

憲法学説における演繹主義と帰納主義

～国民主権論を題材として～

大 津 浩

はじめに

本論考は、2010年3月18日～20日にフランスのリール第2大学法学部（当時）R・カッサン大講義室（Amphi. R. Cassin）で開かれた日仏比較憲法国際シンポジウム「第9回日仏公法セミナー（Séminaire franco-japonais）」（会場校責任者 Luc Heuschling リール第2大学教授〔当時。現在はルクセンブルク大学教授〕）における私のフランス語報告を活字化したものである。この年の日仏公法セミナーは、「日仏の交錯する視点から見た憲法学説（La doctrine de droit constitutionnel : Regards croisés franco-japonais）」を総合テーマとしていた。私はこの総合テーマの一環として、「Inductivisme et déductivisme dans la doctrine japonaise : l'exemple de la théorie de la souveraineté nationale（憲法学説における帰納主義と演繹主義～国民主権論を題材として～）」を報告した。この報告では、日本の諸学説のうちでもとりわけ権力性の要素、すなわち主権者人民の主権行使を強調する学説（杉原泰雄説）が、予め近代立憲主義の理念型として国民主権を概念設定し、そこから具体的内容を演繹的に構築する傾向が強かったこと、これに対して国民主権を正当性の原理として純化させようとする学説（樋口陽一説）も、実は別の問題関心から、杉原説とは異なる理念型や概念設定に基づく演繹主義を採っていたことを明らかにした。これに対してその後の日本の憲

法学説では、一方で現実の政治現象とそれを正当化する必要性から、むしろ帰納主義的に概念構成する傾向が強まっていること（高橋和之説）、他方で主権原理の正当性と権力性の両要素（「契機」）の両立を追求しようとした別の学説は、演繹主義の視点から見ればこれに失敗しつつ、論理的には不明確ながらも、機能主義的手法によって両立を図っていること（芦部信喜説）、さらには主権論を放棄することによってこの矛盾を解消しようとする立場（長谷部恭男説）すら現れていることを、演繹主義と帰納主義の2つの概念を駆使して説明しようとした。そして本報告は最後に、国民主権論の枠組みやその意義を維持しながら、その正当性と権力性の両要素を統合する新たな方向としていわゆる「討議民主主義」論の導入を主張し、そのための演繹主義と帰納主義の新たな形の統合を、とりわけ「修正された穏健な演繹主義」を採用する方向性を論じていた。

実はこのような認識それ自体、私が予め設定した演繹主義と帰納主義の定義から出発し、各学説を分析し構成し直したものであり、それはある種の演繹主義的な手法に基づくものといえる。しかしながら私のフランス語の能力が十分でないにもかかわらず、独特な定義を予め行ったうえで演繹と帰納の2つの方向からの分析を試みたせいかもしれないが、フランス人の参加者たちに十分に理解してもらえたかは心もとない。実際、この「第9回日仏公法セミナー」の総括報告を担当したミカエル・クシファラス（Mikhail Xifaras）パリ政治学院（IEP Paris）教授は、報告の中で日仏憲法学の比較研究の困難さを強調していたが、その証拠の一つとして不覚にも言及されてしまったのが私の報告であった。彼は、「演繹主義と帰納主義という言葉一つとっても、日本とフランスとではこれほど異なっている」と嘆息したのである。それが理由なのかは分からないが、クシファラスはその後、我々の日仏公法セミナーの活動に参加しなくなってしまった。

もちろん私としては、自らの研究報告は日仏研究交流を混乱させるものではなく、往々にして日本側だけがメリットを感じるこうした日仏比較憲法シンポジウムがフランス側にとっても有益であることを、私の報告を通じて示したかったのである。そして私の報告がその意味で無意味、あるいは有害ですらあ

たのかを世に聞きたいと思っていた。それには報告を活字化して公表することが不可欠であった。

この「第9回日仏公法セミナー」の諸報告は、その後2011年9月までに各報告者が修正を加えたうえでフランス側の責任者の許に送られた。そしてシンポジウムの記録として、1～2年のうちに公刊することが予定されていた。しかしその後の諸事情の変化により、公刊されないままで現在に至っている。そして今後も具体的な公刊の予定はないと聞いている。そこで、今回日本でとりあえず私の論考だけでも公刊することにしたものである。特に私の場合には、本論考が公刊されることを前提として、その後に書いた別のフランス語論考の中でも（「‘Pouvoir politique capable de décision’ aux niveaux national et local au Japon, in Pierre Brunet, Ken Hasegawa et Hajime Yamamoto (sous la dir.), *Rencontre franco-japonaise autour des transferts de concepts juridiques*, mare & martin, 2014, pp.167-186）、本論考についても言及している（p.170, note 66）。したがって、これ以上本論考の公刊が遅れることは宜しくないのである。関係者諸氏にはご寛容いただきたい。

本論考は、以上に述べるような背景をもって執筆されたものであるが、これを昨年3月末に本学をご退職された森川俊孝先生の古希祝賀記念の論考として、表題を一部修正したうえで掲載することをお許しいただきたい。森川先生には、特に私が研究指導してきた本学大学院法学研究科博士後期課程の高橋基樹君が学位論文を提出し、私とその学位審査の主査となった際に、副査としてご協力いただいたことが思い出される（「高橋基樹・博士（法学）の学位認定に関する審査報告書」『成城法学』第83号〔2014年7月〕223～231頁）。森川先生はその博識と緻密な論理を用いて多くのご指摘をなさることで、高橋君の研究者としての門出を励まされた。その温かくも誠実なお人柄に、私も大きな感銘を受けた。森川先生がいつまでもお変わりなく、お元気でいらっしやることを願ってやまない。

【目次の日本語訳】

1. はじめに
2. 演繹主義の視点から見た国民主権学説の非和解的な対立
 - A. 主権者による公権力の実際の行使を保障するものとしての主権原理説
 - B. 「人民主権」の杉原説における非和解的な対立
3. 国民主権の正当性を優先させる学説における演繹主義と帰納主義
 - A. 国民主権の正当性を優先させる学説における演繹主義の消極的な性質
 - B. 帰納主義と国民主権の正当性を優先させる理論との親和性
4. 結語

Déductivisme et inductivisme dans la doctrine japonaise : l'exemple de la théorie de la souveraineté nationale

Hiroshi OTSU

1. Introduction

En général, on définit le déductivisme comme un « procédé de pensée par lequel on déduit à partir de propositions tenues pour prémisses, une proposition qui en résulte en vertu de règles logiques¹⁾ ». On peut ajouter à cette définition l'idée de cohérence logique et d'incompatibilité absolue entre doctrines logiquement contradictoires. Dans notre étude, notamment quant au déductivisme « constitutionnel », il s'agit d'un procédé selon lequel on interprète toutes les clauses constitutionnelles et les faits juridiques concernés, d'une manière cohérente et de façon axiomatique, en déduisant des conclusions pratiques à partir d'une prémisses philosophique. On peut trouver un exemple typique d'un tel déductivisme dans l'argument d'un grand philosophe des Lumières, Jean-Jacques Rousseau. C'est que dans son ouvrage fameux, « Du contrat social », Rousseau a prétendu qu'il ne savait pas ce qui avait causé l'esclavage actuel des gens, né libres, mais qu'il pouvait expliquer ce qui pouvait le rendre légitime²⁾.

Par contre, on définit ici l'inductivisme comme le raisonnement qui « consiste à remonter des faits à la loi, de cas donnés (propositions inductrices) le plus souvent singuliers ou spéciaux, à une proposition plus générale³⁾ ». S'agissant d'un « simple

1) Un dictionnaire définit la déduction comme une « procédé de pensée par lequel on conclut de propositions prises pour prémisses, à une proposition qui en résulte, en vertu de règles logiques » (*Le Petit Robert*, t.1, Le Robert, 1983, p.468).

2) Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, in C. E. Vaughan (éd.), *The Political Writing of J.-J. Rousseau*, Cambridge, 1915 [1962 rééd.] vol.2, liv. 1, chap.1, pp.23-24.

3) Le même dictionnaire définit l'induction comme une « opération mentale qui consiste à

positivisme juridique » qui se limite au procédé de pensée par lequel on déduit logiquement une proposition d'une norme induite des analyses des droits positifs seuls, on le catégorise ici dans l'inductivisme plutôt que le déductivisme puisqu'il manque la prééminence d'une prémisse philosophique hors les droits positifs. Par contre, quant au « positivisme juridique allemand » du 19^{ème} siècle⁴⁾, on peut le catégoriser dans le déductivisme malgré sa renonciation à la notion de souveraineté hors les droits positifs, puisqu'il présuppose la prééminence d'une philosophie juridique de « la personnalité morale de l'État ».

Il nous semble que dans les sciences du droit constitutionnel, le déductivisme est plus important que l'inductivisme. En Europe continentale, dans les pays de droit romano-germanique, notamment en France, le premier était plus ou moins toujours dominant. Par contre, dans les pays de « common law » comme l'Angleterre ou les États-unis, l'inductivisme est plus intéressant à cause de leur pragmatisme et de la position importante de la jurisprudence judiciaire dans leur vie juridique.

Quant au Japon, d'une part à cause du fait historique de l'importation des sciences juridiques de l'Europe continentale, notamment celles de l'Allemagne et de la France depuis le début de l'ère moderne, d'autre part en conséquence des efforts des professeurs constitutionnalistes à la génération d'Après-guerre qui se sont bien intéressés à la démocratisation de la société japonaise par l'application des principes modernes de la Constitution japonaise de 1946, le déductivisme était toujours dominant. En fait, s'agissant de la démocratisation du Japon d'Après-guerre, ce n'était pas le peuple japonais mais les forces américaines de l'Armée d'occupation qui ont obligé le gouvernement japonais à adopter une telle constitution trop démocratique pour une société japonaise assez semi-féodale en ce temps-là. Les professeurs de droit constitutionnel japonais, toujours fidèles aux valeurs modernes et démocratiques, ont donc essayé de convaincre le peuple japonais d'adopter les principes constitutionnels tels que la garantie des droits de l'homme, la

remontent des faits à la loi, de cas donnés (*propositions inductrices*) le plus souvent singuliers ou spéciaux, à une proposition plus générale » (*ibid.*, pp.992-993).

4) Par exemple, George Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1900 [Dritte Auflage, Siebenter Neudruck, 1960, Hermann Gentner Verlag, Bad Homburg von der Höhe], (Traduction en japonais : Ashibe Nobuyoshi et al., *Ippan Kokka Gaku*, Gakuyo Shobo, 2^{ème} éd., 1976).

souveraineté nationale, la séparation des pouvoirs ou l'État de droit, en tant que valeurs modernes et universelles, en déduisant de la suprématie normative de la nouvelle Constitution japonaise une exigence normative de soumission à ces principes, tout en refusant d'induire des conditions réelles de la société japonaise la légitimité normative des anciennes valeurs plus ou moins féodales.

En outre, s'agissant de la notion juridique de souveraineté nationale, on avait besoin du déductivisme toujours et partout, même en France, mère patrie de la démocratie. En effet, c'était à la veille de l'ère moderne quand Jean Bodin a retrouvé et redéfini la notion de souveraineté. Il en a eu besoin afin d'éliminer ou de supprimer tous les autres pouvoirs féodaux et locaux au profit d'un seul pouvoir suprême, unitaire et indivisible, à savoir le pouvoir de l'État. En ce temps-là, une telle notion s'étant combinée avec le pouvoir royal, on a d'abord inventé la notion de souveraineté royale. Au début de l'ère moderne en France, Jean-Jacques Rousseau et Emmanuel Sieyès ont forgé une nouvelle notion de souveraineté dévolue au Tiers-Etat, qui sera la souveraineté de la Nation. En adoptant une telle notion de souveraineté, les révolutionnaires ont établi un principe républicain renommé selon lequel « la souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Elle appartient à la Nation ; aucune section du peuple, ni aucun individu, ne peut s'en attribuer l'exercice » (Art. 1^{er} Titre III de la Constitution de 1791). Et ils en ont toujours déduit les autres principes constitutionnels concernant les pouvoirs publics afin de supprimer le pouvoir royal et les pouvoirs féodaux ou locaux. De ce point de vue, l'inductivisme leur ont semblé plutôt réactionnaire.

Ces deux raisons ont incité beaucoup de constitutionnalistes japonais à adopter le déductivisme tout en écartant l'inductivisme pour interpréter les clauses constitutionnelles japonaises et établir leurs propres doctrines constitutionnelles même s'ils voulaient s'attaquer à l'étude scientifique du droit constitutionnel. Quelques professeurs éminents se sont certainement efforcés d'étudier l'histoire constitutionnelle occidentale, notamment l'histoire française, s'agissant du principe de souveraineté nationale, en utilisant une méthode plutôt inductive des faits historiques. Mais dans ce cas-là aussi, ils ont eu d'emblée pour but d'implanter dans la société japonaise un esprit moderne et démocratique dont l'origine se trouvait toujours dans l'histoire constitutionnelle du pays occidental de leur référence. Ils ont donc sélectionné préalablement les faits historiques

favorables à leur doctrine toujours logiquement cohérente, tout en sous-estimant ou réinterprétant les faits historiques qui leur semblaient plutôt défavorables. Ils ont pu ainsi « induire » les conclusions cohérentes des faits favorables à leur doctrine.

Or, de telles études constitutionnelles auraient-elles pu nous empêcher de résoudre l'antagonisme théorique entre deux doctrines constitutionnelles logiquement contradictoires l'une par rapport à l'autre ? Car la méthode déductive nous oblige toujours à atteindre une seule conclusion logique en partant d'un principe constitutionnel en tant qu'axiome. Par ailleurs, auraient-elle pu nous empêcher également de changer la conception de la démocratie au fur et à mesure de l'évolution de la société japonaise ainsi que sous l'empire de la mondialisation actuelle ? Car elles nous obligent à rester dans le cadre de la conception de la démocratie existante déduite du principe de souveraineté nationale fixé logiquement par avance. Nous devons donc affronter un antagonisme entre un fondamentalisme de rigueur et un opportunisme sans principe. Le premier refuse les changements de l'interprétation du principe constitutionnel, même quand ils sont exigés par l'évolution de la société, sans révision constitutionnelle totale, et le second ignore la cohérence logique dans la doctrine constitutionnelle en préférant s'adapter aux exigences sociales ou politiques. Cet antagonisme est d'autant plus grave au Japon que la plupart des constitutionnalistes japonais n'ont pas voulu, jusqu'à présent, de révisions constitutionnelles effectives. Examinons maintenant l'illustration d'un tel antagonisme dans les études japonaises du principe constitutionnel de souveraineté nationale.

2. Antagonisme irréconciliable dans la doctrine de la souveraineté nationale du point de vue déductiviste

A. La doctrine du principe de souveraineté en tant que garantie de l'exercice réel des pouvoirs publics par le souverain.

On peut trouver d'abord dans la doctrine constitutionnelle japonaise de souveraineté nationale un antagonisme concernant la signification juridique de souveraineté entre le principe garantissant l'exercice réel des pouvoirs publics par le souverain et celui indicatif de la source de légitimité des pouvoirs publics. Cet antagonisme se rattache à un autre

antagonisme concernant la notion de souverain lui-même. Est-il l'entité qui peut réellement exercer par lui-même les pouvoirs publics importants, exprimer la volonté générale, autrement dit, prendre la décision constituante et législative, ou bien l'entité abstraite qui n'existe que dans l'idée, ne pouvant apparaître que par la représentation politique, c'est-à-dire « la nation entière » idéalisée. Ce deuxième antagonisme provient de la polémique autour de la question de savoir si le souverain doit être perçu uniquement à travers une figure concrète et capable de gouverner réellement tel que roi ou groupe peu nombreux des nobles, ou s'il peut être associé à la nation entière, semblant incapable de gouverner.

Un éminent constitutionnaliste japonais, Yasuo Sugihara⁵⁾, a établi sa doctrine de la souveraineté nationale en considérant le principe de souveraineté comme une norme de la garantie de l'exercice réel et efficace des pouvoirs publics, notamment des pouvoirs constituant et législatif par la nation souveraine, et aussi en identifiant la nation souveraine au peuple qui est constituée de la totalité des électeurs, puisqu'il a pensé que la nation souveraine devait être l'entité réelle capable d'avoir la volonté politique effective afin d'exercer la souveraineté par elle-même. Dans sa doctrine, il s'est d'abord inspiré des œuvres de Jean-Jacques Rousseau, afin de justifier la traduction normative de la réalisation du gouvernement direct, à savoir l'institutionnalisation du référendum et de la révocation facultative des élus par les électeurs en se basant sur l'ouvrage politique majeur du citoyen de Genève, « *Du contrat social* », ainsi que la consécration juridique du mandat impératif au lieu du mandat libre dans le gouvernement représentatif, en s'appuyant sur « *Considération sur le gouvernement de Pologne et sur sa réformation projetée* ». Pour mieux préciser sa doctrine, il a appelé une telle notion de la souveraineté nationale « la souveraineté du peuple », s'opposant absolument du point de vue normatif et logique à « la souveraineté de la nation entière » telle que Sieyès l'a plaidée dans son fameux discours « *sur le veto du roi* » devant l'Assemblée nationale constituante du 7 septembre

5) Yasuo Sugihara, *Kokumin Shuken no Kenkyu*, (Études sur la souveraineté nationale), Iwanami Shoten, 1971 ; *ibid.*, *Jinmin Shuken no Siteki Tenkai* (Évolution historique de la souveraineté du peuple), Iwanami Shoten, 1978 ; *ibid.*, *Kokumin Shuken no Siteki Tenkai* (Évolution historique de la souveraineté nationale), Iwanami Shoten, 1985 ; *ibid.*, *Kenpou* (La constitution), t.I et II, Yuhikaku, 1987 et 1989, et etc.

1789⁶⁾. Dans son discours, Sieyès a insisté non seulement sur l'impossibilité du gouvernement direct dans l'État moderne mais également sur la nécessité et la rationalité de la libre-discussion et de la libre-décision des représentants nationaux élus afin de retrouver les intérêts de « la nation entière », sans aucune contrainte, *de jure ni de facto*, provenant des électeurs ou de l'opinion publique puisque la totalité des électeurs ainsi que l'opinion publique réelle même sont différentes de la « nation entière ». Sugihara a fait remarquer un tel antagonisme entre « la souveraineté du peuple » et « celle de la nation entière » également à travers son analyse des ouvrages de Raymond Carré de Malberg, notamment par une relecture de la « *Contribution à la théorie générale de l'État*⁷⁾ ».

Par ailleurs, Sugihara a aussi admis l'existence d'un grand changement du régime représentatif à la fin du 19^{ème} ou au début du 20^{ème} siècle dans les pays occidentaux dont la démocratie était bien développée. Un changement imputable à l'adoption du suffrage universel et au développement d'une nouvelle vie politique respectant le choix des électeurs et l'opinion publique notamment à cause de la discipline rigoureuse au sein des partis politiques modernes populaires. C'est la fameuse transformation du « régime représentatif pur » en « régime semi-représentatif ».

Selon Sugihara, fondé sur le suffrage censitaire, le « régime représentatif pur » permet aux représentants élus d'agir et de voter librement dans leurs actes législatifs afin de satisfaire les intérêts véritables de « la nation entière ». Ils sont donc soustraits non seulement à toutes les mesures contraignantes *de jure* comme la révocation facultative ou le mandat impératif par les électeurs, mais aussi à l'influence *de facto* de l'opinion publique puisque la légitimité de la décision politique ne peut se trouver que dans la volonté générale que les représentants seuls peuvent exprimer en ignorant tous les intérêts particuliers. Par contre, dans le « régime semi-représentatif », on ne peut retrouver la légitimité que dans la volonté de la majorité des citoyens qui s'identifient à la majorité des électeurs lors de l'élection législative. Tel est le résultat de la reconnaissance d'une duperie

6) A.P.1^{er} série, t.8, pp.592-579.

7) Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, 2 tomes, Sirey, 1920-1922, [reproduit chez C.N.R.S.], 1962. Sugihara a cependant exclu attentivement de sa notion de souveraineté une nuance de la doctrine de personnalité morale de l'État dans les ouvrages de Carré de Malberg.

du « régime représentatif pur » dans la vie politique du 19^{ème} siècle, qui a conduit à privilégier par le suffrage censitaire, en les identifiant aux intérêts généraux de la « nation entière », les intérêts de la classe sociale aisée, la haute bourgeoisie, au détriment des intérêts de la masse populaire pauvre et dépourvue du droit de vote. Dans le nouveau régime, les citoyens peuvent demander de plein droit aux représentants élus de suivre l'opinion publique et les représentants eux-mêmes peuvent évoquer l'opinion publique pour justifier sa position politique. Mais selon Sugihara, il reste encore interdit d'adopter la révocation facultative des élus par les électeurs ainsi que le mandat impératif dans le « régime semi-représentatif » puisque le principe du mandat libre y demeure toujours dominant. Sugihara considère donc ce régime sous l'égide du principe de « souveraineté de la nation entière ».

En outre, Sugihara a admis encore une fois la transformation du « régime semi-représentatif » en « régime semi-direct » dans la seconde moitié du 20^{ème} siècle en repérant l'introduction partielle de la démocratie directe dans beaucoup de constitutions adoptées après la Seconde guerre mondiale dont la Constitution japonaise de 1946 et la Constitution française de 1958. Mais selon Sugihara, le « régime semi-direct » rentre encore dans le cadre du principe de « souveraineté de la nation entière » puisque ces constitutions permettent juridiquement aux représentants élus d'agir et de voter librement à l'Assemblée dans la plupart des cas lors de l'adoption des décisions politiques importantes. Par exemple, la Constitution japonaise ne permet aux électeurs de prendre une décision politique par référendum que lors de la révision constitutionnelle et n'admet pas, au moins explicitement, de mandat impératif. Quant à la Constitution française de 1958, elle permet non seulement aux électeurs mais aussi aux représentants nationaux de réviser la constitution. De surcroît, quant au référendum national, l'initiative appartient toujours au Président de la République, qui peut transformer une consultation électorale directe en question de confiance⁸⁾.

8) La France a révisé sa constitution en 2008 dans le but d'adopter l'initiative de la minorité parlementaire pour le référendum avec le soutien d'un certain nombre d'électeurs (nouv. art.11 al.3). Sugihara n'a pas encore évalué cette innovation du point de vue du principe de la souveraineté nationale. Mais à mon avis, il la rangera dans la catégorie des régimes qui sont fondés sur le principe de « la souveraineté de la nation entière » puisque l'initiative du référendum dans ce

Certes, il nous semble que Sugihara a pris une méthode inductive des faits historiques afin d'élaborer sa doctrine du passage du « régime représentatif pur » au « régime semi-représentatif » puis au « régime semi-direct », en s'appuyant sur une référence à un article de Carré de Malberg consacré au référendum, apparu dans la *R.D.P.* en 1931⁹⁾. Mais la base de sa doctrine reposait toujours au fond sur le déductivisme. Car il a considéré au départ que la souveraineté signifiait juridiquement, pour son détenteur, la garantie de l'exercice réel des pouvoirs publics. Puis, il a déduit de cette première prémisse une autre thèse selon laquelle en tant que souverain, possesseur de la souveraineté, l'on ne peut être qu'une entité réelle à l'instar du « peuple », c'est-à-dire la totalité des électeurs. Troisièmement, il a retrouvé les éléments contraires à ce principe dans la plupart des constitutions positives modernes dont la Constitution japonaise de 1946 et la Constitution française de 1958 qui reposent sur le principe de souveraineté nationale désignant comme souveraine une entité totalement idéalisée et abstraite, « la nation entière ». Il en a encore déduit que dans « la souveraineté de la nation entière », le principe de souveraineté serait en conséquence devenu celui qui permet de désigner uniquement la source de légitimité des pouvoirs publics. Il y a ajouté la thèse selon laquelle « la souveraineté de la nation entière » joue un rôle idéologique pour cacher la réalité de la domination politique et économique d'une classe bourgeoise riche dont l'effectif est restreint parmi tous les nationaux.

genre de cas appartient toujours aux représentants nationaux (minorités parlementaires), indépendants et libres par rapport aux électeurs, et non aux électeurs eux-mêmes.

- 9) R. Carré de Malberg, « Considérations théoriques de la combinaison du référendum avec le parlementarisme », *R.D.P.*, t.48, 1931, p.225 et s. Selon Sugihara, Carré de Malberg avait une fois dénié catégoriquement la compatibilité du principe de « la souveraineté de la nation entière » avec celui de la démocratie directe dans son grand ouvrage *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op.cit.* Mais il a changé sa doctrine dans ledit article, « Considérations... » puisqu'il a admis cette fois-ci une compatibilité de la démocratie directe avec le parlementarisme de 1791 dont la base résidait toujours dans le principe de « la souveraineté de la nation entière », confronté logiquement et catégoriquement à « la souveraineté du peuple ». Sugihara explique cette conversion *in Y. Sugihara, Kenpo to Kokka Ron (Constitution et doctrine de l'État)*, Yuhikaku, 2006, pp.92-125. En gardant ce point de vue, Sugihara insiste sur une probable compatibilité du principe de « la souveraineté de la nation entière » avec l'introduction partielle de la démocratie directe qui permet cependant, hors référendum, aux représentants d'exprimer la volonté de l'État sans contrainte juridique et institutionnelle autre que l'élection éventuelle.

B. Antagonisme irréconciliable dans la doctrine Sugihara de « souveraineté du peuple »

Il est clair que la doctrine de Sugihara a été influencée par le marxisme. Sa doctrine était assez dominante dans le milieu académique des constitutionnalistes des années 70. L'influence de sa doctrine a ensuite décliné après une grande métamorphose du capitalisme, notamment sous l'effet de la mondialisation et de la prédominance du néo-libéralisme. Mais il nous semble que sa doctrine renfermait plusieurs problèmes théoriques en plus du changement social.

En premier lieu, il a insisté sur le fait qu'on pouvait oser interpréter le principe de souveraineté nationale de notre Constitution de 1946 comme équivalent à celui de « souveraineté du peuple » autant que possible et que le texte n'interdit pas explicitement une telle interprétation malgré la conclusion négative de son analyse scientifique du principe de souveraineté nationale dans notre Constitution. Il a considéré ainsi notre Constitution, dans la pratique de l'interprétation juridique, comme une norme juridique supérieure exigeant autant que possible une introduction du principe de démocratie directe et du mandat impératif en plus des systèmes représentatifs. En fait, il a distingué la doctrine scientifique et épistémologique du droit d'avec celle de l'interprétation du droit positif, la dernière étant plutôt une pratique subjective des interprètes. Selon Sugihara, beaucoup de constitutions de nos jours, y compris la nôtre, se situent à mi-chemin du passage de « la souveraineté de la nation entière » à « la souveraineté du peuple ». Plus précisément, elles se trouvent à la dernière étape d'un tel passage à cause du déclin historique du capitalisme. Cet auteur a donc considéré qu'une confirmation « scientifique » d'un tel passage historique justifierait la pratique d'une telle interprétation du principe de souveraineté nationale dans la constitution positive, même contraire à la conclusion analysée du point de vue scientifique et épistémologique. Mais une telle justification de la conception historique, se basant sur une forme de matérialisme historique, n'a pas pu convaincre les constitutionnalistes non marxistes, au moins après « la chute du Mur de Berlin ».

En deuxième lieu, un aspect plus important pour la doctrine constitutionnelle a trait à

la notion de souverain, possesseur de la souveraineté. Le peuple, c'est-à-dire la totalité des électeurs, que Sugihara a considéré comme souverain dans la doctrine de « la souveraineté du peuple », n'est pas précisément le souverain légitime puisque l'entité du souverain légitime doit être plus nombreuse et plus globale que la totalité des électeurs actuels. Du point de vue de la source de la légitimité du gouvernement démocratique, autrement dit en suivant l'idée de l'identité entre les gouvernants et les gouvernés qui comprennent les mineurs nationaux ainsi que plusieurs générations nées dans le futur, on ne peut plus seulement admettre comme souverain légitime « le peuple entier idéalisé », même dans le cadre du principe de « la souveraineté du peuple ». En ce sens, les électeurs ne peuvent pas ignorer les intérêts des mineurs ou des générations nées dans le futur. Par exemple, les électeurs ne peuvent pas refuser égoïstement la politique d'augmentation des impôts au détriment des mineurs ou des générations à venir face au grand risque de la faillite financière de l'État. De surcroît, les électeurs ne peuvent plus non plus ignorer de nos jours les intérêts des immigrés dépourvus de la nationalité japonaise mais vivant au Japon depuis longtemps, souvent pendant plusieurs générations, comme les Coréens ayant le statut de résident permanent spécial.

C'est vrai que Rousseau a insisté autrefois sur le fait qu'il ne fallait pas penser aux intérêts particuliers des électeurs eux-mêmes mais ceux de « la nation » (= le peuple entier ?), lors de l'élection législative accompagnée du mandat impératif¹⁰). Mais pour cela, Rousseau a cru à la société idéale de l'unanimité au moins lors de l'exercice de la souveraineté par les électeurs. Or, dans la société actuelle, les valeurs des gens ordinaires sont très diversifiées et les minorités sont devenues souvent opprimées par la majorité. À ce propos, un politologue américain de « la démocratie délibérative », Michael Sandel, a estimé que la doctrine de Rousseau présupposait «un grand législateur » qui ne pensait qu'aux intérêts de la totalité des citoyens en se libérant de tout égoïsme, ainsi qu'une image républicaine selon laquelle la volonté générale émanerait de la décision unanime de

10) Selon Rousseau, « ce n'est pas pour y dire leur sentiment particulier, mais pour y déclarer les volontés de la nation, qu'elle envoie des Nonces à la Diète » (J.-J. Rousseau, *Considération sur le gouvernement de Pologne et sur sa réformation projetée*, in C. E. Vaughan (éd.), *op.cit.*, vol.2 chap. 7, p. 451) . En ce qui concerne une telle interprétation du discours de Rousseau, voir, Ichiro Urata, *Sieyes no Kenpo Shiso (la pensée constitutionnelle de Sieyès)*, Keiso Shobo, 1987, p.200 (note 1).

tous les citoyens homologues sans discussion, parmi lesquels il n'existerait aucune distance¹¹⁾.

Quoi qu'il en soit, les constitutionnalistes ont tendance en général à craindre la tyrannie de la majorité plutôt que la duplicité de la souveraineté nationale causée par une fausse doctrine constitutionnelle. C'est la raison pour laquelle beaucoup de constitutionnalistes japonais préfèrent maintenant l'argument cherchant la légitimité de la souveraineté nationale plutôt que celui de la garantie de l'exercice réel de la souveraineté.

3. Déductivisme et inductivisme dans la doctrine faisant prévaloir la légitimité de la souveraineté nationale

A. Le caractère négatif du déductivisme dans la doctrine faisant prévaloir la légitimité de la souveraineté nationale

De nos jours, il n'existe évidemment que peu de constitutionnalistes japonais qui osent insister sur la légitimité du « régime représentatif pur » basé sur le suffrage censitaire tel que Sieyès l'a plaidé avec zèle. Mais la plupart des constitutionnalistes considèrent la nation souveraine japonaise comme une entité abstraite, idéalisée et globale telle que « la nation entière », excepté un petit nombre de professeurs qui restent encore à épouser la doctrine germanique de la personnalité morale de l'État selon laquelle la notion de souverain disparaît et les électeurs deviennent « un organe suprême de l'État » ayant une compétence suprême décisionnelle uniquement lors de l'élection et du référendum constitutionnel¹²⁾.

Au début de l'époque d'Après-guerre, une grande figure constitutionnaliste, Toshiyoshi Miyazawa, a bien expliqué au public japonais le grand transfert de souveraineté, de l'empereur à la nation, tout en présentant « la totalité des nationaux

11) Michael J. Sandel, *Democracy's Discontent*, The Belknap Press of Harvard U.P., 1996, pp.319-320.

12) Avant la Seconde guerre mondiale, le courant de la doctrine germanique de la personnalité morale de l'État était presque dominant. La grande figure la plus renommée était Tatsukichi Minobe. Il a bien adopté la doctrine juridique de l'État de Georg Jellinek.

japonais» comme le nouveau souverain. Mais il s'agissait pour Miyazawa de souligner l'alternance de la source de légitimité du pouvoir public en ce temps-là, quand il a défini la notion de souveraineté comme « pouvoir de décider définitivement ce que la politique de l'État doit être ». Il ne s'est pas intéressé au clivage entre la légitimité et l'exercice réel de la souveraineté dans la nation¹³).

Après l'installation du nouveau principe de souveraineté nationale dans la société japonaise, notamment en face de la doctrine de Sugihara, les constitutionnalistes japonais ont dû traiter de l'antagonisme entre ces deux aspects. C'est Yoichi Higuchi¹⁴) qui s'est le plus clairement intéressé à la légitimité du pouvoir public. Pour Higuchi, la souveraineté s'identifie au pouvoir constituant, qui est apparu seulement lors de la destruction du régime politique existant avec pour but la justification d'une grande métamorphose politique et l'édification d'un nouveau régime. D'abord, à l'époque de la formation de l'État moderne, par le roi, en supprimant tous les autres pouvoirs féodaux décentralisés, puis à l'époque de la révolution civile, lorsqu'on a utilisé la notion de souveraineté afin de justifier le nouveau régime. Selon Higuchi, la notion de « souveraineté du peuple » a notamment servi à justifier la nouvelle constitution des citoyens qui était présentée comme un nouveau contrat social conclu par le pouvoir constituant, le peuple. Mais après l'adoption d'une telle constitution basée sur l'idée de « la souveraineté du peuple », tous les pouvoirs, y compris la totalité des électeurs eux-mêmes, devaient se changer en pouvoirs constitués s'obligeant à exercer leurs compétences attribuées par la constitution dans le cadre de leurs compétences constituées. Quant à la souveraineté du peuple, elle est devenue éternellement dormante puisque le pouvoir constituant, qui est exempté conceptuellement de toutes contraintes juridiques de la constitution positive, ne peut plus être exercé dans le cadre de la constitution des citoyens en tant que contrat social.

13) Toshiyoshi Miyazawa (rectifié par Nobuyoshi Ashibe), *Zentei Nihonkoku Kenpou (La constitution japonaise version rectifiée)*, Nihon Hyoron Sha, 1^{ère} éd., 1955, 2^{ème} éd. (version rectifiée) 1978, pp.31-35.

14) Yoichi Higuchi, *Kindai Rikken Shugi to Gendai Kokka (Constitutionnalisme moderne et État contemporain)*, Keiso Shobo, 1973 ; *ibid.*, *Hikaku Kenpou (Droit constitutionnel comparé)*, Seirin Shoin Sinsha, 1977 ; *ibid.*, *Kenpou (Constitution)*, Sobunsha, nouvelle éd., 2004 ; *ibid.*, *Kindai Kokumin Kokka no Kenpou Kozo (Structures constitutionnelles de l'État-nation moderne)*, Tokyo UP., 1994, etc.

Certes, Higuchi a aussi distingué « la souveraineté du peuple » et « celle de la nation entière » dans l'histoire conceptuelle de la souveraineté nationale. Mais il a associé à « la souveraineté de la nation entière » le principe de souveraineté basé sur « le régime représentatif pur », c'est-à-dire la justification de la domination des notables qui étaient des minorités riches et constituaient presque une entité encore semi-féodale. Pour Higuchi, un exemple en est donc la constitution de 1791 en France. Par contre, il a identifié le régime de la Constitution jacobine de 1793 avec celui de la Troisième République, et les a considérés tous les deux comme caractéristiques du « régime semi-représentatif » basé sur « la souveraineté du peuple » puisque la dernière, selon lui, consiste dans le fait que tous les nationaux, c'est-à-dire le peuple, sont la source de légitimité des pouvoirs publics. Il a aussi osé identifier le principe d'une telle « souveraineté du peuple » avec la démocratie directe de la Constitution jacobine puisque la démocratie directe signifie, pour Higuchi, la légitimité de la politique dans le respect de la volonté du peuple, plus précisément de l'opinion publique.

Mais du point de vue de l'exercice réel des pouvoirs publics dans le cadre de la souveraineté nationale tel que l'a définie la doctrine de Sugihara, l'identification du « régime semi-représentatif » et celui de la Constitution jacobine serait fautive¹⁵⁾. En fait, Higuchi a considéré la souveraineté uniquement comme principe de détermination de la source de légitimité des pouvoirs publics. Il a donc insisté finalement sur la doctrine de renonciation à la notion de souveraineté lors de la pratique de l'interprétation de notre constitution bien qu'il admît que celle-ci adoptait « la souveraineté du peuple » telle qu'il lui-même la conçoit.

À ce propos, on peut considérer que la doctrine de Higuchi se base également sur le déductivisme. Car il pose une exigence de scepticisme à l'égard de tous les pouvoirs publics, y compris dans l'exercice de la souveraineté par le peuple : pour Higuchi, dans toute constitution moderne, doit prévaloir toujours l'exigence de la garantie des libertés des individus sur toutes les autres exigences constitutionnelles. Avec ce point de vue, Higuchi définit d'abord la souveraineté comme la source de légitimité des pouvoirs

15) En fait, on peut retrouver dans la doctrine de Higuchi identifiant le régime semi-représentatif avec l'idée de la démocratie directe une influence d'un article célèbre d'Adhémar Esmein, « Deux formes de gouvernement », *R.D.P.*, t.1, 1984, pp.15-41.

publics exercés par les représentants nationaux. La souveraineté serait insusceptible d'être exercée par le peuple souverain lui-même. La notion de peuple privilégiée par Higuchi est donc devenue en fait une notion qui désigne une entité plus ou moins imaginaire et abstraite, qui aboutira finalement à cette notion de « nation entière », malgré la distinction toujours en vigueur entre « souveraineté du peuple » et « souveraineté de la nation entière »¹⁶).

De même, quant à tous les faits historiques concernant le passage du « régime représentatif pur » au « régime semi-représentatif », Higuchi réinterprète leur signification conformément à sa doctrine. Il admet bien sûr l'importance de ce changement historique afin de justifier le suffrage universel et l'exigence pour le gouvernement de respecter l'opinion publique. Il définit donc sa notion de peuple comme désignant « la totalité des composants réels de l'État » ou « la totalité des nationaux »¹⁷). Mais sa doctrine constitutionnelle de souveraineté nationale ne sert pour autant pas à garantir normativement l'exercice de la souveraineté par les électeurs, sauf quand l'exercice est prescrit explicitement par les clauses constitutionnelles, puisqu'elle n'a aucune logique normative pour la garantie de l'exercice de la souveraineté dérivant directement de sa doctrine de « souveraineté du peuple ».

B. Affinité entre l'inductivisme et la doctrine faisant prévaloir la légitimité de la souveraineté nationale

Après Higuchi, beaucoup de constitutionnalistes japonais ont renoncé en fait à faire l'effort d'approfondir la doctrine de la souveraineté nationale. D'une part, ils se sont orientés vers l'étude des fonctions réelles de chaque organe de l'État et des relations entre ces organes sans aucune déduction quant au principe de souveraineté nationale. Pour eux, non seulement la notion de souveraineté mais aussi la méthode déductive de la doctrine de la souveraineté nationale sont toutes les deux dangereuses puisqu'une telle notion et une

16) Voir Miyoko Tsujimura, « Kokumin Shuken (la souveraineté nationale) », *Horitsu Jiho*, t.80, n°8, août 2008, p.89.

17) Y. Higuchi, « Maryoku kara no Kaiho to Kaiho no tame no Maryoku (La libération du pouvoir magique et le pouvoir magique pour la libération) », *Horitsu Jiho*, t.59, n°5, mai 1987, p.113 et son intervention à la causerie apparue dans *Hogaku Kyoshitsu*, n°80, 1987, p.12.

telle méthode leur semblent une justification arbitraire d'une sorte de tyrannie de la majorité des électeurs au nom du peuple souverain, basée sur une exigence impérative de la constitution. Ils préfèrent une notion plus neutre, la démocratie, plutôt que la souveraineté nationale lors de l'interprétation des clauses constitutionnelles concernant les compétences des organes de l'État, les relations parmi ces organes et leurs fonctions légales.

Je crois qu'ils ont choisi l'inductivisme, consciemment ou non, afin de s'y orienter, puisqu'ils ont fait valoir les résultats des analyses récentes des sciences politiques sur la démocratie. Par exemple, Kazuyuki Takahashi, un nouveau chef de file constitutionnaliste japonais après Higuchi, a bien développé une interprétation du régime parlementaire japonais du point de vue du « modèle de *Westminster* », type anglais de démocratie, qui permet aux électeurs dans chaque circonscription électorale de choisir en effet le premier ministre et le prochain gouvernement lors de l'élection législative, tout en se basant sur le scrutin d'arrondissement et le bipartisme¹⁸). En fait, on a adopté en 1993 au Japon le nouveau système du scrutin d'arrondissement, bien combiné avec le scrutin proportionnel, en supprimant l'ancien système électoral de représentation minoritaire malgré beaucoup de contestations posées par les constitutionnalistes de gauche. La doctrine de Takahashi a bien justifié ce changement politique, qui a finalement provoqué l'alternance au pouvoir en 2009 au Japon.

Quand il était jeune constitutionnaliste, il a étudié les doctrines constitutionnelles françaises, notamment celle de Léon Duguit et de la sociologie juridique¹⁹). Puis, il a travaillé sur de nouvelles conceptions de la démocratie pour réinterpréter le régime parlementaire posé par notre constitution, en regardant le principe de souveraineté nationale uniquement comme source de légitimité des pouvoirs publics. Il me semble que sa doctrine présuppose en effet le principe du mandat libre des représentants nationaux et ignore carrément une autre possibilité d'interprétation de la souveraineté nationale du

18) Kazuyuki Takahashi, *Komugin Naikaku Sei no Rinen to Unyo (Idée et pratiques du régime parlementaire réinterprété du point de vue de la souveraineté nationale)*, Yuhikaku, 1994.

19) Kazuyuki Takahashi, « Furansu Kenpou Gakusetsushi Kenkyu (Études sur l'histoire doctrinale du droit constitutionnel français) (1)-(5) », *Kokka Gakki Zasshi*, t.85, 1972, n° 1/2, pp.1-58, n°3/4, pp.66-100, n°5/6, pp.77-134, n°8/9, pp.67-117, n°9/10, pp.1-72.

point de vue de la garantie d'exercice réel des pouvoirs publics par le souverain en tant qu'entité réelle. Il a induit une justification de sa doctrine à partir des faits créés par le courant politique réellement dominant de nos jours, c'est-à-dire un ensemble de faits qui consacrent la prédominance du pouvoir exécutif à l'égard du pouvoir législatif ainsi qu'une tendance à la délégation temporaire du pouvoir législatif à un représentant national élu ayant le pouvoir exécutif, le président de la République en France ou le Premier ministre au Japon. Il en a induit aussi la conclusion selon laquelle les électeurs doivent être satisfaits d'exercer sur le pouvoir une simple influence par l'expression de l'opinion publique et par la menace d'échec lors de l'élection législative à venir. On peut y retrouver l'idée que l'inductivisme constitutionnel est plus à l'aise avec les faits créés par le courant majoritaire dans la vie politique. Par contre, il écarte consciemment une méthode déductive qui permet de critiquer et surmonter ce courant politique dominant, en s'appuyant sur un principe constitutionnel quelconque déduit à l'avance d'un axiome du droit public moderne.

Par ailleurs, sans de telles références, le déductivisme constitutionnel fait apparaître un autre problème. En ce qui concerne l'interprétation de la souveraineté nationale, la doctrine de Nobuyoshi Ashibe, professeur à l'Université de Tokyo depuis longtemps et ayant une grande influence dans le domaine de l'interprétation du droit constitutionnel japonais, reste encore dominante de nos jours au Japon malgré son décès en 1999. Sa doctrine combine la source de légitimité de la souveraineté et la garantie de son exercice, en soulignant l'importance de la première. Il a ainsi admis que le souverain était « la nation entière », mais que le principe de souveraineté nationale ne garantissait une représentation exacte de la variété réelle des choix des électeurs dans l'assemblée législative que dans la mesure du possible, puisque du point de vue de la légitimité de la souveraineté, les électeurs n'étaient pas la nation souveraine et qu'il fallait représenter les intérêts de « la nation entière ». Cependant il a admis aussi la nécessité d'une considération des choix politiques des électeurs. Afin de justifier une telle combinaison, il a utilisé la notion reconnue « la représentation sociologique » de Maurice Duverger. Par contre, en plus de cette dimension de la souveraineté nationale, il a également affirmé l'importance de l'exercice réel du pouvoir. Selon lui, notre constitution prend en considération l'exercice de la souveraineté uniquement lors de la révision constitutionnelle

puisque les électeurs peuvent exercer le pouvoir décisionnel par eux-mêmes en utilisant le référendum pour la ratification du projet de révision constitutionnelle proposé par l'assemblée législative à la majorité qualifiée (art.96). Il considère donc la totalité des électeurs comme la nation souveraine lors de la révision constitutionnelle.

Sugihara et son disciple éminent, Miyoko Tsujimura, ont bien critiqué ce dualisme des notions de la nation souveraine. Ils ont tout à fait raison si l'on continue de pratiquer le déductivisme constitutionnel. C'est vrai que pour justifier la pertinence d'une telle dualité éclectique de deux notions logiquement contradictoires, Ashibe a évoqué la notion mystérieuse de « l'identité des gouvernants et des gouvernés » dont l'origine se trouve dans la doctrine allemande de Carl Schmitt²⁰. Du point de vue du déductivisme au moins, on doit dire quand même qu'Ashibe n'a pas bien résolu cet antagonisme. Par contre, si l'on imagine que sa doctrine se base sur une sorte d'inductivisme quand il a évoqué « la représentation sociologique », cette critique n'aurait pas de raison d'être. Mais en réalité, il n'a pas bien résolu, du point de vue de l'inductivisme constitutionnel, l'antagonisme entre les deux notions de la nation souveraine.

Après Takahashi, on peut retrouver davantage une tendance intéressante d'ignorer le principe de souveraineté nationale lors de l'interprétation des pouvoirs publics dans notre Constitution. Par exemple, un autre nouveau chef de file constitutionnaliste japonais à la génération plus jeune que Takahashi, Akio Hasebe, professeur à l'Université de Tokyo, insiste radicalement sur l'inutilité des notions de souveraineté et du pouvoir constituant. Son méthode des sciences juridiques, influencé par les sciences juridiques américaines, se situe tout à fait dans l'utilitarisme pragmatique. Selon lui, ce qui est le plus important pour les sciences constitutionnelles est à savoir si une notion juridique est effectivement la plus utile pour la garantie la plus adéquate des libertés des individus qui sont présupposés comme égoïstes ayant les valeurs variées et souvent irréconciliables. De son point de vue, la notion de souveraineté nationale lui semble ambiguë et subjective, donc très

20) Nobuyoshi Ashibe, *Kenpou Seitei Kenryoku* (Le pouvoir constituant), Tokyo UP, 1983, pp.193-196. *Ibid.*, *Kenpou Gaku (Science du droit constitutionnel)*, t.1, Yuhikaku, 1992, pp.242-249 ; C. Schmitt, *Die Geistesgeschichtliche Lage des Heutigen Parlamentarismus*, Duncker & Humblot, 1923 & 1926, La traduction en japonais par Motoyuki Inaba, *Gendai Gikai Shugi no Seishin Teki Chiï*, Misuzu Shobo, 1972, p.35). De ce point de vue, Schmitt a évoqué explicitement « l'identité des gouvernants et des gouvernés » (*ibid.*, p.37).

dangereuse à cause de l'abus de cette notion par la majorité politique. Selon lui, la notion de souveraineté nationale pourra obliger aux individus ayants les valeurs monétaires d'y renoncer au nom de la volonté générale ou de l'esprit républicain de l'unanimité. Par ailleurs, il insiste sur l'utilité d'autres notions juridiques plus neutres et techniques, moins dangereuses. Afin d'éliminer la notion de souveraineté nationale, notamment celle de « souveraineté de peuple », il remarque également une contradiction logique de la notion de souveraineté nationale en utilisant « la théorie de jeu ». Cet argument d'élimination d'une notion défavorable pour lui me semble un abus de déductivisme constitutionnel dont la qualité mauvaise. Par contre, afin de justifier sa doctrine constitutionnelle, il adopte le critère d'utilité en se basant non seulement sur l'analyse des faits juridiques mais également en fait sur l'affirmation du courant politique majoritaire dominant toujours dans le monde, notamment la démocratie s'appuyant sur les principes de mandat libre des représentants et de division des pouvoirs. On peut considérer donc sa méthode comme un typique de l'inductivisme constitutionnel. Dans ses ouvrages, on ne peut plus trouver de propositions positives pour la réforme politique en utilisant la notion de souveraineté nationale ni celle de démocratie²¹).

3. Conclusion

Si l'on est politologue ou sociologue, la résolution d'un tel antagonisme serait plus facile : il suffirait d'utiliser la méthode inductiviste qui permet la coexistence de plusieurs conceptions logiquement contradictoires au nom de la réalité analysée. Mais l'on se place du point de vue constitutionnaliste et notre fonction académique majeure consiste dans l'éclaircissement des exigences normatives dérivant de la constitution. On doit donc admettre une domination du déductivisme, notamment lors des études constitutionnelles des pouvoirs publics.

Par ailleurs, si l'on se limite aux études des clauses explicitement stipulées dans le texte constitutionnel positif sans aucune prémisse philosophique, ou même si l'on ajoute à

21) Akio Hasebe, *Kenryoku heno Kaigi (scepticisme au pouvoir)*, Nihon Hyoron Sha, 1991 ; *ibid.*, *Kenpogaku no Furontia (frontière des sciences du droit constitutionnel)*, Iwanami Shoten, 1999 ; *ibid.*, *Kenpo no Risei (Raison de la Constitution)*, Tokyo UP., 2006.

un tel « déductivisme juridique » un inductivisme qui tire profit des faits générés par le courant politique majoritaire, une telle doctrine ne revient qu'à justifier le *statu quo* politique, c'est-à-dire la décision politique adoptée sous la domination du principe du mandat libre. La doctrine de Sugihara a donc bien le mérite de provoquer une transformation globale de l'Etat actuel dominant des pouvoirs publics. En suivant sa doctrine, on peut justifier au nom de l'exigence normative du principe de souveraineté nationale, l'adoption du référendum et du mandat impératif, de la révocation facultative des élus nationaux et locaux par les électeurs ou du scrutin proportionnel, tout en écartant d'autres scrutins moins fidèlement représentatifs de la volonté du corps électoral tel que le scrutin d'arrondissement, même s'il n'existe pas de clauses constitutionnelles stipulant explicitement de telles exigences. Elle permet aussi de justifier la contrainte rigoureuse qu'exercent les partis politiques sur les députés qui s'affichent sous leurs couleurs. Il faut donc maintenir la notion de souveraineté en tant que principe de garantie de l'exercice des pouvoirs publics par le souverain. L'argument qui se limite à la notion de démocratie neutre n'est pas suffisant.

Mais l'idée de « l'identité des gouvernants et des gouvernés » est aussi importante pour la véritable démocratie. S'agissant de la légitimité de la souveraineté nationale, il faut maintenir une conception globale de la notion de souverain qui ne se réduit pas à la totalité des électeurs. À mon avis, la notion de « nation entière » est trop idéalisée car elle exclut la dimension concrète de l'entité réelle du souverain, au moins à cause de la longue histoire de la souveraineté nationale, bien qu'Ashibe insiste sur une possibilité du dualisme des notions de souverain. Je propose donc la notion de « peuple entier » qui pourrait englober tous les gouvernés réels et concrets, dont le noyau dur est la totalité des électeurs. Mais « le peuple entier » englobe les mineurs et la génération future, pas encore née. En outre, elle englobe également les immigrés ayant le statut spécial de résidents éternels comme on l'a évoqué plus haut.

Une telle conception du souverain, désignant « le peuple entier », nous permet toujours de nous intéresser à la garantie d'exercice des pouvoirs publics dans le cadre de la souveraineté nationale. Elle peut donc justifier une exigence normative de la réforme des institutions politiques au nom de la souveraineté nationale stipulée par notre Constitution, la norme supérieure (le préambule et l'article 1^{er}), malgré le manque de clauses

constitutionnelles explicites en ce sens. Mais une telle doctrine constitutionnelle ne peut pas se baser seulement sur le déductivisme des théories anciennes françaises comme Sugihara s'y est employé. Elle doit également se fonder sur l'inductivisme des faits créés par des pratiques diverses de la démocratie contemporaine. À ce propos, on peut consulter les œuvres d'un politologue américain de « la démocratie délibérative », John S. Dryzek ainsi que ceux d'un autre politologue français de « la contre-démocratie », Pierre Rosanvallon. Le premier insiste non seulement sur la nécessité d'une discussion diverse et substantielle en amont de la décision politique définitive ainsi que d'une formation des citoyens eux-mêmes en tant que souverains, mais également sur la nécessité d'admettre la contre-action plus ou moins radicale et souvent « illégale » pour la réalisation d'une véritable démocratie « discursive » et une garantie du respect des minorités politiques, dont les intérêts sont souvent plus sérieux que ceux de la majorité²²⁾. Le deuxième insiste aussi sur l'importance de la vitalité contestataire de la contre-démocratie pour le gouvernement électoral-représentatif, qui se compose selon lui de trois dimensions : la surveillance, l'empêchement et le peuple- jugement. Ce qui est important pour nous est qu'il admet l'importance de l'institutionnalisation régulière de ces contestations qui étaient historiquement plutôt irrégulières et fluides. De surcroît, il est aussi important qu'il admette la légitimité de proximité qui permettra de respecter la particularité et l'interaction dans le processus démocratique²³⁾. Cela permettra de souligner l'importance de la décision sur place, notamment dans le cadre de l'autonomie locale.

Cette nouvelle conception de la démocratie nous permettra aussi d'admettre la pluralisation de l'exercice de la souveraineté, non seulement dans le processus de législation en tant qu'expression de la volonté générale, comme Jacques Chevallier l'a montré en défendant une conception dialogique de l'Etat de droit²⁴⁾, mais aussi dans le processus de l'exécution de la loi assurée de plein droit par les représentants nationaux élus, même après de nombreuses consultations organisées de façon pluraliste. Ce processus pluralisé postérieur à l'adoption de la loi nationale se retrouve notamment et

22) John S. Dryzek, *Deliberative Democracy and beyond*, Oxford UP., 2000.

23) Pierre Rosanvallon, *La contre-démocratie*, Seuil, 2006 ; *ibid.*, *La légitimité démocratique*, Seuil, 2008.

24) Jacques Chevallier, *L'État de droit*, Montchrestien, 4^e éd., 2003, notamment, pp.143-144.

évidemment dans la décentralisation législative et judiciaire²⁵⁾.

Une telle conception de la démocratie nous permettrait de renouveler la notion de souveraineté. Une souveraineté imparfaite du peuple qui repose sur un nouveau mode d'exercice de la souveraineté. On doit admettre la notion de souveraineté imparfaite du peuple car on doit admettre la notion de « peuple entier » qui comprend non seulement la totalité des électeurs mais aussi la totalité des gouvernés englobant les mineurs, la génération future et les immigrés spéciaux. Dans ce cas-là, les gouvernés autres que les électeurs ne peuvent pas exercer la souveraineté parfaite puisqu'ils l'utilisent en tant qu'opinion publique et par l'intermédiaire du vote des électeurs considérés, quant à eux, comme les représentants des intérêts des non-électeurs gouvernés. Pour ces non-électeurs gouvernés, le principe de « souveraineté du peuple » ne doit être qu'imparfait.

S'agissant de la deuxième hypothèse fondée sur la nouvelle conception de l'exercice imparfait de la souveraineté, il faut imaginer une pluralisation de l'exercice des pouvoirs publics par les électeurs. Tel est le cas si l'on admet l'hypothèse selon laquelle les collectivités territoriales peuvent dépasser la norme nationale votée par l'assemblée législative nationale en se basant sur une norme autonome locale votée par l'assemblée territoriale ou par référendum local. Notamment dans la perspective de garantir les droits fondamentaux des habitants locaux, eu égard à des considérations particulières de proximité. Une consécration juridique du droit de vote dans la vie territoriale en faveur des immigrés dont le statut spécial les exclut du droit de vote au niveau national, favorise une autre forme de pluralisation de l'exercice de la souveraineté puisqu'ils l'exerceraient dans le cadre des collectivités territoriales dont la volonté est concurrente de la volonté nationale. L'intervention des jurys dans la justice permettra également de pluraliser

25) J'ai déjà un peu essayé de considérer la décentralisation législative dans le processus de l'exercice de la loi nationale concernant l'autonomie locale. Voir, Hiroshi Otsu, « 'État de droit', contrôle juridictionnel de légalité et pouvoir normatif autonome local au Japon », *RFDC*, n°65, 2006, pp13-35 ; *ibid.*, « Kokumin Kokka to 'Taiwa' suru Chiho Jichi (l'autonomie locale 'dialoguant' avec la souveraineté nationale) », Atsushi Sugita (éd.), *Neshon to shimin (Nation et citoyens)*, Serie Iwanami Kenpou, n°3, Iwanami Shoten, 2007, pp.247-281. S'agissant d'une nouvelle tendance favorable à la décentralisation législative dans la jurisprudence et dans la vie politique réelle, voir H. Otsu, « Notions constitutionnelles d'« État décentralisé » et d'« État de souveraineté régionale » à nos jours au Japon », in H. Otsu (éd.), *État décentralisé et droit au Japon et en France / Europe, Actes du colloque du 12 décembre 2009 à l'Université Seijo*, Université Seijo, 2011, pp.102-110.

l'exercice de la souveraineté dans la mesure où la décision judiciaire, comme Pierre Rosanvallon l'a montré, sanctionne la loi.

Je pratique quand même une certaine forme de déductivisme constitutionnel à condition de remplacer la notion de souveraineté nationale par celle de « souveraineté du peuple entier », puisqu'à l'aide du déductivisme, j'aimerais justifier une exigence normative de réforme des institutions politiques existantes comme Sugihara l'a pensé. Mais ce nouveau déductivisme, modéré par rapport à celui de Sugihara, nécessite une modification des conceptions de la souveraineté et du souverain comme on l'a évoqué plus haut, ainsi qu'une prise en compte des résultats des analyses dans les sciences sociales inductivistes. D'une telle modification adaptée au progrès de la démocratie contemporaine, on peut déduire beaucoup d'exigences normatives concrètes. Qu'on me pardonne de n'avoir pu aboutir, au terme d'une aussi longue réflexion, qu'à une conclusion qui combine banalement le déductivisme et l'inductivisme.

(おおつ・ひろし = 本学教授, Professeur à la Faculté de droit, Université Seijo)