

政治法としての憲法

—— フランスにおける憲法習律論 ——

池 端 寛 史^{*}

はじめに

I 政治法について

II フランスにおける憲法習律論

おわりに

はじめに

現代的な「立憲主義」の本質が人権価値の確保とそれを実現するための違憲立法審査制（そしてそれを担う憲法裁判所）という手段にあるならば¹⁾、フランスにおける立憲主義が本格的に始動したのは、比較憲法学的には最近のことだと言わざるを得ないだろう。というのも、伝統的にフランスでは、権利の保障は憲法ではなくて法律による保障として構成され、その担保装置は立法に対する違憲立法審査ではなくて行政に対する合法性審査として構成されていたからである²⁾。

それゆえ、フランスでは法律による人権侵害に対して憲法による保障を与えるような制度は長らく実現してこなかった。かつてルソーが定式化し、つづけて1789年人権宣言6条が宣言し、第三共和政において憲法学者カレ・ド・マルベ

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第21巻第3号 2022年11月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程・日本学術振興会特別研究員 DC1

以下、外国語文献を引用する際に参考にした邦語訳文献を併記していることがあるが、必要に応じ筆者が訳語を修正しており、その邦語訳と引用の訳が必ずしも一致していない場合があることに注意されたい。

1) 愛敬浩二『立憲主義の復権と憲法理論』（日本評論社、2012）2頁。

2) 樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』（勁草書房、1973）175頁。

ールが理論化したように「法律は一般意思の表明」であると考えられており、一般意思が不可謬である以上、法律の合憲性を審査する可能性は理論的に否定されていたのである³⁾。

しかし、そうした状況は第二次世界大戦後に徐々に変化していくことになる。このような方向転換に大きな役割を果たしたのはナチスの記憶であり、すなわち民主主義諸国においてでさえも、立法権力に何かしらの制約を設ける必要性が広く認識されはじめたという事情によるところが大きい。しかしながら、そのような戦後立憲主義の進行もフランスでは漸進的であり、たしかに第四共和政（1946-1958）の時代に「憲法委員会 Comité constitutionnel」による裁決手続（憲法 92 条）は導入されたものの、フランスにおける違憲立法審査が本格的に始まるのは、1958 年の第五共和政憲法下での「憲法院 Conseil constitutionnel」の設立以降となる。

しかし、もともと第五共和政憲法は、強力な議会権力の封じ込めを目的として制定された憲法であり、憲法院の当初の役割は議会の機関的な権限逸脱を監視することに過ぎなかった⁴⁾。そうした状況が転じ、憲法院が基本権保護に乗り出すのは 1971 年 7 月 16 日の結社の自由判決が下されて以降の話であり、つづく 1974 年 10 月 29 日の憲法改正による憲法院への付託権者の拡大（61 条 2 項）もあって、1970-80 年代以降になって、ようやくフランスにおける違憲立法審査が本格化していくのである。もはや法律は議会が制定するだけではなく「憲法遵守の中でのみ一般意思を表明する」⁵⁾と述べることによって、憲法院が伝統的な定式からの決別を象徴的に宣言したのは、結社の自由判決からさらに 10 年以上後のこととなる 1985 年 8 月 23 日判決である。

このような立憲主義化への緩慢な歩みの後に、ついにフランスにおける違憲立法審査制が完成したのであり、それを通じて、現代ではフランスでも政治権力に対する法的統制がより重視される傾向にあると言われる⁶⁾。こうした傾向を学問

3) 樋口陽一「国法理論家としてのルソー、または『社会契約論』副題の意味すること」永見文雄ほか編『ジャン＝ジャック・ルソー生誕三〇〇周年記念国際シンポジウム：ルソーと近代』（風行社、2014）217 頁。

4) 植野妙実子『フランスにおける憲法裁判』（中央大学出版部、2015）11 頁。

5) Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, cons. 27.

的に歓迎し積極的に推進してきたのは、ルイ・ファヴォール (Louis Favoreu) を筆頭とするエクス＝マルセイユ第三大学の研究者を中心としたグループ⁷⁾であり、彼らは憲法院の判例分析に注力することによって、フランス憲法学の「法律学化」に大きく貢献してきた⁸⁾。

象徴的なことに、それまでの伝統的なフランス憲法学の体系書が『政治制度と憲法』と称してきたのに対して⁹⁾、ファヴォールらの体系書では「政治制度」が削除され、単に『憲法』と題されている。ここからも分かるように、彼らは憲法学のあり方を問題にしていたのであって、実際、この体系書では 20 世紀におけるフランス憲法学の展開を 3 つの時代の変化過程として説明している。すなわち、第一に古典的憲法学の時代、第二に政治学の時代、第三に現代的な根底的変化の時代という順で、フランス憲法学が変化してきたとされているのである¹⁰⁾。

概して言えば、第一の時代（主に 20 世紀初頭）には、憲法学の使命は専ら法制度の分析にあり、我々が「統治機構」と呼ぶものが憲法学の唯一の関心事だった。しかし第二の時代（およそ 20 世紀前半から中頃）には、単に法制度の分析に留まることの不十分さが認識されるようになり、国家生活を支える社会的基盤を認識することの重要性、そしてその手段としての政治学の重要性が説かれるようになった。最後に、第三の時代（第二次世界大戦以降、とりわけ 1970 年代以降）には、①法律の非神聖化、②憲法と立憲主義の拡大、③人権思想の国際的な普及、④憲法裁判所の出現といった事情に後押しされ、フランスでも「合法性国家 *État légal*」から「法治国家 *État de droit*」への転換が行われたものとされる。

このような説明は些か図式化されすぎているきらいがあり、当然のことながら、フランス憲法学全体を説明しきっているものではないけれど、しかしフランス憲法学史の主要な特徴をおさえており、ファヴォールの問題意識を明らかにするに

6) 佐藤幸治『立憲主義について』（左右社、2015）203 頁。

7) 山元一は彼らを「エクサンプロヴァンス学派」と呼んでいる。山元一「解題 I」山元一＝只野雅人編訳『フランス憲政学の動向：法と政治の間』（慶應義塾大学出版会、2013）5 頁。

8) 樋口陽一『権力・個人・憲法学』（学陽書房、1989）152 頁以下。

9) L. Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, 18 éd., Dalloz, 2016, pp. 27-28.

10) L. Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, 18 éd., Dalloz, 2016, pp. 22-31.

は十分であろう。すなわち、それまでの政治学的なアプローチに対して、法律学的なアプローチを確立することこそが彼の課題だったのであり、このような問題意識は、彼の『法にとらわれる政治』¹¹⁾という構想によくあらわれている。

そうした構想がフランス憲法学全体を完全に席卷したといえ過ぎだろうが、しかしファヴォールの研究が大きな影響を与えたということ自体は否定しがたい。結社の自由判決以降、憲法院の果たす役割はますます拡大し、2008年7月23日の憲法改正によって導入された事後的合憲性審査（QPC）による憲法院判決は、今年の2022年7月には早くも1000件を超えるに至っている。そのような状況にあって、判例分析の草分けとしてのファヴォールの功績を認めないわけにはいかないからである。

しかし他方で、このような憲法学の「法律学化」を通じて、憲法秩序における政治的なものの分析が軽視されることになるのではないかという懸念もフランスでは根強く残っているように思われる。ただし、そのような立場からも、憲法院判例の重要性が否定されているわけではない。事実として、憲法院の審査は議院規則のような政治の場にさえも及んでいるのであり¹²⁾、憲法が何を命じているのかという問題を抜きにしては、今日の国家生活を把握することは不可能だからである。ファヴォールが言うように、「憲法が単に『観念』であることを辞めて『規範』となった」¹³⁾ということはもはや争う余地のない事実として定着しているのである。

しかし、そうした状況の中で、憲法院判決の重要性自体は前提としたうえで、なお憲法秩序における「政治」に残された役割に関心を持つ研究者も一定数存在している。つまり、裁判所による統制メカニズムが確立された現代においても、なお違憲立法審査の問題へと還元できないものは何か、そして、それを如何にし

11) L. Favoreu, *La politique saisie par le droit — alternances, cohabitation et conseil constitutionnel*, Economica, 1988. ルイ・ファヴォール著（植野妙実子監訳）『法にとらわれる政治 政権交代、コアピタシオン、そして憲法院』（中央大学出版部、2016）。

12) 憲法61条1項「両議院の議院規則は施行前に憲法院の審査に付託されなければならない」。

13) L. Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », in *Revue française de Droit constitutionnel*, vol. 1, 1990, p. 72.

て法理論に編入することができるのかということを主題化しようとする試みが一部の研究者によって行われている。

本稿は、そのような試みの1つとして、近時のフランスで立ち上げられた「政治法」というプロジェクトにおける「憲法習律論」を考察するものである。以下では、第Ⅰ章でこの「政治法」というプロジェクトの全体像を概観したうえで、第Ⅱ章で具体的な「憲法習律論」について検討することにした。

I 政治法について

「政治法」というプロジェクトについては、すでに日本でも若干の紹介がなされている。まず2012年の『「政治法百科事典」立ち上げに寄せて』¹⁴⁾にあるように、このプロジェクトは国立研究推進局などの資金援助を受け、2008年ごろにドゥニ・バランジェ (Denis Baranger)、アルメル・ル・ディヴェレック (Armel Le Divellec)、カルロス＝ミゲル・ピマンテル (Carlos-Miguel Pimentel) らによって立ち上げられ、他にもパリ第二大学の研究者を中心としながら、オリヴィエ・ボー (Olivier Beaud) などの著名な憲法学者もこのプロジェクトにかかわっている。

また『フランス憲政学の動向』における解説によれば¹⁵⁾、この「政治法 *droit politique*」プロジェクトは、『政治法 *Jus Politicum*』雑誌の創刊以来、国際的かつ学際的な研究発表の場として機能しており、そこにはフランス以外の国や憲法学以外の分野からも様々な研究論稿が寄せられている。そのような出自的な多様性もあっても、寄稿される論文の内容についても多様なものが存在しているのであり、このプロジェクトの下に集まる研究は一枚岩とは言い難い。そのため、「政治法」の下で行われる研究すべてに通じるような共通項はいまだに見つからないようであるし、恐らくこれからも政治法プロジェクトの完全な定義を創出することは難しいだろう。

14) 塚本俊之「『政治法百科事典』立ち上げに寄せて」法律時報84巻5号(2012)142-143頁。

15) 山元一「解題Ⅰ」&只野雅人「解題Ⅱ」山元＝只野・前掲注7) 1-55頁参照。

当然、そこでは論者ごとに若干の意見の相違がみられるのであり、このことが「政治法とは何か」という問題を困難なものにしているように思われる。一応の基準として、『政治法』に寄稿される研究は法規範の問題よりもそれを制定・適用する政治権力の方に関心を示す傾向にあると言われているが¹⁶⁾、そうした姿勢は必ずしも「政治法」の専売特許というわけではないから、他のグループと「政治法」を区別する決定的基準とはなり得ない。

それゆえ、恐らくは「政治法」そのものの定義を試みるよりも、先述したように、1970-80年代以降のフランス憲法学の潮流から「政治法」を説明することがよいと思われる。つまり、憲法学の法律学化が進むなかで、憲法生活が規範のメカニズムのみに還元されることを危惧し¹⁷⁾、政治学・社会学・歴史学等を考慮する必要性を強調する動向として「政治法」を位置づけることが最も適切であると考えられよう¹⁸⁾。

しかし、そうであるならば、これはデュヴェルジェに代表されるような政治学的な憲法学の復活に過ぎないのだろうか。この問いに関しては、まず発起人の1人であるディヴェレックがデュヴェルジェの政体類型論を批判していることを指摘することができる¹⁹⁾。そこでは、デュヴェルジェの類型論は法的枠組について真剣に検討しておらず、憲法レジームが様々な可能性に対して開かれていることを捉えきれていないという旨の批判が行われているのであるが、ただし、この批判は額面通りに受けとられるべきではないだろう。

というのも、たしかにデュヴェルジェは憲法規定よりも政体の実情を重視し、

16) M. Altwegg-Boussac, « Le droit politique, des concepts et des formes », *Jus Politicum*, vol. XI (n° 24), pp. 69-70.

17) 「政治法が規範主義に対して思い起こさせるのは、いくつかの様式化された規範的なメカニズム、要するにあらゆる生を欠いているようなメカニズムに、法を還元することは許されないということである」D. Baranger « Normativisme et droit politique face aux changements constitutionnels informels. A propos de l'ouvrage de Manon Altwegg-Boussac », *Jus Politicum*, n° 11 [<http://juspoliticum.com/article/Normativisme-et-droit-politique-face-aux-changements-constitutionnels-informels-A-propos-de-l-ouvrage-de-Manon-Altwegg-Boussac-826.html>] (2022年9月13日最終閲覧)。

18) C. Roynier et al., « Propos introductifs », *Jus Politicum*, vol. XI (n° 24), p. 7.

19) A. Le Divellec, « Maurice Duverger et la notion de régime semi-présidentiel », in *Maurice Duverger. L'héritage résistant d'un mal-aimé*, Classiques Garnier, 2021, pp. 334-335.

法規定よりも事実に基づいた類型化を目指していたが²⁰⁾、(批判者であるディヴェレック自身も認めているように) 憲法が様々な政体に対して開かれ得ることを認めており²¹⁾、彼の類型論は動的性格を有していたように見えるからである。したがって、憲法秩序が動的なものであり、その実態が政治的アクターの在り方に少なからず依存していることを強調する点で、デュヴェルジェと政治法との距離はそれほど遠いものではないようにみえる。

そうであるならば、「政治法」と過去の政治学的な憲法学との関係で問題となるのは、一般的な方法論上の独自性というよりも、違憲立法審査の役割が確立された現代における問題関心を「政治法」が主題化できているのかどうかという点であり、これは論点ごとに個別的に判断されるべきことのように思われる。以下ではこの視点から「政治法」を見ていく。

1. 政治法の基本構想

『政治法』雑誌創刊号の序言には、その基本構想が以下のように説明されている。

「『政治法』という言葉は、知識・実践・表象だけではなく、通常「実定法」という言葉によって指し示されるものには還元できないような形態の規範性 *normativité* からも成っている巨大な総体が、今日なお憲法の上に存在していることを思い出させてくれる。また、法と政治の間にある生来的な結びつきを思い出させてくれる。……『政治法』を主導する法学者は次のことを確信している。過去に意識的になされた分断、すなわち、今日では深い考慮なく法規範と呼ばれるものと政治現象の間での分断によって、いまや諸々の学問領域の両側に有刺鉄線が引かれてしまうという有害な結果がもたらされていると」²²⁾

20) M. Duverger, *Les régimes politiques*, 2 éd., PUF, 1951, p. 8.

21) 「ある1つの憲法は、ただ1つの統治構想を示すものではなく、直面している力関係にその適用が左右されるような複数の統治構想を示すものである」(M. Duverger, *Échec au roi*, Albin Michel, 1978, p. 10.)。

22) « Présentation de la revue », *Jus Politicum*, n° 1, p. 5. 山元一訳「『政治法』創刊のことば」山元=只野・前掲注7) 59-60頁。なお政治法のウェブサイト上でアクセスできるものと紙媒体のもので表現がやや異なっている点に注意。

ここでの言い回しをひとまずそのまま採用すれば、政治法は「法と政治の結びつき」を重視し、それを多角的視点から考察する試みだと言うことができるだろう。しかし、このような試みは決して新しいものではない。そうした主張は政治法プロジェクトよりも前から存在していたし、またフランス以外の国においても繰り返されてきた。

なによりもまず、政治権力を行使する国家機関を統制し、またそれに権限を与えるという意味において、憲法は「政治にかかわる法」だと言われてきた。それゆえ、憲法問題は容易に政治問題を伴うことになるのであり、また政治対立の中心領域にかかわるような問題にならざるを得ない。しかもこれに加えて、しばしば憲法は枠組み設定しか行わないため、国家機関の活動の余地が意図的に残されており、この枠組みを活用して行動することが国家の実践に任されている場合が多々ある。それゆえ、政治的な実践が重要な意味を持つことになるのであり、その意味において、憲法は「政治的」だと言われてきた²³⁾。

また、「憲法の政治性」に関連するテーマとして「憲法学の政治性」という問題も繰り返し議論されてきた。事実としては憲法が政治的であることを認めるとしても、それを憲法学には持ち込むべきではないという立場もあり得るのであり、このような立場に対しては、たびたび政治的要素を考慮できるような憲法学の必要性が説かれてきた。その有名な例としては、トリーペル (Heinrich Triepel) の『国法と政治』と題した1926年のベルリン大学学長就任演説が挙げられる。そこでは、ラーバント (Paul Laband) らの実証主義を批判しながら、国法学においても政治的なものが考慮されなければならないと主張されたのであり、彼によれば、国法学が政治的な傾向を有していることは避けがたく²⁴⁾、目的論的な考慮も法律学から排除されるべきではなくて、むしろ政治的な考慮と論理・形式的な概念操作の連結が必要なのだとされている²⁵⁾。

一方から他方が導かれることも珍しくないのであるが、少なくとも日本憲法学

23) Ernst-Wolfgang Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 15 ff. E.-W. ベッケンフェルデ著 (初宿正典編訳) 『現代国家と憲法・自由・民主制』(風行社、1999) 7-10 頁。

24) Heinrich Triepel, Staatsrecht und Politik, 1927, S. 35.

25) Ibid., S. 37.

では「憲法の政治性」と「憲法学の政治性」は区別されてきた。戦後の憲法学に大きな影響を与えた宮澤俊義は「法の政治性」と「法学の政治性」を明示的に区別し²⁶⁾、また同様の区別は、その弟子である芦部信喜にも「対象の政治性」と「方法の政治性」の区別として引き継がれた²⁷⁾。さらに言えば、法学の政治性は「法の解釈論の政治性」と「法の科学の政治性」に細分化されており、宮澤はこうした区別に基づいて、法解釈にあたっては政治的な要素を考慮することが不可欠である一方で、法学の学問方法それ自体が政治に仕えるものであってはならないと結論している²⁸⁾。

つまり、このように「法の政治性」と「法学の政治性」を区別してきた理由は、憲法の政治性を口実に、憲法学が政治権力に都合のよいものに堕することを防止し、憲法の「法」としての側面を保護しようとする点にあった。憲法は政治的影響力から完全に逃れることができない一方で、しかし、その法規範としての性格を失うことによって、政治権力の道具に成り下がることは避けなければならない。それゆえ、憲法の政治性を論じるうえでは、政治的側面を強調する一方で、それが法であることも強調するという二面的な態度を要求される。

そのような態度は（最も極端な立場を除いて）憲法が政治的であることを認める憲法学説すべてに共通するものであり「政治法」もこの例外ではない。たしかに、『政治法』に寄稿されている研究の中には「憲法の政治性」と「憲法学の政治性」が混在している場合もあり、その点では注意が必要かもしれないが、しかし少なくとも、そこで主張されているのは「政治が法を支配する」ということではないのである。

この点は、『政治法』の創刊号に収録されているクリストフ・グズィ（Christoph Gusy）の論文において典型的に現れている。それによれば、まず「法」は政治的決定であり、政治的問題からその必要性が生じ、その形成過程においても正当性においても政治的な存在である。しかし同時に「政治」は法の固有性によ

26) 宮澤俊義「法および法学と政治」小野清一郎編『牧野教授還暦祝賀 法理論集』（有斐閣、1938）280-287頁。

27) 芦部信喜『憲法と議会政』（東京大学出版会、1971）ii頁。

28) 宮澤・前掲注26）272-274頁。

って影響を受けるのであり、ひとたび法規範が確立されたならば、国家による政治行為の可能性は制限され、もはや政治生活はそれ以前と同じままであることはできない。それゆえ「法と政治の関係は一方的ではなくて多方向的である。政治は法を条件づける。しかし、法もまた政治を条件づけるのである」²⁹⁾。

そのような双方向的な関係性が存在しているのであれば、法あるいは政治のいずれか一方の観点のみでは憲法秩序を把握できないことは当然であり、この点については、政治法にかかわりのない論者も主張してきたことである。したがって、この最も基本的な部分においては「政治法」の独自性を認めることは困難であり、我々はより具体的な議論に目を向ける必要があるだろう。

2. 裁判所の制裁を欠いた規範への着目

それでは、どのようなトピックの下でなら政治法固有の問題意識を確認できるだろうか。すでに述べたように、政治法の研究には様々なものがあるが、ここでは「裁判所の制裁を欠いた規範」というトピックに注目したい。というのも、このトピックをめぐる議論は、先述したような、政治法プロジェクトの立ち上げられた背景を強く反映しているように思われるからである。

すなわち、それは1970-80年代以降の「憲法学の法律学化」への応答の1つとして考えられる。先述の通り、憲法院の判例分析が重要であることはもはや自明のことであり、実際に『政治法』雑誌上でも憲法院判決が特集されたり、会報で憲法院についての議論が行われたりしている。しかし同時に、このような時流のなかで、裁判所による制裁に還元できないものが見えにくくなっているのではないかという懸念も存在しており、そのような懸念はディヴェレックの「憲法裁判の発展は、司法統制の対象とならないものを日陰へと追いやる傾向をもってきた」³⁰⁾という言葉に典型的にあらわれている。「裁判所の制裁を欠いた規範」の

29) C. Gusy, « Considération sur le droit politique », *Jus Politicum*, n° 1, p. 34. クリストフ・グズィ著（山元一訳）「「政治法」についての考察」山元＝只野・前掲注7）96頁。

30) A. Le Divellec, « Une ordre constitutionnel confus. Indicibilité et incertitudes de la Constitution française », in *1958-2008 Les 50 ans de la Constitution*, Litec, 2008, p. 155. アルメル・ル・ディヴェレック著（只野雅人訳）「混乱した憲法秩序——名状しがたい、不安定なフランス憲法」山元＝只野・前掲注7）228頁。

再評価はこうした問題意識から生じるものであり、その意味で、このトピックは政治法の問題関心をよくあらわしているように思われるのである。

この問題を『政治法』雑誌上で取り扱った研究としては、カーン・ノルマンディー大学のボッチーニ (Eleonora Bottini) が寄稿した「政治法：憲法学における制裁の克服」³¹⁾が挙げられる。そこでは、概して以下のような考察がなされている。

まず、ボッチーニによれば、政治法プロジェクトにおける「政治的」という言葉は、例えば「歴史的文脈や政治システムのような、成文憲法の適用における現実的かつ具体的な要素」を指すものであり、つまり「規範主義的 *normativiste*³²⁾ かつ形式主義的 *formalist* な構想」から排除された諸要素全体であるという。そして、ここで言われている「規範主義的かつ形式主義的な構想」とは典型的には次のような構想とされる。すなわち、「法的でないもの／法的なもの」という二分論を基礎とし、そして、このような区別を維持するための基準として、裁判所による「制裁 *sanction*」の有無を重視するような見解である³³⁾。

こうした見解からすれば、命令を含まず、記述的でしかないような憲法規定 (例えば「国家の目的は市民の幸福を確保することにある」) は法的意味を有さないことになるだろうが、このような結論は妥当でない。なぜならば、第五共和政憲法前文にある「1789年宣言によって定められた人権への遵奉」という抽象的な文言が1971年以降の国家生活に与えた影響を考えれば分かるように³⁴⁾、それが命令的か否かに関わらず、また制裁が存在するか否かに関わらず、ある規定が憲法秩序に大きな影響を与えることがあり得るからである³⁵⁾。

31) E. Bottini, « Le droit politique et le dépassement de la sanction en droit constitutionnel », *Jus Politicum*, vol. XI (n° 24).

32) 「規範主義 *normativisme*」とは、フランス法学用語辞典にあるトロペールの解説によれば、広い意味では実証主義的な傾向を持つ法理論全般を指し、狭い意味においてはケルゼンとそこから影響を受けた法理論を指す言葉とされている (*Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, pp. 1074-1079)。

33) E. Bottini, *supra* note 31), pp. 92-93.

34) フランスにおける違憲立法審査を通じた自由権保護の先駆けとなった1971年7月16日の結社の自由判決では、当初は効力を有さないと考えられていた憲法前文にある抽象的な文言が根拠規定となった。

したがって、ある規範が裁判所による制裁を欠いていたとしても、そのことによって直ちに法的価値が否認されるべきではない。この点において、ボッチーニは国際法のアプローチとの親近性を指摘する。そもそも裁判所による制裁を欠いた規範という意味の「ソフト・ロー *droit souple*」という概念は、しばしば組織化された強制力を欠いていた国際法の分野で考案されたものであり、「強制力を欠いた規範は『法』ではない」³⁶⁾という主張に対して国際法を擁護する役割を果たしていたものである。

つまり、裁判所による制裁の存在に依存しない統制メカニズムを法理論化しようとする試みであるという点において、またその際、法の名宛人たるアクターの存在（＝国際法の領域では主権国家、政治法の領域では政治機関）を重視するという点において、国際法と政治法には親近性があるという³⁷⁾。そして、ボッチーニによれば、このような試みの1つに「憲法習律論」が挙げられるのである³⁸⁾、以下ではこれを詳しく見ていくこととしたい。

35) E. Bottini, *supra* note 31), p. 94. またディヴェレックも次のように述べている。「法文の厳格性と裁判所による違憲立法審査の存在を区別のための2つの絶対的基準とし、暗黙裡のうちに『記述的』憲法を過小評価することによって、『記述的』憲法と『規範的』憲法という最高位の分類 (*summa divisio*) を原則として確立できると主張することは私の目には賢明でないことに映る」。A. Le Divellec, « Le style des constitutions écrites dans l'histoire moderne. Une esquisse sur les trois types de l'écriture constitutionnelle (XVIIe-XXe siècles) », *Jus Politicum*, vol. V (n° 9), p. 133.

36) あくまで自身の研究上の定義であることを強調した上で、マックス・ヴェーバーは以下のように述べている。「『国際法』については、周知のように、その『法』としての資格がくり返し争われてきた。なぜならば、国際法には超国家的な強制権力が欠けているからである。ここにおいて（目的適合的なものとして）選ばれた用語法からすれば、外的には単に不同意と被害者による報復の期待によって、すなわち、習律によってそして利害状況によって保障されているのみで、ことさら秩序の維持を志向して行為するような人間幹部が存在していないような秩序については、実際には『法』と呼ばれえないということになるだろう」(*Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie*, fünfte, revidierte Auflage, besorgt von Johannes Winckelmann, 1972, S. 18.)。

37) E. Bottini, *supra* note 31), pp. 96-98.

38) *Ibid.*, p. 106.

II フランスにおける憲法習律論

イギリス憲法学における「憲法習律」という概念については、日本でも少ない数の先行研究が存在しているが³⁹⁾、そのような参考文献の豊富さに比して、それほど注目を集めてこなかった分野であるように思われる。恐らく、その原因の一端としてはイギリス憲法の特殊性が関係しており、すなわち、「習律」という概念を発展させたのは成文憲法典の不在というイギリス特有の事情であるから、それを日本に紹介してもあまり意味がないという先入観があったのではないかと考えられよう。

しかしながら、本稿で取り上げるのは、成文憲法典を持つフランスにおける議論であり、当然そこでは「憲法習律」が実定憲法と如何なる関係にあるのかということが問われることになる。この点に、イギリスではなくてフランスにおける憲法習律論を取り上げることの意義が存するのであり、本章ではその検討を行うことによって、成文憲法典による違憲立法審査制度が確立された国において、「習律」という概念が提起する理論的問題について考えていくことにしたい。

なお後に見ることになるが、ここにおける「習律 *convention*」は「慣習 *coutume*」とは異なる概念である。フランスの伝統的な「慣習論」は、積み重なった先例そのものを独立した法源としてみなす見解であり⁴⁰⁾、それによれば、政

39) イギリスの憲法習律を扱った先行研究としては例えば以下のものが挙げられる。高柳賢三『英国公法の理論』（有斐閣、1948）335-363頁、筒井信定「イギリスにおける憲法習律」経済理論100号（1967）1-21頁、伊藤正己『イギリス法研究』（東京大学出版会、1978）274-283頁、今里文隆「憲法的習律の法的存在性と政治的側面」法政論叢30号（1994）112-123頁、原田一明『議會特権の憲法的考察』（信山社、1995）3-87頁、時本義昭「憲法上の習律」ジュリスト増刊『憲法の争点』（有斐閣、2008）344-345頁、内野広大「憲法と習律——Dicey 伝統理論と「議會主権論」の基底にあるもの——（1）～（3・完）」法学論叢166巻3号（2009）108-132頁、167巻1号（2010）142-169頁、167巻4号（2010）126-141頁、岩切大地「イギリス政権交代にみる法と習律」憲法問題22号（2011）21-32頁、内野広大「習律の理論的根拠についての一考察——イギリスにおける「多元論」の憲法概念に関する論争を手がかりに——（1）～（3・完）」法学論叢172巻2号（2012）63-81頁、173巻3号（2013）80-100頁、173巻5号（2013）51-76頁。

40) G. Burdeau, *Traité de science politique*, t. 4, 3^e éd., LGDG, 1984, p. 264. また樋口陽一もカピタンの「憲法慣習論」を先例の実効性から法的妥当性を引き出す見解として理解している（樋口・前掲注2）97-98頁参照）。

治機関による実践そのものが国民意思の発現とされ、それ自体に憲法を改正させる効力が認められることになる。しかし、こうした「慣習論」に対しては、しばしば憲法の硬性と両立しないという批判が行われてきた。他方で「習律論」はこの批判を（少なくとも理論上は）回避しているものであり、それによれば、先例それ自体が法源となるわけではなくて、政治的实践は成文法を書き換えないものとして理解されている⁴¹⁾。したがって、その意味では、「慣習論」の弱点に対する1つの解答として「習律論」を位置づけることができるだろう（ただしそれは理論上の解決に過ぎないものかもしれないが⁴²⁾）。

1. ピエール・アヴリルの憲法習律論

政治法プロジェクトの重要人物の1人に元パリ第二大学教授のピエール・アヴリル (Pierre Avril) が挙げられる。彼の著作『憲法習律論：政治法の不文規範』⁴²⁾が公刊されたのは『政治法』雑誌が創刊される10年ほど前の1997年であるが、既にそのタイトルには「政治法」という言葉が使われ、また、そのあとがきも「政治法 Un droit politique」という題であり、ここから分かるように「政治法」の重要な先行研究の1つとして知られている⁴³⁾。

もともとアヴリルの専門分野は議会法であり、これは伝統的には、議会が自らの創り出したルールに自律的に拘束される「自己拘束」としての側面が強い領域だった。しかし、第五共和政憲法の下では憲法院が議院規則にまで審査を及ぼすようになり、そのような状況の中で、憲法院の厳しい統制「にかかわらず」というよりも、むしろ厳しい統制「ゆえに」、法文の外で行う実践に頼る必要性が増

41) J. Chevallier, « La coutume et le droit constitutionnel français », in *RDP*, 1970, pp. 1408–1416.

42) P. Avril, *Les conventions de la constitution. Normes non écrites du droit politique*, PUF, 1997, p. 26.

43) アヴリルの『憲法習律論』は、政治法に興味がある者ならば無視できない参考文献であり続けていると言われている (M. Altwegg-Boussac, *supra* note 16), p. 78)。またアヴリルは「政治法を考える」という論説を『政治法』雑誌に寄稿しており、そこでは『憲法習律論』において展開されていた議論が「政治法」に引き継がれていることを確認することができる (P. Avril, « Penser le droit politique », *Jus Politicum*, n° 20 [<http://juspoliticum.com/article/Penser-le-droit-politique-suite-1268.html>] (2022年9月13日最終閲覧))。

してくるという事情があった⁴⁴⁾。

このような実践を分析するための枠組みとして、アヴリルはフランス憲法学に「憲法習律」という概念を導入しようとするのであり、そこでは、法文の外にあるものを法理論化しようとする彼なりの試みが行われている。なお、アヴリルの憲法習律論については、赤坂幸一による「憲法習律論とフランス憲法学」⁴⁵⁾という先行研究が存在しているが、この研究との差別化として、本稿では『憲法習律論』の内容をより詳しく検討し、その理論的な問題点について考察を加えると同時に、またそれに大きな影響を与えたと考えられるジャン・ロセットの議論を紹介することにしたい。

1.1 体制の一般原理としての憲法習律

『憲法習律論』の第1章は、30年前にルネ・カピタン (René Capitant) がアヴリルに対して「カレ・ド・マルベールを読みたまえ！ さあ『一般意思の表明としての法律』を読みたまえ！」と熱心に語りかけてくる場面の回想から始まる。この第1章においては、「議会主権」についてのカレ・ド・マルベールによる議論を題材としながら、法文の外にあるものの重要性が明らかにされていくのである。

周知の通り、かつて1875年に制定されたフランス第三共和政憲法はもともと大統領と議会による二元的体制を予定した憲法であった。しかし1877年に共和派が多数を占めていた議会を王党派の大統領が解散させ、その後の選挙が共和派の勝利に終わるといふ事件が起きると、これ以降、大統領による議会の解散は非民主主義的な手続と考えられるようになり、議会解散権は明文で認められているにもかかわらず、全くの死文と化すことになった。このような事情から、憲法の文言に反して、解散されることのない強力な議会が出現したのであり、このような状況を如何に説明するのかという点が当時の憲法学の課題であった。

そうした状況を「議会主権」として説明したのが、第三共和政の憲法学者カ

44) P. Avril, *supra* note 42), p. 95.

45) 赤坂幸一「憲法習律論とフランス憲法学」曾我部真裕＝赤坂幸一編『大石眞先生還暦記念 憲法改革の理念と展開 (上巻)』(信山社、2012) 725-759 頁。

レ・ド・マルベールである。彼は代表作の1つ『一般意思の表明としての法律』において、議会は他の国家機関に対しても、市民に対しても「主権者」になったと主張したのであった。

そして特徴的なことに、カレ・ド・マルベールは、そうした「議会主権」への移行を「逸脱」ではなくて「自然な発展」として、しかもフランスの伝統的構想の延長として説明した。というのも彼によれば、法の射程は「制定者たちが意思し、行ったと考えるものによって判断されるのではなくて、実際に彼らが行ったものに従って判断される」⁴⁶⁾のであり、その点、そもそも第三共和憲法は大統領の権威を確立するには不十分だったからである。たとえ憲法制定者が議会と大統領による二元的体制を目指していたとしても、そうした構想は、議会こそが国民の意思を代表して表明するという伝統的な構想によって阻まれることにならざるを得なかった⁴⁷⁾。それゆえ「議会主権」は第三共和憲法に内在していたものとして説明されたのである。

そうした議論を批判的に検討しながら、アヴリルは法文の外にあるものの重要性を明らかにしていく。「議会主権」への変容について、カレ・ド・マルベールは、第三共和憲法の法文に「議会主権」に向かう必然的傾向があったと説明した。しかしアヴリルによれば、もともと1875年憲法は共和派と王党派の妥協の結果であるがゆえに根本的な曖昧さを内包していて、それを1877年の事件が「議会主権」の勝利という形で決着させたものとして説明した方が現実に近いという。というのも、憲法の実態が決定されるのは、その具体的な適用が行われる段階であり、その適用様態は必ずしも法文の中で決定されるとは限らないとアヴリルは考えるからである⁴⁸⁾。

この点に関して、1933年の『法段階理論とフランス実定法との対立（略）』においては、今度は「議会主権」が憲法から生じたものではないと述べているようなカレ・ド・マルベールの記述がみられることが指摘される。

46) R. Carré de Malberg (pref. de G. Burdeau), *La Loi, expression de la volonté générale*, Economica, 1931 (1984), p. 180. カレ・ド・マルベール著（時本義昭訳）『法律と一般意思』（成文堂、2011）178頁。

47) *Ibid.*, p. 192. カレ・ド・マルベール著（時本訳）・前掲注46）189-190頁。

48) P. Avril, *supra* note 42), p. 26.

「結局は、議会の立法権力は憲法準則よりも上にある『根本規範 Grundnorm』の中に源がある。つまり、立法権力は選挙された立法府を通じた一般意思の代表という構想に由来し、実際には、それがフランス公法の始原的かつ根本的な規範を生じさせたのである」⁴⁹⁾

ここで言及されている「根本規範」、すなわち法体系の外に存すると考えられる始原的な規範の位置づけを論じるにあたって、アヴリルはイギリス憲法学の議論に言及する⁵⁰⁾。なぜなら、イギリスでは、法文の変更が一切ないにもかかわらず、その実態が根本的に変化する現象を説明するための法理論が用意されているからである。すなわち、彼はダイシー (Albert Venn Dicey) の議論を参照しながら、(法の領域に属する) 権限配分と (政治の領域にかかわる) 権限行使の区別に立脚した「憲法習律」という概念に着目する。たとえば、法的には強力な権限がイギリス女王に与えられていたとしても、現実にはその権限行使が強く制約されている場合のように、法的権限の所在を変更しないまま、その権限行使の様態に作用する規範こそが「習律」なのであり、第三共和政における議会主権への変容がこれに重ねあわせられるのである。

またアヴリルは、もう1つの例として第五共和憲法を挙げる。これも周知の通り、1958年に制定された第五共和憲法は、議会主権からの脱却を目指し、大統領制を採用した憲法である。しかし1962年の憲法改正までの間、大統領は人民によって直接選挙される役職にはなっておらず、大統領に与えられた憲法上の地位が単に元首的な役割に留まるのか、それとも実質的なリーダーとしての役割を果たすのかは曖昧なままだった。そのような状況が解消されていくのは、ドゴールによる1962年の極めて論争的な憲法改正を通じて「人民に訴えかける大統領」という像が完成した後のことであり、大統領中心の体制はそうにして定着していったのである。

アヴリルによれば、(1875年憲法の場合と同様に) 1958年憲法の制定過程では、

49) R. Carré de Malberg (préf. de É. Maulin), *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*, Dalloz, 1933 (2007), p. 65.

50) P. Avril, *supra* note 42), pp. 31-33.

カール・シュミット (Carl Schmitt) によって「外見上の妥協 Scheinkompromisse」⁵¹⁾あるいは「延期的な dilatorisch 妥協」と呼ばれた妥協、つまり実質的な決断や諸アクターによる譲歩を全く含んでいない、決着の先延ばしとしての妥協が行われたのであり、最終的にそれが「政治的決断」を通じて決着したものと説明されるべきだという⁵²⁾。

というのも、当時の政治情勢を鑑みれば、1958年の時点では第五共和政憲法は複数の可能性を秘めていたと言わざるを得ないのであり、その意味において、1958年の人民投票による憲法の可決は、実は国家体制を決定する真の決断とは呼べなかった。しかし1960年以降のアルジェリアをめぐる情勢がドゴールに力を与え、その結果として、真の決断が1962年の憲法改正を通じて行われることになる。そのとき、人民が1962年の改正を承認したという事実は、単にドゴールへの信任や大統領の直接選挙の承認のみを意味したわけではなかった。それは新しい憲法の適用様態（つまり議会ではなくて大統領を中心とする憲法運用）に対する承認であり、それが適用様態にかかわるものである以上、新しい「憲法習律」を構成するものとして考えることができる⁵³⁾。実定法の運用に作用する、そのような一般原理こそが、この第一章における「憲法習律」なのである。

1.2 憲法解釈と解釈型習律

『憲法習律論』の第二章は、習律が法文の適用に影響する過程を詳述することに充てられている。まずアヴリルは、憲法規定の真の意味が（まるで「アイデア」のように）その適用に先立って存在しているという考え方を批判する。古典的な学説は、憲法の意味が不明確な場合には、憲法の制定経緯の分析を通じて、真の「制定者の」「意思」を明らかにできると考えているが、このような考え方は少なくとも第五共和政憲法には妥当しない。

というのも、まず「意思」については、制定者の主観的な意思というものはそ

51) Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928 (1965), S. 31 ff.

52) 例えば、憲法5条は大統領の職務を「裁定 arbitrage」と定めているが、この曖昧な文言が選ばれたのは出来るだけ多くの同意を獲得するためだったとアヴリルは述べる。P. Avril, *supra* note 42), p. 49.

53) *Ibid.*, pp. 49–51.

もそも不可知の心理状態に属するがゆえに、結局は客観的な価値を有する公開文書に頼るしかないという点でそれは意思ではない。そして「制定者」について言えば、法的な意味における制定者は必ずしも知的な意味での制定者と合致せず、例えば、1958年憲法の法的な意味での制定者はドゴールではなくて、あくまでフランス人民である。それゆえ、憲法制定者たちによる協議は、それが人民に公開されていない以上、結局は法的意味を有さないものとして理解されなければならない、したがって「憲法制定者の意思」という要素は決定的な役割を果たさないのである。

それにもかかわらず、1958年憲法制定当時の議会派勢力は、憲法の意味が憲法制定時に付与されると考え、憲法の妥協的な文言に自らの意思が不完全ながらも反映されたと満足したところに誤りがあった。実際には、1958年に制定された憲法の射程は、1962年に大統領がその適用を問題にした際に初めて決定されることになった。ある意味では「全ての憲法が多かれ少なかれ取引である」⁵⁴⁾以上、そのような決定が行われることは必然なのである。

現代における学説の大部分が認めるように、法文はいくつかの潜在的な意味を秘めており、それを適用する機関こそが意味を決定している⁵⁵⁾。そのような決定は、法文の意味が明白な場合には不要だと言われることがあるが、もし法文の意味が「明白」といわれる場合があるとしても、それは適用を行う機関が「明白」とみなしているということに過ぎない⁵⁶⁾。法適用と法解釈は不可分に結びついているのであり、というのも、法解釈の後に法文が適用されるわけではなくて、むしろ結論であるはずの適用ありきで、それを正当化するために解釈が行われることが多いからである⁵⁷⁾。

そして、法適用と法解釈が不可分である以上、「法解釈機関」という言葉は裁

54) *Ibid.*, p. 58.

55) *Ibid.*, pp. 56-59.

56) 例えば、1985年8月23日の憲法院判決は、憲法10条2項の「新しい審議 nouvelle délibération」という文言の解釈には少なくとも争いの余地があったにもかかわらず、諸規則は「明白かつ明確であって、如何なる解釈も必要としない」と述べている (Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, cons. 16.)。

57) P. Avril, *supra* note 42), pp. 61-63.

判所のみを指すものではなくなる。なぜなら、憲法上の権限を与えられた機関は、それが政治的な機関であったとしても、その権限を行使するにあたって解釈せざるを得ないからである。

しかし、それは政治機関による憲法解釈が裁判所による解釈と同じ性質をもつということではない。憲法裁判所の解釈は、それが終局的かつ一般的な規範を提供するという意味において「真正の解釈 *interprète authentique*」であるのに対して⁵⁸⁾、政治機関による憲法解釈は状況依存的かつ個別的なものに過ぎないからである⁵⁹⁾。もっとも、そのような相違があるにせよ、政治機関による「非真正の解釈」は予期せぬ法文解釈を事実上定着させることがあり、その例として、臨時会期の招集拒否をめぐる一連の論争が挙げられる⁶⁰⁾。

この論争の始まりは、1960年に議会によって国会の臨時会期の招集要求がなされたにもかかわらず、同年3月18日にドゴール大統領がこれを拒否したことに遡る。憲法29条1項は「国会は、首相もしくは国民議会議員の過半数の請求に基づき、特定の議事日程に関して、臨時会期として招集される」と規定しており、大統領にこれを拒否する余地はないように見えたために、この拒否決定は様々な方向から非難を受けた⁶¹⁾。

これに対して、ドゴールの応答したところによれば、自分が憲法を起草する際には、極めて例外的な条件で限られた期間でのみ臨時会期の招集を予定しており、憲法5条が定めるように、大統領は「公権力の適正な運営を確保する」責任がある以上、共和国大統領は招集の可否を判断できるということだった。

しかし、この説明には説得力がないようにみえた。というのも、憲法29条3項の「首相のみが、閉会のデクレに続く1か月の期間満了までに新たな会期を請求することができる」という規定の反対解釈として、議会による招集が単なる勧告でしかないという考え方は認めがたいという点、そして、大統領による招集の

58) *Ibid.*, pp. 65-66.

59) *Ibid.*, pp. 71-72.

60) 以下この事例の説明については *Ibid.*, pp. 72-77.

61) なお、日本の臨時会招集の権限は議会少数派に与えられたものであり、また憲法もフランスのような執行府優位の構造を取っていないため、この事案は日本における類似の問題と単純に同視してよいものではないことに留意されたい。

デクレが憲法 19 条の定める大臣による副署を免除された行為に列挙されていないという点において⁶²⁾、大統領にそのような判断権が認められているかどうかは極めて疑わしかったのである。

それゆえ、「29 条 1 項（国会の招集）のように意味が明白な規定をドゴールのように解釈すべきではない」という批判は⁶³⁾、十分な説得力をもってなされたのであるが、しかし他方で、この規定が本当に「明白」だったのかどうかは争う余地があった。というのも（これは後から主張されたのであるが）、第三・第四共和政で同じく臨時会期を定めた条文では⁶⁴⁾、招集「しなければならない *devoir*」という文言があったのに対して、第五共和政憲法 29 条 1 項には単に招集「される」としか書いていなかったからである。もしこの点を重視するならば、招集「義務 *devoir*」の不存在を導き出し、29 条 1 項をドゴールのように解釈することも不可能とまでは言えないのであって、このように一見明白な規定でさえも解釈論争の余地が残されていると考えることもできた。

結局、このようなドゴールの憲法違反と思しき行動をめぐる論争は、第五共和政における初めての不信任動議が提出され、それが否決されることによって決着した。つまり、ドゴールの解釈が政治的に確証されたのである。その後、この権能をめぐる問題はしばらく宙吊りになるが、第一回コアビタシオン（大統領と首相が異なる勢力に属すること）の下では 1987 年 12 月 16 日のミッテラン大統領の声明によって、臨時会期の招集を決める権限が大統領に属することが宣言され、対立可能性があるはずのシラク首相もこれを追認した。また同様に、第二回コアビタシオンにおいて、ミッテラン大統領がファルー法 (*loi Falloux*) の改正を 1993 年 7 月 1 日の臨時会期での議事に組み込むことを拒否した際にも、そうした権限が大統領に帰属することは法律家によって認められていると首相が追認し

62) G. Berlia, « La convocation d'une session extraordinaire du Parlement et la nature du régime », in *RDP*, 1960, pp. 306-307.

63) 「憲法 5 条は、どのような精神で共和国大統領が役割を果たさねばならないかを定義するものである。その規定は、他の憲法規定によって付与された権力以外のものを与えてはいないのであり、5 条を根拠とすることで、国家元首が 29 条 1 項のように明白かつ明確な法文を無視することが許されるということは有り得ない」(L. Noël, *De Gaulle et les débuts de la V^e République*, Plon, 1976, pp. 115-116)。

64) 1875 年 7 月 16 日の憲法律 2 条と 1946 年憲法 12 条参照。

た。

ここから分かるように、当初はドゴールによる説得力を欠いた解釈でしかなかったはずのものが、もはや1993年には法律家の間でも合意を形成するに至っている。そのことは大統領の解釈が「真正の解釈」になったことを意味するわけではないが、関係者の間に共通の理解を生じさせ、憲法解釈上の習律が形成されたことを意味するものと考えられる。

以上を踏まえ、アヴリルは憲法規定を演奏記号が付される前の楽譜に喩える⁶⁵⁾。つまり、それを見るだけでは如何なる演奏がなされるかは判明せず、そこには演奏者が解釈を施し、何らかの形で強弱記号を付すことが避けられない。そうである以上、法文に強調記号を付すための一定の約束事が必要であり、それこそがこの第二章における「憲法習律」を構成するものと考えられている。

1.3 創設型習律

『憲法習律論』の第三章には「法文を超えて Au-delà du texte」という題がついている。先に論じてきた「習律」が法文の解釈にかかわる規範であったのに対して、ここで扱われているのは法文と結びつけることができない政治的实践としての習律である。

ここではまず、アヴリルが憲法習律を3つのカテゴリーに分類していることを示しておきたい。すなわち①「基底型習律 convention fondatrice」②「解釈型習律 convention interprétative」③「創設型習律 convention créatrice」である⁶⁶⁾。①は1章で取り扱った体制の在り方を決めるような一般原理としての習律であり、②は2章でみたような法文の具体的読解にかかわる習律を指している。これら前二者が法文の解釈へと収斂するのに対して、③の「創設型習律」は法文解釈に還

65) P. Avril, *supra* note 42), p. 86.

66) *Ibid.*, p. 127. それらの相互関係については別の箇所以下のように説明されている。「憲法の一般精神にかかわる基底型習律、法文の読解に適用され得るような原理や音調を決定する解釈型習律、成文規定の外に位置しながらその成文規定を修正する創設型習律。……解釈原理の選択と読解における音調の指示は、特に直接的には基底型習律、いわば憲法の一般精神によって影響され、その習律は実践的帰結へと進むのである。他方、創設型習律はそのような解釈に従って読解され適用された法文を訂正あるいは補完にくる」(*Ibid.*, p. 140.)。

元できないような実践を指すものである⁶⁷⁾。

その一例として、まず第三共和政の「首相 *Président du Conseil*」という地位が挙げられる⁶⁸⁾。それは憲法の文言には存在していないが、実務においては存在していた役職であり、それゆえ憲法上の地位を有さない事実上の役職として扱われてきた。それに憲法上の位置づけを与えるために、一部の憲法学者たち、例えばバルテルミーとデュエズ (*Barthélmy et Duez*) などは 1875 年憲法の「慣習的な」性格に言及しており、それによれば、慣習上「首相」の存在も当然に予想されているものとして説明されている。しかし、慣習に頼ること自体が「結局はそれもまた問題となっている実践が憲法規則の外で生まれていることを認める方法」⁶⁹⁾であり、アヴリルによれば、法文の外にあることを正面から認めたほうが直截的であるような「創設型習律」が存在しているという。

例えば、議会の対政府質問はその典型例として挙げられている。もともと憲法 48 条 2 項 (現 48 条 6 項) は政府に対する口頭質問の制度を設けていたが、1974 年以降、その制度とは別にジスカル・デスタンが水曜日の午後に対政府質問の時間を設け、その時間を与党と野党に半分ずつ割り当てた。これは憲法 48 条の趣旨を没却させるものであったが、憲法院の審査を避けるために、関連規定を修正しないまま 20 年近く維持された。

結局のところ、1995 年 8 月 4 日の憲法 48 条の改正によって追認されるまで、この慣行は放置され存続していたのであり、アヴリルによれば「したがって、すべてはまるで規則が存在しているかのように行われていた。しかしその規則は成文化されていなかったのである」⁷⁰⁾。この事例は、憲法の余白に新しい制度が設けられたというよりも、むしろ法文の趣旨に抵触するような実践が行われた例であり、第三章における「憲法習律」には、このような「法に反する習律 *conven-*

67) 「反対に、一部の実践は成文規定の解釈を明らかにすることに留まるものではない。なぜなら、そうした実践は明らかに成文規定に結びつけることができないからである。……それらの実践は補足的な一般規則を付加するが、そのような規則は解釈にかかわるのみならず、絶対的に『創設的な』ものでもある」(*Ibid.*, p. 89.)。

68) *Ibid.*, pp. 90-93.

69) R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. 1, Sirey, 1920, p. 683.

70) P. Avril, *supra* note 42), p. 97.

tion contra legem」までもが含まれているのである。

1.4 習律の性質

他にもいくつかの例が挙げられた後、そうした習律の性質について考察されることになる。ダイシーの定義によれば、憲法習律とは裁判所によっては制裁されず、厳密に言えば「法」に属することのないような規則を意味するものとされている⁷¹⁾。

そのような規則も「実効性 effectivité」を有していることは認められよう。というのも、習律は裁判所による強制執行こそ伴わないものの、その違反によって政治的困難を生じさせることになるからである。いわば、それは政治部門による「判例 jurisprudence」として機能しているのであり、確かに、それが持つ意味は裁判所による判例とは異なるが、しかし一定の効果を発生させることができる。

その効果は、事実上の適法性の推定と挙証責任の転換という形で生じる。ある法文の適用解釈は異議を申し立てられないことによって、あるいはその適用をめぐる政争に勝利することによって、事実上の適法性推定を受けることになり、その結果、事実上の挙証責任の転換が生じることになる。なぜなら、それまでの法適用に異議を申立てようとする側は、その適用を許容した先人の権威を暗に否定することになるのに対して、異議を申立てられる側は、予測可能な先例を適用したに過ぎない者として、法的安定性を盾に相手を問い詰めることができるからである⁷²⁾。

そのような対立が激化したときには、先述の臨時会期招集をめぐる事例のように、政治的決断による裁定が下るような場合もある⁷³⁾。しかしそうした場合があるとしても、習律は一方的に押し付けられるばかりではない。しばしば、習律は「準契約的な quasi contractuel」性格を帯びているのであり、諸アクターによる共通の理解があるからこそ「自らが規則に拘束されている」という感覚が生じ

71) A. V. Dicey, *Introduction to the study of the law of the Constitution*, 8th ed., 1915, p. 23.
A. V. ダイシー著（伊藤正己＝田島裕共訳）『憲法序説』21頁（文弘社、1983）。

72) P. Avril, *supra* note 42), pp. 125-126.

73) *Ibid.*, p. 127.

ると考えることもできる⁷⁴⁾。そのような準契約的な性格は「習律 *convention*」という言葉に「協約」という意味が込められていることから理解できるものである。

もっとも、習律がそのようなものであるとしても、以上の説明は「実効性」を証明するものであり「妥当性 *validité*」を意味するものではない。単なる存在から「法的な」存在へと移行することが可能かどうかということが妥当性の問題であり、アヴリルはこの問題を「習律」の概念と「慣習」の概念を比較しながら取り扱う。しばしば国際法の分野で言及される慣習法の場合には、慣習を構成するような「行動」そのものを適用する権限が裁判官に認められることになる⁷⁵⁾。しかし、それは適用すべき憲法・立法権力・執行権力・司法権力などを欠いた国際法での話であって、そのまま憲法に持ち込まれるべきではない。ここで問われていることは、憲法院が政治的实践を法源として判決を行うことの可否である。

そして結論から言えば、憲法院が政治的实践を法源とすることは難しいと言わざるを得ない。(政府と議会の合意によって成立した) 1959 年の議院規則が憲法院に付託された際、憲法院長レオン・ノエル (*Léon Noël*) は次のように述べていた。

「このような場合、政府と国民議会の合意は憲法院にとっては無関心事項 (*res inter alios acta*) でしかなく、いかなる効力も有しない。憲法が要請している諸準則を適用する際に、望むのであれば、彼らの間で『妥協する』ことは自由である。それは政治に属するだろう。しかし憲法院が判断する権利そして義務を有する唯一の問題は、憲法院に付託された諸規定が憲法に適合するか否かである。この場合においては、いかなる妥協であれ、それに従うことは、憲法院にとって、1958 年 9 月 28 日に採択された憲法典が執行府と立法府との間の単なる合意で修正され得ることを認めるに等しい」⁷⁶⁾

ここには、不文規範の可能性を認めながらも、成文規定のみが法的に妥当するものとする姿勢が認められる。国家機関は憲法上の権限を行使しないことに同

74) *Ibid.*, p. 128.

75) *Ibid.*, p. 143.

76) L. Noël, *supra* note 63), p. 42.

意できるが、その権限を法的に手放すことはできないのである⁷⁷⁾。そして、このような状況、すなわち法的権限が不動である一方で、その権限行使については可動的に行うことを認めざるを得ないという構図こそ、君主制が不動である一方で、それを実践的に修正せざるを得なかったイギリス憲法学の背景にあったものである。

しかし、(特にダイシーが論じているような) イギリスの憲法習律論は「規範／事実」を厳に区別することは避けているにしても、結局、その代わりに「法／政治」という二分論を維持している点で問題がある。アヴリルの考えによれば、習律を「政治」に属するものとして「法」から排除しようとすることは間違いであり、憲法秩序を包括的に理解するためには、むしろそれらを「結合させる」必要があるという⁷⁸⁾。

つまり、習律は「法」の外にあると考えるべきではない。その理由は何よりもまず、習律が単なる事実ではなくて法的行為によって表明される点に求められる。政治的アクターによる決定は、いわば、憲法という「上層」とその適用行為という「下層」の間にある「中層」に位置するものであり、それゆえ包括的な視点からは、憲法秩序の一部を構成しているものとして理解されなければならない⁷⁹⁾。憲法という上層は、そうした中層を経て、適用行為たる下層へと至るのであり、このような動態こそが法秩序であると考えれば、この中層も「法」の一部であると言わざるを得ない。

そのように理解するならば、裁判所による制裁の有無は二次的な問題となる。違憲な国家行為の無効可能性という保障を欠いた憲法は「固有に法的な観点からは、義務的効力を欠いた願望にはほ等しい」⁸⁰⁾と述べていたケルゼンでさえも認めていたように、憲法は違憲立法審査が導入される前から政治責任という制裁を通じて機能していた。現在でも一部の憲法規定は裁判所の適用を免れているが、そのことによって、それらが規範性を喪失するわけではないだろう。

77) P. Avril, *supra* note 42), p. 145.

78) *Ibid.*, pp. 147-149.

79) *Ibid.*, pp. 149-150.

80) H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, 1928, p. 250.

したがって、成文規範と不文規範の間には決定的差異は存在せず、その制裁の方法に手続的な差異が存するのみである。また裁判所による制裁と政治責任による制裁という区別についても、それらは乖離したものではなく、むしろ共同して憲法秩序を機能させているものであり、それゆえ、憲法秩序全体を理解するためには「法／政治」を厳密に区別する二分論は放棄されなければならない⁸¹⁾。そして、以上の結論の後、アヴリルは「政治法」という題のあとがきで『憲法習律論』を締めくくっている。

2. アヴリルについての検討

以上の議論を検討するにあたっては、まず従来の議論との関係において、アヴリルの位置づけを明確化することから始めるべきだろう。結論から言えば、アヴリルの憲法習律論に対しては、以下の二点において、理論的な問題が提起されるように思われる。

第一に、憲法習律論の領域においては、伝統的にダイシーとジェニングス(William Ivor Jennings)の対立が1つの論点を形成してきた。そこでの対立軸を概して言えば、習律は「法」ではなく、司法判決には影響を与えないと主張するダイシーに対して、習律も「法」として考えるべきであり、それは実際に裁判所の判決において一定の役割を果たしていると反駁するジェニングスという構図が存在している⁸²⁾。

この対立図式を前提としたとき、アヴリルの憲法習律論は矛盾しているように見える。なぜなら、習律の非裁判規範性を強調する点においてはダイシーに近い見解を採用しているにもかかわらず、習律が「法」とみなされるべきであるという結論部分はジェニングスの見解を採用しているように見えるからである。

このような見解が可能な理由は、(ダイシーやジェニングスとは異なり)アヴリルの下では「法であるかどうか」という問題が裁判規範性の問題として考えられていないからである。アヴリルは「法」という言葉を、実定法がその具体的適用に至るまでの一連のプロセスとして理解しており、そのプロセスの中で法文適

81) P. Avril, *supra* note 42), pp. 152-155.

82) 原田・前掲注 39) 74 頁以下参照。

用に影響を与えるものは「法」の一部として理解しているように思われる。こう考えたとき、たしかに習律は「法」に属すると言うことが可能だろうが、しかし今度は「法」の定義が広すぎるのではないかという疑問が生じよう。

このような「法」の定義を採用した場合、たとえば事案の特殊性や法適用者の気質についても、それが最終的に法適用に影響するものであるならば、憲法習律と同じく「法」であるという結論になり得るだろうが、このような結論には直感的に違和感を覚える。つまり、法適用に影響を与える「単なる事実」から憲法習律を区別するためのメルクマールが不足しているような印象を受けるのであり、この点を解決しないことには「習律が法である」と主張することはできないのではないだろうか。

第二に、フランスにおける先行研究との関係で言えば、アヴリルの『憲法習律論』がミシェル・トロペール (Michel Troper) の「リアリズム法学」に似ている部分があることを指摘する必要があるだろう。『憲法習律論』が公刊されるよりも先に、トロペールは国家機関の憲法解釈に広汎な裁量の余地が残されていることに着目することによって、後にアヴリルが行う議論の土台となり得るような研究を行っていた。それによれば、法文には必ず解釈が施されなければならない、ある規範が妥当する理由は、法文が権限を持つ機関によってそのように解釈されたからにすぎない⁸³⁾。そして、そのような解釈を通じて初めて「法文」は「規範」となること、そのような解釈権力は他の国家機関による解釈との関係で制約を受けることは、まさにトロペールが指摘していたことである⁸⁴⁾。

法文の意味確定に法解釈の必要不可欠性を説き、またそれが複数の国家機関によるものであることに着目する点において、トロペールの議論はアヴリルの憲法習律論に近いものがあるし、また裁判所以外の国家機関による解釈行為を法理論化しようとする点において、「政治法」の問題関心にも通じるものがあると言え

83) M. Troper, « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001, pp. 76-77. ミシェル・トロペール著 (南野森訳) 『リアリズムの法解釈論 ミシェル・トロペール論文撰』(勁草書房、2013) 13-14 頁。

84) M. Troper, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, pp. 142-144.

るだろう。実際、トロペールは2022年現在『政治法』雑誌の「学術顧問 Conseil scientifique」の1人に名を連ねており、おそらく両者の距離はそれほど遠いものではないと予想される。

ただし、このような親近性にもかかわらず、アヴリルはリアリズム法学を批判しており、それによれば、リアリズムの法解釈理論は法文に結びつけることのできない実践を考慮できない点で問題を抱えているという⁸⁵⁾。この批判は、一見したとき、法文の意味は解釈によって決まるとアヴリル自身が強調していたことに矛盾するように見えるが、これ自体は矛盾とまでは言えないだろう。というのも、法文の意味が解釈によって決められるとしても、そのような意味解釈の幅は無制限ではなく、ゆえに政治的実践の全てを法文解釈の問題に還元することはできないという立場はあり得るからである。つまり、アヴリルは解釈行為が意思行為であるとしても一定の限度はあると考え、トロペールの見解に反対しているということになるのだろう⁸⁶⁾。

しかし、このように考えるならば、他の点においてアヴリルの構想に疑問が生じるように思われる。解釈行為に限界があると考え、それは法文自体に(完全に一義的ではないにせよ)何かしらの意味がすでに与えられていることを含意する。それはつまり実定法と政治的実践が相反する可能性を認めることであり、そもそも「法に反する習律」というカテゴリーを設けたこと自体が、「実定法／そうでないもの」という伝統的な区別の維持を意味するものと考えられるのではないだろうか。そしてそうであるならば、アヴリルは「法／政治の二分論を克服する」と主張したり、あるいは「法」の定義を拡大したりしているが、結局のところ、それで何を志向しているというのだろうか。

以上から、2つの理論的問題が提起された。1つ目は「習律が『法』として位置づけられるにあたって、単なる事実から区別される理由は何か」、2つ目は

85) P. Avril, *supra* note 42), p. 89.

86) この点、アヴリルは外見的にはトロペールに近い立場を示しながらも、(少なくともその核心部において)トロペールに反対する立場を取ったように思われる。なお「解釈」という営為をトロペールのように理解することから生じ得る問題については、長谷部恭男『比較不能な価値の迷路 リベラル・デモクラシー』(東京大学出版会、2000) 113-133頁参照。

「憲法習律論は何を志向しているのか」という疑問である。これらを考えるうえでは、アヴリルが『憲法習律論』を書くにあたって参考にしたと考えられる研究に遡ることが有益であろう。なぜなら、アヴリルの議論は多くの具体的事例に依拠している傾向にあるために、その理論構造を把握することが難しくなっている印象を受けるからである。そこで次節では、ジャン・ロセットの議論を検討することにした。

3. ジャン・ロセットの憲法習律論

アヴリルの『憲法習律論』に影響を与えた研究として、ウワンノー（Borwornsak Uwanno）の1982年の学位論文が挙げられることは、すでに先行研究によって指摘されているが⁸⁷⁾、これ以上に、アヴリルに大きな影響を与えたと考えられる研究がもう1つ存在している。それは『憲法概念と憲法レジームの展開についての研究』⁸⁸⁾と題された学位論文であり、これは1982年に書かれた元ツール大学教授ジャン・ロセット（Jean Rossetto 1947-2018）の論文が2019年になって公刊されたものである。

その公刊にあたって、序文を書くことを引き受けたオリヴィエ・ボーは『政治法』雑誌上で「憲法を政治法にすること：ジャン・ロセットの学位論文」⁸⁹⁾という題で紹介を行っており、これを通じてロセットについての基本情報を手に入れることができる。それによれば、この学位論文は執筆当時には公刊されていなかったためアクセスするのが難しく、加えてロセットが後に公法から国際法の分野に移ったという事情もあって、憲法学の領域でもあまり存在を知られていなかったようである。しかし、当時ロセットの指導教員であったアヴリルも含めて、この学位論文に対する評価は当時から高いものだったらしく、またボーも同様にこの学位論文を称賛している。

ここで問題となるのはロセットとアヴリルの関係性であり、通常なら指導教員

87) 赤坂・前掲注45) 727頁参照。

88) J. Rossetto, *Recherche sur la notion de Constitution et l'évolution des régimes constitutionnels*, IFJD, 1982 (2019).

89) O. Beaud, « Faire du droit constitutionnel un droit politique: La thèse de Jean Rossetto », *Jus Politicum*, vol. XI (n° 24), pp. 15-29.

であるアヴリルがロセツトを指導していたと考えるのだろうが、実際には必ずしもそうではなかったらしい。2019年にロセツトのこの著作が公刊された際、アヴリルはそのあとがきを担当しているのであるが、それによれば、アヴリルは彼を「指導した *diriger*」ではなくて「あとを追った *suivre*」と述べている。また、時系列的にもロセツトの論文はアヴリルの『憲法習律論』よりも10年以上前に書かれており、しかも『憲法習律論』ではアヴリルがこの論文を明示的に引用している以上、むしろロセツトがアヴリルに影響を与えたと考える方が自然だろう。

タイトルからも分かるように、この学位論文は「習律」を主題として扱っているわけではないが、しかし以下でみるように、アヴリルの『憲法習律論』と多くの主張を共有しており、また憲法習律についても言及が行われている。本節ではこの著作を概観したい。

3.1 憲法秩序の特殊性

実際にロセツトが記述した順序とは異なるが、アヴリルに倣って、彼がカレ・ド・マルベールに言及している部分から見ていくことにしたい。すでに見てきたように、『一般意思の表明としての法律』において、カレ・ド・マルベールは第三共和政憲法が「法的にも」「政治的にも」議会による一元的体制を採用したものとして考え⁹⁰⁾、議会主権へと向かう本来的傾向が憲法それ自体のなかに刻み込まれていたものとして説明した。

ところが、ロセツトはこのような説明に納得しない。より現実的な視点からすれば、第三共和政が「議会主権」に変容する過程には政治的な出来事が大きく関与しており、1877年の事件がなければ、第三共和政は憲法が予定していた通りの二元的体制になっていたかもしれない。それゆえ、カレ・ド・マルベールの説明が説得力を持つのは、1875年憲法が「変わらず同じ政治的文脈のなかで適用される」⁹¹⁾場合のみであり、したがって、憲法が「潜在的に」他の適用様態を秘めていたことが認識されるべきである⁹²⁾。

90) É. Maulin, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, PUF, 2003, p. 259.

91) J. Rossetto, *supra* note 88), p. 247.

それではしかし、第三共和政における法文と実践の乖離はどのように説明されるべきだったのか。ロセットによれば、そうした乖離に直面したとき、従来の憲法学は事実分析的な手法に頼りすぎていたという。そういった説明が政治学的観点からいかに的確だったとしても、憲法学にとってはそれだけでは不十分であり、両者の乖離を説明するための憲法固有の事情、すなわち「法的な」原因が解明されなければならない⁹³⁾。それゆえ、政治的实践が憲法の文言から逸脱しているような状態を前にしたとき、従来の憲法学による説明では満足できず⁹⁴⁾、まずもって必要なのは、憲法の特異性を明らかにすることにある。

そのような方法論的な議論の後、ロセットはいよいよ憲法の特異性の分析に取り掛かる。まず彼は革命初期における憲法論争の考察から始め、憲法という概念が「権力分立」という構想を中心に理解されていたことを指摘する⁹⁵⁾。そして、そのような権力分立を基礎とした「憲法」はより具体的には3種類の規範によって構成されているという。すなわち、①「構成的規範 *normes constitutives*」、②「授権的規範 *normes habilitatrices*」、③「許可的規範 *normes permissives*」と呼ばれる3種類の規範が存在しており、それぞれに、①国家機関を創設し、②それに権限を与え、③その相互関係を規律するという役割があるものと説明されている⁹⁶⁾。

①については明確であろうが、②と③の区別については少し説明が要るだろう。すなわち、他の国家機関との関係での「権限」を定めるものであるはずの③「許可的規範」が②「授権的規範」から区別される点は、③が個別の法機能について規定するものではなくて、他の国家機関との関係での「特権 *prérogative*」を規定するという点にある⁹⁷⁾。つまり、③は権限を創設するというよりも、他の国

92) *Ibid.*, p. 248.

93) *Ibid.*, p. 34.

94) 支持できない見解に①憲法を制裁のない「不完全な法」として考える見解、②政治的实践の実効性を理由として「慣習」の成立を認める見解の2つが挙げられている。*Ibid.*, pp. 35–51.

95) 1789年人権宣言16条によれば「権利の保障が確保されず、権力の分立が定められていない全ての社会は憲法を持たない」とされている。

96) J. Rossetto, *supra* note 88), p. 74.

97) *Ibid.*, p. 76.

家機関に対して、既存の権限領域を保護するための手段を提供するものであり、例えば、両院に予算審議権を与える規定が②に属するのに対して、両院の不一致が起きた場合には下院の決定が優越すると定める規定は③に属することになるだろう。

そして、とりわけ③の規範に着目することによって、ロセツトは憲法秩序が「義務」というよりも「権限」ないし「特権」から構成されており、また国家机关同士の水平的関係が存在していることを強調する。従来の研究においては、憲法の特殊性をその制定・改正手続の特殊性に見出す場合が多かったが、我々はその機能構造にも注目する必要があると彼は述べる⁹⁸⁾。その際に比較対象とされるのはケルゼン（ただし彼が理解したところの括弧付きの「ケルゼン」）であり、以下のような考察が行われる。

第一に、ケルゼンにとって、法規範とは「当為 *sollen*」を表明するものであるが、しかし、それだけでは法的な命令とそうでない命令の区別がつかないことになるため、ケルゼンは規範の妥当性を上位法の存在に求めた。それによれば、ギャングの命令と徴税官の命令が区別されるのは「徴税官の命令が税法によって授權されている一方で、ギャングの行為はそのような授權規範に基づいていないから」⁹⁹⁾と説明されることになる。

しかし、ロセツトによれば、このような考え方は上位法と下位法の関係に着目しているがゆえに、同じ段階にある諸規範が結ぶ水平的な関係を十分に考察できていない。すでに見てきたように、憲法には異なる性質を持つ諸規範が混在しており、憲法秩序がそれらの水平的な相互作用によって機能していることが隠れてしまっているという¹⁰⁰⁾。

また第二に、ケルゼンは法秩序を強制的契機をもって定義している。それによれば、

「法は他の社会秩序からは強制秩序として区別される。その決定的基準は強制という契機であり、その契機が指すのは、社会に有害と考えられる事態の帰結と

98) *Ibid.*, pp. 107–108.

99) *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 1960 (2017), 2. Aufl., S. 32 f.

100) J. Rossetto, *supra* note 88), pp. 114–115.

して、その秩序によって規定された行為が、その対象者の意思に反してでも、また抵抗する場合には有形力をもってしてでも執行され得るということである」¹⁰¹⁾

もっとも、現実には強制を伴っていないようにみえる規範は数多く存在しているし、そのことにはケルゼン自身も気づいていた。そこでケルゼンは「非自立的法規範 *unselbständige Rechtsnormen*」¹⁰²⁾というカテゴリーを設けることで、この問題に対処しようと試みる。それによれば、強制の契機を伴っていない規範(=非自立的法規範)は、それが他の強制規範を妥当させ、あるいは具体化・明確化するという点で、最終的には強制の契機に還元させることができるという。憲法はそのような非自立的法規範として把握されるのであり、「憲法は自立した規範でもなければ完結的な規範でもない。というのも、それらが定めるのは他の諸規範によって規定された強制行為の要件の1つに過ぎないからである」¹⁰³⁾と説明されることになる。

しかしながら、このようにして強制規範に憲法を関連付けるだけでは、憲法秩序に特有の規範、すなわち権力分立にかかわる諸規範を上手く説明することができない。というのも、例えば第五共和政憲法49条「首相は上院に対して一般政策の表明についての同意を求める権能をもつ」のように、現実には、単に行為を授権するだけで、何かしらの禁止規定に結びついているとは言い難い規定が存在しているからである¹⁰⁴⁾。

法秩序の本質を強制の契機に見出す場合、強制行為に還元することができない、そうした憲法規定は規範性を欠くことになるだろうが、しかし、そもそも全ての権利や義務が法的に強制されなければならないと考える理由がどこにあるのだろうか。というのも、憲法秩序は刑法や民法などとは違って法的制裁を科すことに終着点があるわけではないうえに、そのような義務違反と強制行為から成る法秩序という単純化は、現実の複雑性を十分に説明できていないのであるから。

101) *Kelsen*, aa.O. (Anm. 99), S. 78.

102) *Ibid.*, S. 112 ff.

103) *Ibid.*, S. 426.

104) J. Rossetto, *supra* note 88), pp. 126-128. なお、この点に関しては、日本でも法哲学の分野で同趣旨の批判が行われている(加藤新平『法哲学概論』(有斐閣、1976) 378-380頁参照)。

その一例を挙げれば、ドゴール大統領が憲法 11 条の人民投票手続を用いて 1962 年の憲法改正に着手しようとした際、そのような憲法違反と思しき行為に対して議会から（大統領ではなく）政府に対する不信任動議の手続が用いられたように、そして、それに対してドゴールが国民議会の解散することで応答したように、憲法秩序における制裁は様々な規定の思いがけない相互作用から生じ得るものである¹⁰⁵⁾。

3.2 憲法解釈とその政治的性格

以上で、憲法秩序はケルゼンが考えるよりも複雑なメカニズムを有していることが指摘された。そのようなメカニズムにおいては、諸々の自律した国家機関による憲法上の権限行使を通じて、憲法秩序が機能することになるわけであるが、ロセツトによれば、そのような権限行使の際には事前に憲法解釈を行うことが不可欠である。そのことを明らかにするために、彼は「解釈」という行為の分析を始めるのであり、それによれば、「解釈活動とは、必要不可欠な事前の作業であり、意思行為によって生じ、その帰結は法の『再創造』に至る」¹⁰⁶⁾ものとされている。

第一に、解釈は全ての規範にとって「必要不可欠」である。たとえ法規範が解釈の余地がないほど明白な規定に見えたとしても、解釈の余地がないという評価そのものが 1 つの解釈でしかないし、そもそも法という概念が複数の可能性を内包する枠組みである以上、それを具体化するうえで解釈行為は必要不可欠と言わざるを得ないからである。第二に、解釈行為は認識行為というよりも「意思行為」に近い。解釈行為を科学的認識の行為と考える立場もあるかもしれないが、それは規範が複数の意味を有し得るという経験的事実には合致せず、実際には解釈者による選択が行われていることを認めざるを得ないからである。第三に、法適用機関による解釈は法の「再創造」を生み出す。法適用機関による解釈のみが法的に妥当するのであり、その解釈こそが規範に意味を付与することになるからである¹⁰⁷⁾。

105) *Ibid.*, pp. 141-144.

106) *Ibid.*, p. 150.

したがって、憲法上の権限を与えられた機関は、同時に憲法規定の解釈者にならざるを得ないということになる。憲法上の権限行使にあたっては解釈行為が必然的に付随するのであり、そのような事情は裁判所以外の機関においても変わることはない。そうであるならば、複数の国家機関に憲法上の権限が与えられている以上、憲法秩序は複数の国家機関による解釈によって機能することになるのであり、そのような「分散的 *décentralisé*」性格こそが憲法秩序における「政治」の重要性を証明する。というのも、諸々の自律した機関が自らの権限の行使・不行使について判断を行うことになる以上、その判断に決定的な影響をあたえる政治的な与件こそが憲法秩序の実態に影響を与えることになるからである¹⁰⁸⁾。

それゆえ、ロセットは裁判所による解釈のみならず、政治機関による憲法解釈にも重要な役割を認める¹⁰⁹⁾。しばしば、その政治性や不安定性を理由として、政治機関による解釈の「真正さ」は否定されることがあるが、実際には裁判所による解釈も政治的影響を逃れておらず、その点では濃淡の違いしか存在しない。そのような政治機関の解釈活動を媒介として、法文と実践は結びつき「機能的一体性」を構成しているものとされる¹¹⁰⁾。

ただし、以上のことは国家機関が自らの権限を恣意的に解釈できるということではない。ある1つの公権力が自らの権限を無制約に解釈できるのは極めて例外的な状況であって、通常は他の国家機関の解釈によって相互的な制約が生じる。「そのような制約は法的なものではない」と言われることがあるが、こうした批判は「法的な」という言葉を狭く解した結果に過ぎない。憲法上の制度設計を通じて、ある1つの国家機関に権限を濫用させないという憲法制定者の意思から生じる以上、そのような権力分立から生じる制約も「法的なもの」と呼び得るのであり、具体的な政治状況のなかでそれが意図したように機能しない場合があると

107) *Ibid.*, pp. 150-157.

108) *Ibid.*, p. 161.

109) 「裁判所の解釈が最も頻繁に考慮されずとしても、法規範は常に、法規範を遵守し適用する者全て（公務員、行政区域民、裁判を受ける者など）による事前の解釈の対象であることを忘れてはならない。ある事例で彼らが行い得ること、または行わなければならないことについては、彼ら自身もまた知ろうとしているのである」（*Ibid.*, p. 166.）。

110) *Ibid.*, pp. 166-168.

しても、そこに法的な制約が存在しないわけではないのである¹¹¹⁾。

しかし他方で、ロセツは1つの国家機関によって一方的な解釈が行われる可能性も否定しているわけではない。解釈が複数の国家機関によって行われた方がより安定し、穏当なものになりやすいということを認めてはいるが¹¹²⁾。それゆえ第二部においては、憲法の変容過程は「一方的な unilatéral」場合（ある1つの国家機関が特権的に変化を引き起こす場合）と「習律的な conventionnel」場合（諸々の国家機関の協調ないし競合によって変化が引き起こされる場合）の2つに分類され¹¹³⁾、そして後者において、「憲法習律」という制約が生じることにについて考察されているのである。

3.3 憲法習律

イギリス憲法学の通説によれば、「憲法習律」とは、憲法上の権限の行使様態を規律する規則であり、また公権力による法文の共同解釈から生じる要請のことを指す。それは国王に代わって議会勢力が台頭してくる17世紀後半以降のイギリスで形成された概念であり、その主たる役割は、君主政のままの政体が事実上の代表民主政へと変容していく過程を理論的に説明することにあつた¹¹⁴⁾。

しばしば習律は「慣習 coutume」の概念と混同されることもあるが、ロセツは異なる概念として考える。というのも、「習律」の下では先例が法規の適用行為として理解されるのに対して、「慣習」の下では先例それ自体が法規となっているからである¹¹⁵⁾。この慣習という概念の問題点は（どこまでが単なる政治行為でどこからが慣習なのかを区別することが困難であるという問題に加えて）慣習を生みだす国家機関に憲法制定権力に比肩する権力を認めることになるという点にある。つまり、政治的实践が憲法と同等以上の価値を有し、憲法を修正可能であると認める点であり、それは「古典的な意味における憲法という観念そのものを放棄すること」¹¹⁶⁾にもなりかねない。論者の一部はそのような結論を避け

111) *Ibid.*, pp. 168-171.

112) *Ibid.*, p. 176.

113) *Ibid.*, p. 212.

114) *Ibid.*, pp. 278-285.

115) *Ibid.*, p. 287.

るために、憲法を修正するような慣習は許されず、憲法規定を補足するような慣習のみが有効であると主張する場合もあるが、結局のところ、それらの区別は困難と言わざるを得ない¹¹⁷⁾。

これに対して、習律の概念は憲法の適用解釈にかかわるものであるから、それによって憲法それ自体が修正されることはない。法文外の単なる実践ではなくて、実際には法文の適用解釈が問題になっているという現実を考慮できる点に「習律」という概念の利点がある¹¹⁸⁾。しかし習律が法文の適用解釈に影響を与えるだけならば、「それは法的なものではないのではないか？」という疑問も当然生じるはずであり、実際にイギリスでもこの問題をめぐって論争が行われている。

これについては、習律それ自体には法的価値がないと考えるダイシーの見解に反して、ロセットは法的価値を認める見解をより説得的な見解として紹介している。というのも、判決によって明示的に言及されないにしても、「習律」は裁判官が法解釈を行う際には自然に適用され得るものであり、さらに言えば、イギリスの判例の中には習律を参照していると考えられるものが存在しているからである。また、すでにケルゼンに対する批判で見てきたように、裁判所による制裁を欠いている規範も憲法秩序では重要な役割を果たしているのであるから、そのような規範は単なる事実ではなくて、憲法秩序を機能させるための「新しい階層の法」として理解されなければならない¹¹⁹⁾。

そして、このような規範は必ずしもイギリスだけのものではないということが指摘される。すなわち、国家機関による解釈実践が問題となるような体制一般において「習律」の問題が生じるものとして理解され、そこでは以下の長めの記述が引用されており、この引用はそれまでの議論の要約にもなっている¹²⁰⁾。

「そのような習律は確立された全ての憲法において見出すことができるのであり、できたばかりの憲法においてでさえもすぐに発展することになる。そうなる理由の1つは、法の一般的な規則がそれ自体では適用されず、追加規則の条件に

116) G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, 1949, p. 121.

117) J. Rossetto, *supra* note 88), pp. 43-51.

118) *Ibid.*, pp. 274-275.

119) *Ibid.*, pp. 290-296.

120) *Ibid.*, pp. 297-298.

従って適用されなければならないということにある。これらの追加規則は、一般的な規則の解釈に関係し、あるいは一般的規則が適用されるべき正しい状況に関係し得るのであり、いずれにしても不明確さが存在しているだろうし、また一般性が高ければ高いほど、その不明確さも増す傾向にあるだろう。多くの憲法は、その主要規定の意味と適用を明確化させるために膨大な数の追加規則を内包しているが、移り行く世界の中では、立法さらには裁定によってでさえも、それらに関する全ての疑問を払拭、予防できるような場面は稀である。しばしばそこから生じる帰結は、権利を行使し、あるいは法的に授与され定められ許可された権力を行使する者たちに、かなりの程度の裁量が残されているということである。ダイシーが指摘したように、習律が発展するのはそのような裁量権の利用を規制するためなのである¹²¹⁾

このような理解、すなわち「習律」という規則はイギリス固有のものではないという理解に基づいて、この論文の終盤はフランスにおける「習律」の一覧表を製作する試みに充てられている。ここでそれらの全てを見ていくことは出来ないが、例えば、内閣が解散する際に「日常業務の処理 *expédition des affaires courantes*」を政府に任せる慣行、大統領選挙・議会選挙に際しての内閣の辞職の慣行、あるいは議会と執行府の合意による立法領域と命令領域の変更が挙げられている¹²²⁾。そして、こうした個別分析の後に、ロセットはこの研究をまとめて終えている¹²³⁾。

121) G. Marshall & G. C. Moodie, *Some problems of the constitution*, revised edition, 1961, pp. 29-30.

122) J. Rossetto, *supra* note 88), pp. 300-366.

123) なお、ロセットは以下の引用で研究を締めくくっている。

「法というのは、行動を合法にしたり禁止したりすることはできるが、積極的に行動を決定するには殆ど適さないような枠組みでしかない。現実には法的要請に対して透明ではない。むしろ反対に、現実には法的要請にあらゆる種類の抵抗を向ける。特権を享受することとは、それを行使できることや行使しようとするのではないのであり、ましてや、他の意味ではなくてある1つの意味においてそれを行使しなければならないということでもない。したがって、『永遠の相の下に *sub specie aeternitatis*』あると考えられる法と、『一時的理由によって *ratione temporis*』表明されるその政治的翻訳との間に隔たりが生じるのは避けられないことである」(J.-M. Denquin, « Réflexions sur la durée du mandat présidentiel », *RDP*, 1975, p. 1365.)。

4. 考察

まず一見して分かるように、アヴリルとロセットの主張は多くの部分において共通している。例えば、アヴリルは『憲法習律論』の冒頭でいくつかの諸命題を列挙しているが、これらはロセットの論文の要約としても通用するものである¹²⁴⁾。両者の主張は、以下で指摘する相違点を除けば、基本的に一致しているものと考えてよいだろう。ここでは、彼らの習律論の内容を整理しながら、アヴリルについての検討部分で提起された2つの問題に対して、如何なる解答が示され得るのかを考察したい。

第一に、彼らにとっての「習律」とは、それ自体が直接の法源になり得ないにもかかわらず、憲法規定の適用に影響するような規範であり、それゆえに「法」の一部を構成するものとして考えられていた。しかし、アヴリルの検討部分で指摘した通り、このように考えたとき「習律」は単なる事実と何が違うのかが問題になろう。というのも、法規定の適用にあたっては具体的な事実が斟酌されることが通常であり、こうした事実についても、法適用には影響するが法源としては妥当しないものである以上、「習律」がそこから如何なる点で区別されるのかが問われなければならないからである。これが1つ目の問題であった。

ここで注目すべきは、ロセットの議論で顕著にあらわれていたように、「習律」の存在が憲法の構造から生じるものと考えられている点である。たしかに、特定の憲法の文言がそれを予定しているというわけではない。しかし「習律」が

124) P. Avril, *supra* note 42), p. 7. そこでは概して以下のような命題が列挙されている。

— 憲法はその「適用」を離れて存在しない。確かに法文は存在するが、その意味と射程は大部分が潜在的なものである。

— 適用は常に先立つ「解釈」を前提としており、その解釈が法文の意味を決める。

— 解釈は「決定」から生じるのであり、決定とは潜在している複数の意味の中から実定法となるものを選択することである。

— 決定は憲法がその適用を任せた諸機関に帰属するのであって、決定は根本的に「政治的」である。

— 決定が政治的であるのは関係機関が優先的に自らの権限を保全（または拡張）しようとするからである。それは他の機関との対立あるいは協調のなかで行われる。

— 憲法の適用はそのようなプロセスから生じる。その理由は、権限行使だけではなく、その行使を保全することまでが権限を与えられた機関に帰属するからという単純なものである。

生み出されることになる根本的原因是、憲法制定者が憲法を通じて諸々の国家機関を組織し、それらに権限を配分したことにある。なぜならば、そこから生じた権限の行使をめぐる国家機関の間で駆け引きが行われることが避けられない以上、長期的にみて、その権限の解釈についての共通理解が生じることもまた避けられないからである。

しかも、このような国家機関の関係性から生じる相互制約は、単に不可避免的に生じるものであるというのみならず、憲法が権力分立を通じて実現しようとしていた目標そのものでもあり、その意味において「法的なもの」であるとロセットは述べている¹²⁵⁾。つまり、憲法習律が「法」であるという主張は、それが法適用に影響を与えているという機能的側面のみならず、それが成文憲法から生じているという出自的側面にも根拠を有しているものと考えられるのである。

先述の1つ目の問題に対する答えはこの点に求めることができるのであり、つまり憲法構造から生じるという点で「習律」は単なる事実から区別され得る。いわば憲法裁判所を創設することによって違憲立法審査による制裁を組織化したのと同様に、憲法は、諸々の国家機関を創設し権限を与えることによって政治責任による制裁を組織化したものとして考えられるのである。このような考え方は、成文憲法の権威が確立しているフランスらしい考え方と言えるかもしれない。

ただし、このような説明の仕方をする場合、アヴリルが「創設型習律」ないし「法に反する習律」というカテゴリーを設けていたことが問題となるだろう。定義上、これらの習律は憲法規定に関連づけることのできない政治的実践を指しており、これらを憲法典から生じたものとして説明することには無理があるように思われるからである。

この点に関しては、そもそも「法に反する習律」自体がフランスにおける憲法習律の系譜において異質な存在であることを指摘しておきたい。というのも、伝統的にフランスにおいては、憲法習律は成文憲法典の解釈をめぐる生じるものと理解されてきたからである¹²⁶⁾。しかし、そこに「法に反する習律」というカ

125) J. Rossetto, *supra* note 88), pp. 170-171.

126) 赤坂・前掲注 45) 737-738 頁参照。なおロセットも「法に反する習律」というカテゴリーは設けていない。

テゴリーを加えることによって、アヴリルは成文法と習律との繋がりを不用意に断ち切ってしまったように思える。それによって、たしかに「習律」という概念の射程は広がったかもしれないが、このカテゴリーは法理論を構築するうえではむしろ障害になっている印象を受ける。なぜなら、それによって憲法を習律の基礎に据えることができなくなり、習律を「法的なもの」として通用させるための有力な根拠の1つを失ったように思われるからである。

第二に、ここでは第五共和政における立法領域の拡大についての評価がアヴリルとロセットで異なっていることを取り上げたい。もともと第五共和政憲法34条と37条は議会の立法事項と行政府の命令事項の区分を定めていたが、実際にはしばしば議会が立法領域をこえた法律を制定し、行政府はこれを黙認する傾向にあることが指摘されており、フランスでは1959年から2004年7月までの間に約150の命令的性格を有する立法規定が憲法院による197の判決の中で認められている¹²⁷⁾。

ロセットはこれを習律の問題と考えたのに対し、アヴリルはロセットに明示的に反対して、これを習律の問題ではないと述べている。しかも、この相違は習律の成立要件にかかわる単純な見解の相違ではない。というのも、習律の形成要件については、アヴリルもロセットも1980-1981年におけるカナダの憲法移管事件¹²⁸⁾において採用されたジェニングスの定式¹²⁹⁾を採用しているからである。

この相違はむしろ「何を習律の問題として理解するべきか」という問題にかかわる。アヴリルによれば、そもそも憲法制定者は憲法34条と37条の区分を絶対的なものとしては考えていなかったのであり、したがって、立法府と行政府の合意による事後的な権限変更は成文規定が定めた権限の結果に過ぎず、不文規範の問題とは言えないから「習律」ではないとしている¹³⁰⁾。ここから分かるように、

127) B. Mathieu, *La Loi*, 3^e éd., Dalloz, 2010, pp. 92-95.

128) この事例について詳しくは、赤坂・前掲注45) 732-735頁参照。

129) 習律の成立要件として「①先例とは何か? ②諸アクターは自らが規則に拘束されていると考えているか? ③その規則に理由はあるか?」という3点が問われるべきだと主張されている。W. I. Jennings, *The Law and the Constitution*, 4th ed., 1952, p. 135. W. I. ジェニングス著(中山健男・奥原唯弘ほか共訳)『イギリス憲法: その由来と現状』(白桃書房、1970) 121頁参照。

130) P. Avril, *supra* note 42), pp. 121-122. 関連規定として憲法34条8項、37条2項参照。

アヴリルは習律の問題を成文法の共同解釈の問題というよりも不文規範の問題として理解している。

しかしながら、ロセツの下では、憲法レジームの変化が、ある国家機関の一方的な解釈によって引き起こされる場合に対して、複数機関の協調・競合によって引き起こされる場合を「習律的な *conventionnel*」変化として分類している。それゆえ、国家機関の共同の解釈が問題となる限りは、それが成文法上の問題として考えられる場合でさえも「習律」の問題として考えることができた。

書評の中には「ロセツは、アヴリルとは反対に、習律の『非裁判規範性 *injusticiabilité*』という（イギリス的な）考えにとどまっていない」¹³¹⁾という指摘があるが、これについては、この相違が関係しているように思われる。というのも、ロセツの下では、習律が法文解釈にかかわるものとして理解されている以上、裁判所による解釈さえも「習律」にかかわるものとして考えられるからである。「習律」が司法判決においても一定の役割を果たし得ることを認める点において、ロセツはダイシーではなくてジェニングスの立場を採用していると言い換えることもできるだろう¹³²⁾。

ただし、ロセツの場合にも「習律」それ自体が単独で法源として機能することを認めているわけではないから、結局のところは、実定法と習律の間には質的な相違があることを前提にしているように思われる。それゆえ、ここでもアヴリルの検討部分で提起された問題が再浮上してくるのであり、つまり「実定法／そうでないもの」という伝統的な区別が維持されるのであれば、結局のところ、アヴリルやロセツの憲法習律論は何を志向しているというのだろうか。これが2つ目の問題であった。

これについては、そもそもの問題意識に立ち帰って考えてみるべきだろう。本稿で取り上げてきた試みの出発点は、本稿第Ⅰ章でみてきたように、憲法秩序には法的側面と政治的側面が併存しており、「憲法における法的要素あるいは政治

131) P. Mouzet, « La thèse de Jean Rossetto : une résurrection », *RDP*, 2022, p. 384.

132) 実際、ロセツは、裁判所が制定法を適用するにあたって同時に習律も適用することになるというジェニングスの見解を引用している (J. Rossetto, *supra* note 88), pp. 292-293)。

的要素のいずれかを否定する者は、法と政治の交わるところからしか理解することのできない概念の特殊性を見失うであろう」¹³³⁾という問題意識にあった。これ自体は当たり前のことの確認に過ぎないが、しかし、ここで言われている「法と政治の交わり」を考慮するために、どのような法的枠組みがあり得るのかという問いに答えることは必ずしも容易ではない。

「憲法習律論」はこのような問いに対する1つの答えであった。そこで構想されているのは、憲法が一方的に政治権力を規律するというモデルではなく、また政治的な実践が憲法の意味を一方的に決定するというモデルでもなく、むしろ憲法規定によって創設された諸機関の政治的实践から「習律」が生じ、それが今度は憲法の解釈に作用することによって、公権力に対する制約が生じていくという双方向な関係性だからである。

こうした関係性を法理論に編入できる点に「憲法習律論」の主たる意義があったのであり、そうであるならば、このような動的關係性のなかで前提とされている諸要素を消し去ることができないのは当然のことであると言えるだろう。アヴリルにせよ、ロセットにせよ、結局のところ、彼らが成文法と政治的实践の区別を維持しているように見えるのは、それらの相互関係を主題化することを目的としているからであり、それらの区別が本当になくなってしまったならば、そもそも考察の対象となるべき関係性自体が消滅してしまうのである。

したがって、2つ目の問題には次のように答えるべきだろう。彼らの憲法習律論が志向しているのは、実定法と政治的实践の相互関係を理論化することであって、実のところ、それらの区別を消滅させることは問題になっていない。法と政治の二分論の克服を説いたにもかかわらず、アヴリルが実定法秩序と政治秩序の区別をむしろ前提にしているように思われるのは、そのように説明され得る。

つまり、結論としては、憲法習律論の目的は、従来の伝統的区別を刷新すると

133) O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus Politicum*, n° 3 [http://juspoliticum.com/article/L-histoire-du-concept-de-constitution-en-France-De-la-constitution-politique-a-la-constitution-comme-statut-juridique-de-l-Etat-140.html] (2022年9月13日最終閲覧)。オリヴィエ・ボー著(南野森訳)「フランスにおける憲法概念の歴史——政治的憲法から国家の法的地位としての憲法へ」山元=只野・前掲注7)199頁。

いうよりも、むしろ、その関係性を分析するための理論的枠組みを提供する点に存するのであり、それは従来の議論に取って代わるものというよりも、そこに新しい視点を付け足すものとして理解することが適切であるということになるだろう。

おわりに

本稿では、政治法プロジェクトにおける「憲法習律論」について取り上げてきた。成文憲法典を持つフランスにおいては「習律」を単なる政治的实践ではなくて、憲法から生じるものとして構成する余地があり、したがって、憲法規定から政治的实践が生じ、政治的实践から「習律」が生じ、今度はそれが憲法の意味内容となり、最終的には公権力に対する制約を生じさせるという動的なメカニズムがそこで法理論化されていることを明らかにした。

このような議論の背景には、違憲立法審査制度が確立された現代においても、なお法規範の問題へと還元できないものが存在しているのではないかという問題意識が存在している。「憲法習律論」はそのような問題意識に対する1つの応答として理解できるのであり、その最たる目的は、憲法の文言を参照するのみでは明らかにならないような制約メカニズムを理論化することにある、本稿の意義はその際に生じる理論的な問題を考察した点にある。

そして、おそらく同様の問題関心は（国ごとに相違はあるだろうが）フランス以外の国でも生じ得るものであり、とりわけ、日本のように比較的簡潔な憲法規定を持つ国の方が、そのような問題意識が生じやすいと言えるかもしれない。例えば、日本の国会審議の主戦場と化している委員会の実態などは憲法や関連規定を参照するのみでは十分に把握できないものになっていると言えるだろうし、また、議会解散権のように憲法上の文言が語るところが少ない分野では解散権制約の根拠として習律に言及する学説も存在している¹³⁴⁾。

134) 深瀬忠一「衆議院の解散——比較憲法史的考察」『宮沢俊義先生還暦記念 日本国憲法体系 第四巻 統治の機構 I』（有斐閣、1962）204頁。ただし深瀬は、憲法の簡潔さではなくて解散制度の本質と経験から「習律」を導いている点には注意が必要である。

もっとも、以上のことから、日本憲法学も「習律」の概念を導入し、直ちにその目録作成に専念すべきだと主張することは明らかに行き過ぎであろう。その理由は2つある。

第一に、憲法学の政治に対する向き合い方は、必ずしも以上のようなアプローチが正解とは限らないという点である。例えば、「政治」を重視するアプローチに対しては、政治学に傾倒しすぎることによって、今度は政治現象の法的側面が軽視され、基本権などの法的な統制メカニズムが希薄化することに繋がるのではないかという批判があり得るだろうし¹³⁵⁾、また『政治法』雑誌に寄稿している論者の中にも、政治的なものの重要性を認識する一方で、法と政治の線引きが必要だと考え、固有に法学的な方法論を重視しようとするドジェロン (Bruno Dauvergne) のような立場も存在している¹³⁶⁾。こうした諸説があるなかで、憲法学が如何にして政治に向き合うべきかという問題は引き続き議論されなければならない。

第二に、本稿が検討してきたのは飽くまで「習律」という概念の法的地位にかかわる議論であって、いかなる習律が正当であり、いかなる場合に習律が成立するのかという点には殆ど立ち入らなかったという点である。しかし実際には、この点にこそ、習律論の核となる部分が存しているのであり、これを抜きに習律論の最終的評価を下すことはできない。

そもそも「習律」という概念は価値中立的概念ではなくて、何らかの価値論に結びついて理解されてきた概念である。それは例えば、イギリスにおいては、代表制統治・責任制統治の原理に結びつけられてきたのであり、同様に、アヴリルの憲法習律論も、フランスにおける政治的正当性についての踏み込んだ検討とともに展開されているということに注意する必要がある¹³⁷⁾。つまり、その国での

135) L. Favoreu et al., *supra* note 10), p. 28.

136) 「権限規範の外に正当性が存しているとしても、その分析は法律家の役割ではなく、法律家が首尾一貫したものであるというならば、正当性なり権威なりは法規範のみに見出すべきである」(B. Dauvergne, *La notion d'élection en droit constitutionnel*, Dalloz, 2011, p. 1039)。より詳しくは、只野雅人「選挙と代表・正当性——フランスにおける政治法の一側面」辻村みよ子ほか編『「国家と法」の主要問題』(日本評論社、2018) 265-277頁参照。

137) P. Avril, *supra* note 42), p. 162.

憲法上の与件について吟味することなしに「習律」を評価することはできないのである。

以上の課題については、別の機会に考察することとしたい。違憲立法審査制度が確立された現代において、なおそこに還元できないようなものを法理論化しようとする試みは様々な形を取り得るのであり、それらの適切性は今後慎重に検討されなければならないだろう。

※ 本研究は JSPS 科研費 21J21116 の助成を受けたものである。