

## マルセル・プレローの憲法学（三・完）

水波, 朗  
九州大学法学部教授

<https://doi.org/10.15017/1850>

---

出版情報：法政研究. 52 (3/4), pp.43-74, 1986-03-25. 九州大学法政学会  
バージョン：  
権利関係：

# マルセル・プレローの憲法学（三・完）

水波 朗

はしがき

- 一 プレローの経歴と著作（四九卷四号）
  - 二 政治学（五〇卷三―四合併号）
  - 三 憲法学
- むすび（以上本号）

## 三 憲 法 学

マルセル・プレローが、一九四六年のフランス第四共和国憲法誕生のすぐ後、一九五〇年に始めて自らの憲法理論を体系化した「憲法綱要」の第一版第一刷は、一九五七年のその増補版（第二版はこれとは別で、更に後の一九六一年に出ている）とともに、<sup>(1)</sup> かれの理論が決定的に二人のトミスト、M・オーリュウおよびG・ルナールの制度理論に負っていることを、その後の一九八〇年には八版を<sup>(2)</sup> 数える諸版以上に鮮明にしている点で、興味深い。一九五〇年のこの最初の版は、一九五四年三月二十七日付政令による法学部の教授科目の改正がまだ行われていないので、「政治

論 説

制度」*Institutions politiques* の語はその著のタイトルに現れない。「政治制度と憲法」と書名が変えられるのは一九五七年の増補版からである。第一版では、わずか三〇頁ほどで、後述する立憲主義的憲法概念との対決を含む憲法概念の一般理論がのべられた後に、直ちにフランス憲法史の叙述に入り、第四共和国憲法の成立まで約三〇〇頁におよんでいる。後半の二四〇頁は、当時生れたばかりの第四共和国憲法の分析である。この後半での分析も、プレローが重視する憲法規定の現実的作用について、第四共和国憲法の運用事実の積み重ねがまだないので、代りに憲法上の諸制度の歴史的沿革や諸学者・思想家の見解の記述が多分に採り入れられていて却って興味深く、それらがプレロー独特の生き生きとした行論を援けている。

これにたいし、一九五七年の増補版は、教授科目改正に合わせて新たに加えられた「政治制度」の部分約二五〇頁が国家、公法、憲法の簡略な概念規定として書き改められた冒頭の三五頁に続いている。そして当然のことながら、第四共和国憲法の十年にわたる現実的作用を叙べるために後半の一九四六年憲法論の部分は、相当書き直されている。ところで一九六一年に出たこの書の第二版では、すぐ前に生じた一九五八年憲法(第五共和国憲法)の成立に合わせて、第一版の後半第四共和国憲法の分析は、フランス憲法史の叙述の末尾に移されてその概要が凝縮され、代って第五共和国憲法の分析を行った二八〇頁に亘る記述となるのである。それ以後の諸版は、多少づつの改定が繰返し行われているうちに、今から詳しくのべようとするプレローとオーリュウールナル的制度理論との繋りが、当初のものほどにはみえにくくなっている。そこでさしあたって上記の三冊、一九五〇年の第一版第一刷と一九五七年の増補版と一九六一年の第二版とに主に焦点を合せて事を論じよう。因みに一九八〇年の第八版のブルイの改訂は過大である。<sup>(2)</sup>

(1) Marcel Prélot, *Précis de droit constitutionnel*, 1<sup>er</sup> éd., 1950, Paris, Dalloz; *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 1957, Dalloz; *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd., 1961, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 1969.

(2) Marcel Prétot et Jean Boulouis, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 8<sup>e</sup> éd., 1980, Paris, Dalloz.

(一) 国家の二側面

さきにも簡略にみたことであるが、プレローがそれに多くの点で追随するモーリス・オーリュウが、その「公法原理」や「憲法概論」で展開する国家論では国家は地上に人間が住むどこにでも発生したのではなく、その起源は特定の時・処において限定されたものである。それは遊牧民族においては存せず、人間が特定の土地に定住した後に、都市を形成し、文明化することがある時・処においてのみ生ずるものである。この場合文明化とは、一方で（古代ギリシアやローマにおいてのようにその人口の一部であるにせよ）自由で対等な市民が存在し、他方で人間生活の分業・分化が発展してそれに応じた多様な人間集団が存在するに到り、それだけに必要となったそうした多様性の統合克服の市民自身による努力が行われ、この努力自体が、多様の統一である個々の人格者に似た「人間的」*humain* のものである国家を生み出すのである。ポリス化・政治化とは、オーリュウにあっては、文明化に外ならない。しかしこうして存する「政治的社会」、例えばギリシアの都市国家の如きも、いまだ今日の意味での「国家」*Etat* ではない。今日の意味での「国家」は、権力が支配者の個々人の資格と融合する個人的権力 *pouvoir personnel* ではなく、非人格化的な制度化された権力 *pouvoir impersonnel* ou *institutionnel* となる時からである。<sup>(1)</sup> この意味で中世末、近世初めにかけてヨーロッパにおいて始めて発生して、全世界に波及してゆくものである。

一九五七年増補版「政治制度と憲法」の書き改められた冒頭で、プレローは繰返しオーリュウの諸著作を引用しながら、国家的現象は定住し文明化した民族においてのものであり、しかも古代の都市国家は東洋の諸帝国においてと同じく、まだその制度化の不足の故に「国家」ではなく、それはヨーロッパでの一六―十七世紀起源のものであるとい

う。<sup>(2)</sup>プレローの「政治社会学」の著に即して先にもみた国家についてのこの認識に注意しながら、こうした国家の二側面説がそれに引続いて説かれているところを、吟味してみよう。すでに本稿の二の(二)権力の本質を扱うところでみたように、<sup>(3)</sup>そのものとして同一的な存在である国家が、その「社会」の面において、正確には組織された社会の面 *aspect sociétaire* において把握されずれば、またその権威的側面 *aspect autoritaire* においても把握される。前者は国家の実体的基礎である。後者はこの基礎の上に権威者が人為の努力によって国家的形相付与、*mise au forme* をなして、積極的に国家を实存せしめてゆく側面である。しかしこの区別は、プレローも強調するように思考の上での区別であって、実在する国家は同時にこの両者であるもの、*Etat-société* でもあれば *Etat-pouvoir* でもあるものである。<sup>(4)</sup>

まずはじめに「社会としての国家」の面をみてみよう。この社会は、とプレローは古いトミスムの伝統に従っている。それ自身のうちに多元的・複合的・重層的に他の諸社会を包含した社会である。国家的社会の基体としての人民は、その社会的本性によって家族や職能的、文化的な多様な社会の中に生きている人間の一团である。パリ大学の国際法学者セルの言葉を引用すれば、こうした国家的或は政治的社会は、諸集団の上に「上置された統一体」である。のみならずこの社会集団の人民は、大衆それも百万単位をなした大衆であって、都市程度の過少な人口の国家では、形式的に法的な性格を備えても政治的な現実を保持しない。<sup>(5)</sup>

しかもこの国家的社会たる人民大衆は定住し土地的要因に大いに規定されたものである。「社会としての国家」は領土をもつもので、領土を欠いては国家は萌芽的なものにすぎない。この点でプレローは、この土地的要因を無視して治者・被治者のたんなる政治的分化だけで国家が存するかのようにいうレオン・デュギーの「偽実証主義」を非としている。又社会的・国家的本性(自然法)に自由に従って形成されるこの国家的共同体が、地理的契機によって

決定的に生み出されるとする地政学的決定論や、民族的本能にこそこの社会形成の決定的契機があるとして民族性原理をいう民族主義的決定論を却ける。<sup>(6)</sup>

以上のようにプレローが *Etat-société* の論としていうところは、伝統的なトミスト国家論という国家の質料因の論である。この質料因に国家の形相を手える形相因こそは、人間の国家的本性の傾きを現実化し国家を実存させる「権威」であり、*Etat-autoritaire* である。プレローは、著名なトミストの民法学者F・ジェニーのある弟子の一人の言葉を引いて、ジェニー流に、「国家はけっして与えられはしない。それは常に構成される」という。国家的本性の土台の上に権威の荷い手の国家創設の人為的・人工的な営為があつて、はじめて具体的な個々の国家が存在するにいたるのである。権威があつて右にのべた先行的な共同体を組織化してこそ、それまでは不完全であつた社会的集団化が完全なものとなり、国家が生れる。それまでの「人口は、それに国家が形相（形態）を与える実体〔的基礎〕」である。再びスコラの公式的表現をかれは繰返すのであるが、「質料が形相を求めるように、社会は国家を求める」。しかし必然的にそうなるのではない。君主その他要するに「為政者」*l'homme-d'Etat* として権威を担う人々の思慮分別に基いた行為の下に国家に至るのである。人は任意社会に入る場合の如く明確な意識をもって同意して国家に入るのではない。国家は必要社会であつて、ある国家の国籍を脱しても他の国家に入らねばならない。この義務性の根拠は自然法、つまり今の場合人間の国家的本性の法則である。又この同じ自然法が、人民が為政者に「権威」を認めてこれに信従することを義務づける（権威原理）。しかもこの権威の命令は一方的権力であり、物理的な強制手段によって支えられている。そうした権力への人民の服従は、とプレローはつけ加える、概念化的分析の観点からは、政治哲学者B・ジュブネールもいう通り「市民的服従の神秘」である。<sup>(7)</sup>しかしプレローの記述に注解を加えるならばこの「神秘」*mistère, misterium* はまったく理性の透徹しない不可知、ということではない。非合理ではない。国

家的な人間本性の法則は、非概念的に万人一致的に洞見する理性（本性適合的理性）によってまずはすべての者に知られているものであり、権威原理はそうした理性によって言わず語らずのうちにこの「神秘」の中核に洞見されているものである。<sup>(8)</sup>

そもそも権威は、とプレローは更にいう。政治的（＝国家的）権威としてのみ存するのではない。家族的・職能的（雇傭主的・労働組合的）、宗教的その他、必要社会のあるところ、それらのそれぞれに固有に存している。国家権力の権威のみを言うのは、国家の多元性を忘れた「全体主義」国家の極端な概念化である。しかも道德的価値の階梯から言えば国家の権威は最高のもではなく、家族的権威や宗教的権威に劣る。しかし国家の権威は実力を背後において公共善の致命的要素である平和と安全を確保し人々の全面的生存充足の条件を整える完全社会の、権威或いは権力である意味では、相対的に主権的であり、相対的に最高のものであって、人々の格別な尊重を求めうるのである。国家の〔生殺与奪の権利を含む〕物理的強制力の完全さや領土的排他性は、このことからくる。<sup>(9)</sup>

こうした相対的に主権的で独立的存在である権力が、一切の公共役務や官職の組織化を行い、官庁の諸権限を実定法的に限定し、公共善現実化の諸手段を整える。ある程度に分権化を行う。これを通じて人民を全体として人民共同の善益へと指導する。<sup>(10)</sup> 要するに *Etat-pouvoir* とは、権力が *Etat-société* としての質料に国家的「形相付与」*mise au forme* を行つて国家を実存せしめてゆく側面においての国家である。

しかし最後にプレローは、この権威が制度化された権力であることを言うために一節を設けることによって、たんに自らが一般的にスコラ的な伝統的存在論の徒であることをいうだけでなく、ことにオーリュウの徒であることを示す。「国家権力は——そこにその最後の本質的特徴があるのであるが——制度化された権力、つまり法に基礎づけられ、法によって構成されたものである。統治者の権力は、非人格的で客観的な一般的規範に適合してしか展舒されな

い。この〔法的〕義務の細目は多少とも粗い。しかし優美な緯糸が權威の一切の表示を支えている。つまり国家權力は、規範に即して行使されるもの、「法的權力」であり、個人的權力の段階から非人格化され制度化された權力の段階へ移ってもこの權力は持続し、人から人へと移される。「權威が永続的な一存在となり」これによって「爾後この存在に、制度の機関によりなされたすべての行為が、所定の規範に即してなされるかぎり、帰せられる」。權力とそれを荷う人格との区別がこうして立ち、荷い手の交替は自動的となる。こうしたことが制度化であり、人類が長い歴史の進化をへて、中世的な君主とその従者の相互契約の個人的權力の関係を脱して制度化に入り込むのは、王位継承法が「王国の基本法」として慣習憲法の形で確立され、さらに国家行為の他の成文ないし慣習憲法規範に君主が拘束されてゆく近世始めにおいてである。<sup>(11)</sup>——これらすべての論点においてオーリュウに従っているのであるが、プレローは更に「政治制度と憲法」の一九六一年第二版以後ではつけ加えて、ダバンの *l'Etat ou le politique*, 1957 を読むことをも読者に薦めている。<sup>(12)</sup>

プレローのかような国家両面説を、例えばイエリネックの国家両面説 *Zweiseitentheorie* と混同してはならない。或はイエリネック的な新カント派の視角に慣らされた眼でこれを読んではならない。イエリネックにあっては、国家の社会学的側面、その社会集団としての側面は、国家の「存在」*Sein* の側面であり、その法人としての側面、国法学的側面は「当為」*Sollen* の側面であって、しかも「存在」と「当為」とは対象的に区別され、対象そのものにおいて相交わらぬ二つの世界であった。新カント派の哲学に正しく依拠するかぎりでは、ケルゼンが厳しく批判するように、ここでは国家そのものの存在は消滅して、空しく残ったこの両面を結び合わせて一つの学一つの国家学を形成する結節点、観点を喪うはずのものである。一方で社会的集団の現象的な存在、事実があるというならば、入口、土地、權力などの諸要素的現象事実を結び合わせて、そこに一つの社会集団的全体があるという場合の統一の根拠は何



なのか、集团的全体性の原理、社会的「存在の理拠」*entis ratio*は何なのか。ケルゼンもいう通り、イエリネックではこれが答えられていない。他方においてケルゼンのように、国家の当為の側面、国法学の対象としての側面のみを現実的として、人口、土地、権力の諸要素を結合するものは一國法規範の総体の妥当性のみだといえ、国家の「存在」はこの総体に吸収されて、国家とは一國法秩序の総体そのものである、という凡そわれわれの健全な常識からかけ離れた結論をひき出すことになる。<sup>(13)</sup>

プレローの両面説はこうした背理に陥らない。トマス主義哲学の定式に従って、一切の存在者は、それ自身においては「存在」でもあり、「当為」でもある。「存在」と「当為」との区別はわれわれの思考においての区別であって、存在者を人間自らの意思やそれに基づく実践にかかわりなく眺める理論理性の観点からは、事物はその本質や属性を備えて存在の世界としてわれわれの前に立ち現れる。これに反して同じ存在者が自らの存在充足を志向する人間意思や実践とのかかわりで実践理性の観点からみられる時、本性とその法則（道德法則）を基軸とする当為の世界が立ち現れる。プロレットにとって国家的存在者は、それ自体において存在でもあり当為でもある。各個の人格的な個々人のうちにある実在的な人間本性の法則、即ち人間の国家的本性とこれに基礎づけられた權威の荷い手の働きが、この集团的存在の根拠であり形相だからである。こうした国家を理論理性の観点からみてその本質や属性を現象的諸事実を語ることもできるし、その同じ国家を実践理性の観点からみて、統治者や国民はいかにして国家を組織化し国家的形相付与を行うことに協同し、より多く国家的共同善を現実化して個々の成員の究極的存在充足の援けとするか、と実践的に語ることもできる。プレローにとって、組織された社会としての国家も、ともにこれを「存在」の観点からも「当為」の観点からも考察できるものである。実をいえば、プレローの *Etat-société* と *Etat-pouvoir* との区別は、そうした理論理性と実践理性との区別の問題ではないのである。この区別は、先にみたよう

に、トマス主義国家論の常道に従って<sup>(14)</sup> 国家の実存そのものを、その第一質料的原理の観点からみるか、その形相的原理の観点からみるかの区別である。国家そのものの存在論である。イエリネックにおいて（そしてケルゼンにおいても）欠落したのは、そうした存在論であった。

- (1) Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2<sup>e</sup> éd., 1916, p. 114-26, p. 303 et s.; *Précis de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd., 1929, p. 41-97, p. 119-22.
- (2) M. Prélôt, *Institutions*, 1957, Livre I, p. 3-6, p. 169-87.
- (3) 「法政研究」第五〇巻第三—四合併号三二四—六頁、参照。
- (4) 国家の実体的基礎はトミストのジャン・ダバンにとっては、未だ組織化されていない（しかし人間の国家的本性という自然法の法則に服して特定の個々の国家へと結集している）一群の不特定の・匿名的な多数者たる公衆、*le public* である。Jean Dabin, *L'Etat ou le politique*, 1957, p. 70 et s. 水波訳「国家とは何か」八一頁以下。こうした「公衆」の把握はオーリョウに由来している。Hauriou, *Principes de droit public*, 1916, p. 90. プレローと異ってダバンは、*Etat-société sociétaire* のものを基体たるものを問うており、それはプリストテレスの *demos* の又聖トマスの *multitudo* の一そう正確な把握である、と筆者には想われる。しかしここでは「基体」としているもの観点が異っており、ダバンのようにすでに組織化されて国家となっているものの一段基底的な根底に「公衆」、あるいは「人民」をみることに、プレローが反対しているとは思われない。
- (5) Prélôt, *Institutions*, 1957, L. I, p. 8. 8<sup>e</sup> éd., 1980, p. 9-10; M. G. Scelle, *Introduction à l'étude du Droit*, 1931, t. I, p. 80.
- (6) Prélôt, *ibid.*, 1957, L. I, p. 9-11, 8<sup>e</sup> éd., p. 10-13.
- (7) *Ibid.*, 1957, L. I, p. 12-15, 同書 p. 11, 8<sup>e</sup> éd., p. 11-16, 同書 p. 12.
- (8) Hauriou, *Principe*, p. 692 et s.; *Précis*, p. 20-4; Dabin, *L'Etat*, p. 59-9, p. 140 et s. 水波訳「国家とは何か」六一七頁、一六六頁以下。
- (9) Prélôt, *Institutions*, 1957, L. I, p. 13-4, 8<sup>e</sup> éd., p. 14-6.

- (10) *Ibid.*, p. 16, p. 41, 8<sup>e</sup> éd., p. 17, p. 45-5.
- (11) *Ibid.*, p. 15-6, 8<sup>e</sup> éd., p. 16-7.
- (12) *Ibid.*, 2<sup>e</sup> éd., 1961, p. 16.
- (13) Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl. 1928, S. 9-12; S. 50-2, Hans Kelsen, *Der soziologische und juristische Staatsbegriff*, 1922, S. 114-20, S. 230-3; *Allgemeine Staatslehre*, 1925, S. 91.
- (14) 本稿の第二、政治学「法政研究」第五〇卷第三一四合併号三一三頁、および拙稿「ホッブズはおける法と国家」(「法理論」第三号二二頁、参照)。

## (二) 公・私法の区別

プレローはこの区別を法実証主義的に、立法者の恣意によって自由に定められたかぎりでのものと考えられない。またたんにこれを法学教育上の便宜的なものとも考えない。この区別の背後には、政治学的・形而上学的な実在的区別の基礎がある、とするのである。憲法を公法である、という場合、通常このことが見落されるので、幾分詳しくこの問題を探り挙げよう。

プレローは有名なウルピアヌスの定義「公法トハローマ国家ニ関連スルモノデアル。私法トハ個々ノ個人ノ利益ニ関連スルモノデアル」<sup>(1)</sup>を挙げ、この規定による区別のその後の変遷を吟味する。ウルピアヌスの柔軟で明確なこの区別は、持続した価値をもちはずすが、ロー法の当時の現状に合わせて学問的に構成されたものであるから、歴史のその後の発展に応じて実情に適合させねばならない。中世封建時代ではこの区別を言う余地はなくなるが、十五世紀頃からの国家の出現に呼応して「公法」*droit public*の言葉が生ずる。フランスにおいて、宮廷法律家の間では、むしろ公法は秘教的で一般私人に教える必要のないものとされ、十七世紀にドーマ Darnatの著作においてこの語が現れた時には、むしろ公法現存の現実の事態に遅れていた。政治哲学者のルソーやモンテスキューにおいてようやく今日

の意味の「公法」の語は現れる。しかし公法学が私法学から区別されて立ち現れてフランスに登場するのは、一九世紀的自由主義のドイツ国法学の影響もあつてのことである。こうした経緯をみながら、プレロー自身が今日の現状に適合させて定める公・私法の定義は、次の通りである。「私法とは、それによって私達が、直接にであれ自らその成員たる集団を介してであれ、相互にもつ諸関係を維持する諸法規範 *regles juridiques* の総体である」。「公法とは、国家(とそれに従属した公共団体と)を構成し、諸外国、組織された諸集団、個々人との関係において国家が従う法の諸規範 *regles de Droit* の総体である」<sup>(2)</sup>。

こうした叙述を前置したうえで、プレローが、かように公・私法の区別を樹てる基礎、そのものを問うところが、今重要である。この基礎は二つの方向の学説によって揺がされる。E・デュルケムによれば、法は常に社会的な目的をもつものであるから、一切の法は社会法ないし公法である。私法は存在しない。更に、現実にはそこまで行かなかつたにせよファシズム的・ナチズムの全体主義の立場からも、理論的には私的なものは公的なものに吸収されるから、公・私法の区別はありえない。逆にパリ大学の国際法学者セル *scelle* がいう通り、一応一切の法は公共善を目指す以上公法だと認めても、この公法が結局は各私人の固有の利益のためだと徹底してみる個人主義的観点からは、一切の法は私法だとみえてきて、公法は存在しないことになる<sup>(3)</sup>。

しかし、とプレローはいう。国家は上にみた通り多元的な社会である。「私的なもの」とは家族や企業や組合等の社会集団を包括するものであつて、「公的」国家的なもの<sup>(4)</sup>とはその補完である。政治的観点からみれば、公・私法の区別が存するのは、政治的自由の余地を残すことを意味する。これは十九世紀の自由主義的個人主義のイデオロギ―とは異つた意味で、二十世紀の今日も言われねばならない公・私法の政治的基礎である。なぜならそれはイデオロギ―とは別な次にのべる存在論的基礎に繋るものだからである<sup>(5)</sup>。

プレローが決定的なものとして重視するのはこの形而上学的基礎である。カトリックの詩人ペギーやトミストの哲学者ジャン・ラクローワやM・オーリュウを引用しながら彼はいうのであるが、私的生活における個々人の人格的な実存的充足は、価値の位階秩序において最高窮極のものであって、そのためにこそ国家もあれば、公的なものもあれば、公法もある。ここでは人格の觀念を知らなかったローマ古代のウルピアヌスの公・私法の区別や定義は修正され深められて、人格の尊厳を語るキリスト教的世界觀に媒介されねばならない、とかれはいう。<sup>(6)</sup> 人格の社会集団超越性はオーリュウにおいてそうであったように、プレローにおいても、公法に吸収され尽さぬ私法の、私的自治原則の余地が永遠に残る存在論的な実在的基礎である。オーリュウは「権威原理」と対をなして、「自由原理」をいう。「自由な人格」の社会超越性は、人間人格の存在構造であり、そこに由来する人間本性の法則（自然法）が、この故に公・私法の区別の維持を、私的自治の原則の永久の保持を、諸々の基本的人権の尊重を国家権力に義務づける。不正な権力への人民の抵抗の義務と権利とをも、それが基礎づけるのである。<sup>(7)</sup>

- (1) Ulpianus, *Institutiones*, L. I, t. I.
- (2) Prélôt, *Institutions*, 1957, L. I, p. 21, p. 17-6.
- (3) *Ibid.*, L. I, p. 22, 8<sup>e</sup> éd., p. 23; G. Scelle, *ibid.*, p. 25.
- (4) 詳しくは次の書参照' Dabin, *L'Etat*, p. 124-5, 水波訳「国家とは何か」一四五—六頁。
- (5) Prélôt, *ibid.*, 1957, L. I, p. 23-4, 8<sup>e</sup> éd., p. 23-4.
- (6) *Ibid.*, L. I, p. 24-5, 8<sup>e</sup> éd., p. 24-6.
- (7) Hauriou, *Principes*, p. 399 et s., p. 725 et s., p. 730; *Précis*, p. 102, p. 618-23, p. 654-6.

(三) 憲法の概念、その多元性

以上の記述からも推察されることであるが、プレローの憲法概念は二つの特色をもっている。一つは国家の多元性に応じた「憲法の多元性」をいう点である。他は、制度理論学派を承けて、憲法は「制度的なもの一種」である、という点である。

まず前者について。プレローは、「公法」を規定することから直ちに国家の憲法を語ることへと移る通常の憲法学のやり方を排して、憲法現象をその一般性と拡がりの全幅とにおいて考察することが、自らの著作全体に亘っての「憲法」constitution の用語の意味を読者に明確にするうえからも、重要であるという。この語はまことに広く用いられる言葉である。人間存在の「構造」constitution ou Verfassung としても、物質の構造といったことでも用いられる。社会学の世界では、それは一切の社会集団についてその構造と存在様態として言われるものである。憲法<sup>コンスティテューション</sup>の語を、もっぱら政治的・国家的社会についてのみのものと、いきなりこれに限定するのは、人を迷わせるものである。

憲法は国家の域に達しない国家内・外の諸集団についていわれる。そうした全ゆる社会に憲法の存在を認めることは、すでにボーダンに始まり、ナポレオン法典の個人主義に追随した十九世紀の法律家の傾向にもかかわらず、その時代にも持続して存在した。こうして商事会社ことに株式社会について、また労働組合について、人はその constitution を語るのである。ドイツでは殊に然り (Betriebsverfassung)。又それは国家を超えても存在する。カトリック教会その他の宗教的諸社会に即して。国際社会に即して。<sup>(1)</sup>

しかし各学問分科の区別に応じてその対象を限定することは許されることであるから、われわれにとっては、そうした私的集団の私的憲法を排して、憲法をもっぱら国家の公的憲法に一応限定することは許されよう。しかしその場

合でも、右の広義の憲法、ことに社会諸集団について憲法が言われる時に一般的にそうであるように、憲法は常に集团的「存在」に密着していわれるもので、国家的集団の場合にも然り。公的憲法は国家の「存在」の問題であり、その存在構造、又その存在様態つまりその「行為」様態の問題である。これに依じて、二つの公的憲法の部門が分かれる。すなわちその存在とその構造に即しては「憲法的公法」*droit public constitutionnel* が、その行為に即しては「關係的公法」*droit public relationnel* が存する。前者の憲法的公法は広いもので、国家の「実存」とその諸「形態」の全体を扱う。国家を創設し、それにその基盤、実体、構造を与えるすべての規範は、この意味の憲法である。「国家は政治的權威の体制が確立された時に存在するわけではない。それに加えて行政の組織が樹てられ、司法が形成され、国家がその上に立つ人民大衆が国籍とともに特定される時のみ、国家となる」。実定的公法はそれらすべてを定める。したがって、とプレローはいう。「国家の一切の構造連関 *contexture* へと憲法概念を拡大することは、人がわれわれに批難してきたように空しい觀念、たんなる著者の意見といったものではない」。それは社会学的にも制度史的にも、実定法上も確証できるものである政治的、行政的、司法的、人口的構造の緊密な連関に依じている。したがってまた、とプレローはいう。イタリアやフランスにおいて十九世紀前半に始めて設けられた憲法学の講座を担当したイタリア人の G. P. di Luzo や P. Rossi に由来する限定、つまり自由主義的偏見に基いて政治的・統治的憲法のみを憲法と考えたり、行政、司法、人口がある程度の自律的な存在性を示して自足的な自らの憲法をそれぞれ持ちつつ、しかも相互に密に連関している事態を忘れたりしてはならない。憲法は多元的で、それらの憲法も憲法的公法の不可欠な要素なのである。<sup>(2)</sup>

後者の關係的公法については、プレローはいう。フランスの憲法学において自由権が軽視されてきたのは、人權規定を欠いた第三共和国憲法が長く妥当したこと、その当時の法実証主義的傾向とにその理由があるが、第四共和国

では前文で「人間と市民の諸権利と諸自由を厳粛に再確認」しているので、革命時の古い伝統への還帰が始まっている。前述の如く、人格者の自由は公法・私法の区別の形成原理であり、「両者の区別の基本的な存在根拠である」。国家を超え出た私的諸集団や私人との関係を規定しているかぎりでの関係的公法は、この自由を（基本的人権を）内容とするもので憲法論上の重要性は言うまでもない。しかしこれは他の科目として他の学年で学ばれるので、本書では扱わない、と彼はいう。プレローのいうこの科目とは「公的自由」*liberte publique* と題して基本的人権を問うもので、周知の通りつい最近この科目の教科書はフランスでも多く出版され始めているが、プレローには、この領域の著書はない。<sup>(3)</sup>

憲法概念の多元性と拡大とについて右のようになるプレローが、当然の前提とはしながらも、そこまではおいていないこの概念の更に一段の拡張について一言しよう。プレローの憲法概念は慣習憲法、成文憲法、要するに実定的憲法、憲法概念として語られている。そしてこれは明かに存在論的、憲法概念である。そこで憲法概念を存在論の方向に更に推しすすめて、国家の自然法的な存在諸根拠に拡大して自然法的憲法を語ることもできよう。治者・被治者の分化原理、権威原理、自由原理、国家権力は公共善を志向すべきことをいう公共善原理、明白に不正で公共善を害する権力の荷い手には反抗することを命ずる抵抗権原理、それに後にものべる法治原理などは、こうした自然法的憲法の主要な内容であり、条項である。こうした諸条項については暗黙の一致した人民の本性適合的認識があるのであって、かような諸原理の概念化的認識が多様なものとなることの故をもって多くの新カント学派やマルクス主義の憲法学者がそうするように、自然法的憲法の存在を否定したり、不可知だと説いたりする必要はない。それぞれの国家の存在とその存在様態・行動様態を規定するこの法則が客観的に実在し、かつそれへの人民の一致した洞見がないならば、国家生活は浮動し変動し多様である反省的認識の、意見の波に漂うだけのものとなり、そうしたことで国民共



同の国家生活など、そもそも不可能なのである。憲法の概念はこの国家生活の存在論的な基底の境域にまで拡大されねばならない。

(1) Prétot, *Institutions*, 1957, L. I, p. 26-7, 8<sup>e</sup> éd., p. 27-8.

(2) *Ibid.*, L. I, p. 28-9, 4<sup>e</sup> éd., p. 29-34, 第四版では従来の狭い憲法概念への批判が詳しくなっている。

(3) *Ibid.*, L. I, p. 30-1, 8<sup>e</sup> éd., p. 34-5.

#### (四) 制度としての憲法

理解の便宜のために先ずはじめのべておかねばならないのは、M・オーリュウ、G・ルナル、A・オーリュウ M・プレロー、G・ビュルドーと、フランス憲法学の主流的傾向を成してきた「制度理論」の憲法学が、常にデカルト以後の近代的思考と対決する姿勢をもっていることである。オーリュウやプレローの著作ではしばしばカルテジアンへの批判的言及がみられる<sup>(1)</sup>。

デカルトでは、人間の靈魂（それは明析判明に事物の本質・本性を意識する知性である）と人間の身体（それはこの知性の対象化的な認識客体となる、他の動物とも共通なメカニックなもの、「動物機械」である）とのそれ自体としての実体的区別が樹てられた。人間は靈魂と身体という二つの実体の偶有的結合である。靈魂と身体とはそれぞれ異なる実体として、それぞれに自分自身から存在し作用するものである。こうした把え方では、人間存在の身体的存在の側面に密着しての繰返しての反復作用のうちに自ずと形成され習熟して獲得される人間行為の慣習態なもの、*habitus*したがって制度的なもの、*institutio*は、その視野に入<sup>(2)</sup>って来ない。プラトン、アリストテレス、聖トマス以来の伝統的存在論が第一質料的な形而上学的原理と形相的・靈魂的な形而上学的原理との実体的結合によって一実体と



デー（存在根拠）に即して人的制度 Institution-personne を語り、諸制度がそれ自体のうちに生み出している固有独立の単位的存在とその固有のイデー（存在根拠）に即して事物的制度 Institution-chose（例えば私有財産制度、家産制度、行政制度、財政制度、登記制度、その他種々の手続制度など）を語っている。慣習的・成文的憲法制度も、それ自身のうちに多くの事物的制度を含むものである。こうした実定法的な従って人為的に構成された複合的な憲法制度の要素たる諸制度の一つについても、それらに結びついて言挙げされる概念的、反省的イデオロギーとは別の、独立固有の存在と作用、その客観的イデーをそれらはもち、固有の實在的「法」、憲法をもつのであると言<sup>(3)</sup>える。

このように制度理論は、制度を根本的にトマス主義の存在論哲学の視角からみて事を語っているのであるから、デカルト以後の観念論的（ないし唯物論的）なすべての近代的思想の視角、例えば新カント派的観念論の視角からは、<sup>(4)</sup>けっして透徹して理解しえないものである。

プレローは一九五七年「政治制度と憲法」の増補された「政治制度の一般理論」のはじめに、まずこの「制度」の概念の理論を展開する。それは彼自らいふ通り、右に略述した制度理論学派の承継である。

かれはいう、制度の語が「基礎的教養」の意味で用いられる（例えばユスチアーヌスの Institutiones）教授法的意味や社会学者が「制度化された事物」として把える場合の意味のような、この語の狭隘化を排して、公法学や憲法学には有益な、オーリュウヤルナルの近年の制度理論学派の意味でこれを解さねばならない。かくのべてプレローは、人的制度と事物的制度との区別をも採りつつ、すでにみた「国家の制度化」によって国家が固有独立の存在として存在しはじめる事態を再吟味する。そして人的制度 Institution-personne 或は団体制度 Institution-corps についていう。「制度は別個固有の存在をもつ共同体の只中に、個々人の意思が指導的<sup>イデー</sup>理念（『共同善』）の中で交わりつつ、ないし何かの必要に即して自ら凝固しつつ、同じ營為に参与し、それら理念や必要を現実化するため一つの権

威と共通の規範とに服する時、いつも生れている。この意味で、基本的な政治制度とは国家自身に外ならない<sup>(5)</sup>。しかし上述したように国家は重層的な、多元的なものであるから、私的・公的な多様な諸制度を包含するものである。「ことに『人的制度』たる国家は、意思能力をもった個人や諸集団の媒介によって表示される」。これらの媒介者は、「今度は通常には機関、organs と呼ばれる新しい有機体制度 Institution-organisme を形成する」。それは政体に応じて、或は絶対君主、或は大員、或は議会、或は単一ないし複数の政党等々である<sup>(6)</sup>。

この意味では「制度の制度」(オーリュウ) と呼ばれる国家は、さらに「事物的制度」あるいは「メカニズム制度」Institution-mechanisme によってより複雑にされる。これらは、単純に緊密な体系を成して組合された法規範の総体としても把えうるものである。憲法制度とか政治体制 régimes politiques とか民主制、普通選挙制度、選挙名簿制度とかいう時には、この面が強い。これらは人的制度のように凝固した複合ではなく、むしろ判明に区別できるメカニクなものであるが、それだけにより拡散しているので、社会学者や経済学者がそうするように微視的分析と巨視的分析との双方を必要とするものである。したがってまずは体制 régime とか体系 système とかいった<sup>(7)</sup> 総体的制度を分析し、然る後に規範や規範的事実を露わにしつつ、制度の諸要素の分析に向うのがよい。但し種々の事情で時に規範が制度化されていないことにも注意しなければならない。又他方で国家は単一国家であったり複合国家であったりして、その統合の度合において制度化の様態が異なることに注意すべきである。この最後の点では、むしろ新しい用語「構造」structure を用いて分析するのがよい。これが従来の憲法学の国家形態論である。——こうして彼の政治制度論は、本質的に政治的な制度の三様態に依じて、次の三つに分れる。(一)統治者の制度。(二)憲法制定者の制度。(三)統合的ないし分散的な(国家構造の)制度<sup>(8)</sup>。

第一の統治者の制度の部分は、政治的現実の核心をなす「制度化された権力」の吟味であり、憲法学の主要部分を

成すものである。この場合制度をめぐるイデオロギー的な面に執することなく、アリストテレスを範として、実定法から範例を引きながら、制度の具体的に確立された状況から出発し、その多少とも厳密に規定される類型の方向で探求を進める。つまり民主制、独裁制、寡頭制をその混合制とともに、それらの基礎、特徴、歴史的・社会的なその現実の作用などにおいて吟味するのである、とかれはいう。——この叙述方針に従って書かれた本書の対応部分の約一二〇頁<sup>8)</sup>は、現代の憲法論のなかで他に比類がないほど忠実なアリストテレス「政治学」の現代的復活となっている。

第二部の「憲法制定者の制度」は、プレロー独特の用語であり、発想である。この部分は、もともと国家が権力の制度化があり、その合憲法化制度があった時から存在しはじめるものである以上、論理的には第一の「国家権力の制度」に先立つものである、とかれはいう。通常憲法学では、とプレローはいうのである。これは憲法制定権の問題として形式的・抽象的に扱われて、今日では人はこれを、*pouvoir initial* という言葉の絶対的意味での始源的憲法制定権 *pouvoir constituant originaire* としては知っていない。しかしそれは *tabula rasa* (白紙) の状態において出来ずるものではない。それは、この権力始発の第二段階では国家が自らの存立を固め制度を変えてゆく歴史的な過程の、第一の段階としての端初 *principia* なのである。それは政治形態の断絶や仮政府の樹立といった問題を含むものである。そしてこれらに第三の段階が続いて、法的制度がその形成の二大様態、慣習憲法および成文憲法に即して体系的に存するにいたる。この場合慣習憲法に、われわれが通常考えてきた以上の重点をおくとプレローはいう。

今日まで憲法論で考えられなかったような広表をもって、プレローは憲法制定権論をここでのべるのであるが、そこでの記述は、本書の更に後におかれたフランス憲法史の全体に亘って、その叙述の構成を規定している。

第三の国家の構造は、単一国家、連邦国家、国家連合(人的連合、物的連合、統合的連合、外的連合)等を、国家の存在論的な統合に即して観る<sup>10)</sup>。

以上、第一、第二、第三のいずれを通じてもいえるのは、憲法学はここでは国家＝憲法の「存在論」ontologia であることである。<sup>(11)</sup>

- (1) M. Prélot, *Histoire de la pensée politique*, 7<sup>e</sup> éd., p. 125, p. 430-1, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 1957, p. 27, 2<sup>e</sup> éd. 1962, p. 285, 8<sup>e</sup> éd., p. 317; M. Hauriou, *La Science sociale traditionnelle*, 1896, p. 73-5, p. 112-3; *Principes de droit public*, 1928, p. 81-3.
- (2) 制度 institution のラテン語 institutio は習熟、教育、入門の意味をもっている。ルナールもいのようにフランス語の instituteur——(小学校の)先生——は美しい含意をもっている。George Renard, *Théorie de l'institution*, 1935, p. 396.
- (3) 同じ M. Hauriou, *Principes*, p. 618 et s. において慣習が最基本的法源であることの記述は詳しい。なお拙稿「ジュルジュ・ルナールの法思想」(『三』)法政研究第三六卷二一六合併号、四一巻一一二合併号、四二巻一号、参照。
- (4) 例えば一九二八年に書かれた宮澤俊義「フランスの公法学について」(『憲法の理論』所収)に書かれたオーリュウ学説の要約は、その後のわが国の憲法学者の理解に決定的な影響を与えているが、そこでの叙述は平素の明析な宮澤博士に似合わない曖昧なものである。これはオーリュウ初期の社会学的著作 *Leçons sur le mouvement social* (1899) や *La Science sociale traditionnelle* (1896) が読まれていないこともあるが、それ以上に、博士の新カント派的先入見が透徹したオーリュウ理解を妨げている、ということであろう。
- (5) Prélot, *Institutions*, 1957, L. I, p. 40-1. 一九五四年の教授科目の改正で従来の Droit constitutionnel の講義科目が Institution politique et Droit constitutionnel と改められたことについて、プレローは従来の法学的な憲法学の視野を政治学的・社会学的なものにまで拡張させる利点は認めながらも「政治制度」と「憲法」とは本来同一のものであるのに、これを二つの異ったものであるかの如く思わしめる欠陥を指摘している。プレローにとってこの両者がそれ自体としては(分析の観点を異にしても)同一の実在であることを、われわれは銘記していなければならない。
- (6) Prélot, *Institutions*, 1957, L. I, p. 39-42, 8<sup>e</sup> éd., 1980, p. 39-42. この点は、第一版増補版の方が詳細である。

- (7) Prétot, *ibid.*, L. I, p. 43-5, 8<sup>e</sup> éd., p. 43-4.
- (8) Prétot, *ibid.*, L. I, p. 49-188, 8<sup>e</sup> éd., p. 49-188.
- (9) Prétot, *ibid.*, L. I, p. 215-258, 8<sup>e</sup> éd., p. 191-238.
- (10) Prétot, *ibid.*, L. I, p. 215-258, 8<sup>e</sup> éd., p. 239-292.
- (11) 憲法概念のこうした存在論的拡充は、プレローのみならず、オーリュウを継ぐ、A・オーリュウ、G・ビュルドー等に共通のもので、フランスのトマス主義憲法学の特色である。こうした学説の基礎を考慮しないで、かれらの憲法の定義を、或はイエリネックの、或はジェニングスの定義と並置するのは、叙述の學術性を低めるであろう。小林直樹「憲法概念の考察」法学協会百周年記念論文集第二卷九—一〇頁、参照。

(五) 慣習憲法と立憲主義

プレローは、慣習憲法が憲法学の上で久しく軽視、いな否定されさえ (Carre de Malberg) してきたことを非として、ルネ・カピタンの反響の大きかった講演以来、再び注目されてきたことを歓迎する。そもそも成文法と慣習法とを峻別することは正しくない、とプレローはいう。法は常に両者を混じたものである。完全に慣習的な法も完全に成文的な法もない。この考え方のオーリュウの起源に遡って言えば、成文法でもそれへの人民の暗黙の同意に持続して支えられ、それへの服従が慣習化するのでなければ、持続して、制度化されて存在しないし、他方慣習法も意識化され記録され成文化されて制度化される要因を、常に含んでいる<sup>(1)</sup>。

しかし、とかねは続ける。多少とも慣習法的である憲法と多少とも成文法的である憲法との区別を樹てることはできるとして、前者を更に、(1)ほとんどまったく慣習憲法である体制 (例えばアンシャン・レジーム下のフランスや憲法慣行とコモン・ローとを中心とする今日までの英国の体制)。(2)半慣習憲法体制 (一八七五年憲法下のフランス共和国)。(3)補助的にのみ慣習憲法的な体制 (米國憲法の体制、すなわち成文憲法の傍、それが慣行により修正ないし補

足されたきた―違憲立法審査がその実例の一つ―体制<sup>(2)</sup>。

さらに慣習憲法規範が成立するための条件は、慣行の繰返し、その持続、その定着（つまり同一方向での出来）、他の慣行と区別される明確さである。しかしプレローにとって重要なのは、そうした慣行の事実だけでなくその内在的な道徳的・知的価値である。この価値は様々な概念的反省によって説かれる。国家創立時の違法な武力行使は時効により違法性を喪うという、フランス王権を弁護したレジストの時効説。人民の幾代にもわたる共通の意思、共同意識に慣行の合法化を求める歴史学派の説（サヴィニー）。慣習的憲法のうちに神意の啓示をみるジョセフ・ド・メストルの神意説。この神意説の唯物論版たるF・ラサーレの実力関係説。これらのいずれもプレローの採るところでない。より合理的なものは、一つは慣習を主権者たる人民の意思とみる考え方である。かれはこの説を十三世紀のPierre Defontaineまで遡らせ、それ以後の多くの法学者の名を挙げる。他は、慣習を主権的な国家機関の意思の表現とみるものである。この説は慣習と同じ価値を国家機関の制定する成文憲法にも与えることになる<sup>(3)</sup>。

プレローは慣習憲法論を後に右のように展開するのであるが、それに先立って憲法綱要第一版では「立憲主義の超克」と題する一節を設けて今日の憲法学にとって重大な帰結をそこから予めひき出している<sup>(4)</sup>。そしてこれもオーリュウ<sup>(5)</sup>によつてのべられたことの発展である。

プレローが「立憲主義の超克」としていうところを、後の諸版での補充を参照してのべれば次の通りである。そもそも成文憲法の初期の制定時、つまりフランス革命諸憲法の制定時、これら憲法の父祖達は格別にデカルト派的思考の影響下にあった。社会生活を規律する法則は、本来慣習法ではなく、合理的な精神が自ら自由に演繹して必然的体系性をもって構成できるものである。国家生活の根本規範、人民の一般意思の化体たる成文的憲法も然り。他方において、既にみたように、イタリアやフランスで最初に憲法講座を担当した人達が、成文のテキストそのものを憲法と



してこれを注釈することに自らの仕事を限定し、成文憲法をば第二帝政下の君主権制約の循としてのみこれを把えた。しかしこうした憲法概念は余りにも限定されすぎたものである。憲法は本来的には、政体が独任制的であろうと民主制的であろうとすべての国家の存在様態、存在構造として、国家の実存そのものに密着している。そうした国家の存在の直接的発現としての憲法を尊重して、十九世紀の自由主義的「立憲主義」の憲法概念は超えられねばならない。現に革命以前の時期にも近世初期の国家の生誕とともに憲法は、「王国の基本法」その他の慣習憲法の形で、絶対王制下に十分に存していた。したがって憲法史の記述も、従来行ってきたように一七八一年憲法史から始めるのは誤りである。自由主義的憲法史学は超えられねばならない。<sup>(6)</sup> プレローはかく言う。

事実、最近のフランス憲法の通史は、いずれもしだいに多く絶対王制の憲法に頁を割き、近世から更に中世にまで遡っている。ドイツ憲法史学でも事情は同じで、プレローのこの主張は大いに受け容れられている。またプレローが一九五〇年の第一版で法の形式的概念と実質的概念につき注し<sup>(7)</sup>その一九五七年増補版でこれを慣習憲法に展開して、次のように言うことに注目しよう。L・デュギー以来法の形式的概念と実質的概念とを区別してきた。前者は成文法制定の国家機関の差に即していわれる（憲法、法律、政令、規則など）。後者は法の一般性の原則に即して、法であるものとなないものとが区別される。慣習憲法ではこの区別は適用せず、通用するのは法の実質的概念のみである。<sup>(8)</sup> したがって自由主義的立憲主義の成文憲法中心観を去って、慣習憲法に一そうの基底的な意義を認めることは、「法治」概念、「法の支配」の観念をも拡大することである。もともと英国のような慣習憲法を主とした国では、*rule of law* はそうしたものであったし、フランスの絶対王制下にも、（更には中世にも）法治状態 *etat de droit* はあったことになる。否、人間の生活のあるところで「法治状態」を欠いたことがそもそもありえたであろうか、と問いうる。このことは、人間の法律的本性ということにかかわる。哲学的にいえば、人間や動物の感覚は個物を認識しえても個

物を超えた法則性を認識しえない。人間の理性のみが法則を把える。したがって人間は法（自然法と実定法）によって支配されるにふさわしい存在であり、人間本性は常に行為の一般的・法則的規範の下で生きることへと傾けられている。これが法律的本性であり、これは法の一般性という大原則の存在論的基礎である。法律的本性というこの自然法が一切の実定法を支え、実定法に妥当性の根拠を与える。かくいうのがアリストテレス以来のヨーロッパの伝統的な存在論的法哲学の定式であった。一切の慣習憲法および成文憲法の基底にはこうした法律的本性が生きて存しているのである。

そしてこのように考えてのみ、十九世紀以来の立憲主義運動が、実は正しく説明されるのではないだろうか。立憲主義運動は十九世紀ヨーロッパを動かしたただけではなく二十世紀に入ってからに地球に拡がっている。成文憲法をもつことは、自由主義諸国のみならず共産主義諸国もその例に漏れない。これほど普遍的な運動を、一九世紀ヨーロッパの限られた地点に生じた自由主義的立憲主義理論の特定のイデオロギーで説明することはできない。普遍的な現象事実には普遍的な根拠を尋ねねばならない。この根拠は自由主義・共産主義のイデオロギー的な概念化的認識とは別の次元で、万人が人類普遍的に共通に洞見している人間の法律的本性とそれに基づく慣習憲法を主とした法治状態とにみなければならぬであろう。この法治状態が非ヨーロッパ諸国で一七九一年以降ことさら成文憲法典を頂点とする法体系形成の形で表出されているようになることについての歴史的事情の究明はそれとして、立憲運動に結びつけられたさまざまな概念化的・イデオロギー的説明を超えて、この運動の客観的な（自然法的な）実在的基底とそれに密着し優位した慣習憲法の生成とを観みなければ、全世界的規模の立憲主義運動は解明されえないであろう。こうした意味で、オーリュウやプレローの主張は多くの真理を含んでいるし、又さらに展開もされうるのである。

- (1) Prélot, *Précis de droit constitutionnel*, 1950, p. 13-16, *Institutions*, 1957, L. I, p. 180, 8<sup>e</sup> éd., 1980, p. 203-4; M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd., 1929, p. 94-7. G. ヨードーもオーリュウに從つて国家の存在の端初を慣習憲法の存在と一体的とみ、成文憲法に優先する慣習憲法の基底性を認めるのであるが、但し、「法律行為」という観念をここで媒介させる。G. Burdeau, *Traité de science politique*, 1<sup>e</sup> éd., t. II, *L'Etat*, 1949, n° 155, n° 150, n° 153, 8<sup>e</sup> éd., 1980, n° 170 et s. J. ダバンはビュルドーのこの「法律行為」を不明確として却け、大むねオーリュウに從いつつ国家創建の事実的行為を合法化するものは慣習(憲)法であり、更にこの慣習法の基底に、国家的共同善を追及することへと傾く人間の国家的本性という自然法をみている。J. Dabin, *L'Etat*, p. 208-12, 水波訳「国家とは何か」二四九—五四頁。
- (2) Prélot, *Institutions*, 1957, L. I, p. 181-3, 8<sup>e</sup> éd., 1980, p. 204-9.
- (3) *Ibid.*, L. I, p. 183-8, 8<sup>e</sup> éd., p. 207-11.
- (4) *Précis*, 1950, p. 16.
- (5) Hauriou, *Précis*, p. 169-74, p. 242 et s.
- (6) Prélot, *Précis*, 1950, p. 16-7, p. 28-30; *Institutions*, 1957, L. I, p. 30-1, p. 176-7, p. 186-8, 8<sup>e</sup> éd., p. 31-34, p. 208-11, p. 213.
- (7) *Précis*, 1950, p. 5.
- (8) *Institutions*, 1957, L. I, p. 187, L. II, p. 15.
- (9) 樋口陽一「憲法学の対象としての『憲法』——最近のフランスの場合を素材として——」法学協会百周年記念論文集第二巻二二九頁、二三五頁以下は、プレローも引用している上述のルネ・カピタンの論文を採り挙げている。ところでカピタンは、その法哲学的な名著 *L'illicite, L'imperatif juridique*, 1929 がはつきりと示しているように、新カント派の哲学に依拠している一人である。かれの慣習憲法論は、法規範は受範者たる人民の同意 *adhesion* をもって受け入れられる限りでのみ妥当性をもつもので、憲法規範の妥当はその慣行的実効性そのものだから、慣習憲法は成文憲法以上に基底的存在である、というのである。想うにカピタンは事態を正しくみているが、拙く説明している。かれの説明するように憲法の慣行的実効性の事実が憲法規範の妥当なのだというのは、存在と為を峻別する自らの新カント派的前提に矛盾す

る。この自己矛盾には、樋口教授もある程度気付いている。これに反し上述の通りトマス主義哲学に十分基礎づけられたフランス制度理論学派の憲法学者達の慣習憲法論には、そうした自己矛盾はない。樋口教授はそうは考えていないようであるが、パリ大学を主要な本拠とした制度理論学派の慣習憲法重視がフランスの公法学界に影響を及ぼし今日の慣習憲法見直しの風潮があるのであって、カピタン論文の「公法雑誌」における再掲はその複次的な作用であり、必ずしもカピタン論文の固有価値の故ではないであろう。わが国の憲法学者の新カント派的視角では、こうした事態はみえないのだろうか。

#### (六) 主権、代表制

これまで述べてきたようなプレローの独創的な存在論的発想法は、主権が唯一、不可譲、不可分であると語るフランス革命のイデオロギーという概念化的反省の自由主義的偏向を超えて、それが含む存在論的現実を透見することを可能にしている。

プレローは、ド・メストルやテーヌの影響の下にフランス革命憲法の自由主義的個人主義の基本諸原理が歴史を忘却した幻想であると一概に却けることを非とする。革命遂行の中心勢力をなした法律家達は、有名なフランス革命史家マチスもいう通り、当時のフランスの現実をよく把握し、それを自らの利になるように利用した。かれらが主権を唯一、不可譲、不可分と規定するのは、アンシャン・レジーム下の身分的、職能的、地方的な差異、差別を現実に廃して、しかも全人民を原子論的に徹底して社会的紐帯を欠いた裸の個人と化してしまうのでもなく、超個人的統一性である「国民」nation という社会集団に固有に結ばれたものにしよとすることに、よく見合っていた。主権が唯一なのはこの nation の超個人的一体性の表現であり、不可譲なのはこの一体的集合体に対等に並ぶ個人や集合体のないことであり、不可分なのは個々人でなく、nation 自体が主権の担い手であることの発見である。「人民主権のこ

のテーゼはアリストテレス以来の、聖トマスもそれを説いた伝統的存在論の人民主権論と合致するもので、プレローによれば革命時の人々もこの国家生活の實在的現実を暗々のうちに洞見していたことになる。』革命歴第三年憲法の起草者コンドルセに、典型的にみられるようなカルテジアン的な社会の合理的設計や、それが現実の結果として招いた個人の原子化といったことは、当時の法律家や（ことに当時の他の諸憲法に一貫して主動的役割を果たした）シーエス<sup>(1)</sup>の右のような正しい洞見にもかかわらず、革命のイデオロギーの含む偏見の生み出すものである。しかしこのイデオロギー性の故に革命の含む正しい他の実践的帰結、nationの形成を却けることはできぬ、とプレローはいうのである。このことは主権の不可分性に反して、主権を個々人に細分化し何千万分の一の主権を各国民個々人がもっている、という考え方の非現実性をプレローがいうことに繋る。かれによれば例えばシーエスにはそのような考え方はまったくないのである。かれにとって nation の主権も peuple の主権も同一であった。<sup>(2)</sup>

又このことは代表制の觀念にかかわる。フランス革命憲法の中で「それより一切の権力が由来する nation は、<sup>(3)</sup> 授権によつてのみ、この権力を行使する。フランス憲法は代表制である」、とあるこのデレゲ理論を、M・オーリユウは批判的に吟味して、国民と統治権力との関係は本当は授権ではなく、授権といった形式的行為のないところで行われる事務管理なのだ、という説をのべたが、<sup>(4)</sup> プレローもまたこの師説を承けて、代表者をもって、選挙を通じて主権行使を授権ないし委任された者と解する通俗的見解を却ける。代表制と選挙制とは九一年憲法においても別のことであって、一方では、選挙された「県や地区の代表は、代表的性格をもたない」<sup>(5)</sup> の規定があり、他方では世襲的であつて選挙されぬ国王がナシオンの代表であると規定された箇所もある。<sup>(6)</sup> この代表 representation はこの憲法に独得のものであり、「代議士はナシオンを代表する」というのは、各個の選挙人の権力〔分割された主権〕を代表するのでなく、代議士から成る議会は全ナシオンの、全国家の集合的で公的な意思を代表するのである。「代表とは国家

的決定をなすべく資格づける法律の権限」である。それは憲法から由来しても選挙から由来しない。選挙は代表者任命の(クジ引や世襲原理と並ぶ)一様態であるのみ。これが革命諸憲法を起草したシーエスの見解でもあった。

シーエスが最初に起草に加わった九一年憲法とは別に、九三年憲法には純粹なルソー理論が反映する。ルソーの理論では代表制を認める余地はない。それは人民集会に直接参加する主権的人民の直接統治をいうものである。レフェンダムやリコールの要素がここで加わる時、基本的には国民或は人民代表制を維持しながら (peuple et nation との区別を樹ることをプレローは当時の用語法に反するとして却ける)、それとは理論的に適合しない直接民主制の要素を加えた半民主制という混合的憲法が、ここに存する。

最後に総括して次の点を吟味しよう。モーリス・オーリュウの有名な三主権説は、プレローではどうなっているのだろうか。オーリュウは主権の唯一性・不可分性を究極的に否定するわけではないが、この唯一の主権が副次的に分れる三つの要素的主権の均衡・調和から成る、というのである。その三つの主権とは、憲法(をはじめとする法規)の主権、統治者の主権、被治者 *sujet* の主権である。この三つのものは「アリストテレス||聖トマス」(伝統的な存在論的政治哲学の法治原理、権威原理、自由原理に対応する、とかれはいう。更にいえば、憲法の主権の機関は裁判所である。統治者の主権のそれは、国家の統治機関である。オーリュウはこれに選挙人団をも加える。選挙人団は統治者であり、統治の機関である。このことは上述の選挙が統治権力への人民の授権でないことに関係している。人民 *peuple* はそうした一切の国家的組織化からはみ出て残る不特定・多数の匿名的な、幼弱者や精神障害者をも含めた公衆 *le public*, *Body politic*、この人民こそが被治者の主権の担い手である。かれらは国家内での自由と抵抗権の主体である。しかも人民の日々の同意 *adhesion* なくしては、統治者の主権の現実的な行使は困難である。プレローはオーリュウのこの学説を、「三主権」の用語を用いては継承してはしない。しかし実質的に憲法の主権と

法治原理とを認めていることは上にのべたところからも明らかである。また統治者の主権と權威原理とを承継していることも、確かである。但しプレローは、革命以来の民主的な諸成文憲法、ことに第四、第五共和国憲法の条文解釈として、それら憲法でいう *peuple* は常に法律的には選挙人団の意味であることを強調している。それは国家機関、統治機関である、<sup>(19)</sup> というのである。ではそうした *peuple* でない被治者の主権の担い手たるオーリュウ的な *peuple* はどうであろうか。この点必ずしも判明でないが、プレローが公・私法の区別についてのべ、基本的人権や抵抗権について考えているところから推して、オーリュウのこの主権をも暗々に継承しているとみるべきであろう。前述の政治論の部分でのべた人民の *civisme* 或は *esprit public* は、こうしたものに深くかかわるのであろう。

- (1) Sieyès の読み方は、プレローによればシエイエスでなくシーエスが正しい由である。Prélot, *Histoire de la pensée politique*, p. 428.
- (2) Prélot, *Précis*, 1950, p. 65-8; *Institutions*, 1957, L. II, p. 28-31, 8<sup>e</sup> éd., 1980, p. 76.
- (3) Constitution du 3 septembre 1794, titre III, Des pouvoirs publics, Art. 2.
- (4) Hauriou, *Principes de droit public*, 2<sup>e</sup> éd., 1916, p. 667-9.
- (5) Constitution du 3 septembre 1794, titre III, chap. I, sec. 3, Art. 7.
- (6) 右の注3の条文は続いて「代表者は立法議会と国王とである」となり。
- (7) Prélot, *Institutions*, 1957, L. II, p. 76-7, 8<sup>e</sup> éd., p. 82-4.
- (8) *Ibid.*, 1957, L. II, p. 78-81, 8<sup>e</sup> éd., p. 84-7.
- (9) Hauriou, *Principes*, p. 615-975; *La Souveraineté nationale*, 1912, passim.
- (10) 第四共和国の場合、*Précis*, 1950, p. 345-8, 第五共和国の場合、*Institutions*, 1957, L. II, p. 292-4, 8<sup>e</sup> éd., p. 631.

## むすび

はじめにも述べたように、わが国の大方の憲法学者達は、トマス主義とかトミストといった言葉をすら聞いたことがない。フランスの憲法学の主流をなしているのはトミスムの憲法学だ、とわたしがいえば、これを途方もない主張と考えるであろう。現に、トマス主義の憲法学などこの世に存在しないと、満々の自信をもってわたしに断言して、わたしを狼狽させる立派な憲法学者も時にいる。わが国における漠然とした新カント派的な思考の雰囲気は、それほどにも強固なものである。

そうした状況のなかで、そうでないのだと説得するためには、例えば本稿の第三、憲法論においてそうしたように、プレローのごとき盛名ある学者の肝要な数十頁を克明に紹介し注釈して、その学統を明らかにする手法を採らねばならない。そのため最初に予定した今日のフランス憲法学の他の諸学者達との比較は、第二の政治論の部分でなしにしようにはなしえなかった。これはまた他日を期したい。

## 付記

本稿を今井宏、井上祐司、荒木誠之、原島重義諸教授の還暦祝賀論文集に収める予定であったが、種々の都合で遅れた。ここに改めて本論文(一)(二)(三)の全体を献じて、祝意を表します。