

# 西洋近代憲法論再考



小林昭三 著



成文堂

目次

第一章 憲法政治学再認識…………… 1

はじめに…………… 1

一 憲法政治学の走り―ワイマール・ドイツでの場合…………… 2

1 憲法体制の危機対応には無策の法実証主義(2)

2 ワイマール憲法の「西欧的」に戸惑う「ドイツ的」(6)

3 国法学の危機に対する新たな方法論の示唆(8)

二 憲法政治学への傾向の認知―ボン・ドイツでの場合…………… 11

1 憲法における「政治的なもの」に目が向いた六〇年代後半(11)

2 米国における憲法接近法の移り変わり(14)

三 非先進新興国の憲法啓蒙用の憲法政治学…………… 16

1 新立憲主義(16)

- 2 アフリカの年の憲法失敗から憲法の条件を視野に (18)
- 3 圧制から解放された東欧諸国向けにも新立憲主義 (19)
- 4 立憲主義成功国は国際社会の少数派 (20)

#### 四 憲法政治学における可能性……………

21

- 1 憲法体制端境期に憲法政治学 (21)
- 2 近代憲法の普遍と条件的特殊と (23)

## 第二章 国会の権限と実情

### — 憲法政治学的の考察 —……………

28

はじめに—議會制の危機にともなう問題意識……………

28

### 一 日本国憲法の議會制像……………

29

- 1 統治権総攬の元首 天皇と、最高機関 国会との間 (29)
- 2 総選挙後の国会召集時の内閣総辞職の意味 (31)
- 3 議場での討論自由のための条件 (32)
- 4 「真のキリスト者」像が原典の国民代表議員像 (33)
- 5 大衆政党を知らない古典的議會制 (35)

二 存在意味の変わり様に気付かない議会制……………37

1 行政権頼りの議会という現実(37)

2 民意媒介する政党の駒になった(？)議員(39)

3 選挙民利益代弁の党争の議会になって(40)

三 問題提起……………43

1 政党国家的議会制(43)

2 日本的といわれる会議の特徴の確認と検討(47)

第三章 「近代憲法論」再検討……………53

はじめに「近代の終焉」と近代憲法……………53

一 「支配的な」近代立憲主義理解は一面的……………56

1 近代的立憲化熱狂中和のえせ立憲主義(56)

2 神権君主による人権神授代行という考え方(58)

3 シナポレオンの観念、見直しの動きも(59)

4 立憲化と反立憲化との対抗が活力の西洋諸国(61)

目次	4
二 近代憲法における「西洋」的特徴への留意……………	64
1 「西洋が世界」だったときに先進西洋近代が成立(64)	
2 西欧立憲主義はキリスト教文化の一部(66)	
3 西洋文化圏特有の思考法による近代成文憲法(68)	
三 近代憲法の非西洋的受容という接近……………	71
1 日本的精神風土における近代憲法の可能性(71)	

第四章 近代憲法の思想における西洋事情……………76

一 ソクラテス信仰を疑う……………76

- 1 無知の知、悪法も法、をいうソクラテス(76)
  - 2 対話・問答方式逆用の動機探索(78)
  - 3 議論達者ソクラテスによる破壊活動(80)
  - 4 ソクラテス賛歌にともなうプラトンの思想的営為(82)
- 二 思考法におけるキリスト教的—多神教的と較べながら……………84

- 1 神への絶対服従を説く「モーゼの十戒」(84)
- 2 なぜか憲法理論で嫌われる多神教(86)

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—

3	宗教的自由獲得闘争未体験に引け目を持つ人びと (87)
4	役割分担・共存する神神の世界 (89)
5	複数の神神を信じる自由の多神教的 (91)
6	ルソーの一般意思に見られるキリスト教の神の思考法 (92)
三	主権概念を通して見る西洋文化圏の色調……………
1	神の絶対と神授王権と主権と (94)
2	王権神授に対抗して人権神授、そして主権在民 (96)
3	憲法以前の主権者と憲法上の主権行使の場合と (98)
四	とりあえず一言—「憲法体系の完全性」再考の上で……………

一	「ポスト・モダン」論の刺激……………
---	--------------------

1	近代化の成功が終わりの始まり (?) (104)
---	--------------------------

二	知性の「造物主」作用である憲法づくり……………
---	-------------------------

1	キリスト教的一神教の思考法が基調の近代憲法 (107)
---	-----------------------------

2	神による自然状態を人間主役の社会に (109)
3	知性的啓蒙の証しだった「成文」憲法 (111)
三	現代社会法秩序がポスト・モダン扱いされた頃……………113
1	近代法秩序実質化の時代だった近代後期 (Ⅱ現代) (113)
2	ソ連社会主義崩壊に見える近代的知性の「狡知」 (115)
3	バークのフランス革命批判の通りになって (117)
四	わが道を行くイギリス不文憲法……………119
1	近代憲法の原型提示扱いどまりの英国憲法 (119)
2	英国由来の憲法制度や人権の里帰りなし (120)
3	憲法の構成要素の大陸西洋的と英国的 (122)
五	権力分立論の素材だったはずの国会主権……………124
1	ロックの二権分立論にとつての英国事情 (124)
2	国会と国王の關係の英国的と大陸西洋的 (127)
六	人権宣言するよりも法の支配……………130
1	権力濫用からの救済手続的権利が主眼の英国流儀 (130)
2	イエリネック人権分類論の呪縛 (132)

3 社会権への「法の支配」的対応 (133)

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 —

はじめに— 宮殿が議事堂 —

一 国王優位の中世英国議会制

1 国王と共闘した「宗教改革議会」 (140)

2 絶対君主への協賛から「議会における国王」の土壌が (142)

二 英国中世風を洗練—「古来の慣習」頼りと代表の責任と

1 統治と司法のローマ法的区別—イギリスの場合 (145)

2 議会代表制の発端—二つの学説 (147)

3 君主・貴族・庶民それぞれの代表らしさが英議会制に (149)

三 「事物の自然」の秩序ルールである「法」の支配

1 自生的秩序における人を論じるハイエク (150)

2 アダム・スミスの「事物の自然の秩序」が意味するもの (152)



四 「対話」基調の英国人風経験主義	155
1 社会生活の知恵にこだわる議論習性	155
第七章 英国不文憲法の持ち味探求	160
一 クロムウェル共和制を例外扱いする英国史論	160
1 歴史の流れの断絶を嫌う英国人氣質	160
2 清教徒革命の「失敗」を悔やむ問題意識	163
3 不文憲法の英国を訝る成文憲法主義者	165
二 法の支配にとつてのコモン・ロー	167
1 コモン・ローの伝統へのこだわり―L・スカーマンの場合	167
2 法の支配の定着に資したクック	169
3 コモン・ローこそ英国的、を論じたフォーテスキュー	170
三 啓蒙絶対的知性主義のとは別の合理性の発見	172
1 コモン・ローを正当づける「技能的理性」を発見したクック	172
2 「理性的」であるよりも「分別 <small>ラショナル</small> のある」を <small>リーズナブル</small>	175

	四	不文法世界の価値下落でない英制定法	177
	1	制定法の前提としての不文法の素地	(177)
	2	制定法解釈に当たっての厳格	(180)
あとがき			189
索引			

## 第一章 憲法政治学再認識

### はじめに

ひとところ、「憲法政治学」を口にすると、妙な目で見られた。憲法研究者失格と受けとっているかのような反応に接したこともある。もともとが、わが国で「憲法政治学」は違和感を持たれてきた。いや、いまでも馴染まれていないみたいである。それは、法学としての憲法学の体系的理解にそぐわないと見られているからである。

だいたい、憲法学と政治学のそれぞれの研究者の間には、たがいを敬遠し合うような関係が見られた。専門化がすすんで、おたがいの遠慮は助長された。そのあげく、相手の研究領域に無関心だったり、また関心を示すときは相手の特徴を皮肉つぽくのべたりする向きが現われた。憲法学は、合理性過剰で法的論理に絡めとられて非現実的になってしまっていると批判する政治学者と、逆に政治学というけれど政治評論でしかなく、とうてい学問といえないと非難する憲法学者、という具合に。

知られるように、戦前のわが国で主流の憲法学は、ドイツ国法学の方法論にのっとっていた。第二次大戦後、連合国占領軍の強い指導によりアメリカ的の憲法の採用となり、アメリカ流の憲法学方法論が影響を持つようになった。

た。だがそれが、それまでの方法論に完全にとつて代わることはなかった。ドイツ国法学的な思考枠組みを基調にして、アメリカ憲法学説、さらに方法論を消化し、受けいれる向きが見られた。

もつとも、そこには、憲法学方法論におけるドイツ的とアメリカ的との日本的組み合わせ、つまり日本の受容を見てとることも出来る。洋才の二種（すなわち、憲法の大陸ヨーロッパ的とアングロサクソンの）を和魂によつて攝取したというふうに考えれば、「和魂洋才」手法の確認と再現のきっかけが、指摘されていい。近代立憲主義における欧米（的条件）に対して、非西洋（の視点）からの問いかけが人目を惹いているこんにち、この点はいっそう意味を持つて来る。

そうであれば、「和魂洋才」手法における憲法政治学（的接近のこと）が、注目されることになる。憲法政治学的研究のきっかけは、実はワイマール・ドイツにあつたし、戦後のアメリカで再確認の声もあつた。それらに触れて、われわれの手法である憲法政治学のすすめの手がかりに、というわけである。

## 一 憲法政治学の走り—ワイマール・ドイツでの場合

### 1 憲法体制の危機対応には無策の法実証主義

一九二〇年代のドイツに「国法学の危機」といわれる状況が、現われた。それは、ワイマール憲法政治の危機的現象の継続を背景にしていた。新しい憲法の制定に主導的役割を演じたワイマール連合の体制が、一九二〇年六月の総選挙をきっかけに解消されたことは、憲法の積極的な推進の勢力の後退を意味するようなものだった。<sup>1)</sup>

しかも議会において多党化がすすみ、そのために連立内閣の不安定が目立ち、憲法政治は行きづまり、危機的様相を呈した。ワイマール憲法は、民主的で、二〇世紀的的特徴づけられて、賛美・宣伝されたけれど、議会制は効率を当てに出来ず、変化した二〇世紀の社会的・政治的現実にはマツチできなくなっていた。それに憲法が毛嫌いして、しかし比例代表選挙制採用のため現われざるをえない政党制により議会制は空洞化して、議会制の危機が言い立てられた。

それなのに、憲法の解釈・解説については、相変わらず法実証主義の方法論が幅をきかせていた。この国法学方法論は帝制ドイツの憲法体制の安定と補強に有効に作用し、それにともないこの憲法体制と特別の関わりを持っていた。それが、帝制ドイツが崩壊して、その憲法と基本原則を異にする新しい憲法になってからも、憲法解釈の有力な方法論として存続している。そうしたところから、相変わらず幅をきかせていた、というのである。

このようなことが可能なのは、そこにある憲法を全面的に受けいれて整合的な憲法解釈を心掛けるのが、この方法論の基本的な特徴であることによる。憲法の解釈について非法的なもの、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、法的論理だけによる体系的な解釈をするのが、法実証主義の身上である。当然に、憲法秩序正当化に働き、憲法補完という効果をともない、そのときの憲法体制ベツタリを印象づけられもする。

もつとも、こうした印象に対しては、その一面のないし表層的を示唆するような指摘もある。たとえば、法実証主義憲法学の泰斗ラーバントは帝制ドイツ憲法体制の主軸である帝制的・君主制的契機だけに目を向けていたのでなかったことに触れてのべた栗城寿夫教授の、つぎのような指摘が、それ。いわく、――

「ラーバント憲法学が第二帝政の政治的・社会的状況によく対応していたことは、疑問の余地がないところであ

るが、しかしこの対応には、第二帝政における基本的傾向に密着した対応の面と、それに対して距離を置いた対応の面とがあつて、決して一義的でなかつたということもまた否定できないであらう。……」

つまりは、憲法への法実証主義的接近にあつても、その憲法における主役ないし主流を考慮するだけでなく、非主流（あるいは反主流）に対する配慮もなされているということだろう。ここでは、成文憲法は権力をめぐって諸勢力の間で繰り広げられた政治抗争の妥協ないし調整の作品であるという認識が、暗黙の前提になつていたといつていい。

そうしたこともあつてか、憲法典づくりと、その後の憲法運用における、主流と非主流との対抗の関係は、その憲法における二つの可能性として受けとめられて、法実証主義憲法学を特徴づけました。だから、これら両者の関係が逆転した新しい憲法体制の下でも、かつての非主流的憲法運用可能性という経験(?)が生かされて、法実証主義の新展開が見られたのである。帝制ドイツ御用掛かりともいえた国法学方法論が、ワイマール憲法のもとでも早速に使われ、新憲法宣伝の役目を果たしたとしても不思議でないのである。<sup>③</sup>

そのような、法実証主義(者)の変わり身の早さは、見方を変えれば、敗戦にもめげず、憲法体制の変革に物怖じしないで、新しい事態に順応してゆく逞しさ、つまりは生活力・精神力の強さを表わすものだったろう。そうだとすれば、法的なものしか視野に入れないで、もっぱら形式論理的に、いわば技術的に、そこにある憲法の解釈をすることに徹するこの方法論には、法の論理の純粹を追い求めて自己制約し、禁欲的を思わせる姿勢<sup>④</sup>がうかがえまする。

しかし憲法には忠実でも、あるいはそうであるからかえつて、憲法の二〇世紀的に似つかわしくない憲法現実に

対して、法実証主義は無策だった。せいぜい、そうした現実の不当をいい、憲法が生かされていないことを言いつのるだけだった。そうなるのは、法実証主義憲法学が、法秩序の確立、したがって法的安定の保障を成立の条件とみなしていたことのせいといつていい。

この条件のことは、ゲルバーやラーバント以来の暗黙の了解事項だったのである。すなわち、「ゲルバーにしても、ラーバントにしても、政治的動揺・動乱の時代は法律学には不都合・不適當な時代であり、政治的動揺・動乱が終結して始めて、憲法の法学的研究が可能になると考えていた」という。そうであれば、非法的なものなど考慮しないですむのである。だから、新しい憲法において「政治的なもの」の作用を期待して、注目する解釈は、まともな扱いを受けなかった。

たとえば、生存権に関するプログラム規定説に対して示された学界一般の評価は、プログラム規定説では、政策的目標を示しただけの（また道徳的を思わせるような）生存権理解がなされるにとどまるとみなす。これでは、生存権規定の画期的な意味に、また生存権保障の有効に思いが及んでいとはいえないというのである。このような評価には、法的規範力信仰が目立つ反面、「政治的なもの」の作用は、不確定・不安定とのみ見られ、当てにされていない。国法学方法論のこのような姿勢が問題になり、危機的がいわれた。

こうして、法実証主義の方法論による憲法論は、現実の困難に対して無策を痛感させ、ときに無頓着を思わせもしたのである。無頓着はまた、新しい憲法に対するわだかまりが根強かった現実についてもみとめられた。そうしたわだかまりは、敗戦、そして戦後のきびしい賠償強要になったベルサイユ体制と、経済生活の混乱とによって助長されていた。それに、わだかまりの深層には、「ドイツ文化」への執着に由来する対「西欧文明」警戒感情があった。

## 2 ワイマール憲法の「西欧的」に戸惑う「ドイツ的」

ドイツ的と西欧的（なかならず、フランス的）との対照は、人間の存在の根源的なものに注目するドイツ精神「文化」の深遠と、人間知性の世俗化ないし技術化に焦点を合わせ、そうすることを進歩とみなすフランス的合理主義「文明」の浅薄という図式とともに理解された。第一次大戦のドイツ的正義をのべたトーマス・マンの『非政治的人間の考察』（一九一八年）は、このようなドイツ「文化」をまもろうとする祖国愛をモチーフにしていた。<sup>6</sup>

文明とちがう文化の持味の強調は、当時のドイツにおける一つの思想的傾向になっていた。そのばあい、「文化」については活力と創造力のある社会が思い合わされ、文明については洗練と繁栄とともに安逸と倦怠がイメージされていた。一方には自然との戦いを通して培われた根強さがみとめられるのに対し、他方には華やかな消費で生き生きする都会生活のひ弱さ、したがって衰頹への兆しが目立たせられる。

こうしたドイツ「文化」と西欧「文明」の対照は、初期立憲主義的がいわれるドイツ一九世紀前半のころ、とくに君主制と議院内閣制の対照で語られて、注意を惹いた。議院内閣制は、その西欧的が特徴づけられて、ドイツに本来的な君主制と相容れないもの、つまり非ドイツ的であることが、理論化された。

いわゆる議会主義的君主制は、ドイツには不適切で、だから議会主義的の汚染を免かれている、純君主制的な要素による理論構成が試みられたのである。F・J・シュタールの「君主制原理」の理論がそれであり、同名の著書がある。国家権力一切は君主に帰一し、行政・立法・司法・軍事などの国家権力の行使について、他の国家機関が協力するという考え方である。<sup>7</sup> 君主は、君主より次元の低い他の国家機関に優越し、別格なのである。

君主制原理はその後、いろいろと脚色されたが、君主制に対する執着は根強かった。一九一八年一月ドイツの



敗戦にともなう革命勃発をきっかけに起こったドイツの君主いつせい退位、君主制崩壊の後には、「君主制的なもの」が注意を惹くようになった。ちなみに、ワイマール憲法の公選制大統領には、こうした思惑も、みとめられた。<sup>8)</sup>

ともあれ、戦争中のドイツ「文化」をまもる心情は、戦争直後のドイツ人の間で雲散霧消したわけではない。敗戦は軍事的敗北であり、それだけのこと。没落する前の最後の華やかな光彩のようなものといつていい西欧文明の物質的豊かに負けたのである。そのような西欧文明の意のままにされて、西欧文明と心中することはない。そういった心情が残っていた。そうしたところで、ワイマール憲法は西欧文明の具象化であり、ドイツ的なものの否認・排除を目指すもの、という警戒感が現われるのは、自然の成り行きといえる。

トーマス・マンも例外でなかった。ワイマール共和制の民主主義に対するわだかまりを弱めるには、時間がかかった。法実証主義的手法によるワイマール憲法解釈と賛歌を聞かされて、かえってシラけた気分を味わっていた。しかし時代の雰囲気は抗し切ることは出来なかつたし、ドイツ「文化」をまもるためにも西欧「文明」の形式を受け入れざるをえないことに思っていた。それなら、どんな風にして気持の整理をしたのか。

整理に当たって、西欧「文明」型の民主主義の受け売りではなく、ドイツ「文化」のなかに対応のきつかけを見つけて活用するという手法がとられたのである。ドイツ文化による西欧文明の解毒が期待され、たとえばドイツ流の民主主義や立憲主義が工夫された。<sup>9)</sup> それは、生きるための方便の意味も持ち、ワイマール民主主義を西欧「文明的普遍から切りはなす作業でもあった。ちなみに、トーマス・マンの気持ちの整理・切り替え表明は、一九二二年一〇月のハウプトマン生誕六〇歳祝賀パーティーでの講演においてだった。<sup>10)</sup>

しかし法実証主義(者)には、こうした心情はとり立てて気にされなかつたようだ。それは法実証主義方法論の視野の外的ことであつたからである。となると、そこにこの方法論の限界が見えても来よう。ワイマール憲法制度

が二〇世紀の現実にマッチしていないことを見抜けないのは当然だったろう。さきに憲法の二〇世紀的規定は注目されても、それへの接近法が二〇世紀的でないことに触れたけれど、それだけではなかったのだ。憲法にかならずしも二〇世紀的でない点のみとめられるのに、そのことに気付いていないからである。

### 3 国法学の危機に対する新たな方法論の示唆

憲法規範頼りが昂じて規定の不用意・不備をもなんとか取り繕って、憲法典に取り入ることが身上ではないのかと、疑われかねない法実証主義であった。そのため、規定の不用意・不備による問題提起が目に入らない、というところから、国法学方法論としては問題があるというわけである。だから国法学の危機がいわれ、新たな方法論が示唆され、試みられたのである。たとえばワイマール憲法の議会制は近代市民社会像を前提にして成立したときそのままになっていて、だから二〇世紀の大衆社会状況に似つかわしくない旨を論じたカール・シュミットの場合がそうである。

憲法制度も時代の子であって、普遍的なものでない……という認識が、そこには見てとれる。その著『憲法論』（一九二八年）の序文でシュミットは、この趣旨を「歴史的制約と政治的相対性」への注目として表現し、憲法学方法論の一つの基調にしている<sup>11)</sup>。それはまさに、憲法政治学的研究のきつかけを示したものと見える。

同様の着想は、議会制のドイツ的事情を気にかけて、陥るであろう危機的状况必至の予測のもとに、そうなったときの対応策のきつかけを憲法に用意したマックス・ヴェーバーにも見られた。大統領公選の制度が、それである<sup>12)</sup>。つまり、ドイツ政治生活のそれまでの経験から見て議会制の成功的運用はまず無理だという判断が、この制度の理由であった。そして公選大統領には、ヴェーバーによる正当的支配の三類型の一つ、カリスマ的支配への思いが込

められていた。つとに指摘されている。

カリスマ的支配は伝統的支配とともに、法的合理、それも形式的合理を徹底させた合法的支配とちがひ、支配における非合理的なモメントに留意する。すでに触れたように、法的論理だけによる支配の正当化は、主観的恣意をシャットアウトし、客観的を印象づけ、説得的である。しかしそうした法的論理の操作は、現実の世界を法的という眼鏡で眺めるもので、度が過ぎると法的世界の視野狭窄を招きかねない。非現実的、が目立ちもする。

合法的支配は、法的安定を基本的指標にする。しかしそれが可能なのは、合法的支配を支える政治的安定、つまりは政治的統合があつてである。そうであれば、政治的統合が期待できなくなつたとき、あるいは法的合理の強調が政治的統合のきつかけにならなくなつたとき、というそのような場合には、合法的支配は難しくなる。「政治的なもの」を排除した合法的支配の限界が、明らかになる。

ヴェーバーは、第二帝制のドイツに支配的だつた法実証主義的国法學方法論を念頭に、しかもそのような方法論万能を氣にして、合法的支配を論じたのである。そして法実証主義的方法論の限界を指摘し、批判の意味もこめて、法的論理だけによらない正当的支配の類型を提示した。カリスマ的支配は、それに見合うものであつた。

ちなみに、カリスマ的支配にあつては、支配者たる人が生まれながらにして持つ特異の資質——被支配者を情緒的に信服させる神授の能力——が、なによりのポイントになる。この特異の資質として、ヴェーバーは「呪術的能力・啓示や英雄性・精神や弁舌の才」を挙げてゐる。<sup>13</sup>

このようなカリスマ的支配を指標にして公選大統領は、政治的統合の第一人者を期待されたのである。公選大統領は、憲法の議會制が機能不全のときには、もつぱら形式的合法性により正当化される議會依拠の首相ないし内閣と対置された。そしてそうした内閣の行きづまりの場面に、救済的の役割をはたすものとされた。このようにして

「政治的なもの」の作用を当てにし、そのきっかけを示す条項が、憲法に盛り込まれたのである。

憲法研究における「政治的なもの」への思い入れは、さきに触れた法的安定を可能にする秩序づくりとしての政治を問い直さなければならぬ状況と深く関わっている。近代的憲法制度を求め、支えた状況が大きく変わって、かつての制度のままでは国家・国民生活の安定・統合が期待できなくなっているのに、旧態依然の国法学方法論ですますというのでは、あまりにも認識不足である。だから、国法学の危機なのである。

そこでなによりも、国家・国民の政治的統合のことが憲法学の課題になる。憲法は、そうした統合の手段ないしきっかけを提供するもの、という視点が注目される。こうして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焦点が合わされる。こうした点が憲法学の第一の関心事であるべき旨を言い立てたのは、R・スメントであった。

すなわち、スメントにとつて、「国家は靜態的存在ではなく、絶えざる運動と新しい形成に見出される生活過程」という文脈で論じられ、だから当然のこととして「この過程の実現に向けられる行動」つまり「統合」との関わりで、政治的なものが注目されるのである。<sup>14</sup> しかもそうした統合を、国民にとつて国家生活との関わりは余所事・他人事ひとでなくなっている時代的要請に副った意識生成の指導理念に位置づけてある、というような憲法理解がなされてきた。君主という統合の中心がなくなったワイマル憲法体制だっただけに、国家・国民の統合の象徴ないし指導者としての元首や、新しい憲法の下での国民的一体感の確認ないし醸成のきっかけになる選挙などの機会を念頭に、スメントは「統合」に言及した。<sup>15</sup> そこには、「ドイツ的なもの」への思い入れの憲法学的接近という趣きが見えなくもない。

以上に加えてきた議論は、要するに憲法政治学のすすめ、というところである。しかしこれらの議論は、一九二〇年代のドイツ国法学界では、かならずしも肯定的の扱いを受けなかった。それどころか、憲法政治学ではなく、「政治的憲法学」という風に学問的価値を疑われたりした。政治学軽視のドイツ国家学・国法学流が影響していたのもあろう。

そのため、ワイマール憲法制度の危機の指摘は、危機増幅の議論であるかのような評価をうけた。また、たとえば「憲法の番人」論（C・シュミット）にせよ、カリスマ的支配の議論（M・ヴェーバー）にせよ、統合の理論（R・スメント）にせよ、公選大統領に期待する議論は、期待のかけ過ぎとして、権威主義的として批判された。

のち、とくに第二次大戦直後には、かれらの議論は、結果的にナチス賛歌の議論で、ヒトラー出現の素地づくりになったといわれたりした。ワイマール憲法体制崩壊に手を貸したかのように扱われたこともあった。当然、憲法政治学の手法は歓迎されなかった。こうした人びとの議論が顧みられ、表で立って吟味されるようになったのは、一九六〇年代後半になってであった。憲法学方法論にも、目が向けられた。

## 二 憲法政治学への傾向の認知—ボン・ドイツでの場合

### 1 憲法における「政治的なもの」に目が向いた六〇年代後半

戦後、西ドイツのボン基本法は、ワイマール憲法政治生活の経験を反省材料としてつくられた。戦う民主主義、社会国家、政党国家、宰相民主制、などなど、ワイマール憲法におけると違う憲法規定が設けられた。これらは、

大衆社会状況への憲法的対応の不用意と失敗から学んでの、またヒトラー・ナチス流の憲法欺用の防止を考慮しての試みであった。

そしてそうした試みにはまた、ドイツ流立憲制「復古」を思わせる面があった。もちろん、復古といっても、二〇世紀後半風の新装が施されてのそれであった。たとえば、宰相独任制といっているビスマルク憲法的手法を参考に、その現代的脚色による新装を思わせる宰相民主制 (Kanzlerdemokratie) がある。

ボン基本法は、議院内閣制を採用している。議会の選挙による宰相は、それに対応するように議会に対する責任をもつばら負い、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。そうしたこともあって、(大統領が任免権を持つ)大臣を人選し助言する権限も持つ宰相の地位は、他の大臣に優越し、別格とといっていい。その上、建設的不信任制によって、その地位を補強されている。このような宰相別格扱いといえはすぐにも、各省主務の長官を國務秘書 (Staatssekretäre) として従属させた帝制ドイツの宰相が思いうかぶであろう。復古新装をいうゆえんである。それはまた、ワイマール憲法になかなか馴染ませなかった「ドイツ的なもの」への執着が、このような形で現われたともいえようか。

ともかくも、ワイマール憲法体制の悩みの種であった内閣(ないし政治)の不安定、そして首相や大統領の政治指導力の不在、といったようなことにならないためにも、「政治的なもの」への期待可能性の思いが、そこにはあった。同様の思いは、自由民主主義を否定する権利や自由の行使は認めないことにする戦う民主主義、また(社会権主張とといった人権意識の思考枠組よりも)、社会権保障を役目とする国家への注目、さらに政党の重要視、などの立憲化にも認められていた。

しかし基本法(つまり憲法)施行当初は、憲法のこのような新工夫はかつての社会権プログラム規定説のばあいの

ように、法的規範力十分の、たとえば自由権的基本権におけるより軽い扱いを受けた。社会国家にしても、社会的法治国というように法治国家との抱き合わせ(?)で規定されていたので、自由権的基本権の保障にウェイトを置く法治国家ほどのスポットライトを浴びなかった。「法的なもの」に視野を限る国法学方法論の影響力の大きさが感じられた。

もつとも、これらの規定の由来の探求は、憲法規定における非法的なものへの言及になり、それぞれの立憲化における「政治的なもの」を明らかにした。しかしそうした作業も、これらの規定にともなう(あるいはこれらの規定をとり巻く)「政治的なもの」のことには及んでいなかった。過去に対する反省から、法治国の昔にたいする罪滅ぼしのつもりで、健全・正常な法治国のいまを印象づけるのに懸命だったからということの影響もあった。

こうした、いつてみればやり直し作業をつづけて気がすんだかのように、一九六〇年代後半になって、「宣言的規定」説軽視の雰囲気に変化の傾向が現われた。「政治的なもの」の作用を当てにし、そのきっかけを定める憲法のことには注意が向けられた。そして憲法を支える政治的なもの、憲法をめぐって法的と政治的との関わり合いが、憲法への期待との関連で留意されることになった。スメントのいう政治的「統合」の過程での憲法の位置・役割が、改めて気にされ出した。<sup>17)</sup>

このような「政治的なもの」への注目については、冷戦激化にともないその刺激もあって、憲法における西欧的の再確認、なканずくアメリカ自由民主主義の影響が確認されたことと関わってもいよう。そして憲法制度への影響だけでなく、憲法への接し方の面での影響が現われた。たとえばボン基本法の憲法裁判所の採用については、アメリカ司法審査制のことが思い合わされてきたが、それとともにこの制度にともなう憲法接近法のアメリカ的が気にされたのである。

## 2 米国における憲法接近法の移り変わり

アメリカ合衆国憲法は三権分立制を基本とし、司法権の担い手である裁判官の地位・身分を保障している。しかしアメリカの裁判官は、三権分立論でしばしば引き合いに出される「法の言葉を語る口」でしかないような裁判官ではない。ときに憲法の解釈・適用を通して政治・政策の方向に決定的な影響を及ぼすことさえある裁判官だった。とはいえ、裁判官が政党政治に積極的に関係することはないし、日常的に政治活動していることもない。ただ、裁判に当たって政治的な意見や思想・信条を抑えつけられないということだけ(?)なのである。それに、なによりも裁判官は法の機械ではなく、人間であること、したがって人間的事であることが、求められている。となれば、裁判を通しての正義実現についても、人間としての良識・立派が、条件にならう。そのとき、人生経験を積んで生活の知恵的英知が大事になる。当然、政治に対する姿勢・見識も、それにふくまれる。

このようなアメリカの裁判官について、(ドイツに見られるような官僚型と区別して)政治型が、いわれるのである。違憲か合憲かを審査する憲法裁判の制度的要請が、そのような裁判官モデルをつくり出したともいえる。裁判、とくに憲法裁判が、政治・政策と関わることもありうるという、憲法へのアメリカ的接し方は、裁判の分野でのことだけでなく、憲法研究でも意識されることになる。つまり、憲法政治学的の研究の余地が用意される。

かつて、一九世紀のアメリカ政治学は、憲法を論究のきっかけにし、また研究の核にしていた。人権保障のための憲法・政治を議論の焦点にし、(法治国的論証ではなく)「法の支配」の政治を素材にしていた。ひとこと言えば、政治制度論のないし政治機構論的が特徴の政治学だったのである。それが二〇世紀になり大衆社会化状況の進展とともに、憲法を片隅に追いやって政治学は、それプロパーの研究対象を見つけた。



政治学が独自の研究分野を用意できたについては、ほかの社会集団から区別され特別扱いされてきた国家観の後退、つまり国家の軽量化傾向が、影響してもいた。国家は多元的な社会の一つとされ、たとえば経営学的接近法が、国家の統治についても援用されたりした。政治学は、政治機能論、政治過程論、政治行動論といった風に、政治権力の主体よりも政治の作用の面をもっぱら扱った。

こうした変化は、政治学に置き去りにされた憲法研究の分野にも影響した。政治制度や政治機構についてその理論・理念よりも作用の現実に関心を合わせた研究がひろがった。そのとき、人権保障のためという憲法の目的に副つて、憲法の社会的有用が問題にされ、さらに有用の度合いが検討された。

憲法研究といえはなによりも判例研究とされて、そうした形で憲法運用の現在が視野に入っていたアメリカでのごとく、憲法の有用なことが注目されるようになって、判例研究も、判例における憲法の論理の展開だけでなく、それぞれの判決の原因、影響、さらに背景などを問題にするようになった。憲法政治学風が、明らかにになった。

だが憲法研究におけるこのような傾向は、惰性化すると、憲法「政治学」になって、政治学におけると同様の傾向をたどりかねない。すなわち、効用の検討オンリーの研究になり、憲法の理念・理論への留意がおろそかになるのである。そうした惰性化牽制のきっかけになったのが、政治学の領域における「制度論の復権」（一九七〇年代）であった。「憲法」政治学が確認された。

制度論の復権は、国民のためということで食い物にされ、食い潰されはしないかと不安がられていた政権権力を、そうした状態から救い出すという意図ないし意味を持った。そこでは、政治権力のこんにちの正当化だけでなく、正当化された権力の論理、それも権力の倫理に裏打ちされた権力の論理が顧みられていた。

政治権力が国民の（というよりも、選挙民の）目先の受益要求に奉仕して、あげくの果て息切れてしまうことにな

らないよう、制度化された政治権力の論理が思い出されたのである。政治権力のいわば主体性確保の主張と違ってよく、制度化にともなう規制力のコロラリーである。「制度論の復権」は、こうしたこととともに語られる<sup>18)</sup>。

このような制度論は、そのいとはぐちになった状況との関連で当然に、制度それ自体の論理がどのように現実化されているか、という検証を視野に入れることになる。つまりは、制度の政治学である。制度の規制力はひろく憲法の規範力に共通し、憲法規範性の問題の一つを形づくりもする。こうして制度の政治学は、憲法政治学を可能にする素地提供になる。

アメリカ一九七〇年代の「制度論の復権」は、一九六〇年代後半以降におけるドイツの憲法政治学的傾向と相前後している。もともと、ドイツにおけるこうした傾向に関わりがあったのは、さきにも述べた憲法「政治学」であった。しかしその影響をうけて（アメリカにおけるように）憲法規範性から目を逸らしてしまうことはなかった。むしろ、伝統的な憲法接近法に特徴的な憲法規範性偏執の異常を正すような効果をもたらした。アメリカの制度論への注目の動きと、もし関わりがあるとしたら、それ以後のことだろう。

### 三 非先進新興国の憲法啓蒙用の憲法政治学

#### 1 新立憲主義

そういえば、一九七〇年代は、欧米の憲法接近法の（地域的）限界を念頭に、憲法政治学的考察を頼って新立憲主

義 (New Constitutionalism) が提言され、模索され出したころでもあった。しかしここでの憲法政治学は、欧米先進立憲諸国におけるそれとは、由来ないしきつかけを異にしていた。旧植民地から解放されて独立した第三世界の国々が、せっかくの新憲法を反故にしている現実に直面して、対応模索の過程で思い合わされ、頼りにされた憲法接近法としての憲法政治学手法だったからである。

アフリカの年といわれた一九六〇年に典型が見出されるように、植民地支配から脱した第三世界の国々には一様に、旧宗主国の指導さらには原案作成による新憲法を持った。だがそれらは、旧宗主国の憲法(観)の焼き直しといった風だった。そのためもあって、現地の差し当たつての事情や要請に合わず、憲法は店晒しの憂き目にあい、結局には憲法政治の失敗がいわれることになった。

そのとき、近代憲法に対する無理解、そして無知が証明されたようなもの、といった先進国知識人の見方が示されたりもした。それには、欧米先進諸国の優越感がただようと同時に、その自己確認のような使命感からの立憲主義啓蒙の意図がうかがえた。ただし、啓蒙といつても、先進的憲法をただ持ち込むだけの安易、そして失敗を直視、検討した上での啓蒙が、心掛けられたのである。

したがって、近代憲法を可能にした精神的土壌の有無が問われ、それとは違う現地の精神風土の発見・解明と、それに見合う近代憲法接近法ないし脚色が工夫された。すなわち、新興国の精神風土にふさわしい憲法手法やそれのきつかけづくりも視野に入れての憲法研究が求められたのである。まさに、憲法政治学である。それは、先進欧米におけるような近代立憲主義の生成の歴史を持たない上、だから西欧近代においてのような、立憲主義を必然的にした精神的土壌がないところでの啓蒙であった。そのため、教えこむといつても、物めずらしさもなかった、文字どおり新しい経験といふことで、「新立憲主義」がいわれるのであった。<sup>(19)</sup>

## 2 アフリカの年の憲法失敗から憲法の条件を視野に

要するに、このような新立憲主義は、独立新興国家におけるお仕着せ憲法の失敗がきっかけになっていた。そうした憲法生活経験について「立憲主義の裏打ちのない憲法 (Constitutions without Constitutionalism)」の姿を一見自嘲気味に、しかし皮肉をこめて、ケニアのナイロビ大学で公法学を講じたH・W・O・オコソーゲンド (Okoth-Ogendo) 教授が論じていた。まだ憲法は早すぎるのではないかをにおわせる、その意味で先進欧米知識人の優越感をくすぐるであろうこの言いまわしを、むしろ逆用したような言及が、その論稿にはあった。

たとえば、植民地から解放されて独立したけれど、植民地統治遺制とっていいような習性が出来ていて、新憲法の定着を阻んでいた旨が言及されていたのである。被植民地時代の強圧的統治と、(そうでならなくするためにおすすめられていた) 被植民地諸部族・諸地域の分立・抗争の常態化が、既成の事実として残ったところから、国民国家的まとまりを条件にした憲法が店晒しになったというわけである。<sup>20</sup> そうであれば、こうした状態の解明と是正がまず心掛けられるべきで、つまりは、憲法研究の手法の吟味ということになる。

そのような問題意識は、オコソーゲンド教授にもあったようである。それは、一九七〇年代から八〇年代にかけて試みられた新しい憲法接近法模索に対する評価と教授なりの同調からうかがえる。<sup>21</sup> それはたとえていえば、憲法典CMの巧拙を検討するにとどまる一九六〇年代の手法からの脱却と、それに代わり政治的・社会的現実を見すえた憲法接近法といえるものだった。つまり、憲法の現実にも視野を広げて立憲主義化の技術や、さらに憲法が予定する現実にとつての不適合反応に対する立憲主義的調節ないし調製の技術に焦点を合わせたもの。いつてみれば憲法工学的の発想であった。

だから、ここでの憲法政治学的手法では、立憲主義初体験用の教本のことが構想に入っても来よう。しかも西洋先進国における近代憲法の理論や理念を、非先進国という新たな状況で成功的に適用する狙いが、いぜん基調をなしている。非西洋の風土や文化の研究は、そのための手段になる。新立憲主義論が整えられたとき、憲法づくり<sup>(22)</sup>に当たつての要考慮事項三つのうちの一つとして、この点が注目された。

すなわち、「憲法成文化に当たつては、その憲法を予定されている国の社会的・経済的情况に合わせた立憲主義の在り方があることを考慮に入れて作業をすすめるべきだ」ということ。そして「模範的な成文憲法がただ一つだけというのではなく、情況・条件の違いに応じてそれぞれにふさわしいいろいろの憲法方式があるものとする認識」が示された。しかもこの認識は、さき<sup>(22)</sup>のべたお仕着せ憲法の失敗について、それを民主政治化未遂ととらえ、だから相変わらず非民主的な国々における「安定的な民主政治確立の方策いかに、憲法理論の課題」とされるのだ<sup>(22)</sup>。

### 3 圧制から解放された東欧諸国向けにも新立憲主義

このような認識は、冷戦終結、そしてソ連東欧社会主義の実験失敗により、ソ連の左翼全体主義支配体制から解放された中東欧諸国において参照され、新立憲主義論の整備、補強をもたらすことになった。旧植民地の解放・独立・憲法政治失敗、そしてそうした経験から学んだ憲法政治学的の憲法接近法の発見は、格好の先例とされた。冷戦時代の中東欧諸国の経験も、別の意味でのお仕着せ憲法の失敗だったからである。

しかも、西欧先進諸国の植民地支配から解放された国々が目についていたところに、逆にソ連の圧制の下に呻吟するようになって人びとの政治心理が異常を来たしていた中東欧の諸国であった。そこでそうした人びとの政治心

理正常化のための治療に、ともいえるような脚色を加えての立憲主義が、新立憲主義を彩ることになる。そうだとすると、この場合の新立憲主義には、社会主義の挑戦に打ち勝った西側立憲主義の再確認——それは社会主義の手法を参考に立憲主義延命的の自己修正をほどこしての再確認、その上での立憲主義再宣言が含意されているともいえる。

ちなみに、立憲主義延命的の自己修正とは、たとえば社会権による自由権作用活性化の条件づくりといった第一次大戦後の対応や、それにともない修正された国家権力観にいつそうの比重をおいた国家観の宣言のような第二次大戦後の対応である。それは、新立憲主義での立憲主義教本に試みられる修正・脚色とは違う文脈での思考法である。

#### 4 立憲主義成功国は国際社会の少数派

だが立憲主義再宣言をうかがわせるような新立憲主義の議論も、先進的近代立憲主義賛歌の無条件表明といったものでは、かならずしもなかった。それどころか、立憲主義成功の国ぐにがこんにちの国際社会では少数派、それもほんの一部とさえいえることを見せつけられての不安の影がともなってもいるようだから。

このような不安は、新立憲主義の問題関心、そして問題意識にともなう問題究明と展開の過程で気にされ出したものであった。いってみれば「ひょう算から駒が出た」類であった。それは、ポストモダンがいわれ、近代憲法生成の本場大陸西洋で近代憲法の限界が論じられての不安・混乱のことを思い合わせるものでもあった。こうして文脈の違う、つまり大陸西洋じしんにとつての憲法政治学的接近法のこと、注目されることになる。近代憲法の、さきほど触れた自己修正的展開にともなう憲法の西洋・近代的の条件にも目を向ける憲法政治学がそれ。

## 四 憲法政治学における可能性

### 1 憲法体制端境期に憲法政治学

ドイツにおいて「政治的なもの」を当てにする二〇世紀的憲法制度への関心の高まりは、憲法政治学の土壌確認になった。それとともに、「政治的なもの」の介入を拒み、「法的なもの」だけの世界にこだわった国法学の意図における「政治的なもの」、いかえればそこにある「法的なもの」を支えた「政治的なもの」にも、目が向けられた。

また、ドイツ国法学に伝統的な「国家」と「社会」の対立と、前者の優位を前提にした二元論が、機能上の二分論の色彩を濃くしてきた。たとえば、「ドイツでもっとも標準的な憲法体系書」とされる著書でK・ヘッセが、そのような趣旨をのべている。すなわち、「国家」と「社会」の区別から出発し、現存する統一体としての国家を、現存する多元的存在としての「社会」から切断して対置する「ドイツに「伝統的な理解」でもってしては、こんにちの「国家」と「社会」の関係を「適切に表現することはできない」とみなした。その上で、ただし「その区別を機能的な差異の表現として理解するならば話は別」と付言した。<sup>24)</sup>

こうなつて、国家に優先・専有されていた「公共的なもの」が、ちょうど規制緩和されたかのように国家公共と社会公共という風に分有ないし共有されることになった。国家に吸収されていた「政治的なもの」が独自の領域を持ち、公共性をメルクマールに作用領域を整え、ひろげた。

「政治的なもの」は、法的規範力を歪める事実としての政治とか、党利・党略との絡みでとりあげられる政治とか、のような次元のものということで嫌われ、憲法学に馴染まないといわれるものでなくなった。そうした次元のものとするなら、むしろ取り扱うべきだとされ、それどころか「法的なもの」、なかんずく憲法にとつての「政治的なもの」の意味や役割が、それを論じるか論じないかは別として、視野に入ってきた。K・ヘッセがのべるように、「今日の国家理解にとつては……現代の産業の発展とそれがもたらしたもろもろの変化からして、政治的統一の形成の問題を看過し、国家をその社会的基底から切り離すことは、もはや許されなくなっている」<sup>(25)</sup>のである。つまりは、憲法規範による政治的統合、したがって公共性を指標にする「政治的なもの」が注目され、重視されたのである。

一九二〇年代の国法学の危機に当たって「政治的なもの」への留意を示唆して、憲法政治学的展開のきっかけになったはずの議論が、長い間の無視と軽蔑のうちに、やつとまともな扱いをうけることになった。それは、しばしば言われる「近代の終焉」論にもなう不安によって助長された。

ひと口に近代というが、実は西洋近代のことであつた。第二次大戦後、それまでのような「西洋すなわち世界」でないことを地図の上でも見せつけられて、国際社会における西洋の地盤沈下が、西洋先進諸国で改めて気にされた。それとともに、近代とは……？ 近代憲法とは……？ が問題になり、ポスト近代憲法にとつての（あるいは、ポスト近代憲法における）西洋の位置ないし意味が、取り沙汰された。

つまりは、憲法体制端境期の憲法学希求ということだろうか。憲法政治学の出番である。西洋の場合、それは西国防衛のため、をモチーフに「政治的なもの」に焦点を合わせる憲法政治学になる。そのとき、近代憲法を支持してきた「政治的なもの」の解明に目が向けられよう。これまで近代立憲主義は疑うことを許されない、いわば普遍的価値を見込まれてきた。しかしそうした見込まれ様を可能にし、また必要にした西洋近代的の条件があつたはずで、



それを明らかにしようというのである。

## 2 近代憲法の普遍と条件的特殊と

西洋近代という空間的・時間的特殊のところに成立した立憲主義は、もともとは近代西洋的というローカルなものだった。それを普遍的なものに仕立て上げた近代西洋諸国の特別の事情（たとえば、努力また好運など）を明らかにすること、それが憲法政治学のモチーフである。それは、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。

政治的なものを明らかにするこの作業は、近代憲法という価値の普遍を西洋近代と結びつけることにより相対化するもので、これも政治的といえるかもしれない。ただし、西欧防衛という視点を考慮に入れば、西洋先進国における憲法政治学的試みは、必然的に近代憲法路線を基調にし、その延長線上で近代憲法以後を模索することになろう。

憲法考察について（これまでもっぱらなされてきた）知性的側面だけでなく、人間の感性をも配慮し、また文化的な要因をも考慮に入れて憲法接近を説くP・ヘーベルレ<sup>(26)</sup>の場合も例外でない。重視される文化にしても、西洋に伝統的な文化、つまり立憲主義の素地をなす文化であって、非西洋的文化による立憲主義の可能性は、視野にないようだからである。

われわれのばあいも、そうでなければならぬ、というのは、どうなんだろう。いままでは疑われなかったし、そうした疑問は誤りとされてきたけれど、いつまでもそうであっていいのだろうか。近代憲法は西洋の文化的土壌

に成立し、そうした土壤と特別の深い関係を持ち合わせている。そうであれば、非西洋の（西洋とはちがふ）文化的・風土的土壤は、近代憲法鵜呑みにたいし拒絶反応を示すはず。受容に当たっては、違ふ土壤に合わせた脚色を不可避にするはず。「近代の終焉」の議論は、脚色可能性考慮のきつかけになる。

このような鵜呑みでない受容は、ポスト近代憲法を考えるに当たって、西洋近代憲法の「代替」憲法の模索という意味を持つかもしれない。あるいは、西洋近代憲法をいわば「本歌取り」して新味を凝らし、新たな憲法観と憲法内容をつくり出す、といったそんな作業にもなるか。こうしたことは、結局には、近代憲法にたいする非西洋からの問題提起になる。

こうしてみると、憲法のいわゆる二〇世紀性にとまなう方法論の確認というだけでなく、西欧防衛と非西洋的憲法可能性の認知というこんにち的要因が加わって、憲法政治学が注目されることになったとわいていい。これはいかえれば、憲法における「政治的なもの」のきつかけに留意した考察であろうが、憲法における「法的なもの」に閉じこめられた「政治的なもの」を明らかにする考察が方法論的素地になっている。しかし憲法をとりまく（または憲法に関わる）「政治的なもの」の考察については、「憲法」政治学でありうるための当然の限界がありうる。そのことを心得、明らかにするのも、憲法政治学的考察になる。

(1) 第一次大戦に負け、旧体制が崩壊したドイツでは早速に、新憲法制定のことが、政治課題になった。三カ月後には、ワイマールで憲法制定国民議会が開会され、六カ月後の一九一九年八月一日、新しい憲法の制定・公布となった。しかしドイツの政情は相変わらず不安定で、翌年にはカップ一揆も起こったりして、社会生活・政治生活は混沌としている。そうした状況での総選挙で、ワイマール連合（——社民党と中央党と民主党の三党連立政権）が惨敗して、憲法政治は混迷を深めることになった。こうした点について私は、小林昭三『ワイマール共和制の成立』昭和五五年、成文堂、

- 一六一頁以下で論じている。
- (2) 栗城寿夫『一九世紀ドイツ憲法理論の研究』一九九七年、信山社、五〇五頁。
  - (3) 栗城『前掲書』五〇五頁。
  - (4) 小林昭三『憲法学の方法』一九九一年、北樹出版、六八頁以下。そこに、「非合理・非合法を嫌う禁欲の態度」が、言及してある。ちなみに、この言及は、同書の「第二章憲法政治学の考え方」でのもの。
  - (5) 栗城寿夫『前掲書』四六九頁。
  - (6) 小林昭三(前掲の)『ワイマール共和制の成立』一八二頁以下。なお、『同書』一九九頁の注(44)
  - (7) F. J. Stahl, Das monarchische Prinzip, 1968, S. 5. シュタールの理論に関連して、ドイツ一九世紀半ばにおける対議院内閣制観の概観は、小林昭三『ワイマール大統領論研究序説』昭和三十九年、成文堂、三〇頁以下に。なお、君主制原理については、たとえばオットー・ブルンナー「神授王権から君主制原理へ」——同著石井紫郎他邦訳『ヨーロッパ——その歴史と精神』昭和四九年、岩波書店、所収——二三七頁以下。E. W. ベッケンフェルデ「一九世紀ドイツ立憲君主制の国制類型」——F. ハルトトゥンクほか著成瀬治編訳『伝統社会と近代国家』一九八二年、岩波書店、所収——四九〇頁以下。
  - (8) 小林昭三『ワイマール共和制の成立』九四頁以下。
  - (9) 小林『前掲書』二一四頁以下。
  - (10) 脇圭平『知識人と政治』(岩波新書)一九七三年、岩波書店、一二八頁以下。
  - (11) C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, 阿部照哉・村上義弘訳『憲法論』一九七四年、みすず書房、六頁。
  - (12) 小林『前掲書』七〇頁以下。
  - (13) M. ヴェーバー(世良晃志郎訳)『支配の社会学Ⅰ』昭和三五年、創文社、四七頁以下。
  - (14) 佐藤立夫『スメントの憲法理論』——同『現代ドイツ公法学を築いた碩学たち』昭和五七年、早稲田大学比較法研究所、所収——二二四頁以下。
  - (15) 佐藤立夫『前掲論文』二二三頁以下。このようなスメント統合理論の評価・紹介に対し、「君主に代わる統合機能期待」という視点からではなく、「社会国家の視座」から発展的な理解(あえていえば、批判的な攝取・活用)という示唆に富む試みがある。(西原博史「ドイツにおける社会国家的基本権解釈の源流」——R. スメントの基本権理論と社会国家——大須賀明編『社会国家の憲法理論』一九九五年、敬文堂、五三—八〇頁、所収——五六頁。)この西原論文は、

ワイマール憲法の社会権理解（したがって自由権にとつての国家の意味ないし役割とは違い、むしろ対照的な国家理解）の不十分に対するスメントの批判的見解としての（そしてその域を出なかつたともいえる）統合理論の問題提起に注目する。その上で、せっかくの問題提起を、ボン基本法における社会国家の基本権を通して生きかえらせ、充実させようとするものである。スメント理論の限界（？）を越えようということのようにも思えるが、その限界なるものは二〇世紀的人権と騒がれた社会権にこだわつたからのものであつたろう。となると、スメントの理論についての時代的限定がいえるだろうし、そうした限定は社会権の限界を越えて社会国家という発想に衣替えしたボン基本法の場合には、統合理論の条件が整えられたということになるのかもしれない。

- (16) 栗木寿夫「西ドイツ公法理論の変遷」——日本公法学会『公法研究』一九七六年、有斐閣、所収——七六頁以下。
- (17) 栗木「前掲論文」——『公法研究』所収——八二頁以下。
- (18) 小林昭三『憲法学の方法』（フマニタス選書34）、一九九一年、北樹出版、七四頁以下。
- (19) 石田光義「新立憲主義時代」を考へる」——『早稲田政治経済学雑誌』三二九号、一九九七年、早稲田政治経済学会、所収——一七頁。Newton and Deth, *Foundations of Comparative Politics*, 2005, Cambridge University Press, pp. 52ff.
- (20) H. W. O. Okoth-Ogendo, *Constitutions without Constitutionalism: Reflections on an African Political Paradox*, —— in: *Constitutionalism and Democracy*, edited by D. Greenberg and others, 1993, Oxford University Press, pp. 65ff. —— p. 69f.
- (21) H. W. O. Okoth-Ogendo, op. cit., pp. 65ff.
- (22) Newton and Deth, op. cit., p. 53.
- (23) K. ハッセ、阿部照哉ほか訳『西ドイツ憲法綱要』一九八三年、日本評論社、三八三頁、「訳者あとがき」（阿部照哉）。原著は、K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 13. Aufl.
- (24) ハッセ『前掲邦訳書』九頁。
- (25) ハッセ『前掲邦訳書』七頁。ここではハッセはまた、「今日の国家理解は、理解の対象の歴史性」を考慮に入れなければならなくなっているにも触れている。その指摘に当たっては、「国家と法の内部構造というカテゴリー」がそうならしめている「時代的要素がはいりこむ」ものであるというポイムリン（Baümin）の説明が引用されている。
- (26) ヘーベルレ、井上典之邦訳「複合的憲法理解を反映する憲法テキストの多機能性」（P. Häberle, Die

Funktionsvielfalt der Verfassungstexte im Spiegel des 《gemischten》 Verfassungsverständnisses, 1989.) —ヘーベル  
レ・井上典之編訳『基本権論』一九九三年、信山社、所収——一六七頁以下。この論稿でヘーベルレは、「立憲国家が  
『理性的存在』としての人間の存在に全幅の信頼を置いているということは一つの決まり文句であり」、  
「『立憲国家が』  
から「『感情』の側面は、憲法理論上、今までなおざりにされてきた」ことに疑問を呈して、  
「こうのべた、——『民主的な立憲国家は、合理的なものにおける議論や意見の相違にだけ依存するのではなく、不合理なものにおける  
コンセンサスにも依存しているのである』と。(ヘーベルレ、井上典之訳「前記論稿」一六七頁、一六八—九頁)

## 第二章 国会の権限と実情

### —憲法政治学的の考察—

#### はじめに—議會制の危機にともなう問題意識

これまで折りに触れて、議會政治の在り方が問われてきた。しかし議會制批判というよりも、どちらかといえば議會政治家批判の向きがあつた。こうした傾向は、このごろいちじるしい。議會制の運用に関して求められるであろう能力を持ち合わせそうにない議員のことを話題にしたり、そうかと思うと、議員という地位の不当ないし不正利用の場面を取り上げたり、という風にして。その結果が、議員に対する不信感の常態化である。

しかし代わりうるような、しかも当てに出来る政治家予備群は、用意できていない。となつては、手のほどこし方がない。というところで、議會政治家に対してはあきらめの氣持が現われ、広がつてしまふ。つまりは、消極的支持といつていい雰圍氣が、わが国の議會政治のいまについてみとめられる。議會政治の問題は、人の問題にされ、それにとどまつている。議會制のほうには問題がないような受けとり方が、一般的になつてゐる。

議會制には疑いをさしはさまないで、その直接の担い手たる議員に問題があるといふのであれば、議會制の危機といつた問題意識は、そこには認められないことになる。そして、議會制の改革といつても、憲法運用の問題に

とどまり、憲法の議会制について疑問は持たれていない。議会制の価値下落という近代議会制史の現象も気にされず、まして深刻な認識もないようである。

それでいて、議会制のほんらいの趣旨を理解する議員の集まりになれば、議会制の優位回復が期待できると、樂觀的(?)な議論が多い。しかし事態は、それほど単純ではない。議会制への期待感や議員の権威の回復といっても、古典的議会制におけるようなものは望めないだろうし、変わってしまったている。それなのに、日本国憲法の議会制像は、こうした変化のことについて十分の配慮をしていない。

そこで、「国会の権限と実情」に焦点を合わせ、議会制のこんにちについての問題点を整理し、問題提起を考えた。そこでのきつかけが、日本国憲法における国会の権限は、憲法が期待する国会の地位ないし国会像に見合うように行使されていないのではないか、という疑問である。

## 一 日本国憲法の議会制像

### 1 統治権総攬の元首Ⅱ天皇と、最高機関Ⅱ国会との間

日本国憲法の統治機構は、三権分立を建前にしているが、国会優越を基本にして作られている。明治憲法の帝国議会と違えることが、第一のモチーフにされて、そうなった。そして三権分立の点でも、明治憲法における天皇中心のそれとは趣きを異にした。

明治憲法では、天皇に集約(いいかえれば「総攬」)されている統治権力(なかならず、三権)についてその作用。

が分立されていた。これに対し、日本国憲法の場合は、明治憲法におけるとちがった主権在民になっただけでなく、国民の主権的権力の作用が分けられたのではなく、主権的権力に依拠した国家権力が三権分立の形をとったのである。

そしてこうした三権のなかで、国会は中心的な国家権力機関とされて、優越的な地位を保障された。その場合、主権在民との関わりが注目され、民主的に、より民主的ということだが、判断の、さらに安心の尺度にされていた。そうしたこともあってか、大衆民主政治にもなって現われた議会制の危機のことには、思い及ばなかった。価値下落を取り沙汰された議会制のことなど、視野になかった。

それどころか、明治憲法の議会制に関して、不当な制約が多く、だから有効な働きが出来なくされていた、というふうにしてみじめな姿を描き出し、それが価値下落した議会制であったかのような曲解も現われた。だから、主権在民の議会制によつてはじめて近代的議会制が可能になるかのように、日本国憲法の国会の晴れがましい姿が、演出されたのである。

このような晴れがましさは、日本国憲法により「国権の最高機関」、「国の唯一の立法機関」と定められ、「国民代表の機関」と特徴づけられた。国会の権限は、このような国会の地位に見合うように、国政一切を取りしきることを目指して整えられた。立法に関する、また財政処理に関する国会議決主義は、その現われ。

ことに立法については、国会の議決を必要・不可欠の条件にするだけでなく、法律成立の完成要件にしてある。だから、このようにして成立した法律に対し、内閣の拒否権のようなものは、みとめられていない。しかも、ひとつは立法の発案権も国会議員に限定する解釈が、強くいわれたりした。内閣の法律案提出権を否定しようとしたのである。ただし、この議論の理由としては、三権分立制の視点もさることながら、むしろ国権の最高機関の面に



ウエイトがおかれていたようである。

## 2 総選挙後の国会召集時の内閣総辞職の意味

それにつけても、国権の最高機関である国会の姿をより強く印象づけるのは、内閣総理大臣を指名する国会の権限であり、各議院を通して行われる行政統制の権限であろう。そこに認められるのが、議院内閣制、それも議會、なかんずく衆議院の信任があることを内閣存立の絶対的要件とする議院内閣制である。すなわち、内閣の命運を左右する衆議院を通して、国会の優越性が見てとれる。

もつとも、内閣による衆議院解散決定権によりバランスがとられている、といわれるかもしれない。しかし衆議院を解散できても、総選挙後の国会召集のときには、内閣は総辞職しなければならぬ旨が、憲法で定められている。そのかぎりでは、衆議院解散の権力は、「伝家の宝刀」といわれたりするけれど、議會に対し内閣の圧倒的優位をもたらすような武器ではなくなっている。

といって、この場合の内閣総辞職規定は、議會優位の反映とだけ言ってすましていいものではない。そこには、総選挙の結果への留意、さらには総選挙をしたというそのことの重視が、見てとれるからである。そうなると、このような総辞職のきつかけとしては、代表制的の意味よりも直接民主制の意味が、目立っても来よう。

ただし、ここでの直接民主制的は、あくまでも内閣総辞職のきつかけとすることである。総辞職にもなつて行われる内閣総理大臣指名のことまで、直接民主制的に意味づけようとするのではない。国会による内閣総理大臣指名については、解散・総選挙と直接の関わりを持たない参議院が、国会の構成要素として重要な役割を果たすからである。この指名について衆議院の優越が定められていても、またたとえ通常選挙が総選挙との同時選挙になつ

でも、参議院の意思表示はそれなりの意味を持つである。

それが、憲法制度上の要請である。よく、総選挙は首相候補を決める機会といわれたりする。だが、それは政治的事実上の要請にとどまる。したがって総選挙、内閣総辞職、そして内閣総理大臣指名というプロセスにおいて、直接民主制的要素は、議会代表制の有名無実化を狙ったのではない。そこでは、総選挙により新たな息吹きを注入された代表制議会が、やはり焦点になっている。つまり、日本国憲法の統治機構は、代表制の国会中心主義を基調としているのである。

### 3 議場での討論自由のための条件

このような国会中心主義については、それにふさわしい権限行使の方法が予定され、前提にされている。議場で自由な討論により議会意思を形成するというのが、その方法である。そして討論の自由は、ほんらいは討論に参加する議員個々を単位にしており、近代立憲主義が、個人の権利としての人權の保障をモメントにしたのと対をなす。

議場における討論では、議員各自の自由な意見表明を通じて論点がしばられた上、投票により結論がまとめ上げられる。投票による決着は、もちろん多数決による。論点の絞り込みに当たって生じるであろう意見の対立は、よい意見をつくり出すためのものであり、そうした作業の過程について弁証法的がいわれたりする。このようにして討論の自由の創造性が、特徴づけられる。

このような自由な討論については、したがって議員の独立がなによりの要件であり、議論のばあいの、さらには国会権限行使のばあいの指標として全国民代表が、いわれるのである。すなわち、個々の議員について、全国民代

表意識とそうでありうる資質が求められ、それが選挙での選択基準になる。ここでは、人びとのため、国家国民のためを考えることが出来て、しかも考えると見込めるような、人間的に優れた代表的な人物、いいかえれば人格者ないし名望家が、選ばれるのである。

ただし、こうした人格者が選ばれるためには、有権者の側にも、それに見合う、それなりの能力と心構えが、必要とされよう。それはちよつと飛躍した見方をあえてすれば、神の前での意思表示としての投票行為の場合との類似を思い合わせもしようか。この場合の投票行鳥は、神に対する敬虔な気持ちから人間的利己心を薄めた投票者を通じて神の声を聞き出そう、というものだった。

このようにして選出された議員は、だから全国民代表者としての判断力と行動力を持ち合わせる選ばれた人ということになる。さきに触れた神、つまりキリスト教的発想をまたここで引き合いに出そう。そこでの代表観を頭に置いて代表者議員に思い及ぶとき、「真のキリスト者」資質の議員版がえがき出されもしようか。

#### 4 「真のキリスト者」像が原典の国民代表議員像

「真のキリスト者」については、たとえば宗教改革者マルティン・ルターの説明が、わかりやすい。それは、「キリスト者の自由」(一五二〇年)のなかでのべられたもの。すなわち、「真のキリスト者」とは、行動の自由を保障されていて、しかも適正な自由行使——すなわち「ほかの人びとに仕えて役に立つ」ことをもつばら念頭においた行動——を心掛ける人びとであった。それが、神に仕える行為である<sup>1)</sup>。

しかし神に仕えるといっても、神の全知・全能を人は完全には理解できないし、神の真理をそのものずばりに表現することは出来ない。トマス・アクイナスは、このような認識にもとづいて、その神学の構想を展開した。神の

意思、神の真実は、キリスト教的・一神教の世界においては、この世のすべての事象の基本をなすものを、つまり本質をなすのである。そしてそのような神意の表現ないし再現が Representation であって、そこに代表ほんらいの意味が認められる。

しかし神意ないし本質の再現といっても、人びとに可能なのは、神意あるいは本質の諸側面か諸部分でしかない。そこで人びとのかうした部分的認識の複合の作業が必要になる。それは、各人がじぶんの出来る範囲内の部品を持ち寄って、組み合わせる一つのものに仕上げる共同作業のようなものか。

その場合、神の意向なるものをそれぞれの境遇に合わせて部分的に理解し再現したものを肯定したり否定したりし合う過程が見えてくる。そこに、人間知性の作用する場が用意される。トマス・アクィナス『神学大全』第一部(二二六八年)の、たとえば第三問や第十四問に、その旨が論じられている。<sup>②</sup>

このような神意の部分的認識の肯定・否定というふうにしてなされる人間知性複合の作業は、われわれ流にいえば、議会における討論の過程になる。すなわち、討論により、国民意思という国家・国民生活にとっていちばん肝心なものを見つけ出し、まとめ上げるのである。それが、民意再現、いかえれば代表のための作業である。

したがって、国民代表のための技術と云うていい議場での討論には、神意「再現」に見られるような敬虔な姿勢がともなっていた。それは、公共の利益の追求について求められる真摯な姿勢となつて現われた。E・バークが国會議員の全国民代表を説いて、選挙区利益にとらわれないようにすることを強調したとき、こうした思いが強く働いていた。

討論については、全国民意への特別の思い入れがあり、それに見合う心構えが討論参加者に求められていたのである。そしてこうした要件が適えられれば、神の加護が保障されるだろうし、真に国民代表としての務めを議會

は果たすことが出来る、とそう考えられていたのである。それは、キリスト教国における議會制の討論についての、もともとの理念像であり、暗黙の前提になってきた。

以上に述べたところから代表制議會の理念像を特徴づけければ、こうなるうか。全國民意思を指標に、独自の良心にもとづいて討論をし、國民代表の役目を果たすことを天職と心得る、そのような議員から成る議會というのが、それ。それが、古典的議會といわれるものであつた。そしてこのような代表制議會が統治機構の中心に位置し、最盛期を迎えたのが、イギリスに典型的な形を見せた、ヨーロッパ一九世紀中葉であつた。

##### 5 大衆政党を知らない古典的議會制

國權の最高機関とされ、国の唯一の立法機関とされ、そして國民代表の議員からなるとされる、日本国憲法の國會の制度は、このような古典的議會制をモデルにしているのである。國會は、國政の上で大きな、しかも大き過ぎるともいえる期待をかけられている。それに見合うのは、したがって大衆民主制にもなつて変質した議會制ではない。

なるほど、大衆民主制の制度的きつかけといえる普通選挙制のことは、日本国憲法に言及されている。だがここでは、議會制の権威づけになつたという意味づけが認められる程度で、実はそうでなくなつてに考え及んでいない。まして、そうでなくなつていゝ事態への対応のことなど、考えられない。政党のことに憲法が沈黙している点は、その顕著な例。

それなのに、この点を問題にする憲法論は、ほとんどない。それどころか、民主政治は政党政治といわれるように、民主主義憲法である以上、政党は当然に認められているという論じ方が、憲法解釈の一般である。こんにちの

政党制と最高議會制との間の矛盾などは、考えられもしないことのようにある。

それどころか、政党に所属していない議員はともでない、と思わせるような議論さえ見うけられる。たとえば「あたらしい憲法のはなし」——文部省が日本国憲法の施行後間もなく、中学校第一学年用の社会科学教科書として作成した五三頁の小冊子——は、「政党」という章を設けて、日本国憲法の議會制が政党制を前提としているという理解を示している。

そこに選挙での立候補者に言及した箇所がある。しかし、無所属議員候補者を信用してはいないと思わせるような書き方がなされている。すなわち、「どの政党にもはいっていない人が、候補者になっていることもありす。国民は、このような候補者に投票することも、もちろん自由です。しかし……もし政党の候補者でない人に投票したときは、その人が国会にでたとき、どういようにはたらいてくれるかが、はっきりわからないふんがあるのです。」無所属議員は、非良心的で不誠実、したがって無責任な人であると思わせるような、そんな文章である。議員個人の政治的資質のことなどは、考えられていない。討論の自由の前提である独立の議員の行動に対する期待感もない。それでいて、こうした事態に不審の気持ちを持たないのが、わが国の憲法論一般である。だから、前記の期待感が古典的議會制の元氣の素であつたし、日本国憲法の議會制が当てにしているところであつたといつた点は、注意されない。

それに、こんにちの大衆民主制の政党は、こうした議會制の論理を大幅に修正してしまつてゐる。しかも、こうした修正をもたらすにあつて、議會制の危機という現象が起こつてゐた。しかし古典的議會制の論理、そして議會制の昔ながらの權威を当てにしながら、大衆民主制の政党制議會が構想されているようである。そこでは、議會制の危機への十分の考慮はなく、安易が氣になる。

そうしたこともあって、日本国憲法で期待される国会像に見合うように国会の権限は行使されていない、といった現実が現われてしまっている。だから、国会の権限の形式化がいわれ、それなのに国会の優越が思い込まれる、といった奇妙な状態が、見えてくる。このままだと、国会は裸の王様になりかねない。

## 二 存在意味の変わり様に気付かない議会制

### 1 行政権頼りの議会という現実

国会の優越的地位に、陰り(?)が見えている。国会の権限が形式化してのことである。こうしたことは、こんちふつうに指摘されている。しかしそれでいて、権限の形式化に歯止めをかけるような主張が、国会の地位の優越を引き合いに出していわれたりしている。そして(たとえば、唯一の立法機関といったような)肝腎の点を抑えておけば、または(財政処理国会議決主義のような)財布のひもをにぎっておけば、つまりは最後の拠点を明け渡しさえしなければ、それが強みになり、それだけで権限優位がいえる、と説かれたりする。

だが、こうした説明は、建前を引き合いに出して掛け声をかけているだけのように見える。権限行使の実態を注意すれば、国会の優越的地位の空洞化を気付かされるからである。国会の立法権運用の実態を見ればいい。内閣提出法案の増加(というより、圧倒的多数化)と、それにともない議員発議法案の減少、そのうえ委任立法の当然化が、認められよう。そうなったについては、政府権力に対し忌避でなく、期待感が持たれるようになったという事情、つまり政府観の変化が、影響していた。

近代初期に特徴的だった「しごとをしない政府」の見方が、「しごとをする政府」待望論になったのである。一九世紀末以降、とくに第一次大戦後に顕著な現象である。「しごとをしない政府」は、古典的議會制に見合う行政の在り方を表したものである。全体として政治権力の作用の狭小がそこでの理想で、とくに行政のしごとを出来るだけ少なくするよう行政権に働きかけることが、議會の「しごと」だった。だから行政統制が基調になり、議會の優位が保たれていた。

ところが「しごとをする政府」になって、行政のしごとを少なくするための議會の「しごと」が、逆に制限されることになった。権力制限をなよりの指標にした議會の権限行使は、「しごとをする政府」の要請に見合わなくなったのである。「しごとをする政府」では、権力への期待が基調をなし、権力の活用が求められる。そうやって、分立した政治権力相互の間のバランスが変わる。立法権に対し行政権の比重が高まる。

すなわち、「しごとをする政府」においては、行政権の優位がもたらされる。そしてしごと（—なかんずく、福祉行政と国の基盤整備・充実の行政）の遂行を議會は要求し、さらに応援する役回りを演じることもなる。議會と内閣との立場は、逆転した。議會による行政統制は意味を替えて、行政活動について濫費・腐敗の除去と効率化を狙ったものになる。

それだけではない。行政権の優位は、政治における行政権主導の状態をもたらしした。政府の「しごと」の具体的内容の方向は、行政権が実質的に決定ないし整理するようになってである。さらに、行政の執行に当たり必要になる行政立法のウエイトが、高まった。それまでは議會が行なうべきだとされた立法の作用のかなりが、行政権に委ねられた。つまり、立法委任の常態化である。こうして議會の立法権の形式化がいわれるのである。まさに、行政権を頼りにする議會の出現である。



## 2 民意媒介する政党の駒になった(?) 議員

民主化、それも大衆民主制化が、こうした傾向のきつかけだったし、こうした傾向を助長した。そうしたところでは、国会議員はほんらいの意味における国民「代表」でなくなり、民意の代弁ないし代行を特徴づけられるようになっていく。つまり、「代表」は「代理」になったのである。そうした変化を決定的にしたのが、大衆政党であった。

知られるように、大衆政党の出現は、一九世紀後半、それも七〇年前後以降のヨーロッパ先進の国々においてのことだった。選挙権拡大にともない生じた選挙民大衆を政治的にまとめ上げるため、という要請がきつかけになっていた。まとめ上げるについて大衆政党は、民意の諸側面をそれぞれなりに整理し、政策という形で政党としての活動の指標にした。

だが、整理したことについて、それを達成するよう、選挙後の政党は義務づけられる。そうした義務づけが、所属議員に対する会派強制 (Fraktionszwang)、いわば党議拘束になる。その結果、議員の自立的な議会活動の余地は大幅に制限され、政策宣伝のしかた(ないし、印象づけ)の個人差が目につく程度になった。それでも、このような状態は民意反映ということでは正当化された。

このような変化の過程で、国民代表の擬制を説き、しかもそこにあるであろう意味をみとめず、むしろ欺瞞を言い張る意見が、影響力を持った。そして民意(諸側面)の忠実な表示伝達こそが、議員の役割だとする議論が、もっともらしさを増した。それこそが「代表」だといわれもした。つまりは、国民代表概念の変化ということだろうか。代表の作用も、民意統合から民意反映に重点を移した。

こうなつて議員は、民意媒介の主要機関である政党の駒、たんなる一票になつた。それにともない代表の論理が委わつただけでなく、代表の倫理が稀薄になつた。あえて倫理的を問われれば、民意（それも、細切れ民意）反映の正確さがいわれるにとどまり、代表者である議員の人的立派なことなど問題にされない。

これでは、議会の議場における自由な討論、さらにみんなして意見をのべ合つてよりよい結論をつくり上げるといふ討論の創造性も、当てに出来ない。そしてなによりも、古典的議會制において討論の自由の指標にされていた全国民利益が、影を薄める。日本国憲法第一五条も書いている公務員の「全体の奉仕者」性が、おろそかにされる。

ことに議員の場合は、むしろ「一部の代表者」である旨が選挙で強調され、それが当選の決め手になりもする。そうなつて、そうした諸部分の合計が全体になるのだからとして「全体の奉仕者」性を納得させられたりする。そのときどきの諸部分を足し算しただけではかならずしも見えて来ない「全体」つまり「全国民」の利益のようなものは、考えられなくなる。さきに触れた、国民代表の欺瞞を説く意見におけると同じである。

このような、目先のこと、目に見えるものしか視野にいれない思考法は、明快・確実、かつ合理的のように見える、しかし落とし穴に行き当たつてゐる。その思考法が行きわたつたとき、隙間だらけの浅薄な国家、潤いや深みのない社会が現われ、物欲オンリーの利己的な人びとが目立つようになったからである。だから、自由な討論もままならず、まして討論してよいものを創り出すという試みも、絵空事になつてしまふということにもなる。

### 3 選挙民利益代弁の党争の議会になつて

もつとも、議会の議場での自由な討論のモデルとされる市場の自由競争では、セルフ・インタレスツのぶつかり合いが予定されていた。自己利益を主張し合つて競争の関係におかれるところから、最適・最良のものが見つけ出

されるとされた。最良・最適とは、お互いがともに自己利益を叶えている状態であり、いいかえればおたがいが相手の役に立っている状態である。

そうした状態が可能なのは、主張される自己利益のなかに公共的なものの契機が認められているからである。いいかえれば、こうした契機を刺激するのが、公正・自由な競争ということなのである。つまり、自己利益を主張し合う個人について、神の前の人が考えられていたのだろう。だから、神の見えない手が働いて、よりよい結果がまとめ上げられるのだろう。となると、議員が自己利益、つまり選挙区という部分の利益を代表し合うのは、自由競争の論理に適っているのかもしれない。

アメリカの議会制では、選挙区の利益や州の利益が注目され、議員活動の指標にされている。まさに、自由競争市場信奉の議員版である。しかし議会の議場における討論は、議員によって代弁される利益の調整や妥協という色彩を帯びているようである。そのかぎりでは、議会による全国民代表は必ずしも期待できない。そうした状態が認められるのは、全国民の利益を代表する機関が、ほかにあるからである。大統領が、それに当たる。

こうしてみると、アメリカの連邦議会と大統領との間には、諸部分の奉仕者と全体の奉仕者という対照が、みとめられよう。アメリカ大統領の地位の構想については、「議会における国王」観成立以前のイギリス君主の地位が参考に使われたといわれる。改めて、思い出される。そのころのイギリス議会は、まだ「全国民の代表」からなる議会ではなかった。「全国民の代表」者は、国王であった。

そのようなところで議員の地位が、国王のそれより低かったことは、いうまでもない。議会は国王に対して地方利益を開陳し、また地方の情報を提供して国王の「全国民代表」性充実ないし補完に役立つ場であった。また、地方からの訴えを述べて、国王の権威にすがって解決を求める場であった。そうした議会の様子を思い出させるよう

なところが、アメリカの議會制に見られないこともない。もつとも、議會と大統領との力関係となると、前記イギリスの場合とちがって、たがいに拮抗しているが。

ここまでのべてきて、わが国の議會代表制の現実が、アメリカの議會制に似ていることに気付くであろう。ただし、国民統合の中心が別にあるアメリカの場合とちがいが国民代表の議員の自由な討議による国民統合を期待されていたのが、わが国の議會制の理念像だったのである。それは、適えられなくなっている。改めて、古典的議會制の在り方との違いを気付かされる。

われわれが、日頃目にしている議會制の現実には、多分に「しごとをする政府」の議會制に近い。そしてそれは、一見、古典的議會制以前のような姿をとってきている。そうなったについては、大衆政党の影響するところが大きく、だから政党国家的議會制がイメージされる。すなわち、国会の権限が形式化されているわが國議會政治の現実は、政党国家的議會制の論理に似つかわしくなっている。

そうであれば、日本國憲法の議會制との間のずれは、明らかである。日本國憲法は、こんにち当てにされるような議會制を用意していないということ。それが、わが國議會制になよりの問題点である。そこでまずなされるべきことは、政党国家的議會制の論理を明らかにし、議會制の現実を整理することであろう。そして、それにもとづく憲法構想が考えられてもいいはず。

しかし、それだけでは十分でなさそう。なぜなら、西洋近代議會制の思考枠組みに馴染みきれそうにないところが、わが國の「議會制」にはみとめられるから。いままでそうした点は、マイナス面としてのみ扱われてきたが、そうとばかりはいえそうになくなっている。そうした日本的なものを生かして、議會制のわが國の在り方を考えることがあつていいはず。これらのことについて、以下に要点をのべ、問題提起を考えている。

## 三 問題提起

## 1 政党国家的議會制

このことについては、これまでも研究会での報告や著述の形でたびたび論じてきた<sup>4</sup>。それらの内容を頭におきながら、政党国家的議會制に関わる問題提起のきっかけをのべてみたい。

政党国家的議會制は、直接民主制的と代表制的との相互影響による議會制である。すなわち、政党国家的民主主義と代表議會制民主主義の二つの要因から成り、しかも代議制民主主義を基調にした両者の組合せになっている。あえていえば、直接民主制的を加味し、直接民主制的の脚色をされた議會制、ということになろう。それは、議會制の展開の過程に現われた制度的形態である。

このように政党国家的がいわれるとき、直接民主制的の契機が指摘され、その文脈で論理構成がなされる。しかし直接民主政治といえば、まず国民の直接的意思表示に焦点が合わされる。つまり、主役は国民であって、政党ではない。それなのに、その政党について直接民主制的との関わりが、語られる。なぜなのか？

もともと、民主政治とは直接民主政治で、そうした民主政治は小規模の社会(生活)を前提に考えられていた。みんなんで議論して決定するという、民主的がいわれるための手法は、そのようなところでなら可能だとされたのである。つまり、民主的な手法が有効でありうるには、社会(生活)の規模について限定があった。広域的な近代国家でそうした手法が可能になる適正規模は、議會の議場であった。

だが、そこでは、国民の自発的な意思表示の契機は注意されず、それどころかそうした形の民主的は、否定的に扱われることさえあつた。たとえば、アメリカ憲法制定議會での審議に、そうした場合が見出された。大統領の間接選挙制を正当づけるに当たり、また議會代表制の特徴づけに民主制ではなく共和制的をのべたり、という風<sup>(5)</sup>に。それに、近代国家は広域的な社会（生活）を不可避免的に前提とするようになって、小規模民主政治が不可能になつたという事情も、そこには影響していた。しかも代表議會制は、全国民の代表を指導原理とし、国民の利益を指標とする政治を期待され、正当性を得ていた。このような議會制の成功は、代議制「民主政治」の発見となり、その可能性を証明した。

だがそのことは、それまでの民主政治評価を変えることになつた。と同時に、「広域」直接民主政治への困惑を生み出し、広めた。選挙権拡大にともない登場した選挙民「大衆」の政治的影響力直接行使（——革命のような非日常的で異常な手法によってでなく）が考えられ、期待されるようになったのである。すなわち、国民じしんによる自発的な意思形成を第一の建前とする直接民主政治が歓迎されたのである。

とはいえ、なんの手助けもなければ、この建前の現実化は無理である。それが、大衆社会には不可避のことであり、この手助けのきつかけになる有力な装置として大衆政党が出現し、存在意味を持つてきた。だから、大衆政党は、直接民主制の契機との関わりをいわれるのである。こうして直接民主制的作用の主役というより、ワキ役、ないし影響力の大きい応援者という文脈で、政党国家的民主制について直接民主制の契機がいわれるのである。

しかもその一方で、直接民主制を特徴づけた要因について変化のきざしが現われ、実つた。すなわち、政治意思形成のプロセスと決定との二つの要因について、後者にウェイトが置かれるようになった。国民の投票による直接的意思表示という要件を満たせば、直接民主制的がいわれるようになったのである。国民じしんによる審議のよう

なものは無理ということが、直接民主制概念の変化を余儀なくさせたのである。そしてそれが、広域直接民主制の在り方ということになった。

しかしそうした国民の投票が日常的に行われるわけではない。国民投票は、国民生活にとつとりわけ重要とされる基本的な事柄に限定される。だがそのことが、だから国民重視の証拠と思ひ込まされて、国民投票による決定、つまり直接民主制要因重視とみなされてもいる。

そして重要度のそれほどでもない事柄については、政党の日常的活動への選挙民の接近と政党による応接・対応といった手法が役立てられる。そうした形でのものをふくめて選挙民と政党との「一体化 (Identifizierung)」による政治的影響のことが、「人民投票的民主制の政党による吹き替え (Surrogat)」(G・ライプホルツ)と表現されたりするのである。

このような政党国家の直接民主制的契機はしかし、議会制における代表制的要因を牽制する役回りを果たすにとどまる。代表制民主主義に取って代わることはない。政党は民意形成に協力するという役割を通して直接民主制的なニュアンスをただよわせるように、また議会制の枠組みにのつとつて代表制に一目おいている。だから議会制に対し直接民主制的の味付けがなされ脚色されるにとどまるというのである。

だが議会制は、政党国家的民主制に取って代わられることはなかったけれど、牽制されてももとの役割を変えられた。いや、変わってしまったことを気付かされ、確認させられたといったほうがいいか。変わっていたのは、行政権に対する議会の関係である。「国権の最高機関」という言葉に象徴されるように国政の主役の座にあった議会は、行政権の下風に立っていた。

それなら、このような政党国家的議会制理解(ないし取り扱い)のポイントとして、差し当たって考えておくべき

点はなにか。それは、①代表議會制であるための最低必要条件への留意と、その上での②議會制のこんにち的在り方の確認である。

① 代表議會制であるための最低必要条件　ここで考え合わされるのは、全国民代表性と代表者人格である。これら両者はいつてみれば、代表の論理と代表の倫理の問題である。

知られるように代表のもとの指標は、全国民意識の体現ないし統合とされていた。ところがこんにち、議會代表制において民意統合の作用、さらにそれへの期待が弱まっている。議會制のいわゆる近代化が、このような状態をもたらした。民意の諸側面の反映が留意され、強調されたからである。しかも、民意統合の作用が弱まっただけでない。代表概念に変更が加えられた。すでにのべたところである。

それにともない、代表の属性のように見られていた代表者の良心の独立は、まるで独断専行のようにみなされ出した。そのことは、選挙などによる選挙民の意思表示の伝達にウェイトをおいて代表の論理を語らせる風を一般化させ、結局には代表（者）の倫理のことを忘れさせた。

しかし、こうした状態は、考えものだ。代表議會制の自己否定になるからである。そうなることを避けるには、せめて、全国民代表の視点へのこだわりを示すきっかけだけでも、考えられるべきだろう。

たとえば全国民代表の体現者を準備する場として、代表制議會が考えられている。わが国の場合、国家・国民の視点での行動を期待される内閣の首長を選出する国会の役割が、それに当たろう。アメリカ合衆国のように、全国民代表の中心として国民の選挙による大統領がいる場合とちがひ、議院内閣制の代表議會制の、これが最低必要条件の一例であろう。

② 議會制のこんにち的在り方の確認　さきに行行政権に対する議會の関係が変わったことをのべた。議會は行



政権に対して国政の主役振ることを遠慮している。それが、行政国家ないし福祉国家における議会の地位を特徴づけている。そうなる、行政権に対する議会の役割、なかならず行政統制の重点は、権力制限というよりも、権力の腐敗防止と権力の有効利用・効率化におかれるようになった。

そうした議会活動の変化とともに議会における討論の意味も変わった。討論は行政活動のための指針や提案の洗練にウェイトを置かれ、また討論による論点ないし問題点の明示を主にするようになった。さらに、議会の議場は、議場外で行われた諸政党間協議による合意を表示する場として機能するようにもなっている。討論の自由の意味は、古典的議会制におけるようなものとは違ってきている。

こうした傾向はとくに、わが国の議会制において著しいといわれ、健全でないと批判されることが多かった。わが国の会議の特性は、西洋近代議会制における自由な討論の理念と似つかわしくないということで、軽視、さらに蔑視されて、批判的に扱われてきた。しかし「西洋近代」が問われているとき、議会制について日本的な在り方が考えられてもいいはず。そのためにも、日本的な会議の特徴の再吟味が、あつていいだろう。

## 2 日本のといわれる会議の特徴の確認と検討

根まわしとか、寄り合い、あるいはあれこれ言い出して調整やまとめは「総代」を当てにするといった話し合いの方式は、わが国の議会制の現実が問題になるとき、よく引き合いに出されてきた。それらは、諸意見の調整や異見の説得に関わる日本的な手法として、西洋風議会制採用後も、議会での審議をスムーズに進めるための準備ないし補助的の役割をはたしてきた。

しかしそれらは、舞台裏での作業として有用をみとめられ、議会の議場における討論の技術としてはまともに扱

われなかった。むしろ、近代的議會制にそぐわない會議方法として否定的評価をされていたことは、知られるところ。そしてなによりも、論点をはっきりさせて相互に自己主張し合う西洋近代風の議論のしかたと違い、論点をボカし、あいまいのまま妥協に持ち込む日本人の習性のせいだという批判的な見方が、正論とされたりした。

言挙げしないことを美德としてきた日本的倫理感が、恨めしく議論されることもあった。それだけでない。話しことばとしての日本語は、論理的思考に不向きで、客観的な議論に不似合いであることが、問題にされたりしている。議論するとき、直接関係のない、付随的なものを排除して、いちばん肝腎なことだけに焦点をしぼるといふ、いわばストリップ手法が、西洋の言葉での語り口に特徴的である。<sup>7)</sup>

それと違い、日本語による語り口は、その場のこと、まわりのこと、相手のことなどを視野に入れ、話題にする。そうしたまわりくどさは、西洋風の手法からすれば問題を複雑にし、討論による解決をむずかしくするものだろう。だから、日本語そのものに問題がある、と極論されたりする。このような西洋風討論法との違いの指摘については、なるほど、と思わせられもする。だがだからといって、議論のしかたの日本風をまったく卑下していることもないのではないか。

さきに触れたように、政党国家的議會制になって党派強制といった要因が現われ、議會審議の在り方が、古典的議會制におけるとは違ってきている。議場外での話し合いが、注目され、役立てられてきてもいる。そうした近代議會制における変化とともに、近代議會制を生んだ西洋近代とは、精神風土的事情を異にする非西洋での議會制について、別の在り方が問われましょう。そのとき、非西洋、なかならず日本的な風土に由来する話し合い方式は、示唆的であろう。

とくに西洋近代的に洗練された討論方式は、客観的な議論の徹底にともない、論点に関わりのある人間関係に目

を向けることをきらった。独立の個人同志の討論において、個人の人間性のことは無視された。それに、自己主張し合つて結論を出す討論手法には、人権思想の基調をなす権利主張と同様の思考法が働いていた。すなわち、権力の強調・主張はのぞましいことで、泣き寝入りは無知・無能とする強者の論理と、極端な形としての闘争勝利の思考法が、それである。

これとくらべると、日本の話し合いの基本は、よくいわれる「和」の思想にもとづくものであることが、目立つ。和といえば、すぐに思い及ぶのが、聖徳太子の「十七条憲法」であろう。それが「話し合い主義」を重視していることは、知られていよう。ちなみに、十七条憲法でこのこととくに関わりがあるのは、一条、十条、十七条である。

十七条憲法において話し合い主義は、統治エリートの助言と、それをきっかけにした謙虚な話し合い、その結果としてのみんなの分かり合い（―そのようにして可能になる全員一致）という文脈で説かれている。そこには、アリストテレスが理想としたポリテイアの話し合いの発想に通じるものも、見えてくる。

しかしそうした話し合いが有効に成り立つには、たがいに聞き合う姿勢が必要で、そのため知ったか振りは嫌われる。つまりは、凡夫意識が前提にされる。また独断専行は禁物とされ、衆議が凝らされる。そうなつて、話し合いは道理になつた結論への到達を可能にするだろう。しかも話し合いへの参加の効果として、みんなの理解と協力を得られることが期待できるだろうし、それにともない「和」の活性化が可能になるだろう。

このような話し合い主義は、要するに日本的な「和」の思想の象徴的な現われだといえるだろう。そこに見出されるのは、だから権力⇨悪、人権⇨善……というキリスト教的二元主義思考とはまったく違う発想である。権力も人間も、悪と善の両面を裏表てに持っているというような多神教的思考法が、和の思想にもとづく話し合い主義の

基調にはみとめられる。

こうしてみると、討論における西洋近代的是、二元主義的思考法を基本とするのに対し、日本的な話し合いは多神教的、多元論的思考法に彩られているといつていいか。この対照はそれぞれの特徴的な論証手法に注目して「弁証法的」と「起承転結的」というふうに出ることが出来るでしょう。

西洋風の討論では、すでに触れたように、論点・争点の明確化・抽象化による対決という討論を通しての結論創出が特徴的とされ、その点で問題解決のしかたについて「弁証法的」がかわれる。これに対し、「起承転結的」な話し合いは、論点・争点をめぐる意見表明により、関係者間、さらにその場の雰囲気づくりをして、そのなかでの意見調整を心掛ける。循環的というか輪廻転生的というか、連続、それもその場でのまとまりになるような連続が、特徴的である。いつてみれば「場」の思考法。

討論・話し合いにおける、このような西洋的と日本的は、しかしながいに排斥し合うものではない。これら二つの合意形成手法のそれぞれがふさわしい状況での別別の利用、あるいは事柄別の利用、などなどのようにいろいろと組み合わせるの利用法が考えられてもいいのではないか。問題は、組み合わせ方ということになる。

(1) M・ルター、塩谷暁訳「キリスト者の自由」——世界の名著18『ルター』松田智雄編、昭和四四年、中央公論社、所収——七二頁。知られるように宗教改革者ルターは、ローマ法王庁支配のキリスト教界の腐敗・墮落の現状を指摘・批判して、キリスト教ほんらいの姿の回生、そして時代に合わせたの新生を訴え、論じていた。その一つの象徴的な出来事「九五か条の論題」の掲出で（一五二七年一〇月三十一日——この日一〇月三十一日は、いまでは宗教改革記念日になつている）、宗教界の論争を惹き起こした。ローマ法王は、反キリスト教的と断じて、ルターに対し破門を宣告し、ドイツ神聖ローマ帝国皇帝に対しその執行を求めた。これに対し皇帝は、国会でルターに自説主張の機会を与え、その

代わりに自説宣伝を控えさせようと考え、ルターを国会に喚問した。そのときの帝国国会は、ライン河畔のヴォルムスにあった。喚問に応じてルターは、一五二一年四月に国会に出席し、審問者の質疑に答え、自説をのべつづけた。それが、敬虔なキリスト者としての良心の清新な表明と使命感によるものであることを身をもって示していた。そこが国会の議場であったことは、近代議事とは違っている。議員の行動原理に対する刺戟、さらには反省要求という作用も果たしたのである。宗教改革者としての信念は、キリスト者としての世俗的な行動の心構えにも影響を与えるつもりもあつたのであろう。それから三〇〇年後の一八世紀後半に、近代議會制生成との関わりで全國民代表議員像が説かれたときの素地として、それは働いていたともいえようか。マックス・ウェーバーは「プロテスタンティズムの倫理」を「資本主義の精神」と関連させて論じているが、そうであれば、「近代代表議會制の精神」との関わりも考えられるのではないか。

(2) トマス・アクィナス、山田晶訳『神学大全』——世界の名著続5。「トマス・アクィナス」、昭和五〇年、中央公論社、所収——一五〇頁以下、四二二頁以下。同書の一五三頁の注(13)は、神意の再現ないし代表について、つぎのように摘記している。——「再現 *representare* とは、もとあつたものを「再び」*re-* 現前させる *praesentare* などである。神の結果たる被造物はすべて原型たる神を何らかの仕方で見現しており、そのかぎりにおいて神の模倣である。しかしかなる模倣物も原型の完全な再現ではありえずその一面しか再現しえないから、原型をより完全に再現するためには一つの模倣物だけでは足りず、原型をその有する多くの面において再現する多くの模倣物を必要とすることになる。……」

(3) この本は、一五章から成つていた。はじめの四章は、憲法の意味と重要、そして憲法の成立の経過をのべた第一章につづいて、この憲法の基本原則に触れた。すなわち、第二章民主主義、第三章國際平和主義、第四章主権在民主義、という具合に。そうした説明のあとに、憲法本文の各章の説明がなされて、一五章最高法規に及んでいる。ただし、それらのなかに、憲法に規定されていない、もちろん一つの章にもなっていない事項が、とくに言及されていた。第五章の政党が、それである。

(4) たとえば、小和昭三『日本国憲法の条件』昭和六一年、成文堂、一七五頁以下の「政党和国家的民主制の論理」の章のところに「6. 政党和国家的で議會制的」、「同書」、一八九頁以下。また、小林昭三『比較憲法学・序説』平成一年、成文堂、一二五頁以下の「政党和国家論のための予備的考察」や、それにつづく一四六頁以下の「政党和国家論」で、言及しである。

- (5) たとえば、「ザ・フェデラリスト」(The Federalist) 一〇篇や七一篇など。それらは、アメリカ学会会編『原点アメリカ史・第二巻』一九五一年、岩波書店、所収、三六五頁以下、なかんずく三七〇頁や、三八七頁以下、とくに三八八頁。
- (6) G. Leibholz, *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 1958, Verlag C. F. Müller, S. 93f.
- (7) 井出祥子「客観的な思考を阻む日本語の話しことば——決して無関係でない国際舞台での議論下手」——『夕刊読売新聞』平成九年八月二五日、所収。

### 第三章 「近代憲法論」再検討

#### はじめに―「近代の終焉」と近代憲法

価値としての「近代」が、問われている。「近代の終焉(？)」が、いわれることもある。しかし近代憲法の概念や理念について、そうした問題提起ないし問題認識は、見られない。そんなことを言い出すと、嫌われるか、さもないければ無視される。昭和一〇年代にいわれた「近代の超克」論が戦後、明治憲法体制における末期的症状の反映であったかのように批判されたことが、影響しているのかもしれない。まさに、近代的成文憲法思想信奉の図といっている。

近代的憲法は知られるように、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機構づくりという民主主義的要素とを組み合わせることで説明される。組み合わせ方についてこれら二つの要素の充実と徹底が目指され、立憲化・民主化・近代化が指標にされてきた。そのようにして憲法・立憲主義の近代的は特徴づけられ、それとともに前近代的・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であり、また前提であった。

だが憲法における自由主義的と民主主義的との二つの要素の充実・徹底が度を越して、近代立憲主義理解が一面的になった。そのあげくが、いわゆる近代憲法路線絶対視になり、立憲化・民主化・近代化一辺倒から行き過ぎをもたらしした。

すなわち、立憲化は、成文憲法への期待過剰の結果、憲法の最高法規性が絶対・万能化した。主権の属性が憲法に乗り移ったといったところか。民主化は、主権在民の徹底から国民全能を招来した。いいかえれば、絶対国民主義。近代化は、合理化・機能化・便利優先、そしてとくに経済的合理化からの豊かさを示してみせたが、その反面で精神的空虚をもたらした。さらに人権保障の充実にもなつて、個人中心・権利中心・義務忘却(ないし反対)から利己的人間の一般化、個人のための手段としてだけ有意味の社会(ないし権力)という考え方の滲透となつた。といった具合である。

このような状態は、近代憲法成功のあげくの成れの果て(?)のような感触を与えかねない。あるいは、成功に酔い痴れているということなのか。こんなはずじゃなかった……、近代憲法への思いを託し、近代憲法の成立を期待した人びとは、そういう気持ちになるに違いない。そうであれば、近代憲法とはなんであつたか? が気にもなるというもの。

どうも、近代憲法はその成立、成功に当たっては、近代憲法の視点にそぐわなかったり、近代憲法が躍起になつて否定した社会的・政治的要因に負うところ、結構大きかつたようである。となれば、近代憲法の立場から毛嫌ひされて、反近代的・反革命的として非難攻撃されてきたもの(一一)や、非近代的・非合理的として無視されてきたもの(一二)が、気になつて当然だろう。だからこれらを検討して、それぞれの存在意味を明らかにする試みは、むしろ望ましくなるう。



それにつけても、近代憲法の素晴らしさがいわれ、その普遍的が思い込まれてきたけれど、近代憲法を西洋でのように行なえないところのほうに圧倒的に多い。それにともない、長い間、西洋先進の優越と非西洋のコンプレクスという構図が、えがかれていた。だが一九七〇年代末に、発展途上諸国における欧米風立憲法の無理が明らかになって、発展理論が疑われ出した。それとともに、欧米風先進的諸憲法の「寡占」化、さらに疎外化が示唆された。

冷戦の終結は、近代憲法に対するソ連社会主義憲法の挑戦の失敗だった。しかし近代的知性により社会をつくり、憲法をつくり、という基本的モチーフの点では、両者の間に違いがなかった。だから冷戦の憲法的側面については、西洋近代的思考での内輪もめが指摘できよう。そのせいもあってか、冷戦が終わって西欧立憲主義の勝利のはずが、間もなく倦怠と懸念をただよわせることにもなった。

こうして近代憲法の有用の限界—空間的・時間的のそれ—のことが、取り沙汰された。改めて、近代憲法は西洋近代の、いわば特別の現象なのではないかが、気にされた。そこで、近代立憲主義を可能にし、また必要にした「近代西洋」の事情や条件的特殊が、注目されることになる(一一二)。

以上に、近代憲法とはなんであったか? という問いかけに対する接近法として、三つの視点を示した。そこで、それぞれの視点を展開しながら、近代憲法に関して私なりの問題提起を試みようというのである。

## 一 「支配的な」近代立憲主義理解は一面的

## 1 近代的立憲化熱狂中和のえせ立憲主義

たとえば、フランス革命批判のバーク保守主義、フランスの憲章シヤルトル（とくに、一八一四年）、「ナポレオンの観念」（一八四〇年）、そして外見のないしえせ立憲主義、などなどは、いずれも評判が悪い。もともと、なかにはバーク保守主義のように、かならずしも評判がよくない、といった程度のももあるが。これらは総じて、近代憲法の成立・定着を妨害したり、後らせたりして、反革命的ないし反近代的な憲法的思考であり、憲法であるから、というのである。いいかえれば、近代憲法の思考枠組みにそぐわないというのである。これが、こんにち一般的な（とくに、わが国での）説明になっている。

どうした点でそうなのか？　そこで、まずバークの『フランス革命の省察』（一七九一年）。この本は、当時のヨーロッパの王侯貴族に歓迎されたという。旧体制に執着する人びとの不安に応え、反革命的の心情と動きに対し励ましの書になるような内容だったのである。フランス革命信奉の立場、そして近代的市民社会への通過儀礼としての市民革命神話からすれば、バークの弁は反動の思想ということになるろう。

憲章は正統主義君主制を確認し、神授王権を復活させた。フランス革命で宣言された人権の普遍性を裏切って、「フランス人の公権」つまり、「国民の」権利・義務という風に格下げされた。そうやって、権利の保障は権力の都合に左右され、保障というよりもむしろ権力の規制に服するといったほうがふさわしくなった。人権宣言は形骸化

し、人権の保障は空虚になった。そんな風の説明が、こんにち一般に流布している。

正統主義君主制のこの憲章は、ドイツ初期立憲主義の諸憲法のモデルにされた。そして外見的立憲主義とかえせ立憲主義として批判的に扱われる憲法群を形づくった。それらは立憲的・近代的の彩りを示しても、そうした彩りはお飾りの域を出ない。それどころか、立憲主義を骨抜きにして、そう、手込めにして逆用している。だからその本質はどうみても反立憲的であるというのだ。

『ナポレオンの観念』は、二月革命後のフランス第二共和制の大統領に公選され、第二帝制の皇帝になったルイ・ナポレオン・ボナパルトの書である。ヒトラーの『わが闘争』を思い出させるような本とみなされ、<sup>(1)</sup>まともな扱いを受けて来なかつたといわれる。マルクスが『茶番だつた』と決めつけたブリュメール一八日の再現により帝制を復活させた当事者だつたことの影響もあつただろう。

これらの議論、そして評価は、もっぱら近代立憲主義の理論を頼り、その論理的帰結といえるものだつた。と同時にそこには、近代立憲主義化に逆行的とされるものに対する敵意と、したがって闘争的なモメントが見てとれた。しかし近代的憲法理念の成立・定着という点から見れば、反革命的・反近代的とされたこのような動きがそれなりの役割をはたしたことは、否定できない。

それは反面教師としてだけでなく、近代立憲主義を根づかせる試みとして、また近代立憲主義を生かす、いわば『役者』として重要な役割を果たした。こういう側面を評価しないで、立憲化・近代化・民主化の路線の推進・強調を論じているだけというのは、党派的といつてよく、一面的である。その結果、偏つた理解をつくり出し、誤解をまねかかねない。

## 2 神権君主による人権神授代行という考え方

一般に、正統主義君主制の憲章は、人権の普遍性を否定し人権の価値を軽視したという見方をされてきている。しかし、そうとばかりはいえないのではないか。逆に、「国民の」権利とされて人権が身近になった、ということもあつたのではないか。人権宣言はなやかにいわれながら、それに見合う現実はかならずしも認められなかつた、ともいえたフランス革命期の騒がしきを見ればよい。人権宣言は、旧体制打破のための運動の原理になり、運動の標語として有効だったけれど、それにとどまつたからである。

そうしたところで、「国民の」権利が神の恩寵による君主から保障されたのである。こうした君主の行為は、人権神授の儀式を神に代わつて君主が行なつたものといつていいか。君主には、そのつもりがあつたらうし、そうすることが神意に適い、神に対する敬虔な態度であり、そしてなによりも人権を——それは神から与えられるものだから、ということ——大事に扱う姿勢である、という気持があつただらう。

もともと、人権は神の前の人を予定して、いわば神授されたものである。アメリカ独立宣言は、この趣旨を明示している。いわく——「われわれは、自明の真理として、すべての人は平等につくられ、造物主によって一定不可譲のかつ生命・自由および幸福追求が中心の天賦の権利を付与されると信ずる。……」いまでは、普遍的とされて、疑われていないけれど、ここに見られるのはキリスト教の発想である。

知られるようにバイブルでは、人は神の作品であり、だから神の前で平等の扱いを受ける。このことは、キリスト教徒にとつては「自明の真理」だったのである。そのような神の前にいる人に対し人をつくつた神、つまり造物主は、生まれつき身につけているものとして人権を保障したのである。思いのままに振る舞つていい自由が、

「天賦の人権」の原型であり、自由に振る舞ってなんの不都合も起きなかったエデンの園が、自然状態・自然法世界の原型だったのだろう。

すなわち、人権神授説というわけである。神は王権のばあいだけでなく、人権のばあいにも関わっているのである。だから、人権濫用は神からのせつかくの贈り物を粗末に扱う不信心の現われだったし、そうした状態を見直すことは神の恩寵による君主にとっては神への責任不履行であった。いずれも、神に対する冒瀆になる。そこで、こうした状態の修復、なかんずく人権の担い手にふさわしい心構えの回復が必要になる。

つまりは、人権神授の初心にかえることである。そうさせられるのは、神であり、また神からの権限付与者ある。神の恩寵による君主は、それをするにふさわしいと自認して、不思議でない。だから王権を神授されて、世俗化された神の力を行使して君主は、人権を保障する。そのとき神の世界の出来事は国王の世界の出来事になり、それともない人権は「国民の」権利になる。

フランス正統主義君主制の憲章の「フランス人の公権」は、このような文脈で語ることも出来る。となればそこに、国王なりの人権尊重の姿勢を見てとることも、不自然でない。それに、憲章における人権規定は、それまでの掛け声ばかりが大きかった観念的人権主張を現実的な権利として実質化する効果をもたらした。だから、憲章、さらに外見的立憲主義諸憲法の人権規定に対して人権理念の展開を停滞逆行させたといった説明は一面的だ、というのである。

### 3 ヌポレオンの観念 見直しの動きも

同じようなことが、ルイ・ナポレオンの『ナポレオンの観念』に向けられてきた一般的な見方についてもいえる。

学問的に無内容・無価値で、そしてなによりも非良心的なまやかし物という手きびしい批判が、この本に加えられてきた。しかしこの本には、耳を傾けていい適切な指摘が、少なくない。たとえば、一般的利益と部分的利益との区別と対照の議論がそうで、示唆的である。

これら二種類の利益は『ナポレオンの観念』によれば、「まったく異質で、敵対的關係になることがたびたびで、……どのような国家にも存在する」ものである。どういう点で異質かといえば、一方（つまり、一般的利益）は歴史的に引き継がれ、生成されてきた点の特徴とするのに対し、他方（つまり、部分的・特殊的利益）は、時代の変化、状況の相違に合わせて表明される点の特徴とする。ちなみに、それぞれの利益を体现するのは、一方は貴族階級、他方は民衆の代表者だといっているのである。<sup>2)</sup>

これら二種類の利益からは、貴族院と衆議院の存在論拠が思い合わされる。その意味では、二院制議会の理由づけが可能である。しかし貴族階級のない大衆デモクラシーの議会制、それも多党分立の議会制になると、議会では統合民意の形成が難しくなりがちである。その結果、議会は民意諸側面を反映する場として主要な役割を果たし、民意統合、つまり一般的利益を表現する場が別のところに期待されるようになる。そのとき、公選大統領が視野に入る。

こうして一般的利益と部分的・特殊的利益との区別・対照は、公選大統領と議会との関係として制度化される。ワイマール・ドイツで、またフランス第五共和制で、このような国民利益や国民意思の二種が話題にされた。『ナポレオンの観念』見直しが、いわれるようになった。<sup>3)</sup>とくにフランスでは、代表議会制への強い執着を持ちつづけた第三・第四共和制の政治的体質が国政の破綻の元凶とされたことが、影響していただろう。

このようにヨーロッパの場合、反革命的・反近代的とされてきたものは、革命の理念実現や近代化の過程に棹さ

しているように見えて、しかしそうとばかり言えないことが明らかだろう。少なくともヨーロッパの国々にの先進化を阻むことはなかったし、むしろ、だから先進化しえたという逆説めいたことも可能でさえあった。

そうだとすると、反革命的・反近代的なものを際立たせて、それを批判し、近代化を吹聴するのは、ヨーロッパ近代を殊更に印象づけたためだったのではなかったのか、という気にもさせられる。近代的の視点から批判しながら、反近代的なものを利用していたようなところも、そこには見える。

#### 4 立憲化と反立憲化との対抗が活力の西洋諸国

だいたい、近代化・民主化に比重を置き、とかくそれ一辺倒になりがちの一方の路線と、これに対し近代化批判、さらには反近代的の他方の動きとの対抗・相互牽制が、西洋近代を彩ってきている。そしてそれぞれの立場を強調して主導権を争い、二元主義的の対照図式が、これら両者の関係の特徴づけている。

一方は、近代化・民主化という、どちらかといえば一般的さらに普遍的な価値の様子を示して、国家権力の暗さを忘れさせる効果をとまなう。こうした価値は近代国家であるための共通の要請になり、その意味では国籍不問のように見える。こうして近代化・民主化は、先進西洋を印象づける宣伝文句になり、西洋近代の表で看板である。

これに対し、他方つまり近代化批判や反近代化の動きは、西洋諸国が国家として存在しつづけるという現実的要請に焦点を合わせ、国籍に執着の様子を示す。ここでは生きるための技術が第一のモチーフになり、さきの表で看板を支える裏方的の役割が見てとれる。すなわち、西洋近代の理念を支える現実の力と違っていい。

したがってこれら二つの方向は、たがいを嫌って批判し合っていないながら、しかし「西洋」（さらには、近代西洋）の

持味、また優位の存続・強化のことは、共通了解事項にされていたといっている。違いは、どのような近代西洋をつくるかについての違いといっている。

このような共通了解事項があることは、たとえば近代化批判の動きを見ればよい。普遍的価値とされる近代化、そしてやがてその一つの現われとなる民主主義化について、その国内における不徹底・不十分、つまり嘘を指摘して、嘘でなくする対応を求めるといった近代化批判が、そうである。

それは、近代化・民主化が一部の、つまり有産者階級にとってのもので、そこに限定されていることを指摘し、攻撃する労働者の運動となって現実化した。この動きは、近代化の普遍性論を逆手にとって、国家を超えた国際的連帯を誘因にする（たとえばコミンテルンのような）運動を目指した。

だが嘘でなくする対応は先進ヨーロッパでは周知のように、各国ぐにの国内政治の問題として取り挙げられ、処理された。社会的弱者の確認と「救済」が、そのときの指標になった。選挙権の拡大、また社会権の試みなど、各国ぐにの憲法政治事情に応じた近代化路線推進が、特徴的だった。

このような当面の近代化の不十分に焦点を合わせた近代化批判とちがつて、逆に近代化の行き過ぎないし偏りを指摘し問題にする近代化批判がある。進められている近代化・民主化の過程が安易・拙速に墮して、社会的混迷、さらに無秩序をもたらしている状況が、批判的にされる。大衆社会状況にともないがちの危機的症狀の指摘といっている。

このような近代化批判はしたがって、近代化の現状に対する嘘の指摘というよりも、間違いの指摘といったほうがいだろう。そして間違い対策として、行き過ぎの是正、つまり適正化が求められる。だがこれに対しては、近代化・民主化に規制を加えるものとして、とかく逆コース的という反論がなされる。



さらにまた、近代化・民主化の適正基準は一部の保守的な統治エリートによってつくられ、強制されることになっているからということで、逆コースがいわれるのだろう。つまりは、反近代的な動きとされるわけである。さきへのべた外見的立憲主義が、視野に入ってくる。だがこの反近代的の動きは、近代化の地固めに役立った。すでにのべたところである。

以上に明らかのように、近代化路線と反近代化の動きという二元主義的な対立・抗争の関係は、近代的なもの洗練と充実、そして西洋近代化の基礎固めに役立った。そしてそこでは、なによりも対決・抗争の過程から論点の明確化、そして解決策の創出による調整・調和が可能になるという考え方——それこそが、西洋近代を特徴づける思考法——が、実践されていた。その結果が、「西洋近代」の支配の確立だった。

近代立憲主義、近代憲法は、こうした文脈で語られる。それは、立憲的と反立憲的という西洋（諸国）で練り広げられた対立・抗争によって形成された。そして西洋の国々には、立憲主義的に先進化した。それはちょうど「西洋が世界」であった時代の出来事であり、だから近代憲法は西洋先進の証明になり、立憲主義化は必然的ということになった。

こうしてみると、反近代的・反立憲的・反民主的なものを、近代化・立憲化・民主化の妨害要因ということで考慮外に置いて、西洋近代立憲主義の近代的な面にだけ注目する、そのような「西洋近代」接近法は、立憲主義のコマーシャル・メッセージだけを見ているようなもの。それは明らかに、表面的、一面的な理解にとどまろう。そんな風では、西洋近代立憲主義の強みの淵源、その秘密も明かしえない。

## 二 近代憲法における「西洋」的特徴への留意

## 1 「西洋が世界」だったときに先進西洋近代が成立

さきに触れたように、近代立憲主義の成立、整備、伝播、そして一般化、さらに常識化は、「西洋が世界」であったことと深く関わっていた。「西洋が世界」を示す具体的指標の一つは、近代化を目指す国や地域が洋風・洋装・洋才というように西洋をモデルとし、模倣したことに表わされている。そしてそれを補うように、近代西洋先進諸国が地球上のほとんどの地域を領土として支配していた、つまり植民地にしていた、という事実\*があった。

\* 西洋先進諸国による植民地支配という史実は、知られるように国家としての財力・軍事力の優越により可能になった支配であった。まさに、明治日本のキャッチフレーズだった「富国強兵」の手法が、「西洋は世界」をつくり出したなにより要因であった。そして「衣食足りて知る礼節」が、西洋近代文明として開花し、非西洋世界でのあこがれる的になり、西洋化・洋風化が目指されたのである。こうして、西洋近代文明の普遍的がいわれることにもなった。啓蒙的近代知性の、それは作用でもあった。だが、この知性は、この普遍性の裏を暴き出すようなこともしたりした。そのとき、普遍性を可能にした西洋先進諸国の現実的な力が注目され、カッコいい理念的一般を生み出し、支えた生活力に擬せられるようにもなった。すなわち、西洋近代という条件的特殊が、肯定的に、あるいは否定的に論じられたりした。

しかも植民地は、本国（政府）の思いのまま、あるいは気分のままに扱われた。そして（本国である）西洋諸国の近代化・先進化の役に立てられた。その結果、本国における民主化・立憲化が進展した。しかしこのような配慮は、植民地にはみとめられなかった。西洋先進の国ぐにと、非西洋の植民地とは、別世界だった。このようにして先進化し、近代化した西洋諸国が圧倒的に優勢な国際社会が形成されて、「西洋が世界」であることが証明された。

こうしてみると、近代化・近代立憲主義・近代憲法は、ほんらい西洋先進の国ぐにとつてのものであり、西洋という精神風土を基調にしていることが、明らかだろう。そして西洋（諸国）の世界支配とともに、そうした西洋近代立憲主義が普遍性を持つにいたった。このように、ひとくちに西洋近代というけれど、普遍的のように語られた近代（という価値）、したがって近代立憲主義は、西洋という特殊な条件のところに成立し、この条件に支えられ、しかも近代的でない部分のほうがずっと多い時期に整えられた。

このようなところで、近代憲法を条件づけた西洋特殊事情のことは、やがて気にされなくなった。気にされることがあっても、同様の事情のないことを嘆いたり、あきらめたり、といった風が見え出した。ところが、第二次大戦後、旧植民地が独立して、非西洋の国ぐにのほうに国際社会での多数派になった。西洋先進諸国は、世界地図の一部分に押しこめられた感じになった。

だが、非西洋諸国の圧倒的多数は途上国で、西洋風近代化達成には障害が多かった。憲法について非西洋的受容の、さらに非西洋的立憲主義の可能性が、取り沙汰されている。他方、西洋先進国に、近代以後の在り方模索との関連で、かねて近代的なものの回顧・検討が試みられてきた。こうして非西洋においてと、立憲主義の「本場」西洋においてと異なった問題関心から、西洋特殊事情が改めて注目された。

## 2 西歐立憲主義はキリスト教文化の一部

特殊西洋事情がいわれてまず気になるのは、近代憲法におけるキリスト教的・一神教の思考法の影響である。西洋の人びとにとつては自明のことで暗黙の了解事項だったことが、西洋近代憲法路線再吟味とともに取り挙げられた。また非西洋の人びとによつて憲法の裏（あるいは、内奥）にある秘密を見るような目で、それは気にされた。

近代憲法におけるキリスト教的痕跡、とくにキリスト教的思考法の影響のことは、人権神授への言及で、すでに触れた。人権の担い手にふさわしい人は神の前における人で、自然法の世界、自然状態はこのような人が神の意のままに動いてしかしそれを意識しないでいる状態、いつてみればエデンの園の世俗版である。ただし、天賦の人権を保障されているのは、エデンの園にいて禁断の木の実を食べていないアダム（とイヴ）のような人である。

このような人は禁断の木の実を食べて、それこそ人が違つてしまう。罪深い人になり、たとえば権力のとりこになつた人が重ね合わされる。こうした人に対する不安が、アクトン卿に「権力は腐敗する」を言わせたという。C・J・フリードリッヒ (Friedrich) は権力制限におけるキリスト教的思考法の影響を論じる文脈で、アクトン卿のこの言葉を引き合いに出している。そしていう、——「このような発言をする」アクトン卿には、新約聖書におけるイエスの思想類型が認められる」と。

もつとも、カール・フリードリッヒは、権力制限の場合に限定しないで、より一般的、より本質的に「西歐立憲主義はキリスト教文化の一部」だという理解を示している。<sup>5)</sup> そういえば、「代表 (Representation)」のもともとの意味はさきにも触れたように、キリスト教神学における神意体现ということだったのである。神意体现、一般的に「より高次のもの」ないし「より本質的なもの」の表出・具現が、「代表」の本来であつた。

この点に注目してG・ライプホルツ (Leibholz) は、のべた、——「代表という言葉はとくに尊厳と高位を表わすような感觸をともなっていること、そして代理ではなく、代表が語られるのは、現在しないものの価値を強調しようとする意思が現実化されなければならなくなる、といったそのようなばあいであること」と<sup>(6)</sup>。和仁陽教授がRepresentation (代表) に「再現前」という訳語を当てたのは、このことに注目したからで、なるほどという気持ちになる。<sup>(7)</sup>

このような代表は議会代表制との関わりでいえば、選挙によらない代表である。その典型が、神の恩寵による君主だった。君主は、国家・国民の統合を神に代わって体現、つまり代表した。たとえばイギリスの場合、議会も一八世紀はじめの頃までは、このような君主の国民代表に対して請願し、または国内各地域の情報を提供するという役割を果たすだけだった。

これに異議を唱えて、全国民代表の議員づくりに選挙を役立てようと選挙観の変更を主張し、議会の地位向上を企てた先導的人物が、知られるようにエドモンド・バークだった。その目論見は効を奏して、議會議員は君主と並んで(あるいは、君主を見ならって)国民代表になった。ただし、代表の本質が選挙によらない代表によって示されていたことは、おろそかにされなかった。

もともと、選挙はその道の専門的技術の持ち主を見つけ出して、特別の能力を持たないアマチュア一般に代わり、責任を持ってその能力を発揮させる、という仕組みを予定している。そうした仕組みが、神意体現のキリスト教的代表観と結びつけられて、近代的代表議会制が整えられた。その場合、選挙が終わり選挙結果が確定すると、当選者が選挙民の主人になる、という選挙の魔術が決定的意味を持って、近代議会制を可能にしたのである。

キリスト教的思考法の痕跡は、議会代表制にみとめられるだけでない。裁判官像にも見出される。裁判官の独立

の要件として、モンテスキューがのべた「法の言葉をのべる口」という説明が、よく引用される。このような裁判官像について、神の言葉の説明者、つまり聖書の解釈者である牧師・神父の姿を重ね合わせて、G・ラートブルフ(Radbruch)は、類推・説明している。自己を無にして、神の言葉を伝達する牧師・神父のように、憲法や法律を解釈し、判決するのが、裁判官の役割だ、というのである。<sup>8)</sup>

そしてそうしたことを可能にしているのが、「法の完全性」ドグマである。それについて近代成文憲法の重視と理論的洗練との関わりがいわれるが、そこには、聖書は聖典で、神の教えは絶対・完全であるというキリスト教的思考法<sup>9)</sup>のつよい影響がある。ラートブルフは、このことに言及している。つまりは、「憲法体系の完全、そして自己完結」の理念は、「聖書の完全性」の世俗版というわけである。<sup>9)</sup>

カール・シュミット(Carl Schmitt)が『政治神学』のなかで「国家学と神学」についてのべた次ぎの言葉が思い合わされる。すなわち、「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。それはたとえば、全能の神が全能の立法者になったように、国家学上の諸概念が神学より転用されたものであるという歴史的沿革によるばかりでなく、その体系的構造においてそうである。<sup>10)</sup>」

### 3 西洋文化圏特有の思考法による近代成文憲法

特殊西洋事情について、キリスト教的・一神教の思考法に視点を合わせてのべてきた。だがこの思考法は実は、キリスト教神学も頼った西洋文化圏に特有の思考法だ、という説明がなされてもいる。代表のほんらいの意味を神意体現、つまりより高次のもの・より本質的なものの表出・再現に見出すキリスト教的思考法は、キリスト教以前の西洋文化圏に出来上がったというのである。

このことを木田元教授が論じている。すなわち、「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、神は自然をはじめこの世の生き物すべてを創出する超自然的存在になった。

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。「自然はその理性によって明確に認識される範囲内での存在意義を認められることになる。」こう論じて木田元教授はいう、「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つたであろう」と。

そうであれば、西洋近代憲法についても、西洋文化圏に特有の思考法の影響が濃いだらうことは、考えられていい。憲法をつくつたのは、超憲法的原理である理性の力、つまり国民の主権的権力、また神の権力、つまり神授王権という点に、まずそのことは考えられる。また、神の子である人、つまり原子的個人を想定した上での人権とそれを保障するための社会契約、そして人権と権力との対抗・緊張関係に典型的な二元主義など、まさに西洋文化圏的である。

こうしてみると、近代憲法におけるキリスト教的思考法の痕跡や西洋文化圏の特異の影響を問題にするだけでは、気がすまなくなろう。キリスト教をふくめ西洋に特徴的なものをもたらした条件あるいは原因が気になりもしよう。すなわち、近代憲法の思想の前提を明らかにする意味で、西洋の風土・精神的土壌のことが視野に入ってくる。

風土といえば、和辻哲郎の『風土』が思い浮かぶが、それをもふくめ、生態学的研究の成果が、われわれの前にはある。それらのなかでよく見られるものに、「砂漠・西洋型思考と森林・東洋型思考」という対照の試みがある。

鈴木秀夫『森林の思考・砂漠の思考』（一九七八年）や只木良也『森と人間の文化史』（一九八八年）などに、そうした試みが見られる。

西洋並みを目指して西洋との違いをなくそうとばかりしてきた方向ではなく、西洋と違う日本の持味を確認し、他方でわが国における西洋化の限界の認識とそれを通して西洋の精神的土壤の特異を明らかにしようとしたのが、この対照図式のきっかけであった。そしてこうした試みは結局には、「気候や植生などといった生態的な条件がそこに住む人の生活の仕方や生業を規制するものである」という認識を基調にする。

こうした認識にもとづいて高谷好一教授は、「世界には砂漠の思想、森の思想、都市の思想が三つ巴になっている」という考えを示した。そしてそれぞれが、ユダヤの思想、ヨーロッパの思想、日本の思想を特徴づけるために使われた。これらのうち、砂漠の思想と都市の思想は類縁的で、森の思想と対照されている。

砂漠の思想は、見通しのきく空間と、しかし隠れるところのない厳しい自然とに接して、つよい意思の力と右か左かという明確な判断力がなければ生きて行けない砂漠での生き方をモチーフにする。そこに、明確な自己主張と自己防衛の姿勢が生まれ、また二元主義的思考法が成立する。

このような砂漠での生き方は、きびしくても、砂漠のようでない自然に接するとき、人間が手を加えて作りかえることにより自然を認知する風を生み、人間の自然支配、自然征服という発想に整えられる。そこでは、人間の力、それも理性の力を頼る近代的合理主義が、二元論的で多分に闘争的の色調を帯びて、徹底的に押しすすめられる。そのようにして、生活の拠点であり、身を守る防塞（城壁）に囲まれた人工の生活空間である都市が用意される。

すなわち、砂漠の思想はヨーロッパに移って、戦う姿勢が拡散して自然づくり変えという人間（理性）本位、人間優位、はては怖いもの知らずの人間を基調にする都市の思想に姿を変えた。だいたいこのような趣旨を、高谷好一



教授は、近代合理主義や特殊資本主義的思考様式に触れながら論じていた。<sup>13</sup>近代合理主義、資本主義的思考様式とくれば、近代憲法の理念や近代立憲主義の概念、さらに人権の思想も、都市の思想との関わりで論じられるはずである。

となると、砂漠・都市の思想と違う自然観・人間観が成り立つ森林の思想のところでは、西洋近代由来の人権、近代憲法、近代立憲主義は、そのままの形で妥当するとはかぎらない、という理屈になるだろう。

### 三 近代憲法の非西洋的受容という接近

#### 1 日本の精神風土における近代憲法の可能性

いままでわが国では、欧米先進国におけるような憲法運用がなされないと、憲法理解の不十分がいわれ、また歪みが指摘され、批判されてきた。しかし近代憲法が西洋の精神風土の所産である以上、風土的条件が西洋とちがうわが国では、西欧並みの近代化を目指すにしても、わが国なりの近代化があつていいはずである。つまり、近代憲法の歪曲をいつているだけでなく、非西洋的受容として見直し、近代憲法の別の可能性を認知することである。

そこで、非西洋的、なかんずくアジア・日本的をイメージするため、砂漠・都市の思想と対照される森林の思想の特徴とされているものを要約しておこう。森林の思想は、いうまでもなく森と一緒に生活する人びとの間に出来上がった物の考え方である。そうした人びとは、深い森のなかにいるとき、暗い森に対して恐怖ないし畏怖の気持を持つ。だがその反面、森の周縁では自然の恵みを満喫し、他の生物・植物と分けへだてのない気持を持ち、自然

とともに生きていくことを実感する。

高谷好一教授は、森に対して人びとがいただくこのような感覚二種をのべて、森に宿るカミガミのこと（つまり、多神教的思考）と、（人間を自然界の生き物から区別し優越させる二元論とちがう）一元論的思考を特徴づけて、森林の思想を説明した。<sup>(14)</sup>

この一元論的思考については、梅原猛もかねて注目し、こんなふうのことを言っている。すなわち、——「森の住民の一人である人間は、自分たちの周辺にいる動物や植物をけつして自分と異なったものとは思っていないのです。動物も植物も、あるいは山や川ですら、人間と同じ霊をもっているものと考えています」<sup>(15)</sup>。そこに見出されるのは、「生きとし生けるものの同一性の認識」<sup>(16)</sup>であり、仏教の、それこそ日本的受容による山川草木悉皆成仏の信仰であった。

このような見方は、人間を自然のなかに位置づけるもので、いってみれば「状況における人」という整理を可能にしよう。そうした整理として、浜口恵俊教授の個人主義論<sup>かんじん</sup>がある。人間を「じんかん」と読んで、人と人との相互関係のなかに人間存在の基礎的条件を見る。<sup>(17)</sup> はじめに原子的個人ありき、ではない。

だから、いちばん根元的な単位としての個人に還元して、そうした個別体から出発する思考法は、拒否される。それとちがって、「置かれた状況（他者を含む）との具体的・個別的な関連性」を条件として成り立つ主体的存在、いしかえれば「関係体 (relatum)」<sup>(18)</sup>としての人が、基本的視座にすえられる。「方法論的關係体主義」がいわれ、浜口教授はこれによって日本の思考法の特徴の明確化を試みた。

この方法論により示される日本の物考え方の第一が、そこ（状況ないし場）における人であり、人びとのなかの（あるいは、人びとと共にいる）人である。当然に、共存（したがって、多神教のモメント）、そして協調・協和（つ

まり、和の原理)が、基調になる。

このような人間存在、人間関係を基本とする思考法(森林の思想、間人主義的思考法)は、都市の思想(や、それに馴染んだ目)からすれば、齒がゆいだろう。自己主張のない人間、自己決定できない不甲斐ない人間、結局は人間の無知、また人権意識欠如を指摘し、批判するだろう。人間的・社会的の無気力・惰性化、総じて活力不足を言って、軽蔑するだろう。

だが、森林の思想から見れば、都市の思想は荒あらしく、喧嘩早くて、いつもいらいらしているように見え、ときに危機的狀況が連想されるかもしれない。近代化には、こうした傾向が象徴的に現われている。そして競争本位、闘争意識をバネにする西洋近代的なものの強調し過ぎが、近代化現象に収拾困難なほころびを作り出してしまっている。

こうなつては、近代化がつくり出した問題をよりいつそうの近代化(たとえば、真の近代化)によって解決しようといった「近代的知性」信仰は、無条件には妥当しない。そのことは、近代憲法についてもいえる。無条件な成文憲法規範性信仰には、無理が生じている。すなわち、近代憲法の限界が考えられていいし、それにともない「通説・近代憲法理論」に対する問題提起がいわれることになる。

近代憲法における西洋的特徴を発見・確認し、わが国なりの近代立憲主義脚色の可能性、近代憲法による日本的特徴の生かし方の理論が、模索されていい。いつてみれば、「和魂洋才」手法の再確認であり、洋才一辺倒の浅薄・不毛の確認がそのきつかけになる。

このような議論は、非法学的として、憲法学研究の邪道と批判されるかもしれない。だが、憲法の論理の内側の考察だけにとどまりえないほどの大きな変わり目に、近代憲法は直面しているのである。それは近代憲法を成り立

たせてきた憲法（学）外的条件への考慮を不可避にもしている。

〔ついで一言〕

ここまで論じてきて、われわれが近代憲法を論じるとき、暗黙の前提のようなものがあることが気になった。いわゆる近代憲法とは、成文憲法、それも大陸西洋近代的成文憲法というのが、無意識のうちに共通の了解事項になっているようだからである。英国憲法は不文憲法ということで、大陸西洋近代憲法のための素材提供にとどまり、大陸西洋近代の啓蒙的知性により整理・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。このことについては、批判的な議論もふくめ、後述する。

- (1) J・P・メイヤー（五十嵐豊作訳）『フランスの政治思想』、一九五六年、岩波書店、一〇五頁。
- (2) J・P・メイヤー『前掲書』（邦訳）、一〇六頁に引用されているものによる。
- (3) 北川忠明「ゴリリズムの国家像」および中谷猛「ボナパルティズムの国家像」などで言及されている。両論文は、田中浩編『現代世界と国民国家の将来』、一九九〇年、四〇七―三九頁に所収。
- (4) C・J・フリードリッヒ（清水望・渡辺重範共訳）『比較立憲主義』、二六頁。
- (5) フリードリッヒ『前掲同書』、二二頁。
- (6) 小林昭三部分訳「ライプホルツ代表論」から、『比較法学』、一四卷二号、早稲田大学比較法研究所、八五頁。
- (7) 和仁陽『教会・公法学・国家―初期カール・シュミットの公法学』、東大出版会、一七一頁。
- (8) ライトブルフ（田沢五郎訳）『法の創造としての法学』、ライトブルフ著作集5『法における人間』所収、三三三頁。
- (9) ライトブルフ『前掲邦訳論文』、四五頁以下。なお、小林昭三『政治制度の思想』、昭和四三年、二三―五頁参照。
- (10) カール・シュミット（長尾龍一訳）『政治神学』一九二三年、カール・シュミット『危機の政治理論』、昭和四八年、ダイヤモンド社、所収、二六頁。
- (11) 木田元「哲学」とは何であったのか、『中央公論』一九九八年二月号所収、一三三頁。また木田教授は、別の論稿で、「超自然的原理」を思いつくきかけになったプラトンの思想遍歴に決定的な意味を持ったであろう体験として、

ギリシヤ古代史の第一人者であるブルクハルトの研究を念頭に論じている。プラトンは、ソクラテスの刑死後と世界漫遊の旅に出て、エジプトやアフリカの北岸のアテナイの植民都市に行き、ユダヤ教に接した事歴に木田教授は注目し、つぎのようにのべている。すなわち、——「アフリカの北海岸はユダヤ人の居住区であり、モーゼのエクソダス（出エジプト）の地もそのあたりでした。自然を超越した原理であるアイデア、特にもろもろのアイデアのアイデアである△善のアイデア△といった考え方や、世界は△つくられたもの△だという考え方は、ユダヤ人の信仰である一神教との接触によつて生まれた可能性もないではないと思います。……ユダヤ人の信仰する唯一神・その神によつて創造された世界という発想は、大きなヒントになったはずで。……」（木田元「反哲学入門・第五回」、新潮社の広報誌『波』、二〇〇六年一〇月号所収、六六頁。）ちなみに、木田元「反哲学入門」は、雑誌『波』二〇〇六年六月号から連載が始まった。

- (12) 高谷好一『新世界秩序を求めて——二十一世紀への生態史観』、一九九三年、中公新書、一六六頁。
- (13) 高谷『前掲書』、一九八頁以下。
- (14) 高谷『前掲書』、二〇〇頁以下。
- (15) 梅原猛『森の思想』が人類を救う』、一九九一年、小学館、一九二頁。
- (16) 梅原『前掲書』、二〇四頁。
- (17) 浜口恵俊『日本研究原論』、一九九八年、有斐閣、五六頁。
- (18) 浜口『前掲書』、五五頁以下。

## 第四章 近代憲法の思想における西洋事情

### 一 ソクラテス信仰を疑う

#### 1 無知の知、悪法も法、をいうソクラテス

ソクラテスといえは「無知の知」をいい、また悪法も法として受け入れて法による裁判の下で刑死したという逸話が、すぐに思い合わされる。しかもそうした逸話は、真摯な真理追求姿勢の現われ、したがって知的良心の持ち主の証拠として、また国法遵守という国民の義務を果たす立派な人間の姿として、聖人ソクラテスを印象づけてきた。己惚れを戒め、研究者・人間としての謙虚を教えるものとして、また法の抜け穴をさがして見苦しい弁明などしない生きざまの素晴らしさの見本として、私など戦中派さらに戦前派にとってソクラテスは、まさに「修身」の教材にふさわしかった。

たとえば、穂積陳重著『法窓夜話』におけるソクラテス礼賛がそれ。その本の第六話「ソクラテス、最後の教訓」は、「大聖ソクラテス」と絶賛し、そういわれる理由としてつぎのような「甚だ顕著なる事実」をのべている。<sup>1)</sup> いわ

「今を去ること凡そ二千三百有余年の昔、……当時世界の文化の中心と称せられておったギリシャのアテネの市中、群衆雑踏の各処に現れて、その独特会話法に依って自負心の強い市民を教訓指導し、就中よく青年輩の指導教訓に力を致したことは、甚だ顕著なる事実である」と。

しかもソクラテスのこのような教訓指導は、「ただ人々と共に真善の何ものなるかを知らうと」するためのものであって、妙な下心があつてのことではないといった趣旨の解釈を、『法窓夜話』は示すにとどまっていた。そしてこのようなソクラテスの姿勢が「大多数の俗衆」にわからなかつたこと、それどころか「国教を転覆し、……青年の思想を惑乱する者」として訴えられ、裁判の結果死刑を宣告されたことに言及した。

弟子たちは驚いて、獄中のソクラテスに対し裁判の不当を説き、脱獄亡命を勧めた。ところがソクラテスは、弟子に向かつて「正義の重んずべきこと、法律の破るべからざることを語り、よりてもつて脱獄の非を教え諭し」たのであつた。そこに、穂積は「大聖の清説」を見た。

たしかに、このような紹介説明のかぎりでは、ソクラテスの素晴らしさに共感し、そうした処世の大切に ついて異議を言い出すつもりはない。むしろ、そうでありたいと思い、心掛けている。しかし、「無知の知」を議論に勝つための手段としてやたらと言いふらし、まるでCMまがいに使つたようにも見えることがあるソクラテスの様子が、かなり前から気になつていた。もつとも、ソクラテスがそうしたのは、やむにやまれぬ気持ちからだった。そうで、わからないでもないが。

知られるように、古代ギリシャのアテネでは、対話・問答といった議論・弁論の手法による知的探求と啓蒙が歡

迎され、注目されていた。だが、こうした手法は惰性化して、そのあげく、口先の話術巧みに詭弁を弄して相手をやり込めるソフィストが現われ、喝采された。そうやって、知的探求ほんらいの在り方がおろそかにされて、世の中は軽薄化し末期的の様相を呈した。そのような状況に危機感を持ち、ソフィストに挑戦したのが、ソクラテスだった。その様子を、木田元『反哲学史』は、つぎのように書いた。すなわち、――

「ソクラテスは、ポリスの市民がそうした詭弁を弄してまで自己の個人的権利を主張し、民主政治が過度に発達して衆愚政治と化すことよって、ポリスは精神的共同体としての統一性を失うと考えたのでしよう。そこで、いわば民主政治の思想的指導者（イデオログ）ともいうべきソフィストたちに敢然と挑戦することを、おのれの義務と考えました。」<sup>3</sup>

ここには、ソクラテスの警世家・救国者の意気込みと誠実が感じられる。

しかしソクラテスの挑戦には、手当たり次第といった風が見てとれもする。ソフィストの物知り振りの浅薄を暴露するために、むやみと議論をしかけて――それも、御高説拝聴といった言い方で接近して――やり込めて、ソフィストの鼻をあかし、権威や人気を失墜させた。そして相手から、それならお前さんはどうなのだと問いかけられても、知ったか振りをしないことが大事といわんばかりに、じぶんは無知であることを知っているだけだと答えていたというわけ。これが、ソクラテスの「独特会話法」と穂積がいう「独特」の主要面の一つである。

## 2 対話・問答方式逆用の動機探索

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



なにかに對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對し倦きもしないで議論をしかけつづけた執念深さと、しかも相手を物知りだと持ち上げ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對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。

こうした気持ちはまた、ソクラテスの議論達者には、いわれているようなもつともらしさとは違う別の動機（あるいは、裏があつたのではないか、を疑わせる。そして別の動機として、あさがしばかりする嫌味な性格、冷酷な人柄などの性格的な事柄が浮かび上がる。ソクラテスの話術の巧みは、ときに非情・無残で、そうした点が性格的な条件に由来するところ少なくなかつたようにも思えてくるのである。こうしたことは、ソクラテス信仰といつてもいいような、こんにち一般的な見方では、思い及ばないところのようである。むしろ、無視されている。あるいは、言い出したら、冒瀆といわれかねない。それだけに、気にかかりもする。

このような気がかりは、もちろん穂積のいう「独特會話法」の指摘では考慮されていない。會話技法の特異・特別が、視野に入っていたただだつたらう。先進化を目指し、ともかくも近代西洋の模倣に懸命だつた時代の要請が、そのような理解のしかたに影響していたらう。だが、西洋近代の価値が問われるようになって、「独特會話法」の「独特」を可能にした秘密（あるいはあつたであろう裏の事情）が、やはり気にならざるをえない。

こうした気がかりは、さきに触れた木田元『反哲学史』の「ソクラテスのアイロニー<sup>4</sup>」を讀んでいて、いつそう強まった。もつとも、木田教授はソクラテスの性格のことに触れていない。むしろ、「ソクラテスのアイロニーの真のねらいは、この無限否定性、つまり単なる否定のため否定たらんとするところにあつたように思われる……」として、ソクラテスの知的誠実を認めている。

そして近代哲学の泰斗（たとえば、ヘーゲルやキェルケゴール）の見方を引き合いに出し、「歴史を切斷し、いっさいの古いものを否定し去って」「世界史の一つの転回点」をつくり出したというふう<sup>6</sup>に、ソクラテスの歴史的立場づけをし、つぎのようにのべた。すなわち、――

「徹底した否定性を生きたソクラテスには、たしかに何一つ新しいものをもち出すことはできなかった――それは、やがて彼の弟子のプラトンが果たすことになりました――」であり、彼の使命はその新しいものの登場してくる舞台をまず掃き清めるところにあり、彼のアイロニーこそはそのための手段だったわけ<sup>7</sup>です。」

こうしてみると、ソクラテスについては、ソクラテス以前の思想家たち（Vorsokratiker）という一括表示が行なわれている（そうである）、なかんずくソフィストの時代が墮落して社会的活力を失い行きづまってしまっている状態を開くための、いわば清掃作業、さらに破壊活動、つまりは革命的行動、といった風の思想史的役割が当てはめられてきたようである。プラトン以降、そして一八世紀から一九世紀にかけての西洋近代の哲学者たちに共通のソクラテス評価である。

### 3 議論達人ソクラテスによる破壊活動

だがソクラテスの「肅正」作業――それは議論の自由を否定しないで、逆に議論の自由をみとめ、むしろ強引に展開しての作業であつて、だから話し合いといったようなものではなかつた――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つた。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敬虔までも否定しざったのである。

そうなつて、ソフィストが幅を利かせていたときに見出された人心・社会的腐敗の様相と同じでなかったけれど、社会的混乱の状態が招来された。無知の知を言いつづけたことの無責任が証明されたようなものである。しかし無知の知の威力は、自然の摂理に対する畏れがなくなると、怖いもの知らずの知性になりやすい。そのあげくが、自然を操作の対象にする知性観、すなわち知性による自然支配、さらに知性の作業による自然づくり、といった発想である。そうなるについて、対自然優位の知性を正当化し成り立たせる根源的なものとして、自然を超えたより本質的なものの存在が、発見ないし案出された。

そうした作業の主役がソクラテスの弟子、なかんずくプラトンであり、プラトンの思想的営為がその後の西洋文明の基調と西洋的思考法の基本的枠組みをつくり上げた。「哲学」——という「西洋」文化圏に特有・独自の思考様式を表わす意味での「哲学」<sup>8)</sup>の成立である。このような創造は、ソクラテスの活動にともなった社会的混乱の場面を、むしろ利用するような趣をもっていた。すでにそれまでの思想全否定が成就され、目ぼしいものはなくなつていたので、文字どおりゼロからの出発が可能というわけで、新しい思想の形成・普及には好都合だったのである。

しかしソクラテスは、プラトン哲学成立の素地づくりをしただけでなかった。ソクラテスの議論しつづける姿勢は、プラトン哲学の思考法にも痕跡を残した。ソクラテスの「独特会話法」といわれる論じ方は、既成の知識（ないし当時の常識）を疑う姿勢を基調にしている。世間一般的な思い込み、それを支え補っている支配的な見方や了解を鵜呑みにしないで、ともかくまず疑つて、議論を始め、思考をすすめるのである。ソクラテスにとって世間のことは、なにごととも疑いの対象であり、だからなにも信じないソクラテスが印象づけられる。

ただし、そのようなソクラテスでも、事毎に疑いの目を向けつづける自分じしんの生き方だけは信じていたのだろ

う。無知の知を心得ている自身に対する信頼はしかし、疑うことを知らない世間一般の人びととの違いを際立たせ、彼らとは別の世界に住むソクラテスが、イメージされることにもなるだろう。そのとき、ソクラテスは特別の人になる。といって、特別の人として世間一般を教導することはない。ただ疑いつづけて自己満足している人にとどまっていた。だからさきに触れたように、ときに無責任、ときに性格的の冷酷ないし異常が思い合わされることにもなる。

#### 4 ソクラテス賛歌にともなうプラトンの思想的営為

そこで、こうしたソクラテスの心情を肯定的かつ積極的に意味づける試みが、プラトンらによってなされた。別の世界に住む気持ちは理論化されて、世俗を脱けた別次元の世界が発見され、さらにそうした世界を根拠に超自然的原理が構想されたという風にもいえる。また、特別の人ソクラテスのイメージには、一神教における神に通じるものが見えてもくる。と同時に、疑いつづけるだけだったソクラテスの姿勢は、無責任をそしられないように啓蒙の使命感によって補われ、性格的破綻を疑われないように不正破砕のため徹底的に戦い抜く姿勢として正常化された。

そうであれば、ソクラテス信仰は深まっても、ソクラテス批判など起こりようがないだろう。そんなことをしたら、西洋文明の原点の否定になり、西洋的思考法の自己否定になってしまう。ソクラテス賛歌ないし聖化は、だからプラトン以来の哲学の成立と存続に不可避だったのである。

ちなみに、プラトンが超自然的原理として案出したのが、 $\wedge$ イデア $\vee$ であったことは、いまさらいうまでもない。また、キリスト教神学でこのイデアに当たるのは $\wedge$ 神 $\vee$ であったし、近代的世俗主義化とともに $\wedge$ 理性 $\vee$ が、さら

に卑俗化がすすんで（人間知性）が超自然的原理に擬せられた。しかもそれらに共通しているのは、当然のことながら、「自然の外に……超自然的原理を設定し、それを参照しながら自然を見るという特異な考え方」という点であった。

こうした超自然的原理の対自然の関係は、布教成功の影響もあつてキリスト教的一神教の神の作用にもっともよく、また通俗的に（？）説明されている。その作用は、この世の生物のすべてをふくめ天地自然を創造し、あるいはその存在を認知することである。近代的知性の支配、人為・人工にともなう自信、いや過信は、このような神の作用と同様の論理構造を持ち合わせているからのことなのだろう。憲法をつくるという近代的成文憲法の思想も、こうした文脈で語ることができる。

つまりは、哲学といい、宗教（——キリスト教的一神教のもとでつくられた宗教概念がモデルになっている）といい、また近代的理性・知性の所産である近代憲法といい、いずれも「西洋文化圏に特有の思考法」を基調にしているというわけである。

しかもこうした思考法のそもそものはじまりに当たつて、自然の摂理に対する恐れ——したがつて多神教的心性との関わり——が忘れられた、いな否定されたことが、西洋近代の行きづまりを騒がれているいま、やはり問題になつてこよう。それは、原点に思いをはせる姿勢である。そこで、こうした姿勢を頭に置きながら、近代憲法の思想に直接・間接に影響を与え、しかも世俗化され形をかえて現われているキリスト教的一神教の思考法に目を向け、多神教的の思考法と対照して、比較整理を試みるのが、つぎの焦点になる。

## 二 思考法におけるキリスト教的—多神教的と較べながら

## 1 神への絶対服従を説く「モーゼの十戒」

キリスト教的—一神教の思考法の吟味ということであれば、すぐにも引き合いに出されるのが、モーゼの十戒である。それは、旧約聖書の「出エジプト記」編に出て来る。そこでは、十戒を伝えるに先立って、奴隷の苦しみを味わわされていたエジプトの地からおまえたちを「導き出した」のはわたし、つまり神だという状況をのべ、思い知らせている。すなわち、救済者としての神の優越的地位を確認して、その上でこうした地位を補い、さらに神と神の下における民との基本的関係を強化する諸条件が、一〇項目の聖なる戒律としてのべられたのである。もつとも、神のことを直接にとり上げているのは、はじめのほうの四項目である。

まず第一に、お前たちにとつての神はわたしだけ、ほかにはいないのだという教えがのべられた。だからおまえたちは自分の都合に合わせて神をつくってはならない、いわば偶像の禁止が第二の訓戒。すなわち、自分流に神である私の姿を仕立てたり、またほかの偶像をこしらえたりしてはならないし、ましてそうした偶像礼拝など、とんでもないこととされる。そして、そんなことをしたら、徹底的に糾弾するから覚えておけ、といわんばかりの激しい警めが、説かれてもいる。

しかもこの警めを補うように、神のこのような教えを守らないで敵対する者に対しては報復を、逆に神に対し心から帰依する者には慈愛を、といういつてみれば敵と友との峻別が、附言されていた。基本的に闘争的な姿勢がそ

こにはあり、それは神の絶対的正義を基準にして成り立っていた。神に逆らうことなど、以てのほかで、神への絶対的服従がそこでの要請であった。だがそれは、神に救い出される以前の奴隷的生活状態とは違い、恵まれている状態とされている。

しかしだからといって、むやみに神の名を口にし私を当てにする安易な姿勢は禁物であるというのが、第三の警告である。神に甘えたり、まして神にゴマをすったりしてはならない。身勝手な神利用を禁じているのである。困ったときの神頼みなど、論外ということになる。そこには、神は天地創造をした、いわば創造主であり造物主であり、だから超自然・超人間的な唯一の存在だという見方が、作用していただろう。そのような神に対して、神により作られた人間が気楽な気持ちで接したり要求したりするとしたら、それは不見識の極み、ということになる。それは、自然の動きに合わせて流されて行く安易な処世であって、創造、創出の意味も大変も理解しない態度であり、神の意思や意図に考え及んでいないからである。

そうであれば、神の教えを拳拳服膺して神の平安を祈ることこそが、なによりも心掛けるべきこと。それが、信心の現われになる。ここでは、神の邪魔をしないようにすることが、大事になる。そして神のしごとを見守り、邪魔しないだけでなく、神の休息のときには、静かにして神の教えをかみしめることが求められる。神は六日間をかけて天地創造の行為をつづけて、七日目に安堵し休息した。そこでこの七日目を聖なる日として、安息日にせよというのが、第四の要遵守項目。こうした活動・労作の六日間と休息日の一日というサイクルを守らないと、神の作り出した秩序が乱れるし、なによりも不信心がいわれることになる。

## 2 なぜか憲法理論で嫌われる多神教

以上にのべてきたところから、神の唯一・絶対・万能と、そのような神への（神の前の子である）人間の絶対服従という関係が、一神教において基本的な事柄であることが明らかであろう。神と人間との間には対等の関係はみとめられず、それどころか断絶がいわれるのである。神の前の子は神の言うなりにされ、しかしそれも受動的でなく神の意を体するよう能動的の姿勢が求められる。そこに見出されるのは、神への献身なのだろうが、被虐的な喜びといえるような陶醉になるものでもあろう。もともと、こういう見方は、神から見れば、とんでもない誤解、さらには冒瀆と映じるのかもしれないが。

いずれにせよ、神と人間との間は、民主的な関係ではない。神の前に平等な子である人びと相互の間で、そのかぎりにおいてキリスト教における民主主義は語りうるのであろう。そのように、キリスト教において神はすべてに超越し、かつ不滅で、ともかく別格なのである。それは、俗っぽいといわれるような見方をすれば、開明専制的ないし一党独裁的をいえそうである。だが、そういう風にはいわれないようである。そんな風というのは、誤解あるいは理解不足で、なによりも信仰心欠如の証拠、とされそうである。そして、唯一神の絶対・超然・不滅について、説得的な説明が試みられ、讃えられている。

神の別格扱い、それは政教分離により確認された聖域の倫理や論理の基礎要因になる。そのようにして聖域において神の子に向かい神への絶対服従を説き、しかし（あるいは、そのことを前提に）世俗では対権力闘争（――権力への盲従ではなく）を求め、別の形で別格振りを示している。このように聖域での生き方と世俗の世界での生き方との違いを可能にすることも、政教分離の効果といえよう。ただし、反抗・抵抗の闘争はあくまでも世俗の世界での



ことで、だから闘争の対象である権力の「逆恨み」から神が攻撃の矢面に立たされたり、また自分以外の神づくりまがいなされたり、といったことがないよう、ことさら注意されている。それがモーゼ十戒の一つに挙げられていたことは、さきにも述べた。

こうしてみると、一神教は他の宗教に対して、また世俗の世界でじぶんの宗教の自由を認めなかったり、邪魔したりする動きに対して、本質的に非寛容である。そうした特徴が、信仰の自由、布教の自由のために戦い、血を流すことも辞さない姿勢を理想化させるのだろう。そうやって、信仰心の強さがみとめられ、宗教意識の高さ、宗教的潔癖が指摘されて、それに見合うように「真の宗教」が説かれることになる。

そこでは当然に、神の優越だけでなく、その神を中核とする宗教の優越が意識されて、他の宗教、とくに多神教状況に対する違和感あるいは憐憫が表明されたりする。そのとき、宗教における先進的と後進的といった進歩史観的図式が絡んでもくる。進歩史観は西洋近代と格別の関わりを持つことから明らかなように、宗教的後進に位置づけられる多神教に対し先進的宗教は一神教でも、キリスト教的—一神教だった。

### 3 宗教的自由獲得闘争未体験に引け目を持つ人びと

だから、キリスト教の経験、たとえば信教の自由のための苦闘経験は、特別の意味をもち、また信教の自由を動因にして人権宣言が出来上がっていることが、強調されることにもなる。信教の自由へのこのような思い入れ、それを力にしての人権の宣言も、しかし非西洋の多神教の世界では信教の自由も自由権の一つとして並みの扱いを受けるだけである。

こうした受けとり方は、人権の普遍、近代憲法の価値を信じて、西洋近代化を追い求めてきた人びとにとっては

不本意なことだろう。そのあげく、わが国の場合について多神教世界における庶民一般の無知さ加減が気にされ、宗教的後進にやり切れなさを感じてその特徴があきらめ気味に整理されることにもなる。津地鎮祭違憲訴訟に関する名古屋高裁判決（昭和四六年五月）での言及は、そうした整理の典型的な例である。

そこでは、「国民大衆の宗教意識」として整理がなされている。すなわち、「一般大衆の宗教的意識の雑居性なし混溶性」が「多重信仰の現象」になっていること、また、「大衆の宗教的觀念に」における「聖と俗……の区別、限界について合理的判断力が欠け、宗教的にルーズである」ことが、説かれている。その結果、「一般に個人としての宗教的関心度が低く、それが宗教的潔癖感の欠如を招いている」ことが、論じられている。

そして、なぜこんなことになったかについて、ヨーロッパ諸国民の場合との違いが言及された。つまり、「数世紀にわたる宗教的自由獲得のため、自らの血を流して自由権を闘い取ったような経験がない」日本国民の昔が、まるで例外的なことであるかのように語られている。判決文のこのような書き方と違って、この点を他人事のようにはげしい口調で説いた批判もある。たとえば——「宗教の自由、あるいは信教の自由の獲得において血を流し、あるいは生命を犠牲にするほどの痛みを知らない国民の悲劇……」という議論<sup>⑩</sup>。

こうした議論では、神のために血を流すことには抵抗感がなく、むしろ賛美する様子が見られるけれど、国のために血を流し、さらに生命を捧げることなどは論外のようなものである。もちろん、立派とは考えられないだろう。そうなったについては、憲法第九条の下での平和憲法教育の効果が、まずいわれよう。また、世俗の世界では国家権力に抵抗し、つねに警戒心を持つよう説く政教分離原則ほんらいの趣旨の効果も、考えられよう。

しかしわが国のばあい、これらの動きにみとめられるのは、宗教の自由のために、という考慮よりも、近代化・先進化を心掛けてなされてきた西洋模倣の宗教版といつていい特徴である。宗教的先進を目指して、多神教的状況

に引け目を感じてのことだったろう。こうした文脈では、信教の自由、政教分離について、日本的の、つまり多神教的の脚色など、話題にもならないだろう。もともと、宗教的先進を目指して日本の宗教状況をなんの不安もなくこきおろすような議論が出来るのは、多神教の国だからである。その意味では、多神教の国なりに、信教の自由があつたのである。

だが、そうした点は留意されないようである。留意されても、宗教的いい加減さの現われでしかなく、信教の自由といえるほど高尚なものでない、とでもいうように見られることが多い。西洋先進国風の宗教状況でないことが、気になっているからなのだろう。こうした対応は、西洋近代の価値が疑われ、近代的の手法（つまりは、近代化）一本槍が不安がられ、そして先進的とされる（あるいは、先進的と見られるための）要件が問われているいま、やはり問い直しの対象にされていいはずである。そうであれば、宗教的先進についての問い直しと、それにともなつて多神教の持ち味の吟味が、それぞれに特徴的な思考法との関わりもふくめて、つぎの検討課題になる。

#### 4 役割分担・共存する神神の世界

多神教には、超自然的存在である完全無欠の絶対者はいない。また、たくさんの神神が唯一の絶対的存在たろうとして競争することもない。もともと、神神の中心的位置を目指す動きはある。だがそうした中心は、ほかの神神との関わりでいわれるのであつて、その限りでは相対的である。相対的であることは、視点を変えれば神神の役割分担になる。神神はそれぞれにふさわしい機能ないし役割を当てにされて、いわば分業・共存している。それが、多神教的宗教状況である。したがつて神は全知全能ではなく、部分的な事柄について頼られる存在ということになる。

こうなるについては、神は造物主ではなく、存在する天地自然に宿り人びとがなんらかの形で関わりを持つ諸部分を通して感じとられるものという考え方が、大きく影響していた。このような神は、日常生活経験からの理解では説明できない（たとえば、この世のものでないといった風にして不思議を感じさせる）ような特異・特別の刺激を与えることで、人びとに頼られるのである。こうした神、つまり神神を、だから「局地的存在」と特徴づけた上で、鹿嶋春平太は神が宿る精気三つを挙げた。すなわち、「自然物内の神秘的雰囲気」、「動物の霊」、「死者の霊」である。<sup>11</sup>

それぞれに現われる神を通して、天地自然の摂理を重んじ、それと深い関わりを持つとされる動物を特別扱いし、また社会や国家に貢献した人物や特別のすぐれた才能の持ち主だった人物、さらに先祖に対し敬意と感謝の気持ちを抱く、といった心理がそれらにはともない、まとめられる。感謝の気持ちは長い間使つて役立てられ馴染んできた道具に対しても抱かれて、たとえば針供養のように特別扱いされることもある。もとはといえば、馴染んだものに対する愛着の深さによるものだったろう。そうした愛着の特別、そして昇華が供養になり、準神様風の扱いになったのだらう。

ここまでくると、多神教の神神には、多分に人間臭さを感じられる。人間とともにあり、人間に身近な存在であり、人間も神になりうるのである。超自然的存在で、人間との間に深い断絶のあるキリスト教的・一神教の神と人間との間柄とは、根本的に違う。これが、多神教の神神である。そうになると、神に対する人びとの接し方、とくに頼り方も、唯一神の場合とは違つて来る。人びとの生活場面が様ざまであり、だから願ひ事も多様であるように、それぞれの場面に対応して神神は存在している。

つまり、生活の諸部分について神神が存在するのである。学問の神、金儲けの神、農業の神、縁結びの神、安産の神、などなどといった具合に。そして人びとにとって神頼みは、それらの神神が専門にしている分野への登録な

いし登録確認であり、それにともなう安心と刺戟を得て、じぶんの気持ちにはずみをつける、といった風の意味を持つ。神神はそれぞれの専門分野における守護神といったところだろうか。だから、いろいろの神がいるように、人びとはひとりでいろいろの神を信じる。

### 5 複数の神神を信じる自由の多神教的

こうしたところでは、信教の自由は複数の神神を信じる自由であり、一神教のように一つの神を信じたり、信じなかつたりする自由ではない。当然に、一神教におけるような、信教の自由にともなう緊迫感はない。それどころか、複数の神神を信じて、後ろめたさはない。信仰の多層化ないし輻輳化がいわれるゆえんである。それとともに、わが国のように、(信者の数を合わせた)宗教人口が住民総数よりも多いという現象が起こるのである。一神教の世界では思いもよらないことだろう。

ところで、このような多神教状況は、さきに一神教について開明専制的ないし一党専制的をたどえたが、そのような類推をしたら、どうなるか。複数政党制のないし多党制的、といった風の特徴づけができるのではないか。ただし、多党制的といっても、多神教の場合には権力奪取といった競合あるいは対抗の関係、また他宗教抑圧の傾向は、見出されない。

だとしたら、多神教的がいわれる場面には、どのような思考法がうかがえるだろうか。多神教状況を全体としてみればそこには、物事を多面的にとらえ、異なった次元を視野に入れて、いわば立体的な思考への可能性が、浮かび上がってくる。しかしそれは、あくまでも全体的に見た場合のことで、こうした積極的な考慮は、多神教における神神の間にはふつうないようである。神神はそれぞれに、いろんな意味で関係のある周辺の神神を視野に入れる

ぐらいで、しかも妙な関わり合いにならないよう気をつけるといった具合である。

そこでは、直接に関わりを持たない神神に対しては利害関係をとまなうような関心は示されず、傍観ないし観察がなされるにとどまり、そういうものかといった理解が示されて終まいである。そのようにして、神神の共存の状態が出来上がっている。だから、神神が込み合つて、神神の密度が高まるようになったときには、まとまりがつかなくなるようなことも起こる。そんなとき、いずれかの神が秩序づけられないし統合の音頭をとるようなことは、あつたにしても、取りあえず状況整理をするという程度のことである。そのうちに自然にまとまるだろうことを期待して、そのきつかけづくりをしているだけのこと。

そうであれば、重層・輻輳している信仰心は総合してみると、いろいろの側面、いろいろの視点、したがつて問題点の指摘、あるいは参考意見の提示という意味を持つて来ようというもの。そのような指摘や提示がなされることにより全体的状況が人びとの眼に明らかになり、たがいの関係を深めるきつかけにもなる。そして内部的に雑多のまま、なんとか落ち着き、まとまっている。有無相通じあつて、当面の個別の思考中断(?)による決着になる。だから、明確な解決がなされないままの、なあなあ主義が、批判的にいわれたりもする。

## 6 ルソーの一般意思に見られるキリスト教の神の思考法

だがこうした批判は、一神教的思考法によるもので、多神教の神神とは違う神の觀念に由来する。すでになんどか触れたように、一神教の神は超自然的・超人間的であり、つねに正しい存在であるから、人びとの思考の裁定をし、そのようにして諸意見やそれをのべた人びとをまとめているのである。そういうえば、このような超自然的で全知全能の神という一神教の思考法にはルソーの有名ソイロンテ、ゼネラルの一般意思の思想を思わせるものがある。いや、一般意思

の思想にキリスト教の神の觀念が影響している、とそういった見方をする余地も出てくる。

ルソーにとって、「一般意思は常に正しく、常に公共的利益を志向する」ものである。そうした点を印象づけるように、一見似て見える全体意思ツォルンゲノムが引き合いに出されて、しかし本質的に違うことが示される。すなわち「全体意思は、私的利益を活力素にする、特殊意思の総和にすぎない」からである。特殊意思は全部集計しても、それだけで一般意思にはならない。全体意思とは、指標を異にしているためである。全体意思は、特殊意思と同じように私的利益を指標としたままであるのに対し、一般意思の指標は公共的利益であるという風に。

このように、全体意思と一般意思の間には、溝がある。しかし個々の特殊意思が一般意思と合致することがないわけではない。そのための手続として、ルソーは「よく事情を知って討議する」ことを説いた。つまり、まわりのこと、みんなのことに注意を払って討論することにより共同利益が共通の関心事になり、一般意思への合致ないし接近が可能になるというわけである。<sup>(1)</sup>

こうしてみると、つねに正しく、特殊意思の指標、いやそれどころか師表といつていい一般意思は、キリスト教の神の意思に似つかわしく、一般意思を見つけ出す手法は、神の前に平等な人びとが、神の意を体して自己主張し合うことが神の意に適うという発想に見合っている。そういえそうである。一般意思の思想にキリスト教的一神教の思考法の影響をいうゆえんである。そして結局には、プラトン以降の西洋文化圏に特有の思考法の作品ということである。

これまでのところで、キリスト教的一神教の思考枠組みの特徴をのべ、それが西洋文化圏出来の諸制度や思想を支えあるいは規制する条件的特殊になっていることを示唆した。そうした条件的特殊は、政教分離原則なるものについてもいえるだろう。となれば、その多神教的状況での受容については、キリスト教的一神教のばあいとは違

う現われ方がありうるはずである。では、どんな風に？ が考察されていいたろうが、本稿の差し当たつての課題ではない（——西洋文化圏、なかならず西洋近代的の思想家の特徴吟味が、本稿の直接の狙い）ので、ここでは取り挙げない。近代憲法の思想の西洋文化圏の色調を明らかにするために、主権の考え方に目を向けることにする。

### 三 主権概念を通して見る西洋文化圏の色調

#### 1 神の絶対と神授王権と主権と

フランス人権宣言の、「法は一般意思の表明……」ではじまる第六条が、ルソーの思想を基調にしていることは、周知されている。そしてこの法は制定法であり、一般意思の具現は主権の行使であつた。ボダンやホッブスにより議論されてきた主権の内容を吟味し純化したあげくの帰結<sup>13</sup>だつたといわれる。そうであれば、神の意思に似つかわしい（と前の節の終わりのほうでのべた）一般意思の特徴は、主権についていわれてきた特性を引き継いだものであることは、明らかであろう。

つまり、主権の特性とされる絶対・万能・単一不可分は、キリスト教の唯一神にみられる超自然的原理を基本とする思考法にのっとり、準用したものであるということ。このような準用を可能にしたのが神授という作用で、国王の権力は神授王権として、このような主権の特性とともに語られることになつた。そして主権は超自然的なものとして、世俗の諸制度よりも一段高い次元に位置し、それを神授された君主とともに国家以前の存在とされたのである。近代の主権概念の成立のきつかけをつくつたボダンにとって、このことはとくに留意された点だつたという。



すなわち、「そもそもボダンにとつて、国家は主権によつてはじめて存在するに至るのであり、ゆえに、主権（主権者）が国家に論理上先行するのである」<sup>14</sup>。だから、王権（つまり主権）神授されて君主は国家をつくるのであり、国民国家的統合による再編成を迫られていた西洋近代の必要に見合う絶対君主制が可能になった。

ここで注目されているのは、絶対・万能の証拠として国家をつくり、法を作り、という作用であり、しかもこうした物づくりにおいて主権者が万能・自由だという点である。この点については、神の天地創造作用的なものの付与が認められ、キリスト教的の特徴が見てとれる。ただし、主権・王権は神授であるところから明らかなように、神意に反した行使は出来ないだろう。神のように物づくりの能力を認められても、あくまでも真似事の域を出ず、神の監督下に置かれている。

だから、主権は絶対であつても無制約でない旨を、ボダンに言わたのだろう。もつとも基礎的な慣習憲法（つまり不文の基本法）の制約を主権はうけるから、というのが、ボダンの理解だったという。高橋和之教授はそこにボダンの思想における中世法的思考の残滓を見ている<sup>15</sup>。しかし中世法的、したがって近代法意識未成熟ないし不十分ということ、お粗末さ加減をもし示唆しているのだとしたら、ちょっと引かかろ。このような制約要因への無配慮の果てが、近代化の行き過ぎと行きづまり、そして末期的症状の現われともいえるからである。

ボダンののべた制約要因はいいかえれば、主権（者）の万能が成り立つための要考慮条件、つまりは前提条件といつていいし、そうだとすれば主権の正当性の条件でもある。王権神授に値する君主の、いつてみれば資格要件であり、そのような君主の権力（つまり、王権）が神授の特性を帯びるのである。こうして王権神授されて絶対的になつた君主が、国家をつくり、また国法をつくつて、主権者振りを証明して見せたのである。

そのような主権者振りに対してやがて、主権者としての資格条件喪失の発見、それに羨望が変じての恨みも加わっ

て、批判・非難が浴びせられ、一八世紀末以来の大陸ヨーロッパに革命と反革命といわれる騒動が繰り返されることになった。そうなったについては、神授王権された君主の作品である国民国家が定着して、それ自体の威力を持つことに気付き、そのあげく作り主に対し存在確認を求め自己主張し出した、という側面が、注意されている。

## 2 王権神授に對抗して人権神授、そして主権在民

自己主張は、国民国家の主役を気取った国民によるものだった。国民が君主に代わって主権の担い手（主権者）になることが主張され、そうなった。そのとき、それまで君主により一体になっていた主権（概念）が整理・分割されて、対内的と対外的との主権二種が現われた。それぞれに、ちょうど国民国家の二つの構成要因に相応するようにして、国民主権と国家の主権がいわれることになった。それにともない神授王権の所産であった国民が、国家から抜け出して国家以前の存在として主権者性を主張した。プラトン以来の超自然的原理の思考法は、形を変えて引きつがれた。

国民がそうなれたのは、主権の担い手になったからなのか。そうした面もあつたろう。だがそうなったについては、そのための素地が用意されていたことは注意していい。それは、生まれながら自由・平等とされ、だから国家以前の存在とされる人間が、「神授」された人権の保障確保のために国家をつくるという社会契約説の普及である。そして国家づくりは、主権の行使という形をとった。

ちなみに、人権は神の前において平等な子である人間を念頭に置いていわれたもので、このことはたとえばアメリカ独立宣言に明らかである。独立宣言には、「われわれは、自明の真理として、すべての人は平等に造られ、造物主によって、一定の奪いがたい天賦の権利を付与され……ることを信ずる」とある。人権は神授なのである。そし

でそれが「自明の真理」であるのは、キリスト教的・一神教の感覚においてのことであつた。<sup>16</sup> こうした人権との関わりで、つまり間接的に、国民主権は神授の特性を持つといえる。

国民は主権者になつて、かつて神授王権の君主がそうしたように、主権者であることの証しとして制定法づくりを心掛けた。主権すなわち憲法制定権力という理解が、脚光を浴びた。しかも憲法制定権力は国民の専有とみなして、主権在民の補強に役立てようとした。フランス革命時の議論であり、実践であつた。<sup>17</sup> そして主権者国民は、主権絶対・万能・超然の特性を援用されて、絶対的存在になつた。主権者国民、いいかえて絶対国民は、国家以前の存在になつたのである。

こうして、主権の担い手としての国民と人権神授された人間という、国家以前の存在の二つの形が、目の前に置かれる。人権の主体である人間は個人であり、諸個人の共通項としての人間像をイメージさせる。

これに対し、主権者国民は個々の国民でなく、そうした人びとを引くくめるためのをきつけにされた理念像である。そうした「国民」理念像の成立に当たっては、近代国家の形成を可能にした土壌といつていい諸共同社会的住民のまとまりが素材にされた。だから、このような国民について、それまでの歴史的過去と、それを前提としてのこれからへの展開可能性という流れの接点という意味づけがなされることにもなる。神授王権の君主が歴史的持続や伝統を正当性の根拠にしていた事情が、思い合わされる。

このように、同じように国家以前の存在とされても、人権の主体としての人間と、主権者としての国民とでは、在り様が違つている。一方は個人であり、神の前の子であり、他方は集合体であり、歴史的存在としてまとまつている国民、という風に。

### 3 憲法以前の主権者と憲法上の主権行使の場合と

ともあれ、主権者国民の国家以前存在性は、人權保障の要請にともない、また神授王権に由来する主権の特性を役立てての思考操作によった。だが、本質的に国家以前の存在とされる主権（者）は、国家をつくり、憲法をつくることから、つくった国家や憲法の存続と作用を期待して見守るものである。もともと、憲法づくりの行為そのことに主権者であることの充実感を持つあまり、やたらと憲法づくりを繰り返す、といった事態を目にすることがある。一八世紀末のフランス革命期における憲法実験に、その例がある。

しかしそのような事態は、混乱の反映といつてよく、異常な事態である。だから主権は、憲法制定後は国家以前の権力であることを言い張るよりも、国家権力の源泉（ないし国家権力を正当化する権力）として作用することを期待される。それにともない、憲法制定権力の発動も、憲法上の権力（つまり、憲法改正権力）に姿を変え、憲法上の手続にのっとるのが、通常となる。

つまりは、主権の合法化で、主権が憲法を破棄したり、国家（秩序）を解体したりして牙をむくようなことは、可能性としては考えられても、普通は見られなくなる。そこには、ニュアンスの違いはあるにしても、君主の機能に關していわゆる「君臨するが、統治しない」が、連想される。こういう点からも、主権が生まの形で現われるのは、ノーマルな状態でなく、例外状態ということになる。C・シュミットが『政治神学』の最初に、「主権者とは非常事態の決断者」とのべたことが思い合わされる。

このような文脈では、主権制限というのは法的の扱いをうけた（いわば去勢された）主権についてのこととなるのだろう。第二次大戦後のヨーロッパ諸国の憲法に現われた主権制限の規定は、だから主権の本質についてでなく、

主権の行使の場面でのこと、という理解がなされるのである。そこに見られるのは、主権の保有と主権の行使とを区別して、主権の単一不可分性と権力の分立理論とを調整しようとする試みである。

一九世紀ドイツ初期立憲主義における「君主制原理 (Das monarchische Prinzip)」の議論が思い合わされる。そこには、主権者君主の主権行使を諸機関が分担して、主権行使に関わり、そのかぎりで権力分立のモチーフである権力制限の趣旨を生かして主権者君主を傷つけないように、という論理構成、さらに制度的工夫が試みられていたのである。<sup>(18)</sup>

それは、主権の本質的部分は憲法上の主権（ないし、主権行使）以前のところにあることにこだわり、またそう思い込ませようとするものだった。また、本質と属性を区別し、本質を高次の段階に位置づけ、そこから現われ、またそこに対応する属性という西洋二元主義的思考に対応するものでもある。主権制限は主権行使の制限とする見方には、したがって主権を超自然的原理との関わりで理解する姿勢への執着が感じられる。

#### 四 とりあえず一言「憲法体系の完全性」再考の上で

それにつけても、超自然的原理の視点からの主権理解は、主権に対する強い期待感の反映である。こうした期待には、万能の神による救済に通じる思いがある。それは、世俗的の諸問題についての解決期待となる。主権に対するこのような期待は、主権、つまり憲法制定権力の所産である憲法についても、持たれることになる。憲法は、神が信者のかかえるたとえば悩み解決のきっかけを与えるように、当面の問題解決の方法あるいは方向ないし指針を盛り込んでいるとみなされて、である。

憲法典を「欠缺のない完結した法体系」とか「自己完結的な法体系」という視点で理解し、一目置く憲法期待感が、そこには認められる。そして、処世上の精神的あるいは心理的困難に対処する態度のすべてが書かれているはずの聖書の完全性が、重ね合わされもする。そういえばラートブルフは、「憲法体系の完全、そして自己完結」の理念は「聖書の完全性」ドグマの世俗版と解説している<sup>19</sup>。

だから、解釈・運用によって憲法の有効・有用を示し、憲法が頼りにされている状態に、憲法万能の現われを見る。そうしたところでは、憲法の規範力は神の啓示のような色合いを持つことにもなる。憲法の適用による問題処理可能性が信じられている。そのために、憲法条項の有権的解釈の変更や法律改定などの（憲法）変遷までして憲法の支配が証拠だてられる。

しかしそれでいて、憲法の問題として不適切なものは、憲法外のこととして不問にするか、憲法領域を攪乱するとして否定的に扱うかして、憲法（の純粋・万能）を守る姿勢が留意され、憲法規範性信仰の支えにされている。その結果、憲法が期待されているように行なわれないのは、憲法に関する理解不足のせいとされ、憲法教育や啓発がなされるだけで、憲法と相容れない諸事実や事情の言い分は無視される。聞かれることがあっても、それは憲法啓発に好都合なきつかけをさぐるためではない。

もつとも、憲法の問題としてふさわしくないとして、不問にする憲法外のことであっても、そこに行なわれている別体系を、憲法が当てることはある。たとえば、宗教のルール体系、つまりキリスト教的・一神教の規制領域がそうで、しかもその準用ともいえる憲法体系と作用領域を分け、結果として憲法体系を補っている。政教分離原則は、世俗と聖域の分離要請だけでなく、作業分担して相互補完するという効果も当てにしているのである。

それなのに、わが国では、分離の面にはかり注目して意気込む政教分離理解が、憲法学界のふつうになっている。

論理的明晰だけを求めてこの原則を理解し、世界の最先端を行く理論を用意して、先進国を追い越したといった風の充実感を味わう向きもあるようである。非現実的というだけでなく、わが国の宗教状況の非西洋的にめぐり合わせの不幸を感じてでもいるような先進化・近代化論的心情も垣間見える。

政教分離原則が憲法世界とキリスト教世界の分離と、分担したそれぞれの役割をそれぞれに責任をもって実行して相互補完していることは、たとえば人びとの義務・責任に関する役割分担の様子を見ればいい。知られるように、日本国憲法が国民の義務として明示するのは、三つである。教育を受けさせる義務(第二六条)、勤労の義務(第二七条)、そして納税の義務(第三〇条)である。これらは法的義務として、人権通則条項にある義務との質的違いが、説かれもする。

人権通則条項にある権利・自由の濫用禁止や公共福祉への利用責任など(第二二条)は、本人の良心・自律性に訴えるもので、道徳的要請だというのである。だから、極端な場合には、法的規律の対象にならないと説く議論さえある。

だいたい、人権宣言をはじめ憲法の人権規定には、一般に、義務規定が少ない。人権について書くのだから、義務のほうは付け足し、ということなのかもしれない。そのせいか、国民の義務を強調すると、人権尊重の度合いが低いかのようにみなされがちである。それくらい、憲法で義務規定は慎重な扱いを受けている。なぜなのか。国に対する国民の義務のほかに、人権の担い手や主張者に必要な義務、つまり人としての義務は、憲法においてでなく、別の、つまりキリスト教の教えとして育てられるべきこととみなされているからである。

ただし、そうして育てられた義務・責任は、日本国憲法の人権通則条項の解釈で、道徳的義務とされて、法的義務におけるよりも軽く扱われるような対応と違い、きびしさをともなう。このように義務意識の違いはあっても(あ

るいは違いがあるから)、憲法に定められた義務を補う効果を持つてくるのである。こうして、憲法の完全性は、保たれた。近代的成文憲法における西洋事情が、だから留意されるべきだということになる。

憲法の完全性は、キリスト教的・一神教世界と深く関わっていた。となれば、非西洋の多神教世界では、憲法と宗教との役割分担は、西洋近代におけると違って、当然だろう。憲法体系の完全性の受けとり方も、非西洋的在り方があつていいはずである。

(1) 穂積陳重『法窓夜話』、一九八〇年、岩波文庫(岩波書店から出版される以前の初出版は大正五年)、三三二頁。

(2) 穂積『前掲書』三九頁。

(3) 木田元『反哲学史』、二〇〇〇年、講談社学術文庫、二七頁。

(4) 木田元『前掲書』、三四頁以下。

(5) 木田『前掲書』、四六頁。木田元教授はまた、一九世紀初頭のころ「ソクラテスのアイロニーを問題にし」た「ドイッ・ロマン主義の思想家たち」のことを引き合いに出して、つぎのようにのべている。すなわち、「彼らは、すべてを否定し、自分自身をさえ否定していくアイロニーに、芸術家としての最高の境地を見て、それを、ロマン主義的アイロニーと呼んでいたのです。」そうであれば、「無限否定性を本質とするアイロニーを生きぬくのは、大変なことで、ソクラテスのような巨人にしかできないことなのかもしれません。」(木田元『反哲学入門・第五回』、雑誌『波』、二〇〇六年一〇月号、新潮社、所収、六四頁。)しかし、不当な裁判による死刑の宣告を甘受して、ソクラテスは死んでいる。この出来事は、「無限否定……のアイロニーを生きぬい」たのではなく、死刑の宣告をきっかけとして自己否定を实践したといえないこともない。しかし無限否定しつづけて、その後のことに説き及ばなかった。いわば責任回避を決定的にし、象徴的に表わしたのが死刑判決後の獄死だ、ということもいえないことはない。ソクラテスを冒瀆する見方と  
いわれるかもしれないが。

(6) 木田元『反哲学史』、六二頁。

(7) 木田『前掲書』、六三頁。



- (8) 木田『前掲書』、二頁。
- (9) 木田元「哲学」とは何であったのか——『中央公論』一九九八年二月号——一三三頁。
- (10) 熊本信夫「政教分離と靖国神社問題」——『現代人と宗教』、ジュリスト増刊21号、所収——二三一頁。
- (11) 鹿嶋春平太『神とゴッドはどう違うか』、新潮選書、一九九七年、三一頁以下。
- (12) ルソーの言葉は「社会契約論」——中公『世界の名著』30「ルソー」所収——二五二頁以下。
- (13) 高橋和之「主権」——岩波講座『基本法学』6「権力」所収——六一頁。
- (14) 高橋「前掲論文」六〇頁。
- (15) 高橋「前掲論文」六四頁以下。
- (16) 小林昭三「基本的人権論再検討」——同『新憲法論・序説』、一九九六年、成文堂、所収——八一頁以下および八五頁以下。
- (17) 小林昭三『比較憲法学・序説』一九九九年、成文堂、四五頁以下。
- (18) 小林『比較憲法学・序説』九七頁以下。
- (19) ライトブルフ(田沢五郎訳)「法の創造としての法学」——ライトブルフ著作集Ⅱ5「『法における人間』一九六二年、東大出版会、所収——三三頁。こここのところは、たとえば小林昭三『政治制度の思想』一九六八年、成文堂、三三頁以下。

## 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—

### 一 ポスト・モダン論の刺激

#### 1 近代化の成功が終わりの始まり(？)

「ポスト・モダン」が時代の様変わりを表わす言葉として殊のほか重宝がられたのは、一九八〇年代だった。しかし「近代後」というこの言葉には、明るさも、まして新時代への夢のひびきも、感じられなかった。むしろ逆に、それまでの時代(「近代」)の発展(つまりは、近代化)の行きづまりに直面して、混迷、さらに不安が、たまたまあった。

それは、近代化に託された期待が予想の域を越えたり、また予想をはずれてしまったりする現状の確認と戸惑いということでもあったろうか。もう「近代的」なんてものではないという驚きが、ポスト・モダンを言わせている風のところもあった。そして二一世紀を間近にして、世紀末現象の二〇世紀版を先き取りしているような趣きも見えた。

そんなところからか、ポスト・モダンという自己規定にもかかわらず、それまでのことにもつばら関心が向けられた。どうしてこんなことになってしまったのか？　そして「モダン」とはなんであったか？　といった風に、「近代」を特徴づけた基本的傾向の検討・吟味が、ポスト・モダンがいわれるときのなよりの課題になっていた。その意味では、人間社会の進歩発展を期し、その起動力になっていた近代的知性信仰——あえていえば、啓蒙絶対的知性主義——に対する恨み節がしのようところが、「ポスト・モダン」論を特徴づけていたともいえる。

だからなのだろう。近代の「終わり」を明らかに確認することに、「ポスト・モダン」論の力点が置かれて、考察はそれだけになってしまっているといった批判が、いわれることにもなるのである。そしてその批判は、近代化の、いわゆるような行きづまりは、「近代的なもの」が十分に生かされなくてそうなったのに、つまり「近代的なもの」の消化不良ないし誤用・歪曲があつたことだったのに、「近代」に見切りをつけることの浅薄(?)あるいは悪意(?)を指摘したりする。

たとえば、ハーバーマスの「近代——未完のプロジェクト」における次ぎの言及は、そうした議論の典型といつていいだろう。いわく——「われわれは、モデルネのプロジェクトにつきまといっている迷誤から、つまり、行き過ぎた止揚の誤りから学ぶべきであつて、モデルネとその企て自体を失敗だと見てはならない<sup>1</sup>」。このようにして、近代的なものゝ本来の在り方を正しい状態に戻すよう論じ、邪道の扱われ方のきつかけは、近代的なものゝそのものには認められない、というのだろう。「ポスト・モダン」論は、邪道の扱われ方を助長している、といわんばかりである。

そこには、近代的なものへの強い執着が見てとれる。近代的知性の合理を頼る思考法の根強さの現われである。それは、神の言葉を信じる姿勢、神の子としての世界での誠実を守りとおす信仰の姿勢にも似た思い込みといつ

ていいか。そうだから、近代的知性を疑う議論に対しては、知性に対する冒瀆といわんばかりの、そして勉強不足を叱るような知性過信が、示されたりするのだろう。そのあげくが、知的世界に閉じこもり、他の（たとえば、感性などの作用する非知性的の）世界との接触を嫌う、いつてみれば自閉症的な近代的知性論である。

もつとも、こうした決め付けは、ポスト・モダンを「近代の終焉」論の文脈で説く語り口である。上にのべたような近代的知性過信を、近代の行きづまりの原因とみなすのである。すなわち、近代の行きづまりは、「近代的なもの」に本質的な特性である近代的合理が押しすめられて思いもよらない成果を挙げたことによりもたらされたとする。成功は近代的合理の独り歩きを可能にし、合理化の動きにはずみがついて、近代的知性信仰成立の土壌を、非知性的ということで崩してしまふ、という愚が現われるからである。こうした自己矛盾的な成り行きを問いただすことに、「近代の終焉」論のきっかけがあったといえよう。

なにごとについても、制度への期待にせよ、人びとの能力發揮にせよ、それぞれに本来的な特性が生かされ、十分に活用されて成果を挙げるとき、それにふさわしい適正規模があるものなのだ。それは、こうした特性を支え、生かしうる条件の特殊と相伴う。だが成果が挙がってはずみがつき、つき過ぎると、適正規模や条件の特殊への考慮が疎かになりがちである。さきに触れた近代的知性の自閉症的傾向に、それがいちじるしい。

そのため、過度の利用がつづいて、せつかくの特性がそうした動きに耐えられなくなる。それに、特性活用効果があつて、成功したとなると、もともとの条件の特殊が役割を終えるか、変えられるか、さらにはこわされたり、見向きもされなくなったり、ということが起こる。そうなると、特性を生かし、支えることが難しくなり、「行きづまり」の様相が示される。「近代的なもの」の展開、いいかえれば近代化の推進についても、同じことがいえる。こうしてみると、近代の行きづまりは、「近代的なもの」の宿命ということにもなるか。

そうであれば、「近代の終焉」の発想ではなによりもまず、近代とはなにか？　なんであったか？　が、ポスト・モダンを論じる一環として問われることになるのだろう。そうした問いかけは当然に、近代的知性の法的表現としての近代（成文）憲法についてもいえる。すなわち、近代（成文）憲法とはなにか？　なんであったか？　の問いかけとなる。

## 二 知性の“造物主”作用である憲法づくり

### 1 キリスト教的・一神教の思考法が基調の近代憲法

近代憲法は、「成文」憲法の「制定」がヨーロッパで試みられた当初から、近代的知性の法的表現の趣きを持っていた。フランス革命が起こって憲法制定国民議会が成立して二年後に、一七九一年憲法がまとめられた。以来、一八世紀末までには九三年、九五年、九八年という具合に憲法づくりが繰り返され、「憲法実験室」と特徴づけられもした。それらの憲法づくりのモチーフになっていたのは、「近代的知性」信仰であった。

だいいち、フランス革命を主導したのは、「第三階級」つまりブルジョアであり、最初の憲法制定国民議会については「最後までブルジョア議会であって、この議会は、ブルジョアの計画の上に、フランスを再建した<sup>2)</sup>」のであった。再建フランスの方向明示の主要な文書が憲法だった。そしてブルジョアの間には、「デカルトの合理主義以来の啓蒙哲学が花開いていた<sup>3)</sup>」のである。当然、フランス革命期の憲法観もそうだったろう。フランス革命に対する評価のいかんにかかわらず、デカルトに発する「近代的知性」信仰が基調をなしていただろうことは、

否めまい。

こうした趣旨は、私もあるいは語り、あるいは書いてきた。たとえば『比較憲法学・序説』で言及<sup>(4)</sup>している。そこで、それらを要約、敷衍し、それをもとに近代的知性信仰の特徴的メルクマールをまとめることにする。近代的成文憲法概念の思想的特徴、そして特異を明らかにするために。

いわゆる「近代的知性」信仰では、なにもまず知性による啓蒙が基本的モチーフになる。その意味で、啓蒙的知性の支配が基調をなし、それにともない神話・宗教・君主専制の非合理・不当が指摘され、論難される。こうした非合理・不当に気付かないのは無知蒙昧の証拠だとし、だから啓蒙が絶対の要請とされ、知性の役目になる。啓蒙の結果、伝統・宗教・専制君主は否定され、追放されて、近代的知性がその位置に取って代わる。つまり、知性が神(God)になる。それは、いつてみれば、一神教的思考法の世俗版である。

そうした知性の作用が合理化であり、合理性を指標にする。そして論理的整合による秩序・組織づくりの要請が、それこそ論理的帰結となる。(自由・平等な個人——神の前の子の世俗版——の知的判断にもとづく)社会契約、そして(同じように正義・真理の判定能力を持つ主権者の憲法制定権力による)憲法づくりは、こうした要請にもとづくものである。

ところで、社会契約説では、自然状態を前提にし、そこから次元の違う状態に移る手続きとして社会契約の重要かつ決定的な意味が語られる。自然状態に作用するのが自然法であり、自然状態に人は自由・平等な存在として生まれることになっている。そのような人にとめられているのが自然権であり、社会契約によって確認され、保障される。人権の基調になっている。人権論の、こんにち普通の理解である。

そして人権について、自然権に反する扱い方をすることがあれば、人権保障の約束に反するとして難詰される。

しかし難詰される状態におかれる恐れがあるのなら、社会契約などしないで自然状態のままにしておけばいいのに、と思われもするが、このような見方は、ほとんどなされない。社会契約したことが恨めしく思われることはなく、社会契約にそぐわないとして攻撃されるのが、せいぜいのものである。どうも、社会契約は不可避で、しかもそこに人間知性のもっとも基本的な作用を見てとれるからということのようなのだ。

## 2 神による自然状態を人間主役の社会に

自然状態はアナーキーで、そこはホッブスのようにそこにいる人びとがたがいに敵対関係にあるという理解もある。だが、こんにち（人権の基調をなすとされる）自然権観にとつての自然状態は、理想的な状態で、そこにいる人びとに幸福をもたらすところのようである。そうだとすると、そこはエデンの園のような理想境であり、社会契約などするまでもなさそうである。しかしエデンの園に生きる人びとは、そこで暮らし振りを殊更自己確認するようなことはしていない。神の愛を一身に浴びて自由気儘に振る舞い、幸福感にひたっていた。

ところが悪い輩にそそのかされて、神の注意を無視して禁断の木の実を食べた。それは、知恵の実であった。とたんに、自分の姿の無様がわかり、まわりのことがわかり、エデンの園の在り様とじぶんたちの位置がわかった。神の怒りに触れ、神の教えを破つたことで罪深い身になった。原罪として、バイブルは説いている。そうであれば、人間知性は、そもそも神に対し冒瀆、といった本性を持ち合わせることになるだろう。知性による啓蒙など、神をも恐れないおこがましいこととされよう。だがそのような考え方は、近代的知性には通用しなくなった。近代的知性が神にとつて代わつたとされるゆえんである。

知性を持って人間は、それまで無意識のまま過ごしてきた理想境（つまり、自然状態）の理想境であるいわれを見

きわめ、そこでの自分の居場所を確認することになった。<sup>5)</sup> 禁断の木の実を食べたことに引け目を感じるのではなく、食べた木の実の効果を積極的に利用したのである。そのとき知性により自然状態の様子を確認した行為が、社会契約という発想のヒントになった、とそうも考えられよう。つまり、社会契約は、神が作り神がプロデュースしている自然状態を、人間が主役の社会にする、いわば主役交代宣言だということ。そして社会状態の主役になった人間は、市民として自己規定をした。

しかし市民の社会を維持するためには、エデンの園のような自然状態にもいた理想境攪乱をそそのかす分子に対する警戒は、やはり不可避であろう。それに応えて、自然権の確認（——これも、社会契約に当たつての最重要関心事項の一つ）である人権の保障のための政府形成（つまり、統治）契約が工夫される。この統治契約づくりが、憲法づくりである。

要するに、知性（人）による社会契約（つまり社会づくり）、そして統治契約（つまり憲法づくり）には、神にとつて代わった知性（人）がキリスト教的・一神教の教え（——神がこの世をつくり、自然を思いどおりに扱った、という教えもふくめて）を世俗化したという発想が指摘できる。だから、このようにして作り出されたものは、神の作品が完璧であったように、完全無欠を想定されることにもなる。近代的知性の現われである憲法、つまりは憲法制定権力という啓蒙的知性の（あえていえば、啓蒙絶対的知性の）作品である憲法について、「欠缺のない自己完結的な法体系」がいわゆるのは、その証拠である。<sup>6)</sup>

もつとも、こうした思考法が整うのは、「憲法の実験室」での諸憲法経験の後、近代成文憲法概念が成立・定着してからであった。「体系の時代」といわれた一九世紀の思想の展開過程の一環でもあった。近代的知性信仰の普及・洗練の一場面といつてもいい。



## 3 知性的啓蒙の証しだった「成文」憲法

それにつけてもこうした知性の作品である憲法体系の自己完結性は、それ自体の正当性だけでなく、だから当然に現実的有効性をともなうとされる。いいかえれば憲法の規範性信仰で、規範力不足は憲法無理解のためであり、知性欠如の証明にされてしまう。まさに、理性的であることは現実的である、ということなのだ。だからそういうことにならないのは、社会契約のきっかけや、社会契約によりつくられた社会について、さらには社会契約の当事者である人間について、十分の理解がないからだとされる。

こうして人間「知性」への期待は「人間」知性への期待という風に比重を移して、「知性」のいわば擬人化が行なわれる。それは、「知性」の担い手にふさわしい人間への期待であり、そうした期待にともない知性が選別され、さらに優越する状態が現われる。このような人間、つまり知性人は、もともと社会契約の当事者として個個独立の人間、いいかえれば原子的個人であり、また社会契約による社会での市民のモデルにされ、近代的人間賛歌に登場する人間像になる。

ここでは、知性は人間形成の本質的要因であり、有効な手段にされる。そして人間知性により啓蒙された人間にみとめられる人間性が、注目される。人間性への注目はまた、知性による啓蒙可能性を前提に人間としての共通性の確認、そして人間解放の論理に行きつく。人權の強調、人權普遍の主張が、それにとまなう。それだけでない。知性は人間を「造物主」に仕立て上げ、物づくり、自然改造の力も備えて、住みよい（それも、人間本位の）社会づくりを目指させる。これらの活動の支えになり、それを助長していたのが、「進歩」の思想であった。人間知性の楽天的、さらには思い上がり、みとめられることになる。

そしてこうした近代的知性を生き活きさせ、したがって特徴づけてきたのが、二元主義的思考である。二元的がいわれるとき、たとえば聖と俗、人間（ないし人為）と自然（ないし天然自然）、都市と農村、といった区別が、対照の図式でえがき出される。その上、対照は、対立・抗争の關係に置かれるのが、二元主義的思考のなによりの特徴である。社会契約にともなう統治契約では、人權対権力という対照の図式、そして対抗の關係が、憲法の基本的關係にされてきた。

しかも、これら対抗の關係にあつては、対照されているどちらかにウエイトが置かれ、その視点からの評価や判断がなされた。評価の基準として有力になつていたのは、知性の有無と知性利用の巧拙であり、だから、知と無知、という対照図式のもとで、知が優越する關係の当然が帰結される。それは啓蒙的知性の支配の証明になり、知対無知の対立關係は強者と弱者の關係になる。このようにして近代的知性を基調にする「近代」が強調され、それに合わせて近代憲法概念が出来上がり、整えられた。

そのとき、近代憲法がいわれるための前提といつていい要件は、成文という形式だった。しかも、成文憲法をつくるという作業が決定的の意味を持つていた。さきに触れたように、フランス革命期の「憲法実験」の過程でこのことは、殊のほか重要視された。ただしそのときは、成文憲法をつくることだけが狙いで、つくった憲法の運用についての執着は見られなかった。近代的知性により完全なものを狙つて憲法をつくり、憲法制定の主役を演じたという実績誇示をするだけの向きが見えた。

### 三 現代社会法秩序がポスト・モダン扱いされた頃

#### 1 近代法秩序実質化の時代だった近代後期（Ⅱ現代）

フランス革命期の「憲法実験」につづく憲法づくりの歴史は、成文憲法の内容に関してちょうど試行錯誤になり、近代立憲主義の整備、そして充実になった。さきに、憲法は社会契約にともなう統治契約だ、と書いた。社会契約にともなういわゆる市民社会の確保が、憲法づくりの狙いだった。この狙いに合わせて、（フランス人権宣言一六条が示唆するように）権力諸機関の役割分担とそれにとともなう権限の確認（いわゆる権力分立）と、人権保障とそれの手続きの確認とが、憲法でなされた。

そのような憲法は、憲法制定権力の作用である。そうした点から、憲法によるこうした確認行為には、憲法制定権力の持ち主、つまり主権者による授権という意味が注目される。もつとも、自然権といわれる人権の場合は、人権保障を実効的にするために憲法上の権利（たとえば基本権）にするといったニュアンスをとともなうが。いずれにせよ、授権規範としての憲法という発想に通じるものが、そこにはあった。近代的知性の作品としての憲法にとともなう完全性ドグマは、こうした授権作業の素地づくり、さらには正当化に見合っていた。

ところが、近代立憲主義の内容の整備・充実が成果を挙げて、それにとともない憲法をとり巻く状況の変化が現われ、また成果の享受をめぐる偏りが目につくようになった。いいかえれば、憲法規定の成功的運用が、憲法規定を支えてきた状況を変えてしまったり、憲法規定の成功に関わりのない多数者に憲法への疑問を持たせたり、し

たのである。憲法による近代について、その矛盾の露呈、現実に照らしてその嘘の暴露が、論じられるようになる。そうなつて、いわれていたような近代ではない、近代は終わった、という声さえ聞かれる。

階級闘争が叫ばれ、正当づけられ、革命運動が元気になった一九世紀半ば過ぎは、そういう時代であった。そうした動きに対して、いま様にいえばポスト・モダンの意識も芽生えた。だがそれをきっかけに、それにとまらぬ不安の消滅を狙うようにして、市民社会の論理の敷衍がもくろまれた。選挙権の拡大は、そのなよりの現われだった。その結果は、市民社会にとつてときに鬼子でもある大衆社会の出現であった。労働者の権利、社会保障など社会正義ののつとつた対応が、政治の課題になった。そのあげくが、市民社会を特徴づけた自由権的人権を補つて社会権的人権が憲法上の人権カタログに登場する二〇世紀であった。

一九世紀にその気を見せた憲法における「ポスト・モダン」的兆候は、近代憲法の論理の援用ないし拡大解釈的適用によつて、影を薄めた。いってみれば、近代的に、より近代的に、にのつとつて、近代憲法の新たな場面が現われた。こうした立憲主義の展開は、法秩序の指標からすれば、市民法的から社会法的へ、という風に語られることが多い。たとえば、木下毅教授は「近代市民法秩序から現代社会法秩序へ」とのべて、いわゆる近代法の歴史的展開の相続く二段階を区別している。しかも、現代社会法秩序のなかにポスト・モダン法現象のきっかけを見ているようである<sup>7)</sup>。

そうだとすると、ポスト・モダンの法秩序は、基本的に近代法の論理にのつとり、その延長線上に位置づけられ、新装されたものということになるか。そこでは、一九世紀末以降の時代区分である現代は、近代という時代区分の後という意味で、ポスト・モダン、というだけのことのようにも見えてくる。だからそれは、「近代的なもの」の極端な現われ、啓蒙絶対的知性主義の独善によつてもたらされた状況についての危機意識をきっかけにしたポスト

ト・モダン論ではなさそうだ。

ともあれ、法秩序の近代的と現代的との基調をなすのは、近代法の論理であり、このことは、自由国家から社会国家へ、という特徴づけの場合にも明らかである。当然、現代的の憲法制度が語られるときも例外でない。たとえば、近代的政治制度の成功的作品といつていい古典的議會会制の現代風は、政党国家的民主制あるいは政党国家的議會会制、とされるように。いいかえれば、議員の独立を建前にした代表議會会制の時代が、(代表制の直接民主制的修飾により正当化された) 党議拘束の議員活動を条件にした民意反映議會会制の現代になったのである。しかもこの変化は、近代議會会制の発展と理解されてきた。

## 2 ソ連社会主義崩壊に見える近代的知性の「狡知」

このように、近代的と現代的とは、近代憲法の論理という点では共通しており、その二つの、いつてみれば現象形態であり、展開であった。だがこうした展開の行き先について、ひところは社会法以後、議會会制以後が語られ、あるいは社会主義法秩序の時代が、あるいは人民代表議會(ないし国民公会)制への必然が論じられたりした。ソ連社会主義体制あるいは国家は、まるでポスト・モダンのような宣伝のされ方だった。ただし、そこでいわれたポスト・モダンも、近代的知性の論理のいわば完全燃焼の求めにとどまった。

ソ連社会主義体制は、近代市民社会の理念が生かされていない現実を克服して、ほんとうの(?)市民社会の実現を目指したといつていい。もちろん、そうした趣旨を、資本主義経済の発展にともない顕在化した矛盾の指摘・強調と、矛盾解決の思い切った方策提示とに焦点を合わせて論じ、しかもソ連社会主義風を印象づける特徴的な言いまわしで繰り返していた。

だがそこでもっとも目についたのは、近代的知性を頼る姿勢であり、近代的知性に対する特異・特別の思い入れであった。つまり、市民社会の理念を歪めたり、また生かす邪魔になったりする非合理的なものを除いて、人間知性による（精神の確認を経ない人間の自然をふくめて）自然や人間社会の改革をすすめることが、基本的動因になっていたからである。

その意味では、近代的知性の啓蒙作用を十二分に發揮して、近代市民社会の理念を現代風にアレンジしながら、それこそ文字通り具現することが、ソ連社会主義体制の基調をなしていたといつていい。そこに認められるのは、「近代的知性信仰・合理性期待」の一つの現われであった。こうした信仰や期待の「過剰」がいわれても、しかし（あるいは、だからかえって）近代的知性の思考枠組みに即している旨が、説かれたりもするのである。<sup>8)</sup>

そのソ連社会主義体制が崩壊した（一九九〇年）。それにもない、二〇世紀の、「壮大な実験」の失敗がいわれ出した。フランス革命期の「憲法実験室」のことが、思い合わされた。しかし一八世紀末の「憲法実験」フランス版の場合とちがいで、近代的知性信仰や近代的思考枠組みだけを頼る姿勢に対する不安は、二〇世紀の「実験」失敗にともなう幻滅も手伝って深刻の度を深めた。

それに、一八世紀末の場合には、憲法による「近代」の模索にともなう騒騒しさに対し、それまでの時代——その後、「旧体制」として一般化した時代——の視点から感じられる不安の色彩が濃かった。それは、破壊者の動きに対する被害者の不安だった。つまり、近代的知性信仰が不安の元で、それはつくり出された秩序の外からもたらされた。

これに対し、二〇世紀末の場合は、近代的知性信仰に基づく秩序からつくり出された不安である。近代的合理を押しすすめて効果があがり、有頂天になり、合理化指向野放しになったことが、裏目に出て、自己破壊の様相を呈

するにいたったのである。ソ連社会主義体制の崩壊は、それを現実のものにした典型的な事例となった。

それにつけても、<sup>⑧</sup>「壮大な実験」の顛末には、出現を歓迎されながらも、不要ということになると見捨てられ没落する「英雄」のめぐり合わせを念頭にヘーゲルが「歴史的理性の皮肉」とか「狡知」とかのべたことが思い合わされる。注目されて、絶賛的になり、または一目おかれていたソ連の消滅は、まさに近代的知性の狡知ないし皮肉のように見えるから。だがそこに近代的知性の冷酷が感じられるようになって、「近代的なもの」の本質が改めて氣にされた。そして「近代的社会の思想的基盤に巣くう『原罪』のようなものを思い知らされる」ということにもなるか。

### 3 バークのフランス革命批判の通りになって

かねて、ソ連社会主義体制については、フランス一七九三年憲法のモチーフに則り、その到達点といった見方が、いわれていたことがある。そうしたこともあつてか、ソ連社会主義体制の崩壊は、一七九三年フランスの憲法実験の失敗（——一七九三年憲法はつくられたが施行見合わせで、かわつて行われた恐怖政治の時代が終わったとき廃止になった）と同じ運命をたどったことになった。

フランス革命を批判したE・バークのことが、思い合わされました。革命勃発後、これに共鳴する人びとの動きを懸念して、バークは批判的な意見をのべていた。それらを敷衍して、翌九〇年一月に『フランス革命に関する省察』を出版したことは、周知のところ。その批判的省察の基調をなしていたのは、「靈感を受けたと考えて知性を自己崇拜する『熱狂』」によつて革命のときの憲法制定国民議會はつき動かされているという理解、しかも「熱狂」の担い手は「教養人やインテリ」で、「革命で国家権力を握つて人間を根こそぎ作り変えようとしている」という理<sup>⑩</sup>

解であつた。

このようにバークは、知性信仰の異常・異様がフランス革命を彩つたことを論じ、名譽革命により確認されたイギリス的憲法流儀との違いを強調し、繰り返した。そういえば、フランス革命期の「憲法実験」による近代成文憲法という近代立憲主義は、大陸ヨーロッパに生まれ、整えられたものである。そこ大陸ヨーロッパには、ローマ法の継受を特徴づけられる大陸法的法文化の土壌が出来ていた。

となると、近代憲法についての問いかけは、なによりもまず（ヨーロッパ）大陸法的成文憲法概念についてのものといつていい。また、ポスト・モダン論でも、「大陸法系（フランス、ドイツなど）では、……ポスト・モダン法秩序が深刻な形で表面化してきたのに対し、英米法系（イギリス、アメリカ）では、……大陸法系ほどには……深刻化することはなかった」といわれる。なぜそうなのか、を考える上でも、大陸法以外のもう一つの立憲主義への注目の必要がいわれることにもなる。

それに応じて、不文憲法の国といわれ、コモン・ローや憲法的習律と、制定法である（しかし、軟性的な）憲法的法律と相互補完のイギリス憲法のこと、視野に入ってくる。不文憲法といえ、成文憲法の視点からは前近代の色合いが抜けていないとして、憲法における近代的の度合いが疑われて、とかく白い眼で見られ話題になつてゐた。それが、こんどは疑いの目が成文憲法に向けられ出した。そこには、法秩序の面で「ポスト・モダン」論をいわせた近代的知性オンリーの思考の行きづまりの意識、そして近代的成文憲法方式に対する疑念が、働いている。そこで、イギリス不文憲法について、さらに「スコットランド啓蒙派」の憲法理論が引き合いに出されることにもなる。



## 四 わが道を行くイギリス不文憲法

## 1 近代憲法の原型提示扱いどまりの英国憲法

近代憲法の歴史が語られるときは、かならずといつていくらい、一八世紀にいたるイギリスの憲法的事績が近代的成文憲法の前史のように引用される。憲法集でも、たとえば『解説・世界憲法集』（樋口陽一・吉田善明編、三省堂）は、まず最初に「イギリス連合王国」の場合を整理している。そこには、フランス革命以前の憲法資料としてお馴染みのマグナ・カルタ（一二一五年）、権利請願（一二二八年）、人身保護法（一二七九年）、権利章典（一六八九年）、王位継承法（一七〇一年）が掲げている。

もつとも、同じような憲法集でも、『世界の憲法集』（阿部照哉・畑博行編、有信堂）や、『世界憲法集』（宮沢俊義編、岩波文庫）のように、イギリスの憲法に触れていないものがある。それでも、『人権宣言集』（高木八尺・末延三次・宮沢俊義編、岩波文庫）となると、さきに挙げた『解説・世界憲法集』に挙げられたものが、前史的にも扱われ、しかも成文憲法における人権宣言の場合とは区別されている。その旨を表わすつぎのような解説がある。すなわち、――

「権利宣言の原型は、古くは、イギリスのマグナ・カルタ、下つては、権利請願、ないし権利章典までさかのほることができるといわれるが、今日われわれがいうような権利宣言としてととのった形のものがあらわれたのは、一八世紀のおわり、成文憲法がはじめて作られたときのことである。<sup>13)</sup>」

この解説では、権利宣言の「原型」と近代的成文憲法連結型とを分けた扱いが、なされている。その別扱いには、成文憲法を知る前と、知ってからの変わり様ようといった違いの趣きがあり、だから「原型」という言い方には未整備ないし粗削りといったニュアンスがただよっている。そこにみとめられるのは、やはり近代的成文憲法にのつとつた思考であり、近代的知性信仰の姿勢である。そして不文憲法から成文憲法へ、という立憲主義的近代化必然の文脈が、基調になっている。

こうしてみると、近代的成文憲法の形成に当たり、イギリス不文憲法の諸要素は、原材料ないし素材の提供者という役割を果たしたことになる。つまり、経験重視を特徴づけられ、問題発生の都度、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が、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・整理されて成文憲法として仕立て上げられたのである。雑多に混在していたいろいろの取極めを、素晴らしい知的な作品に作りかえたという認識が、そこにはあろうか。

デカルトが、「時がたつにつれて大きな町となった」いつてみれば「偶然」の所産である「古い都市」よりも、「一人の技師が平野の中で思いのままに設計してつくった規則正しい町」のほうが、「美しくまた秩序だっている」ことを説いたことを思い合わせると。デカルトは、同じ趣旨を法秩序についてもべている。いわく、「徐徐にしか開化せず、……犯罪や争いのわずらいに強いられてのみつく」られてきた「法秩序」よりも、「賢明な立法者のつくった憲法を守ってきた国民」のほうが「よく治められている」と。

## 2 英国由来の憲法制度や人権の里帰りなし

知られるように、モンテスキューは、イギリス憲法を賛美して、そこでの知見をもとにして権力分立論をまとめ

た。そうした作業については、イギリス統治機構の正確な理解ではかならずしもないことが、論じられてきている。モンテスキューの権力分立論はイギリス憲法の誤解にもとづいているといった批判も、聞かされることがある。<sup>15)</sup>しかしモンテスキューはイギリスの憲法制度や憲法理論に触れながら、大陸ヨーロッパ、とくにフランスの当時の事情や必要に合わせて発想を展開していたのではなかったか。そしてそうしたフランス流の理解ないし脚色は、イギリス憲法のよりよい展開という風にも、フランス知識人には見られて、「権力の分立」という形で近代憲法の二つの基本的要因の一つを形づくることになったのだろう。

憲法の二つの基本的要因のもう一つは、「権利の保障」で、これらのことがフランス人権宣言（二六条）に明示されたことは、知られている。この権利の保障にしても、そのイギリス的「原型」はきわめてイギリス的で、それは大陸ヨーロッパ的思考法により普遍的な理念に格上げされた趣旨を説くフランス公法学者もいる。

たとえば、E・ブトミー (E. Boutmy) は、「人間に対する真理の支配という威厳を備えたただひとつのもの」で、しかも「世界を教化するため」を目指していることをのべて、フランス人権宣言が「一般的な理念によりつき動かされた哲学者の……作品」であることを強調した。この言いまわしは、さきに引き合いに出したデカルトの言及——都市づくりや法秩序づくりの理想的な手法だとしたデカルトの言及と、なんと似ていることか。ちなみに、ブトミーは「裁判所での事件処理のことをもつばら念頭に置いて、……多分に便宜的」で実務本位のアメリカ的「権利宣言」との違いを示そうとしていたのである。<sup>16)</sup>

このような論述はもとといえ、フランス人権宣言に対するアメリカ諸州の権利宣言や憲法の影響を論じたイェリネック「人権宣言論」<sup>17)</sup>（一八九五年）に反撥して書かれたものである。フランス人のお国びいきがこのような反撥の動機だったといわれたりもしている。だが、そこには権利宣言のイギリスの特徴が指摘されて違いがいわ

れており、その点では示唆的である。

もつとも、大陸法的と英米法的との違いについては、イェリネックも「人権宣言論」のなかで言及している。ローマ法の影響を受けてすっかり変わった、つまりは整えられた大陸法的世界と違い、ゲルマン法的傾向がいぜんとして強い英法の世界のことに触れているのである。そのようにして不文憲法の国イギリスの法制的特異を説き、大陸法的な接近法だけではそうした特異を十分に理解することが難しい旨を示唆している。<sup>18)</sup>

だが、こうした法学方法論の違いへの留意は無視してはならないとしても、イギリス、アメリカの権利宣言の出現は、その後には大きな影響を及ぼしたこと、少なくとも人権宣言の考え方と方式の一般化の刺激になったことを、イェリネックは論じた。それでも、大陸ヨーロッパに一般的な方式となった成文憲法方式が、イギリスに逆輸入されることはなかった。そのこのの意味するところは、注目に値する。英国では、(近代憲法、人権宣言について、大陸ヨーロッパが原材料ないし素材として受け入れ、手を加えて作り上げたのでない)素材そのものの近代的展開の系譜がつづいていたからである。

このことへの留意は、これまでどちらかという大陸法的土壌に出来上がった近代的成文憲法路線の成立に、またその後の充実に素材を提供しただけのような扱いをされてきた感のあるイギリス不文憲法流の再確認となる。それが、近代的成文憲法流を疑い出した問題意識と関わりがあることは、注意していい。

### 3 憲法の構成要素の大陸西洋的と英国的

もしかしたら、近代的成文憲法は、イギリス不文憲法の諸要因、法秩序原則のエキスを吸いとり、精選・加工した成果のように思われてきたが、そうではなかったのではないか。つまり、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、イギリス不文憲法の系譜があつたし、その吟味が、いまこそ求められることにならうというわけ。

それなら、どこに目をつけたらいいか。ちょうどいい具合に、しばしば引き合いに出される格好の整理がある。イギリス憲法の原則整理をしたもので、ダイシー『憲法序説』<sup>19</sup>が、それである。この本で、イギリス不文憲法の原則として国会主権と法の支配とが挙げられていることは周知のところ。それに加えて、憲法的習律が挙げられて、不文憲法のこと的印象づけられている。

そういえば、国会主権と法の支配という二つの原則提示には、フランス人権宣言（一六条）が憲法であるための必須要件とした権力の分立と権利の保障というセットとの対応が感じられる。あるいはダイシーにも、こうした連想があつたかもしれない。そうだとすると、イギリスで国会主権とされていた統治機構がフランスでは権力分立の構想で理解され、イギリスに伝統的な法の支配が、フランスでは権利の保障というふうにして強調された。そのような見方も可能である。

法の支配については、その大陸ヨーロッパ版として法治国家とか法治主義が説かれるのが、ふつうである。しかし人権の保障に関して、イギリスでは保障の手續きに注目して、だから法の作用に焦点が合わされてきたことが、法の支配をいわせる土壌になつていたようである。これに対し、大陸ヨーロッパでは法の作用もさることながら、まずは実体的権利として人権を位置づけることに注目して権利保障のことがとりあげられたといつていい。そして権利保障の手法との関わりで法治国家がいわれたのである。つまりは、人権への接し方の違い、さらに人権として扱うかいなか、という人権カタログの中身の違いが、英法と大陸法との間に認められるということ。

## 五 権力分立論の素材だったはずの国会主権

### 1 ロックの二権分立論にとっての英国事情

モンテスキューは、ヨーロッパ各地への、いわば研修旅行をはじめて一年半後の一七二九年一〇月末、ロンドンに渡った。以来一七三一年夏まで二年ちかくのイギリスでの見聞や交流が、『法の精神』（一七四八年）の第一編第六章「イギリス憲法について」に結実した。周知のところである。そしてこの章は「すべての国家には三種の権力がある」という言葉で始まることだが、三権分立を強く印象づけるきっかけになった。それと同時に、このような、イギリス憲法のモンテスキュー的関心の持ち方について、その原典がさぐられ、ロックの『国政二論』（一六九〇年）との関わりが、取り沙汰されてきた。

そのため、モンテスキュー自身がそうであっただけでなく、その後の多くの権力分立論研究者も、ロックの議論に対する同時代の特殊状況の影響やそれとの関連に深く注意しなかったり、また国会主権の在り様<sup>よう</sup>について混合政体論的のニュアンスを感じ合わせるだけだったり、という向きが少なくなかった。こうしてモンテスキューの権力分立論は、ロックに見られたその萌芽を發展させ、制度理論的にまとめ上げた、といった風の見方がいわれることにもなった。たとえば、それ自体が目的ではなくたまたま社会契約説の議論にともない、だから「偶然に、あるいは副次的に」説かれ、その意味では「いくぶん便宜的な色彩を帯びている」のが、ロックの権力分立の議論で、これにくらべるとモンテスキューの権力分立論は「きわめて厳格な原理として採りあげられて」おり、「組織的・体

系的であることは明らか」といった具合に<sup>(20)</sup>。

たしかに、権力分立の主張は、モンテスキューとちがってロックの場合には、立法権と執行権の二権分立であった。そして立法権の対象としては主として「司法権の作用について定める法、つまり裁判の法、とくに刑事法」が語られ、この「刑事法の適用」が執行権の役割とされた<sup>(21)</sup>。しかもここでは、主権者の命令である立法権について、法の発見という司法の作用を通しての、つまり発見した法の確認という立法権のことが前提になっており、その意味ではイギリスに伝統的な不文憲法の意識の新たな形をとっての再確認がなされているといっている<sup>(22)</sup>。

ロックがこのような二権分立を論じたについては、立法権と執行権を併用し思いどおりに行使していた支配権力が存在したと同時代の人であったことが影響していた。その支配権力とは、ピューリタン革命を演出した長期議会（一六四〇～一六六〇年）の過程で圧倒的な力を振うにいたったクロムウェル主導の革命勢力に象徴されたものである。それは、一六四九年に国王の処刑とともに、王制だけでなく貴族院も廃止して、クロムウェルのリーダーシップによる議会（それも、庶民院による一院制の議会）政治だった。

共和制が成立して四年が経って、「政体書 (Instrument of Government)」（一六五三年）がつくられた。「近代国家の実定成文憲法として最初<sup>(23)</sup>」といわれるものである。しかし皮肉にも、この成文憲法をつくったクロムウェル支配の下で、庶民院専制政治が出現した。それは、絶対君主制に擬することの出来る絶対議会（二院制の議会）制であった。ここでは、主権者の命令という成文法制定を核として、この法律違反の処分という司法作用を利用しての庶民院の恣意的支配が行なわれた。このような庶民院への権力集中に対し、その解消の手法として権力の分立が工夫された。それがロックの場合であった。

このようにロックの権力二分論には、クロムウェルの庶民院専制のような異常にどう対処するか、という当時最

大の問題関心に対するロックなりの答え、という側面があった。だから問題になっていく権力濫用の場面に登場しない権力は、別扱いされた。別扱いされたのは、支配権力ほんらいの目的に適った権力作用である。そうした権力作用をロックは、社会契約をした理由ないし狙い、すなわち「個人の自由・生命・財産の保全」と結びつけて必要視したのである。

そこには、権力＝悪という理解だけでなく、権力の必要という経験的な理解もきちんとしていた。多分に現実的である。そしてこうした支配権力ほんらいの作用としては、いわゆる消極国家において最低限必要不可避の政治的作用が考えられていた。そうした権力が、ロックの場合、連合権と大権であった。ちなみに、連合権とは、戦争・講和・外交権限など対外的な権力作用であり、大権は公共の利益のために君主の自由裁量で行使できる権力作用である。<sup>(24)</sup>

これらの権力は君主にもっともふさわしく、なによりもその面での熟練がみとめられていた。権力分立の対象としては考えられなかったようである。もちろん、君主の権力濫用が考えられなかったわけではない。しかしそうした事態は、連合権・大権以外の権力行使について起こることであった。しかもそのときにはマグナ・カルタや権利請願などで試みられた手法、すなわち君主の不当な権力行使を規制し、適正化する、いわば権力制限の手法——それは君主の不当な裁判を牽制する手続きの確認——により、対応策が整えられていた。

ところが、ロックの場合に、権力濫用の是正に焦点を合わせて分立された権力と、権力の適正行使の期待可能性を前提に制限の対象とされた権力と、というふうの別扱いの手法は、その後モンテスキューにより一緒にされて、分立される権力のそれぞれになった。二権分立が三権分立になったのである。こうなったについては、不文法の思考法と成文法の思考法との違い、また貴族の在り方のイギリス型とフランス型の違いなどの影響があったらう。<sup>(25)</sup>



## 2 国会と国王の關係の英国的と大陸西洋的

クロムウエルの専制政治は、一六六〇年の王政復古で終わった。そのとき、王制だけでなく、貴族院も復活した。それまでの権力集中の体制に代わって、王位・貴族院と庶民院とから成り三者競合という形での（庶民院主権でない）国会主権制の可能性が現われた。この可能性が現実になるのは、王政復古して一五年目に即位したジェームズ二世の専制政治を排除した名誉革命（一六八八年）をきっかけにしてであった。

この革命は、ジェームズ二世の長女メアリと彼女の夫オレンジ公ウィリアムとの共同統治を貴族院と庶民院が決議して、「議會における国王」を確実にした。こうして国王の権力が両議院の影響下にあることが明らかになったが、それだけでなかった。国王も、貴族院・庶民院とともに国会を形づくることになった。まさに混合政体的で、これが国会主権のなよりの前提であり、イギリス的なのである。そこにみとめられるのは、主権者の交代（主権在君から主権在民へ、といった風の変更）ではなく、主権的君主を議會にとり込んで君主主権を議會主権に様変わりさせる手法である。そのようにして主権の行使に関し議會内部で、いわば自己調整されることになる。また君主に焦点を合わせて、議會主義的君主制が特徴づけられもする。

このような国会主権型に対し、大陸ヨーロッパでは国会は両議院から成り、君主は国会の立法作用に対し国会の外からそれなりの関わり方（立法の提案や裁可のような）をする。君主は国会の構成要素の一つにならないで、機能の面で国会と競合・協働する。そうであれば、国会から独立の存在である君主に、それに見合う固有の権力を、という要請は、権力分立論の文脈に適うもの。モンテスキューは、ロックの連合権と大権とを合わせて「万民法に關する事項の執行権」とし、君主の権力に見立てたのである。

大陸ヨーロッパにおける国会と国王との関係は、イギリスのそれと似ているように見えて、またイギリスの場合の発展のように見えて、しかし国会主権におけるとは、違っている。そのことは、国会主権を前提とする議院内閣制と大陸ヨーロッパの議院内閣制との違いをもたらず一因にもなっている。国会主権制では両議院と国王とによる政治的決定を執行する中核をなすのが、議院内閣制の内閣で、だからこの内閣について管理委員会とか執行委員会とかの特徴づけがなされるのである。だからまた、君主は大臣に対し「諮問に応じて意見をのべ、激励し、警告する」(パジョット)ことが可能になり、それどころか重視されるのである。

これに対し、大陸ヨーロッパの議院内閣制は、内閣に対し議会の意思を執行する側面と君主の意思を伝える側面とを期待して出現した。もともと、権力分立論は、議院内閣制に冷たかった。権力分立制に有害だとして、モンテスキューはイギリスの議院内閣制を批判したほどである。権力分立論において君主の下での内閣は、いってみれば超然内閣が理想的だったのだ。

だが君主制と議會制との調整の必要もあって、大陸ヨーロッパでも議院内閣制の出現、普及となった。それも、イギリスでの亡命経験を持った君主(たとえば、フランス一八一四年憲章におけるルイ一八世)の下で、イギリスでの素材(議院内閣制)が輸入され、きっかけをつくった。その後の議院内閣制の成立、展開の歴史は、イギリスにおけるとは違ったことは、知られるところ。国会主権制でなかったことの影響もあっただろう。この点については、別の機会に触れることにしたい。

ともかくも、君主を国会に組み込んで、君主主権を国会主権に模様替えしたイギリスである。君主最高制が国会最高制になった。主権的国会はだから、「男を女にし、女を男にすること以外はなんでも出来る」といわれたりするほどの万能イメージをともなうことにもなった。しかし国会はなんでもしてしまうことはなかった。国会の権限行

使には、おのずからの制約があったのである。

なによりも国会の立法権は、成文法による法的規制の対象についての（ないし規制をみとめられていると国会が判断できた範囲においての）絶対・万能、したがって最高なのであった。それ以外の、成文法による規制がなされない領域については、むしろ不文法が有効とされていた。その意味では、国会制定法が国民生活を規律するルールのすべてではなかった。

G・イエリネックはこうした点に注目して、国会主権における国会の立法権力の無制約が「法律の意味の権力」についてのことだとして、つぎのようにのべた、——「議會および国王が実質的なもろもろの制限に服することは、イギリスにおいては、いつの時代においても変わることのない国民的確信であった」。しかもそうした「国民的確信」には「国家の活動範囲には限界があるとする古来のゲルマン的な法的確信が反映している」と。<sup>26</sup>

要するに、国会主権制は成立したが、肝腎の一線を越えるようなことがないという不文憲法原則が、イギリスには認められるのである。成文憲法にどうしても馴染めないほどの不文憲法への執着の現われといえよう。成文憲法における近代的知性本位に対して、経験の積み重ねといていい歴史・伝統に由来する法的規範力頼りの不文憲法的意識からの問題提起、ということにち風の視点が思い合わされる。そのとき、法治国家・法治主義的思考に対する法の支配的思考ほんらいの持味確認が、求められる。

## 六 人権宣言するよりも法の支配

### 1 権力濫用からの救済手続的権利が主眼の英国流儀

もともと、法の支配における法は、*judge-made-law*（裁判官調製の法）という言い方がなされるように、裁判を通して形成される法である。裁判における判決が、そこで扱われる事件についての法の適用なのである。ただし、判決を下すに当たって裁判官は、先例のなかから当面の事件の解決に適切な先例をさがし出して適用する。判例法主義がいわれるゆえんである。

こうした作業をする裁判官、そして司法権には、特別の地位、なかんずく立法権に対する優越が、保障される。つまりは、制定法に対する不文法の優位、あるいは不文法世界の一部分で有効な制定法というわけである。だから伝統的な判例法主義が支配的なかぎり、「制定法は、裁判官によって適用されて初めて法となる」といわれるのである。そして「その意味においても裁判官は、立法者の意思に服するのではなく、それを支配するといえる。」<sup>(2)</sup>アメリカの連邦最高裁判官の発言といわれる「わたしが憲法だ」は、このような文脈でのことである。

「憲法の最高法規性」は、もともとこうしたところに成立するものなのである。憲法以前の、いわば「法の窮極にあるもの」は考えられず、文字どおり憲法が最高だからである。そこは、社会の長年月の経験の所産である（人間の場合でいえば年寄の知恵に当たるような）歴史的英知の現われとしての法を考える不文法世界である。こうした歴史的英知が判例法、慣習法に認められ、そのなかから当面の事件解決の基準を発見し適用するのが、裁判官である。

そうとなれば、裁判官としては、人生経験を積んで、人格的にすぐれ識見豊かで、人間的に成熟した人物が求められるのが、道理である。

こうした不文憲法の世界と違い、近代的成文憲法を整えた大陸法世界では、一般に最高法規とされる成文憲法以前の根元的・始原的な要因が認められている。それに当たるのが憲法制定権力で、君主の場合の神授王権や国民の場合の主権的権力の具現である。これまでもなにか触れたように、木田教授が「西洋文化圏に特徴的」として論じた「自然の外に……設定された……超自然的原理」の成文憲法世界版である。

そのような成文憲法を基本に法による行政、法による裁判といった法治主義がいわれ、国家権力の成文憲法的正当化と規制によつた法治国家が論じられるのである。ここに明らかなように、法治主義・法治国家における法は、成文法である。しかもそこに見出されるのは、判例法・コンローを通して出来上がったイギリス不文法ルールの成文憲法的表現ないし確認といつただけのものではなかつた。権利の保障についての憲法の扱い方に、それは明らかである。

大陸西洋型近代成文憲法では、憲法のなかに人權としての地位を占め、あるいは憲法によつてその地位を確保することが、権利保障の基本的前提であつた。そのようにして実体的権利にまず焦点が合わされる。判例法主義もとづく法の支配の場合は、これと違い、権力濫用による臣民・市民生活の侵害からの救済のための手続き的権利がもつぱら強調される。マグナ・カルタ、権利請願以来のイギリスの諸基本法を見れば、それは明らかである。

これらの諸基本法は、救済手続き的権利確認の必要と正当を理由づけるために、それらが旧来から認められている権利であることを強調し、また、国王による権力濫用の実態を詳細に列挙して、説得性を補強していた。どの文書にも、国王の悪業叙述部分のほうが長い。こうした権利保障要求の手法は、アメリカ独立宣言にも受けつがれて

いる。独立宣言というと、天賦人權・社会契約・抵抗権といったカッコいい響きの部分が一般に印象に残っている。だが、その部分よりもずっと長いイギリス国王王政の事例列挙がなされているのである。

ともあれ、ダイシーの言い方を借りれば、「権利の定義ないし宣言」に一生懸命の大陸西洋の法治主義の場合とちがって、法の支配では「権利を強行し保障するための救済手段」にもつばら焦点が合わされる。そしてダイシーはいう、——「イギリス憲法には、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」と。

## 2 イエリネック人權分類論の呪縛

このような法の支配であるから、法治主義における人權分類といった問題関心は見られない。大陸西洋型の成文憲法における人權規定の整理・分類といえ、国家に対する国民の地位を類型化し、それぞれの類型に対応して人權分類をしたG・イエリネックの試みが、その後大きな影響を与えた。わが国の場合には、イエリネック分類論の呪縛がいわれてもおかしくないほどである。

イエリネックの人權分類は、国民の消極的地位に応じて自由権、積極的地位に応じて裁判をうける権利などの受益権、能動的地位に応じて参政権などといった具合だった。これをモデルにわが国でも、人權分類のいろいろが工夫されてきた。ただし、イエリネックの人權分類は一九世紀末の試みということもあって、いわゆる社会権が立憲化されていないころであった。そこでその後、社会権をこの分類のどこに入れるか、が問題になった。国務請求という点に注目して、裁判を受ける権利を主内容にした受益権に組み込んで一件落着となった。

これに対し、裁判をうける権利と社会権を同じ区分けのなかに入れておくことが、疑われ出しもした。社会権は

受益権らしさを専有する印象を強くし、受益権において裁判を受ける権利の影が薄くなった。そう考えられて、むしろ参政権を主内容にした能動的地位にともなう権利へと追い出される、といった分類が試みられたりもした。<sup>(30)</sup>

ところが、せつかくまるで一人占めた感のある受益権から社会権の退場という事態が予測されることにもなった。それは受益権からの退場どころではない。社会権の人権がなくなるのである。ドイツ・ボン基本法からは、社会権の規定が消えている。これまで自由権の人権と並んで社会権的人権とされて、自由権のように司法権の作用を期待して権利保障の可能性がさぐられてきたが、無理であることが明らかになったのである。社会権の保障について、その構造は「古典的基本権とまったく異なっているから」ということで、「社会的基本権が断念」された。<sup>(31)</sup>

こうしたボン基本法の決断は、社会権を憲法に登場させて二〇世紀憲法の先駆けを印象づけてきたドイツでのこととただだけにショッキングな出来事のはずだった。だがその割りにこの「実験」の失敗(?)は注意されないできている。ともかく、社会権の人権という方式に託された願いは、立法権・行政権の仕事であることを表して立たせることにより確認された。いままで人権保障の熟意を疑うとされてきた社会権規定プログラム規定説の趣旨と意図が、やっと理解されたようなもの。プログラム規定説は、社会権の保障について政治の作用の重要とそれへの期待を示唆していたからである。

### 3 社会権への「法の支配」的対応

もつとも、こうした視点からのアプローチは、コモンローの世界ではすでに試みられていた。イギリスの植民地、そして自治領という時代から脱してつくられたアイルランド憲法(一九三七年)は、ワイマール憲法の社会権規定の趣旨に留意して、しかしワイマール憲法流でない別の方式を定めた。「社会政策の指導原則」という条項(第四五条)

を設けて、社会的弱者救済など社会正義を指標にした立法の重要を強調した。

そもそもが、実体的人權の宣言に馴染み薄のモンロー世界のことである。そうした権利が視野に入っても、自由権的人権どまりで、しかも手続的権利に比重をおいての接近が一般的だった。つまりは、司法権の作用可能性の視点が関心の的だったのである。

司法権の作用のきつかけになる具体的事件については、とくに政治権力(かつては、主権者国王の立法作用)による違法な(つまり、旧来の慣習など不文法のきまりに反する)権利侵害からの救済が、特徴的だった。だから、権力制限の意味合いが濃く、法の支配の対象は一般国民でなく、もっぱら「統治者・政治的権力者に」置かれる旨が論じられることにもなる。<sup>(32)</sup>

だが社会的弱者救済ということになると、権力者・統治権力を疑いの目で見ていたのではなく、逆に期待する接し方が求められる。そこには、制限されるような昔を顧みて、これからは、といった罪滅ぼしのニュアンスでの権力期待もあったかもしれない。だがそれよりも、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たのである。それは、司法権の限界認識と相ともなった。

こうし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的権利の思考法が、他の権力に準用される。立法権の作用に関する指針提示の憲法規定には、そうした向きが見てとれる。そしてなによりも、立法権への期待感がある。アイルランド憲法(第四五条)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らかにした点に、そのことは明らかである。<sup>(33)</sup>

こうしたアイルランド憲法の試みは、司法権と立法権のそれぞれの権力作用の確認であり、こんにち的狀況での役割分担の表明である。それは、それぞれにふさわしい機能を割り当てて、権力行使の効率化を担ったもの。分業



の発想の政治（権力）版というところか。権利の宣言よりも、権利保障の手段に焦点を合わせ、その手段である権力作用に期待し、権利保障の成果を確認し、また確実にしようというのである。プラグマティックであり、多分に現実的である。

ここに、アイルランド憲法の規定に反映しているであろう点にも触れて、法の支配の思考法の特徴を見てきた。こうして、大陸西洋型成文憲法の思考法との違いが明らかになり、さらには近代的成文憲法そのものへの問題提起のきっかけが、見出されるもする。

それにつけても、近代成文憲法は大陸西洋近代憲法であり、だから近代憲法にとつてのポスト・モダンの問題に對し、大陸西洋におけると違うイギリス憲法は示唆的である。伝統・歴史・経験にこだわり、歴史の流れの中で憲法をとらえるイギリス流儀は、大陸西洋型近代憲法により参考され、啓蒙絶対的知性主義によつて「洗練」されたのであった。だが、大陸西洋近代的成文憲法はいま妙な具合になつて、憲法におけるポスト・モダンの話題の對象にもなつている。そしてまた、イギリス憲法流儀が顧みられることもあるようである。

「ここで一言」

イギリス不文憲法流儀への留意は、非西洋、もちろんわが国の場合にはわが国の不文憲法的なものにも向けられていいはず。ひところ、日本国憲法（という近代的憲法）の日本の受容が問題になつたけれど、憲法学界では一般に批判的だった。しかし、日本の受容について肯定的な見方がなされることがあつてもいいのではないか。それだけでなく、わが国流の人間観、社会観による不文憲法流を成文憲法化する余地もありそうである。それは、近代憲法の行きづまりからの憲法のポスト・モダンを考えるに当たつての可能性の一つにもなりそうである。

- (1) J・ハーバースマス「近代——未完のプロジエクト (Die Moderne——ein unvollendetes Projekt)」——岩波現代文庫『同名書』、三島憲一訳、二〇〇〇年、所収——三五頁。
- (2) A・マチエ(ねづまさし・市原豊太訳)『フランス大革命』上、岩波文庫、昭和三十三年、一六五頁。ちなみに、原書(La Révolution française)は三巻で、それぞれ一九二二年、一九二四年、一九二七年に発刊された。
- (3) A・ソプール(小場瀬卓三・渡辺淳訳)『フランス革命』上、岩波新書、一九五三年、の冒頭の「日本の読者へ」ii 頁。
- (4) 小林昭三『比較憲法学・序説』成文堂、平成十一年、三七頁以下。
- (5) 小林昭三『前掲書』、九二頁以下。
- (6) 「法の完全性ドグマ」については、たとえば小林昭三『政治制度の思想』成文堂、昭和四十三年、二三頁以下でも触れてある。
- (7) 木下毅「市民法秩序からポスト・モダン法秩序へ」——長谷川晃編『市民法秩序のゆくえ』、北大図書刊行会、一九九九年、所収——二頁以下。
- (8) 小林昭三『憲法学の方法』北樹出版、一九九一年、一五三頁。
- (9) 小林昭三『前掲書』一五五頁。
- (10) J・ポーコック(福田有弘訳)「保守的啓蒙」の視点——英国の啓蒙と米・仏の革命——雑誌『思想』岩波書店、一九八九年八月号、所収——八九—九〇頁。
- (11) 木下毅「前掲論文」、六一—三頁。
- (12) 阪本昌成『近代』立憲主義を読み直す——フランス革命の神話——『成文堂』、二〇〇〇年、一〇頁は、つぎのようにべている。「本書の最大のねらいは、自然状態から市民社会を人為的に作りあげようとする思想の流れとは別に、もうひとつの啓蒙の思想があるのだ」ということを明らかにすることです。スコットランドの啓蒙思想のこゝとです。この啓蒙思想が、市民、市民社会、という言葉をを用いるとき、それは社会契約論者のいう、市民、市民社会とは同質でないのです。」
- (13) 宮沢俊義「人権宣言概説」——高木八尺・末延三次・宮沢俊義編『人権宣言集』岩波文庫、一九五七年、所収——一八頁。
- (14) デカルト〔野田又夫訳〕「方法序説」——中公『世界の名著Ⅱデカルト』、中央公論社、昭和四二年、所収——一七

- 一―二頁。なお、小林昭三、前掲の『政治制度の思想』、一八一―九頁。
- (15) 戦後、権力分立制といえば早速に引用された清宮四郎『権力分立制の研究』(有斐閣、昭和二五年)は、『法の精神』第一編第六章(「イギリス憲法について」)に触れて、「モンテスキューは、ここで、イギリス憲法の客観的・科学的な解明を企てているのか、それとも、イギリス憲法とは直接関係のない理想的憲法を一般に述べているのかが問題になる」としている。しかし、「問題をどちらかに片づけるのは、かえって著者の真意に背くおそれがある」として、諸説を紹介している。そうした紹介の上で、「多くの学者の指摘するように、イギリス憲法の史実そのものについてのモンテスキューの知識はあまり高く評価することはできない」と論じた。(『同書』三六一―七頁。)
- (16) E・プトミー「人権宣言とイェリネック氏」——初宿正典編訳『人権宣言論争』みすず書房、一九九五年、所収——一五二―二頁。
- (17) イェリネック「人権宣言論」の邦訳は、美濃部達吉によって原論文公表八年後の一九〇三年(明治三六年)に発表され、その後、単行本として発売された。第二次大戦後、昭和二十一年に『人権宣言論外三篇』として日本評論社刊行版があった。それから五〇年後に、注(16)の初宿正典編訳の『前掲書』が出来た。
- (18) 初宿正典編訳『前掲書』、一二七頁以下。
- (19) 原典は、A. V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 1885. で、邦訳は、伊藤正己・田島裕訳『憲法序説』学陽書房、昭和五八年がある。
- (20) 清宮四郎『前掲書』七〇―一頁。
- (21) 清宮四郎『前掲書』一三三頁。
- (22) 高見勝利「権力の分立論」の成立とその展開——『公法研究』五七号、一九九五年、所収——四頁、参考。
- (23) Karl Loewenstein, Verfassungslehre, J. C. B. Mohl, Tübingen, 1959. カール・レーヴェンシュタイン〔阿部照哉・山川雄己共訳〕『現代憲法論』有信堂、昭和四二年、一六九頁。
- (24) 清宮四郎『前掲書』二六頁以下の引用による。
- (25) 貴族の在り方のイギリス型とフランス型の違いの点については、たとえばM・デュヴェルジェ(宮島喬訳)『ヤヌス』西欧の二つの顔』木鐸社、一九七五年、一三三―一三三頁に要約がある。
- (26) イェリネック「人権宣言論」——初宿正典編訳『前掲書』——一二八頁。
- (27) 大木雅夫『比較法講義』東大出版会、一九九二年、一五三頁。

- (28) 木田元教授のこの指摘については、本書の第三章や第四章でも、言及している。  
 ダイシー〔伊藤・田島共訳〕『前掲書』、一八六頁以下。
- (29) 宮沢俊義『憲法Ⅱ』（新版）有斐閣、一九七一年、八八頁以下。
- (30) K・ヘッセ〔阿部照哉ほか訳〕『西ドイツ憲法綱要』日本評論社、一九八三年、一〇二頁。
- (31) 田中和夫『英米法概説』（改訂版）有斐閣、昭和四九年、五〇頁。
- (32) 小林昭三『比較憲法学・序説』成文堂、平成二年、二六四頁以下。
- (33)

## 第六章 英国憲法に生きる中世風

### —議會制と法の支配の素地—

#### はじめに—宮殿が議事堂—

英国議會議事堂は、もともとは国王が住み暮らす宮殿であった。「ウエストミンスター宮殿」といわれ、貴族院と庶民院はもっぱらここに召集されていた。しかしこの宮殿が国王定住の宮廷になるまでは、貴族院も庶民院も国王が滞在するあちこちの宮廷に招ばれていた。

ところが、一五一二年にこの宮殿で火事が起こり、その時の国王ヘンリー八世は、そこから歩いて五分もしないホワイトホールの宮殿に難を避けた。そしてそのままその宮殿に居着いてしまった。ウエストミンスター宮殿を引き払ったのである。国王の転居後も、貴族院と庶民院はここに残り、今に至っている。そうやってこんどは、国王が議会の開会宣言のためにここを訪れる。

ウエストミンスター宮殿は、一八三四年に再び大火災に見舞われた。修復がすぐなされ、増改築もされた。国王がこの宮殿を訪れたときの部屋や貴族院本会議場の玉座は残されている。それに、国会議事堂であるこの宮殿の家主は、国王なのだ。<sup>①</sup> こうした移り変わりをしていると、まるで「軒を貸して母屋を乗っ取られた」国王、といった

図が思い合わされる。

そうであれば、そのような国王の姿に接し、貴族院や庶民院もさすがに気兼ねをしたであろう。自分たち両議院だけでなく、国王も含めて国会を形作ることにした、という見方も可能になるうか。両議院の気兼ねはまた他方は、国王の伝統的な力に一目置く気持ちとも折り合つて、三者からなる国会という組み合わせを納得させたともいえないか。

## 一 国王優位の中世英国議會制

### 1 国王と共闘した「宗教改革議會」

もつとも、(国王・貴族院・庶民院の三者によるという)国会の構成の英国風は、「国会における国王」が強調され、「国会主権」が特徴づけられて以来のことである。名譽革命がそれへの転機だったことは、しばしばいわれる。<sup>②</sup>それまでは、国王の親臨を予定して、貴族院と庶民院とからなる国会が、国王滞在の宮殿で開かれてきた。中世の議會制に特徴的で、そのような議會の存在意味は、まずは国王の都合との関連で考えられた。

というのは、議會のそもその始まりは、国王の相談相手といつていい人びと(—高位聖職者・大貴族・側近たち)の集まりである賢人會議(Wisemen)の模様替えだったからである。模様替えのきっかけは、政治的にそれなりの意味を注目されて、無視できない存在になった地方自治体代表の庶民の出現だった。それにともない賢人會議は、庶民の集まりに補充された形で、議會に様変わりした。<sup>③</sup>一三世紀のことである。<sup>④</sup>

しかし、そうした変身を経験しても、議会と国王との関係は、基本的には賢人会議の時のそれと変わらなかつた。すなわち、国王の権限行使に関し協賛することが、議会のなよりの役割だつた。法確定について諮問に応じ、課税について承認をするという風にして、議会は協賛の機能を果たしたのである。だがそれだけでなく、国内各地における不満や異変など諸問題・諸事情を披瀝ないし陳情する場として議会在が機能することもあつた。この点が庶民コモンズによる補完の効果であつた。

こうなつて議会は、国王への情報提供の場となり、また国王による地方の問題への適正な措置を期待し、さらには紛争処理への善後策提示を要請する場になつた。しかも国王への協賛と苦情の訴えとは全く無関係な別別のことではなく、たとえば国王による課税を承認する代わりに、地方の問題解決の手掛かりを国王が示すという、いつてみればギブ・アンド・テイクにも似た関係を持つていた。

ただし、このギブ・アンド・テイクは対等の関係ではなく、国王の優位が前提になつており、国王支配の確保・充実に役立てられたのが、議會制成立初期の傾向であつた。そこには、中世議會制の特徴が見出された。こうした国王と議會の関係は、一五世紀末から一六世紀を通しての、いわゆる絶対主義君主制のチューダー王朝期にも続いていた。

むしろ、議会在に働きかけて王位の権威補強を心掛けた国王さえいた。「国王といわれるにもっとも似合いの人物」とされた、国王らしい国王ヘンリー八世がそうで、その治世（一五〇九―一五四七年）において、国王の要請に対する議会的呼応が目立つた。ヘンリー八世の国王らしさの自己表明として「国王最高法 (Act of Supremacy)」がある。かねて、ローマ法王の強い影響下に置かれてきた自国英国の状況に不満で、そこからの離脱意図がこの法律に具体化された。

この法律により、英国国教会の独立と、この国教会の唯一最高の首長としての国王ヘンリー八世が宣言された。この法律だけでなく、ローマ・カトリック教会のリモート・コントロールからの脱却を目指して、たとえば英国内の宗教裁判について認められていたローマ教会への「上訴を禁じる法 (Act in restraint of Appeals)」(一五三四年)をはじめ、諸種の教会関連法が制定された。

これらの諸法律の制定については、「宗教改革議會」とよばれた議會(一五二九～一五三六年)の活動、すなわち国王に同調する議会の姿があった。もともと、議会の活動といつても、国王ヘンリー八世がもっぱら働き掛けたのは、庶民院の方だった。ローマ・カトリック教会との関わりの深い聖職者も議員になつてゐる貴族院よりも同調を得やすいから、というだけでなく、ローマ・カトリック教会に対抗する上で議會との共關係を強く印象づけ得たからである。

このように国王と議會とが共關してローマ・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(つまり、伝統的に保障されてきた自由を侵害した)国王に対抗する諸貴族連合という図式の対外版といえようか。その意味では、イギリス流の「法の支配」の発想が基調をなしており、宗教改革議會の諸法律可決は、新たな法秩序の創出であるよりは、不当な法秩序を廃棄してイギリスの歴史・伝統に根ざす正しい法秩序の発見・確認だったといえる。中世議會制の在り方が、認められるわけである。

## 2 絶対君主への協賛から「議會における国王」の土壤が

ところが、絶対主義君主制を特徴づけられたチューダー王朝の統治体制に対し、大陸ヨーロッパのそれとの大きな違いに目を向けて、イギリス的特殊や限界がいわれたりしている。そういわれるのは、大陸ヨーロッパ諸国の絶



対君主制を可能にした二つの要件の欠如のせいだ、というのだ。ちなみに二つの要件とは、地方行政機構にまで及ぶ中央集権的な官僚機構の完備と常備軍の整備・充実とである。こうした要件がイギリスでは整っていないかったため国王は、議會をあてにせざるを得なかった、というのである。<sup>⑥</sup>

しかし、このような評価は、大陸ヨーロッパにおける絶対主義君主制の思いきりの良い権力集中の様子を基準にしてのもので、その基準にかなっていないから、ということでは絶対君主制を疑うといった類である。それは、フランス革命に発する革命神話の思考法の場合と同じで、絶対主義革命・市民革命を経験しない諸国の近代化不十分を論じるのに似ている。

そうであれば、『フランス革命の省察』を書いて、フランス革命を批判したバークの思考法があるように、イギリスの側からの視点により、大陸ヨーロッパの絶対主義君主制を異例・異常と論じることがもできる。あるいはそうまでなくても、大陸ヨーロッパの事情に由来すると見なすことがあっていいだろう。

こうしてイギリスの事情を肯定的に解して、先ほどの国王Ⅱ議會の關係活用に基づく英国的統治流儀が評価されることになる。そして、「議會立法によつてのみ維持されたのであり、議會を前提にしてはじめて……存在できた」とされるヘンリー八世風絶対君主制が、「議會における国王(King in Parliament)」と特徴づけられたりする<sup>⑧</sup>場面に接することにもなる。しかし「議會における国王」といっても、国王が議會を取り込んでいる姿が、ここでは特徴的であった。

したがってそれは、国王を取り込んだ議會という形での「議會における国王」ではまだなかった。<sup>⑨</sup>つまりは、「議會主権」とともに語られるものではなかったということ。それでもチューダー絶対君主制の時代に国王に協力し国政の上で存在意味を示した庶民院の充実は、一七世紀以降に現れる、近代の意味での「議會における国王」へ展開

するうえでの素地づくりになっていた。

このような理解のしかた、そしてこのような対応は、明らかにイギリス風である。改めていうまでのことでもないだろう。すなわち、それまでの時代がそれに続く次の時代の準備をしていた、そして新しい時代は以前の時代の準備を足場にして新たな展開を見せたという思考法がなされ、その点がイギリス風なのである。そこには、革命という断絶（つまり、時代の連続の否定）を経験し、かつ強調する大陸ヨーロッパ風進歩主義信仰との違いが、際立っている。多くの論者が指摘してきた。

こうしてたとえば、S・B・クライムズのような、イギリス憲法史における「中世」に殊のほか肩入れして「中世」の意義を説く次のような言及が現れる。すなわち——「イギリス憲法の近代的展開は（中世的なものを拒否して）全く新しいものを造り上げた、ということではなかった。むしろなによりもまず、中世的土台の上に新時代を築き上げたり、中世的土台を形づくる諸部分相互の関係を手を入れ今日風にしたり、ということであった。」（傍点は引用者）そしてここにいう「中世的土台」の現れの一つとして「法の絶対的優位を基本的とする考え方」が挙げられて、イギリス憲法の制度や思考法が論じられた。ここにいわれる「法の絶対的優位」の議論は、「法の支配（rule of law）」の思想に密接する。

## 二 英国中世風を洗練—「古来の慣習」頼りと代表の責任と

## 1 統治と司法のローマ法的區別—イギリスの場合

「法の支配」はもともと、ゲルマン法の発想に馴染んでいた。そしてゲルマン法的土壤が意識され、確認されることになったきっかけとしては、イギリスへのローマ法の伝来があった。そのようにして意識された中世のゲルマン法では、「共同体における個人の自由と、封建領主と封建領民の間の相互的誠実の關係と、といった要素」<sup>①</sup>が目についたという。こうした点は、外からの眼には、特に大陸ヨーロッパの研究者には、氣になったようである。そうした場合、ローマ法継受の限界が意識されることになって不思議でない。

このような限界が意識されると、それとともに不文法の世界イギリスにおけるゲルマン法的土壤を思い知ることにもなる。たとえばO・ヒンツェは、「ゲルマン法においてとりわけ力強くはつきりと形成された」として「君主と臣民の相互的な義務づけの理念」に注目した。そして「相互的な義務づけ」に関連して、一方に「支配の権限と服従の義務」を、他方に「政治的な支配關係」を制限する「法もしくは慣習」の存在を対照させた。<sup>②</sup>

この対照はいいかえれば、君主の支配の確認・正当化と、支配の行き過ぎないし不当の場合を牽制する法との対抗關係、つまりは政治的と法的との関わり合いの指摘である。しかもイギリスの場合、支配本来の役割からの逸脱を牽制する法的なものについては、「不文法と慣習法」が頼られていたことへの注意喚起であった。そのとき、政治的なものを牽制する法的なもの作用は、司法の役割とされ、こうして「統治」と「司法」の區別に関心が向くことになる。

この区別は中世イギリスにおいて、ローマ法のもとでなされていた「統治」と「司法」の区別のことを知らされ輸入してのことであった。だが輸入にあたってイギリス的な受容がなされたことを論じ、そこに立憲主義の特徴が見出されることを説いたのは、C・H・マツキルウエインだった。マツキルウエインによれば、ローマ帝国の皇帝の場合に統治と司法の区別は知られていたけれど、皇帝は人民から一切の権力を委譲されていて、だから皇帝の意思がすなわち法ということだった。その旨がユステイニアヌス法典に見出される、という<sup>14</sup>。

したがって、区別されていた統治と司法は、皇帝が掌握する権限の種別でしかなかった。そこに、マツキルウエインは絶対的支配の特徴を見た。これに対し、一三世紀イギリスでは国王の統治の分野の保障と、そこでの国王の自由裁量が正当化されながら、しかし司法の分野となると国王の権限は制約を承けていたとし、だから……ということ、支配の立憲主義的（——もちろん中世風の限定つきであるが）を説いたのである<sup>15</sup>。

このような受容を決定的にしたのは、イギリス一三世紀の碩学ブラクトン(Bracton)の「大胆な」衣替え作業だった<sup>16</sup>。もともと、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は、国王の責任であり、それが国王の統治のなよりの内容であった。統治の責任を果たすのに、国王はもっともふさわしく、それについての十分な能力を持ち、だからその面ではなんの制約も受けないで、裁量自由に振る舞うことを認められていたとされていた。文字通り「統治行為」そのもので、裁判所の審理の権限が及ばない高度の政治的行為として特別扱いされる、今日風「統治行為」概念が思い合わされる。それは、のちにロックが述べた（対外的安全を確保する権限などの）「連合権」や、特に（社会秩序維持の権限などの）「大権」事項の系譜につながるものであろう。

しかし国王のもっぱらの責任である「統治」プロパーの事項と違い、公序紊乱などの行為や紛争解決をめぐる裁判的作用となると、ちよつと事情が違ってくる。司法についても、国王が第一人者であるが、法にしたがって行う

よう求められている。不文法の世界では、だから適用されるべき法の発見が、まず司法の作用になり、この点について国王は無制約というわけではない。法は「大諸侯との討議と同意を得て国王が発したものである」でなければならぬからである。しかも大諸侯の同意は「古来の慣習」に則っていることが了解されていた。<sup>17)</sup>

ここでは「大諸侯との協議」と「古来の慣習」への準拠とが特徴的で、イギリス的、そしてゲルマン法的、を印象づける。「大諸侯との協議」は、さきに触れた賢人会議との協議として形を整え、その後貴族院、そして庶民院も加わつての議会制への発展の原型であった。討議の重みが、討論・審議が生命の英国議会制につながつた。また、大諸侯が何かにつけ「古来の慣習」を最後の拠り所にしたことは、「法の支配」の思想に整つた。

## 2 議会代表制の発端—二つの学説

さきに、国王について統治の責任という言い回しをした。そして司法の領域について、いいかえれば司法の問題を扱う国王の行為について、「大諸侯との協議」が国王に義務づけられたが、そうすることはまた大諸侯の責任でもあつた。このように、一三世紀には国王も大諸侯もそれぞれの役割を果たすに当たつて権利の意識よりも義務の意識をまず持ちあわせていた。そのことは、国王への協賛が役目の議会代表についても妥当した。

またさきに、議会の主たる機能が課税への同意であつたことに触れた。地方自治体代表の庶民も加わつた議会が課税に同意することにもない、その代表の属する地方自治体は、納税の責任を負うことになる。ここには、「地方自治体の責任 (Haftung) になるメンバーの債務 (Schuld)」という関係がみとめられ、こうした関係が成り立つとき「代表」が特徴づけられる。それは「債務と責任の分離という古ゲルマン的な法原則」を基調にし、ハツチエク (Hatschek) の論じる通りである。<sup>18)</sup>

しかもそこでは、代表はもっぱら義務の視点から、つまり「代表の義務」として論じられた。このような議會代表制成立論に対し、それがいささか形式的で、成立した後の法学的な説明にとどまり、十分に説得的でない」と批判したのは、O・ヒンツェであった。議會代表制成立の決め手になったものは、そこには明らかにされていないから、<sup>(19)</sup> というのである。

ヒンツェは、地方自治体という世俗的な共同体代表の出現に特徴づけられる代表制議會より以前に、聖職者代表の集まりである教会代表の集會があつたことに注目した。聖職者は伝道を本務とし、だから神の意を体して振舞い、神の教えに精しく、学識経験の豊かさが身上である。教会代表はそうした聖職者だつた。

そのような高級聖職者が大貴族とともに形づくつた代表者集會（——のちの貴族院のいわば原型）を補つた地方自治体代表の庶民は、<sup>コモンズ</sup> 教会代表によつて示され、浸透しつつかつた代表モデル（つまり、選ばれた有能者）にのつとつて行動した。だから、庶民の参加が議會制への転換のきっかけくりになつた。そう論じてヒンツェは、教會會議が世俗的代表議會のモデルとして「決定的な影響力を持つていた」と説いた。そこに見出されるのは、「ゲルマンの慣習と教會の法制とから来る流れが合一してできた制度」ということであつた。<sup>(20)</sup>

ただしイギリスの場合、教會それもローマ教會の法制度の影響は、ゲルマン的不文法の土壌のところで大きく脚色された。教會的要素と世俗的要素の結びつけは、世俗的要素の整理に当たつて教會的要素が参照され、また利用されるという具合に。一四世紀におけるローマ教會との断絶は、こうした動きを助長した。それでも、神を信じ神の教えを守り、実行する姿勢にともなう義務の意識は、代表であるための、また代表であることのない心構えになつていた。

## 3 君主・貴族・庶民それぞれの代表らしさが英議會制に

このように、君主・大諸侯・議會代表のいずれにとつても、義務の視点がまず留意され、それぞれなりの「らしさ」（つまり、君主らしさ、大諸侯ないし貴族らしさ、議會代表らしさ）の要請になつた。君主の場合、統治の責に任じ自由に振る舞えるのは、「神の恩寵による君主」だからであつた。その資質・適性を見込まれて、神によりその地位を保障されたのである。君主らしさは、神への務めである。

大諸侯・貴族の場合にも、似たようなことがいえる。聖職者代表と共同の會議体を形成して行動することにより影響され、準用されることになつた義務意識、たとえば国王の諮問に応じ、また司法の作用の面で国王を牽制して、社会秩序の健全につき積極的・消極的に関わるなどの義務が、それである。こうした義務意識は、後にノブレス・オブリージュとして語られるものにもなる。

そして議會代表の場合は、課税に対する同意が、代表する地方自治体に納税の義務を負わせるという意味だけでなく、国王の治世にもかくも関わりを持つことができるという、いま様にいえば公務への参与という名誉を保障され、謹んでそれに応じる義務の意識をともなつていたともいえる。

こうした、それぞれなりの義務意識による国王・貴族・庶民の活動が、近代的な政治制度への展開の基盤づくりになつたのである。さきに引用したクライムズの「中世的土台」のことが思い合わされる。クライムズはまた、こんな風にもべた。すなわち——

「近代に属すると見受けられる事柄の大半が、実際には中世に属する、ということ……。西欧の中世は、あらゆる

る時代のうち、政治技術の面で、段違いに想像力の豊かな時代であった。……事実、近代はほとんどなにも創造しなかった。近代が行ったのは創造ではなく、多くの改作であつた……」<sup>(2)</sup>

この叙述は、中世の存在意味の強調である。その意味では、ヨーロッパ中世（五・六世紀から一四・一五世紀）を「暗黒時代」と特徴づけて、「近代市民が自らの正当化のために作り出した……偏見ないし悪しき宣伝」——つまり、西洋近代イメージアップ用に歪められた中世観——からの覚醒をうながす中世見直し論、そして中世正当評価の主張と揆を一つにするもの、ともいえそうである。

だが、絶対主義革命・市民革命・社会主義革命、といった革命発展図式信奉に批判的で、歴史の継続的展開論が常識のイギリスの場合には、中世の見直し提言は、いまさらという気持ちでの、あるいはやっといまごろになつてといった気持ちでの受けとり方をされたかもしれない。そうであればクライムズのさきに掲げた言及は、自己確認の意味合いを持つことにならうか。

### 三 「事物の自然」の秩序ルールである「法」の支配

#### 1 自生的秩序における人を論じるハイエク

中世と近代の連続性に注目したクライムズの見方に対しては、もちろん批判もあるだろうし、事実あつた。たとえば、近代が中世の否定ないし中世との断絶の上に立つことに無頓着で、だから「憲法史的に、また政治・社会史



の上でも、画期的な清教徒革命の意義が評価されない……という批判がありうるだろう」ことがいわれてもいる。<sup>(23)</sup>  
 しかしこうした批判は、大陸西洋風「近代」をモデルにしてのものである。ちなみに、清教徒革命は「内乱」<sup>シビル・ウォー</sup>だったとする見方も、イギリスにはある。ともあれ、そのような批判が英国に妥当しないことを念頭に、クライムズと同じようにイギリスを特徴づけたのは、ハイエクだった。

ハイエクはいう、「中世の伝統を維持することに成功し、中世の『自由』の上に法のもとにおける近代的な自由の概念を作り上げた唯一の国は、英国であった」と。そしてそうされたのは、「後期ローマ法の全面的受容」とそれと関わりのある「支配者が法をつくるという法概念の全面的受容」とをしないですんだ「コモン・ローの伝統がイギリスには深く根づいていた」からだという。<sup>(24)</sup>

このような「コモン・ローの伝統」は、デカルト的合理主義が支配的な、そして知性の設計主義的作用が基調の、いつてみれば啓蒙絶対的知性主義接近法には拒絶反応を示す。そして逆に、「反合理主義的の接近法」と馴染んでいる。<sup>(25)</sup>

あえて「反合理主義的」をいう接近法は、ハイエクによればこうなる。すなわち――

「人間を高度に合理的かつ聡明なものとはみなさず、きわめて非合理的で誤りを犯しやすい存在であるとし、その個人個人の誤りは社会的過程を通じてのみ訂正されると考え、不完全な材料をできるだけよく活用することを目指す接近方法」(傍点は引用者)であり、これこそが「英国の個人主義のもっとも際立った特色である」。<sup>(26)</sup>

このような個人主義観は、デカルト的合理主義からすれば個人主義に値しないとされましょうか。それに、社会契約説が前提にする原子的個人とも似つかわしくない。個人の絶対視、人知の無限可能性信仰からは離れ、むしろ

個人の不完全、人知の限界を前提にして、その上で個人の可能性と諸個人の相互作用により整えられる個人性の確認を、というのが個人主義の英国風だということなのだろう。

だから、「社会（過程）における個人」に焦点が合わされるのである。ここでは「社会的交流の非強制的な慣習」が重視され、それが「人間社会の秩序ある活動を維持するうえでの本質的要素」とみなされるわけだ。こうした（人びとが、そこに生きて行動し長い年月を経て自然に出来上がった）社会秩序を、ハイエクは「自生的秩序（spontaneous order）」と特徴づけた。

## 2 アダム・スミスの「事物の自然の秩序」が意味するもの

このような特徴づけは、アダム・スミスのいう「事物の自然の秩序（natural order of things）」を思い合わせさせる。知られるように、「事物の自然」つまり nature of things は、また「事物の本性」と訳されて、法のそもその意味を説明するとき、しばしば引き合いに出される。モンテスキューがああ『法の精神』の第一部第一編第一章の冒頭でこの言葉を使つて行つた定義とともに。ちなみに、モンテスキューの定義は「法とはそのもつとも広い意味においては、事物の本性から由来する必然的な諸関係……」。

ここで事物の「本性ないし自然」については、対照的な二つの見方があることが注意されている。一つは、超越的な原理（つまり、本質）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の神教の自然観。もう一つは、（天・地・山・川・草木などの）自然の中に神々が宿り、自然とともに人びとは生きる、という自然観で、自然は造物主の作品でなく、自然に出来上がったとされる。

このような対照は、自然（界）の摂理に対する接し方についても二種を分ける。一方は、神の意を体し（あるいは

発見し、神に成り代わつて自然を制御するという接近法である。人間知性によるルールづくり、つまり立法の考え方が、そこに生まれる。他方は、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である。

「事物の本性」についてこのような二つの接近法を対照した場合、あえて「事物の自然の秩序」をいったアダム・スミスは、後者の「自然」観によっていたといえる。こうした「自然の秩序」理解に注目して佐伯啓思教授は、『国富論』におけるアダム・スミスはこの言葉に特別の思い入れをしていたにちがいないと察したようである。そして次のように述べた。すなわち――

（事物の自然の秩序という）「この言葉は……神の見えざる手<sup>28</sup>」というあまりにもよく知られた言葉とともに、スミスのもっとも印象的で重要なキーワードの一つと行ってよいかもしれない。」

そうした気持ちとともに、『国富論』におけるアダム・スミスの問題意識の再検討を佐伯教授は試みている。

その試みは、「市場における『自然』の検討からはじめられた。そこでは、『国富論』第一篇第七章の「諸商品の自然価格と市場価格について」が、読みこまれる。スミスにとって「自然価格」というのは、「賃金と利潤と地代の通常率（自然率）を足し合わせたもの」とされている。「この通常率は賃金、利潤、地代のいわば正常な価であり」、それを決めるのは、「貧富の程度、進歩の度合いといった、その社会の一般的諸事情」と「それらの特定の用途」である。

これに対し「市場価格」は、「市場の需要と供給で決まってくる」とされる。こうした説明の上で、これら二種の「価格」の関連がのべられている。いわく、「市場価格は必ずしも自然価格と一致するわけではない。市場価格は自然価格よりも高いこともあれば、低いこともある。……自然価格は、いっさいの商品の価格が不断にそれに引

き付けられている中心価格である。<sup>(29)</sup>」

ここに、「市場価格」と「自然価格」との関わり合いのことが触れられている。それを読んで、ルソーのいう「全体意思」と「一般意思」との関係についての思考法に似たものが感じられるかもしれない。「全体意思」は「一般意思」と同じこともあれば、違うこともあるという言い方が、思い合わされて、である。しかしルソーの場合、「一般意思」は、私的な個別意思の集計である「全体意思」と違い、常に正しい公的な意思で、正義の基準の表示であり、しかも超自然的な意思である。その点では神の意思の言い換え、といった趣きを持つ。

これと違い、アダム・スミスの「自然価格」は、「市場価格」の決定過程でつねに顧みられ引きつけられる価格という牽引力を持つものの、超自然的なものではない。世俗的・自然的の所産である。

ところで、「自然価格」の説明に当たり、「通常率」・「自然率」という言葉が使われた。ここでは、「通常」は「正常」ということであり、また「通常」は「自然」ということでもある。だから、「自然」とは当たり前・普通ということにもなろう。そしてこの「通常」・「正常」は、社会的の評価なのである。そこに作用しているのは、その社会の民度と必要性である。<sup>(30)</sup>つまりは生活程度が社会的評価の基準になっており、その社会は(たとえば市場のような)部分的な社会でなく、一般的な社会、そして利益社会的というよりも共同社会的要因の濃いものである。

そうなると、「自然価格」そして「自然」は、人びとが長い共同生活を通して持った経験(人びとのそれと、社会のそれと)の展開のスムーズとそこからの帰結、という風の「自然」ということになる。それは、神の創作になる「自然」ではなく、人びとがそこに生存し生活している社会秩序の歴史的流れに由来する、という意味の「自然的」を思わせもしよう。

こうしてみると、「自然価格」をめぐるアダム・スミスの議論には、「法の支配」における「裁判官調製の法」<sup>ジュッジ・メイド・ロー</sup>の

思考法との共通がうかがえる。この思考法に見られる慣習法、コモン・ローへのこだわりは、昔から続いている社会秩序を頼りに出来てはじめて可能になる。ハイエクの「自生的秩序」、アダム・スミスの「事物の自然の秩序」が、そうした社会秩序に当たるといえる。

#### 四 「対話」基調の英国人風経験主義

##### 1 社会生活の知恵にこだわる議論習性

もともとは、そしていまでも基本的には不文法が前提の「法の支配」では、裁判の作用、したがって裁判官・裁判所の役割が重視され、期待され、評価される。そして裁判での思考法の特徴は、経験主義的である。よくいわれる英国人の抽象的議論嫌いが、ここにも現れている。そんなわけで、具体的事件についてのそのときどきの問題解決が、裁判所の役目である。<sup>31)</sup>

事件解決に当たり裁判官は、手掛かりになる先例さがしをして、いわば法の発見を心掛ける。同時に、法廷での当事者の対審が要件になる。こうした裁判における特性を「対話」に見立てて、土井真一教授は「裁判による法形成の特徴」を次のように整理している。すなわち――

「個々の訴訟が当事者による対話であると同時に、その判決も裁判官が個々に意見を述べる対話形式であり、また先例と後の裁判所との関係も対話である、という意味において連続した一つの対話を構成する点……」(傍点は引用者)が、その特徴だといっているのである。また、陪審制に言及して、それが「法廷における対話的、法形成を促進す

る舞台」(傍点は引用者)とものべている。

このように互いの言い分を聞き、みんなの言い分を聞いて問題解決を、という対話手法は、裁判においてだけでなく、議会での討論(——とくに英国議会の与野党対面的議場での討論)にも特徴的である。その点では、裁判における対審などの対話は、議会における討論と同質というだけでなく、議会における討論のモデルだったともいえようか。もともとの議会が裁判の場でもあった(そのの名残りが英国貴族院の最高裁的機能であった)ことだし、だからそれは議会の討論の素地づくりになり、その後の議会の討論に発展したともいえる。

ともあれ、経験主義的で先例の検討から問題解決に当たる裁判の、いわば判例法主義の手法は、歴史・伝統の結晶といってもよい慣習法(コモン・ロー)、つまりは先程からのべている、昔から引き続き、そして洗練された社会生活秩序のルールを基調にしている。そうしてみると、ここでのルールは、大陸西洋近代成文憲法が前提にしている原子的個人を単位にしたものではない。社会における人を前提にし、そして社会による人づくりを予定し、社会生活をjして人びとが自然に身につけたルールということになるうか。

そうした共同社会生活ルールである法は、だから人びとはその生成や淘汰の過程に関わり合うことはできるが、人がつくり出せるものではない、ということになる。人びとのそうした関わり合いは、「何世代にもわたる実験」ということで、そうした「実験によって得られた経験」つまり社会の経験が法である。その法はいくらすぐれた人でも、「人ひとりを持つてゐる以上の知識量を備え」ており、人知の及ぶものでない。

そこに見られるのは、近代的知性の所産である制定法の限界の指摘であり、そして不文法への執着、なかなしく英国風の「法の支配」へのこだわりである。不文法から成文法へが当然のことと思ひ込まれ、不文法にとつて代わる成文法制定が近代化の証しのように宣伝されている現在からすれば、時代錯誤を印象づけるかもしれない。しか

し不文憲法の英国流儀は、近代的成文憲法の忘れているものを気付かせる。  
したがって、そうした点との関連で、「法の支配」と「国会主権」との関係についての考察が必須ということにもなる。

- (1) A. Mitchell, J. Crathorne and Z. Wharton, *Parliament in Pictures*, 1999, Thames and Hudson, p. 170f. の本は、英国国会議事堂の写真(三三四種)集である。ガイドブックととってもいい。巻末(五頁ほど)に、ウエストミンスター宮殿小史、見学要領、議会小史、議会活動略説があり、それを参照した。また、松園伸『イギリス議会政治の形成』、一九九四年、早大出版部、一五頁以下には、貴族院議場の紹介に焦点を合わせて、宮殿内の部屋が用途を変えて議事堂風を整えていった様子が言及されている。
- (2) たとえば、元山健『イギリス憲法の原理―サッチャーとブレアの時代の中で』、一九九九年、法律文化社、六四頁。また、戒能通厚編『現代イギリス法事典』、二〇〇三年、新世社、所収の戒能「総論」八頁や、倉持孝司「イギリス憲法の特質」一一二八頁。など。
- (3) O・ヒンツェ「代議制の世界史的諸条件」(O. Hintze, *Welgeschichtliche Bedingungen der Repräsentativverfassung*, 1931)、成瀬治訳『身分制議会の起源と発展』、昭和五〇年、創文社、所収、八一頁以下。
- (4) O・ヒンツェ「前掲論文」、成瀬治訳『前掲書』所収、八四頁は、地方自治体代表の庶民として「カウンティの騎士が(一二三三年にはじめて、国王ジョンにより)、次いで都市民の代表が(一二六五年)議会に召集され」たことに触れている。ちなみに、一二六五年の議会召集は、カウンティの代表に加え、都市の代表も、ということ、庶民の充実が人目に刻まれて議会制の成立を印象づけることになった。しかも一二九五年には模範議会が召集されて、一二六五年以来の展開に一応の決着を付けた形になったというわけ。そうしたこともあって、一二六五年はイギリス議史の発端として、その後議会創立何周年という風の計算がなされてきた。一九六五年には、議会創立七〇〇年記念行事が行われた。周知のところ。
- (5) S・B・クライムズ(川北洋太郎、他訳)『イギリス憲法史』、一九六五年、日本評論社、一五二頁。原著 S. B. Chimes, *English Constitutional History* は、一九四八年の刊行である。

- (6) 近藤申一『イギリス議会政治史(上)』昭和四五年、敬文堂、二四―四七頁。
- (7) 近藤申一『前掲同書』、二五〇頁。
- (8) S・B・クライムズ(川北ほか訳)『前掲書』、一五六―一七頁。
- (9) 近藤申一『前掲書』、二五五頁。田中英夫『英米法総論・上』、一九八〇年、東大出版会、一〇八―〇九頁。
- (10) S・B・クライムズ(川北ほか訳)『前掲書』、七八頁。
- (11) 伊藤正己・木下毅共著『新版・アメリカ法入門』、一九九六年、日本評論社、八一頁。
- (12) O・ヒンツェ『前掲論文』、七一頁以下。
- (13) C・H・マツキルウエイン(森岡敬一郎訳)『立憲主義―その成立過程』(C・H・McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, 1947.) 昭和四一年、慶応通信、一〇二頁以下。
- (14) マツキルウエイン『前掲邦訳書』、一〇七頁。
- (15) マツキルウエイン『前掲邦訳書』、一二八頁以下。
- (16) マツキルウエイン『前掲邦訳書』、一〇八頁。
- (17) マツキルウエイン『前掲邦訳書』、一〇六頁以下。
- (18) O・ヒンツェ『前掲論文』の「訳注(成瀬治作成)」「三四」におけるハッチェク『イギリス憲法史(Englische Verfassungsgeschichte)』関連部分(原著二〇九―二二五頁)の要旨紹介によった。(成瀬治訳『前掲書』一四二―一四四頁)
- (19) O・ヒンツェ『前掲論文』、八四頁。
- (20) O・ヒンツェ『前掲論文』、八〇頁以下。
- (21) S・B・クライムズ(川北ほか訳)『前掲書』、七九頁。
- (22) 木村尚三郎『近代の神話―新ヨーロッパ像』、昭和五〇年、中公新書、四五頁以下。
- (23) 川北洋太郎『訳者はしがき』、クライムズ『川北ほか訳』『前掲書』所収、三頁。
- (24) F・A・ハイエク『矢島欽次ほか訳』『法と立法と自由イールと秩序』(F・A・Hayek, *Law, Legislation and Liberty, volume I-Rules and Order*, 1979.) 一九九八年、春秋社、一一―一二頁。
- (25) F・A・ハイエク『嘉治元郎ほか訳』『真の個人主義と偽の個人主義』、『ハイエク全集』三『個人主義と経済秩序』、春秋社、所収、一二頁。



- (26) ハイエク「嘉治ほか訳」「前掲論文」、二七頁。
- (27) ハイエクの「自生的秩序」について、たとえば渡辺幹雄「ハイエクと現代自由主義——反合理主義的自由主義」の諸相」、一九九六年、春秋社、二〇二頁以下は「自然発生的秩序」という訳語を当て、綿密で示唆的な考察を展開している。
- (28) 佐伯啓思「アダム・スミスの誤算——幻想のグローバル資本主義(上)」、一九九九年、PH P新書、五三頁。ちなみに、「事物の自然的秩序」は、たとえば『国富論』第三篇第一章で触れられている。そこでは、国富の増大についての「事物の自然(ないし本性)」——すなわち、生活必需品がまず整えられて、そのあとで贅沢品への需要が現れる、というのが、自然の道理ということ——から説き起こされる。したがって、農村の開発が都市の製造業の発達に先行することが「事物の自然的経過」(natural course of things)だとする。そうであれば、資本投下の対象は、まず農業ないし農村に、ついで製造業に、そして最後に外国貿易に、ということになるはずである。このべたあとで、アダム・スミスは、「事物の自然的経過」を「事物の自然的秩序」(natural order of things)と言いかけている。ところが、この「自然的秩序」は「ヨーロッパ近代の諸国家で……逆転されてしまっている」とのべて批判している。(Adam Smith, *The Wealth of Nations*, p. 336-40. なお、アダム・スミス「玉野井芳郎ほか訳」『国富論』、昭和四三年、中公「世界の名著31」、三四九—五四頁。)
- (29) 佐伯「前掲書」、四二—三頁。なお、アダム・スミス(玉野井ほか訳)『前掲書』、一二四—三四頁。
- (30) 佐伯啓思教授は、「自然率」・「自然評価」が「市場で決まるものでは必ずしもない」ことに注目し、それが「社会的な評価と承認を経て決まっている」と説いた。その上で、「社会的な評価と承認は通常は暗黙裡のものであろう。とすれば、それは通常、慣習のうちに表現されているとみてもよいだろう」と論じている。(佐伯「前掲書」、五〇頁。ただし、アダム・スミスは社会的評価、世間の評判を気につけて、「称賛されること」の必要を説いているが、それだけでなく、「称賛に値する」人であることの大切を論じていた。(佐伯「前掲書」、一〇一頁。)
- (31) 大木雅夫「比較法講義」、一九九二年、東大出版会、一三五頁。土井真一「法の支配と司法権」——佐藤幸治ほか編『憲法五〇年の展望Ⅱ——自由と秩序』、一九九八年、有斐閣、所収一—一三三頁。
- (32) 土井真一「前掲論文」、一一四頁。
- (33) 土井真一「前掲論文」、一一二頁。
- (34) ハイエク「矢島訳」『法と立法と自由——ルールと秩序』、一五四頁。

## 第七章 英国不文憲法の持ち味探求

### 一 クロムウエル共和制を例外扱いする英国史論

#### 1 歴史の流れの断絶を嫌う英国人氣質

テムズ川の対岸から見ると英国国会議事堂は、建物の裏側に当たる。表で側の議事堂前広場は、そう広くない。その広場の北半分の中ほどのところに、クロムウエルの銅像がある。イギリス議會制の発達にはずみをつける転機を演出し、決定的な役割を果たした政治的指導者ということで名譽回復したクロムウエルを讃えて、一九世紀末に建てられたのである。

しかしクロムウエルに一目置く風は出来ても、クロムウエルが辣腕をふるった清教徒革命のほうはかならずしもそうではない。相変わらずきわめて異常な出来事とされ、英国史にとっては例外、といった見方が、一般的のようである。

この革命は知られるように、国王チャールズ一世を処刑して（一六四九年）、君主制を廃し、共和制イギリスが出

現した時期である。クロムウェルの庶民院専制政治が行われ、一六六〇年まで続いた。その間に「政体書 (Instrument of Government)」が制定公布され (一六五三年)、近代的成文憲法が試みられた。アメリカ合衆国憲法、フランス革命期憲法という近代憲法の制定、流行、一般化より一世紀以上も前のことだった。

しかし一六六〇年に革命政府の恐怖政治からの解放、そして王政復古が実現した。君主制とともに廃止されていた貴族院も復活した。共和制時代は大逆無道のイメージとともに苦い思い出となり、政体書の試みもイギリスに馴染み薄とされ、すぐに忘れられた。つまり、正常化したのである。そして君主制の在り方はその後変わったけれど、君主制が常態化した。共和制の時代はだから、例外となった。

こうした見方は、英国史、なかならず憲政史の理解について、中世以来、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的な認識にする。その上で、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。その意味で、連続性強調の歴史観である。ウィッグ史観としてイギリスで馴染まれ、今では常識的な見方のようになっている。<sup>(1)</sup>

この史観にあつては、さらにイギリスではだから、王政復古のイメージは、フランスの、たとえば一八一四年の場合とは違う。フランスでの場合は、反動・反革命的のレッテルを張られて好ましくない現象とされ、一般的にマイン・イメージをとまなっている。歴史の発展に副わないどころか、逆コースの扱いを受け、それこそ歴史的発展にとつての例外ないし異端とされる。これと対照的なのが、国王の処刑という形で君主制を否定したクロムウェル革命を、歴史的流れの断絶として非難し毛嫌いする英国人気質である。

革命観、いかえれば革命に関する接近法のフランス的とイギリス的との対照は、これまでも多くの論者が触れ、また議論の前提にしてきた。ウィッグ史観の特徴を明らかにする過程で、パタフィールドもそうした対照に言及し

ていた。イギリス的と対照されるフランス的について、バタフィールドは次のような趣旨を述べているという――

「フランス的接近法は、歴史や伝統と断絶し、抽象的人権を主張するものである。それは、過去と断絶する革命の是認である。フランス革命は栄光であり、見習うべきもの、繰り返されるべきものとなった。近代の世俗的世帯にとっての『あらたな救世主は革命』である。」<sup>(2)</sup>

この言及は、ウィッグ史観に象徴される英国人一般の歴史観との違いを気付かせたい気持ちをともなっていただろう。つまりは、英国賛歌の文脈で語られていたのである。英国人にとって、海をはさんだ隣の国のフランス革命のような手法は栄光をもたらすものではないし、革命は救世の手法どころでない。まして、革命はよりよい社会ないし国づくりを目指すものだからといって、二度・三度と繰り返し、その都度既成秩序を根こそぎ打ちこわし、旧秩序の主役たちを断罪する、など論外であった。

そうであれば、革命のいわば発展段階的類型化は、英国人好みでないことになって、当然だろう。すなわち、絶対主義革命、ついで市民（ないし、ブルジョワ）革命、さらにプロレタリア（ないし、人民）革命、といった風に革命の諸類型を発展段階的に並べ、しかもそこに歴史的必然を見て正当化する手法は、適切でないとするのが、ウィッグ史観流であり、英国人一般の見方とされたのである。

もちろん、歴史の進歩・発展に関心が持たれない、というのではない。しかし英国史の場合は、暴力革命により旧体制の破壊と断絶を成し遂げた上、これまた強引な手法での体制一新を図る、といった歴史発展の手法は歓迎されないし、そのような手法で英国史を説明することは無理だというだけである。英国史における歴史的展開にも、発展の跡は確認できる。ただし、それはすでに触れたように、歴史的連続性のもとに理解されるのである。だから、

歴史の連続性を断ち切るような——しかも、暴力的に強引になって、だから起る混乱に対し恐怖政治によって対処するような——革命、まして発展的に繰り返される革命は、常套の手法にならなかったのが、英国史の場合ということである。

## 2 清教徒革命の「失敗」を悔やむ問題意識

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いわれ、近代化の不徹底が論じられることがあった。英国史観が、批判的に語られたのである。そうした批判は先に触れた図式からすれば、フランス革命批判に向けた反批判といっている。その意味では、大陸西洋的思考法によるものともいえる。我が国にも、そうした視点から英国史、なかんずく英国憲政史を論じ、啓蒙的を心掛けたであろう研究が、目につくようになってきている。

目につくそのような研究としてはたとえば、清教徒革命のせつかくの試みを生かせなかった失敗(?)という問題関心から、そこに焦点を合わせた研究が挙げられよう。「失敗」した試みの最たるものは、王政復古により消された共和制実験だったろう。だがそれよりも、清教徒革命を契機にした「政体書」制定が例外的な特異の出来事ということで消えたことのほうが注目される。この時の「人民協定 (Agreement of the People)」の提案(一六四七、四九年)や「政体書」(一六五三年)などへの注意を喚起して、近代立憲主義の文脈での位置づけを示唆する松井幸夫教授の次の言及には、そうした注目からの問題提起の趣きがうかがえる。すなわち、——

「人民協定」提案や「政体書」といった「これらの憲法的試みはイギリスにおいて、大空位時代の法的に無意

味な事件として取り扱われ、直接受け継がれることはなかったが、とくに後のアメリカ合衆国をはじめとする近代憲法の成立に対して大きな影響を及ぼすことになる。……それらは、初期的な歴史段階での先駆的な試みとしてとくに注目に値する。」

この言及に先立つて松井教授は、「先駆的な試み」に関し意欲的な考察を行っている。<sup>(5)</sup> それらに接しながら「先駆的な憲法的試み」という言葉に触れるとき、特別の心情が思い合わせられる。それは、「政体書」の思考法とその形式が英国に根付かなかつたことに、清教徒革命の試みの失敗を見てとり、そのことについては残念がりがらしかし一世紀後に場所を変えて近代的成文憲法の時節到来で生きかえつたことにせめてもの慰謝を感じている、といえるような心情である。

もつとも、伝統にこだわる英国民性は、独立革命の米国のようにその国としての伝統がまだなかったり、旧体制打倒に狂奔するフランスのように伝統否定的になったり、という国家的事情に似つかわしくなかった。また、近代的成文憲法理念の側からすれば、一二〇年余りも昔の出来事である「政体書」実験に条件反射できる環境はなかった。時期尚早だったのである。だから清教徒革命での試みは、近代憲法成立以前の、いわば前史として扱われることにもなるのだろう。

それは、近代憲法の条件や概念が準備された時代である。準備の作業は、英国産の素材を持ち込んだ大陸西洋や、海のかなたのアメリカ大陸ですすめられていた。素材は原材料としてフランスや植民地アメリカの事情に合わせ、加工・整理され、たとえば権力分立や人権宣言という、近代的特徴づける指標に仕立て上げられた。清教徒革命での「政体書」などの試みは、そうした指標の憲法典版の素材ということだった。

## 3 不文憲法の英国を語る成文憲法主義者

この素材は整理されたとき、不文法から成文法へ、という法形式近代化の要請とマッチし、大陸西洋で評判を得た。社会生活・政治生活の規範といっても、昔からの言い伝えにのっとり、そのために一見して明白というわけではない上、公平さを欠きがちの「不文法」に対する不安ないし不信が滲透している状況把握が、まずなされた。そこに体制変革の動きが加わり、そのためには新しい体制の在り方をはっきり示して、だれの目にも明らかな明文の規範、すなわち「成文法」がのぞましいというわけである。

だいいち、そうしておくほうが法的安定性を期待できて、なによりも便利であるし、人びとの行動や生活における可能性を保障するということで、成文法は歓迎された。不文法から成文法へは、そうした事情を背景にし、しかも歴史的必然のように説かれ、ひろまった。そしてなにもまして、それは啓蒙主義、進歩史観に副っていた。つまり、前近代から近代へという歴史の展開に見合い、だから、そうした展開を特徴づける言いまわし——身分から契約へとか、共同社会から利益社会へという言いまわし——と組み合わせり、成文法化は当然視されることになった。

この言いまわしは一般に、共同社会をマイナス・イメージで否定的に描いて、利益社会と対照させた。家族生活を原型にした地縁的生活での身分関係のうつつとしさ、そしてそうした人間関係のしがらみにとり込まれて発展性がなく停滞気味で、しかも閉鎖的なところとされる共同社会から解放されて、自立的な個人を単位にそれぞれの人間知性にもとづき自律的な契約により形成される利益社会へというのが、近代化の要件とされたのだ。

こうして、伝統的で、知性による啓蒙を知らない経験頼りの不文法の状態とちがひ、自由な発想にもとづく人間

知性の作品である成文法という合理性基調の法世界が歓迎されるのである。こうした視点に立てば、不文法の世界は法的に不備ないし未成熟をいわれ、せいぜい第二義的な意味をみとめられるのが落ち、ということになるのだらう。だから、成文法典の整備のきつかけを見つめるか、あるいはきつかけづくりをするかし、それとともに成文法化への啓蒙を、という使命感のようなもの（？）が、憲法学者に生まれるのかもしれない。

そうした使命感にとつてはだから、イギリスの不文憲法状態は異常に見え、気になってしょうがないのだらう。そしてたとえば、近代法の特徴である近代的合理がみとめられない不文法の国イギリスが、近代資本主義を成功させ、近代社会・近代国家として先進化したことを不思議がる問題関心が示されることにもなるのだらう。戒能通厚教授が、英法理解をすすめるための問題考察のきつかけとしてのべたつぎのような言及は、その一例であらう。すなわち、――

「『イギリス法』の『問題性』は、形式的合理性にあらざる法が、イギリス資本主義の展開を媒介していたという『パラドックス』として直ちに現れる。<sup>(6)</sup>」

このような問題関心を示しておいて、しかし成文憲法典のないことは一応別にして、「一九世紀から二〇世紀の初頭にかけてのコモン・ローの革新」に注目し、それにもない「コモン・ローの不合理が次第に除去され」たことを示唆している。しかも、そのように「『非合理的なるもの』の多くは消え去つてい」く様子に「大陸法への『接近』」を見てとつていたのである。<sup>(7)</sup>

こうしてみると、不文法から成文法へという展開に一般的に見られる成文法への特別な思い入れは、大陸（西洋）法的の発想にもとづいてのものといえそうだ。そこには、大陸西洋近代的成文憲法に本質的な「啓蒙絶対的知性主



義」思考依拠の宿命にとまなう近代憲法への問いかけは、みとめられない。当然に、英法、なかんずくイギリス不文憲法における形式的合理性の不在に対し、非大陸（西洋）法的合理性（？）の存在可能性の検討などのことは、視野に入らないようである。

その代わりになされるのが、清教徒革命とそれにつづく共和制の時代を英国憲政史における特異ないし例外とみなす、これまでの通説的な見方に対する問題提起であり、この時代の出来事の再評価を試みる研究であった。こうした研究には、わが国でも早速に共鳴者が現われ、「一七世紀の革命期に焦点をあてて」、「そこに歴史の断絶をみよう」と<sup>9)</sup>する研究となった。それは、たとえば「伊藤正己のイギリス憲法史像とは異なる研究」（つまりは、ウィットゲの「連続性史観」とは異なる研究）であることで新機軸を示すかのように、「一九七〇年代に入って……現われ始め」たのである。

このような、清教徒革命期におけるその時代特有の出来事への注目、英国憲法の理解を深める上で示唆的であり、刺戟的でもある。それは、伝統的な不文憲法に対して、内容的にまた法形式的に挑戦した出来事でもあったし、また英国現在の憲法典化論争に関連があるし。

## 二 法の支配にとってのコモン・ロー

### 1 コモン・ローの伝統へのこだわり——スカーマンの場合

第二次大戦後の英国でコモン・ローの伝統に対する挑戦を語り、成文憲法典化を提案した先きがけは、レスリー・

スカーマン (Leslie Scarman) だといわれる。一九七四年に行われた特別講義 (『English Law—The New Dimension』<sup>11)</sup> がそれで、出版されている) が、そのきっかけになったということだ。

その講義は最初に (第一章序)、イギリスに伝統的なコモン・ローの体系の根強さと特徴を明らかにしている。その上で、それにつづく四つの章でこの伝統が国内外からの攻撃にさらされている様子をまとめていく。それが、この講義の主要部分であり、そのようにして従来のままのコモン・ローの体系では十分に対応できなくなっていることに触れ、その救済・打開策として憲法典の制定のことが示唆されている。

しかしだからといって、コモン・ローによる蓄積を反故にし、そうした法体系からの脱却が考えられているのもなさそうだ。スカーマンの特別講義は、コモン・ロー体系の問題点に注目して、あらさがしばかりしているように見えるが、最後をつぎの言葉で結んでいるからである。すなわち、――

「もはや存在しなくなった社会に由来する思考および行動の習慣を棄てながら、法の新しい資源および諸領域を調べ、そしてそのの、つまりコモン・ローの古い精神を維持するように努めよ。」<sup>12)</sup>

この言葉に注目して、スカーマンの特別講義を邦訳した田島裕教授は「訳者解題」の中で、「本書の最後の部分には探偵小説のどんでんがえしにも似た緻密な論理とスリルが含まれている」と書いた。<sup>13)</sup> そして「これ(つまり、スカーマンのコモン・ローに対する攻撃)はコモン・ローの伝統を生き残らせるためになされているものと思われる」<sup>14)</sup>とさえ書いた。

## 2 法の支配の定着に資したクック

コモン・ロー原理へのこのような執着は、「権利請願」に積極的に関わり、その「請願」にマグナ・カルタを引用して生きかえらせたといわれるエドワード・クック (Edward Coke) にも、むしろずっと直接的な形で認められた。そうしたところで、その後しばらくしてなされた清教徒革命期のいろいろの試みは、(フランス憲政史流の感覚でいえば) 革命失敗にともない、結果的には、英国に伝統的な憲法観・憲法接近法の再確認——それも整理の、また発展的再確認のきっかけになった。

清教徒革命の中核を形づくった清教徒たちは、一七世紀初期のころクックらコモン・ロー法曹の反王権闘争に協調していた。王権神授説信奉の国王——ジェームズ一世 (一六〇三～二五年) や、チャールズ一世 (一六二五～四九年)——を相手としての反王権闘争ということで、共同戦線を張ったのである。だが主導権を握っていたのは、コモン・ロー法曹で、クックの活躍が目立った。

クックは、一六一六年の事件の扱いで国王の命令に反対表明をして罷免された。だが、それまでは国王の任命による法曹だった——たとえば法務長官 (一五九四年から)、人民訴訟裁判所首席裁判官 (一六〇六年以降)、王座裁判所首席裁判官 (一六一三年以降) を歴任——。裁判官を罷免されたけれど、まもなく庶民院議員となつて、クックの議会活動が始まった (一六二〇年)。以来、一六三四年に没するまでの間、「国王に対するコモン・ロー闘争」<sup>16</sup> を続けたのだった。

そのようなクックにとっての議会活動であったから、それはコモン・ローという法の支配の伝統の確認と法の支配の基礎固めにもつぱら力を注ぐものであった。クックにとって議会そのものの強化・格上げ、議会の立法権の優

越は直接の関心事でなかったといわれる。<sup>17)</sup>だから議会主権の確立にともなっていわれるようになった法の支配原理の制約ないし変質(——いつてみれば、法の支配に対する議会主権の挑戦)といった問題は、クックには意識されていなかった。

クックは、「きわめて学識のある人で、……長い間中世コモン・ローのあらゆる事項についての究極的權威<sup>18)</sup>となつて」いた。その彼の名が法の支配の原理との関連でとりあげられるとき、すぐに思い合わされるのがブラクトンの言葉への言及である。すなわち、——「ブラクトンは、国王は人の下に立つことはないが、神と法の下には立たなければならぬ」と述べている、と私は言った。<sup>19)</sup>(傍点は原著)言ったのは一六〇五年で、言った相手は(神授王権による絶対支配を主張していた)国王ジェームズ一世であった。もちろん、国王の意に反する意見具申であった。

### 3 コモン・ローこそ英国的、を論じたフォータスキュー

ブラクトンが取り上げ、クックも承知していたここでの「法」は、すでに明らかなように英国に伝統的な不文の法、すなわちコモン・ローである。そしてクックをはじめこの時期のコモン・ロー法曹に「政治的・思想的影響」の大きかったのは、一五世紀のジョン・フォータスキュー(J. Fortescue)の思想だった。その時のコモン・ロー法曹は、フォータスキューの思考枠組みにしたがって考え、議論したといふ。<sup>20)</sup>

フォータスキューが活躍した英国一五世紀は、大陸ヨーロッパでローマ法継受により「古きよき慣習法」を中軸にしたゲルマン法的伝統が棄てられていったのに対し、ローマ法への転向の回避と、むしろゲルマン法的接近法に見合うようなローマ法参照といった対応が進んでいた時代であった。英国のこのような対応は結局には「ゲルマンの慣習法をコモン・ローの衣装で包みながら……発展させた」といわれるものになり、さらに「一四・一五世紀頃

から「コモン・ローの優位」という装いをとって定着させたと評されることになった。<sup>21)</sup>

こうした「コモン・ローの優位」の定着に貢献したフォーテスキューは、コモン・ローのよさと、とくにイングランドにふさわしいことを、大陸法とくらべながら『イングランド法の礼賛について』<sup>(二四七〇年ごろ)</sup>にまとめた。そこに認められるのは、英国に伝承される古くからの慣習法の特徴と正当性の強調であり、大陸で流行のローマ法化風潮に便乗することはない、とする姿勢であった。そしてイングランド法特有としてなによりも際立たされたのが、王権による支配と政治権力による支配との組み合わせがイングランドの慣習法の所産になっている点だった。

このような組み合わせによる統治は明らかに、国王の命令がそれだけで直ちに法的効力を持つとするローマ法由来の法理論とは違っている。国王の命令が有効になるための要件として政治的権力(機関)の同意、さらに支持(——それが臣民の同意と支持になる)を得てはじめて国王の支配が有効になるということであり、<sup>22)</sup>イングランドではそうやってきているというのである。ただし、ここでの「同意」ないし「支持」には明示のそれだけでなく、暗黙のそれもあったようである。

もともと、「王権による支配」と「政治権力による支配」については、それぞれに本来的な領域がみとめられて、「統治」と「司法」を特徴づけたブラクトンの理論が前提されていた。「王権による支配」は、平和の維持(という統治の第一の役割)のように国王の自由裁量に属する事項だった。しかしこの自由裁量は統治の範囲の逸脱(つまり統治権の濫用)には認められない。逸脱・濫用を理由にして、「政治権力による支配」が作動していた。

こうした点に注目して、だから「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」であると同時に「制限されている」とフォーテスキューに言わしめることになったといわれた

りする<sup>24</sup>。また、「フォートレスキューの説く政治制度や政治理念の中に（は）、抑制と均衡」という近代的な理論も実際もなかつた<sup>25</sup>といわれるのである。こうしたところから、「フォートレスキューの思想は、基本的には、一三世紀以降のイングランド特有の展開を大成したものと」いう評価がいわれることにもなるのだろう。

フォートレスキューの著述は、ラテン語で書かれていた。それが世紀が変わって一六世紀半ばに英訳されて、エリザベス一世の時代（一五五八〜一六〇三年）にベストセラーになった<sup>27</sup>という。フォートレスキューが書いて、一世紀近くが過ぎてであつた。彼によつて整理されたコモン・ローの思想は、チューダー王朝末期のころ、コモン・ロー法曹の共通の了解事項になつていた。それが憲法政治の闘争用理念として人目を惹くようになったのは、世紀が改まり一七世紀、スチュアート王朝の国王ジェームズ一世が神授王権による統治意図を明らかにしてからであつた。

それは明らかに、フォートレスキューがイングランド的でないとした「王権だけによる支配」の主張であつた。コモン・ローの発想に反するとして、クックらによつて攻撃の的にされた。フォートレスキューの思想が、新たな状況で再現されることになつた。すなわち、王権による支配と政治権力による支配とを組み合わせた、いわば混合政体的統治の構想が、コモン・ロー法曹の活動の指針になつていった。

### 三 啓蒙絶対的知性主義のとは別の合理性の発見

#### 1 コモン・ローを正当づける「技能的理性」を発見したクック

統治の形体をめぐるジェームズ一世とクックらとの争いはだから、なにが法か、に関する理解の違いでもあつた

のである。すなわち、王権神授されて全知全能を身につけ、いつてみれば「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<sup>レ</sup>的判断力ないし知恵にもとづく法という見方との対照が、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<sup>(28)</sup>。

クックは「自然的理性」について、その優秀（たとえば、神授王権された国王のすぐれた資質）を認めるが、同時にそれにとどまっている場合の限界を指摘していた。せっかくの素質・素材といった資質も、いろいろの経験を積んで視野を広め思索を深めて磨く努力をしなければ、宝の持ち腐れになるから、ということなのである。世間知らずでは統治者に不向き、というところから「臣民の生命・財産・幸福に関わる諸問題」の処理には不適格、をクックにいわせたといえる。

とくにそれまでスコットランド国王だったジェームズ（そのときは、ジェームズ六世だった）が、ロンドンにやってきて英国王位を継承して、ジェームズ一世になったことが、クックの念頭にあったのだろう。ここはスコットランドでなく、イングランドですよ、といわんばかりの響きを持つ言及もあった。そしてイングランドに伝統的な慣習法の合理的であることを説き、そこに「技能的理性」を特徴づけ、強調したのである。すなわち、コモン・ローとは、とクックはいう。——それは、「時代を重ね引きつづきすぐれて学識豊かな人びとによる検討・整備がなされ精製されてきたもの、しかもたえず経験により吟味され確認されてきたもの」で、だから合理的なのである。それだけに、それに精通するには「長い時間をかけての研究と観察と経験が必要」になる。そこに「技能的理性」が指摘される。

それはいいかえれば、職人芸的な技能の秀抜・特別を通してその道の道理を極めて達した極意を表わす能力、という意味での「理性」ということになる。学問研究の面でいえば、自分の言葉で理解し納得し、学問的充実つまり人間の充実という指向のもとで語られる「理性」といつていいか。研究者としての精進とともに人間の形成も、というようにしての経験が注目される。経験主義的な思考傾向をいわれる英国人素質が、「技能的理性」には認められる。こうして、コモン・ローの伝統を強調し、「法を技能的理性」と見るクックの理論を引き合いに出して、「伝統主義の重要な構成要素、その法的基礎」<sup>29</sup>がいわれることになる。

そうした文脈からすれば、クックののべた「自然的理性」は、単にジェームズ一世の専制的統治の主張を問題にし攻撃する、というその時代の政争用理論として扱われるだけのものでなくなる。それはより一般的に、たとえば自然法の理性とされ、また生まれながらに自由・平等とされる人間存在を保障する人権理論、さらに近代の理論、といったものに特徴的な「理性」的基礎とされる。そこに暗黙の前提のように作用しているのが、それこそ神授の（だからすぐれた理解力と活用を期待できる）人間知性という意味での「自然的理性」である。

このような自然的理性は、現実の不合理をつねに気にし、知性優位、したがって知的合理・論理的精密をもつばら建て前にし、近代化を目指して進歩・発展を目指す。そのとき、代わり映えない伝統、理論的配慮のない、その意味では非合理的・非科学的な経験本意は、人間性無視ないし軽視、そしてなによりも前近代的とみなされて、否定的な扱いを受ける。そこには、「理性」の入る余地はないことになる。「技能的理性」ということばは、見当はずれとされ、「理性」に対する冒瀆のように扱われたりもする。



## 2 「ラショナル理性的」であるよりも「リリスナナル分別のある」を

こうした状況はしかし、近代化信仰の偏り、思い込みの異様を示すものだとして、伝統の重要・存在意味を論じたのが、C・J・フリードリッヒの『伝統と権威』であった。フリードリッヒはその著書でなによりもまず、「近代対伝統」という安易な対抗図式批判を試みた。そのとき、クックの先きの区別（自然的理性と技能的理性）を取りあげたのである。行き過ぎた啓蒙絶対的知性主義批判という文脈から、伝統の意味を論じ、「技能的理性」に触れたのである。成文憲法による法的近代の議論に対し英国コモン・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示唆されたといっている。

そういえば、自然的理性と技能的理性の対照は、基本的に思考方式の違いによっている。自然的理性は、神授王権との関わりで、また人間本来の自然状態で機能するとされる自然法との関わりで論じられ、したがって「超自然的なもの」を根拠として成り立っている。これに対し、「技能的理性」のほうは、じぶんたちの昔からの社会生活経験の積み重ねに由来し、したがって「仲間関係からの自然発生的なもの」と特徴づけられる。そうなると、これら二つの「理性」の対照は、歴史を超越した法的正義から出発する考え方と、歴史の担い手である各時代の人びとの共同作業から生み出され、つねに検証された法的正義頼りという接近法と、という違いに由来する対照といえる。

この対照は、C・J・フリードリッヒがデモクラシーの担い手である人間をめぐる対照的な二つの見方を取りあげたとき、念頭にされたものであった。そしてE・クックと同じように、「合理的人間 (homo rationalis)」像——人間はあらゆる伝統から解放され、あらゆる現存共同体の拘束から解放されていて、だから合理的評価を基礎にして重要な政治的決定をおこなうことができる<sup>30)</sup>——という人間観——を批判し、「理性的でも知的人間でもないが故に信頼

するに足りる」「共同体人間 (Gemeinschaftsmensch)」としてのコモン・マン<sup>31)</sup>を論じた。

もつとも、フリードリッヒにとつてもコモン・マンは、それが置かれた時代状況の違いから生じたそこでの位置や力関係のいかんにより、「リーズナブル」と特徴づけられたり、「ラショナル」と説かれたり、という風に臨機応変されていた。そのため、趣旨一貫を疑われることもあった。そこで、そうしたいろいろの場面を吟味して中村浩爾教授は、「理性的 (rational)」であるよりも「分別のある (reasonable)」ことを重視しているのが、フリードリッヒのコモン・マン理解であることを明らかにした<sup>32)</sup>。そしてそれが「ドイツ観念論における理性と悟性の二分法及びそこから派生するところの理性の一面的な把握に対する批判」<sup>33)</sup>になつてゐることを指摘した。

改めて、近代憲法史が、イギリス不文憲法の所産を必要に応じて参照し、合理的整理をした上で、成文憲法化しあるいは成文憲法の足しにしてきたことを思い合わせる。しかもそうした場合、英国不文憲法の「泥臭さ」——そもそも、不文法であることがすでに「泥臭い」と見られた——のよさや持ち味はすくい上げられないまま、大陸ヨーロッパの合理主義に見合った、いわば、「批判」的摂取がなされてきた。そのようにしてイギリス不文憲法から摂取したもの<sup>34)</sup>の合理的整理と成文憲法の合理が、推し進められた。それにともない、大陸ヨーロッパの(たとえば、伝統・慣習のような)昔からの非合理に対してと、英国不文憲法の時代遅れや経験主義的特徴に対して、優越意識が補強され、「非合理」蔑視の傾向が強まることになる。

こうして近代憲法史はもつぱら、大陸西洋近代的成文憲法の展開として描き出されることになる。近代立憲主義の洗練は、大陸西洋近代的成文憲法の呼び水ともいえる合理主義の徹底となり、たとえば形式的合理性による(自己完結的な)法体系整備の試みとなつた。そのあげくが、大陸(西洋)法的成文憲法こそが近代的合理に適している、ということでの「理性」の優越であつた。いや、それにとどまらず「理性」による合理性の独占であつた。「啓蒙絶

対的知性主義」の傲りが、そこには見える。

このような点について、さきの中村教授の指摘にある「理性の一面的把握」がいわれるのであり、このような点を問題にしてC・J・フリードリッヒは「伝統における合理性」を語ったのである。そして「理性的」に対する「リズナブル」という合理性をいい、クックによる「技能的理性」という合理性に言及した。それが、英法における合理性である。そうであれば、英法、そして英国不文憲法における合理性の不在でなく、大陸法的合理性の不在ということになるのである。

たしかに、大陸西洋法思考の結晶である法典主義に注目し、そして大陸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。英国人気質ということだろうか。そこには、大陸西洋におけるとは違う憲法展開の道があったことへの思い入れ、そうした憲法観の根強さが、感じられる。それだけに、大陸西洋の法文化を土壌にした近代的成文憲法理念への注意深い対応が見られもするのだ。そうした注意深さは、たとえば議会制定法へのイギリス的接し方ないし考え方に現れている。

#### 四 不文法世界の価値下落でない英制定法

##### 1 制定法の前提としての不文法の素地

たしかに、ダイシーがのべたように、国会は立法権を専有し、その行使について無制限とされている。そして

それが、国会主権の属性なのである。ただし、それとともに、主権的国会が国王・貴族院・庶民院で構成されていることに、ダイシーは注意を喚起している。<sup>35</sup> そのような国会であるから、立法権行使について国会内自己調整が可能になるはず、ということなのだろう。二院制の理由とされてきた、一院の行き過ぎ是正のきっかけをつくるも一つの議院、という考え方が、さらに君主の裁可権を加えて、期待されていたのである。

そして、ここでのなによりの眼目は、コモン・ローという不文法主流の世界のところに、立法による法、つまり制定法の世界が出現し、しかも優越的地位を保障された点である。W・ゲルダート (Geldart) はだから、「制定法とコモン・ローとが競合する場合には、優先するのは前者つまり制定法である」とし、さらに次のように書いたのである。いわく、「コモン・ローの大きな部分がときどき国会制定法によって廃止され、制定法上の規則がそれに取りって代わったのである」と。<sup>36</sup> こうした変わり様には、近代的成文法の思想の影響ないし採用が見てとれもしよう。しかし、国会主権の定着にともない、不文法の世界が重要性を失い、無意味になってしまったわけではない。ダイシーも特に言及したように、「裁判所によって強制される規範」が法、とする理解に変わりはない。このような法規範の中に、裁判官が「発見」した法、——すなわち事件解決のために先例を検討して、英国に伝統的に形成されている法の中から最適なものを見つけ出し適用することにより出来上がる法——だけでなく、国会の立法、つまり国会のつくり出した法も、含まれる、ということなのである。

ただし、国会制定法はそれだけでは、法として認知されるに足る条件を満たしていないとされる。法律として国王の裁可もあって公布されただけであるときは、いってみれば仏をつくって魂がまだ入っていないようなもの。そういう法に魂をいれるのは、裁判所によるこの法律の適用である。だから「制定法は、裁判官によって適用されはじめた法となる」<sup>37</sup> という言葉が出て来るのである。それほどに、裁判官の役割は、一目おかれている。というこ

とは、伝統的な不文の法が法生活一切の基礎であり、議会制定法は、こうした不文法の素地を前提にして、そのこんにち的現われ、とする見方が可能にもなる。

つまり、こんにち的必要に迫られた不文法的展開が、不文法の枠にとどまりえなくなつて成文法が、ということだつたらうか。当然に、裁判所の手法と違う別の手法によらざるを得なくなり、国会による立法の手法が役立てられることになつたのである。そのようにして、(法の発見という)不文法的法形成領域と、(法の制定という)成文法的法形成領域との競争が、裁判所と主権の国会との関係として現われる。それは、裁判所と国会とのそれぞれの作用の特徴の確認である。そしてとくに国会の立法作用は、国会の権威づけに役立てられている一方、裁判所の法形成作用を補うことにより裁判所の権威確認をしている。

このような、制定法と不文法(すなわち、コモン・ローないし慣習法)との関係に「イギリス法体系の際立つた法的特色」を見出して、レスリー・スカーマンはのべた。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の、またはそれを修正したものと見て<sup>(8)</sup>いる」(傍点は引用者)と。

ここに明らかなように、「例外」、「接ぎ木」、「修正」は、不文法である慣習法にとつてのそれぞれである。したがつて成文法としての議会制定法は形式的にまた内容的に、伝統イギリス的な法形式でないという考え方が、そこには見えてくる。そこで、「接ぎ木」「修正」という作用は慣習法への挑戦のように見えて、しかし逆に慣習法の活力刺戟剤になつてしまつている。だから、「少なくとも現代においては議会の立法は裁判官が創造する法(いいかえれば裁判官が調整する法、judge-made-law)の一般的布地の中に縫い込まれたか、または継ぎはぎされたもの」となり、

このことは議會も認めるところ、とスカーマンにいわせることにもなるのである。それだけに、成文法に対する注意深い対応が、求められるのである。

とはいえ、成文法で決められた事項を「例外」としてであつても認め、「接ぎ木」までさえして不文法に「修正」を加えたというのであるから、そのかぎりでは成文法は受け入れられたわけである。ただし、成文法形式の援用は、そうでもしなければ、こんにち的状况への不文法での適応が難しい、という事情があつたからである。だから、このような成文法頼りは、不文法の蓄積では時代の變化・複雑に対し十分の、また早急の対応が出来そうにない事柄や領域についてのことであつた。

そうであれば、成文法の適用に当たつての法解釈については、成文法はイギリス法体系にとつて「例外」という視点が、裁判官の意識に強い影響を及ぼすことにもなるだろう。裁判官は、成文法解釈について「厳格さ」を要求されるゆえんである。ゲルダートは、制定法の解釈に当たつては制定法の「文言」に注目し、扱い方の要注意を説いた。

## 2 制定法解釈に当たつての厳格

すなわち、「制定法の文言については、できる限り、文言から意味を發見せねばならぬ、といったコモン・ロー上の原則」を引き合いに出して、国会における制定法審議の過程での諸発言などにとらわれてはならない旨を、ゲルダートは強調した。しかし制定法の文言だけを視野にいれて、といつても、法律知識不十分では話にならない。だから、さらにのべた、——「制定法の解釈は、法律専門語についての知識だけでなく、当該制定法がその一部となつている法体系全部の知識をも必要とする。」<sup>(4)</sup>

要するに、法の素人による法（制定法もふくめて）の解釈はただけでないというわけである。裁判に関わり経験を積んで法の素養を身につけた専門家の知識が要求されるのである。そこには、法の発見を心掛ける作業により訓練された昔ながらの法曹流儀への思い入れが、うかがえる。

制定法解釈についての厳格と、それにたずさわる法曹の心得については、スカーマンも同様の趣旨をのべている。スカーマンによれば、議会制定法解釈についてイギリスの裁判官は、つぎのような接近を心掛けていくという。すなわち、①制定法中の文言をその法律の文脈にのっとって厳格に解釈すること、②議会は慣習法が一切を規律していることを念頭に立法しているという認識を念頭に、法解釈をすること。しかも、それに見合うような姿勢が、立法作業の当事者である議会にもあることをつぎのようにのべた。いわく、「議会議定法は、起草者が法案の長い表題で示し、かつそれを具体化した総則的諸条項に明らかにしてある目的、つまり限られた目的にのっとってつくられる」と。<sup>41)</sup>

こうしてみると、議会主権をいっても、議会は立法に当たり自己規制的であり、そのようにして自己確認しているといつていいか。そして法の解釈についての厳格や、立法における自己制限的は、結局にはコモン・ローといわれ、慣習法といわれるイギリス不文憲法の確認と留意ということになるだろう。こうした英国憲政の実際が、ダイシーに「国会主権は法の支配を支持する」といわせたのであるう。そして「法の支配」と「国会主権」との間の対立関係の指摘に対し「幻想」だという言葉がいわれたのだろう。<sup>42)</sup>

知られるように、裁判権力は「法の言葉のをべる口」といい、しかもそうした「口でしかない」とまで言い、だから「目に見えないで無になる」ようにと説いたのは、モンテスキューであった。しかもそのことは、三権分立論といえばすぐに思い合わされる『法の本質』第一編第六章「イギリス憲法について」に書かれているのである。<sup>43)</sup>

しかしこのような裁判権力(ないし裁判所)像は、イギリスのそれではない。大陸ヨーロッパの事情を頭において構想された、いわば期待される裁判権力像であった。

イギリスにおけると違って大陸法の場合には、裁判権力について権力の恣意的な行使の恐れがとくに気にされて、成文法(つまり議会制定法)にもつばらのつとることが、裁判への要請となった。そこには、議会の立法権の重視そして優越と、制定法の執行に当たる司法権の従属という関係が現れる。ただし、法律にのみ従う、それも法律解釈・適用の専門家ということで、「法律の言葉を語る口」つまり「無」は裁判権の独立とされ、特徴づけ、意味づけがなされる。

これに対し、イギリスにおいて「国会主権」は、「法の支配」を前提にして成り立つのであり、その「国会主権」により「法の支配」は脚色され、補強されている。もつとも、「国会主権」がいわれるとしばしば、「法の支配」に対する挑戦という言い方をして、両者の間に対抗さらには矛盾を言い立てる向きが少なくない。なるほど、という気もするが、そうとばかりはいえないのではないか、という気にもなる。なぜなら、それほどの万能の権力と最高の地位を保障される主権的国会であることの確認と同時に、それを自覚させるという意味ないし効果が「法の支配」とともに語られる「国会主権」にはあるだろうからである。

そして、主権的国会だからこそ必要な権力行使の適正化、つまり立法権行使の適正追求が、心掛けられる。そうなるについては、(たとえば、市民的自由を侵害するような)主権的権力の濫用にきびしい「法の支配」原理の伝統の影響が大きい。だから、「法の支配」を「国会主権」は前提にする、と書いたのである。そこでこのような主権的国会による制定法は、もともとがコモン・ロー、慣習法といった不文「法の支配」に成文「法の支配」という色づけをして、「法の支配」の、つまりは脚色することになった。このようにして、新たな状況での「法の支配」の確認



と展開がなされた。

それにつけても、不文「法の支配」のなよりのモチーフは、政治権力の牽制、つまり権力濫用の防止におかれていた。これに対し、成文「法の支配」のモチーフは、成文法により政治権力行使の在り方の特定である。そこにみとめられるのは、政治権力の作用の野放図を規制することと同時に、政治権力の利用可能性の容認を前提にしている。つまりは、法による政治とそれにとまなう法による行政の視点がみとめられる。大陸法における法治主義ないし法治行政の接近法である。

しかしイギリスで伝統的な「法の支配」の素地は根づよく、国会制定法の増加にとまない、大陸法的法治主義への配慮は、すでに触れたように限定的である。そのことに対して批判的な見方をのべるよりも、そうであることの意味をさぐってもいいのではないか。そのとき考えられることとして、なによりもまず大陸西洋近代的成文憲法主義に対する牽制、といった意味が浮き出ても来る。さらには、不文法から成文法へを法の近代化とし、進歩とみなす信仰の安易に対する批判的意味合いも見られる。こうした点は、ダイシーの問題意識とも考えられる。

そういえば、ダイシーの『憲法序説』は、一八八五年の出版である。英国不文憲法へのこだわりの様子をのべるについて、この章で引き合いに出したゲルダートやスカーマンの著述とは、同時代の作品ではない。スカーマンの作品との間には一世紀ちかい時代差があるし、ゲルダートとスカーマンとの間にも、半世紀ほどの差がある。だから、憲法形式や憲法観の英国風にこだわり、それを確かめるきっかけになった情況・条件は、違っていた。

ダイシーの場合は、第三次選挙法改正（一八八四年）がなされたばかりで、近代的大衆政党化にとまない議会代表制変質が予兆された時代である。そしてそのころのフランスは第三共和制で、しかし成文憲法主義謳歌の歴史が途絶え、応急の憲法（一八七五年）による国政運営の状態であった。すなわち、「元老院の組織」と「公権力の組織」お

よび「公権力の関係」のそれぞれに関する憲法的法律を合わせて（条文は全部で三四箇条）、一応、憲法典代わりにしていたのである。こうした内外の状況での英国不文憲法（つまり、憲法の英国風）の確認という意味をこの本、『憲法序説』は持った。

ゲルダート『イギリス法原理』は、それから三七年後の一九二二年の出版である。第一次大戦直後で、大陸ヨーロッパで新（成文）憲法制定が流行していた時代における憲法英国風自己主張といつていい。その後、歴史の激動を経、冷戦の最盛時の一九七四年にスカーマン『イギリス法——その新局面』が刊行された。イギリスがヨーロッパ共同体（E.C.）に加盟して（一九七三年）、大陸欧州流憲法手法への接し方が気にされていた情況との関連をいうことも出来る。

(1) たとえば、柴田卓弘「ハーバード・バタフィールドとウィック史観」（同著『近代イギリスの自由と歴史』大明堂、一九九七年、一四〇頁以下に所収）は、「ウィック史観を批判しつつ、しかも、それがもたらした政治的伝統の生成発展過程を辿り、その実際の効用を賞賛したともいえる」バタフィールド（柴田、「前掲論文」一六五頁）の問題の著書の検討を通して、ウィック史観の特徴を明らかにしている。ちなみに、バタフィールドの問題の著書は『ウィックの歴史解釈』『The Whig Interpretation of History (1931)』と、『イギリス人とその歴史』『The Englishman and His History (1944)』とである。両著の関係について柴田教授は、前者は、「いうまでもなく、バタフィールドのウィック史観批判であるが」、後者は、「ウィック史観の生成発展とその政治的効果を述べたものであって、両著はある意味では相互に補完し合うものともいえよう」と論じている。（柴田、「前掲論文」一六五頁）

(2) 柴田卓弘「前掲論文」一六一頁以下。

(3) たとえばフランス革命にとつての旧体制は絶縁されるべきものであったし、同様にロシア一〇月革命にとつての旧体制は、資本家・地主の支配権力であり、完全に打ち倒されるべきものとされた。そのようにして旧体制が新体制に脱皮する転機という風に、革命は位置づけられた。こうした革命の見方の特記と教化は、社会主義憲法の前文にしばし

ば認められたところであった。いまはないソ連の、あのブレジネフ憲法（一九七七年）前文は、冒頭に一九一七年「一〇月社会主義大革命」の果たした役割に触れてのべた。「資本家および地主の権力を打倒し、抑圧の鉄鎖を打ち砕き、プロレタリアートの独裁を樹立し」たと。そして「革命の獲得物の擁護ならびに社会主義および共産主義の建設の基本的な道具である新しい国家」つまり「ソビエト国家」を創り出し」たと。そこにはさらに「資本主義から社会主義への世界史的転換」の始まりとする認識も示された。このようにして始まった歴史的転換は、「プロレタリアートの独裁の諸課題を遂行し終え」てそれまでのソビエト国家を「全人民国家」にした。このような趣旨が多面的にのべられた前文を持つ憲法が、ブレジネフ憲法だったのである。

知られるように、こうしたプロレタリア革命、プロレタリア独裁を歴史的発展法則のように論じ、運動の思想的、そして精神的先導者であったカール・マルクスの論理が、この前文の基調にあつた。市民革命により出現した市民社会が、そして経済・社会的に資本主義社会が、形成・発展されたあげく、そこに矛盾が露呈し、市民社会理念の空洞化状況がもたらされ、……という様子を、ロンドンの大英博物館の図書・資料を閲覧・検討・整理し（藤野幸夫『大英博物館』岩波新書、一九七五年、一三五頁）、研究成果（『資本論』）をまとめあげたマルクスが、予言し、期待したプロレタリア革命だつた。だが、マルクスが検討の対象にしたイギリス資本主義経済の展開のその後には、プロレタリア革命は起こらなかった。そのかぎりでは、マルクスの予言ははずれた。そこには、やはり、暴力革命の理想化を嫌う英国文化の意識が働いていたともいえそうである。

(4) 松井幸夫「イギリス憲法史」——阿部照哉編『比較憲法入門』（有斐閣、一九九四年）所収——二二二頁。松井教授は、同論文の同じ箇所でもた「この試みは、先行するモデルなしに、また、……特定の思想家の影響によることもなしに、現実の革命の推移の中で生み出されてきたものである」（『同論文』二二二頁）ともべて、画期性・先見性を強調している。

(5) 松井幸夫教授の清教徒革命関連の論考としてはたとえば、「一七世紀イングランド基本法観念の展開」——『法学論叢』九九巻五号（一九七五年）、「同」——『同誌』一〇〇巻三号（一九七六年）、「近代憲法観念成立についての考察」——『島大法学』二二巻一号（一九七八年）、などがある。

(6) 戒能通厚「イングランド法のタイポロジー」——戒能通厚編『現代イギリス法事典』（新生社、二〇〇三年）所収——一七頁。

(7) 戒能「前掲論文」、一一八頁。

- (8) 本書の五章「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」に言及してある。
- (9) 倉持孝司「イギリス憲法研究の50年」—樋口陽一ほか編『憲法理論の50年』(日本評論社、一九九六年)所収—二七四頁。
- (10) 愛敬浩二「戦後憲法学におけるイギリス憲法史像」——『比較法学』三六卷二号(早稲田大学比較法研究所、二〇〇三年)所収—五九頁。愛敬教授は、「一九七〇年代に現われ始めた」新たな視点からの研究の主要なものを、そこにピック・アップしている。すなわち、「ピュリタン革命期に国会主権論が成立したことを明らかにした元山健」(「国会主権論の成立についての覚え書き」——『早稲田大学大学院法研論集』一〇号、一九七四年)、「ピュリタン革命期に国会が執行機関を指揮下においた権力機関であったことに注意を喚起した小栗実」(「イングランド革命初期における執行権と議会の関係について」——『法政論集』八七号、名古屋大学、一九八一年)、また「イギリスにおける近代憲法観念形成過程の分析という観点から、基本法」観念の意味変化の過程を検討し……ピュリタン革命期の議会派の主張の中に」その「革命的転機を見出した……松井幸夫」(論文は、本章の註(5)に)、さらに「イギリス憲法史の通説を、連続性史観」と呼んで批判する森正」(「イギリス憲法史と、連続性」史観」——『法政論集』五五号、名古屋大学、一九七二年)、などなど。
- (11) L・スカーマン(田島裕訳)『イギリス法—その新局面』(東大出版会、一九八一年邦訳刊行年)。
- (12) 『前掲書』一〇一頁。
- (13) 『前掲書』の「訳者解題」一二六頁。
- (14) 前掲の「訳者解題」一三五頁。
- (15) 中川剛『立憲主義の研究』(法律文化社、一九七二年)二六六頁。大木雅夫『日本人の法観念』(東大出版会、一九八三年)、六七頁。F・W・メイトランド、小山貞夫邦訳『イングランド憲法史』(創文社、一九八一年)、三五五頁以下。なお原著F・W・Maitland, The Constitutional History of Englandは、一九〇八年に初版が発行されている。
- (16) メイトランド、小山貞夫邦訳『イングランド憲法史』三六〇頁。
- (17) 中川剛『立憲主義の研究』二七二頁の注5。
- (18) メイトランド、小山貞夫邦訳『前掲書』三五六頁。
- (19) 『前掲書』三五七頁。
- (20) 土井美徳「フォーテスキューの思想と英国立憲主義の系譜——ボデイ・ポリテイクの理念と、古来の慣習——」、

- 鈴木健夫編『ヨーロッパの歴史的再検討』（早稲田大学出版部、二〇〇〇年）、所収——二二七頁。
- (21) 坂東行和『法の世界とその周辺——法的思考と中世イギリス』（法律文化社、二〇〇一年）、五六頁。
- (22) フォーテスキューのこの著述は、北野かほる・小山貞夫・直江眞一共訳による「イングランド法の礼賛について」『法学研究』五三巻四号―五四巻一号、東北大学法学会、一九八九年）である。
- (23) メイトランド、小山貞夫邦訳『前掲同書』二六四―五頁。マツキルウエイン、森下敬一郎訳『立憲主義——その成立過程』（慶応通信株式会社、昭和四一年）、二一九頁以下。（原著はC. H. McIlwain, Constitutionalism—Ancient and Modern, 1947, Cornell University Press）土井美徳『前掲論文』二二二頁―二三八頁。坂東行和『前掲書』六〇頁以下。
- (24) マツキルウエイン、森下敬一郎訳『前掲書』二二二頁。
- (25) 『前掲書』一三三頁。
- (26) 土井美徳『前掲論文』二二七頁。
- (27) 『前掲論文』二二八頁。
- (28) E. Cokeの判例集(Reports) XIIにまとめられてあるものが、いろいろの研究書に引用されている。たとえば、メイトランド、小山貞夫邦訳の『前掲書』二五六頁。大木雅夫『前掲書』六八頁。また、C・J・フリードリッヒ、三辺博之訳『伝統と権威』（原著はC. J. Friedrich, Tradition and Authority, 1972）（福村出版、一九七六年）一三―四頁、二九頁など。それらに引用された邦訳を参照し、参考にしして、拙稿を執筆。
- (29) フリードリッヒ、三辺博之訳『前掲書』二九頁。
- (30) C・J・フリードリッヒ、小山博也訳『現代政治——その支配形態と生活形態』（理想社、昭和三九年）六五頁。（原著はC. J. Friedrich, Demokratie als Herrschaft und Lebensform, 1959）
- (31) フリードリッヒ、小山訳『前掲書』七一頁。
- (32) 中村浩爾『現代民主主義と多数決原理』（法律文化社、一九九二年）一八七頁。
- (33) 『前掲書』一八六頁。
- (34) フリードリッヒ、三辺博之訳『伝統と権威』一三頁。なお、「伝統の合理性」と言うことで、中金総助教授は、「近代合理主義とは異なる合理性 (rationality) 概念をポジティブに提示」した（中金総『オークショットの政治哲学』早大出版部、一九九五年、一三〇頁）として、M・オークショット (M. Oakeshott) の研究に注目している。そして提示した「合理性」についてのべたオークショットの言葉を引き合いに出した。すなわち、それは「単なる知性 (intelligence)

ではなく、われわれが携わっている特定の活動をいかに遂行すべきかについてわれわれが持つところの認識に対する忠実さ (faithfulness) (中金、『前掲書』一三三頁) である、と。反射的に、他人事のように感じられている知識 (だから客観的ということもいえるのだらうが) にとどまらず、じぶんのことはや文脈で理解し、納得した知識、つまりはよくいわれる会得のことが思い合わされた。だからそれは、啓蒙絶対的知性ではなく、いわば職人芸的な習練により身につけられる能力ないし理解に焦点が合わされるだらう。伝統・歴史・慣習が注目されることになる。ただし、オークショットの発想は、パークの伝統主義と違う系譜に、つまりヒューム型懷疑主義的保守主義の系譜に属するとして、そのことに注意する議論が中金総助教授によって展開されている (中金、『前掲書』一四五頁)。

(35) ダイシー (伊藤正己・田島裕共訳) 『憲法序説』 (A. V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, first ed. 1885) (学陽書房、昭和五八年) 四〇—一頁。

(36) W・ゲルダート (末延三次訳) 『イギリス法原理』 (W. M. Geldart, Elements of English Law, first ed. 1922) 東大出版会、一九五八年、四頁。

(37) 大木雅夫 『比較法講義』 (東大出版会、一九九二年)、一五三頁。

(38) L・スカーマン (田島裕訳) 『イギリス法』三頁以下。

(39) 『前掲書』四頁。

(40) ゲルダート (末延三次訳) 『前掲書』六頁。

(41) L・スカーマン (田島裕訳) 『前掲書』四頁以下。

(42) A・V・ダイシー (伊藤正己・田島裕共訳) 『前掲書』三八八頁。

(43) モンテスキュー (野田良之ほか共訳) 『法の精神』上 (岩波文庫) 二九四、二九七、三〇二頁。

(44) 裁判権力像だけでなく、三権分立論が、大陸ヨーロッパの事情に大きく影響された構想であったことについては、小林昭三 『政治制度の思想』 (成文堂、昭和四三年)、一一一頁以下。

(45) 伊藤正己 『法の支配』 (有斐閣、一九五四年)、七七—八頁。

## あとがき

本書は、著者が一九九九年から二〇〇六年までの間に発表した論文から七編を選び、編集したものである。いずれも、学会報告や研究会発表し、そこでの質疑応答をもとに検討を加えてまとめた論稿である。

ちなみに、学会は憲法学会で、学会機関誌は『憲法研究』である。この機関誌に載っていたのは、本書の第二章（『同誌』三一号、一九九九年）、第三章（『同誌』三二号、二〇〇〇年）、それと第六章（『同誌』三五号、二〇〇三年）、第七章（『同誌』三八号、二〇〇六年）の四編である。研究会のほうは、憲法政治学研究会（——早稲田大学大学院政治学研究所の私の研究室OBで、各地の大学で研究教育生活をつづけている仲間の自発的な集まり——）で、メンバーの研究成果は『憲法政治学双書』としてこれまで三巻が刊行されている。それらに掲載されたのが、本書の第一章（『同双書』第一巻、一九九九年）、第四章（『同双書』第二巻、二〇〇〇年）、第五章（『同双書』第三巻、二〇〇二年）である。

ここに明らかなように、本書の七つの章は、それぞれの論稿の執筆順になった。一冊の本にまとめるに当たって、加筆補整をした。そうした作業がいちばん大幅だったのは、第一章で、タイトルにも手を入れた。そのようにして、一つの本を形づくる七つの章であるよう、本書全体のバランスを整えたのである。そこで、七つの章それぞれの直接の狙いと、それぞれの相互関連、ないしは本書のなかでのそれぞれの位置を明らかにしておこうと思う。

第一章は、憲法政治学的接近法の必要と可能性の再論である。ただし、二〇世紀末に近づくところからの憲法思考

ないし憲法論空転の観のある情況に刺戟され、それにもなう問題関心からの整理にもとづき、この接近法再認識が論じてある。

ついで、このような憲法政治学的接近法により日本国憲法の考察をまず試みるというところから、考察の対象を国会に向けたのが、第二章である。この章では、議會制についてその作用の面での期待像に焦点が合わされ、古典的議會制の変質が論じられる。つまり、議會制の近代初期的と二〇世紀的との対照から、それぞれの特徴的要因の組み合わせとについていい政党国家的議會制の在り方が示唆される。

第三章は、議會制の変質の議論と問題提起をきっかけに、一般にいわれてきている「近代憲法論」の在りようを吟味し、結局には先進西洋すなわち世界というところでの近代の成立という事情を通して西洋文化圏特有の思考法による近代憲法のことが示唆される。

このような示唆にもとづき、近代的憲法の思考法が西洋文化圏に特異とする理解の由来、またこの思考法の特異がキリスト教的であることを論じたのが、第四章である。その際、多神教の思考法とくらべながら、しかしキリスト教的の一神教先進性強調といった風の偏りないし先入主を持たない言及が、試みられた。

第五章は、このような近代憲法の成立、そして成功が皮肉にも行きづまりをもたらししているところからのポスト近代憲法論議をきっかけにして、近代憲法を可能にしている条件の特殊の再吟味、そして再確認を試みている。そのようにして、近代憲法といわれているものが大陸西洋近代的成文憲法であること、そして啓蒙絶対的な知性信仰を基調にしていることが、明らかにされる。さらに、大陸西洋風とは違う近代憲法として、それも啓蒙絶対的知性による整理・吸収のための素材とされた英国不文憲法があることに注目する。そのとき、素材としての生まの持味の解明・示唆の有意味も言及されている。



こうした言及にもとづき、第六章で英国不文憲法における中世風のいわば近代的彩色の様子が扱われる。それに合わせて第七章で英国不文憲法流儀を正当づける（——当然に、啓蒙絶対的知性とは次元を異にする）社会生活慣習由来の合理（rational）に対する reasonable のそれが論じられる。

以上のようなわけで、本書の後半部分、とくに第五章の半ば以降、それと第六章、第七章は、非大陸西洋である英国の憲法生活流儀に注目し、その存在意味をさぐったのである。ただしそこでは、もっぱら英国の場合の考究に限るといだけでなく、大陸西洋近代憲法を輸入して、しかもそれにとまなう憲法接近法も吸収した影響が引きつづいていて、しかしそれなのに、憲法がすべてということになりきれないで、折りに触れて問題にされているわが国の場合が思い合わされていた。だが思い合わされるといつても、（近代憲法がすべてになりきれない）わが国の伝統的な生活基層、つまり日本の精神風土を、むしろ確認し、それを考慮に入れた憲法観さらには憲法構想の可能性の示唆とともに思い合わされていたのである。

とはいえ、本書の全七章は、大学定年退職を機会に、研究生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である。そこには、現役引退に当たつての自己確認を、という心づもりもあった。またいまから思えば、年寄りの懐旧的の趣向も働いていたといえそうである。しかし思い出話的のまとめをしながら、新たな発想を気付かされ、また新たな思考展開を刺戟されて、それにとらわれ、それこそ年齢相応の理解を示していることもあった。そのようにして、憲法思考の常識の問い直しに思いたるということもあった。

そんなとき、私じしんの研究生生活回顧・整理でありながら、「温故知新」という言葉を思い合わせたりした。見当はずれの思い合わせかもしれない。だが、これまでの勉強・研究の経過を振りかえり、確めていて、それまでの職場から離れたことの影響もあつてか、それまで気にならなかつたことに気付いて、それが新たな知見になつたとい

うことがあつたようにも思えるのだつた。

もつとも、新たな知見といつても、年寄り好みのそれなのかもしれない。なぜなら、本書での試みには、手を加えて原料のそれぞれのいいところを揃え、いろんな調味料により人工の珍珠・美味をつくり出した料理もさることながら、それよりもどちらかといえば、素材の持味をそのまま生かした素朴な料理を好む、いわば年寄り風が、認められそうだから。

このような本の刊行に当たっては、本書を形づくる諸論稿の掲載の便宜を図り、しかも本書への転載を了承していただけた『憲法研究』誌および『憲法政治学双書』の編集に携わる方がたの好意をはじめ、関係者、とくに憲法政治学研究会の同人のみなさまの励ましに深い感謝の気持を抱いている。また本書をまとめるについては、かねてから親交のある同学の（私の年齢から見ても）若い方がたから親身な刺戟と示唆を得た。元気づけられた。有難いことと感じ入っている。そしていつものことながら、本書も成文堂の出版物に加えていただけた。同社社長阿部耕一氏の温い配慮、また同社編集部の相馬隆夫氏の適切な助言・助力に厚く御礼を申し上げる次第である。

二〇〇七年四月

小 林 昭 三

## 索引

## あ 行

- アクィナス, T. …… 33 f., 51  
 アメリカ独立宣言 …… 58, 96, 131 f.  
 アメリカ憲法制定議会 …… 44  
 イェリネック, G. …… 121 f., 129, 132  
 イギリス不文憲法  
   …… 118, 120, 122 f., 176, 181  
 一神教 …… 87, 91  
   キリスト教的— …… 83 f., 90, 93  
 一神教の神 …… 82  
   —の絶対的正義 …… 85  
   —の唯一・絶対・万能 …… 86  
   —の子 …… 69  
   —の前の人 …… 58  
   —の見えざる手 …… 41, 153  
   —の恩寵による君主 …… 59, 67, 149  
   —への絶対的服従 …… 85 f.  
 イデア …… 82  
 伊藤正己 …… 167  
 ウイッグ史観 …… 161 f., 167  
 ヴェーバー, M. …… 8, 9  
 梅原 猛 …… 72  
 英法における合理性 …… 177  
 エデンの園 …… 109  
   —の世俗版 …… 66  
 エリザベス一世 …… 172  
 オークショット, M. …… 187  
 王政復古 …… 127, 161  
 オコス-オゲンド …… 18

## か 行

- 階級闘争 …… 114  
 戒能通厚 …… 166  
 会派強制 …… 39  
 革命 …… 96  
   フランス— …… 97 f., 107, 112 f., 117, 184  
   市民— …… 56, 162

- 絶対主義— …… 162  
 ロシア—〇月— …… 184  
   —の発展図式化 …… 150, 162  
 反— …… 96  
 鹿嶋春平太 …… 90  
 カリスマ的支配 …… 8 f., 11  
 慣習憲法 …… 95  
 間接選挙制 …… 44  
 間人主義 …… 72  
 議院内閣制 …… 6, 31  
   議会主権における— …… 128  
   大陸ヨーロッパの— …… 128  
 議員の独立 …… 32, 36, 115  
 議員発議法案 …… 37  
 議会 …… 141  
   —主権 (国会主権)  
   …… 123 f., 127, 140, 143, 178, 181 f.  
   —における国王 …… 41, 127, 140, 143  
   —代表制 …… 42, 183  
   —政治家 …… 28  
   —の議場 …… 43  
   —での討論 …… 32, 48, 156  
   帝国— …… 29  
 議会制 …… 36  
   近代的— …… 30, 42  
   近代的代表— …… 35, 44, 46, 51, 67  
   人民代表— …… 115  
   中世— …… 140 f.  
   古典的— …… 29, 38, 42, 47, 115  
   —の危機 …… 28, 30, 36  
   —の価値下落 …… 29  
 貴族院 …… 60, 142, 161  
 貴族の在り方の英と仏 …… 126  
 木田 元 …… 69, 75, 78 f., 102  
 技能的理性 …… 173 f.  
 木下 毅 …… 114  
 旧体制 …… 56

## 2 索 引

- 行政権の優位…………… 38  
 行政国家…………… 47  
 共同社会…………… 156, 165  
 共同体人間…………… 176  
 共和制イギリス…………… 160  
 清宮四郎…………… 137  
 ギリシャ人の自然観…………… 80  
 キリスト教の自然観…………… 152  
 キリスト者の自由…………… 50  
 議論のしかたの日本風…………… 48, 50  
 近代化批判…………… 61  
 近代憲法…………… 53, 63, 107, 112  
   —以後…………… 23  
   —におけるキリスト教的思考法…………… 66  
   —にとってのポスト・モダン…………… 135  
   —の限界…………… 73  
   —の歪曲…………… 71  
   —における西洋特殊事情…………… 65  
   —を可能にした憲法(学)外的条件…………… 73  
 近代的成文憲法…………… 120, 122, 161, 164  
   —思想信奉…………… 53  
   —の前史…………… 119  
   —の日本の受容…………… 135  
 近代的合理主義…………… 70  
   —とは異なる合理性…………… 187  
 近代的知性…………… 106, 112, 116  
   —信仰…………… 73, 105, 107 f., 110, 116, 120  
   —過信…………… 106  
   —の狡知…………… 117  
   —の所産である制定法…………… 156  
   —の法的表現…………… 107  
 近代の終焉…………… 24, 53, 107  
   —論…………… 22, 106  
 近代の超克…………… 53  
  
 クック, E. …… 170, 172 ff.  
 クライムズ, S. B. …… 144, 150  
 栗城寿夫…………… 3  
 クロムウェル…………… 160 f.  
   —の専制政治…………… 127  
   —による議会政治…………… 125  
 君主制…………… 6, 160  
  
 正統主義——…………… 56 f.  
 正統主義——の憲章…………… 57, 59  
   —原理…………… 6, 99  
 議会主義的——…………… 6, 127  
   —的なもの…………… 7  
 大陸欧州における絶対主義——…………… 143  
 君主と臣民の相互義務…………… 145  
 君臨するが統治しない…………… 98  
  
 経験主義的…………… 155  
 啓蒙…………… 78  
   —主義…………… 165  
   —絶対的知性…………… 64, 110, 188  
   —絶対的知性主義…………… 105, 151, 166  
   —的知性の支配…………… 108  
 形式的合理性による法体系…………… 176  
 欠結のない完結した法体系…………… 100, 110  
 ゲルダート, W. …… 178, 180, 183, 184  
 ゲルバー, C. F. …… 5  
 ゲルマン的な法確信…………… 129  
 ゲルマン法…………… 145  
 原罪…………… 109  
 原子的個人…………… 69  
 賢人会議…………… 140, 141  
 憲法をつくる…………… 83, 108  
 憲法制定権力…………… 99, 113, 131  
 憲法制定国民議会(フランス革命の)  
   …………… 107  
 憲法改正権力…………… 98  
 憲法規範力…………… 100  
 憲法規範性信仰…………… 73, 100, 111  
 憲法(体系)の完全性…………… 100, 102, 111  
 憲法最高法規性…………… 130  
 憲法典化論争(英国での)…………… 167  
 憲法的習律…………… 123  
 憲法工学的的発想…………… 18  
 憲法裁判所…………… 13  
 憲法実験…………… 112, 118  
   —室…………… 107, 116  
 権力分立…………… 113, 164  
   —論…………… 120  
  
 広域直接民主制の在り方…………… 45  
 国家公共…………… 21

公共的利益	93
公選大統領	7, 9
——と議会の関係	60
合法的支配	9
合理化	108
合理の人間	175
国王最高法	141
国王への協賛	141, 147
国法学	4, 11, 21
——の危機	2, 8, 10, 22
——方法論	13
国民国家	96
——的統合	95
国民代表概念の変化	39
国民代表の機関	30
国民代表の擬制	39
個人主義の英国風	152
国教会の唯一最高の首長	142
言挙げしない	48
コモン・マン	176
コモン・ロー	156, 170, 178
——上の原則	180
——の革新	166
——の思想	172
——の伝統	151, 168
——の優位	171
——は、英法体系の基礎	179
古来の慣習	147
混合政体	127
——的統治	172
——論	124
<b>さ 行</b>	
再現前 (Representation)	67
最高議会議制	36
宰相民主制 (Kanzler Demokratie)	11
裁判官調製の法 (judge-made-law)	130, 154
裁判官の独立	67
裁判権の独立	182
裁判所による法形成	155, 178
裁判を受ける権利	133
ジェームズ一世	169 f., 172, 174

シュミット, C.	8, 68, 98
自生的秩序	152
市場の自由競争	40
市場価格	153, 154
自然価格	153, 154
自然権	108
——観	109
自然状態	108, 109
自然的理性	173 ff.
自然の攝理に対する畏れ	83
自然法の世界	66
事物の自然 (ないし本性)	152 f., 158
実体的権利	131
司法	171
——権の限界認識	134
市民革命神話	56
市民社会	113, 116
——の論理	114
市民法的から社会的へ	114
社会契約	69, 108 ff., 113
——説	96, 151
社会権	12, 62, 114, 132
社会権プログラム規定説	5, 12, 133
社会公共	21
社会国家	11, 13, 115
社会主義	20
——憲法の前文	184
——法秩序の時代	115
社会政策の指導原則 (アイルランド憲法 [1937年])	133 f.
社会権の基本権を断念	133
社会的法治国	13
社会的交流の非強制的な慣習	152
宗教改革議會	142
宗教的先進と後進と	88
衆愚政治	78
自由権	132
——的人権	114
——の基本権	13
自由国家	115
自由主義的	53 f.
十七条憲法	49
受益権	132
主権	94

4 索引

- の行使…………… 99
- すなわち憲法制定権力…………… 97
- 制限…………… 98
- 的権力の具現…………… 131
- の本質的部分…………… 99
- 在民…………… 30, 54
- 国民…………… 96
- 者国民…………… 97, 98
- 者としての資格要件…………… 95
- 者とは非常事態の決断者…………… 98
- 者による授権…………… 113
- シュタール, F. J. …………… 6, 25
- 小規模民主政治…………… 44
- 聖徳太子…………… 49
- 職人芸的な習練…………… 188
- 植民地…………… 65
- 支配…………… 64
- 統治遺制…………… 18
- 庶民院…………… 142
- 専制政治…………… 125, 161
- 神意体現…………… 66
- のキリスト教的代表観…………… 67
- 神意の再現…………… 34, 51
- 信教の自由…………… 87, 89
- 人権…………… 108
- 神授…………… 58, 66, 96
- 神授説…………… 59
- 宣言…………… 58, 87, 94, 101, 119, 121, 123, 164
- 神授王権…………… 56, 94 ff, 173
- の君主…………… 97
- 真のキリスト者…………… 33
- 真の宗教…………… 87
- 進歩史観…………… 165
- 「進歩」の思想…………… 111
- 人民協定…………… 163
- 森林の思想…………… 69, 71 ff.
- スカーマン, L. …………… 168 f., 180 ff.
- スコットランド啓蒙派…………… 118
- スコットランドの啓蒙思想…………… 136
- 鈴木秀夫…………… 70
- スミス, A. …………… 152 ff.
- スメント, R. …………… 10, 13
- 西欧的…………… 6, 13
- 西欧「文明」…………… 6 f.
- 西欧防衛…………… 23 f.
- 生活の諸部分に宿る神神…………… 90
- 生活の知恵的英知…………… 14
- 世紀末現象二〇世紀版…………… 104
- 清教徒革命…………… 151, 160, 163 f., 167, 169
- 政教分離…………… 86, 88 f., 93, 100 f.
- 政治行動論…………… 15
- 政治神学…………… 68
- 政治制度論…………… 14
- 政治的統合…………… 9 f., 13, 22
- 政治的なもの…………… 5, 9 f., 12 f., 21 f., 24
- 聖職者代表の集会…………… 148
- 聖書の完全性…………… 100
- 政体書…………… 161, 163 f.
- 制定法…………… 178
- に対する不文法の優位…………… 130
- 政党…………… 12, 35 f.
- 国家(論)…………… 11, 51
- 国家的議会制…………… 42 f.
- 国家的民主主義…………… 43, 115
- 制度論の復権…………… 15 f.
- 成文憲法による法的近代の議論…………… 175
- 成文憲法への期待過剰…………… 54
- 成文憲法方式…………… 122
- 成文法…………… 131, 165
- を例外視する英法世界…………… 180
- 西洋が世界…………… 64 f.
- 西洋という精神風土…………… 65, 69, 70
- 西洋二元主義的思考…………… 99
- 西洋の言葉での語り口…………… 48
- 西洋文化圏に特有の思考法…………… 69, 83, 93
- 絶対国民…………… 97
- 主義…………… 54
- 全員一致…………… 49
- 選挙権拡大…………… 39, 62, 114
- 選挙によらない代表…………… 67
- 選挙の魔術…………… 67
- 選挙民「大衆」…………… 44
- 選挙民と政党の「一体化」…………… 45
- 全体意思…………… 93, 154
- 全体の奉仕者…………… 40

造物主…………… 85, 96  
 ソクラテス…………… 76-82, 102  
 ソフィスト…………… 78-81  
 ソ連社会主義体制…………… 115 f.  
 ——の崩壊…………… 117

## た 行

代議制民主政治…………… 44  
 大権…………… 146  
 第三世界…………… 17  
 ダイシー, A. V. …… 123, 132, 177 f., 181, 183  
 大衆社会…………… 62, 114  
 ——化状況…………… 14  
 大衆政党…………… 39, 42, 44  
 大衆民主制…………… 35, 36  
 ——化…………… 39  
 大衆民主政治…………… 30  
 対審…………… 155 f.  
 代表…………… 39, 51, 66 f., 147  
 全国民——…………… 32, 34, 41  
 ——議會制民主主義…………… 43  
 ——制…………… 31, 32, 43  
 ——制民主主義…………… 45  
 ——の論理と倫理…………… 40, 46  
 ——の義務…………… 148  
 代理…………… 39  
 大陸西洋近代的成文憲法…………… 74, 131, 135, 176  
 大陸西洋近代の啓蒙的知性…………… 74  
 大陸法的と英米法的と…………… 122  
 大陸法的法文化…………… 118  
 大陸欧州における国会と国王の関係…………… 128  
 対話…………… 77, 155  
 高橋和之…………… 95  
 高谷好一…………… 70, 72  
 田島 裕…………… 168  
 多重信仰…………… 88  
 多神教…………… 87, 89  
 ——状況…………… 89, 91  
 ——世界…………… 88  
 ——の持ち味…………… 89  
 ——の神神…………… 90  
 ——的思考…………… 49, 72, 83

戦う民主主義…………… 11 f.

知性信仰の異常・異様…………… 118  
 “知と無知”という対照…………… 112  
 地方自治体代表の庶民…………… 140, 147 f.  
 チャールズ一世…………… 160, 169  
 中世的土台…………… 144, 149  
 中世法的思考…………… 95  
 チューダー王朝…………… 142  
 超越的原理の創造による自然…………… 152  
 超自然的原理…………… 69, 82 f., 94  
 成文憲法世界における——…………… 131  
 超自然的で全知全能の神…………… 92  
 超自然・超人間的な唯一の存在…………… 85  
 超憲法的原理…………… 69  
 長期議會…………… 125  
 超然内閣…………… 128  
 直接民主制の概念の変化…………… 44 f.  
 直接民主制的…………… 31 f., 43

帝制ドイツ…………… 3, 4  
 帝制フランス第二…………… 57  
 デカルト, R. …… 107, 120 f.  
 デカルト的合理主義…………… 151  
 敵と友の峻別…………… 84  
 天地創造…………… 85  
 伝統的支配…………… 9  
 伝統における合理性…………… 177  
 伝統にこだわる英国国民性…………… 164  
 天賦の権利…………… 96

土井真一…………… 155  
 ドイツ国法学…………… 21  
 ——の方法論…………… 1  
 ドイツ神聖ローマ帝国…………… 50  
 ドイツ的(なもの)…………… 6, 10  
 ドイツ「文化」…………… 6, 7  
 ドイツ・ボン基本法…………… 11, 133  
 党議拘束…………… 39, 115  
 統合…………… 10 f.  
 ——理論…………… 26  
 統治…………… 171  
 ——契約…………… 110, 113  
 ——行為…………… 146

## 6 索引

統治と司法の区別……………145 f.  
討論……………34, 93  
——の自由……………36  
特殊意思……………93  
特殊西洋事情……………66  
“年の功”的知恵にもとづく法……………173  
都市の思想……………70 f., 73

### な 行

内閣提出法案……………37  
中金 総……………187  
中村浩爾……………176  
ナポレオンの観念……………56 f., 59  
二元主義……………69  
——的思考……………70, 112  
日本語による語り口……………48  
日本的な話し合い……………49  
日本的な会議の特徴……………47  
人間性……………83, 109  
根まわし……………47  
ノブレス・オブリージュ……………149

### は 行

バーク, E. ……………56, 118, 143  
——保守主義……………56  
ハーバーマス, J. ……………105  
ハイエク, F. A. ……………151  
陪審制……………155  
バターフィールド, H. ……………161 f.  
ハッチェク, J. ……………147  
「場」の思考法……………50  
浜口恵俊……………72  
針供養……………90  
反近代化……………61  
反合理主義的接近法……………151  
反動……………56  
判例法主義……………130 f., 156  
  
非西洋的憲法可能性……………24  
非西洋的受容……………71  
ヒトラー……………57  
ピュリタン革命……………125  
  
風土……………69

フォーテスキュー, J. ……………170 ff.  
福祉国家……………47  
複数の神神を信じる自由……………91  
富国強兵……………64  
普通選挙制……………35  
プトミー, E. ……………121  
不文法……………155  
——から成文法へ……………165  
——的と成文法的との法形成の競合……………179  
——と成文法との思考法の違い……………126  
——の支配……………183  
——への執着……………156  
ブラクトン, H. ……………146, 170 f.  
プラトン……………74, 75, 80 f.  
フリードリッヒ, C. J. ……………66, 175, 177  
ブルクハルト, J. ……………75  
ブレジネフ憲法……………185  
プロレタリア独裁……………185  
  
ヘーゲル……………117  
ヘーベルレ, P. ……………23, 27  
ヘッセ, K. ……………26  
ヘンリー八世……………139, 141 ff.  
  
法実証主義……………3, 7 ff.  
——憲法学……………3 ff.  
法治国家……………12, 123, 131  
法治主義……………123, 131, 183  
——における人権分類……………132  
法廷における対話的法形成……………155  
法的なもの……………13, 21 f., 24  
法典主義……………177  
法による行政・政治……………183  
「法の完全性」ドグマ……………68  
法の言葉をのべる口……………68, 181 f.  
法の支配……………14, 123, 132, 142, 144 f.,  
147, 154 f., 181 f.  
ポスト・モダン……………104 f., 107, 118  
——の法秩序……………114  
穂積陳重……………76 f.  
ボダン, J. ……………94 f.  
ホップズ, T. ……………94, 109  
ポリティア……………49



## ま行・や行

マツキルウェイン, C. H. ……………	146
マン, トーマス ……………	6 f.
松井幸夫 ……………	163
身分から契約へ ……………	165
民意統合と反映 ……………	39, 40
無所属議員 ……………	36
無知の知 ……………	76 ff, 81 f.
名誉革命 ……………	127, 140
モーゼの十戒 ……………	84
模範議会 ……………	157
森の思想 ……………	70
モンテスキュー …… 68, 120, 124 f., 152, 181	
——の権力分立論 ……………	121
寄り合い ……………	47

## ら行

ライブホルツ, G. ……………	45, 67
ラートブルフ, G. ……………	68, 100
ラーバント, P. ……………	3, 5
「リーズナブル」という合理性 …… 176 f.	
理性 ……………	82
——的 ……………	176
——の支配 ……………	69
——の権化になった国王の命令が法 ……………	173
立憲主義 ……………	7, 17
ドイツ初期—— ……………	6, 12, 57, 99
近代—— ……………	22, 63 ff.
——的近代化必然の文脈 ……………	120
——の裏打ちのない憲法 ……………	18

——の展開 ……………	114
外見的 (ないしえせ)—— …… 17, 63, 56 f.	
新—— ……………	16 f., 20
立法委任 ……………	38
立法権と執行権の二権分立論 ……………	125
ルソー, J. J. ……………	92 ff, 154
ルター, M. ……………	33, 50, 51
冷戦終結 ……………	19, 55
歴史的英知の現われとしての法 …… 130	
歴史的理性の皮肉 ……………	117
歴史の継続的展開論 ……………	150
連続性強調の歴史観 ……………	161
連合権 ……………	146
連合権と大権 ……………	126
連邦議会 ……………	41

ローマ教会への上訴禁止法 …… 142	
ローマ法王 ……………	50, 141
ローマ法継受 ……………	145
ロック, J. ……………	124 f.
ロマン主義的アイロニー …… 102	

## わ行

ワイマール憲法 ……………	7
——政治 ……………	2, 11
ワイマール連合 ……………	2, 24
脇 圭平 ……………	25
和魂洋才 ……………	73
和辻哲郎 ……………	69
和仁 陽 ……………	67
「和」の思想 ……………	49

## 著者紹介

昭和2年 神奈川県に生まれる  
昭和25年 早稲田大学政治経済学部政治学科卒業  
昭和33年 同大学政治経済学部講師，その後助教を経て，  
昭和40年 教授  
平成9年 定年退職  
現在 早稲田大学名誉教授

## 主要著書

ワイマール大統領論研究序説（昭和39年）成文堂  
政治制度の思想（昭和43年）成文堂  
首相公選論入門（昭和45年）成文堂  
戦後の憲法史（第1分冊）（昭和46年）成文堂  
私に映った「ドイツ」（昭和49年）成文堂  
私の「憲法」イメージ（昭和52年）成文堂  
ワイマール共和制の成立（昭和55年）成文堂  
私の「憲法」透視（昭和55年）成文堂  
明治憲法史論・序説（昭和57年）成文堂  
私の「憲法」舞台（昭和58年）成文堂  
日本国憲法の条件（昭和61年）成文堂  
私の「憲法」素描（昭和62年）成文堂  
私の「憲法」リズム（平成元年）成文堂  
憲法学の方法（平成3年）北樹出版  
私の「憲法」投影（平成4年）成文堂  
私の「憲法」気質（平成7年）成文堂  
新憲法論・序説（平成8年）成文堂  
比較憲法学・序説（平成11年）成文堂  
首相公選論入門 改訂版（平成13年）成文堂  
私の「憲法」有情（平成13年）成文堂  
私の「憲法」感傷（平成18年）成文堂

## 西洋近代憲法論再考

2007年11月20日 初版第1刷発行

著 者 小 林 昭 三

発 行 者 阿 部 耕 一

〒162-0041 東京都新宿区早稲田鶴巻町514番地

発 行 所 株式会社 成 文 堂

電話 03(3203)9201(代) FAX 03(3203)9206

<http://www.seibundoh.co.jp>

製版・印刷 三報社印刷

製本 佐抜製本

☆乱丁・落丁本はお取替いたします☆

© 2007 S. Kobayashi Printed in Japan

ISBN978-4-7923-0427-0 C3032 検印省略

定価(本体 4300円 + 税)

ある憲法学者の雑記帳シリーズ

憲法生活、憲法政治上の出来事をきっかけにして考え、書いた憲法論エッセー集。既成の憲法学的思考枠組みを疑い、著者特有の見方や論述スタイルが展開されている。

私に映った「ドイツ」

B6判 340頁／価 1300円

1971年の夏から冬へかけての西ドイツでの“つぶやき”のいろいろ

私の「憲法」イメージ

B6判 241頁／価 1500円

昭和50年の前後の数年間——国鉄のスト権スト、田中首相辞任などで騒々しかった時代の憲法随想

私の「憲法」透視

B6判 233頁／価 2000円

1970年代末の数年間——ハイ・ジャックや自民党総裁予備選などが話題の種になった時代を見つめた憲法論

私の「憲法」舞台

B6判 244頁／価 2000円

1980年代はじめの数年間——臨調行革や隣国の日本教科書批判などが騒がれて、「憲法を疑う」ことが疑われなくなった時代の憲法的提言。

私の「憲法」素描

B6判 258頁／価 2000円

エッセーという形で、現在の憲法生活における問題点を指摘し、その可能性を吟味することで、馴染み過ぎて惰性化し、行き止まった戦後憲法体制を告発する。

私の「憲法」リズム

B6判 264頁／価 2233円

日本国憲法の成功が憲法の足元を崩している……？前時代になった「昭和」の晩年を素材にした憲法政治エッセー集。

私の「憲法」投影

B6判 266頁／価 2427円

日本国憲法を信じるのが不安解消の秘訣であるかのような議論、憲法教育の無理、不十分さが、今問題にされている。

私の「憲法」気質

B6判 288頁／価 2427円

日本的なもの（ひろく、アジア的なもの）による近代的憲法の新たな展開が模索されるようになった。

私の「憲法」有情

B6判 250頁／価 2700円

戦中派といわれる世代がわが国の現状に感じた不安を絡め、一味違った議論を展開する。時代再考のヒントときっかけが読みとれる。

私の「憲法」感傷

B6判 250頁／価 2800円

西洋近代憲法とはなにか、どうしたらいいか、を国内外の出来事を契機に考え、のべてきた提言・私論の21世紀当初数年分。

## 小林昭三著作選

### ワイマール大統領論研究序説

A5判 212頁／価 600円（品切）

大統領公選制がワイマール共和制崩壊の原因の1つにされているかのような現状にたいする疑問が、本書のきっかけ。大統領公選制と議院内閣制に関するドイツ的理解の特徴を論じる。

### 政治制度の思想

A5判 242頁／価 2200円

政治制度には、“可愛い女”（チェホフ）のような対現実適応力はないらしい。近代的政治制度の特徴を明らかにし、その適応の限界と新たな制度へのきっかけを探る

### 首相公選論入門 改訂版 成文堂新書3

新書判 198頁／価 1400円

首相公選の必要性と、それに伴う議会と内閣の関係の变革を政治制度論的に意味づけ、こんにちの適応性について論じる。

### 戦後の憲法史（第1分冊）

A5判 158頁／価 1600円

憲法史という形で試みられた憲法概説書の第一着手。日本国憲法成立前後の憲法事件に焦点が合わされている。

### ワイマール共和制の成立

A5判 244頁／価 2500円

ヒトラー出現の原因を探るとか、いわゆる11月革命の不徹底を証拠だてるとか、を基調にした叙述ではなく、当事者たちの苦闘の跡をたどり、本音を見、聞きたろうとした共和制成立史論。

### 明治憲法史論・序説

46判 322頁／価 2300円

戦前日本の「諸悪の根源」を明治憲法に帰せしめる戦後の風潮に疑問を持って、明治憲法成立史における“真実”を探った研究書。読み手の心にしみ込むような“なにか”を持つ叙述である。

### 日本国憲法の条件

A5判 298頁／価 2800円

欧米の憲法学説を日本の土壌に無条件にあてはめるだけでいいのか。日本における憲法定着の特殊を見つめる問題提起の書。

### 新憲法論・序説

B6判 216頁／価 2500円

日本国憲法の解説・紹介にとどまらず、その価値への問いかけと対処の試みを考える。

### 比較憲法学・序説

A5判 312頁／価 6000円

近代立憲主義の展開と変質の跡を追い、その限界を示唆し、立憲主義の非西洋的、とくにアジア的可能性を模索する。