

【論文】

危機状況における法の支配 ——D. ダイゼンハウスの議論を参考に

高木 康一

1. はじめに

2001年9月11日のアメリカ合衆国における同時多発テロ以降、アメリカでは、国家の安全に脅威を及ぼすとみなされた者に対して拘束や拷問が行われてきた。ロンドンでのテロを受けたイギリスにおいてもまた、不当な拘束がなされた。リベラル・デモクラシーの系譜にあると考えられていた諸国家ですらこのような状況に至ったことを見て、カナダを拠点とする法哲学者デイビット・ダイゼンハウス教授は、2006年に *The Constitution of Law* と題する書籍を出版した¹。

国家の危機状況とされる事態においても法の支配による規律が求められるというのがダイゼンハウスの本書の出発点にある。本書においてダイゼンハウスは、コモンウェルス諸国の裁判例を読み解きながら自身の見解を裏付けている。もっとも、本稿では、ダイゼンハウスの分析対象となる各国の諸判例をそのまま取り上げる余裕はないため、判例を読み解いた後のダイゼンハウスの見解を検討対象とする。そうして彼がとりだした法の支配論を、出版から20年近くたった現在、改めて読み直そうとするのが本稿の趣旨である。

本学現代教養学部准教授

¹ David Dyzenhaus, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, Cambridge University Press, 2006.

以下で本書に言及する際は括弧の中にページ数のみを記すこととする。なお、本稿における見出しのタイトルは本稿筆者によるものである。

2. 見せかけの法の支配

国家が非常事態、危機的状況にあるとき政府は、平時の法体制からの逸脱を求めることがある。そうした状況において裁判官は、平時に求められる権限を行使するのではない。あるいは政府は、非常事態には法の支配による制約はないという法律を制定しておくことも考えられる。この場合、裁判官は、非常事態に対処する執行府は法律上そうした権限が与えられており、依然、法の支配は存在するのだということが出来る。もっともここに存在するのは、法の支配ではなく、法律による支配である。この場合、裁判官は、政府が法の支配を遵守する義務を怠っていると判断するか、あるいは逆に、状況の例外的な性質を考慮した上で、政府は、法の支配を遵守する義務として要求されるもの通りのことを行っているとするのかどちらかの道をとることが考えられる [17-19]。

裁判官は、執行府の行為が法の及ぶ範囲を超えていると判断するのではなく、法的問題として、何が必要かに関する執行府の判断に従うべきであるというかもしれない。これは裁判官が示す敬讓 (judicial deference) である。あるいは、長期的に法の支配を確保するために、目下のところ、執行府が法の支配から外れて行動していると判定しない選択をするかもしれない。まさに重要なのは、執行府と法の支配が友好関係にあり続けるようにするのである。そうすれば、裁判官は後で、より実質的な法の支配の概念を遂行しうる可能性を残すことができる。しかしこうしたスタンスに立ち、裁判官が例外的な状況で法の支配は維持されていると主張するとき、法の支配の実質的な概念の観点からは、事態は悪化するものである。というのも、裁判官は、執行府に対する法的権限移譲があるときに、法の支配を支持していると述べるにすぎないからである [19]。

法の支配が機能しない状況であるにもかかわらず、裁判官がそうではないふりをしようとしたり、あるいは法の支配があるような振る舞いをするのは、裁判官が法の支配の実質を執行できないまま政府に法の支配の見せかけ

を与え、事態を悪化させる可能性が高い。例外的な状況で法の支配に対して司法が見せかけだけの対応をすることで、裁判官が通常の場合に対処する方法に影響を与えることになってしまう。そうすると裁判官は、通常状況においても、法の支配が十分に維持されていると主張しながら、実際にはその程度が極めて低くても、それに満足してしまうのである。また、緊急事態に対処する法律が存在していると、裁判官が通常の場合に対処する法律もこれと同じように解釈するにつれて、例外的なものではなくなり始めていく。こうして、例外的状況または緊急事態が正常化されると、例外が法律の他の部分に浸透し始めてしまうことになる [27]。

それではいっそのこと、緊急事態では法の支配を維持できないことを裁判官が認めた方がよいと考えることもありうる。裁判官は法の支配を遵守する義務を負っているということを前提にすれば、裁判官がそのような告白をしながら自らの職務を遂行していると主張することは難しい。それができるためには、裁判官は、法秩序の統合性 (integrity of legal order) を維持するという自らが果たさなければならない役割をもちや担うことができないと宣言する覚悟がなければならない [33]。

緊急事態は法律の範囲外にあり、したがって法の支配が及ばないと考えることは、カール・シュミットに屈することである。シュミットが、「主権者とは、例外状態を決定する者である」と主張したことは有名である。例外状況において主権者は法的に制御不能となる。そして主権者こそが目下の状況を例外状況に該当すると決定するのである。主権者はすべての例外に対応する必要がある。主権者は、誰が敵であるかを最終的に決定する権限を持っているため、政治的・法的秩序において憲法の守護者として行動できる唯一の人物となる。国家の存続を脅かす外部からの脅威の可能性を認識し、そのような緊急事態があると判断して対処するのが主権者の役割である [34]。

こうしたシュミットの主張が、コモンウェルス諸国の裁判記録から裏付けられる。もっともそれは、法の支配は緊急事態には存在しないという考えからではなく、法の支配の形式的または完全に手続的な概念だけが緊急事態に

適しているという考えからである。しかし、後者の考えは、法の支配の観点から、あるいは少なくとも法の支配の実質的な概念の観点から、シュミットに全面的に屈服するよりも事態を悪化させる可能性がある。法の支配を形式的、手続的局面に限定することでリベラルは、緊急事態においても法の支配が存在するという主張をしたがる。しかしそれは、法の支配が政治を制約できないという考えを受け入れることができず、実質的にはそうではないことを認識しながらも、法の支配が政治を制約できているふりをしているだけである [35]。ダイゼンハウスは、この方がよりたちが悪いと考えている。

例外的状況において主権者に独裁を認めることはしかし、それが合憲的であるかまたは法律に基づいていたとしても、根本的には絶対的な権力を認めることである。独裁者はブラックホールの中で活動する [38]。ブラックホールとは、法の存在しない領域である [2-3]。「主権者とは、例外状態を決定する者である」という表現は、主権者とは、緊急事態 / 例外状態がいつ発生するか、またその状態にどのように最善に対応するかを決定する者であるという点を強調することを意図している [38-39]。しかし、例外状態に関するシュミットの理解は、法的に生み出された法の空白領域である法的なブラックホールではない。むしろ、それは法を超えた空間であり、法が後退し、主権者によって代表される法的に制約されない国家が行動するとき明らかに空間である。緊急事態に法で対応しようとする試みは、法秩序から例外を排除しようとする無駄な努力である。リベラルは、法によって統制されない政治という考えを容認できないため、政治に合法性の薄い皮を被せ、執行府が法の支配の正当性を主張しながらやりたいことをやれるようにしているだけであるというのがシュミットの主張である [39]。

3. ブラックホールとグレイホール

シュミットの独裁を避けるために、緊急事態宣言には極めて短期間での立法府の承認が求められるものの、その後は短い間隔で承認の更新をする必要があり、更新のたびに立法府の過半数の賛成がなくてはならないという要件

を課そうとする見解がある（ブルース・アッカーマン）。それにとどまらず、執行府が憲法の仕組みを無視した場合、裁判所はマクロな役割を果たすことになる。執行府が緊急事態憲法（emergency constitution）を停止する必要があると単純に主張し、この主張が国民の支持を得る可能性があることを認識している一方で、裁判所が執行府は憲法に違反していると宣言すれば、これを見た国民はさらなる支持をためらうようになり、執行府が憲法を回避する動機が減る。もっとも、裁判官は非常事態においてせいぜい最小限の役割しか果たさないことが求められる。非常事態は法的に作り出されたブラックホール、つまり無法地帯であるという事実から逃れることはできない。非常事態は外的な制約、つまり憲法レベルでの執行府に対する統制の対象であり、立法府によって監視される。しかし、内部的には法の支配はほとんど役に立たない。裁判官によって監視される法の支配がほとんど、またはまったく影響力を持たないため、内部的には非常事態は多かれ少なかれ法的ブラックホールであることを認めてしまうことになり、結局のところ、憲法で確立された装置である外的な法的制約がその役割を果たすことができるのかどうかすら疑わしいものとなる [40-41]。

裁判官に最低限の役割を与えるにとどまるのは、執行府が法の支配の枠外で活動する必要があると主張しているにもかかわらず、緊急事態中に司法が法の支配を守れなかった歴史を経験しているからである。執行府が例外的な憲法、緊急事態のための憲法を停止する必要があると主張しているときに裁判官に頼ることができるという主張がなされる一方で、それは結局のところ望み薄だというものである。こうした緊急事態憲法の考案は、シュミットから緊急事態権限の概念を救い出すことにはなっていない [41-42]。

ダイゼンハウスは、ブラックホールに対して、グレイホールという概念を対抗させる。グレイホールとは、執行府の行為に何らかの法的制約がある法的空間であり、無法地帯ではないが、制約があまりに実質的ではないため、政府がやりたようにやれるというものを指す。グレイホールは政府にとって、法律だけでなく法の支配に従って統治しているように見せかけることが

できる。しかしこの点にこそ、法の支配の実質的概念の観点からは、真のブラックホールよりも危険があるとみなされる [42]。

裁判において、憲法上の争点が持ち出されても、裁判官は深く憲法問題には踏み込まず、見解の相違がある部分については未決のままにしておくべきだという見解がある（キャス・サンスティーン）。そうすることで、理論的に様々な立場や、根本的問題について、答えをまだ持ち合わせていない人々からの支持を取り付けやすくなるからである。裁判官は、立法府がすべきことについてはなるべく口をはさまず、それによって裁判所が関与した問題に最もよく対応する方法を民主的に選出された機関に決定させるようしむける。また、理論的に深遠な憲法判断を行わないことで、将来、訴訟を提起する可能性のある人々に審理を受ける機会を留保することができる。このようなスタンスは、平時のみならず、非常時においても維持されるべきである [44]。

こうした見解に対してダイゼンハウスは、第二次世界大戦中のアメリカで、法的根拠に基づきなされたコレマツ事件²、法的根拠を欠いたエンドウ事件³それぞれの連邦最高裁の判例を示しながら、法律の根拠の存在が妥当な結論に至るか疑問を呈している。つまり、そこには憲法が不在なのである [44-46]。

コレマツ判決は、緊急事態はグレイホールで処理されるべきものであり、それは、立法府によって作り出されなければならないとしていると読むことができる。これは緊急事態には裁判官は執行府の決定にただ従わなければならないという憲法上の主張をしているのと同様である。そして、そのような服従は、裁判官自身が、法の支配に対する司法審査の見せかけだけがある状況を作り出す一方で、実質的には執行府にブラックホール、つまり法の支配の制約から自由である領域を与えることを意味する。対照的に、エンドウ事

² Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944).

³ Ex parte Endo, 323 U.S. 283 (1944).

件は、緊急事態に対応する法令の解釈に当たっては、裁判官は憲法上の価値によって支配されていると想定すべきものとしたと読むことができるという [47]。

問題となるのは、非常時において、恣意的な行為がなされてもそれは、法の支配の下で機能する制度であると執行府が主張することを認めるだけでなく、裁判官がその主張を承認することである。立法府が執行府に授權し、執行府が選択した措置を立法府が承認しているのであるから、こうした措置が法の支配に準拠しているかどうかという問題に関しては、何らかの手続きを整備する限り、裁判官は執行府に属する諸機関に最善の方法を決定させるべきだとなってしまう [48]。

裁判官は、到達した結論を支える憲法上のコミットメントをできる限り抑制すべきという議論に従えば、将来的に法の支配を逸脱するかもしれない立法府と執行府を支持することになるかもしれない。憲法への原理的コミットメントをひたすらに隠し通すということは、憲法のテキストにだけは、重要な意味があるという別の側面をもたらしうる。このような立場は憲法実証主義と呼ばれる [66-68]。

それではあえて、立法府が法的ブラックホールを作る意図を明確に表明し、立法を行うことで、何らの見せかけもない状況を設定すればどうであろうか。ダイゼンハウスによれば、グレイホールよりも、まだその方がましである。グレイホールはブラックホールよりも法の支配に多くの害を及ぼす。グレイホールの事例として考えられるのは、例えば拘禁された者が何らかの手続き上の権利を有するものの、被拘禁者は拘禁理由に実質的には異議を唱えることはできないような状況である。その内実は、法的なブラックホールであるが、手続き上の権利が実質的保障の欠如を覆い隠すため、さらに悪いものとなる。少しだけある合法性は、まったくない場合よりも、法の支配にとって致命的になる可能性がある。そうすると、法の支配の実質的な概念に傾倒している者が導き出せる唯一の結論は、シュミットの例外または緊急事態では、法は後退し、国家は法に制約されずに行動できると認めるべきで

あるということになってしまう [49-50]。

4. 法律を根拠とする正当化

緊急事態に対応するにあたって、現状の法秩序で対処することができるために法律の実質的な変更は必要ないとするのがよいか、それとも、通常の法制度を可能な限りそのまま維持しながらも、既存の法秩序にいくつかの重要な変更を加えるのがよいのであろうか。前者に対しては、緊急事態における政府権力の行使の必要性を無視するか隠蔽しており、ナイーブで偽善的であるという批判が、後者に対しては、緊急事態に対処するために考案された対策を通常の法制度に持ち込んでしまい、これを弱体化させるリスクがある [50]。

緊急事態に対処するには他に、通常と例外を分離する手法が考えられる。これは緊急事態や危機は平時の法規範から分離すべきだとするものである。そうすると、脅威が去れば通常に戻ることができ、危機的状况における権限と措置は我々に対してではなく、敵に対して展開されると想定されるため、政府の権限の拡大と非常措置を受け入れやすくなる。別の考え方は、緊急事態への対処はそれがいかなるものであっても、憲法の範囲内で行われ、制限されるというものである。ところが、通常時と例外を分けるという仮定は、9.11 以降、もはや、政府が緊急事態に対処している状況が標準形態となっていることを無視している。この状況を前にしてみると、緊急事態への対処の合憲性を確保すべきという議論については、それが通常通りの業務を主張することによってなされるか、または行われた措置が憲法上の価値に適合していると主張することによってなされるかにかかわらず、法秩序を損なう危険がある。

そこで、公務員が危機的状况において、国家と国民を守るために必要であると考えれば、それを公然と示す限り法外な対応をしてもよいとの見解が浮上する。公務員は自分の活動の性質を明らかにし、裁判所、執行府、または議会を通じて直接的または間接的な事後承認を期待する。このプロセスは国

民の民主的討議と個人の説明責任の両方を促進する一方で、事後承認プロセスが公務員にどのような結果をもたらすか不確実であるため、ひいては性急な行為に歯止めをかけることができる [51]。

ここには、緊急事態では公務員が違法行為に訴える必要があるかもしれないこと、そして彼らが誠意を持って行動したのであれば、後に免責を与える可能性があるという考えが前提におかれている。そして法律は事後においても依然として重要な役割を果たしている。なぜなら、国民は、公務員が犯罪にコミットしたとして処罰されるのを認めるか、法律を使って公務員を処罰から免責するかのいずれかの方法で、最終的に不法行為に反応することができるからである。この見解の問題点は、緊急事態に直面した公務員は、自分たちのとる超法規的行為に対する法的対応として、免責があると予想して行動することになるという、上述の結果の予測不可能性とはまったく逆の現象が生じる可能性がある点である。法律が一定の役割を果たしていると主張し続けることは、執行府が取るあらゆる措置を正当化するリスクがある。それは、法律による支配さえあれば、それはつまりところ法の支配があるというダイゼンハウスの忌避する見解に帰着するのである。これは、立法府が現に行われた違法行為を合法化することができ、その結果、裁判官の審査を排除できるという構図になってしまっているのである [52-54]。

5. 有効性の罅

法律制定における立法府の独占と法律解釈における司法府の独占との間の競合が生じた場合、議会が勝るとの明確な見解が従来からイギリスには存在する。議会にはいかなる法律でも制定または廃止する権限がある。イギリスの法では、いかなる個人または団体も議会の立法を無効にしたり取り消したりする権利があるとは認められていないというのが古典的理解である。そうすると、裁判官を道徳の代表者とみなして、議会の行為を無効にできるという理論には法的根拠は見いだせない。そのような根拠があると示唆しているように見える判例は、単に、裁判官が法令を解釈する際には議会が道徳また

は国際法に違反する意図はなかったと推定すると主張しているにすぎない [54-55]。

法理論において実証主義陣営に属すると、権利章典のない法秩序においては、道徳に明らかに違反する法律も、そのことを理由として有効性が低下することはない。しかし、法律というのは、「裁判所によって施行されるあらゆるルール」であると捉え、かつ、法律による支配も、法の支配を前提として初めて成り立つのだとすると、法の支配に反する法律は法律とはみなされず、したがって裁判官は執行する必要がないといえることができる。法の支配に含まれる何らかの道徳的原則に違反する法律と、どれほど重要であっても法の支配には含まれない道徳的原則に違反する法律との間には違いがあるということである。後者の種類の違反は前者よりもはるかに凶悪かもしれないが、前者は裁判官にとって特別な性質を持っている。それは、裁判官が自分の法的義務、つまり法への忠実義務を果たすことに関わるからである [55]。そうすると、執行府の権限行使は、明確な法律上の根拠があるだけでは十分ではないという結論が導かれる。彼らが法律に基づき行うことも、法の支配に従わなければならない。こうして、法律による支配と法の支配は表裏一体となり、法の支配が圧迫されると、法律による支配すら存在するか疑われることになる。まぎれもない違法行為の合法化が認められるという仕組みは、法律によってもたらされるが、法の支配も法律による支配もない状態になる可能性がある [57]。

このような見方は、「有効性の罠 (validity trap)」を回避するのに役立つ。この罠は、特定の法律に権威があるというための十分条件は、ある法秩序が示す有効性の形式基準を満たすことであると考えられる場合に陥る罠である。法秩序が法律を無効にするための制度的な手段を提供しない場合、その内容がいかに不快に思えても、その法律は完全な法的権威を持つという罠がでてくる。これに対してより良い立場は、法律が有効である可能性はあるが、それが法の支配の基本原則を明確に無視しているため、法的権威を主張できるかどうかは疑わしいとみなすことである。こうした見解を補強するためにコ

モン・ロー憲法を援用し、法律を規律する根拠とすることまでをダイゼンハウスは認めるものではなく、法的権威の存在に疑問を呈するにとどめている [57-58]。

それでも彼は、ある法秩序が、法律を無効にするための制度的なチャンネルを提供しないのであれば、私たちがその内容をどんなに不愉快に思おうとも、その法律は完全な法的権威を持つという罫にはまることに強い警戒感を示す。この場合、法律は有効なのだろうが、しかし、法の支配の明示的な基本原理を覆すような内容であるために、法的権威の存在は疑わしいとする可能性が残される必要がある [206]。

6. 権力分立憲法とコモン・ロー憲法

1867年カナダ憲法は憲法上の権利章典を備えておらず、オーストラリアの憲法は体系的な権利章典をもたない、国家統治の基本構造を定めた憲法典である。このような憲法をダイゼンハウスは「権力分立憲法」と呼ぶ [5]。オーストラリアで共産党を規制する法律が制定され、その合憲性が争われた Communist Party 事件⁴では憲法の連邦と州の権限配分規定に照らしてこの法律は憲法違反とされた。

裁判官がこうした事件で憲法実証主義を選択したのも理解できる。なぜなら、オーストラリア憲法は単なる権力分立憲法、つまり実質的な価値を何ら保護しない憲法として理解できるにもかかわらず、それでも上述の結論を導き出せるからである。共産党を規制することを擁護する 1950 年前後の緊迫した政治情勢の中で、裁判官は単に職務を遂行しているだけで、政治的政策に関する議会の判断について立ち入った検討を加えるつもりはないと主張することができた。オーストラリア憲法は連邦に留保されていない領域について州に立法権を与えており、州は団体を規制する権限を持っていたが、連邦議会はそうではなかったとだけいえばよかった裁判官に負担はない。ところ

⁴ *Australian Communist Party v Commonwealth*, (1951) 83 CLR 1.

がこのロジックは、換言すれば、州であれば共産党を規制できるという帰結を含んでいる [76-80]。

憲法実証主義は権威ある憲法または法律のテキストの明白な意味だけが重要であるとする。法の支配の熱い概念を採用する裁判官が憲法実証主義のレトリックに逃げ込むのは誤りである。裁判官がコモン・ローに固執することがなければ、法律は正当性だけでなく法的権威も欠くことになってしまう [68]。

オーストラリアの共産党事件と同時期の 1950 年代、カナダの最高裁判所は、カナダの連邦憲法としての権力分立憲法である、1867 年憲法に黙示の権利またはコモン・ロー上の権利を背景に据えた一連の判決を下しており、裁判官が権力分立憲法の条項の中に、権利を、たとえば言論の自由の権利を読み取った諸事例として示される。こうした動向をダイゼンハウスは、コモン・ロー憲法に関するものとして捉える [87]。むろん、こうした手法には、裁判官の選好が憲法の名のもとに法律に盛り込まれる危険がある [89-91]。

議会が法律を制定し、敵とみなした者を拘束する非常に広範な裁量を執行府に委任する状況を想定すると、コモン・ローの法秩序では、執行府の決定を審査するよう求められた裁判官は、憲法実証主義の立場を採用し、立法府に当該立法をなす権限が憲法上あり、手続上瑕疵なく適正に定められた法律においていかなる裁量統制も設けていない以上、手出しする必要はないとすることが一方で考えられる。あるいは、他方で、コモン・ローは立憲主義の立場をとっているとみなし、裁判官は立法府が執行府に与えた裁量を法秩序の基本的な価値に照らして解釈するのが自分たちの義務であると主張することもできる。法秩序が深刻な政治的圧力にさらされているときほど、このような基本的価値が重要になる。もし裁判所が後者の方針をとれば、これに対抗して立法府は法律を再制定し、立法府の意図は執行府がそのような価値を侵害することを許可することであると明確にすることで対応するかもしれない [98]。

議会が執行府を基本的な法的価値で縛ることを望まないと明確に宣言した

場合、その宣言には政治的コストが伴う。政府が説明責任を負う相手方である国民は、法の支配にコミットしない政府を望むかどうかを判断できる。このコストは、1982年カナダ憲法33条の適用除外とまったく同じである[98]。

政府を法の支配にコミットさせるには、裁判官には3つの要素、あるいは憲法の根本にあるものの整備が必要となる。第1に、裁判官は法の支配には内容がある、つまり法は権力者の単なる道具ではないという見解にコミットしなければならない。それは、法の支配に基づく政府を価値のあるものにするという価値観によって構成されている。第2に、裁判官は立法府の決定と執行府の決定の両方を審査して、それらがこうした基本的価値観に依拠しているかどうかを確認する権限を与えられている。第3に、これらの価値観に依拠して自らの決定を正当化する責任は立法府と執行府の双方に課されているというものである[139]。

しかしこのような、裁判官の役割を前面に出す見解に対しては、執行府に対する司法の敬讓を唱える理論が立ちはだかる。それによれば裁判所は、執行府が適用したことで問題とされた法律を制定する際に議会に、当該行為を裏付ける「明確な」かつ「明確に表明された」意図があったかどうかを判断しなければならない。議会がそのような意図を持っていたと裁判所が認定した場合、そこで問題は終了であり、裁判所には法律の解釈や施行を変更したり妨害したりする権限はない。しかし、そのような意図が発見できない場合には、裁判所は執行府が「法の許容される解釈」に基づいて決定を下したかどうかを判断することとなるというものである[145]。

7. 法の支配プロジェクトと裁判官の役割

法の支配の実質的概念が緊急事態においても妥当するのだという立場をとるためには、法の支配の実質的概念が常に適切であることを示す必要がある。その問題は、政府が、法律上の規定がない緊急事態にどう対応すべきかというものではない。緊急事態に対応するために法律をどのように使用す

べきかを考える機会が生じたとき、緊急事態への対応が法の支配に準拠していることを保証するために立法府、執行府、司法府が協働で対応するという法の支配プロジェクトが前面に出てくる。危機状況において法の居場所はないという見解に関連して、危機に対する立法府の対応が必然的にブラックホールを生み出すのか、それとも実質的にはブラックホールだが、公的無法（official lawlessness）に合法性の仮面を与えるため、実質的にはより悪いグレイホールを生み出すのかという問題設定がなされてきた。これに対してダイゼンハウスの議論の要諦は、裁判官が立法府と執行府を法の支配プロジェクトの範囲内に留めておく上で有意義な役割を果たせることを示すことである。さらに、裁判官は、立法府と執行府が協力している場合にはそれを維持するようにし、また、立法府と執行府が法の支配による統制を避けたいと示唆しているように見える場合に、立法府と執行府を法の支配プロジェクトの範囲内に留めておく上で、この役割を果たすことができるのである [58-60]。

司法の敬讓を擁護する見方に対してダイゼンハウスは、立法府、執行府、司法府が成文、不文を問わず憲法の基本的諸価値を実現しようとする法の支配プロジェクトにコミットしているという前提をとることから始める。法律に対して裁判官は、立法府が広い法的プロジェクトに照らして特定の目的を達成しようとしていると見るようにしなければならない。そうすると、法律の意味は、支配者と被支配者間の相互関係の産物として捉えられることになる。法の支配プロジェクトに従えば、法秩序において特定の機関が法の最良の理解の確定を独占することはない。それゆえに、裁判官は、特定の執行府の任務に関する執行府による法解釈に敬讓を示すのだということになるのである。しかし、裁判官が敬讓を示すのは、法の適用者が行う法解釈についてそれを正当化するような合理的な業務をなしている場合のみである [147]。敬讓アプローチは、ほとんどすべての実質的審査を空虚なものにし、したがって執行府は、実際には法的制約がほとんどないにもかかわらず、法の支配の下で運営されていると主張することができるようになる。このようなス

タンスは、立法府が法定立を独占し、司法府は法解釈を独占し、そして執行府は法適用を独占するという厳格な権力分立を求めることになる。そうするとこれは、憲法実証主義の復活である [174]。

法の支配プロジェクトは、裁判官が法の支配の唯一の守護者であるという厳格な権力分立原則への忠誠を要求するものではない。それにもかかわらず、裁判官は、立法府と執行府が実際に法の支配プロジェクトに協働している場合でも、法の支配が確実に維持されるように常に何らかの役割を担っており、もし立法府と執行府の法の支配へのコミットメントが弱まるか停止する場合には、その事実国民の注意を喚起するという重要な役割を担っている。たとえばイギリスの人権法に基づく司法審査権限のように、法律を無効とする権限を裁判所が有していない場合には、法的ブラックホールを生み出す法律を前にして、裁判官は手出しできない。しかし、たとえ法的なブラックホールを生み出す法律を無効にする権限がないとしても、立法府が法の支配ではなく恣意的に統治する決定を下したと述べるのが彼らの義務である。こうして裁判官は、気象予報士の役割、つまり市民社会の構造を確保する法の支配が緊張にさらされたときに、地平線に嵐の雲が来ることを国家全体（Commonwealth）に警告する役割を引き受けることになるのである [200-201]。

もし憲法や法律が執行府に法の支配の外で活動することを認めている場合、ある法秩序における制度のすべてが、法の支配プロジェクトにコミットするものであると考える裁判官には強い緊張を強いることになる。特にそれは、執行府か立法府のいずれかが、あるいは双方が法の支配プロジェクトへの協働を拒んだ場合に大きくなる。法の支配の実質的な概念が非常事態においては妥当しないというのは、それが平時にのみ妥当するからだとの理由からの時もあるろうし、あるいは、どの状況においても、法の支配に関しては極めて薄い概念がふさわしいからだともみなすからという場合もあるろうが、いずれにせよ、非常時に法の居場所はないという見解に屈することになる。そうした見解に対抗するには、常に適切な法の支配の実体的概念が存在すること

を示す必要がある。問題は、法律がない場合において、緊急事態に政府全体や執行府がどう対応すべきかというものではない。むしろ、緊急事態に対応するために法をどのように用いるべきかを考える機会があるときに、法の支配のプロジェクトを維持するような対応が可能かどうかということである。このプロジェクトは、立法府、執行府、司法府が協力し、緊急事態への執行府の対応が法の支配に準拠することを担保する事業である [206-207]。

議会の制定する法律が法の支配を凌駕するようなものであったとしても、民主的観点からすれば、法律は方法や形式という技術的な基準を満たしているため、一定の権威を持つ。しかしこの場合、裁判官が、立法府は法の支配の外で統治することを選んだのだと考えるにつれ、反対に法律を権威あるものとみなす民主的な理由があるとは思わなくなるはずである。成文憲法を持たず、真正の憲法原理をもたないコモン・ロー法秩序があるとして、そのようなコモン・ロー法秩序では、憲法上の義務違反に国民が注意を払うよう仕向ける方途はない。その場合むしろ、法の支配を固守する決意を持ち、そうする理由を十分に明確に述べる用意のある裁判官が必要になる。そうすることで、立法府の決定が法の支配に与える影響を国民が認識できるようになる。したがって、裁判官が法の支配、すなわち合法性の基本原則を擁護する資格があるかどうかという問題は、裁判官がそうする権限を授ける成文憲法があるかどうかによって決まるものではない。あらゆる法秩序において、裁判官は、不文のものを含む憲法原理を擁護する義務を負っている。裁判官は、立法府が法の支配や成文憲法の外で統治することを選択したということを確認することで、その義務を果たすことになる [212]。

裁判官の憲法上の役割は、最も適切な手段が何であれ、法秩序の基本的価値が維持されるよう努めることである。法秩序の最上位に位置する者を含め、法的権力を持つ者は、これらの価値を理解し、その実現という共通のプロジェクトに参加できるようにしなければならない。この考え方によれば、権力分立原理は、法秩序の理想を実現するための道具とみなされる [215-216]。そしてこうした見解についてダイゼンハウスは、「さらに私は、この主

張が法の支配による統治がなされていると唱えるすべての社会に当てはまることを提案したい」と述べ、普遍化、一般化を図ろうとする [216]。

対して、危機的状況において立法府が法の支配の逸脱を望んでいるとすればどうすればよいのであろうか。ダイゼンハウスによれば、立法府が法律を制定し、執行府は法の支配から外れた対応をすると明確に告げるまでは、裁判官には法の支配を擁護する義務がある。つまり、法の支配を完全に実現するには政府の三部門すべての協力が必要だが、裁判官は他の二部門が協力していることを前提とするものとされる。裁判官は、法律が明示的に異なる規定を設けない限り、非常事態が法の支配による規律を受けているものとして扱うべきである [217-218]。

換言すれば、もし法律が完全に明示的に執行府の権限行使において、法の支配の原則を無視する権限を与えた場合、裁判官は成文憲法がなければこれに関して何もすることができないということになる。しかしこうした事態を前にした裁判官は、それでも首尾よく事は進んでいると述べて丸く収まるような態度を示すべきではない。むしろ、法の支配の統制が可能であり、それが非常に重要である事柄があるものの、意図的にその統制から外されていることを、判決の中で公に指摘することが彼らの義務である [218]。

8. 検討——「法に内在する憲法」

ここまで危機状況におけるダイゼンハウスの法の支配に関する議論を見てきた。冒頭に述べたように、本書は2001年のアメリカの同時多発テロとそれに続くロンドンでのテロを受けた諸国家の対応をみて——それまでに発表した原稿や講演録を基にしているが——出版されたものである。出版から約20年近くを経て本書を取り上げるこの意味を念頭に置き、検討を加えたい。

まず本書で特徴的なのが、ダイゼンハウスは、法の支配の実質的内容が何を意味するか、ほとんど具体的に語っておらず、かろうじて、「法の支配とは、個人を国家の恣意的行為から保護する基本的憲法原理の中の一つのルー

ル (rule) である」と述べられているだけである [2]。むしろ彼は、その内実を述べるつもりはないと明言する [12-13]。これは、法の支配の実質的内容が何かという議論よりも、法の支配の実質的内容が貫徹されるべきかどうか問われる状況において、いかにしてそれを肯定するかということの本書を通じて論じているからであると思われる。つまり、法の支配の実質的内容がこういうものであるから、それがいかなる状況においても通底すべきであるという立論ではなく、その内容を詰める作業とは別次元において、法の支配が危機的状況において通用するものだとの主張がなされているのである。

法の支配が実質的に機能するために役割を果たすのが、これを立法府、執行府、司法府の協働で追及しようとする「法の支配プロジェクト」である。しかし問題は、司法以外の他の2部門がこの協働を拒むような状況である。緊急事態法が、執行府を法の支配の拘束から免除したり、執行府の行為に対する司法審査を明示的に排除することが考えられる。あるいは裁判所とは別に行政審判所を設け、司法審査を排除するなどのコモンウェルス諸国で実際にとられた経験をまねるかもしれない。最初の2つのケースは、立法府は、法律が存在しない状況である法的なブラックホールを作ろうとしており、最後の例では、立法府は、法の支配の見せかけや形式だけがある、ブラックではなくグレイのホールを作ろうとしている。この場合、裁判官には法の支配を擁護する憲法上の義務があるとされる [4]。ここでいわれる「憲法上」というのは、「憲法典上」の義務ではない。それを示すために、アメリカ型の憲法ではない、コモンウェルス諸国の憲法を検討対象としている。だからこそ、彼は、「権力分立憲法」に逃げ込む裁判官に批判的である。

しかし、裁判官が実質的法の支配を擁護する義務を果たす制度的基盤はどこにあるのだろうか。これは、憲法典に権利章典と司法審査が組み込まれ、かつ憲法問題に関する終局的裁定者としての裁判所を持つような制度を有しない場合、法の支配プロジェクトからの離脱を決めた立法府や執行府に対して、どのようにして裁判官は法の支配を擁護する義務を負うのかという問題である。裁判官は、この場合、立法府が法の支配から逸脱していることを

はっきりと宣言するが、それによって法律を無効とすることはできない。ただしそれは、議会に白地の小切手を書くものではない [66]。重要なのは、この判断を受けて国民は、法の支配にコミットしない立法府や執行府を持つことになったということを経験した。裁判官から伝えてもらい、そうした政府を有し続けるかどうかを判断する余地を得ることができる [98]。

こうしてダイゼンハウスは民主的機関の判断と国民を対抗させる役割を裁判官に与える。オーストラリア連邦最高裁が共産党規制法を権力分立憲法に反するとして退けたのちに、政府は憲法改正をして改めて憲法上共産党を規制することを可能にしようとしたが、そのための国民投票では否決された。彼が期待するのはこのような国民の態度であろう [99-100]。

他方で危機状況に直面した時に法が道徳的資源を提供するであろうか。そうした状況においてただ単純に、裁判官や法律が私たちに救ってくれると考えるのは間違いである。戦後のドイツでは、ワイマール共和国の崩壊はワイマール憲法の欠陥によるものではなく、ドイツ初の民主主義の実験に十分な民主主義者がいなかったためだと指摘されることがある。同様に、法の支配を信じる人が十分にいなければ、法は私たちにこうした資源を提供することができないのである [64]。

ダイゼンハウスは、A.V. ダイシーの代表的著書を彷彿させる本書のタイトル、*The Constitution of Law* について、「法による統治がなされる社会を作ったということは、権利章典に書き込まれているかどうかにかかわらず、法の支配という憲法原理に法そのものを従わせる社会を作ったということである」という主張が込められている」と述べている [4]。この本のタイトルを日本語に訳すとするともっともふさわしいのは、『法に内在する憲法』ということになる。

危機に直面した際に、迅速に対応するには何よりも執行府の力が必要である。立憲主義を標榜する国家が、法的真空状態において執行府の権限行使を容認することは通常あり得ないであろうから、立法府による権限移譲がその際、想定される。法律の内容が大きな裁量を与え実際上の規律を行っていない

かったり、あるいは法律そのものが権利擁護を行うに至っていない場合には、法の支配が危機にさらされる。最高法規としての憲法に権利章典を設けているならば、裁判官はそれを拠り所とすることができるが、そうではない場合、裁判官のなしうることは、「法の支配」に照らして、法律に権威がないことを表明することをもって、国民に危機が別の危機をもたらしていることを伝達することである。それを知らされた国民は次にどのような行動をとるべきかを民主的プロセスにおいて、あるいは政治プロセスへの働きかけを通じて表明する。法の支配プロジェクトとしてダイゼンハウスが示す、立法府、執行府、司法府の協働は、その次に国民による法の支配プロジェクトの仕上げが続く。そうすると、国民が「法に内在する憲法」についての理解をもっていない限り、このプロジェクトが成功裡に完結することはない。

ダイゼンハウスの法の支配プロジェクトは、終局的裁定者を国民の判断に委ねている以上、強固な制度的基盤をもっていない。同時多発テロとその後の措置を見た彼の葛藤をそこに見て取ることができる。それでも彼の立論は、裁判官に大きな役割を与えている。法律が存在していることからもたらされる有効性のみならず、その法律に法的権威が備わっているかどうかの判断を裁判官に求めている。裁判官の判断に法的効果がないことがありうるという仮定をおくからこそ、裁判官の果たす役割としての国民への伝達機能へ注意を向けさせる。立法府、執行府と対抗関係におかれた司法府がダイゼンハウスの構想通りに事を進めることができるかどうかは、気象予報士の報告を受けた国民の判断にかかっている。

The Rule of Law in Emergency: Based on D. Dyzenhaus

Koichi TAKAGI

ABSTRACT

In his book ‘The Constitution of Law’ published in 2006, David Dyzenhaus develops a discussion of the existence of the rule of law in emergency and exceptional situations.

He clearly states that he takes a substantive view of the rule of law, but does not reveal its content, and instead discusses situations in which the rule of law should apply to.

The rule of law project he advocates involves the participation of all three branches of government - the legislative, the executive, and the judiciary - and in this project he particularly emphasizes the importance of the role of the judiciary.

The purpose of this article is to examine the significance of his view of the rule of law, approximately 20 years after the publication of his book and then explore what the book title ‘The Constitution of Law’ means.