

国家理論における一元性と多元性 (1)

— カレ・ド・マルベール第三著作再読 —

門 輪 祐 介^{*}

- I はじめに
- II *Confrontation* 第一部：「権力構想」論（以上本号）
- III 「国民内閣制」論の源流としてのカレ・ド・マルベール
- IV *Confrontation* 第二部：最後に現れる遠心性
- V むすびにかえて

I はじめに

古典的な政治思想は、それを基礎として、現代にいたるまでに膨大な研究が積み重なっているものである。憲法学・国家論の領域でいえば、ボダンの主権概念、ルソーの社会契約論等が、古典の典型例として挙げられる。それらは、憲法学の基礎として不動の地位にあるがゆえに、誰もがその古典に抱く通念、典型的なボダン像、ルソー像といったものが存在する。実践的意義の著しい研究は、その通念を問い直すことなく、通念を一応の真実として受け容れ、その上に議論を積み重ねることで成立しているといえよう¹⁾。

カレ・ド・マルベールの業績は、もっとも古典的な国家理論の一つであり、日仏を問わず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。そして、他の古典理論と同様、「多くの論者が前提とする最大公約数的なカレ・ド・マルベール像」が存在することも事実であろう。

本稿の目的は、その典型的カレ・ド・マルベール像に、新しい読解の可能性を

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第15巻第3号2016年11月 ISSN 1347-0388

^{*} 一橋大学大学院法学研究科ジュニアフェロー（特任講師）

付加することである。例えば高橋和之は、『現代憲法理論の源流』においてカレ・ド・マルベールを読み解き、その表題が示すようにフランス憲法学の「源流」として位置づけたが、本稿はそのような先行研究が組み立ててきたカレ・ド・マルベール像に、新たな視座と異なる見え方を付け加える。

(1) 問題意識

本稿の結論部分を取れば、筆者がカレ・ド・マルベール再読を主題化する問題関心は、単に古典理論研究としての範疇にとどまらず、現代国際社会への理論的対応の模索にまで及ぶ。国際化・多元化の進展する世界の把握・分析に対し、国家の枠組を前提に展開してきた憲法学は、何らかの貢献が可能だろうか。この問題関心は、EUの制度的展開の基本理念を参照することで、より明確になる。

EUの制度史においては、「民主主義の赤字」を補填することこそ最大の課題であった。大目標として掲げられたデモクラシーの達成は、近年、大きなうねりを見せている。その極致が、欧州憲法条約の挫折を受けての、リスボン条約の締結経緯である。第一に、欧州憲法条約がフランス、オランダの国民投票において否決された要因は、その「憲法」的要素に対する加盟国国民の反発があったと見られたため、リスボン条約は憲法条約の実質的内容を可能な限り維持しつつ、象徴的意味での「憲法」的色彩を除去したものとなった。第二に、批准のために国民投票を行ったのはアイルランド一国のみであり、多くのEU構成国は議会の可決承認によって批准を済ませることとなった。

第一点、象徴的意味での「憲法」的色彩の排除は、単純に、EUを「国家」と類比する思考が政治的に拒絶されることを示す。もちろんこの拒絶は政治的意味

-
- 1) もっとも、ここで述べているのはあくまで通念的な古典理解のあり方であって、それは憲法学一般に流布する最大公約数として現れ、時代を下り転写されていく中で、論理的厳密性を欠いていく可能性がある。そこで古典理論を再読し、最大公約数的理解の誤りを指摘することで、現代的学説の基礎を根底から覆す野心的（あるいは破壊的）な研究手法が、当然に考えられよう。例えば、人民主権論のルソー解釈を批判し、新しい主権論の基礎としてルソー解釈のオルタナティブ（分有主権論）を提示する小島慎司「選挙権権利説の意義：プーブル主権論の迫力」（『論究ジュリスト 第5号』、有斐閣、2013、49-56頁）は、そのような試みの一つとして位置づけられる。

においてのことではあるものの、EU 法学の領域においても、同種の「拒絶」があることは示唆的であるように思える。すなわち、EU 法学では、EU の法的性質を「国家連合ではないが連邦国家（一個の主権国家）でもない状態として、既存の概念とは異なる政治体と捉えられることが多いというのである²⁾。このような状況下では、憲法学に用意されている主権論・国家論の枠組を用いて、EU について建設的な研究を組み立てる試みには困難が付きまとう。

第二点、リスボン条約における国民投票手続の不存在は、「民主主義の赤字」という課題との関係で深刻な逆説を生むことになる。すなわち、デモクラシーの制度的実現のために発展してきたはずの EU が、統合の新段階に達するために、国民投票という民主的手続を迂回する必要があったのである。この点は、立憲主義と民主主義の順接・衝突を論じる憲法学の見地から批判的検討が可能であろう³⁾。

筆者は、リスボン条約の問題を典型例とする EU の法的把握の問題に目を向けるとき、そこに憲法学の手段の困難性と理論的可能性を同時に感得する。本稿が目指すものは、現代国際社会への憲法学的対応の可能性を、憲法学に内在する要素の中から発見することであり、古典理論であるカレ・ド・マルベールの学説の再読と検討は、その素材として位置づけられる。このような問題意識をもって古典理論を再読する視点を、以降「現代的視点」と総称することとする。

(2) 検討対象

次に問われるべきは、憲法学の基礎を形成する通念化された古典理論の中で、なぜカレ・ド・マルベールを選択するのか、ということである。

筆者は以前、「憲法学と国家・連邦」と題した論文⁴⁾にて、オリヴィエ・ポー

2) 中西優美子『EU 法』（新世社、2012）19 頁。

3) 例えば、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 卷 11 号、日本税法学会、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の吟味を超えた、EU 民主主義の行方についての問いかけを行っている。

の連邦論を検討しながら、上に述べた「現代的視点」をもって憲法理論を読み解く方法を提示した。ポーの議論は、連邦理論を再構築することによって、典型的な国家の法的把握の方法とは異なる新規性をもって、現代国際社会を把握する試みであった。そこで論じられたのは、主権や憲法制定権力といった伝統的な国家論上の概念の再検討であり、国家を連邦の構成要素として特権的に主題化する側面があったのである。これは、EUにおける国境の相対化、国家以外のアクターの存在感の著しい増大に対して、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。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、憲法学にとっては、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、その意味を検討する価値がある。

しかし同時に、ポーの連邦論は憲法制定権力論と連邦創設の解明に重きを置いており、そこから導き出される問題意識は、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。しかしそれだけでは、動態的な統治作用を憲法学が取り扱うにあたって、理論的射程に限界がある。

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。このような試みの対象としてふさわしい理論、すなわち、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として、何を選択すればよいか。これに対する本稿の選択が、国家論・法律概念の構築者としてのカレ・ド・マルベールである。その選択の理由を明らかにするために、彼の業績に目を向けよう。

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の二点が、非常に大きな業績とされる。中でも現在のカレ・ド・マルベールの通念的理解を形成したものとして、高橋和

4) 拙稿「憲法学と国家・連邦：オリヴィエ・ポーの連邦論から」（『一橋法学』13巻2号、2014）641-721頁。

之の『現代憲法理論の源流』⁵⁾が挙げられよう。また、杉原泰雄の人民主権論は、国民主権原理と人民主権原理を比較対照する論理枠組⁶⁾において、カレ・ド・マルベールに多くを負っている。日本の憲法学は、教科書のレベルにおいてもこの二主権論原理の比較対照構造を採用しており、いわば憲法学的一般教養の一部として受容されている。

次に、それら通念的理解を参照しつつ、本稿の読解の対象であるカレ・ド・マルベールの業績を、著作ごとに要約しておこう。

第一著 *Contribution à la Théorie générale de l'État—spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*⁷⁾ (『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。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。この二つの主権概念の対照構造は 70 年代主権論争を経て、代表的概説書へ記載され、日本憲法学の一般教養として定着していることは、前述のとおりである。

第二著 *La loi, expression de la volonté générale—Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*⁸⁾ (『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、代表制の原理である。また同書では、当時の

5) カレ・ド・マルベールを体系的に分析している部分として、高橋和之『現代憲法理論の源流』(有斐閣、1986) 114-187 頁。なお、同書について以降では『源流』と略記する。

6) 杉原泰雄『国民主権の研究』(岩波書店、1971)。また、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) 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べられており、少なくとも杉原の主観的認識においては、カレ・ド・マルベールの業績の全体像について、杉原と高橋の理解が同期するものと認識してよいと思われる。

7) Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Sirey, 1920 et 1922, reed, Dalloz, 2004. 以降では、*Contribution* と略記する。

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。後に第五共和制憲法において憲法院による違憲立法審査制・国民投票制度が設置されたことから、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。

上記二著作は、カレ・ド・マルベールの「非常に大きな業績」として挙げた二点に対応している。すなわち、*Contribution*は「国民主権」原理を、*Loi*は「法律＝一般意思の表明」原理を、それぞれ定式化したものである。また、*Contribution*は国家の一般理論として、法的国家の原理的考察を主軸にするのに対して、*Loi*は第三共和制フランスの議会主権という政治現象、第三共和制憲法における「法律」の概念の分析と運用論を主軸にしており、両者の間では扱われる素材も異なる。第一、第二著作において、カレ・ド・マルベールが複数の概念・視座から、主権国家という政治体を観察して法的に記述したと評価することができよう。

しかし、本稿の再読の直接的対象は、カレ・ド・マルベールの第三著作である。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*⁹⁾(『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、ケルゼンの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、特殊なものである。そして、通念的理解として挙げた高橋・杉原のカレ・ド・マルベール読解においても、この第三著作が言及される機会は他の二著と比べて著しく限定されている。この第三著の特殊性こそ、本

8) 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。

9) 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。

稿が焦点化する問題である。本稿が追究するのは、通念的理解がカレ・ド・マルベールの業績として取り上げてきた前二著作に含まれない要素が、第三著作 *Confrontation* に含まれている可能性である。

(3) 検討方法

本稿では、第一に第三著作 *Confrontation* の内容と特異性を要説しつつ、前二著作との関係について考察し、第三著作に通底する「権力構想」論として析出する(Ⅱ)。第二に、これは補論的になるが、現代の日本憲法学におけるカレ・ド・マルベールの存在感を示すものとして、*Confrontation* から得た「権力構想」論の視座のもと、高橋和之の「国民内閣制」論とカレ・ド・マルベールの理論の関係について考察する(Ⅲ)。第三に、*Confrontation* 後半の内容、および前半との議論の差異を要説し、現代的視点からの再読と示唆の獲得をめざす(Ⅳ)。

Ⅱ *Confrontation* 第一部：「権力構想」論

1. *Confrontation* の論旨と問題提起

高橋和之は、第三著作 *Confrontation* を指して「多少奇妙な問題設定」¹⁰⁾を行った書と評している。高橋に「奇妙」と感じさせたものは、第三著作 *Confrontation* と第二著作 *Loi* の内容上の重複であった。まず前提として、高橋は *Loi* を、*Contribution* で得られた思考枠組みをフレーム・オブ・リファレンスとしながら、第三共和制憲法下の法秩序を分析・整序したものとして位置づけた。そして、カレ・ド・マルベールが1875年憲法の分析のための中核概念として見出したのが「法律」の概念であり、この法律概念は、大革命によって定立された諸原理の中、すなわち人権宣言第6条の中に見出される¹¹⁾。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、当時のフランス公法秩序を分析した結果である点は、*Loi* と重複する。つまり、第二著作 *Loi* は一般国家論の枠組から、第三

10) 『源流』、116頁。

11) 『源流』、172-173頁。

著 *Confrontation* はドイツの法理論の否定という視点から、同じく「第三共和制期のフランス公法秩序を分析・整序したもの」であり、二著は手法が異なるだけで、その対象も結果も同じものとなる。

Confrontation を「*Loi* と同旨」と評価する高橋の見解が「通念的理解」だとすれば、第三著にことさら注目する必要はないと結論されることになろう。しかし、第三著再読を目的とする本稿の立場からは、このような通念的理解に対して反論しておく必要がある。そこで、近時のカレ・ド・マルベール研究の中でも、*Confrontation* に一定の積極的位置づけを試みている時本義昭とエリック・モランの見解を取り上げ、この反論に代えることとする。

(1) 時本義昭による *Confrontation* 読解

高橋の「多少奇妙な問題設定」という記述は、カレ・ド・マルベールの体系的解釈を示そうと試みる時本義昭¹²⁾によって、明確に問題化されている。時本は高橋において、第三著作は「カレ・ド・マル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」¹³⁾というのである。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、高橋が三著作のそれぞれの意義についての有機的理解の欠如を指摘する¹⁴⁾。

それでは、時本の示す「三著作の有機的な理解」とは、いかなるものであろうか。それは三著作を一連の執筆意図の表現として関連付ける試みである。まず時本は、*Contribution* の国家の一般理論としての性質を（『国家の一般理論への寄与』という表題にもかかわらず）否定する。カレ・ド・マルベールの果たした最

12) 本稿が引用する時本のカレ・ド・マルベール解釈は、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）に依拠する。なお、以降同書を『国民主権と法人理論』と略記する。

13) 時本義昭『国民主権と法人理論』、18頁。

14) ただし、時本の意図が高橋の『源流』における分析を根底から覆すものでないことは、言い添えておくべきであろう。時本は『源流』を座右の書として称賛し（『国民主権と法人理論』、330頁）つつ、カレ・ド・マルベールの思考過程の描写について高橋の理解を最も的確な解釈として取り上げている（『国民主権と法人理論』、227-228頁）。三著作の有機的理解、執筆意図への着目という点からの高橋への批判は、時本が『源流』を本稿のいうところの「通念的理解」と位置づけた上で、そこに添加・修正を加えようとする試みである。

大の功績は、「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」ではなく、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¹⁵⁾。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¹⁶⁾。

このような *Contribution* 理解を前提とした場合、カレ・ド・マルベールの理論の射程について大きな問題が提起される。*Contribution* が提示する「一般理論」および国民主権原理の内実は、主権の独占を排除する権力の抑制の契機を含むものである。その結果、同書の理論からは、当の第三共和制期フランスにおける議会主権という法現象、議会への国家権力の一極集中を説明することができないというのである。時本は、「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¹⁷⁾と推定し、さらに進んで、残る二著の執筆意図を、「一般理論の限界を示す」ものとして捉える。第二著 *Loi* の執筆意図は、一般理論を離れてフランスの法秩序の構造を解明することであり、その意味で第二著 *Loi* は、第一著 *Contribution* において説明できなかった部分を補完する¹⁸⁾ものである。換言すれば、時本は三著作を「国家の

15) なお、『国民主権と法人理論』の表題が示す通り、時本のカレ・ド・マルベール読解が「法人理論」に軸を定めることからすれば、これは当然の結論である。時本は法人理論を全否定する日本憲法学の学説状況について注意を喚起し、法人理論の実践的意義を「権力分立的・自由主義的原理」であるところに見定め、法人理論への参照と不可分に形成される主権論を「リベラルな主権論」として積極的に評価している（『国民主権と法人理論』、322-324頁）。このような問題意識からすれば、*Contribution* におけるカレ・ド・マルベールの理論は、時本のいう「リベラルな主権論」の中に位置づけられることになる。

16) 『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。

17) 『国民主権と法人理論』、20頁。

一般理論の否定に至るまでの一貫性」として整理するのである。

それでは、第三著 *Confrontation* は、「国家の一般理論の否定」の文脈において、どのように位置づけられるだろうか。時本によれば、*Confrontation* の執筆意図は、一般理論として構想された法段階理論がフランスに適用できないと論証することで、間接的に、特定国家の実定法秩序を離れた一般理論の構築という営為自体を否定することであるという¹⁹⁾。時本の理解からは、*Loi* と *Confrontation* の内容の重複にもかかわらず、執筆意図の上では両書に重複は見られず、それぞれに異なる役割が与えられているとされる。時本はこのようにして、高橋が「奇妙」と評した *Confrontation* の意義を、積極的なものへと再定位したのである。

(2) エリック・モランによる *Confrontation* 読解

現代のフランスにおいてカレ・ド・マルベールの解釈論を展開するエリック・モラン (Eric MAULIN) も、時本とは異なる方法で、第三著 *Confrontation* を主題化している。モランが提起するのは射程の問題である²⁰⁾。すなわち、カレ・ド・マルベールの議論は、近代国家の一般について適用可能な「一般理論」として成立しているのか、それとも第三共和制フランスの分析枠組としてのみ機能する「特定国家固有の理論」として成立しているのか、という問いである。

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、混在状態にある。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、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。そして第三著 *Confronta-*

18) 『国民主権と法人理論』、281頁。また、このように第一著と第二著の関係を補完関係として理解するがゆえに、時本はカレ・ド・マルベールの論調が第一著と第二著の間で異なることを指して「断絶」と評価する見解に対しては、慎重な態度をとっている。

19) 『国民主権と法人理論』、20頁。

20) Éric MAULIN, *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, PUF, 2003, pp. 13-17. 以降では、同書を *La Théorie de l'État de Carré de Malberg* と略記する。

tion の議論は、「特定国家固有理論からの一般理論の拒否」である。すなわち、法段階理論を特定国家の枠組を超えて妥当する「国家の一般理論」として位置づけた上で、フランス公法秩序に適用不可能であると示している。

このように三著作の射程を整理した上で、モランは、「国家の一般理論」と「特定国家固有の理論」のいずれが核であるかは、結局不明確であるとする。なぜなら、カレ・ド・マルベールはその法実証的分析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²¹⁾。これは、カレ・ド・マルベールのテキストの中に、議論の射程についての主観的理解を推知させる決定的根拠が存在しないことを意味し、この点が、射程の問題を解答困難なものとしている。

しかし同時に、モランが明確に「一般理論」としての性質を否定せず留保していることは、モランが三著作の間に共通する要素を感じ取ったことをも示唆している。本稿は、このような内容的な余白を残すモラン読解を、第三著作に注目する本稿の問題意識に即して整理しておく。

モランによる第三著 *Confrontation* の意義づけは、著書 *La Théorie de l'État de Carré de Malberg* での引用方法の中に現れている。三著作の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用いる。そこで、ここではモランの引用法における、*Confrontation* の存在感に着目しよう。

モランは、カレ・ド・マルベールの「国民主権」原理を論じた部分で、*Confrontation* を引用している²²⁾。モランの著書 *La Théorie de l'État de Carré de Malberg* の「国民主権」の章²³⁾において主として引用されるのは *Contribution* であるが、同章の核心的な部分において、第三著作 *Confrontation* も引用されるという事実は示唆的である。先に挙げたモランによる三著作の内容整理からみれ

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

22) *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, p. 109. 引用されているのは *Confrontation*, p. 64.

23) *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, pp. 89-142.

ば、*Loi* と *Confrontation* は「特定国家固有の理論」の側に属するはずであり、また、通念的理解において後期二著が共通する内容を持っていることも考え合わせれば、後期二著作を国家の一般理論としての第一著 *Contribution* から切断することが考えられる。そしてこのような切断を前提としているならば、*Contribution* と *Confrontation* の縦断的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余白を示すと同時に、後期二著においても一貫した何らかの要素を、モランが感じ取っていることを示している。

それでは、モランが得た「一貫した要素」とは何か。それは、モランの用語法によれば、「真理的価値」としての革命原理への参照、ということになるであろう。カレ・ド・マルベールは、三著作全てにおいて、「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²⁴⁾。モランはこの点を踏まえ、カレ・ド・マルベールを革命原理の探究者と位置づける。彼はあたかも「神学者が聖書に向かうように」²⁵⁾ 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。

だが同時にモランは、*Contribution* における「国民主権」原理の源泉は何かという問いを立てる。原理探究者であると同時に、カレ・ド・マルベールは法実証主義者でもあり、したがって革命原理から「国民主権」原理を抽出するために基礎としたテキストは何であったのかが問われる。この問いの解答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、第二に、政治文書としての1789年人権宣言、第三に、革命直近の憲法である1791年憲法である。しかし(実定法のみを法的認識の対象とする)法実証主義者であるならば、当時の現行憲法である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。こ

24) 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*, pp.27-28 において提示される。

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

ここでは、法実証主義という分析手法上の問題のみならず、カレ・ド・マルベールの「一般理論」の成立過程が問題化されている。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位相の転換、および1789年人権宣言と1791年憲法の法的価値を、モランは検討の対象としている²⁶⁾。

それでは、この問題の解答として正しいのは、三つの選択肢のうちどれであるか。第三共和制期において、フランス人権宣言と1791年憲法は、もはや法的に有効でない。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。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、したがって、正解となるのは1791年憲法であることになる。つまり、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。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²⁷⁾。この「哲学的真理」あるいは「真理的価値」という1791年憲法の特異な位置づけが、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、ミシェル・トロベールの議論²⁸⁾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」であって実定法規範ではなく、その内容は法理論家の認識に帰することになるが、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からは把握不能のはずである。このような1791年憲法の位置づけは、非法的な価値を全否定しないこと

26) *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, pp. 103-106.

27) *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。

28) Michel TROPÉ, «La Constitution de 1791 aujourd'hui», *RFDC*, n° 9, 1992, pp. 3-14.

を意味しており、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²⁹⁾。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。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いう評価を得ることにより、近代国家の性質自体が変更されたことになるのである³⁰⁾。

すなわち、モランの読解に現れるカレ・ド・マルベールは、法秩序に内在する原理の源泉として革命を掘り当て、革命原理の実定法上の現れ方の解明を目指したのであり、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る。この点に、モランは、一種の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」的性質として提示するのである³¹⁾。

そして、このような「非実証主義」的な手法を用い、「真理的価値」としての革命原理にアクセスするカレ・ド・マルベールの姿は、何も第一著 *Contribution* のみにおいて見出されるものではない。モランは非実証主義的な革命原理の参照を、カレ・ド・マルベールの三著作に一貫した特徴として見出す。すなわち、国民主権論の一般理論としての通用性は、*Contribution* の記述だけによって排他的に記述されているのではなく、*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点では、カレ・ド・マルベールが国民主権原理を核とする「一般理論」として成立する可能性がある。この意味で、モランは一貫性・一般性を見出すカレ・ド・マルベール読解へ振れているのである。

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

30) *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。

31) *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, pp. 335-336.

通念的理解に比べ、時本、モランの両読解において、第三著作 *Confrontation* は、独自かつ微妙な位置づけにあることが分かる。さしあたり、ここで注意を喚起しておくべきは、本稿が *Confrontation* を具体的に読み解いていこうとする時、*Confrontation* がカレ・ド・マルベールの体系的解釈の鍵を握っている可能性を、常に念頭に置いて論を進めているということである。

2. カレ・ド・マルベールと法段階理論

Confrontation の読解に移る前に、一点、注意しておくべきことがある。それは同書において批判対象となっている、法段階理論についてである。同書の批判対象としての法段階理論は、あくまで「カレ・ド・マルベールが理解したそれ」にすぎない。カレ・ド・マルベールのケルゼン理解は、*Confrontation* の序文³²⁾において端的に示され、以降においてはあくまでも、序文で示された理解に対してのみ、反論が展開されていく。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ないため、読み手にとって、カレ・ド・マルベールのケルゼン理解の正当性を検討することは困難なのである。そこで本稿はこの点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、ケルゼンそのものへの批判というより、「カレ・ド・マルベールが対象として設定したかぎりの法段階理論的思考と、これに対する批判」として自己完結した体系として、*Confrontation* を検討することを明確にしたい。

32) *Confrontation*, pp. 1-17. なお、Hans KELSEN, 《La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)》(RDP, 1928, p. 200) は、*Confrontation* 序文で示されるような法創造・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って、典型的な批判対象と捉えられているように思われる。なぜなら、この論文では、*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が提示されており、なおかつ *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, pp. 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検討しているからである。ただし、本文中で述べたとおり、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の引用が少数かつ断片的なものにとどまるため、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。

そして、通念的理解とは異なって第三著 *Confrontation* を独自の問題意識をもって読もうとする限り、批判対象としての全体像が明らかになりにくいこの厄介なドイツの学説を、通常時は比較法上フランス憲法学を注視する者の目から読む必要が出てくる。そこで、まず時本、モランの両者が、カレ・ド・マルベールと法段階理論の関係を、どのように整理しているかを提示しておく。

(1) 時本における法段階理論の存在感

時本の読解は国民主権原理を鍵概念としたものであるがゆえに、「一般理論の不可能の論証」という執筆意図分析の部分以外では、*Confrontation* 単体についての扱いは、他の二著に対して少ない。『国民主権と法人理論』において、*Confrontation* の内容を実際に主題化しているのは「法秩序」と題した節³³⁾のみである。この「法秩序」の節において注目すべきは、第三著 *Confrontation* の執筆目的を再度明確化するために、第一著 *Contribution* を引用していることである。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。

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、時本はここにおいて *Contribution* からの引用——規範間の形式的効力の相違をもたらす「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、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」原理にもとづくこと³⁴⁾——を結びつける形で提示する³⁵⁾。この提示の仕方は、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し、その一貫性の核は、「執行と立法の区別の究極の根拠を、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。時本によれば、カレ・ド・

33) 『国民主権と法人理論』、295-317頁。

34) *Loi*, p. 48.

35) 『国民主権と法人理論』、297頁。

マルベールは第一著では、規範としての法律と代表制の関係を明らかにするには至らず、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たとする³⁶⁾。ただし、代表者の定義変更があったとはいえ、国家機関を代表者とその他の機関に分ける構図は、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、議会優位の観念は、二著作において一貫している³⁷⁾。

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。そこで問われるのは、第三著 *Confrontation* において批判対象となった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。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」という問いは、*Loi* と *Confrontation* の間の内容的重複を重視する通念的解釈においては、そもそも問われることがなかったが、第二著と第三著の役割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、前述した第一著と第二著の一貫性にある。カレ・ド・マルベールは *Loi* において、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を批判している。この執行権強化案の理論的基礎は、1875年憲法下の国家組織体系において、執行府の立法府に対する等位性あるいは優位性を論証可能であるという議論だが、カレ・ド・マルベールはこの理論的基礎を批判する。執行権の現実的国家作用上の役割が増大しているとしても、国家組織としての優劣関係は変動せず、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、このことを提示しよ

36) 『国民主権と法人理論』、274頁。前述の通り、時本において第一著 *Contribution* と第二著 *Loi* は補完関係にあるものとして捉えられる。

37) 『国民主権と法人理論』、304頁。

うとするカレ・ド・マルベールの以下の記述である。

「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。」³⁸⁾(下線は筆者による。)

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、後に第三著において批判対象となるにもかかわらず、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。実は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・マルベールと法段階理論の間に近似性が存在することは否定していない³⁹⁾。議会とそれ以外の二次的な機関の関係論の上では、カレ・ド・マルベールは既に *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、時本は *Confrontation* において法段階理論が批判対象として選定された理由を、この魅力の中に求めている⁴⁰⁾。

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」⁴¹⁾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」⁴²⁾からであり、「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」⁴³⁾である。時本によれば、これらの表現は、法実証主義的手法の宣言であると同時に、国家

38) *Loi*, p. 152.

39) Eric MAULIN, Préface, *Confrontation* (reed), Dalloz, 2007, p. 11. 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。

40) 『国民主権と法人理論』、302頁。

41) *Contribution*, t. I, p. 16.

42) *Contribution*, t. I, p. 16.

43) *Contribution*, t. I, p. 571.

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であるという⁴⁴⁾。

「特定実定法を離れた一般理論の否定」という時本による射程の分析は、第三著 *Confrontation* の射程を論じる際に第一著 *Contribution* を引用することで明らかにされる。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法は、モランのそれと手法的に共通するものである。三著作の射程を明確化した時本においても、カレ・ド・マルベールの一貫性理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。

(2) モランにおける法段階理論の存在感

三著作の縦断的引用の手法は、モランが法段階理論とカレ・ド・マルベールの関係を論じる際にも現れる。*Loi* においては、法段階理論に対して正否の判断が留保されつつ、執行権優位論の基礎となり、また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、それに代えて垂直的な段階構造を採用する点で、一定の共感が示されていた⁴⁵⁾。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。これについてモランは、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、この二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、現行憲法に適合する限りで、割り当てられた権力のみを執行可能であるとする点である⁴⁶⁾。この構図が、国民主権原理においては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いる。その一つが、本稿が次節以降にて検討しようとする

44) 『国民主権と法人理論』、303頁。

45) *Loi*, p. 57.

46) MAULIN, *supra* note 39, p. 14.

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、モランが用意する独仏対照という読解の軸である。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 (politique) 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って、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⁴⁷⁾。ここでは、国民主権原理＝共和制フランスと、君主主権原理＝帝政ドイツの対照が示されている。この対照構図はモランの *Loi* の読解において顕著になり、*Confrontation* の読解に至っては独仏対照が主眼に置かれている。

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* 以降において革命原理が登場する点を見逃さない。革命によって構想された「法律」概念は、議会の討議・採択によってのみ、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。カレ・ド・マルベールの国家論を近代国家の成立史の中に位置づけるとすれば、近代国家理論の発祥はドイツであるが、近代国家の法律概念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、カレ・ド・マルベールが革命原理を軸に、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⁴⁸⁾。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、君主制原理のなかに、共和制国家の機関の権限の性質を論証するもの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⁴⁹⁾。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⁵⁰⁾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

47) MAULIN, *supra* note 39, p. 15.

48) *Loi*, p. 31.

49) *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, p. 258.

50) 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。

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⁵¹⁾。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」⁵²⁾とされる。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。

時本、モラン両者の議論から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、そして法規範の内容を根拠としない形での法秩序論が、本稿の主たる関心だということである。モラン、時本の引用方法をめぐる検討によって、予備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。

3. 「権力構想」論の登場

*Confrontation*本文の読解に入る前に、予備的に述べておくべきは、第三著*Confrontation*における法段階理論批判の構成である。同書は二つの問いを検討する二部構成である。すなわち、「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、「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⁵³⁾。これらの問いはいずれも、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の問題設定であるから、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。そこで本稿では、*Confrontation*本文の読解として、第一部と第二部の内容を明確にした後、第一部と第二部の差異の検討を行う。

51) *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。

52) *Loi*, p. 176.

53) *Confrontation*, pp. 16-17.

ここでは、*Confrontation* 第一部の内容を、第二著 *Loi* の議論との同質性に注目しつつ要説する。第一部では、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と、機関の機能をベースとして把握する構図を区別し、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ことを論証している。

第一部での、「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」という問いへのカレ・ド・マルベールの解答を先取りすれば、それは「まったくあてはまる余地がない」という完全否定である。この否定の完全性を決定づけるのは、モラン、時本の枠組に沿って表現するならば、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ある。この立場を明確に示すのが、「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」⁵⁴⁾という記述である。カレ・ド・マルベールは、フランスにおいて法段階理論が成立するための条件として、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だと考えた。こうして、法段階理論の検討は、理論と現実の実定法秩序、さらに言えば国家機関の構造・相互関係の問題へ落とし込まれる。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のか。先取りした解答から分かる通り、カレ・ド・マルベールはこの問いに完全否定で答える。

(1) 実質的法律概念の否定

まず、*Confrontation* の本文の前提である第二著 *Loi* の中心原理、「法律＝一般意思の表現」原理を確認しよう。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

54) *Confrontation*, p. 16.

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」⁵⁵⁾。

この原理は、法律の実効性の根拠を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」⁵⁶⁾。そして、この原理と代表制と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。「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」⁵⁷⁾。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の帰結として、法規範の相互関係も決定される。主権者意思の表明たる法律は、同じく主権者の直接的決定としての憲法と性質上区別できなくなり、憲法と法律は同位化する。「憲法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」⁵⁸⁾のであり、フランス公法秩序は、憲法改正につき無限界状態となる。こうして、1875年憲法の原理の中から、実質的法律概念(法律とは一般的抽象的法規範である)の否定と共に、議会主権現象の法的所与としての形式的法律概念(法律とは議会が制定する法規範である)が見出される。

次に *Confrontation* へ視線を移そう。カレ・ド・マルベールによれば、フランス公法秩序において、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。既に *Loi* において、第三共和制固有の議会主権という法現象を1875年憲法

55) *Loi*, pp. 17-18.

56) *Loi*, pp. 148-149.

57) *Loi*, p. 20.

58) *Loi*, p. 103.

の一内容として分析するカレ・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い。したがって立法府が創出する法の内容の一般性・抽象性を担保する原理・機関が存在しないので、「一般的抽象的でない法律」が定められる可能性が事実として存在する。そして、一般的抽象的規範としての法律が命令その他下位の法規規によって執行されていくという法段階理論の構図は、法律の規範内容の一般性抽象性を想定しえないという法的事実ゆえに、フランスにおいては成立しない⁵⁹⁾。こうして、フランスの法的所与は、法段階理論の構造的前提を打ち崩してしまうのである。

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、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⁶⁰⁾。カレ・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、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。

カレ・ド・マルベールは、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」⁶¹⁾な視点にたつ。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。

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⁶²⁾。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、

59) *Confrontation*, p. 28.

60) *Loi*, pp. 9-15.

61) *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, p. 243.

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) 憲法の根本規範性の否定

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ものが、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 *Loi* において一章を割いて検討された、憲法の存在形式論である。その核心は、第三共和制憲法を構成する 1875 年の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ということである。

その第一の理由は、条文自体の簡潔性である。この簡潔性の直接の原因は、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」⁶³⁾ ことである。だが、この憲法の簡潔性には、もう一つの意義がある。すなわち、フランス革命において確立された革命原理は、明文規定なくとも定着しており、憲法の変動、政治体制の変動の中にあっても「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」⁶⁴⁾ のだという。つまり革命原理が憲法的価値を獲得したことを証明するのが、この簡潔性だということになる。

その第二の理由は、1875 年憲法の規定内容に直接かかわる。「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、憲法改正が宣言された場合、「両院は憲法を改正するために国民議会に集会する」と規定された。したがって、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は、事実上同一の機関である。結局、憲法制定国民議会はそれ自体で固有の実質をもたない疑似機関にすぎず⁶⁵⁾、同一機関の創造物である憲法と法律を区別する法的根

62) このように、議論が最終的に国家機関論へ帰着するがゆえに、アイゼンマンは、そもそもカレ・ド・マルベルにける国家作用論が、そもそも国家作用論として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 Malberg 1861-1935*, Daloz, 1964, pp. 51-52.)。

63) *Loi*, p. 105.

64) *Loi*, p. 106.

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⁶⁵⁾。

しかし、*Confrontation* におけるこの議論の用いられ方には注目しておく必要がある。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* で提示された法律の性質分析としての等位性論は、*Confrontation* では法段階理論批判のための根拠として用いられているのである。

(3) 命令の内容的無限定

第三共和制下の執行権論を検討した光信一宏⁶⁷⁾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」⁶⁸⁾としている。この認識をもとに、光信は、*Contribution* から *Confrontation* までを縦断的に引用し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、以下のようになる。第一に、第三共和制憲法は、国家行為をその実質や内容ではなく、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。実質的に主権者の地位にある議会に対し、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、この意味で立法院と執行府の間には本質的差異がある。こうし特権化された立法院と従属する執行府という

65) *Loi*, p. 114.

66) *Confrontation*, pp. 25-27.

67) 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。

68) 光信、前掲注67)、179頁。

構図が描かれ、執行府の活動には合法性みならず、立法府による授権行為が求められる⁶⁹⁾。

しかし、一方でこのような従属関係を提示しつつも、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していた。そして議会主権現象の裏返しとして、議会は法律による委任をもって、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。したがって執行府が命令によって行う活動領域は、その決定権者である議会の主権性を反映して、実質的には無限なのである。

このような執行権論から、法規範としての命令がどのように捉えられるかは明白である。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）という点においては、法律も命令も等位的な存在として捉えられる。すなわち、法律は一般的抽象的規範とはいえない特定の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ることもありうる。この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、命令が常に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⁷⁰⁾。

さらに憲法と法律が等位化されていた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立法府によって独占される状態が制度的に担保される限り、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等位的な存在である。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。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・命令の全てが法段階理論の基礎を崩壊させる性質を持つことが示される。

69) 光信、前掲注67)、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*, pp. 32-33.

70) *Confrontation*, p. 26.

(4) 「権力構想」論が導く全否定

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、憲法、法律、命令の三種の規範の性質分析の土台となっている思考枠組、本稿が「権力構想」論と呼ぶものについて、その内容を整理しておこう。法規範の性質を議論する場合、二つの道筋がある。第一の道筋は機能 (fonction) の区別論であり、国家行為の個別的性質に着目する枠組である。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、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の反映である。これに対し第二の道筋は、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の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。

そして第三共和制の公法秩序において前提とされるのは、後者、権力の性質論であり⁷¹⁾、その根拠は、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。

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析出すると同時に、権力間の優位劣位関係が法規範の性質の基礎として据えられた。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。フランス公法秩序の構造とは、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のみ、特別に立法権以外の権力に定められる、という原則一例外の構造である。このような構造下にある革命以来のフ

71) *Confrontation*, p. 30.

ランスにおいては、立法権を定義するには、対象の一般性・広範な包接性だけでは足りない⁷²⁾。この機能 (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。憲法、法律、命令の一般性・抽象性を否定し、等位的なものとして分析したカレ・ド・マルベールの思考枠組の基礎は、この「権力構想」論とであるといえる。

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。*Loi* においては、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するという理由づけを採る⁷³⁾。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、本稿が読み解く *Loi* から *Confrontation* への一貫性と、*Confrontation* における「権力構想」論が現れる箇所を整理しておく。

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。まず前提として、「国家権力」の概念を確認しよう。*Contribution* では、政治体を国家と定義する国家性の指標とは、始原的かつ主権と区別される「国家権力」の概念であるとされた⁷⁴⁾。国家権力を示す標識は「自己組織能力 (la faculté auto-organisation)」⁷⁵⁾であり、その意味するところは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。よって「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」⁷⁶⁾ことになる。そして、自己組織能力を中核とする国家権力という属性には強弱の段階が存在し、国家権力の強度が最大になった場合にのみそれを

72) *Confrontation*, p. 31.

73) *Loi*, p. 21.

74) 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。

75) *Contribution*, t. 1, p. 159.

76) 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) 9頁。

主権と呼び、主権国家の指標となる。強度が最大にまで及ばない場合、その政治体は「主権なき国家」となる。

第二著 *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にもかかわらず、*Contribution* においてこの議論が提示された文脈⁷⁷⁾同様に、この国家権力概念が登場する。それは、国家権力と立法府とが、以下のように結び付けられる場面においてである。

「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。』⁷⁸⁾

この記述は、立法権と執行権の区別論における立法権の固有性を論証する中で、連邦国家論に触れる箇所である。カレ・ド・マルベールは法律の形式的定義から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を結合させている。また、立法府が始原的(initial)であることの意味は、ここでは「授權を受けない」という形で明確化されている。だとすれば連邦構成国の立法権も、連邦憲法によって、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。法規範の分析についての「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

77) *Contribution* において、「主権なき国家」が連邦論の文脈で提示される概念であることについて、高橋、前掲注76)、8頁を参照。また、拙稿「憲法学と国家・連邦：オリヴィエ・ポーの連邦論から」(『一橋法学』13巻2号、2014) 659-664頁も参照。

78) *Loi*, p. 75.

の内容に関係なく、授權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。ここにおいて連邦国家論と法律概念の定義に補完性が存在している。この連邦国家論との補完性は、国家の一般理論としての議論と独仏対照としての議論に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⁷⁹⁾。

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」論が法段階論への反駁にどのように用いられたかを確認しよう。法段階理論において、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、同一の直線上に存在している⁸⁰⁾。裏を返せば、法段階理論が拒否するのは、法執行と法創造の媒介の連鎖的秩序を乱すこと、すなわち立法院によって個別的な規範が創造されることであり、「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（創造する機関に注目するか）という問題は考えるまでもない。法段階理論において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⁸¹⁾。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の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、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*) によって決定される⁸²⁾。

79) *Confrontation*, p. 58.

80) KELSEN, *supra* note 32.

81) *Confrontation*, pp. 36-37.

82) *Confrontation*, pp. 34-35.

そこで問題となるのが、*Loi*における「権力構想」論の第二の出発点であるところの執行権の定義である。「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であり、「法律専権事項」という形によって創出される規範の側から立法権を規定することは不可能である⁸³⁾。

それでは、「権力構想」論によって把握される執行権固有の性質とは、どのようなものであるか。この問いの答えは授權論に現れる。第三共和制フランスにおける伝統的な執行権論は、立法府による授權を、執行府の首長に対する立法権の委譲とみなしていた。授權を委譲と同視するこの思考は、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、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。なぜなら「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⁸⁴⁾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「立法権による授權」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⁸⁵⁾。

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、*Confrontation*における法段階理論批判に視点を移そう。「権力構想」論からは、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、上位法に対する法執行と下位法に対する法創造を、すべての法的アクターが担うことになる。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に法規範のグラデーションのどの部分を割り当てるかという問題に帰着する。一般性から個別性への領域的広がりを捨象

83) *Loi*, p. 87.

84) *Loi*, p. 72.

85) *Loi*, p. 100.

し、法規範のピラミッド構造を権力分配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、数直線上の領域を国家機関の間で分担する構造として把握することができる。よ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、一本の数直線上の領域の割当ての差異、すなわち「程度の差」という解答しかできない。

一方「権力構想」論から考えるなら、規範創造者と規範執行者の間には法的な意味の断絶、すなわち「法的懸隔 (abime juridique)」⁸⁶⁾が存在する。これは程度のみならず、本性の差異である。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・代表者により授権を受けた機能 (fonction) にすぎない。国民主権原理を基礎とするフランス法秩序について、法段階理論では「主権の行為」と「その授権を受けた行為」の根本的差異を十分に描くことができないという。

この点について、第三共和制フランスの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は「権力構想」論の結論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たうえで、次のように反論する。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・司法権に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。よって、法律の合憲性は論理的に絶対に成立していなければならず、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はずである。

ケルゼンの議論では、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。法段階理論は、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独占する構造とはなじまない。結局、主権は議会に専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

86) *Confrontation*, p. 69.

しかない⁸⁷⁾。法段階理論に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帰結といえよう。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⁸⁸⁾。それゆえ、全否定による立論が論理的必然となる。

以上において、*Confrontation* 第一部における法段階理論批判の構造を明らかにした。第二著 *Loi* での「権力構想」論は、第三著 *Confrontation* において法段階理論批判の要として据えられる。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という全否定の提示こそが、*Confrontation* 第一部の目的であったといえるであろう。また、*Loi* での執行権強化論に対する批判において見られた法段階理論との一定の同期⁸⁹⁾は、あくまで立法府と行政府を二元の権力と捉える二元論に対する反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、この意味の限りにおいて理解するのが妥当であろう。

しかし、*Confrontation* 第一部の読解の最後に指摘しておかなければならないのは、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、

87) KELSEN, *supra* note 32, p. 223.

88) なお、*Confrontation* における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。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 32, p. 211) 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 32, p. 237)。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 32, p. 239)。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。

89) *Loi*, p. 152.

Confrontation 第一部の末尾において大きなうねりを見せるという事実である。というのも、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」⁹⁰⁾であるとする。そしてこの批判対象の拡大にもとづき、後半に向けた議論の対象を法規範 (*règle*)、権力 (*pouvoir*)、機能 (*fonction*) の個別具体的な性質論へと焦点化する。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」⁹¹⁾が、第二部の目的として示されるのである。

「批判対象における一般化の可能性」を示すこの記述からは、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方向への転換を感じさせる。「国家の一般理論か、特定国家固有の理論か」を問題化した時本、モランの問題意識を考え合わせると、*Confrontation* 第一部の結論部分に現れるこのような記述には重大な意義を感じるところである。

ただし、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、批判対象の一般化という「転換」は可能性として提示されたのみにとどまり、具体的に展開されたとは言いがたい。また、このような *Confrontation* が最後の著作であるため、この転換の可能性がカレ・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とき、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ともいえる。すなわち、「国家の一般理論という営為の否定」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

90) *Confrontation*, p. 69.

91) *Confrontation*, pp. 69–70.

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、「一般性への転換」に目を向けることで超克されていく可能性を持つのである。

ここで意識しておくべきは、「権力構想」論の中核にあるのが「国民主権」論であるというごく基礎的な認識である。国家機関が担う権力・権能の性質の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捉えることで差異が立ち現われてくる。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」⁹²⁾とし、法秩序構造の問題から主権を実質的に除外し、国内公法秩序の次元に留まって法段階と正当性の連鎖関係を中核としたのとは対照的に、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。そして、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。

「国民主権原理が備える一般理論としての性質」への回帰の可能性を見込む本稿の視点からすれば、「権力構想」論から離れ「法的懸隔」の存在を無視して法秩序を一元的に包接する議論に対してカレ・ド・マルベールが批判を向ける理由を、より深く考える余地がでてくる。すなわち、一元的な法秩序観が批判されるのは、フランス法秩序の認識を見誤ったからというだけにとどまらず、国民主権国家における法規範の在り方一般を見誤ったからではないか。真の批判の理由は、主権論と国家機関論の結節についての誤解ということになる。ここで本稿が目指すのは、ある国家論の批判的検討の中で、国民主権という概念を梃子にして国家理論としての一般性が媒介されるという構造である。ここに、時代的制約を超

92) KELSEN, *supra* note 32, p. 223.

えた古典理論・一般国家論としてのまなざしが隠されていると考えられる。

Loi とその前後に連なる諸論考において、特殊フランス的な法秩序に対象を限定した国家論が展開されるにあたり、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なかったとするのが、確かに正しい理解ではあるだろう。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⁹³⁾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へ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、その検討対象は特殊フランス的なものへと限定されたが、批判を通じた新たな一般性へとつながる糸口を秘めていたのではないか。一般性への批判の中で新たな一般性の萌芽が見えた瞬間こそ、*Confrontation* 第一部の末尾であると考えられる。「批判対象の一般化」に意義を認め注目することによって、本稿の現代的視点にとって重要な、古典として、一般理論としての示唆を導き出す可能性が見出されるのである。

(以下次号)

93) 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) 112-113 頁。