

ホッブズの所有権概念と「法の支配」

——『市民論』を中心に——

山
本
陽
一

- I 序論——本稿の課題
- II ホッブズの所有権概念——「私権」「憲法」「ポリス・パワー」
 - (1) 共同体の不在
 - (2) 所有権の諸相
- III ロウスンによるホッブズ批判——「共同体」の倫理と論理
 - (1) 私法としての自然法
 - (2) 国家の基本法としての憲法
 - (3) 所有権を制限する「方法」と「目的」
- IV ホッブズの法理論——「法の支配」の三類型
 - (1) リバタリアニズム
 - (2) 裁判官の法創造
 - (3) 合理的選択
- V おわりに——「形式的」か、「実体的」か

I 序論——本稿の課題

法の支配にはいくつかのタイプがあり、それが実体的権利の保障を要求すると理解されるばあいでも、所有権の保護はその一例にとどまる。しかも、所有権を含む財産権保障の程度は弱まってきたというのが歴史の流れである。⁽²⁾しかし、財産権の歴史は古く、その保障のありかたが、法の支配の議論に寄与した時代があった。本稿が扱うのはそうした時代であり、所有権概念の分析から法の支配原理に接近することも不適当でないと思われる。

財産権が人権のひとつとして政府を制約する根拠であるためには、権利それ自体が政府から独立した基礎をもち、それによって正当化される必要がある。そのような正当化の試みは、西欧では中世以来、自然法の伝統のなかでおこなわれてきた。ティアニー教授によれば、こうした中世の自然法理論は、基本的な形態を維持しながら、近代社会を動態化してきた。⁽³⁾

ティアニー教授によると、このような自然法論の潮流にあつて、ホッブズは例外的存在であつた。ホッブズは、人間というものを自己中心的存在として理解し、ものを分かち合えない身のうえとして描き、自分の周辺にあるものを自己保存の手段として権利化する議論を展開した。こうした議論は、個人と社会の関係を断ち切るものであり、それまでの所有権理論から逸脱していた。⁽⁴⁾

しかし、ホッブズの所有権概念は、ロックの陰に隠れ、また、ホッブズ自身の自然権理論に埋もれて、これまで充分な検討が加えられていないように思われる。周知のように、ロックは、人間が労働を通じて自然に働きかけるところに「所有権」が成立すると論じた。それは、自然を相手にした孤独な営みであるが、国家以前の自然状態に所有権

が成立するところから、市民社会の自立の基礎として注目されるのである。また、ホッブズの自然権概念は、力への意思を表現し、一切の規範から人間を切断することによって、戦う強い個人を演出し、「近代的」権利の典型として注目されるのである。

これに対し、ホッブズの所有権概念は、右に述べたような市民社会の自立の基礎でもなければ、戦う個人の実存的表現でもない。ホッブズの自然状態にあるのは、労働の所産としての所有権ではなく、所与の原生的な自然権である。それゆえに、「主権者による指定なしには、万人の万人に対するたたかい」が帰結する。⁽⁵⁾ ホッブズにおいて所有権を創出するのは国家の命令(実定法)であり、所有権は、いわば牙を抜かれた自然権としてのみ存続するにすぎない。このような実定的権利である所有権は、現代のそれと同じであって、ことさらに論じる必要がないと見られるのかもしれない。

ホッブズの所有権概念の社会経済史的意義は、すでにマルクスによって論じ尽くされているという評価もある。⁽⁶⁾ それは、要するに、政治的支配のレベルから区別された、抽象的な私法関係のイデオロギーであるということなのだ。法学的な視点から見ると、ホッブズの“civil law”(民法・実定法・世俗の政策)は、資本制の単なる手段ではなく、それじたいの論理を持つものとして分析可能であり、これに応じて所有権を分析する視角も決まってくるように思われる。ホッブズの法実証主義的な所有権概念は、〈絶対的自由の自然状態〉から〈絶対的権力による所有権の創設〉に至る、理論的緊張を刻印されている。あらかじめそれを記せば、①所有権は自然が与える〈素材〉と国家が与える〈形式〉から成立する。②国家の立法権力といえども、私的所有権を確立しないという選択はできない。③財を再分配するポリス・パワーは、絶対的自由と絶対的規制の中間領域で作用する(Ⅱ節)。

また、ホッブズの所有権概念は、「社会的」な制約を受けるという点でロックのそれと実際の差異はないとする政

治学上の議論もある。⁽⁷⁾しかし、そこにおける制約の「社会性」は、法学的観点から見れば、分析すべき重要な問題を含んでいるように思われる。すくなくとも、その制約は「実定法」に由来するものか、それとも、「道徳」（自然法）に由来するものかという問題、また、その制約は「政府」の裁量によって政策が遂行されることを意味するのか、それとも、「共同体」の承認によって公共領域が（私的領域から区別され）画定されることを意味するのかという問題が検討されるべきであろう。このような問題もふまえ、Ⅲ節では、ロックに影響を与えたともいわれるロウソンの所有権概念とホッブズのそれを比較する。市民が所有権を政府に対して主張できないというホッブズの考え方は、当時の目からみて特異であった。⁽⁸⁾ロウソンは、このようなホッブズの所有権概念を批判し、所有権が国家に先立つ「共同体」において自然法上の権利として存在すると説いた。両者の比較をふまえていえば、ホッブズの議論には、立憲主義——とくに個人の権利によって公権力を制約する法原理——を骨抜きにする戦略が含まれているといわざるをえない。

実体的権利のひとつである所有権が保障されないという点からみるかぎり、ホッブズの法の支配論は、いわゆる実体的な意味での法の支配論ではないといえよう。ところが、従来のホッブズ解釈においては、実体的権利の保障という要素がなんらかのかたちで考慮されている。Ⅳ節では、①リバタリアニズム、②裁判官の法創造、③合理的選択、以上三つの観点に立った法の支配論を扱う。

Ⅱ ホッブズの所有権概念——〈私権〉〈憲法〉〈ポリス・パワー〉

(1) 共同体の不在

ホッブズの政治理論の特色は、〈共同体〉の自立性を否定する点にみられる。ここでいう共同体は、強制権力をもつ

た国家とは区別されるものである。ホッブズは、このような共同体が国家権力なしには成立しないというのである。

この〈共同体〉は、国家権力をもたない状態であるが、それは村落共同体といったような小さなまとまりをさすのではない。丸山真男は日本社会を多神教に支えられた小さな共同体の重なり合いであると指摘し、一神教の西欧社会と比較した⁽⁹⁾。ホッブズが否定したのは、この一神教の共同体であり、そこでは、各個人が絶対的な神と対峙しつつ、他の同類と社会を形成する。歴史的には、ヨーロッパもかつては多神教の世界であったが、キリスト教の普及とともに、異教の民間信仰は排撃され、一二世紀ごろから一神教の世界観が確立したといわれている⁽¹⁰⁾。

このように、宗教的雑居性を払拭したところに成り立っている西欧の共同体は普遍的である。ホッブズは、こうした普遍的な共同体がそれ自体では成立しないという。このことを、財産権との関連でいえば、個人は自律的にみずからの財産を管理できないということである。つまり、自分と他人の財産を区別し、その境界を守ることが、強制権力なしにはできないというのである。

人間がもっとも頻繁に他人を傷つきたいと願うのは、多くの人が同一物を同時にほしがらばあい、しかも、その対象物を共有あるいは分割して享受できないばあいである。この対象物は、最終的に、より強い者の手にわたるにちがいない。だが、だれがより強い者なのであろうか。それを決めるのは戦いしかない。⁽¹¹⁾ (DC, Ch. 1 §6)

(2) 所有権の諸相

ホッブズの自然状態には、共同体もなく、所有権もない。自然状態において各人がもっている権利が国家によって制限され、そこに、「私のものと汝のもの」の区別が立てられるとき、はじめて所有権は成立する。「人が物件に所有

権をもつために不可欠なことは、その人が物件を使用することができるというのではなく、その人だけが物件を使用することができるということなのであり、このことは、他人による妨害を禁ずることによって実現される。」(DC, Ch. 14 § 7) の「他人による妨害を禁ずる」のが、国家である。

ホブズの所有権概念は、三つの観点から分析することができる。それは、(i)私権、(ii)憲法上の権利、(iii)ポリス・パワーの対象としての権利である。しかし、これらの諸相は、明瞭なかたちで現れているわけではない。前述のように、ホブズは共同体の自立性を否定するが、このことは、公的世界(国家)と私的世界(共同体)との関係を、慣習に基礎を置く伝統的な立憲主義に対抗するかたちに組み換えることを意味する。これに伴い、所有権を正当化する根拠が、私的世界から公的世界へとシフトし、その私的性格が見えにくくなっているのである。このことは、後述するロウソンの所有権概念と比較するとき明らかにになる。

(i) 私権の実体と形式

ホブズの定義する所有権は、国家の所産であるが、それは、無からの創造ではない。そこには、〈素材〉として自然権があり、それが国家権力によって限定される。「権利は自然権であるが、それは法が創造したものではなく、法が残しておいたものである。法を取り除けば、残るのは完全な自由である。」(DC, Ch. 14 § 3)。このような素性の所有権には、自然権の性格が刻印されている。自然権は元来、国家以前の私人間にあったものであり、〈私権〉である。自然権が私権であることは、それが国家の創設時に契約をつうじて移転されるところにも現れている。

さて、〈私権〉としての自然権は、自然状態にあっては「すべてのものに対する権利」である。この「すべてのもの」には他者の生命も含まれる。また、自然状態において人間は平等であるから、「すべてのものに対する権利」を

有するのはすべての人間である。自然状態にあつて、自然権の対象および自然権の主体のいずれも無限定である。

自然は、個々人にすべてのものに対する権利を与えた。すなわち、純粹な自然状態、つまり、人々が相互に交わす合意によって拘束される以前は、だれに対して何をしてよく、また、欲するもの・入手可能なものすべてを占有・使用・享受してもよかつた。(DC, Ch. 1 §10)

ところで、私権といつても、ホッブズのばあい、これを承認するへ私法へ、とくに、不法行為法は自然状態に存在しない。自然状態は、「すべてのもの」、つまり、全世界というへ同一の対象へが、「すべての人」によって重疊的に独占されている状態である。そして、ホッブズの間観にしたがえば、同一物を分かち合うことは人間に期待できない。純粹な私人関係である自然状態は、戦争状態であつて、不法行為が常態化している。「自然状態では権利の尺度は利益である」(DC, Ch. 1 §10)とは、権利の所在を確定する規範の不在を意味し、『リヴァイヤサン』では、現実の支配力が強調され、「獲得することのできる(can get)もののみが、それを手元においておくことができる(can keep)期間にかぎつて、各人のものとなる」といわれている。⁽¹²⁾

このように、ホッブズが説く私権としての自然権は、公権力の成立に先行するものではあるけれども、後発の公権力を制約する原理とはなりえない。むしろ逆に、純粹な私権は、紛争の原因であり、それゆえに公権力の存在を要請する。無制限に「この権利をもっている」ということは、権利など何ももっていないというのに等しいであろう。」(DC, Ch. 1 §11)。この素材に〈形式〉——他の同類市民による侵害を禁止する枠組み——を与えるのが、国家である。

(ii) 国家の基本構造としての憲法

所有権の素材は自然権であるが、最終的に所有権を創設・完成するのは国家である。では、かならず国家は私有財産制を導入しなければならないのだろうか。

ホッブズの説く国家において私有財産制を導入しないという選択肢は現実的ではない。これを導入しないという決定は、自然状態にとどまるという選択に等しく、生命の保存という最低条件すら実現しない。それゆえ、私有財産制の導入については、政府に裁量の余地はなく、その意味で私有財産制は、国家の基本構造をなすことができる。

「私有財産と国家は、同時にその姿を現した」(DC, Ch. 6 §15)。

このように、所有権の確立は、国家の基本構造の設計図に不可欠な要素であり、そこに必然的に書き込まれなければならない。その意味で、所有権は、〈憲法〉上の権利であるといえることができる。ただし、ここでいう憲法とは、統治の基本構造という意味であって、公権力を制約する根本的規範、あるいは、政府と市民の合意という意味ではない。

かりに公権力を制約する規範あるいは政府と市民の合意という要素を組み込んで社会契約論を構成すれば、所有権の保護を政府の義務にすることはできるであろう。しかし、ホッブズの社会契約論は、法人設立の契約であったため、法人として国家がみずからのアイデンティティをどこまでも貫徹する議論になっている。法人はその構成員から独立の人格をもつものとされ、それ自体が権利の主体である。国家は、その意思により、自由にその財産——国家構成員の労働力と資産——を使用・処分してよいのである(DC, Ch. 5 §9 & §10)。

この人格のアイデンティティが維持されるためには、人格自身の意思が他律的にほかの規範の拘束を受けてはならないし、また、その構成員との合意によって拘束されてもならない。国家が法人として独立の人格をもつという論理

を純粹に推し進めると、立憲主義的な憲法概念は否定される。

このような法人論において、国家は市民の所有物件を自由に剝奪・利用することができ、かつ、それは不法行為を構成しない。その根拠は、ホッブズによって二様に示されている。ひとつは、記述的な説明、もうひとつは、規範的な説明である。

まず、ホッブズは、国家と自然人との類比によって国家の自己不拘束を説明する。たとえば、「なんびとも自身自身を受取手として物件を譲渡することはできない。…この論理を援用すれば、なんびとも自分自身を相手方として義務を果たすよう拘束することはできない。…ここから帰結するのは、国家それ自体は実定法によって義務を課されないということである。」(DC, Ch. 6 §14) とホッブズは述べる。これは類比による記述的説明であるが、そこに一九世紀における国家法人論の「自己拘束説」が見られないのは興味深い。また、規範的な説明としていわゆる社会契約論が示され、国家の意思が構成員の意思を包摂する権限、そして、この権限を尊重する構成員の義務が論じられる。「市民はその一存で、国家が自分に対して果たそうとする義務を免除することができるが、それを免除するという市民の意向は、国家がそのような意向を持ちさえすればいつでも存在すると推定される(というものは、すべての案件に關し、各市民の意志は国家の意思に包含されるからである)。したがって、国家は市民に対して負う義務から免れたいと思えば、いつでも自由になれるのであり、事実上自由なのである。」(DC, Ch. 6 §14)⁽¹³⁾。以上のように、ホッブズの所有権概念は、〈憲法〉上の権利としてみても、公権力の行使を制約する基礎たりえない。

(iii) ポリス・パワーによる正財と負財の再分配

私有財産制の確立は、国家法人化後のプログラムであるといっても、それは必須のものであり、政府に不採択の自由はない。その意味で、私有財産制は、国家の基本構造であった。しかし、この必須プログラムの実行後に、財の再分配をおこなうことについては、政府にはさまざまな選択肢がありうる。このレベルでの政府権力がヘポリス・パワーである。

ポリス・パワーは、「福祉権能」とも訳されるが、ホッブズにあっては、「人間の境遇が許す限り喜びに満ちた生活」を実現する手段を決定・実行する権能である。それは、「いかなる状況においても生き延びる」といったへ単なる生存を目的としていない。私有財産制の導入は、単なる生存のレベルの決定であるが、これを前提として、政府は、単なる生存以上の「人間の境遇が許すかぎり喜びに満ちた生活」を実現するために、政策の立案・実行を委任されているのである。

人間は設計によって国家を打ち立て、そこに進んで入っていった。その目的は、人間の境遇が許すかぎり喜びに満ちた生活をするのであった。この類型に属する国家にあって、権限を行使する立場にいるものは、立法をつうじて、単に市民の生存に不可欠な良き物を豊富に供給するだけでなく、市民が生活を楽しむために必要な良き物についても豊富に供給しなければならない。この義務を果たさなければあい、(最高権力を委ねた人たちの信頼を踏みにじることになるので)、自然法に違反して行動していることになる。(DC, Ch. 13 § 4)

ホッブズは、所有権をポリス・パワーの対象としてとらえている。このことは、経済政策と税制に典型的に現れて

いる。たしかに、ホッブズの法人理論のもとでは、政府は市民の単独所有を無限に剝奪できるが、そのような政策はポリス・パワーの観点からみると、目的を実現する手段として合理的ではない。「法律が規制しない事柄が多く残されていると、そのぶん、市民は多くの自由を享受するのであるが、完全な規制、あるいは、完全な自由は誤った極論である。」(DC, Ch. 13 §15) かつした極論の中間にポリス・パワーの働く領域がある。

以下では、所有権がポリス・パワーの対象となる二つの局面をみる。そのひとつ、経済政策は、特定の産業を支援するという意味で、正の財の再分配を目的としている。他のひとつ、税制は、税の負担という負の財を再分配している。

(a) 正財の再分配

政府は、法律によって市民の自然権を限定し、所有権のあり方を決定するが、その際の方針のひとつは、国家の経済的繁栄である。では、法律によってどのような形に「自然権」を造形すれば、国家全体の富を増やすことができるだろうか。

ホッブズは、経済的繁栄をもたらす法の目的を三つあげている。天然資源の開発、商工業の発展、儉約である(DC, Ch. 13 §14)。産業のなかでもホッブズが重視するのは、商工業である。このことは、資源それ自体に依存しない純粋な人間の〈労働〉が評価されているということであろう。交易は物資の移動や取引、手工業は資源の加工であるが、そこでの価値は、ものそれ自体ではなく、ものに加えられた労働である。ホッブズは、労働が豊かさの真の原動力であると考えているように思われる。けれども、破壊的労働である軍事活動については、「人の財産を減少させ、成功をもたらすことはほとんどない」(DC, Ch. 13 §14) といわれ、国富増進の手段としては否定されている。

産業の発展を政府の積極的介入によって促進するという考え方、また、儉約による財貨の備蓄量を国富と同一視する経済観念は、のちに古典経済学によって否定される。政府が経済発展のために積極的な役割をしなければならぬという理解は、共同体の自立性に対するホッブズの否定的なスタンスに符合する。

(b) 負財の再分配

国富の増大にとって必要なのは、生産活動の促進のように、積極的な方法だけではない。消極的な方法として、浪費する人間からたくさん税金を取るといふ制度がある。税制は、ホッブズにとって、儉約奨励によって国富増大を図ると同時に、平和の維持費を分担させる方法であった。

市民が社会に供与する資産は、市民が平和の購入にあてる対価にほかならない。ここから導かれるのは、平等に平和を享受する市民は、国家に対して平等な負担を、金銭あるいは労役というかたちで払うべきだという論理である。(DC, Ch. 13 §10)

では、負担の平等を図る方法は何か。所得増大の機会として平和を多用した人は、たしかに自分のために働いたが、国家としてみれば、それは国富の増大であるといえる。したがって、このばあい、国家が提供する平和に対して、国富の増大という形で対価が支払われている。また、所得の低い人は、国富の増大に相対的に貢献していないが、そもそもそれだけ平和を利用していないと考えられるので、多くの支払いを要求されない。他方、消費拡大の機会として平和を多用した人はどうだろうか。ホッブズによれば、儉約は国富の維持につながるが、消費は国富の減少を意味す

る。そこで、ホッブズは、消費拡大の機会として平和を多用した人は、享受した平和に見合うだけの対価を払うべきだといっているのである。⁽¹⁴⁾

ところで、財の再分配がおこなわれたことにより、本来期待してよい収益を上げることができない人、既存の所有権を制限され、その価値を減らしてしまう人がでてくるであろう。では、こうした人たちは、政府を訴えることができるだろうか。

ホッブズによれば、政府を訴えることはできても、訴訟の争点は、権利問題、つまり、国民の所有権が侵害されたかどうかではなく、「自然的衡平」の問題であるとされる(DC, Ch. 6 §15)。この回答の含意は、ポリス・パワーの行使から生じた不利益を扱うのは、コモン・ロー裁判所ではなく、衡平法裁判所である大法官裁判所だということであろう。大法官裁判所の管轄は、絶対的王権に支配され、また、コモン・ロー裁判所からの上訴審になりうるという理解もあつた。⁽¹⁵⁾ さらに、「自然的衡平」は「自然法」の一部であるが、ホッブズにとって自然法は、「君主に自分の利益を促進する方法を教示する」ものでもあつた(DC, Ch. 13 §2)。それは、個人の権利を確定する原理(ホッブズにとってそれは実定法)ではなく、政策のガイドラインであるといえよう。そこには、自然法と実定法を区別するつぎのような法哲学があつた。ホッブズは、「ルール」の本質を指導性のみとし、そこから拘束性を外すことによって、ルール(自然法)と法(実定法)を概念的に区別する。「ルールは、人を導き、その行動に方向を与える指針(precept)である。このような指針は、たとえば、教師から弟子へ、あるいは助言者からその友人へ与えられるが、相手を従わせる強制力はない。⁽¹⁶⁾」けつきよく、ポリス・パワーの行使を理由として起こされる訴訟がなしうるのは、政府の自由裁量から生じた不合理・不均衡の調整にとどまり、そこに「自然法」(ルール)違反があつたとしても、その不利益は、直ちに個人の権利の侵害に結びつかないと理解されるのである。⁽¹⁷⁾

以上、ホッブズの所有権概念を三つの観点から分析したが、いずれにしても、所有権概念そのものは、公権力を制約する基礎たりえない。

Ⅲ ロウスンによるホッブズ批判——〈共同体〉の倫理と論理

以上のようなホッブズの所有権理論に対して批判を展開したひとりがジョージ・ロウスンであった。「自然状態において各人はすべてのものに対して権利をもつという命題は絶対には誤りであり、忌むべきものである。」⁽¹⁸⁾ (Exam: II) 本節では、ロウスンの所有権概念とホッブズのそれを比較し、ホッブズの所有権理論の特質を浮き彫りにする。

ホッブズに対する批判のなかでも、神学者からのそれはとくに容赦のないものだったとアダム・スミスは述べているが、そのような神学者のひとりがロウスンである。スミスによると、ホッブズの見解の特色は、国家以前に人間社会が成立する可能性を認めないこと、国家がつくる実定法を正邪の究極的基準とし、道徳的規範、すなわち、自然法の独自の効力を認めないことであった。ロウスンによる批判も、おおむねこれらの点に向けられている。⁽¹⁹⁾

まず、本節における議論の枠組みを明らかにしておきたい。すでにみたように、ホッブズの所有権概念の素材は自然権であったが、問題は、この自然権が「私法」とくに、不法行為法によって規制されていないことであった。そのため、所有権の素材である自然権は、それ自体として公権力を制約するのではなく、逆に、公権力から制約されることを要請したのである。

さて、これに対してロウスは、この「私法」にあたるものとして「自然法」を論じている。そして、「私法」は、「自然法」は、ロウスンのばあい、キリスト教倫理とつながっている。

つぎに、国家法以外の規範に正当性の根拠を得た所有権は、後、発の国家によって侵害されないように、〈憲法〉によって保障される必要がある。この意味での憲法は、法人国家の基本構造ではなく、政府を拘束する根本的規範でなければならない。ロウスンには立憲主義的な意味での憲法概念がみられる。

さらに、根本的規範としての憲法によって保障される所有権は、ポリス・パワーの道具になるべきではなく、政府によって所有権が制限されたばあいには、単に政策の不合理性を争うだけではなく、政府による制限を権利侵害であるとして権利保障を要求することができなくてはならない。この問題に対するロウスンの応答は法技術的であり、共同体の倫理とやらんで、共同体の論理を示す。

(1) 私法としての自然法

ロウスンもホッブズと同じように、国家以前の状態を想定するが、それは、自然状態ではなく、「共同体」である。⁽²⁰⁾そして、そこには自然法が有効に働いている。ロウスンの共同体とは、さまざまな中小の団体を包含するより大きな社会をさす。これは、政府をつうじて統一される以前の州の連合体とも理解されている。

この共同体において個人は、世俗生活のうえでは中小の団体に所属し、いわゆる中間団体に組み込まれている。しかし、宗教的には同じ家族でも異なる宗派に属しうると考えられ、共同体はそれのもっとも深いところで自律した個人に支えられている。このような共同体の構成員は、所属団体の慣行に拘束されるという一面をもちつつも、より普遍的な共同体のルールである自然法に拘束されている。

さて、所有権を正当化しているのは、このような共同体の自然法である。「所有権は、実定法の上位にある自然法に属する」(Exam: 73)。そして、「適切な意味での所有権とは、上位者その他の者の許可なしに、完全に譲渡するこ

とのできる独立の権利である」(Exam: 131)。ロウソンは、このような排他性を有する所有権を自然法によって正当化し、その絶対性をつぎのように説く。

最高権力者の設立、とりわけ、権力の執行・運用を託される者の選定において、臣民はみずからの所有物を手元においておくことができ、これは合法的な最高権力の支配権と両立しうる。そうであるから、最高権力者が臣民の物を剥奪し、それを返さないときには彼を訴えることができる。そのとき、所有という観点から見れば、臣民は臣民ではなく、最高権力者は、最高権力者ではない。両者ともこの特定の観点から見れば、私人である。(Exam: 73)

所有権を正当化する自然法は、公法上の地位を捨象し、最高権力者すらも国民と対等な私人として扱う。このような働きをする自然法が、〈私法〉上の権利として所有権を承認しているのである。国家法から独立した「自然法」―〈私法〉に根拠をもつ所有権は、公権力の干渉を拒否することができる。

私法としての自然法は、ロウソンにあっては宗教倫理に根ざしている⁽²¹⁾。この点は重要である。ロウソンは、自然法として黄金律と隣人愛をあげ、これによって所有権の使途に枠をはめている。「人間は神から所有権を与えられているが、そこにはかならず、貧しい者に施し、困っている人の心を軽くしてやり、正当な統治をおこなう最高権力者を養う義務が伴っている。」(Exam: 131)。このように、ロウソンは、キリスト教倫理によって「自然法」―〈私法〉を基礎づけている。所有権は、他人と財産を分かち合うことを条件として自然法により〈許可〉されているのである。

(2) 国家の基本法としての憲法

私法上、個人と政府は、対等な私人関係を構成するが、さらに、ロウソンは、公法上の関係を私法上の関係から区別し、政府には、私人としての義務のみならず、公的存在として所有権を保護する義務があるという (Exam: 84)。このことは、国民の側からみれば、意に反して政府から所有権を制限されない権利があるということである。「人々が合意して国家を打ち立てるとき、彼らは国家の創設に先立ってもっていた所有権を手元にとどめておく。そうである以上、国家は所有権を破壊するのではなく、保護するのである」 (Exam: 131)。国家創設という文脈において、所有権は、私権にとどまらず、対政府的な性格を与えられている。

このように、所有権が政府との関係で、不可譲・不可侵であるということは、それが〈憲法〉上の権利として政府の恣意から保護されていることを意味する。憲法上の権利が侵害されるとき、国民は「共同体」として行動し、究極的には政権担当者を解任できる。これは、所有権を侵害された当事者一個の損害賠償請求とは次元が異なる。

ロウソンは、憲法と通常の立法を区別し、議会は「憲法」を変更することはできないという。憲法を変更することができるのは「共同体」だけである (Exam: 38)。このような性格の憲法は、根本的規範である。じつさい、ロウソンは、主権者を「国家権力の配置・構造にかかわる主権者」 (the Sovereign for the Constitution) と「国家権力の執行・運用にかかわる主権者」 (the Sovereign for Administration) に分類し (Exam: 58)、国家権力の構造にかかわる法を「基本法」・「国家の基礎」と呼び、国家権力の運用にかかわる法を「表層構造」と呼んで、両者を区別している (Exam: 108)。所有権は「自然法」Ⅱへ私法〈上〉のものであるが、これをさらに「基本法」によって保障するという構成がとられている。

ところで、憲法のような根本法規が、「自然法」Ⅱへ私法〈上〉の権利、つまり、「自然権」である所有権を保障する

ということは、既存の所有権を保護するという一面をもつ。言い換えれば、それは既得権の固定化である。しかし、このような憲法による固定化に対しては、原生の自然権に基づく批判があった。フィルマーは、「世界のなかのだれかひとりが、翻意して『私有財産と政府を捨て去り』、共有への自然権を取り戻し、自然的自由を回復し、要するに、随意に剝奪し、勝手気ままにふるまいたいというならば、たとえその人物がどれほど貧しく野卑であろうとも、この人物の挙動は権利によって許された一線を越えていると一体だれがいうことができようか。」（「内は引用者」と述べている。共有への自然権は、憲法による固定化を拒否し、既存の財の配分を白紙に戻して、富者から貧者へと財を強制的に移転する手段にもなる。じつさい、このような計画の芽を摘むために、パトニー論争でアイアトンは、「神の法も自然法もわたしに所有権を与えない。所有権は人間の国制 (human constitution) の所産である。」とレヴェエラーズに対して述べ、無産者を国政選挙から排除して彼らによる憲法改正の機会を奪った。⁽²³⁾

ロウソンは、おおむねアイアトンが述べたような「古来の国制」論に沿って、既得権の保護を支持する一方、権利の平等化に反対する議論を展開している。しかし、すでにみたように、ロウソン自身は、所有権の根拠を自然法に求めている。したがって、ロウソンは、自然法上の所有権が、憲法により保障され、まさにそのことによって、平等化の要請を免れるという論理を必要とした。ロウソンはつぎのように言う。イン格蘭ドのコモン・ローは、「書かれた神の法とはるかに折り合いがよい。なぜなら、神の法はイスラエルの人民を彼らの裁判官に託し、そのもとにおいて世界でいちばん自由な人民にしなながらも、彼らをけっしてレヴェエラーズにしなかつたからである。」(Exam: 69-70)⁽²⁴⁾。

(3) 所有権を制限する〈方法〉と〈目的〉

ロウソンは、共同体が生活必需品や便宜品をみずから調達できるとしてその自律性を認めているが、それでもポリ

ス・パワーを政府に委ねて国家にならなければ「堅固で長続きする」ことができないという⁽²⁵⁾。このポリス・パワーを行使する政府が、先にふれた“the Sovereign for Administration”である。

しかし、問題は、ポリス・パワーの行使が共同体の自立性を妨げるのではないかという点である。課税や収用によって所有権が制限ないし剝奪されるばあいに、ポリス・パワーの行使に限界はあるのだろうか。

ロウソンは、「指導性および拘束性を備えた一定のルールなしには、いかなる国家もけつして長続きすることはできないであろうし、じつさい、神自身(その権力は絶対的に最高である)、一定の法によつてみずからを制限した」(傍点は引用者)と述べ、ポリス・パワーに制限を設けるへ法の支配論を展開している⁽²⁶⁾。とくに注目されるのは、「所有・支配」(propriety and dominion)と「使用・占有」(use and possession)の区別、および、信託理論である。

正当に権力を占有している (possessed) 当事者は、それへの所有権 (propriety) をもっていると考えられるかもしれない。けれども、けつしてそんなことはない。選挙、そして、被選出者への服従表明という手続を経、権力をこのうえもなく不動のものとして移転しようとしたところで、被選出者はその権力を信託されている (trusted) にすぎないのである⁽²⁷⁾。

政府は受託者として理解され、共同体から信託された権力と資産を、共同体の利益のために使用する義務を負う。この議論が政府の課税権と収用権に対する制約になることはいうまでもない。ホッブズの説いた法人国家は、財産——構成員の資産・労働力——をへ所有しており、国家自身の利益を目的として、自由に使用・処分できる。これに対して、ポリス・パワーを信託された政府は、共同体の財産をへ占有するが、へ所有してはいない。

この信託の法理は、チャールズ一世の裁判で重要な役割を果たしただけでなく、それに続く共和政下では公認された正論であったと評されている⁽²⁸⁾。

このような立論のもとでは、政府が「占有」するポリス・パワーと、私人が「所有」する物件の、権原上の相違が浮き彫りにされる。そして、「占有」されるポリス・パワーが、私人の「所有権」を制限するためにクリアすべき条件として以下のようなものがある。

まず、所有権の絶対性から導かれる条件である。所有権を制限する「方法」は、所有者の同意、実際問題としては、議会の承認を得なければならない。要するに、政府の命令や勅令ではなく、正当な手続を経た法律によらなければ、所有権は制限されない。「人民はつねに財布をもち、人民の代表が議会において同意しないかぎり、一銭たりとも国王から負担を強いられることはありえない。このことが、王権を抑制・制限し、宮廷の甚だしい放蕩・不節制を妨げ、君主を質素にし、無用の戦争を防止したのである。」(Exam: 132)。

つぎは、信託理論から導かれる条件である。所有権を制限する「目的」は、受益者である共同体の利益でなければならぬ。この要件は、論理的には行政部のみならず、立法部と司法部にも当てはまる。ただし、何が共同体の利益であるか、つまり、政府が何を統治の目的にすべきかということについて、神学者ロウソンは、「平和と物質的豊かさ」に加え、これよりも高次の目的として、「神に対する義務の遂行」と「人間が相互に聡明かつ正義に適った暮らしをすること」をあげており (Exam: 11-12)、ポリス・パワーの守備範囲は広い。

以上のように、ロウソンの所有権概念は、共同体の倫理と論理のうえに成り立ち、政府の権力を制約する原理である。ただし、それは、貧者の権利と政府の権限を排除するものではない。ロウソンの所有権は、一面で絶対的なものであられながら、道徳的にその使途が制約されており、慈善目的あるいは国家の必要のために喜捨されるものであ

た。こうして集められた資産は、受託者である政府によって使用される。すなわち、私有財産は、ポリス・パワーをつうじて、市場取引とは別の回路に流入し、共同体の利益のために分配されるのである。

IV ホッブズの法理論——〈法の支配〉の三類型

以上のように、ロウスンにおける所有権概念は、共同体の倫理である「自然法」Ⅱへ私法Ⅱにより正当化され、さらに、これが信託に含まれる論理によって〈憲法〉の保障を受けていた。これは、実体的権利の保障を要件として含む、権利基底的な法の支配原理であるといつてよいであろう。他方、ホッブズの所有権は、その素材が自然権であるにもかかわらず、自然権は、所有権そのものではない。所有権は、公権力の意思、つまり、実定法の形式をまっぴらにじめて完成し、それゆえ、政府に対抗しうる独自の基礎にはならない。

しかし、ホッブズには、いわゆる形式的な意味での法の支配論がある。このタイプの法の支配論は、実体的権利の保障を要求せず、法の内容の善し悪しを問わない。ホッブズは、人間の身体・財産に加えられる害悪が、とくに刑罰と呼ばれて合法化される条件として、(a) 処罰が公権力の作用であること、(b) 処罰の原因となる行為が事前に法定されること、(c) 処罰が正当な裁判によること、(d) 処罰には抑止効果が期待されること、以上を挙げている。⁽²⁹⁾ これらは、法とその執行が満たすべき形式的要件であり、身体・財産が正当に公益の犠牲にされる危険性はいぜん残っている。このことは、とくに第四番目の条件についていえよう。⁽³⁰⁾

以上のように、ホッブズの〈法の支配〉論は、さしあたり、形式的な意味に理解される。ところが、ホッブズ解釈の実際をみると、上のような形式的要件に加えて、実体的権利の保障という要素を考慮したいくつかの類型がみられ

る。

このような解釈が可能である理由は、後述する三つの見解の考察から明らかになるが、あらかじめ、二つの基本的な理由にふれておきたい。まず、ホッブズの法理論は社会哲学の一部をなしており、自由、平等などの検討を含んだ全体構想のうえに築かれている点があげられる。このため、ホッブズの法の支配論は、形式的意味での法の支配にとどまらない「正義論」の様相を呈する。

ホッブズの法の支配論が実体的権利の保障を含むと解釈されるもうひとつの理由は、権利概念そのものにある。前節までの議論で明らかになったように、ホッブズの定義する所有権は、それ自体としてみれば、公権力を制約する充分な根拠ではない。しかし、ホッブズの所有権概念には自然権が素材として組み込まれていた。この素材である自然権の要素は、過大視されてはならないが、無視されてもならない。この自然権は、所有権の素材という狭い意味にとどまらず、「自己決定権」という実体的性格を元来もっている(DC, Ch. 1 § 9)。この性格は、所有権にも刻印されている。このように理解すると、所有権を含む実体的権利の保障という問題は、なんらかのかたちで解決されなければならなくなる。⁽³¹⁾ここに、ホッブズの法の支配論が、形式的な意味にとどまらず、実体的な意味を与えられる理由がある。

さて、ホッブズの「法の支配」について本稿が扱う解釈は、つぎの三つの観点から論じられたものである。第一は、個人の自律を最大限に尊重するリベタリアニズム、第二は、自然法に従う裁判官の法創造、第三は、社会契約論を下敷きにした合理的選択論である。

(1) リバタリアニズム

多様な個人が各自の自由を自律的に実現することに至上の価値を見いだす立場をリバタリアニズムというならば、オークショットは、この立場からホッブズにおける法の支配を論じたということができよう⁽³²⁾。

オークショットによれば、ホッブズの説く社会契約で移転されたのは、幸福追求権といった実体的権利ではなく、この実体的権利を実現するための一般的条件を設定する権利である⁽³³⁾。オークショットは、ホッブズにおける実定法の妥当根拠を国家の権威のみに求めながらも、最高権力者のすべての命令が法ではなく、各自の幸福追求を可能にする条件として発令されたルールだけが法であるという⁽³⁴⁾。このような性格の法は、一切の個別事例を顧慮することなく制定される一般法でなければならず、したがって、いかなる個別利益の促進、また、妨害もしない価値中立的なものでなければならぬ。

また、オークショットによれば、各個人の自由を実現する法は、特定個人の利益にコミットせず、その意味で各人を平等に規制する。このような法の性格は「非道具的」(non-instrumental)と表現される。これとは対照的に、政府の命令が、国策という集合的目的を実現する手段になるばあいがある。戦争と政策は、そうした集合的目的の典型であり、これを実現する手段は、オークショットによれば、法の定義からはずれる。

政策と戦争は、法の支配の観点から形成される社会がもつともアイデンティティを喪失する契機である。むしろ、こうした状況においてさえ、法の支配は(ホッブズが考えたように)形式的には救済されることがある。たとえば、政府の公用収用権は正当な事由から行使されねばならないといったような法理論をもちだすことはその一例である。しかしこれは、必要性は法を知らない、ということをも別の言い方で語っているにすぎない⁽³⁵⁾。

現実の国家は戦争をし、特定グループを優遇する積極政策を実施するけれども、オークショットが問題にするのは、社会形成の原理としてみれば、戦争や政策は法の支配と対立するということである。ホッブズの描く国家の基本像は、不法行為を禁止する国家法に従い、各人が自然権を自律的に行使する消極国家である。このような国家も、必要・便宜を公益の名のもとに追求するが、しかし、そこには社会形成原理の転換・変更がある。ホッブズも含め、この点に目をつぶるべきではないというのである。公用収用に正当な補償がされても、ポリス・パワーによって特定個人の権利が剥奪されることに変わりはない。それは、個人を国策の犠牲にしないで平等に扱う中立的な一般法という理念に反する。

なお、オークショットは、法の支配概念にとって権利章典は必要でないと述べている。⁽³⁶⁾これは、実体的な意味での法の支配を否定しているようにみえるが、すでにみたように、幸福追求の実体的権利は実定法以前に人間性の一部として存在し、法は定義上、この基本的権利の性格を変更することができないと理解されているのである。

(2) 裁判官の法創造

オークショットは、個人の実体的権利の実現という観点から、行為規範としての実定法の性格を論じた。これに対して、ダイゼンハウスは、裁判規範としての実定法に注目し、法の解釈・適用において裁判官がおこなう法創造という局面にホッブズの「法の支配」を見いだす。⁽³⁷⁾

ホッブズにおける裁判官の位置づけは、一見すると消極的であり、ばあいによっては敵対的である。たとえば、「裁判官が被告人に対しておこなう侮辱は、問われている罪とは何の関係もなく、裁判官としての義務を逸脱している。」⁽³⁸⁾

(DC, Ch. 3 §12) といわれている。また、裁判官の勝手な法創造は、「自然状態」につながるとされ、裁判官を弾劾

する特別裁判所の必要性が指摘される(DC, Ch. 13 §17)。しかし、法の意味に疑義が生じたとき、それを明らかにするのは裁判官であり、法システムの維持に裁判官が不可欠の存在であることもたしかである。

このように、ホッブズは、裁判官の役割を厳格な法解釈に限定するが、ダイゼンハウスによれば、むしろホッブズは裁判官に能動的な役割を与えているとされる。すなわち、裁判官は、立法者の意思が明確でないばあいに自然法に沿って実定法を編成する義務を負い、また、自然法に反する実定法については、それが秩序の崩壊につながるという警告を発する義務を負うとされる⁽³⁹⁾。

ところで、上の議論では、裁判官という職位がすでに確立していることが前提である。そこで問題にされるのは、国家設立以後の自然法の役割であって、自然状態における自然法の妥当性ではない。ダイゼンハウスは、ホッブズの列挙する自然法群を、自然状態から脱却する方法、国家構成員としての美德、法制度に内在する道徳的制約の三つのグループに分類し、第三の自然法群が裁判官に対して先のような義務を課しているというのである。また、ダイゼンハウスによれば、国家設立ののち、国家構成員になった人間の利己心は、抑制されたものに変化するという。「適切に機能している法秩序とは、個人が不規則な欲望と情念に屈しないで、法の支配に服する心構えをもつ秩序のことである⁽⁴⁰⁾。」

法制度に内在する道徳的制約(第三の自然法群)に基づく〈法の支配〉論は、裁判所の法創造に対する期待、また、人間の自然本性に対する楽観を前提にしているが、こうしたホッブズ解釈は、つぎのような態度を裁判官に容認するであろう。「正義の基本的諸原理は、現実中存在する法システムの内部にその拠点をもっています。つまり、そうした諸原理は、個々の制定法と制定法の間隙に無言で控えており、当該制定法がともづなを解いて正義から離れていけば、どの地点で法律として失格するのか、その限界を示す要件なのです⁽⁴¹⁾。」

もし、裁判官がこのような視点に立つて、ある種の立法を無効あるいは不適切だと宣言するならば、それは社会経済システムへの介入である。裁判官の法解釈技術は、社会経済活動をコントロールする一因になる。そして、この介入を正当化するのは、法システムに内在する道徳的制約であって、世論でも成文憲法でもない。こうした帰結を生じるホップズ解釈は、当時まだ司法の独立が制度的に確立していなかったことを考慮すれば、現代の立憲主義を読み込んだものという印象を与える。

(3) 合理的選択

非道具的で価値中立的な実定法、国家成立後に裁判官職を拘束する自然法、このいずれのタイプの法にも先行する原理があるとし、そこにホップズの「法の支配」を見いだすのが、ゴティエの「社会契約論的法理論」である。⁽⁴²⁾そこで論じられる先行的な原理とは、人間の実践的知性・賢慮であり、この能力が、国家設立に同意することを合理的な選択であると判断するのである。この合理的な判断能力は、「死の恐怖、豊かな暮らしに不可欠な物資に対する欲望、そうした物資をみずからの勤労によって手に入れることができるであろうという希望」⁽⁴³⁾から成り立っている。

こうした実践的知性は、単に生き延びることではなく、豊かに暮らすために、「お互いの現状を改善できる公正な条件」(fair mutual advantage)に同意する。この条件が、「自然法」であり、それは、「立法の適切なガイドラインであるのみならず、裁判所の法解釈のために適切な原理」であるといわれる。⁽⁴⁴⁾それは、あたかも実定法の上位にある憲法的原理であるかのような位置づけを与えられている。ところで、このような法の支配の類型を顕著に示す有名な社会契約論的法理論のひとつは、ロールズのそれであろう。ロールズの正義の原理は、原初状態において各人が選択する「相互に現状を改善できる公正な条件」であり、成文憲法の上位にある理念的規範である。

ゴティエの契約論的法理論は、特別な訓練を受けていない(その意味で自然状態ないし原初状態の人間の)実践的知性を、秩序形成の起点におくものである。ホッブズの描く個人は、みずから直接に正義の原理を選択しないで、政府の創出を命じる自然法に同意する。この自然法への同意は、「すべての人にすべてのものが許されている状態にとどまるべきだと思ふなら、その人は自己矛盾を犯している。」(DC, Ch. 1 §13) ⁽⁴⁵⁾ という判断を出発点にしているが、こうした矛盾を自発的に解決する能力が、実践的知性である。そして、国家設立が合理的選択でありつづけるには、実践的知性が不断に働き、これによって同意される自然法が常に有効でありつづけて、実定法の枠組みを恒常的に規律していなければならない。

ゴティエの理解するこうした実践的知性は、自然状態でも国家でも沈黙することのない秩序の源泉であり、その秩序は自生的である。それは、ヒュームのコンヴェンションを連想させる。⁽⁴⁶⁾ しかし、ヒュームとホッブズの議論は、市民社会の自律性を認めるかどうかという点で相当の距離があり、両者における実践的知性の役割にも違いがあるように思われる。ホッブズの構想では、最悪の事態を回避するために各人がおこなうのは、正義の原理(自然法)を解釈する権限の創出であって、正義の原理そのものの選択ではない。ホッブズにおける個人が法秩序の形成に積極的に関与するのは最初だけ、いわば、機械の起動スイッチに触れるときだけなのである。国家という機械はいったん起動すると、神の知恵(providence)からも、人間の知恵(prudence)からも独立した運動をする。

以上、三つの〈法の支配〉の類型をみたが、いずれも法それ自体をなんらかの意味で目的として理解しており、法以外のものに奉仕する単なる手段とはみていない。オークショットは、「法の支配」を契機とする社会形成が、「取引交渉」を契機とする社会形成とは異質であることを説いている。後者の社会において、法は利益獲得の手段にすぎな

い。

この点でマクファースンの関心は、法の支配とは別のところにあるといえよう。彼は、法を市場運営の手段としてとらえ、法の存在を経済的に割が合うという観点から評価しているように思われる。⁽⁴⁷⁾合理的人間は、「ルールをすべての人に強制するために最高権力者をもつことが、自分自身にとって損失を上回る利益になると判断することができ⁽⁴⁸⁾る」。そこでの利益とは、もしもルールを強制する最高権力者がいれば、「みずからのルール違反が他人の遵法態度に与えると予想される影響をいちいち計算しなくてよいし、さらにやっかいなことだが、他人のことはおかまいなしにルールを破り、予見不可能なしかたで行動する人たちの存在をそのつど計算しなくてもよい」ということである。⁽⁴⁹⁾ところで、こうした合理的人間の計算は、一見するとゴティエの論じた実践的知性に似ている。しかし、実践的知性が同意ないし選択するのは、単に現状を改善する条件ではなく、相互的で公正なものである。そのような条件として「自然法」があり、ホッブズの描く人間もこの条件に同意しうると解されていたのである。

V おわりに——「形式的」か、「実体的」か

さて、〈法の支配〉における法の性格は、国家が発令する非道具的な条件、あるいは、特別な訓練を受けた人間である裁判官の法解釈技術、さらには、特別な訓練を受けていない人間が選択する公正で相互的な条件として理解された。このような三つのタイプの法の支配論のうちどれかひとつをホッブズに当てはめることは難しいが、こうした解釈の分岐は、法の支配の実現に総合的・多角的な視点が必要であることを示唆している。

ホッブズの法理論には、そのような総合的・多角的視点を編成するキー概念として、「理性」「自然権」「自然法」「契

約」などが含まれる。しかし、こうした概念は、その後の法実証主義によって批判された。そして、現代では、法の支配概念に多くの要素を盛り込むことは、法の支配論を正義論にしてしまい、法の支配がもつ固有の意味をあいまいにするという批判がある。このような批判は、自然権、社会契約などの概念を残しているホッブズにも当てはまるであろう。しかし、ホッブズの「自然権」は、「個々人が自分の生命と四肢をその能力の及ぶかぎり守ること」(DC, Ch. 1 § 7)を根本にすえる脱倫理化されたものであり、また、その「社会契約」は、「みずからの服した人間ないし議事機関の意思に抵抗しないという義務」(DC, Ch. 5 § 7)を各人に負わせるものである。ホッブズは、これらの概念から道徳性を払拭しており、法の支配論の輪郭も、比較的はつきりしているように思われる。

本論での考察を踏まえれば、ホッブズの「法の支配」論は、形式的な意味での法の支配と実体的な意味での法の支配の中間に位置するといえようが、やはり、前者への傾斜は否めないように思われる。ホッブズは、共同体の不成立(私的自治の否定)、国家法人論の貫徹、ポリス・パワーによる公益増進を説いて、①個人の自律性に限界があることを呈示し、②権利者である個人の義務と責任を強調し、③政府の自由裁量を広く認めた。以上の諸点について、ホッブズにあいまいさはない。

こうした形式的な法の支配への傾斜は、いわゆる「立憲主義」への懐疑を表現しているように思われる。ホッブズには、立憲主義もまた、それが「主義」であるかぎり、戦争の原因になると思われた。「教理あるいは政策をめぐる衝突」は、「もつとも激烈な戦争」の原因といわれている(DC, Ch. 1 § 5)。それゆえに、「教理と政策」といった実質的価値に基づく党派形成とは違った人間関係を築くことが要請される。この党派形成の原理に無関心になると、バリーリンが述べたように、「潜在的な理性的意志、あるいは、真正の目的といった、不可思議な実体が存在している」という幻惑に絡めとられる。ホッブズは、こうした実質的価値との一体化を「墮落」と呼ぶ⁽⁵¹⁾。法の支配は、この「墮

落」から個人を救済する方法であり、そのためには、より「形式的」であるほかはないのである。

- (1) P. Craig (1997) "Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework", *Public Law*, pp. 467-487. 日本における「法の支配」の用法について、渡辺康行『法の支配』の立憲主義的保障は『裁判官の支配』を超えうるか』『岩波講座 憲法1』(二〇〇七年) 五二一-八八ページ参照。
- (2) このことを端的に語るのが、バーネット事件法廷意見である。ここでは、権利章典を生みだした啓蒙哲学の個人主義的性格が指摘されたのち、「これを翻訳して具体的規制に仕上げ、二〇世紀の諸問題に対処する公務員を制約するのは困難な仕事」であると述べられ、その理由が過ぎるように語られている。「わたしたちがこのような背景をもつ諸権利を移植しようとしている土地では、レッセフェールの概念、つまり不干渉の原理が、すくなくとも経済活動に関しては枯れ果て、また、社会的発展を図る手段としては、社会を一段と固いきずなで統合し、政府による管理を拡大・強化するという方向がますますはつきりと打ちだされている。」
West Virginia State Board of Education et al. v. Barnette et al., 319 U. S. 624, at 639-640.
- (3) 拙稿「自然法論における伝統と近代」『リベタリアニズムと法理論(法哲学年報二〇〇四)』(二〇〇五年、有斐閣) 一八一-一八八ページ参照。
- (4) B. Tierney (2001) *The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law, and Church Law 1150-1620*, William B. Eerdmans Publishing Co., p. 51.
- (5) 水田洋『近代人の形成 近代社会観の成立史』(一九八三年、東京大学出版会) 一一八ページ。
- (6) 小池正行「ホッブズの国家と所有権思想について(II)」『岐阜大学教育学部研究報告 人文科学』(一九八七年) 第三五卷一六ページ。
- (7) D. Van Mill (2002) "Civil Liberty in Hobbes's Commonwealth", *37 Australian Journal of Political Science*, pp. 27, 30-31.
- (8) J. Sommerville "Lofty science and local politics", in *The Cambridge Companion to Hobbes*, pp. 256-258.
- (9) 『丸山眞男集 第九卷』(一九九七年、岩波書店) 三七一-三七二ページ。
- (10) 阿部謹也『ヨーロッパを見る視角』(二〇〇六年、岩波書店)。
- (11) 本稿で用いた『市民論』のテキストは、Thomas Hobbes (1998) *On the Citizen*, R. Tuck and M. Silverthorne (ed. and trans.), Cambridge

- U. P. 以下では DC と略記して本文中に表記する。
- (12) T. Hobbes (2000) *Leviathan*, R. Tuck (ed.), Cambridge U. P. p. 90.
- (13) 『リヴァイアサン』で代理理論が導入された背景には、国王と議会を対立的にとらえて後者の優位を説く議論が積極的に展開されたという事情がある。ホッブズは国王側に立って持論を補強しようとしたが、国王の処刑による共和国の成立という新しい状況のもとで、彼の理論は、クロムウェルを支持するものとして誤解あるいは利用された。G. Burgess (1997) “Contexts for the Writing and Publication of Hobbes’s *Leviathan*”, in John Dunn & Ian Harris (eds.), *Hobbes*, vol. III, pp. 163-190.
- (14) ホッブズにおける「国家の収入」は「全般的利益」ではなく、「個別的利益」によるという観点から、ホッブズの国家論を記述したものととして、山崎怜『経済学体系と国家認識——アダム・スミスの一研究』(二〇〇〇年、岡山商科大学学術叢書2) 一一二—一二三ページ。
- (15) “General Introduction”, in Thomas Hobbes (2005) *Writings on Common Law and Hereditary Right*, A. Cromartie and Q. Skinner (eds.), Clarendon Press, pp. xxxii-xxxv.
- (16) Hobbes, *supra* note (12), p. 356.
- (17) これは、Ship-money 問題における裁判官の多数意見がとる立場でもある。しかし少数ながら、国王の裁量から私有財産を保護するのが法の役目であり、危険が差し迫ったものでないばあいには、議会に対応を委任するべきであるという意見もあった。J. S. Hart jr. (2003) *The Rule of Law 1603-1660*, Pearson Education, pp. 148-157.
- (18) G. Lawson (1996) *An Examination of the Political Part of Mr. Hobbs His Leviathan*, Routledge/ Thoemmes Press, p. 116. 原典は一六五七年刊。以下、Exam の略記で本文中に表記する。
- (19) A. Smith (1984) *The Theory of Moral Sentiments*, Liberty Fund, p. 318.
- (20) 拙稿「ジョージ・ローソンの『憲法』概念——憲法思想の基層——」『法の理論二二』(二〇〇一年、成文堂) 所収三五—五九ページ。
- (21) バーマンは、一七世紀イングランドにおける財産権の発展の基盤に、カルヴァン主義に根ざす共同体の存在があったと指摘し、魂の救済を確信するために奮闘する孤独な個人と資本主義の発展を結びつけたマックス・ヴェーバーを批判している。H. J. Berman (2003) *Law and Revolution II*, The Belknap Press, pp. 330-348.
- (22) R. Filmer (1996) *Observations Concerning the Original of Government, upon Mr. Hobbs Leviathan, Mr. Milton against Salmastius*, H.

Grotius De Jure Belli, Routledge/Thoemmes Press, p. 50. 原典は一六五二年刊。

- (23) A. Sharp (ed.) (1998) *The English Levellers*, Cambridge U.P., p. 119.
- (24) しかし、他方で、ロウソンは、コモン・ローを紐帯とする「古来の国制」に対して全面的な期待をかけてはならず、また、神の書かれた法が支配的な「厳格な正義の王国」から「キリストにおける慈悲の王国」への移行という神学的歴史観 (Ekan: 176) をもっている。
- (25) G. Lawson (1992) *Politica Sacra et Civilis*, C. Condren (ed.), Cambridge U.P., p. 25.
- (26) *Ibid.*, p. 80. また、ホッブズにおけるルールと法の概念的区別について、前掲注(16)の本文中の引用を参照。
- (27) Lawson, *ibid.*, p. 58.
- (28) J. W. Gough (1947) *John Locke's Political Philosophy* 2nd ed., Clarendon Press, p. 171. また、チャールズ一世との和議を画策する議会に対して軍から提出された諫議書(一六四八年一月)にもみられる。「法に従って統治するという制限付きの権力を信託されている人物は、明文の契約および宣誓を確認とする信託に基づき、人民の権利と自由を維持し保護する義務を負う。この人物は、人民を受益者かつ設定者とする信託を受託している」。J. P. Kenyon (1993) *The Stuart Constitution 1603-1688 Documents and commentary*, Second Edition, Cambridge U.P., p. 284.
- (29) A. Cromartie and Q. Skinner (eds.), *supra* note (15), p. xliii.
- (30) 抑止説の非道徳的性格については、O. W. Holmes Jr. (1881) *The Common Law*, Macmillan & Co., pp. 42-47.
- (31) スキナーによれば、実定法は、自然的自由を主体的に使用する人間に対して、その使用方法の工夫を説得する修辭的な手段である。Q. Skinner (1997) "Thomas Hobbes on the Proper Signification of Liberty", in John Dunn & Ian Harris (eds.), *Hobbes*, vol. III, pp. 373-374.
- (32) オークショットは、近代国家がパターナリズムによって個人を馴致していく歴史的現実を「団体」型への接近、逆から言う、「市民的結社」からの離反とみている。中金聡『オークショットの政治哲学』(一九九五年、早稲田大学出版部)二五九―二六六頁。
- (33) Michael Oakeshott, *Hobbes on Civil Association*, Liberty Fund, pp. 44, 70.
- (34) *Ibid.*, p. 45.
- (35) M. Oakeshott (1983) "The Rule of Law", in his *On History and other Essays*, Basil Blackwell, p. 164.
- (36) *Ibid.*, pp. 159-160.

- (37) D. Dyzenhaus “Hobbes and the Legitimacy of Law”, in *Hobbes on Law*, C. Finkelstein (ed.), Ashgate, pp. 93-130.
- (38) コモン・ローの権威は一六四〇年代に著しく低下した。Kenyon, *supra* note (28), p. 91.
- (39) Dyzenhaus, *supra* note (37), pp. 129-130.
- (40) *Ibid.*, p. 129.
- (41) J. Feinberg (2003) “Natural Law : The Dilemmas of Judges Who Must Interpret Immoral Laws”, in his *Problems at the Roots of Law*, Oxford U. P., p. 27.
- (42) D. Gauthier “Thomas Hobbes and the Contractarian Theory of Law”, in *Hobbes on Law*, C. Finkelstein (ed.), Ashgate, pp. 63-92.
- (43) *Ibid.*, p. 92.
- (44) *Ibid.*, p. 83.
- (45) 山崎怜『マダム・スミス』(二〇〇五年、研究社) 八六―八七ページ。
- (46) ヒュームは「利益を追求する情動を制御できる情念は、その方向性を変更されたこの情動それ自体の他にない。」という。こうした情念の自己修正は、実践的知性の働きである。D. Hume (2000) *The Treatise on Human Nature*, D. F. Norton & M. J. Norton (eds.), Oxford U. P., pp. 314-315.
- (47) 同様な評述は、A. Ryan (1988) “Hobbes and Individualism”, in G. A. J. Rogers and A. Ryan (eds.), *Perspectives on Thomas Hobbes*, Clarendon Press, pp. 42-48 ; I. Berlin (1993) “Hobbes, Locke and Professor Macpherson”, in *Thomas Hobbes, Critical Assessments*, vol. I, Preston King (ed.), pp. 55-76.
- (48) C. B. Macpherson (1985) *The Political Theory of Possessive Individualism : Hobbes to Locke*, Oxford U. P., p. 97.
- (49) *Ibid.*
- (50) アイザイア・バーリン『自由論』小川晃一ほか訳(一九九七年、みすず書房)三三二ページ(訳文は一部変えている)。
- (51) R. P. Kraynak (1990) *History and Modernity in the Thought of Thomas Hobbes*, Cornell U. P., p. 37.