

ダイシーの法の支配と立憲主義： 歴史的観点からの考察（２）

石 井 幸 三*

- I 本稿の目的
- II 用語 (以上58巻1号)
- III 近代イギリスの法の支配とダイシー
 - III-1 理論の前提としての裁判所整備
 - III-2 ダイシーの法の支配とその一般化
 - III-3 法の支配と法令審査制（違憲立法審査制）
 - III-4 議会主権と法の支配の対立
 - III-5 補と小括

III 近代イギリスの法の支配とダイシー

III-1 理論の前提としての裁判所整備

サルトリ（Sartori）のように立憲主義を、人々の自由権を保障するために国家権力を制限する法制度として理解すれば、マーシャル（Marshall）の言うように立憲主義と法の支配は一致するかもしれない。佐藤幸治のように法の支配を現代立憲主義の一段階前として理解しようとする立場がある。私は、彼らの見解を参考にはするが、本稿で論評しない。ここでの私の課題は、法の支配に関するダイシーの説明と違憲審査制との関連を考えるだけである。私は、立憲主義に法令審査（違憲立法審査）制が

* いいこうぞう 元法学法学部 教授

不可欠であるとする説に対してまだ立場を保留しているが、日本では多数の研究者が両者の関係の強さを主張しており、ダイシーの説明する法の支配と法令審査制の関連の有無の考察は、立憲主義を考える際に何等かの示唆を与えたと考える。⁽¹⁾

法と宗教の分離を果たしたヨーロッパの近代社会では、世俗社会の支配の正統化は非宗教的色彩を帯びた法になった。そうした社会では、自然権を具体化した国家法を制定し、それを確実に実行できる国家機構の設立が必要とされた。そして、国家機構と社会を規律する法に関して言えば、近代社会の特質である全般的な商品生産と交換の社会で生活する人々が、身体的に精神的にも自由な形で、自己の行動を自律的にしていくことが保障されるように、法の整備は法の確実性と予測可能性を高める方向でなされる。近代社会に適合した法律の制定は必要であるが、裁判所は、訴訟を通じて成文の法の文言を確定したり、不文の法なら当該分野での慣習や慣行、さらには道徳を考慮したりして、法を確定する。裁判所の法の確定は、成文の法律よりもより具体的で個別化されているので、法に関する人々の予測可能性を高める。その場合、旧体制と異なった形で、裁判所の管轄権や序列が明確にされなければ、法を利用したり従ったりする人は、裁判所への信頼性をもつことができない。

イングランドでは、憲法典の制定がなされなかったにもかかわらず、この裁判所等の整理が1688年の名誉革命後緩慢であるがなされていった。裁判官の身分保障は1701年に確立された (Sta.12 & 13 Will. III, c.2. いわゆる王位継承法 Act of Settlement 1701)。近代的社会を法の面から支えるには、裁判官の身分保障だけでは十分でない。裁判制度やそれにまつわる実務慣行も変更される必要があった。その作り変えは、1850年代から始まる。⁽²⁾ その中でも重要なのは、従来の諸裁判所の整理と統合をなした1873年と1875年の裁判所構成法 (Judicature Act 1873 & 1875) である。それによって、諸裁判所が整理され、諸裁判所の優劣順位が確定される。⁽³⁾ 裁

(龍法 '25) 58-2, 166 (562)

判所の改編に加え、判例法主義のイングランドでは、重要な判決に関しては、保証契約限度内有限責任会社（company limited by guarantee）の形式を採用した会社から1865年より刊行された『判決報告集（The Law Reports）』によって重要な判決の刊行がなされ、それが法専門家の判決に関する知識の共通基盤の形成に寄与する。判例法主義の国（地域）では、裁判所の整理と（準）公的な判決の報告集の刊行によって、判決の権威（の優劣）が絶対ではないにしろ明確化される。⁽⁴⁾

ダイシーが説明する法の支配の確立にも、裁判所をめぐる環境整備が必要だった。この意味で、法の支配（そして立憲主義）は、近代以降に成立した国家の運営方式の様々と関連しているのである。⁽⁵⁾ もし立憲主義や法の支配の時期を近代以前に探ろうとすれば、その成立の条件と環境も考慮にいれて考察しなければならない。この考察は、私の能力を超えるので、私は時期を限定したのであり、本稿（１）193ページで高橋和之の指摘に注目したのである。近代立憲主義や近代的な法の支配は、様々な思想（近代自然法思想、制限政府論、均衡政府論、三権分立思想、消極的国家観、商品生産交換制度を円滑にする法の一般性や予測可能性といったブルジョワ的思想、更には人々や諸階層の法観）と様々な制度（権力分立、国民主権の受託者としての国家機構の担い手、裁判所の整備）との複合的条件の結果として成立している。このことを指摘しておいて、ダイシーの法の支配とアメリカ合州国の法令審査制の関係を検討する。

Ⅲ－２ ダイシーの法の支配とその一般化

佐藤幸治『立憲主義について』（2015年）の私の読み方では、現代立憲主義が法の支配の完成形のような文がある。「立憲主義は決して一朝一夕で成ったわけではない。……ピューリタン革命に象徴される激動・苦闘の17世紀を経て、法の支配と議会主義が結合した近代立憲主義がイギリスで誕生した。〔原文改行〕この近代立憲主義の基盤を受け継ぎつつ、それに

革新的な工夫を加え、現代の憲法、現代立憲主義の原型を作ったのが、アメリカ独立革命とその所産である合衆国憲法であった。」(5-6 ページ)⁽⁶⁾

佐藤の示唆は今しばらく横において、私は、本ノート(1)の冒頭で記したように、ダイシー(Albert V. Dicey, 1835-1922)が、彼の著作 *An Introduction to The Study of The Law of The Constitution*⁽⁷⁾ (本稿では『憲法序説』と日本語では記す)の中で、法の支配という言葉に与えた説明を考察の基礎にする。⁽⁸⁾ ダイシーは、法が支配の正統化原理となり法が効率的に運用されるようになったイギリスの法環境の中で、公法の原理として法の支配の意味を比較的明瞭に説明した。それゆえ、ダイシーが説明を与えた法の支配の意味は多くの論者によって説明されているが、本稿を書くにあたって参照した諸文献において、法の支配でダイシーの説明をそのまま適応しているのか、それとも彼の説を中心にしながらも変更を加えた上で「法の支配」という言葉を使っているかどうか不明確な場合がある。本稿は、屋上屋を重ねて、ダイシーの法の支配の説明を示す。ダイシーの説明とそれ以外の説明の区別を明確にしておくことは、ダイシーの説明が正しいと主張するのではなく、それを参照基準にすることによって議論に必要な用語の意味の混乱を避けるためである。

ダイシーの法の支配の説明を明示した後で、本稿は、ダイシーの(説明した)意味からどこを切り、どこを足すかという考えを入れながら、より一般化された法の支配の意味を探ることにする。ここで私がより一般化された意味での法の支配と言う場合、イギリスと異なって、近代的な意味での成文憲法がある国での法の支配を意味することになる。

先ず、支配を、力の支配、呪術の支配、人の支配、法の支配というように支配の手段や様式に注目した意味で使われている場合の「法の支配」は、本稿では考慮外に置かれる。この意味での法の支配は、法の内容や立法形式や適用方法を問題にしていない。この意味での法の支配は、法という形式的要件を満たせば、人々の権利や自由を剥奪したり抑圧したりしても、

法の支配という言葉は使用されうるし、現にしばしば使用する政治家もいる。私は、これを、広義の「法の支配」と呼んでおく。この意味での法の支配を、憲法のある国に適用すれば、形式的意味の憲法を定めている国全てに該当するようになる。そこでは、人権を無視した大統領令や国家首席の命令が出されても、それらは定義上法の一種なので、当該国は法による支配がなされていると言うことが可能になる。これは、外見的または表面的立憲主義とも言える。（本稿（１）193ページ参照。）

ダイシーは、法の支配をこう説明する。「我々が、法の優位ないし法の支配がイギリス憲法の特徴であるという時、この表現に、一般に、少なくとも３つの似てはいるが異なる考え方を含めている。〔原文改行〕我々が意味するのは、第１に、国の通常裁判所の前での通常の法的なやり方で確証された明瞭な、法の違反の場合を除いて、何人も処罰を与えられたり身体や財物に害をうけたりすることはありえないことである。この意味で、法の支配は、広範な、恣意的な、ないしは裁量的な強制的諸権力（powers of constraint）の権限者による行使を基礎とするあらゆる統治体制と対照をなすものである。」（Wade edition, p.188、伊藤・田島訳『憲法序説』、179ページ。以下、W.188/訳179として記す。）「第２に、我々が『法の支配』を我が国の特徴であると言う場合、我々が意味することは、我々に関して何人も法の上にはないというだけでなく、（違ったことではあるが）我が国では、全ての人が、その階層や身分に関わりなく、国土の通常法に服従し、通常裁判所の裁判権に服するということも意味している。」（W.193/訳183-84）「なお、第３の違った意味が残っている。この意味での『法の支配』ないし法の精神の優越は、イギリスの制度に特有の（special）属性として叙述されるだろう。我々が憲法が法の支配で充たされていると言ってもよいのは、憲法の一般諸原則（たとえば、人身の自由の権利や公の集会の権利）が、我々に関して、裁判所に提起された特定の事件で私人（private persons）の諸権利を決定する司法的判決の結果であるというこ

とを根拠にしている。これに対して、多くの外国憲法の下では、個々人 (individuals) の諸権利に与えられる保障 (保障と言っても) は、憲法の一般原則に由来する、あるいは由来するようにみえる。」(W.195-6/訳185)⁽⁹⁾

ダイシーは、行間ではイギリス不文憲法が人々の権利や自由を護る点で他の国の成文憲法より優秀であることを示唆しているが、彼自身は、「法の支配はこういう条件 (意味) を満たさねばならない」と主張しているのではない。彼の主張する法の支配は、人々の権利と自由を護る点で重要であり、それは、彼の主張を超えてより一般化されて当為命題として考えるための示唆を与えている。

第1の意味について。この説明は、史料ではマグナ・カルタ (ラニミード憲章) (Magna Carta 1215, chp. 39. なお、法的効力のある1225年のマグナ・カルタでは29条に書かれている。) まで遡ることができるものを反映している。⁽¹⁰⁾ 文の後半は、下山によって「第一は、(ア) 正規の法の優越を意味し、(イ) 政府の側の恣意的な権限の行使がないということ。」「(ア) (イ) は石井の付加」と説明されている。⁽¹¹⁾ これは二つのことを意味する。正規の法とは、議会 (国会) 主権つまり「議会における国王」によって制定された法を意味し、ダイシーは、(ア) を媒介することで『憲法序説』第一部の議会 (国会) 主権と関係させている。(イ) の部分については、過去になされていた国王の勅令や布告の法的資格が排除される。⁽¹²⁾ ダイシーにとって、(イ) の部分は、将来的には、政府、行政機関の委任立法と関わる問題にもなる。⁽¹³⁾ 行政機関への委任立法は積極的国家観を前提に打ち出されるので、それは彼の自由主義的国家観と相いれない。

第2の意味について。ダイシーはこう言い換えている。「法的平等の観念、言い換えれば通常裁判所によって執り行われる (administered) 一つの法に全ての階層の人々が普遍的に従うという観念」(W.193/訳184) である。具体的には、こう説明されている。「軍人やイギリス国教会聖職者は、他 (龍法 '25) 58-2, 170 (566)

の普通の人たちが免れている法的責任をその役職上引き受けるけれども、その人は、（一般的に言えば）それによって普通市民の諸義務から外されない。」（W.194/訳184）この第2の意味は、ダイシー自身が、フランスの行政法と行政裁判所の歴史的推移をみて、自らの考えを『憲法序説』で補筆する大きな動機の一つとなったものである。途中経過を飛ばして述べると、1915年の「イギリスにおける行政法の発展」で、彼は、行政機関に準司法権を与えることを認めた上で、こう書いている。「……しかしながら、通常裁判所が、国王の従僕によるいかなる現実的、かつ立証可能な法の侵害を扱うことができるということは、真のドロワ・アドミニストラティブ〔droit administratif〕の存在に致命的な、あの法の支配を未だ維持しているということなのである。」⁽¹⁴⁾

第3の意味の法の支配は、憲法典という成文憲法を有している国では無視されるかもしれない。ダイシーも「特有の」という言葉を使っている。しかし、ダイシーがこれを記した意図がイギリス法の優秀性を誇るものであっても、彼の次の文は銘記されるべきである。「しかし、どのような歴史的知識さえも次のことを十分示している。他国の憲法学者達は、権利を定義することに没頭される一方、他方、彼らの言うところの権利を強制するだろう適切な〔権利侵害への〕救済の規定（備え）が絶対必要にもかかわらず、彼らはそれに十分な注意を与えてきていない。」（W.198/訳188）ダイシーは、憲法典を制定してもそれを実効あるものにする法的仕組みがなければ、憲法典は画餅になる、と考える。

以上が、ダイシーが与えた法の支配の説明である。ここから、ダイシーの説明を基にしつつもそれから意識的に離れて、より一般化された法の支配の意味を探る。第1の意味に関して、一般化ために残されるべきは、人々の権利や自由に関与する法、あるいは国の在り方を決める法は、権限ある者の恣意的行使によって決められるのではなく、人々を代表する立法機関によって正式な手続きで制定された法が必要という趣旨である。ダイ

シーに依拠しながら辻清明はこう書いている。「……英米法でいうところの「適法手続」は、単に訴訟における形式的な法規上の手続を充足させるという意味を有しているだけではなく、むしろそこでいう法が権力客体としての市民の正当な理性を満足させる（reasonable）だけの内容を含んでいることの承認でもあるからである。」⁽¹⁵⁾ 同様に、伊藤正己は、こう書いている。「法の支配」を、このように理解するときには、立法作用に関して二つの面から、それが関係をもってくると考えられる。第一に、立法の内容から、専断性、恣意性を排除するということであり、第二に、立法の過程において、理に反する力の支配の加えられるのを否定するということである。この二つの点が実現されたとき、その国の立法作用は、「法の支配」の原理に適合して行われているものといえよう。」「法の支配」が、立法過程における正当性の実現を求め、とくに、民主政治の準則の遵守を要求するものである以上、立法が、世論にもとづいて立案され、世論に即して審議されることが、第一の要請となるであろう。」⁽¹⁶⁾ 両氏の論文は、国家主権回復後の日本政府が、占領下になされていた主に共産主義活動を取り締まる政策を引継ぎ「団体の解散・活動制限或いは言論統制、公安調査官の思想調査など、違憲問題が生じる」破壊活動防止法（案）を提出したのを機に『思想』の同じ号に寄稿されたものである。⁽¹⁷⁾ 第2次世界大戦後日本で、法の支配に関するダイシーの説明が研究者の間で既に批判されていたにもかかわらず、両氏は、ダイシーのこの第1の意味での法の支配から、日本国憲法を無視した内閣の政令による決定や国民の意思を軽視した対米追従型の政治運営を批判した。

第2の意味での法の支配の概念の一般化に際しては、私はダイシーの積極的国家観に否定的な態度を採用しないが、⁽¹⁸⁾ 私は、人々の自由と権利に関する法的争いは、中間過程に専門の知識を有した準司法的国家機関が介入することが人々の多くに納得できる理由で示されることを条件に設置され、終局的判断は通常裁判所に委ねるというダイシーの主張は維持され

と考える。⁽¹⁹⁾ 通常裁判所が最善という訳ではないが、それと特別裁判所とを比較すれば、歴史的にみれば、前者の方が人々の権利や自由を護る可能性が高い。日本で、第2次世界大戦後、ダイシーの法の支配の第2の意味が強調されたのは、彼の国家観と日本憲法上の国家観が異なるにもかかわらず、大日本帝国憲法が規定した司法の在り方（第57条、天皇の名による裁判権、第69条、法律による特別裁判所の設置、第70条、法律による行政裁判所の設置）が日本国憲法の司法の在り方と正反対の様相を示していたからであろう。⁽²⁰⁾

第3の意味での法の支配を一般化するならば、それは、法の支配の目的を実効あるものにするには、すなわち人々の権利と自由の法的宣言だけでなく、それらが享受者が十分享受できるように、できるだけ配慮し、享受が侵害された時の救済処置を講じる責務を国家に課しているといえよう。

以上、ダイシーの法の支配の3つの意味を検討し、それを再構成して一般化した法の支配にする際の私の重要点を述べてきた。再度、私が取捨選択したものを記す。法の支配の主要目的は、人々の権利と自由の保護である。人々の権利と自由は、ダイシーは自由権を意味しているが、私はその後の権利運動の中で承認されてきている社会権等を加える。ダイシーの法の支配の主要目的には自由主義社会の維持という前提があるが、その前提は今日では維持されない。ダイシーの第1の意味では、人々の権利や自由、国の制度の基本枠組みに関する法は、正規の法、議会制定法によらなければならない。ここで、人々と書いたのは、人権の普遍性を考慮すれば、自国民だけでなく、できるだけ他国籍（無国籍）の人を含ませる必要がある。正規の法と書いたが、無限定な委任立法を排除するだけでなく、法の制定過程では民主主義的政治体制を採用しているならば、民主主義的手続きを踏まなければならないことを意味する。（伊藤の提言は興味深いが、どこまで法的制御として機能させることができるのかという課題がある。）ダイシーの第2の意味では、人々の自由や権利に関する法的争いは、最終的

には、通常裁判所による判断による。彼の第3の意味は、成文憲法を採用するので採用されえないが、その真意は、法の支配の目的が侵害された場合の速やかな具体的救済の制度化の要請である。そのような救済制度がなければ、憲法上によって権利が規定されていても、実質保護されないのと同然になる可能性が高い。

ダイシーの説明する法の支配それ自体ではなく、彼の説明から幾分か離れて一般化される法の支配と立憲主義とを比べるならば、それらは同一であるという見解も出される可能性はある。マーシャルは、こう書いている。「もし我々が視界を広げるならば、我々は、法の支配が、市民の諸権利の憲法上の保護の項目の下で慣例上公布されている制限政府に対する全ての手段を表わす簡略語となっていることを知りうる。イギリス連合王国以外では通常そうなっているようにそれらが憲法的文書で法典化されている所では、「憲法上の諸権利」や「立憲主義」という用語は、多かれ少なかれダイシーの「法の支配」の拡張解釈と同一範囲内にあるように思える。」⁽²¹⁾ ダイシーの「法の支配」の拡張解釈（本稿では、一般化される法の支配ないし一般化された法の支配と記している）と立憲主義が同義であるとするマーシャルは、イギリスの学者である。上述のサルトリは、立憲主義の一つとして法の支配を考えるだろう。同一視は、両者とも人々の権利や自由が護られる制度であるという点では一致する。違いは、複数の研究者が立憲主義の重要な構成要素として法令審査制度（違憲審査制度）を挙げていることである。

Ⅲ－3 法の支配と法令審査制（違憲立法審査制）

私は、ダイシーの法の支配と法令審査制度との関係を見る。確かに、ダイシーの『憲法序説』第2部「法の支配」を見る限り、法令審査制への言及はない。『憲法序説』が「イギリスの今日の憲法（the modern constitution of England）に浸透している二、三の指導原理を扱う」⁽²²⁾ ことを目（龍法 '25）58-2, 174（570）

的としている限り、両者の関係は、彼にとって取り組む必要のない問題でもある。また、『憲法序説』は、イギリス議会の主権の特徴として、「議会の法を無効にする、言い換えれば、その法を無効や違憲として扱う権利を持った司法機関（authority）や他の機関が存在しない事」（W.91/訳90）という言葉がある。これをイギリス議会に限定された叙述と理解しても、彼の主権論は、「要するに、『制限された主権』は、すべての他の主権者についてそうであるように国会の場合でも、名辞の矛盾である。」（W.68n/訳64（*））」というものである。これらを勘案すると、「ダイシーの法の支配は、法令審査制に言及していない」と言い切るのが無難である。

ダイシーの『憲法序説』は、アメリカ合州国の法令審査制確立の重要な契機になったマーベリー対マディソン事件（Marbury v. Madison（1803））の連邦最高裁判決⁽²³⁾やそれに類する判決に言及しており（W.165/訳156）、それだけでなくアメリカ合州国の司法について紙面を割いている（W.150-165/訳150-156）。注意すべきは、彼が、これらの判決と法令審査制を、第2部「法の支配」ではなく、第1部「国会主権（議会主権）」の中の第3章「国会主権と連邦制」で論じていることである。彼は、主権論との関係で連邦制に、そしてアメリカ合州国で生じた法令審査制に関心を寄せていた。私は、「無難」な道から逸れて、この第3章に踏み込んでみる。

第3章の中に、「諸権力の分割は統治制度における連邦制を単一制から区分する」（W.155/訳149）という欄外見出しのある文章はこう書いている。イギリスについて。「確かに、我々は、イギリスの国制（constitution）が諸権力の均衡の上に基づいており、行政、立法、司法の機関の間の区分を維持していると語る。……イギリス国家のすべての権力は、帝国議会に集中されている。……しかし、司法部は、議会と同じ地位に立っているとは言い張らない。」（W.156/訳149）アメリカ合州国について。「連邦司法部は、大統領および連邦議会と対等であり、革命することなしには大統領および連邦議会もその司法部の一つの権利さえも奪うことはできない。」（W.156/

訳149)「連邦制の下では……憲法の法的最高性は国家の存立にとって必須である。合州国の創設者たちの栄光は名称だけでなく現実においても憲法がその国の最高の法となるような装置を作り出したり採用したりしたことであった。」(W.158/訳150)「連邦主義の本質的諸特徴は、——憲法の優位——権力の配分——司法部の権威——が、疑いもなく修正を受けながら、全ての個々の連邦国家で現れている。」(W.165/訳156) ダイシーにとって、アメリカ合州国の法令審査制はアメリカ合州国の連邦制に独特な制度であり、⁽²⁴⁾ 単一制国家の国会主権（議会主権）の下では法令審査制は考えられないのである。

ダイシーの考えるように、法令審査制を近代的連邦主義（W.165/訳156）に特有なものと解せば、立法機関を主権の保持機関とする単一制国家においては、たとえダイシーの説明する法の支配が存在しても、法令審査制は存在しにくい。しかし、彼がアメリカ合州国について語る文章の周辺を見ると、彼自身は意図していない別の事柄が、彼の文から導かれる余地がある。私は、「連邦制の下では……憲法の法的最高性は国家の存立にとって必須である」に注目する。この言葉が、近代憲法典が当該国の国民の基本的人権の保障とそのための国家機構のあり方を規定することであることを示しているならば、その言葉は、「連邦制」を外せば、近代の単一制国家の憲法典にも当てはまることを示唆している。（言うまでもないが、憲法典を仮定することは、ダイシーの法の支配の第3の意味から離れる。）近代憲法の存立目的は、ダイシーの『憲法序説』でも共有されている。上述の文の重要部分「憲法の優位、権力の配分、司法部の権威」は、イギリスが不文憲法であるにもかかわらず、『憲法序説』の根幹をなしている。彼が近代国家に共有されている実質的意味の憲法を理解しているが故に、私は、彼の説明する法の支配と法令審査制の関連を、強引と言われるかもしれないが、考察したいのである。

私は、次の仮定を置く。単一制国家で憲法典があり、その憲法典によっ

て「議会（国会）の権力に制限が置かれた」（W.157/訳150）という仮定である。この仮定の設置は、ダイシーの以下の文章に基づいており、強引と言え決して架空のものではない。この仮定は、ダイシーに対して二つの問いに直面させるだろう。①その憲法下で、議会（国会）主権が主張されるのか。更に、場合によっては、②法令審査制は存在しうるのか。①の問題。ダイシーは、議会（国会）主権は無制限としている。しかし、憲法があると仮定すると、憲法制定者ないし憲法制定団体とそれが創設した議会との関係が問題になる。憲法制定機関と議会（国会）のどちらが主権を保持しているのかという問題が生じる。ダイシーがイギリスの議会（国会）主権に言及している限り、憲法制定権力には触れない。注目に値するのは、彼がアメリカ合州国憲法との比較のためフランス〔第三共和国〕憲法とベルギー憲法を例に出し主権について少し触れている文である。「要するに、フランスとベルギーは、単一制度憲法（unitarian constitutions）の下で統治されているので、立法機関の非・主権的な（non-sovereign）性格は、各の場合、それらの政体の偶然的特質（an accident）であって、本質的特質ではない。」（W.157-158/訳150）。私は、結論部分のみ引用したが、ダイシーのこの表現は、本稿では追究しない彼の主権論と関係している。彼はある国が立法権を制限するような憲法典を持つことがありうることを、「政体の偶然的特質」という名目で消極的に認めている。「消極的」と私が表現するのは、その承認は、彼の主権無制限論と整合しないことをダイシーが暗に認めていると私は考えるからである。⁽²⁵⁾ その上、法令審査制が導入されたら（問題②）、裁判所により法律が違憲とされることになり、議会（国会）主権を掘り崩すことになるかもしれない。彼は、アメリカ合州国の連邦最高裁判所についてこう書いている。「それは、事実、憲法の最終的解釈者であり、したがって、連邦議会であれ、あるいは州、例えばニューヨーク州の立法議会であれ、そこによって可決された法律が憲法に合致するか否かを、上訴裁判所として最終的に宣告する権威を持つ

ている。」(W.160/訳152) 裁判所の公的法解釈機関としての権威は憲法典によって与えられる(本稿注(37)参照)。国家機関の権威または権力が憲法によって与えられることは、フランスやベルギーのように憲法典によって立法機関が非・主権的でない場合にも当てはまるだろう。それは、ダイシーの議会(国会)主権論とは相容れない。彼の「政体の偶然的特質」という表現は、彼の理論と現実の狭間との妥協である。妥協と考えるかどうかは脇においても、この仮定から、ダイシーの法の支配の第3の意味の説明と議会(国会)主権論を犠牲にすれば、ダイシーの法の支配説明の第1と第2の意味から法令審査制を引き出すことが可能なことを示している。そして、彼の言う議会(国会)主権論は、フランスやベルギーの例を考えれば、絶対的な命題と言えるものではない。

Ⅲ-4 議会主権と法の支配の対立

ダイシーが法令審査制を認めなかったとしても、彼の憲法理論にある主導原理、議会主権と法の支配は、相対立するかもしれない。彼は、『憲法序説』第2部「法の支配」の最後に「法の支配と議会主権の関連」という第13章を設け、両者の対立について論じている。この検討を行なうことは、彼の法の支配論がどこまで一般化しうるかという問題にとって重要であるだけでなく、本稿の主題と深く関わっている。

検討の前に、ダイシーの生存中(1835-1922年)前後のイギリス政治の重要事項の幾つかを示しておく。1800年、グレート・ブリテン王国(Kingdom of Great Britain)とアイルランドと国家合同。国名、グレート・ブリテンおよびアイルランド連合王国(United Kingdom of Great Britain and Ireland)に改称。1832年、第一次選挙法改正。33年、英国領西インド諸島の奴隷制廃止。36年、南オーストラリアを植民地として獲得。38～46年、穀物法廃止運動。1838～50年頃、チャーチスト運動。39～42年、アヘン戦争、英の勝利後、香港獲得。41年、植民地カナダに自治政府導入、(龍法 '25) 58-2, 178 (574)

カナダ憲法成立。48年、アイルランド反乱。50年、植民地オーストラリアに自治政府導入。オーストラリア憲法成立。52年、植民地ニュージーランドに自治政府導入、ニュージーランド憲法成立。53～56年、クリミア戦争。57～58年、インド・セポイの反乱。72年、アフリカのケープ植民地に自治政府導入。77年、1月1日、ヴィクトリア女王が皇帝になるインド帝国成立。アフリカのトランスヴァールが英国領になる。80～81年、トランスヴァールが独立を宣言、第一次ボーア戦争、イギリスはトランスヴァールの独立を認めるも宗主権（suzerainty）を確保。82年、エジプトを英国の保護領（protectorate）にする。84～85年、アフリカ分割に関する列国会議。86年、1月1日、ビルマをインド帝国に併合。4月、第三次グラッドストン内閣による第一次アイルランド自治（Home Rule）法案提出（→同年6月廃案）。1899～1902年、ボーア戦争。1893年、第四次グラッドストン内閣による第二次アイルランド自治（Home Rule）法案提出（→同年廃案）。カナダ連邦（1867年）、オーストラリア連邦（1901年）、ニュージーランド（1907年）、南アフリカ連邦（1910年）などを自治領（ドミニオン）として承認。1902年、日英同盟締結（イギリス外交の孤立政策の転換）。1904年、英仏協商締結。1914～18年、第1次世界大戦。⁽²⁶⁾

1885年にダイシーが『憲法序説』初版（題名が少し異なる）を出版した頃のイギリスの政治は、アイルランド問題を含め、植民地の獲得政策の遂行と同時に既に獲得した植民地を安定的に支配する政策へ移行し始めている。これらの政策は、強力な国家主権を象徴するものである。それらは、この頃のヨーロッパの自由主義国家の実態を知る糸口でもある。

ダイシーの議会（国会）主権論は、イギリスの政治状況を反映した主権論である。主権の権限の一つである和戦を含む外交に関する権限を例にとり、その権限が憲法でどう扱われているかを取り上げてみよう。日本国憲法では、第73条2、3で外交の事項は内閣の事務とされている（第9条により戦争に関する権限はない）。イギリスでは、外交は、歴史的には国王

の大権事項とされていた。18世紀中頃のイングランドの諸法を近代的体系で記述したブラックストンの著作*Commentaries on the Laws of England*, 4 vols (1765-69) 以前の彼の著作でイングランドの諸法の骨格を提示した*An Analysis of Laws of England*, pp.16-18は、「国王大権」(prerogative, ブラックストンは議会の同意が必要と書いている。)の項目で、以下のような事項を挙げている。外交では、大使の外交官の派遣と他国の大使の受け入れ、条約の締結、戦争あるいは和平の宣言、敵国商船拿捕免許状の発行、特定地区安全通行の許可。他の大権として、国内では、議会とともに立法部を構成すること、軍の大將、司法の源、榮譽・官位・特権の源。国内産業の最高権威者として、公的市場の設立、度量衡制定、貨幣発行、の権利を持つ。そして、イングランド国教会の長である。⁽²⁷⁾

ダイシーは、ブラックストンの記述をこう評する。ブラックストンの国王の大権の説明は「真実と真逆である。イギリスの執行府は、事実、内閣と呼ばれている委員会の手に置かれている。……ブラックストンの国王の権限の叙述は彼がそれを書いた時の主権者の権力の真の説明であると主張しえない。」(W.8-9/訳9) ダイシーによれば、国王自身の権力を論じる時代ではなくなっているのである。⁽²⁸⁾ 主権に関して、ダイシーは、『憲法序説』で議会(国会)主権を論じても、どのような事項が主権の対象になるのかは書かない。ダイシーは、主権の性質に関して、「異様な表現(grotesque expression)」と評しながらド・ロルム⁽²⁹⁾の文を引用している。「議会は女を男とし、男を女とする以外には何でもなすことができる。」(W.43/訳42) ブラックストンが大権で書いた事項は、ダイシーでは議会主権に回収される。彼にとって議会主権は無制限である。⁽³⁰⁾

ダイシーが生きていた時代のイギリス政府の政策を鑑みれば、ダイシーが国家の意思決定機関である議会(国会)に主権という属性を与えることはそれなりの理由をもつ。それでも、彼は、それとイギリスの政治に流れる法の優位との関係を気にかけ、「議会主権と法の支配の関係」という(第(龍法 '25) 58-2, 180 (576)

13) 章を設定した。しかし、彼は、その章の初めの段落で、「〔イギリスの国制に浸透している法の至高性と議会主権の対立という〕外観は妄想 (delusive) である。議会主権は、……法の至高性を好む。その一方、我々の法制度を貫いている厳格な合法性の卓越は、議会主権の行使を喚起し、そして議会主権の権威を高める。」(W.406/訳388) と書いている。「イギリスにおいて発展したような議会の主権は、法の至高性を支持する。しかし、これは代表制政府や議会制政府 (representative or Parliamentary government) を享受している全ての国々において確かに当てはまるわけではない。」(W.411/訳391)

ダイシーのここでの主張内容を知るためには、長くはなるが、直前に引用した文の続きの引用が必要である。それは、抽象的な表現に、彼の具体的な説明を与えている。「法の至高性は議会主権の行使を必要とする。〔原文改行〕法の厳格性は、絶えず執行府 (the executive) の行動を邪魔する (そして、その厳格性は、時々、一般社会 (the public) に多大なる害をもたらす)。政府が、裁判官によって解釈されているような厳格なことで動かない法の諸規則から逃れることができるのは、国土の法によって国王 [the Crown: 執行府] に否定されている裁量権限 (discretionary authority) を議会から得ることによってのみである。我々は、裁量権力 (discretionary powers) の必要性が、例外立法への依頼を生じさせる方法について十分注意しよう。近代的生活の複雑な条件の下では、いかなる政府も、無秩序な時期あるいは戦争の時期に、恣意的な権限を時折使用することなくしては、国内秩序の維持や外国の勢力に対して政府の義務を果たすことができない。例えば、社会的混乱の時期において、あなたは、共謀者を処罰するだけではなく合理的に共謀者として推定される人を逮捕する必要があるとしよう。外国の革命家達は、イギリス国内に煽動を広めようとしていると知られている。執行府が外国人を追放できないなら、秩序がほとんど維持されないかもしれない。二つの外国が戦争をしている時、あ

るいは市民の争いが友好国を二つの敵対的陣営に分けている時、もし国王〔執行府〕がイギリス人同調者による交戦側の一方を助ける試みを〔正規の手続きを経ず〕即決抑止する法的権限を持っていなければ、イギリスは、中立者として政府の諸義務を果たすことは不可能かもしれない。また、もし他国が窃盗そして殺人を処罰するのを妨げられるならば、——要するに、全てのならず者（scoundrel）がイギリスへの逃亡でその犯罪に対して確実に処罰されないようにできるので、その他国の全ての刑法が弱体化するならば——その他国は傷つけられたと感じる。イギリスの執行府がフランスやドイツの犯罪者をフランスやドイツの政府に渡す権限がないとしたならば、この結果は必然的に生じるに違いない。それゆえ、イギリスの執行府は諸裁量権力を行使する権利を必要とする。しかし、裁判所は、いやしくも個人の自由が関わっているところでは、政府によるどのような種類の裁量権力の行使も防止せねばならないし、防止するだろう。国王〔執行府〕は、制定法を除いては、イギリスからいかなる外国人といえどもたとえ彼らが殺人者……であっても追い出すことはできない。それゆえ、執行府はそして絶えず議会の援助を求めなければならないし、常にその助けを獲得している。外国人法〔Aliens Act 1848〕は、大臣が外国人を国外に追放できるようにした。〔その他、Foreign Enlistment Act（イギリス国籍を持つ者の外国入隊等禁止法、1870年）、Extradition Acts（犯罪者引き渡し法、この名の法律は1843年に制定された後、度々作り変えられている。）が挙げられている。〕……我々は、法の厳格性が議会の介入を必要とする例を汲みつくしていない。合法性（legality）自体のために法の諸規則が破られなければならない騒乱や〔他からの〕侵攻の時がある。その時、政府がとらなければならない方針は明確である。大臣が法を破らなければならない、そして〔自らの〕保護のために免責法〔Indemnity Act〕を当てにしなければならない。〔免責法という〕この種の制定法は……最後のそして最高の議会主権の行使である。それは非合法性を合法化する。それ（龍法 '25） 58-2, 182（578）

は問題の実務的解決を与える……。〔問題とは、〕法の維持そして議会の権威の両者が、全ての文明（市民）化された国の執行政府が危機的事態で、いかなる形であれ行使しなければならぬある種の裁量権力すなわち大権とどのように結合させられるかである。〔原文改行〕この解決は、幾人かの批判者によって単なる形式的な解決であり、すなわち、せいぜい議会の専制を国王の大権として代えるものであると考えられるかもしれない。しかしこの〔批判の〕考えは誤っている。イギリス執行府の最も恣意的な諸権力は、常に、議会の法の下で行使されねばならないという事実は、政府に最も広範な権限が付与された時でさえ、政府をいわば裁判所の監視下に置くのである。制定法によって付与されていたり裁可されている諸権力は、たとえ特別なものであっても、決して現実には無制限ではない。なぜならば、それらの権力は、制定法の文言によって、そして、それ以上に、裁判官によってその制定法になされた解釈によって制限されているからである。』（W.411-413/訳391-393）

この長い文を読むと、「議会主権と法の支配の関係」で書かれたのは、主権を保持して立法をなす議会と法の支配の監督機関である司法との起こりうる対立関係、具体的に書けば、人々の自由や権利を侵害する法律を議会が制定し、ある人がその法律違反によって裁判所にかけられた時、裁判所はその制定法の扱い次第で生じうる、両者の対立関係ではない。ダイシーが問題にしているのは、19世紀後半頃より権力と機能を増大化してきた政府（行政機関）＝内閣の行動に、議会と司法がどのように対処しているかである。戦争や混乱に巻き込まれて社会の安定が損なわれる時、国家机关の中で、いち早く率先して事態に対処できるのは、行政機関＝政府であり、その場合、政府は、法律に違反してでも対処しようとする可能性がある。⁽³¹⁾ 政府の法律違反によって権利や自由権を侵害された個人から裁判所（司法）へ訴えが出された場合、裁判所は、法の厳格な執行の観点から、政府の行動を違法と判断する。ダイシーは、そのことで裁判所を批判

するのではない。彼は、いわば、裁判所の行為を当然のことと書いている。現行法を無視しても自己に課せられた義務から行動しなければならないと考える政府の採用する手段は二つである。一つは、事前に、自己に裁量権限を付与してくれるように議会に頼む。もう一つは、当該大臣は現行法を犯して行動し、事後に議会による免責法に頼るのである。もちろん、免責法によって、その非合法の行為が合法化されるまでは、非合法行為は裁判所の訴訟対象下にある。

この章で論じられているのは、行政機関が、法律で制御する立法機関と法の支配を最終的に司る裁判所との両者によって、監視と制御されているということを通じて、「[イギリスの国制に浸透している法の至高性と議会主権の対立という] 外観は妄想 (delusive) である」の主張である。議会が非合法な政府の行為を議会法によって合法化する限り、議会主権の優位があるが、その他の場合、法の支配が貫徹し、法の支配を実効的にする司法機関によって、法違反を犯した政府の担当者は通常法の裁きを受ける可能性にさらされる。

ダイシーの叙述では、法の支配と議会主権の対立は、矛盾のないものと説明されている。私が期待していた法令審査制で見られる立法機関と司法機関との対立という論点は、彼の記述にはなかった。彼は、行政立法をまだ問題にしていないので、それと法令審査制（違憲立法審査制）の問題も論じられていない。ただ長く引用した関係上、上記の文に対して私見を述べるならば、議院内閣制の下では政府の非合法行為も、議会で合法化される可能性が比較的高いので、議会（国会）による免責法も通過しやすいであろう。ウィキペディア（英語版）で、「免責法」(https://en.wikipedia.org/wiki/Act_of_Indemnity) を調べると、イギリスの政治にとって重要な出来事に対して特定の免責が、その都度、議会で制定されている。

Ⅲ－5 補と小括

マクワイル（McIlwain）そして佐藤の立憲主義、とりわけ司法の法令審査権の歴史的叙述には、彼らの説を支える重要な要素がある。それは、イギリス革命前のCoke（Edward Coke, 1552-1632. Coke は、日本語ではコウク、コーク、クックと表記されている）のボナム（医師）事件判決（Bonham's Case（1610））である。⁽³²⁾ このボナム事件判決の場合、立法の判断基準になる法的に優位な法は、古来の法からなる根本法であるとされている。⁽³³⁾ このボナム事件の判決の評価については、佐藤も指摘しているように法令審査制に繋がらないという反対説もある。⁽³⁴⁾

ダイシーは、「議会主権に対する申し立てられている法的制限」という項目の注でボナム事件判決に言及している。「別の制限が、コウクのような裁判官（ボナム事件、布告事件）……によって多少とも明確に示唆されてきている。……議会の法律は、コモン・ローの原則を覆すことはできない（とほのめかされてきている）。この説は、かつては現実的な意味をもっていた（see Maine, *Early History of Institutions*（7th ed., 1905）, pp.381,382）。しかし、それは決して体系的な司法的裁可（judicial sanction）を決して受けていなかったし、今や廃れている。」（W.61.n.2./訳58（*））⁽³⁵⁾ ダイシーは、彼あるいは彼の同時代（更にはそれ以前の）の法律家は、ボナム事件等の判例を法的に重要なものと考えなかった。彼以前の法律家でこの事件の判決に触れた者としてブラックストーンがいる。彼は、ボナム事件に関わる議会制定法をその上位の法による妥当関係での無効と理解しないで、法格言に基づいた実行不可能なゆえに無効とされたと考えている。⁽³⁶⁾ ブラックストーン、ダイシーの線で考えるとコウク（クック）の法令審査制起源説は、イギリスでは影響を及ぼしていない。

私は、立憲主義と法の支配との関係を念頭に置きながら、ダイシーの法の支配論をやや詳しく検討してきた。これから、ダイシーの法の支配を基

礎にしたまとめを行なう。

1. ダイシーがイギリスの憲法を議会主権と法の支配の二原理から説明している限り、それらから具体的法令審査制を引き出すことはできない。

2. それにもかかわらず、ダイシーは『憲法序説』でアメリカ合州国の具体的法令審査制に言及している。その成立根拠は、彼によれば、連邦制での憲法の最高性である。彼には、連邦制は異形の国家であっても、この形での、つまりアメリカ型法令審査制を含んだ、法の支配は、ダイシーの元の意味を離れて一般化できる。ダイシー自身は、この一般化は彼の考える国会（議会）主権の問題に関わる理由があるので、否定的である。アメリカ合州国の場合、「〔適用を排除された連邦〕法は、〔連邦〕議会の憲法上の諸権力を超えている（beyond the constitutional powers of Congress.）」（W.163-4/訳154）と表現され、制限主権がここでは語られている。⁽³⁷⁾ また、彼は、フランスやベルギーのように憲法典によって立法機関が非・主権的でない事例も、政体の偶然的特質と言いながらも認めている。アメリカ合州国憲法、フランス憲法、ベルギー憲法への言及は、彼の意図とは別にしても、国家権力の抑制の観点から注目されてよい。

本稿（2）は、ダイシーの法の支配の説明を基礎にして、それと法令審査制のあり方を考えたものであり、多くの人には結果が既に分かっていることを縷々書いたにすぎないかもしれない。しかし、「法の支配」という言葉で混乱が生じるならば、そこを明確にすることにも学問の役目である。それだけではなく、ダイシーの法の支配の説明がそれ自体では法令審査制と相容れないのは、主権概念が深く関わっているのが明瞭になった。本稿は、ダイシーの意味での法の支配とそれを一般化した法の支配と区別して用いたが、その両者の間に「主権」の態様が異なっている。すなわち、ダイシーは、無限定の議会（国会）主権を語っているに対して、一般化した法の支配はおおむね国民主権を想定している。

私は、続稿で現代立憲主義を考える場合、ダイシー自身が説明する法の
（龍法 '25）58-2, 186（582）

支配を採用せず、ダイシーが本來說明していた法の支配と異なるがダイシーの考えを一般化された法の支配を念頭において議論を進める。

（未完）

※本稿は、引用の際に縦書きの書物で使われる漢数字は、洋数字に改めた。

また、旧漢字を適宜、新漢字に改めた。

※縦書きで強調される傍点は、横書きのため丸点に代えた。イタリックスは、斜字体で記している。

※本稿で使われる亀甲括弧〔 〕は、石井が引用の際の説明や省略を表すため使用されている。

※アメリカ合衆国については、引用を除いて、アメリカ合州国と表記する。

※Englandについては、私は、場合に応じてイングランドかイギリスと訳したりしている。イングランドは、イングランドとウェールズを含んだ意味で使われる。そして、イギリスは、1707年にスコットランドと国家合同をなし、グレート・ブリテン王国（Kingdom of Great Britain）になり、その王国は1800年にアイルランドと国家合同をなし、グレート・ブリテンおよびアイルランド連合王国（United Kingdom of Great Britain and Ireland）となった後に、用いられる。但し、スコットランドやアイルランドとイングランドの国家合同後も、法体系が統一されていない分野があるので、イングランドと記す場合がある。ダイシーの*An Introduction to The Study of The Law of The Constitution*は、両合同法以後に書かれているので、ダイシーの場合のEnglandはイギリスと訳しておく。Dicey, *op. cit.*, (Wade ed.) pp.65-66（伊藤正己・田島裕共訳『憲法序説』（1983年）、61-62ページ）は、スコットランド合同法とアイルランド合同法に言及している。参考、勝田俊輔「「イギリス史」・アイルランド史・「三国史」」、『文化交流研究：東京大学文学部次世代人文学

開発センター研究紀要』26（2013年）（PDF版）、45ページ。ウェールズについては、バイカー著、深尾裕造訳『イギリス法史入門（第5版）』（第I部）（原著2019年、訳書2023年）、52-55ページ。

※年号は、基本的に西暦が使われるが、引用上元号記載がなされている場合は、その都度、昭和をS、平成をH、令和をRと略記して示される。

- （1）私は本稿を書く前に再度、Dicey, *An Introduction to The Study of The Law of The Constitution* (Wade ed.) の本文部分に眼を通した。すると、1st edition（初版、1885年）の前文（preface）でEnglish Constitutionalism, the constitutionalism on one hand of the United Statesという言葉に遭遇した。そこで、私は、ダイシーの当該著書第3版をデジタル化し公開しているhathitrust.org/Record/007647212から本文をダウンロードして、constitutionalismという言葉を検索してみた。その検索結果を本稿で利用しているWade版と照合した結果、私の検索した範囲では第3版で使われた言葉は、Wade版でもあることが分かった。constitutionalismという言葉が使用されている箇所が、以下で、本稿の引用箇所提示方法に従い、示される。第3版を利用したのはデジタル判で利用できるダイシーの当該所の中で比較的古いという理由だけである。Wade版に近い第8版（1915年）のPDF版（<https://oll.libertyfund.org/titles/michener-introduction-to-the-study-of-the-law-of-the-constitution-lf-ed>）で本文を再確認したところ、3版以後から追加されたconstitutionalismを含む句は、本文に限れない。

W.12/訳12	historical constitutionalism
W.70note/訳66〔注部分〕	the constitutionalism of the United States
W.124/訳118	French constitutionalism
W.133/訳126	These traits of French constitutionalism
W.205/訳192	the leading maxims of English constitutionalism
W.438/訳412	the constitutionalism of America;the constitutionalism of England
W.453/訳426	the fundamental dogma of modern constitutionalism
W.454-5/訳427	the underlying principles of all modern constitutionalism
W.462/訳433	the mystery and formalism of English constitutionalism

伊藤・田島の日本語訳は、(W.12/訳12)の「歴史的憲法研究」を除き、全て「立憲主義」を宛てている。ダイシーのこの本を日本語で読む場合、constitutionalismを立憲主義と訳するのは無難であろう。しかし、ダイシーは、比較的当世的な（本稿（1）、184-185ページ）constitutionalismという語にどういった意味をもたせて使ったのかが、本書で定義や説明がなされていないので不明である。私は、残念ながら、今日のような、漠然ではあるが一定の

方向性をもつ意味を読み取れなかった。constitutionalismという語が入っている文を、Constitution（「憲法」）と読み換えても意味は変わらないようにみえる。英和辞書では、-ismは、こう書かれている。『現代英和辞典』（岩崎民平監修）「〔行動・状態・作用〕〔体系・主義・信仰〕〔特性・特徴〕〔病的状態を〕を表す名詞を作る」。『新グローバル英和辞典』（木原研三監修）は、『現代英和辞典』の「名詞を作る」に代えて「意味の抽象名詞を作る」と書いている。ダイシーは初版で「本書が、イギリスの今日の憲法（the modern constitution of England）に浸透している二、三の指導原理を扱うのみである」と書いている。三つの指導原理とは、第1に「議会の立法的主権」、第2に「憲法を通じての通常法の普遍的な支配ないし優越」、第3に「憲法という法への習律（conventions）の最終的依存」である（W.35/訳29）。

もしconstitutionalismがこの初版で明確にした三つの原理を含んだものを指すと仮定しても、上述の引用箇所でフランスやアメリカの constitutionalism が使われていることから、この仮定は成立しにくい。また辞書のように、constitutionalism は個々の具体的憲法を包括する上位概念としての「憲法」であると仮定しても、そのように理解した方がよいとする文脈が少ないようにみえる。

私の結論。ダイシーは『憲法序説』で constitutionalism という語を使用しているが、その意味は不明であり、そして今日使われている constitutionalism の意味とは異なる可能性がある。

- (2) 田中和夫『英米法概説』（1971年）、268-274ページ、バイカー著、深尾裕造訳『イギリス法史入門 第I部』（第5版、2023年）、274-5ページ参照。
- (3) 田中、前掲書、127-139ページ、及びバイカー、前掲書、第1部第3章裁判所の統合と廃止参照。<https://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/laworder/court/overview/judicatureacts/> は、「そのような改革の要求は、ブリテン島の指導的な産業の、商業の、金融業の利害関係人からきている。彼らは、複雑な取引上の事件では、しばしば、様々な異なる裁判所の様々な異なる法領域への注意が要求されるのを知っていた。」と記している。
- (4) バイカー、上掲書、300-301ページ参照。また、<https://www.iclr.co.uk/history/> 参照。
- (5) 伊藤正己は、名誉革命（光榮革命）後の裁判所の改革を近代の法の支配の出発点とする。伊藤正己「英米法における「法の支配」」『法律學体系 法學理論編 44』（1950年）35-36、40-41ページ。この論文は伊藤『法の支配』（1954年）に収録されている。『法の支配』、29-30、34ページ。
- (6) 佐藤、同書、86ページでも「「憲法」（「立憲主義」）へのアメリカの寄与——現代の「憲法」（「立憲主義」）の原型の確立」という語がある。ここで言及されている「法の支配」に関して、著者の説明はこうである。「これらの諸改革はいずれももとより憲法（立憲主義）と深いかわりをもつものであるが、

政治に対する法的統制、「法の支配」の充実（「憲法の優位」の確保）の課題を主題とする本書……」（230ページ）。

- (7) 日本語訳は、伊藤正己・田島裕共訳『憲法序説』（1983年）がある。この訳書は、Wade版の本文を訳しており紙面下にWade版のページ数を示している外、詳細な訳者注を付けている。本稿でWade版と記しているのは、ダイシーの英語版『憲法序説』第10版（この版はダイシー自身の手になる1908年の『憲法序説』第7版と内容同じの第8版（1915年）に基づいている）にWadeの前書き（Introduction）が付いた『憲法序説』のことを指している。本稿での『憲法序説』の訳は、必ずしも伊藤・田島訳に従っているわけではない。
- (8) Wade (ed), *op. cit.*, Intro., p. xcvi. 「誰もダイシーが法の支配という言葉を発明したと思わないようにしましょう。彼が実際したことは、法の支配という意味に関して彼自身の解釈を与えたことである。」
- (9) ダイシーは、『憲法序説』の第2編第5、6、7章で、「人身の自由の権利」「議論の自由の権利」「公の集会の権利」を取り扱っている。
- (10) ダイシーの文の「国の通常裁判所の前での通常の法的なやり方で確証された明瞭な、法の違反の場合を除いて（except for a distinct breach of law established in the ordinary legal manner before the ordinary courts of the land.）」（W.188/訳179）にある‘breach of law established’のestablishedがかかるのはbreachかlawかによって大きく裁判所の役割が変わることを指摘しているのが、杉村敏正『法の支配』『法律論叢』60巻5号（1954年）、23ページ注②である。本論文は、国名表記、漢字、注番号が改められた上で、杉村敏正『法の支配と行政法』（1970年）に、所収されている。当該書では、6-7ページ。杉村によれば、ダイシーは「行政部に法違反の確定を行わせるべきでない」と考えていたので、この文の（法）違反（breach）は裁判所と関わる。それに対して、伊藤正己「英米法における「法の支配」」『法理學体系法學理論編 44』（1950年）9ページ（『法の支配』、5ページ）は、「通常の法的方式をもつて確定せられた法」と訳しているのでlawに掛けていることになる。
- (11) 下山瑛二「ダイシー」伊藤正己編『法学者 人と作品』（1985年）、177ページ。
- (12) W.193 note 1/訳183（*）「この意味の法の支配は、国王かその従者の側には「法や処置を」排除する権力が存在しないこと（the absence of any dispensing power）を暗に意味しているか、或いはその不在と少なくとも密接に結び付けられている。」
- (13) Wade, Introduction, pp. cxiii-cxvii. 参照。日本語文献としては、杉村、前掲論文、35-38、41ページ（杉村、前掲書、17-20、22ページ）。末川博編『新訂法学辞典』（1956年）の「法の支配」の項目参照。なお、日本語文献としては、「ダイシーの行政法関係の論稿をほぼ網羅し、しかも年代順に並べ」（訳者はしがき）訳出し、解説した本である、A.V.ダイシー著、猪股弘貴訳『ダイシーと行政法』（1992年）を参照。

- (14) ダイシー著、猪股訳『ダイシーと行政法』所収、159-160ページ。ダイシーによるイギリスの行政法の理解については、猪股訳、同書、訳者解説、198-202ページ参照。またこのダイシーの第2の意味については、杉村、前掲論文、25-37ページ（杉村、前掲書、8-37ページ）参照。
- (15) 辻清明「法治行政と法の支配」『思想』337号（1952年7月号）、11ページ。辻と辻がこの論文で言及した柳瀬良幹との相違から起こりうる論争に関して、愛敬浩二「「法の支配」再考」『社会科学研究』56巻5-6号（2005年）、9～10ページ参照。
- (16) 伊藤正己「立法過程における法の支配」『思想』337号（1952年7月号）、18、23ページ。
- (17) この文の引用は、前掲、末川博編『新訂法学辞典』の「破壊活動防止法」の項より。なお、当時の日本の政治状況はこのようである。敗戦国日本は、1951年9月8日にサンフランシスコ講和条約によって翌年1952年4月28日に占領状態から国家主権を回復する。しかし、講和条約は、前年の1950年6月25日に勃発した朝鮮戦争の影響を受けたものであり、講和条約と同時に締結された日米安全保障条約（1952年4月28日発効）によって、日本はアメリカ合衆国の対ソヴィエト社会主義共和国同盟・中華人民共和国との対立構造に組み込まれた。占領連合軍最高司令官マックアーサー（MacArthur）が警察予備隊創設等を指令し（1950年7月8日）、それを合法化するために警察予備隊令を政令での決定（同年8月10日）、国家主権回復後、政府による、警察予備隊を保安隊に改組する保安庁法（1952年7月31日成立、1952年8月1日施行）、防衛二法（防衛庁設置法・自衛隊法）の成立（1954年7月1日施行）といった日本国憲法の根幹を揺るがす事態が進行する。
- (18) Ivor Jennings, In Praise of Dicey, *13 Public Administration* (1935), p.132. 「憲法は、彼〔ダイシー〕にとって、市民の基本的諸権利を護るための基本的道具であって、社会が市民の利益（benefit）のために奉仕を供与することを可能にする道具ではなかった。」
- (19) 但し、抽象的憲法判断を行なう憲法裁判所を特別裁判所と考えれば、特別裁判所の問題は複雑になるので、この考察を私は行なっていない。ダイシーの頃、憲法裁判所はどの国にも設置されていなかった。
- (20) 私は、「民主主義科学者協会法律部会会報」第207号（2025年6月10日）、「徳田靖之弁護士、内田博文名誉教授の報告要旨」で、戦後ハンセン病患者の刑事被告人を対象とした特別法廷が設置され、殺人事件の無実を訴えた被告人に弁護士がつけられず、かつ傍聴が事実上不可能な法廷における裁判で死刑判決が下され死刑が執行された事件（菊池事件）が存在していたのを知った。熊本県が出している菊池事件の概要（<https://www.pref.kumamoto.jp/uploaded/attachment/49316.pdf>）によると、「死刑にまで至ったF氏〔被告〕の裁判において、F氏は一度も裁判所に出頭したことがなかったということである。最高裁判所は、裁判所法第69条2項に基づいて、第1回公判期日に先

立つ1952（昭和27）年10月9日、「熊本地方裁判所は、被告人Fに対する単純逃走被告事件について、熊本県菊池郡西合志村国立療養所菊池恵楓園において法廷を開くことができる」（PDF.8ページ）と決定した。最高裁判所は、上告審裁判所も隣接地にある菊池医療刑務所支所に特別法廷を認めた。この事件は、現在も、再審請求がなされている。この事件は、2013（H.25）年に被告支援団体より最高裁判所に対して「特別法廷」の検証を求められ、2016（H.28）年に最高裁判所事務総局が「ハンセン病を理由とする開廷場所指定に関する調査報告書」を出すまで、らい予防法は1996（H.8）年4月1日に廃止されているにもかかわらず、最高裁判所自らはこの問題を放置していた。この事件は、日本の司法がどこまで人々の人権を重視しているのかを考える場合の大きな資料を提供している。

- (21) Geoffrey Marshall, rule of law, in *The Blackwell Encyclopedia of Political Thought* (1987) 同じ著者は、「立憲主義」の項目の書き出しで「法の支配、それは立憲主義と同義であるのを論証できるのだが……」と書いている。（本稿（1）195-196ページ）
- (22) Dicey, preface to the First edition of *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 伊藤、田島訳『憲法序説』、初版への序文、iページ。但し、初版の書名は3版以後と少し異なる。
- (23) 田中和夫『英米法概説』（1971年）、103-112ページ、藤倉、木下、高橋、樋口編『英米判例百選 第3版』（別冊ジュリストNo.139）（1996年）4-5ページ（畑博行執筆）、佐藤、前掲書、79-86ページが要領よく教えてくれる。
- (24) 田中、前掲書、112ページはこの点を指摘している。なお、（W.165/訳156）の文は、「全ての個々の連邦国家」と書かれていることに注意。
- (25) ダイシーは、主権を法的主権と政治的主権に分け、法的主権の性質は、本文で述べたように、単一性国家の場合それは無制限であると考えている。石井、「ダイシーの法思想（一）」『龍谷法学』38巻3号（2005年）、85-94ページ参照。同、94ページは、ダイシーが法の概念に関して、余り厳格な態度を有していなかったとしている。
- (26) 石井、前掲論文、「ダイシーの法思想（一）」75ページ注（7）、ダイシー著、伊藤、田島訳、前掲書、関連年表、参照。なお、ダイシーは、アイルランド自治法案に強く反対し、それに関する著作も多く出している。
- (27) Blackstone, *An Analysis of Laws of England* (7th ed.1771), pp.16-18.この著書が、*Commentaries on the Laws of England*よりの以前であるを書くのは、*An Analysis of Laws of England*の前文の日付が「1753年11月6日」となっているからである。
- (28) Trowbridge Ford, *Albert Venn Dicey* (1985), p.140によれば、ダイシーの国王の権力に対する軽視は意図的である。『憲法序説』の（W.53-54 & n.3/訳51とそこの注）がその例として挙げられている。
- (29) Jean-Louis de Lolme or Delolme. 1740-1806。スイスのジュネーヴで生まれ

- る。1770年代数年間イギリスに亡命。その間、イギリスの憲法に関する彼の著作が、1771年フランス語で出版され、その後それに加筆して英語版が1775年出される。参照、<https://oll.libertyfund.org/pages/de-lolme-and-the-english-constitution>
- (30) そうであっても、1800年代のイギリスの対外政治を考慮すると、私は、『憲法序説』で戦争や平和、外交という事項が事例として触れられていても（例（W.321/訳310））一般論として触れられていないことに対して不思議に思う。彼は、その領域を政治の領域とみなしていたかもしれない。
- (31) 私は、この部分のダイシーの表現に違和感を覚える。何故ならば、彼は、ブラックストンの国王大権の取り扱いに関して現実に見合っていないと書きながら、引用した文では、法律用語であるにしても、国王（the Crown）という用語が使われ、内閣という実態が隠されているからである。ダイシーはアイルランド問題に関わり、執行府の実態、議院内閣制を周知しているはずである。
- (32) マクワルワイン、森岡敬一郎訳『立憲主義 その成立過程』、236-237、18ページ。佐藤、前掲書、52-54ページ。
- (33) 私は「優位な法」と書いたが、「優位」＝「上位」と考えていない。法の上位・下位の評価基準は、法制定者（機関）の権力ないし権威の上下関係に基づく。それに対して、優位の法で「古来の法」を評価基準にする場合は、法の古さという時間的尺度が入る。両者は、法の思考において、時期（中世／近代）を画する程の異なりを持つ。
- (34) 佐藤、前掲書、54ページ。反対説としては、石井幸三、「コウクの法思想」『阪大法学』、92号（1974年）、39-58ページ。ただし、石井論文後も、コンピュータでDr. Bonham Caseという語で検索すると、CokeやDr. Bonham Caseに関して多くの論文が書かれているので、石井論文も見直される必要がある。ペイカー著、深尾裕造訳『イギリス法史入門（第5版）』（第I部）（原著2019年、訳書2023年）、344-345ページ参照。
- (35) ダイシーの文章で引用されているメインの著作は正式には、(*Lectures On The Early History Of Institutions*, (1st. ed., 1875) であり、書籍名は、先頭に (*Lectures On*) がついている場合がある。私は、ダイシーが利用したその著書第7版の当該箇所を<https://archive.org/details/maine-early-history-of-institutions-7th-ed-1914/page/871/mode/2up>で見た。メインは、当該箇所、オースティン（Austin. 1790-1859）の主権論を批判する形で、インドの地域の例を挙げ主権者に該当するインドの首長は慣習法を尊重して自ら立法しないと、書いている。そこでは、メインは、ボナム事件やコウク（クック）に言及していない。
- (36) 佐藤、前掲書、53ページで、高柳賢三『司法の優位〔増補版〕』を介して紹介されているボナム事件判決に関する別の読み、法格言「何人も自己の事件について裁判官となりえない」を基にした読解は、ブラックストンの読みで

ある。Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol.1 (1765.Reprint of 1st ed.),p.91.に書かれている、8 Rep.118が、*Coke Report*であることを示している。前注のペイカーは、これを自然的正義 (natural justice) の原則と書いている。A *Dictionary of Law* (3rd. ed., Oxford U.P. 1994) は、natural justiceを法学用語として記載している。それによれば、それは、フェア・プレイの規則 (公平なやり取りの規則・rule of fair play) であり、そこには二つの主要規則がある。一つは、偏向禁止の規則であり、もう一つは「他方も聞けという規則」である。「何人も自己の事件について裁判官となりえない」は、前者の主要規則に該当する。

- (37) ここで「〔適用を排除された連邦〕法」と訳したのは、ダイシーの先行文でこのような説明があるからである。「連邦最高裁判所は、連邦議会の諸法律を無効と宣言すると言うことが自然かもしれない。しかし、実際は、このことはそうではない。その裁判所は、決して直接に連邦議会の法律に関していかなる意見も発言することはしない。その裁判所が実際やることは、与えられた事件で、AはXに対して勝訴の判決を得ることができるかどうかを単純に決定するだけである。しかも、その事件を決定するにおいて、連邦裁判所は、当該連邦法は連邦議会の憲法的諸権力を超えているので、その法律は考慮に入れられないと決定できるかもしれない。」(W.163-4/訳154) ダイシーは、違憲判断の効力を当該事件に限っている。

本稿 (1) の訂正

本稿 (1) で、佐藤幸治『立憲主義について』の引用で以下の転記の誤りがあった。矢印の前が、前稿での誤記部分であり、その後が正文である。

本稿 (1) 185ページ、佐藤著、15-16ページの文。

「憲法」(立憲主義) → 「憲法」(「立憲主義」)

優越し (憲法の優位) → 優位し (憲法の優位)

本稿 (1) 186ページ、佐藤著、21ページからの文。

古代ギリシャまで → 古代ギリシャにまで

権力のあり方が成立 → 権力のあり方が整理

本稿 (1) 186ページ、佐藤著、6 ページからの文。

「受け継ぎつつ」「作ったのが」 → 両者の後に読点をつける。

本稿 (1) 199ページ注 (3)、佐藤著、185ページからの文。

詳しく言えば → 具体的にいえば

仕組み・根拠 → 仕組・根拠