

「法の支配」再考

—— 憲法学の観点から ——

愛 敬 浩 二

概 要

英語圏の法哲学やイギリスの憲法理論においては一般に、「法の支配」の多義性・論争性が強調されるので、「法の支配」を「善き法の支配 rule of good law」と混交する考え方は消極的に評価される。他方、日本の司法制度改革を理論的に主導した佐藤幸治の議論の特徴は、「法の支配」それ自体が本来的に「善きもの」であるかのように語る点にある。この語り口を可能にするのが、「法の支配」と「法治主義」の法秩序形成観における差異を強調し、前者の優位を論ずる佐藤の独特な「法の支配」論である。

本稿は、戦後公法学の論争上に佐藤の「法の支配」論を位置づけた上で、現代イギリス憲法学の理論動向を参考にしながら、佐藤の憲法学説を批判的に検討する。そして、佐藤の議論のように、政治道徳哲学への越境を禁欲し、法理論の枠内で「法の支配」を厳密に概念構成する学説が孕む問題性を明らかにする。

キーワード

法の支配、法治主義、司法制度改革審議会意見書、佐藤幸治の憲法学説、現代イギリス憲法学

「あるべき『諸改革』は、『過去の伝統を踏まえ、将来の光輝ある展望をもつ日本』のためであるのではなくて、『この宇宙に生きる私たち』のためのものでなければならない、と思う」¹⁾。

1. 「法の支配」は無条件の善？

「法の支配」は、「善」と同様に、誰もがそれに賛成するにもかかわらず、それが正確には何なのかについて、合意の存在しない概念である。「法の支配」は個人の権利の保障を

1) 奥平康弘『憲法の眼』(悠々社、1998年)25頁。なお、原文の傍点を外した。

含むという者もいれば、「法の支配」を形式的に理解して、法の実質的内容に関する要求を含まないと論ずる者もいる。このような状況の下では、「法の支配こそ本質的」という発言は、実は何も語っていない恐れがあるとタマナハ (Brian Z. Tamanaha) は述べる²⁾。この点、政治哲学者のシュクラール (Judith N. Shklar) は、「イデオロギー的に濫用され、広く過剰に利用されたおかげで、『法の支配』というフレーズが無意味になってしまったことを示すのは少しも難しいことではない」と述べている³⁾。そして、「法の支配」のように複雑な理念が人気のある政治スローガンになってしまえば、それは自国を賛美し、他国を非難するレトリックへと墮落する恐れがある。この事実を指摘した上でマルモー (Andrei Marmor) は、「法の支配」に関して最もありがちな誤りは、それを「善き法の支配 the rule of good law」の理念と混交することであると述べている⁴⁾。

このように「法の支配」という概念の多義性・論争性を強調する政治哲学者や法哲学者が、日本の司法制度改革審議会意見書 (2001年6月12日。以下、「意見書」と記す) を読んだならば、どのような感想を持つのだろうか。「意見書」は、「法の本質、法の支配がこの国の血となり肉となる、すなわち、『この国』がよって立つべき、自由と公正を核とする法 (秩序) が、あまねく国家、社会に浸透し、国民の日常生活に息づくようになるために」司法制度改革が必要との立場を明らかにしている⁵⁾。「意見書」は自覚的かつ熱烈に「法の支配」を「善き法の支配」として語っている。あるいは、少なくとも現代日本においては、「法の支配は無条件の善」というのが「意見書」の立場であると評することもできよう。

ここで思い出されるのが、マルクス主義の社会史学者、E. P. トムスン (E. P. Thompson) が1970年代に発して左翼の間に物議を醸した発言、すなわち、「法の支配は無条件の人間の善 unqualified human good」という発言である。なぜ「法の支配は無条件の人間の善」なのか。トムスは法が階級支配の道具であることを承認しつつも、法によって正当化される権力は、法の形式とレトリックによって不可避的に一定の制約に服し、その結果、無力な人々に一定の保護を与えると主張し、権力が益々強化されている「この危険な世紀」において、「法の支配」の価値を否定したり、過小評価することは致命的な誤りであると論じた⁶⁾。トムスンのこの発言に対して、ホーヴィッツ (Morton J. Horwitz)

2) Brian Z. Tamanaha, "The Rule of Law for Everyone?" *Current Legal Problems*, vol. 55, p. 101 (2002).

3) Judith N. Shklar, "Political Theory and the Rule of Law" in *The Rule of Law: Ideal or Ideology*, eds. by Allan C. Hutcheson & Patrick Monahan, (Carswell, 1987) p. 1.

4) Andrei Marmor, "The Rule of Law and Its Limits" *Law and Philosophy*, vol. 23, p. 1 (2004).

5) 「資料：司法制度改革審議会意見書——21世紀の日本を支える司法制度」ジュリスト1208号 (2001年) 187頁。

6) E. P. Thompson, *Whigs & Hunters* (Penguin Books, 1990) pp. 266-267.

は、「この危険な世紀」というホップズ的な悲観主義に屈服しないかぎり、左翼の人間がなぜ「法の支配」を「無条件の人間の善」と呼ぶことができるのか理解できないと批判した。「法の支配」は法と政治をラディカルに分離する意識を生み出すことで、実質的不平等を促進するではないか、と⁷⁾。ところで、ジョウエル (Jeffrey Jowell) はホーヴィッツのトムスン批判をミスリーディングだと批判している。特定の抑圧的な法律の存在を理由にして「法の支配」の抑圧性を語るのは、カフカの『審判』に描かれた裁判の不条理を理由にして手続的公正の観念を論難するようなものだと彼は論ずる⁸⁾。しかし、たとえば、ユーイング (K. D. Ewing) は、コーポラティズムが衰退したため、政府権力の法的抑制という立憲主義の議論が魅力的に見えるのだろうが、リベラルな「法の支配」を強化することは、社会民主主義の前進に対する障害をさらに増やすことになる論じている⁹⁾。ホーヴィッツは左翼の政治課題との関係でトムスンを批判しているのであり、その点が無視したジョウエルの議論の方が、多義的・論争的概念である「法の支配」の問題を考える上ではよっぽどミスリーディングである¹⁰⁾。

ここで、「法の支配」を賞賛するリバタリアンも、「法の支配」を攻撃する左翼も、戦争の帰結と政治の軍事化との関係で「法の支配」が持つ意味を看過していると批判するシュクラールの議論に注目したい。暴力の恐怖や専制的政府の下での不安から考え始めるならば、人は「法の支配」の重要な意味を理解するはずだと彼女は論じる¹¹⁾。シュクラールのこの「法の支配」擁護論が、彼女の「恐怖のリベラリズム」の議論と同じトーンを持っていることは指摘するまでもあるまい。では、この「危険な世紀」において、「法の支配は無条

7) Morton J. Horwitz, "The Rule of Law: An Unqualified Human Good?" *Yale Law Journal*, vol. 86, p. 566 (1977). ホーヴィッツのトムスン批判と関連して、ラフリンの指摘が興味深い。彼は次のように論ずる。法を規範的観点からではなく、機能的に捉える公法学者はトムスンの防御的な「法の支配」論を受け入れなかったが、その理由は機能主義の公法学は歴史の発展的性格を重視していたからだった。しかし、サッチャー政権の下、国家が反動の力とみなされたとき、機能主義には福祉国家を擁護する理屈がなかった。1980年代は社会主義者がリベラルな価値を受け入れるに至った10年間であった。Martin Loughlin, *Public Law and Political Theory* (Oxford University Press, 1992) pp. 214-216. なお、80年代のイギリス憲法と憲法理論の動向については、元山健『イギリス憲法の原理』(法律文化社、1999年)の3章と4章を参照。

8) Jeffrey Jowell, "Rule of Law Today" in *The Changing Constitution*, eds. by Jeffrey Jowell & Dawn Oliver (4th ed., Oxford University Press, 2000) p. 16.

9) K. Ewing, "Trade Unions and the Constitution" in *Waiving the Rules: The Constitution under Thatcherism*, eds. by Cosmo Graham & Tony Prosser, (Open University Press, 1988) p. 152.

10) トムスンのような捉え方を「法の中立モデル」、ホーヴィッツのような捉え方を「法の党派モデル」と呼び、中立モデルの問題点は現実と理念を混交することであり、党派モデルの問題点は法に支配される政府の特殊な性格を無視することであると整理する、Jeremy Waldron, *The Law* (Routledge, 1990) pp. 11-26. はこの論点に関する優れた説明である。

11) Schkler, *supra* note 3, pp. 4-6, 16. なお、「法の支配」に関するシュクラールの議論は、井上達夫『法という企て』(東京大学出版会、2003年) 38-43頁で手際よくまとめられている。43頁以下の問題点の指摘も併せて参照されたい。

件の善」といえるのだろうか。「対テロ戦争」を旗印にして、国際法や国連を無視してイラク戦争を遂行した「ブッシュのアメリカ」。この無責任なりヴァイアサンの出現を目撃した「危険な世紀」の始まりにおいて、「法の支配は無条件の善」というトムスの言葉は私の心を打つ。また、ダイゼンハウス (David Dyzenhaus) によれば、アパルトヘイトの時代の南アフリカ共和国という「邪悪な法制度」の下でも、コモン・ローのアプローチを採る裁判官には、コモン・ロー上の権限を駆使して行政的専制に抵抗する余地があった。ダイゼンハウスは、法の問題や「法の支配」について異なった見解を持つ裁判官の間で、ハード・ケースにおける判断が異なる可能性を無視すべきではないと主張する¹²⁾。彼の指摘が妥当であるならば、「邪悪な国家」においても、「法の支配は無条件の善」というべきなのかもしれない。

しかし、「意見書」の「法の支配」がこのレベルの話でないことはいうまでもあるまい。意見書は論じる。

我が国は、直面する困難な状況の中であって、政治改革、行政改革、地方分権推進、規制緩和等の経済構造改革等の諸々の改革に取り組んできた。これら諸々の改革の根底に共通して流れているのは、国民の一人ひとりが、統治客体意識から脱却し、自律的であつ社会的責任を負った統治主体として、互いに協力しながら自由で公正な社会の構築に参画し、この国に豊かな創造性とエネルギーを取り戻そうとする志であろう。今般の司法制度改革は、これら諸々の改革を憲法によって立つ基本理念の一つである「法の支配」の下に有機的に結び合わせようとするものであり、まさに「この国のかたち」の再構築に関わる一連の諸改革の「最後のかなめ」として位置付けられるべきものである。この司法制度改革を含む一連の諸改革が成功するか否かは、我々国民が現在置かれている状況をどのように主体的に受け止め、勇気と希望を持ってその課題に取り組むことができるかにかかっており、その成功なくして21世紀社会の展望を開くことが困難であることを今一度確認する必要がある¹³⁾。

「意見書」に見られる、この前向きで逞しい「法の支配」の擁護論は、トムスンやシュクラターの「法の支配」の擁護論とは対極にあるように思われる¹⁴⁾。この当然の事柄を確認しておきたい。その理由はこうである。「法の支配」は多義的・論争的であるにもかかわらず(あるいは、だからこそ)、今や人気のある政治スローガンになっている。そのためか、「邪悪な法律」という極限的事例(青い眼の赤ん坊を殺すことを明文で命ずる法律を裁判官は適

12) David Dyzenhaus, *Hard Cases in Wicked Legal Systems* (Clarendon Press, 1991) pp. 28-31, 178.

13) ジュリスト 1208号 187頁。

14) 須網隆夫「司法改革を振り返る、そして、今後の課題」法学セミナー 594号(2004年) 43-44頁は、意見書の「法の支配」が社会一般に拡散して語られているため、公権力行使を規制する原理としての「法の支配」の意味が希薄化していると批判する。

用すべきか)における「法の支配」への私たちの素朴な共感に訴えて、ずっと論争的な主張(アメリカ型の違憲審査制の正当化)をも「法の支配」から正当化する論者がいる¹⁵⁾。しかし、このような議論は混乱のもととなる。「危険な世紀」や「邪悪な国家」において「法の支配は無条件の善」と考える人でも、「意見書」に示された「法の支配」の考え方を拒否することは可能である。この当然の事実をまず、確認しておこう。

2. 「法の支配」と「法治主義」

「意見書」において「法の支配」は、トムスンやシュクラの議論とは別の意味で、「無条件の善」であるかの如くに語られている。ところで、私に課せられたテーマは——私の理解するところ——日本憲法学の問題意識や理論状況を踏まえて、「法の支配」の原理を再考することにある。ならば、「意見書」に示された「法の支配」論を批判的に検討する作業は、本稿の課題に適合的であるといえよう。そして、一読すれば了解できるように、「意見書」の総論部分における「法の支配」論は、佐藤幸治の憲法学説をほぼそのまま取り入れたものといえる¹⁶⁾。そこで、本稿では、佐藤の「法の支配」論を批判的に検討することにしたい¹⁷⁾。

佐藤の「法の支配」論の特徴は、「法治主義」と対照的に構成された「法の支配」を日本国憲法の「原意」に読み込み、そのように理解された「法の支配」を日本社会に浸透させる(血肉化させる)ための不可欠な制度改革として、司法制度改革を擁護する点にある。佐藤によれば、「戦後の自由の法秩序を象徴する語、それは疑いもなく『法の支配』であった」が、「法の支配」という言葉はその後、急速にその輝きを失っていった¹⁸⁾。現在では、「法の支配」と「法治主義」が互換的に使われることを認めつつも、なぜそのような事態になったのかを考える必要がある、と佐藤は述べる。佐藤によれば、憲法学は早い時

15) たとえば、アランは国会主権の下でも、裁判官は「邪悪な法律」を適用する義務を負わないという議論に依拠して、成文憲法に依存せずにアメリカ型の違憲審査制を正当化する。T. R. S. Allan, *Law, Liberty, and Justice* (Clarendon Press, 1993) pp.130, 282-283. しかし、Paul Craig, "The Common Law, Shared Power and Judicial Review" *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, p.255 (2003) も批判するように、政府活動に対する権利基底的制約の存在可能性さえ論証できれば、アメリカ型の違憲審査制が正当化されると考えるのは乱暴な議論である。

16) 佐藤幸治・青山善充「特別対談：司法制度改革審議会を振り返る」ジュリスト1208号(2001年)17-18頁の佐藤発言を読むと、意見書の総論には佐藤の考え方が強く反映されていることがわかる。

17) 佐藤の議論を批判的に検討した論稿として、小沢隆一「『国家改造』と『司法改革』の憲法論」法律時報72巻1号(2000年)62頁以下、今関源成「『法の支配』と憲法学」法律時報73巻1号(2001年)25頁以下がある。

18) 佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』(有斐閣, 2003年)4, 40頁。

期から、日本国憲法が「社会国家・福祉国家」観に立つことを承認し、むしろその意義を強調していたため、憲法学・行政法学は一方では「法の支配」の意義を説きながらも、他方では、ダイシー（A. V. Dicey）の「法の支配」論は19世紀的消極国家観に根ざすもので、日本国憲法に適合的ではないと評価していた。そこに、戦後ドイツの「実質的法治国家」や「社会的法治国家」の議論が導入されて、「法の支配」はその輝きを失っていくことになる¹⁹⁾。また、憲法学において「自由国家」から「社会国家」への展開が歴史の必然であるかのように語られることがあるが、このような図式的な理解と「日本人」の体質ともいわれる「お上意識」とが結び付いて、国民の生活領域への過度の行政介入とそれへの国民の依存を招いた、とも佐藤は論じている²⁰⁾。

ところで、管見に属するかぎり、現代の英語圏における法哲学や憲法理論においては、佐藤のように「法の支配」と「法治主義」を峻別して議論する論者は決して多くないという印象がある。たとえば、『法思想の基本概念』という書物を書いたフレッチャー（George P. Fletcher）は、「法の支配」と「法治主義」をほぼ互換的に利用している²¹⁾。その理由の一つに、英語圏の法哲学における法実証主義の影響力の強さのために、「法の支配」を形式的に理解して、法の実質的内容に関する要求を含まないと考える論者が多い点を挙げることができるだろう²²⁾。もし「法の支配」が「善き法の支配」ならば、その本質の説明は完全な社会哲学の提示を意味することになるが、その場合、「法の支配」という用語を使う実用的意義は何もないことになるとラズ（Joseph Raz）は論じている²³⁾。前章で触れた「法の支配」と「善き法の支配」を混交するな、というマルモーの提言も、この文脈で理解するのが有用である²⁴⁾。そして、「法の支配」の形式的理解を採るならば、「法の支配」と「法治主義」との対照性はかなりの程度、相対化されることになる。

他方、「法の支配」と「法治主義」の対照性を強調し、人権保障や民主主義といった憲法的価値との関係で前者の優位を論証できれば、「無条件の善」とまでいうのは無理としても、「優越的な善」として「法の支配」を描き出すことは可能だろう。そして、戦後公法学における「法の支配」と「法治主義」の関係という問題は、まさにこの点に関わって

19) 同上 15, 58-60 頁。

20) 同上 36 頁。佐藤は「日本国憲法がいわゆる社会権を保障していることの歴史的意義を強調して『自由権から社会権へ』といった標語が生み出され、結果的には、国民の国家への依存体質を過度に正当化するようなところがあったのではないか」とも述べている。佐藤幸治『憲法とその“物語”性』（有斐閣、2003年）20 頁。

21) George P. Fletcher, *Basic Concepts of Legal Thought* (Oxford University Press, 1996) pp.12-13, 21.

22) Tamanaha, *supra* note 2, p.101. は法理論家のほとんどが「法の支配」を形式的に理解していることを指摘する。

23) Joseph Raz, *The Authority of Law* (Clarendon Press, 1979) p.211.

24) 英語圏の法哲学に造詣の深い長谷部恭男が、「法の支配」の概念を謙抑的に利用する点にも注目したい。同著『比較不能な価値の迷路』（東京大学出版会、2000年）149 頁以下。

いた。日本国憲法の制定・施行の当初、「法治主義」と峻別された意味での「法の支配」が日本国憲法の基本原理に措定され、その原理を日本の国家・社会に浸透させていくことこそ、日本の民主化と近代化の最善の方策であると語られた（現在の佐藤の論調との類似性に注目）。たとえば、佐藤が好んで引用する、伊藤正己『法の支配』のはしがきの一節に注目しよう。この一節は「血肉と化す」という表現を含めて、「意見書」の「法の支配」論に相当な影響を及ぼしていると言われているので、煩を厭わずに引用したい。

「法の支配」Rule of Lawの原理は、いうまでもなく、英米憲法、いな英米法全体の中核を占める伝統的原理である。……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ってもよい。司法権に対して払われる尊敬と信頼、基本的人権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ごときは、その具体的なあらわれであろう。人の支配、権力の優越を否定する法の優位の思想が、日本国民の血肉と化したときこそ、この憲法の真に実現されたときであり、それが理想とする立憲民主政の完成したときといってもよい。その意味で、「法の支配」の諸理念は、わが憲法を理解し、そのありかたを決定する場合の、不可欠の鍵なのである。憲法における民主政治の要請は、単なる成文の規定の完備のみによって実現されるものではなく、それを現実に保障するものとしての「法の支配」の精神の存在を必要とするものである²⁵⁾。

「法の支配」と「法治主義」の関係について論じる際、日本の公法学者の多くが「挨拶」をする論争、すなわち、1952年に行政学者・辻清明と行政法学者・柳瀬良幹の間で闘わされた「論争」も、まさに前述の論点と関わるものだった²⁶⁾。辻はダイシー学説に依拠しつつ、英米流の「法の支配」とドイツ流の「法治行政＝法治主義」を対照的に捉えた上で、前者の優位性を論じ、日本国憲法が「法の支配」を採用したことの画期的意義を強調した。ところで、ダイシーが法の支配の意味として、①通常の裁判所の前での通常の合法的な方法で確証された明瞭な法の違反の場合を除いて、何人も身体や財産を侵害されないこと、②すべての人は階層・身分に関わりなく、通常の法と通常の裁判所に服すること、③憲法の一般原則が具体的な争訟における裁判所の判決の結果であること、の3点を挙げたこと

25) 伊藤正己『法の支配』（有斐閣、1954年）はしがきの2頁。この一節は、佐藤・前掲注（18）3、40-41頁で引用されている。

26) 辻清明「法治行政と法の支配」思想337号（1952年）10頁、柳瀬良幹「法治行政と法の支配」法律時報24巻9号（1952年）58頁。辻・柳瀬論争の一つの回顧として、奥平康弘『法ってなんだ』（大蔵省印刷局、1995年）236頁以下。また、今村成和『『法律による行政』と『法の支配』』成田頼明編『行政法の争点（新版）』（有斐閣、1990年）14頁は僅かな紙幅の中で相当の分量を割いて、辻・柳瀬論争を紹介する。ちなみに、今村論文の後を継いだ、磯部力「法律による行政の原理」芝池義一ほか編『行政法の争点（第3版）』（有斐閣、2004年）20頁は、文字通りの「挨拶」のみで済ませている。

は周知のとおりである²⁷⁾。そして、辻・柳瀬論争に関して注目したいのは、③をめぐる両者の見解の対立である。辻は暗黙裡に③の意味を踏まえて「コモン・ローの支配」を語る。「法の支配」の下では、法の形成過程と法の執行過程の両面において、社会意思（社会を構成する人々の意思）が反映されることを辻は強調し、この点にこそ、「法の支配」の優位性があると論じていた²⁸⁾。他方、柳瀬は、③の意味は法の内容や性質よりも、法の発現の形式やその成立の歴史的過程に関する事項であり、歴史を異にする日本国憲法が採用できるものではないし、日本は戦後、英米の判例法の内容は多く継承したかもしれないが、判例法という法の形式は決して継承していないと批判した。そして、①は用語上の問題を別にすれば、「法治行政」と同じ内容だから、日本国憲法が採用したのは①のみであると柳瀬は主張し、『法の支配』の原則が少なくともダイシーの説いた意味においては日本の憲法のとるところではない」と結論したのであった²⁹⁾。

奥平康弘もいうとおり、辻が再批判をしなかったこともあって、辻・柳瀬論争は「未完」のままに終わってしまった³⁰⁾。しかし、「法の支配」と「法治主義」の関係を考える際に、留意すべき論点の多くを提示したという点も看過できない。

まず、「法の支配」の理解に当って、ダイシー学説の当否が争点となった点である。ダイシーはフランス「行政法」との対照においてイギリスの「法の支配」を論じたから³¹⁾、戦後日本の公法学者が「法治主義」を批判し、「法の支配」を擁護する上では、典拠にしやすい学説だったという評価も可能である。しかし、ダイシーの「法の支配」論は、③の意味をみても分かるとおり、「地域限定」的な性格が強い³²⁾。この点を強調すれば、ダイシー学説という「産湯」と共に、「法の支配」という「赤子」まで流してしまうことも可能である（柳瀬の議論を参照）。また、ダイシーが実践的に集権国家（積極国家）に反対する立場から「法の支配」を擁護しているため、彼の「法の支配」論の歴史的制約性を批判することも容易である。「法の支配」の凋落の一因として、佐藤がこの点を挙げていることは前述した。

第二に、戦後日本の人文社会科学にとって、イギリスは「近代化の模範」だった点である。歴史学を中心に戦後社会科学に圧倒的ともいえる影響を与えた大塚久雄等の「比較経済史学」において、イギリスの近代化のプロセスが「模範」とされたことは周知のとおり

27) A. V. Dicey, *An Introduction to the Law of the Constitution* (10th ed., Macmillan, 1959) pp.187-196.

A. V. ダイシー（伊藤正己・田島裕訳）『憲法序説』（学陽書房、1983年）179-186頁。

28) 辻・前掲注（26）11-14頁。

29) 柳瀬・前掲注（26）59-62頁。

30) 奥平・前掲注（26）246頁。

31) Dicey, *supra* note, 27, pp.328-332. 邦訳318-322頁。

32) Schkler, *supra* note 3, p.5.

である。憲法学に特有の問題としても、イギリスは民主主義と権利保障の先進国として理解されていた³³⁾。戦後人文社会科学において有力だったイギリスを「準坈国」と見なす傾向が、「法の支配」と「法治主義」との関係を論じる際に何の影響も及ぼさなかったとは考えにくい³⁴⁾。この点で、「法の支配」と「法治主義」の「興亡」に関する高田敏の回顧が示唆的である。高田によれば、戦後から1950年代までは、「ドイツ法=旧憲法=前近代的」、「英米法=新憲法=近代的」という理解の下、ドイツ法は批判の対象とされ、英米法が当為とされた（辻の議論を参照）。しかし、1960年代に入ると、ボン基本法下の法治国の再構成（実質的法治国への）を踏まえたドイツ公法学の研究が日本でも進み、それが日本国憲法の解釈の際のモデルとされるに至った結果、従来のドイツ法と英米法の画一的パターン認識は妥当性を失っていったと高田は論じている³⁵⁾。

以上のような認識を踏まえて高田は、日本国憲法の解釈という視点からすれば、「法の支配」と「法治主義」を統一的に解釈する方が、よりよい原理を構成できると主張する³⁶⁾。また、磯部も「実質的法治主義」と「法の支配」との間に実質的相違はなく、「適正手続 due process」の要請との関係で、行政手続法の制定以前には両者の相違点を指摘することに積極的な意味があったとしても、現在では両者を同一内容の法命題として理解できると論じる³⁷⁾。柳瀬は（ダイシーのいう意味での）「法の支配」を日本国憲法は採用していないと論じたが、高田や磯部は（ダイシー学説より一般化された意味での）「法の支配」と（実質的）「法治主義」を統一的に理解できると論じていることになる。

土井真一もいうとおり、「法の支配は良き法の支配を要求し、法治国家原理は悪法の支

33) たとえば、清宮四郎は「日本国憲法とロックの政治思想」（1948年）と題する論文において、「わが憲法が単に法文の上で自由・民主をうたいだしたのに対し、当時のイギリスではすでにロックの説の拠りどころとなるような政治が、国民の手によって獲得され、実際に行われていたということも、この場合、見逃してはならない事実である」と述べた。同著『憲法の理論』（有斐閣、1969年）326頁。

34) 「準坈国」とは、山室信一『法制官僚の時代』（木鐸社、1984年）に示唆を受けた樋口陽一の定式によるものである。樋口陽一『近代憲法学にとっての論理と価値』（日本評論社、1994年）216頁以下。

35) 高田敏「法治主義と法の支配」覚道豊治先生古稀記念論集『現代違憲審査論』（法律文化社、1996年）51-52頁。なお、山田幸男「イギリスにおける『法の支配』と行政法」磯崎辰五郎先生喜寿記念『現代における「法の支配」』（法律文化社、1979年）15-18頁は戦後行政法学の動向について高田の同様の認識を示すが、その評価はニュアンスを異にしている。

36) 高田・前掲注（35）40頁。

37) 磯部・前掲注（26）20頁。なお、磯部によれば、「法の支配」は本来的に憲法的原理であり、個別的な紛争解決を通じた裁判所による法創造を前提とする実質的な法理である一方、「法律による行政の原理」は公共の福祉を実現するための行政による積極的な法秩序形成を前提とする形式的な原理である。そのため、両者は重なる部分も多いが、もともと同視しうるものではなく、憲法理論と行政法理論のそれぞれの場面で使い分けることが重要である、と磯部は論じる。

配を容認する」という図式化はもはや適切ではない³⁸⁾。また、イギリスを「近代化の模範」とする見方も現在では、さほど説得的とはいえない³⁹⁾。ならば、「法治主義」と対照的に理解された「法の支配」の価値をどのようにしたら擁護できるのか。ここで佐藤幸治は、「法の支配」と「法治主義」の「法秩序形成観」の差異に注目する。佐藤によれば、「法の支配」は、司法の場において具体的事実関係に基づいて法が形成される「経験的な下からの法秩序形成観」を採っている。このような議論を展開する上で、佐藤はコモン・ローに訴える。コモン・ローこそ「法の支配」の理念の品質証明といわれるが、その理由は、国民が権利・自由を侵害されたと考える場合、主体的・能動的に参画する過程を通じて司法裁判所の判断を得ることができ、その判断が「法原理のフォーラム」に相応しい過程を通じて行われることにありと佐藤は論じる。注目したいのは、ダイシーの「法の支配」の3要素も、この文脈で理解すれば、現代的意義を持ちうると佐藤が論じている点である⁴⁰⁾。佐藤は土井の論稿を援用しつつ、「法治主義=法治国家」を「超越的な上からの法秩序形成観」と理解し、「法治主義」が「行政型秩序形成」と親和的であるとする土井

- 38) 土井真一「法の支配と司法権」佐藤幸治ほか編『憲法五十年の展望Ⅱ 自由と秩序』(有斐閣, 1998年) 102頁。なお、この問題と関連して、樋口陽一の比較憲法の体系における19世紀ドイツ立憲君主主義の破格の地位向上に注目したい。同著「栗城壽夫, または独・日憲法学のなかの *geistvolle Korrektheit*」栗城壽夫先生古稀記念『日独憲法学の創造・上巻』(信山社, 2003年) ix頁。この論点について併せて参照, 愛敬浩二『『批判的峻別論』と『知のモラル』』樋口陽一先生古稀記念『憲法論集』(創文社, 2004年) 617頁以下。
- 39) デーヴィッド・ブラックボーン, ジェフ・イリー(望田幸男訳)『現代歴史叙述の神話』(晃洋書房, 1983年) 33頁。イギリスの歴史過程に「工業化」と「民主化」との調和のとれた自己完結性を付与するならば、それは伝来のドグマの問題であって、歴史認識の問題ではないと論ずる。ただし、日本ではどういうわけかサッチャー政権の評価が高いので、サッチャー改革との関係で、新しいイギリス「準抛国」論を語るができるかもしれない。佐藤もサッチャー政権が断固とした政策によって「イギリス病」を克服したからこそ、今日のイギリスがあると論ずる。佐藤・前掲注(20) 161頁。しかし、自由主義者の立場からみても、サッチャー政権の評価はずっと曖昧なものである。ジョン・グレイ(石塚雅彦訳)『グローバリズムという妄想』(日本経済新聞社, 1999年) 35頁以下を参照。グレイは、「いくつかの不公平の拡大は多くの先進国でも見られたが、イギリスにおける経済的不平等拡大のスピードと規模は、どの国よりもはるかに先を行っている」と述べる。同上 46頁。
- 40) 佐藤・前掲注(18) 64-67頁。このように「法の支配」とコモン・ローの密接な関係を強調する議論は、「コモン・ローもエクイティもない国に、簡単に『法の支配』を移植できるとすれば、その方が却って驚くべきことのように思われる」という批判の好餌となる。玉井克哉「ドイツ法治国思想の歴史的構造(1)」国家学会雑誌 103巻 9-10号(1990年) 8頁。しかし、佐藤は司法権の理論的概念構成の作業を通じて、「具体的紛争の当事者がそれぞれ自己の権利義務をめぐって理をつくして真剣に争うことを前提にして、公平な第三者たる裁判所がそれに依拠して行う法原理的な決定に当事者が拘束されるという構造」として「司法権の本質」を捉える「法原理部門」という考え方を構築している。佐藤幸治『現代国家と司法権』(有斐閣, 1988年) 57-63頁。この議論は憲法訴訟のレベルで、コモン・ロー的な法形成を可能にするものといえる。また、佐藤が判例の法源性を認める点も、同様の評価が可能である。同上 380-386頁、佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』(日本評論社, 1984年) 262頁以下。このような憲法学説を背景にして、「法の支配」を「血肉化する」ための司法制度改革を提言する佐藤は、「日本におけるコモン・ローの不在」を理由にする「法の支配」批判論に対して、敢然と異議を唱える資格を持つ、数少ない憲法学者の一人と評価できるだろう。

の診断に共感する⁴¹⁾。「法の支配」と「法治主義」の法秩序形成観の差異を前提にすれば、両者の内容に実質的相違はないという議論を前にしても、「法治主義」との対照において、「法の支配」の価値を擁護することが可能となる。

ところで、法秩序形成観の対照を描き出した土井自身は、「法の支配と法治国家を排他的に対峙させて、いずれかを二者択一するというのも、一面的で現実的ではない。とりわけ、本稿において示されたモデルは、議論を整理し、争点を明確にするための思考上の図式であって、各国の現実の制度ははるかに複雑かつ多様な構造になっている」と論じている⁴²⁾。ところが、佐藤の方は、この思考上のモデルから強い帰結を導き出すことがある。たとえば、「それぞれの秩序形成観は、いささか clear-cut したモデル的説明」であることを認めつつも、「両者の秩序形成観のいずれに軸足をおくかによって、その国の法体系・法秩序の基本的骨格ないし特質が規定されることは否定できない。憲法裁判所型の憲法裁判か付随的違憲審査制かは、まさにかかる法秩序の基本的骨格にかかわる事柄であるように思われる」と佐藤は論じているが⁴³⁾、この議論は解釈論のレベルでも、客観訴訟は日本国憲法上、無条件に認められるわけではなく、法原理機関の権限に相応しい具体的な事件・争訟性を擬するだけの実質を備えている場合でなければならないという主張に反映されている⁴⁴⁾。

3. 「法の支配」と現代イギリス憲法学

佐藤幸治の議論においても、「法治主義」と対照される「法の支配」を概念構成する上で、イギリス憲法の理論と歴史（ダイシーとコモン・ロー）が援用されている。しかし、イギリス憲法は国会主権をもう一つの基本原理としている。論理的に考えれば、そう易々と調和しない「法の支配」と国会主権の両方を基本原理とするイギリス憲法の理論と歴史を援用しつつ、「法の支配」を擁護しようとする論者は、「法の支配」が全憲法秩序を支える基本的理念として、イギリス憲法のうちに染み込んでいるという類の議論を展開する⁴⁵⁾。

41) 佐藤・前掲注(18) 67-68頁。土井・前掲注(38) 104-108頁によれば、多様かつ無秩序の人間の集合に対し、超越論的統治主体が強大な意思力に基づいて実現する理性的・統一的な秩序形成が「法治国家」の秩序形成観であり、これを可能にするために、実現すべき理念的原理の論理的体系（主権論の展開や法典編纂）と能動的で画一的な執行組織（行政官僚組織の整備）が必要となる。よって、「法治国家」原理は「行政型秩序形成の論理」それ自体を内在させている、と土井は論じている。

42) 土井・前掲注(38) 117頁。

43) 佐藤・前掲注(18) 261頁。

44) 佐藤幸治『憲法（第3版）』（青林書院、1995年）334頁。

45) 伊藤正己『憲法の研究』（有信堂、1965年）5頁、奥平康弘『憲法Ⅲ』（有斐閣、1993年）12頁。

もちろん、このようなイギリス憲法の説明を間違いと決め付けるつもりはない。ただし、イギリス憲法の理論と歴史を援用するのであれば、現代イギリス憲法学が自国の憲法状況と憲法理論をどう理解し、どう評価しているのかという問題を軽視するべきではないと考える。

たとえば、佐藤が好意的に引用する伊藤正己は「現在ですら、イギリス君主政におけるほどに、フランス共和国で、個人の権利が保護されているかどうかは疑問に思われる」と述べていた⁴⁶⁾。ところが、現代イギリスの公法学者、バレント (Eric Barendt) は、ダイシーの比較法はイギリス型の権利保障の優位性を示すためのものだが、このダイシーの態度は、ヨーロッパ人権条約の下でのイギリスの経験を勘案すると異様に思えると述べている⁴⁷⁾。彼のいう「イギリスの経験」とは、イギリス政府がヨーロッパ人権裁判所において敗訴を繰り返した事実を指す⁴⁸⁾。たとえば、ドゥオーキン (Ronald Dworkin) は「権利章典」導入を訴える際、サッチャー政権は自由への無関心を従来になく露骨に示した政権であり、その下でイギリスの「自由の文化」は顕著に衰えたと論じていた⁴⁹⁾。マッケルドウニー (John F. McEldowney) は「国会主権に対するダイシーの信念の核心には、イギリスのジェントルマンは道徳的に許容可能な法律しか制定しないという彼の信念があった」と述べているが⁵⁰⁾、クリック (Bernard Crick) によれば、ダイシーが「憲法習律」と呼んだものは実は「ジェントルマン文化」の一部であったのであり、この「ジェントルマン文化」に基づく行為規範が退潮したことによって、国家権力に対する「古き非公式の抑制」が弱体化したとされる⁵¹⁾。マッケルドウニーとクリックの議論との関連で興味深いのが、サッチャー政権によって、「不文憲法下では正当性の欠くことのできない条件である統治者と被統治者との信頼関係は、ただの思い出になってしまった」というグレイ (John Gray) の指摘である⁵²⁾。

では、現代イギリス憲法学は「法の支配」について、何を語っているだろうか。バレン

46) 伊藤正己『イギリス公法の原理』(弘文堂, 1954年) 134-135頁。

47) Eric Barendt, "Dicey and Civil Liberties" [1985] *Public Law*, p. 596.

48) 江島晶子『人権保障の新局面』(日本評論社, 2002年) 25-26頁によれば、1995年段階では約70件弱の件数がヨーロッパ人権裁判所で審理され、そのうち35件が条約違反を認定されており、この数字は当時の全締約国の中でイタリアに次いでワースト2だった。

49) Ronald Dworkin, *A Bill of Rights for Britain* (Chatto & Windus, 1990) pp. 1-12.

50) John F. McEldowney, "Dicey in Historical Perspective" in *Law, Legitimacy and the Constitution*, eds. by Patrick McAuslan & John F. McEldowney (Sweet & Maxwell, 1985) p. 59.

51) Bernard Crick, *Political Thoughts and Polemics* (Edinburgh University Press, 1990) pp. 105-116. クリックの問題提起との関係で注目されるのが、元山健「近代英国憲法の危機研究序説」東邦大学教養紀要22号(1990年)である。愛敬浩二「戦後憲法学におけるイギリス憲法史像」比較法学(早稲田大学)36巻2号(2003年)70-73頁で、元山の問題提起の重要性と問題点を簡単に検討しておいた。

52) グレイ・前掲注(39)39頁。

トは「法学者や裁判官は近年、法の支配を再び真摯に受け止めるようになった。貶され、無視された何十年間の後でその概念への関心が復活したことは喜ばしい」と述べている⁵³⁾。また、ダイゼンハウスも同様に、過去10年の間にイギリスにおいて「法の支配」論議の驚くべき復活があったと論じている⁵⁴⁾。この「法の支配」の「復権」は、イギリス憲法学の「転換」に照応しているようだ。トムキンス (Adam Tomkins) によれば、政治制度 (たとえば国会) を通じて統治者の責任を追及する「政治憲法 political constitution」と、政府の責任を問う主要な手段・制度を法と裁判所に求める「法的憲法 legal constitution」を区別する場合、伝統的にイギリス公法は政治憲法に基づいてきたが、1970年代以後、政治憲法の伝統に対する法的憲法からの圧力は増大してきた。70年代から90年代において顕著であった政治憲法から法的憲法への移行は、17世紀の二つの革命以来の憲法秩序の再編成だと彼は評価する⁵⁵⁾。また、ラフリン (Martin Loughlin) は、法的憲法を支持する論者は、伝統的憲法 (= 政治憲法) が機能不全に陥っているという認識に立って、イギリス憲法を権利基底的政治秩序へと再構成しようとしていると論じている⁵⁶⁾。イギリス憲法理論の動向に関するトムキンスとラフリンの評価は、「法の支配」を基底において、ダイシー以来のイギリス憲法の特徴を理解しようとする者からみれば、意外な評価なのかもしれない。

もちろん、現代イギリス憲法理論には、佐藤の「法の支配」論に適合的な理論潮流も存在する。プール (Thomas Poole) が「コモン・ロー立憲主義」と呼ぶ潮流がそれである。「コモン・ロー立憲主義」は現代イギリス公法理論において有力な潮流を形成しており、細部に違いがあるにせよ、この見解においてコモン・ローは、基本的な価値を反映する諸々の道徳原理のネットワークであり、政府活動の合法性を審査する一連の高次の価値を組み込んでいるものとされる。そのため、裁判所が重大な役割を引き受けることになる⁵⁷⁾。この「コモン・ロー立憲主義」のコモン・ロー理解は、佐藤のそれと共通点が少なくない。そして、このような現代イギリス憲法理論の潮流を代表する理論家の一人が、T. R. S.

53) Eric Barendt, "Review: Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law by T. R. S. Allan" *Law Quarterly Review*, vol. 118, p. 161 (2002).

54) David Dyzenhaus, "Form and Substance in the Rule of Law" in *Judicial Review & the Constitution*, ed. by Christopher Forsyth (Hart Publishing, 2000) p. 141.

55) Adam Tomkins, *Public Law* (Oxford University Press, 2003), pp. 18-24.

56) Martin Loughlin, "Rights Discourse and Public Law Thought in the United Kingdom" in *Rights & Democracy: UK-Canadian Constitutionalism*, ed. by G. W. Anderson (Blackstone Press, 1999) pp. 199-213.

57) Thomas Poole, "Dogmatic Liberalism?: T. R. S. Allan and the Common Law Constitution" *Modern Law Review*, vol. 65, pp. 463-464 (2002).

アラン (T. R. S. Allan) である⁵⁸⁾。以下では、アラン憲法学説との比較において、佐藤の「法の支配」論の特徴と問題点を明らかにしてみたい。

4. 二つの「法の支配」論——佐藤とアラン

最初の著作、『法・自由・正義』(1993年)におけるアランの基本的戦略は、ダイシー学説の再構成を通じて、「法の支配」と「善き法の支配」を憲法理論のレベルで統一することにあつた⁵⁹⁾。1章で引用したマルモールの言葉を借りれば、「法の支配」と「善き法の支配」を混交することは、法理論家がまず注意すべき過誤といえる。とはいえ、イギリス憲法の文脈では、アランの議論も成立する余地がある。若干の説明をしてみよう。

クレイグ (Paul Craig) は「法の支配」を (a) 形式的概念と (b) 実質的概念に分類する。(a) は法が定立される方法・手続を問題とするものであり、法の実体的内容に関する判断はしない。法実証主義が採用する概念である。他方、(b) は「法の支配」という概念から一定の実体的権利を導出する。すなわち、(b) は法の実体的内容に関する判断を含む。クレイグによれば、(b) にいう法の支配は特定の規範的正義論自体と同内容であり、法の解釈と理論において「法の支配」に独立した役割はない。このような場合、「法の支配」という用語の使用は特定の正義論に対して不当な説得力を付加することになるから、その使用を禁欲すべきであると彼は論ずる。クレイグの議論の趣旨は、(b) の利用を諫めることではなく、(b) を利用するならば、自説の依拠する特定の正義論を批判者にも理解可能な形で理論的に明確化せよ、という点にある⁶⁰⁾。このクレイグの提言を、ローズ裁判官 (Sir John Laws) の命名を借用して、「クレイグの棘」と呼ぶことにしよう⁶¹⁾。「法の支配」の実質的概念を採用することで、政治道徳哲学レベルの議論をショート・カットしようと目論む法学者の立場からすれば、確かにクレイグの提言は「棘」である。

とはいえ、ダイシー学説を準拠枠組とするイギリス憲法学の理論状況は、クレイグが期

58) *Ibid.*, p. 464. なお、アランの著作・論稿は「法の支配」の研究に対する重大な貢献として高い評価を受けている。たとえば、David Dyzenhaus, “Book Review: Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law, by T. R. S. Allan” [2002] *Public Law*, p. 379; Paul Craig, “Constitutional Foundations, the Rule of Law and Supremacy” [2003] *Public Law*, p. 97. 裁判官の職にありながら、司法積極主義のイデオログとして活躍するローズ裁判官もアランの研究を高く評価している。The Hon. Sir John Laws, “The Constitution: Morals and Rights” [1996] *Public Law*, p. 631, n. 10.

59) Allan, *supra* note 15, pp. 2-16.

60) Paul Craig, “Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law” [1997] *Public Law*, pp. 467, 480, 487.

61) Sir John Laws, “Illegality: The Problem of Jurisdiction” in *Judicial Review*, eds. by M. Supperstone & J. Goldie (2nd ed. Butterworth, 1997) p. 4. 32.

待するほど明晰ではない。ここで特に問題になるのは、ダイシーの「法の支配」の③の意味、すなわち、「憲法の一般原則が具体的な争訟における裁判所の判決の結果であること」である。ダイシーの法実証主義に基づく国会主権論を尊重するならば、これも (a) の観点から理解すべきといえよう⁶²⁾。しかし、イギリスの法制度の下では、③はコモン・ローという実体的内容をもった実定法を想起させるため、(b) の観点から理解する余地もある⁶³⁾。そして、このような「法の支配」の理解を敢然と主張したのがアランである。アラン憲法学説の問題点の検討は別稿に譲るとして⁶⁴⁾、ここでは佐藤の「法の支配」論との関係で興味深い論点のみを取り上げる。まず、いくつかの類似点を挙げてみよう。

第一に、両者はコモン・ローに特有な法形成のあり方を重視し、このように理解されたコモン・ローをダイシーの「法の支配」論（特に③の意味）に読み込むことで、アランはイギリス憲法の文脈で「法の支配」の実質的概念を正当化し、佐藤は「法治主義」と対照される「法の支配」の概念を獲得している⁶⁵⁾。「多中心的課題」は司法的解決に馴染まないとするフラー (Lon Fuller) の議論をアランは援用しつつ、コモン・ロー裁判の対審的構造が公法理論に持つ意義を強調する。さらに、裁判所は選挙民や公論に責任を負えない以上、その守備範囲を法原理の探求に限定する伝統的裁判モデルを維持するべきであり、イデオロギー上の理由で行政訴訟をしている個人・集団に原告適格を拡張することには慎重であるべきだとアランは論じ、マレーシアのダム建設に対するイギリス政府の援助の違法性を争う原告適格を「世界開発運動 World Development Movement」に認めた「Pergau ダム事件」を消極的に評価する⁶⁶⁾。佐藤もフラーの裁判本質論を援用して、「法原理部門としての裁判所」という彼の憲法学説の核心ともいえるべきアイデアを提示している。そして、伝統的裁判モデルと対照的なものとして構成された「公共訴訟」を擁護する

62) Craig, *supra* note 60, pp.473-474; 長谷部・前掲注 (24) 151-152 頁。

63) Loughlin, *supra* note 7, pp.151-153. は③の意味はコモン・ローと密接に関連しており、ダイシーを法実証主義者とみるのは妥当でないと論じている。John Alder, *General Principles of Constitutional and Administrative Law* (4th ed., Palgrave, 2002) p.100. も同様の理解を示す。

64) 愛敬浩二「立憲主義、法の支配、コモン・ロー」浦田賢治先生古稀記念論文集（日本評論社、2005年公刊予定）所収において、アラン憲法学説の問題点を検討しておいた。

65) 佐藤・前掲注 (18) 33 頁における「法の支配」とダイシー学説の説明を参照。アランの場合、彼の学説全体がこのことを語っているともいえるわけだが、特に彼のこの主張が明快に示されている叙述として参照、Allan, *supra* note 15, pp.4-16, 135-136, 290; T. R. S. Allan, "The Rule of Law as the Rule of Reason" *Law Quarterly Review*, vol.115, pp.239-241 (1999).

66) T. R. S. Allan, *Constitutional Justice: a Liberal Theory of the Rule of Law*, (Oxford University Press, 2001) pp.187-197. 「Pergau ダム事件」と略称される判決は、*R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex p. World Development Movement Ltd* [1995] 1 WLR 386. である。同判決の詳細を紹介する邦語文献として、岡村周一「イギリスにおける司法審査と裁判官」『京都大学法学部創立百周年記念論文集 第2巻』（有斐閣、1999年）152頁以下。

シェイズ (Abram Chayes) の議論を批判的に検討している⁶⁷⁾。この佐藤の関心が、前述した客観訴訟に関する彼の解釈論にも反映されていることはいうまでもないが、ともあれ、この論点において、アランと佐藤の議論の類似性は顕著である。

第二の類似点として、両者とも、自己の「法の支配」と対照的（敵対的）な理論を現代の通説的理論の中に読み込み、その問題点を指摘することで自説を正当化している点を挙げることができる。法実証主義者が採用する「法の支配」の形式的概念は、実務法曹の法実践に役に立たないとアランは厳しく批判するが、佐藤も、「社会国家」を安易に前提して「行政型秩序形成」を容認し、その結果、国民の間に「お上意識＝統治客体意識」を温存させた、通説の「法治主義」を厳しく批判している⁶⁸⁾。なお、佐藤が戦後間もない時期の伊藤正己等の研究に依拠しつつ、「法の支配」を日本国憲法の「原意」に読む込む一方、アランはダイシー学説の再解釈として自説を提示しようとする。このように両者が共に、自説を「原意」や「伝統」に位置付ける点も指摘しておこう⁶⁹⁾。関連して、ダイシー学説の形式的・合理主義的要素は、コモン・ローの歴史的・実践的英知への暗黙のコミットメントによってバランスを取る必要があるとアランは論じるが、このアランのダイシー擁護論は、ダイシーの分析は「それが論理的に均斉がとれているだけに、複雑な歴史性を背景とするイギリス公法の解明としては一面的」であるとする伊藤正己のダイシー批判と、根底において問題意識を共有している点にも注目したい⁷⁰⁾。佐藤が「法の支配」を説明する際に援用するダイシー学説やコモン・ローの理解は、伊藤の研究からかなりの影響を受けているものと解されるので、アランと伊藤の問題意識の共有が注目されるのである。

5. 政治道徳哲学への禁欲とその帰結

次に注目したいのは、「憲法と道徳の関係」という問題である。アランにとって「痛い」のは、前述した「クレイグの棘」である。特定の正義論（政治道徳哲学）に訴えることなしに、法理論のレベルで「善き法の支配」を正当化することは可能だろうか。『法・自由・正義』におけるアランは、「普遍的に妥当する法の支配の理論を定式化することが可能かどうかはたいへんに疑わしい」としながらも、「英国の政治体の文脈において法の支配の意味と内容を明らかにすること」は不可能ではないと論じていた⁷¹⁾。ここでのアラン

67) 佐藤・前掲注(40)『現代国家と司法権』53-62, 84-100頁。

68) Allan, *supra* note 15, p. 26; Allan, *supra* note 66, pp. 28-29, 38; 佐藤・前掲注(18) 15-16, 36頁。

69) 同上書 3-11, 40-43頁, Allan, *supra* note 15, pp. 2-16。

70) Allan, *supra* note 66, p. 20; 伊藤・前掲注(46) 82頁。

71) Allan, *supra* note 15, p. 21。

の戦略は、ドゥオーキン法哲学の援用によってダイシー学説を法実証主義の呪縛から解放し、イギリス固有の文脈に限定した形での「法の支配」の実質的概念を構成する、というものだったと理解される。すると問題になるのは、意外にも、アランの「法の支配」論をイギリス憲法に適用することの困難性である。ゴールズワージー (Jeffrey Goldsworthy) は、イギリスの法執行に携わる公務員の慣行はアラン学説を支持しないと批判する。イギリスは国会主権の長い伝統を持ち、20世紀の間ずっと、裁判官もその原理を繰り返し承認してきたのだから、と⁷²⁾。

このような批判を意識したのか、近年の著書、『憲法的正義』(2001年)でアランは、フラーの「法の内在道徳 internal morality of law」の議論に依拠しつつ、「西欧型のリベラル・デモクラシーに広く適用可能な、リベラルな立憲主義の基本原則」として「法の支配」を理論化しようと奮闘する⁷³⁾。この企図が成功したか否かはともあれ(私は失敗したと評価するが)、ここで注目しておきたいのは、ドゥオーキン法哲学を頻繁に引用するにもかかわらず、アランが自己の守備範囲を実定法理論の枠内に限定する(政治道徳哲学へと越境しない)点である。アランは、「我々が司法権の行使のための確実な基礎を探求しているのであれば……、民主主義であれ、リベラリズムであれ、様々なもっと広範な理論とは実質的に区別されうる法の支配の概念を構成することが便宜であろう」と述べている⁷⁴⁾。この点に関するアラン学説の問題点は、彼が自説の依拠する正義論を、批判者との間でも相互批判が可能な政治理論や法哲学上の理論として明確化しない点にある⁷⁵⁾。コモン・ローは基本的諸原理と結び付いたユニークな正義のシステムを提供するという「コモン・ロー例外主義」の前提なしには、アランの議論を理解することは難しい⁷⁶⁾。しかし、「コモン・ロー例外主義」は論証されるべき事柄であって、前提されるべき事柄ではない⁷⁷⁾。憲法学におけるダイシー伝統と法理学における法実証主義的傾向に従って、政治理論や法哲学のレベルでの「国会主権」の正当化の問題を回避していた従来の公法学説とは異なり、ドゥオーキン流の「法学的リベラリズム」を批判する観点から改めて「国会主権」を擁護

72) Jeffrey Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament* (Oxford University Press, 1999) pp.248-253; Jeffrey Goldsworthy, "Homogenizing Constitution" *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, p.497 (2003).

73) Allan, *supra* note 66, preface & pp.1-3, 31-59.

74) *Ibid.*, p.28.

75) Dyzenhaus, *supra* note 54, p.160.

76) Poole, *supra* note 57, p.470.

77) たとえば、ラフリンはイギリスの旧式な裁判制度が1998年人権法のもたらす新たな挑戦に対応できる見込みは僅かだから、特別な憲法裁判所を設置して、コモン・ローの伝統と決定的に決別することが必要と論ずる。Martin Loughlin, "Rights, Democracy and Law" in *Sceptical Essays on Human Rights*, eds. by Tom Campbell *et al.* (Oxford University Press, 2001) pp.59-60.

する憲法理論が出現しつつある現在、アランの議論の説得力は乏しいと考える⁷⁸⁾。アラン憲法学説を援用して「法の支配」の実質的概念を擁護しようとする者は、理論的に脆弱な立場に自らを置くことになるかと私は評価する。

佐藤も同様に、ドゥオーキン法哲学を好意的に援用しながらも、「その権利論は、『憲法及び法律』の枠の存在そのものをつき破って、人権を不断に根源的な政治道徳哲学の空間に漂わせる契機をもっているかにみえる」として、ドゥオーキンの権利論を「憲法理論としてそのままでは受け入れ難いものを感じる」と評価する⁷⁹⁾。「憲法典は『意思』の所産と考え（主権＝憲法制定権力）、憲法典の規定のあり方が何よりも重視さるべきと考えるからである」と佐藤はその理由を述べている⁸⁰⁾。他方、樋口陽一の国民主権の「永久凍結説」を佐藤は「憲法を制定した世代と後の世代との間に不平等を帰結し、後の世代が何故に憲法に拘束されるのかの説明を困難にする」と批判して、以下のように論ずる。

私は、憲法制定権力論と「法の支配」との関係の問題については、憲法制定権力者たる国民がどのような考え方に立って憲法典を定立するかが肝要だと考えています。どのような考え方は定立された憲法典を通じて知ることができますが、日本国憲法は、すでに申しましたように人格的自律権の尊重を基盤にしていると理解できるとしますと、そこには、憲法制定権力者たる国民が、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のです。……かかる憲法典の定立は、相互に自律的生を大事にしようとする最も深い制定権力者たる国民の自律的意思の表現ということになります⁸¹⁾。

佐藤のこの議論は、いわゆる「プリコミットメント論」と呼ばれる考え方に似ている⁸²⁾。

78) H. W. R. Wade 等の伝統的な学説は「国会主権がなぜ正当化されるのか」という論点を回避していたことを批判しながらも、他方でウォルドロン等の国会主権擁護論は国会主権の正当性に関する政治哲学的考察を回避していない以上、その議論を批判はできても無視はできないはずだとクレイグは論ずる。Paul Craig, “Public Law, Political Theory and Legal Theory” [2000] *Public Law*, pp.223-228. また、ドゥオーキン法哲学によって生み出された法理論のトレンドに抗して、民主政に関する法的・道徳的理論に基づいて国会主権を擁護する「ネオ・ベンサム主義」の復権を語る、David Dyzenhaus, “The Genealogy of Legal Positivism” *Oxford Journal of Legal Studies*, vol.24, pp.62-67 (2004) も参照。彼がその代表例に挙げるのもウォルドロンである。関連して、英米の法律家の間での「立法の悪評」に関するウォルドロンの議論も参照されたい。J. ウォルドロン（長谷部恭男ほか訳）『立法の復権』（岩波書店、2003年）4-14頁。なお、現代イギリス憲法学における「民主主義派」の憲法論のいくつかを、愛敬浩二「イギリス憲法改革と憲法理論の動向」松井幸夫編『変化するイギリス憲法』（敬文堂、2005年）58頁以下において簡単に検討した。

79) 佐藤・前掲注(40)『現代国家と司法権』63頁。

80) 佐藤幸治「立憲主義といわゆる『二重の基準論』」芦部信喜先生古稀記念『現代立憲主義の展開 上巻』（有斐閣、1993年）26頁。

81) 佐藤・前掲注(18)28頁。なお、この叙述の流れの中で、佐藤は憲法改正に関わる国民投票法が制定されていない現状を批判している。その際にもキーワードになるのは、国民の「統治客体意識」である。同上30頁。

佐藤は「憲法制定権の主体たる国民が『人格的自律権』の觀念の導入をはかる憲法典を定立した場合、そこには道徳理論上一定の意味が発生すると考える。それを象徴的に表現すれば、憲法典を実際に定立した世代の国民、現在の国民、さらに将来の国民を包摂する『国民』として、各人の自律的生を可能ならしめる“物語 (narrative)”を共有し、憲法典はその“物語”を成文で表現したものであるということになる」⁸³⁾という考え方も示しているが、これはまさにプリコミットメント論である。そして、これらの佐藤の議論をみると、「法の支配」こそ世代を超えて共有されるべき「物語」だと彼が考えていることを窺い知ることができよう。

佐藤は自分の「法の支配」論の意義を90年代の「新自由主義改革」との関係で熱く語ることもあるので⁸⁴⁾、佐藤の議論を「規制緩和によるその変容の方向に親和的な考え方とすることができる」という小沢隆一の評価に私も賛成する。しかし、佐藤の「物語としての国民主権」について、「それは、憲法制定という事実についての科学的認識を弱めることになる一方で、日本国憲法の『国民主権』についての解釈としては、一種の『決断主義』的解釈の登場と位置付けられよう」という小沢の評価には賛成できない⁸⁵⁾。所有論との関係を切断されれば、プーブル主権論も一種の「決断主義」的解釈ではないかと疑う余地はあるし、そもそも「フランス革命期の主権論の科学的認識が、なぜ日本国憲法の解釈において決定的な意味を持つのか」という問題もまだ解決済みとはいえない⁸⁶⁾。他方、プリコミットメント論が問題とする「制憲者の世代が後の世代を拘束できるのはなぜか」という問題は、民主主義の価値を信奉しながら、硬性憲法を有する全ての政治体において、少なくとも論理的には成立する問いである。佐藤の「物語としての国民主権」という問題提起を軽々しく斥けるべきではないと私は考える。

だからといって、佐藤の議論に問題がないと考えているわけではない。私の理解では、プリコミットメント論は本来、民主主義（国民の自己決定）から出発して、硬性憲法（＝立憲主義）を正当化する議論のはずである。ところが、佐藤の議論では、どちらかというところ、制憲者が憲法典に込めた道徳的価値を世代を超えた共同によって社会に実現し、さらに発

82) プリコミットメント論の簡単な紹介とその憲法学への応用の可能性に関しては、愛敬浩二「プリコミットメント論と憲法学」長谷部恭男・金泰昌編『公共哲学12 法律から考える公共性』（東京大学出版会、2004年）363頁以下を参照。

83) 佐藤幸治「個人の尊厳と国民主権」佐藤ほか共著『ファンダメンタル憲法』（有斐閣、1994年）11頁。

84) 佐藤・前掲注（18）17, 109, 115-116, 121頁、佐藤・前掲注（20）24-35頁。

85) 小沢・前掲注（17）62-63頁。

86) 松井茂記「国民主権原理と憲法学」『岩波講座・社会科学の方法VI 社会変動のなかの法』（岩波書店、1993年）18頁以下。

展させていくというイメージが強い⁸⁷⁾。このような印象を持たせる原因は、佐藤が「善き社会の形成発展を図る」という言い方をするからだろう。もちろん、各人の「人格的自律」を尊重する社会は「善い社会」なのだろうし、そのために世代を超えた共同を行うことも「善いこと」なのだろう。しかし、国民の「統治客体意識」を論難しつつ、「生き生きとした“法原理のフォーラム”をもつためには、“政治のフォーラム”の場合と同様、なすべきことは多い。そして、この点での努力を怠るならば、行政改革は結局のところ失敗し、日本の社会は従来の行政的規制社会へと回帰することになろう。それは、日本がグローバル化への対応力を失い、国民の無力感の漂う退嬰的な停滞社会への突入を意味することになろう⁸⁸⁾と佐藤が論じるのをみると、「善い社会」とは誰にとっての「善い社会」なのか、という疑問をふと思わずにはいられない⁸⁹⁾。佐藤のプリコミットメント論が私の理解するとおり、「制憲者が憲法典に込めた道徳的価値を、世代を超えた共同によって社会に実現し、さらに発展させていく」という性格が強いとすれば、「善い社会」のイメージが予め描出されてしまえば、憲法価値を実現するための世代を超えた国民の「共同＝参加」は、「動員」へと容易に転換してしまう恐れはないのだろうか⁹⁰⁾。また、前述したとおり、佐藤の叙述からは、「法の支配こそ、世代を超えて共有されるべき物語」であるという考え方が視られるから、彼が『法の支配』は自動的に作動するのではなく、まず何よりも主権者たる国民自身の意思と行動にかかっていることを認識すべきだと思います⁹¹⁾と述べる以上、「法の支配」についても、それが「動員」の論理へと転換する危険性を孕んでいるといえるのではないか⁹²⁾。

ここでアランと佐藤の「法の支配」論を比較してみよう。アランは成文憲法に訴えずにアメリカ型の違憲審査を正当化するために「法の支配」の実質的概念を構成しようとした。

87) 「多様な利害・価値観が存在・対立する社会において持続的で討議的な自己統治を可能にする憲法を設定するならば、それはどのような内容・形式を採るか」を問う規範的議論としてならば、憲法学もプリコミットメントを採用する意味はあるという立場を私は採っている。愛敬・前掲注(82) 367-369頁。この観点から、佐藤がプリコミットメント論を採るならば、憲法を「この国のかたち」と呼ぶことを禁欲すべきと論じたことがある。同上 373頁の注(31)と(37)を参照。

88) 佐藤・前掲注(18) 121頁。

89) たとえば、「大衆社会統合の再収縮」という問題を提起する、後藤道夫「帝国主義と大衆社会統合」渡辺治・後藤道夫編『講座現代日本社会2 現代帝国主義と世界秩序の再編』(大月書店、1997年)所収を参照。

90) 佐藤は「日本が国際社会の趨勢から取り残された」というが、どうも「趨勢」とは、グローバル市場経済への対応として先進諸国が何らかの形で手を付けた新自由主義改革のようである。佐藤・前掲注(20) 161頁以下。

91) 佐藤・前掲注(18) 29-30頁。

92) 久保田穰「司法改革と立憲主義・民主主義」憲法問題14号(2003年)28頁は意見書について、国民を「法の支配」の主体とすることで、国民を自発的な秩序維持形成者に転じさせてしまい、支配・被支配の現実の緊張関係を前提とする権力拘束原理としての「法の支配」の核心的意味を消去してしまったと批判しているが、この批判は佐藤の「法の支配」論にもある程度、妥当するのではないか。

そのために様々な理論的障碍（たとえば、クレイグの棘）を克服する必要があり、議論はますます複雑なものになっていった。アランは実務法曹が利用できる「法の支配」の概念が必要だと論じて法実証主義者を批判したが、アランの「法の支配」論も同様に、実務法曹が実際に利用するには複雑すぎるとパレントは批判する。そして、アランのように複雑な「法の支配」論をするよりも、率直に成文憲法や権利章典の制定という手段を採った方がベターだとパレントは主張する⁹³⁾。このパレントの批判はある意味で、アランの議論の急所を突いている。クレイグも指摘するとおり、アランは自説と異なる理論的論争を全て非実践的な形式主義として斥ける傾向がある⁹⁴⁾。たとえば、現代イギリス公法学における理論的な争点の一つに、行政活動の適法性を審査するために裁判所が発展させてきた司法審査 (judicial review) を、国会主権との関係で立法意思に根拠付けるのか（修正した権限超越の法理）、「法の支配」との関係でコモン・ローに根拠付けるのかという論争がある⁹⁵⁾。アランは両説とも国会主権を前提にした概念上の議論に終始しており、裁判官の憲法上の役割の本質や正統性に関する、より複雑で論争的な実体的問題に関する憲法論（たぶん彼の「法の支配」論を指すのだろう）を回避していると批判している⁹⁶⁾。アランの「法の支配」論は、その理論的根拠が脆弱であるにもかかわらず（あるいは、だからこそ）、アランは自説と異なる学説や論争に対してドグマティックな批判を浴びせたり、あるいは、自説と異なる論者の問題意識をあっさりと無視してしまう印象がある⁹⁷⁾。

他方、佐藤は違憲審査制を採用する日本国憲法を前提にして議論をしているため、アランが格闘した困難には遭遇せずに済む。しかし、「法の支配」が日本国憲法の「原意」に読み込まれたため、「なぜ今、日本において、法の支配を血肉化する必要があるのか」という問題が、①帰結主義的な政策論や政治道徳哲学のレベルで議論されず、②憲法価値の具体化という政策論と憲法解釈のレベルで議論される。ところが、②のレベルで議論しようとするばかりに、「法の支配」と「法治主義」の峻別というそれ自体、問題のある議論が駆使され、プリコミットメント論というそれ自体、理論的には複雑な議論が導入される。佐藤は「政治道徳哲学の空間に漂う」のを禁欲するあまり、特定の法概念に厳密な内容を付与し、その法概念を駆使して、強い帰結を導き出す傾向がある。たとえば、高橋和

93) Barendt, *supra* note 53, p. 164.

94) Craig, *supra* note 58, pp. 92-93.

95) Christopher Forsyth (ed.), *Judicial Review and the Constitution* (Hart Publishing, 2000). に収められた論稿を参照。日本語による簡潔な説明として、戒能通厚編『現代イギリス法事典』（新世社、2003年）186-188頁（榊原秀訓執筆）を参照。

96) T. R. S. Allan, "The Constitutional Foundations of Judicial Review" *Cambridge Law Journal*, vol. 61, pp. 123-125 (2002).

97) 愛敬・前掲注(51) 54-55頁で検討した、ユーイングのイギリス憲法史理解をほとんど理解する気のないアランのコメントを参照。

之が彼なりの体系的な統治機構解釈に基づいて、司法権の概念から「事件・争訟性」を外した形式的な司法権の定義を提示したところ、高橋理論は「垂直下降型の秩序形成」観ないし行政型秩序形成観へと引き寄せられる旨の批判を佐藤から浴びた⁹⁸⁾。しかし、高橋のように制定法主義を国民主権モデルと立憲君主政モデルとに区別する考え方が、なぜ日本国憲法の統治機構を理解するモデルから当然のように排除されるのか、高橋ならずとも理解に苦しむところである⁹⁹⁾。

ただし、司法権の概念から「事件・争訟性」を外す議論は、「伝統的裁判モデル」からの決定的な乖離を意味するので、コモン・ロー裁判の対審的構造とそこでの経験主義的な法形成を「法の支配」と接続することによって、政治道徳哲学レベルの問題を回避しながら、独自の憲法理論を構築しようとする論者にとって、易々と受け入れられるものではない。アランが司法審査の原告適格の拡大を批判し、佐藤が客観訴訟について限定的な解釈論を採る理由も、この文脈で理解できる。ところで、「事件・争訟性」の問題を「軽んじた」結果、佐藤の批判を浴びたのは、高橋が初めてというわけではない。奥平康弘もその一人である。佐藤による奥平批判が興味深いのは、奥平も佐藤と同様に、「法の支配」と「法治主義」を峻別し、「法の支配」をコモン・ローの観点から説明するからである¹⁰⁰⁾。この奥平の「法の支配」論は佐藤のそれと酷似している¹⁰¹⁾。今関源成は、奥平と佐藤の議論の「外見的類似と不一致の検討から、これからの憲法学のあり方を探るヒントを得ることができるかもしれない」と指摘する¹⁰²⁾。そこで、この点に関するささやかな問題提起を行うことで、本稿の結びに代えることにしよう。

6. 改めて「法の支配」の多義性について

奥平康弘はかつて、「たとえば、ムートネスの法理であるが、これはあたかも日本に同様の法制・理論がないがごとく、アメリカ判例だけにたよって説明される傾向が、少なくとも一部にみられる」と述べ、その例として佐藤の論稿を挙げた後、「けれども、ムートネスということばこそ使われていないが、同様の訴訟要件の問題はつとに行政法上訴えの

98) 佐藤・前掲注(18) 97-98頁。

99) 高橋和之「法秩序形成における国会と裁判所の役割」北大法学論集 52巻3号(2001年) 130-131, 141-142頁。

100) 奥平・前掲注(26) 227-236頁。

101) たとえば、高田・前掲注(35) 31-37頁は、奥平と佐藤の議論を同様な議論と理解して並置し、両説を批判的に検討している。

102) 今関・前掲注(17) 30頁。

利益との関係で論ぜられてきており、その一応の決着が、行政事件訴訟法九条かっこ書き……として、立法のうえでつけられたのである」と述べたことがある¹⁰³⁾。奥平が——彼らしくもなく——実定法を援用して憲法論は妨げたのはなぜか。「そこでの判例理論を日本の側に機械的にひきつけるには、わが憲法訴訟制度はアメリカのそれとはあまりにも違った格好で成長し発展してしまったようである。この彼此の差を認識し評価せずにアメリカ法になぞらえて語れば語るほど、是正すべき日本固有の難点が見えなくなってしまい、結果的には現状から抜け出せないことになる」と考えるからである¹⁰⁴⁾。佐藤は、奥平のこの批判を「ムートネスといったような問題を憲法論として取り上げることは、行政事件訴訟の途を一層狭いものにしかねず、『司法権』論も実定法律制度を前提に展開されなければならない」というように、司法権の概念構成に関する一般的な主張へと読み替えて、奥平を「日本国憲法にいう『司法権』について理論的に考察することは不可能である、あるいはそうした努力は無益ないし有害であるとする論」を立てる者に位置付ける¹⁰⁵⁾。しかし、この奥平の位置付けはあまりに座りが悪い。ドゥオーキンの「連鎖小説」の議論を使って最高裁の「解釈」を批判する奥平が（あえていえば、「政治道徳哲学の空間に漂うことを躊躇しない」あの奥平が）、あたかも「実定法準拠主義」者のように語られることには強烈な違和感がある¹⁰⁶⁾。

奥平はなぜ佐藤の「ムートネス」の議論を批判してしまうのか。佐藤はなぜ奥平を「実定法準拠主義」者のように捉えてしまうのか。この問題には、佐藤と奥平の「法の支配」論の共通性と異質性を解く鍵が隠されているように思われる。奥平によれば、権力や支配に抗議する異端者や少数派こそ、「想像力」を駆使して、憲法の価値を形成・発展させて行く主体である。このような意味での「憲法を具体化する努力」は戦後日本でも行われてきたし、憲法裁判のレベルでも、何の成果もなかったというわけではない¹⁰⁷⁾。他方、奥平が「法治主義」を批判するのは、憲法が裁判規範であることが不明確になって、裁判において憲法とその他の実定法が分断され、結果として「憲法の過少な配分」が生ずるからである¹⁰⁸⁾。換言すれば、「法治主義」は現状変革的な立場に立つ者が、裁判において「想像力」を働かす余地を限定するからこそ、批判されるべき理論なのである。このように考える奥平は、司法権の概念という理論的問題に拘泥することなく、「憲法訴訟にふさわしい訴訟形態を立法により、あるいは裁判のなかで作り上げてゆくこと、そのなかで原告適

103) 奥平康弘『憲法裁判の可能性』（岩波書店、1995年）54頁

104) 同上55頁。

105) 佐藤・前掲注(40)『現代国家と司法権』122頁。

106) 奥平・前掲注(1)278頁以下。

107) 奥平康弘『憲法の想像力』（日本評論社、2003年）2-24, 74-85, 101-102頁、奥平・前掲注(103)6-7頁。

108) 同上155-210頁。

格その他の訴訟要件の再編成をはかってゆくこと」が必要であると論じることができ
る¹⁰⁹⁾。その一方で、佐藤の「ムートネス」論のような議論に対しては、批判的な言及を
することにもなる。

他方、佐藤の議論は、「司法権が英米流のものである」という日本国憲法の内容理解と
その解釈に強く依存している。この前提に立って、アメリカ型違憲審査制の核心を成す
「事件・争訟性」という法的概念を駆使して、様々な解釈論上の帰結を導き出す手法を取
っている¹¹⁰⁾。佐藤の司法権論にとって、「事件・争訟性」の問題はアルファでありオメガ
であるとさえいえよう。だからこそ、その問題を軽視した奥平は「実定法準拠主義」者と
して論難され、高橋和之は「垂直下降型の秩序形成」の支持者として批判されたわけであ
る。本稿が、佐藤とアランの「法の支配」論を比較するという——両者の憲法学説をよく
知る者なら意外に思うかもしれない——手法を採ったのは、「法の支配」を自己の憲法理
論の核心に据えた両者が、自分の「法の支配」論と異なる発想に基づく憲法学説に対して
ドグマティックな批判をする、この共通性に関心を抱いたからである。

ところで、現状変革的な立場に立つ者が「想像力」を駆使して、その時々の「支配」や
「迫害」との闘いの中で「橋頭堡」を作り、憲法を発展させていくという奥平の憲法論は、
「下からの憲法秩序形成観」と呼ぶに値する内容を持っている¹¹¹⁾。他方、「政治部門」に
ついて小選挙区制を支持し、「法原理部門」について最高裁判所の判決の法源性を認める
一方、国民についてはその「統治客体意識」を厳しく批判する佐藤の憲法論を——奥平の
議論との比較において——「上からの憲法秩序形成観」と呼ぶことも可能であろう¹¹²⁾。
このような二項対立的把握が妥当か、あるいは、理論的・実践的に有効かといった問題を
議論するつもりはない。ここで確認しておきたいのは、「法の支配」の概念はかように多
義的で論争的だ、ということだけである¹¹³⁾。ともあれ、以上の検討から、「法の支配＝下
からの法秩序形成観」、「法治主義＝上からの法秩序形成観」という二項対立的把握の有効
性はもう少し限定的なものかもしれない、という結論を導き出すことだけでもできれば、
本稿の目的は達成されたことになる。

109) 奥平・前掲注(26) 96頁。

110) 佐藤・前掲注(40)『現代国家と司法権』118頁以下。

111) 奥平・前掲注(107) 14-15頁。なお、奥平康弘『「表現の自由」を求めて』(岩波書店、1999年)の叙述全
体が、このような奥平の憲法観を見事に映し出していると私は評価する。

112) 佐藤はイギリスの選挙制度を二大政党制の観点から好意的に評価した上で、小選挙区比例代表制の評価も
この観点から長期的に考えるべきと主張する。佐藤・前掲注(18) 239-240頁。

113) Jeremy Waldron, "Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?" *Law and Phi-
losophy*, vol. 21, pp. 153-164 (2002).