

法の支配をめぐる諸問題（一）

— 法哲学の視角からする考察 —

深 田 三 徳

- 一 はじめに
- 二 欧米諸国における近代憲法上の法の支配
 - (イ) イギリス
 - (ロ) アメリカ合州国
 - (ハ) ドイツ
 - (ニ) フランス
- 三 日本国憲法上の法の支配をめぐる議論
 - (イ) 佐藤幸治の見解と批判
 - (ロ) 法の支配論の対立・競合
- 四 政治理念（ないし法理念）としての法の支配

- (イ) 法の支配の二つの考え方
- (ロ) 法の支配の形式的考え方と実質的考え方
- 五 法の支配の形式的考え方としての形式的法律性
 - (イ) L・L・フラー
 - (ロ) J・ラズ
 - (ハ) R・S・サマーズ（以上本号）
- 六 形式的法律性をめぐる諸問題

一 はじめに^①

わが国では、ここ数年、法の支配の理念に対する学問的関心が高まっている。その背景としては、行政改革会議最終報告（一九九七年）や司法制度改革審議会意見書（二〇〇一年）のなかで、法の支配が改革の基本理念として強調されたことが関係している。^② また欧米諸国でも、法の支配をめぐる議論がなされていることや、開発途上国における開発支援・法整備支援、冷戦終了後の旧社会主義国の制度改革、諸外国における人権侵害とその救済、国際社会における平和構築などとの関連で、法の支配が言及されていることも関係している。

本稿では、このように近年、学問的関心を集めている法の支配に照準を合わせてみようと思う。そして法の支配をめぐる諸問題について法哲学の視角から検討するなかで、その意義や課題について考察してみたいと考えている。

まず「法の支配（rule of law）」について説明しておけば、それは、一般に「人の支配」「力の支配」に対立するものとしていろいろな言説空間で多様な意味で使用されている。しかし「法の支配」は「立憲主義」とほぼ同義で使用され

たりしているように、それは、基本的には憲法上の理念の一つとして語られることが多い。わが国の司法制度改革の基本理念として語られた法の支配も、日本国憲法上の法の支配である。これは、欧米諸国で形成され発展してきた近代憲法上の法の支配の影響によってできているものである。

したがって本稿では、まずイギリス、アメリカ合州国、ドイツ、フランスにおいて、近代憲法上の法の支配（あるいは大陸的な法治国家（Rechtsstaat））がどのようにして形成され発展してきたかについて簡単に概観しておきたい。その後で、日本国憲法上の法の支配とそれをめぐる諸議論について考察してみようと思う。次に、政治理念（ないし法理念）としての法の支配について検討してみたい。それは、善き統治・政府の在り方、善き法（システム）の在り方に関連して古くから説かれてきたものであり、ある意味では、憲法上の法の支配の前提となるものである。本稿では、この政治理念としての法の支配として、比較的近年に説かれてきているものに限定して検討する。後述するように、政治理念としての法の支配には形式的考え方と実質的考え方があるが、とくに前者に照準を合わせて検討してみたいと考えている。そして最後に、法の支配をめぐる現代的諸問題や、法の支配における「正しさ」（ないし「善さ」）志向などについていろいろな角度から考察してみようと思う。

付記 「法の支配」の多義性などについて

本稿では、法の支配には、欧米諸国の近代憲法上の法の支配、日本国憲法上の法の支配、政治理念（ないし法理念）としての法の支配があるとし、それぞれについて検討を進めている。しかし「法の支配」ということばは、いろいろなコンテキストで、さまざまな意味で使用されている。例えば、「法の支配」は「無政府状態」と対置されることもある。その場合の「法の支配」は、法が一般に遵守され、社会秩序が維持されているということの意味している。田中耕太郎

の論文「『法の支配』と自然法」（一九六〇年）では、「法の支配」は無政府主義に対すると同時に独裁主義に対する二つの意味をもつ」と記されている。^④そして法の支配には、人の支配（国王の専制政治など）に対する法の支配、すなわち近代憲法上の法の支配がある他に、無政府状態（力の支配）に対する法の支配がある。「法の支配」ということは、…『名宛人』たる個人、団体、国家自体等が法に服従することである。これは一般遵法の問題である。^⑤「それは社会を各人の恣意や実力の支配から防禦すること」^⑥であると記されている。このように「法の支配」には法の一般的遵守の意味もあるとされ、それとの関係で、国際社会における法の支配（とくに自然法の支配、世界法の支配）の重要性が強調されている。

「法の支配」をこのような意味で用いるしかたは、今日でもしばしばみられる。例えば、二〇〇四年九月二日に当時のアナン国連事務総長が第五九回国連総会で行った一般演説では、イラクでの民間人の殺害などについて触れられ、弱者を守るための法の支配が無視されていると述べられている。そして「法の支配は世界中で危機に直面している」として、「法の支配による秩序の回復」が強調されている。^⑦

わが国でも、「法の支配」は、時折、このような法の一般的遵守の意味で用いられている。つまり法が一般に遵守され、適正に実施されているという意味である。したがって法的権利・自由などがいろいろな理由によって保護されない場合、それは法の支配が十分に実現されていない状態である。

なお「法の支配」は英米法的なことばであり、「法治国家」は大陸法的なことばである。わが国では「法の支配」に劣らず、「法治国家」「法治主義」もよく用いられている。「法治国家（Rechtsstaat）」はドイツ語の訳語であるが、「法治主義」はそうではないといわれている。いずれにせよドイツは、第二次大戦前の「形式的法治国家」ないし「形式的法治主義」から戦後の「実質的法治国家」ないし「実質的法治主義」に移行したといわれている。そして今日、英米法

的な「法の支配」と大陸法的な「実質的法治国家」とはほぼ同じものであるという見解さえもある。⁽⁸⁾ いずれにせよ本稿では、「法の支配」ということを統一的に用いているが、場合によっては「法の支配」と「法治国家」を区別して用いることもある。

(1) 本稿は、二〇〇五年一月に南山大学で開催された日本法哲学会主催の学術大会（統一テーマ「現代日本社会における法の支配—理念・現実・展望」）において行なった報告に関連して、そこで十分に説明したり考察できなかった問題について後から検討を加えたものである。なお筆者が大会の企画委員長として行った「発題」と報告「法の支配をめぐる諸問題の整理と検討」は、法哲学年報二〇〇五『現代日本社会における法の支配—理念・現実・展望』有斐閣、二〇〇六年に掲載されている。本稿には、年報の論文と若干重複する部分があることについては「容赦いただきたい」。

(2) 「行政改革会議最終報告」（一九九七年）や「司法制度改革審議会意見書」（二〇〇一年）について触れておけば、わが国では、一九九〇年代に入ってからパプルの崩壊がいわれ、まず政治改革の必要性がいわれた。そして一九九〇年代半ばからは、行政改革がいわれるようになり、「法の支配」について言及されている。ここでは規制緩和、民営化、地方分権、情報公開、省庁再編、内閣機能の強化などがいわれた。次に、一九九九年に司法制度改革審議会が発足し、二〇〇一年六月にその意見書が出された。その意見書の提言を実現するために準備された多くの法案は、すでに国会で成立している。司法改革の進捗状況については、ジュリスト二二八一号、八七頁以下、法律時報九五九号（二〇〇五年七月）など参照。

(3) 政治理念（ないし法理念）としての法の支配について形式的考え方と実質的考え方があることや、前者の形式的法律性（formal legality）については、本稿第四章以下参照。なお「法の支配とは何か」についてはいろいろな議論があり、したがってそれは「論争的概念（contested concept）」であるといわれることがある。M.J.Radin, *Reconsidering the Rule of Law*, Boston University Law Review, vol.69 (1989), p.791.

(4) 田中耕太郎『法の支配』と自然法』ジュリスト一九三三号、一九六〇年所収、一七頁。なおほぼ同じ時期の論考として、横田喜三郎「法の支配と裁判」法曹時報一四卷一号（一九六二年）もある。

(5) 田中耕太郎、前掲論文、一二頁。

(6) 田中耕太郎、前掲論文、一三頁。

（7）朝日新聞二〇〇四年五月二日朝刊の記事参照。

（8）高田敏「形式的法治国・実質的法治国」概念の系譜と現状―その検討と『普遍的法治主義』の提唱―近畿大学法科大学院論集二〇〇六年三月第二号所収によれば、大陸法的な「実質的法治国家」と英米法的な「法の支配」に大きな違いはない。五五頁以下参照。

二 欧米諸国における近代憲法上の法の支配

欧米諸国における近代憲法上の法の支配は、各国の憲法の歴史とともに次第に発展してきたものである。

法の支配には、近代的なもの他に、中世的なものがあるといわれている。それは、近代の個人主義の考え方がまだできていない中世の封建的体制下のものである。しかしそこには法の支配の理念の中核にある「法の優位」と、その「法」によって政治権力などが拘束されるという考え方があつた。但し、「法の優位」における「法」としては、古き善き法（慣習法）、コモン・ロー、神の法、自然法、契約などが観念されていた。¹⁾

中世的な法の支配の観念は大陸諸国にもあつたが、ここでは、近世から近代への絶対主義体制の下で活性化することはなかった。しかしイギリス（イングランドとウェールズ）では、それは、コモン・ロー裁判所の下で「コモン・ローの支配」として生き残り、やがて近代的なものへと展開していった。それは、一七世紀の市民革命期にみることでできる。そこで形成された近代憲法上の法の支配が、一八世紀後半の独立戦争時のアメリカ植民地に受け継がれ、建国後の一九世紀には、「司法部の優位」を含蓄する法の支配へと発展していった。大陸のドイツでは、一八世紀末から一九世紀に法治国家（Rechtsstaat）の考え方が展開されたが、それは、英米諸国の法の支配とはやや違ったものであつた。

このように近代憲法上の法の支配は、英米諸国を中心に、一七、一八世紀の市民革命期に発展するが、そのプロ

セスやそれ以後の展開のしかたは、イギリスとアメリカでは異なっている。また大陸のドイツなどでは法治国家の考え方が展開された。次に、イギリス、アメリカ合州国、ドイツ、フランスにおいて近代憲法上の法の支配（ないし法治国家）がどのようにして形成され発展してきたのか、また現状がどうであるのかについて、簡単に概観しておこう。

(イ) イギリス^②

イギリス（一八世紀以前はイングランドとウェールズ）における法の支配の考え方は、一二一五年のマグナ・カルタにまで遡る。それは、国王（ジョン王）が、特権身分の代表からなる議会の要求に対して譲歩し、課税同意権や国法による裁判などを約束したものであった。それは一種の契約であり、それはその後、繰り返し発布されたり、再確認されている。そして一三世紀の法律家H・ブラクトンの「国王は何人の下にもあるべきではない。しかし神と法の下にあるべきである」はよく知られている。国王も法の下にあるという法の支配の思想がその後、継承された背景には、コモン・ロー裁判所や法曹ギルドなどの存在がある。その後、絶対主義体制とともに、市民社会も形成されてゆく。そして一七世紀の市民革命期には、コモン・ロー裁判所は議会側に立ち、国王側や星室裁判所と対立することになる。

一七世紀の市民革命期には、国家における主権がどこにあるかをめぐって論争がなされた。E・クックの起草した権利請願（一六二八年）では、コモン・ローの優位やコモン・ロー裁判所の優位の思想が説かれた。また裁判官クックによるボナム事件判決の意見は、一九世紀のアメリカで生まれる違憲立法審査制の起源であるといわれている。また名誉革命を正当化したといわれるJ・ロックの『政府二論』（一六八九年）では、自然法論的な法の支配の考え方が展開されている。

いずれにせよ一七世紀末の名誉革命（一六八八―九年）によって、議会側の提示した権利章典（一六八九年）が新し

い国王によって承認され、議会主権と法の支配が憲法上の二原則として確立された。それによって法の支配の「法」はコモン・ローだけでなく、議会制定法も含むようになっていく。

一八世紀半ばのイギリスでは、議院内閣制が成立する。そして産業革命を経た後の一九世紀後半には、法の近代化・合理化に向けて整備がなされ、大学法学教育も、（ローマ法から）イギリス法中心へと改革される。そのなかでオックスフォード大学のA・V・ダイシーは、「法の至高性ないし支配がイギリス憲法の特徴である」としながら、それには三つのものが含まれていると述べている。つまり(1)政府の専断的権力に対する正規の法の絶対的優位、(2)すべての人（公務員を含む）が、通常裁判所の運用する通常の法に服すること（行政法および行政裁判所の否定）、(3)イギリスでは、憲法は、通常裁判所が明確にし、執行する諸個人の諸権利の結果であるというものである。⁽³⁾これは、一九世紀の自由放任主義的体制下での法の支配の考え方であり、行政法や公務員の特権などを認めない意味のものであった。しかし二〇世紀に入ると、行政法が発展し、行政介入が増えるなかで、ダイシーの法の支配論への批判も展開されていく。

イギリスでは、アメリカにおけるような憲法典も違憲立法審査制もない。そして議会主権の原則がある関係で、裁判所は、議会制定法を無効にしたりすることはできない。⁽⁴⁾しかしイギリスがヨーロッパ人権条約に加盟したことにより、イギリス市民がヨーロッパ人権裁判所に提訴できるようになった。そして提訴件数とともに、政府側が敗訴するケースも増えた。そのなかで権利章典制定の議論が起こったりしたが、反対の意見も強く、実現しなかった。結局、労働党政権の下で、ヨーロッパ人権条約を国内法化する一九九八年人権法が成立した。それによってイギリスの裁判所が、議会制定法などのヨーロッパ人権条約との適合・不適合について審査できるようになった。但し、裁判所は議会制定法の不適合を宣言できても、それを無効にすることはできない。議会制定法の改廃は、議会主権との関係で、議会に委ねられている。⁽⁵⁾

現在のイギリスでは、憲法上の原則である法の支配についてどのように理解すべきかについて議論がなされている。そこでは法の支配の原則の下で、司法部の至高性を強調する立場と、議会の至高性を主張する立場とが対立している。前者には、R・ドゥオーキンの理論の影響があるといわれている。⁶⁾

(ロ) アメリカ合州国

アメリカ合州国は、植民地時代からイギリス本国の法の支配の原則を継承しているが、その後の展開のしかたはイギリスとはやや異なる。

一八世紀半ばのアメリカ植民地では、北米における領土獲得をめぐる英仏戦争（七年戦争）の後、本国政府に対する不満が次第に高まる。本国政府の圧政に対する批判、抗議のなかで、議会主権の原則と法の支配の原則のいずれが優位するか、つまり議会制定法とコモン・ローのいずれが優位するかが問題になる。そのなかでコモン・ローが自然法であり、コモン・ロー上の権利が自然法上の権利（自然権）であるとして、コモン・ロー優位の思想が説かれていった。

アメリカ独立宣言（一七七六年）では、生命・自由・幸福追求の権利などが謳われ、各植民地ないし（独立後の）各国（states）の憲法⁷⁾も、権利章典が設けられた。その後、一七八七年には合州国憲法が、一七九一年には権利章典（修正条項）が制定された。そして一九世紀初頭には、裁判所が個々の事件・紛争を解決するなかで、連邦法・州法などの合憲・違憲について判断できる違憲審査制（付随的違憲審査制）が判例として確立した。こうしてアメリカ合州国では、イギリスとは違って、最高法規としての憲法典と違憲審査制ができ、司法部の優位が確立した。そして議会の立法権に対してもチェック機能を果たす法の支配の制度が発展した。⁷⁾

二〇世紀のアメリカ合州国では、最高法規である憲法の内容が何か、その憲法はどう解釈すべきかなどについて議論

される一方で、新しい憲法判例が蓄積されていった。他方では、法の不確定性を強調するリアリズム法学、批判法学によって、法の支配に対する懐疑主義ないし批判的見解が展開された。それは、法の支配の実際は、個々の紛争解決において法を解釈し適用する「法律家たちの支配」ではないかといった見解である。しかしそれに対しては反論もあり、その見解は、現在ではもはや主流ではなくなっている。そして法の支配をめぐる中心の問題として、憲法をどう解釈すべきかなどをめぐる議論がなされてきている。⁸⁾つまり違憲審査制度の下で、最高法規である憲法をどのように解釈すべきかが、法の支配をめぐる重要な論点である。

アメリカ合州国憲法には「法の支配」という文言はない。アメリカでは「法の支配」は法律家たちの間では知られていないわけではないが、あまり使用されていないようである。「法の支配」でなく、「法の下の統治(government under law)」⁹⁾「人ではなく法の統治(government of laws and not men)」¹⁰⁾が使用されたり、広い意味では「法の適正手続(due process of law)」¹¹⁾が用いられているといわれている。しかしアメリカでも、イギリスと同じように、法の支配の理念は深く浸透している。伊藤正己の『法の支配』(一九五四年)によれば、「アメリカにおける『法の支配』は、まさに制度的な『司法権の優越』という形式をもって発展したのであり、その発展のうちに、アメリカ的な法優位を実現していったからである」¹²⁾。松井茂記の『アメリカ憲法入門』(一九八九年)では、アメリカ憲法の基本原則として、民主主義、権力分立、連邦制、基本的人権保障、司法審査制度があげられ、最後のものが「法の支配の司法的制度」であるとされている。つまり「司法審査制度は、裁判所が議会による憲法違反の行為を排除することにより、法の支配を貫徹するもの」として説明されている。¹³⁾

(ハ) ドイツ

一八世紀末から一九世紀のドイツでは、それまでの絶対君主制時代の警察国家に対して、法律による行政・司法を強調することによって、国民の権利・自由を保障しようとする動きが生まれた。例えば、カントは、自由・平等・所有への権利を強調し、自由主義的な法治国家の考え方を説いている。しかしそのような考え方は、一九世紀前半のシユタールによって形式的なものにされたといわれている。そして一九世紀後半のビスマルク体制下では、議会の制定する法律を国政の中心に置き、法律による行政が強調されたが、ここでは国民の基本権は法律によって自由に制約できるものであった（法律の留保）。また通常の司法裁判所とは別に、行政裁判所が置かれ、行政優位ないし行政主導の政治が行われた。それは第二次大戦後の「実質的法治国家」とは違って「形式的法治国家」であったといわれている。

また二〇世紀のワイマール憲法体制と法治国家は、ナチス・ファシズムによって破壊された。そして第二次大戦後のドイツは、東西ドイツに分断された。西ドイツではボン基本法ができ、ここでは、立憲民主制の下で、人間の尊厳や基本権（自由権と社会権）の保障が謳われ、それらを担保するために憲法裁判所が設けられた。それは、具体的事件・紛争に関係なく、議会の法律などの合憲・違憲について、審査する形のものであった（つまり抽象的違憲審査制）。それによって西ドイツは、形式的法治国家から実質的法治国家、そして社会的法治国家へ進展したといわれている。そして一九八九年の東西冷戦の終了によって、東西ドイツは統一し、ボン基本法はドイツ連邦共和国基本法になった。¹³⁾

阿部照哉『比較憲法入門』（一九九四年）によれば、ドイツ連邦共和国基本法に示された統治原理は、共和制、民主制、社会的法治国家、連邦国家である。そして「ドイツ連邦共和国基本法の法治国家性は、国家の最高の法規範としての憲法に従って国政が運営されることを要請し、国家権力を憲法および法に拘束せしめ（二〇条三項）、国民の基本権が国家机关の行動を拘束するものとすることによって国民の自由と平等を確保し（二条三項）、国家権力の行使に対して裁

判による救済を保障し（一九零四項、一〇一条）……と説かれている。¹⁴ また社会的法治国家の「社会的」とは、国家による社会保障と社会扶助の確立によつて社会的正義を実現し、安全を確保することの要請であると説明されている。¹⁵

なお高田敏の論文「『形式的法治国・実質的法治国』概念の系譜と現状」（二〇〇六年）によれば、ドイツ的な「法治国家（法の国）」は、第二次大戦後、普遍化的性格を高め、ヨーロッパ大陸で広く用いられる概念となった。つまりドイツの実質的法治国家観は、ヨーロッパ諸国全体に広がっている。とくに欧州連合憲法条約（未批准）では、「法治国家」はほとんどの国の訳語として使用されている。「EUにおいては、『法治国家（法の国）』あるいは『法の支配』というように異なつて表示される原理も、同じ原理の異なつた表現とされている」。¹⁶ このようにして「ヨーロッパにおける法治主義の普遍化、『法の支配』・『法治国家（法の国）』の共通化」¹⁷が説明されている。

（二） フランス

フランスにおける近代憲法上の法の支配（ないし法治国家*Etat de droit*）の進展も、イギリスやアメリカとは違っている。まず一八世紀後半の絶対主義体制下では、百科全書派やルソーなどの啓蒙思想が展開された。そして国王権力と三部会との対立の結果、一七八九年に革命が勃発する。そして国民議会によつて、フランス人権宣言が採択された。その後、一七九一年憲法が制定されるが、国民議会が混乱し、ナポレオンが登場する。一九世紀には、第二共和制憲法（一八四八年）、第三共和制憲法（一八七五年）が制定されたが、そこには議会中心主義の考え方はあつても、人権の観念や、司法部の優位といった考え方はない。国民の代表である議会が法律を制定し、行政部はそれを執行し、司法部は紛争を解決するのみであると考えられたようである。

第二次大戦後、第四共和制憲法（一九四六年）が制定され、その前文に、フランス人権宣言が置かれた。そして国民

(ないし人民) 主権の原則とともに、自由権と社会権について規定された。第五共和国憲法(一九五八年)の下では、憲法院が置かれ、そこでやがて議会の制定した法律や条約の合憲・違憲について審査されるようになった。¹⁸⁾

辻村みよ子によれば、「第三共和制下の議会中心主義、および法律の優位という伝統のもとで違憲立法審査制を排斥し続けてきたフランスでは、この機能を担う(西ドイツ型あるいはアメリカ型の)憲法機関や司法機関は存在しなかった。しかし第五共和制憲法のもとで、もともと裁判機関ではなく政治的機関とみられてきた憲法院は、一九七一年判決以降、独自に人権保障機関としての役割を演じはじめ、人権原理に関する多くの違憲判断を提示してきた」と説明されている。¹⁹⁾つまりフランスでは、憲法院の成立後、法治国家の概念が用いられるにいたっている。

以上が、欧米諸国における近代憲法上の法の支配(ないし法治国家)の形成・発展および現状についての簡単な説明である。

これに関連して、二、三付言しておけば、近代憲法上の法の支配は、もともと中世の時代にあった法の支配が近代的なものに発展したものである。法の支配の生成・発展にとっては、とくにイギリスとアメリカ植民地、アメリカ合州国の果たした役割は大きい。但し、両国における近代憲法上の法の支配の展開のしかたは同じではない。アメリカ合州国では最高法規としての憲法や違憲審査制との関連で、とくに憲法解釈の在り方について議論されている。他方、第二次大戦後の国際人権法の成立、とくにヨーロッパ人権条約の成立は、やがてイギリスにおいて一九九八年人権法を成立させ、法の支配の理念とその保障のしかたに変化をもたらした。

他方、第二次大戦後の西ドイツは、形式的法治国家から実質的法治国家ないし社会的法治国家へと移行し、憲法裁判所も設けられた。フランスでは、二〇世紀後半のある時期(一九七〇年代)から、憲法院が、議会の法律について違憲

判断を出すようになった。また実質的法治国家の考え方は、ヨーロッパ諸国の憲法に広がっているだけでなく、欧州連合憲法条約（未批准）の影響で、ヨーロッパ諸国全体に普遍化しつつあるといわれている。⁽²⁰⁾そして今日では、英米的な法の支配と大陸的な実質的法治国家とはほぼイコールのものであるといわれたりしている。

このように二〇世紀後半、近代憲法上の法の支配とその制度的保障のしかたには大きな進展があった。そして近代憲法上の法の支配の中核には、法の優位（とくに憲法の優位）、その法による政治権力などの拘束があるが、それを担保する制度として裁判所の役割（違憲審査制）が一層重視されるようになっていく。もともとイギリスにおけるように、民主主義などとの関係で、法の支配の原理において至高であるのは裁判所であるのか、議会であるのかについて議論がある。

以上の事柄に関連して一つ指摘しておきたいのは、これまで裁判所と法曹集団の果たしてきた役割についてである。とくにイギリスのコモン・ロー裁判所と法曹集団は、コモン・ローの諸原理や技術などを生み出しただけでなく、国王権力などと対峙するなかで、司法への信頼や伝統を築いた。それが一九世紀アメリカにおける違憲審査制の成立につながっている。今日においても、近代憲法上の法の支配にとつて裁判所と法曹の果たす役割は重要である。そして違憲審査制との関係で、裁判所が最高法規としての憲法をどのように解釈するか（また解釈すべきか）がますます重要な問題になりつつある。

(1) B.Z.Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, 2004, pp.23-25によれば、中世のヨーロッパでは、イギリスのマグナ・カルタ以前、あるいはそれとほぼ同じ時期に、「古き善き法」の考え方があった。その法は慣習法であり、祖先の法であり、権利の複合体である。そして「古き善き法」は、恣意的に変更されえないものとして觀念され、それを破った国王に対しては人々に抵抗権があるとき、国王追放が説かれた。

- (2) イギリスとアメリカ合州国における法の支配については、伊藤正己『法の支配』有斐閣、一九五四年があるが、こゝでの説明は必ずしもそれに依拠してはいない。
- (3) A. V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed., Macmillan, 1959, pp. 202-3 なお石井幸三「ダイシーの法思想——『憲法序説』を素材にして(二・完)』*蕪合法学第三八巻四号*(二〇〇六年三月)所収も参照。
- (4) 田中英夫『英米法総論上』東京大学出版会、一九八〇年、四一頁によれば、イギリスにおける法の支配は、立法権よりも行政権(もとは国王のもの)への警戒から発展してきた。ダイシーの法の支配論がその典型である。他方、アメリカ合州国では、立法権への警戒も必要であるとして、一九世紀に違憲立法審査制が制度化された。しかしイギリスでは、それは、議会主権の原則との関係で発展しなかった。
- (5) イギリスの一九九八年人権法については、江島昌子「イギリス『憲法改革』における一九九八年人権法」、松井幸夫編著『変化するイギリス憲法——ニュー・レイバーとイギリス『憲法改革』』敬文堂、二〇〇五年所収参照。
- (6) R. Ekins, *Judicial Supremacy and the Rule of Law*, *Law Quarterly Review*, vol. 119, January 2003 参照。法の支配における司法部の至高性を強調するのは、John Laws, TRS, Allan, Lord Wolf である。イギリスにおける憲法学上の議論については、次の文献を参照。J. Jowell, *The Rule of Law Today*, in J. Jowell and D. Oliver eds., *The Changing Constitution*, 5th edition, Oxford University Press, 2004; J. Goldsworthy, *Legislative Sovereignty and the Rule of Law*, in T. Campbell and K. O. Ewing eds., *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford University Press, 2001. わが国の文献としては、愛敬浩二「立憲主義、法の支配、コモン・ロー」T・R・S・アラン憲法学説の批判的検討」愛敬浩二・水島朝雄・諸根貞夫編『現代立憲主義の認識と実践』日本評論社、二〇〇五年所収参照。
- (7) 伊藤正己は『法の支配』前掲書において、イギリスにおける中世の法の支配を理性法の支配、慣習法の支配とし、一七世紀の絶対王政期の法の支配をコモン・ローの支配と呼んでいる。そして議会主権の原則が確立された名誉革命後の一八、一九世紀のものを「近代の『法の支配』」(三三頁)と呼んでいる。そしてイギリスの法の支配を受け継いだアメリカの法の支配に関して、次のように記している。「イギリスでは、国会主権の原則の確立以来、中世的な普通法の優位、コーク的なコモン・ロー優位の思想は崩れ、一般国法の優位へと転化していった。…が大西洋をこえたアメリカでは、むしろ、そのような自然法の支配、コモン・ローの支配の原則が生きつづけたのであり、コークのボナム医師事件の意見は、アメリカで実を結んでいる(六三頁)」。そして一九世紀初期における裁判所の違憲審査権の確立に関連して、「アメリカにおける『法の支配』は、まさに制度的な『司法権の優越』という形式をもって発展したのであり、その発展のうちに、アメリカ的な法優位を実現していったからである(六一頁)」。

(8) アメリカ合州国でも「法の支配」の厳密な意味はそれほど明確ではないようである。R・H・ファロンによれば、アメリカの憲法上の言説のなかで「法の支配」が用いられる場合はいろいろであるが、法の支配についての理念型的考え方として、次の四つがあるという。つまり歴史主義、形式主義、リーガル・プロセス、実質主義であり、それぞれは法の支配の要請を充たすためには法がどうあるべきかについての想定を映し出しているという。それらは衝突するが、互いに補い合ってもいるものである。これらは「法の支配」の「法」がどうあるべきか、とくに憲法がどのように解釈されるべきかに関係しており、わが国における日本国憲法上の法の支配をめぐる議論とはやや違っている。R.H.Fallon, Jr., "The Rule of Law" as a Concept in Constitutional Discourse, *Columbia Law Review*, vol.97, no.1 (1997). なおファロンは、歴史主義などの先の四つのなかのいずれかを支持しているわけではない。

(9) N.S.Marsh, *The Rule of Law as a Supra-National Concept*, in A.G.Guest, ed., *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford University Press, 1961, p.230.

(10) 伊藤正己, 前掲書, 六一頁。

(11) 松井茂記『アメリカ憲法入門』有斐閣、一九八九年、一六頁。また松井は、『日本国憲法(第二版)』有斐閣、二〇〇二年のなかで、「合衆国憲法こそが、法の支配の制度化としての近代憲法の理念形を示したといえよう」と述べ、「日本も法の支配を受け継いだ」と記している。二四頁。阿部照哉『比較憲法入門』有斐閣、一九九四年では、アメリカ合州国憲法の諸原理として、代表制または間接民主制、連邦制、権力分立、法の支配が挙げられ、それは、次のような近代立憲主義を支える思想であると述べられている。つまり(1)統治を先導し、拘束する「法」が存在する。(2)憲法典は、それを実定法化している。したがって憲法典は統治権限を制限するものである。(3)いかなる統治であれ、憲法の示す制限を超えた権能を行使することは正当ならざる権力の行使である。こうした思想が、裁判所による司法審査制を生み出したというのである。一〇六頁。

(12) 松井茂記, 前掲書, 一六頁。

(13) ドイツにおける「法治国家」「形式的法治国家」「実質的法治国家」の概念の歴史の変遷と現状については、高田敏「形式的法治国・実質的法治国」概念の系譜と現状」前掲論文、同「ドイツにおける法の支配」磯崎喜寿記念『現代日本における「法の支配」』法律文化社、一九七九年所収参照。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』法学論叢第一五六巻五・六号所収によれば、ドイツでは憲法裁判所とは別に、下級裁判所も各事件・紛争の解決の過程で憲法判断を行う。なお服部高宏「法治国家原形」の展開』法哲学年報二〇〇五『現代日本社会における法の支配』有斐閣、二〇〇六年所収も参照。

- (14) 阿部照哉、前掲書、三三四頁。
- (15) 阿部照哉、前掲書、三三四頁。
- (16) 高田敏『形式的法治国・実質的法治国』概念の系譜と現状」前掲論文、五五頁。
- (17) 高田敏『形式的法治国・実質的法治国』概念の系譜と現状」前掲論文、五六頁。
- (18) フランスにおける「法治国家」については、高橋和之「司法制度の憲法的枠組―法の支配と司法権」公法研究第六三号、二〇〇一年所収において、次のように説明されている。「フランスは大革命において民主権を確立し、これを基底に独自の『法の支配』を生み出してゆくのであり、この体制を第三共和政期の憲法学者カレ・ド・マルベールは、ドイツ的な *Etat de droit* とは異なる *Etat de lois* として捉えた。それによれば、フランスの民主権論の下では、ルソーの定式に従って、法律は『一般意志の表明』と觀念され、事後的制限には一切服さず、憲法を始源的に執行するものとして優越的地位を与えられた。そして、行政はこの法律の執行と觀念され、その活動には常に法律の根柢が必要とされる。他方、司法は、民刑事の事件に限定され、行政事件は権限外とされた」。八頁。
- (19) 辻村みよ子「フランス共和国・解説」、樋口陽一・吉田善明編『解説 世界憲法集』三省堂、一九八八年の解説、二二七頁、また辻村みよ子『憲法（第二版）』日本評論社、二〇〇四年、三八〇―三八二頁も参照。なおフランス独自の「法律適合性（*legality*）」の原理の展開などについては、野中俊彦・中村陸男・高橋和之・高見勝利著『憲法Ⅰ（第3版）』有斐閣、二〇〇一年、二五頁以下（高橋執筆）参照。また今日の問題については、大藤紀子「変容する法の『支配』―フランスを例に」憲法理論研究会編『法の支配の現代的課題』敬文堂、二〇〇二年所収参照。
- (20) 高田敏『形式的法治国・実質的法治国』概念の系譜と現状」前掲論文、五五―五六頁参照。

三 日本国憲法上の法の支配をめぐる議論

わが国では、明治期後半に法制度が整備され、ドイツ法（学）の影響で「法治国家」「法治主義」がいわれるようになった。そして法律による行政が強調されたが、明治憲法上の臣民の権利・自由は法律によって自由に制約できるもの

であった。また通常の司法裁判所とは別に、行政裁判所が置かれたために、裁判所が行政をチェックするという機能は不十分なものであった。わが国では、ドイツと同じように、行政主導ないし行政優位の政治が行なわれた。

しかし第二次大戦後、日本国憲法ができた。そして憲法の基本的理念の一つとして、法の支配が強調されるようになった。その法の支配は、(1)憲法の最高法規性の観念、(2)基本的人権の尊重、(3)裁判所に対する尊敬と信頼、(4)適正手続の保障、という四つの要請を中心にして語られてきた。これはもともと英米法と憲法の専門家である伊藤正己^①によって説かれたものであり、その後、清宮四郎、佐藤功、芦部信喜、佐藤幸治などの憲法学者の書物において受け継がれている^②。

例えば、芦部信喜の『憲法（第三版）』（二〇〇二年）では、「近代立憲主義憲法は、個人の権利・自由を確保するために国家権力を制限することを目的とするが、この立憲主義思想は法の支配（rule of law）の原理と密接に関連する」と記されている。そして法の支配の内容として重要なものは、「現在、(1)憲法の最高法規性の観念、(2)権力によって侵されない個人の人権、(3)法の内容・手続の公正を要求する適正手続（due process of law）、(4)権力の恣意的行使をコントロールする裁判所の役割に対する尊重、などだと考えられている」^③、そして「日本国憲法は、『法の支配』の原理…を採用し」^④と記されている。

(イ) 佐藤幸治の見解と批判

行政改革会議の委員や司法制度改革審議会会長を務めた憲法学者の佐藤幸治も、日本国憲法上の法の支配についてはほぼ同じような考え方をとっている^⑤。

佐藤によれば、日本国憲法上の法の支配は、英米法（とくにアメリカ法）の影響を受けたものであり、憲法の最高法

規性の觀念など、先の四つの原理を中心にしたものである。そして法の支配は、個人の尊重（第一三条）ないし自律的生の尊重を実現するためのものである。⁶ つまり法の支配における法とは、人間の自律的生の確保に関わるものであり、そうした人間によって継続形成されていくものである。⁷ しかもその法の支配は、司法重視のもの、下から法秩序を形成する司法型秩序形成観のものである（付随的違憲審査制）。つまり法の支配とは、個人の権利・自由を、最終的には、司法の場をとおして実現しようとするものである。それは、ドイツにおける形式的法治国家や（第二次大戦後の）実質的法治国家の考え方に通底している、行政による政治、あるいは行政主導による基本権保障の考え方（上からの法秩序形成）とは違うものである。しかしわが国においては、第二次大戦後のある時点から、ドイツ的な法治国家の考え方、つまり基本的人権、とくに生存権などを司法ではなく行政の力によって実現し、保障しようとする考え方が影響力をもった。したがって第二次大戦後も「小さな司法」などといわれる状況が長い間、続いてきた。したがってこのような司法の現状を改めるためには、日本国憲法上の法の支配の理念の意義を再確認し、司法制度改革を進める必要があるというわけである。

このような佐藤の日本国憲法上の法の支配論に対しては、支持者も少なくない。例えば、法哲学者である田中成明もほぼ同じような見解を述べ、法の支配を確立するためには、「行政優位から司法中心の法運用へ」の移行が必要であると記している。⁸ しかしこのような佐藤の見解に対しては、反論ないし異論もある。

その一つは、英米的な法の支配（司法型秩序形成観）とドイツ的な法治国家（行政主導の上からの秩序形成）とを二元的なものとして対置させるしかたに対するものである。それは、戦前のドイツの法治国家論にも、自由主義的要素があったという反論である。また戦後のドイツにおける実質的法治国家は英米的な法の支配とそれほど変わらないものであるといった反論である。例えば、高田敏の見解を紹介してみよう。

「一九九〇年代の半ばより、日本国憲法の原理を法治国家ないし法治主義ではなく、法の支配ととらえるべきであるとする佐藤教授の見解が主張され、それが、司法制度改革審議会意見書における法の支配の強調を媒介として、かなりの浸透をみせているように思われる。日本におけるこのような最近の主張は、：ヨーロッパにおける潮流とは逆のものである。すなわち、ヨーロッパにおいては、そこにおける普遍的な原理を探り、それを共通の原理として育成する方向がしめされているのに対して、日本に見られる上の傾向は、普遍化とは逆の差異化を強調し、中には一方を否定しようとするものさえあるからである。：ヨーロッパ大陸における法治国家か英米法における法の支配かの二者択一ではなく、両者を理念的に支える普遍的な原理を核とし、両者を資料として日本の場に最も適合する原理を形成して行くことが肝要である⁹⁾」。

高田は、このように述べた後、「ヨーロッパにおける法治主義の普遍化と法治国家・法の支配の共通化の動向」を指し、「両者の差異化を強調し一方を否定することを、歴史の流れに反するもの」として捉えている¹⁰⁾。最後に、英米法的な「法の支配」と大陸法的な「法治国家」の上位概念として「法治主義」を捉え、さらに「在るべき」ものとして「普遍的な法治主義」を提唱している。それが日本国憲法の採用しているものであるというのである。

もう一つは、日本国憲法上の法の支配については、全く別の考え方も可能ではないかとするものである。

例えば、フランス憲法にも詳しい憲法学者の高橋和之は、「私の『法の支配』の分析的枠組みが、基本的にはフランスをモデルにしていることが理解されよう。戦後、日本国憲法がイギリス型の法の支配を採用したのか、それともドイツ型の法治国を採用したのかにつき論争がなされたとき、：フランス型はまったく考慮されることがなかった。日本国憲法が国民主権を採用したことを考えれば、『法の支配』も国民主権モデルで考えるほうが素直であったはずである¹¹⁾」と述べている。また「日本国憲法の『法の支配』をフランス的な国民主権モデルで捉えなおしてみよう¹²⁾：、「私は国民主

権の原理を法の支配（「正しい法」の支配）を制度化するための一組織原理として位置づけている」。¹³「近代憲法の段階では、違憲審査制はアメリカを除いて存在せず、議会が人権保障の中心的機構であった。議会が保障するのは、…議会に反映された国民の多数派の人権である。」¹⁴とも述べている。

このように高橋は、法の支配をフランスの国民民主権モデルで捉え、憲法を出発点としている。そして行政部は法律の執行を行ない、司法部は法律の解釈・適用に関する争いを最終的に裁定する作用であるとしている。そして法秩序形成の主体を国民代表からなる立法部であるとしている。また「法の解釈・適用は、上位規範の維持であると同時に下位規範の形成でもある。あるいは、適用すべき既存の法の枠内での法形成であると表現してもよい。法の支配の理念は、法の枠の維持にこそあるのではなからうか。」¹⁵とも述べている。このように高橋においては、議会中心主義的な法の支配が考えられており、したがって司法部中心の法の支配の理解のしかたは否定されている。このような立法部ないし議会重視の法の支配の考え方は、フランスだけにあるわけではない。それは、後述するように、イギリスなどにもみられるものであり、民主主義ないし議会を重視するものである。

次に、憲法学者の長谷部恭男は、日本国憲法上の法の支配として、形式的なものを主張している。長谷部の『憲法（第三版）』（二〇〇四年）によれば、「法の支配は、国家机关の行動を一般的・抽象的で事前に公示される明確な法によって拘束することにより、国民の自由を保障しようとする理念である」¹⁶。そして「(1)法が一般的抽象的であり、(2)公示され、(3)明確であり、(4)安定しており、(5)相互に矛盾しておらず、(6)遡及立法（事後立法）が禁止され、(7)国家机关が法に基づいて行動するよう、独立の裁判所によるコントロールが確立していること、が要請される」¹⁷、また「このような法の支配の要請は、法令の公布に関する規定（憲法七条一号）や憲法四一条の「立法」の概念、司法の独立（憲法七六条以下）の他、憲法三一条以下の諸規定に具体化されている」¹⁸と述べられている。

また長谷部によれば、法の支配は「善き法」の支配と同視されることがあるが、法の支配をこのような意味で理解すると、この概念を独立に検討の対象とする意義が失われてしまう。そして法の支配の要請は、悪法の支配と両立すること、法の内容が民主的に定められるかどうかとも関係がないこと、また法の支配は、法と道徳との必然的なつながりを意味するものでもないことも強調されている¹⁹。そして法の支配は、法が備えるべき条件の一つにすぎず、それは、他の要請の前に譲歩しなければならない場合があることも言及されている。このような長谷部の見解には、後述するイギリスの法哲学者J・ラズなどの法の支配の形式的考え方の影響がある。

長谷部の見解は、別の論文「法の支配が意味しないこと」²⁰にも示されている。そこでも法の支配として、先に述べたような事柄が主張されている。そして法の支配の正当化根拠として、功利主義とF・A・ハイエクなどという「個人の自律」が検討され、さらに法の支配の限界についても説明されている。

なお佐藤幸治も、このような法の支配の形式的考え方の意義を否定してはいない。しかし日本国憲法上の法の支配が、このような形式的なものかどうかはさらに検討されるべき問題であろう。

(ロ) 法の支配論の対立・競合

ところで日本国憲法には「法の支配」という文言はない。では日本国憲法上の基本的理念とされる法の支配は一体何であり、それはどこから導き出されるだろうか。そしてそれは、裁判官を拘束する裁判規範であるだろうか²¹。

まず法の支配は法的ルールであるのか、法原理であるのか、それともそれ以外のものであるのか。法の支配は、例えば、刑法一九九条などのような、法律要件―効果（ないし仮言命題）の形で表現されている法的ルールではない。それは、どちらかといえば、法原理である。しかしそれは、憲法に明言されているものではない。ではそれは何か。日本国

憲法には、法の支配の伝統をもつ英米憲法、とくにアメリカ憲法の影響をうけている部分が多い。そして法の支配に関連している諸規定がある。つまり憲法の最高法規性、基本的人權の尊重、罪刑法定主義、刑事保障、遡及処罰の禁止、二重処罰の禁止、司法部の独立、司法の一元化（行政裁判所の廃止）、特別裁判所の設置の禁止、違憲審査制などの規定である。これらの憲法の諸規定から推測され、導き出されうる上位の理念として説明されているのが法の支配であるように思われる。つまり法の支配は、日本国憲法の諸規定を統合的に説明したり、正当化しうる上位の理念であり、しかも英米憲法の影響をうけているという日本国憲法の制定史、比較憲法（史）、憲法価値、憲法哲学などを考慮に入れて導き出されているものである。したがって日本国憲法上の法の支配について複数の見解が競合し、それらが対立するのは無理もないことである。それらは、憲法解釈理論ないし解釈学説としてでてくるものだからである。

このことは、日本国憲法上の法の支配が無意味な理念であることを意味してはいない。それは、憲法や法律の解釈（学）、そして裁判などの法実践に影響を与えうるものである。実際に、多くの判決書には「法の支配」「法治国家」「法治国」の表現がいろいろなしかたでてくる。それはさらに法制度改革の基準としても用いられるものである。わが国の司法制度改革の基本理念として法の支配が言及されたのはまさにそうである。

ところで日本国憲法上の法の支配についての憲法学者たちの見解の競合・対立はどのようにすれば解決できるだろうか。よく知られているR・ドゥオーキンの正解テーゼは、いかなるハード・ケース（難事件）であつても、「xには：権利がある」といった法命題の真偽を発見することが可能であり、したがって裁判官や法律家は、それを発見するように努力すべきだという考え方である。これは、憲法解釈理論ないし解釈学説についても正解があることを前提にしている。そこでは、法命題が法的材料（ないし法的実践）とより一層整合しているかどうか、また法的材料をより一層良く正当化しているかどうかという二つの基準によって、法命題の真偽についての判断が可能であると考えられている。し

かしかなる法命題についても、その真偽を発見すべく努力せよと説くのはよいとしても、そのような真偽の発見のかたや発見可能性の想定について疑うことはできる。とくに法命題が「法的材料をより一層良く正当化しているかどうか」の問いについていえば、その判断には何らかの価値原理が関連せざるをえない。そこではいかなる価値原理を用いるべきかという難しい問題が残される。またわが国が、ドウオーキンの想定するような「原理の共同体」であり、しかも「等しい配慮と尊重を受ける権利」を重視する共同体であるかどうか問題でありうる。仮にそうであるとしても、その原理の解釈のしかたはいろいろでありうる。またわが国は、「原理の共同体」ではなくて、「法令集の共同体」ではないか、多元的価値が併存している共同体ではないかという考え方もありうる。

もちろん憲法の諸規定、憲法慣行、憲法判例などの整合性や、憲法解釈学説としての統合性といった基準によつて、一定の解釈学説は不適切なものとして排除されるであろう。しかしそれらの諸基準によつても優劣のつけがたい複数の憲法解釈学説が残るであろう。佐藤幸治のいうように、憲法は、何らかの道徳理論を措定している。²²道徳理論は政治哲学などと関係しているから、当然のことではあるが、複数の解釈学説が競合することになる。複数のもののなかで、比較的妥当なものがどのようにして見つかるであろうか。あるいはそれは不可能であり、複数の解釈学説の棲み分けが生じざるをえないであろうか。²³

いずれにせよ日本国憲法上の法の支配論のなかでいずれが妥当であるかについて、方法論的に自覚しながらさらに検討を続けていく必要がある。しかし憲法上の法の支配についての解釈学説は道徳理論や政治哲学などとも関係することからして、それは、後述する政治理念（ないし法理念）としての法の支配とも関係することを認識しておく必要があるだろう。

- (1) 伊藤正己「法の支配」と日本国憲法」、清宮四郎・佐藤功編『憲法講座(1)』有斐閣、一九六三年所収、一三二頁以下参照。ここでは、日本国憲法上の法の支配として、(1)最高法規の觀念、(2)人權尊重とその強度の保障、(3)適正手続の實現、(4)司法國家構造があげられている。また伊藤正己『法の支配』有斐閣、一九五四年では、「法の支配」は、英米憲法の、いな英米法全体の基礎をなす伝統であると思う。…日本国憲法がとりいれようとしたものは、まさにこのような伝統であり、生かすしつづけなければならぬのは、この原理のもつ精神であろう。それでは、その伝統は、いかなる内容をもつのであろうか」と記されている(七〇頁)。そして三つのものとして、法の尊重の精神、裁判所に対する深い信頼、個人の権利の重視があげられている(七〇―七二頁)。「はしがき」でもほぼ同様のことが記されている。「法の支配」の原理は英米法の根幹として存続し、英米人の信念にまで高められているといえよう。日本国憲法は、その成立の背景および具体的な諸規定からみて、英米法原則を多分に移植しているのであり、その具体的運用にあたって、英米法的解釈をそのままとすることは厳に戒めなければならぬとするも、そのような原則について看過することは許されぬであろう。とくに、この原理的な意味での『法の支配』は、日本国憲法の根底に脈打っており、わが憲法は、この原理が日本国民の信念と化することを期待しているといつてもよい。司法権に対して払われる尊敬と信頼、基本的人權の絶対的ともいえるまでの保障、憲法の最高法規性の強調のときは、その具体的なあらわれであろう(二二頁)。
- (2) 菅部信喜『憲法(第三版)』岩波書店、二〇〇二年、一三頁。
- (3) 菅部信喜、前掲書、一四頁。
- (4) 菅部信喜、前掲書、一〇二頁。
- (5) 佐藤幸治『憲法』青林書院、一九八一年、六三―七頁では、「日本国憲法によつて立つ基本理念・特質」として、国民主權と代表制、自由主義(權力分立、法の支配の原理)、國際協調主義・平和主義があげられている。また同『憲法(第三版)』青林書院新社、一九九五年、八〇―八三頁でも、法の支配原理は自由主義との関係で説明されている。そして日本国憲法上の法の支配は英米法(とくにアメリカ法)の考え方を受け継いだものとされ、その内容は、憲法の最高法規性、人權保障、適正手続、司法部の優位などとして捉えられている。
- (6) 佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』有斐閣、二〇〇二年、二五頁。
- (7) 佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』前掲書、二七頁。佐藤の見解をもう少し紹介しておけば、第一章前半論文「法の支配」の意義を再考する」では、法の支配は、憲法一三条の個人の尊重ないし自律的生の實現のためであるとして、それと国民主權、三權(立法・行政・司法)との関係について説明されている。そして法の支配の原点は、個人が權力による具体的決定をうける場合にはその法的根拠と理由について説明をうけ、自分の言い分を聞いてもらう機会をもつこと(告知・聴聞を受ける權利)、個人が自分の權利・自由を他者によって侵害

された場合に、公平な独立した裁判所において法の正しい解釈適用を受けて救済をうけること、司法をとおして形成される法への深い信頼であるとされている。第一章後半論文「自由の秩序」では、日本国憲法はドイツのような「社会的法治国家の原則を採用したといつてよい」と総括してしまつてよいだろうかと問題提起がなされている。そしてドイツの法治国家が実質的法治国家、社会的法治国家へと転換したといわれても、「法治国家」としての一貫した法秩序形成観が通底してのものではないか」と述べられている(六〇三頁)。またわが国における法曹人口の少なさにも言及しながら、「こうした『小さな司法』が維持されてきた根本的原因是に、明治憲法時代以来の『法治国家』的秩序形成観の持続性に求められる(一〇九頁)、また『法治国家』的発想に基づく行政各部中心の行政観があり、その根底には、国民が行政客体ひいては統治客体に甘んじる姿勢があった(一二五頁)」と述べられている。

(8) 田中成明『法学入門』有斐閣、二〇〇五年、二四五頁以下参照。

(9) 高田敏「形式的法治国・実質的法治国」概念の系譜と現状」前掲論文、五九一―六〇頁。なお高田敏「法治主義のヨーロッパ化とヨーロッパの法治主義化」O I Uヨーロッパ問題研究会／二〇〇四所収も参照。

(10) 高田敏「形式的法治国・実質的法治国」概念の系譜と現状」前掲論文、六三頁。憲法学者の土井真一「法の支配と司法権」、佐藤・初宿・大石編『憲法五十年の展望』有斐閣、一九九八年所収は、佐藤幸治の見解を基本的には継承しながら、憲法解釈論としての法の支配論を提示しようとしている。なお同「法の支配」論の射程―司法制度改革と法の支配」民商法雑誌第一二四卷一号(二〇〇六年)所収、同「立憲主義・法の支配・法治国家」法哲学年報二〇〇五『現代日本社会における法の支配―理念・現実・展望』有斐閣、二〇〇六年所収も参照。

(11) 高橋和之「司法制度の憲法的枠組―法の支配と司法権」公法研究第六三号、二〇〇一年所収、八頁。

(12) 高橋和之、前掲論文、九頁。

(13) 高橋和之、前掲論文、二七頁。

(14) 高橋和之、前掲論文、三二頁。

(15) 高橋和之、前掲論文、二九頁。高橋によれば、「民主主権モデルにおいては、…立法は、憲法の下における『始源的法定立』という性格に注目した把握がなされる。これに対応して、行政は、法律の執行と定義される。さらに司法は、法執行に際しての争いの裁定に焦点を当てた把握がなされる…(九頁)。このような高橋の見解に対して、佐藤幸治は次のように指摘している。「高橋理論の特徴は、『行政』の内容は法律によって与えられるという『法律授権型』的発想…と、広範な『執行』概念…である。すなわち、前者では、『まず行政権ありき』ではなく、『まず法律ありき』という発想をとるが、後者の『執行』の概念は、幅のある抽象的概念であるかみえ、行政型秩序形成と親和的な『垂

直下降型の秩序形成「観」になじむものである。佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』前掲書、七四頁。なお高橋の見解に対しては、「日本国憲法下でも、司法権は、法の支配の中心的担い手であって、『憲法→法律→命令→行政行為』という法執行ルートがまずあって、司法は、ただそのルートのいずれかの段階で生じた疑義や争いを裁定するという後からとって付けたような性格のものではない」とする行政法学者の見解がある。周 作彰「法の支配と行政訴訟制度改革」原田尚彦先生古稀記念『法治国家と行政訴訟』有斐閣、二〇〇四年、一〇六頁参照。

(16) 長谷部恭男『憲法(第三版)』新世社、二〇〇四年、二二頁。

(17) 長谷部恭男、前掲書、二二―二頁。

(18) 長谷部恭男、前掲書、二二頁。

(19) 長谷部恭男、前掲書、二二頁。長谷部は、日本国憲法上の法の支配を形式的なものとして捉えたいうえで、それを、国家権力の制約の側面から、市民と国家権力の関係のものとして捉えている。なお高田敏「形式的法治国・実質的法治国」概念の系譜と現状」前掲論文、二八頁によれば、ドイツでは、近年、ボン基本法の法治国家の形式的側面と実質的側面をそれぞれ指すものとして「形式的法治国家」と「実質的法治国家」を用いる語法があるという。この「形式的法治国」は、長谷部のいう法の支配の形式的考え方と関係している。長谷部には、J・ラズの法の支配の形式的考え方を支持したものとして Yasuo Hasebe, *The Rule of Law and Its Predicament*, *Ratio Juris*, vol.17, no.4, 2004 もある。ここでは、M・トロペールによる法の支配批判はアメリカの批判法学に近いものとして吟味され、ラズの法の支配論が支持されている。

(20) 長谷部恭男「法の支配が意味しないこと」長谷部『比較不能な価値の迷路』東京大学出版会、二〇〇〇年所収。これは一九九一年初出の論文である。

(21) 松井茂記『日本国憲法(第二版)』有斐閣、二〇〇二年では、「近代憲法の基本原理」の項目の下で、a 法の支配、b 国民主権、c 権力分立制、d 司法審査制、e 権利の保障、f 立憲主義が挙げられている(二二―三〇頁)。そして a 法の支配は「公権力が法という客観的な規範に基づいて行使されることを求める原理」とされ(二三頁)、「法の支配は…近代憲法の基本構造の中核をなす原理であり、議会を含むすべての政府の権力が法に服することを意味する(二二―二頁)」と記されている。そして法の支配は、裁判規範としての憲法に含まれるとされている。松井は、裁判規範としての憲法のなかには、憲法典、憲法判例が含まれるとした上で、憲法典との関係で「裁判規範になりうるのは、個々の条文に限られず、場合によっては憲法典の中にみられる『構造』や『関係』でもかまわないと考えるべきである。例えば、権力分立原理とか、議院内閣制の原理などは、特定の条文において定められたものというよりは憲法の定める統治の構造原理とみることができ。これらの原理は、…独自の裁判規範となる可能性を認めてもよいように思われる。」(二三頁)と記している。法の支配の原理が裁判規範であるか

どうかは、それが承認のルールによって法として同定されているかどうかにかかっているように思われる。

- (22) 佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」前掲書、一一九頁。「憲法は人間の生き方、個人と社会・国家との関係のあり方に関する何らかの道徳理論を指定している。…裁判所による憲法の各条項の解釈もこうした道徳理論を背景にしてなされる必要がある」(一一九頁)。なお日本国憲法上の理念ないし原理には、国民主権、権力分立制などもある。したがって法の支配について明確にするためには、国民主権、立法権・行政権・司法権の役割や相互の関係についてどのように理解すべきかという問題にも答えなければならぬ。

- (23) 複数の解釈学説の競合については、R・ドゥオーキンのアプローチ、R・アレクシーやU・ノイマンの法的議論のアプローチ、そして平井宣雄の「反論可能性」という観点からの「良い法律論」などが参考になるかもしれない。

四 政治理念（ないし法理念）としての法の支配

政治理念（ないし法理念）としての法の支配は、近代憲法上の法の支配や日本国憲法上の法の支配と関連してはいるが、論理的には別のレベルのものである。それは、善き統治・政府の在り方、善き法（システム）の在り方に関連して一般的に説かれるものであり、したがって法思想、法哲学、法理論、政治哲学などの領域で主張されてきたものである。善き統治・政府の在り方などについては、君主制、貴族制、民主制、議会制、権力分立などの多様なものが説かれてきている。そのなかにはプラトンの『法律』などにおけるように、哲人王制を理想としながら、それが実現困難であり、次善の策として法律の支配を説いたものもある。これも、政治理念としての法の支配の一つである。中国では、「人治」に対して「法治」の考え方が古くから説かれてきた。

一般に、政治理念としての法の支配論には、古代ギリシャ・ローマ、中世ヨーロッパ、一七、一八世紀の近代啓蒙期のものなどがある。一七、一八世紀の市民革命期には、自然法論的な法の支配が説かれたりしているが、近代法が整備

されたり、法典化が行なわれる一九世紀後半以降になると、憲法上の法の支配について議論されるようになる。イギリスのA・V・ダイシーのものは、その代表的なものである。憲法上の法の支配は政治理念としての法の支配と関連しているが、厳密には、特定の国の憲法ないし憲法典などを前提にして出てくるものである。しかし二〇世紀に入っても、政治理念としての法の支配論は消失したわけではない。それは、法哲学、法理論、政治哲学などの領域でいろいろな形で説かれ続けている。例えば、二〇世紀におけるF・A・ハイエク、J・シユクラ、L・L・フラ、H・L・A・ハート、J・ロールズ、J・ラズ、R・ドウォーキン、J・ウォルドロン、J・フィンズなどのものがそうである。

(イ) 法の支配の二つの考え方

一般に、政治理念としての法の支配については、二つの考え方がある。つまり形式的考え方と実質的考え方である。^①前者は、法の形式などに注目するのに対して、後者は、法の形式よりも、法の内容に関心を向ける。つまり法の支配の「法」は内容的に正しいもの、善きものでなければならぬとするものである。このように政治理念としての法の支配論には二つの考え方があるが、それぞれに何が含まれるかについては、論者によって意見が分かれている。

例えば、B・Z・タマナハの著書『法の支配について——歴史、政治、理論』（二〇〇四年）では、法の支配論には形式的理論と実質的理論があり、前者には、(a)法による支配 (rule by law)、(b)形式的法律性 (formal legality)、(c)形式的法律性プラス民主制があるとされている。^②もう少し詳しく説明すれば、(a)法による支配は、国家が法を道具ないし手段として用いるものである。(b)形式的法律性は、ハイエク、フラ、ラズなどによって主張されているものであり、法の公示、明晰性、恒常性、非適及性、公示された法と公権力の行動との間の一致などを強調するものである。(c)形式的法律性プラス民主制は、形式的法律性に加えて、国民の意志ないし議会の決定などによって法の内容が決められるべ

きだとするものであり、ルソー、カントなどの名前があげられている。これは、議会などの決定次第で、悪法もありうるといふ理由で、形式的理論に入れられている。

他方、法の支配の実質的理論には、(d)個人の諸権利、(e)尊厳の権利および（ないし）正義、(f)社会福祉が入れられている。これらについても説明しておけば、(d)個人の諸権利は、財産、契約、プライバシーなどの個人の自由・自律を強調するものである。(e)尊厳の権利および（ないし）正義は、西ドイツのボン基本法（ないしドイツ連邦共和国基本法）のように、人間の尊厳などを強調するものである。(f)社会福祉は、実質的平等、福祉などを強調するものである。

タマナハによれば、現在の英米諸国では、法の支配の形式的理論の一つである(a)法による支配を、法の支配として理解しているものはいない。そして法理論家たちの間では、法の支配を(b)形式的法律性に限定して捉える見解が多い。しかし一般的には、法の支配として、形式的法律性、民主制、個人の諸権利を含むものが理解されている。³以上のようなタマナハの見解を参考にしながら、政治理念としての法の支配について、筆者自身のしかたで整理してみよう。

(ロ) 法の支配の形式的考え方と実質的考え方

まず法による支配は、政治目標達成のための手段ないし道具として法を用いるしかたであり、それを「法の支配」として理解するしかたには問題がある。なぜならば、法による支配の下では、いかなる法をも制定できるし、その法をどのようなしかたで利用してもよいからである。例えば、法が公示されず秘密にされている場合がありうる。法が曖昧なものであったり、遡及的なものであったりする場合もある。そのようなときには、人々はその法に従おうとしても、法に従うことができない。また警察、検察などの官憲が公示された法をしばしば無視して行動するときも、同じである。

多くの人々が法に従うことができるためには、法が一定の形式的条件を充たしている必要がある。その条件とは、法

の公示、明晰性、恒常性、非遡及性、遵守可能性、そして公示された法を公権力が遵守し適正に実現しようとしていることなどである。これらは法の創設のしかた、法の実現のしかたについての形式的な要請ではあるが、政治権力に対しては一定の制約となるものである。これらを「法の支配」として捉え、それに論及している法学者、法哲学者は少なくない。彼らの主張しているものをここでは一緒にまとめて（タマナハの用語法にしたがって）「形式的、法律性（formal legality）」と呼んでおこうと思う。これについては、次章でももう少し詳しく紹介し、考察したい。

次に、法の支配の実質的考え方は、法の支配が、形式的法律性を充たすだけでなく、法の支配の「法」が正しいもの（ないし善きもの）でなければならぬとするものである。では正しい法とは何か、それにはいろいろな考え方があり、それによっていろいろな法の支配論が競合してくる。

まず民主主義的な法の支配論が考えられる。これは、民主主義のプロセスによって決定された法であれば内容的に正しい法であるとする考え方である。もちろん民主主義のプロセスといっても、その在り方はいろいろである。タマナハは、民主主義のプロセスだけでは悪法が生み出される可能性があるとして、それを法の支配の形式的理論に分類している。しかし民主制は、思想の自由、言論の自由、政治的自由などの枠組みを前提条件として必要としているから、その分類のしかたには疑問がある。

これに対して、基本的な人権重視の法の支配論がありうる。しかし基本的人権といってもいろいろであるので、それに関連して、リベタリアニズム的な法の支配論、平等主義的リベラリズムの法の支配論、ないし福祉国家的な法の支配論などが考えられる。また基本的人権よりも、共同体の利益とか、共通善を重視する法の支配論も考えられる。これらに関連して、自然法的な法の支配論、自然権（道徳的権利）的な法の支配論もありうる。⁴

さらに法の支配の「法」を「正当化されうる法」、「正統性をもつ法」に置きかえることも可能である。そして自然状

態下にいるすべての人の社会契約とか、カントの普遍的立法、ハーバースのコミュニケーション的行為の理論などとの関連で、いろいろな「正統性をもつ法」が考えられる。また「法」形成の中心的主体は国民の代表である議会にあるとするのか、個々の具体的紛争を解決する裁判所にあるのかという問題がある。「法」形成のしかたについても、議会等での対話・熟議・合意を重視する見解や、ハイエクのように、「法」は自生的秩序であるべきだという見解もある。

しかし法の支配の実質的考え方については、次のような問題がある。一つは、「正しい法とは何か」について、簡単には論争の決着がつかないということである。もう一つは、「正しい法」の支配というだけでは曖昧ではないかということである。法の支配の意義の一つが、政治権力などに対する制約やその活動の予測可能性にあるとすれば、法は曖昧であってはならない。したがって「正しい法」の問題を法の支配の概念から一応切り離し、その問題は正義論、法政策論、政治哲学などの領域のものとして検討したほうが生産的ではないかという考え方もありうる。

以上のように、政治理念（ないし法理念）としての法の支配については、形式的考え方と実質的考え方がある。しかし前者に入れられる「法による支配」は、「法の支配」と呼ぶのに適切であるかどうか疑問である。それは、政治権力に対する制約がきわめて薄いからである。それに対して、形式的法律性は、法の創設のしかたや、法の実現ないし運用のしかたに関して一定の制約を含んでいる。実際に、欧米諸国の近代憲法や日本国憲法には、形式的法律性の制約が具体化されている。例えば、秘密法の禁止、罪刑法定主義、遡及処罰禁止の原則、司法部の独立などのようにである。

なお法の支配の実質的考え方は、いずれの正義論ないし正義構想を選ぶかという問題と関係している。したがってタマナハも指摘しているように、英米諸国の法理論家たちの間では、法の支配を形式的法律性に限定して考えているものが多い。次に、この形式的法律性に照準を合わせ、もう少し詳しく考察してみよう。

(1) 法の支配の形式的考え方(ないし理論)と実質的考え方(ないし理論)との区分は、比較的早い時点からなされている。例えば、一九五九年一月、インドのニューデリーで開催された「法律家国際委員会(International Commission of Jurists)」では「法の支配」がテーマとして議論され、すでにこの区分がでていようである。またこの区分に言及している論文として、P. Craig, Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework, Public Law, Autumn 1997がある。クレイグは、法の支配の形式的考え方を主張するものとして、A. V. ダイシー、J. ラズ、R. アンガーを挙げ、実質的考え方を主張するものとしてR・ドゥオーキン、ジョン・ロー卿、T・R・S・アランを挙げている。(2)では主にイギリスの議論が考察されている。なおP. Craig, Constitutional Foundation, the Rule of Law, and Supremacy, Public Law, Spring 2003を参照。

(2) B.Z. Tamana, op.cit., p.91.

(3) B・Z・タマナによれば、「法の支配ということばが発せられるとき、典型的には、形式的法律性ととともに、民主制および個人の諸権利を含むものとして理解されている。」B.Z. Tamana, op.cit., p.110.但し、個人の諸権利には、社会福祉への権利は含まれてはいない。p.113.「法理論家たちの間では、形式的法律性が法の支配についての最も影響力のある理解のしかたであるが、形式的法律性、個人の諸権利、民主制を含むこの厚い実質的な法の支配は、西欧社会における法の支配についての共通理解におそらく近いものである(共通理解があると想定した場合)」。p.111.また彼によれば、立憲民主主義の伝統のある欧米諸国では、形式的法律性、民主制、個人の諸権利を含む法の支配が妥当であるとしても、それが世界のすべての国で実現できるかどうかは明確ではない。中国では民主制なしに、イランでは人権なしに、形式的法律性を実現できるだけである。しかし中国では司法部の独立などが保障されていないから、形式的法律性を十分に実現されていないのではないかと、それは法による支配に近いものであるとされている。なおB.Z. Tamana, The Rule of Law for Everyone?, Current Legal Problems, vol.55, 2002を参照。

(4) 自然権(道徳的権利)的な法の支配論についていえば、例えば、R・ドゥオーキンは、「法令集的な法の支配」に対して「権利論的な法の支配」、つまり「道徳的権利論的な法の支配」を主張している。R. Dworkin, Political Judges and the Rule of Law, in R. Dworkin, A Matter of Principle, Harvard University Press, 1985. 法の支配の実質的考え方には、リバタリアンとして自然権を主張しているR・バーネットのものもある。

五 法の支配の形式的考え方としての形式的法律性

形式的法律性は、道具主義的な法の捉えかたと両立するとしても、政治権力に対する一定の制約を含んでいる。それは、法の創設のしかた、法の実現のしかたに対する要請である。しかし形式的法律性の内容については、論者によって若干の違いがある。形式的法律性に相当するものは、一七世紀のロック、一八世紀のベンサムなどによって言及されてきた。そして二〇世紀においては、F・A・ハイエク、L・L・フライ、H・L・A・ハート、J・ロールズ、J・ラズ、J・フィンリス、N・マコーミック、J・ウォルドロンなどによって、その重要性ないし意義について考察されている。^①しかしここでは、代表的な見解として、L・L・フライ、J・ラズ、R・S・サマーズのものを取り上げてみよう。

(イ) L・L・フライ

フライは、ハーバード大学ロースクールで法理学、契約法を教えた学者である。

彼の『法と道徳』^②（一九六四年）によれば、法とはルールの下に人々の行為を従えさせようとする企てである。そしてその企てが成功するためには、法の一般性、公布、非遡及性、明晰性、無矛盾性、遵守可能性、恒常性、公権力の行動と宣言されたルールとの合致が必要である。フライは、これら八つの要請を「法律性（legality）の原理」と呼んでいる。これらのあるものは完全に実現されるべきであるが、他のものの実現は程度の問題であるとされている。

フライによれば、八つの原理のなかで、公権力の行動と宣言されたルールとの合致は、もつとも複雑な要請である。それは、多種多様な場合に破壊されたり、損なわれる。^③彼によれば、それは、宣言されたルールとそれらの現実の執行

との間に一致がみられないことであり、具体的には、法を知る手段がない場合、法の誤った解釈、賄賂の授受、偏見、権勢欲などがある場合に生じる。公権力の行動と宣言されたルールとの合致を維持するために考案された手続的方策として、法廷で弁護人をつけてもらう権利や、相手方の証人に反対尋問する権利などの「手続的な適正手続」⁴、人身保護令状、上訴の権利などがあることが強調されている。そしてその不一致を阻止する仕事は、司法部ないし裁判所に委ねられている。裁判所だけで不十分な場合には、オンブズマンなどの監督機関が必要である。さらに「法律性の原理」は、立法部、行政部だけでなく、司法部自身にも適用される⁵。また裁判官も他の公務員も、思いつきではなく、一定のふさわしい解釈原理に従って制定法を解釈し適用することが必要であるとされている。

なおフラーの『法と道徳』では、「法の支配」ということはほとんどでてこない。しかし「付論 悪意の密告者問題」においては、「法律性の原理」が大きく損なわれている状況（第二次大戦中のナチス・ドイツを想定した状況）が「法の支配の空白状態」であると表現されている⁶。

なおフラーは、「法律性の原理」を、立法者と法に従う人々との間の「相互性 (reciprocity)」の問題として捉え、立法者の（道徳的）責務を強調している。そして「法律性の原理」を「法の内面道徳」「法を可能にする道徳」「手続的自然法」とも呼び、それによって「法と道徳融合論」を主張している。

(ロ) J・ラズ

ラズは、オックスフォード大学で法哲学を教えていた教授である。

彼の一九七九年の論文「法の支配とその美徳」⁷によれば、法の支配には、広義のもの、つまり「人々は法に従い、法によって支配されるべし」と、狭義のもの、つまり「政府は法によって支配され、法に服すべし」（政治理論や法理論

で使用されるもの）がある。そして前者との関連で、法は人々が遵守できるようなものでなければならぬことが強調されている。そしてもしも法が人々によって遵守されるべきならば、法は人々の行為を導くことができるものでなければならぬという法の支配の、基本的観念が提示され、そこから、法の支配に関連する諸原理が導き出されている。それらのなかで比較的重要なものとして、また法が規範的機能を果たしうるために必要なものとして、次の八つの原理が挙げられている。

つまり(1)すべての法は公示され、明晰で非恣意的であるべし、(2)法は相対的に安定的であるべし、(3)（行政機関の発する）個別の法的指令は、公示された明晰かつ安定した一般的ルールによって導かれるべし、(4)司法部の独立が保障されるべし（裁判官の身分保障などを含む）、(5)自然的正義の諸原理が遵守されるべし（公開の場での公正な審理などを含む）、(6)裁判所は（法の支配との適合性を確実にするために、法の支配の）他の諸原理の履行についての審査権をもつべし（これは議会の立法、下位立法、そして行政行為の審査を含む）、(7)裁判所へのアクセスは容易であるべし、(8)犯罪防止機関は法を曲げるために裁量を用いることを許されるべきではない、である⁸⁾。

以上の八つの原理には、フラーの挙げている法の一般性、無矛盾性、遵守可能性が含まれてはいない。またフラーのいう「公権力の行動と宣言されたルールとの合致」は(3)から(8)までの形で表現されているように思われる。とくに(6)のように、司法機関の在り方について強調されているのが特徴である。

ラズによれば、これらの原理の遵守は、程度問題である。そしてこれらの原理は、法的美徳である（あるいはそれらへの適合は法体系がもつべき美徳の一つである）。また法の支配は、いろいろな目的をもつ法体系と両立し、その目的の促進を助けるものである。したがってそれは、人種差別を進めたりする邪悪な法体系とも両立するという限界をもっている。しかし法の支配は、恣意的権力の抑制と、個人の一定の自由の保障という二つの価値に仕えているものである。

彼によれば、まず法の支配が仕える価値の一つは、恣意的権力の抑制である。恣意的権力のいろいろな形態は、法の支配と両立するが、それでも通常の多くの恣意的権力は法の支配と衝突する。つまり政府が法の支配に服している場合には、政府は、法を突発的に、遡及的に、また秘密裏に変更したりすることができない。裁判所は、法と法が定める手続に従うように要請されている。そして政府諸機関は、私的利益、依怙、復讐などによって、個々の法的指令を発したりしないように、制約を課されている。

法の支配が仕えるもう一つの価値は、個人の一定の自由の保障である。人間は自分の生活スタイルを選択したり、自分の人生目標をたてて生活の設計をする能力をもっているが、その能力の形成と発揮のためには、安定した法の枠組みが必要である。そして法をしてそのような個人の能力の発揮のための安定した枠組みにするように仕向けているのが、法の支配である。それは、人間を将来設計のできる自律性をもった人格として扱っている。その点で、人間の尊厳への尊重に対する寄与という価値を有している。つまり人間の尊厳のためには、法が不確定的であつたり、人々の予期を挫いたりするものであつてはならないのである。

ラズの法の支配論に対しては、いくつかの批判が出されている。一つは、法の支配が美德であるのか、価値であるのか曖昧であるという点である。これに関連するもう一つは、法が規範の体系であり、しかも法が規範的機能を發揮できるようにするために法の支配の要請に応えることが最低限必要だということであるならば、法と道德の間には論理的関係があるのではないかという批判である。これは、ラズの立場である法実証主義的な「法と道德分離論」と矛盾するのではないかという批判である。

ところでラズには、一九九四年の論文「法の支配の政治」^⑤もある。ここでは、彼のいう法の支配（法の公示、明晰性、非遡及性、司法部ないし裁判所の独立、裁判官の身分保障、適正手続、公権力のチェックを強調したもの）が、欧米諸

国などの近代法に妥当するものであると説明されている。そしてイギリスなどの法の支配の道德的正当化について検討されている。その場合、法の支配への三つのアプローチとして、イギリスのコモン・ロー上の法の支配を念頭に入れた「伝統志向的アプローチ」（強力な独立した裁判所が法の形成・発展に責任をもつとする伝統的なアプローチ）、近代的な「形式的正義の要請としての法の支配」（法の支配を「等しきものを等しく扱う」という形式的正義の要請としてみなすしかた）、そして「原理に基づいて行なわれる、法の忠実な適用」が挙げられ、最後のものが支持されている。

最後のアプローチでは、「公けに宣言され、しかも原理に基づいてなされた将来効的な立法（制定法―筆者）に基づいて」、独立した司法部により、理由の付された決定がなされること、しかも公開された公的司法によってなされること⁽¹⁰⁾が強調されている。このアプローチは、原理にもとづく、忠実な法適用を強調するものである。しかも裁判の公開や、独立した司法部による理由の付された決定、そして原理にもとづく、公布され非遡及的な制定法にしたがって決定がなされることを強調している⁽¹¹⁾。このアプローチでは、制定法の役割が一層重視されている。但し、司法的裁定は、たんに制定法の断片断片を機械的に解釈・適用するのではなく、民主主義、人権保障などを考慮し、しかも理論的な整合性に配慮して、制定法の断片を統合するように、原理、理論を考慮して行なわれるべきであると考えられている。もちろん司法的立法や司法的裁量は、肯定されている。そして法の支配のためには、法を尊重する文化が必要であるとも記されている。

(ハ) R・S・サマーズ

サマーズは、アメリカのコーネル大学ロースクールで法理学を教えている教授である。彼には、一九九九年の論文「法の支配の諸原理」⁽¹²⁾がある。この論文では、法の支配の原理として一八の原理が挙げられている。これらは（一次的レベ

ルの) 法的ルールと法的原理の創設のしかた、実現のしかたについての二次的レベルの原理であると説明されている。それらは、次のようなものである。

(1) 法の妥当性を確定する基準が明確であり、それが容易に適用可能であること、(2) すべての法がその妥当性基準に適合していること、(3) 法の一般性(法が市民にも公務員にも適用されうる一般的なルールであること)、(4) 法の公布、(5) 明晰性、(6) 非恣及性、(7) 遵守可能性、(8) 恒常性、(9) 法の改変が公機関によって手続法にしたがってなされていること、(10) 法の解釈・適用が適切なしかたでなされていること、(11) 法違反に対する制裁などが予め知らされていること、(12) 紛争が生じた場合にそなえて独立した不偏不党の裁判所などがあること、(13) 裁判所へのアクセスが容易であり、法曹が適切な法的サービスを与えていること、(14) 裁判所への提訴ができること、(15) 自然的正義と適正手続が保障されていること、(16) 上訴の機会があること、(17) 犯罪などの場合、貧困者に対する国選弁護人の制度があること、(18) 裁判所は必要な場合には司法的立法ができることなどである。¹³⁾

以上のもののなかで、(1)(2)はラズの説明にはなかったものであるが、彼の法の支配論において当然、前提にされているものである。(3)法の一般性は、法が公機関の公務員にも適用されるという意味を含んでいる。(9)(10)(16)(17)(18)も、ラズの法の支配においては言及されていなかったものである。またサマーズでは、公機関と市民との関係だけでなく、市民と市民との間の紛争も視野に入れられており、したがって裁判所の役割が一層重視されている。

サマーズには、一九九三年の論文「法の支配の形式的理論」¹⁴⁾もある。ここでは、法の支配の実質的理論よりも、形式的理論のほうがすぐれているとして、それが奉仕する諸価値として、次のものがあげられている。つまり政府に対する正統性の付与、社会的安定性、政府の諸活動や私人の法形成の法的結果の確定性と予測可能性、私的な自律性、自由な選択と計画の容易化、公権力の行動の恣意性の排除、公平な独立した裁判所による、違反に対する制裁と救済、法的扱

いの平等などである。⁽¹⁵⁾

また法の支配の形式的理論の利点に関連して、次のように述べられている。つまり法の支配の実質的理論は、法の内容に関心をもつものであり、民主主義、福祉国家、市場経済、基本的人権の保障などを強調する。しかしこれらは、政治的・法的イデオロギーに関係している。そしてこれらの法内容に関しては論争がある。それゆえそれらを法の支配に組み入れると、法の支配の概念が拡散的になり、漠然としてくる。法の支配の形式的理論のほうがすぐれているのは、これらのイデオロギーに関係なく、中立的であるからである。もう一つ、法の支配の形式的理論の要請は制度に関係しており、理解しやすい。それは、いろいろな制度・実践などを批判したり、正当化する場合に明確である。しかし形式的理論にも、限界がある。それは悪法ないし邪悪な法と両立することである。しかしナチスは悪法を作っただけではなく、しばしば形式的理論の要請も無視した。悪法と、法の支配の無視は、しばしば手を携えて一緒に進む。しかし形式的理論の要請は、悪法に対する一つの制約にもなっている。したがって法の支配の形式的理論には十分な意義があるというのである。

サマーズには、近著『法システムにおける形式と機能』⁽¹⁶⁾(二〇〇六年)もある。ここでは、法の支配として、二二の原理があげられている。⁽¹⁷⁾ そのなかには、先の論文で示されていた一八の原理に加えて、あるいはそれに関連して、制定法解釈の統一的方法の存在、裁判所における法の継続的形成の必要、裁判所における司法審査、法曹の存在があげられている。これらの原理のすべては「制度、規則、方法、制裁など」を規制するものとして説明されている。⁽¹⁸⁾ サマーズによれば、それらは、法システムが適正に機能し作動するために必要なものである。そしてこれらの原理の多くは、欧米諸国の憲法・法律などに定められており、そうでない場合でも一般に受容されている。

このようにサマーズにおいては、法の支配の原理は、法システムの適正な機能と作動という目的にとって不可欠なも

のとして捉えられている。しかもそれは、たんに法の実効性、効率性のためだけではなく、法内容を善きものへと導いていくもの、善き内容に寄与するものとしても説明されている。これは、H・L・A・ハートとL・L・フラーの論争において、フラーが主張していたものである。(統)

(1) 法の支配の形式的考え方の意義などについて論じた文献は数多い。ここでは20世紀のF・A・ハイエク、H・L・A・ハート、J・ロールズの法の支配論についてごく簡単に言及しておく。まずハイエクの『隷従への道』(原著は一九四四年、訳書として一九九二年の改訂版、東京創元社があり、ここではそれを用いる)では、ナチス・ドイツや旧ソ連のような集産主義国家の特徴として、政府の強制権の行使が無制限であり、事前に規定された規則によって決められていないことが挙げられている。そして法律および裁判の確実性と非恣意性や、規則が例外なく適用されることの意義が強調されている。また法の支配は「法律によって前もって定められた場合にのみ、国家の強制権が行使されること」(一〇七―八頁)を意味していると記されている。

ハートの『法哲学の諸問題』(一九六七年に発表されており、ハート『法学・哲学論集』一九八三年に収められている。ここでは矢崎光園他訳、みすず書房、一九九〇年を用いている)では、法の諸ルールの一般性、明晰性、公布、非恣及性などと、裁判所は公平であり、訴訟当事者双方の議論に耳を傾けるべきだという自然的正義のルールが、法の支配の概念を定義したものであるとして、その意義ないし価値について述べられている(一一一―一二頁)。

ロールズの『正義論』(一九七一年、ここでは矢島鈞次監訳、紀伊国屋書店、一九七九年を用いている)では、始源状態の下で人々によって合意される正義の二原理は、憲法制定会議の段階で、立憲民主主義として制度化されるが、法の支配の原理もその会議で全員一致で採択されるだろうと説明されている。それは、「規則どおり(regularity)としての正義」として説明され、その内容は、法的ルールの公布、一般性、明晰性、(刑罰法規の)非恣及性、遵守可能性、司法部の独立・不偏性などである。これらは不正とも両立しうる「弱い制約」ではあるが、自由のためには無視できないものとして評価されている。訳書、四六頁、一八二頁以下参照。

この他に、法の支配の形式的考え方は、J.Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, 1980, pp.270-276, N.MacCormick, *Natural Law and the Separation of Law and Morals*, in R.P.George (ed.), *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, Oxford University Press, 1992, p.105 などにもみられる。

- (2) Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, 1964. フラー、稲垣良典訳『法と道徳』有斐閣、一九六八年。なお revised edition が一九六九年に刊行されている。本稿では、原著の頁数と訳書の頁数を記している。
- (3) Lon L. Fuller, *ibid.*, pp.81-2, 100-1 頁。
- (4) Lon L. Fuller, *ibid.*, p.81, 101 頁
- (5) 司法的立法は、議会などの立法とは違っているが、それでも「合理的な程度に明晰な一般の準則を明確にしないこと、矛盾した準則決定として姿を現わす判例の動揺、方針のひんばんな変更、および法の週及的な変更」は避けるべきとされている。Lon L. Fuller, *ibid.*, p.82, 101 頁。
- (6) Lon L. Fuller, *ibid.*, p.249, 110 八頁。
- (7) J. Raz, *The Rule of Law and Its Virtue*, in J. Raz, *The Authority of Law*, Clarendon Press, 1979. この論文をわが国で最初に紹介したのは、田中成明『法の支配』の価値をどうみるべきか」判例タイムズ、四三二号(一九八一・三・一五)所収である。なおラズは、この論文の冒頭で、ハイエクの法の支配論を評価しながらも、ハイエクが法の支配の形式的考え方から出発しながら、実質的考え方へと移行しているとして批判している。つまり法の支配の法が自生的秩序であるべきであるとか、人々の合意を得たものであるべきだという考え方に移行しているといふべきである。
- (8) J. Raz, *ibid.*, pp.214-8. ラズには、法の支配に関する論文として、E. Weinrib の法の支配論を批判的に考察した論文もある。J. Raz, *Formalism and the Rule of Law*, in R.P. George ed., *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, Clarendon Press, 1992.
- (9) J. Raz, *The Politics of the Rule of Law*, in J. Raz, *Ethics in the Public Domain*, Clarendon Press, 1994.
- (10) J. Raz, *ibid.*, pp.357以下参照。
- (11) J. Raz, *ibid.*, pp.357-358. なお P. Craig, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law*, *op. cit.* によれば、ラズの一九七九年論文では、法の支配の形式的考え方が主張されているが、一九九四年論文では、形式的考え方と実質的考え方の中間のものが主張されているという。そこでは、原理が強調されているという理由によっている。
- (12) R.S. Summers, *The Principles of the Rule of Law*, *Notre Dame Law Review*, vol.74, no.5 (1999).
- (13) R.S. Summers, *ibid.*, pp.1693-4.
- (14) R.S. Summers, *A Formal Theory of the Rule of Law*, *Ratio Juris*, vol.6, no.2 (1993).

- (15) R.S.Summers, *ibid.*, p.131.
- (16) R.S.Summers, *Form and Function in a Legal System: A General Study*, Cambridge University Press, 2006.
- (17) 法の支配の二二の原理の詳細については、R.S.Summers, *ibid.*, pp.334-336参照。
- (18) R.S.Summers, *ibid.*, p.337. 以上のように、形式的法律性は、公的機関が法を尊重し遵守していること、一般市民の法違反(権利侵害など)だけでなく行政機関などの法違反をも裁判所が審査しチェックしていること、司法部の独立、適正手続、裁判所へのアクセスなどを要請している。それらが充たされなければ、一般市民は、法を遵守するよりも官憲などに贈賄などをしたほうがよいことになるであろう。
- (付記) 本稿は、二〇〇三年度 同志社大学学術奨励研究「多元的社会における正義・法・権利」(研究代表者 深田三徳)の成果の一部である。