

憲法と諸法の一考察（2・完）： 「諸法の憲法化」を手がかりとして

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 一橋大学大学院法学研究科 公開日: 2025-12-16 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 山井, 聰也 メールアドレス: 所属: 一橋大学
URL	https://doi.org/10.15057/0002061584

憲法と諸法の一考察（2・完）

——「諸法の憲法化」を手がかりとして——

山 井 聰 也*

はじめに

- I 古典的議論としての「行政法の憲法的基礎」論争
- II 「憲法化」の源流
- III 「憲法化」の視座転換（以上一橋法学 24 卷 2 号）
- IV 「憲法と諸法」の自律性を基にした立論
- V 日本における「憲法と諸法」をめぐる議論状況——「民法と憲法」を題材におわりに（以上本号）

IV 「憲法と諸法」の自律性を基にした立論

これまで考察してきたとおり、ヴデルは、ファヴォルの「憲法化」に対して批判的であった。なぜなら、ヴデルにとって諸法は一定の自律性を有しているにもかかわらず、ファヴォルはこれを「色付け」「灌漑」しようとしたからである。もっとも、ヴデルの見解は、単に諸法が憲法から自律性を有することを主張するだけではなく、憲法が諸法の「基礎」にあることも前提としており、両者の相互関係を念頭に置いている。そうであれば、ヴデルは、「憲法と諸法」についてどのような構想を有していたのか、この点について以下で見ていくこととする（IV-1）。

さらに、現代のフランス憲法学を牽引するパリ第二大学のバランジェも、ヴデルと同様、基本的に、諸法の自律性を擁護する立場にある。もっとも、バランジェは、ヴデルの構想に対して批判的な叙述をしている（IV-2）。そこで、ヴデル

とバランジェの両者の見解を紹介し検討することで、90年代に確立した通説的見解が現代にどのように引き継がれているかを考察し、現代からみた「憲法と諸法」の関係を導き出すこととしたい（IV-3）。

1. 「憲法の不継続性」から「憲法の継続性」へ

ヴデルの構想については、既にI-2.2において簡単に紹介している。ヴデルの構想の根幹にあるのは、「憲法の不継続性と行政法の継続性」である。そして、この見解は、「法システムの基礎」としての憲法という構想から「憲法の継続性」の主張へと展開する²⁸⁰⁾こととなる。さらに、ヴデルの構想を現代の議論に引き継ぐためには、ヴデル理論の「現代化」が必要となる。そこで、以下において、ヴデルの初期の構想から晩年の構想、そしてその現代化までをみていくこととする。

1.1 憲法の不継続性と行政法の継続性

1974年におけるヴデルの発想を端的に表せば、「憲法と行政法の歴史」からの示唆である。ヴデルは、「ここ2世紀來、我が行政法の安定性が、我が政治体制及び我が憲法の不安定性を補完していた」²⁸¹⁾という。

そして、ヴデルは、行政法の起源が「行政機関と司法機関との分離原理」にあり、この原理は、政治的には、議会帝国主義(*l'impérialisme des Parlements*)の再生を妨げる意思に着想を得て、法的には、憲法制定者が大切にした権力分立原理の派生として、構想されている²⁸²⁾という。さらに、この原理から、コンセイユ・デタを設立して、独立の諮問機関・監督機関を設けて、行政の法律への従属を適法性原理によって確保していく。

このような行政法の歴史の特質について、ヴデルは、「行政法は、憲法に対して、変化する法に対する不变の法として、対置しない」²⁸³⁾とし、「憲法と行政法

280) 初期の構想としての2つの論文が1970年代に公表され、1980年代には憲法院判事を歴任(1980-1989)し、1990年代に「憲法化」への反対を表明し、「憲法の継続性」を示すこととなる。

281) Vedel, *supra* note 89) p.777.

282) *Ibid.*, p.778.

の対照は、不継続と継続の対照である」という。つまり、ヴデルにとって、行政法が変わらない法であるというわけではなく、長く安定して存在したことに特質があるのである。さらに、ヴデルは、「行政法の安定性（継続性）は、行政法の基礎自体を破壊する憲法秩序に対して明らかに抵抗できなかった」²⁸⁴⁾といいつつ、「しかしながら、この留保の下に、コンセイユ・デタと権限裁判所は、憲法上の革命と広い意味での政治的改革がもたらす大変動から行政法を守るために、非常に重要な役割を果たしてきた」²⁸⁵⁾と述べる。この論文では、コンセイユ・デタと権限裁判所が憲法による行政法の原理の破壊に対してどのように対応して、行政法原理を守ったかについて論じられている。

この論文でヴデルが言いたかったことは、「行政法の継続性」であり、これこそが「行政制度（régime administratif）の継続」につながったことである。ヴデルは、「《行政制度（régime administratif）》は、深いところで、政治的に基礎的な信条の反映であり、おそらく、憲法の歴史が《王国、帝国、共和国》というテーマで、遅れて議会制と大統領制というテーマで、実施し得た変動する事項よりも重要であろう」と述べる。そして、「著者らは、進んで、多かれ少なかれ変化している、変化の継承として憲法の歴史を提示することを好んでいる」と指摘しつつ、「フランス憲法の安定性の歴史を叙述することが残されている。この安定性は、ルイ15世の世紀〔18世紀〕にその根源を有する一定の政治的社会的（politico-sociales）概念の不变性によって示されており、後続の統治者たちはこれを受け継ぎ豊かにしてきたところ、今までこれらの概念に対する異議が優勢になることはなかった」²⁸⁶⁾と論じる。つまり、ヴデルは、行政法の憲法的基礎が「執行権の独立」、「行政の司法的統制からの離脱」「法律への従属」にあるとしたうえで、行政法の継続性の背後にある「政治的・社会的概念の不变性」の中に「憲法の安定性」を見出すことを試みている。

もっとも、ヴデルによると、行政法の憲法的基礎は2度の危機に瀕している。

283) *Ibid.*, p. 778.

284) *Ibid.*, p. 778.

285) *Ibid.*, p. 780.

286) *Ibid.*, pp. 781-782.

1度目は、共和暦VIII年憲法75条²⁸⁷⁾が国防政府（臨時政府）によって発せられた1870年9月19日デクレにより廃止されたときである²⁸⁸⁾。この75条は、「大臣を除く政府の職員は、コンセイユ・デタの決定によらない限り、自身の職務に関連する所為を理由として訴追され得ない」とする規定であり、一般法による訴追から官吏を保護する規定であった。国防政府は、官吏の訴追の障害となるものをすべて廃止する目的を有しており、このデクレは、世論や国民議会に支持されていた。これに対して、権限裁判所は、行政と司法権限の分離の原理がそれぞれの権限を保護していることを前提に、75条の廃止は、同原理の枠内でのみ効果を生じ、したがって、行政官をその職務を理由として司法裁判所に召喚することの禁止は存続すると判示した²⁸⁹⁾。そして、結論として、司法裁判所が「行政行為」について審理することを禁じるとしたうえで、通常の職務から分離される「個人的所為」については司法裁判所の管轄に属するとしたのである。この権限裁判所の判示について、ヴデルは、「権限裁判所は、慎重に、75年もの間、行政法だけでなく行政を発展させてきた基礎を最大限守る公理を選択した。立法者の意思よりも、行政法及び行政の《憲法的基礎》を守る必要性を優越させたのである」²⁹⁰⁾と述べている。

2度目の危機は、1958年憲法によって、適法性原理を問題として到来したという。同憲法によって命令が原則、法律が例外とされたこと、37条によって自律的命令権が誕生したことから、命令が始原的（規範）権力となる可能性が浮上したのである²⁹¹⁾。もっとも、コンセイユ・デタは、自律的命令を法の一般原理に

287) ヴデルによれば、この条文は、憲法の変動に対して立法的価値を伴って生き残ったものである（*Ibid.*, p.782）。この点について、棟形康平は、「コンセイユ・デタは、この共和暦8年憲法75条を盾にして、まさに『公務員の身分保障』を行っていた」と指摘し、共和暦VIII年憲法廃止後も、公務員の所為について司法裁判所に提訴するにはコンセイユ・デタの承認が必要であった事実が描かれている（同「フランスにおける暴力行為の理論の成立過程」九大法学119号（2020年）63-65頁）。

288) *Ibid.*, pp.782-785.

289) T.C., 30 juillet 1873, *Pelletir*. この判決について、リヴェロ・前掲注20) 292-293頁参照。詳細は、津田智成「フランス国家賠償責任法の規範構造（3）：『役務のフォート』理論を中心に」北大法学論集65巻3号（2014年）639-642頁参照。

290) *Vedel, supra* note 89) p.784.

291) *Ibid.*, p.785.

従属させることで、命令が始原的権力であることを否定し、1958年憲法の枠内でかかる従属を認める判決を量産した²⁹²⁾。このように、コンセイユ・デタは、命令に対する統制を維持することで、適法性原理を保持したのである。

以上の2つの危機の検討から、ヴデルは、「行政が司法秩序の裁判所によるすべての統制から独立している」とこと、「行政裁判官の統制に従属している」²⁹³⁾ことを確認する。そして、ヴデルは、「これらの《憲法的基礎》を維持するのに好意的な解釈可能性が開かれている限り、権限裁判所とコンセイユ・デタは、憲法の急激な変動にもかかわらず、ゆっくりと思慮深く構築された行政法の大建造物（monument）を保存するのである」²⁹⁴⁾と述べる。

このようにヴデルの構想は、行政法が継続して守ってきた原理の中に「憲法的基礎」を見出すものであり、これを守ってきたのは、権限裁判所やコンセイユ・デタである。

もっとも、第5共和制期には、憲法院が登場し、憲法院による法律の違憲審査が行われるようになる。この制度的転換において、憲法はどのように位置づけられるようになったのか。この問い合わせに対する答えは、次の「法システムの基礎」としての憲法論に現れている。

1.2 「法システムの基礎」としての憲法

ヴデルが「法システムの基礎」としての憲法を示したのは、ピエール・デルヴォルヴェ（Pierre Delvolve）との共著論文²⁹⁵⁾においてである。

ここで、「法システム」とは、「特定の内容を有するヒエラルヒー化された規範の総体」²⁹⁶⁾を指すところ、この「法システム」の「基礎」に憲法が据えられているかは形式的観点と実質的観点からの検討が必要であるという。

まず、形式的観点から憲法が「法システムの基礎」となるには、2つの点を満たす必要がある²⁹⁷⁾。第一に、憲法が基礎となる最高規範の性格を有することで

292) *Ibid.*, p. 786.

293) *Ibid.*, p. 788.

294) *Ibid.*, p. 788.

295) Vedel et Delvové, *supra* note 124) pp. 111-134.

296) *Ibid.*, p. 111.

あり、憲法が予定していない形式と手続に基づく法規範の生成を拒否することである。第二に、法システム内において国内成文法以外に公式の法源がないこと²⁹⁸⁾である。

次に、実質的観点から憲法が「法システムの基礎原理」となるには、2つの点を満たしている必要がある²⁹⁹⁾。第一に内容が憲法上確定していることであり、第二に、憲法レベルの保障が確保されていることである。

第一の点で問題になるのは、憲法典外の内容と憲法典内の内容がそれぞれ憲法上確定したものといえるかである。まず、憲法典外の内容について、第3共和制期において、「立法者は、憲法テクストの内に隠れていた諸原理を発展させた」³⁰⁰⁾と指摘し、憲法典外であるが、内容が憲法上確定していることを確認する。そして、コンセイユ・デタ判例について、承認した原理は間接的にしか憲法テクストに関連していないことを前提に、「法の一般原理」はコンセイユ・デタが発展させた行政行為の統制原理であり、「150年来すべての制度に浸透し、立法者を支配している政治組織の基本原理により構成されている」ものとして「憲法の参考なしに確立」した³⁰¹⁾と指摘する。もっとも、第5共和制憲法下のコンセイユ・デタ判例は法の一般原理を「1946年10月27日憲法前文によって特に保障され、1958年10月4日憲法前文により参照されている」³⁰²⁾ものとして援用している以上、「憲法典以外の法源ではあるが、憲法に基礎を有している」³⁰³⁾とする。次に、憲法典内の内容については、憲法前文が共和国の伝統をPFLRにより憲法に統合しているところ、簡潔主義により正確な内容を知ることが阻まれていると指摘し、確実に特定できるのは、制裁措置が同時に原理を確認したときだけ

297) *Ibid.*, pp. 112-122.

298) 1974年以来すべての法律が合憲性統制に服すこと、判例上の慣習法ができるが、これは憲法に内容的に反し得ないこと、EU共同体法は憲法院による審査がなされることにより、形式的観点からの「法システムの基礎」が確保されている。

299) Vedel et Delvolv , *supra* note 124) pp. 122-134.

300) *Ibid.*, p. 124.

301) *Ibid.*, p. 125.

302) C.E., 28 octobre 1960, *Sieur de Laboulaye*. 河嶋・前掲注5) 11-12頁は、ジスティ判決(CE, ass., 8 decembre 1978, GISTI)を最も有名な例として挙げる。

303) Vedel et Delvolv , *supra* note 124) pp. 126-127.

あると述べている。ただ、この点について、憲法的に確定していることは認められるという。

第二に、憲法レベルの保障が確保されているかについて、法律以外の行為の統制と法律の統制と分けて検討する必要があるという。まず、法律以外の行為の統制については、コンセイユ・デタおよび破毀院は、憲法を尊重しているものの、法律の仲介なしに憲法の諸原理を適用することが不可能であると指摘している。その理由として、原理が直接結論を導くには一般的すぎて不明確すぎることを挙げている。もっとも、司法裁判所は憲法的価値を有しない規範によっても統制できることを指摘し、原理が必然的に憲法的となり、憲法が法システムの基礎となるのは、法律により尊重されなければならない場合のみであると指摘している。これに対して、法律の統制については、「形式と同様、拘束力の点で、原理が憲法的となるのは、憲法に挿入された原理を法律に対して強制することができるメカニズムが組織されたときのみである」³⁰⁴⁾と指摘し、「憲法の総体（corps）に含まれ、立法者を拘束するものはすべて必然的に憲法的価値を有する」³⁰⁵⁾ことを指摘する。そして、「今後、もはや憲法と法システムとの間に断絶はない」と述べ、憲法が「法システムの基礎」となったことを宣言する。

ここでヴデルとデルヴォルヴェが述べようとしたことは、第5共和制以降、憲法が「法システムの基礎」に据えられたということである。特に、第5共和制期に憲法院が設置され、憲法裁判が組織されることで、憲法原理が特定し得るものになったとの認識が示されている。そして、この憲法裁判のメカニズムを通じて、共和国の伝統などが憲法前文を介して憲法典に統合され、その基本原理が憲法原理になることへの期待が示されている。

このような憲法観の変貌により、ヴデルは、憲法院判例への信頼を高めることとなる。次に、ヴデルの構想の着地点である「憲法の継続性」を概観することとする。

304) *Ibid.*, p. 132.

305) *Ibid.*, p. 133.

1.3 「憲法の継続性」へ

以上の通り、ヴデルは、1970年代の上記2つの論稿において、憲法が「原理」として存在し、それ自体成文化されていないものの、そのような不文原理が法律に対する憲法適合性統制を通じて具体化し、「法システムの基礎」となったとの認識を示している。その後、1980年代にヴデルは、行政法の体系書の改訂においてアイゼンマンへの反論を示したほか、1986年に同旨の議論をしている。この時代に示されたのは、「行政法の憲法的基礎が存在するとすれば、それは、すべての法の憲法的基礎が存在するという、用語上弱い意味合いである」³⁰⁶⁾ということであった。そして、同時期にヴデルは、9年間（1980-1989）の憲法院裁判官を歴任し、憲法院の活動を自ら体験した。そして、1990年代になって、ヴデルの認識はどのようにになったのか。このようなヴデル学説の流れを背景に、ヴデルの1990年代の「憲法と諸法」との関係について、みていくこととしたい。

まず、ヴデルの見解を端的に表している次の文章を引用しよう。

「民法、刑法、商法などを構成する成文法規と判例法規は、その存在においても、その本質においても、憲法上の公理から出発する法的演繹の所産ではない。追い扱われるべき考え方³⁰⁷⁾は、歴史的現実とも社会的現実とも全く相応しないものであり、フランス法の場景（paysage）とフランス法の郷土（terroir）を完全に取り違えているものである。

1958年憲法と憲法院の建設的な活動のおかげで、我々の法秩序において最も高いレベルにある規範は、もはや主権的な議会に向けられた敬虔な祈りではなく、その尊重が完全とはいわないまでも実質的に確保されるようになった。しかし、（繰り返しになってしまふが）その存在と本質において、フランス法は、1958年以前に生まれ、とても健全に生きてきた。1958年憲法は、あまりにも長い間隠されていた源泉を明るみに出したのである。同憲法は、海岸のない海の中に、昔ながらの大河をのみ込んだのではないのである。」³⁰⁸⁾

このようにヴデルは、歴史の中で形成されたフランス法を「大河」にたとえ、憲法は「大河」をのみ込むものではなく、憲法院の活動によって明るみに出され

306) Vedel, *supra* note 74) p.143.

307) 「憲法化」等の過度な規範主義を指している。

た「源泉」であるとしている。この「源泉」は「長い間隠れていた」とされる以上、歴史上陰ながら「存在」していたものと理解している。このような「源泉」こそが「人権宣言」等の諸原理である。そのため、第5共和制憲法と憲法院の活動により、源泉に「法的効力」が与えられ、その尊重が確保されるようになったということだろう。

もっとも、このようなフランス法という「大河」の「源泉」を想定するには、1789年以来の「憲法の継続性」が必要となる。ヴデルは、「1789年から1989年のフランスにおける憲法の継続性」というフランス憲法学会（Association française des constitutionnaliste）の総括報告において、フランス憲法の継続性を擁護している³⁰⁹⁾。もっとも、ヴデルも憲法典の不継続性を認識しているため、「不継続性がフランス憲法史を特徴づけたとする基本的な考え方を乗り越え得るための一連の与件をすべて記述する必要がある」³¹⁰⁾という。ここでヴデルは各報告へのコメントのために5つの点を指摘する。第一に、「上記のテーマ〔憲法の継続性〕には、およそ権力分立に関するものを除き、公権力の構造自体と呼ぶものは含まれていない。……継続性に関して検討の対象として我々に与えられたのは、諸原理である」³¹¹⁾という。つまり、第3共和制期が安定するまでの1世紀弱の間、何度も制定を繰り返された「憲法典」ではなく、「諸原理」を対象にすることで、やっと「継続性」を語り得るという趣旨である。第二に、「この言葉〔継続性〕は、ジャン・リヴェロの報告を除いて、正確な意味での継続性と理解されるものとして用いられたのであり、それは、諸原理がその適用や変化において経験した変遷よりもむしろ、私が今日言いたいのは、諸原理への最終的な忠実性

308) Georges Vedel, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (I) », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, No. 1, 1996, p. 57. 同訳については、ドミニク・ルソー論文において引用されており、そのルソー論文の邦訳としての訳が存在する（ドミニク・ルソー（阿部智洋=佐々木くみ訳）「第5共和制における憲法学の諸変化」『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）44頁）。

309) Georges Vedel, « Rapport de synthèse », *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Journées d'études des 16-17 mars 1989, Paris, Economica, 1990, pp. 171-178. 本稿では、フランス憲法雑誌に掲載された方を参照する（Georges Vedel, « La continuité constitutionnelle de 1789 à 1989 », *RFDC*, No. 1, 1990, pp. 5-15）。

310) *Ibid.*, p. 6.

311) *Ibid.*, p. 6.

(fidélité finale) である」とし、「実際に、報告者たちが実践したのは、源泉への立ち返りであった」³¹²⁾という。すなわち、原理の「具体化」の場面では、変遷があったことを認めつつ、常に原理への「忠実性」を求めて変更がなされてきたという意味で「継続性」があったとするものである。第三に、1789年人権宣言と1791年憲法の諸原理が豊かなものであり、複合的な論理であることを認めつつ、「直線的な論理は、諸観念、諸原理、理想に満ちたところには存在しない」³¹³⁾という。つまり、18世紀末の諸原理は、多様なものが含まれ、論理的に繋がるものもあれば繋がらないものもあり、いくつかの解釈があり得るということである。第四に、「法学者、憲法学者の、政治生活の研究という他の形態との関係での自律性の要求 (revendication) が良くも悪くも現れていること」³¹⁴⁾である。つまり、現実と一線を引いて、学問的な分析を行うことが必要であるという。第五に、「一世代の学者を煉獄 (purgatoire) に閉じ込めた」³¹⁵⁾と批判し、報告者が重要な人物への参照をしていないと指摘している。

そこで、ヴデルが着目するのは、戦後から1958年憲法までの期間であり、この期間に、「原理が存続することの確認よりも、どのようにして継続的な方法で『裂け目 (déchirure) ない』諸位相 (topologues) に従って、完全に異なるものに変化させるか」³¹⁶⁾を問題としていた。そして、その例として、権力分立原理や直接民主制、政治責任などが存続している³¹⁷⁾という。

さらに、ヴデルは、18世紀の議論が並外れた豊かさを有しており、それが1789年人権宣言において収束したこと、さらには、1789年の諸原理が湧出点となるものの、1789年の諸原理が隠れていたがゆえに第3共和制における重要な

312) *Ibid.*, p. 6.

313) *Ibid.*, p. 7.

314) *Ibid.*, p. 7.

315) *Ibid.*, pp. 7-8.

316) *Ibid.*, p. 8.

317) *Ibid.*, pp. 8-9. 権力分立原理については、執行府と立法府の分立ではもはやなく、与党と野党の分立、中央と地方の分立、政治と社会の分立という形に変容したとする。直接民主制についても、代表と政治責任者の指名のシステムの中にとり込まれたとする。政治責任については、立法府の前における執行府の責任ではもはやなく、人民 (Nation) の前ににおける政治的方針の責任へと変わったとする。

議論の一致まで 75 年もの月日がかかったことを指摘する³¹⁸⁾。

以上を前提に、各報告者の報告にコメントしたうえで、ヴデルは「憲法の継続性」について総括する。まず、ヴデルは、法学者と政治学者を *Sollen* の人間と *Sein* の人間として対置したうえで、「我々は *Sollen* の人間である」と述べ、法的領域の問題と現実の問題を区別する³¹⁹⁾。そして、各原理の現実的な変容を問題としつつ、「まさに法的領域においては、断絶というより位相的な (topologique) 変容があったかもしれないが、しかしそれでも到着点は出発点と全く異なるという事実に重点を置くべきだと私は思う」³²⁰⁾と述べている。この具体例として法律 (loi) を挙げ、「立法者が統制されるようになることは論理的であり、これは、おそらく 1789 年の憲法制定者の曖昧な思考においても同様であつただろう。それは、カレ・ド・マルベール (Carré de Malberg) が述べたような始原的権力の行使としての法律という上位の規律 (super-règlement) となつた法律と同じではない」³²¹⁾という。そのうえで、「昨日と今日の困難な経過を消し去り滑らかにすることによってのみ、我々は冷静に継続性を語ることができる」³²²⁾という。つまり、ヴデルは、例として挙げた法律の考え方の変遷を前提に、現在の法律への考え方を 1789 年の源泉にまで遡って同様の思考が存在したと論理的に説明することで、平たく「継続性」を述べることができるとしている。

最後にヴデルは「このテーマについて、素朴な実験を行うことができる。それは、行政法の本を書くことである」と述べ、「2つの点で私は驚かされた」³²³⁾という。1つ目は、30 年前は憲法という言葉なしに行政法の本を書くことができたが、現在では、「[行政法と憲法の] 分野間の分離を最も強く主張する著者でさえ、彼らの行政法の本の中で、憲法の長い展開を挿入しなければならない」³²⁴⁾ことである。2つ目は、「行政法の憲法的基礎」論争が古びたものとなったことである。

318) *Ibid.*, pp. 9–10.

319) *Ibid.*, p. 13.

320) *Ibid.*, p. 13.

321) *Ibid.*, p. 13.

322) *Ibid.*, p. 13.

323) *Ibid.*, pp. 13–14.

324) *Ibid.*, p. 14.

現在では、「我々は、論争する機会すらないだろう。我々は単に、憲法院判例を参照するだけであろう」と述べ、「行政法は、憲法および憲法院判例から引き出された諸原理に基づき有していることは非常に明白である」³²⁵⁾という。そして、「もちろん、すべては連続性で説明できるのだが、思うに、政治学だけでなく、切断されない憲法学においても、新規性を強調する必要がある」という。そのうえで、結論として、次のように述べる。

「《憲法の継続性》という観念に同意するが、そこに句読点を付すことができるという条件付きで同意する。ある人々は、疑問符を提案するであろう。私は皮肉符 (point d'ironie) がないので中断符 (points de suspension) を提案したいと思う。」³²⁶⁾

このようなヴデルの「憲法の継続性」は、現実の諸原理の「具体化」の変遷を前提として、豊かな「源泉」である1789年への立ち返りによってなされるとするものである。そして、フランス法の発展は、憲法上の公理からの演繹とは関係ない。あくまで、憲法院の審査は、「源泉」である諸原理を明るみに出すだけであるとしている。

以上のヴデルの思考は、憲法院による「源泉への立ち返り」を軸として、諸法の憲法的「基礎」を見出す思考方法である。このような思考は一見わかりやすいが、諸法の歴史が積み上げた原理と「源泉」との関係が曖昧なままとなっている。また、何よりも、自身が提示した「行政法の憲法的基礎」論は古びたものとなっているとしており、その「現代化 (actualité)」が必要である。そこで、「行政法の憲法的基礎」論を「現代化」するデルヴォルヴェの議論を参照して (IV-1.4) から、本稿の帰結へと繋げていきたい。

1.4 「行政法の憲法的基礎」論の現代化

ヴデルの議論を現代化するのは、ピエール・デルヴォルヴェである。デルヴォルヴェは、ヴデルの行政法の体系書に、第7版以降共著者として参画した者であり、かつ、「法システムとしての憲法」をヴデルと共に著した人物として、ヴデル

325) *Ibid.*, p. 14.

326) *Ibid.*, p. 14.

理論を熟知した論者である。

デルヴォルヴェは、ヴデル自身が「行政法の憲法的基礎」論を「過ぎ去ったもの」とする一方、他方で、フランス実定法にますます憲法的基礎が現れていると述べていることを指摘し、「行政法の憲法的基礎論を現代化し、相対化する」³²⁷⁾必要性を強調する。

まず、デルヴォルヴェが着目するのは、ヴデルが当初「基礎 (la base)」と述べていたにもかかわらず、「源泉・法源 (la source)」と述べる方向にシフトしている³²⁸⁾ことである。デルヴォルヴェは、フランス語の辞典を用いて、「base」とは、「本体の下部の部分であり、本体を支え基礎づけるもの」³²⁹⁾である。これに対して、「source」とは、「水が湧き出る場所あるいは水自体が流れ出る水」³³⁰⁾であるという³³¹⁾。この定義を受けて、デルヴォルヴェは、「基礎は支えるもの、源泉は生み出すもの」「基礎は構築に役立ち、源泉は多様な用法を許す」という違いを見出し、「憲法が行政法を特有の法体系としてどのように構築しているかを検討しなければならない」と述べて、「行政法に関する憲法规範の発展」と「行政法の憲法的基礎論の古物化 (dépassement)」が立ち現れると予告する³³²⁾。

まず、「行政法に関する憲法规範の発展」として、形式的側面として、行政に

327) Pierre Delvovlé, « L'actualité de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif », *RFDA*, 2014, p. 1211. デルヴォルヴェは、ヴデルがフランスの枠内で理論構築したことを指摘し、比較法的視点を多く取り入れている。

328) Bernard Stirn, *Les sources constitutionnelles du droit administrative Introduction au droit public*, 3^e édition, Paris, L.G.D.J., 1999において、ヴデルが序文を書いており、自身の議論に言及している。ヴデルの他にも、モルフェシスは、2018年の論文のタイトルが「憲法、私法の源泉」となっている (Molfessis, *supra* note 191)。

329) Définition du « base », *Le nouveau Petit Robert*, in direction de Josette Rey-Debove et Alain Rey, 2008, p. 226. « fondement » も類義語とされている。

330) Delvovlé, *supra* note 327) p. 1212. 2008年版の *Petit Robert*によると「水が地表に湧き出る場所；地表に湧き出る地下水が流れる自然または人工の水路」と記載されている (*supra* note 329) p. 2409)。

331) なお、ヴデル自身が「基礎」と「源泉」の違いに言及したことがある。ヴデル曰く「《基礎 (les bases)》とは、確かに、土台 (des fondements) を指すが、ほとんど可視化されず、認識さえほとんどされない」ものであり、他方、「《憲法的源泉 (sources constitutionnelles)》」は、「厳格に、ヒエラルキー的構成の明示、法規と管轄権の両面において、ある段階から次の段階への連関の純粹性 (limpidité)」を表している (Vedel, *supra* note 212) pp. v-vi)。

332) Delvovlé, *supra* note 327) p. 1212.

についての憲法条文の増加を指摘する。次に、実質的側面として、「憲法の条文から出発して、創造的解釈によって、行政法の主要な要素を憲法レベルに昇格させたのは、判例である」と述べて、憲法院が「公役務」概念に憲法的価値を認めたこと³³³⁾、憲法院が「公権力」概念について執行権力と同時に言及³³⁴⁾し、ヴデルの主張する行政法の憲法的基礎論と共に鳴したことを指摘する。さらに、ヴデルの指摘として、「法治国家」概念と結びつく2つの要素として、「行政の法への服従（適法性原理）」と「行政の統制への服従」を挙げて、これらが憲法レベルに引き上げられた³³⁵⁾という。

次に、「行政法の憲法的基礎論の古物化」として、第一に、「執行権力」概念でとらえきれない権限が増加したことを挙げる³³⁶⁾。第二に、より特徴的なものとして、行政法および行政権限の拡大により議会の権力を損なったことが挙げられる³³⁷⁾。他にも、条約適合性審査を行政裁判官が行っていること等を指摘して、ヴデルによる「行政」の定義では、捕捉しきれなくなっていることを指摘する。そこで、デルヴォルヴェは、憲法と行政法の関係を新たに構築することを試みる。

まず、デルヴォルヴェは、「行政法に関する憲法条文や行政法の概念や解決策の憲法上の承認は、憲法と行政法の関係を否定するものではなく、「これは、行政法の憲法上の源泉（source）を語る際に強調される」ことを指摘するものの、「行政法は、ヨーロッパ人権条約等にも源泉を有している以上、上記事情は、憲法を行政法の土台（le fondement）とするわけではない」³³⁸⁾と述べる。そして、「憲法は、かくして、他の法領域よりも、間違いなく強く現れているが、他の法領域と同様に、行政法の多様な問題に関して相当の内容を決定するものとして現れている」³³⁹⁾という。他方、デルヴォルヴェは、「憲法が行政法を豊かにしていく（nourrit）」ことをも強調するものの、前述のとおり、行政法の憲法上の源泉

333) Cons. Const., 79-105 DC, 25 juillet 1979. Voir *supra* note 161.

334) Cons. Const., 86-224 DC, 23 janvier 1987.

335) Delvolv , *supra* note 327) pp. 1213-1214.

336) *Ibid.*, p. 1214.

337) *Ibid.*, p. 1215.

338) *Ibid.*, pp. 1215-1216.

339) *Ibid.*, p. 1216.

が他の法領域よりも多いことだけでは、その源泉が行政法を構成しているとは言えない。デルヴォルヴェが「*デルヴォルヴェがヴデル理論の延長線上として「行政法が憲法の中に、支え (un support) を見出す*」³⁴⁰⁾例として挙げるのは、フロモンの次の定義である。フロモンは、「*公的行政とは、その機能的な意味において、立法及び司法権限とは区別される、公的機関又は公的機関と関連する私人による一般利益の活動である。組織的な意味で理解される場合、公的行政とは、そのような活動を行う公的機関の集合体である*」³⁴¹⁾という。このフロモンの定義を受けて、デルヴォルヴェは、「*憲法は、もはや、〔行政の〕組織を設立し、諸関係を管理する法に限定されない。憲法は、行政の役割と行使の範囲について、市民の権利と自由の承認から派生する限界と義務を強く伴う形で決定する*」と述べる。

しかし、デルヴォルヴェは、サビーノ・カッセーズ (Sabino Cassese) の言葉を借りて、行政法の憲法に対する自律性を強調する。カッセーズによると、「*行政法は憲法に依拠している一方、憲法を条件づけている*」とし、「*憲法は、主要な政治的選択肢があるところ、行政法は技術的問題を扱っているようにみえる*」³⁴²⁾。この言葉を受けて、デルヴォルヴェは、行政行為、行政契約などを例に挙げて、憲法に対する自律性を強調する。

このような認識の下、デルヴォルヴェが提示するのは、「*行政法の憲法的枠*」の存在である³⁴³⁾。この「枠」というのは、「*鏡や絵画、より一般的に物体を取り囲む縁 (une bordure)*」であり、「*さらにいえば空間や行動を取り囲むもの*」であり、「*より広く言えば、あるものを構造化し制限するもの*」³⁴⁴⁾である。そして、この「縁」は「*大きくも小さくもなるもの*」である。これを憲法と行政法の関係に当てはめると、「*憲法は、行政法の枠となる。憲法は、行政法の輪郭 (行政組織や行政行為) を定める*」。しかし、内容については、可能な解決策を多様に残し

340) *Ibid.*, p. 1216.

341) Michel Fromont, *Droit administratif des États européens*, Paris, puf, 2006, p. 5.

342) Sabino Cassese, *La construction du droit administratif, France et Royaume-Uni*, Paris, Montchrestien, 2000, p. 11.

343) Delvové, *supra* note 327) p. 1216. デルヴォルヴェの着想は、Olivier Jouanjan, « *La Constitution* », in *Traité de droit administratif*, tome 1, Paris, Dalloz, 2011, p. 395 にある。

344) *Ibid.*, p. 1216.

ている。その解決策は、多様な源泉によって豊かにされており、憲法上のものは多いが部分的である」³⁴⁵⁾。

結論として、デルヴォルヴェは、「正確には、行政法を構築する基礎（assise）として役立つ憲法的基礎は存在しないものの、行政法の憲法上の枠が存在する」³⁴⁶⁾と述べる。

以上のヴデル及びデルヴォルヴェの考察は、本稿の帰結に直接結び付くものである（IV-3）。もっとも、このような帰結は、『政治法（Jus Politicum）』プロジェクトの第一人者であるバランジェの憲法法源論とも共鳴し得るものと思われる。そこで、次に、バランジェの見解を確認しながら、本稿の考察に基づく帰結を示すこととしたい。

2. バランジェにおける「憲法と諸法」

バランジェは、自身の体系書の序論において、憲法法源論を簡潔に紹介したうえで、「この本〔バランジェの教科書〕の最後の方を占めるテーマは諸法分野の憲法化というテーマである」³⁴⁷⁾と述べる。ここでいう「憲法法源」論とは、「法源」と法源から生み出される「規範」を区別する考え方である。「法源」とは、「最初の言明」として存在し、「解釈や適用のような多段階を通じてなされる一連の法創造を開始する性質」³⁴⁸⁾を有するものであり、「規範」とは、「法主体が解釈によって生み出す意味部分」である³⁴⁹⁾。

そのうえで、バランジェは、「最高性（suprématie）は、必然的に絶対的管轄権（omnipotence）を暗に示すのか」³⁵⁰⁾と問題提起したうえで、「その〔憲法の〕規範的最高性という唯一の理由から、憲法（la Constitution）がすべての法

345) *Ibid.*, p. 1216.

346) *Ibid.*, p. 1217.

347) Denis Baranger, *La constitution sources, interprétations, raisonnements*, Paris, Dalloz, 2022, p. 5.

348) *Ibid.*, p. 49.

349) 詳しくは、拙稿・前掲注105) 163頁以下。

350) Baranger, *supra* note 347) p. 5.

の排他的源泉になるのに適しているとはいえない」³⁵¹⁾と論じる。このように論じるバランジェは、憲法がすべての法の「排他的」源泉とならないと考えている点でヴデルの議論と軸を同じくしているように思われるが、バランジェはヴデルの議論も批判することとなる。そこで、バランジェがみるヴデルとファヴォルーの議論を参照してから、バランジェの立論を見ていくこととしたい。

2.1 「行政法の憲法的基礎」論への批判

バランジェは、「行政法の憲法的基礎が示すものとして我々に提示されるのは、理論的な思索ではなく、判例である」³⁵²⁾として、行政法の憲法的基礎論が判例に依拠していることを指摘して、次のように批判する。「ヴデルは、何らかの眞の(*vrai*)憲法を、憲法テクストから離れて、判例自身の言葉の中で探究した。憲法制定者の言葉は脇に置かれた。おそらくその理由は、この著者〔ヴデル〕が憲法の中に見出すべき行政法の憲法的基礎理論を見出せなかったからである。」³⁵³⁾

バランジェがいう判例自身の言葉というのは、ヴデルが何度も引用する2つのコンセイユ・デタ判例（Arrêt HeyrièsとArrêt Labonne）である。これに対して、ヴデルが回避したとされる憲法テクストは、第4共和制憲法前文第9文であり、「すべての財産、すべての企業で、その事業が、全国的な公役務または事實上の独占の性格を有し、あるいはその性格を取得したものは、公共の所有に属さなければならない」³⁵⁴⁾として、公役務概念への言及のある一文である。このようにバランジェは、主な参照点を判例とするヴデル理論を受け入れず、ヴデル理論を「憲法法源と判例の法源が相互に混ざり合っており、両者が不可分とされている」³⁵⁵⁾ものとして批判する。

しかし、バランジェは、次のように言う。「この反論は、事態を何ら変えないだろう。なぜなら、ヴデルの論証は十分説得力に欠けたとしても、それでも、実定法を説明する場合の権威ある学説として、学界において勝利を収めているから

351) *Ibid.*, p. 5.

352) *Ibid.*, p. 442.

353) *Ibid.*, p. 443. 斜体はバランジェによる。

354) 下線は本稿筆者による。

355) *Ibid.*, p. 444.

である。コンセイユ・デタの公式見解によると、ヴデルの論文は公式の理論と表明されている。」³⁵⁶⁾

このようなバランジェの批判の核心は、バランジェが最も警戒する「憲法判例＝憲法」とする見解とヴデルの議論の類似性にある。そして、バランジェが扱うヴデルの「行政法の憲法的基礎」論は、1954年論文を基にしたものであるところ、同論文では、ヴデルは、コンセイユ・デタ判決を軸に議論を展開しており、バランジェの目には、「コンセイユ・デタ判例＝憲法」とする姿勢に映ったのだろう。もっとも、ヴデルの同論文は、公務概念が通説的見解となっていたことを前提に「公務概念の危機」が叫ばれた時代に執筆されたものであり、公務概念の克服が目的となっていたことは明らかである。そして、ヴデルによるコンセイユ・デタの2判例の利用は、「公務」の射程を超える「行政」の存在証明としてなされたのであり、その後のヴデルの立論は「公権力」概念を用いた説明となっていることから、「コンセイユ・デタ判例＝憲法」という姿勢として読むべきではないように思われる。さらに、1954年論文の冒頭に、ヴデルは、「憲法が行政法を構成する総体である諸規律の必然的基礎であることは、すべての人が合意するだろう」とし、「この確認は、論証の必要がない」³⁵⁷⁾と論じていたのであって、判例や学説から用いずに行政法の憲法的基礎を当然の前提として議論を進めていた。加えて、ヴデルの立論は、「公権力」概念や「行政制度」に基づく定式であり、その内容を確認しても、コンセイユ・デタ判例に基づく定式化とは言い難い。以上より、ヴデルの立論は、「コンセイユ・デタ判例＝憲法」とする定式とは言い難いといえる。

このように考えると、バランジェによるヴデル理論への上記批判は相対化され得る。しかし、次の2点でバランジェとヴデルとの違いが出てくる。第一に、ヴデルの立論は、憲法を行政法の「基礎」と捉えていたものであり、行政法の豊かさの総体を憲法で捕捉しようとしている点は、「憲法法源」論を提唱するバランジェの立場とは異なるであろう。ただし、この点は、デルヴォルヴェによるヴデル理論の「現代化」によって緩和されたものといえる。第二に、バランジェによ

356) *Ibid.*, p. 443.

357) Vedel, *supra* note 21) p. 21.

る言及はないが、ヴデル理論は、「憲法の継続性」を論じる場面では、「憲法＝憲法院判例」と見得る論理展開がなされている。そして、本稿は、バランジェと同様、「憲法≠憲法院判例」とする立場を前提としているため、この点については、ヴデル理論の限界として考えるべきであろう。もっとも、両理論には同質性もみられるところ、両者を考慮したうえで、本稿の結論を導くこととしたい（IV-3.）

2.2 「憲法化」への批判

バランジェは、古典的な憲法を「政治制度の機能と国家と諸個人との関係」を規律する法として定義したうえで、「諸法領域の憲法化は、いわば、古典的意味の実質的憲法の逆を行く」³⁵⁸⁾という。すなわち、バランジェは、「憲法は、諸法領域の憲法化の《根拠 (les racines)》全体を含むものとして作られていない」とし、そのため、憲法化は、「その実質的な領域が法秩序の領域と同じだけ広く拡張していることを前提としている」が、「しかしながら、全実定法にとって唯一の〔法〕源であるとの前提は、憲法の実質的な内容的限界に直面する」³⁵⁹⁾と論じるのである。その具体例として、民事責任法や契約の自由、婚姻の自由などを挙げる。

バランジェは、「民事分野における責任原則を憲法ブロック内で明示的に言及しているものを見つけることができない」³⁶⁰⁾と述べて、憲法院判決の検討へと進む。バランジェが例として挙げる 2010 年 6 月 11 日憲法院判決³⁶¹⁾は、次のように判示している。

「1789 年人権宣言 4 条の《自由とは、他人に害を与えないいかなる行為をもすることができることがある》と規定する。この条項より、原則として、他人に害を与えるすべての行為は、過失によって損害を生じさせた者に賠償義務を負わせる。この賠償請求権は、憲法上の要請を実現するものである。しかしながら、後者〔損害賠償請求権〕については、立法者が一般利益を理由に、責任を負う諸条

358) Baranger, *supra* note 347) p. 340.

359) *Ibid.*, p. 340.

360) *Ibid.*, p. 340.

361) Cons. Const., 2010-2 QPC, 11 juin 2010, cons. 1.

件を調整することを妨げず、そのような理由から、不法行為の被害者の権利、つまり1789年人権宣言16条に由来する効果的な司法の救済を受ける権利に対して、不均衡な侵害を結果として生じないことを条件に、この原則を排除又は限界づけることができる。」

この判決に対して、バランジェは、「これらの非常に一般的な諸原理は、ほとんどあらゆる判決を正当化する性質を有するとされているとしばしば指摘される」が、「人権宣言4条と民事責任又は契約の自由の論理的関係性は、緩んだものであり (*lâche*)、いうなれば非常に弱い (*distendu*)」³⁶²⁾と批判する。

他にも、婚姻の自由について、1993年8月13日判決³⁶³⁾が、「個人の自由の構成要素の1つ」と言及しているものの、一般に「個人の自由」を規定しているとされる憲法66条への言及がないことを指摘する。そして、憲法院は、2003年11月20日判決³⁶⁴⁾において、婚姻の自由の尊重について「1789年人権宣言2条及び4条により保護された個人の自由」と判示しており、2013年5月17日判決³⁶⁵⁾でも同様であったと指摘する。

以上について、バランジェは、「《準拠規範》のすべてに共通することは、論理の柔軟性である。つまり、婚姻の自由を《包含 (recouvrir)》できるものは何もなく、婚姻の自由を明確かつ正確に憲法上結び付けるものは何もない」³⁶⁶⁾と指摘する。

2.3 バランジェが考える「憲法化」

バランジェは、上記判例を参照し、「この状況のあり得る1つの説明」として、「《私法の憲法化》は、以前の立法者の私法の諸準則を憲法の水準へ《上昇》することにあるのではない」という。そして、モルフェシスの次の言葉を引用する。

「民法の憲法化とは、憲法的価値を有する原理により作り上げられた一定の数の憲法的要請であり、その含意 (les implications) は多様な領域で感じることが

362) Baranger, *supra* note 347) p.340.

363) Cons. Const., 93-325 DC, 13 août 1993, const.107.

364) Cons. Const., 2003-484 DC, 20 novembre 2003, const.94.

365) Cons. Const., 2013-669 DC, 17 mai 2013, const.23.

366) Baranger, *supra* note 347) p.341.

できるということである。」³⁶⁷⁾

この「感じることができる」というのは微妙な言い回しであるところ、バランジェは、このモルフェシスの一文の引用に続いて、次のように説明する。

「この観察は、我々に、憲法法源はその実質的自律性 (*autonomie matérielle*) を有しており、この実質的自律性は、ある種の自動詞性 (*intransitivité*) とでも呼ぶべきものをもたらすことを教えてくれる。例えば、憲法的なるものは、民事《分野》や刑事《分野》において、喪失 (*perte*) や残余 (*résidu*) なしに書き換えられない。完全な他動詞性 (*transitivité*) がなければ、2つの異質なものを配置する (*agencer*) 必要がある。」³⁶⁸⁾

このバランジェの説明は難解であるが、次のことが言えるだろう。まず、憲法は、「自動詞性」ともいるべき、憲法内部で完結した法規を有しており、これが他の法領域に対しては、何らかの「他動詞性」という相互の干渉がなければ「憲法的なるもの」と諸法との関係は、「異質なもの同士の配置」とならざるを得ない。そのため、憲法的要請は、暗黙のものとして多様な領域で「感じができる」程度のものである、ということであろう。このようなバランジェの説明は、自身による具体例を用いた説明が必要である。

バランジェは、具体例として、「すべての哺乳類は、生物の範囲に含めることができる。これは間違っていないが、問題となっている動物についてはほとんど語っていないのである」という。ここでいう「生物」は「憲法」であり、「哺乳類」は「諸法」であり、「問題となっている動物」は「問題となっている法律」であろう。このように、何も語っていない「憲法」がそこに含められる「諸法」と関連付けられる場合、そこに介在するのは、「他動詞性」なのである。憲法院による規範導出の事例として、バランジェは次のようにいいう。

「例えば、1789 年人権宣言第 4 条が指す自由、及び過失責任又は契約の自由という民法上の原理がある。これらの異質性は、憲法原理から演繹したものとして民法上の法規を導いた三段論法の (*syllogistique*) 手續によっても、ほとんど和

367) バランジェは、Molfessis, *supra* note 150) p. 100 を挙げるが、後掲注 369 であると思われる。

368) Baranger, *supra* note 347) pp. 341-342.

らげられない。……契約上の責任が自由とその限界として機能する他者に危害を加えない義務から演繹されるというのは、非常に選択的である。例えば、1789年人権宣言第4条が憲法院によって、他の種類の民事責任を排して過失責任のみを憲法化することがどのようにして説明されるのか？」

このように、バランジェは、憲法と諸法がそれぞれ自律的に存在することを前提としている。そして、彼は、憲法院が「選択的に」人権宣言から民事上の原理原則を憲法化していることを指摘して、憲法院が示す民事上の憲法原理は、憲法院が構築したものであることを指摘している。さらに、バランジェ自身、憲法院が「民法の条文」を憲法化したというより、「民法上の原理」を憲法化したと論じている。このようにしてバランジェは、「憲法＝憲法院判例」ではないことを立証して、これ以上のこと自身の体系書において記述していない。そのため、違憲審査における「憲法と諸法」の関係について、バランジェ自身がどのように考えているかを看取することができない。そこで、彼が明示的に引用する2人の論者の立論を補助線として、バランジェの「憲法法源」論と両立し得る「憲法と諸法」の関係を考察することとした。

2.4 バランジェの立論のための2つの補助線

バランジェの立論の立論の補助線として、彼が引用するニコラ・モルフェシス及び私法学者であり犯罪学者でもあるベネディクト・ジラール (Benedicte Girard) の立論を補助線として考察を進めることとする。モルフェシスは、以下のように述べる。

「憲法判例は、憲法固有の諸原理と諸自由の助けを借りて発展している。また、責任についての憲法は、1789年人権宣言4条の平等原理——《責任追及の権利は、《自由とは他者を害しないすべてのことをなし得ることにある》という人権宣言4条に定められた憲法上の要請に基づいてる》ことの確認を伴って——および1789年人権宣言16条に由来する司法的救済を受ける権利から構築されていることは驚くべきことではない。同様に、契約の保護は、人権宣言4条を通じて行われている。財産権について、憲法院は、固有の総合的アプローチによって、その《意味と価値》を保護している。民法の憲法的基礎は、民法の規律によるもの

ではなく、憲法原理によるものである。私法の憲法化は、それまで立法的価値を有していた私法準則のヒエラルヒーレベルの上昇にあるのではない。いくつもの憲法的要請は、憲法的価値を有する原理から統合されるのであり、憲法原理の含意（implication）は、多様な領域で感じることができる。以上の理由で、1789年人権宣言4条、つまり、憲法院が他者に害を与えないすべてのことをなし得ることにあると単純に演繹する自由が、責任法だけでなく契約法の基礎になっているのである。」³⁶⁹⁾

この主張はバランジェが明示的に引用していたところであり、民法の憲法的基礎を「憲法原理」に求め、「憲法の自律性」に配慮された立論となっている。このことは、上記引用の段落につながる次の段落において、以下のように述べていることからも明らかである。

「したがって、憲法訴訟は、自身の基礎を伴い、自身の論理に従って行われており、独自の諸解決策を生み出し、民法学者は、《外から》研究し分析しなければならず、自身の法〔民法〕をその中に見出すことを期待してはならない。以上の理由から、パスカル・ドゥミエ（Pascal Deumier）とオリビエ・グート（Olivier Gout）が完全に示した³⁷⁰⁾ように、憲法院は、賠償の程度を過失の重大性と関連付けるという特有の方法で民事責任を探究しており、賠償を損害に依拠させる民法学者のアプローチとは逆行している。憲法院判例は、独自の方法で、被害者つまり損害賠償請求者の立場と、責任者つまり債務者の立場を組み合わせている。かくして、憲法院は、不当行為（acte fautif）の結果によって引き起こされた損害の賠償をせずに放置しない限り、立法者が免責制度を設けることもできると考えている。……この特殊性こそ、研究し理解し議論される必要がある。間違いなく民法学者の助けを借りて。」³⁷¹⁾

このように、モルフェシスは、憲法訴訟が憲法原理から導かれるることを前提にした「憲法の自律性」を基にした立論を行っている。そして、「民法学者の助け」

369) Nicolas Molfessis, « Sur trois facettes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 31, 2011, pp. 18-19.

370) Pascale Deumier et Olivier Gout, « La constitutionnalisation de la responsabilité civile », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 31, 2011, pp. 29-30.

371) Molfessis, *supra* note 369) p. 19.

が必要であることを肯定しつつも、民事責任における憲法院の独自のアプローチを明らかにしている。この立論によれば、民事責任について人権宣言4条および16条から緩やかな枠が設定されており、この枠内であれば立法者は損害賠償の免責制度も作れると考えられている³⁷²⁾。そして、この枠は、賠償責任を一切認めないとするものでなければ合憲であるとするものであった。

次に、ジラールの立論を紹介する。ジラールは、「私法の憲法化は、民法学上の規律を純粋かつ単純に立法より上位の段階へ引き上げることではない」³⁷³⁾と述べ、モルフェシスと同様の立場であることを示す。続けて、ジラールは、「明白な影響力の働きにもかかわらず、ある原理が憲法院によって承認されるのは、憲法的基礎と関連している場合のみであり、これがその原理に独自の意味を与えるのである」³⁷⁴⁾と述べている。このようにジラールも、憲法院判例を分析した結果として、憲法の自律性に配慮をしたうえで議論を進めている。そして、ジラールが指摘するのは、新たな憲法院判例の動きである。ジラールによると、モルフェシスが指摘していた賠償の最低限度の保障を第一段階としたとき、2015年に始まる第二段階³⁷⁵⁾において、「憲法院は、責任の限界を提示した」³⁷⁶⁾として、過剰な賠償への歯止めの時代を迎える。この第一段階と第二段階をあわせると、今後民事責任は「限定しすぎても、拡大しすぎてもいけない」³⁷⁷⁾ということとなる。このように、ジラールは、憲法院が憲法それ自体から規範を抽出することを認めつつ、その規範は、立法に対して緩やかな「枠」を設定しているとの立場を示している。

以上の議論をまとめると、モルフェシスもジラールも憲法の自律性を認めつつ、憲法が諸法に対して「枠」として存在することを示したものといえる。そして、この2人の論稿は、バランジェが明示的に引用していることから、バランジェの

372) 同様の指摘として、Jestaz, *supra* note 273) p. 12.

373) Bénédicte Girard, « La responsabilité civile dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum* No. 20-21, 2018, p. 66.

374) *Ibid.*, p. 66.

375) Cons. Const., 2015-479 QPC, 31 juillet 2015; Cons. Const., 2015-517 QPC, 22 janvier 2016; Cons. Const., 2017-750 DC, 23 mars 2017.

376) Girard, *supra* note 373) pp. 64-65.

377) *Ibid.*, pp. 68-69.

議論の延長線上にあるといえよう。

バランジェの立論は、憲法法源が民事責任を明確に述べていないことに始まり、この認識はヴデルと共に通している。そして、ヴデルは、憲法原理が憲法法源に書かれていないことを前提に、憲法院によって明確化された憲法原理が諸法の憲法的基礎となることを肯定しているところ、バランジェは、憲法法源から諸法原理を導く憲法院の規範導出過程を問題とし、その選択性を明らかにしている。これに加えて、モルフェシス及びジラールは、憲法原理からの導出が民法学者によるアプローチと異なることを明らかにして、その独自性を強調する。バランジェについては、憲法院偏重主義への警戒感からヴデルと同一に語ることはできないものの、両者の立論自体は、根源的に共通する点が多いといえる。そこで、このような三者の考え方を基本線として、本稿全体からの帰結を導くこととする。

なお、ヴデルが問題としている諸法の出発点は、「行政法」であり、バランジェやモルフェシスが想定している諸法の代表は「民法」であり、想定する諸法に違いがある。もっとも、この点は大きな問題とならない。イヴス・ゴドゥメ（Yves Gaudemet）は、ヴデルの「行政法の継続性と憲法の不継続性」を引き合いに出し、「行政法に当てはまつたことは、フランスの civil の基本法（constitution civile）の機能においての民法にも同様に当てはまる」³⁷⁸⁾と指摘する。そのうえで、ゴドゥメは、「確かに、民法は不变ではない」としつつ、「しかし、民法の発展は途切れることなく、特に、変化する社会秩序の枠の中で、civil の基本法としての優れた機能を継続的に果たしてきた」³⁷⁹⁾と指摘する。このように、行政法も民法も継続してきたところに、憲法の不継続性を補完する「基本法」としての役割が認められるのである。よって、諸法として想定する法律が行政法であるか民法であるかは大きな問題とならないといえよう。

3. 「基礎（base）」から「法源・源泉（source）」へ

「憲法と諸法」の関係の問題は、憲法が全法秩序として復権し、違憲審査を開

378) Gaudemet, *supra* note 2) p. 303.

379) *Ibid.*

始したにもかかわらず、諸法の基本原理を規定していないことがある。言い換えると、「何が憲法的価値を有する原理か」が不明であることに根本的な問題があるところ、それにもかかわらず、憲法院を含めた憲法裁判所は、違憲審査の前提として、「何が憲法的価値を有する原理か」を示す必要がある。

本稿で示したのは、フランスにおける憲法院による違憲審査を前提とした学説の議論である。ここで、憲法院が確立したとされる（憲法的価値を有する）「憲法ブロック」の内容を確認すると、第5共和制憲法が言及する「人権宣言」「PFRLR」「現代において特に必要な原理」「2004年環境憲章（La Charte de l'environnement de 2004）」である³⁸⁰⁾。2004年環境憲章が2005年憲法改正により加えられたため、これを除くと、「人権宣言→PFRLR→現代において特に必要な原理」と時代を超えた重要な原理の継承が見えてくる³⁸¹⁾。そして、人権宣言から現代までの懸け橋となっているPFRLRは共和国の「諸法律が承認」した「原理」なのである³⁸²⁾。このような構想は、リュシェールが既に示したところであり、ヴデルの構想と共通するところである。

本稿が紹介したヴデルの基本的な考え方は、「原理」を問題とし、フランス法が第5共和制憲法以前から生き生きと発展してきたことから、「諸法の歴史の中で確立した基本原理」と「憲法原理」との連関を探究するものであった。この探求にあたり、「源泉」としての「人権宣言」等が用いられるところ、単に諸法の条文を憲法レベルに引き上げる「憲法化」ではなく、「憲法の自律性」を視野に、「源泉」から憲法规範を導く考え方が提示された。加えて、憲法原理は「原理」として開かれていることが重要である。ヴデルの「憲法の継続性」論から考えると、時代の要求に対して、憲法は1789年の憲法原理に遡って、「原理への忠実性」の観点から新たな解釈を提示することが求められる。この意味で、歴史的に確立した原理といえども、常に憲法原理とはなりえないことが明らかになったであろう³⁸³⁾。

380) 前掲注104) 参照。

381) Véronique Champeil-Desplats, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, Paris, Economica, 2001, pp. 55–56.

382) ドラゴは、「憲法が共和国の憲法上の継続性を強調している」と指摘している（Drago, *supra* note 159) p. 315)。

そして、「諸法の自律性」を前提に、憲法と諸法との関係は、デルヴォルヴェが示した通り、「枠」として捉えることが重要である。つまり、憲法は、あくまで諸法の「輪郭」を定めるにとどまり、その「枠」内であれば、諸法は生き生きと自律的に自らを発展させることができるというものである。この意味で、多様な言明を含みうる「源泉（source）」という言葉が使われたのである。他方、諸法の歴史の中で確立した基礎原理は、憲法秩序の変転により破壊される可能性を含んでおり、このことはヴデルが既に指摘した通りである。あくまで、諸法の基礎原理は、憲法の「枠」内に収まっている必要がある。この「枠」は憲法が諸法からの自律性を有する形で、憲法独自の論理で発展する。特にシロが述べる通り、社会主義国家において、財産権が保障されていないこと等も念頭に置くべきである。

このように考えることで、憲法原理を「枠」として想定し、その内部にある諸法の自律性を尊重すべきであるというのが本稿の帰結である。そして、この「枠」は、近代以降、諸法がそれぞれの領域で構築した「基礎原理」の中で、1789年人権宣言等の「憲法原理」と結びついたものによって構成される³⁸⁴⁾。この両者の結びつきを明確に示そうと試みるものが憲法院判例であるが、憲法院も憲法を解釈する者のうちの1人であるにすぎない場合には留意が必要である。

最後に、PACS法判決について考察すると、憲法院が過失行為により損害を受けた者の損害賠償請求権を保障する旨の判示は、民法旧1382条の憲法化ではない。この判示は、あくまで人権宣言から導かれたものであり、民法に表れていた基礎原理の源泉が人権宣言にあることを明示したにすぎない。そして、かかる損

383) ヴェルポーが提示した同性婚の問題は、現代の観点から憲法原理を探究することで、「結婚＝異性婚のみ」とする解釈を斥け得ると応答できるだろう。現代の観点からは、「個人の自由や尊厳」といった憲法原理から同性婚も含めた結婚の可能性を主張することが可能である。このような立論は、人間の能力が時代状況に依存しており、憲法原理を見出すことにも限界があることに理由がある。フランス憲法学は、1789年への忠実性を軸に常に憲法原理を問い合わせており、日本においても常に憲法原理の問い合わせを行うことが必要であろう。

384) ドミニク・ルソーは、PACS法判決に接して、「憲法院は原理を押し付けるのではなく、民法から原理を受け取り、それに対して憲法上の基礎を《発見する》のである」と述べている（Rousseau, *supra* note 266）p.27）。

害賠償請求権の保障は、人権宣言という「源泉」との結びつきが明示されることで憲法的「枠」となる。さらに、この「枠」はあくまで憲法院が設定したにすぎないという留保が必要であろう。

なお、この立論は、(バランジェの意図に反しているかもしれないが) 憲法法源論との相性が特に良いように思われる。憲法法源論において「法源」とは、「最初の言明」として存在し、「解釈や適用のような多段階を通じてなされる一連の法創造を開始する性質」³⁸⁵⁾を有するものであり、この「法源」から解釈されて生み出される「規範」とは区別される。そして、歴史的に法的効力を認められてこなかった人権宣言などに法的効力を認めて「憲法ブロック」を形成する以上、そこには、解釈によって「法源」と「規範」の結びつけが行われるはずである。もっとも、この結びつけは、繰り返しになるが、法的に明確なものでない。バランジェが指摘する通り、憲法院による「選択的な」原理の画定がなされているのである。そうであれば、「憲法=憲法院判例」と考えない憲法法源論が最適であり、同理論をつかって「法源」と「規範」を分離し、この結びつきを問題とすることが重要であるといえる。

以上の立論は、第4共和制期から第5共和制期にかけてのフランス憲法学から示唆を受けたものである。このような立論が日本の憲法学において、どのように位置づけられるか。この点については章を分けて簡単に確認することとする。

V 日本における「憲法と諸法」をめぐる議論状況 —「民法と憲法」を題材に

まず、日本の法学界においても、「憲法と諸法」とりわけ「憲法と民法」の関係³⁸⁶⁾については憲法学者、民法学者、法制史学者らの学際的な議論が巻き起こ

385) Baranger, *supra* note 347) p. 49.

386) 「憲法と民法」を主な素材としたものとして、吉村良一「『新しい公共圏』と私法理論」法の科学 37 号（2006 年）32 頁以下、宮澤俊昭『国家による権利実現の基礎理論』（勁草書房、2008 年）、愛敬浩二「『憲法と民法』問題の憲法学的考察」名古屋大学法政論集 230 号（2009 年）169 頁以下、平良小百合『財産権の憲法的保障』（尚学社、2017 年）35 頁以下。他にも「憲法と民法」の特集として、脚注 387 参照。

っている。古くは我妻栄の一連の業績に遡ることができるこの議論は、山本敬三による問題提起を始めとして、学説上大きな関心を集めており、重要な研究領域として認識されている³⁸⁷⁾。そこで、本稿は、山本による周到な整理を議論の出発点とする。

山本は、従来の議論状況として、①異質論、②融合論（我妻栄、近代法論）、③規範階層的重層論を挙げ、新たな展開として、①憲法基底的重層論（山本）、②並立論（星野英一、高橋和之）、③民法基底的重層論（水林彪、大村敦志）を挙げる³⁸⁸⁾。この山本の整理は i 国家と社会の二分論の採否を出発点として、ii 仮に二分論を前提に、憲法が国家、民法が社会を規律するものと構想するか、iii ii を前提に、憲法と民法が関係するか、という点を問題としている³⁸⁹⁾。このような整理は学説を分類するうえで非常にわかりやすく、様々なバックグラウンドを有する諸学説を横断的に整理することが可能となっている。もっとも、その包括性ゆえに、各学説が念頭に置いている時代区分の相違とこれに伴う「市民社会」や「憲法」概念の違いが若干見えづらいものとなっている。

もっとも、本稿は、あくまでフランス第4・5共和制における議論を出発点として、「憲法と諸法」のフランス・モデルを提示したに過ぎず、山本のような網羅的な整理を試みる余裕がない。そのため、本稿は、本稿独自の視点から分析を試みることとした。本稿の検討において、ファヴォルーの「憲法化」が提示したのは、「憲法からの」アプローチであり、憲法解釈を通じて民法を統制（ない

387) 「憲法と民法」の議論の活況について、愛敬浩二「基本権の私人間効力論——憲法・民法問題の観点から憲法学の課題を探る——」同編著『講座 立憲主義と憲法学（第2巻）人権I』（信山社）14頁以下参照。愛敬によれば「主要法律雑誌のほとんどが、「憲法と民法」というテーマを何らかのかたちで取り上げたことになる」という。例として挙げる特集は、法学教室171号（1994年）、法律時報76巻2号（2004年）、法学セミナー646号（2008年）等である。

388) 山本敬三「憲法・民法関係論の展開とその意義（1）——民法学の視角から」法学セミナー646号（2008年）17頁以下（以下、山本①）、同「憲法・民法関係論の展開とその意義（2）——民法学の視角から」法学セミナー647号（2008年）44頁以下（以下、山本②）、最新のものとして同「憲法・民法関係論と公序良俗論」（信山社、2024年）17頁以下（以下、山本③）。他にも、同「憲法と民法——ドイツ法の視点」法学教室171号（1994年）44頁以下、同「憲法システムにおける私法の役割」法律時報76巻2号（2004年）59頁以下。

389) 山本②・前掲注388) 44頁。

し変容）することを念頭に置いたアプローチであった。これに対して、諸法の自律性を強調する立場は、「諸法からの」アプローチ、つまり、諸法の自律性を前提に、諸法の基礎原理によって（実質的意味の）憲法（ないし憲法規範）が決定されるというアプローチが提唱された。これらのアプローチに対して、憲法と諸法の両者の自律性を重視する立場は、諸法の基礎原理を特定しつつ、当該基礎原理が憲法原理と接続可能か、または憲法原理の枠内に収まるかを検討するアプローチ（以下、「両者からの」アプローチ）を提唱した。本稿では、これら3つのアプローチを前提に、我妻の融合論、山本の憲法基層的重層論を紹介したうえで、従来のフランス・モデルを紹介し、本稿との異同を考察する。

なお、憲法学において長く重要な論点として議論されてきた「私人間効力」論³⁹⁰⁾については、「私人間効力」ないし「第三者効力」という用語が一般的でないフランス³⁹¹⁾を主な検討素材としたため、直接「私人間効力」論を論じることはしない。

1. 従来の枠組み

まず、我妻栄（融合論）は、「近世の民主主義は、『自由』と『平等』の原理を掲げて、『公共の福祉』という理想に到達しようとしたものである」³⁹²⁾と述べて、近世民主主義における「自由の確立」を概観し、「『自由の確立』から『平等の要請』へ」³⁹³⁾の推移を論じる。そして、「『自由』と『平等』の調和的努力」として、「私法理論の『協同体』観念」³⁹⁴⁾を理想として提示する。つまり、我妻は、日本国憲法黎明期に、同憲法が近代的な「自由と平等」を軸とした個人主義から共同体主義への転換を果たしたと考えている。この点について、山本は、我妻の私法原理の基礎にあるのは「『公共の福祉』によって浄化された自由と平等」という原理³⁹⁵⁾であると説明している。特に我妻は、「新憲法における基本的人権は、以上に述べたように、主権者たる国民みずからが、国家を共同体とみる理念に立脚し、人類普遍の真理による主権の規整を承認し、すべての国民に保障した永久の権利だと解するときは、その正しい実現が正に国民みずからの任務であることを、すべての国民は強く意識しなければならない」³⁹⁶⁾と論じている。このような人権論の基底には、11条、12条、97条を含めた憲法の解釈が存在する。そのため、

我妻の立論は、狭義の憲法と広義の憲法を分離しているかは定かでないところ、人権を含めた広義の憲法の基礎に共同体思想を観念しており、この思想は憲法解

-
- 390) 「私人間効力」論については、多数の文献があるため、すべてを列挙することが難しい。伝統的なものとして、公法研究 26 号（1964 年）掲載の諸論文、稻田陽一『憲法と私法の接点』（成文堂、1971 年）、芦部信喜『現代人権論——違憲判断の基準——』（有斐閣、1974 年）3 頁以下、松本和彦「基本権の私人間効力と日本国憲法」阪大法学 53 卷 3・4 号（2003 年）891 頁以下等がある。これ以外にもドイツ憲法を参考にして基本権保護義務論を検討するものとして、小山剛『基本権保護の法理』（成文堂、1998 年）、中村哲也「憲法の視点からの民法？——基本権保護義務論の中の民法をめぐって——」林信夫=佐藤岩夫編著『法の生成と民法の体系』（創文社、2006 年）501 頁以下等がある。アメリカ憲法のスティート・アクションを扱ったものとして、木下智史『人権総論の再検討——私人間ににおける人権保障と裁判所』（日本評論社、2007 年）、榎透『憲法の現代的意義：アメリカのスティート・アクション法理を手掛かりに』（花書院、2008 年）等がある。加えて、私人間効力論のさらなる展開として、西原博史『保護の論理と自由の論理』同編『岩波講座憲法 2』（岩波書店、2007 年）283 頁以下、君塚正臣『憲法の私人間効力論』（悠々社、2008 年）、巻美矢紀「私人間効力の理論的意味」「憲法学の現代的論点〔第 2 版〕」（有斐閣、2009 年）259 頁以下、宍戸常寿「私人間効力論の現在と未来——どこへ行くのか」長谷部恭男編『講座 人権論の再定位 3 人権の射程』（法律文化社、2010 年）25 頁以下、戸波江二編『企業の憲法的基礎』（日本評論社、2010 年）所収の諸論文、西村枝美『憲法の私人間効力は近代法の構成要素か』辻村みよ子=長谷部恭男編著『憲法理論の再創造』（日本評論社、2011 年）367 頁以下、同「『自由』を軋ませる『基本権の私人間適用』」関西大学法學論集 57 卷 2 号（2011 年）239 頁以下、長谷部恭男「基本権条項の私人間効力」『統・Interactive 憲法』（有斐閣、2011 年）10 頁以下、松原「私人間ににおける権利の保障」小山=駒村圭吾編著『論点探究 憲法〔第 2 版〕』（弘文堂、2013 年）89 頁以下、青井未帆「私人間効力——「人権」を尊重する社会をいかに築くか」南野森編著『憲法学の世界』（日本評論社、2013 年）162 頁以下、宍戸『憲法 解釈論の応用と展開 第 2 版』（日本評論社、2014 年）94 頁以下、林・前掲注 13) 109 頁以下、君塚「三菱樹脂事件——復活の日なき無効力論・直接効力論」長谷部編『論究憲法 憲法の過去から未来へ』（有斐閣、2017 年）79 頁以下、ドイツ憲法判例研究会編『〔講座 憲法の規範力〕第 3 卷 憲法の既判力と市民法』（信山社、2020 年）所収の諸論文、棟居快行「私人間の憲法訴訟」「憲法の原理と解釈」（信山社、2020 年）333 頁以下等。
- 391) Michel Troper, « Who Needs a Third Party Effect Doctrine?—The Case of France », *The Constitution in private relations: expanding constitutionalism*, edited by András Sajó and Renáta Uitz, International Publishing, Netherlands, 2005, p.115. これに依拠しているものとして、辻村みよ子『フランス憲法と現代立憲主義の挑戦』（有信堂高文社、2010 年）177 頁以下。
- 392) 我妻栄「民主主義の私法原理」『民法研究 I 私法一般』（有斐閣、1966 年）3 頁。
- 393) 我妻・前掲注 392) 21 頁。
- 394) 我妻・前掲注 392) 40 頁。
- 395) 山本③・前掲注 388) 20 頁。
- 396) 我妻栄「新憲法と基本的人権」『民法研究Ⅷ 憲法と私法』（有斐閣、1970 年）246-247 頁〔初出・同『新憲法と基本的人権』（國立書院、1948 年）〕。

釈からアプローチされたものといえる。このような議論について、憲法が規定する不明確な議論から実際にどのような原理が導かれているかが分からぬという批判が可能であるといえる。

これに対して、山本（憲法基底的重層論）は、ロベルト・アレクシー（Robert Alexy）のルールと原理の峻別論を前提として次のようにいう³⁹⁷⁾。まず、アレクシーによれば、ルールとは「常に充足されるかされないかのどちらかでしかありえない規範」³⁹⁸⁾であり、原理とは、「あることが法的可能性と事実的 possibility に相関的に可能な限り高い程度で実現されることを命ずる規範」³⁹⁹⁾である。そして、憲法、特に基本権に関する規範は「基本的にこの原理に当たる」⁴⁰⁰⁾という。この理解を前提に、山本は、「筆者自身は、リベラリズムを基調とし、私的自治と自己決定権を最大限尊重する方向で論証責任ルールを設定すべき」⁴⁰¹⁾としたうえで、「憲法13条はこのリベラリズムを採用し、そこから要請される自己決定権を承認したものと理解できる」⁴⁰²⁾と論じる。この山本の論理だけを追うと、憲法13条の解釈として同条がリベラリズムの思想を採用したと理解することで、私的自治の原則を同条に接続させている。そうであれば、山本の立論は、我妻の立論と想定する思想が異なるものの、類似の「憲法からの」議論をしているようにも思われる。もっとも、山本の議論は、「両者からの」アプローチと考える可能性がある。山本は、議論の出発点として以下のように述べている。

「問題は、こうした〔包括的な原理の形をとる〕憲法原理がどのような形で私法を拘束するのかということである。これに対しては、私法には私的自治といふ

397) 山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治(一)——私法関係における憲法原理の衝突——」法律論叢133巻4号(1993年)1頁以下(以下、山本④)、同「現代社会におけるリベラリズムと私的自治(二)・完——私法関係における憲法原理の衝突——」法律論叢133巻5号(1993年)1頁以下(以下、山本⑤)。同論文の解説として、高秀成「基本権保護義務論から憲法基底的重層論へ」法律時報95巻4号(2023年)108頁以下参照。他にも、山本「基本法としての民法」ジュリスト1126号(1998年)261頁以下(以下、山本⑥)。

398) 山本⑤・前掲注397) 16頁。

399) 山本⑤・前掲注397) 16頁。

400) 山本⑤・前掲注397) 16頁。

401) 山本⑤・前掲注397) 20頁。

402) 山本⑤・前掲注397) 27頁。

大原則があって、やはり独自の存在なのだと考えられるかもしれない。しかし、私的自治自体が憲法上の原理なのであって、それが他の憲法原理とどのような関係に立つかということを明らかにせずに、私法の独自性を云々することはできないはずである。」⁴⁰³⁾

このように山本は、民法上の原理である「私的自治」が「憲法上の原理」であることを前提に議論を出発させており、「民法原理から」アプローチしている。そして、その民法原理が憲法原理と接続可能であるかを問題としていたといえる。このことは、山本が論文の結論において「間接的適用説も私的自治の意義を真剣に考えていないのではないか」という批判を出発点に「では私的自治の意義とは何だろうか」と問題提起を行い、私的自治の意義をリベラリズムの思想に求め、これを憲法13条と接続させる方法を採用している。そうであれば、山本の立論は、民法の基礎原理を特定しつつ、これが憲法と接続可能かを問題としている点で「両者からの」アプローチと捉えることが可能である。

これに対して、山元一は、山本が13条を軸に立論することに対して、「①そもそも、人格的自律権を憲法学の中核観念とすることをめぐる憲法学上の疑問、②現に様々のシステムを稼働させている私法全体のシステムを、憲法学の人格的自律権を中核観念としつつその具体化として語りつくすことができるのかどうか」⁴⁰⁴⁾と疑問を提示し、主に②について、〈相続制度への人権〉を觀念することは格差社会を強化させるであろうものとして躊躇を感じざるを得ない等と批判している⁴⁰⁵⁾。つまり、②について、山本の立論が「憲法からの」アプローチをとっている外觀を有するため、憲法の中核観念として想定する人格的自律権から民法上の他のシステムについてどのように考えるかを問題としているように思われる。言い換えると、私法システム全体を憲法によってどこまで捕捉することができるのか、という点が問題となっている。もっとも、山本は、基本権の保護や支援の方法について「憲法の枠をこえない限りで」という留保付きで、「憲法を出発点としながら、それのみに尽くされない独自性がある」⁴⁰⁶⁾と述べている。この

403) 山本④・前掲注397) 5-6頁。

404) 山元・前掲注251) 15頁。

405) 山元・前掲注251) 15頁。

ことは、自身の構成を「重層」論としていることからもわかる通り、憲法の枠内で、「民法の自律性」を一定程度認めるものであり、民法制度全体を人格的自律権から説明できるとは考えていないのであろう。このように解すると、山本がいう「基底的」というのは、民法が採用する手段について、そのすべてを憲法が捕捉できるものとしての「基底」ではない。そして、山本が「基本法としての民法」のモデルをフランス人権宣言や民法典も参照しつつ構築していること及び憲法を「枠」として捉えて民法の自律性を尊重する姿勢等から、本稿が想定するフランス・モデルとの共通点を有するといえる。

ただし、フランス・モデルとの決定的な違いは、山本が繰り返し指摘する「民法についても国家が立法をおこなっていることは、否定のしようがない」という点である。フランス民法典は、その制定以降、市民社会に浸透し、支配者が変わっても民法典に手を付けることはできなかつた「基本法」である。つまり、フランス民法典は、国家権力に対して、市民（社会）が守つたものであり、その意味で「社会の基本法」なのである⁴⁰⁷⁾。もっとも、法律の違憲審査が制度化された現代国家において、民法典も1つの法律になつたことはいうまでもなく、憲法が民法を統制し得る以上、現代のフランス・モデルにおいては、この違いは相対化されているようにも思われる。

2. 交錯するフランス・モデル

大きく「フランス・モデル」と括っても、論者によって立場が大きく異なる⁴⁰⁸⁾。この原因是、いくつか考えられるところ、次の2点を指摘しておきたい。第一に、近代国家としてのフランスの歴史は、1789年に始まり、現代に至るまで約250年もの長い蓄積があることに起因する。この長い歴史の間、社会の変化に伴い、民法や憲法の法としての機能や位置づけも変わつてきている。そのため、フランス・モデルを提示するにあたり、どの歴史の一幕を切り取るかによって、各論者の論旨は大きく変わることとなる。同時に、根源となつてゐる18世紀後

406) 山本⑥・前掲注397) 265頁。同旨の指摘として、山本②・前掲注388) 20頁。

407) 大村・前掲注8) 53頁参照。

408) 糖塚・前掲注11) 5頁。

半の思想を扱っても、その帰結が異なることがある。この原因の一つとして、「1789年の憲法制定者の曖昧な思考」⁴⁰⁹⁾があり、その思考・思想の豊かさから多様な解釈の可能性が開かれているのである。第二に、第一の点とも関連するが、各論者の議論の意図は、大きく異なっているように思われる。例えば、以下に見るように、法制史家の水林の意図は、近代における民法典の本源的性格を論じることにあり、民法学者の大村敦志の意図は、現代における民法の公的位置づけの強調にあり、各論者の意図はそれぞれ異なる。そのため、豊富な素材を提供するフランスから、それぞれの意図に応じた結果を得ることが可能であり、その点では、本稿も第5共和制から見た憲法と諸法の関係を論じることを目的としており、主に憲法裁判導入以降における憲法の位置づけをめぐる考察を行ってきた。以上の理由から、フランス・モデルと一言で言っても、その内容は大きく異なることが予想される。

そこで、憲法裁判導入以降における憲法の位置づけを論じる本稿は、他のフランス・モデルとの関係でどのように位置づけられるか。本章では、各論者の立ち位置を確認しつつ、その内容を検討し、それぞれの論者の異同を検討し、本稿の位置づけを探ることとしたい。

2.1 法制史の立場から見たフランス・モデル

法制史家の水林彪は、「近代民法の本源的性格」を検討することで公法私法二元論を喝破することを目的とした立論を行っている。この水林のフランス・モデルは、「民法基底的重層論」と呼ばれ、山元もこの立場に与している⁴¹⁰⁾。まず、水林は、「droits civils」について、「対個人的次元のみならず、対国家的次元についても、民法典の中に規定された」⁴¹¹⁾としたうえで、民法が一般法であること、

409) Vedel, *supra* note 309) p. 13.

410) 山元一「《法》《社会像》《民主主義》（二）——フランス憲法思想史研究への一視角——」国家学会雑誌 106 卷 5・6 号（1993 年）101-102 頁（以下、山元①）参照。他にも、同「憲法理論における自由の構造転換の可能性（1）」長谷部恭男・中島徹編著『憲法の理論を求めて——奥平憲法学の継承と展開——』（日本評論社、2009 年）30 頁以下（以下、山元②）において、ミシェル・トロペール（Michel Troper）と水林の議論を軸に論じている。山元②の続きとして、同「憲法理論における自由の構造転換の可能性（2）」慶應法學 13 号（2009 年）83 頁以下（以下、山元③）。

特に行政法との関係でも民法が一般法であること⁴¹²⁾を論じる。そして、水林は、「人権宣言・憲法が制定された1791年段階においては、人権宣言・憲法が全法体系の根本法」⁴¹³⁾であったという。もっとも、フランス国民の資格要件など1791年憲法に規定されていた条文が1804年民法典に移行したこと等を指摘して、「革命が収束し、民法典をはじめとする諸法典が編纂される時代になるや、まずは、憲法のあり方に大きな変化が生じ」、「憲法は全法体系の根本法的性格を喪失していった」⁴¹⁴⁾と述べる。この民法と憲法の関係は、1814年に一時不安定になるものの、1875年憲法が公権力を組織する法律のみで構成されることで、再び安定する。つまり、水林によると、「革命期における前社会の根本法はconstitutionであるが、革命収束後はlois civilesとなる」⁴¹⁵⁾のである。

もっとも、この関係は終わりを迎える、近年民法が単なる民事立法になりつつある。この原因として、水林は、「憲法が全法秩序の根本法としての地位を復権しはじめ、その分、民法は相対的に後景に退きはじめたのである。具体的には、憲法が、単なる統治機構の一法律であることをやめて、人権規定を包含するとともに、これを基準とする違憲立法審査制度が成立したという事態である」⁴¹⁶⁾と論じる。このように、民法基底的一元論の論者とされる水林も、現代国家においては、「憲法が全法秩序の根本法」であることを否定していない。このように水林がこの論文で論じた民法中心法体系一元論は、あくまで「近代民法の本源的性格」を著したものであり、その射程に注意が必要である⁴¹⁷⁾。

このような見解は概ね本稿の立場と一致する⁴¹⁸⁾。本稿が主な参照点としたモデルは、民法を一般法とし、行政法を特別法と位置付けている⁴¹⁹⁾ことからも、

411) 水林彪「近代民法の本源的性格——全法体系の根本法としてのCode civil——」民法研究5号（2008年）9頁。

412) 水林・前掲注411) 12頁以下。

413) 水林・前掲注411) 38頁。

414) 水林・前掲注411) 42頁。

415) 水林彪「近代民法の原初的構想——1791年フランス憲法律に見えるCode de lois civilesについて——」民法研究7号（2011年）117頁。

416) 水林・前掲注411) 55頁。

417) 水林・前掲注411) 69頁以下、同「憲法と民法の本源的関係——Constitution（1789-1791）とCode civil（1804）」憲法問題21号（2010年）14頁。

民法一元的な法体系が構築されていたことが伺われる。また、同様にヴデルは、「この安定性〔フランス憲法の安定性〕は、ルイ15世の時代にその根源を有する一定の政治的・社会的（politico-sociales）概念の不变性によって示されており、後続の統治者たちはこれを受け継ぎ豊かにしてきた」⁴²⁰⁾ものと論じており、「ルイ15世の時代にその根源を有する政治的・社会的概念」というのは啓蒙思想全体を指すように思われ、ヴデルは、この思想が1789年人権宣言に結実したと考えている。このような「政治的・社会的概念の不变性」を語る考え方には、水林が想定する「État=sociétéないしÉtat=association politiqueの一元的秩序」⁴²¹⁾と同一のものを指しているように思われ、水林の議論の前提と本稿の議論の前提是共通している。

もっとも、本稿が取り上げた議論は、ヴデルによる歴史の再構成という側面を有するところ、次のような相違がある。それは、水林がいうように民法を一般法とした場合に憲法が「特別法」となるのか、という点である。より明確に言えば、民法が制定されて以降、憲法は「法」であったのか、という点が問題となるようと思われる。まず、フランスにおいて、行政を統制する手段は行政法が準備してきたのであり、公法の代表格は行政法というべきであり、憲法は遅れてやって来た存在である。滝沢正は、「憲法規範は、伝統的には、一方において公法内部においてすら法律の憲法適合性を統制せず、法律によって行政を有効に統制する手段を考案してきた行政法の後塵を拝してきた。かくして憲法学は、統治機構のあり方を中心として政治的傾向を有することを特徴としていた」⁴²²⁾と指摘する。司法裁判所が行政行為を審査することができなくなり⁴²³⁾、しばらくしてからコンセイユ・デタが共和暦8年憲法とともに誕生し、コンセイユ・デタがフランス行

418) 本稿の関心が違憲審査における「憲法と諸法」の関係にあり、水林の関心が「近代民法の本源的性格」にある以上、水林の立論がどのようなアプローチを構成するかは、定かでない。

419) Vedel, *supra note 32*) p. 20.

420) Vedel, *supra note 89*) pp. 781–782.

421) 水林彪「近代憲法の本源的性格 société civil の基本法としての1789年人権宣言・1791年憲法」戒能通厚=樹澤能生編著『企業・市場・市民社会の基礎法学的考察』（日本評論社、2008年）31頁。

422) 滝沢・前掲注6) 122頁。

政法の基盤を作り上げた⁴²⁴⁾。これに対して、憲法は、時の支配者（勢力）が変われば憲法典も新たに書き換えられるものであり、統治機構の規律以外の側面については、純粹な政治的傾向を伴うものとして「法」というほどの実質を備えていなかった可能性がある⁴²⁵⁾。この点については、現代のように憲法院による憲法裁判が定着していない頃のフランス憲法学を参照すれば明らかである。当時のフランス憲法学をよく知る黒田覚は、ジャック・シャプサール（Jacques Chapsal）の次の言葉を引用している。「憲法というものは永続するものではない。これはマグナ・カルタではなく、ある時点における政治権力関係を法典化する道具である。誰もこれが長く続くとは思っていない。」⁴²⁶⁾さらに、フランスにおいて具体的に人権が保障されるのは、「公的自由」の観念により実定法による人権保障の考え方方が確立されるようになってからである⁴²⁷⁾。この「公的自由」は、主にコンセイユ・デタによって保障されたため、第5共和制期になっても、『憲法と政治制度』という教科書と『公的自由』という教科書が存在し、教育上も分かれていた⁴²⁸⁾。黒田が引用するシャプサールは、「人権の問題は、フランスでは法文によってよりも判例で強く保護されている。とくにコンセイユ・デタの判例によってである。したがって、人権の保護は、判例法（droit judiciaire）プラス

423) 1790年8月16-24日法律および共和暦3年実月16日デクレによって確立した。詳しく述べは、レジ・フレス（植野妙実子＝兼頭ゆみ子訳）「フランスにおけるコンセイユ・デタ」比較法雑誌50巻2号（2016年）189頁以下、棟形・前掲注287) 58-59頁など。

424) プロスペール・ウェール＝ドミニク・ブイヨー（兼子仁・滝沢正訳）『フランス行政法判例行政法のモデル』（三省堂、2007年）5-9頁。

425) ウェールとブイヨーは、「行政法というものが存在すること自体、一種の奇跡に他ならない。……国家自らが法（droit——語源的に法律 loi とは縛るもの之意）によって『縛られる』（lie）ことを受け入れるということは、驚くに値する」と述べている（ウェール＝ブイヨー・前掲注424) 2頁）。

426) 黒田覚「フランス人の憲法観理解のための仮説」神奈川法学2巻2号（1967年）16頁。

427) 浦田一郎「議会による立憲主義の形成——〈droit de l'homme〉から〈libertés publiques〉へ」一橋論叢110巻1号（1993年）64-80頁（同『立憲主義と市民』（信山社、2005年）163頁以下）。第3共和制期における公的自由の観念の確立につき、浦田一郎「議会による立憲主義の確立——〈libertés publiques〉観念の構造と問題点」杉原泰雄教授退官記念論文集刊行会編『主権と自由の現代的課題』〔杉原泰雄教授退官記念論文集〕（勁草書房、1994年）325-343頁（同『立憲主義と市民』182頁以下）。中村睦男『社会権法理の形成』（有斐閣、1973年）4-13頁。

428) 中村・前掲注427) 1-2頁。

法文（texte）によって行われている」⁴²⁹⁾という。これを受け黒田は、「コンセイユ・デタの存在が、人権保障の現実化に大きな意味を持ち、人権の問題は、成文憲法の変遷にかかわりのないものとなっている」⁴³⁰⁾と述べている。同様の指摘として、上村貞美は「フランスではこの公的自由は主として行政法上の問題であった」⁴³¹⁾と述べており、公法の代表格は、行政法であって、公法私法二元論が対象とすべきは、行政法と民法の関係性であるようと思われる。そして、水林が行政法を民法の特別法と論じていることは前述の通りであり、この点については本稿も同様の立場にある。

しかし、本稿は、あくまで第5共和制期の議論を主な素材としたものであり、法制史を丹念に研究していないこと、「コード・シヴィルの思想」を汲み取れていない⁴³²⁾ことから、第5共和制期の学説から再構成された歴史を語っているにすぎない。そのため、1791年憲法以降の憲法史および1814年憲章以降の憲法史を通覧しなければ、本稿の問題意識への応答は現れてこないだろう。この点、辻村みよ子は、冷静に「1791年憲法が1年で終焉したあと、1804年までこの1791年憲法体系が支配したと説明するのではなく、1793年・1795年の共和制憲法のもとでも、自然権を中心とする人権宣言と憲法の体系が私人間を含めた全法体系の根本法であったことを論証する必要があるのではないだろうか」⁴³³⁾と問う。さらに、辻村は、「1804年の民法典が、その後20世紀までフランス社会の基本法となることがたとえ真実であったにしても、その間にも数多くの憲法が存在したのであり、各時代の憲法も国家の基本法としての機能を果たしてきたこととどう接合するのかについての憲法史的な検討が課題となると思われる」⁴³⁴⁾と指摘している。

429) 黒田・前掲注426) 18頁。

430) 黒田・前掲注426) 18頁。

431) 上村貞美『現代フランス人権論』（成文堂、2005年）6頁。

432) 愛敬・前掲注387) 22頁は、「高橋説の特徴は、『コード・シヴィルの思想』への関心があまり（ほとんど）みられない」と指摘しており、この指摘は本稿にも当てはまる。公法私法二分論という大掛かりなテーマについて、本稿で扱う余裕がなく、今後の課題したい。

433) 辻村・前掲注391) 175頁。

434) 辻村・前掲注391) 175-176頁。

このように水林と本稿は微妙な差異があるものの、基本的な前提は一致しているように思われるところ、なお、辻村が指摘するような課題は残っているといえよう。

2.2 民法学の立場から見たフランス・モデル

以上の民法基底的重層論に対して、「並立論」と呼ばれるモデルが存在するところ、このモデルは、高橋和之⁴³⁵⁾や星野英一らによって提示されたものである。星野は、「国家と市民社会の分離」を前提として「民法はいわゆる市民社会というか、私人間の法として現代社会の基本的なあり方を規定しており——フランスでは社会のコンスティチューションという学者があります——、憲法は国の基本的なあり方と、国と私人の間の関係を規定している——國家のコンスティチューション——と考えたらどうか、と思われます」⁴³⁶⁾と述べている。そのうえで、「それぞれに人権が認められている」とし、「憲法と民法は、日本の法体系上は上下関係が明らかですが、それらの認めている実質的な価値は同じもので、各領域においてその価値が実現されている」⁴³⁷⁾と論じている。このような並立論については、「国と私人の関係を規定」している「憲法」というのは、何を指しているかを特定する必要がある。この点について、星野は別のところで、「憲法は以上のように三権分立などの国の仕組みを作っています。一方、民法は社会の仕組みを作っています。基本的人権はその上にあるものだろうというのが私の考えです」⁴³⁸⁾と語っている。続けて、星野は、「基本的人権の規定はむしろ一種の自然

435) 高橋和之「『憲法上の人権』の効力は私人間に及ばない——人権の第三者効力論における『無効力説』の再評価」ジュリスト1245号（2003年）137頁以下（以下、高橋①）、同「私人間効力論再訪」ジュリスト1372号（2009年）148頁以下（以下、高橋②）。高橋②は、「少なくとも私は、私人間効力論を『公法私法二元論』を前提にしては論じてはいないつもりである」（160頁注16）と述べている。また、高橋②は山元論文への応答として「『国家と社会の二元論』をフランス近代憲法の理解に『投影』したとも思っていない」とも述べている。そのため、本稿ではこれ以上高橋の所説を扱わない。高橋の論説として他にも、同「人権の私人間効力論」高見勝利ほか編著『日本国憲法解釈の再検討』（有斐閣、2004年）1頁以下、同「現代人権論の基本構造」ジュリスト1288号（2005年）110頁以下。

436) 星野英一「民法と憲法——民法から出発して——」法学教室171号（1994年）9頁。

437) 星野・前掲注436) 9頁。

法的なもので、もちろん憲法という法律の中に書いてあるのですが、やはり憲法の統治行為論を含め、刑法、行政法、民法などすべての法律の上にある規定で、いわば一格上のものだと考えたらどうか」⁴³⁹⁾と述べている。加えて、「憲法に定めるものがすべてを尽くしているわけではないのです」⁴⁴⁰⁾と述べ、さらに、「フランス民法は革命以来の大憲章である『人権宣言』の精神に基づく面が多い」⁴⁴¹⁾と述べている。つまり、統治機構としての憲法と民法とを並立させたうえで、その上位に基本的人権を想定する構造である。

このような並立論は、憲法と民法がどのような関係にあるのかが不明確であるという難点がある。つまり、民法と憲法を「社会の仕組みを作る民法」と「国家の仕組みを作る憲法」と並立させることが可能であるとしても、憲法と民法が全く相互に影響しあっていないとは考えづらい。この点については、憲法院が判示するように、人権宣言を媒介にして民法を統制する憲法规範を構築することが考えられ得るもの、憲法が民法を統制する場面を具体的に想定した立論が示されていないため、なお、憲法と民法の関係が不明確であるという問題は残るだろう。そのため、並立論の立場が、本稿が提示した「違憲審査における」憲法と諸法の関係を問題としたとき、どのようなアプローチが採られているかが明らかでない。

これに対して、大村敦志は、「公共性（res publica）」概念を軸に、「社会構成原理としての民法」⁴⁴²⁾を打ち出している点が星野と共に通するが、憲法も「『社会』の構成原理」⁴⁴³⁾と捉える点で星野とは決定的な違いがある。そして、「政治」を「大きな公共性」と位置づけ、「私的空间」を対置するが、両者の間にある中間領域がある⁴⁴⁴⁾とする。そのうえで、私的領域にも「準公的な私的領域（=小さな公共性）」を設定し、「民法の用意したツールを活用することによって、自分たちの必要に応じて積極的に『公共性』を創出することができる」⁴⁴⁵⁾としている。

438) 星野英一『人間・社会・法』（創文社、2009年）60頁。

439) 星野・前掲注438) 61頁。

440) 星野・前掲注438) 61頁。

441) 星野英一『民法＝財産法＝』（放送大学教育振興会、1994年）5頁。

442) 大村敦志「大きな公共性から小さな公共性へ——『憲法と民法』から出発して」法律時報76卷2号（2004年）71頁。

443) 大村・前掲注442) 72頁。

444) 大村・前掲注442) 72-74頁。

このように、政治領域と私的領域を区分する大村の考え方を捉えて、公私二分論を前提とした立論であると考えることも可能であろう⁴⁴⁶⁾。しかし、大村は、「フランスにおいても、日本においても、民法典の制定に際しては、これを『公事』としてとらえる考え方が支配的であった」⁴⁴⁷⁾と指摘している。そのため、大村が公私二元論に立つと即断することは難しいと思われる。

そして、大村は、「コード・シヴィルは、19世紀を通じて、フランス国民の統合の象徴として国民に受け入れられた」ことを確認し、その後民法典に対する多くの批判があったものの、「第三共和制の下でこの法典が、国民統合の象徴として意識的に称揚されたという側面」の重要性を指摘し、コード・シヴィルが「その精神において、フランス人の記憶のありか、こころのよりどころとなっている」⁴⁴⁸⁾と述べる。さらに、現代において、技術的性格の強い現代型の諸法典が多く登場することにより、「民法典の求心力は弱まりその断片化が進んでいる」という民法典の現代的状況⁴⁴⁹⁾を認識しつつ、それでも「civil」の思想に拘っている。つまり、大村は「従来の議論が『近代』の『経済』の『構造』を重視するものであったのに対して、本書第一編では、『経済』よりも『政治文化』に、『構造』よりも『主体』に、そして、『近代』成立の局面よりもその『現代化』の局面に、それぞれ光をあてることを試みたということになるだろう」⁴⁵⁰⁾と述べる。このように解すれば、大村が提唱する「大きな公共性」と「小さな公共性」は、私的領域と政治領域との連続性を伴った構想であり、現代に焦点を当てた議論ということになる。

445) 大村・前掲注442) 74頁。

446) 広渡清吾「憲法と民法——その関係の多元主義的理解」法律時報76巻2号(2004年)87頁。これに対して、大村説を民法基底的重層論に位置づけるものとして、山本③・前掲注388) 32頁以下。もっとも、広渡は、大村説を「論理的に広中民法論に通じてい」るとしている(同「民法と市民社会——その現代的意義を考える——」名城法学70巻1号(2020年) 51頁)。

447) 大村・前掲注8) 38頁。

448) 大村・前掲注8) 50-56頁。

449) このような民法典の現代的状況を前にするとき、フロモンが指摘した憲法化の肯定的側面、すなわち、憲法の浸透による法の一貫性の付与という側面は重要であろう(III-1. 1)。この意味で、憲法と諸法の相互還流は重要である。

450) 大村・前掲注8) 111-112頁。

大村は、以上の構想を基に、「『ツールとしての民法』を使って、人々が、望ましいルールや制度を構築していくというのが、社会の構成の手法として民法が想定するところであると言えるのではないか」と問題提起をしたうえで、「民法が創出できるのは『小さな公共』であるが、人々は、民法の用意したツールを活用することによって、自分たちの必要に応じて積極的に『公共性』を創出することができるはずなのである」⁴⁵¹⁾という。

以上の大村の見解は、現代における公共性の創出を担う民法という主題を設定したうえで、私的空間から政治空間までの連続性を強調する議論となっている。これに対して、本稿は、現代国家における憲法の位置づけを明らかにすることを目的としており、検討する観点がそもそも大きく異なっている。もっとも、大村の見解は、本稿が参照軸とするヴデルと共通する点もある。それは、ヴデルが「市民社会の法を創るのは、まさに社会的実践である」⁴⁵²⁾と述べている点である。つまり、大村が論じる「小さな公共性」の創出とその延長線上にある「大きな公共性」へのアプローチという議論は、ヴデルがいう「社会的実践」を通じた「市民社会の法の創出」との共通点を有する。ただし、大村の議論においては、違憲審査をどのように評価するかという観点が見受けられないため、本稿と大村説は、そもそも検討スタンスや検討対象が大きく異なるものであり、大村説が違憲審査を念頭においた場合、どのようなアプローチを採用しているかは不明確である。

2.3 小括

他にも憲法学を代表して、樋口陽一を挙げることができる。樋口は、「“société”という言葉が民法典についても憲法（1789年宣言）においても使われていることは、期せずして示唆を含んでいることにも、注意を促したい」⁴⁵³⁾と述べたうえで、以下のように論じる。

「フランス革命期には、旧体制との断絶を強調する文脈で、人権宣言＝憲法の

451) 大村・前掲注442) 74頁。

452) Vedel, *supra* note 18) p.16.

453) 樋口陽一『憲法という作為——「人」と「市民」の連関と緊張』（岩波書店、2009年）163頁。

実質価値が高く謳われた。その意味で、憲法価値の基本性が先行していたといえる。その後はしかし、1804年民法典の実質価値の基本性が、フランス近代法を特徴づける。まさしく、『憲法は変わるが、民法は継続する』。くわえて、憲法典の交替ということだけではない。この国で近代憲法のあり方が定着する第三・四共和政期には『憲法』とは、議会の優位を確保する統治機構だけを意味したのであって、その意味で、価値中立的な枠組みにほかならなかつたのである。そして、1971年以降の憲法院判例のもとで、あらためて1789年人権宣言の掲げる基本権を含む『憲法ブロック』の裁判規範性が承認され、憲法と民法の間で、実質価値の相互還流が成立するようになった。」⁴⁵⁴⁾

このように、フランス・モデルは、各論者の意図や検討対象・スタンスに応じて多種多様であり、交錯している。もっとも、以上の各論者に通じることは、近代社会が安定する時期には、民法典がフランス社会を基礎づけることとなったところ、人権宣言などの近代の源泉を基礎とした違憲審査を開始して以降は、憲法と民法との間に「相互還流」が成立したという認識である。そして、本稿が強調するのは、この「相互還流」において、憲法、民法それぞれの自律性が存在することであり、民法を統制する憲法は「枠」として存在していることである。そして、もう一点付け加えておくべきは、近代において国家を統制する手段を提供してきたのは、憲法ではなく行政法であったのであり、民法・行政法が社会・国家の基礎を構築してきたことである。

3. 本稿の位置づけ

本稿は、「憲法と諸法」の関係について、ファヴォルーが提唱した「諸法の憲法化」を中心に据えて、この「憲法化」からの転回を検討し、フランス憲法学界において通説的地位を占めるヴデルの見解を紹介した。以前から日本の憲法学界において、フランス・モデルが提唱されてきたものの、主に第5共和制期の議論を基にしたフランス・モデルが紹介されることはない。

そして、本稿全体の検討から抉り出されたのは、「憲法と諸法」が互いに自律

454) 樋口・前掲注452) 164-165頁。

的に存在することを前提としたフランス・モデルである。このフランス・モデルは、違憲審査を念頭に、「諸法の歴史の中で凝固した基礎原理」と「憲法原理」の相互の関係性を慎重に考察し、憲法が諸法の「枠」として存在することを示したものである。モデルは、大枠しか示していないところ、本稿筆者が考えるに、この考え方を違憲審査に用いる場合、以下の3つの場合に分けられると考えられる。

まず、すべての場合に共通する作業として、諸法を統制する際に諸法の基本原理を探究し、これを特定したうえで、この原理が憲法的価値を有するものなのかを問題とする。第一に、この原理が憲法的価値を有する場合（①）、憲法规範としてこの原理から導かれる規範を示す。第二に、この原理が憲法的価値を有しない場合、この原理と憲法との関係を探究する。そして、この原理が憲法に反する場合（②）はそれ自体違憲であり、違憲審査において利用することができない。もっとも、この原理が憲法に反しない場合（③）、諸法の自律性を尊重し、同原理に基づいて判断される。要するに、諸法領域を「自律的に存在」するものとして理解し、現代の憲法秩序に反するものは憲法によって変動させ、それ以外のものは、諸法の自律性に委ねる考え方⁴⁵⁵⁾である。

例えば、従来の憲法学が「私的自治」を民法における「基本原理」と捉え、これに憲法価値を承認するか否かを論じてきたところ、山元が適切に指摘するよう、必ずしも合致しない「相続制度」や、戦後廃された「家父長制度」をどのように取捨選択したかを問題とする必要がある。そして、「相続制度」を憲法原理とするか否かは微妙な問題であること、「家父長制」は憲法の枠をはみ出した制度として違憲となることを考慮したとき、憲法と民法の問題は、「両立性」の有無が基準となったのではないかと考えられる。

このような本稿の立場は、山元の次の言葉と実質的に軸を同じくしているだろ

455) ここに表れる考え方は、アイゼンマンが問題としてきた「両立性（compatibilité）」と「適合性（conformité）」という2つの概念である（Charles Eisenmann, « Le droit administratif et le principe de légalité », *EDCE*, 1957, pp. 29-32）。ファヴォルは、憲法適合性審査における憲法と法律の関係を「適合性」で捉えることを選択した（Favoreu, *supra* note 103) pp. 47-48）ところ、本稿は、憲法と諸法の関係を「両立性」で捕捉することを選択したのである。

う⁴⁵⁶⁾。山元は、「下位法を〈憲法価値具現化法〉としてとらえる」ことを批判して、「下位法が設計・解釈・適用する様々な自律的法システムを外部から常時監視する見方」⁴⁵⁷⁾を選択する。他にも、愛敬浩二是「憲法学の側にも、『民法から憲法への照射に対する感受性』が必要ではないか」との問題提起があり、民法2条を共通財産とするかは措いても、重要な問題提起であろう。さらに、只野雅人は、山本を引用しつつ、次のように述べる。

「重層論に倣い憲法と諸法との関係を捉えるなら、一方を基底としつつ、双方が重層的に国家・社会の基本的法秩序を構成しているというイメージを描くことができよう。一方では、憲法を基底に、各法領域を通じその理念が具体化される。他方では、各法領域で自律的に形成されてきた理念が、憲法理念の内実の一部となり、それを豊富化することになる。こうした憲法と各法領域との相互作用として『憲法化』を考える中で、あるべき社会を支える基本的法秩序が構想され、展望されることになる。」⁴⁵⁸⁾

本稿は、只野の上記指摘と同様の法秩序を構想している。近代を下から構築し、近代法を温存するフランスの特色に着想を得て、近代を上から構築してきた日本に対して何らかの示唆があれば幸いである。

おわりに

本稿の帰結は、フランスの議論を基にしたものである以上、その議論の特殊性について、注意が必要である。大村は、フランスの特殊性として3つの注意が必要である⁴⁵⁹⁾と指摘する。第一に、「民法ないし民法典が歴史的な価値を体現しているということ」⁴⁶⁰⁾である。第二に、「憲法院と破毀院という二元的な裁判制

456) 山元以外にも、山本の考え方方が民法原理からのアプローチと解し得るならば、本稿と実質的に類似のものといえよう。この点について、只野・前掲注15) 16-17頁参照。

457) 山元・前掲注251) 16頁、山元③・前掲注410) 108頁。

458) 只野・前掲注15) 17頁。

459) 大村・前掲注8) 358-359頁。

460) ここでいう歴史的価値は、「ローマ法以来の伝統とナポレオン法典の威信」である（大村・前掲注7) 358頁）。ローマ法の継承について、滝沢・前掲注6) 109-110頁。

度」⁴⁶¹⁾であり、第三に、「憲法の範囲拡大という現象（「憲法ブロック」の生成）」である。第一の点については、フランス民法が日本の民法とは比較してもかなり長い歴史を有することは周知の事実であり、この点は慎重に議論しなければならない。第二の点については、二元的裁判体制のフランスだからこそ、ファヴォルーは「憲法院判例の通常裁判所への影響」を問題としたのであり、問題の立て方がそもそも異なることにも注意が必要である。加えて、各裁判所間の対話や権限分配などが問題となり、この点を配慮しなければ見るべき行動原理を誤ることとなる。第三については、1789年人权宣言というフランスの近代化の出発点が諸法との関係で多かれ少なかれ影響していることにも注意が必要である。さらに、大村の指摘に付け加えると、人权宣言という理想を掲げた文書それ自体が存在することもフランスの特殊性の1つである。

もっとも、日仏の共通点を確認すれば、本稿の上記作業も無駄ではなかったといえよう。まず、日本もフランスも、戦後に違憲審査を受容したこともあり、違憲審査の土壤が法文化として根付いていなかった国家であり、違憲審査の導入後の「憲法と諸法」を検討するにあたり前提条件が共通している。この点は、我妻とファヴォルーという憲法裁判黎明期の日仏の両巨匠の見解が「憲法からの」アプローチにより「憲法と諸法」の関係を論じる点で共通していることからも、類似の傾向を示しているといえよう。そして、日本の憲法典はフランスの人权宣言等と同じく、簡潔で多くを語らない点で共通し、違憲審査に利用するためには、諸法の参照が必要となることも同様である。さらに、樋口が指摘するように、「フランスにせよ日本にせよ、違憲審査による立法のコントロールを備えた憲法に先行して、民法典（フランスの1804年と日本の1898年）が存在していた」⁴⁶²⁾ことである。そのため、本稿の帰結は、大村の注意を前提にしても、一定の示唆を日本に対して与え得ると思われる。

※本研究は、公益財団法人小原白梅育英基金の助成を受けたものである。

461) この点は、日独比較においても妥当する（林・前掲注13）123頁以下）。

462) 樋口・前掲注452) 164頁。