

[論説]

## 「法の支配」論への一つの懐疑

石澤 淳 好

A Consideration on Problematic Arguments concerning the Rule of Law

*Atsuyoshi ISHIZAWA*

### 目 次

- I はじめに
- II 「法の支配」論について
- III 「法の支配」の観念について
- IV おわりに

## I. はじめに

最近、「法の支配」を巡っての論述が多く見られる。この点について、例えば、「公法研究」69号の「学界展望」において、高見勝利教授は、次のように述べておられる。

「『法の支配』という古典的テーマが浮上してきた。」<sup>1)</sup>

また、「法学教室」320号の鼎談の中で、奥平康弘教授は、次のように述べる。

「現今流行気味の『法の支配』は、ひょっとすると法というものの自身の議論をしないまま、法を形態とか制度とかのレベルでとらえ、それを要領よく運営し、万事の利害を手っ取り早く要領よく形づけてしまうことを夢想して『法の支配』が喧伝されているのではないかを、かなりおそれています。

もし『法の支配』がそうしたコンセプトのものだとすると、これと結びついた憲法裁判特別制度というものは、単に支配の道具あるいは現行秩序をただ円滑に維持するだけの仕組みになってしまう可能性を秘めているのではなからうか。

『法の支配』が真に正義に適い、市民の自由を活性化するために、何をなすべきか、今後とも大いに議論して欲しい、と思います。」<sup>2)</sup>

少し長く引用したが、それは「法の支配」をとりあげる際に留意しなければならない内容がそこに含まれているように思えるからである。

とはいえ、「法の支配」を巡る論説は多く、その議論は広範囲に及んで、各論者が論者なりの「法の支配」観念に基づいてその意味づけを行っている

るかのようである。しかしそのこと自体は、「法の支配」というものの重要性を少しも減じるものではない。

また、B. タマナハ教授は、次のように述べている。

「「法の支配」は、今日最も重要な政治的理念（観念）であるが、それにもかかわらず、それが何を意味するのか及びそれが如何に作用するのかについては多くの混乱が生じている。」<sup>3)</sup>

そこで本稿では、若干の整理をする意味で、最初に現在なされている「法の支配」の議論について検討し、次に「法の支配」の提唱者でもあると言われているA. V. ダイシーの議論を再確認して、最近の議論への懐疑と考えるものを提示することにしたい。

- 1) 「公法研究」第69号227-8頁。(2007) ここで高見教授は「浮上」という表現をされている。
- 2) 「鼎談」戦後憲法学を語る」奥平康弘・高見勝利・石川健治「法学教室」320号6-31頁。30頁(2007)。
- 3) B. Tamanaha.. “Onthe Rule of Law” (2004)

## Ⅱ. 「法の支配」論について

最近の「法の支配」を巡る議論の火付け役になったのは、おそらく、司法制度改革審議会意見書によるものといえる。それは、大きく二つの観点からの議論であると分類できるのではなかろうか。

一つは、憲法学の分野からのものであり、多くは憲法研究者による「法の支配」論であり、これは、司法制度改革審議会意見書に述べられている「法の支配」が、日本国憲法にどのように反映しているのかということとその主なものとしている。

もう一つは、憲法学以外の主として法哲学等の研究者からの「法の支配」論である。ここでの議論は、「法の支配」自体の意味もしくは意義を問題としている。

### 1. 憲法学の分野からの「法の支配」論

司法制度改革審議会意見書において、「法の支配」というものが一つの大きなテーマとして取り上げられているが、それは、従来の司法権のあり方がどちらかといえば「弱い」と考えられていたものを「強化」することが必要であるという考え方によるものである。その意見書の「基本理念」の冒頭のところで次のように述べている。

「司法制度改革の根本的な課題を『法の精神、法の支配がこの国の血肉と化し「この国のかたち」となるために、一体何をなさなければならないのか』、『日本国憲法によって立つ個人の尊重（憲法第13条）と国民主権（同前文、第1条）が真の意味において実現されるために何が必要とされているのか』を明らかにすることにあると設定した。」<sup>4)</sup>

このことを踏まえて、司法制度改革審議会の委員でもある佐藤幸治教授は、次のように述べている。

「明治憲法から日本国憲法への転換が意味するものとして、すでに触れた天皇主権から国民主権への転換と並んで、臣民の権利から個人の尊重に基礎を置く基本的人権への、法治国家から法の支配への転換であるといわれてきました。「法治国家」、「法の支配」とは何かは、多分に用語上の問題のところがあり、また、「法の支配」といっても一義的ではありませんが、「法の下ではいかなる者も平等・対等である」という法の支配の理念は、すべての国民を平等・対等の地位に置き、公平な第三者が適正な手続を経て公正かつ透明な法的ルール・原理に基づいて判断を示すという司法の在り方において最も顕著に現れていると言える。」という意見書の理解は、大方の賛同を得られるところかと思えます。』<sup>5)</sup>

ここにおいて、佐藤教授は「法の支配」の理念として、法の下での平等を挙げている。確かに、「法の支配」は法の下での平等を否定はしていないが、法の下での平等原理と「法の支配」は同一のものではないことも当然のことである。さらに、「法の支配」を司法権の強化のために用いるということは、明らかに「法の支配」を道具概念として用いている事も確かな事のようにである。

また、司法制度改革は、行政改革の一環として行われていることも念頭において置かなければならない。つまり、司法制度改革は政治問題の一つになっているということである。

このような状況の中で「法の支配」を巡る議論が多くなってきたのである。渡辺康行教授は『「法の支配」の立憲主義的保障は『裁判官の支配』

を越えうるか—『法の支配』論争を読む—」において、「法の支配」論争の論点整理をしている。<sup>6)</sup> そこで以下では、この渡辺教授の所説に基づいて「法の支配」論を検討していく事にする。

渡辺教授は、「法の支配」について「はじめに」のところでも次のように指摘している。

「『法の支配』は、これまでも繰り返し指摘されてきたように多義的な概念であるため議論状況はきわめて見通しが悪い。」

とした上で、さらに次のようにも言う。

「論述においてチェックポイントとするのは、『法の支配』という場合の『法』を形式的に捉えているか実質的に捉えているか、英米型の『法の支配』とドイツ型の法治国家の関係をいかに理解しているか、『法の支配』という概念によって論ずる範囲をどこまでと考えているか、『法の支配』はいかに基礎付けられているか、といった点である。このような考察を通じて、これからの『法の支配』論の方向性を探りたい。」<sup>7)</sup>

ここでは、渡辺教授のいくつかの前提とも言うべき内容が示されているのである。

次いで、「戦後憲法学における『法の支配』論」として、戦後すなわち第二次大戦後の「法の支配」をめぐる学説史を展開している。それは「1. 高揚 2. 沈静 3. 特質」に区分している。そして、「特質」のところでも次のように指摘する。

「戦後初期には、ドイツ型法治国家と区別された『法の支配』の意義

が、実践的な意味を込めて強調された。しかし戦後憲法学は、次第に『法の支配』と『実質的法治国家』を同じものとみなすようになった。・・・

つまり『法の支配』は道具概念から説明概念へと機能変化していったのである。」<sup>8)</sup>

また、「法の支配」の基礎づけについては、その根拠は不明確であるともしている。

次に、「法の支配」について最近の多くの議論の火付け役となった「京都派」<sup>9)</sup>の「法の支配」論について検討している。そして、佐藤幸治教授を「主演」として次のように評価している。

「『法の支配』論を再び学問的な論争の場へと引き出すとともに、実践的にもこの理念をキーワードとして「司法制度改革」をリードした。」<sup>9)</sup>

渡辺教授は、佐藤教授の「法の支配」論の特色を以下の4つとしてまとめている。

- ①「法の支配」を実質的に理解し、その実質的内容としてとして、人格的自律や個人の尊重を中核とする道徳理論をあてている。
- ②「法の支配」が、ダイシーのものとは異なっているとしても、その基本的精神は生きているとしているのである。
- ③「法の支配」という概念を用いて論ずる範囲であるが、「この国の私たち」を再構成するための具体的方策の関係が今ひとつ明確ではないようにではないように見えることである。
- ④①～③のような「法の支配」論の基礎づけについて、定立された憲法

典の存在により国民が、各人の人格的自律権が尊重される“善き社会”の形成発展を図るという長期的視野に立って「自己拘束」をなすという意味が発生すると考えるとしている。<sup>10)</sup>

ついで「助演」として、土井真一教授をとりあげ、次のように述べている。

「佐藤教授の議論の展開に、背後を固める形で重要な影響を与えた・・・。」<sup>11)</sup>

そして土井教授の特徴を次の二つにまとめている。

- ①「法の支配」の「法」については、少なくとも国家行為が準拠できるものであること。つまり、「法の一般性・整合性・予見可能性」が法には必要であること。
- ②法治国家原理は、垂直下降型の秩序形成である行政型秩序形成モデルに親和的である。これに対して「法の支配」は、具体的事実に依拠した法形成であり、司法型秩序形成モデルと親和的である。<sup>12)</sup>

第3には、「演出」として、田中成明教授を取り上げ、次のように評価する。

「京都派『法の支配』論に法哲学的な支柱を提供している・・・。」<sup>13)</sup>

田中教授の「法の支配」論の特徴として、渡辺教授は次の4つを挙げている。



- ① 「法の支配（法治国家も同様としているが・・・）の形式的・実質的理解への対比の議論に対しての疑問の提示である。
- ② 「視座転換」を提唱し、「『法の支配』のもとで相互主体的視座に支えられた議論・交渉フォーラム」という法の見方が出された。
- ③ 「法の支配」の理念は必ずしもその本来の意味のように理解されず、行政優位から司法中心の法運用への転換も進んでいないと指摘している。
- ④ 「法の支配」はいかに基礎づけられているかについては、田中教授による一種の正義論に関する構想が、「法の見方」や「法の支配」論を基礎づけているものとみなしている。<sup>14)</sup>

第4には「共闘と競争」として京都派の「法の支配」論を締めくくっている。渡辺教授は、京都派の「法の支配」論を、「戦後初期における第一類型の『法の支配』論を引き継ぎながら、大きな展開を示している。」と指摘し、京都派の共通点として次のように述べている。

- ① 「法の支配」の理念を用いて「司法制度改革」を積極的に推進していることとする。
- ② 「法の支配」を再び道具概念として利用しようとしていること。<sup>15)</sup>

また、相違点として、次の二点を挙げている。<sup>16)</sup>

- ① 「法」の捉え方について。つまり、法に対する形式的理解か実質的理解かということである。
- ② 「法の支配」の基礎づけについてである。

それにもかかわらず、京都派としてまとまっていることができるのは、

別の観点からの「法」の見方に共通性があるからだと渡辺教授は指摘する。それは、

「日本における法システムの近代化が『行政・警察主導の管理型「法化」戦略を基調に行われた』と理解し、それを転換しようとする構想である。」<sup>17)</sup>

次に渡辺教授は、「『法の支配』論争」として現在の論争の理論状況を述べている。

第一は「フランスモデルの『法の支配』論」として、高橋和之教授の「法の支配」論として、「『法の支配』の分析視座-比較憲法学のための枠組設定-」という論文を取り上げている。

「法の支配」の「法」の理解についての問題は、憲法学のテーマではなくなる、つまり、法制度一般が備えるべき原理になるとして、憲法学の問題としては次のように指摘している。

「『憲法学にとって重要なのは、法の支配が憲法の基本価値』である『個人の尊厳』の『実現にいかに関与するかを明らかにすること』だとされる。」<sup>18)</sup>

そして、このような考え方は「戦後憲法学における通説的『法の支配』理解を引き継ぐ考え方であろう。」と渡辺教授は指摘している。このことをふまえて、高橋教授は次のように主張しているとしている。

「法の支配とは、政治権力の担い手に対し、その政治権力の行使を法に従って行うことを要請する原理」であると。<sup>19)</sup>

さらに、京都派の「法の支配」論は、従来の憲法学上考えられてきたものとはかなり異なっていると批判をしている。そこで高橋教授は次のように回答を提示していると述べている。それは次のような内容である。

「法の支配」を権力分立構想と結びつけ、垂直的な法の制定、執行過程を論ずること。

「法の支配」を実現するためには、正しい法の制定とその法の忠実な執行である。<sup>20)</sup>

そして、「法の支配」の特徴として、日本国憲法が国民主権を採用したことを考えれば、フランス的な「国民主権モデル」で捉え直すべきであると述べるのである。<sup>21)</sup>

結論として、渡辺教授は次のように指摘している。

「高橋教授の『法の支配』論も、・・・比較法的な観点を踏まえた原理論によって基礎づけられたものであるように思われる。」<sup>22)</sup>

次に、渡辺教授は、井上達夫教授の「法の支配」論を取り上げているが、井上教授については後で取り上げる事にする。続けて、阪本昌成教授の「法の支配」論を「ハイエキアンの『法の支配』論」として取り上げている。阪本教授の「法の支配」論の特色として次のように述べている。

「形式的に理解された『法の支配』論が、阪本教授の『古典的リベラリズム』の国家像を基礎づけるという実際上の役割を担っている・・・。」<sup>23)</sup>  
続けて、

「『法の支配』は民主主義と『緊張関係にある』ものとみなされ、実体的な諸人権保障との関係も概念上『切断』される。・・・

他方、法に『一般性・抽象性』という形式を要求することによって、多くを語ろうとするところにもある。・・・

『法の支配』の理念は、裁判所という査定主体の査定権限をもコントロールするねらいを持っている。」<sup>24)</sup>

また、

「『日本国憲法は、法の支配を取り入れている』とよくいわれる際に挙げられる個別的条文は、『法の支配の論拠ではな』く『表れにすぎない』。こうして『法の支配』の根拠づけは正義概念に求められる。・・・『形式的正義観』がそれで・・・その上で、法の『一般性・普遍性の哲学的基礎づけ』が試みられ、・・・『ルール功利主義』による論拠づけがなされる。」<sup>25)</sup>

以上が阪本教授の「法の支配」論であると渡辺教授はまとめている。

次に、「さらなる論争へ」として一応の整理をしている。その前提として以下のように述べている。

「『法の支配』に関する諸構想は分裂をきわめている。しかし相互の論争は、学説の多様性に比すと、未だ全面化はしていない。」<sup>26)</sup>

そして、その論点を導き出している。一つめは「法の支配」の「法」の捉え方の問題で伝統的な論点でもある。ここのところでは、憲法研究者達は、直接的に「法」を形式的か実質的に捉えるとしている。この点について法哲学研究者達は、このような二分法ではなく、別の構想を示している。

二つめは、ドイツ型法治国家と英米法型の「法の支配」との対比にこだわるかどうかという問題である。三つ目は、「法の支配」の射程範囲の問題である。この射程の問題には二つの側面があり、一つは京都派「法の支配」論者達がとっている「司法制度改革」が民事的な「法の支配」論をとった事に対してのものである。第二のものは、民主主義の場面をこの概念に含めるかどうかである。四つ目は、「法の支配」はいかに基礎づけられているかという問題である。戦後憲法学の「法の支配」論は、明確ではなかったと指摘している。この点について最近の憲法学者も「法の支配」論を憲法典の外から基礎づけようとしていると指摘する。さらに渡辺教授は、次のようにも述べている。

「正義論などの構想を基礎とした『法の支配』論であっても、解釈論や制度的提言をする場合に、日本国憲法適合性というテストを受ける必要はあるだろう。」<sup>27)</sup>と。

最後に「むすびに代えて」として次のように述べる。

「『法の支配』をめぐる論争を読んで、改めて感ずることは、そこにはあまりにも一致するものがない、ということである。・・・

しかし、『法の支配』を自己の憲法理論の中核に据え、解釈論的または政策論的な提言をしていく場合には、その概念の多義性のゆえに不必要な混乱を招きかねないことに十分配慮すべきであろう。・・・

自己の正義論上の構想や民主主義の制度的構想などに『法の支配』の名をかぶせることによって正当性の力を付与しようとしているとみなされかねない試みには、とりわけ慎重であるべきであるように思われる。」<sup>28)</sup>

渡辺教授のこのような指摘は、非常に重要な意味あいを持っていることになるのである。

以上、「法の支配」論を巡る最近の憲法学者の考え方を渡辺康行教授の所説を中心に検討をしてきた。

## 2. 法哲学等の分野からの「法の支配」論

憲法学以外の分野で「法の支配」論を展開しているのは、多くは法哲学の研究者が多いように思われる。ただ、法哲学のもつ学問的な性質からかとは思われるが、法源理論として取り扱う憲法学は異なる取り扱い方がされているので、くわしくは別に論じる事にして、ここでは簡単にその所説を検討することにする。

### ① 田中成明教授の「法の支配」論

田中教授は、前にも述べたように「司法制度改革」の中心メンバーであるいわゆる京都派に属しており、京都派の「法の支配」論の「演出」家として、その法哲学的な支えとなっている。したがって、教授の「法の支配」論については、ここでは繰り返すことはしない。ただ、田中教授は『法学入門』（2005）において、最後の章で「法の支配の実現のために」として、「法の支配」の確立を目指している旨述べておられる。そこにおいて日本国憲法＝「法の支配」が前提になっているようにも読めることは、京都派のもつ特質なのかもしれない。<sup>29)</sup>

### ② 井上達夫教授の「法の支配」論

井上教授は、「法の支配-死と再生」という論文のなかで「法の支配」論を展開している。井上教授の「法の支配」論について、渡辺教授は次のように述べている。

「井上教授の構想は、・・・『政治哲学的次元』では『批判的民主主義』、『法概念論的次元』では『理念化プロジェクト』という二つの要素からなる。両者を含めたものが『法の支配』論であるとする、井上教授が『法の支配』という概念によって論じようとしている範囲はきわめて広い。」<sup>30)</sup>

さらに、「法の支配」論の基礎づけかたについて次のように述べる。

「基礎づけ方は、憲法典適合性を決め手とはしないという点で、二つの次元において大きな差異はないことになろう。」<sup>31)</sup>

このような渡辺教授の見解は正当なものであるといえよう。井上教授の「法の支配」論は、「法の支配」を何か普遍的なものと捉える事を前提としているようにも思える。また、「法の支配」と「法治国家」とについても、単なる対立・列挙ではなく、「強い解釈」が必要であるとも述べて、「法の支配」論に新しい観点を提供している。<sup>32)</sup> このことについての検討についても別に論じる事にする。

### ③今井弘道教授の「法の支配」論

今井教授は、『法の理論』25号に「『東アジア的法治国家』から『市民的 Rule of Law』へ」と題する論説を掲載し「法の支配」論を展開している。今井教授は、「『法治』という観念には三つの源泉がある」としている。第一は、中国の法家思想にいう「法治」思想であり、第二は、ドイツ的な意味での「法治国家 Rechtsstaat」の観念であり、第三に、Rule of Law の法観があるとしている。そして次のように述べている。

「ここでは、それを、F. A. ハイエクのRule of Law 観に代表させておく。このRule of Law の法観は、しばしばドイツ的法治国家観と同一視されるが、不当であろう。」<sup>32)</sup>

そしてこのハイエク的「法の支配」観を、今井教授は「市場的Rule of Law」と呼んでいる。それは「市場」の自律性の尊重ひいては自律的社会に対する国家の干渉・介入の不要性を表していると理解する。ハイエクは「市場」を社会の最も重要な要素とみなしていたのである。それゆえに、教授は次のようにハイエクについて述べる。

「『国家法』から独立した『生ける法』に基礎をおく法を、『本来の法』と考えた。」<sup>33)</sup>

このような指摘は、ハイエクの「市場的Rule of Law」へとつながっていく。そして次のように述べる。

「『生ける法』に基礎をおく『本来の法』が、国家の干渉から守られて『独立性』が維持されるときにこそ、Rule of Lawが尊重されていると言えることになる。・・・

このような意味でのRule of Lawが法生活を支配する場合にだけ、正しい意味での『法治』ということが言える。」<sup>34)</sup>

しかし、ここでとりわけ現代社会を見てみると、市場は万能かという問題があると今井教授は述べる。

「市民の立場から見た場合、市場万能論はしばしば深刻な問題を引き



起こす。そこに、市民の自治能力を育成し、それによって市場社会・産業社会を批判し、コントロールしていく必要性が生じる。場合によっては、市民の側からの立法の試みが行われなければならないことにもなる。・・・

一方でハイエクの立場を『市場的Rule of Law』の立場と見、他方でいま簡単に述べた立場を、場合によってはそれに対立する『市民的Rule of Law』の立場と見て両者を区別することができる。この『市民的Rule of Law』の観点を、・・・第四番目の『法治』の概念としてあげておきたい。」<sup>35)</sup>

そして、最後に次のように述べる。

「それぞれの社会における『国家法中心主義』を克服して市民的法治思想を定着させ、同時にその市民的法治思想を東アジア的市民意識と接合させていくことは、極めて重要な課題となるであろう。」<sup>36)</sup>

ここで今井教授は、「法治」という点でひとくくりにはしているわけで、「法の支配」と「法治国家」とは別だと言いつつも、結果的には同じような性質を持つという事になってしまっているのではないだろうか。いずれにしてもここで「市民的Rule of Law」という観点が現われたことになる。以上が今井弘道教授の「法の支配」論である。

4) 佐藤幸治・竹下守夫・井上正仁『司法制度改革』11頁(2002、有斐閣)

5) 同上、19頁、佐藤教授の発言。

6) 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-『法の支配』論争を読む-」(岩波講座憲法1) 53-88頁、(2007、岩波書店)。

7) 同上、53頁。

- 8) 同上、57頁。
- 9) 同上、58頁。
- 10) 同上、58-9頁。
- 11) 同上、60頁。
- 12) 同上、60-1頁。
- 13) 同上、61頁。
- 14) 同上、61-4頁。
- 15) 同上、64頁。
- 16) 同上。
- 17) 同上。
- 18) 同上、66頁。
- 19) 同上。高橋和之「法の支配の分析視座」日本法哲学会編『現代日本社会における法の支配、法哲学年報2005』94-5頁。(2006、有斐閣)
- 20) 渡辺・前掲書66頁。
- 21) 同上、67頁。
- 22) 同上、68頁。
- 23) 同上、71頁。
- 24) 同上。
- 25) 同上。
- 26) 同上、72頁。
- 27) 同上、77頁。
- 28) 同上、79-80頁。
- 29) 田中成明『法学入門』248-256頁。ちなみに、ここでは「法の支配」がその底流にあるようである。(2005、有斐閣)。
- 30) 渡辺・前掲書69頁。
- 31) 同上、70頁。
- 32) 今井弘道「『東アジア的法治国家』から『市民的Rule of Law』へ」『法の理論』25号93-102頁。95頁。(2006、成文堂)
- 33) 同上、97頁。
- 34) 同上、98頁。
- 35) 同上、100頁。
- 36) 同上、101頁

### Ⅲ. 「法の支配」の観念について

佐藤幸治教授は、「法の支配」のもつ意味について次のように述べる。

「そもそも日本国憲法が英米法的な『法の支配』の観念に依拠しているといわれる場合、その具体的内容はどのように捉えられたのであろうか。英米法的な『法の支配』というとき、しばしば出発点として想定されたのはダイシーの論であった。」<sup>37)</sup>

そこで、ここではダイシーの「法の支配」の観念を検討する。

ダイシーは、『憲法研究序説』の中で、イギリス憲法の基本原理として①国会主権②法の支配③憲法的習律の三つを挙げている。「法の支配」は、その第二の基本原則とされている。

ダイシーはその冒頭で次のように述べる。

「ノルマン制服以来、いつも、二つの特徴がイギリスの政治制度を特色づけてきた。この特徴の第一のものは、全国を通じて中央政府が万能であること、あるいは争われることのない優越性をもつことである。・・・

この特徴の第二は、・・・法の支配ないし優位である。」<sup>38)</sup>

そして、法の支配の三つの意味として、ダイシーは次のように述べる。まず前提として、

「われわれが、法の優位ないし支配がイギリス憲法の特徴であるというとき、この一つの表現のもとに、一般に、少なくとも三つの似てはい

るが異なる考え方を含ませている。」<sup>39)</sup>

この前提は、意外にも、あまり注目されてはいないのではなかろうか。第一として、

「国の通常の裁判所の前での通常の合法的なやり方で確証された明瞭な法の違反の場合を除いて、何人も処罰を受けず、また身体や財物に適法に不利益を加えられないということを意味する。この意味で、法の支配は、権力をもつ者が、広範な、恣意的な、あるいは裁量的な強制権を行使することを基礎とするあらゆる政治体制と対照をなすものである。」<sup>40)</sup>

第二として、

「われわれにあっては、何人も法の上にないということのみでなく、(違ったことなのであるが)ここでは、すべての人が、その階層や身分にかかわりなく、国の通常裁判所の裁判権に服するということを意味している。」<sup>41)</sup>

第三として、

「この意味での『法の支配』ないし法的精神の優越は、イギリスの制度の特別の属性として描くことができる。われわれは、憲法の一般原則が、われわれにあっては、裁判所の前に提起された特定の事件で私人の権利を決定した司法的判決の結果であるという理由によって、憲法には法の支配がしみこんでいるということができる。他方で、多くの外国の憲法のもとでは、個人の権利に与えられる保障は、憲法の一般原則に由来する、あるいは由来するように見える。」<sup>41)</sup>

また、そのすぐ後で「法の支配の意味の要約」として、以下のように述べる。少し長くはなるが引用しておく。

「・・・憲法の基本原則を構成する『法の支配』は、三つの意味をもっている、あるいは、三つの違った観点から考えることができる。

それは、第一に、恣意的権力の影響と対比される正式の法の絶対的な優位ないし優越を意味する。それは、政府の側に、恣意性、特権、さらに、広い裁量権さえ存在することを排斥する。イギリス人は、法によって、そして法によってのみ支配される。

それはまた、法の前での平等、つまり通常の司法裁判所の運用する国の通常法にすべての階層がひとしく服することを意味する。この意味での『法の支配』は、公務員またはその他の者が、他の市民を規律する法に服従する義務や、通常の裁判所の管轄権に服することを免れるという考え方を排除する。

『法の支配』は、最後に、われわれにあっては、憲法律、すなわち外国では当然に憲法典の一部を構成する規範が、裁判所によって定められ、強行される個人の権利の源泉ではなくて、その結果であるという事実、簡単にいえば、われわれにあっては、私法の諸原則が、裁判所と国会の行動によって、国王およびその被用者の地位を決定するまでに拡大されてきた事実を示す方式として用いようであろう。このように、憲法は、国の通常法の結果なのである。」<sup>43)</sup>

以上が、ダイシーの「法の支配」の観念である。前にも述べたように「法の支配」といえばその出発点としてひじょうに重要な意味をもつといえよう。佐藤教授は前掲書で次のように述べている。

「今世紀（20世紀のこと？=筆者）におけるイギリス法の展開がダイシーの描いたものと随分違ったものになったとしても、そこになおダイシーが訴えようとした基本的精神はいきてはいないのであろうか、もし生きているとすればそれは何であろうか。」<sup>44)</sup>

言葉を換えていえば、それ程ダイシーの「法の支配」は意味があるということなのではあるまいか。

37) 佐藤幸治『日本国憲法と『法の支配』58頁。(2002、有斐閣)

38) A.V.Dicey “Introduction to the Study of the Law of the Constitution” 10th.ed. p.183-4., 邦訳伊藤正巳・田島裕『憲法序説』175頁。

39) Dicey, op. cit. p.188, 邦訳179頁。

40) ditto,

41) Dicey. Op.cit.p193..邦訳183-4頁。

42) Dicey. Op. cit. p195.,邦訳185頁。

43) Dicey. Op.cit. p.202-4.,邦訳190-1頁。

44) 佐藤・前掲書、60頁。

#### IV. おわりに

「法の支配」についての論考が最近多くなってきていることについて、二つに分けて論じてきた。Ⅱの1では、憲法学の分野から、渡辺康行教授の所説を参照しつつ、「法の支配」論にしぼって検討した。また、Ⅱの2では、法哲学の分野からの「法の支配」論を見てきた。しかし、そこでの「法の支配」論にはダイシーについてはほとんど触れられてはいないのである。果たしてそれでよいのであろうか。「法の支配」それ自体は、元来イギリス憲法の基本原理としてダイシーによって提示されたものである。それがどのように変化していったのかについて検討することは十分意義がある問題ではある。しかし、最近はこの点があまり触れられてはいないといえよう。「法の支配」論についても基本的原理に立ち返ることも重要なことではなかろうか。

また、「法の支配」を検討する場合の問題として、愛敬浩二教授は、次のように述べている。

「イギリス憲法を立憲主義や法の支配の観点から整合的に説明するうえで障碍となるのが、『高次の法としての憲法』という観念の不在である。」<sup>45)</sup>

「法の支配」について論じる場合には、どうしてもこの点を押さえて置く必要があるように思える。その場合も、イギリス自体は不文憲法でありかつ判例法主義であることが前提となっている。

「法の支配」という用語が広い意味をもつことに関しては、前に述べた鼎談において奥平教授は次のように述べている。

「ルール・オブ・ローというコンセプトをどう理解するかというのは大問題ですが、コンセプトとしては普遍的なものがあり、それは文化の違いを超えても、これがなかったら共同生活ができない、あるいは、これがなかったら個人の自由を確保できないという普遍性を、ようやくもち始めてきている。」<sup>46)</sup>

「法の支配」がそのように普遍性をもつということを前提とすれば、たしかに、「法の支配」がイギリス憲法とは直接的にはあまり関係をもたなくてもよいようになるのかもしれないが、それが果して「法の支配」の射程の中に含まれることになるのかは問題となる。また、日本国憲法＝法の支配というテーゼは、あまりにも一面的・硬直的になるのではなからうか。さらに、従来から提起されている「法治国家」と「法の支配」との法原理的な比較法的検討は必要かつ重要な意味をもつことになる。<sup>47)</sup>

45) 愛敬浩二「立憲主義、法の支配、コモン・ロー」『現代立憲主義の認識と実践』10頁。(2005、日本評論社)

46) 2) 26頁。

47) 毛利透「『法治国家』から『法の支配』へ」法律論叢156巻5・6号330頁。(2005)。高田敏「『形式的法治国家・実質的法治国家』概念の系譜と現状-その検討と『普遍的法治主義』提唱」近畿大学法科大学院論集第2号(2006)。