

Title	立憲主義と民主主義
Sub Title	Constitutionalism and Democracy
Author	Rousseau, Dominique(Tokunaga, Takashi) 徳永, 貴志
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2013
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.27 (2013. 10) ,p.219- 241
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-20131025-0219

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.

立憲主義と民主主義

ドミニク・ルソー
徳永貴志／訳

憲法とは何か
立憲主義の意味の危機
1. 憲法と分離
2. 憲法と討議
3. 憲法と諸個人の社会
結論：展望としての民主主義

考察の導入として、アメリカ人が「ハード・ケース」と呼ぶいくつかの具体的な事例を見てみよう。レファレンダムの結果、あるいは人民から選ばれた代表者による多数決の結果、女性の妊娠中絶の権利が禁止されたとする。このような人民の政治的意思は、それが人民の意思であるという理由、及び、普通選挙が民主主義システムにおける統治者とその決定の正統性を確認する手段であるという理由のみによって、実現可能だろうか。あるいは、倫理学、哲学、社会学の論拠を動員した議論や異議申立てではなく、法の論理を動員する裁判という場への申立てによって、このような人民の政治的意思を妨害することは可能だろうか。正確に言えば、自身の身体を自由に扱うことのできる女性の憲法上の権利に抗って人民ないしその代表者が中絶を禁止するのを阻止することは可能であろうか。さらに可能性の問題を超えて、民主主義の観点からそれは正統なことだろうか。もちろん、これは架空の設定であり、ある日現実のものとな

るとは現時点では考えられない。しかし、これは実際に存在する事例とのあらゆる類似点を見出すことができるものである。

1993年8月に憲法院は、移民規制に関する法律の一部の条項に対して、「共和国の領土に居住するすべての人々に認められた憲法的価値を有する基本的権利を過度に侵害する」との理由から、違憲判決を下した。その直後、当該法律案を起草したシャルル・パスカ（Charles Pasqua）内務大臣は次のように非難した。国民的議論を経て1993年3月の国民議会選挙で承認され、「国民議会と元老院の過半数の一致」によって採択された移民政策の政府による施行を憲法院判事たちが妨害したのだと。また、2005年9月に、パスカル・クレマン（Pascal Clément）司法大臣は、遡及効を有する、つまり禁錮中の者にも適用される保安処分（mesure de sûreté）——電子ブレスレット——を導入する政府法案を、国民議会議員たちを前に擁護した。彼は、彼自身の言葉で言うところの「違憲のリスク」を自覚しながら次のように述べた。「（1週間のうちに2人の再犯者が裁判にかけられた）最近の事件は、違憲のリスクを冒すよう私を駆り立てました。議員の皆さん、私と共に違憲のリスクを冒そうではありませんか。皆さんは、この法案を憲法院に付託しなければいけないのです。この法案を憲法院に付託する者は、この新たな法律が囚人の在庫に対して適用されるのを妨害した政治的・人道的責任を負うことになるでしょう」¹⁾。こうした発言については、憲法院院長ピエール・マゾー（Pierre Mazeaud）がクレマン大臣に対して次のような応答をすることになる。「憲法の遵守はリスクではなく義務である」と。2008年2月に憲法院は、現時点で有罪判決を受けている者の刑期満了に際し、当該保安処分を適用することは、法律の不遡及原則に反する、との判決を下した。その直後、ニコラ・サルコジ（Nicolas Sarkozy）共和国大統領は、不遡及原則は最も危険な重罪人に適用してはならないこと、そして、「すでに有罪判決を受けている重罪人に保安処分を即座に適用すること

1) 2005年9月28日付リベラシオン紙。

は、被害者を保護するための正当な目的である」²⁾という主張を補強するための証言を求めた。彼は、破毀院院長に対し、かかる目的を達成するための法的手段を見出すよう要請する書簡を送ったのである。

これらすべての事例における構図はいつも同じである。すなわち、議員に憲法の遵守を求め、場合によっては、議員の憲法違反を制裁する裁判官に対抗して、議員の方は、選挙や議会多数派や世論で応じるのである。実際、人民が望んだことを人民自身が実行するのをいかなる名目で禁止することができるだろうか。人民の権力を制限することは、正統性の源泉を均衡に求める自由主義システム、正統性の源泉を党派に求める独裁システム、あるいは、正統性の源泉を神に求める神権政治のシステム等においては正統化可能である。しかし、正統性の源泉を普通選挙に求める民主主義システムにおいては、人民の権力を制限する根拠を何に求めればよいのだろうか。かかるジレンマを野卑な仕方で表現したある社会党の政治家は、1981年に野党に対して発した次のような強烈な一節によって後世に名を残すことになった。「君たちは法的に間違っている。なぜなら、君たちは政治的に少数派だからである」。

しかしながら、この問題は目新しいものではなく、『デモクラシーの本質と価値』と題する著作の中でハンス・ケルゼンが述べているように、ポンテオ・ピラトの「事例」を取り上げることができるだろう。衆議会がイエスに有罪判決を下し、刑罰の選択をピラトに委ねた際に、ケルゼンが書いているように、「ピラトは真理とは何であるかを知らず、また、ローマ人は民主的に思考することに慣れていたため、人民に訴えて投票を行わせ」³⁾、我々がよく知る結果となったのである。ピラトが自ら決断していたとしても、イエスは十字架にかけられたであろうか。それに対する答えが「否」であれば、物語の続きを想像してもらいたい。

これらの事例を念頭に置き、この物語から出発して——それらを拠り所とし、かつ／しかし、そこから距離をとりながら、という二重の意味において

2) 2008年2月22日大統領府声明。

3) ハンス・ケルゼン『デモクラシーの本質と価値』（仏語版, Paris, Dalloz）115頁。

——それらの事例に形相を与える諸前提、それらを駆動させる政治哲学および社会哲学、そして、それらが明確にする政治や憲法の変化を解明しなければならない。つまり、重要なことは、これらの事例を現代的によりよく理解し、その考える将来像を見通すために、これらの事例の記憶の中に退行してみることである。そうした作業には当然、さまざまな知識が動員されなければならないが、それは私の研究所の研究計画の一環でもある。ただし、本稿では憲法学の知識だけを援用することにした。

憲法とは何か

先の事例を憲法学的理解の枠に再定位すると、憲法は権力を制限する手段であると考えられる場合にのみ意味をなす。しかし、かかる描写は、権力を制限するという憲法の中の1つの特殊な政治的機能を前提としているのであって、それは憲法の本質ではなく、政治家の戦略的必要性から歴史を通じて精錬され、学説によって安定化ないし合理化されたものである。たとえば、法実証主義者にとって、憲法とは単に、国家の地位を編制しその法的有効性を、憲法に従わなければならないと言明する仮説演繹法的な根本規範との関係に還元する特殊な文書に過ぎない。権力を制限する憲法に従わなければならないのではなく、中身が何であろうと憲法に従わなければならないのである。なぜなら、法実証主義者にとって、憲法の政治的機能は、法の問題ではなく政治の問題であり、したがって、憲法の質や有効性とは無関係なのである。つまり、法的には、「憲法」という語は国家の地位を編制するあらゆる文書を含むのであって、その文書が権力分立を規定しているのか、それとも権力の融合を規定しているのか、基本権を認めているのか認めていないのか、権力の専制を制限しているのか、それともそれを容易にしているのかは関係がない。もちろん、「憲法」という語のこのような理解においては、憲法は民主主義を前提としておらず、立憲主義は単に形式的意味の憲法の必要性を言明する1つの教説に過ぎない。

前提を明らかにした上で話を続けるならば、先の事例は、憲法が1つの規範、つまり、何かをしなければならない、あるいは、してはならないという一

定の命令、禁止、義務を規定する法ないし厳格な法と考えられる場合にのみ意味をなす。しかし、このような描写は、憲法の構造に帰属するものではなく、社会的諸アクター、とりわけ法的アクターによって構築されるところの憲法の規範性を前提としている。例えば、リアリストにとって、憲法は単に言葉の集合体——「紙の上の記号」——に過ぎず、ケルゼンの表現を引用すれば、「諸規範の主観的提案」であって、規範そのものではない。ピエール・アヴリル (Pierre Avril) も述べているように、憲法自身は「何も言っていない」。憲法は、それを用いる人々、何よりも裁判官によってなされる解釈という作業を通じて規範になるのである。規範は、憲法の文言に忠実な言表の中ではなく、かかる言表に与えられた意味の中に存在する。したがって、憲法自身は何も言っていないのであるから、憲法は、権力行使の制限にも強制にもなりえないと同時に、政治体制の民主主義的本質について何も教えてくれないのである。

このように法的諸前提にあらかじめ立ち戻ることの意義は、一般に受け入れられている考え方に反して、憲法と民主主義は一体的な概念ではないということ を明らかにすることにある。法実証主義者やリアリストにとって、これらは別々の自律的な概念であり、相互にいかなる関係も影響もない。このことは恐らく以下のような事情を説明しているだろう。つまり、法実証主義学派が長い間法学界を支配し、現在でも非常に強い影響力を有しているために、法律家たちは民主主義に関する研究や探究や熟慮を放棄し⁴⁾、この概念を哲学者や歴史学者や社会学者等に委ねてしまっているのである。換言すれば、憲法と民主主義の概念は、憲法を民主主義の手段——「法による民主主義」——と考える立憲主義学説の認識論的枠組においてはじめて関係性を持ちうるのである。このような憲法の期待される政治的機能は、憲法の3つの特性の必然的帰結として現れる。まず第1に、憲法とは文書化された法文であり、権力行使のルールの文書化によって、人民は、特定の権力運用が遵守すべき法文の中に規定され

4) Stéphane Pinonの研究を参照されたい。«La notion de Démocratie dans la doctrine constitutionnelle française», *Politéia*, n° 10, p.408.

ているかどうかを確認でき、場合によっては、その違反を制裁することができるのである。これこそが、「立法権および執行権の行為が、すべての政治制度の目的とつねに比較されうることによって一層尊重されるよう」、人および市民の権利宣言を起草することを主張した1789年の人々の明確なプロジェクトであった。第2に、憲法とは権力分立を規定する法文であり、その内部メカニズム——抑制と均衡——によって一つの機関がすべての権力を独占することを事実上妨げ、市民の政治的自由に寄与する制度的均衡を作り出すのである。第3に、憲法とは、市民が公権力の行使に対抗するために利用することのできる権利を明記した法文である。これもまた、「市民の要求が、以後、簡潔で争う余地のない原理に基づくことによって、つねに憲法の維持と万人の幸福に向かうために」起草された1789年の人権宣言が述べていることである。これら3つの特性——文書化、権力分立、基本的人権——によって、憲法は、バンジャマン・コンスタン（Benjamin Constant）の有名な言葉で表される「人民の保障」になるのである。

立憲主義の意味の危機

これが、立憲主義によってもたらされ、立憲主義を民主主義の一教説にした憲法思想であるが、今日、かかる立憲主義は危機に陥っている。あるいは、用いられるたびに評判の悪い言葉を避けるならば、かかる立憲主義の意味が問われているのである。第1の理由は、憲法の諸特性間の均衡の変化に求められる。当初18世紀において、権力分立とは、憲法の概念を独占しそれに意味を与えるものであった。つまり、憲法とは権力分立の明確化のことであった。恐らく、第3の特性、すなわち市民の権利及び自由の保障は、忘れられたのではなく、保護の本来のメカニズムに組み込まれていなかったのである。なぜなら、市民の権利保障は、権力分割による権力の制限の必然的帰結であると考えられたからである。モンテスキュー（Montesquieu）が書いているように、「同じ人間、つまり、同じ有力者集団、同じ貴族集団、同じ人民という集合体が、以下の三権、すなわち、法律制定権、公的決定の執行権、犯罪に対する裁判権、を

行使するならば」、あらゆる政治的自由は失われるのである。しかし次第に、こうした特性は以下のような政治運用の影響の下で勢いと権威を失っていく。つまり、いかなる憲法上の組織編制を採用しようとも、フランスのように共和国大統領であれ、スペインやドイツやイギリスのように首相であれ、立法権と執行権は多数決の論理によって執行府の長の下に一体化するのである。結果として、権力分立型憲法 (constitution-séparation des pouvoirs) は、もはや民主主義と市民の政治的自由を保障する手段ではないように見える。このような権力分立の相対的後退は、権利保障という第3の特性の権威を増大させ、とりわけ、憲法の遵守を保障するための固有の機関、すなわち憲法裁判所を出現させることになる。権利の保護は、権力分立的作用によって機械的に保障されるわけではないため、法律の合憲性の裁判的統制という特別なメカニズム、つまり、憲法上の権利に対して立法府が及ぼした侵害を裁判官が制裁する可能性によって保障される。したがって、民主主義をもたらす憲法は、もはや権力分立ではなく合憲性のコントロールによって基本的人権を保障する憲法なのである。言うなれば、権力分立型憲法ではなく、人権保障型憲法 (constitution-droits fondamentaux) である。

憲法概念の特性の再修正に影響を与えた前述の「内的」変化に、憲法の「対象」に影響を与える「外的」変化が加えられた。18世紀において、権力行使の憲法上の条件付けは、普通選挙に由来しない諸機関に向けられていた。それは、国王という世襲機関あるいは議会という納税に基づいた選挙権者を「対象」とするものであった。その意味で、憲法は「人民のための保障」として提示されていたのである。つまり、憲法は、人民が統制できない権力の専横が生じた場合に、そこから人民を護るものであった。しかしながら、今日では、普通選挙の拡大・一般化によって、憲法上の条件付けは人民の投票に基づく諸機関に影響を及ぼすものとなった。したがって、憲法が依然として「不信の証書」と定義できるならば、不信の対象は普通選挙であり、それに由来する諸機関となったのである。その意味で、憲法は「人民に対抗する保障」として提示される。つまり、憲法は、人民ないし人民によって選ばれた者の意思から憲法

上の諸権利を護るものなのである。

こうした2つの変化は、立憲主義の意味の危機を明示している。選挙という形での正統性を有しない権力の行使を枠付けそれに制限を加えるために、権力分立という政治的メカニズムとして憲法が発明されたのだとしても、今日において憲法は、選挙に基づいた正統性を有する権力の行使に対抗して、基本的人権を擁護する司法的メカニズムとして「機能している」。したがって、このような観点のラディカルな変化は、立憲主義の意味について再検討を余儀なくさせる。というのも、「憲法による民主主義」という定式は、憲法によって枠付けられた権力が選挙に由来するものであるかどうかによって意味が変わってくるからである。基本的人権の保障と合憲性のコントロールという憲法の新たな観念に対して、民主主義とは「人民の統治」であるという正統で自然な概念として陰に陽に提示されてきた選挙による民主主義という観念を突き合わせることによって、立憲主義の現代的意味を問い直したいという誘惑は大きい。しかし、このような誘惑は退けられるだろう。なぜなら、かかる誘惑は、憲法裁判所が誕生する前に通常は表明される民主主義の先験的定義を前提としており、こうした前提が、憲法及び民主主義の現代的特質の理解に対する認識論的な障害物として機能するからである。我々は現代の問題について議論しているのであり、カントの『啓蒙とは何か』を批判したミッシェル・フーコー（Michel Foucault）の議論を敷衍するなら、民主主義の内部で現在生じている事柄を理解することが目的であるので、人権保障型の憲法によって生み出され今日の立憲主義にその意味を付与している民主主義の概念を問い直すためには、問いの向きを逆転させるべきなのである。

以下で展開される論理において提案される仮説は、人権保障型の憲法が3つの要素に区別される民主主義を生み出しているというものである。3つの要素とは、分離、討議、個人化である。

1. 憲法と分離

人権保障型憲法は、代表に関する統治者／被治者関係のラディカルな切断を原理としている。つまり、権力分立型の憲法が代表者団と被代表者団との融合をもたらすのに対して、人権保障型の憲法は、両者の分離ないし差異を生み出す。こうした違いは、合憲性のコントロールの論理的帰結である。実際、憲法院の各判決においては、まさに次のような場面が演出される。つまり、代表者団によって採択された法律が、被代表者団の諸権利である憲法に照らして裁かれるのである。そのことは必然的に、異なる2つの空間、すなわち、潜在的に相矛盾する2つの規範意思の伝達者である代表者と被代表者の空間を理解することを意味する。具体的に言うと、次第に憲法は、法律を検閲することにより、代表者に対する被代表者の自律が象徴的かつ實際上保障される空間を定めるものとなっている。しかも、こうした空間は、人間の尊厳の原則、適切な居住の権利、婚姻の自由、通常な家族生活を営む権利などの新たな憲法上の権利を憲法院が「発見する」にしたがって、拡大・強化されている。このような分離の論理は、明らかに1982年1月16日判決⁵⁾の産物である。この判決において憲法院は、財産権の憲法的価値を否定する人民の代表者の意思と対をなすものとして、「1789年に2条及び17条によって宣言されたものとは異なる原則の表明をとりわけ含むいかなる人権宣言も1946年5月5日の人民投票によって拒否し」、それに代わって「1946年10月13日及び1958年9月28日の人民投票によって1789年に宣言された諸原則及び諸権利に憲法的価値を付与する法文を承認した」正反対の人民の意思を提示した。

このように、合憲性のコントロールは、治者の権利とは分離された、集合体としての被治者の権利を構成することによって、治者と被治者との間に距離を置く新たな図式を生み出した。つまり、憲法上の権利や自由の裁判規範として

5) CC 81-132 DC, 16 janvier 1982, R. p.18. この事案において憲法院は、一定数の企業及び銀行を国有化する法律が、憲法とりわけ1789年人権宣言2条及び17条に規定された財産権に適合するか否かについて判決を下すことが求められた。

の憲章が被治者の空間を象徴するのに対して、法律は治者の空間を象徴するのである。このような分離図式は、思考様式において依然として支配的な融合図式とは大きく異なっている。実際、もっとも月並みな定式では、民主主義の理想状態は、たとえば、普通選挙の拡大によって、常に人民をできるだけ権力に関わらせることを要請し、また、それはナシオン代表という政治体へ人民を融合させることによって十分に実現されるのである。「大衆民主主義」は、単一政党によって、こうした融合の論理を極端な形で導き出したが、「ブルジョワ民主主義」も、より控え目な形ではあるが、同様にそうした論理に追従した。とりわけ、レモン・カレ・ド・マルベル（Raymond Carré de Malberg）は、議会を主権者と同等のものとし、あるいはむしろ、実際には議会を主権者に仕立て上げることで、治者と被治者の同一視、人民と代表者の混同、一般意思と議会意思との混同に基づく議会制の機能様式を見事に描いてみせた⁶⁾。

このような政治的機能様式は、民主主義を名乗ってはいるが、実際には、ナシオンの総体と国王の身体は一体であるとする君主制の原理の焼き直しに過ぎない。すなわち、ルイ15世が1766年3月3日のパリ会議での演説で宣言したように、「大胆にも君主から切り離された集合体としてのナシオンの権利・利益も、必ずや我が身体に統合され、我が手中に収まるのみである」。彼はさらに続けて、「朕は、調和を乱すだけの想像上の集合体を受け入れることは断じて認めない⁷⁾」と述べた。確かに1789年に革命家たちは、これら2つの集合体の分離を希求し、それを信じた。彼らは、革命の実現とは、正確には、国王の身体に対するナシオンの総体の自立を大胆にも確立することにあるとさえ考えていた。しかし、実際には、1789年の人々は、ナシオンに新たな総体を与え、それを代表者の総体と融合することによって、集合体の再構成を図ったのである。このような憲法的連続性は、恐らく、理論的な連続性というよりもむしろ、1789年における正統性をめぐる政治闘争の縛りによって強いられたもので

6) Raymond Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Economica, 1984.

7) Jean-Yves Guimarによる引用。 *L'idéologie nationale*, Paris, Champ libre, 1974, p.39.

ある。つまり、革命家たちは、国王の身体の一体性に対して、人民の社会的多様性を政治的に対峙させることができなかつたのである。彼らは、すでに不確かなものであつた自分たちの権力要求の正統性を縮減させないために、人民とナシオンの一体性を主張しなければならなかつた。しかし実際には、彼らは革命を、アンシャン・レジームとの断絶の道ではなく、ナシオン代表という、政治システムの単なる「近代化」の道へと導いてしまった。なぜなら、第1に、実在の人民はナシオン概念の中に吸収され消滅してしまい、第2に、その論理的必然として、抽象的存在であるナシオンは、自身を代表する資格を付与された具体的人間を介してのみ自己を表現することができるからであつた。結果的に、人民とナシオンとの融合、ナシオンの代表とナシオンとしての人民の代表との融合がなされたのである。つまり、人民とはナシオンであり、ナシオンはその代表者を通じてはじめて自己を表現することができるので、ナシオンの代表者によって表明される意思以外の人民の意思は存在しえないのである。これはまさに、シエース (Sieyès) が「人民は言葉を発することができず、その代表者を通じてのみ行動することができるのである」と率直に言明した時、明確に要求したものであつた。

人権保障型憲法は、自身がそう呼ぶところの合憲性のコントロールによって、上記のような融合から決別するものである。憲法判例とその発展以前、代表者の立法活動は直接人民の意思に帰するものとされながらも、憲法の定義により、人民は代表者とは別個のものとして独立して存在することはできず、代表者によって表明される意思以外の意思を持つことはできなかつたために、人民は代表者の立法活動に異議を申立てることはできなかつた。合憲性のコントロールにより、代表者は人民の意思を表明する資格を依然として有しながら、しかし、2つの意思の融合はもはや不可能となつた。すなわち、自らが築き上げ、人民の主権の自律的表現空間を描き出した基本権憲章によって、憲法裁判を司る裁判官は、憲法の要請と代表者による立法という表現との差異を、判決文の中で述べているように「憲法の観点から」明らかにし、場合によっては、立法に制裁を加える立場に身を置く。したがって、これら2つの空間が一致す

ることはありえず、両者が争う場合には、憲法裁判を司る裁判官は、前者が後者に優越するというを示すことによって、代表者自身が主権者であると主張することを禁じ、また、代表者とは主権者の諸権利の尊重に立ち戻ることが常に求められる単なる代理に過ぎないことを明らかにする。ある意味で、憲法裁判を司る裁判官は、代表者が隠したがること、すなわち、人民の忘却、を暴き出すのである。確かに、代表者は、自己の存在を主張しながら、シエースが述べたように、代表者の集合体の中のみ人民は存在することができるということを憲法原理として提示することによって、人民を消滅させる。しかし、憲法裁判を司る裁判官は、代表をあくまで代表として位置づけ直すことによって、人民を自律的な至高の存在として甦らせるのである。つまり、代表とは、2人のアクターが異なる役割を演じる場、すなわち、代表者は主権者の代理としての役割、人民は主権者としての役割をそれぞれ演じる場なのである。

このような民主主義における分離の論理は、1929年3月にダボスにおいて、カントの限界概念をめぐる、ハイデッガー（Heidegger）とカッシーラ（Cassirer）が対立した哲学論争と関連づけることができるかもしれない。ハイデッガーが、人間は知識へのアクセスにおいて限界があるために、認識は存在から人間へと詩的にのみもたらされると主張したのに対して、カッシーラは、人間の有限性は、人間と存在との差異、つまり存在の認識は言語や文化や象徴的政治を介して構築されることを前提とする差異を意味しているのであると応答した。ここでも同様に、一般意思は存在の中にあり、国王の存在かナシオンの存在かは重要ではない。ジャン・ジャック・ルソー（Jean-Jacques Rousseau）が述べているように、「人民は自ら善を望むけれども、常に自ら善がわかるわけではない」という限界が人間にはあるために、一般意思を人間に「示す」のはナシオン代表の責任となる。または、一般意思と人間との差異は、人間が言語を介してしか一般意思に近づくことができなことを余儀なくさせているものである。前者において民主主義は喝采からもたらされるが、後者においてそれは討議からもたらされる。

2. 憲法と討議

人権保障型憲法は、一般意思が創出される様式と代表とのラディカルな切断を原理としている。つまり、権力分立型憲法が一般意思を独占的に創出する体制を奨励するのに対し、人権保障型憲法は、一般意思を競合して表明する体制 (*régime d'énonciation concurrentiel de la volonté générale*) に通じている。そして、このような大きな変化は、明らかに合憲性のコントロールの産物である。なぜなら、憲法裁判を司る裁判官は、法律を新たに定義し直すことによって自らそのルールを定めたからである。実際、1985年8月23日判決⁸⁾において、憲法院は、「可決された法律は、憲法を遵守してはじめて一般意思の表明となる」と判示した。これに対し、1789年人権宣言6条によって与えられた定義は、「法律は一般意思の表明である」となっている。このような法律の定義の変化、すなわち、積極的定義から消極的定義への移行と合憲性という条件の導入は、一般意思が創出される様式の変化を意味すると同時に、それを正当化している⁹⁾。1789年人権宣言6条が前提としている様式は、議会だけが法律を作ることができるものである。代表者だけが一般意思を表明する資格を与えられ、法律は、代表者により作られたという事実のみによって一般意思を表明することができるのである。法律の質及びその規範的有効性は、他のいかなる機関にも依存しない。法律を一般意思の表明とするためには、議会の承認があれば十分なのである。ところが、1985年8月23日判決において憲法院が法律に与えた新たな定義が前提とする様式は、政府や議会はもちろん、それだけでなく裁判所も含む多元的アクターによって法律は作られるとするものである。実際、このような新たな定義からは、議会における法律の「作成」は、法律の規範的有効性を保障するのに十分でないことが帰結される。法律は、憲法を遵守してはじめて一般意思の表明を主張できる。換言すれば、議会によって可決された法文

8) CC 85-197 DC, 23 août 1985, R. p.70.

9) 例えば以下を参照。Philippe Blacher, *Volonté générale et contrôle de constitutionnalité*, Paris, Dalloz, 1999.

を、憲法院が憲法ないし憲法原則に違反しないと判断してはじめて、法律は一般意思の表明を主張できるのである。議会によって採択された法文が、もし憲法に反すると判断されれば、その法律は一般意思を表明することはできず、結果的に、法律としての資格が認められたことにはなりえないのである。

一般意思を競合して創出するこうしたやり方は、討議を不可欠の駆動原理とする。実際、一般意思はある1つの機関の中に「位置づけられた」ものではなく、代表者の意思がそれ自体として一般意思になるわけでもない。一般意思は、代表者によって採択された法文と憲法上の諸要請との対抗のなかで作られるものであるから、それは法律の作成に関わる体制内のさまざまなアクター間の討議プロセスないし議論の応酬の産物でしかありえないのである。体制が1つのアクターのみ依存し、あるいは、体制が人民の総体と代表者の総体との意思の一致を措定する場合には、一般意思を構築するために討論や討議は必要とされない。つまり、一般意思はナシオンの総体の中に存在し、両者は一致しているのであるから、国王あるいは代表者が自らの意思が法律としての資格を有していると表明すれば十分なのである。しかし、各集合体が分離され、どの集合体も単独で一般意思の保有を主張できない場合には、法律の作成方法を構成する原理として、討議が要請されることになる。

こうした原理は、憲法が言葉から作られた法文から構成されているという、忘れがちな憲法の特性に立ち戻ることを余儀なくさせる。憲法とは、一定の規範、「厳格な」法から作られており、その結果、憲法がどのような義務を課し、何を禁止しているかを知るために、わざわざ討議を行う必要などないと法律家は無意識のうちに考える傾向がある。つまり、憲法に規定された規範、原理、準則を発見するためには、憲法典を読めば十分であり、必要ならば憲法作成の準備資料を読めば事足りるというわけである。このような体制においては、1つの機関が独断で命令を発し、人民は喝采するだけになってしまう。これに対して、一般意思を競合して表明する体制は、討議を駆動原理に据えることによって、法の言葉の多義性を引き受け、そして、法の言葉の規範的意味を確定しそれを構築するために、論証という法的駆け引きに通じていく。規範は

法の言葉の中に存在しているものではなく、また、法の言葉は多義的であるので、どの言葉が適切であるのか、そしてある瞬間に「規範をつくる」ために選択されるのはどの意味なのかを、すべての選択可能な意味の中から決定するためには、必然的に議論しなければならないのである。

このような討議の働きによって、一般意思を競合して創出する体制は、2つの「民主主義的」特徴——あるいは「民主主義的」と形容することが可能な特徴——を持つ。第1の特徴とは、規範は、「フェティシズムの対象」にも神聖な真理にも転換しえないということである。規範は、討議を経て複数の競合する意味の中から選択されたものではあるが、依然として議論の対象であって、もし新たな議論によって以前に採用されなかった意味から「法が作」られれば、変化しうるものである。これは、法律家が判例変更という遠回しな言い方で呼んでいるものである。競合的体制を社会に対して絶えず開かれたものにするこのような第1の特徴については、必然的に、基本的人権の承認が前提とされている。一般意思とは、それを自身の中に保有しているとする単一の権力から発せられるものではなく、競合する諸アクター間の討議によって構築されるものであるから、一般意思の形成に必要な条件の1つは、そのような討議を可能にする諸自由が保障されていることである。すなわち、憲法原則に照らして受け入れ可能なさまざまな意味を擁護するための表現の自由、とりわけ、それらの意味の違いを擁護するために移動する自由、弁護を受けるための防御権、デモや結社の自由、多元性などである。これらの権利の中には人々の私的活動を保障するものもあれば公的活動を保障するものもあるが、互いを条件付け、互いを補強するものでもあるこれらの権利がなければ、討議原理は画餅となるだろう。法を媒介として、とりわけ、活発な討議を実現する方法を定める憲法的価値を有したそれらの基本的人権を媒介としてはじめて、討議は一般意思を競合して表明する体制の有効な原理となる。

もちろん、絶えず提出される問い、すなわち、裁判官統治ではないのか、との問いが残されている。一般意思を競合して表明するこのような体制において、憲法裁判を司る裁判官は、議員によって採択された法文が法律としての資

格を享受するに値するか否かについて意見を述べるために介入することができ、あるいは、人民の代表者によって採択された法文を法律に値しないと拒絶することができるのであるから、これは実際の規範的権力を議員から裁判官に移転させることではないのだろうか。もっとも、しばしば議論となるこうした批判は、次のような二者択一的発想に対して反省を促すという意味で真剣に受けとめられなければならない。つまり、主権者は一般意思を直接ないし無媒介に表明することができると考えられるのか、それとも、裁判官は規範として課される意味を何ら拘束されることなく自由裁量的に作り出すものとみなされるのか、あるいはまた、法律とは国王あるいは議会あるいは大統領がそう呼ぶものであるのか、それとも、法律とは裁判官がそう呼ぶものであるのか、という二者択一である。このような単純な二者択一からは脱しなければならない。主権者の言葉は、憲法の中の文言に変換された言葉と、その言葉を用いなければならないすべての人々との間の複雑な関係のなかではじめて明確なものとなり、有効性を獲得するのである。このような関係にある複数の党派の1つが発する一方的で頑固で独白的な意思表示の中にはなく、先のような関係そのものの中においてはじめて憲法の条文の意味が紡ぎ出され、主権者の言葉が効力を持つのである。こうした意味創出の複雑なゲームにおいて、憲法裁判所は、単に諸アクターの1つに過ぎないが、他のアクターに対しては何らかの文面によって自分たちの解釈を組み立てさせ、その解釈の有効性の主張を強化するように促す。そして、憲法裁判所は、そうした主張の妥当性を論評した後、判決を通じて、その時点で議論の応酬によって到達することができた憲法典の意味を確認するのである。例えば、1994年7月27日判決¹⁰⁾による人間の尊厳の原理の「創造」のように、外見上、裁判官の恣意的な創作のように思える意味が与えられることがある。しかし、その前段階には、議会、国内及び欧州の裁判所、委員会、学界、学説、政治団体、労働組合、「社会的」団体、報道機関のなかで途方もない量の解釈作業が行われ、それが前述のような憲法の「創造」

10) CC 94-343-344 DC, 27 juillet 1994, R. p.100.

を準備したのである。こうした事実に立ち戻ればわかるように、そのような憲法の「創造」は、他のすべてのアクターを自らの神託に従わせることによって唯一憲法の真理を表明する裁判官が自身の権力意思を表明したもののではない。裁判官は、議論の連鎖の単なる一要素に過ぎず、憲法典の意味を判決によって確認するために、ある瞬間には介入するが、だからといってこのような連鎖を判決によって断ち切ることはしない。この連鎖は途絶えることはない。なぜなら、生み出された意味は、議会においても、裁判所においても、学説においても、のちに新しい解釈を生み出す新たな議論や討議に開かれているからである。憲法裁判を司る裁判官は統治しているのではない。彼らは、一般意思を競合して表明する体制の中の調整機関なのである。

3. 憲法と諸個人の社会

最後に、人権保障型憲法は、代表における「共通なるもの」からのラディカルな切断を原理としている。つまり、権力分立型憲法が国家を対象とするのに対し、人権保障型憲法は諸個人からなる社会を対象とする。このような変化は、合憲性のコントロールの論理的帰結でもある。確かに、憲法裁判を司る裁判官には、家族に関する法律（パクス）、労働に関する法律（35時間労働）、消費者に関する法律（競争評議会）、病気に関する法律（社会保障）、学生に関する法律（大学）、テレビ視聴者に関する法律（報道機関の集中）、行政客体に関する法律についての審査が付託されるため、彼らは必然的に、政治家の活動に関する憲法原理だけでなく、ヴェデル教授が諸個人の社会的活動及び私的活動の「憲法的基礎（les bases constitutionnelles）」と呼んだ原理を確立することが求められる。したがって、法によって捕捉される諸個人のあらゆる活動は憲法に結びつけることができるため、憲法はもはや国家の憲法ではなく、社会の憲法となっている。これは、法的言語に翻訳すれば、民法、労働法、社会法、商法、行政法、刑法等の「憲法化」という表現、すなわち、政治の法だけでなくあらゆる分野の法が憲法の中に自身の原理を見出すことができるとする理念に

よって言い表されるものである。

もっとも、ジャン・カルボニエ（Jean Carbonnier）がフランスの真の憲法と呼んだ民法典が社会には適用され、憲法は公権力を組織する文書であると考える習慣に照らした場合にのみ、憲法が（哲学的意味の用語法で）社会に形式を与える（informer）行為であるという考え方は一種の切断となる。なぜなら、1789年の人権宣言に照らせば、憲法の「社会的（sociétale）」構想は、切断ではなくむしろ連続だからである。実際、人権宣言16条によれば、憲法の対象は国家ではなく社会であった。16条が述べるように、「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すべての社会は、憲法をもたない」のである。つまり、「すべての国家」ではなく、「すべての社会」なのである。モンテスキューは理想的憲法を構想した際、社会の分析、すなわち貴族やブルジョワといった「社会的諸権力」の分析から出発し、社会構造を表象する権力構造について研究した。ルソーはコルシカ人のために憲法草案を作成した際、コルシカ社会全体の構造化を自身の仕事の基礎と目的であると考えた。このような社会表現型憲法（constitution-expression de la société）構想は、19世紀全体を通じて、憲法は単に統治者の特殊な法令に過ぎないという考え方が押し付けられた結果、姿を消した。しかし、今日、社会の活動全体に憲法を展開することに寄与する憲法裁判の出現とその発展の論理的帰結として、社会表現型憲法が再び姿を現したのである。

間接的にはあるが必然的に、こうした憲法の「社会的」構想は、権力分立の適用領域にも影響を及ぼしている。憲法の対象が国家に限定されている限り、1789年人権宣言16条が定めた権力分立の要請は、執行権、立法権、司法権という国家権力のみが対象となる。しかし、憲法が社会をその対象領域とするならば、権力分立の要請は、経済権力、メディア権力、宗教権力といった社会に作用するすべての権力に適用される。したがって、憲法はこれら第三の権力を捕捉しなければならない。革命前夜のシエースの有名なパンフレットになぞらえらるとすれば、第三の権力は、すべて社会の働きの中に存在するものの、今までのところ憲法秩序においては見られないが、将来は必ずそこに何らかの姿

を現すに違いない。たとえば、憲法が「第四の権力」を引き受け、市民に対して、政治権力や経済権力からの第四の権力の独立を保障できるような原則を定めたり、組織化された市民社会を一般意思の形成に参画させるための手段を、改良された経済社会評議会に与えるといったことである。

憲法は、社会に向けられることによって、諸個人へも向けられる。これらの諸個人は社会を構成し、政治史のある瞬間においては、自分たちのアイデンティティの構築にも参加した。確かに、今日の政治問題は、個人の問題でもなければ、パスカル・ミション (Pascal Michon)¹¹⁾ の表現に倣って、流動的市民から構成される社会の問題でさえもない。資本主義は、恐らく、個人の利益の絶対的信仰、労働契約の個人化メカニズム、財産権によって、個人主義のプロセスを作り上げたが、社会主義はそれを防ぐことができなかった。なぜなら、マルクス自身によれば、来るべき具体的社会とは、「各個人の自由な成熟がすべての個人の自由な成熟の条件である」社会であったからである。したがって、社会的、歴史的プロセスは諸個人からなる社会のプロセスであったため、政治の課題は、このような社会的流動性を組織化し、社会的流動性が社会の混乱を生み出さないようそれに一貫性をもたせることであり、共同性の構築を可能にする手段を見つけ、このように流動化した社会において一般性を見出すことであった。しかしながら、今日、こうした問題への回答がなくなっている。あるいは、より正確には、かつての応答が「機能」しなくなっている。つまり、宗教的共同体や国民共同体や社会的職能別共同体に所属しているという共通感覚を諸個人に与えていた神やナシオンや国家や社会階級は、もはや諸個人の共通感覚を効果的に操作することができなくなっている。このような歴史的状況において、合憲性のコントロールの効力によって刷新された憲法は、諸個人が自身の特殊性、すなわち固有のリズムあるいは共有された諸価値において、自己を認識することができる共通の手段となりうる。これは、ハーバーマ

11) Pascal Michon, *Les rythmes de la politique, Démocratie et capitalisme mondialisé*, Paris, Les Prairies ordinaires, 2008.

ス（Habermas）が「憲法愛国主義」と呼んだ共通の憲法価値である。憲法は、真の魔法の鏡となって、政教分離の文書として、共有された諸原理の総体として、そして「希望を失った」近代的個人が共通のアイデンティティを再構築する場として、提示される。労働者、消費者、有権者、親、所有者、信者、自由思想家など、あらゆる特性、あらゆる生活リズムは、個人が憲法の中に見出す法的存在、法的主題の中に、（化学の言葉で言うなら）沈殿しているのである。諸個人が流動的であったとしても、憲法は諸個人のすべての活動を有機的に連結しうる定点となることによって、個人が漂流するのを防ぐ文書となる。ここでは、諸個人のすべての活動が、熟慮、議論、批判、判断の対象となりうる。なぜなら、憲法が各自に投げ返す像には、客観性よりもむしろ希望や約束が与えられるからである。つまり、男女平等、個人の自由、友愛は、排除や不平等や不正や支配によって毎日のように否定される法的主題のリストの中でも、人々が最も願い、望み、夢見るものである。そして、平等や自由や連帯という憲法の約束と世界の窮乏との間のこのような差異からこそ、まさに、この現実への批判やそれを変えるための政治行動の可能性が生まれるのである。それゆえに、憲法のアイデンティティは、各人に対する「来るべき未来」、あるいは、民主主義的要請の展望であり続けるのである。

結論：展望としての民主主義

融合ではなく分離、啓示ではなく討議、国家ではなく諸個人の社会。現代の立憲主義を特徴づけ、民主主義の形態を転換させるこれらの新たな特質は、もちろん、論争誘発的なものである。ある者は、このような理論の中に民主主義の口やかましい教説を見ることはせず、この「憲法による民主主義」が、宗教のような法と、大司祭のような地位の裁判官とを伴った政治神学への回帰であると分析する¹²⁾。ある者は、合憲性のコントロールによって人民を政治ゲームの外に追いやろうとする¹³⁾、自由主義的¹⁴⁾ないし貴族主義的な権力構想であると告発する。また、ある社会学者は、立憲主義的民主主義の構想の背後に

は、裁判官の利益にかなうよう市民から権力を剥奪し、新たな権力委任を正当化する巧妙なメカニズムを利用した、法律家たち、とりわけ法学教授の権力意思が隠れているのだと考える¹⁵⁾。

現代立憲主義の意味に関するこのようなさまざまな分析は真剣に受けとめなければならない。なぜなら、モンテーニュ (Montaigne) が言うように、「我々は店の奥がどうなっているのかよくわからない」からであり、また、それらの分析は、新たな立憲主義の提示において、常により多くの学問的厳密性を要求しているものだからであり、さらに、そのような立憲主義に関して様々なレベルの理解が生じる理由について考察するよう促してくれるものだからである。それらの分析すべてを同一視するよう主張するつもりはないが、それらの批判的著作の中でも明らかに目立つのは、民主主義の本質主義的定義への信奉である。実際、民主的正統性の唯一の原理である選挙に基づく民主主義や普通選挙の名の下では、「憲法による民主主義」は、自由主義的、貴族主義的、あるいは反市民の政治体制を打ち立てるものであるとみなされてしまう。

彼らが現代立憲主義の意味をこのように理解するのは、民主主義の過去の形態をそのまま摂取しているためであって、こうした理解の仕方は、今の時代を考える妨げとなっている。歴史の中で生み出された民主主義の選挙至上主義的形態は乗り越えることのできる民主主義のあり方であり、それは1992年に提案した「持続的民主主義 (démocratie continue)」という概念によって私が描こうとしたものである。なぜ「持続的」なのか。それは、民主主義は選挙の時点だ

12) Stéphane Rials, «Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme», *Le Débat*, 64, 1991, p.163.

13) Pierre Brunet, «Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ?», in *La notion de justice constitutionnelle*, Dalloz, 2005, p.115.

14) Jean-Marie Denquin, «Éléments pour une théorie constitutionnelle», *Annales de la faculté de droit de Strasbourg*, 2006, n° 8 ; Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit, *Juspoliticum/Situation.html*.

15) Bastien François, «Justice constitutionnelle et 'démocratie constitutionnelle'. Critique du discours constitutionnaliste contemporain», *Droit et Politique*, PUF, 1993.

けで終わるものではなく、政治のリズムを多重化させることによって作られるものであり、このような政治のリズムの多重化はさまざまな法の形式を取り、そして憲法は、選挙に基づくか否かに関わらず、さまざまな政治のリズムが一貫性を失わず、意味を持つことができる場となるからである。もっと控えめに言うなら、民主主義は展望であり続けるからである。

[訳者付記]

本稿は、慶應義塾大学小泉基金による外国人学者招聘費補助制度に基づき、慶應義塾大学フランス公法研究会主宰¹⁶⁾により2013年3月13日に開催されたドミニク・ルソー（Dominique Rousseau）教授（パリ第1大学）の講演“Constitutionnalisme et démocratie”の基礎となった原稿の翻訳である。ルソー教授は、フランスにおける憲法訴訟理論、憲法判例分析の第一人者であり¹⁷⁾、メディアでも憲法問題について積極的な発言を行っている人物である。2002～2006年には、司法官職高等評議会構成員を務め、最近では、2012年にオランド大統領の下で組織された「公共部門の刷新及び倫理に関する委員会」（Commission sur la rénovation et la déontologie de la vie publique）（通称、ジョスパン委員会¹⁸⁾）にも参加している。主著としては、『憲法訴訟法』（第9版、2010年）、『死にゆく第五共和制、民主主義万歳』（2007年）、『サルコジの執政政府』（2012年）、『合憲性優先問題』（2012年）がある。

16) 本講演会開催にあたっては、東北大学グローバルCOE「グローバル時代の男女共同参画と多文化共生」、及び工学院大学からもご協力、ご支援をいただいた。

17) ルソー教授の理論を紹介する邦語文献は数多くあるが、代表的なものとして、山元一「フランスにおける憲法裁判と民主主義」山下健次ほか編『フランスの人権保障—制度と理論』（法律文化社、2001年）77頁以下、同「現代フランス憲法学における立憲主義と民主主義」全国憲法研究会編『憲法問題』13号（2002年）131頁以下あるいは、2008年憲法改正による法律の事後審査制導入の議論も踏まえ、一般的な憲法裁判論・違憲審査制も視野に入れたルソー理論の全体像を描いた最近の論稿として、井上武史「憲法裁判の正当性と民主主義の観念—フランス憲法理論を手がかりに」曾我部真裕・赤坂幸一編著『憲法改革の理論と展開 大石眞先生還暦記念論文集』下巻（信山社、2012年）がある。

18) 徳永貴志「新たな統治構造改革案—ジョスパン委員会報告書」論究ジュリスト2013年冬号80頁を参照されたい。

「立憲主義と民主主義」と題する本講演は、コレージュ・ド・フランス (Le Collège de France) のピエール・ロザンヴァロン (Pierre Rosanvallon) 教授らによる学際的研究プロジェクトの一環として2008年に行われた講演がもとになっており、ロザンヴァロン教授が主催する現代世界研究所によって運営されているインターネットサイト「La Vie des Idées」(<http://www.laviedesidees.fr/>) において講演原稿の全文を原文で読むことができる。

また、慶應義塾大学での講演会当日は、コメンテーターとして招待された樋口陽一教授 (東京大学名誉教授・東北大学名誉教授) とルソー教授との間で活発な議論が交わされた。ここでその詳細を紹介することはできないが、とりわけ、近代立憲主義が前提とする個人像をめぐって、さらには、憲法の射程をめぐって討論が展開されたことを記しておく。