

書 評

Patricia Rrapi, *L'accessibilité et l'intelligibilité
de la loi en droit constitutionnel, Étude
du discours sur la «qualité de la loi»*

(Préface d'André Roux, Paris, Dalloz, 2014, XV+280pp.)

高 橋 勇 人

1. 序 論

フランスの国民議会 (L'Assemblée nationale) が毎年、法学または歴史学における優れた博士論文を称える目的で賞 (un Prix de thèse) を授与している。本書はまさに、2012年にその賞 (Prix spécial de thèse de l'Assemblée nationale) を受賞した博士論文を基にしたものである。その博士論文は、2012年、Aix-Marseille 大学に学位請求論文として提出され、André Roux [L'institut d'Etudes politiques d'Aix-en-provence 教授], Dominique Rousseau [L'université Panthéon-Sorbonne (パリ第1大学) 教授] ら5名によって審査された。

ところで、著者は、1999年に故郷のコソボを離れることを余儀なくされ、フランスの難民等の受け入れ家族に引き取られるという境遇を経験してきた人物である。しかし、著者は、その普段口にするこのない苦難を見事に乗り越えてみせた。Aix-en-Provence 大学法学部の修士課程 (公法) を非常に優れた成績で修了し、より優れた第2研究を続けながらフランス語を修めた。序文 (préface) を付した Roux によれば、本書が科学的に非常に優れたものである以上に、著者の知性がいかに抜きでたものであるのかを明らかにすると述べる。

本書の主題は、「法律の質」 (qualité de la loi) の問題について、憲法院

(Conseil constitutionnel) が判例の中で示した概念である「接近可能性」(l'accessibilité) (自らに適用される法律にアクセスできること) と「理解可能性」(l'intelligibilité) (法律を十分に理解できること) について検討することである。これは、只野雅人『『饒舌な立法』と『一般意思』——フランスにおける立法と政治——』(山内敏弘先生古稀記念論文集『立憲平和主義と憲法理論』(法律文化社、2010年) 254頁)、糠塚康江『立法手続における『影響調査』手法の可能性——『より良き立法プロジェクト』への寄与のための試論——』(高見勝利先生古稀記念『憲法の基底と憲法論』(信山社、2015年) 499頁) においても論じられているように、近年、日本においても注目されている論点である。

2. 本書の問題提起

(1) 「法律の質」と法治国家

著者の基本的な問題意識はいたって単純である。それは、接近不可能(inaccessible) で理解不可能(inintelligible) な立法の重みで市民が重苦しさを感じているにも関わらず、「法治国家」(État de droit) を作ることができるのか、ということである。この問題意識の上に著者は、Pierre Mazeaud の言葉を引用して、「法律の破壊」は「法治国家」に対する攻撃であるとしている。

「法律の破壊」というものが「法律の質」の問題につながるのであるが、著者は「法律の質」という言葉そのものに問題があるとする。学説は、本書で言及する判例のことを「『法律の質』に関する判例」と呼んでいるが、憲法院は「法律の質」という言葉を判例の中で使用していないと指摘する。「法律の質」という言葉は、その輪郭が曖昧であるために、その使用について注意を促すとともに、様々な捉え方が可能であると述べる。

このような状況を踏まえて著者は、「法律の質」に対する議論は「法律の破壊」という「法律」固有の問題に留まるのものではなく、法治国家の存立にかかわる問題をも含むという2つの側面を有すると指摘する。

(2) 「法律の質」という言葉の誕生

フランスにおいて、既存の実定法に対して、「完璧な法律」(loi parfaite) というものがあるとされており、歴史的永続的比較を通して実定法と「完璧な法律」との間に「法律の質」というものが存在する。敷衍すると、既存の実定法に対する批判として「完璧な法律」というものを持ち出し、「完璧な法律」に完全に対応する法律は存在しないとしつつ、その「完璧な法律」には基準が存在する。その基準となるものが「法律の質」であると著者は明らかにする。

「完璧な法律」の基準として観念されるようになった「法律の質」は、近年誕生した言葉ではない。その誕生は、第3共和制期に遡ることができる。第3共和制期における「法の衰退」(déclin du droit)がその起源である。第3共和制は、「強すぎる議会」[憲法改正権そのものを手中に収め、執行権、裁判所に対して優位する議会]を確立する一方、小党分立で適切に立法を行う能力を欠いていた。とりわけ、第1次世界大戦を契機として、多数派不在と時代的制約・必要性により、議会は法律に代わって、命令という形式で定めることを政府(執行権)に委任する事態が常態化していた(デクレ=ロワ)。そのような状況から「法の衰退」の言説が生まれたと指摘し、「法の衰退」の言説の延長上に「法律の質」の言説があると位置づける。しかし、著者によると、2つの言説には、政治的説明に基づいた違いがあると分析する。前者は民主的体制の批判として位置づけられる言説であるのに対し、後者は「法治国家」に立脚した言説である。後者について敷衍すると、「法治国家」である以上、国家機関は法律に依拠して行動しなければならない。しかし、その依拠すべき法律の規定の仕方に問題があるとすれば、予測可能性、法的安定性を損なうことに

なる。そうすると、「法治国家」の本質でもある権利・自由の保護が実現できない。ゆえに、「法律の質」の問題は、権利・自由の保護、「法治国家」の存立にかかわる問題であると論じられる。このような理由により、憲法院が「法律の質」の問題に関与する必要があると出てくるのであり、「法律の質」の問題を検討するうえで、憲法院の判例に着目する必要がある。

「法律の質」の問題は、民主主義、普通選挙との関連で生まれたと著者は分析する。そのため、法律が民主主義や選挙とどう関連するのかを考える必要がある。

(3) 「法律の質」と普通選挙

著者は、「法の衰退」（その延長としての「法律の質」）は、議員選挙〔第3共和制では代議院議員選挙、第4・第5共和制では国民議会議員選挙〕に直接普通選挙制が導入されたことと深く関係していると指摘する。「法の衰退」は、単なる「法律の増加」に直接の原因を持つものではなく、直接普通選挙が導入されたことで、法律が選挙を通して人民に直接の起源を持つようになったという点に原因がある。世論の政治的要求の熱狂が過熱する一方、冷静さを守るべき政府の無力さが明らかになった。選挙での勝利を手にするために、法律によって世論の要求を満たす必要があるということを著者は明らかにしており、このような議論から「法律の衰退」と普通選挙が結び付くと指摘する。このように、法律が人民に起源を持ち、世論の要求を満たすために作られている点を、「現代法本来の欠点」（le péché originel de la loi moderne）と位置付ける。上記の指摘は、著者も認めているように、Georges Burdeau が民主主義の新たな形態であると指摘し、「統治民主主義」（*démocratie gouvernante*）と名付けるものと対立する見解である。

このような状況が、法律の増加と不安定さを招くのであり、ゆえに1991年のコンセイユ・デタの報告書を契機として指摘されるようになった「立法のインフレーション」と言われる問題である。その上で筆者は、法律の増加と普通選

挙の関係の中で「法律の質」が論じられるべきであると指摘する。

(4) 公権力と法律

公権力は、市民の瞬間的要求を満たすために、「使い捨ての法律」(lois jetables)に頼ってきた。このように、民主主義と選挙によって結び付けられた法律を、Georges Ripertを引用して「役に立たない法律」(lois inutiles)と位置づけ、その内実を、権利義務を規定していない法律としている。その具体例として、1946年憲法(第4共和制憲法)前文を挙げている。「役に立たない法律」を規範性のない法律と捉えている。

(5) 現代における法律と「法律の質」

著者は、このような「現代法」を何も語らない法律(幻想を語る法律)であり、市民を満足させるために行政を方向づけるものであるとしたうえで、「法律の質」の問題の中で、現代法をこのように観念することは、一方では支持されていると認めつつ、著者は、このような議論は適切ではないとする。むしろ、第5共和制憲法34条、37条が定めるように、法律と命令(réglement)との権限配分をいかに尊重させるのかということが、「法律の質」を論じるうえで重要であるという。ここでも著者はRipertを引用して、「現代法」の出現によって、法律の権威が衰退することで、市民の法律に対する不服従と無関心を引き起こすとしている。現代において、法律は、国民主権の中で表明されるものであるが、その法律が法的安定性を欠くことで、市民は行動の指針を失い、結果的に市民の法律に対する不服従と無関心を引き起こすと指摘する。

しかし、著者は、現代においてこのようなRipertの「法律の質」の議論は、意味が変化していると指摘する。現代における「法律の質」の問題は、「法治国家」観念に結び付けられなければならない。Ripertの法的安定性の問題は、「法治国家」を語る上での一要素にすぎないのであり、「法治国家」とかかわる

様々な論点の中で「法律の質」の問題が論じられなければならないとする。

(6) 本書の目的

上記の議論を踏まえて著者は、憲法院判例の中で展開された「接近可能性」と「理解可能性」が、*« légistique »*の憲法化であると位置づけたうえで、本書では、「法律の質」に関わる憲法院の判例を通して、「接近可能性」と「理解可能性」の概念を明らかにし、憲法院によって行われた法律の審査の本質と手段を明らかにすることを試みる。

3. 本書の概要

本書は、第1部「法律の *ex ante* (法律適用前)のな質と *ex post* (法律適用時)のな質の同一視」、第2部「法律の *ex ante* な質と *ex post* な質の区別」の2部構成である。著者は、Pierre Rosanvallon, *« L'Etat en France de 1789 à nos jours »* (Seuil, 1990) において提示された分析枠組みを援用している。フランスの国家史研究の中で示された方法論の枠組みは、国家行為 (action) の研究を分野限定的に切り分けて論ずる「『非全体化』の要請」 (l'impératif de déglobalisation) と包括的に国家の分野ごとの歴史を再構成する「『全体化』の要請」 (l'impératif de totalisation) である。第1部では、「『非全体化』の要請」に立脚して、憲法院判例と「法律の質」の議論を区別して検討している。第2部では、「『全体化』の要請」に立脚して、判例の異なった様々な側面と「法律の質」固有の議論の双方を包括的に検討している。

(1) 第1部

著者は、「法律の質」というテーマの曖昧さを始めに指摘し、その問題に取り込もうとする憲法院の姿勢を評価している。著者は、判決文だけではなく、

憲法院の解説 (commentaire)、議会における審議議事録も緻密に検討したうえで、「法律の質」に対してなされる様々な議論について憲法院は正当化する論拠を何ら提示できていないと指摘しつつ、その一方で、憲法院のこのような姿勢は立法の実情への愁訴によるものであるとする。

著者の分析によれば、憲法院は、「法律の質」の議論から着想を得た「質」という法律の予め設定された「基準」に立脚した。そして、その「質」という法律の基準は、いわば法律の「美しさ」であり、法律はその「美しさ」を備えたモデルに一致すればよいとする。そこで憲法院は、立法府に対して説明するために、そのモデルを人権宣言 (特に4、5、6、16条) から導きだした。そのため、憲法院の判例は、憲法によって保障された権利と自由に基づくことになったのであり、「接近可能性と理解可能性という憲法的価値を有する目的」という概念を導きだした。

「質」という法律の予め定められた「基準」が判決の論理の端緒であったと著者は指摘し、憲法院は、モデルという基準に関心を抱くようになったと分析する。憲法院は、法律のモデルと権利・自由の保護との関係を全く明らかにしていないことがその理由である。裁判所がモデルを基準にして法律を審査することは、問題を包括的に捉える傾向の現れであると考えられる。

このような分析を通して、判例には様々な側面が存在することを明らかにしているが、大きく分けて2つの側面に分類できるとしている。即ち、①ex ante の質に帰着する側面と②ex post の質に帰着する側面である。前者は市民と法律との *préjuridique* (前法的) な関係を指し、施行されている法律を市民が認識するようにすべきことを問題とする。後者は、市民と法律との *juridique* (法的) な関係を指し、接近可能でなく理解できない法律が市民に適用されることを問題とする。著者は、上記2つの「質」が法律に求められる、行政や司法といった法律適用機関による行為の予めの決定とそれを知らせる能力であり、両者を包括的に捉えたものが「接近可能性と理解可能性という憲法

的価値を有する目的」であると位置づける。

憲法院によれば、権利と自由の強化の要請の中には、接近可能性と理解可能性の要請も含まれていると主張する。しかし、著者によれば十分な説明はなされていないとする。法律適用機関による権利・自由を侵害から守られたからといって、市民が法律にアクセスし、理解したことにはならないからである。

著者は、「法律の質」に関する判例をこのように批判したうえで、判例は一方で2つの目的を追求していることも明らかにしている。①言語的側面と②法的側面である。①は、法律の「わかりやすさ」についてであり、理解可能性に結び付けられるものである。②は、「予測可能性」についてであり、法律適用機関の行為の予めの決定と結び付けられるものである。しかし、この2つの目的は矛盾していると著者は指摘する。①は法文の単純さのことであり、②は明確さのことであるからだ。著者は、上記2つの目的は、2つの異なった文脈、すなわち、市民と法との関係における異なった枠組に位置付けられなければならないと批判する。つまり、①は法律の *ex ante* の質に帰属し、②は *ex post* の質に帰属しなければならない。憲法院のこのような手法について、憲法によって保障された権利と自由の保障を作り出す概念を明示的に議論してこなかったために、「法律の質」について検討しつつも、2つの側面を区別して検討することができなかったと批判する。

上記を踏まえて著者は、*ex ante* の質と *ex post* の質の2点に分けて第1部をまとめている。

法律の *ex ante* の質においては、法律の適用指針が明らかにされており、施行されている法律について市民が受け取らなければならない情報を知らせる力を保持させるような「法文の入念な編集」(*la rédaction soignée des textes*) や、立法者の意図が各条文を通じて理解でき、法律の理解に影響を及ぼすほど複雑ではないという「各法文の関係の一貫性」(*cohérence relationnelle*) によって前進させられる *préjuridique* な情報が問題となっている。*préjuridique* な

情報は、接近可能性と理解可能性とは無関係であり、当該法律が許可し、禁止することを注意することなく、十分法律にアクセスでき、理解できることを意味するものである。

法律の *ex post* の質において、憲法院による審査は、法文そのものを審査の対象としており、法律適用機関の行為を予め決定し、憲法の保障する権利と自由に反する法律の「解釈」を促進しない力があるかどうかを審査するためである。つまり、権利と自由に反する法文の利用を許してしまう法律は、憲法院によって無効とされることを意味する。これは「接近可能性」と「理解可能性」とは完全に異なるものであり、法律適用機関による法律の利用の予めの決定を指すのである。このような検討を踏まえて著者は、法律の「接近可能性」と「理解可能性」はもはや意味のないものとする。裁判において援用された権利・自由に比例して裁判所は、著者の分析で明らかになった *préjuridique* な情報と、それを実現するために市民が自らに適用される法律について認識するのに十分な量の法文を尊重するだけで足りると著者は結ぶ。

(2) 第2部

第1部を踏まえて著者は、市民と法律との *préjuridique* な関係を意味する *ex ante* の質と *juridique* な関係を意味する *ex post* の質について、判例の中で完全に区別されるべきであったと評価する。その上で、法律適用機関による法文の利用の予めの決定の有無の審査、すなわち、法律適用機関による恣意的な解釈を防ぎ、法律適用機関の判断を予め認識可能足らしめる（予測可能性の担保）ものかどうかの審査は、憲法によって保障された権利と自由の保障の強化に密接に結び付けられていると著者は述べる。そして、その有無を審査する基準として、当該法文が具体的に十分な量かどうかによって決せられると分析する。

著者は、上記法文が十分な量か否かの基準で判断することの正当性をアメリ

カ連邦最高裁判所の判例から導き出す。連邦最高裁において、1875年に示された漠然性の法理 (Vagueness doctrine) が、「法文の十分な量」(la suffisance du texte de loi) に相当すると指摘する。連邦最高裁は、法律の「モデル」を基準として「法文の十分な量」を審査するのではなく、権利・自由の保護と「法文の十分な量」を結びつけて審査していると著者は明らかにする。このような連邦最高裁の手法は、フランスにおける QPC (事後的違憲審査制) において援用できると著者は指摘する。

ex ante の枠内において、接近可能性と理解可能性は、施行されている法律に対する市民の préjuridique な関係の再構築を要請する機能を持っていると著者は分析する。この要請が、憲法院を突き動かしてきたのだと評価する。そのため、判例は、接近可能性と理解可能性の概念を抽象化することで、ex ante の枠内において、立法の合理化 (法典化、形式的・物理的 légistique の要請) ではなく、施行されている法律に関する裁判を受ける人への情報伝達にその関心を移していると著者はいう。というのも、もし市民が自らに適用される規範、とりわけ権利と自由の行使に必要な規範を十分に認識できないとしたら、人権宣言 6 条、16 条は効果のないものになってしまうからだ。著者によると préjuridique な情報に基づいた規範の十分な認識は、憲法によって保障された権利・自由の実効性に貢献することを認めつつも、その実効性は、接近可能性と理解可能性に直接頼ることは困難であると指摘する。

以上のような分析を踏まえて著者は、「法文の十分な量」の審査は、権利・自由の保障の強化の文脈で持ち出すことが可能であるとする。そして、接近可能性と理解可能性という概念それ自体は、もはや意味のないものであるが、両概念を「憲法的価値を有する目的」に位置付けることで、様々な審査基準を見いだすことができる「固い種」(noyau dur) であると結んでいる。

4. 本書の意義

(1) 人権保障と立法技術

「法律の質」という概念は、フランスにおいても日本においても近年注目されているが、非常に曖昧さを帯びた概念である。そのため、「法律の質」概念は、様々な論点を持ち、様々な側面からアプローチ可能なテーマである。憲法院判例との関係で「法律の質」を読み解いて見せたのが本書であると位置づけられる。ところで、本書の目的は、ただ「法律の質」に関する憲法院判例を分析し、評釈することではない。判例の分析・評釈を通して、憲法院が「法律の質」という問題をどう捉え、どう考えているのかを本書は明らかにしている。そして、多数の判例を様々な観点から体系的に整理・再構成することで、判例理論がどのように推移し、転換しているのかを同時に明らかにしている。そのうえで、「法律の質」についての審査の枠組みを構築する点に最大の目的があるといえよう。

本書の特徴として、「法律の質」と憲法院判例の関係を人権保障という観点から分析している点が顕著である。とりわけ、QPC 制度という憲法訴訟の場面においても「法律の質」の問題が援用できることを明らかにした点は重要である。

しかしながら、本書は、「立法技術」という観点から判例を分析していることも押さえておかなければならない。おおよそ「法律」というものは、市民にとって認識可能・理解可能足らしめるように定められなければならない、法律適用機関の行為を予め判断可能なように定められなければならないとする著者の主張は、人権保障の観点からの分析のみによって得られたものではなく、「立法技術」という観点からの分析を含めることによって得られたものと思われる。著者が述べているように、法律の「体系的作成」によって「法律の質」、そして、権利・自由の保障が担保可能である。その「体系的作成」を実現するため

に「立法技術」を構築することが求められる。このような「法律」に対する著者の主張は、憲法院判例を素材に、憲法院における判断枠組として本来構築されたものであるが、その判断枠組は、「立法技術」に昇華可能なものと評価できる。

そもそも、著者のこのような分析の根底にあるものは何か。それは、「法治国家」であるということができよう。とりわけ、Michel Troper の法治国家論の影響を強く受けている [Troper の論文は本書においても度々引用されている。Troper の「法治国家」論について、Troper, « Le concept d'État de droit », *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001, p.267、邦訳として南野森訳「法治国の概念」南野編訳『リアリズムの法解釈理論 ミシェル・トロペール論文撰』（勁草書房、2013年）87頁を参照]。法律による上位機関から下位機関への授権によって法律適用機関（特に行政機関）を統制し、行為の予測可能性を担保しようとする「法治国家」は、まさに本書で問題となっている「法律の質」を考察するうえで本来欠くことができない概念である。しかし、従来からそのような基盤に立脚して「法律の質」の検討を行ってきたかどうか疑問である。本書の「法治国家」を基盤として検討している点が「法律の質」を考えるうえでの新たな一視座を与えるものといえよう [本書において、Troper だけではなく、Hans Kelsen や Charles Eisenmann も多く引用されている。著者のケルゼニアンとしての一面を本書から窺い知ることができる]。

（２）日本の憲法学に対する示唆

本書は、確かにフランスの問題を扱ったものであるが、日本の憲法学にも示唆を与えるものと評価できる。

日本において、憲法41条における「立法」概念を、国会が制定する（形式的意味の立法）一般的抽象的法規範（実質的意味の立法）と通説は定義してきた [長谷部恭男『憲法 第6版』（新世社、2014年）323頁]。石川健治によれば、

通説の定義は、ドイツの学説から学び、明治憲法下で支持されてきた立場を日本国憲法下においても受け継いだものであるとする。そのうえで、石川は、「実質的意義の法律概念は…統治構造が転換し、法命題の創造力が国会によって独占されるに至った現行憲法の解釈においては、こだわる必要のないもの」と通説を一蹴する。そのうえで石川は、「41条論の今後の発展のためには、実質的意味における立法の概念を、いったん取り払ってしまう必要がある」。「議会がいまや自由に立法権を行使できるという原則的見地から、議論をスタートさせるべきであろう」と指摘する〔芹沢斉他編『新基本法コンメンタール 憲法』（日本評論社、2011年）302頁〔石川健治執筆〕〕。

このような石川の議論に鑑みれば、明治憲法期から続き、現在でも支持されている「立法」（法律）概念は見直されるべきということになる。しかし、問題は、「法律概念」のみを考えれば良いというわけではない。「法律」概念を考える際に、議会、行政権との関係を常に念頭に置く必要がある。一方で、その背後を支える「法治国家」論、法の支配、権力分立といったことも念頭に置いて再構成しなければならない。そうすると、「行政権」概念についても再検討を求められることになる。そのような検討の可能性を提示するのが本書であると考えられる。本書において著者は、常に法律適用機関（行政権・司法権）と適用される市民との関係で、「法律」というものはどう規定されていなければならないのか、ということを考える一方、上述した通り、著者は「法治国家」という側面から「法律の質」を検討している。そのうえで、「法律」とはどうあるべきなのかを明らかにしている。本書における著者の分析は、日本において、「法律」概念を再考するのにあたって大きな示唆を与えるものと評価できる。

（たかはし・ゆうと 東北大学大学院博士後期課程）