

書評：M. Loughlin, *Public Law and Political Theory* (1992),  
Claredon Press, Oxford.

吉 居 秀 樹

(1) ここで紹介しようとする「公法と政治理論」の著者M. ロフリンは、現在マンチェスター大学教授（この職に移るまでウォーウィック大学（Warwick Law School）をはじめとして、ロンドン大学(LSE)、グラスゴー大学 John Millar Professor of Law を歴任してきているの）であるが、本の冒頭をつぎのように書き始める。「現在、公法の研究は極めて不満足な状況にある。我々がこの国において公法思想の伝統に対して意見を述べることができる限りでは、それは、我々が公法の固有の体系（distinctive system of public law）をもたないという思想に基づいている」。そして、この著書の以前には、彼の知る限りでは、「公法が固有の学科であると詳細に説明しようと試みたものはだれもいなかった」(p. 1. 以下本書についてはページだけを示す)。

このような問題意識は、本の題名に示されているように、公法と政治理論との対話の欠如から生じてきているものであり、従って、法・政治理論の一側面とみなされる公法理論の重要性の分析とその分析をもって公法理論と政治理論の再統合という野心的ともいえる試みが、本書の最も重要な目的であるということができる。このような取り組みは、ロフリン自身が序文において述べているように、彼の前著「現代国家における地方政府 Local Government in the Modern State」(1986) において用いられた方法論の延長線上にあって、

そこでの不十分さを補いさらに発展させようとしたものである (p. v)。すなわち、彼は、前著において、統治システム内における地方政府の役割に影響を及ぼしてきた法的発展の理解を助けるために、大雑把に政治学から導き出された枠組みを発展させた。その際に、これらの発展が公法の伝統へ及ぼしてきたインパクトを熟考することが残された課題であった、と。

前著において明かにされてきたのは、一方では、現代イギリスの地方自治について、中央—地方政府間の法規範構造がその実体を反映しておらず、この関係は、法規範的形式の側面から決定されるのではなくて、交渉 (negotiation) や取引 (bargain) といった柔軟な行政手法を用いた行政実務によって決定されてきた、ということである (Loughlin, (1986), p. 186-187)。これは、いわゆる伝統的公法学説が地方自治の実体を説明し得ていないことを意味する。

他方、上述の中央—地方関係は福祉国家観の確立と共に形成されたものである。すなわち、福祉国家観が共通認識になるとともに、地方自治体の重要な任務は、それまでの基礎的社会基盤整備や公共事業等の生産活動に関わるものから、教育、住宅、対人社会サービスといった消費者保護のものへと移行してきた。前者の任務は主として公社公団が担うようになってきた。これらの改革は特に第二次世界大戦後に行われたものである

(ibid., pp. 6-7)。また、この間、財政上特徴的となってきたことに、公共支出に占める地方財政の比率が増加してきた一方で、その財源については、いわゆる当時の地方税であったレイトと中央政府の補助金 (grant) の比率が逆転し、補助金の比率が高くなってきたことが挙げられている (ibid. p. 10-11)。しかも、この中央-地方政府関係すらも、1980年代の保守党政権下において解体される方向へむかってきた。

本書が前著との関係の中で捉えられるものとするならば、上述した行政・政治環境の変化の中で公法の研究はどのような取り組み方をしたらよいのだろうか、という問にたいする理論的側面からの一つ解答を本書においてロフリンは提示していることになる。

ロフリンは、現在の公法研究のおかれている状況を、地図なき航海にみたてる。理論は航海における地図であり、「いかに不完全で不正確であっても、全くないよりはまし」なのであって、航海へ出発するための地図作りの準備が始まる (pp. 37-40)。

(2) では、ロフリンは上述した問題意識にたいしてどのような取り組み方をしてるだろうか。

ロフリンは、「公法にたいする理論的アプローチは、解釈的、経験的、批判的そして歴史的でなければならない」(p. 36) とする。(すなわち、公法研究へのアプローチは、非常に挑戦的であって、一定の行為 (practice) がどのように意味を求め、特定の意味がどのように概念と関係し、そして様々の概念が理論的枠組みとしての構造の中にどう結びついているかを認識するという意味で、解釈的である。その作業の後、これらの理論的枠組みが実際の政治的、社会的現実とどのような関

係にあるかを評価する作業があるという意味で経験的であり、これらの現実が時間を超えて変化してきた様式を評価すべき限りにおいて、歴史的である。最後に、検証される概念的領域での選択可能な地図の検討をするという意味で、批判的である (p. 38)。

ロフリンは、まず、このような自己の研究方法の正しさの根拠を、スコットランドの啓蒙期において、法学的、社会学的そして政治学的関心を結び付けた「立法の科学」の確立を試みたジョン・ミラー (John Millar) の研究に求めた (第一章)。しかしながら、この公法と関連諸科学分野との関係を確立しようとする研究方法とそこで用いられた広義の公法概念は、19世紀後半には、ダイシー (A. V. Dicey) の研究と結びついた「分析的方法 analytical method」にとって代わられる。「ダイシーの目的は、その関係を切断することであり、自律的学科 (autonomous subject) を確立することであった」(p. 18)。この移行の背景には功利主義と法実証主義の二重の影響があったとされる。

また、ロフリンは、この旅を進んでいくにあたって、三つのレベルでの作業を行う、という。第一に、この学問対象への研究方法に重大なインパクトを与えてきた公法学者の著作の分析。次いで、公法思想の主要な概念構造ないしスタイルを明らかにすること。そして、法と政府との関係についての自己の考えを形成するために、主要な政治理論又はイデオロギーの検証がこれである (p. 38)。

そして、彼は、旅へとすすむための予備的考察として、第三章で、公法研究における解釈学的アプローチの重要性を確認するために、ロースクールにおける公法教育に浸透する知的伝統の検証を、

行為と意味 (practice and meaning) との関係  
を考察することによって、行う。そこから、この  
本の最も特徴的で中核的部分へ、すなわち一般的  
理論的アプローチからの公法の検討へと進んでゆ  
く。

(3) ロフリンは、第四章において、M. ウェー  
バーに倣いつつ公法思想についての二つの理念型  
(Ideal Types) を提示する：規範主義 (nor-  
mativism) と機能主義 (functionalism) がこ  
れである。「英国における公法上の意識は、両極  
分化した意識であり、我々が本質的両極性を確認  
するのは規範主義と機能主義のスタイルにおいて  
である」(p. 61)。これら思想スタイルそしてそ  
の基本的概念が、政治的価値やイデオロギーを反  
映したものとして理解される。

第五章と第六章では、これら各々の理念型につ  
いての代表的思想家が選ばれ、そのスタイルが検  
討され、確認される。この確認の後に、これら理  
念型を用いて、第七章と第八章において、公法思  
想そのものの形成に影響を及ぼしてきた研究業績  
の評価がなされる。これを受けて、最後の第九章  
と第十章において、現在公法が直面している問題  
状況に対するロフリンの解答が示される。

ロフリンによると、公法による規範主義スタイ  
ルとは、「権力分立の理念及び政府を法へと従属  
させる必要性にたいする信念に根拠をもつもので  
ある。このスタイルは、法の裁決的且つ統制的機  
能に焦点をあて、従って、その規制の方向づけと  
その概念的性質を強調する。規範主義は本質的に  
法の自律性の理念を反映している」。他方、機能  
主義スタイルとは、「法を統治装置の一部とみる。  
その焦点は、法の規制的、促進的機能へ、従って、  
目的と対象 (aims and objections) へ向けられ、

概念道具主義者の社会政策アプローチ (instru-  
mental social policy approach) を採用する。  
機能主義は進歩的、進化論的变化の理念を反映し  
ている」(p. 60)。規範主義者にとって法が立法  
に先行するのに対して、機能主義者にとっては立  
法が民主的思想の具体化として最高の法形式であ  
る。同様に、規範主義者にとって法が国家に先行  
すると信ずるのに対して、機能主義者にとって諸  
権利は国家から放射されたものである。機能主義  
スタイルの中では民主的代表が適法性の根拠であ  
り、さらに民主主義は政策上の倫理観念を反映し  
ているのに対して、規範主義スタイルにおいては  
民主的地位は二面的様式で扱われる。機能主義者  
のスタイルは、規範主義者の採る二分論 (政府/  
裁量/政策と法/規制/権限との二分論) を壊そ  
うと試みていると考えられる。

この二つのスタイルは、自由、秩序、国家につ  
いても根本的に異なった概念をとっている。例え  
ば、規範主義にとって、自由とは外的制約が存在  
しないことであるが、機能主義にとっての自由と  
は、何かを行い又は享有するための現実の資格と  
なる、という具合である。国家観についても同様  
に、積極的国家は、規範主義にとって、奴隸国家  
(servile state) として特徴づけられるのに対し  
て、機能主義は積極国家を社会の成長している道  
徳化の表現とみるのである (ibid.)。

(4) ロフリンによると、規範主義は、保守主義  
と自由主義の上に基礎づけられる (第五章)。こ  
の保守主義の代表的思想家として選ばれたのがM.  
オークショット (Oakeshott) であり (p. 64 f.)、  
自由主義者の代表として選ばれているのがF. A.  
ハイエク (Hayek) である (p. 84 f.)。ロフリン  
は、この二人の思想家の研究の分析を通じて規範

主義の特徴を次のようにまとめている。

「オークショットの研究のほこ先は、ゆっくりとした歴史過程を通じて発展してきた習律、黙約 (understandings)、そして慣行 (practice) をもった英国憲法が現実に意味をもつ世界についての一つの見解を主張している、と解することができる。この点からみれば、我々は、オークショットの研究対象とコモンローマインドの観念との間には明かな対照を認めることができる。

ハイエクからは、我々は、個人の尊厳と個人の自由の優越さの規範主義的思想における重要性を率直に述べられているものとみてとる。我々は、また、これらの諸価値の保護及び促進と一般的、抽象的且つ目的独立的規則としての規範主義的法概念との間に明確な結びつきをみてとる。これらの関係から、我々は、法の支配の下での制限された政府が規範主義において果たしている意義を評価し始めることができる」(p. 102)。

機能主義スタイルは、「社会主義の政治理論」あるいは「集団主義者の社会的存在論」と類似性をもつものとして捉えられている。従って、機能主義スタイルの基盤は政治的イデオロギーというより知的方向性を検証することによって最もよく明らかにされるものとされる。そこで、機能主義スタイルへ知的影響を及ぼしてきた三つのグループの思想家達が選ばれている。すなわち、フランスの社会学的実証主義の代表者として、コント (Auguste Comte)、デュルケム (Emile Durkheim) が、イギリスの社会的進化論者のスペンサー (Herbert Spencer) とフェビアン協会 (Fabrians)、そしてアメリカのデューイ (John Dewey)、法リアリズムからのプラグマティズムの三つである (p. 105-106)。

「公法における機能主義は、統治の装置を明確な諸目的を促進させるために奉仕するものとみる。その目的は、一九世紀の末に出現し、進歩的進化論的变化を促進させる制度としての政府の観念のなかで要約される積極的國家の諸目的と最も容易に結びつく」(p. 134-135)。

(5) ロフリンは、以上の考察から、公法思想の優越的伝統が規範主義の保守主義的ヴァリエーションの中に見いだされると考える。特に、この伝統はダイシーと結びついている (p. 181)。この規範主義の伝統は、現代においても生き続けている。「この [規範主義] 研究の多くは、分析的なものであり、それ故に、客観的学科への技術的貢献という形式をとるように思われる。……この形式主義は常に規範主義的方向性により支えられている」(p. 183)。また、この形式主義的アプローチは、1980年代の sir D. ウィリアムスの諸論文で例証されるとしている。そして、規範主義の保守主義的ヴァリエーションは、ウェイド (sir William Wade) の研究の中により確かに認められるとされる。

機能主義スタイルのアプローチをとる学者も少なくない。例えば、ロブソン (W. A. Robson)、ジェニングス (Jenninngs)、ウィリス (Willis) 等があげられるが、このスタイルは、ラスキー (Haloid Laski) の研究により深い影響を受けてきた。ただし、このスタイルは、「伝統に意義を唱えるもの (dissenting tradition) としてのみその命を維持してきた」とロフリンはいう (p. 181)。機能主義の側の伝統は、ロンドン大学 (LSE) に結びついた学者たちにより代表される。ミッチェル (J. D. B. Mitchell)、グリフィス (J. A. G. Griffith)、マクオースラン (P.

McAuslan) 等である (p. 205)。

これに加えて、近年、「規範主義の合理主義的及び教条主義的自由主義形式がますます影響力をもちつつ、徐々に現れてきた」。規範主義の自由主義的ヴァリエーションの出現は、英国憲法の中での諸権利の分析と結びつく (p. 206)。この哲学的基礎は、ドウォーキン (R. Dworkin) によって提供されたものとされる。「保守主義は公法の発展を司法審査における手続的発展の体系化の中にみるが、自由主義は公法の発展を本質的に司法審査の合理的法理学の創設の中に見いだす。機能主義者が政策と政治だけを見ていて、自由主義的規範主義は制度的道徳性の諸原則 (principles of institutional morality) をみている」 (p. 208)。ここで、この規範主義の自由主義的ヴァリエーションの代表者としてあげられているのが、アラン (T. R. S. Allan)、レスター (A. Lester) 及びジョエル (J. Jowell) である。「これら自由主義的規範主義者は、公法の言語の中へ浸透している法実証主義を攻撃することを最初に模索している」 (ibid.)。「第二に、彼らの批判的攻撃の側面は、司法的正当化の論理 (judicial logic of justification) に対してである。この攻撃の第一の目標はウェンズベリー事件における Lord Greene MR によってたてられた司法審査の基準である」 (p. 209)。そして、特に、自由主義的規範主義は、権利章典の制定を求め、いわゆる Charter 88 と結びついた憲法改革運動の中にその政治的表現を見い出している、とロフリンは指摘する。

(6) 以上のことを述べた上で、ロフリンは公法理論の研究においてどのような地図を描こうとしているのだろうか。

まず、彼は、理念的典型的スタイルでの保守主義的規範主義も経験的機能主義のいずれのスタイルも適切に基礎づけられているとはいえない、という (p. 240-241)。また、自由主義的規範主義は、これについてはロフリンは重視しているようにみえるが、それが現代の変化を表現し、それに対するための適切な言語を作り出すことができなかったが為に、「一步前進二歩後退 taking one step forward and two steps backward」 (p. 229) であると評する。また、ドウォーキンの理論も、公法思想の支配的スタイルが保守主義であり、その思想は反合理主義的構造である、従って、彼の理論は歴史的事実についての根拠を欠いているが故に、憲法原理の発展のための適切な根拠を提供していない、とロフリンはいう (p. 240)。すなわち、「ここでの私の議論は、自由主義的規範主義は、我々に、適切な公法理論を提供することに失敗したということである。それは経験的基盤と解釈学的基盤の両方で失敗している」 (p. 243)。そうして、「われわれは、主要な現代的スタイルの全てが、法の現代的現象についての我々の経験の適切な説明を提供することに失敗している、という結論へ到達するにいたった」 (ibid.)。

この結果、ロフリンは、解答が、形而上学と神秘性が機能的必要性によってとって代わられた、再生された機能主義 (revitalizing the Functionalist) の中に見いだされるとして、次のように述べる。「われわれの時代に適切なスタイルを求める際に機能主義的アプローチへ行くべきである。公法における機能主義スタイルは法の現代的経験とより容易に適応する。それは、また、[規範主義的自由主義的ヴァリエーション] より密接にわれわれの法的伝統に関係する」 (p. 244)。こ

こで再生された機能主義とは、法の社会的意義を検討しようとする試みを歪める概念主義、法実証主義を、そして法の規範的性格の理解を適切に説明できない法の道具主義、行動主義的方向の見解との結びつきを取り除いたものである (p. 243)。

このように修正された機能主義は社会学のルーマン (N. Luhmann) の研究によって確認される (p. 250-257)。彼の研究の価値は、法の規範的閉塞性と認識上の公開性の両方を内包しているところにある。法は、社会生活から独立した内部的に一貫した規則の体系でもなければ、社会的発展のための装置道具でもないからである。

このようにして、ロフリンは、最終章において機能主義における規範主義を発展させることの必要性を強調して、次のように結論づける。「公法は、その主要な焦点として、法の規範的構造が政府の指導 (guidance)、統制 (control) 及び評価 (evaluation) の任務へ貢献することができる方法の検証をおこなうこと、を採用すべきである」 (p. 264)。

(7) 本書における議論の複雑さのために、以上のようにかなり長い要約と紹介となってしまったが、ロフリンは、公法と政治理論の再統合という彼が自ら本書に課した課題を達成できたのだろうか。以下に、この点について若干の所見を述べておきたい。

まず、この試みの前提となった今世紀を通じてイギリスの公法学界を支配してきた伝統的学説——本書でいう保守主義的規範主義——の老朽化は多くの学者が認めるところであろう。この点で、本書が既存のシステムにおける誤解された前提や誤謬とされるものを矯正するという点については一定の役割を果たしたということができよう。

われわれ日本の公法の研究者にとって、ロフリンがいうイギリス公法学における公法固有の体系の不存在、そして現在での公・私法二分論の存在と公法固有の体系の確立の必要性と我国での日本国憲法制定後に、したがって、英米法の影響下で公私法二分論の相対化にみられた行政法＝国内公法固有の体系というドグマの克服との対照性は、きわめて興味深いものがある。

しかしながら、本書が試みた、この伝統的見解の超克のために用いられた方法と解答の評価については、尚一定の留保が必要であるように思われる。結論部分に関係してくるところだが、ロフリンは自由主義的規範主義スタイルをかなり簡単に拒否しているようにみえる。しかしながら、ここで放棄された自由主義的規範主義スタイルに分類され得る領域での研究の蓄積と質の高さは無視し得ないものであることは周知のところである (本書とアプローチの仕方は異なるが、さしあたり、以下のような文献が即座にあげられよう：D. Galligan, *Discretionary Powers* (1986) ; J. Jowell and D. Oliver (eds), *The Changing Constitution* (2nd ed. 1989); P. Craig, *Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America* (1990))。同様に、Charter 88キャンペーンの発起人に、本書の中では相合うことのないはずのウェイド、レスター、マクオースランが含まれていることから、また、その中で要求されている人権のカタログに自由権的基本権のみで社会権が含まれていないところから、このキャンペーンに対してロフリンは厳しい批判を加えているが、まさにこの同床異夢的状况こそが現代における方向性の見えない旅の現実を示しているといえるのではないだろう。

うか。この Charter 88 も、一つの方向は異なるが、新たな旅のために地図を作成しようとする積極的な動きと捉えることができよう。そして、まさしくこの批判こそが、再生機能主義における法の規範性を発展させるべきとのロフリン自身の結論をやや平板な印象を与える結果になっているように思われる。ロフリンは、規範主義を捨て去りながら、必然的には規範性を生じさせることのない機能主義を研究方法としてとり、その中でさらに規範性を要求するという結論にたいしてどのように考えているのだろうか。

最後に、ロフリンの結論は未来に向かっての適切な地図を提供することができたのであろうか。この点について、やや不満が残るところは、EC法とイギリス法との関係する部分であろう。ロフリンは繰り返しイギリス法への EC 法の影響の重要性について言及はしているが、この将来への地図の作成に不可欠の部分が地図作成に反映されているようにはみえないところである。とはいつて

はみても、これまで述べてきたことは本書の価値を下げることはないだろう。本書で詳細に検証された部分の政治学や社会学の文献を検討する余裕はここではないけれども、少なくとも、本書は、現時点での問題提起を含めて、イギリスの公法学が歩んできた足跡の地図の作成はできたということができよう。この点を共有できるとすれば、我々は、不確実な未来へ向かっての旅のための地図の作成のためにはもう一つの機軸を必要とするのかもしれない。

(参考文献)

- M. Loughlin, *Tinkering with the Constitution* (1988) 51 M. L. R. 531 .  
I. Harden & N. Lewis, *the Noble Lie : A Rejoinder* (1988) 51 M. L. R. 812 .  
D. Oliver, *the frontier of public law*, (1993) P. L. 2.  
T. Prosser, *Journey without maps?* (1993) P. L. 346.  
吉居、「イギリス行政法学における批判的アプローチ」、  
長崎県立国際経済大学論集、1988年 22巻 3・4号、115