

法国的“法治国家论”与宪法法院

——路易·法布奥罗与多米尼克·卢梭的理论

[日]中村义孝* 莫纪宏译 全理其校

一 前 言

在法国,在“立法中心主义”或者是“法律中心主义”的传统下,是否定司法对体现主权者的一般意志的法律的审查权限的。在第三共和国时期,阿得马尔·埃斯曼(Adhemar Esmein)和莱蒙·卡勒·德·马耳拜克(Raymond Carre de Malberg)的否定违宪审查制的见解成为通说。并且在第四共和国下设立的宪法委员会与其说是审查议会制定立法的合宪性的机构,倒不如说本质上不过是行使宪法修改程序机能的机构。与此相对,根据1958年第五共和国宪法所设定的宪法法院是作为审查其他国家机关行为的合宪性的独立机关而设置的。但是,宪法法院最初是作为保证“合理化的议院制”的政治机关考虑的,确定议会的法律事项与政府的命令事项的权限划分是当初的主要目的,从最初的立意来看,并不是作为人权保障机关来活动的。

宪法法院由共和国总统、国民议会议长、参议院议长各自任命3名法官共9名法官以及卸任共和国总统构成,宪法法院院长由总统任命。宪法法院法官的任期为9年,并且只能任一届,每隔3年改换三分之一,卸任总统的任期为终生。宪法法院主要具有以下权限:(1)组织法、议会规则中的义务的合宪性审查(宪法第61条第1项)。(2)基于起诉对一般法律的任意的合宪性审查(第61条第2项)。(3)基于起诉对国际条约的任意的合宪性审查(第54条)。(4)法律事项与命令事项的划定(第37条第2项、第41条第2项)。(5)对与总统选举、国民议会议员选举、公民投票有关的争议作出裁决(第58条、第59条、第60条)。(6)为紧急状态下的权限的行使提供咨询(第16条)。(7)对共和国总统履行职务的障碍事由的认定(第7条第4项)。(8)对与禁止国会议员以私人名义兼职有关事务的裁决。

不过,以1971年7月16日有名的“结社自由”判决,特别是以扩大起诉权为内容的1974年的宪法修改为契机,宪法法院开始作为人权保障机关进行积极的活动。因此,在这个判决

* 本文作者系日本法国读书会教授。

关于埃斯曼和卡勒·德·马耳拜克的宪法思想,参照深濑忠一《A 埃斯曼的宪法学》北大法学论集15卷2号,口阳一《近代立宪主义和现代国家》劲草书房,1973年,同《现代民主主义的宪法思想》创文社,1977年,高桥和之《现代宪法理论的源流》有斐阁,1986年等。

就1971年以前的宪法法院的机能和地位,参照山下健次《试论法国的司法权》立命馆法学32号等。Conseil Constitutionnel一词一般译作“宪法评议会”、“宪法院”,由于近年来该机构对人权保障的形式类似于德国的宪法法院,故译者直接译为“宪法法院”,以区别于法国第四共和国的“Comité Constitutionnel”(宪法委员会)。

就宪法法院的权限,参照今关源成《第五共和国的基本概要》,奥岛孝康、中村弘一编《法国的政治》早稻田大学出版社,1993年等。

对宪法法院活性化的研究在我国是丰富的。例如,中村睦男《法国宪法法院朝着宪法审判机关的进展》北大法学论集27卷3、4号。

中,1789年人权宣言、为共和国各项法律所承认的原理、1946年宪法前言部分所列举的为我们这个时代所必需的诸原理以及具有宪法价值的诸原理构成的“宪法原理集成”(bloc de constitutionnalité)被确认为进行合宪性审查的准据法。由宪法法院进行的法律合宪性审查,与在第三共和国时期确定的以“立法中心主义”为特征的卢梭式的宪法传统之间产生了极其紧张的关系。因为到当时为止,“根据议会的法律实行人权保障”在法国占支配地位,而与之相对应确立的“基于法院的判决依法律实行人权保障”的模式得到制度化。在我国、法国和德国等国家中,对违宪审查机关通过审判方式保障人权的期待是非常明显的。对此,在相当长的时期内具有“立法中心主义”的传统,而拒绝违宪审查制的法国也出现了与我国和美国等国家的相同的倾向,这是一个非常有意思的现象。

围绕着这样的宪法法院的活性化问题,从积极评价和消极评价的立场出发,从前开始在法国产生的议论是相当活跃的。强调由来已久的“立法中心主义”的人反复指出,这样存在着会出现以“宪法原理集成”作为准据法的暧昧和“法官统治”的危险现象,因此,主张恢复政治的权力。对此,本稿所介绍的“法治国家”(Etat de droit)论,强调“法”对于“政治”的优位,赞成宪法法院的各项活动。

以拓展宪法法院的活力为背景的“法治国家”论,即便在我国也多少有些研究。例如,今关源成副教授就以赋予市民向宪法法院提起诉讼权利为目的的宪法修正案遭到挫折为题,对“法治国家”论作了批判性地检讨。就此,今关源成副教授认为,“法治国家”论的内容包含了宪法法院的活动的活性化、宪法规范的审判规范化、人权保障的进展、法秩序的变化、政治过程的变化、宪法概念的变化、民主主义观的变化等法国政治制度变化等意识形态的内容。因此,今关源成副教授认为,面对“准据法的暧昧历来所受到的批判”和“宪法法院支配(审判官支配)”等受到批判的“法治国家”论从理论上是无法回答的,但是,“宪法法院通过判决所表现出来的政治上的平衡感觉,对此的批判是缺少现实性的,其中隐含着主张法治国家论的暧昧态度”。其他学者如 口阳一教授认为,目前在法国产生问题的“法治国家”,是“以包含了1789年人权宣言要旨、经过1793年时期的革命确定下来的一个国家像,与以集权的国家和各个人的两极构造为前提成立的国家像相对抗的上下文方式设想出来的”。^①因此,在法治国家(Etat de droit)中,“除了loi(法律),应该承认droit(法)的存在。droit(法)的问题是loi(法律)之上的上位宪法问题。由审判的方法肯定了违宪审查,在此,规范的形式效力的优劣只是一个侧面,重要的是强调了规范loi(法律)的上位价值是人权这一实质意义的一面,尤其是,如果说到loi(法

就扩大根据宪法判例而产生的“宪法原理集成”,参照Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, édition, Montchrestien, 1993, pp. 93, et s.

例如,参照什村みよ子《人的普遍性与历史性》创文社,1992年。

在法国由“根据议会的法律实行人权保障”发展到“基于法院的审判实行人权保障”的情况,参照浦田一郎《依据政治的立宪主义》法律时报68卷1号。还有,介绍大革命时期的《根据法律实行人权保障》和《对于法律实行人权保障》议论的,参照田村理《法国宪法史上的人权保障》研究序说}一桥论丛108卷1号。

今关源成“受到挫折的违宪法院改革”,《高柳古稀 现代宪法的诸相》,专修大学出版的,1992年,388页。

今关源成前述论文,388页。

① 口阳一《近代国民国家的宪法构造》东京大学出版社,1994年,第147、148页。

律)的外侧的话,或多或少看上去是具有社会的多元化的 droit (法)的形成能力倾向的^①。再如,山元一副教授,在考察第三共和国时期的莱昂·狄骥的“法治国家”论的同时,还在批判“雅各宾党型国家”的上下文中论及了现在的“法治国家”论,并将此划分为“新右派型国家”和“新左派型国家”两种类型^②。依据山元副教授的说法,前者是基于对美国社会的善意的评价,设置了“行政权·立法权=国家的权力”和“司法权=市民的权力”,将宪法法院具有活力评价为“立宪主义的再生”。后者并不是善意地评价美国的民主主义,与其说不仅对行政权,甚至对司法权也产生了怀疑,倒不如说是要谋求强化立法权。尤其是将违宪立法审查权的兴盛评价为“民主主义病理的征兆”,将“宪法原理集成”视为作为“法治国家”论的“致命的论理”^③。在这种情况下,作为宪法法院的活动正当化论理的“法治国家论”必须限定在前者。

特别是,什村 みよ子教授认为,1980年以来法国具有活力的“法治国家”论,不同于德国的法治国家论,是作为大革命时期和第三共和国时期的法律国家(Etat legal)对应物而存在的^④。并且,“在现代的法治国家(Etat de droit)中,用法对国家权力加以限制,对日益庞大的行政权力的审判控制和法官独立的强化,基于违宪审查制带来了宪法的统制,并具有以保障个人的基本自由为目的的特征”^⑤。什村教授论述了依据“宪法学的法律学化”扩展的“法治国家”论,“具有在国家与法·社会方向上的广泛的射程,但不能否定就此意义上产生的概念的暧昧和议论的局限性”,指出了以“法治国家”论作为前提的宪法法院活动的问题点^⑥。为此,围绕着“法治国家”论的是非,杂志《争论》(Le debat) 64号(1991年)以《与政治对抗的法?》(Le droit contre la politique)的主题展开了很有意思的讨论。对于以《宪法抑或是政治的终结》(Constitution a fin de la politique)为题的米歇尔·盖耐赫(Michel Guenaire)的对“法治国家”论的批判^⑦,路易·法布奥罗(Louis Favoreu)、斯戴伐恩·西阿尔斯(Stephane Rials)、多米尼克·卢梭(Dominique Rousseau)从各种角度予以反驳。依据盖耐赫的观点,基于宪法的观念,政治陷入了危机,尤其是由宪法法院进行法律的合宪审查,象征着政治的危机。也就是说,宪法法院的活动,基于社会上活生生的利益,破坏了演员之间的对话,在剥夺政治家的自由和新思路的同时,用古老的宪法条文,造就了宪法审判官的“精英主义”和“九贤人的贵族政治”。所以,必须考虑“政治上的新的出发点”。也就是说,对宪法而言,应该回归到政治上本来的位置,其中,对承认演员的新工作的“政治上的新技术”的考虑是有必要的。

① 口阳一前述书 148 页。

② 山元一《法》《社会像》《民主主义》(一)国家学会杂志 106 卷 1、2 号。山元副教授指出,代表“新右派型”的论者是劳亨·高恩·达努利(Laurent Cohen Tanugi),代表“新左派型”的论者是克劳德·勒福赫(Claude Lefort)以及保尔·狄鲍(Paul Thibaud)。

③ 山元一《法》《社会像》《民主主义》(二)国家学会杂志 106 卷 5、6 号,71 页。

④ 什村 みよ子《宪法学的《法律学化》和宪法法院的课题》法学家 1089 号,90 页。还有,与此相关联,下山重幸《法国的《法的支配》(一、二)明治大学大学院纪要 27、28 集法学篇,基于对卡勒·德·马耳拜克观点的整理,阐明《法国》(Etat legal)与《法国》(Etat de droit)的差异。

⑤ 什村 みよ子,前述论文,70 页。

⑥ 什村 みよ子,前述论文,71 页。

⑦ 就米歇尔·盖耐赫的见解,参照山元一[80 年代人头税现象以来的法国宪法论的一个断面]《清水望古稀宪法的欧美观点的展开》成文堂,1995 年,什村 みよ子,前述论文等等。还有,就路易·法布奥罗对盖耐赫的反驳,什村 みよ子的前述论文 71 页作了简单的介绍。

在此所列举的诸论文中,本稿选择有代表性的“法治国家”论者。以埃库斯·马赛第三大学教授路易·法布奥罗^①的《从民主主义到法治国家》(De la démocratie à l'Etat de droit)和对宪法法院的活动抱有好意的蒙皮里埃第一大学教授多米尼克·卢梭^②的《宪法抑或是另一种政治》(La constitution ou la politique autrement)两篇论文为中心,想介绍一下围绕着法国的“法治国家”论的最近的论稿(在本稿引用、参照这些论文的场所,仅记载页数)。

二 路易·法布奥罗的主张

路易·法布奥罗批评了米歇尔·盖耐赫的议论,强调与其说出“法弱化了政治”这样的错误观点,倒不如坚持“法保障了政治的安定”的主张。

盖耐赫作了如下论述。“〔二世纪前或者是更早以前〕的政治创意由于理性和法而致麻痹。在法国,政治创意在旧的政体下是可以看到的,宪法是限制法国革命以来权力的法的规定,并且各个个人也仅仅能了解约20年以来的宪法。”(第158页)他还特别主张“〔法律的合宪性审查〕是〔政治创意〕的压抑装置。”对此,法布奥罗指出,直接应予非难的“审判官的统治”的神话,不过是古典的法国立宪主义的“正餐主菜”抑或是“奶油水果馅饼”之类的空洞的套话。也就是说,“由于宪法的优位在法国并没有过分看到”,因此,“自二百年前以来,由于宪法作了合理的规定,而削弱了政治活动的主张是没有任何意义的。”(第158页)

(1)“法弱化了政治”定式的谬误

首先,法布奥罗认为,作为谬误,是以“法弱化了政治”作为定式的问题。例如,雷纳·德拉夏西亚赫(Rene de Lacharriere)论文所展开的议论^③,还有,执政党议员安得海·莱耐尔(Andre Laignel)在1981年11月审议国有化法之际,对在野党议员约翰·福耶(Jean Foyer)说到,“你们在政治上也是少数派,在法律上也是错误的”,这些观点揭示了其中的本质问题。法布奥罗指出了上述观点存在错误的两点理由。

第一,第五共和国的“议会以及政党制度,已经不同于第三、第四共和国时期的议会以及政党制度。”(第159页)在1958年以前,未形成强有力而持续的多数派,法律是实行政治或者是政治实现结果妥协的产物。在此,对法律的合宪性审查没有必要,法律是很容易看出来是表达一般意思的^④。总之,在第三、第四共和国时期,多数派与联合政权很容易形成,也很容易解

^① 路易·法布奥罗论文的日语文献,参照《宪法审判》(植野妙实子译)小岛武司 ほか编《法国的审判法制》中央大学出版社、1991年。《依据宪法诉讼的政策决定问题—法国》(口阳一、山元一译)日法法学会编《日本与法国的审判观》有斐阁、1991年。

^② 就多米尼克·卢梭的见解,参照今关源成的前述论文,清田雄治《基于法国的宪法法院的《法律》的合宪性统制的《立法的性格》》法的科学20号,山元一前述论文。

^③ Dans Pouvoirs, n 13, pp. 141 et s.

^④ 法布奥罗在此将议会意思的全体解释为“一般意思”。而且,近年来就“一般意思”的理解而言,展开了新的议论。也就是说,相对于将“一般意思”作为先验的存在来理解的历来的见解,“一般意思”只是在议会审议后才形成。例如,吉劳姆·巴高(Guillaume Bacot)在对卡勒·德·马耳拜克进行研究时,就斯泰福努·里阿路斯的代表制论,展开了议论。前者参照光信一宏《法国最近的主权论》法律时报60卷9号、70页,后者参照石琦学《对现代民主制生理的病理的考察(二)》立命馆法学241号、138页。

散。因此,在表决某项法律的时候属于少数派的意思,在表决另外的法律时又可能成为多数派意思。(第 159 页)

依据法布奥罗的观点,在第五共和国时期,已经不存在这些情况了。他指出了下列变化。首先,在选举时形成的多数派,强有力而且持续,象欧洲其他国家一样,因此,必须说“法律表达了多数派的意思,而不是表达了一般意思”。(第 160 页,法布奥罗强调)其次,由于共和国总统与议会中的多数派同属于一个政治派别,因此,其与政府、议会内多数派的团结在大多场合都得到了强化。法布奥罗说,实际上,就第五共和制的制度上、政治上的背景而言,法律的合宪性审查与其说是对议会的控制,倒不如说是对政府的控制。(第 160 页)

这样,对宪法审判会降低议会的自律性的各种批判,业已不存在制度上的、政治上的依据。法布奥罗认为此种观点属于时代错误。

第二,“宪法审判与第三、第四共和国时期不是一回事情。”(第 160 页)所谓对基于审判而进行的法律的违宪审查的不信任,是美国法官对总统和议会采取反社会的态度而产生的。因此,自新协议产生的松散联络与最高法院对立以来,美国式的由审判来审查法律的合宪性带来了保守主义,也带来了左翼政党的社会后退,法国人和多数欧洲人是这样认为的。但是,法布奥罗指出,战后在欧洲实行的对法律的违宪审查完全具有别的意思。(第 160 页)为什么这样说呢?因为欧洲的宪法法院与“美国型的宪法法院”不一样,是为了宪法诉讼而特意设置的唯一的法院(宪法法院),欧洲的宪法法院,不是由职业司法官构成的,而是由“考虑各种政治上的平衡的政治机关指名的宪法审判官构成的”。

对此,法布奥罗强调,就“欧洲的宪法法院”而言,是“美国型”的缺陷,也就是说不会产生法官统治。而且,在欧洲的宪法法院中,可以看到与保护自由和基本的各种权利相关的很明显的进步主义的动向^④。

依据法布奥罗的观点,适用宪法审判所产生的控制,与其说不是把政治生活固定封闭在不变的法的框架中,倒不如说使宪法条文很好地适应时代现实与习俗的要求。法布奥罗认为,美国的法官如果不适应社会的变化来发展宪法的话,那么,恐怕美国的宪法也不可能具有那样长的寿命了。在法国,如果要存在着对裁定纷争的宪法条文进行建设性解释的宪法审判的话,那么,政变和宪法的激变就会很少。

(2)“法保障了政治的安定”的定式的正确性

以上,法布奥罗在排斥了“法弱化了政治”的谬误后,又进一步论证了“法保障了政治的安定”定式的正确性。

法布奥罗指出,现代宪法学比起民主主义而言,更强调“法治国家”。以前曾将制定法律的完全的自由赋予在总选举中的获胜者,直至下一次选举期间,对选举中的获胜者进行的控制视为反民主主义的。但是,现在的观念是,被统治者不仅希望基于民主的程序来选出统治者,而且,一旦选出统治者还希望对他们加以控制,并且已经不希望到下次选举迄止赋予统治者的白纸委任。依据法布奥罗的观点,对到下次选举迄止的统治者的控制是市民明确的期望。具体

^④ 就法布奥罗所说的《美国型的宪法法院》以及《欧洲型的宪法法院》,参照植野妙实子《宪法法院与行政权》法国行政法研究会编《现代行政的统制》成文堂、1990年、222页。

来说,可以通过由人民提案的公民投票和法律的合宪性审查的程序来实现这种期望。但是,在此间要实现由人民提案的公民投票的机能依据各种理由都是困难的,而依据法律的合宪性审查的程序则相对要容易些。因此,现在宪法审判与法律的违宪审查制度正在一般化了。(第162页)

法布奥罗说,“法治国家”的论理是,强调创造所有的规范制定机关(*autorites normatives*)与法的方法都必须受到控制,并且基于宪法的要求确定是否要改革和采取措施。也就是说,法律的合宪性审查,并不妨碍政治,而是创造法律的、各种各样规范制定流程(*flux normatif*)上的“回辙机”(repartiteur)。在法国,多数派仅仅是能够决定“由政府确定规范制定的方法”,以及“由立法确定规范制定的方法”(voies gouvernementales et legislatives),而对“根据宪法确定规范制定的方法”(voies constitutionnelle),也就是说,为了改正宪法对宪法性法律的表决,必须要有多数派与少数派取得一致的意见才能获得通过。(第162页)

在论述法律的违宪审查的基础上,法布奥罗认为,就规范制定而言,比起谋求政府和议会的平衡来说,保障多数派与少数派的平衡在今天来说是重要的。(第162页)这种平衡,使得少数派不能被强有力的多数派过分地压制,而且,还要给反对派重新执政提供机会。因此,判定者基于尊重多数派必须遵守基本权利的见解,监视对游戏规则的遵守,确保这种平衡。

法布奥罗在以上论证了“法保障了政治的安定”的定式,并作出结论,因为“政治决定的正当性,不仅仅来自于通过民主程序选举出的多数派,也来源于对宪法所规定的界限的尊重”,所以“在存在着的能够证明政治决定系在尊重宪法的基础上产生的看守者和调整者看来,这种决定是安定的”。(第162页)

三 多米尼克·卢梭的主张

米歇尔·盖耐赫提出了宪法破坏了政治的创意、剥夺了统治者崭新的思路、压抑了政治家的才能的假说。对此,多米尼克·卢梭从下述角度加以考察,拥护宪法法院的活动。(1)“宪法是僵死的法条,还是活生生的法条?”(2)“宪法是代表者的法条,还是市民的法条?”(3)“宪法是与政治相对抗呢,还是政治活动的现代表现形态?”

(一)作为活生生法条的宪法

依据卢梭的观点,与其说宪法法院所进行的合宪性审查,不属于在旧体制下那种轻视体现社会活生生的利益的专制,倒不如说,宪法法院的判例容纳了“时代精神”。(第182页)卢梭说,就此,在妊娠中止法判决(1975年1月15日)^①、地方分权法判决(1982年2月25日)^②或者是国有化法判决(1982年1月16日以及2月11日)^③中是可以见到的。例如,如果要看一下地方分权法判决,宪法法院,已经不是“法国雅各宾党传统的顽固的拥护者”(第183页),而是接受了适应构造的变化、人民的期望和现代国家新的要求的地方民主主义的法院。结果,就

① C. C. 74-54D. C. du 15 janvier 1975.

② C. C. 82-137D. C. du 25 février 1982.

③ C. C. 82-132D. C. du 16 janvier 1982 et 82-139d. c. du 11 février 1982.

市町村选举的候补者名单而言,象判定规定女性占 25 %比例的法律违宪的判决(1982 年 11 月 18 日)^①,即使是说属于时代感稍迟的判例,但从总体上来说,宪法法院并没有固守在传统和历史规定的解释上,没有违背时代的潮流。(第 183 页)

宪法法院取代无法对抗总统和政府的无力的议会,作为审议政府的立法意思效果的唯一的场所,其作用应该体现在与性格不同的其他各机关的对话中。(第 183 页)而且,这样的机关从总体上来说,形成了“诸规范的竞合表现体制”。(un regime d' enonciation concurrentielle des normes)卢梭说,“作为所有的法律文书的源泉,支配议会会议日程的政府”,“审议、修正和表决的议会”,“能够补充和完备法律,能够明确法律的适用方式,能够删除它们的若干条文,宣告某些条款不具有法律效力的宪法法院”,此三者竞合而成的机构的工作形成了法律。(第 183 — 184 页)

(二)作为被统治者法条的宪法

正如贝拿赫·拉克瓦(Bernard Lacroix)曾经说过的那样,宪法是要使市民存在着的,但由于委任和代表机制剥夺了市民的自由,看起来宪法不过是为了统治者所规定的。^②而且,宪法采取了政治上平等的形式外观,再生产了代表者和被代表者的社会分化,使得代表者的“存在”(existence)和“发言”(parole)、被代表者的“不在”(absence)和“沉默”(silence)正当化。政治家依据认同这样的法的性格的法条,确认自己的行为,可以用适合自己利益的方法使用宪法。例如,戴高乐认为依据宪法,不得妨碍自己的行动自由,并且弗兰索瓦·密特朗在保革共存的时候,为了自己而利用了宪法第 5 条。^③

然而,卢梭评价到,由政治家为政治家制作的宪法,实际上,通过宪法法院的活动,现在使之成为抑制政治家的自由、为了统治者的法条。也就是说,依据卢梭的观点,1970 年以来,由于宪法法院“不可思议地利用宪法”,统制了代表者的立法政策,压制了政治家的自由。卢梭指出,这样利用宪法,就使宪法成为被代表者的法条。(第 184 页)

依据卢梭的观点,合宪性审查的论理就是使代表者服从市民的意志。就此,政治的机能是立足于统治者与被统治者的同一性基础上的,卢梭认为,宪法法院破坏了统治者与被统治者同一性意义上的“调和”,将被统治者的权利从统治者的权利中分离出来。(第 184 页)也就是说,宪法法院,总是以市民的名义来判断、限制统治者的意思。因此,依据卢梭的观点,为了进一步构筑自由及权利的“判例宪章”(charte jurisprudentielle),应该规定保障被统治者这种自律性的真正的空间(veritable espace)。而且,通过这样的空间,由处于外在位子的被统治者统制统治者,宪法起到制约和限制各种权力的效果。政治家对市民权利的尊重是通过这样的宪法法院的活动来实现的。(第 185 页)

① C. C. 82-146D. C. du 18 novembre 1982.

② Bernard Lacroix, Les fonctions symboliques des constitutions, dans Le Constitutionnalisme aujourd' hui, Economica, 1984, p. 198.

③ 宪法第 5 条规定如下:

“共和国总统监督遵守宪法。他通过自己的仲裁,保证公共权力机构的正常的活动和国家的持续性。”

“共和国总统是国家独立、领土完整和遵守共同体协定与条约的保证人。”

第 2 项关于共同体的规定,根据 1995 年 8 月 4 日的宪法性法律予以删除。

并且,卢梭还对盖耐赫所说的宪法审判官的“精英主义”抑或是“并未通过选举获得正当性的九贤人的贵族政治”恶化了民主主义的论题予以了反驳。即便以前的“社会契约论”(J. J. Rousseau, *Du Contrat social*)也认为,统治者形成了拥有与人民共通自我相对抗的“特殊自我”的中间团体,对这样的团体进行统制的制度很有必要。“社会契约论”指出,命令的委任,基于人民的承认也应该归结到这样的统制制度中。卢梭认为,合宪性审查在理论上也应该包含在这样的统制制度中。宪法法院,依据对违宪性的抗辩,特别是根据直接的起诉,成为使市民能够永久地统制统治者行为的机构。(第185页)

就盖耐赫提出的宪法限制的威胁、剥夺了政治家崭新的思路这种观点,卢梭主张,宪法法院并没有限制代表者的想象力和创意。也就是说,从国有化(1982年)和地方分权(1982年)、特别是TF1(法国国营电视台之一)的民营化(1986年)、社会保障支出金(1991年)等等问题可以看出,宪法法院并没有剥夺政治家的自由和崭新的思路,而是达到了限制政治家任意而为的效果,对政治家而言,迫使其尊重市民的自由。(第185页)

(三)作为政治活动现代形态的宪法

最后,卢梭还论及到了宪法法院促进了政治的法律化(jurisdictionalisation)。政治法律化的倾向,是第五共和国宪法审判领域的创设和发展在理论上的结果。卢梭认为,宪法法院的创设,出现了新的空间。在这个空间中,并且依据此空间,政治的纷争变成了法律的纷争。(第185页)也就是说,依据卢梭的观点,这种变化的基本特性就是,政治问题已经不能由政治家来直接处理,而应该由“第三调停者”即宪法法院介入。在此,卢梭还指出,将政治问题通过解决法的纷争的固有诸规定、诸原理、诸技术变成可以处理的法律问题,希求宪法法院将政治问题的所有侧面都“翻译”成法的表现形式。(第185页)

卢梭说到,宪法法院介入与国有化相关的纷争时,就实行了这样的翻译。也就是说,将国有化这一政治问题,在宪法法院中提起诉讼,认定是准据的宪法条文(1789年宣言以及1946年宪法前言)的解释、矛盾的诸原理是各自成立的,作为法律问题解决了。(第186页)

卢梭说,即便这样的政治活动的法律化,也是由政治家自身促成的。自1974年起诉权扩大以来,政治家反复地向宪法法院提起诉讼,因此,促成了政治纷争向法律纷争的转化,也就是说,提起诉讼,成了政治家对政府的立法政策持有异议得以声明的合法化的要素。(第186页)

卢梭作了如下的小结。

与其说宪法法院没有弱化政治,倒不如说宪法法院使政治充满了活力。为什么这么说呢?首先,宪法不是单个法律的集合,而是社会构造的力学、地域的和宗教的对立、各政党的数量和诸战略各种各样要因的产物。其次,宪法并没有由制宪者预先设定好机能,最好的例子就是法律的合宪性审查。也就是说,宪法法院是作为对议会而言的政府的保护装置考虑的。现在是统制政府立法政策的机构,不久就会成为扩大法律事项的机构、拥护权利及自由的机构。最后,政治问题交给宪法法院,这不是宪法规定有效性的产物,而是弃权的社会代理人为了自己的利益利用宪法的结果。因此,依据卢梭的观点,如果换句话来说宪法的“成功”的话,宪法法院的增大是经常“妥协”的结果。政治问题作为法律问题来解决,是政治家为了达到自己的目的提起诉讼“关系”的结果。至此,卢梭对论文作了总结。“本稿作者明确反对米歇尔·盖耐赫‘比起剥夺市民的自由来说,政治家没有自由是最大的危害’的观点,而是将剥夺市民的自由视

为最大的危害来加以考虑的。”(第 186 页)

四 检 讨

至此,对由宪法法院来进行法律的合宪性审查予以积极评价的“法治国家”论的一个断面作了介绍。正如已经论述的那样,围绕着宪法法院的活动,存在着是以积极的立场予以评价还是以消极的立场予以评价的情况。即便在主张贯彻“法治国家”论的前者的立场中,正当化的理由也是不同的。这一点,想最后再加以检讨。

在本稿介绍的论文中,路易·法布奥罗,为了确立第五共和制的多数派民主制,指出法律不过已经是“多数派意思的表达”,因此,对法律的合宪性审查是为了保护少数派意思所不可缺少的。还有,对“法官统治”的危险,区别了“美国型的宪法法院”,与“欧洲型的宪法法院”,采用后者的法国不会产生“法官统治”。尤其是法布奥罗区分了民主主义与“法治国家”,前者是指“依照民主的程序选出统治者”,考虑到了到下次选举市民对统治者加以控制的必要性,比起民主主义来说,更加重视“法治国家”。而且,宪法法院是各种各样规范制定方法的“回辙机”,抑或是以多数派与少数派之间的平衡器的特征出现的,作出了“法保障了政治的安定”的结论。^⑤

另外,多米尼克·卢梭提出了以宪法法院的活动作为前提的新民主主义观。他在《宪法诉讼法》(Droit du contentieux constitutionnel 3 edition Montchrestien 1993)中所论述的“立宪民主主义”(democratie constitutionnel)就是指的这种民主主义观。在此,宪法法院抑或是构成宪法法院的宪法审判官处于中心位置。宪法法院并不附合议会主张的“法律是一般意思的表达”的说法,而是创造了“法律仅限于尊重宪法、表达一般意思”能够自我正当化的新的假说,实现“依据宪法的民主主义”^⑥。

但是,卢梭就宪法法院不应该取代议会形成排他性的一般意思作了如下论述^⑦。确切地说,依据“对宪法法院的裁决不得进行上告。此项裁决对公共权力机构以及行政和司法机关都有拘束力”宪法第 62 条第 2 项的规定,看起来宪法法院处于似乎可以对议会和政府强加自己的解释的特权地位。但是,实际上,在“诸规范的竞合表现体制”中,宪法法院的解释是由各种各样的规范的竞合作用产生的,而且要保持必要的一贯性与连续性,就应该受到自己的判例的约束。并且要确保宪法法院的判例的自我正当性,必须要有法律的、政治的共同体认可。象这样的面向“权利的持续创造”的“诸规范的竞合表现体制”,真正体现了民主主义的进展。

不过,论及到此的卢梭的“立宪民主主义”论,是基于哲学家克劳德·勒福赫(Claude Lefort)的民主主义论产生的。也就是说,勒福赫基于与全体主义相对的民主主义的定式,主张民主主义是适用于“保护接受这种形态所出现的不确定的代表社会”,在此,行使权力的场合

⑤ 法布奥罗在 *La politique saisie par le droit*, *Economica*, 1988 中也作了同样的议论。

⑥ Dominique Rousseau, *op. cit.*, p. 407.

⑦ *ibid.*, p. 408.

也就是“因空虚不能占据”的场合^①。因此,宪法法院作为没有空隙的调整机关,创出了“面向权利的持续创造的空间”,希望对“不确定”的民主主义加以深化的卢梭的见解,是受到勒福赫思想的影响的。不过,依据山元一副教授的说法,勒福赫的民主主义论,并不一定积极地评价了由宪法法院进行的法律的合宪性审查^②。

至此,就将宪法法院活动正当化的“法治国家”论存在着几种说法。如果斗胆地加以分类的话,难道不是可以作下列分类吗?(1)宪法法院是作为与现代法国多数派的对抗力所不可欠缺的议论;(2)宪法法院确保市民性,实现统治者对被统治者权利的尊重的议论;(3)确立人权的审判保障以及基于对扩大“宪法原理集成”作出积极评价的议论;(4)根据已经作出的判决的实质的妥当性的议论。本稿所介绍的路易·法布奥罗的议论属于第(1)类,多米尼克·卢梭的议论可能是第(2)类的情况了。特别是在卢梭的议论中可以看到第(3)和第(4)类的主张。

还有,从这样的“法治国家”论出发,希求对宪法法院加以改革。在密特朗总统与宪法法院院长罗伯特·巴旦太(Robert Badinter)的动议下,1990年通过抗辩的方法提出了赋予市民向宪法法院提起诉讼的权利的宪法修正案,只是由于参议院的反对而失败了^③。但是,朝着改革的议论仍然在进行着。例如,担任宪法法院法官的杰克·罗伯特(Jacques Robert)就宪法法院的存在意义作了下列论述。“宪法法院的任务恐怕是在能够使市民进入人权保障的机制中的时候,应该是完全全全的事情。结局是,宪法法院是为了市民而存在的,还有,我们大家所做的事情毫无疑问都是为了市民的利益^④。”

议论到此,以“基于法院的判决实行人权保障”作为目标由宪法法院来保证法律合宪性审查的正当化的倾向,在现在的法国是呈主流的。而且,仅就此,在我国也具有同样的倾向。

不过,战后日本的宪法学如果要以最高法院的审判作为最后的言词的话,对“基于法院的判决实行人权保障”是寄予很大的期望的。而且,这种努力不用说,从对“怎样、用什么样的基准进行控制呢?”的宪法诉讼的关心的热潮中就可以看到了。但是,正如浦田一郎教授所指出的那样,“基于法院的判决实行人权保障”不应该能够完全取代“根据议会的法律实行人权保障”。也就是说,即便对违宪审查制的期待成为一种世界潮流,“在议会制民主主义不能很好地保持下去的地方,也不应该有违宪审查制的机能”,“违宪审查制是议会民主主义的补充物,而不是代替物^⑤”这样的观点我们有必要留意一下。这样,就从“根据议会的法律实行人权保障”的侧面就“民主政治过程”的缺陷问题展开了议论^⑥。

如上所说,现代法国的“法治国家”论,旨在“基于法院的判决实行人权保障”,强调“法”(或者是宪法法院)对“政治”的优位。但是,这种议论的内容如同我国一样,与其说是并不仅仅停

① 克劳德·勒福赫《民主主义的问题》(本乡均译)现代思想1995年11月号,47、48页。还有,就勒福赫的民主主义论,参照山元一《法》《社会像》《民主主义》(二)149页以下,尤其是佐佐木允臣《另一种人权论》信山社,1995年,21页以下。

② 山元一、前述论文49页以下。

③ 就1990年的宪法法院改革案,参照今关源成前述论文,什村みよ子《人权的普遍性与历史性》206页。

④ 杰克·劳拜赫《法国宪法法院与人权保障》(什村みよ子译)法学教室185号,44页。

⑤ 浦田一郎、前述论文70页。

⑥ 例如,石琦学《对现代民主制生理的病理考察(一、二)》立命馆法学240、241号。

留在“根据议会的法律实行人权保障”的侧面,不将宪法法院的判决视为最后的言词,倒不如说是包含了由于宪法法院积极的活动促进了“根据议会的法律实行人权保障”的向前迈进的内容。况且在实际上是基于“政治”部门对宪法法院活动积极的反映态度,才看到了“依法保障人权”的“新的进展”^①。

因此,“现代立宪主义”应该是基于“法”与“政治”的“相互作用”所产生的合理机能。也就是说,与从前的消极国家不同,在现代国家中,依据立法机关等“政治”部门的积极行为来实现人权保障是不可缺少的。接受违宪审查机关宪法判断(对于法律实行的人权保障)的“政治”部门应该有能动地通过立法来实现宪法价值的可能(根据法律实行人权保障)。但是,在我国,这种意义上的“相互作用”无须说充分地发挥了机能,特别是与法国比起来,是很明显的^②。在法国,对宪法法院的判决,“政治”部门采取怎样的对策呢?还有,在违宪判决的威胁下,“政治”部门具体地通过什么样的方法尝试“合理的立法”的问题以及对“法”与“政治”的“相互作用”的正式的检讨将在另外的著作中进行。

^① 就法国的“依法保障人权”新的展开”的问题,例如,考虑政府法案的控制强化(1988年由地方报送的案例)、联合投票(vote bloqué)的减少、由执政党议员提出修正案等等。还有,对法国立法过程的研究,比较立法过程研究会编《议会立法过程的比较法研究》动草书房、1980年的中村论文,特别是增田正《法国国民议会的政策形成》庆应义塾大学大学院法学研究科论文集35号。还有,就实际的立法来说,1994年产生的所谓的“生命伦理法”引人注目。就此,以政府中的多数派为中心,促成了讨论会的公开和进行广泛的议论,并基于一致的社会舆论制定的。就“生命伦理法”的立法来说,存在着以下日本语文献。大村敦志《法国关于人工生殖的议论》法学协会杂志109卷4号,松川正毅《关于法国的人工生殖与法(一、二)》民法法杂志105卷2、3卷,高桥朋子《围绕着法国医学上给予援助的生殖的动向》东海法学7号,同《围绕着法国的人工生殖的法的状况》呗孝一 石川念编《家族与医疗》弘文堂、1995年,胜岛次郎《法国“生命伦理法”的全貌》外国的立法33卷2号,同《法国生命伦理的法制化》[Studies 生命·人类·社会]1号(三菱化学生命科学研究所、1993年),北村一郎《法国生命伦理立法概要》法学家1090号。还有,就宪法法院对“生命伦理法”的合宪性审查(1994年7月27日判决),参照冈村美保子《生命伦理与法》法学家1058号。

^② 就我国对司法与政治的“相互作用”的研究而言,户松秀典《违宪判决与立法的对应》(法学家805号)引人注目。还有,山下健次教授在以《现代日本的立法机构》(公法研究47号)为题的论文中,从下列角度指出了在我国此种“相互作用”的必要性。“对于在诉讼过程中所出现的问题的论点、疑义,如果不下违宪、合宪的结论,是应该视为立法机构具有立法裁量权的。尽管如此,作为政府、执政党来说,安于所‘期待’的‘合宪判决’的结果,而无意对法律积极地实施改善的话,那么,作为在野党即便不提出积极的改善法律的方案,也会指责出现了虽不违宪但属于另一种相互作用的缺憾。”(44、45页)“比方说接受含有宪法判断的判例(比起朝着合理的立法方向努力)如果给司法审查打60分为合格的话,而如果朝着不安于仅仅是“取得学分”而向取得70分80分方向努力,难道不可说国会的反映态度是迟钝的吗?”(46页)