慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	伊藤正巳著『イギリス公法の原理』
Sub Title	M. Ito : Principles of English public law
Author	金子, 芳雄(Kaneko, Yoshio)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1955
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.28, No.2 (1955. 2) ,p.85- 90
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	紹介と批評
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19550215-0085

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

伊藤正巳著

『イギリス公法の原理』

(一)

著者、伊藤正巳教授については、あえて、ここで紹介する必要もないとおもわれるが、わが英米法學界において最も將來を期待せられている新進學究である。この書は、同氏が今までに研究をかさねられた英米法の業績中より、イギリス公法、とくにイギリス憲法にかんする部分を整理執筆せられたもので、その着想に、また、分析のするどさにおいて、非常に價値たかきものである。

さて、本書を概觀すると、まず第一に、イギリスでとかく公法という分野が私法と分化してかんがえられず、その理論的研究は等閑にふされ、實際的運營もまたかえりみられなかつた。このような理由は何處にそんするか。その點を歴史的に考察し、さらに、現代のイギリスで公法という場合、いかなる法分野をさすか、とくに本書で用いる公法という言葉はいかなる內容のものであるかをのべる。ついで第二に、イギリス公法原理を、ダイシーのかの名著「憲法論」における分析にしたがい、憲法の歴史性・法の支配・國會主權にわけ、これら各〻につき考察をくわえると共に、これら三の相互連絡性を强調し、イギリス公法の特質をクローズ・アップする。そこで、本稿においても、この順序にしたがい、著者の强調せられる點を記述しつつ、若干これらにたいし卑見をくわえてゆく。

(二)

第一章　緒論、この章は、さらに、公法の意義、ダイシー傳統の二にわけられる。まず、公法の意義において、イギリスでは十九世紀までは公法と私法の區別が、理論上はともかく、實際上ほとんどかえりみられなかつた。而して、このながい間の公私法未分化の狀態こそ、現代イギリス公法の特色を形成する。そこで、このような未分化の狀態が何故繼續したか。この原因とし、著者はイギリス法の繼續性を指摘する。この繼續性について、「イギリス憲法の最も基本的な制度と、多くの基礎的な前提とは、きわめて古く、中世にその起源をもつ。近代が憲法に對して行つた貢獻は、創造というよりも、中世の基礎のうえに建設を行い、それらの基礎の各部分の間の關係を變更するという形を、主としてとつたものである」というクライムズの言葉を、かれの憲法史中より引用し、中世にさかのぼり、現代公法の特質となつた部分を探究する。中世の公法は私的な土地領有關係と區別しえざるものである。ゆえに、イギリス公法がその繼續性のため、その基盤を中世の諸事實にもとめるかぎり、かつ、クライムズの言葉が妥當なものであるかぎり、現代の公法もまた中世のこれらの事實を基礎とし、したがつて、歴史的に公法・私法の區別をもとめることは明瞭な結論に到達しないことになる。

もちろん、このように公法の基礎を中世法にもとめることは、イギリスにかんするかぎり必要であり、かつ、正當なことであろう。しかし、一層必要なことは、これら中世の事實が近代の絶對主義に克服されずに現代のごとき形をとるにいたるまで發展したか、すなわち、クライムズの「……創造というよりも、中世の基礎のうえに建設を行い……」という點である。この點こそ、ダイシーをしてイギリス憲法を謳歌せしめたものであり、また、大陸諸國と異つた政治形態を維持し、したがつて、これに關聯し大陸行政法とは異つた獨自の行政法の型を生成せしめた點である。本書においても、この點に着目し、まず、チューダー・スチュアート朝の法について分析をおこなう。すなわち、近代の絶對主義は權力優位の法思想をもとし、中世法を拂拭し、近代法體系を導入した點に歴史的意義をゆうする。而して、チューダー朝の法は中世法の完成、スチュアート朝の法は完全な絶對主義の法として一應の區別をみとめ乍ら、これら兩者の法はともに、コモン・ローにたいし國家權力の優越を主張する點に共通性をみいだす。このため、兩朝の時代には諸種の大權裁

判所が設立され、かつ、コモン・ローにたいしローマ法が重要視された。これらの點大陸諸國と同一類型をゆうし、大陸的意味の公法の基礎を一應ととのえていた。しかし、それにも拘らず、絶對主義の壓迫を克服し、イギリス特有の道をすすんだ理由とし、本書はコモン・ロー法曹の力をあげる。なお、本書はこのような制度的變遷にくわえ、十八世紀來、學說上公法はどのようにみられてきたかにつき、十八世紀の代表としてブラックストン、十九世紀の代表としオースチンの學說を紹介する。最後に、絶對主義克服後の自由放任主義、さらに、今世紀に入つて自由放任主義から國家權力の社會への介入、この急轉のため、イギリス公法にも近代的公法原理が姿をあらわしたと結ばれる。ただ、ここで近代的公法原理という言葉が大陸法におけると略〻同樣の意味につかわれているとすると、いささか疑問がのこる。大陸型公法において、絶對主義から法治主義に變遷するさい、初期・中期の法治思想はいうまでもなく自由放任を基礎とした。これにたいし、社會が高度資本主義化した今日において、社會への國家權力の介入、すなわち、國家權力による指導が大陸でも顯著な事實となつてあらわれてきた。古き警察國家時代の國家權力の社會への介入と、現代のごとき後期法治國家乃至文化國家時代の國家權力の社會への介入とは異質のものである。ゆえに、これらの公法原理もまた異らねばならない。この點よりみるとイギリスの二十世紀の公法原理は大陸法的意味において後期法治國家乃至文化國家時代の公法原理に相當するのではなかろうか。

右のごとき前提をうけ、いよいよ本論に入るのであるが、その前に、著者はイギリス公法の基本原理として、イギリス公法の歷史性・法の支配・國家主權の三をあげる。これらはいうまでもなくダイシーの見解をもととしたものである。そこで、基本原理をこれら三に限定した理由、および、ダイシーの見解にしたかつた理由を解明するため、とくに「ダイシー傳統」という項をもうけ、イギリス法學界においてダイシーの占める地位、ならびに、かれの學說の影響を論ぜられる。

(三)

上述の序論的考察をおえ、本書はいよいよイギリス公法原理の三項目の各〻について考察をくわえてゆく。そこで、まず問題とされるのは、「イギリス憲法の歷史性」（第二章）である。「イギリス法は創造せられたものでなく生長したものである。」とはイギリス法研究家がひとしく愛用する表現である。もちろん、生長といつても自然的生長とはことなり、人間の意思と行爲の介在を必要とする。しかし、人間の意思と行爲を前提としても、なお、成文法國にしばしばみられるごとく、一成文法の制定により、社會制度を一擧に變更する點よりみれば、やはり、イギリス法は各時代の社會と密接に連繫をたもちつつ生長したものである、とする表現は妥當のものであろう。したがつて、イギリス憲法の原理を探究するにあたつては、本書にしめされたごとく、過去の展開の誤りのない檢討をくわえ、その史的判斷のうえにたつて、現在および將來のあり方を追及しなければならないということになる。しかし、このような研究方法は豐富な學識と多くの努力とを必要とし、成文憲法國の憲法原理探究と較べ、優るとも決して劣らぬ困難さがそんする。

本書は右のごとき研究を基盤とし、まず、イギリス憲法史中より公法原理に偉大な寄與をなした①アングロ・サクソン期の國王制および地方制、②中世における國會その他中央政府機構の創設、③近代憲政における內閣制度の發展、④二十世紀にあらわれた執行部の權限强化、について史的素描をこころみる。ついで、このような憲法史と連繫をたもちつつ憲法の法源の研究をおこなう。この法源の研究について、注意せねばならぬことは、英國憲法は不文憲法、すなわち、憲法典とよばれるべき法典のそんさぬことである。もちろん、憲法とよびうる個々の制定法はそんする。しかし、これら制定法の根源にはつねに判例憲法乃至憲法上の慣例という不文の法源がそんする。このため、成文憲法國とことなり、これら數多くの法源について特別の考察をなす必要がある。本書はこの點にかんがみ、憲法中の制定法を一覽したるのち、とくに判例憲法・憲法上の慣例を重要視し特別の考察をなしている。

ついで、本書は「法の支配」と「國會主權」の兩原理をとりあげる。これら二大原理こそ、イギリス憲法をして世界的注目をなさしめたものである。そこで、まず、本書における「法の支配」（第三章）の考察方法をのべよう。諸國におけると同樣、イギリスにおいても、「國王は法の上にある」という權力優位思想と、「國王は法の下にある」という法優位思想がながい間對立抗爭してきた。しかし、この抗爭も、いわゆる、光榮革命を機とし、法優位思想が勝利を確保し、ここに「法の支配」の原理が樹立せられた。しかし、イギリス憲法は前述のごとく生長してきた法である。一制定法の規定により「法の支配」の原理が確立せられたものではない。このため、「法の支配」の原理を理解するためには、まず、この原理がいかなる過程をへて生成してきたかをしらねばならない。この點、本書の敍述にしたがえば、「法の支配」の思想は遠く中世法のうちにその起源をゆうする。中世法の自然法的性格、ゲルマン法の慣習性、これらはいかなる人のゆうする權力も、法の下にあるということを前提とする。さらに、現實具體的には、封建契約という法的關係をもととする領主と領民との關係において、領主は恣意的に領民を支配することができず、常に一定の支配のための法にしたがわねばならぬ。これゆえに、イギリスでは中世においてすでに「法の支配」の萌芽がみられるという。しかし、この「法の支配」は近代的意味における「法の支配」とは趣をことにする。これら萌芽がその發展過程において、絕對主義よりの壓迫を克服し十九世紀的「法の支配」に到達したか、すなわち、「法の支配」の原理の生長こそ重大なる意義をゆうする。本書もこの點に着眼し、中世の「法の支配」の思想のコモン・ローへの滲透、すなわち、實定法的裏づけをゆうする「法の支配」、さらに、このコモン・ローの優位から、國會主權が樹立され國會制定法の優位、さらには、この兩者をふくめたイギリス通常法の優位をかたる。而して、この「法の支配」の原理は十九世紀の自由主義的秩序をもととした國家構造をゆうした時代にもつとも榮え、そののち、今世紀に次第に衰退の道をあゆみ、その反面、行政裁判制度の擡頭となつたと結ぶ。このように、十九世紀に「法の支配」の原理が一頂點に達したとすると、「法の支配」の意義を把握するにあたり、十九世紀の「法の支配」の意義をみるのが便利であろう。而して、十九世紀的「法の支配」といえば、當

然にダイシーの示した「法の支配」の原理が想起される。そこで、本書でも「法の支配」の意義をのべるにあたり、ダイシーの所説を中心にして記述し、さらに、この原理が具體的效果としていかにあらわれたかを、人權の保障の項でとりあつかう。

ついで、二十世紀にいたると、イギリス公法は二つの大戰を媒介として激しく變動した。このため、イギリス法中より、とくに、公法なる言葉がとりだされ、學界はいうにおよばず、極端なまでに保守的なイギリス法曹にまで行政法という言葉が常用されるにいたった。二十世紀におけるイギリス公法の流れは、かの古き時代の「國王は法の上にある」、「國王は法の下にある」という兩思想の對立にもまして、「法の支配」と「行政裁判制度」の對立により多彩な論爭を生じた。十九世紀までのイギリス公法は「法の支配」を中心として變遷した。しかし、二十世紀のイギリス公法の流れは、「行政裁判」制度の興隆を中心として語られねばならないというも、あえて、過言ではないであろう。

この行政裁判の發展にかんし、本書は、まず、ダイシーの所說を引用する。ダイシーは一八八〇年にかの名著「憲法論」を世に問うて以來七版にいたるまで、イリギスに行政法の存在しないことを強く主張してきた。また、二十世紀初頭、同書第八版をあらわしたさい、行政法にかんする長い序論をこれに附加しているが、なお行政法の存在を肯定しない。しかし、その後現實にあらわれた幾多の事實により、かれダイシーも、ついに行政法の存在を肯定せざるをえなくなり、ロー・コータリー・レビュウ誌に有名な論文「イギリスにおける行政法の發達」を發表するにいたつた。このダイシーの所說の變遷はイリギス法曹の多數意見とみることができる。このため、二十世紀初期にいたる行政裁判の發展をのべるにあたり、ダイシーの所說の變遷に關聯づけて敍述をおこなう本書の態度は要をえたものといいえよう。さらに、その後の發展段階を本書は、ダナフモア報告書により、あるいは、幾多の裁判例等を引用し興味深くかたる。而して、最後に、「福祉國家における『法の支配』は果してどのような變遷をしてゆくであろうか。わたくしは、『法の支配』という司法的國家構造を高く評價するだけに、この將來に深い關心をよせざるをえない。」とし、本章を結ぶ。

本書は最後の章（第四章）において「國會主權の原理」を論ずる。由來、イギリス國會制度は各國の國會制度の模範とされてきた。しかし、制度的にみる場合のほか、法的にみてもイギリス國會は種々の特色をゆうする。さらに、この國會は前述の「法の支配」の原理と密接な關聯をゆうする。「法の支配」は前述のごとく、國家權力に對抗することを主たる任務としてきた。しかし、國家が存する以上、全く權力を無視することは不可能である。イギリスにおけるこの國家の權力面は、他國と異り國會に集約されてきた。もちろん、國會主權が確立せられるまでには、幾多の歷史的變遷をへてきている。本章においても序說で、まず、これら變遷がとかれ、ついで、「國家主權」の意義がのべられる。國會主權の意義についても、ダイシーの「憲法論」における國會主權の意義が紹介され、しかる後、これに關聯しながら著者自身の見解をあきらかにする。ついで、イギリスにおいて國會というとき、これは國王・貴族院・庶民院の三機關よりなるとし、かつ、光榮革命後しばらくの間これら

三者は、ほぼ對等の地位にあつたという。しかし、その後、國王および貴族院は次第にその權力を減じ、庶民院優越の體制を形成してきた。この過程も現在の國會の實質を形成する以上、かならず觸れねばならぬ部分である。さらに、國會主權に關聯し、最近とくに問題となつてきた點がある。委任立法の問題、この委任立法は前記、行政裁判と表裏一體となりイギリス行政法の實體を形成する。しかし、行政裁判がイギリス人をして星室裁判所等の大權裁判所を想起せしめるごとく、委任立法も亦、いわゆる、ヘンリー八世條項をおもいおこさせ惡感情をいだかしめる。しかし、これ等兩者はともに現代の國家に必要不可缺の存在である。このため、現代イギリス公法の原理を探究するにあたつて委任立法は現在いかなる意義をゆうし、またいかにあるべきかを充分研究せねばならない。かかる事情にかんがみ、本書はとくに委任立法の項をもうけ、これが起源・變遷、とくに十九世紀以後の變遷をのべ、現在これがいかなる役割をはたしているか、また、委任立法により生ずる弊害にたいし、いかなる手段がこうぜられているかを國會主權に關聯しつつのべている。

(四)

イギリス公法にたいする筆者の理解の薄弱ならびに、頁數の關係もあり伊藤教授の力作を充分に紹介しえなかつたが、本書の根底を流れるものは、ダイシーの名著「憲法論」であり、この書を的確に理解し、この上にたつてイギリス公法のもつ現代的意義を明かにしようとする。ダイシー「憲法論」の初版いでてより、すでに七十有餘年、版を重ねること九版、さらに、ダイシーにたいする批判も諸家により活潑になされている。しかし、ダイシーを現代的に再認識せんとする著者、伊藤教授の態度はきわめて堅實なものであるとともに、本書の隨所に、イギリス公法にかんする著者の深い理解と鋭い分析がしめされている。このような點よりして本書は、最近のかかる方面の著作中最もすぐれたものの一つにあげることができ、かつ、これが、時期やや遲きの感あるも筆者をしてあえて紹介の筆をとらしめた所以である。（弘文堂發行　二八七頁　四五〇圓）

（金子芳雄）