

# 法律は今も一般意思の表明か

ストラスブール大学法学部名誉教授

イヴ・ジャンクロ<sup>(1)</sup>

法律は民主政治のもとでは最高位に位置づけられてきたが、21世紀にはその地位が低下しており、注意しなければ、その性質と機能において地位は危ういものとなっている。

1789年の人権宣言第6条1項は法律を「一般意思の表明」であり、国民主権のひとつの行使であるとしたが、これは18世紀の書斎哲学者と19世紀・20世紀の追従理論家が見た甘い夢である。革命期には法律は思想を先導し照らす民主政治の期待の星とされた。法律は一般意思の表明であり、全民衆の協力のもと、あるいは代表者によって制定されると考えられた(人権宣言第6条2項)。しかし法律もおよそ選挙によって議会で議席を得た数百人というごく一部の者の仕事である。一般意思の正確な反映とされてきたとしても、「全国民」の「代表者」(人権宣言第6条2項)という政治多数派による法律の仮の姿にすぎない。つまり民衆が直接示す集合的意思の表明ではない。時流にのった、あるいは政治多数派に属する個々人の意思の単なる総和にすぎない。法律の形成に「すべての国民が個人として参与する権利を有」し、この権限を「その代表に」にゆだねるとしても(人権宣言第6条2項)、一般意思の表明が法律であるというのはひとつフィクションにすぎない。政治多数派の意思の産物であって、一般民衆の望みの結果ではない。一部の者が制定するという手続そのものに固有の民主的性格の欠如が見られる。

---

(1) 脚注は原文にはなく、訳者の判断で付した。

1789年の人権宣言第6条2項後段はアンシアン・レジームへの反省から社会的優劣にもとづく差別を排除し、法律が「すべての者に対して同一でなければならない」とした。現実に実行できるか不明であっても、法律上すべての者に同等の権利を保障する法規範を制定するのである（人権宣言第1条）。住民の性別、生物学的、人種的、宗教的、経済的あるいは政治的特性を考慮せず、一般的かつ非個人的でなければならない。1789年の人権宣言は、理性の殿堂の入り口に大きくこの文字を掲げたのである。いわゆる革命議会のほとんどの議員がもっていたアンシアン・レジーム期に君主が認めた特別法（*privatae leges*）や特権（*privilèges*）に対する忌避の念を示していた。人権宣言は平等を保障し、与えるものであった。「保護を与える場合にも、処罰を加える場合にも」国民を同等にあつかうこととした（人権宣言第6条2項）。法律は、社会における階級や政治的地位を考慮しない法規範であった。国民全体にとって、そして個々の国民にとって、法律は強行的行動規範であった。1789年の人権宣言は、社会統合という法の王道を前にして、個々のしがらみをわきに置き、法律を絶対的、普遍的かつ非個人的で客観的であるととした。

民衆またはその代表の推定された意思に従って、法律はなんでもできた。むかしから男を女に変えること以外、人に関することはなんでも法律は規定できるとされた。21世紀には、医学と外科手術の進歩で男女の性別適合手術が認められ、法律は伝統的な一線を越えた。分娩を民事上の出生とし、21世紀には医学的死を認めることで、法律は人の生死の権限さえ握っているといえよう。法律は創造者（*démiurge*）であり、人工世界を作ることもできる。邪悪な者に操作されれば、1933年から1945年のナチス体制下のドイツ法のように、最悪の事態を招くこともある。

イギリスでは17世紀以降（1679年権利章典、1685年人身保護律）、フランスでは18世紀以降（1789年人権宣言と1791年憲法）、法律は国家の基本法、憲法として絶対的地位にあった。

法律は暮らしと経済を支配する。19世紀には生活、社会と経済の進歩を考

慮した(会社法, ストライキ権に関する法, 労働組合法, 医療扶助法)。国内の治安について刑事法を定め(1810年刑法), 対外的に軍事法を定めた(1905年一般皆兵法<sup>(2)</sup>)。法律は, 国民を法的な行動規範の枠に収めることで保護もし, 規制もした(人権宣言第6条2項末尾)。民衆全体の望みにではなく, 政治多数派の決定に従って, 法律は生活全般を規制した。

20世紀フランスでは法律は冬の時期にあった。1958年第五共和制憲法第34条は法律の権限の範囲を定めているが, この規定に歪みが生じ始めた。法律が規則の制定を政令や官庁の通達に任せたのである。また憲法院が法律に枠をはめ, 細かく規定した権限の範囲に法律を限定した。法律は国民の私法・政治上の権利について立法の基本ラインを描くものになった。犯罪を決定し, 罪と罰を定め, 国防, 教育, 所有権, 労働権, さらにあたらしいところでは環境権について全体的基本原則を定めた。裁判制度の創設・変更も司法官の身分も法律だけの権限であった。「通貨制度」の制定は法律だけに許されていたが, 2002年からフランス・フランは欧州通貨のユーロに法定通貨の地位を譲り, むかし話になった。法律の権限の範囲は, ドラスティックに狭められたのである。

条約を批准するための法律はその発効を規定するだけである。批准法は, 関係国の国民の意思の表明ではなく, 複数の国家の指導者のあいだの政治的コンセンサスの反映にすぎない。ここで法律は普遍的な国家の権限を問われている。一般に国際条約が発効することで, とくに1957年のローマ条約以降の欧州統合プロセスによって, 法律の権限は削られた。

さらに21世紀の法律は, 政治的, 経済的, 社会的, 文化的あるいは宗教上の利益団体からの圧力を受けている。特別法によって一部国民の利益を保護, 促進するため, 本来の役目とは矛盾することを強いられている。

---

(2) 国民役務に関する1997年10月28日法律第97-1019号によって, 1978年以降に生れた者の兵役が停止された(同法1条による国民役務法典L.112-2条の改正)。

特別かつ例外的に、フランス法はニューカレドニア、フランス領ポリネシアといった海外領土、海外県に法律制定権限を認めた。国内法で、ニューカレドニア法にも法律としての効力を与えたが (憲法第 77 条), その範囲を「行政行為」に限定した (憲法第 73 条 3 項, 憲法院 2004 年 2 月 12 日決定第 90 項<sup>(3)</sup>)。このように国内法は、普遍的、絶対的、非個人的という性格に例外を設けられ、強制力が弱められている。国内法は一部の海外領土、海外県に及ばず、地理的、地勢的にも大陸と周辺の島のフランスの県に限られている。

次々に手を加えられ、印象主義解体派のような手も加わり、法律は、普遍的、絶対的そして客観的という性格を失っている。市民社会のあらたな法的、経済的、道徳的要請を前に、後退を余儀なくされ、基本が揺らぎ (I), 基本的原則を脅かすような適用によって一般的効力を失っている (II)。

## I あらたな法律基盤とその性格への脅威

### 1. 法律の弱体化

#### (1) 国家の立法権の縮小

##### ① 非民主的技術委員会の役割の強化

すべては無理としても、少なくとも重要と思われる事項について立法しようにも限界がある。立法にあたって議会の特別委員会だけではなく、専門家の技術委員会にも諮らなければならないのである。医療分野ではとくに国家生命・健康科学倫理諮問委員会に立法提案権限を譲っている (1983 年 2 月 23 日デクレ, 2011 年 7 月 7 日法)。その科学的知見を評価し、同委員会の科学的な補完と諮問を評価したのである。人工生殖から安楽死まで人の生死全般に関する条文の起案にその助言を必要とする。ヒト胚、出生前診断に関する問題にはこの委員会の成果が考慮される。同委員会の科学的・医学的知見に

---

(3) 憲法院 2004 年 2 月 12 日決定第 2004-490 DC 号は、フランス領ポリネシアに関するもので、その第 90 項は「行政行為 (*le caractère d'actes administratifs*) について法の一般原則を守ることを条件にポリネシア法の効力を認めた。

頼らないでは、社会の問題に答えることができない。ある意味でこの委員会は専門分野について設置された行政組織であり、その知見を反映させるための組織と考えられるが、民主的な組織とはいえない。法律の提案・改正の権限を単なる技術委員会に奪われているのである。法律が作られれば、立法者に政治責任があるが、規定の中身は立法者の知るところではない。こうして提案され、議決された法律は、民衆に由来するものでも、国民に根差すものでもない。法律は、その性格と本質において脅かされている。

## ② 国家以外の規範の増加

第五共和制憲法は、条約の対国内法優位原則を規定する(第55条)。その結果、外交官が交渉し、締約国の代表議会が批准した条約の規定に権限があることになり、国内法の絶対性は後退する。例えば緊急事態には、憲法は明らかに国内法に対する1949年北大西洋条約(第5条)の優位を認めている。また1957年欧州共同体創設条約(ローマ条約)とその後の2008年リスボン条約にいたるまでの欧州条約の優位を認めている(第88-1条、欧州連合運営条約第288条)。こうした適法に批准された国際条約によって、国家の代表者は絶対的立法権限の一部を将来に向って失っており、国内法の価値の低下はに疑うべくもない。国内法には、欧州連合指令を移植するという欧州法とのつなぎ役という限られた役割しかない(欧州司法裁判所1963年2月5日判決第26-62号・ファン・ヘント・エン・ローズ事件判決<sup>(4)</sup>)。欧州連合指令の国内法化に欠陥があれば、国内法は不十分とされ、欧州司法裁判所に訴えが提起されれば、裁判所は欧州連合指令を正しく国内法に移植することを命じ、それまでの間、高額の間接強制金(*astreintes*)の支払いを命じる(欧州司法

---

(4) 欧州司法裁判所1963年2月5日判決の事件は、オランダの運送会社とオランダの税務当局のあいだの関税に関する争いについての先決問題である。税務当局はこれは国内問題なので欧州裁判所の無管轄を主張したが、欧州裁判所は欧州条約に関する限り管轄権があるとした。

20 - 法律は今も一般意思の表明か (イヴ・ジャンクロ)

裁判所 2005 年 7 月 12 日判決第 C-304/02 号は 6 か月の遅延に 5 千 7 百万ユーロの間接強制金, 同じく 2006 年 3 月 14 日判決第 C-177/04 号は毎日 31,650 ユーロの間接強制金を命じた)。

また国内法が権限の範囲を守り, 国際条約の規定と対等の力で争うこともある。例えば人道に対する罪の犯罪者に対し, フランス国内法はその刑事裁判権を規定し, これは憲法を改正して批准されたローマ条約によって 1998 年 7 月 18 日に創設された国際刑事裁判所と競合する。国内刑事法を欧州刑事裁判所制度に適合させるための 2010 年 8 月 9 日法によって, 刑事訴訟法典に第 689 - 11 条が新設され, 欧州刑事裁判所が定める犯罪行為をした者に対する訴追権をフランスの司法に認めている。国際裁判所と競合することで, 国内法はその性格と機能を脅かされている。

## (2) 人権法の増加

### ① 条文の増加

1950 年の人権と基本的自由の保護のための欧州条約, 1966 年の国際連合の市民的及び政治的権利に関する国際規約, 2000 年の欧州連合基本権憲章は, 個人を神聖視する宣言である。その現実的, 実効的な実現は, 欧州人権裁判所の裁判権が保障する。

人生の最悪のときにも個人は保護される。裁判所に告発されても, さまざまな保護を享受することができる。逮捕されたとき, 警察に留置されたときも尊重され, 一定の配慮が払われなければならない, 欧州人権裁判所 2010 年 3 月 29 日判決 (メドヴェーデフ対フランス事件<sup>(5)</sup>) に従って, 警察留置に関する 2011 年 4 月 14 日法律第 2011-392 号によって刑事訴訟法が改正された。

---

(5) 欧州人権裁判所 2010 年 3 月 29 日判決の事件は, フランス当局によるカンボジア船籍の船舶の検査で, 麻薬を運搬していた疑いがあるとしてウクライナ人, ルーマニア人などの船員を拘束した事件。

## ② 国際条約の適用の増加

出自、宗教、言語の点で国民の大多数と異なる個人も認められ、尊重され、保護される。フランス憲法は「出自、人種、宗教の別なくすべて国民は」法律の下で平等と規定する（第1条1項）。

欧州評議会は1992年に欧州地域少数言語憲章を採択した。フランスではまだ2015年の現在も批准手続中であるが、これは伝統文化と言語の保存を中心的問題に据えている。言語についてはとくに国語としてのフランス語と抵触する（憲法第2条1項、憲法院1991年5月9日決定第37項（コルシカ語）、憲法院1999年5月9日決定第6、10、11項（前記憲章））。地域言語の使用を認めることは、憲法に新設された「地域原語はフランスの財産」とする規定（憲法第75-1条）によってある程度考慮されるようになった。とはいえ、地域言語・文化（アルザス語、ブルターニュ語、コルシカ語、タヒチ語）の教育を公共の場で任意に受けることができ、バカロレアも与えてよいという程度で、大目に見ているのにすぎない。

適法に批准した欧州条約に国家が違反しているときには、個人は国家から保護される。先決問題として自国裁判所を経由して、欧州法を適用していないこと、あるいは誤った適用をしていることを欧州司法裁判所に訴えることもできる。このことは欧州法が国内法に優越し、国内法がますます権限要素を失っていることを意味する。

人権と基本的自由の保護のための欧州条約違反について、国民は欧州人権裁判所に訴えを提起することができるが、これは欧州法の非遵守を理由に国家を有責とすることである。国民は国家に対して、欧州法を守り、服するように、国内法の改正を強制することもできる。その例が欧州人権裁判所2010年3月29日判決事件（メドヴェューデフ対フランス事件）であり、欧州人権裁判所大法廷に提起され、フランスは警察留置に関する2011年4月14日法の制定を余儀なくされた。こうしたさまざまな欧州裁判所への訴えの提起は、国内法の重要な地位を低下させる。これは、国内法が本来の性格を失い、欧

州法に服し、消えゆく運命をたどっていることを示している。

## 2. 法の起案における伝統的な考慮要素の変化

### (1) 自然の尊重

#### ① 環境法の生成・成長

人間は万物の霊長であるという考えは後退した。およそ3千5百年前、創世記は人類に大地、河、森、動植物を「支配せよ」と命じたが、もはやこれに応えられない。21世紀の現代には、エコシステムと自然そのものの保全が義務づけられる（刑法典第410-1条<sup>(6)</sup>）。自然を支配するのではなく、世界中の自然の秩序に服さなければならない。例えば浸水危険地域での建設工事の禁止や地球温暖化ガスの使用削減など明らかな損害だけでなく、長期的な観点から、自然の秩序を変えることを禁じられる。化学物質や放射性物質などの有害物質を過失から河川に投入して汚染した場合、怠慢または不注意の責任がある。自然を優先する法律は人類を見放し、人類は自然に服さなければならない（2000年環境法典）。創世記などの宗教、哲学には戻れない。人間性の将来をよりよく守るために法律は人類を抑制する側に立つ。

#### ② 人間生物学の支配

人間は本来、身体やその限界あるいは苦痛を受忍する。法律は人間の身体の想定される枠の中で規範を定めた。しかし20世紀後半から変化し、21世紀に入っていっそうの揺らぎを示している。科学的関心から最先端の生命科学が開拓されている。現在は卵子・精子の移植技術があり、一方的に生命を創出することも可能である。人間を創出し、誕生させるのに異性カップルで

---

(6) 刑法典第410-1条は国家の基本的利益の侵害罪 (*des atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation*) を定め、国家の独立、領土の保全などとともに、「国家の自然空間と環境の保全」 (*l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement*) を基本的利益のひとつに数えている。

なくてよいということが容易に導かれる。同性婚を許可した革新的な法律に驚くこともない(2013年5月17日法は同性カップルの婚姻を許可した<sup>(7)</sup>)。法律は、伝統的な生物学的基準から離れ、人間社会を破壊しかねないような、客観的科学的基準に立っており、その本質を脅かされていることを示している。

## (2) 道徳・宗教規範に対して

### ① 神学的戒律の否定

1994年刑法典は、伝統的な人の身体の保護に加え、尊厳の保護も規定した(1994年刑法典第2部第2編第5章第225-1条から225-25条)。科学の進歩の成果として、人の身体に代えて、行動心理学的衣装をまとうようになった。

モーゼの十戒以前のノアの七つの戒律<sup>(8)</sup>に見られた心身統合的あるいは宗教的概念は放棄された。法律は生命科学の専門家の意見に従うのである。生物およびヒト細胞の技術者が設定した規範に従って、ヒト胚の科学的利用の立法化を認めた。何千年ものあいだに無意識のうちに根付いた道徳的・宗教的な見方に抵触することは否定できない。さらにヒト細胞の配列決定の進歩に関心が集まっているが、これら科学的発見によって生命保護や社会に関して法律をどこに導こうとしているのか見極められていない。

2千年以上前から守られてきた「生めよ増やせよ」の戒律もいまや過去のものである。この戒律は人の生殖メカニズムの知識に基づいた出生抑制と矛盾する。育児にとまなう経済的負担を避けたいという性的パートナーがこれに挑戦する。つまり一定の限度内での任意の妊娠中絶が認められ、この戒律は無視された(刑法典第223-10条、公衆衛生法L.2213-1条以下<sup>(9)</sup>)。大家族

---

(7) 同性者カップルの婚姻を認める2013年5月17日法律第2013-404号(民法典の該当規定の改正法)。

(8) 創世記はノアに示された七つの戒律を挙げ、そこに「人の血を流すものは、人に血を流される」とある。

の家庭に対する経済的支援もあまり効き目はなかったが、新法では放棄されている。

数年前からは人の最期が議論されている。現実には、病気や老化による抵抗力減退をよく知る老人医学の専門家が議論を発展させ、これに生死の決定を神のわざとする者が抵抗した。これはレオネッティ法（病人の権利と人生の終焉に関する2005年4月22日法<sup>(10)</sup>、クレイス、レオネッティ両議員の2015年1月21日の法案で修正）によって一部実現されている。いままで宗教が教えてきた伝統的な考え方を問うもので、これを脅やかしていることは間違いない。ユダヤ・キリスト教的伝統に立つフランス法に反するあらたな土台を法律に提供している。生死を受忍するという伝統的なありかた自体がその本質において脅かされている。延命による無益な苦痛を回避させる科学の進歩の前に法律が歪んでいる。

## ② 慣習規範の拒否

革命期の立法者は、法典編纂の方法に納得していた。その構成は立憲議会によりきめられ、おそらく社会や家族関係の変化を理解していた国王の法官が思慮深くも支援し、決めていった（1788年5月1日ヴェルサイユ王宣<sup>(11)</sup>）。革命期の法律は、慣習法に配慮することなく、一般的に適用された国王の規範に拠っていた（相続、継伝処分、遺言法、特別刑事法）。家族法、所有権、契約については1804年民法典にいたるまで紆余曲折があった。当時、共和歴12年風月30日（1804年3月21日）法律第7条は民法典の規定する事項につ

---

(9) 刑法典第223-10条は当事者の同意のない中絶を5年の禁固と罰金に処すとし、公衆衛生法典は人工中絶の場合の要件を規定する。

(10) 2005年4月22日法律第2005-370号は、公衆衛生法典の「人の権利」を改正した。

(11) 1788年5月1日ヴェルサイユ王宣はルイ16世によるもので、アンシアン・レジーム期の社会の変化を前提として、法規定、とくに1670年のルイ14世による刑事王令の改革を命じた。

いて、「ローマ法、王令、一般慣習法、地方慣習法は、一般的にも特別にも効力を失う」と規定しており、この規定を無視することはできなかった。他方、逆に当時の立法者は、古法、とくに慣習法が民法典に規定のない事項には依然として十分重みがあることも知っていた。その結果、立法者は慣習法と法律の競合を認めたと、法律家が考えるよりもその数は少なくない。

やがて普遍的、絶対的、客観的な法律を定めることで、各地の慣習法のあいだにあった違いは解消された。それでも20世紀後半になっても、伝統または宗教に起源のある慣習法は、フランスの一部地域では存続している。国内法もさまざまな理由から過去からの地域の慣習に衝突する。とくに物権法と家族法についてはむかしからの慣行や実際上の取扱いと衝突し、国内法も絶対ではない。法的コントロールの要請に応え、国家の統合を保障するために、すべての国民のために諸規則を統合しようとするのである。

インド洋のマヨット地域は海外領土から海外県の地位への変更を求め<sup>(12)</sup>、これは2011年3月31日に発効したが、立法者も納得のうえである。ここでは二つの家族法の体系が並置され、フランス法が優先し、民事法を統一することで、フランス領内における法律の統合を図った。ただし属人法には地域の法を残して、道徳的・宗教的に異なった基準に従った生活に慣れた地域住民に対して理解を示した。イスラムまたはマヨット地域に根付いた慣習を無視して統一法を課せば、フランス化されたとはいえ、文化的には異なった社会であるから、その伝統、文化の破壊に手を貸すことになる。フランスの統一法に服するように法律で強制することは、マヨットのひとびとの心性や社会行動の悠然たる変化にそぐわない。法律で強制すれば、一般意思の表明であるという性格を鼻にかけて、住民の法的需要を無視したことになり、抵抗を受ける。法律の適用範囲の普遍性を制約する慣習という基準によって、法律は損なわれている。

---

(12) フランスの海外の領土の制度には、海外県、海外準県、海外領土など複数がある。

## II 法律の適用とその普遍性への脅威

### 1. 自然と宗教の法律に対する法的侵害

#### (1) 身体的生物学的マイノリティの認知

##### ① 非性的婚姻

法律は政治を反映するもので、時代の声に惑わされ、伝統の拘束を緩める。現代の法律は過去の法律は逆に、1789年以後に実現されてきた法律の普遍化と統合化の勝利以前の状態に、部分的とはいえ、復帰しようとしている。社会関係においてあらたに区分された一定の人びとを別にする事でこの回帰が行われている。社会風俗の変化に配慮し、ゲイ・レスビアンに社会での地位を認めた。こうした人々が生態学的にはマイノリティであることを考慮し、差別からの特別の保護を定めた(2012年8月6日法律第2012-954号による改正後刑法典第225-1条<sup>(13)</sup>)。これは「風習、性的指向・・・を理由とする」すべての差別からの保護を規定する。逆にいえば、法律の普遍性・非個人性の原則に反し、一部の人びとに特別法を設けたことを意味する。こうしたあらたな特別法は、法律の一般的性格を損ない、法律の性格と内容は脅威にさらされている。法律の普遍性が、身体的特性や特定の性的指向のあるマイノリティの人びとの特別法に譲歩し、法律の普遍性を脅威にさらしている。

こうした社会的認知の結果が特別法である。そのひとつが同性婚を許可した2013年5月17日法律第2013-404号である。これは愛情と人類の永続の必要性に基づく異性間の婚姻という自然と宗教の秩序を揺るがす。同法は、社会の変化に合った言葉を採用し、夫と妻を性別をなくして「配偶者」とし、あるいは性別を問わないこととして「両親」としている(民法典第225-1条、

---

(13) 刑法典第225-1条は「人間の尊厳への侵害罪」の規定である。「出自、性別、家族状況、妊娠、容貌、姓名、住所地、健康状態、障害、生物学的特性、風習、性的指向、年齢、政治信条、組合活動、集団への帰属・不帰属、人種、民族、宗教」を理由とする差別を禁じる。

311-21条<sup>(14)</sup>)。立法者は法律の普遍性の優越を信じさせようとしているが、普遍的で非個人的な法律が、特別法によって蝕まれている。

## ② 生物学的出生

法律は、女性または男性の不妊症による物理的不能によって生殖不可能な異性カップルにも救済の手を差し伸べる。また同性カップルが子を望むことも満足させる。これは国家倫理諮問委員会の作業に基づく。妊娠前診断や着床前診断に関心が寄せられている。これは生まれる子に万一、知的能力、運動能力の欠陥があればこれを親となる者に伝えることをいう。法律で妊娠の継続または中絶の選択を両親に委ねている。また法律は、配偶者から採取した卵子・精子の移植、また女性本人または代理母への再移植について規定するが、子の生殖の物理・技術的な変化について法律はなにも述べていない。ただし例外的な場合に生殖補助医療を受容する(生命倫理に関する2004年8月6日法律第2004-800号、2011年7月7日改正法律第2011-814号、公衆衛生法典L.2141-1条)。この結果、2007年には年間出生件数の2.5%にあたる、20,657人が生殖補助医療により出生した。ただし代理懐胎(*gestation pour autrui*)には反対である(生命倫理に関する1994年7月30日法律により設けられた民法典第16-7条<sup>(15)</sup>)。人体の処分不可能という法規定に反し、人体の商品化につながり、富む者と貧しい者の間の取引対象になるおそれがあるため、この技術を拒否する(1991年5月31日破毀院大法廷判決、1994年7月29日法律第94-653号による改正後の民法典16条<sup>(16)</sup>)。

法律は伝統的な生殖メカニズムとまったく異なる出産方法を設けている。

(14) 民法典第225-1条は配偶者の氏、同第311-21条は子の氏に関する規定。

(15) 民法典第16-7条は「代理生殖また代理懐胎(*la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui*)の合意は無効」と規定する。

(16) 民法典第16条は「法律は人が最優位にあることを保障し、人の尊厳の侵害を禁じ、出生以降の人間の尊重を保障する」と規定する。

適法な両親ではあるが、生物学上は両親とは限らない者の子を認めないでいることはもはや難しい。2005年7月4日オルドナンスと2009年1月16日の法律<sup>(17)</sup>により、法律上、生物学上の出生如何にかかわらず(自然的親子、技術的親子)、子どもには一種類しかなく、同じ権利しか認めない。子どものあいだに法律で財産上の権利に差を設けることを避けようとした。ここでは法律は普遍的、統合的機能を維持したのである。同じ家族の子なのに、生物学的に異なる子を法律で差別することを避けた。この民法の分野では、法律の普遍的・非個人的性格を捨て、法律に複数のカテゴリーを設け、あるいは特別法を設けることはなかった。ただしフランス人両親のために外国で代理懐胎された子について親子関係を認めることには躊躇しなかった。フランスは欧州人権裁判所の圧力に譲歩し(欧州人権裁判所2014年6月26日メヌソン・ラバッセ対フランス事件判決と2015年7月3日破毀院大法廷判決<sup>(18)</sup>)、とくに破毀院判決では外国での代理懐胎によって出生し、出生地で適法に登録された子についてフランスでの戸籍登録を命じた。適法な同性婚カップルのために代理懐胎を合法化しようという圧力があるが、フランス法に羅針盤はない。裁判例に蝕まれて、法律は、信頼性と普遍性を失っている。

## (2) 有罪を宣告された者の保護

### ① あらたな社会理解

各国で伝統的な考え方や最近の社会防衛論に影響された立法がされているが、これとは逆に、現代フランスの立法者は苦痛を与え矯正する刑罰ではなく、社会的再起の刑罰を優先しているようである。ヒューマニズムと刑務所

---

(17) 親子関係の改正に関する2005年7月4日オルドナンス第2005-759号と同オルドナンスを承認する2009年1月16日法律第2009-61号。

(18) 欧州人権裁判所2014年6月26日判決の事件は、フランス人夫婦(メヌソン夫妻)がカリフォルニア州で代理懐胎によって子を出生させた事件。破毀院2015年7月3日の事件は、代理懐胎によるロシアでの出産事件。

が満員という事情を理由に、罪人を罰し、悔い改めさせるより再起、社会復帰に関心を寄せる。1994年刑法典は多くの規定を設け、禁固刑に代えて民事的な刑罰を規定している。有罪事前承認出頭という制度をあらたに設け、裁判官・有罪者間の交渉を認め(刑事訴訟法典第495-7条以下)、例えば検事と禁固刑を言い渡された者の交渉を優先し、禁固刑に代えて公益奉仕を認める(刑法典第131-3条5号)。禁固刑に代えて社会復帰のための再教育を規定し(市民教育の再受講・刑法典第131-1条3号、道路交通再教育・同第131-35-1条)、禁固刑に代えて被害者に対する損害賠償も認める(刑法典第131-8-1条)。2014年8月15日法<sup>(19)</sup>はいわゆる刑事拘束罰(*contrainte pénale*)を新設し、これは苦痛を与えるのではなく、権利を制限するものである(刑法典第131-4-1条)。伝統的な刑罰優先の方向性を転換し、刑事手続にあらたな変化をもたらした。刑罰という垂直的・伝統的なロジックに代え、刑罰交渉という水平的なあたらしいロジックを優先するのである。前記の2014年8月15日法は、5年以下の禁固刑に処すべき犯罪行為にこの刑事拘束罰を科すことができると規定する。犯罪者を善良な市民に戻すための刑事制度を設けたが、世の中は天使ばかりではないことを忘れてはいないか。法律は、被害者の苦しみやその補償についても、また安寧を乱された国家への補償についても言っていない。犯罪行為で有罪とされた者に配慮し、被害者を犠牲にし、悲惨な運命に放っており、法律が不公正・不均衡な正義を生じさせている。法律は、犯罪者が出る都度、特別法を連発する。

## ② 刑罰の個人化

申命記第24章16項<sup>(20)</sup>にあるように、刑事法は個人責任を原則とする。違反者だけが罰せられるのである。伝統的に同じ犯罪で有責とされた者には、

---

(19) 刑罰の個人化と刑事制裁の実効性向上に関する2014年8月15日法律第2014-896号。

(20) 申命記のこの箇所には「父は子のゆえに死に定められず、子は父のゆえに死に定められない。人は、それぞれ自分の罪のゆえに死に定められる」とある。

同じ方法で同じ刑罰で処される。アンシアン・レジーム期には、法を適用する者は、極刑・厳罰が犯罪を中止するよりその実行にかりたて、かえって有効でないと知っていた(1559年シャンボール王令<sup>(21)</sup>)。いわゆる革命期の多くの文書は、違反の重度に対応した厳罰を求めた(とくに都市軽犯罪刑事組織に関する1791年7月19-22日のデクレ第Ⅱ編第1条、軽犯罪刑事裁判所に関する1799年12月16日法前文)。一方、現在の刑法典は、罰金を科す場合、裁判官は有罪とされた者の資金力を考慮すること求めている(刑法典第132-24条)。この方向性は、有罪とされた者にそれぞれ適した刑罰を科すという2014年8月15日法によって強化され、被害者や国家を考慮することなく、刑罰の個人化が進められている。経済的基準の観点から、冷酷にも異なった適用を法律は定めている。刑事法はさまざまに適用可能な一般規定の地位に引き下げられ、その機能や客観的、非個人的であるべき法律の性格が限定されている。

## 2. 自由・平等原則の侵害

### (1) 自由原則の侵害

#### ① 往來の自由

現代の法律は、法律家ボーマノワールがボーヴェジ慣習法第698条<sup>(22)</sup>に述べ、13世紀以来認められてきた往來の自由原則を脅かす。1957年のローマ条約が定めた自由移動原則や1995年3月26日に発効した1990年シェンゲン条約に服するのである。これは国際情勢によって国境の安全に留意する外国の主権と衝突する。フランス治安法は、危険とされる者の国内への侵入を禁ずる権利を公権力に委ねている(外国人法典第L.213-1条、刑法典第222-48条<sup>(23)</sup>)。例えば刑事法上、裁判官は附帯刑罰として、強姦有罪とされた者に対して出

---

(21) 1559年12月シャンボール王令は、「拘束すべき者が砦 (*maison forte*) に立てこもったときは、司法当局は武装軍隊による攻撃を許可する」と規定した(私訳)。

(22) ボーヴェジ慣習法第698条は「人の往來は・・・各人の権利」と規定した。

国を禁じることができる(刑法典第222-47条2項<sup>(24)</sup>)。裁判官は有罪とされた者が犯罪現場や被害者の住所地など一定の場所に近づかないように命じることができる(刑法典第434-41条1項)。法律が一般的・非個人的性格を失い、国内の往来や国外への出国の自由を奪うことで個人化している。法律は、普遍的・統合的な性格と役割を脅かされている。

## ② 契約の自由

1804年民法典以来、法律は二当事者間の契約関係を規定する。法律は、契約の成立と履行に不可欠な事項を規定する。当事者の一方からの申込みとそれに即した同意を与えることを当事者の自由に委ね、契約自由を定める(民法典第1101条)。しかし当事者の一方を犠牲に、他方を優遇する場合、非個人的・客観的性格を失うことになる。

信用取引に関する情報と消費者保護に関する1978年1月10日法(スクリヴェネル法)は、民事契約における当事者の平等の扱いの終焉を印した。同法は消費者に熟慮期間を認めることで金融機関のパワーに対抗し、熟慮期間の経過を待つよう命じて事業者のパワーを減殺し、消費者を保護している。2010年7月1日ラガルド法、2014年3月17日アモン法は、いずれも事業者や金融機関に対し、消費者の権利を強化、保護する。特別法は契約当事者間の不均衡を優先するが、法律は本来、非個人的、客観的性格があるから契約自由を保障するものである。こうして法律は、一定の範囲の国民を保護することとして、特別法、個人的な法律になっている。

賃借人・賃貸人の権利義務に関する1982年6月22日法(キイヨ法)は、不動産賃貸借契約関係を不均衡にしている。所有者・賃貸人を借主・賃借人に対して服従させ、契約自由原則を放棄している。これは善良ではあるが窮

---

(23) 外国人入国・滞在と難民の権利に関する法典第L.213-1条は「その存在が公益に脅威となる者」などを危険人物とし、刑法典第222-48条は犯罪者の入国を禁じている。

(24) 刑法典第222-47条2項は、未成年者に対する強姦罪の者について規定する。

境にある賃借人に対して、賃貸人が金銭的・物質的要求をするという所有者・賃貸人の悪意を前提とする。賃貸借契約法は、契約当事者の一方を有利にするための特別法と化し、非個人的・客観的性格を失っている。さらに賃借人の地位を有利にする 1986 年 12 月 23 日法と 1989 年 7 月 6 日法によってこの点が強化された<sup>(25)</sup>。賃借人を有利にする特別法は、一般的・非個人的・客観的であるべき法律から契約自由原則を失わせている。

## (2) 平等原則の侵害

法律の基礎は、すべての者を平等にし、これを守ることである。憲法前文は 1789 年の人権宣言に憲法的価値を認め、人権宣言は「保護を与える場合にも、処罰を加える場合にも」同じであるとしている（人権宣言第 6 条 2 項）。法律により、また法律の下では完全に同等の、一種類の国民だけがいるのである。法律は絶対的、非個人的、客観的でなければならない。しかし遺憾ながら特定の意見、圧力団体に押され、法律が特別の個人的なものに化している。一般意思の表明でなければならないという視点、個人の利害の反映ではないという視点が失われている。法律はその普遍的な性格と機能において脅かされ、規範としては摩耗している。

### ① 身体的生物学的特性への配慮

いつの時代も至上の法規範は、定めるにあたってさまざまな生物学的特質を考慮した。人を年齢によって三つに分け、一般・非個人法が適用される成人、身体的・能力的理由から特別の保護を認める未成年、身体的、心理的な脆弱性が想定され、詐欺（刑法典第 314-2 条 4 号）など特別の保護を要する高齢者である。民事法も刑事法も各分野で年齢だけを考慮し、特別法を設けなかった。

---

(25) 賃貸借関係、住居所有の促進等に関する 1986 年 12 月 23 日法律第 86-1290 号と同法を改正する 1989 年 7 月 6 日法律第 89-462 号。

法律が性差を無視したことはかつてなかった。20世紀初頭まで法律は、ユスティニアヌス法典にいう女性の身体的弱さ (*imbecillitas sexus*) を考慮した。かつて民事法は、女性を夫の物理的権威と法的能力の保護下に置いた(1804年民法典第213条, 215条<sup>(26)</sup>)。刑事法では女性には過度に恐怖心をあおる身体刑を科さないという特別扱いをし、例えばガレー船役ではなく禁固刑(窃盗に関する1724年3月4日ヴェルサイユ宣言)、足枷刑 (*peine de fers*) ではなく監獄刑 (*maison des forces*) (1791年刑法典第1章1, 10) を科した。また特に弱い立場にあるとして妊婦を保護し(1994年刑法典第222-24条3号<sup>(27)</sup>)、死刑執行を分娩まで繰り延べる(1670年刑事王令第25編23条, 1810年刑法典第27条<sup>(28)</sup>) という配慮をした。法規範の普遍性、統合性および全員への適用を犠牲にして、法律は女性を特別扱いした。法律が特定化・個人化され、非個人的性格、客観性を失った。21世紀の法律は一般社会および行政当局に対して女性に男性と同等の地位を与えるように強制する。2008年7月23日憲法的法律によって憲法第1条が改正されており<sup>(29)</sup>、また女性と男性の実質的平等のための2014年8月4日法<sup>(30)</sup>にも明らかである。女性のための法律は、

- 
- (26) 1804年民法典第213条は「夫は妻を保護し、妻は夫に従う」、同第215条は「女性は、商人であれ、固有財産があっても、夫の許可なくしては訴訟の当事者たりえない」と規定した。
- (27) 刑法典第222-23条は強姦罪を15年の禁固刑に処すとし、第222-24条はとくに被害者の事情を考慮し、15歳以下の幼女(2号)、妊婦など(3号)その他については20年の禁固としている。
- (28) 1670年刑事王令第25編23条後段は、死刑に処された女性が妊娠しているときは、分娩後刑を執行するとした。1810年刑法典第27条も「死刑を言い渡された女性が妊娠中であると申告した場合は、分娩まで執行を延期する」と規定した。
- (29) 第五共和国の現代化のための2008年7月23日憲法的法律第2008-724号第1条は、憲法の第1条に「法律は被選挙権と選挙による職責・役職および職業上、社会的責任において女性と男性の同等のアクセスを促進する」という規定を新設することとした。憲法的法律 (*loi constitutionnelle*) は憲法第89条に基づいて憲法を改正するための法律をいう。

両性双方に同等の権利義務の行使を可能にするためには必要であることに議論の余地はない。しかし「その徳行と才能」によってしか国民を区別しない法律の普遍性 (1789 年人権宣言第 6 条末尾) を犠牲に、特別法で女性を保護しているという性格がないことはない。

## ② 言語による区別

法律は一般意思の表明であり、フランス人という国民全員に適用される。1789 年以降、地方の特異性を一掃するという革命意思から法律は産み出されたが、20 世紀・21 世紀に、人種的・文化的要求に直面する。地方独立の動きによって法律上の人種的・文化的・言語的統合性が攻撃されている。アルザス、バスク、ブルターニュ、カタロニア、コルシカ、フランドル、ニューカレドニア、オクシタン、ポリネシア、プロバンス地方からの要求に法律はさらされている。一部グループはテロ行為に走るというラジカルな動きを示しているが、立法者は譲歩していない。しかしコルシカの要求には交渉を受け容れることとした。法案が起案されたが、そのひとつの条文がコルシカ人という存在を認めたため、ひとつのフランス人しか認めない 1958 年憲法に反するとして、憲法院 1991 年 5 月 9 日決定によって削除された (憲法前文, 第 1 条)。コルシカの地域共同体を誕生させた法律<sup>(31)</sup>は、コルシカの言語・文化の固有性を認めているが、フランス語を侵害することも競合することも許さず、単に公的な場所で認めるだけである (1991 年 5 月 9 日憲法院判決第 37 項)。

欧州地域少数言語憲章の批准法は、憲法院 1999 年 6 月 15 日決定第 6 項に

---

(30) 2014 年 8 月 4 日法律第 2014-873 号は、行政当局に実質平等のための努力を命じ、さらに労働法典、社会保障法典などを改正している。

(31) コルシカの地域共同体の地位に関する 1991 年 5 月 13 日法律 91-428 号第 53 条は、51 人の議員で構成するコルシカ議会にコルシカの言語・文化の学校での教育計画の策定を命じ、第 55 条はコルシカ経済社会文化委員会に諮って、テレビ・ラジオでのコルシカ言語・文化に関する番組の提供を認めている。

よれば、いずれにせよ「出自、文化、言語または信仰を共通にするいかなるグループであれ、集合的権利」を認めるものではない。他方、憲法院1991年5月9日決定第37項では、「コルシカの言語と文化の教育」を実行することは「憲法的価値を有する原則をなんら侵害するものではない」ため、法律上認められた。2015年現在、議会で議論されている欧州地域少数言語憲章の批准法案は、言語・文化の領域では憲章の有効性を認めるとする。必然的にフランスにおいては、2008年7月23日法によって人権宣言にいう「思想・信条の自由な伝達」(同第11条1項)の外延として導入された憲法第75-1条<sup>(32)</sup>に平仄を合わせ、地域言語・文化について同憲章の適用を認めることになる。一般意思の表明である法律も、地域主義の声には抗しきれない。憲法は第1条1項で「出自、人種または宗教で差別することなく、すべての国民に法律の前での平等を保障」する一方、同第2条1項で「共和国の言語はフランス語である」としており、ここから逸脱できない。しかし法律上、公的な場所ではフランス語の独占、排他的地位を維持し、私的な空間では地域言語・文化の伝達が認められている。

欧州地域少数言語憲章は、欧州評議会での採択後、フランスでは時間がかかっている。コルシカ案件の決定と平仄を合わせて、公的空間での地域言語の使用を拒否した憲法院が同憲章に異議を呈した。その一方、地域少数言語を単にフランス国の文化として認めることは受け容れている。また同憲章の批准のためとして、憲法第53条3項<sup>(33)</sup>の新設法案も出された。同憲章は、2008年に「地域言語はフランスの財産」とした憲法第75-1条によって、批准に向っての最初の障害を乗り越えたことになる。ただし上院が2015年10月27日に憲法第53-3条の法案を拒否したので、審議の行方は予断を許さな

---

(32) 2008年7月23日法は脚注29を参照。憲法第75-1条は「地域言語はフランスの財産である」と規定する。

(33) 憲法第53-3条を新設するための憲法的法律は、2014年1月18日に国民議会で提案された。

いが、同憲章も、国民の私的空間に限定する条件付きでやがて採択されるであろう。法律は、固有の言語・文化に特別な権利を認めるが、現にこの言語を話している一定の国民のグループであることが条件である。この結果、法律は客観性・非個人的性格を失い、普遍的な性格と機能を減殺するおそれがある。

### 総括

国民主権・民主政治の信奉者は法律を尊重するが、その性格と機能は危機にさらされている。18世紀には法律は権利・義務を構築し、保護するものであったが、現代の21世紀の法律は権威も権限の及ぶ範囲も限られている。法律の普遍性、絶対性、非個人的性格、客観性は、政治的・経済的利益集団の圧力に譲歩を余儀なくされている。公益ではなく、特定のグループの利益のために特別法が設けられる。法律が特別法、個人的な法律、特定の者の法律に化している。国際法、欧州連合指令を導入することは不可避であり、国内法の適用範囲も減縮している。21世紀の法律は、性格と機能が脅かされ失権（*capitis deminuito*）の憂き目に遭っている。さまざまな要求を突き付ける利益集団が特別法を求め、これを得ており、明らかに法律は危機にある。技術諮問委員会はその知見については能力を認めざるをえないが、民主的に選ばれた訳ではなく、この委員会に法律の起案がゆだねられれば、法律の普遍性はその実質を失う。特定の国民グループの要求、欧州法の指示に合わせるべく、法律はますます特別法に化している。性格も普遍的な性格も減退している。21世紀には、もはや明らかに法律は一般意思の表明ではない。

（訳：小梁吉章）

### 【参考文献】

・ラウラ・アーメド「法体系の構築、マヨットにおける慣習と法律の対立」2015年7月（ジャ

ンクロ名誉教授主査の博士論文)

- ・国民議会「議会の立法権限の表現としての法律」文書第30号, 2014年4月28日
- ・国民議会「法律の領域」文書第31号, 2014年4月15日
- ・国民議会「欧州連合指令の移植」文書2007年
- ・ルイ・アシエ=アンドリュ「慣習と社会関係-カプシールの農民共同体の人類学的研究」CNRS, 1981年
- ・ジャン=ベルナル・オービ「法律と規則」憲法院ノート第19号, 2006年1月19日
- ・フィリップ・ブラシェ『憲法審査と一般意思』PUF, 2001年
- ・ジャン=ルイ・アルベラン『1750年から現在までの欧州法の歴史』フラマリオン, 2004年
- ・イヴ・ジャンクロ『民主制とその破壊-21世紀の統治術』エコノミカ2014年
- ・イヴ・ジャンクロ『不公正な正義-21世紀の刑事法動態』レクシス・ネクシス2013年
- ・イヴ・ジャンクロ「法律と活きた慣習」『法律家と中世から民法典までの慣習』ナンシー大学出版会, 2015年(広島法学39巻2号に和訳を掲載)
- ・イヴ・ジャンクロ「慣習と法律-法のロジスティックス的アプローチ」in *Mélanges Widerkehr*, 2008年(広島法学32巻2号に和訳を掲載)
- ・イヴ・ジャンクロ『16世紀から19世紀までのフランスの刑事法』クセジュ, 1996年
- ・ピエール・ジョックス「法律は『一般意思の表明』か?」in *Après-demain*, 2008年8月
- ・レジフランス「欧州連合の指令の移植の条文編纂」2014年1月
- ・アラン・モアラン『フランス領ポリネシアの政治行政制度研究入門-2004年2月27日組織法』2014年
- ・ジャン=ジャック・ルソー『社会契約論』1762年
- ・上院「共同体指令の移植」1989年
- ・フランソワ・テレ『法学入門』2012年
- ・ミシェル・トロペール「1958年憲法は国民主権をどのように規定しているか」2008年
- ・欧州連合「欧州連合指令」2015年8月30日

### 【訳者解題】

本論文はストラスブール大学法学部イヴ・ジャンクロ名誉教授の寄稿論文である。上記の参考文献に挙げられている著者の最近の論文、および2010年11月の「フランス刑法典200年記念シンポジウム」での著者の報告「フランス刑法典の200年」(広島法学36巻3号に訳出)などで示された著者の考えを総合する内容になっている。法律は国民を規制する規範であり、その法律の正統性を問題としている。

著者は、社会契約論がというような国民の一般意思としての法律の本質・機能は、20世紀以降、大きく揺らいでいるとしている。法律の本質は、その絶対性、普遍性、非個人性にあり、また全国一律に適用される統合的性格を有していた。しかしこうした本質的な性格

は蝕まれ、特定の利益集団、政治グループの声によって法律がこれらの本質的性格を失って、個人的性格、特定地域への適用といった傾向を強め、さらにフランスの場合には欧州法という超国家的規範が国内法の立法を強いていると分析している。

著者の指摘する事態は、フランスだけに固有のものではない。わが国でも事態は同様であろう。わが国では、地方自治体はその条例によって同性パートナー証明書を発行している（例えば渋谷区男女平等及び多様性を尊重する社会を推進する条例第10条）。これは著者のいう法律の普遍性と統合性に反するものであり、その意味で、著者の問題意識は現代のわが国にもそのまま当てはまる。本稿は、法律の正統性を再考する機会を提供している。