九州大学学術情報リポジトリ Kyushu University Institutional Repository

ミシェル・トロペール論文撰5<法治国の概念>

南野,森 九州大学大学院法学研究院

https://doi.org/10.15017/10712

出版情報:法政研究. 73 (2), pp. 163-183, 2006-10-05. 九州大学法政学会

バージョン: 権利関係:

〈法治国の概念〉 ミシェル・トロペール論文撰 5

野 森 (訳)

南

(訳者注) 本稿は、Michel Troper, « Le concept d'État de droit », in M. Troper, La théorie du droit, le droit, l'État, PUF, 2001, chapitre XVII, pp.267-281 (© PUF、初出は Droits. Revue française de théorie juridique, n° 15, 1992, pp.51-63) を翻訳するものである。

不可能な法治国

二 不可避の法治国

の対象となっている。そしてそれはごく最近の現象である。人権と同様に、今日では、幅広くかつ急速なコンセンサス法治国(État de droit)は、民主政や立憲主義、さらに

この概念に費やしているのみである。デュギーは簡潔な 当時の公法学の泰斗の大部分は、よくてもせいぜい数行を ド・マルベールは相対的に孤立していた論者なのであり、 字どおり仏訳したものでしかなかった。しかも、カレ・ し、そもそも、Etat de droitという語は Rechtsstaat を文 まず Rechtsstaat というドイツ語を用いざるをえなかった ド・マルベールは Etat de droit という術語を用いる前に、 すでに十九世紀には広く流布し議論されていたが、フラン すらしないのである。 スではことの状況は非常に異なっていたのである。 たしかにドイツにおいては、*Rechtsstaat* をめぐる学説が (そして批判的な)説明を行っているものの、 の概念がほとんど知られていなかったがゆえに、 バルテレミーにおいては、法治国という術語は索引に登場 オーリウや カレ・

驚くべきではないかも知れないが、かつての共産主義者は、らゆる論者によって用いられ、またそれが数えられないほが、それらの言説すべてが、自由主義者から東欧のかつての共産主義者によって用いられ、またそれが数えられないほ場をとっている。自由主義者がそうであることについては場をとっている。自由主義者がそうであることについては場をとっている。自由主義者がそうであることについては場をとっている。自由主義者がそうであることについては場をとっている。自由主義者がそうであることについては

としたうえで、今日ではそれを市場経済への移行のための法治国がマルクス=レーニン主義と調和しうるものである

道具となそうとしている。

ことに驚かざるをえないのである。

このような全員一致の状況はもちろん疑わしいものであるとにような全員一致の状況はもちろん疑わしいものであるかを明確にしようとするや否や、判然としないことが多く存在するにしようとするやではいかない。事実、もはやそれなしらすると、きっとそこには何らかの曖昧さや混乱が潜んでにしようとするや否や、判然としないことが退乱が潜んではすまなくなった法治国とはいったい何であるかを明確にしようとするや否や、判然としないことが多く存在すると、きっとそこには何らかの曖昧さや混乱が潜んではようとするや否や、判然としないことが多く存在すると、また、それ以外の部分ではあまりにも異なっていることに驚かざるをえないのである。

や stato di diritto がドイツ語の Rechtsstaat に対応するこ不明確な第二の点は、翻訳に起因する。 État de droit

であるかどうかは、確実なことではまったくない。あるとしても、Rule of Law が Rechtsstaat と等しいものとは、それらが文字通りの翻訳でしかないことから確かで

方である。このような区別は、 る。こうして、法治国理論は適法性の原則へと還元され、 それが行政府と裁判所に適用されることになる。これが、 れる実定法に還元され、 るのである。法は国家の意思を表現したものとして定義さ られるようになる。 が一八七一年以降、国家は固有の存在を備えたものと考え 存在する法に従ってしか行動することができない。 のものであり、それによれば、 質的法治国と形式的法治国との区別がなされることがある。 執行府および司法府の上位に座するものであるとする考え れるものではなくなる。 前者はビスマルク以前の十九世紀の憲法学者の言うところ 同一の意味で用いるわけではない、ということがある。 同一の言語においてさえも、すべての論者が同一の表現を 般的法律は立法府によってしか定立されえず、 たとえば、しばしば――とりわけドイツにおいて―― 第三点目として、これがもっとも重大なものであるが 国家は人民から生じたものではなくな 唯一 国家はそれゆえ法によって制約さ 可能なのは自己制限のみとな 国家はその上位に客観的に しかしながら、 現代国家に 立法府 ところ 実•

である。 それは二種類の保障をもたらすものである。 が もまた明確性に欠けるものである。 容を持たせなければならないという義務をも負っていると 義務のみならず、これらの機関が発する規範には特定の内 の諸機関は憲法から派生する権限の枠内において行動 形式的法治国とされるべきなのか、 に従属するものであると想定されているからである。 ついて論じるならば完全に明解なものであるとは言い いうことから実質的法治国とされるべきなのだろうか? 意思を表明したものであると考えられている限りにおい ような国家は、 というシステムであり、 用いた、 フランスの法言語も一つの区別を知ってはいるが、これ 現代国家については、 前者は、 État légal と État de droit という区別がそ 憲法や人権宣言が自然法ではなく制憲者の 権力は法律に適合してしか行使されえな カレ・ド・マルベー 通常それは憲法および人権宣言 それとも反対に、 カレ・ド・マルベ すなわち、 ルによれば この が] ずる 国家 7 た

> 同してはならない」と述べている。そして法治国とは(6) 国家との対比におい できない。 よれば)、 カレ・ド ・マルベールは、 て法治国 |体制と呼ぶところのものと混 一このシステムを夜警 (彼

に

る である。 用いられうる方途と手段とを予め規定するものとがあ 位を保障するために、 た権利を決定するものと、 る国家の行動を、 に従属せしめる国家のことであり、 その国民との関係において、 -によって拘束するという意味においてそうなの 国家自身が規則 それ自身を一つの 国家目標を実現するために そして国 それは国民に関 市民に留保され 法の 民 の 個別の V ジ 1 F 地 4

ということを意味し、 る。 体との関係で法律に適合してしか行動することができな て行動するための法的手段を有する、 このことは、一方で、 また他方で、 法治国においては、 国民は裁判機関に ということを意味す 行政は行政客 お ۲V

légal) そして法治国 とのあい だには次のような多くの違いが存する、 (État de droit) と法律中 -心国家 (État

法律に適合して(secundum legem)

しか行動することが

に従属することとなる、

というのである。

とりわけ行政は

相対的に公正な精神で制定され、

他方で、法律は、

その抽象的かつ一般的性質のゆえに、

すべての者が平等に法律

被治者はあらゆる不意打ちから保障されることとな

とカレ

. |*

マ ルベ

ールは言う。

でなく、法律中心国家の体制でもある」のである。 措置を含めたすべての措置に関してそうなのである。 関してのみならず、 治国がそうであるように個人の地位に影響を及ぼす行為に 可によってしか行動することができず」、そしてそれは そこで行政機関は にその表現を見出す体制は、「法治国の体制であるばかり ンスについて言えば、 ⑷法律中心国家はより徹底したものである。 「法律の執行として、もしくは法律の許 行政のとるすべての措置、 一八七五年二月二五日法律の第三条 行政立法的 すなわち、 フラ 法

は、 の立法府こそが最高機関である、 の階統制は、民主政に特有のものである。 である」。ところが法律中心国家を特徴づける国家の ち立てられている。 たものなのである」。 (b) その国の選挙された者によって構成されたものとして 「法治国体制は、 少なくとも行政権について言えばそう 今日ではほとんどの国家におい という考え方に結びつい すなわち「それ 職能 て打

のみならず立法者をも」、 射程を有するとも言える。 しかし別の観点から見れば、 個人の権利との関係で制限する というのは、 法治国体制はより大きな それは 「行政機関

> ものであるからである。 [「]立法者の手の届かないところにおく」のである。 そこでは、憲法が個人の権 利

属と、 ドイツの学説が言うところの形式的法治国においては、 限とが、 別的行政行為のみならず行政立法までをも含む法律への従 において、 う基準である。ごくふつうのこととして、 利によって立法者が制限を受けるのか受けないのか、 政行為が法律に従属するということなのか、あるいは行政 度において検出することは難しい。 基準に基づいており、 説との違いを可能な限り明確に示すという大きな機能を果 立法までもがそうなのか、 ようにもみえる。 たしたようには思われるものの、二つの弱点を抱えてい に同等性を見出すことが不可能である、 レ・ド・ このような区別は、 このような用語法の第二の弱点は、 法治国のメルクマールの一つ、すなわち立法者の 7 同時に見出されるということがありうるのである。 法律中心国家のメルクマールの一つ、 ルベ] 第一に、この区別は二つの実に異なった ル によって区別された諸概念とのあいだ そもそもその存在を特定の具体的制 ドイツの学説とフランスに固有な学 という基準、そして、 すなわち、 ドイツの諸概念とカ ということである。 ある一つの 個別的 つまり個 個人の権 制度 とい な行 個

なる。 ある。 れ 行政立法上の) とができたのである。 律中心国家は法治国よりも徹底したものである、 による統制はこの意味での適合性にしか及ばない。 般的射程をもつ行政の決定は、 (の地位に効果をもつ行為のみが、 およそ行政の措置は法律に従属することになるからで この意味においてこそ、 規則に適合しなければならない。 前者においては、 カレ・ド・ この統制を免れることに (法律上の、 V 7 かなるものであ ルベール b と書くこ 裁判機関 しく そして は法 は

性質を意味するとする者もいるし、 適合性の原則に過ぎないとする論者もいれば、(ユロ) 夕法的な学説であるとする論者もいるのである。 れは立法もしくは裁判手続が帯びなければならない一定の やはりよく似た困難に突き当たる。 まここで、 Rule of Law という表現を検討してみ さらにまた、 それは単なる法律 反対に、 それ は そ X 7

0 補うも 法治国と民主政の関係について言えば、 うとする際に、 か、 このような不明瞭さは、 たとえば法治国と民主政の関係につい ある の であるのか、 V はまた民主政に対するブレ 当然のことながら、 それとも民主政に代わりうるもの 法治国について何らか 重大な困難をもたらす。 法治国 1 7 キの役割を果た は民主政を を述べよ の 主張表

> か、 か、 きるのか、また、それをどのように用いることができるの が必要であり、 るからである。 治国という表現にいかなる意味を与えるのかによって変わ すものなのか、 でもなく、それについて一体なにを理解することがで 法治国という表現によって通常なにが意味され を検討することが必要となるだろう。 と い さらに、 それゆえ、 った問 法治国とはなに 概念についての分析を行うこと いに対する答えは、 か、 ではなく、 すべて、 7 V۵ 法 る ま

ない。 係か、 ことにより行動する、 ならない される場合には、 同様には両立しうるものでない、 類の考え方が、 の外部に存在するなんらかの法に従属している、 味しているのではなかろうか。 その対応語 にして自由 ところで、 あるいは とくに、 の保障が実現されうるのか、 法治国という表現 法治国は自由を保障するものであると主張 民主政の考え方や人権の考え方とそれぞれ は、 二種類の考え方のいずれにおい 国家と法についての二種類 たんに国家は法を手段として用いる という関係か、 すなわち、 ということは言うまでも および である。 を検討し 他言語に これら二 Ō なけ という て、 国 関係を意 家 お はそ n け 輿 か る

実際には、自由の保障は、いずれの考え方においても実

いのである。 法における矛盾であるか、あるいはトートロジーでしかな現される見込みはない。法治国という表現は、実は、用語

不可能な法治国

(L'État de droit impossible)

上位の法に従属する権力という考え方は、ときにプラト上位の法に従属する権力という考え方は、とくに中世末にではなく法律のみに従属するのであって、したがって自まうな体制にあっては、人々は、統治者の意思や気まぐれまうな体制にあっては、人々は、統治者の意思や気まぐれまではなく法律のみに従属する権力という考え方は、ときにプラト上位の法に従属する権力という考え方は、ときにプラト

いうことは当然ありえない。そこで、国家の外に国家に先自体固定されている法律に従っている場合に限られる。もえれば、統治者の制定する法律が、他の法律、しかもそれ者の意思を表現したものではないときに限られる。言いかもかしかしながら、このことが可能となるのは、法律が統治

その答えが否であるだけでなく、 ものー された国家ではなく、国家を構成する諸機関が法に従うと ものであるかどうかというここでの問題について言えば このような法治国理論が民主政そして自由の保障に資する ちもっとも重要なものは、もちろん、それが自然法という ものではなく国家の諸機関に過ぎない、ということになる。 上には法など存在せず、それゆえ、 もしくは事物の本性から派生した法に従うことになる。 り、それによれば、国家は、神の意図した法、または、 立って存在する法に国家が従うとするか、全体として理解 定義から明らかである。 し十分な定義、すなわち人民が主権者である体制 めなければならない。このことは、 よび民主政の理論と両立不可能でさえあるということを認 に対する形而上学的信念に依拠しているということである。 に実証主義の流れであり、それによれば、国家の外および る二種類の流れに対応している。 大まかに言って、ここで扱う第一の法治国の考え方に属: しなければならないことになる。この二種類の考え方は 自然法論の方は、いくつもの重大な困難に遭う。そのう -そしてそれは認識可能であるとされる― 主権が無制限の権力のことである そのような理論は主権お まず自然法論の流れであ 法に従うのは国家その 民主政の簡単な、 -の存在 という しか

うでなければそれは何ものでもなくなる」と言う。 いて、 の本質である。 権者が必要である」、「制限されえないということが、 れていたことである。 摘されたことであり、 両立しえないものであるということは、 者たることを止めることになるだろう。 ならば、 何事をもなしうる一つの最高権力、(…) 一人の主 上位の規則に従属しなければならない人民は主権 主権は全てのことをなしうるのであり、 すなわち彼は、「あらゆる国家に まず初めにルソーによっても指摘さ これまで何度も指 このように両者が そ お

あって、 限された権限を自然法から引き出すという考え方を受け入 理論に与する者が負うべきである、 自然法なるものの客観的存在についての形而上学的な信念 ると言えることになるにすぎない。 することになるという考えが導かれるわけではなく、 れるとしても、 に基づいているのであって、存在の証明責任はそのような に対する反駁は簡単である。 ことをやめるのだ、と反論されるのが通例であるが、これ 人民は手続的なそして形式的なルールによって主権者であ 人民を主権者として定立するのがまさに自然法なので 人民は、 そのことから人民が実体的なルールに従属 法律に従うことをやめるとき主権者たる すなわち、 と。 人民はこれらのルー さらに、 そのような議論 人民が制

法から解放された者(legibus solutus)なのである。に従って行動する限り完全な主権者であって、それゆえ、

張は、 の理論 統治しているものではなく、 う二つの考え方は両立不能であるということの白状にほ を変更しなければならないということを白状しているのに えないことは誰の目にも明らかであろう。それは、 というものである。 政を人民の多数派の意思に還元することはできず、代表者 拘束されているとされる国家なるものも、 不能なのである。主権論というのは、 ならない。実のところ、 ほかならないのである。 的な考え方、すなわち主権者人民による統治という捉え方 の主張を維持するためには、 の意思に還元することができないことはなおさらである、 また別の、 無制約でもある権力の存在を認めるものだからである。 かしそれだけではない。 それが一貫したものであるとしても、 ―民主的なそれであろうがなかろうが――と両立 同様に古典的な反論もある。すなわち、 しかしこのような反論は自滅せざるを 国家が自然法に従属するという主 別言すれば、法治国と民主政とい 人が統治しているものである。 事実においては、 民主政についての我々の古典 最高であるのみなら 必然的に、 あらゆる主権 上位の法に 法治国 民主 か

国

[家が従属するべきであるとされる法律も、

無媒介的

に理

れも価値判断、言いかえれば決断に基づく選択を伴うのでこれらの作業はいずれも人によってしかなされえず、いずされ、取り出され、そして解釈されなければならないが、解できるものとしてそこにあるわけではない。それは発見

ある。

だからこそ、広く信じられているのとは反対に、実質的だからこそ、広く信じられているのとは反対に、実質的であった。

だし明解に、 である。それゆえ、 の果てに判断を下すとしても、そのことは何も変えはしな 拘束的な、そして衡平であると考えられる長い裁判手続き のであるということを認める必要がある。 が明確な認識の対象たりうると主張することはできない 自然法を解釈する者が裁判官であって、彼らが複雑かつ 自然法が存在すると考える論者であっても、 相対的なものであり、 自然法論内部における種々の理論的対立から 自然法というものは見解に属するもの また偶然に支配されるも このことは、 その内容 け \mathcal{O}

> 理値をもつとしても、 ぎないのである。Auctoritas non veritas facit jus(真実で ところの法治国とは、それゆえ、法に従属する国家ではな 言明を表明した裁判官のもつ権威によってそうであるに過 れが真実であるということによってではなく、そのような ざるをえない。 つまり真偽判断可能な言明ではなく、 上位の法に適合するかどうかの検討は、 しても理解できることである。 はなく権威が法をつくる)である。このように理解された の論者の選好 裁判官に従属する国家である。 しかも、 -を表明したもの、によって結論を下され かかる言明が拘束力をもつのは、 たとえ自然法についての言明が したがって、国家の行為が 決断— 必然的に価値判断 ーすなわちそ そ 真

る。 東するという、ソロン しばしば、まずルールが定立され、それが次に統治者を拘 もはや自然法に従属するものとは考えられない。既存の 遵守しなければならないという仮説が、 定法にのみ従属するとされるのである。この点に関して、 る、より極端でない説を考えてみよう。そこでは、 (Lycurgue) 次に、また別種の、ときとして「実証主義的」と言われ の仮説が、 または、 (Solon) あるいはリュクルゴス 立法者は 引き合いに出され 「人権宣言」 国家は

民主政において、

統治者はほんとうに過去の実体的

ル

]

ル

これほど不確かなことはない。

に従属しているのだろうか。

おい

て、

現在の人間の意思が過去の人間の意思に従属すべ

′間の意思によって定立されたとしても′、

なぜ、

民主政に

きなのかを、容易には理解できないからである。

しかし、

ても、

これらのル

1

ルは漠然とした曖昧なテクストのなか

統治者の行為がルールに照らしてコントロールされるとし

則は、 がたい。 象なのであると考えることもできようが、しかし、 ないことになる。たしかに現時点の統治者が従っている規 まったくない、ということである。 であるとして、 とも深刻な難点は、 乜 よって拘束される国家を語ることはもはやできなくなろう。 あると考えること、そして現時点の統治者こそが拘束の対 る行為は国家自身の行為であって、 に従うのであれば、 さらに、 いぜい、 このような議論もまた、 彼らの外側にあり、 というのも、 このような制限の正当化も明解であるとは言 国家の自己制限を語りうるのみである。 それはその国家の外側に存在するわけでは やはり、 国家は自らの意思に従っているに過ぎ たとえば人権宣言のようなル 問題がないわけではない。 かつ彼ら以前に誕生したもので 統治者が従属する法が実定法 もし国家がそのル そのような法を定立す 1 もっ 法に ール ル が

一 不可避の法治国

(L'État de droit inévitable)

国家-段として、すなわち法的形式をとって行動する国家を。 の法治国は、 してはならない、 なわち一 上位の法に従って行動する国家というのではなく、法を手・ れは要するに、十八世紀にしばしば論じられたところの、 次に、 般的かつ抽象的ルー -あるいはむしろ国家の諸機関-法治国を違う意味で用い 要するに、 という考え方である。 権力構成のあり方のうち ル た場合を考えてみよう。 -の適用としてしか行 このような意味で は、 法律 規範 す 0

様な定義が一致しないのである。 らこそ、 めに用いられる基準は様々であり、 の区別をしなければならない。そしてそのような区別のた 実は、 形式的法治国あるいは実質的法治国についての多 このような法治国カテゴリー そもそもそうであるか のなかでも いくつ か

は、 権を宣言するとされるルールを尊重する義務を負う。 け正義の実質的諸原理を表明するとされるル 力はさらに内容上の命令にも従わなければならず、とりわ きに従って、 授権された権限の範囲内において、そして定められた手続 のタイプに区別することができる。 は実体的ルールにも従属するのかによって、 まず、 権力は、 権力が手続的ルールにのみ従属するのか、 上位規範によって授権されている場合にのみ、 行使されうる。 第二のタイプにおいては、 第一のタイプにあって 法治国を二つ ールや、 ある 基本 権 V

法に従属するという法治国とを区別することもできる。 というような法治国と、 のみであり、 上位規範に従属しなければならない権力は行政 立法権は主権的でい 立法府もまた上位規範すなわち憲 かなる制限にも服さな 61 権

界を尊重しているか否かについての外的統制が存在しない 第三に、 以上のような形式上の限界あるいは内容上の限

> な統制が裁判機関に委ねられているシステムとに区別でき がなんらかの上位機関によってなされる― る。 法治国と、 府が行政府を統制するといった――システムと、 統制が存在する法治国はさらに、 それが存在する法治国とを区別することができ この他者による統 ―たとえば立法 そのよう

しか存在しない。 治国についても真であるような一 法治国の多様性には実に大きな差があるため、 これらの区別はさまざまに組み合わされうるし、 般的な命題はごくわ いず れの法 現実 の

る。

小バー るいは道具として捉えられているのである。 られているからである。 示されるのは、 に ŧ ジョンにおいてさえ、 かかわらず、 それが自由と民主政を保障するものと考え あらゆる場合において、そしてその最 つまり、 法治国が望ましいものとして そこで法治国は、

キュ 律のみに、従属するということである。このような状況 自 するものであると考えられてい お ζý 曲 まず、二つの重要な理由によって、 て、 1 の考え方そのも が定義したのがそうである。 人は自然において享受する自由に比すべき自由 のに 由 来する。 . る。 第 すなわち、 法治国 一の理 たとえばモ 由 [は自由を保障 は、 法律に、 ンテス 政治的 法

らである。 ⁽¹⁸⁾ 享受する。 容がどうであれ、 可能であるため、 属しているのであれば、 すれば、 できる。 もまた間接的にその法律に従っているということになるか であるかどうかは、 重要ではない。 政治的自由は、 自然においてはその法則が固定されており 常に自己の行為の結果を予測することが 確保されるのである。 法律が固定的でかつ一般的でありさえ その機関に従うことによって、 法的安定性と同視され、 というのも、 ある機関が法律に従 法律が厳しい 法律の内 もの 認識

ある。 般的 が適用されることになる具体的な事例をいまだ知らず、 その気紛れや状況に応じて法律をより厳格にあるいは寛容 力分立が存在するのであれば、 に変更することもできない されており、 なわち、 分自身にも適用されるかも知れないということを知ってお 第二の理 か 抑圧的な規則に従属させられることを望まない る 楽観的に、 つ抽象的、 諸機関の発する命令が既存の法律の適用としてな 一曲は、 なぜなら、 立法者は自ら法律を適用することができず、 な法律を制定するに留まる、 法律は中庸を行くはずだと主張する者さ 規範の階統性が存在するのであ 法律を制定する者たちは、 のであれば、 この場合の立法者は、 言い というもので かえれば、 それが自 れ からで ば、 法律 す 権

の法律は穏健なものとなる、と。もたらす。人々は法律にしか従属させられず、しかも、そある、と。こうして、このようなシステムは二重の保障を

れ 確認されねばならない る」と述べていた。 義的な形態と考えられ」、「法は民主主義的な形態と考えら 治的な対立であるとし、その理由として、「 はないのに対し、 元で検討するならば、 方法を民主主義的方法へ変容させようとする試みを意味す とができる。 にある。 民主政について言うと、 国家を法に従属させることは、 このことはまず、想定の次元におい たとえばケルゼンは、 あらゆる民主政は法治国たるべきことが しかし両者の関係を技術的・道具的 あらゆる法治国が必ずしも民主政 法治国と民主政とは複雑 規範創設の権威主義的 国家と法との対立 国家は て理解するこ 権 な 関係 威 は 次 政

キュ 方法の如何にかかわらずそうだからである。 的 て理解しうるものである。 は たその支持を得る手段としてのみならず、 法治国 抽象的な法律による権力行使は、 法律に従うことであり、 1 の言う穏和政体や啓蒙専制は、 は、 民主政なしに存在することができる。 これらの政体におい それは法律の内容やその制定 人々の行動を紀律 完全に、 行政を統制 ては、 法治国 モンテス 自 する 由 般 ま

期ドイツにおいて実現したと考えられたのである。フリードリヒ二世によってなされ、法治国は、ビスマルクための確実で便利な方法でもある。法典化の嚆矢の一つは

ひと

った意味における自由を保障するものでは決してない

ある。 れがあるからである。 が執行権を民主的な機関に与えてはならないことの理由で な裁量の余地しか与えてはならないのである。 範の階統性の存在に緊密に依存している。 からである。 行政機関は法律の執行としてしか行動することができない においては、 すなわち、 とりわけ厳格な意味において理解されなければならない と見えるように、 反対に、 民主的機関では、 命令行為がいずれも法律からの演繹によるもの 法治国のないところには民主政はない。 人民 民主政における権力の実際は、 法律は執行権に対してできるだけ限定的 (あるいはその代表者) 厳格な執行がなされなくなるおそ この階統性は、 が法律を作り、 それゆえ、規 そしてこれ 民主政

ての一つの考え方に全面的に基づいており、 段にはならない。 て行動する国家という限定的な意味に理解されたもので あっても まず第一に、 しかし、実際には、 決して、 法治国理論は政治的自由という自由 このことには、 法治国は 自由を保障するための効果的な手 いくつかの -諸機関が法を手段とし 個人の自律と 理 由 がある。 Iについ

> ŧ, テムのみにあてはまることではなく、 知っている以上、穏健な法律を作るべく誘導されることは う理由が挙げられる。 またそもそもそのようなものたろうともしない まったくなくなる。 に従属することはなく、 ステムが民主的なものでない場合には、立法者自身は法律 なものとならないようにという保障もしない。 ということを想像しうるのである。 人民が全体のために個人の自由を制限することを望む しかも、このような仮説は他律のシス それはまた、法律がそれ自体抑圧的 法律が自らに適用されないことを 民主政においてさえ 法治国 から、 の とい

をうだとすると、法律は、一般的であり、抽象的であり、 をうだとすると、法律は、一般的であり、抽象的であり、 あった。

由の道具たるための、 でさえ、 実際のところ、 本当は保障されていない。 政治的自由は、 般性、 抽象性、 十八世紀の意味 というのも、 固定性、 非遡及性 法律が自 に お 7 7

いからである。といった性質を、法律が帯びるよう保障するものは何もな

を結び、 ように、法律が採択される際に、 は、 のような機械的な効果を合理的に期待することができるの 自身にも適用されうると考えることができる。 知らないものとされるからである。立法者は、 行に携わらないゆえ、法律が適用されることになる事例を 性を保障することになると考えられていた。 な場合に限られるのである。 限られた場合のみである。 八世紀においては、 婚姻し、また、 犯罪を犯すものと考えられるよう 権力を分立することが法律の 民法典やある種の刑事法の あらゆる人が平等に契約 立法者は、 しかし、 法律が自分 ح 執 般

い る₂₂ リー ろで現代国家においては、 てしか定義されていないとしても、 はできない。 的な法律を制定することが必要となる場合を否定すること た増大するため、 しかもカテゴリー ところが、一定のカテゴリーに属する人についての個別 に属する人を知らないということはありえない。 たとえこのようなカテゴリーが抽象的な用語によっ ルソー自身も同様の仮説を検討し、 あらゆる市民が自己に適用されうる法律 の数のみならず、立法の専門技術性もま このようなカテゴリー 立法者がこのカテゴ 承認して は増大し、 とこ

ができるなどと主張することは、もはや不可能となっていを知ったうえで自己の行動のもたらす帰結を予測すること

る。

の行為であり、 る_② が、 らげるためであろうがより厳しいものとするためであろう 上 Ų ないこともまた、言うまでもない。 立によって避けることができると主張されていたものでは ことを妨げるものは何もない。 ° ∫7 る行いなのだから。 採択された時点におけるテクストの意味を決定しようとす が解釈を含むものであることは知られている。 とっては、 るとも考えられていた。 11 の対象とされていたのは、 た。 非遡及性という性質それ自体もまたまったく保障さ ところが今日では、 執行権が立法権とは別の異なる機関に担われている以 法律を作り替えることは認められない、と考えられて 執行権には、 言うまでもなく、 さらに、 解釈の必要性はまったく存在しなかったのであ 法律は一般的であるだけでなく、 必然的に遡及的なものである。 法律を執行する段階において、それを和 法律が発効した日からその法律が解釈 立法者が遡及効をもつ法律を定める 実際のところ、十八世紀の論者に あらゆる法的テクストの適用 執行権であったのである。 そのような法律が、 権力分立によって考察 解釈は変 テクストが 明確であ 権力分 措置 n な

れた法律が適用されるのである。される日までに行われた行為に対して、そのように解釈さ

階統性というその一事をもって、本来的に実現不可能なもたは間接に法律に従属するという法治国の理念は、規範のしかし、法律の性質がどうであれ、人々がつねに直接ま

のであると言える。

ものであると主張する論者もいる。 ては、 限を与えるに留まり、下位規範が一定の内容を持つべきこ 係である。 うことによって、 るのであれば、言いかえれば、上位の機関から下位の機関 定しうるのである。 とを命じることはない。 して一定の内容を定めるべきことを命じるが、後者に ステム の授権の関係に留まるのであれば、 種類を区別しなければならない。 ケルゼンの言うように、 上位規範はある機関に対して下位規範を制定する権 由がないということは明らかである。そして、 に 前者においては、 お 77 ては、 法律にも従っていると言うことにはまっ もし法治国がたんに動態的関係に留 規範の階統性とは主として動態的 その内容は下位の機関が自由に決 やはり規範の上下関係につい 上位の規範は下位の規範 静態的関係と動 この下位の機関に従 態的 法的 に対 お ま 関 7

しかしながら、たとえ静態的関係であっても、法律への

も後期ケルゼンにおいては

下位規範の内容は上位規

的な枠組を決定するに留まり、下位の機関 port de compatibilité) 規範と規範のあいだにはたんなる両立可能性の関係 場合は-り小なり― この機関に従属することが、 践的三段論法によって導き出されるものでなければならな なのである。 てではあるが、 あれ司法機関であれ 規範は、たとえば目的や限界を定めることによって、 を必ず与えざるを得ないことは周知の通りである。 になると言うことができる。 い。この場合、 下位規範の内容は、上位規範のより一般的な内容から、 れうるからである。 に稀にしか存在しないものであり、法律は適用機関に大な に決定する権能を与える。 (rapport de conformité) として理解される。 途な従属という理想型は、 ―これがもっともありふれたものであるが ―しかしほぼ決して無ではない 静態的関係そのものが二種類の意味に 下位の機関は覊束された権限しかもたず、 方法の選択を委ね、 第一に、それは厳格な適合性 ---に対して、 しかないという場合である。 ケルゼンによれば 法律にのみ従属していること 必ずしも達成されえな しかし、 定められた限界にお また規範 このような状況は実 の内容を自 す 裁量の余地 行政機関 な 少なくと の関係 わち、 理 ζĮ (rap-上位 もの 解さ 実 の

のものであるから、と。 規範の内容は、 範の内容から演繹されるものとしては捉えられ 心臓を傷つける、 理解されるだろう。 のみなのである。 上位規範の内容に包摂されうると言いうる こうして、 なぜなら、 すなわち、 フォルスト 法の確定性は法治国の基礎そ 法の不確定性は、 ホフのあの結論が な い26 法治国 下位 \mathcal{O}

認めるとしても、 法律と憲法の両立可能性を統制しうるということをたとえ してできないのである。 認することはできる。 ける場合、 でもないだろう。行政行為が裁判によるコントロ は自由を保障するものたりえないということは強調するま 化でさえも、これらは時として法治国を強化し法律の支配 政治的自由を保障するものたりえないのである。 ことは彼にはできない。 行政の決定を実践的三段論法の結論へと還元することは決 を保障するものであると考えられてはいるものの、 般的規則に正しく包摂されたものであるかどうかを確 行政行為の裁判統制の制度化や、 裁判官はたしかに行政の決定が法律の 法律が憲法から演繹されるように計らう しかし当然のことながら、 憲法裁判官について言えば、 つ **まり、** これらのコント 違憲審査 形式をと 口 裁判官は] 実際に ル } 0) 彼が を受 制 ル 度

両立可能性のコントロールはそれだけで自由を守る性質

立法者に対して個別的な対象についての立法や遡及法の制法が立法者に対して基本権や個人の自由を守るように命じ、をによって同時に自由の保障をも確保しうるためには、憲うのも、憲法裁判官が、法律の憲法への従属を確保するこのものだと主張されるかも知れない。それはそもそも違憲のものだと主張されるかも知れない。それはそもそも違憲

定を禁じれば十分であるから、

ح

制を法治国の一要素と考えるわけにはいかず、 なるということを保障するものではない。 うるものではないのである。 範の階統性を政治的自由の保障手段とするものとして法 る、 ならないのである。 権 ものではあるが、 ないものである。 かの命令に従うことによって法律にしか従属しないことに 国理論を理解するのであれば、 ただ憲法の侵害を確認しそれに対して制裁を加えるに留 このような主張は、 の尊重を確保するため という根拠薄弱な前提に基づいているのみならず、 法治国原理が求める政治的 違憲審査制はもちろん自由を保障しうる 裁判官は創造的権力を持っておらず、 0 別個 違憲審査制は、 その根拠としては援用しえ の 方法として考えなけれ つまり違 市民がなんら 自由を保障し 自由と基本 憲審 規 査

う。

こうして、二種類の結論を呈示することが許されるだろ

こともやはり理解できる。 法治国という表現は用語における矛盾であると主張しえた のではなく、 属するとか、 法治国とは、 るものすべて法治国であるということになるからである。(%) ステムを意味するに過ぎないのであれば、 うのも、 い、という主張は、 である、 法規範のピラミッド-まず、 -すなわち法規範のピラミッド-また、 もしこの表現が、 あるい ケルゼンの主張、 このようなシステムにおいて、 自由がそこでは保障されるなどを意味するも たんに階統性の存在を意味するに留まるので ケルゼンが、一見すると矛盾したやり方で、 は、 完全に正当なものと考えられる。 「法治国」 ―に従属するという不条理な仮説を 規範が階統構造をとるというシ すなわちあらゆる国家は法治国 そこでケルゼンは、 一という表現は冗語に過ぎな が、 法— およそ法秩序た 国家が法に従 すなわ ある国家 とい ち

方もまた同様の批判に服すべきことを意味するのであろうは、アングロサクソンの法の支配(Rule of Law)の考え由を保障するものではない、ということである。このこと次に、法治国というのは、いかなる意味においても、自

取り上げていたのである。

のである。 否である。法的安定性はこれらの特質を示す法的システム 然性、 か。 しい性質を帯びるということを保障するのに十分ではな 範の階統性を実現するということは、 を保障するのだとするような考え方に対する懐疑をまさに 配という概念が用いられること自体、 における方がよりよく保障されるからである。 定義のなかに含まれており、 義するのみならず、 示しているとさえ考えることもできる。 法の支配の理論では、 あるいは独立の裁判権の存在といった一連の要素が 法律の一 規範の階統性によってそれを定 当然のことながらその答えは 般性や 抽象性、 法律がこれらの望ま 規範の階統性が自由 法治国すなわ 非遡及性、 また法の支 ち規

直接これらの結果を要求するに留まる。 現するための方法を示すものではない。 対して、法の支配の理論は結果を要求するのみでそれを実 ならない。 可能にするかどうかについては述べないのである。 るいはその他の何らかの方法が、 ると考えられる方法を採ることを要求するものであるのに 般的で、 しかしながら法の支配の考え方は、 法治国理論は 遡及効を持たない良い 一定の結果を得るために適切 法律が制定されることを 抽象的で、 別の批判に服さねば 規範の階統性、 言いかえれば、 公示され それは た であ そ あ

れは、 主張ではまったくないのである。

- (1) C. Friedrich, Constitutions and constitutionalism, Encyclopaedia of the Social Sciences, 1968
- とづいている。 $\widehat{2}$ 法的支配は、次のような相互に関連し合う諸観念の妥当にも M. Weber, Economie et Societé, t. I, p.223 et s., 「如
- されうる (…)。 任意の法が、 合理的な (…) 志向をもって (…) 制定
- 2 に制定された諸規則の体系であ(る)。 すべての法は、その本質上、 抽象的な・ 通常は意図 的
- 3 り、 る (…)。 る 『上『司』は、彼が指令を発する――したがって命令すフォァクティッシット したがって、 彼はその指令をこの非人格的な秩序に準拠させてい 場合、彼自身もまた非人格的な秩序に服従してお 合理的に典型的な合法的ヘル、すなわち
- のみ服従する (…)。 服従者は(…)仲間としてのみ、また『法』に対して
- 5 限界づけられた・ザッハリッヒな管轄権の範囲内にお この非人格的秩序によってヘルに与えられた・合理的に ることによって、ヘルの人に服従しているのではなく、 右の非人格的秩序に服従しているのであり、したがって、 3の点に照応して、団体仲間は、彼らがヘルに服従す

ものになる。 てのみ、服従の義務を負う(…)。 したがって、 合理的支配の基礎的な諸範疇は次のような

- 官職事務の継続的な・ 規則に拘束された経営。
- 2
- 3 九七〇年)十三頁以下からの引用である) の和訳は、 官職階層制の原理 (…)。」(訳者注:以上の引用部分(…) 権 限 (…)。 世良晃志郎訳『支配の諸類型』 (創文社、

443-462) もまた、Rechtsstaat を法律の統治または支配 (Herrschaft des Gesetzes) と定義する。 Diktatur ?, 1930, in Gesammelte Schriften, 1971, vol. II, p. 様に、ヘルマン・ヘラー(Rechtsstaat oder

- (∞) M. Oakeshott, The Rule of Law, in On History and Other Essays, p.129 et s.
- 4 Maija Sakslin (ed.), The Finnish Constitution in Transi tion, Hermes-Myiynti Oy, 1991, p.31 et s. Kaarlo Tuori, Four models of the Rechtsstaat, in
- 5 -1914), thèse, Paris II, ronéo. (訳者注:M.-J. Redorの博 conceptions de la doctrine publiciste française (1879 Redor, De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des Chevallier, L'Etat de droit, RDP, 1988, p.313-380; M.-J rale de l'État, Paris, 1922, 2 vol. t. I, p.293 et s.; J 士論文は、 R. Carré de Malberg, Contribution à la théorie géné 一九九二年に Economica 社より同名のまま出

- (6) *Op. cit.*, p.489.
- あるというわけではないのである。 droit と État légal とを区別するものであるようである。 のかればならず、たんに行政客体との関係においてのみそうで後者においては、行政は、常に法律に適合して行動しなけるが、と État légal とを区別するものであるようである。
- することなしにそう定められている――ということになる、 体との関係における活動か行政内部における活動かを区別 従って、この規定に示された第三共和政の憲法原則は、 律の執行」という権限しかもたないことを示すものであり、 さえも、憲法によって個別に与えられた権限の他には 定であった。この規定は、行政組織の頂点にある大統領で が「行政」をどう捉えているのかを示す、極めて重要な規 の意味は無いと評したのとは対照的に――第三共和政憲法 の「大統領は、法律の執行を監督し保障する」という規定 ように理解された第三共和政は、 行政機関の活動」と定義した よそ行政の活動は法律の執行に限られる― を、「法律の支配のもとに、法律の執行として行われる、 とカレ・ド・マルベールは理解した。こうして彼は、 ·国家と名付けるべきものであったのである。 Voir ――たとえばデュギーがこれを漠然としておりさほど (訳者注) カレ・ド・マルベールにとっては、 (infra, p.482)° 法治国ではなく、 ―しかも行政客 そしてこの 同法三条 「法 Ħ

頁注十一を見よ。 CARRÉ DE MALBERG, Contribution, tome I, p.474 et s. またと司法権──」同『現代立憲主義の制度構想』(有斐閣、関連して、高橋和之「司法制度の憲法的枠組──法の支配関連して、高橋和之「司法制度の憲法的枠組──法の支配

- —二頁によっている。 マルベールの要約・引用は、Contribution, tome I の四九一(9)(訳者注)これら⑷⑸⑸のトロペールによるカレ・ド・
- (10) 先に引用したオークショットは、それを「既知の非道 見的ルール(non-instrumental rules)は、その管轄に服 具的ルール(non-instrumental rules)は、その管轄に服 具的ルール(non-instrumental rules)は、その管轄に服 具的ルール(つまり法)の権威の承認という条件の下にの 金聡『オークショットの政治哲学』早稲田大学出版部、一 金聡『オークショットの政治哲学』早稲田大学出版部、元 加九五年、二七三頁による)。
- 公表さるべし、というような原則の総体」である、とする。Ratio Juris, 1990, p.331-339 は、「法律なければ刑罰なし、新法律は公布さるべし・明確たるべし・独立公正の裁判所にべし、司法の決定は法に適合すべし・独立公正の裁判所にいる。 公表さるべし、というような原則の総体」である、とする。公表さるべし、というような原則の総体」である、とする。

同様のものとして、F. A. von Hayek, The constitution

of Liberty, University of Chicago Press, 1960 がある。J. Finnis, Natural Law and Natural Rights, Clarendon Press, 1980 も、Rule of Law を語りうるのは法システムがうまく機能している時であると言うが、それはすなわち、り、遡及効をもたないこと

- 2) それに従うことが不可能ではないこと
- 3) それが公布されていること
- こ)それが明確であること
- 5) それが一貫していること
- ることができるようになる程度には、それが安定したものであ6)それについて人が有する知識に基づいて行動すること
- 8)規則を制定し適用する権能をもつ者には責任を問いうな規則に基づいていることの、より一般的でない規則および個別の命令がより一般的で

ること、また彼らが一貫した、そして規則の内容に適合

constitutional governmentと訳している(二七二頁)ことらに、フィニスが Rechtsstaat を Rule of Law ではなくなく法律に従属しているということが重要なのである。さいではなく、手続的な性質――をもつものである。人が人では質がはなく、手続的な性質――それは何よりもまず予見可質ではなく、手続的な性質――をもつものである。人が人ではしたやり方で法律を適用すること

だからである。 ように正義または公正が要求することがらのうちの一つ」にも注意すべきである。というのも「Rule of Law はこの

- (2) N. Bobbio, *Stato, Governo, Società*, Torino, Einaudi, 1985, p.86 et s.; von Hayek, précité, chap. 11.
- 13) J.-J. Rousseau, Lettres écrites de la montagne (2e partie, lettre 7); cf. également Franz L. Neumann, The Rule of Law. Political Theory and the Legal System in Modern Society, Leamington Spa, Heidelberg, Dover, 1986. (訳者注:参考までに、『ルソー全集第八巻』(白水社、一九七九年)における川合清隆訳「山からの手紙」の該当箇所は以下の通り。「国家ならかならず、一つの最高権力、できないというのが主権の本質です。主権は万能です。さもなければ、それは完全に無意味です」(三六五頁)。)
- Jacob, 1989. によってなされている。 14) このような反論はとりわけ、才気煥発に、L. Cohen-14) このような反論はとりわけ、才気煥発に、L. Cohen-14)
- (15) Tuori, précité.
- て主権者とは、抵抗の対象となる者のことではなく、抵抗*du droit*, trad. Philonenko, Paris, Vrin, 1979, p.202:「国家権力を制限しようとする者は、制限される権力以上の、あ権のを制限しようとする者は、制限される権力以上の、あるいは少なくとも同等の力を持たねばならない。したがっるいは少なくとも同等の力を持たねばならない。したがった。

- ;
- るものである。 となっていることから生じる内的保障のシステムに対立す権限の限界を逸脱することが不可能、あるいはたんに困難権限の限界を逸脱することが不可能、あるいはたんに困難くば権力配置のあり方により、諸機関が自己に与えられた(17) 外的統制(contrôle externe)とは、ここでは、たと
- (E) Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tubingen, J.C. B.Mohr, 1911, 2e éd., sans changement, 1923, p.5.
- 不能な状態は、不安定を作りだすからである」(三二頁)。なものであっても、慈悲深いものの測定不能な介入(予測なものであっても、慈悲深いものの測定不能な介入(予測な行動、すなわち測定可能な干渉は、たとえそれが抑圧的(20) Franz L. Neumann, supra note 13:「国家の予測可能

- (21) Hans Kelsen, La démocratie, sa nature, sa valeur, trad. Ch. Eisenmann de la 2° éd. all. 1929, Paris, Sirey, 1932. ちなみにここでのケルゼンの議論は、ルソーの主張(Contrat social, liv. III, chap. IV)を敷衍しているだけのものである(訳者注:アイゼンマンの仏訳は、二〇〇四年に Dalloz 社より復刻されている)。
- (원) Contrat social, liv. II, chap. VI.
- (24) とりわけケルゼンの場合がそうである。
- (25) 用語法は、Charles Eisenmann, Le droit administratif et le principe de légalité, *EDCE*, 1957, 11, 25 et s. による。
- (%) Hans Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen, Wien, Manz, 1979, p.208-216.
- (云) E. Forsthoff, Rechtsstaat oder Richterstaat?, in Rechtsstaat im Wandel, Munich, Beck, 1976, p.242 et s. (云) H. Kelsen, General Theory of Law and State, 1945, trad. franç., Théorie générale du droit et de l'État, Paris, LGDJ, 1997; Cf. M. Troper, Réflexions autour de la théorie kelsenienne de l'État, 1990, reproduit dans Pour

(参考)

ミシェル・トロペール論文撰(南野 森 訳

1 〈リアリズムの解釈理論〉(付・訳者はしがき)

(七〇巻三号一六七頁、二〇〇三年)

〈慣習の根拠から根拠としての慣習へ〉

2

(七一巻二号一九五頁、二〇〇四年)

〈必要は法を作る― -憲法慣習についての考察>

3

(七二巻一号八三頁、二〇〇五年)

〈憲法裁判官の解釈の自由〉

(七二巻二号六三頁、二〇〇五年)