

イギリス法学者の眼から見た 近代立憲主義と現代公法

—M. ラフリン「公法の基礎にあるもの」に接して—

小 貫 幸 浩

「抄録」

近代立憲主義とは何であったのか、また、今後、立憲主義は何でありうるのか。その母胎たる西洋法文化における憲法と公法の発展をまずは内在的に理解することが求められよう。その基礎に「基本法」という古層があることがこれまで指摘されてきた。それとの相関関係において法の支配とか法治国家とか呼ばれる公法原理が伝えられてきたのである。国家権力を法によって拘束するというところに力点が置かれ、これが主流の、いわばリアルな理解であろう。この小論では、この点を踏まえつつも、法と自由、自由と権力の三者関係の検討を通して、主流理解には尽きない立憲主義の次元を探し求めたい。本稿では「法の支配」の母国とされるイギリスの法学者の知見を参考にしたい。もちろん、西洋法文化圏の外側からの批判をも受け止めたい。それでも継承すべき遺産となりうる候補を登記するという作業も不可欠であるが、これは別の機会に委ねたい。

「キーワード」

近代立憲主義、基本法、ダイシー、ザ・フェデラリスト、法の支配、法治国家、ドイツ国法学とデュギイ、反照的・自省の制憲権、憲法愛国主義、権力分立と特権・大権・裁量、国会主権、憲法習律、行政国家、権力分立の再定義

はしがき

前拙稿では果たして現代世界であるいは各国レベルでも憲法的思考が浸透したといえるのだろうか、それともそれは凋落のさなかにあるのだろうかと論じたのであった⁽¹⁾。その際、筆者にとっての主要な対話材料を提供してくれたのが、「立憲主義のたそがれか?」という論文集であった⁽²⁾。上述の問題意識から出発しつつも、主として憲法と国家との関係を問い返す機会ともなった。その作業のなかで、また、「憲法」「立憲主義」「制憲権」など憲法学の基本概念の中でもザ「基本概念」ともいわれる事柄をも再検討することになった次第で

あった。今回の小稿はその論文集の編著者の一人であるM. ラフリンの大作「公法の基礎にあるもの」⁽³⁾と格闘した際に残した備忘録をたよりにして読書記的なものを認めるものである。

今回の小論執筆に至った経緯をもう少し述べると、数年前に筆者が大学院での講義・憲法特論の教材として該書を指定したことに端を発する。なかなか受講者が集まらず、どうにか開講した年度があったものの翌年度は休講やむなしの状況で、そのため本書も読みさしのまま途中で放置されたままであった。その間つい最近まで私事でブランク期間があり時間だけは与えられていたところ、前稿との関係もあり該書に引き続き接してメモ・ノートをとっておいたので、それであればと思い立って今、この読書ノートにつながったという次第である。幸運にも大学院での憲法特論が実質上再開された暁には、この小論が講義の参考文献として活用できれば望外の光栄となろう。

なお、ラフリンのこの大作の成立には、2007-2008年にかけてベルリンに組織された研究グループ「国民国家を越える憲法」研究会が大きな刺激と豊かな養分を与えてくれたことが記されている。前小稿が取材した論文集が、いわばその集成の記録であったというのも筆者にとっては因縁じみたものがあるということになる。そこでこの点にこと寄せするものなんだかの感じもするのであるが、この小稿と前小論とは少なくとも間接的には姉妹編の関係に立つものである。私見としてはこの二編を通じて、近代立憲主義の基礎概念を鍛え直して—いささか不遜に響くかもしれないが—現代公法の諸問題の解明に尚も有効なものたらしめたいのである。

但し、若干の留保をつけると、私見では（近代）立憲主義の理解のためには少なくとも、言うまでもなくまず第一にその母胎である西洋法文化内部での発展を明確に跡づける必要があろう。その方法として有望視されるのが、西洋各国でのその発展を比較と相対化—比較の結果として—によって内的に理解することである。しかし、これだけではまだ半分でしかない。そこで第二に、西洋の外側からの批判的視点に立憲主義を晒しだすことが必要である。この批判にも耐えうる要素を立憲主義の真価・遺産として登記することである。この二つの視点が交差するところでこそ立憲主義とは何であったのか、また、何であり得るのが適切に理解出来るのでなかろうかと言うことである。変哲もないことであるが、日本における立憲主義をめぐる諸問題も日本憲法学の今後のあり

ようもこの二つの視線の交錯するところで試されていくに違いないと思う次第である。前拙稿も、今回のこの小論も、またこれらによって取材された諸作品も基本的には第一の視点に立つものであると位置づけられる。第二の視点—内容としては近代立憲主義に対する批判の検討ということ—からは、また別途、拙論を公表する機会があればよい、と考えている。

I 公法の基礎理論をどう読むか、または小稿の焦点

まず、ラフリンのこの大著をどうにか読了して思ったこと、あるいは読み進めるなかで感じたことから書き始めてみよう。何よりも本書の背景にある広範で深い諸学への造詣に脱帽しなくてはならない。近代現代の憲法理論はもとより、英米から大陸ヨーロッパ諸国の—とくにフランスとドイツ—憲法史ないし政治史、中世から近現代までの政治＝法思想史、法ないし政治哲学、さらには専門哲学、社会学・政治学から行政法学、行政学におよぶ膨大な学識に支えられた現代公法の基礎理論たろうとするものである。その強い探求精神と博学ぶりに感服しながら読み進めたものであるが、読了したところで「格闘した」という表現が大きさには感じられないのであった。

(1) 焦点をどこに当てるか。

さて、このように浩瀚な大作—単に分厚いという意味でないことは言うまでもなく—をどのように読み直して小論を認めるべきであろうか。焦点を絞らざるを得まい。試みに本書著者の目的設定と本書の構成から焦点を当てるべき箇所を探り当ててみよう。近代世界の運営においてとても重要であるにもかかわらず、見失われつつある法律学の分野がある、と著者が言う。それが「公法」だ、と。中世には単純明快に「基本法」fundamental lawと呼ばれていたものと密接につながっているものであり、基本法もまた単なる通常法律ordinal lawとは区別されていたのである。政府・官界の行為を規律するものが「基本法」であり、その昔ブラックトンが国王といえども神と「法」のもとにあるという名言を残したとき、念頭にあったのはこの「基本法」のことであった。通常法が臣民を統治するための政府の道具だったのに対して、政府権威を確立し主権者を「構成」するのが「基本法」であったという説明が与えられている。

ラフリンは、近現代においても基本法=公法が変容したにしてもなおも存立していることを(いかに、そうであるか)説明したいというのである(P.2)。しかも形を変えても生き残っているということよりも、基本法が近代以降、根本的に変容したという点に重点を置くと述べている。国家の近代的観念を生み出したまさにその変化が果実となったのが、「近代公法」であるというのである。この変化こそが、中世の「基本法」と近代の「公法」との分水嶺となったというのであろう。それゆえ、「公法」のディスクールには中世的思考から独立したはっきりとした論理がある。今日、公法—私法という区別が論じられるが、その場合の公法よりもラフリンがここ・本書で探求する「公法」はもっと広いものである。それは、「公法」には権威の源泉つまり正義、正しさへの問いもふくまれるからである、とする。そういうことで、本書には政府=公権力の権威と正当性に関する言説が多々含まれているのである。

さて、ラフリンによると近代国家形成途上の、つまりは近世ヨーロッパに公法の起源がある。「基本法」が世俗化、合理化、実定化のプロセスをくぐりそこから「公法」が成立するが、ラフリンは有力な異論—公法とは大陸ヨーロッパの観念であるという見解—を承知しつつ、イギリスの思想と状況を重視する。ラフリンがいうように、今日、イギリスの憲法制度が動揺期にあり、その基礎が問われ直されるべき時にある(P.3)。それだけに「公法」の概念と正面から格闘すべき時であるともいえよう。

「基本法」の概念が確立するのも近世17世紀のイギリスでの憲法抗争を通してである。それは憲法解釈の闘いであった。本書第一部「起源」で「公法」の概念がヨーロッパ起源であり、中世の法学者たちによって統治権、政府権力の源、つまり正当性の根拠が探求されたことが論じられている。無論、イギリス法もこの伝統に連なっているが、しかし、ラフリンによるとイギリスでは多くの法学者によって「基本法」が裁判所によって同定されるコモン・ローと同視されその結果「公法」の明確な性格が見失われていく。ラフリンはこのようにイギリスでの経過を消極的に描いており、イギリス法学がもう一度、「公法」のヨーロッパ的伝統に立ち戻るべきだ、と論じるのである(P.6)。

そのためもあるが、「公法の誕生」という見出しのもとに、ホブズではなくフランスのJ.ボダンの—それも有名な「国家六編」のほうでなくてそれよりも10年先立つ「歴史を容易に把握する方法論」¹⁴⁾に着目して、その画期性—「方法論的転換」—を指摘して

いるのである。「方法論」という題名にもかかわらず、価値判断を控えることなく、統治の技芸の鉄則を明らかにしようとしており、比較的・歴史的研究によってこそ、「政治的正しさ」を解明できるとしているのだ、という。ここには、ローマ法学や教会法学の条文に拘泥する法律学的傾向に対し、政治学的法律学への方向性が打ち出され、後、「国家六編」で「基本法」が包括的かつ比較史の方法で説明されることになる。「方法論」の基礎のうえに、「国家六編」が大陸ヨーロッパ政治哲学の結晶として書かれることができた。それは、ローマ法（およびカノン法）の権威に頼るのではなく、ヨーロッパ諸国の統治実践への比較史的検討に基づく公法の近代的説明である。「公法」とはここで、国家を司る活動を支え、規律する基本的諸原理・ルール・慣行の複合である（PP. 50-60）。

それにしても「近代」とは複雑な時代であり複雑な世界でもあった。経済、科学、技術から政治はいうまでもなく様々の分野（システムと言ってもよい）が大いなる宗教から分離独立していく。宗教紛争、政治権力の拡張（16、17世紀）のなかでようやく人間の団体としての「政治体」の性格が問われていく。こうして近世には技術革命、市民革命、科学革命などからの影響を受けて、国家の性格、その制度形態、その主要な行動形態についての思考が研ぎ澄まされていくであろう。このなかで統治者の関心も、彼のもちものである国家を守るということから何か客観的な秩序を承認してそれを守ることに向かっていく。（家産国家論から法人としての国家思考への胎動）こうして支配者が国家を守る義務のもとに立たされるようになった。このように近代国家の概念が「公法」の自立的概念の礎になったというわけである。また、こうして「公法」は政治的正しさ、政治的正義のコードとなった。政治的正しさの追求である限り、そこには哲学、政治理論、歴史学なども密接に関わるわけで、かように広く解された公法学をラフリンは「政治学的法律学」political jurisprudenceと呼ぶが、そのてんまつが本書第二部「（公法（学）の）形成」で語られよう。

先取的になるが、この小論で以下、しばしば顔をのぞかせる「政治的正しさ、政治的正義」political rightの追求の学としての「公法学」public lawないし「政治学的法律学」というラフリン独特の表現について若干言及しておきたい。ここでは特にルソーからカントを経て、フィヒテ、ヘーゲルに至るヨーロッパ大陸の公法の下地を準備した政治・法思想に焦点を合わせる。ラフリンがこの流れのなかから、公法の「基礎にあるもの」として何事を読み取ろうとしているであろうか。節目節目に着目して摘記するにと

どめる。i) ルソーは当時優勢であった自然法論から影響を受けてはいるものの、断固として、それは拒絶している。この点にルソーの画期性があり、ここに開かれたのが political right の自立的な空間である。これは政治的な推論—あたかも確固たる基礎の上に建築を企てる技芸 art の要素も併せ持つ—から導かれる正当な社会の論理のことである (P. 110)。自然法の後釜に、実定法および政治的正しさの規範が据えられた格好である。

ii) ルソーによる社会契約論の主たる関心は、統治の秩序を正当化する諸原理を公法、政治的正義の学によって発見できるかどうかであった。しかも、それは純然たる当為を追求するのではなく、現に存在する社会で運用される実際の道具としての法原理を探求する政治の学のことである (P. 112)。iii) もちろん、ルソーの社会契約論にも様々な謎が残っているが、自然状態にある人々がそもそも市民状態に移行すればより自由な秩序に入ることができると理解しうるのであろうか。この点にも一種のパラドクス、循環論法が潜んでいる。この点、つまり憲法の基礎付けという場面にルソーは、神ではなくて、独特の「立法者」⁹⁾ というフィクションを投入したのである (P. 116f)。ラフリンによれば、人民主権の名のもとに近代立憲主義があらわれると直面せざるをえなかったパラドクスである。iv) 社会契約論の第一編で政治的正しさの学に基礎を与えた後で、その第二編以降、政治体 = 国家が機能するための諸原理が提示される。その鍵が、ボダンからの引き継ぎであろうか、主権と政府の区別である。主権者 = 立法者の意思の表明が一般意思、法律であるが、政府の任務が法律の執行・管理である。「政府は主権者の公僕にすぎないのだ。」(社会契約論、第三篇、第一章) しかし、看過しえないこととして、ルソーにおいて、法の管理とは、法の精神および一般意思に内在する正義の観念に導かれてなされねばならないということである。もちろん、ここには裁量・特権という問題も潜んでいるが、法の精神、正義の観念により裁量が適正に統制されて、不平等や貧富の差も受忍しうる程度に抑えられる。社会契約時の立法者の仕事を引き継いで事に当たるのが政府である (以上、P. 117ff)。なお、特権・裁量の問題については、ラフリンにより、特にロックの政治哲学との関係で、Ⅲ(1)で少しく後述したい。v) ルソーの理論的影響を強く受けたのが、とりわけカントであった。しかし、カントにおいて、社会契約は理性が指し示す「理念」「要請」に希薄化された。同様に国家も、人民の力で団結して形成されるものという見地から遠のいていく。ラフリンは、カント国家論の困難さの理由として、それが厳格な道徳理論の一部、ないしはその下部理論として構想されたことを挙げている。Political jurisprudence としては、カントの法 = 政治哲学はルソーよりも後退してしまったというのがラフリンの認識である (P. 121ff)。vi) カント

によれば、人間の目的として、自由が最大化する社会の構築が自然によって義務づけられている。そこに、万人を万人の自由のために努力すべく拘束する法則がある。しかし、人は時として傾き・情動に駆られて自分だけはこの法則から逃れさせ、自由を乱用しがちである。人間には監視する主人が必要だ、しかし、この主人をも監視しなくてはならない、そうすると、無限後退になる。ここで、ルソーのように「立法者」を投入すれば楽であつたらうに、人間は曲がった木でできているのであるが、カントは愚直にそれでも自由の実現のために努力すべきなのだというのである。自由が実現されるのも法を通してだけだから—ロックもルソーもこのように述べていた、つまり「法を通しての自由」—、法を尊重することも我らの義務である。政府・統治のありかたを原始契約（自由）と両立するような方向に持続的に変えていく義務もある。正しい憲法、つまり純粋に共和的な体制、共通の法のもとに、自由・平等な市民から成る国家は、この方向にある。カントの主力は、政治的正しさの原理を指し示すことに置かれたから、その道筋を案内するには及ばなかった。それでも一つだけ明らかかなことがある。それは、カントの脳髄には、確立した政府の権威に逆らう権利は去来しなかったということである⁽⁶⁾。なるほど、理性の「公的使用」、つまり「学者」の立場において政府と既存の制度への批判の自由が残されてはいた⁽⁷⁾。だが、いかに政府が暴政的であれ、臣民には抵抗する権利がないというのも、カントの場合、社会契約が単なる「理念」にとどまっていたからである（P. 124f.）。道徳性の法・政治世界への圧倒的優位、および当為と存在の峻別という厳格な方法論が、カントの場合には、啓蒙絶対主義に甘んじて、自らが待望したはずの権力分立を伴う共和制憲法に至る道筋を後継者たちに示すことができなかった理由である、とされる。この厳格な方法論が、後々、H.ケルゼンらに影響して、歴史や政治的要素を排除した実定法の論理学に至らしめたというのである（P. 129ff.）。vii) ルソーは本当に多面的な哲学者であつたから、ラフリンは、以上とは異なる方向性も観取している。その手がかりが、社会契約論における四番目のタイプの法、つまり市民の心に宿っている道徳・慣習・信念の複合をルソーが国民の精神に宿る生ける憲法だと見ている点に求められている⁽⁸⁾。この方向性において、ルソーはモンテスキューに近づけられる。政府・統治の実際の運用の蓄積、practice、つまりは歴史的發展や経験の研究からあるべき原理・理想、「政治的正しさ」が掬い挙げられる。「現実的なるものへの沈潜こそが、体制に含蓄されている価値を明示できるための不可欠の条件である。ルソーの政治契約を哲学の訓練でなくて歴史社会学の事柄として再吟味することが私たちのスタート地点でなくてはならない（P. 134）。」viii) こうしてルソーの継承者はカントとその学

派の人々ではなく、むしろ経験によって示唆されるポテンシャルから「政治的正しさ」の理論を展開した人々こそがそうなのだ、とラフリンは論定する。とりわけ、フィヒテとヘーゲルとが特筆されることになる (P. 140ff.)。ix) 「政治的正しさ」の学にとって、フィヒテの画期性はどこにあるか、それは、個性というのは「秩序だった国家」のもとでこそ最も美しく花開くというルソーの洞察を発展させた点である、とされる。フィヒテにとり自由とは消極的なものでなくて、文明のプロセスをくぐって進歩するための条件なのである。つまり、フィヒテのいう「ICH」とは現在進行形のプロセスが内包されたものなのである (P. 145)。x) フィヒテによって「政治的正しさ」の学の自立性が確かなものとなったということができるとして、それに続き、ヘーゲルによって社会契約というフィクションとの決定的な決別が敢行される。このことで、国家・憲法の基礎づけにまわりつくパラドクスが回避され、「政治的正しさ」の学はもっぱら国家という自立した空間—ヘーゲルにとっては、それ自体のうちに合理性をもつ—に依存せしめられる。カントにおける法と道徳の対立的把握も、「政治的正しさ」が宿る個々具体的な国家・国民の倫理的生活共同体 *Sittlichkeit* のなかに止揚されることになる (P. 153)。xi) フィヒテによる相互承認論がヘーゲル法哲学に引きつがれて、その重要な鍵として位置づけられた。元はといえば、ルソーが不平等起源論の第二部において展開した文明の発展についての説明のヘーゲル・ヴァージョンと見ることもできる。ルソーによると、野蛮人の人間関係においてさえ最低限度の礼節 *civility* が慣習的に成立しており、そこに他者の人格を尊重する義務、逆に他者によって自らの人格を尊重してもらう権利が見いだされる、と。ヘーゲルの「承認を求めての闘争」という見出しでの議論⁹⁾も、ルソーの議論に裨差すものであるが、Ch. テイラーのこの点に関する注釈によって、人を人格として承認するという判断・評価の前提には、人々の会話において共通の言語が語られる公共空間があるのでなくてはならない。そこからラフリンは、人はお互いに承認されようとするであろうが、しかし、そのことを「闘争」というのは矛盾である。というのは、承認の要求も、その承諾も、つまり公共空間での会話であり、それ自体が会話である以上、共同体がすでに前提されねばならないからだ、とここでもかのパラドクス論が頭をもたげている (P. 153ff.)。本書のあちこちに、様々な文脈において自己言及とかパラドクスとかが指摘されるが、それも「基礎にあるもの」ないし「基礎づけるもの」を探求するという、無限後退的な底の見えない営みにとって逃れることができない宿命であろうか。ここで、「基礎づける」という点に関して、ラフリンの本書には大小の見出しのために「公法の建築」(P. 91ff.) 「憲法的建築」(P. 106ff.) 「公法の新たな建築」(P. 435ff.)

といった表現が見られることに注意したい。ことは単に表題や表現法のことではなく、これまでの公法・公法学についての思考において、いかに「建築」architectureないし「技芸」artから借りた発想や比喩が大きな役割を果たしてきたであろうか。例えばボダンの場合、公的領域において「基本法」のもつ意義を説明するために建築的比喩を使って、主権は絶対的だが、統治任務が分有されるほどに、つまり現象的には主権の発動が抑制的に、つまり、弱くなるほどに、よりいっそう秩序だった国家になるという主張をしている。ボダン、このパラドクスを次のように建築的比喩に訴えて説明している。いかに高く立派な建物であっても、強靱な支柱と確固たる礎で支えられることなしには、長持ちしないのである。と。「基本法」の基礎のうえに国家の理論を樹立しようとしたアルトジウスもボダンから拝借して、支配者の権力が基本法によって制約されて弱くなればなるほど、国土がより安定したものになる、というのであった。ここでは、基礎、いしじにあたるのが「基本法」である（以上、P. 94f）。まだ中世的思考の残るアルトジウスの基本法観念にたいし、画期的な転換がホブスによってもたらされる。法とはすべて、社会契約によって設立された主権者・国家の命令に解体され、基本法もそうである。いずれにせよ、ホブスにおいてもそれがなくなってしまうと国家、コモンウェルスが崩れ落ちてしまうもので、どのような国家にもなくてはならないものが「基本法」である（P. 96）。さらに時を下り、新世界アメリカの憲法の父たちが連邦国家の樹立を目指して、そのため諸邦連合・連合規約のままでいることの致命的欠点を次のように表現していた。「われわれが被っている災厄は、微細で部分的な欠陥によってひきおこされたのではなく、建造物の構造上の基礎的な欠陥によるものであり、その建造物の第一原理である柱石を変えないかぎり欠陥は匡正されえない。」邦連合の現状には次のごとき悲嘆が吐露されていたのである。「いまや、もろくぐらついている殿堂は、われらが頭上に倒れんとし、その廢墟の下にわれわれを押しつぶそうとしているようにみえる。」⁽⁴⁰⁾問題は、建築の技法である。国家の設立と維持について、家屋の建て直しになぞって正確な「科学的」知識よりも慣習と実例、つまり経験的なものに多くを負うと示唆したのが、すでにデカルトであった。ちょうど、家屋の再建にあたり、工事中、便宜的に他の家に住んでみることから多くの教えが得られるように、国家についても慣習と実例がおおきな役割を果たすのだ、というのである。急進的な構想を練っても、政治・国家、公的なる領域では、慣習など経験的なものが考慮されねばならない、というのである⁽⁴¹⁾。ずっと後年にいたってデカルトの比喩的方法是、W. バジヨットによっても用いられている。周知のように、バジヨットによると、憲法には「尊厳的」部分と

「実効的」部分とがある。後者が生ける現実の憲法であり、権力行使にあたり、立法府と行政府との間に密接な連携という「こつ」efficient secretが観取される。それはちょうど、イギリスの場末のいつのまにかできた曲がりくねった小道のようなものだ、と。憲法は人口の少ない時代に、要求も多くはなく単純な習慣の時代に制定された骨組みのようであり、建て増しされて、今日の姿になった、というわけである¹²⁾。

以上、ラフリンとともにごく二、三の例を挙げただけであるが、公法の基礎に関して建築・芸芸になぞらえた言説が多く見られた。そこから公法において理性と歴史、あるいは合理主義と経験論との緊張が読み取れるとラフリンはいうのである。同時にここから、公法的思考において、一つの普遍的（と主張される）標準を押しつけることの危険性が警告される。抽象的な原理の上に、大きくて高い建築物を建てるのは、不確実な基礎の上に訳の分からないものを重ね塗ることだ、そこからさらに、近代国家の制度形式をただ一つの抽象的な建築法式に依拠させることはできない、というのである（P. 101）。この論脈と前後して、近代立憲主義とはヨーロッパの先進国が旧植民地の国々ないし途上国を統治する手段にすぎず、包括的で抽象的な憲法観によって豊かな文化的多様性を帝国主義的に押しつぶしてしまったというJ. タリーの論考¹³⁾—ある意味で、後引のパークによるフランス革命批判とも切り結ぶ—を引き合いにしていることも留意される。ともすれば普遍的・抽象的に把握される傾向にある近代立憲主義へのやや、微妙なスタンスが—それを擁護するのが基本線だとしても—ラフリンにはあるのだろう。ラフリンのこうした眼差しに促されて、近代憲法・立憲主義の形式と表層をやみくもに継受した国の国民としては、その受容のありようを振り返って、あらためて今後の憲法と国家のありかたを展望するという課題があることに想いを致すであろう。

(2) 公法の「純粹理論」の骨子

さて、近世・近代に諸学問が分化・独立し、その後、社会科学も精密化されていく。自然科学に範を採って客観化・精密化の道を歩んだのはよいが、そのことの裏側で失われたことがないか。ラフリンの本書全体が、それを回復する試み—方法論としてはいわゆる法実証主義に抗して—である（P. 10）。ラフリン自身、技術の時代に法的ディスクールというもの自体が時代遅れでないか、公法の基本原理が憲法に実定化されている今日、実定法の通常の方法だけで諸問題に十分に対応できるはずだ、などなどの反論を予想して、これらの問題には本書第三部「国家」第四部「憲法」、第五部「政府」で答えるという構えが示

されている。

本書には総じて、ラフリンの別の大作「公法の理念」で示された公法の「純粹理論」のさらなる展開という自己規定が与えられている。ここで「純粹理論」とはイデオロギー的思考から自由になった、公法についての実証的で実際的な理論のことである、とされる⁽⁴⁾。「公法の純粹理論」の骨子として、ラフリンによっておおきく三点挙げられている。第一、公法は、国家の統治活動を規制する様々の規範から成る。公法学はこれを対象とする学問である。公法規範によって構成される制度は公権力と個人の自立・自由との調和の表現であり、つまり権力と自由との均衡の表現である。この点についてのディスクールが公法学であり、それは政治的正義をめぐる学問である (P. 11)。この論脈で、個人は自由・平等な存在として、集団レベルでは自分たちが生きる政治的団体の性格を決定し、誰が統治の源泉であるかを決定する、これが自己実現の原理である、としている。

二番目の骨子として、人間には独立と所属—共同の企画への参画—という相反する要求がある。「公法」の実証理論には政治的正義をめぐる議論が含まれるのであるから、この両側面を考慮することが求められると言うことである。この二つの欲求の相反性は打ち消すことも調和させることもできない、ただ交渉させるのみである。この点で公法学には熟慮的判断が求められるのである。だから、ラフリンの規定では、「公法学」は政治的正義の科学というよりは「政治学的法律学」の企てとされる。

第三に、本書には「赤い糸」が通っている、それは公権力を制限するのが公法であるとするリベラルな見解と違って、公法を権力創設的なものとして把握するというラフリンの自己規定でもある。政治的権力とは人民の共同の企図によって創出される特別のタイプの力のことである。人民の同意と信託がその源泉であることは言うまでもない。無論、ラフリンによっても権力に対してはコントロールとチェックがなされねばならないが、この権力への「重し」—コントロール—がまた新しく権力を生み出していく (P. 12)。「純粹理論に従うと、政治的正義は手段であり、これによって自立的な公的領域がその権力を維持し、さらには高めるのである。」ここから政府（統治、政治）と法との関係について、やや複雑な、リベラルとは違う見方が出てくる、過度の単純化を恐れずというそれは自由という状態は国家の枠内でのみ、つまり法と権力によって実

現され得るといふ見解である。先在する権力に制限をかけるのが法であるというよりは、逆に主権者の制定する法によってこそ自由が実現する条件が定められるという見地なのである。つまり、公権力によって自由が花開く空間が切り開かれ、条件が整備されるのである。ここから、補足的に第四に、ややわかりにくい点だが、ラフリンは公法の関係のないし相関的、自省的（反照的）次元ということに言及している。できるだけ忠実にその趣旨を理解すべく、そのいわんところを追う。—公法における判断はその性質上、公権力の関係的・相対的性格を反映したものである。いかなる権力も相関的・関係的役割を持つにすぎない。権力はかかる関係自体を通じて創出されるものであり、ここから憲法体系（体制）の動態的性格が導かれる。もちろん、ここでラフリンは憲法的解決（決定）には確固たるところがないといっているわけではない。そのいわんとするのは、憲法とは政治的必要を考慮して変動しうるものであって、いかなる憲法的概念も教説も同様にそうだというまでである。これだけでも十分に分かりにくいかもしれないが、さらに権力には二つの概念—側面または次元と言ひ換えてもよからう—があるとして、話をより複雑にしている。それは、国家の構造（上部構造）を形作る権力 *potestas*、もう一つがその下部構造を形づくる権力 *potentia* という二つの側面のことである。「政治的正義、政治的正しさ」とは、支配の制度化された権威—これが *potestas*—と資源の現実の配置に対する政府の支配—これが *potentia*—との緊張関係のなかに見つげられるものである。私見の理解する限りでは、前者が公法の憲法的次元、後者が公法の行政法的側面といえると思うが、それぞれに本書の第四部「憲法」—憲法は公法の理想主義的次元—、第五部「政府」—行政法は公法の素材的に規定された側面だ—、現在と未来を「交渉」させる能力に政治的正義がかかっている、ここにも公法の「自省的・反照的」性格の一面がある、というのであろう（P. 12f.）。敢えて講学上の単位でいうと、憲法（学）と行政法（学）との不断の対話から公法（学）が成立する、ということであろうか。公法学の自己内対話が憲法学であり、また行政法学である、ということであろうか。

以上がラフリンのこの力作の全体的見取り図であるが、この小論が特に焦点を合わせるのは第四部「憲法」、第五部「政府」である。本書の第一部から第三部までは大方、近代憲法成立の前提として、近世までの英米および大陸ヨーロッパの政治＝憲法思想史、政治史、憲法史の叙述にあてられており、重要で

あることももちろんではある。ただ、この側面も含めてこの大著全体をくまなく祖述するとすればいたずらに紙面を食うことになろう。そこで、近代公法の構成原理と構造を割合にストレートに取り扱っている第四部、それから近代憲法が諸々のストレスに押されて変容を遂げたそのプロセスを扱っている—簡単に言うところ行政国家ないし福祉国家での憲法の存在意義を照らし返す—第五部に重心を置こう。ただし、叙述上の必要に応じて適宜、比較的自由に本書のあちこちを読み返さねばならないであろう。

II 近代憲法または、rule of law, Rechtsstaat, État de droit

近代憲法成立の前提として英米・大陸ヨーロッパでの近世までの政治＝憲法思想史、政治＝憲法史を詳細に論じた後で（第一部から第三部）、次のステップとして、ラフリンはまず革命期のアメリカ憲法（思想）史から書き起こしていく。Th. ペインの憲法史上の位置が特筆されている点が注目される。近代憲法の最難問の一つに革命と憲法の関係をいかに理解すべきかというのがあるが、ペインによってもこの点は指摘されていた（P. 277）。それは制憲権をめぐるてしばしば問われ続けてきた古くて新しい問題である。また、憲法の番人とは誰かという問題も同様である。単に憲法を「契約」とする理解では割り切れない謎が残ってしまうこれらの問題もやはり基本的な法的探求の課題であり、まさにこれが憲法の基礎理論＝公法の原論であり、droit politiqueなのだ、というのがラフリンの見解であろう（P. 276）。こうした一連の難問にラフリンは、世界でもっとも長く安定した憲法をもつ—この点で、対照的なのがフランスである—アメリカ合衆国の憲法発展＝変動を例に考えてみたいという。かの南北戦争もアメリカ憲法の実存的存在をめぐる戦闘というよりも、憲法解釈の争いだったというのがラフリンの規定である。

(1) アメリカ憲法史における「法律学的」と「政治学的」

ところで、中世的な憲法概念では、憲法とは法・制度・慣習の合成である。例えばE. パークは自由に契約し、それゆえに自由に解消できる憲法という見解を批判している。憲法も権利宣言も、むしろ伝承されるべき相続財産のようなものである。こうして自由は高貴で威厳に満ちたものとなり、敬意の対象と

なる、と書いている⁽⁴⁵⁾。確かに、ここにも憲法への尊敬・愛着や「憲法愛国主義」へのヒントが示唆されているともいえよう。これに対し、ペインにより提唱されたものが近代的な概念であるといえる。そのようなものとして、四点あげられる。i) 憲法とは名称または理想ではなく、事実の問題であり、目に見える形で創出されて存在するものである。ii) 憲法は政府に先立って存在する、逆に政府が憲法によって創設されるのである。iii) 政府設立の諸原理、政府が組織される方式、政府の権力、選挙方法、議会の会期などを憲法は包括的に規定する規範である。IV) 憲法は「基本法」であり、憲法と政府の関係は、法律と裁判所の関係と同様である⁽⁴⁶⁾。ここには近代憲法の成文性、包括性、最高性などがいわれているわけである (P. 279)。また、反省と選択、契約による制定という見解が憲法概念に刻印されたのもアメリカにおいてであった (例えば A. ハミルトンの思想)。このアメリカ的憲法概念はフランス革命にも影響を与えた。フランスの第三身分がアンシャン・レジームを「歴史的追憶のガラクタ置き場」に葬ったときに、急迫してきたのがこの近代的憲法概念であった。

以下では、アメリカ憲法史を素材にした「基本法としての憲法」についてのラフリンの考察と叙述を追いたい。主流のリベラルな見解との関係でいえば、近代公法には中世以来の「基本法」の伝統が形こそ変えつつも引き継がれているはずだ。公法学もこの「基本法」の学としての性格を持つというのが本書を貫く「赤い糸」であるからである。また、この論脈の読みほぐしにラフリン自身の共和主義的立場が観取できると思うからである。

「基本法」とは実にアンビバレントな概念である。すぐ前に言及したように、その古い概念では法・伝統・慣例などから合成されたものが意味されていた。これは人定法というよりは事物の自然についての伝統的な考え方が表明されたものとされた。これに対し、立法の基本ルールを定めるものであり、しかも通常の立法手続きでは改正できない成文法が近代憲法であると観念された。憲法と通常法律には階層上の上下関係があるとしても、憲法の最高性を確保する手段については大きく二つの見解に分かれる。一つが、中世型「基本法」とのつながりをしかと保持する古い憲法概念では、この優位性が法的手段によってというよりも道徳的ないし政治的に守られるべきものとされる。これに対し、憲法と通常法律との階層性を守るのが法的手段としての司法審査であるとする立場がある。こうして近代憲法における基本法は司法審査と結合した。こうし

て「基本法」の意味も変化したのである。ラフリンに従うと、近代「共和制」憲法では単に実定法内部の上下関係でなくて、より広い意味での「基本法」とのつながりが重視された。制憲時の記録からは、以上のごとき論争があったことが読み取れる。例えば、憲法の「最高法規性」については合衆国憲法6条に規定はある。だが、それを確保する手段については明記を欠く。そこで制憲時の記録には、「基本法」としての憲法という概念が古い意味でもちられている一方で、他方で、憲法が「基本法」であるということ自体に争いがなくとも、司法審査権をめぐる争いが見られる（P. 289）。いうまでもなく、その後合衆国憲法を「共和主義的」方向に運用すべきか、はたまた司法審査権に「憲法の番人」の役割を期待するリベラルな方向をめざすべきかの大きな分岐点が19世紀初頭のマーブリvs. マディソン（1803）でのマーシャル長官の見解であった。ラフリンはしかし、マーシャルの主張には広範なサイドからの批判があったように、それは司法審査を正当化する論拠という体を呈していない。マーシャルの論旨には司法審査と通常の法解釈との混同・同視がみられるのであって、マーシャルの論旨は煎じ詰めると成文憲法は単純法律とは別のタイプの法なのだというに尽きる、それだけだという突き放した見方を示している（P. 290）。マーシャルの主張は有名なフェデラリスト第78編（ハミルトン）に主として依拠している。だが、憲法が基本法としての地位をみとめられていたにせよ、司法審査の地位についてはまだ、憲法の父達にとってもあいまいだったのだ、とラフリンは記している。また、ペインにとっても同様で、司法裁判所が法律の下にあることは、政府と憲法との関係と同じであると述べていた⁽¹⁷⁾。

フェデラリスト第78編に対し対照的なのがその51編（マディソン）である。ここでも確かに、権力の乱用の恐れへの防波堤の必要が説かれてはいるものの、司法府こそが「憲法の番人」であるという観念をそこから観取することはできない。むしろ政治機構相互の、ないしは内部的抑制のしくみが—ここにはもちろん、連邦制のしくみも含まれる—マディソンによって期待されていた⁽¹⁸⁾。要するに、共和制初期の合衆国において、立法府の万能性こそは斥けられていたものの、必ずしもその優位性・最高性までが斥けられていたわけではない。このようにラフリンの読みに従うと、マーシャルの主張は「憲法の番人は誰か」という本当に大事な問いを巧妙に回避する恰好になったということになる。

ラフリンの眼からは、いかにも憲法を「法律学的に」取り扱うマーシャルに

よって、憲法が「基本法」の伝統や自然法論とのつながりを絶たれてしまったというのである (P. 292)。こうして近代憲法がdroit politiqueであるという観念も葬り去られたし、この意味で、憲法は新しいタイプの実定法になったというのである (P. 293)。思うに、これはラフリンの「恨み節」である。というのも、その後のアメリカ合衆国連邦最高裁の消長を描いて、憲法というのは通常法律とは違ったタイプの「基本法」droit politiqueであるという観念が喪失されていく過程であるという見方を示しているからである (P. 296)。このなかで、「基本法」が実定法の形式的上下関係や司法部門の憲法解釈が政治部門のそれに優位するという解釈の優位序列のなかに霧散していく。かように平板な理解では、「公法」という特有のタイプの存在の意味がなくなってしまう、とみているからである。「アメリカの立憲主義の歴史とは、少なくとも大部分は、基本法が通常法のなかの至高の法に変容する歴史であり、それはまた、ますます憲法の歴史を連邦最高裁の業績の歴史として把握する傾向にあるということでもある。」これは勿論、ラフリンの批判的かつ悲観的な見方である。

「基本法」についての古典的研究であるJ.W. ゴフの全体的基調も、ラフリンの基本法理解となじむものであるように思われる⁽¹⁹⁾。特に17世紀イギリスの憲法闘争における当事者および当代の政治哲学者たちの基本法にまつわるフレーズをその文脈に照らして分析して、それは法律学的意味での「法」というよりは政治的ないし倫理的な意味のものであったというのである⁽²⁰⁾。ここには「基本法」というと国会主権を法的に制約する一と考へて一法規範の存在を疎ましく考へる傾向にあるホイッグ的史観への批判というか、あてこすりがあるようである。この史観のもとに、「基本法」の存在を見下してきたのがイギリスの歴史家たちや法学者だったとすると、それと対照的なのがアメリカ憲法の原理の源泉をイギリスの「基本法」に見出そうとするアメリカの法制史家たちだ、というのである⁽²¹⁾。中世はもとより18世紀に至るまで、イギリスでは法と倫理・宗教規範との区別がなかったともゴフは書いている。17世紀の人々のフレーズを分析すると、確かに「基本法」「基本的」とは何か、マグナ・カルタやコモン・ローとの関係はどういうものかという点で様々な主張がされていて、「基本法」の内容は一義的でなかった。それでも、論者たちが頻繁に「基本法」に訴えたときに、彼らが考へていたところの「憲法」の重要な部分が含まれていたとは言えるのだ、というのがゴフの見解である。イギリス側のホイッグ的見解とアメリカ側の「基本法」への強い思い入れとの丁度中間点に着地する如くである。これは上述した通り、アメリカ憲法が司法審査権に偏奇してきた

こと―「法律学的傾向」―に疑問を呈するラフリンの見解とも、同調する如くである。尤も、ゴフのこの古典的研究も第二戦後たかだか10年の作品であり、その後1961年版の補遺では「基本法」に対するややソバーな態度を示したイギリス型と強い思い入れを示した―イギリスからの独立も、司法審査権の確立もそうである―アメリカ型という対照化には幾分の留保も必要だとしている。ゴフはここで、成文憲法典をもっているもその時点でまだ違憲立法審査審査制度ないし憲法裁判権をもっていなかった国の例に言及していた。また逆に、司法審査権と言っても基本法に反する、つまり違憲の法律の効力を否定するというだけでなく、そのほかにさまざまな役割を果たすに至っていることを述べていた⁽²²⁾。

(2) 「憲法愛国主義」と自己言及的制憲権

以下、近年大きく話題とされることの多い「憲法愛国主義」について、及びそれとも関係するところの「自省的、反照的、再帰的」―うへのIでも少し顔をのぞかせたが、reflexive、この意味内容については無論、これをどのように邦訳するかも大きな問題だと思う―立憲主義についてのラフリンの叙述を追う。ここでも題材がアメリカにとられている。

まず、「憲法愛国主義」をめぐる―。憲法には変化に対応しつつ安定性を保つことが要請される。この点でもマディソンの見解が示唆的であり（フェデラリスト第49編）⁽²³⁾それによると、なるほど憲法の權威性の究極の源泉が人民＝国民であるが、人民がしばしば援用されることになると、それはその憲法が政治の世界で枢要な役割を果たしていないことの証である。憲法が果たすべき役割とは、政府・統治が正当であるための客観的枠組みを維持することである。そのためにも、憲法には、通常政治の運営からの超然性も要請される。また、そのためにはマルチチュード＝大衆の情動を統制する任務が政府に与えられて、その任を政府がしっかりと果たさなくてはならない。こうしてラフリン曰く、憲法によって作られた権力＝政府は次の点でとても重要な任務を果たすよう求められている、それは立憲主義が求めているのだ、と。それは、制憲権自らが創造した憲法の神聖な性格を制憲権がしっかりと理解できるようにすることである（P. 306）。ここに、制憲権をめぐる自己言及的ないし自省的もしくは反照的・再帰的なポイント―臨界点―が現れる。すでに述べたことだが、憲法を「契約」の産物だとみるとどうしても割り切れないところが残るという

ことだが、私見では、しかし、この自己言及的ないし反照的制憲権という理解にもそれに劣らない分かりにくさが付きまとうのではないだろうか。なんにせよ、ラフリンのこの論脈の解きほぐし方からすると、憲法の尊重—例えば、日本国憲法99条を想起されたい—に関し、憲法によって作られた権力であるはずの政府が憲法を作る力=制憲権に対して教育的・啓蒙的責任を果たすべく要請されているというのは (P. 307)、論理的には、さらに時間的にも遡及的な関係に、まさに逆説的關係に立つからである。ラフリンとしてはおそらく、この逆説 paradox—合理的に割り切れないものの最たるものであろう—から目を背けることなく、直視して立ち向かえというのであろう。

マディソンの場合には、ルソーと違って、近代の「共和制」でも「代表」が不可欠とされて、そのうえで集団としての人民を統治へのいかなる関与からも全面的に排除している点をもって昔の共和制との大きな違いとされている。

(フェデラリスト第63編)⁽²⁴⁾この問題にやや別の角度から光をあてた人物がいる、それがリンカーンである。リンカーンが「政治宗教」——一種の「市民宗教」——と呼んだ事柄であるが、憲法への理性的な尊敬を維持・促進するのは、近代立憲主義の下では法律家の責務である。ここには、「憲法愛国主義」「憲法の番人」という二重のテーマが脈打っているわけである。この点では同様の指摘が、A. d. トクヴィルによってもなされていた。それによると、この二重の任務にうってつけの人たちが法律家である。というのも、法律家は日々の鍛錬において一定の秩序傾向—優先順序観—、形式性の重視、諸理念が通常の関係に立つこと—例外的な関係でなく—を本能的に尊重する態度を身に着ける人たちであるからだ。こうして、革命には敵対的であり、大衆の情動にも屹立している人々だからである。要するに立憲主義には貴族的要素が不可欠であり、とりわけ民主制のもとではこの要素が法律家に見いだされるということであろう。

「法律家は、生まれ・関心からすると人民に属するが、習慣と好みの点では貴族に属する。」(トクヴィル) 法律家はこうして、人民と貴族との懸け橋とされる。フランスの没落貴族にして、新興国であった若きアメリカの民主主義の諸相を観察したトクヴィルらしい見解であろう。以上、リンカーン—彼もまた法律家・弁護士であった—⁽²⁵⁾、トクヴィルにことよせつつ、ラフリン曰く、法律家の精神が社会の隅々まで浸透して、アメリカ憲法は一つの「市民宗教」、あるいは一つのシンボルになった。立憲主義がまことに花開くのは、憲法が単な

る統治の手段としてでなく—これだけならば「憲法による支配」にとどまる—、それ自体が尊敬の対象に昇華され、一つのシンボルとして機能する時だけだ、というのである。また同様に、立憲主義が維持されるには、特有のタイプの政治文化が育成されねばならない。これが「憲法愛国主義」の要諦である、とラフリンは記している (P. 309)。

同じようなことをC. ロシターが、E.S. コルインのエッセイに寄せた序言において述べている。アメリカ人は、他の国民や文化と同様にそのもっとも高貴な信条をシンボルによって表明している、そのシンボルが1787年のアメリカ憲法であって、一歩間違えると憲法への尊敬が偶像崇拜になりそうだ。その理由にはいろいろあろうが、この憲法がはるかなる「高次法」を表現したものだという確信が深くしみ込んでいるためだ、というのである⁽²⁶⁾。ロシターのこの記述は、はしなくもイギリス由来の高次法へのアメリカ側の思い入れを代弁するものであろう。

さて、上でも少しく触れた点だが、あらためて「自省的、反照的、再帰的ないし自己言及的」立憲主義という理解について—。繰り返しかもしれないが、憲法「契約」の観念では憲法制定に潜むパラドックスが看過されてしまう。この観念による限り、契約によって憲法を制定した「人民」=「国民」は論理的にも時間的にも制憲行為=契約に先だって、まず「人民」として先在するのでなくてはならない。果たして、誰がこの「人民」なのか。この点を決定する手続きもすでなくてはならないはずで、問いは無限後退する。では、どうすればこのパラドックスに適切に向き合うことができるのであろうか。それは、ラフリンによると制憲権の発動を歴史的に一回切りの事件としてでなく、後で振り返ること、あるいはやり直しのできる企図として、人民の自己咀嚼行為、つまり遡行的行為として把握し直すことによってである。つまり、その企てを通して最初の制憲の歴史的事実の後に—どのくらいの「後」であるか、どのくらいの頻度かはともかく—、人民が憲法典に表明された規範を抱きしめ直して受容していくことによって (P. 311) である、とということになるだろうか。ラフリンが必ずしもここでは説明していない点であるが、私見が理解の及ぶ範囲では、誰が憲法を制定した「人民」か、とということに関しても同様に、以上の遡及的企図において人民自身が繰り返し再定義していくことになるのであろう⁽²⁷⁾。これをも含めてラフリンは「自省的、反照的、再帰的ないし自己言及的」reflexive立憲主義と呼んでいるのだと思う。

さて、人間には独立と所属への欲求が相反しつつも共存しているとして、それと同様に、近代憲法には自由と支配（ないし権力）という相反するベクトルの拮抗がある（P. 312）。この二つの動きの間でバランスをとり・維持することが近代憲法にとっての重要な機能だとして、これが果たされるためには、ラフリンによると三つの基本原理ないし原則が受容されるのでなければならない。i) すべての統治権力が憲法にのっとり発動されるべきであるという原則。ii) 憲法が国の「基本法」たること。iii) 憲法の最終的番人としての司法審査権。この三つに加えて、さらにラフリンは一般的に承認された原理として第四に、付加的に「法の支配」に言及している。ここで、「法の支配」について「一般的に承認された」というやや距離をおいた形容句を付している点が気にかかるが、この点は後述するとしよう。ともかくもラフリンによれば、「法の支配」のためには法がただ制限し、または重しを課すだけでなく、「支配する」rule ことが必要だ、という。同時にここで、ラフリンは「法の支配」の中身が不明であることを指摘するだけでなく、そのドイツ、フランスでの対応版、つまり Rechtsstaat, État de droit のあいまいさにも言及している（P. 313）。これらの概念にはなにがしかの有益さがあるとしても、ともかくも確たる定義が必要であろう。また、それら諸概念の基底価値を明らかにすることも不可欠であろう。とりわけ、これらの概念が、たとえば実際には実現不可能であるにもかかわらず、何らかのイデオロギー的目的のために利用されてはならないからである。前述したことだが、公法の「純粹理論」の構築に賭けるラフリンが、このように概念のイデオロギーの使用への警戒感を表白することは、それとして理解できよう。

ともかくもラフリンとともに、法の支配、法治国家いずれにせよ、少なくとも近代国家・主権概念の成立して後のことである（P. 314）。この小論は「イギリス法学者の眼」を借りて幅広く西洋発祥の近代憲法・公法の成立・発展＝変動・変容を跡付けるものである。そこで、ラフリンの足元、イギリスでの「法の支配」に関しては敢えてまずは棚に上げて置き一後述部で言及したい一、大陸ヨーロッパ、とりわけドイツ、フランスでの「法治国家」に関するラフリンの叙述に焦点を当てよう。イギリス法学者のまなざしはそこから何を観取するであろうか。私見としては、比較とその結果としての相対化を通じてこれら、アメリカも含めての西洋諸国内部一あくまで、この限定された範囲で一での公

法観念の共通点と異同を把握し直すことにつながるのではなからうか。

(3) 「法治国家」の「ドイツ的」と「フランス的」

- ① まず、ドイツでの「法治国家」Rechtsstaat概念について—イギリスでの「法の支配」の概念が19世紀後半に定式化—とりわけ後述A.V. ダイシーによる—されたのに対し、ドイツでの「法治国家」概念はそれより早く同じ世紀の前半には成立している。ここでも同様に、自由主義とドイツの伝統・権威主義的傾向—人民統治の手段としての「法による支配」—の妥協の試みが「法治国家」とされる (P. 318)。この概念が多義的であいまいであることは、リベラルな方向で (C. TH. ヴェルカー)、他方で逆に反動的に (A. ミュラー) 使用されていることでもわかる。少し後、ともかくもR.v. モールの体系的著作によって法理としての地位を獲得していく。その「法治国家」概念は三つの要素で示された。i) 統治の秩序は神の命令でなくて、自由・平等・理性的な諸個人の世俗目的の産物である。ii) その目的とは、人身の自由と安全、財産の保護である。iii) 国家が理性的に組織されるべきこと。そこには、責任ある政府、司法の独立、議会への代表制、法による支配、市民の基本的自由の承認などが含まれる。こうして「絶対主義国家」「警察国家」に対して二重に防波堤を築いたことになる。モールによる定式化にはなるほど、カントにまで遡るリベラルな考え方が脈々と息づいている。それは、秩序と自由との両立を旨として、それを媒介するのが「法」であるという思想である。最も、ラフリンの指摘に負えば、モールの定式がすんなりと受け容れられたのではない。一つには、モールの法思想にはカントと違って、国家による自由の促進というモチーフがあったことと関係する。リベラルといっても、モールの場合、個人の自由の発展を促進するという一般的目的に反するような行為を慎むことを国家・政府の限界として課すという思想なのである。法によって、国家の行為をかつちりと制限するというのもやや違うのである。また、カントにさえ、有名な抵抗権否認の法理があったように、ドイツの保守的な精神風土もあり、モールのリベラルな見解が容易には受容されなかったという事情もあったのであろう (P. 319)。

ラフリンの指摘では、如上の法治国家概念の多義性・不明確性は、国家概念自体のあいまいさを反映したのであった。それでも、19世紀後半、ドイツ

では有機体的国家論 (O. ベール) を経て、ゲルバー、ラーバントにより法実証主義の見地から国家法人説、国家主権論が確立される。この見解のもとでは、権利=主観的法は国家の客観法をまっけて創設されるものと説かれた。カント的な権利論では、人間には人間であるが故に権利が備わっているという見解だが、これとは裏側の対蹠的にドイツ公法学は到達したわけである。こうして法治国家、RECHTSSTAATが国法、STAATSRECHTのなかに包摂・吸収されるに至った。その後の展開において「国家の自己制限論」が提唱される経緯にも言及して、ラフリンは、20世紀ドイツでの法治国家論はもっぱら形式的なものに転化して、権利保障論も法律の留保論にすり替えられてしまったというのである。つまり「法の支配」のドイツ・ヴァージョンである「法治国家」論は「法による一法の、ではなく一支配」の原理に成り下がった、と⁽²⁸⁾。こうしてドイツでは、国家形成に伴われるはずの基底次元が忘却されたこと記している (P. 321)。公法の、この見失われた次元を取り戻したい、それがまさにDROIT POLITIQUEであり、それを対象とするのが公法学としてのSTAATSRECHTであり、DROIT POLITIQUEなのだ、というラフリンの本書全体を通底する意図については、上述 I で述べた通りである。

なお、第二次戦後ドイツ公法学において、法治国家と社会国家との関係性をめぐる議論つまり「社会的法治国家」概念の可否をめぐる議論、さらに「実質的」法治国家論と「形式的」法治国家論との論争が見られたが⁽²⁹⁾、ラフリンの「国家学の擁護」⁽³⁰⁾からはどのように評価されるのか興味あるところである。

- ② フランスでの「法治国家」論、ÉTAT DE DROITについて—フランス革命後、起伏激し激動がなおも続くなかで、憲法=政治体制の欠点と問題点が明るみに出てきた。しばらく後、それに対処し克服するための規範原理として導入されたのが、「法治国家」ÉTAT DE DROITの概念であった。19世紀後半までフランス公法は国民=人民主権の概念を中心にすえて、一般意思の表明としての法律を制定する立法権を至高とする考え方にとらわれていた。いわば、フランス型の「法治国家」論は、かような国民主権論への異議申し立てであり、あらゆる権力がいかにして法に服しうるかがあらためて問われる格好になったわけである。基本的には三つの憲法的法律を最高法規として

組み立てられていたフランス第三共和制のもとでの国民主権論はいわば法律による支配RULE BY LAWまたは「法律国家」ÉTAT LÉGAL—C. シュミットのいう「立法国家」に対応する—にほかならなかった。それに対するオルターナティブとして「法治国家」が、時には隣国ドイツでのそれを念頭にいれつつ、あるいはドイツ国法学への対抗心を抱きつつフランスの諸学者によって構想されていくのであった。この議論の布陣からは、フランス革命の原理＝国民（人民）主権から遠くに位置した見地こそが人権宣言に法的効力を認めていた（デュギイ、オーリュウ）というねじれが指摘されている⁽³¹⁾。これに対し、エスマン、カレ・ドゥ・マルベールにとってフランス人権宣言は第三共和政の下で法的効力を持つものではない。こちらの論陣の方が、フランス人権宣言の内容、つまり議会の法律による自由・権利実現という思考様式に忠実であったともいえよう。それでもR. カレ・ドゥ・マルベールによれば、個人の権利を守るにはただ法律による支配だけでは不十分である。立法権をも規制する原理としくみが必要であり、これが「法律国家」の先にある「法治国家」である（P. 323）。ラフリンの指摘では、第三共和制下のフランスには憲法裁判所はもとより、通常裁判所による司法審査権も欠如していたので、この種の議論は学者世界の議論にとどまって実際的なインパクトを残しはしなかった、とされる（P. 323）。しかし、この指摘は半分誤りだと思う。おそらく、後述するとおりの「法の支配」あるいは「法治国家」のリベラルな見解を実現不能なイデオロギーであり、現実政治にはそれほどパンチ力のない机上の空論にすぎないと論定することからの勇み足でなかろうか。実際的なインパクト云々するには、学会で議論されたまさにその同時代への影響だけでなく、後世へのそれをも含めて判断すべきであろうと考えるのである。果たして、1970年代以降のフランス憲法院の活性化状況とも絡んで、対行政権での「公的自由」にとどまらず、今日ではひろく全ての公権力との関係での「基本的権利」—さらには私人間効力も論じられて—が語られるのが現代の議論状況である⁽³²⁾。その背後には、如上の20世紀前半における公法学会での議論が記憶され、地下水脈として生きていたということがあるのでなかろうか。

- (4) 「法の支配」にあらためて視線を戻して—現代の憲政にとっての有効性に

ついて—

以上のように、「法の支配」—「法による支配」と区別される—が異なる歴史的背景のもとに各国でさまざまな変奏付きで、ともかくも実現されてきたようにも見える。だが、果たして「法の支配」が立憲主義を強力に支える一貫した構想であり、また本当に実現可能な観念であるといえるだろうか。この点についてラフリンは、M. オークショット、L. フラー、さらにJ. ラズらの政治=法哲学に依拠しつつ検討している (PP. 324-341)。そこでは、かなり深いかつ込み入った検討が行われているのだが⁽³³⁾、小論では今述べた問いに対応するラフリンの結論めいたことだけをアット・ランダムに列記しておこう。i) 「法の支配」が公法にとっての本当に基底的な概念であるとすれば、オークショットの説明のしかたが示唆的だ。とりわけ、この概念の使用がイデオロギー的なスローガンに転化しないように注意深く検討している点には学ぶところ大きい (P. 324)。ii) オークショットによると、「法の支配」とは道徳的結合であり、ゲームのルールや取引のルールとは違う、もっぱら非手段的・非打算的なルール (法) の真正さの承認によるものである (P. 328)。iii) 法が真正なものである—と言うことは正義に合っていることでもある—かを何かの考慮要素・基準に照らして明確にすることは思いの外、つかみどころのない企図である。求められるべきは抽象的な基準ではなく、道徳的議論の基準である。それは打算的なものではありえず、また帰結主義的な考慮とは関係しない、また流行の道徳的行為、称賛を浴びるパフォーマンスからも孤絶したものである。この点には、筋金入りの保守主義者としてのオークショットの相貌がうかがえるであろう。iv) 以上の前提の上で、オークショットは「法の支配」という結合方式に不可欠な「職務」OFFICEの考察を行い、結論的に、まず立法権、ついで司法権、最後に執行権—これらは支配者の家産ではなく、特別の責任を伴う「職務」だ—が必要だ、としている (P. 330f)。v) いずれにしても、「法の支配」によって国家が生かされている、という意識はヨーロッパ文化の産物である。オークショットはこの意識が今日、枯れつつあることを指摘した。以上、ラフリンによると、オークショットは公法の基礎としての「法の支配」について最も一貫した説明を与えている。

では、かように一貫した説明が与えられたにせよ、「法の支配」は現代において実現可能な構想であるか、という問いがラフリンによって別途問われてい

るのが興味深いところでもある。私見では、いわゆるリベラルと明確に袂を分かちラフリンの見解の特色がにおい立つのもこの論脈においてである。

ラフリンのオークショット理解に負えば、「法の支配」が一貫した概念でありうるには三つの基本条件をクリアする必要がある。(あ) 国家が何か望ましい目標の実現を目指す団体であるというよりは純然たる「道徳的結合」であること。(い) 国家が「法の支配」の現れであるといえるには、少なくとも「内的視点」(H.L.A. ハート) から見られたゲームと同様のものと見なされる場合である⁽³⁴⁾。というのも、ゲームがルールで構成されているのと同様に、国家もルールに基づく結合であるからである。(う) 国家の法が真正の法的性格—JUS、つまり正義—を内在させていること。法の理念には正義の諸条件が含まれていて、このことで、「法の支配」が一方で単なる形式的なるものに還元されることが阻止され、他方で自然法や何か実体的価値が密輸入されることも阻止される。オークショットの議論はこうして「法の支配」の条件を明らかにすることで国家という結合体をノモスの支配として提示したのだ、というのがラフリンの理解のようである。しかし、小論にとって興味深いのはこのようにイデオロギー的使用を警戒しつつ、可能な限りの一貫した説明が与えられた「法の支配」の概念も実現不可能だ、という論定がラフリンによって下されていることである (P. 332)。このことはヨーロッパの諸々の「国家」が歴史上、道徳結合と取引的結合との調和しがたい緊張をはらんできたことから分かる。オークショット自身もこの点を認めているのだ、というのである。上の三つの条件のうち、とりわけ(あ)の条件を満たすことがいかに困難であるかということであろうか。

ところで、「法の支配」をめぐるラフリンの考察には、L. フラー、J. ラズの研究からの示唆もみられるところである (PP. 333-335)。「法の支配」が「人の支配」から区別され、また「法の支配」には狭義のそれとは区別されねばならないが「法による支配」という側面もあることから、「法」とは何か、つまり法に内在する最低限の性質とは何か—つまり法の概念が問われる。この論脈で大きくクローズアップされるのが、フラーの「法に内在する道徳」論議である。フラーによって示された八つの形式的性質というか要素⁽³⁵⁾にはおおかたの承認があるが、それらだけに尽きるのか、またフラーの示した法概念で「法の支配」の定義が可能か、近代国家にとっての「法の支配」の意味づけについて

は批判もあり得るところである。実際、ラズによってフラーが「内在的道德」と呼んだものを遵守することは確かに一つの徳—つまり「法の支配」も一つの徳である—ではあるが、手段的な徳であって、それ自体が道徳的な徳であるというわけではない。ラズによると、「法の支配」は法に内在する一つの徳であるものの、それはいくつもある徳の一つである。確かに「法の支配」は自由の促進に仕えるし、恣意の権力行使とは正反対である。しかし、この徳は法体系にとって、究極の目的であるともいえない。つまり、ラズの論旨は、「法の支配」は一定の目的—例えば自由とか平等とか—を実現するための手段であり、その限りではよいもの、あるいは役に立つものかもしれない。その代わりに、他の社会的目的を犠牲にしたり、法の内容を不毛で空虚なものにするかもしれない、と言うのである。たとえば、「法の支配」が遵守されているからといって、個人の自律への侵害、個人の尊厳への侵害が起きていないとも限らないのである⁽³⁶⁾。ハイエクによる「法の支配」理解に半分だけの同調を示して、「法の支配」に過度の期待を込めてはならない、という見解がラズによって表明されているのである⁽³⁷⁾。また逆に、「法の支配」のためにはフラーの挙げた要素・基準では足りないとして、ラズはさらに、司法の独立の原理への尊重、裁定の公正さの原理の遵守、政治権力への司法審査の確立、裁判所への市民のアクセスが容易であることなどを挙げている (P. 335)。要するに、「法の支配」に過度の思い込みを寄せることのないように注意しつつ、同時にそれが実現するにはさまざまな前提条件が要求される理想・観念であるのだ—取り扱い注意—というわけである。今日、国際社会において「法の支配」が喧伝される状況—たとえば、法の支配に基づく自由で開かれた国際秩序というおなじみのアピール—に照らしても、ラズの見解は頂門の一針であろう。

上述のように、フラーの場合には法の概念にまで立ち入った議論が行われ、さらにこれを批判しつつ補完するのがラズの議論である。いずれにしても自由（さらに平等）という目標との関連で「法の支配」が定義されており、いわゆるリベラルの陣営に属するであろう。実際、ラズの議論はハイエクの見解を踏み台にしたものであるという自己規定が与えられている⁽³⁸⁾。以上の論脈にはもっと精査すべき点もあるが、ここでのラフリンの締めの見解をもって一区切りとしよう。

一般にリベラルなとらえ方によれば、自由・権利を守るには権力を分立する

ことが不可欠であり（権力分立論）、「法の支配」はその相関原理とされる。このような見解はラフリンによると、18世紀的な政治理論に基づくものであって一制限政府論一、現代世界の統治を考えるうえでほとんどインパクトのない見解だ—ラズのように、取り扱い注意の警告の域を超えて—、と冷たく突き放している。以上、「法による支配」も、「法の支配」もリベラルな政治哲学に立脚する実現不可能な理想でしかない、というラフリンの論定（P. 337）には無論、異論もある。ただ、ここではなぜ、ラフリンがここまでリベラルな権力分立論およびそれと相関関係に立つ「法の支配」論が無益であるとまで主張するのか、その理由を聞いておく必要がある。そのことがラフリンの提唱する DROIT POLITIQUEとしての公法およびその学としての公法学、ひいては自由と権力との関係、さらにはすでに言及したところの「自省的、反照的、再帰的ないし自己言及的」立憲主義といったことなどを理解するための一助になると考えるからである。

ラフリンはとくに権力分立があれば自動的に—マシンのように—自由が守られる、これが「法の支配」であるという見解にはリベラルの限界があらわになっている、という。ラフリンによれば、現代立憲主義の制度・機構が適切に作用するには社会的政治的行為が不可欠である。行為するには、力・権力が必要であるはずだ、というのであろう。しかも、憲法は単なる権力者にとっての道具ではない。確かに、憲法は社会の支配的勢力によって刻印されつつも、それでも憲法は主体的に・積極的に権力を指導し権力を刻印し、かつ権力を生み出す。権力と自由とを敵対的に対置するリベラルな見地によって見逃されてきたのが、まさにこの点である、というのである。憲法と権力、自由と権力はいわば反照的關係にある、というのであろう。憲法はただの権力を制限する「規制的」ルールという側面だけでなく、自由を確固たらしめるべく権力を創設する「構成的」ルールという側面があることを想起せよ、というのである（P. 338）。

Ⅲ 現代行政国家における自由と権力、立憲主義

この小論の最後の部分となるが、まさに今日の行政国家における自由と権力との関係をダイナミックなもの—幾分便利な表現を使わせてもらおうと、弁証法的なもの—と捉えるラフリンの考察を通じて、現代における立憲主義の意義を

再考したい。しばしばラフリンは国家という政治的結合体を一方でSOCIETAS, 他方でUNIVERSITASの二側面をもつ、緊張をはらむものである。同様に国家によって行使される権力にも二つの性格があり、一つはPOTESTASとして、—これは支配の正当な権力という抽象的な視点からのもので、憲法のレベルでの権力の展開に対応する—。もう一つの側面というか次元が、POTESTASという顔であり、資源・素材を管理・処理する政府の具体的権力であり、行政法の次元で展開される、という説明を与えている。本節ではラフリンのまなざしを通して、現代行政国家における自由と権力の関係をめぐる統治機構論、とくに権力分立論に迫りたい。

(1) 政府・行政権と特権・裁量権

ラフリンは本書第五部「政府論」にて、主権者ないし政府・統治者が近代国家においてしめる地位について論じている。ここで特に光りを当てられているのが、POTESTASとしての政府権力であり、それはしばしば被治者によるコントロールが及ばない特権なり、裁量的権力が絡んでいるものである (P. 376)。ラフリンによると、近現代の統治においてもかかる特権が影響力をふるっているわけで、憲法の枠組みのなかでこれが行使される権力関係のあいまいさを分析・検討したい、という。大陸ヨーロッパでは国王特権が絶対主義の基礎となり、そこから近代の幕が押し開けられていくであろう。17世紀イギリスでは、国王特権をめぐって憲法紛争が繰り広げられた。ともかくも、名誉革命を経て、国王の大権といえども議会の立法権に服するようにはなる。それでもイギリス憲法では形式上は、国王には枢要な地位が与えられていたのである。

さて、ややもするとリベラルな方向に引き寄せて解釈されがちなJ. ロックの政治=法思想であるが、その特権論—この点でもアメリカ憲法にも影響を与えた—に照射して、そこには思いの外、通常のリベラルに還元できない論調がある。それが有名なロックの権力分立論の一環—異物ではなく—であったことがラフリンによって指摘されている。

(PP. 383-388) 制限政府論の父とみられてきたロックの「法の支配」論の柱として、立法権と執行権との分立がまず、挙げられる。政府であれ、司法権であれその権力行使にあたり独自の判断余地が与えられている。さもなければ、実定法を効果的に展開することができない。しかも、ロックによると執行権に

は「連合権」—戦争と和平、条約、同盟に関して—が密接に関係している。もちろん、この二権力はそれ自体としては別々の権力ではあるが、実際にはほとんど見分けることが難しいものである⁽³⁹⁾。そこで、穏健で制限された政府を樹立し、これを維持するには、立法権・執行権・連合権は別々の手にゆだねるにしくはない。つまり、ロックの権力分立論とは、いずれにせよ権力行使に際し裁量権が不可欠・不可避である以上、つまり乱用の恐れを考慮せざるを得ない以上、担当者を分立させるべきだ、という規範命題を導くものである。しかも、「連合権」については執行権以上に安定し・確固とした実定法に委ねればよいというわけにもいかない。ロックはいう、公共の福祉のためには連合権の行使については担当者の賢慮と見識に委ねるべきである、と⁽⁴⁰⁾。この主張がどれほど重要なものであるかは、ラフリンによればロックの特権論のレンズを通して透かしてみると分かってくる。ロックにおける特権とは、公共の福祉のため、もしくは万が一の緊急状態に備えるために、あるいはそうした状況の下で国王に与えられた権力である。予見し得ない異常事態に際しては、恒常的で確固たる法律による対応では困難なケースがしばしば発生する⁽⁴¹⁾。何はともあれ、人民の福祉という真正の基礎のうに政府を樹立する際に、配慮すべきは正しい特権についてだ、とロックは述べていた (P. 385)。法律を厳格に守ることが害悪を生むのであれば、公共の福祉のためには法律に反してさえ、この害悪を回避するために、あるいはそれを和らげるために行使される権力が「特権、大権」である、と。

かようにロックにおいて、立法権の至高性が謳われる一方で同時に政府の特権・大権論が展開されていることは⁽⁴²⁾、イギリス憲法史の正しい分析に立脚したものであるとラフリンは位置づけている。ロックにおける権力分立論と特権・大権論との組み合わせこそが、理性・合法性と「必要性」—公共の福祉こそが最高の法である—との結合を表現している。ここにこそ近代憲法の一般的特質があり、ロックが示唆しているのもこの点なのだ、とラフリンはいう (P. 387)。

以上、近代政治哲学のチャンピオンの一人と目されてきたロックのうちにリベラリズムに回収しきれない側面があることがラフリンとともに確認できた。ロックにしてこうならば、反対の陣営、つまり王権神授説論者や絶対主権論者において特権・裁量論が論じられたのは当然であった。ロックが「政府二論」

において論駁対象としたフィルマーが反対の見地から、しかも議会—この当時の議会の実相が今日の裁判所に近いのか、それともやはり立法機関であったのかはイギリス憲政史上の一大争点であるか⁽⁴³⁾—に仮に主権があるとするとそこには特権、恣意性が必然に宿っている、と論じていたのが興味深い。議会派が言うところのいかに人民に根差した議会といえども恣意的権力なしには立ちいかない。とすれば、君主制政府が恣意的権力をもってならない法はないはずだというのであった⁽⁴⁴⁾。ホブスにおいても、絶対的主権が君主のみならず議会とも結合する—つまり議会主権、議会の最高性—の余地を留保していた⁽⁴⁵⁾。このようにリベラル派、ロック、絶対主義者、フィルマー、ホブス双方の視角から裁量、特権、権力に伴う恣意性の問題が提起されていたということが興味深いのである。視線を20世紀前半の憲法史にまで延ばそう。20世紀といえは「現代」であるが、各国で行政課題が増大し、これに対応すべくとりわけ執行権・行政権が強化され、いわゆる行政国家ないし社会国家現象が顕著になるわけである。かかる課題への対応、もしくは緊急時の迅速な対応のためには、法律はいうまでもなく憲法自体が規定する仕組みにも「欠缺」があることが指摘されていくであろう。すでに19世紀後半のドイツにおいて有名な予算争議・憲法争議において、ビスマルクによって主張されたことが時代の趨勢を物語っていた。(P. 391) ドイツにおいてばかりではない。アメリカ合衆国でも現代の政治課題に対応するには、連邦憲法の規定する権力分立のしくみでは不十分である。こうして、とりわけ執行権を古典的な権力分立のくびきから解放すべきだ、と主張された。紀律された政党、実動的な行政府、専門官僚によって迅速に現代的課題が処理されるべきだ、と主張したのがW. ウィルソンであった。政治の基軸は執行権であり、人民の意思はその周りに展開されるのだ、と。

(P. 394) もはや大統領は議会が制定した法律を執行するだけのものではない。大統領こそがいまや国民全体を真に代表するのである。こうした大統領の職分を全うするには、憲法典に明記された権限だけでは足りない。ウィルソンによると、個人も社会も大統領による積極的指導によってこそよく発展しうる。こうして大統領こそが人民の精神を最もよく体現する⁽⁴⁶⁾。主要な政治課題の履行のために政府機構がより前面に押し出されて活用されることになり、焦点は憲法から行政(法)のレベルに移ったわけである。(P. 396) ラフリンが提供する枠組みにかこつけていうと、公権力の二側面のうちPOTENTIAがPOTES-

TASをしのいで前景に躍り出たということである。

(2) 再び「法の支配」と「法治国家」の間

以下では、ラフリンのまなざしによりつつヨーロッパ大陸および—A.V. ダイシーとともに—イギリスでの行政法の成立と発展について述べておきたい。アンシャン・レジーム下の行政権と司法部（パルルマン）との紛争を経て、フランスで行政権が立法府からも司法権からも独立性を得るのはフランス革命の後のことである⁽⁴⁷⁾。それでは、国民と行政との争いについてはどのような仕組みであったか。行政自体への不服申し立てという道は別にして、行政に関して司法府が独自に審理するという道は用意されなかった。後のコンセイユ・デタの青写真が出てくるのも19世紀になってからのことである。(P. 439) 行政裁判制度の特徴が認識されて、大陸ヨーロッパに伝播し、各国で「行政法」が形成されていこう。フランス行政法の研究を踏み台にして1890年代にドイツ行政法学を集成したのが、O. マイヤーであった⁽⁴⁸⁾。ドイツにおける憲法学・国法学の主役がP. ラーバンとであったとすれば、それに見合う行政法学のリーダーがO. マイヤーであった。よかれあしかれ—というのはいわゆる国法実証主義をめぐって方法論争が繰り返されるわけだから—、ともかくもドイツ公法学がこうして来たる20世紀に橋かけられていくのである。ラフリンの指摘であるが、コモン・ロー国と比べてヨーロッパ大陸での行政法および行政法学の形成にあたり法律家・法学者もしくは法学教育を受けた卒業生が行政・官僚機構内部から果たしたリーダーシップが大きな要因となったということである。またコモン・ローの国よりも大陸において、政治学、経済学、公財政学その他への広い目配りが見られたという指摘 (P. 437, 439) も重要だと思う。おそらく、イギリスの公法学者にしては珍しく、ラフリンが「国家学の擁護」を呼びかけるとき、念頭にあったのはかような「総合的な」国法学・公法学の回復の企図であるだろう⁽⁴⁹⁾。

では、ラフリンの足許のイギリスでの行政法・行政法学の形成はどうだったかが改めて問われてくる。18, 19世紀に陣形を整えていくヨーロッパ大陸での行政法との比較で、イギリス行政法の特色を数点、列記しつつ、その背景にリベラルの神話・イデオロギーが控えていたことをラフリンは指摘している。アングロ・サクソンの古き憲法伝統についての神話のことである。この伝統とは

自由と民主主義に基づくものであり、それこそが「基本法」の法源となっているというイデオロギーのことである。(P. 440) この神話がイギリスにおける「行政法」の形成にとっての足かせとなったのだ、とラフリンは「ホイッグ的憲法史観」の非歴史性を批判する。歴史的現実とかけはなれた、この種のイギリスの伝統を後生大事にして、それを憲法学のプリズムから記述したのがダイシーであったというのである。イギリス型の「法の支配」が大陸ヨーロッパ型の行政法ないし「法治国家」に対照される。ダイシーによると、フランスの行政法はナポレオンからその形式をもらったものであり、君主制のなかでも最も専制的なものだ。さらにその内容としては、ジャコバン主義のなかの最も専制的な部分とも繋がっているのだ、と。こうしてフランスでは、行政法の中心にコンセユ・デタが鎮座していて、このことで普通の司法裁判所から行政事件を審理する権限が奪われてきた、というのであった⁽⁵⁰⁾。ダイシーの足許イギリス19世紀後半は時あたかも、「集団主義」の時代であり、さらにはJ.ベンサムらの思想的影響の下、行政改革、教育・福祉改革、刑務所改革などろもろの改革が遂行されていた⁽⁵¹⁾。そうした現実の中で、ダイシーは相も変わらず、自由放任の古典的自由主義にとらわれていたというのが、ラフリンの理解である。ダイシーによれば、「集団主義」が行政肥大化のイデオロギイ的基礎であり、脅威をもって迫り来る行政法の源であった。1915年、主著の最終版で、社会主義的な制定法によって「集団主義」が「公定化」されたことにより、「法の支配」が失調状況にある、と書いたのであった。(P. 443) ダイシーの言う「法の支配」はおろか、さらには国会主権も失調状況にあり、いっそう、行政国家現象が昂進しつつあるのが、ダイシー亡き後100年、私たちの時代であろう。

すでに述べたことだが、ラフリンは「法の支配」概念が「公法」の一貫した基底概念たり得ないという、ある意味、破壊的見解を持っている。そもそもイギリス憲法における「法の支配」が、ダイシーによってどのように定式化されたのであろうか。この点について、ここで見ておきたい。「法の支配」もザッハリッヒに見れば「人の支配」に行き着く一法が人によって制定され、支配も行為である以上、人の行為であるほかない—という見も蓋もないことだけでなく、ダイシーによる「法の支配」概念には、どうしても払拭し切れない曖昧さがつきまとうというのが、ラフリンの見解なのである (P. 315)。ダイシーによると、イギリス憲法には三つの基本原理ないし特徴がある。i) 国会主権の

原理, ii) 憲法によって通常の法が包括的に統制されていること, iii) 憲法秩序において「習律」CONSTITUTIONAL CONVENTIONSが効果的に働いていること, である⁽⁵²⁾。最後に挙げられた憲法習律についてのダイシーの見解が今日でもこの分野のスタンダード・ワークによって基本的には継承されて⁽⁵³⁾, イギリス憲法的一大特徴とされているのである。ともあれ, 三つの指導原理ないし特徴の間のバランスを維持することが, 自由を促進することになる。この点をダイシーは次のように二つの側面から説明した。ア) 他の主権原理と比べて, 国会主権は法の至高性を守るために有利な原理である。というのも, 国会の意思が三つの構成部分, つまり君主 (KING IN PARLIAMENT), 貴族=上院, 庶民=下院の間での調整と均衡及び相互抑制を通して表明されるしくみが国会主権であるからである。イ) 「法の支配」によって国会主権原理が支えられる。法が堅固であることは, 執行府にとっては「重し」となるが, 政府が国会から裁量権を認められることで柔軟に対応できる。こうして, 国会の意思が安定的に勝つ柔軟に執行されるのである。ラフリンによれば, 結局, ダイシーの「法の支配」とは, 協力関係にある国会と裁判所—ダイシーによればイギリスの憲法伝統の理性的な番人である—こそがイギリス憲法秩序における真の法源である, というものである。「法の支配」についてのダイシーの微妙な見解が, さらに(憲法的)権利論にも影響していることが, ラフリンによって指摘されている。成文憲法や人権宣言に書かれた権利は, 法の通常の成立過程(裁判所の判例と国会の法律との協働)とは異なる道筋を通して定められたものだから, 停止されることがあり得る。これに対し, 成文憲法をもたないイギリスの憲法秩序において本当の権利といえるのは, 裁判所で形成された先例が国の通常法によって表明され一般化されたものである。これらの権利こそは, 国の制度と国柄が徹底的にくつがえされることがない限り不滅の価値あるものである。以上のダイシーの, やや晦渋な「法の支配」論に, 一つは国会主権論との整合性の問題, もう一つは権利論にうかがえるように, 大陸ヨーロッパ的な成文憲法の法文化に対して, コモン・ローの法文化圏の学者としての矜持, というよりもいわば偏狭な地域主義の噴出が見られるというのが, ラフリンの指摘(PP. 315-317)である。ヨーロッパ大陸的, とくにドイツ的な「法治国家」論—上述したように, これが陽に陰にフランス公法学に影響を与えた—一に対し, イギリス的な「法の支配」論こそが真に自由・権利の擁護に仕えてきたのだと

いう理解⁽⁵⁴⁾が流布してきただけに、現代イギリスの法学者によって「法の支配」論の一貫性、および現代行政国家の下でのその通用力が疑問視されているということが興味深いのである。ただし、私見としてはおそらく、ラフリンが疑っているのは現代行政国家においてなおも古典リベラルな型の「法の支配」に固執する見解であって、それを共和主義的なコンセプトに組みかえようというのであろうと思うのである。「憲法」「立憲主義」「制憲権」のリベラルな次元にとどまらない、もう一つの次元を模索する見解と共鳴するものであろう。

(3) 最後に—現代行政国家と権力分立の再定義

最後に、現代行政国家のもとでの公法の変容および権力分立の変質につきラフリンが、本書末尾で触れている点について取り上げておきたい。20世紀における権力分立は抜本的に変質した。単に、議会が通常法律だけでなく「措置法律」、個別命令をも制定し、また、行政府と司法府の間でも権限・作用が交錯しているというにとどまらない。統治の主体・活動様式も断片化し、民主的正当化の連鎖から外れた部門・人員によって統治活動が展開されるという現象が眼を眩るのである。(P. 448) とりわけ、古くはフィヒテの「護民官」と同様、立法機関とも行政・司法機関とも判別しがたい担い手により公共部門でのサービス提供、統治活動が行われるという状況がある。ラフリンはこれを現代の「エフォラート」と呼んでいる。(P. 448ff) 現代日本での流儀によると政府の関係する特殊法人、独立行政法人、独立行政委員会、各種審議会・諮問機関、そうでなければ各種オンブズ・パーソンのたぐいであろうか、こうした仕組みの介在によって民主的説明責任の体系が崩されるという批判—たとえば古典的にはハミルトンによる行政参議会制EXECUTIVE COUNCILへの懐疑⁽⁵⁵⁾—もあろう。けれども、ラフリンは思いの外、この点につき冷めた見解を述べている。それによると、「エフォラート」は単に現代の「第四権力」であるにとどまらず、あわよくば非難・批判を回避しようとする政治家の文化を良くも悪くも陰で支え、専門知識を持って実効的な統治を行おうとする政府をも支えるものである。ラフリンによれば、代議制は英米仏での革命前夜に発生したものであり、それはそもそも民主制のしくみでも「人民による支配」でもない。むしろ代議制はエリート支配の様式にすぎない。(P. 453) このように冷めた認識に立って、ラフリンは従来の権力分立に新しく割って入った「エフォラート」

が収集・提供する専門知・情報によってむしろ政府の応答性が高められるのだと見るのである。憲法習律の形成が期待されるのは、こうした空間かもしれない。裁判所によってサンクションされる法律の意味での義務づけが発生するというのではない。それでもこうした空間での権力行使について当事者に説明と応答の「重し」が課されるのである⁽⁵⁶⁾。

本書の最後の最後で、自由と主権を縦糸・横糸とする近代公法・公法学へのオルターナティブを模索したフランスのL. デュギイの公法理論—いわば、近代公法学批判としての公法学—への言及が割合にたっぷりとなされている点(PP. 457-465)が印象的である⁽⁵⁷⁾。そのなかで今日喧伝されている「憲法化」論、「社会憲法」論がデュギイの公法理論の焼き直しに他ならないと同定されている点(P. 464)が、前拙論⁽⁵⁸⁾との関係でまた、暗示的なところでもある。私見の限りでは、デュギイの公法学への直接的な、あるいは断定的な評価は見取れないのであるが、少なくともラフリン自身の学的立場としては自由と主権—公権力と言ってもよかろう—との緊張関係で織り込まれた近代憲法へのこだわり—しばしば言及された「ザ・フェデラリスト」の通奏低音—をこの大著でもやはり表白している。その限りで、自由も主権ももろとも乗り越えようとするデュギイ公法学に対しては微妙な評価になるのであろうと思われる。そのことはまた、翻って近代立憲主義に対してややデリケートなスタンスを保つラフリン自身の姿勢の表白ということになるのであろうと思う。

以上、英米法であれ、大陸ヨーロッパ法であれ、「基本法」という西洋公法の基層を掘り起こし、自由と国家権力の関係を再考し、現代公法(学)を叩き直そうというのが、ラフリンの壮大かつ果敢な構想のように受け止められるのである。とまれ、この小論が前拙稿に続き、「憲法」「立憲主義」「制憲権」など憲法学のザ・基礎概念の理解、—およびこれらに立脚する近現代憲法(学)・公法(学)とは何であったのか。または何であろうとしたのか、さらに、何であろうとしているのか、何でありうるのか—の理解のために新しい光をかすかにでも投げかけることができているならば望外の喜びである。それならば、射程のとてつもなく広いこの公法の基礎理論と格闘した甲斐もあったということになる。

注

- (1) 拙稿「『憲法』『立憲主義』『憲法化』『制憲権』をめぐる覚書」駿河台法学36巻2号57頁以下
- (2) P. DOBNER/M. LOUGHLIN (ED.), THE TWILIGHT OF CONSTITUTIONALISM?, 2010.
- (3) M. LOUGHLIN, FOUNDATIONS OF PUBLIC LAW, 2010. すでに邦訳のある「公法の観念」(猪股弘貴訳)とは姉妹編であり、当初より膨大な歴史研究を志したが、そのなかの概念的側面の概略の提供となったのが「観念」である。「公法の観念」のはしがきおよび日本語版へのはしがき、参照のこと。
- (4) J. BODIN, METHODUS AD FACILEM HISTORIARUM COGNITIONEM, 1566, その英訳版として, METHOD FOR THE EASY COMPREHENSION OF HISTORY, TRANSLATED BY B. REYNOLDS, 1945.
- (5) ルソー, 社会契約論 (桑原武夫, 前川貞次郎訳)
- (6) カント, 人倫の形而上学 (法論) (加藤新平, 三島淑臣訳), 世界の名著32に所収, 457頁以下。
- (7) カント, 啓蒙とは何か, 篠田英雄訳, とくに10頁以下。
- (8) ルソー, 前掲, 第二編第十二章
- (9) ヘーゲル, 精神現象学・上 (熊野純彦訳), B, 自己意識, のA, 自己意識の自立性と非自立性, 支配と隷属
- (10) ハミルトン, ジェイ, マディソン, ザ・フェデラリスト (斎藤眞・中野勝郎訳) 第15編 (ハミルトン執筆)
- (11) デカルト, 方法叙説 (谷川多佳子訳), 22頁以下, 34頁以下, ここでデカルトは, 都市・家屋の建設にたとえて国制・法制の形成におけるいわば偶然的要素を指摘し, また, 道徳・習俗, 法律および最も穏健で一般に承認された意見が日常生活での行動の基準になると説いている。
- (12) バジヨット, イギリス憲政論, 小松春雄訳—世界の名著60に所収, 299頁。
- (13) J. TULLY, 'THE IMPERIALISM OF MODERN CONSTITUTIONAL DEMOCRACY', IN: M. LOUGHLIN/N. WALKER (EDS.), THE PARADOX OF CONSTITUTIONALISM. CONSTITUENT POWER AND CONSTITUTIONAL FORM, 2007, PP. 315ff.
- (14) ラフリン, 公法の観念 (猪股弘貴訳), 第9章, 224頁以下も参照のこと。正直に言うと, ラフリンのいう「純粹理論」がイデオロギーから自由な・実証的な公法の理論を目指しているということおよび公法が自立的な特有の対象であるということ以外に, 何故に「純粹」—いかなる意味で一理論を標榜するのか今ひとつ分りにくい。もし, ケルゼン流の「法の純粹理論」を向こうに回すということならば, ラフリンの目指すところが「政治学的法律学」であり, したがってまた「総合的」INTEGRALでありつつ同時に「純粹」PURE理論であることがいかにして可能か, が説明されるべきであろうというのが私見である。

- (15) バーク, フランス革命についての省察(上)(中野好之訳), 61-67頁。
- (16) ベイン, 人間の権利(西川正身訳), 74頁。
- (17) ベイン, 上掲, 75頁。
- (18) 上掲, ザ・フェデラリスト第51編(マディソン執筆)「政府自体が政府自身を抑制せざるをえないようにしなければならないのである。」、238頁。「異なった政府がそれぞれ相手方を抑制しつつ、同時にその各政府が内部的に自分自身によって抑制されるようになっているわけである。」241頁。
- (19) J.W. GOUGH, FUNDAMENTAL LAW IN ENGLISH CONSTITUTIONAL HISTORY, reprinted version, 1961.
- (20) J.W.G., op. cit., P. 109, ロックの政治思想研究の古典でもあるゴフの, JOHN LOCKE'S POLITICAL PHILOSOPHY, 1950, PP. 136ff. においてたとえばロックの「信託」も倫理的な意味でのものであるとしており、当時の自然法論のなかでは法も倫理も一緒であり、その点は「基本法」も同様なのだ、というゴフの基本法研究での見解と平仄があう。
- (21) J.W.G., FUNDAMENTAL LAW, P. 192-213.
- (22) J.W.G., op. cit., P. 214.
- (23) 上掲, ザ・フェデラリスト第49編(マディソン執筆), 岩波文庫版のこの邦訳は抄訳版であるところ、この49編につき次の様に要約している。「憲法の正当な源泉は人民であると論じつつも、憲法上の問題をあまりにも頻繁に人民の判断に委ねることは適当ではないとのべている。ここでのマディソンの議論の叩き台となっているのは、ジェファソンの『ヴァージニア覚え書』の憲法会議論である。」、235頁。
- (24) 上掲, ザ・フェデラリスト第63編(マディソン執筆)「アメリカにおいては人民が、全員参加のかたちで一体となって政府に参与することから完全に排除されている。」296頁。
- (25) 吉野源三郎, リンカーン。
- (26) 'PREFATORY NOTE' BY C. ROSSITER, TO: E.S. CORWIN, THE HIGHER LAW BACKGROUND OF AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW, 1955.
- (27) 制憲権の自己言及的ないし反照的把握については、前掲拙稿, 73頁。
- (28) ドイツでの法治国家論については、ラフリンと同趣旨の見方がすでにフランスのデュギイによって提示されていた。デュギイによると、ドイツ法学と対照的に1789年より絶えず国家権力に対する法的制約を見出そうと努力してきたのがフランス法学であったという。L. DUGUIT, THE LAW AND THE STATE, 1917, introduction, P. 145. 国家に課された二重の法的制約、つまり国家がかならずさねばならぬ積極的制約および逆に国家がしてはならない消極的制約を確認することが法学の任務である。Id., L'ÉTAT, LE DROIT OBJECTIF ET LA LOI POSITIVE, 1901. P. 12, 89, 261. しかし、デュギイの見るところ、消極的義務はともかくとして、フランス憲法史によって積極的義務が知られるところとはならなかった。op. cit., P. 276ff. デュギイはその原因をとりもなおさずフランス憲法史を規定してきた自然権的個人主義に帰せしめている。デュギイにとって、個人主義、自然権論とはどのようなも

のであったであろうか。デュギィによると、フランス人権宣言にあらわれた個人主義は二つの考え方から成っている。国家とは組織化された国民、ナシオンであり、それはまた人・人格であるというのがまず第一にある。ルソーの一般意思論がこれである。第二、個人は人であるがゆえに主権者といえども犯すことのできない自然権をもっている。この自然権こそが国家への制約の根拠であるという考えかたである。しかし、この二つの要素は対立関係にある。というも、第二の要素からは社会契約論、抵抗権ないし反抗権が論理的コロラリーとして導かれる。これに対し、第一の要素たる主意主義からは国家の絶対的主権制が形而上学的に導かれるからである。第二の要素だけをとってみても、人間であるが故に自然権をもつということをや・プリアリに導くことは科学的に不可能事である。それは形而上学的主張に過ぎない。結局、個人主義は主権と抵抗権との間で永遠の彷徨のうちにあえぐ運命にあるというのである。L.D., THE LAW AND THE STATE, PP. 10-26. 要するに、デュギィはアトムの個人主義が国家の実体化、形而上学の自己矛盾のうちに磨滅してしまう悲劇性を危惧したわけである。それでは、個人主義の形而上学的国家観念にとって代わるべき立場をデュギィは構想しえたか？デュギィは実在論REALISMEを提示する。その人間観によれば、人間とは孤立しては生活することのできない社会的存在にして、役務SERVICEの相互交換によってのみ文化的生活を営みうる存在である。op. cit., P. 23. Id., LETAT, LE DROIT OBJECTIF ET LA LOI POSITIVE, P. 6. また、同時にデュギィによると、国家というのは諸個人とはなれた人・人格ではなく、国家意思というものが語れるのもただ表現経済に資するだけのことである。これまで「国家」と呼ばれてきたものから形而上学的表皮を引き剥がす時、より強い個人的意思、あるいはより弱い個人的意思が存在するだけだと言うのである。L.D., THE LAW AND THE STATE, P. 8. LETAT, LE DROIT OBJECTIF LA LOI POSITIVE, P. 9, 61, 138. 果たして、デュギィによってそのいわゆる実在論が首尾よく論証されたかどうかはここで簡単には答えられないとは思ふ。ただし、この点の論証が行われな限りは、デュギィが当のドイツ国法学から逆に批判されたことも仕方あるまいと考えるのである。ちなみに、イェリネクはデュギィ自身の学説と、それが批判対象の一つとしたザイデル流の支配者主権説（事実としての国家論）との親近性を指摘したのである。イェリネク、一般国家学、第2版4刷（芦部信喜他訳）130-131頁(4)。

- (29) これらの点につき、拙稿「自由国家の法理と、ベッケンフェルデの憲法学」高岡法学12巻1号、17頁以下、とくに21頁以下。
- (30) M. LOUGHLIN, 'IN DEFENCE OF STAATSLEHRE', DER STAAT, 2009, S. 1ff.
- (31) PH. RAYNAUD, LE JUGE ET LEPHILOSOPHE, ESSAIS SUR LE NOUVEL AGE DU DROIT, LA LETTRE ET L'IDÉE, 2ed., 2020, PP. 43ff. この点につき、拙稿「戦間期ヨーロッパにおける、憲法学と〈社会法の理念〉—法思想的考察—」, 大須賀明編・社会国家の憲法理論, 109頁以下に所収。
- (32) ドイツ憲法上の「基本権」との比較、ないしヨーロッパ人権裁判所による基本権の「水平的効果」論との比較の視点を併せ持つフランスにおける「基本権」論の包

括的研究としてそれぞれ、TH. MEINDL, LA NOTION DE DROIT FONDEMENTAL DANS LES JURISPRUDENCES ET DOCTRINES CONSTITUTIONNELLES FRANCAISE ET ALLMANDES, 2003, J. RAYNAUD, LES ATTENTES AUX DROITS FONDEMENTAUX DANS LES ACTES JURIDIQUES PRIVES, 2003.

- (33) 以下、ラフリンが検討素材として挙げるのが、M. OAKESHOTT, 'THE RULE OF LAW', IN: ON HISTORY AND OTHER ESSAYS, 1983, PP. 119ff., L.L. FULLER, THE MORALITY OF LAW, 2nd. ed., J. RAZ, 'THE RULE OF LAW AND ITS VIRTUE', IN: THE AUTHORITY OF LAW, ESSAYS ON LAW AND MORALITY, 1979, PP. 210ff. とりわけオークショットについてはラフリンの論述に負う。
- (34) H.L.A. ハート、法の概念 (矢崎光圀監訳)、98頁以下。
- (35) フラーが挙げたのは次の八点である。①一般的なルールの形式、②公に周知されること、つまり公布手続き、③ルールの効果が予見可能であって、適及しないこと④明晰にして理解しうるものであること、⑤一定程度の一貫性があり、矛盾がないこと、⑥ある程度長期の安定性、⑦遂行不能な行為を要求するものでないこと、⑧公布されたルールと公務員による執行とに相当程度の一致がみられること、である。ラフリンが依拠しているのは、基本的にはフラーの前掲・「法の道徳性」であるが、ハートと有名な論争を演じた論文でもほぼ同様の一法が最低限度兼ね備えるべき要素として一ことを挙げているわけである。どの要素が欠けてもそれが単に「悪法」であるにとどまらずそもそも法体系が存在しないということなのだ、と。ナチス法について言うと、とりわけ適及効の多用、公布手続きを欠いた法令、司法に関しては法律に反する、または法律によるのでない裁判が行われたことが指摘されている。フラーからすれば、もしドイツの法律界が「法に内在する道徳」という考え方になじんでいたならば、第二戦直後にナチス法の法的性格を否認するために高次法としての自然法を—またはラートブルフのように「法律を超える法」を—わざわざ持ち出す必要もなかったのだ、というのであった。L.L. FULLER, 'POSITIVISM AND FIDELITY TO LAW, A REPLY TO PROFESSOR HART', HARVARD LAW REVIEW, 1958, PP. 650ff.
- (36) J. RAZ, op. cit., P. 221.
- (37) J. RAZ, op. cit., P. 228.
- (38) J. RAZ, op. cit., P. 211.
- (39) ロック、市民政府論 (鶴飼信成訳)、147-148節。
- (40) ロック、前掲、147節。
- (41) ロック、前掲、159-166節。
- (42) 酒井吉栄、近代憲法思想史研究、180頁以下。
- (43) 管見の限りでは、当時のイギリス議会の実相は今日の意味での立法府と言うよりは法を確認し宣言する司法府に近いものだったのでなかろうか。この点は、かのコークに言及して議会が立法府とも裁定機関とも判別し難い機関と見られていたのだとE. S. コルウィンも述べているところだし、上引ゴフもそのように解している

ようである。ゴフによるとイギリスの議会在今日の意味での一般法を盛んに「立法」するようになるのは1832年の有名な改正法の後のことである。op. cit., P. 24この点に関しては、マッキルウェインに著名な作品がある。C.H. MCILWAIN, THE HIGH COURT OF PARLIAMENT AND ITS SUPREMACY, 1910. なお、コルウィンも、コーク、ロックの見解がその高次法、基本法—立法権をも拘束する一論でもってアメリカ憲法および司法審査権の源泉になったという見解において、ゴフが言うところのアメリカの学者によるイギリスの法原理に寄せる強い思い入れの証左を提供しているようである。E.S.C., op. cit., E. コークに言及して、背後に控える分厚い法曹界層とともに、国王に対して議会の主権性を主張しつつ同時に、そのような議会の権力さえもがコン・ローには服するのだ、こうしたコモン・ローの優位性がアメリカでの立法行為への司法審査権の源だというのは、ドイツからアメリカにわたった国法学者、C. J. フリートリッヒである。C.J. FRIEDRICH, THE PHILOSOPHY OF LAW IN HISTORICAL PERSPECTIVE, 2ed., 1963, P. 78. しかし、ゴフの見解ではコークの言説にはあいまいさもあるところ、それでもせいぜいのところ裁判所による合憲限定解釈を示唆するか、ないし、その事件を該制定法の守備範囲の外に締め出すべきだ—一種のディステインディングイッシュの手法—という趣旨にしか読めないというのである。G.W.G., op. cit., P. 35, P. 209f. 司法審査権の淵源についてのゴフのこの認識は、20世紀初期に合衆国連邦最高裁による違憲審査権が富裕層の財産権を守る機能を果たしているとして、社会議派が示したアレルギー感をなだめようとするものでもある。この文脈で、ゴフはH.J. ラスキを挙げている。

(44) J.W. GOUGH, op. cit., P. 119.

(45) J.W. GOUGH, op. cit., P. 117.

(46) もっとも、厳格なアメリカ型の権力分立からの自由を標榜するにしても、若きウィルソンの代表作、1885年の「議会と政府」(小林孝輔、田中勇訳)では連邦議会と大統領・行政権との有機的統一のうえにイギリス型の議院内閣制への接近が展望されていた。このような側面と本文のような大統領中心主義の側面との関係については政治学説史・行政学説史研究に譲る。勿論、ウィルソンにはバジョットのイギリス憲法論の影響があるが、その追随ではないということである。この点は、権力分立の古典的作品のなかで、M. J. C. ヴァイルが指摘している。M. J. C. VILE, CONSTITUTIONALISM AND THE SEPARATION OF POWERS. 1967, PP. 266-270.

(47) 田中二郎, 行政法総論, 65頁以下。

(48) 塩野宏, オットー・マイヤー行政法学の構造, とりわけ, その第一章第二節, 参照のこと。

(49) 同様に今日の英語圏で、とりわけH. ヘラーの国家学の意義を強調しつつ、INTEGRAL JURISPRUDENCEを目指すものとして、D. DYZENHAUS, LEGALITY AND LEGITIMACY: CARL SCHMITT, HANS KELSEN, HERMANN HELLER IN WEIMAR, 1997. 拙稿『法の純粹理論』『と民主制の擁護』の間, 補論: 英語圏からの関心に寄せて, 駿河台大学教職論集3号57頁以下。

- 50) ダイシー, 憲法序説 (伊藤正巳, 田島裕訳), その第12章, とりわけ324-328頁。
- 51) フランス革命の衝迫をうけとめつつ, ベンサムが「自由な国家」のための法=政治思想を彫琢していく過程を包括的かつ詳細に考察する近年の研究として, 小畑俊太郎, ベンサムとイングランド国制。
- 52) ダイシー, 上掲, i), ii) についてはその第13章, iii) につきその「主題の概要」および第14章, 参照のこと。
- 53) ダイシーの憲法習律論には批判ももちろんあるが, それでも習律の主要な目的が責任政治, 政治部門の説明責任の確保にあるというのは基本的に支持し得るとして出発点に据えるのが, G. マーシャルによる, 今では古典的になった研究であろう。G. MARSHALL, CONSTITUTIONAL CONVENTIONS, THE RULES AND FORMS OF POLITICAL ACCOUNTABILITY, 1984, PP. 12-18. 憲法の, とりわけ統治機構分野での実例の形成を憲法習律によって説明し得る外延は存外, 広いかもしれない, そのことは勿論イギリスだけのことではない。フランス第五共和制のもとでの憲法習律の形成およびその法的性格についての代表的研究として, P. AVRIL, LES CONVENTIONS DE LA CONSTITUTION, 1997.
- 54) 我が国の代表的な憲法教科書によっても, 基本は本文で述べたような理解であろう。芦部信喜, 憲法・第7版, 14-15頁, 高橋和之, 立憲主義と日本国憲法, 第2版, 24-25頁。
- 55) 上掲, ザ・フェデラリスト, 第70編, 「アメリカのような共和国においては, 行政参議会は, 憲法上意図され必要とされている行政首長自身の責任を消滅するか, 激減させてしまうことになろう」, 325頁。
- 56) G. MARSHALL, op. cit., PP. 77ff.
- 57) デュギイの法理論につき, 上の注²⁸)も見られたい。
- 58) 拙稿, 駿河台法学36巻2号所収論文。

(2023年6月30日, 脱稿)