

翻 訳

モンテスキューの作品における法と正義
——法制史と法理論の交差する読解——ジャン＝ルイ・アルペラン
石井三記（訳）

【訳者はしがき】

以下に訳出したのは、2012年9月13日に名古屋大学附属図書館大会議室で開催されたジャン＝ルイ・アルペラン教授（パリ高等師範学校）セミナーの講演である。アルペラン教授はすでに日本でも、フランスのみならずヨーロッパを代表する法制史研究者として知られており、日本語にも訳されたものも多数あり、たとえばフランス民法典二百周年を記念したシンポジウム報告を中心にまとめた石井三記編『コード・シヴィルの200年』（創文社、2007年）では、基調報告の「コード・シヴィルの200年—法制史家のまなざし」と、カルボニエの『記憶の場』の「民法典」論文を意識した「フランス人にとっての記憶の場としての民法典」がいずれも訳出されている。最近のものとしては『商事法務』1978号（2012年10月）に「日本商法典の編纂とその変遷——フランス法の視点から——」が翻訳されている。アルペラン教授はフランス革命期の破棄裁判所から研究を出発され、フランス民法典の編纂過程の研究、1804年以降のフランス私法の歴史、1750年から現代までのヨーロッパの諸法史、財産法の歴史など膨大な数の著作をものしつつ、中世以来のフランス法律家辞典の編集という貴重な仕事もあり、また慶應義塾大学の金山直樹教授との日本法にかんする共著もあり、2012年には『インド法の肖像』と題する単著もダロズ社から出版されていて、比較法—それはフランス法のアイデンティティを相対化しようということでもあるが—の専門家としても知られている。また、法理論への関心もつよく、

本学の森際康友教授との共編著『啓蒙期の法律解釈』が2011年刊行された。

今回の来日は1週間弱の駆け足のご滞在であったが、本講演では、名古屋大学附属図書館が2011年に購入したモンテスキュー『法の本質』1748年版等の貴重書を前にしてのセミナーということで、モンテスキューの専門家ではないと謙遜されてはいたが、非常に意義深いものになったと思う。講演の概略は以下のとおりである。

「モンテスキューの作品の尽きることのない読解に、法制史家として寄与できるとすれば、それは、法思想史と18世紀フランスの制度史の二重の文脈のなかでのモンテスキューのテキストのもつアクチュアリティを示すと同時に、よりのちの時代の現代的状況のなかでも（アメリカ独立革命から今日的な法のグローバル化にいたるまで）モンテスキューの理論は用いられてきたし、使えるということを示すことにある。本講演の「Ⅰ」では、知的および政治的環境のなかでモンテスキューを「時代のコンテキストのなかに再定位する」ために、つぎの二つの問題を検討することにする。ひとつは、モンテスキューは自然法の理論家だったのか、それともただ実定法の分析者だったのか、という問題である。もうひとつは、「見えざる無の」裁判権力の捉え方と、それとは逆になるイギリスモデルないしフランス革命前のパルルマン法院司法官としての考えとを、モンテスキューはどのように両立させることができたのか、という問題である。「Ⅱ」では、よりのちの時代のモンテスキュー読解の「反響」について、アメリカ憲法制定期の『ザ・フェデラリスト』紙での「司法権」観念への解釈に目を向け、またモンテスキューの近親婚についての驚くべき観察にも目を向け、法における「普遍的」価値なるものについて論じてみる。」

講演終了後の質疑応答では、学部学生から大学院生、研究者の方まで幅広い層からのさまざまな質問が出され、アルベラン教授のいつもながらの丁寧な応答がなされた。たとえば、フランスにおける2008年の大規模な憲法改正の動き、とくに憲法院における違憲審査の拡大は、従来の法律重視の考えからの転換ということになるが、モンテスキュー評価との関連如何という質問については、直接的なモンテスキューの影響は「ない」ということになるというのが結論となるが、つまり、今日で

もフランスにおける憲法の教科書では伝統的な法律中心主義が通説であり、司法権は立法権に従属するというフランス革命期以来の考えは根強いものがあるとの答えがなされた。それにたいして憲法院のなかにモンテスキューの像が置かれているというトリヴィアな指摘には、モンテスキューを想起することは重要であるが、まずモンテスキューの時代に「憲法」の概念はまだ成立していないことを知っておく必要があり、アメリカでのハミルトン流のモンテスキュー読解はフランスでは異端ということになり、その読解がまちがっているとかではなく、どうして違憲審査につながるハミルトン流の読解が可能になったのかという点が法制史家の関心をそそるといことになるわけで、モンテスキューの思想における権力間の抑制均衡の観点や裁判官をめぐる「法律を語る口」の両義的な位置づけには、今日の憲法裁判の一般的な指針を考えるヒントが含まれているといった回答もなされた。

英米の法伝統における裁判権力のつよさとモンテスキューのいう「法律を語る口」との関連では、ブラックストンとモンテスキューとの影響ないし対比をどう考えるかの問題として提起された。すなわち、裁判官は「法律 (lois)」を語る口 (モンテスキュー) なのか、「権利 (droits)」を語る口 (ブラックストン) なのかの問題である。アルペラン教授は、これについて、モンテスキューは権利についてよりは国の法律を論じているのにたいし、ブラックストンは権利、自然的正義を論じている点で対比できるが、この対比を過大視するべきではなく、モンテスキューも自由について論じている点では将来の人権に通じる議論になりうるし、ブラックストンも議会の法律のことを論じてもいるからであるとする。

フランス・アンシャン・レジームにもどって、パルルマン法院の裁判官でもあったモンテスキューのなかで、一方で「法律の文言の奴隷」としての裁判官が、他方で「法律の解釈者」さらには「法規的判決 (arrêt de règlement)」も下していたことをどう理解するのかという質問も出された。さらに、法律の「合憲性」コントロールのみならず、行政を統制する論拠も読み取れる可能性についても質問が出された。ここで、アルペラン教授は単数の loi にたいしては「解釈者」である裁判官も、複数形の「lois」全体、「法律の保管庫」にたいしては奴隷であるというのがモンテスキューの考えなのではないかとの仮説を出され、また、立法者

は単数の法律を定め立法者の意思を課すことになるが、しかし個々の法律は法律の保管庫に納められてその一部となるのであり、法律に通じているのは個別の法律を作成する立法者ではなく、法律の保管庫の記憶をしつづける法律家ということになるわけである。

「法律の保管庫」の神聖さの考えや「見えざる権力（P. カレースによれば「覆い隠された権力」）」としての司法権の観念は、本講演の第Ⅰ部末尾にも出てくるモンテスキューの「諸法律はあなたたちの前にもあったし、あなたたちのあとにもあるだろうし、あなたたちとともにある」のフレーズにつながり、この時代背景として当時の神学の考えである、隠された神ないしキリストの時代を超えて存在する考えにつらなるとの答えも出された。

基本的にモンテスキューはある高みから価値判断をくだす人物ではなく、観察する人間であるから、本講演第Ⅱ部での近親婚にかんするモンテスキューの驚くべき記述は、フランスではアクチュアルな問題となっている同性婚の法制化とどう関連するのかとの質問となって提出された。もちろん、モンテスキューの時代はキリスト教の法制への影響は同性愛者を厳罰で処罰することになっていたわけで、今日の状況までの距離ははるか彼方ということになるが、当時、プーフェンドルフやモンテスキューの影響を受けたベッカーリアなどは宗教的犯罪に批判的であることがアルペラン教授から、まず述べられ、さらに近親婚の叙述は、レヴィ＝ストロースの「近親婚はどこでも禁止されているが、しかし近親者の定義はさまざま」という指摘がモンテスキューに近いとされ、われわれが「自然」と考える制度を考え直す可能性をモンテスキューはあたえている点を強調された。

学生の方からの、高校までに学んできたモンテスキューのイメージはやはり三権分立の創案者というものだったが、今回の講演で司法権に焦点をあてたものになっていて、この点は憲法裁判機関の重要性のたかまりと関連するよう感じたのだが、との感想については、「モンテスキュー＝三権分立」の神話は19世紀以降、世界的に成功したモンテスキュー読解ということになるが、法制史家としてはいったん時代のコンテクストのなかにモンテスキューをおきなおしてみ、そこから可能な読解の歩みを追ってみようということが本講演の趣旨でもある、という

ことで、今回の講演の副題にあたる「交差する読解」とは、法制史と法理論、フランスとアメリカ、過去と現在、(さらには研究者と学生)等々のさまざまな交差する読解でもあることが示されたのではないかと思う。

このように、質疑応答は1時間半あまり続き、予定の時間を大幅に超過してセミナーは終了した。アルペラン教授には重ねてお礼を申し上げたい。また、訳出に際して、関西学院大学の深尾裕造教授、中部大学の玉田敦子教授のご教示を賜ることができ、感謝申し上げる次第である。訳文中、()は原著者、[]は訳者が補足したものである。なお、本セミナーは、本年度科研費基盤研究(C)課題番号24530004の補助を受けた。記して、謝意を表したい。

モンテスキューの作品における法と正義 ——法制史と法理論の交差する読解——

モンテスキューは法律家たちにとって親しみやすい参照可能な思想家ではありますが、法の歴史と法の理論において、ことのほか謎めいた著作家でもあります。はや二十数年前にM.トロペールが悲しみと憤りをもって確認していたことですが、シャルル・アイゼンマン(エイゼンマン)によって1932年および1952年に公表された「権力分立の神話」にかんする「鮮烈な」論文にもかかわらず¹⁾、多くの憲法の著作家たちは、相も変わらず、モンテスキューが(自由をまもるために)三権をそれぞれ特別の機関に分かつようにしたとされる理論、「権力分立」理論の生みの親と説き続けています。同様な脱神話化のこころみ、すなわちルイ・アルチュセールが1959年の著書のなかで論じた、『法の精神』の著者モ

1) Charles Eisenmann, «L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs», *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, 1932-1933, p. 163-192; «La pensée constitutionnelle de Montesquieu», *Recueil Sirey du Bicentenaire de l'Esprit des lois: la Pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu*, Paris, 1952. このふたつの研究はミシェル・トロペールの解説付きで以下で再刊されている。Centre de Philosophie Politique de l'Université de Reims, *Montesquieu, Cahiers de Philosophie politique*, n° 2-3, 1985. また、同様に以下も参照。Michel Troper, *La séparation des pouvoirs dans l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1980 (なお、インターネットで閲覧できる電子版モンテスキュー辞典におけるトロペール執筆《Séparation des pouvoirs》の項目も参照。 *Dictionnaire électronique Montesquieu*). Céline Spector, *Montesquieu: Liberté, Droit et Histoire*, Paris, Michalon, 2010, p. 180-181.

ンテスキューの「封建的な信条」が明白であることを示したことについても同じことがいえましよう²⁾。アイゼンマンやアルチュセールの論証が反駁されたわけではけっしてなかったにもかかわらず、法学の世界においては、残念ながら、それらは歴史的真理とはいわないまでも最低限定着すべき通説的見解に組み込まれるにはいたっていないことを知りますと、われわれ法制史家のほうとしては、法律家たちの果てしなく繰り返されるモンテスキューにかんするお題目を前にしての、つまりアイゼンマンやアルチュセールの言ったことを繰り返して、いったい何になるというのかと言われれば、武装解除されて、というか、はやくもうんざりというところでしょう。ジェラルド・ティムシットがきわめて雄弁な仕方ですべて述べましたように³⁾、モンテスキューはフリッツ・ラングの連続殺人をテーマにした映画「エム」の殺人者のように立ち現われて、その歴史の実像を復元するのはほとんど不可能に近く、新たな読解を提示するのは容易ではないほどに神話の力はずよく、現実よりは、やはりフィクションのほうが明らかにずっと人を惹きつけてしまうのです。ブレード領男爵モンテスキューは、彼の『わが随想』のなかで、たまたまその不幸な運命を漠然と予見していたといえます。つまり、『法の本質』についてモンテスキューは、「この作品はわたしの全生涯の考察の成果たるものである、しかるに、おそらくはかくも大きな仕事の、かくも最良の意図をもってなされ、公共の利益のためになされた仕事から、わたしが得るものといえば悲しみだけであり、無知の輩がねたみでもって繙くのであろう」というのです (*Pensées* n° 1878, p. 573)⁴⁾。

このような脱力感はおうひとつのモンテスキュー像、すなわち彼の「貴族的な尊大さ」ということから来る、いつもとても感じいいとはいえないイメージの幻滅感覚と合わさって強化されるでしょう。アイゼンマンやアルチュセールが正しく証明した、つまり、モンテスキューは権力分立概念の発明者などではなく、また彼のいわゆる自由主義なるものも本質

2) Louis Althusser, *Montesquieu, la politique et l'histoire*, Paris, PUF, 1959. (ルイ・アルチュセール『政治と歴史』西川長夫・阪上孝共訳、紀伊國屋書店、1974年)

3) Gérard Timsit, «M. le Maudit. Relire Montesquieu», *Mélanges Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 617-632.

4) 以下、『わが随想』および『落穂集』からの引用は本文中のここの内です。使用したエディションはMontesquieu, *Pensées, Spicilège*, l'édition établie par Louis Desgraves, Paris, Robert Laffont, coll. «Bouquins», 1991である。

的に反民主主義的な保守主義の色合いの濃いものであることが示されたわけですから、モンテスキューに立ち戻っていったいどうなるというのか、というわけです。モンテスキューの影響を研究するとは言わないまでも、繰り返し述べてどうなるのか、というのです。たしかに、その影響はフランスでは18世紀から今日まで見られ、アメリカ合衆国ではその独立、1787年のアメリカ憲法とその適用をめぐる議論以降、はっきりしていますし、さらに今日、遠くインドの最高裁判所判決においても、あるいはパキスタンの裁判所もモンテスキューを引いて、彼を「権力分立の父」とまで言い切るのですから、何を言ってもしかたないのかもしれないかもしれません。しかし、モンテスキューを彼の作品の外で調べていては、しかも作品の歴然たる歪曲において調べているようでは、われわれもモンテスキューを裏切る新たな共犯者ということになるのではないのでしょうか。

法制史家たちの仕事は、どこであろうと、過去の状況・作品を今日のわれわれの眼で（そして問題意識でもって）理解することにあります。この、「時代のコンテクストのなかに置く」という不断の企てのなかで、近年、モンテスキューにかんする革新的な仕事が展開されてきました。たとえば、刑法改革者としてのモンテスキューに注目したレベッカ・キングストン⁵⁾、英国びいき潮流のなかでモンテスキューを描いたエドゥアール・ティエ（早逝してしまった同僚）の学位論文⁶⁾、あるいは憲法概念推進者としてのモンテスキューを打ち出したアルノー・ヴェルニユの学位論文⁷⁾がそうです。最近まで、モンテスキューはヴォルテール、デイドロ、ルソーなど啓蒙思想家の近代派にたいして「古代派」として示されてきましたが、彼自身、「イエズス会士たちの権威だけは世紀の啓蒙と両立できない」（*Pensées* n° 715 p. 338）と書いていますように、啓蒙思想家のスケールの広がりやを再認識すべきで、たとえば、モンテスキューは作品を検閲のかからない外国で出版せざるをえなかったことや

5) Rebecca Kingston, *Montesquieu and the Parlement of Bordeaux*, Genève, Droz, 1996.

6) Édouard Tillet, *La constitution anglaise, un modèle politique et social dans la France des Lumières*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001.

7) Arnaud Vergne, *La notion de constitution d'après les Cours et les Assemblées de la fin de l'Ancien Régime*, Paris, De Boccard, 2006.

『法の精神』がカトリックの禁書目録に入れられたこと、さらにダランベールがモンテスキューに『百科全書』の「民主主義」と「専制」の項目の執筆を依頼していたこと、この依頼は丁重に断られたのですが、ダランベールは『百科全書』（1751年）序文でモンテスキュー讃辞を惜しまなかった、このようなことにわれわれは先行研究者よりも注目しているわけであります。

われわれはモンテスキューの読書および彼の発想源について自問し続けます。ルイ・デグラヴは1950年代にモンテスキューの蔵書目録を出版し⁸⁾、またモンテスキューの二つの日誌を再刊しました。ひとつは『わが随想』（その第1巻は1720年から1734年で、この間、1721年の『ペルシア人の手紙』、1725年にポルドー・アカデミーで読み上げられた『義務論』、1734年の『ローマ人盛衰原因論』があり、第二巻は1734年から『法の精神』出版前の1748年までで、第3巻は1748年から彼の亡くなる1755年までとなります）、もうひとつは『落穂集』（これは1718年からはじまりますが、当初、イギリスやオランダの新聞の抜粋からスタートしました）であります。デグラヴはまたモンテスキューの視力の問題から、書記をおこなう秘書たちにモンテスキューが依拠している点に注意を向けました。われわれ法制史家にとって、モンテスキューによって利用される作家たちがもっとも関心をそそる問題になります。たとえば、ボダン、グラヴィーナ [1664~1718]あるいはドマ [1625~1696]がそうであり、そのかたわらには、もちろんグロティウス、ホプズ、ロック、プーフエンドルフあるいはバルベイラック [1674~1744]がいます。同じ観点から、以下の議論との関連でとくに、モンテスキューが18世紀中葉において裁判の職務について考察しているイタリアの法学者たちと接触していた可能性にも関心をそそられます。すなわち、17世紀末に、ルカ枢機卿のテキストにつづいて、アルプスの向こう側での法解釈をめぐる議論のことです。1742年、すなわち、『法の精神』出版の6年前で、ベッカリーアの『犯罪と刑罰』出版の22年前ということになりますが、イタリアのムラトーリが「法的三段論法」とその限界を分析しています（『法律学の欠陥について *Dei difetti della*

8) Louis Desgraves, *Le Catalogue de la bibliothèque de Montesquieu*, Genève, Droz, 1954.

giurisprudenza』)。イタリア旅行のあと、モンテスキューはイギリスに1729年12月から1731年4月まで滞在しましたが、これはもちろんホップズやロックの作品をモンテスキューが知っているかどうかの問題、およびイギリスの友人たちとの書簡のやり取りから得られる情報がどのようなものかの問題に目を向けさせます（たとえば、1749年、ヒュームとの陪審制度にかんする書簡や、『法の精神』出版後の1750年のヨーク公の息子との手紙のやりとりがあります。*Pensées* n° 1645, p. 519)。

フランスにもどれば、モンテスキューを取り巻く法文化というものは、上の世代にダゲッソー大法官 [1668～1751]、下にはポティエ [1699～1772] の時代に比べられるものになるのですが、彼らの大学時代に自然法の教育はなされていなかったのです。他方で、フランス法制史の論争、ブーランヴィリエ対デュボス師の論争 [18世紀フランスで生じた、歴史研究の方法にかんする論争で、過去の事実を尊重する実証的なアプローチをとる前者にたいし、後者は過去の事実を現在の事実の批判のために用いるという実践的な立場をとり、イデオロギー的には、前者は貴族を擁護し、後者は反貴族的で絶対王政擁護となる]に加わって、どちらかといえば前者のほうに組みしたのが『法の精神』の作者の立場であったわけです。

逆に、モンテスキューの解釈理論への関心が、まずブラックストン [1723～1780] によって（近年の研究者によれば、「見えざる」というよりも、法服で「隠された」裁判権の正当化⁹⁾）、ついでベッカリーア [1738～1794] によって（今度は逆に裁判官の権力制限の方向で）寄せられ、さらにはアメリカとフランスの革命家たちによって利用されることとなります。

でありますから、モンテスキューの思想が、20世紀末から21世紀初めの以下のような諸現象に照らして「改訂」されうることはわからないわけではありません。すなわち、裁判官の権力の増大、憲法裁判の発展、グローバリゼーション時代の法の移植、同性愛者の婚姻をめぐる議論に見られるような、自称、自然な制度の問題視、法の一国的性格をめぐる賛否両論などです。われわれ法制史家は（すこし）法理論家となることを認めて、モンテスキューの読解によって提起される問題のいくつかを

9) Paul Carrese, *The Cloaking of Power*, University of Chicago Press, 2003.

そのコンテクストのなかで説明したあとで、モンテスキューのテキストが今日的な問題にたいしてどのような示唆をあたえるのかを考察してみましよう。

I

モンテスキューを彼の時代の知的政治的環境のなかにおいて考察してみましよう。もちろん議論はありますが、以下では二つの問題を法制史家として選んでみました。ひとつは、モンテスキューは自然法の理論家だったのか、それともただ実定法の分析者だったのか、という問題です。もうひとつは、「見えざる無の」裁判権力の捉え方と、それとは逆になるイギリスモデルないしフランス革命前のパルルマン法院司法官としての考えとを、モンテスキューはどのように両立させることができたのか、との問題であります。

最初の問題、すなわち、17世紀以降、展開されてきた自然法理論とモンテスキューとの関係の問題は、一見したところ、モンテスキュー自身の主張で決着はついているようにみえます。モンテスキューは『法の精神』冒頭近くの第1編第2章ではやくもホッブズの命題にくっついてかかっていますし、『「法の精神」弁護論』のなかではスピノザ [1632～1677]主義からの非難に答えています。『わが随想』でも、モンテスキューは明らかにこの二人の思想家と対置して、モンテスキューはこの新哲学が物質界における「崇高さ」を消滅させ、「われわれに一般法則しか語らず、神性についての特別な思想すべてをわれわれの精神から奪う。…もしスピノザの体系にかぶれるような人間が何人か出てくるようなことにでもなれば、世も末というべきだろう」と批判するのです (*Pensées* n° 112, p. 214)。さらに、つぎのように付け加えます。「大天才[スピノザ]はわれわれが虫けらのように死に行くことを請け負い、ことば巧みに、われわれが物質からできたものでしかないという考えを思い込ませようとする」 (*Pensées* n° 1266, p. 423-424)、と。(ここで批判の標的にされているのはスピノザで「彼によれば、われわれは他者と区別される存在ではなく、もっとも個人的と思っているものもすべて奪われることになる。)[もうひとりのホッブズになると、スピノザより過激ではずっとなくなっているが、それだけにいっそう危険であって、われわれに人

間全般にわたって信用しないように警告し、正義それ自身は無であり、国の法律が命じ、または禁じることにほかならないという。残念なことだ。というのも、われわれは他人と生活していかなければならないのであって、彼らの心のうちにわれわれを安心させる内的原理があるからくつろげたわけで、人間を害することを妨げるような正義のルールがあったと思いたいところだ。ホッブズは、自然法とは自己保存に役立つことをすべてなす自由でしかなく、人間の自然状態は人の人にたいする戦争状態だと言う。しかし、防衛することが必ずしも攻撃する必要性をもたらすことにはならないだけでなく、カドモスの戦士〔フェニキアの王子カドモスが竜を退治して、その歯を埋めたところ、土のなかから戦士たちが現れたがいに殺しあった〕のようにたがいに殺しあうために天からふってきた、あるいは地面から完全武装で出てきた人間を想定する必然性はないのである。そのような想定は人間の状態に合わない。最初の間人間はだれもおそれはない。最初の間アダムはひとりの女性を見出すことになるが、戦争をはじめたわけではない。ほかの間たちはひとつの家族で生まれ、そして、まもなくひとつの社会になっていく」(*Pensées* n° 1266, p. 423-424)。

周知のように、モンテスキュー自身は、社会契約はないと言い切っていました。ペルシア人の手紙の44には「息子は父親のもと生まれ、結びつき、ここに社会が成立したのであり、社会の原因はここにある」と記されています。アルチュセールが述べましたように、モンテスキューにとって、社会のほうがつねに先立つのです。『わが随想』にもつぎのようにあります。「ホッブズのロジックは偽りの原理である。すなわち、人民は君主に権威を認めたので、君主の行為は人民の行為になり、…結果、人民は人民を訴えることはできない。かくして、ホッブズは自然法の原則である「約束は守られるべし (*Pacta sunt servanda*)」を忘れたことになる。人民が君主に権威をあたえるのは条件付きなのであって、その取り決めのもとで君主権は樹立し、…結局、受任者が授権者の権限と同等の権限をもつから、もはや授権者に依拠することはないという議論はまちがっている」(*Pensées* n° 224, p. 253)。

これらのテキストで、モンテスキューはホッブズやスピノザからの借用をすべてしりぞけていると主張しているものの、以下のことを考慮に

入れると疑問ものこります。まず、自然法論者スピノザ（1677年の彼の『政治論』）と彼よりはるかに実証主義的なホッブズを対置させるとどうなるのでしょうか。さらに、プーフENDORFの立場（1672年と1688年の説明）とくらべるとどうでしょう。プーフENDORFはスピノザがまちがっているとはっきり述べ、ホッブズの命題を詳細に論じて、そのいくつかについては厳しい批判を投げています（たとえば、戦争状態を自然状態とする命題など）。なかでも、とりわけ、[国の]法律が介入する前に、人間の行為の善悪を決めることへの無関心を認めるモンテスキューの自然法の概念は、「唯物論」的な実証主義の考え方とさほど遠いものではないように思われます。『法の精神』第1編第2章で、モンテスキューはただ四つの自然の法則法律を認めるだけです。すなわち、平和を希求すること、食べ物を求めること、異性に引き付けられること、社会のなかで生活したいという願望がそれで、社会は人間の交際から生まれるのです。つぎの「実定法について」（実定法は戦争の結果としてあらわれるのですが、それは平和の精神とは矛盾するように思われます）と題される章ではやくも、またその書物ののこり全部において、自然法は排除されます。結局、自然法が援用されるのは、グロティウス[1583～1645]やプーフENDORF[1632～1694]に一切立脚しないように警戒しながら、ただ、ホッブズと距離をおくためだけなのです。

彼の『わが随想』において、モンテスキューは皮肉っぽく二度書いています（*Pensées* n° 1863, p. 573）。「わたしはグロティウスとプーフENDORF両氏が、この著作（『法の精神』）の大部分がわたしに求めたことを、わたしには到底達することのできない天才の高みでなされたことに感謝する」（*Pensées* n° 1536, p. 494）。この皮肉が言わんとするのは、モンテスキューはこの近代自然法の大理論家に何も借りを作りたいはないということなのでしょうか（というのも、彼はアリストテレス主義者の系譜に位置づけられる自然法論者であるだろうからです）。あるいは、検閲にたいする用心から、彼に先行する者に負っていることを隠すための戦略が見られないのでしょうか。

いくつかの仮説を提起してみましょう。まず、第一の仮説によれば、モンテスキューはグロティウスにそれほど通じてはいなかったのではないかと（モンテスキューの半世紀前のドマ同様）、そしてこのことはグロ

ティウスの命題のいくつかに反対するのではなかったのではないかというものです。モンテスキューはほとんどグロティウスを引用していません。引用しているいくつかの場合も、アンリ・バナージュの『学識者の著作の歴史』（1689-1707）を介してなのです（*Pensées* n° 1908, p. 584）。モンテスキューはその蔵書にグロティウスの『戦争と平和の法』のラテン語版をもってはいるが、1724年のバルベイラックによるフランス語訳はありません。モンテスキューは、自発的に奴隷になることを合法だとするオランダの法律家グロティウスの命題にたいして断固反対です。『わが随想』でつぎのように書いています。「奴隷制は自然法に反している。自然法によれば、人間は自由かつ独立したものとして生まれる（*Pensées* n° 174 p. 227-228）。ただ無政府状態は自然法に反するのであって、だから子がその父には依存すること、および市民が行政官には依存することが正当化されるのである。…「戦争が捕虜にたいして課しうる権限はすべて、もはや勝者を害することのないようにその身柄を確保することなのだ」。人間は自分を売却することはできないのであって、かつて、自分の息子が生まれてこなかったときに売却することはできなかったのです。モンテスキューはつぎのようにつづけます。「犯罪者を死刑にするのがなぜ適法であるかという理由は、犯罪者を処罰する法律が犯罪者のために作られてもいたという点にある。たとえば、殺人者は法律を享受してきたわけで、その法律によって裁かれるのだ。つまり、法律のおかげで犯罪者もこれまでずっと生きてこられたのだ。したがって、犯罪者も法律に反対の主張をすることはできないのだ。奴隷についてはそうではない。奴隷制度の法律は奴隷にとって有用であったためしはありえなかった。それはあらゆる場合、奴隷に不利な扱いしかしてこなかったのであり、奴隷のためになるようなことはけっしてなかった。これはあらゆる社会の根本原則に反することである」。そして、つぎの雄弁な一節が結論として述べられます。「スパルタクスの戦いは今までなされたなかでもっとも正当な戦いであった。その法律を侵すことが犯罪とはならないような法律を作った者に災いあれ」。

第二の仮説として、考えてみたいのは、モンテスキューがホップズとプーフエンドルフの議論に驚かされたということ、とくにプーフエンドルフの『自然および万民法』第2編第3章の命題で『法の精神』でも解

説されていますが、根本的に相反し異なっている諸国民の実定法のあいだのいわゆる協定で自然法を基礎づけることにはならない、その不可能性についてです。さらに、モンテスキューは歴史家プーフェンドルフおよびバルベイラックを引用して利用しています。『わが随想』のなかでイタリアのロクリス人とシケロス人（古代シチリアのイタリア系民族）の協定と不誠実な誓約について、それが無知と迷信に結び付けられるとしながら、モンテスキューは「迷信は文学の母だが、精神の敵である」と書いています（*Pensées* n° 1834 p. 568-569）。この箇所は、またのちほど裁判官の役割のところでは言及することになります。しかしながら、モンテスキューはホッブズに従うことは拒否します。ホッブズの複雑な哲学はだれにでもそうでしょうが、それは宗教信条というより道徳感情的なもの、あるいは、マキアヴェリにくらべられるホッブズ思想の政治的効果を恐れてのものかは別として、そうなのです。かくして、モンテスキューは『落穂集』のなかで「デュボワ師はオルレアン公爵にホッブズを読ませるといふ失態をおかした」と記すこととなります（*Spicilège* n° 505, p. 812）。こういう次第で、『法の精神』のなかでホッブズの弁護者として登場するなど問題にならないのでありまして、プーフェンドルフの弁護者でも問題外なのです。モンテスキューにあっても、実証主義者すべてにとりつく、暴政にたいする議論を見つけられないとの恐れがあって、これがイギリスにかんするつぎの有名な文章にうかがえるのです。すなわち、「この国において、刑罰はおだやかであり、…法律は力の単なる行為ではない」（『法の精神』第19編第4章）、「無益な法律はすべて暴政の法律である。たとえば、モスクワ人にひげを切らせることを強制する法律がそうである。その本性と無関係のことがらは法律の管轄に入らない」（*Pensées* n° 815, p. 352-353）。自由のための見事な異議申立てではあるが、しかし、暴君の法律もまた法律であるとの事実とも調停させなければならないでしょう。

われわれの第三の仮説は、先の二つとは種類を異にするものの、それらを確固とすることになるものでして、モンテスキューはプーフェンドルフにたいする革新者であると自分を示そうとしたというものです。つまり、プーフェンドルフの体系は私法を中心にして（「何人も害することなかれ」の原理と「不当になされた損害は賠償すべし」の原理）

いるのにたいし、モンテスキューは政治法への優先を明確にしています。モンテスキューは『わが随想』のなかで「わたしは政治的法律 (*lois politiques*) が市民的法律 (*lois civiles*) とどのように関係しているかを論じることになろう。このような考察は、管見の限りでは、わたし以前にだれもしていないことである」と記しています (*Pensées* n° 1863, p. 573)。

最後に、第四の仮説は、モンテスキューはホッブズと同じくらいの実証主義者ではなかっただろうかというものです。この第四の仮説がナイーブであることはお許しいただくことにして、モンテスキューには法の哲学の構想はなかったし、また何か体系的なものを探究しようとしなかったのです。すなわち、彼は「フランスの法律家の書物」を書き著すといったのであり、また『わが随想』で認めていますように、「わたしは [あるべき] 法律を教えようとペンをとったのではなく、法律をどのように教えるかという方法についてペン」をとったのです (*Pensées* n° 1794 (p. 556))。

法制史家として、われわれがモンテスキューを18世紀の時代環境のなかに「再定位する」ために提起したいと考える第二の問題は、イギリスの国制にかんする『法の精神』第11編第6章読解の鍵と考えている問題でして、とくに「裁判権力」（この権力をほかの諸権力とは切り離して考えたのは、1660年のイギリスの作家ローソンのあとでは、すくなくとも、モンテスキューが最初です）についての文章で、その時代のイギリスとフランスの司法制度との関連如何についてであります。われわれ法制史家としては、モンテスキューがこの章でイギリスの陪審制よりも古代アテナイの人民裁判のことのほうを語っているという事実に驚かざるをえません。モンテスキューはまるでコモン・ローの裁判官の力の強さを知らないかのようなのです。『わが随想』にいくらかの手掛かりがあります。モンテスキューはそこですでにイギリスの陪審員とアテナイの、くじで選ばれる市民裁判官との比較をおこなっていました。すなわち、「ペリクレスは司法権すべてを人民にあたえた。…裁判官が人民のあいだから採用されるとは、なんとよいことであろう」と (*Pensées* n° 908, p. 368)。否定するまでもなく、モンテスキューにおいては、法

律専門家にたいする警戒の傾向と、人民に身近な司法（正義）を夢みる傾向とがあります。モンテスキューのいくつかの断章は弁護士を訴訟から遠ざけることが訴訟狂を避けるための方途だと語っています（*Pensées* n° 185, p. 234）。つぎのような文章もそうです。「弁護士の（裁判所への）召喚は、判決の助けになるというより、判決しようとする心をまどわす」（*Pensées* n° 1316, p. 461）。「当事者に弁護士をつけて弁論させるよう義務付けるのはばかげている」（*Pensées* n° 1823, p. 563）。このような傾向を一般化することはできませんが（それはモンテスキューの裁判官としての行動様式と共存していました）、モンテスキューをして、イギリスの裁判官や弁護士の役割を見過ごすようにさせたかもしれないのです。

また『わが随想』でということになりますが、『法の精神』（1748年）のあとに、ヨーク卿の息子によってモンテスキューにもたらされた知見が示していることは、1748年の時点では「イギリスの国制について」の章の作者はイギリスの裁判官の役割については十分に知っていなかったということです。つまり、あとになってから、モンテスキューは、イギリスには大法官裁判所もふくめて四つの法院があることを記しており、陪審員による事実問題決定のあとに法律問題を移送すること、そしてその際に、法律を緩和するために貴族院の〔同輩〕裁判権が加えられているとしています。モンテスキューは、イギリスの法源について、つぎのように言っています。「まずは、封建法、ローマ法によって裁判するが、また先の判決によって形成されたイギリスの慣習または慣行によっても裁判する」との箇所が示していることは、モンテスキューの情報はいくらか議論の余地があり、またおそまきのものであり、たとえボーリングブルックの本が彼の書齋にあって利用してはいますが、コモン・ローの著述家たちのものを読んでみたようには思えないのです。この点について、ほかの点でもそうですが（たとえば、モンテスキューやブラックストンにおける内閣制度についての無視）、イギリスの国制はひとつの「モデル」、たぶんひとつの「理念型」であって、具体的な司法制度を念頭においた国制ではたしかにないということです。もし裁判権が「いわば、目に見えず無になる」のだとしても、それは何らかの制度を参照してのことではなく（たとえあったとしても、モンテスキューはおそらく知らないでしょう）、彼のモデルにおいて、それは裁判官たちの

あいだで分割され、社会のなかで希釈され、社会に組み込まれているのです。

モンテスキューの似たような曖昧な態度はパルルマン法院およびその王権にたいする政治的な抵抗運動についても見られるところであります。ルイ・アルチュセールが正しくも指摘していたように、モンテスキューは階級意識によってパルルマン法院に近い立場でありつづけてきましたが、それはすくなくとも、パルルマン法院が穏健である場合にそうなのです。『わが随想』(*Pensées* n° 1226, p. 411)のなかで、おそらく1738年からすこし経ってのこと、大評定院の部長官職廃止に引き続きパルルマン法院も廃止すべきと考える、アヴィニョンの人間との会話を想起しながら、モンテスキューは、フランソワ1世〔在位：1515–1547〕にパルルマン法院院長が言ったことばを引いて、彼にこう答えます。「わかっていたきたいが、国王陛下は、なしうるすべてのことをできるというわけではないのです」、と。モンテスキューは、ジャンセニスム〔17、18世紀のフランスを中心とするヨーロッパのカトリック教会に論争を巻き起こした宗教運動で、厳格さを特徴とし、原始キリスト教への回帰を目指し、パルルマン法院にジャンセニスムを擁護する者が多く、王権と対立した〕を断罪する教皇の「ウニゲニトゥス」回勅をめぐる紛争において、こう記しています。「宮廷とパルルマン法院とが進むべき道でいかに対立しよう、分裂は回避するという一点ではたがい一致している。…宮廷もパルルマン法院も、ひとたび分裂が起これば、刑法を設け、われわれはおたがいに絞首され、いったん始まれば、どこに行くかはわからないのだ。…フルリー枢機卿は分裂を防がれ、穏健な司法官には職務復帰できるようにしてくださったのだから、…フルリー枢機卿の像を建てても建てすぎることはないだろう。…ふたつのことをよく考えるべきだろう。すなわち、まず人心を穏やかなものにし、そして（パルルマン法院において）官職に空きが出た時、できるだけ賢明な人を配置することである。もちろん、国王はパルルマン法院を廃止し、衣替えし、取り上げ、罷免するだけでいいことはわたしもわかっている。そのように言うのは無知な輩であり、そう言うことで利益を得るような、ローマ教皇庁に秋波を送る輩なのである。…他方、逆に、ジャンセニストに影響されて卑劣な妄言で頭を熱くしているよう

な狭い心の持ち主も存在しうるし、パルルマン法院のなかにいた。しかし、わたしはパリのパルルマン法院にではなく、王国の司法官全体に目を向けてみよう。そうすると、彼らもパルルマン法院の原理原則のなかにいることがわかる。どうして、そうなるのか。それは4世紀来この方、あらゆる書物がパルルマン法院の原理原則で満たされているからだ。つまり、それを勉強してきたのであり、その精神を鍛錬してきたのであり、人間というのはたったの一撃で自分の原理原則全部を放棄するようなことにはならない」と。モンテスキューがここで想起している原理とは、フィリップ4世端麗王〔在位：1285-1314〕とボニファティウス8世〔在位：1294-1303〕の聖職者からの徴税をめぐる争いにさかのぼり、ついで国本勅諭にさかのぼるもので、ジャンセニズムを攻撃したルイ14世の最後の告解司祭でイエズス会士ル・テリエ神父の役割も想起されていましょう。つまり、ル・テリエは、いつの日かそのような原理格率はフランス人の記憶から消え去るよう望んでいたからです。「しかし、司法官たちはそれを忘れはしなかった。彼らは移り気な性格ではなく、きちんとした知識をもっている。したがって、理性的に、かつ穏やかに彼らに働きかけ、そして、論争のせいであまりに過激になりすぎたことにおいて、司法官たちを正道にすこしずつ連れ戻すべきなのだ」とモンテスキューは言うのです。

このようなパルルマン法院と国王とのバランスをとる立場については、『わが随想』の最後の断章全文（おそらく、モンテスキュー晩年の1754年から55年にかけてのもの）を引用する価値があります。「パルルマン法院は法律の文言の奴隷である。君主制といえども勝ちを占めることはない。というのも、それは長い年月をかけた作品だからだ。法律はそのような基礎構造をもっている。それは各君主の作品ではあるのだが、君主政体の諸法律は今まで統治してきた君主たちすべての意思の集まりということになる。ひとつの意思はこれらすべての意思を破壊することはできないのであって、それぞれの意思がすべての意思を補完するものになる。各君主はこの作品に付け加えなければならない。というのは、この作品に終わりはないからだ。今日は完璧でも、明日には不完全になるかもしれない。なぜなら、それは宇宙のほかのものと同様に時間に服すからであり、それはまた宇宙のほかのすべてのものと同様に状況に従

うからであり、人間社会はどれもひとつの行為、人々全体の行為からなるものだからである。知性の人間世界も物理的世界と同様に動き、変化している。パルルマン法院こそが、今でのすべての君主によって制定された法律すべてを知っており、その結果も、その精神も知悉してきたのである。法院は、また、新しい法律が既存の膨大な量の法文を改良するものであるのか、はたまたゆがめるものであるのかを知っている。そして、つぎのように言うことになる。事態はこのようになるからには、この認識から出発しなければ、作品全体をだめにしてしまう。法院は君主にこのように建言するのである。陛下は立法者です。しかし、今までの立法者全体ということにはなりません。もちろん、あなたは法律すべてをよく執行させたいします。しかし、法律すべてを作ってこられたわけではないのです。法律はあなた以前にありましたし、あなたとともにもあり、あなたのあとにもあり続けます。あなたの意思がほかのすべての意思に付け加えられることになり、同様に、やはりあなたの後継者たちがあなたの意思を尊重することでしょう。あなたは全体のなかに入り、その一部をなすことになり、かくして時間の支配にのみ服すことになるのです」 (*Pensées* n° 2266, p. 658)。

以上、非常に含蓄に富んだこのテキストを丸ごと引用したのには三つの理由があります。

まず、第一に、このテキストはモンテスキューの穏健な立場を説明してくれるからです。モンテスキューは、晩年のころの1753年に、たぶん王の要請があって『ユニゲニトゥス回勅にかんする覚書』を書いて¹⁰⁾、パルルマン法院と王権との衝突の仲裁に入ったのです。その覚書でモンテスキューは「[カトリックでは認められない内面の寛容ではなく] 外的寛容」のかたちをとることでこの回勅のテキストに沈黙を課すことを提案したのです。そこでは国家の安寧が「最高の法律」であるとし、この方向で王権の1753年10月8日の国王宣言は出されたのです。ブルジュに追放されていたパルルマン法院部長評定官宛ての1753年7月9日の手紙のなかで¹¹⁾、モンテスキューは以下のように断言しています。

10) Montesquieu, *Œuvres complètes*, éd. sous la direction d'André Masson, Paris Nagel, 1950, vol. III, p. 469-473.

11) *Ibid.*, vol. III, p. 1465-1468.

パルルマン法院は「われわれの国制＝憲法を保持」することを「国民への義務」として負っている（「この国制＝憲法はあなたに手渡されたから、今度はあなたがつぎに伝えてゆかねばならない」）。ところで、パルルマン法院は（その建言書の一部を読むと許しがたいことに）、「旗幟を鮮明」にしてしまい、裁判官にして「当事者」にもなっていますから、もはや司法のトップとはいえません。「パルルマン法院はただひとつの法律の保管所でしかなかったのだろうか。いや、すべての法律の保管所ではなかつただろうか」とモンテスキューは問います。そして、ここにパルルマン法院部長評定官にあたえられる教訓があるのです。すなわち、「国家はひとつの巨大なマシンであって、裁判官のあなたはそのマシンのぜんまいのひとつでしかない。あなたはこのマシンを止めている。しかしながら、それは動く必要がある。あなたはわれわれがどうなることを望んでいるのか。中断された司法のこのひどい状態、そこから生じた結果のすべて、犯罪者でいっぱい監獄、こういう事態をやめさせる迅速で真摯な意思が求められていないだろうか。…国家と比べると、あなたは無なのです」、と。モンテスキューはパルルマン法院を法律の保管所として擁護するのだが、パルルマン法院は法律の「奴隷」であり、法律に服すものですから、国家にたいしてひとつの権力を形成することはしりぞけるのです。

第二に、先の長い引用のテキストは以下のモンテスキューの立場をわかりやすくする助けになります。つまり、モンテスキューは、一方でイギリスを称賛するわけですが、他方で司法権の「外観上」見えざる性格（前述の研究者の表現によれば、法服のケープで隠された、ということになります）、あるいは社会に拡散した性格を擁護していて、これがあるゆえに（ほかの権力から）「法律の保管所」を確保し、国制＝憲法の保持を確かなものにできるわけですが、この二つの傾向をどのようにモンテスキューが調和させているかを理解させる助けになるのです。

第三に、このテキストはモンテスキューの法律の解釈にかんする立場を明らかにしていないでしょうか。法律は君主政体と共和政体で区別されているだけではなく、あらゆる穏和な政体における法律解釈が議論されることとなります。つまり、君主政体では、裁判官は法律が正確であればそれに従い、そうでなければ法律の精神を探ることになり（ドマの

パラフレーズ)、共和政体では「裁判官は法律の文言に従う」(『法の精神』第6編第3章)のです。あらゆる穏和な政体には独立した裁判官がおり、したがって「裁判権力」が存在し、裁判官は「法律のことは言い渡す口」にしかすぎず(キケロ『法律について』第3巻第1節第2文の「司法官はものを言う法律なり」のパラフレーズであり、ボダンの言う「生ける法律」でもあります)、また「無機的存在」で法律の「奴隷」にしかすぎないのです(ほかの表現はその源を教会法やアンシャン・レジームの司法官にもつものです¹²⁾)。これらの言い回しはみな二重の意味が込められています。すなわち、たとえ裁判官がある抽象的な法律には服すにしても、裁判官は具体的な法律の解釈者として、法律に生命をあたえ、「法律の保管所」の歴史に参入するのです。この法律の保管所は、かくして、無視しえぬ権力を裁判官にあたえるわけで、今日のわれわれの状況に示唆をあたえてくれるのです。

II

ここで今日的な問題について示唆しうる、いくつかの考察に、モンテスキューのテキストから出発して、またそれが読み解かれる可能性に留意しつつ、取り組んでみたいと思います。最初の反響ということになりますが、『法の精神』出版後40年あまりたったのアメリカの革命家たちによって口火を切られた問題がそれです。つまり、実定法—これは立法者、すなわち民主政体においては人民の意思から発することになります—に対面しての裁判官の権力はどのようなものか、ということです。モンテスキューのテキストの読解は、権利に基礎をおく少数派重視の司法権の考えに有利な議論の根拠をあたえてくれるのでしょうか、そしてその議論はどのようなものでしょう。

じつのところ、モンテスキューはイギリスの裁判官の権限について知るところはほとんどありませんでしたから、議会の制定した法令を「司法審査」する可能性について何も言うてはいません。イギリスにおいて唯一存在した事例は17世紀初頭にクックが「コモン・ローと理性に反

12) Jacques Krynen, *L'État de justice. France XIII-XX siècle. I. L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, «Bibliothèque des histoires», 2009, p. 135 et 178.

する法律は無効と] 判決したボナム医師事件だったのですが。われわれはたんに、『法の精神』の著者が合憲性コントロールの可能性について思いもしなかったと考えるだけでなく（この合憲性という表現が基本的法規範たる憲法と「通常」法律のあいだの上下関係を考えてはいなかった著述家たちに使えると仮定しての話ではあるのですが）、またコモン・ロー世界でもっとも権威ある解釈者のひとり、ブラックストーンがこのひとつしかない先例をはっきりと非難してもいました。

ただ今度は逆に、モンテスキューの「イギリスの国制について」の章は、はっきりと、『ザ・フェデラリスト』の有名な第78編と第80編において、司法部にかんする連邦憲法の規定を正当化するために、また憲法に反する法令を裁判上無効にする道をひらくためのハミルトンの立証を支えるものとして引用されています。20世紀初頭のフランスで法制史および憲法学の権威であったアデマール・エスマンは、忘れずにこう記しています。モンテスキューはザ・フェデラリストの著者たちにとって神託をくだす神のごとき存在だったのであり、連邦制と「合憲性の判決」についての「天才のひらめき」を彼に負っているのだ、と¹³⁾。モンテスキューのテキストや考えを非常にたくみに操るハミルトンの緻密な解釈を取り上げてみましょう。だれもが司法制度の効用を認めている、と彼は言います。そして、モンテスキューの教訓は（早くも、ここで、「権力のさまざまな部門」の分離の方向での解釈がなされるのですが）、裁判する権力が執行権力または立法権力に結合されるとき、自由は存在しないということです。つぎの推論の第2段階は、見えざる無の権力というモンテスキューのことばを明らかに引用しつつ、権力のなかで「司法は、くらべるまでもなく、もっとも弱い」ものであり、全般的自由を危殆に瀕するようなことはありません（たとえ、個別に裁かれる人にとっては「恐ろしい力」ではあっても）、司法の独立は、したがって、危険はなく、それどころか、「公共の平穩」を確かなものにするのにきわめて重要とします。自由の（ないしは安全の）保護というモンテスキューにとって大切なこの理念の上に、ハミルトンは彼の推論の第三段階に移ります。つまり、モンテスキューの「イギリスの国制について」の章にはなかつ

13) Hamilton, Jay, Madison, *Le Fédéraliste*, trad. fr., Gaston Jèze, Paris, 1901, p. XVIII et p. 646 et s. pour la lettre 78.

た観念である「制限された国制＝憲法 (constitution limitée)」のことが用いられることになるのです。この制限された国制＝憲法ということばで理解されるべきは、ハミルトンによれば、たとえば遡及立法の禁止のような「立法権にたいするいくつかの例外を定めた」国制＝憲法ということです。モンテスキューは立法権への限界について語ることは一度もなかったのですが、しかし「イギリスの国制について」の章のすぐ前のところで、つぎのように記していました。「権力を濫用できないようにするために、事物の配置によって、権力が権力を押しとどめるようにしなければならない」、と（『法の精神』第11編第4章。この文章は「権力をもつ人間はみな、それを濫用する傾向があることは永遠に変わらぬ経験である。人は限界に会うまで進む」という箇所のとにくるものです）。制限された国制＝憲法が機能するためには（立法権への諸制限が尊重されるためには）、裁判所が「人民と立法府のあいだの中間団体」でなければなりません。そして、ハミルトンの推論の第四段階は以下のように想定することになります。すなわち、裁判所はこれらの限界を尊重させるために法律や憲法の解釈のほかに手段はなく、裁判所にこそ「法律や憲法の意味を確定する、つまり立法府から発する個別の法律すべての意味を確定する権限が帰属する」のです。ここで、モンテスキューの引用はないものの、この推論が有名な、裁判官は「法律の口」であるとの表現をよりどころにしているということは十分にありえます（モンテスキューもおそらく、裁判所が法律に意味をあたえることを否定はしなかったでしょう）。最後に、ハミルトンの推論の第五段階ということになります。これはのちに1803年のマーベリ対マディソン事件の判決理由のなかでマーシャル首席判事の推論にもなっていくものです。つまり、憲法と法律のあいだで争いがある場合には「憲法が法律に優先すべきで、人民の意図のほうがその代理人の意図よりも優越していなければならない」という主張になるわけです。ミシェル・トロベールが分析したように、ここにはモンテスキューの考えにまったく見られない人民の意思という観念に依拠するという、証明不可能な前提（あるいは、未知

への跳躍）があります¹⁴⁾。

ハミルトンによるモンテスキューの読解は、中間権力についてモンテスキューが書いたことに反しているようには思われません。たとえモンテスキューが立法府と執行府とのあいだの中間としての司法府というような、はっきりとした考えはなかったにしても、です。『わが随想』にもどってみましょう。「穏和な政体のためには、諸権力を結び合わせたり、抑止したり、何を割り当て、何がほかの権力にあるかを知らなければならぬ。最終的には、ひとつの体系になっていなければならない。つまりは複数の間の取り決めと利害関係の討議が必要なのである」（*Pensées* n° 831 p. 35）とあります。さらに、モンテスキューはパルルマン法院に国王の立法権の行き過ぎにたいするこの重石の役割をあたえていました。彼は『落穂集』でこう記しています。「国王へ声を聞き届けさせることのできる個人も団体もないようなとき、どれだけ過激な手段にさらされないとも限らないだろう。だれが恐れることなくそれを予見しうるだろうか。たとえば、いつの日か王の心を支配するようにまでなったイエズス会の聴罪司祭が、王を言い含めて王の権利をすべて譲らせ、王冠までも教皇に渡し、王国を寄贈することになるのを妨げるようなだれが存在しよう」（*Spicilège*, n° 618 p. 851）というわけです。逆に、モンテスキューがこの権力の均衡を考えていたのは、イギリスでもそうですが、君主政体においてのみなのでありまして、「人民の意思」なるものに信頼をおくことはまったくありませんでした。国制＝憲法ですが、裁判官はその「保持」を任されていたにしましても、まだ根本規範と考えられていたわけではありませんで、ただ「法律の保管所」として立法上の「好ましくない」変化にたいし歴史的観点から制限する役割を負っていたのです。結局、輝けるモンテスキューに鼓舞されて、アメリカのフェデラリストたちの天才的な発想というのは、リベラルな推論を、人民の意思（必ずしも「民主的」ということではなかったのですが）に基礎をおく憲法に適用したことだったのです。

以上のことを総合しますと、つまり、モンテスキューが暴君の法律

14) Michel Troper, «Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste», in Élisabeth Zoller, *Marbury v. Madison: 1803-2003. Un dialogue franco-américain*, Paris, Dalloz, 2003, p. 215-228.

について書き記したことや、迷信批判の「迷信は文学の母であり、精神の敵である」と書いていること (*Pensées* n° 1834 p. 568-569)、制定されてきたすべての法律に知悉し、その帰結をわかっていて、その精神を知った裁判官について述べてきたこと、「ひとりの」立法者と今までのすべての立法者との違いを記していることなどを考え合わせますと、モンテスキューの思想が、今日議論されている憲法裁判制度のためのあらゆる論拠を提供していることに疑問の余地はありません。「少数派擁護 (*contre-majoritaire*)」の自由主義、これをモンテスキューは議会の両院のあいだの社会学的均衡において称賛したのですが、この考えは2世紀半を経ても、デモクラシーの行き過ぎに歯止めをかけるために違憲訴訟を提起する当事者たちを鼓舞しつづける主要な考えなのです。

モンテスキューから出発しての理論的「反響」の最後の例として、一部、モンテスキューの用いた表現とは異なりますが、現下の法のグローバリゼーションについての考察の助けとなりうることを検討したいと思います。疑いもなく、モンテスキューは偉大な比較法学者であり、世界中の法という法の多様性を観察しました。モンテスキューの同時代人もこの長所を認めていました。この利点はすでにプーフENDORFにも見られはしましたが、モンテスキューほどではなかったのです。ジュネーヴのミュサル (Mussard) は、1747年、『法の精神』の原稿を印刷にかけるため、ジュネーヴ市に持って行きましたが、モンテスキューにつきのような手紙を書き送っています。「世界市民たるあなたは、世界の創造のはじめから存在されていたかのごとく、あらゆる国、あらゆる時代、あらゆる政体をご存知だ」、と。そして、モンテスキュー自身も『わが随想』のなかで「わたしは判断するよりも多く観察する。あらゆることに考えをめぐらせるが、批判はしない」と注記しています (*Pensées* n° 1873, p. 574)。じっさい、書物によるものではありませんが、モンテスキューの情報量の多さには圧倒されます。彼の法的探究の領野はメキシコ (2回)、インド洋上のモルディヴ諸島 (5回)、そして日本に及んでいます。あたかも法のグローバリゼーションを予感していたかのようにではありませんか。ともかく、彼は「ほかの」法を知る必要を感じていたのです。「わたしはあらゆる国の法律にかんする最良の著作をもの

したいものだ」とモンテスキューは書いています（*Pensées* n° 1795, p. 557）。この並外れた好奇心が、「法は多様なものだ」というような命題に向かって働き、価値判断を超越しようとするような多様性の把握に役立ったのです。たとえモンテスキューが「東洋の」政治体制の専制的法律を非難しているにしましても、ムハンマドの法律は（それが貸借と暴利とを混同しているにしろ）アラビアの民にはよきものであり（*Pensées* n° 1738, p. 546）、それはユダヤ人の法律がイスラエルの民にとってよいのと同じだと認めていたのです。

また、『わが随想』には近親婚にかんする驚くべきテキストがあります（*Pensées* n° 205 p. 239–240）。これは部分的に『法の精神』第16編などで取り上げられています。彼は言います。「一親等および二親等の親族間の婚姻はほとんどすべての宗教において禁止されている。たとえ、かつて、タルタル人やフン族のあいだで父が娘と結婚するのを認めたことがあったにしろ、今日では世界中見渡してもそのようなことが認められる事例をわたしは知らない。すくなくとも、かくも世に知られていないからには引用には耐えられないということになろう。しかしながら、これらの婚姻それ自体を考えると、これらがほかの婚姻よりも適法性が劣っているということにはならない。というのも、オナンの罪と同様に、それらは自然法に反しているとはいえないからだ。また、その本性からだけでは、たとえば放火犯や窃盗犯や殺人犯のように、市民法政治法にも反しているとはいえない。それはまた、不敬虔や冒瀆などのように、それ自体では神法にさえ反しているとはいえず、神法に反するように思えるのは、ただそれを禁止しているという事実によってのみなのだ。結局、言えるのは、それが禁止されているから、それはだめだ、ということだけだ」と。近親婚は、このように、初期の民族に認められていて、そこでは男女の完璧な平等が知られていたというのです。しかし歴史の経過により、「専制支配が起こるとともに、女性が奴隷のようになって」、そして親族間の婚姻を嫌悪させる違いがあらわれ、「いったい娘が父と結婚するようなことがありえようか。娘として、父には限らない尊敬をし、妻としては対等というのはいえないうだろう」、とモンテスキューは言うのです。

これらの説明、興味深く、また議論も多い説明のあと、モンテスキュー

は兄弟姉妹間の婚姻を嫌悪する傾向について語ります。「この傾向はひとたび、人々の心に刻み込まれたので、神はそれに合致するよう望まれ、その法律の基本点を示された。というのは、神が人間に法律をあたえられたとき、神は一般見解しか述べられないのであり、それは忠実な民をもち、あらゆる戒律の自然な源になるものなのだ」、と。

この驚くべき文章はモンテスキューにおける自然法の限界を確証するように思われます。かれの命題である、文化は自然よりも重要との考えはホッブズの立場に近いといえましょう。ホッブズからすると、神法それ自身、人為的で、意思的なものであり、いわゆる自然な秩序を創造するものなのです。このことはわれわれにクロード・レヴィ＝ストロースの『親族の基本構造』の論理展開を想起させます。つまり、その本で説明されているのは、さまざまな社会における近親婚のルール of 極度の多様性と、女性の交換の観点からある種の婚姻は禁止されるルールが普遍的に存在するとういことです。法（そしてあらゆる規範）における普遍性とは、ルールの形式ということで、その内容ではないのです。モンテスキューの思想をプーフENDORFのいう同性愛にかんするいくつかの社会の寛容と比べ合わせてみますと、一見するとあらゆる民族の法に存在することが確証されているような、普遍的な制度（ルール全体という意味での制度）は存在しないことを想わせるのです。

同様に、モンテスキューは、子の理性が年齢とともに進み、父親が年とともに衰えるにつれ、自然は父権を制限すると記しています (*Pensées* n° 1267, p. 426)。「自然法が最初になしたことを、その後の取り決めや市民法の手立てで統合し作りあげなければならなかった」、と。かくして、実定法は自然法を時代に合わせ、変化を梃づけ、固定化するということはけっしてないのです。「制定法のなかで起こったあらゆる変化は制定法のひとつの結果であり、古き法律を廃止した新法は法律の効力によってそうしえただけなのであり、…取り決めにすぎないことも自然法と同じくらい強力になったということなのである。自分の家族を愛するように、自分の祖国を愛すべきであり、自分の父親の意思を大切にするように、法律も大切にすべきなのだ」とモンテスキューは言い、そしてその説明は「祖国愛はほかの社会の憎しみを掻き立てるものであってはならない」とのモンテスキューの穏和な考えの訴えでもって終

わるのです。

今日、法の激しいグローバリゼーションの時代にあってとりわけ、モンテスキューの思想は、法の（近年の）普遍的性格は「法形式」の普遍性に還元する点において、実証主義者、すなわち、法規範は人為的な約束事として考える実証主義者を支持する論拠を提供しているようにわれわれには思われます。同性の者のあいだの婚姻をめぐる議論において、モンテスキューの思想は、いかなる規範も不変ではないこと、そして、いかなる法的制度（ここでわれわれは婚姻を法的制度として語っていますが）も自然というわけではないことを理解する手助けたりうるのです。南アフリカの最高裁判所が同性間の婚姻開始を正当化するために用いた議論は、モンテスキューの近親者間の婚姻や未成年者の婚姻などの記述を引くこともできたのかもしれませんが。

サヴィニー [1779~1861] によってはじめられてから何代にもわたって引き継がれてきた法制史研究にたずさわる者たちにとって、モンテスキューはまた、法を各国の歴史、しかも政治体制の歴史に書きとめようとした、つまり、今日、「国家的法秩序」と呼ばれるような枠内で考えようとした人物として捉えられてもいます。この「法律の形成」(*Pensées* n° 1794, p. 556) という理念は法制史家にとって捨て去りがたい理念であり、モンテスキューはその法律を通してあらわれる「国民の一般精神」という（はるかに主観的な）理念に移行しました。たとえば、イギリス国民は「法律におどろくほどに愛着をよせているが、それほどに彼らには特別なものなのである」とモンテスキューは書いています (*Pensées* n° 860, p. 354)。モンテスキューは法典化に反対の態度を鮮明にしており（したがって、地域の多様性を維持することに組みするわけです）、また一国の法をほかの国に移植することの可能性に疑問を呈していただけに、モンテスキューの解釈者たちは、しばしば、モンテスキューを「国民的同一性」のなかに法を分離抽出する現状維持の擁護者とみなしてきました。しかし、今日、フランスで見られるように、この国民的同一性の観念の名のもとに（その観念は曖昧模糊としていて、大損害を引き起こしかねないものなのですが）、いわゆる「フランス法の精神」なるものを擁護するための危険な戦いにモンテスキューを借り出すリスクは大きいといえます。ほかの行き過ぎにたいしてもそうだったように、モン

テスキューは法、国民、正義に精神性をまとわせるような考えにたいしては反対の重石を提供してくれるのです。『法の精神』第19編第27章でモンテスキューはイギリスの国制について立ち戻って、「目に見える」ふたつの権力についてだけ語っているのですが、法律が国民精神によって規定されている限りで、国民精神を鍛え上げることに同意するのです。したがって、モンテスキューを用いるなら、彼があれほどたえた節度をもって用いることにしましょう。そして、彼が言うように、「新しきものを変えるためではなく、新しいものをよく使いこなすために、古きものごとを知る」ようにしようではありませんか (*Pensées* n° 1795, p. 567)。