

## 論文概要書

『西洋近代憲法論再考』と題する本論文は、その「あとがき」(本論文189ページ以降)でのべてあるように、「大学定年退職を機会に、研究生活回顧と整理をまず、というつもりで書きはじめた諸論稿」7編をまとめ、編集したものである。編集に当っては、「全体のバランスを整え」、また「新たな知見」も加えたりしての「加筆補正」も心掛けた。

そうした作業は、これら諸論稿に通底している問題意識——すなわち、(どの憲法教科書でも当然・自明の扱いをされている)“近代憲法”とはなにか、さらにはポスト・モダンの文脈に合わせて憲法における“近代的”とはなんであったか——を確認し、必要に応じて「加筆補正」をするというものであった。そうであるから、編集によって主題や内容が変わったわけではない。「全体のバランス」が整えられただけである。

そこでこのような問題意識にのっとり本論文では、近代憲法の本質的特徴をそれ自体としてだけでなく、周辺からの接近により(——たとえば時代的要請といった条件や、自然的・精神的風土といった地理的ないし空間的条件を考慮にいれて)解明する手法が、明らかにされている。そのようにして西洋近代的成文憲法における西洋的思考の特徴の解明が、試みられた。

その際に検討の対象にされたものとして、たとえば次のような点がとり挙げられた。まず目が向けられたのは、西洋近代的立憲主義のいってみればCM調の議論であり、それと同時にそこに西洋先進の証拠を見て(あるいは見せて)示す優越意識と、だから選ばれた人(——西洋人にかぎらず、西洋先進の立憲主義を学び私淑する非西洋の人も)としての地位と行動を正当化する論理などであった。これらの点に注目し、その“特別”を究明することが心掛けられたのである。

そうした究明の作業に当たっては、キリスト教的一神教の思考法の影が、近代憲法の理論・思想に見られることに焦点が合わされた。キリスト教の神に当たる理性(知性)の啓蒙絶対的が、近代憲法“信仰”に現われていることを明らかにして、そこに西洋的“特別”を見た。「国家学と神学」の間に密接な思考的類似があることを論じたC・シュミットの議論が参考になった。

このような議論は、あえて“反哲学”を説く木田元の議論に類縁し、いっそうの補強を得る。木田元は、キリスト教的一神教をふくめ、プラトニズム的思考法に注目して、「超自然的な原理を設定し、それを参照しながら自然を見る」考え方は「西洋文化圏に特異な」思考

法であると論じる。そうであれば当然のこととして、西洋近代的成文憲法の条件的特殊が  
いわれることにもなる。すなわち、「西洋文化圏に特異な」思考法という視点からの近代憲  
法論——つまり、西洋近代的成文憲法の理論と思想——の“特異”が明らかになるのであ  
る。

こうした論究ではしたがってまず、神授人權の理論や、神授王権由来の神授主権——つ  
まり、超自然的存在により国民に授権された主権——概念がとりあげられて、①キリスト  
教的ないし西洋文化圏的の特異が明らかにされる。そしてその上で、②人權や主権につ  
いて非大陸西洋での受容で試みられているような共通了解事項化の可能性が論じられる。

こうなると、自然法や自然状態そのことについて根本的に異なった理解があることが示  
される。一つは①'キリスト教的思考法に由来する、お馴染みの造物主製「自然法」の世界  
と、それにもとづく近代的成文憲法の最高法規性を認める理解である。これとは異なるも  
う一つとして②'キリスト教的とは違う「自然状態」、そしてそれにもとづく自然法の世界  
の発想がある。そこでは、「事物の自然(nature of the things)の秩序」にもとづく慣習(不文)  
憲法にウェイトを置く理解がみとめられる。

こうした思考法を異にする二種の理解の間には、なによりもまず「自然」観、そして対自  
然への接近法の根本的な違いが見てとれる。さらに、理性・合理に関する意味の違いが、  
見出される。啓蒙絶対的知性の文脈からのそれと、職人芸的なまた歴史・慣習によって自  
然発生的に生成された生活の知恵的なそれといった違いのような。また、成文憲法と不文  
憲法との関連づけの違いが指摘される。

以上のような問題意識とそれにもとづく問題項目とを主要な指標にして、本論文は書か  
れ、思考の展開がなされた。本論文は、7章から成り、近代憲法吟味については憲法政治  
学的接近法によっているので、この接近法を論じた第一章から、順次、それぞれの章の内  
容要旨を以下にのべることにする。

## 第一章 憲法政治学再認識

日本国憲法の公布・施行にともない、第二次大戦後の新たな憲法体制が発足したとき、  
憲法の解釈・解説について、明治憲法下で馴染まれていた法実証主義の方法が、引きつが  
れた。法実証主義の方法論では、憲法の解釈に当たって非法的なもの、なかんずく政治的  
なものを排除して、法的の完全・完結を前提に、もっぱら法的論理を頼り整合的かつ体系  
的な解釈が、旨とされる。

明治憲法は、統治権を総攬する元首天皇に力点を置いてドイツ的の立憲主義君主制理解(いわゆる君主制原理)を援用する思考法の系列と、天皇統治権の作用、とくに議会の役割にウェイトをかけて議会主義的(ないし議院内閣制的)な運用可能性を追い求める思考法の系列とのバランスをとった妥協の作品、という特徴づけがよくいわれてきた。

こうして出来上がった明治憲法体制ではもちろん、前者の系列が主流で、これに対しカウンター・バランスの働きをし憲法体制活性化の刺激剤提供が後者の系列という関係が認められた。そしてどちらの系列も、それぞれなりに憲法典を完璧視した上での憲法規定の厳密な解釈をし、運用可能性を論じたのである。つまり、法実証主義の有効利用で、たとえば大正デモクラシーは後者の思考法の系列の実践とってよかった。

それは、ポツダム宣言(一〇項)で「日本国国民ノ間ニ於ケル民主主義的傾向ノ復活強化」をいさせた明治憲法の運用実例になった。そうしたこともあってか、日本国憲法は、こうした運用実例以後を確実に保障し、それを基調に整えた憲法ということにもなって、だから憲法解釈の方法論も昔のものを、まるで復活強化しただけになったともいえる。

日本国憲法に対する、このような法学者の対応は、第一次大戦敗北後の新生ドイツ・ワイマール憲法に対する法実証主義法学者(——新憲法解説・普及に当たったの主演であり、主流派であった)の場合に似ていた。ワイマール・ドイツは、敗戦・君主制崩壊にともない成立した共和国であった。それだけに、新たな国民・国家の統合の中心づくりが注目され、新しい憲法で公選大統領が用意されたが、はたして期待できるのかを不安視する人びとが少なくなかった。そうした人びとには、新憲法についてもそれまでの法実証主義的な憲法接近法が相変わらず、という状況に対して、だから疑念が持たれた。

さいわい、わが国の場合は「国体が護持」されて天皇の地位は残ったので、国民統合についての不安はなかった。むしろ、天皇の制度をめぐる批判的さらには消極的な憲法解釈が、法実証主義の手法により論理的に緻密・巧妙な工夫を凝らして展開された。そうした議論について、まるで学問研究の自由の象徴的な実践であるかのように思いこむ風も見られた。このような違いはあったけれど、憲法学方法論について戦後のわが国憲法学界の一般的傾向は、ワイマール・ドイツの場合に似ていたのである。

似ていたのは、方法論だけでない。憲法条項に、20世紀的との関わりで同様の傾向を示すものがあった。たとえば社会権の規定、そしてまた政党活動に消極的な規定ないし憲法解釈が、それである。社会権については、自由権的人権の思考枠組に馴染ませる試みは

つづけられても、社会権についていわれたプログラム規定説は社会権の権利制への留意不足を理由に軽視されて、その憲法政治学的契機が顧慮されなかった点でも、ワイマール憲法の場合に似ていた。

政党についても、立憲化されていないということもあって、憲法学のまともな研究対象としての扱いをされるには、ずい分と手間どった。そうした状況はしたがって、第二次大戦後のドイツ・ボン基本法が、社会権という人権規定を削って「社会国家」規定を設け、立法・政治の役割への注意を喚起し、また政党の規定を明示したのと対照的である。

ボン・ドイツの場合には、ワイマール期に憲法の“20世紀性”に対する戸惑いが、それまでの主流であった法実証主義的方法論での新憲法接近をもたらしていたことに対し、国法学危機がいわれ、憲法政治学的とっていい問題提起がなされていたことが、素地になっていたのである。

しかも直前に、ワイマール憲法の下で合法的に政権の座に就き、引きつづいて合憲的な憲法運用によりナチス・ドイツの体制を確立したヒトラーの前例があった。このときの、つまりワイマール憲法体制を反故にした法制準拠の手法に対しては、形式的合法が批判され、憲法自滅的の合法という自己矛盾が指摘され、非難されたりするけれど、そこには法実証主義の落とし穴だったにせよ一つの可能性が見てとられ、法実証主義的手法の限界が示されたのだった。

そこでボン基本法は、ワイマール憲法における20世紀的試みの不用意ないし不適切、さらに扱い方の偏りをなによりもまず是正しなければ……という発想を持った。さきに触れたような「社会国家」の規定や政党国家的民主制の立憲化をはじめ、戦う民主主義、宰相民主制などの規定が、それに当たる。ちなみに、戦う民主主義は、法実証主義的手法を便宜的に利用してのヒトラー・ナチス流の憲法欺用を防止しようというものである。

宰相民主制は、宰相を別格扱いした、まさにドイツ的脚色の議院内閣制の試みである。議会の選挙による宰相は、議会に対する責任をもっぱら負い、議会による信任・不信任の対象にされ、さらに「政治の基本方針を定める」権限を保障されている。しかも、他の大臣に優越し、また建設的不信任制によって、その地位を補強されている。宰相別格扱いといってよく、このような宰相民主制は、かつての宰相独任制とっていいビスマルク憲法的手法のこんにち的新装を思わせもする。

ボン基本法のこうした試みは、憲法をとりまき、支える条件の変化に対応・対処した憲法規定という意味を持つ。それは、法的なものと同様に密接に関わる非法的、なかんずく政治的なものを視野に入れ、法的なものにとり込んで、憲法典自体の法的自己完結体系の補強・存続を図るといふだけのことではなかった。それにとどまらず、法的規範の体系としての成文憲法のなかに、政治的なものの作用を期待するきっかけをも用意するものである。

そうであれば、憲法概念の変更が視野に入ってもくる。つまりは、憲法政治学的接近の求めということになる。そうした変化は、近代憲法が権力制限を基本的モチーフの一つにし、“しごとをしない政府”を理念型にした自由国家の成功と、しかしそこからはじき出された犠牲者多数(すなわち、工場・農村労働者)の目ざめと格差是正要求闘争を動因に格差是正の“しごとをする政府”を理念型にした社会福祉=社会正義の国家がいわれ、具体化した。西洋先進諸国における19世紀末以降の動きであることは、いまさら付言するまでもないだろう。

“しごとをする政府”への期待の高まりは、法的なものに限定した論理構成の憲法論に対し、政治的なものも考察の対象にした憲法政治学的接近を当然に、求めることになる。ワイマール・ドイツで国家学の危機がいわれたときの、カール・シュミットやルドルフ・スメントの主張が思い合わされる。憲法制度も時代の子であって普遍的なものでない、という認識から「歴史的制約と政治的相対性」に注目したのは、シュミットであった(本論文、8ページ)。またスメントは、憲法それ自体の体系的統一性を求める理解よりも、憲法による国家的・政治的調整、そして統合のことに注目した(本論文、10ページ)

要するに、近代憲法の成立と、その理念具現の不十分、偏りの発見をきっかけにしての憲法の条件への留意不可避が、先進西洋における近代憲法発展について憲法政治学を確認させた。だが、ボン・ドイツで憲法政治学的接近法がとくに意識され出したのは、1960年代後半になってであった。冷戦激化にともない、対東欧・ソ連戦略用の配慮も手伝って、憲法における“西欧的”の再確認が求められた時期で、その影響が憲法制度の再認識、そして憲法への接し方に及んだのである。

一般に、憲法政治学ないしそれへの思いは、憲法体制の端境期に顕在化していた。ボン基本法の下でのこのような動きが見られていたとき、別の形での憲法端境期が憲法政治学的発想からの憲法接近をもたらした。それは、非西洋における“西欧的”の憲法実験に対し、西欧におけるとは違う条件のところでの憲法の可能性が、問われてであった。

知られるように、1960年代はアフリカの年といわれて、植民地支配から脱した第三世界、なかんずくアフリカの新興国が旧宗主国の指導による新憲法の制定と立憲政治を企てたけれど、全部失敗したのである。そこで、立憲主義への必然性がないことを認めた上で、その政治的・社会的現実を見すえた、つまり憲法の条件を視野に入れた憲法づくりのことが思案された。

近代立憲主義に馴染んだ立憲主義研究者からすれば、憲法政治学以前が問われ、文字どおり新しい経験ということもあって、「新立憲主義」がいわれた。そうしたこともあって、そこでは立憲主義初体験用の教本づくりも試みられることになった。いってみれば“郷に入れば郷に従え”をも考慮に入れての立憲主義化を調製ないし調節する技術に焦点が合わされるのである。

新立憲主義はその後、冷戦終結の中・東欧諸国向けに、アフリカ諸国向けの場合とは別の文脈で注目され、整理された。ソ連東欧社会主義の実験失敗、そしてソ連的支配体制からの解放は、別の意味でのお仕着せ憲法の失敗ということで、アフリカ新興国の場合と似ていた。しかし第二次大戦後のソ連中東欧圏になるより前に、一応近代ヨーロッパ史における立憲主義的経験あるいは魅力に触れていた点でアフリカ新興国におけるとは違っていた。

ともあれ、こうしてみると、立憲主義成功国は、先進的欧米諸国をはじめ西欧立憲主義を受容した日本など、国際社会の少数派であるという事実を改めて見せつけられる。そうであれば、西洋近代憲法の発展と、そうした憲法の整備こそが近代的先進の証明とされ、普遍的の指標とされてきたけれど、そのような普遍性確保の理由が問われていいし、それにともない西洋文明の優越もさることながら西洋事情の特別が明らかにされることにもなる。

それはいいかえれば、「近代立憲主義という普遍の影に隠されて、普遍を支え、生かしてきた西洋近代という条件的特殊の存在確認の作業である。そして、こうした普遍と特殊の関係における政治的なものの解明が狙いである。」(本論文、23ページ)すなわち、憲法政治学である。このような接近法はさらに、西洋といっても大陸西洋とちがう非大陸西洋(つまり、英国)における条件的特殊の究明と参照に及び、それとの関係で大陸西洋近代的憲法の特性が明らかにされ、また問われることにもなる。

それだけでない。西洋先進諸国とはちがう非西洋の国ぐににおける条件的特殊の究明と、

それにとまなう、またそれに見合う西洋近代憲法受容の可能性や、非西洋の条件的特殊にもとづく憲法(概念)の発見の可能性、といった憲法政治学的接近が考えられもする。

## 第二章 国会の権限と実情——憲法政治学的の考察

日本国憲法に関して憲法政治学的考察をまず、ということで、日本国憲法の議会制像に焦点を合わせ、その理念的また制度類型的の特性と、それと似つかわしくないわが国議会政治の現実とを明らかにして、問題点を整理し、問題提起も試みた。

日本国憲法の議会制は直接には、明治憲法の帝国議会制と違えること、それも帝国議会の場合よりもずっと高い地位、強い権限を保障することという意図のもとに原案作成された。そこで天皇の総攬する統治権に由来し(立法権に)協賛する地位から、国民主権に依拠する「国権の最高機関」・「国の唯一の立法機関」という国会に地位格上げされた。

しかしこのような議会制は、議会の「黄金時代」をいわれた19世紀半ばの議会制、いわゆる古典的議会制に相当した。そこでは、強制委任禁止の原則により独立を保障された議員が、議場で自由討論して全国民代表を實踐することが、なによりも期待された。議会政党はあったが、19世紀後半以降の大衆政党とはちがい議員政党、議国会派であった。名望家政党という特徴づけもある。ちなみに、名望家議員は、英国貴族についていわれるノブレス・オブリージュにも擬せられる良識と社会的責任意識を持ち合わせた議員であった。

このような全国民代表議員の理念像については、キリスト教的の代表観が影響しており、下地になっていた。ほんらい、全知全能の神の意思ないし意向を表現つまり再現すること(representation)が、代表であった。しかし神でない人には、神の全治・全能を理解する能力も、まして表現する能力もなく、せいぜい神意の一部分、一側面を窺い知ることが出来るにとどまる。しかもそうした能力であつてもだれもが持つわけではなく、神に仕えて真摯な姿勢を身につけ、無私の境地に達しえた人、すなわち「真のキリスト者」に限られる。そうした人びとが集まって、それぞれなりの、神意の部分的認識をのべ合い、それらの複合作業から神意の表現を試みるのである。マルティン・ルターやトマス・アキナスの論じたところである。

こうした神意の窺知・表現の過程が、国民代表のための技術とっていい議場での討論に擬せられ、真の民意をさぐる真摯な姿勢と、選良としての英知と良識と、という国会人の条件にまとめられることになった。そのようにして、古典的議会制像がえがき出された。

その後、19世紀後半以降、議会制の基盤強化・拡大を求めての選挙民増加にともなう選挙民大衆化現象により、議会制の補強どころか、それと裏腹の事態が現われた。

すなわち、大衆社会における議会制は、選挙と議会活動に決定的な役割を果たす大衆政党の出現により価値下落をいわれるほどの変質を余儀なくされたのである。大衆政党は、選挙民受けする政策提示をして選挙を戦い、選挙後は提示した政策に縛られることになって、党员たる議員を党議拘束する。そこでは、議員の識見にもとづき議会で作くり出される民意でなく、選挙で表明された民意にのっとる、つまり民意反映にウェイトを置く直接民主制の契機がなによりの指標になる。こうなると、議会の主役は、「国民の民意形成に協力する」ということで正当化される政党である。政党国家的民主政治がいわゆる。

ところがこのような民主政治の現実、議会を政党抗争の場にしてしまい、しかも党利党略優先で、もっぱら選挙民利益代表の党争の議会を目立たせもしている。そうやって、ともかくも選挙民にとり入るだけの、つまり選挙での有利を目指した政治が、当たり前になったりもする。古典的議会制は、古きよき時代の議会制像に後退してしまう。しかしそうだから、古典的議会制風の日本国憲法の議会制は、機能麻痺といわれるような現実を見せつけられることになる。

そこで、「こんにち当てにされるような議会制を用意する」ために、なによりもまず「政党国家的議会制の論理を明らかにし、議会制の現実を整理する」作業がのぞまれる。政党国家的議会制というのはひと言でいえば、直接民主制的を加味しそれにより脚色された議会制である。そこでは、一方で代議制の最低必要条件への配慮が求められ、他方で議会制の役割のこんにち的在り方が確認される。前者の配慮されるべき必要条件とは、代表者の人間的人格と全国民代表性意識とへの注目である。

そして後者については、行政国家・福祉国家における議会ということを自己確認した上で、権力腐敗防止と権力有効利用に比重を置いた行政統制という役割が求められている点、一つ。もう一つは、政党国家における議会という視点で、議会における討論の意味が変わってきている点である。つまり、議会の議場は、討論による論点ないし問題点の明示と(議場外での諸政党間協議による)合意表示の場になる。それにともない、自由討論の場が党内での議員たる党员たちの間に、ということになる。

議会制のこうした状況はあえていえば、議会制の変質をいってすまされるものではなく、



西洋近代議会制の基本的思考枠組みの限界を示すものといっている。しかも議会制の近代化・民主化の徹底ないし洗練によってもたらされたものである。そうであれば、このような認識にもとづいて、議会での討論の在り方の変化に関する対応策の吟味がなされている。その場合、これまでもっぱら否定的に扱われてきたわが国会議の特徴を顧慮することがあってもいい。たとえば、根まわし的の話し合い、寄り合い的のそれ、意見をのべ合ったあとのまとめ役目当ての「総代」利用、などが視野に入る。

こうした日本話話し合い主義の基調をなすのが、よく引き合いに出される十七条憲法の「和」の思想である。しかもそこでは、凡夫意識が前提になっており、みんなが分かり合うために衆議が凝らされる。それは、自己主張し合って結論を創り出す討論手法が、強者の論理であり、極端な形としての闘争勝利の思考法であるのと対照的である。この討論手法が一神教的であり、となれば権力も人間も悪と善の両面を裏表に持っているとする受けとり方に見合う多神教的思考法のわが国で、議会制討論の現状を補う討論手法として日本的といわれる会議の在り様が、だから参照されているというのである。近代的議会制の特性と条件を確認する上での問題提起として触れた。

### 第三章 「近代憲法論」再検討

知られるように近代的憲法は、人権保障・権力制限という自由主義的要素と国民参加による統治構造づくりという民主主義的要素とを組み合わせられて説明される。組み合わせ方についてこれら2つの要素の充実と徹底が目指され、立憲化・民主化・近代化が指標されてきた。そのようにして憲法・立憲主義の近代的は特徴づけられ、それに合わせて前近代的・反近代的・非近代的との違いを際立たせるのが、こんにちの憲法論の常識になっている。

しかしその結果、反近代的・反革命的とされてきた、たとえば外見的立憲主義の憲法や体制の歴史的意味や役割には無頓着な接近法が、ひろがった。それだけでなく、こうした立憲主義理解の一面的は、近代憲法論の通り一遍、ときに誤解をもたらした。そこでは、近代化路線と反近代化の動きという二元主義的な対立・対抗の関係が、近代的なものの洗練と充実、そして西洋近代化の基礎固めになった、つまり西洋先進化の活力になった、という視点がおろそかにされていたのであった。

そこで、こうした視点をも考慮に入れて、近代立憲主義を可能・必要にした「近代西洋」の事情や、いわゆる条件的特殊への留意が求められる。そのときまず第一に留意されるべ

きは、近代立憲主義の成立、整備、伝播、そして一般化が「西洋が世界」であったことと深く関わっていたという事実である。「西洋が世界」とは、近代西洋先進諸国が地球上のほとんどの地域を領土(つまり、植民地)として支配していたという事実である。いいかえれば、近代化・近代憲法はほんらい西洋先進の国ぐににとってのものであり、西洋という精神風土を基調にしており、しかも近代的でない部分のほうはずっと多い時期に整えられたのである。

そしてこうした西洋精神風土という条件的特殊になっていたのが、キリスト教的一神教であり、その思考法の影響であった。たとえば、民意の代表の理論は、聖職者による神意の体現ないし再現という発想の世俗版であったり、「憲法体系の自己完結性」の理念が「聖書の完全性」の世俗版であったり、という具合にである。だから、「近代国家学の重要な概念はすべて世俗化された神学的概念である」(C・シュミット)といわれることにもなるのである。

だがこのようなキリスト教的一神教の思考法は実は、キリスト教神学もふくめ、また頼った西洋文化圏に特有の思考法なのである。木田元教授が、その旨を論じていた。木田教授によれば、「自然の外に……超自然的な原理を設定し、それを参照しながら自然を見るという特異な考え方で、この超自然的なものとしてプラトンが《イデア》を構想して、この思考法が整理されたという。このイデアはその後、キリスト教神学で《神》と姿を代え、近代になって《理性》が神に取って代わり、一切の源泉とされ、「理性の支配」が確立する。そしていう、「このような思考様式は……おそらく西洋以外の文化圏には生まれなかったであろう」と。

そうであれば、近代成文憲法について西洋文化圏に特有の思考法の影を見て、しかもそれとの関わりで西洋の風土・精神的土壌も視野に入れた理解が、注目される。それにともない、非西洋の精神風土のところでは、西洋におけるとは違う近代憲法接近可能性が示唆さらに評価され、そのほうが近代憲法受容としてのぞましいとみなされる場合も現われる。たとえば、日本の精神風土に見合った近代憲法受容可能の議論は、この場合である。

すなわち、これまで近代憲法(理念)の歪曲として批判的に論じられてきた日本国憲法運用の場面について、非西洋的なかんづく日本的受容として見直す発想である。それは、多神教的・神仏習合的風土での近代立憲主義の可能性模索であり、西洋におけるとちがう自然観や人間観(——原子的個人から出発する議論でなく、「人と人との相互関係の中に人間

存在の基礎を見る」人間観——)にもとづく近代立憲主義脚色の試みである。

「西洋が世界」でなくなり、また西洋近代的成文憲法の法論理的洗練の行き過ぎ、そして限界がいわれ、ポスト近代憲法の議論もいわれているときである。在来型近代憲法論に対する問いかけが、これまで非法学的として憲法学研究の邪道とされてきたような方法論も考慮に入れて求められている。

それにつけても、わが国で近代憲法が論じられるとき、成文憲法、それも大陸西洋近代的成文憲法が、これまではモデルにされてきたようである。英国憲法は不文憲法ということで、大陸西洋成文憲法のための素材提供にとどまり、大陸西洋近代の啓蒙絶対的知性により整理・洗練されて成文の形で表明され、国民・国家の指導標になっている、ということのようである。だが、このような受けとり方にも、疑問がもたれている。このことについては、第四章以下で論じることになる。

#### 第四章 近代憲法の思想における西洋事情

第三章で、西洋近代立憲主義を可能にしている条件的特殊に関連して、木田元“反哲学”論における格好な指摘に触れた。その指摘は、キリスト教的一神教もふくめ、また頼った「西洋文化圏に特有の思考法」なるものへの言及であり、それがプラトンに由来することの説明である。そしてプラトンのこの思考法は、師ソクラテスが生涯をかけて、墮落した世俗的知性活動の扇動者ということでのソフィスト支配の世相に挑戦し、いわば“旧体制”思考を攻撃・破壊したあとの思想的さら地に創造されたのである。前代未聞のまさに一新を画する思考法で、プラトニズムとされるものである。

そうであれば、ソクラテスがソフィスト歓迎の世間に挑戦した論争は、プラトンによって評価・絶賛されて当然であり、聖人扱いの行跡表仕上げとなったのであった。そこには、ソクラテス以前とプラトニズムとの間の断絶の意識があり、ソクラテスの成し遂げたことはいま風にいえば革命的の行為だった。そう考えたとき、近代のフランス革命が念頭に浮かび、と同時にバークの『フランス革命の省察』のことが思い合わされた。ソクラテスのソフィスト批判の営為に関して、在来一般的な「無知の知、悪法も法」を説くソクラテスへの信仰的接近とは別の接近法がありうるのではないか、が気になったのである。

なるほど、無知の知にこだわっているそのことだけからすれば、人間の能力の限界を弁え、人間の能力を超えたなにかに対し畏れの気持ちを持ち合わせているようにも見えて、ソクラテスの敬虔な人柄が感じられよう。しかしソフィストに対し厭きもしないで議論を

しかけつづけた執念深さ、しかも相手を物知りだと持ち上げておいて表面自己卑下的に質問してやり込める狡猾と、さらに相手からの質問に対してほんとに知らないのだと開き直る無責任と、といった点を思い合わせると割り切れない気持ちにさせられる。(本論文、78～9ページ)

結局において、ソクラテスの「肅清」作業——それは議論の自由をみとめ、むしろ強引に展開しての作業——は、ソフィストたちの墮落した在り様を追及し批判しただけでなかった。ソフィストの息の根をとめ、また追放してしまうほど徹底していた。その徹底振りには弾みがついて、社会の主舞台からのソフィストの退場にとどまらず、それまでのギリシヤ人の自然観、とくに自然の摂理を大事に思う人間としての素朴までも否定しきったのである。(本論文、80～1ページ)

だが、そのような状態に対する疑いの念は、ひろがらなかった。むしろ、ソクラテス賛歌が伝えられ、主流の見方になったことは、すでに明らかどころ。すなわち、無知の知をいい、知的誠実を示して、世俗的な不正義打破という啓蒙の役割を果たしていたのに、社会的不正義に麻痺して墮落した世相の下で死に追いやられた殉教者——というソクラテス像が、プラトニズムの思考法に先立ち、かつその成立とともにつくられたのである。こうしたソクラテス信仰は、まさに十字架上のキリストにも準じた特性を持っていたといえる。プラトニズム、キリスト教的一神教の系譜に属する西洋近代的成文憲法思想、そして憲法理論では、だから多神教嫌いが殊更に目立つのである。

一神教的思考法では、神の特別扱い(——超自然的原理であることにともなう扱い)が、なによりの基本とされている。そのことは、旧約聖書の「出エジプト記」編に出てくるモーゼの十戒に明らかにされている。まずはじめに、神はわたしだけであるとのべ、自分たちの都合に合わせて神をつくってはならない、つまり偶像の禁止を説いている。そしてもしこの教えに反したら、徹底的に糾弾するという厳しい姿勢を示した。

そこでは、神の絶対的正義と、したがって神への絶対的服従が、聖書流一神教の要請にされている。じぶんたちの神を信じながら、別の神を信じるなどは神に対する冒瀆であり、当然に多神教の神というのは偶像でしかなく、その宗教的価値は認められないわけである。こうしたところでは、宗教的自由は、キリスト教を信奉する自由であって、複数の神神なるものを信じる自由ではない。

だいいち、多神教では、神神は求道の道標であり理想像であっても、不信心の不心得に

対し厳しい仕打ちを加えつづけるといった類ではない。神神はだいたい、部分的な事柄について頼られる存在であり、それぞれに役割分担し、いわば分業し共存しているのである。それに、多分に人間臭さもともない、神と人間との間に完全な一線が画されることで断絶が特徴的なキリスト教におけるとちがい、人間とともにあり、人間に身近な存在である。

そうであるから、多神教の宗教性を疑うか、稀薄とみなすキリスト教的思考法において、“神授”という作用は扱いの特別から特別の意味を持つ。神授王権の発想に明らかなように、神による特典・特権の付与にともない、世俗の世界における最高・絶対の権力行使者としての地位が国王に保障されるのである。この最高・絶対の権力は、キリスト教の唯一神にみられる超自然的な原理を基本とする思考法の準用である。主権は世俗の諸制度よりも一段高い次元に位置し、王権神授された国王とともに国家以前のジャンルに属した。

ただし、主権・王権は神授に関わる以上、神意に副うことが絶対の要件である。つまりは、神授されるにふさわしい、いってみれば資格要件があるということ。だから王権神授された君主について主権者としての適格が疑わしくなると、それを問題にして、君主、さらには君主制を打倒して、別の主権行使者をつくり出すこともありうる。そうした作業(つまり、革命)の新しい主役が、近代国家の定着にともない自己主張し出した国民であった。国民(ないし、人民)主権宣言は、主権者国民(ないし人民)を、主権絶対・万能・超然の特性の援用により絶対的存在にした。主権者国民は、国家以前の存在になった。

こうなったについては、社会契約説の影響——つまり、(キリスト教の神の前で平等な子である人間を念頭において付与された)人権の保障確保のための社会形成の発想が、大きく影響していた。人権宣言で明示、ないし示唆されているように、人権神授なのであり、そして国家以前の存在なのである。それが、近代国家づくりに当たっての主権者国民と組み合わせられた。それとともに、主権者権力行使の基礎的なものとして憲法制定権力による成文憲法制定という近代的法秩序形成流儀が整ったのである。

だから、さきにのべたように、西洋近代的成文憲法は、キリスト教的一神教の思考法の系譜に属するというわけである。その結果、憲法づくりに当たっての心構え、また憲法解釈に当たっての心得として、憲法典を「欠缺のない完結した法体系」という視点で理解し、期待する接近法が生み出されることになった。そうした接近法が整備されすぎて、とうと

う「憲法体系の完全、そして自己完結」の理念は、「聖書の完全性」ドクマの世俗版だと論じたのは、知られるように G・ラートブルフであった。

このようなキリスト教世界、そしてとくに大陸西洋先進の国ぐに、とといったいわば「西洋事情」が、非西洋諸国での憲法の、それこそ「非西洋的」可能性の発見もあって、条件的特殊として認識されるようになった。近代文明の共有財産にされていた近代的成文憲法とはなにか？が、改めて問われている。そうした問いかけは、価値としての近代が時代的特定とともにいい出されたポスト・モダン論に刺激されて、近代憲法以後の憲法観や憲法の在り方に関わる問題意識を用意してもいる。

## 第五章 近代的成文憲法の洗練と硬直

### ——啓蒙絶対的知性主義思考依拠の宿命(?)

近代憲法にとってのポスト・モダン論は、1980年代に注目されて、しかし近代憲法以後に対する問題提起というよりも、近代憲法とはなにか、ないしなんだったのかについての吟味・整理、そして再認識に終わったようである。それは科学・技術の進歩、経済・社会生活の発展・質的向上といった具合に近代化の成果が現われて、「近代的」がいわれるときの思考図式において前提にされ予想されていたとまったく違う社会的現実を見せつけられての戸惑いが、きっかけになってのことだったとあっていい。

すなわち、機械化・合理化・世俗化の度合いが高まるにつれて非人間化・大衆化の現象の出現、それでいて社会の複雑化と社会内・外の相互関係の緊密化といった状況について、ポスト・モダンではないかが思いつかれ、それならそれで、ということからの問題意識がいわれ出したのが、20世紀後半の冷戦末期の西洋先進国においてのことだったのだ。それは皮肉にも、冷戦を戦い、対ソ連・東欧戦略として資本主義先進国流を積極的に推進して、その成果が現われつつある時期と重なった。

もともとが、資本主義体制の自己矛盾と非道を糾弾して、資本主義的近代憲法体制をプロレタリア革命で打倒し、それに取って代わってまさにポスト・モダン近代的憲法になるはずだったソ連社会主義憲法体制だったのである。それが、体制のそれこそ自己矛盾と非道を露呈して劣勢に立ち苛立つソ連社会主義体制に対する挑戦の最中に、ポスト・モダンがいわれたことになる。間もなく、20世紀最大の実験といわれた社会主義路線の失敗が実証されたことを考え合わせると、やはり近代憲法以後を考えるとという文脈で語られるというよりも、近代的知性信仰の再検証・再確認の向きがあつて当然ということになる。

こうしてポスト・モダンにおける「近代的」とは、ということで、デカルトの「構成主義的合理主義」がまず引き合いに出されるのである。そこでは、論理的合理性が発想の基調をなし、だから論理的帰結ないし整合の秩序・組織づくりが求められる。“知性人”による社会づくり(つまり、社会契約説や憲法制定)の構想や、また自然征服(したがって、自然に対する人為の優越)の意識が、それにともなう。それに見合うように、さらにそれを補うように、神の前の子に由来する原子的個人への期待、人間性の重要視、そして人権尊重、という風にしての人間賛歌が展開される。

しかも、こうした合理性信仰や人間賛歌は、二元主義的思考法によって際立ち、勢いづけられる。この思考法では、非合理を排除して合理性化を徹底させる競合関係にのっとって闘争勝利を目指す二元的関係図式が用意された。たとえば、人権対権力、人間対自然(あるいは、精神対物質)、都市対農村(それも、開明対蒙昧というふうにして)、聖対世俗、さらには選ばれた国民とそうでない民族、といった関係が、西洋近代化の進行において目立った。

そしてこうした過程はすでに触れたように、キリスト教的一神教の思考法でお馴染みで、だからその準用ないし転用とってよく、神(God)に代わって人間“知性”を主役にし、補強するものであった。「啓蒙絶対的知性主義」といっていい近代が出現した。そして知性的啓蒙のなによりの証しが「成文」憲法であったのである。

そうした「成文」憲法は、19世紀末のフランス革命期にはじまり、その後の展開において自己完結した法体系としての近代的成文憲法に洗練された。ただし、そうした整備・洗練の作業は大陸西洋先進諸国でのことであって、だから近代憲法として人口に膾炙された典型は実は“大陸西洋”近代的成文憲法だったのである。これに対して非大陸西洋としての英国の憲法があるのに、近代的の整理がなされず、不文憲法として例外扱いされている。

要するに、(大陸西洋)近代的成文憲法は、中世的法思考法との時間的区切りを明確にし、英国不文憲法との空間的区切りを意識して、“不文法から成文法へ”という憲法形式の近代化の本道ないし典型を示すようになったのである。もっとも、近代憲法を形づくる二つの基本的構成要素——人権の保障と権力分立と——については、人権宣言の前史的文献として、また三権分立制の原資料ということで、英国憲法史が深く影響していた。

しかし英国不文憲法の諸要素は、近代的成文憲法制定に当たって提供された素材にとどまった。それらは、経験重視を特徴づけられ、問題発生都度、昔からの流儀に照らし、

いわば生活の知恵的に解決してきた方式の所産にとどまるものであった。だからそうした素材を、大陸ヨーロッパの合理主義的思考法や諸国事情に合わせて理解・整理して成文憲法に仕立て上げたというわけである。

こうした成文憲法的近代化の動きに対し、英国不文憲法の伝統は根強さを示してきている。英国由来とされる憲法制度(たとえば権力分立制)の、また整備された人権宣言流の人権の里帰りは、みられないできた。むしろ、近代的成文憲法の目に映らず、したがって近代憲法的の吸収・展開とはちがう、英国不文憲法の系譜が確認されるのである。そうした英国憲法の基本原則を整理したものとしてよく引き合いに出されるのが、フランス革命から間もなく一世紀という時機に刊行されたダイシー『憲法序説』である。

この本でダイシーは、国会主権と法の支配とに触れ、加えて憲法的習律を説いて不文憲法のことを印象づけている。モンテスキューが権力分立制構想の論拠に役立てた英国憲法は、実は国会主権であることを特徴づけ、またフランス人権宣言におけるような権利保障方式とちがい権力濫用からの救済手続き的権利に主眼を置いて法の支配が、英国に伝統的だというのである。

国会主権とは、主権的君主を議会にとり込んで君主主権を国会主権に様変わりさせたようなもので、だから君主と貴族院・庶民院から成る国会が特徴的で、大陸西洋における両議院(あるいは、一院制の場合の一院だけ)で形づけられる議会とは、成り立ちが違っているのである。主権の行使に関し国会内部で自己調整されるというところから、混合政体論的が、いわれもする。

ダイシーは、法の支配では、「権利を強行し保障されるための救済手段」にもつばら焦点が合わされていることに注目する。そしてそれを補強するように、「英国憲法には、外国の憲法学者にはきわめて親しみのある権利の宣言ないし定義というものがない」旨に言及している。このような英国不文憲法、つまり法の支配では、20世紀的人権とされてきた社会権に対する対応についても、大陸西洋の法治主義の場合とは違った。権力濫用による権利侵害からの救済が司法権の役割である法の支配では、その対象は一般国民でなく、「統治者・政治権力者」とされてきた。

だが社会的弱者救済を権力に期待する接し方が社会権出現とともに求められ、それまでの権力観が見直されて政治のしごとが当てにされ、司法権の限界認識が相ともないもした。そうやって法の支配の原則の下に成立し、司法権の作用を当てにしている手続き的権利の



思考法が、他の権力に準用され、たとえば立法権の作用に関する指針提示の憲法規定の試みがコモンロー系の国に現われることになる。1937年のアイルランド憲法(第45条)が、「社会政策の指導原則」条項は「立法部の一般的指針」で、司法部の審理対象にならない旨を明示したように。

このような英国憲法流儀は、ダイシーの自国憲法整理、いってみればお国振り自賛からさらに一世紀が経っても、基本的に有功・有意味である。近代的知性信仰の啓蒙絶対化にともなう思考の行き過ぎ、そして行きづまりが意識され、ポスト・モダン論の刺激もあって、近代的成文憲法方式が話題にされた大陸西洋の場合に関りなく、わが道を行く趣きを見せている。

## 第六章 英国憲法に生きる中世風

### ——議会制と法の支配の素地

たとえば、“不文憲法から成文憲法へ”が近代立憲主義化への必然的な要件とされる理解に合わせてのように、大陸西洋近代的成文憲法の文脈による英国憲法論が、近代憲法論一般的の傾向になっている。近代的成文憲法形成に当たって素材とされ、だからということ で存在を意識され有意味づけられた英国憲法、といった理解がなされてきているようなところさえうかがえる。

そこに見られるのは、近代的知性による英国憲法整理・洗練とっていい英国憲法接近法である。英国不文憲法に対する啓蒙的理解が、そこでの特徴であり、英国の憲法流儀に対する批判が見てとれもする。たしかに、英国にも成文憲法典をめぐる議論は現われているけれど、まだ現実化していない。それだけに、不文憲法へのこだわりの強さが目につく。それは、伝統・歴史を重視する、というよりも当然視する英国人氣質によるところなのである。

そうであれば、成文憲法の契機として素材にされたことで有意味づけられるというのではなく、そうした文脈とは逆に、英国憲法の側からの大陸西洋近代的成文憲法論という発想があつていい。ポスト・モダン論に刺激されて近代憲法の危機も問われているときであり、権力分立の条件や人権の条件に関わる英国憲法流も考慮に値しようというもの。

そこで、不文憲法の生成による英国憲法・政治制度の特産(国会主権と法の支配)について、その素地づくりになった中世風に眼が向けられる。国王ヘンリー8世統治における

「宗教改革議会」(1529-1536年)は、自国英国を、ローマ法王の強い影響下から解放するにつき、国王と議会(とくに庶民院)との共闘関係により、国王を長とする英国国教会の独立を達成した。

こうした共闘関係を強固にしてローマ・カトリック教会に対抗する図は、マグナ・カルタ以来の、権力濫用の国王に対抗する諸貴族連合という図式の対外版といってよかった。ともかくも、このようにして国王優位ではあったが、「議会における国王」が見られ、その後の国会主権制への土壌を整えることになった。

ローマ・カトリック教会からの独立といった英国意識発現の動きはこのほかにも、ローマ法伝来に対して見られた。英国のゲルマン法的土壌によって脚色され、ローマ法受容は、いわばゲルマン法化されて、だから大陸法とちがう法系が残った。その典型的な例は、ローマ法の下でなされていた「統治」と「司法」の区別(——皇帝の権力の種別でしかなかった)英国的受容に見られ、しばしば立憲主義的支配の証拠にされている。

「統治」と「司法」の区別の英国流は、13世紀の碩学ブラクトンによって整えられたといわれる。社会生活秩序の維持と、そこでの臣民の平穏な生活状態の保障が、国王の統治の内容であり、その責任と能力を国王は持ち、だから裁量自由に振舞える権限領域ということになっている。ところが、公序紊乱などの行為や紛争解決をめぐる裁判、つまり司法の領域となると、国王は第一人者であるが、「大諸侯との協議と同意を得て国王が発した」法にしたがって行なうべきとされている。しかも「大諸侯の同意」は英国の「古来の慣習(ancient custom)」に則っている、というのである。つまり英国の「古きよき法」を抛りどころにして、「法の支配」の思想がいえる。

このような「法の支配」はつまりは、「事物の自然(nature of things)」の秩序ルールの支配ということでもある。そうした秩序をハイエクは「自生的秩序(spontaneous order)」とよび、「社会における個人」による「社会的交流の非強制的な慣習」が重視される社会秩序であることを強調する。

ちなみに、「事物の自然」という西歐語は「事物の本性」とも訳されるところから明らかのように対照的な2つの見方があることは注意していい。一つは超越的な原理により造り出された自然という見方で、たとえば自然を神の被造物と説くキリスト教的一神教の自然観。もう一つは、(天地山川草木などの)自然の中に神神が宿り、自然とともに人びとは生きるという自然観である。このような対照は、(神の意を体し、神に成り代わって)自然を制御

するという接近法であり、人間知性による立法の考え方と、これに対し自然界の生生発展により変化したルールを発見し確認するという接近法との対照になる。大陸法的成文憲法思想と英国不文憲法思想の違いを理解するについては、このような対照まで考えて、その上で、ということにならざるをえない時になっている。

## 第七章 英国不文憲法の持ち味探求

E・バークの著『フランス革命の省察』は1789年のフランス革命批判の書として当時から話題になり、保守主義の論者にとって参考書の趣きを呈しさえしていた。だがそれだけでなく、歴史の流れの断絶を嫌う英国人氣質を代弁しているような扱いもされてきた。そうした英国人にとって、1649年の清教徒革命は英国史の例外、といった見方が一般的だといわれてきた。

この革命は国王チャールズ一世の処刑、君主制廃止、共和制英国の出現、そしてクロムウェルの庶民院専制政治とつづいた。1653年には「政体書」が制定公布されて、近代的成文憲法が試みられた。しかし1660年に革命政府の恐怖政治が終わって、王政復古し、君主制が常態化した。つまり正常化したのである。だから共和制の時代は、例外となった。

このような中世以来の、さらにはアングロ・サクソン定住以来の連綿の流れを基礎認識にし、そのような流れの延長線上に近代という時代をえがき出す、といった連続性強調の歴史観が、ウィッグ史観として英国では馴染まれている。このような英国史観が常識となっていれば、当然に王政復古のイメージが、フランスの、たとえば1814年の場合とはちがう。フランスでは反革命・反動、さらに逆コースのレッテルを貼られて歴史の発展にとって例外的の扱いをされたのとは、英国の場合のノーマルは正反対である。

ところが、このような歴史的連続性を基調にした英国史理解に対し、合理的説得力の不足や論理的明晰の不十分が言われ、近代化の不徹底が論じられることがあった。わが国の憲法学者のなかにも、同じような視点から英国憲法史を論じて、啓蒙的を示す議論が目につく。そうした研究者にとって、清教徒革命のせつかくの試みを生かせなかった“失敗”などは、気になってしょうがないことの一つだったようである。とくに「政体書」制定が例外的な出来事にされて、近代的成文憲法手法が根づかなかったことは、悔やんでも悔やみきれないことになっている。結局、それは、不文憲法の英国を語る成文憲法主義者の問題意識といつていい。

もつとも、第二次大戦後の英国にも、「従来のままのコモン・ローの体系では十分に対応できない」分野が現われてきているので、そうしたことも考えてこんにち的な対応法として成文憲法典づくりを、という声もある。その先導的な専門家のひとりがレスリー・スカーマンで、その論調は『イギリス法——その新局面』（1974年）にまとめられている。だが成文憲法典といっても、「コモン・ローの古い精神を維持するように努める」ことが、その条件であり、基調になっている。この本の邦訳（1981年刊行）者の田島裕教授は、「コモン・ローの伝統を生き残らせるため」ではないか、と憲法典化の本音を推しはかっている。

コモン・ロー原理への執着は、ローマ法の浸透のとき、13世紀のブラクトンがローマ法の下での「統治」と「司法」の区別を英国古来の慣習に合わせて脚色・整理して、ゲルマン法的素地を確認・確保して以来のことで、この点は、第六章で触れてある。その後、15世紀にゲルマン法的接近法に見合うようなローマ法参照を心掛けて“コモン・ローの優位”の定着に貢献したジョン・フォーテスキューが、大きな影響力を持った。

ブラクトンによる「統治」と「司法」の区別のゲルマン法的脚色は、フォーテスキューの場合「王権による支配」と「政治権力による支配」の区別に引きつがれ、前者は国王の裁量自由な領域に関する統治とされ、後者は国王の統治権の濫用に当たり作動する権力であるとされた。こうしたところから、フォーテスキューのつぎの言及がなされる。いわく、「イギリスの統治は、“王権による支配”であると同時に“政治権力による支配”であり、“絶対的”であるのと同時に“制限されている”」と。

それから2世紀後の17世紀、スチュワート王朝の国王ジェームス一世が神授王権による統治（つまり、「王権による支配」）意図表明をきっかけに、その反コモン・ロー的を論拠に反王権闘争が起こった。英国の統治は、王権と政治権力との、いわば混合政体的統治だというコモン・ロー原理が、すでにコモン・ロー法曹の共通了解事項になっており、この反王権闘争をリードし、コモン・ロー原理を頼り、強い執着を示したのが、エドワード・クックであった。

統治の形体をめぐるジェームス一世とクックらの争いはまた、なにが法か、に関する理解の違いでもあった。すなわち、王権神授されて全知全能を身につけ、いってみれば「理性」の権化になった国王の命令が法とする見方と、長い歴史を持つ社会生活経験の結晶である、

いわば“年の功”的判断力ないし知恵にもとづくルールを法とする対照が、そこに認められた。クックはそれぞれの法について「法の生命」であり「法の基礎」になっている「理性」を見て、しかし両者の異質に注目し、「自然的理性(natural reason)」と「技能的理性(artificial reason)」とを特徴づけた。

クックにとって「技能的理性」はいうまでもなく、コモン・ローを正当づけ、合理的であることを理由づけるための拠りどころであった。それは直接には、神授王権主張のジェームス一世に対する政争用の理論であったけれど、それにとどまらず一般化可能で、脚色・準用された。たとえば、近代的知性による合理化推進の徹底の行き過ぎに対し、歴史的経験を通して生成された社会的英知にもとづき牽制するという文脈で、「技能的理性」、つまり長い生活経験の積み重ねから出来ている健全な常識といった類が、語られるからである。

C・J・フリードリッヒは、クックの「自然的理性」と「技能的理性」の区別に言及しながら、成文憲法による近代に対し、英国コモン・ロー的不文憲法流儀の持ち味、つまり伝統を生かしたもう一つの近代があることを示唆した。そこでは、「理性的(rational)」であるよりも「分別のある(reasonable)」ことが、注目された。つまり、近代的合理主義におけるとは異なる合理性がそれで、まさに「伝統における合理性」(C・J・フリードリッヒ)である。

たしかに、大陸西洋における成文憲法の軌跡を参考にしながら憲法改革を提案し、また求める動きが、英国にも少なくない。しかしそれでいて、さきのL・スカーマンの場合のように、伝統的な不文憲法にこだわる風がみとめられる。スカーマンはのべている。いわく——「近年における制定法の膨大な量……にもかかわらず、コモン・ローは、イギリス法体系の基礎として生き残っている。……現代のイギリスの裁判官でさえ、立法された法を、自己の手の中にある慣習法に対する例外、それに接ぎ木したもの、またはそれを修正したものと見ている」と。