

Title	フランス法の現状を考える
Sub Title	Quelques réflexions sur la situation du droit français
Author	Jouanjan, Olivier(Ishikawa, Yuichiro) 石川, 裕一郎
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2012
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.23 (2012. 5) ,p.287- 302
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	翻訳
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20120529-0287

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

フランス法の現状を考える

オリヴィエ・ジュアンジャン
石川 裕一郎／訳

1. はじめに——社会規範を創出する社会システムとしての法
 2. 法律家の養成
 3. 伝統的な法的空間の脱構造化
 - 3.1. フランス法システムの開放
 - 3.2. 公法と私法の境界の消滅
 4. 強まるマネジメントの論理、弱まる価値の論理
- 結 び

本講演において私は、一定の角度からフランス法の現状という問題を取り上げ、「横断的」と呼ばれる、すなわち法の諸分野全体に関わる、あるいは影響を及ぼす様々な動きと問題を確認しようと考えている。

そのうえでまず、私は、理論面における正確さを提供、すなわち私の法の見方に関するいくつかの指標を示しておきたい。というのも、それは、私の分析領域を限定するがゆえに必要な不可欠な指標だからである。

1. はじめに——社会規範を創出する社会システムとしての法

法という言葉で私が意味するのは、それを創り出すアクターから独立したものとみなされる諸規範のシステムのことではない。反対に、社会規範を創出

し、それに対する違反を制裁する社会システムのことである。このシステムに関わるアクターは数多く、かつその地位と役割に応じて著しく多様化している。そこにはもちろん、公権力を付与された機関（立法者、執行府の構成員、裁判官、行政機関とその職員）があり、司法補助職の構成員（弁護士、公証人、執行吏など）もいるが、報道機関と世論も存在する。これらのアクターの各々が、一定の正当性と様々な効果を有し、一定の権限をもって、それぞれきわめて異なる態様にしたがって法規範の形成とサンクションの過程に関与するが、法は、これらきわめて多様化しかつしばしば相互に矛盾する諸力すべての作用の帰結なのである。むろん、法律上の形式と手続の決定的役割を混同し忘却してはいけなし、それは、各アクターが法の社会的創出に関与する態様を正確に区別している。しかし、「施行されている = 現に生きている法文 (texte en vigueur)」は、法という氷山の一角に過ぎず、それを創出し解釈する、より広範な社会システムにおいてのみ意味を持つということは、言うておく必要がある。

私は、きわめて特殊なカテゴリーに属する法のアクターにはあえて言及せず、科学的な法「学説 (doctrine)」の構成員について話そうと思う。伝統的な法学説は、一般的に、可能な限り形式主義的な方法で、法の「形式的源泉 (source formelle)」としての自らの地位は否定しつつ、法における学説の役割——つまり、その固有の領分 (son propre compte)——を画定する。一定の法的観点からは、この方法において法における学説の役割については決着がついたと考えられている。

しかし、19世紀の主だった法学者の多くがさらに考えていたこと、すなわちザヴィニが言ったような法学の「創造的役割」が忘れられている。法の基本概念は決して立法者自身によっては定義されない、ということが忘れられているのである。そのことは、「人 (personne)」、「主観法 = 権利 (droit subjectif)」、「主権 (souveraineté)」などの概念を想起すれば十分だが、多くの例を挙げることができよう。まさに、学説こそが、判例——これらの概念的な問いに対し、これに勝る形式的権威を有するものはない——とともに、これらの基本的な概念を位置づけなければならないのである。「保護法益 (intérêt juridique-

ment protégé)』としての主観法＝権利は、ヨーロッパにおいて今日支配的かつ自明の概念のように思われているが、19世紀末にイェーリングによって提示された理論構築の所産に過ぎず、それによっていくつかの困難な問題の解決、あるいは少なくともそれらを異なった方法で考察することが可能となったがゆえに急速に広まり、最終的に主観法＝権利の最も権威ある定義になったのである。しかし同時に、それは法の、そして判例の方法論と技術を根本から修正するものでもあった。それは、諸利益の比較衡量 (proportionnalité et balance des intérêts) を想起すれば十分である。これらは、法の実質的ではあるが純粹に学説上の修正に直接由来するからである。

以上の諸前提を認めるならば、ある法の現状とは、「適用されている法の状態 (état du droit applicable)」と呼ばれるもの、すなわち利用可能な法文の在庫の描写だけではない。それは、その法の創出と解釈の全般的状況を分析することなのである。

2. 法律家の養成

フランスの高等教育の状況は、3つのシステムの同居によって特徴づけられることを想起する必要がある。すなわち、①社会資本形成とエリート (再) 生産のハイパー選抜システムたる「グランドゼコール (grandes écoles)」、②学生たちが2ないし3年間で技術知を獲得することを目標とする職業教育である短期課程 (filiales courtes)、③バカロレアによって入学資格が付与されるがゆえにいかなる選抜も行われず、中等教育を修了した学生を大量に受け入れる大学 (universités) である。

このシステムにおいて法学部は、医学部あるいは薬学部とも比せられる、相対的に特権化された地位を伝統的に保持してきた。というのも、法学部は、グランドゼコールとも短期課程とも競合しなかったからである。法学部を卒業したすべての学生が職業法律家だったわけではないし、すべての学生が法学研究に必要な学問水準にあったわけでもなく、その多くは一年次の試験で落第して

いた。しかし、法学を志す優秀な学生は、学部を經由しなければならなかったのである。

このように、法律職につながる学位授与が有力大学の独占状態にあったことが法学部を保護してきたが、それは確かに一定の鎮痛効果をも有していたため、法学部ではほとんど改革がなされず、法律家養成システムを真剣に見直すこともないまま、改革の一般的な動きを後追いついてきた。同様にシステム改編も、2000年代半ばの「LMD」(学士=修士=博士 (Licence-Master-Doctorat)) 制への移行によって進められるはずだったのだが、法学部教育に関する考え方に実質的な効果をもたらすことはほとんどなかった。

とくに、学際性にはほとんど配慮がなされず、私の分析が正しければ、「非」法学教育(経済学、社会学、政治学、行政学)の部分も著しく縮小された。それは、並行して「基礎」法学教育(法哲学、法史学)が縮小されたことに呼応している。とくにローマ法は、もはやきわめて周縁的な地位しか占めず、多くの学部では、ローマ法に関するまったく初歩的な教育さえ完全に省いて課程修了することさえ可能なのである。

法学研究(études juridiques)の領域が狭小化し、それは次第に法分野(disciplines juridiques)の輪郭をなぞることを目的とするようになっていくことが確認されている。同時に、まさにローマ法と非法学分野の消滅による空白を埋めなければならないため、専門法学教育(enseignements juridiques spécialisés)が増加した。

この動きは、ここ15年程の間に力を増した、職業教育化(professionnalisation)という言葉によって強化されてきた。いまや大学は文化と学術の殿堂(conservatoire)ではなく、有能かつ実用的な労働力を創出するシステムである。とくに法学部においては、職業教育化の概念は「技術化(technicisation)」、すなわち「専門化(spécialisation)」という概念によって表れたのである。

その結果、法学部の学生は、絶えず専門化と細分化が進む知の中に閉じ込められることになった。私の見たところ、上級学年(修士レベル)の学生がますます法の基礎的かつ横断的な概念を修得しなくなっているが、それは、法が、

ローマ法研究が広く促進していた基礎的かつ骨格をなす知（客観法＝法と主観法＝権利、法律行為と法律事実、契約、責任、訴権、解釈方法など）の獲得後に共通の基盤に基づいて専門化がなされるという方法ではいまや教えられなくなっているからである。このような法的知のピラミッド構造をなす伝統的視座は、「法の一般的基盤（fondements généraux du droit）」という共通の礎が少しずつ消滅し、代わって「チューブ状」ともいうべき視座が現れているが、知の細分化が進むほど、一般的かつ横断的な概念を考察できるとは考えられなくなっているがゆえに、この動きはますます進行している。結局のところ問題となるのは、法秩序の統一性と法律家同士のコミュニケーションの可能性なのである。

しかしながら、LMD制導入は他の変化の引き金となったが、思うに、その変革は将来根本的な影響を及ぼすものであり、それが法学部にとってその法律家養成システム全体の適切さを再考する機会になることを期待することしかできない。

実際、始まったことは、これから法学部も巻き込まれることになる競争である。この競争は二重のものであるが、思うに、この2種類の競争は根本的に異なるものであろう。一つは、いまや公式に存在するものであるが、パリ政治学院（シアンスポ（science po））のロースクール（École de droit）が法学部に対して仕かける競争である。もう一つは、法学免状（修士）を発行する権限を少しずつ獲得してきたビジネススクール（écoles de commerce et de management）である。この2種類の競争は、思うに、その帰結、すなわちそこで養成される法律家の型において異なるであろう。しかし、両者には共通点がある。それは、これらの教育機関への入学は大変厳しい選抜試験を経る必要があり、それゆえ優秀な学生たちを惹きつけているということである。その結果、法学部の独占とそれに付随していた相対的特権は打撃を受けているのである。

シアンスポ出身の法律家たちは、まさに学部が放置している分野である社会科学全体について、きわめて広範な、しかし高水準の教育を受けたことになる。学士教育（最初の3年間）はジェネラリスト養成に重点を置いたものであり、専門的な法教育は修士レベル（4年目と5年目）でしか行われぬ。それ

ゆえ彼らは、柔軟でおそらくあまり技術的ではない、しかしながら全般的により熟練し適応能力の高い法律家になるであろう。シアンスポのロースクールの責任者が言ったように、彼らは企画者 (concepteur) であり、「法のファシリテータ (facilitateur du droit)」である。このような予測を歓迎する法学部のある同僚が言ったように、学部の役割は「日常的な法律問題の管理者」の養成になり、高尚な法律業務は今後シアンスポで養成されたプチエリートが引き受けるようになるだろう。

ビジネススクールで養成された法律家は、その精神構造において、マネジメント学のあらゆる資源を身に付けているであろう。彼らの生来の運命はビジネス法であり、企業税法であろう。彼らはおそらくそのようにプログラムかつフォーマット (programmer et formater) され、思うに、すでにみられることだが、価値に基づく法の伝統的論理に対するマネジメントの道具的論理の優位をさらに強化するであろう。

しかし、学生たちに提供される3種類の教育はいずれも、思うに、法システムの統一性という視座を保持、あるいは回復できてはおらず、今後もできないであろう。それどころか、専門化の論理は、思うに、その帰結として法秩序の細分化という効果を伴いつつ強化され、同時に、目標のマネジメントという論理と結びついた法の道具化も進行するであろう。

以上は一つの予測だが、すでに法学説の創出に関する注意深い分析によって裏づけられうる事実でもある。普遍的かつ根本的な法的問題を扱う研究の多くは二次的な局面に追いやられ、しばしば権威はあるがそれでも周縁的な雑誌にしか実質的なスペースを保持していない。博士論文の多くは、先ほど言及した法の骨格をなすこれらの概念の修得という点で弱点、とくに方法論に関わる弱点を抱えていることをはっきりと示しているが、それは、法的方法の基盤にある諸原則がいまやいずこでも教えられていないからである。周知のごとく、複雑な現象を理解するには、その複雑さを単純化する鋭敏な能力が必要だが、法学においてまさに唯一それを可能にするのは、基本概念と方法の十分な修得に他ならない。まさにその修得こそが、すでに広く弱体化しているのである。

3. 伝統的な法的空間の脱構造化

ここまで私が述べてきた、そして思うに、すでに広く現実となっている一連の動きは、伝統的な法的空間の脱構造化 (déstructuration de l'espace juridique traditionnel) と呼ぶべき様相を帯びている。このような見方は明らかに興味深い企てであるが、ここではその動きと混乱する状況においていかに法学を再構築すればよいのかを考察するに留めたい。この観点からは、「ポストモダン」法と「ポスト実証主義」法学の思想に基づき、ピラミッド型の法秩序モデルから「ネットワーク」型というべき法秩序モデルへの移行を考察する多くの業績がある。しかし、思うに、この混乱する空間においてもなお、フランスの法曹界——教授たちと実務家たち——はまさにあまりにも「伝統的」なままであり、そこで起きている動きを理解できないでいる。法の変動を考察するこれらの試みは、法律家の世界では嘲笑、よくて無関心な、最悪の場合は蔑みのこもった嘲笑をもって迎えられる。

思うに、ここ20年間、公法と私法の双方に関わるあらゆる次元において、フランスの実定法システムを根本から修正している現象が2つ存在する。一つは、法システムが国際法とヨーロッパ法に開かれつつあることであり、もう一つは、公法と私法の間伝統的な境界線の消滅である。

3.1. フランス法システムの開放

ここで、プトレマイオス天文学からコペルニクス天文学への移行を特徴づける、ある科学史家の有名な言葉、「閉じた世界から無限の宇宙へ」を用いることができよう。国外に法源を有する法規範の浸透は、ここ20年の間で予想しなかったほど進んだ。1980年代初頭、私はフランス法を、少し比較法を、そして法史学を大いに研究したが、「フランス法」こそが「実定法」だった。国際法は別の天体に属していたのである。破毀院のJacques Vabre判決は、通常裁判所がフランスの法令の国際法とヨーロッパ法への適合性をコントロールすることを認めたが、それはいまだ新しい出来事であり、今日この判決に対して認め

られるいかなる潜在的可能性も育っていなかった。行政裁判所系統においてはコンセイユ＝デタが抵抗しており、1989年のNicolo判決によってコンセイユ＝デタが破毀院と同じ立場をとるようになってから、ようやくフランス法の国際化とヨーロッパ化の動きが実質的に始まったのである。

形式的とはいえコンセイユ＝デタ、破毀院および憲法院は憲法典が国内法秩序の頂点に位置し続けることを宣明しつつもこの動きは進行し、これら3つの裁判所はヨーロッパ法と国際法の完全適用を可能とする立論と妥協を重ね、とくにEU法の実効性を確保するために、憲法典を事実上通過可能なものとしてきた。簡単に言えば、正面からの明らかな規範衝突という例外的なケースを除けば、憲法典は国外法、とりわけEU法の障害にはなりえないのである。そして、そのようなケースは、いまだ現実には起こったことはない。

現下の事例を一つ取り上げ、国内法（ここでは憲法）と国際法のシステム間競合がどのように作用するのか説明しよう。この〔2010年〕夏、憲法院は、通常の警察留置（garde à vue）制度がフランスの憲法典に適合しないと宣言した。同院は、「優先的憲法問題（question prioritaire de constitutionnalité）」という新しい手続にしたがって、すなわち、本件においては破毀院によって同院に付託された先決問題について判決した。しかし、同院は、テロ行為と組織犯罪における警察留置の特別強化制度の憲法適合性という問題を審査することは拒否した。この場合、弁護士の関与がより一層遅くなる（留置開始の72時間後）にもかかわらず、である。拒否の理由は、この特別制度を改正した本法律はすでに2004年に合憲性審査を受けており、憲法院は合憲と結論づけていたことにある。すなわち、2004年の既判力ゆえに、「事情変更（changement de circonstances）」がないかぎり憲法院が同一の法律規定について再び付託を受けることは禁じられていたのである。

2010年10月14日に判決が下されたBrusco c/France事件において、ヨーロッパ人権裁判所はフランスの警察留置制度はヨーロッパ人権条約に反すると判断したが、それは特別警察留置制度には関わらない事案であった。とはいえ同裁判所は、フランスにおける警察留置に関する全般的な考え方は——ましてや、

一層過酷な特別制度についてはなおさら——同条約に反する、ということを明快に指摘した。フランス政府は敗訴したのである。

破毀院は、ヨーロッパ人権裁判所がこの事件について判断を下してから、自らの判決をある事件に対して下そうと考えていた。というのも、その事件は直接的に特別警察留置制度のヨーロッパ人権条約への適合性を問うものだったからである。破毀院はこれらの制度が同条約に反すると宣言し、憲法院が通常の警察留置制度改革のために設定していた日付である2011年7月1日までの同制度改正を立法者に委ねた。

ついでに、フランス法において初めて、裁判所——憲法院と破毀院——が他国の法制度では日常的な手続、すなわち「立法者への訴え (appel au législateur)」という手段をとったことを指摘しておく。すなわち、立法者には、フランスの法律を憲法典とヨーロッパ人権条約に適合させるための一定の期間を与えられたのである。

ここで国際法（ヨーロッパ人権条約）は憲法に代わって「条約適合性 (conventionnalité)」審査を持ち出し、当事者とその弁護士を満足させないと判断された合憲性審査を補っている。それゆえ訴訟人は法源の競合を利用し、憲法が彼らに拒否したものを国際法から獲得しうるのである。訴訟人は、様々な法源、広く開かれた法システムにおいて多様な切り札を用いる。この間のヨーロッパ人権裁判所の関与は、先ほど言及した事件の訴訟人にとって最高の切り札だったのである。

この事件、そして同様に重要な他のいくつかの事件を考察すれば理解できるように、憲法典の至高性は常に再確認されてはいるが、現実にはそれは実効的というよりも理論的なものであること、そして、いまや国際法に広く開かれた手段が提供する憲法迂回戦略がまさに存在する。憲法学において強い影響力を持つある学派が展開してきた視座とは反対に、「フランス法の憲法化 (constitutionnalisation du droit français)」によって至高かつ最高の憲法が支配する法システムの統一性を救うことはできない。訴訟人の戦略において、憲法は数ある法源の一つにすぎないのである。たしかに、2010年3月の優先的憲法問題手続

の導入によって憲法は強化されたが、国際法とヨーロッパ法が提供する諸法源との競合に常にさらされている。「フランス法」は、憲法的価値の支配下にある一つの閉じた世界ではなく、無限とまではいわないが、少なくとも法のアクターが利用しうる戦略を増やす諸々の法規範の源に開かれている宇宙なのである。

この問題について、最後に一つ指摘しておく。フランスの法システムは、大革命以来、次いで第三および第四共和制下において再び、「法律中心 (légitimité)」的と言えるシステム、すなわち、その中心に法律が位置する閉じた世界であった。まず、憲法院の権限確認を通じた法の憲法化、次いでその国際化とヨーロッパ化の進展が、ここ20年来、象徴的なその諸法典を中心に回転するフランス法の美しい法律中心的な秩序を完全に覆し、15世紀に哲学者ニコラウス＝クサヌスが「その中心はいたるところにあるが、円周はどこにもない」と語った無限の円環に似たものとなりつつあるのである。

3.2. 公法と私法の境界の消滅

ここまで確認してきたことは、公法と私法の間伝統的な境界が消滅しつつあることと矛盾するものではない。

1873年に権限裁判所が下したBlanco判決に遡るフランス法の伝統的な考え方において、公法は普通法の「例外 (exorbitant)」法、その諸原則において私法の適用除外法と位置づけられる。この「ドグマ」は、ますます進む相対化の動きに服している。この問題については、いくつかの側面を指摘するに留めたい。

公権力は、その関与の態様についてその選択肢を増やしつつある。公権力の行為は公法上の諸形式をとりうるが、拡張された部門において私法制度を選択することもできる。その際、公権力の行為はいくつの特権を放棄するが、(とくに会計管理について) 私法が提供する柔軟さにおいて、この選択が公法、つまり公権力の法に警戒心を抱く民間の相手方に与える信頼感というメリットを得る。同様に、私法上の形式である「会社 (société)」という形式が増え、公的地位を有する公企業 (公施設法人) が次第に消滅していることも確認でき

る。この変化は、もちろん、競争分野におけるヨーロッパ連合の政策によって強化されている。しかし、それはフランスの政治部門の選択の結果でもあるのである。

一つのエピソードではあるが重要なこととして、公法人の特殊性という象徴的城壁は、今日大いなる脅威にさらされている。たとえば、公法人が仲裁(arbitrage)、すなわち私法上の紛争処理制度を用いることは全般的に禁じられているが、これはまもなく乗り越えられるであろう。いまやコンセイユ=データ副院長はその方向で動いており、ある公式報告書は少なくともこの種の全般的な禁止の廃止を目指している。

「公私のパートナーシップ (partenariat public-privé)」の進展も、それと方向を一にしている。あるグローバルな任務が、公法人の分割払いといった、民間の相手方が満たさなければならない「効率性という目標と結びついた」公的な報いさえあれば、その財源を確保する民間投資家に委ねられることがある。これは、公役務の伝統的な委任あるいは公契約という、より厳格な諸制度を免れる手段である。

さらにこれらの伝統的諸制度は、あらゆる経済商業活動に競争原理が一般的に適用されるようになったことにより、根本的な変容を被った。ここには、競争法を公法人と私法人の普通法にしようとするEU法の要請がある。

それゆえ、公権力の行為の法的態様と同様に、その実体法の制度も通常の私法的な手法に近づいており、あるいはそれを借用している。こういった動きの中で消滅しようとしているのは、私益に優越する高次の「一般利益 (intérêt général)」というフランス法の伝統的観念であり、公法上の手続の例外性と公権力の法的特殊性を正当化していた、いわば「超越的 (transcendental)」な一般利益である。そこには国家法の(相対的)「私法化 (privatisation)」が存在すると同時に、一般利益の相対化が存在する。一般利益は、アングロサクソン・モデルにしたがいが、諸私益間に必要な単なる妥協の帰結とみなされる集団利益 (intérêt collectif) に近づきつつあるのである。

これらの動きはフランスだけではなく、EU法によって推進され引き継がれ

ている同様の拘束に服するヨーロッパ法秩序全体に影響を与えている。

4. 強まるマネジメントの論理、弱まる価値の論理

思うに、これは、西洋の法システム全体に影響を与えている現象である。法は伝統的に価値システムとみなされており、その論理と方法の原動力はその価値論的機能によっていた。それに代わり、少しずつ——もちろん完全にというわけではないが——しかしながら著しく、道具的論理が登場してきた。その主たる観念は、収益性 (rentabilité)、目標 (objectif)、合理的選択 (choix rationnel)、最適化 (optimisation) などである。その実現は、それだけというわけではないが、とくに今日の公法の変容にみることができ。「国と自治体を企業のように管理せよ」。——政治的に物議を醸しかねないがゆえ、あからさまにそう言われることはあまりないが——公法部門全体を支配し始めているスローガンはそのようなものである。公権力の行為の効果は、アクターの精神において「合法性」に勝る。警察でも大学でも、いたるところで「数のポリティクス (politique du chiffre)」の蔓延がみられる。評価基準 (大学については、いわゆる上海ランキング基準) の合理性はしばしばきわめて疑わしいものであるにもかかわらず、「評価」のポリティクスが幅を利かせ始めているのである。

フランス法のこのような変容の象徴は、明らかに、2000年代初頭に実施された予算法律の改革にある。予算法律はもはや省・局・課単位ではなく、任務・計画・行動単位で表されるようになったのである。それゆえ、予算法律は、一層正確さを増す階級度数にしたがい、「目標」という形で表される。そこで批判されるものはほとんどない。予算は目標のための道具であり、予算法律は国家の行動を財政的に数値化し、新しい表し方は、予算をより理解し易くする。それゆえ、そのような形で国家の予算を表すことは、十分に普通かつ合理的なことである。目標という論理、「マネジメント」の論理がその地位を占める時、そこに実質的に挟まれる異論はほとんど存在しない。問題は、その当然の限界を超えてそれが拡張することである。

私は、今回の日本滞在中のもう一つの講演¹⁾において、マネジメントというこの新しい帝国が、伝統的にいくつかの基本的価値を中心に構築された制度的世界、すなわち大学を侵略する際に、それが提起する諸問題について指摘した。ここではまったく別の問題、生命倫理という問題についていくつか指摘したい。

1990年代半ば、一般に生命倫理と呼ばれる領域、すなわち遺伝子面または身体面における人間の生来の不完全さに対するあらゆる医療矯正技術、およびそれらの進歩に必要な基礎研究の領域における法制定の必要性が明らかになった。この領域は、生命倫理の領域と呼ばれた。すなわち、この研究技術領域全体を支配すべき価値観の重みが強調されていたのである。フランス法の在庫の蓄積から憲法院が人間の尊厳の尊重という原則を見出したのは、まさに最初の「生命倫理法」審査の際だった。2008年の福岡での報告²⁾で私は、法化された尊厳の観念が提起したあらゆる困難について指摘した。それゆえ、ここでは単に、幹細胞に関する基礎研究から生まれた治療方法についてアメリカの研究チームが初めて実験をするような時に、この領域における科学的技術的進歩を枠づけ、制限する能力がフランスの立法者にあるのか、疑問を呈するに留めたい。いったいフランスの立法者は、どのような価値観を強制できるのだろうか。それとも法律は、実質的に規範を定立する（価値観を強制する）機能を失い、いまやレトリックとしての（価値観を宣明する）機能しか持たないのだろうか。

民主主義社会とは、互いに対立し競合する諸々の価値観が（できるだけ平和的に）衝突する社会のことである。それゆえ、ある価値観を強制する法律は、ある程度の数の住民にとっては常に、その法律が否定する彼ら固有の価値観に対する強権発動と感じられる。このような現象は、多元的または「多文化」社会においては明らかに強化される。それは、法律回避現象の「グローバリゼーション」と呼ぶべき開かれた世界において拡大しているが、それは、先に言及した手続と実体両面の法源（憲法院とヨーロッパ人権裁判所への訴え）は、法律によって周縁化された価値観を満足させられないことが明らかだからである。

こうして、「準拠法漁り (shopping juridique)」と呼ばれる現象が進展する。すなわち、人は他の場所で満足を得るようになり、より拘束の少ない外国法の下で作られた状況に法としての効力を認めるのである。一つだけ例を挙げよう。代理母契約は、1991年の破毀院判決によって確認され、1994年の生命倫理法によって民法典16-7条に法典化された原則を有するフランス法では無効である。しかし、多くのヨーロッパ諸国の国内法は、他者のための妊娠により好意的 (イギリス)、あるいはより中立的 (ベルギー) であり、フランス法は、外国で作成された出生証書と親子関係証書の問題と直面している。というのも、それらは原則として認められなければならないからである。同様の指摘は、同性愛カップルの養子縁組についても当てはまる。

これらの行為を道徳的に非難することは、私にはできない。それはまったく私が意図するところではない。しかし、開かれた世界における諸法の競合は、一般的には国内法の、とりわけフランス法の規範定立能力をある意味失わせていることは確認したい。法律は、広く補足的なものとなる。つまり、外国または超国家的法源がかつては厳格さと呼ばれたものを回避させられない時だけ、法律が適用されるのである。法はいまや価値システムではなく、他の諸々の価値観と競合する相対的秩序に過ぎない。

結論として、法律は、かつては一般的、抽象的かつ永続的なものとして定義されていたが、次第に個別的、具体的かつ取り消しうるものとなりつつある。諸価値が競合し移ろいやすい世界において、法律は短期的な管理の道具となるのである。

結 び

我々はすでに、古い法律家と法の世界の外に出てしまった。立法者は本質的に管理人 (gestionnaire) になり、法律家は、ニクラス・ルーマンが言ったように、「社会技師 (ingénieur social)」になってしまった。その動きは古く、その諸前提はおそらく19世紀末と民主的な社会国家の誕生に遡る。それはフランス

に、そして同じくらい西洋の法システム全体に影響を与えている。もはやローマ法は教えられないが、それは、その世界——それはヨーロッパでは2000年間維持されてきた——が、もはやこの世界に属さないからである。法は移ろいやすいものとなり、「ブラウン運動的」と呼ぶべき揺らぎを経験している。思うに、フランスの「学説」がいまだその争点と困難を理解しているとは到底いえない大きな問題は、ポスト=ローマ法であると同時にポストモダンであるこの新しい法の考察にかかっている。その努力は、フランスでは孤立し、かつ周縁的なものにとどまっている。伝統的な原則と概念は広く崩壊しているにもかかわらず、そこにおける法律家たちの姿勢は伝統的なままなのである。私はその努力を外国に、ドイツに、とくに公法と、自らを「行政法改革」と位置づけ、法——より専門的には公法——を「制御学 (Steuerungswissenschaft; science du pilotage)」として考察し直そうとする動きにみている。しかし、私はそこに、管理という至上命題とマネジメントの論理に対する法学の降伏をもみている。しかし、法は常に、力と暴力からの庇護と保護の提供をもその任務としていた。それゆえ、法と法学を「事物の管理」という専横かつ尊大な論理にいかにか適合させるかだけでなく、法学はそれにまだ少しは抵抗できるのか、そしてどのように抵抗できるのかを知ることも、また問題たりうるのである。

〔訳註〕

- 1) 2010年11月1日に北海道大学にて開催された同教授の講演会「公法とグローバリゼーション (Droit public et mondialisation)」)。なお、同講演の日本語訳は「公法とグローバリゼーション」(岡田信弘(訳)『新世代法政策学研究』12巻、2011年、1-16頁)として刊行されている。
- 2) 2008年3月12日から14日にかけて福岡大学と九州大学にて開催された第8回日仏公法セミナー (VIII^e Séminaire franco-japonais de droit public) における、同教授の報告「フランス法における人間の尊厳 (De la dignité humaine en droit français)」(同13日・福岡大学)。なお、本報告の日本語訳は2012年中に中央大学出版部から刊行される『法・制度・権利の今日の変容』(仮題)に収録される予定になっている。

〔訳者補記〕

本稿は、2010年11月5日に慶應義塾大学三田キャンパスにおいて開催されたオリヴィエ・ジュアンジャン（Olivier Jouanjan）ストラスブール大学教授の講演会の原稿（“Quelques réflexions sur la situation du droit français”）の日本語訳である。訳出にあたっては、講演当日の冒頭の挨拶と講演テーマ選択の背景説明の部分は省略し、また本論においてもそのままでは活字原稿に相応しくないとと思われる箇所に最低限の修正を加えた。

ここで、同教授について簡単に紹介しておく。同教授は1961年にリールで生まれ、1990年にディジョン大学にてミシェル・フロモン（Michel Fromont）教授の指導の下、博士論文『ドイツ法における法律の前の平等の原則ならびに立法者および行政の行為に関する裁判所のコントロール（*Le principe d'égalité devant la loi et le contrôle juridictionnel des actes du législateur et de l'administration en droit allemand*）』で学位を取得、1992年には公法学の教授資格を取得された。そして同年からブルゴーニュ大学、1994年からはストラスブール第3（ロバール・シューマン）大学（2009年からストラスブール大学に統合・名称変更）で教鞭をとられ、現在にいたっている。その専門領域は、主として憲法を中心とする公法、比較法、ドイツ法、法思想史である。

なお、ジュアンジャン教授の論考の日本語訳としては、訳註で挙げたものの他に以下のものがある。関心のある向きにはそちらもご参照願いたい。

- ・「フランス法における男女平等」山元一（訳）辻村みよ子（編）『世界のポジティブ・アクションと男女共同参画』（東北大学出版会、2004年）所収、143-157頁。
- ・「独仏基本権比較試論」山元一（抄訳＋解説）『法学セミナー』597号（2004年）、70-75頁。
- ・「法学部主催学術講演：フランスにおける平等と非差別」村田尚紀（訳）『関西大学法学会誌』49号（2004年）、18-33頁。
- ・「裁判と公共空間：収斂、緊張、矛盾？」阿部智洋・佐々木くみ（訳）日仏公法セミナー（編）『公共空間における裁判権：フランスのまなざし』（有信堂高文社、2007年）所収、49-73頁。
- ・「ヨーロッパの憲法学における実証主義：4つの段階」井上武史（訳）『岡山大学法学会雑誌』60巻3号（2011年）、572-560頁。

最後に、翻訳に当たっては訳者の非才ゆえに数多くの質問をぶつけたにもかかわらず、ジュアンジャン教授には懇切丁寧な御教示を頂いた。あわせて、山元一・慶應義塾大学大学院法務研究科教授には、本稿の『慶應法学』掲載を強く勧めて頂いた。記して謝意を表したい。