

公法学の新構成

— 『学としての公法』再説 —

手島 孝

献 辞

片岡勲、立山敏男両教授が、今春愛惜のうちに定年退職となられることを記念して、この一篇をささげる。

志を同じうし、学部創立の業に東都より遙々馳せ参じていただいて、十余年。公共行政と民間経営、それぞれの実践分野で多年高きに積み上げられた貴重な経験をひっさげ、お二人は、公私アドミニストレーションの総合的な研究・教育を期するわが建学の精神の実現・確立にかけがえのない寄与を果たされた。

ここに、過ぐる歲月われらが第二のアルマ・マータルにおいて共に研鑽した成果（「総合管理」学のみならず、筆者の場合それへの出立点として不可分の「公法」学も）の一端に秃筆を呵し、それでは固より尽きせぬながら満腔の謝意と敬意を表する所以としたい。

目 次

はじめに

- 1 学と法学
- 2 法と国家の一般理論
- 3 公法と私法—公共性論
- 4 公法と法化国家
- 5 公法のシステム
- 6 公法のシステム（続）

補遺・追加・訂正

註

はじめに

題して『学としての公法』。2004年3月、有斐閣発行の拙著。

出版元の分厚い図書目録最新版で書名索引を検索しても、なかなか出てこない。もしやとマの項を引いて、ようやく探し当てることができた¹⁾。『マナビとしての公法』と誤読されていたことになる。残念ながら、著者にそこまでの雅び心はない。

いうまでもなく、正しくは『ガクとしての公法』である。

名づけの着想は、年来わが座右の2冊の愛読書から得た。

いずれも、もと講演を起こした、パンフレットに近い小冊ながら、知る人ぞ知る珠玉の名篇。

一は、キルヒマン (Julius Hermann v. Kirchmann) の *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1847 (『学としての法律学の無価値』)²⁾。

他は、ヴェーバー (Max Weber) の *Wissenschaft als Beruf*, 1919 (『天職としての学問』) である³⁾。

公法の学的可能性 (公法の学は成立するか) に想をめぐらし試論を展開する本書は、タイトルを欧文で表記するならば、上記ゆかりの2書のひそみに倣い *Öffentliches Recht als Wissenschaft* とすべきかとも思われるが、当今、より国際的通用性の高い英語訳が選好されるのと、その場合ドイツ語での含意を的確に英語に移しにくいのとで、結局、内容に即して次のように意識されている⁴⁾。

Public Law Reconsidered、すなわち『公法再考』。

以下、その後の省察と補遺を加えつつ、本書の自己解題を試みる。

1 学と法学

哲学も科学も寒きくきめ 嘆哉

寺田寅彦⁵⁾

一 学 (学問) とは何か。この大問題に、ここで専一かかずらっているわけ

にはいかない。しかし、学としての公法を論ずるからには、先ず問われること必定の著者の学問観を、初めに摘示しておかねばなるまい。

(1) ここに学とは、ドイツ語に所謂 Wissen-schaft、すなわち知の体系。スピノーザの言を換骨奪胎するならば、cognito sub specie aeternitatis（永遠の相の下における認識）である。

(2) この意味での学、すなわち事物の根源に遡っての知的把握の営為は、原初、即自的に一体であったのが、下って今日、対象・方法・動機別に数多の——人文・社会・自然、因果的・規範的、基礎・応用など各種——諸科学に限りなく細分・碎片化し、全体性と目的性にかかわるべき哲学の衰弱を後目に、己がじし局部的・無目的な肥大の一途を辿りつつある。

(3) かくて多岐亡羊、各分科孤絶したこつぼと化しつつある現代の学問（すぐれて諸科学）は、全体と究極目的への展望を喪失した視野狭窄の無制御的な自己展開の極、人類の頽廢、終には破滅をまでもたらしかねない危急存亡の淵に瀕している。

(4) この危機の克服は今日如何にして可能か。曰く、原点への回帰。しかし、ヴェーバーならずとも“専門化”を時代の宿命的与件とせざるをえないとするならば、それは、全体知・総合知としての哲学（賢慮^{フルデンチア}）の復権を前提に、これと、今や全否定すべくもない諸科学の成果（専門知^{スキエンチア}）との間に、双方向の回路をつける螺旋状回帰のほかありえまい。

(5) これは、哲学と科学の連携であり、たこつぼ化の破局の打開策としてのささら型学問システムの構築である。各科学が、一点集中的専門営為に従事しながらも不断に知の総体の中での己が位置を再確認し、ともすれば自己目的化しがちな自らの営みの全体的な意味・価値、究極的な目的・理念に反省を怠らぬ、この意味で“総合”の体制（即対自的な新たな“総合”）の確立にほかならない。

二 この大状況は、学の1分科、社会科学の1部門である法学（法律学）に、当然あてはまる。渾然・未分の原始の学問から、社会秩序づけのルールたる法を対象とする実践目的の学（実学）として析出・特化された法学は、やがて、さらに細かく対象・方法・目的を区切りつつ分化し再分化する。その無秩序な

増殖は、今では、対外的に（他の諸科学との関係で）も内部的（法学内の諸分科相互間）にも、たごつば化の弊、他科学以上に病い膏肓に入った観がある。

破局に歯止めをかけるには、学総体についてと同様、法学を法の細分化された知識スキエンチアの雑集合から法の総合知プルデンチアの体系へと再構築しなければならない。語源どおりのユリス・プルデンチア（法の総合知、“法賢慮”）の実現である。

では、法に関する知の全体を束ね、それに統一と方向を与える総合知としての新たな法学は、どのようなものであるべきか。

(1) 先ずそれは、広義法学の収斂点として、かつ狭義では法学そのものとして、法の全体への通観性を持たねばならない。そのためには、本質に透徹した根本的で簡明な新分類法が必要である。単純明快化されたこの分類標識によって、全体を一望の下に収める視野が開けるであろう。

(2) 次いでそれは、総合知として理論知と実践知の総合たるべきは勿論、法実践を対象とすることからすぐれて実践知ではあるが、同時に理論知と一体不可分のものとして単なる実学の域を超え法実践の位置・価値・目的に不断の目配りをおろそかにしない哲学ある実学でなければならない。

(3) さらにそれは、他の諸科学との協働の機制メカニズムが整った開かれた科学となることを要請される。かくて在来の野放図な版図拡大からの撤退、リストラが可能となる法学は、スリム化され、排他的な膨脹・分裂のもたらした独善から解放されて、己の分を知る学本来の謙抑を取り戻すに違いない。

ラートブルフが裁判官に法学知の何千倍もの人間知・人生知を求めたことを、われわれは、ゆくりなくもここに想起するであろう。

2 法と国家の一般理論

法を純粹に理論的に見れば、人類の経験に基づいた特殊な社会技術である。

ケルゼン 法と国家の一般理論⁶⁾

主題の“公法”への学的接近には、前提として、法と国家の一般理論の必要

最小限が欠かせない。

一 その意味での“法”の一般理論としては、法の概念論と構造論が重要である。

(1) 法は、「国家によって実定（制定ないし承認）され強制される社会規範」と概念規定される。ここで、①国家とは、さしあたり「社会の秩序づけのため正当化され集中・組織化された実力（公権力）の担い手」と定義され（精確には国家論として後述—二(1)）、②実定は、定立の実証可能を含意し、③強制は、直接（実力の行使）のみならず間接（威嚇）のそれをも含み、④規範は、^{ゾレン}当為（^{ザイン}存在と^{ミュッセン}必然に対立）の論理に律せられる「人間行動の指針」と説明される。法とは、すなわち、このような強制規範である。

(2) この強制規範性は、マクロの法、すなわち一国の実定法規範全体（法システム）について妥当する。法システムは多数のミクロの法（個別の単位法規範）から構成され、それらは中間レベルで規律対象別・目的別・態様別に幾つもの集合（法令・法典）を形作る。これらミクロとメゾの法には、それ自体で（孤立的に）は必ずしも強制規範と特徴づけられえないものも多いが、それらも、相互脈絡を成して最終的にはいずれも強制の契機に帰着し（(3)参照）、システム全体の強制規範的本質に組み込まれているのである。

(3) 法の社会規範としての仕組みを単位法規範について探ると、その標本は、^{モデル}「否定的に評価された一定の事態の出来」（^{しゅつたい}法要件）に、「国家による一定の強制行為の発動」（法効果）を^{ユブラ}当為の繫辞（「である」・「となる」でなく、「べし」）で結ぶ^{ステートメント}言表の形で示される。この狭義強制規範（大部分が制裁規範）を中核に、それを補完する行為規範（裁判規範もその一種）や組織規範（授權規範を含む）の性質をもつ派生的な諸単位法規範が数多周辺に配置される。これは、ミクロの法構造論である（あるいは、現存の法を時間的に静止状態に置き原子論的に観察する意味で、法の静態的〔二次元的〕・分析的構造論ともいえる）。

(4) 法の仕組みを今度は法システム全体について見ると、ミクロ→メゾ→マクロ諸レベルにいわば垂直的に分布している法規範すべてを一体に繋ぎまとめる論理に着目しなければならない。ここでは、「規範の規範的効力の根拠は先行の規範〔の授權〕に遡源する」という規範論理的関係（授權と受権の連鎖）が

結合軸として働き、観察は、法システム全体をその時間的・規範論理的な動的連関に沿って統一的にとらえるものとなる。このマクロの法構造論（あるいは、法の動態的〔三次元的〕・総合的構造論）では——ミクロの構造論で狭義強制規範が中核にあったのとは打って変わって——授權規範が中軸を貫き、法は、より抽象的・一般的な法規範から、より具体的・個別的な法規範へ（近現代国家にあって典型的には、①根本規範→②憲法→③法律→④行政命令→⑤判決または処分→⑥現実的強制行為）と、いわば段階的に自己展開する全体構造として現れる（法の段階構造）。

二 上に明らかなおり、法は国家と切り離しては考えられない。“国家”論の出番である。

(1) 先に(一)(1)①取りあえずの暫定的定義を与えたが、精確な概念構成を試みるならば、国家とは「同時に公共性の担い手として機能する、政治的支配の社会装置」である。

(2) 国家は、一定の歴史段階に達した社会（人間の共同態）が政治的支配（特定の社会勢力による人為的な社会秩序づけ）のため作出（^{ベグンチック} 術学的に“外化”とすることがある）した装置である（status 説）。政治社会、国民社会、完全社会などと呼ばれる特殊な種類ではあれ社会それ自体を指す（civitas 説）のではない。

(3) 政治的支配を直接の目的として出現するこの社会装置は、「社会における実力（物理的暴力）の自らへの集中・組織化・正当化」がその必要条件であるが（法概念の前提として先述した国家の暫定定義はそこに一のみ注目したもの）、それで十分条件が充たされているわけではない。それは、他にも、人的、物的、社会技術的（法はその一種）、観念的、シンボリックなど各種の多様で複雑な諸要素を属性とし、それらが政治的支配の目的に向けシステム化されることによって、国家という独特の社会装置が成立するのである。

(4) そのような国家は「同時に公共性の担い手として機能する」。およそ如何なる種類の社会であっても、社会が存続するには「全成員に利害共通の関心事」（“公共性”）の一定最小限度以上が充足されていなければならない。国家を生み

出した社会（“国民社会”）の場合も勿論その例に漏れず公共性担当の機構を必要とするが、そこでは、社会として他を絶する規模の大きさと組成の複雑さから当の機構には高度の組織性と専門技術性が要求され、それは主として国家のみ能く供給しうるものだからである。

(5) 政治性（権力性）と公共性（正当性）というこの両側面は、実は相補的かつ同時存在的であって、いわばローマ神話の Janus（双面神）のように一つの頭（国家）に分かち難く具わる前向き・後向き二つの顔にほかならない。そもそも、政治的支配のもたらす社会秩序創出機能は公共性の最低限であるし（法を広義に秩序の意に解するとして“悪法モ亦法ナリ”）、また、公共性充足に（も）働くことによって、国家は全体として、公共性という比類ない社会的正^{レジティメーション}当性を手に入れることができるのである。

3 公法と私法—公共性論

《私》法と《公》法の概念は先天的法^{アプリアリ}概念である。

ラートブルフ 法哲学⁷⁾

実践上も理論上も、法を分析的かつ総合的に認識する際の第一次的大分類としては、古来（ローマ法この方）、公法・私法の二分論が基本である。これは、社会（国民社会）と国家（政治的支配=公共性担当の社会装置）の二元に由来する法本質的な区分であり、「個々の実定的法秩序にとって無くても構わない」ものではない⁸⁾と考えられるが、現象的には、「公法・私法の価値関係・順位関係は、歴史的変遷・世界観的評価に服する」⁹⁾。たとえば英米法系では、公法の概念は久しく法意識の水面下に没し潜在的であったのが、近年に至って表面に浮上し顕在化しつつあると見られる¹⁰⁾。

(1) ローマ時代の大法学者 Ulpianus の名を冠して伝わる“公式”を今に活かし、かの“革袋”を現代の新酒にも耐えるよう強化して定義するならば（新・ウルピアヌスの公式）、

— 公法とは、公共性の担い手としての法主体がかかわる法関係を定める法規

範をいい、

— 私法とは、それ以外の法主体相互間の法関係を定める法規範をいう。

この新・公私法二分論では「公共性」が鍵概念となるが、これについては次に項を改めて述べる。前段の「公共性の担い手としての法主体」とは国家等を指し、後段の「それ以外の法主体」とは「私人」（ただし、公共性の担い手としての属性を有しない—その限りでは法的に私人と同じ—立場での国家等をも含む）を意味している。

(2) 抽象的観念としての「公共性」そのものは盤根錯節の哲学的主題である¹¹⁾。しかし本書では、かつて行政概念の新構成に当たって公共事務なる具体的形象をとる限りでそれを論じた¹²⁾ のと同じく、もちろん現代公共哲学の成果には極力学びつつも、当面、公共一般の1現象形態である公法の—法的標識としての—公(=公共)に考察の焦点を合わせる。そうすると、この意味での公(=公共)は、その規律する法関係が「公共性」の担い手たる法主体にかかわることで—そうでない場合(それ以外の法主体にかかわる場合)と対比的に—現れる特性ということになるが、その「公共性」とは、

- ①公序性(公共の秩序〔社会生活の安全と秩序〕の維持への関心)、
- ②公益性(公共の利益〔社会全体に共通の利益〕の追求への関心)、
- ③公開性(社会全体へ向けての各個人の^{アクセス}接近の開放〔社会の対個人的透明性〕への関心)、
- ④公権力性(①～③を補完的に最終保障する手段として社会的に是認された実力の行使への関心)、の4要素から成るものと解される。

(3) この「公共性」標識の有無から、公法と私法には次のような原則的に相反の法的諸特性が生ずる。すなわち、公法における法定主義(罪刑法定主義や法律による行政の原理)に対して、私法における私的自治(法律行為の自由)。それと表裏を成す、公法の強行規定性に対する私法の任意規定性。さらに、公法における当事者の非対称性に対して、私法における当事者の平等。このような違いは法システムの構造上本質的であり、私法の場合、法の段階構造(2-(4)参照)のハイアラーキーのなかで法令(③④)と判決(⑤)の中間に—公法には欠ける—“法律行為”の介在が不可避となることに顕われる。

(4) そもそも、発生論的には私法が先行する。英米法系はいわずもがな、公民法の二元が早くに表てに現れたいわゆる大陸法系にあっても、その源のローマ法は、かのウルピアヌスの公式にもかかわらず圧倒的に私法の体系であった。これは、古来、法実務の表舞台である裁判（私人相互間の紛議の公権的裁断）の場で直接の関心は、私人間法関係についての裁判規範にあり、それと表裏一体を成す社会的行為規範すなわち私法規範にあったからにはほかならない。しかし、それら私法規範は、強制規範に極まる公法規範を俟って初めて法規範たりうる（*Jus privatum sub tutela juris publici latet*）という意味で、先験論的には、後者を——たとえ法意識の水面下にあるにせよ——不可欠の前提とするのである。

(5) 今日の実定法制で公法・私法の別は、なかんずくメゾ・レベルで有意であり、憲法、行政法、刑法、訴訟法、国際(公)法などが前者に、民法、商法、国際私法などが後者に分類される。

現代、社会に対する国家職能の拡大に伴い、公民法両者の境界領域に、労働法、社会保障法、経済法など——わが国では「社会法」と総称されることが多い——第3の法分野の出現について語られるが、これらは“公私混合法”として、公法・私法という二大基本範疇^{カテゴリー}の展開（この意味で“第3”）としてとらえられることになる。

(6) ちなみに、「公法」「私法」はすぐれて理論的概念であり、わが実定法上、制度的用語としてはきわめて稀にしか例を見ない。そこで、行政法学界などでは、旧憲法下猖獗をきわめた公法原理なるものへの反省から公法概念否定論・無用論すら有力であるが、それは^{あつもの}羹に懲りて^{なます}膾を吹くの類いであろう。

なお、ここ一兩年、司法試験法の改正（3条に「公法系科目」なる新用語が登場）や行政事件訴訟法4条の強化（「公法上の法律関係に関する訴訟」の例示—「確認の訴え」—新設）が見られたが、これとて、ことごとしく公法の復権などと言いつてる¹³⁾ほどのことでもなかりや（いわんや、新司法試験の「公法系科目」とは、民事系科目・刑事系科目と並ぶ「憲法及び行政法」の謂いであるに於いてをや）。

4 公法と法化国家

これは、フランスの行政法のようなものをわが国に導入する無視できない一歩である。しかし、通常裁判所が公務員による如何なる法違反をも処断できるという事実が、本ものの行政法の存立にとっては致命的な法の支配ルールの支配を依然維持している。

ダイシー 1915年¹⁴⁾

すでに触れたように、定義上、社会からの国家の外化に条件づけられる法（＝実定法）は、社会に対する国家の政治的支配の手段的1要素として（2ニ(3)参照）、発生的に、社会成員（被治者たる私人）同士を直接の当事者とする私法の分野で先ず発達する。遅れて、政治的支配の装置そのものである国家（治者）が当事者となる法、すなわち公法が顕在化する。

(1) 国家が法に取り込まれる、換言すれば、法を作る国家が自ら作ったその法によって拘束されるというのは、パラドックス逆説めいている。しかし、それは“国家による強制——すなわち強制への国家の自己義務づけ——で担保される”という法の定義自体にそもそも内在しているし、法の規範論理も、一般性・抽象性へのその生来の志向から、客体の被治者たると治者たるとを問わぬ方向へ自己展開せずにはいないのである。これを、法学で近時愛用の術語“社会の法化”から“法化”を借りて、「国家の法化」と呼ぶことにする。

(2) この意味での国家の法化は、論理的には国家の成立に始まるといえるが、意識化され国家のあり方に有意となるのは、それが国家の歴史的発展に伴って増大し質的・量的に或る一定のいき閾を越えるときである。この段階に達すると、国家の活動は基本的に法に従って行なわれねばならなくなり、治者（国家）と被治者（社会成員たる私人）の関係はもはや一方的な命令と服従の権力関係に尽きず、双方向的な権利と義務の法関係として構成し直され始める（法関係の主体とされる限りで、治者もまた法の規範的拘束に服することになる）。本来は政治的・権力的制度である国家システムの中で、そのサブシステム・法の論理が前面に出、治者の恣意が法の規範理性によって大きく制御されるに至るのである。このような「法化国家」を俟って初めて、公法（あるいは、それを含めた

法一般) について語る事が可能となる。

(3) 国家の法化は、歴史上、成文法主義を採る大陸法では Rechtsstaat（ないし、principe de légalité; Etat de droit. 以下 RS と略称）、判例法主義に立つ英米法では rule of law（以下 RoL と略称）、別々の形で進行した。前者は、私法とは原理を異にする法（＝公法）の立法作業によって国家を法化しようとし、この二元主義に対して後者は、一元的な法（＝^{コモン・ロー}普通法）に通常裁判所の判決を通して国家をも服させることで国家の法化を図る。

(4) RS（「法治国家」または「法治国」と訳されるが、フランスの場合は「適法性の原理」）は、近代日本がそのひそみに倣ったドイツの場合、19世紀半ば以降、権力性を主指標に公法定的実定法規定を大量・広範に生み出す。それまで^{レヒツ・シュェブルッフ}法の宣告である司法（ただし私法的裁判）に対して^{マハト・シュェブルッフ}力の宣告以外の何ものでもなかった行政が、^{グゼッツ}議会制定法（「法律」）の規範的統制の下に置かれ、この「法律による行政」を裁判で保障すべく、行政裁判所が司法裁判所とは別系統で設けられる（公私法二元主義に対応する裁判制度の二元性）。しかしこの方式には、公法の法的内実も問題ながら、何よりも「法律」を国家の最高意思とするところにアキレスの踵があった。法律の制定（＝立法）に統御のすべを欠き、法律の形式を以てすれば国家活動に如何なる規範も設定できる。この恐るべき可能性がナチス時代“不法の法律”として現実化した（国家の法化が“国家の不法化”にどんでん返し！）。その痛切な反省の上に、今日のドイツは形式的 RS を実質的 RS へと超克、立法に絶対不可侵の憲法的限界を画し、その実効的保障に任ずる憲法裁判所を新設している。

(5) RoL（「法の支配」）は、古来、議会（立法）ならぬ裁判所（司法）を舞台に、不文法・判例法たる一元的通常法を国家（行政）にも及ぼそうとする。それは19世紀末イギリスの憲法学者 Dicey によって古典的に定式化されたが、しかし当時でも、国家の不法行為責任は否定される（承認はようやく1947年の制定法に俟つ！）など、決して徹底したものではなかった。そして20世紀、通常裁判所の司法判断の手に負えぬ専門技術的国家（行政）活動の急増は、特別法として議会による各種行政法の制定を促し（公法の出現）、関連の“準司法的”^{トライビューナル}処理に当る行政審判所を簇生せしめる（裁判制度の二元化的傾向）。なお、形式

的 RS に見られた議会制定法の万能は、イギリスでも *parliamentary sovereignty* として存在するが、ここでは主権者は“神と法（制定法を超える不文のコモン・ロー）”の下にあるとされていることに注意。ただし、その逸脱と目された植民地弾圧法を断固糾弾して独立したアメリカの場合、その苦い体験に徴して、RoL は継受しつつも、母国イギリスにはない、成文憲法典と、最高裁判所による違憲立法審査制とを導入している。

(6) 日本は、先ず旧憲法下、大陸法出自の RS 方式に追随したが、国家の法化状況はモデル（ドイツ帝国の形式的 RS）の域をついに越えず、否、それにすら及ばなかった。「法律による行政」の致命的不備、さらには“憲法による立法”の実質的不在は、そこでの法化国家体制を本家と同じ運命に導いた。戦後、破局からの活路を、ドイツは伝統の RS の実質化に求めたが、わが国は一転、アメリカ式 RoL の要素を大幅に取り入れたモデル・チェンジの方向に探る。これは、近代化この方 RS 方式で法体系を構築してきたわが国で、この“台木”に、アメリカ風に整形されたものとはいえ RoL を“接ぎ木”しようとする試みにほかならない。「法化国家 *à la japonaise*」である。

このように、まさに国家の法化の近現代的推移の中で「公共性の法」というべき独自の法範疇として「公法」が現実化する。国家が、社会の法化にとどまらず、自らを直に法的に規律することへと大きく歩を進めるに及んで、前者（社会関係の法的規律）＝私法とは必ずしも原理を同じくしない法分野が、私法と対を成すまでに大規模に形成されるに至ったということである。この意味で、われわれは「国家の法化としての公法」について語るを許されよう。

5 公法のシステム

「公法関係（広義）」のアリーナで、「公法主体」という名のアクターたちが、公法のルールにしたがって「公法行為」をプレーし、さまざまな具体的「公法関係」を展開する、という構図 本書90頁

法化国家の出現とともに、公法の法学的理論構成が時代の日程に上る。私人

の生活関係の法的規律（＝同質の私人間の法関係）が問題の私法に比べ、公法は、もともと実力的支配の装置である国家に直接かかわるだけに法の論理になじみにくく、永らく政治的恣意あるいはせいぜい非法学的思弁に委ねられていたのであったが。

公法の法学的構成に当たって、準拠とされたのがローマ以来先行の私法（学）であったのは異とするに足りない。遙か先進の、したがって法の論理の主要かつ中心部分を先占していたその規定・学理には、私法プロパーのものと同時に、広く法一般に共通の——あるいは、そうあるべき——ものが大きく含まれていたからである。

かつてのドイツそして日本の場合、公法の法学的構成は、既述（4(4)(6)）の国家法化の不徹底と符節を合して、基本的に国家の権力的＝特権的（換言すれば非法的）要素を温存し、私法の共通法的モデルに必ずしも多くを学ばない中途半端なものにとどまった。

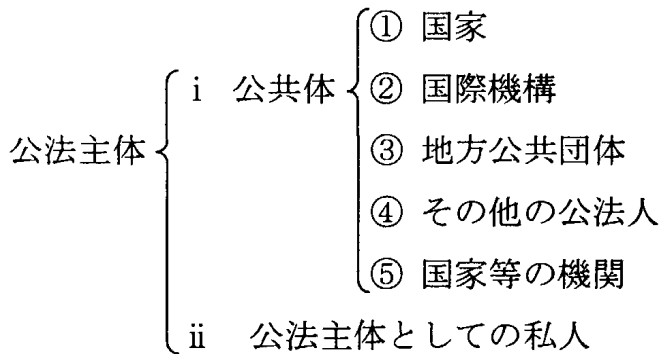
戦後、事態は一変、国家の法化の飛躍的進展は公法の法学的理論化の貫徹を要請する。私法がモデルとして再び呼び出され、挙げ句、行政法学などでは、公法を“一般法たる私法の特別法”視する勇み足的学説すら有力である（3(6)参照）。しかし、現今モデルがなお私法に求められるにしても、それはその“共通法”的要素にあるとすれば、憲法の最高法規性が確立された今日、拠るべき“共通法”は、私法とともに、すぐれて憲法にこそ見出さるべきであろう。「学としての公法」の出発点は、この意味での共通法にある。

こうして構想される公法学の体系—公法のシステム—は、概略、次のとおり。

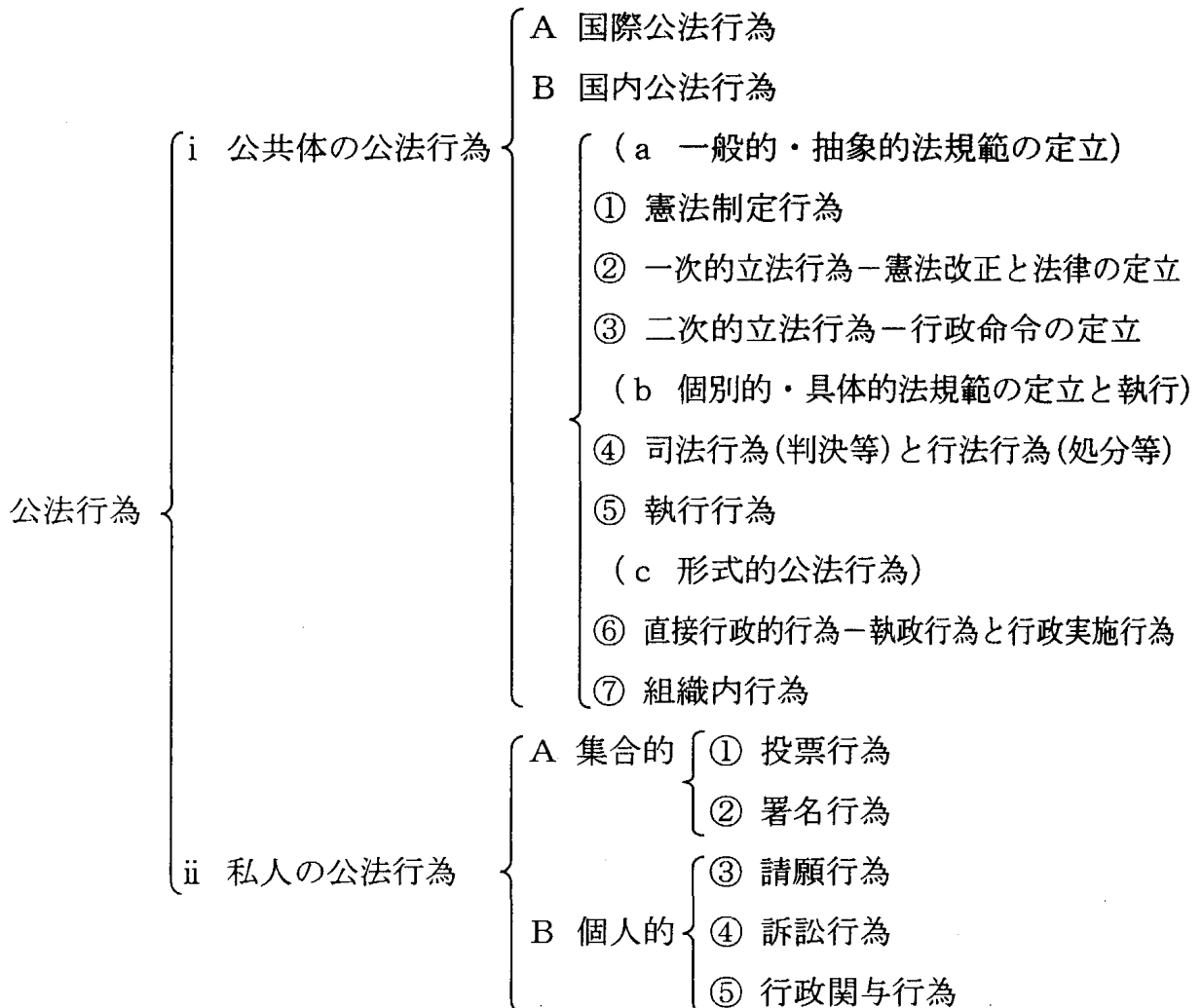
(1) 公法（学）の基本範疇は「公法関係」である。公法関係の当事者を「公法主体」、公法関係を発生・変更・消滅させる公法主体の行為を「公法行為」とし、これら全体構造（公法システム）のフィードバック機能を「公法保障」とする。

公法学	{	I 公法主体論
		II 公法行為論
		III 公法関係論
		IV 公法保障論

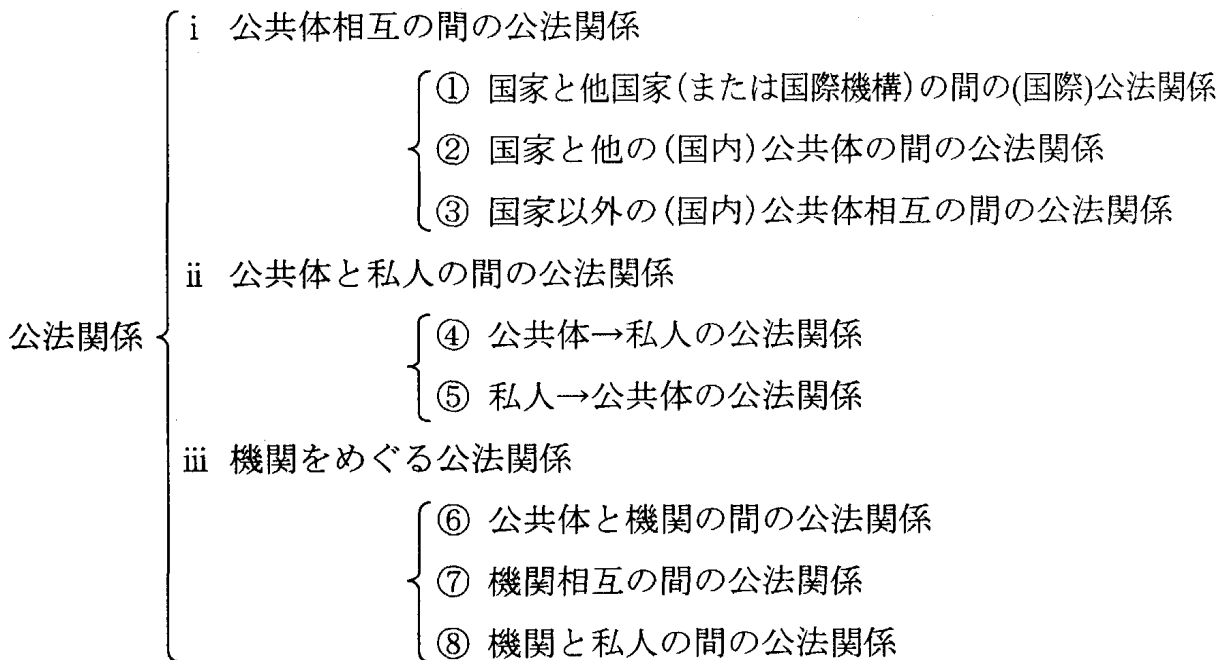
(2) I 公法主体論は、次のように構成される。



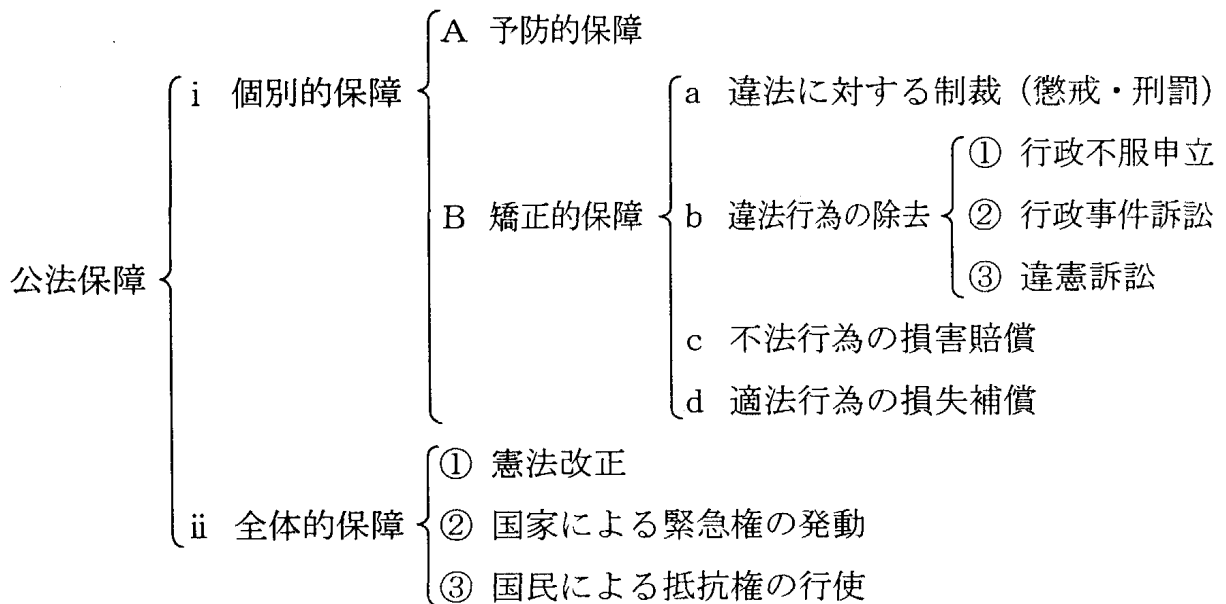
(3) II 公法行為論は、法的形態を基準にとれば（なお6(3)）、次のように構成される。



(4) III公法関係論は、次のように構成される。



(5) IV公法保障論は、次のように構成される。



6 公法のシステム（続）

気分がいい年の暮れではない。政治の大事な役割の一つが〈安全・安心〉であることを忘れていたような一年が閉じる。 岩見隆夫 2005年¹⁵⁾

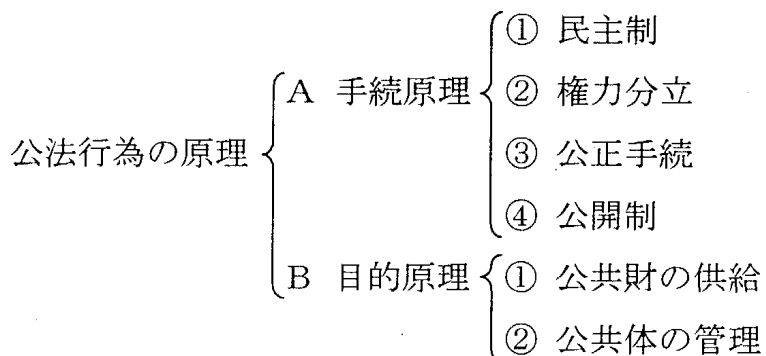
ここに示された公法学の新体系は、在来基準の分類でいえば、国際(公)法、憲法、行政法、刑法、訴訟法、ならびに公私混合法(3(5)参照)のかなりの部分および私法の一部を素材として、これらを解体・融合し、「公共性」(3(2)参照)を指標に組み換えたものである。以下、新体系の各論(5(2)~(5))に即して、個別の注目点を摘記する。

(1) Iの公法主体論に関して――

- ・ i 「公共体」は、「公共性の担い手たる法主体」を意味する。
- ・ i ①「国家」では、国家(2ニ参照)の一国際法的小および国内法的小一法概念が問題。
- ・ i ②「国際機構」は、“international organizations”の訳。
- ・ i ③「地方公共団体」については、特に“新固有権説”に注意。
- ・ i ⑤「国家等の機関」は、法人格はないが、いわゆる官庁理論や、国・地方公共団体の内部組織をも法関係として構成・把握すべき法化国家的要請(5(4)iii参照)から、広義の(ないし準-)法主体性が認められる。
- ・ ii 「公法主体としての私人」は、公共体に対する(または、かかわる)立場での個人または団体。団体は法人たるを原則とするが、必ずしもそうとは限らない。なお、諸国家を主役、諸国際機構を脇役とする国際次元では、私人の法主体性はきわめて例外的である。

(2) IIの公法行為論に関して――

- ・ ここでの「公法行為」概念は、“公法関係を形成する公法主体の法行為”を指す最広義。公法行為論は、骨子の法的形態論(5(3)所掲)を、内容的原理論が肉づけする。
- ・ 内容的原理論は、次のような主題を取り上げる。



(3) IIのその1、公法行為の法的形態論について —

- ・ i A 「国際公法行為」は、条約(締結)行為をその典型とする。
- ・ i B a ① 「憲法制定行為」は、“一国における国内法すべての規範的効力の始源の法”たる「憲法」を定立する法行為であり、これによって、国内法レベルでは最も基本かつ最も一般的・抽象的な(公)法関係 = 「憲法関係」(憲制〔国家の基本体制〕にかかるといふ法関係)が成立する。この行為が法行為たるには、前提となる法(憲法制定権)が必要であるが、それをケルゼンと共に一般国際法規範と考えるか、あるいはシュミット流に憲法制定権力と見るかを問わず、そこには、事実から規範への *élan vital* が認められざるをえまい。
- ・ i B a ② 「一次的立法行為」中、「憲法改正(行為)」は、“*pouvoir constitué*”の所産として、憲法制定行為とは次元を異にし、手続に軽重 — したがって優先と劣後 — の差こそあれ「法律の定立(行為)」(狭義の立法)と同レベルのものとして扱う。
- ・ i B b ④ 「司法行為」の関連では、“訴訟法律状態”説にあらためて着目。
- ・ i B b ④ 「行法行為」は、“行政機関による個別具体の公法関係の決定”を的確に指称するものとし(そのため、馴染み薄いが「行法」の語を明治元年の『政體書』からあえて再生)、いわゆる行政行為のほか、行政契約および — 法的に有意の限りで — 行政計画と行政指導を含ませる。
- ・ i B b ⑤ 「執行行為」は、“④の所産たる最末端の個別具体的法規範の内容を強制的に実現する事実行為”としての狭義。
- ・ i B c 「形式的公法行為」とは、以上①～⑤が本質的に法行為(公共性の間接実現)なのに対し、⑥公共体が自ら公共性の実現に任ずる事実行為(ピンの「執政行為」からキリの「行政実施行為」に及ぶ「直接行政」〔ケルゼンの用語を断章取義〕的行為)ないし⑦公共体が自らを組織化する内部行為で、法的文脈に取り込まれているものをいう。
- ・ ii 「私人の公法行為」は、広くは公共体に対する受動的立場でのものまで包括しようが、ここでは狭く能動的(私人→公共体)の場合を考える。
- ・ ii A ① 「投票行為」には、^{レフェレンダム}一般評決でのそれと、選挙(含リコール)でのそれとがある。

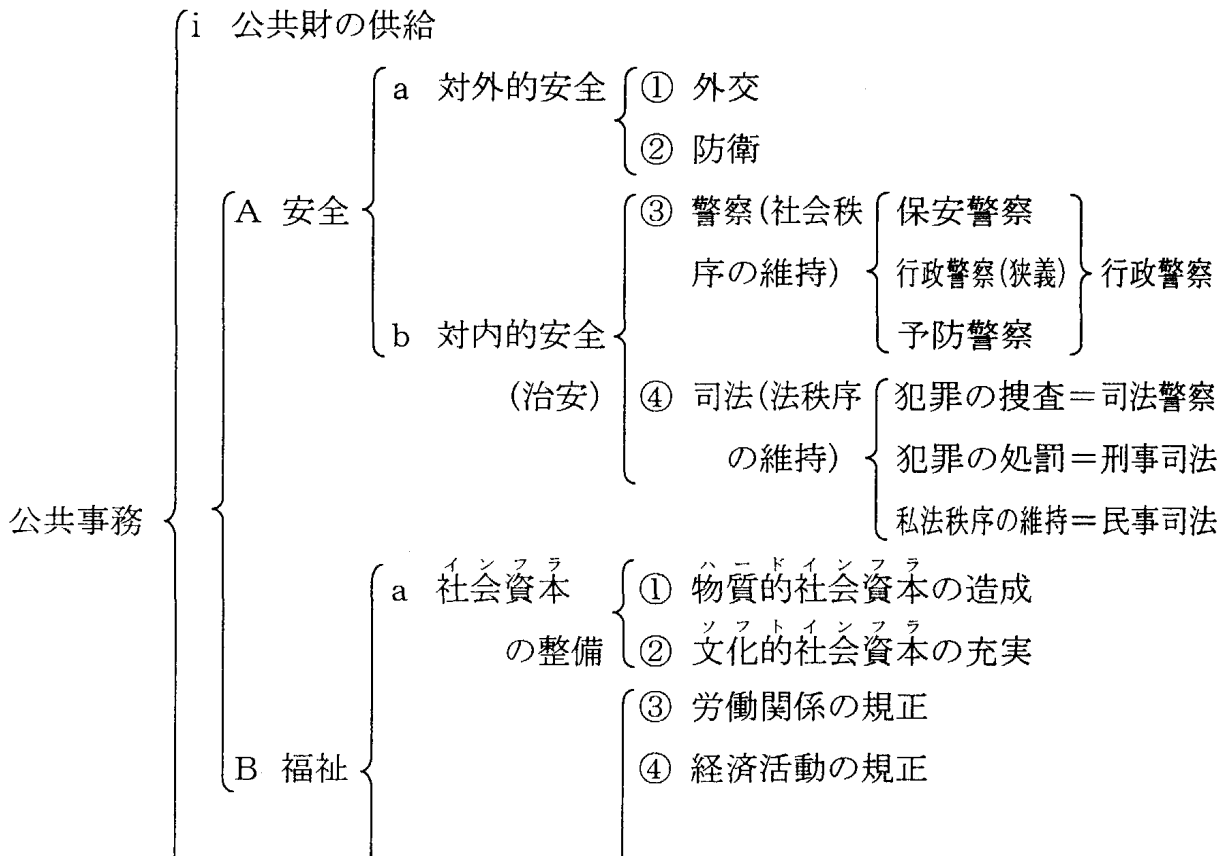
- ・ ii A②「署名行為」は、^{イニシアティブ}直接請求におけるそれである。
- ・ ii B④「訴訟行為」は、訴え、申立て、主張、立証など。
- ・ ii B⑤「行政関与行為」は、請求、申請、同意、届出（申告）など。

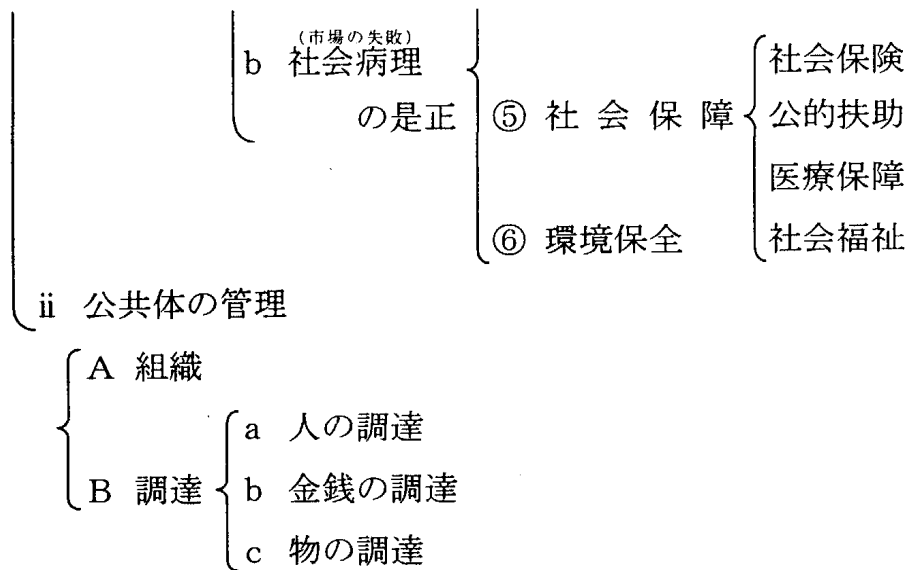
(4) IIのその2、公法行為の^{イニシアティブ}手続原理論について —

- ・ ①「民主制」は、“現代国家の正当化理念である国民主権を現実に作動させる制度的仕組み”を意味し、直接民主制と間接民主制の関係、サブ原理としての自由討議制と多数決制の意義などが問題となる。
- ・ ②「権力分立」では、その“三位一体”的出自、“三”権分立への疑義が指摘される。
- ・ ③「公正手続」としては、日本国憲法31条の根本的重要性（の発見）を強調。
- ・ ④「公開制」は公正手続の延長線上でとらえられ、場の公開から、情報の公開を経て、アクセスの公開へ、の展開が説かれる。

(5) IIのその3、公法行為の目的原理（または実体原理）論について —

- ・ 公法行為の実体的内容論は「公共事務」論である。これは、行政学的知見に立脚しつつ、次のように構成される。





・ i 「公共財の供給」（第1類公共事務）は、その Janus 的構造（公共財としての正当化根拠の違いによる“本来的”と“擬制的”の別¹⁶⁾）と、Androgynus 的構造（公共財の機能的正負による“消極的”＝“父性的”〔A「安全」〕と“積極的”＝“母性的”〔B「福祉」〕の別）に注目。

・ ii 「公共体の管理」（第2類公共事務）は、大規模の組織-体たらしめるをえない公共体の、公式のみならず非公式をも含めた「組織」原理（A）と、骨組みに過ぎぬ“組織”を肉づけして“体”たらしめる人的・財的手段の「調達」（B）を問題とする。

(6) IIIの公法関係論に関して —

- ・「公法関係」は、公法上の法関係、すなわち“公法的権利-義務関係”である。
- ・公法関係の基本型は、私法の場合になぞらえ、ii「公共体と私人の間」のそれであり、国家法化の歴史的経緯から、なかんずく⑤「私人→公共体」＝（個人の）“公権”である。
- ・ ii の逆方向ベクトル④「公共体→私人」（“国家の公権”）は、いわゆる統治権のこと。
- ・ i 「公共体相互の間」の①「国際公法関係」では、国際法的“主権”概念（属性としての戦争権→自衛権）、関連して国際公法関係の特異性（強制契機の不備）が論ぜられる。
- ・ i ②「国家と地方公共団体の間」の公法関係については、国の関与権（わが国の場合、1999年の地方自治法大改正が重要）と地方自治権の対向が留意点。

(7) IVの公法保障論に関して —

・「公法保障」は、公法システム中、「個別」(i)さらには「全体」(ii)の公法関係(iiの場合には、全体的法関係にまで及ぶ)のフィードバックに任ずるサブシステム。

・ i 「個別的〔部分的〕保障」(ミクロ次元—個々の公法関係—の適法性担保)では、事後的なB「矯正(匡正)的保障」として、a「制裁」、b「違法行為の除去」のみならず、c「不法行為の損害賠償」から、d「適法行為の損失補償」まで、統一的に把握する。

・ i B b ②「行政事件訴訟」は、本稿執筆時(2006年初頭)現在、わが法制上、次のように制度化されている(括弧内は“行政事件訴訟法”関係条文の条項ノンプル)。

行政事件訴訟 (2)	A 抗告訴訟 (3 I)	① 取消訴訟 (3 II III、8~35)
		② 無効等確認訴訟 (3 IV、36~38)
		③ 不作為の違法確認訴訟 (3 V、37、38)
		④ 義務付け訴訟 (3 VI、37の2~3、37の5、38)
		⑤ 差止め訴訟 (3 VII、37の4~5、38)
	B 当事者訴訟 (4、39~41)	
C 民衆訴訟 (5、42、43)		
D 機関訴訟 (6、42、43)		

・ i B b ③「違憲訴訟」については、最近、ドイツ式の(憲法裁判所による)抽象的審査制がアメリカ式付随的審査制へと現実的機能変化を来しつつある、との注目すべき指摘が見られる¹⁷⁾。

・ ii 「全体的保障」(マクロ次元—システム総体—の同一性保全)として、①「憲法改正」、関連して“憲法変遷”→②「〔国家〕緊急権」→③「〔国民の〕抵抗権」を順次取り上げ(quis custodiet ipsos custodes? - Juvenalis)、最後、現行(憲)法秩序の罅をはみ出す“革命権”(新憲法制定権)への論及を以て、根本規範に始まる「学としての公法」は考察の環を閉じる(大団円)。

補遺・追加・訂正

以上要約して再説したところに、すでに、本書執筆時（最終脱稿は2003年後半）以降の局所的見直しや若干のデータ更新は織り込み済みであるが、なお触れるべくして触れえなかった追加的情報を補足しておく。

(1) Exkurs（余談ないし脱線）として、次の幾つかを付け加えたい。

p.17：「学問としての学問」という表現は、1908年、Henri Poincaré が “la science pour la science” として用いている¹⁸⁾。

p.45：「公共性」の1要素としての「公開性」に関して、フランスでは17世紀末この点で商法の公法的性格（！）が説かれる¹⁹⁾ のが、興味深い。

p.68：現代中国も、1999年の憲法改正で「社会主義的法治国家」条項を新設している²⁰⁾。

p.170：「裏切られやすいが他の代替策よりは未だしもベターな経験則」としての「民主制」については、かの Winston Churchill の名言（第二次大戦後、下院で発言）が忘れられてはなるまい。曰く、デモクラシーは最悪の政治形態だ、ただし、これまで試されてきたどんな政治形態よりはましたが²¹⁾。

p.208：半世紀以上も前、アメリカのさる有名な裁判官が「陪審員とは、理解し得ない法律を、勘違いした事実当てはめる者である」と喝破したという²²⁾ が、以て他山の石たらしむべきか。

p.226：「罪を悪んで人を悪まず」は、わが国では人口に膾炙しているが（『広辞苑』にも『大辞林』にも出てくる）、巷間孔子の言というのは訛伝で、出典は、後世孔子一族の言行を記したとされる『孔叢子』（孔子没後250年余に9代目の孔鮒が書いたとも、さらに400年以上後の偽書とも）に見える「古之聴訟者、悪其意不悪其人」らしい²³⁾。

p.233：“Les gros poissons mangent les petits” は、Pieter Bruegel の著名な版画（1557年）の題名にもなっている²⁴⁾。

(2) このところ、かのキルヒマンの毒舌（p.16）を想起させること頻りの、現行法のいわば液状化状況が現出、実定法令の制定・改廃が踵を接している。本書出版後の主なもの、下記のとおり。

p.47：理論的法分野としての商法を構成する実定法典として、本家本元の「商法」から分岐して、それを遙かに凌駕する巨大な「会社法」が誕生（2005年）。それに伴い、会社犯罪処罰関係の公法的諸規定は、後者（960～979条）へ移った。

p.95：「国民の祝日に関する法律」は、2005年にも改正。

p.100：「郵政民営化法」はじめ関連6法律の成立（2005年）によって、最後の“公社”－日本郵政公社－も、07年10月1日に廃止される。

p.103, p.125：42年振りの「行政事件訴訟法」改正（2004年。翌年4月1日施行）の結果、

いわゆる“行政庁の被告適格”は、ごく例外的な場合（新11条2項）に限られることとなった（新11条1項）。

p.137, p.206：“二次的立法”について、2005年の「行政手続法」改正は、「命令等」（新2条8号）を定めるに当たっての「意見公募手続」を新設した（第6章—38～45条）。したがって、99年閣議決定の“パブリック・コメント”制度は、これに吸収される。

p.143：1908年制定（！）の古色蒼然たる「監獄法」も、ついに2005年、「刑事施設及び受刑者の処遇に関する法律」に取って代わられた。

p.208：その後事態は急進展、2004年5月成立の「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」によって、「裁判員」制度は09年5月までに発足する²⁵⁾。

p.273：既述（6(7)）のとおり、2004年の「行政事件訴訟法」改正で、従来“無名抗告訴訟”扱いであった「義務付け訴訟」と「差止め訴訟」が明文化された。

p.294：「緊急権」関連法として、「武力攻撃事態等における国民の保護のための措置に関する法律」（2004年）。

(3) 最後に、若干の修正ないし訂正 —

p.82：引用文7行目の「いた」は、「ゐた」の誤植（校正時の見落とし）。

p.128, p.138：「司法行為（判決）」とあるは、精確には「司法行為（判決等）」。「判決等」は、判決・決定・命令である。

p.142：15～16行目の「訴訟状態説」は、「訴訟法律状態説」の誤り（入力か校正のミスに因る脱落）。

p.135：外国における「憲法改正」の頻度は、現在、ドイツ連邦共和国の場合51回（東西統一後だけでも16回）、アメリカ合衆国の場合27回である²⁶⁾。

p.187：最終行「実体面」のルビ「サブスタンシャル」は執筆時の勘違いで、「サブスタ^ンティヴ」が正しい²⁷⁾。

p.242：16行目最下段、地裁・家裁の合議制についての括弧書き「(同18条・26条)」は、「(同26条2項3項・31条の4第2項3項)」の誤り（著者の不注意）。

p.252：最終行末尾の括弧書き中、「最大判平成16年1月14日」の次に「民集58—1—1」を追加²⁸⁾。

p.276：わが国における最高裁の違憲判決の最新のもの（7件目の法律違憲判決）として、2005年、在外日本人の選挙権を全く認めていなかった公職選挙法にかかる最大判平成17年9月14日判時1908—36²⁹⁾。

註

- 1) 『有斐閣図書目録 2005』 277頁。
- 2) 参照、本書16頁。
- 3) 参照、本書5～6頁。
- 4) 本書カバー・扉・奥付。あるいは、*Rethinking the Public Law* か。
- 5) 大岡信『新 折々のうた 8』（岩波新書2005年）10頁から引用。
- 6) Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, 1945, p.xv. 4～6行目の箇所を意識。
- 7) Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 6.Aufl., 1965, S.224.
- 8) *Ibid.*, S.224.
- 9) *Ibid.*, S.225.
- 10) 参照、Jean-Bernard Auby et Mark Freedland (dir.), *La distinction du droit public et du droit privé: regards français et britanniques*, 2004.
- 11) その法学界への反映の最近例として、『法律から考える公共性』（東京大学出版会『公共哲学』第Ⅱ期12、2004年）。
- 12) 手島孝『現代行政国家論』（1969年）20頁。
- 13) 高木光論文（『ジュリスト』1277号2004年）19頁。
- 14) A.V.Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed. 1968, Appendix 2 : The Development of Administrative Law in England, p.499. なお、傍点箇所は原文では仏語イタリック体。
- 15) 『毎日新聞』2005年12月31日「近聞遠見」。
- 16) 解説として、手島孝『憲法と行政権』（中川剛との共著、1992年）22～27頁が最も新しい。
- 17) 毛利透「『法治国家』から『法の支配』へ——ドイツ憲法裁判の機能変化についての一仮説——」（『法学論叢』156巻5・6号2005年）。もっとも、この“仮説”、サブタイトル表記の限りではともかく、メインタイトルのようにまで踏み込めるのかどうか。
- 18) ポアンカレ『科学と方法』（吉田洋一による Henri Poincaré, *Science et méthode*, 1908の邦訳、岩波文庫1927年）12頁以下。
- 19) 参照、水林彪論文（日本法哲学会年報『〈公私〉の再構成』2001年）106～111頁。
- 20) 参照、上拂浩生「中国の行政立法と『依法行政』（法による行政)原則」（『アドミニストレーション』11巻1・2号2004年）2頁。
- 21) 『朝日新聞』2005年 3月27日（安倍寧によるマイケル・フレイン『戯曲デモクラシー』の書評）、5月9日（小池民男「時の墓碑銘」）による。なお、最近の警世の書として、国末憲人『ポピュリズムに蝕まれるフランス』（2005年）。

- 22) 『朝日新聞』1992年9月7日(マーク・ラムザイヤー「論壇」)による。
- 23) 『朝日新聞』2005年5月30日(若宮啓文「風考計」)、5月31日(一海知義「私の視点」)、6月22日夕(五十川倫義「窓」)による。
- 24) 参照、宮下志朗エッセイ(『図書』675号2005年)8～9頁。
- 25) なお、「特集 裁判員制度の総合的研究」(『法律時報』2005年4月号)、西野喜一論文および大久保太郎論文(『判例時報』1874～5号および1883～4号2005年)。大久保論文は裁判員制度を“違憲のデパート”(!)と批判する。
- 26) ドイツにつき、阿部照哉=畑博行編『世界の憲法』第3版(2005年)276頁の永田秀樹解説による。アメリカについては、著者の不注意で、1992年の修正27条を見落していた。
- 27) ちなみに、手島孝「刑事手続とデュール・プロセス主義」(有斐閣ブックス『新版 憲法演習 2』改訂版1989年)102頁、111頁では、正しく substantive となっている。
- 28) 判決が出たのが本書最終校正後であったため、辛うじて判決年月日は追記入できたものの、登載資料の記載までは間に合わなかったもの。
- 29) いずれ収録されることになる民集59巻の当該号は、本稿執筆の時点では未刊行である。