

全一の作品としての『法の精神』

—— 法律家の読み方 ——

大江 泰一郎

目次

はじめに

- 一 主題とロワリスの概念
- 二 習俗とロワ
- 三 「大地を掘る」方法
- 四 『法の精神』の構成  
むすびに代えて

はじめに

モンテスキューの『法の精神』はこれまで、その表題 (*L'esprit des lois* = 「法律の精神」) にもかかわらず法学の領域に属する著作としてよりはむしろ政治学の著作として扱われることが多かった。近年、政治哲学のユニークな構想としてあらためて注目を集めているハナ・アーレントのモンテスキュー論、国内外のモンテスキュー思想研究に新たな水準を画することになったと目される川出良枝や、同時期に刊行された押村高の近著も、その例にもれない<sup>1)</sup>。だが、比較法文化論の研究にたずさわる筆者の視点からすれば、モンテスキューの『法の精神』は比較法、比較法社会学の分野に属する著作としても、われわれにとってなおきわめて大きな学問的遺産として屹立しているように思われる。

ところが、政治学の領域についてもほぼ同じことが言えるが、とりわけ法律学の領域においては、『法の精神』を明確な自覚的方法によって完成された統一性と首尾一貫性のある一個の作品としてこれを扱ったものは、皆無に等しい。法学的読み方の遺産としてここでわれわれが語りうるのは、管見の限り、ほとんど戦前の宮沢俊義の『モンテスキュー 法の精神』<sup>2)</sup> (一九三六年) のみであろう。宮沢の著書は、モンテスキューの著者にかんするやや詳細な法学的解釈史、とりわけ『法の精神』に「統一と秩序」を読み込もうとするランソン G. Lanson とバルコーザン H. Barckhausen の試み (それぞれ一八九六、一八八九年の論文) の検討、を含んでいるという点でも、貴重である。宮沢によれば、ランソンは『法の精神』を徹底してデカルト主義の書として解釈しようとするものであり、またバル

コーザンは『法の精神』の第二七・二八・三〇・三一編を除く部分をこの著作の本体としてとらえ、社会の「保全」という観点から法とこの法を規定する諸条件の研究をめざすものであるとされる。だが宮沢自身は、結論として、『法の精神』は法の「精神」の探求という点では統一性をもつが、その他の点では『法の精神』は統一的に・秩序的に構成せられている著作ではない<sup>3)</sup>という結論に至り、『法の精神』の叙述順序の通りの解説に移っている(ただし、二六編以下を事実上取り上げないという点でバルコーザンの場合と似ている)。近いところで法律家ではないが、古賀英三郎がランソン、バルコーザンに加えて、ヴェルニエール P. Verniere やルイ・アルチュセール L. Althusser (それぞれ一九五九、七七年の著書)ほかの読み方を取り上げているものの、古賀自身もこの自著ではこれらのいずれにも従っていない。古賀が採るのはモンテスキュー自身の刊行されたままの全六部編成であつて、そこに全体を通じて「自由の問題」という一本の赤い糸が貫かれているとするのである<sup>4)</sup>。いずれにしても、以上の限りでは通説的な読み方あるいは確立され大方の評価を得た読み筋というようなものは見あたらない。とくに、政治学者の著作を含めて諸家においては『法の精神』を一個の完成された作品としてとらえるうえで、『法の精神』の最終部分をなし、フランス法制史を論じた第六部(第二七編から三一編まで)が躓きの石ないし死角となつている印象が強い。このアポリアを、法律家の読み方で、何とか解決することはできないであらうか。

小論は、こうした問題状況を念頭に浮かべつつ、このモンテスキューの主著を法学の内容上趣旨と構成において一貫した作品として批判的に通読するささやかな試み<sup>5)</sup>をなすものである。こうした試みもわれわれには、必ずしも無謀ではないように思われる。さしあたりはヘーゲルの『法哲学講義』(一八二四—二五年)の一節を借りて、課題に臨むこれからの励みとすることにしよう。ヘーゲルによれば、国民にはそれぞれに異なつた国民的性格や歴史的發展

過程があり、具体的な一民族の具体的な法体制を考察するには国土の位置・歴史・国民的性格・宗教・勤勉さ・気候・等々を考慮しなければならないが、こうしたことは哲学的な「概念」とは無縁である。ヘーゲルは言う。

モンテスキューの『法の精神』ではそれ(つまり具体的な法体制の考察)がおこなわれていますが、この本は理づめで進む哲学的形式はとらず、幅広い観察と経験を才気ゆたかに展開しつつ、全体を一つにまとめたものです。モンテスキューの主眼は、法の条項や立法過程を、個々ばらばらに考察するのではなく、全体に従属する要素として考察するところにある。各要素は、一国民や一時代の性格をなすすべての要素とのつながりのなかで本当の意味があきらかになり、法としての正当性もあたえられます。『法の精神』は、全体を見すえた著作で、そのことがこの本を比類なき法理論書たらしめています。<sup>(5)</sup>

## 一 主題とロワソワの概念

『法の精神』をモンテスキューが書いた主題と目的は、近代のヨーロッパとりわけフランスにおいて「自由」を可能にする「法律」とはどのようなものか、を明らかにすることであった。その直接的結論はある意味では、有名な三権分立の理論を展開した第一編第六章「イギリスの国制について」において与えられている。だが、それは第一編の表題「国制との関係において政治的自由を形成する法律について」つまりいわば公法(国制の法)を論じる限りにおいてであり、私法(公民ないし市民の法)との関係ではなお第二編「公民との関係において政治的自由を形成

する法律について」を見なければならぬ。さらに、第三一編まである『法の精神』の全体におけるモンテスキューの「自由」についての結論は、その最後の第三一編の最終章、つまり約束の地に接近したことが『アエネーイス』からの引用によって「イタリア、イタリア……」と歓喜の声で宣言される場面においてだといわなければならないであろう。ここで法的な意味での自由を保障しうる「フランス法の原則」(C46)が確認されるからである。だが、「フランス法の原則」の確認が「自由」の発見でもあることを知るためには、われわれはしばらくの間、モンテスキューとともに思索の旅をしなければならぬ。

ところで、『法の精神』全編の基軸的概念はいうまでもなくふつう「法律」ないし「法」と訳される *loi* *lois* である。これを「法律」とするか「法」とするかには重要な問題が含まれるが、いまはそれにすぐには立ち入らず、現段階ではすでに定訳としての地位を得ている現行岩波文庫版の例にしたがって、本稿でもいちおう——書名に限っては久しく定着している『法の精神』を変更しないまま——「法律」とし、それが明らかに適切でないときは原語 *lois* を用いることにしよう。

さて『法の精神』第一編第一章はまことに有名な次の一節をもって開始される。

*lois* (「法則ないし法律」とは、その最も広い意味では、事物の本性に由来する必然的な諸関係である。そして、この意味では、ありとあらゆる存在はその *lois* をもっている。神はその *lois* をもち、物質的世界はその *lois* をもち、人間より上位の叡智的存在はその *lois* をもち、動物はその *lois* をもち、人間はその *lois* (法律) をもつ。)(1)(17)

ここに示されているのは、*lois* (法律) という名で人間の世界で行われている準則ないし規範が、自然界をはじめ、神や天使の世界にも貫通する (法則) ないし (掟) と連続性をもつ (*lois* という共通の用語によって把握しうる) という壮大なスケールをもつ認識の表明であるが、それでもこれは人間の世界における *lois* の定義とはみなしうるものではない。そして、人間世界の *lois* については、一見奇妙なことに、本書において方法的に重要な意味をもつ他の、「習俗」*mœurs*、「生活様式」*manières* などとは異なり、定義らしきものは本書のどこにも見出されないのである。もっとも、第一編第二章・第三章では、「自然の法律」(自然法) について、「実定的法律について」という表題のもとに「万民法」(＝国際法 *droit des gens*)、「国制の法」(＝公法 *droit politique*)、「公民法」(＝市民法ないし民事法 *droit civil*) などが説明されているから、少なくとも万民法・国制の法・公民法は実定法 *lois positives* であることがわかる (実定法であるということは、この後すぐ見るように制定法であるという意味では必ずしもない)。さらに、第二九編では「法律の作り方について」が論じられるのだから、この場合は *lois* が制定法を意味することが明らかである。

ここでモンテスキューの学問的方法を論ずる前に *lois* の概念を吟味するのは、そこに彼の方法にかかわる重要な契機がすでにはらまれているからであるが、この方法的契機についてはさしあたり次の二点を指摘しておきたい。

① ひとつは、あれこれの国民ないし政体についてモンテスキューが「法律がある」「法律はない」といふ言い方をする問題である。例えば、「専制国家においては、法律は存在しない。裁判役自身がその規則なのである。君主国家には法律がある」というように (93)。これは結論的にいえば、モンテスキューが *lois* に一定の価値の要素を込めて

なしている類型論的な言明にほかならない。彼は、専制国家において現地で人々が *logos* と呼んでいるものはじつは「君公の意思」「君公の一時的な意思」(5-16: A147) にほかならないとするのであるが、そのような *logos* は西欧人が「法律の精神」に即して *logos* と呼んでいるものに値しない(その意味で専制国家には *logos* は存在しない)と言うわけである。それでは「法律の精神」に適った *logos* とは何か? これが本書のいわば隠れた主題をなす。ちなみに、モンテスキューは専制国家として彼自身が位置づける日本について、一方では「日本の法律の無力さ *impuissance*」(6-11 表題)を論ずるが、他方では「法律は日本では暴威を振っている」(194)とも言い、まったく一貫性がなく、モンテスキューの叙述の曖昧さあるいは思いつきを露呈しているようにさえ見える。だが、この場合も、前者で含意されている法律は西欧人が「法律の精神」に即したものとみなしうる法律の「無力さ」を、後者の文章は日本人が現地地「法律」と呼んでいるものは実は君主の恣意(「一時的な意思」)の表出としての法律にすぎないことを含意しているのであって(事の当否はさしあたり括弧に入れておいてよい)、論理はきれいに一貫しているわけである。

② もう一つは、先に触れたように、人間社会に関する限り *logos* は——自然法は別として——一貫して実定法として論じられるが、それは必ずしも制定法を意味するものではない、という問題である。例えば、『法の精神』第三編・三一編はそれぞれ「王国の成立との関係におけるフランク族の封建制の法律の理論」「王国の変遷との関係におけるフランク族の封建制の法律の理論」を論ずるのであるが、ここで一般に「法律」として論じられる素材で制定法に属するもの(サリカ法典等の後期ゲルマン諸部族法典、勅法など)はそれほど多くはなく(しかもよく知られているように中世の制定法はふつう慣習法の確認を内容とするものであった)、主要な検討の素材となっているのはむしろゲルマン人の「習俗」や「慣習法」ないし「成文化された慣習法」(一一—一三世紀に上部イタリアでレーン法

源の私的集成として成立し後に『学説彙纂』に組み込まれたいわゆる『封地書』Libri feudorum や一三世紀末にイルドゥウフランスで成立した同じく慣習法の私的集成であるポーマノワール『ポーヴェージ慣習法書』などである。モンテスキューは中世盛期フランスの法について、例えば次のようにいう。

私が述べたように、フランスは不文の慣習法によって支配され、各領地の特殊的慣行が公民（民事）法を形成していた。ポーマノワールが『ポーヴェージ慣習法書』のなかで「言っているように、各領地は自分の民事法をもっていた。しかも、その法は極めて特殊なものだったので、当時の光明、それも大光明とみなすべきこの著者が、全国中に、同じ法律によってあらゆる面で支配されている二つの領地があるうとは思わなかったと述べているほどなのである。

この驚くべき多様性は第一の起源、そしてまた、第二の起源をもっていた。第一の起源については、「中世初期の」局地的慣習法の章で私が先に述べたこと<sup>(1)</sup>が想起されてよい。そして、第二の起源は、裁判上の決闘のさまざまな結果の中に見出される。絶え間なく起こる偶発事件はおのずから新しい慣行を導き入れないではいられなかったからである。

こうした慣習法は古老たちの記憶によって保持されていたが、次第に法律や成文化された慣習法が形成された。  
(88) 強調は大江)

この一節にある最初の「法律」という用語は慣習法を指しており、最後の「法律」が慣習法の確認としての法律を



指していることは明らかであろう。したがってこの場合、慣習法が少なくとのその一面では「法律」として把握されていることになる。さらに、この慣習法は——専制国家における「君公の意思」としてのいわゆる「法律」と対比され、その内的確信（12内面的な振舞）の表現という特徴において区別される場合には——、例えば「ヨーロッパの国民の大部分は〔専制国家の国民とは異なり〕今なお習俗 mœurs（つまり君公の意思の表出たる法律によってではなく自らの内的確信に合致した規範）によって統治されている」（88）というように、「習俗」に置き換えられることもある。つまり「法律」は、これらの場合（少なくとも中世・近世西洋の君主政諸国）には、慣習法や習俗と同義の概念とされうる、別言すれば法律・慣習法・習俗にはある種の通底性が認められているということになるのである。これはモンテスキュー自身に固有の用語法ないし概念装置なのか、あるいは同時代の他の著述家たちによっても共有されていたものなのか、仮に前者だとするとそれはモンテスキューの不統一や混乱ないし曖昧さを示すものなのか、あるいは何らかの方法的含意をもってなされたものなのか、をさしあたり確認しておかなければならない。筆者はここに『法の精神』全編の論理的・一貫性の有無という問題を解くカギの最初の一つが隠されていると考える。

この問題を初めから一挙に解決することはできないが、ここではまず、モンテスキューの時代までに法律家の間で行われていた用語法に照らして、『法の精神』の著者における *loi*（用語の意味を吟味しておこう。この点についてはなによりもまず、モンテスキューの時代にすでに「フランス人の法」の権威とみなされていたジャン・ドマ (Jean Domat, 1625-1696) の有名な主著である “*Les lois civiles dans leur ordre naturel*” (『自然的秩序における市民的ロフ』) を参照することが求められるであろう。後にも触れるが、モンテスキューはこのドマをフランス法に関する著作のライバルないし伴走者とみなしていた節がある。ドマはこの書の序論として書いた “*Lois* 論” (Traité des Lois) を、

Loix (≡ Lois) を「個人の行動を個別的に規律し、人々がいつしよになつて作る社会の秩序 l'ordre de la société を規律するもの」と定義し、「正当な権威が必要に応じて制定、変更、廃止しうる」ものと説明している(ちなみに、「Lois 論」は全一四章からなるが、その第一章は「法律の本性、法律の精神 l'esprit des Loix、法律のさまざまな種について」と題されており、モンテスキューがそこから着想を得たとまではいえないかもしれないが、『法の精神』という書名との親近性を感じさせるところであろう)。これだけでそう断定することはできないが、モンテスキューの概念装置がその大きな部分においてドマのそれと重なり合うものと推測すれば、『法の精神』第三〇・三一編表題にいう「封建制の法律 Lois」は封建制を形成していた準則ないし規範、そしてそれを含むところの「習俗」「慣習法」「法律」という意味合いになるであろう(以下ではこの意味での Lois については「ロワ」と表記することにしよう)。肝心なのは、モンテスキューが本書で使用する Lois という用語が、中世の法源形式ないし近代の意味における立法形式としての「法律」に限定されず、いわば法源形式ないし立法形式としての「法律」に歴史的かつ／もしくは論理的に先行する(いわば〈ブレ法律的〉な)「習俗」「慣習法」をも含む場合があるという点である。

さて、これらの用語をモンテスキューが曖昧な観念にもとづいてただ場当たりの・恣意的に使用しているのではないとしたら、どういうことになるだろうか? 例えば、以上の考察から実定化<sup>15)</sup>の程度に着目して、モンテスキューが自らの概念装置のなかで習俗↓慣習法↓法律という歴史的進化を想定していたとは考えられないだろうか? 『法の精神』の第一九編「国民の一般精神、習俗および生活様式を形成する諸原理との関係における法律について」、とりわけモンテスキューには珍しく同編の第二三章から計四つの章にわたって説かれる「法律はいかに習俗に従うか」という同一の主題は、この問題との関係が深いように見えよう。次節ではこの問題に取り組んでみよう。

## 二 習俗と口ワ

「法律はいかに習俗に従うか」に関心をもつて『法の精神』第一九編第二三章—二六章を見る者は、だが、半分は肩すかしをくらわせられた印象をもつことになるであろう。ここで取り上げられる素材はもっぱらローマ法であつて、結論的にいえば、「ローマの法律は……ローマ人の習俗に基礎をもつ」(196)ことが確認されるにすぎないともいえるからである。この結論は少なくともそのままでは、中世以降のヨーロッパに適用できる認識ではない。習俗—口ワの関係についてまずローマが問題となる理由はそれなりにあるが、これについては後に見ることにしよう。第二九編はそれでも「国民の一般精神」「習俗」「生活様式」「法律」の諸概念の間の関係が総括的に論じられる場であつて、この編の第四章「一般精神というものはモンテスキューの学問的方法の端的な表明となつてゐることは確かである。

数多くの事柄が人間を支配している。風土、宗教、法律、統治の格率、過去の事物の例、習俗、生活様式。こ  
うしたもののから、その結果である一般精神が形成されるのである。

各国民の中で、これらの原因の一つがより大きな力をもつて作用するにつれて、他の原因はそれだけその一つの原因に譲歩する。自然と風土はほとんどそれだけで未開人を支配している。生活様式(「礼」は中国人を拘束している。法律は日本で暴威を振つてゐる。習俗はかつてスパルタにおいて範をなした。統治の格率と習俗とはローマにおいて範をなした。(194)

見ての通り、この言明は第一九編に至るまでの思索の旅においてモンテスキューが獲得した方法を語り、「習俗」への着目が古典古代のギリシアおよびローマの考察から得られたものであることを示唆してはいるが、この方法的中間まとめは、近代ヨーロッパを視野に取り込んだものではない。われわれが提起した問題に対するより直接的な、中世以降のヨーロッパにかかわる解答は、実は、『法の問題』の全体的構想を検討してきた諸家が見過ごしてきた全編の最後のほう、就中第二八編「フランス人における市民の法律の起源と変遷について」にある。この第二八編は、ローマ法に代わる「フランス法」の成立をモンテスキューが検討する第三〇編—三一編のいわば序論をなすものである。

この第二八編でモンテスキューが多くの紙幅を割いて論じているのは、ゲルマン諸部族法典時代以来の訴訟における雪冤宣誓（「消極的証明」）・熱湯・熱鉄津・決闘などの証明方法、いわゆる神判（「神意の裁き」*Ordeal*）の方法であるが、その検討を通して得られる認識は、①法律（ゲルマン諸部族法典から一三世紀のルイ聖王の布令集に至るまでの「法律」とローマ法）にたいする慣習法の優位化、②同じことの別の側面を示すものに他ならないが、ロワの形成における裁判権の中心的役割、③こうした歴史的背景にあったいわば裁判の独立性の維持、といったものである。これらの項目について、ここでも結論的部分だけを記しておく。

①慣習法の優位化という見方は、同時に必ずしも制定法（成文法）一般にたいする消極的評価を意味するものではないことに留意すべきであろう。フランスにおける法律の制定の前提に慣習法の歴史がある（べき）ことがまず強調されるのである。この慣習法にたいする極めて高い評価と制定法の意義・必要性とのバランスをとるために、第二八

編と、これに次いで再び主として慣習法を素材としてフランス私法史（「フランス法」の成立過程）を論ずることになる第三〇編・三一編との間に、第二九編「法律の作り方について」がはさまれる。この第二九編の表題は、法史の考察を中心とする第二八編―第三一編のブロック内では一見ずいぶん唐突に見えるが、どうしても必要な間奏曲をなしているわけである。まず、慣習法の優位化についての叙述を記しておこう。

私は、サリー族の法律、ローマの法律および勅法の權威を失墜させた理由をすでに述べた。私は決闘による証明の大きな發展がその主要な原因であったことを付言しよう。

この慣行を認めていなかったサリー族の法律はあまり役立たなくなり、凋落した。やはりそれを認めていなかったローマの法律も、同様に力を失った。裁判上の決闘の法律を作成し、それについての良き法慣例（*leges prudentie*）を作ることしかもはや考えられなかった。勅法の規定もやはり役に立たなくなった。こうして多くの法律が權威を失墜した。もつとも、それがどの時点かを明らかにすることはできない。それらに代わる別の法律を見出すことなしに、それらは忘却された。

このような国民は成文の法律を必要としなかった。そこで、成文の法律はいとも容易に忘れられえたのである。  
(28-19)

これに対して、第二九編では冒頭第一章でまず「中庸の精神が立法者の精神でなければならぬ」ことが『法の精神』執筆の目的であったことが想起されるが、その意味はむしろ、法律（成文法）が「所有権」と市民の「自由と安

全」とをいかに合理的に(「事物の本性」にそくして(C283)確保するかを考えさせることにある。さまざまの立法技術が比較検討されるが、われわれの視角から(とくに第二八編との対比において)注目されるのは、教皇令やローマの皇帝およびフランスの君公の立法が「指令」rescriptsつまり立法者の「意思」の表出とみなされ、「悪い種類の立法」とされる点である。「われわれの法律はこれ〔ローマの法律〕と異なる。ローマの法律は、われわれの法律と同一の事情のもとに作られたのではない」(C274)という命題は直接には医師の責任ないし資格に関連せしめられているが、一方でのユステイニアヌス法典へのモンテスキューの高い評価(C283)にもかかわらず、「書かれた理性」ratio scripta (C249)ともうたわれるローマ法の權威のいわば歴史的な相対化を宣言するものといつてよい。

②「不文の慣習法の支配」(C254)という事態はそれ自体ロワの形成における裁判(法発見)の役割を前提とするが、モンテスキューが語るのとはそれにとどまらない。一般的には慣習法が変更できないという性質を有すること(「古き良き法」の観念)、逆に「法の変更の合法化」<sup>16</sup>はルーマンのいうように立法という形式での法の実定化によって果たされることはいうまでもないが、モンテスキューはフランスにおいては慣習法の変更という意味での「法の変更」さえが単なる立法だけではなく裁判所の活動なしにはありえなかったことを強調する。ルイ聖王(在位一二二六—一七〇年)の法典は、「すべての特殊な〔諸〕慣習法から一つの一般的な慣習法を作ること」「王国の各地で人々の生活を支配していた特殊な法律(つまりロワ)を一瞬にして覆」すことめざした無思慮な企て<sup>17</sup>であったとされるが(C236-237)、それが現実に有した効果についてモンテスキューは次のようにいう。

このように、ルイ聖王の諸法律は、フランスの法慣例を変えたというより、むしろそれをかえるための手段を

与えた。それらは新たな裁判所（「パルルマン」、あるいはむしろ、そこへ到達する道を開いた。そして、一般的な權威をもった裁判所に容易にたどり着くことができたとき、かつては個々の領地の慣行しか作らなかつた裁判が普遍的な法慣例を作り上げた。布令集の力により、王国において完全に欠けていた一般的な判決が出されるようになった。「この普遍的な法慣例、言い換えれば慣習法の普遍化という」建物が構築された時、「王の諸法律という」足場は取り崩された（つまり「忘れ去られた」〔236〕）のである。

こうしてルイ聖王が作った法律は、どんな立法の傑作からも期待しえなかつたと思われるような成果を生んだ。変化を準備するときにはときとして多くの世紀を必要とする。いくつかの出来事が熟し、そこで変革が起きる。（28-39）

ここでわれわれが同時に留意しておきたいのは、慣習法の変革が数百年単位の時間（「多くの世紀」）を必要とするというモンテスキューの認識である。のちに見るように、これは習俗—ロワの関係を考えるうえでも重要な示唆をなしている。

③現代人のいう〈裁判の独立〉をモンテスキューはこのような言葉では表現しない。モンテスキューがいうのは、「裁判役は決して単独では裁判しない」（284; 250）ということである。第二八編では、ローマ法継受の影響でこの「君主政において終始変わらず遵守された慣行」が一度は失われるが、やがて「その弊害が無に帰した」次第が述べられる（249-250）。少し先取りのになるが、ほぼ同様のことをとくにその起源に関して論じた一節を第三〇編から引用しておこう。

おそらく、フランク族の統治は、当時（ルイ柔和王の勅法が出された九世紀初め）非常に厳しかったと思われるであろう。というのは、同じ職務吏（「伯 comite」）が同時に臣民に対して軍事的権力と民事的権力（「民事裁判権」）をもっており、財政的権力をすらもっていたからである。これは、私がこれまでの数編で、専制主義の際立った特徴の一つとして述べた事柄である。

しかし、伯は一人で判決し、トルコにおいてが総督裁判したように裁判した、と考えてはならない。彼らは、事件を裁くために、プレまたはアッシーズと呼ばれるさまざまな会議を開き、そこに名士を招集した。

諸書式、蛮民の諸法律および諸勅法における裁判に関する事柄をよく理解することができるように、私は、伯、グラヴィオン (gravion) および百人官の職務は同一であったし、裁判役 *juges*、判決発見人 *rathinburgs* および審判人 *chevins* は、異なった名の下で同一の人間であったと指摘しておく。彼らは、伯の補助者であって、伯は、通常、七人の補助者を有した。そして裁判するためには、十二人より少なくはならなかったので、伯は、名士によってその数を満たした。

しかし、裁判権をもつ者が誰であつても、国王、伯、グラヴィオン、百人官、領主、聖職者は、決して一人では裁判しなかった。この慣行は、ゲルマンの森に起源をもつのであるが、封地が新しい形態をとったとき（つまり封建制の確立期において）もなお維持された。(30-18)

裁判権の担い手（国王、伯、グラヴィオン、百人官、領主、聖職者）は法廷を設え、判決の執行を確保するが、判



決するのは「名士たち」からなる「裁判役、判決発見人および審判人」だった（軍事的権力・財政的権力つまり統治権力から「裁判役、判決発見人および審判人」は独立している）というのである。すでに触れた「トルコなどの」専制国家においては、法律は存在しない。裁判役（＝専制君主）自身がその規則（つまり彼らのいう「法律」）なのである。君主国家には法律がある」（A163）、あるいは「専制国家においては君公はみずから裁判をすることができ。君主政の国々においてはそれはできない」（A167）ことが、専制政体と制限政体との違いだということになる。

さて、以上①②③の全体を通して肝要なことは、モンテスキューが上引箇所最後の指摘していること、つまり、こうした諸事情（「慣行」）がアテナイやローマの都市ではなく「ゲルマンの森」に起源をもつとされる点、「その」こうした特徴を有する裁判権の「起源を探索すべきであったのは、ゲルマン人の慣行と慣習法の奥底においてであった」（C343）という点である。「イギリスの国制について」論じたあの第二編第六章でも、じつは、「タキトウスの驚嘆すべき著作『ゲルマン人の習俗について』を読んでもらえば、イギリス人がその政治体制の観念を引き出したのは、彼らゲルマン人からであることがわかるであろう。この見事な組織は森の中で見出されたのである」（A306）ことがすでに付言されていた。そして、この「起源」の問題への解答がまさしく「われわれの父祖の考え方」と題する第二八編第一七章において与えられているのである。

われわれの父祖がこのように公民の名譽、資産および生命を理性よりはむしろ偶然に属する事柄（＝決闘などの神判）に依存させ、また、なにも証明せず、無罪とも有罪とも関係のない証明をたえず使用していたのを見て、人は驚かされるであろう。

平定されることのかつてなかったゲルマン人は極度の独立性を享受していた。殺人、窃盗、侮辱のゆえに、家族は相互に闘争していた。これらの闘争を規則のもとにおくことによって、この「闘争つまり自力救済という」慣習法が修正された。これらの闘争は役人の命令によって、その監視のもとで行われた。これは相互に傷つけ合う一般的な放埒よりも好ましかった。(2817)

「闘争を規則のもとにおく」というのが、プレ法的な実力闘争から「法」への決定的な転換点とされるのである。同じ第二八編第一七章でモンテスキューは、「決闘による証明や熱鉄および熱湯による証明が用いられていた時代においては、これらの法律（ここではゲルマン諸部族法）と習俗〔決闘などによる神判〕との間には、これらの法律が不正であったわりには多くの不正を生ぜしめなかったといえるだけの調和があった」(CIVIL 176) という形で「習俗」―「法律」の関係に言及するのであるが、右の引用を前提とすれば、闘争（＝習俗）↓慣習法、あるいは習俗（ないし慣行）↓ロワ（成文法ないし慣習法）という図式、つまりすでに本稿で触れた「法律はいかに習俗に従うか」（第一九編第二三―二六章）という問題にかかわる法則 (20) が容易に得られることになるであろう。ここでさらに解答を要するのは、なぜ「法律はいかに習俗に従うか」を論じたときモンテスキューはもっぱらローマだけを取り上げたのに、この問いにたいする解答ではなぜ「ゲルマンの森」に起源を求めるのか、という点である。

### 三 「大地を掘る」方法

起源は「ローマ」か「ゲルマンの森」という問題に解答を与える前に、ここでまず、〈習俗→ロフ〉という図式の確認から、モンテスキューの学問的方法について予め了解しうることがある。それから始めよう。『法の精神』第一編第一章には、非常に有名ではあるが、諸家の解釈が必ずしも一致しない箇所がある。以下の一節がそれである。補足を加えながら読んでみよう。

個々の叡智的存在は、みずから作った「*leges*」をもちうるが、みずから作ったものではない「*leges*」をももつ。叡智的諸存在が現れる以前に、「自然界における」それらの存在は可能であったのであり、それゆえ、それらは可能的な諸関係、したがって、可能的な「*leges*」をもっていた。「したがって、「*leges*」が自然界から人間社会に至るまで連続的な作用範囲をもつとすれば、人間社会においても」作られた法律が存在する以前に、正義の可能的な諸関係は存在していた。「だから」実定的な法律が命じたり禁じたりすること以外には、正なるものも不正なるものも全く存在しないと云うのは、円を描かないうちには、すべての半径は等しくないと云うようなものである。

したがって、実定的な法律に先立って、まず衡平の諸関係が存在し、これらを実定的な法律が（いわば後から）確立するのだということ認めなければならぬ。（I.1: A41）

モンテスキューにおける〈習俗↓ロウ〉という図式を確認したわれわれにしてみれば、「まず衡平の諸関係が存在し、これらを実定的な法律が〔いわば後から〕確立する」という言い回しからも解るように、それと、この引用箇所における〈正義(ないし衡平)の諸関係↓実定的法律〉という図式とが、並行的なものであること、後者の図式は前者をより抽象化した表現にすぎないことが容易に見て取れる。人はモンテスキューが『法の精神』の「序文」に書いた、次の文章に惑わされやすい。「私はいくつかの原理を立てた。すると、個々の場合がいわばおのずからこれらの原理に従うことがわかった。あらゆる国民の歴史は、いずれもこれらの原理から出てくる結果にすぎず、個々の法律は、それぞれ他の一つの法律と結合しているか、あるいはまた、他の一つのより一般的な法律に依存していることがわかった。私が古代へと呼び戻された時には、私はその精神をとらえようとつとめた。それは、実際には違っている諸々の場合を似たものとみなすことがないよう、また、似たように見える諸々の場合についてもその違いを見落とさないようにするためである。私は、自分の諸原理を自分の偏見から導き出したのでは全くなく、事物の本性から導き出した」(A34)。原理↓個々のケース、という論理の運びをここにみて、それを「デカルト主義」cartésianisme の表明と見るランソンは、この言明を方法の素直な表明と見る諸例の典型であろう。モンテスキューは自らの研究方法(原理)を「事物の本性」から導き出したのだ<sup>(18)</sup>、と見るのも『法の精神』の著者のレトリックを真に受けすぎた結果ではないだろうか。本稿の初めに掲げたヘーゲル『法哲学講義』の一節をここでも想起すべきであろう。モンテスキュー自身のレトリックを真に受けるなら、これも有名な『法の精神』の次のエピグラフの意味のほうをむしろ深刻に考えるべきであろう。

法律の精神について、

あるいは、法律が政体の構造、習俗、風土、宗教、商業などに対してもつべき関係についてこれに、

著者は相続に関するローマの法律についての、またフランスの法律や封建制の法律についての新しい諸研究を、

母なくして生まれし子を、加えた (A30 強調は大江)

ここからすれば、モンテスキューが『法の精神』による学問への新たな貢献、「母なくして生まれし子」<sup>19</sup>としての自らの創意性を誇っているのは、彼がまさしく「相続に関するローマの法律についての、またフランスの法律や封建制の法律について」論じた第二七編から三一編の部分（最終ブロック）だということになろう（『法の精神』「序文」でモンテスキューが、「認めていただげるかどうか分からないが、私には一つお願いがある。それは少し読んだだけで二十年の仕事を判断しないこと、片言隻句ではなく、この本の全体（「」）を是認するなり否認するなりすることである。著者の意図を探ろうとすれば、それはひとえにその著作の意図の中にしか見出しえない」（A33）と書いていることを文字通り真面目に受けとめる必要がある。「私はいくつかの原理を立てた」というとき、それらの原理のうちの重要なものの一つはそこから引き出されたはずである。レトリックを考えるにしても、着想ないしその論理的展開と現実の叙述の順序とが一致していると前提にいきなり立つことは早計であろう。仮に『法の精神』がデカルト主義的に原理から演繹的に全編が展開されているのだとすると、先の（正義（ないし衡平）の諸関係→実定的法律）という図式が「その後の議論の展開にはほとんど影響を及ぼさない」とすれば、それもまことに奇妙なことと言わね

ばならない。そう読むのは『法の精神』が演繹的な方法と叙述のあるがままの順序とに従っているという予断からくる見方ではないだろうか。管見の限りでは、ヘーゲルを別格として、ほとんどエミール・デュルケムだけがさすがに「モンテスキューにおいて、帰納法がはじめて社会科学の中に登場した」という見方を示している。だがそのデュルケムも『法の精神』「序文」の「原理」云々の議論に引かかって、モンテスキューは「原理さえ導きだされれば、科学の完成はただ演繹だけによってなされると信じていた」とし、モンテスキューの帰納法は「まだ反対の演繹法から十分分離していないし、この「対立する二つの方法の」混合によって変質している」と見るのである。<sup>(2)</sup>したがって、われわれが解決すべき問題はこの「原理」がどこから導き出されてきたのかである。

われわれはこうしたテキスト解釈次元の問題にはこれ以上立ち入らず、モンテスキューの学問的方法がどのようにして獲得されたかを論ずることで同じ問題に接近することにしよう。モンテスキューは、第三〇編つまり「封建制の法律の理論」を本格的に論じ始めるにあたって、ここでも『アエネーイス』の一節を想起しつつ、「封建制の法律の経験は素晴らしいものである。樅の木が聳え〔その根は地獄までも伸びている〕、人の目には遠くからその茂みが見える。近づけば、その幹が見える。しかし、その根を目にすることはできない。根を発見するためには、大地を掘らなければならない」(C286-287)とする。この「大地を掘る」方法は、封建制の法律の理論分析だけでなく、『法の精神』の全体、その論理的構造を決定しているように思われる。そうだとすると、われわれはまさしくこの地点で、川出良枝がモンテスキュー政治理論の思想的な核をなす議論として発掘した「不協和の調和」harmonie de dissonances の命題と出会うことになる。このモンテスキューの着想の少なくとも一つの重要な源泉は、川出がみごとに指摘してみせたように、モンテスキューの『ローマ人盛衰原因論』のとくに次の一節にある。

数々の書物には、ローマを滅ぼした分裂についてしか語られていない。だが、それらの分裂が必然的であったこと、それらが常に存在したし、また常に存在すべきものであったことは明らかにされていない。「マキアヴェツリの『ローマ史論』（デイスコルシ）を読めば解ることだが」害悪をもたらし、民衆の争乱を内乱に変えたのは、もっぱら共和国の偉大さそれ自体であった。ローマには、分裂がなければならなかった、と言えるであろう。……

政治体において結合 union と呼ばれるものも、非常に曖昧である。真の結合は調和にもとづくものであって、あらゆる部分が、われわれにはどのように対立して見えようとも、社会の全体的福祉のために協力している。それはちよūd、音楽において不協和音 dissonances が全体の調和 harmonie に加わっているようなものである。混乱しか認められないと思われる国家に、結合が存在しているということもありうる。すなわち、そのみがあるの平和である幸福をもたらす調和の存在である。それはまた、宇宙の諸部分が、あるものの作用と、他のものの反作用によって、永久に結びつけられているようなものである。<sup>(22)</sup>

「宇宙の諸部分」の作用・反作用という言い回しは、あの『法の精神』第一編冒頭の「*lois*とは、その最も広い意味では、事物の本性に由来する必然的な諸関係である。そして、この意味では、ありとあらゆる存在はその *lois* をもっている」という叙述を想起させるに十分であろう。「事物の本性」は抽象的な原理次元ではなく、まさにここにあるのである。

川出がモンテスキューにおけるマキアヴェツリ受容として指摘している「不協和の調和」は、われわれが求めていた「ローマ」と「ゲルマンの森」とをつなぐ〈失われた環〉をも示唆している。モンテスキューが「タキトゥスの驚嘆すべき著作『ゲルマン人の習俗について』を読んでもらえば、イギリス人がその政治体制の観念を引き出したのは、彼らゲルマン人であることがわかるであろう。この見事な組織は森の中で見出されたのである」(二〇九)、と述べていたことにはすでに触れた。モンテスキューは同じ主題について、次のようにも書く。

カエサルは、ゲルマン人と戦争をしつつ、ゲルマン人の習俗を描写している。彼は、彼らの習俗に従って、自分の作戦のいくつかを決定したのである。この点に関するカエサルの数ページは、数巻に値する。

タキトゥスは、ゲルマン人の習俗について特に一書を著している。この著作は短い。しかし、それは、タキトゥスの著作であり、彼がすべてを見たがゆえに、すべてを圧縮したものである。

これら二人の著述家は、われわれが有する蛮民の法典と非常のよく一致しており、カエサルおよびタキトゥスを読むと、いたるところでこれらの法典に出会うし、これらの法典を読むと、いたるところでカエサルおよびタキトゥスに出会う。(302)

こうした筆法はおそらく、マキアヴェツリに古典(『ローマ史論』ではティトゥス・リウィウスの『ローマ史』)の読み方を学び、獲得された読み方で自らカエサルやタキトゥスを読んで「ゲルマンの森」を再発見したという次第を示すものである。こうみれば、「ローマ」と「ゲルマンの森」はじつはマキアヴェツリを介して繋がっていたこと



が解るであろう。だが、それだけではない。(習俗→ロワ) およびそれと平行する別バージョンとしての(正義(ないし平衡)の諸関係→実定的法律)という、『法』の精神の全編を貫くライトモチーフは、少なくとももう一つの方法によって補強されている。フランス語の *moens* → *lois* という対概念がラテン語の *mos* (複数形は *more*) と *lex* という哲学ないし法学用語に語源的にも対応していることを想起しよう。すると、自身その著作において引用することはなかったが(先の「不協和の調和」の命題でも手掛かりとしたマキアヴェッリやリウウィウスは伏せられていた)、モンテスキューが崇敬の念をもって精読したキケローの『法律論』にわれわれは次のような叙述を見出すことができる。

それでは、あなたがた〔アッティクスら〕は、あの種の最前の国家を維持する法律 *leges* を期待していただきたい。そして、今日わたし〔マルクス・キケロー〕が提案する法律が、わたしたちの国家にないもの、あるいは、これまでなかったものであっても、それらはほとんど父祖の慣習 *mos maiorum* の中に見出されるものであり、<sup>(24)</sup> 当時は慣習 *mos* が法律 *lex* として通用したのだ。

モンテスキューのキケロー受容の範囲は習俗—法律の関係に限定されない。キケローの法ないし正義 *droit* (*ius, iustitia*)、法律 *loi* (*lex*) などにかんする思想は、そっくりモンテスキューに引き継がれているといってもよいほどである。同じ『法律論』でキケローはすでにこう書いていた(われわれはこれを読むとき、「実定的な法律に先立つて、まず平衡の諸関係が存在し、これらを実定的な法律が確立するのだ」というあの一節を想起せざるにはいられない)。

さて、きわめて造詣の深い人たちは法律から始めるのがよいと考えたが、もし彼らが定義しているように、法律 *lex* とは自然本性 *natura* に内在する最高の理性 *summa ratio* であり、なすべきことを命令し、その反対のことを禁止するものであるなら、たぶんその考えは正しいだろう。この同じ理性は、人間の精神の中に確立され、完全なものに仕上げられるとき、法律 *lex* となる。

したがって彼らは、法律とは思慮 *prudencia* であり、その機能は、正しい行為を命令し、不正な行為を禁止することにありと考える。そして彼らは、それは各人にその分け前を与えること *summi cuique tribuendo* からギリシア語の名称で呼ばれたとみなしているが、わたしは、選ぶこと *lego* からラテン語の名称で呼ばれたと考える。というのは、ギリシア人が衡平 *aequitas* という意味を法律の中に込めるように、わたしたちは選択という意味をそこに込めているが、しかし両方とも、もともと法律に属するものだからである。もしこのように言うことが正しければ——だいたい正しいとわたしはいつも思っているが——、*lex* の根源は法律 *lex* から導き出されるべきである。というのは、法律こそは自然の力であり、賢者の精神と理性であり、*lex* と不正 *iniuria* の基準だからである。

しかし、わたしたちの話のすべてが民衆の考えにかかわるものであるから、ときには民衆の言い方をする必要があり、命令 (あるいは禁止) によって欲することを定める成文法 *lex scripta* を、民衆がそう呼んでいるように、法律と呼ぶなければならないだろう。だが、法の理論づけをするにあたっては、わたしたちはあの最高の法律 *summa lex* から始めることにしよう。それはいかなる成文法よりも——およそ国家 *civitas* というものが成立

するよりもはるか前の時代に生まれたものだ。<sup>(25)</sup>

国家にさえ歴史的・論理的に先行する「最高の理性」「自然本性」ないし「自然の力」(＝「最高の法律(法則)」)が本源的なものであつて、そこから成文法(実定法)としての「法律」がのちに生まれる、というこの次第は、まさしく「法律とは、その最も広い意味では、事物の本性に由来する必然的な関係である」という『法的精神』本文冒頭のあの命題そのものの思想である。そうだとすれば、「ローマ」と「ゲルマンの森」は考察の対象として繋がっているだけでなく、それを捉える思想の側においても繋がっていることになる。<sup>(26)</sup>

この地点から「大地を掘る」方法を振り返ると次のようになる。すなわち、①モンテスキューはルネサンス期の政治理論、直接にはマキアヴェッリの『ローマ史論』(いわゆるDiscorsi)を読んで、そこから古典古代ローマの作品(まずはキケロー、そしてカエサルとタキトゥス)を読む新たな視座を得る。②そこで得られた視座から古典を読み直し、古典から獲得された「不協和の調和」と(習俗↓ロワ)という命題の視角からゲルマン社会・フランス中世社会・フランス中世社会史(封建制の法理論)を再読する。③このゲルマン社会・フランス中世社会の歴史に則して「不協和の調和」と(習俗↓ロワ)の命題を自前の「法則」(母なくして生まれし子)として再発見し、この新たな地点から、近世・近代のヨーロッパ諸国を再検討する、という思索の経路がそれである。この①↓②↓③という経路は、全体としては、近代の問題意識(「自由」の探求)↓ルネサンス↓古典古代↓中世↓近世・近代、といったいわば思想の歴史的層位学(starigraphy)をたどるものであり、これは思想の成層(starification)への旅、つまり「大地を掘る」作業を行うことにはかならない。

この思想の成層をたどる旅、とりわけ①↓②それ自体は、ルネサンス人文主義ないし文献学といってよい方法の趣き(「カエサルおよびタキトゥスを読むと……」)が強いが、古典古代までそれで掘り進んだそのあと、③の近世・近代へと戻ってくる道筋は——マキアヴェッリから学びとった、ローマ共和政の先例にかかわる「歴史研究」の方法(マキアヴェッリ『デイスコルシ』第一巻はしがき)に倣いつつ——一転して、比較史的な「幅広い観察と経験」(ヘーゲル)を展開するものとなり、「法社会学」の始祖エールリッヒの表現をあえて借りれば、「法の社会学を志向」するものとなっていたことに留意すべきであろう。ゲルマン社会↓封建社会↓近代ヨーロッパにおける(習俗↓ロワ)という「法則」の発見は、大きな射程を約束するものであって、「母なくして生まれし子」というモンテスキューの自負にも面目躍如たるところがある。

ここまで来れば、「実定的な法律に先立って、まず衡平の諸関係が存在し、これらを実定的な法律が確立する」のだというあのレトリックにおいては幾何学的にも見えた命題の由来を、われわれは単なる「事物の本性」の形而上学的な水準においてではなく、じつに歴史認識の在り方として理解することができるのである。

#### 四 『法の精神』の構成

最後に、到達した地点から、あらためて『法の精神』の全体を鳥瞰して、その構成を確認することにしよう。

われわれの考察からまず言えることは、第一編が最後の第六部第二七—三一編のブロック(ローマの相続法とフランスの封建制つまり土地所有権とにかかわる議論)と緊密な関係にあり、第一編はじつは第六部を前提としていると

いうことであつた。この連関から全体を見る目でまず念頭におくべきは、「法律一般について」と題される第一編がすでに——なるほど明示はされていないが——、「法律とは何か」という抽象論に終始しているように見えはするが、今日の用語でいう（政治的・市民的自由はいかにして可能か）という問題を指向しているということである。このことをモンテスキュー自身がこのいわば実践的課題に言及しているのは、あの「イギリスの国制」を論ずる章の直前、つまり第一編第五章「さまざま国家の目的について」である。「国家の目的」を特別に問うというスタイルは本書でモンテスキューが準拠しているアリストテレスの古典政治学にはないもので、「生命」「財産」「安全」という自由の項目（A157, 342, 343, C81）を含めて端的にジョン・ロックの『市民政府論』（統治二論後編）第九章「政治社会と政府の目的について」に做つたものであることは明らかだと考えられよう。そして古典政治学とロックをつなぐのは、ここでもキケローであろう（この一節から、なぜ「政治的自由」を論じたあと第一三編で「歳入の徴収および歳入の代償と自由との関係」が問題とされなければならないかも理解することができる）。

さて、国事を司る人間はまず第一に、各人が各自のものを *summa cuique* 確保するように、そして、私的所有物 *bona privata* が公の定めによつて減ぜられることのないように留意すべきである。実際、ピリッパスが護民官のとき農地法を提案したときは危険であつた。とはいへ、彼はこの法律が否決されるのを涼しい顔を受けとめ、これによつて強い自制心の持ち主であることを示した。しかし、彼は、民衆派の立場から多くの演説を行ったが、中でも、「市民のあいだに財産 *res* のある人は二十人もいない」と言つたのは不当で、死罪に値する。というのも、それは財産の均等化を目指す言葉だからである。どんな害毒であれ、これよりも大きな害毒がありえるだろうか。国家と市民権 *res publica civitatesque* が確立されたのも第一に、各人が自分のものを確保するという理

由によつてゐる。なぜなら、自然の導きに從つて人々は集団を作つたにせよ、それでも、自分の財産の保全を望むからこそ都市の防壁を求めたのである。<sup>30)</sup>

この「自由」にかんする課題への解答は直接には、ある意味では、本書全編の結論としてではなく、第二部第一一―二編で与えられる(権力分立論の展開で知られる「イギリスの国制」がその例である)。ある意味でというのは、それは理論上の結論ではなく、現実に存在する (cf. A290)、実証的に確認しうる (とモンテスキューが考える) ものにほかならないからである。国制との関係で「イギリスの国制」が解答であるとすれば、公民との関係つまり「財産」ないし「所有権」とりわけ「土地所有権」には現実の解答が——少なくともフランスについては、しかもローマ法の「理論」を除いて「フランス法」の問題としては——存在しない。フランスにおける近代的といつてよい所有権の形成を見届けたとき、つまり全編の最後で、その課題(「フランス法」の再発見)が果たされるのである。

さて、こうして全体を見る目を慣らしたからには、次に全体をどのような論理的順序で構成されているかを確認しておく必要がある。われわれは『法の精神』を次の四つのブロックに分けて考えることにしよう。これら四ブロックの概要は次の通りである。

① 第一のブロック 第一部第一編。「法律一般」という形で、本書の基本的概念装置が紹介される。

② 第二のブロック 第一部の残りの部分と第二部。ここでは政体論に則して法の大づかみの類型論が展開されるとともに、「防衛力」「攻撃力」つまり政体の存続にかかわる問題と「自由」という法学固有の

問題とが扱われる。

③ 第三のブロック 第三部・第四部・第五部。「風土」「国民の一般的精神」「商業」「宗教」という古典政治学の政体論では処理できない、いわば比較史的・比較法社会学的な問題が扱われる。

④ 第四のブロック 第六部。フランスにおける近代的土地所有権の形成（封地の相続がその重要な契機をなす）がローマの相続法と比較して考察され、「フランス法」（私法）が再発見される。

モンテスキュー自身が行った全六部の構成はそれなりに意味をもつものである（これを組み替えることに特別な意味があるのではない）が、第一部から第六部までの論理の運びは——すでに本稿で繰り返し強調してきたように——、そのまま抽象的「原理」から「自由」への一本道の進行をなすわけではないという点に留意すべきである。これら四ブロックの論理的進行は、先に言及した（思想の層位学）の見地からすれば——近代からルネサンスへ、そこからゲルマン社会の再解釈へという思索の旅はすでに『ローマ人盛衰原因論』など『法の精神』以前の著作で果たされているから——、④で獲得された方法（母なくして生まれし子）が先行し、例えば④↓②↓③↓①というふうなにいえば帰納的に順序づけることが可能であるが、（作品としての『法の精神』の構成としては①↓②↓③↓④ということになり、「原理」からの演繹的展開の体裁が与えられることになる（このあと見るように、①を実は古典古代とくにキケローに做った着想と見て、これを起点に置くことも不可能ではないが、そうしてしまうと諸家がこれまでに逢着した（躰きの石）としての④の位置づけに窮することになる）。この体裁の意味においてならば、そこに（デカルト主義）の受容をみることはあながち不当ではないであろう。

以下では、これら四ブロックのそれぞれについて留意すべき諸点を指摘しておくことにしよう。

① 第一ブロックの論理的な位置づけについては、すでに述べてきた。ここで追加的に触れておきたいのは、一つは、モンテスキューの「国制の法」と「市民（公民）法」との区分、言い換えれば「国家状態」*état politique* と「市民状態」*état civil* との区別が、契約国家論の意味の二分論ではなく、先駆け的に、近代的な政治的国家と市民社会との二元的構造に即したものとなっていることである。<sup>(3)</sup> 第二ブロックで議論される二つの「自由」（第一・一二編）も、第三〇・三一編のフランスにおける土地法の形成・発展の議論も、この区別に即したものとなっている。

もう一点は、この第一編第一章で登場する「法律」の在り方を規定する風土等々（「その国の自然的なるもの、すなわち、寒いとか、暑いとか、あるいは暖かいとかの氣候に、土地の質、位置、大きさに……」）の多様な要因（A4849）の問題である。モンテスキューはこれらの要因をしばしば「事物の秩序」と言い換えているが、これはロワないしその他の非法的諸規範の形成を規定する自然的・社会的（社会学的）・経済的・政治的さらには法的な諸要因を重視する観点を示すものとして受け取っておこう。これについては、すでに触れたように、第一九編第四章で「一般精神というもの」という形で諸要因の絞り込みがなされており、その全体像は、さしあたり前掲の四ブロックの配置によって了解しておくほかはない。

② 第二ブロックの政体論については、ロワ形成の比較史的・比較社会学的研究を一八世紀前半というモンテスキューの時代に行おうとすると、西洋の既存の知的ストックのうちで何が最も有益でありえたかを、例えば二〇世紀のウェーバー『法社会学』の構想と比較して考えておく必要がある。モンテスキューが選択したのは、古典政治学の政体論の改造による類型論であった（モンテスキューの主著が法学よりもむしろ政治学上の作品として扱われるこ



とが多いという事情の一因であろう)。その際、法学の見地から見てより重要なのは、モンテスキューがアリストテレスの王政・貴族政・民主政（およびその各堕落形態としての僭主政・寡頭性・衆愚政）を君主政・共和政・民主政に組み替えたということ、とくにアリストテレスがギリシア的な意味で「政治」に属するものとは認めなかった専制 despotisme を正面から「法律」の問題として研究する視座を獲得したということであろう。政体の「原理」が「法律に対して最高の影響力」をもつ（A49）という見方は、主としてこのことと関連する。ハナ・アーレントが指摘しているように、各政体にその「本性」と「原理」とを組み込み、とりわけその「原理」に注目することによって、モンテスキューは「統治は『固有の構造』だけでなく、それを動かす固有の『原理』（名譽、徳、そして恐怖）を発見した<sup>(32)</sup>」のであった。この「原理」がふつう本稿の文脈でいう「習俗」として分析されるものに繋がる。

だが、われわれが初めに注目したように、専制を政体論に組み入れたことから生ずる「法律がある」政治体制と「法律がない」政治体制との区別に重点を移して、モンテスキューの比較史的・比較法社会学的方法を継承すれば、『法の精神』とは異なる理論的展望も開かれうる可能性があるであろう。ウェーバーの『法社会学』やルーマンの『法社会学』はその例である。<sup>(33)</sup>

ここでは、もう一つ、第一・二編がそれぞれ政治的自由と市民的自由にかかわるのに、なぜともに国制との関係における「政治的自由」・市民（公民）との関係における「政治的自由」とされるのかについて一言しておこう。「政治的自由」はモンテスキューにあつては「哲学的自由」（A343）と対比され、「法律の許すすべてをなす権利」（A286）と規定されるから現代の用語法でいえば〈法的自由〉としようが、これがなぜ「政治的」（politique）と表記されるのか？ 結論からいえば、モンテスキューはアリストテレスが『政治学』で「人間は生まれながらにして

politikon zoon である」というような、古典政治学の用語法での politikon = politique<sup>34</sup> あるいはマルクスのいう「古い市民社会」societas civilis (＝政治社会) の意味での civilis = politique の知的伝統(いづれも「市民的」とも「政治的」とも「国的」「社会的」などとも訳せる)をまだ引きずっているということである。ちなみに、第二編「市民(公民)との関係において政治的自由を形成する法律について」でモンテスキューは「自由」をほとんどもっぱら「自己の安全」の問題に絞り、「刑事の法律」のみを扱い、「民法」をあたかも等閑にしているように見えるのはなぜかについても触れておかねばならない。これについては、アダム・スミス『法学講義』の構成からも解るように、一八世紀においてはまだ市民間における法的関係が現代的意味では「公法」「私法」未分離であるという見方が残っていて、ローマ法的な観念から(国家と市民との関係ではないという意味で)犯罪は「私法」(広い意味での不法行為)の分野で扱われることがあったこと、観点を換えていえば、法学が自力救済の秩序を緩和する方向で登場する贖罪契約、その贖罪契約から分離してくる不法行為法から契約法がまだ分化していない歴史段階<sup>35</sup>に即応する学問の枠組みにとどまっていたことを念頭におくべきであろう。

③ 第三プロックの位置はすでに上掲の概要で示したとおりであるが、これらの問題はモンテスキュー自身にとっても法律学の問題としては新しい問題だったらしく、第三部では第一九編で「国民の一般精神、習俗および生活様式を形成する諸原理との関係における法律について」、また第五部では主として宗教と法律との関係を検討しつつ、第二六編で「その規定する事物の秩序との間でもつべき関係における法律について」という、議論を一般化する編を挿入し、また商業と法律の関係を論ずる第四部では、こうした一般化の編もなく、初めの第二〇編の劈頭であたかも古代の詩人が詩興を奮い立たせるのかのごとく「ムーサの神々」に祈りを捧げ、自分自身に気合いを入れて<sup>37</sup>いるほどである。

先に「政治的自由」について指摘したこととも関連するが、モンテスキューの近代私法とくに「商業」との関係が深い契約法へのアプローチは、法律学的には、はなはだ精彩を欠くといわざるをえない。ちなみにモンテスキューは「奢侈 *luxe* のための商業」と「経済 *economic* のための商業」を区別するが、近代私法と関係するのは後者である。ここでは、「商業は破壊的な偏見を癒す。そして、習俗が穏やかなところではどこでも商業が存在しているというのがほとんど一般的な原則である」(B201)とか、「商業の精神は人間の中に厳密な正義についてのある感情を産み出す」(B202)とかの一般論はあるが、商業と法律の關係に深く立ち入ることがない。具体的には、「ひとこと言えば、これらの国々〔古代のカルタゴから近代のオランダに至るまでの、経済にもとづく商業を榮えさせた諸共和国〕で、自分もついていると思つてゐる所有權のより大きな確実性があらゆる企てに人々を向かわせる」(B205)という形で、私法との關係が示唆されるくらいにとどまるのである(原典批判の観点からいへば、最後の引用文における「所有權」*propriété*を「繁榮」*prosperité*とする版もあるが、岩波文庫版のように「所有權」とこれを読むにしてもこの概念への言及はほとんどこのみにとどまる)。商業は、ここでは商法・商事裁判所よりも、むしろ「商業は国制と關係がある」(B204)とされ、国制の問題とくに中間權力としての貴族(とくにフランスの「法律の保管所」としての法服貴族と売官制)に、より大局的に見れば、政体論(第二ブロック)の系に位置づけられているのである。商事事件と民事事件の比較も法服貴族モンテスキューの〈生活〉感覺を示しているかのごとく印象的である(フランスではとくに近代になると成功した商人等のブルジョアが家産化した貴族株を買つて法服貴族の地位につくことがまれではなくなる)。「商事事件は方式的手続きにはあまりなじまない。それは日常の訴えであり、同じ性質の他の訴訟が毎日続いて生ぜざるをえない。だからこれらの訴えは毎日判決されうるものでなくてはならない。將

来に大いに影響する生活上の訴えはこれと異なるが、それは稀に生ずるだけである。人はたいい一度しか結婚しない。人は毎日贈与したり、遺言を作成したりはしない。人は一度しか成年にならな<sup>い</sup>」(2018)。

ローマ法に代わるべき近代の「フランス法」(フランスにおける「自由」)を目指すモンテスキューは、いわば平等市民的なローマ法にたいしてきわめて厳しい目を向ける。

ローマ人の商業に対する執着が指摘されたことは決してない。……しかも、彼らの天分、彼らの栄光、彼らの軍事教育、彼らの政体は彼らを商業から遠ざけた。

彼らの国制が商業に対立していたとするならば、彼らの万民法もそれに劣らず商業に反感をもっていた。……彼らの市民法もこれに劣らず耐えがたいものであった。……

商業は世界で国家に最も有用なものであるという観念、そしてローマ人は世界で最良の政体をもっているという観念で頭がいつばいの人々が、ローマ人は商業を非常に奨励し尊重していたと信じ込んでいたことを、私はよく知っている。しかし実際には、彼らは商業のことをほとんど考えていなかったのである。(21:14)

『法の精神』と近代私法の意味での「市民法」を繋ぐ絆は、ここで(ローマ市民の法)との結合(ローマ法の再受容)への道を自己の進路としては閉ざすことよって、事実上切断されてしまう。モンテスキューが(政治)とくにゲルマン人のそれを論じていたときの文章の輝きからすると、これはほとんど信じられないほどの事態である。ローマ法学者であったイエーリングは「諸国民の政治教育の本当の学校は、憲法ではなく私法である」と論ずることが

できたが、モンテスキューは「国家状態」と「市民状態」との区別を立てたにもかかわらず、「憲法」（「国制の法」）を論じ、「市民法」については所有権を主軸に据えはしたが「市民状態」の法を総体として議論する構えを欠いていたといえるかもしれない。『法の精神』がさしあたり政治学作品として輝くもう一つの原因は、ここにあらう。ローマ法ないし契約法との接続をほとんど考えないというこの姿勢は、ある程度まで『法の精神』が作品としてもつている構造的弱点といつていいかもしれない（この点についてはなお後述）。政体論という最初の議論の枠組の設定にすでに問題がはらまれていたということもできるが、この枠組の選択はモンテスキューの問題関心と彼の時代に至るまでの知的ストックとに規定されてもいたわけである。

しかし、それにしても、契約法への道をモンテスキューが他者にも閉ざしているわけではない。モンテスキューは——のちにも見るように——『法の精神』の最終章それも最後のセンテンスで「私は大部分の著者（念頭におかれてゐるのは、誰よりもまずドマ、そしてポティエであらう）」が封地の研究を始めたところで「本書を」終わることにする」（Case）と書く。彼は自分の作品が課題に全面的に応えることを主張しているのではなく、民事法についていえば、『法の精神』における研究の端緒が、他者によつて以後発展させられることを期待しているとも言えるのである。

④ 第四ブロックのうち、「フランス法」の形成にかんする議論の基調はすでにさまざまな角度から言及してきた。簡単に振り返りながら、最後の二編に重点をおこう。

まず第二七編では、やがて主題となるフランスの相続法への導入的前提としてローマ法の制度が論ぜられる。第二八編ではゲルマン人（「フランス人」）の歴史における習俗とロワ（慣習法と制定法）との関係が、「闘争」という習俗を規則のもとにおく」という関係、つまり習俗→ロワという枠組を基調として考察される。この「不協和の調和」

とも表現しうる基調は、のちに第三〇編の冒頭で「封建制の法律が」無政府状態への傾きとともに規律を生み出し、秩序と調和とへの傾向とともに無政府状態を生み出した」(C286)とされるように、第六部全体を貫くものとなっている。この基調が「原理」として第一編でより抽象化・一般化された形で提示されることは、本稿で繰り返し強調してきたことである。

第二九編が第三〇—三一編への必要な〈間奏曲〉として位置づけられること、西洋においても「悪い種類の立法」があるという指摘(C283)が重要な意味をもつこと、などについてはすでに触れてきた。ローマ皇帝や裁可・告示や教皇令が「法律」ではなく「指令」rescriptsにほかならないという指摘は、それが単に支配者の「意思」の発露(C283)にすぎないだけでなく、それが「事物の本性」——「法律の精神」と言い換えてもよいであろう——に反する行政規則(ウェーバーのいうRegement)<sup>(1)</sup>であることを示唆するものであろう。

第三〇編は「封地」hofの起源(30-16)が中心問題であって、これについてはローマ起源説(アベ・デユボス)が斥けられ、ゲルマン起源説が採用されることはもういうまでもないが(30-12; C306)、裁判の独立(30-18; C330)、贖罪金 compositionの制度と領主裁判権(C343)なども、ゲルマン人における「習俗」と「法律」との関係(C332; 346)という視角から考察され、「ゲルマン人の慣行と慣習法との奥底」(30-20; C343)にその起源が求められることが注目されよう。こうした議論が次編における「国制の法」と「市民法」の問題への導入的前提となるわけである。

第三一編は、前編における封地の形成に次いで、いわば〈封地保有の所有権化(永代化・世襲化)〉を論ずるところであるが、ここでは次の二点だけを指摘するにとどめよう。

まず第一は、前述の弱点とは逆に、ローマ法ではなくむしろ慣習法に視野を限定した利点のほうに関係するが、モ

ンテスキューが、封地を——このあと全文を引用する第三一編第三四章の最初のパラグラフ (C46) に集約的表現されているように——「国制の法律」と「市民の法律」の双方を睨む（複眼的視座）から考察し、重点を前者から後者に移しつつも、土地所有権が国制の法の領域に存続しつづける、言い換えれば、封地保有は所有権化しても純粹な私法制度になるのではなく、その「国制的」・政治的機能を失わない、という形で位置づけていることである (cf. C378, 448, 452 etc.)。『法の精神』の第一編で彼が、「私は国制の法律と市民の法律とを分離しなかつた。というのは、法律ではなくして、法律の精神を私は扱うからである」(A49) と述べているのは、方法的意図からすれば、とくにこのことを指していたと見てよいであろう。

第二は、モンテスキューがここで分析の主眼としているのが、いうまでもなく土地にたいする「所有権」だという点である。問題はしかし、その所有権がいかなるものか、であろう。「政治的自由」を「市民」との論じた第一二編でも、「自由」の内容は「生命」「財産」「安全」という抽象的な概念にとどまっていた<sup>(42)</sup> (A348, cf. C81)。この「財産」(権) を、われわれが常識的に考える近代法の、いわゆる（ローマ法的）な、つまり後のフランス民法典に規定されるような所有権概念と同一視することは禁物である。

モンテスキューはその「所有権」については例えば、「私はなお、（はやくも）カルル大帝がある勅法の中で、若干の土地では自分たちの封地（の保有ないし用益権）を所有権として贈与し、次にそれを所有権として買い戻す人々がいるとこぼしているのをよく知っている。しかし、私は、用益権 usufruit より所有権 propriété のほうがより好まれたと言っているわけではない。私はただ……そうすることが多大の利益があったと言っているだけである」(318; C397) とか、「封地が一代限りのものであったときは、自己の封地の一部を永代的に復封地として

保有するために与えることはできなかった。単なる用益権者が物の所有権を処分することがあれば、それは不条理なことであつたであろう。しかし、封地が永代的になったとき、それは、慣習法が設けた一定の制限のもとに許された。これは *se jouer de son fief* [自]の封地を享受する」と呼ばれたものである (31-33: C456) という。モンテスキューが分析のために用いている「所有権」というローマ法概念は、慣習法上は *domaine* と呼ばれたものにあたり、*propriété* と *usufruit* とは、それぞれ分割所有権論でいう上級所有権 *domaine directe* と下級所有権 *domaine indirect* とに照応する<sup>(43)</sup>。したがつて、上掲の引用は下級所有権 (用益権) の上昇・所有権化の傾向に注目するものである。だが、土地にたいする「所有権」ないし *domaine* の主体は、この限りで直接には、貴族 (領主) 身分の「市民」たちであり、彼がいう市民社会 (市民状態) とはそれらの市民たちからなる社会だということになりそうである。もつとも、これもこの後引用する第三編第三章で「初めは封地についてのみ」「初めは貴族のみ」(C461, 462) という表現でその流動性 (貴族から商人ほかを含む「市民」への展開) を示唆していることからすれば、中世盛期とは違つた構造の社会を想定せざるをえない。だがモンテスキューは「神秘」を匂わせつつ解答を与えないまま、詳しく述べる時間がないとしてあの「イタリア」へと急ぐのである。

想像を逞しくするほかはない。他のよりエレガントな解法もありえようが、われわれはとりあえず自前の道 (法思想の〈層位学〉) を進もう。ヒントは、イギリスの国制を論じたあとすぐ述べるゲルマン起源の理想的な政体 (人間が想像しうる最良の種類政体)、つまり奴隷 (農奴) 制を克服したことを前提として「貴族政と君主政との混合」をなし、「人民の市民的自由、貴族と聖職者の特典、国王の権力の三者がよく協調を保ち、この協調の続いた時代のヨーロッパの各部分の政体」(A310) であろう。所有構造の面であつた政体に対応するものを、モンテスキュー



ユーの文章から見出さうとすれば、それは、同じく「農奴制が設けられていない国」において、

すべての個人が市民であり、そして君公がその領土支配権 *empire* によって所有しているものを各人がその土地領有権 *domaine* によって所有している (137: A388)

というような形姿の所有秩序ということになる。

この *empire* と *domaine* との組合せをローマ法の *imperium* と *dominium* の組合せに置き換えると、モンテスキューが前提としたであろう法思想史上の重要な局面が浮かび上がってくる。主権を「発見」したと自ら言うジャン・ボダンが『国家論 *Les Six livres de la Republique*』(一五七六年)で「主権」とその限界としての「所有権」を論ずる場面である。ボダンはその『国家論』第一巻第八章でセネカ『恩恵について』から次の命題を引いている。「国王にはすべてにたいする権力が属し、個人には所有権が属する *Ad reges potestas omnium pertinet, ad singulos proprietatis*」。「国王はすべてのものをインペリウムによって保持し、個人はドミニウムによって所有する *Omnia Rex imperio possidet, singuli dominio*」と(先のモンテスキューのフランス語の文章はラテン語後者の引用文と内容上同一とみてよいであろう)。(45) このいささか入り組んだ経緯から明らかになるのは、モンテスキューが「所有権」を「フランス法の原理」で基礎づけようとしているとき、彼の念頭にあるのは、すでに本稿で述べてきたように、「所有権 *dominium*」が主権 *imperium* ——それを彼はむしろ権力分立の構造において捉える——に単なる私法制度として対立するのではなく、同時に「国制」上の制度として政治的機能を有し、その主権を制約するという構図であろう。(46)

これは「中間権力」としての貴族(領主)の *dominium* を前提とする議論ではないのか? 「自由」のモデルとな

っているイギリスの例をここでも想起すべきであろう。「他の国民は商業の利益を政治的利益に譲歩させた。イギリス国民はその政治的利益に商業の利益を譲歩させた。この国民は次の三つのこと、すなわち宗教、商業および自由を同時に利用するのを世界中で一番よく心得ている」とされる (SOG: B209)。理想的といつてよい体制である。だが、

「政治的利益」「自由」を可能にしているイギリスの所有構造を、モンテスキューはどのようなものとして念頭においていたのであろうか? 解答は次のパッセージにある。「イギリス人は、自由を助長するために〔つまり政治的利益に商業の利益利益を譲歩させるために?〕彼らの君主政を構成していた〔ふつうなら君主政の支柱〕「本性」をなすはずの *citizen* 中間諸権力をすべて取り除いた。「それにもかかわらず権力分立のお陰で辛くも」彼らがこの自由を保持する〔という〕のは確かに正しい。「したがって君主政の常例から外れたこの国では」万一その自由を失うにいたるならば、彼らは地球上で最も奴隸的な民族の一つになるであろう」(SOG: A66)。現実のイギリスこそ、モンテスキューによれば、先の引用文にいう「すべての個人が市民である」ような国制を有する国なのである。

「中間権力をすべて取り除いた」とは、ピューリタン革命・名誉革命の過程を通して現実に見られたいわゆる「所有権 *property* の代表者」としての議会庶民院の地位の上昇(したがって「中間諸権力」代表としての貴族院の地位下降)を言うものであろう。この国ではモンテスキューのいう国家(「国家状態」と市民社会(「市民状態」)、したがってまた「市民法」と「国制の法」との関係も独自の展開をとげる。ドイツの歴史家ヴェルナー・コンツェを参照しつつ村上淳一がいうように、「名誉革命後のイギリスにおいてこの二元主義(大陸諸国に見られた、自立的な諸権力からなる政治社会と、政治権力をしだいに集中してゆく君主との対抗関係)が精算されこと、国家と社会の分離と

いう図式の上に近代法の体系（とりわけ、「大陸法のように」公法と私法との区別）が形成されゆくのではなく、『政府が社会の執行機関となる』（W・コンツェ）というかたちで政治社会（J・ロックのいう political or civil society）の再編成がなされた<sup>(47)</sup>のであった。いずれにせよ、モンテスキューは所有権の問題を、それ自体として——例えばイギリスについていえば自由土地保有権 *feehold* の所有権 *property* 化にかかわる歴史として——考察していたわけではない。彼が注目するのは、あくまでその政治的な機能なのである。モンテスキュー自身の枠組からみれば、イギリスの例は、〈所有権の代表者〉がとくに富の「優越性」により議会庶民院に結集し立法権（人民の「一般意思」）を端的に担うという形で主権主体に介在したときに（King in Parliament）、裁判権力も名実ともに国王から独立し（裁判権はいまや「ある意味では無である」）、いわゆる〈権力分立〉が可能となったことを示した、とも言いえよう（11-6: A294, 297, 302ff）。

これと同じ視角からする限りで、一八世紀までのフランスに同じような所有秩序を見出すことはできるであろうか？ ……われわれにもいまや「イタリア」が見えてくる。

全編の最終章である第三一編第三四章はこの議論全体の要約ともなっているから、ここではそれを全文引用して、「全一の作品としての『法の精神』」検討の終末を飾ることにしよう。ただし、ここで語られるのは、フランスにおける近代的な所有秩序の、確かではあるが、ごく端緒的な発展段階にとどまる。「イタリア」にはいまだ上陸したわけではない。まだ海上から水平線に見えているだけなのだ。

封地 *fiefs* が取上げ可能か一代限りであったときは、封地は、ほとんど国制の法律のみに属していた。その当

時の公民(民事)の法律において、封地の関する法律についてはほとんど述べられていないのは、そのためである。しかし、封地は、世襲的になり、贈与されることも売却されることも遺贈されることもできるようになったとき、国制の法律にも民事の法律にも属した。封地は、軍事的奉仕の義務と見られることによって、国制の法律に属し、取引 *commerce* される財産の一種と見られることによって市民法 *droit civil* に属した。このことは封地に関する民事の法律を生み出した。

封地が世襲になったので、相続順位に関する法律は、封地の永代性と関係せざるをえなかった。このようにして、ローマ法およびサリー族の法律にかかわらず、「伝来財産は遡らない *Propres ne remontent point*」というあのフランス法 *le droit francçois* の原則が成立した<sup>(18)</sup>。封地は、役務に服することが必要であったが、祖父や大伯叔父は、領主に出仕するには向いていない家士であった。だから、われわれがブーティリエから学び知っているように、この原則は、初めは、封地についてのみ成立したのであった。

封地が世襲になったので、封地が役務に服しているかどうかを監視しなくてはならなくなった領主は、封地を相続すべき女子、そして私の考えるには、ときには男子も、領主の同意なしには婚姻できないということを要求した。その結果、夫婦財産契約は、貴族にとっては、封建的取決めにかつ民事的取決めとなった。領主の目前で行われるこのような行為においては、封地が相続人によって役務に服せしめられていることを目的として、将来の相続に関する取決めが行われた。だから、ボワイエおよびオーフレリウスが指摘したように、初めは貴族のみが夫婦財産契約によって将来の相続財産処分する自由を得たのである。

家系取戻し *retrait lignager* は古い血族権<sup>(19)</sup> *ancien droit des parents* に基づくもので、われわれの古いフランス

法慣例上の一つの神秘であり、また、それについて詳しく述べる時間を私は持たないが、封地に関しては、封地が永代的になったときに初めて家系取戻しが存立しえたということは、言をまたないのである。

「イタリア、イタリア……」。私は、大部分の著者が封地の研究を始めたところで終わることにする。(3134)

モンテスキューの時代に、土地は、領土の直営地(ドメーヌ)に限らず農民の保有地も、いわば自由に処分しうるものとしてすでに流動化していた。イギリスが「中間権力をすべて取り除いた」と同様に、またフランスでもローマ法の枠組みに依拠したドマラの議論に見えるように、モンテスキューは家系取戻しがやがて衰退することを予期していたであろう。だが、土地は単なる商品ではない。モンテスキューは自由な所有権が成立することよりも、所有権に係わる「フランス法」の原理が「初めは」封地についてのみ成立し「初めは」貴族のみが享受しえたことにあえて注目し——イギリスで中間権力に代わって「所有権の代表者」たる庶民院がそうした役割を担ったことを想起しつつ——、なお政治的・国制的機能を維持することを、モンテスキューは予想する。モンテスキューのいう「イタリア」の地上にわれわれが今日見ているのは、大革命の諸事件、とくに封建制廃止の法律と、人権宣言、とりわけその第一六条の「権利の保障が確保されず、権力の分立が規定されていないすべての社会は、*constitution*をもつものではない」という命題であり、また家系取戻しなどの自由な契約関係を阻害する要因の最終的除去<sup>(10)</sup>、さらにドマ、ポティエによって基礎がすでに築かれ、やがてポルタリスらによって完成される、「市民法」の体系つまりフランス民法典である。なかでも人権宣言第一六条はモンテスキューの思想に由来するといふべきであるが、それは、三権分立の原理が確認されているということだけではなく、人権とりわけ所有権(*dominium* → *propriété*)と、主権(*imperium* → *sou-*

veraineté) したがってまた権力分立の制度との、特有の、ふつう立憲主義 constitutionalisme と呼ばれるところの結合思想においてなのである。モンテスキューが想定した、「すべての個人が市民であり、そして君公がその領土支配権 empire によって所有しているものを各人がその土地領有権 domaine によって所有している」ような所有秩序は、封建制ではなく、やがて市場経済（経済のための商業）の基礎のうえに実現されるであろう。それにしてもハーバード・マスのように、市民的公共の「政治的」機能は、市場経済ないし近代市民社会そのものの論理ではなく、むしろ中世の封建制に、その国制の中核をなす領主権 dominium に淵源を有するものなのである。

### むすびに代えて

モンテスキューの『法の精神』は、法学の書としては、われわれがその一部に言及してきたように、小さくはない限界をもつものではあるが、比較史的・比較法社会学的研究として日本の法律家にとっても、なおきわめて重要な意味をもちつつづけている。「比較法文化論」という意味での比較法の研究を、とくにロシア法の特徴を考えてきた筆者にとっては、ウエーバーの『法社会学』を除けば、これにまさる方法的な知恵の宝庫はなかったといつてよいほどである。<sup>(註)</sup>政治学の書ではなく、法学の書として『法の精神』を活かす道についても、すでに本文で触れてきた。筆者自身はこれまで、この書を手掛かりとして、非西欧地域における法文化の特質を際立たせるために、ギリシアの良き法秩序 eunomia を起点とし、西洋における法の歴史を貫通するところの、〈主権—所有権〉の内在的連関を基軸とした、広い意味での立憲主義 constitutionalism を一つの範型として設定することを試みている。<sup>(註)</sup>

筆者はモンテスキューの『法の精神』が、一つには比較法の方法を鍛えるための訓練の場として、もうひとつには、比較法における日本法の地位を論ずるための視座をかためるための場として、いまよりはもっと法学界における議論の素材になる可能性があろう。その兆候は今日までに、とくに〈習俗↓ロワ〉図式との関連で、いくつか認めることができる。<sup>(53)</sup> むろんモンテスキューが日本について論じた事柄は、なによりもその素材の範囲と正確度という点で大きな限界をもっており、モンテスキューは、ロシアについて〈ロシアはまだヨーロッパだ〉という予見に立っていたのと同様に、アジアを「専制がいわば馴化 *naturaliser* されている地域」(A141) と見る、オリエンタリズムの傾向を免れてはいなかったことも確かである。だが彼が日本法を見ていた目は、ロシア法を見ていた目と同じように、そのスケールの大きな方法的構えという点で、なお今日的な意味をもっていると考えられる。日本はモンテスキューによれば、専制つまり「法律のない」政体の伝統をもつ国であったのである。これは現代日本法を考えるうえで、かなり刺激的な問題設定だとは言えないだろうか。

- (1) ハナ・アーレント「全体主義の本性について」斎藤純一ほか訳『アーレント政治思想集成』2、みすず書房、二〇〇二年（原著一九五四年）、川出良枝『貴族の徳、商業の精神—モンテスキューと専制批判の系譜』東京大学出版会、一九九六年、押村高『モンテスキューの政治理論—自由の歴史的位相』早稲田大学出版部、一九九六年、参照。
- (2) 宮沢俊義『モンテスキュー 法の精神』（大思想文庫13）岩波書店、一九三六年。
- (3) 同前、七〇頁。
- (4) 古賀英三郎『モンテスキュー』（人類の知的遺産39）講談社、一九八二年、一六〇—一六一頁。

- (5) 小論は、筆者がこの数年、法学研究科や法務研究科などの大学院で行ってきた「法の精神」を通読する「風の演習の経験」にもとづいており、研究論文というよりもむしろこうした演習のための入門的な教材作りを当面はめざすものである。
- (6) ヘーゲル(K・H・イルティンク編、長谷川宏訳)『法哲学講義』作品社、二〇〇〇年、一八頁。
- (7) 本稿では「法の精神」からの引用箇所をそれが位置する編・章から、例えば第一編第一章については「I」のように示すことにする。本書において章は一般的には紙幅上短いので該当箇所を見出すことはこのような表記でも難しくはないが、各章が長文にわたり該当箇所が見出しにくいと思われる場合には、岩波文庫版『法の精神』(野田良之ほか訳)の上・中・下各巻をA・B・Cとし、例えば上巻一〇頁を「A10」のように補足的に表記することにしよう。なお、この訳書は原文との関係における信頼度がきわめて高く、小論ももっぱらこれに依拠するが、*citiz*を「公民的」と訳す原則に立っているため、小論では行論の都合でこれを「市民的」と変更した箇所があることをお断りしておく。
- (8) 例えば、「習俗 *mœurs* と生活様式 *manières* とは、法律 *lois* が制定したのでもなく、また制定することもできず、制定しようとする欲しなかつた慣行 *usages* である。／法律と習俗との間には、法律がいつそう公民 *citoyen* の行動を規制するのに対して、習俗はよりいつそう人間 *homme* の行動を規制するという区別がある。習俗と生活様式との間には、前者がよりいつそう内面的な振舞にかかわり、後者が外面的な振舞にかかわるといふ区別がある」とされるように(1916)。ただ、のちに詳しく検討するように、「習俗」はつねに「内面的な振舞」に限定されるわけではなく、むしろ内面的な確信に支えられた(社会関係)という意味合いで重要な役割を与えられることのほうがわれわれにとつては肝要であろう。
- (9) 例えば、モンテスキューはこう言う。「そこ「フランク族の支配権のもとで生活していたサクソン族の法」には、金銭刑においてはゲルマン人の法律の精神が、そして、体刑においては征服者の精神が見られる」(2828: C142)。



(10) 「法律がない」状態ないし「悪い種類の立法」はアジアの専制政体（とモンテスキューの時代のロシア）だけ固有のものではないことにも留意すべきであろう。とりあえず『法の精神』第二九編第一七章参照。この点についてはなお本文で後述する。

(11) 例えば次のようにいうとき、モンテスキューは法形成の形式の問題と法の素材という問題を正確に識別していたといえよう。「いくつもの史料を通じて、第一および第二家系「カロリング朝およびメロヴィング朝」において局地的慣習法がすでにあったことが知られ、その頃の地域の慣習法 (coutume du lieu)、「古い慣行 (usage ancien)」、慣習法 (coutume)、「諸法律 (lois) および諸慣習法 (coutumes)」「とさうように多様な名称でよばれる法源」についても論じられる。著述家たちは、慣習法と名付けられていたのは蛮民の法律<sup>[1]</sup>「ゲルマン諸部族の法典」であり、法律<sup>[2]</sup>と<sup>[3]</sup>と呼ばれていたのはローマ法<sup>[4]</sup> *le droit romain* であると考えていた。私はさういうことはありえないことを証明する。ピピン王は、どこでも法律のないところでは、慣習法に従うように、しかし、慣習法が法律より優先されないように命じた。ところで、ローマ法が蛮民の諸法典に対して優先権をもっているなどと言うのは、すべての古い史料、とりわけ、その反対のことを繰り返し述べている蛮民の諸法典を覆すものである。／蛮民の法律がこれらの慣習法だったどころか、属人的な法律としてはこれらの慣習法を導入したのが「法形成の形式から見れば」まさに蛮民の法律だったのである」(2812)。

また、「このように、各地域において、支配的な法律と、この支配的な法律に抵触しないときにその補足の役を果たす一般に認められた慣行があった」(2812, C165)。ここで言われている「支配的な法律」が本文に引用した中世盛期には、後景に退いているわけである。ゲルマン諸部族の法典やフランク王国の勅法 *capitulaire* の意味での「法律」がいかにも後退してゆき慣習法に取って代わられたかは、『法の精神』第二八編第九章以下に叙述されている。

(12) 前注 (4) 参照。

(13) *Traité des lois*, Ch. I, § 1. ドマの著作については J. Remy 編の *Oeuvres complètes de J. Domat*, Paris: Alex-Gobelet, 1835 を利用した。ドマにおける lois の概念については、なお、小川浩三「ジャン・ドマの lois de la religion と lois de la politique」(一)『北大法学論集』第三八卷三号(一九八八年)四二六—四二七頁註(7) 参照。

(14) 小川、同前。小川はここで、この意味では、lois は「法＝抽象的正」つまり droit と考えてもよいと付言している。だが、それなら主著の書名になぜ *drois civils* を用いずに *lois civiles* とするのか? 公法についてドマは他の自著書名に *droit* という用語を使用するのに、市民法(私法)についてあえて *lois* の用語を用いる理由を問わなければならないであろう。

(15) 法の「実定化」(Positivierung) については、N・ルーマン(村上淳一・六本佳平訳)『法社会学』岩波書店、一九七七年、第四章参照。ルーマンにおいてはとくに以下の指摘に注目しておきたい。「ローマの法律〔十二表法およびユスティニアヌス法典〕も後期ゲルマンの諸部族法も、全面的に実定的な法を生み出したわけではなかった。実定化を示す基準は『法源』に、すなわち一回的な決定行為に求められるのではなく、たえず現実的でありうる法体験 *Rechtserleben* に求められる。法が実定的に妥当するのは、立法という歴史的行為が法体験の記憶に存するというだけの根拠によるものではない(中世を見れば分かるように)立法行為の歴史性は、伝統的な法思考においては、まさに不変性の象徴として役立つ(だが近代に至って、「たえず現実的でありうる法体験」に加えて)法は立法という決定によって妥当するものとして体験される場合に、すなわちもろもろの可能性のなかから選択されたものとし体験される場合に、実定的に妥当するのである。法の実定性がもつ歴史的に新しい要素、冒険的な要素は、法の変更の合法化である」(同前、二三〇—二三一頁)。

(16) ルーマン、同前参照。

(17) 今日ではこの例はむしろ本来の意味での「立法」の復活として論じられる。F・オリヴィエ＝マルタン（埴浩訳）『フランス法制史概説』創文社、一九八六年、三二七―三二八頁参照。オリヴィエ＝マルタンは王の裁判権（ないし裁判義務）が教会法的な *jurisdictio*（裁判権）觀念の影響を受けたものであり、これにより「王の立法特権が真に復活する」ことを指摘しているが、一二世紀に新しい「立法」の波が生じたという考え方は、近代法形成の起点をどこに求めるかという問題にかかわる重要な論点（いわゆる「教皇革命」、ハスキンス「一二世紀ルネサンス」論とその後の展開など）を浮かび上がらせるものである。この問題につき Harold J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, 1983, J・ヴェルジェ（野口洋二訳）『入門 十二世紀ルネサンス』創文社、二〇〇一年（原書一九九六年）、西川洋一「十三世紀の君主立法権概念に関するノート」(一)(二)(三・完)『国家学会雑誌』一一二巻一・二号―七・八号（一九九九年）、参照。

(18) 押村、前掲、第一章および終章参照。

(19) 「母なくして生まれし子」 *Polem sine matre creatam* については、筆者は旧稿でこれを、男神・ゼウスの頭から生まれ た知恵の（アイスキュロス「エウメニデス」などよればさらに裁判を司る）女神アテナを想定しつつ、モンテスキューが自著のオリジナリティーを誇示した文言と推測したが、その後、この次第を文献学的に検証する例に接した。E・R・クルツイウス（南大路振一ほか訳）『ヨーロッパ文学とラテン中世』みすず書房、一九七一年（原書二版一九五四年）、八三〇―八三二頁参照。だがここで重要なのはそれよりも、本文で述べたように、この「母なくして生まれし子」が構文上、これと同格の「相続に関するローマの法律についての」、またフランスの法律や封建制の法律についての新しい諸

研究』(『法の精神』第二七―三一編)を指すという点である。

(20) 川出、前掲、二八六頁。

(21) エミール・デュルケーム(小関藤一郎・川喜多喬訳)『モンテスキューとルソー―社会学の先駆者たち』法政大学出版社、一九七五年、六二、六四頁。

(22) モンテスキュー(田中治男・栗田伸子訳)『ローマ人盛衰原因論』岩波文庫、一〇二―一〇三頁。川出、前掲、一八三―一八四頁参照。なお、ここで引用者が補足したマキアヴェッリの『ローマ史論』は該当箇所が次のようにいう。「このように考える人々(つまりローマにおける貴族と平民との不和を非難の対象とする人々)は、どんな国家のなかにも二つの異なった傾向、すなわち人民的なものと貴族的なものが存在するということを考えてもみようとしない。つまり、自由を確保するためにつくられたすべての法律(Leges)は、ローマでたやくすくその跡をたどりうるように、民衆と貴族との対立から生じたものであることに気づかない。……多くの英雄的行為によって光彩を放っている国家を、無秩序な国家だとはどうしてもいえないのである。というのは、英雄的な偉業は正しい教育のたまものであり、正しい教育はよき法律から生まれる。そのよき法律は、多くの人が考え違いをして非難している、あの内紛に由来しているからである」(マキアヴェッリ「デイスコルシ」『マキアヴェッリ全集』第2巻、永井三明訳、筑摩書房、一九九九年、二二二頁)。

(23) キケローにたいするモンテスキューの立場については、例えば、押村、前掲、三二―三三頁参照。ちなみに、キケローはモンテスキューだけが注目した古典古代の作品ではなく、プラトンと並んで、一四―一六世紀のルネサンスが「発見」した最も重要な遺産の一つであったことについて、根占献一『フィレンツェ共和国のヒューマニスト―イタリア・ルネサンス研究』創文社、二〇〇五年、序章参照。

- (24) キケロー（岡道男訳）『法律について』（第二巻第一〇章第二三節）『キケロー選集』第八巻、岩波書店、一九九九年、二四〇頁。
- (25) 同前、一九三一一九四頁（『法律について』第一巻第六章第一九節）。
- (26) もっとも〈正義↓法律〉という観念図式は、むしろもつぱらキケローに由来すると考えてはならない。後にも見るようにここではキケロー→モンテスキューという線を重ねるべきであるが、〈正義↓法律〉の観念は古典古代においてはむしろ通念であったと考えなければならぬ。例えば、学説纂纂（Digesta）一・一・一前文の注に、「然れども法は正義より、まさに正義の根源より生ず。故に正義は法に先在す *prout fuit iustitia quam ius*」とされるように（田中耕太郎訳、ラートブルフ『法哲学』「ラートブルフ著作集第1巻」東京大学出版会、一九六一年「原著五版一九五五年」一四七一—四八頁）。こうした思想の源は、ストア派の哲学にある。
- (27) このマキアヴェッリの方法がもつ問題性は、その政体論を含めモンテスキューにも波及したと考えられるが、この経緯については別途考察する機会をもちたい。この点につきさしあたり、木庭頭「政治的・法的観念体系成立の諸前提」『岩波講座 社会科学の方法』VI、一九九三年、一三三—一三三頁、二四九—二五〇頁注（9）参照。
- (28) E・エールリッヒ（河上倫逸、M・フープリヒト訳）『法社会学の基礎理論』みすず書房、一九八四年（原書一九一三年）、四六六頁。ただ、エールリッヒは、モンテスキューの法社会学を「無意識のうちに」なされたものとし、「彼の著作は、整序されていないディレクタンティッシュで脈絡のない巨匠の作品なのであって、学者の作品ではなく、しかも彼にとってのみならず、彼の時代にとつても、あまりに広範にわたり、手に余るものだったのであるが、それでも、それは多くの刺激と多くの教示を含む汲めども尽きぬ泉だったのである」という。（同、四六六—四六七頁）。エールリッヒに

は、われわれのいう「大地を掘る」方法がほとんど理解できなかったわけである。

(29) だが、われわれはゲルマン社会以降のヨーロッパについても、〈習俗↓ロフ〉というモンテスキューによる「法則」の発見を思想上孤立した出来事とみなしてはならないであろう。これに関連して、ここでは以下四点ほど指摘しておこう。

一つは、〈習俗↓ロフ〉法則の認識については、ルネサンスからフランスのモラリスト（そしておそらくはモンテスキュー）に至る思想史の線を考えておく必要がある。例えば、モンテスキューとほぼ同郷といつてよいモンテーニュが『エッセー』（一五八〇・八八年）で「法律」が信用を保つのは、公正 justes であるからではなく、法律だからである。これこそ権威の不思議な根拠で、それ以外には何の根拠もない」（第三章第一三章、原二郎訳）としたのに対して、モンテスキューと同様ジャンセニストであったパスカル『パンセ』（一六七〇年）はこう応答している。「彼〔ある作者未詳の手紙のなかの人物〕は、その統治しようとする世界の機構 *l'economie du monde* を何の上に基礎づけようとするのか。各個人の気まぐれの上であらうか。なんとという混乱。正義の上であらうか。彼はそれを知らない。確かに、もしもそれを知っていたのだったなら、人間のあいだで最も一般的なこの格率、すなわち、各人は自国の風習 *l'usage* に従うべし、などというのを確立しなかつたであらう」。「このような混乱から、ある人は、正義の本質は立法者の権威であると言ひ、他の人は、君主の便宜であると言ひ、また他の人は、現在の習慣 *coutume* であると言ひ、それが生じる。理性だけに従えば、それ自身正しいというようなものは何もない。すべてのものは時とともに動揺する。習慣は、それが受け入れられているという、ただそれだけの理由で、公平 *equite* のすべてを形成する。これがその権威の神秘的基礎である」と（断章二九四、前田陽一・柚木康訳）。こうした経緯、とりわけパスカルの逆説（正義はやはり「力」に他ならない）に「脱構築」の先駆を見、これを現代思想に繋げる試みとして、ジャック・デリダ（堅田研一訳）『法の力』法政大学出版社、

一九九九年（原書一九九四年）、二三頁以下参照。

第二は、ここから後代のフランスに繋がる思想史の線である。モンテスキューのすぐ後、ルソーが〈習俗↓ロワ〉認識を、それはそれとして維持しつつ、人民主権（「一般意思」）の導入を契機として一面で〈法律↓習俗〉の把握へと逆転させるが、これについては旧稿で論じたので、いまは立ち入らない。大江泰一郎「比較法文化論における習俗と法律・法—モンテスキューとルソー—ロシア専制論からの視角」滝沢正編『比較法学の課題と展望』大木雅夫先生古稀記念、信山社、二〇〇二年、参照。

三つめは、ドイツにおける民法典制定問題をめぐる論文「立法と法学にたいする現代の使命について」（一八一四年）において、法典の早期制定を主張するテイボーを批判しつつ、言語と同様に法が「習俗 Site」と民族的確信 Volks Glaube から、次いで法律学を通じて「形成されるべきことを主張した、サヴィニーの法思想との関連である。サヴィニーの主張についての研究は多いが、これとモンテスキューとの関係はこれまでほとんど議論されてこなかったように思われる。筆者は、サヴィニーの思想がモンテスキューの法思想の〈層位学〉のいずれかの点で交錯するものと推測するが、この問題の検討は機会を改めて行いたい。さしあたり、カール・クレツシエル（佐々木有司・平田公夫訳）「ゲルマニステイクの法学と歴史法学派—川上倫逸編『ドイツ近代の意識と社会—法学的・文学的ゲルマニステイクのアンビヴァレンツ』ミネルヴァ書房、一九八七年、デアハルト・デイルヒャー（海老原明夫訳）「慣習法の理論—旧ヨーロッパから近代へ」海老原編『法の近代とポストモダン』東京大学出版会、一九九三年、参照。

第四は、これもフランスの外への広がりを見野におくものであるが、モンテスキュー『法の精神』がフランスでの公刊二年後に英訳され、その際モンテスキューの「習俗」*mœurs* が *manners* に、また「生活様式」*manières* が *customs*

に翻訳され、とくにこの manners 概念がその後エドマンド・バークやデイヴィッド・ヒュームなどの議論に大きな影響を及ぼすことになったという点である。この点については、J・G・A・ポコック『徳・商業・歴史』みずす書房、一九九三年（原書一九八五年）第二章「徳、権利、作法 manners — 政治思想家のための一つのモデル」、犬塚元「エドマンド・バーク、習俗（マナーズ）と政治権力―名声・社会的関係・洗練の政治学」『国家学会雑誌』一一〇巻七・八号（一九九七年）、一二二頁以下、同『デイヴィッド・ヒュームの政治学』東京大学出版会、二〇〇四年、参照。

(30) キケロー（高橋宏幸訳）『義務について』第二巻第二章「キケロー選集」第九巻、岩波書店、一九九九年、二六八頁（訳語を一部変更）。このキケローの議論は、モンテスキューによって、「キケローは、国家は各人がその財産を保全するためにのみ設立されたのであるから、農地に関する諸法律は不幸をもたらすものだと主張した」(C106) という形で、利用されている。

(31) これについては、木庭顕「GV Gravina のための小さな覚え書」『国家学会雑誌』一一一巻七〇八号（一九九八年）、メルヴィン・リクター（岡崎晴輝訳）「モンテスキューと市民社会の概念」『思想』八八九号（一九九八年）、参照。

(32) アーレント、前掲、一五二頁。

(33) 筆者の『ロシア・社会主義・法文化』（日本評論社、一九九二年）は、この意味では、ウェーバーに依拠した「レヒト型」法文化と「レグルマン型」法文化の二極分岐論を試みるものである。

(34) この politique はモンテスキューが使用する civiltà の用語法とも絡む。この点につき、川出、前掲、三〇四頁注（一）参照。川出のコメントとの関係では、politique はいつとも必ず civiltà と対立する概念であるとは言えないことに留意すべきであろう。ただし、モンテスキューは例えば「セクトゥスの犯罪はローマに政治的自由を与え、パピリウスの犯罪はローマに



市民的自由を与えた」(A373) というように、politique と civil を必要に応じてはつきり区別することができたことも見落としてはならない。

- (35) アダム・スミス(水田洋訳)『法学講義』岩波文庫、私法—契約—不法行為による対人権の項参照。
- (36) この問題については、ウェーバー(世良晃志郎訳)『法社会学』創文社、一九七四年、七八、八六、一一五、一三二頁(ただしここでは Delikt は「違法行為」と訳されている)、H・ミッターイス(世良晃志郎・廣中俊雄訳)『ドイツ私法概説』創文社、二三〇—二四〇頁、広中俊雄「契約とその法的保護」(広中俊雄著作集1)創文社、一九九二年(初出一九五三—五四年)、七二—七三頁、田中英夫「英米における無償契約に対する法的保護(史的素描)」比較法学会編『贈与の研究』有斐閣、一九五八年、五〇—五一頁、参照。
- (37) 川出も、モンテスキューが「テーマの大きさに逡巡し」ていることを認めている。川出、前掲、二四九頁。
- (38) le commerce d'économie の "économie" は、ギリシア語の語源 oikos + nomos との関連においても、「家政」ないし「生計」あるいはより一般的に「経営」としたほうがモンテスキューの文脈には適合するよう思われる。商業と家政(学) Okonomik との関係について、O・ブルナー(石井紫郎ほか訳)『ヨーロッパ—その歴史と精神』岩波書店、一九七四年(原書第二版一九六八年)、一七四頁参照。
- (39) 岩波文庫版(中)、四二二頁(B305への訳注参照)。
- (40) イェーリング(村上淳一訳)『権利のための闘争』岩波文庫、一〇六頁。
- (41) 大江『ロシア・社会主義・法文化』第一章参照。
- (42) 川出が「市民的自由」を論ずるさいにも、その考察はほとんど奴隷制・征服などとの対比で論じられるにとどまってお

り、「財産」とは何かには及ばない。川出、前掲、二八四以下参照。

- (43) 分割所有権論については、オリヴィエ＝マルタン、前掲、四八一頁、その理論の形成については、片岡輝夫「フランス法における分割所有権の歴史的研究」(二)―(三・完)『国家学会雑誌』六四卷一〇―一一―一二号、六五卷二―三号、五―六―七号、参照。

- (44) ポティエはすでに下級所有権 *domaine utile* (農民の土地保有権を念頭においてよいと思われる) を不動産に関する所有権とみなしている。關口晃「フランス近世私法に関する一試論」法制史学会編『法典編纂史の基本的諸問題』(法制史研究第一四号別冊) 創文社、一九六四年、一〇三頁、参照。

- (45) J. Bodin, *Les Six Livres de la République*, Paris, 1583 (Neudruck, Darmstadt: Scientia Aalen, 1977) p. 157. 成瀬治『近代市民社会の成立―社会思想的考察』東京大学出版会、一九八四年、四九―五一頁参照。セネカからの引用文については、『セネカ哲学全集』第二巻、岩波書店、二〇〇六年、四四六、四四八頁(ただし、第一センテンスの文型はややことなる)。

- (46) ハーバーマスの「市民的公共性」概念は、それが市民社会の圏域に属しながらも「政治的」機能をもつとされている点に大きな特色があるが、彼はこの公共性を育む近代市民社会の歴史的根源を中世盛期の国制、とりわけそこにおける領主権 *Grundherrschaft: dominium* に求めている。J・ハーバーマス(細谷貞雄・山田正行訳)『公共性の構造転換』未来社、第二版一九九四年(原書初版一九六二年)、一頁参照。領主権についてはブルンナーの『ラントとヘルシャフト』から以下の箇所が引用されている(同、一七―一八頁)。「ラントを公生活の圏として捉えると、家や家長が行使する権力〔領主権力〕において見られるものは、まさに第二次的な公権力である。これは、その上位にあるラントの権力に比べれ

ば、確かに私的な権力であるが、それにしても近代的私法秩序における私権とはすこぶ異なる意味における私権なのである。『私的な』支配権能と『公的な』支配権能とがひとつの不可分な統一体に融合し、したがって両者ともに統一権力の発露であり、土地に結びつき、正統に獲得された私権のように取り扱われるということは、私の見るところでは以上の理由から説明できる」(O. Brunner, *Land und Herrschaft*, 5. Aufl., Wien, 1965, S. 337)。ついでに *dominium* の捉え方の嚆矢をなすのはやはり、オットー・フォン・ギールケの「[中世の] *dominium* 概念の中には支配 *Herrschaft* と所有 *Eigentum* が混和されていた」という把握である。O. von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, 3. Band, 1881 (Nachdruck, Graz 1954), S. 628, ギールケ(坂本仁作訳)『中世の政治理論』ミネルヴァ書房、一九八五年、一二〇頁。中世フランスにおける領主権 *seigneurie* を「同時に所有権と主権とからなる特殊な組織」と把握する見方についてさらに、F・オリヴィエ・マルタン(埴浩訳)『フランス法制史概説』創文社、一九八六年(原書初刷一九四八年)、一九〇、二二二頁参照。

(47) 村上淳「ヨーロッパ近代法の諸類型」平井宣雄編『社会科学への招待 法律学』日本評論社、一九七四年、四八頁。

(48) 「溯る」*remonter* は「再び上昇する」つまり「封地が受封者から(上位者たる)封主に復帰する」の意味であるから、*Propres ne remontent point* (伝来財産は遡らない)とは、「封建的取戻」*retrait féodal*、*retrait seigneurial* が生じないこと、すなわち「封主に復帰しない」(相続によって家系内にとどまる)ことを意味するであろう。引用文後出の「家系取戻」と類似するが、復帰ないし回帰(取戻)がなされるのが、封主へか、親族(家系の構成員)へか、によって区別される。モンテスキューは前者に封建的取戻が衰退して、受封者が封地を相続(世襲化・永代化)しうるようになることによって、後者の「家系取戻」の法理が成立するとする。ここで本稿の観点から見て肝要なのは、これによって自由

- な土地売買契約が切斷（＝解除）されることである。「伝来財産」、「封建的取戻」、「家系取戻」については、オリヴィエ・マルタン、前掲、三九七、四〇六、四〇八―四〇九、九七一―九七二頁参照（ただしここでは伝来財産 *Propres* は「親族固有不動産」、家系取戻し *retrait lignager* は「親族取戻」と訳されている）。水林彪「西欧法の普遍性と特殊性―比較法史的考察」『比較法研究』六五号（二〇〇四年）は、ここでいう親族取戻法の否定・克服を、ドマに始まりフランス民法典に至る近代契約法（土地取引法）の体系の展開において位置づけている（同一四頁以下参照）。ただ水林は、ドマが「家系取戻」（水林のいう「親族取戻法」）を「否定」し、「土地商品化を正面から承認し」することによって「近代契約法（土地取引法）の体系を構築した」とする（同、一五―一六頁）が、われわれはこれを、ドマの議論の自然法的・ローマ法的な基調（「自然的秩序における市民的ロフ」に即した解釈と見ておきたい（家系取戻の廃止については後注（50）、ドマの契約法については『自然的秩序における市民的ロフ』のとくに売買契約の章、*Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Part 1, Liv. 1, Tit. 2. を参照）。それにしても、「私は大部分の著者〔ドマら〕が封地の研究を始めたところで〔本書を〕終わることにする」（C462）というように、モンテスキューは、家系取戻も、かつての封建的取戻と同様に、衰退の運命にあることを予期しているように見える。フランス民法典成立にいたる過程でのドマ、ポティエ、そしてポルタリスらの位置についてはさらに、北村一郎「作品としてのフランス民法典」同編『フランス民法典の二〇〇年』有斐閣、二〇〇六年、参照。
- (49) M・ブロック（堀米庸三監訳）『封建社会』岩波書店、一九九五年（原書一九三九・四〇年）、第一篇「血の絆」、家系取戻しについては、同、一七九頁、参照。
- (50) 封建的取戻・家系取戻などの *retrait* が法律によって廃止されるのは革命後の一七九〇年、最終的には一七九二年である。

野田良之『フランス法概論』上巻(2)、有斐閣、一九五四年、六二二頁。

(51) モンテスキューをルソーと比較しつつ、法の実定化という視角からロシア法研究の方法を考えたものとして、大江「比較法文化論における習俗と法律・法―モンテスキューとルソー…ロシア専制論からの視角」参照。

(52) 大江泰一郎「比較法文化論における政治権力・所有秩序カテゴリー」『静岡大学』法政研究 九巻四号(二〇〇五年)。

(53) ごく一例を挙げれば、星野英一「日本における契約法の変遷」(日仏学会編『日本とフランスの契約観』有斐閣、一九八二年、所収)は、法の概念についてミッシェル・ヴィレイとジャン・カルボニエの著作を参照しつつ、継受法(法律と判例)と国民の習俗 *Et coutumes* とを対比する枠組を設定する、つまり法社会学的な方法をとる(「生ける法」でないことに注目したい)のであるが、結果として、きわめて強い啓発的なインパクトをもつ作品となっているように思われる。モンテスキューへの言及は直接にはないが、法律と習俗という枠組にフランス法学の伝統が感じられよう。また、政治学者の飯田泰三は、『丸山眞男講義録』第五冊(東京大学出版会、一九九九年)「解題」で川崎修の議論に因み、丸山の一九五〇年度「政治学史」講義に、ルソー的な意味での「人民主権を成り立たしめる人民の *Et coutumes* (= *mores*)」を解明しようとする問題関心を見ている(同、三三四頁)。ルソーの *Et coutumes* はもともとモンテスキューに由来するものにも他ならない。ここにも法社会学に接続する視角を見出すことができる(政治学の問題としても、前注(29)で触れたヒュームの政治学とくに習俗 *Et manners* 論が重要な意味をもつことになろう)。なお、前注(29)のその他の諸文献参照。

(54) ロシア法との関係では、大江「比較法文化論における習俗と法律・法―モンテスキューとルソー…ロシア専制論からの視角」参照。