慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	フォーマルな憲法変動とインフォーマルな憲法変動
Sub Title	Changements constitutionnels formels et informels
Author	Boudon, Julien(Yamamoto, Hajime) 山元, 一(Ogawa, Yukiko) 小川, 有希子(Hashizume, Eisuke) 橋爪, 英輔
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2017
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.38 (2017. 9) ,p.223- 238
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-20170911-0223

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.

翻訳

フォーマルな憲法変動と インフォーマルな憲法変動

ジュリアン・ブドン[i)]
山　元　　一／監訳
小川有希子・橋爪英輔／訳

1. 用語の説明
2. 問題の所在と早速の解答
3. 憲法と時間
4. 軟性憲法と硬性憲法
5. 例：1887 年のセーズ・メ事件
6. 結びに

※〔　〕訳者

1. 用語の説明

イントロダクションとして用語の説明をする必要がある。山元教授は私に次のテーマを与えてくれた。「フォーマルな憲法変動とインフォーマルな憲法変動」である。ところで、フランス語、より正確に言えばフランス法の用語では「変動（changement）」という名詞はもっぱら「インフォーマルな（informel）」な種類の変動を示すために用いられている。というのも、憲法のフォーマルな修正（modifications）に関しては常に憲法「改正（révisions）」と話すことになる――そもそも、この用語は 1958 年憲法 89 条にある唯一の用語であり、89 条には 7 回も繰り返し登場する。

2. 問題の所在と早速の解答

重要な問題は、改正条項すなわち修正の特別手続を含む成文（écrite）（またはフォーマルな（formelle））憲法の枠内で、より正確に言えば、成文（またはフォーマルな）憲法とは別にインフォーマルな憲法「変動」を観念することが可能かどうかを知ることである。言い換えれば、どの範囲で憲法システムは改正条項以外に生ずる憲法規定の意味の変化（inflexion de la signification）を認めることができるのか。その答えは、それを認めることはできないし、憲法の一貫性を守る必要があるならば認めてはならない、というものである。私は最初から結論を、それもナイーブに思われる結論を皆様に明かすことを悔やんでいるが、イェリネク（Jellinek）に従い「憲法のテクストを形式的に変えず、必ずしも憲法を修正する意図ないし意識を伴わない憲法の修正」[1)]と定義可能なインフォーマルな憲法変動という観念そのものをリベラルな立憲主義は嫌悪する（イェリネクの理論は日本でも憲法変遷の名でとても有名であることが分かる。）[2)]。そしてそれは成文憲法が「硬性（rigide）」憲法の限度内で可能な限り人間の意思を服従させようとする政治的プロジェクトの発現である以上はもっともである。立憲主義は、無制約な意思、少なくとも人間の無制約な意思――その証拠に、フランス国王は主権者でありかつ絶対者であって神の意思に服従すると、ボシュエ（Bossuet）が説教や弔辞の中で大いに強調した――という（軽蔑的な）意味での自由意思へのアンチテーゼである。

1）Georg JELLINEK, *Verfassungänderung und Verfassungwandlung*, Berlin, 1906, cité par O. Beaud, « Les mutations de la Ve République ou comment se modifie une Constitution écrite », *Pouvoirs*, n° 99, 2001, p. 21. Le passage est également cité par O. Jouanjan, « Le problème du changement constitutionnel informel et ses perspectives théoriques dans l'oeuvre de Georg Jellinek » in A. Viala（dir.）, *La Constitution et le temps*, V^e^ séminaire franco-japonais de droit public du 4 au 10 septembre 2002, Lyon, L'Hermès, 2003, p. 188.

2）Voir Emiko SAITO, « La révision constitutionnelle par la pratique au Japon » in A. Vial（dir.）, *La Constitution et le temps, op. cit*., p. 223−233.

このような状況で、インフォーマルな憲法変動の可能性を認めることは、矛盾であり、逆説であり、さらには邪道である。自由のより良い保障は、憲法によって定められた改正の特別手続に従わなければ憲法規定が修正できないことを確固たるものにする硬性憲法に存する。人民、国民または国家の基本的諸原則がとりわけ権力分立と諸権利の宣言で構成された憲法に記入されている以上、モンテスキュー（Montesquieu）の表現を用いれば、そのような諸原則には震える手（main tremblante）によらなければ触れてはならない[ii)]。実際のところ、（派生した（dérivé））憲法制定権力〔= 憲法改正権〕を発揮しなければならない状況はここでは問題でなく、我々にとってここで重要なことはむしろ（派生した）憲法制定権力が必要であるということ、言い換えれば、憲法的諸原則が独善的決定から免れることを（我々を安心させながら）我々に保障する手段が働くことが必要であるということである。憲法的諸原則が基本的なものである――それらは始源的（originaires）であると同時に優位性を有する（supérieurs）――以上は、その諸原則を硬性憲法において念入りに保護する（enfermer à double tour）ように注意を払うのである。ひとたび人間の共同体が根本的なことについて合意したならば、頻繁に文言を修正しないようにつとめることがもっともであるように思われる。より本質的に、ケルゼンからみれば、硬性憲法の自由保障は少数派に対する程に社会全体に対して向けられていない。「基本的権利や基本的自由のカタログは、国家に対して個人を守る手段から、単純多数に対して少数派、一定票を得た少数派（minorité qualifiée）を守るための手段と変化した」[3)]。著書『民主主義の本質と価値』（1929 年）は少数派を犠牲にした多数派専制に満ちた「多数決原理」に大いに基礎を置いている。硬性憲法はまさしくこのような憲法改正を行うための多数派と少数派との合意を要求する効果をもっている。

3）*La démocratie. Sa nature. Sa valeur*, 2e éd., Sirey, 1932, rééd. Dalloz, 2004, p. 64.

3. 憲法と時間

〔硬性憲法に憲法的諸原則を〕念入りに保護することは、不滅であること（immortalité）の要求を意味しない。たしかに 1791 年憲法が最初の草案では 30 年間はあらゆる憲法改正を禁止しようとしていたことが思い出される[4)]。しかし、このような懸念は――なぜなら問題となっているのはまさにそのことである――人民主権の議論に直面して敗北することになる。ルソー（Rousseau）曰く、真正な民主主義では、主権者である人民が自分たちの良き法律を悪しき法律に変えることが大いに有り得る[5)]。人間の所産として、憲法は朽ちやすい。憲法は流れる時間に憲法規定を調和させる手段を必ず想定しなければならない。しかし、その手段は注意深く整備されなければならず、特に独占的なものでなければならない――条文の文言を変更する明白な効果を生みだす改正は改正条項を超えて生じるわけにはいかない。成文憲法の修正が不文法、特に慣習法によって行われうるならば、成文憲法の制定は何の役に立つのだろうか。役に立たないだろう。もしそのようなことが可能であれば、思いがけない、あるいは非正統的な改正手段に訴えることはいかなる問題も引き起こさない。ここで問題となっていることは、改正によって文言を修正するのが常に目的である憲法条文の解釈である。第五共和制は 1962 年の顕著な例を提供する。その例とは、1958 年憲法を、この場合は、共和国大統領の指名に関する憲法 6 条及び 7 条を修正するために、ド・ゴール将軍（le général de Gaulle）が 11 条を活用したというものである。1962 年 9 月 20 年の有名な記者会見では、1958 年に政治家や法学者の圧倒的多数によって想定されていなかった解釈を行うことによって憲法制定権を行使して 11 条の手続に訴えることを、ド・ゴールは正当化した。

4）最初のバージョンは次のように規定した。「国民は自らの憲法を修正（revoir）するための侵すことのできない権利をもつ。ただし、国民議会はその利益のためにこの権利を 30 年間停止することを宣言する。」（décret du 30 août 1791, Moniteur, t. IX, p. 540）.

5）人民は、自分たちの法律をそれが最良のものであったとしても常に自由に変えることができる。なぜなら、たとえ人民が好き好んで自らに害を与えるとしても、誰がそれを妨げる権利をもつのだろうか？（「社会契約論」第 2 編第 12 章）。

しかし、正統な解釈者がいないため、手段の是非を問うことはできないのである。結果として、1958 年憲法の条文は本当に 1962 年 11 月 6 日の「法律」62-1292 号によって修正された（憲法規定同様に組織規定を含んでいるため、当法律は「法律（loi）」にすぎない）。

以上のことは、憲法が永久不変をめざしていること、そして、形式主義（formalisme）の支持者たちが時の経過による変質、社会の進化あるいはまた法的な関係による社会の自律を否定していることを意味するわけではない[6)]。形式主義者は、同一で不変である文言の意味が時間とともに、そして次々に生まれる解釈によって変化することも否定していない。我々の祖先にとっては明白であるが、我々にとってはもはや明白ではない理由によって、祖先が一つの成文憲法を選択したということを形式主義者たちは強調しているのにすぎない。様々な段階で、フランスもアメリカ合衆国も慣習、先例、慣行、慣例で構成された旧制度と断絶した。アメリカは宗主国イギリスの法的政治的モデルと決別した。フランスはやがてアンシャン・レジームと成り下った過去の自分と決別した。ここで 1789 年人権宣言前文を注意深く読み直すことが必要である。革命家が――彼らはそれでも法律屋（robins）であったが――全力で拒絶したことは、慣習のもつ曖昧な特徴であり、その証明の難しさである。成文法には疑いを払拭するような確実性（certitude）や永続性（permanence）が備わっている。憲法の諸原理が成文の大理石に刻まれ、対称的に諸原理が正々堂々と改正条項であらかじめ定められた原則に従う場合でなければ修正されないという保障が与えられているのはそのためである。改正条項以外で社会契約の諸規定を否定しようとする試みのすべては、反啓蒙主義への回帰として、そして、アンシャン・レジームの復活として現れるだろう。啓蒙の代表的な運動では、成文法は「正しい理性（*recta ratio*）」と同一視される。それは、単純さ（simplicité）、明快さ（limpidité）、確実性の同義語である[7)]。

6）Voir Manon ALTWEGG-BOUSSAC, *Les changements constitutionnels informels*, Paris, Institut universitaire Varenne, 2013, p. 223−224.

4. 軟性憲法と硬性憲法

憲法（典）について少しでも変更を加えれば、それは、必然的に憲法改正というかたちをとることになる。憲法改正の制定者は素顔で姿を見せなければならない。改正のみがすべての者の平等を重んじる公開性を与える。インフォーマルな憲法変動――インフォーマルである以上は、憲法改正の安定性（solidité）や明白さ（évidence）をもたない――と反対に、改正のみが確実性を生み出す。このような脆弱性は規範創設的な解釈（interprétation prétorienne）に対しても当てはまる。裁判官の解釈は裁判官が憲法の意味に関心をもつ場合を含めた時の解釈であり、判例の変更は常にあり得る。この観点から、憲法が軟性である国、特にイギリスでは、先例拘束性の原則が際立った力を伴って必要とされる。裁判官が独自の規律を自らに課し、判例変更をできる限り制限すべきなのは、その国家が硬性憲法や成文憲法をもたないからである。コモン・ローの体系の中では裁判上の先例が中心的な位置を占めているが、判例が安定性を欠く場合はコモン・ローを形成することができない。誇張して言えば、先例拘束性の原則が硬性憲法における改正条項に等しいこと、あるいは、先例拘束性の原則が形式的に憲法の軟性により特徴づけられる憲法体系に硬性を導入することを肯定することができるだろう。しかし、このような構想は概してイギリスに限定されたままであるという点で稀に見る独自性をもつ。硬性憲法を備えた国では、判例変更はより頻繁であるが、判例変更は憲法の修正と同一視することはできない。なぜなら、正式な手続で実行されないあらゆる変動を憲法は嫌うからである。

このような理由で、私はイェリネク、レーヴェンシュタイン（Loewenstein）、カピタン（Capitant）[8]、最近では、“We the People”全三巻の著者であるブルース・アッカーマン（Bruce Ackerman）の高尚な理論に納得していない。「憲法的

7）1789 年宣言の前文は、「市民の要求がそれ以降は簡素で疑問の余地のない諸原理に基づき、常に憲法の維持と万人の幸福に向けられる」と強調する。

モーメント（moments constitutionnels）」を認めることができるならば、そのモーメントは正式な改正とまったく比較可能ではない（このようなフランス語の表現は意味深長である）。いかなる憲法修正も1787年憲法Ⅴ条以外に認めることができない。重要な憲法上の変化が憲法を超え、または憲法に反して生じうることを是が非でも想像する必要があるのは、合衆国憲法が特に硬性であるからではない――発議は議会の各議院で3分の2の多数決が必要であるのに対し、承認は国会議員の4分の3の同意を必要とする。イェーリング（Jhering）、スカーリア（Scalia）の異なる2名の論者が主張するように、ただ形式だけを我々は保障している。「形式は、専制の不倶戴天の敵であり、自由と双子の姉妹（sœur jumelle）である」[9] という初歩的な法諺を誰もが知っている。「形式主義、万歳！これこそが、人の統治ではなく法の統治を作るのである」[10] とはさほど有名ではないが、逝去して1年ちょっととなるスカーリア判事の格言である。

形式主義は自由の防塁である。このことはインフォーマルな憲法変動についての議論が最も活発な国、例えば日本やアメリカでは明らかである。なぜ、とりわけこれらの国では活発なのか？　それは、社会の変革が憲法の形式に適応

8）「各々の憲法には、憲法を命名するのに役立つ名前を冠しており、いかにも、バンジャマン・コンスタン（Benjamin Constant）はキャビネ統治と、ギゾー（Guizot）、ブロイ（Broglie）、マクマオン（Mac-Mahon）は二院制と、ティエール（Thiers）、グレヴィ（Grévy）、ガンベッタ（Gambetta）は現行の議会制と認知されている。これらの人物に、彼らの主義に、彼らの理念に、憲法が体現されるのであり、それらが無差別に含まれた変化のない条文の中ではない。」（« Le droit constitutionnel non écrit », *Mélanges Gény*, Sirey, 1934, t. III, p. 6）.

9）次の一節をまるまる引用することが有益である。「たしかに形式は自由が無秩序にいたる企てを止めるブレーキである。形式は自由を管理し、自由を抑制し、自由を保護する。一定の形式は規律や秩序の手本であり、その結果、自由の手本であって、形式は外部からの攻撃に対する防塁である。形式は破ることはできるが妥協はできない。自由への真の崇拝を唱える人民は本能的に形式の価値を理解し、形式は外面的な拘束ではなく、自由の守護者であることに気づくのである。」（*L'Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, 3e éd., Paris, Marescq, 1877, t. III, p. 158）

10）Cité par M. ALTWEGG-BOUSSAC, *op.cit*., p.143.

することができないほど、改正条項が要件を充足させることが困難であるからである。アメリカ憲法Ⅴ条または 1947 年日本国憲法 96 条によって定められた厳格な要件についてここで立ち戻るべきではない。我々にとって重要なことは、アメリカの憲法が誕生以来 27 回〔= 27 か条〕、権利章典を除くと 17 回しか修正されておらず、最後の改正は 1992 年であったのに対して、日本国憲法はただ一度も改正されていないということである。そこから日米両国で解釈についての問いの切実さが生み出されるのである。アメリカでは「生きた憲法（constitution vivante）」と「原意解釈（linterprétation originaire）」を対置させる。日本では、解釈による憲法修正、特に安倍政権による平和主義に関する 9 条の修正（解釈改憲）を懸念する。憲法の硬性――より正確に言えば第二段階の硬性、すなわち、憲法はただ改正条項をもつのではなく、憲法は修正が困難であること――は全会一致に近いコンセンサスを要求する。極めて重大な歴史的または政治的理由によって、憲法の条文は特別多数、（日本では）さらに国民投票の実施によらなければ改正されない。改正の蓋然性が乏しい以上、困難から逃れて「迂回する（bricoler）」のである。アメリカでは、政党が憲法上のゲームを否定するほどまでに、（裁判官は憲法の守護者であるという）裁判官像が支配しており、最高裁判所の欠員を占めるための大統領の選択権を考慮することを退けてしまう。日本では、決して憲法の文言を文字通り修正しないが、ただあるべき憲法の理解の仕方を修正する一つの法律（または一連の法律）を議決する。こうすることで、リベラルな立憲主義の核心にあるものを否定することになる。すなわち、社会的変化は改正条項に従う限りで法的に変換され、社会契約が透明な状態で、大多数の同意によって修正されたことを明白な方法で明らかにすることだけができるという考えが否定される。憲法体系が硬性であるか（たいていは成文である）、軟性であるかのどちらかである。前者の硬性憲法の場合では、いかなる憲法「変動」も容認することも黙認することもできない。なぜなら、体系的な方法で憲法はその硬性によって改正条項以外のいかなる修正も排除する。後者の軟性憲法の場合では、障害が取り除かれる（そして、重要な点は成文または不文という特徴に関わるのではなく、このような憲法に与えられた硬

性にはるかに関わっている）。なぜなら、憲法の体系が憲法に属するものと憲法外に置かれたものとの間の厳重な境界線に立脚していないからである。イギリスの最高法院が「ブレグジット（Brexit）」に関する去る 1 月 24 日の判決中で強調したように、「多くの国とは異なり、イギリスは他のあらゆる法源に優越する単一で一貫した法典の意味での憲法を持たない」（§ 14）[11]。硬性憲法は閉じた（fermeture）憲法や囲われた（clôture）憲法と同義である。改正が困難であるからといって憲法はそれほど硬性であるわけではなく（たとえ、下位の立法と等しくするため、より正確に言えば、通常の立法手続に改正手続を等しくするために改正条項を定めることは矛盾していても）、憲法が中（in）と外（out）の間に、乗り越えられないものではないにしろ強固な障壁を打ち立てているために、憲法が硬性なのである。

（以上、訳者橋爪）

2 年前のナンテール大学における山元教授のご報告[12]は、つい最近アメリカの雑誌に掲載されたが、ここで示された見解に、私は同感である。「解釈改憲」という表現は、憲法 9 条についての政府見解を説明するために日本では一般的に使われているとしても、名辞矛盾にすぎない。憲法改正は、憲法 96 条の改正条項に則して、憲法の文言を修正することによってのみなされる。いかなる解釈も、憲法改正を生じさせるものではない。そうでなければ、硬性憲法の意味があろうか。もっと言えば、9 条 2 項に関する有権解釈は、憲法規範又は準憲法規範と同等に扱われているようにしか、私には思えない。改正条項を尊重したとしても、9 条 2 項の修正にはいかなる障害もないからである。私の

11）« *Unlike most countries, the United Kingdom does not have a constitution in the sense of a single coherent code of fundamental law which prevails over all other sources of law* ».

12）« L'interprétation de l'article pacifiste de la Constitution par le Bureau de Législation du Cabinet : Une nouvelle source du droit constitutionnel ? », colloque *Aux sources nouvelles du droit*, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 19-20 mars 2015（actes non publiés）; « *Interpretation of the pacifist Article of the Constitution by the Bureau of Cabinet Legislation : a new source of constitutional law?* », Washington International Law Review, vol. 26, n° 1, janvier 2017, p. 99−124.

知るところによれば、9条は、憲法自らが任意の改正から保護する「永久（indérogeable）」条項ではない。すなわち、1958年フランス憲法89条5項（「政府の共和制形態は、憲法改正の対象とすることができない。」）や1949年ドイツ基本法79条3項（「この基本法の修正は、連邦の諸ラントへの編成、立法に際しての諸ラントの協働原則、又は第1条及び第2条に規定する諸原則に抵触してはならない。」）の類ではない。確かに、平和主義は戦後日本の心臓部であるが、文面上は、9条は憲法改正から蔽護されてはいない。それはよかった！　96条が特に要求する要件は、慎重な憲法論議によってのみ充足され得る。そして、その要件の目的は、まさに、性急な改正、軽率な改正、あるいは合意に基づかないあらゆる改正を妨げることにある。日本が、平和主義を放棄したいと思うなら、安倍政権は明らかに望んでいるようであるが、それは自由である。しかし、改正条項の文言を尊重する必要があり、真正な憲法改正としての安定性も確実性もない解釈に甘んじてはならない。

5. 例：1887年のセーズ・メ事件

「規範主義者（normativistes）」、「排他主義者（exclusivistes）」あるいは「超原典主義者（hypertextualistes）」[13]の論法については、その循環性が批判の的となりえた。しかし、その非難は、正当化根拠がない。すなわち、規範的憲法（la Constitution normative）は、始源的存在であり、かつ、他のあらゆる下位法に対して優位する限りにおいて、基本法としての性質を有する。したがって、規範的憲法は、その最高法規性を否定することのないよう、必然的に排他的な改正条項を内包する（さもないと、他の法源と競合することになる）。つまり、憲法を修正することは改正することにほかならず、インフォーマルな変動は認められない。セーズ・メ事件が幾たびも引用されることから明らかなように、憲法と政治体制とを混同している者もいる。憲法は、その有効性を保つために、尊重

13）M. ALTWEGG-BOUSSAC, *op. cit.*, p. 227 et s.

されてしかるべき枠を置く。セーズ・メ事件は、議会の解散権に機能不全を来したが、このとき、1875年憲法は修正されなかった。いわゆる「グレヴィ憲法（Constitution Grévy）」は、憲法的なものでは全くなく、政治体制の再整理に類するものであった[14]。というのも、規範的憲法は、国家機関に委ねられる諸権能の取得規定ないし消滅規定を置くものではなく、私法とは異なり、空文化（désuétude）ということがないからである。私の学生であるファイ（Faye）氏が示すところによれば、確かに1958年憲法には「利用されない（inexploitées）」条項があるものの、利用されないことが空文化と同義でない。（したがって、私は次のように書いているジャン＝クロード・マエストル（Jean-Claude Maestre）の先を行く。「空文化は、政治的事実であり、不可逆的なものではない。」）[15] そのような状況が生じていない場合や（元老院議長は、常に共和国大統領の職務を代行することができ、政府に頼る必要はなかった）、法的には説明がつかない場合など（いかなる憲法改正条項も、両院によって同一法文が可決されたという栄光に浴しなかった。）、多くの事例を援用することができる。しかし、いずれにせよ、空文化は観念できない。セーズ・メ事件からおよそ50年後の1924年、共和国大統領アレクサンドル・ミルラン（Alexandre Millerand）は、代議院の解散を狙ったのである。

1877年5月16日の出来事は、我々の関心を引くに値する。第1に、10月の議会選挙によって選出された代議院の多数派は共和派のままであったという意味において、解散は失敗したものの、マクマオン（Mac Mahon）による数週間後の新たな解散要求を妨げることはできなかった。しかし、12月初旬、代議院解散への同意を求められた元老院は、これを拒否した。このときの元老院議長は、ドディフレ・パスキエ（d'Audiffret-Pasquier）公爵であった。第2に、1879年2月6日に辞任したマクマオンに代わって共和国大統領に選出された

14）M. ALTWEGG-BOUSSAC, *op. cit.*, p. 261.

15）J.-C. MAESTRE, « À propos des coutumes et pratiques constitutionnelles : l'utilité des Constitutions », *RDP*, 1973, p. 1287.

ジュール・グレヴィ（Jules Grévy）の宣言（「議院制という偉大な法に誠実に従い、私が、憲法上の機関を通して表明された国民の意思と戦うことは決してないだろう。」）を憲法違反として非難することはできない。憲法が彼に委ねた特権の行使を放棄しただけなのだから。すなわち、解散権は、裁量権限であり羈束権限（例えば、法律の審署はこれにあたる）ではない。大統領は、いずれにせよ、その任期中に解散権を行使しない、あるいはもう行使しないということを決定することができる。ここには、憲法慣習の誕生もなければ、憲法違反もない。これは、持続した「政治実践」に関する問題であり、この点において、私は、カレ・ド・マルベール（Carré de Malberg）、オーリウ（Hauriou）、ラフェリエール（Laferrière）あるいは J-C. マエストル（「証明できない以上、憲法慣習は存在しない。各々の政治体制が生み出す憲法実践があるだけである。」）[16] の立場を支持するとともに、憲法が修正されたと捉える立場を拒絶するとしても、このことは、憲法体系の政治的変化に関する叙述が、憲法からみて重要な政治的諸活動に対する法的無関心を含意するものでは一切ないということを強調しておく[17]。これに関して、ステファン・リアル（Stéphane Rials）は、次のように結論づけている。「憲法が硬性であることを望む以上、いかなる憲法慣習も成立しない。非憲法実践又は憲法実践についてのみ語ればよく、いかなる法的価値もないことは、たとえある別の観点からはその重要性が明らかであったとしても、語る必要はない。」[18] と。さらに、憲法に反する慣習と憲法を超える慣習、すなわち成文憲法に矛盾する憲法と成文憲法を補完する憲法とを区別する必要もない。ここでは、いかなる慣習も、憲法に反する無効な憲法である。すなわち、非法の世界に追いやられる。なぜなら、憲法の偽「変動」は、改正条項の規定を遵守していないからである。

16）« À propos des coutumes et pratiques constitutionnelles : l'utilité des Constitutions », art. cité, p. 1278.

17）Voir M. ALTWEGG-BOUSSAC, *op. cit*., p. 244−248.

18）S. RIALS, « Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle », *La Revue administrative*, 1979, p. 270.

ここで、一つ、打明け話をしよう。ここで示した観点は、私が *Manuel de droit constitutionnel*（2e éd., tome 2, Puf, 2016, p. 261）の中で、それもつい最近書いたことと比べると、際立って変化し、いやむしろ断絶している。私は、憲法改正が憲法の文言上の変更であるのに対して、憲法変動が憲法の文言に変化を生み出さないことに注目して両者の違いを示してきた。他方で、憲法は、判例変更によってであろうと、政治的アクターの実践によってであろうと、修正されるということについても付言してきた。この点に関しては、憲法 27 条を例に挙げることができる。憲法 27 条は、国会議員の投票権は一身専属であること、投票の委任は例外的な場合を除いて許可されないこと、を定めている。ところが、この原則は、複数の同僚のために投票する国会議員によって違反されている（元老院では、代表党派の構成員は、さらにその代表党派全体のために投票することができる）。やや歯切れが悪くも、憲法違反のみならず、憲法の修正や変動について見てきたが、ここ数ヶ月間、皆さんのおかげで、「排他主義者」あるいは「超原典主義者」になり、憲法の些細な修正、月並みに修正と称するのか、あるいは条文改正と称するのか分からないが、憲法違反の政治実践をもはや承認しない。

憲法の領域内で変動する政治的アクターの実践に対しては、法学者も憲法学者も無関心ではいられない。歯に衣着せず率直に憲法を憲法と呼ぶ必要がある。「グレヴィ憲法」は、規範的所産ではなく憲法上の権限の意図的削減であったが、授権条文を変化させない限りにおいてその権限を完全に放棄することなく、1875 年の憲法的法律は、第三共和制憲法を構成した。1962 年改正と対比すると明らかである。89 条の排他性に関する法理論上の及び政治上の論争を超えて、11 条が改正手段の一つとなり、憲法の文言の修正に至ったことは、認めざるを得ない。それは、1877 年のような事例ではない。1875 年 2 月 25 日の憲法的法律 5 条の解散権規定は、1940 年までいかなる変質（altération）もなく、新たなこと、すなわち 5 月 16 日事件による変化を解消させることのできる新しい政治的状況に役立つ好機のみを待ちながら、大統領の保持する憲法上の権

限として無傷の武器のまま残った。1971 年のような事例でもない。1971 年 7 月 16 日の憲法院判決で、憲法前文は、憲法的価値を獲得したが、この判決によって憲法を改正したわけでも、憲法の明文に反する決定を下したわけでもない。実のところ、1958 年憲法のいずれの条項も、憲法的統制から憲法前文を除外することを示唆していない。これに対して、1946 年憲法 92 条は、憲法委員会が「憲法第 1 章から第 10 章の規定の改正可能性について規定する権限しか有しない」ことを強調し、前文を除外していたので、解釈の余地があった。このような留保は、1958 年憲法にはなく、1971 年以前は、1958 年夏に声高に叫ばれたそのような意見を援用して異議申し立てをせざるを得ない状況だった。判例変更によって、1958 年憲法前文はもはや憲法的価値を有しないとか、あるいはその基本的諸原理は憲法的価値を有しないとか、憲法院が、今後決定することができるということにはなりそうもないのは確かである。反対に、共和国大統領が直接普通選挙で選出されることに誰が異議を唱えようか。なぜなら、この点について , 憲法がためらう余地を残さなかったのであるから、すなわち 1962 年に、6 条及び 7 条がフォーマルに修正されてしまったのであるから。

6. 結びに

私のような、法史学者、法哲学者が「原典主義者」としても現れるのは、奇妙に思えるかもしれない。しかし、それはまさしく私が 1789 年の断絶と 1760 年代以降にアメリカ合衆国とフランスで始まった〔成文憲法を生み出した〕新たな時代に敏感だからである。リベラルな立憲主義の公約が人民ないし国民の基本的諸原理の不可侵化として成文化され、フランス革命家たちは（ちなみに、部分的にではあるが、アメリカ人よりフランス人の方がよりイギリスのコモン・ローを継受している）意識的ないし無意識的なやり方で、保護するに相応しく、この上ない慎重さをもってのみそれに触れることのできる真の宝を憲法（la Constitution）にした。革命家たちは、ローマ法の形式主義と再び結びついたことは示唆的であり、ローマ主義者として名の知れたイェーリングが形式主義を

賛美して、〔形式を〕「自由と双子の姉妹」とみなしたとしても、それは偶然ではないのである。同時に、「原典主義」は、純粋思想、ここでは法思想の世界に（自発的に）閉じこもることを意味するのではない。おそらく私は、フランスで理解される意味において、法史学者であって、法理論家ではない。それは、以下の意味においてである。すなわち、私は、憲法を「政治法」として描き出すことについての確固たる支持者であり、まごうことなき法の一つである憲法の特徴を、政治的アクターに広く向けられていることに見ているのである。それゆえ、成文憲法（la Constitution）が規範的憲法（le droit constitutionnel）を衰弱させるとか、規範的憲法は成文憲法に還元されると言うつもりはないが、とりわけ憲法制定と憲法改正に関しては、法学的意味の憲法（le droit de la Constitution）と憲法の実際的運用（le droit constitutionnel）とをはっきりと区別しなければならないという立場に立っている。

この点については、「原典主義者」に対して、政治的及び社会的リアリティに対する無関心を理由に非難するのは、矛盾している。何度も引用したマノン・オルトウェグ＝ブサック（Manon Altwegg-Boussac）の博士論文は、次のように書いている。「憲法変動に関して形式的アプローチを選択する場合の主要な障害は、憲法領域の外にある意義ある様々な憲法変動の規範性の否定に存する。このようなアプローチは、法的アクターの行動の研究を、他の学問領域に委ねてしまう。憲法は、憲法条文から引き出すことのできる法的意義という意味における諸規範の叙述に限定され、実践に即して条文（要するに規範）を作る、幸福な憲法改正がない限り、法的アクターによって憲法上の文言に付与された意義をあえて無視してきた。」[19]。彼女が、「原典主義者」は政治的アクターの実践について歴史学、社会学あるいは心理学のツールを使って分析することを自らに禁じていると考えたとすれば、彼女は思い違いをしている。彼女は、そうすることを通じて、彼女に固有の認識論的前提の一つ、すなわち、「原典主義者」は法的リソースだけを用いる、という認識論的前提を自ら明る

19）M. ALTWEGG-BOUSSAC, *op. cit.*, p. 274.

みにしている。この場合について、法学のために、とんでもない間違いをする必要はない。憲法的断絶という現実が証明されたとしても、憲法は、改正手続に従う場合を除いては、「修正」あるいは「変動」され得ない。このように考えるのが、歴史、哲学そして法の教訓により適合するように思われる。形式こそが重要なのであり、真の矛盾は、これと逆に考えることである。リベラルな立憲主義という賭けが、ただ書かれたというだけで永続性、可視性、確実性の担保があり、人間共同体に不可欠の諸原則を（大文字の）憲法と呼ばれるテクストにおいて成文化したと考えるなら、憲法は、改正条項によって特別に予定された改正及び手続に則した場合を除いて、法的に正当な仕方で修正ないし変動されうる、と主張することはできない。

（以上、訳者小川）

訳注 i）ジュリアン・ブドン（Julien Boudon）氏。ランス・シャンパーニュ・アルデンヌ大学教授（公法学）、同大学法政治学部長（2017 年 5 月現在）。詳細なプロフィールは、ジュリアン・ブドン（佐藤吾郎、徳永貴志訳）「〈北大立法過程研究会報告（2）〉権力分立の理論」北大法学論集 65 巻 6 号（2015 年）402 頁以下の訳者補記で紹介されている。本訳文は、2017 年 3 月 13 日に慶應義塾大学フランス公法研究会の主催で行われたフランス語による講演“Changements constitutionnels formels et informels”の講演原稿を訳出したものである。

訳注 ii）モンテスキューが『法の精神』より前に著した『ペルシャ人の手紙』（1721 年）の第 129 信に次の一節が登場する；

確かに、人間の精神よりもむしろ本能に起因する不規則性によって、ときには法律を変える必要がある。しかし、そのような場合は稀であり、その場合には、震える手によらなければ〔法律に〕触れてはならない。法律の要式性に留意し、法律に慎重さを与えなければならないのであり、法律を廃止するためには手続が必要である以上は、法律は神聖であると人々はおのずと判断する。（Il est vrai que, par une bizarrerie qui vient plutôt de la nature que de l'esprit des hommes, il est quelquefois nécessaire de changer certaines lois. Mais le cas est rare, et, lorsqu'il arrive, il n'y faut toucher que d'une main tremblante : on y doit observer tant de solennités et apporter tant de précautions que le peuple en conclue naturellement que les lois sont bien saintes, puisqu'il faut tant de formalités pour les abroger.）（下線部強調訳者）。