

連邦論序説のゆくえ

—オリヴィエ・ポーと *Jus Politicum* をてがかりに— (2・完)

久保田 祐 介

3. 創設偏重という弱点と可能性：権限分配の連邦論から

ここでは、*Jus Politicum* 第16号に掲載されたポーの論文「連邦における権限分配、問題の再定位のための試論」⁹⁴（以下、*Répartition des compétences* と表記する）を題材として、2017年時点でのポーの論稿ライトモチーフの現れ方を探る。2では、2017年時点での議論のうち、従来の議論と結びついてライトモチーフを再演する部分を明らかにした。ここからは、翻って従来の議論とは異なる要素を取り上げ、連邦論の発展可能性と限界について考察していく。

Répartition des compétences の主題は、その表題が示す通り連邦における権限配分問題である。この問いは *Théorie de la Fédération* までのポー読者にとってのかねてよりの疑問の一であった。というのも、ポーの連邦論は「連邦創設」への偏重傾向がみられるからである。これまで見てきたポーの鍵概念は、連邦の憲法制定権力、連邦契約、そこに書き込まれる連邦目的と、全て連邦の創設と密接に結びついている。このような創設に収束

94 Olivier BEAUD 《La Répartition des compétences dans une fédération. Essai de reformulation du problème》*Jus Politicum* N°16, 2016, pp.179-206 (<http://juspoliticum.com/article/La-repartition-des-competences-dans-une-Federation-Essai-de-reformulation-du-probleme-1103.html>) [2019.8.16閲覧]。以下、脚注において同論文を *Répartition des compétences* と表記する。

する議論構造は、歴史に着目する「政治法」のアプローチとは親和的であるが、憲法学における政治体論（国家論・統治機構論）としては物足りなさがある。すなわち、連邦創設をいかに巧みに説明したとしても、それが一回的な歴史的事象の説明に終始している限り、憲法理論としての実践力に乏しい。連邦創設に収束する理論を構築したとして、それを現実の連邦統治機構とどのように関連させるのか、また生の政治権力を憲法学が語るための着地地点をどのように設定するのか。とりわけ、EUを適用対象としてポーの議論を読み進めていくと、現実のEUの姿、現在進行形の多元性を創設収束型の連邦論がどのように受け止められるのか、興味を惹かれるとともに理論的限界を予感させる⁹⁵。

その点、連邦における権限分配論は、創設だけにとどまらない、現実の公権力のありかたを積極的に明らかにするものである。よって、ポーがこの問題に取り組む様子が、連邦論の可能性と限界について考察するための試金石となりうる。その意味で、*Répartition des compétences* という表題は読み手から見て、かねてよりの疑問とその解決法への期待を抱かせるものである。

（1）前提：連邦の権力分配問題

Répartition des compétences は最初に *Théorie de la Fédération* での目的意識をそのまま引き継いでいることを明示し⁹⁶、概念構築においても厳密

95 ポー自身も、*Répartition des compétences*、末尾（p.206）において、この権限分配問題がEUの論じ方と結びついていくことを予言している。

96 *Répartition des compétences*、p.179。ここで、ポーは *Théorie de la Fédération* から継承した目的意識は「政治形態（forme politique）、より正確に言えば、国家の対置物として位置づけられる法的な政治形態（forme politico-juridique）としての連邦（Fédération）を提示すること」としている。*Théorie de la Fédération* 第4部が「政治制度としての連邦（La Fédération comme institution politique）」であったこと、およびこちらは権力主体としての連邦（fédération）とは異なり、頭文字Fが大文字のFédérationが用いられていることから、用語法における連続性も確認で

に同書の用語法の枠組みを踏襲している。連邦 (fédération) の権力を「連邦権力 (pouvoir fédéral)」と表記し、構成国 (Etats fédérés) の権力を「構成国権力 (pouvoirs fédérés)」と表記する。一見して、これらの用語は当然のものと思われるが、「連邦」が名詞“fédération” (頭文字 f が小文字) と形容詞“fédéral” が用いられていることが注目される。*Théorie de la Fédération* において、ポーは連邦概念を二つに区分し、大文字で始まる“Fédération”は「総体・政治体・結合体としての連邦」(たとえば、ライトモチーフ①において国家と対置される存在としての連邦)を指す語、小文字で始まる“fédération”は「構成国と向かい合い共同・競合する政治機関としての連邦」(たとえば「連邦政府」表記を念頭に置いた連邦)を示すものとして提示する。また形容詞もこれに対応し、大文字“Fédération”を示す形容詞として“fédératif”が、小文字“fédération”を示す形容詞として“fédéral”が、それぞれ提示される⁹⁷。これらの語を用いると、「連邦 (Fédération) とは、連邦 (fédération) と構成国 (États membres) によって構成された政治的総体である」との図式が示される⁹⁸。そしてこの用語法は、*Répartition des compétences* における「連邦権力 (pouvoir fédéral)」と「構成国権力 (pouvoirs fédérés)」の表記にも明確に表れている⁹⁹。

きる。

97 *Théorie de la Fédération*, p.142. なお、この用語法は、フランス語や英語においては非常に明確であるが、これを日本語に訳そうとすると、大文字の連邦 (Fédération) ・小文字の連邦 (fédération) とともに「連邦」と表記するほかなく、文脈によって判断せざるを得ないことに注意が必要である。

98 この構造が、国家とは区別される連邦固有の特徴を示すとされる。すなわち、国家が単一の領域における排他的な権力の存在によって定義される場所、連邦は構成国の結合体であると同時に2つの公権力 (連邦権力と構成国権力) が共存する二重性によって定義されるのである。また、構成国は連邦創設に当たって、国家 (État) としての地位を放棄することなく、分権化された単一国家の一地方として扱われることも要求しないのである (*Répartition des compétences*, pp.181-182)。

前著の議論の前提を継承した上で、ポーは連邦の権限分配の問題について次のような認識を示す¹⁰⁰。第一の認識として、権限分配問題は、これまでのポーの議論に欠如していた問いであること、しかし「連邦の非国家化」の目的（本稿のいうライトモチーフ①）からは、連邦論にとって不可欠の問いではないということである。この認識からは、これまで展開してきたポーの連邦論にとっては権限分配論が周縁的な問いであったことがわかり、本稿の問題意識からすれば、権限配分論が周縁化してしまうことこそ「創設偏重」の弱点といえる¹⁰¹。第二の認識として、連邦固有の権限配分問題の特性とは、曖昧性であるとする。単一国家の権限分配論では単一の権力を複数主体間で分有するのに対して、連邦では権限分配はこれよりもかなり曖昧な形態にならざるを得ないという。複数性はライトモチーフ①「国家と連邦の再差異化」を導くためによく用いられる性質であるが、この複数性が曖昧性に結びついてしまい、連邦の権限分配論をより難化させているのである。

99 本文では割愛したが、*Répartition des compétences*, pp.179-183では *Théorie de la Fédération* からの問題意識の継承を示すために同書の要約を行っている。この部分に本稿の提示したライトモチーフが多数登場する。連邦の自律的法領域としての連邦公法 (*droit public fédéral*) の存在 (p.180), 連邦国家の概念によっては汲み尽くせない連邦の概念と、国家に取り込まれた連邦主義の残滓としての連邦国家の位置づけ (p.181), 分析の枷となる連邦国家と国家連合の区別の放棄 (p.182) などは、筆者の前稿においても詳細に扱った代表的なモチーフである。また、本稿2において扱った、連邦の究極目的 (*telos*) の概念および構成国の共同目的 (*fin commune*) と固有目的 (*fin particulière*) の相克と二重性の問題もごく簡潔に提示されている (p.182)。

100 *Répartition des compétences*, pp.185-186.

101 なお、周縁的であるにもかかわらず、ポーがここで権限分配論を扱うモチベーションは、「権限配分の原理や合憲性による法律の統制は、周縁的であっても、連邦論一般にとって重要な問いであることは変わらない」ためであると説明されている (*Répartition des compétences*, p.185)。

(2) 権限分配論の思考法から距離を置くこと

さらにポーは、伝統理論批判を交えながら、自身の連邦論にとって「可能な思考法」と「不可能な思考法」を分ける形で権力分配論の方向性を固めていく。

第一に、権力分配論の方法論として、司法連邦主義（連邦政府・構成国政府をはじめとする連邦内の諸機関の権限の範囲に関する裁判所の判断を重視する権限分配論のあり方）からは距離を置くことを明示している。司法連邦主義にもとづく憲法学は、連邦内の権限配分に関する司法判断の注解を法律学の役目として絶対視する傾向にあるが、ポーはこれを司法判断分析の役割の「過剰」として退ける。なぜなら、司法は各個の機関の活動の境界・限界事例を扱うものであるのに対して、ポーの連邦論が指向するのは連邦における権限分配の輪郭を描くことであり、そのためには一般的で絶対的な活動の範囲・重要性を解き明かすことが必要であって、司法連邦主義はこの目的のためには有用でない。ポーが求める連邦権限研究とはあくまで「連邦 (Fédération) の権限に属するものと構成国 (États-membres) の権限に属するもの」¹⁰²の探究であって、国家の各機関の権限を明らかにするものではない。

司法連邦主義との差異の強調は、基本的にはポーの問題意識が、法律学的憲法学ではなく政治法に、判例研究よりも原理的考察へ向いているということを表すものである。ライトモチーフ①「国家と連邦の再差異化」に関して、あくまで国家と対置される連邦の一般原理を明らかにする理論研究であるとするなら、いきなり例外的事例・限界事例を主たる対象とする

102 *Répartition des compétences*, p.188. なお、原文では大文字の「連邦 (Fédération)」が用いられているが、上述の「連邦」の大文字・小文字の区別法 (*Théorie de la Fédération*, p.142) に照らすと、構成国と水平的に並び権力分配の主体となる「連邦」は小文字の「連邦 (fédération)」の方が適切であるように思われる。ポーがあえて大文字の「連邦」を用いたか、意識せずを用いたかは、筆者の読む限り判断不能であった。

司法判断から入るのは拙速であるということになろう。しかし、司法連邦主義は、連邦という政治体を生の権力行使の場として捉えているからこそ生じるものであって、そのような捉え方と距離を置くボーの権限分配論が、どれほどの実践の意味を備えるのかという問題について、やはり消極的にとらえざるを得ない。

第二に、連邦憲法が画定する連邦権限と構成国権限に対して、連邦はあくまで権限主体の一方として構成国と対置的に存在するのか、それとも連邦は権限の範囲についての裁定者として、構成国とは異なる特異な存在となるのか、という問いの扱い方である。伝統理論中にはいずれの立場も存在したが、後者の連邦＝裁定者型の思考法は、連邦の権限分配論と法的サンクションの内在的結びつきを強調し、司法機関の裁定による権限分配問題の法的決着を重要視する傾向にある（その代表例がケルゼンであったという）¹⁰³。

この点につき、これまでのボーの議論には、連邦＝裁定者型の思考法よりも、連邦＝権限分配の部分とする前者の思考法のほうが親和的であると考えられる。ボーは上述の通り司法連邦主義からは距離を置いているし、従来も連邦の二重性 (dualité) を強調し二極的な連邦構造を重視して、連邦と構成国の上に第三者的で最高位の裁定者を置く三極型連邦構造を批判する議論¹⁰⁴を展開してきた。

103 *Répartition des compétences*, pp.192-193.

104 たとえば Olivier BEAUD 《Fédéralisme et souveraineté Note pour une théorie constitutionnelle de la Fédération》*RDP*, n°.1-1998, pp.122においては、「アメリカ人民」が連邦における（連邦も構成国も服従する）一元的正当性を供給する機能を果たす限りにおいて、人民主権原理を批判している。連邦に第三極を置くことは直感に反するとともに、市民の側にも連邦市民と構成国市民の二重性が存在しているのであるから、市民の二元性を受容しうる連邦の民主主義こそが必要になるという。また、3-(1)において扱った「大文字の連邦 (Fédération)」と「小文字の連邦 (fédération)」によって、権限分配論において問題となるのは主に構成国と対置される「小文字の連邦」に限定されることがはっきりする点も、二極型の連邦構造との親和性

第三に、司法連邦主義から距離を取りつつも、ポーは連邦権限問題を立法権の分有に還元する立場からも一定の距離を取ろうとする。そもそも法律家が権限分配問題を探究するのは、法解釈の技術を求めていることである。連邦憲法があらゆる権限を明示列挙することはできないため、法律家によって明らかにされるのは、目下係争中の問題についての、原則的・例外的権限や暗示的権限等、解釈によって導出される権限である。だがポーは、このような法律家の解釈技術の目録化の作業が、権限分配論を立法権（立法事項）の分配のことであるとして暗黙裡に同定してしまうことに注意を喚起する¹⁰⁵。言い換えれば、法律家は権限分配問題と聞けば、「何について・どの領域について、連邦の立法府は法制定をなすのか」という問いを自然に想定してしまうというのである。結果として、権限分配問題は、連邦立法府・構成国立立法府の立法事項分配として単純化されてしまい、立法事項以外の連邦問題を単純化してしまう。ポーは、事項分配の考え方は連邦を連邦国家へと同化吸収し、また連邦契約を（連邦国家の憲法としての）連邦憲法へと同化吸収してしまうとして批判しているのである。

ここで重要なことは、これまでポーにおいて手薄であった権限分配問題も、やはりライトモチーフ①「国家と連邦の再差異化」と結節されていることである。現状の連邦権限配分問題へのアプローチ・事項分配思考が、ポーのいう陥穽に陥っているかは疑問の余地があるが、国家の権限分配との安易なアナロジーに対するポーの警戒を示すものとして捉えておくべきである。

（3）権力分配論と結びつく連邦創設・連邦契約

上述の通り通常の権力分配論から距離を置いた上で、ポーがめざすのは靜態的なものにとどまらない権限分配論のアプローチである。国家前提

を示している。

105 *Répartition des compétences*, pp.196-197.

考のもとでの権限分配問題は、既に定着した政治体の内部における中央と地域との権限分配を問うものであるが、この思考法は静態的な政治体の内部問題であることが前提になっており、ポーはこれを「発生しつつある連邦の形成」¹⁰⁶の考察に対して無力であることを批判する。つまり、ここでいう「静態的でない」アプローチとは、連邦創設を適切に権限分配論と結節させる方向性を指しているのである。

やはりここでも、ポーが従来型の権限分配問題の思考法から距離を取りつつ、権限分配を「形成期の連邦」と結節させているところが注目される。連邦創設に議論を結び付けることで、権力分配論の名の下に、ライトモチーフ②「連邦契約としての連邦憲法」とそれを取りまく連邦の憲法制定権力や連邦目的といった従来の論調の活用・再編成が可能となる。つまり、最終的にポーが選んだ議論の道筋は、やはり従来型の創設編重傾向を、権限分配論においても貫く方向なのである。

ここにきてようやく、従来のモチーフと直結する連邦契約の概念と結びついた権限分配論¹⁰⁷が粗描されるに至る。ここが「ポーの連邦権力分配論」の核心となる部分であるのだが、注目すべきは、その核心としてポー自身の論述ではなく、Nicholas ARONEYの議論が大々的に引用されていることである。

引用されているARONEYの議論の要旨は、以下のようなものである。権力の分割に注目することは、政治体において「始原的には単一性を備えた権力がその後分割された」という図式を暗黙裡に想定することになる。このような始原的単一性（すなわち単一的で最高次の位置にある、究極の統治権力としての主権）の想定は、論理上、すべての連邦のシステムに当

106 *Répartition des compétences*, p.198.

107 *Répartition des compétences*, p.200の見出しは「連邦契約の観念からの権限分配問題再考 (Réinterpréter la question de la répartition des compétences à partir de la notion de pacte fédératif)」である。

てはまるものではない。なぜなら、このような想定を連邦すべてにあてはめてしまうと、複数の独立した政治体が連邦のシステムに凝集する場合と、最初に単一国家が存在し、政治権力を領域内の地域の数だけ割譲する連邦の場合との区別ができなくなるからである¹⁰⁸。

ここでは、凝集型連邦と分散型連邦が区別されている。分散型とは、最初に単一性があった政治体が分割されることで連邦を形成することを指し、最初の政治体の主権と連邦形成過程の権限割譲との間に緊張関係が生じる¹⁰⁹。他方、凝集型とは、最初に独立した政治体が複数存在し後から統合が進展して連邦を形成することを指す。ポーの従来議論も、また現実の政治体結合である EU も、基本的には凝集型連邦を想定して展開されてきた。しかし、ここで述べられているのは、凝集型と分散型のいずれのプロセスによって連邦が形成されてきたかにより、連邦の権限分配論が大きな影響を受けるということである。ポーは、国家と同型の思考にもとづく権限分配問題は、あくまで凝集型連邦主義の問題として考察することを提案している¹¹⁰のだが、これはライトモチーフ①の発露であるとともに、ARONEY の議論に端を発する凝集型と分散型の区別を念頭においた新たな議論の準備とみられる。

凝集型・分散型の区別を前提としたうえで、連邦の権限分配論の方針は以下のようにまとめられている。凝集型の連邦主義に対して、連邦と構成国間の権限分配についての従来通りの思考法をそのまま適用しても、連邦憲法のリアリティを適切に描き出すことはできない。形成期の連邦にとっての連邦憲法とは、構成国の国制を構築するものでもなければ、権力を創設し構成国に与えるものでもない。むしろ、構成国とその権力の存在は連

108 *Répartition des compétences*, p.200.

109 典型的な分散型連邦の例として、1993年に連邦国家へ移行したベルギーの例が挙げられる。

110 *Répartition des compétences*, p.198.

邦契約それ自体の前提条件として存在している。連邦契約の概念は、このようなモノド国家が連邦を形成し構成国化するプロセスの本質的契機を適切に表現できるのである¹¹¹。

以上の通り、*Répartition des compétences* の大きな意義は、分散型と凝集型という形成プロセスの類型論を鍵概念として、連邦創設や連邦契約の概念を、連邦権限分配論と結節させた点にある。創設偏重という弱点をむしろ転換し、権限分配論も創設が鍵となるという図式を作り上げたのである。

そして、もう一点重要なことは、分散型と凝集型の類型論を仲立ちとして、ポーと ARONEY, *Jus Politicum* 誌上で展開された2つの論稿が、あたかも連携しているかのように連邦論を描いていることである。次項では、ポーの連邦論を呼び水として、*Jus Politicum* 誌上でいかなる連邦論が展開されたのかを観察していきたい。

4. 結節する連邦論

本稿の主たる検討材料は *Jus Politicum* 誌第16号および第17号に掲載された連邦にかかわる論稿であるが、同誌の性質上、各論者は各々の関心に従ってテーマを設定しており、実際、同号の論稿は多様性に満ち、「連邦」というテーマ以上の縛りは見受けられない。同誌の本質的多様性は前提としたうえで、ここでは掲載された連邦論のうち、これまで見てきたポーの議論と同期・連携する性質を持つものを取りあげる。それらは、ポーの理論の一般理論としての射程の広さや、一般理論を出発点とした実践論

111 *Répartition des compétences*, p.201. 本文中に要約した部分は、分散型・連邦型の区別という新たな要素を定位すると同時に、法律学の許されるフィクション性の限界問題（本稿3-(3)を参照）やライトモチーフ②の中心である「連邦契約」の概念など、他の論稿で繰り返し展開されてきたモチーフを再主張しさらに強固にしている。

の発展可能性を逆説的に明らかにするものである。

(1) ARONEY による「連邦の憲法制定権力」論

Jus Politicum 誌上で展開される連邦論において、ポーとの同期性・連携性が最も高いのが、*Répartition des compétences* においてポーに引用された ARONEY の論文「憲法制定権力と制憲国家：連邦憲法修正の理論のために」¹¹²（以下、*Constituent power* と表記する）である。同論文の主題は、その表題が示す通り憲法制定権力の概念であるが、さらにいえば、連邦・構成国間関係規定についての問いを、憲法制定権力の概念によってよりよく理解できるということである。同論文は、憲法的推論を行うための重要な鍵として憲法制定権力の構成方法に着目し、憲法制定権力権と憲法改正権の関係性が凝集型連邦と分散型連邦において対照的である¹¹³と述べており、ポーの *Répartition des compétences* の論旨と明らかに連携している。

ARONEY の憲法制定権力概念は、憲法制定という一回きりの歴史事象の説明のためにとどまらない¹¹⁴、より広く長い射程を持つ概念としてデザインされている。というのも、ARONEY の憲法制定権力概念は「成文憲法に書き込まれるにあたって必然的に制度化を伴う」¹¹⁵ものとして構想さ

112 Nicholas ARONEY 《Constituent Power and the Constituent States: Towards a Theory of the Amendment of Federal Constitutions》*Jus Politicum* №17, 2017, pp.5-31 (<http://juspoliticum.com/article/Constituent-Power-and-the-Constituent-States-Towards-a-Theory-of-the-Amendment-of-Federal-Constitutions-1119.html>) [2019. 8. 16 閲覧]。以下、脚注においても同論文を *Constituent power* と表記する。

113 *Constituent power*, p.8.

114 たとえば『第三身分とは何か』におけるシエースの憲法制定権力概念は、ナシオンとしての人民の制憲権行使により憲法が駆動する瞬間を描写する概念であり、その最大の意義は、政治的危機における憲法制定の時宜を法的に示すことである。憲法制定権力の概念（特に始原的に限定される場合）は、憲法制定という歴史的瞬間を法的に描写することが第一の役割となり、憲法制定後においていかなる役割を持つのかについては、「実定法秩序内での凍結」をはじめとする消極的見解を含め、多様な見解がありうる。

れている。一見、芦部喜義の「制度化された憲法制定権力」¹¹⁶を想起させる表現であるが、ARONEYの独自性は、憲法制定権力が制度化されるプロセスのあり方により、制憲権を書き込んだ憲法条項が様々に変形しうる¹¹⁷ことに着目する点である。(始原的)憲法制定権力の発動それ自体は、特定の歴史的時点、政治条件のもとで一時的に行われるものだが、ARONEYは、その特定時点の歴史的・政治的条件を、制定時・制度化・制憲権(改憲権)条項を媒介として¹¹⁸、法の世界に落としこもうとしている。ARONEYは憲法制定権力を実定法レベルで捉えられるものと構想しており、憲法の制定後に条文上現れる憲法制定権力を媒介項に、制定前・制定後を通じた連邦憲法論を展開する土台が設定されているのである。

このような射程の広い憲法制定権力概念をもとに、ARONEYは連邦の憲法形成プロセスの分析に移る。すなわち、凝集型連邦化モデル(aggregation)と分散型連邦化モデル(devolution)の類型化である¹¹⁹。

凝集型モデルは、構成国間のより結合した憲法上の関係へ至るプロセスである。このモデルのもっとも純粋なケースが、構成国の国際法上の主権

115 *Constituent power*, p.11.

116 前掲注8 芦部, 409-410頁は、実定法上の権力ではない「制憲権を憲法典の中に取り込み、それを国民主権の原則として宣言するのが、大体の例となっている」とする「制度化された憲法制定権力」の一般的構造を描いている。しかしARONEYが述べているのは、連邦において憲法制定権力が実定法に「制度化」されるありかたの多様性であって、一般的構造ではない。だからこそ連邦創設と実体憲法が憲法制定権力に媒介される連邦論が探究に値するものとして立ち現れるのである。

117 *Constituent power*, p.11.

118 たとえば、ARONEYは憲法制定権力の単位としての連邦構成国は憲法改正手続に組み込まれるが、構成国の手続上の存在感は、連邦ごとの憲法制定時の歴史的与件に関連して様々に変化するとしている。エチオピアは連邦両院と構成国議会の2/3以上の特別多数を憲法改正要件とするが、権利・自由の規定の改正は全州議会の賛成必須とし、また離脱の自由も存在している。これに対してインドは、中央議会の構成国の合併分割権や連邦政府の構成国に対する緊急介入権を規定している。ARONEYはエチオピアとインドを構成国の保障において対照的な例として描いている(*Constituent power*, p.13)。

的平等を、そのままの形で連邦憲法制定プロセスに内部化する場合である。ここでは構成国間に程度の大小はあるが、平等に憲法制定権力が分配され、構成国が連邦形成の合意へ参加していることの承認が、連邦化した後の各構成国の主権の権限や政治的意思決定への参加性の根拠となる。憲法制定時の意思決定には全員一致ルールが求められることが多く、また、連邦化後に政治的意思決定における全員一致ルールからの緩和（多数決ルールへの接近）がなされる場合も、構成国の権限の根拠が制憲時の主権の平等に端を発するがゆえに、特定の構成国のみの参加性を個別的に低下させることのないよう、すべての構成国に一律・対称的に緩和されていく傾向があるという。

分散型モデルは、単一的な国家が憲法上多元化されるプロセスである。その純粋なケースは、親国家の憲法に書き込まれることによって生じる権限移譲によって、親国家から領域内に生成中の政治共同体（後の構成国）に対して自治自律の権力を譲渡することで連邦化する場合である。ここで主権の権限は単一国家の構図に強く紐づけされており、構成国の権限や意思決定への参加性の根拠は、連邦化以前の主権的平等でなく親国家の主権性にある。それゆえに、構成国間の地位・権限は非対称的であることもあり、とりわけ植民地支配を歴史的背景として連邦化する場合がこれに当てはまる。

ARONEYにおける凝集型と分散型の連邦類型は、憲法制定権力を介在させることによって実定法秩序内の権限分配のあり方の傾向性を示すものであり、前述のボーの *Répartition des compétences* のそれと比べても、より実践的な意義へと一步踏み込んだ議論である。

119 *Constituent power*, pp.15-18, pp.28-30. もっとも、ARONEY自身、凝集型と分散型を分かつラインは必ずしも明確ではなく、あくまでモデルとして純粋なケースを想定することはできても、実際には明確に類型に分類できる例の方がまれであると注意していることは、認識しておくべきであろう (*Constituent power*, pp.14-15)。

したがって、凝集型・分散型はあくまで連邦の形成プロセスの分類だが、そこから連邦憲法に不可避免的に発生する憲法の変形 (transformation) の場面への影響が存在することになる。ARONEY は、構成国の自治に関する継続的な権力である「自治自律 (self-rule)」と、全体としての連邦の統治に構成国が参加する権力である「共治共律 (shared rule)」の2つの権力を区別しつつ¹²⁰、連邦と構成国の間での権力分配をめぐるトレード・オフの関係が存在するという。すなわち、憲法改正が始原的憲法制定プロセスを厳密に再生産するものであれば、憲法の変化の重要度も小さく、他方で、原初の連邦形成プロセスの形態から離れば離れるほど、憲法の変化は重大なものとなる¹²¹。ここでは、事後的な憲法変動の場面において、始原的憲法制定プロセスの再現性・始原的プロセスの姿からの距離を測ることにより、形成プロセスと変形プロセスを結合させて理解しようとする思考法が働いている。

さらに ARONEY の議論の特性として、ポーの議論では手薄であった分散型連邦の特性を明らかにしていこうとする姿勢がある。ARONEY によれば、全員一致原理が多数決原理へと緩和されていく凝集型連邦モデルとは逆に、分散型連邦モデルでは、単一国家の多数決原理から形成過程の連邦における全員一致原理へ移行していくことになり、しかもその移行は、

120 なお「自治自律 (self-rule)」と「共治共律 (shared rule)」は、集権・分権とは異なる概念であることには注意しておくべきである。集権・分権は中央権力と地方権力の間の分配のあり方を問題とするが、これは国家でも連邦でも構想可能な概念である。一方、自治自律・共治共律は、いずれも構成国が保持する権力を指しており、あくまで連邦固有の概念である。本文の記述を整理し直せば、構成国のもつ2種類の権力それぞれについて、連邦との間でトレード・オフの関係が生じることになる。

121 *Constituent power*, p.19. なお、ARONEY は、重大な変更の例として、国家連合の意思決定システムを全員一致から多数決へ変更する事例を提示する。具体的には全員一致を原則とした連合規約 (1781年) から、特別多数決を原則としたアメリカ合衆国憲法 (1788年) への変化を挙げている (*Constituent power*, p.20)。

原初の単一国家型制度を留保しながら行われる¹²²。このような分散型モデルの特性に関してとくに注意すべきなのが、元植民地を含む連邦のケースである。帝国権力による合法的支配の下での連邦化の場合、憲法制定権力は法的には宗主国権限の名の下に帝国側のものとなるが、現実には連邦形成について構成国化しようとする植民地側が実質的に政治的自己決定している場合もありうる¹²³。このような「帝国」の独自性は、*Theorie de la Fédération* においてポーが主たる検討対象としていたアメリカ、ドイツ、スイスのいずれにも当てはまらない。ここでは、ポーよりも一歩踏み込んだ凝集型・分散型の類型論によって、連邦論の新たな展開の可能性が示されていることがわかる。

最後に、ARONEYの議論からの示唆として、「創設偏重」という理論構造の意義について考察しておきたい。創設偏重傾向は、ポー連邦論の弱点として筆者が提示した性質であるが、ARONEYの議論はその性質をポーから引き取りつつ、憲法制定権力概念を通時的なものとして構想すること

122 *Constituent power*, p.20.

123 *Constituent power*, p.21. このような帝国権力と連邦の特殊性について ARONEY が言及する際、念頭に置いているのは、イギリス領から連邦化したオーストラリア連邦の成立（1901年）の事例であろう。オーストラリア連邦の成立は、イギリスからの独立という文脈にはあてはまらず、むしろイギリスの植民地経営政策の変更や当時の帝国主義的な国際情勢の中に位置づけられる。連邦化後もイギリス君主の代理人としての連邦総督が、オーストラリアの統治機構に影響を与え続けたことが、その証左である。ARONEYのオーストラリア憲法について詳細に分析した著作として、Nicholas ARONEY, *The constitution of a federal commonwealth*, Cambridge University Press, 2009を参照。また、ARONEYがオーストラリアとはまた異なる分散型連邦の事例としてインドやカナダを挙げていることにも注目しておきたい。インドはイギリスに抵抗しつつ、明確に「インド人民」から憲法制定権力を導出した歴史があり、憲法制定権力の所在を人民の主権と結びつけ、単一国家の理論を用いた独立と憲法制定を行った独立型連邦の例として捉えられるという。これに対して、憲法制定権力にこだわりを持たなかったカナダでは、憲法修正権をイギリスからカナダへ移譲する形で憲法制定が行われ、構成体間の平等性を欠いた形で「カナダの憲法制定権力」が回復することになった（*Constituent power*, pp.22-24）。

で、なぜ絶えず創設を問題にし続けなくてはならないのか、その意義を提示しようとしている。これは、連邦論に根差す次のような困難性を解消しようとする試みとして注目すべきものであろう。すなわち、いうまでもなく憲法学の目的の一は憲法の前提の事實的・規範的解明であるが、連邦成立は国境をまたぐ広範囲の歴史的・政治的条件がかかわってくるがゆえに、連邦ごとの特殊性が比較法上の困難性として立ち現れる。よって、「連邦の一般理論」なるものが真に構築可能であるのか自体が疑問に付される可能性もある。そこで ARONEY は、連邦の一般理論が憲法制定権力の概念を観察すべき適切なタイミングとして、「憲法がもたらされるとき (constitution is brought into being)」と「憲法が根本的変更を受けるとき (constitution undergoes fundamental changes)」の2つを挙げている。ポーの連邦論との同期・連携の文脈から見れば、前者のタイミングはポーの従来の議論との密接な連結性を、後者のタイミングは連邦論の発展の道筋を示すものとして位置づけることができる。

(2) LEV による「連邦と主権」論

次に、より理念的な次元でポーの連邦論との連携がみられる論稿として、*Jus Politicum* 第17号に掲載された法哲学者 Amnon LEV の「主権と連邦主義：公法の創造と再創造」¹²⁴（以下、*Sovereignty and federalism* と表記する）を扱う。この論稿の主題は、「連邦と主権の背反性」というとらえ方が古典的な公法学において果たした役割を再定位することである。いうまでもなく、ポーのライトモチーフ①「国家と連邦の再差異化」において、主権は連邦の法的描写においては使用できない概念であり、主権は国家固

124 Amnon LEV 《Sovereignty and federalism: inventing and reinventing public law》*Jus Politicum* №17, 2017, pp.191-208 (<http://juspoliticum.com/article/Sovereignty-and-Federalism-Inventing-and-Reinventing-Public-Law-1123.html>) [2019. 8. 16閲覧].
以下、脚注においても同論文を *Sovereignty and federalism* と表記する。

有の概念として再定位されている。しかしLEVはそれにとどまらず、「主権と連邦の背反性」はきわめて静態的な捉え方ながら、政治的なものを基底的な制度として確立する役割を有していたと評価する。LEVの目的は、主権の古典的な概念史を再読して「政治社会の活性と公法理論の相互作用という視点から、歴史と論理の交錯する地点」¹²⁵を提供することである。

まず、LEVは古典的主権論と公法理論の出発点として、ホッブズにまでさかのぼる¹²⁶。ホッブズの描く設計図においては、主権こそが法というフォーラムを形成するものであると考えられており、そこでの主権者には、「自然人＝人間」と「政治人＝王」の二つの性質が付与され、単一の主権者の意思が憲法に表現されるという公法の世界のアウトラインが描かれる。

ホッブズの議論は、二つの重大な役割を担うことになった。第一の役割は、人民の政治生活（political life）の前提条件の形成である。主権概念によって、個々に存在する個人が統合されて市民法秩序が立ち現れ、そこが人民と憲法が会おうフォーラムとなり、後にデモクラシーが立ち現れる契機ともなっていく。しかし、より重大な意義をもつのは第二の役割、すなわち、自然¹²⁷状態の導入である。周知の通り、ホッブズは自然状態における権利自由を想定したうえで、その権利自由を主権者に対して譲渡する装置として公権力を構想した。こうして誕生するリヴァイアサンとしての国家は、その創造行為のすべてが自然権の譲渡と授権という一回の創造行為に包括され、その構成要素である臣民（subject）・君主（sovereign）・人民

125 *Sovereignty and federalism*, p.191.

126 *Sovereignty and federalism*, pp.192–195.

127 ここに引用した「自然状態」の原文は“a state of nature”であるが（*Sovereignty and federalism*, p.193）、LEVはこの論稿全体を貫く鍵概念として、「自然的・有機的（natural, organic）」を互換的に用いている。本稿では詳しくは扱わないが、*Sovereignty and federalism* 後半では、アメリカの人民主権論の分析の鍵概念として「政治的紐帯の脱自然化」が提示されており、「自然的・有機的」は後半の議論と対照となるように位置づけられている。

(people) の関係と各機能の分離は、創設行為によって固定され継続的な関連性として保たれる。つまり、人民が行為するのは自然状態における授權にとどまり、法の世界が創設された後に主権者として主権的権限を行使するのは君主であり、もはや人民は法の世界の中に現れない（そこには臣民しかいない）。LEVが強調する「自然状態導入」の意義とは、非自然としての公的性質をもつ法というフォーラムを創設し、主権的権力の行使と権力の構成意思との分離を可能にしたことである。逆説的にいえば、法の公的性質をもたらすのは、法の淵源となる意思の所有者が「法に現れない」ことであり、人民の意思決定は「意思を存在せしめる行為」において完結し、それ以降には残らないのである。

そして、このような主権の構想は後世の公法学に影響を与える。すなわち、主権は権力の分配をとらえる土台としての機能をそもそも持たず、したがって連邦主義と理論的に接合する可能性もない。連邦にはゆるがせないリアリティとしての二重性 (duality) が存在し、その現実が常に単一性 (unity) を否定し、あるいは不確定化している。他方、公法理論にとって単一性は共同体の存在証明そのものであり、中心の設定こそゆずれない一線であった。結局、連邦は理論上、政治生活 (political life) の中心となることはできず、ホップズから続く公法の世界を保ったまま、連邦は公法理論というよりもそれを補足する統治技術としての位置づけを与えられることになる¹²⁸。

連邦主義が公法理論の中に正式に位置づけられるに至るのは、イェリネックの議論をまたねばならない。イェリネックの問題意識は、既存の公

128 統治技術にとどまる連邦概念の例として、LEVはルソーの『社会契約論』に登場するサン・ピエールの連邦論をあげている (*Sovereignty and federalism*, pp.196-197, note.12)。サン・ピエールは国際平和のための技術として連邦主義を論じたのであって、政治生活やその基底な制度化を志向するような議論とは次元の異なる技術論であった。

法理論の枠組みを揺るがすラントと連邦の二元性と不安定性への対処にあった。そのためには国内法・国際法の境界線の設定と、国内法の領域内における無制限の権力＝主権が必要であり、必然的に連邦国家・国家連合の区別（主権と国家性を基準とする国家・非国家の区別）と、連邦国家をいかにして弁証するかが議論の焦点となったのである¹²⁹。そして連邦国家に主権＝無制限の権力が存在し、もって連邦が公法上の十全な形態であることを論証するために登場したのが、無制限の権力の基礎としての社会契約論の否定であり、「契約で連邦は作れない」ことの定式化であった。すなわち、主権者人民の意思決定からは連邦の政治的構造を導出できず、契約的基礎の消滅は、連邦の権力とその淵源としての人民の関係の消失を意味する。ここにおいて、ホプズには存在した、権力の創設時に残されていた人民の意思決定の契機が消滅していることが注目される。イエリネックの連邦国家論において、「人民は、自らを連邦人民とならしめる意思決定すら無くして連邦人民となる」¹³⁰のであり、「それ自体国家たらんことを望む行為」は国家の本質ではなくなった。

こうして、連邦国家論にとって、連邦憲法の創設における実体的基礎の欠損を問題化する必然性は存在しなくなる。ポーのライトモチーフ②「連邦契約としての連邦憲法」の前提部分を想起すると、契約（水平性・双方向性）と憲法（垂直性・一方向性）の矛盾する性質から、「契約によっては国家を作れない」という図式が生じていた。そしてこの図式がアメリカにおいては南北戦争において、重大なジレンマとして問題化した¹³¹。しかし、創設においても人民の意思決定を必要としないイエリネックの議論から見れば、契約か憲法という問い自体発生せず、そのようなジレンマはそもそも考える必要がなくなるのである。LEVはアメリカの理論状況との

129 *Sovereignty and federalism*, p.197.

130 *Sovereignty and federalism*, p.198.

131 本稿1-(3)を参照。

比較においてイエリネックの議論の特徴を描き出す。アメリカの連邦理論の基礎は「生得的なもの (a gift at birth)」として存在した人民主権と構成国自治であったが、帝国ドイツにとっては人民主権も構成国自治も連邦国家論にとって不利な要素であった。アメリカを揺るがした上述のジレンマについて、イエリネックは暗黙の裡に「問題にならない」ことをもって足りるとしたのである¹³²。そして、最終的に南北戦争での南部敗戦という事実は、歴史がこのジレンマを退けた証しとされ、アメリカとドイツの差異の消去が強調される。結局のところ、イエリネックの連邦論は、連邦の存在確定を歴史（事実）に丸投げし、主権主体による創設行為の不存在にもかかわらず、連邦という存在を理解可能なものと示すところにその本質がある¹³³。しかし、その結果として連邦という政治体創設の場面を法的に分析することは不可能となり、「政治法のプロジェクト (the project political jurisprudence)」¹³⁴は決定的に不可能となる。

このような LEV の議論には、ボーのモチーフとの結節・発展の可能性が豊富に含まれているといえよう。人民の意思決定の契機の喪失、創設行為の法理論からの追放など、伝統理論（連邦国家／国家連合、連邦国家への焦点化）が覆い隠してしまったものを詳解しようとする LEV の議論は、政治法のプロジェクトの典型的な思考法であり、同時にボーと根源的な関心を同じくするものである。

さらにもう一点、LEV の議論の意義として強調しておくべきは、主権概念の扱い方である。ボーのライトモチーフ①においては、主権概念は連

132 *Sovereignty and federalism*, pp.198-199.

133 *Sovereignty and federalism*, p.200. なお、前稿685-687頁において、筆者はイエリネックの国家論が政治体創設の描写を法律学の埒外においたことを扱った。LEV のこの議論は、それと同様の性質を主権論の果たした役割の観点から明らかにしたものとといえる。

134 *Sovereignty and federalism*, p.200. もちろんこの表現は、『政治法 (*Jus Politicum*)』誌のタイトルを意識したものであろう。

邦において使用できないものとして整理された。しかしLEVは主権を一括して排除したわけではなく、主権の果たしてきた役割をさらに分類し、主権の原初的な意義（ホップズの設計図における意思決定の契機）と、連邦と主権が交差した時に生じる効果（意思決定の契機の排除）とを明らかにした。LEVはこの議論を前提に、さらにその次の段階として「主権の亡霊の埋葬（lay to rest the ghost of sovereignty）」¹³⁵論への懐疑を表明している。ここでいう「主権埋葬」とは、「真の意味での連邦としてのヨーロッパという観念は、主権の亡霊を埋葬することによって実現する」という考え方を指し、ヨーロッパの政治法の中の主権概念の圧倒的存在感ゆえに、連邦としてのEUは、主権の亡霊を埋葬することで実現するとの構想に結び付きやすい。しかしLEVは、イェリネックを引用した意図をこの主権埋葬という観念を疑うためであると説明し、主権への注目（再注目）・連邦の創設の再問題化の動機づけを試みている。

この「主権埋葬への懐疑」は、EUにおいて意識されてきたデモクラシーの問題を公法理論においてとらえたものといえよう。主権概念を消去してしまえば、主権の内部に含まれていた意思決定の契機もともに失われる。とりわけ、LEVが検討した意思決定の契機とは、政治体の創設それ自体を根源的に基礎づけるものであり、イギリスのEU離脱の例に象徴されるように、重大な爆発力を内容している。主権概念を葬ってしまうことは、イェリネックがそうしたように、公法理論（連邦理論）がこの重大問題を「回避してしまう」ことになるのではないか¹³⁶。ポーにおいては連邦との相性の悪さを指摘されるにとどまる主権概念であるが、それをさらに分析したLEVの議論は、「主権概念の現代的批判」を再検討する契機をも含んでいる点で、連邦論の発展の道筋の一つを示したものといえよう。

135 *Sovereignty and federalism*, p.201.

136 このような問題意識は、厳密な文脈は異なるものの、日本の憲法学における主権不要論、憲法制定権力概念不要論の妥当性を検討する手掛かりとなろう。

(3) DESBIENS による「連邦と規範・司法」論

Jus Politicum 誌第16号・第17号掲載の論稿中、連邦固有の司法の機能について最も原理的なレベルでの考察を展開しているのが、Jean-François GAUDREULT-DESBIENS の「連邦の文脈における決定の公理的義務理論、および連邦主義の法的な政治哲学のための標尺について」¹³⁷（以下、*Théorie dénotique* と表記する）である。ポーが司法連邦主義から距離を取ることを表明したことから、連邦理論と司法権の結びつき方は不明瞭なものとなった。DESBIENS の *Théorie dénotique* も、司法と連邦を主題としながらも、連邦権限に関する司法判断の事例を詳細に分析する方法を採るものではなく、司法連邦主義に与しない点ではポーと同期している。それでは、DESBIENS は連邦理論と司法判断の新たな架橋の理論としていかなるものを提示するのか。本稿ではこの点について、多岐にわたる原理的考察を含む *Théorie dénotique* の中から重要な論点を抜き出して提示したい。

DESBIENS の批判対象は、「工具箱 (boite à outils) としての連邦主義」¹³⁸ である。「工具箱」とは、第二次世界大戦後の世界で、連邦主義は多様な政治問題を整理し解決するために役立つ「手段」として捉えられてきたことを指す。そのような連邦主義は、効率性、権力分配の技術、諸制度のはたらき等を焦点とする制度論である。

しかし、このような「工具箱連邦主義」には、連邦主義とその帰結を細

137 Jean-François GAUDREULT-DESBIENS 《Pour une théorie déontique-axiomatique de la décision en contexte fédéral, ou quelques jalons pour une philosophie politico-juridique du fédéralisme》*Jus Politicum* N°16, 2016, pp.135-177

(<http://juspoliticum.com/article/Pour-une-theorie-deontique-axiomatique-de-la-decision-en-contexte-federal-ou-quelques-jalons-pour-une-philosophie-politico-juridique-du-federalisme-1090.html>) [2019. 8. 16閲覧]. 以下、脚注においても同論文を *Théorie dénotique* と表記する。

138 *Théorie dénotique*, p.137.

分化・個別化すること、連邦原理の基底の把握には至らないことなど、原理的な欠点がある。特に政治的アイデンティティをめぐる問題においては、連邦主義は「やむを得ない最後の手段」¹³⁹、それ自体そうせざるを得ない不可避的な到達点として立ち現れることがあり、この場合の連邦主義は、「工具箱」が表すような個別具体的な問題に対症的に作用する便利な道具とは全く異なるものとして現れる。

また、機能主義のレンズを通して連邦主義を理解する思考法にとらわれると、連邦主義の本質的要素であるはずの、多様性の尊重という側面をともしれば捨象してしまう。DESBIENSは、その例として、効率と有用性を基軸にした連邦論によって利を得るのは多くの場合連邦構成体よりも中央政府の側であると指摘する¹⁴⁰。とりわけグローバル化の文脈においては、ボーダレスな観点から問題が観察され、中央政府の決定が客観的に見て解決にふさわしいとされる「最高レベルの決定」として構想されることになりがちである。

よって、DESBIENSが追究する連邦主義とは、単なる手段であるのみならずそれ自体が目的となりうるものである。連邦主義に工具箱としての性質があることは否定しえないが、同時に、工具箱でない側面もまた否定しえない。連邦主義にもとづく政治体には、可変的ではあるが現実の法的効力を付与される一般の諸原則が内在し、この一般の諸原則が様々な連邦にかかわるケースに（工具箱とは異なる形で）適用される。そして、注目すべきは、工具箱ではない連邦主義が果たすこのような役割を、DESBIENSが「連邦契約の永続化のための不可欠な要素の確保」¹⁴¹と表現しているこ

139 *Théorie dénotique*, p.138.

140 *Théorie dénotique*, p.139.

141 *Théorie dénotique*, p.139. なお、同頁 note.19において、DESBIENSはポーの連邦契約についての論文 *La notion de pacte fédératif*（前掲注13, BEAUD）を参照しており、「連邦契約」の語を媒介としてポーの理論との結節を明確に意識していることが分かる。

とである。連邦に内在する一般的原則の存在と、その一般原則の具体化と適用の営為が、政治体としての連邦の基盤を成す連邦契約の保存に寄与する。そして、この一般原則の発見と解釈適用を担うのが司法権であるから、ポーの連邦論においては置き所の決定を留保されていた司法権が、DESBIENSによって位置づけを与えられ、補完されたことになる¹⁴²。

ポーの補完となるこのような図式を描いた後、*Théorie dénotique* はその本論において、連邦的政治体に内在する連邦主義の要素としての一般的諸原則の内容を解明しようとする。その議論は多岐にわたるが、重要な部分を要約すれば、次のようになる。連邦主義は、憲法原理そのものとして理解されるのみならず、さらに、副次的な基底的原理を含むものとして表現され構想される。明確な憲法原理と異なり、副次的な諸原理は直ちに明らかなものではなく、そこへたどり着くまでには隔たりが存在し、そのよう

142 連邦契約概念の使用の部分と並ぶポーの連邦論との直接の結節点として、DESBIENSの連邦国家 (État) の概念の扱いをあげることができる。DESBIENSは、検討対象として連邦国家を想定してしまうと、「連邦化のプロセスが十分に進行し終え、制憲者が連邦組織の形態を明確に決定し終えており、憲法規定にしろ組織法にしろ、連邦政府・構成国政府のいずれのレベルでも明確に自治の範囲が保障され、しかもこのような組織体が、法的にも事実的にも固定化して変化しがたくなっている政治体」がもつばらの関心事となってしまう危険性を指摘する。そして、DESBIENS自身が想定する連邦は、連邦の創設・形成のプロセスの途上、完了前の政治体も含むものであり、連邦的関係の制度化・法化の程度がいまだ最小限にとどまっているような状態、地域国家・自治国家についても議論の射程に含めるとしている (*Théorie dénotique*, p.144, さらに同頁 note.30において、ポーのライトモチーフ①「国家と連邦の再差異化」を明瞭に描き出した論文 *Fédéralisme et souveraineté* (前掲注14, BEAUD) を参照している)。さらに続いて、現代の連邦主義は国家的 (étatique) のみならず超国家的 (supra-étatique) な組織形態をも包含するものとして再定位されると指摘し、連邦主義を、法的実存を持たない法的組織体 (トランスナショナルな試み) を法的に把握するための概念として適用させるための検討を行うとしている (*Théorie dénotique*, p.145)。前者は対象を連邦国家に限定しない点において、後者はEUまでも理論の適用対象の射程に含める点において、ポーと結節する性質である。

な隔たりの中で様々な憲法上の権限が行使可能となり、あるいは行使せざるをえない¹⁴³。 *Théorie dénotique* において DESBIENS が連邦主義の原理と呼ぶものは、連邦主義の一般的原理（国家に類比して理解される諸制度、形式的意味の憲法規範としての連邦主義、ポーの議論に含まれるもの）に加えて、それらを表層的理解にとどめないために必要な副次的原理（一般性、単純性を補完する複雑・詳細な原則）の二層に区分されている。そして、それら（特に後者）をよく明らかにすることと、その諸原則に従って、連邦内のアクターに対して枠づけとエンパワーメントを行い、憲法上の可能性を拡張することこそが、連邦固有の司法権の役割として提示されているのである¹⁴⁴。

（４）CYR による「連邦構成国の条約締結権」論

Jus Politicum 誌第17号に掲載された Hugo CYR の「連邦構成国の条約締結権と国際法」（以下、*Treaty powers* と表記する）は、「連邦構成国の条約締結権」という個別的な論点を扱いつつ、公法学が根底に抱えるステレオタイプを明らかにしている¹⁴⁵。ウェストファリア以降の近代国家の一般的な概念には、国家（state）こそが独占的な条約締結権の享有主体であるというイメージが含まれている。しかし、ポーのライトモチーフ①「国

143 *Théorie dénotique*, p.140.

144 *Théorie dénotique*, pp.164-165. また、この論文の冒頭において、憲法上の重要問題の判断において、道徳的でも機械的でもない裁判官固有の徳としての利益衡量について説く H.L.A ハートの議論（ただしこのハートの議論は連邦論として構成されたものではない）を引用している（*Théorie dénotique*, p.135.）ことも、司法権固有の機能の探究という着地点を予告している。なお、ハートの議論が直接に DESBIENS の議論と関わるのは、連邦の諸原則の説得性について論じる項である。具体的には、「諸原則の束から連邦の議論を把握するという考え方の狙いは、連邦創設者の間で不確かながらも共有されていた『オリジナルデザイン』の関数としての連邦全体の発展を決定づけることではない」ことを論証するための材料としてハートが登場する（*Théorie dénotique*, pp.149-155.）。

家と連邦の再差異化」が提示されたことで、これまで自明であった公法学上の「国家固有の権限」を再考する余地が生じる。*Treaty powers* は、連邦論を契機として生じる国際法分野からの疑問を端的に表している¹⁴⁶。

Treaty powers の構成は、構成国が条約締結権を持つことができるのかという問いについて、前半でその許容性を、後半でその必要性を論証するというものである。本稿の関心からは、前半部分が注目される。というのも、CYRはこの部分において国際法の観点から見て誤った議論を指摘しているのだが、ここで指摘される誤りは、連邦国家の枠組みにとらわれた憲法学が陥りがちなものだからである。まず、単純な誤りとして排除されているのが、「主権国家が単一不可分の法人格として構成される」という議論、および「国際法の上、唯一主権国家のみが条約締結権をもつとか、国際法上の法人格のみが域内全ての市民の声を代表する権限は中央権力のみにあるといった考え方に、憲法は必ず従属しなければならない」という議論である¹⁴⁷。このような国際法からみた「誤り」の指摘にいかにして対応するのが、憲法学における連邦論の課題となる¹⁴⁸。

145 Hugo CYR 《Treaty powers of federated states and international law》*Jus Politicum* N°17, 2017, pp.65-96 (<http://juspoliticum.com/article/Treaty-Powers-of-Federated-States-and-International-Law-1117.html>) [2019.8.16閲覧]。以下、脚注においても同論文を *Treaty powers* と表記する。

146 *Treaty powers*, p.66, note.2において、国家に対置される連邦概念としてポーの *Théorie de la Fédération* を直接引用している。

147 憲法学辞典のレベルで、ここで指摘される誤りの通り「連邦構成国が国際法上の主体とならない」としている例として、‘Fédération’ dans *Dictionnaire constitutionnel*, sous la direction de Olivier DUHAMEL et Yves MÉNY (PUF, 1992) p.435がある。

148 ポーも初期からこの問題を意識していると思われる。ポーは、主権概念の機能が、国際法領域と国内公法領域の両者において異なり（国際法においては相対的、国内法においては絶対的に響く）、2つの領域で同じ概念が独立的に機能することを「非対称的な論理」と捕らえつつ、国内法と国際法を分離するのではなく結節させるための概念としての主権を構想しようとしている（*Puissance de L'État*, pp.16-18）。

国際法のプリミティブな認識が明らかにする憲法学の誤りとして挙げられるのは、「主権国家が国際的に単一不可分の法人格であり、国際法上唯一条約締結権を持つ」という認識である。この認識が誤りであることの論証は比較的容易であるという。法人格を持つことは国際法上の権利義務を持つことであって、権利義務の主体性はあらゆる法実体に存在し、国家ではない国際法上のアクターであることは、1948年の国際司法裁判所が既に述べており¹⁴⁹、したがって国際法は、連邦が重層的な法人格であることを否定しておらず、仮に連邦憲法が国際法規範を遵守すべきであると規定していても、国際法が連邦に対して単一の法人格をあらゆる場面で保持すべきだと強制することはありえない¹⁵⁰。また、条約法の一般原則として捉えられる1969年の「条約法に関するウィーン条約（条約法条約）」が、その5条において国際機関を条約締結権の主体として想定しており、そこから「主権未滿」の法実体にも条約締結権を持ちうる事が導かれることから、当然に連邦構成国がその主体かどうか問題化する¹⁵¹。そして、国際法の連邦に対する基本的発想として、いかなる事項に連邦のサブユニットの条約締結権を認めるかという問題は連邦法に従って解決すべきであるとされており¹⁵²、EU法における基本的な考え方も、連邦構成国が既に保持している固有の連条約締結権を連邦憲法が制限しているというものである¹⁵³。

そして、このような国際法における連邦の位置づけ方の根底において、連邦は次のように構想されていることを認識しておくべきであろう。すなわち、現に存する連邦の各部を結合させる実存的な紐帯を支えているのは、構成国の個人が、同時に連邦内の全個人により構成される全体としての政

149 *Treaty powers*, pp.69–70.

150 *Treaty powers*, p.71.

151 *Treaty powers*, p.72.

152 *Treaty powers*, p.75.

153 *Treaty powers*, p.75, note.44.

治体のメンバーでもあるという事実である。同一の市民を基礎とする連邦内の全てのレベルの政府が連邦の部分となって、一つの政治体（連邦）を受肉させていることが、連邦と他の政治体を区別する鍵になる¹⁵⁴。CYRの議論から、個人、構成国、政治体のつながりをどのように構想したうえで法理論を構築するかという問題は、国際法領域でも変わらず重要であると再確認できる。

（5）FEELY と KESARI による「連邦と分権」論

Malcom FEELEY と Aniket KESARI の「何と比べての連邦主義か？ 連邦主義・単一的システム・分権化の効果の分類」¹⁵⁵（以下、*Sorting out the effects* と表記する）は、国家政策に関する多様なデータの分析を出発点として、数字から連邦論の概念を再検討しようとする極めて意欲的な論稿である¹⁵⁶。*Sorting out the effects* におけるデータ分析の検討から直接導き出す結果は以下の4点である¹⁵⁷。第一に、連邦というシステムが単一国家型システムよりも効率的であることを示すデータは存在しなかった（むしろ、財政システムの効率性に関しては単一国家の方が効率的であり、逆の傾向すらあった）。第二に、連邦国家・単一国家いずれにおいても、集権化と分権化の両方が生じ、連邦主義の特性として生じたように見える現象であっても、むしろ分権化の結果として理解すべきものがある。第三に、課

154 *Treaty powers*, p.66.

155 Malcom FEELEY と Aniket KESARI 《Federalism as compared to what? Sorting out the effects of federalism, unitary systems, and decentralization》*Jus Politicum* N° 17, pp.97-124, 2017, (<http://juspolicum.com/article/Federalism-as-Compared-to-What-Sorting-out-the-Effects-of-Federalism-Unitary-Systems-and-Decentralization-1120.html>) [2019.8.16閲覧]。以下、脚注においても同論文を *Sorting out the effects* と表記する。

156 なお、*Sorting out the effects* において行われるデータ分析それ自体の正当性の検討は、筆者の能力を超えるため不可能であったことはことわっておく。

157 *Sorting out the effects*, pp.98-99.

税と支出の実質的権限のあり方により強く影響するのは、連邦国家か単一国家かの差よりも、集権的国家か分権化国家かの差である。第四に、連邦論は国家間比較を通じて連邦システムのメリットを挙げることが多いが、そのような分析論は、現実には分権化された集権国家と集権的な単一国家を恣意的にピックアップして連邦と比較しているにすぎない。これらの結果から、*Sorting out the effects* は計量的な連邦論のあり方に対する重要な批判を提起する。すなわち、連邦主義と分権化とを正確に区別せず混合してしまっているというのである。

このような主張の土台となっているのは、連邦主義と分権化との明確な区別である。*Sorting out the effects* の定義によれば、連邦主義とは「政府のサブユニット (subunits of government) に対して、統治の特定分野 (certain areas of governance) についての最終決定権を認める」ものであり、他方、分権化とは「集権的政治体が、望む結果をより効率的に達成するために、行う管理経営上の戦略」である¹⁵⁸。そして、連邦主義は一般に高いレベルの分権化をもたらすが、分権化は連邦主義化をもたらすとは限らない¹⁵⁹。

Sorting out the effects では、連邦主義と分権化は経済理論においては交換可能な等価物として扱われることが多い一方で、政治学や憲法学にとっては両者には大きな違いがあることが強調されている。たとえば経済学という「財政連邦主義」は、その概念の内容自体は非常に有効であるが、それは連邦主義ではなく分権化の理論として位置づけるべきものであって、

158 *Sorting out the effects*, p.114.

159 たとえば *Sorting out the effects*, pp.110-111では、フランスの分権化と権限委譲の発展を総合して「単一国家における連邦主義類似の発展」や「ソフト・フェデラリズム」と呼称する議論を挙げつつ、この動きに必ずしも憲法上の裏付けが存在しないことに注意を喚起する。そして、ソフト・フェデラリズムに関する研究からのより重要な示唆は、単一国家の政府が、分権化を有用と判断する限りそれを追求する傾向をもつことであるとしている。

ここにも概念の混合が生じている。連邦主義を公益と合致させようとする
と、連邦システムに内在する非効率性を隠してしまうことがある¹⁶⁰。

そして、同論文の指摘の中で憲法学にとって最重要であるのは、補完性
(subsidiarity) の理解である。財政連邦主義においては、特定目的を追求
するための特別区の設置と補完性とが結び付けられることもあるが、これ
は連邦主義ではなく分権化の議論である。補完性原理はむしろ「中央集権
的で、決定的に非連邦的な原理」¹⁶¹であるという。なぜならこの原理は、
状況が許す限り「中央が」権力を国内のサブユニットに対して移譲するこ
とを意味し、最初から権力の源泉が中央であることが想定されている点に
おいて、実は中央の特権化する非常に古典的な分権論の発想であるという
のである。特定目的のために最適化される制度のデザインは、連邦制と結
びつけられるものではない。連邦制は一般に戦争や植民地政策の副産物と
して発生してくるもので、サブユニットは連邦制の発生の中で統治の(特
定目的ではなく)一般的作用を担うことになるからである¹⁶²。

Sorting out the effects の議論において注目すべきは、データや経済理論
といった法理論とは異なる出発点と題材を用いて議論を展開しながら、最
終的には連邦主義や連邦制の本質を創設の歴史へと還元していく点である。
計量的な分析の果てに、連邦理論としては非常にプリミティブな概念の構
想へつながっていくのは、それ自体興味深い論理展開である。分析方法は
他の *Jus Politicum* 誌上の論稿とは大きく異なるにもかかわらず、連邦を
技術論から解放し連邦創設と歴史に重きを置く方針は、「政治法」そのも
のである。憲法学とは異なる分野の見解を取り入れて根本的認識を再問題
化する点において、前項の CYR の *Treaty powers* と同じ傾向を含む。

分権と連邦の区別、補完性原理の2点は、ポーのライトモチーフ①「連

160 *Sorting out the effects*, p.115.

161 *Sorting out the effects*, p.116.

162 *Sorting out the effects*, p.117.

邦と国家の最差異化」において、様々な概念に連邦固有の位置づけの刷新が求められる中で、いかなる位置づけを与えるべきであるのか、ポーにおいても確定していたとは言いがたい。憲法学一般に結節する連邦論へのヒントとして *Sorting out the effects* を読む場合、この2点への示唆を重視するべきであろう¹⁶³。

むすびにかえて

以上において、*Jus Politicum* 第16号・第17号におけるポーの議論と、同号における連邦論の中でポーの議論と連携する5つの論稿について読み解いてきた。最後にあらためて全体を概観し、次のように要約できる。

ポーの *Founding constitution* は、1990年代に始まるポーの連邦論のライトモチーフを確かに継承し、従来のモチーフの中に連邦の憲法制定権力の概念を位置付け、連邦創設を描く理論をさらに明確化した。他方、同じくポーの *Répartition des compétences* は、従来明確に扱われていなかった連邦の権力分配の問題について、彼にとって採用しえない方法論を挙げることで逆説的に創設編重というポーの議論の限界を明らかにし、同時に、権力分配問題についても連邦創設・連邦契約と結びつけて考える道筋を提示した。

ARONEY の *Constituent power* は、連邦の憲法制定権力の概念を、憲法制定後にも影響を与える広い射程をもつ概念として位置づけ、連邦創設のプロセスを凝集型と分散型の2つに分類することで、連邦創設後の権力分配の問題を連邦創設と結びつけて考える方法を具体的に示しており、ポーの憲法制定権力論、連邦創設への注目を引き継いで深化させたものといえよう。LEV の *Sovereignty and federalism* は、ポーの連邦論からは切断され

163 *Sorting out the effects* に即して述べれば、分権化に関して連邦国家と単一国家のいずれのシステムにおいても大きな差はなく、また、特定目的を扱うための分権化はむしろ単一国家の論理であることになる (*Sorting out the effects*, p.119)。

る主権概念を概念的に再検討し、連邦理論固有の主権概念の使われ方として、政治体の創設時点における人民の意思決定の契機を隠してしまう機能を挙げ、主権概念を否定することの意味を再検討する可能性を提示するものであった。DESBIENSの *Théorie dénotique* は、連邦を道具的な技術に還元しつくすことを否定し、連邦の一般原則と副次的な諸原則を解釈し導出することを、司法権の連邦における固有の役割であるとした。CYRの *Treaty powers* は、連邦構成国の条約締結権の問題を出発点として、国際法の観点から憲法学の連邦に関するステレオタイプを明らかにし、連邦論と国際法の結節点を憲法学に対して示した。FEELYとKESARIの *Sorting out the effects* は、データの分析と経済学の議論という憲法学から見ればやや異質な出発点から、議論の混乱を解きつつ基本的な連邦概念へと回帰する道筋を見せ、分権や補完性の概念を連邦論の中でいかに位置づけるかの手掛かりを示した。

以上の *Jus Politicum* 上における連邦論の展開を前提としたうえで、本稿の出発点であったポー連邦の一般理論として性質が、果たして完成されたのかどうか、考察しておこう。ポー自身の議論は、2017年の論稿では英語圏の議論を素材にしつつも、ライトモチーフは90年代から維持、発展させてきたもので占められ、憲法学のプリミティブな次元での再検討・再認識としては一貫して定着したものといえよう。その一貫性ゆえ、連邦創設への集中という傾向（あるいは弱点）も、2017年時点でも変わらない。さらに、他の連邦論との連携が意識されている点においては、2007年までの議論にはなかった理論的広がりがみられるようになったといえる。2017年においてポーが自説との連携を意識した引用先としてARONEYがあり、両者の理論的な結節点については本稿で扱ったが、ARONEYの主たる研究対象であったオーストラリア連邦と一般理論がどのように関連するかについては、検討の余地が残っている。その他、本稿にて扱ったポーと他の論稿の連携の可能性は（意図的に結節されているかそうでないかは別とし

ても)、ポーの連邦論が個別的な議論を受け止める「開かれた理論」としての容量を備えていることを示す。ポー個人の著書として提示された2007年の *Théorie de la Fédération* と異なり、*Jus Politicum* のプロジェクトとして提示された2017年の連邦論は、憲法理論としての広がり (*Constituent power, Sovereignty and federalism, Théorie dénotique*)・学際的な広がり (*Treaty powers, Sorting out the effects*) 等の連携可能性を感じさせる点で、一般理論としての完成度を上げたと考えられる。

他方で、このような連携可能性は、政治的・歴史的観点から公法学をとらえ直そうとする *Jus Politicum* の中での「連携」である以上、EU への適用可能性は第一義的な目的とならない¹⁶⁴。したがって、EU への連邦論の適用を推進するという意味でのアクチュアリティ、モチベーションは、2017年のポーの連邦論からは感得しがたいといわざるをえない。

このような EU への適用の困難の背景を理解するには、EU の変化とそれを政治的に位置づける議論が有用であろう。さしあたり、遠藤乾の「大文字の統合 (Integration)」とその終焉という捉え方を提示しておきたい¹⁶⁵。遠藤のいう「大文字の統合」の終焉とは、2005年の欧州憲法条約否決 (およびその補填としての2008年のリスボン条約) を転回点として、EU は民主的正統性を中核的価値とする政治統合を放棄し、システムレベルの統合へとその性質を変更したことという認識である。システムレベル、すなわち「小文字の統合」はありえるし、2009年以降のギリシャ・ユーロ危機への対応はまさにその一例であった。しかし、ユーロ危機対応はメルケルのドイツによる主導のもと、欧州議会が蚊帳の外におかれ、十分な民主的正統

164 たたとえば ARONEY との連携可能性が、オーストラリアやインドといった非欧米地域の連邦へ目を向けさせることからわかる通り、多様な連携可能性は、言い換えればより個別具体的な対象へと向かう可能性を意味するのである。現に、*Jus Politicum* 第16号・第17号において、EU 固有の文脈で連邦論を展開する論稿は少ない。

165 遠藤乾『統合の終焉』(岩波書店、2013) 209-234頁、265-389頁。

化のプロセスなしに、機能的正統化が前面に押し出される形で押し進められた¹⁶⁶。従来「民主主義の赤字」が叫ばれてきたEUであるが、「大文字の統合」の終焉後は、もはや民主的正統性が以前のように機能していないことになる。

このような認識を前提とした場合、ボアの連邦論の限界が意識されることになろう。ボアの議論は優れて憲法学的であるが、まさにそうであるがゆえに、アメリカ建国に類比されるような政治統合としてのEU、「大文字の統合」を記述する理論としては優れたものであったといえる。しかし、2010年代以降が「小文字の統合」、ポスト統合の時代であるとするれば、そのようなEUの記述には、もはやボアの議論は有効でないといえよう。この捉え方を押し進めれば、憲法学がEUをどのように語りうるのかという重要な問題に突き当たらざるを得ないが、その解答を導出することは現在の筆者の能力を超える。

暫定的な結論を述べよう。EUへの適用は、ボアの連邦論のアクチュアリティ、モチベーションとしては少なくとも留保せざるをえない。むしろ、文字通りの連邦の一般理論として、理論的広がりの可能性を示し、歴史的・政治的に多様な対象へ（現在のみならず過去へ、西欧のみならず他地域の連邦的政治体へ、憲法理論のみならず他の学問分野へ）向かっていく駆動力を生み出すところに、逆説的だが現代的なアクチュアリティ、モチベーションが存在し、そのような駆動力を利用して個別的に連邦論を構築するところに、読み手側にとってのアクチュアリティ、モチベーションが存在するのである¹⁶⁷。

(完)

166 前掲注24, 野田, 19頁。

167 したがって、今後の筆者にとってのアクチュアリティ、モチベーションも、ボアの一般理論にとどまらず、本稿での検討をモデルケースとして多様な連邦論の結節、理論広がり探究にある。