

「法の支配」論の展開

平良, 小百合
九州大学法学部

<https://doi.org/10.15017/8280>

出版情報：学生法政論集. 1, pp.3-14, 2007-03-26. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

「法の支配」論の展開

平 良 小百合

- I はじめに
- II 学説状況
- III 司法型法秩序形成の優位？
- IV 司法型法秩序形成と「事件性」の要件
- V おわりに

I はじめに

1. 問題状況

「法の支配」とは、「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」¹と言われるように、非常に多義的な概念である。しかしながら、憲法解釈の方向性を基礎付けるものとして明示的にこの概念が使用されることがある。そのような学説状況として高橋和之²と佐藤幸治³・土井真一⁴との間の「法の支配」観をめぐる論争がある。ここでは「法の支配」という共通語が使われているもののその意味するところは全く異なる。そして、各学説の内容も、それぞれの「法の支配」観を反映して相当に異なったものとなっている。このような議論状況を前にして、本稿は、これまでの主な学説の分析・整理と問題点の考察を通して、新たな「法の支配」論の展開に向けて議論の基盤を整備することを主要な課題とする。

¹ 愛敬浩二『法の支配』再考—憲法学の観点から— 社会科学研究56巻5-6号(2005年)3頁

² 高橋の「法の支配」論については以下の文献を参照。a)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63号(2001年)1頁以下。b)同「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)127頁以下。c)同『立憲主義と日本国憲法』(有斐閣・2005年)22頁以下、271頁以下、337頁以下。

³ 佐藤の「法の支配」論については以下の文献を参照。a)佐藤幸治「自由の法秩序」佐藤幸治、初宿正典、大石真編『憲法五十年の展望II自由と秩序』(有斐閣・1998年)1頁以下、b)同『法の支配』の意義を再考する」法学教室182号(1995年)6頁以下。

⁴ 土井の「法の支配」論については以下の文献を参照。a)土井真一「法の支配と司法権—自由と自律的秩序形成のトポス」佐藤他編『憲法五十年の展望II自由と秩序』(有斐閣・1998年)79頁以下、b)同「司法審査制の理論的基層—秩序の論理と思考の秩序」法学教室240号(2000年)55頁以下、c)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134巻1号(2006年)1頁以下。

2. 「法の支配」の分析視角

これから本稿では「法の支配」について分析を試みることになるのであるが、その際にまずは、どの側面からみた「法の支配」について分析するのかを明らかにしてから議論を進めるのがよいであろう。阪本昌成は、従来の学説がこの点に関して無自覚であったことを指摘して⁵、分析視角を設定している⁶が、本稿でもこれに倣うことにする。

「法の支配」の「法」を捉える基準には「手続的な側面」と「実体的な側面」とがある。「手続的な側面」とは、「二院制のもとでの制定手続」や「独立の裁判所が『これこれ为国家の法となっている』と宣明する手続面に着眼するもの」であり、「適正手続 (due process) の思想や、二重処罰禁止の原則、さらには、司法権の独立、司法審査」などが「法の支配」の表れとして列挙される。「実体的な側面」のうち「形式的アプローチ」は、「国家の法 (実体法) が一般的・普遍的な形式をもっている」かどうかを問題とし、「実質的アプローチ」は、「国家の法 (実体法) がある実質・中身を満たしている」かどうかを問題とする。

その上で、阪本は「実体的な側面こそが最大の論争対象だ」として「実体法上の特徴を突き止める」ために「形式的アプローチ」を選択し、法の一般性・普遍性こそが「法の支配」における「法」の属性なのだと主張している⁷。

3. 検討の方法

しかしながら、本稿においては、「実体的な側面」に正面から取り組んで答えを出すだけの準備はまだできていない。そこで、先に言及した高橋vs佐藤・土井論争を素材に、主に「手続的な側面」を検討の対象として、「法の支配」について考えてみることにしたい。

また、「手続的な側面」の内、ここでの検討の対象を司法に関する諸問題に限定したい。「法の支配の中核を担うのは裁判所」⁸であり、また、『『司法』への問いは同時に『法の支配』に対する問いなのである』⁹とされているように司法に関する諸問題と「法の支配」論の間には密接な関係がある。

叙述の順序としては、まず、これまでの「法の支配」に関する学説状況を振り返り、学説間の対立の原因はどこにあり、また、「法の支配」論争を理解するポイントはどこにあるのか、論争の実質を明らかにする。そして、さらに「法の支配」に関する議論を深めていくためにこれから検討していくべき課題の提示を行う (II)。

⁵ 阪本昌成『法の支配 オーストリア学派の自由論と国家論』(勁草書房・2006年) 191頁 (脚注202)、199頁 (脚注210)、201頁 (脚注216)。

⁶ 阪本・前掲注5) 196頁以下。

⁷ 同様に「法の支配」について形式的理解をとるものとして長谷部恭男「法の支配が意味しないこと」同『比較不能な価値の迷路—リベラルデモクラシーの憲法理論』(東京大学出版会・2000年) 149頁以下がある。

⁸ 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法 I [第4版]』(有斐閣・2006年) 6頁 (高橋執筆)。

⁹ 宍戸常寿「司法権と裁判所」山内敏弘編『新現代憲法入門』(法律文化社・2004年) 332頁。

続いて、Ⅱで提示した課題のうち一部をピックアップし、その課題が有する意味を確認した上で、日本の司法制度の現状をどう捉えるか、「法の支配」論と密接に関連する日本国憲法上の司法権に関する論点についてどのような解釈をとるのが望ましいのか、といった観点から考察を行い、本稿の立場を明らかにしておきたいと思う（Ⅲ、Ⅳ）。

Ⅱ 学説状況

1. 高橋和之の「法の支配」

(1) 概要

高橋によると、「法の支配」とは、『人の支配』に対する概念で、人によるその場その場の恣意的な支配を排除して、予め定められた法に基づく支配によって自由を確保することを目的とする」と定義される。そして、自由を確保するためには、「自由を保障するような内容の法（正しい法）の制定」と「法の忠実な執行」とが要請される。また、「政治を法に従わせて法の支配を実現するには、政治領域で展開される諸活動を法の言語に翻訳し、法領域に移し替えて補足する必要」がある。政治領域では、権力分立（抑制・均衡）と国民主権によって正しい法の制定の実現が、法領域では、立法権、執行権、司法権の分離、さらに、「法の段階構造」を通じて法の忠実な執行の実現が図られる。すなわち、「日本国憲法においては、基本的には『憲法→法律→命令（政令・省令、規則）』という段階構造が形成されている。それぞれの法形式は法定立機関の違いに対応しており、下位の法形式を上位の法形式の『執行』と捉えると、法定立機関と法執行機関が分離されていることが重要である。そして、下位の法形式が上位の法形式に違反していないかどうかを、中立的な第三者としての裁判所が審査することにより、法の支配の実現が期されている」¹⁰。

このような「法の支配」の分析枠組みは、日本国憲法が国民主権を採用したことに鑑みて、フランス的な国民主権モデル¹¹を基礎としている。国民主権モデルの下では、立法権についての事項的限定は不要なので、立法権の定義にあたっては、その権限の行使対象を考慮する必要がなく、その行為の法的性格のみに着目することが可能となるため、それに対応して行政権の定義、司法権の定義についても法的性格のみに着目すれば良く、上記のように権力分立の分離の側面を法領域のみにおいて考えることができるのである。

¹⁰ 以上の説明は、高橋（2005c）22頁以下、271頁以下、337頁以下を要約したものである。

¹¹ フランスは大革命において国民主権を確立し、これを基底に独自の「法の支配」を生み出してゆく。ルソーの定式に従って、法律は「一般意思の表明」と観念され、事項的制限には一切服さず、憲法を始原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観念され、その活動には常に法律の根拠が必要とされる。司法は、民刑事の事件に限定されていたために、行政が法律に従っているかどうかは、当初は裁判的統制には服さなかったが、行政の諮問機関としてのコンセイユ・デタの中の「訴訟部」が、のちに行政裁判所として確立され、これが行政の「法律適合性」（*légalité*）の審査をする体制が確立する。（高橋（2001a）8頁参照。）

(2) 分析視角を用いた整理¹²

阪本の分析視角により高橋の論考を整理すると、まず、〈実体的側面における実質的アプローチ〉すなわち、実体法がある実質・中身を満たしているかどうかを問題とする局面において、「ある実質・中身」として「自由を保障するような内容」であることを要求し、〈手続的側面〉すなわち、法の支配を実現する手続を問題とする局面においては、その実現が行われる場面として、政治の領域における複数の機関間の抑制と均衡、国民主権原理、法の領域における権力分立、法の段階構造が挙げられている。なお、〈実体的側面における形式的アプローチ〉については、意識されていないようである。

2. 佐藤幸治の「法の支配」

(1) 概要

佐藤は、日本国憲法発足当初、自由の法秩序を象徴するものとして光彩を放った英米法的な「法の支配」¹³という言葉が輝きを失い、「法治国家」という言葉と互換的に使用されるようになった状況を問題視し、言葉の盛衰の裏に何が進行していたのか、ということに関心に向け「法の支配」の意義を再考している。そこでは、「法の支配」と「法治国家」とが意識的に対照されている。「日本国憲法上の原理・概念としての法治主義と法の支配は、別異に構成せず、共通のものとして構成する方がよい」¹⁴という意見に対して、日本国憲法はもとよりドイツの憲法そのものではないし、英米の憲法そのものでもない、しかし、にもかかわらず、日本国憲法がどのような法秩序形成観に軸足を置いていると解するかは、憲法解釈論において重要な意味をもっていると述べ、「法の支配」と「法治国家」の法秩序形成観の差異に注目した土井真一の論考¹⁵を援用して、この二つの概念を比較している。

まず、「法の支配」の法秩序形成観については以下のように論じられる。国民が権利・自由を侵害されたと考える場合、その国民は、相手方が何人であれ、対等の立場で、公正な手続の保障の下で、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るということ、その判断は、あらかじめ存在するとされる法源と権利・責任の決定と入念な推論に基づく結びつけを伴って行われるということに、コモン・ローが「法の支配」の理念の品質証明といわれるゆえんがある。つまり、R. ファロンによって理念的に

¹² 阪本の枠組みに高橋・佐藤・土井の「法の支配」論の構造を厳密に一对一で振り分けることは、各論者にあつては分析視角ごとの明確な位置づけがされていないため難しい。ここでの当てはめは、議論の構造を見やすくするためにこのような整理もできるのではないかとの試論である。

¹³ 英米法的な「法の支配」の特徴としては、「コモン・ローの伝統、司法の高い制度的地位、行政官僚組織に対する議会の優位など」があげられる。(土井(1998a) 110頁。)

¹⁴ 高田敏「法治主義と法の支配」覚道豊治先生古希記念『現代違憲審査論』(法律文化社・1996年) 41頁。

¹⁵ 土井(1998a) 102頁以下。

4つに大別された「法の支配」の「法」の捉え方¹⁶のうち、リーガル・プロセス的理念型を重視している。ここから「法の支配」の理念は、「超越論的な上からの法秩序形成観」とは異質であることが強調される。土井はこのような法秩序形成を「司法型秩序形成」と呼ぶ。

次に、「法治国家」の法秩序形成観については以下のように論じられる。「法治国家」は、多様かつ無秩序な人間の集合に対し、単一にして不可分の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・統一的な秩序体であり、そこでは、演繹的に実現すべき理念的原理の論理体系と能動的で画一的な執行組織が前提とされている。観念的・演繹的な思惟によって形成される知のヒエラルヒーが統治システムのヒエラルヒーへと転写され、秩序形成の基底を形成するもので、それはいってみれば全体性・組織性・能動性を備えた「垂直下降型の秩序形成」であり、「行政型秩序形成」と親和的である¹⁷。

(2) 分析視角を用いた整理

では、この議論を、阪本の分析視角を用いて捉えなおすとどのようになるであろうか。まず、〈実体的側面における実質的アプローチ〉においては、「ある実質・中身」として、リーガル・プロセス的理念型の i ~ iv（参照：注16）に対応する内容を要請しているといえよう。そして、これらの要請の実現が行われる〈手続的側面〉として司法の場が重要視されている。

3. 高橋・佐藤論争の実質

(1) 批判と応答

上記のような佐藤の「法の支配」観からすると、高橋の「法の支配」観について次のような指摘がなされる。高橋の「法の支配」論における「執行」概念は、「徹底した法の段階構造を基盤として」おり、『『垂直下降型の秩序形成』と親和的である』。そのような「徹底した理論的な法の段階構造の図式によるならば」、『『憲法から流出する法律、政令、省令、通達……個別的行政行為にいたるまで、一貫した予定調和的無謬性』¹⁸の想定という轍を

¹⁶ ①歴史主義的理念型、②形式主義的理念型、③リーガル・プロセス的理念型（「法の支配」に必要な「法」の要請として i 法規範の展開・適用における手続的公正さ、ii 法観念と合理性との（推定された）内的結びつけ、iii 承認され、あらかじめ存在する法源と個別的事件における権利・責任の決定との入念な推論に基づく結びつけ、iv 立法的・執政的・行政的決定者による手続的公正さと理性的検討を保障するものとしての司法審査、をあげる。）、④実体的理念型（Richard H. Fallon, Jr., “The Rule of Law” as a Concept in Constitutional Discourse, 97 Columbia Law Review 1 (1997) at 10-24 ただし、ここでの引用は佐藤（1998 a）21頁からのもの。それぞれの理念型の詳細についても同書を参照。）

¹⁷ 以上の内容は、佐藤（1998 a）1頁以下を要約したものである。

¹⁸ この部分は、松下圭一『市民自治の憲法理論』（岩波書店・1975年）18頁から引用されている。

ふむことにならないであろうか」¹⁹。

これに対する高橋の回答は以下の通りである。第一に、そもそも「法の支配」の問題は法秩序形成ではなく法秩序維持に関連した問題である。すなわち、法の解釈・適用は、適用すべき既存の法の枠内（これが裁判官を手続的のみならず実体的にも拘束する）での法形成であって、法の支配の理念は、法の枠の維持にこそある²⁰。

この点に関しては、指摘しておきたいところがあるが、後ほど他の問題との関連において検討することにする（→IV）。

第二に、法の段階構造を強調したのは、「下位規範が上位規範に根拠をもたねばならず、段階構造を形成する法形式間には効力の上下関係があり、下位の法形式は上位の法形式に違反することは許されない、このような構造を形成することによって法の支配の制度化が行われているということを示すためにすぎなかったのであり、ここから下位規範の無謬性が生じるなどということはない」²¹。

第三に、土井の行政型／司法型法秩序形成の区別を制定法主義／判例法主義の区別とパラレルに捉え、さらに、制定法主義の中に国民主権モデル／立憲君主政モデルを区別して、立憲君主政モデルが行政型法秩序形成と親和的だとするならば異論はないが、高橋の「法の支配」は国民主権モデルで捉えられたものである。なぜ、司法型法秩序形成モデルの方が国民主権モデルの法秩序形成（立法型法秩序形成モデル）よりも良いとされるのか、問題が残る。そして、二つの法秩序形成のあり方は、いずれが良いかという問題ではないし、いずれを選ぶという問題でもない²²。

(2) 論争の検討

そこで再び、佐藤の議論を見直してみると、司法型法秩序形成を格別視するものの国民主権の働く場である「政治のフォーラム」もまた重要なものとして位置づけている²³。二つの法秩序形成のうちどちらかを二者択一で選択しなければならないと捉えているのではないことは、両者に共通している。ただ、そのどちらをより重視するか、という問題を高橋が「法の支配」論の枠組みの段階においては問題とせず、立法政策の問題だとするのに対して、佐藤は枠組みの段階から考慮に入れて議論を組み立てている点に違いがある。

彼らの議論の差異は、そもそも「法の支配」という語を捉えるときに、佐藤・土井が英米法的意味での「法の支配」(rule of law)／高橋がフランスの法律適合性原理としての「法の支配」(légalité)という異なったものをスタート段階で基礎にすることに端を發し

¹⁹ 佐藤（1998 a）28頁。

²⁰ 高橋（2001 a）14頁、29頁（脚注25）。

²¹ 高橋（2001 b）141頁。

²² 高橋（2001 b）131頁。

²³ 佐藤（1998 a）58頁以下。

ている。佐藤は「高橋理論にあつては『法の支配』が出发点とされ、そこに大きな魅力を感じる」²⁴と述べているものの、それぞれの「法の支配」という語が意味するところは大きく異なる。そしてさらに、先程、分析視角を用いて整理したそれぞれの「法の支配」論の構成を対比してみるとよく分かるのであるが、分析の各レベルにおいて設定する検討課題もまた全く異なっている。これでは両者の議論がかみ合うことは考えられず、高橋と佐藤との間の「すれ違い」²⁵という表現はまさに核心をついたものである。

このような議論状況を前にして、さらに日本国憲法上の「法の支配」について議論を深めるにはどのような方法が考えられるであろうか。第一に、上の議論ではほとんど触れられていない〈実体的側面における形式的アプローチ〉からの検討を進めることである²⁶。第二に、分析の各レベルにおいて設定する検討課題の選択の妥当性を問題にする余地がある（例えば、先の4つの理念型のうちリーガル・プロセス的理念型を最も重視するのが妥当か、など）。その選択に既に論者の立場が反映されており、それがそのまま各論者の描く「法の支配」の全体像に現れてきている。第三に、各自の「法の支配」論から導き出される具体的帰結（例えば、行政権概念の捉え方、司法権概念の捉え方、またそれらに伴う諸論点）の違いの妥当性を検討してみることが考えられる。第四に、行政型秩序形成、司法型秩序形成、立法型秩序形成のいずれを優先するかという問題を（議論のどの段階でおこなうかは別として）検討することである。本稿では、これから第三の問題のうち司法権概念の捉え方の問題に伴う「事件性」の要件に関する問題（→Ⅳ）と第四の問題（→Ⅲ）をとりあげて、「法の支配」について議論を深めるべく考察を試みることにする。ここで、「事件性」の要件に関する問題を取りあげるのは、「事件性」の要件と司法型法秩序形成の特殊性とを結び付けて、「事件性」の要件を再構成する見解（土井）があり、先ほど示しておいた疑問点（「法の支配」は「法秩序維持」の問題か「法秩序形成」の問題か？）と関連性を有していると考えられるからである。

Ⅲ 司法型法秩序形成の優位？

佐藤・土井の「法の支配」論にあつては、立法型法秩序形成も重視しなければならないとの配慮はされているものの、司法型法秩序形成はなお一層重要視されている。彼らが英米法的な「法の支配」観をとっているのがまず理由の一つであるが、この背景には、「国民の『お上』依存の体質」²⁷を克服しようという司法制度改革を見据えた極めて実際的な考

²⁴ 佐藤（1998 a）48頁。

²⁵ 高橋（2001 b）131頁。

²⁶ 阪本・前掲注5）200頁以下は積極的な理由付けをもってこのアプローチを採用している。

²⁷ 矢口洪一『最高裁判所とともに』（有斐閣・1993年）137頁。

慮が働いていることには注意しておく必要がある²⁸。佐藤が、国民に対して、その「統治客体意識」を厳しく批判している²⁹ことを指して、佐藤の「法の支配」論こそ「上からの憲法秩序形成観」に基づいたものではないかとの指摘³⁰がなされていることは重要である。

また、日本には司法型法秩序形成の優位を貫くだけの土壌がないということにも留意しておかなければならない。毛利透は、「法の不安定化」に対する覚悟と司法制度の整備の必要性を説く。司法型法秩序形成に本来適合的な憲法判断の方法は、個別措置自体の合憲性を審査する適用審査であるが、適用審査によって法律の規律範囲は明確にならないから法の不安定化が起こるのである。司法型法秩序形成の優位を目指すならば、『法秩序は具体的諸判例が形成していくのだから、権利が侵害されたと思う人はどんどん訴訟を起こさない』といっても、あまりに空虚に響くだけ³¹だという日本の現状は、大きな壁となる。

IV 司法型法秩序形成と「事件性」の要件

1. 「事件性」の要件とは

憲法76条1項は、「すべて司法権は最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する」と定める。司法権の意義を考えるにあたっては、形式的意義と実質的意義とが区別され、司法権を機関に着目して捉えた形式的概念では、76条1項は、同語反復となってしまいうため、実質的意義が問題とされる。実質的意義においては、「一般に、司法権とは、具体的な争訟について、法を適用し、宣言することによって、これを裁定する国家の作用」³²であるとの定義が受け入れられてきた。この定義によると、司法権の発動には、具体的な争訟、つまり、「事件性」の要件の充足が必要とされている。「事件性」は司法権発動の要件となり、司法権の範囲を画することになるものと解されるが、実質的意味の司法＝具体的な事件の法的解決の作用が「法律上の争訟」の裁判と同義であるとされてきたために、「事件性」の要件は、憲法上の司法権に即して追求されることはなく、むしろ、それは、裁判所法上の「法律上の争訟」性（裁判所法3条1項）の問題として考察されることになった³³。そして、「法律上の争訟」は、「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、且つそれが法律の適用によって終局的に解決すべきもの」（最判昭和28年11月17日行裁例集4巻11号2760頁教育勅語失効確認決議事件）で

²⁸ 司法制度改革と法の支配との関係について田中成明「日本法の行方」同『法への視座転換をめざして』（有斐閣・2006年）75頁以下（初出は2005年）。また、司法制度改革審議会意見書（2001年6月12日）には佐藤の法の支配論が大きく影響している。

²⁹ 佐藤（1998 a）61頁。

³⁰ 愛敬・前掲注1）27頁。

³¹ 毛利透『法治国家』から『法の支配』へ』法学論叢156巻5・6号（2005年）348頁以下。

³² 清宮四郎『憲法I〔第三版〕』（有斐閣・1979年）335頁。

³³ 南野森「司法権の概念」安西文雄他『憲法学の現代的論点』（有斐閣・2006年）179頁以下。

あるとされている。

以上のような司法権の意義に関する通説的見解が「事件性」の要件を要求していることは、権力分立との関係でみると次のように説明される。司法権の定義が「事件性」の要件を要求するのは、従来の権力分立論においては、まず、「法定立と法執行を区別し、立法権とその他の権限の区別をこれに対応させて理解しようとする見解」が一般的であり、「この二分論を基礎とする限り、行政権と司法権は法を解釈して執行する作用という点で共通しており、作用の性質に着眼して本質的に区別しえないことから、その区別は歴史的に形成された司法権における具体的事件性の要件によるしかない」と理解されてきた³⁴からである。

このように通説的見解では、理論的な意義付けがなされてきたとはいえない「事件性」の要件を「法の支配」との関係から再構成し、「事件性」の要件を司法権の概念要素としなければならないのか否か、という問いに理論的に答えようとする試みが現在なされており、それがここでの検討対象である。

2. 「事件性」の要件の再構成

(1) 高橋和之³⁵

高橋は、権力分立を「法の支配」の制度化とする理解を前提に、司法権を「適法な提訴を基礎に、法の解釈・適用に関する争いを、適切な手続に従って、終局的に裁定する作用」と定義づけ、そこから「事件性」の要件を外す。司法権発動の要件となり司法権の範囲を画す、という「事件性」の要件が従来果たしてきた機能は、憲法32条の裁判を受ける権利の問題として考えれば足りる。実体的権利が侵害された時には当然、裁判を受ける権利が認められるが、実体的権利を創設することなく、裁判を受ける権利を充たすために提訴権のみを法律で認めても、憲法の定める権限分配違反の問題は生じず、立法政策の問題となる。

(2) 佐藤幸治³⁶

佐藤は、司法権の独自性を「公平な第三者（裁判官）が、関係当事者の立証と推論に基づく弁論とに依拠して決定するという、純理性の特に強く求められる特殊な参加と決定過程たる」とあり、これに最もなじみやすいのは、「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」であるとする。こうして司法権における「事件性」の要件は、通説的見解のように歴史的な理由

³⁴ 土井（2000 b）56頁。

³⁵ 高橋（2001 a）9頁以下。

³⁶ 佐藤幸治『現代国家と司法権』（有斐閣・1988年）57頁。

ではなく理論的に位置づけられ、その存在が重視されることになる。

(3) 土井真一³⁷

土井は、『司法権』の観念の理解において、具体的事件性の要件と司法の制度的・手続的原理の結合が必要となるのは、①当事者の具体的権利義務の確定とその実現、当事者に対する適正な手続保障、③具体的事実関係を基礎とすることにより得られる経験的な合理性、④先例拘束性の法理による法形成の安定性と柔軟性の調整、などの司法型秩序形成の特質を明確にしようとするからであると分析し、「司法権は制定法の画一的な執行作用に限定されるのではなく、一つの合理的な秩序形成過程として理解されるべきものであり、具体的事件性の要件は、司法型秩序形成の正当性とその限界を示すものとして、再構成」されるべきだとしている。

(4) 検討

土井のように「事件性」の要件を司法による法秩序形成の正当性とその限界を示すものと意義付ける見解に対して、高橋は、「司法の法秩序形成を強調するから、その正当化のために事件性の要件が不可欠となっているのである」とした上で、「事件性の要件を課したからといって、司法による法形成が正当化されるわけではない」とする。そして、「司法による法形成の正当性は、事件性から来るものではない。憲法が司法権を認めたことに内在しているものであり、憲法自体による授權から来るべきものなのである」としている³⁸。

この対立を考察するために、まず、先ほど残しておいた論点からみていきたい。高橋が、そもそも「法の支配」の問題は法秩序形成ではなく法秩序維持に関連した問題である、すなわち、法の解釈・適用は、適用すべき既存の法の枠内（これが裁判官を手続的のみならず実体的にも拘束する）での法形成であって、法の支配の理念は、法の枠の維持にこそある、とする点である³⁹。

(a) 法秩序維持か法秩序形成か

高橋は、「法秩序形成」を「既存の法の枠の変更」として捉えているようであるが、佐藤・土井の言う「法秩序形成」は、「既存の法の枠内での法形成」をも含むものとして捉えられているように思われる。

「法秩序形成」を問題とする際に、「既存の法の枠の変更」なのか「既存の法の枠内での法形成」なのかという区別をすることは重要である。「既存の法の枠内での法形成」では、

³⁷ 土井（2000 b）58頁、土井（1998 a）120頁。

³⁸ 高橋（2001 a）17頁。

³⁹ 高橋（2001 a）14頁、29頁（脚注25）。

あくまでも制定法が優先し、それは通常の民事・刑事・行政事件の判決においてなされる。他方で、「既存の法の枠の変更」ということは、立法者の判断を覆す、ということであり、それは違憲審査における法令違憲判決においてなされるものである⁴⁰。このように考えると、裁判所は、枠を変更するよりも枠内で法形成をする方が圧倒的に多いのであるから、「既存の法の枠内での法形成」を含んだ意味での「法秩序形成」を起点に法の支配を論ずるのは、何らおかしいことではないと言える。

(b) 司法による法秩序形成の正当性

では、「事件性」の要件を司法型秩序形成の正当性とその限界を示すものとして、再構成する土井の見解はどのように評価できるであろうか。

確かに、司法による法秩序形成によって「第三者に影響を与える限り、不当なことには変わらない」⁴¹という指摘はもっともなものだと思われる。しかし、司法による法秩序形成の限界を示すものとして、「事件性」の要件を「法の支配」との関係で意義づけることは、実体的権利を有しない者に提訴権を認めるか否かを立法解釈の問題としてしまう高橋の見解よりも、日本国憲法の司法権概念の解釈としては妥当であると思われる。

法の枠を突き崩すこととなる違憲審査の場面では、さらに別の考慮をしなければならない。いわゆる「違憲審査制と民主制」の問題である。この問題について本稿では、詳細な検討をすることはできない。ただ、本稿の問題意識との関連において、「事件性の要件に代表される私権保障・私的紛争解決型の司法観を維持することは、『司法審査と民主主義の矛盾』の緩和にとって重要な意味を持っている」⁴²という指摘がなされていることは、「違憲審査制と民主制」の問題を考えていく上での一つの考慮要素となるであろう。

V おわりに

これまでの議論状況において、「法の支配」という概念は、英米法に由来する「法の支配」とフランス法に由来する「法の支配」、さらには「実質的法治国家」という概念とがしばしば渾然一体として使用されてきたことにより非常に多義的なものとなっていた。そこで、

⁴⁰ 田中英夫「判例による法形成」『法形成過程』（東京大学出版会・1987年）18頁（初出は1977年）も同旨を述べるものと思われる。すなわち、「通常の法分野においては、裁判所による法形成は、立法部が別段の意思表示をしない限り有効だという意味でtentativeな性格をもつ（既存の法の枠内での法形成）。これに対し、裁判所による憲法解釈は、裁判所が自ら先例をくつがえさない限り、「国権の最高機関」である国会によっても変更されない。憲法判例の示したところは、憲法改正という手段によってでなければ変更されえないのである（既存の法の枠の変更）」。括弧内は引用者による。

⁴¹ 高橋（2001a）17頁。

⁴² 市川正人「違憲審査制と民主制」佐藤他編『憲法五十年の展望Ⅱ自由と秩序』（有斐閣・1998年）318頁。

本稿では、まず各論者が何を前提として議論を始めているのかを今一度確認することから始め、それぞれの「法の支配」論の構造を整理した。そして、それを基に「法の支配」論をより一層深めるために必要と思われる検討課題を抽出し、そのうちの一部について考察を行った。これにより、従来の各学説がいかなる法秩序形成過程に重きをおくべきかを選択し、あるいはその選択を避けようとしているのか、また、未だ十分な検討がなされていない側面はどこか、日本国憲法上の司法権に関する論点の具体的な帰結の差異はどのように現れてくるのか、等が明らかになったことと思う。加えて、本稿が望ましいと考える方向性を示してある。

「法の支配」は、捉え方によっては統治機構論全体について憲法解釈のベースともなり得るべき概念である。そして、いくつかの検討課題を提示しておいたように様々な角度からのアプローチが可能である。本稿においては、関連する周辺問題の考察を通して、「法の支配」とは何か、という核心問題に近づき、議論を前に進める端緒をつかもうと試みてきた。今回は、提示した検討課題のうち二つの課題にしか検討が及ばず、残された問題は多い。「法の支配」とは何か、という大きな問いに対する解答を得るために、それぞれの課題毎にいかなる立場をとるのかという点を明確に意識しながら、議論を積み重ねていかなければならない。