

法の支配について

平 野 仁 彦

目 次

はじめに

1. 「法の支配」

2. 法とは何か

3. 法の確定性

おわりに——ノイラートの舟

はじめに

丁寧にご紹介いただき有難うございました。

講義を始めるあたり、まずお詫びから述べさせていただかなければなりません。定年を迎え、法学部において最終講義として特別な位置づけが与えられている講義であるにもかかわらず、今期の多忙と私の力不足によりましてそれなりの準備をすることができませんでした。そのためこの最終講義は、単に学部科目「法哲学」の最終回であるにすぎません。

しかしそうではありましても、法学部において、何日も前から存心館前に大きな看板を出していただき、この講義のために様々な準備をしてきてくださいました。気分が改まり高まるのを抑えることはできません。4単位科目30時限目の最終回ですが、例年とは異なり、法哲学的問題に関する私なりの考えを少し講義まとめに入れさせていただきたく思っております。このように貴重な機会を設けて下さいました法学部長徳川先生をはじめ法学部同僚の先生方、そして法学部事務長西田さんほか事務室スタッフ

の方々にもまずもってお礼申し上げたいと思います。有難うございました。

さて講義ですが、レジュメ冒頭に書いています通り、「法の支配」を手がかりに、これまでの講義内容をまとめ、法の支配を成り立たせる法の基本概念を明らかにした上で、先週の講義で取り上げた懐疑論に対し、3つのハードケースをもとに若干の応答を試みたいということでもあります。それらが、幾つもの糸を手繰り寄せるようにして、法哲学が問題にする、法の全体像と根幹の解明にいかばかりかでもつながるところがあれば幸いです。

1. 「法の支配」

最初に「法の支配」の概念について一応のまとめをしています。

ダイシー (Albert Dicey, 英国 1835-1922) によると、「法の支配」とは、通常の法の絶対的優位、法の前平等、および憲法の一般法原則の重要性を意味するとされました。コモンローの伝統が強く反映された概念説明になっていますし、20世紀に進展した行政福祉国家の法に適合的でないなど批判もあるところですが、「法の支配」概念の原型としてはよく引用されています。

その後さまざまな議論を経て、現代法における「法の支配」については、形式的意味と実体的意味に分け、以下の諸点を指摘しておくことができようかと思えます。

なお、ここでは英米法の「法の支配」(the rule of law) と大陸ドイツ法の「法治国家」(Rechtsstaat) の理念に大きな違いはないものとして考察を進めたいと思えます¹⁾。

1) いずれの概念も法による統治であることを一次的な意味内容とする。差異が生じるのは統治にかかる三権の関係と国家の位置づけにおいてである。例えば、高橋和之「司法の観念」(樋口陽一編『講座憲法学6』日本評論社、1995年)；佐藤幸治「自由の法秩序」

1) 形式的意味

形式的意味における「法の支配」は、「人の支配」や「政治的支配」に対する観念であり、「法」による支配であるという点に重きがあります。その含意は次の4点に見ることができましょう。

① 正統な法による支配。支配が正統な法によるものであること。正統な法とは何か直ちに問われることとなりますが、この点は次の2.で検討します。ここでは、法の正統性に実体的な意味と手続的な意味の両面があること、そして、実体的な意味においては立憲主義の問題と密接に関係するということだけ言っておきます。

② 法の確定性。法による支配であるためには、一定内容の法がそこにあるという状態でなければなりません。誰の目にも明らかな仕方で法があるということ。法を扱う人によってその意味内容が違ってくるといような不確定なことでは法による支配だとは言えないからです。CLSの懐疑論が指摘する、自由主義法の不確定性はこの点に関わっています。法の支配が可能であるためには、法が一定程度確定的なものであることが必要です。それによってこそ、秩序を維持し、法的安定性を確保すると同時に、人々に予測可能性を与えて、法に従った生活、秩序だった社会活動を可能にすることができるからです。それが法の支配の意味合いになります。

③ 法システムの自立性。法が自立的なものであることも法の支配の重要な含意です。そしてそれは、以前の講義で説明したように、法の支配の前提条件でもあります²⁾。法による支配がなされるためには、法が予め確定的なものとして存在することとともに、法の運用がシステムとして自立的に行われうるものでなければなりません。法の運用が自立的になされず、何か他のシステム、例えば政治のシステムあるいは経済のシステムに

↘(同ほか編『憲法五十年の展望Ⅱ』有斐閣、1998年)など参照。

2) 講義「法哲学J」では「I. 法の一般理論」のうち、「法システムの自立性」をテーマとする回に、法システムが自立的なものであるというのはどのようなことを意味するかを、法システム概念、法的規制のトリレンマ、およびプロセス化と自己制御という3項目の下に、社会システム論が説く法システムの autopoiesis 性について説明した。

依存するということになると、それは法の支配ではなく、政治的支配、経済的支配になってしまうからです。法の支配が可能であるためには、法独自の規範資源と法の論理によって運用されなければなりません。それをシステム論では法の自己準拠性、法の autopesis 性と言っていました。そして、この「法システムの自立性」が、統治機構としての三権分立、立法の優位、司法の役割へと具体化されます。法が支配するためには、正統な手続を経て構成された立法機関において法が定立されること、定立された法を執行する行政機関があること、また定立された法を適用する形で紛争を解決する司法機関があること、そして、それら三権が法の支配の下で互いに公正なバランスを保つことが求められるのです。

④ 公権力規制。したがって、法が支配していると言えるためには、法の定立や執行・適用に関わる公権力機関が法に従い、法の規制を受けて法により委ねられた権限を法の枠内で行使するということが行われなければなりません。つまり、まずもって公権力機関が法を守るということ。公権力機関による法順守の要請が、権限濫用の防止、法律留保の原則、適正手続の保障など、実定法学上の重要な原則につながってきますし、守るべき法の頂点に憲法があることからすると、法の支配のこの側面が立憲主義にも関係してきます。

以上4点が法の支配の形式的な意味ということになりますが、法システムの自立性および法の確定性との関わりでは、正統な手続を経て法が定立されることが第一に重要なこととなります。しかし、手続さえ践めばどんな内容の法でもいいのか、どんな内容でも一旦定立された法を執行することが法の支配になるのか、です。「悪しき秩序も無秩序に優る」という点からすれば、いかに道徳的に見て問題があると思われる立法でも、秩序維持には役立ち、一定の規定性をもつ面があることは否めません。しかしそれが政治的支配における権力の横暴、制定法の偏り、多数者の専制といった問題を生じてくると話は異なります。法の支配の観念は、今日、どのような内容の法でも許容しているわけではありません。歴史的に形成され共

有されてきた法の内容の問題が、次の実体的意味での法の支配の観念に関わっています。

2) 実体的意味

法の支配は、その実体的な意味合いにおいて、いわゆる「人の支配」として言及される賢慮の支配あるいは専断の支配に対比して論じられます。後者は、良い意味でも悪い意味でも、人が法によらず自分の判断で権力行使をするといずれにしても危うい面があるということを示しています。賢慮の支配からすれば、法の支配は次善の策ということになりますが、法の支配の観念、つまり公共的な規準としての法の観念には、これまでの人間の歴史的経験の中で組み込まれてきた、次のような実体的な意味合いが含まれています。

① 基本的人権の制度的保障。法の中身の問題ということになると、基本はリベラルということになるかもしれませんが、憲法上保障されてきている基本的人権が、国際法でも各国共通の標準的法制度の基盤になるべきものと見なされてきています。憲法的基本権には身体的自由、精神的自由、経済的自由など様々な人権が含まれます。そうした自由が法の下で平等に保障されるということ、それが法の支配の実体的内容になっていると考えられます。

憲法上保障される基本権の中でも、特に今日重要視される自己決定権は、公共の福祉の制約の中で保障される幸福追求の自由であり、法の支配の枠組の中で、個々人の幸福追求の自由を可能な限り尊重すること、すなわち公共的規準としての法は、各人が多様な善の追求を可能とする公正な枠組であることが求められているということになります。自己決定や自由な幸福追求を可能にするシステムとして公正な開かれた市場というものも、その意味において法秩序の要素になっています。

② 共生ないし社会的協働条件の整備。平等な自由の法的保障に対し、より実質的な生活の基盤、社会的活動の基盤に関わるのが平等な環境条件

の整備ということになります。先の自由権に対し平等権と言ってよいかもしれません。近代以降それは「共生」の枠組として始まりましたが、今日のところでは、社会国家・福祉国家における社会的経済的弱者の保護、それに伴う社会権の保障に及んでいます。つまり、社会的協働条件の整備に関わる社会的経済的弱者に対する配慮が、法の支配の実体的意味内容の一部になっていると言ってよいでありましょう。講義で取り上げた資源平等の考え方もその点に関係しています³⁾。

以上2つの「法」内容については、この他にも例えば、第一世代の人権、第二世代の人権、そして第三世代の人権（さらに今日では“SDGs”）という観念が展開されてきているところですから、様々な意味における人権の要請が、課題として「法」の意味内容の一部になりつつあると言った方がよいかもしれません。講義でふれた Fuller の「熱望の道徳」を具体化するものとして⁴⁾。

しかし、法の支配の「法」に何をどこまで入れるかは、法が実現すべき正義の意味内容にも関わって厳しい議論があるところです。法価値論のところでもふれた、リベラリズムとリバタリアニズムの論争がそうですし、方法論的には、憲法学で議論されている国民主権論と憲法訴訟論の学説対立にも表れています。

そうした論争や見解対立の根本的なところを衝いているのが CLS の懐疑論にほかなりません。法が何でありまた何であるべきかは政治的力関係によって決まるものであって、法は装いを改めた政治であるということに懐疑論主張の眼目があります。それによって、法の中立性、客観性およ

3) 共生ないし社会的協働の環境条件として、「法の下での平等」の実質的な意味合いが平等の問題を提起する。講義では「Ⅱ. 法価値論」のうち「法の下での平等」を講じた回に取り上げた。秩序レベルとしての共存、共生、協働などについては後注11を見られたい。

4) Lon L. Fuller の「熱望の道徳」(morality of aspiration) については、「Ⅰ. 法の一般理論」最後の「法と道徳」のところでもふれた。「法の内面道徳」としての手続的自然法をベースに、共同体ないし国家の aspiration 道徳が法の実質的な内容に取り込まれ拡大していくところに法の発展が展望されていた。

び確定性を否定するのです。歴史的にさまざまな事象を介して議論が積み重ねられ共通の観念となってきた「法の支配」について、それを根本的に疑うところが懐疑論の中心的な主張になっていると考えられます。

2. 法とは何か

法に関し根本的な疑問を提起する懐疑論に応えるために、ここでは、これまでこの講義で取り上げてきた法の理解に関わる諸理論の幾つかからどのような示唆が得られるかを整理しておきたいと思います。

その際、起点になるのは、法の支配の形式的意味でふれた法システムの自立性です。法の支配が成り立っていると言うためには、何ものにも依存しない、ないしは還元されない、「法」があることが必要であり、それは何かをもう少し立ち入って論じておく必要があるからです。それをここでは3つに分節して、自立的法システムの3要素としたいと思います。すなわち、① 対外的自立（安定）、② 対内的統合（自律）、③ 社会的対応（応答）です。

法システムが自立的なものとして存在していると言えるためには、まず第一に、それが対外的に自立していなければなりません。先に述べたように、他の政治システムや経済システムに還元されない独自の資源と論理を有する自立的なシステムであるということ。そうでなければ、法規範は他の社会的な規範や経済的な規範と区別がつかないものになるでしょうし、法の支配も政治的支配や人の支配に解消されてしまうでしょうから。そして、法の対外的自立性が次の内的統合性と相俟って法秩序の安定に資するものとなります。

第二に、法システムが内的に統合されているということも重要です。統合性は自律によって確保されます。様々な社会的問題解決のために新たな法が制定されたり従来の法が改正されたりします。しかし法システムの法は場当たり的に追加されたり修正されたりして、法の規定が羅列的ないし累積的にうず高く積み上げられているものではありません。システム内で矛盾する

ことがないように注意深く整合性が点検され、それが法システムの統合性の維持につながっています。それは立法のみならず、行政、司法においても。

そして第三に、法は社会の中に存在し、社会全体の適切な秩序づけを行うことを使命としています。そうである以上、法は社会を無視してありえず、社会の必要を知ることなくしてその使命を果たすことはできません。そのことを、システム論では「認知的開放性」と表現されました。社会の状況に目を開き、社会の人々の声に耳を傾けて社会的要請に応える、それが法の本質的な特徴の1つになっているのです。つまりは、法の社会内存在性。法システムの自立性も自立を支える社会との関係抜きに考えることはできないということです。

このような3つの要素に着目して、法システムの自立性に関わる重要な指摘をこれまでの講義内容から拾ってみたいと思います。

1) 規範体系としての法

法の対外的自立性は、他の部分システムないし環境に依存または還元されることのない法の特徴となります。すなわち法は規範体系として存在しているということ。これについては本講義の第一問題領域「法の一般理論」で述べたことがその説明に関わっています。

(1) 法システムの自立性

この点については先にも言及した通り、社会システム論に大きな示唆が含まれています。法は autopoietic な自立的システムであり、そのシステム特性が「規範的閉鎖性」と「認知的開放性」によって特徴づけられる。また内的には、自己組織性あるいは自己準拠性、すなわち autopoiesis 性が特徴となる。社会から合法性のフィルターを通してシステム内に持ち込まれる問題は、システム内部に蓄積され体系的に整序された法規範に準拠して解決が導かれる。法化の進展に伴うトリレンマ状況には、自省的法、プロセス化、部分調整によって対処することが勧められる。いずれも規範

体系として法があること、法の定立および運用が法体系を組成する基盤に基づいて行われるということがあってこそその特質です。

（2）法の3類型モデル

これは、講義で取り上げた通り⁵⁾、現代法の動態を「普遍主義型法（自立型法）」「管理型法」「自治型法」という3つの法類型を用いて把握し、様々な法現象の分析に役立てる理論でした。法システムの全体像を提示するものとして、法とは何かの問題への1つの回答にもなっています。そして重要なことは、法化の進行にともなう法システムの拡大が、普遍主義型法（自立型法）を支柱として、一方で管理型法へ、他方で自治型法への拡散として捉えられることであり、それが得てして反法化への接近を招く問題があるところから、管理型法および自治型法が法として妥当性を有するためには普遍主義型法と繋がっている必要がある、つまり、多様な展開を見せる法がなお法であるためには普遍主義型法が中心にあること、そしてそれが法の同定基準をも提供するものであることが指摘されているのです。普遍主義型法は近代法のモデルであり、その規範構造が要件効果の規定方式になっていること、それによって法の下での平等を強く保障していることが重要なところかと思えます。

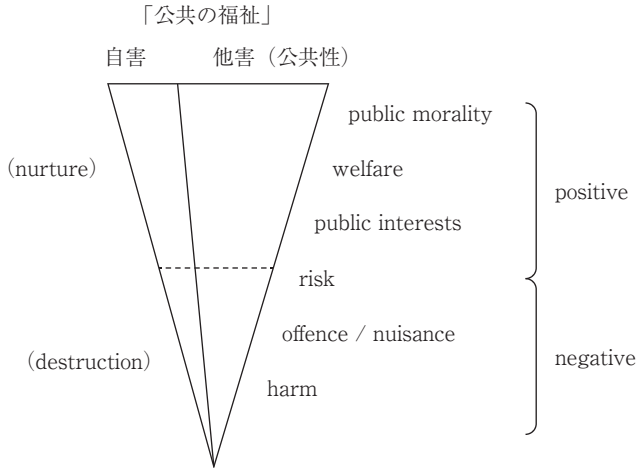
（3）法的規制の2系列

規範体系の法の多くが自由の規制とその秩序づけに関わっているため、講義では、自由規制の規範的根拠となっている「公共の福祉」の内容を2つの系列から成る逆三角形で示した模式図を示しました⁶⁾。講義、第一回

5) 法の3類型モデル論については、当該テーマを取り上げた講義レジュメに図表を書いて示していた。田中成明『法理学講義』（有斐閣、1994年）89頁、田中成明『転換期の日本法』（岩波書店、2000年）17頁など参照。

6) 図1（次頁）が講義レジュメに示していた模式図である。これ自体きわめて大雑把に単純化したものであるが、公共の福祉にもとづく規制法の特徴は、構造的に捉えることができるように思われる。図中の「negative」は自由権の内在的規制を、また「positive」

図 1



題領域最後のコマのレジユメにあります。「他害」系列と「自害」系列に分け、逆三角を用いたのは、下ほど自由の規制範囲が狭く強い、上方に行くに従ってそれが広く弱くなるというものでした。そして、逆三角の中程に水平な波線を引いていましたが、それは、その下方が自由の内在的制約に関わり、上方が外在的制約（または政策的制約）になる。上下の区別は規制の種類を表わし、同時に、自害系列も他害系列と基本的に平行に理解することができるのではないかとということでした。極めて大雑把なものです、つまりはそのようにして、規範体系としての法の全体構造を捉えることができるのではないかと考えたのです。

(4) 法規範の多層性

多層性については、第一問題領域、法システムの構造のところであれま

↘はその外在的ないし政策的規制を意味する。自由権を制約する法的規制の全体構造が2つの系列から成り立っていることについては、佐藤幸治「憲法学において『自己決定権』をいうことの意味」(同『日本国憲法と「法の支配」』有斐閣、2002年)149頁、参照。

した。ハードロー，ソフトロー。また法体系を組成する法規にも義務づけという点で様々なレベルのものがある。刑法を典型とする強行法規，刑罰の定めを伴わない義務法規，また，民事法に多い有効要件法規（有効要件を欠く行為は法的保護の対象とならない），そして，標準として示すが順守が強制されない任意法規（当事者間の合意によっては別様の取り決めを結ぶことができる）。法の義務づけ態様にはこのように様々なレベルの規範があります。ハードローとソフトローの区別はその大枠を原理的に示しているとも見ることができます。これが法規範の多層性です。

以上が，法システムの自立性をふまえた規範体系としての法の，講義でふれた主要な理解の仕方になります。

2) 法システムの統合性

先にも述べましたが，法システムが自立的なものであると言えるためには，単に対外的に依存せず自立していて，体系性を有する法規範が在ることだけではなく，法規範体系の創設ないし運用が統合性を有する仕方で行われるということも重要です。

法の内的統合性については，これを規範的統合性と機構的統合性という2つの側面から検討しておきたいと思います。

(1) 規範的統合性

統合性が法の独立したエートスになるということはR・ドゥオーキンの指摘によります。統合性（integrity）は，正義，公正などとともに，法の重要な指導理念であったし，これからもそうであるべきだと論じています。本講義，第三の問題領域において，1つの法解釈方法論として取り上げた整合的法解釈理論がその理念に関わっていました。そこに言う統合性は，根本的な法原理への忠実とそれによる法的統合性の維持のことを意味していますから，規範的な統合性です。

統合性については，ケルゼンも『純粹法学』の「法の段階構造」に関す

る章で論じていました。法の体系は、上位規範による授權とそれによる下位規範の創造（この創造は同時に上位規範の執行という意味合いも有する）、その連鎖（妥当連鎖）によって段階的に整序され、それによって法体系としての統一性が保たれるのである、と。ケルゼンのこの主張は何が法かをめぐる法実証主義的な見方を示すものでしたが、ドゥオーキンに法にルールと原理の区別があることを基礎に、授權と創造の連鎖による段階構造の説明を批判したのです。ドゥオーキンにおいて法の統合性は、むしろ上位の法原理による下位の法ルールの統合です。法ルールの基礎には必ず法原理があり、法ルールといった狭い法概念でなく法原理まで含めた広い法概念によって、法の統合性を追求するのがこれまでの法の実践であり、司法の理念としての「統合性としての法」こそ、司法をよりよい方向へ導くものになるということです。講義ではその具体的な方法を、構成的解釈の方法として示しました。過去の法的決定を法原理まで含めて広く捉え、可能な限りその整合的理解の上に立って、面前のケースに関係する法規の解釈論を展開する。過去の法的決定を統合的見地から最もよく正当化しうる法解釈こそ、法の支配を可能にする法解釈であると。したがって、そこに言われる法の統合性は、立憲主義にもとづく憲法の統制や、刑法や民法など各法における総則と各則の関係にも関わる、法の規範的統合性を示しているように思われます。

レジュメではこのことに関連して、基本権体系の構造的な理解も例として上げています。憲法で保障の対象となっている基本的人権は法原理であり、全法体系を支える基幹的なものです。そのように見ると、憲法の基本権規定こそ法体系全体の統合性を保持する上で基幹的なものであるということ。また、基本権にも段階構造があり、日本の憲法では13条が「基幹的自律権」の保障を規定する規定であり、それを基幹として、派生的自律権、最狭義の自律権といった三層構造の理解が示されています⁷⁾。これも

7) 基本権体系の構造的捉え方については、前掲注(6)、138-140頁参照。

行き着くところは、基本権体系の統合性に関係していると見てよいのではないかと思われます。

もう一つ、法の規範的統合性との関連で触れておかなければならないのは、法原理競合の問題です。CLSの主張の中に「根本的矛盾論」があるということ、先の講義で説明した通りです⁸⁾。確かに、例えば個人的自由権の保障と公共の福祉、法が前提する人間像としての強い人間か弱い人間か、刑事責任追及の根拠としての自由論か決定論かなど、基礎的法原理における衝突ないし対立の問題があります。それをCLSの論者は「根本的矛盾」と捉える。根本的な矛盾であれば、「こちらを立てればあちらが立たず、あちらを立てればこちらが立たず」ですから、どちらをとるのか権限を有する者が決めるしかない、その選択的決断こそ政治と同類のものだということです。従って、法には少なからず不整合があり、それを法も許容していると見ることができます。しかしそれは常にそうであるわけではありません。全ての法問題について、そこまで遡ってどちらかの選択をなさないといけないというものでもありません。原理的には矛盾というより競合であると言った方がよいのではないのでしょうか。法における原理競合が、ときに司法的判断の揺らぎを生じ、学説の対立に現われます。しかし原理的要請がせめぎ合う場合にこそ調整が必要であり、そのような場合にどのように調整するか、バランスをとるかが司法的実践の積み重ねの中で検討されてきたと言えるのではないかと思われます。例えば比較衡量に関する比例原則、例えば過剰介入の禁止・過少保護の禁止など。

要するに、原理競合が顕著なケースにおいて重要であるのは、規範的統合性を志向するなら、どちらかを選択するのではなく、法の体系的整合性に留意しつつ、競合原理間のバランスを図るということではないかと思ひ

8) 根本的矛盾論については、Duncan Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 *Harvard Law Review* 1276, 1984; Mark Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, Harvard University Press, 1987 など参照。根本的矛盾と見るか原理競合と見るかが法の支配の可能性についての見方を左右すると言ってよいかもしれない。

ます。しかしそのバランスは、構造論的観点から、二重のバランスになっているのではないかと考えられます⁹⁾。法の対内的統合性の観点からは法原理バランスを、そして法の社会内存在性からは法システムバランスを、同時に調整の対象にしなければならない事案も時にはありましよう。そのような場合に、司法裁量の行使が実体的な意味での法の統合性にかかるということになります。

(2) 機構的な統合性

法的統合性としてはもう一つ、機構的な統合性にも触れておかなければなりません。この点にドゥオーキンの言及はありませんが、誰が何を根拠に統合性を保つ努力をなすのかの問題は、規範的統合性を図る主体に関わる問題であり、等しく重要な論点であると思います。

先に触れましたように、統治機構の仕組みについて法の支配には、三権分立が含意されています。理想的にはどの権力も突出することなく、適度な均衡のとれた状態であることが望ましいですが、統治機構に関して原理的には国民主権ですから、国民の代表者によって構成される立法機関の優位が帰結されることです。しかし立法機関の優位性は往々にして単なる多数者支配になり、法の支配の実体的要請、とりわけ法により保障されるべき少数者の人権が無視ないし軽視される傾向があります。そこをいかに機構的に統合性を維持するかです。この点に関し、ハーバーマスは「コミュニケーション循環」ということを言っています。立法議会内部での循環、議会内外での循環、生活世界における循環など。行政手続法改正(2005年改正)によって導入されたパブリック・コメント制度はそれを可能にする代表的な例と言っていいかもしれません。しかしながら、コミュニケーション循環の理想にはなお困難な現実が伴うと言わざるを得ません。なぜなら、国民の間での議論が活性化されたからといって、それが必ず理

9) この点については、拙稿「法の解釈と原理衡量——構造論的分析の試み」(立命館法学 343号, 2012年)の中で検討した。

性的合意に向けて見解対立を収束させる方向で働く場合ばかりではないからです。場合によっては、議論すればするほど対立が先鋭化してしまいます。

そこで例えば日本国憲法では、法原理として、国家統治上とくに重要な憲法解釈については、最高裁にその最終的な権限を与えています。つまり、法の支配を可能ならしめる上で、統治機構間に見解の対立があった場合には、憲法が求めていること、その解釈の権限を最高裁判所が有するとしているのです。裁判所が憲法の番人であり、そのようにして法に関する実体的統合性の維持を司法が担うとされていることとなります。法の最終的解釈権限を裁判所に委ねることによって機構的統合性が確保されるのです。従って、憲法の解釈を立法府が多数決で変更したり、裁判所の憲法解釈権限を行政府が侵奪するなどということはあってはならないことになります。

しかしこの点に関わってよく議論の対象になるのが、司法審査の民主的正統性の問題です。ここでの枠組で言うなら、法の規範的統合性と機構的統合性の関係に関わる問題。確かに統治機構上、国民主権を根本原理としているのですから、正統な手続を経て定立された議会制定法は、その順守を強制できる正統性を持ちます。しかしそれが憲法の基本権規定に反する疑いをもたれるのであれば、それを裁定するのは裁判所であり、憲法違反が確認されれば無効と宣言されることとなります。ここに法制度上の矛盾があるとするのが所論ですが、これについては、例えばアレクシーが正統性にも実体面があり、裁判所は実体的正統性に関する法的議論を国民に提示しうる立場にあることから、司法審査の民主的正統性の問題は必ずしも深刻でないと言っています¹⁰⁾。規範的統合性と機構的統合性の関係という観点からしても、機構的統合性を図る上で優位に置かれる立法府が憲法違反をおかして規範的統合性を揺るがしていると疑われる場合には、憲法上

10) Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2002 など参照。

指定された司法部が審査権を行使することによって立法府に再考を促す。そのようにして法システムの全体的統合性が保たれるということになるろうかと思われます。

3) 社会的対応（人々の正義感）

法システムが自立的なものであることに関わる3つめの要素は、先に述べたように、その社会内存在性を上げることができます。法は社会の中に存在し、社会全体の秩序づくりに携わるものであるがゆえに、社会を無視してはならない、社会の人々の声に耳を閉ざしてはならない、従って法は社会に開かれ社会とつながるものでなければならないということになります。

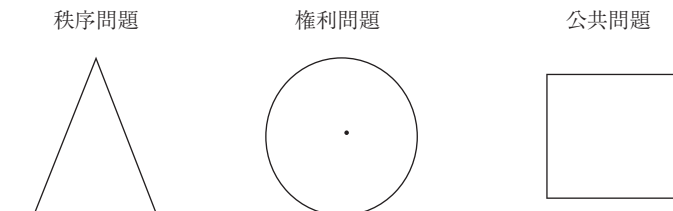
法のこのような基本的あり方に対抗するのが法ドグマ主義です。例えば、個人的自由権とか、公共の福祉とか、愛国心とか、様々な法ドグマがあります。そうした法原理に固執し、教条主義的に主張して譲らないのが法ドグマ主義です。法の社会内存在性はそれを否定し、そうした法原理の重要性は認めながらも法の役割をそれだけに限定せず、社会に広く開かれたスタンスをとることを求めます。社会には法的対応が求められる様々な必要や意見があるからです。基本権保障の拡大によって社会的価値の多元化が進めば、法システムが自立的であるためにより一層留意されなければいけない特質であると言えます。つまり、法は人々の正義感に対して開かれているということ、その限りにおいて、法には社会の規範的要請に対応をすることが求められ続けるということです。

この点を、以下、法的正義の問題および法と倫理の問題という2つの側面から見ておきたいと思います。

(1) 法的正義

法は権力的支配の道具であるだけでなく、それ自体において正しさを志向する規範でもあります。先に、法の支配の形式的側面と実体的側面とし

図 2



で説明したことがこの点に関係しています。実体的側面は人権保障に関わる道徳的要請を表しており，ここで言う正しさすなわち正義の価値に関わります¹¹⁾。

法が実現すべき正義とは何なのかは，本講義第二の問題領域「法価値論」のところで見ましたように，様々な考え方があるところです。それは，社会の人々の正義感を表わしているということもできようかと思えます。その正義感は，具体的問題に即して表出するのであり，法的正義の判断基準としてどの考え方が相応しいかを抽象的に論じることは適切でないと言いきかかもしれません。しかし法的正義の問題は，特定の問題について，一定の判断を下すことがいかに正当化されるかの問題であり，そうであるとすれば，公共的規準としての法の下で行われるべきは，可能な限り中立的見地から公正かつ理性的になされた判断として正当化されることでなければなりません。

これを従来の理論に照らしてみると，普遍化可能であるかどうかが理性的な判断基準となります。普遍化可能性基準については，これも様々な説がありますが，ここではロールズの正義論において提示されている，原初状態アプローチが，公正な判断の方法論的基準を提供していると言ってお

11) 講義では「Ⅱ. 法価値論」の初回に，正義をめぐる問題の類型として，「秩序問題」「権利問題」「公共問題」を上げた。図2はその際，3つの問題を模式的に示していたものである。このうち，秩序問題はどのような秩序が必要であるかをめぐる論争が正義問題になることに関わっている。無秩序から秩序が立ち上がり，法によって確保される政治的秩序として，共存，共生，協働，連帯，一の5つのレベルが区別できることを示した。

いてよいのではないかと考えます。特定の利害に関係する属性情報が奪われたと想定される公正な判断状況において、面前の問題に関係する一般的事実は知らされることになるからです。それは言わば場の正当化論理であり、公正な判断を導きうるものだと言えるからです。

例えば、法システムの社会内存在性との関わりで、社会的相当性が問われる難事例を想起すればよいと思います。裁判所はそのようなケースについて屢々、例外的取扱いを認容する「特段の事情」があると言えるかどうか、問題となっている行為について「社会的相当性」の範囲を越えないと言えるかどうかを判断の基準にしています。それは、社会に内在的な規準のことを言っていると理解してよいでしょうし、その規準による判断は社会の問題状況に関する一般的知識をもとに慎重になされるべきものであるからです。ケース判断で求められるコンテクストに即した公正な評価の方法と基準を提供するという点において、原初状態アプローチには、反転可能性や受容効用による普遍化基準より法への適合性があると思われます。

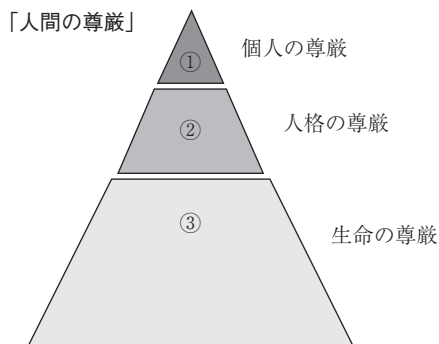
(2) 法と倫理

現代法の動向の1つとして法の倫理化があります。倫理的問題の解決を法を用いて行うということです。倫理の問題領域に法化を拡大するという意味では、倫理の法化と言ってよいかもしれません。例えば、生命倫理の問題、企業倫理の問題、報道倫理の問題、職場倫理の問題など。法と倫理を区別する立場からすれば、倫理は法システムの外の事柄ですから、ここにも法が社会の必要に開かれてあることを求める状況があります。

倫理問題の領域に法が介入していく、その方法をめぐっては、直接に法的規制を及ぼしていくのではなく、間接規制の形をとり、社会における倫理的自律を優先しつつ、それを促進しうるような枠組ないし手続を法的に整備する方がよいという考え方が有力に展開されています。法と倫理の連携です。

例えば、わが国では生命倫理問題に対してソフトローによる規制がよく

用いられます。その場合のソフトローは、専門職自律を強化しつつ、専門職自律の質を高めるための目的の設定と環境条件の整備に法が間接的に関与するという形になります。ソフトローは専門職ないし一般の人々の倫理観に訴えかけ、見解の対立がある場合には、寄せては引き引いては寄せる波打ち際のような柔軟な対応を可能にします。



しかしソフトローであるとしてもローですから、規範的に一定の方向へ行為を導いてゆく目的的原理の設定は重要な部分になります。原理的ソフトローと言ってよいでしょう。根本原理は生命倫理問題の場合、「人間の尊厳」です。人間の尊厳は、その意味内容が、個人の尊厳、人格の尊厳、生命の尊厳という3つに分節化されうると考えます。このうち「個人の尊厳」は、憲法13条で「すべて国民は個人として尊重する」という規定に表われています。しかし、憲法13条の「個人の尊厳」を越え、全法体系の整合的な理解から「人間の尊厳」こそ「法と倫理」という形で、法と法システムと社会との深いところでのつながりを捉えることができるのではないかと思います。すなわち、具体的な問題に即して現れる人びとの倫理観に支えられつつ、今日では全法体系の整合的理解によって、人間の尊厳こそ法の根本的な実体的倫理原理と言えるのではないかと¹²⁾。

12) 「人間の尊厳」概念の意味内容については、法科大学院における講義「生命倫理と法」の中で分析し説明した。人間の尊厳が個人の尊厳、人格の尊厳、生命の尊厳に分節化できるとすれば、人間の尊厳こそ現行法体系の法規範を基礎づける統合的な法原理であると言えるであろう。憲法13条が定める個人の尊厳のほか、次のような例から推論できる。例えば、現行刑法が規定する死体損壊罪は死者の人格を保護法益としており、人格の尊厳を基礎にする。また、胎児生命の保護や自殺の抑止を目指す法令は生命の尊厳に基づく。従って、人間の尊厳が、法と倫理の結節点にあり、法の統合的な根本原理となっている。

3. 法の確定性

1) リベラル・リーガリズム

法の支配の可能性を追究する上で重要なことは、先に述べた法の実体的かつ機構的な統合性の問題からして、解釈学的アプローチをとることだと言つてよいのではないかと思われます¹³⁾。伝統的に形成されてきた自立的な法システムを土台として、それに適合的な理解をもとに、法のよりよい展開を追究するということです。現行法の原理的特質を、法とは何かに関する上述の検討をふまえて、「リベラル・リーガリズム」(Liberal Legalism)として捉えることができましょう。その特徴は次の6点において捉えることができます。すなわち、正と善、公共性、自律、公私区分、手続の重視、そして法の継続形成です。これらの点から、法の支配の意味内容を、もう少し見ておきたいと思います。

「正と善」とは、法が多様な善の追求を可能にする正の枠組としての性質をもつということです。現行法は、人権保障を実体的な基幹とする秩序規範になっていますから、基本的に、多様な善の追求を可能にする共存、共生および協働の枠組であることを目指しています。その限りにおいて、リベラルな法は、善と区別された正の原理の公正・中立を標榜します。その意味で、法秩序形成における正の基底性を特徴とするとの方がよいかもしれません。

しかしそれが法の「公共性」にもつながります。法は正の枠組ですから、特定の善の追求や利害に関わるものでなく、公平中立の観点から、公共的であると評価できるものでなくてはなりません。公共性には、全ての人々に共通の利益になるという意味と、特定の善の追求に加担せず追求

13) 図3は解釈学的アプローチの要諦を模式図的に示したものである。そのアイデアは、例えば、Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986 (小林公訳『法の帝国』未来社, 1995年)に展開されている議論に拠っている。

の間で中立的であるという意味がありますが、いずれにしても、公共的なものであることが秩序規範としての法に求められています。

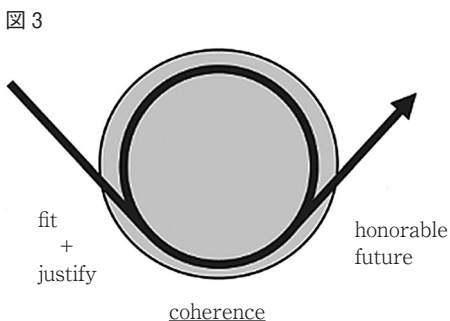
また正の原理に、具体的な中身によらず中立的な仕方

で人権を保障するという意味合いがありますから、法秩序において保障される人権は多様な善が共存できる実質をとまなうことが基本となります。つまり、他人に危害や迷惑をかけないように、人権主体の「自律」が求められます。それと同時に、自律を基本とすることが人権保障の本旨になりますから、法的権力機関の側には、可能な限り各人の自律を尊重することが求められます。

そして、法秩序において基本的に自律を尊重するということが、秩序構造としての「公私区分」をも帰結します。社会関係において、「私」は自由の領域。それに対して、法が関与し法が規制するのが「公」の領域。リベラルな法秩序では、公私区分を前提にして、可能なかぎり私の自由を認めることが人権保障の基本となっています。しかしまた他方、公私を分けるという考え方が、公を私したり、私を公に持ち出したりといった公私混同を厳に戒めることにもなります。

また、法秩序の形成においては、公的行為にせよ私的行為にせよ、自律に基本的な重要性が置かれますから、それが「手続の重視」にもつながっています。公正な手続を介して、人々は様々な善を追求することができるのです。手続が公正であれば、それを保障する法は中立性を維持することができますし、それによって手続は、公平公正な正の枠組としての法の公共性を高めることにもなります。

そして「法の継続形成」。公共的な規準としての法は、一般法から特別法へ、あるいは法的規準の制定から具体的事案へのその適用へ、といった



段階構造を成していますから、その体系性において法の継続形成を可能にします。すでに定立されている公共的な規準としての法を適用して問題が解決されれば、その公正でリベラルな取扱いによって、法がさらに継続的に形成されていくということになります。

2) 法の確定性——懐疑論に就いて

では最後に、以上のような法の基本的な捉え方を踏まえて、「法の確定性」に関わり、法の支配に対する懐疑論の批判にどのように応えることができるかを、具体的な事例を通して検討しておきたいと思います¹⁴⁾。

具体的な事例は講義でこれまで関連するテーマのところでも取り上げてきたものです。ここでは、その中からとくに議論の余地ある3つのハードケースを選び、法の支配の可能性との関わりで見たいと思います。

ハードケースを取り上げるのは、懐疑論の指摘がよく当てはまると思われるからです。easy caseであれば、適用されるべき法規が誰の目にも明白であるため、法の確定性が疑われることはまずないでしょう。それがhard caseであれば、法規の適用によって導き出される法的解決が一様ではありえず、それほどに難しいケースですから、まさに懐疑論の指摘があたることになります。内的懐疑論のように、ハードケースにおける法問題に法的に正しい解答は1つではないということになれば、複数の解答の中から選ぶしかありませんから、法は確定性をもたず、揺らぎを含んだものになります。裁判になるのはまさにこのような議論の余地ある難しいケースです。しかし逆に、そのようなハードケースにおいても確定した法があると言えるのであれば、懐疑論に対するアンチテーゼとなります。

3つのケースというのは、レジюмеに記している通り、(a)堺少年実名

14) 講義ではCLSの主張として自由主義法の中立性、客観性および確定性の問題を取り上げた。法の非中立性は私的所有権制度や契約自由の原則に関わっており、客観性批判はハードケースにおける利益衡量の主観性を指摘していた。法の支配との関係では、法が判断者の主観に左右されずに特定の規範内容をもつものとしてそこに在ることが重要であるため、法の確定性の問題がより根本的であると考えられる。

報道訴訟, (b) 婚外子法定相続訴訟, (c) 予防接種禍除斥訴訟です。

(a) 堺少年実名報道訴訟については, hard case 中の hard case としてよく知られたもので, 講義で明らかにしてきたハードケース分類でいうと権利衝突の事例になります。憲法21条の保障する表現の自由, 報道の自由と, 憲法13条で保障された人格権および少年法61条に規定された少年犯罪者の保護に関わる犯罪少年の人格権の衝突であり, 利益衡量に付せられざるをえなかった hard case です。また (b) 婚外子法定相続訴訟は, 2013年9月4日の大法廷決定で1995年の大法廷決定が覆されました。判例変更ということになりますが, 本件は民法900条の規定すなわち「非嫡出子は嫡出子の2分の1とする」という法定相続分の規定が, 憲法14条の保障する法の下での平等に反するのではないかと違憲の疑いがもたれた疑法のケースであり, 法的矛盾の hard case です。そして, (c) 予防接種禍の除斥判決にかかわる事例は, 民法724条の適用の可否が問われた訴訟。予防接種法に基づいて公衆衛生政策の一環として国が行っていた予防接種による被害の救済を求めた訴えです。従来の通説判例では, 724条は損害賠償を求める債権の消滅時効を定めるものでなく「除斥」の規定。不法行為時点から20年の経過によって損害賠償請求はできなくなるという形式的画一的な取り扱いを定めた規定です。これが, 当該訴訟の原告, 広島県呉市の原告にも適用されるべきか。最高裁はこれを, 時効制度の中にある158条の法意に照らして, 正義・公平の見地から救済可能としました。724条を, 具体的事案の事実関係に照らして, 「特段の事情」があるとして, 縮小解釈することにより救済可能としたのです。つまり, それが法体系全体の整合的な理解に立った法の適切な解釈になるということです。

これらのハードケースは, 確かに, 学説でも争いのあるところですから, どのようにでも法の解釈を展開できるように思われるところですが, どのようにでも解釈可能だとすれば, 司法機関が可能な選択肢の中でその権限にもとづいて1つの「法」を選択したということになります。あるいは, これまで明確でなかった「法」を創造したと言えるかもしれません。

さてどうでしょうか。

まず、(a)堺少年実名報道訴訟ですが、第一審と第二審で大きく判断が異なりました。第一審は、2200万円の請求に対して250万円ではありましたが、少年法に反する人格権侵害で不法行為を構成するということで損害賠償を認めました。しかし控訴審大阪高裁は、報道の公共性という観点から少年の訴えを斥ける判決を下しました。いずれも憲法で保障された重要な権利の相互衝突ですから、利益衡量によるしかありません。衡量の基準は、一審も二審も同じです。つまり、報道が公益に資する目的のために行われたといえるかどうか。これはどちらの裁判所も是認しています。凶悪な事件について国民は知りたいと思っている。国民の知る権利に奉仕する報道の目的には高い公共性があるということです。しかし大きく評価を異にしたのは、報道の方法です。実際に行われた報道の手段や内容において、必要性ないし相当性があったといえるかどうか、という点でした。

高等裁判所は、どちらかというと原理的かつドグマティックに「事件の凶悪性と報道の公共性という観点到鑑みて、報道にそれほど違法と判断するところはない」という判断を示しました。しかしここは、地裁が述べたように、いかに報道に公共性があるとしても、それを実現する手段の選択において真に必要性および相当性があったと言えるかの検討が必要だったのではないかと思います。地裁がとった評価の軸足は「少年法」の方にあるわけですね。報道の手段・方法が本当に必要だったのかどうか、実名報道をしなければ国民の知る権利に応えることができなかったのかどうか。また、報道された実際の内容が社会的相当性の範囲を逸脱していなかったと言えるのかどうか。その点を吟味する必要があるとしたのです。利益衡量において重要なことは、天秤にただ関係する利益を載せるということではなくて、その前提として、法の歴史や法の構造から、法原理における構造的優先関係を考慮する必要があると言えるのではないかと思います。法の歴史を踏まえれば、犯罪少年の実名報道を抑止する少年法の規定は罰則付きの厳しい規定として戦前からありましたが、戦後の日本国憲法

制定を経た上で、それでも少年法の理念を維持しつつ、刑事手続の実際上の必要性から罰則を外し、改めて当該保護規定を置いたのです。それが立法者の意思です。罰則がないから、実名報道されない「権利」を与えたものとは言えないというのは、法的権利理解として不十分と言わざるをえません。また原理構造から言っても、憲法の規定は一般法であるのに対して、少年法の規定は問題に対する特別の考慮を含めた特別法です。特別法による権利保障にはそれなりの重みがあります。従って、原理的優先関係で言うならば、少年法の保護規定の方に一応の重きを置くべきです。もしそれを覆すほどの事情があるならば、その立証責任を果たすということが報道機関には求められます。特別法である少年法の規定を覆すほどにやむをえない事情があったと言えるのかどうか（必要性）、また表現内容も少年の人格権侵害にかかる表現の方法も必要最小限のやむをえないものであったと言えるのかどうか（相当性）、です。

(b) 婚外子の法定相続をめぐる2013年最高裁大法廷決定は、憲法判断を示し、1995年の先例を覆した点において注目すべき判例です。民法900条1項4号但書前段の非嫡出子相続分規定が憲法14条「社会的身分」による差別にあたるとなりました。95年決定が二分の一規定を立法裁量の範囲内、差別には当たらないとしていたのです。抽象的に差別を禁止する憲法の規定に反するかどうかですから、微妙な判断と言わざるをえません。13年決定の法廷意見では、違憲判断の根拠としていろいろなことを理由として上げています。要するに、1995年から状況が変わったということですが、例えば、子どもの権利条約の批准、住民基本台帳法の改正、戸籍法の改正、法制審議会の経過、諸外国の法改正、社会状況の変化、国民意識の変化など。しかし状況が変わったということが法的理由としてそのまま通るのでしょうか。やはり、法の支配という観点からするならば法的理由とそうでない理由は区別するべきではないかと思われまます。区別することによって、単に事情が変わったというのでなく法が変わったといえるのではないかと。

法的理由となりうるのは条約の批准および関連法の改正です。条約が国

内法的効力をもつからです。また審議会答申も法システム内で一定の重要性をもちます。しかし他国の法制度の変化などは法システム外の変化であり、直接の法的根拠とは言えないのではないかと思います。ただ、法外的事情も間接的には法内容の変化に影響をもちうる。それを別の法理論に関する講義では法システム・バランスと呼んできました。法システム外の状況変化と法システム内の規範関係とりわけ法原理の要請とのバランスです。講義でふれた二重のバランスというのは、法システム内における法原理バランスと法システム内外にわたる法システム・バランスです。法の支配にとって重要なのは内外の区別と均衡化検討における内の優先、そして内外バランスによる補充ないし補強です。本件(b)においても、95年から関連する「法」の変化があったのですから、大法廷を構成する裁判官の意見が偶々違憲で一致したということではなく、13年決定にこそ法的正当化が与えられると考えられます。

(c) 予防接種禍損害賠償請求の除斥に関わる最高裁判断についても、法システムの内的整合性が追求された例になると思います。民法724条の規定は従来より債権の消滅時効を定めるものでなく、不法行為から一律20年の経過によって請求権はなくなるという「除斥」を定めるものだとされてきました。その関係から、平成元年(1989年)の最高裁判決では、不発弾処理という公的な業務に参加する過程で被った極度の火傷についてさえ、やむなく除斥にかかる判断せざるをえなかったのです。しかし、本件の場合最高裁は、被害者が生後まもない時期に被った被害について国家賠償を求める訴訟提起の時点において行為能力なく後見人も選定されていないなど特段の事情がある場合には、後見人が家庭裁判所によって選任され6ヶ月経過するまでは債権の消滅時効は完成しないとする民法158の規定が重要な考慮要素になるとしたのです。すなわち、法システムの全体的な整合性です。形式的に20年経過の一事をもって請求を遮断するのは一般の正義公平感覚に反する。それを法の内的な関連規定によって汲み取ることができる。除斥は時効制度の外にある取扱いになるので、158条を直接あるい

は類推により適用することはできない。それ故にこそ「法意に照らして」と言わざるをえなかったのだと理解できます。つまりは、同種の損害賠償制度の基礎にある意思無能力者保護の法原理にほかなりません。すでにある法の全体的な整合性を確保する仕方では損害賠償を認めうるとした、これも「法」による判断だとみなすことができようかと思えます。

以上の事例は、上述の法理解に立つならば、必ずしも司法が独自の裁量において行った司法立法であるとは言えないのではないかと考えます。したがってその限りにおいて、法の不確定性もあるとは言えない。その法理解は、法実務の理想とも整合的であり、現行司法制度は法の確定性を前提として、それを確保する努力を様々な形でやってきていると言えるのではないかということでもあります。

ただ念のために付言すべきは、法の確定性の限定的な意味合いです。それはかつての概念法学のように、既存の法からあらゆる法問題に対し法的解決が一義的に提供されるとか、あるいはドゥオーキンのように法原理まで含む広い法概念を前提にし理想的な法解釈技術を用いれば法問題に対し唯一の正しい答えが導き出せるということを言おうとするものではありません。実体的な統合性が貫徹しにくいハードケースにおいては機構的統合性が法の不足を補うことになろうかと思えます。しかし複雑に発展してきた今日の多層的な法をもってすれば、機関裁量によって独自に法を補充する、つまり司法的立法を行うということは実際上きわめて稀だと言ってよからうかと思えます。上述のようなハードケースにおいても法が在ると言えたわけですから。

おわりに——ノイラートの舟

ノイラートが用いた舟の喩えは法の世界にも当てはまるのではないかと思えます。

科学哲学者として20世紀前半を生き、ウィーン学派を牽引したノイラートは、ナチスの迫害を受け、英国に逃れて研究生生活を終えました。彼が、科学というものの本質を捉えて分かりやすく述べたのが舟の喩えです¹⁵⁾。私たちは舟に乗船して大海原を航海する旅人。しかし風雨に晒され様々な過酷な環境の中を航行しつづけなければならない。舟に故障が起き、問題が生じた場合でも、修理のために寄港できる港もない。舟に乗ったまま不具合を修理していかなければならない。舟底に穴ができて海水が浸入すればその穴を塞ぐ、ハメ板が弱くなって波を避けにくくなったならハメ板を補強する。ノイラートは言っています。1枚、1枚。plunk by plunk。舟の全体構造を維持しながら、問題部分に修正を加えていく。科学も同じである、と。この捉え方が、全体論 (holism) や整合説 (coherentism)、漸進主義 (gradualism) の考え方につながってきていると言っただけではないかと思えます。

法の営みもまさにその通り。先に述べた法の基本的な捉え方および法実現へのアプローチは、「法」の多層的な構造を前提に、実体的統合性および機能的統合性を維持しつつ、法の社会内存在性を明確に意識しつつ、社会の中で社会の全体的な秩序づけに関わる取り組みです。法は生きた規範システムです。これまでの司法の実務も意識するとしないとに関わりなく、基本的にはそのような方向において営々と「法の支配」を可能ならしめる取り組みになってきているのではないかと思われます。

* 本稿は、2020年1月20日に行われた平野仁彦教授退職記念講義をもとに、加筆修正を施したものである。

15) ノイラートのこの比喩については、V.W.O. クワイン『ことばと対象』(大出見ほか訳、勁草書房、1984年) など参照。