

もう一つのヨーロッパ近代

——イギリス立憲主義の知的源流と政治的思惟様式

土井 美德

※本稿は、2009年1月22日、東洋哲学研究所主催の「近代化と民主主義」研究会での報告に基づき、加筆いただいたものです。

はじめに

今回の報告では、研究会の「近代化と民主主義」というテーマに近づけられるように、「もう一つのヨーロッパ近代」というテーマで、イギリス特有の政治的な伝統あるいは政治的思惟様式がどのように形成されたのか、について考察してみたいと思います。この政治

的伝統、政治的思惟様式は、特に十七世紀の English Constitutionalism の中にみられる知のあり方であり、これが十八世紀になってバークの憲法論や保守主義のなかに代表的に現れてくるわけです。イギリスの近代国家、その政治的な思考様式が、どの時代にどのようにして形成されたのか、その知的源流を探ってみる、というのが、本日の報告の課題です。

十七世紀の古典的コモン・ロー理論、あるいは「古来の国制」論 (ancient constitution の議論) についての研究は、ちょうど早稲田大学のオーバー・ドクターの時代にこ

の研究会（現研究会の前身の「政治と宗教研究会」）で一度発表させていただきました。一時、研究が中断しておりましたが、五年ほど前に博士論文として完成させ、その後、『イギリス立憲政治の源流——前期スチュアート時代の統治と「古来の国制」論——』（木鐸社、二〇〇六年）というタイトルで出版させていただきました。

ある法的思惟様式の類型が、ある一つの時代、一つの民族において支配的であるということは、とりもなおさず、その民族もしくは国民（nation）の政治的な思惟様式、ないし政治的生活においても重要な影響力を持つという前提に立って研究を進めてきました。十七世紀のイギリスでいえば、コモン・ロー法曹集団の法的思惟様式です。とくに、コモン・ローヤーで、かつ同時に議会人として活躍していた人びと、すなわち庶民院議員としていわゆる「活動的生活」に従事していたコモン・ローヤーたち、かれらがイングランドの国制を再考するうえで、当時の所与の政治的言語のコンテクストをどういう形で組み替えていったのか、その時の思惟様式がどういうものであったのか、というの

が私の研究の主たる関心です。この時に形成された「古来の国制」論がイギリス立憲主義の源流を形成していることとなります。

1 イギリス立憲主義の系譜

イギリス憲法の系譜は、十九世紀にベンサムが登場するくらいまでは一般的に、十三世紀のマグナ・カルタから、その後のブラクトン、そして十五世紀のフォートスキュー、そして十七世紀の前期ステュアート時代のサー・エドワード・クック、そしてそのクックの議論をホップズとの論争をふまえた上で再編成していくサー・マシュー・ヘイル、さらには名誉革命の翌年一六八九年に体制決着が図られた際の「権利章典」とたどることができます。その後、十九世紀になってブラクストンがコモン・ロー理論を学問的に体系化し、またフランス革命に直面した局面では、エドモンド・バークがこれをイングランドの政治的な思考様式として定式化し、ここにバークの憲法論、保守主義が登場してきます。

またもう一つの系譜としては、クックと同時代のフランシス・ベーコン、クックを批判したトマス・ホブズ、さらに十九世紀になると、ベンサムの憲法典、このベンサムの延長線上でいわゆる主権者命令説として知られているオースティンという、法実証主義の流れが一方であります。特に私の関心は、フランス革命に直面してバークが『省察』を書いた際の彼の憲法観、そして保守主義として改めて定式化される思惟様式の類型が、十七世紀前半期における古典的コモン・ロー理論、あるいは「古来の国制」論のなかで構築された体系をベースにしているという点にあります。

周知のように、イギリス立憲主義のなかの法の支配や、イングランド臣民の自由という形で定式化された自由の観念は、「相続 (inheritance)」の原理に立脚しています。そこから「保守」という観念が出てくるわけです。ただこの保守という観念は、たしかに(エドマンド・バークの)『フランス革命の省察』の段階で、大陸のいわゆる啓蒙主義的理性性による作為の論理と対置した局面では、過去との連続性を重視し、古来の伝統的国制を

擁護する保守主義の思考様式として表れてきますが、同時に、この English Constitutionalism は、典型的なラディカリズムの作用、すなわち非常にラディカルな改革主義として表れてくる側面を持っております。古來性の原理に立ち返りながら、現在を改革していくというその思考様式には、より根源的な古來の価値に立ち返ることによって、現在を改変しゆくラディカリズムの働きが生まれます。そしてこのラディカリズムとコンサーバティズムの働きはともに、イングリッシュ・コモン・ロー・シヨナリズムの本質的要素として、コインの裏と表のような関係にあります。

十七世紀の古典的コモン・ロー理論、もしくは「古來の国制」論が開かれた時代は、一六〇三年にエリザベスが死去して、スコットランド国王のジェームズがイングランド国王に即位し、スチュアート朝が成立した時代です。近年の研究によれば、ジェームズは典型的な絶対主義者ではないのですが、少なくともカトリックのローマ教皇庁との関係でいえば、王権神授説をレトリックとして使っておりますし、またスコット

ランドではローマ法を継受したこともあり、ローマ法に対する強いシンパシーも持っていました。ですから、ジェームズが、イングランド国王に即位すると、コモン・ロー法曹集団や庶民院を中心に強い警戒心が生まれます。実際、ジェームズの政策をめぐる、国制論争が起り、体制の混乱・動揺が生じてきます。その時に、特にコモン・ローヤーたちが議論の焦点にしたのは、大陸ヨーロッパの発展的人文主義法学（ローマ法の系譜）のなかで提起されていたジャン・ボダンのような主権理論を、イングランドの国制のなかでどのようにして受け止めるか、という点にありました。イングランドにおいて、国家の基本構造ないし基本法という意味で Constitution という概念が最初に提起されたのは、イングランドのローマ法学者たちによつてです。とくに、ケンブリッジ大学のローマ法欽定講座担当のジョン・カウエルが著作のなかで使ったことが論争の発端となります。それ以前は Constitution に当たる言葉は、イングランドでは、一般的に制定法の意味で使われていました。

このように、ジェームズの即位にともなつて大陸の王権神授説と、ローマ法由来の主権論がイングランドでも政治的争点となつてきて、その文脈で constitution をめぐる論争が生まれるわけです。この国制論のなかでコモン・ローヤーたちが目指したのは、「絶対的国王大権 (absolute prerogative)」に、コモン・ローによる法の支配と議会権力によるコントロールという形で、二重に制限を加えることのできる国制のあり方でした。そして、「法の支配」の法、これがまさにコモン・ローになるわけですが、コモン・ローが至高の基本法であることの正当性を、彼らがどういうロジックで組み上げていったのかという点が、重要となります。いずれにせよ、近代のイングリッシュ・コンステイチュションナリズムは、まぎれもなくラディカリズムの働きのなかで形成されていったわけです。

2 バークの憲法論と保守主義

バークに関しては、私の専門ではないのですが、彼の『フランス革命の省察』の中に現れた思想体系の基

本的な構成要素について、先ほどのイギリス憲法の思想的系譜に沿って確認しておきたいと思います。パークはイングランドのコモン・ロー、そしてイングランド人の自由を「古来の疑うべからざる法と自由」という形式において擁護します。少し引用します。

革命（＝名誉革命）が行われたのは、わが国の古来の疑うべからざる（ancient and undoubted）法と自由を維持するためであり、またわれわれにとつては法と自由に対する唯一の保障である、あの古来の国制（ancient constitution）を維持するためでした（カッコ内は筆者）。

さらに、彼がここで言及している国制・憲法というのは、あくまでイングランド人、もしくはイングランド臣民として「相続財産」という形式において享受しているものであると、捉えられています。

われわれの自由を要求するにあたって、それを、

祖先から発してわれわれに至り、更には子孫にまで伝えられるべき相続財産（inheritance）とすること、またこの王国の民衆にだけ特別に帰属する財産として、何にせよそれ以外のより一般的権利（＝人間の権利）や先行の権利（＝自然権）などは決して結びつけないこと、これこそ、マグナ・カルタに始まって権利章典に至る我が憲法（constitution）の不易の方針であつた（カッコ内は筆者）。

パークにとつて、相続（inheritance）という観念こそが確実な保守の原理をなし、世代間を超えた確実な伝達の原理を涵養するものです。しかも同時に、この保守の原理は、改革の原理を排除するものではありません。改革について、パークはこう説明します。

これまでわれわれの行ってきたすべての改革は、昔日に照らすという原理の上に立っています。今後あるいはなされるかもしれないすべての改革も、先例や権威や実例との類比、アナロジーの上に注

意深く行われることを私は願っています。

このようにバークは、古来の「相続財産 (inheritance)」という観念に依拠しながら、そこから「保守」と「改革」という二つの政治原理を導いていきます。他方、バークの国制観の中には、宇宙論的な存在論的観念が伏在していると、よく指摘されています。バークは『省察』のなかで、イギリスの国制ないしは憲法とイギリス人が享受する自由というのは、実は自然 (nature) に服従したことにより得られた幸福な結果なのであるといたします。ここでいう自然——あるいは自然の持つ理性と置き換えることもできますが——についてバークは次のように説明しています。すなわち、「自然とは、省察を要せずしてそれ自体すでに叡智であり、またそれ以上のものなのである」。「自然という範型に倣^なつて行動する憲法政策、つまりイングランドの constitution というのは、自然という範型に倣^なつて行動している。これによってわれわれは、……われわれの統治と諸特権、自由とを受領し保持し伝達するものである」と。つま

り、バークによれば、English Constitution というのは ancient constitution であり、しかもその正当性と卓越性は、実は nature に適^{かな}ったものであるという点に由来しているのです。一方における ancient constitution としてのイングランドの憲法ないし国制と、他方における nature、前者は歴史的概念であり、後者は存在論的概念です。この古来性と自然という二つの異なる概念を切り結ぶ地点に、バークは、inheritance という「世襲原理」を設定しています。すなわち、古来性と自然を「世襲」(相続)の観念において媒介し、両者をあたかも等価ないし近似のものとして把握しているわけです。そして、古来性と自然を「世襲」の原理が媒介できるのは、そこに、「時効 (prescription)」による時の叡智の働きを想定しているからであるといえます。バークはこう説明します。

われわれの政治の体系は、世界の秩序と正確に見合い照応する位置を占めています。それはまた、移ろいゆく諸部分によって構成される永遠の身体にとつてあるべく定められた存在の様態に正確に

適ってもいます。そこでは、人類をば偉大で神秘に満ちた集合体として纏め上げている驚嘆すべき叡智の配慮によって、全体が一時に老年であったり若年であったりすることは決してありません。この全体は一種の不変恒常的状态にあり、衰微、没落、再生、進歩という様々な行程を、いずれも不断に辿りつつ進んでいくのです。このように、自然の方法を国家の行為のなかに維持することによって、われわれは改善を行う際に新奇ずくめとは決してならず、維持するに際してまったく陳腐になり切ることもありません。またこうした方法と原理に則りながら、自らの祖先につき従うことによって、哲学的な類比の精神に——好古家の迷信にはありません——導かれています。

このように彼のなかでは、constitutionという一個のbody politiqueは、過去・現在・未来の世代間を超えて歴史的に連続するものとして捉えられ、古来より現在に至るまで世代間を超えて、歴史的通用性を保つてき

た、その連続性と継承性のなかに「自然」の「叡智」を見ようとします。ですから、彼のなかでは自然の叡智とは、時(time)の叡智として把握されていきます。これが、パークの「時効の哲学」と呼ばれているものです。パークは、「時効の憲法」とか、あるいは「統治の時効」という言葉をしばしば用いています。いくつか、その語用を紹介しておきます。

わが国の憲法(constitution)は、時効(prescription)の憲法である。つまり、その唯一の権威は、それが時代を超えて長年にわたって継続してきた、という点につきる憲法なのである。

わが国の政府のような時効的存在は、絶対に、ある特定の立法者が制定したものでないし、既成の理論に基づいてつくられたものでもない……。それは……人数や空間的な広がりばかりでなく、時間的にも広がる連続性の観念である。それは……幾多の時代を経た何世代にも渡る慎重かつ入

念な結果である。……それは選択、つまり理性的個人による選択よりも一万倍も優れた原理によってつくられた憲法であり、民衆の特殊状況、機縁、性情、意向、そして道徳的、制度的、社会的な慣行が長い時間のなかで徐々に形を取って現れた産物である。……統治の時効は決して盲目的で無意味な偏見に根ざすものではない。

このように彼は、統治の權威を「時効」のなかに求めます。そして、憲法ないし国制 (constitution) とは、まさに時 (time) の産物である。そして、憲法、国制のもつ權威というものは、時の効力によって、時の叡智によつて生み出されたものであるとされます。時の叡智は、人間の限られた理性よりも、はるかに自然 (nature) に適っているものであり、この点でイギリスの古来の国制が究極的にはその正当性を nature において説明されるわけです。バークが宇宙論的、存在論的なレトリックを用いてイギリスの国制を擁護しているのは、まさにこのコンテキストにおいてです。

以上見てきたような、バークの憲法観の基本的な構成要素は、『フランス革命の省察』のなかで思想的に練り上げられたものというよりは、啓蒙主義的理性に依拠したフランス革命の動乱に直面して、それに対するリアクションとして、表明したものであると言えます。そこで、バークが展開している思想体系は、イングランドの国制や統治において自明の前提として継承されていた所与の觀念を、バークが、フランス革命の時代に再定式化したものとして理解することができます。ですから、保守主義として定式化される彼の思想の基本型は、すでにバークにとつては所与の自明のものであって、近代国家の形式という点において、フランス革命以降のフランス近代国家と対峙した、もう一つの近代国家のあり方がイングランドの国制という形で有りえるのだと確信しえたわけです。

では、その所与の思想体系は、いつ、どのような形で形成されたのか、というのが、以下の考察となります。

3 17世紀の「古来の国制」論と その政治的位置

すでにイギリス憲法の思想的系譜をたどった時に、マグナ・カルタ、ブラクトン、フォータレスキュー、クック、ヘイル、権利章典というコンテクストを挙げ、この系譜が学問的にはブラックストーンによって体系化され、政治的伝統としてはバークによって保守主義の形式で再定式化された、と述べました。ブラックストーンやバークが十八世紀に表現した思想体系の原型は、上記のコンテクストのなかの、とくに十七世紀前半期におけるクック等をはじめとする一群のコモン・ローヤーたちの言説 (discourse) のなかで形成されていたものだと言うことができます。

ここでは、十七世紀イングランドの歴史のなかから、イングリッシュ・コンステイチュションナリズムの思想体系が形成される局面について、見ていきたいと思えます。まず十七世紀のイングランドの政治史は、以下のような時代設定でいくつかに区分することができ

ます。一般的に、一六〇三年から一六四九年、すなわちジェームズ一世の即位からその息子チャールズ一世の処刑に至るまでの時代を「前期ステュアート期」と呼びます。チャールズの後、オリバー・クロムウェルによる共和制の試み、プロテクター制の登場が続きます。そして一六五八年にクロムウェルが死去し、その政権が息子リチャードに継承されると、「諸身分の調和」と呼ばれたイングランドの伝統的国制の再生へと、一気に歴史の歯車が逆方向に回転していき、Restoration、すなわち王政復古に至ります。この一六四九年から一六六〇年までの時代を「空位期」と呼びます。その後、チャールズ二世の即位による立憲君主制の再興、さらにジェームズ二世による反動化を経て、最終的に名誉革命体制の確立へと至る、この一六六〇年から一六六八年が「後期ステュアート期」と呼ばれます。

この体制決着 (settlement) によって、イングランドの国制の基本原則となるものが、一六八九年の「権利章典」の各条項において定式化されます。この「権利章典」の各条項をよく見てみると、その観念は、ほとんどが

前期ステュアート期のとくに一六一〇年の議会から一六二九年までの約二十年間の時代に提起されたものだということが分かります。とくに一六一〇年議会というのは、その議事録を見ると明らかのように、異様なくらいの長広舌のスピーチがひしめいています。そしてその議会演説のなかには、後の一六四〇年代の長期議会の開催以降に一冊本として出版されたものも複数存在します。おそらく、一六〇三年のジェームズの即位から、一六一〇年議会に至る一連のプロセスのなかで、一群のコモン・ローヤーたちが本格的に理論武装をはかっていて、そしてそれが一六一〇年の議会で国制論争として展開されたものと考えられます。この一六一〇年前後の国制論争のコンテキストについては、拙著『イギリス立憲政治の源流』の第5章で詳細に跡づけておりますので、ここでは省きます。

この前期ステュアート期も大きく三つの時代に分かれます。一六〇四年にジェームズの第一議会が開始されてから、チャールズの死後、議会を解散して無議会時代に突入するまでの、一六〇四年から二九年。それ

以降、チャールズ一世の親政政治が始まり、そして長期議会開催（一六四〇年）までの時代。その後、一六四一年から四九年までの、いわゆる内乱の時代と分かれます。

この親政政治の時代は、実は議会も開かれておりませんし、検閲にかかりますので、ラディカルな内容を含んだ出版物も出てきません。一六〇四年から二九年の時代に、各議会のなかで非常にラディカルなスピーチが登場してきます。さらにこの時代は、非常に数多くの法書が一気に雨後の竹の子のように次から次へとコモン・ローヤーたちによって出されていきます。このあたりに出てきた言説が、「古来の国制」論の基本型をつくったものといえるかと思えます。いわゆる「議会政治の時代」とあえてネーミングしましたが、この一六〇四年から二九年にかけて現れた一連の政治言語が、その後、一六四〇年の長期議会の庶民院が駆使した重要な政治言語となっています。さらに一六六〇年の諸身分の調和に立って、伝統的国制の再生を目指した。この王政復古期の論者たちが依拠したのも、まさ

に前期ステュアート期のコモン・ローヤーたちの政治言語・法言語でした。そして一六六八年の名誉革命体制における権利章典において定式化された統治原理の基本的な要素も、まさに前期ステュアート期に提起されたものです。ですから、十七世紀イングランド史においては、前期ステュアート期の一六〇四年から二九年の時代、一六四〇年代初頭の長期議會、王政復古期、名誉革命体制、これら四つの歴史的地点は、同じ思想的系譜に位置していることができます。

前期ステュアート期に展開された「古来の国制」論あるいは古典的コモン・ロー理論こそが、イギリスの立憲主義、さらにはイギリス近代の政治的思考様式の原型を形成していったといっても過言ではありません。また、この「古来の国制」論ないし古典的コモン・ロー理論の中心課題となっていたのが、他でもない「臣民の自由」でありましたので、それは同時にイギリスの古典的自由主義が生み出されていく端緒ともいえるべき政治言説でもあります。「選挙の自由」「言論の自由」「逮捕・拘禁からの自由」、そして「経済活動の自由」

等が、コモン・ローの「根本的要点 (fundamental points)」とされる「格率 (maxims)」という形式において定式化されていったのが、まさにこの時代です。

したがって、この時代にコモン・ローヤーたちが駆使した言語というのは、先例となる過去の裁判所の判例を繙く^{ひもとく}単なる「法曹の思考」によるものではなかつたという点に注目する必要があります。「古来の国制」論あるいはコモン・ロー理論は、政治論争を行うための最も重要な思考様式を提供し、前期ステュアート期の最も重要な政治言語となっていたのです。グレン・パージェスによれば、当時の政治言語のなかで特に重要な位置を占めていたのは、「神学的な政治言語」と「コモン・ローの政治言語」であったとされています。特に内政に関わる問題を論じる際に、その支配的言語となっていたのは慣習や先例、権利、特権的自由、国王大権などといった概念によって政治が語られる、まさにコモン・ローの政治言語であったわけですから。

神学的言語については、誰が論者となっていたかという点、第一にはジェームズ一世本人です。他方で教

会の急進的な聖職者たちが、神学的言語を用いていわゆる絶対主義 (absolutism) の言説を展開していきます。もともと、ジェームズについては一般的に王権神授説の提唱者として知られています。実際には彼が王権神授説を展開するのは、だいたい二つの局面においてだけです。対外的にローマ教皇庁の政治理論との対抗関係において国王権力の至高性を主張する局面と、国内的には国王が持つ権力の權威の由来について語る局面です。したがって、通常、国内の内政問題について議論するときには、王権神授説をそのまま用いているわけではありません。現に、ジェームズは、イングランドの国王としては、イングランドのコモン・ローに従って統治する、という趣旨のことを繰り返し宣言しています。もちろん、ジェームズ自身はスコットランドから来ていますから、当然、コモン・ローには疎いわけです。ところが、一六一〇年、一六一四年、そして一六二〇年代の議会と回を重ねていくにつれ、次第にコモン・ローの言語を習得していったことがうかがわれます。ジェームズと庶民院のコモン・ローヤーた

ちの論争は、コモン・ローの言語の上に立って、「絶対的国王大権 (absolute prerogative)」(コモン・ローのなかでも承認)と「臣民の自由」「議会の特権」との関係をめぐる展開されているということになります。

いずれにせよ、前期ステュアート時代の政治言語のなかに、イギリスの立憲主義、議会主義、古典的自由主義が成立していく思惟様式の枠組みが確認されます。あえて大雑把な表現をしますと、イギリス近代の政治的思考様式のなかには、伝統に立脚しつつ、一方でラディカルな改革の契機が、もう一方でコンサーヴァティブな契機が、まさにコインの裏表のように併存している特徴が確認されますが、まさにこれはイングランドの「古来の国制」を主題とした English Constitutionalism に見られる特徴であり、その English Constitutionalism のラディカルな側面が、イギリスの古典的自由主義の発展を促していったということができ。ますし、他方でそれがもう一方のコンサーヴァティブな側面が、先ほど述べたバークの保守主義として現れていったと見ることができると思います。重要

なのは、この radicalism の作用も、conservatism の働きも English Constitutionalism が持つ相対的な働きとして見るべきだという点です。実際、自由主義といい保守主義といってもヴェイクトリア朝のある時期に至るまで、つまり先ほど申しましたようにベンサムとかミルが出てくる時代までの古典的自由主義においては、同じ觀念の異なった現れとしてコインの裏表のような関係にあったのです。このことは、十九世紀の保守主義者と呼ばれている人々が、当時のコンテクストのなかでは同時に非常に積極的な自由主義者であったとされている点に端的に現れています。

以上のように、前期ステュアート期の「古来の国制」論はイギリスの政治的伝統の母型ともいふべき政治的位置を占めているわけです。この「古来の国制」論という政治言語が形成される際に依拠した所与の言語的コンテクストを考察していきますと、そこには大きく二つの系譜が存在していたことが分かります。一つは、ancient constitution の名称にあるごとく「古來性 (antiquity)」、もしくは古來の慣習というイングランドの

歴史性に由来する側面です。具体的には、十三世紀のブラクトン、十五世紀後半のフォーテスキュー、そして十六世紀のトマス・スミスが重要なコンテクストをなしています。しかし同時に、この時代のコモン・ローヤーたちは、イングランドの古來の慣習という島嶼的な閉じた体系のなかで思考していたわけでは決してなく、当時の大陸ヨーロッパの知的パースペクティブを共有していたことが分かります。この大陸の知的系譜としては、ルネサンス・ヒューマニズムの知の様式と、中世ローマ法学の概念が挙げられます。後者については、例えば、具体的にはバルトルス派のローマ法学、その後のボダン等に代表される發展的人文主義法学（別名ネオ・バルトルス派と呼ばれます）が重要です。こうしたローマ法学の知の成果を、イングランドのローマ法学者たちとの交流のなかから、あるいは大陸のテクストを通して受容していたわけです。

したがって、当時のコモン・ローヤーたちのなかには、J・G・A・ポコックがかつて概念化した「コモン・ロー・マインド」に加えて、「シヴィル・ロー・マインド」

ともいべき知の系譜が存在し、これら二つの知の系譜が交錯し合うなかで、「古来の国制」論、あるいは古典的コモン・ロー理論が開発されていたのです。

こうした二つの知の系譜が切り結ばれることによって、不文法であるコモン・ローが近代国家の基本法になりえたことができます。すなわち、コモン・ローが近代国家において、慣習を法源とした不文法の形式のまま、言い換えれば、権威ある人ないしは機関による制憲行為を経た成文法の形態を取ることなく、何ゆえに近代国家の基本法となりえたのか、という問題を考えるときの答えが、ここにあります。

慣習というのは、過去の歴史の所産であり、本来、地域的なものです。それが一個の nation において——この場合の nation は、十七世紀では England ですが、その後は British という枠組みに拡大していきますけれども——不文法の様式を維持したまま、制定法の形式を取ることなく近代国家の一般法となりえたその理由は一体どこにあるのか。つまり、England の立憲主義とは、いうまでもなく「法の支配 (Rule of Law)」という原則に

あり、そしてその法とはまさにコモン・ローであり、それは単なる実定法の法規を超えて、道徳的規範力を帯びた、いつてみれば言としての性格を強く帯びております。これに対して、ベンサム法の改革の試みにおいては、議会制定法をもって成文法としての憲法典 (constitutional code) を作ることを主張されます。さらにオースティンにおいては、「法とは主権者の命令である」との主権者命令説に立って、いわゆる法と道徳との分離ということが主張されます。このように、イギリス特有の「法の支配」とは、元来、コモン・ローという、道徳的規範力をともなった、*ius*としての法による支配を意味していたわけです。

ところが、こうした特徴は、よく考えてみれば、非常に矛盾しています。仮にローマ法でいう「法」(*lex*)と「慣習」(*consuetudo*)という二つの概念を使って、コモン・ローが近代国家の基本法になるということが通常の形態ではあり得ないということを少し確認させていただきます。まず「法」はローマ法においてそうであったように、通常それは制定手続きを経て、権威あ

るものによって布告された成文のものを意味します。また、いうまでもなく「慣習」とは、その地域的な実態に即して慣例的に運用されてきたという意味で本来的にそれは不文のものです。そして慣習法としてのコモン・ローも当然、当時の定義では *lex non scripta* とされ、不文法の形式をとっています。他方で、「法」とは本来は地域的なものではなくて、国家の一般的なものを意味します。これに対して「慣習」とは、その成立の経緯からいって本来地域的なものです。ところが慣習法としてのコモン・ローは、地域的なものではなく国家の一般的な法とされている。つまり、コモン・ローは成文ではなく不文の形式をとっているという点から申しますと、いわゆる完全な意味での「法」とはいえない。しかし逆にそれは、地域的なものではなくて、一般的なものであるという以上、単なる慣習でもありえない。このように、一方でローマ法でいうところの「法」としての特徴を持ちながら、同時に「慣習」としての特徴を併せ持っているというところにこそ、基本法としてのコモン・ローの特徴があるのであって、この特徴

こそが、コモン・ローをして近代国家の基本法たらしめてきたゆえんがあると考えられます。

4 古典的コモン・ロー理論の形成

以下のところでは、十七世紀のコモン・ローヤーの言説を、彼らの法書と議会演説等を素材としながら、考察してみたいと思います。コモン・ローとは、日本語に訳しますと、慣習法、不文法、一般法、共通法といろいろな訳があてられます。これらは、コモン・ローの持つ特徴をそれぞれ言い当てております。当時の彼らの言葉でいいますと、彼らは「慣習」という側面でもコモン・ローを把握する説明方式と、「理性」という側面でも把握する説明方式を用いています。「慣習」という側面からいえば、彼らによれば、コモン・ローとは決して単なる慣習ではない。慣習がコモン・ローとなり得るためには、そこに二つの条件があると主張します。ひとつは、「超記憶的時代 (*time out of mind, time immemorial*)」という条件です。たとえば、以下のジョン・デイヴィスの説明がその典型例の一つです。

ある合理的な行為がかつて行われ、それが人民にとつて善くかつ有益なもの (good and profitable) であり、そしてそれらの性質と性向が同意可能なものであることが分かると、彼らは何度もくり返しそれを慣例的に用い実践する (use and practice) ようになる。そうしてその行為が頻繁に反復され、増幅されていくことによつて、それは慣習となり、そして古来より間断なく継承されていることによつて、それは法としての効力を獲得するのである。

こゝでは、超記憶的時代 (time out of mind) という古来からの連続性を持った慣習という条件が挙げられています。

慣習がコモン・ローとなるためのもうひとつの条件は、それが「王国の一般的慣習 (general custom)」であるという点です。すなわち、地域ごとの、あるいはマナーごとの慣習ではなく、「王国共通」の慣習だということです。たとえば、以下のように説明されます。

「慣習には二つの種類がある」。ひとつは、「全王国を通じて通用する一般的慣習 (General customs)」であり、もうひとつは、「ある特定の州、都市、町、領地で通用している個別的慣習 (Particular customs)」である。そして前者の王国共通の一般的慣習こそが、「時には格率と呼ばれる」ものなのである。すなわち、「全イングランドにわたつて通用している一般的慣習が、コモン・ローなのである」。他方、「個別的慣習」、すなわち「マナーごと、地域ごとに異なつた諸慣習は、この王国を統治してきたいくつかの民族 (nations) によつて主にもたらされてきたものである」。

歴史的な経緯で申しますと、イングランドではノルマン・コンクエスト (一〇六六年) 以降に、過去のアングロ・サクソンの法を尊重するという建前のもとに、ノルマン・コンクエスト以前の慣習に従いながら、国王の権威の下で裁判官たちが、法を発見し宣言するという形式で集積されていった、国王裁判所の法廷の判決が、いわゆるコモン・ローとなつていきます。ただ、前期ステュアート時代のコモン・ローヤーたちの説明

は、こうした歴史的事実を超えて、いわゆるパークの
いうところの「哲学的類比」のような思考作業を通じて、
コモン・ローを至高法として洗練していきます。

彼らは、スコラ学の伝統的思考に従いながら、「理性」
を、一次的な理性と二次的な理性に分けます。一次的
な理性というのは、いわゆる数学的な理性であり、普
遍妥当性のある命題です。これに対して、二次的な理
性の働きとは、この一般的命題を、具体的な状況のな
かで個別的妥当性のある形式で確定していくものです。

この思考作業の結果として、コモン・ローの「格率」
が生み出されるのだと、彼らはいいます。こうして素
材としては慣習ではあるけれども、その中で紡ぎ出さ
れてきた格率というのは、まさに理性の結晶なのであ
ると主張されます。コモン・ローは単なる慣習法では
なくて、法源としては慣習を素材としているだけで、
そこに定式化された格率は、理性の精髓そのものであ
るといのがコモン・ローの正当化のロジックです。

たとえば、以下のクックの説明にもこの点が現れて
います。

理性は法の生命である。否、コモン・ローそれ
自体が、理性にほかならないのである。それは、
長い研究と観察と経験によって達せられたところ
の、理性の技巧的な完成として理解することがで
きる。それは、あらゆる人間が持つところの自然
的理性ではない。なぜなら、「誰も技能を備えたも
のとして生まれはしない」からである。この法の
理性は、理性の集積である。そしてそれゆえ、も
し多数の頭脳に分散する理性をすべてひとつに統
合したとしても、それでもなおイングラッド法の
ような法を創ることはできない。なぜなら、何世
代にもわたる時代の継続のなかで、威厳と教養の
ある無数の人びとによって、また古きそのような
完成にいたるまでの長い経験によって繰り返し洗
練されてきたものなのである。△*Neminem oportet*
△*esse sapientiorum legibus*とあるごとく、何人も法
よりも賢明であるべきではないのである。法とは、
理性の完成なのである。

同様な説明は、次のジョン・デイヴィスの定式化にも見られます。

自然法は、*Jus commune*（共通法、一般法）と呼ばれるが、またそれは*Jus non Scriptum*（不文法）でもある。それは人間の心の中にのみ記されているのである。それゆえ人びとがその自然法の規則を遵守するならば、自然法は、世界のどの成文法よりも、人びとを廉直にし幸福にするものなのである。同様にイングランドの慣習法も*Jus commune*（共通法、一般法）と呼ばれるものである。そのゆえは、イングランドの法は、あらゆる良き法の源であり基礎であるところの自然法に最も近づいているからであり、またそれも*Jus non Scriptum*（不文法）であって人間の記憶のなかにのみ記されているからである——確かにそれは生きている個人の人間の記憶を越えたものではあるが、しかし生きている人間の人びとの記憶のなかに連続し維持されているのである。

デイヴィスの説明では、コモン・ローの正当性、あるいは卓越性の主張は、自然法、さらに言えば自然法のなかの「理性の法」と呼ばれる部分、すなわち動物もすべて含めて該当する一次的な理性ではなくて、人間に特有な万民法として定式化されるような「理性の法」とコモン・ローをパラレルに論じる形で展開されます。つまり、コモン・ローとは、自然法に世界で最も近似した法であるというのが彼らの正当化のレトリックです。

格率は、法の基礎であり、そして理性の結論である。というのは、理性というものは、法の動因（efficient cause）であり、法は、理性から流れ出たところの効果（effect）である。

コモン・ローの根拠と格率もすべて、自然法と理性の法の光に由来しているのである。

このようにコモン・ローとは慣習法であると同時に、

「理性の法」であり、コモン・ローの正当性と卓越性は、この「理性の法」に適しているという点に求められています。「慣習」というのは歴史的次元において形成された、可変的なものです。ところが、「理性」というのは、存在論的な地平に位置します。このように、変わりうる歴史の産物としての慣習と、不変の理性という、この二つをどういう形で節合していくのかという局面において、先ほどのバークの場合と同様に、「時の叡智」という觀念が持ち出されてくるわけです。「時の叡智」によって検証され、時によって生み出された作品、それがコモン・ローであると。その意味で、コモン・ローのオースリティーは、「時(time)」にこそあるとされます。時によって検証された理性の精髓ともいえるべきものが、コモン・ローの格率とされるわけです。

この時の觀念をコモン・ローの説明に適用している最も典型的な、かつ時系列的に最も初期のものと思われる、トマス・ヘドリーの一六一〇年議會での長大な演説を例として挙げてみます。このなかで彼が主題としているのは、「コモン・ローとは何か」、すなわちコ

モン・ローに特有の性格、「種差(differentia specifica)」についてです。

国王、貴族、聖職者、庶民らがみな結合した議會の叡智も、コモン・ローの本質的形式であるとわれわれが見なさなければならぬものほどには、真の理性の検証者たりえない。唯一、理性を検証することができるもの、それこそがコモン・ローの本質的形式をなすものである。要するに、それは時(time)である。時は、真実の検証者であり、あらゆる人間の叡智と教養と知識の本源(author)をなすものである。そして、時から、あらゆる人定法はその最も重要な力、名譽、評価を受け取るのである。時は、裁判官よりも賢明であり、議會よりも賢明である。否、時は、人間の持ついかなる機智(mis)よりも賢明なのである。

ヘドリーによれば、確かに「コモン・ローは国王の裁判所で是認を受けてきた王国の慣習」に由来するが、

しかし「先例や慣行、判決」といえども、「時と経験の叡智」によって、「不合理な (unreasonable)」ものであるとすなわち「コモンウェルスの一般的善 (the general good) に反している」と見なされたものは、コモン・ローとしての「法の効力」を持ち得ない。つまり、法の根柢はあくまで理性である、と。ただし、その理性を検証するのは「時」であり、時の試練こそがコモン・ローをして「理性の法」たらしめるのである。

こうして形成された「理性の精髓」こそが、先ほどの「格率」にあたり、クックがいうところのコモン・ローの「根本的要点 (fundamental points)」です。たとえば、「われわれの議会がコモン・ローの何らかの根本的要点 (fundamental points) を変更する」ならば、そのことによって必ず「コモンウェルスにとって不便が生じ」、結局、コモン・ローは、「時の継続のなかで他の議会制定法によって当該の根本的要点を再び回復してきた」のだということを、われわれは「経験によって」知っている、と。この fundamental points と複数形で用いられているように、これがまさに格率を意味しています。ですから、

先に述べた「法の支配」における法とは、コモン・ローの「根本的要点 (fundamental points)」のことを指しています。

5 コモン・ロー支配の立憲君主制

以上のように、「時の検証」「時の叡智」という観念によって、慣習のなかに理性の契機を説明し、それを二次的な理性の働きを通じて「格率」として定式化する。この格率こそが、コモン・ローによる「法の支配」の内実となります。このようにしてコモン・ローによって支配された立憲君主制こそが、当時のコモン・ローヤーたちが「古来の国制」という名の下に構想した国制のあり方です。

この「時の叡智による検証」という観念は、「古来の慣習」という、十五世紀のフォーテスキューの観念から受け継いでいるのですが、しかし重要なのは、それが、十七世紀のルネッサンス人文主義やローマ法の理性概念によって触媒されることによって、より洗練化されていくわけです。実際、「古来の国制」論を展開した当

時のコモン・ローの多くは、ローマ法について研究し、深い造詣を持っていました。ローマ法の理性概念の影響を受けるなかで、フォーテスキューの「古来の慣習」が、「時の検証に基づく理性の精髓」というプロットによつて、新しく「古来の国制」という形に読み替えられていきます。「古来の国制」論では、「古来の法」、まさにコモン・ローによつて国王の大権も、議会の権能も、臣民の自由も基礎づけられ、これらすべてが、時間的な継続性、相続 (inheritance) の觀念のなかで正当化されていきます。Inheritanceに基づく国制というのは、バークの場合とまったく同様に、時の効力によつて、すなわち「時効 (prescription)」によつてオーソリティを与えられ、権威づけがなされているということになります。

最後に、先ほどのバークとの関係にもう一度立ち戻りながら、イングリッシュ・コンステイチューションリズムの思考様式の特徴をまとめておきたいと思えます。「古来の国制」論を説いた当時のコモン・ローヤーたちの保守すべき価値が、イングランドの現にある秩

序としての慣習的ナリアリズムを前提とし、またその歴史の連続性を強調する限りにおいて、確かにそれは本質的に保守主義的な思考様式を伴っています。しかし、同時にその保守すべき価値が古来のものかどうかという歴史論的な主張の基底には、実は先ほどのバークで出てきたように、それがより自然に適ったものであるという存在論的な前提が存在しています。この意味で、彼らの古來性の主張とは、言い換えれば合理性の主張にほかならず、彼らにとつて古來に立ち返るといふことは、より根源的なもの (the radical) に立ち返ることの意味し、古來のもの (the ancient) とは、自然に適った根源的なもの (the radical) を導き出すためのものでした。

このように、自然に適った根源性を思考する English Constitutionalism の契機のなかにこそ、コモン・ロー特有のすぐれて保守主義的な思考に内在した、ラディカリズムが生まれる思想的ゆえんがあるといつてよいかと思われまゝ。どちらの側面が現れるかはまさに相対的なものであつて、例えば、内乱期に平等派が登場し、

自然法思想に立って人民の権利を訴えた時には conservatism としての特徴を帯びますし、同じくバークに見られたように、フランス革命を前にしたときにも conservatism の特徴が現れます。他方で、その形成期においては、ステュアート朝の絶対的国王大権に対処するため、典型的にラディカリズムの働きが現れ、改革主義的な側面が前景に出ていたといえます。

(どい よしのり／創価大学准教授)