまっているのである¹⁴⁶。このようなモランの指摘を考慮すると、主権概念に対する論理操作がどこまで許されるのか、その限界問題が浮かび上がってくることになるが、この点は置いておき、カレ・ド・マルベール連邦論の全体像を把握することに努めることとする。

カレ・ド・マルベールにおける連邦国家像は、以下のようにまとめることができる。連邦国家における構成国は、「自身の固有の権能を自由に決定する能力を有する」がゆえに、主権を有しないが、国家性を備えている。これに対して、連邦国家は、「固有の権限を際限なく拡張する能力を有する」がゆえに、主権を有するのである¹⁴⁷。

カレ・ド・マルベールの国家権力概念を用いて、単一国家と連邦国家を読み解くとき、連邦国家の特殊性が鮮明に浮かびあがる。単一国家においては、国家権力を有する団体は国家それ自体のみであり、国家権力と主権は混同されるが、それでも問題は生じない。しかし、連邦国家においては国家と構成国それぞれが国家権力を有するため、国家権力と主権の混同を許さず、両者の差異を明確化する必要性が生まれる。連邦国家を扱うことによって初めて「主権と国家権力の区別」という論点が可視化されるのである。カレ・ド・マルベールが国家論において連邦国家を題材にする理由はここにあり、むしろ国家論の前提として連邦論を扱ったといえる。このようなカレ・ド・マルベールの問題意識からすれば、彼の「国家連合と連邦国家の区別」の扱いが比較的簡易であるのも理解できよう。

さらに、カレ・ド・マルベールとル・フェールとル・フェールの議論を比較しつつ若干の整理を加えておく。両者がともに取り組み、結論において分かれた論点は、連邦国家の構成国の国家性の問題であった。ル・フェールにおいて、連邦国家の構成国は国家ではありえなかったが、カレ・ド・マルベールにおいては、それは国家に他ならなかった。その

¹⁴⁵ *Contribution*, t. I, p161-162.

¹⁴⁶ MAULIN, *supra* note 128,, p.77-79.

¹⁴⁷ Olivier BEAUD, 《La souveraineté dans la 《Contribution à la Théorie générale de l'État》 de Carré De Maléberg》, *RDP*, 1994, p.1258.

憲法学と国家理論

連邦論・国家論・法秩序論における一元性と多元性

結論の差異は、カレ・ド・マルベールが主権と国家権力を区別したことに由来する。カレ・ド・マルベールは、単一国家においては現れない、「国家権力の強度の差異」を用いて主権とそうでないものを区別したが、ル・フェールは主権に対して本質的に制限をかけることはあっても、その強弱を想定することはなかった。両者の差異は、連邦国家を扱った場合にしか現れない、主権の定義の差異であったともいえる¹⁴⁸。

両者の議論を俯瞰すると、連邦論においてのみ顕在化する主権・国家定義の問題が浮き彫りになっていることがわかる。両者において論理操作のあり方や根源的な関心は異なるけれども、国家、政治体が結合・統合していく場合に生じてくる問題として、主権概念・国家と呼べる政治体の限界の問題や、統合という連邦創設の場面を法的にいかにして構成し把握するかという問題を認識し、諸概念の再定義・理論操作によってこれに対応していた。このような連邦論においてのみ可視化される問いと解答のいとなみからは、単一国家フランスにおける古典的な連邦論が、単一国家である自身の理論的・法的アイデンティティを強く意識しつつ、議論を展開していったことがうかがえる。

第4節 政治体結合のモチーフと理論形成

前々節、前節において、ル・フェール、カレ・ド・マルベールの連邦論を前提としたうえで、本章の最後に、連邦論の思考枠組を前提とし理論研究の試みを提示しておこう。ここまでの連邦論によって明らかになったのは、通常、単一国家の学術的環境下で意識される国家論の概念、すなわち主権、国家権力の定義・要件に、新たな検討の余地が生じるということである。ここで、このような連邦論特有の思考様式を総称して「政治体結合のモチーフ」と呼ぶこととする。

次章では、この政治体結合のモチーフをさらに深化させるためにオリヴィエ・ボーの連邦論を扱うことになるが、その行程へ移る前に、このモチーフの国家論における効用の一例を提示することで、連邦論と主権論・国家論とのつながりの一端を示し、またこのモチーフが新たな憲法論の手がかりとなることを示したい。憲法学の思考様式が近代主権国家の強固なイメージに独占されている状態を緩和する政治体結合のモチーフをもとに、日本の代表的な国家論、とりわけ大々的に展開されてきた主権論を再検討すること、すなわち、主権論再訪の試みによって行われる。

¹⁴⁸ 本項では、カレ・ド・マルベールの主権概念は、国家権力の概念との比較において、すなわち強度の差という尺度のもとにおいてのみ、扱っている。カレ・ド・マルベールとル・フェールの議論構造の差異が、究極的には主権の定義にあるとの仮説を立てるのであれば、両者の主権の定義を取り出して詳細に比較検討する作業が必要となるが、本稿の目的から逸れるため、これは行わない。国家論における主権の定義の差異が、「用意していた道具の差異」として結論の分岐に大きく影響する可能性があることは、小島慎司「主権を欠いた政治体について——オリヴィエ・ボーの連邦論を読む——」、『国家学会雑誌』、第11・12号、2003、192頁が指摘するとおりである。

では、この再訪の対象に、いかなる主権論を選択するか。本稿ではひとまず、杉原泰雄の人民主権論を対象に据える。第一に、憲法制定権力論についての杉原と芦部信喜との論争を扱う。なぜなら、憲法制定権力論の問題を政治体結合のモチーフを通じて観察した時、そこには「連邦創設以前」についての構想が典型的に立ち現われていることがわかるからである。第二に、杉原のパリ・コミュニオン読解を扱う。その理由としては、人民主権論が国家内部の権力の帰属・分配をその対象と自認しながらも、後に見るように政治体結合のモチーフと交差し、対峙せざるを得ない場面が浮き彫りになることが挙げられる。本稿が杉原の主権論を扱うのは、この二つの論点の検討が本項の目的にとって有効であると思われるからである¹⁴⁹。

1. 憲法制定権力論と政治体結合のモチーフ

憲法制定権力論を検討する前に、杉原主権論の基本構造を簡単に整理しておこう。杉原の主権論・国家論に対する一体的関心は、主権論の本源的課題として「国家権力の国内における法的帰属」を明らかにすることであった。そのための方法として杉原は「憲法科学」の方法を実践する¹⁵⁰。具体的には、近代市民憲法という「現象」の観察結果としての「国民主権」原理を抽出すること、フランス 1793 年憲法における「人民主権」原理の経験の抽出、そして宮沢俊義の「イデオロギー批判」を方法論上継承し、「科学的」結論として国民主権と人民主権の原理的排他性を論証した。そして人民主権を解釈論の基礎とする「駆動力」としての歴史観を設定する。すなわち、歴史的必然をもって一定方向へ展開する社会を想定し、対応する憲法史の展開として君主主権から国民主権原理へ、そしてさらに到達点として人民主権原理へと、憲法原理が発展していくのだとする。また、この主権原理の進展に対応する形で代表制も展開し、純粹代表制から半代表制、半直接性を経て、命令委任的な制度を含む人民主権的代表的代表制へと至るとする。このように、歴史観を駆動力する主権原理と統治制度の展開・発展という一貫した体系性が、杉原による主権論・国家論の骨子である。

このような憲法理論の下では、現行の日本国憲法は「国民主権から人民主権に至る間の過渡的な性格」の憲法として理解されることになるが、実践的な統治理論としては、国民主権原理のもとにあっても、国民代表のあり方には弾力性があるために、現行憲法下でも人民主権的な制度を実現し、「権力の民主化」という究極目的の達成を目指すことができる。

杉原の批判対象となった芦部信喜の憲法制定権力論は、日本国憲法における憲法改正権を「制度化された制憲権」として構想するところにその核心がある。すなわち、憲法制定

¹⁴⁹ なお、政治体結合のモチーフによる再検討の対象は、本質的にはあらゆる主権論全体をその射程としうるものであって、理論的検討の余地は無限に近い。他の主権論に対する再訪の試みについては、他日を期したい。

¹⁵⁰ なお、「憲法科学」それ自体の正当性には立ち入らない。

権力は、実定憲法について法的な真空の状態から、始原的に憲法を想像する際に一度のみ発動し、そして一旦憲法秩序が完成されるとその法秩序内部においては永久に発動しない、いわば一回限りの発動のみ想定される概念であるが、芦部は実定憲法規範に憲法制定権力が内在化されるという理論をもって、この一回性に例外を設ける。すなわち、「国民の憲法制定権力の原理は、国民投票による憲法改正決定方式にもっとも純粋に具現される¹⁵¹⁾」のであり、「制憲権の発動とみなされる場面はきびしく限定されなければならないが、永久的凍結説もなお疑問が残る¹⁵²⁾」とするのである。

そしてこの憲法制定権力論において、国民主権原理における権力的契機と正当性の契機の融合と関わる。芦部が描いた憲法秩序の成立構造においては、始原的な存在としての制憲権は、憲法制定以降は、その全存在が憲法改正権（制度化された制憲権）に転化するわけではなく、同時に建前としての国民主権原理にも転化する。つまり、始原的な憲法制定権力は、具体的行使の可能性のある憲法改正権、すなわち「国家の政治的実在の様式を具体的に決定する権力¹⁵³⁾」と、抽象的原理としての国民主権の二つの形で、憲法規範に書き込まれることになる¹⁵⁴⁾。

次に、杉原による憲法制定権力論批判の論理構造を見てみよう¹⁵⁵⁾。杉原は、芦部説に対し、「通説に形式理論的な完結性を装わせる点においてはきわめて鋭い¹⁵⁶⁾」とし、その理論的完成度の高さと、国民主権の名において人民に制憲権を帰属させ、非民主的な政治的現実の克服をはかる芦部説の果たす機能を肯定的に評価する。

しかし杉原は、芦部が憲法制定権力を「憲法制定に先行する存在」として捉えていることについて批判を向ける。すなわち、憲法制定の基礎には、憲法に先行する自然人の憲法制定意思力が存在しているのだが、しかし、これは実定憲法秩序の外の存在であって、法的な概念ではないという。憲法制定「権」は、実定法上の「力」とは区別される歴史的社会的「力」であり、下位法を生み出すことを保障された上位法の力ではないのである。よって、杉原の立場からは、芦部説には実定法と超実定法の無差別な混同があり、法的な「力」の解釈に誤りがあるというのである。

したがって、芦部と杉原の憲法制定権力論における見解の相違は、憲法以前に存在する「憲法制定権力」は法的な概念であるかどうかという点に集約されることになる。この問題は、「憲法制定以前」という時間をどのように構想するのかに関わる。杉原は「憲法制定以前」を非法的な時間軸として構想しており、そこで発動する実定法上の「力」とは区別される歴史的社会的「力」は、法的に記述することは不可能であることになる。これに対

¹⁵¹⁾ 芦部信喜『憲法制定権力』、東大出版会、1983。

¹⁵²⁾ 芦部、前掲注 151、326 頁。

¹⁵³⁾ 芦部、前掲注 151、39 頁。

¹⁵⁴⁾ 高見勝利『芦部憲法学を読む』、有斐閣、2004、37 頁図 6、および 425 頁図 24。

¹⁵⁵⁾ 杉原泰雄『国民主権の研究』、岩波書店、1971、343-359 頁。

¹⁵⁶⁾ 杉原、前掲注 155、28 頁。引用箇所は宮沢俊義の憲法制定権力説に対する批判的評価の一部である。

して芦部説は「憲法制定以前」を法的な時間軸として構想するがゆえに、憲法制定という画期を挟んで、法的な力が実定法規範に転化するという論理構成が可能になるのである。

そして、「憲法制定以前」の時間の観念は、政治体結合のモチーフを念頭に置くことで、非常に重大な問題として立ち現われてくる。なぜなら、本稿におけるル・フェールの連邦創設論において論じられたように、連邦論においては「連邦憲法以前」と「以後」をいかに法的に把握するのかが、大きな問題として取り上げられるからである。

とりわけ、主権論の担い手の問題としては、「連邦国家を創設するする場合の連邦憲法の制定者としての人民とは、構成国人民と連邦人民のいずれであるのか」という問いが重要となる。実はこの問題は、ル・フェールにおける「契約と憲法」の問題と結合し、構成国人民とする説と連邦人民とする説のいずれをとっても法的に完全な説明とはならないジレンマを抱えている。まず、連邦憲法の制定者を構成国人民説と考えるならば、「単一不可分の人民によって憲法が制定される」という近代国家の前提が成立しないため、これによって形成されるのは連邦「国家」と呼びうるものではなくなる。すなわち、構成国人民説を前提とすれば、制定されるものの実態は憲法ではなく条約であることになってしまう。これに対して、連邦人民説では、単一不可分の連邦人民により連邦憲法が制定されると考えることになるが、この考え方は時間の問題が強固な壁として立ちはだかる。すなわち、「憲法制定以前」に存在しないはずの連邦人民は書き手になりえないはずであり、実定憲法外のもので実定憲法内のもので説明してしまうという循環が発生することになる。

ここで、連邦国家の「憲法以前」において交錯する権力と事実の問題点を整理してみよう。まず、「憲法以前」には構成国人民にしか存在しえないという法的事実がある。しかし、同時に連邦の場合は、構成国の実定法秩序がすでに存在するという法的事実が存在しており、まったくの法的真空から人民が一致結合して憲法を制定しているわけではない。このため、単一国家の国家創造の場面よりも、連邦創設における憲法制定前の法的状況は複雑であり、連邦論における始原的な憲法制定権力の「純粋な発動」の場面は、単一国家のそれよりも非常に生々しいイメージを伴って現れる。

もちろん、芦部・杉原のいずれの議論も、関心は実定憲法内部に向けられているのであって、「主権＝憲法制定権力」とするか否かに関わらず、主権の存在しない「憲法制定以前」の状態での生々しい憲法制定権力の発動を、法的に問題化する意識は希薄であろう。しかし、政治体結合のモチーフを通じて可視化されるのは、実定憲法内において「凍結」される前の、憲法制定権力が発動する時間軸の問題化の可能性である。そして、このような制憲権の発動する時間をめぐる問題は、EUにおける欧州憲法条約やリスボン条約の例をまっまでもなく、現代国際社会において国家が結合・統合していく現象において、必ず発生する状況である。よって、この「憲法制定以前」という時間を、既に成立した法秩序から、新たな法秩序、新たな政治体を想像する作用として、法的に問題化する可能性があるのである。政治体結合のモチーフを通して主権・憲法制定権力概念を検討するとき、伝統的議論によっては主題化されていない、新たな問題領域が現れてくるのである。

2. 杉原泰雄のパリ・コミューン読解と政治体結合のモチーフ

そもそも、杉原が単一国家であるフランスの理論をモチーフとして自説を形成していったがゆえに、政治体結合のモチーフを持ち出す以前に、杉原の主権論・主権論が連邦を議論の射程に含むかは、実は明確ではない。杉原は主権の三用法のうち対外的独立性／対内的至高性を示す用法を説明する際、この意味の主権の維持は、連邦国家においては困難であるとしており¹⁵⁷、連邦という存在と主権論が一定の意味で衝突することは杉原自身が指摘している。しかし同時に、杉原が主題化する人民主権は、国家権力の帰属を示す主権として提示され、この意味での主権ならば連邦国家においても把握可能であるように見える。そして、結局杉原が検討対象をフランスに限定したことで、少なくとも連邦国家は人民主権論から切断され、連邦国家の理論上の位置づけは曖昧化されてしまう。

だが、このような切断を行ったにもかかわらず、杉原は連邦のイメージからの逆襲を受けることになる。それが、杉原のパリ・コミューン解釈をめぐる議論である。

杉原はパリ・コミューンに対して、マルクスの「ついに発見された政治形態」の語句を引用しつつ、「人民主権を人民と社会主義のために歴史上はじめて実践に移したものの¹⁵⁸」として積極的評価を与える。パリ・コミューンは、後年の杉原の地方自治論において「充実した地方自治」の体制として参照されるのだが¹⁵⁹、ここで注目すべきは『人民主権の史的展開』における杉原のパリ・コミューン読解の中で、パリ・コミューンの目指したフランスが「国家連合」的結合体であったとする説に対して、杉原が批判を加えていることである。

既に述べたとおり、国家連合（*confédération*）とは主権国家の結合体として定義され、全体として一個の主権国家（連邦国家）を構成しない政治体である。そして国家連合はその特徴として連邦国家と比べ構成国の独立性と権限が強いとされ、その結果、構成国の脱退権・拒否権の留保、全体の意思決定における全員一致原理が法的性質として挙げられる場合もある。杉原も、パリ・コミューンの人民主権原理を読み解く中で、「求められている政治的統一は、「国家連合」的なコミューン連合とみえないわけでもない¹⁶⁰」としており、国家連合的な政治体としてパリ・コミューンを捉える可能性自体は認識していた。そして、「国家連合」のイメージが混入する場合、各コミューンが主権国家的存在となり、各コミューンの同意事項に関してのみ「連合」が成立するものということになる。この場合、通常国家連合の構成国が脱退権・拒否権を有しているのと同様に、コミューンの意思によつ

¹⁵⁷ 杉原、前掲注 155、43 頁。

¹⁵⁸ 杉原泰雄『人民主権の史的展開』、岩波書店、1987、405 頁。

¹⁵⁹ 杉原泰雄『民衆の国家思想』、日本評論社、1992、同『地方自治の憲法理論』、勁草書房、2002 など。

¹⁶⁰ 杉原、前掲注 158、399 頁。

て連合の破棄・修正が可能であり、「連合」の決定に対する各コミューンの拒否権・適用除外権も想定されることになる。多数派コミューンは少数派コミューンに対して意思決定を強制できず、自律的コミューンを構成要素とする統一フランスとは「国家連合」であって、もはや「国家」ではなくなってしまうのである。

杉原はこのような「国家連合」的な政治体としてのパリ・コミューン読解を、不適切であるとして退ける。国家連合説に対抗して杉原が提示する「パリ・コミューンの目指す統一国家フランス像」とは、「全国的レベルの「事務」をコミューンの完全な自治に委ねることを予定する統一国家」であり、また、「コミューンで処理できない全国的・全人的レベルの諸問題をコミューンと同一の権力原理つまり「人民主権」の原理によって中央政府が処理する統一国家」である¹⁶¹。この国家像においては、不可侵の地方自治領域と補完性原理が確保されており、後年の地方自治論の基礎となる構図であるが、ここで注意すべきは、批判対象となったこの国家連合説には出典が示されておらず、自説への仮想批判として杉原自身が想定したものと考えられることである。

では、なぜ仮想批判が必要となったのか。その解答は、同じく『人民主権の史的展開』において、杉原が井上すゞの人民主権論批判、すなわち「民衆的フェデラリズム」論¹⁶²への反論を行っている箇所求められる¹⁶³。

井上の杉原への批判の要点は、「セクション集会を最高権力とし、セクション連合における命令委任を中核とする人民主権論は、個別的意思を超える統一的意思を導きえない「民衆的フェデラリズム」を帰結するもので、既存の代表制・国家機構に対抗する原理にとどまり、それに取って代わることのできる権力原理ではない¹⁶⁴」という点にある。ここに、国家としての統一性・一元性を確保できないものという意味での「フェデラリズム」の語が登場することは示唆的である。

これに対して杉原は次のように反論する。井上のように「セクション集会を最高権力」とみる場合、セクション自体が一個の国家となり、人民主権原理に基づく国家＝国家連合であって、人民主権原理は統一国家の形成にたえない。だが、このような国家連合像のもとでは、セクション単位での人民が主権者となり、「人民が主権者であること＝人民の特定部分が主権者でないこと」という主権論の前提と矛盾してしまう。よって、井上の人民主権理解は自己矛盾をきたすことになるため適切ではなく、結局、ルソー以来の「一般意思を帰結する原理」としての人民主権理解が正当である。

そして、このように井上に対して再反論を行った結果、仮想批判としての「パリ・コミューン＝国家連合」論を想定する必要性が生じた。パリ・コミューンを「充実した地方自治・人民主権を実現した政治体」として理解しつつ、なおかつその政治体を主権国家であると

¹⁶¹ 杉原、前掲注 158、402 頁。

¹⁶² 井上すゞ『ジャコバン独裁の政治構造』、御茶の水書房、1972、70-80 頁、127-140 頁。

¹⁶³ 杉原、前掲注 158、54 - 65 頁。直接には、ヴァルレの「命令的委任論」が想定していた国家像の解釈をめぐる対立である。

¹⁶⁴ 杉原、前掲注 158、56 頁。

論証するために、「民衆的フェデラリズム」論によって提示される国家連合イメージを持ち込まれる訳にはいかなかったのである¹⁶⁵。

しかし、この仮想批判の重大な結果として、杉原の理解する人民主権原理と、国家連合的政治形態の矛盾衝突が定式化されてしまう。このことは、パリ・コミューンにおける「フランス人民に対する宣言」（1871年4月19日）の解釈に現れた。同宣言は、全コミューンの「契約にもとづく結合によって、フランスの一体性は確保される」とし、国家形成の手段としての「コミューン契約」という概念を提示しているが、この部分を見れば、パリ・コミューンのフランス像は、国家連合的性質の強いものとなる。だが「民衆的フェデラリズム」論を否定する杉原にとって、「コミューン契約」を字義通りに解釈する訳にはいかない。そこで杉原は、「統一国家を契約によって形成するということは、国家連合的コミューン連合となんら関連を持っていない」のであり「国家の性格やあり方」を「決めるのは契約の内容である」として、このコミューン契約を国家連合ではなく統一国家を形成する契約として理解する¹⁶⁶。よって、「人民主権」は、他の主権原理と同様に国家意思の形成と執行の原理として、国家の原理ではありえても、国家連合の原理ではありえない¹⁶⁷という。ここにおいて、人民主権論にもとづく「自治」と、政治体結合の形態としての「国家連合」が切断される。連邦論の前提として述べてきたように、日本・フランスを問わず、現代の地方自治論において、「連邦的技術」として政治体結合のモチーフが混入する場合があるのとは対照的に、杉原の主権論・地方自治論は、政治体結合のモチーフとの間に原理的衝突を抱えるものとして成立したのである。政治体結合と自治・分権を、多元性への統治上の対応として統一的に把握する現代的視点から見ると、杉原の地方自治論には、「国内／国外」の境界線をもって、多元性を分断したものといえる¹⁶⁸。

さらに、杉原が「契約（条約）によって国家を作ることが可能か」という命題を、比較的簡易に肯定している点は非常に重大である。というのも、政治体結合のモチーフから主権論を観察する本稿の関心からは、ル・フェールの議論において明らかになったように、「契約による国家創造が可能か否か」が、前述の連邦国家創設にかかわる重要論点であったこ

¹⁶⁵ より直接には、井上が杉原のパリ・コミューン読解についても、「統一的国家意思の形成方法」が明らかになっていないことを批判し、「まさにその点こそが問題」と指摘する（井上、前掲注 162、76 頁）。仮想批判としての「国家連合」論は、井上の指摘を意識したものであろう。

¹⁶⁶ 杉原、前掲注 158、402 頁。

¹⁶⁷ 杉原、前掲注 158、403 頁。

¹⁶⁸ この点、本稿の関心について、若干の注意を喚起しておきたい。筆者は第 1 章第 1 節 2 - (3) において、本項の関心の中心は地方自治論・分権論において現れる連邦を、国家結合の理論からは離れ、本筋からそれた「連邦」の現れ方として示した。にもかかわらず、ここで杉原とは対照的な、政治体結合のイメージを取り込んだ分権論を提示するのは、このように提示することで、国家論よりむしろ分権論に対し、何らかの示唆があるのではないかと考えるからである。たとえば、地方自治保障の法的性格を「固有権」と捉える説に対し、固有権概念を連邦国家の歴史的文脈の中に位置づけ、「単一国家の固有権説」の意味に注意を喚起する石川健治の立場がある（石川、前掲注 10、50 頁）。この点、本稿のように、政治体結合のモチーフが単一国家日本の学説形成においていかに取り入れられ、または除外されたか検討する視点に立つと、「日本の固有権説」の意義づけの再検討の可能性がありうると思われる。

とが否応なく想起されるからである。杉原はこの問題について、簡易に契約という法形式での国家創造を可能とする結論を出しているが、政治体結合のモチーフを通じて見れば、杉原の結論に首肯するわけにはいかなくなる。連邦国家の創設は、構成国の上位に立ち、より強力な意思決定の主体となる（全員一致ではなく多数決によって意志決定できる）連邦政府を創設することであって、構成国の水平的合意である契約によって、中央政府—構成国という垂直的関係を創出できるかは、連邦のみならず、国家・主権・契約・憲法等の法概念に関する重大問題のはずである。翻って、契約による国家創設を論点としない国家論には、なお論争的な問題が内在していることになる¹⁶⁹。

以上において、憲法制定権力論とパリ・コムニオン読解の2点について、杉原の主権論・国家論を政治体結合のモチーフを通じて再検討してきた。本稿の主権論再訪の結果として明らかにされたのは、強固な体系性を備えた一個の主権論・国家論がその学説形成・論理構築の過程において、一体どのような問題を回収し、そしてどのような問題領域を切り捨ててきたのかということである。国家論に政治体結合のモチーフを持ち込むことによって、既存の国家論からそぎ落とされた新たな問題領域を発掘することが可能になり、国家論についての理論研究がより発見的な試みとして、より有意義なものとなると考えられる。

¹⁶⁹ 前述した連邦的な地方自治論・分権論（注 168 参照）とは違い、契約と国家創設の問題における連邦は、「本筋」である国家結合・統合の連邦論の問題である。ここでは本筋の連邦論とそうでない連邦論が同時に政治体結合のモチーフとして読み込まれてしまっているが、読み込む連邦論が「本筋か否か」は、実は大きな問題である。ここでいう本筋の連邦論は、憲法創設の場面と憲法の書き手を焦点化する性質上、日本における憲法制定権力論、および主権凍結論と呼ばれるものと、基本的には適合的であろう。一方、地方分権論の中に読み込まれる連邦的な統治技術としての「連邦」は、「技術」という語から見ても主権論とは結びつきにくく、また、主権論と地方自治を結びつける学説の代表である杉原がまさにそうであるように、地方自治と主権論とともに権力分配の問題と捉える立場は、憲法制定以前を主たる問題領域とする憲法制定権力論・主権凍結論とは衝突する。政治体結合の理論としての本筋の連邦と、地方自治の文脈の中に回収された脇道の連邦は、主権論との接合を念頭に置く場合、完全に分岐していて再び交わるとは考えにくい。にもかかわらず、二通りの「連邦」を主権論の中に読み込んでしまう本稿の試みは、「国民主権か人民主権か」、「凍結するかしないか」といった、主権論の重大問題に対する姿勢の確定を留保した上でのみ成立するものであることは、留意されたい。

第2章 オリヴィエ・ボーの連邦論

本章の目的は、フランスの憲法学者オリヴィエ・ボー¹⁷⁰によって展開される連邦論に注目し、その議論の日本の憲法学にとっての意義を示すとともに、前章までに示した政治体結合のモチーフの更なる深化をはかる。

フランスの憲法学説史研究を牽引する位置にあるオリヴィエ・ボーは、主著 *La Puissance de l'État* において、独自の主権論・憲法制定権力論を展開し、日本でも「フランスにおける憲法制定権力論の復権」という文脈で、この議論が参照されることがあった。しかし、同書においては、主権論・憲法制定権力論の表裏一体となる形で、各所に連邦論の構想が示唆されており、同書はボー連邦論の嚆矢という裏の意義をも有している¹⁷¹。この時点でのボーの連邦に関する議論は、*Puissance de L'État* の中ではあくまで「マーストリヒト判決批判のための道具的概念として」必要な範囲で展開されるにとどまっていた。しかし、これ以降本格的に展開されていくボーの連邦論でも、ここでの議論はその内容の支柱をなすものとして保持され続けていた。ボーは自身の主権論を展開しながら、その裏側に連邦論を据えていたことは疑いないように思われる。ボーにおいて主権論と連邦論が表裏一体のものと考えられるとすれば、以降においてボーの連邦論を読み解くに際して、主権論、*Puissance de L'État* の参照が許され、あるいは要請されると考えられる。

その後、ボーは連邦を主題とした二つの論考、*Fédéralism et souveraineté* と *Pacte fédératif* において、連邦論の骨格を固める。前者においては主権論と連邦の相反性を、後者においては、連邦創設の法である「連邦契約」の概念を、それぞれ主題としているが、この二つの論考において既に、ボー連邦論の二つの構造上の特徴が現れている。第一に、「連邦契約」をはじめとする用語法への注視であり、ボーの連邦論は、伝統的に使用されてきた諸概念を再定義することによって展開される。第二に、いずれの論考も、「国家と連邦 (Fédération)

¹⁷⁰ オリヴィエ・ボー (Olivier BEAUD) は、パリ第二大学公法学教授。なお本文および脚注において、頻繁に参照するボーの著作・論考については、以下のような略称を用いて表記する。

・Olivier BEAUD, *La Puissance de l'État*, PUF 1994. : *Puissance de l'État*.

・Olivier BEAUD, 《Fédéralism et souveraineté Note pour une théorie constitutionnelle de la Fédération》, RDP, n° 1, 1998, p.83. : *Fédéralism et souveraineté*.

・Olivier BEAUD, 《La Notion de pacte fédératif—Contribution à une théorie constitutionnelle de la Fédération》, in Jean-François Kervégan et Heinz Mohnhaupt (sous la direction de) *Gesellschaftlich Freiheit und Vertragliche Bindung in Rechtsgeschicht und Philosophie*, Vittorio Klostermann Frankfurt am Main, 1999, p.197. : *Pacte fédératif*.

・Olivier BEAUD, *Théorie de la Fédération*, PUF, 2007. : *Théorie de la Fédération*.

¹⁷¹ *Puissance de L'État* に登場する「連邦 (Fédération)」に関する議論は、以下の四点に整理される。第一に、主権と連邦 (Fédération) が相反する性質を持つ (p.147)。第二に、連邦 (Fédération) を創設するものは、法的には「連邦契約」であり、その性質は国際法領域における憲法の創設、シュミットにおける「憲法契約」である (p.218)。第三に、連邦 (Fédération) は、国家 (État)、それも連邦国家 (État fédéral) と区別される (p.252-253)。第四に、欧州統合は連邦 (Fédération) の形成過程として捉えられる (p.471)。

の差異化」という問題意識によって貫かれていることである。

そして、このような特徴を有するボーの連邦論は、近時、連邦論を主題とする著書である *Théorie de la Fédération* へと結実するに至った。同書以前においては、統一的・体系的な「ボーの連邦論」自体が存在するのかという問題について解答しない限り、ボー連邦論を扱うことができない状況にあったが¹⁷²、現在はこの問題は解消されている。

本稿は、以上のようなボー連邦論の展開を踏まえながら、先行研究との比較の中で、ボーの連邦論の内容を読み解き、その体系的理解を図りつつ、「主権・国家の相対化に対応するための、新たな切り口としての連邦論」の探究にとっての意義を明らかにする。

第1節 新たな連邦の一般理論

前章において述べたとおり、ル・フェール、カレ・ド・マルベールの連邦論が分岐した点は、究極的に言えば、連邦国家の構成国の国家性の問題であった。ル・フェールにおいて、連邦国家の構成国は国家ではありえなかったが、カレ・ド・マルベールにおいては、それは国家に他ならなかった。その結論の差異は、カレ・ド・マルベールが主権と国家権力を区別したことに由来する。カレ・ド・マルベールは、単一国家においては現れない、「国家権力の強度の差異」を用いて主権と非主権的な国家権力を区別したが、ル・フェールは主権に対して本質的に制限をかけることはあっても、その強弱を想定することはなかった。両者の差異は、連邦国家を対象とした場合にのみ現れる、主権の定義の差異であるともいえる。

しかし、ここでもう一度、連邦論の一般的構造が「直線に目盛りをうつ」ものであったことを想起しよう。この観点からは、ル・フェール、カレ・ド・マルベールの両者ともに、国家連合と連邦国家の区別、連邦国家と単一国家の区別を行うことによって、直線上に二つの目盛りをうち、三つの領域を作りだしたことに変わりはない。

だが、ボーの連邦論の主たる内容は、この直線的構造、すなわち連邦論の伝統的構造に対する批判である。すなわち、ボーが提示する連邦論の最終的結論は、直線的構造から脱出し、新たな議論構造を示すことであり、ここにおいてル・フェール、カレ・ド・マルベールをはじめ、ボーにとっての先行研究とは一線を画すことになる。

1. 直線的構造への批判① 連邦論における「主権」の焦点化

¹⁷² *Théorie de la Fédération* よりも前の時点におけるボーの論考を用いて「ボーの連邦論」を検討対象としたものとして、小島、前掲注 148、116-207 頁がある。同 193 頁において、小島は、それまでのボーの論考から、「ボー連邦論の研究が可能だと判断している」との認識を示すところから始めている。

ボーが伝統的連邦論を批判するのは、連邦と名のつく政治体の属性として、主権が語られているところにある。ル・フェール、カレ・ド・マルベール双方において、国家連合・連邦国家・単一国家の三者を区別するために、主権が大きな役割を果たしていること自体が、ここでのボーの批判対象となる。

まず認識しておかなければならないのは、ボーは主権論自体を批判する立場に立っているわけではないことである。むしろボーは主著 *Puissance de L'État* において、ジャン・ボダンを柱とする古典読解を通じて、主権概念の射程を慎重に考察する主権論を提示している。連邦論におけるボーの主権排除の主張の核心は、むしろ主権の語が示す内容の射程を厳格にとらえるからこそ、この概念の連邦論での使用に否定的になるという点になる。

では、なぜ連邦論において、主権の使用が否定されるのか。その理由は、ボーの主権論の時点で端的に示されている。ボーは主権の性質としての不可分性を説明する際に、これに反するものとして、連邦 (*Fédération*) を挙げている¹⁷³。

「連邦 (*Fédération*) は、主権の実質的分割、すなわち、公権力の実質的分割を前提とする。連邦 (*Fédération*) は、したがって、その構成要素のうち一つの (連邦または構成国の) 至高性という理念とは、本質的に矛盾する。¹⁷⁴」

この時点で既に、ボーにおいて単一国家と連邦の対照性が強調されていることがわかる。単一国家における権力分立が、公権力が併存する諸権力主体に共同的に帰属する状態であるのに対して、連邦は、公権力がそれぞれ異なる権力主体に (すなわち、一方で連邦に、他方で連邦を構成する団体、構成国に) 帰属する状態であり、連邦と構成国のいずれも、「一にして不可分の主権」を持ちえないのである。ボーは、ルソーの『社会契約論』第二編1章および2章において展開された、主権の譲渡不可能性と不可分性の議論¹⁷⁵を、このような連邦と単一国家のアンチノミーを予定したものとして読み解く。また、ボーは連邦国家 (*État fédéral*) と連邦 (*Fédération*) の語を併用し、以下のように記述している。

¹⁷³ ボーは、連邦と同時に、分権理論の基礎となる「補完性の原理」も、主権の不可分性と原理的に反発するものとして捉えている。

¹⁷⁴ *Puissance de L'État*, p.147. この引用部分は、(とりわけ日本語訳において)「連邦 (*Fédération*)」の語が三度も登場するため煩雑な印象を受けるが、「連邦」が二つの意味で使い分けられていることに注意が必要である。引用部分一文目および二文目冒頭に登場する「連邦」は、外部あるいは第三者 (第三国) から見た「総体としての連邦」を指している。これに対して、二文目後半に登場する「連邦」は、単一国家における中央政府と地方公共団体の関係と類似する、「構成国と向かい合う、中央としての連邦」を指しており、引用部分からもわかるとおり、第一の意味の「連邦」の構成要素である。なお、ボーは *Puissance de L'État, La Notion de pacte fédératif, Fédéralisme et souveraineté* の時点では、この二つの意味の「連邦」を表記において厳密に区別しないため、それらからの引用については、この二つの意味の使い分けが読み取れる場合でも、一律に「連邦 (*Fédération*)」と表記している。もっとも、*Pacte fédératif*, p.108 において、「狭義の連邦」という表現が使用されており、二つの意味の「連邦」が存在すること自体は、既に想定されている。後にボーは、*Théorie de la Fédération* において、この二つの意味の区別を明確化させる。

¹⁷⁵ ルソー著、桑原武夫・前川貞二郎訳『社会契約論』、岩波書店、1954、42-46頁。

「連邦 (Fédération) が連邦国家 (État fédéral) へと随したならば、そのとき、主権の留保は連邦国家の利益となり、構成国を犠牲とする。¹⁷⁶⁾

この短い表現に、とりわけ、「随した」、「犠牲」という語の選択に、連邦 (Fédération) と連邦国家 (État fédéral) の差異化が現出している。ボーにおいて、通常「連邦国家」と呼ばれるものと「連邦」と表現されるものとの間には、大きな性質的隔りがあることになる。

以後本格的に展開されるボーの連邦論では、この主権と連邦のアンチノミーが、一つの柱として扱われる¹⁷⁷⁾。ボーはさらに、主権の不可分性に加え、主権の公権力としての側面、および人民主権としての側面を取り上げて、それらにおいても主権と連邦の衝突が起こることを示している。

第一に、公権力としての主権概念と連邦の衝突とは何か。主権国家の主権は政治的権力として、また単一不可分な存在として定義される点では、ボーも通常の主権論も同じである¹⁷⁸⁾。ボダンのいう主権的な権力の意味は、実定法創出の最終的根拠であるという点に帰着する。ボーは、この主権的な権力が、「連邦の憲法」において成立可能かという問いを立てる。

実際のところ、不可分性を主権の属性とみなす限り、「国家の主権は、国家それ自体の領域内における介入に対して、いかなる制限にも服さない」という全権性 (omnicompétence) の原理を読みこむことは不可避である。しかし、連邦 (Fédération) はこの全権性の原理と衝突する。

「外部から見れば、連邦 (Fédération) は国際法の規範的主体であるように見える。しかし、内部的には、連邦 (Fédération) は、その全領域に対して支配力を及ぼす最高の権力を欠いている。そのような権力は、連邦 (Fédération) が尊重しなければならない構成国を傷害するものである以上、存在しえない。¹⁷⁹⁾

「連邦 (Fédération) は、その性質上、その構成要素の一つ (連邦 (Fédération) あるいは構成国) の至高性という理念とは、衝突する。主権が、権力の不可分性を必然的に含むものと理解されるならば、この二つの構成要素のいずれも、真に主権的にはなりえない。¹⁸⁰⁾

このように主権の不可分性と連邦 (Fédération) が相容れないと理解するボーは、カレ・

¹⁷⁶⁾ *Puissance de L'État*, p.147.

¹⁷⁷⁾ 「Fédéralism et souveraineté (連邦主義と主権)」という論文の表題が、このことを象徴している。

¹⁷⁸⁾ *Puissance de L'État*, p.138.

¹⁷⁹⁾ *Fédéralism et souveraineté*, p.105.

¹⁸⁰⁾ *Fédéralism et souveraineté*, p.106.

ド・マルベールが連邦を「連邦国家」とみなしたことに始まり、中央としての連邦（*Fédération*）に、無傷の主権が留保され、これを正当化するために構成国の主権を否認する公法学の伝統的な構図について、結局のところ主権を歪め、連邦の理念への害悪であったと否定的に評価する¹⁸¹。

また同時に、主権概念と連邦（*Fédération*）が衝突するという理解を前提に、ボーは、なお「連邦的な憲法（*constitution fédératif*）」とは何かを問う。連邦（*Fédération*）が政治体である以上、「政治体あるいは公的秩序の根本原理」を定める「広義の憲法」は、連邦（*Fédération*）にとっても必須である。しかし、この連邦（*Fédération*）の憲法は、国家の憲法とは全く性質が異なる。連邦の憲法に書き込まれる規範的内容として、次のものがある。まず、その対象が連邦の構造のみならず、連邦と構成国の関係に及ぶ。すなわち、一つの主体の内部において、権力の対象が分割され、複数の国家機関間の権限分配のみならず異なる二つの主体間（連邦と構成国間）の権限分配¹⁸²が書き込まれている。連邦における権力は、主体において複数である点において国家権力と区別され、この複数性を反映する連邦の憲法の特徴として、複数の主体に対応する権限配分が書き込まれる。

この特有の権限配分の存在を前提にして連邦の憲法を見た場合、「中央による主権の留保」という憲法原理はもはや想定しえない¹⁸³。連邦（*Fédération*）は、その権力の複数性故に、国家における憲法の伝統が通用しないのである¹⁸⁴。連邦の憲法とは、権力の主体の複数性を反映した、「単一の主権の禁止¹⁸⁵」という憲法原理を含むものとして捉えられる。

第二に、人民主権の原理と連邦の衝突とは何か。ボーはアメリカの連邦史を題材として、連邦（*Fédération*）と人民主権原理が矛盾することを示す。南北戦争以後、連邦国家の結束と統一性を固めるための論理として、連邦制と人民主権を一致させる「国民的フェデラリズム¹⁸⁶」が要請される。これは、各州は一方向的に連邦憲法の強制に服するが、連邦憲法はアメリカ人民によって制定されたものであつて、憲法の書き手であるアメリカ人民の存在こそが、各州に対する強制を正当化するというものであり、この点で、連邦と人民主権およびデモクラシーが一致する。アメリカの例は、一見、連邦（*Fédération*）と人民主権概念が両立可能であると示すように見える。

しかし、ボーは「国民的フェデラリズム」を連邦（*Fédération*）と人民主権原理が矛盾しないことを立証するものとは考えない。アメリカにおいて人民主権が正当化されるのは、

¹⁸¹ *Fédéralism et souveraineté*, p.93.

¹⁸² Denis BARANGER, *Le Droit constitutionnel*, PUF, 2011, p.54 は、「非集権化（*décentralisation*）」と「地方分権化（*décentralisation*）」を区別し、「非集権化」が単一の法人格の中での権限分配を示すものであるのに対して、「地方分権化」は複数の主体間のそれであるとする。

¹⁸³ *Fédéralism et souveraineté*, p.107.

¹⁸⁴ Olivier BEAUD, 《Conceptions of The State》, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, edited by Michel Rosenfeld and András Sajó, Oxford, 2012, p.276-277.

¹⁸⁵ *Fédéralism et souveraineté*, p.110.

¹⁸⁶ *Fédéralism et souveraineté*, p.116.

人民主権が、中央としての連邦と構成国の間に横たわる、「二重主権」、「主権の分有」といった論理では解決できない、連邦の不安定性と州間の衝突を解決する奇跡の方法だからである。「人民」は多くの書き手によって、連邦の主権についての難問を解決する、「連邦」、「構成国」に続く「第三の存在」として提示されてきた。しかし、ボーの批判はまさに、このような人民主権の利便性に向けられる。ボーは、人民主権と連邦の融合によっては、二つの次元で連邦（*Fédération*）の現実を正しく捉えられないとする。

第一の次元は、技術的次元¹⁸⁷である。国民国家の理念とは単一の国民を想定することと表裏一体だが、この想定は連邦（*Fédération*）とは両立不可能である¹⁸⁸。人民主権と連邦の融合は、連邦に国家のロジック（正当性と権限を直接結びつける政治体）を持ち込むことになる。単一の人民の想定は、連邦（*Fédération*）の二重性（二つの人民から構成される）を隠し、単一国家のそれへ還元してしまう危険がある。

第二に、より法的な次元において誤解を招く。「国民的フェデラリズム」は、人民を最終的な正当性の根拠、いわば裁定者として位置づける。連邦でも構成国でもないこの「人民」は、まさに外在的な第三者である。だが同時に、この人民は「連邦人民」にほかならず、中央としての連邦を表象するものであり、そうだとすれば、人民は、もはや調停者としての公正性を担保しえず、第三者ではいられない。この論理矛盾から逃れるには、中央としての連邦でも構成国でもない第三の機関、つまり中央としての連邦と構成国を包摂した全体者としての「広義の連邦」を想定せざるを得ない。この三部構造は、現実の連邦（*Fédération*）の二部構造と、直感的に反する。

単一国家においては、主権の単一性と市民の単一性が一致するが、連邦（*Fédération*）においては、市民は連邦人民と構成国人民の二通り観念できる。これは公権力の二重性の反映に他ならない。いかなる構成国人民よりも高次に位置する連邦人民のヒエラルキー構造の想定は、いわば、連邦の本質に対して誤解を招くのである¹⁸⁹。

なおこの批判は、ボーが民主主義の理念と連邦（*Fédération*）の矛盾を主張していることを意味しない。人民主権と連邦（*Fédération*）に関するボーの結論は、国民国家的な民主主義ではなく、連邦（*Fédération*）のための「市民の二重性を受容しうる民主主義を追求すべきである¹⁹⁰」という点にある。したがって、これらのボーによる主権と連邦の概念的矛盾の議論は、主権概念の射程を消極的に定義する、裏返しの主権論であると同時に、連邦論のための憲法理論の創出に向けての準備段階と位置づけることができる。したがって、ボーの主権批判の連邦論の行き着く先は、連邦論における主権の消滅である。

¹⁸⁷ *Fédéralism et souveraineté*, p.120.

¹⁸⁸ カレ・ド・マルベールも、*Contribution, t. I*, p.145.において、単一の人民が、二重に、対抗的あるいは共同的行使される二つの権力を組織することは不可能であることを述べ、国家論の側から、すなわちボーとは逆の方向から、既にこの点を指摘していた。

¹⁸⁹ *Fédéralism et souveraineté*, p.121.

¹⁹⁰ *Fédéralism et souveraineté*, p.122.

2. 直線的構造への批判② 国家連合と連邦国家の区別の弊害

主権と連邦（*Fédération*）の両立不可能性を確認した後、ボーは、ル・フェールを起点とする「国家連合（*Confédération*）と連邦国家（*État fédéral*）の区別」を批判する。フランスにおけるこの区別はル・フェールがフランスに導入し、カレ・ド・マルベールも大筋において同意し継承したもので、その後約1世紀にわたり、その論理構造にドラスティックな変化は生じていない。しかし、ボーの議論の最大の独自性は、100年以上続くこの区別の系譜そのものを批判する点である。

国家連合と連邦国家を対置する従来理論は、根本的に法的実践にもとる。従来理論に従えば、国家連合は連邦国家に比べて、中央の強制力が脆弱なものとなる。とりわけ、立法と執行の面で国家連合の弱さが強調される。国家連合が中央機関において立法を行っても、連邦国家の所属民に対する執行は構成国に依存し、国家連合は直接執行できない。よって、国家連合の中央組織の所属民に対する間接性が想定され、立法権は存在しても、執行権は存在しない、あるいは国家連合の中央機関の産物である法は不完全なものであると考えられることがある。だがボーにとってこの見方は、あまりに現実とかけ離れたものである。国家連合の議会による立法は、歴史上、無数に執行されてきた。ル・フェールが既に指摘していたように、「国家連合における中央権力によって採択される法が、常に強制力を欠いたものとは限らず、各構成国による執行を必要とせず、発布の時点からそれ自体完全性を備える場合もある¹⁹¹」との認識は、ボーにおいても共有されている。ル・フェールがこの認識をもとに行ったのは、国家連合と連邦国家の区別の標識という論点からの、国家連合の執行権や立法権の弱体という性質の排除であった。それでもル・フェールは、国家連合の法的性質としては中央組織の弱体を承認している¹⁹²。しかし、ボーはこの点を、さらに国家連合の積極的な性質へと読み替える。すなわち、ル・フェールのいう「完全な立法、執行力」を備えた国家連合は、もはやカレ・ド・マルベール（およびその根源にあるラーバント）にいう国家による「社会（*société*）」関係ではなく、むしろ「共同体（*corporation*）」として理解されるべきではないか¹⁹³。同様のことは、実は連邦国家の分析でも発生する。二分法に固執する伝統理論は、連邦国家において中央が唯一の主権を持つことを支持するために、構成国の権限を低く見積もりがちになる¹⁹⁴。ここに、ボーは古典学説の内在的な矛盾を読み取り、ル・フェールまで含む伝統的理論への批判として提示する。結局、国家連合と連邦国家の二分法に従う限り、国家連合の弱さ、または連邦国家の

¹⁹¹ *État fédéral et Confédération d' États*, p.509.

¹⁹² *État fédéral et Confédération d' États*, p.530-531. 国家連合と連邦国家を隔てる標識を「主権の所在」へと統一したル・フェールは、このような中央組織の弱体も、主権が構成国にないことの結果として捉えている。

¹⁹³ *Théorie de la Fédération*, p.85.

¹⁹⁴ *Fédéralism et souveraineté*, p.93.

強さが、不当に強調されてしまうというのである。

二分法を前提とする伝統理論の不都合を総合して見たとき、もっとも重大な伝統理論の欠点は、加入・脱退といった、政治体の変化の法的・政治的意味を正しく評価できないことであるという。国家連合にある国家が加入する場合、伝統理論からみると、この加入は単なる条約の批准の結果に過ぎず、構成国の主権について何ら変更を及ぼさない¹⁹⁵ため、国家連合への参加行為の意味は低く見られる。これに対して連邦国家にある国家が加入する場合、構成国への変化は主権の喪失を意味し、これを論理的に説明することには困難が付きまとうため、その意味が一気に重大化してしまう。

また、脱退の場合の問題点は、歴史的な実例によって示される。構成国の脱退権につき、伝統理論では国家連合の構成国の脱退権行使は「条約の破棄であって、支配権力への反乱ではない¹⁹⁶」として合法とされる一方、連邦国家の構成国の脱退権行使は、単一国家の地方公共団体の離脱が否定されるのと同様に、違法とされる。例えば南北戦争は、連邦国家における構成国の脱退権の不在を看過したという点で「誤った理解」を論理的基礎とした違法な行為であり、その試みが頓挫するのは理論的必然であったことになる¹⁹⁷。

しかし、ポーから見て、この議論には歴史上いくらでも反例が存在した。最たるものは1815年の同盟規約下のスイスである。同規約は、法的にはまさに国際法上の「条約」にすぎず、カントン主権が標榜され、改正には全カントンの承認が必要となるなど、ヘルベティア共和国憲法以降のフランス憲法の影響を払拭した、カントン中心の同盟への「行き過ぎた復古¹⁹⁸」とすら称されるものであった。この時期のスイスは、伝統理論から見れば典型的な「国家連合」であることは疑いようがなく、その構成国である各カントンにも、当然ながら脱退権が存在するはずであったが、現実には、カントン独立の例は存在せず、むしろ連合の議会は、同盟の分裂を阻止しカントンの離脱を禁止する方向へ進み¹⁹⁹、とうとう実力による分離を試みるカントンに対する武力を行使すら可能になった²⁰⁰。

ポーにとって、構成国の創設、加入、脱退といった事態において存在するのは、連邦国家であろうと国家連合であろうといずれも、総体としての「連邦的な政治体（Union

¹⁹⁵ *Fédéralism et souveraineté*, p.92.

¹⁹⁶ 『一般国家学』、619頁。

¹⁹⁷ もちろん、現実として、このような南北戦争の説明は、戦争の結果を当事者以外の立場から後付けで正当化する性質のものである。ここではあくまで、理論と現実を整合させる例として提示される。

¹⁹⁸ 美根慶樹『スイス 歴史が生んだ異色の憲法』、ミネルヴァ書房、2003、88頁。

¹⁹⁹ 背景には、硬化した全員一致原理に基づく対外的対応の柔軟性が失われたことへの批判や、保守的なカントン主権に対する反動としての自由主義運動が存在していた（美根、前掲注198、90頁）。スイスの場合は1815年の連合規約復活から30余年という短い期間で1848年連邦憲法制定まで到達した。事実としてはカントンの集合と分散を長期にわたって経験しながら、法的な国家連合状態が比較的短期間で終了したスイスの歴史上には、本文の脱退権の例や法執行の例など、ポーのいう「伝統理論によっては説明しえない反例」が、多く含まれていると考えられる。

²⁰⁰ スイス1847年7月20日法令。

fédérative) ²⁰¹」の変容であり、非常に重大な現象である。そして同時に、この変容を構成国側から見たとき、加入国が構成国に変化しようと、その政治的な同一性は将来においても変質しない²⁰²し、逆に脱退の場合も、構成国でなくなろうと元から保持されていた政治的なアイデンティティが消失することはない。このように、連邦創設や加入の複雑な性質（ある面においては重大であり、他の面においては重大でない場合もある）を、連邦的な事象として認識するボーからみれば、国家連合と連邦国家の間で加入、創設、脱退の法的な重大性に大きく差が出てしまう伝統理論は、批判対象となるのである。

3. 連邦論の構造転換：単一直線構造から二直線構造へ

これまでの先行研究批判を基礎として、ボーは連邦的な政治体を連邦（*Fédération*）の概念へ一元化することを提示する。まず、二つの先行研究批判に対応して、ボーの提示する連邦には、以下の二つの性質が付与されている。

第一の批判に対応して、主権と連邦は両立しえないことになる。このことの帰結として、連邦の分析には主権を用いてはならない。よって、連邦は「主権を欠いた政治体」として提示される。そして、「主権を有する政治体」とは国家であるから、連邦は国家と対置され、「主権によって特徴づけられる国家とは、本質的に異なるもの²⁰³」として理解される存在である。ここで、主権について、ボーと伝統理論との間の決定的な差異が表れる。主権は、伝統理論においては「国家連合と連邦国家の区別」の標識であり、しかもそれは「主権が構成国にあるか、それとも中央機関にあるか」という構図、すなわち「主権の所在」を問う構図において、標識として機能する。これに対し、ボーにおける主権は「国家には主権が存在するが、連邦に主権は存在しない」という構図、すなわち「主権の有無」を問う構図において、連邦と国家の区別のための標識として機能する。従来の連邦論では、主権は必ず存在するものとして、その所在を問うことしかできなかったが、ボーの連邦論において初めて、主権の「有無」を問うことができる。

第二の批判に対応して、フェデラリズムの一体性を反映し、連邦は「フェデラリズムを現実化した政治体」を意味する一般概念として構想される。連邦の中に、国家連合、連邦国家といった下位の区分は、ひとまず想定されない。

ボーが行う試みは、この二つの性質を基礎として、「連邦」の語を再定義することである。「連邦国家」や「分権化された単一国家」といった類型化の前提には、「国家」の概念の中核が考察され、結晶化されている事実が存在する。あたかも、近代以降「国家」概念の中

²⁰¹ *Fédéralism et souveraineté*, p.92.

²⁰² *Théorie de la Fédération*, p.204-205. 同時に、連邦契約によって、この政治的なアイデンティティが将来にわたって保障される点において、連邦構成国と、フランス公法における地方公共団体（純粋に行政上の団体に過ぎない）が区別されることになる。

²⁰³ *Fédéralism et souveraineté*, p.122.

核が長きにわたって考察されてきたことと同様に、国家と対置される存在 *Fédération* について、その中核的内容の考察がなされなければならない²⁰⁴。本稿がこれまで、連邦を単なる「連邦」と表記する以外に、「連邦 (*Fédération*)」と仏語を併記して示している場合があるのは、ポーにおける連邦の語が一般に言うそれよりも限定されたものであることを示すためである。

そこで、これ以降本稿では、ポーが再定義する連邦を、特に限定されない「連邦」とは区別して、ポー独自の概念として、「フェデラシオン」と片仮名で表記する。これは、ポーの議論の独自性を明確化するための本稿独自の表記であり、ポー自身が特別な表記を用いているわけではない。ポー自身は、自身の連邦論を、「新たな事柄を記述するために新たな語を導入するのではなく、むしろ、連邦の問題の伝統的な扱い方に反対する²⁰⁵」ものと位置付ける。すなわち、*Fédération* の語自体には手を加えず、この語についての扱い方を問題とするものである。この点をとらえて、本稿ではポーの言う「連邦」それ自体を彼の連邦論の鍵概念とみなし、表記上差異化するが、このことは筆者独自の目的のもとに行っており、ポー自身の意図とは距離があることを確認しておく²⁰⁶。

ここで、ポーが示す「フェデラシオン」を中核とする連邦論が、従来の直線構造の連邦論とは議論構造を異にすることを示したい。ポーのフェデラシオンは国家に対置される政治体であるがゆえに、従来の構成国の結合・統合の強度を示す直線上には乗ることはない。従来の直線が「事実的な結合体・同盟 (*union réelle, alliance*)」→「国家連合 (*Confédération*)」→「連邦国家 (*État fédéral*)」→「単一国家 (*État unitaire*)」の目盛りによって区分されるが、フェデラシオンは国家 (*État*) の名のつく政治体と同じ直線上には乗せられないからである。そこで、フェデラシオンを国家の区別の直線から独立させ、フェデラシオンの直線と考えることで、ポーの連邦論の構造を、「国家の直線」と「フェデラシオンの直線」からなる二直線構造として把握することができる。

第一の直線、「国家の直線」は、従来のように、総体として主権国家を形成する政治体を、その統合の密度、あるいは分権の程度によって区分する。単一国家、連邦国家およびフランス憲法学における地域国家が、この直線上において議論されることになる。従来の事実的結合、同盟、国家連合がこの直線から外れ、あるいは連邦的な政治体が国家的な政治体へと性質を変更した場合も、国家の直線上において考察されることになる。連邦的な政治体から国家的政治体への変化、あるいはその逆の変化が発生する場合を、「国家の直線とフェデラシオンの直線が「交差」する事例」としてとらえることができる。

²⁰⁴ *Théorie de la Fédération*, p.92.

²⁰⁵ *Théorie de la Fédération*, p.92.

²⁰⁶ しかし、本稿の表記法がポーの意図を歪めるとは考えない。ポーが *Théorie de la Fédération* の全編にわたって行っているのは、一言でいえば用語法も含めた連邦論全体の「非国家化」である。このことから、結局、ポーは続く議論で独自の用語を多数創出することになる。ポーの議論の意図は、さしあたって、伝統理論とは全く異なる連邦論を構成することであり、「連邦」の語そのものを表記上差異化したほうが、混乱を招かず適切であると考ええる。

第二の直線、「フェデラシオンの直線」は、ボーの再定義するフェデラシオンに該当する政治体が考察されるが、従来の連邦論が直線に目盛りをうつ作業として構成されていたのに対して、このフェデラシオンの直線に目盛りをうつことが可能かどうかは、なお議論の余地を残す問題である。ボーは自身の連邦論を、国家と連邦の再差異化を目的とする「連邦の一般理論」と位置付けているし、連邦国家と国家連合の区別についても、そこに国家性と主権が混入することが不可避である点に批判を向けている。そのため、フェデラシオンの直線上に目盛りをうち、領域を区分することはボーにおいて扱われていないし、それを行うことはボーの議論の趣旨から外れるからこそ、扱われなかったと考えることもできる。

本稿は、ボーの連邦論の最大の特徴として、このような国家とフェデラシオンの二直線構造を提示する。すなわち、ボーの連邦論は、従来の直線構造の連邦論を批判し、独自の二直線構造の連邦論へと構造転換をはかったものとして読み解くことができるのである。ボーの連邦論は、国家と連邦の再差異化という目的のもと、連邦論の諸概念の「非国家化」の作業を通じて、鍵概念フェデラシオンの肉付けを行っていく。

第2節 連邦創設の問題：連邦概念の非国家化

次に、ル・フェールにおける主要論点として検討した連邦創設の問題について、ボーがどのように議論を展開したかを検討する。

ここまでのボーの議論、鍵概念フェデラシオンの構成過程を前提とすれば、連邦創設の問題は、ル・フェールの場合とはまた異なる現れ方を示す。ル・フェールにおいては、連邦国家の創設、すなわち連邦憲法の制定についての論理的問題が現れていた。それが、「連邦憲法の制憲者は誰か」、「契約によって国家を創造できるか」といった、論理矛盾を内包する連邦のジレンマであった。しかし、これはあくまで連邦国家の創設の場合にのみ現れる問題であって、構成国に主権が留保される国家連合の場合には、条約によって問題なく創設することが可能である。翻って、鍵概念フェデラシオンを用いて国家と連邦の再差異化をはかるボーにおいては、そもそも「国家連合と連邦国家の区別」自体が正当化されない。だとすれば、ル・フェールにおける連邦国家創設問題の論争的性質と、対照的な国家連合創設の非論争性という問題の前提が、フェデラシオンを鍵概念とする連邦論では成立しないことになる。そして、ル・フェールをはじめ、連邦国家の創設のみを特別視して問題化せざるを得ない論理構成は、国家連合を「主権国家への過渡的形態」とみなす前提が存在しているのであり、連邦と国家の再差異化をめざすボーの立場からすれば、従来の連邦創設論の問題の立て方自体に批判的にならざるを得ない。そして、国家とフェデラシオンを全く別の政治体として差異化するのであるから、国家一般の創設と区別される、フェデラシオン一般の創設を法的に説明することが、ボーにとっての課題となる。ボーがこの

問題のために用意したのは、「連邦契約 (pacte fédératif)」という概念であった。

1. 用語の非国家化：名詞 pacte と形容詞 fédératif

連邦契約の概念を明確化した論文 *Pacte fédératif* において、ボーは、名詞 *pacte* と形容詞 *fédératif* を使用する理由を明確化している。名詞 *pacte* を使用する理由は、将来構成国となる国家間の意思の合致により成立するフェデラシオンの水平的、協約的性質を示すことにある²⁰⁷。形容詞 *fédéral* ではなく *fédératif* を使用する理由は、「*État* から距離をとる」ことであると示される。形容詞 *fédératif* は、そもそも厳密に形容詞 *fédéral* と使い分けられているものでなく、ル・フェールにおいても *fédéral* と *fédératif* は互換的に用いられ、また、「連邦創設契約」の意味で、*pacte fédéral* という語を使用している²⁰⁸。だがボーは、意識的に *fédéral* でなく *fédératif* の語を選択する。なぜなら、「連邦国家 (*État fédéral*)」の語を主軸として伝統理論が発展したため、「*fédéral*=*État fédéral*」、「*État fédéral*=*État*」、「*État*=*Constitution*」という三連式のもと、「国家」、「憲法」といった語と形容詞 *fédéral* が結びついてしまっているからである。このため、*fédératif* の語を用いることで伝統理論からの断絶を示し、国家と連邦の差異化というボーの目的が明確化されることになる。

しかし、ボーのこのような意図にもかかわらず、「連邦契約 (*pacte fédératif*)」の語は、国家とは切り離されていても、憲法と完全に切り離されたわけではない。なぜなら、ボーの構想する連邦契約は、「憲法契約 (*pacte constitutionnel*)」として提示されるからである。

2. 憲法契約 (pacte constitutionnel) としての連邦契約

ボーにおいて、連邦契約とは「フェデラシオンの憲法」に他ならない。創設のジレンマによって、契約の水平的関係と、憲法の垂直的関係の衝突が問題化されたが、この衝突は、検討対象を連邦国家からフェデラシオンへと移したボーの議論においては、そのまま継承されるわけではない。

まずフェデラシオンは国家ではないので、フェデラシオンの法的基礎を契約として構想すること自体に、直接に問題は生じない。ボーは「契約的な水平性²⁰⁹」を、伝統理論がおろそかにしてきた「連邦的な感覚」として位置づけ、フェデラシオンが本質的に契約と適

²⁰⁷ *Pacte fédératif*, p.199.

²⁰⁸ 訳語としては、注 115 において提示した、ル・フェールにおける「連邦契約 (*pacte fédéral*)」と同じであるが、ボーの「連邦契約」の場合、鍵概念フェデラシオンの創設一般を示すものであること、*fédéral* の語が明確に回避されていること等、ル・フェールのそれとはまったく異なる概念であることに注意しなければならない。

²⁰⁹ *Théorie de la Fédération*, p.109.

合的なものであることを示している。この水平性は、まず、政治概念としての連邦主義を反映した、フェデラシオンにおける「統一性の中の多元性²¹⁰」としてあらわれる。すなわち、連邦主義において統一性への指向と多元性への指向が併存しており、その二つが緊張関係にあり、綱引きしあうことでフェデラリズムの力学が成立している。このような契約的な性質は、とりわけ創設時において強調される。すなわち、創設時において、構成国はそれぞれ自身の将来の利益を考慮しつつも、ある一つの総体を指向するという点で共通し、それがフェデラシオンを成立させる基礎となる²¹¹。また創設契約における「水平性」には、さらに政治理念としての連邦主義を反映した平等・信用・忠誠などの意味が読み込まれる。それは消極的には、当事者間に信用がなければフェデラシオンの設立契約を結ぶことはできないことを意味する²¹²。

国家から差異化されたフェデラシオンが契約と適合的であるとしても、契約の水平的関係と憲法の垂直的関係の衝突を前提とする限り、フェデラシオンを創設する法は、憲法ではありえないことになる。だがそれでも、ボーが連邦契約として提示するものは、憲法契約 (*pacte constitutionnel*) であった。ボーの議論を成立させるためには、憲法と契約の概念上の背反そのものを乗り越える必要がある。そこで、憲法と契約の性質上の衝突自体が、ボーにおいて再問題化される。

ボーは、この問題に憲法の意味を拡張することによって解答する。すなわち、憲法には、一方向的 (*unilatéral*) な行為としてのそのほかに、「契約的な行為としてのもう一つの形態²¹³」、すなわち「憲法契約 (*pacte constitutionnel*)」が存在するというのである。

ボーにおける「憲法契約 (*pacte constitutionnel*)」は、国際法上の条約とも、国家の基礎となる憲法とも異なる、「制憲条約 (*traité constituant*)」である。この条約は、二つの内容を同時に含んでいる。第一に、新たな政治体（この場合はフェデラシオン）を創出すること、第二に、この条約の締結者が、創設された政治体の構成要素となることである²¹⁴。ボーは、連邦契約によって生じる締結者の地位の変更を、「モナドとしての国家が、連邦構成国に変化する²¹⁵」ものとして構成する。自由な合意によって締結される点で契約的であるが、締結者の地位を変更する点で契約とは異なる。

また、国家における憲法と同様、憲法契約も、憲法の基礎となる政治的な自己決定に服しなければならない。この点は、国家における憲法の場合、人民の意思による憲法制定としてとらえられるが、フェデラシオンの憲法の場合は、以下のように読み替えられる。フェデラシオンへの参加または加入は、構成国がその主権の名のもとにおいて、構成国の意思によってのみ行われるものであり、第三者から加入を強制される場合、それは主権侵害

²¹⁰ *Théorie de la Fédération*, p.110.

²¹¹ *Théorie de la Fédération*, p.111.

²¹² *Théorie de la Fédération*, p.112.

²¹³ *Pacte fédératif*, p.255.

²¹⁴ *Pacte fédératif*, p.256.

²¹⁵ *Théorie de la Fédération*, p.210.

となる²¹⁶。国家の憲法における政治的決定の主体は人民だが、フェデラシオンの場合、主体は、構成国となる以前の国家、単位としてのモナド国家である。ここでは、人民が構成国へ置換されている。

この読み替えは、「帝国 (empire)」とフェデラシオンを対照させる議論と連動していると考えられる。ボーは、国家の統合のプロセスとしての連邦創設を観察する場合、必ず構成国が「自らの意思において」統合し、「意思の合致」によって政治的な統一体を形成する、「自由な合意」が存在する必要があるとする。これに対し「帝国」では、統合と政治体の形成が、統合の極となる中央のヘゲモニーを背景に、外部的な強制力によって行われる²¹⁷。ここで行われているのは、憲法と条約の対照ではなく、帝国と連邦の対照である。この「帝国」とフェデラシオンの対照が直接的に明らかにするのは、現代的なデモクラシーとフェデラシオンが適合的であるということである。

連邦創設契約の契約的側面において、自由な合意が強調されるのは当然である。しかし、連邦契約の「憲法」としての側面においても、ボーは垂直的な性質ではなく、水平性を読み込むに至る。連邦の憲法に水平性が読み込まれた以上、連邦論においては、もはや従来憲法と契約の対照は意味をなさない。結局、創設のジレンマに対してボーが行った試みは、ジレンマへの対応ではなく、ジレンマをジレンマと捉えない論理構造自体の転換であった。「国家の憲法」とは別の「契約的な連邦の憲法」の存在を想定するボーの議論は、垂直性と切り離された水平的憲法の存在をみとめる点で、「憲法観の変更」をはかるものといえる²¹⁸。

このような憲法自体の差異化によって、「フェデラシオン—水平的・契約的—憲法契約による創設」と「国家—垂直的—国家型憲法による創設」という構図が描かれ、国家と連邦の差異化というボーの目的がより一層明確化されることになる。

3. 連邦契約における憲法制定権力の担い手

連邦契約を憲法契約として把握する結果、連邦契約について憲法制定権力を観念することが可能となる。ボーは連邦契約の第二の性質として、連邦契約について、憲法制定権力の主体が複数存在することを挙げる²¹⁹。

²¹⁶ *Pacte fédératif*, p.258.

²¹⁷ *Pacte fédératif*, p.248.

²¹⁸ ここでの「連邦憲法」、「憲法条約」の定義によって、「憲法」の語の意味は一般化・相対化され、単なる「政治体の基礎となる法」程度の簡潔なものに希釈されているように感じる。このように定義される「連邦憲法」は、もはや「憲法」たりうるか、という概念上の問題が生じるであろう。ボーの場合、従来「憲法」として定義されていた内容を、手つかずのまま「国家の憲法」として括り出し、国家論の次元で保持しているため、従来の議論に変更を加えるというより、新概念を構想したという方が適切であろう。

²¹⁹ *Pacte fédératif*, p.258.

このことはアメリカの憲法制定過程の観察によって確認される。各州代表がフィラデルフィアに集合した第一義的目的は、それまでの政治体である国家連合アメリカに対して、「連合規約を改正せよ」と命じることにあった。そして、これに続き新憲法草案起草作業が行われ、各構成国人民の代表の賛意のもとに、憲法制定権力が実効化されることになる。しかし、連邦契約においては、「憲法制定権力の真の担い手は誰か」という問題が生じる。単一国家の憲法制定において、制憲者は単一の人民でしかありえないのとは異なり、連邦では複数の候補が考えられるからである。民主政の原理を前提とする限りにおいて、構成国代表を憲法制定権力の真の担い手とすることはできず、人民に担い手を求めることになるが、この人民の正体について、さらに解釈が分かれる。すなわち、「連邦人民」なのか、「各構成国の人民」なのか、あるいは構成国人民の総体なのかが問題となる²²⁰。この問題に対するボーの解答は明快である。憲法に正当性を与える存在は、論理的に憲法以前に存在している必要があり、連邦創設時において、それは単一の人民ではなく各構成国の人民の総体に他ならない²²¹。このことは、ボーの主権論・憲法制定権力論と対応している。ボーは、国家の憲法を論じる場合であっても、その憲法の書き手としての制定権力の担い手は、憲法典以前に存在する必要があることを述べている²²²。単一か複数かの違いはあるが、フェデラシオンにおいても、憲法制定権力の担い手の先行性が必要となるのは変わらない。第1章第4節において、政治体結合のモチーフを用いて日本の憲法制定権力論を再検討したときに立ち現れた、国家創設をめぐる「憲法制定以前」という時間をいかに構想するかという問題をここで想起しておく、ボーは、「連邦創設に対して、構成国とその人民の存在が先行すること」という極めてシンプルな定式を基礎として、法的議論を構築していることが分かる。この「構成国の時間的先行」というシンプルな基礎は、ボーの議論は事実に対する法理論のフィクション性を緩和する役割を果たしていると言えよう。

そして、「憲法制定以前」において先行して存在する憲法制定権力の主体は、アメリカの場合でいえば、それは各州人民の総体でしかありえず、憲法制定以前において単一の「アメリカ人民」を構想することは、現実に反している。この構成国人民の複数性を前提とすると、連邦契約における憲法制定権力の担い手は構成国人民であり、憲法を承認し採択するのは、将来において構成国となる存在、すなわち、並列的に存在するモナド国家の人民による投票を通じた、承認の総体であることになる。各構成国の投票の結果として生じる「包括的な批准行為 (l'acte globale de ratification) ²²³」によって憲法が承認される点に、フェデラシオンの特徴がある。そしてこの議論は、国家における憲法制定権力とフェデラシオンの憲法制定権力論とが差異化される点で、*Puissance de L'État* において展開されたボーの主権論と表裏をなすことになる。この点については、第4節において再び扱う。

²²⁰ *Pacte fédératif*, p.260 において、ボーは南北戦争を、「憲法制定権力を担うアメリカ人民とは誰か」という問題の解釈をめぐって生じた衝突として捉える。

²²¹ *Pacte fédératif*, p.264.

²²² Olivier BEAUD, 《Le souverain》, *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p.38.

²²³ *Pacte fédératif*, p.261.

第3節 モナド国家からフェデラシオンの構成国への変化

1. 二度登場する「国家」の語：「モナド国家」と「構成国」

以上のように構想された連邦契約という法形式によって、それまで独立の国家であった政治体（モナド国家）が、連邦構成国へと変化することになる。それでは、こうして完成したフェデラシオンは、構成国の法的状態・関係にどのような変化を起こすのであろうか。伝統理論のもとで国家連合が連邦国家へ変化する場合、主権の数と所有者について非常に劇的な変更がなされることになる。すなわち、構成国は連邦国家創設によって主権を喪失し（ル・フェールにおいては国家性の喪失が付随し、カレ・ド・マルベールにおいては、国家性を保った上で主権が消滅する）、新たに連邦が総体として一個の主権を有することになる。構成国関係はこれまで国際法によって規律される関係であったものが、連邦国家創設以後は国内公法関係へと変化する。構成国人民はそれぞれ自国の国籍を有していたのだが、連邦国家創設以後は、連邦国家の国籍を統一的に得ることになる。

しかし、連邦国家の概念を当然視せずにフェデラシオンの概念を構築してきたボーにおいては、「モナド国家から、フェデラシオンの「構成国」への変化²²⁴」の正体を新たに記述する必要に迫られることになった。ここで注意しておきたいのは、この「モナド国家→フェデラシオンの構成国」という変化の表現において、「国家（État）」の語が二度登場するという点である。フェデラシオンは「国家」ではない政治体であり、国家と対置される存在であった。しかし、その議論の中に「国家」という語が含まれる以上、不可避免的にそこに「主権」が結びつくのではないかという疑問が生じる。

この点は、ボー自身も連邦論の展開にあたって意識しているところである。そもそも、ル・フェールとカレ・ド・マルベールの議論を見ればわかるように、従来の連邦論において、この論点は、「連邦国家の構成国は主権国家かそうでないか」という問いのもとで展開され、国家と国家以外の政治体を分かつ基準を再問題化するものであった。しかし、ボーの意図は主権概念の陶冶によって連邦論を刷新することではなく、主権を連邦論から切り離すことにある。そこで、ボーが行った論理操作は、「国家」の意味を単純化することであった。構成国やモナド国家における「国家（État）」の語は、古典的な国家論における厳密な意味での「主権国家」ではなく、慣用的な意味のそれであり²²⁵、例えばイギリスの植民地であった時代のアメリカ諸州を含むものである。

同時に、このような「国家」の意味から、フェデラシオンの重要な例が浮かび上がる。フェデラシオンは、連邦国家と国家連合の区別から離れたところに成立する政治体であり、

²²⁴ *Théorie de la Fédération*, p.201.

²²⁵ *Théorie de la Fédération*, p.204.

法的に植民地状態にあるような国家であっても、フェデラシオンを創設する主体＝モナド国家となりえる。つまり、ボーの連邦論においては、「フェデラシオンではあるが、伝統理論における連邦国家でない」政治体を観念する事ができる。連合規約下から憲法制定、さらに主権者人民の定義において争いがあった南北戦争までのアメリカは、まさにこの例に当たることになる。

ボーが行ったこのような論理操作の正体は、「国家」の意味を厳密に問わないことであり、ル・フェールが「主権なき国家はありえない」とし、またカレ・ド・マルベールが逆に「主権なき国家」を想定したこととは、まったく逆の操作である。連邦論の中の「国家」は、議論を円滑に進めるための「仮称」としての意味を帯び、その輪郭を緩めるのである²²⁶。

このように「国家」の意味を緩められた政治体としての「モナド国家」と「構成国」概念を前提とすることで、主権国家の定義の呪縛から離れ、自由にこの変化の内実、すなわち、「モナド国家から構成国への変化」により、何が変わり、何が変わらないのかを描くことが可能になる。そこで、以下においては、フェデラシオンの創設によって生じる構成国の法的状況の変化をまとめておく。

2. 構成国化による法的状況の変化

第一に、モナド国家が構成国になっても変化しないものとして、モナド国家の政治的な同一性があげられる。この点に関して、ボーはフェデラシオンの目的の二重性とその緊張関係が連邦契約に書き込まれることを示している。フェデラシオンの創設契約には、「連邦の統一性の保持」と「構成国へと変化したモナド国家の政治的延命」という二つの目的が書き込まれ²²⁷、後者の目的が存在するゆえに、モナド国家と構成国の政治的な同一性が担保されることになる。構成国の側から見れば、フェデラシオンへの加入は、「自己変容と自己保存を同時に行う憲法上の更改の一種²²⁸」であった。

第二に、モナド国家から構成国への変化によって、決定的に変化するものとは、構成国間関係と国内・国際公法関係の全体像である。ボーはモナド国家間の国際公法上の関係からフェデラシオンの構成国間関係への移行を、「連邦間の (intrefédérés²²⁹)」水平的関係への移行として置き換えつつ、これを、「国際法的なものであった関係が、国内関係化 (intra-étatique) せず内部化 (internaliser) される²³⁰」変化として結論付ける。ここで

²²⁶ ボーは、連邦論の中の「国家 (État)」を「politie」の語によってすべて置き換えてしまうという試みを挙げつつ、それを煩雑であるとして退ける (*Théorie de la Fédération*, p.203.-204)。しかし、これはボーが、議論の煩雑化というデメリットを度外視すれば、純粹に論理的な意味においては両者を置換可能なものとして考えているとみることもできる。

²²⁷ *Théorie de la Fédération*, p.279.

²²⁸ *Théorie de la Fédération*, p.205.

²²⁹ *Théorie de la Fédération*, p.206.

²³⁰ *Théorie de la Fédération*, p.231.

生じているのは、フェデラシオンの創設によって、「フェデラシオンの内部と外部」および「構成国の内部と外部」という二つの境界線によって隔てられた三つの領域が成立する（三重構造のフェデラシオン）。

このように複雑化したフェデラシオンの三重構造を反映し、連邦論における用語法も影響を受けることになる。そもそも、連邦論において、もっとも一般的でありながら、もっとも多義的である語が「連邦（*Fédération*）」である。まず日本語として、単に「連邦」と記すのみでは、*Fédération* の意味を一意に確定できないことにある。すなわち、「連邦」と記す場合、それは中央機関、構成国といった構成要素全ての総体を指すのか、それとも構成国に対面し、構成国と並行して存在する政治的行為主体、すなわち、単一国家における、地方に対する中央としての存在を指すのか、定かではない。この点につき、たとえば、高橋和之による、国家連合・連邦国家の形成と主権の関係についての、次のような記述がある。

「複数の主権国家が統合する場合、そこで形成される上部団体が「国家連合」にすぎないなら、参加国は主権国家性を維持しており、特に検討を要する問題は存在しない。検討を要するのは、参加国が主権国家性を失うような形態の結合を行う場合である。²³¹」

ここでは、構成国を「参加国」とし、構成国に対面する行為主体としての連邦を、「上部団体」としている。このような「上部団体」は、日本語としては「連邦」に置き換えても意味が通じるが、総体としての「連邦」ではなく、構成国と対面する行為主体としての「連邦」であることが、この語によって明確に示されている。これまでの「連邦（中央）」という表記は、高橋における「上位団体」の意味であり、構成国と対面する主体である。高橋が「上位団体」という語を採用する必要に迫られたように、連邦論においては、単純に「連邦」と記すのみでは、その意味するところを十分に確定するには足りない。

また、仏語 *Fédération* の訳語としての「連邦」にも、問題が含まれている。本稿はこれまで、連邦論状の概念を訳す場合、*État fédéral* を「連邦国家」、*Confédération* を「国家連合」としてきた。しかし、単に *Fédération* と記されている場合、「連邦国家」を示すのか、「国家連合」を示すのか、その二つを総称したものか、あるいはまったく別のものかを示すのか、明らかでない。

フランスのある憲法学辞典における *Fédération* の項目²³²においては、「国家連合に対して（中略）*Fédération* の概念は、憲法に依拠する。*Fédération* を構成する団体が形式上「国家」という地位を所有するとしても、この国家は国際法の主体としては理解されない。²³³」と説明されている。「形式上「国家」の地位を所有する」構成団体とは、すなわち本稿にい

²³¹ 高橋、前掲注 32、18 頁。

²³² 'fédération' dans *Dictionnaire constitutionnel*, sous la direction de Olivier UHAMEL et Yves MÉNY, PUF, 1999, p.434-437.

²³³ *supra* note 232, p.435.

う構成国のことである。また、構成国が国際法の主体とならない²³⁴、また、国家連合と対置されているなどのことから、ここで記述されている *Fédération* が「連邦国家」、すなわち *État fédéral* であることは明白である。単純に *Fédération* と記した場合、このように「連邦国家」を意味する場合が多く²³⁵、このことは、ポーの批判対象でもある。

結局、仏語 *Fédération* が「連邦国家」や「上部団体としての連邦」等をはじめとして、連邦論における他の何らかのものを指すものである限り、また、これが指すものが確定できる限り、その後によって言い換えられるのであるから、特に「連邦」の語を使用する必要はない、ということになる。通常の連邦論において、*Fédération* が曖昧な概念であることは、このような理由に乗る。

しかし翻って、フェデラシオンそのものを鍵概念として構築されるポーの連邦論においては、このような曖昧性は議論の混乱を招くこととなる。そこでポーは、「連邦 (*Fédération*)」の語の多義性、すなわち、「総体としての連邦」、「中央としての連邦」との二義の使い分けの問題に対しても解決をはかる。連邦 (*Fédération*) の法的構造を従来の「連邦—構成国」という用語上の二分法を用いて示そうとする場合、「連邦においては、構成国と連邦が、自律的であると同時に、相互依存的である」という命題が必要になる。この命題は、二つの問題点を含んでいる。第一に、この命題は「連邦」の一語に、「全体 (*Tout*)」と「中央 (*Centre*)」の二重の意味が充当されることになる。すなわち、一つの語に全体とその部分集合の両者が表象されることになってしまい、用語法としては適切ではない。第二に、この用語法は、中央としての連邦と構成国の間に存在する対面関係および共同所属関係が、総体としての連邦が全構成国を包摂し上位に位置するヒエラルキー関係へ転化させてしまう可能性がある²³⁶。

この問題を回避するために、ポーは連邦 (*Fédération*) を二つに区分する。大文字で始まる *Fédération* が、総体としての「連邦」を指し、小文字で始まる *fédération* は、構成国と向かい合う中央としての「連邦」を示すことになる。また、形容詞もこれに対応し、総体としての大文字 *Fédération* を示す形容詞として *fédératif* が、小文字 *fédération* を示す形容詞として *fédéral* が、それぞれ提示される。このようにして再構成された用語法を用いて、*Fédération* の法的構造を、「*Fédération* とは、*fédération* と構成国 (*États membres*)

²³⁴ *supra* note 232 の引用部分の前半、「*fédération* の概念は、憲法に依拠する」の部分における「憲法」とは、構成国が、国際法の次元ではなく、国内公法の次元において存在することを示している。

²³⁵ もちろん、一般的な *fédération* が「連邦国家 (*État fédéral*)」を意味しない場合もある。Denis BARANGER, *Le Droit constitutionnel*, PUF, 2011, p.56 は、「*Fédération* と *État fédéral*」という項目を設けて、両者を明確に区別しつつ、両者の関係について、「*Fédération* は、「*État fédéral*」の中で現実化される。」と述べている。すなわち、ここでの *fédération* は、むしろ「連邦国家の中で実体化する理念的存在」であり、「連邦主義 (*fédéralisme*)」に近い用法であるといえる。なお、同書はこの部分でポーの *Fédéralisme et souveraineté* を参照しているが、*fédération* の用法において同書とポーは同一ではないと考えられる。

²³⁶ *Théorie de la Fédération*, p.133.

によって構成された総体である²³⁷」と示すことができる²³⁸。大文字 *Fédération*、小文字 *fédération*、構成国の三つの語を用いて示されるこの連邦論を、ポーは、伝統理論の二部構造による連邦論と区別して三部構造の連邦論と位置付ける。

また、小文字 *fédération* は、*Fédération* の「単一の極 (*pole unitaire*)²³⁹」としての役割を負う。従来、国際法が「連邦国家」のみを主体とし、その構成国を主体として捉えなかったことは、ポーにおいて、*Fédération* の統一性を確保する役割を排他的に *fédération* に帰属させることが、国際法にとってもっとも都合がよかったことに由来するものとして、すなわち、国際法独特の小文字 *fédération* を用いたフィクションとして読み替えられる²⁴⁰。国際法上の条約締結の当事者を「二国間」と示し、*Fédération* がその一方当事者として単一性を確保することで、明確化される。対外的には、*fédération* はアクターとしての単一性を担保する利便性を有するが、そこには当然に国際法が採用するフィクションが控えているため、内部における権力の複数性が超克されたわけではないことに、ポーは注意を喚起している²⁴¹。

一方、ポーは *Fédération* 内部において、小文字の *fédération* と構成国の関係を構成する原理として、「独立の原理 (*principe d'indépendance*)」と「相互依存の原理 (*principe d'interdépendance*)」を挙げている。独立の原理は、従来「自治」の語で記されていた内容と重なるが、「自治」の語が、構成国の中央に対する自治として、一方向的に機能する原理を示していたのに対して、「独立」の原理はその逆、*fédération* の構成国に対する自治をも含んだ双方向的に機能する原理である²⁴²。

これに対して、相互依存の原理は、法的に *fédération* と構成国が「もはや互いに外国でない²⁴³」ことを示している。構成国が *fédération* の意思形成に参加する権利を *fédération* の法によって保障されていることは、伝統理論においては、連邦の独立性の前に相対化され、小さい意味しか有しないものとされる要素であったが、ポーは相互依存の原理の現れとして読み替える。すなわち、*fédération* の憲法の存在は、構成国憲法の存在なしにはもはや観念しえない²⁴⁴。また、この原理は、典型的に国籍法にあらわれているとされる。すなわち、*fédération* の国籍法と構成国の国籍法の間で不可避的な関連性が存在し、一方の国籍の得失の条件が、不可避的に他方の国籍の得失を決定する。このように、*fédération* の法と

²³⁷ *Théorie de la Fédération*, p.142.

²³⁸ 小島、前掲注 148、194 頁は (*Théorie de la Fédération* より前のポーの連邦論についてであるが)、大文字 *Fédération* と小文字 *fédération* の区別はポーにおいて「徹底されていない」としている。しかし、*Théorie de la Fédération* において、ポーは両者を明確に区別する用語法を提示するに至った。本稿では大文字 *Fédération* と小文字 *fédération* の意味について、*Théorie de la Fédération* の時点での議論に従っている。

²³⁹ *Théorie de la Fédération*, p.159.

²⁴⁰ *Théorie de la Fédération*, p.168.

²⁴¹ *Théorie de la Fédération*, p.166-167.

²⁴² *Théorie de la Fédération*, p.185.

²⁴³ *Théorie de la Fédération*, p.191.

²⁴⁴ *Théorie de la Fédération*, p.189.

構成国の法が互いに存在の基礎である構造が、「もはや互いに外国でない」相互依存の原理として示される。このように「連邦」の語義と表記法を区別することによって、三重構造のフェデラシオンの法秩序の領域分割を適切に表現することができるのである。

「用語の非国家化」よりも後に展開されるボーの連邦論は、従来の連邦論によって構成された連邦論の内容を、自身の提示した三部構造に載せ替えたものである。その意味で、ボーの連邦論の本質的な独自性は、伝統理論の批判の部分にあったといえる。ボーの連邦論を時系列にそって観察していくと、*Théorie de la Fédération* よりも前の時点までは伝統理論の批判、さらにいえば「国家連合と連邦国家の区別」に対する批判に終始している印象を受ける。*Théorie de la Fédération* において初めて展開された、ボー独自の連邦論とは、伝統理論の中で形成されてきた連邦論の成果を、伝統理論に従わず、自身の用語法のもとに構成し直すものであった。すなわち、ボーの連邦論とは、伝統理論の形成前の時点まで立ち戻り、「主権」の概念を使わず、自身の体系を基礎として連邦論が構成されていた場合、いかなる構造へたどり着くかという、壮大な仮定作業であったと考えることができる。

このようなボーの説明は、ボーの伝統理論批判に対応している。伝統理論においては、国家連合から連邦国家への変化によって、構成国間の関係が国際法関係から国内公法関係へ変化するとされていた。しかし、連邦的な政治体という概念の一体性を重視するボーは、伝統理論の描く変化があまりに劇的であることを批判しており、「国内的関係か国際的關係か」という問題としては捉えきれない変化として位置づけられ、「国籍」の概念はあくまで「国家」の枠内でのみ通用する概念となる²⁴⁵。

3. 市民・国籍とフェデラシオン

フェデラシオンの創設を反映して、フェデラシオンの所属民は、同時に構成国にも所属する複数的・多段階的帰属状態になる²⁴⁶（所属の二重性）。ボーは、国民の帰属、すなわち国籍概念についても、連邦と国家の再差異化をはかる。「国籍」の語は、本来は主権国家を前提とする概念であるが、前述したとおり、ボーは国家的（national）の語義を緩和して用いており、ボーが「フェデラシオンの国籍」を語る場合であっても、そこには必ずしも主権国家への帰属が想定されているわけではない。

「国家における国籍」の特色は、主権と国籍が排他的に結合するがゆえに、主権の単一性を反映する形で、国籍もまた単一のものでしかありえないということである。一個人が国籍によって帰属することが出来るのは、一個の国家のみである。これに対して、「フェデラシオンの国籍」の特色とは、連邦（大文字 *Fédération*）と構成国の二重の帰属を本質的かつ一体的に含むことである。すなわち、フェデラシオンにおいては、諸個人が「非国家

²⁴⁵ *Théorie de la Fédération*, p.217.

²⁴⁶ *Théorie de la Fédération*, p.217-218.

的な (non-étatique)」国籍を2つ同時に所有することになる²⁴⁷。国家の国籍は、主権概念と同様その排他的な単一性から、帰属と非帰属の二極しか存在せず、国民に対しては政治体の構成員としての承認を与え、外国人に対しては構成員から排除する。これに対して、フェデラシオンの国籍は、前述の法秩序領域の三重構造を反映して、三極化している。すなわち、諸個人はフェデラシオン全体（大文字 *Fédération*）への所属、構成国への所属、そしてフェデラシオンに対する外在的存在（外国人）の三つの属性を獲得する可能性がある。そして、構成国の国籍保持者は、自身が所属する構成国以外に対しては外在的存在であるが、互いに外在的でありながら総体として全て（大文字 *Fédération*）に所属していることになる²⁴⁸。結果として、フェデラシオンの国籍は、主権国家における国籍よりも重層的・複合的な構造を有することになるのである。

第4節 連邦の一般理論の射程

1. 適用対象の問題

以上において、鍵概念フェデラシオンを核としたボーの連邦論の諸要素を確認してきた。しかし、ここまであえて提示しなかった事項として、ボーの提示した「フェデラシオン」の適用対象についての問題がある。すなわち、伝統的連邦論において「連邦国家」や「国家連合」として識別されている現実の政治体は、ボーの連邦論においてフェデラシオンの直線に乗ってくるのか。この問題から、フェデラシオンが何を説明するための概念なのかを問う必要が示されることになる。

(1) フェデラシオンの射程：EU という回答

まず、「国家」と「連邦」を明確に差異化したことによって、従来国家と連邦の重ね合わせとして理解されていた「連邦国家」は、ボーの連邦論において位置づけが不明確になっ

²⁴⁷ Olivier BEAUD, 《Une question négligée dans le droit de la nationalité : la question de la nationalité dans une Fédération》, *Jus Politicum*, n° 12, 2014, p.4. (URL : <http://juspoliticum.com/-No12-.html>)

²⁴⁸ BEAUD, 前掲注 247, p.5. なお、ここでもボーは、二重の国籍の性質を「連邦国家」と結びつけることを慎重に回避している。同 p.8 において、ボーはフェデラシオンの国籍は、一義的には構成国の国籍に由来することを強調する。すなわち、構成国の結合・統合の結果生じたフェデラシオンにおいては、個人が連邦に所属するということは、連邦構成国に所属していることを通じてでしかありえないはずである。しかし、この二つの国籍の由来関係が逆転する場合、すなわち構成国の国籍が、フェデラシオンの国籍によって保障される関係が生じ始めた場合、ボーはそこにフェデラシオンの国家化、すなわち連邦国家の形成が生じているのだとする。

ており、そこには相反する二つの位置づけの可能性が存在する。

まず、*Théorie de la Fédération* の構造に注目すると、その前半部分において伝統理論の批判を行って以降、ボーの枠組みに連邦国家 (*État fédéral*) の語は、基本的には登場しなくなる。ボーにおいて、主権と不可分に結びつく「連邦国家」は、分析のための概念としては採用しえないものであったから、このこと自体は自然である。このことから、現実に存在する連邦国家は、主権国家として意識される以上、フェデラシオンではないと考えることができる。しかし、現実に連邦国家として捉えられる政治体が、ボーの検討対象から除外されているわけではない。それどころか、ボーがフェデラシオンの肉付けのために検討対象としたのは、フェデラシオンの典型的な統治形態である「連邦共和政」の例としてのアメリカ・スイス²⁴⁹、および共和政でなく君主政と結びついたフェデラシオンの特殊な例としてのドイツ²⁵⁰の三国であった。「共同繁栄」をキーワードとするフェデラシオンの目的の分析の際にも²⁵¹、この三国の並列的検討がなされる。この点を捉える限り、現実に存在する連邦国家は、一般理論としてのフェデラシオンの中に包摂されるようにも見える。

結論を先取りすると、この問題の解答として適切なのは、前者の読解、すなわち「連邦国家はフェデラシオンではなく、国家の一類型である」というものである。このように読む限り、ボーにおいて、現実の連邦国家に存在する連邦的性質は、法的に無意味な残滓に過ぎず、また、フェデラシオンのために各国の連邦史を参照するのは、連邦の残滓の抽出を通じて、その「前世の姿」であるフェデラシオンを想像する作業ということになる。

国家とフェデラシオンの差異化という目的からみて、この読解は非常にシンプルであるが、現実に存在する連邦国家が、「一般理論」として提示されるフェデラシオンから排除されてしまうという結論において、非常に重大な意味を含んでいる²⁵²。また同時に、連邦国家を含まないとすれば、フェデラシオンが説明しようとしているのは、現実に存在するどのような政治体であるのかという根本的問題が提示されてくる。

にもかかわらず、なぜこのような読解にたどり着くことになるのか。その理由は、ボーの連邦論が、何を説明するための議論なのか、すなわち、一般理論の適用対象を探ることにある。実は、ボーの主たる関心は現実の連邦国家を説明しなおすことではなく、新たに誕生した政治体である EU²⁵³を説明するための連邦論である。EU という適用対象を前提と

²⁴⁹ *Théorie de la Fédération* 第 11, 12 章。

²⁵⁰ *Théorie de la Fédération* 第 13 章。

²⁵¹ *Théorie de la Fédération*, p.302-312.

²⁵² 小島、前掲注 148、168 頁は、ボーのフェデラシオンが、近代以降の「国家の解体」を意味するものであるとして、シュミット以上の「強い主張」を含むものであると位置付ける。この「国家の解体」の意味は、次のようなものである。フェデラシオンによって、「現実の連邦国家が、実は法的には国家でない」か、または「現実の連邦国家が、実は法的にはフェデラシオンではない」かの、いずれかの結論にたどり着かざるを得ない。しかし、いずれの結論に帰着しても、「連邦国家は名と体が反する政治体である」という主張になるため、従来通りの「国家」の概念にメスを入れる結果は避けられないのである。

²⁵³ 本稿においては、「国家連合」の概念との距離を明確化するために「欧州連合」の訳語は使用せず、EU の表記のみを使用する。

すれば、連邦国家の位置づけが不明瞭となっても不都合はなく、あるいは本稿のように連邦国家を「フェデラシオンではない」と断定してしまっても、適用対象が不明になることはない。

ここで、フェデラシオンの適用対象として EU が現れる場面を確認しよう。まず、ポー連邦論の理論的な集大成として位置づけられるはずの *Théorie de la Fédération* においては、EU が検討の対象として登場する頻度は、実は驚くほど少ない。同書の本文において EU が登場するのは、フェデラシオンにおける国籍（市民の帰属）の二重性が、確定した事実として存在する²⁵⁴ことを示す場面である。この点について、ポーが「構成国内／フェデラシオンの内部／フェデラシオンの外部」の三つの領域を想定する三部構造を採るが、この国籍の二重性と三部構造において、フェデラシオンのシステムと EU のシステムは「同族（parent）²⁵⁵」であるとされる。すなわち、マーストリヒト条約以降導入された「EU 市民」および「EU 市民権」の概念は、直接的には「国民が有する市民権に追加されるもの²⁵⁶」であり、直接的に EU 加入国の「国民」という概念を断裂させることはない²⁵⁷が、EU 加入国の国民が EU 市民として共同的に所属する構図により、ヨーロッパ内の独立国の構成員という地位によって特徴づけられていた「国民／外国人」という区別が相対化されているというのである。

だが「EU 市民」の例はあくまで、フェデラシオンと EU が「ある場面において同族である」と示したに過ぎない。*Théorie de la Fédération* における連邦的な現象の抽出対象は主にドイツ、アメリカ、スイスであって、EU がフェデラシオンの実例として、また連邦的な現象の抽出対象として提示されることはない。これは偶然ではなく、ポーが意図的に連邦論から EU を除外した結果である。*Théorie de la Fédération* の結論部分において、ポーは「EU はフェデラシオンであるのか」という問いを *Théorie de la Fédération* の主題から除外し、同書の検討をその回答のための準備作業として位置づけている²⁵⁸。

しかし、ポーがフェデラシオンの適用対象として EU を想定していたことは、*Théorie de la Fédération* より前の連邦論に目を向けるとすぐに確信できる。*Puissance de L'État* において、マーストリヒト条約の批准と欧州統合の進展は、「ヨーロッパ連邦（フェデラシオン）の形成²⁵⁹」であった。*Puissance de L'État* の後、1997年の時点では、ポーは、欧州統合が主と

²⁵⁴ *Théorie de la Fédération*, p.218-222.

²⁵⁵ *Théorie de la Fédération*, p.221.

²⁵⁶ 中西優美子『EU 法』、新世社、2012、47 頁。

²⁵⁷ あくまで、国民概念を「直接的には」傷つけないにとどまる。EU 市民は居住する EU 構成国において地方選挙権を得る（EU 運営条約 22 条）。このため、フランスやドイツのように、マーストリヒト条約批准に当たって自国民以外に地方選挙権を与えることを可能とする憲法改正がなされる場合があった。これらは、国籍＝市民権＝選挙権保持者の連鎖を解き離し、国民国家が「上から圧迫される」事例であるといえる（新村とわ「流動する「市民」の権利」長谷部泰男編『講座人権論の再定位 3 人権の射程』、法律文化社、2010、201-202 頁）。

²⁵⁸ *Théorie de la Fédération*, p.425.

²⁵⁹ *Puissance de L'État*, p.471.

して経済部門にとどまり、外交や安全保障に十分に及んでいないことから、その時点での EU が完全なフェデラシオンではないとの認識を示した²⁶⁰が、これは同時に、統合の進展により EU がフェデラシオンへ移行することをボーが予期していることを意味する²⁶¹。

将来の EU 像に目を向けると、欧州統合が現状のまま進展し、統合の緊密性が強化されたと仮定しても、その最終地点が「単一国家」や「連邦国家」になるとは通常考えられていない。EU は主権国家の結合によって形成される政治体だが、最終的に単一国家へ到達する直線上にない、「直線構造の連邦論」に当てはまらない存在なのである。直線構造をとらないボーの連邦論の構造と、現実に存在する EU は、この点で適合的である。

(2) 政治体としての EU

ボーの連邦論の適用対象が EU であるとして、そこに含まれる問題を、EU 法の議論に目を向けながら探りたい。政治体としての EU を法的にいかにか把握するかという問題は、EU 法の中でも結論が様々に分かれている。

例えば、「EU は国家連合でもなく、連邦国家でもない。換言すれば、国家連合の段階を超えているが、連邦国家の段階まで至っていない状況にあると捉えられる²⁶²」という EU の一般的理解は、直線構造的な連邦論を基礎として EU を国家連合と連邦国家の中間に位置する政治体と捉えるものである。主権の所在を鍵として区分された国家連合と連邦国家の二領域の間に、新たに目盛を打ち直して第三の領域を創設した結果が、「国家連合を超えているが、連邦国家の段階まで至っていない」政治体という新しい概念である。

しかし、既存の連邦論・国家論が前提とする「主権」、「国家」、「連邦」から離れなければ EU を把握できないとする見解も有力である。その根拠として、EU の超国家的性質にある。EU の性質として、「トランスナショナル (trans-national)」および「スプラナショナル (supra-national)」の語が示されることが多い。これらは EU の「超国境的」、「超国家的」性質を示すが、注目すべきは、これらの性質が国家の主権と衝突する点である。統合の実効性を確保するために、欧州委員会や欧州司法裁判所といった超国家的機関に与えられる権限と、国家の主権に由来する権限が矛盾衝突する。このような矛盾は欧州統合の中で、機構の構成過程の問題として争点化されてきた²⁶³。

²⁶⁰ Olivier BEAUD, 《Propos sceptiques sur la légitimité d'un referendum européen ou plaider pour plus de realism constitutionnel》, in Andreas Auer et Jean-François Flauss (éd.), *Les référendum européen*, Bruylant, 1997, p.173-178.

²⁶¹ 高橋、前掲注 32、19 頁において、高橋和之も、ボーが「EU の将来構造をフェデラシオンの方向で展望している」と解している。

²⁶² 中西、前掲注 256、19 頁。

²⁶³ このような衝突の頂点が、1960 年代の「空席危機」であった。これは、欧州委員会が発表した超国家的性の高いプランに抗議し、ド・ゴールが閣僚理事会をボイコットしたことから生じた事態だが、このことは、超国家的機関としての欧州委員会と政府間主義的な閣僚理事会との、性

しかし、EUにおける超国家性は、主権国家との対立の上で理解されるがゆえに、その裏側にはかならず主権国家の原理を含む。たとえば、EUは超国家的でありながら「EU市民の代表」としての欧州議会は、市民から直接に正当性を確保する試みとして、主権国家における議会と類比される。これらを総合して、EUの特殊性は「国際機関ではないがヨーロッパ合衆国でもない状態²⁶⁴」と表現される。この表現はEUを何らかの政治体に分類することが本質的に困難であることを示唆する。そこで、EUに内在する政治的複雑性を反映し、「国家」や「連邦」といった、既存の政治体との距離をもってEUを把握しようとするアプローチとは全く別の、新たな鍵概念を創造して分析に用いようとするアプローチが、EU法の領域で生じている。

たとえば、EUを「多元的法秩序」として表現するアプローチ²⁶⁵は、その前提として、従来型の理念形を用いた政治体の分析の方法論を向ける。従来型の理念形による分析とは、EUを「国際組織」、「国家連合」、「連邦国家」と定義し、あるいはそれらの政治体と完全には一致しないが、それらの特色を部分的に備えた独特の政治体である位置づけるものであった。しかし、EUが政治体として形成途上にあるならば、もし歴史的にまったく新たな政治体であった場合、従来型の政治体の理念形という「静止画像」との比較による検討は意味をなさない。このような方法論上の欠点を回避するために、EUを、実定法のみならず、不文法の形成、およびその実定法化のという、追加的自生的な動きを内包する「多元的法秩序」として説明される。

EUを「ガバナンス」としてとらえるアプローチは、EUにおいて各国の政府(government)がもはや排他的な政治過程の担い手ではなくなっていると指摘し、加盟国政府に加えて、欧州委員会などEUの公的機関や私的な団体(各種業界団体、圧力団体、NGO)も含む多種多様な政治過程の担い手が存在する「統治(governance)」としてEUを構想する。これらの担い手は、超国家的な次元における担い手としての欧州委員会と欧州司法裁判所、政府間主義的な次元における担い手としての閣僚理事会、欧州理事会、市民社会の次元における担い手としての各種私的団体、サブナショナルな次元の担い手としての地域、地方政府といったように、国民国家の次元において水平的並列的に存在する担い手ではない点で、「多次的²⁶⁶」である。また、ガバナンス論の中でも、多様な政治過程の担い手が、柔軟かつ錯綜したコミュニケーション・ネットワークの相互作用を発展させて政治過程を規律していると捉える立場は、「ネットワーク・ガバナンス論」として確立している²⁶⁷。

質の対照を示す例であるとともに、超国家性に対する主権国家の一種の「拒否権行使」の例である。

²⁶⁴ 網谷龍介・伊藤武・成廣孝編『ヨーロッパのデモクラシー』、ナカニシヤ出版、2009、30-31頁。

²⁶⁵ 中村民雄「動く多元的法秩序としてのEU—EU憲法条約への視座」、中村民雄編『EU研究の新地平 前例なき政治体への接近』、ミネルヴァ書房、2005、197-201頁。

²⁶⁶ 中村健吾『欧州統合と近代国家の変容 EUの多次的ネットワーク・ガバナンス』、昭和堂、2005、42頁。

²⁶⁷ 中村、前掲注266、41-53頁。

ガバナンス論によって、このように構想される EU は、近代以降の「国家」をイメージの基礎とする政治体の類型論には当てはまらない²⁶⁸。例えば、政治体としての EU を「政体 (Polity)」と表現するある論者は、EU を「ネットワーク」よりも強固な秩序体系でありながら、「国家」ほどには完成された秩序体系ではないものにとらえ、結局「政体」以外に示しようのない「やっかいな権力関係」が存在すると評している²⁶⁹。

EU を特定の政治体の類型に当てはめようとする場合、デモクラシーの問題も生じる。EU は制度構築の出発点からエリート主義的だったが、統合の指導者たちは、経済的発展を優先し、大衆の同意獲得の必要を先延ばしにしつつ、将来提供される経済的発展により、順次大衆の支持を確保できると予想し、当初はその通りに統合が進行した²⁷⁰。だが制度としての EU の機能が拡大し構成国の権限が空洞化すると、EU を構成する「市民」との関係で民主主義の赤字が問題化され、これに対応可能なデモクラシーの制度が求められ始める。

現実には、欧州議会の権限を強化することにより、民主主義の赤字への対応が図られてきた。欧州議会は、1979 年以降直接選挙による議員選出が導入されて以降、その民主的正当性を梃子として機能を拡大し、リスボン条約においては名実ともに立法機関であることが定められるとともに、EU における民主主義の要として位置づけられるにいたった²⁷¹。欧州議회를民主主義の中核とする方向性は、EU における間接民主制型のデモクラシーの進展として把握される。前述したガバナンス論との関連で、EU をガバナンスとして評価しつつ、その中で EU 市民に密着した「対話と討議」を通じた「ガバナンスの民主的正当性」を確保するための、「公共圏」としてデザインする試み²⁷²がある。

だが、ここで、EU において論理的・実践的に必答であるデモクラシーの問題に、「国家」、「主権」、「連邦」の語を使わず、すなわち、国民国家と議会制民主主義の原理に依拠せずには解答が可能かという問題が浮かび上がる。この点につき、児玉昌紀は、EU におけるデモクラシーの問題、とりわけ、EU における主たる行政機関である欧州委員会の政治責任の問題については、ネットワーク・ガバナンス論はほとんど無力であると指摘する。なぜなら、ガバナンス論が、EU 法の加盟国に向けた垂直的支配、加盟国行政上での EU 法の執行とい

²⁶⁸ 中村、前掲注 266、338-371 頁において、「多層的ネットワーク・ガバナンス論」を用いて EU を説明しようとする中村は、一方で、EU において連邦制と類似する要素を指摘しつつ、EU 既存の「国家」や「帝国」といった概念に結び付けて把握しようとする試みを引用し、EU を「一種独特の政体」でなく、既知の政治体を用いて「EU の国家性」として表す道を肯定的に示している。しかし、このような EU の「国家性」は、ネットワーク・ガバナンス論を内包することの出来る「刷新された国家性」であり、やはり従来の政治体の類型論とガバナンス論が衝突することについては疑いがない。

²⁶⁹ 浅見政江「EU 統合と民主主義 「やっかいな政体」の「やっかいな民主主義」、田中俊郎・庄司克彦編『EU 統合の軌跡とベクトル トランスナショナルな政治社会秩序形成への模索』、慶応大学出版会、2006、38-40 頁。

²⁷⁰ 田中俊郎「欧州統合におけるエリートと市民」田中俊郎・庄司克彦編『EU と市民』、慶應義塾出版会、2005、3-9 頁。

²⁷¹ リスボン条約以後の新 EU (マーストリヒト) 条約第 10 条 2 項においては、市民が EU レベルで直接欧州議会に代表されることが規定されている。

²⁷² 安江則子『欧州公共圏 EU デモクラシーの制度デザイン』、慶応大学出版会、2007、2-9 頁。

った「EU 政治の実際」に対し、積極的に問題提起ができず、また、EU の統治における最終的な政治行為の結果責任の所在を見失わせかねない危険があるからである。児玉の議論の基礎は、伝統的理論において「政府 (government)」のもとで行われてきた「国家の統治」が背景とした、法を通じた権力による垂直的な支配 - 被支配の関係が、EU 法が垂直的に構成国を貫通する統治の実質を備えた現在の EU に、まぎれもなく存在するとの認識である²⁷³。児玉の批判は、ガバナンス論が EU において確立されつつある統治と、垂直的な EU 法の貫通、支配 - 被支配の存在についての認識を欠いている²⁷⁴というものである。

児玉はこのようなガバナンス論の弱点を克服するものとして、「政府 (government)」および「疑似的国家組織の形成」の存在を前提とした議会制民主主義の理論を EU に用いるべきであるとする。また、「政府」、「疑似的国家組織」の存在を認識する児玉は、EU を国家の連合体 (国家連合) をはるかに超えて「共同体化」し、内実を備えた「連邦的政治体²⁷⁵」であると評価する。「疑似国家的」、「連邦的政治体」の語の使用を見るに、児玉の見解は EU を「性質上連邦国家に類似する政治体」として捉えるものと考えられ、国家との対照性を強調しない点でポーとは異なるが、政治体としての統一性を「連邦」という既存の語によって示す点でポーと重なる。

これら EU 法からの指摘によって、「国家的でない政治体」としての EU という認識が再問題化される。とりわけ「民主主義の赤字」を認識し、制度としてのデモクラシーのあり方を模索する議論において、既存の政治体の類型論からどこまで離脱できるか、全く別の政治体の構想がどこまで有用な方法かは明確でない。

ここで、これまでの EU 法の議論の概観から、ポーおよび連邦論のとの関連において明らかになる視座を二点指摘しておく。

第一に、ポーの連邦論は、既存の政治体を基礎とする類型論と、新たな政治体を創出する議論の中間に位置する。EU をフェデラシオンと位置づける議論構造は、既存の政治体を用いた類型論に属する。ポーにおける統治の主体は構成国と統合軸としての連邦²⁷⁶であって、全て公的な存在である。古典的主権論から出発し、連邦創設契約の主体に注目するポーにおいて、私的団体がフェデラシオンの統治の担い手としてなじまないことは自明である。しかし同時に、ポーのフェデラシオンは国家と対置される存在である以上、ポーの試みが EU を「連邦国家」と位置付けるものではないことにも注意しなければならない。EU を国家と差異化された政治体として把握する点では、新たな政治体を構想する試みといえる。

²⁷³ 児玉昌己『欧州議会と欧州統合』、成文堂、2004、62 頁。

²⁷⁴ 児玉、前掲注 273、49-50 頁。

²⁷⁵ 児玉、前掲注 273、60 頁。また児玉は、「European Union」の訳語として「欧州連合」が採用されること批判している。すなわち、この場合の「Union」は「連合」でなく「連邦」にはかならず、「より緊密な連合」といった表現は、EU の連邦化の認識を阻害するとしている (同 473-502 頁)。用語および訳語の選定がもたらす意味に着目する点では、本稿と関心を共有する。

²⁷⁶ 本章第 3 節 2 における、小文字で始まる *fédération* を指す。

第二に、「民主主義の赤字」を抱える EU についての議論において、デモクラシーの問題について解答することは不可避であるが、この問題へのボーの解答は、必ずしも明確ではない。なぜなら、フェデラシオンの中核に据えられるのは個人やデモクラシーでなく、構成国とそれらの多様な関係であり、あくまで全体論的だからである。ボーが「フェデラシオンが民主的である」と述べる場合、それは「統合が上からの強制力によらない」ことを指し、これは「帝国」との対比において、フェデラシオンとデモクラシーが適合するという意味である²⁷⁷。また、伝統理論において、契約と憲法の対照を示すために使用されていた「水平 (horizontal)」と「垂直 (vertical)」の語は、フェデラシオンと帝国の対照を示すために使用されることがある²⁷⁸。しかしボーの連邦論の目的が「国家とフェデラシオンの対照」にあることを考えると、この「帝国とフェデラシオンの対照」は、いわば傍系の議論である²⁷⁹。

また、ボーはアメリカ、ドイツ、スイス等既存の連邦国家から連邦的な現象を抽出するが、EU にこれを用いる場合、抽出され一般化された「連邦的なもの」が、真に国家から差異化されたものであるのか、それとも議会制民主主義の理論をフェデラシオンを基礎として読み替えたものなのか、慎重に判断する必要がある。結局、これらの疑問点はボーが示唆する「フェデラシオンに特有のデモクラシー²⁸⁰」の正体の明確化なしには、解決しない。

次に、これらの視座をもとにしつつ、EU の政治体論としてのボー連邦論の適用可能性を検討する。

2. 試論：フェデラシオンとしての EU

すでに述べたとおり、現時点でボーの連邦論の集大成である *Théorie de la Fédération* においても、EU をフェデラシオンとして構想する試みは行われていない。そこで、本稿では前項で確認した EU を法的に以下に説明するかという問題の性質と、*Puissance de L'État* におけるマーストリヒト条約におけるフランスの描写を手掛かりとして、試論としてのフェデラシオンの EU への適用と、連邦論としての *Puissance de L'État* の読解を行いたい。

²⁷⁷ *Fédéralism et souveraineté*, p.121.

²⁷⁸ *Pacte fédératif*, p.249.

²⁷⁹ もっとも、ドイツを典型として、検討の対象となる「国家」と「フェデラシオン」が、歴史上「帝国」から生じた場合、「帝国」、「国家」、「フェデラシオン」の三者を要素として連邦論を構成する余地は残されている。例えばボーは、「共和政と適合しなかった例外的なフェデラシオン」としてドイツの特殊性を検討しており (*Théorie de la Fédération*, 13 章)、その背後に、歴史上の「帝国」と「Fédération」の接合を理論として成立する余地があると考えられる。

²⁸⁰ *Fédéralism et souveraineté*, p.121.

(1) ボーの主権論と連邦論の共通構造

試論の前提として、ボーが *Puissance de L'État* において行ったことを確認しよう。同書の主題は、主権のより厳密な定義である。「国家の主権」は国家が国内における裁定者となることを意味するものであって、人民が憲法の書き手となるという意味での主権とは区別される²⁸¹。そして、憲法の書き手を意味する主権を構想する結果として、憲法制定権力と憲法改正権力の区別が導き出される。ここで重要になるのは、憲法制定権力の担い手は、憲法に先行して存在しなければならないことであり、すなわち、「憲法の書き手は、その性質上、作り出した憲法規定の中に現れることはない²⁸²」のである²⁸³。

このようなボーの主権の捉え方から、二つの結論が導かれる。第一に、フェデラシオンから主権が消えなければならない理由が、創設の場面からも裏付けられるということである。連邦国家の主権の書き手である「連邦人民」は、しかし、連邦国家の成立前には存在していなかったという現実がある。連邦国家の成立前に存在していたのは、法的にはあくまでモナド国家の諸人民でしかないのである。この現実に対して暴力を振るうような連邦創設のフィクションを想定しないためには、連邦において主権概念を使用することをやめるほかない。

だが、*Puissance de L'État* の主権論から導かれるこの第一の結論に加えて、後のボー連邦論を念頭においてボーの主権論を見返した場合に、次のような第二の結論が導かれる。第一の結論は「憲法の書き手」を問題としていたが、この「憲法」は、連邦論において二分化された憲法のうち、「国家の憲法」を指している。ここで、国家とフェデラシオンの差異化に連動して示された、国家の憲法とフェデラシオンの憲法の差異化の構造を重ね合わせることができるのではないか。すなわち、「国家の憲法の制定権力」を「フェデラシオンの憲法の制定権力」に置き換えても、同様の結論を導き出すことができるのではないか。この可能性に、本稿が試論を行う根拠がある。

フェデラシオンの憲法の書き手は、すなわち連邦契約の締結時点に存在するのだから、連邦（国家）の人民ではなく、将来構成国となるモナド国家の人民（構成国人民）の総体であることになる。もちろんフェデラシオンの憲法の書き手を「主権者人民」と定義することは出来ない。連邦契約は水平的合意としての契約である以上、一方向的な国家の憲法とは異なるし、書き手である人民は複数的であるから、単一不可分の主権の語を使用することは適切でない。また、統治権の究極的な所在を意味する「人民の主権」と区別された、権力自体を意味する「国家の主権」の語についても、フェデラシオンには権力の複数性が

²⁸¹ *Puissance de L'État*, p.208.

²⁸² *Puissance de L'État*, p.212.

²⁸³ 小島、前掲注148、188頁は、杉原泰雄＝樋口陽一間の主権論争や、高橋和之、高見勝利らに代表される主権の制度論、手続き論において、主権の名において語られたものが多種多様であることを指摘し、ボーの用いる「主権」の意味が、日本で主権論の土俵にあげられた概念と比べて、非常に狭義であることに注意を喚起する。

当然に含まれている以上、やはり使用できない。だがこの構造下においても、憲法の書き手の憲法に対する存在の先行性は問題なく存在している。結果、第二の結論として「憲法制定権力の担い手」および「憲法の書き手」という存在は、連邦契約も「憲法契約」である以上、構想することができる。むしろ、国家の憲法にしる、フェデラシオンの憲法にしる、「憲法の書き手」が憲法に先行して存在することを理論的に組み込める理論こそ、現実に即した理論となる。

フェデラシオンにおいて、たしかに国家論の諸概念は「非国家化」された。だが「主権」はなくとも、「(広義の) 憲法」の語が国家とフェデラシオンの間で共有されることによって、「憲法の書き手が憲法に先行する」という構図が、フェデラシオンにおいても保たれているものと考えることができる。だからこそこの部分は、「非国家化」する必要がなく、そのまま「憲法」の語を使用することもできる。この点で、ボーの連邦論と、そこにおいて外見上消滅しているはずの主権論が、密接に結びついている。

ボーは厳密かつ狭い意味での主権概念を採用し、同時にこの概念を使用しないことを決断することで、主権の内容に手を加えることなく、連邦の現実に理論的に対応する途を選んだ。しかし同時に、直前の主権論において、「憲法に先行する書き手」を核とする憲法制定権力論を展開していたボーは、憲法制定権力論と連邦の「現実」の間に、共通する構図を見出したのではないか。このように推察される限りにおいて、主権の概念から離れる連邦論と主権論を結び付け、重ね合わせて理解する可能性がある。

(2) *Puissance de L'État* 再読

そこで、ボーの主著であり、主権論・憲法制定権力論を主題とする *Puissance de L'État* を、連邦論として再読すること、およびそこから得られる結論を提示しよう。

まず、*Puissance de L'État* の結論部分において描かれるのは、単一国家として憲法制定権力を行使するフランスの姿であった。しかし、EU をフェデラシオンとして構想する試みにおいては、この描写をフェデラシオンの構成国としてのフランスの描写に読み替えることが考えられる。マーストリヒト条約の批准により、フランスがモナドとしての国家から連邦構成国へ変化し、EU はフェデラシオンとなる。フェデラシオンには二重の政治権力（構成国と統合極としての連邦）が存在し、従来「連邦国家における唯一の国際法の主体」として捉えられてきた性質は統合極としての連邦に帰属し、「フェデラシオンの極²⁸⁴」として把握し直される。これは、垂直性を排除したうえでの政治体の重ね合わせの構想として理解できる。ボーにおける政治体の二重性は、伝統理論における連邦国家のような垂直的な権力関係を含まないまま、「上から見下ろす場合は統合極としての連邦が、下から見上げる場合は構成国が見える」ものである。本稿にいう「試論」とは、*Puissance de L'État* にお

²⁸⁴ *Théorie de la Fédération*, p.159.

る単一国家フランスの描写を、「フェデラシオンを下から見た場合の構成国フランス」の描写として、読み替える試みである。

Puissance de L'État でのボーの憲法制定権力論は「マーストリヒト条約の批准問題という1992年のフランスが直面した問題を重要な局面として展開された「憲法制定権力論」²⁸⁵」であり、直接的には、マーストリヒト条約の合憲性を巡る議論を適用対象としていた。ボーは憲法制定権力と憲法改正権力を区別し、主権の内容を憲法制定権力へ収斂させ、条約批准の承認を、「憲法改正権力の発動」としてではなく、国民投票の形式による「憲法制定権力の発動」として把握した²⁸⁶。ボーにおいて、憲法改正行為と憲法制定行為を分けるのは、その形式でなく、対象の重大性であった。改正対象が公権力の不可分性や効力の領域を再問題化するといった、政治体の本質を変更するものである場合、改憲行為でなく制憲行為として把握される。

このことは憲法改正の場面のみならず、条約の批准でも同様である。条約が主権や国家の本質、政治体の存在自体に変更を加える場合、それは国内法か国際法を問わず「主体の変更」を意味し、国際法と国内法の区別は無意味化する²⁸⁷。そのような重大な条約は、単に憲法を修正するだけの通常の条約と異なり、憲法制定行為によってしか法的に正当化されない²⁸⁸。マーストリヒト条約もそのような重大な条約として理解され、「憲法制定権力の発動」が求められる。そして、このマーストリヒト条約の重大性は、EUがフェデラシオンであり、フェデラシオンの創設において「国家」という政治体の本質的変更が必要であることから生じる。この議論の骨子自体は *Puissance de L'État* の時点で示されているが、国家とフェデラシオンの対置を主題として展開される後のボーの連邦論とも、矛盾せず接合する。

Puissance de L'État を憲法制定権力論として読む限り、連邦論の嚆矢を確認した時点で完結し、フェデラシオンは主題ではなく、マーストリヒト条約の問題に解答するための道具と位置付けられるにとどまる。だが、後の連邦論と接合させて同書を読む場合、*Puissance de L'État* の末尾に示される以下のような議論が大きな意味を持つ。ボーは、*Puissance de L'État* の結論部分で、マーストリヒト条約の性質を「憲法制定行為の裏面としての、連邦の憲法契約²⁸⁹」とする道筋を示している。国家とフェデラシオンの差異化は、フェデラシオンへの参加が国民主権と両立しえないことを意味しない。むしろ全く逆に、人民の制憲行為によって、人民が所属する政治体の運命をフェデラシオンへの参加へ向けることが可能であることを意味している²⁹⁰。

²⁸⁵ 山元一「「憲法制定権力」と立憲主義—最近のフランスの場合—」、『法政理論』、第33巻第2号、2000、1頁。

²⁸⁶ *Puissance de L'État*, p.431, 479, 483.

²⁸⁷ *Puissance de L'État*, p.464.

²⁸⁸ *Puissance de L'État*, p.477.

²⁸⁹ *Puissance de L'État*, p.484.

²⁹⁰ *Puissance de L'État*, p.485.

この部分を主権論・憲法制定権力論として読む限り、「国民投票の対象が憲法の実質的変更を企図するものであった場合、それは憲法改正権力の発動によってしか正当化されない」という主題の、具体的な例示として理解される。ここでのボーの目的は、憲法制定権力論の動的な契機と静的な契機を両面において活用するある種のバランス感覚を備えた憲法理論²⁹¹を打ち出しつつ、直接的には「国民のダイナミックな自己決定の地平が開かれ、民主主義の理論が前面に躍り出て、憲法制定権力の動的機能が静的機能を突き破る²⁹²」構図を描くことで、ラスト・ワードとしての主権と、主権主体としての国民の、憲法理論における「重さ」を活性化させることであった。

しかし、これをボーの連邦論における「連邦契約」の描写として捉えるならば、*Puissance de L'État* の新たな意味として以下の内容を読み取ることができる。*Pacte fédératif* において展開された「憲法契約としての連邦契約」の議論において示された通り、フェデラシオンの憲法制定権力を念頭に置くと、マーストリヒト条約の締結と批准の過程において、「連邦契約の再締結＝連邦の憲法制定権力」と、構成国の内部における憲法制定権力の発動が、同時に生じていることになる。この意味でマーストリヒト条約の批准を対象とする国民投票は、「二重の憲法制定行為」として理解される。連邦契約の憲法制定権力の担い手は構成国人民であったから²⁹³、ここで構成国人民が一度に二つの憲法制定行為を行っている。同時に他の構成国人民も並列的にこの二つの憲法制定行為を行い、この制憲者の複数性のために、人民の単一性を前提とする主権は存在しえない。「EUの構成国に主権が残留する²⁹⁴」という、あくまで主権の存在を維持した分析は、ここで否定されることになる。このように理解することで、フェデラシオンの憲法制定権力の発動としての連邦契約に際して、連邦レベルと構成国レベルで、二重の憲法制定行為が存在していることがわかる。

この憲法制定行為の二重性によって、国家とフェデラシオンの差異がさらに明確化される。国家の憲法制定が、その人民の単一不可分性を前提として、一回的にのみ発動するものであるのに対して、フェデラシオンの憲法制定行為は、総体としての憲法制定と、各構成国レベルでの複数的・非同時的な承認を含む。こうして描き出される国家と比較した時

²⁹¹ 山元一「最近のフランスにおける「憲法制定権力」論の復権——オリヴィエ・ボーの『国家権力論』を中心に——」、『法政理論』、第29巻第3号、1997、57-58頁。ここにいう「バランス感覚」とは、動的な憲法制定権力の発動が法的に無答責であり、裁判所が違法性・違憲性を判断しえないものであるがゆえに、ウルトラ民主主義的な憲法の否定へとつながる危険性を認識し、その発動が可能となる場面を極めて限定することを指す。通常、憲法制定とともに凍結される静的な憲法制定権力概念が妥当し、動的な憲法制定権力の奔放な発動は許されない。例外的な「エネルギーの発散」として、民主主義と結合して提示される国民投票の形をとる場合にのみ、動的な憲法制定権力の発動が肯定される。例えば、両ナポレオン下の国民投票は、独裁制への正当性供給にとどまって、民主主義を欠いたがゆえに、ボーにおいて憲法制定権力の発動とは認められない (*Puissance de L'État*, p.300-306)。

²⁹² 山元一「現代フランス憲法学における立憲主義と民主主義」、『憲法問題』、第13号、2002、136頁。

²⁹³ *Pacte fédératif*, p.264.

²⁹⁴ Florence CHALTIEL, *La Souveraineté de L'État et L'Union européenne, L'Exemple français, Recherches sur la Souveraineté de L'État membre*, LGDJ, 1999, p.448.

のフェデラシオンの制憲行為の独自性は、「水平的・契約的」であるフェデラシオン創設の性質と対応するものであろう。

さらに、ボーの連邦論において明らかでなかったデモクラシーの問題の手がかりが、憲法制定行為の在り方の中に示されていると考えることもできる。すなわち、主権の不存在と無関係に、*Puissance de L'État* で示されたダイナミックな自己決定の主体としての国民像が、EU 市民のみならず、構成国人民の次元から直接に正当性を引き上げる構図²⁹⁵において、そのままフェデラシオンにおける「構成国人民」像としても成立しうるのではないか。通常においては EU 市民を源泉とする正当性がフェデラシオンの基礎であるとしても、連邦契約の再締結の場面では、EU 市民を源泉とする正当性に対し、構成国人民を源泉とする正当性が、優越的価値を有することになる。しかし、「連邦契約の再締結＝フェデラシオンの憲法制定権力の発動」には、国家における「動的な憲法制定権力の発動」の場合と同様、その対象の重大性と特定の手続きが要求され、統合の解消へ向かうような「奔放な連邦契約の書換え」は否定される。このように考えるとき、憲法制定権力論においてボーが示した「バランス感覚」が、連邦論においても表現されることになる。

ボーの連邦論は、連邦契約を中核とし、連邦の創設の分析に重きを置くが、このことは一見、ボーにおいて、連邦の創設後、構成国の法的な独立性は隠れ、また、政治的自己決定の主体としての構成国人民は、EU 市民の中に埋没するかのように見える。しかし、以上の読解を前提とすれば、創設以後のフェデラシオンについて以下のような構造が導き出される。創設以後のフェデラシオンにおいて、構成国人民が主体となる動的な憲法制定権力が発動され、これによって連邦契約が締結し直され続ける。構成国と構成国人民は、連邦契約の書換えのたび、政治的自己決定の主体として立ち現れ、結果的に構成国が政治的に解消されないことが保障される。本稿において読み解かれた「構成国人民」像と、ボーにおけるフェデラシオンの本質（構成体が解消されない統合）が、この構造のもとに交差するのである。

（３）小括：連邦論から国家論へ

以上において、ボーの連邦論と国家論を重ね合わせることで、EU を法的に説明する可能性を示した。単一国家フランスにおける連邦論の展開として、古典的議論であるル・フェール、カレ・ド・マルベール、そして現代国際社会の多元化を見据えた新たな連邦論であるボーの議論を経て、ここに政治体結合のモチーフの発展を見ることができる。

しかし、一点、ここで注意しておかなければならないのは、この読解はあくまで「試論」

²⁹⁵ 山元、前掲注 291、48、70 頁は、ボーの憲法制定権力論を、一定の民主主義観と結合して示されるものと考え、「立憲主義的民主主義」の枠内に位置づけようと試みている。本稿は、これと同じ構図がフェデラシオンにおいても成立する可能性を示すものである。

であることを、最後に強調しておきたい。ここで重要なことは、ボーが連邦論の入り口であるの時点では EU をフェデラシオンとして構成する道筋を示しておきながら、そこから 13 年を経た *Théorie de la Fédération* において、EU を検討対象から意図的に除外したことの意味である。この点について仮説を立てるならば、マーストリヒト条約締結時点の EU からボーが予想していた EU 統合と、現実の EU 統合の進展の間にずれが生じた可能性が考えられよう²⁹⁶。

また、ボーの議論の力点が、連邦創設の場面に置かれていることに関して、連邦論・国家論それ自体に内在する問題を指摘しておかなければならない。また、ボー自身が指摘する通り、伝統理論において国家連合と連邦国家の区別の理論が発展してきたのは、三つの連邦国家創設の歴史的エピソードを説明するため、すなわち、アメリカ・ドイツ・スイスの連邦形成史を法的に説明するためであった²⁹⁷。ボーがフェデラシオンの憲法として定義した連邦契約の概念は、連邦の一般理論として提示されてものではあるが、それと同時に、EU の創設を説明することを明確な目的として構成されている。伝統理論にとっての三つの連邦国家や、ボーの連邦論にとっての EU のように、歴史的な政治体の変更が先行して、それを後から見て説明することが、連邦論の重要な役割である。しかしそれゆえに、一回的な事象の説明に終わってしまう可能性もあり、そうなれば「一般理論」という表題に反して、理論的広がりや失っていくことになる。とりわけ、論点を連邦創設に集中するほど、「分権の理論」ではなく「統合の理論」であるという性質が強まる。このような見方をすれば、ボーの定義する連邦契約も、民事的契約とパラレルで捉えられるような理論というものよりも、欧州統合という奇跡的な事象を説明するための概念という色彩が強くなる。だとすれば、ボーの掲げた「一般理論」という表題を掲げることが、連邦論においてそもそも可能かということが、問題とされよう。

また、ボーが主権論の裏返しとして連邦論を構成したことについて、および、本稿が憲法制定権力論を連邦論と重ね合わせることによって試論を行ったことについて、さらに問題が生じる。ボーの連邦論は国際化に対応して進行する国家の相対化に対して示されるが、その裏側に、国家の主権が無傷な概念として保護されていることに注目しなければならない。これとは対照的に、国家の相対化とともに主権原理が相対化していくことが指摘されており、むしろ憲法学にとって、ボーよりもこちらのほうがなじみ深い議論であろう。そこで、現代国際社会において相対化されていく国家の中での、主権論の意義についての問題を提示することができる。

第一は、統合の理論としての連邦論のフィクション性と、主権論のフィクション性の関係の問題である。すなわち、連邦創設の場面において、構成国の先行性をいかにとらえるかが重大な問題であった。構成国と連邦のうち、連邦創設までは構成国しか存在していな

²⁹⁶ とりわけ、2005 年にヨーロッパ憲法条約がフランスとオランダの批准拒否によって挫折したことは重大であろう。

²⁹⁷ *Théorie de la Fédération*, p.72-73.

いために、連邦と構成国の関係を垂直的なものと説明することや、連邦憲法の書き手を、国家の憲法同様単一不可分の人民と説明することについて、大きな困難がともなう。この問題を、論者は何らかのフィクションを用いて解決する必要があり、ポーはこのフィクションを、なるべく現実に対して無理のない、フィクション性の薄いものとするのを、理論としての正しさととらえた。しかし、この連邦創設にかかわるフィクションと似たものが、国家の憲法の場合でも存在していることは容易に理解できよう。国家・政体の成立時に、憲法制定者である人民が単一不可分のそれとして存在しているのか、という問題は、主権論・憲法制定権力論のフィクション性の問題としてあげられるものであり、その点を考えれば、創設にまつわる理論的問題は連邦でも通常の家でも、共通していると言えるであろう。この問題は、翻せば「主権者人民」を想定すること自体が暴力的なフィクションなのではないか、という、憲法が国家と主権を扱う上で非常に根本的な問題へとつながる。

第二に、現代国際社会への憲法学の対応という視点から、第一点よりも重大な問題と考えられるのだが、国家の相対化をともなう EU の統合に際し、具体的に主権はどのような変化を遂げるのかという問題の困難性を提示したい。ポーにおいて、フェデラシオンはその性質として主権を有しない政治体であるし、成立時についても、各構成国が「主権を括弧に入れる」という特殊な表現によって、連邦創設の特殊性を提示するにとどまっている。しかし、「主権がない」と言ってみたとこで、EU に現実に存在する生の統治権力を概念として示したことにはならないのは明らかであり、このことは、連邦創設の議論が一時的な歴史的な物語的な記述であることの弱点ともいえるものである。

しかし、ここで、国家間の統合、創設段階における主権の問題に焦点を絞ると、統合の最中にある諸国家の主権を、論理的にどのように扱うかについては、「複数主権」を認める方向性と、「主権消滅」というフィクションを用いる方向性の二つが考えられよう。「複数主権」は、現実の権力の委譲や制限を引き起こす統合の中でも、各国家に主権があることは変化しないとする方向であり、「主権消滅」は、統合によって主権が消える、あるいは、主権の問題は意図的に横に置き、事実として進行する統合を受け入れるという方向である。

「複数主権」論については、やはり、「権力の制限や委譲があっても主権であることに変わりない」という議論の立て方は、それ自体として主権という概念から離れてしまっているのではないか、という疑問が湧くだろう。要するに、ここで「主権」の語を使うのは誤用ではないか、あるいは統合の推進力を現実よりも弱く見せてしまう、ミスリーディングな用法ではないか、という問題が考えられる。統合によって諸国家の権力が制限されることはもはや事実のレベルであり、理論がそこから離れすぎることは、ポーの批判する「現実に対して暴力をふるうがごときフィクション」へつながることになる。

これに対し、ポーも採用する「主権消滅」の方向性は、主権者の存在をあえて確定しようとせず、現実の統合をより正面から受容できる概念としては優れており、また、「主権」の概念には手を加えないという点においては、むしろ複数主権よりも法理論としては穏当

憲法学と国家理論

連邦論・国家論・法秩序論における一元性と多元性

な方向性であるかもしれない。「主権消滅」論の道筋を採るものとしてボーの連邦論を観察すると、連邦において「主権」を捨てても「憲法制定権力」は捨てず、憲法学・国家論であることの必要条件を満たしつつ、創設の重視から歴史的叙述としての国家論へ接近し、「主権消滅」型の理論的な穏当さを選択したものと考えられる。

しかし、ここで問題となるのは、政治的な意味においては、この道もありえないということである。すなわち、政治の領域では、「統合によって国家から主権がなくなる」と言うのは究極的にはタブーであり、たとえば為政者がこのような発言をする可能性を考えてみればよい。もちろん、政治的次元の言論と法的な議論は別物であって、絶対に一致させる必要があるというわけではない。だが、政治体の形態という、究極的には政治の次元に端を発する問題について、法的議論が政治的次元との距離が大きいことは、その議論のフィクション性の強さを示すことになるのではないか。この点は、「複数主権」の道筋をとった場合のほうが、主権の存在を所与とする政治的次元となじみやすいことになろう。

結局のところ、現代国際社会を念頭に置き、連邦論から政治体結合のモチーフを受容したところで、憲法学のいとなみである以上は、主権の存在を無視しえない。そして、いかなる概念の意味の変更や取捨選択を行うにしろ、政治体の根本にかかわる重要概念について、法的に純粋化された形で結論を出すか、それとも政治的次元とのなじみやすさに配慮するか、対応したい次元・問題意識の比重によって、政治的にありえない道筋を選択する可能性があることは、現代国際化社会において憲法学が国家を語ることの困難性を示しているといえる。

しかし、一方で現実の EU の政治的実態と、ボーが構成しようとした鍵概念フェデラシオンの間にずれが生じたのだとしても、ボーの連邦論はそれ自体として注目すべきものである。それは、ボーの連邦論が、あくまで憲法学・国家論の立場から、EU の問題に解答しようとしていることである。現代国際社会において、主権国家の相対化が語られるなかで、とりわけ EU を「法秩序」や「ガバナンス」とする理解が生じ、また、国際社会における国家以外のアクターを強調することで、国家の構成体としての絶対性が相対化される。また法的次元においては、欧州司法裁判所が「主権の委譲」を判示することに象徴されるように、主権の不可分性を相対化することが迫られる。憲法学は「国家間関係に関心を集中できる国際法学ほど容易には、主権の不可分性を承認できない²⁹⁸」という EU 法学からの指摘の通り、単一不可分の主権をはじめとして、近代国家論を支えてきた鍵概念を見直すところからはじめない限り、憲法は国際社会を語るができない。

このような視点から、改めてボーの試みを観察してみよう。ボーは連邦という概念そのものを再定義しようとしたが、そのために、いったい何を維持し、何を变えたのか。まず、ボダン読解から始め、原理的な意味での主権の単一不可分性を確認するボーは、このような主権に手を加えることはしなかった。その代わりに、連邦は主権と両立しないことを正

²⁹⁸ 須網隆夫「EU/EC 法秩序とリスボン条約」、福田耕治編『EU・欧州統合研究—リスボン条約以後の欧州ガバナンス—』、成文堂、2009、81 頁。

面から認めてしまい、憲法の定義に変更を加えて憲法契約の概念を創出し、連邦創設を説明した。現代国際化社会に対応するための憲法学の問い直しという視点から見れば、ポーは「主権を守り、憲法を変えた」といえるだろう。EUについて憲法が語る時、主権の委譲・分割といった、主権の定義に根本的な変更を及ぼすことを回避するならば、代わりに憲法の概念を綿密に定義しなおすしかない。連邦論をはじめとする国家の枠を超えた議論を憲法学が行う場合に、「何を変えて、何を変えないか」という問題は、逆に言えば、「何を変えてしまっても、憲法学であり続けられるか」という問題であるといってもよい。国家統合を捉えるにしても、主権・国家といった国家論の概念を全て捨てるか、根本的な変更を加えてしまっても、もはや「憲法学」たりえず、捨てざるを得ないとすれば、もはや憲法学によって国際社会を捉えることが不可能となってしまふ。こうしてみると、ポーの連邦論は、あくまで憲法学を放棄せず、憲法学から提示できる理論の限界線を慎重に探った結果であると考えられよう。

この点、ポーの主権論における主権の非対称的性質の議論において、ポーがこのような問題意識を有していることが推察される。ポーは、主権論が国家内部の議論と国家外部の議論の結節点となっていることを指摘し、この結節点を担う憲法理論の課題として、国家的な現象と国際的な現象の連動を説明することを志向する。国際的現象としての国家統合や条約の批准が、国内法においていかなる現象を引き起こすか、あるいはどのような国内法的手続きが必要となるのか。この点、国内法と国際法をつなぐ主権という結節点においてのみ、この問題を検討することができるはずであり、それこそが憲法学の課題として示される。この議論は、直接には、なぜ憲法制定権力論を論じなければならないかを説明するためのものであるが、ここで指摘される国内的現象と国際的現象の連動の典型例として、連邦契約締結の場面が意識されている。ポーは、連邦契約締結の場面において、ある人民の憲法制定権力の発動と連邦契約の実効化が、まぎれもなく構成国の主権を犠牲としていることを指摘し²⁹⁹、これを憲法論が説明しなければならない課題として見定めている。このようなポーの問題意識は、主権論と表裏一体となる連邦論の道筋を、*Puissance de L'État*の時点ですでに既定のもののみなしていることの証拠であるとともに、現代国際社会における憲法学の、とりわけ国家論・主権論の使命を考えるに際して、重要な手がかりを秘めている。

最後に、本稿のここまでの議論の流れを再整理すると、連邦論を追いながら政治体結合のモチーフを抽出しつつ、そのモチーフを追究する中で、政治体結合の構成要素となる主権国家の構想が再問題化されてきた、ということになる。現代国際社会のリアルな把握を問題意識として、主権国家の構想を相対化させていく方向へ突き進む国際法・EU法学に対して、憲法学には、伝統的な国家論と政治体結合のモチーフを通じて、新たに主権国家の構想を練り直す方向へ進むという選択肢が存在している。

そこで、本稿が次になすべき試みは、このような憲法学特有の選択肢を選び取って国家

²⁹⁹ *Puissance de L'État*, p.218.

憲法学と国家理論

連邦論・国家論・法秩序論における一元性と多元性

論の探究を進めていくために、伝統的国家論における主権国家の構想と諸概念を見つめ返したうえで、ここまでに抽出された政治体結合のモチーフ、現代国際社会の像と併せて考察することである。その試みの出発点として、次章以降では、連邦国家論を傍系的に展開しつつも、単一国家を対象とした国家論を展開したカレ・ド・マルベールの古典理論について、綿密な再検討を行う。

第3章 カレ・ド・マルベールの国家論（1） 一元性の問題

本章では、ここまでの連邦論、政治体結合のモチーフを念頭に置きつつ、古典的な国家論の再検討の道筋へと回帰していくことになる。ここでの検討対象は、日本の主権論に対しても大きな影響を与えた第三共和政期フランスの憲法学者、カレ・ド・マルベールの国家論である。

第1節 古典理論の再検討の道筋

カレ・ド・マルベールの議論の具体的内容の検討に入る前に、連邦論から主権国家論へと回帰する理由の再確認と、カレ・ド・マルベールへの理論的接合点を簡潔に明らかにしておこう。第一に、連邦からその構成要素である国家への回帰、すなわち通常想像される道筋の逆を行くことの原因を、連邦論の原点としての国家論の必要という指向の道筋をもって明らかにする。第二に、古典的国家論の再読対象としてカレ・ド・マルベールの議論を選定した理由として、カレ・ド・マルベールの議論が多角的視点によって国家を観察するものであったことを示す。

1. 連邦論から国家論へ

これ以後の検討においては、究極的には、これまでの連邦論、とりわけ前章のボーの議論において、一応の到達点を見た政治体結合のモチーフと、現代国際社会に対する憲法学の対応の在り方を問う問題意識を念頭に置いたうえで、国家論を再検討していくことになる。本稿が連邦論から継承する問題意識とは、国家概念の動揺に対する憲法学的対応の途を探ることである。すなわち、「政治体結合のモチーフ」に加えて、いわば現代国際社会を見る「現代的視点」をもった憲法学への提言を目指すものである。

ボーの議論は、「連邦国家」概念への懐疑、連邦と国家の再差異化、連邦創設（連邦契約）への注目など、古典理論にはない新規性をもって現代国際社会を把握しようとする強力な政治体結合のモチーフを生み出そうとしていた。そして、そこで手厚く論じられることとなった連邦創設の歴史的事例や EU の経験から、ある意味では国家を連邦の構成要素として特権化する側面があった。これは、EU において国境が相対化され、国家以外のアクターの存在感が著しく増大している現象に対して、国家学としての憲法が理論的に対抗すべき任務を負っているためであると思われる。連邦契約の主体として、連邦のアクターとしての国家の特権化、というよりも統治の団体としての固有かつ代替不能な構成単位として

憲法学と国家理論

連邦論・国家論・法秩序論における一元性と多元性

の国家が、理論上強く表れている。多元化を正面からとらえようとする EU 法学・国際法学の視点からは、このような態度は批判対象になりうるが、憲法学にとって、このような抗事実的な国家構想は伝統的思考法ともいえ、現代においても慎重に検討する価値があることは疑いが無い。

同時に、これまでの政治体結合のモチーフによっても十分に汲みつくされていない論点が存在している。連邦がその形成において単一国家論にはない複合的・重層的性質を有していたがゆえに、連邦論は必然的に、連邦創設を非常に大きな問題として取り扱うこととなった。そこから導き出される示唆に従えば、やはり問題意識は EU を成立させたマーストリヒト条約や、「ヨーロッパ憲法」およびその制定権力といった概念へと集中することになる。しかし、連邦や EU における動的な統治作用を憲法学が取り扱おうとする以上は、連邦創設のみを理論的に固めたところで、その理論的射程には限界がある。

そこで、政治体創設以外の場面において、憲法学にとって有用な示唆を得るために、いかなる問題領域の分析が有用であろうか。そこでまず想起されるのが、憲法規範のみに関わらない、法規範と法秩序のありかたという視点である。たとえば EU においては、EU レベルの規範が各国の立法機関とは画然と独立して存在し、憲法制定権力やレファレンダムの人民のダイナミックな決定、民主的正統性を備えた憲法学上は強固とされるデモクラシーの論理による決定を、事実として乗り越えていってしまう場合がある。この点につき、リスボン条約の批准において、国民投票を行ったのはアイルランドのみであり、それ以外の EU 構成国は全て、議会手続によって批准したことはきわめて示唆的である。このことは、欧州憲法条約が成立しなかった直接の原因が、構成国国民の直接的拒否であったことから、批准に国民投票を選択することのリスクが回避された結果であるが、フランスにおいてはとりわけ、リスボン条約の事実上の前身である欧州憲法条約の批准に際し、国民投票で否決したフランス国民の意思が、いかにして扱われるのかが、EU 法規範の正統性とデモクラシーの問題として現れてくる³⁰⁰。

そこで、政治体創設、憲法制定の場面に限定せず、統治全体に関わる民主主義や正統性の問題・国家内の規範創出と執行について、広範な理論的射程を持つ理論を再検討することで、憲法学にとって新たな示唆を得ることが考えられる。それでは、このような試みの対象としてふさわしい、憲法学にとって有用な国家単位の思考を継承しつつ、法的意味において、国家を多角的に観察する国家論には、何を選擇すればよいか。これについての本稿の選擇が、国家論・法律概念の礎定者としてのカレ・ド・マルベールである。

³⁰⁰ 大藤紀子「フランス憲法院による EU リスボン条約に関する判決」、『貿易と関税』、58 (11)、日本税法教会、2010、69-70 頁は、「民主主義の観点から」、「憲法制定権者の意思を汲み、リスクを承知で」国民投票を行うべきであったのではないかとしている。この論考は直接にはリスボン条約の憲法適合性についての憲法院判決 (Décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007) の評釈であるが、大藤は、ここでは判決の内容吟味を超えた、EU 民主主義の行方についての問いかけを行っている。また、「自国の主権の担い手 (国民・議会) が、同時に EU の民主主義の「担い手の一部」でもあるという事実」に対する司法機関の対応がより重要になっていくことを提示している。

2. 検討対象としての可能性：国家の多角的な観察者カレ・ド・マルベール

(1) カレ・ド・マルベールの業績

カレ・ド・マルベールは、ドイツ理論を参照しつつ重厚な主権論・国家論を展開したこと、および「法律は一般意思の表明である」という人権宣言第6条における命題を憲法理論として確立したことが、非常に大きな業績とされ、この二点について現代でも幅広く参照されている。

カレ・ド・マルベールの議論は、既に本稿第1章にて部分的に登場した。しかしそれはあくまで連邦論に限ってのことであって、全体を見たわけではない。そこで、ここからの再読対象である古典理論としてのカレ・ド・マルベールの業績の全体像を簡単に確認しておく。カレ・ド・マルベールの業績は、次の三つの著作に集約される。

第一著 *Contribution à la Théorie générale de l'État — spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*³⁰¹ (『国家の一般理論への寄与——とりわけフランス憲法によってもたらされた所与にもとづいて』) は、国家概念論／国家機関論／国家作用論の三部構成をもって、国家の一般国家論を検討している。この書では、国家についての原理・機能・組織の理論への追究、すなわち国家の一般理論への志向がみられる。また、イエリネック、ゲルバー、ラーバントといったドイツ学説の影響がみられ、国家法人説・機関理論を用いて国家論を展開している。そして、戦後の日本の主権論とのかかわりで最も重要な業績は、「国民主権 (souveraineté nationale)」と「人民主権 (souveraineté peuple)」の区別・対照論を展開したことである。国民 (ナシオン) 主権 が代表民主制と結合し、その前提として意思する能力を持たない国民 (抽象的歴史的統一体) の観念を前提とするのに対して、人民 (プープル) 主権は直接民主制と結合し、具体的な意思する能力を持つ国民 (有権者団) の観念を前提とする。この二つの主権概念の対照の構造は、杉原泰雄の主権論・国家論のフレームとして受容され、また、日本の主権論争の展開を経て、代表的概説書へ記載され、日本における憲法学的一般教養として定着している。主権論における正統性の契機と権力的契機の対比論や、純粹代表制 (自由委任) と半代表制・半直接制 (命令委任) の代表制論における対比構造も、主権論の二類型と結びついて論じられることは、周知のとおりである。

第二著 *La loi, expression de la volonté générale — Étude sur le concept de la loi dans la*

³⁰¹ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Sirey, 1920 et 1922, reed, Dalloz, 2004. 第1章での引用形式を継続し、以降も *Contribution* と略記する。

*Constitution de 1875*³⁰² (『一般意思の表明としての法律——1875年憲法における法律概念の研究』) は、第三共和制憲法(1875年憲法)下のフランス憲法体制・公法秩序の分析と、改革提案を行っている。ここでの鍵概念は表題に現れている通り、法律および一般意思、そして憲法制定権力、代表制の原理である。すなわち、「法律(loi)」を鍵概念にしたフランス統治原理の分析であり、フランス人権宣言第6条における「法律は一般意思の表明である」命題を、政治的宣言としての射程を超え、フランス統治の基本原則として見定めて公法学的射程を与えたのである。また、同書では当時の議会主権の弊害に対する処方箋として法律の合憲性統制、レファレンダムの可能性を検討している。後に第五共和政憲法において憲法院による違憲立法審査制・国民投票制度の設置がなされたことから、Loiの業績をもって、カレ・ド・マルベールを第五共和制の「予言者」と称する場合もある。

第三著 *Confrontation de la Théorie de la formation du droit par degrés — avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*³⁰³ (『法段階理論——法の形成に関してフランス実定法によって確立された思想および制度との対比』) は、ケルゼンによる法段階理論に対する批判を行っている。具体的には「ケルゼンの法段階理論が、フランス公法秩序に適用不可能である」ことを論証しているのだが、同書の試みは前二著の議論の展開に必ずしも順接するとはいえない、やや特殊なものであり、後の研究によって言及される機会も他の二著と比べて著しく限定的である。この第三著の特殊性こそ、次章において本稿が焦点化する問題である。

三著作を総合して、多様な概念・切り口から、主権国家という政治体を多角的に観察して法的に記述した論者として、カレ・ド・マルベールを位置づけることができよう。本稿は、このカレ・ド・マルベールの多角的国家分析者としての性質の中に、政治体一般の理論構成において示唆を獲得しうる検討対象としての可能性を見出すのである。

(2) 先行研究と検討の方法

カレ・ド・マルベールの議論の再読の方法について、先行研究の存在にかかわる注意点と、本稿の採用する読解の方法を記しておこう。その議論の内容が近代国家論の基礎的内容にかかわるために、カレ・ド・マルベールを扱った研究自体は、フランス・日本問わず膨大に存在し、言及・引用のありかたも多種多様であるが、とりわけ、本稿の今後の検討

³⁰² Raymond Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Sirey, 1931, reed, Economica, 1984. 以降では、*Loi*と略記する。なお、*Loi*の表題は、日本語に直訳すれば本文中に挙げた『一般意思の表明としての法律』とするのが一般的であるが、同書の邦訳書の表題は、『法律と一般意思』である(時本義昭訳『法律と一般意思』、成文堂、2011)。同書220頁の訳者あとがきによると、翻訳者である時本は、このように改めた理由を「日本語の表現として生硬である」ためであるとしている。

³⁰³ Raymond Carré de Malberg, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés*, Sirey, 1931, reed, Dalloz, 2007. 以降では、*Confrontation*と略記する。

にとって重要な先行研究は、原典からその内容・意義を理解し発展させようとするカレ・ド・マルベール読解を行ったものである。特に、本稿が念頭に置く現代的視点からの再読の問題意識にとって、その現代性を逆説的に明らかにするために重要となるのは、日本において、カレ・ド・マルベール理解のスタンダードとなっている、高橋和之と杉原泰雄の読解である。この二者の研究の重要性は、単にカレ・ド・マルベールを読み解いたにとどまらず、自身の国家論にカレ・ド・マルベールを取り込んでいる点である。杉原の人民主権論については、国民主権論との対照構造自体が *Contribution* におけるカレ・ド・マルベールの主権論に由来するものであるし、杉原と樋口陽一の間で行われた70年代の主権論争においても、カレ・ド・マルベールの主権論は枠組を提供するものであった。

高橋和之がカレ・ド・マルベールを「自身の理論に継承している」といえるかについては、杉原の場合ほど明確ではないが、本稿は継承しているものとして考えている。高橋は、『現代憲法理論の源流³⁰⁴』において、カレ・ド・マルベールを含め、フランス第三共和政期に活躍した4人の憲法学者の議論を読解しているが、同書のうちカレ・ド・マルベールの読解を行った部分は、後年高橋自身の統治論、とりわけ国民内閣制論において引用されることになる。カレ・ド・マルベールの議論が具体的にどのように国民内閣制論へ取り込まれたのかについては次章において扱うが、ここではひとまず、高橋がカレ・ド・マルベール読解者であると同時に、その議論を前提として自身の統治理論を構築したという本稿の認識を明確化しておく。

杉原・高橋のカレ・ド・マルベール読解と、その読解をフレームとした理論構築のいとなみは、本稿の再読の試みにおいて大きな道標となるが、ここで注意しておかなければならないのは、この二者はあくまで、単一国家である日本における国家論・統治理論のレファレンスとしてカレ・ド・マルベールを扱ったのであり、その議論の射程は日本国内の公法秩序に、基本的には限定されていることである。

本稿の試みは、理論研究としてのカレ・ド・マルベールの再読作業に加えて、連邦論から得た政治体結合のモチーフと現代国際社会へのまなざしをもって、読み解いたカレ・ド・マルベールの議論を位置づけなおすことにある。そこで、杉原、高橋以外にも、本稿にとって有力な道標となりうる、新たな視点を盛り込む読解としてエリック・モラン (Éric MAULIN) と時本義昭の読解を、更なる参照軸として取り扱うこととする。モランは、現代のフランスにおいて、カレ・ド・マルベールの議論全体を体系的に読み解き、カレ・ド・マルベールの議論に通底する諸原則を抽出しつつ、その学説史的・理論的位置づけを明らかにすることを試みている。時本義昭は、高橋和之の『源流』におけるカレ・ド・マルベール読解を基軸にしつつも、非常に独自性の強い、前例を見ないカレ・ド・マルベール読解を提示している点で非常に興味深い。とはいえ、モランも時本も、決して政治体結合のモチーフをもってカレ・ド・マルベールを読み解いているわけではなく、その射程は厳格に限定されているように思われる。すなわち、モランの場合はあくまでカレ・ド・マルベ

³⁰⁴ 高橋和之『現代憲法理論の源流』、有斐閣、1986。以下、『源流』と略記する。

憲法学と国家理論

連邦論・国家論・法秩序論における一元性と多元性

ールの内在的理解の明確化と意義付けであり、時本の場合は国民主権という概念の正確な射程を明らかにするという文脈の中でカレ・ド・マルベールを検討しており、議論の射程を単一国家へと慎重に限定しているのである。本稿はこれら新たな読解を踏まえた上で、現代国際社会への憲法学の対応という問題意識をもって読解を行うことになる。

ここで、本章と次章における議論の展開を素描しておく。まず、第3章においては、伝統的論点から再読のための素材の提供を受け、膨大なカレ・ド・マルベールの国家論の内容を整序するために二つの問題設定したうえで、設定した問題についての各論者のカレ・ド・マルベール読解の具体的内容を検討していく。本稿の二つの問題設定とは、一貫性の問題と、一般性の問題である。一貫性の問題とは、カレ・ド・マルベールの議論の内在的一貫性についての問題であり、一般性の問題とは、その国家論としての射程が、あらゆる国家一般に適用可能なもの（国家の一般理論）であったのか、それとも第三共和制下のフランスという当世一国にのみ適用可能な理論であったのかという問いである。この二つの問いをまとめて、カレ・ド・マルベール読解における「一元性の問題」として提示し、この問いに対する主要先行研究四者を含めたカレ・ド・マルベール読解による解答を検討していく。

次に、第4章においては、一元性の問題の検討において受け取った素材を再構築しつつ、第2章までの示唆を踏まえた、本稿独自のカレ・ド・マルベール読解を提示することを目指す。ここでは、従来重視されることのなかったカレ・ド・マルベールの第三著作 *Confrontation* を問題化し、前二著作との関係を踏まえて、その内容・意義を可能な限り明確化することを試みる。そして得られた *Confrontation* の読解をもとに、3章における二つの一元性についての問題に対する本稿の解答を示すとともに、政治体結合のモチーフや現代国際社会についての問題意識、すなわち現代的視点から、カレ・ド・マルベールの議論の新たな位置づけを提示する。本稿の示そうとするカレ・ド・マルベールの新たな位置づけは、カレ・ド・マルベール自身が単一国家フランスにおける体系的な主権国家論として成立しているにもかかわらず、現代的視点においてキーワードとなる多元性とのかかわりをその理論の中に見出そうとするものであり、その意味で、第4章の表題を「多元性の問題」としている。

第2節 一貫性の問題

1. 問題の所在：2大原理の整合的解釈の困難

本稿が問題化するカレ・ド・マルベールの一貫性とは、その第一著作 *Contribution* と第二著作 *Loi* で検討される原理を比較することで明らかになる、カレ・ド・マルベールの内在的一貫性の問題である。二つの著作においてそれぞれ扱われる原理の間に、相反する要素が

存在しており、カレ・ド・マルベールの読み手は、この二原理の衝突をどう理解するかを問われることになる。すなわち二原理間の矛盾衝突を、カレ・ド・マルベールの議論が変化したものと見るのか、それとも両者は一見矛盾するのみで、実質的には矛盾がない、あるいは順接する議論であると見るのか、読み手の解釈が分岐する可能性がある。

本節では、二著作で扱われる各原理の要点と矛盾点を提示して、一貫性の問題の所在を明らかにしたのち、杉原泰雄・高橋和之によるカレ・ド・マルベール解釈と、そこから導かれる一貫性の問題への両者の解答を比較検討する。日本におけるカレ・ド・マルベール読解のスタンダードを形成するはずのこの二人の読み手の一貫性問題についての解答が、実際には一致していないことが問題となる。

(1) 第一著 *Contribution* : 「国民主権」原理の書

第一著 *Contribution* で扱われる原理は、「国民主権」原理である。そしてそれは、一般的抽象的な意味での国民主権原理ではなく、人民（プープル）主権と対比される形で示される「国民（ナシオン）主権」を指す。この原理において、主権帰属主体としての「国民（nation）」は、全体的・抽象的存在であって、個人の集合体ではない。「主権者としての資格を全ての個人と個人からなるあらゆる部分集団について否定した、（中略）国民つまり集団の主権とは、1789年および1791年の理念においては、あらゆる個人による主権の否定であった³⁰⁵」のである。こうして主権の保持者が抽象化されることによって、国家の内部におけるあらゆる部分集合も、主権を直接に行使することができない。具体的存在によって直接行使することがありえなくなった主権は、革命以前の主権概念に含まれていた権力としての絶対性を決定的に喪失する。フランス革命によって実現された「国民主権」とは、単に主権の保持者が変更されただけでなく、「主権」という概念自体の意味が変更されているのである。

そして、このような「国民主権」の対蹠原理としてカレ・ド・マルベールが対比的に示すのが、君主主権・人民主権の二原理である。1791年憲法における君主はもはや一身専属的な絶対的権力の主体ではなく、諸権力の源泉は国民（nation）であり、とりわけ憲法制定権力は国民のものとして観念されるため、君主主権は「国民主権」原理と矛盾する³⁰⁶。また、国民の部分集合である市民の集合が主権を保持することもまたありえないがゆえに、具体的な個人へ主権を帰属させる人民主権原理も排除される。このため、市民が公権力の形成に参加する選挙権は、各市民の個別的な主権行使とはみなされず、選挙権は権利ではなく公務として捉えられる。また、国民が直接主権的権力を行使することができないのであるから、必然的に国家機関の形成には代表制が必要とされ、結局のところ、主権は国民

³⁰⁵ *Contribution*, t. II, p.174.

³⁰⁶ *Contribution*, t. II, p.190-193.

代表によってのみ行使されうる権力となる³⁰⁷。

上述のような「国民主権」原理の性質は、当然、国家を構成する具体的個人から主権を排除するのみならず、国家機関についても同様の排除を行う。すなわち、君主を含めたあらゆる国家機関は、主権を直接行使するということができない。また、「国民主権」原理が代表制と必然的に結合するがゆえに、国民代表の組織する議会にしても選挙をもって形成しなければ存立不可能なのであり、絶対的権力の行使者とはならない。そして、1791年憲法における「代表」の概念は必ずしも選挙と結びつかない³⁰⁸（純粹代表制）としつつも、現実の代表制運用においては普通選挙制が導入され、国民代表が有権者の意思に事実上の拘束を受けることとなった³⁰⁹（半代表制）ため、現実のレベルでは国民代表の意思の独立性はより低下することになる。

このように、*Contribution* において語られる「国民主権」原理とは、主権的権力の独占を原理的に排除する原理として成立する。君主主権・人民主権が権力の独占を意味する原理であるのに対して、国民主権原理のみが、権力独占を原理的に排除することができる。こうして、権力独占を帰結する二つの主権原理を一括して、「国民主権」原理から遮断したのである。

日本の主権論においては、一般的な概説書のレベルでは国民主権／人民主権が各々の制度的帰結を含めて併記・接合される論争的な記述がなされているが、*Contribution* におけるカレ・ド・マルベールの目的は対比論ではなく、第三共和制フランスを成立させる唯一の基礎原理としての「国民主権」原理を提示することだった³¹⁰のであり、逆に言えば、カレ・ド・マルベールの分析において、君主主権／人民主権原理は、もはや国家を基礎づけることができなくなる。

このような「国民主権」原理の帰結は、国家権力の一極独占が原理のレベル不可能となることであり、これを「消極的・権力分立的」な性質の原理と考えることができる。

（2）第二著 *Loi* : 「法律＝一般意思の表明」原理の書

第二著 *Loi* で扱われる原理は、「法律＝一般意思の表現」原理である。1789年人権宣言第6条によってフランスに示されたこの原理は、社会契約論をその基礎として、次のような法律の概念を示している。すなわち、「1. 法律は一般意思をその基礎とし、したがって一般意思の表明でなければならない。2. 一般意思は全ての市民を代表する立法議会によって表明されるので、現実にも法律は一般意思の表明である³¹¹」。

³⁰⁷ *Contribution*, t. II, p.193-197.

³⁰⁸ *Contribution*, t. II, p.227.

³⁰⁹ *Contribution*, t. II, p.363-364.

³¹⁰ *Contribution*, t. II, p.167.

³¹¹ *Loi*, p.17-18.

この原理は、法律の実効性の根拠を一般意思＝主権者意思に帰する。市民が法律に服従する義務は、権力による命令としての強制力から生じているのではなく、「議会において、国民の構成員である市民自身が代表され、その結果として法律の制定に参加するからである。(中略) 自らに命令するということはないのであるから、このような仕組み(筆者注：命令としての法律概念)に存在の余地はない³¹²」。そしてこの原理とも、代表制が必然的に結合する。「法律＝一般意思の表現」原理における代表制は、主権者意思の表現を議会に担わせるための媒介として、他の国家機関にはない特別な性質を有するものとなる。「議会は主権者を代表するので主権者の権力を至高の形で保持するということである。(中略) 要するに、国民の代表者としての観念された議会は、現実には主権者となる³¹³」。こうして、立法議会は代表制を仲立ちとした、主権者意思の独占的表現者となり、国家の最高機関として成立する。また、法律が主権者意思と同視されることによって、同じく主権者の直接的決定の結果としての憲法とは、性質上区別することが出来なくなり、憲法と法律の同位化が生じる。「憲法制定権力と立法権の分離は明確かつ正常に現象することも機能することもほとんどない³¹⁴」のであり、フランス公法秩序は、憲法改正について無限界状態にあることになる。

このような「法律＝一般意思の表明」原理は、政治的には立法議会の特権化を招くものであり、第三共和制フランス下において生じた議会主権の状態を法的に把握する議論である。したがってこれを、「積極的・権力集中的」な性質の原理と考えることができる。

また、カレ・ド・マルベールは「法律＝一般意思の表明」原理をフランス公法秩序の基本原理として位置づけた上で、*Loi* の結論部分³¹⁵において、議会主権現象による政治的弊害に対する改革案を示している。すなわち、議会主権現象下での議会の特権性を、何らかの手段で相対化するための試みである。第一の改革案は、「法律＝一般意思の表明」原理を進展させ、主権者である国民をより能動化させて、国民の直接的決定によって議会と大統領の対立を仲裁しようとする方向であり、制度としては国民発案・レファレンダムが提示される。第二の改革案は、立法議会による主権者意思の表現の独占を否定することであり、制度としては違憲立法審査制が提示される。後者の改革案では、「法律＝一般意思の表明」原理の結果として同位化された憲法と法律を、再び差異化し階層化することになる。

しかし、この二つの改革案は、完全に等位的な選択肢として提示されたわけではない。カレ・ド・マルベールは、第一案の人民優位型の改革案については、「ルソーに由来し、革命によって後世に伝えられた概念を維持しようとする³¹⁶」ものとして、「法律＝一般意思の表明」原理から逸脱しない限りにおいての修正にとどまることを提示している。逆に言えば、第二案である憲法優位化の改革案は、「法律＝一般意思の表明」原理からの大きな逸脱

³¹² *Loi*, p.148-149.

³¹³ *Loi*, p.20.

³¹⁴ *Loi*, p.103.

³¹⁵ *Loi*, p.215-222.

³¹⁶ *Loi*, p.217.

を伴うものとして捉えられていることになる。さらに *Loi* の出版と同年、カレ・ド・マルベールはレファレンダムの導入可能性を検討する論文³¹⁷を著し、レファレンダムを民主制と代表制の結節点として積極的に評価している。このようなレファレンダムと違憲立法審査制との原理的な位置取りを考えると、「法律＝一般意思の表明」原理の帰結は、主権者国民・国民代表（議会）への権力集中に親和的であることが分かる。同原理からの逸脱の要素を含む改革案を注意深く読むと、ここでも権力集中傾向を見出すことができる。

第二著 *Loi* は、フランス公法秩序の分析を通じて、「法律」という概念の中に権力集中の原理を見出す試みとして理解することができる。

（３）一貫性についての解釈の問題：一貫か、断絶か

ここで、第一著と第二著からそれぞれ導かれた二つの原理の性質が、対極のものであることが想起される。すなわち、*Contribution* においては消極的・権力分立的性質の原理が、*Loi* においては、積極的・権力集中的性質の原理が、それぞれ扱われていることになる。これらの二著の間に存在する原理の性質の矛盾が、カレ・ド・マルベール読解者による解釈の対象となる。

ここで、カレ・ド・マルベールの読み手が採りうる解釈の選択肢は二つ存在する。第一に、二原理の対極的性質にもかかわらず、二著のカレ・ド・マルベールの議論を一貫したものとみる「一貫論」と、この対極性の中に、カレ・ド・マルベールの何らかの断絶を見出す「断絶論」である。しかし、いかなる要素がどのレベルで一貫または断絶しているかは、読解者の視点によって大きく異なるものとなる。以降では、読解者ごとの「一貫か断絶か」の選択と、その根拠となった着眼点を検討していく。

2. 杉原泰雄・高橋和之による整理：代表観の変化

まず、杉原と高橋による解釈を検討する。この二者は、一貫性論の解答としては異なる結論をとるが、その前段階として、第一著と第二著の間でカレ・ド・マルベールの議論の変容を、「代表観の変化」と解釈する点については共通している³¹⁸。そこで、両者の一貫性

³¹⁷ Raymond Carré de Malberg, 《Considérations théoriques sur la question de la combinaison du referendum avec le parlementarisme》, *RD*, 1931, p.225-244.

³¹⁸ 「代表観の変化」を扱う杉原・高橋の論考は複数存在するが、高橋の議論については基本的に『源流』を参照する。杉原の議論については、杉原泰雄「カレ・ド・マルベールの国民権論と国民代表制」、市原昌三郎編『公法の基本問題 田上穰治先生喜寿記念』、有斐閣、1984、83-117頁を参照しており、以降ではこれを「国民代表制論」と略記する。同論文の86頁注3において、杉原はカレ・ド・マルベールの議論を「要領よく入念に紹介した」ものとして、高橋の諸論考を挙げている。また、杉原泰雄『憲法と国家論』、有斐閣、2006、93頁注3でも同様のことが述

論の具体的結論を検討する前提として、まずは両者の整理に沿って、*Contribution* から *Loi* の間で変更された代表の観念を確認しておく。

(1) 第一著 *Contribution* の代表観：純粹代表

第一著 *Contribution* において提示された「国民主権」原理の帰結は、抽象的な主権主体である国民 (nation) を想定し、その国民以外の機関への主権帰属を否定することによって、主権を直接的・独占的に行使可能な機関は存在しなくなるという意味で、「権力分立的」なものであった。抽象的存在としての国民は意思する能力を持たず、代表という「機関」によって、はじめて意思が発生することになる。

ここでの代表観は、国民 (有権者団) と代表の間に、意思の実質的な一致を求めない。選挙の果たす役割は、国民意思の汲み取りではなく、国民意思それ自体の創出である³¹⁹。したがって、カレ・ド・マルベールという革命の原理によって成立した純粹な意味での代表制は、議会制とは結合するが、民主制とは必ずしも結合するものではない。しかし、第三共和制下の代表は、有権者の意思に事実上の拘束を受けることになり (半代表)、国民と代表の意思の一致が事実のレベルで進行していくことになる。換言すれば、「代表という表現が選挙を通じてその表現に本来の内容を与えてゆくようもとめてゆく³²⁰」のである。しかし、国民主権原理下の機関としての「(純粹) 代表」概念は民主制の実質を備えない誤称的なものであるから、第三共和制における現状の代表の姿 (半代表) は、「最初の純粹性を失った³²¹」革命原理上の代表の姿である。すなわち、「国民主権」原理のもとでは、「国民と代表の意思の一致」という状態への評価は、原理からの「逸脱」として捉えられることになる。

(2) 第二著 *Loi* の代表観：選挙と結合した代表

第二著 *Loi* において提示された「法律＝一般意思の表明」原理の帰結は、選挙を立法機関の特権性の根拠として捉えることであった。他の国家機関に対する立法機関の優位性は、

べられており、少なくともカレ・ド・マルベールの議論の全体像の把握について、杉原と高橋の議論が同期するものと認識してよいと思われる。なお、杉原における *Contribution* との比較対象は *Loi* 自体ではなく、同年の論文《*Considérations théoriques sur la question de la combinaison du referendum avec le parlementarisme*》, *RDP*, p.225-244, 1931 であるが、この論文は基本的に *Loi* と同旨の議論を展開するものである。

³¹⁹ *Contribution*, t. II, p.301.

³²⁰ 「国民代表制論」、97 頁。

³²¹ 『源流』163 頁。

選挙を経て「国民のために意思する³²²」ことであり、ここでの代表観は、市民に代わって一般意思を表明する代表であり、必然的に選挙と結び付けられて理解されることになる。だとすれば、*Contribution* の代表観と異なり、選挙に積極的意義が持たせられており、また、意思を汲み取るものとしてのこの代表観には、代表の意思以前に、汲み取られるべき国民の意思が想定されることになる。

そしてここでは、「国民と代表の意思の一致」の状態への評価が、*Confrontation* の場合とは正反対になる。有権者からの拘束を受ける第三共和制における現状の代表の姿（半代表）は、「法律＝一般意思の表明」原理からの「必然的帰結」と捉えられることになる。

ここで、二著の間の原理の変化が、「代表の観念」の変化に集約される。二著の間で代表観が変更されているからこそ、同じ第三共和制下の代表の実態に対する原理からの評価が、一方では「逸脱」となり、他方では「論理的帰結」となったのである。この点について、杉原はカレ・ド・マルベールの内在的矛盾を次のように整理している。

「理論的考察」においては、議会制と直接民主制が、フランス革命によって導入された思想自体によって両立を可能とされている旨を展開するに至っている。（中略）ここでは、『国家の一般理論への寄与』では問題とならざるを得なかった「半代表制」と「国民主権」の両立性の問題——「半代表制」の主権原理的基礎の問題——も、自動的に解決ないし回避されることになる。議会制が直接民主制と両立しうるのであれば（中略）議会・議員の「人民」・選挙区への事実上の従属傾向を、「国民主権」・「国民代表制」の名において問題とする理由はさらになくなるからである。しかし、それは、フランス革命で樹立された「国民主権」・「国民代表」の概念の問題に目をつぶるときに、また、『国家の一般理論への寄与』において展開されていたカレ・ド・マルベールの認識論を黙殺するとき、はじめて可能となる論理であることも否定できない。³²³

3. 杉原・高橋の解釈の分岐

前項で述べたとおり、杉原、高橋はカレ・ド・マルベールの一貫性の問題を、第一著と第二著の間の代表観の差異として整理した。しかし、二著間の論理の差異がいかんして発生したのか、その原因の解釈において分岐し、その結果、一貫性論の結論においても分かれることになる。すなわち、杉原は断絶論、高橋は一貫論をとる。

³²² *Loi*, p.19.

³²³ 「国民代表制論」、102-103頁。なお、引用部分中における『国家の一般理論への寄与』とは *Contribution*、「理論的考察」とはカレ・ド・マルベールの論文《*Considérations théoriques sur la question de la combinaison du referendum avec le parlementarisme*》, *RDP*, p.225-244, 1931を指す。

(1) 杉原泰雄による解釈：断絶論

杉原において、代表観念の変化の理由は、カレ・ド・マルベールの議論の次元の変化に求められる。すなわち、*Contribution* におけるカレ・ド・マルベールの議論は、近代国家という政治体を法的に把握するための「認識」の試みであったのに対して、*Loi* における議論は、第三共和制への政治的提言を視野に入れた「実践」の試みであり、議論の次元が移行したために、代表観も異なることになったと考えている。

『国家の一般理論への寄与』における検討は、その実証的合理的検討方法からも明らかのように、彼の認識を示すものであった。これに対して、(中略)「理論的考察」における指摘は、カレ・ド・マルベールの認識を示すものではなかった、と考えるべきであろう。「理論的考察」においては、「一般意思の主権」という概念が大革命において樹立された代表制を粉飾するために利用されていたことを自覚した上で、なおそれを用いようとしていたのである。したがって、『国家の一般理論への寄与』から「理論的考察」への転換は、認識論のレベルにおける矛盾ないし誤謬の問題として把握されるべきではなく、問題処理の関心と方法の差異の問題として説明されるべきであろう。認識論から解釈論——または立法論——への転換である³²⁴。」

このように杉原は、二著間の変化の核心を、認識論から実践論への転換というカレ・ド・マルベールの内在的な問題意識の変化に求める。したがって、*Contribution* から *Loi* の間には、議論の次元の差異が画然と存在するのであり、読み手は、両者の議論を一貫したものとして考えるはならないことになる。よって、杉原の一貫性論の結論は、断絶論となる。

(2) 高橋和之による解釈：一貫論

杉原の議論に対して、高橋は、二著にわたるカレ・ド・マルベールの議論の中に、国家論としての一貫性を見出す。

『一般理論』においては、「国民」は現在の市民だけでなく未来の市民をも含み、個々の市民とは独立の極めて抽象的な実体として理解されていたのであるが、ここでは(筆者注：『法律』においては)、「国民を構成する市民」として人民の意味に引き寄せて理解されるのである。(中略)ここでは、代表を選挙に結びつけて理解しようとするがゆえに、代表さ

³²⁴ 「国民代表制論」、112-113頁。

れる側の国民を人民の意味に近づけて理解するのである。^{325]}

ここでは、用語法に注目することで、高橋の理解を探ることができる。すなわち、「人民」の意味に近づけた理解という部分から、高橋は、カレ・ド・マルベールの内在的理解の変化を、前提とする主権原理の変化、すなわち「国民主権」原理から人民主権原理へと変化したものとして理解していることがわかる。*Contribution* においては、カレ・ド・マルベールは抽象的存在としての国民 (*nation*) を前提とし、明らかに「国民主権」原理を前提としていたのに対して、*Loi* においては、前提とする主権概念が人民主権原理に傾いているということになる。この「人民主権原理への傾斜」という理解を前提としたうえで、高橋は、*Loi* の末尾において提示された議会主権現象に対する二つの改革案のうち、レファレンダムや人民発案を導く人民優位型案を人民主権原理による解決案、違憲立法審査制を導く憲法と法律の差異化案を「国民主権」原理による解決案であるとして整理する³²⁶。

したがって、高橋の理解をカレ・ド・マルベールの議論の流れに沿って整理すれば、次のようになる。カレ・ド・マルベールは、*Contribution* の時点では「国民主権」原理を唯一正当な主権原理として選択したが、*Loi* に至るまでにその正当性に対する確信に揺らぎが生じ、*Loi* における代表観の変化に「人民主権原理への心理的傾斜」が表現されることになった。そして、*Loi* の末尾において示された二つの改革案は、単なる制度改革案を並列的に提示したのではなく、国民主権と人民主権のいずれの原理により強い正当性を見出し、制度的に反映させていくのかという、主権論上の原理の選択肢を示したものであったことになる。

そして高橋の理解では、一貫性論の問題が、カレ・ド・マルベールが *Contribution* から *Loi* まで、一貫して国民主権と人民主権の二原理対置構造を前提として、二原理の間の適切な位置取りを探っていく過程として捉えられている。主権論という舞台装置が一貫している点で、「認識」と「実践」という形で二著間の議論を次元の違うものとして差異化した杉原の議論とは、まったく異なる。高橋は、二著間の変化を、一貫した主権論の思考法の上での立ち位置の変化として捉えるのであり、この点を指して、高橋の結論を一貫論と呼ぶことができよう。

(3) 杉原・高橋の分岐の意味

次節に移行する前に、一貫性の問題において、杉原と高橋が分岐したことの意義を、簡単に確認しておかなくてはならない。注意しておくべきは、杉原も高橋も、カレ・ド・マ

³²⁵ 『源流』、174 頁。なお、引用部分中の『一般理論』は *Contribution* を、『法律』は *Loi* を指している。

³²⁶ 『源流』、180 頁。

ルベールの記述から、その内在的な認識を推し量ることによって、一貫性論の問題に解答したということである。杉原は、カレ・ド・マルベールが全く別の次元の二つの議論を展開していると考え、高橋は、カレ・ド・マルベールの全体像を、同じ主権論の枠組みの中で、二つの原理への選好を変化させていく過程として考えている。

両者が一貫性論への問題の解答のために、このようなカレ・ド・マルベールの内在的理論の踏込みを必要としていたことは、逆に言えば、カレ・ド・マルベールが、自身の議論の一貫性に対して明確な自己言及を行っていないことを示しているともいえる。このため、カレ・ド・マルベールの読解者は、何を素材にカレ・ド・マルベールの理解を推定するのかわめられることになる。この点は、一貫性論のみならず、一般性論においても同様であり、むしろ後者においてのほうが顕著である。自己言及に乏しい理論に対する読解という問題は、これからのカレ・ド・マルベールの諸読解の検討の場面、本稿独自の読解の場面においても付きまとうことになる。

日本における典型的カレ・ド・マルベール読解としての杉原・高橋の議論を整理したところで、次に行うべきは、論理的にはこれ以外の一貫性読解の検討であろう。とりわけフランスのカレ・ド・マルベールの読み手たちは、一貫性と一般性の問題を必ずしも両方意識しているわけではないため、一貫性と一般性の問題について、論者ごとにそれぞれ議論を検討していく形式となると、事項が細分化されすぎる。そこで、次節以降では、一般性の問題の所在を明らかにしたうえで、カレ・ド・マルベール読解者ごとに、一般性と一貫性それじれにどのように結論を出しているのかをまとめて示す形で検討を進めていくこととする。

第3節 一般性の問題とカレ・ド・マルベール読解

本節では、カレ・ド・マルベールの一般性の問題について、その所在を明らかにし、その後、フランスの論者による一貫性・一般性の問題についての解答を概観し、論者ごとに異なる一元性の問題への着眼点を列挙する。そして最後に、体系的読解からの一元性問題への解答として、杉原・高橋による一般性の問題への解答を検討する。

1. 問題の所在：国家の一般理論の射程

(1) 国家の「一般理論」と法実証主義の手法

カレ・ド・マルベールの一般性の問題は、その議論の根本的な意味での射程にかかわる。

憲法学と国家理論

連邦論・国家論・法秩序論における一元性と多元性

ここでは、一般性の問題を自覚的に整理していたエリック・モランの議論に従って³²⁷、問題の所在を概観しておく。

問題となるのは、各著作における議論の対象である。*Contribution* における対象は「国家の一般理論への寄与」という表題が示す通り、国家の一般的定義・性質に関わるものであったが、同時に、フランス実定公法の分析も含んでいた。同書は三部構成であり、第一部の国家要素論では国家の一般的定義が主題となり、一般理論の土壌で国家の姿が追究されたが、続く二部・国家作用論と三部・国家機関論においては、フランス政治制度の分析が混在している。ここでは、「国家の一般理論」と「フランス公法の所与」が対象として併存している状態にある。しかし、*Loi* になると、議論の対象は「フランス公法の所与」の分析に特化する³²⁸。*Loi* は 1875 年憲法下における「法律」概念と法秩序の全体構造、権力分配を分析し、その上で改革案を提示するという順で議論を展開していくため、主眼はフランス議会絶対主義の批判的検討にあり、当世フランスを超えた国家の一般的定義の問題へ進んでいくことはない。ここでは「国家の一般理論」よりも、「特定国家固有の理論」が前面に出てくることになる。さらに第三著 *Confrontation* の趣旨は、ケルゼンの法段階理論がフランス公法秩序に適用不可能であることの論証であり、これはいわば、フランスの所与の分析を前提とした、「特定国家固有の理論」からの一般理論の拒否を意味している。

結局、著作によって「国家の一般理論」と「フランス国家固有の理論」が異なる形で混在し、いずれの射程がカレ・ド・マルベールの中心的問題設定であったのかは不明確である。カレ・ド・マルベールの議論の射程が不明確のままであるということは、カレ・ド・マルベール読解者にとって、国家論の参照軸としての位置に揺らぎが生じる。もしカレ・ド・マルベールが「国家の一般理論」として結実しているなら、比較法的手法によって、一般国家論の基礎として取り込むことが可能となるが、もしカレ・ド・マルベールにおいて一般理論性が否定され、「フランスの所与」の認識として最終的に結実しているなら、厳密にはフランス第三共和政の分析としてのみ機能する理論であることになり、カレ・ド・マルベールを「国家の一般理論」と捉えてきた読解者の前提が、根底から覆されることになる。

「国家の一般理論」という射程は、本稿がこれまで行ってきた政治体結合のモチーフの形成において、ボーが目指した「連邦の一般理論」の主権国家版である。これは、憲法学において潤沢に用意されているはずであり、現代国際社会において相対化しているとされるものでもある。この一般理論に対して、「固有」理論は、特定国家のみに適用可能な法理論として成立する。カレ・ド・マルベールの一般性の問題に対して、読解者は「一般」か「固有」かの二択によって解答することができる。本稿では、各読解者の読解のありかたに注目して、そこに内在するそれぞれの一般性の捉え方を探る手法を採り、一般性につい

³²⁷ とりわけ、Éric MAULIN, *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, PUF, 2003, p. 13-17.

³²⁸ *Loi* ではその緒言において、同書の目的は「思想や理論について議論・評価すること」ではなく、「現行憲法体制に関する主要な論点の一つを認識したうえで立証することのみ」であるとして、同書が主権国家一般の憲法理論としての射程を目的から外していることが明言されている。

でのカレ・ド・マルベール読解を検討していく。

(2) 各読解者の読解における一元性問題への解答

一般性の問題について、解釈者の解答を探る手法として、本稿では、各議論の論旨から探っていく方法を用いる。とりわけ、「国家の一般理論」性において対照的な *Contribution* と *Loi* にもとづいて、議論を腑分けしていくことが考えられる。*Contribution* のとりわけ前半における国家の一般理論を重視するのか、*Loi* 以降の第三共和制のフランス公法秩序の分析を重視するのかによって、カレ・ド・マルベールの読解者の一般性論についての捉え方を探るのである。第一著と第二著をそれぞれどのような比重においていかに引用しているかによって、一般性の捉え方を探ることになる。

そして、ここでは加えて、一貫性論において、断絶／一貫のいずれの結論を選択しているかという問題も重ねて検討し、断絶／一貫と一般／固有の二つの対照軸から、議論を整理していく。

A. ルネ・カピタンの読解

カピタンによるカレ・ド・マルベールの読解の中では、一貫性の問題についてはあまり意識されていないようであるが、*Contribution* において登場した重要な概念である「半代表」の語が、*Loi* では使用されなくなることを提示し、これをカレ・ド・マルベールがもはやフランス型の代表制が絶対的なものではないと認識している証拠であるとしている³²⁹点では、断絶論に立っていると考えられる。そして、旧来型のフランス代表制の型を脱していく可能性がカレ・ド・マルベールの議論に内在していたという読解の構造は、続く一般性論におけるカピタン読解の中核となる。

一般性論としては、カピタンの議論は固有論に立つものと思われる。カピタンは *Loi* について特に積極的評価を与えている。カピタンのカレ・ド・マルベールの分析において鍵になるのは「民主制」であり、カレ・ド・マルベールはフランス公法秩序にとって、真の民主制導入の可能性を拓いたものとして位置づけられ、その業績の中心にあるのが *Loi* であるとされる。すなわち、カピタンによれば、*Loi* 以降の議論においてカレ・ド・マルベールは、人民主権原理の完全な実現を構想したものであるという³³⁰。人民が主権的存在であるためには、選挙によるコントロールに加えて議会に対する拒否権としてのレファレンダムが必

³²⁹ René CAPITANT, «Carré de Malberg et le régime parlementaire», *Relation des journées d'étude en l'honneur de Carré de Marbelg 1861-1935*, Dalloz, 1964, p.140.

³³⁰ CAPITANT, *supra* note 329, p.143.

要となり、このような制度の実現によって、議会は主権的存在ではなくなる。カレ・ド・マルベールが議会主権の状態を人民主権原理の実現へと置換しようとしたのは、議会の民主化という方法によってであり、このことは、カレ・ド・マルベールが、とりわけ *Contribution* よりも *Loi* の時点においてより強く、ルソー的な統治論および「民主制」の概念から靈感を受けている証拠であるという³³¹。また、カピタンは、第三共和制フランスの現状に対する診断という点において、民主制の靈感を受け取り、民主制との理論的接合性を認めながらも、立法府と執行府の権力上の均衡を達成するための制度を拒否した点で、民主化を受容する決定的一線を踏み超えられなかったものとする³³²。

このように、カピタンはカレ・ド・マルベールを、フランス議会制＝議会主権現象を招いた政治制度を、フランス固有の絶対的な制度として固定化することなく、議会制を乗り越えた先にある民主政の実現の可能性を提示したものとして積極的に評価する。このような読解の基礎となっているのは、あくまでフランス公法への射程を中心にカレ・ド・マルベールを読み解こうとする姿勢であり、この意味で、カピタンの一般性論への解答は固有論である。

カレ・ド・マルベールが、それまで公法理論上支配的であったものを相対化し、その更なる発展段階を目指すものであったというモチーフは、カピタン読解において、民主政論の場面以外にも登場する。それは、権力分立の捉え方の場面である。第三共和制期の公法学におけるモンテスキュー型の三権分立原理が公法秩序の構成原理にまで高められた状況下で、カレ・ド・マルベールはモンテスキュー型に代わる新たな権力分立のモチーフ（人民主権原理や議会主権を基礎づける「法律＝一般意思の表明」原理にもとづく権力分立）を示したのであり、カピタンは、これをもって、フランス公法学においてそれまで支配的だった法的状況が永遠のものではないことを論証したものとする³³³。

カピタンの読解は、第五共和制における民主制の実現の理論的な基礎を提供したものとしてカレ・ド・マルベールを位置づけるものであり、このような読み手の目的意識が、「特定国家固有の理論」としてのカレ・ド・マルベールを成立させている。

B. ジョルジュ・ビュルドーの読解

ビュルドーの読解では、一貫性の問題について一貫論がとられる。ビュルドーは、法の世界と政治の世界の対比を軸に、カレ・ド・マルベールが法の中において政治が機能する構図を把握し議論であるとする。制度を展開させるエネルギーは政治の世界のものであり、これに対して法の世界の議論は、エネルギーによって稼働する「型」である。そして、議

³³¹ CAPITANT, *supra* note 329, p.145.

³³² CAPITANT, *supra* note 329, p.146.

³³³ René CAPITANT, 《L'œuvre juridique de Raymond Carré de Malberg》, *Archive de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, Siery, 1937, p.90.

会の位置づけはこの二分論によって、法的には国家機関であり、政治的には国民代表である存在として、二重性を持つものとして把握されることになる³³⁴。このような整理からは、*Contribution* が「国家機関」としての法的意味の議会に、*Loi* が「代表者」としての政治的意味の議会に、それぞれ重点をおいた議論であるという理解が成り立つであろう。ビュルドーは法と政治の二元論によって、カレ・ド・マルベールの業績を一貫して把握する土台を形成したうえで、自説を展開していくことになる。このような二分論を前提に、ビュルドーは、*Contribution* と *Loi* のいずれにも通じるカレ・ド・マルベールの根本的テーゼは、「国民が司る一般意思は、統合化された議会の中のみにその源泉をもつ」ことであるとしており³³⁵、*Contribution* から *Loi*、*Confrontation* までの議論の展開を、「形式的法律概念の探求と発展の過程」として整理している³³⁶。

カピタンの読解が、第五共和制の政治制度まで通じるカレ・ド・マルベールの可能性に焦点を当てていたのに対して、ビュルドーの議論は、カレ・ド・マルベールの手法的限界に注目したものであった。この点において、ビュルドーの読解は「一般理論」側の立場をとることになる。*Contribution* における法律概念の定義は、政治的な力学による困難を抱えるフランス実定法の危険性を無視したかのように形式性の強いものであったし、政治的意味の議会を取り扱ったはずの *Loi*、そしてそこからさらに議論を発展させた *Confrontation* においても、法律定義の形式性はそのまま本質として残存し続けた。このため、カレ・ド・マルベールの議論においては、法律を内容面から定義することが困難なものとなり、市民にとって、法領域と政治領域においてそれぞれ個人主義と民主主義を実現する可能性を秘めた議論であったにもかかわらず、それが不可能になった³³⁷。形式的意味の法律概念に徹したことによって、一般意思の社会学的掘り下げが行われなかったこと、シェースに内在する代表民主制論の発展が、カレ・ド・マルベールにおいては望めなくなってしまったところに、その手法としての限界があったのである³³⁸。法と政治の二分論の領域でいえば、政治の領域における議論が、法の領域の形式性に支配されてしまったことで、十全に機能しなくなったということになる。そして、この手法的限界は、ビュルドーにおいて、時代的制約として捉えられ、カレ・ド・マルベールの時代における「政治学 (*sceince politique*)」と憲法学の連携の欠如が、民主制を捉えることを課題としたときの理論的限界を示しているとする。このことはビュルドーの第三著 *Confrontation* への評価に現れており、同書においてカレ・ド・マルベールがケルゼンの理論の批判を行ったことを、「政治学 (*science politique*)」の欠如ゆえに民主制論が展開できず、法秩序の構造論に集中せざるを得なかつ

³³⁴ George BURDEAU, «Carré de Malberg et le régime parlementaire», *Relation des journées d'étude en l'honneur de Carré de Marbelg 1861-1935*, Dalloz, 1964, p.104.

³³⁵ BURDEAU, *supra* note 334, p.106.

³³⁶ George BURDEAU, «Raymond Carré de Malberg. Son œuvre, sa doctrine», *RDP*, 1982, p.373.

³³⁷ BURDEAU, *supra* note 334, p.100.

³³⁸ BURDEAU, *supra* note 334, p.107.

憲法学と国家理論

連邦論・国家論・法秩序論における一元性と多元性

た結果として捉えるのである³³⁹。

以上のように、ビュルドーは、カレ・ド・マルベールの議論の限界を、時代的・方法論的な意味での国家論の限界を示していた「国家の一般の理論」の俎上において読み解くのである。

C. ミシェル・トロペールの読解

カピタン、ビュルドーの読解は、戦前から第五共和制にかけて活躍した世代の憲法学者による読解であり、そのためにいずれも第五共和制の政治体制と同時代の憲法学という環境からくる議論の縛りが感じられるものであった。これに対して、ミシェル・トロペールは、1791年憲法の原理的価値を考察する論文³⁴⁰の中で、非常にダイナミックなカレ・ド・マルベール考察を行っている。

トロペールは一貫性については問題にしていなが、その反面一般性論について明確な問題意識を持ち、「国家の一般理論」としての読解という立場を明示して、*Contribution* における主権概念を主たる考察対象としている。またトロペールは、他の論文においてカレ・ド・マルベールを起点として主権概念の再構成を試みており³⁴¹、トロペールが、カレ・ド・マルベールの法理論的な射程を広範なものとして捉えるのは、論理的必然であるといえよう。

トロペールはまず、*Contribution* において、「カレ・ド・マルベールの分析対象が、実質的にはフランス公法秩序の構造であったにもかかわらず、なぜ他国にも適用可能な一般理論を構築しえたのか」と自問する。その解答は、同書の副題³⁴²に付される「所与 (donné)」の語である。トロペールはこの語から、一般理論を引き出せるような所与の存在を、実定法分析によってカレ・ド・マルベールが確信していたものであると推察する。ここに、原理の探究者としてのカレ・ド・マルベールの側面が描き出される。

そもそもカレ・ド・マルベールは *Contribution* における議論を、「革命原理の探求」として自己言及しており³⁴³、トロペールによれば、カレ・ド・マルベールがよりどころとする原理の源泉は、1791年憲法にある。トロペールはカレ・ド・マルベールの1791年憲法への扱いを「私法学者がローマ法を扱う³⁴⁴」ようなものとなぞらえて表現している。

ここから、トロペールは議論の主軸を1791年憲法それ自体の原理性が、20世紀の法的な国家論を可能にするパラダイムを提供し、また現在においても一定の法的射程を有して

³³⁹ BURDEAU, *supra* note 334, p.108.

³⁴⁰ Michel TROPER, 《La Constitution de 1791 aujourd' hui》, *RFDC*, n° 9, 1992, p.3-14.

³⁴¹ Michel TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001, p.283-298.

³⁴² *Contribution* の副題は「spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français」であり、日本語訳すると「とりわけフランス憲法によってもたらされた所与にもとづいて」となる。

³⁴³ *Contribution*, t.2, p496, note6.

³⁴⁴ TROPER, *supra* note 340, p.10.

いることを主張する。その原理の内容とは、一般意思の議会独占原理であり、代表制の原理であるが、トロペールはここに、代表民主制の展開によって明らかにされてきた「代表制と民主制の両立困難性」という現代的視点を持ち込む。カレ・ド・マルベールが分析した1791年憲法においては、代表者を立法者とも結びつけ、立法権力を行使するのは代表者のみであるという構図が描かれていたのだが、現代においては「立法しない代表者（行政の長）」、「立法する非代表者（司法機関）」の登場により、もはや原理の維持が不可能となる。そこでトロペールは、唯一の解決策として、1791年憲法が描いた最高権力の概念は存続させつつ、その行使を立法院以外の機関にも可能とする形で、原理の修正を提示する³⁴⁵。

ここで重要なことは、トロペールが描き出す法実証主義者カレ・ド・マルベールを前提とした場合、リアリズム法学者トロペールの議論の構図が、Loiにおけるカレ・ド・マルベールの改革案の提唱と、奇しくも類似する構図になっていることである。トロペールにおいて普遍的原理を抽出したカレ・ド・マルベールは、その原理を基礎としつつ、そこから逸脱するか否かを分岐点として二つの改革案を提示した。トロペールはその原理の射程を第三共和政期の実定法から、さらに法哲学的立場から国家論全体に広げつつ、制度的改革案を提示するのであり、二人はこの点において、原理探究者でありながら改革提示者でもあることになる。また他に、トロペールの議論は、古典理論としてのカレ・ド・マルベールに対して、現代的視点からの読解を行った点で、本稿の試みと通じる意義を有する点も強調しておきたい。

D. ピエール・アヴリルの読解

トロペールと同じくカレ・ド・マルベールの現代的読解という意味では、ピエール・アヴリルの読解が示唆的である。

アヴリルがその著書³⁴⁶においてカレ・ド・マルベール、とりわけLoiの議論を引くことの直接の目的は、1958年、1962年に導入された制度が、いかなる問題を、どのように解決するための制度であったのかの理解を可能にするため、すなわち問題を可視化するためであった³⁴⁷。アヴリルは、Loiにおけるカレ・ド・マルベールの法理論を、第五共和制憲法の諸制度と対面させることによって、この目的を達成しようとしている。カレ・ド・マルベールはLoiにおいて、大統領権限の強化をはじめとする「執行府強化案」によって議会主権現象の弊害を除去しようとする議論を「二元論」と呼び批判しているが、アヴリルはこの問題意識を、第五共和制憲法下における大統領と議会、すなわち国家と民主主義の対抗的な

³⁴⁵ TROPER, *supra* note 340, p12-13.

³⁴⁶ Pierre AVRIL, *Les conventions de la consitution, norms non écrites du droit politique*, PUF, 1997, とりわけ Chapitre 1, Norme constitutionnelle, p.11-51.

³⁴⁷ AVRIL, *supra* note 346, p.14.

二元性の問題と重なりあうものとして理解する³⁴⁸。

アヴリルがカレ・ド・マルベールにならおうとする点の核心は、「憲法規範 (norme constitutionnelle)」の概念にあった³⁴⁹。Loi の議論を引きながら、アヴリルは「条文を前提にその政治的な適用・運用が発生し、その運用から生み出された憲法規範をもとに再び法的次元での条文の意味を問う作業へ回帰する (すなわち憲法解釈を行う)」という条文→運用→規範へと展開していく憲法学の営為の構想を示し、そこから第五共和制下における憲法習律論へと進むのである。

このようなアヴリルの議論は、「国家の一般理論」としての検討に関心を寄せていないにもかかわらず、第五共和制の問題に通じる憲法学の営為のあり方を導き出そうとしている点で、カレ・ド・マルベールを一般理論として読み解いている。しかも、引用の中心は Loi であって、一般理論としての性質を明示した *Contribution* ではない。本稿が立てた一般性の問題に無頓着に見えるアヴリルが、なぜ一般的射程を Loi から引き出すことができたのか。その答えはおそらく、アヴリルが導き出したものが「国家」の一般理論というよりは、「規範 (norme)」の一般理論であり、さらに言えば憲法学の議論が展開していく形式の典型例としてカレ・ド・マルベールを扱っているため、他のカレ・ド・マルベール読解者とは「一般理論」への見方がやや異なるものであるからだろう。

ここで、アヴリルの議論について、後の本稿の関心も含めて若干の検討を加えておく。それは、アヴリルのカレ・ド・マルベールの参照方法についてである。ここでの問題は、アヴリルが前述のとおり Loi を中心に引用しており、第一著 *Contribution* に注意を向けないが、第三著 *Confrontation* は考察の一助として引用されていることについて、また、アヴリルのいう二元性の問題の扱いについてである。

前述のとおり、アヴリルがカレ・ド・マルベールから導き出す中心命題は「憲法規範の名において示される実効的な規範は、条文のみでは成立しておらず、条文の適用を通じて初めて示される³⁵⁰」というものである。ここで、アヴリルは、この「憲法規範のうち条文以外の部分」、すなわち条文の適用を通じて形成される不文の規範の性質が、「根本規範か、憲法習律か」という問いを立てる³⁵¹。この問いに対して、アヴリルは *Confrontation* から「議会の立法権力の源泉は、憲法規範よりも上位にある根本規範である³⁵²」という命題を引用し、カレ・ド・マルベールを「不文の憲法規範」の概念の提示者とする。そして、*Confrontation* において、カレ・ド・マルベールがケルゼンの法段階理論、すなわち根本規範を法秩序の頂点に置く議論を否定したことを、アヴリルは「不文の憲法規範」の観点から以下のように理解する。すなわち、カレ・ド・マルベールは「不文の規範」の存在は有用であると考えているものの、それを「憲法規範」とは全く異質の存在として観念することは妥当では

³⁴⁸ AVRIL, *supra* note 346, p.44.

³⁴⁹ AVRIL, *supra* note 346, p.26-27.

³⁵⁰ AVRIL, *supra* note 346, p.27.

³⁵¹ AVRIL, *supra* note 346, p.29.

³⁵² *Confrontation*, p.65.

ないと考えており、あくまで「不文の規範」であろうと、憲法規範の枠内において完結することが必要であるとしたのである。法実証主義者であったカレ・ド・マルベールは、「不文の憲法規範」を概念として確立することはできなかったが、その意図するところは実定憲法から生じた憲法規範を構想するところにあった。そしてアヴリルの見るところ、根本規範の概念を法秩序の頂点に置き、「不文の規範」として憲法規範の形成において充当させる構図は、フランスの法秩序を分析するに当たり、法的有効性を提供することはあっても、政治的正当性を提供することはできないことが、*Confrontation* において示されたのである³⁵³。

次章において同書に関心を向ける本稿の立場からすれば、このようなアヴリルの *Confrontation* の扱いについては、若干ミスリーディングな面があると考えられる。アヴリルはあくまで、政治的正統性の供給力を理由に根本規範論を否定したと考えているが、カレ・ド・マルベールがケルゼンを否定した理由は、*Confrontation* 本文に即して考えれば、政治的正統性の供給の問題というよりは、フランス公法秩序において形成されるのは「法規範の段階」ではなく「権力の段階」でしかありえない、という法理論としての法秩序構造分析の結果である。*Confrontation* は *Loi* とは異なって「提言」を行う色彩は薄く、むしろ *Loi* の内容と共通するフランス実定法秩序の観察としての性質が強く、アヴリルの *Confrontation* の引用の仕方は *Loi* との整合性、および自身の憲法習律論との整合性を強く意識した結果、やや原典から離れた解釈になっている感は否めない。

また、アヴリルは「民主主義の二元性³⁵⁴」と銘打って、*Loi* 末尾における二つの提言を検討するのだが、その中で *Loi* におけるカレ・ド・マルベール「二元論」（行政権に議会と同等の権限を与え対抗させることで、議会主権の弊害を解消しようとする立場）への批判を取り上げ、カレ・ド・マルベールが「二元論」を克服しようとした理由は、「国家の一体性を回復するためである³⁵⁵」とする。しかし、この引用の仕方もややミスリードの感がある。というのも、カレ・ド・マルベールが二元論を攻撃した理由は、二元論に対して一元論を持ち出したためというよりも、二元論の基礎となっているモンテスキュー型の権力分立論が、フランス公法秩序に当てはまらないと判断したためである。すなわち、行政権と立法権のうち、「法律＝一般意思の表明」原理という強固な基礎によって支えられているのは立法府のみであり、にもかかわらず基礎の異なる二つの権力を同視し均衡させようとする二元論は、フランス公法秩序に整合しないのである。しかし、アヴリルの読解においては、「法律＝一般意思の表明」原理を軸に、権力のグラデーションの実体を、その権力を支える基礎を問うことによって明らかにしたという点が重視されていない。カレ・ド・マルベールが二元論に反論したのは、法理論的な理由があつてのことであつて、この理由とは本稿が後に示す *Confrontation* 読解において重要な考え方となる「法規範の権力構想」を指すもので、「国家の一体性の回復」とは直接には関係しないと考えられる。また、この点は

³⁵³ AVRIL, *supra* note 346, p.31.

³⁵⁴ AVRIL, *supra* note 346, p.38.

³⁵⁵ AVRIL, *supra* note 346, p.39.

Confrontation におけるカレとケルゼンの理論上の分岐点の核心でもあるため、法理論としてのカレ・ド・マルベールを理解するに当たっては、アヴリルのカレ・ド・マルベールの引用のありかたは、やはりミスリーディングと言わざるを得ない。

本稿がここでアヴリルの議論に対してやや批判的な語調で検討を行っているのは、結局のところ、本稿とアヴリルの間で第三著作 *Confrontation* に対する関心の向け方・解釈が異なっているところから来ており、この第三著作の論争的な性質と取扱いの困難性の一端を示すためである。

E. オリヴィエ・ボーの読解

本稿が連邦論において主題化したボーは、国家論・主権論の理論構築について、非常に大きなものをカレ・ド・マルベールに負っているように思われる。もっとも、それはカレ・ド・マルベールの議論に肯定的であることを意味しない。むしろボーは、カレ・ド・マルベールの主権論についての批判から主権論の課題を導き出す形で議論を展開していくのである。そして、ボーが志向しているのは明らかに「一般理論」としての国家論であり、特定国家固有の理論ではない。そこで、カレ・ド・マルベールの理論をどのように参照・批判して、一般理論としての性質を読み解いていったのかが問題となる。

カレ・ド・マルベールの主権論を批判する論文³⁵⁶におけるボーの批判の中核は、カレ・ド・マルベールの主権概念のうち、抽象的意義と具体的意義、積極的意義と消極的意義といった矛盾する可能性のある性質を同時に含むアンビバレントな性質であった。「国家の主権」とは、国家権力の市民に対する支配として成立する概念であり³⁵⁷、ここでは、消極的概念としての主権が成立している。しかし、主権と国家権力の区別の問題となると、主権に具体的概念としての契機が持ち込まれることになる。本稿が第1章において検討したカレ・ド・マルベールの連邦論において、主権と国家権力が区別されることになるが、そこで問題とされる「主権」は、「権限権限 (*compétence de la compétence*)」として定義される。すなわち自己の権限の範囲と対象を決定できる権力である。そして、連邦国家が主権という最強度の権力を有しているのに対して、連邦構成国は主権に満たない弱体な権力しかもたない。ここではもはや抽象的な支配力としての主権の性質は存在しておらず、連邦とその構成国、両者の間に画然と存在する権力の差異を示す特権的な法的権力として、主権概念が用いられている³⁵⁸。ここでは、主権概念の中に、抽象的・消極的意味での支配権と、具体的・積極的意味での国家権力と、二つの相反する意味が併存してしまっており、内在的矛盾の可能性を抱えることになる。

³⁵⁶ Olivier BEAUD, 《La souveraineté dans la 《Contribution à la théorie générale de l'État》 de Carré de Malberg》, *RDP*, 1994, p.1251-1301.

³⁵⁷ BEAUD, *supra* note 356, p.1257.

³⁵⁸ BEAUD, *supra* note 356, p.1259.

また、*Contribution* と *Loi* の関係についても、主権概念の内在的矛盾という観点から、ボーは興味深い考察を提示している。*Contribution* の主権論において、主権概念が法人理論と結びつくことによって国家の一体性・統一性が表現されることになるが、同時にそこではフランス公法秩序の分析も行われているために、実定法についての記述的分析（権力の制度化）と、国家の統一化という規範的な作用とが、主権という一個の概念の中に現れることになる。後者の統一性の確保という意味での主権概念は、非常に観念的な性質を持たざるを得ないはずだが、自然法否定論に立つ法実証主義者であるカレ・ド・マルベールは、自然法論が可能にしたような観念性を扱いきれなかった³⁵⁹。ボーによれば、実際に *Loi* になると、主権概念に内在していた観念的な性質は検討の埒外に追いやられてしまい、現実の現象としての議会主権に取って代わられてしまったという³⁶⁰。この点を捉えて、主権概念に関する限り、ボーは一貫性の問題について断絶論に立つのである。

このように、カレ・ド・マルベールの主権論批判は、主権概念に矛盾する性質を充当したことによって、概念形成上看過しえない問題が生じていたり、主権の性質の中に十分に検討することができないものが生じていたりすることを指摘することによって行われている。したがって、カレ・ド・マルベール批判は、多形的に完成された主権論の内在的問題を洗い出すことによって、間接的に国家の一般理論に求められる課題を浮き彫りにするという国家論の手法なのである。

そして、ここで注目されるのは、主権論・連邦論に限らず、ボーがカレ・ド・マルベールの議論を引用する場合、多くが *Contribution* からの引用であるということである。これは、前述のとおり、*Loi* 以降の議論が主権概念の重要な性質を対象から外してしまっているために、「国家の一般理論」としての主権論たりえなくなってしまうと考えられているからであろう。また、ボーはカレ・ド・マルベールの主権概念が理論矛盾をきたすいくつかの場面について、その自己矛盾の原因を、ドイツの理論を取り入れる際のデフォルメが過ぎること、すなわち、カレ・ド・マルベールがフランス公法秩序に適合化するようにドイツ理論を調整した結果、主権概念にゆがみをもたらしてしまったことに求めている³⁶¹。このような議論は、カレ・ド・マルベール「国家の一般理論」としての性質を部分的に認めつつ、その一般理論性の限界を慎重に検討したものと考えられる。

さらにボーは近時、「市民」の概念を中心に据えた国家論・民主政論を主題とする論文³⁶²

³⁵⁹ BEAUD, *supra* note 356, p.1298.

³⁶⁰ BEAUD, *supra* note 356, p.1299.

³⁶¹ 「国民主権」原理が君主主権・人民主権を排して特殊フランス的な概念として成立し、一般国家学の射程から離れた狭量な概念になってしまっていることについて、BEAUD, *supra* note 356, p.1264. また、ドイツ学説における「自己制限」の原理を、カレ・ド・マルベール自身は事実を追認するものとして否定しているが、反面カレ・ド・マルベールの主権論の実態が、自己制限原理と同様の機能を果たすものになってしまっていることについて、BEAUD, *supra* note 356, p.1286-1287 を参照。

³⁶² Olivier BEAUD, 《Fragments d'une théorie de la citoyenneté chez Carré de Malberg ou comment articuler le citoyen, l'État et la démocratie》, *Jus Politicum*, n° 12, 2012, p.1-58.

においても、カレ・ド・マルベールを題材に、過去の理論の中から市民概念についての問題点を抽出し、これを通じて現代の市民概念についての理論的課題を浮き彫りにする手法をもって議論を進めている。ここではボーは、市民 (*citoyen*) の統合理論としてカレ・ド・マルベールの国家論を読み解いていく。

カレ・ド・マルベールは「市民を国民の概念へ吸収した³⁶³」ことによって、民主主義の理念を用いずに、代表と選挙の概念をもって国家における市民の関係づけを行った。国民を通してのみ、市民は国家に統合することが可能になるのであり、自然人としての市民には固有の法的意味が持たせられていない。人民・市民が主権所有者になりえない点で、カレ・ド・マルベールの国民主権論は「ルソーとの端的な差³⁶⁴」を抱える。

しかし、カレ・ド・マルベールは一方で上記のように市民を国民に吸収しつつ、他方で国家権力の命令的性質の支配対象となるのは、裁断された個人としての市民であるという、「巧妙なやり方³⁶⁵」を用いた。ここに主権の持ち手としての市民と、主権の受け手としての市民の区別が、あくまで主権論の範疇において、問題化する。すなわち、法が捉える個人の二側面としての能動性と受動性があることになる³⁶⁶。

ボーはこのように、従来の選挙権をメルクマールとする能動市民／受動市民の区別とは異なる形で、主権論と直接接続する市民の能動性・受動性を、カレ・ド・マルベールの議論から抽出している。ここまでの議論は *Contribution* を参照して行われているため、*Contribution* の時点でのカレ・ド・マルベールにおいては、市民は、主権主体としては完全に受動的存在となっていることになる。しかし、*Loi* にけるカレ・ド・マルベールの市民は、市民が国家の主権の支配を受ける受動的存在として捉えられると同時に、これまで述べてきたとおり、実質化された選挙の有権者として、あるいはレファレンダムの導入可能性のなかで、能動化された存在となる。このような主権主体としての市民の性質の二重化は、国民 (*nation*) の構成要素としての市民の個別の姿を描くことの困難性を示しており、この困難性は、民主主義国家の中で分断されてしまった個人の置かれた状況を表している³⁶⁷。

ここでボーがカレ・ド・マルベールの主権論と市民の構造から導出するのは、個人の統合・共同体の中に存在する、少数派の分裂、一体性欠如の契機という民主制の実現に付随する困難な問題に対して、国民主権論がどのようにして対応したかということである³⁶⁸。国民主権原理のフィクション性は、多数者の決定の結果を国民全体に帰するということろに核心があったが、実はそのフィクションの構造は、選挙においても同じである。すなわち、選挙人の多数者の決定が選挙人団全体に帰するという構図であり、また民主主義における「市民」が国民全体を指すのに対して、選挙人としての「市民」はあくまで選挙人団

(URL : <http://juspoliticum.com/-No8-.html>)

³⁶³ BEAUD, *supra* note 362, p.8.

³⁶⁴ BEAUD, *supra* note 362, p.13.

³⁶⁵ BEAUD, *supra* note 362, p.21.

³⁶⁶ BEAUD, *supra* note 362, p.23.

³⁶⁷ BEAUD, *supra* note 362, p.32.

³⁶⁸ BEAUD, *supra* note 362, p.56.

を示すため、二つの市民概念の間に領域的な差異が生じている。主権論・国家論が対応しようとした「市民」の問題と、現代の国家論・民主制・選挙の場において主題化される「市民」との間には、同様のフィクションの構造が根ざしているのである。そしてボーは、最終的な結論として、民主主義の困難な問題、すなわち少数派が自己承認しているわけではないのに多数派による他律的決定に服従しなければならない理由を問題化し、国家論において、多数派と少数派の分裂の基礎を考察する必要を提示する³⁶⁹。ここでは、カレ・ド・マルベールの議論が、国民主権論の現代的視点からの再構成の可能性をしめすモチーフとして位置づけられている。

総合すると、ボーのカレ・ド・マルベールの一元性の問題に対する姿勢は、「一般理論」の希求という問題意識によって貫かれているといえる。カレ・ド・マルベールの議論の一般理論性を有する部分を慎重に見極めたうえで（逆に言えば特殊フランス的になりすぎていると思われる要素はそぎ落として）原理を抽出することで、ボー自身の「一般理論」構築へ向けて進んでいく読解の手法が発揮されている。カレ・ド・マルベール読解者としてのボーは、カレ・ド・マルベールの「一般理論」としての性質を積極的に読み解く立場といえるであろう。

（3）整理：各読解における視点の設定

フランスの各論者の読解における一貫性・一般性の問題への解答を概観したところで、そこから汲み取られる一般性の問題の特性を指摘しておこう。それは、一貫性の問題と比較して、読み手の内在的な視点設定が表に現れることである。

第五共和制の民主制の実現の端緒をカレ・ド・マルベールに見出したカピタン、「政治学（science politique）」の欠如がカレ・ド・マルベールの方法論的限界であったと考えるビュルドーは、第五共和制初期の時代的制約の中においてカレ・ド・マルベールを評価していた³⁷⁰。これに対して、法哲学者であるトロペールの解釈は、実定憲法規範を超越するダイナミックな射程を持つものであった。また、政治法（Jus Politicum）プロジェクト³⁷¹の企画者の1人であるボーは、ジョゼフ・バルテルミーに始まり、モーリス・デュヴェルジェ、前述のビュルドーを含む政治学的憲法学の潮流に対して、実践主義的になりすぎるあ

³⁶⁹ BEAUD, *supra* note 362, p.58.

³⁷⁰ 本稿がカピタン、ビュルドーのカレ・ド・マルベール読解として主に引用した文献の一つは、1964年に出版されたカレ・ド・マルベールを主題とするシンポジウムの記録である（*Relation des journées d'étude en l'honneur de Carré de Marbelg 1861-1935*, Dalloz, 1964）。カピタンは完成したばかりの未種政治体制としての第五共和制という視点において、ビュルドーは当時の学説潮流の中心に合った「政治学（science politique）と連携する憲法学」という視点において、その時代の影響を色濃く反映したカレ・ド・マルベール読解を提示している。

³⁷¹ フランスの電子雑誌 Jus Politicum、その企画趣意については、《Présentation de la revue》, Jus Politicum, n° 1, 2008（URL : <http://juspoliticum.com/-rubrique4-.html>）を参照。

憲法学と国家理論

連邦論・国家論・法秩序論における一元性と多元性

まり「憲法理論」が欠如しているとして強い批判を向け³⁷²、現代国際社会における一般理論の探求という大きな視点からカレ・ド・マルベールを読解している。

これらの論者の読解の差を、カレ・ド・マルベール読解の基軸の違いとして捉えるとき、一般性についての読解が、古典理論再読作業の幅の存在を物語っているといえる。すなわち、既に閉じた体系としての古典理論としてではなく、現代国家論の準拠軸として、カレ・ド・マルベールが参照されていくことになる。カレ・ド・マルベールを閉じた体系として捉えず、前述の読解の「幅」を認めるなら、一般性の問題を現代的問題関心に引き付けて捉えることが可能であろう。そしてこの読解の幅の可能性は、日本の国家論の営為の意義づけの問題にもつながる。この点、一貫性論を明確に問題にせず、「批判的継承」という形でカレ・ド・マルベールの議論の射程の一般性を肯定するボーの視点が、もっとも本稿の関心に近いといえよう。

一般性の問題の検討から間接的に明らかにされるのは、カレ・ド・マルベール読解者の議論を、さらに読解するための着眼点である。すなわち、いかなる関心のもとで、カレ・ド・マルベールの業績の「一般理論」としての射程をどこまで拡張するのか。この観点をもって、カレ・ド・マルベール読解の更なる読解の例として、杉原、高橋の営為を一般性の問題の次元から位置づけなおすを試みる。

2. 杉原・高橋におけるカレ・ド・マルベール一般性の解釈と継承

(1) 杉原泰雄の一般性読解と継承

杉原において、カレ・ド・マルベールの一般性の問題はどのようにして処理されたのか。杉原自身は国家理論としての人民主権論原理の提唱者であることから、杉原が採用する結論は *Contribution* よりも *Loi* の議論に近いことが容易に推察できる。すなわち、杉原の議論は「国民主権」原理を唯一の国家の構成原理として採用し、人民主権原理を否定した第一著よりも、高橋の一貫性論において「人民主権原理への心理的傾斜がみられる」と評された第二著の議論と軌を一にするものであり、*Loi* において実質化された代表観念、能動化された市民を、さらに押し進めた主権論・代表論を展開することになる。

しかし同時に、杉原は人民主権論を基軸とした国家の一般理論として自説を成立させるために、理論のフレームは *Loi* でなく *Contribution* のそれを採用している。すなわち、カピタンが指摘していたとおり、*Loi* においては「半代表」や「人民主権」という語は登場しな

³⁷² ボーのバルテルミー批判については、Olivier BEAUD, 《Joseph Barthélemy ou la fin dde la doctrine constitutionnelle classique》, *Droits*, n° 32, 2000, p.89-108. また、第五共和制における憲法学説の展開と、政治法プロジェクトの発生までの経緯を明らかにしたものとして、山元一「現代フランス憲法学にとっての「政治法」の意義」、山元一・只野雅人編訳『フランス憲政学の動向』、慶應大出版会、2013、1-34頁、とりわけ、ボーの議論について同 15-18頁を参照。

いのであり、結論としては *Loi* の傾向を極大化したものであるにも関わらず、国民主権と人民主権を対置させる杉原の議論構造の直接的な源泉は、*Contribution* に他ならない。この一見回り道にも見えるカレ・ド・マルベールの継承のありかたは、しかし、杉原の一般性読解を分析する時、論理的必然であることが明らかになる。

杉原の一般性の問題についての読解の鍵となるのは、一貫性の議論の場合と同様、「認識」と「実践」である。一貫性論の項で見たとおり、杉原は、*Contribution* における議論を認識論、それ以降の議論を実践論（解釈論・立法論）として、カレ・ド・マルベールの関心の変化を推定し、国家の一般理論と特定国家固有の理論を業績ごとに腑分けした。その結果、*Contribution* のみが一般理論の体系として成立し、かつその体系は、それ以降の議論が同じ「一般理論」の俎上で展開されていないために、カレ・ド・マルベールにおいて否定されず保存され完結したものとなることとなる。

そして杉原自身は、*Contribution* の認識論のフレームのみを一般理論として自説に取り込み、国民主権と人民主権を対置させる構図と、実際の政治体分析から、そのいずれの原理に帰属するかという認識論的な問題設定の在り方を継承する。他方、*Loi* におけるカレ・ド・マルベールの議論はあくまで理論に対する実践の例として、あくまでカレ・ド・マルベールの置かれた時代的・学問的状况において成立する、具体例としての位置のみを占めることになる。その結果、杉原は結論的には *Loi* に著しく接近するにもかかわらず、高橋が「人民主権への傾斜」として分析した *Loi* の内容は、杉原の国家論・主権論が立脚する根拠ではなくなる。

しかし、*Contribution* においては、「国民主権」原理を支える根拠は、国家の一元性・統一性を確保することであって、裏を返せば人民主権原理を君主主権原理と同列に並べ、これを完全に否定することによって「国民主権」原理が成立していた。*Contribution* から主権原理の二項対立の枠組みを継承する杉原においても、主権原理の選好の根拠を同書から継承することはできない³⁷³。結果、国民主権ではなく人民主権への傾斜を基礎づける駆動力は、「歴史の発展法則」という一般原理を接合させることによって、*Contribution* の議論の外からまかなうことになったのである³⁷⁴。したがって、認識論としてのフレームのみを取り込み、結論への推進力を別立てで用意したのが、杉原のカレ・ド・マルベール継承の全体像だったといえるであろう。

³⁷³ 『国民主権の研究』、360-361 頁において、杉原は、イデオロギー批判の手法をもって国民主権原理に内在する、「民意に国民代表の法実体の欠缺をカモフラージュする」機能を提示している。

³⁷⁴ 結果、国民主権原理は「君主主権と人民主権の中間に位いつつも、人民主権の方向へ斜頸していく必然性を内包している原理」と位置づけられることになる（『国民主権の研究』、362 頁）。またこのような杉原の「国民主権」原理への評価からすれば、*Loi* の議論は、フランスにおける「国民主権から人民主権への傾斜」の一例として捉えることになると思われる。

(2) 高橋和之の一般性読解

高橋の一般性についての考察は、複雑な構造から成り立っている。鍵概念となるのは「逆規定」の構図であり、この構図は、高橋がカレ・ド・マルベールの思考過程を読み解いたものである。高橋は、*Contribution* におけるカレ・ド・マルベールの思考枠組みを検討し、そこに「国家の一般理論の探究者」として普遍的国家構造を追究する性格と、法実証主義者としてフランス実定法の分析を行う性格との両者が存在していることを指摘し、一見相反する二つの性格を併存させながら、いかにして一般原理としての国民主権を導出したのかという問いを立てる。この問いは、カレ・ド・マルベールが認識した「国家」という概念の正体は何か、すなわちカレ・ド・マルベールの思考過程はどのようなものであったのかをめぐる問いであり、『源流』において多くの頁数を割いて検討されている。この問いに対する高橋の解答は、「逆規定」の思考法であった。やや長くなるが、高橋が読み解く *Contribution* における「逆規定」の核心部分を引用する。

「カレ・ド・マルベールは、出発点としてまず事実としての国家を前提とし、その下で法
の概念を定義した。そして、その実定法の分析から、前提としての国家が法的にはいかに
表現されるかを探求する。この思考過程は「事実としての国家→実定法→法的国家」とし
て表される。そして、カレ・ド・マルベールが純粹にこの思考過程に留まっていれば、矛
盾は存在しない。しかし、かくして得られた理論は、フランス実定法の認識であって、決
して一般理論ではない。ところが、カレ・ド・マルベールは、実は、この実定法の認識を
材料・資料にして一般理論をめざすのであり、概して右述の思考法過程内にはとどまっ
ていないのである。そこで実定法の認識として得られた法的国家の概念を、一般的な国家の
概念として定義し、さらにこの定義にもとづき、前提とすべき国家自体を定義しなおす
のである。ゆえに、この思考過程は、「法的国家→事実としての国家」として現れる。³⁷⁵
「そして、かくして得られた法的国家の一般理論をフレーム・オブ・リファレンスとしな
がら、実定憲法を分析・認識・整序したのである。³⁷⁶」

そして、この「逆規定」の思考法に注目し、詳細な解説を試みたのが時本義昭であった。
これもやや長くなるが、時本が「逆規定」の構図を解説した部分を引用しておく。

「ここで描写されている思考過程は、事実としての国家→実定法→法的国家＝国家に関する
法的一般理論→事実としての国家である。まず、事実としての国家→実定法→法的国家
という過程によって、フランス実定法における法的国家が得られる。次に、この法的国家
が国家に関する法的一般理論に置き換えられた上で、最後に、国家に関する違法的一般理

³⁷⁵ 『源流』、143頁、注17。

³⁷⁶ 『源流』、171頁。

論によって事実としての国家を分析して法的国家が得られる。この最終的に得られた法的国家については、高橋によれば、事実としての国家→実定法→法的国家における法的国家と異なり、その法的根拠を問うことはできない。この思考過程が連続していると考えた場合のその理由は、それをさかのぼれば事実としての国家にたどり着くからである。それに対して、この思考過程が法的国家＝国家に関する法的一般理論において切断されていると考えた場合のその理由は、法的国家＝国家に関する法的一般理論が前提であるから、したがって、そこにおける法の内容が確定されていないからである。しかし、法的国家が国家に関する法的一般理論に置き換えられることによって、法が諸原理に置き換えられれば、最終的に得られた法的国家の法的根拠は諸原理ということになるであろう。³⁷⁷

高橋・時本の上記引用部分とともに、論理的精緻さを極めた記述であるが、その要点についてのみ検討しておこう。カレ・ド・マルベールの特性は、フランス革命によって確立された国民主権の原理を近代国家の「形成されるべきあらゆる憲法組織の出発点³⁷⁸」として、民主制および君主制の原理と対比した点にある。ここで、革命原理という特定国家固有の分析から導かれた原理が、特定国家の枠組を超えて妥当する近代国家普遍の原理として成立する。ここに、特定国家から普遍的国家への射程の転換が生じており、カレ・ド・マルベールが *Contribution* において「国家の一般理論を構築した」と考えるためには、何らかの方法で「実定法分析から近代国家普遍の諸原理へ」転換していることを説明する必要がある。ここでの高橋・時本の考察は、このことを論証しようとしているのである。

高橋の読解における「逆規定」とは、事実としての国家を前提としたうえで実定法の分析を行い、そこから法的な意味での国家の概念を導き出した上で、今度はこの法的な意味での国家の概念を前提枠組として、事実としての国家の概念と実定法を分析するというものである。カレ・ド・マルベールは事実としての国家と法的意味での国家の間で、思考を行き来させることによって「国家の一般理論」を構築したということになる。もっとも、単にこのように示しただけでは、カレ・ド・マルベールの思考が論理的転倒、あるいは空転現象を起こしているように見える。そこで時本は、上引用部分において、高橋がトレースした「逆規定」の思考様式に二通りの解釈の可能性を与えた上で、思考様式の中で一般性をめぐって断絶があることを前提に、なお「国家の一般理論」としてのカレ・ド・マルベールが論理的に成立するということを示そうとしているのである³⁷⁹。

³⁷⁷ 時本義昭『国民主権と法人理論』、有斐閣、2011、228頁。

³⁷⁸ *Contribution*, t.2, p.492, note6.

³⁷⁹ 時本が高橋による「逆規定」の思考様式を問題とするのは、カレ・ド・マルベールが法実証主義の立場に立つにもかかわらず、国家の基礎「原理」レベルの探究を行い、特定国家の枠組みを超えて一般理論を形成したことの解明を試みる部分である。最終的に時本は、「逆規定」の思考法を前提として、普遍的な近代国家原理を提示する議論として成立したカレ・ド・マルベールは、「国民主権」原理が民主制・君主制よりも優れていると論証しようとした点において、「法実証主義に徹することができなかつたといわざるをえない」と結論付けている(時本、前掲注 377、228-229頁)。

ここで示される高橋および時本の「逆規定」の思考様式が、カレ・ド・マルベール読解として真に正しいものであるか否かの検討には、本稿はこれ以上立ち入らない。しかし、ここで重要なことは、このようにして「逆規定」という精緻な思考様式がカレ・ド・マルベールに内在していると前提したうえで、カレ・ド・マルベールの一般理論としての性質が、高橋和之において担保され継承されることである。そして高橋は、*Contribution* において確立されたこの思考様式と「一般理論」の性質が、その後のカレ・ド・マルベールの業績にも通底するものであると考えている。

『一般理論』以後の論文・著作においては、かれの作業は実定法の分析・認識・整序の領域にとどまっておき、一般的理論が中心・直接的に論じられることはない。(中略)では、『一般理論』において展開され、そこにおける基本枠組みをなしていた国家の概念は、それ以後の研究によっては否定されてしまったのだろうか。私はそうではないと考える。一般理論を正面から論じなくなった理由は、実定法の認識に厳密にとどまろうとしたためだと考えられるからである。その意味で、『一般理論』に存在した「フランス実定憲法に従った一般理論」という矛盾を避けたのである。そのために、理論展開の上では、すべて実定法の認識という形態をとって提示されているが、しかし『一般理論』において提示された国家の一般理論、つまり「法人格—機関」理論は、カレ・ド・マルベールの思考過程におけるフレーム・オブ・レファレンスの役割を果たし続けた³⁸⁰

このように、こと国家概念の構想にかかわる場面では、高橋はカレ・ド・マルベールの認識が *Contribution* と *Loi* の間で変更されていないものと考えている。一貫性の問題において述べたとおり、二著の間で代表観は変化しているが、一般理論として確立された思考法はカレ・ド・マルベールにおいて一貫していることになる。一貫性の問題において、高橋は代表観念の転換を「国民主権から人民主権への心理的傾斜」として分析し、カレ・ド・マルベールの内面的関心の変化を転換の理由と考えた。「人民主権」の語は *Loi* では使用されていないが、主権の理念自体は *Contribution* において形成された「一般理論」に包摂され、用語は使用されていないけれども、カレ・ド・マルベールの思考の中で、前面に現れることのない参照軸として一般理論があるということになる。高橋は、このようなカレ・ド・マルベールの思考様式に根差す参照軸としての一般理論を想定しているがゆえに、フランス実定憲法の分析に徹しているはずの *Loi* の読解として、「人民主権傾斜的な代表理解」という最終的結論に達したのである。したがって、「*Contribution* において国家の一般理論が成立し、しかもその後の議論にも受け継がれていく」という構図を描くのであるから、高橋のカレ・ド・マルベール読解、とりわけ一貫性・一般性問題への解答は、一貫性・一般性をともに肯定するものであることになる。

なお、高橋和之が読み解いたカレ・ド・マルベールの枠組みを、どのようにして自説に

³⁸⁰ 『源流』、172頁。

継承したかという問題については、ここでは扱わず、次章にて再検討する。なぜなら、高橋がカレ・ド・マルベールの議論を継承して自説を構築したのは、本稿の見るところ国民内閣制論においてであるが、そこでのカレ・ド・マルベール読解は立法権・執行権概念に重点を置かれたものであることから、まず先にカレ・ド・マルベールの立法権・執行権論を確認したうえで、高橋の理論継承の問題へと戻ってくる必要があるからである。

(3) 小括

本章において、カレ・ド・マルベール読解における一貫性と一般性の問題を検討した。一貫した理論として、または広範な射程を持つ一般理論としてカレ・ド・マルベールを理解するか否か。とりわけ現代的視点からカレ・ド・マルベールを読み解き、何らかの示唆を得ようとする試みにおいては、本稿を含め、一貫性・一般理論性の点でカレ・ド・マルベールの射程範囲を慎重に判断しなければならない。本章の表題である「一元性」とは、現代的視点から野心的にカレ・ド・マルベールを読み解こうとすればするほど、読み手はカレ・ド・マルベールの一貫性・一般性についての態度決定を厳格に迫られることを総合して表現しようとしたものである。

とりわけ、現代的視点からの読解を行おうとすれば、カレ・ド・マルベールの射程を第三共和制フランス固有の法秩序の分析として片づけてしまうと、そこから示唆を得ることが論理的に困難になるのであり、したがって読み手は一般理論性を肯定する方向への解釈を志向することになる。トロペールが実定憲法学の枠を超えたダイナミックな議論によって一般性を肯定し、また杉原、高橋やボーが精緻な理論的検討のもとに一般性を肯定したが、これら四者には手法的には違いがあるけれども、その意図するところは皆、単なる一学説の正確なレビューを超えた、国家論の展望を見据えた発見的な示唆をカレ・ド・マルベールから得ようという野心的な試み³⁸¹であったのであり、その点で彼らの意図は共通するのである。このことから、一般性・一般性読解の問題が、カレ・ド・マルベール読解者の関心と強く結びついて提示されていることが理解できよう。

以上において、フランス・日本の各論者における主要なカレ・ド・マルベールの一貫性・一般性読解が出そろった。次に本稿は、当初の目的であった現代的視点からのカレ・ド・マルベール読解へ展開するために、近年において登場した、とりわけ独自性をもつカレ・ド・マルベール読解を、新しい視点として導入する。ここでいう新しさとは、新規性というよりも視点の転換をもたらすものであり、本稿の最終目的とする現代国際社会への憲法学的対応に、直接的に貢献する可能性のある学説である。そこで、ここまでの議論を古典

³⁸¹ これまで述べてきたとおり、トロペールは時代を超えた憲法原理の射程を、杉原は主権論のフレームを、高橋は国民内閣制論のフレームの一部を、ボーは主権論・国家論の理論的問題の提示を、それぞれカレ・ド・マルベールの議論に負っている部分がある。

憲法学と国家理論

連邦論・国家論・法秩序論における一元性と多元性

的・典型的カレ・ド・マルベール読解の集積として総括しつつ、次節ではカレ・ド・マルベール読解の新機軸としての2人の論者の読解と、本稿がカレ・ド・マルベールから受け取る、現代国際社会に関わる憲法学的示唆について論じることとする。

第4節 新たな視点からのカレ・ド・マルベール読解

本節では、新たな視点をもたらすカレ・ド・マルベール読解として、エリック・モラン、時本義昭の二人の議論を取り上げる。新たな視点と言っても、両者とも意図してダイナミックな解釈へ行き着くというよりも、読解の手法自体は、寡作なカレ・ド・マルベールのテキストから内在的理解を探ろうとする王道的なものである。これまで列挙したフランスの読解者たちと比較した場合のこの二者の特徴は、ボーヤトローペールと同様、古典読解の時代的制約が相対的に緩和されており、現代的視点が持ち込まれること、そして、読解対象となるテキストをカレ・ド・マルベールの全領域にまで広げた上で、体系的な読解を完成させようと試みている点であり、その点では、本稿の一貫性の問題設定は、この二者の読解から逆算して導き出したものという側面がある。

モランの読解は、一般性問題について視点を揺れ動かしながらも、独仏対照と非法実証主義という二つの基軸を用いてカレ・ド・マルベールの特徴を読み解いていくところに、その独自性がある。時本の読解は、国民主権原理と「法律＝一般意思の表明」原理の間の対照性・排他性という前提自体にメスを入れ、二原理を相互に補完的なものとする視点の転換を行ったうえで、強い説得性を持つ一貫性読解を提示するところに、その独自性がある。

1. エリック・モランによるカレ・ド・マルベール読解

(1) 再問題提起：読解の基軸設定

モランの読解について、とりわけ一般性および一貫性の読解について、まず注目されるべき点は第三著作 *Confrontation* を含めた三著作³⁸²を横断的に検討対象とし、体系的な読解の成立を試みていることである。ここで、この第三著作について確認しておこう。これまで何度か断片的に登場した第三著作 *Confrontation* は、ケルゼンの法段階理論批判である。

³⁸² これまでも本文中で何度か使用しているが、本稿ではこれにともない、*Contribution* を「第一著作」、*Loi* を「第二著作」、*Confrontation* を「第三著作」と呼称することがある。これら序数による呼称を用いる場合は、筆者が三著作の関係性、読解の体系的性に着眼点をおく文脈であることを示すものである。

学説上の明確な批判対象を明示している点において、それまでの二著作とは趣が異なる。その内容は、ケルゼンの法段階理論への反駁であるが、より詳しく言えば、ドイツの法段階理論、すなわち国家を法秩序の総体と捉え、根本規範を法秩序の最上位に置き、根本規範の執行と法創造を繰り返すことによって規範の連鎖構造を構想し、ピラミット型の段階構造を描く法秩序観について、これが第三共和制フランスの公法秩序には適用できないことを示したものである。

このような第三著作の存在をクローズアップした上で、モランは、*Contribution*、*Loi*、*Confrontation* の三著作の内容を次のようにまとめ、そこから、カレ・ド・マルベール的一般性の問題を提起する³⁸³。まず、第一著 *Contribution* においては、その三部構成のうち第一部・国家要素論においては「国家の一般理論」が、第二部・国家作用論と第三部・国家機関論においてはフランスの実定公法・政治制度の分析による「特定国家固有の理論」がそれぞれ展開されているのであり、一般理論と固有の理論の混在状態にある。次に第二著 *Loi* においては、第三共和制憲法下における「法律」概念を中心に、フランス議会絶対主義の批判的検討を行っているのであり、ここでは、「特定国家固有の理論」が展開される。ここまでは、本稿が前節において一般性の問題を提起した際に引用した議論であるが、ここで注意すべきは、前回引用部分では強調しなかった第三著作の扱いである。モランによれば前二著に続く第三著 *Confrontation* の議論は、「特定国家固有理論からの一般理論の拒否」として展開されているという。すなわち、ケルゼンの法段階理論を、特定国家の枠組を超えて妥当していく「国家の一般理論」として位置づけた上で、カレ・ド・マルベールは、法段階理論がフランス公法秩序に適用不可能であると示したのであり、すなわち、「国家の一般理論」としての法段階理論の射程を否定したということになる。

三著作の射程をこのように整理した上で、モランは、「国家の一般理論」と「特定国家固有の理論」のいずれがカレ・ド・マルベールの理論上の核かは、結局不明確として、決めがたい問題だとする。なぜなら、カレ・ド・マルベールはその法実証的手法にもかかわらず、自らの議論の方法論・理論的射程について明確に自己言及していないからである³⁸⁴。これは、例えば杉原のような認識と実践を区別するような理解を、カレ・ド・マルベールの議論から引き出せるような決定的根拠が存在しないことを意味しており、カレ・ド・マルベール自身の議論の射程についての認識は、あくまで内在的なものとして読み手が推定することしかできない。この点が、カレ・ド・マルベール的一般性の問題を非常に解答困難なものとする。

そして、ここにおいて一般性と一貫性の問題が部分的に交差していることにも、注意しておかなければならない。モランがカレ・ド・マルベールの理論の一般性について判断を留保しているのは、結局、三著作の間に明確な射程の一貫性がないからである。とりわけ

³⁸³ Éric MAULIN, *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, PUF, 2003, p. 13-17. なお、以降頻繁に引用するため、同書を *La Théorie de l'État de Carré de Malberg* と略記する。

³⁸⁴ *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, p.15.

Contribution の前半と後半が、一般国家理論／固有フランスに分岐する傾向があったことは、読解者モランの一般性の判断を決定的に困難にした。しかし同時に、モランが明確に一般性を否定せず留保していることは、カレ・ド・マルベールを読み解いたとき、モランの中に三著作の間に共通する何らかの要素を感じ取ったということを示唆している。本稿は、このような内容的な余白を残すモラン読解を、さらにモランによって提示された読解の軸を拾い上げる形で整理することになる。

このように、モラン自身が決定的な判断を留保している一般性と一貫性の問題について、本稿では、モランの内在的な読解の揺れ動きを観察しながら、モランの導き出すカレ・ド・マルベールの最終的位置づけについて検討を加える。

モランの読解のうち、本稿が目指すのは、カレ・ド・マルベールの議論全体を、「非法実証主義」と「独仏対照」の二つの軸を起点にして整理した点である。前者は、これまで通常提示されてきた国家の法的一般理論としての一貫性ではなく、革命原理への参照によって、法実証主義的手法から部分的に離脱していく手法であり、後者はドイツとフランスを対照させるという手法であるが、モランによればいずれも、カレ・ド・マルベールの議論構築の手法の面から客観的に観察される特徴である。直接にかレ・ド・マルベールの国家論の一般性を論じるものではないが、本稿はここにモランの読み解くカレ・ド・マルベールの一般性についての揺れ動きが見出されると考える。

(2) モラン読解の軸① 「非法実証主義」

カレ・ド・マルベールは一般に法思想上は法実証主義者として認知されているが、モランによれば、「法実証主義者カレ・ド・マルベール」という定式は絶対のものではないという。すなわち、その議論の全てがフランス実定法を源泉として導き出されたものではないというのである。

カレ・ド・マルベールは、その三著作すべてにおいて、「フランス革命によって確立された原理」を、検討の核に据える³⁸⁵。モランはこの点を踏まえ、カレ・ド・マルベールの議論を総評して実定法の裏側に根を張る革命原理の探究者として位置づける。カレ・ド・マルベールは、あたかも「神学者が聖書に向かうように³⁸⁶」実定法を分析したのであり、その営為は聖書釈義のように、テキストの奥に据えられた原理を抽出するものである。

しかし、ここでモランが問うのは、*Contribution* における「国民主権」原理の源泉となっ

³⁸⁵ 各著作における主要原理が「革命原理」として提示される例は、以下の通りである。「国民主権」原理について、*Contribution*, t.2, p.167。「法律＝一般意思の表明」原理について、*Loi*, p.16. また第三著 *Confrontation* においては、*Loi* 同様、革命原理としての「法律＝一般意思の表明」原理が継承されるほか、革命原理に根ざす国家法人理論の一般国家学化が、*Confrontation*, p.27-28 において提示される。

³⁸⁶ *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, p.26.

たものである。すなわち、革命原理の探究者でありながら法実証主義者でもあるカレ・ド・マルベールは、革命原理から「国民主権」原理を抽出するための基礎としたテキストは一体何であったのか。この問いの解答としては三通り考えられる。第一に、歴史的事象としての革命それ自体を根拠としたと考える解答、第二に、政治文書としての1789年人権宣言を根拠としたと考える解答、第三に、革命直近の憲法である1791年憲法であるとする解答である。しかし同時に、法実証主義者（実定法のみを法的認識の対象とする）であるならば、カレ・ド・マルベールにとっての現行憲法である1875年憲法以外は、原理抽出の源泉になり得ないのではないかという疑問が浮かぶことになる。

この問いにおいて問題化されているのは、カレ・ド・マルベールの法実証主義者であると同時に原理探究者としての立ち位置のみではなく、「国家の一般理論」としての「国民主権」原理がどのようにして成立しえたのか、すなわち一般性の問題も、同時に提示されている。フランス革命という「特定国家固有」の現象に由来するはずの「国民主権」原理を、一般国家学へと導入し、国家一般の本質として理解するには、いかなる方法によってか、また、1789年人権宣言と1791年憲法の法的価値を、カレ・ド・マルベールがどのように評価していたのかを、モランは検討の対象としている³⁸⁷。

モランは、「国民主権」原理がフランス固有のものであることに関して、カレ・ド・マルベールが1875年憲法下においては、フランス人権宣言と、それを原理とする1791年憲法は、もはや法的に有効でないと位置づけている点に注目する。形式的法理論として、現行憲法以前の憲法は形式上無効化されているはずだからである。しかし、それにもかかわらず、カレ・ド・マルベールはその1791年憲法の原理を準拠点として「国民主権」論を構築していくのであり、前述の三つの解答の選択肢のうち、正解となるのは1791年憲法であることになる。

したがって、現行の実定憲法でないにもかかわらず原理抽出の源泉となる1791年憲法は、カレ・ド・マルベールの法思想において、特殊な位置を占めている。すなわち、1791年憲法は形式上その効力を消失しているが、将来の憲法の内容の本質的・基本的理念を表明しているものであり、したがってこの憲法はカレ・ド・マルベールにおいて「哲学的真理の宣言」という射程を獲得することになる³⁸⁸。この「哲学的真理」あるいは「真理的価値」という1791年憲法の特殊な位置づけが、フランスの固有の原理としての「国民主権」原理を、国家の一般理論の一要素へと組み入れる論理装置として機能するという。モランは、トロペールの議論³⁸⁹を参照しつつ、1791年憲法に充当された二重の意義を問題化する。第一に、国家権力の分配を構築する法規範であり、第二に、権力分配それ自体を正当化する前提としての、権力自体の基礎となる原理の総体の宣言である。そして、後者の権力の基礎原理としての性質は、「真理的価値」の問題であって実定法ではなく法理論家の認識に帰

³⁸⁷ *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, p.103-106.

³⁸⁸ *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, p.107. なお、1789年人権宣言は、慣習的価値を持つものとされる。

³⁸⁹ TROPER, *supra* note 340.

することになるが、現行の実定法のみを認識対象とするという意味での法実証主義的手法からは捉えることができないはずである。カレ・ド・マルベールにおける1791年憲法の位置づけは、非合法的な価値を全否定しないことを意味しており、そして、権力の基礎原理という意味での1791年憲法は、現行の実定法であるから通用するのではなく、「真理的価値」があるから通用するのである³⁹⁰。ここで、1791年憲法から抽出される革命原理は、国家論上の一般性を獲得することになる。モランが見出したカレ・ド・マルベールの法実証主義からの逸脱は、「国民主権」原理を「国家の一般理論」の中に取り込むための、射程を拡大する理論装置なのである。かくして、「国民主権」原理は、あるべき国家像を想定した上での牽引原理ではなく、主権の本質的属性を表す原理となる。また、国家論としての一般性をこのように構築したことで、フランス革命の法学的位置づけも変更される。すなわち、字義通りの「革命」としてフランスの政体変更を示すのみならず、革命原理の一としての「国民主権」原理が国家の一般原理として組み入れられることによって、近代国家の性質自体が変更されたことになるのである³⁹¹。

こうして、モランによって読み解かれるカレ・ド・マルベールにおいて、革命原理の扱いは次のように要約される。カレ・ド・マルベールは法秩序に内在する原理の抽出を行ったのであり、その源泉として掘り当てた到達点が革命であり、そして、抽出した革命原理が実定法上どのように現出するのか、その現れ方の解明を目指した。カレ・ド・マルベールが実定法に着目するのは、実定法体系の自己完結性ではなく、法秩序の内在的原理の抽出のためであり、この点に、モランは、根本的な本質主義的性質を見出し、カレ・ド・マルベールの「非法実証主義」的な性質として提示するのである³⁹²。

モランの「非法実証主義」軸の読解によって示されるのは、特定国家固有の理論から一般理論への転換装置としての「真理的価値」であり、理論構築の手法の分析によって、一般性の問題について解答するものであった。そして、法実証主義という定説的評価からの逸脱点を慎重に探ることでカレ・ド・マルベール読解としての新規性を提示した点では、モランの読解もまた、現代的視点からのカレ・ド・マルベール再読の試みとして位置づけることができる。そして、この「非法実証主義」軸の読解は、同時に第二の読解の軸である独仏対照の構図とも密接にかかわることになる。

(3) モラン読解の軸② 「独仏対照」

モランが提示するもう一つのカレ・ド・マルベールの一貫した特性は、ドイツとフラン

³⁹⁰ *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, p.109.

³⁹¹ *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, p.110. なお、革命原理によって変更された一般的意味での近代国家の姿は、「国民主権」原理と法人理論の結合によって描かれる法人としての国家である。

³⁹² *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, p.335-336.

スの対照構造であり、帝国ドイツの国家像を批判することである。この意味では、フランスの個別性・特別性の論証が、カレ・ド・マルベールの内在的目的であるという一貫性の理解である。

①. *Contribution* における独仏対照

まず、前項において結論された、非実証主義的な手法によるところの革命原理への参照が、カレ・ド・マルベールの国家論に何をもたらしたのかを確認しよう。

革命の参照と、そこから導出される「国民主権」原理によってもたらされたものは、既にある民意を再生産する主権者の姿を革命以前のものとすることによって、民意創出機能を代表制へ割り当て、もって近代国家をそれ以前の国家から差異化したことである。

ここでは、革命によって権力の保持者の性質のみならず、権力自体の性質が変更されたことになっている。すなわち、国民が代表に権力行使を譲渡したために、権力の保持者（国民）と権力の行使者（代表）がずれる、という構図である。ここに主権の移転（君主から国民へ）のみならず、主権の変転（保持者と行使者のずれを有する権力）が存在する。この移転と変転をもたらしたものが、革命原理の成立であると位置づけられる³⁹³。

そしてこの革命の射程は、「権力一般の性質変更」であり、国家一般の組織モデルの基礎として、「国民主権」原理が提示されるのである。よって、革命には二つの意義があることになる。第一に、特定のシステム（フランス固有の意義）の記述、第二に憲法国家の現実化のための一般モデルの提示（一般国家学的意義）である。つまり、カレ・ド・マルベールは、革命原理に近代国家の出現の画期を見出しているのであり、国民主権原理の代表的な結論が、革命原理による権力概念それ自体の変質と、近代国家の成立という観点から再び照らし出される³⁹⁴。この観点から、モランは *Contribution* の議論を整理し直している。

第一に選挙は主権の行使とは捉えられず、投票は公務であるという立場へ傾斜する。ここでは、国民主権とレファレンダムの原理的な両立不可能性が示されている³⁹⁵。

第二に、*Contribution* におけるカレ・ド・マルベールの国家論が、国民主権原理と国家法人説を結合させたものであったために、立法府の位置づけが機関の概念によって確定される。すなわち原理的に、カレ・ド・マルベールは、立法府によって国民の意思が代表されるという理念を拒否するのであり、この立法府はもはや主権的存在ではなく、立法府は国民の意思形成と行動を可能とする機関として捉えられる。立法府は権力を担う要素というよりも、権力行使の前提条件となるために、最高機関として位置づけられる。そして、憲法に由来する機関は憲法によって承認された権力しか行使しえないのだから、立法府は、

³⁹³ *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, p.118-119.

³⁹⁴ *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, p.120.

³⁹⁵ *Contribution*, t. II, p.337.

主権の完全性のもとで、国民の意思を定式化できる唯一の機関³⁹⁶であり、この意味では憲法に従属化された機関としての立法府の姿が現れてくる³⁹⁷。

こうして構成されるカレ・ド・マルベールの主権論・国家論を、モランは第三共和制下の国家論の潮流の中で、消極的な主権論に含まれるものと位置づける。この消極的主権論は、主権概念を使用しつつも、主権を体現する実体的・一個的な存在を想定するわけではない。この消極性において捉えられる主権は、「抽象的意味における国家の特権性」にとどまり、この抽象性ゆえ、主権は、憲法上の諸機関を媒介にしてしか問題化されえない、直接行使の不可能な抽象的主権として構想される。

この議論から、主権の消極／積極の側面が導出される。消極的 (*négatif*) 側面は、権力がより上位の権力に従属しない独立性を意味する。この意味での主権は、国際的秩序における国家の考察のために有用である。これに対して積極的 (*positif*) 側面は、国家内の最上位の機関が保持する「権力分配を行う権力」であり、おもに制憲権とよばれるものと重なる。そして、カレ・ド・マルベールはこの意味において、主権概念から「支配」の契機を取り除いているというのである³⁹⁸。

そしてこのような消極的な主権原理が、国家の一体性確保の役割を負わされた国家法人説の構図と接合される。その結果、立法・執行・司法の三権から、実体的な国民集団、有権者団に至るまで、国家内の全ての実体的権力が主権を行使しえない、いわば無能力状態として捉えられる。国家機関は、憲法によって分配された権限を行使するのみである。こうして、主権と法人理論が組み合わせられることによって、国民主権原理のいわばレベルな性質、制度的に言えば権力分立に順接する性質が描き出されるのである。本稿が一貫性論において *Contribution* の権力分立的性質として整理したものは、モランにおいては、国家の一般理論としての主権概念の成立と、その法人理論との結合から説明されている。

しかし、モランはここから、国民主権原理の消極的性質という一般的な読解を超えて、独仏対照によって国民主権原理を読み解く可能性を提示する。モランは、ここでカレ・ド・マルベールが導いている「国家権力それ自体の変質」が、何のためのものかということの問題化する。

前述の非実証主義的手法をもって、国民主権原理を一般国家学に取り込むということは、革命によって国家の一般原理に変化が生じ、国家一般の性質が変化したことになる。だが、このことは単純に革命以前と革命以後を時代的に断絶させるだけでなく、君主制＝個人としての国家から、共和制＝法人としての国家への変化として描いたことになる。

しかし、ここで奇妙な逆説が発生する。カレ・ド・マルベールは、ラーバントをはじめドイツ君主制下の国家法人説をも参照しながら学説構築を行っていたにもかかわらず、「権力自体の性質の変化」をメルクマールとして近代国家を判別するカレ・ド・マルベールの

³⁹⁶ *Contribution*, t. II, p.263.

³⁹⁷ *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, p.122.

³⁹⁸ *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, p.100-101.

構図からすれば、君主制下にはカレ・ド・マルベールが構想したような主権の消極性は成立しえないどころか、さらに言えば近代国家としての権力そのものが成立しえないことになる。つまり、カレ・ド・マルベールの法人理論は、君主制に適用不可能な理論として成立しているのである。

そこで、この逆説にいかなる意味があるかを理解するために、モランはカレ・ド・マルベールのドイツ学説の継承のあり方を問題とする。法人・機関理論と接合し一体化した、カレ・ド・マルベールの主権論・国家権力論は、「権力分立的」性質を有する。翻ってドイツ帝国の実質は君主制であり、ラーバントの学説は全て根底に君主制が存在することが前提となっている。モランによれば、カレ・ド・マルベールの議論は、君主制を用いることなく、構成国の自律は憲法による組織化の結果に他ならず、革命によって再定位された国家権力はもはや絶対ではなく、その相対化の理由を、権力の構造そのものの中に、そして憲法の中に求めたのである。この立憲主義的構図は、しかし革命と共和制の成立の中に根を張っており、もとをただせば君主制の否定に立脚するものである³⁹⁹。そして、ラーバントにおける君主制原理に相当し、否定した部分を穴埋めする位置にあるのが、革命原理に源泉を有するカレ・ド・マルベールの「国民主権」原理であるというのである⁴⁰⁰。革命原理の抽出、「国民主権」原理の提示によって、権力分立的・立憲主義的性質を帯びる *Contribution* の議論は、国家の一般理論として提示されると同時に、必ずそこに君主制原理を制限する契機が含まれている⁴⁰¹。

カレ・ド・マルベールは、学説が当時代の体制の弁証となることを嫌悪した⁴⁰²結果、一機関による権力独占を肯定する法人理論を、本来の法人理論からの乖離が存在すると考えている。したがって、国家権力国家法人説と真に接合する国家は、ドイツ帝国ではなく、国民主権原理を備えた大革命後のフランスであったのであり、結局、「ドイツを排除しながらドイツ理論を継承すること⁴⁰³」が、カレ・ド・マルベールの国家学説形成であったとモランは結論する。

こうして、ドイツ君主制と革命後のフランス共和制を対照させる意図と役割が描かれる。法人理論と国民主権原理の接合というカレ・ド・マルベールの議論構造に、このようにドイツとフランスを対照させる役割を読み込むことによって、カレ・ド・マルベールの国民主権論の有名な帰結である、君主主権と人民主権の排除という命題についても、異なる角度から光があてられることになる。

カレ・ド・マルベールは、国民主権原理を、国家内のいかなる機関も主権を直接行使しえない原理として構想したがゆえに、君主主権と人民主権を、特定の主体が主権行使を独

³⁹⁹ *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, p.53.

⁴⁰⁰ *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, p.54.

⁴⁰¹ Éric MAULIN, «Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française», *Annales historiques de la Révolution française*, 328, 2002, p.8.

⁴⁰² *Contribution*, avant-propos, p. XIX.

⁴⁰³ MAULIN, *supra* note 401, p.10.

占可能である原理として、いわば同一視してひとまとめに否定する⁴⁰⁴。すなわち、君主主権では君主が、人民主権では市民が直接に主権を行使し、カレ・ド・マルベールの構想した立憲主義的制約に服さない権力が存在することになる。この二原理によって定礎される政治体制、君主制と民主制は、もはやカレ・ド・マルベールのいう意味での「近代国家」としては成立しない。国民主権原理こそが国家を基礎づける原理たりうるものであり、この原理が帰結する政治体制は、代表制ということになる。

通常、他の二原理を排除する国民主権原理は、主権原理から導き出される代表制の形態論へとつながる議論であるし、日本の主権論においても多くある論理展開であろう。しかしここでは、代表制には進まず、独仏対照の観点から、君主主権・人民主権排除の意味について若干の整理を加えることとする。

権力分立的な国民主権原理を構想するカレ・ド・マルベールにとって、1814年憲章（フランスの協約憲法）や1850年プロイセン憲法における君主制原理は、憲法によって基礎づけられ憲法に君主を従属させるもので、外見的君主制原理であって、もはや王の正しき意思による統治という意味での君主主権原理は既に存在していない⁴⁰⁵。また、君主制と同視される人民主権について、カレ・ド・マルベールの考える人民主権の抽象的な表象は、群衆の力を開放し、主権個人主義を熱狂させる奔放な普通選挙であった。カレ・ド・マルベールのルソー型の人民主権理解は、組織化されない個人の集合体としての人民をとらえ、主権者個人の国家連合を基礎づける原理であった⁴⁰⁶。ここで、国家連合のアナロジーが働くことは興味深い。すなわち、「民主主義国家は真の意味で国家ではない。なぜなら、諸国家の国家連合が一個の国家を形成しえないのと同様、個人の国家連合も一個の国家にならないのである⁴⁰⁷」のだというのである。

本稿が念頭に置く政治体結合のモチーフとの関連では、この人民主権原理の理解の前提として、まず個人の集合体は、構成員の上位に人格を構成できないという理念がある。人民主権原理はルソーにおける「契約」概念と不可分だが、契約では公権力を作れず、また法人も作れない。公権力は国家所属者の意思から独立して機能する制度化された権力であるからだ。人民主権理念の下では、主権は国家の構成員によって分有されることになる。国家連合のアナロジーによって、全個人が主権的である以上、国家連合同様に全員一致原理が要求されることになるが、それはあまりにも非現実的である。国家連合の場合は、構成国の数によって全員一致運営を考えうるのとは対照的に、人民主権の場合は個人の数が膨大であるために、それを考えることは不可能である。

ここで注意しておくべきは、カレ・ド・マルベールの時代的限界であろう。カレ・ド・マルベールの人民主権原理の理解、すなわち懐疑的なバイアスのかかったルソー理解は、

⁴⁰⁴ *Contribution*, t. II, p.167.

⁴⁰⁵ *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, p.112-113.

⁴⁰⁶ *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, p.116.

⁴⁰⁷ *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, p.114.

第一次大戦前の主流法学説のものであり、この点にはモラン自身注意を促している⁴⁰⁸。

②. *Loi* 以降における独仏対照

この独仏対照の視点は、*Loi* 以降の議論においてより明確化される。*Loi*、*Confrontation* の二著作において独仏対照の視点が明確化されるのは、それらの著作の対象が、「国家の一般理論」の枠組の構築を含まず、いわばフランス公法秩序に純化されていることを考えれば、当然のことともいえる。また、この二著作についてのカレ・ド・マルベールの議論それ自体の分析は後の節において行うため、ここでは、モランが抽出した *Loi* 以降の独仏対照を要約した後、一貫性・一般性の問題につながる視点を考察することと定める。

後の節にて詳述するが、*Loi* 以降のカレ・ド・マルベールの議論の基礎は、国家権力間の権力の分配であり、それも水平的・対称的な権力分配ではなく、非対称的なそれであった。この非対称性とは、言うまでもなく議会権力の行政権・司法権に対する優位であり、第三共和政期フランスの議会主権現象を、公法秩序の構造を解き明かす法理論として提示することが、カレ・ド・マルベールの目的であったことは周知のとおりである。

この文脈では、当然、カレ・ド・マルベールが「法律」の概念をいかにして構想したかが問題となる。カレ・ド・マルベールは、法律を「立法府の行為」と定義するものであって、これは形式的な定義である。だが、カレ・ド・マルベールにおける立法府とは、憲法に授權された権限に加え、代表制的機能、すなわち、「始原的 (initial) に、国民の一般意思を創出する力」を担っているとされる。ここには前述のとおり、他機関を従属させる代替不能な創造機能が読み込まれており、形式的定義を直視するだけでは汲みつくせない要素が存在している。ここでは法律の特有の機能として、「始原的に条件づける力 (*une force initiale et conditionnante*)」が構想されることになる⁴⁰⁹。

すでにこの時点で、*Loi* と *Contribution* の間で権力の描き方に変化があることが理解できる。「始原的」、「条件づける」といった属性が、立法府すなわち議会権力にのみ帰属する特性として捉えられる構図は、議会権力の固有性・優位性を論証するための論理装置であり、本稿が一貫性の問題において整理した権力集中的性質の契機がここに含まれている。単一の機関による主権・国家権力の行使を不可能とする *Contribution* の国民主権原理とは明確に異なるモチーフに基づいて議論が展開されていることが分かるであろう。この点についてモランは、*Contribution* においては憲法をのみを根拠とする権力制限的構図を描いていたのに対して、*Loi* では「法律＝一般意思の表明」原理によって、議会機能論が国民意思の表現者であるという代表の性質論と結合し、議会特有の性質に注目している点を、二著間の原

⁴⁰⁸ *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, p.116.

⁴⁰⁹ *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, p.259-260.

理の変化の正体であると理解している⁴¹⁰。

革命原理の抽出者としてのカレ・ド・マルベール像を描くモランは、*Loi* において革命原理が登場する点を見逃さずに解説する。革命によって構想された「法律」概念は、議会の討議・採択によって、すなわち国民の自己同意によってのみ、法律の強制力が基礎づけられるというものであった。一般理論としてのカレ・ド・マルベールを歴史の中に位置づけると、近代国家理論の発祥はドイツであるが、近代国家の法律は革命型構想であり、フランス革命によって近代国家理論が真に完成したということになる。ここでモランが注目するのは、「法律」概念の議論において、カレ・ド・マルベールが君主制と共和制を排他的なものとして対照させるという点である⁴¹¹。この対照化の結果、君主制原理の中に君主の特権的権力を正当化するものがあつたとしても、君主制と共和制が相容れないものとして提示される限り、君主制原理にもとづくものなかに、共和制国家の機関の優位性を論証するような要素は含まれないはずである。そのため、ガストン・ジェズら同時代の憲法学者が、1875年憲法における二院制の基礎を、19世紀フランスにおける君主制の構想に求めたのに対して、カレ・ド・マルベールは二院制を二次的制憲権の産物として、二院制を一元的に捉える⁴¹²。すなわち、両院は一元的に国民の意思の唯一の表現者であると位置づけるのである。よって、1785年憲法における二院制規定⁴¹³は、二院の差異化でなく一元化を内包しており、二院の集合体である議会が排他的に立法権を行使する構図こそ、同条から読み取られるべき内容だとする⁴¹⁴。一般意思は唯一の代表しかもたない以上、1875年憲法上の二院制は「実際にはそれを真の二院制とみなすことはできないであろう。一般意思の代表における一体性は、わが国の議会の二元性の中にも認められるし、また当然そこでも維持されなければならなかったからである⁴¹⁵」と、カレ・ド・マルベールは結論する。こうして、*Loi* における議会の位置づけの独自性が、独仏対照の観点から解明されることになる。

③. 独仏対照軸からの示唆

最後に、モランの独仏対照を軸とする読解からの示唆について、若干の考察を加えておく。注目しておきたいのは、「国民主権原理が一定の法的・政治的所与を持つ国家にのみ当てはまる」という、独仏対照から導かれる命題である。

⁴¹⁰ *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, p.264.

⁴¹¹ *Loi*, p.31.

⁴¹² *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, p.258.

⁴¹³ 二院による立法権の行使について、公権力の組織に関する 1875年2月25日法律第1条、憲法改正について、同第8条。

⁴¹⁴ *Loi*, p.1 において、カレ・ド・マルベールは、二院制を規定する公権力の組織に関する 1875年2月25日法律第1条について、「二」院という数字に注目するだけでは、1875年憲法における法律概念を十分に理解できない危険があることを指摘している。

⁴¹⁵ *Loi*, p.176.

モランはこの命題を踏まえ、著書の結論部分において、「非立憲主義カレ・ド・マルベール」と呼称する⁴¹⁶。すなわち、国民主権原理が近代国家を基礎づける一般理論だとしても、国民主権を称した時点で、君主主権原理を採用する帝国ドイツは国民主権原理から排除されるか、あるいは「外見的君主制」として不完全な形で近代国家の枠組みに属することになるかの選択肢しかなく、いずれにしる共和制の近代国家としての法的完全性が帰結される。そして、国民主権原理がカレ・ド・マルベールにおいて法人理論と接合され、権力抑制・権力分立的なモチーフとして機能していたことを考え合わせると、この権力抑制的性質は、あらゆる国家における憲法普遍の原理とはいえないことになる。モランが「非立憲主義」を読み取るのはこの点である。

この非立憲主義者としてのカレ・ド・マルベールが提示する権力抑制は、憲法によって定められた価値によって、あるいは憲法の形式的な規範の優越性において権力が抑制されるのではなく、あくまで国民主権原理のもとに成立した国家権力が、客観的・内在的に存在する自己制限のいわば反射的效果として、権力が抑制されるにすぎないのではないか。このように考えた場合の最大の問題点は、はたして、カレ・ド・マルベールにおける国民主権を、国家の一般理論と呼んでよいのかどうかという大きな問題である。モランが読み解くカレ・ド・マルベールの一貫した性質に、「非立憲主義」という形容が付されるとき、例え時代的制約・当世の政治的状況を抜きにして、また、他の面における三著作間の一貫性を抜きにして、純粹に一個の理論として捕えた場合であっても、カレ・ド・マルベール議論の射程がどこまでのものであったか、疑問を呈せざるを得ない。本節冒頭で、カレ・ド・マルベールの一般性の読解を主題化した一因が、モランの読解からの「逆算」の結果であると記したのは、この意味においてである。

(4) モラン読解についての小括

本稿がモランの読むカレ・ド・マルベールをさらに読み解いた結果、「非法実証主義」の軸においては、カレ・ド・マルベールの理論における一般理論的性質が、「独仏対照」の軸においては、個別的・特殊フランス的性質が、それぞれ汲み取られた。一般性を肯定する傾向の読解と否定する傾向の読解が並んだことで、カレ・ド・マルベールの国家論の一般性について判断を留保したモランの立場は、この二つの傾向の間で揺れ動いた結果生じたものであったといえるであろう。本節におけるモランへの参照は、このことを示すに至ったことで、ひとまず目的を達した。

⁴¹⁶ *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, p.336.

2. 時本義昭によるカレ・ド・マルベール読解

伝統的なものから近年のもの（モランの業績を含む）まで、カレ・ド・マルベール読解の集積を適切に整理・参照しつつ、独自のカレ・ド・マルベール解釈と強力な一貫性論を展開するのが、時本義昭である。

時本の著書『国民主権と法人理論』⁴¹⁷は、*Contribution*のみならず後の二著作をも一貫して読み解き、カレ・ド・マルベールの国家論の全領域について体系的に言及する点でも重要であるが、それ以上に本稿にとって重要であるのは、表題に含まれる「法人理論」の語が示すとおり、時本のカレ・ド・マルベール読解が法人理論という読解軸をもって行われること、そしてカレ・ド・マルベールの国家論の中に、これまでにない独自の一貫性を見出すことである。このような議論の構造上、時本のカレ・ド・マルベール読解をさらに詳細に読み解くためには、読み手にも法人理論の理解が要求されることになる。しかし、筆者の能力上これには限界があるため、法人という読解の軸については、本稿では詳細には立ち入らず、あくまで一貫性と一般性の読解という本稿の関心にかかわる範囲で、時本の議論を引用するにとどめる。

（1）一般性・一貫性の問題についての時本の立場

時本は、高橋和之の『源流』におけるカレ・ド・マルベール読解を出発点としながらも⁴¹⁸、高橋のように、*Contribution*と*Loi*以降の二著作の間に、代表観における内容的断絶を見出すことはない。高橋・杉原によって示され、日本において一般化したこの断絶論は、時本によれば「三つの著作を有機的な関係において捉えているとはいえない⁴¹⁹」点において、適切ではないという。それでは時本において、三つの著作の「有機的關係」とは一体どのようなものか。この解答は、時本の三著作の一貫性と一般性の解釈の中に含まれているのである。

第一に、時本の読み解いた三著作の各内容と、それらの国家論としての一般性についての見解を確認しよう。

まず時本は、*Contribution*の国家の一般理論としての性質を明確に否定する。カレ・ド・マルベールの果たした憲法学に対する最大の功績は、近代国家一般に適用可能な原理とし

417 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。以降では、『国民主権と法人理論』と略記する。

418 とりわけ、カレ・ド・マルベールの思考様式としての「逆規定」概念（『源流』、171頁）について、肯定的に継承している（『国民主権と法人理論』、227頁）。

419 『国民主権と法人理論』、20頁。また同時に、時本は高橋の議論が必ずしも「素直な」カレ・ド・マルベール読解ではないとして、杉原泰雄の高橋の読解に対する「(カレ・ド・マルベールの議論を)要領よく入念に紹介している(杉原泰雄『憲法と国家論』、有斐閣、2006、93頁注3)」との評価をも批判している。

での「国民主権と人民主権の構造上の違いを明確に分析したこと」ではない。時本が読む *Contribution* の真の功績は、代表制から民主政の仮面をはぎ取り、代理ではなく機関関係として分析することによって、国民主権原理の非民主的性質あるいは自由主義的性質を描き出したことであるという⁴²⁰。同書においてカレ・ド・マルベールが達成したことは、国家の一般理論それ自体の構築ではなく、あくまで一般理論への「寄与 (Contribution)」であって、しかも同書の副題として付されている通り、「とりわけフランス実定法秩序によって得られた所与にもとづいて (spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français)」それを行ったものである⁴²¹。時本は、国家論としての一般性の否定は、このようにして表題に現れているとする。そして時本によれば、*Contribution* の理論的射程は、正確には、カレ・ド・マルベールが定立した「国民主権の原理に立脚した国家に関する限り法的一般理論が展開されている」という点にあるのだという⁴²²。

ここで注目すべきことは、*Contribution* の時点でのカレ・ド・マルベール執筆の意図について、時本は一般理論性を完全に否定しているわけではないことである。この時点でのカレ・ド・マルベールの意図が、限定的であれ「一般理論」への指向であったという時本の論証が、本稿の関心である現代的視点からのカレ・ド・マルベールについて持つ意義は大きい。まず、モランの独仏対照という読解軸を既に検討した本稿にとっては、「国民主権原理に立脚する国家に限った一般性」は、君主制ドイツを排除するのみでワイマール憲法下ドイツを射程に含むと考えられる。および、現代的視点から見れば、「国民主権原理を採用する国家」とは非常に多数の現代主権国家を含む言明であって、*Contribution* の射程は結局「国家の一般理論」と言い換えられるほどに広範なものとなりうる。

しかしながら、これに続く時本の解釈は、このような安易な一般化を許さない。すなわち、*Contribution* において打ち建てられた限定的な「一般理論」および国民主権原理の内実は、法人理論と不可分に結びつくがゆえに、権力の抑制の契機を含むものであって、その結果、当の第三共和政期フランスにおける議会主権という法現象の説明に失敗している。時本は、「議会主権を説明しえないという意味で、この理論が彼にとって最も身近な第三共和政下のフランスに適用しえないということは、国家に関する法的一般的理論を形成することの困難さを、彼に一層強く感じさせたのではないか⁴²³」という推定のもと、残る二著の執筆意図を、「一般理論の限界を前提とした」ものとして捉える。すなわち、第二著 *Loi* の執筆意図は、一般理論を離れてフランスの実定憲法の有する法的構造を解明することであり、第三著 *Confrontation* の執筆意図は、ケルゼンの一般理論である法段階理論がフラン

⁴²⁰ なお、時本が法人理論に読解の軸を置くことからすれば、これは当然の結論であることには注意しておくべきである。

⁴²¹ 『国民主権と法人理論』、17頁。なお時本はこのような理由から、「Contribution」という表題の訳語として、通常用いられる「寄与」ではなく「序説」を採用し、*Contribution* を『一般国家論序説』と表記している。

⁴²² 『国民主権と法人理論』、20頁。

⁴²³ 『国民主権と法人理論』、20頁。

スには適用不能であることを示して、間接的に「一般理論の限界」を論証しようとしたものであるという。

ここで、執筆意図の推定という時本独自の観点から、一貫性の問題について示された内容は重大である。なぜなら、ここで示されたものは、「一般理論としての一貫性」の否定であって、換言すれば、三著作の内容を「一般理論否定に至るまでの一貫性」の様態として整理したものである。しかし、この読解においては、一般理論否定の契機が *Contribution* と *Loi* の間に存在し、その意味において一貫性否定論であることも確かである。

しかしながら、時本が論証するのは、このいわば消極的意味における一貫性に留まらない。時本が積極的意味において、全三著作の中で一貫して変わっていない内実と位置づけられているのは、「複合機関」という理論枠組である。

(2) 時本による読解の軸：複合機関

時本による一貫性の核は、前述のとおり法人理論という読解軸をもって明らかにされるのだが、本稿の関心にかかわる視点のみを抜き出せば、「複合機関」という読解軸によって明らかにされると言い換えることが出来る。

時本のいう「複合機関 (*organe complexe*)」とは、カレ・ド・マルベールにおける「最高機関」の固有の内部構造を指す語である。カレ・ド・マルベールの国家論においては、国家の最高機関＝複合機関は、議会と代表者の二頭立ての構造を有する。法人理論と結合した国民主権原理によって、国家権力の直接行使が封じられ、国家機関はもはや憲法によって割り当てられた権限を行使するほかないが、それら諸国家機関のうち、最高機関として位置づけられる機関には、必ずこの複合機関の構造が存在し、原理的な権力抑制を実質面において担保する。すなわち、最高機関が二頭立てであることによって、二つの構成者はいずれも（代表者ですら）権力行使を独占することが出来ず、結果、主権の独占的行使者となりうる存在はいなくなる。

時本によれば、この複合機関という国民主権原理にもとづく国家の構造的本質は、決して新規性のあるものではなく、実質的には、「モンテスキューの権力分立と（中略）基本構造において同じ⁴²⁴」であるという。国家の内部において諸機関の間での均衡と抑制をはかるのがモンテスキュー的な権力分立であるとすれば、カレ・ド・マルベールの複合機関論は、国家の内部における最高機関のさらに内部において、複合性にもとづく抑制と均衡をはかるものである。時本は、次のように述べ、この複合機関論こそ、カレ・ド・マルベールの国民主権論の核心であるとする。

「ここに至って、カレ・ド・マルベールの国民主権論の核心に到達したというべきである

⁴²⁴ 『国民主権と法人理論』、262頁。

う。すなわち、フランス革命に由来する国民主権の原理とドイツ国法学の成果である国家の法人格とを結びつけることによって国家の最高機関という概念を抽出し、この最高機関の中に混合政体論を持ち込むことによって、国家のいわば内側の内側から国家権力の行使を制限するのである。⁴²⁵」

このように読み解かれる国民主権原理の本質を見れば、時本が法人理論を読解の軸とした理由も逆算的に明らかになる。すなわち、複合機関論は、国家機関に内在する権力抑制原理であり、つまるところ機関理論にその本質があるからである。

(3) 複合機関を軸とする読解の帰結：三著作の相互補完性

以上のような複合機関論を前提としたうえで、時本はカレ・ド・マルベールの実質的な一貫性を見出す。まず時本が問題化するの、*Contribution* において、カレ・ド・マルベールが、1791年憲法の代表者として、議会のみならず君主をも挙げていることである。すなわち、代表者は「1. 立法領域においては議員集団、2. 執行領域においては君主⁴²⁶」であり、議会が代表者であることは当然として、君主については、その停止的拒否権と条約交渉権によって、「君主は国民のために意思し、国民を代表する⁴²⁷」のである。

しかし、*Loi* においては、高橋和之が整理する通り、カレ・ド・マルベールにおいて代表観の変化が生じる⁴²⁸。カレ・ド・マルベールが同書において分析した1875年憲法下の公法秩序においては、「法律＝一般意思の表明」原理によって、代表者の要件として選挙が必要とされるため、もはや君主は最高機関＝複合機関の一端である代表者とはなりえない。もとより、カレ・ド・マルベールは特殊フランス的文脈における議院内閣制の考察において、執行府の首長の権限を君主権限に淵源を持つものとして描くことを強く批判していた⁴²⁹ため、執行府を複合機関に含めることができないとする時本の解釈は適切であるといえる。

それでは、1875年憲法上の最高機関＝複合機関において、議会と別の、もう一つの構成者である存在とは何か。執行府が構成者となれないなら、代表者の名を冠する可能性があるのは、議会以上に国民を直接表象する存在、すなわち有権者しかありえない⁴³⁰。しかし、君主－議会の二者によって構成される最高機関と、有権者－議会の二者によって構成されるそれでは、全く性質が異なるのは明らかである。この性質の差異は、理論的には純粹代表制と半代表制の差異と対応する。そして時本は1791年憲法＝純粹代表制と1875年憲法

⁴²⁵ 『国民主権と法人理論』、263頁。

⁴²⁶ *Contribution*, t. II, p.277-278.

⁴²⁷ *Contribution*, t. II, p.273.

⁴²⁸ 『源流』、160頁。

⁴²⁹ *Loi*, p.190.

⁴³⁰ 『国民主権と法人理論』、262頁、および265頁。

＝半代表制の2つの公法秩序を決定的に分岐させる点を、国民主権原理とそこに内蔵される複合機関という構造的な一貫性を持ちつつも⁴³¹、その構造の水平性が、垂直性へと変化したものとして、以下のように分析する。

「純粋代表制における最高機関＝複合機関は議会と君主によって構成され、半代表制におけるそれは議会と有権者団によって構成される。議会と君主は正統性において対等であり、両者の間には容易に抑止関係が想定される。純粋代表制におけるこのような最高機関はいわば水平的複合機関ということが出来るであろう。それに対して、議会と有権者団の関係は有権者団が議会の構成員を選挙する関係であり（中略）垂直的複合機関ということが出来るであろう。⁴³²」

この分析は、時本による一貫性の解釈の核心を示すものである。君主はその権力性を容易に想定できるがゆえに、複合機関として議会と並置した場合、抑制と均衡の発生を想定することができる（水平的複合機関）。これに対して、有権者は、国民＝市民集団の内部にある集合であり、国民の一体性・不可分性に対抗しうる個別性を内包した存在である⁴³³。*Contribution* において提示された国民主権原理からは、このような市民集団は、アナーキズムの招来への警戒をこめて⁴³⁴、国家権力の主体となりえないものとされ、人民主権原理が排除されていた。つまり、市民集団の部分集合としての有権者団は、*Contribution* においては制御の対象となるべき多数性の危険を宿す存在だったのであって、君主と異なって、複合機関の一端とした場合に抑制と均衡をただちに想定しうるような機関としては捉えられていない。したがって、有権者団と議会を合わせて複合機関＝最高機関として構想するためには、複合機関の内部構造を変化させるしかない。その変化の結果として導かれるのが、有権者団と議会が実効的な代表関係で結ばれ、前者によって後者がコントロールを受ける垂直的關係である。

「議会と有権者団の垂直的關係において両者を結び付けるのが選挙であり、この選挙は純粋代表制における選挙のように単なる指名行為ではない。（中略）有権者団の中にあらかじめ特定の意思が存在することを前提として、この意思が選挙を通して事実上議会に反映されるのであり、最高機関の内部で抑制と均衡が機能するためには議会と有権者団の間にこのような実効的な代表関係が存在しなければならない。⁴³⁵」

そして、上記引用部分において同時に注目すべきは、高橋和之が指摘した *Loi* における変

⁴³¹ 『国民主権と法人理論』、271 頁。

⁴³² 『国民主権と法人理論』、274 頁。

⁴³³ *Loi*, p.150-151.

⁴³⁴ *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, p.97.

⁴³⁵ 『国民主権と法人理論』、274 頁。

節点、すなわち有権者を意思する主体と考えない機関関係としての偽称的代表関係から、有権者の意思を前提とした実効的代表関係への代表観の変化が、複合機関の内部構造の変化によって、半代表制の概念に回収されたことである。換言すれば、これまでカレ・ド・マルベールの *Loi* における「変化」あるいは「断絶」として捉えられていた代表観の変化は、時本においては、1875 年憲法下における半代表制の概念を、純粹代表制との対照からより詳細に説明したことによる必然的な結果であり、すなわち *Contribution* において説明が不足した部分を *Loi* において補ったに過ぎないというのである。そして、逆に言えば、この代表観の転換を可能ならしめる原理こそ、1789 年人権宣言第 6 条において示された「法律＝一般意思の表明」原理に他ならないのであって、第一著 *Contribution* において説明し残したこの原理が、第二著 *Loi* の主題となることは必然の結果であった。カレ・ド・マルベール断絶論において問題とされてきた *Contribution* と *Loi* がそれぞれ扱う二原理の背反性も、時本においては背反性ではなくむしろ補完性によって置き換えられることになる。

こうして、*Contribution* と *Loi* の相互補完関係という、緻密に構成された時本の一貫性論の全容が明らかになる。

「法律が一般意思の表明であるのは、その制定に人民が選挙を通して間接的に参加するからであり、法律が一般意思の表明であるためには、人民と議会の間選挙によって支えられた実効的代表関係が存在しなければならない。したがって、このような観点からすれば、国民主権の原理と一般意思の表明としての法律という原理の間には何らかの矛盾があるのではなく、後者は前者の統治形態である半代表制を説明するための原理であり、両者は補完関係にあると言わなければならない。⁴³⁶」

1791 年憲法と 1875 年憲法は、両者とも *Contribution* において提示された、複合機関を内部構造とする国民主権原理に立脚する点で、通底するフランス公法秩序であることに変わりない。しかし、両者において異なるのは複合機関のさらなる内部構造（水平性と垂直性）であって、君主とは異なる形の最高機関の内部的権力分立、垂直的な抑制・均衡を形成するために、「有権者団にあらかじめ意思を想定する」ことが必要になる。断絶論の根拠となる有権者に対する見方の変遷を、時本は 1791 憲法と 1875 憲法間の、実定憲法から抽出された代表制の違いとして、制度から説明しようとするのである。こうして、国民主権原理を描くこと自体は一貫しつつ、制度が違えば原理の現れ方も違うという形をもって、時本の一貫性論が明らかにされる。

（４）時本読解についての考察

⁴³⁶ 『国民主権と法人理論』、274 頁。

最後に、執筆意図の分析を含めた時本のカレ・ド・マルベールの一貫性論をもとに、時本が読み解いたカレ・ド・マルベールの三著作を整理し、若干の検討を加えておきたい。

①. 時本の一貫性読解についての整理と批判

カレ・ド・マルベールは、第一著 *Contribution* において、国民主権原理を提示したが、それだけでは第三共和政期の議会主権現象を十分に説明しえなかった。そこで、カレ・ド・マルベール自身の関心が国家の一般理論から距離を置くとともに、議会主権現象の説明とその修正案の提示へと向かい、結果、第二著 *Loi* においては複合機関という内在的一貫性を備えた国民主権原理が、1875年憲法下においては純粹代表制ではなく半代表制という形で現象しているという *Contribution* の構図に重ねて、複合機関の垂直的権力抑制を論証するために、「法律＝一般意思の表明」原理を検討し、有権者団と議会の間適切な実効的代表を見出すに至った。しかし、議会主権の弊害によって、本来原理上適切とされる代表関係からのずれが生じており、その是正のために、*Loi* 末尾において、二つの改革案が提示される。続いて第三著 *Confrontation* においては、カレ・ド・マルベールの関心は国家の一般理論の限界それ自体の論証へと移行し、既に *Loi* において提示していたフランス公法秩序の分析を基礎として、一般理論としての法段階理論がフランスに適合しないことを示し、その限りにおいて法段階理論の「一般性」を否定したということになる。

複合機関論にもとづく時本の一貫性論は、確かに理論的精緻さにおいて大きな意義を持つが、同時にこれまでの議論とは読解のありかたが大きく異なるがゆえに、批判の必要があることを指摘しておかなければならない。

時本の理論の困難性は、*Loi* 末尾における二つの改革案の解釈にある。二つの改革案、すなわち、「法律＝一般意思の表明」原理を維持して有権者団を優位化し、執行府・立法府の対立の仲裁者とすること（議会に対する有権者団の優位化、たとえばレファレンダム、人民発案）と、「法律＝一般意思の表明」原理から離脱して立法機関を憲法改正権から分離し、他の国家機関と等位的なものにすること（議会に対する憲法の優位化、たとえば司法機関による合憲性統制）の二者は、高橋和之によれば、「有権者団の優位化」案が *Loi* の代表観にもとづく人民主権原理に、*Contribution* の立憲主義的構想にもとづく「憲法の優位化」案が国民主権原理に、それぞれ基礎を置くものであるとされる⁴³⁷。*Contribution* から *Loi* の間において、カレ・ド・マルベールが有権者団を「意思しえない主体」から「意思する主体」へと能動的に構想し直したことを、カレ・ド・マルベールの「国民主権原理から人民主権原理への心理的傾斜」として読解する高橋からすれば、この解釈はごく自然なものである。なぜなら、二つの改革案が二つの原理に対応し、かつ、人民主権原理にもとづく「有権者団の優位化」案がカレ・ド・マルベール自身によってより積極的・肯定的に示されること

⁴³⁷ 『源流』、180頁。

で、*Loi*における「人民主権への心理的傾斜」が裏付けられるからである。

しかし、カレ・ド・マルベールの議論を「複合機関を備えた国民主権原理」という一貫性をもって解釈する時本からすれば、カレ・ド・マルベールに「人民主権論への心理的傾斜」を読み込むことは不可能である。時本は、高橋のいう「一方が人民主権原理、他方が国民主権原理に立脚している」という理解を退け、1875年憲法の法秩序下において複合機関であるはずの最高機関が、立法議会によって独占されているという現状認識のもと、適切な国民主権原理の在り方に戻すために、そこからの是正がはかれるという意味において、「議会と有権者団の間に代表関係を設置することが求められる限り、両者とも国民主権の原理の枠内にとどまっている⁴³⁸」とする。そして、第三共和制下において純粋代表制への復帰がありえない以上、有権者団を含まない最高機関外部での改革では、国民主権原理の適正化をはかることは不可能である。よって、「憲法の議会に対する」優位案によっては改革の目的を達成しえず、「両者の間で選好の余地は無く、議会主権に対する改革案としては理論必然的に前者（筆者注：議会に対する選挙人団の優位）の改革案であり、またそれのみである⁴³⁹」という。

しかし、このような時本の解釈が、カレ・ド・マルベール自身の内在的理解を適切に捉えたものとは言い難いであろう。カレ・ド・マルベールが二つの改革案の選択肢を提示している時点で、それらに「選好の余地」なく一つの案のみが適切と結論するには、率直にいった疑問があると言わざるを得ない。加えて、カレ・ド・マルベールが*Loi*冒頭において「思想や理論について議論をしたり評価を加えたりすること」ではなく「認識し立証すること」にのみ同書の目的があるとしつつも、この改革案提示自体が同書の結論において論理的不可避なものとして行った「批判⁴⁴⁰」として示されるものであることからすれば、控えめな態度で示されたカレ・ド・マルベールの二改革案の間に、一方が排除されるほどの優劣関係を見出すことは困難というべきである。しかし、複合機関論にもとづく国民主権原理をカレ・ド・マルベールの一貫性と理解する限り、二改革案の一方を原理的に排除することが論理的必然となる以上、結局、そもそも複合機関論を核とする一貫性読解自体を、カレ・ド・マルベールの内在的理解として位置づけること自体に限界があったのではないか。このような意味で、*Loi*における二改革案についての読解の率直さ、素直さの点において、時本の読解よりも高橋による読解のほうが、カレ・ド・マルベールの内在的意図の読解としては優れているように思われる。

そして、時本が唯一の改革案として挙げた「議会に対する有権者団の優位化」案について以下のように述べる時、上述した理論的困難が浮き彫りになるように思われる。

「ただし、カレ・ド・マルベールが前者の改革案（筆者注：議会に対する有権者団の優位

⁴³⁸ 『国民主権と法人理論』、278頁。

⁴³⁹ 『国民主権と法人理論』、278頁。

⁴⁴⁰ *Loi*, p.215.

化)においてレファレンダムのような直接民主制的制度を求めるとき、国民主権の原理の一線を超えることは否定できないであろう。⁴⁴¹⁾

すなわち、時本の解釈に従えば、唯一の改革案は国民主権原理の枠内に収まるものであるが、この改革案の代表的な制度上の帰結とされるレファレンダム等の直接民主制的な制度は、国民主権原理の枠外にあるというのである。ここにおいて、カレ・ド・マルベールの提示した原理と制度の間に相違が生じていることになるが、このように「一線を超えた」原因は、結局、高橋和之のような「人民主権への心理的傾斜」を認めるか、もしくは杉原泰雄のような「認識論から解釈論への転換」を認めるか、いずれかによってしか不可能であるように思われる⁴⁴²⁾。ここで述べたような意味において、時本の一般性解釈は、カレ・ド・マルベールの内在的理解の読解としては、そのあまりの精緻さゆえに理論的限界を有していると言わざるを得ない。

②. 時本読解の意義：一貫性についての視点の転換

しかし、上述した時本の理論的限界にもかかわらず、むしろこの限界として取り上げた点において、まさに本稿が時本の議論を取り扱う意義が存在する。

時本の議論の第一の意義は、レファレンダムのような直接民主制的制度の導入が、カレ・ド・マルベールにおいて「国民主権原理の一線を超える」ことであると明言されたことの、主権論にとっての意義である。複合機関論にもとづく半代表制が国民主権の枠内にとどまることを論証した時本は、カレ・ド・マルベールが明確に論じていない問題であるがゆえに「想像の域を出ないが」という留保を付けた上で、半直接制と主権原理の関係について以下のように述べている。

「純粹代表制及び半代表制においては、国家のために始原的に行使する権限が複合機関化された最高機関によって行使される、つまりその構成員によって共同行使されるのに対して、半直接制において共同行使の対象となるのは立法権である。以上のことから、これは想像の域を出ないが、半直接制は国民主権の原理の第三の統治形態にはなりえないのではないか。(中略)おそらく、半直接制は国民主権の原理と人民主権の原理とが混合したものであり、国家形態のレベルにおけるこのような混合が統治形態へ反映されたものであろう。それゆえ、国家の法人格—機関という枠組みを前提とする彼は、半直接制について詳しく

⁴⁴¹⁾ 『国民主権と法人理論』、278頁。

⁴⁴²⁾ 『国民主権と法人理論』、292頁注47において、時本は *Contribution* とレファレンダムの導入を検討した論文《*Considérations théoriques sur la question de la combinaison du referendum avec le parlementarisme*》, *RDP*, p.225-244, 1931 の間のカレ・ド・マルベールの差異を説明するために、杉原の「認識論から解釈論への転換」という解釈を受容している。

論じないのではなく、論じることができないのではないか。⁴⁴³」

ここで時本が論じているのは、その慎重な記述姿勢と「想像の域を出ない」という留保が示す通り、カレ・ド・マルベールの読解のみならず、カレ・ド・マルベールを端緒とした時本自身の主権論についての考察にも及んでいる。

時本のこの考察が主権論にとって重要であるのは、主権概念と代表制の類型の対応関係の問題においてである。日本の人民主権論は、国民主権原理と人民主権原理を、二者択一の国家構成原理の問題として構成すると同時に、それぞれの主権原理から帰結される代表制の具体的な在り方を提示してきた。

杉原泰雄は、国民主権から人民主権へと展開する主権原理の発展に従い、対応して代表制が一定の「史的展開」をたどることを提示しようと試みる中で、半代表制と半直接制が人民主権原理にもとづく政治体制といえるか、という問題を設定した。そしてその解答として、半代表制を国民主権原理の体制、半直接制をそこから人民主権へさらに傾斜した体制と定義した。すなわち、半代表制においては、「人民」の意思に対する議会意思の従属性は、法制上の裏付けをもった全面的なものではなく、事実上の大まかなものであり（中略）「人民主権」のもとにおける議会意思の従属性とは明らかに異質のものである⁴⁴⁴という。これに対して半直接制は、国民主権原理の枠組みを維持しつつも「半代表制」的傾向を一段と強化し、一般意思の決定に例外的に「人民」の参加を認める憲法体制⁴⁴⁵とされる。

辻村みよ子は、史的展開としての主権論から離れ、代表制についてもニュートラルな制度的展開と捉えるが、半代表制と半直接制の区別に関わる枠組み、および主権原理と代表制の対応関係を問題化すること自体については杉原の議論を継承し、日本国憲法 43 条の解釈として、現憲法における代表制を「半直接制」であると提示する⁴⁴⁶。ここで注目すべきは、主権論について権力的契機と正統性の契機の融合⁴⁴⁷を提示しつつ、代表制解釈について社会学的代表概念をもって対応する芦部信義の議論についての、辻村の批判の仕方である。辻村によれば、二つの契機の「融合」という語がミスリーディングであって、真に重要なことは二つの契機を場面ごとに峻別することであり、更に「実際には、理論上二つの契機を一つにまとめることは不可能であり、とくに解釈論上はいずれかの立場に立つことが求められる⁴⁴⁸」としたうえで、契機の二者択一が求められる「解釈論」のフィールドの一例として、代表制における命令委任の可否を挙げている。二契機の「融合」を批判する辻村の立場は、裏を返せば、主権論のフィールドにおいて、原理と制度との対応関係を論

⁴⁴³ 『国民主権と法人理論』、271 頁。

⁴⁴⁴ 杉原泰雄『国民主権の史的展開』、岩波書店、1985、175 頁。

⁴⁴⁵ 杉原、前掲注 444、219 頁。

⁴⁴⁶ 辻村みよ子『憲法 第 4 版』、日本評論社、2012、360 頁。

⁴⁴⁷ 芦部信義『憲法学 I』、有斐閣、1992、243 頁。

⁴⁴⁸ 辻村、前掲注 446、51 頁。

理的整合性を保ったうえで提示するために、論者には二つの主権原理の二者択一が迫られるという構図が前提となっている。

このように、人民主権論においてとりわけ、主権原理と代表制の実際が結合し、対応するものとして捉えられていることが分かる。ここで問題となるのは、一方で国民主権と人民主権の二原理の背反性が維持され、他方で主権原理と代表制の対応が問題化されていることである。この構図に従えば、「純粹代表制—半代表制—半直接制—直接制」⁴⁴⁹へと段階的に代表制が展開し、そして各段階において制度と対応する主権原理が存在するはずである以上、理論上は、代表制の制度展開の中で、どこかで制度と対応する主権原理が切り替わる点、すなわち原理と制度の間に劇的な転換が隠れていることになる。しかし従来の主権論においては、この転換点は必ずしも明確でない、あるいは注視されなかったように思われる。

本稿のように代表制の展開にかかわる主権原理の転換点を問題化する立場にとって、時本による複合機関論にもとづくカレ・ド・マルベールの一貫性読解を基礎とした半代表制・半直接制についての考察は、精緻な議論のもとに原理の転換点を明確化するものであるという点で、重大な意義をもつ。すなわち、時本において、半代表制が国民主権原理の枠内にあるのに対して、レファレンダム、人民発案等の直接民主制的な制度を設置した半直接制においては、国民主権論の枠組みを原理的に逸脱し、二つ主権論の混合体制として成立するのであり、半直接制における原理と制度の対応関係が明確化されている。また、この二原理の混合政体論は、その原理的「混合」性から、芦部説のような折衷説のいう二つの契機の「融合」に積極的位置づけを与える可能性があると同時に、「国民主権からの逸脱」が明言される点では、国家の構成原理としての人民主権原理に積極的位置づけを与える可能性がある。本稿が時本の考察を、主権論にとって重要な意義があったとした理由はこの主権学説の再評価・積極的意義づけの可能性にある。

時本の議論の第二の意義は、一般性、および一貫性についての視点の転換であり、この点が、本稿が時本のカレ・ド・マルベールの一貫性読解の理論的境界に対する批判を行いつつも、この読解を排除せず取り扱う理由の核心であることは、すでに述べた。ここで、本稿の着目点であるカレ・ド・マルベール読解にかかわる視点の転換について、時本の議論を再整理しながらまとめておく。

前述のとおり、時本はカレ・ド・マルベールの三著作を「国家の一般理論の否定に至る一貫性」として総括し、一般性の問題と一貫性の問題を結合させたうえで、複合機関論をカレ・ド・マルベールの一貫性として提示した。ここに、一般性の問題についての転換が含まれている。時本の理解によれば、カレ・ド・マルベールは、「国家の一般理論」としての射程を、三著作執筆の過程において捨てたことになる。結局、カレ・ド・マルベールの最終的な国家論への姿勢としては、「特定国家の実定法から離れて国家に関する法的一般理

⁴⁴⁹ 辻村、前掲注 446、358 頁。

論を形成することには懐疑的⁴⁵⁰」であると結論される。

しかし、それにもかかわらず、時本が最終的に目指したのは、単なるカレ・ド・マルベールの新解釈を示すことにとどまらず、国民主権原理の再定位に至ることであったのは、非常に示唆的な事実である。『国民主権と法人理論』において、法人理論を軸とするカレ・ド・マルベール読解を行ってきた時本は、同書の導入部分および結論部分において、日本における国家法人説の位置づけを再問題化する。時本は、日本において「立憲君主制の下で君主主権と国民主権の妥協という政治的役割を演じた国家法人説⁴⁵¹」が政治的に否定されることはやむを得ないが、それゆえに理論的・原理的な意味で、日本の憲法学は国家法人説について「思考停止」の状態にあるとし、国家法人説の正確な射程として、以下のよう述べる。

「国家法人説の出発点は、国家権力＝国家の意思力を抽象的な存在である国家に帰属させることによって主権者である君主からその権力を引き離すことであり（中略）主権者が君主から全体としての国民に代わっても、個々の国民にとって自由な空間が必要であることに変わらない⁴⁵²」

このような国家法人理論理解の正当性自体は本稿では検討しないが、時本の立場は、要するに、国家法人説を国家権力の抑制理論として積極的に意味づけるものであるが、このような法人論理解は、同書の主題であったカレ・ド・マルベール読解とどのように関連付けられるのか。

この点について、時本は、自らが読み解いたカレ・ド・マルベールの一貫した理論の「どこに重点を置いて示唆を得るか」を問題化する。すなわち、一貫性読解において、カレ・ド・マルベールの国民主権論は、相互補完的に理解される第一著と第二著の統合、自由主義的な *Contribution* と、民主主義的な *Loi* の成果の統合であるが、権力抑制原理としての法人理論を積極的意味において構想する時本は、この両者のうち、国家権力の国民生活への介入を警戒する現代憲法学が重視すべきであるのは自由主義的な *Contribution* の理論であるとする⁴⁵³。また同時に、法人理論を基礎とする業績である *Contribution* の重視という帰結は、法人理論を軸としたカレ・ド・マルベール読解手法からの必然的帰結として捉えられることも、考慮しておくべきであろう。このような結論部分から見れば、時本におけるカレ・ド・マルベールの一貫性読解は、権力抑制を根本理念とする法人理論と、日本においてなお一般的・現代的な憲法学の関心の対象である国民主権原理とを、有機的に接続させるための参照点であったといえることができる。すなわち、時本のカレ・ド・マルベールの参照点において、法人理論・複合機関論にもとづく国民主権原理の一貫性読解は、時本の

450 『国民主権と法人理論』、17頁。

451 『国民主権と法人理論』、9頁。

452 『国民主権と法人理論』、320頁。

453 『国民主権と法人理論』、320頁。

国民主権論を支えるための「一般理論」としての性質を帯びている。

かくして、権力抑制という積極的意義を有する主権論として、時本は自身が提示する国民主権原理を、主権否認論や権力の構成原理としての内実を欠いた「ネガティブな主権論」とは区別して、「リベラルな主権論⁴⁵⁴」と自称する⁴⁵⁵。しかし本稿が注目するのは、この時本の結論以上に、時本によって示される一般性の概念の転換である。この転換の語が意味することは、カレ・ド・マルベールの内面的理解としては、国家の一般理論としての性質を否定したにも関わらず、法人という読解軸を用いることによって、別の視点からの一般理論性をカレ・ド・マルベールから導出したということである。

この転換は、古典理論を読み解く憲法学の営為全体にも関わることだが、さしあたりここで確認しておきたいのは、時本がカレ・ド・マルベールの国家論の一般理論としての性質を、一度は否定しながらも精緻な議論を用いて別の方向から論証し直したことである。このことが現代的視点から現代国際社会への憲法学的対応について、なにがしかの示唆を得ようとしてカレ・ド・マルベールを読む本稿の関心にとって、非常に大きな意義を持つことは明白であろう。

⁴⁵⁴ 『国民主権と法人理論』、322頁。

⁴⁵⁵ ただし、時本の関心が国民主権原理、権力抑制原理に終わらないことには注意しておく必要がある。『国民主権と法人理論』の末尾において、時本は、同書の議論が *Contribution* の権力抑制原理に比重を置いたものであることを前提としつつ、国家論の完成のためには、権力抑制原理に対応する形で、具体的・実質的な権力行使を可能にする権力的契機の議論を備えることが必要であるとする。この権力的契機の問題は、カレ・ド・マルベールにおいては *Loi* の議論対応するものであるが、国民主権原理を権力抑制原理として明確に定義した時本にとっては、権力的契機の問題の解答は国民主権原理以外から確保する必要があることになる。そのため、時本は残された課題を「権力的契機＝国家権力の積極的な行使を論じる権力分立論と代表制論」であるとして、同書を締めくくっている（『国民主権と法人理論』、324頁）。

第4章 カレ・ド・マルベールの国家論（2） 多元性の問題

第1節 第三著 *Confrontation* の読解から

前章におけるモラン、時本の読解は、カレ・ド・マルベールの丹念な読解を行いつつも、一般性と一貫性の問題に対して視点の転換を行ったものである。とりわけ時本の読解については、カレ・ド・マルベール読解から、精緻な分析手法をもって、国民主権原理について現代的示唆を導き出した点において、大きな意義を持つ。これら二つの読解を踏まえた上で、本章では、本稿独自のカレ・ド・マルベール読解として、第三著作 *Confrontation* を問題としたい。第三著作を主題化する本稿の問題意識は、やはり三著作間の一貫性を主題化したモラン、時本の二読解から継承したものである。したがって本節では、まず前置きとして、この第三著作の従来位置づけと、モラン、時本の位置づけの新規性について、明らかにしておきたい。その後、第三著作の具体的な内容の本稿独自の読解として、執行と立法の概念的区別論、および法秩序の二重性論を扱い、その後、読み解いた内容についての考察、示唆の提示を行う。

1. 第三著作 *Confrontation* の位置づけ

高橋和之は、『現代憲法原理の源流』において、第三著作 *Confrontation* を指して、「多少奇妙な問題設定⁴⁵⁶」を行った書と評している。ここで高橋に「奇妙」と感じさせたものは、第三著 *Confrontation* と第二著 *Loi* の内容上の重複であった。すなわち、高橋の整理によれば、*Loi* の内容は、*Contribution* で得られた思考枠組みをフレームとしながら、「第三共和政期のフランス公法秩序を分析・整序したもの」である。これに対して *Confrontation* において行われているのは、フランス公法秩序にはケルゼンの法段階理論が適用不可能であることの論証であるが、結局のところ、同書は当時のフランス公法秩序を分析した結果である点は、*Loi* と共通し、すなわち重複する。つまり、高橋においては、第二著 *Loi* は、カレ・ド・マルベールにおける一般国家論の枠組みから、第三著 *Confrontation* は、ドイツの法学理論の否定という視点から、同じく「第三共和政期のフランス公法秩序を分析・整序したもの」であり、二著は分析手法が異なるだけで、その対象も結果も同じものであることになる。

高橋の「多少奇妙な問題設定」という記述は、既に時本によって問題化されている。すなわち、高橋が二著作間に重複を見出すことから、高橋には第三著作は「カレ・ド・マル

⁴⁵⁶ 『源流』、116頁。

ベールの憲法学にとって必然的なものではないという前提が存在するように思われる⁴⁵⁷のである。このような高橋の意識が生じた内在的原因として、時本は、高橋が三著作の意味するところ、すなわちカレ・ド・マルベールの執筆意図についての有機的な理解を欠いていることを指摘している。時本は、前節において述べたように、三著作を「国家理論の一般性の否定に達する一貫性」の過程としてとらえ、*Loi* は *Contribution* において説明し残した議会主権と代表制の整合性の検討の役割、フランス固有の公法秩序の分析の完成という役割を、*Confrontation* はケルゼンの一般理論がフランスに適用できないことをもって、特定国家の実定法秩序を離れた一般理論の構築といういとなみ自体の否定の役割を、それぞれ担っているとした。時本はこのようにして第二著と第三著に重複を見ず、異なる役割が与えられていると解釈することによって、高橋においては *Loi* との重複ゆえにカレ・ド・マルベール憲法学において重要な位置を占めていないと判断された *Confrontation* の意義を、積極的なものへと再定位したのである。

それでは、モランおよび時本において、第三著作 *Confrontation* は、いかなる位置づけを有しているのか。カレ・ド・マルベールを直接検討する際に、この二論者の *Confrontation* 解釈も重要な参照点として具体的に取り上げることになるが、さしあたりここで確認しておきたいのは、時本のみならず、モランもまた *Confrontation* に一定の積極的位置づけを行っているということであり、その意味でモランも、高橋やそれをベースにする日本の憲法学におけるカレ・ド・マルベールの認識とは異なっている。

2. モランによる第三著作の位置づけ

モランによる第三著 *Confrontation* の積極的意義づけは、なにより著書 *La Théorie de l'État de Carré de Malberg* 三著作の引用方法の中に現れている。三著作の担う役割をそれぞれ個別に設定した時本とは異なり、三著作の内容を超えた内在的射程の解釈を留保したモランは、その結果として、比較的自由に、すなわち三著作を縦断的に引用しながら、カレ・ド・マルベールの議論の全体像を明らかにする手法をとっており、三著作を縦断的に引用することで、複合的・立体的にカレ・ド・マルベールの議論を明らかにするというモランの意図が感じられる⁴⁵⁸。この点について、モランの読解の軸として前章で提示した事項ごとに、*Confrontation* の引用方法から考察を加えておこう。

第一に、「非法実証主義」の軸についてである。モランは、カレ・ド・マルベールが「国民主権」原理を主権の本性として提示したことを論じた部分で、*Confrontation* を引用してい

⁴⁵⁷ 『国民主権と法人理論』、18頁。

⁴⁵⁸ 逆に言えば、モランの読解軸を非法実証主義と独仏対照に限定して整理し直したのは本稿の関心に引き付けて縦断的にモランを読解した結果であり、モランがカレ・ド・マルベールに対して行った読解の手法とおなじことを、筆者がモランに対して行ったともいえる。

る⁴⁵⁹。モランの著書 *La Théorie de l'État de Carré de Malberg* は、「連邦国家」、「国民主権」、「法人格」、「法律」、「行政権力の従属」の5つを主題として章立てしているが、前章において引用した箇所は主に「国民主権」の章⁴⁶⁰からであり、そして、そこでモランが引用しているのは主に *Contribution* である。しかし、「国民主権」の章の核心的な部分において、第三著作 *Confrontation* から引用がなされているという事実は示唆的である。*Loi* と *Confrontation* の二著作をフランス公法秩序の分析のみを対象とするものとして、国家の一般理論としてのカレ・ド・マルベールの業績から切断して考えるのならば第一著 *Contribution* 以外からの引用は行われなければならないはずである。にもかかわらず、モランが第三著 *Confrontation* を引用して一般性の源泉を探るのは、カレ・ド・マルベールの核心に一般理論としての性質があるのか「決めがたい」というモランの読解の揺れ示すと同時に、後期二著においても一貫して「真理的価値」を持つ革命原理への参照という手法が、カレ・ド・マルベールにおいて継続的に採用され続けることを、モランが感じ取っていることを示している。モランの議論を一貫性論の問題として読むならば、法実証主義からの逸脱点における一貫性がその解答となるであろうし、また、モランのカレ・ド・マルベールの体系的・横断的性質が、このような引用方法に現れているということもできる。

時本のように三著作の明確な射程を画定する議論との差異が、この引用法に現れている。すなわち、国民主権論の一般的通用性はなにも *Contribution* の記述だけによって排他的に記述されているという訳ではなく、*Confrontation* の記述によっても補完されているのであり、また、*Contribution* において確立された国民主権原理が *Confrontation* の基底として存続しているという意味では、時本の国民主権原理を核とする一貫性読解とも共振する側面がある。この意味で、モランは一貫性論の方へ振れているのである。

第二に、同様の縦断的引用のありかたと一貫性論への振れは、「独仏対照」の軸においても現れる。本稿の関心からは、法律の概念における議論でも、モランは第三著 *Confrontation* を引用することにも注意を向けおかなければならない。憲法と法律の区別論において、モランは独仏対照の軸から、*Confrontation* における議論の射程を考察している。*Loi* においてカレ・ド・マルベールは、ケルゼンの法段階理論に対して正否の判断を留保しつつ、議会主権の現象を説明しえない水平的な権力分立論を排除し、垂直的な段階構造を採用する点で、一定の共感を示していた⁴⁶¹。しかし、第三著作 *Confrontation* の主題は、一転して法段階理論への反駁であった。このことに関して、モランは、カレ・ド・マルベールの国民主権原理と法段階理論の類似と相違について検討している。

モランによれば、この2つの理論の共通項は、いかなる国家機関も固有の意味での権力を持たず、派生的・二次的権力も、現行憲法に適合する限りで、割り当てられた権力のみ

⁴⁵⁹ *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, p.109. 引用されているのは *Confrontation*, p.64.

⁴⁶⁰ *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, p.89-142.

⁴⁶¹ *Loi*, p.57.

を執行可能であるとする点である⁴⁶²。この構図が、国民主権論においては権力抑制的な法人・機関理論によって主権の直接行使を封じ、憲法を純粋な組織原理として扱うことで表現され、法段階理論においては、規範の垂直的な段階構造において憲法が実定法レベルで頂点に立つことによって表現される。

しかし、モランはこの2つの理論の類似性を、表面的なものにとどまるとする。では、表面的ではない、根本的・実質的なこの二理論の相違とは何か。モランはこの問いに対して二つの解答を用意しており、その一つが、本稿が次節にて検討しようとする権力概念をベースとする立法／執行区別論であるが、もう一つの解答が、独仏対照という読解軸にかかわる。すなわち、法段階理論と異なり、カレ・ド・マルベールの議論は根本的な意味において政治的なものであり、国家一般において全権力の行使の淵源が憲法であるというのではなく、憲法が国民主権原理を適用する場合にのみ、その憲法が権力行使の淵源になるという意味であり、君主主権原理を採用する憲法においては妥当しないというのである⁴⁶³。ここでもやはり、国民主権原理＝共和制フランスと、君主主権原理＝帝制ドイツの対照が示されている。共和国フランスの所与／帝制ドイツの所与の対照から、独仏の原理的断絶を提示するこの構図は、前述のとおり *Loi* において顕著になり、*Confrontation* に至っては独仏対照が主眼に置かれているともいえる。

さらに、第三著作 *Confrontation* まで続く一貫性の構想が、モランの *Contribution* の引用法から逆説的に明らかにされる箇所も存在する。それは *La Théorie de l'État de Carré de Malberg* の「行政権力の従属」の章において現れる、統治行為と通常の行政行為の区別論へのカレ・ド・マルベールの反論の部分である。すなわち、統治行為が通常の行政行為と異なり、個別性・裁量性の強さから、違法性を理由とする取消しの可能性から解放されているという議論に対して、カレ・ド・マルベールが反論し、統治行為であっても合法性の拘束から逃れられないことを論証しているというのであるが⁴⁶⁴、このカレ・ド・マルベールの論証の核として引用されるのが、*Contribution* における統治行為の定義、すなわち「共和国大統領が、法律ではなく直接的に憲法から由来する権力によってなす行為⁴⁶⁵」である。この定義において、行政権のなす統治行為は、立法府からの授権を必要とせずに行為する点で、確かに法律からは独立しているが、憲法による授権という制限と条件付けを受けていることになり、合法性の問題から完全に解放されているわけではない。この解釈は、ここまでカレ・ド・マルベール読解を進めてきた本稿の視点からすれば、*Contribution* の国家論における、国民主権原理の権力抑制傾向の反映であるとして整合的に捉えることができるであろう。しかし、モランによれば、このような統治行為解釈については、困難な問

⁴⁶² Eric MAULIN, Préface, *Confrontation* (reed), Dalloz, 2007, p.14. なお、この序文には頁番号が記されていないため、便宜上、最初の頁を第1頁としたうえで頁数を記している。以降も同様。

⁴⁶³ MAULIN, *supra* note 462, p.15.

⁴⁶⁴ *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, p.300.

⁴⁶⁵ *Contribution*, t. I, p.525.

題が生じるという。すなわち、国家元首の権限が憲法に直接根拠を持つということは、その点でも真の意味で始原的な（授權を経ない）権力として立ち現われるのだから、「憲法—統治権力」関係と「憲法—立法権力」関係が、同位的なものとして位置づけられているのではないか⁴⁶⁶。つまり、執行権を立法権とのアナロジーで捉える視点が背後に控えていることになるのではないか、という問題である。しかしカレ・ド・マルベールが立法府と執行府それぞれの憲法との関係を対照的に捉えていること、すなわち立法府は憲法の規定から広く解放されているのに対して、国家元首は統治権力の行使において、憲法に厳格に従属しているとして対照化していること、これらを引用して、モランは、統治行為定義の惹起する問題にもかかわらず、カレ・ド・マルベールが立法府とのアナロジーによって執行府を語ることを強く否定していると考える。カレ・ド・マルベールは、立法府には適用されず執行府のみの当てはまる対憲法的従属性の究極的根拠は、結局、立法機関のみが唯一、代表者としての資格を有し国民の意思を代表しているという点に尽きるとする。結局、対憲法的関係での組織形式上の差異は、元首も議会も等位としか考えられず、国民の意思の表現者であるという、機能の観点から離れた区別が必要となる。したがって統治行為も、法律からは解放されるが、国家元首は国民の意思の表現者ではないから、憲法に対して従属性が強いというのである⁴⁶⁷。

このようなカレ・ド・マルベールの議論は、本稿がまさに取り上げようとしているカレ・ド・マルベールの執行権・立法権の区別論の本質に直接かかわってくるのだが、さしあたりここで注目すべきは、論争的な統治行為定義も、そこから生じる問題の解答としてモランが引用した執行府の対憲法従属性、そして立法府と執行府の性質の差異論も、すべて *Contribution* から引用されていることである。「執行府の従属性」と銘打たれたこの章においては、憲法に対して執行府が従属することと、授權行為を通じて立法府に対して執行府が従属することの両者が扱われ、確かに前者は立憲主義的な権力抑制、後者は「法律＝一般意思の表明」原理に基礎づけられるものなのだが、しかしモランにおいて、この二つは *Contribution* と *Loi* 以降から、それぞれ完全に独立した議論として引用され、併記されているという訳ではない。先のモランの引用部で問題化されているカレ・ド・マルベールの対憲法従属性の議論は、憲法と法律の同位化を直接問わず、権力機能論からの乖離したところで権力の区別を行うことをしないという、*Contribution* 独特の縛りはあるが、ここでの執行部の対憲法従属性の強さを反転させれば、立法府の対憲法従属性の弱さとして、すなわち立法府の最高機関性の問題として、立ち現われてくるのがわかる。このような議論は、権力抑制の原理の反映とは逆の契機を含んだものであって、むしろ *Loi* 以降の「法律＝一般意思の表明」原理と順接するものであるように思われる。すなわち、モランは、*Contribution* の段階で既に、立法府と執行府の性質の差異論（*Loi* 以降本格的に展開されていく内容）が萌芽的に存在していることを、*Contribution* の引用方法の中で示しているのである。この理

⁴⁶⁶ *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, p.301.

⁴⁶⁷ *Contribution*, t. I, p.531-535.

解のもとでは、モランは、時本の言う権力の積極的行使の側面においても、*Contribution* から *Loi* へ続く一貫性を読み取っていたと考えられ、それを裏付けるように「行政権力の従属性」の章のこの後続く部分でも、*Contribution* と *Loi* の縦断的引用が続いていくことになる。なお、モランにおいて、*Contribution* における *Loi* 以降の伏線として立ち現われたこの立法・執行の区別論こそが、本節の主たる関心であることを重ねて言及しておきたい。

3. 時本による第三著作の位置づけ

次に、時本における第三著作 *Confrontation* の位置づけを確認しておこう。モランとは異なり、時本の議論は三著作の執筆意図まで含めた射程を明確化して提示するためであろうが、三著作の縦断的引用を行うことは少ないように思われる。また、時本の一貫性読解は、国民主権論を軸としたものであるがゆえに、「一般理論の不可能の論証」という執筆意図以外の部分では、*Confrontation* 単体についての扱いは、他の二著に対して少ない。すなわち、『国民主権と法人理論』においては、*Confrontation* の内容を主題化しているのは「法秩序」と題した節⁴⁶⁸のみである。

しかし、この「法秩序」の節において、時本は既に提示していた第三著作 *Confrontation* の執筆目的を再度明確化するために、第一著作 *Contribution* を引用するという手法を取っていることは、注目すべきである。まず、同節において時本は、カレ・ド・マルベールの法律の優越的効力の議論の全体像を提示するために、*Contribution* と *Loi* を有機的に結合させる。すなわち、第三共和制下において形式的意味の法律は他の規範に対して優越的な効力を持つが、ここにおいて *Contribution* からの引用——モンテスキュー的な規範間の作用の水平的分割は、その水平性ゆえ、規範間の優劣関係の根拠とはなりえず、現実の根拠は「権限の階層または段階⁴⁶⁹」であり、規範間の形式的効力の相違をもたらすこの「権限の階層または段階」を支えているのは立法機関の特別な本質と固有の性質であること——と、*Loi* からの引用——形式的意味の法律が優位する第三共和制の体制は、モンテスキューとは異なり、執行権との関係における安全を、執行権全体を立法の承認に依拠させる一般原理、すなわち「法律＝一般意思の表明」原理の中に見出すこと⁴⁷⁰——を、結びつける形で提示する⁴⁷¹。この提示のありかたは、時本が *Contribution* と *Loi* の間で一貫するものを、法律の効力論の中に見出していることを示すものであるが、この縦断的引用から読み取れる一貫性の中核は、執行と立法の区別の究極的根拠を、規範内容の区別とは別の原理によって行うことである。この一貫性の核は、法律という形式的意味の法規範について、*Contribution* と *Loi* の間での異同を検討する時本の記述にも表れる。すなわち、カレ・ド・マルベールに

⁴⁶⁸ 『国民主権と法人理論』、295-317 頁。

⁴⁶⁹ *Contribution*, t. I, p.347, note.12.

⁴⁷⁰ *Loi*, p.48.

⁴⁷¹ 『国民主権と法人理論』、297 頁。

において、第一著では、規範としての法律のありかたと代表制の関係を明らかにするには至らなかったであり、この積み残しの部分を解消するために、第二著において代表者の定義を変更しなければならなかったのである。ただし、代表者の要件に変動があったとはいえ、国家機関を代表者とそれ以外の機関に分けるという構図においては、二著作間の間で変わり無く、したがって、議会制定法を中核とする公法秩序観、および国民のために意思を表明する代表者とその意思を執行する官吏という革命期の区別を淵源とする議会優位の観念は、二著作において一貫しているのである⁴⁷²。ここに、法規範の分析、法秩序論におけるカレ・ド・マルベールの一貫性が読み解かれていることは明らかであろう。

以上のように法秩序論における *Confrontation* と *Loi* の一貫性を確認した時本は、第三著の執筆意図のより踏み込んだ分析に移る。そこで問われているのは、第三著 *Confrontation* において直接の批判対象となった、ケルゼンの法段階理論の位置づけである。そもそも、時本が提示する *Confrontation* の執筆意図は、「国家の一般理論がフランスの法的所与に適用できないことを示すことで、間接的に国家の一般理論の不可能性を論証すること」であったというのだが、この説明だけでは、法段階理論への反駁は単なる手段に過ぎないことになり、なぜ批判対象として法段階理論が選定されたのかは明らかでない。この「なぜ法段階理論だったのか、なぜケルゼンだったのか」という問いは、*Loi* と *Confrontation* の間の内容的重複を重視する高橋和之の解釈においては、そもそも問いとして立てられることがなかったが、第二著と第三著の射程を明確に差異化した時本においては、さらに掘り下げられることになる。

この問いへの時本の解答の鍵は、やはり前述した法秩序論における一貫性の読解にある。カレ・ド・マルベールは、*Loi* において、法律の優越的効力論を、執行権力の強化によって議会主権を是正しようとする改革案への批判として提示する。すなわち、このような改革案の理論的基礎は、1875年憲法下の国家組織体系において、執行府の立法府との等位性、あるいは執行府の立法府に対する優位すらも論証可能であるという議論であるが、カレ・ド・マルベールはこの理論的基礎を批判する。カレ・ド・マルベールにおいて、執行権の現実的国家作用上の役割が、行政権のプレザンスの増大によって強化されているとしても、国家組織としての優劣関係は変動しないものであり、したがって前述の執行等位・執行優位論は「役割と権限が逆立ちした」議論であって、「法律の執行」という憲法上の用語法からして既に排除されるというのである。ここで注目すべきは、このことを提示するカレ・ド・マルベールが以下のように述べていることである。

「ここで法段階論の支持者とともに指摘すべきは、執行府はその支配下にあるものに対しては命じるが、執行府を支配する法律との関係では服従し、法律の執行機関として活動するということである。法律への服従を通して命じるともいえるであろう。⁴⁷³」（下線は筆者

⁴⁷² 『国民主権と法人理論』、304頁。

⁴⁷³ *Loi*, p.152.

による。)

すなわち、執行等位・執行優位論に対する批判として成立する点において、換言すれば、立法府・形式的意味の法律の、執行に対する権限上の優位性の基礎となるという点において、カレ・ド・マルベールと法段階理論は機を一にするのである。後に第三著において批判対象となるにもかかわらず、法段階理論は、第二著においては一定の同期をもって捉えられている。モランもこの点につき、*Confrontation* の復刊版の序文において、カレ・ド・マルベールとケルゼンの理論の間に一定の近似性が存在すること自体は否定していない⁴⁷⁴。もっとも、高橋和之における *Loi* と *Confrontation* の類似性の焦点化が示しているように、第三著において法段階理論を批判する理論的枠組みは、第二著においても既に登場している部分があり、この意味では、*Loi* での一定の同期状態から、後に法段階理論が批判対象へと変わるとは、そこまで驚くべき転換というわけではない。しかしこのことも含めて、時本は、カレ・ド・マルベールは議会とそれ以外の二次的な機関の関係で、すでに *Loi* において法段階理論に「知的魅力」を感じていたのであって、*Confrontation* において法段階理論が批判対象として選定され、同書が著された根本的な理由を、このカレ・ド・マルベールが感じた魅力の中に求めている⁴⁷⁵。

極めつけに、時本はカレ・ド・マルベール自身が意識して一線を引いた「純粋法学」からの距離を、*Contribution* の中に求める。*Contribution* の目的は、「純粋な理論的考察に基づいた『純粋法学』を構築することではない⁴⁷⁶」なのであって、「その理由は、「純粋法学」なるものが我が国の公法によってもたらされた所与の外で形成されるであろう⁴⁷⁷」からであり、カレ・ド・マルベールにとって「重要なことは、合理的理論を構築することではなく（中略）法的、すなわち憲法上の理論を抽出すること⁴⁷⁸」であるが、時本によれば、これらのカレ・ド・マルベールの表現は、法実証主義的手法の宣言であると同時に、国家の一般理論の不可能性を、第一著の時点で既にカレ・ド・マルベールが感じ取っていることの証拠として捉えられるということになる⁴⁷⁹。

「特定実定法を離れた一般理論の否定」という時本のカレ・ド・マルベール国家論の射程の分析は、以上のようにして、第三著 *Confrontation* の射程を論じる際に第一著 *Contribution* を引用するという形で明らかにされる。第一著、第二著の中に、第三著につながる伏線を見出すようなこのような引用のありかたは、モランのそれと手法的に共通するものであり、三著作の射程を明確化した時本においても、その一貫性読解に後押しされる形で、*Confrontation* は縦断的引用をもって分析されることになるのである。時本の分析は、カレ・

⁴⁷⁴ MAULIN, *supra* note 462, p.11.

⁴⁷⁵ 『国民主権と法人理論』、302 頁。

⁴⁷⁶ *Contribution*, t. I, p.16.

⁴⁷⁷ *Contribution*, t. I, p.16.

⁴⁷⁸ *Contribution*, t. I, p.571.

⁴⁷⁹ 『国民主権と法人理論』、303 頁。

ド・マルベールの複合機関論にもとづく一貫性を既に導出した後に行われるために、なお一層時本の一貫性読解の土台を強化するものとしての役割を果たすことになる。

ここで、モラン、時本両者について再度強調しておきたいのは、*Contribution* において伏線的に、*Loi* および *Confrontation* において結論的に示されている、執行・立法の区別論、立法優越論、そしてそれらの土台となる法規範の内容を根拠としない形での法秩序論が、本節の主たる関心であるということである。モラン、時本の引用方法をめぐる検討によって、予論的に示されたこの論点を、以降では主に *Confrontation* の記述に即して、具体的に検討する。

ここでもう一点、予備的に述べておきたいことは、第三著 *Confrontation* における法段階理論批判の構成である。同書は、まず序文において二つの問いが立てられ、この二つの問いをそれぞれ検討する二部構成である。すなわち、第一の問い、「フランスにおいて、『各段階の国家行為が先の行為の執行である』という命題は、どこまであてはまるのか」を検討する第一部、第二の問い、「上位の行為に対して、下位の行為が新たな規範であるといえるか」を検討する第二部である⁴⁸⁰。この二つの問いは、いずれも法段階理論がフランス公法秩序に適合しないことを論証するために立てられたものであるから、同書の第一部内容的に相互に独立しているわけではない。しかし、実際に読み解く限り、*Loi* との内容的な同期率において、第一部と第二部の間には議論のトーンに差異が感じられる点も存在する。そこで、以降では第一部の内容を明確化させた後、第二部の内容および第一部と第二部間の差異について検討する。

第2節 *Confrontation* 第一部：執行／立法の区別の「権力構想」論

ここでは、第一部の内容を、第二著 *Loi* との同期性にも注目しつつ、簡単に要約する。第一部の結論として、カレ・ド・マルベールは段階論批判を通して、国家の法秩序を機関の権力をベースとして把握する構図（権力構想）と、機関の機能をベースとして把握する構図（機能構想）を区別し、法段階理論を後者の構想体系として位置づけつつ、フランス実定法秩序において採用しうるのは前者の構図のみであるとして、法段階理論とフランス公法秩序が相容れない性質のものであることを論証している。

第一部において問われる「フランスにおいて、『各段階の国家行為が先の行為の執行である』という命題は、どこまであてはまるのか」という問題へのカレ・ド・マルベールの解答を先取りすれば、それは、結局のところ「まったくあてはまる余地がない」という完全否定に帰着する。この否定の完全性（まったく～ない）を決定づけるのは、モラン、時本によって示された一般性の問題枠組みに沿っていうならば、カレ・ド・マルベールが「特定国家の法秩序を離れて一般理論を形成することについて批判的」な立場にたったことで

⁴⁸⁰ *Confrontation*, p.16-17.

ある。このカレ・ド・マルベールの立場を明確に示しているのが、「一般国家論的な視点から言えば、法段階のグラデーションは、その規範創造の基礎となる機関の構造が、実定憲法秩序の中に含まれているということが前提なのである⁴⁸¹」という記述である。すなわち、特定国家の実定法秩序を離れて国家理論を考えることを防止しようとするカレ・ド・マルベールにおいては、フランスにおいて法段階理論が成立するためには、国家の法創造を担う機関が、法の段階構造を可能ならしめるような姿でそこに存在することが必要なのである。こうして、カレ・ド・マルベールは法段階理論の検討を、理論と現実の実定法秩序、さらに言えば国家機関の構造・相互関係の問題へと落とし込む。それでは、フランスには「法のグラデーションを創造しうるような」機関構造が存在しているといえるのか。先取りした解答の内容からも分かる通り、当然、カレ・ド・マルベールはこの問いに完全否定で答える。

1. 法律の「一般的抽象的規範」性の否定

フランス公法は、規範主義的な純粋法学理論の構造には、まったく適合しない。というのも、法律を一般的な内容の規範と定義づけることは、不可能であるからだ。既に *Loi* において、フランス第三共和制固有の議会主権という法現象を、1875年憲法の内在的原理の一端として分析していたカレ・ド・マルベールにとって、フランス公法秩序下では立法府に法的に抗しうるものがなく、したがって立法府の法内容の一般性を担保する機関が存在しない。換言すれば立法府が一般的でない内容の法律を定める可能性があるという法的事実が確固として存在する。そして、一般的抽象的規範としての形式的意味の法律が、命令その他下位の法規範によって繰り返し執行されていく構図、換言すれば、実定法秩序の動態性の中で、法律が根本的・基底的地位を占める構図は、法律の規範内容の一般性抽象性を想定しえないというこの法的事実ゆえに、フランスにおいては成立しない⁴⁸²。こうして、法段階理論の構造的な前提は打ち崩されてしまうのである。

そもそも、法律を内容的側面から定義しようとする思考法は、*Loi* においてカレ・ド・マルベールの批判対象であった。すなわち、法律概念を一般的法規範または法規範の概念と同視する理論は、現実の実定公法が立法権を特権化しているという事実によって、その基礎を破壊される。というのも、法律を一般的抽象的法規範と考える場合、法律の定義について、究極的には法律の形式的意味（立法府が定める規範が法律である）と実質的意味（一般的抽象的内容を持つ規範が法律である）の区別に行きつくが、実定憲法の規定においては、議会のみが法律を制定できるという点で、疑いなく法律は一元的な概念である⁴⁸³。カ

⁴⁸¹ *Confrontation*, p.16.

⁴⁸² *Confrontation*, p.28.

⁴⁸³ *Loi*, p.9-15.

レ・ド・マルベールにとって、法律を実質的に定義することは不可能であり、法律の形式的意味／実質の意味という二元論的定義はそもそも成立しえず、二元論のいうところの形式的意味の法律のみが成立する。

法律の定義についてのカレ・ド・マルベールの立場は、モランによれば、国家行為の性質に対する「法的かつ形式的⁴⁸⁴」な視点である。モランの整理によれば、国家行為の性質に対する視点は、論者によって政治的／法的、および実質的／形式的の分類が可能であり、政治的視点、すなわち政治学 (*science politique*) の手法からは国家目的の研究が、法的視点、すなわち政治学と対置されるところの法学 (*science juridique*) からは国家の法的機能の研究が、それぞれ視座としてもたらされる。国家の法的機能論の研究は、国家機能を具体的に担う機関と本質的に切り離すことはできない。よって、国家＝機関体という構図を採用することになり、国家の追求する目的よりも、国家機関の起源が分析対象となる。したがって、カレ・ド・マルベールの視点からは、「所与＝実定規範に対応する体系の発見」が重視される⁴⁸⁵。

ここで注目すべきは、カレ・ド・マルベールの法秩序分析が、最終的には国家機関論へと帰着するという構図である。この構図は、法律以外の規範を対象とした分析においても通底するものであり、以下、憲法と命令それぞれについて、国家機関論という基礎が交差する点を明らかにしていく。

2. 憲法の「根本規範」的性質の否定：憲法・法律同位論

Confrontation において法律の一般性・抽象性の否定と同時に提示され、国家機関論への帰着を示すのが、第三共和制下における憲法的法律と通常法律の同視論である。この議論は、カレ・ド・マルベールが *Loi* において一章を割いて検討した、憲法の存在形式論である。その核心部分をきわめて単純化して示すならば、以下のようになる。

第三共和制憲法を構成する 1875 年に発布された三つの憲法的法律と、通常法律を区別する法的基礎は存在しない。第一の理由は、条文自体が非常に簡潔なものであることである。この簡潔さの直接の原因は、憲法制定国民議会が第二帝政崩壊後の不安定な「暫定状態を早急に終わらせるために、国民議会は必要最低限の規定で満足し、立法権と執行権との機能にとって不可欠な諸原理のみを憲法で規定した⁴⁸⁶」ためである。だがカレ・ド・マルベールにおいては同時に、フランス革命において生じた革命原理が、明文規定なくとも従前

⁴⁸⁴ *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, p.243.

⁴⁸⁵ この視点ゆえに、アイゼンマンは、そもそもカレ・ド・マルベールにおいて国家作用論が成立していないとする (Charles EISENMANN,《La théorie des fonctions de l'État chez Carré de Malberg》, *Relation des journées d'étude en l'honneur de Carré de Marbelg 1861-1935*, Dalloz, 1964, p.51-52.)。

⁴⁸⁶ *Loi*, p.105.

のものとなり、憲法の変動、政治体制の変動の中であって、それにもかかわらず「体制から体制へと受け継がれ、我が国の公法において統合された後、最終的には明確な伝統的価値を獲得するに至った⁴⁸⁷」こと、すなわち革命原理が不文・明文の形式を問わず、憲法的価値を獲得したことを証明するのが、この簡潔性ということになる。第二の理由は、1875年憲法の規定に直接かかわる。公権力の組織に関する1875年2月25日法律第8条において、憲法改正を行う宣言が議決された時、「両院は憲法を改正するために国民議会に集会する」ため、立法権を行使する両院（同法第1条）と憲法改正権を行使する国民議会が、事実上同一の機関であることになる。結局、憲法制定国民議会はそれ自体で固有の実質を備えていない疑似的な機関にすぎず⁴⁸⁸、したがって、同一機関の創造物である憲法と法律を区別する法的根拠が存在しないのである。第三著 *Confrontation* においても、憲法・法律の等位性の議論はそのまま継承されている⁴⁸⁹。しかし、*Confrontation* におけるこの議論の用いられ方に注目しておく必要がある。すなわち、憲法・法律の等位性論は、法律が憲法に相当する位置を占めていることをもって、法律が憲法の下位規範ではないこと、および憲法の内容を執行する規範ではないことを示しているのであって、*Loi* におけるこの議論とは用いられ方が異なるのである。

3. 執行権による命令の内容的無限定

憲法と法律が実質において等位化されたことに続いて、執行権の命令の実質的内容についてのカレ・ド・マルベールの見解も、国家機関論に由来するものであり、したがって、カレ・ド・マルベールの執行権論から自動的に導かれるものとなっている。

この点について、第三共和制下の執行権論を検討した光信一宏⁴⁹⁰は、カレ・ド・マルベールの議会と有権者の関係についての議論が *Contribution* とそれ以降において断絶していることを認識しつつも、執行権論に限定して観察する限り、「執行権に対する彼（筆者注：カレ・ド・マルベールを指す）の見方が議会に対するその従属性を指摘する点で、基本的に一貫している」のであり、そのためカレ・ド・マルベールの執行権論を理解するには「前期と後期を対立的に考えるよりも、むしろ総合的に捉えた方が有益である⁴⁹¹」としている。この認識をもとに、光信は、*Contribution* から *Confrontation* までの著作を縦断的に引用し、カレ・ド・マルベールの執行権論を抽出する。

光信の整理に従って、カレ・ド・マルベールの執行権論を要約すれば、以下のような

⁴⁸⁷ *Loi*, p.106.

⁴⁸⁸ *Loi*, p.114.

⁴⁸⁹ *Confrontation*, p.25-27.

⁴⁹⁰ 光信一宏「フランス第三共和制下の執行権論—カレ・ド・マルベールとオーリウの所説を中心に—」、『愛媛法学会雑誌』、第15巻第2号、1988、169-206頁。

⁴⁹¹ 光信、前掲注490、179頁。

る。第一に、第三共和制憲法は、国家行為をその実質や内容によってではなく、もっぱら機関に付与される権力によって区別するのであって、この意味で立法権・執行権の概念的区別の基礎として、実質的意味の法律概念（とりわけ一般的規範説）は採用しえない。「法律＝一般意思の表明」原理によって実質的に主権者の地位にある議会に対して、公権力の他の担当者は単なる権限行使者としての機関にすぎず、この意味で立法府と執行府の間には本質的差異がある。このようにして、特権化された立法府とこれに従属する執行府という対議会従属の構図が描かれ、執行府の活動には法律に反しないことのみならず、立法府による授権行為が常に必要となる⁴⁹²。しかし、一方でこのような従属関係を捉えつつ、カレ・ド・マルベールは、執行府の果たす役割の独自性を軽視していたわけではない。カレ・ド・マルベールにおいて、憲法上の文言である「法律の執行」は、字義通りの意味にとどまらず、始原的意思の表明の中に簡潔に述べられた思想・意図を自由な条件のもとで展開する行為を意味する。そして議会主権現象の裏返しとして、議会は法律による授権をもって、執行府の活動領域を必要と状況に応じて自由に決めることができるのであり、執行府が命令によって行う活動領域は、実質的には無限である。そして、第三共和制憲法に、法律・命令に対して内容的限定を行う趣旨の規定が存在してないことから、行政機関が対象にしうる領域は、法律と同様に憲法によっても限定されていないのである。

このように把握された執行権論から、法規範としての命令がどのようにして捉えられるかは明白であろう。憲法と等位化される法律によって授権される命令は、論理上内容的限界が存在していない。よって内容上無限定なものとして定義される（実質的・積極的定義が排除される）という点において、法律も命令も等位的な存在として捉えられることになる。そうすると、法律が、一般的抽象的規範とはいえない特定的内容の規範を備えることもあれば、執行府による命令が、一般的抽象的規範としての実質を備えたものであることもありうる。このような命令概念を前提とすれば、命令・法律いずれもが、抽象的性質を持つ場合がありうるのに、法段階理論の段階構造のように、常に命令が法律の下位規範となることを論証するのは不可能となるはずである⁴⁹³。

ここでさらに、憲法と法律が等位化されていることも考え合わせれば、主権者の始原的意思の表明としての地位が憲法・法律によって独占される状態が制度的に担保される限り（すなわち、憲法・法律の創造者である議会の最高機関性が保持される限り）、憲法・法律・執行府による命令の三種の規範は全て、内容的な限界を持たないという点では等位的な存在であることになる。したがって、このような実質的等位性が三種類の規範全てに共通するフランス実定公法秩序においては、法段階理論の前提とする法創造—法執行関係を仲立ちとする法規範の段階構造は、そもそも成立しえないのである。カレ・ド・マルベールは、このようにして、規範を創出する国家機関の性質論から、憲法・法律・命令の各規範すべ

⁴⁹² 光信、前掲注 490、181 頁。光信が引用するのは、*Contribution*, t.1, p.488, p.500 および *Loi*, p.20, *Confrontation*, p.32-33.

⁴⁹³ *Confrontation*, p.26.

てが法段階理論の基礎を崩壊させる性質を持つことを示したのである。

それでは最後に、カレ・ド・マルベールが *Loi* から *Confrontation* へと継承したもの、法段階理論への反論に用いたこれら三種の規範の性質分析の土台となっている思考枠組である法秩序の「権力構想」論について、その内容を確認しておこう。

4. 法規範の「権力構想」論による法段階理論批判

法律・憲法・命令の三規範について、共通してその一般的規範としての性質を否定し、相互に等位的なものとして分析したものは、カレ・ド・マルベールの法規範論の思考枠組であり、本稿ではこれを法秩序の「権力構想」論として位置づける。

カレ・ド・マルベールは自身の法規範論の枠組を以下のように分類する。規範の性質を議論する場合、二つの道筋がある。まず、第一の道筋は、機能 (*fonction*) の区別論であり、国家行為のカテゴリごとに内在する行為の個別的性質を問題化する枠組である。この枠組によれば、国家における規範の性質が多様化するのには、個々の国家機関の活動領域・行為対象が多岐にわたることがその理由となる。これに対して、第二の道筋は、権力 (*pouvoir*) の性質論であり、規範の由来を、その規範を創造する国家機関に帰属している権力の性質の中に見出す枠組である。こちらの枠組においては、規範の性質の多様化は、諸国家機関のそれぞれの性質の相違と多様性を反映したものであることになる。そして、第三共和制下の公法秩序において前提とされているのは、後者、権力の性質論である⁴⁹⁴。この権力の性質論がフランスにおいて妥当する理由は、革命の原理にさかのぼる。権力の性質論／機能の区別論の対比は、フランス実定法の中に現れる革命原理を抽出するという、カレ・ド・マルベールの国家論の本質ともいえる手法によって導き出されるのである。

フランス革命は、公法秩序について大きな転換をもたらした。すなわちモンテスキュー的な権力分立論の基礎であった機能 (*fonction*) の区別論を権力 (*pouvoir*) の性質論に置き換え、人間集団としての国家の側面を導出せしめると同時に、法秩序の考察の場において、権力の優位の問題が考察のベースとなることが定められた。革命の結果として議論構造の転換が起こり、その結果提示された「優位」の位置に着けられたのが、立法府という機関だったのである。この革命による法議論構造の転換の結果として、法律の定義は「立法府によって書かれる規範」というものに変更された。革命の用語法において、立法権とは、「立法府が排他的に独占する権限」として現される。フランス公法の構造とは、立法府が排他的な唯一の立法権者として現れ、憲法と法律に書かれていないことが、特別に立法権以外の権力に定められる、というものになる。革命以来のフランスにおける立法権を定義づけるには、対象の一般性・広範な包接性だけでは足りないのである⁴⁹⁵。この機能

⁴⁹⁴ *Confrontation*, p.30.

⁴⁹⁵ *Confrontation*, p.31.

(fonction) から権力 (pouvoir) への視点の転換を、本稿では「権力構想」論と呼ぶこととする。

この「権力構想」論は、上述の立法府の優位性の議論と結合している点で、明らかに *Loi* から継承されたものである。すなわち、*Loi* においては、法律の一般性・抽象性否定の項で述べたとおり、立法権を担う議会の特権化のために、議会以外の機関が地位と資格の点で議会と決定的・本質的に異なっており、立法権と他の権限の間に質的な断絶が存在しているという理由づけを採る⁴⁹⁶。そこで、この立法権に対する他の権限の二次的性質のように、*Loi* において「権力構想」論が表出する部分に着目して以下に二点、整序し直し、本稿が読み解く *Loi* から *Confrontation* への一貫性を明確化しつつ、*Confrontation* における「権力構想」論に回帰する形で検討する。

Loi における「権力構想」論の第一の表出点は、立法権と国家権力を結節させる議論である。第1章において述べたとおり、第一著 *Contribution* においてカレ・ド・マルベールは、政治体を国家と定義する指標、国家性の指標を主権とは区別された「国家権力」の概念に置いた。自己組織能力を中核とする国家権力という属性には、それ自体強弱の段階が存在し、強度が最大になった場合にのみそれを主権と呼び、主権国家の指標となるが、強度がそこまで及ばない場合は、その政治体は「主権なき国家」となる。*Loi* においては国家の一般理論としての性質が薄れているが、*Contribution* においてこの議論が提示された文脈同様に、連邦国家の構成国を「主権なき国家」として位置づけるために持ち出される。

「地方公共団体が自律的な組織力および意思力のみから規制を自ら行う機能を導き出す場合には、たとえその規制が部分的なものであり、規制事項の範疇が制限された領域にとどまろうとも、あらゆる前もって付与された授權は委任とは無関係なこのような始原的機能に、立法権の固有の特徴であるあらゆる始原的な力と能力を認めるべきである。したがってまた、そこには疑う余地のない国家権力の指標と刻印を認めるべきである。(中略) 連邦国家における構成国の場合(中略) 構成国の立法権は連邦が自らの立法権に留保しなかった事項にしか及びえないので、構成国は主権的ではない。⁴⁹⁷」

この記述は、立法権と執行権の区別論における立法権の法的固有性を論証する中で、連邦国家論に触れる箇所である。法律の形式的定義から始めて、国家権力概念を体系的に描いていくなかで、*Contribution* における国家の指標としての国家権力／主権の区別論と連邦論と結合させている。また、立法府が始原的 (initial) であるということの意味は、ここでは「授權を受けない」という形で明確化されている。だとすれば構成国の立法権も、連邦全体との関係で、立法の対象範囲が限定されていたとしても、授權さえ受けていなければ、そこに国家権力の指標、ひいては国家性の指標を認めるというのである。法規範の分析に

⁴⁹⁶ *Loi*, p.21.

⁴⁹⁷ *Loi*, p.75.

ついで「権力構想」論を前提とした形式的法律概念だからこそ、「創出する法規範の内容に関係なく、授権さえなければ立法権力・国家権力となる」という命題が成立する。ここにおいて、カレ・ド・マルベールの連邦国家論と法律概念の定義に、補完的な一貫性が存在している。この連邦国家論の一貫性は、国家の一般理論としての議論と独仏対照としての議論をまたがって共通する要素であり、*Confrontation* においても、執行権の制限的な地位を連邦国家になぞらえるという形でありながら、連邦国家論が登場している⁴⁹⁸。

Loi における「権力構想」論の第二の表出点に移る前に、ここで *Confrontation* の第一部において、「権力構想」論が、法段階論に反駁するためにどのように使用されたかを確認しておく。この議論こそ、*Confrontation* の主たる目的とされる部分であるが、同時に *Loi* における第二の表出点とも関連するので、ここで扱うこととする。

前提として、ケルゼンの法段階理論のうち、カレ・ド・マルベールが批判対象とする点を確認しておこう⁴⁹⁹。「カレ・ド・マルベールが理解したケルゼン」において、憲法・法律・命令は、その規範的実質に注目する視点からすれば、いずれも内容が一般的なものであり、法創造と法執行を媒介として、同一の直線状に存在している⁵⁰⁰。裏を返せば、この直線上における法執行と法創造の媒介の連鎖的秩序を乱すこと、すなわち立法府によって個別的な規範を創造されることを、ケルゼンは拒否するのであり、「法律の形式をもって発せられてはならない」ものが存在することになる。したがって、法律の定義を実質的に行うか（内容に注目するか）形式的に行うか（発する機関に注目するか）という問題は、ケルゼンにとっては考えるまでもないことである。実質的法律などという語句はケルゼンにとって冗

⁴⁹⁸ *Confrontation*, p.58.

⁴⁹⁹ しかし、ここで注意しておかなければならないのは、カレ・ド・マルベールの批判対象としてのケルゼンは、あくまで「カレ・ド・マルベールが理解したケルゼン」にすぎないことである。カレ・ド・マルベールのケルゼン理解は、*Confrontation* の序文 (p.1-17) において端的に示され、以降においてはあくまでも、序文で示されたケルゼンの理論についてのみ、反論が展開されていくことになる。しかし、大きな問題として、*Loi* および *Confrontation* においては、ケルゼンに限らず他の論者の議論の出典がほとんど示されていないため、カレ・ド・マルベールの読み手にとっては、彼のケルゼン理解が正当なものであるかを検討することが困難なのである。そこで、本稿はこの問題を内在的制約として受け取り、ひとまずカレ・ド・マルベールのケルゼン理解の当否を問題化することはせず、「カレ・ド・マルベールが批判対象として設定したかぎりのケルゼンと、これに対する批判」によって自己完結した体系として、*Confrontation* を検討することとする。

⁵⁰⁰ Hans KELSEN, 《La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)》, *RDP*, 1928, p.200. なお、ケルゼンのこの論文は、*Confrontation* 序文で示されたような法創造・法執行関係による法秩序論を前提として、違憲立法審査制の原理的考察から、制度形態の検討、そしてフランスにおける違憲立法審査制の導入可能性までを体系的に検討したものである。*Confrontation* におけるカレ・ド・マルベールのケルゼン理解と相似する論理的基礎の提示と、*Loi* やそれ以前の論文 (Raymond Carré de Malberg, 《La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875》, *Revue politique et parlementaire*, 1927, p.339-354) においてカレ・ド・マルベールも主題化している違憲審査制についての検討の二点で、このケルゼンの論文は *Confrontation* の典型的な批判対象であるように思われる。ただし、注 499 で述べたとおり、カレ・ド・マルベール自身が批判対象となるケルゼンの業績の出典を明示しないため、あくまで推定の域を出ないことには注意を喚起しておく。

語法にすぎず、法律が実質的なものであるのは当然と捉えられ、形式的意味においてのみ立法の性質付けを行うような法律の性質を拒絶するに至る⁵⁰¹が、カレ・ド・マルベールはここに、フランスとの決定的差異を見出す。

法段階理論と、フランスの立法権・執行権概念を区別するものは、フランスの実定公法秩序と、法規範の機能の定義・各機関の機能の性質的確定を行う法段階理論の構図との決定的衝突である。規範の対象・内在的性質から導出した基準を用いることを、フランス公法秩序は拒否している。革命以降のフランスの権力分立論は、伝統的な権力の機能 (*fonction*) に注目した伝統的権力分立論から断絶している。規範の区別の基準は、各権力に割り当てられた行為とは一致せず、機関の権力の地位と資格 (*qualité*) によって決定している。実際のところ、法律の内容が一般的か対個人・具体的か、あるいは対象が何かというのは、フランスの法規範分析において重大事ではないのである⁵⁰²。

そこで問題となるのが、*Loi* における「権力構想」論の第二の表出点であるところの執行権の定義である。規範の機能ではなく規範を創出機関の性質に注目する「権力構想」論からは、立法権も執行権も、創造する規範が一般的にも具体的にもなりうるという点において区別できない。「法律＝一般意思の表明」原理が存在するがゆえに、立法権は内実において無制限性を有し、「法律専権事項」という形によって逆から、すなわち創出される規範の側から立法権を規定しようとすることは不可能である⁵⁰³。ここで表現されているのは、形式論をもって国家的なものを把握すること、すなわち「権力構想」論である。それでは、「権力構想」論から捉えられる立法権とは明確に区別される執行権固有の性質とは、どのようなものであるか。この問いの答えは、カレ・ド・マルベールの立法府による授権論において現れる。フランスにおける伝統的な執行権論は、立法府による授権を、立法府によって執行府の首長に対してなされる立法権の委譲とみなしていた。この授権を立法権の委譲と同視するこのような思考傾向は、全体としての命令制定権が、議会立法権と対を成す第二の立法権と考えられていた君主制伝統あるいはナポレオン時代の伝統に端を発する。しかしカレ・ド・マルベールによれば、このような思考傾向は第三共和制下においては、通用性を失っている。「1875年憲法のような共和制に立脚した憲法においては、執行府の首長がその命令制定権を君主の性質を有する一身専属的な特権に基礎づけることは明らかに不可能であった。同憲法それ自体が（中略）大統領の活動を、「法律の執行」という原理的条件に服従させる規定の中に取り込んだ⁵⁰⁴」からである。したがって執行権を基礎づける必須要件として「立法権による授権」という概念は存在しても、執行府に対する「立法権の委任」という概念は存在しえないことになる⁵⁰⁵。ここでカレ・ド・マルベールの議論に現れ

⁵⁰¹ *Confrontation*, p.36-37.

⁵⁰² *Confrontation*, p.34-35.

⁵⁰³ *Loi*, p.87.

⁵⁰⁴ *Loi*, p.72.

⁵⁰⁵ *Loi*, p.100. なお、カレ・ド・マルベールは、立法権の委譲が不可能であるにも関わらず、議会が法律の改正すら可能とする授権を執行府に対して行うことが出来るのは、憲法制定権力と立

るのは、共和制と君主制の対比論である。

機関に一身専属的である第二の立法権としての執行権が明確に否定されたところで、議論を *Confrontation* における法段階理論批判の議論に移行する。「権力構想」論の視点からは、規範創出者の権力と規範執行者の権力との差異を、いかに記述するのが問題となる。法段階理論から描かれる国内法秩序観からは、憲法を頂点とした上位法に対する法執行と下位法に対する法創造を、すべての国家の法的アクターが担うのであって、諸国家機関に対する権力分配の問題は、それぞれの国家機関が法規範のグラデーシヨンのどの部分を割り当てられるかという構図へと帰着する。法規範のピラミッド構造を、一般性から個別性への領域的広がりを含象し、権力分配の問題に関する限りにおいて大胆に単純化してしまえば、法規範の具体性の度合いを数直線的に想定し、数直線上の一定の領域を国家機関の間で分割して担当する直線構造として把握することができる。したがって、規範創出者の権力と規範執行者の権力との差異をいかに記述するかという問題に対して、法段階理論からは、数直線上の領域の割り当ての違い、すなわち「程度の差」という解答しかできなくなる。

しかし、カレ・ド・マルベールの立場からは、規範創造者と規範執行者の間には、法的な意味においての断絶、すなわち「法的懸隔 (*abîme juridique*)⁵⁰⁶」として記述される差異が存在する。程度のみならず、本質の差異である。立法機関が代表制によって主権者と結節されているのに対して、執行機関は主権者・代表者により授權を受けた機能 (*fonction*) にすぎない。国民主権原理を前提とするフランスの法秩序について、法段階理論では、「主権の行為」と「その授權を受けた行為」の根本的差異を十分に描くことができないというのである⁵⁰⁷。

この点について、第三共和制下のフランスにおける司法権による違憲立法審査制の導入可能性についてのケルゼンの論考⁵⁰⁸は、根源的な意味でカレ・ド・マルベールと対照をなしている。ケルゼンは、憲法裁判制度について予想される批判として、フランスの議会主権の構造と矛盾衝突するのではないかという疑問を想定し、次のように解答する。法段階理論の構造上、ある規範には必ず上位に従属すべき規範があり、法律の合憲性が失われると、この瑕疵が段階構造を下って、行政権・司法権よって創造される規範の合憲性も連鎖的に喪失させてしまう。このことを把握するかぎり、法律の合憲性は論理的に絶対に成立

法権が類比されることによってしか説明できないとする。ここでは、立法権と執行権の法的な区別を維持しつつ、執行府の現実の大きさを説明するために、憲法と法律の同視論が援用されている。さらに、議会が憲法制定者として行為することについては「議会にこのような絶大な権力を認める体制は、立法権と憲法制定権力の明確な分離の必要性を正当化するために近代において援用されて援用されてきた思想とほとんど両立しないと正当にも批判されうる (*Loi*, p.100)」が、この批判は理論ではなく、1875年憲法それ自体に向けられるべきであるとしている。ここでは、カレ・ド・マルベールの実定法認識者としての自覚を示したうえで、現行憲法の欠点の存在を承認し、後の改革の方向性の伏線を提示している。

⁵⁰⁶ *Confrontation*, p.69.

⁵⁰⁷ *Confrontation*, p.69.

⁵⁰⁸ KELSEN, *supra* note 500.

していなければならない中核であって、議会主権との抵触を問題化する立場は、その前提を崩されてしまうということになる。ここでは、規範の正当性の連鎖構造という中核によって、「議会主権」という表現それ自体が土台から切り崩されている。前述したとおり、段階理論は、権力分配に関しては数直線上の領域を各国家機関に割り当てる構造を有する以上、特定の国家機関が専属的に「主権」という特別な権力を占有する構造とはなじまない。結局、主権は議会に独占的に帰属するものではなく、国家の秩序全体として立ち現われるしかないことになる⁵⁰⁹。法段階理論にこのような法規範の正当性の連鎖構造という中核がある限り、議会権力が制限を受け、主権概念が実質において動揺するのは必然的な帰結といえよう。このようにして現れるケルゼンのフランス法秩序観を前にしては、カレ・ド・マルベールのフランス法秩序観は、法段階論の適用を否定したところにしか成立しえないのである⁵¹⁰。

以上のように、第三著作 *Confrontation* 第一部における法段階理論批判の構造が明らかにされた。第二著 *Loi* において提示されたフランスの規範分析についての「権力構想」論を、第三著作 *Confrontation* においてより明確化したうえで継承しながら、この「権力構想」論が法段階理論とは決定的に矛盾する思考様式であることを提示することが、同書第一部の目的であったといえるであろう。この点、*Loi* での執行権強化論に対する批判においてカレ・ド・マルベールが見せた、法段階理論との一定の同期⁵¹¹は、しかし同書において同時に提示されていた「権力構想」論と法段階理論は相いれないものであったことを考えるとき、あくまでも、立法府と行政府を二元的権力と捉える二元論に対する反対論である限りにおいて、限定的に機を一にしたものにすぎない。カレ・ド・マルベールが法段階理論に感じた「知的魅力」も、この意味の限りににおいて限定的に解釈するのが妥当であろう。

⁵⁰⁹ KELSEN, *supra* note 500, 223 頁。

⁵¹⁰ なお、*Confrontation* におけるカレ・ド・マルベールの法段階理論批判はあくまでフランスの国内法秩序を対象とするものに限定されていることには注意が必要である。これに対してケルゼンの違憲審査制導入についての分析は、国際法秩序をも対象に含んでいるのであり、国際法秩序の捉え方についても、カレ・ド・マルベールとは対照的である。条約の法秩序内における位置づけは必ずしも一定せず、国内法レベルと国際法レベルのいずれの法秩序が優位するかについて問題をはらむ (KELSEN, *supra* note 500, 211 頁) としつつも、こと憲法訴訟の問題について、次のように結論する。通常法律が条約違反の場合、その法律を無効化するのに問題はないが、フランスの場合、憲法的法律が条約違反だった場合、それを無効化できるのかという問題が生じる。しかしこの場合にも、条約締結国間において、国際法秩序を憲法の上位規範と考えることによって、合憲性統制と同様のことが可能である。よってフランスにおいても、憲法によってのみならず国際法の一般的規範によって、国内法規範の統制が可能である (KELSEN, *supra* note 500, 237 頁)。しかし、同時に第三共和制の国内法秩序に限っていえば、ケルゼンも憲法的法律という制度に内在する理論的限界を提示している。すなわち、憲法的法律すら無効化できる憲法裁判権は、憲法的法律によって司法権に付与することはできない。ではフランスにおいていかにして導入しうるかと言えば、国家の上位に立つ国際法的共同体の手によってのみ創設可能であるという (KELSEN, *supra* note 500, 239 頁)。このように述べる限りにおいて、ケルゼンも第三共和制の国内法秩序の理論上の限界を認識しており、この点ではカレ・ド・マルベールの認識と交差するといえる。

⁵¹¹ *Loi*, p.152, および本章第 1 節 1 - (2) を参照。

しかし、最後に指摘しておかなければならないのは、こうして示された法段階論批判と、「権力構想」論、立法権と執行権の「法的懸隔」は、*Confrontation* 第一部の末尾の部分において、その議論の射程に関して大きなうねりを見せるという事実である。カレ・ド・マルベールは「権力構想」論から生じる議論を、「法段階理論にのみ向けられたものではない」のであって、「諸権力の創出する規範には根源的な質的差異があるにも関わらず、それらを一つの体系にまとめて包接しようとする理論への批判⁵¹²」であるとする。そして、この批判対象拡大にもとづき、次章へ向けた議論の対象も、立法権と執行権の対照構造を基軸とする、法規範 (*régle*)、権力 (*pouvoir*)、機能 (*fonction*) の個別具体的な性質論へと焦点化していく。すなわち、「段階を成すことを拒むような、根源的な差異を含む法規範群を明らかにすること⁵¹³」が、第二部の目的として示される。

「批判対象における一般化の可能性」を提示するここでの記述からは、法段階理論のみを対象とする批判から、より一般的な、一定の理論構造上の特徴を有する議論を包括的に批判対象とする可能性を提示する方向への転換を感じさせる。カレ・ド・マルベールの国家理論としての射程、すなわち一般性の問題を検討してきた本稿の関心からすれば、*Confrontation* 第一部の最終結論部分においてなされるこのような記述には重大な意義を感じるところではある。ただし、後述する通り、続く *Confrontation* 第二部においても法段階理論に対する批判は継続するのであって、このような批判対象の一般化という「転換」は第一部において提示されたのみにとどまり、それ以降同書において実際に展開されたとは言いがたい。また、このような *Confrontation* がカレ・ド・マルベールの最後の著作であるために、この転換がカレ・ド・マルベール自身の国家論体系においてどこまで重要な意義を持っていたかは判然としない。*Confrontation* の意義を「特定国家の法秩序の検討を離れた国家の一般理論という試み」として位置づける時本の立場からすれば、「批判対象の一般化」というこの転換は、積極的意義を認めがたい、否定的なものとして捉えられるであろうし、実際にカレ・ド・マルベールにおいて重要視されていないからこそ同書第二部においても現実に展開されることはなかった、と推論する余地は大いにあるであろう。

しかし、逆にいえば、この批判対象の一般化に積極的位置づけを与えようと試みる時、第三共和制フランスの国内法秩序に限定したものである *Confrontation* の射程について、大きな読解の余地が残されることを示しているともいえる。すなわち、「一般性の否定」という時本の第三著の位置づけ、特殊フランスと特殊ドイツの対面対照構造というモランの読解、そしてそれどころか、*Confrontation* という著作それ自体の中心的目的である「法段階理論はフランス公法秩序に当てはまらないことについて」という命題は、この「一般性への転換」にスポットライトを当てることによって、超克されていく可能性を持つのである。

この可能性について、注目すべきは、ごく基礎的なところへ立ち返れば、「権力構想」論の中核にあるのが「国民主権」論であることである。国家機関が担う権力・権能の性質の

⁵¹² *Confrontation*, p.69.

⁵¹³ *Confrontation*, p.69-70.

法的意味における根源的差異、すなわち「法的懸隔」とは、結局のところ、主権者と国家権力の関係についての構想であったのであり、主権と結節した機関（立法・代表）か、そうでない機関（行政・司法）かを分類し、機関の権力を非対称的にとらえ、優位劣位関係をもって位置づけることで成立していた。時本のいう国民主権原理とこれを補完する「法律＝一般意思の表明」原理の一貫性が結論として現れるのは、最高機関の権限とそれ以外の権限の間で主権にもとづく本質的差異が存在するという非対称的構図が導かれるという点であり、*Confrontation* において継承される「法的懸隔」の概念において問題化されているのは、国民主権の原理であることは確かである。したがって、ケルゼンが、「主権は機関に帰属するものではなく、国家の秩序全体として立ち現われるものである⁵¹⁴」として、法秩序構造の問題から主権を事実上除外し、あくまでも国内公法秩序の次元にとどまって、憲法からスタートする法段階と正統性の連鎖関係を中核とする構造を描いたのとは対照的に、カレ・ド・マルベールは主権を中核として法秩序の構造を描いたのであり、この点、「国民主権（≠君主主権）の国家においてであれば、一般性を有する理論」であるという一般性の構造が感じ取れる。そして、時本の読解において示された解釈に従えば、このような一般性のあり方がカレ・ド・マルベールの国家論において現れたのは第一著 *Contribution* であったことが想起される。すなわち、批判対象の著しい限定から解放される「転換」の余地が第三著 *Confrontation* 第一部に残されていることによって、その射程における一般性が、第一著 *Contribution* と同質のものへと回帰していく契機が存在しているのである。

このような「国民主権原理の枠内での一般性」の可能性を見込む本稿の視点からすれば、「権力構想」論から外れ、「法的懸隔」の存在を無視した法秩序を一元的に包接する議論がここで批判されているのは、通常 *Confrontation* の批判対象について理解されるごとく、ただ単にフランスの国内法秩序の認識を見誤ったために批判されるのではない。カレ・ド・マルベールにおいて一元論的法秩序観が批判されなければならない真の理由は、国民主権国家における法規範の在り方一般を見誤ったという点にあり、主権論と国家機関論の結節の在り方を見誤っているからこそ、批判されるのである。ここでは、単なる特殊フランスとドイツとの対照を超える、国家の一般理論としてのモメントを感じ取ることができよう。

ここで本稿が目するものは、批判的な国家論の検討の中で、国民主権という概念をいわば梃子にして、国家論としての一般性が媒介されるという構造であり、本稿はここに、現代に通じる一般性へのまなざしが隠されていると考える。*Loi* とその前後に連なる諸論考において、対象が特殊フランス的な法秩序に限定される形で国家論が展開されるにあたり、たしかにカレ・ド・マルベール自身の視点は、国家論としての一般性に向けられていなかったとするのが正しい読解ではあるだろう。しかし、同時に *Loi* 以降、杉原の読解ようにカレ・ド・マルベールの国家論が認識から実践へと移ったもの⁵¹⁵として捉えられるのは、*Contribution* において法秩序の認識と構成的な理論構築に集中していたカレ・ド・マルベール

⁵¹⁴ KELSEN, *supra* note 500, 223 頁.

⁵¹⁵ 「国民代表制論」、112-113 頁。

憲法学と国家理論

連邦論・国家論・法秩序論における一元性と多元性

ルが、Loi以降において謙抑的ながら、「批判対象」としての他の国家論を自ら取り上げ（Loiにおいては立法・執行を同位的に捉える二元論、実践的には執行権強化論、*Confrontation*においては法段階理論）、他の国家論に対する批判の枠組みに移行したからではないか。そして、批判としての国家論へと移行したことで、その検討材料においては特殊フランス的なものへと限定されたが、その批判対象においては「一般性を批判する」ことで新たな一般性へとつながる糸口が存在したのではないかと考えられる。すなわち、一般性を批判する中で新たな一般性の芽吹きが垣間見えた瞬間こそ、*Confrontation* 第一部の末尾だといえるのではないか。このように「批判対象の一般化」に意義を認め注目することによって、本稿が試みる現代的視点にとって重要な、一般性への示唆を導き出すことができる。なお本稿の読解が、必ずしもカレ・ド・マルベールの自己認識・内在的理解に限定せずに三著作の論理展開を観察しているがゆえに、*Confrontation* に一般性の萌芽を認めることは、カレ・ド・マルベールの国家論が未完の体系であることを意味するものではないことは、付け加えておくべきであろう。

以上において、*Confrontation* 第一部の内容とLoiから継承される一貫性、そこに現れる一般性についての考察を提示した。次に、*Confrontation* 第二部の読解に移るが、その前に補論的内容として、「権力構想」論が日本において継受され理論化された重要な例である、高橋和之の国家権力論を検討しておこう。日本における学説形成の問題とかかわるので、次項において独立して扱う。

第3節 国民内閣制論と執行権定義

1. 国民内閣制論における二つの行政権構想

ここでは、ここまで得られたカレ・ド・マルベールの議論と、高橋和之の国家論、とりわけ国民内閣制論の関係について、補論的に検討する。『源流』においては一貫性肯定論としてカレ・ド・マルベールを読み解いた高橋が、自らの国家論を構築する際に、その読解からいかなる影響を受けたか、その学説形成の構造を明らかにすることを試みる。この意味で、ここでの議論は先に検討した高橋の読解を補完する要素を探究するものであり、また、現代の日本憲法学において、なお大きなプレゼンスを発揮している国民内閣制論について、比較憲法的な意味における学説形成の沿革を解き明かすものである。

まず、国民内閣制の核心部分のみを抜き書きすると、「国民が選挙を通じて政治プログラムとその実施主体（首相）を事実上直接に決定する方式⁵¹⁶」であって、モーリス・デュヴ

⁵¹⁶ 高橋和之『現代立憲主義の制度構想』、有斐閣、2006、66頁。なお、以降同書を『制度構想』と略記する。なお、同書は、高橋の国民内閣制論についての最初の論文集『国民内閣制の理念と運用』（有斐閣、1994）の姉妹書として著されており、国民内閣制論への批判への応答をはかる

エルジェによって提示された「媒介民主制的運用」としての議院内閣制、すなわち「選挙が政治プログラムと首相を事実上直接的に決定する意味を持たず、それを決定する役割は選挙で選ばれた代表者に委ねられる方式で、政治プログラムと首相の決定が代表者による決定に媒介される⁵¹⁷」ような議院内閣制の運用のあり方が、日本の憲法学において支配的であることへのアンチテーゼとして提示される、「議院内閣制の直接民主制的運用を目指すもの⁵¹⁸」である。国民内閣制論は首相公選制のような制度改革を志向するものではなく、現行憲法上の統治制度の運用を問題化するものであるが、そうであるがゆえに、高橋の議論が単なる制度論のみならず、現行憲法の解釈を憲法原理的に再検討する試みである点に、本稿は注目する。

国民内閣制論は議院内閣制の「直接民主制的運用」であるが、それゆえの帰結として、選挙によって選択された政治プログラムとその実施者である首相、すなわち行政の長には、強い正統性が付与される。この正統性は、日本国憲法下における内閣と議会の関係を原理的に捉えなおす「法の支配」論の一要素として示されるであると同時に、内閣による官僚制統制のインセンティブを制度的に取り込むことを目的とした政治制度論の要素でもある。すなわち、戦後政治において官僚集団・政党の一部として捉えられていた内閣に対して、政治的な意味において「憲法の規定通り」に、独立的な行為主体としての地位を与えることで、「内閣を官から政に取り戻し、政の中心に内閣を据えて、そのような構造の政を強化して官の統制を実効化⁵¹⁹」するところにある。そして、そこにおいて高橋自身、国民内閣制論に対して予想される日本憲法学からの「拒絶反応」として、内閣・官僚機構は現代の行政国家現象に由来する「強い行政権」をすでに確立しているところへ、国民内閣制論によって行政権が強くなりすぎるのではないかという疑問を想定している⁵²⁰のであり、すなわち、国民内閣制論に従った議院内閣制運用の先に、不可避的な行政権強化の道が想定されている。

しかし、このような政治領域における問題意識、強い行政権の認識とは対照的に、三権の定義については、行政権は一見して政治領域の場合とは異なる現れ方をする。すなわち、高橋の行政権定義論は、結論からいって、控除説の批判的検討である。高橋は、「日本国憲法に刻印された構造的特徴を比較憲法的視野から」位置づけるという問題を設定し、そこで、二つのモデルを提示する。すなわち、ドイツ＝立憲君主政モデルと、フランス＝国民主権モデルである⁵²¹。立憲君主制モデルは、国家・主権を体現する君主から議会在固有の領域（法規）を確保してきた歴史を反映して、君主が法規固有の領域以外においても法律

と同時に、高橋の統治構造論の一つの区切りとして企図されたものでもある（『制度構想』はしがき、p. i ~ ii）。このことから本稿では、国民内閣制論の要約および到達点として、同書を引用している。

⁵¹⁷ 『制度構想』、66 頁。

⁵¹⁸ 『制度構想』、91 頁。

⁵¹⁹ 『制度構想』、90 頁。

⁵²⁰ 『制度構想』、89 頁。

⁵²¹ 各モデルの整理は、『制度構想』、126-135 頁による。

を制定可能であり、権力主体としての国家を国民代表である議会が制限する構図を描く。このモデルを「前理解」として日本国憲法を解釈するかぎり、現在の日本の君主権からスライドさせた行政権には、自律的な固有領域が確保されることになり、行政権が法律の根拠なしに憲法を直接の根拠として活動することが可能となる。これに対して、国民主権モデルでは、市民革命によって君主から主権が剥奪され、国民が国家権力を体現することとなった歴史を反映して、君主およびそこからスライドする行政権には、法律の執行の権限しか認められず、したがって議会制定法律の根拠なしに、憲法から直接に行政権に対して確保された活動領域を想定することはできない。立憲君主制モデルでは法律の固有領域、すなわち法規の内容を積極的に定義することが問題化されるのに対して、国民主権モデルでは行政権の限界確定、すなわち委任立法の限界が焦点化される。この二つのモデルの対照が解釈論における行政権定義に反映されるとき、立憲君主制モデルが「控除」説、国民主権モデルが「法律の執行」説に対応することになる⁵²²。そして、天皇主権を否定して国民主権原理を採用した歴史的背景、および第 41 条の立法府の最高機関性の規定から、日本国憲法の行政権概念に当然に親近性があるとして、比較的簡易な論証において高橋が採用する⁵²³のは、国民主権モデルである。

ここにおいて、高橋の国家論に内在する一種の逆説が立ち現われる。政治領域においては、議会のコントロールに対する行為主体としての内閣の能動性、政策プログラムの実行主体としての内閣権限、官僚政治に対する統制強化といった諸々の文脈において、強い行政権を構想しながら、他方、法の支配を論じる場面においては、「法律の執行」説的な行政権定義と親和的な国民主権モデルを採用し、「控除」説的な行政権定義を採用する立憲君主政モデルを排除し、強い執行権構想を遠ざけることになる⁵²⁴。

しかし、この逆説は高橋自身において明確に意識され解消が図られている。すなわち、高橋は法の支配論において立法権と行政権の関係を「法律の執行」的な行政権定義に引き付けながら位置づける際に、同時に必ず、「法律の執行」の意味するところは内閣の政治的

⁵²² 高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第3版』、有斐閣、2013、358頁。

⁵²³ 『制度構想』、133頁。

⁵²⁴ なお、本文では議論を単純化するためにモデルの採用・排除という語を用いたが、実際のところ、高橋がこのモデル論を扱う場合には「採用」や「排除」といった構図を確定する語は使用していないため、高橋の議論における二つのモデルの比較対照が、真の意味で国民主権モデルを「採用」し、立憲君主政モデルを「排除」しているかどうかは、微妙な問題である。二つの構図はあくまで比較憲法的な「モデル」としての価値にとどまるものとして、非常に慎重に取り扱われていることがうかがえる。すなわち、現実の政治を牽引するための効果をこのモデルから引き出すために、法の支配の領域と政治の領域の分断と再結節という多層的な議論構造が用いられていることに、そのような慎重さがうかがえるのである。また、国民主権モデルにおいて、立法権についてこそ「控除」説が適用される＝国家作用のうち行政と司法を控除した残余が立法権であると解釈されることを説明する際、高橋は同時に、自分自身の立場として、立法権控除説を採る必要はなく、三権全てを積極的に定義するべきであるとする（『制度構想』、132頁、注10）。ここでも、二つのモデルの対照は高橋において、既存の憲法解釈との形式的対照性を強調するとともに、政治領域についての高橋の認識との形式的な緊張をはらみながら実質的には対応させようとする、慎重な論理操作の跡がうかがえるといえよう。

イニシアティブの否定ではないという留保を付す。「従来の議論のように、「議会が決定し、政府が執行する」というイメージを基礎に、国会に自らのイニシアティブに基づく政策決定を求め、法律をそのような政策決定の法形式だと捉えるのは、今日の国政の実態に合わない。善悪は別にして、国政のイニシアティブは、基本的には内閣から来ざるを得ないのであり、国会の中心的役割は、現代国家においては行政のコントロールに求められる」のであり、ここで提示されているのは、政治的領域において述べられる内閣権力強化論を前提とした、「法律の執行」概念と現実の行政権との外見的な衝突の調整である。政治領域と法の支配の領域、二つの領域において行政権の構想の仕方が異なるように見える逆説は、「法律の執行」という概念を改鑄することによって、あくまで外見上のものとなり、実質的には解消されるのである。

ここで重要なことは、事実において強化される行政権（執行権）の認識と、この認識と外見的上矛盾するような強い（というよりもむしろ領域的に広い）立法権概念の法的構想という高橋の構図は、明らかに、カレ・ド・マルベールの *Loi* および *Confrontation* における立法権・執行権の関係論がモチーフとなっていることである。次項では、高橋の議論におけるカレ・ド・マルベールの議論の現れ方を検討しておく。

2. 国民内閣制論の「モデル」論とカレ・ド・マルベール

カレ・ド・マルベールと高橋和之を結び付けるものは、前述したフランス＝国民主権モデルの存在である。高橋によれば、立憲君主制モデルが日本のドイツ公法研究者の業績を下敷きにしているのに対して、国民主権のモデルは、「カレ・ド・マルベールにより分析された、フランス革命において確立され第三共和制において定着するナシオン主権論を念頭に置いている」ものであり、そして、ここで高橋のいうカレ・ド・マルベールのナシオン主権論は、『現代憲法理論の源流』において展開したものであることも提示されている⁵²⁵。したがって、高橋が国民内閣制論において自説の前提としている「国民主権モデル」とは、『現代憲法原理の源流』において展開され、本稿において読み解いた高橋自身によるカレ・ド・マルベール読解である⁵²⁶。しかし、「ナシオン主権原理」として提示されてはいるものの、ここで対象になっているカレ・ド・マルベールの議論は、*Contribution* における国民主権論、すなわちナシオンとプープルの二つの主権論の対照図式におけるそれというよりも、

⁵²⁵ 『制度構想』、127 頁、注 4。なお、『国民内閣制の理念と運用』、有斐閣、1994、238 頁注 1 においては、カレ・ド・マルベールの国民主権原理を解説した論考として、杉原の「国民代表制論」を挙げている。

⁵²⁶ 同様の行政権構想についての二つのモデル論は、『国民内閣制の理念と運用』、有斐閣、1994、337-354 頁においても展開されているが、この時点では「ドイツ型／フランス型」という整理はせず、またカレ・ド・マルベールの国民主権論をモチーフとして直接引用することはない。この変化、モチーフの明確化は、『国民内閣制の理念と運用』から『制度構想』までの間に、高橋が議論を整理し直した結果であろう。

むしろ *Loi* および *Confrontation* におけるそれ、すなわち「ナシオン」、「プープル」といった区別が現れなくなった時期の主権論⁵²⁷であることは疑いがない。なぜなら、国民主権モデルから行政権定義を「法律の執行」説へ近づけていく論理展開は、議会主権現象を 1875 年憲法から基礎づけ、執行権を議会に法的に従属させる「法律＝一般意思の表明」原理の内容そのものだからである。

しかし、ここで忘れてはならないのは、『源流』において高橋自身が読み解いたとおり、*Loi* および *Confrontation* におけるカレ・ド・マルベールの議論は、第三共和制憲法下の実定公法秩序のみを分析対象としたものであることだ。カレ・ド・マルベールにおいて、立法権と執行権との関係が焦点化されたのも、あくまで「1875 年憲法下における立法権と執行権の区別⁵²⁸」の議論の中であることに注意しなければならない。したがって、国民内閣制論の基礎となっているカレ・ド・マルベールの議論は、実定憲法の無視できない簡素さを前提として、革命原理の展開を織り込む形で展開される法実証主義であり、その結論が「法律＝一般意思の表明」原理であった。「法律＝一般意思の表明」原理は、政体の変遷を超えて受け継がれる革命原理を提示することで、簡素な憲法の条文から立法府にのみ認められる「始原的な性質」という法的な優位性を基礎づける試みであった。革命原理の解釈に重点がおかれるカレ・ド・マルベールの議論は、その議論から導き出される効果の面において、実定憲法を字義通り、機械的に順守するのではなく、正しい原理的考察にもとづいた憲法原理に沿って実定公法を運用することを求めることになる。モランがカレ・ド・マルベールの議論を「非立憲主義⁵²⁹」と呼んだのは、カレ・ド・マルベールが「革命原理が実定公法秩序においていかに現れているのか」を、あたかも「聖書に向かう神学者のように⁵³⁰」探究することから来ている。すなわち、実質的に探究されるのは憲法の条文の意味というよりも革命原理それ自体であり、厳密には準拠軸として「憲法ありき」という発想にもとづいてないからである。とりわけ現代的な意味での立憲主義を、立憲的意味の憲法のほとんどが成文憲法であることも考え併せて、「成文憲法によって権力を制限し、市民の権利・自由を確保する」原理として定義するとき、成文憲法それ自体ではなくそこから抽出される原理によって権力の分配をとらえようとするカレ・ド・マルベールの議論は、真の意味での「立憲主義」から微妙に距離をとったものであることが理解できるであろう。「法律＝一般意思の表明」原理が、代表者を介して主権者である国民の意思を表明する性質ゆえに、

⁵²⁷ 『源流』170-182 頁における、一般理論としての *Contribution* を前提とした *Loi* の読解部分を指す。

⁵²⁸ *Loi*, 第 2 章の章題 (*La distinction du pouvoir législatif et pouvoir exécutif d'après la constitution de 1875*)。

⁵²⁹ *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, p.336.

⁵³⁰ *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, p.26. すなわちテキストの字義通りの意味に従うのではなく、テキストを解釈することで導き出される原理を解明し、それに従うことを主題とする。なお、聖書の場合は積義対象となるテキストは膨大なものだが、第三共和制憲法の条文はごく少ないものであって、「字義通り憲法を順守する」だけでは統治が成立しないという側面も当然にある。

議会を特権化しているのは、究極的にいえば、「憲法が国民主権原理を採用している」からというよりも、「第三共和制という政治体制が不文の革命原理として国民主権原理を採用している」からである。憲法は、その簡素さゆえに、当時の根本原理としての地位を実質的に革命原理に譲ることになる。

翻って高橋の国民主権モデルにおいて語られた行政権は、「法律の根拠をまたず、憲法から直接に権限の根拠を引き出して活動することはできない」ものであって、法律＝法律創出者である議会の優位性を基礎とする点で、カレ・ド・マルベールと機を一にする。しかし一方で、議論の前提に目を向けると、高橋が国民主権モデルを提示するのは日本国憲法の解釈としてであり、所与となっているのは成文憲法としての日本国憲法である。日本国憲法は国民主権原理の表明、権力分立、三権の帰属を明確に示す規定の存在といった原理的規定を豊富に備えており、それこそ「ナシオンかプープルか」という主権原理の内部での解釈論争が生じるほどの原理的考察を可能とする可能性を秘めていた。このような日本国憲法と第三共和制憲法とを類比して捉えることは不可能であり、この点、高橋の提示する「国民主権モデル」が、カレ・ド・マルベールが想定していた実定法的所与とは異なる日本国憲法の上に、カレ・ド・マルベールのナシオン主権、権力分配論を接ぎ木したものであることは疑いがない。したがって、高橋の「国民主権モデル」はカレ・ド・マルベールの議論をそのまま日本に移し替えたのではなく、一定の論理操作を内包したものであって、その意味で、あくまで「モデル」としての価値、すなわち憲法解釈における参照軸ではあるが、絶対の指標ではないものにとどまるものであると思われる⁵³¹。また同時に、カレ・ド・マルベールから高橋へ移行する間に、何らかの理論上の取捨選択が存在したと考えられるのである。このような理由から、本稿では高橋の理論上の「取捨選択」を追い、カレ・ド・マルベールと高橋の理論的關係を明らかにすることを試みる。

まず、高橋が「国民主権モデル」構想にあたって、カレ・ド・マルベールの議論から切り捨てたものとは何か。この問いの答えは、これまでの考察で既に示されているとあってよい。すなわち、捨象されたのは「非立憲主義」的な解釈論上の姿勢である。第三共和制憲法の条文の簡素さと日本国憲法の条文の豊富さの対照、すなわち解釈論の前提となる形式的な法の所与の差異を捨象したところに高橋の「国民主権モデル」論は成立しているのであり、その点で、国民内閣制論は決定的にカレ・ド・マルベールの議論とは断絶している。端的に言って、高橋和之の「国民主権モデル」を参照軸とする解釈論は、憲法の条文と一定の距離をもって独立したところで成立しているのであって、法のテキストに依拠していないという点で、モラン読解におけるカレ・ド・マルベールとは別の意味で、根本的に法実証主義ではないのである。このことは、国民内閣制論が実定法秩序の認識を超えて、憲法規定の「運用」を問題化する議論であることを反映したものといえよう。

⁵³¹ 注 526 において述べたように、「国民主権モデル」のモチーフとしてのカレ・ド・マルベールが明示されたのは『国民内閣制の理念と運用』ではなく『制度構想』の時点になってからであることも、モチーフとしてのカレ・ド・マルベールの位置づけが固定的・絶対的なものでないことを示唆している。

逆に、高橋が切り捨てなかったものは、事実上の「執行（行政）優位」と法的な意味においての「立法優位」を両立させる構造である。高橋が政治的議論における「強い行政権」構想と、法の支配の議論において立法府に従属する「弱い行政権」構想の間の外見的逆説、およびその逆説の解消の議論を展開したことは、既に述べたとおりである。現代行政国家現象における行政府の権限肥大という事実の認識、および内閣権限強化によって官僚統制の機能を行政権に果たさせようとする制度的インセンティブの構想、すなわち事実認識と制度構想の両面において、高橋の議論には「強い行政権」構想が存在する。そして、事実と制度における行政権の強さに対して、法の支配論では「国民主権モデル」から「法律の執行」説的な制限的行政権概念を採用し、一見相反する行政権の強さと弱さを接合させるために、政治領域と法の支配の領域の議論を区別しつつ、この二領域を再結合させることによって、内在的矛盾に陥ることを慎重に防止していたのである。

これに対して、カレ・ド・マルベールの議論に、高橋のような、強弱の相反する行政権概念の構想と理論操作が存在したであろうか。それがカレ・ド・マルベールの執行権論であり、この議論こそ、カレ・ド・マルベールから高橋に継承されたものの核心部分であると考えられる。カレ・ド・マルベールにおける執行権概念は、「執行」の語義の示す通り、立法議会の創出規範である法律を「執行」する権力であるという性質に由来する。法的意味において立法権を特権化し、執行権を立法権に従属化させる点で、「行政権の弱さ」を構想する高橋と同期する。しかし同時に、カレ・ド・マルベールが「行政権の強さ」を構想する場も、まさにこの「執行」という語においてである。すなわち、カレ・ド・マルベールにおいて、行政権が法的に表現される「執行」の語義が、通常考えられるよりも広いことである。そこで、カレ・ド・マルベールにおける「執行」の語義の広さについて、二つの注意点を指摘しつつ、高橋がカレ・ド・マルベールから継承したものの正体について、次項で考察する。

3. カレ・ド・マルベールと高橋の構造的重なり

第一の注意点は、「執行権」には、行政権のみならず司法権も含まれるということである。カレ・ド・マルベールにおいて、司法権の作用は法執行の一部として組み込まれ、行政権と類比的に捉えられる。すなわち、国内公法秩序において、立法が法規範の端緒となるのに対して、法執行は法規範の端緒から実現までを仲介する存在であり、作用の面からいえば、執行とは「法規範の端緒となりえず、端緒の後、法規範の実現までを仲立ちする」行為である⁵³²。そして、カレ・ド・マルベールによれば、この執行の特徴は、行政と司法のいずれの活動にも当てはまるという。行政・司法には、いずれにも、規範に内在する強制力を発動させる機能が存在するが、その強制力の源泉それ自体は行政・司法に内在してい

⁵³² *Confrontation*, p.98.

るわけではない。強制力の源泉は法律しかありえず、行政は法律の規範の具体化、現実的・最終的な規範の執行行為へのプロセスを踏んでいくことで、司法は条文への事実の適用の可否を中心に判断を行うことで、それぞれ源泉たる法律から強制力を具現化させる⁵³³。したがって、作用論の視点からみれば、行政と司法は、いずれも先行する法の強制力を具現化する作用を担い、異なるのは具現化の方法だけであることになる。また、同時にこの議論は、行政と司法の区別論であることにも注意を喚起しておきたい。ここまでは *Confrontation* における「執行」の語によってくくられる行政と立法の共通項を強調する形で提示したが、そもそも *Confrontation* においてこの議論が提示されたのは、司法権が執行の範疇にあることを示すためではなかった。というのも、基本的に執行の語を行政権定義にのみ用いる現代的感覚と異なり、司法権の「執行」としての性質自体はカレ・ド・マルベールにおいてむしろ自明視されており、折に触れて司法権論が登場はするものの、司法権と執行権概念との位置関係を、紙幅を多く割いて論じることにはなかったのである。*Confrontation* において司法権の「執行」としての性質が記述される場合、それはむしろ行政権と司法権の違いを示すためであった。行政権が、立法権に準じた規範創造的性質を持つ抽象性行為から、具体性・対象特定性の高い現実の適用行為まで、幅広い性質の行為を行うのに対して、司法には「条文が具体的事件における事実に応用されるか否か」を判断するという限定的な中核が存在する。カレ・ド・マルベールはこのような司法の作用の中核を、「事実の実証」という形にとどまるものであって、行政の作用と比較して規範の現実的適用の段階に近く、また性質上法執行の概念からも遠いものであるとする⁵³⁴。またこの区別論からは、カレ・ド・マルベールにおける立法／執行という区別と、法段階理論のいうところの法創造／法適用の区別論が重ならないことが論証される。「執行」の語義を広く解するカレ・ド・マルベールにおいては、行政権・司法権はいずれも執行権として統一的に把握できるが、その作用は多岐にわたり、法創造の性質を含まない純粋な法適用のみならず、行政権・司法権において行われる法創造の作用を認めている。立法に担保される法的優越性は、ひとえに法の強制力の源泉としての価値である。そして行政権と司法権を比較した場合、執行権に含まれる司法の中核は、むしろ法創造・執行の語義の中核から外れるような、現実的な法の適用行為に近いもの⁵³⁵であり、結局、立法が法創造を独占しているわけでもなければ、行政が法執行・法適用を排他的に担うわけでもない。法創造／法適用という法段階論の段階構造を支える区別論は、カレ・ド・マルベールの「執行」の語義において解体され、法創造と法適用の機能は各国家機関の活動の中に複雑な形で分割・分有されることになる。

第二の注意点は、こちらがむしろ本稿の関心からは重要であるのだが、カレ・ド・マルベールが立法権・執行権の相互関係を論じるとき、立法権への服従という「弱さ」の契機

⁵³³ *Confrontation*, p.104.

⁵³⁴ *Confrontation*, p.99.

⁵³⁵ *Confrontation*, p.96.

と、「執行」の広い語義という「強さ」の契機とが、必ずしも矛盾するものとして捉えられていないことである。カレ・ド・マルベールは *Loi* において、第三共和制憲法が形式的法律概念（法律は「議会在が制定するもの」であるとして形式的に定義される）を採用する（と解釈される）ことの「現実的利点」について、以下のように考察している。

「法律事項と命令事項のそれぞれに関して1875年憲法が採用した方法は柔軟で弾力性のある性質を有しており、これには利点があるということが出来る。状況と必要に応じて政府の命令制定能力を拡大しうることが往々にして有益であることからすれば、この能力にあらかじめ不動の制限を課さないことは賢明であるといえよう⁵³⁶」（下線は筆者による。）

下線部において述べられるとおり、カレ・ド・マルベールは実質的法律概念の放棄について、立法府よりもむしろ政府、すなわち行政府の活動にとってメリットがあるものと考えているようである。形式的法律概念は、裏を返せば実質的な立法権定義の放棄であって、立法権の限界を画定することの放棄である。立法権の外縁が確定されないことから、国家権力の分配論において、当然に隣接する執行権の領域も不確定的なものとなり、結局のところその実質、すなわちあらかじめ実質を定めないという意味で、カレ・ド・マルベールの行政権定義は「控除説」的なものへと接近しているようにみえる。法律の内容を形式的に定義するという事は、連鎖的に、行政府の命令の内容も形式的に定義されることになるのである。

政府の活動について「あらかじめ不動の制限を課さない」こと、すなわち行政活動の柔軟性が、第三共和制憲法の形式性の「現実的利益」として提示されるこの議論を見ると、カレ・ド・マルベールの政治領域へのまなざしが見て取れる。カレ・ド・マルベールは行政の命令事項の限界についての真理を、政府の規制権限が国防・公の秩序といった利益のために拡大され強化される「混乱と危機の時代」、すなわち第一次世界大戦時の議会活動、および大戦後の財政再建政策におけるポアンカレ内閣のデクレ=ロワの実際に見出す。「デクレ=ロワはカレ・ド・マルベールの形式的定義における「立法手続」には該当せず、その名称において「不当」であるという。というのも、デクレが法律として、またはその改廃としての効力を獲得するためには「議会の承認を経なければならない」という点において、デクレ=ロワの存在によっても、議会と執行が法的に混同されることはなかったからである。この議論をもとに、カレ・ド・マルベールはこの戦時下および戦後のデクレ=ロワの実態と常態化に対して、以下のように評価する。

「第一次大戦の勃発以来、1914年8月4日に可決された一連の法律は、多くの重要な事項に関する措置を命令によって執る権限を大統領に付与することになった。付言すれば、議会在これらの法律を憲法上まったく正当に可決しえたという事実は、一部でいわれたよう

⁵³⁶ *Loi*, p.86.

に、法律による執行府への授権という点で、同大戦が 1875 年憲法を突然襲ったわけではないということの意味する。⁵³⁷」（下線は筆者による。）

「このような展開の原因は戦争あるいはそれに伴い諸状況に起因する困難のみではない。さらに、授権の頻度とその内容の拡大とに関して現状のような運用がもたらされたのは、何よりも、法律と命令の関係に関して1875年憲法によって確立された制度の真の重要性が、結局は十全に正しく理解されたからである。⁵³⁸」（下線は筆者による。）

このカレ・ド・マルベールの評価を、注意深く読み取らなければならない。とりわけ二つの引用部の下線部において述べられていることは、1875年憲法下の公法秩序の内容が、戦時体制下におかれることによって、変更・修正を迫られたのではなく、逆により明確化されたということである。先の引用部分における第三共和制憲法の真の意味が明確に「理解された」というのは、すなわち「同憲法が法律と命令の二つの領域を画定するにあたって用いたのは対象事項ではなく、執行府の個々の命令が合法的であるという条件、つまり命令が先行する法律の規定の執行として制定されるという条件のみ⁵³⁹」であるということが、戦時下・戦後においてよりはっきりと立ち現われ、その後もこの法秩序観にもとづいてデクレ＝ロワが常態化したということの意味する。換言すれば、政府権限の増大現象が不可避となる戦争時ですら、同憲法の法秩序の特性を最大限に発揮することで、その法秩序の枠内において対応可能であったということである。そして、この対応力の理論的根拠となったのが、形式的法律概念がもたらす控除説的な執行権の構想であることは疑いがないであろう。

このようなカレ・ド・マルベールの戦時法秩序に対する評価は、シュミットの「例外状況」の否定と捉えられる。すなわち、戦争状態を法の支配の例外と位置づけ、この状態の国家において敵と味方を分かち「決断」を行う能力を持つ唯一の存在、つまり国家＝政府に平時とは異なる強力な権力を根拠づける構想である。この視点から見れば、カレ・ド・マルベールの戦時・戦後評価は、戦時体制を法の埒外に置くことなく、いかなる場合も法の支配の例外を認めない点で、優れて立憲主義的であると理解されることになる。また、カレ・ド・マルベールの行政権強化論が第五共和制の「予言者」と称されることを考えると、「危機の時代」において憲法の神髄が明らかになるという構図自体、興味深いものといえよう。というのも、アルジェリア危機の解決を原点とし、レファレンダムの導入による議会主権からの完全な脱却をもって、前時代からの断絶を画した第五共和制憲法こそ、「危機の時代」に憲法の本質が理解されるという構図に当てはまるように思われるからであり、カレ・ド・マルベールの「予言」の意味を問い直す余地があると感じられるからである⁵⁴⁰。

⁵³⁷ *Loi*, p.95-96.

⁵³⁸ *Loi*, p.97.

⁵³⁹ *Loi*, p.98.

⁵⁴⁰ 本文の趣旨からはずれるが、ここで、第五共和制についてのカレ・ド・マルベールの「予言」の意味について、若干の考察を加えておく。第五共和制におけるレファレンダム制度は、大統領

と議会の対立を、その両者に優位する国民によって仲裁する手段として構想され、したがって法的な意味において議会の絶対的優位は解消された。この国民による仲裁の制度としてのレファレンダムは、*Loi* 以降においてカレ・ド・マルベールが提示した制度改革論と重なるものであり、この意味においてカレ・ド・マルベールは第五共和制の制度の「予言者」と呼ばれる。しかし、ド・ゴールの時代のレファレンダムは、1958年の第五共和制成立から1962年の大統領直接公選制の成立までの間、アルジェリア危機解決のための政策の正当化のため、つまり「危機の時代」の対応の法的な正当化のために用いられた。危機対処の行政権強化に対応するプレビシットの運用である。議会主権現象からの完全な脱却と国民の直接投票による行政権強化を、第五共和制憲法の本質と定めるのであれば、アルジェリア危機という危機の時代にこそ、第五共和制憲法の本質がよく理解され、その本質に沿った運用が、その後も常態化したと捉える余地があるであろう。ここにおいて、「危機の時代に憲法の本質が顕現する」というカレ・ド・マルベールの戦時評価と第五共和制初期のレファレンダムは、オーバーラップする可能性がある。まず、第三共和制において、大戦という危機が憲法上の形式的法律概念、命令の対象領域の限定性の否定という第三共和制憲法の本質を顕現させ、その本質に従ってデクレ＝ロワの常態化が生じた。それに対して第五共和制においては、アルジェリア危機対応のために生まれた憲法が、まさにその本質として、レファレンダムを手段と行政権強化を行い、行政権の国民の直接投票による強化という本質が理解されたことで、その効果を常態化させる手段として大統領の直接公選制が定められた。第三共和制—大戦—形式的法律概念—デクレ＝ロワというラインと、第五共和制—アルジェリア危機—行政権強化—大統領直接公選制というラインが重なり合うのであり、カレ・ド・マルベールの戦時評価に、単なるレファレンダムの導入とは異なる意味で、「予言」が存在したと考える可能性があるのである。しかし、同時にこの重なりを「予言」と呼びうるかどうか、ただちに解決しえない疑問があることも確かである。なぜなら、危機によって理解されその後の運用に反映される憲法の本質的内容が、第三共和制と第五共和制の間で異なるからである。戦時以降の第三共和制において実現した、領域的限定を受けない命令権は、行政権の強化という意味では第五共和制と共通するが、国家機関に付随する国民の意思のあり方が異なる。議会主権現象下の第三共和制では、「一般意思の表現」の根拠として国民の意思が議会に専属的に添付されるのに対して、第五共和制下では国民の意思はもはや議会に専属するものではなく、直接投票によって行政権の根拠となりうる。このことは、前者の憲法が議会主権を容れるものであったのに対して、後者の憲法が議会主権の否定に立脚していることを反映している。危機において実現した原理を、行政権強化という機能的側面に着目して類比的に捉えれば、危機についての「予言」が存在したと捉えることができるが、他方で実現した原理を国民意思のありかたに着目して対照的なものと捉えるのならば、二つの共和制の重なり合いは、はあくまで歴史的偶然による、形式上のものとして捉えられることになるだろう。二つの共和制について実現した原理を、類比と対照のいずれにおいて捉えるかは更なる検討が必要であり、ここで結論を出すことは不可能であるが、ここで提示された問題は、通常の意味におけるカレ・ド・マルベールの「予言」の正確な意味を再問題化する可能性を秘めている。というのも、通常の意味における「予言」はレファレンダムのことを意味するが、カレ・ド・マルベールはこれを第三共和制憲法下においても導入可能である改革案として提示したのであり、立法・執行を二元的権力として捉えず、第三共和制下の形式的法律概念と両立すること、立法・命令ともに対象領域の限定によっては定義できないことが念頭に置かれていた。*Loi* において、カレ・ド・マルベールが、第二の改革案として違憲審査制の導入を提示しつつも、レファレンダムと比べてその導入に消極的だった理由は、違憲審査制が司法権に立法作用を認めるものであり、形式的法律概念や権力の一元性を明確に否定する結論に至るからであった。すなわち、戦時において明らかになった第三共和制憲法の本質を法的に否定するような制度は、カレ・ド・マルベール自身によって注意深く否定されていたのである。翻って第五共和制下のレファレンダムは議会主権の否定のもとに成り立っており、加えて第五共和制憲法が立法事項を限定列挙することから、カレ・ド・マルベールが第三共和制憲法の本質として見出した純粋な意味での形式的法律概念は、もはや同憲法において成立しないと思われる。このように考えたとき、カレ・ド・マルベールが考えていた第三共和制憲法に付加できるレファレンダムと、第五共和制憲法上の制度であるレファレンダムは、本質的に異なるものと考えられる余地がある。したがって、

しかし、国民内閣制とカレ・ド・マルベールの対応関係を考察する本稿の関心からは、前述の理解だけでは十分とはいえない。より注目すべきなのは、カレ・ド・マルベールが執行権についての第三共和制憲法原理の最大の発露を、戦時下・戦後の政府権限増大時に見出したという事実それ自体である。この事実は、一方で議会主権現象を支える立法府の優位体制を立法に対する執行の従属性として法的に説明しつつも、他方で強力な執行権が現実に存在するという認識が、カレ・ド・マルベールの議論の根本に据えられていることを示している。すなわち、第三共和制憲法の特徴が最も明確に明らかになる状態とは、一方で「弱い執行権」構想を法的所与とし、他方で事実の認識、つまり政治的次元において「強い執行権」構想が現実化する場所なのであり、カレ・ド・マルベールはこのことを念頭に置きつつ、いずれの構想も排除することはなかった。法の支配を戦時にも排除しないというカレ・ド・マルベールの結論は、立法概念と執行概念について論理操作を重ねることによって、強弱二つの執行権構想を矛盾せずに接合させる形で権力分配論を成立させたものとして読み替えることが可能なのである。このように、戦時下に対する評価を、カレ・ド・マルベールにおける執行権の強・弱の二構想を接合させる議論構造として位置づけると、先に扱った高橋和之の国民内閣制論の構造と重なることが理解されるであろう。

しかも、カレ・ド・マルベールが念頭に置く戦時下において発生するのはあくまで「政府権限」の増大であって、「執行権」の増大ではない。カレ・ド・マルベールの「執行」概念に司法が含まれることは既に述べたとおりだが、カレ・ド・マルベールが第三共和制の憲法秩序の真理の発露の場として想定したのは、直接には内閣権限増大の場、すなわち司法権を含まない政府＝現代的意味における行政権の増大である。したがって、戦時下への評価を考慮するとき、前述した現代の執行概念とは異なる司法府を含む執行概念にもかかわらず、カレ・ド・マルベールの議論と高橋の行政権強化論を重ねて見ることが可能となる。また、カレ・ド・マルベールが1875年憲法について「現実的利点」を述べていることは、法秩序の観察者としての *Contribution* における立ち位置を超えた、改革論の提示者としての *Loi* 以降の立ち位置を想起させるが、観察者／改革提示者の二側面が、著述者の立場の違いではなく観察対象の違いとして転化され、高橋のいう法の支配の領域／政治領域の区別論と、完全にではないにしろ対応することも注目される。

そして、これら高橋の議論とカレ・ド・マルベールの議論がオーバーラップする構図を念頭に置いたうえで、第三共和制憲法下にあつて、戦時下において発生するほどの政府権限の増大現象ですら受容可能であるということを現代的視点から読み解くとき、次のような読解の可能性が成立する。すなわち、「カレ・ド・マルベールの第三共和制法秩序解釈に、現在の公法秩序の解釈を接近させることによって、政府権限強化論の基礎とする」という論理操作の可能性が、仮説的に成り立つ。しかし、公法秩序の基本構造を確定するのが実

「予言」が真の意味で予言たりうるものだったのか、それとも歴史的偶然による形式的合致を、厳密な意味でなく表見的にそう呼んだに過ぎないのかという問題設定に関する限り、単なるレフアレンダムの実現という意味での「予言」も、危機における憲法の本質の顕現という意味での「予言」も、いずれも再問題化される余地があることは、変わらないのである。

定憲法である以上、この論理操作の可能性はあくまで「仮説的」であって、第三共和制憲法と現代の憲法秩序の差異が大きすぎると判断される場合、このような理論操作があまりにも暴力的なものとなり、したがって操作は不可能なものとなる。それでは、カレ・ド・マルベールの憲法秩序と現行公法秩序が、具体的にどの程度親和性を有するのか。本稿は、現代の日本の公法秩序について、この親和性の問題を検討し、カレ・ド・マルベールの議論の適用可能性を探ったものが、高橋の国民内閣制論であるといえるのではないかと考えるのである⁵⁴¹。カレ・ド・マルベールの学説に対して高橋が描いた構想を大胆に推定してみるならば、「戦時・戦後における混乱期の政府強化ですら法的に受容しうる枠組ならば、現代の進展した行政国家現象という第三共和制と異なる政治的背景の下であっても、平時の政治改革を下支えする法理論としては申し分ないはずである」ということになる。

そこで、高橋がカレ・ド・マルベールの議論から切り捨てた部分と継承した部分を念頭に置いて、この仮説についての高橋の立場を整理し直すと、次のようになる。第一に、すでに述べたとおり、カレ・ド・マルベールの独特の法実証主義的立場、すなわち第三共和制憲法の解釈としてのみ成立する議論であることと、にもかかわらず実質的内容を実定憲法の条文それ自体ではなく革命原理に求め、「革命原理の抽出」を中心課題とすること、この二点については継承されず、国民内閣制論からそぎ落とされている。要するに、素朴な意味において高橋は法実証主義ではないと述べれば足りることであるが、付言するならば、立憲君主制モデルと国民主権モデルという比較憲法上の独仏対照の構図を用いて、既存の学説に対するアンチテーゼとしての自説の位置づけを明確化しつつも、自説において採用するフランスモデルそれ自体は、抽象化・図式化された「モデル」論として成立する解釈時の参照軸にすぎず、フランス実定法の解釈・カレ・ド・マルベール学説それ自体の妥当性からは距離を取っているのである。つまり高橋は、「モデル」論の体裁を取ることで、法実証主義的立場は、理論操作の可能性の実現に影響しないものとしたのである。第二に、高橋が深い意味においてカレ・ド・マルベールから継承したものは、強い行政権と弱い行政権をそれぞれ構想し、それを法理論において矛盾なく接合させるという議論構造それ自体であり、高橋の三権の定義、法の支配論の根幹をなすものであるといっても過言ではない。この中核的な議論構造において、高橋はカレ・ド・マルベールと同期し、しかも所与としての日本国憲法下での公法秩序においても、上述の「モデル」論を介して、このよう

⁵⁴¹ カレ・ド・マルベールの「予言」の再問題化（注 540 参照）の可能性は、本稿の高橋の位置づけにも関わる。原理的な所与を異にする第三共和制憲法と第五共和制憲法において、それでもなおレファレンダムの導入もしくは危機における憲法原理について、厳密な意味で「予言」が成立すると考えるなら、カレ・ド・マルベールの理論を政体の差異・憲法原理の差異を超えて実現しうる本質を備えたものと捉えることになる。こう考えるとき、高橋のカレ・ド・マルベールの議論からの継承としての「国民主権」モデルを正当化する方向へ進む。逆に、カレ・ド・マルベールの議論が、第三共和制の憲法原理によって完全に規定され、厳密には第五共和制に適用する余地のないものとするならば、カレ・ド・マルベールから高橋への継承、すなわち現代日本の憲法体制にカレ・ド・マルベールの理論枠組を移植しようとする試みは、否定的に考えられることになる。

な構造が成立すると解釈することは、決して暴力的な解釈ではないという判断があることになる。このような意味においてこそ、本稿は高橋の国民内閣制論がカレ・ド・マルベールから非常に重要な理論的基礎を継承していると考えるのである。

したがって、国民内閣制論における「国民主権モデル」の採用を、ただ単に「現行の日本国憲法が国民主権原理を採用するから」という理由で捉えることは、十全な理解とはいえない。まず、このような国民主権の字面だけをなぞった理解では、「立憲君主制モデル」を排除する理由としては足りない。なぜなら、市民革命を経ず、君主制から順接する形で民主的憲法を実現したドイツモデルこそ日本の法的所与に適合するという議論も十分に成立するからであり、事実このような前理解にもとづいてドイツ的な実質的法律概念を中核にした法秩序論が構築されてきたことは、高橋自身が検討しているのである。また、同様に「国民主権」の字面だけの理解からは、フランスモデルを採用する理由づけはできたとしても、なぜカレ・ド・マルベールの学説を選択したのか説明がつかない。『現代憲法原理の源流』での成果を見るまでもなく、高橋はフランス憲法学、第三共和制下の憲法学説について幅広い知識と考察を深めてきた人物であり、その高橋がなぜカレ・ド・マルベールだけをピックアップしたのかを考えると、単純に「国民主権」という抽象的原理が日仏両憲法秩序の間で共通していることを挙げるだけでは、理由として不十分であることは明確であろう。本稿の理解からすれば、高橋がカレ・ド・マルベールを選択した理由は、現実の行政国家現象における政治の強さ、あるいは求められる政治改革の姿を反映した「強い行政権」構想と、法的次元において議会に従属する「弱い行政権」構想を、問題領域の違いとして整理し異なる思考枠組みで示しつつ⁵⁴²、「政治を適切に位置づける」憲法解釈として接合せ統一するという問題意識が、カレ・ド・マルベールが問題化した立法・執行の関係論の構図と合致するからであり、そのことが高橋に知的魅力を感じさせた結果、国民内閣制論の法の支配領域における基礎が完成したのである。このように考えるからこそ、高橋はカレ・ド・マルベールを選択するほかなかったということになる⁵⁴³。

以上のような意味において、高橋の国民内閣制論は、現代的視点からカレ・ド・マルベールを読み解く試みの一つとして位置づけることができる。現代の政治改革論の憲法学的基礎として、あくまで日本の憲法学説として提示されたこの議論は、同時に、フランス古典学説の継承可能性に関心を向けた、優れたカレ・ド・マルベール読解でもあったというのが、本稿の立場である。

以上において、高橋和之が真の意味でカレ・ド・マルベールから継承したものの正体を明らかにした。前章における高橋の『現代憲法原理の源流』における読解に加えて、補論としてここでの読解を含めることで、本稿が関心を向けてきたカレ・ド・マルベール読解

⁵⁴² 『制度構想』、13頁。

⁵⁴³ なお、本稿の記述は高橋の思考様式を逆算的に捉えなおしたにすぎず、学説史的・時系列的に正確に読み取ろうとしたものではない。したがって、国民内閣制という改革論上の着地点を想定した上で、その基礎となりうる理論を探求してカレ・ド・マルベールに至ったのか、それともカレ・ド・マルベールの議論から改革論の着地点を割り出したのかは定かではない。

者としての高橋の全貌が明らかになったと考える。

本稿のここまでの議論は、高橋の読解対象を含め、*Confrontation* 前半部分までのカレ・ド・マルベールの議論を前提として展開してきた。次項からは、残された部分、本章でいまだ検討されていない *Confrontation* の後半部分について考察する。

第4節. *Confrontation* 第二部：法秩序の二重性論

本章第2節2において扱った *Confrontation* 第一部の内容を、本稿は法規範の「権力構想」と名付けた。その内容を要約すれば、法規範の性質は、その規範の内容・対象領域によって決定するのではなく、法規範を創造する権力の性質によって決定されるというものである。この構想を体現したのが「法律＝一般意思の表明」原理であり、主権者の意思が代表制を通じて議会に媒介されることを根拠に、形式的に議会制定法律が、国法上最高位の優越的地位を獲得する。ここでは、形式的法律概念を中心に、法規範が一義的に決定され、さらに立法権・執行権間の関係論までが提示される。これに対して、規範の対象とする領域をもってその性質を定義する議論があり、このような法規範構想からは、権力関係論としてはモンテスキュー的な三権分立論が導き出され、この議論がカレ・ド・マルベールの「権力構想」論によって否定される⁵⁴⁴。二つの規範構想を相反するものとして対置させる構図は、高橋の国民内閣制論におけるドイツモデルとフランスモデルの対抗関係に継承されている。

しかし、ここで注目しなければならないのは、ここまでの議論によって、法段階理論が完全に否定されてしまっているように見えることである。すなわち、法段階理論は実質的法律概念を採用するがゆえに、カレ・ド・マルベールの「権力構想」論とは相容れないのであるが、第三共和制下のフランス法段階理論を否定するという第三著 *Confrontation* の目的は、第二著 *Loi* の「権力構想」論の枠組みを継承する第三著第一部におけるここまでの議論によって十全に果たされてしまっているのではないか。法段階理論と「権力構想」論は原理的・根本的に矛盾するものであって、そのことが示された以上、残る第三著第二部において扱われている問題とは、一体何であるのか。このように、本項では積み残されたカレ・ド・マルベールの第三著第二部を問題化する。本章第2節1の末尾、カレ・ド・マルベールの一般性に対する姿勢を扱ったところで既に述べておいたように、*Confrontation* 第二部は、法段階理論に対する原理的・理論的批判であった第一部とは、議論のトーンを異にするのであり、本稿では第一部とは異なる第二部の色調の中に、第三著作 *Confrontation* の独自性が存在すると考える。

⁵⁴⁴ *Loi*, p.177.

1. *Confrontation* 第二部の論理展開

第三著 *Confrontation* の前半と後半に現れる「議論のトーンの違い」という本稿の表現に関して、まずは、同書の問題設定について考察しておく必要がある。第三著の課題として、同書序文において提示される⁵⁴⁵のは、以下の二つの疑問であった。すなわち第一部で問うのは、「フランスにおいて、『各段階の国家行為が先の行為の執行である』という命題は、どこまであてはまるのか？」という疑問であり、これは法段階理論とフランス公法秩序の原理的背反として、全否定の解答がなされた。これに対して、第二部の課題として示されるのは、「上位の行為に対して、下位の行為が新規範だといえる範囲は、どこまでか？」という問題である。ここで想定されているのは、法段階理論における各段階の規範を各論的に取り上げ、上位法・下位法の間を関係を検討する方法である。第一の問題に対する解答が原理的なものであるとすれば、*Confrontation* を第一部まで読了したカレ・ド・マルベールの読解者にとって、第二の問題に対する解答の道筋は、二通り予想することができる。

第一に想定される解答の道筋は、第一部での原理的検討からの解答を前提とした各論的検討の道筋である。この道筋は、具体的な諸種規範の検討において *Loi* および *Confrontation* 第一部で提示された「権力構想」論を持ち出し、適宜、原理的考察と各論的検討を結合させながら、各論を総合したとき法段階理論が前提として批判され否定されるという議論構造である。この道筋は、各論の検討において原理を現実に適用する試みと呼ぶことができよう。しかし、この原理適用型の解答の道筋は、カレ・ド・マルベールにおいて採られていない。なぜなら、実際に *Confrontation* 第二部に目を通すと、「権力構想」論のプレゼンスは必ずしも高くなく、第一部の原理的考察と第二部の議論は必ずしも接合されていないように思われるからである。

したがって、実際にカレ・ド・マルベールが採用したのは、想定しうるもう一つの解答の道筋であることになる。こちらの道筋は、「権力構想」論にもとづく原理的考察、すなわち第一部との接合を意識せず、原理とは独立した場所での各論的検討を行うことである。こちらの道筋から、原理＝総論的、適用＝各論的という読解者のイメージは修正を迫られる。*Confrontation* 第二部が各論的検討であるというのは、具体的な規範・権力を想定した上で、それぞれの性質を考察するという意味にとどまるのであって、むしろ機能的な検討と言い換えるべき議論が展開されることになる。よって、原理的検討から当然に予想されるような、第一部と第二部を「権力構想」論によって連続的にとらえる読解は、少なくとも一見した限り否定されるように見える。前半と後半の議論が、「法段階理論への反論」という大きなテーマ以外は共通していないかのように思われること、第二著 *Loi* からの議論の継承は、あくまで第三著前半までが核心であること。これらが、本稿のいう *Confrontation* の第一部と第二部の間にある「議論のトーンの違い」の意味するところである。そこで、ここからはまず、*Confrontation* 第二部の議論の流れを追う形で、このトーンの違いを明らかに

⁵⁴⁵ *Confrontation*, p.17.

しつつ、第二部における法段階論批判の概要を記述することを試みる。

Confrontation 第二部での法段階理論の批判対象となる部分は、法執行と法創造の連鎖構造であり、さらに分割していえば、法執行と法創造の概念そのものである。法段階理論によれば、法規範に関わる国家行為は、最終適用行為を唯一の例外として、すべて法創造が含まれることになる。すなわち、法秩序の段階構造の中で、特定の行為によって創出された法規範は、上位規範に対してはその規範内容を具体化する法執行を行うものであり、同時に下位規範に対しては、その規範の存立根拠となる法創造を行うものである。この二重の性質によって、ほとんどの国家行為は、法執行であると同時に法創造でもあることになる。しかし、段階構造の最上位に位置する規範と最下位に位置する規範だけは、構造上例外的に執行または創造いずれかの性質しか持たない。このうち、法秩序の最下位に存在する規範とは、その下に現実的・具体的な法の適用行為のみを控えたものであって、法創造の機能を持たない。したがって、法創造機能を持たない、純粋な法執行行為と呼べるものは、この最下位に位置する法規範の創造のみである。しかし、カレ・ド・マルベールによれば、問題はこのような段階構造の構想が、たった二種類の例外を除き、各段階の執行・創造の二重性を想定するために、規範という概念が非常に広範なものになってしまうことであるという⁵⁴⁶。すなわち、最上位と最下位以外の「ものは全て (tout ce qui)」法規範であり、国家行為はその大部分が法創造行為として把握されることになる。

しかし、カレ・ド・マルベールから見て、法段階理論の法創造・法執行の構想は画一的すぎ、是認できないものであった。なぜなら、法創造から創造された法の実効化へ進む手順は、法段階理論が描くドグマ通りの整然とした手順で成立するものだけではなく（反例としてたとえば慣習法の場合、法創造と法適用が同時に起こる）、法創造・法執行の複雑な法的現実に対して、法段階理論の提供する概念は内容的に貧弱であるからである。カレ・ド・マルベールはこのような趣旨を記述するために、ケルゼン、イェリネックを引きながら法規範の性質論を展開しており⁵⁴⁷、「権力構想」論のさらなる展開を予想していた読解者にとって、第一部と第二部の断絶を印象付けるものとなっている。

ここで注視しておかなくてはならないのは、法段階理論の広範な法創造の捉え方が、カレ・ド・マルベールにとって批判対象であること自体が、これまでの議論とは順接しない、一見して異質にすら感じられる論理展開であるという事実である。すなわち、ここでカレ・ド・マルベールは、法創造・法執行の概念の複雑性を基礎づけるために、法規範の性質論を正面から論じ始め、その意味でいわば法段階理論と同じ土俵に立っている、すなわち実質的な法概念論を論じているのである。そしてこのことは、*Loi* および *Confrontation* 第一部において論じた、形式的法律概念の基礎理念、すなわち「権力の書き手の性質によって規範の性質が定義される」という理念を離れたことにならないか。いわば、法に対する実質的構想と形式的構想、いずれによって法学的な国家を描くのかという対比軸の上で、

⁵⁴⁶ *Confrontation*, p.73.

⁵⁴⁷ *Confrontation*, p.75-77.

カレ・ド・マルベールの立場にぶれが生じているように見えるのである。もっとも、このぶれはあくまで外見上のものにすぎない。なぜなら、第一部までの「権力構想」論は、あくまで形式的意味の「法律」の定義において現れていたモチーフであるのに対して、第二部において問題化されているのは「法律」の創造・執行ではなく「法」の創造・執行だからである。加えて、形式的法律概念の意味が「法律」以外の規範形式によっても実質的な意味での法規範の創造を排除しないという含みを持っていたこと、前項で扱った国民内閣制論との対応性の議論において、カレ・ド・マルベールが行政権の事実上の強さを認識していたことを考え合わせると、「法律」を問題化した第一部と「法」を問題化する第二部では、同じ創造・執行という語を用いても、問題領域が区別されていることが理解できよう。

このような「法律」と「法」の区別は、第二部において議論の対象が、革命期の法律概念、すなわち人権宣言6条に焦点化されたところで明確化される。カレ・ド・マルベールによれば、革命原理における「法律＝一般意思の表明」原理による法律概念の定義は、法と一般意思を基礎とする権力との関連を、より狭く定義する意図があった。その意図するところとは、「法律 (loi)」と「法 (droit)」の一致である⁵⁴⁸。すなわち、唯一の存在としての法規範は、法律 (loi) の中に含まれ表現されているのだが、その法律という空間の中において、法はあらかじめ改変されることを防ぎつつ、その法の適用者が、定められた制限の中で、変化させる余地がある。このようにして、革命期の原初的制憲者は、執行の中に法規範を付け加えたのである。「法と法律の一致」という原理は、法の適用者において変化の余地が残されているとしても、その真の意味において法 (droit) の創造者は、排他的に主権者であって、その主権者の特権を独占する国家機関は、周知のとおり立法府でしかありえない。この原初的意味においては、法創造と法執行の区別は、法律創造者と法律執行者の区別と一致することになる。したがって、革命原理の表現である人権宣言に忠実である限り、理論的にはすべての執行行為が法律に起因しているはずである。だとすれば「法律の執行」の概念の中に法創造を見出すためには、革命原理の伝統を維持するか、それとも廃止するかが問われることになる。

しかし、革命原理の原初的意味をこのように「法と法律の一致」として定めたカレ・ド・マルベールは、この原理が法秩序においてどのように現れてきたのかを問題化する。カレ・ド・マルベールによれば、この革命からの伝統は最初から不変であったのではなく、変化していることに注意する必要があるという。まず、執行府による合法性の遵守の中に、法創造の要素を認めることができる。立法府が執行府に対して、法創造機能の委譲あるいは付与を行った場合、この法創造委任は、革命原理の原初的意味にもとることになりうるが、しかし法的現実においては授権が存在し、立法府が法秩序の排他的な源泉であることを留保点として、執行による法創造が行われている。このような授権の存在においては、法律が法それ自体から法の排他的な源泉へと変化している。実質的な機能としての法創造は、結局、事実において認められており、そこに革命原理の原初的意味からの変遷が認められ

⁵⁴⁸ *Confrontation*, p.79-80.

るといのである。結局、法創造を立法府に独占させる革命原理は、事実の示すところにもとり、そのことが示す通り、革命原理はその意味を拡大し、改訂されていくのである⁵⁴⁹。ここでは革命原理が「現実にもとる」という理由で、「変遷している」という論証がなされているが、議会主権現象の展開と、立法府による委任・授権が存在していることからくる執行権の強さ・執行活動の実質的な意味の大きさが、カレ・ド・マルベールの議論に反映されていると考えられる。すなわち、現実の立法手続を立法府に独占させることは可能であっても、「法規範の創造までを全て立法府に独占させることは、法的フィクションとしての限界を超えている」という価値判断が、カレ・ド・マルベールの背後に存在するのである。

法と法律が、革命原理によって統一化され、その後の運用によって修正されることで再び差異化されたというカレ・ド・マルベールの第三共和制憲法の実態論から見れば、執行・創造の二概念はさらに複合化されることになる。「法」と「法律」が差異化されたことで、両者の創造・執行も差異化される。形式的法律概念を採用するがゆえに、「法律」の創造は排他的に立法議会によって独占され、デクレ=ロワも内閣の行う「立法手続」とは捉えられなくなる。しかし、「法」の創造は必ずしも立法議会に独占されることはなく、法的現実が示す法規範の実質的側面を捉えるかぎり、立法議会が一般意思の表明ではない法規範を創出することもあれば、執行府が法の適用の権限の中で法創造を行う余地もありうる⁵⁵⁰。このように複合化され交差し合う実質的な意味での「法」と形式的な意味での「法律」の概念が形作る法秩序の全体像は、法段階理論の画一的な法創造・法執行概念によっては捉えきれないということになる。こうして、カレ・ド・マルベールが観察するフランス公法秩序の法的所与について、法段階理論がそれを描写しきれないことが証明されるのである。

では、執行権によって行われる法創造とはどのようなものか。それが、先に現れた「授権」の概念を仲立ちとした委任立法の構造である。執行権の法創造は、立法府の委任によって、執行権による一定の点についての法創造が行われるというものであるが、こうして創造された法（*droit*）は、確かに立法府が創出した形式的意味での法律と比べて、主権・一般意思との直結性という点で劣るものである⁵⁵¹。しかしだからといって、授権を通じた執行府による法創造が、法秩序の構成物とならないわけではない。ここで規範の作り手の性質（立法／執行）と「主権・一般意思への距離」の議論＝法規範としての力の問題と、執行府が法創造・法秩序に寄与する可能性の問題が区別されていることが注目される。法創造を立法府に独占させる革命原理を、法的現実によって変化した、すなわち絶対不変の原理ではないとした結果として、一般意思の問題と法創造の問題を区分する、という区別論構造が生まれた。逆にいえば、革命原理は、この二つの次元を区別しなかったがゆえに、

⁵⁴⁹ *Confrontation*, p.82-84.

⁵⁵⁰ *Confrontation*, p.75.

⁵⁵¹ *Confrontation*, p.95.

執行権に対して、あらゆる法創造・法秩序への寄与を禁じるという誤り犯したのである⁵⁵²。

執行府が法創造、ひいては法秩序の構築に寄与することが提示されたところで、カレ・ド・マルベールの法秩序観が明らかになる。すなわち、法創造の担い手が複数化され、想像される法規範も「法／法律」の区別によって複合化される。このようなパーツとしての法規範を総合して構成される法秩序は、やはり、パーツの複合性・複数性を反映して、動態的なものとして立ち現われる。法段階理論の法秩序観は、根本規範を頂点として、画一的な規範の上下関係を介して、すなわち、上位規範の内容の執行がひたすら繰り返されていくことで構成されるため、法秩序全体の内容は、究極的には最上位の規範に内在することになり、その意味で静態的である。しかし、カレ・ド・マルベールは法規範の完成を、その創造の時点ではなく、適用の時点に見出すことで、法秩序全体の動態的性質を提示しようとする。

そもそも、革命原理の原初的意味からして、法律の適用の段階での変更の余地を認めているのであって、その変更を法創造と呼ぶか否かは別としても、このようなカレ・ド・マルベールの法律の捉え方を見れば分かる通り、法秩序は静態的なものとして立ち現れることはない。すなわち、法規範は、その適用によって完結性を獲得し、その完結を待って法秩序も完成するのである。したがって、法秩序の完成は、立法権のみならず、三権の作用の総合によって実現する。立法権＝法律の創造が、すべての法創造の端緒となり、行政権・司法権の作用が、法創造・法執行を行うことで、法規範の完成のために仲立ちをするのである⁵⁵³。三権の相互作用によって法秩序が構成されていくことが、カレ・ド・マルベールの法秩序観の中核の一つである。そして、三つの権力はそれぞれの固有の性質において、法秩序の形成に寄与しているのであり、ある機関の機能を他機関が代行することはできない。ここでカレ・ド・マルベールは、法秩序形成における行政権の役割の重要性に着目する。行政権が法適用のみを行うと仮定した場合、法秩序全体において、司法が法創造機関として残存する。しかし前項において既に触れたとおり、司法権の機能は司法が行う法律の執行は、条文への事実の適用性の判断を中核とするため、「事実の実証」という形にとどまる。この点、司法は、実は行政以上に、性質上法創造から遠いのであり、したがって法創造を司法権のみに委ねることは妥当ではないという⁵⁵⁴。

法創造概念の側から提示されたこのような論証、法秩序形成は、反対に、法執行概念の側からも提示される。法執行の概念には、その対象とする領域的広大さゆえに、必ず下位区分が設けられる。また執行には、合法性への従属に留まらない、権力的性質が付随している⁵⁵⁵。執行権の下位区分としては、法律が執行に委任しているか／委任がないかという区別が考えられるが、それに尽きるわけではない。執行権の性質の区別の中には、自己決定性・裁量決定性を有する権力も存在する。これらを考え合わせると、法執行の概念の多

⁵⁵² *Confrontation*, p.95.

⁵⁵³ *Confrontation*, p.98.

⁵⁵⁴ *Confrontation*, p.101.

⁵⁵⁵ *Confrontation*, p.109-110.

様性が明らかになるとともに、法創造的性質を確定することの困難性が浮かび上がってくる⁵⁵⁶。こうして、法執行の概念も多様化されたことによって、法段階理論との分岐点が明確化される。カレ・ド・マルベールにおける法創造と法執行は、その担い手である国家機関の描写を取り込むことで、法段階理論にける同じ二概念と比べて複合化・複雑化されており、その概念の多様性をもって、法段階理論が批判されることになる。カレ・ド・マルベールのいう「法のなす段階 (degres)」とは、「立法による執行への授権」と「執行による法創造」という、二つの段階が連続して連なっていくことにより、法規範の存在が確認されていく段階が形成されていくこと、と言い換えることが出来る。最終的に、法段階論についてのここまでの記述を踏まえ、カレ・ド・マルベールは自説と法段階理論の分岐点を明らかにしている。法規範がその創造と実効化の過程において、抽象的意味の創造から、具体的な現実への適用へ向かう段階構造は、カレ・ド・マルベールも法段階理論に同意するが、法段階理論が「執行権の描写の豊富さに欠けている」という点に、カレ・ド・マルベールは異を唱えるのである⁵⁵⁷。執行の概念の複合化は、カレ・ド・マルベールの構想する執行権（行政権）の強さとも符合するところである。

このような *Confrontation* 第二部の議論を前提とすると、*Confrontation* におけるカレ・ド・マルベールの議論と法段階理論の論理的位相について、慎重に判断する必要が出てくる。すなわち、*Confrontation* 第二部において、カレ・ド・マルベールは、法創造と法執行の連鎖関係の存在そのものについては、同調しているのであるのであり、だとすれば、同書が法段階理論の批判であるというのは、どのような意味においてか。この点について、モランの考察が参考になる⁵⁵⁸。モランによれば、*Confrontation* の趣旨は、法段階理論に対する単純な論駁ではない。同書の真の意味するところは、法段階理論が革命以後のフランス法秩序に矛盾抵触しないという主張である。ここから、モランはカレ・ド・マルベールのケルゼンに対する知的距離を推察していく。

法段階理論批判は、第一に、カレ・ド・マルベールの一種本質主義的ともいえる前提の上に立つ規範的法秩序論と結びつく。その前提とは国民主権原理であって、本稿の読解でいえば、*Confrontation* 第一部において *Loi* から継承された「法律＝一般意思の表明」原理である。第一部における法段階理論批判の中核にある国民主権原理が、法段階理論のいう規範のヒエラルキーとは異質なものを含んでいることは否定しえない事実であって、この点を捉えて、カレ・ド・マルベールが本質主義的前提をもって、法段階理論を批判しているという側面があるといえる。しかし、だからといって、カレ・ド・マルベールが法段階理論を完全に、原理的に否定したとするのは乱暴な議論である、とモランはいう。というのも、第一部の内容だけで法段階理論の全否定と捉えるのは、カレ・ド・マルベールが立法行為に対して認めている独自の性質を考慮していないことになるからであり、同書の結論

⁵⁵⁶ *Confrontation*, p.111.

⁵⁵⁷ *Confrontation*, p.115.

⁵⁵⁸ MAULIN, *supra* note 462, p.11-20.

部分において端的に示されているように⁵⁵⁹、*Confrontation* の目的は、規範を発生させる権力・機関という要素を補うことによって、法段階理論の不足を補うものだというのである。この意味では、*Confrontation* は法段階理論の反論ではなく、補完するものと捉えることができるのである。モランが述べているのは、カレ・ド・マルベールの本質主義、法段階論との原理的な矛盾衝突を挙げるだけでは、*Confrontation* の前半の内容しか読解できていないのであり、したがってカレ・ド・マルベール読解として不十分であるという指摘である。

続いてモランは、法段階理論とカレ・ド・マルベールの議論の類似点と相違点を、先の本質主義の議論よりも慎重に分析する。法段階理論の問題点は、法規範の内容が上位規範によって既に示されているというなら、下位規範による具体化に究極的な意味を見いだせないのではないか、という論理的問題である。すなわち、法創造・法執行の連鎖構造の意義があまりに小さくなりすぎることになる。一般的・抽象的な規範の現実化・具体的適用というプロセスによって、個別化した規範は、明確化はするが広がりやを失う。この構図において、「命令」の位置づけは、「憲法」・「法律」の二つの規範の執行であることになるが、現実には、このような規範の現実化プロセスの内部に収まる命令もあれば、そこから断絶した純粹事実的命令もありうるのであって、命令は多様性・広範性を持つ。命令・執行行為の理論的な姿と、現実におけるそれらの姿がずれているということである。

モランによれば、このように分析される段階論は、実はカレ・ド・マルベールの国民主権論とは類似するものであるという。カレ・ド・マルベールの国民主権論は、結局すべての国家機関が固有の権能を持つことは無く、現行憲法から割り当てられた権限を、憲法に適合する限りにおいて行使しうることとどまるのであり、この構図においては現実の命令・執行行為の姿に比べて、理論的な広がりやが貧弱なものにとどまる。本稿が *Confrontation* 第一部について読み解いた内容にもとづいていけば、「法律＝一般意思の表明」原理や「権力構想」論にもとづく国家論においては、高橋和之のいうところの「立法控除説」のように、立法権の定義が広くなり、連動して執行権（行政権）の定義が狭くなる傾向を持っていた。このように執行の意味を極小化してしまう傾向において、カレ・ド・マルベールの国民主権論も、ケルゼンの法段階理論も同様の性質をもつことになる。

しかし、モランの解釈では、この類似はあくまで外見的なもので、本質的にはカレ・ド・マルベールとケルゼンは異質なものであるとされる。両者の第一の差異として、まず、カレ・ド・マルベールの議論は政治的 (*politique*) なものであるということである。「政治的」という言葉が示す意味は、カレ・ド・マルベール読解者によって異なるが、モランのいう「政治的」の意味するところは、カレ・ド・マルベールの国民主権が共和制という政治体制によって規定されているということである。すなわち、カレ・ド・マルベールの議論は国民主権（共和制）と君主主権（君主制）を対置することに強調点が置かれていたのであり、法段階理論にこの視点はない。この第一の差異は、モランが展開していた独仏対照軸による読解と同旨のものである。次に第二の差異として、カレ・ド・マルベールが立法権

⁵⁵⁹ *Confrontation*, p.165.

力の根源を規範の法的性質には置かない点が、大きく異なる。立法機関は憲法上の機能によって排他的に定義されつくすものではなく、これに加えて代表論・国民主権をもって説明がなされる。この点につき、*Loi* においては、憲法をそのまま立法権力へスライドさせる委譲論、憲法と法律の同視論が展開されていたのであった。法それ自体の構想に新規性があったケルゼンに対して、カレ・ド・マルベールは革命という基礎によって法の構想を規定されている。

このようなモランの議論を前提として、本稿の読解からは、*Confrontation* の第一部と第二部の意味するところを明確化することを通じ、法段階理論とカレ・ド・マルベールの差異をよりよく明らかにすることができると指摘しておこう。*Confrontation* 第一部で示された「権力構想」論の限りにおいては、原理的意味においては法段階理論を排除するものでありながら、法規範・法創造・法執行の捉え方において、命令・行政権の描写が貧弱になるという法段階理論と同じ問題点を抱えていた。カレ・ド・マルベールはこの問題点をとらえて、法規範構想において法段階理論と自説の分岐点を明確化するために、第二部において「権力構想」論から離れたのである。本稿の問題意識とモランの読解を通じて読むことで、第一部において法段階理論を全否定したように見えるカレ・ド・マルベールが、第二部において設定した、すなわち第一部の議論の積み残しとして認識していた問題とは何であったのかが、明確になるのである。

2. 「法秩序論」の登場——第二部の論理展開に関する考察

Confrontation 第二部におけるカレ・ド・マルベールの議論は、モランの表現を借りれば、法規範の段階構造のイメージをより実質化し複雑化することを目的としていた。この実質論が最終的に行きつくのは、法秩序そのものを描写する作業であった。

ここまでの議論から現れるカレ・ド・マルベールの法秩序観は、「立法権・執行権の各々の法創造が、それぞれの特性を連携して発展していく法秩序」の姿である。これは、法創造・法執行概念と立法・行政・司法の諸権力の性質論を組合せ、複合化・実質化した姿である。カレ・ド・マルベールにおける法秩序は、法規範が国家権力（三権）の各機能の共同的作用によって実現されていく過程としてイメージされている。行政・司法には、規範の内在する強制力を発動させる可能性がある。しかし、強制力の源泉がその二権力にあるとは言い難く、各局、強制力の源泉は法律なのであり、法律（およびこれに準ずる法創造）を端緒として、行政と司法がその内容を実効化していくことになる。カレ・ド・マルベールによって批判され補完された法段階の理論構造を重ね合わせることで、「法の段階構造」が「法律によって創造された法が、法として確認されていく状態の継続」として読み替えられることになる⁵⁶⁰。

⁵⁶⁰ *Confrontation*, p.105.

この法秩序観は、法執行・法創造の担い手である公権力の側から観察した法秩序の姿であるが、*Confrontation*の後半では、これと異なる観点から記述された法秩序の姿が現れ始める。それは、法規範の被適用者である国民の側からの、法秩序の記述である。そこで、ここからは被適用者側からの法秩序の描写をたどることで、カレ・ド・マルベールの法秩序描写そのものが多面化していることを示す。

カレ・ド・マルベールは、公法（国家法）／私法（個人間法）の区別から進んで、私的性質の行為は、そもそも法を創造することはできないと主張する。私人は私人としては国家の法創造に関与することができず、抽象的な国民または選挙人団として合同しない限り、個人は決して国法を創造することはできないのである⁵⁶¹。私人間の契約が有効であるのは、究極的な意味においては、公権力が「契約を合法化する」という法の創造とサンクションを完了しているからであり、ここでは法創造と法のサンクションの総体は、公権力によって実現されるということが前提とされている。結論として、国家を構成する個人は、市民としての資格において公権力の行為に携わるのであり、私的権力としては、法創造に関与することはできない。契約によって生じる法規範は、当事者間には法的効力を持つが、（法実証主義が観察するところの）法創造・法秩序に接触することはできないのである⁵⁶²。ここでは契約と公法秩序の分断が示されており、これは連邦論でも現れていた論理であるが、*Confrontation*におけるこの理論の重点は、連邦論の場合のそれ、国家創造の逆算的認識とは異なり、公法私法二元論とは異なる法秩序の二元的区別を構想することにつながっていく。

カレ・ド・マルベールによれば、法規範を発生させる国家権力の創造は、二種類の異なる条件下において発動される。第一の条件は、一般的な意味での支配力としての発動であり、国家法秩序の内において、全個人が従属する規範を発生させる。これに対して第二の条件は、第一の条件よりも対象においてより狭いが、しかしより強力に、特定個人（または個人集団）を従属させる規範を発生させる⁵⁶³。ここでカレ・ド・マルベールがここで描き出しているのは、法適用者の側から観察した法規範の区別である。国家権力の二つの発動条件に応じて、その産物である規範も二種類に区別され、それぞれ様々な形容をもって表現されている。第一の規範は、「国民的な (national)」、「国家の (de l'État)」、「一般的な (général)」、「共同体的な (de la communauté)」といった諸性質を備えている。すなわち、この種の法規範は全国民に対して一般的に、すなわち等しく適用されるがゆえに、国家としての人的・地理的・法的な輪郭を示すものであって、国民的とも国家的とも、そして共同体的とも呼びうる性質のものである。そしてこれに対して、第二の規範はこれらの形容の対義的性質によって特徴づけられている。この二つの法規範の区別の核心的基準は、究極的にいえば、規範を適用される者が誰なのかという点に依拠する。国民全員に一般的に適用されるものが第一の法規範であり、国民全体ではなく、個別的にその一部を個人と

⁵⁶¹ *Confrontation*, p.87.

⁵⁶² *Confrontation*, p.93.

⁵⁶³ *Confrontation*, p.125.

して取り出し、適用する規範が第二の法規範である。ここで注意しておかなければならないことは、この規範の適用対象に基づいて行われる区別方法は、*Loi* から *Confrontation* 前半にかけての基調となる「権力構想」論、すなわち規範の作り手にもとづいておこなわれる法規範構想の発想法から離脱しているということである。

もつとも、「権力構想」論によって行われる法規範の区別論が、ここで新たに示される適用対象による法規範区分と、完全に無関係で断絶した思考法に基づいているというわけではない。適用者を基準とする法規範区別と、「権力構想」論の思考は重なり合う部分がある。カレ・ド・マルベールによれば、第一の、国民全体に一般的適用される法規範は、第三共和制期の実定法制度上、特定の形式のオフィシャルな公開、すなわち公示をもって完成するという点で、第二の個別的・対個人的適用の法規範とは区別される。公示とは具体的には官報によって行われるものであり、第三共和制憲法上では、この公示を要求されるものは、議会制定法律と大統領の命令制定権（公権力の組織に関する 1875 年 2 月 25 日法律第 3 条）である⁵⁶⁴。そして、官報による公示を必要としない規範、つまり法律と大統領による命令以外の規範が、第二の、個別的・対個人的規範として認識されることになる。よって、この適用者基準の区別において、実定法上、一般的・国民的な第一の規範を創出可能な国家機関は、議会と大統領に限られることになる。この点をかんがみるに、結局、「権力構想」論と法規範の適用者基準区別論は、結論においてある程度重なっているといえる。

しかし、この二つの規範区分方法の結論的重なりは、あくまで部分的なものであって、完全な一致、あるいは同じ法秩序観の裏返し（同一の構築物を、一方では作り手の側から、他方では規範適用者の側から見たもの）ではない。前述のように、カレ・ド・マルベールは公示の方法をもって、二種の法規範の性質の分岐点としているが、このことは、カレ・ド・マルベールの議会・大統領描写の方法を決定的に変更させるものであった。第三共和制の実定法秩序上、決定的意味を持たせられることとなった公示について、カレ・ド・マルベールは、規範のオフィシャルな公開の意義を考察する。すなわち、議会制定法律と大統領による命令制定は、制度の形式も担い手もまったく異なるにも関わらず、唯一公示方法という共通点ゆえに、この二つの国家制度の創出規範は全て、一般意思の表現であると同時に、国民的（national）な法次元に属する規範であるとしている⁵⁶⁵。「権力構想」論の典型的産物であった形式的法律概念は、立法議会の手になるもの以外を全て（デクレ＝ロワすらも）法律から除外していたのに対して、国民的な法規範の作り手としては、議会の他に憲法上の執行府の長が付け加えられることになる。執行の長は、「権力構想」論において確定されていた通り、事実としても法的にも一般意思の代表ではないが、ここでは、少なくとも一般意思の行使者であり、したがって、国民全体に適用される。ここにおいて、規範適用者側からの法秩序構想と、「権力構想」論に基づく法秩序観の間に存在するずれ、

⁵⁶⁴ *Confrontation*, p.130.

⁵⁶⁵ *Confrontation*, p.143-144.

一部において重なり一部において重ならない部分が存在するということが明らかになる⁵⁶⁶。

大統領命令権と議会制定法を同視することの法実証主義的な意味での根拠は、権力機関としての根拠・構成が全く異なるにもかかわらず、第三共和制憲法が両者の間に公示方法において区別を設けていないことである。内容的には、法律の下位規範（執行規範）としての命令も、全国民に適用される国民的な法規範も、実定法のテキスト上においては区別されないのである。

しかし、本稿が注目するのはこの法規範・法秩序構想における大統領の複雑な位置づけである。大統領はその命令権執行権によって、適用対象において個別的・個人的な法規範のみならず、共同体的・国民的な法規範を創出する能力を備えている。すなわち、大統領は国民代表ではないが、にもかかわらず代表機関の一部としての機能を有しているというのである。ここではカレ・ド・マルベールが法秩序内における行政権の存在感の大きさを把握していること、および行政権強化への志向を内包していることが推測できるであろう。その意味で、「権力構想」論を部分的に離脱したこの特異な大統領の位置づけは「執行」概念が複合化されていることと同じ指向性をもつ議論であると考えられる。

さらに問題であるのは、完全な形ではないにしろ「権力構想」論から離脱した方法論をもとに、法規範の性質を論じているのはなぜか、一体、カレ・ド・マルベールの論調、思考の基礎の微妙な変化は、何のために用意された論理操作であるのか、という点である。この問題を解決するために、法規範区別の結果として、法規範の総体である法秩序がどのように立ち現われてくるのかという問題へ移行しよう。

ここまで追ってきたような適用対象側からの規範区別論が提示されることによって、法規範の総体、カレ・ド・マルベール流に言えば、法規範創造とサンクションの過程の総体として完成する法秩序は、最終的に二分割されることになる。本稿では議論を簡略にするために、全国民に適用される＝一般的・国民的・国家的・共同体的な法規範が構成する法秩序を「一般的法秩序」、それ以外の個別的な個人（もしくは集団）を適用対象とする規範が構成する法秩序を「個別的な法秩序」と呼ぶこととする。

ここで立ち現われているのは、法秩序の「二元性 (dualité)⁵⁶⁷」である。一般的法秩序と個別的な法秩序、二つの関係は、段階・グラデーションではない。第三共和制下の法秩序では、それぞれの帰属規範は公示方法という明確な基準によって区別されているがゆえに、二つの法秩序は互いに交差する領域をもたない。前者は、国家の規範システムの構成者に由来する法規範の集合であり、後者は、その個性ゆえに、「国家的」な規範システムの外にある法規範の集合である。後者は前者に由来する法秩序だが、両者は総合して一個の総体を構成するのではなく、切断されている二元的な法秩序なのである。

この二元的法秩序が描かれた目的は、*Confrontation* の主目的である法段階理論批判を含む

⁵⁶⁶ この点については、『国民主権の法人理論』、317頁における、時本によるカレ・ド・マルベールの法秩序観の要約も参照。

⁵⁶⁷ *Confrontation*, p.152.

ものの、それにとどまるものではないと考えられる。法秩序の二元性の根拠として、カレ・ド・マルベールが整理した行政権力の発動の二つの条件、およびその帰結としての法秩序の性質の一つに、「一般性」と「個別性」があったことは既に述べたとおりである。

しかし、この二つの性質は、カレ・ド・マルベールがドイツ流学説として一括して取り上げていた立場の中に、既に現れていた。ここでいうドイツ流とはすなわち、法規範の性質として、規範内容・適用対象の一般的抽象的性質／個別具体的性質を観念する思考枠組である。この「ドイツ流」思考枠組のもとでは、一般的抽象的規範である議会制定法とは異なり、行政領域の命令 (*réglement*) は個別的・特定の領域を扱うものであって、共同体全体の法領域には属さないことになる。すなわち、個別と一般の対比である。しかし、段階理論における一般／個別の対比関係は、カレ・ド・マルベールが二元的法秩序論において描いた対比とは異なる。法段階理論では、一般的法秩序と個別的法秩序は、法創造・法執行の連鎖関係によって、上下に折り重なる形で存在している。上から下へ降りていくに従って、一般・抽象性は減じ、個別具体性が増していく。この一般と個別の関係は「段階」となり、連続的なものとして完全に重なっている。

翻って、すでに述べたとおり、カレ・ド・マルベールの描いた一般／個別という法規範の性質の対比においては、一般的規範と個別的規範は断絶されていた。法創造・法執行の連鎖関係は、フランス公法秩序の実際、法規範の創造者の性質等の要素によって複合化され、一般・個別の語は規範の適用対象である国民の性質を表すために用いられた。公示方法という制度上の区別基準を与えられた一般／個別法規範は、相互に重なることのない二つの法秩序を形成する。「ドイツ流」の思考枠組と、カレ・ド・マルベールの二元性の法秩序構想は、一般／個別が重なりあうか否かという点で、決定的に分岐する。したがって、カレ・ド・マルベールの法秩序論における法段階理論への批判は、この重なりあい、「二元性」の理解の欠如へと向けられる。

カレ・ド・マルベールの法秩序論に従えば、ドイツ学説は、異なる二つの法秩序に属するものを、混同させてしまう点で、正しくないということになる⁵⁶⁸。すなわち、多種多様な創造法・内容・対象のもとに発生する法規範が、たった一つの法秩序という空間の中に完全に回収されるという構造が、ここでのカレ・ド・マルベールの批判対象なのであり、その意味で、この法秩序論は法段階理論批判を超える射程をもちうる。法秩序が二元性を持つということは、単に法段階構造の可否にとどまらず、一元的な法秩序のありかた全てを問題化することになる。すなわち、一つの国家を一つの法秩序とみなすというごく基本的な法学的目線に対して、疑義が向けられるのである。次に、この点に関連するカレ・ド・マルベールの論証を見ておこう。カレ・ド・マルベールは、諸々の法規範全てが統合化された一個のみの法秩序があると考えするためには、諸規範が法創造という共通の特徴が存在するということだけでは足りないと主張する。法秩序の一元性が証明されるための要件は、法規範からさらに創造される法規範がいかなる場合も同じ性質を持つ、ということの論証で

⁵⁶⁸ *Confrontation*, p.127.

ある。法創造・法執行による法規範の展開の中で、実質的な同質性が証明されて初めて、法秩序の個性・一元性を構想する根拠となりうるというのである⁵⁶⁹。しかし、フランス公法秩序の現実の姿は、このような一元性の論証に足るものではなかった。「フランス人民の名において」と書かれたる規範から、国家の責務の元に創造される規範まで、多様な特徴を持つ規範を統一化することは、ありえない。たとえ、「国家という共同体の法」というカテゴリを設けようと、法秩序の一元性を証明可能となるような実質的な共通性を底に見出すことはできない。これが、カレ・ド・マルベールの最終的な価値判断であった。法秩序内において、一般性=上位規範、個別性=下位規範という規範の区別が存在することは確かであり、区別の存在を認めること自体はカレ・ド・マルベールと「ドイツ流」学説の間に径庭はない。しかし、上位規範/下位規範の差異は、一般性/抽象性という「程度の差」ではなく、より根本的な質的差異として捉えられる。カレ・ド・マルベールが捉えた二つの規範の差異は、非常に重大なものである。というのも、カレ・ド・マルベールが強調するのは、差異を内包する二種類の規範、二種類の法秩序が結合して一つのシステム（法秩序）を成立させているということ、すなわち事実としての統一性ではない。カレ・ド・マルベールの強調点は、逆に、フランス法秩序が「差異の対照性によって、この二種類の規範を、一括して本質的な法の要素として捉えることを禁じている⁵⁷⁰」ということである。質的に異なる法秩序を構想したうえで、そこに統一化ではなく差異化、統合ではなく分割の契機を見出す。ここに、二元的法秩序論の基底に据えられたカレ・ド・マルベールの価値判断が現れている。

この最終的な価値判断には、本稿が主題化している *Confrontation* 後半部分の独自性が、典型的に現れている。第一に、同書前半までの内容と異なり、この価値判断は完全に法規範の実質を問題としている。第二に、法規範の実質論であるがゆえに、カレ・ド・マルベールのいう「ドイツ的」な議論と本質的には同じ土俵に立っており、同書前半とは異なって、法段階理論を原理的に排除する議論ではなくなっている。そして第三に、これがもっとも重要な点であるのだが、法規範の実質論の内容が複合的・重層的である。法創造・法執行の連鎖構造に、立法・司法・行政の三権力の要素を重ね合わせたこと、法規範の被適用者の側から法規範の性質の区別を行い、法秩序を二元化したこと。この二つの方法によって法秩序論は複合化・重層化されていることは既に述べたが、これらを前提に、最後にカレ・ド・マルベールが見せた価値判断は、現実の法規範が性質的に単一のもの、なんらかの共通項によるカテゴライズを受け入れられるほど単純なものとは思えない、という認識だったのである。*Confrontation* 後半の内容とは、カレ・ド・マルベールの法的な多元性の認識を論証しようとしたものだったと考えられる。

最後に想起しておくべきであるのは、*Confrontation* 前半の最後において示された、カレ・ド・マルベールの後半へ向けての問題意識である。すなわち、同書第二部は、「諸権力の創

⁵⁶⁹ *Confrontation*, p.151.

⁵⁷⁰ *Confrontation*, p.120.

憲法学と国家理論

連邦論・国家論・法秩序論における一元性と多元性

出する規範は、根源的な質的差異があるにも関わらず、それらを一つの体系にまとめて包摂しようとする理論への批判⁵⁷¹」のために設けられた。先の問いへの最終的な解答が、カレ・ド・マルベールの二元的法秩序論に集約的に示されているのである。

第5節 *Confrontation* についての考察

本節では、前節において読解した *Confrontation* 後半の内容、およびその終着点であったカレ・ド・マルベールの二元的法秩序論について、若干の考察を加えることを試みる。

まずここで、簡単に法秩序の二元性の内容を整理し直しておく。*Confrontation* 前半の基礎的思考である「権力構想」論が、法規範の作り手である国家機関を整序された原理的な法規範論であったのに対して、同書後半の結論である二元的法秩序論は、創造された法規範の総体として法秩序を捉えたものであった。この法秩序観における「二元性」の示すところは、一般法秩序／個別法秩序の二領域へ法秩序を分割することである。この二元論は、法秩序を構成する規範の適用対象によって区別構成されており、「規範の内容・実質に関わらず」、「適用対象によって」二つの法秩序の性質が決まる。このうち、一般法秩序は国民全体に適用されるために、「国民的」、「国家的」、「一般的」な法秩序と形容され、個別的な法秩序はこれに当てはまらない法秩序として構想される。

この二元的法秩序論についての本項の考察は、以下の三点について行う。第一に、カレ・ド・マルベールの *Confrontation* の執筆意図について。第二に、本稿のカレ・ド・マルベール読解の基軸的関心である一般性・一貫性の問題について。第三に、連邦論を經由してカレ・ド・マルベール読解へたどり着いた本稿の解答として、現代的視点からのカレ・ド・マルベールから得られる示唆について。第一、第二の点は、先行研究における旧来のカレ・ド・マルベール解釈と本稿の着眼点の関係を示すものであり、第三の点は、多元的な現代国際社会への憲法学的対応を模索する、本稿の独自性を示そうとする試みである。

1. *Confrontation* 執筆意図についての考察

カレ・ド・マルベール読解者らによる第三著作 *Confrontation* の位置づけは、他の二著に比べて特殊なものといつてよかった。高橋和之の「多少奇妙な問題設定（本章第2節1参照）」という *Confrontation* への評価をはじめとして、他の二著に対して、日本の論者からの知名度・注目度は決して高いとは言えなかった。時本義昭は、この点を意識的に問題化し、第三著作に独自の意義づけを行おうと試みた。しかし、その結果として導かれた読解のあり方は、「一般理論の間接的な否定」、すなわち特定国家の法秩序を離れて「国家の一般理

⁵⁷¹ *Confrontation*, p.69-70.

論」を構想しようとする試みそのものに対するカレ・ド・マルベールの懐疑が、(一般理論としての)法段階理論批判に間接的に示されているというものであって、*Confrontation* の内容それ自体に新規性を認めたものではなかった。時本のこの読解は、「カレ・ド・マルベールが一般理論を批判している」という構図そのものに重点を置いているものである。しかし、この読解を前提とした場合でも、批判対象が一般理論であること以上に、なぜ法段階理論であったのか、また、批判の手法の実質が *Loi* における「権力構想」論であることには、結局変化がないと言えるのではないかといった疑問は、解決されずに残存する。これらの疑問は、前二著に対する、*Confrontation* それ自体の実質的独自性を見出すことが困難であるということの裏返しであるようにも思われる。このように考えたとき、高橋の提示した「多少奇妙」という *Confrontation* の読後感は、時本の解釈によっても本質的には解消されていないのではないか。あるいは、日本において *Confrontation* が注視されることがなかったのは、このような読後感、違和感が、カレ・ド・マルベール読解者たちの間で共有されていたからだったとも考えられる。すなわち、真相は、カレ・ド・マルベール読解者たちにとって、*Confrontation* は他の二著と比して論争的・発見的な内容を見出すことができなかった、という可能性がある⁵⁷²。しかし、このような残存している疑問、*Confrontation* の位置づけの困難に対しては、本稿の読解が一つの解答となりうる。

ここでもう一度、カレ・ド・マルベールの *Confrontation* の執筆意図の問題を扱ってみよう。本稿では、第三著の独自の位置づけとして、同書後半を焦点化した。*Confrontation* のうち、前半は第二著 *Loi* と共通する「権力構想」論を基礎としながら原理的に法段階理論を否定したものであるが、第二著に無い独自の要素は、第三著後半を読むことで初めて立ち現われる。それは規範の実質論であり、法段階理論の法創造／法執行、一般／個別概念を複合化・重層化することによって、カレ・ド・マルベールが自己言及した通り、法段階理論を補完する性質を有していた。このような読解を第三著作の独自性として前提とした場合、では、このような論理展開は何のために設けられたと考えられるか。推定可能な執筆意図としては、やはり、理論的な関心に尽きると考えるのが、基本的には妥当であろう。

そもそも、国家の一般理論の構築を目指した *Contribution* と、フランス第三共和制の公法秩序の認識とそこから提示される改革論の道筋を提示しようとした *Loi* の二著については、執筆意図は簡易に推量することができる。しかし、原理的考察としては *Loi* と重複し、批判対象も現実の政治体制や改革論ではなく一つの「理論」である *Confrontation* の執筆意図は、ごくシンプルに考えれば、やはり純粋な意味での理論的関心であったということになるであろう。とりわけ、*Confrontation* の独自性を、同書後半の実質論・法秩序論に見出す本稿の

⁵⁷² また、*Confrontation* の直接の批判対象がケルゼンであったことも、同書が注視されないことと無関係ではなかったかもしれない。日本におけるケルゼン研究の水準をかながみるに、カレ・ド・マルベールにおいて読まれ、批判対象として単純化されたケルゼン理論の姿は、日本の研究者の注意を引くような理論的魅力に乏しいものであったであろう。*Confrontation* においては、批判対象となる理論の出典がほとんど記されていないことも、同書の扱いの難しさに拍車をかけているきらいがある。

憲法学と国家理論

連邦論・国家論・法秩序論における一元性と多元性

立場からすれば、執筆意図の中核もその独自部分を提示することにあつた、と考えることになる。すなわち、法執行・法創造の概念の複合化・重層化によって、法規範の構想が国家機関の性質と切り離せないこと、また二元的法秩序論による、国家の創出する法規範の多元性が否定なく存在するという。これらの点は、*Contribution* の国民主権論のような理論的完結性や、*Loi* の基礎的なモチーフである「権力構想」論のような、法秩序全体を貫く根源性・規定性とは対照的である。本稿が「複合化・重層化」という語を多用して、*Confrontation* 後半の読解を展開してきたのは、図式化され単純化されがちである国民主権原理、「法律=一般意思の表明」原理、「権力構想」論らの精緻で完結した体系性に対する、実質的規範構想、二元的法秩序論の雑居・複雑性を強調するためでもあつたのである。

したがって、本稿の読解を前提とすれば、カレ・ド・マルベールの法学は、理論的体系性・精緻さの点で一般理論としての一応の完成を見た (*Contribution*) のち、実践論・改革論としての法秩序の実際に対する検討・考察がなされ (*Loi*)、この理論と実践の連続的な作用の中でカレ・ド・マルベールの思考の中に生じた、法秩序の複雑性・実質性の構想が、体系化されるには至らなかつたものの、最後の著作の中で理論的関心の発露として現れた、というストーリーを、一応には描くことができる。カレ・ド・マルベールが第三著作を自身の体系の中に位置づけるという作業、またその意図が同書の記述に現れてこないところを見ると、執筆意図の推知という作業自体は、カレ・ド・マルベールの記述の性質上、確定した解答を得ることは不可能であり、その点で、時本の問題設定にはその前提から解消不能の困難をはらんでいたものと言わざるを得ない。しかし、「執筆意図」という着眼点と、本稿の *Confrontation* 読解を組み合わせることによって明らかになるものは、第三著の、法段階理論批判という主題自体が、探求されればされるほど (後半へと進むほど)、完結した体系から外れていく傾向性である。前二著の体系的完結性に比べて、第三著はいわば淀みのような、雑考としての性質を含む未完のものであるといえるかもしれない。

そこで次に考えられる考察の道筋は、このように未完と評した第三著の体系外への指向性、遠心性を、現代的視点からいかに評価しうるかということである。その評価には二つの選択肢が考えられる。第一に、あくまでカレ・ド・マルベールの体系的完結性の中に遠心性を封じ込める方法であり、カレ・ド・マルベールの体系を真に完結したものとして評価する思考法である。第二に、この遠心性を重視し、カレ・ド・マルベールの体系的理論からは外れたところに、より積極的な評価を与えようとする思考法である。次項 (2) においては第一の思考法によって、次々項 (3) においては第二の思考法によって、それぞれ考察を行うこととする。

2. 一般性・一般性の問題としての考察

ここでは前項において導出した、*Confrontation* において現れる独自性としての遠心性を、

カレ・ド・マルベール読解の基軸として伝統的に用いられてきた問題設定である一般性・一貫性の観点から位置づけ直すことを試みる。ここで注目される要素は、カレ・ド・マルベールの二元的法秩序論における、第一の秩序、一般的法秩序の構成要素である。一般的法秩序に属する規範の特性は、国民全体に等しく適用される法規範という意味で、一般的（*général*）であった。しかし、カレ・ド・マルベールは、そこにさらに他の性質を付与していたことが注目される。すなわち、この法秩序は共同体に関わる法であること（*de la communauté*）、そして「*national*」、つまり国家的・国民的規範であること⁵⁷³である。

一般的法秩序に付加されたこれらの性質に本稿が注目する理由は、その所与性にある。ここでいう所与性とは、国家という法的存在の所与として一般的法秩序が存在するということを意味する。カレ・ド・マルベールは *Confrontation* 結論部分において、国家の認識を問題とする。すなわち、国家とは何か、という根源的な問いを設定し、これに対して、「規範のシステムではなく、機関のシステムである⁵⁷⁴」と解答するのであるが、カレ・ド・マルベールのいう機関のシステムとは、端的に言い換えれば人間の構成体として国家を捉えるということであり、人的構成員の諸団体が統合化され組織化されている状態をもって、国家として定義される。このような国家定義の下では、第一に理解すべき国家の法的要素は、人民と、その人民を国家ならしめている組織である。逆に言えば、国家を認識するということは、そこに事実としての人的構成員とその組織化＝機関が存在することを認識することと等しい。そして、カレ・ド・マルベールによれば、一般的法秩序は、この国家定義からただちにもたらされるのだという⁵⁷⁵。国家＝法秩序の内部において規範が創造され発生する場合、国家の団体化それ自体のための法の創造ではありえない（それは国家である時点ですでに完結している）。国家の法創造の真の目的は、市民という共通の資格以外の資格、および諸個人の個別のカテゴリを統御することである。このように生じた規範が、特別な法秩序を形成するのであり、その秩序は、国家一般の規範システムの中に吸収するものではない。したがって、国家の存在それ自体を証明し、存在認識を可能にするレベルの法秩序と、国民を個別的な統治作用の客体とみなして「適用」される法秩序との二つが、性質的に画然とした差異を持ちながらも、このように定義される一個の国家の中で必然的に併存しなければならないのである。

このような人的な国家認識のあり方が *Confrontation* 結論部分において提示されるのは、一義的には、国家を法秩序それ自体として認識する国家認識のあり方に対して反論するためである。国家＝統合化された法秩序ではなく、国家＝統合化された機関の集合として定義することで、一個の国家内に質的に異なる二種類の法秩序が併存しているという二元的法秩序論も、国家の単一性と矛盾することなく成立する。また、本来は前提となるはずの根本的な国家認識を最終的に示すことで、組織・機関に議論の軸足を戻し、法秩序論にお

⁵⁷³ *Confrontation*, p.118.

⁵⁷⁴ *Confrontation*, p.167.

⁵⁷⁵ *Confrontation*, p.152.

いて散逸したきらいのある議論を、結論部分において *Loi* からつづく「権力構想」論の潮流と収斂させる効果もある。カレ・ド・マルベールは自身の議論の遠心性を、結論部分において抑制しようとしたと考えることもできよう。

しかし、三著作の一貫性を問題化するカレ・ド・マルベール読解者の視点からは、結論部分におけるこの記述は、単に一個の著作としての *Confrontation* の一貫性とどまらない、大きな意味を持つものであると思われる。というのも、*Confrontation* の結論部におけるこの一般的法秩序に関する議論は、カレ・ド・マルベール読解者から見れば既視感を覚えるものだからである。国家の所与としての一般的法秩序は、そもそも事実としての国家の存在と同義なのだから、ここでは「国家の存在＝人的構成員の組織化＝機関の存在＝一般的法秩序の存在」という定式が成立している。このような一般的法秩序の性質は、この二元的法秩序論が、カレ・ド・マルベールの出発点ともいえる国民主権論および法人理論、すなわち第一著 *Contribution* の延長線上にあることを感じさせるものではないだろうか。「段階論に機関論を重ねる⁵⁷⁶」こと——*Confrontation* の結論部分において、同書の議論が法段階理論の補完であると自己言及する箇所であるが、ここでは同時に、国家・機関の議論、すなわち *Contribution* の議論の基底を、法段階理論批判を通じて醸成してきた規範・法秩序と「重ねる」ことが試みられているのではないか。

このような見方をカレ・ド・マルベールの一貫性を問う視点からとらえ直すとき、*Contribution* と *Loi* において分岐したカレ・ド・マルベールの議論を、全体として再び合流させ一個の潮流を形成しようという試みこそ、*Confrontation* であったのではないかという読解が成り立つ。このように第一著と第二著、国民主権論と法秩序論を「結び直す」ための紐帯を形成しようという試みとしては、*Confrontation* は完結しているとは言い難い。二元的法秩序論、一般的法秩序は、あくまで法段階理論批判の文脈において取り上げられた要素にすぎないからであり、ここでも前項の執筆意図の考察において明確な解答を出しえなかったことが、間接的に考察を拒むことになる。しかし本稿の考察の最後に、仮説的であることをことわったうえで示しておくならば、*Confrontation* の議論は、これまでの議論を結び直すためには、未だ完全な姿まで行き着かなかったからこそ、明確に「紐帯」として提示するわけにはいかなかったのではないかと考えられるのである。完成しなかったがゆえに、結果的に、*Confrontation* それ自体から読み取れる「執筆目的」なるものを、結局純粋に理論的な関心として考えるほかないのである。

また、カレ・ド・マルベールの一般性を問題化する視点からも、*Confrontation* の議論の捉え直しを行っておこう。一般的法秩序の概念は、国家の存在証明にかかわるという点で、決定的に「国家の一般理論」としての性質を持っている。組織化された国民を国家と呼ぶという構図や、国民の組織化＝国家機関の存在を国家そのものと捉える構想は、*Contribution* において提示される「国家は国民が法人化したものである」という定式と順接する。*Contribution* との結び直しを試みることは、すなわち *Loi* 以降薄れていた「国家の一般理論」

⁵⁷⁶ *Confrontation*, p.166.

としての性質を再び帯びていくことになるのである。

第三著 *Confrontation* を、直近の書である第二著 *Loi* のみならず、第一著 *Contribution* とも接合しうるものとして捉える読解は、実は、その発想自体は本稿独自のものというわけではなく、モランによって既に提示されている。モランが直接的に *Confrontation* の位置づけを明確化するのには、*Confrontation* の復刊版の序文においてである。第一著 *Contribution* と第二著 *Loi* の間におけるカレ・ド・マルベールの議論の変化は、一般的に、強調されることが多い。モランのいう革命原理に即してこの変化を描くと、第一著において革命原理をフランス公法秩序の基軸と設定したカレ・ド・マルベールであったが、後年次第に革命原理の超過に批判的になり、第二著においては国民投票・違憲立法審査等の制度的改革案を提示するまでに至ったということになる。しかしモランはこの変化の描写に加えて、*Confrontation* においてこの変化はどのように決着したのかを問題化する。モランによれば、革命原理論としての *Confrontation* の核心は、国民主権原理と革命以後の原初の憲法（1791年憲法）を再結合させることであり、ケルゼンが示したものと異なる実質を持つフランス的な根本規範としての革命原理を、実定法に内在する国民主権原理として確定するところに主眼があったのだという⁵⁷⁷。前二著において論じられてきた実定憲法、革命原理、国民主権原理の三要素は、*Confrontation* において整合的に「結び直される」ものとして捉えられているのである。

本稿の読解は、カレ・ド・マルベールの革命原理構想を一貫性の核心として据えるものではなく、したがってモランの *Confrontation* 読解における「結び直し」のありかたは本稿と同一のものではないが、第三著にカレ・ド・マルベールの議論を収斂させる要素を感じ取る点において、類似する発想のもとに成立している。

以上のように、本稿は *Confrontation* を、第一著と第二著の「結び直し」の試みとして読み解き、そこに一貫性・一般性を見出す。この文脈では、*Confrontation* において現れる実質論、二元的法秩序論の、カレ・ド・マルベールの体系全体に対する遠心性は、一貫性・一般性を志向する未完の試みの中に回収されることになる。しかし、次項においてはこの読解とは別に、この遠心性について逆の捉え方を提示し、そこに新たなカレ・ド・マルベール読解の可能性、現代的視点からの読解によって得られる示唆の可能性を見出す。

3. 現代的視点：カレ・ド・マルベール読解からの示唆について

(1) 整理： *Confrontation* の遠心性

前項の考察では、*Confrontation* における一般的法秩序の概念から、カレ・ド・マルベールの根底に体系としての一貫性・一般性の追究の要素を見出した。しかしこの考察は、二元

⁵⁷⁷ MAULIN, *supra* note 462, p.20.

的法秩序論に本来的に感じられる実質性・普遍的原理からの遠心性を、そこからさらに翻った原理に対する求心的な体系の可能性の中に回収するものであった。この議論は当然、カレ・ド・マルベールの中に体系への志向性を推定したものであって、その意味では、「素直」な読み方ではないともいえる。

これに対して本項の考察の主眼は、二元的法秩序論の遠心性を「素直」に受け取るとどのような考察が可能かという問いにある。すなわち、前項の考察においては、*Confrontation*の遠心性を、一貫性・一般性へ向けてのカレ・ド・マルベールの企てが未完であることの証拠としてとらえたが、同じものを一貫性・一般性から乖離したものとして捉えるのである。こう考えた時、次に問題にしなければならないのは、なぜこのような乖離が生じているのかということである。この問いへの解答も、やはり *Confrontation* 後半の内容を「素直」に読むことで感得されるものに依拠して考えるほかない。高橋和之によって「フランス公法秩序の把握」という同趣旨の書としてまとめられた *Loi* と *Confrontation* であったが、この二著の差異を、第三著後半に実際に現れているものの中に見出すとすれば、一体なにか。それは、*Loi* との原理的連続性において捉えることのできないものを含む、*Confrontation* 後半の内容しかない。よって、カレ・ド・マルベールが最後の著作において独自性を発揮した部分こそ、本稿の *Confrontation* 読解の核心、権力の性質論・法規範の実質論を織り重ねるようにして形成された法秩序構想であると考えることができる。

二元的法秩序論をはじめとする、*Confrontation* 後半で示される法秩序構想は、法段階理論の法秩序構想を批判するために構築されてきたものであったが、議論の実質化・重層化ゆえに、法段階理論と比べて明らかに図式的明確性を欠いている。法段階理論は、法規範の執行・創造の連鎖構造によって、一般性的抽象的性質から個別具体的性質へと法秩序が展開していくピラミッド構造としてイメージされており、法秩序の具体性に応じた横割りの多層構造を持つ三角形型の図として示される。これに対して、カレ・ド・マルベールの法秩序構想は、このような図式化を拒絶するものであることは容易にうかがい知れるであろう。まず、三角形型の図式は権力の種類を区別して示すことがないのだから、「権力構想」論を受け入れることのできる軸が存在していない。法秩序構想に権力の性質論を持ち込んだ時点で、少なくとも法規範の一般性・抽象性に加えて規範創造・執行を担当する権力の区別を書き込む必要があるが、このように重層化された法秩序観を、単純な平面図形で表すことは不可能である。二元的法秩序論を考慮に入れば、図式化の不可能はより明確になる。カレ・ド・マルベールの二元的法秩序論は、一般的法秩序と個別的な法秩序という適用対象の異なる二つの法秩序を想定するため、法秩序の一個性を想定しえない。ここでいう一般性／個別性の区分は、規範の抽象度によって分けられているわけではなく、適用対象である人間集団を基軸に区別されているのであり、一般性の領域と個別性の領域を上下に重なっていると考えることはできない。二元的法秩序を図式化するとすれば、少なくとも交わらない二つの図形を描くか、あるいは一個の図形を縦線で二分することなしには表現できないであろう。したがって、横線によってのみ区切られる三角形型の図式では、二

元的法秩序を表現することは不可能である。

結局、カレ・ド・マルベールの法秩序構想は、法秩序を単純化して理解することの拒絶として理解されるほかない。カレ・ド・マルベールは規範のみが存在する法秩序の世界に「権力構想」論を持ちこみ、当該国家固有の憲法秩序と国家機関の在り方を分析することをもって法秩序の分析として提示することによって、決定的に図式化を不可能にした。*Confrontation* 後半は、このような意味では法段階理論への痛烈な批判であるといえる。

そして、この部分に *Confrontation* の他二著と異なる固有の意義を見出すとすれば、その核心は、「図式化・単純化された法秩序構想の拒絶」ということになるであろう。この意味では、国家の体系的認識として提示された *Contribution*、フランス第三共和制の現状認識と改革案として提示された *Loi* と比べて、体系性から離れ、結論に向かうにしたがってむしろ開かれていくような、歯切れの悪い混沌とした性質への指向こそ、第三著 *Confrontation* において示された独自の性質であることになる。この意味で、前項までに示された「遠心性」は、それ自体として「素直」に理解される。

このような遠心性をもって、カレ・ド・マルベールが何を示そうとしたのかは、やはり前項までの考察と同じ理由で判然としない。すなわち、国家論としての純粋な理論性に修正を迫られたと考えるのか、それとも単なる国家の認識論を超えた何らかの実践的な法秩序論の構築（たとえば、国際法秩序についての考察）を試みようとしたのかは、結局、カレ・ド・マルベールがその点に自己言及しないため、明確にならないのである。しかし、国家論の体系を築き上げてきたカレ・ド・マルベールが、最後の著作でその体系性から遠ざかるような動きを見せているということは、カレ・ド・マルベール読解者を戸惑わせると同時に、強く目を引き付ける現象でもある。少なくとも、法秩序論の自己完結性から離れる指向を含む点で、一個の国家論の中で、単一性・体系性から複雑性・多元性へ向かう契機が含まれていたと考えることができないであろうか。本稿では、*Confrontation* の独自性としての遠心性を、カレ・ド・マルベールの主観的な執筆意図という面では位置づけ困難なものとするが、しかし一定の理論的な発展の可能性を示したものとして考える。カレ・ド・マルベールが最後にこれまでの体系から遠ざかるような議論を「考えざるを得なかったのか」を考察するとき、そこに国家論における理論性重視の状態から、多元性の問題を採り込まざるを得ないという思考の痕跡を感じ取れるのではないか。以降では、一個の国家論としてのカレ・ド・マルベールが最後に示した法秩序構想に注目しながら、現代的視点からの考察を加え、本項の締めくくりとする。

（２）現代的視点から：現代国際社会の多元性へ

第２章において、連邦論を政治体結合のモチーフとして考え、オリヴィエ・ボーが試みた連邦としての EU の法的把握の可能性を検討した。カレ・ド・マルベールの検討を、現

代的視点からの示唆の獲得という見地へと引き付けようとする本稿の関心からは、政治体結合のモチーフとともに、単一国家の域を超えた政治体の法的把握のための理論の探求という試みそれ自体を、考察の際の参照軸として捉えることとする。これら脱国家的な性格を持つ政治体論は、しかし同時に、伝統的連邦論からボーの議論に至るまで、憲法学は、政治体としての一個性・統合性を法的に記述することをその本質としているため、必然的にどこかで論理操作を行うことによって、多元性と一元性の理論的均衡を図ることを迫られる。ボーの分析によれば、伝統理論は主権の数と所持者を操作する（国家連合では構成国が個別に主権を持ち、連邦国家では構成国に主権がなく、総体としての国家が主権を持つ）ことで、国家の一個性・相対性と連邦の多元性の間に折り合いをつけた。そしてこの図式を暴力的な論理操作であるとして批判し、代替となる理論を案出した当のボーは、主権という概念を使用せず、憲法制定権力の概念と契約的憲法概念をもって法的国家を記述した。これも、連邦の多元性を国家論に受け入れるためのより適切な理論装置として、主権以外の概念を採用したという意味では、法的世界観の新たな選択の可能性を示したものであったが、同時にそこには、伝統的な国家論が提示してきた政治体を絶対的な単位とする思考法がしっかりと根付いている。この意味では、ボーは連邦論としては新規性に富むが、国家論・憲法学の「統合性を証拠立てるもの」としての本質を理解し継承しており、あくまで「憲法学が」現代国際社会について記述することの可能性と限界を探っているものである。憲法学・国家論が、不可避的な多元化の傾向に拍車をかける現代国際社会を記述しようとする場合、そこでは一元性と多元性の衝突と均衡をはかる必要に迫られる。

このような憲法学の営為の基本理念に対して、第2章第4節1－（2）において述べたとおり、EU法学から提示された一種のアンチテーゼとして、EUを政治体として法的に把握することを不可能と考え、それ以外の単位によってEUを位置づける試みがなされている。すなわち、連邦国家・国家連合といった政治体の単位概念ではEUの現実の姿、非常に動的な多元性を適切に表現することができず、政治体としてのEUは、「かつてない政治体」としてしか表現しえない。そこで、その代わりにEUを記述する尺度として、公共圏、グローバル・ガバナンスといった概念と共に、「法秩序」の語が登場していた。多元的な法秩序としてEUを構想するところの意義は、主権概念を中心とした政治体としての一個性を問題化することなく、現実創造・適用される法規範自体を法的な構成要素の中核とするところに、EUの現実即応可能であるという理論的な利点である。EUレベルで規範が創造されそれが構成国で適用される状態、従来通りの議会制度民主主義を中核とする国内法規範の創造と執行、そしてそれらの相互作用と「国家」の枠にとどまらない多様な政治的アクターのプレゼンスの増加といった、スプラナショナルなEUの圧倒的な動態性をリアルな形で感じ取っているEU法学は、そこにある現実を理論化するにあたって、政治体の枠を基準とする一元性の試みとは理論的に衝突する可能性がある。政治体を基本単位として一元性と多元性の均衡をはかろうとする憲法学と、現実から感得した動態性を、法規範を基本単位としてそのまま受け入れようとするEU法学では、多元性に対する肌感

覚が異なるものといえよう⁵⁷⁸。EUの法的把握においては、政治体・法規範のどちらのレベルにおいてどの程度、多元性を理論的に引き受けることができるのかが、理論的課題となるのである。マーストリヒト条約の位置づけに直面することになった1992年のフランス憲法学においては、国内／国際レベルの二つの法秩序間の高い気密性・非透過性が意識され、これに対応する形で主権の内的側面／外的側面の分断が強調され、外的意味の主権を非常に制限的かつ譲渡可能なものとして構想することによって、対応がはかられた⁵⁷⁹。ここでは主権論と法秩序論の結合が強調され、主権の分断によって憲法学の伝統的構図が動揺することを補填するように、法秩序論の二元性がサポートとして提示される。EU市民が選出した代表が欧州議会を構成するシステムも、欧州議会がフランス法秩序にとって完全に外在的存在であることの現れとして捉えられる。EU法秩序をフランスの法秩序と異質なものとして想定したうえで、フランス固有の主権が外在的なEU法秩序との関連でどのように処理されるかが問われるのである。また、EU市民の代表が、フランスという地域の代表として観念されていないのは、EUを連邦のアナロジーとして捉えることが政治的に否定されていることを意味する。選挙人としての「連合の唯一の市民」の存在が想定されることで、欧州議会を地域代表の一種と捉える構想は否定され、したがって連邦（国家）のアナロジーが成立しない。連邦とのアナロジーで把握することができないEUは、確かにEUと構成国の間での主権の衝突の問題は理論的に解決されないまま残される⁵⁸⁰が、同時にそれを補填しようとする法秩序の二元性もまた、確保されたままとなっているように思われる⁵⁸¹。

このような法規範レベルの多元性論を前にして、本稿が読み解いた *Confrontation* 後半の内容、カレ・ド・マルベールの二段階法秩序論は、非常に示唆的であると考えられる。というのも、*Confrontation* の検討は、あくまでもカレ・ド・マルベールが想定したケルゼンの内容とそれに対する反論にとどまる限り、従来型の政治体単位での国家論と、政治体単位の理論を超えていく法秩序論との中間的な性質を有すると思われるからである。

カレ・ド・マルベールの法秩序構想は、その内部に権力構想論を組み込み、法の創造・

⁵⁷⁸ 1956年の時点で、ジョルジュ・ビュルドーは国際社会を論じる場面での憲法概念の硬直性を指摘していた (Georges BURDEAU, 《Une survivance : la notion de constitution》, *L'évolution du droit public, études offertes à Achille MESTRE*, Sirey, 1956, p.58)。しかし、ビュルドーの議論においては、法秩序のシステムを中核として国家を捉え続けることで、国家の主権と超国家的法秩序とが衝突した場合に、憲法学が主権に束縛されるアナクロニズムに陥ることを指して「憲法概念の硬直性」と表現しており、むしろ伝統的な「法秩序＝国家」観に否定的な立場である。

⁵⁷⁹ Constance GREWE, 《La revision constitutionnelle en vue de la ratification du traité de Maastricht》, *RFDC*, 11, 1992, p.424.

⁵⁸⁰ GREWE, *supra* note 579, p.429-430.

⁵⁸¹ しかし、二元的法秩序論による主権概念の部分的保障が、法的実質の激変に抗しうる理論であったのかは、当然、疑問が残るところである。ジョルジュ・ヴェデルが、マーストリヒト条約の批准とそのため改憲がもたらす法的実質を、EU法秩序を構成国法秩序の上位に置いた上での「憲法制定権力の発動の事実上の封印」であると観察した (Georges VEDEL, 《Schengen et Maastricht》, *RFDA*, 1992, p.180) のは、このような疑義の典型例であろう。

執行を行う権力、さらにいえば国家機関への注目を前提として成立している。前項において述べたとおり、カレ・ド・マルベールの法秩序観は抽象的な図式化を拒絶するものであったが、その理由は法秩序を語る場合の基軸の複合性にあった。法秩序は、それを構成する法規範それ自体を尺度として把握しつくすことはできず、創造者としての国家権力と具体的な各機関の性質、法規範の被適用者としての人間集団としての国民・市民（二元的法秩序論）といった、多様な要素を考慮しなければ描くことはできない。したがって、図式化することが不可能なものとして成立することになる。

このような法秩序構想は、一元性と多元性の均衡をはかろうとする憲法学の問題意識の中で、どのように位置づけられるだろうか。少なくとも、カレ・ド・マルベールが主権論を構築し、第三著作においても、国際社会ではなく単一国家フランスのみを問題化していることを見れば、カレ・ド・マルベールが国際的な多元性に着眼していたとはとても考えられない⁵⁸²。しかし、同時にカレ・ド・マルベールの二元的法秩序論は、法秩序の質的な一元性を否定し、一国の法秩序の中で、異質な二種類の法秩序が存在するという構成をとったために、国家の中に一種の多元性を持ちこむこととなった。結果、国境に囲まれた国家という地理的単位と、法秩序の単位が重ならなくなる。国家の中に、創造者や適用者が質的に異なる二つ以上の法秩序の領域が存在している。そして更に、ここで想起しなければならないのは、二元的法秩序論における第一の法秩序、一般的法秩序が、国民主権の原理と結合した、国家の存在証明としての法秩序であったことである。裏を返せば、ここでは、国家の存立の次元と具体的な統治の次元が区別されている。すなわち、単一国家の強固な単一性を引き受けるものとして主権原理と一般的法秩序と、個別的人間集団に適用される法規範が区別されている。この点が、EU 法学における多元的な法秩序構想と、枠組みの部分において類似すると考えられる。なぜなら、多元的な法秩序を想定することは、規範の作り手によって性質の異なる規範が生み出されること、規範の創造者と執行者とが異なる場合があること、そして、異なるレベルの法規範が、実質的には重なっているが法的には異なる人間集団に適用されると想定することになるからである。

これらの点、とりわけ最後の適用対象の点について、カレ・ド・マルベールの法秩序構想は、多元性を受けとめるための理論構造を持っている。規範の創造者・適用者が複合化されていることはもちろんであるが、被適用者においても、実質は重なりのある集団を二

⁵⁸² EU 法秩序とのかかわりにおいて、「法律」の概念が、国法秩序のみを注視した場合に見られるような絶対的な地位を既に喪失しているとする議論 (Xavier BIOY et Philippe RAIMBAULT, 《La puissance de la loi en question》, sous la direction de Philippe RAIMBAULT, *La puissance publique à l'heure européenne*, Dalloz, 2006, p.99-136) において、カレ・ド・マルベールは明確に批判対象とされている。すなわち、カレ・ド・マルベールが *Loi* において定式化した「法律」概念の質的な特別性・固有性が、フランスにおいて「神話的に誇張 (同 p.103)」されたことによって、EU 法秩序の正しい認識が阻害されているというのである。ここでは、現在の「法律」概念の実態は他の法規範の源泉ではなく、EU 法秩序の構成要素として、すなわち各国レベルでの EU 規範として捉えられるがゆえに、「一般意思」とは隔絶された存在となっている (同 p.117-118)。カレ・ド・マルベールの法秩序論が、一面において EU の実態に対するフィクション性を強める傾向があることは、疑いがないと思われる。

つの法的カテゴリに区別する（一般的な総体としての国民と、具体的な規律対象としての各個人）ことによって、多元化に対応する理論的な余地が生まれている。カレ・ド・マルベールの適用対象の二元化のありかたは、あたかも EU レベルの法規範が、EU 市民としても各国国民としても適用され、適用対象においてもまた多元化することと類似するのである。また「権力構想」論にしても、法規範の内容とは独立して規範の創造者を基準として法規範を捉えることは、国家という枠組みを取り払って政治体結合の場面に適用した場合、構成国の機関が行う法創造と EU レベルの機関が行う法創造とが併存する EU の法的状態を、規範内容に注視した区別に比べて適切に表しうると考えられる。

また、国民主権論との密接なかかわりをうかがわせる一般的法秩序であるが、これを国家存立の論証としての主権論という目線から一步離れて、一元性と多元性の均衡の目線からとらえるならば、カレ・ド・マルベールの試みは、政治体としての一元性を一般的法秩序によって担保しつつ、現実に存在する国家機関・法規範の多様性を、個別的な法秩序の問題として対応しようとしたとも考えられる。そして、このように単一国家という事象それ自体から離れて、政治体論において一元性を確保するためのものとして、一般的法秩序の概念を捉えなおすとき、政治体結合の場面において、憲法学の機能不全と、それに抗して担当すべき役割が見えてくるように思われる。

国家の枠組について述べている場合は、一元性を担保とする主権論と、正統性と統治の技術としての民主主義が、いずれも妥当する。しかし EU の場合は、民主主義の赤字が声高に叫ばれ、これに対応するために制度的発展を遂げてきたのとは対照的に、スプラナショナルな本質ゆえに EU 単位での主権が問題とされず、おのずと主権が担う統一性の理論の場所が存在しなくなる。結果として、国家の枠内では、民主主義と主権論の両輪によって、あるいは両者の対抗関係として語ることを許されていた憲法学が、現実の EU の多元性を前にすると、主権論のみが沈黙し、本質的な一体性の理論としての憲法学は機能不全に陥ることになる。これを典型的に表すと思われるのが、次のような逆説の指摘である。

「主権の移転を伴う憲法の改正が容認されたことにより、国民主権を基礎に運営されるはずの国家の政策が、独自の法体系を有する EU に移され、移されたその機能がさらなる発展を続けるなか、手続上憲法制定権力の同意を得たとはいえ、国民のものであったはずの政治が、実質的には国民の手からますます離れてしまう状況が惹き起こされる⁵⁸³」

この逆説の指摘は、EU 法秩序についての政治的展開と憲法院判決の分析からもたらされたものであるが、主権論・国家論の理論的側面に対しても大きな意味を持つ。主権が法秩序論と結びついて「委譲」可能な概念として再定位され、この理論が EU レベルでの民主主義の可能性を決定的に基礎づけたはずが、同じ主権移譲の構図から深刻な民主主義の困

⁵⁸³ 大藤紀子「フランス憲法と EU リスボン条約——立憲主義と民主主義の観点から」、安江則子編『EU とフランス』、法律文化社、2012、37 頁。

難が生じている。この現象は、政治的には統合の進展のためのドラステックな政策の実態と、手続的正当性にとどまらない直接投票を基軸とする民主主義の実態が衝突していることから発生している⁵⁸⁴。しかし同時に、理論的問題としてこの逆説を捉えるならば、民主主義論の偏在を可能にするための主権に対する論理操作が主権論の沈黙を招き、民主主義論と主権論の両輪で進んでいく国家論の枠組から乖離したことで、理論的均衡を欠いた結果といえるのではないか。一元性と多元性の理論的な引き受け先を失うことで、憲法学が政治体結合に対して検討することのできる領域は、ますます限定されていくように思われる。

しかし、古典的国家論のモチーフの一としてのカレ・ド・マルベールに立ち戻ったとき、そこにある法秩序構想は、一元性の次元と多元性の次元とを同時に受容しようとする契機を内包していた。もちろんこの構想は単一国家を前提としているし、本稿の *Confrontation* 読解が結論したように未完の試みとしてしか成立しえないので、この法秩序構想を直ちに政治体結合の理論の解答とすることはできない。本稿が「現代的視点」の名において、現代国際社会を念頭に置いてカレ・ド・マルベールを読むとき、そこからの示唆として受け取るのは、憲法学の典型的な一元性の理論の中に、既に多元性について対応する理論的装置が組み込まれていたということである。すなわち、生涯にわたって単一国家を軸とする法的国家論を展開し続けたカレ・ド・マルベールの中に、最終盤において生まれた遠心性が、多元性に対応しうる契機を含むものであったのである。未完の企てとしてのカレ・ド・マルベールについて、あえて誤解を恐れず一体性と多元性を複合的に受容する法秩序構想のみを単一国家概念から切り離し、EUの問題状況に引き付けるとすれば、個別的な法秩序概念によって多元性を受容しつつ、一定の条件において創造される規範の集合体を、EU全体の一般的法秩序として構想し、政治体としてのEUの一元性を基礎づけようとする方向へ進むことになる。この場合の一般的法秩序は、EU市民全体を有権者とする投票制度、レファレンダムや欧州議会議員の選出を、従来のように民主主義の実現のための制度としてのみならず、政治体としての一元性確保のための制度として位置づけることになる。現代国際社会において、憲法学・国家論が国境を超えた政治体結合の理論に対して提言をなそうとする場合、カレ・ド・マルベールの法秩序構想は、現実に存在する機関と規範の整理を行ったうえで、法秩序構想の中で一元性と多元性を整序し均衡させようとする試みとし

⁵⁸⁴ このような逆説の近年の例では、欧州金融危機への対応という高い専門性と政治性の混交する場面において、スプラショナルな制度の増大と、欧州理事会（各国首脳の集合）の存在感の増大が並行して生じている現象が挙げられる（Renaud DEHOUSSE et Laurie BOUSSAGUET, 《L'impact de la crise sur la gouvernance européenne》, *Pouvoir*, n° 149, 2014, p.7-18, および、Stéphanie NOVAK, 《Le grand retour des États?》, *Pouvoir*, n° 149, 2014, p.19-27）。ここでは、専門性と危機対応の場面で、民主主義とは異なる方法によって制度上は埋没していた「国家」の存在感が増大していくという複雑な事態が発生している。また、ポーモ「現代における権力の複数化」を主題とした論文において、「銀行権力」の存在が、国家財政と私的領域における銀行の間に強制的に条約関係を創出し、グローバルなレベルでの国家権力の輪郭が破砕されていく現象を取り上げている（Olivie BEAUD, 《La multiplication des pouvoirs》, *Pouvoirs*, n° 143, 2012, p.54-55）。

て、参照に値するものであると考える。

20世紀前半のカレ・ド・マルベールの議論の中に、一元性と多元性を引き受ける論理装置が用意されていたということは、国家論としてのカレ・ド・マルベールの位置づけを再定位することにもつながる。ここで参考になるのは、石川健治の、国家概念と多元性の関係についての議論である⁵⁸⁵。石川は、自己組織化傾向を社会的に表現することによって国家を把握しようとする多元的国家論（ラスキやプラグマティズム国家論など）と、国家が特定の実態を持つという素朴な認識から離れて、規範体系としての法秩序を解釈図式とすることで国家を把握しようとするウィーン法学派（とりわけケルゼン）の理論的な対抗関係を整理し、現実として存在感を増す多元性が国家論に対応を要求することによって、主権概念という強固な一元性を要求する概念の、国家論の中核としての地位が動揺していることを問題化した。本稿における一元性と多元性の均衡という問題意識から言えば、石川の問題提起は、現代国際社会において、従来の国家論から比べて、一元性よりも多元性を受容すべき要求が高いことが共通認識となっていることを意味する。この問題について、石川は別の傾向を持つ二つの国家論を検討した黒田覚の見解を参照しつつ、以下のように見立てる。

「主権論によって解決さるべき社会関係が残されているという意識が広汎に共有されている限りでは、国民社会の多元的構成という社会学的事実にもかかわらず、むしろ当面は——従来型の議論を採るかどうかはさておき——抗・事実に一元性志向が維持されていくものと思われる。⁵⁸⁶」

ここでは、ひとまずの結論としての留保つきではあるが、国家論の一元性傾向は維持されるであろうということ、そして、その結論は、多元的国家論とウィーン法学派の対抗的な関係を出発点として、国家論の学説史展開の中から観察されることが示されている。多元的国家論とこれに対抗する一元性志向の国家論について、石川はワイマール期のドイツの学説状況を参照しながらこのように考察するのである。ここで、同時期におけるフランスの国家論にこの一元性と多元性の構図をあてはめてみると、多元的な国家論に該当するものは、社会学的な国家論を展開して主権概念否認の立場に立ったデュギーであろう⁵⁸⁷。では、カレ・ド・マルベールの国家論の位置づけはどのようなものになるであろうか。国家の所与から得られる法的認識として国民主権論を展開した第一著 *Contribution* は、一元性志向の国家論であることは間違いないであろう。しかし、本稿の *Confrontation* 読解を前提とし、カレ・ド・マルベールの帰着点が多元性を受容する余地のある議論であったと考え

⁵⁸⁵ 石川健治「国家・国民主権と多元化社会」、樋口陽一編『講座憲法学2 主権と国際社会』、日本評論社、1994、71-108頁。

⁵⁸⁶ 石川、前掲注585、92頁。

⁵⁸⁷ たとえば、Leon DUGUIT, *Traité du droit constitutionnel*, De Boccard, 2e éd, 1921, t. I, p.405-406.

憲法学と国家理論

連邦論・国家論・法秩序論における一元性と多元性

るならば、位置づけはやや異なるものになる。この場合、もちろんカレ・ド・マルベールが多元的国家論の系譜に属するものでないことは確かであるが、ケルゼンとはまた異なった国家機関の機能や法規範の実質論を通して、一元性から一定の距離を取り、多元性の側に寄ったものという位置づけとなるであろう。すなわち、一元性の国家論の系譜に乗りつつも、中間的性質を想起させる国家論である。

二十余年前の時点での石川の見立てである「抗・事実的な一元性志向」は、その後の学説展開の中でもおおむね維持されている。「主権」や「国家」の概念を根底から覆すことは無いが、同時に現代国際社会の中で認識される多元性によって大きな揺らぎを抱える状態であることにも、おそらく疑いはないであろう。カレ・ド・マルベールの第三著作の読解を経て浮かび上がってくるのは、多元化を続ける現実を法学が認識し、それに対して根本的に「抗・事実的」性質を帯びる国家論の諸概念、そして法秩序という国家の法的把握のための装置を、いかなる目的意識のもとにおいて使用するのかという問題提起である。

むすびにかえて

本稿が検討してきた連邦論・国家論は、二つの意味で整理し直すことができる。第一に、個別的な理論研究としての側面からの整理であり、第二に、国家論の大きな枠の中に位置づけられる営為の一つとしての整理である。ここでは本稿の議論を再整理し、その意義と残された課題を提示し直すことで、全体のまとめとしたい。

第一に、個別の理論研究としての本稿の議論は、大きく分けて二つの題材から成立している。第2章におけるオリヴィエ・ボーの連邦論と、第3・4章におけるカレ・ド・マルベールの国家論である。それぞれの理論研究としては、先行研究が豊富に存在しているが、それらと本稿の関心の位置関係を改めて明確化しておこう。

ボーの連邦論については、主に1990年代後半から2000年代にかけて日本の憲法学が参照してきた。その後、絶え間ない統合の進展と欧州金融危機のうねりによって、その有効な射程についてなお慎重な検討が必要である⁵⁸⁸と思われるが、EUと憲法制定権力とのかかわりで、現在でも参照されている⁵⁸⁹。ボー研究としては、本稿は*Théorie de la Fédération*の出版(2007年)以後、そこで示されたボーの学説と関心をもとにした読解として、2000年代前半までのボー読解の系譜に直接連なるものである。この意味では、連邦理論のEUへの適用可能性を探る作業を含めて、本稿のボー読解は先行研究と同一の地平に立つものである。しかし、同時に連邦論を「政治体結合のモチーフ」として整理し、後のカレ・ド・マルベール読解、ひいては憲法学と国家論の営為に対する考察を含む点において独自性を有する。古典学説の現代的視点からの読解というボーの関心それ自体を継承するものであり、国家論の軸足を連邦論の発想に置いたことが、これまでの議論とは異なる。

カレ・ド・マルベールの国家論については、先行研究と呼べるものは膨大に存在する。しかし、20世紀の日本の主権論争までの時代のように、カレ・ド・マルベールを主たるモチーフとして主権論・国家論を展開した時代から移り、日本・フランスを問わず、現代の憲法学におけるカレ・ド・マルベールの扱いは非常に多様化している。国民主権論や、一般意思と法律の法的関係論として、カレ・ド・マルベールは現在でもウルガータとしての扱いを受けていると思われるが、一定の固定化した解釈の下に読み継がれる古典学説の端的な否定から綿密な再検討・再評価まで、引用のありかたは様々である。本稿の試みが、後者の再検討の道筋に立つものであることは明らかであるが、純粋な学説史研究ではなく、読解の作業に新たなモチーフを持ちこんだところに、本稿の独自性が存在する。とりわけ、

⁵⁸⁸ *Théorie de la Fédération* 結論部分において、ボー自身が、フェデラシオンの理論のEUへの性急な直接適用を自戒する傾向がみられたことは、第2章第4節1-(1)において述べたとおりである。

⁵⁸⁹ 最近の例としては、ドイツの古典期国家論の参照をもとにした連邦論の形成と中心的モチーフの提示を主題とする、日本で行われたボーの講演について翻訳が存在する(鈴木秀美監訳、「フェデレーション理論の諸原理」、『自治研究』、第91巻第7号、2015、3-29頁)。

第三著 *Confrontation* を注視し、これをカレ・ド・マルベールの体系性からの逸脱の契機として読み解いたうえで、一元性と多元性の均衡問題としての国家論を再定位したことが、本稿のカレ・ド・マルベール読解としての独自の立ち位置が現れている。

ボー読解としても、カレ・ド・マルベール読解としても、本稿の独自性として提示できる性質は、主として憲法学と国家論の新たなモチーフを探究することと結びついている。ここに、単純な題材の理論的検討以上の問題提起が浮かび上がるとともに、残された課題の姿も見えてくることになる。そこで、第二に、本稿の試みが、国家論一般のなかにどのように位置づけられうるのかを検討しておこう。

ここで問題となるのは、20世紀までに展開された主権論の批判として提示される、主権論の民主制度論への接近傾向との本稿の位置取りである。近代国家に発祥する主権論は、社会契約説に端を発する「人民」＝個人の法的意味における抽象化を理論的前提としていた。しかし、人権論、とりわけ憲法訴訟の発展をはじめとする時代的変転を反映し、現代の憲法的統治の実践において個人の具体性が意識され始めると、主権論もまた、具体的個人を前提とした新たな構成を求められる⁵⁹⁰。そこで、主権論について憲法学が採用しうる道筋は、大きく二つに分かれることになる。第一に、辻村みよ子の「市民主権論⁵⁹¹」に代表されるように、近代国家論の前提であった個人の抽象性から距離を取り、根底から異なる個人像を前提とした主権論を再構築する道筋がある。これに対して第二に、主権論の意義を主権論の理論的先鋭さをその独自の意義として認めつつ、具体的個人を取り扱うための道具としての利便性については消極的に評価し⁵⁹²、これに代えて制度としての民主制を憲法学的に扱おうとする道筋がある。現代の憲法学における主権論の「沈滞」は、憲法学全体が後者の道筋へ傾斜していると意識されていることから生じるものであろう⁵⁹³。

しかし、いずれの道筋が選択されようと、従来の主権論が主題化した「誰の意思か」は関心として相対化され、主権の理念あるいは民主制を通じて政治過程に反映される具体的個人の意思の実質を問う「いかなる意思か⁵⁹⁴」という問題が主題化されざるを得ない。そしてそこでは、意思の実質を表現する手続きである政治制度への関心が、より様々な形で意識されていくことになる。主権論の役割を「理念と制度の適応関係」を問題化するものとして再定位しようとした高橋和之の国民内閣制論における根本的な問題意識⁵⁹⁵は、この

⁵⁹⁰ 関谷昇「社会契約説と憲法」、『岩波講座憲法3 ネーションと市民』、岩波書店、2007、37-40頁。

⁵⁹¹ 辻村みよ子『市民主権の可能性』、有信堂、2002。とりわけ、現代の主権論が直面する主権主体と個人像の変化の選択に自覚的に述べている部分として、同書第三章、とりわけ165-187頁を参照。

⁵⁹² その最たるものが、小嶋和司による「主権否認論」である（小嶋和司『「主権」論おぼえがき〈その1〉』、『小嶋和司憲法論集2 憲法と政治機構』、木鐸社、1998、43頁）。

⁵⁹³ 渡辺康行「国民主権」、『ジュリスト』、No.1089、1996、99頁では、主権論と民主制のいずれを主問題として理論構成するかは、論者ごとの選択の問題として位置づけられている。

⁵⁹⁴ 関谷昇「戦後の日本の主権論と一般意思の原理——憲法と政治をめぐる思想史的考察」、坂野潤治、新藤宗幸、小林正弥編『憲政の政治学』、東大出版会、2006、56頁。

⁵⁹⁵ 高橋和之『国民内閣制の理念と運用』、有斐閣、1994、7-8頁。

制度への接近傾向を端的に表現した一例として捉えられる。

それでは、このような制度への接近傾向から見て、本稿のような理論研究はどのようなものとして成立しうるであろうか。自身が制度から一線を引いた理論研究として成立していることを自覚した上で、本稿をアナクロニスティックな理念的議論として終わらせてしまわないためには、この位置づけの明確化が必要である。

フランスの憲法理論の読解を基礎とする一方で、本稿が現代的意味での国家論の新潮流の道案内役として参照しているのは、石川健治、林知更の二者の議論であり、それらは一次的にはドイツを比較法的検討対象として成立している。もっとも、単一国家としての自国を意識しながらドイツ理論を参照するという点では、この二者の関心もボーと軌を一にしており、時としてボーの議論が彼らによって参照されることがあり、それゆえに本稿が彼らの関心を参照することになるのは必然であったといえる。しかし、更に注目しておきたいのは、単なる単一国家の枠内の国家論を超えて、政治体結合のモチーフを当然に取り入れることになる現代的視点からの問題提起を見た時、そこに強力な「制度論」が存在することである。すなわち一つの国家の統治理論として成立する憲法学を超え、EUをはじめとする統合の理論を問題化する時、憲法学は当然にEU法学や国際法学の成果と向き合わざるを得なくなる。とりわけ本稿は、EU法学を憲法学に対する強力なカウンターパートとして意識している。EU法学は絶えず変転する統治制度を把握しようとするエネルギーに支えられ、当分「沈滞」に陥るようなことなは無いと思われるが、このような「制度論」の極限に位置するカウンターパートの存在を見据えた時、憲法学の可能性は自覚的な再検討を促されることになる。

第4章第5節3-(2)において既に参照した通り、石川健治は「抗・事実的な国家論の維持」という形で憲法学の今後の動向を予測していた。この「抗・事実」性が維持されていくという道筋は、憲法学に内在する制度論への傾斜をはるかに超えて、EU法学が把握しようとしている多元性の現実の姿を念頭に置いたとき、初めて見えてくるものであろう。

同時にここで注目しておきたいのは、林知更の日本の国家論の将来に対する洞察である⁵⁹⁶。林は、ワイマール以降のドイツ憲法学における国家論の展開を追った上で、そこからドイツと日本の間の国家論の展開の差異を検討する。林によれば、ドイツの学説史において「政治」を主問題とする国家論が相対化されていった背景には、時代と共に「法哲学上の法実証主義とは異なり、法学者や実務家の日々の法実践の積み重ねから生じる、いわば実践としての法実証主義、もしくは法文化としての合法性⁵⁹⁷」が形成されてきたという事実が存在しているという。このようなドイツ憲法学の分析から、林は現代における国家論の興亡について、希望的な予測と悲観的な予測の二つを立てている。

まず、国家論の希望的傾向、すなわち国家論「再興」の可能性について、林は次のよう

⁵⁹⁶ 林知更「「政治」の行方——戦後憲法学に対する一視角——」、岡田信弘、笹田栄司、長谷部恭男編『憲法の基底と憲法論——高見勝利先生古稀記念』、信山社、2015、143-174頁。

⁵⁹⁷ 林、前掲注596、168頁。

憲法学と国家理論

連邦論・国家論・法秩序論における一元性と多元性

に述べている。

「憲法学が学問としての活力を失わない限りは、恐らくそれぞれの時代にそれぞれの時代の合法性との対決の中から、別の新しい形で、我々が生きる社会の構造やそこでの「全体としての憲法の意味と本質」を捉えるための試みが登場してくるであろう⁵⁹⁸」

そして、林がこのような国家論の展開にとっての「希望」が現実化した例として挙げているのは、欧州統合に誘発された英米における憲法学の新動向である。しかし、一方で日本の憲法学の現状を念頭に置くと、林の予想は悲観的な色彩を帯びる。日本の国家論の典型的発想として完成された樋口陽一の理論の形成過程について、林は「ドイツにおけるような行動に発達した合法性の体系との対決から生まれたものではない⁵⁹⁹」ことに注意を向ける。日本の国家論が一方で合法性との対決を免れたまま、しかし他方で憲法学の現代的展開として合法性の要求が高まるという事態を観察して、林は以下のように述べる。

「合法性の要求に応えるために編み出された、有用であるけれども「全体」への問を欠いた解釈学説と、正統性の側の要求に応えるために保持される、合法性との対決を通じて十分に鍛え上げられていない法学的にナイーブな理論学説とが、相互に連関を欠いたまま併存することにはならないだろうか？ その谷間で「全体としての憲法の意味と本質」という我々の学問にとって切実なはずの問いが見失われはしないだろうか？⁶⁰⁰」

林はこのような問いを示したうえで、今後の発展は予測不能であるとしているものの、林の問題意識が日本における国家論の展望について悲観的な見通しに立つものであることは疑いがないように思われる。

ここでの林の検討はあくまでドイツ憲法学説史の分析を前提としているものであるが、比較法上の縛りを超えて、「我々の学問」、すなわち日本の憲法学にとって林が抱く危機感は、国家論を扱う本稿にとって正しく認識しておくべきものである。林は、合法性への問いとしての解釈学説と、正統性への問いとしての国家論を対置した上で、学説史上その両者が衝突を経て発展してきたものであり、換言すれば憲法学における解釈学と国家論の両輪構造を示したものである。林が危惧するのは、両輪たる両者が連関を失うことで、憲法学の健全な展開が阻害されるのではないかということである。この危険が現実化することになれば、国家論が石川のいう「抗・事実性」を保持したまま展開していくとしても、あるいは別の方向へ向かうとしても、その「抗・事実性」の理論的精度が低下してしまうことになる。本稿が「はじめに」において焦点をあてた、日本における国家論の切実さの欠

⁵⁹⁸ 林、前掲注 596、169-170 頁。

⁵⁹⁹ 林、前掲注 596、173 頁。

⁶⁰⁰ 林、前掲注 596、174 頁。

如⁶⁰¹は、林の抱いた危惧の中に現実化しようとしているように思われる。

このような危機感を前にして、国家論としての本稿は明確な自己点検を求められる。政治制度への注目を先鋭化したカウンターパートである EU 法学や、林のいう半身としての合法性論と、いかに向き合っていくのか。さしあたり、本稿の立ち位置は、古典学説への注視と政治体結合のモチーフを組み合わせることで、アナクロニスティックな主権論の構図に陥る危険、あるいは林のいう「ナイーブな国家論」に陥る危険を、可能な限り回避しようと試みたもの、というところであろう。

もっとも、本稿の理論研究の手法によって、真の意味で上のような危険を回避することが可能であるのかは、現時点では明らかでないと言わざるを得ない。その解答は、憲法学が不断の国家論の展開によって漸進的に導き出すしかありえないのである。本稿がここで結論として提示できるのは、政治体結合のモチーフと制度論と多元性論というカウンターパートを意識した国家論が、国家論一般の展開の一助となる可能性である。

⁶⁰¹ 毛利、前掲注 2、112-113 頁。

憲法学と国家理論

連邦論・国家論・法秩序論における一元性と多元性

参考文献一覧

<邦語文献>

- ・ 芦部信善『憲法 I』、有斐閣、1992。
- ・ 網谷龍介・伊藤武・成廣孝編『ヨーロッパのデモクラシー』、ナカニシヤ出版、2009。
- ・ A・ハミルトン、J・ジェイ、J・マディソン著・斉藤眞、中野勝郎訳『ザ・フェデラリスト』、岩波書店、1999。
- ・ アンドン・レイプハルト著、内山秀夫訳『多元社会のデモクラシー』、三一書房、1979。
- ・ 井上すゞ『ジャコバン独裁の政治構造』、御茶の水書房、1972。
- ・ G・イエリネック著、芦部信善・阿部照哉他訳『一般国家学』、学陽書房、1974。
- ・ J・Jルソー著、桑原武夫・前川貞二郎訳『社会契約論』、岩波書店、1954。
- ・ 児玉昌己『欧州議会と欧州統合』、成文堂、2004。
- ・ 小森義峯『連邦制度の研究』、三晃出版、1965。
- ・ カレ・ド・マルベール著、時本義昭訳『カレ・ド・マルベール 法律と一般意思』、成文堂、2011。
- ・ 杉原泰雄『国民主権の研究』、岩波書店、1971。
- ・ 杉原泰雄『人民主権の史的展開』、岩波書店、1987
- ・ 杉原泰雄『民衆の国家思想』、日本評論社、1992。
- ・ 杉原泰雄『地方自治の憲法理論』、勁草書房、2002。
- ・ 杉原泰雄『憲法と国家論』、有斐閣、2006。
- ・ 高橋和之『現代憲法理論の源流』、有斐閣、1886。
- ・ 高橋和之『国民内閣制の理念と運用』、有斐閣、1994。
- ・ 高橋和之『現代立憲主義の制度構想』、有斐閣、2006。
- ・ 高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第3版』、有斐閣、2013。
- ・ 高見勝利『芦部憲法学を読む』、有斐閣、2004。
- ・ 辻村みよ子『市民主権の可能性』、有信堂、2002。
- ・ 辻村みよ子編『フランスの憲法判例 II』、信山社、2013。
- ・ 樋口陽一『憲法』改訂版、創文社、1992。
- ・ 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。
- ・ 中谷義和『アメリカ南部危機の政治論』、御茶の水書房、1979。
- ・ 中村健吾『欧州統合と近代国家の変容 EU の多次元的ネットワーク・ガバナンス』、昭

和堂、2005。

- ・中西優美子『EU法』、新世社、2012。
- ・樋口陽一『憲法I』、青林書院、1998。
- ・美根慶樹『スイス 歴史が生んだ異色の憲法』、ミネルヴァ書房、2003。
- ・西尾勝『地方分権改革』、東京大学出版会、2011。
- ・安江則子『欧州公共圏 EU デモクラシーの制度デザイン』、慶應大学出版会、2007。
- ・山口俊夫編『フランス法辞典』、東大出版会、2002。
- ・山崎榮一『フランスの憲法改正と地方分権 ジロンドンの復権』、日本評論社、2006。

<邦語論文>

- ・浅見政江「EU 統合と民主主義 「やっかいな政体」の「やっかいな民主主義」、田中俊郎・庄司克彦編『EU 統合の軌跡とベクトル トランスナショナルな政治社会秩序形成への模索』、慶応大学出版会、2006。
- ・石川健治「国家・国民主権と多元的社会」、樋口陽一編『講座憲法学2 主権と国際社会』、日本評論社、1994。
- ・石川健治「憲法学における一者と他者」、『公法研究』第65号、2003。
- ・石川健治「「国家結合の理論」と憲法学 Sezession の可能性」塩川信明・中谷和弘編『法の再構築II 国際化と法』、東京大学出版会、2007。
- ・石崎学「共和国・主権と自由の狭間で——カレ・ド・マルベールの法的国家論についての一考察——」、『亜細亜大法学』、第33巻2号、1998。
- ・岩崎美紀子「連邦制と主権国家」、『岩波講座 憲法3 ネーションと市民』、岩波書店、2007。
- ・大藤紀子「フランス憲法院による EU リスボン条約に関する判決」、『貿易と関税』、58(11)、日本税法学会、2010。
- ・大藤紀子「フランス憲法と EU リスボン条約——立憲主義と民主主義の観点から」、安江則子編『EU とフランス』、法律文化社、2012。
- ・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』、第101巻1号、1989。
- ・オリヴィエ・ボー、鈴木秀美監訳「フェデレーション理論の諸原理」、『自治研究』、第91巻第7号、2015。
- ・小嶋和司『「主権」論おぼえがき〈その1〉』、『小嶋和司憲法論集2 憲法と政治機構』、木鐸社、1998。

憲法学と国家理論

連邦論・国家論・法秩序論における一元性と多元性

- ・小島慎司「主権を欠いた政治体について——オリヴィエ・ボーの連邦論を読む——」、『国家学会雑誌』第11・12号、2003。
- ・杉原泰雄「カレ・ド・マルベールの国民主権論と国民代表制」、市原昌三郎編『公法の基本問題 田上穰治先生喜寿記念』、有斐閣、1984。
- ・関根照彦「代議制連邦国家の成立——一八四八年のスイス連邦憲法——」、『スイスの歴史と文化』刀水書房、1999。
- ・関谷昇「戦後の日本の主権論と一般意思の原理——憲法と政治をめぐる思想史的考察」、坂野潤治、新藤宗幸、小林正弥編『憲政の政治学』、東京大学出版会、2006。
- ・関谷昇「社会契約説と憲法」、『岩波講座憲法3 ネーションと市民』、岩波書店、2007。
- ・須網隆夫「EU/EC 法秩序とリスボン条約」、福田耕治編『EU・欧州統合研究—リスボン条約以後の欧州ガバナンス—』、成文堂、2009。
- ・高橋和之「国家主権とフェデラシオン——EU 統合プロセスの憲法学的把握をめぐる——」、『欧州統合とフランス憲法の変容』、有斐閣、2003。
- ・時本義昭「ノモス主権と理性主権」、『龍谷紀要』、第29巻2号、2008。
- ・中村民雄「動く多元的法秩序としての EU—EU 憲法条約への視座」、中村民雄編『EU 研究の新天地 前例なき政治体への接近』、ミネルヴァ書房、2005。
- ・新村とわ「流動する「市民」の権利」長谷部泰男編『講座人権論の再定位3 人権の射程』、法律文化社、2010。
- ・林知更「国家論の時代の終焉?——戦後ドイツ憲法学史に関する若干の覚え書き(1)・(2)」法律時報第77巻10号、2005・11号、2005。
- ・林知更「連邦と憲法理論——ワイマール憲法理論における連邦国家論の学說的意義をめぐる——上・下」、『法律時報』第84巻5号、2012、同6号、2012。
- ・林知更「「政治」の行方——戦後憲法学に対する一視角——」、岡田信弘、笹田栄司、長谷部恭男編『憲法の基底と憲法論——高見勝利先生古稀記念』、信山社、2015。
- ・毛利透「憲法の前提としての国家と憲法による国家統合」、岡田信弘、笹田栄司、長谷部恭男編『憲法の基底と憲法論——高見勝利先生古稀記念』、信山社、2015。
- ・光信一宏「フランス第三共和制下の執行権論—カレ・ド・マルベールとオーリウの所説を中心に—」、『愛媛法学会雑誌』、第15巻第2号、1988。
- ・山元浩三「カレ・ド・マルベールと法実証主義」、『同志社法学』、第52巻2号、2000。
- ・山元一「最近のフランスにおける「憲法制定権力」論の復権——オリヴィエ・ボーの『国家権力論』を中心に——」、『法政理論』、第29巻第3号、1997。
- ・山元一「「憲法制定権力」と立憲主義——最近のフランスの場合——」、『法政理論』、第33巻第2号、2000、1頁。
- ・山元一「現代フランス憲法学における立憲主義と民主主義」、『憲法問題』、第13号、2002。
- ・山元一「現代フランス憲法学にとっての「政治法」の意義」、山本一・只野雅人編訳『フランス憲政学の動向』、慶應大学出版会、2013。

- ・ 渡辺康行「国民主権」、『ジュリスト』、No. 1089、1996。
- ・ 渡辺康行「主権の意味と構造」、大石眞、石川健治編『憲法の争点』、有斐閣、2008。

<外国語文献>

- ・ Charles EISENMANN, 《La théorie des fonctions de l'État chez Carré de Malberg》, *Relation des journées d'étude en l'honneur de Carré de Malberg 1861-1935*, Dalloz, 1964.
- ・ sous la direction de Denis ALLAND et Stéohane RIALS, *Dictionnel de la culture juridique*, PUF, 2003.
- ・ Denis BARANGER, *Le Droit constitutionnel*, PUF, 2011
- ・ Éric MAULIN, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, PUF, 2003.
- ・ Florence CHALTIEL, *La Souveraineté de L'État et L'Union européenne, L'Exmemple français, Recherches sur la Souveraineté de L'État membre*, LGDJ, 1999.
- ・ John C. Calhoun, *A Disquisition on Government and selection from the discourse*, edited by C. Gordon Post, New York, 1953
- ・ Leon DUGUIT, *Traité du droit constitutionnel*, De Boccard, 2e éd, 1921, t. I .
- ・ Louis FABOREU, *Droit constitutionnel*, 13^e édition , Dalloz, 2010.
- ・ Louis LE FUR, *État fédéral et Confédération d'États*, Paris, Marchal et Billard, 1896, reed, LGJD, 2000.
- ・ Michel TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001.
- ・ Olivier BEAUD, *La Puissance de l'État*, PUF 1994.
- ・ Olivier BEAUD, *Théorie de la Fédération*, PUF, 2007.
- ・ sous la direction de Olivier DUHAMEL et Yves MÉNY, *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992.
- ・ Pierre AVRIL, *Les conventions de la consitution, norms non écrites du droit politique*, PUF, 1997.
- ・ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Sirey, 1920 et 1922, reed, Dalloz, 2004.
- ・ Raymond Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Sirey, 1931, reed, Economica, 1984.
- ・ Raymond Carré de Malberg, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés*, Sirey, 1931, reed, Dalloz, 2007.
- ・ *Relation des journées d'étude en l'honneur de Carré de Marbelg 1861-1935*, Dalloz, 1964.

<外国語論文>

- ・ Charles DURAND, 《De l'État federal à l'État unitaire décentralisé》, *L'évolution du droit public, études offertes à Achille MESTRE, professeur honoraire à la Faculté de Droit de Paris*, Sirey, 1956.
- ・ Claude EMIRI, 《L'État de droit dans le system polyarchiques européens》, *RFDC*, n° 9, 1992.
- ・ Constance GREWE, 《La revision constitutionnelle en vue de la ratification du traité de Maastricht》, *RFDC*, 11, 1992.
- ・ Éric MAULIN, 《Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française》, *Annales historiques de la Révolution française*, 328, 2002.
- ・ Florence FABERON, 《Le federalism, solution française de décolonisation : le cas de la Nouvelle-Calédonie》, *RFDC*, 2015.
- ・ François LUCHAIRE, 《Les radicaux et le problème constitutionnel en 1946》, *RFDC*, n° 9, 1992.
- ・ François DELPÉRÉE, 《La complexité fédérale》, *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs Mélanges en l'honneur de Pierre PACTET*, Dalloz, 2003.
- ・ Georges BURDEAU, 《Une survivance : la notion de constitution》, *L'évolution du droit public, études offertes à Achille MESTRE*, Sirey, 1956.
- ・ George BURDEAU, 《Carré de Malberg et le régime parlementaire》, *Relation des journées d'étude en l'honneur de Carré de Marbelg 1861-1935*, Dalloz, 1964.
- ・ Georges VEDEL, 《Schengen et Maastricht》, *RFDA*, 1992.
- ・ Hans KELSEN, 《La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)》, *RDP*, 1928.
- ・ Hugues DUMONT, 《Le federalisme multinational belge se prête-t-il à une mutation confédérale? Les onze leçons d'un federalisme immature》, sous la direction de Michel SEYMOUR et Guy LAFOREST, *Le federalism multinational, Un model viable?*, Diversitas, 2011.
- ・ Jean FOUGEROUSE, 《Unité et État regional en Italie》 *De l'Unité de l'État*, sous la direction de Félicien LEMAIRE, Éditions Cujas, 2010.
- ・ Jean-Marie PONTIER, 《La decentralization et le temps》, *RDP*, 1991.
- ・ Michel-Henry FABRE, 《L'Unité et l'indivisibilité de la république, Réalité ? Fiction?》,

RDP, n.3, 1982, p.615-616.

- Michel TROPER, 《La Constitution de 1791 aujourd' hui》, *RFDC*, n° 9, 1992.
- Olivier BEAUD, 《Le souverain》, *Pouvoirs*, n° 67, 1993.
- Olivier BEAUD, 《La souveraineté dans la 《Contribution à la Théorie générale de l'État》 de Carré De Maléberg》, *RDP*, 1994.
- Olivier BEAUD, 《Propos sceptiques sur la légitimité d'un referendum européen ou plaidoyer pour plus de realism constitutionnel》, in Andreas Auer et Jean-François Flauss (éd.), *Les référendum européen*, Bruylant, 1997.
- Olivier BEAUD, 《Fédéralism et souveraineté Note pour une théorie constitutionnelle de la Fédération》, *RDP*, n° 1, 1998.
- Olivier BEAUD, 《La Notion de pacte fédératif—Contribution á une théorie constitutionnelle de la Fédération》, in Jean-François Kervégan et Heinz Mohnhaupt (sous la direction de) *Gesellschaftlich Freiheit und Vertragliche Bindung in Rechtsgeschicht und Philosophie*, Vittorio Klostermann Frankfurt am Main, 1999.
- Olivier BEAUD, 《Joseph Barthélemy ou la fin dde la doctrine constitutionnelle classique》, *Droits*, n° 32, 2000.
- Olivier BEAUD, 《Conceptions of The State》, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, edited by Michel Rosenfeld and András Sajó, Oxford, 2012.
- Olivier BEAUD, 《Fragments d'une théorie de la citoyenneté chez Carré de Malberg ou comment articuler le citoyen, l'État et la démocratie》, *Jus Politicum*, n° 12, 2012, p.1-58. (URL : <http://juspoliticum.com/-No8-.html>)
- Olivie BEAUD, 《La multiplication des pouvoirs》, *Pouvoirs*, n° 143, 2012.
- Olivier BEAUD, 《Une question négligée dans le droit de la nationalité : la question de la nationalité dans une Fédération》, *Jus Politicum*, n° 12, 2014. (URL : <http://juspoliticum.com/-No12-.html>)
- Raymond Carré de Malberg, 《La condition juridique de l' Alsace-Lorraine dans l' Empire allemand》, *RDP*, 1914.
- Raymond Carré de Malberg, 《La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875》, *Revue politique et parlementaire*, 1927.
- Raymond Carré de Malberg, 《Considérations théoriques sur la question de la combinaison du referendum avec le parlementarisme》, *RDP*, 1931.
- Renaud DEHOUSSE et Laurie BOUSSAGUET, 《L'impact de la crise sur la gouVERNANCE européenne》, *Pouvoir*, n° 149, 2014.
- René CAPITANT, 《L'œuvre juridique de Raymond Carré de Malberg》, *Archive de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, Siery, 1937.
- René CAPITANT, 《Carré de Malberg et le régime parlementaire》, *Relation des journées d' etude en l'honneur de Carré de Marbelg 1861-1935*, Dalloz, 1964.
- Stéphanie NOVAK, 《Le grand retour des États?》, *Pouvoir*, n° 149, 2014.

憲法学と国家理論

連邦論・国家論・法秩序論における一元性と多元性

・Thierry MICHALON, 《La République française, une fédération qui s'ignore?》, *RDP*, n° 3, 1982.

・Xavier BIOY et Philippe RAIMBAULT, 《La puissance de la loi en question》, sous la direction de Philippe RAIMBAULT, *La puissance publique à l'heure européenne*, Dalloz, 2006.