



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	A. エスマンの憲法学 ―フランス現代憲法学の形成（1）―
Author(s)	深瀬, 忠一; FUKASE, Tadakazu
Citation	北大法学論集, 15(2), 95-120
Issue Date	1964-11-14
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16042
Type	departmental bulletin paper
File Information	15(2)_p95-120.pdf



資料

A・エスマンの憲法学

—— フランス現代憲法学の形成(一) ——

深瀬 忠一

はしがき

一、その人と業績

二、歴史的・比較的方法

三、憲法理念および制度論

あとがき

は し が き

フランスの現代憲法学というとき、私は、前世紀末葉から今日にかけ八十数年にわたって輩出した、多彩にして輝かしい——すぐれてフランス的な——諸学説の巨大な蓄積の総体を想起せざるをえない。そして私の関心は必然的に、

1° それらの諸学説各々に固有・独自の特質・真価は何なのか、
2° それらが相対立し論争することによって進展せしめてきた憲法学の全般的状況、およびそのなかにおける学説相互間の関連いかん、という問題に向けられ、

3° さらに進んで諸学派の憲法思想の淵源と系譜をたずねるとともに、それらを産んだ法的・社会的・経済的背景はいかなるものかを掘り下げて考察することを、要求するのである。

この関心と問題意識は、私の渡仏留学中確定的なものとなり、幸い若干の留学生とともに、G・ヴデル教授直々のフランス憲法学説史演習に参加し活発に質疑応答する機会に恵まれ、帰朝後は文部省各個研究助成金の交付をえて——ここに感謝の意を表させていただきます——、研究を続けることができた。

いったいフランス現代憲法学をどの時期からはじめ、いかに時

代区分するかということ自体、一つの問題である。私としては、一八八〇年代に出版し、一九二〇年代後半に至るまでの間に、エスマン、デュギー、オーリウ、カレー・ド・マルベールの四巨匠の憲法学説によって、現代憲法学の基礎が確立したといつてよいと考えている。これを第一期ないし形成期と呼ぶとすれば、第二期は、一九三〇年前後から一九四五年の第二次大戦終戦の時期までであり、第一期の反省と補完、さらに危機と戦乱の時代にあつて苦悩のうちに新時代を模索し準備した時期である。これを一応反省期と呼んでおこう。第三期は大戦後今日の憲法学が開花・進展する時期であり、発展期といつておく。この三時期ないし段階は、相互に依拠し不可離の関連を有し、孤立せしめて理解することのできないものである。

ところがわが国においては、このような全体像に対して本格的に取り組んだ総合的研究は、未だないようである。もつとも、若干の個別的学説についての（例えばデュギー¹⁾詳細な研究や、前記形成期に対する全般的展望を与えた論稿に、すぐれたものがあることはたしかである。しかし、学説史上第一に重要であり主流的²⁾とさえいえる学説が全く無視され、紹介されないでいたり（例えばカレー³⁾、マルベール⁴⁾）、主流的見解をさておいて反正統派的学説が通説

のような印象を残す紹介のされ方であったり、さらに前記反省期に至っては戦争の勃発という事情もあって、全くの空白・断絶が介在し、ために、戦後の憲法学についての系譜と全般的展望を秩序づけることが不可能といった、数多くの重大盲点が存在することを否みえないように思うのである。

筆者はもとより、そのように巨大なテーマを研究し尽す能力をもつとは思えない。しかしこの仕事は、完遂をめざしてとにかくはじめられなければならないのではないかと思う。そして本稿においては、三十余年前宮沢教授が述べられたように、「現代と称せられ得る時代における最も古典的・正統的と考えられるエスマンから始めるのが適当である」と考え、その憲法学の検討を、冒頭に掲げた問題意識三点を考慮しながら——とりわけ重点を第一点すなわち学説の特質と真価を判定する作業におき——、はじめることにはしたい。なお諸学説をたんなる観念の体系としてでなく学説をうみだした学者の人間、そのもの、彼の社会的役割や実践との生きた関連において理解するように努めようと思う。また、本稿を含めて今後逐次発表を予定している諸学説は、「資料」であって、将来の総合的論究において大幅の再検討と修正を加えることを留保することを、お断りしておく。

(1) ここでは、中井淳、デュギー研究、および三代川潤四郎、

デュギーに於ける連帯の概念、法学一八巻一・二号、オリリユーと経験主義、法学二五巻一号を挙げるにとどめる。

(2) 宮沢俊義、公法学における諸傾向、フランスの社会科学所収、昭和五年。

(3) 宮沢、前掲、二〇五頁。

一 その人と業績

Adhémar ESMEIN は一八四八年生、一九一三年没。若くして秀才の誉高く、充分な教養を蓄わえた。大学ではジイド (Paul Gide) について、ローマ法を学んだ。⁽¹⁾ 一八七二年ローマ法に関する論文により博士号をとる。教授資格国家試験に席次二番で合格。一八七五年から七九年までドゥエー法学部で刑法および法史を講じた。後にパリ大学で法史学教授として講義を行ない、多くの研究論文、著作を続々と発表している。その主題は、ローマ法・フランス古法・封建法・教会法の公法・私法に及ぶ驚ろくべく広汎かつ詳細なものであり、この法の歴史の第一人者としての素養は、彼の憲法学を決定的に特色づけることになるのである。なお彼は「テヌスの弟子」だという指摘のあることが示唆してい

るように、当時の歴史学との関連を探ることは興味ある問題であるろう。

一八九二年に出版された「フランス法史入門講義」⁽³⁾（公法の比重が大きい、学部一年生の一種の法學入門書だといわれた）は、彼の傑作の一つといつてよいだろうが（一九二〇年までに）、ヴェイスは同著を次のように評している。⁽⁴⁾

「私がこの著書において賞讀したいのは、無駄が少しもない完全な充足性、非常に正確で誠実な言葉使い、決定的な証拠の選択、断定と仮定設定における慎重さ、疑惑の正直さ、学者としての良心の緻密さ、である。」

それはあなたがち過度の賞讀ではなく、同著のみならず彼の學風全般の特徴をよくとらえているといえるのではあるまいか。

法史家としての彼が憲法学を攻究するようになったのは、一八八九年に憲法講座が新設され、彼がそれを担当したことを契機とする。そして彼のこの二重の職務からいっても、學問内容上の連鎖関係からいっても、彼において法の歴史と憲法とが緊密に統合されることになる。その憲法学の成果は、一八九五年第一版が出版されるや「一挙に、すぐれて古典的な作品となった」⁽⁵⁾「フランス・比較憲法綱要」である。其の後の度重なる修正増補とデューギーとの激しい論争の成果などを加え、彼の生前に五版を数え、

死後一九二七年までにバルテルミイおよびネザールによつて八版に至る出版をみたこの著作こそは、フランス現代憲法学形成期の基礎を築いた、正統的憲法学最大の業績と称することができよう。爾來彼は「公法学上比肩するものなき權威」をもつとされ、學界においてはもちろん、議會や國務院に対しても權威をもつようになつた。もつとも彼の識見や助言が直接議會に影響を与えたということは、あまりなかつたようである。なお一九〇二年には権限裁判所判事となり、「民法季刊雜誌」の編集者となり、法史学および公法学における休みなき探究と發表は死に至るまで続いた。その生涯の業績の堂々たる展開に一べつを投ずるとき、それが「法学の次元における人間の知識の限界線の一つを劃する壮敵な山脈の印象を与える」と評することができるであらう。

彼は常にひとの善い微笑を顔面にたたえ、その微笑は激烈な論争の中にも及んだようだ。しかし正義でありまた真理なりと信ずることについては、不退転の執拗さと屢々或る非妥協性を示したという。そこに外柔内剛の温厚な紳士としての大學者の風貌が想像される。

パリ大学法学部教授・学士院会員、また法史と憲法学における最高權威として、フランスのみならず世界的な名声をえた彼は、

憲法学における論敵デュギーと対称的に、常に国家の權威を擁護した⁽⁸⁾ほか、個人的権利の尊重を強調してやまなかった。そして「真の民主制」とは、「向上するものであって、低下するものではない」として次のように書いている。⁽⁹⁾

「われわれの現代民主制になければならないものは、それを健康に醸成させまたそれを腐敗からまもるところの酵母なのである。それは真にかつ堅固に科学的である高度の教養を身につけた知的エリートである。権利の平等性のさなかにおいて、この無害で有益な貴族制——そのランクにすべてのものが入ることを望みうるのだが——こそが、民主的進歩の条件ですらあるのだ。そのみがわれわれの社会の理想を再興せしめ理想を地に落すことを阻止しうるのである。」

そこには、既存の民主的基本体系——価値的・制度的——の肯定を前提としつつ、個人の心構え・努力そして自由な発展によって「知的エリート」となり社会の進歩の担い手たるべしという理想主義を看取しうる。彼の憲法学ははかならぬこの理想——「近代の自由」の解明と構成だったといえよう。そしてこの提言の背景には、いうまでもなく、一九世紀を通じて民主的・自由主義的憲法思想と制度を定着・確定させるに至った第三共和制フランスの

成熟と安定があるのだ。しかし当時すでに底面において大規模に進行しつつあった政治的・社会的・経済的な変遷と、迫りくる危機・戦争に対しては、若干の鋭い感覚がみられるとしても、深刻な苦悶と危惧のかけはうかがわれない。この樂觀は民主的理念・制度に対する彼の信頼の鞏固さを示すものとみるべきだろうか、それとも一九世紀的憲法思想の限界を示すものとすべきであろうか。おそらくは二つながらに真であり、彼の憲法学はこの両側面をもった世紀の記念碑なのだといえそうである。

さて、以下において彼の憲法学における特質を、方法論と法理念・制度論の側面に分け、主として彼の「フランス・比較憲法綱要」に依りつつ検討を進めていこうと思う。

(1) A. Weiss, Notice sur la vie et les travaux de M.A. Esmein, lue dans la séance du 10 février 1917, Institut de France, Académie des Sciences morales et politiques. に依拠した。

その他 G. Fagniez, Funérailles de M. Esmein, Institut de France ; Nécrologie, Esmein, Revue Internationale de l'enseignement, 1913 ; F. Paul, Esmein, historien du droit, Rev. Int. l'enseign. 1916 があ^る。

(2) 博士論文のテーマは、la collatio honorum et la collatio dous.

料 (3) 業績一覽表(*印は單行本、又は抜刷印刷書)。前記博士論文のはか。

資

- * L'histoire de l'ordonnance criminelle de 1610, 1878, le prix Bodin.
- * Le délit d'adultère à Rome et la loi juria de adulteris coercendis. Etude de droit pénal romain, 1878.
- * Histoire de la procédure criminelle en France, et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIIIe siècle jusqu'à nos jours. Ouvrage couronné par l'Académie, 1881.
- * Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français, 1883.
- * Etudes sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne, et en particulier sur le sénatus-consulte velléen, par P. Gide, 2e éd., avec une notice biographique, des additions et de notes par Esmein, 1885.
- * Le testament du mari et la donatio ante nuptias, 1884. Sur l'histoire de l'usucapion, 1885.
- * Mélanges d'histoire du droit et de critique. Droit romain, 1886.
La chose jugée dans le droit de la monarchie franque, 1887.
Quelques renseignements sur l'origine des juridictions privées, 1887.

- * Le serment promissoire dans le droit canonique, 1888.
- * Etudes sur l'histoire du droit canonique privé. Le mariage en droit canonique. Ouvrage couronné par l'Académie, 1891.
- * Cours élémentaire d'histoire du droit français, le éd., 1892 ; 10e éd., 1920.
L'oeuvre d'Irmerius d'après des recherches récentes, 1893.
Nouvelles théories sur les origines féodales (Nouvelle Revue Historique), 1894.
Un passage de la somme rural de Bontiller (ibid.), 1894.
Deux formes de gouvernement (Revue du Droit Public), 1894.
De la délégation du pouvoir législatif (RDP.), 1894.
- * Eléments de droit constitutionnel français et comparé, 1e éd., 1895 ; 2e éd., 1898 ; 3e éd., 1902 ; 4e éd., 1906 ; 6e éd., préface J. Barthélemy, 1914 ; 7e éd., préface H. Nézard, 1920 ; 8e éd., préface Nézard, 1927.
Les constitutions du protectorat de Cromwell (RDP.), 1899.
La théorie de l'intervention internationale chez quelques publicistes français du XVIe siècle (NRH.), 1900.
Le droit comparé et l'enseignement du droit, procès verbaux du Congrès International de Droit Comparé, 1900.
Notes de jurisprudence parlementaire (Revue Politigue et Parlementaire), 1901.
La licence en droit et le droit romain (Revue Internationa-

le de l'Enseignement), 1902.

(ローマ法の研究多数(省略))

Jeanne d'Arc et son nouvel historien, 1902?

La jurisprudence et la doctrine (Revue Trimestrielle de Droit Civil, dirigée par lui), 1902.

Une survivance qui disparaît : "The demise of the Crown Act" du 2 juillet 1901 (Annales de Sciences Politiques), 1-903.

La science politique des physiocrates, discours au Congrès des Sociétés savantes, 1904.

* Gouverneur Morris. Un témoin américain de la Révolution française, 1906.

* Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814, Révolution, Consulat, Empire, 1908.

* La question de la juridiction administrative devant l'Assemblée Constituante, 1911.

(4) Weiss, op. cit., p. 14.

(5) *ibid.*, p. 19.

(6) Préface de J. Barthélemy, *Éléments de droit const. français et comparé*, par Esmein, 6e éd., 1914, p. VIII.

(7) Weiss, op. cit., p. 23.

(8) *ibid.*, p. 45-46.

(9) Notice biographique, dans l'Étude sur la condition privée

de la femme, par P. Gide, 2e éd., 1885. 註(3)を参照。

二 歴史的・比較的方法

(1) エスマンが「研究方法として、歴史的・比較的方法をとる事において、フランス公法学の祖たるモンテスキューの嫡系と考えられる」⁽⁷⁾と宮沢教授はつとに指摘した。この指摘は、今日においてもその正しさを変えていないと思う。

いったいこの歴史的・比較的方法は、いわゆる「歴史法学」の方法とどういう関係にあるのだろうか。「ドイツの歴史法学」⁽²⁾を彼はもちろん知っており、利用し敬意を表してさえもしている。しかしその方法において類似点を否みえないとしても、前提とされている理念の観点からいっても方法の基本的姿勢においても、影響があったといふことはできないように思う。最も近いのはイギリスの歴史法学の「比較的・歴史的的方法」であろう。しかし両者の間にはなお、相当重要な相違を看取しうるのであって、やはりエスマンの憲法学の方法は、モンテスキューの嫡流として、ギゾーやトクヴィルやテーヌ等フランス固有の公法学・歴史学に培かれた独自の特色をもつものだというべきではあるまいか。

彼の「歴史的・比較的方法」の独自性の基本ラインは、彼自身

の「フランス・比較憲法綱要」第一版の序文の宣言にあらわれている。

「私は……………一九世紀において西欧の自由な諸国民の憲法に必然的にまたは交互に (nécessairement ou alternativement) 現われたところの、基本的な諸制度および高次の諸規則の法理論を引出しまた構成しようと努めた。私はそれらの由来を二つの源泉にだけ (deux sources uniques) 廻らしめた。すなわち一方では、イギリス憲法に、他方ではフランス革命およびそれを準備した思想の運動にである。私はそれらを歴史と比較法によって解明することに努めた」(第一篇の憲法の一般的理論について。第二篇はフランスの実定憲法)。

この宣言から明らかであるように、彼の憲法学における「歴史と比較法」の方法は、大きく研究対象およびその源泉について合目的に限定されているといふべきであろう。すなわち、「西欧の自由な諸国民の憲法」の制度と原則、それらの共通の理念としての「近代の自由」(liberté moderne) (後述) と、そのイギリス的・フランス的起源と展開の探究という目的を達成するために、彼の歴史的・比較的方法が必須不可欠だとされているのである。このいわれているところの方法を以下において、歴史的方法、次いで比較的方法の順で検討を進めよう。

(2) 歴史的方法。——この方法は、前述したように彼の歴史家であると同時に法律家でもあり、法史と憲法講座を同時に担当した経歴が幸し、(a) 歴史学の方法と (b) 法律学の方法の利点を巧みに結合⁽⁶⁾する成果を生んだ。

(a) まず彼の解する歴史学にとっては、憲法原則も、「人間の一般的意識の進化の、自然的な、不可避免的な決定論的な所産 (produits naturels, inévitables, fatales)」に外ならない。したがってそれは社会的な事実であって、自然科学者が生物有機体に対すると同様に、「その起源を探り、形成を叙述し、その発展を陳述」⁽⁷⁾しうるものだ。すなわち、憲法原則を社会事実としてその歴史的形成・発展の相において観察する方法であり、エスマンはこの事実の観察こそが科学の建設の基礎となる「花崗岩」だと教えた。

ところで憲法原則というとき、それは社会事実ではあるが、エスマンは「体制の精神」(génie d'un système) すなわち「歴史によって形成された体制の精神」⁽⁸⁾ (のCOMMENT) を問題にしているといえよう。それはモンテスキューの語法による、諸政体の性質 (nature) から区別された原則 (principe)、すなわち政体をしてそのような存在「たらしめているもの」ないし「その個別的構造」から区別された「政体をして活動せしめるもの」ないし「政体を動

かせるところの人間的情熱」だとした原則に、多かれ少なかれ対応する性質をもつものと解してよいのではあるまいか。

そしてこの憲法原則¹¹体制の精神は、決して抽象的・形而上学的なものではなく、現実の制度や政治を動かしてゆく具体的・歴史的なものであるから、前述したとおり事実とりわけ政治の諸現実の観察・検討の重要性が強調されることになるわけだ。そして憲法制度がいかなる結果や影響をもたらしたかによって制度を批判し評価する態度になる。したがって彼は、もちろんひろく法学・政治学者の文献を引証するが、むしろそれよりも政治家に注目し注意深く議会での審議のあとをたどり、内外の新聞に眼をとおして引用している。そのような意味で彼を、「現実主義者¹²」と評し、また彼の方法において「政治史なくして憲法学なし」と要約する^(ルミエール)ことが可能なのである。

(b) 法学としての憲法学の方法について、エスマンの基本的な観念を示唆する次のような叙述がある。⁽¹⁰⁾

憲法学は社会学と「同じ対象」をもつが、「視点が違う」。「社会学は、自然科学であって、人間の諸々の社会が形成され、組織され、発展しそして解体する際どのような自然法則に支配されるかを発見し浮彫りにすることを目的とする。それは国家

や政府の形成について、その歴史的出来事についてでなく、その組織的進化において理解する。……ところで憲法学は法律科学であって、全く別な目的をもつ。それは、国家および政府を慣習または立法が確定したところの決定された形態に達したものととして把握し、そこから精神および基本的原則を明らかにし、またそれらの結果を引き出すのであり、そのようにして論理的で法律的な体系を構成するのである」。

すなわち、国家ないし政府という同じ対象についてはあるが、その形成や組織的進化における自然法則の発見という視点をもつ社会学とは違い、それを確定された形態をもつ現時点においてとらえ、その基本原則とその帰結との論理的で法律的な体系に構成するのが法律科学としての憲法学なのである。

そして「法律的」(juridique)とエスマンがいうとき、国家が主権性をもち、強制組織の体系を完備し、物理的強制力を独占している事実を前提としつつ、国家の有権機関の権威(autorité)によって拘束力をもつ——窮局的には「主権者の命令」である——強制規範の体系——したがってそれは同時に論理的である——が想定されているように思われる。デュギューが国家・権力のこれらの特権を根本的に否定する理論に対し、エスマンは相当詳細な反対論を展開し⁽¹¹⁾、国家の権威と権力を擁護した。その意味では、ボダ

ン以降の伝統である權威的国家観に属し、かつ実定法学者であるといつてよからう(後述三(一))
(2) 3 参照。

しかしそれが、当時のドイツ公法学流の法実証主義ないし概念法学の方法、すなわち第一原理——実質的には国家権力者の公定したそれ——を盲目的に前提し、それから演繹論理的に帰結の連鎖をたどる方法とは、根本的・決定的に違うことを強調しなければならぬ。エスマンにおいては、憲法原則は、西欧自由諸国における事実の觀察にもとづき帰納的に構成され、空間的にも時間的にも狹隘な国家権力担当者の意思をこえ、それを指導し批判し制裁さえもする基準としての「高次の規則」なのである。さらにこの原則の下に憲法体系が演繹論理的方法によつて構成されることは認めなければならないが、この論理は決して絶対的に適用されるのではなく、現実の運用の結果の觀察に基づき「良識」(後述)にしたがつて相対化されるのである。

(c) パルテルミイはエスマンの歴史的方法にかんして、それを次の三つの操作に要約した。⁽¹⁴⁾

「まず、觀察。

ついで、著者の良識(bon sens)による考証(démoignage)。

最後に、読者の良識に対するアピール」。

エスマン自身がしばしば、重要論点の判定に際してこの「良識」をもち出しているところからいって、彼の憲法学を良識憲法学と呼んでも不当ではない。そしてそこに彼の憲法学の健康さ——平明で均衡のとれた説得性と同時に脆弱性がひそむといえるであろう。

この良識憲法学は、憲法原則も人間——一般国民・著者・読者——の意識の所産であつて、相互にその意識は共通でありコミュニケーションないし説得が可能だということを前提としている。したがつて良識は憲法原則を構成する素材・社会的事実としての国民の意識であると同時に、エスマン個人の評価・判断基準⁽¹⁶⁾でもあり、法学部内外の憲法概説書読者(知的エリート)の意識による共感・賛同の事実を予定しており、これらの三つの位相はたえず混同・交錯する。良識とは本来厳密な科学的分析に親しまない総合的判断力でもあろうが、そこに方法上の科学性の欠陥が介入しうることを認めないわけにはゆかない。

そもそもボン・サンスとは、例えば「健全で正しい理性」⁽¹⁷⁾と定義されフランス文化固有の伝統をもつといえるが、エスマンの場合は、良識一般というよりも、モンテスキュー以来バンジャマン・コンスタンやギゾーやプレヴォ・バラドルやド・ブロイなどイギリス憲法賞讃者・自由主義者に共通していた感覚の諸要素——節

度・穩健・實際的感覚・必要な妥協への配慮等⁽¹⁸⁾——を総合した良識だといってよく、したがって彼の憲法学もそのような自由主義の伝統の根につながる良識憲法学だということになろう。

- (1) 宮沢、前掲、二〇七頁。
- (2) 山田巖、ドイツの歴史法学、法哲学講座、四巻、三九頁以下参照。
- (3) 阿南成一、歴史法学（イギリス）、同巻一五九頁以下参照。
- (4) 彼は、「民主的自由と革命の原則」に対し「深く熱烈な信仰」をもっていた。Éléments, 6e éd., préface de Barthélemy, p. XIV.
- (5) その理念の性格という観点からはフランス革命の原則を肯定し継承した私法学におけるいわゆるフランスの「註釈学派」のそれと多分に共通性を有するのだが、その研究方法において基本的な相違があり、当時註釈学派に根本的変革を迫った「科学学派」と同じ思潮に沿うものとみてよいのではなからうか。エスマンが「科学的（綱要一版序文）方法」というとき、それは観察にもとづく歴史的、比較的方法と同義といつてよいようだ。野田良之、註釈学派と自由法、哲学講座、三巻二二六頁以下参照。ドイツのいわゆる法実証主義ないし概念法学の方法とは、その方法および前提となつていいる理念において、どちらからのもつとも遠いといつてよい。
- (6) Éléments, 6e éd., préface de Barthélemy, p. IX.

(7) *ibid.*, p. VIII. バルテルミーの要約。

(8) 判例について、エスマンは次のようにいう。「それは純然たる歴史の所産である。それは、断片的な判決の継続的貢獻によつてなされた集合的で漸進的な作品である。それゆゑ歴史的方法こそが、その形成と、その進化とその傾向を明らかにしうるだらう。」*La jurisprudence et la doctrine*, Rev. Trim. de Dr. Civil, 1902, p. 3.

(9) Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Liv. III, chap. 1.

(10) Éléments, 6e éd., p. 31-32.

(11) *ibid.* p. 37-58.

(12) Weiss, *op. cit.*, p. 45-46; Combothéna (ロシア公法学者) は、彼が主権にかんするボダン以来の最も科学的な展開をしたと評価したという。綱要第二版序文。

(13) ここで憲法科学と憲法解釈との方法論的検討を加える余猶がなかつたが、この点について、樋口陽一、憲法のいわゆる政治学的考察について（未公刊）は、独自の明快な分析を展開しているので、参照。

(14) Éléments, 6e éd., p. VIII.

(15) 例えば、国民主権の原則の基礎づけに援用される。後述三(二)②参照。

(16) 例えば、比例代表制の否定論に援用。Éléments, p. 328.

(17) Littré, *Dictionnaire de la langue française*, 1918, p. 1092.

(18) *Elements, préface de Barthélemy, p. XII.*

(3) 比較的方法。

(a) いったい歴史的方法が常に必ず比較的方法と結びつくとはかぎらない。前者を強調し後者を排斥する見解や、後者をたんなる補助的方法にとどめる学説が、みうけられる。

しかしエスマンにあつては、比較的方法が歴史的方法と緊密に結合され、それに勝るとも劣らぬ重要性がみとめられている。

一九〇〇年の比較法国際学会で行なわれた後の講演は、そのすぐれた要約である。彼は一国の立法の参考資料として外国立法の利害得失を比較検討する実用法学としての比較立法学 (*legislation comparée*) と區別して、厳密な意味での比較法学 (*droit comparé*) が「より豊かな使命とより高い研究の役割」をもつことを強調する。すなわち「真の科学」として「法制度の性格と原則」ないしその「一般理念と技術的操作・法のカテゴリ」を説明するためには、比較法学は歴史学とともに「第一級」の「正確で強力な道具」なのである。

そもそも法制度の性格と原則を明らかにするためには二つの方法がある。一つは、「教義学的・抽象的方法」であり、「法そのもののごとく、旧くまた常に正当」であることを失なわない。

第二の方法は新しいもので、「観察の方法」であり、法の歴史学と比較法学という「二つの確証(*Précision*)の道具を用いる」。

「法の歴史学は、永く続いている制度がいかにしてその魂すなわち制度の生きた理念を継起的にそして幾度も変えてきたかを示し、またその制度の緩慢な変化をたどることによつて制度の法的性格を明らかにすることにも同様にすぐれている。しかしそのためには、比較法学はより正確でより強力な方法を提供するのである。すなわち、それは多くの立法において同じ基本的理念が併行的に適用されていることを示したり、対立を浮き立たせそして矛盾を相対して照応させたりすることによつて。……」

なお彼は皮相な併列的比較をいましめ成文法・慣習・解釈(学者または裁判所の)・学説を含めて対比すべきことを強調し、いわゆる転置の方法 (*méthode de transposition*) は、同等の文明水準の国の法が互に類似の結果を生んでいる場合、外国の所与の結果を自国のそれと同じものとして自国語に翻譯して置き替える方法だが、それが全く異なる法技術で達成された結果であることを見失なわせる危険があると注意したりしている。そして比較法学は法学教育上、本格的には上級(博士)課程で行なわなるべく、それによつて「完全な法律

家」になるといつている。

(b) 比較法学が法の他の部門に比べて憲法学にとりわけ必要であるとした彼は、その理由について、主権の行使に参与する代表議会をもつかなる国といえども、その国の憲法を、イギリス憲法・アメリカおよびフランス革命の諸原則を多かれ少なかれ大幅に考慮することなくしては理解できないからと説明している⁽³⁾。さらに注目しなければならないのは、憲法学における比較的方法是、すでにふれたように合目的に比較の対象を限定している点において、大胆な獨創性を示すことになっている。

彼はその「綱要」第二版序文で、第一版に対する批評のうち、ドイツ公法学の文献の研究を網羅していないという批判に対し、次のように答えている。

「私は、モンテスキューの言葉使いによつて『政治的自由を直接の目的としている』ところの憲法のみを研究しようとするところである」。それは民主国憲法および君主制国であつて国民主権の原則を形式的に宣言してはいないとしても議院制の採用によつてそれを実行している国の憲法である。これとは別に、「市民と、国家と国王の栄光のみを目指している」ところの君主制国があり、それがドイツ帝国およびその邦である。自分はドイツの科学に負うところが多いが、それを研究し尽そうとは

故意にしなかつたのであつて、これに反し、イギリスおよびアメリカ憲法の文献は大幅にしらべ尽した。⁽⁵⁾

この弁明からわかるように、彼の比較的方法の視野の重点は、「近代的自由を率直かつ充分に採用している」英・米等諸憲法に置かれてゐる。この限定づけを正当化する根底には、エスマンが西欧自由主義諸国の憲法原則が共通の土台をもち、それが異つた形態をとつて諸国にあらわれているとする見解がある。すなわち一八世紀以前には、西欧諸国においても各国は伝統と慣習によつて規律される個別的な原則をもつにすぎなかつた。しかし一八世紀の哲学は新思潮を西欧に導入し、「理性と自然的正義の法則」によつて社会を再構成するため巨大な努力をし、それが強力なパン種となつて世界を變貌させた。そしてアメリカおよびフランス革命を通じて、同じ方向と類似の形態をもつ欧米憲法を出現せしめ、かくして「近代的自由を真に表現する原則と制度の一つの共通の土台 (un fond commun)」が構成され、それにイギリス憲法の原則と制度が統合されると解する。そして西欧の自由な国民間に共通の「憲法の一般原則」ができ、それに基づいて各国固有の歴史の相違に應じ類型の区別が生じ、「顔つきの異なつた姉妹」に例えうる諸憲法を産んだのである。

そもそも彼の歴史的方法が、人間の意識としての憲法原則の進歩をその共通性と特殊性において観察する態度だとすれば、その視野は国境をこえて広がってゆく必然性を持ち、また、フランス憲法原則を構成する諸要素が国際的に共通の基本的土台から分れ出た一類型であると観察されるとき、憲法学における比較的方法は歴史学と不可分一体の重要な方法とならざるをえないのである。

(1) A. Esmein, *Le droit comparé et l'enseignement du droit*, Congrès International de Droit Comparé, tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900, *Procès verbaux des séances et documents*, t. I, p. 445-454.

(2) *ibid.*, p. 450.

(3) *ibid.*, p. 453.

(4) ちなみに彼は「世界の法系として次の五グループに分けてゐる。ラテン、ゲルマン、マンダロ・サクソン、スラヴ、回教。*ibid.*, p. 451.

(5) *Eléments*, 6e éd., p. XX.

(6) *ibid.*, p. 60.

三、憲法理念および制度論

エスマンの憲法学の一般理論をバルテルミーは「イギリスの流れと革命の流れという、重要性が同じではない二つの流れによって養われた近代的自由の大河の研究」だと適切な要約をした。⁽¹⁾

彼の憲法理念はとりもおさず、この「近代的自由」であり、その本質を明らかにするためには、全篇に散在しないし充滿しているエスマンの法価値観を総合的に検討しなければならない。

以下においては、(一)この憲法理念の特質を探つたうえ、(二)制度論のうち重要なもののみを紹介しよう。

(一) 憲法理念における価値観。——

1° 「近代的自由」の本質はまず、個人主義的自由であつて、フランス一七八九年の革命の理想を積極的に肯定し継承したものである。

エスマンは、「あらゆる法」(公法・私法)の「出発点」であり、「源」であるのは「個人」のみ、すなわち「実在的で、自由で責任ある存在者」(un être réel, libre et responsable)⁽²⁾である個人のみであつて、その他のものではないと断定する。人間ないし社会が「部分的には決定論的法則」によって支配されるとしても、そ

の社会を構成する「生きた個人」の「自由な発展」を保障することこそ、諸々の個人的権利 (droits individuels) 保障の目的であり、政治社会の「本質的使命」であり、国家の「第一の主要な存在理由」であるとし、そこに個人主義的社会・国家観を明らかにしている。

この個人主義的自由は、社会契約論にもとづくルソーの思想を主権の絶対化だとして、強硬な反対を加えているところにもよくあらわれている。すなわち、社会契約およびその前提とする自然状態が「歴史と社会学の所与に反する仮設」であって採用できないほか、それが個人の権利を出発点としつつ、「結局は共同体のため個人とその権利を放棄し犠牲に供する」⁽⁴⁾ものだからだという。

後述するように彼は、国民主権の理念の信奉者であり、その原則は君主制や貴族制と結局両立しえぬと結論しているところからもわかるように、直実の民主主義者だといつてよいだろうが、主権が個人の権利や自由を侵してはならないと解する点はあくまでも強硬である。

2° 次いでそれは自由国家ないし市民法理念にたち、福祉国家ないし、社会法理念を理解するに至ってはいない。この点は、次のデュギーのいわゆる社会法理論に対する批判に、端的にあらわ

れているといえよう。

「私はデュギーと……あらゆる社会科学は社会における人間」を考察し、またあらゆる法の原則は「人間の意識」の中にあると解する点で一致する。「しかし人間の意識が直接的に知覚するところのものは、自由と責任と正義という単純な観念であり、そこから法が生れるのである。慈悲と友愛と人間的連帯性の観念は、他の起源に由来する。それらは宗教または哲学の所産であり、それらは布教および個人的または集団的な宣伝という方法によって世界にひろがってゆく。それらは義務や正義の感情に訴えて新しい方向をとらせ実定法を変遷させるにいたるところは可能だ。しかし、それらは法については第一次的な創造者ではないのである。」

ここで彼が、「自由と責任と正義」の観念が法の第一次的創造者であつて、「慈悲と友愛と人間的連帯」はそうではなく、宗教的、哲学的観念であるにすぎないとしていることについては、いかなる証明も——彼の良識ないし恐らくは同時代人の良識以外には——みあたらない。エスマンの憲法学の礎石が「自由」の意識であるのに対して、デュギーの「連帯」意識を対置しようとすれば、両者の憲法理論は少なからぬ程度において、価値観の対立——自由国家理念に対する社会帯連理念のそれ——に還元されう

料
るといえそうである。

資
エスマンには、社会権⁽⁶⁾ないし経済権⁽⁷⁾という観念は存在せず、「商業、労働および産業の自由⁽⁷⁾」があるにすぎない。デュギーの「組合主義」やその源泉とされるブルードンの「経済権⁽⁸⁾」の概念に対しては、それが国家を解体せしめ、組合の主権を認める新たな封建制をもたらすだろうと、激しく反対している。また平等権については、あくまでも「個人の自由な発展に対する権利」という意味での正当性を認め、権利における(en droit)平等であつて、事実上の平等(De fait)でないことを強調、法律と裁判と公職と租税の前における平等を問題とするとどまる。また、個人権が、国家の権力を制限するが、「国家に対していかなる積極的サーヴィス、市民のためにする給付 ^{prestaçon} を供する義務を課するものではない⁽⁹⁾」こと、「援助や教育や労働に対する権利」は個人的権利とは別であり、「国家の役割に対する特異な概念」(社会主義的といふに発するものであり、「実際の・理論的困難」を惹起するものとして、消極的見解を述べ、個人的努力の自由の範囲をせばめ、政治社会の基礎ですらある個人的権利の尊重を侵す危険があることを警告している⁽⁹⁾)。

なお婦人参政権に対し強い反対論を述べ、「諸原則に反し社会

の利益にもならない」「社会はじまつて以来、両性間には労働と機能の自然的分業が確立され、恒久化され、たえず強化されている」という「一つの自然法⁽¹⁰⁾」に由来するものと断定を下している。彼の良識論にひそむ独断と保守的要素のあらわれというべきか。

これを要するに彼の憲法の理想は、一九世紀にフランスに定着するに至つた個人主義的・自由国家ないし市民法の本質をもつものであつて、例えば二〇世紀の市民社会における両性の平等原則にも達していない。社会国家の理想の社会主義的要素に対しては、懐疑的であり否定的ですらある。

- (1) *Éléments*, 6e éd., préface de Barthélemy, p. IX.
- (2) *l'individu, moralement libre, raisonnable et responsable* と *parvenir à*。 *Éléments*, p. 279.
- (3) *Éléments*, p. 542. シェイエスの「あらゆる公的施設の目的は個人的自由である」という演説を引用している。
- (4) *ibid.*, p. 279.
- (5) *ibid.*, p. 44-45.
- (6) *Rossi* の *droits publics ou sociaux* という言葉を引用しているが、狭義の参政権から区別された社会生活上の自由権の意義である。 *ibid.*, p. 529.

(7) *ibid.*, p. 546. 中村睦夫、フランス憲法における社会権の発展(一)(二)、北大法学論集一四卷二号、一五卷一・二号は、この問題を詳細にあとづけた労作。

(8) *ibid.*, p. 47 et s., 699.

(9) *ibid.*, p. 545-548. 労働者の権利を承認する実定法を解説するに際しても、公務員の争議権を否定し、団結権とりわけ総連合結成に対しては懐疑的であり、それが「国家中の今一つの真の国家」になるという見解に組し、「労働総連合」の非合法性を非難している。労働法については、労働者の衛生条件の規制や災害保障や婦人・児童の労働制限は肯定するが、労働時間の制限は産業および労働の自由に反するとし、家内労働の禁止は労働の自由および住居の不可侵違反だとする。

t.II, p. 1129-1140.

(10) *ibid.*, t.I, p. 353.

(一) 憲法制度と諸原則

前項で述べたフランス革命の理想の肯定は、それを保護し達成する手段・制度において、モンテスキュー以来の伝統をもつイギリス的制度の大幅の採用、統合を内容とする原則の体系として展開される。すなわち、イギリス憲法とフランス革命の二つの源から分れ出てくる。

(1) イギリス憲法から提供された憲法原則として挙げられるの

は、議會会制を構成する次の四つの原型的制度(*institutions-type*)である。なおこの英国憲法の思想がどのような思想家・著作を通じてフランスに紹介され影響を及ぼしたかの文献解説をしている⁽¹⁾が、参考になる。

1° 代表制⁽⁶⁷⁾(*gouvernement représentatif*)。その定義は、「種々の権力が、国民自身によって設立しないしは設立したとみなされ、国民の名においてまたその現実的ないし推定された意志に合致してのみに行動するところの統治機構である」。この代表制が英仏において異なった進化を経てきた原因について、興味深い指摘がある。第一には、両国の封建制の相違である。イギリスにあたっては、ノーマン・コンケスト後の強大な主権を出発点としたのに対し、フランスにおいては封建諸侯が無秩序のうちに発生・分立していた。ために、前者では封建貴族と中間層が共通の利益をもち同盟して王権とたたかったが、後者にあつては、都市の中間層と王権が同盟して強力で圧制的な封建諸侯とたたかった。ために前者は制限君主制へ、後者は絶対王制に導びかれた。第二に、議會の構成上、イギリスにおいては当初から国民全部の選挙による代表を議會が含まんでいたが、フランスにおいては全身分會議に出てきたのは貴族・僧侶および特権的都市の代表であり、国民の一部の代

表であるにすぎなかった。後者は三部にわかれ、その勢力が相殺され無力化されたが、前者にあつては偶然によつてではあるが両院制が確立(その正当性につき後述)してきた。第三には、民族性(カクテクトル)の相違である。イギリス人は、意志的で、真面目で実際の性格である。厳密な意味での法感情(sentiment de droit)をもち、厳格な法および手続を尊重する感覚により、法的権利の枠内でそれをあくまでも要求する。これに対しフランス人は、理想的正義(justice idéale)を希求するのあまり屢々実定法を輕視し、慣行上必要な制限をこえて行動する。

そして一二世紀から一九世紀にいたる代表制の形成過程を詳細にあとづけた後、それが次のような諸規則によつて成立つてゐることを明らかにする。

- (i) 議員(庶民院)は、その権力を人民から選挙によつて委託されている。
- (ii) 議員各人は、人民全体を代表し、議会の権限を行使する。
- (iii) 議員はその職務の行使にあたり、完全な独立性と自由をもつ。
- (iv) 議員は定期的に改選されねばならない。
- (v) 議員は人民の普通選挙により選出される。

そこに古典的代表制の原則が定式化されているといつてよいが、彼のけい、眼は一九世紀後半の三分の一世紀において多かれ少なかれ直接民主制的な傾向が介入してきたことを見逃していない。彼は一八九四年の有名な論文において、二つの異質の統治形態を論じた。彼は古典的代表制を「純代表制」(régime représentatif)⁽⁴⁾と呼び、後者の傾向を介入せしめた代表制を「半代表制」(régime semi-représentatif)⁽⁵⁾と呼ぶ。そしてこの半代表制の精神によれば「代表制は直接民主制の代用物であるにすぎず、後者自体が時々矯正剤ないし補足物として介入する……そして政治的選挙人の多数によつて表明される国民の現実的意志を可能なかぎり最も正確に翻譯し執行することを唯一の目標として追求」するといふ。この目的を遂行するための方法として、(i)立法部のみを代表者と解し、(ii)一院制を採り、(iii)常設的で、(iv)執行権を議会の受任者として從属させる。その結果「一院の殆んど無制約な専制制」に達することにならう。しかし半代表制は、議会の過大な権力に對し平衡を保たせるような三つの対抗物をもつ。すなわち(i)比例代表制による少数派の保護と多数派の弱化、2° 強制委任の制度の再生、3° レフレンドム。

エスマンが広く比較法的にこれらの新要素を觀察する態度は、

絶えず批判的・懐疑的であるが、とりわけ強調しているのは、それらが古典的代表制の「真髓」に反する「二律背反的」な他の形態＝半代表制に属すること、およびそれらの要素を個別的に実際問題解決の便誼策として代表制に混入せしめるならば「既成の均衡を破壊し、機能上の混乱を惹起し、恐らく解体の原因をつくる」ことになろうという警告なのである。⁽⁶⁾そこに、彼が二つの形態を区別した観察における科学的洞察ないし構成力のたしかさと同時に、評価における反ルソー的発想＝モンテスキュー・シェイエスの代表制理念の保守の態度をみうるであろう。その後の学説が、評価態度においてエスマンと逆方向に発展したとしても、彼が明確に定式化した両形態の区別は、科学的観察の基礎概念としての永続的価値を失なわないのである。⁽⁷⁾

2° 両院制 (système des deux Chambres législatives)。

歴史的形成過程を詳論、一九一一年イギリス国会法による改革を重視。ただしイギリスの貴族院は世襲制にもとづくものだから共和国では採用できないとして、アメリカ憲法を参照。両院制の存在理由として、社会において対立する二つの傾向、進歩対伝統・保守の精神を体现させるため公選の両院制が確かな効用ありとし、両院相互間に差をつける方法を論ずる。

3° 大臣責任制⁽¹⁾ (responsabilité ministérielle)。

「政治的自由の本質的条件」であるとして、その構成要素を分析、その徹底が議院制だという。

4° 議院制または内閣政治 (gouvernement parlementaire ou gouvernement de cabinet)⁽²⁾。

この議院制をエスマンは、「執行権の自由な行動と議院の政府に対する強力な行動という殆んど對極的な二つの事柄を統合し調和した賞讃すべき制度であり…充全な政治的自由の殆んど唯一の形態」⁽³⁾だとしている。二〇世紀初頭のフランスにおいて議會制の危機が問題とされるに至っても、彼は議院制に対する深い信頼を失なわない。そしてそれは代表制の最も柔軟性に富みまた完成した形態であり、フランスがその下で「規律ある自由」を知りえた唯一の制度であることを述べる。⁽⁴⁾

(i) 議院制の本質についての彼の古典的見解は、わが国の公法学でも採用されているといえよう。彼は、その前提条件として、代表制と立法・執行両権の法律的権力分立があるとする。そして次の三つの構成要素に分析する。(i)大臣は議會の多数を占める政党から選ばれるべきである^(この多数が明確でないとき)。(ii)内閣は同質的^(元首の役割が大きくなる)で一体でなければならぬ。(iii)大臣は政府の政策について議院の

前に、政治的かつ連帶的に責任を負わねばならぬ。⁽¹⁵⁾

(d) 議院制の歴史的展開をイギリス・フランスについて展望。

イギリスの議院制の成功に資した条件として二大政党制に注目し
 (モンテスキューがすでにそ⁽¹⁶⁾れを明察していたとみる。)、⁽¹⁶⁾「進歩と進取の精神対抵抗と保存の精神」の対立する傾向がそれぞれ集合し争いを交代的に政権をとることが不可避免的な常態だとみている。そして現代イギリス議院制について批判されている議会の地位・機能の低下や内閣が議會を「支配す」る傾向に対し、是認する意見を展開、「近代文明の常に増大する複雑性」に対処し国民の多数が欲する政策を遂行する強い権力が必要であるとし、主として Sidney Low の見解によりつつ實際上内閣が執行権のみならず^(重要法案の発案を独占し)立法権をももち^(その通過は与党により保障さる)、反対党に可能なのは討論のみであり、議會が内閣をコントロールするというのは幻影にすぎなくなつたとみる。ただ質問とそれに対する書面の解答だけはコントロールの効果ありとし、広汎な問題について公開の討論をする場としての議會の役割を認める。

フランスの現代議會制の危機はより大きいが、その主要な欠陥は内閣の不安定性であり、議院制の前提条件ともいふべき強力な多数の不存在であるという。しかし、それは議員による過度の干

渉や執行権の侵犯等の弊習 (mauvaises moeurs) の是正によつて治癒することが可能だとし、議員や大臣の自粛を訴えている。制度としての議院制自体に対する信頼はあくまでも放棄していない。

(2) 一八世紀の哲学に由来しフランス革命によつて宣言された諸原則として、次の四つの原則が挙げられる。一八世紀の哲学思想についての解説も参考になる。⁽¹⁷⁾

1. 国民主權⁽¹⁸⁾ (souveraineté nationale)。

フランス革命が宣示した原則中「最も重要」な原則とされる。「人間の魂の底にある正義と平等の本能」に訴える力により、フランス憲法史に根を下し、世界の憲法に影響を与え、他の源から発した制度である代表制や議院制を「深刻に修正」する傾向すらあらわれてきた。結局この原則は、「ある人民内において主權は国民の全体に存するのであって他に存しえない」という「所与」に帰するが、「政治学」上むづかしい問題があるとして、その(1)正当性の根拠と(2)原則の帰結が何かについて極めて詳しく論じている。

(1) 社会契約論——主としてルソーの——がまず検討され、それが「論理的要請」ではあつても、「歴史的事例」のない「擬制」であつて今日では殆んど全く放棄されたといひ、エスマン自身の

前述したような注目すべき反論^(三)を加えている。

彼自身の国民主権の原則の正当づけの理論は独自のものだ。それは「同じ真理だが二つの側面」をもつという。まず第一に、「良識」論が登場する。すなわち、「公権力およびそれを行使する政府が、国民を構成するすべての成員の利益のためにのみ存在する」という「殆んど自明の良識の観念」が永い間人々の意識を満足させてきたという。このことを中世以来の多くの教説を引用し⁽¹⁾ (Thomas d'Aquin, Vattel, Philippe Pot, Horman, Monarchomiques-publistes de XVIIIe siècles) 若干の否定論ないし絶対君主制の理論家⁽²⁾ (Grotius, Bodin, Loysseau) は例外的だったのであり、一八世紀の哲学者達により克服されたものとし、さらに今日においてはより「科学的な形」で、歴史学・社会学によつて是認されるという。すなわち国民とは、人工的創作ではなく、「民族、場所および歴史的環境によつて条件づけられた自然現象」であるから——Taineの「民族・場所・時」のテーゼ⁽³⁾があざやかに出ている——固有の精神と生命と組織を進化させてきた。この歴史的進化によつて形成されてきた国民の主権性が、正統なものではなからうか。もつともこの見解も⁽⁴⁾ (Renan, Gierke) が、一定限度においてのみ妥当するだろう。法が「自由の子であり、宿命の子ではない」以上、「自由で道徳的に責任ある個人」が一定の自由な行動領域

をもち自からの政治的運命を左右する権利をもつことを誰も否めない。そのようにエスマンは、歴史的決定論に近すぎながらも、国民的本能といわれるようなあいまいな精神ないし権力者の解釈に個人の明確な意志や権利を犠牲に供してはならないこと、あるいは「伝統の不動主義」によつて発展を止めることになつてはならないことを、鋭く指摘している。

第二に、国民主権の原則は、「争えない一つの社会的事実の正確で妥当な唯一の法律的解釈でもある」からという。この不可避免に課せられる社会事実というのは、主権の法的源泉がどこにあり誰がそれを掌握するかということはともかく、主権が「市民または臣民によつて服従されてのみ、實際上保持されたまた実行される」ということであり、この服従は強制力⁽⁵⁾ (coercion) の行使によるか、世論の同意によるかによつてのみ獲得されるという。そして文明国においては「最大多数の意志である世論のみ」が主権の支配を維持しうるが、世論は「事実的な」(de fait)主権であり、「法的な」(de jure)主権は国民にのみ存在し、それは代表者たる国家机关が行使する。これらの事実と法は必ずしも一致しないが、調和の恢復のため世論を明確化して支配させること、その手段としての出版の自由や集会の権利が大事だという。

以上の国民主権理論は、良識論の域を出ていない若干の不明確性（国家の主権性と、国民が保持するものとしての）をもつことを否みえないが、充分注視に値する。

(d) 国民主権の原則の帰結として、国家形態、選挙制度との関係⁽²²⁾ 代表制との関係、公務員と代表者の責任等を詳論している。

2° 権力分立⁽²³⁾ (séparation des pouvoirs)。

代表制を前提とし、最も単純化すれば、「真に区別あるものと考えられる主権の諸属性は、国民によっていくつかの互に独立な機関に委任されねばならない」という觀念に帰する。

権力分立にかんするロック、モンテスキュー、ルソー等の学説を検討、モンテスキューについて最も詳しい。結論として、それは種々に理解されているが、絶対的分立はありえず、その真意は「相互に罷免不可能」であることにより三権がそれぞれの権限内にとどまり、合法的基礎に立ち互にコントロールしあい、必要に応じて反対し合い、そのような「平和的抵抗」によって政治的自由を守るところにあるとす⁽²⁴⁾。

執行権と立法権との関係、次いで司法権の分立について詳論。

3° 個人的権利⁽²⁵⁾ (droits individuels)。

前述のとおり⁽²⁶⁾、自然権説が個人的権利を国家権力に優

越する地位に高めた貢献を評価しつつも、社会契約説以外の根拠が必要であるとして、自由かつ責任ある個人の实在性にもとめた。そのような彼の自由主義的法理論は、個人的権利の保障が現代民主制において個人および少数者の権利を「多数の支配」から保護する特別な価値をもつようになった点の評価にも、よくでている。そして市民的平等⁽²⁷⁾と個人的自由を分けて個別的に論じている。

なお個人的権利の承認に二種類の方式があるとし、宣言方式と法的保障方式⁽²⁸⁾を区別する。前者の例が一七八九年人權宣言だが、政治哲学の公理の宣言だとする。第三共和制憲法には全く權利宣言がないが、それは實際的感覺から單なる宣言が無用だと考えたことのほか、より根元的には八九年の原理が國民の意識中に深く滲透し、宣言の必要がない程習慣化し日常化したからだとい⁽²⁹⁾う。フランスにおけるこの種宣言は、立法者に対する「道德的制約ないし義務」を課するにすぎず、法律的拘束力はない。何故なら、裁判所が違憲法律審査権をもたないからだ。結局個人的諸權利の具體的法的保障は個々の法律によつてなされる。今一つ的方式は、憲法が自から權利を法的に保障する仕方であり、イギリスのマグナカルタ以来の權利章典（國王が人民に對してなした讓歩の契約⁽³⁰⁾と形式をもつ）がそれであり、アメリカ憲法には宣言方式と法的

保障方式が混在しているが、一七八九年の修正条項は後者である。それは法的拘束力ある実定法であり、立法者自身に対しても個人的権利が保障されていることを意味する。エスマンの実定法学者としての立場がよく出ている。

4° 成文憲法の理論⁽³¹⁾ (théorie des constitutions écrites)。

その理論が生まれた理由として、成文法が慣習にまざるること、一八世紀の人は成文憲法により社会契約が全く更新されると解したこと、明快かつ体系的な成文憲法が政治教育に役立つと考えたことを述べ、憲法と通常法律との区別、改廃の問題、憲法保障制の問題等を論ずる(省略)。

第二篇は、「フランス共和国の憲法論」と題され、六〇〇頁をこえる当時の最高水準の実定憲法論の展開がみられる(個々の問題の解決の仕方の特徴を精査すべきだが、余蘊のなかつたことをお詫びする)。

- (1) *Eléments*, 6e éd., p. 63-69.
- (2) *ibid.*, p. 71-97.
- (3) A. Esmein, *Deux formes de gouvernement*, *Revue du Droit Public*, t. 1, 1894, p. 15-41.
- (4) その本質的特徴を次の三点に要約。1° 国民は主権を自ら行使せず、それを代表者に委任する。2° 代表者は原則として無責任で独立である。3° 直接民主制より好ましい統治制

度であると解される。*ibid.*, p. 15-17. 三権各々は同じ資格で国民を代表する。p. 26.

- (5) 四つの新しい異質的要素として、1° 一院制への傾き。2° 強制委任禁止の弛緩。3° レフレンダム。4° 少数代表制。*ibid.*, p. 18-24.

- (6) *ibid.*, p. 24-25.

- (7) もっとも、六版一九一四年「綱要」九六―九七頁においては、嘗ての反論の激しい調子は消えている。イギリスの総選挙が「殆んど直接民主制の同等物」になっていることを認めているかのうとくである。

- (8) *ibid.*, p. 24, 41.

- (9) 樋口陽一、現代の「代表民主制」における直接民主制的諸傾向(『法学二八巻一号、二号はこの「半代表」制概念を発展的に活用した力作である。)

- (10) *Eléments*, p. 98-137.
- (11) *ibid.*, p. 138-150.
- (12) *ibid.*, p. 151-260.
- (13) *ibid.*, p. 241.
- (14) *ibid.*, p. 259.
- (15) *ibid.*, p. 152-154.
- (16) *ibid.*, p. 220. cf. Montesquieu, *Esprit des lois*, L. XIX, ch. XXVII.
- (17) *ibid.*, p. 261-271.

- (18) *ibid.*, p. 273-450.
- (19) *ibid.*, p. 280-286.
- (20) G. Lanson, *Histoire de la littérature française*, 1952, p. 1045.
- (21) 君主制との調和の試みを検討、論理および原則の点からいって、君主制、貴族制とは両立しえぬ矛盾ありとする。
p. 299 *et s.*
- (22) 利益代表は国民主権の原則と矛盾する。諮問機関としてならよい。強制委任の否定、比例代表制は、諮問機関や地方公共団体や行政機関には可能だが、国会には多党の分裂をもたらすから良識に反するとして否定。選挙権者等。p. 301 *et s.*
- (23) *ibid.*, p. 451-539.
- (24) 1° 権力を保持すればそれを濫用しがちである人間の本性に対する洞察が、権力が権力を抑制する仕組みを必要とさせた。2° 権力の分立によって法の尊重と確実な適用が可能となる。3° 司法権を第三権にしたのは、イギリスの陪審制の評価によるのだろうか、と解す。p. 456-458.
- (25) *ibid.*, p. 264-265.
- (26) 厳格な分立（アメリカ、フランス一七九一年・共和三年憲法）、議院制、執政制（スイス）に分説。*ibid.*, p. 466-496.
- (27) ロック・ルソー流の権力二分説（フランスでは優勢）をとらず、モンテスキュー流の三分説をエスマンはとる。違憲法律審査制は、フランスにおいては否定されるべきことを述べ

- る。*ibid.*, p. 496-537.
- (28) *ibid.*, p. 538-564.
- (29) Locke, Wolff, Blackstone, Rousseau, Sieyès を代表的なものとしてあげる。

- (30) 法律の前の平等、裁判の前の平等、公職に就きうる平等、租税の前の平等。
- (31) 人身の自由、個人の財産権、住居の不可侵、商業・労働・産業の自由。良心の自由、集会・出版の自由、結社の自由、教育の自由 (*liberté d'enseignement*)。救済・教育および労働に対する請求権については前述(三)(2)のとおり、極めて消極的な見解を述べている。参政権、請願権を列挙。
p. 545-554.
- (32) *ibid.*, p. 558.
- (33) *ibid.*, p. 562-564.
- (34) *ibid.*, p. 565-602.

あとがき

以上の概観を通じて、冒頭に記した問題点について、一応次のように結論しておこう。

1° エスマンの憲法学の最大の特色は、フランスの憲法政治の實際を指導し規制する憲法の一般原則を、イギリス議会制および

フランス革命の精神と経験を源泉・基盤とし、歴史的・発展の相および比較的視野において観察し、西欧の「近代的自由」の大理念のもとに統合し、壮大な憲法体系にまで構成したところに存するといつてよいであろう。

その歴史的、比較的方法は、あたかも織物のたて糸とよこ糸のように緊密に織り合わされ、一体不可離の關係にある。それは、社会的事実ないし政治的・法的現実の觀察にもとづくことにおいて、疑いもなく高い程度において経験的・実証的・科学的と呼ばれるに相応しい堅固な性格を彼の憲法学に与えている。またそれが当時の歴史学・社会学・私法学に滲透していた（しつた）自然科学的ないし科学的方法の傾向の影響下にあっただろうことは、例えば国家や憲法原則も人間の意識の「自然的所産」であるとし、多分に決定論的法則の支配に服するという思想にみられる。もともとそれは他面、個人の自由を排除するとは解されていないし、「人間」一般の普遍性を前提とし、比較的視野を失っていないのだから、偏狭な民族精神の絶対化に向うといった危険性ははじめからないわけだ。

さらに、そのような事実の觀察から引き出され、また現実を規制する規範としての憲法原則によって構成される「近代的自由」は、

理念的にはもちろん、方法的にも、要請ないし前提されているとみるべきではないだろうか。すなわち、この自由は、フランス革命の正統的法理想である個人主義的・市民社会的自由を積極的に肯定・継承し、さらにモンテスキュー以来の伝統をもつイギリス的政治制度の理想と統合し、西欧自由世界に「共通の土台」として理解されている独創的な憲法理念だといつてよいであろうが、またこの理念が、方法論上も、比較法の主要な視野を英米に限定したり、また、彼が自然科学的決定論を全面的に採用すること拒否する理由として、「自由で責任ある個人」のみが「実在的」であることを前提としていることにも影響しているとみたい。すなわち、個人の实在性が觀察可能な社会的事実であることは争えないとしても、それが「自由で責任ある」ものかについては、革命以来の人間観の要請ないし理念がいりこんでいるのではないだろうか。

なお、エスマンの憲法学の健康さは、その総合的判断力「良識」のたしかさにあらわれているといつてもよいと思う。この良識はモンテスキュー以来のバンジャマン・コンスタン、ギゾー、トクヴィル等のものであった穩健で實際的な感覚によって特色づけられていると思うが、それが、堅固な科学的知識

(とりわけ該博な)を背景とし、革命の正統的法理念に基づき、事実の観察と規範論理的構成においてバランスのとれた推(結)論を保障しているものである以上、エスマン憲法学が現代憲法学の礎石となる永続的価値をもつにいたったことは、決して不思議ではない。しかしそれと同時にいやそれ以上に彼のこの良識が、方法論上および理念・制度論上、厳密な科学的検討・分析の徹底をばんでいる消極的側面を見逃すこともできない。この意味での脆弱性は、例えば、規範論と事実論の不分明な混同、社会国家的理念に対する無理解、婦人の参政権に対する否定論等にあらわれている。彼の良識または彼によって理解された同時代人の良識が、法理念あるいは時代を異にする人にそのまま自明の理であることは、なんら保障されてはいないのである。

2° 彼の後半生の論争上の好敵手は、いうまでもなく鬼才レオン・デュギーであった。後者が一九〇一—一九〇三年に国家論を出版して以来「実証主義」の方法と市民法から社会法への社会的・理念的変遷の理論をひっさげて、伝統的憲法学に激烈・根本的攻撃を加えるにいたった時、その矢面に立って反論を書いたのがエスマンである。彼は、とりわけ国家の主権・個人の権利を擁護し、デュギーの組合主義的国家観・社会連帯的法理念に反撃

することによって、彼が伝統的国家観および一九世紀の市民社会的法理念の保守者であることを明らかにした。彼はまたオーリウらに認められるような形而上学的・哲学的な深い思索に沈潜することなく、カレー・ド・マルベールのように法律学的により厳密な構成を試みることもなかった。

3° 思うに、エスマンの憲法学は、その壮大さと同時にその限界を、彼個人をこえたところに負っているのではなからうか。すなわち、一九世紀全体を通じて自由主義的民主制と議院制の憲法思想・制度を定着・安定せしめるにいたった第三共和制成熟期——一九〇〇前後——のフランス憲法自体に。だからエスマンの憲法学が当時最高の権威をもつものであったことが争をいえない以上、それは、一九世紀のフランス憲法の完成された理想像を刻み込んだ記念碑であつたといつても、過言ではないであらう。

(以上)