

Title	Ch. Eisenmannにとっての憲法裁判： 《一般意思中心主義》の制度的実現に基づくその正統化
Sub Title	La justice constitutionnelle pour Ch. Eisenmann : sa légitimation sur la base de la réalisation institutionnelle du «principe de la volonté générale»
Author	樋口, 惟月(Higuchi, Izuki)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2024
Jtitle	法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). No.143 (2024. 12) ,p.209- 250
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20241215-0209

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.

Ch. Eisenmann にとっての憲法裁判

——《一般意思中心主義》の制度的実現に 基づくその正統化——

樋 口 惟 月

- 一 はじめに
- 二 Eisenmann の方法論
 - (一) 形式的憲法と法段階説
 - (二) Eisenmann のピラミッドの頂点：主権
 - (三) 小 括
- 三 Eisenmann の憲法裁判論
 - (一) 憲法裁判の必要性
 - (二) 憲法裁判の対象、あるいは違憲性の性質
 - (三) 憲法裁判機関の性質
 - (四) 正統化理論と《一般意思中心主義》
 - (五) 小 括
- 四 今日の合憲性統制への架橋
 - (一) 憲法院による合憲性統制への反応
 - (二) 1928 年論文から「転轍手」理論へ
 - (三) Eisenmann の《一般意思中心主義》
 - (四) Eisenmann の憲法裁判論のイデオロギー性
 - (五) 小 括
- 五 結 び

一 はじめに

1928 年、Charles Eisenmann は、博士論文「La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche」（憲法裁判とオーストリア憲法裁

判所)」（以下、1928年論文とする）¹⁾の中で、議会制が行き詰まりつつあった第三共和制後期のフランスにおいて、革命以来のフランス法の伝統的思考である法律中心主義 (légicentrisme)²⁾を無視することなく、憲法秩序の確保を目的とする合憲性統制の必要性を説くという独自の憲法裁判論を展開した。彼の憲法裁判論は直ちにフランス憲法学に影響を及ぼすことはなかったが、その後1970年代に第五共和制憲法下でいよいよ合憲性統制が実質化すると、時代を超えてその正統化理論の一端を担うこととなる。

本稿は、Eisenmannの憲法裁判論の特徴として、法律中心主義が残っていた当時のフランス法において、合憲性統制の正統化を可能にする《一般意思中心主義》³⁾の存在を指摘することを試みるものである。ここでの問題意識は、筆者の研究関心であるところのフランスにおける憲法の最高規範性の歴史的展開に由来する。フランス法において、憲法の最高規範性が実質的に確保されるようになったのは1970年代の憲法院による合憲性統制以降のことであると一般的には解される⁴⁾。というのも、憲法がその制定と廃止を繰り返してきたのに対して、一貫して存在し続けてきた「市民社会の基本法」⁵⁾とされる民法との関係では、憲法の優位性を合憲性統制

1) C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris (1928) avec une préface de Hans Kelsen, réédition avec un avant-propos de Georges Vedel et une post-face de Louis Favoreu, Economica, 1986, p. 17.

2) 森保憲「フランス憲法院に関する一考察——違憲審査制に関する従来の伝統との関係において——」中央大学大学院研究年報18号I-1 (1989年)、48頁。

3) 一般にフランス法の伝統としては「法律中心主義」が語られてきたが、本稿において《一般意思中心主義》というのは、法律と並んで憲法をも主権者による一般意思の所産として把握することで、憲法の方が法律に対して法段階上優位することを理由として、法律が相対化され、憲法による法律の審査が可能となることを意味する。

4) 滝沢正「フランスにおける憲法の最高法規性に関する一考察」上智法学論集 (1998年)、27頁。

5) フランス民法学の泰斗Jean Carbonnierは「真の憲法、それは民法典である」と述べる (J. CARBONNIER, «Le Code civil», in P. NORA (dir.), *Les lieux de mémoire La Nation*, Gallimard, 1986, p. 309)。同様の見方は星野英一によってもなされる (星野英一『民法のすすめ』(岩波書店、1998年)、122頁)。

なくして説くことは困難であった為である。では、革命以降経験してきた15もの憲法のほとんどが法律に対する優位性を欠いていたのだろうか。70年代にフランス法の地殻変動が起きた結果、規範のピラミッドは建立されたのであって、1971年結社の自由判決を契機としてフランス憲法のみならずフランス法も変化したのだろうか。こうした疑問を出発点として、さらに第五共和制憲法が、この《一般意思中心主義》の下で合憲性統制によって最高規範性を保障されていることから、同憲法がそれまでの合憲性統制を欠くフランス諸憲法と同一地平上に存することを明らかにしたい。

Eisenmannが博士論文をパリ大学に提出した1928年第三共和制後期には、人権規定を欠く第三共和制憲法の下で、法律によって憲法条文の欠缺を補う必要性が生じた結果、法律による自由である「公的自由 (liberté publique)」概念が確立された。同概念を通じて様々な人権が実定法化される中⁶⁾、同憲法が憲法改正権と立法権の階序性に関する明文規定を有していなかったことを理由として、立法権を拘束する人権を保護する規範が存在するか否かが争われることになった。そこで、日本憲法学でもよく知られるAdhémar Esmein、Raymond Carré de Malberg、Léon Duguit、Maurice Hauriouらによって憲法の公権的解釈権の帰属レベルで法律違憲審査制に関する議論が展開されたのである。公的自由を立法権で以て改廃することのできる議会に対して憲法上の制約が機能しない場合、そこには憲法が蹂躪される危険が存するのは明らかであった。そうした第三共和制期末に登場し、大陸型の合憲性統制の利点と憲法裁判の必要性をフランスで説いたのがEisenmannであった。世界初の憲法裁判所であるオーストリア憲法裁判所の立役者・Hans Kelsenの指導の下で執筆された博士論文は、発表当時も関心を集めなかったわけではないが⁷⁾、その影響力はむしろ

6) 浦田一郎「『公的自由』の観念とフランス的人権保障のありかた」一橋社会科学古典資料センター年報9号(1989年)、8-9頁。

7) 日本でも、1930年には美濃部達吉が「オーストリアの憲法裁判所」と題した論文の中でEisenmannの同論文を参照していた。美濃部は、「憲法の規定をして完全に効果あらしむる為には、憲法違反の法律が制定せられた場合に、之を審査して其の無数を確認し宣言し得る機関を設けることが必要である」として

ろ今日の第五共和制憲法下で増していると言えよう。

Eisenmann の 1928 年論文を、今日のフランスの合憲性統制と架橋するのは Louis Favoreu によって提唱された「転轍手 (aiguilleur)」理論⁸⁾ である。この理論によると、憲法院による合憲性統制とは、ある立法について国法上許されないとするのではなく、法律レベルでの制定が許されないと判断することである。憲法院が違憲判決を通じて果たす役割とは、憲法に反する内容の立法が行われる場合には、立法行為の前に憲法改正を行う必要があるとして立法府に踏むべき手続 (ルール) を示す「転轍手」に過ぎないのである。例えば、検閲を可能とする内容を有する立法に関して違憲判決が下された場合、日本では通常立法内容が憲法上許されないと判断されたと解されるが、転轍手理論の下では、当該立法に先立って憲法改正を行う必要があるにも拘らずなされていないことについての手続上の違憲性を示すものに過ぎず、立法内容を批判するものではない。このように解することで、一般意思の表明たる法律を、選挙を経ずに任命された民主的正統性の希薄な憲法院が審査することは正統化されるのである。

この理論自体は日本でも知られているが、その起源が Eisenmann の議論に存するということはそれほど注目されてこなかった。そもそも憲法学の角度から Eisenmann を扱った日本語論文は少なく⁹⁾、彼が実際にフランス憲法学へ及ぼした影響は重視されてきていない。しかし、Eisenmann に

憲法に照らして法律を審査する機関の必要性を説きながら、そうした機関の設置が「立法者の上に立ちて立法を監督するもので、立法者よりも一層優越なる権力を有するもの」となり、それは「立法権を以て國家の最高の権力であるとする思想とは相兩立し難いものである」と指摘していた (美濃部達吉「オーストリアの憲法裁判所」、国家学会雑誌 44 卷 2 号 (1930 年) 2-3 頁)。この思想はフランス法においてはまさに法律中心主義であり、Eisenmann の憲法裁判論はこうした思想を克服しようとしたものであった。

8) L. FAVOREU, «La légitimité du juge constitutionnel», RIDC, vol. 46-2, 1994, pp. 581-582.

9) 主な論考としては、樋口陽一「シャルル・アイゼンマン再読——行政法・憲法・思想史にまたがる maître à penser」書齋の窓 3 号 (2004 年)、15-19 頁、小貫幸浩「国法の一般理論にとつての政治体制分類の問題——方法論的考察、または Ch. アイゼンマン再読——」法政理論 39 卷 4 号 (2007 年)、225-270 頁。

対する過小評価は日本に限られたものではなく、フランス憲法学においても1970年代の合憲性統制の実質化後、FavoreuやGeorges Vedelによって再注目されるまでは忘れられた議論であった¹⁰⁾。

事実、Eisenmannは専らフランスにKelsen理論を輸入した「Kelsenの忠実な弟子」としてばかり紹介されてきており¹¹⁾、彼自身は師匠の影に追いやられていた。しかし、近年フランスでは、彼の師との相違が指摘されるようになってきており¹²⁾、「フランス版ケルゼニズムの創始者」¹³⁾とまで考えられている。こうした指摘からはEisenmannがKelsenの理論をフランス法に「土着化」させたものと解することができるが、本稿では、それを可能にせしめるのがEisenmannがコミットする革命以来のフランスに伝統的な法観であると考える¹⁴⁾。「法律の合憲性統制に関する大叙事

10) L. FAVOREU, «La modernité des vues de Charles Eisenmann sur la justice constitutionnelle», in EISENMANN (1928), *op. cit.*, p. 368, M. TROPER, «Kelsen et l'idéologie des constitutionnalistes français», in C. M. HERRERA (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, LGDJ, 2001, p. 30.

11) C. GUERIN-BARGUES, «La notion de constitution chez Charles Eisenmann et Roger Pinto», in A. LE DIVELLEC (dir.), «La notion de constitution dans la doctrine constitutionnelle de la Troisième République», Éditions Panthéon-Assas, 2020, p. 233. また日本語論文では、小貫幸浩は「フランスでのその〔ケルゼンの〕最も忠実な後継者」(「ケルゼン、シュミットと今日の憲法基礎学・民主制論——近年のフランスからの問題提起に即して——」高岡法学14巻1-2号(2003年)、71頁)と、また、深瀬忠一は「フランスにおける数少ないケルゼニスト」(深瀬忠一「フランスにおける『行政法の憲法的基礎』をめぐる論争について(1)」北大法学論集27巻3-4号(1977年)、546頁)と称している。

12) Gerard Timsitは、「彼は常に人々が想像するほどケルゼニアンだったのだろうか?」と疑問を呈している(G. TIMSIT, «Science juridique et science politique chez Charles Eisenmann» in P. AMSLEK (dir.), *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica, 1986, p. 18)。

13) S. PINA, «La diffusion des travaux de Hans Kelsen», Archives de philosophie du droit, tome 58, 2015, p. 376.

14) 山下威士は、1981年日本公法学会において清宮四郎をはじめとする日本憲法学のKelsen受容を通じて、日本の「憲法学に特定の思考形式」を明らかにすることを試み、『極めて秀れた』日本国憲法の存在によって無自覚的に保障された、この『事実としてある正義の規範力』観」を指摘している(山下威士

詩のパイオニア」と評価される Eisenmann であるが¹⁵⁾、そのパイオニア的側面を実際に支えていたのはフランスに伝統的な法観にほかならなかったことを指摘することが本稿の目指すところである。

しかし、Eisenmann は憲法裁判論を研究人生における主題とすることはなく、合憲性統制に関する論考は、共同報告も含めて以下の 4 本のみである¹⁶⁾。その中でも、そしておそらく Eisenmann のすべての論考の中でも、最もしばしば引用されてきたのが 1928 年論文であるだろう。1928 年当時、人権規定と合憲性統制を欠く第三共和制憲法の下では、法律の形式でなされる憲法解釈が最終的なものとなっていた。そのような時代にあって、Esmein¹⁷⁾ や Carré de Malberg¹⁸⁾ は憲法典以外の憲法レベルの規範の存在を

「ハンス・ケルゼンと日本の憲法学」公法研究 449 号 (1982 年)、96 頁)。本稿は、同様のアプローチで、Eisenmann による Kelsen 受容からフランス法特有の思考形式を明らかにすることを試みる。

15) O. BEAUD, «A propos des écrits de théorie du droit de Charles Eisenmann», *Droits*, n°36 (2002/2), 2002, p. 194.

16) ① 1928 年論文に加え、② C. EISENMANN et L. HAMON, «Juridiction Constitutionnelle en Droit Français : 1875-1961», in C. Heymanns (dir.), *Intervention au Congrès international de Droit comparé*, Hambourg, DE- Köln, 1962, pp. 231-291. 邦訳として、シャルル・アイゼンマン＝レオ・アモン (三好充訳) 「フランスにおける憲法裁判権 (1875-1961)」産業経済研究 19 巻 1 号 (1978 年)、49-85 頁、「フランスにおける憲法裁判権 (1875-1961) (2)」産業経済研究 20 巻 2 号 (1979 年) 319-361 頁、「フランスにおける憲法裁判権 (1875-1961) (3)」産業経済研究 21 巻 1 号 (1980 年) 81-115 頁。③ C. EISENMANN, «Le contrôle juridictionnel des lois en France» (1973) in C. EISENMANN, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, textes réunis par Ch. Leben, Presses de l'université de Panthéon-Assas, 2002, pp. 525-541.、④ C. EISENMANN, «Le contrôle juridictionnel des lois en France» (1973) in C. EISENMANN, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, textes réunis par Ch. Leben, Presses de l'université de Panthéon-Assas, 2002, pp. 525-541 である。

17) A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Sirey, 6^e éd., 1914, p. 2. また、深瀬忠一「A・エスマンの憲法学——フランス現代憲法学の形成 (1) ——」北大法学論集 15 巻 2 号 (1964 年)、樋口陽一『現代民主主義の憲法思想』(創文社、1977 年) 64-76 頁を参照。

18) R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. II,

否定し、法律の合憲性統制を考えてはいなかった。他方、成文憲法に加えて「社会学主義」の下で法律の評価基準を求める Duguit は、社会連帯を憲法改正権者も尊重しなくてはならない憲法にすら上位する規範と捉え、通常法律の合憲性統制だけでなく、憲法改正法律の合憲性統制をも行うことで、議会から最終的な憲法の解釈権を奪おうとした¹⁹⁾。また、Hauriou は、人権宣言をはじめとする個人主義的社会秩序である「社会的憲法」が、国家の組織化に関する通常の憲法である「政治的憲法」に優位するとし、憲法改正の合憲性統制の必要性をも訴えた²⁰⁾。フランスにおいて合憲性統制の必要性を訴える有力な公法学者である二人はどちらも超憲法的規範の存在を認め、違憲な憲法改正があり得ると考えていた。

そうした中で Eisenmann は、Kelsen によって皮肉混じりに「『伝統的』学説の王道 (la grande route royale des doctrines «traditionnelles»)」²¹⁾ と評された当時のフランスにおける有力な合憲性統制肯定論者である Duguit や Hauriou による超憲法的な基礎を必要とする憲法裁判論を果敢に批判し、超憲法的規範の存在を否定しながらも、Carré de Malberg²²⁾ らが認めなかった憲法裁判の必要性を唱えたのである。彼の議論は直ちに影響力を持たなかったとされるが²³⁾、その後、1971 年判決を経て脚光を浴びるように

Sirey, 1922, réed, Dalloz, 2004, p. 505. また、樋口 (1977)・前掲注 17) 6-17 頁を参照。

19) L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel III*, (2^e éd.), Boccard, 1923, p. 764. また、樋口陽一『近代立憲主義と現代国家 新装版』(勁草書房、2016 年(初版は 1973 年)、25-29 頁を参照。

20) M. HAURIOU, *Précis de Droit constitutionnel*, (2^e éd.), Dalloz, 1928, p. 611. また、樋口 (1973)・前掲注 19) 29-32 頁、山元一「『法』《社会像》《民主主義》: フランス憲法思想史研究への一視角 (五・完)」国家学会雑誌 107 巻 9・10 号 (1994 年)、175-179 頁を参照。

21) H. Kelsen, «Préface», in EISENMANN (1928), *op. cit.*, pp. X-XI.

22) Carré de Malberg は、「法律の存在を審査すべき義務を有するのは裁判所ではなく、憲法によってその権限を付与された執行府の首長である。そのことが審署の特別の目的であり、審署の本質的存在理由である」と述べている (CARRE DE MALBERG, *op. cit.*, p. 612)。

23) É. MAULIN, «Aperçu d'une hirsotire française de la modelisation des formes

なる²⁴⁾。憲法院判例が蓄積した90年代には、いよいよ憲法院による合憲性統制の理論的正統化が求められ、1928年論文は著者の死後に転轍手理論を通じて今日の憲法学と結びつくこととなる。

以下では、Eisenmannの方法論が、Kelsenの系譜を継ぎながらも、Kelsenの理論をフランスに〈土着化〉させることを可能にするフランス法的要素が存することを分析し(二)、そうした方法論の下で、Kelsenによる憲法裁判論をフランス法秩序に適合的に改変した憲法裁判論を検討する(三)。そして、今日の合憲性統制の正統化根拠となり得た要因である《一般意思中心主義》の存在を指摘することとする(四)。

二 Eisenmannの方法論

Eisenmannの方法論については、二つの傾向が見られる。第一にKelsenの法段階説の強い影響であり²⁵⁾、第二にKelsenの純粹法学とは相反する「現実主義 (réalisme)」である。EisenmannがKelsenの弟子であるという点がことさらに強調されていた時期においては、一般的に前者のみの見方が有力であったが、近年のEisenmann研究ではKelsenとの相違点としての「現実主義」が分析される²⁶⁾。そうしたEisenmannの方法論の二側面は

de justice constitutionnelle», in É. MAUKIN et al (dir.), *La notion de «justice constitutionnelle»*, Dalloz, 2005, p. 150.

24) 1985年9月に、弟子のPaul Amselekを發起人として、シンポジウム「Eisenmannの思想 (La pensée de Charles Eisenmann)」が開催された。Vedelによれば、当時Eisenmannの1928年論文は注目度が高まっているにも拘らず、「見る目はあるが軽率な利用者からの略奪を免れた僅かな大学図書館とベテラン弁護士個人の蔵でしか入手できなかった」(G. VEDEL, «Avant-propos», in EISENMANN (1986), *op. cit.*, p. V)。

25) P. AMSELEK, «L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann», in AMSELEK, *op. cit.*, p. 34.

26) N. CHIFFLOT, «Le droit administratif de Charles Eisenmann», Dalloz, 2009, p. 8., L. BONNARD, «La pensée constitutionnelle de Charles Eisenmann», *La théorie de l'État entre passé et avenir*, n°8, 2012, pp. 3-4., GUERIN-BARGUES, *op. cit.*, p. 247.

矛盾するものとの指摘もなされるが²⁷⁾、果たして本当に彼の理論は内在的に矛盾していたのだろうか。

とりわけ彼の「現実主義」的傾向を表すものとしては、その「理論と実践を常に結びつけることへの執着」²⁸⁾が指摘される。Eisenmannの行政法学への転向の理由としてその点が指摘されることもあり²⁹⁾、彼は博士論文をはじめとする論文で扱ってきた法理論が行政法及び行政法判例の中にどのように現れるのかに関心を寄せていた。しかし、Eisenmannの「現実主義」はその関心を法学の範囲に留めず、政治にも向けられてきた³⁰⁾。

以下では、Eisenmannの方法論についてはまずKelsen由来の規範階層性を概観し (一)、次いでKelsenとの決定的な相違点である主権観と法学の範囲の認識を確認する (二)。

(一) 形式的憲法と法段階説

1926年、Eisenmannは当時既にオーストリア憲法起草者にしてオーストリア憲法裁判所判事であったKelsenに師事する。師との繋がりにはEisenmannの議論そのものにも如実に表れているが、尤もKelsenもその長い研究生活において徐々に理論を変化させているため、Eisenmannが直接影響を受けた時期のKelsen理論として、主に1928年のフランス語論文「裁判による憲法保障 (La garantie juridictionnelle de la Constitution)」³¹⁾を参照

27) BONNARD, *op. cit.*, p. 8.

28) BONNARD, *op. cit.*, p. 4.

29) CHIFFLOT, *op. cit.*, p. 9.

30) 著名なものとしては、*«L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs»* (1933), in EISENMANN (2002), *op. cit.*, pp. 565-582., *«Napoléon, précurseur de la dictature idéologique»* (1947), in EISENMANN (2002), *op. cit.*, pp. 639-652 等が挙げられる。

31) H. Kelsen, *«La garantie juridictionnelle de la Constitution»* (in RDP, 1928, pp. 197-257), RDP, 1928 Avril-Mai-Juin, pp. 1-61. 本論文は、1928年4月のドイツ国法学者協会 (Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer) の報告が基となり、同年10月にはパリでの国際公法学会 (International Institute of Public Law) で2度目の報告がなされた。本論文は今なおフランス語論文において頻繁に引用されるKelsen論文であり、フランス法学界に対する彼の「広告 (publicité)」としての

する。

Eisenmann はまず、憲法概念には実質的意味と形式的意味があることを指摘する³²⁾。実質的意味の憲法を「法規範の制定に関する規則」と定義するが、これは「国家にとっての重要な法規範を定立し、立法機関と立法手続を決定するルールが、憲法という語の固有かつ本来的で厳密な意味をなす」³³⁾ とする Kelsen の定義を踏襲している。また、形式的意味に関しても、憲法と法律の差異が手続的なものによってのみ生じることが強調されるが³⁴⁾、これも憲法という法形式が持つ特質、すなわち法律形式よりも改正が困難であるという点において憲法が法律に優位すると論じる Kelsen の議論³⁵⁾ の影響を強く受けたものである。実際に1928年論文における憲法概念の定義の中では、Kelsen のいずれの論稿も脚注で示されなかったが、その影響を疑う余地はないだろう。

この憲法概念の実質的意味と形式的意味は、Eisenmann によれば、決して不可分のものではない³⁶⁾。実質的意味に着目すると、一定の憲法はその規範内容のみに基づいて法律と区別されており、形式的には憲法ではないが実質的には憲法と評価されるものが現に諸外国には存在しているからである。その逆も然りであり、この点が彼にとっては重要となる。ある規範を形式的に「憲法化 (constitutionnalisée)」³⁷⁾ する場面において、憲法化という結果に規範内容は影響を及ぼさず、いかなる内容であっても憲法化される可能性がある³⁸⁾。したがって、ある規範が憲法規範か否かを決するの

役割を果たしたと分析される (Pina, *op. cit.*, p. 375)。また、近年はフランス法学が同論文を通して Kelsen を正確に理解してはいなかったことも指摘される (Renaud Baumert, «Hans Kelsen, «La garantie juridictionnelle de la Constitution» (RDP 1928, p. 197 à 257)», RDP, Mars 2024, pp. 99-106)。

32) EISENMANN (1928), *op. cit.*, pp. 3-6.

33) KELSSEN (1928), *op. cit.*, p. 9.

34) EISENMANN (1928), *op. cit.*, p. 3.

35) KELSSEN (1928), *op. cit.*, p. 9.

36) EISENMANN (1928), *op. cit.*, p. 5.

37) *Ibid.*, p. 5.

38) *Ibid.*, pp. 3-12.

は内容ではなく、その形式である。Eisenmann は実質的意味の憲法に関しても、憲法の規範内容に関しては「本質的に憲法的であり、必然的に憲法の形式で規制されるべき事柄」は存在せず、憲法という形式を採る法はいかなる内容であろうと憲法たりうると主張するが³⁹⁾、この主張はまさに Kelsen のものと一致する⁴⁰⁾。

こうした明らかな Kelsen の影響の下で Eisenmann の法理解は規範の階層性を前提とする⁴¹⁾。彼の議論もまた、法の世界を規範ピラミッドに限定づけることで、超憲法的規範の存在を否定するが、Eisenmann による憲法概念は完全に形式的なものに留まっているものでもなければ、Kelsen によるピラミッドと同一のものが観念されているわけでもない。あくまで規範の妥当性の連鎖が階層的にピラミッドを形成しているというイメージを共有しているだけなのである。以下では、彼が Kelsen の理論にどのようなアレンジを加えたのかを検討していく。

(二) Eisenmann のピラミッドの頂点：主権

憲法概念を形式的意味と実質的意味に分類した上で、国家は法に拘束されるとしても自己拘束に留まることを前提に、憲法を形式的概念として解する Eisenmann の理論は、Kelsen 同様、法創造の原点という問題に直面することとなる。周知の通り、Kelsen はこの難題について根本規範を仮定することで決着を付けたが⁴²⁾、こうした仮設的理論に依拠することは、現実として主権が行使されている以上、Eisenmann の現実主義的とされる態度からは許容されなかった⁴³⁾。そこで、彼は根本規範に代わって、規範ピラミッドの頂点にフランス法の古典的な主権概念を君臨させる。

主権概念を法の世界に組み込むという、凡そ Kelsen 理論に鑑みると純

39) *Ibid.*, p. 5.

40) ハンス・ケルゼン（長尾龍一訳）『純粹法学 第二版』（岩波書店、2014年）、215頁。

41) *Ibid.*, p. 22.

42) ケルゼン・前掲注40) pp. 186-213.

43) BONNARD, *op. cit.*, p. 14.

粹性を欠く Eisenmann の理論を理解するには、まず彼の憲法制定権力論を参照する必要がある。

上述の通り、Eisenmann は形式的意味の憲法に重点を置くという点では Kelsen と共通し、憲法の内容は無制約であるため、憲法制定権力を拘束する超憲法的規範の存在を否定する。したがって、彼によれば、人権宣言も通常の立法者に制限を課すことはあっても、憲法制定権力を法的に拘束するものではない⁴⁴⁾。

この点で、彼は、憲法制定権力と憲法改正権の性質を区別しない⁴⁵⁾。仮令憲法上、ある規定の改廃を禁止する条文があったとしても、同条文を法律上定められた改正手続を踏んで改廃すれば、憲法改正の限界は克服されるものと考えていたのである。したがって、彼の考えによれば、共和政体の改正禁止規定に関しても、まず同規定を改正すれば共和政体を改正することは可能となる。そのため、憲法制定権力と憲法改正権の間に差異は存在しない。

こうした Eisenmann の憲法制定権力の理解は彼独自のものではなく、むしろ革命期以来の古典的な憲法制定権力論に他ならない。フランス法における憲法制定権力論は、Emmanuel-Joseph Sieyès によって確立されたとされるが⁴⁶⁾、その定義によれば、憲法制定権力は憲法の前提とされ、これはいかなる拘束も受けず、国民にのみ帰属するものであり、すべてに優先して存在する国民こそが主権者にして憲法制定権力権者であると考えら

44) EISENMANN (1928), *op. cit.*, pp. 95-97.

45) EISENMANN (1928), *op. cit.*, p. 10.

46) E. J. SIEYES, *Qu'est-ce que le Tiers État ?* (1789), Editions du Boucher, 2002. 邦訳として、エマニュエル・シェイエス (稲本洋之助=伊藤洋一=川出良枝=松本英実訳)『第三身分とは何か』(岩波文庫、1950年))。また、Sieyès の憲法制定権力論に関しては、樋口 (1973)・前掲注19) 195-215 頁、浦田一郎「自然権と憲法制定権力：シエースの憲法思想のまとめに代えて」一橋大学研究年報18号 (1988年)、3-68 頁、高野敏樹「憲法制定権力と憲法改正権——『憲法保障』の視点からみたその位相——」調布学園女子短期大学紀要21号 (1988年)、180-215 頁、山本浩三「憲法制定権力論」同志社法学42巻1号 (1990年)、69-87 頁を参照。

れてきた⁴⁷⁾。「国民の意思は、常に最高の法」であり、合法性の根源であるため、国民は憲法を含む法に縛られることはないのである⁴⁸⁾。したがって、憲法改正権は性質上これと同一視され、憲法改正に限界は存しないものと考えられることとなる。それらの区別は権利主体に基づいてなされ、憲法制定権力が国民に帰属するものであるのに対して、憲法改正権は特別代表者に帰属することを理由として区別される⁴⁹⁾。こうした憲法制定権力論は、フランス法に根付いていると解され⁵⁰⁾、当時の主流派公法学者であった Julien Laferrière も、国民主権原理に由来する憲法の絶対的変更可能性がなければその裏付けを失うことを理由として、憲法制定権力に包含される無限界な憲法改正権を主張していた⁵¹⁾。こうした Laferrière の憲法制定権力論は、法とは可変的であり、憲法もその法の一種であることを前提として、一貫して法実証主義に立つものであり Eisenmann にとっても受け入れやすいものであった。

しかし、法実証主義という共通点のみを理由として援用可能なほどにはフランスの伝統的な憲法制定権力論は洗練されたものではない。Sieyès によって憲法に先行する国民が憲法制定権力を有すると提示されたことで、当該権力は自然法的性質を帯びることとなるが、これは主権の実在性を真っ向から否定する Kelsen 理論とは凡そ相容れないものである⁵²⁾。そこで、Kelsen はその非実在性を理由として主権を法学の射程外に置くが、

47) SIEYES, *op. cit.*, p. 53.

48) *Ibid.*, pp. 54-55.

49) Sieyès は、普通代表にしても特別代表にしても、拘束的代表であり、特別代表は国民が特別の委任を与えているものと観念していたとされる（樋口（1973）・前掲注19）203頁）。

50) 山元一「最近のフランスにおける『憲法制定権力』論の復権——オリヴィエ・ポーの『国家権力論』を中心に——」、『現代フランス憲法理論』（信山社、2014年）、82頁。

51) J. LAFERRIERE, *Manuel de droit constitutionnel*, 2^e édition, Domat = Montchrestien, 1947, p. 288.

52) 主権の実在性を問う Kelsen の議論を研究したものとしては、宋偉男「主権の実在性——カール・シュミット『政治神学』の権力論的読解——」社会システム研究 16号、2013年、27-41頁がある。

Eisenmann は逆に主権の実在性を理由として法学の射程内に置く。彼にとっては、根本規範といった仮設的規範に頼ることなく、現に実在する主権概念をピラミッドの頂点に据えるという点で、こうした考えは純粋性を欠くものでは全くなかった。

Kelsen によれば、主権とは自然的実在性を有さない形而上学的なものであり、主権概念を含む「法」の生成過程を法的に把握することは不可能である。主権は「所与の法体系の全般的統一性の言い換え」⁵³⁾ でしかない。法の任務とは法の内容を合理的に再構成することに限定されており⁵⁴⁾、彼は「一切の法的構成を不可避免的に法秩序の存在、即ち法命題及びそのうちに完成された国家意思が存在していることを前提としている。この事実こそそこから一切の法的構成が出発すべき固定点である」⁵⁵⁾ と述べていた。しかし、こうした主権概念に基づくと、革命を契機として革命前と革命後の法秩序が完全に切断されてしまう状況を説明することはできない⁵⁶⁾。つまり、革命を経験し、それ以降も帝政と共和制を行き来したフランス法の歴史から、主権の存在は経験的に説明されるものである以上、形而上学的なものとして捨象し得るほどそれは非実在的なものではないのである。

フランス法学が革命以来、豊かな主権論を構築してきたことは周知の通りである。そこで関心が寄せられるのは Eisenmann が具体的に主権をどのように捉えていたかであるが、残念なことに1928年論文では主権を当然実在するものであるとして、具体的に深く論じられていない。同論文における彼の関心は主権概念そのものではなく、主権の行使としての憲法制定及び憲法改正であり、主権が果たす役割は Kelsen の根本規範同様、憲法の効力根拠でしかなかった。そして、彼の主権概念は根本規範と同様の漠然性を有していたのだ。

したがって、主権論の実在性を認め、根本規範に主権概念を取って代わ

53) 宋・前掲注52) 33頁。

54) 長尾龍一『ケルゼン研究Ⅰ』(信山社、1999年)、204頁。

55) Hans Kelsen, *Hauptprobleme der staatsrechtslehre*, 1911, p. 100 (訳は長尾・前掲注54) 204頁より引用)。

56) この点に関して、宋はロシア革命を例に挙げる。(宋・前掲注52) 32頁)。

らせるという点において、Eisenmann は凡そ Kelsen に忠実ではない。しかしながら、実際のところはそうした逸脱が十分な説得性を持つほど彼の主権論が充実したものであったわけではない。但し、憲法の法律に対する優位を説明する上では、根本規範といった仮設的規範に頼るよりも、革命期以来フランス法で論じられ続けてきた主権をピラミッドの頂点に据える方が、その主権がいかなる主権であったのかは不明瞭でもフランス法と接合しやすいものであったことは確かである。

(三) 小 括

Eisenmann の方法論は Kelsen からの影響を色濃く残す一方、極めてフランス的な法理解に依拠し続けている。本稿の目的の一つとして、Eisenmann が Kelsen の理論をいかにフランス法に適合させたかを分析するというものがあるが、それは主権概念を法学の範囲内に組み込むという方法でなされている。しかし、実際のところ、それは Kelsen からすれば自らが批判の対象としてきた Schmitt への接近であり、Eisenmann はそれら論者に対して Kelsen が展開してきた批判を克服できてはいない。それどころか、Eisenmann は主権の存在をそういうものとして正面から検討してはいなかった。

しかしながら Eisenmann は、ある規範が憲法であるということとその規範の内容は関連せず、憲法の内容は如何様にもなり得るという考えを、Kelsen 由来の法段階説とフランス法に根付く憲法制定権力論の両方から導き出すのである。前者によると、憲法か否かはその内容ではなく形式によって決せられることとなる。また、後者によると、憲法制定権力は主権者による主権の行使の一であり、憲法改正権は憲法制定権力の発動の一形態であるため、憲法の内容は常に無制限となる。

Eisenmann が主権の実在性を前提とした法理論を展開していたことに鑑みると、彼は到底 Kelsen の忠実な弟子ではない。しかし、法段階説と主権論が同一地点に着地していることに着目すると、両者は矛盾することなく Eisenmann の理論の支柱となっていることがわかる。

三 Eisenmannの憲法裁判論

19世紀、法実証主義が強まる中、フランス法学には実定法によって保障された人権である公的自由概念が登場する。そして、19世紀末から20世紀初頭になると、1881年集会の自由法律や1901年結社の自由法律など立法を通じて「公的人権の黄金時代」が到来する。公的自由概念の下では、人権には法律によって保障される人権と保障されない人権が存在することとなり、後者の「無名の自由」⁵⁷⁾は議会に無視される限り保障されなかった。革命以来の法律中心主義に支えられた公的自由の限界がここに存するのである。第三共和制期に展開された合憲性統制の是非を取り巻く議論はこうした状況を反映してのものであった。そうした時代にEisenmannがオーストリア憲法裁判所とその立役者であるKelsenの理論に関心を寄せたことに疑問は生じない。

本節では、DuguitやHauriouといった合憲性統制肯定論者と異なり、超憲法的規範の存在を否定しながらも、EsmeinやCarré de Malbergといった合憲性統制否定論者と同じく主権概念を前提とするEisenmannがどのように憲法裁判論を構成したのかを検討する。とりわけ〈一般意思の表明としての法律〉という法思想と合憲性統制をどのように架橋させたのかに注目する。したがって、まず憲法裁判論の必要性がどのように主張されたのかを(一)、次いで憲法裁判の対象を明確化し(二)、そして憲法裁判機関として具体的にどのようなものを想定していたのかを検討する(三)。また、明示的には説明されていない1928年論文における合憲性統制の正当化理論を検討する(四)。

(一) 憲法裁判の必要性

Eisenmannがどのように憲法裁判の必要性を説くのかを確認する前に、まずなぜフランスが1971年まで合憲性統制を欠いてきたのかを理解しな

57) 浦田(1989)・前掲注6)9頁。

くてはならない。一般にその原因としてはフランス社会の司法権不信が挙げられる⁵⁸⁾。その起源はアンシャン・レژیームにまで遡り、所謂法服貴族による高等法院が恣意的な法令登録拒否などを行い、財政の行き詰まりを引き起こしたことに由来する。以降、革命の動力の一となった司法権不信はフランス社会に根付き、法律中心主義に基づいて立法権が優位することとなる。フランスにおいて憲法裁判の必要性を説く上では、このフランス社会のトラウマにどう対処するかが常に問われることとなる。

Eisenmann の場合は、その必要性を以下のように訴える。

「憲法裁判だけが、憲法規範を、それに制裁を結びつけることによって、法的に拘束力ある規範、つまり真の法規範にするのである。制裁がなければ、憲法はただの政治的なプログラム、せいぜい道徳的に義務的なプログラムに過ぎない。立法者向けの良きアドバイス集とは言えるものの、立法者はそのアドバイスを尊重するも無視するも法的には自由である。というのは、立法者の行為はいずれにせよ有効だからである。それゆえ、憲法裁判は法的な規範であると望まれていただけのものを、真に法的な規範にするのである。憲法は、このようにして、またこのような仕方でのみ従前の法的妥当性を備えた最高の法規範となる」⁵⁹⁾。

これがKelsenの憲法裁判の主張を踏襲していることは容易に推察される。現にKelsenは、「違憲の法令を取り消すことができるという保障を欠く憲法は、技術的な意味において完全な拘束力を有しない」⁶⁰⁾とした上で、「その違憲性を理由としてそれら法的行為を取り消すことができない憲法は、まさに法的観点からすると拘束力を欠く誓約とほとんど同じである」⁶¹⁾と述べている。両者は共に、違憲行為を取消すことのできる機関を設置していないからといって憲法がその法的意義を欠くわけではないと認めながらも、憲法に反する法律が妥当することとなると、それは憲法上規定され

58) 滝沢・前掲注4) 7頁。

59) EISENMANN (1928), *op. cit.*, p. 22.

60) KELSEN (1928), *op. cit.*, p. 54.

61) *Ibid.*, p. 54.

た手続とは異なる立法手続が存することとなるとする⁶²⁾。

Eisenmann が、法秩序の究極的な効力根拠として根本規範ではなく主権を想定していることは前述の通りである。主権による規範設定行為の帰結である憲法を頂点とする法秩序が機能していない状態、すなわち憲法による強制が作用していない状態において、憲法裁判制度が存在しない場合、憲法は形骸化することとなる。制裁を通じて法律に優位する規範としての憲法規範を確実なものにする、つまり上位規範による下位規範の規律を実現するというこのアプローチであるが、これはあくまで形式的憲法を徹底するものであって、憲法の内容如何については無関心である。Eisenmann によれば、憲法裁判は、「憲法の合法性 (légalité constitutionnelle)」⁶³⁾ に法律以下すべての規範を直接的あるいは間接的に従属させることで、「国内法の構築物を新たな究極的レベルに引き上げる」⁶⁴⁾ だけであって、その使命は「いかなるルールも憲法から不当に逸脱していないことを検証する」⁶⁵⁾ ことなのである。

彼は1928年論文の結論部で、憲法裁判制度のあり方には様々あり、それぞれ良し悪しがあれども、またいかなる制度であれども憲法裁判には議論の余地のない重要な意義があるとする⁶⁶⁾。それは「実定法の支配 (règne du droit positif)」を確保するために論理的に必要であるということである⁶⁷⁾。

いかに司法権不信が強いと雖も、主権の行使の帰結である憲法が尊重されない状況は革命によってフランス市民が獲得したものを尊重しない状況であることは否定できない。そこで合憲性の判断が行われることの必要性が一応説得されるとして、次に問題となるのは誰が判断を行うかである。

62) *Ibid.*, pp. 54-55. EISENMANN (1928), *op. cit.*, p. 22.

63) EISENMANN (1928), *op. cit.*, p. 21.

64) *Ibid.*, p. 22.

65) *Ibid.*, p. 20.

66) *Ibid.*, p. 295.

67) *Ibid.*, p. 295.

(二) 憲法裁判の対象、あるいは違憲性の性質

憲法裁判による結論は合憲性または違憲性のいずれかであるが、先に述べた通り、Eisenmann は憲法の形式的概念に依拠していたため、そこで判断されるものは法律の内容ではなく法律の制定手続である⁶⁸⁾。つまり、そこで導かれる違憲性は形式的あるいは手続的なものであり、違憲性の発端が誤った手続にある以上、その主たる原因は立法機関の「無権限 (incompétence)」であると彼は主張する⁶⁹⁾。この主張は、憲法裁判が法律の理論的基礎である一般意思を決して審査するものでもなければ、否定するものでもないということを含意している。つまり、一般意思が誤った手続によって表明されたことを憲法に判断するのであって、表明された一般意思が表明する内容は審査されない。その上で、Eisenmann はこの無権限を二種類に区別する。

第一に「絶対的無権限 (incompétence absolu)」とは、無権限者や無権限の機関による規範の定立や権力の篡奪 (クーデターや革命など) である⁷⁰⁾。例えば革命勢力は勝利することで新憲法の制定という無権限の行為によって無権限でなくなるか、あるいは敗北の結果として有効な旧憲法の下で新憲法制定行為は無効となるかの二者択一となる。これに対して、「相対的無権限 (incompétence relative)」とは、権限を有する機関が、その権限を超えて行為をなす場合である⁷¹⁾。具体例として連邦国家が挙げられ、連邦憲法が連邦政府に留保している事項を州政府が規律する場合が相対的無権限に当たると指摘する⁷²⁾。但し、Eisenmann は相対的無権限の具体例を連邦国家に限定することはない。単一国家においても、立法機関が憲法によ

68) *Ibid.*, p. 17.

69) *Ibid.*, pp. 13-17.

70) *Ibid.*, pp. 13-14.

71) *Ibid.*, p. 14.

72) *Ibid.*, pp. 17-18. そもそも Kelsen は、連邦政府と州政府の権限配分に関する争議を憲法裁判の必要性の第一の根拠としている (KELSEN (1928), *op. cit.*, pp. 57-59)。

て定められた手続の範囲内で権限を付与されている以上、手続に違反してなされた立法行為は、越権的行為と解される⁷³⁾。したがって、憲法制定権力によって憲法事項とされた事項に関して、立法権が越権的に立法化した場合、これは立法内容に関する実体的瑕疵とも解し得るが、実際には憲法事項を無視したという単なる手続的瑕疵である⁷⁴⁾。つまり、憲法事項それ自体は実体的な規則であるが、それは権限の射程を規定するという点で手続上の制約を課すものでしかないのである。形式的憲法概念においては手続的違憲性の審査で事足りるのである。

この実体的瑕疵をも手続的瑕疵に還元する議論こそ、今日の転軸手理論に結びつくものである。しかし、今日の議論が、現に存在する合憲性統制を説明する必要があるのに対して、1928年当時のフランスにおいて合憲性統制は架空のものでしかなかったため、彼は自らの議論を現実適合的にする必要はなかった。そのため、Eisenmannは決して実体的違憲性が存在することはないとする⁷⁵⁾。実体的に違憲な法律であったとしても、それは常に形式的には合憲となり得るものである。先に述べた通り、彼は憲法制定権力と憲法改正権を区別することはなく、憲法改正は無限界であると解する以上、実体的違憲性は不可能な概念である。憲法上規定された手続に反する形で憲法改正がなされているとして違憲判断が下された場合、その判断は合憲的な手続を示すだけである。そして、Eisenmannの徹底した憲法概念の形式主義に従えば、手続的に合憲な改正は、審査の対象とされる法律の内容が如何なるものであろうと違憲とはなり得ないのである。

(三) 憲法裁判機関の性質

Eisenmannが今日のフランス公法学に及ぼした影響は種々あるが、その

73) EISENMANN (1928), *op. cit.*, p. 16.

74) *Ibid.*, p. 16.

75) この主張はその後にも維持された (C. EISENMANN, «Le traité sur la CED: loi simple ou loi constitutionnelle? Réponse à deux arguments» (1954), *in* EISENMANN (2002), *op. cit.*, p. 517)。

うちの一つが合憲性統制に関する大陸型とアメリカ型の分類である⁷⁶⁾。前者はまさにオーストリアのように、特別な憲法裁判所を設置し、裁判官による有権的解釈を認めるKelsen的な合憲性統制である。後者は具体的な争訟における事後的な合憲性統制を指し、日本では一般的に付随的合憲性統制と呼ばれるものである。但しEisenmannによると、性質的な差異は両者の間には存せず、その違いは大陸型の「絶対的または決定的な無効」とアメリカ型の「相対的または限定的な無効」との間の「程度の差異に過ぎない」⁷⁷⁾。大陸型の憲法裁判所が既に制定された法律を無効とする立法機関あるいは準立法機関としての権能を有するのに対して、アメリカ型は通常の裁判所の権能の範囲内での審査に過ぎず、憲法裁判には該当しないとは考えられない。両者はその帰結に程度の差があるだけで、いずれの制度も憲法規範秩序を確保することを使命として負っているのである。

その上で、Eisenmannは大陸型を推奨する。その理由として、彼は「憲法裁判を単一の裁判所の手に集中させることは、組織化、すなわち合理的利点をすべて備えているため、非常に望ましいと思われる」⁷⁸⁾と述べている。ここで言う合理的利点とは、まず判例の一貫性が挙げられる。単一の裁判所がすべての憲法問題を判断するため、判例変更がなされる場合は別として、判例に矛盾が生じることはない⁷⁹⁾。法律が生活の基盤である以上は、法律が誰にとっても同じ価値を持つことは重要なのである。また、憲法裁判所による無効可能性も合理的利点として挙げられる⁸⁰⁾。憲法裁判所によって違憲の法律が法秩序から取り除かれることで、法的安定性と法の均質性は保障される⁸¹⁾。Eisenmannは大陸型とアメリカ型の性質的差異は程度の問題に過ぎないとしていたが、その上でより強度の無効を支持していた。

76) M. CARPENTIE, «Pour de nouveaux «modèles» de justice constitutionnelle», RIDC, vol. 68 n°1 (2016), p. 180. この分類方法が見直されることも近年増えている。

77) EISENMANN (1928), *op. cit.*, p. 106.

78) *Ibid.*, pp. 291-292.

79) *Ibid.*, p. 292.

80) *Ibid.*, p. 292.

81) *Ibid.*, p. 292.

しかし、大陸型の深刻な問題点として、「裁判官の採用問題 (la question du recrutement des juges)」が指摘され、いかなる人的機関も盲目的に信じることはできないとする⁸²⁾。ただEisenmann自身もどういった裁判官が適当か、どういった基準で選出されるべきかについて理論化できておらず、漠然と「このような大問題に精通した人に任せるのが望ましいのではないだろうか」⁸³⁾と述べるのみであった。但し、この問題に対するEisenmannの応答は、後述の憲法院批判⁸⁴⁾の中で洗練されている。

以上のようにして憲法裁判を大陸型とアメリカ型に分類し、前者を支持するEisenmannであるが、大陸型の方が優れていると述べるだけであって、大陸型の憲法裁判がすべての国に適しているわけではないことを結論部では明かしている⁸⁵⁾。極めて有用と考えられる大陸型であっても、憲法が「純粋な形式 (pure forme)」でしかない場合には憲法裁判所の設置は不適当であり、その具体例としては第三共和制期の人権宣言が挙げられる⁸⁶⁾。つまり、Eisenmannは大陸型の憲法裁判所を直ちにフランスに設置できるものとは考えていなかった。

しかしながら、憲法裁判制度のあり方が不適当であるという指摘は、憲法裁判制度の不要を意味しない。大陸型が当時のフランスに不適当であるからと言って、憲法裁判そのものが不要であったわけではないことは、彼がその必要性として実定法の支配の確保を挙げていることから明らかである。

(四) 正統化理論と《一般意思中心主義》

先に述べた通り、フランスにおける合憲性統制にとっての障害は法律中

82) *Ibid.*, p. 293.

83) *Ibid.*, p. 294.

84) EISENMANN (1973), *op. cit.*, p. 537.

85) EISENMANN (1928), *op. cit.*, p. 294.

86) *Ibid.*, p. 294. Eisenmannは、人権宣言が憲法レベルの規範に再び組み込まれるか否かについては検討の余地があるが、その問題は1928年論文のテーマとは無関係であるとする。

心主義である。革命以来、代表によって制定された法律を裁判官が審査することは忌避されてきたのである。そうした中でEisenmannによる憲法裁判論の展開はそれ自体がフランス法伝統に挑戦的であったと評価し得る。そうした挑戦において、Eisenmannは法律中心主義をも克服し、憲法裁判によって一般意思の表明が損われることはないことを論ずる必要があった。しかし、Eisenmannは法律中心主義への応答を明示的には行っていない。主権の実在性を主張するなど、根本的な点でKelsenとは決定的な違いがあるにも関わらず、彼はそれを全面に押し出してはいなかったのである。したがって、以下では1928年論文において提示された理論から《一般意思中心主義》の下での合憲性統制の正統化を行うが、それは必ずしもEisenmann自身が明示的に提示したものではない。

第一に、憲法裁判が審査の対象とするものがあくまで手続であるという点が重要となる。当然のことながら、一般意思が表明されるのは法律の手続の内においてではなく、その内容そのものにおいてである。例えば、結社の自由を保障する法律が違法な立法手続の下で制定された場合、同法律に表明された一般意思は結社の自由の保障だけであって、違法な立法手続によって制定されることまでは含んではない。憲法裁判の対象が手続に留まる以上は、そこでは法律の内容、つまり一般意思が審査されることはないのである。

第二に、憲法制定権力の万能性が挙げられる。先述の通り、Eisenmannは、憲法改正の限界を否定し憲法制定権力を万能なものと捉え、そして同権力と憲法改正権を同一視する。したがって、違憲判決それ自体は立法の限界を示すものではないのである。ある法律が憲法と矛盾することを理由として違憲判決が下されたとしても、憲法制定権力の行使としての憲法改正によって矛盾する憲法条文の改正を当該法律の制定に先んじて行うことは可能なのである。

ここで問題となるのが憲法制定権力と通常の立法権を異らしめるものであるが、このことについてEisenmannは1928年論文の中で明らかにしていない。しかし、Eisenmannの憲法制定権力の捉え方に影響を及ぼしたと思われるSieyèsによると、特別代表だけが憲法を制定あるいは改正するこ

とができ⁸⁷⁾、特別代表は「その代表方法の如何を問わず、またその集会や討議の方法が如何なるものであっても、彼らが人民の特別の授權に基づいて行動することを無視し得ない限り——彼らに委任した国民が如何にしてそれを無視することができようか——彼らの共同意思は国民自身の共同意思に相当するのである」⁸⁸⁾。Sieyèsが「共同意思 (volonté commune)」と「一般意思 (volonté générale)」を区別していないこと⁸⁹⁾に鑑みると、憲法もまた特別代表を通じて一般意思を表明するものである。Eisenmann自身は主権者と憲法制定権力を結ぶ特別代表について言及してはいないため、特別代表概念そのものについては無視せざるを得ないが、ここで重要なのは憲法制定権力が主権者によって一般意思を表明するものであるのに対し、立法権は憲法によって委任された機関によって一般意思を表明するものであるという点である。さらにEisenmannの場合は、そこに法の動的理論を重ねることができる。同理論によって、立法は憲法の執行行為であり、法律の効力根拠は憲法であるため、憲法は法律に優位することになる。つまり、憲法制定権力は、その権力の行使主体という点においても、また立法権が憲法によって授權された権能であるという点においても、立法権に優位するのである。表明される一般意思にも優劣関係があるならば、上位の一般意思に下位の一般意思に従わせることは、法律中心主義の基底となっている〈一般意思の表明としての法律〉と矛盾することはないだろう。

(五) 小 括

Eisenmannの憲法理論には、Kelsenからの影響（形式的憲法概念、法の動的理論、強制規範秩序）とフランスに伝統的な法観からの影響（Sieyès的主権論及び憲法制定権力論）が明確に見られる。両者は一見すると両立し得ない概念であるが、Eisenmannの理論においてはそれぞれが相反することなく憲法裁判による法秩序の形成を目指している。

87) SIEYES, *op. cit.*, pp. 56-57.

88) *Ibid.*, p. 57.

89) 浦田一郎「1789年におけるシェイエスの主権論」一橋研究23号（1972年）、4頁。

彼によれば、主権は具体的に実在する国民による決定行為であるため、主権概念は実在するものであり、主権の行使である憲法制定権力は改正権と区別されず、限界は存在しない。つまり、憲法典は主権を反映したものである。しかし、制裁を欠く憲法典は単なる政治的プログラムに過ぎないため、裁判所による法律の審査が必要となる。そこでは、一般に国民の一般意思の表明とされる法律を憲法裁判官らが審査することとなるが、そこでの審査はあくまで手続的審査に留まるため、法律の内容を形成する一般意思を否定するものではない。それどころか一般意思の表明たる法律を、Sieyèsの言うところの特別代表による一般意思の表明たる憲法に適合させることは、一般意思に資するのである。このようにして、Eisenmannは、超憲法的規範の存在を否定し、あくまで憲法制定権力の万能性を前提としながら、憲法裁判の必要性を唱えた。

四 今日の合憲性統制への架橋

今日のフランスでは、憲法院は事前立法審査だけでなく、2008年の憲法改正で新たに導入された合憲性優先問題（QPC）制度による事後審査も行うようになっており、Eisenmannが憲法裁判論を展開した1928年の状況とは大きく異なっている。そうした現代においてEisenmannの理論の意義はどこにあるのだろうか。何が彼の憲法裁判論を今日のフランス憲法学に思い出させたのだろうか。

本節では、1970年代のフランスでの合憲性統制の実質化に対するEisenmannの反応を確認し（一）、その上で1928年論文が今日のフランス憲法学においてどのように息を吹き返したのかを検討する（二）。そして、第三共和制憲法下のみならず第五共和制憲法の下でも合憲性統制を正統化することを可能にするEisenmannの憲法裁判論の中にも見られる《一般意思中心主義》（三）とそのイデオロギー性（四）を明らかにする。

（一）憲法院による合憲性統制への反応

Eisenmannの1928年論文が脚光を浴びるようになった契機は、1970年

代の憲法院による合憲性統制の実質化である。

1971年7月16日憲法院判決⁹⁰⁾によって、1901年の結社の自由法律を改正し、結社の法人格取得を届出制から大審裁判所による事前審査性にすることを目指していた同法の改正案は、同法が保障する結社の自由を侵害するものと判示された。同判決では、1946年憲法前文及び1789年人権宣言について、それらが第五共和制憲法前文で言及されていたことから、その憲法規範性が認められ、1946年憲法前文で言及される「共和国の諸法律によって承認された基本的諸原理」に憲法的価値を認め、1901年法律で保障された結社の自由もその基本的諸原理の一であるとした。一般にこの1971年判決によって憲法院は人権保障機関となったものと評価される⁹¹⁾。

その3年後、1974年10月29日の憲法改正によって憲法院への付託権が、大統領、首相並びに両議院議長から、それらに加えて両議院の60名以上の議員にまで拡大された。これにより、法案に反対する立場からの合憲性統制の申立が可能となり、人権抑圧的な政府提出法案への防波堤としての機能を憲法院が果たし得ることとなった⁹²⁾。

こうして1970年代以降、憲法院での合憲性統制は活発化し、様々な重要判例が下されるようになったが、フランスでの合憲性統制を長年阻んできた〈一般意思の表明たる法律の審査〉という問題そのものは理論的に解決されてはならず、フランス法伝統と実態は乖離していた。

かつて憲法裁判論を展開したEisenmannであったが、1971年判決に対する評価は必ずしも好意的ではなかった。彼は憲法裁判が政治権力あるいは憲法院によって悪用されるリスクを指摘した⁹³⁾。同論文が書かれたのは1974年憲法改正前であったため、第一の批判は、憲法院への付託が大統領、首相、両院議長に限定されていたことに向けられる。というのも付託権者

90) Décision n°71-44 DC du 16 juillet 1971.

91) 山元一「憲法院の人権保障機関へのメタモルフォーゼ——結社の自由判決」、『現代フランス憲法理論』（信山社、2014年）、373-374頁。

92) 滝沢・前掲注4）、27頁。

93) Eisenmann (1973), *op. cit.*, p. 538. また同様の主張はドイツの憲法裁判所に関する研究においてもなされている (Eisenmann (1982), *op. cit.*)。

が与党に独占されていることは、合憲性統制の中立性を損ね、政治の道具と化す可能性を多に孕んでいるからである⁹⁴⁾。上述の通り、1974年憲法改正によって付託権者が拡大し、こうした批判はある程度弱められることとなっただろう。第二に、彼の批判は憲法院の構成にも向けられる。憲法院構成員の任命は大統領と両院議長の裁量に委ねられており、その任期も9年と比較的長い。閣僚、両院議員、経済社会評議会の委員は、憲法院の構成員になることが制限されるが、いずれも憲法院構成員に任命される前日までに辞任しさえすれば良いため、この制限は実質的には意味をなしてはおらず、「『任命権者』の選択の自由 (La liberté de choix des «nommants»)」はほぼ無制限である⁹⁵⁾。したがって、憲法院の構成は任命権者の政治的恣意性を如実に反映することとなる。

そして第三に、上記の二つの政治的リスクとは異なる角度から、Eisenmannは「裁判官統治」を強調する⁹⁶⁾。1928年論文では検討されなかった解釈行為について、70年代以降にはEisenmannは憲法裁判官による解釈行為は一定のレベルで憲法制定に携わることを意味し⁹⁷⁾、また法律の無効判断は立法に携わることを意味するものと述べている⁹⁸⁾。裁判官による憲法解釈はそもそも憲法制定権力と立法権に密接に関わるものと認めた上で、Eisenmannは憲法裁判官には通常の司法権と同じ限界が課されているとする⁹⁹⁾。つまり、憲法裁判官とて、その権限はあくまである条文についての可能な解釈の一つを選択に留まるのであって、憲法典上定められ

94) Eisenmann (1973), *op. cit.*, p. 538.

95) Eisenmann (1973), *op. cit.*, p. 537.

96) 1928年論文において、Eisenmannは「裁判官統治」について論じることに積極的ではなかった (Eisenmann (1928), *op. cit.*, p. 19)。

97) Eisenmann (1982), *op. cit.*, p. 562. また、Jean-Jacques Bienvenuの分析によれば、Eisenmannにとっての解釈行為とは①意味が不明確なテキストは規範となり得ず、②解釈は規範に基づくのではなく、テキストのみに基づき、③解釈の効果はテキストを規範へと変化させることである (J.-J. BIENVENU, «Les idées de Charles Eisenmann et maître d'interprétation juridique», in AMSELEK, *op. cit.*, p. 71)。

98) Eisenmann (1982), *op. cit.*, p. 562.

99) Eisenmann (1982), *op. cit.*, p. 563.

ていない規範を援用するような新たな規範の創造行為は司法権の限界を超えるものである。また、いかなる憲法改正の審査も越権行為に当たるとする。一般に、裁判官が創出した超憲法的規範を援用しての審査と、憲法改正を制限する憲法条文を援用しての審査は区別されるが、前者は裁判官統治であるとされても後者は許容される。しかし、Eisenmannは両者を共に批判する。もちろん前者は憲法裁判官による憲法制定権力の行使に当たるからであるが、後者については既定の憲法条文も、新たな憲法を改正する憲法的法律もいずれも憲法制定権力の行使に他ならず、両者には法的性質上差異がないからである。1928年論文での憲法の定義において、憲法の形式的概念を強調し、憲法規範間の序列の存在を否定したEisenmannの姿勢は70年代にあっても維持されていた。

以上のようにEisenmannは、合憲性統制そのものと、憲法院による合憲性統制が孕む政治的リスクと裁判官統治を主張している。彼の議論に従うと、第五共和制憲法前文から1946年憲法前文及び人権宣言を憲法レベルの規範へと引き上げることは許容されたとしても、「共和国の諸法律によって承認された基本的諸原理」を憲法院が判断する現状は、憲法制定権力の行使に他ならないだろう¹⁰⁰⁾。結社の自由判決は、合憲性統制の実現という一点においては1928年論文での彼の主張が現実化されたと解し得るが、大陸型の憲法裁判がフランスに不適合な理由として彼が挙げた、人権宣言が形式的憲法ではないという問題が、憲法裁判を通じて半ば裁判官による法創出行為として解消されたことに鑑みると、現実には彼があるべきとした憲法裁判の姿とは異なったものとなっていた。

100) また、彼は1957年に行政法分野における合法性 (légalité) 概念の定義に関する問題について言及し、その中で行政が遵守すべき、契約等も含むすべてのルールを含む「合法性ブロック (bloc de légalité)」が存在することを指摘し、批判した (C. EISENMANN, «Le droit administrative et le principe de légalité», EDCE, 1957, p. 25)。皮肉なことに、この「合法性ブロック」が、1971年結社の自由判決以降徐々に拡大する「憲法ブロック (bloc de constitutionnalité)」のアイデアの原型となっている (L. FAVOREU, «Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel», *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Éditions Cujas 1975, rééd. 1977, p. 34)。

(二) 1928年論文から「転轍手」理論へ

Eisenmann は1928年論文以降、憲法裁判への関心を徐々に失い、憲法院による合憲性統制については消極的な態度を示してきたとされるが¹⁰¹⁾、彼の憲法裁判論そのものはやがて彼の手を離れ、Favoreu と Vedel によって現実の合憲性統制と接続させられる。

今日広く知られる転轍手理論は、Favoreu による1982年国有化判決¹⁰²⁾の評釈に既に見られる¹⁰³⁾。彼は、憲法院の判決は法律の制定を妨げるものではなく、憲法改正によって違憲性を解消すれば良いだけだから、憲法院の役割は単に「転轍手あるいは運転指令員 (régulateur)」であると述べている¹⁰⁴⁾。ここではEisenmann の名前もKelsen の名前も出されないが、同様の主張を1994年に理論化する際には両者の名前が出される。そこでは、憲法院による違憲判決が果たす役割とは、「錠前」や「障壁」ではなく、「転轍機 (aiguillage)」であって、憲法院判決は当該立法の道を完全に断つものではなく、別のルート (=憲法改正) を示すものに過ぎないと述べている。彼は、「Kelsen と Eisenmann の理論に基づくと、凡そ違憲性は、たとえ実質的なものであったとしても、結局のところは通常の立法者の無権限として分析することが可能である」¹⁰⁵⁾と述べ、Eisenmann の1928年論文¹⁰⁶⁾を引用する¹⁰⁷⁾。これは上述の立法上の実体的瑕疵も手続的瑕疵に還

101) FAVOREU (1986), *op. cit.*, pp. 368-369.

102) Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, Décision n° 82-139 DC du 11 février 1982.

103) L. FAVOREU, «Les Décisions du conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisation», RDP, 1982, pp. 377-420.

104) *Ibid.*, pp. 419-420.

105) FAVOREU (1994), *op. cit.*, pp. 578-579.

106) EISENMANN (1928), *op. cit.*, p. 17.

107) ここでFavoreuはKelsenの著作を引用することはない。彼もまたEisenmannは当然Kelsenに忠実であるとしてこのような引用の仕方をしたのか、それともこのような引用が、EisenmannがKelsenに忠実であるという誤解を生じさせたのかは定かではない。

元されるという Eisenmann の主張である。

但し、Eisenmann が憲法そのものを手続的概念と定義し、実体的違憲性は存在し得ないものと考えていたのに対して、Favoreu は必ずしもそうした考えを共有していたわけではない。そのことは、Favoreu が憲法典以外の規範への憲法規範の拡大を認める「憲法ブロック」を理論化したことからわかる¹⁰⁸⁾。また、Eisenmann や Kelsen が構想した強制規範秩序における制裁は無効可能性として現れているのに対して、Favoreu は「憲法裁判官は最後の言葉を語ら」ず¹⁰⁹⁾、最終判断は「世論 (l'opinion publique)」が下すものと主張する¹¹⁰⁾。Favoreu は、「最終的には国内での判例とその活動に照らして、その機関を受容するか拒絶するかを決める」のが「世論」であると述べるが¹¹¹⁾、ここで言う「世論」が具体的にどの集団を指すのかは言及されていない。しかしながら、Favoreu が転轍手理論において力点を置いたのは、世論といった憲法院の判断を覆す権力の存在についてではなく、憲法院が「憲法による規範的諸権限の配分を規範作成手続の問題として適用」¹¹²⁾しているに過ぎないという点である。

他方、Vedel も 1992 年に、Eisenmann の理論を借用しながら、憲法院の判断の限界の存在を殊に強調した¹¹³⁾。彼は、Favoreu の「転轍手」に代わって、「親臨座 (lit de justice)」という比喻を用いる。親臨座とは、アンシャン・レジームにおいて高等法院によって法令登録が拒否された場合に、国王自らが高等法院に赴いて法令を強制的に登録させる為に開く会合のことである¹¹⁴⁾。この親臨座が指すのは、憲法院による合憲性統制ではなく、憲法制定権力の発動たる憲法改正である。高等法院同様に民主的正統性の

108) FAVOREU (1975), *op. cit.*, p. 34.

109) FAVOREU (1994), *op. cit.*, p. 581.

110) *Ibid.*, p. 581.

111) *Ibid.*, p. 581.

112) 塚本俊之「フランス憲法判例における憲法制定権力論——政治法学における法と政治の接合について」香川法学32巻1・2号(2013年)、61頁。

113) VEDEL (1992), *op. cit.*, p. 173.

114) 今村真介「リ・ド・ジュスティス Lit de Justice について」一橋研究28巻1号(2003年)、73頁。

乏しい憲法院の判断は、憲法制定権力によって覆し得るのであり、そこに憲法院の合憲性統制の限界があるとする。Vedelによる憲法観念と憲法制定権力論はEisenmannのものと類似し、彼もまた憲法の形式的概念を採用し、憲法制定権力と憲法改正権を同一視する憲法改正無限界論に立ち、超憲法的規範の存在を否定する。但し、こうした態度はフランスの憲法理論の支配的な見解であったとされている¹¹⁵⁾。そのため、Eisenmannがフランス法に適合的に変更を加えたKelsen的憲法裁判論をVedelが援用することは不思議ではない。

Vedelが1992年に、Favoreuが1994年に相次いでEisenmannの憲法裁判論を引用した背景には、1992年のマーストリヒト条約に関する三つの憲法院判決がある。1992年2月7日に締結された同条約は単一通貨の創設、域内自由通行の原則に加えて、欧州連合市民への市町村議会議員の選挙権・非選挙権の付与を加盟国に要請するものであったため、これが1958年憲法3条で保障される国民主権に抵触すると考えられた。そこで批准に先立つ憲法改正の要否を確認するために同条約は憲法院に付託され、憲法院は同条約が憲法に違反すると判示した（1992年4月9日マーストリヒト第一判決¹¹⁶⁾）。

これを受け、政府は1958年憲法3条を改正するのではなく、同条約を反映した新条文を追加する改正案を提出することで違憲性の解消を試み、本法案は両院合同会議で可決された。しかし、この憲法改正によって単に一つの憲法内に矛盾する条文が存在することとなっただけであり、第一判決で示された違憲性は解消されていないとして、6月に再び同条約は憲法院に付託され、憲法院は規定の憲法条文と新たに追加された憲法条文の矛盾を前に憲法改正の合憲性を審査することとなった。結論から言うと、同条約の違憲性は憲法改正によって解消されたと判断されたが（1992年9月2日マーストリヒト第二判決¹¹⁷⁾）、そこで憲法院は、憲法改正は憲法制定

115) 山元・前掲注91) 191頁。

116) Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992.

117) Décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992.

権力の行使であり、憲法制定権力は「主権的 (souverain)」であるが、憲法制定権力には憲法典上規定された手続的・実体的制約が課されているものと明らかにした (Cons. 19)。

第二判決を受け、9月20日には同条約を批准する法案に関するレファレンダムが実施され、僅差で賛成派が上回る結果となった。そこでレファレンダムで承認された法律の合憲性が憲法院に問われた (1992年9月23日 マーストリヒト第三判決¹¹⁸⁾)。この第三判決では、1958年憲法61条2項の「諸法律」とは「国会によって可決された法律」を指すのであって、「レファレンダムを通じてフランス国民によって採択された法律」は「国民主権の直接的表明」であるため、憲法院による審査対象とはならないとされた (Cons. 2)。

この一連の判決に見られる憲法院による合憲性統制の実態は、憲法院の構成に対する疑義を別にして、Eisenmannが提唱した憲法裁判と一定のレベルで一致している。とりわけ第二判決でなされた、憲法制定権力と憲法改正権の同一視や、憲法制定権力の主権的性格はまさに彼の議論と一致する。事実、憲法制定権力の発動によって憲法改正は適当とされる仕方でも自由に行い得るという考えの基礎には、「憲法内部における実質的階層性という観念」を否定する法実証主義的思考が存在していると指摘されている¹¹⁹⁾。また、第三判決で示されたレファレンダムを通じて採択された法律を「国民主権の直接的表明」とする理解も、Eisenmannの極めて漠然とした主権論と衝突することはない。

だが、第二判決での憲法院の態度をEisenmannが歓迎するのは疑問が残る。Eisenmannによれば、憲法裁判所は手続的違憲性のみを審査することが可能であり、内容的違憲性は存在しないが、同判決は憲法改正に課されるのが手続的制約のみならず実体的なものにまで及ぶとする。憲法院による憲法改正の限界の指摘が、違憲の憲法改正の存在を示しているのかについては判例のみからは明確ではない。しかし、憲法院が内容的制約の例

118) Décision n° 92-313 DC du 23 septembre 1992.

119) 山元・前掲注91) 172頁。

として共和政体改正禁止規定をあげていることから、共和制の廃止を憲法上不可能にしたものと解する論者もあり¹²⁰⁾、国民投票に基づく憲法正でない限り、憲法院は憲法改正の形式的違憲性だけでなく内容的違憲性も判断し得るとするのが有力説とされている¹²¹⁾。つまるところ、Eisenmannの憲法裁判論は、手続的合憲性統制という点で現実の憲法院の判断とは摩擦が生じるものとなっている。彼によれば、憲法そのものを専ら制定手続に着目して捉えたことで、違憲は手続違背に留まるのである。

しかし、第二判決による憲法改正権を憲法制定権力の行使と見る考え方は、「第三共和制期の公法学説における伝統的思考」をそのまま引き継いでいると考えられており¹²²⁾、Eisenmannがこの伝統的思考を前提として憲法裁判論を展開してきたことは上述の通りである。彼がこの憲法制定権力論の上にKelsen的合憲性統制を行う理論を展開したのに対し、憲法院もまた伝統的な憲法制定権力論の下で合憲性統制を現実を実施している。Eisenmannによる法学の範囲や規範段階説、違憲性の定義をここでは無視すると、彼の憲法裁判論と現実の憲法院による合憲性統制の接続点は自ずと見えてくる。それは憲法制定権力論であり、Eisenmannが師匠に齒向かう形で法学に組み込んだ主権論である。

(三) Eisenmann の《一般意思中心主義》

人権宣言6条は「法律は一般意思の表明である」と述べる。人権宣言が憲法レベルの規範であるか否かは、第三共和制期には盛んに論じられたが、1971年憲法院判決を経た今日のフランスにおいては当然人権宣言も憲法ブロックを構成するものとして憲法規範性が認められている。したがって、当該条文で示された法律中心主義は、1928年時点よりも1971年以降は強化あるいは実定法化されたものと考えられる。法律中心主義を不文律として認識していた第三共和制期と憲法ブロックが形成された現代とでは、前

120) F. LUCHAIRE, «L'Union européenne et la constitution», RDP, 1992, p. 1591.

121) 山元・前掲注91) 174-175頁。

122) 山元・前掲注91) 172頁。

者の方が法律中心主義が憲法上の要請となっていなかったことから、合憲性統制のハードルは低く見えるが、実際には合憲性統制は第五共和制期に実現した。そこで合憲性統制は法律中心主義をも乗り越える正統化理論が必要となり、その結果として、前節の転輻手理論が提唱されることとなったのである。

Eisenmann の憲法裁判論が転輻手理論へと変化する上で重要な要素となったのが、憲法制定権力論及び主権論であることは上述の通りである。本節では、Kelsen が否定した主権論を維持することが、如何にして合憲性統制において法律中心主義を克服したのかを検討する。

「憲法規範、すなわち通常の立法に関するルールあるいは憲法の改正に関するルールは、国内法秩序において主権的 (souveraines) である」¹²³⁾。1928年論文の憲法の最高規範性に関する節の中でEisenmannはこう述べる。さらに「法的ルールを創出する法よりも、法を創造する機関が望ましいならば、憲法制定権者は（厳密な意味で、すなわち歴史的に）法的主権者である」¹²⁴⁾と続け、これを理由として、彼は憲法の最高規範性と憲法改正無限界説を説く。主権とは前国家的なものであるため法的拘束を受けず、それを行使して行われる憲法制定行為には既存の憲法を改正することも含まれるため、主権の万能性の下で憲法改正は無制限に行われる。

彼のこうした思考は、1936年 Arrighi 事件国務院判決¹²⁵⁾の評釈¹²⁶⁾においても伺える。同判決で示された「法律遮蔽の理論 (théorie de loi-écran) によると、行政裁判官は議会制定法に照らして行政の行為を統制するのであって、憲法に照らして議会制定法、さらには委任命令及び執行命令を統制することはできない。つまり、行政裁判所による合憲性統制は、立法が「障壁 (écran)」となって妨げられるのである。Eisenmann は、同理論が

123) EISENMANN (1928), *op. cit.*, p. 9.

124) *Ibid.*, pp. 9-10.

125) CE 6 novembre 1936, Arrighi, D., Arrighi 事件は、重要行政法判例のうちの一つであり、同判決において国務院は、法律遮蔽理論を用いて法律と委任命令の憲法適合性の審査を拒否した。

126) C. EISENMANN, «6 novembre 1936», Dalloz, III, 1938, p. 3.

一見すると憲法の存在を無視しているように見えることを指摘した上で、フランス法は憲法改正に関する手続と通常の立法手続を明確に区別しているため、手続に応じた規範の階層化が存在することを肯定する¹²⁷⁾。そして、「法律遮蔽の理論」の下では、憲法改正手続と立法手続が区別されており、立法府の権限に対する憲法上の限界の存在が無視されていたわけではないため、この「法律遮蔽の理論」によって「立法議会の主権 (la souveraineté du Parlement législateur)」が当然導き出される¹²⁸⁾。

Eisenmannの主権の存在を前提とする態度はその後も維持され、1928年論文では明らかにされなかった主権の捉え方が1968年の論文の中で僅かに開示された。同論文でのEisenmannによる国民主権論批判¹²⁹⁾は、樋口陽一と杉原泰雄によって行われたいわゆる70年代主権論争において、両者が共通の前提としていた国民主権概念のイデオロギー性と一致する¹³⁰⁾。両者が議論の前提としていたのは、Carré de Malbergの国民主権・人民主権峻別論¹³¹⁾であり、Eisenmannはこれに忠実に従ったに過ぎない。

Eisenmannによれば、1791年憲法下の制限選挙を例として、国民主権論は統治者が被治者の政治参加を妨げるための詭弁であり、人権宣言6条と制限選挙の矛盾を隠蔽するために設えられたものである。彼によれば本来主権とは「一定の決定を下す権限 (pouvoir de prendre certaines décisions)」であり¹³²⁾、具体的な人間の意思に基づいて憲法秩序を創出・変更することを意味する「意思行為 (actes de volonté)」は実在する人間以外には成し得

127) EISENMANN (1938), *op. cit.*, p. 2.

128) *Ibid.*, p. 2.

129) C. EISENMANN, «Essai d'une classification théorique des formes de gouvernement» (1968), in EISENMANN (2002), *op. cit.*, p. 384.

130) 樋口 (1973)・前掲注19) 298-299頁。杉原泰雄『国民主権の研究』(岩波書店、1971年) 299頁。

131) CARRE DE MALBERG, *op. cit.*, pp. 70-88.

132) こうしたEisenmannの主権概念は、主権者の決断行為という事実に重きを置くCarl Schmittの決断主義と部分的に類似する。KelsenがSchmittの主権論に対して展開した、主権の実在性を説くことは「認識手段に過ぎないものを認識対象として」取り違えてしまう「二重化」であるという批判は、Eisenmannにも妥当する。

ない¹³³⁾。したがって、国家法人説のように、主権の帰属主体と行使を区別したことが批判される。

こうしたイデオロギー批判はKelsenを想起させるが¹³⁴⁾、主権そのものを批判の対象としないEisenmannは当然Kelsenの批判の対象にもなり得る。Eisenmann理論において、国法秩序成立以前に、すなわちいわば〈法なき世界〉において、主権を法的に発動することは可能である、とされることになる。ここにおいて、彼の理論は、Kelsenのそれと完全に袂を分かたつ。彼は憲法の下の主権を否定しており¹³⁵⁾、1928年論文において憲法の上位に主権が明示的に置かれたことに照らすと、彼のこうした傾向は一貫しているように思われる。彼が主権及び憲法制定権力を前国家的・前法秩序的なものと考えていることは1928年論文でも示されている通りであり¹³⁶⁾、新たな法秩序の創出は主権の行使の結果であるため、それは従前の憲法に拘束されることはない。この点において、革命が念頭に置かれていることは明らかである。

問題はEisenmannの言う「意思 (volonté)」をどう理解するかであるが、この点においても再びSieyèsを参照することが有用と思われる。と言うのも、Sieyèsは、まさに国法秩序成立以前の状況を前提として、法理論として憲法制定権力の発動を語っていたのである。Sieyèsは主権者たる国民が有する憲法制定権力の万能性を説く中で、「国民がどのような方法でその意思を決定しようとも、その国民意思が表明されれば、すべての実定法は、その淵源であると共にその最高の主人である国民の前では、効力を失う」と述べているからである¹³⁷⁾。彼もまた憲法制定権力の行使によって「国民意思 (volonté nationale)」が表明されることが、主権の行使の実態であると考えていた。『第三身分とは何か』では、「一般意思」に代わって「共同意思」「国民意思」という語が用いられていたが、その理由として「一般

133) EISENMANN (1968), *op. cit.*, p. 384.

134) 小貫 (2007)・前掲注9) 260頁。

135) BONNARD, *op. cit.*, p. 15.

136) EISENMANN (1928), *op. cit.*, pp. 9-10.

137) SIEYES, *op. cit.*, p. 55.

意思」という語が社会契約論を彷彿とさせるものであることが挙げられている¹³⁸⁾。社会契約論において一般意思は契約が結ばれた後に生じるものであるのに対し、国民の存在は前国家的なものである以上は、その意思もまた前国家的なものであるため、内容に相違はなくとも一般意思という表現は主権者の意思を表す上で不適当とされる。この考えは、主権の行使を前国家的なものとしてその万能性を唱える Eisenmann ととも一致する。

1928年論文で彼は、「国内法秩序における主権者であり、すべての権能の原理であり指導者である憲法制定権者は、定義上、いかなる事項に関しても好きなように規定する権限を有している」¹³⁹⁾と述べる。Eisenmann の法学においては憲法規範を含む法秩序の起源は憲法制定権力に求められ、同権力は主権と一体的なものとして主権者の意思を表明する形で作用する。つまり、Eisenmann は法学の射程に関しては、その実在性を理由に主権までも含むが、その主権は定義上、意思に基づく法秩序創出・変更行為を意味するため、彼の描く法秩序の淵源は究極的には主権者の意思に存する。

この〈法的拘束を一切受けない主権者の意思の下に創出された法秩序〉という観念の下で論じられた《一般意思中心主義》的憲法裁判論が、法律中心主義に背馳することなく現代の憲法院による合憲性統制を説明する理論的基礎となり得たのは当然とも言えるだろう。「憲法裁判官は最後の言葉を語らない」とは Favoreu の表現であるが、Eisenmann の理論において最後の言葉を語るのは主権者である。主権の行使によって表明された一般意思が、立法権の行使によって表明された一般意思の是非を決することは、必ずしも〈一般意思の表明たる法律〉というテーゼを否定するものではない。

(四) Eisenmann の憲法裁判論のイデオロギー性

イデオロギー批判は Kelsen の系譜を引く研究者にとって欠くことで

138) 高野敏樹「フランス革命期におけるシェイエスの憲法制定権力論と社会契約」上智短期大学紀要27号(2007年)、48頁。

139) EISENMANN (1928), *op. cit.*, p. 17.

きない視点であるが、彼の理論にもまたイデオロギー性が発見される。Eisenmannの弟子であり、Kelsenの孫弟子に当たるTroperは、2001年にフランスにおけるKelsenの憲法裁判論の受容及びKelsenの理論そのものに対するイデオロギー批判を展開した¹⁴⁰⁾。ここではTroperによる批判に照らしてEisenmannの理論を検討してみる。

同論文において、Troperは第一に今日のフランス憲法学の転軸手理論は、KelsenやEisenmannの理論を都合よく援用していると批判する¹⁴¹⁾。しかし、ここまで見てきた通りEisenmannをKelsenと並列で論じることは適切ではない。したがって、TroperによるFavoreuとVedelへの批判もまた部分的にEisenmannに妥当する。

Troper曰く、FavoreuらはKelsenの理論の中でも法律中心主義に適合的な部分のみを援用し、非適合的な部分を無視している。そうした非適合的な部分としてTroperはKelsen理論の民主制理解を指摘しており、彼によれば、Kelsen理論において憲法裁判が民主的に正統とされる理由は、憲法改正機関が通常の立法機関よりも民主的であるからである¹⁴²⁾。Kelsenが、少数者意思の影響力が強くなる特別多数を単純多数よりも民主的と考え得たのは、代表概念をフィクションと認めた上で、民主制確保にとっては少数者保護も重要な要素だと考えていたからである。それに対して、法律中心主義に基づくフランスの代表民主制においては、議会の多数派の決定が絶対的であり、常に一般意思の表明たる法律の民主的正統性が認められるため、Troperからすれば両者は相容れないものである。

この点で、Kelsenとフランス法を架橋するEisenmann理論は、通常の立法機関よりも民主度の高い憲法改正機関がどういったものかを具体的に語らず、〈憲法改正機関は通常の立法機関よりも民主度が高い〉というKelsenにおいては追求されるべき結果を、議論の前提として語っていた。これによってEisenmannの議論においては特別多数による少数者保護あ

140) TROPER, *op. cit.*, pp. 29-46. 同論文については、小貫幸浩による詳細な分析がある(小貫(2003)・前掲注11) 65-99頁)。

141) TROPER, *op. cit.*, p. 32.

142) *Ibid.*, pp. 39-40.

るいは非民主的傾向は無視され、憲法の法律に対する民主的優位性は、《一般意思中心主義》における憲法の法律に対する相対的な優位性に解消されたのである。その結果として、Eisenmannの議論を参照したFavoreuらは、フランス法とKelsen理論の齟齬に無自覚のまま、Kelsen理論をフランス法に用い得たのであろう。

また、Troperは、Kelsenの憲法執行概念をも批判する¹⁴³⁾。Kelsenは適法性統制を規範のピラミッド全体に拡大し、憲法執行としての法律の適法性を審査する合憲性統制によって法秩序全体の民主的正統性を確保しようとしたが、合法性統制と合憲性統制の間には本質的差異が存在することが指摘される。すなわち、合法性統制は法律の適用を審査するものであって、一般意思の実現を確保するのに対して、合憲性統制は一般意思の形成過程を審査するものである。さらに、単純多数によって法律が一般意思を表明するのに対して、特別多数によって憲法は少数者意思を反映するものであり、前者と後者では民主的正統性の基準が異なっているという点が批判される¹⁴⁴⁾。この批判は論理的にはEisenmannにも向けられることとなる。Kelsenが少数者保護を民主制の前提としていたのに対して、Eisenmannがそもそも特別多数決をどう解していたのかは明らかではない。彼の議論はここまで見てきた通り、憲法制定権力及び憲法改正権と立法権の現実の差異を捉えてはいないからである。

Troperは、Kelsenの特別多数に基づく民主制とフランスの民主制の乖離に加えて、合法性統制と合憲性統制の本質的差異を理由として、法律中心主義が残るフランス法への移植は困難だと指摘するが¹⁴⁵⁾、そもそもEisenmannはそうした困難さが生じるほどそれらの概念を具体的に検討していなかった。彼は、法段階説を始めKelsenの議論の結果を再検討することなく、自らの憲法裁判論の前提として展開していた。それによって、《一般意思中心主義》の下では、憲法と法律はともに一般意思の表明とさ

143) *Ibid.*, pp. 41-43.

144) *Ibid.*, p. 42.

145) *Ibid.*, p. 42.

れながら、憲法の正統性がアブリオリに法律の正統性に優越するとされ、それを越えて現実にどちらがどれほど民主的かどうかは、問題とはされないものである。

(五) 小 括

80年代から90年代にかけて国内では社会民主主義政治が行われ、また対外的にはグローバル化の波に晒されたフランスにおいて、1982年国有化判決や1992年の一連のマーストリヒト判決といった合憲性統制はフランス法文化の中で正統化される必要があった。そこでEisenmannの理論は、転輦手理論と親臨座理論としてリバイバルすることとなった。Eisenmann自身は決して1971年判決を肯定的には捉えてはおらず、憲法院による合憲性統制は彼が1928年に描いた憲法裁判とは実際には異なっていたが、今日の憲法学において重要だったのは、彼の憲法裁判論の内容ではなくその前提であった。つまり、彼が、今日においても変わらず存在しているフランスの伝統的法観に沿った形で憲法裁判論を展開した点に意義がある。ここで言うフランスの伝統的法観とはSieyès以来の憲法制定権論及び主権論であり、憲法改正は憲法制定権力の行使の一種であり、それは主権の一部を構成し、その行使を決定づける主権者の意思は前法秩序的なものであるため法的には無制限である。Eisenmannのこの《一般意思中心主義》が、合憲性統制は形式的審査に過ぎないとするKelsenから引き継いだ憲法裁判のアプローチと融合し、フランスにおいて長らく合憲性統制を阻んできた法律中心主義との不和は回避され、形式的合憲性統制に依拠した応答を行い得るのである。

五 結 び

本稿では、今日の憲法院による合憲性統制の正統化理論として通説となっている転輦手理論の起源をEisenmannの1928年論文に求めた。Kelsenとの師弟関係が注目されることも多いが、実際に彼の憲法裁判論に目を向けるとそれは完全にKelsenの理論を踏襲したものではない。とり

わけ主権概念の实在性を前提として展開される憲法制定権力論は伝統的な法観としてフランスに革命以来根付くものである。冒頭で立てた問いの一つである、如何にして Eisenmann は Kelsen の憲法裁判論をフランスに適合させたかについての答えはここにある。Eisenmann はフランス法に伝統的な主権論及び憲法制定権力論と融合させることでそれに成功した。というのも、主権に基づく憲法制定権力という考え方によって、言い換えると、主権者による憲法制定行為もまた一般意思の表明の一つであると解することで、法律中心主義は《一般意思中心主義》に包摂され、優劣関係にある一般意思の審査は許容されるからである。

数多ある Eisenmann の論文の中でも、彼が1928年論文の内の僅か23ページで展開した憲法裁判論が、今日の憲法院による合憲性統制を正統化し得たのは、その大胆さと簡潔さに加えて、極めてフランス法適合的であったという点是否定できない。法段階説、法実証主義、現実主義といった様々な傾向に Eisenmann の研究は彩られているが、その根底には——本人がどの程度自覚していたか定かではない——《一般意思中心主義》があったが故に、彼の憲法裁判論は半世紀を越えてリバイバルされたのである。

【付記】 本研究は、JST次世代研究者挑戦的研究プログラム（JPMJSP2123）の支援を受けたものです。

樋口 惟月 (ひぐち いづき)

所属・現職 慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程

最終学歴 慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程

所属学会 憲法理論研究会

専攻領域 憲法

主要著作 「立法紹介 生命倫理法改正—生命倫理に関する
2021年8月2日の法律第2021-1017号」『日仏法学』
32号 (2023年)

「仏憲法判例から見た『人間の尊厳』原理の一考察」
『憲法研究』13号 (2023年)

«La question de l'avortement médical au Japon sous
le régime de la loi sur la protection de la maternité»,
La Revue des droits de l'homme (2024)