

国家理論における一元性と多元性 (2・完)

—— 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15巻3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 (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

前項までの検討において、*Confrontation* 第一部の内容と *Loi* から継承される一貫性、そこに現れる古典理論、一般国家論の可能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べきであるが、その前に補論的内容として、ここまでのカレ・ド・マルベール読解を念頭に置いて、「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きたい。

この検討はカレ・ド・マルベール自体の再読という本稿の第一目的からはずれるが、にもかかわらず本稿がこれを展開するのは、実践的理由からである。すなわち、日本の憲法学にとって国民内閣制論は身近な論題であるが、カレ・ド・マルベールの第一著から第三著までの議論をいわば補助線として活用することで、国民内閣制論の構造や高橋和之の内在的理解について、より根源的に考察することが可能になるからである。古典再読という原理的検討を主たる作業とする本稿

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第16巻第1号2017年3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）

にとっては、ここでの国民内閣制論の再検討は、補論的ではあるが、同時に原理的検討の先にありそのパフォーマンスとして示しうる「実践的」な議論の一端である。

1. 高橋和之によるカレ・ド・マルベール読解

まず前提として、高橋自身によるカレ・ド・マルベール読解を概観しておく必要がある。とはいえ、本稿では既に高橋の『現代憲法理論の源流』を通念的理解として提示しており、通念である以上、あまり仔細にこれを検討することは本来の目的からずれる。よってここでは国民内閣制論に関係する点を中心に、高橋の読解を大づかみにするにとどめる。

(1) 代表観の変化

まず確認しておくべきは、高橋が第一著 *Contribution* と第二著 *Loi* の間に「代表観の変化」があると指摘していることである。

第一著 *Contribution* において提示された「国民主権」原理は、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を否定する。この意味で国民主権原理は「権力分立的」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。よって、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⁹⁴⁾。したがって、革命の原理によって成立した純粋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しない。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 (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。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」⁹⁵⁾のである。しかし、国民主権原理下の機関としての「(純粋) 代表」概念は民主制の実質を

94) *Contribution*, t. II, p. 301.

95) 杉原、前掲注 93)、97 頁。

備えない誤称であるから、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」⁹⁶⁾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。

これに対して、第二著 *Loi* において提示された「法律＝一般意思の表明」原理は、選挙を立法機関の特権性の根拠として捉えた。他の国家機関に対する立法機関の優位性は、選挙を経て「国民のために意思する」⁹⁷⁾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。*Contribution* の代表観と異なる、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「必然的帰結」となったのである。

(2) 変化の原因の解釈

Contribution と *Loi* の間での代表観の差異は、両者の用語法にも現れている。というのも、*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り、この事実を素直に受け止めれば、カレ・ド・マルベールの思考枠組に変化があったと考えることになる⁹⁸⁾。しかし高橋は、用語法

96) 『源流』、163 頁。

97) *Loi*, p. 19.

98) ルネ・カピタンは、この半代表の消失をとらえて、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 (René CAPITANT, 《Carré de Malberg et le régime parlementaire》, *Relation des journées d'étude en l'honneur de Carré de Malberg 1861-1935*, Dalloz, 1964, p. 140.)。

上の半代表の消失を表見的な変化であるとして、第一著・第二著にわたるカレ・ド・マルベールの思考枠組の中に、国家論としての一貫性を見出す。

『一般理論』（筆者注：*Contribution*）においては、「国民」は現在の市民だけでなく未来の市民を含み、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：*Loi*では）、「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。』⁹⁹⁾

「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」原理が「人民主権」原理へ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¹⁰⁰⁾。

高橋の理解を前提とすれば、カレ・ド・マルベールの議論の展開は以下のように要約される。*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* 末尾で示される二つの改革案は、単なる制度改革案を並列的に提示したものではなく、国民主権と人民主権のいずれの原理により強い正

99) 『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。

100) 『源流』、180 頁。

当性を見出し制度的に反映させていくのかという、原理論上の選択肢を示したものであったことになる。高橋の理解では、カレ・ド・マルベールは *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枠組とした議論を展開したのであり、その展開は、二原理の間で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。二著間の変化は、主権論という舞台装置は一定でありながらも、その舞台の上のどこに立つかという立ち位置の変化として整理されるのである。

2. 国民内閣制とカレ・ド・マルベールの結節点

次に『源流』において示された読解を前提とし、国民内閣制論の内容を再検討する。ここでは高橋が、自らの国家論を構築する際に、『源流』での読解をいかに参照したか、すなわち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、本稿の検討は高橋のカレ・ド・マルベール読解を補完する探究であり、また同時に、現代日本の憲法学においてなお大きな存在感を発揮する国民内閣制論について、比較憲法的な意味における沿革を解き明かすものである。

(1) 国民内閣制における二つの行政権構想

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」¹⁰¹⁾である。日本の憲法学において支配的である、モーリス・デュヴェルジュ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」¹⁰²⁾ような議院内閣制の運用のあり方に対して、国民内閣制は支

101) 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、同書を主として引用している。

配的運用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」¹⁰³⁾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り、ゆえに高橋の議論は単なる制度論のみならず、現行憲法の解釈を憲法原理から再検討する試みである。

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、それゆえに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、「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」¹⁰⁴⁾することを試みるのである。ここで高橋は、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・官僚機構は現代的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おり¹⁰⁵⁾、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が予想される。

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、高橋の三権の定義においては、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。というのも、高橋の行政権定義論は控除説の批判的検討だからである。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、そこでドイツ＝立憲君主制モデルと、フランス＝国民主権モデルの二つの解釈図式を提示する¹⁰⁶⁾。

102) 『制度構想』、66頁。

103) 『制度構想』、91頁。

104) 『制度構想』、90頁。

105) 『制度構想』、89頁。

106) 各モデルの整理は、『制度構想』、126-135頁による。

立憲君主制モデルは、国家・主権を体現する君主から議会が固有の領域（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、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。

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剝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、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の積極的定義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¹⁰⁷⁾。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、および憲法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親近性があるとして高橋が採用するのは、国民主権モデルである。ここにおいて国民内閣制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ていながら、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。

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イニシアティブの否定ではないという留保を付す。ここで提示さて

107) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第3版』（有斐閣、2013）358頁。

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」の概念を改鑄することで、あくまで外見上のものとして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。そこで次に国民内閣制論におけるカレ・ド・マルベールの現れ方に目を向ける。

(2) 源流としての『源流』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するのに対し、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、そして高橋のいうカレ・ド・マルベールのナシオン主権論は、『源流』において展開したものであると明示されている¹⁰⁸⁾。この意味で『源流』は国民内閣制論の源流でもある。しかし「ナシオン主権原理」と記されているものの、ここで対象化されるカレ・ド・マルベールの議論とは、*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というよりも、むしろ *Loi* および *Confrontation* の、「半代表」の語が登場しなくなり、「ナシオン」、「プープル」といった主権主体の区別が現れなくなった主権論であるように思われる。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

108) 『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、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「カレ・ド・マルベールの国民主権論と国民代表制」が挙げられている。

「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、『源流』において高橋自身が提示したとおり、*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り、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の議論の中であることに注意しなければならない。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を置くことの効果として、実定憲法の機械的な遵守ではなく、正しい原理的考察にもとづいた憲法原理に沿った運用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」¹⁰⁹⁾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」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、立憲の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、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

109) *La Théorie de l'État de Carré de Malberg*, p. 336.

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。

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、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、法的所与としての実定憲法に目を向けると、日本国憲法と第三共和制憲法では、所与として大きな差異があることに注意しなければならない。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「ナシオンカプーブルか」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の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することは不可能であり、よって高橋の提示する「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「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経たものであって、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。よって本稿では、高橋の「理論操作」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」の構想にあたって、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。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・マルベールと断絶している。

逆に、高橋が切り捨てなかったものとは何か。結論を先取りすれば、それは事実上の「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院に従属する「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。現代行政国家現象下での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「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、これこそ高橋に継承されたものの核心部分であると本稿は考える。

(3) カレ・ド・マルベールにおける「執行」概念と国民内閣制

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」の語義は、通常考えられるよりも広い。ここでは「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考察する。

第一の注意点は、カレ・ド・マルベールのいう「執行権」には、行政権のみならず司法権が含まれることである。司法権の作用は法執行に組み込まれ、行政権と類比的に捉えられる。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」行為であり¹¹⁰⁾、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・司法にはいずれも法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・司法に内在しているわけではない。強制力の

110) *Confrontation*, p. 98.

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¹¹¹⁾。したがって行政と司法は作用を同じくし、異なるのは具現化の方法のみである。

この議論は同時に行政と司法の区別論であることにも注意したい。ここまでは「執行」の語によって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、司法と執行の両概念の位置関係を紙幅を多く割いて論じることではなかった。*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、それは端的に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的行為から、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が存在する。この限定から司法権は「事実の実証」にとどまり、行政権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¹¹²⁾。

またここでは、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。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

111) *Confrontation*, p. 104.

112) *Confrontation*, p. 99.

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、こちらがむしろ法段階理論との関係から重要であるのだが、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」¹¹³⁾ (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、あらかじめ実質を定めないという意味で、行政権定義は「控除説」的なものへと接近する。法律の内容を形式的に定義するということは、連鎖的に行政府もまた形式的に定義されることになる。

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

113) *Loi*, p. 86.

の議論からは、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。すなわち「デクレ＝ロワは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」ため、デクレ＝ロワが存在しても議会と執行が法的に混同されることはないからである。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ついて、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、議会が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意味する。」¹¹⁴⁾(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。」¹¹⁵⁾(下線は筆者による。)

この評価を注意深く読み取らなければならない。二つの引用部の下線部において述べられているのは、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

114) *Loi*, pp. 95-96.

115) *Loi*, p. 97.

ことである。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」¹¹⁶⁾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、政府権限が最大化する戦時ですら、同憲法の法秩序の枠内において対応可能であったのである。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例外状態の否定と考えられる。すなわち、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、極めて立憲主義的であると理解されることになる。

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、ここまでの理解だけでは十分とはいえない。さらに注目すべきは、第三共和制憲法上の執行権の原理の最大の発露が、戦時の政府権限増大時に見出されたという事実それ自体である。この事実は、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存在するという認識が規定として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つつ、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で、強弱二つの執行権構想を矛盾なく接合させる形で権力分配論を成立させたものとして把握できる。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論理構造として位置づけると、高橋和之の国民内閣制論の構造と重なるこ

116) *Loi*, p. 98.

とが理解されるであろう。

しかも、戦時に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」概念に司法作用が含まれることは既に述べた通りだが、第三共和制の憲法秩序の真理の発露の場として想定されたのは、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。したがって戦時への評価を考慮するとき、現代の執行概念とは異なり司法作用を含む執行概念を含むにもかかわらず、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。

そして高橋とカレ・ド・マルベール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って、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捉えるとき、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、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。この親和性の問題を検討し、現代の日本の公法秩序についてカレ・ド・マルベールの議論の適用可能性を探ったものこそ、高橋の国民内閣制論ではないかというのが本稿の立場である。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」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、既に述べたとおり、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。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あくまで解釈時の参照軸にすぎず、フランス実定法の解釈とカレ・ド・マルベール学説それ自体の妥当性の問題から距離を取っている。つまり高橋は、「モデル」論の体裁を取ることで、カレ・ド・マルベールの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。この論理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の公法秩序においても、上述の「モデル」論を介して同様の構造が成立すると解することは、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しているから」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、高橋自身が指摘しているのである。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。『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、理由として不十分なのである。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¹¹⁷⁾、「政治を適切に位置づける」憲法解釈として接合させ統一するという問題意識が、カレ・ド・マルベールの立法・執行の関係論と合致するからであり、それが高橋に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。

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、あくまで日本国憲法の解釈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。

117) 『制度構想』、13頁。

IV *Confrontation* 第二部：最後に現れた遠心性

本稿が *Confrontation* 第一部の読解から整理し「権力構想」論と名付けたものは、法規範の性質を、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するという思考枠組である。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¹¹⁸⁾。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。

だがここで一点、立ち止まって再考すべきことがある。それは、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ことである。すなわち第三共和制下フランスに対する法段階理論の適応可能性否定するという *Confrontation* の目的は、「権力構想」論の枠組みを継承する同書第一部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にもかかわらず、残る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。このような問題意識から、ここからは積み残されたカレ・ド・マルベールの第三著後半を検討する。既に述べたように、*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。そして本稿は、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。

1. *Confrontation* 第二部の読解

(1) 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、前半と後半の問題設定について確認しておく必要が

118) *Loi*, p. 177.

ある。*Confrontation* 第一部で問われるのは、「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否定である以上、*Confrontation* 第一部までを読了した者にとって、第二の問題に対する解答の道筋は、二通り予想される。

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構造に到着するであろう。しかしカレ・ド・マルベールは、この原理適用の道筋を採用しなかった。実際に *Confrontation* 第二部に目を通すと、「権力構想」論の存在感は必ずしも小さくなく、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。

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、第一部の「権力構想」論との接合を意識せず、原理とは独立して行われる各論的検討である。こちらでは、原理＝総論的、適用＝各論的という読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である。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。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* から議論が継承されるのはあくまで第三著前半までであること。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、以降では、*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しつつ、第二部における法段階論批判を要説する。

(2) 「規範・創造・執行」の複合化・実質化

Confrontation 第二部で批判対象となるの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には、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、上位規範の規範内容を具体化する法執行を行うと同時に下位規範の存立根拠となる法創造を行う。この二重性によって、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が、例外として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。

カレ・ド・マルベールが問題化するのとは、このような段階構造が、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、法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¹¹⁹⁾。すなわち、最上位と最下位以外の「ものは全て (tout ce qui)」法規範であるという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、イエリネックを引きながら法規範の性質論を展開しており¹²⁰⁾、「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

119) *Confrontation*, p. 73.

120) *Confrontation*, pp. 75-77.

方が批判対象となること自体、これまでの議論とは順接せず、一見して異質にすら感じられ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となる「権力構想」論から離れたことになるのではないか、という疑問がわく。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、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、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、革命期の法律概念、すなわち人権宣言6条の議論において明確化される。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」原理から導かれる法律概念の定義には、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¹²¹⁾。すなわち、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ず、立法者の産物である法律 (*loi*) は必然的に法 (*droit*) そのものと符合する。こうして革命原理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し、

121) *Confrontation*, pp. 79-80.

革命原理の表現である人権宣言に忠実である限り、論理的には全ての執行行為が法律に起因しているはずである。

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、この革命以降の伝統は不変ではなく変化してきたと指摘する。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、この法創造の授権は、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、法律の位置づけが、「法それ自体」から「法の排他的な源泉」へと変化している。そこに革命原理の原初的意味からの変遷が認められるというのである。結局、法創造を立法府に独占させる原初的意味は事実の示すところにもとり、革命原理はその意味を拡大し修正されてきたと考えるほかない¹²²⁾。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反映されていると考えられる。すなわち、法律の創造を立法府に独占させることは理論上可能であっても、「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議論から見れば、執行・創造の二概念はさらに複合化される。「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

122) *Confrontation*, pp. 82-84.

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¹²³⁾。そして、実質的な意味での「法」と形式的な意味での「法律」の二つの概念が、複合的に重なり合って形成す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。

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¹²⁴⁾。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。ここでは、規範の作り手(立法府／執行府)の「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。法創造を立法府に独占させる革命原理が変遷し原初の意味を離れた結果として、一般意思の問題と法創造の問題を区分する論理構造が生まれた。逆にいえば原初の意味の革命原理は、この二つの次元を区別しなかったがゆえに、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¹²⁵⁾。

執行府が法創造と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。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。これに対して法段階理論の法秩序観は、画一的な規範の上下関係、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、法秩序の内実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。

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

123) *Confrontation*, p. 75.

124) *Confrontation*, p. 95.

125) *Confrontation*, p. 95.

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。動態的な法秩序は、立法権のみならず、三権の作用の総合によってはじめて完成を見る。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するのである¹²⁶⁾。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。法創造概念の側から提示されたこの法秩序形成論は、法執行概念の側からも読み取られる。法執行の概念には、その対象とする領域的広さゆえに、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¹²⁷⁾。執行権の下位区分としては、法律の委任の有無、自己決定性・裁量決定性といった複雑な分類が考えられ、この分類に思いをめぐらすことで法執行の概念の多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¹²⁸⁾。

法執行の概念も複雑化されたことによって、法段階理論との分岐点がより明確化される。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。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が存在すること自体はカレ・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」という点に異を唱えるのである¹²⁹⁾。

(3) *Confrontation* と法段階理論の位置関係

このような *Confrontation* 第二部の議論を前提とすれば、*Confrontation* におけるカレ・ド・マルベールの議論と法段階理論の位相について慎重に判断する必

126) *Confrontation*, p. 98.

127) *Confrontation*, pp. 109–110.

128) *Confrontation*, p. 111.

129) *Confrontation*, p. 115.

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意しているのだが、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なのか。この点について、モランの考察が参考になる¹³⁰⁾。モランは *Confrontation* の趣旨を法段階理論に対する単純な論駁ではないとし、カレ・ド・マルベールの法段階理論に対する距離を推察していく。

法段階理論批判は、第一にカレ・ド・マルベールの本質主義的前提の上に立つ規範的法秩序論と結びつく。その前提とは民主主権原理であり、この原理が法段階理論のいう規範のヒエラルキーとは異質であることは事実であって、この点を捉え、「カレ・ド・マルベールは本質主義的前提をもって法段階理論を批判している」といえる。しかし、カレ・ド・マルベールが法段階理論を完全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、同書の結論部分において端的に示されるように¹³¹⁾、*Confrontation* の目的は規範創造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* は法段階理論への反論ではなく、補完として捉えられる。モランが述べているのは、カレ・ド・マルベールと法段階理論との原理的矛盾衝突を挙げるだけでは *Confrontation* の前半しか理解できていないことになり、不十分だという指摘である。

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より慎重に分析する。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する限り、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、つまり、法創造・法執行の連鎖構造の意義が極小化しすぎることである。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进行を失う。この構図において、「命令」の位置づけは「憲法」・「法律」の執行となるが、現実にはこのような規範の現実化プロ

130) MAULIN, *supra* note 39, pp. 11-20.

131) *Confrontation*, p. 165.

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多様性・広範性を持つ。命令・執行行為の理論上の姿と、現実におけるそれの間にずれがあることになる。

モランによれば、このように分析される法段階理論は、実はカレ・ド・マルベールの国民主権論と類似するという。国民主権論では、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、理論的な広がりが見えないうる。Confrontation 第一部の内容にもとづいていえば、「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「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、国民主権論も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・マルベールと法段階理論は異質なものであるとされる。両者の第一の差異は、カレ・ド・マルベールの議論が政治的（politique）なものであるということである。モランのいう「政治的」の意味するところは、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ことを意味する。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のである。次に第二の差異として、カレ・ド・マルベールは立法権力の根源を規範の法的性質に置かないという点が大きく異なる。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。法それ自体の構想に新規性があつた法段階理論に対し、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、本稿は Confrontation の第一部と第二部の明確化を通じ、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思ふ。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意味では、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。

(4) 二元的法秩序論の登場

Confrontation 第二部の議論は、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。法秩序は三権の各機能の共同的作用としてイメージされている。「法の段階構造」は、カレ・ド・マルベールによって補完された理論構造を重ね合わせることで、「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¹³²⁾。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。

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。個人は、私人という資格におい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、決して国法を創造することはできない¹³³⁾。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

132) *Confrontation*, p. 105.

133) *Confrontation*, p. 87.

「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、公権力によってのみ実現されることが前提となっている。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法創造に携わるのであり、私的権力としては法創造に関与できない。契約から生じる法規範は当事者間には法的効力を持つが、法創造・法秩序に接触することはできないのである¹³⁴⁾。ここでは契約と公法秩序の分断が示されており、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。

国家権力による創造は、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）に従属させる規範を発生させる¹³⁵⁾。ここで描き出されるのは、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)」といった諸特性を備える。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ものである。そして第二の規範は第一の規範の対義的性質によって特徴づけられる。この二つの法規範の区別の核心は、規範を適用される者が誰なのかという点である。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、国民全体ではなくその一部を個別的に取り出して適用される規範が第二の法規範である。ここで注意しておくべきことは、この分類方法が、*Confrontation* 前半の基調となる「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。

もっとも「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断絶した思考法に基づいているわけで

134) *Confrontation*, p. 93.

135) *Confrontation*, p. 125.

はない。適用者を基準とする法規規範区別と、「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規範は、第三共和制期の実定法制度上、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、実定法上公示を要求される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¹³⁶⁾。そして法律と大統領による命令以外の、官報による公示を必要としない規範が、第二の個別的・対個人的規範として認識される。よってこの区別における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。この点を見るに、結局、「権力構想」論と法規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。

しかし、この二つの規範区分方法の結論の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）ではないことも確かである。前述のように、カレ・ド・マルベールは公示の方法をもって、二種の法規規範の性質の分岐点としているが、このことは議会・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、特別な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）な次元に属する規範となる¹³⁷⁾。「権力構想」論の典型的産物であった形式的法律概念は、立法議会の創出規範以外を全て（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。執行の長は「権力構想」論から見れば一般意思の代表ではないが、第一の法規規範の作り手としては一般意思の行使者である。

136) *Confrontation*, p. 130.

137) *Confrontation*, pp. 143-144.

そして本稿が注目するのは、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、という問題である。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るのかという問題へ移行しよう。

適用対象側からの法規範区別論が提示されることによって、法秩序は最終的に二分割される。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「個別的法秩序」と呼ぶこととする。この二分割は法秩序の「二元性 (dualité)」¹³⁸⁾を表す。一般的法秩序と個別的法秩序の関係は、段階・グラデーションではない。それぞれに帰属する法規範は公示方法という明確な基準によって区別されるがゆえに、二つの法秩序は互いに交差する領域を持たない。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、その個別性ゆえに、「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。

二元的法秩序の射程は、*Confrontation* の主目的である法段階理論批判とどまるものではない。「一般性」と「個別性」という二つの性質は、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思考法の中に、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り、個別と一般の対比である。しかし法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。上から下へ降りるに従って、一般・抽象性は減じ個

138) *Confrontation*, p. 152.

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。翻って二元的法秩序論においては、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、法規範の創造者の実質的検討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人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。

したがって法秩序論における法段階理論への批判は、この「二元性」の理解の欠如へと向けられることになる。二元的法秩序論に従えば、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がゆえに正しくないということになる¹³⁹⁾。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全て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、その意味で二元的法秩序論は法段階理論批判を超える射程をもつ。法秩序が二元性を備えるということは、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可能性を示している。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思考に対して、疑問が投げかけられるのである。

カレ・ド・マルベールが二元的法秩序論から強調しようとするのは、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。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」¹⁴⁰⁾ということこそ、真の強調点である。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、本稿が主題化しようとする *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

139) *Confrontation*, p. 127.

140) *Confrontation*, p. 120.

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「ドイツ流」の思考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、法規範の実質論の内容が複合的・実質的である。法創造・法執行の連鎖構造に、立法・司法・行政の三権力の分析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る複合化・実質化を背景として、あるいはその前提において、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。したがって *Confrontation* 後半の内容とは、カレ・ド・マルベールの法的多元性の認識を論証しようとしたものと考えられる。

最後に想起しておくべきは、*Confrontation* 前半の末尾に示されていた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接しようとする理論への批判」¹⁴¹⁾のために設けられた。先の問いへの最終的な解答が二元的法秩序論に集約されているのである。

2. *Confrontation* についての考察

ここでは、前項にて示した *Confrontation* 後半の内容について、若干の考察を加えることを試みる。本稿では、第三著の独自性として同書後半を焦点化した。第二著 *Loi* までに現れない独自の要素は、第三著後半に初めて生じる。それは権力・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・重層化することで、法段階理論を補完するものであった。ここで本稿は、*Contribution* と *Loi* から *Confrontation* 前半までと、*Confrontation* 後半の内容とを対比的・対照的に捉える視角を導入したい。

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

141) *Confrontation*, pp. 69-70.

性質と切り離せないこと、また二元的法秩序論から国家の創出する法規範の多元性が否応なく存在するということ。*Confrontation* 後半にて示されたこれらの要素は、*Contribution* の国民主権論のような理論的完結性や、*Loi* の *Confrontation* 前半のモチーフである「権力構想」論のような、法秩序全体を貫く根源性・規定性とは距離がある。本稿が「複合化」や「実質論」という語を用いて *Confrontation* 後半の読解を展開してきたのは、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ったのである。

本稿の読解を前提とすれば、カレ・ド・マルベールの三著作の展開に関して、以下のごとく一応のストーリーを描くことができる。すなわち、カレ・ド・マルベールの国家論は、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、規範・機関・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ったものの、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展開である。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。第三著後半に現れる体系性からの逸脱傾向を「遠心性」と呼ぶことができよう。

そこで次に考えるべきは、第三著の体系外への指向、遠心性を、Ⅰにおいて示した問題意識、現代的視点からの古典理論読解という作業の中で、いかに評価するかである。その評価には二つの道筋が考えられる。(1) あくまで体系的完結性の中に遠心性を封じ込める思考法と、(2) この遠心性を重視し、体系的完結性から外れたところにより積極的な評価を与える思考法である。この二つの思考法を基礎とした考察を前提とした上で、(3) 現代的視点からの新たな視座の獲得という問題意識へと回帰していく。

(1) 一元性・体系性に収斂する考察

Confrontation 前半まで続く体系性を重視したとき、第三著について注目され

る要素は、二元的法秩序論における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加していた。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¹⁴²⁾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」¹⁴³⁾と解答するのだが、「機関のシステム」とは、端的にいえば人間の構成体として国家を捉えるということである。換言すれば、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国家と呼ぶのである。

そして、カレ・ド・マルベールによれば、一般的法秩序は、この国家定義から直ちにもたらされるのだという¹⁴⁴⁾。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。国家の団体化のための法創造は、国家の存在が認識される時点で既に完結しているはずであり、この完結性が一般的法秩序の存在によって実証されるのである。そして存在証明を終えた国家が法秩序内部で法創造を行う実践的目的は、諸個人の個別のカテゴリを統御することである。このように生じた実践的な規範が個別的法秩序を形成するのであり、個別的法秩序と一般的法秩序の間には質的差異、法的懸隔が存在することは既に述べた。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、カレ・ド・マルベールの国家定義のもとで併存することになる。

142) *Confrontation*, p. 118.

143) *Confrontation*, p. 167.

144) *Confrontation*, p. 152.

このような国家定義のあり方が *Confrontation* 結論部分において提示されるのは、国家を法秩序それ自体として認識する国家定義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なく成立する。また本来は国家論の前提となるはずの根本的な国家認識を最後に示すことで、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* から続く「権力構想」論の潮流へ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。

しかし体系性・一貫性を重視する読解者にとって、このような国家定義の出現は、単に一個の著作としての *Confrontation* の一貫性にとどまらない大きな意味を持つ。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、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、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」¹⁴⁵⁾ 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 *Contribution* の議論の規定を、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。二元的法秩序論にこのような意味を見出すとき、*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した試みこそ、*Confrontation* であったという読解が成り立つ。

カレ・ド・マルベールの一般理論性を問題化するモランの視点からも、*Con-*

145) *Confrontation*, p. 166.

frontation、二元的法秩序論の紐帯としての性質を読み取ることができる。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。革命原理に即して第一著、第二著間のカレ・ド・マルベールの立ち位置の変化を描くと、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。モランはこの変化の描写に加えて、*Confrontation* においてこの変化が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は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¹⁴⁶⁾。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。

とはいえ、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。二元的法秩序論はあくまで法段階理論批判の限りににおいて取り上げられた要素にすぎないからである。しかし、仮説的であることを断ったうえでさらに踏み込んで推察するなら、*Confrontation* はこれまでの議論を結び直す紐帯として完成しなかったからこそ、明確に「紐帯」として提示されるに至らなかったとも考えられる。

(2) 多元性・遠心性に向かう考察

前項では、*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性への指向を見出した。しかしこの考察は、二元的法秩序論に

146) MAULIN, *supra* note 39, p. 20.

本来的に感じられる体系性からの離脱、遠心性を、そこからさらに翻った求心的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。対してここからの考察の主眼は、二元的法秩序論の遠心性を「素直」に受け取るとどうなるかという問いにある。前項では *Confrontation* の遠心性を、一貫性の企てが未完であることの証拠としたが、同じものを純粹に一貫性から乖離したものとして捉えるのである。こう考えたとき、次に問うべきは乖離が生じた理由である。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。

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、その複合化・実質化ゆえに、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。一般に、法段階理論は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。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。

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、図式化が不可能であることはより明確になる。二元的法秩序論は、一般的法秩序と個別的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が上下に重なっていると考えer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縦割り構造を用いることなしには、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するほかない。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ありかたの実質的な分析を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* 後半はこの意味では、法段階理論への痛烈な批判になっている。

そして前述の遠心性の核心は、「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。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。「遠心性」は、このようにすれば「素直」に理解されるのである。

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、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、カレ・ド・マルベールの国家論の中に体系性・一元性から複雑性・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。このように本稿では、*Confrontation* の独自性としての遠心性を、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。

(3) 現代的視点から：現代国際社会の多元性へ

カレ・ド・マルベールの理論的発展の可能性を念頭に置いた上で、最後に、現代的視点からの示唆の獲得を試みよう。I では、主に EU 法学が、EU を国家に類比する事が不可能な、前例なき政治体として把握する傾向があることを述べた。このような脱国家的な性格を持つ政治体論について、憲法学がどのように態度決定していくのかという問題は重要である。憲法学は国家論の伝統から、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。「一元性を証拠立てるもの」という憲法学の本質からすれば、憲

法学が現代国際社会、脱国家的政治体について記述することの可能性と限界が慎重に検討されなければならない。

このような憲法学の営為の基本理念に対して、EU 法学からは、一種のアンチテーゼが提示されている。すなわち、EU を政治体として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。連邦国家・国家連合といった政治体の単位概念では EU の現実の多元性を適切に表現することができず、「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¹⁴⁷⁾、グローバル・ガバナンス¹⁴⁸⁾といった概念と共に、「法秩序」¹⁴⁹⁾の語が登場している。多元的な法秩序として EU を構想する意義は、主権概念を中心とした政治体としての単一性を問題化することなく、現実創造・適用される法規範を法的な構成要素の中核とすることで、EU の現実に応用可能になるという実践的利点である。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、「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、政治体の枠を基準とする一元性への指向とは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¹⁵⁰⁾。

147) 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）2-9 頁。

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

149) 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。

150) 1956 年の時点で、ジョルジュ・ピ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、ピ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。

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、多元性を引き受けることができるのかが、理論的課題となる。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の間の高い気密性・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¹⁵¹⁾。ここでは主権論と法秩序論の結合が生じている。すなわち、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のである。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。そこでは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ことになる。

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によって把握す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、連邦（国家）のアナロジーが成立しない。よって確かに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¹⁵²⁾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¹⁵³⁾。

このような法規範レベルの一元性・多元性論を前にして、本稿が読み解いた *Confrontation* 後半の内容は、非常に示唆的であると考えられる。カレ・ド・マ

151) Constance GREWE, 《La revision constitutionnelle en vue de la ratification du traité de Maastricht》, *RFDC*, 11, 1992, p. 424.

152) GREWE, *supra* note 173, pp. 429-430.

153) 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、疑問の残るところである。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。

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・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する。そ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、その理由は法秩序の基軸の複合性・実質性にあった。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、図式化不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ていること、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考えにくい¹⁵⁴⁾。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、人民・土地・支配力によって識別される国家という地理的単位と、法秩序の単位が一对一対応にて重なることはなくなる。

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であったことである。

154) 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, pp. 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 pp. 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。

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。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・一般的法秩序と、個別的な人間集団に適用される法規範が区別される。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だからである。

したがってカレ・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白が生まれている。適用対象の二元化は、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、したがって適用対象においても多元化することと類似するのである。

そして、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・マルベールの試みに新たな意義を見出すことが可能であるように思われる。すなわち、本稿が再読と現代的視点を通じて提示しようとしているカレ・ド・マルベール像とは、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、現実中存在する国家機関・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する試みの原型としての国家論なのである。

V むすびにかえて

以上において、*Confrontation* 後半の遠心性を手がかりに単一国家という事象それ自体から離れて、カレ・ド・マルベールの法秩序論を、政治体論において一元性を確保しつつ多元性との均衡を図る枠組の原型として位置づけた。このよう

にカレ・ド・マルベールを現代的視点の「原型」として捉えなおすとき、現代国際社会の把握における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。最後に、現代国際社会を記述し分析する憲法学のあり方について、若干の考察を提示しておこう。

憲法学が国家という事象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。しかし脱国家・超国家的な政治体であるEUの場合は、主権論と民主主義論の間に決定的な不均衡が発生する。すなわち、EUにおいては、民主主義の赤字が声高に叫ばれ制度的発展を遂げてきたのとは対照的に、EUのスプラナショナルな本質ゆえに主権が問題とされる余地は無く、おのずと主権が担う統一性の論理の場所が存在しなくなる。結果、国家という事象の枠内では、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て民主主義論のみ残存し、一元性の理論としての憲法学、および一元性と多元性の均衡を図る枠組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」¹⁵⁵⁾

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

155) 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。

権移譲の構図から深刻な民主主義の困難が生じている。この現象は、統合の進展のためのドラスティ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¹⁵⁶⁾。しかし同時に、政治実態の問題としてのみならず、憲法理論の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、国家論のモチーフとしてのカレ・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フランスを前提としているし、体系性に回収し尽くすことのできない遠心性、すなわち未完の試みとしてしか成立しないので、この法秩序構想を直ちに万能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論理装置が組み込まれていたということである。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ことは示唆的である。

未完の企てとしてのカレ・ド・マルベールについて、あえて過誤を恐れず、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、個別的法秩序概念によって多元性を受容

156) 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、スプラナ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, pp. 7-18, および, Stéphanie NOVAK, 《Le grand retour des États?》, *Pouvoir*, n° 149, 2014, pp. 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。

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現象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て、参照に値するものであると考える。