

「形式的法治国・実質的法治国」概念の系譜と現状 ——その検討と「普遍化的法治主義」の提唱——

高 田 敏

目 次

- I 問題の所在
- II 「形式的法治国・実質的法治国」概念の形成
- III 「形式的法治国・実質的法治国」概念の展開
- IV 法治国家の側面ないし構成原理・要素を表示するものとしての「形式的法治国・実質的法治国」の萌芽
- V 「形式的法治国・実質的法治国」概念の現状
- VI 検討
- VII 法治国家のヨーロッパ大陸化とヨーロッパの法治主義化
- おわりに——普遍化的法治主義に向けて
 - 1 「普遍化的法治主義」の提唱
 - 2 法治主義と法の支配—日本の議論への示唆

I 問題の所在

1. 日本における「形式的法治国・実質的法治国」概念

本稿は、「形式的法治国・実質的法治国」ないし「形式的法治主義・実質的法治主義」の概念の系譜を辿り、現状を明らかにしたうえで、その問題点を探り、新しい概念を提示しようとするものである。

そもそも、「法治国」概念はドイツの“Rechtsstaat”の訳語として明治期に成立したものであり¹、「法治主義」は、訳語としてではなく、法治国の主義・

1 高田 敏「日本におけるドイツ的『法治国』概念の継受（一）」阪大法学145・146号。

原理等を表示するものとして明治期に語として成立し、大正期に概念として確立したものである²。

この「法治国」は、明治憲法下においてすでに多様に観念されていたが³、通説においては明治憲法に即して法律による行政と裁判を採用した国と形式的に観念されたため、それに形容詞が付されることはなかったのである。

ところが、日本国憲法の成立による憲法原理・構造の基本的転換に伴い、憲法によって形成される法治国（家）も憲法原理を構成する法治主義も、必然的に転換することとなった（それに関連して、「法治主義と法の支配」論争が成立した）⁴。その際、その転換を表示する方法として、第二次大戦後のドイツにおいて戦前の法治国（家）を形式的法治国、ボン基本法の法治国（家）を実質的法治国と称するにいたったのに対応する形で、明治憲法の法治国を形式的法治国（その原理を形式的法治主義）、日本国憲法における法治国（家）を実質的法治国（その原理を実質的法治主義）と称することとなったのである。

このようにして成立した「形式的法治国・法治主義」・「実質的法治国・法治主義」は、今日にいたるまで、それぞれ明治憲法および日本国憲法の原理を表示する概念として妥当している。ただ、この両者がこれと異なった意味で用いられる場合もみられる⁵。また、1990年代後半以降、とくに司法改革において「法の支配」の理念が掲げられて以降、それと対比して「法治国（家）」を取り上げる論者においては、これが従来の実質的法治国（家）論と異なった場（法秩序観ないし秩序形成の場）⁶や意味⁷において用いられている。したがって、現

2 同100頁。

3 高田「『法治国』観に関する学説と俗説——日本におけるドイツ的『法治国』概念の継受（その二）」阪大法学157・158号53頁。

4 高田「戦後わが国における『法治主義と法の支配』論争 序説」阪大法学部創立30周年記念論文集（1982・有斐閣）。

5 最近の一例として、桜井智章「法治国家の『形式性』の論理」法学論叢52巻2，4号。

6 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」佐藤幸治／初宿正典／大石 真編 憲法五十年の展望Ⅱ（有斐閣・1998年）100頁以下。

在，これらの概念の客観的把握が必要な段階にあると言いえよう。

2. 本稿の課題

(1) このように「形式的法治国・法治主義」・「実質的法治国・法治主義」を客観視しようとする場合、「法治国（家）」概念の母国であるドイツにおける動向も参照されるべきであろう。ドイツにおいては、上述のように、第二次大戦後、戦前（ビスマルク憲法下およびヴァイマル憲法下）の法治国家を形式的法治国、ボン基本法の法治国を実質的法治国と称してきた。しかし近年、その用語法にはゆらぎが認められる。したがって、ドイツにおける「形式的法治国・実質的法治国」概念を客観的にとらえるには、その歴史的検討を必要としよう。

本稿においては、日本における「形式的法治国・法治主義」・「実質的法治国・法治主義」の意味とそれの有する意義（果たす役割）を明らかにし、またそれを検証する前提作業として、ドイツにおける「形式的法治国・実質的法治国」概念を、学説史的に検討してみたいと考える。

筆者は、これまで「法治国（家）」(Rechtsstaat) 自体の概念史を扱ってきた⁸。ただ、「形式的法治国・実質的法治国」の概念史はこれまで取り上げていない。またドイツにおいてもこれに関する研究は見られない⁹。しかし、この

7 たとえば「超越論的な上からの法秩序形成観」(佐藤幸治「自由の法秩序」佐藤／初宿／大石編・上掲書23頁)との法治国観の把握は、少なくともボン基本法の「法治国」(Rechtsstaat) 観とは異質のものであろう(Ⅶの1および「おわりに」参照)。

8 筆者のこれまで扱った「法治国（家）」・「法治主義」の概念史のまとまったものとして、高田「法治主義の概念と動向」公法研究57号、参照。

9 但し、Philip Kunig, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 20-30は、法治国原理に関する戦後それまでの法学的研究の領域を、①法治国理念史研究(S. 21ff.)、②形式的法治国原理に対立するものとして理解された実質的法治国原理の研究(S. 24ff.)、③法治国原理と社会国家原理の関係の問題(S. 28ff.)の三つに分類している。そして、第二の「形式的」法治国概念と「実質的」法治国概念の対立の問題については、それを記述的・類型論的で且つ規範的な問題ととらえているが、この議論の歴史性にも触れている(S. 24f.)。しかし、本稿で扱う「形式的法治国・実質的法治国」概念の学説史的検討はそこではみられない。

概念が、憲法上重要な意味を有し、また憲法具体化法（とくに行政法）においてその存立根拠をなす基本原理¹⁰や種々の構成原理の解釈¹¹に関わるものであることからすれば、この作業は肝要なものであろう。

(2) ところで、本稿においては、以上の検討をふまえて、おわりに、「実質的法治主義」に代わる新しい概念「普遍化的法治主義」の提唱を行いたい。そのためには、ドイツにおける「形式的法治国・実質的法治国」の検討だけではなく、「法治国（家）」のヨーロッパ大陸化、法治主義のヨーロッパ化の動向をも検証しておかなければならない。ただ、法治主義のヨーロッパ化はそれ自体で独立の問題を構成するため、本稿においては、「法治国（家）」概念のヨーロッパ大陸化、「法の支配」・「法治国（家）」のヨーロッパにおける普遍化の傾向を明かにするにとどめさせていただく。

なお、法治主義のヨーロッパ化を取り上げる場合には、ヨーロッパにおける「法治国（家）」と「法の支配」の問題を避けて通ることはできない。しかし、この問題は独立の極めて基本的で大きな問題であるため、本稿においては、概念に絞ってⅦおよび「おわりに」で触れるにとどめ、その考察は別稿の課題とさせて戴きたい。

Ⅱ 「形式的法治国・実質的法治国」概念の形成

1. 「形式的法治国から実質的法治国へ」—法治国家展開の図式について

(1) ドイツにおける法治国家は、第二次大戦後、従来の形式的法治国 (formeller Rechtsstaat) から実質的法治国 (materieller Rechtsstaat) へと転

10 法治主義は行政法存立の基礎をなす原理である（高田・行政法—法治主義具体化法としての—，改訂版増補，2001年・有斐閣）。実質的法治主義をどう捉えるかは、行政法そのものの性格把握にもかかわることとなる。

11 法律と法による行政の原理をはじめ行政法の主要な原理は法治主義の具体化的性格を有する。実質的法治主義の把握は、それらの解釈にも影響を及ぼす。

換を遂げたとされる。すなわち、通説においては、初期（カント、モール等）の実質的法治国家論が、シュタールによって形式化され、「法律による行政」といういわば形式を法治国家の要素とするビスマルク憲法下の形式的法治国がヴァイマル憲法下まで維持されたのに対して、ナチスによる法治国家破壊を体験した後のボン基本法においては、基本権を核とする実質をも要素とする実質的法治国体制が採用されたとされるのである¹²。そしてこの転換が法治国家の普遍化への方向づけを行ったと考えられる。

(2) このような「形式的法治国から実質的法治国へ」という法治国家展開の図式は、法治国理論史の問題¹³であって、概念の問題ではない。しかし、「形式的法治国」・「実質的法治国」概念は、理論史を踏まえ、そこにおける法治国家観を概念化したものであって、理論史と無関係に成立したものではない。

以下においては、「形式的法治国」・「実質的法治国」がどの時代に語として成立し、どのように概念化したか、概念の意味・内包如何、また両概念はどのように展開してきたかといった問題を、概念成立段階から現在にいたる概念史と

12 この「形式的法治国から実質的法治国へ」の図式は、細部にわたって詰められたものではない。例えば、通説においては、実質的法治国（とくに初期のそれ）の意味に曖昧さが残り、この図式からでは、何故シュタールがそれ程までに大きな影響を及ぼしたのかが理解し得ない。初期の実質的法治国家論が実質も形式も備えたものであったとすれば、保守主義者シュタールの説いた形式のみを要件とする法治国家論が、決定的な影響力をもったとは解し難いのである。そして、この点を解明するためには、法治国理論（その論者が「法治国家」の語を用いていると否とを問わない）と、「法治国家」観（「法治国家」の語のもとに観念するところのもの）を区別し、「法治国家」観史については、初期（19世紀前半）のものが自由主義的な国家「目的」表示概念であったのに対して、シュタールが国家目的実現「手段」表示概念を提示したことを認識する要がある。法治国家概念史の理解のためには、法治国家概念形成・展開の論理の認識が肝要と考えられるのである（高山「ドイツにおける法治国概念形成の論理」阪大法学141・142号）。

このような法治国家概念史からすると、「法治国家」は、「国家目的表示概念→国家目的実現手段表示概念→目的プラス手段表示概念」と推移したことが分かる。したがって、第二次大戦後の実質的法治国を言う場合、それは、法治国家の実質と形式を共に要素とするものと言うに留まらず、同時に法治国家における目的と手段ならびに両者の調和性をも要素とするものと解すべきであろう。

13 Kunigの挙げる法治国家に関する戦後の三つの議論（註9）のうちの第一の問題。

して検討する。それらを通して、両概念の異同、実質的法治国における普遍化の意味、当初の語法と異なってこれを対概念として用いる近年の論者の場合にはどのような意味において用いられているのか、そしてそれらの論者においては法治国家自身はどのように解されているのか、等を明らかにすることといたしたい。

2. 第二次大戦前における「形式的法治国」・「実質的法治国」の語の使用

(1) 「法治国家」概念と「形式的法治国」・「実質的法治国」概念

ドイツにおいて「法治国家」(Rechtsstaat)概念が成立し確立したのは19世紀においてである¹⁴。当初(19世紀前半)、それは自由主義的な目的をもった国家を意味したが、その語法が一般的であったため、それに形容詞が付されることはなかった。

シュタール以降、国家目的実現手段を表示するものとして法治国家を観念するにいたるが、その後世いわゆる形式的法治国の段階においては、19世紀前半の自由主義的法治国を、自らと区別して形容詞を付して呼称することは行われなかった。また、この形式的法治国時代においては、自らを肯定的に捉える論者からすれば、それが実質・内容を排除するものである以上、自らに形容詞を付すことも起り難かったのである(例外として、註16の R. Thoma)。

この時代における法治国家への形容詞の付加は、形式的法治国批判論者によって行われることが考えられよう。そして、ビスマルク憲法下において、すでにこのような批判論が登場したのである。

(2) ビスマルク憲法下

19世紀のビスマルク憲法下においても、すでに実質的法治国家的な理論(概念ではない)が存在したことは知られているが¹⁵、語の使用は、20世紀に入っ

14 高田「法治国家概念と警察国家概念の形成(一)」阪大法学70号。

15 同・63頁以下(ビスマルク憲法成立前の19世紀後半の所説も含まれている)参照。

てからと思われる。

まず、「形式的法治国」の語の最も初期の使用者としては、1910年のリヒアルト・トーマを挙げることができよう¹⁶。彼は、「形式的法治国（formaler Rechtsstaat）の定義」が支配的なものであって、シュタールがこれを与えた、としている。ただ彼は、「形式的法治国」を実質的法治国と対称するにはいたっておらず、むしろ「政治的法治国家理論」と「形式的・法学的法治国理念」（＝形式的法治国理念）を対比し、後者がその全内容において直接的な現時代的価値を有するものとしている。しかしそれにもかかわらず、トーマは、「不法も法律的に存立するか存立し得る国家は、法治国家ではない」としたマウルスの「その内容によって特徴づけられた法治国家」を、通説に反するものとしており、その意味において彼の「形式的法治国」は、第二次大戦後に使用されたそれと同様のものであって、実質的法治国に対するものと言い得よう。

ビスマルク憲法下において「形式的法治国・実質的法治国」の語を使用したものとしては、1911年のゾムロを挙げることができる。彼は、当時の「法治国家論（Lehre vom Rechtsstaat）が、法治国概念を……単に形式的（formell）なそれとしてのみ定立し、実質的（materiell）なそれとしては定立しない」ことに対して、「大きな疑念」を提起している。すなわち、彼は、法治国家の目的を「国家に対して、とくにその官吏に対して、個人領域をより大きく保障すること」ととらえ、この保障が「単に形式的な法治国概念」においては与えられないのではないかと説くのである¹⁷。このように、ゾムロは、「形式的法治国」を批判し、「実質的法治国」を志向するのであるが、彼はこの両概念をドイツにおいて初めて用いた論者であったと思われ、しかもそこにおける両概念は、第二次大戦後におけるそれらと共通性を有するものと解される。

16 Richard Thoma, Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Bd. IV . 1910, S.196ff., とくに200f.

17 Stier-Somlo, Rechtsstaat, Verwaltung und Eigentum, 1911, S. 47ff.

(3) ヴァイマル憲法下

ヴァイマル憲法下においては、その後期に、ヘルマン・ヘラーが、「実質的法治国」の語を使用している。彼は、市民的な「法律による自由の保障」という「実質的法治国理念」(materielle Rechtsstaatsidee)が、1848年の後、空疎化され生命を失って、「形式的・技術的なもの」(Formalistisch-Technisches)に変じ、1918年の革命の後まで異論を見ない説になった、とするのである¹⁸。このヘラーの近代的な実質的法治国論とその形式化という理解は、第二次大戦後の法治国家論史の把握に繋がるものであった、と言えよう。

(4) このように、戦前においても、わずかな例ではあるが、「形式的法治国」・「実質的法治国」の語が使用されていた。しかも、そこにおける二つの語の意義は、第二次大戦後における意義と共通性を有するものであった。すなわち、両者は、決して一つの法治国家の二つの側面をそれぞれ指すものではなく、法治国家の異なった類型を示すものとして用いられていたのである。前者は形式のみを要素とする法治国家、後者は(形式のみならず)実質をも要素とする法治国家である、と。

3. 第二次大戦後における「形式的法治国」・「実質的法治国」概念の確立

(1) すでに第二次大戦前においても使用例のみられた「形式的法治国」・「実質的法治国」は、第二次大戦後、学問上の概念として成立し、確立した。

このような概念の形成には二つの契機が認められる。一つは、19世紀の過程において法治国家論の形式化があったとされ、そこから形式的法治国の概念が形成されたことであり、今一つは、これに対する反省にもとづいて第二次大戦後のラント憲法およびボン基本法の法治国家原理が従来のそれ(形式的法治国家原理)と異なるものとなり、新しい法治国家を表示するものとして実質的法治国の概念が形成されたことである。

18 Hermann Heller, Rechtsstaat oder Diktatur ?, 1930, S. 7ff.

(2) このような概念形成が明確に行われたのは、ボン基本法成立後の1950年代に入ってである。

まず、概念形成のための理論的基礎を提供したものとして、ショイナーは、1951年に、「法治国家が後年単なる行政の法律適合性の原則へと形式化された」こと、しかしナチスの体験によりそれでは不十分であること、したがって法治国家は基本権の保障、立法の濫用の抑止、行政の法律と法への羈束、等を要求するものであるから、「法治国原理は、形式的なものではなくして、憲法に対する精密な内容上の要求を包含している」、としている¹⁹。また、ランゲは、1952年に、古典的法治国思想——合法性それ自体によって人権が保障されることを鍵としていた——が19世紀の経過中にその意義を失ったこと、ボン基本法における法治国思想は単に形式的で制度的な概念から積極的な内容と要請で充たされた概念へと変化し、従来終局目的であった形式的な法価値が今や実質的なそれに奉仕するものとなったことを指摘し²⁰、「単に形式的な法治国家の理解とそれを超えて実質的でもある法治国家の理解……との間の区別」に注意を喚起しようとしたのである²¹。

(3) 「形式的法治国・実質的法治国」を概念として成立させ、さらに確立へと方向づけたと言い得るのは、メンガーの『ボン基本法における社会的法治国の概念』(1953年)であろう。彼は、そこにおいて、カント、フンボルト、モール等の「国家活動の目的と内容によって法治国家と特徴づけられた国家形態」を、「自由主義的に刻印づけられた実質的法治国」ととらえる²²が、それがシュタールによって「法的に定められ保障された国家活動実現形式」のみを意味する

19 Ulrich Scheuner, Grundfragen des modernen Staates, Recht Staat Wirtschaft Bd. 3, 1951, S.151f.

20 Richard Lange, Der Rechtsstaat als Zentralbegriff der neuesten Strafrechtsentwicklung, 1952, S. 8-14.

21 Ibid. S. 5.

22 Christian-Friedrich Menger, Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz, 1953, S. 9ff.

「いわゆる形式的法治国概念」に転じることになったとする²³。そしてこれは、法律による行政と執行権の行為の裁判的コントロールを要件とするものとされる。ところが、ナチズムの苦い体験を踏まえて、「ボン基本法の法治国的保障は、形式的法治国概念の限界を超えて、実質的要素を包含する」。それは、憲法的秩序—これには特に基本権が属する—への立法の羈束、基本権の裁判的救済、憲法裁判所、等に示されている。「かくて、ボン基本法における法治国の概念は、従来の行政法学の形式的法治国概念ではない。ドイツ連邦共和国はむしろ実質的法治国として組織されているのである」、と説いたのである²⁴。

このメンガーの法治国概念には、二つのポイントを指摘し得よう。すなわち、まず第一点は、過去の不完全な法治国が形式的法治国、ボン基本法の法治国が実質的法治国とされており、その意味において、両者は法治国の発展段階を示すものと言うこともできることである。第二点は、形式的法治国は法律による行政と行政裁判等の形式的要素のみで構成されるものであるのに対して、実質的法治国は形式的要素のみならず実質的要素をも、すなわち「国家と個人の関係の内容に関することをも」包含するものとされることである。ここでは、決して、その後見られるにいたったような、法治国の両面すなわち形式的側面と実質的側面を、それぞれ形式的法治国・実質的法治国と称するという概念の使用法、換言すれば形式的法治国・実質的法治国を対概念として用いるというものではなかったのである。

(4) なお、このメンガーの所論の公刊された年に開催されたドイツ国法学者大会は、「社会的法治国の概念と本質」を第一の（二つのうちの）テーマとして選定したが²⁵、社会的法治国を主題としたため、そこでは法治国概念は正面からは取り上げられていない。それでも、討議（Aussprache）²⁶の中で、アー

23 Ibid. S. 12.

24 Ibid. S. 17f.

25 1953年10月15日・16日にボンで開催。“Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates”, VVDStRL Heft 12, 1954, S.8-128, 所収。

ベントロートは、「形式的法治国・実質的法治国」の概念を用いている²⁷。また、第二報告者のバッホフも、戦後期の実質的法治国家観を採用しており²⁸、討議においても基本的には同様であった^{29, 30}。

4. 戦後期の「形式的法治国・実質的法治国」概念の定説化—60年代まで

(1) 上にみたように、ボン基本法成立後の1950年代前半、戦前の法治国を「形式的法治国」、ボン基本法の法治国を「実質的法治国」と指称するものとして、両概念が成立し、確立した。このような概念形成は、歴史の変動期に、過去の法治国家とそれを克服した現在の法治国家を、それぞれ別個の概念で表示

26 Ibid., S.85–128.

27 Abendroth は、討議発言 (Ibid., S.85–92) において、ボン基本法が、「民主主義的・社会的法治国」の信奉によって、「実証主義の単なる形式的法治国思想」を否定し (基本法 1 条 3 項)、民主主義の「実質的法治国思想」を提唱している、と説いている (S.87)。

28 Otto Bachof, Der soziale Rechtsstaat in verwaltungsrechtlicher Sicht. VVDStRL Heft 12, a.a. O., S. 37–84) は、法治国概念から出発し、「基本法の法治国概念には、形式的要素だけではなく、何よりも実質的要素も、また実質的要素までも属している。すなわち、法治国家は、正義の実現と確保を目的とする国家であって、その形式的要素はこの実質的内容の保障にのみ奉仕するのである。」(S. 39. S. 80) と、第二次大戦後の実質的法治国家観を採っている。但し、「実質的法治国」の概念はみられない。

29 討議 (Aussprache) においても、実質的法治国的な法治国家観を前提とした議論が行われている。ただ一人、Bühler のみは、R. Thoma に依拠し、形式的な法治国家観を採っているが (S. 98f.)、これに対しては、Apelt (現行憲法下では本質的な基本権は法治国家の構成部分であり、法治国概念は形式のみならず実質をも内包するものである。S. 107f.) および Bachof (S. 124) が反論を提起し、また Pfeifer (S. 111f.) も形式に限局された法治国概念批判を行っている。

30 なお、第一報告者のフォルストホフは、その報告 (Ernst Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL Heft 12, S. 8–36) において、「法治国家と社会国家は…憲法レベルでは融合していない。憲法、立法および行政が結びついてはじめて法治国家と社会国家も結合するのである。」(S.29) という有名なテーゼを提示する。これは少数説 (あるいは異説) に属するが、その基礎には彼の法治国家観がある。すなわち、法治国家は、高度の形式化によって特徴づけられるのであるが、その構成要素には権力分立、法律概念、行政の法律適合性、独立の裁判所だけではなく、基本権の保障が属する (S. 16)。その意味において、彼の法治国家観は形式的なそれではなく、むしろ戦後期の実質的法治国家観に属することになる。ただ、法治国家は、境界づけとしての自由の保障 (Gewährleistung) を目的とするものであり、配分に向けられた保障 (Gewährung) を目的とする社会国家と対蹠的なものである (S. 18ff.) ため、法治国家的憲法の中に同時に社会国家的保障を織り込み得ないとするのである。

しようとしたものであった。その意味において、これは、まさに戦後期に相応した概念形成であったとも言えるが、このように形成された二つの概念は、その後も妥当することとなる。その場合、その妥当性には、二つを区別する必要がある。まず第一点は、「形式的法治国」・「実質的法治国」という概念そのものであって、これらは現在にいたるまで一般に使用されているのである。第二点は、これらの概念の内包の問題であって、形式的法治国は形式面のみを要素とする法治国家であって戦前の法治国家を表示するもの、実質的法治国は形式プラス実質を要素とする第二次大戦後の法治国家を表示するものとする概念使用法の妥当性である。これは、少なくとも1960年代までは問題なく妥当した(1970年代においても一定の時期までは、一般的な用語法であったと思われる)。以下においては、このことを示す1960年代の有名な法治国理論史の論文を掲げておきたい。

(2) ショイナー

1960年代におけるドイツ法治国理論史に関する代表的論稿の一つは、1960年のショイナーのそれである。ショイナーは、「形式的法治国家観」(formale Rechtsstaatsauffassung)が、シュタール、ベールの影響のもとに、19世紀の最後の四半世紀に成立したとする。その場合、そこにおける「形式的」とは、「法律による行政と法的救済」の意味において理解される。そして、この形式的法治国家観は、ヴァイマル期まで支配的であり続けたが、1945年後、転換されるにいたり、法治国概念は、単に国家行為の形式、外的な合法秩序にのみ関するものではなく、ヨーロッパの法発展の一定の実質的基本価値の信奉を意味する。すなわち、法治国家は、市民の人格の自由および政治的自由の保護、ならびに、すべての公的な権力行使の抑制および法的拘束を具現するものなのである。そしてショイナーは、このような法治国家を、「実質的法法治国家観」(materiale Rechtsstaatsauffassung)と称している³¹。

このショイナーの理解においては、形式的法治国は形式的要素のみで構成さ

れるものであって過去のものであり、実質的法治国は形式的要素プラス実質的要素から成るものであって、第二次大戦後のものということになるわけである。

このショイナーの法治国理論史を扱った有名な論文は、まさに戦後期の法治国家観（「形式的法治国・実質的法治国」観）を総括したものであるといえることができ、このような法治国家観は、1960年代末までは定説を形成していたと言ってよいと思われる³²。

（3）判例における「形式的法治国・実質的法治国」観

以上、戦後期の学説における「形式的法治国・実質的法治国」概念をみてきたが、この時期の判例の中にも、「形式的法治国・実質的法治国」概念を使用するものがみられる。すなわち、1960年5月31日の連邦憲法裁判所第二部決定³³は、次のように言う。

ボン基本法に反する「この刑事法とその適用は…実質的法治国（materieller Rechtsstaat）を標榜する憲法が立法者および裁判官に対して行っている要求に抵触している。それ故、この法律および同様のものを、形式的法治国家性（formale Rechtsstaatlichkeit）の視点の下でのみ評価することは、誤っている。その場合には、不法体制も、社会生活の日常的問題を、外見上は形式的法治国的（formalrechtsstaatlich）な解決とほとんど区別されない方法で、大抵の場合解決せざるを得ない、ということが見落とされている。」³⁴

31 Ulrich Scheuner, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, in : Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 – 1960, Bd. II 1960, S. 229 – 262, bes. S. 248 – 250.

32 戦後期の通説に属すると解される1960年代の文献を一・二掲げておく。まず、Alexander Hollerbach, Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung?, Archiv des öffentlichen Rechts, 85. Band Heft 3, 1960, S. 251 は、実質的法治国的理解は、形式的理解を含むとする。また、H. Schulz-Schaeffer, Die Staatsform der Bundesrepublik Deutschland, 1966は、形式的法治国思想がシュタールに遡るものとし（S. 144）、ヴァイマル憲法下における立法者の平等原則への拘束の問題に実質的法治国理論への推進力を見る（S. 146）とともに、実質的法治国思想においては形式と実質が関連し合うものととらえている（S. 155）。

33 Beschluß des Zweiten Senats vom 31. Mai 1960, BVerfGE 11, 150.

34 Ibid. S. 163.

ここに示された憲法裁判所の「形式的法治国・実質的法治国」観は、戦後のメンガー等の系譜に属するものと言い得よう。すなわち、そこでいう実質的法治国は、形式的に法律として成立した法が事実上の最高法規となるのではなく、法律は憲法に羈束され、法律の憲法適合性が裁判所において審査されることを意味する。そこに、法律による行政と裁判を必要にして十分な要件とする従来の「形式的法治国」に対して、憲法による立法の羈束をも要求する戦後の「実質的法治国」観の表出を認めることができよう。

Ⅲ 「形式的法治国・実質的法治国」概念の展開

1. 戦後期概念のゆらぎの萌し——ベッケンフェルデ

前節で見た戦後期に確立した「形式的法治国・実質的法治国」の概念に変化の萌しが見えるのは、ボン基本法20年の1960年代末、ベッケンフェルデにおいてである。

(1) ベッケンフェルデは、1969年に、法治国理論史研究として高い評価を得た「法治国概念の成立と変遷」を公にしている³⁵。そこにおいては、まず法治国概念の成立が扱われるが、法治国概念は、元来、理性法によって刻印づけられた初期自由主義の国家思想に由来するもので、原初的な法治国概念は、実質的法治国か形式的法治国かの二者択一に還元されず、「統一的な、実質的にも形式的にも刻印される国家原則（国家の種類）」³⁶を定立するものであったと性格づけられる。しかし、19世紀におけるその後の法治国概念の展開において、「いわゆる形式的法治国概念（sog. formeller Rechtsstaatsbegriff）への縮減」³⁷

35 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, Festschrift für Arndt zum 65. Geburtstag, 1969, S. 53-76; 本論文については、樺島博志氏の翻訳「法治国概念の成立と変遷」がある。ベッケンフェルデ著/初宿正典編訳・現代国家と憲法・自由・民主制（風行社・1999年）26-60頁。

36 Ibid. S. 57.

37 Ibid. S. 59.

が行われ、法治国概念は、形式的・手続的領域におけるもの、主として行政に関わるものとなった、とされたのである。

これに対して、ナチス体制による法治国家の解体・無視の後、現在の法治国思想は、形式的法治国概念に代えて実質的法治国概念の方向へと法治国概念の発展的形成を行った、ととらえられる。ベッケンフェルデは、この「実質的法治国概念への転回」³⁸によって、国家権力は、あらかじめ一定の最高の法原則ないし法価値に羈束されたものとみなされ、国家作用の重点は、第一次的に形式的自由保障にあるとみられるのではなく、実質的に正当な法状態の樹立にあると考えられるにいたった、とする。そして、実質的法治国家的に構想された憲法は、共同社会の生活秩序の「基本価値」を法的に実定化するものとなり、連邦憲法裁判所も、憲法を客観的価値秩序あるいは超実定法的正義原則の具現とする憲法理解を表明し、このような価値体系が法の全領域に妥当することを要求している³⁹、と説いているのである。

(2) このベッケンフェルデの法治国概念展開論においては、次の二点が指摘されなければならない。すなわち、まず第一は、形式的法治国概念から実質的法治国概念へと転回したことが、ドイツにおける法治国概念史の動向ととらえられていることである。そしてそこでは、実質的法治国概念が第二次大戦後において支配的であることが確認されている。

これに対して、第二は、実質的法治国のとらえ方にみられる変化である。すなわち、メンガー、ショイナー等においては、実質的法治国は、形式プラス実質を内包とする法治国である（このこと自体については、ベッケンフェルデにおいても共通である）とともに、そこにおける実質は、立法権をも拘束する基本権の保障を核とするものであった。その意味において、その実質は或種の形式（立法権拘束的基本権、憲法裁判権、等）を、したがって客観性を有するも

38 Ibid. S. 72.

39 Ibid, S. 72f.

のであったと言い得よう。これに対して、ベッケンフェルデの言う実質は、最高の法原則または法価値を意味するものであり、社会の生活秩序の「基本価値」、超実定的な正義原則の具現といった客観性の必ずしも担保されない実質をも意味したのである。そしてこのような「実質的法治国」観は、彼の原初的法治国概念のとらえ方にすでに表れていると言えるかも知れない。

この二点のうちの第一点は、第二次大戦後の実質的法治国概念化の動向についての1960年代末における記述であって、学説史の客観的記述としての意味を有している。これに対して、第二点は、形式プラス実質を要素とする実質的法治国論について、はじめてその実質とは何か、実質と形式の関係は？、と言う問題を提起したものであったと言ってよかろう。すなわち、ベッケンフェルデは、実質の中に、伝統的な理解としての基本権保障といった原理のみならず、超実定的正義原則も含まれるものとみるのである。そして、この意味における実質的法治国観を採用する憲法裁判所は、価値論的・正義論的思考の論理によって、特定の政治的・倫理的基本確信に普遍的な法的効力を与え、これに対抗する政治的・倫理的基本確信を差別的に扱うこととなり、その結果、自由は、憲法が定めた価値的基盤の範囲内でのみ保障されるに過ぎなくなって、自由の保障が相対化されるにいたる、とするのである。

(3) このように、ベッケンフェルデは、第二次大戦後に支配的となった実質的法治国概念を、形式プラス実質を内包とする法治国と伝統的に解しながらも、従来と異なって、憲法裁判所の採用した実質的法治国論が形式よりも実質を重視することを指摘し、またそこにおける実質の内容を問題とした、新たな「実質的法治国」観を提示したのである。このような「実質的法治国」観は、1970年代末から1980年代初に成立した「法治国の形式化」論争に、さらに「形式的法治国・実質的法治国」概念のゆらぎへと繋がるのではないかと考える。

2. 戦後期の「形式的法治国・実質的法治国」概念の基本的維持と変化—— 70年代

(1) 70年代の「形式的法治国・実質的法治国」

以上みてきたように、戦後期の通説的理解によれば、法治国概念は、第二次大戦後、従来の形式的法治国概念から実質的法治国概念へと転換した。その場合、形式的法治国が法律による行政と裁判（行政裁判を含む）を必要にして十分な要件とするものであったのに対して、実質的法治国は、立法権によっても侵し得ない基本権とそれを保障する制度（法律による行政と裁判もこれに属する）を要素とするものとなった。これが第二次大戦後の通説的理解であった。

このような理解は、前述のように、1960年代まで支配的であった。それは、上の理解における実質的法治国が、ボン基本法に適合したものであるとともに、かつての理解と異なるものであったために、過去の克服が課題となった戦後期においては、過去の法治国（形式的法治国）と対比して現行憲法下の法治国家（実質的法治国）を強調することが肝要であったからであろう、と考えられる。

では、1970年代においては如何。70年代にいたると、ドイツ公法学においては、過去の法治国家観と対比するまでもなく、上に見た実質的法治国の意味するところのものがすでに自明のものとなったということができよう。また、60年代末には、ベッケンフェルデが連邦憲法裁判所の採る実質的法治国論に対して問題提起を行っている。これらが、「形式的法治国・実質的法治国」観に如何なる影響を及ぼしたかである。

(2) シュテルンにおける「形式的法治国・実質的法治国」

1970年代においても、戦後の「形式的法治国・実質的法治国」観は、基本的には維持されていたと言ってよいであろう⁴⁰。しかし、上に挙げた状況の変化は、この時代の法治国概念に投影されることとなった。その代表者として、こ

40 たとえば、Joachim Wege, *Positives Recht und sozialer Wandel im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, 1977, S.138ff. も、ほぼ通説的な法治国家展開史を叙述している。

の時代のシュテルンを取り上げておきたい。

(a) シュテルンは、「形式にのみ縮減され、実質の充鎮が欠けた」シュタール以降の法治国家を形式的法治国 (formaler Rechtsstaat または formeller Rechtsstaat) と称するが、それは帝政時代に「法律による行政の原理」となり、ヴァイマル共和国においても「国家生活の合法律性」と「独立の裁判所による保護」を意味したとする⁴¹。これに対して、「ボン基本法は、純粹に形式的な法治国 (rein formaler Rechtsstaat) に訣別し、それを実質的に、とくに基本権的自由と自由主義的・民主主義的基本秩序のための決定によって、充鎮するもっともな根拠をもった」とする⁴²。そして「ボン基本法における実質的法治国への歩み」を擁護しているのである⁴³。したがって、ここでは、戦後期に確立した概念と同様に、形式的法治国は過去の、そして実質的法治国はボン基本法の法治国とされているのである。

(b) このように、伝統的な概念使用法に従いながらも、シュテルンの叙述には、1970年代後半のそれとして、従来のものとのニュアンスの差が認められる。すなわち、そこでは、「実質的法治国国家性 (materielle Rechtsstaatlichkeit) は、もちろん、形式を放棄し内容をすべてとしておくことを意味するものではない。」⁴⁴とされ、形式の重要性が強調される。そして、ボン基本法においては形式的法治国国家性と実質的法治国国家性 (Rechtsstaatlichkeit) の対立は過度に強調されるべきものではないのではないかとされ、原初的法治国概念を「実質的法治国か形式的法治国かの二者択一に還元されない」ものとしたベッケンフェルデの見解を引用して、ボン基本法の法治国原理も「形式と特定の内容が不可分な総合 (Synthese) をなしている構成原理」として確立することが重要である、と説いている⁴⁵。その結果、そこにおいてシュテルンは、「法治国国家

41 Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1., 1. Aufl. 1977, S. 606 ff.

42 Ibid. S. 609.

43 ebenda; この箇所は、Merten 説批判として述べられている。

44 ebenda

性は、自由・正義および法的安定性を保障するという目的をもって、憲法に適合して制定された法律にもとづいて国家権力を行使することを意味する。⁴⁶⁾」と、法治国家性の定義を行っているのである。

(c) このようなシュテルンの法治国家観から、次の三点を確認することができよう。

まず第一は、第二次大戦後に確立した法治国家史観（「形式的法治国から実質的法治国へ」）がシュテルンにおいても基本的には維持されていることである。彼は、法治国家論史を、シュタル以後の形式的法治国からボン基本法の実質的法治国への展開⁴⁷⁾ととらえる。そして、ボン基本法における法治国原理の特質を、形式と特定の内容の総合（Synthese）に求める。そこには、戦後期の成果に基礎づけられた発展が、認められるのである。

第二は、ボン基本法における法治国家を表示ないし説明する概念・表現、ボン基本法の法治国家を、戦後期から60年代までは「実質的法治国」と称して説明していた。シュテルンも基本的にはこれを踏襲し、それを形式と内容の総合と説明するが、ただそれには、第二次大戦直後の法治国家論とのニュアンスの差が認められる。すなわち、ベッケンフェルデの所説を経由した時代のシュテルンは、形式の重要性をも強調する。しかも彼は、戦後期の「実質的法治国」における形式面と実質面を、形式的法治国家性と実質的法治国国家性（“Rechtsstaat”ではなく、“Rechtsstaatlichkeit”）と表示することへも道を拓いたのではないかと考えられるのである。

しかし第三に、「形式的法治国・「実質的法治国」の概念ないし表現にゆらぎの兆しが認められるとしても、戦後の実質的法治国論において説かれた法治国の内容（戦後の実質的法治国概念の内包）は確保されている、という点には

45 Ibid. S. 610.

46 Ibid. S. 615.

47 Ibid. S. X X X IV（目次）において、シュテルンは、従来の「形式的法治国」から「基本法の実質的法治国への移行（Hinwendung）」を掲げている。

留意しておかなければならない。この時代のシュテルンは、法治国原理の構成要素として、立憲国家性、自由と法的平等、権力分立と権力統制、法的羈束(Rechtsgebundenheit)、裁判的保護、補償体系、過剰介入の禁止、を挙げているのである⁴⁸。そこに、戦後期に基礎づけられた法治国家の発展を読みとることができよう。

(3) 法治国家論史に関する通説についての傍証

上においては、70年代の法治国概念を代表するものとして、シュテルンのそれを取り上げたが、そこに見られた法治国家観史(「形式的法治国から実質的法治国へ」)については、それが戦後の通説であると記した1970年代末の文献がある。それは、マウスの次の叙述である。マウスは、1978年の論文「市民的法治国理論の展開と機能変遷」⁴⁹の冒頭において、次のように言う。

「市民的法治国の現在の歴史記述は、実質的法治国概念の支配の下にある。その歴史記述においては、法治国家および法治国家の理論的反映の展開は、19世紀初期の原初的法治国構想の、ヴァイマル共和国末におけるその完全な倒錯にいたるまでの絶えざる形式化の過程として、したがってデカタンスの過程として現れ、その過程は、ボン基本法が妥当するにいたってはじめて、法治国家の実質的構成要素への回帰意識によって阻止されたのである。」

この叙述に続けて、マウスは、初期の実質的法治国理論——そこでは形式的な法的安定性と実質的正義とが幸運にも結合している——の頂点を示すものとしてロベルト・フォン・モールの名を挙げる点で一致がみられ、また、フリードリヒ・ユリウス・シュタールの最大の影響力をもった法治国家の定義で形式的法治国構想が成立し、結局、初期市民的・理性法的な端緒の解放志向的内容

48 Ibid. S. 618f., S. 621ff.

49 Ingeborg Maus, Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats, in: Der bürgerliche Rechtsstaat, hrsg. v. Mehdi Tohidipur, 1978, S. 13–81; 本論文については、毛利透氏の翻訳「ブルジョワ法治国家理論の発展と機能転換」インゲボルク・マウス著／河上倫逸監訳・産業資本主義の法と政治(法政大学出版局・2002年)7–85頁がある。

が、随意的行政活動の単なる機能（の態様）としての合法性の原則に貶められた、という形式的法治国構想の断罪についても一致が存する、と記している⁵⁰。

このマウスの叙述は、彼女が通説批判的な法治国家論を展開する前提作業として、当時のドイツにおける通説的法治国家論史を、彼女なりにまとめたものである。したがってこれは、決して彼女自身の法治国家論史ではない。しかしそれにも拘らず、これは、彼女のドイツの通説の認識であり、まさに上述のC・F・メンガー等の法治国概念史に関する理解が第二次大戦後のドイツにおける通説であることを、1970年代末の時点において確認したものであると言えよう。

3. 「法治国家の再形式化」論争

(1) 再形式化論争

以上、第二次大戦後における通説的な法治国家論史およびボン基本法の実質的法治国家論をみてきたが、このような通説、とくにボン基本法下の実質的法治国家論をめぐる、1970年代末から1980年代初頭にかけて、論争が成立した。すなわち、1978年にマウスが通説批判の論説を公にし、それに対してグリムが通説の側からマウスの「法治国家の再形式化」(Reformalisierung des Rechtsstaats) 論を批判、さらにグリムに対してハーゼ、ラドゥーア、リダーが連名で反論するという形で論争が行われたのである⁵¹。この論争は、マウスやリダー等の所説が異説であることもあって、ドイツの公法学界において特に注目を惹いたものとは言えず⁵²、また「形式的法治国・実質的法治国家」概念史の枠外の問題を重要な論点としているものであるが、前述のベッケンフェルデの提起した問題に繋がる論点を含んでおり、概念論にも示唆をあたえるものとなり得

50 Ibid., S. 13.

51 この論争については、高田 篤『「法治国家の再形式化」をめぐる論争と形式化論・手続化論の意義』広島法学16巻4号が検討を行っている。

52 ただし、Philip Kunig, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 26f. は、この論争に言及している。

るため、ここでは、概念史の範囲内でこの問題を扱うことといたしたい。

(2) マウスの通説批判

マウスは、前述（2の（3））のように通説的法治国観史をまとめ、ボン基本法下の法治国家論を実質的法治国論としたうえで、それらを批判する。

(a) まず、法治国家論史については、彼女の検討が詳細なものであるため、ここでは、そこにおける一つの特徴を取り上げるにとどめたい。

彼女は、法治国理論のドイツ的展開の中に、実定法律と高次の価値をもつ法原理という二段階の合法性（zweistufige Legalität）を見る⁵³。そして、二段階的合法性の長期間の潜伏期間と、その間に例外としての法実証主義の位相があったとし⁵⁴、第二次大戦後、二段階の合法性が制度化され、憲法裁判所の判例によって定着したと認識するのである⁵⁵。そして彼女は、ナチスが、「法律国家から法治国家へ」の転換と称して形式的法治国家観を基本的に破壊し、「形式法の実体化」を機能させたと解するのであって、その結果、ナチス体制において支配的であった法治国家理解の中心的理論は1945年の崩壊後も生命を保ち、実質的法治国論が1945年の前後で継続した⁵⁶、との独自の法治国家論史を披瀝している。

(b) マウスは、このような彼女の法治国家論史をふまえてボン基本法下の実質的法治国論、とくに連邦憲法裁判所のそれを批判する。すなわち、基本法は立法者を憲法によって羈束し、憲法裁判に服させるが、その連邦憲法裁判所は、「超実定法的な、憲法制定者をも拘束する法の存在」を前提とし、この法によってすべての実定法が測られることを求めている。その結果、憲法は無条件の基準ではなく憲法裁判の対象となるべきものとなり、形式的でない憲法概念が個々の実定憲法律に対するものとして提出され得るのである。そして憲法

53 Maus, aa.O., S. 17.

54 Ibid., S. 36.

55 Ibid., S. 47f.

56 Ibid., S. 45ff.

裁判所は、法治国原理自体を実定憲法から引き出すのではなく、「指導理念」(Leitideen) や「基本原理」(elementare Grundsätze) から定めようとし、自ら主権的憲法制定権力を奪い取るにいたっている。同時に、憲法裁判所は、法治国原理を憲法で規律されたすべての形式的民主的な手続から切り離し、同原理を自己の活動のために独占したのであって、その結果、法治国の維持の任務は連邦憲法裁判所に割り当てられることとなり、立法者は法治国を脅かす可能性を有するものという視点からだけでとらえられているのである、と⁵⁷。

このような批判の後、マウスは、結論的に言う。脱形式化の過程は、その価値志向的・司法国家的観点においてもテクノクラートの・計画国家的観点においても同様に、民主的法治国の中心的機関としての立法者に対して向けられるが、しかしそれだけではない。司法が非形式的な法概念を単純法律制定者に対峙して提示すれば、外見上司法の権限を拡大するようでありながら、その分だけ、司法はその自立性の基盤を掘り崩すことになる、と。そして、「司法が法治国家の破壊にではなく、法治国家の維持に努めようとするれば、裁判の古典的機能で満足しなければならない」、と結んでいる⁵⁸。

(3) グリム・通説の立場からの「法治国家の再形式化」批判

上にみたマウスの論説に触発されて、グリムは、その二年後に、「法治国家の再形式化は民主主義の要請か」と題する論文を公にし、マウスの見解を「形式的法治国への回帰」ととらえて、批判を展開した⁵⁹。ここでは、そのうちの「形式的法治国・実質的法治国」概念に関わるものを取り上げておきたい。

(a) 形式的法治国の克服と通説としての実質的法治国　グリムは、第二次大戦後の通説的法治国家論を採り、1987年から99年まで連邦憲法裁判所の裁判官でもあった。本論文の中に表れた彼の通説的法治国概念は、次のとおりで

57 Ibid., S. 47ff.

58 Ibid., S. 66f.

59 Dieter Grimm, Reformalisierung des Rechtsstaats als Demokratiepостulat ?, Jus 1980, Heft 10, S. 704ff.

ある。

30年来（本論文の執筆が1980年）、形式的法治国（formaler Rechtsstaat）の克服が、以前のドイツ諸憲法に対するボン基本法の最も重要な進歩として妥当した。形式的法治国は、執行権を法律に羈束するが、法律自身を形式的羈束以外の羈束に服させないものであって、法律の形式での不法に対しては無力なものであった。それゆえ実質的法治国（materieller Rechtsstaat）は、立法権に対する安全装置をも設けたのである。実質的法治国における実質性は、法律概念に質の基準を設定することにある。一定の内容上の要件を充たすような立法行為のみが、効力を要求することができる。このような内容上の要件は、基本権から生ずる。また、裁判上の規範統制の導入は、形式的法治国から実質的法治国への移行の、理解され易い帰結である。

このようなグリムの「形式的法治国・実質的法治国」観は、まさにメンガー、ショイナー等の戦後の通説の系譜に属するものであると言えよう。

(b) 再形式化論　グリムは、マウス等の主張を、「形式的法治国への回帰」（Rückkehr zum formalen Rechtsstaat）⁶⁰ととらえて、これを批判する。では、グリムにおいては、「法治国の再形式化」論、「形式的法治国」論は、どのようなものと観念されているのであろうか。

グリムの理解によれば、再形式化論者は次のように主張する。すなわち、実質的法治国は、民主制原理に合わない。民主制原理は、正統性を直接に人民からうけているような国家機関、すなわち議会に結びつくものである。全員が選挙を頂点とする政治過程に平等に参加すること、全員が平等に決定に参加し、その決意が平等に適用されることが、正義（正当性）の標識である。民主制は、正義を手続（Verfahren）によって保証しようとする国家形態であって、原理（Prinzipien）によって保証しようとするものではない。実質的法治国が特定

60 Ibid., S. 704.

の内容を保障しようとする限りにおいて、実質的法治国は民主制と矛盾することとなる。

実際、歴史的に形成されてきた二段階的合法性の結果は、立法者の意志の相対化であった。実質的法治国の支配の下で、立法者の行為・不行為の自由が縮減するのである。実質的法治国が制度上連邦憲法裁判所の審査権によって支えられている限り、政治紛争が必ずしも議会の決定で終結せず、民主的正統性が議会のそれよりも弱く、民主的統制に服さない機関が政治的プロセスを決着させることとなる。実質化の各々は、憲法の民主的内容への侵入となるのである、と。

グリムは、このように再形式化論をとらえ、そこでは、法治国家と同様、基本的人権も民主制付従的なものとなるとし、法学方法論も法実証主義がカムバックするとしている⁶¹。

なお、グリムは、このあと、再形式化論の政治的背景を探っているが、ここでは省略する。

(c) 再形式化論の評価

この問題に関して、グリムは、二つの憲法問題を提起している。第一は、基本法が実質的法治国以外の法治国家を許容しているのか、である。この問いについて、グリムは、基本法1条3項（基本権は直接に効力を有する法として立法、執行権および裁判を拘束）および20条1項（民主的・社会的連邦国家）・3項（立法の憲法的秩序への羈束、執行権および裁判の法律と法への羈束）の下では、許容しているということにはならないだろうとみる。しかも、それらの条項は憲法改正権の限界をなすのである（79条3項）。第二は、実質的法治国が民主制を空洞化させるか、二段階的合法性と民主主義は相容れないか、という憲法理論的問題である。グリムは、この第二の問題を主として扱い、次のように言う。

二段階的合法性それ自体を民主主義の対立物に押しやることは、誤りである。

61 Ibid., S. 705f.

二段階的合法性は憲法の類語に他ならないのである。基本権が立法者を名宛人としなければ、より民主主義的になると考えること、また、立法者の無制限の自由と民主主義を同視することは、新形式主義の誤りである。法治国家は、実質的法治国として、民主的に選出された立法者の各々を民主主義の成功の前提条件に羈束するか、それとも形式的法治国として、民主的に選出された立法者に完全な決定の自由を与えるか、のいずれかである。法治国家の再形式化の要求は、一時的な理論（Augenblickstheorie）であることがはっきりしている。民主制の正統性は原理と手続（Prinzipien und Verfahren）にもとづいているのであって、基本権のみでは平等を損ない、手続のみでは自由を損なうおそれがある。したがって、実質的法治国が真の民主主義の敵であるというのは、誤りである。実質的法治国においても、憲法裁判所の権限は、憲法規定で確定される憲法内容にとどまるのである。今日、民主主義のために法律学がなすべきことは、民主的な方法論に努めることにある⁶²。

（4）リダー・ラデュア・ハーゼの反論

上のグリムの再形式化論批判に対して、翌年、リダー、ラデュア、ハーゼの三名は、連名で、グリムと同じ題名に「再論」を冠して、論文を公表し、グリム批判を行っている。

それによれば、グリムは立法者か裁判所かということだけを問題にしている。重要なのは、政治を社会のオルタナティヴに対して開いておくことであり、政治的公共性の維持である。つまり、議会の決定であっても、利害関係者の対等な決定の参加を経ずになされたものであれば、批判の対象になる。そして、憲法裁判所こそ、アデナウアー時代には、高度に政治的な問題については、形式的な、つまり裁判所の権限を謙抑的にとらえる仕方で論じていたのに、60年代になってから価値拘束的な議論を展開するようになった。政治的背景を問われなければならないのは、むしろ再実質化論（グリム）の方である、とするの

62 Ibid., S. 708f.

である。そして更にこの三者は、グリムが実質的法治国における実質性について何も語っていない点を指摘し、基本法の規範的規律と無関係に拘束力のある憲法的価値を引き出しているが故に再形式化論は実質的法治国を批判しているのだ、と言うわけである⁶³。

(5) その概念史上の意味

このような論争の本来的な意味については研究があるのでそちらに譲り⁶⁴、ここでは概念史上の意味についてのみ扱うこととしたい。

まずこの論争を通じて言えることは、従来と異なった「形式的法治国・実質的法治国」の語が使用されていることである。グリムの批判する「形式的法治国への回帰」であるが、批判の対象であるマウス自身は、自説を形式的法治国家論とは称していない。マウスの議論は、メンガー以来の伝統的意味における「形式的法治国家論」ではない。メンガー的二分論からすれば、むしろ実質的法治国家論の枠内に入るものと解することが可能であろう。すなわち、法治国家の要素を「法律による行政」と行政裁判のみに限定するのではなく、基本権等をも要素とすることを当然の前提としているとすることができ、彼女の批判の対象は、憲法裁判所が法治国原理を憲法自身からではなく、いわゆる「指導理念」や「基本原理」から引き出そうとし、その結果、自ら主権的憲法制定権力を奪い取ろうとしたこと、したがってその価値志向性に向けられているとすることができよう。ただ、広義の実質的法治国家論の中における傾向として、マウスは形式を重視し、議会制民主主義を重視しているのに対して、グリムは実質を重視し憲法裁判所を重視していると言うことができる。

したがって、この論争を戦後期の概念における形式的法治国対実質的法治国の論争と捉えるべきではなかろう。つまり、戦後の実質的法治国が完全に定着

63 Friedhelm Hase/Karl - Heinz Ladeur/Helmut Ridder, Nochmals : Reformalisierung des Rechtsstaats als Demokratiepostulat ? , Jus 1981, Heft 11, S. 794ff.; 本論文については、詳しく紹介する予定であったが、その時間を失った。他日を期したい。

64 註(51)参照。

した後に、その実質的法治国の実質とは何なのか、又実質と形式との関係はどのようなものなのかといった問題に関する論争であったと捉えるべきではないか。すなわち、第二次大戦後においては、過去の法治国が実質を欠落させ、法律による行政と行政裁判所を必要にして十分な要素にしていたのに対して、基本権保障を核とする実質的法治国でなければならないと言うものであったのであるが、その段階ではその意味における実質を強調することに意味があったわけで、そこにおける形式と実質の関係がどのようなものであるのかについては、まだ論議される段階ではなかったとすることができる。そして、戦後の実質的法治国家論の定着の後に、この論議の端緒をベッケンフェルデが提起し、その延長線上に、70年代末からのこの論争をも位置づけることができる、ととらえてもよいのではないかと考える。

Ⅳ 法治国家の側面ないし構成原理・要素を表示するものとしての「形式的法治国・実質的法治国」の萌芽

1. 「形式的法治国・実質的法治国」の異なった用語法

以上で見てきた「形式的法治国・実質的法治国」は、伝統的用語法のそれであって、これを歴史的法治国家類型論とすることができよう。すなわち、法治国家は形式的法治国から実質的法治国へと展開した、したがって過去の法治国家が形式的法治国であるのに対して、ボン基本法の法治国家は実質的法治国である、とするものである。

ところが、近年、これと全く異なった用語法がみられるにいたっている（Ⅴの3）。それはボン基本法の法治国家の形式的小よび実質的小側面ないし構成要素をそれぞれ表示するものとして形式的法治国小よび実質的法治国を用いるという語法である。

ただ、法治国家（Rechtsstaat）という語は、本来、国家類型を表示する概

念であり、「形式的法治国・実質的法治国」は、本来、その法治国家の類型を表示すべき語であるから、伝統的用語法には適しているが、法治国家の側面・構成要素を表示する語法にはなじみ難いところがある。しかも、戦後における法治国家の転換に伴いそれを表示する必要が生じたという事情も加わって、当初は、それと異なるこの用語法は例外的なものであったと言ってよい。ここでは、その僅かながら存在した例を挙げておくこととしたい。

2. 「形式的意味における法治国家・実質的意味における法治国家」

(1) 法治国家の側面を表示しようとする場合、「形式的法治国・実質的法治国」に比して「形式的意味における法治国家・実質的意味における法治国家」の方が適していると言えよう。そしてこの概念は、オーストリーにおいて用いられているものである。

オーストリーにおいては、1867年12月21日の立憲君主制憲法（12月憲法）から1920年10月1日の共和制的「連邦憲法」（Bundes-Verfassungsgesetz）へと転換したが、この憲法が今日の憲法の基礎をなしている。すなわち、その1929年12月7日の改正法は、1934年憲法（ナチズムを基礎とする）に取って代られたが、1945年5月1日に復活し、現在にいたっている⁶⁵。したがってそこでは、第二次大戦前の形式的法治国から第二次大戦後の実質的法治国へという定式化はなされていない。

オーストリーでは、「形式的意味における法治国家」、「実質的意味における法治国家」が用いられることがある。例えば、アダモヴィツヒ／フンクは、前者を、「内容的に差異化され有効に機能する実定法秩序をもった国家体」と定義し、後者を、「実定法秩序を評価し“正しい”とか“不正である”とか評する基準となる一定の価値観」から出発するものと捉える⁶⁶。また、ヴァルター

65 高田 敏「オーストリア連邦憲法」阿部照哉／畑 博行編・世界の憲法典〔第三版〕（有信堂高文社・2005年）100頁以下。

／マイヤーは、形式的意味における法治国家を、「その法秩序が内容に関連づけて定められており、それに対応する法規定維持確保のための制度が予定されている国家」と理解し、実質的意味における法治国家としては内容的にその都度異なったものが理解されるとしている⁶⁷。さらに、アントニオリ／コーヤは、「司法法と同等に発展するにいたった行政法秩序をもった国家」を法律的法治国概念とし、これは形式的意義における法治国家とも言われるとしている⁶⁸。ただし、オーストリーにおいても、「形式的法治国」を用いる者がいないわけではない⁶⁹。

(2) ところで、このような「形式的意味における法治国・実質的意味における法治国」を、ドイツにおいて用いた例がある。それはマウンツである。

マウンツは、「ドイツ国法」においてこの概念を用いている。ただ、当初の版⁷⁰ではなく、後の版においてである。すなわち、彼は、ボン基本法の成立後、「法治国家は、今日の観念においては、形式的意味における法治国家（法律国家）であると同時に、実質的意味における法治国家（正義国家）である。」「法治国家性には、法定安定性も正義も属する。」としているのである⁷¹。

このマウンツの用語法においては、法治国家に形式的小よび実質的な二つの側面ないし構成原理・要素があり、これら二つは共に、ボン基本法の法治国家を構成するものとなるわけである。

66 L. K. Adamovich/B.-C. Funk, Österreichisches Verfassungsrecht, 3. Aufl. 1985, S. 130.

67 R. Walter/H. Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 8. Aufl. 1996, S. 72; したがって、そこでは、形式的意味における法治国が使用されている。

68 W. Antonioli/F. Kojas, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1986, S.116f.; そこでは、法律的法治国概念は、政治的法治国思想に対するものとされている。

69 T. Öhlinger, Verfassungsrecht, 5. Aufl. 2003, S. 54; ここでは、連邦憲法18条1項の適法性原理の意味における法律への行政の羈束を法治国原理と同視するものを、形式的法治国概念と称している。

70 Theodor Maunz, Deutsches Staatsrecht, 1. Aufl. 1951; 5. Aufl. 1956, S. 55-57.

71 Maunz, a.a. O., 21. Aufl. 1977, S.73.

3. 法治国家の側面・構成要素等としての「形式的法治国」・「実質的法治国」

(1) ヴォルフ——萌芽的例

(a) 法治国家の側面，構成原理・要素のそれぞれ一つをなすものとして「形式的法治国」，「実質的法治国」を挙げる最も初期のものとして，ヴォルフの行政法教科書がある。

ヴォルフは，法治国家の歴史類型・国家類型としては，市民的法治国 (bürgerlicher Rechtsstaat)⁷²と社会的法治国 (sozialer Rechtsstaat)⁷³を掲げ，ドイツ連邦共和国とその諸ラントは後者に属するとする。そして，社会的法治国は，権力分立的法治国，形式的法治国 (formaler Rechtsstaat)，実質的法治国 (materialer Rechtsstaat；実質的意味における法治国家)であり，さらに，市民的・自由主義的法治国と異なった国家目標・課題を有する，とされる。したがって，権力分立的・形式的小よび実質的法治国は，基本法の社会的法治国のそれぞれの側面，あるいは構成原理ないし構成要素をなすものなのである。そして，権力分立的法治国は，執行権の立法権からの分離，司法権の独立，自由と財産への介入が形式的法律にもとづいてのみ認められること等を，形式的法治国は，全国家作用を憲法に，行政と裁判をさらに実質的法律に羈束することを意味する。また実質的法治国は，すべての国家機関が，利益衡量を行い，人的・物的平等と生活安定・法定安定を維持することを目標とすべきことを意味するのである。

このように，ヴォルフは，「形式的法治国」と「実質的法治国」を，法治国家の側面，諸原理，諸要素のうちの二つを構成するものとみており，これは，それらを歴史的にみた法治国家の類型とする一般的な用語法と全く異なったものであることが分かる。それ故にこそ，彼は「実質的法治国」を「実質的意味における法治国家」と言い換えて⁷⁴，それが国家類型でなく，法治国家の有す

72 Hans. J. Wolff, *Verwaltungsrecht I*, 1. Aufl. 1956, S. 28ff.

73 Ibid., S.35ff.

る意味の一つであることを示そうとしている、と言えよう⁷⁵。

(b) このように、第二次大戦後のごく初期においても、形式的法治国・実質的法治国を法治国家の側面を表わす語として使用したヴォルフの例がみられるのではあるが、これは、前節(Ⅲ)までで検討してきた、法治国家類型を指すものとして戦後に確立した「形式的法治国・実質的法治国」の用語法を意識したうえで使用されたものとは見えない。ただ単純にことばから、法治国家の形式面・実質面を指称しようとしたのであろう。マウンツとともに、それらを「形式的意味における法治国」・「実質的意味における法治国」とも称しているのは、その証左であると言えよう。

前節までにみた戦後の用語法をも意識しながら、法治国家の側面を表示するものとして「形式的法治国・実質的法治国」を使用した最初の例は、次に取り上げるミュンヒの場合であると思われる。

(2) ミュンヒにおける「形式的法治国・実質的法治国」

ミュンヒによれば、法治国概念の範囲内で形式的法治国概念と実質的法治国概念が区別される。形式的法治国概念は、すべての国家権力の表出が法律により測られねばならないことを意味する。したがって、形式的法治国概念の基準点は法律である。憲法史的には、これは、政治的に成長してきた市民層の自由主義的法治国のための闘争から、すなわち君主の恣意を防ぐ努力から、理解されるべきである。つまり、形式的法治国概念が権力表出の外的形式（そこでは、外的形式—法律—は自己目的となるのではなく、内容的期待、すなわち国家の侵害に対する市民の保護とも結びつけられる）に関するものであるとすれば、これに対して、実質的法治国概念は、外的形式に固定されない。実質的法治国概念によれば、むしろ法治国家は、正義の理念に関連させられた国家であ

74 Ibid., S. 37.

75 Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, Band 1, 11. Aufl. 1999, S. 195ff. においても、ヴォルフの初版における用語法は、基本的には維持されているように思われる。

る。その場合、正義は、社会的正義でもあり、とりわけそうなのである。

このように形式的小よび実質的法治国概念について述べた後、ミュンヒは、「法治国家についての今日の見解は、形式的法治国概念も実質的法治国概念も包含するものであり、したがって両思想を綜合するものである。それによれば、法治国家は、国家の権力表出が法律によって測られており、正義の理念に関連させられている国家である」と、基本法における法治国家をとらえている⁷⁶。

このようなミュンヒの用語法における両概念は、法治国家の構成要素を表示するものとしての「形式的法治国・実質的法治国」概念に属するものと見ることもできるが、しかしこれは、現行憲法における法治国家の構成要素を表示するものとしての典型的なものではない。ミュンヒは、憲法史の場でこの概念を用い、すべての国家権力の表出を法律によらしめる、成立期の近代的法治国を形式的法治国と称する。これは法治国家類型論に属する。しかし、彼の言う実質的法治国は法治国家類型に属さず、それには憲法史上の位置が与えられていない。そして、ボン基本法における法治国家は形式的法治国かつ実質的法治国とされる。その意味においてミュンヒの「形式的法治国・実質的法治国」は、ボン基本法下の法治国概念については法治国家の構成要素を表示するものとなっているが、憲法史上の用語法を含めると必ずしも整合的であるとは言えないであろう。

法治国家の側面ないし構成要素を表示するものとしての「形式的法治国・実質的法治国」概念の本格的な登場は、最近に属すると言うことができよう（Vの3）。

76 Ingo von Münch, Grundbegriffe des Staatsrechts II, 1976, S.66.

ミュンヒは1970年代の半ばにこのような理解を示したのであるが、彼は、本書の第4版（1987年、該当箇所88頁）の後、第5版（1993年）をStaatsrecht Iと改めた。しかし、法治国家の叙述は維持されている（S. 133f.; 6. Aufl. 2000, S. 136）。

V 「形式的法治国・実質的法治国」概念の現状

1. 法治国家類型論の場における「形式的法治国・実質的法治国」

以上、第二次大戦後の「形式的法治国・実質的法治国」概念が、どのように成立・確立し、展開してきたかを見てきた。そこで本節においては、この概念の現状をみておきたいが、その場合ここでは、同概念の使用法を三分類しておきたい。

「形式的法治国・実質的法治国」という対概念は、何よりもまず、法治国家類型論（Ⅳの1，参照）の場において用いられる。そしてこれは、次の二つの場で使用されると言うてよい。

(1) 歴史的記述における「形式的法治国・実質的法治国」

法治国家の歴史的展開の記述においては、現在も「形式的法治国・実質的法治国」の概念が用いられている。これは、法治国家の歴史的類型論と言うことができるが、法治国家は、過去の形式的法治国からボン基本法下の実質的法治国へと展開した、とするものである。第二次大戦後に定着したこの記述法は、現在においても一般に用いられていると言うてよい⁷⁷。

(2) ボン基本法における法治国家概念

ボン基本法の「法治国家」を表示するのに「実質的法治国」の概念を用い、それが実質と形式を共に要素とするものと解するのが、戦後期の法治国家論であった。そして、この概念の使用法は、現在においても広くみられるところである⁷⁸。その代表としてシュミット・アスマンを挙げておくと、彼は、実質的法

77 たとえば, Ernst Benda, Der soziale Rechtsstaat, in: Handbuch des Verfassungsrechts, hrsg. v. Benda / Maihofer / Vogel, 1983, S. 477ff. (本書には改訂版がある); Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. II, 1998, S. 136f. (但し, S. 150のGGの法治国家の説明に際しては, 法治国家の要素的な説明がなされている。執筆者はHelmuth Schulze-Fielitz); Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. 2003, S. 829.

治国として、法治国家の形式的要素のみならず、立法の高次の規範秩序への「内容的整序をも保障し、それを特に立法の憲法羈束と基本権の規範化によって確保する国家」ととらえているのである⁷⁹。また、若手においても、例えばカリエスは、ボン基本法の法治国家を実質的法治国ととらえている⁸⁰。

2. 法治国家における形式と実質のジンテーゼ

戦後の法治国概念史においては、前述のように、ベッケンフェルデの問題提起があり、それがボン基本法における法治国家類型論にも影響を及ぼしている面が認められる。その代表者として前述のシュテルンを挙げておくと、彼は、その後の第2版においても、一方では、ヴァイマル共和国における「形式的法治国」からボン基本法の「実質的法治国」への転換を説くが⁸¹、他方、ボン基本法の法治国概念を、実質的法治国か形式的法治国かの二者択一へと還元されない概念とし、形式と内容のジンテーゼととらえているのである⁸²。

このシュテルンの見解は、戦後期の国家類型論的な「形式的法治国→実質的法治国」観から出発しながらも（この点は、彼の歴史記述の面で強く表れている）、ベッケンフェルデの影響のもとに、ボン基本法の法治国家の記述に際し

78 たとえば、von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, 4. Aufl. 1992, S. 1049は、ボン基本法においては、権力分立と基本権の保障によって特色づけられる実質的法治国が実現していると見る (Friedrich E. Schnapp 執筆)。また、Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, S. 89によれば、ボン基本法の法治国家は完全な意味で実質的法治国になる。さらに、Alternativkommentar zum Grundgesetz, 2. Aufl. 1989, S. 1371も伝統的理解に属すると言えるが、形式的小よび実質的法治国の両概念を、国家類型表示概念としては用いていない。Karl Doehring, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 1984, S. 234も同様である。

79 Eberhard Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band II, 3. Aufl. 2004, S. 553.

80 Christian Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 59ff., bes. S. 63.

81 Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl. 1984, S. 772ff; シュテルンは、第1版 (註47参照) と異なって、第2版において、「基本法の実質的法治国への転回 (Wendung)」 (S. X L III) と表現している。

82 Ibid., S. 775, 785.

ては、「形式的法治国国家性 (formelle Rechtsstaatlichkeit)」と「実質的法治国国家性 (materielle Rechtsstaatlichkeit)⁸³」のジンテーゼを説くのである。その意味において、この説は、国家類型論 (第1説) と法治国構成要素論 (第3説) の中間的なものと言うこともできよう⁸⁴。

このようなベッケンフェルデ——シュテルンという有力な学者から発した潮流は、戦後期に確立した「形式的法治国・実質的法治国」観史に影響を及ぼし、1980年代以降における「形式的法治国・実質的法治国」観の多様性を産み出すこととなった、と考えられる。

3. 法治国の側面ないし構成原理・要素表示概念としての「形式的法治国 (性)・実質的法治国 (性)」

(1) 「形式的法治国・実質的法治国」は、これまでの主たる検討対象であった法治国類型論と異なって、法治国 (この場合の「法治国」はこれまでみてきた「実質的法治国」となる——これまでの「形式的法治国」には実質的側面が欠落しているからである) の側面ないし構成原理・要素を表示する場において用いられる場合がある。これは、法治国そのものを表示するもの (上の1の場合 = 法治国類型論) ではなく、法治国の側面 (形式的側面・実質的側面)、法治国の構成要素 (形式的構成要素・実質的構成要素) ないし構成原理 (形式的原理・実質的原理) を表示するものとして用いられる概念である。

ただ前述のように、法治国 (Rechtsstaat) という語自体は、本来、国家類型を表示する概念であり、さらに戦後における法治国の転換を表示する必要

83 Ibid., S.775, 781.

84 この説に属すると考えられるものとして、たとえば、Dreier, Grundgesetz Kommentar (註73) は、シュテルンに類似して、歴史記述においては伝統的見解を (S.150f.)、ボン基本法の説明においては両構成要素説に傾斜した見解を採っている。また、Alfred Katz, Staatsrecht, 16. Aufl. 2005も、歴史記述においては形式的法治国から実質的法治国への展開という説明を行うが (S.84)、ボン基本法の法治国国家性については、形式と内容のジンテーゼの意味における実質的法治国理解と形式的法治国理解の両者を要素とするものとしている (S.86)。

が生じた（→第一の用語法）という事情も加わって、当初は、第二の用語法は例外的なものであったと言ってよい。

ところが、この状況に変化が生じるにいたる。その原因の第一は、上でみた法治国家類型論としての「実質的法治国」をボン基本法の法治国家と観念することが自明となったことであり、その場合においては、法治国家の意味するところ（「法治国家」概念の内包・外延）はそのままにして、「形式的法治国」・「実質的法治国」の用語法に変化が生じることが考えられるのである。すなわち、形式的法治国は形式のみを要件とし、実質的法治国は形式プラス実質を要件とするという伝統的用語は、法治国家の歴史的転換を表示しようとする概念であるから、歴史的転換が最早意識されないほど自明のものとなった後には、ことばの通常の義にしたがって、実質的法治国を法治国家の実質的側面と観念することが生じ得るからである。そして、第二の原因は、ベッケンフェルデ——シュテルンの所説の影響である。すなわち、実質的法治国は、過去の法治国家と異なって、形式のみならず実質をも要素とするものであるが、そのことが前提とされるにいたった場合、そこからは、法治国家の形式的・実質的両要素の関係、諸要素の構成・体系は読み取れない。そこに形式・手続の重要性を織り込もうとした場合、それは「実質的」法治国のみでは必ずしも明らかとはならない。その結果、形式・実質両要素の表示の試みがなされる可能性が生じる。

このような原因に対応する概念論の一つは、シュテルン自身のそれであるが、さらに、1980年代以降、戦後の議論から独立した用語法が展開する⁸⁵。これは、IVで取り上げた所説の系譜に属すると言えるが、それらに見られる構成からも

85 このような流れに属すると考えられる所説として、たとえば、Ekkehart Stein/Götz Frank, Staatsrecht, 17. Aufl. 2000, S. 149 は、形式的法治国・実質的法治国を、それぞれ法治国の形式原理・実質原理ととらえるとともに、両者の対置を余り意味のないものとする。また、Alfred Metzner, Staatsrecht I, 11. Aufl. 1999, S. 189 は、形式的法治国・実質的法治国の二分法が国家の現実に適合するかについて、解答を留保している。なお、Dieter Schmalz, Staatsrecht, 4. Aufl. 2000, S. 57・118 は、法治国家の形式的要素と実質的要素のみを掲げている。これらに対して、Reinhold Zippelius, Allgemeine Staatslehre, 14. Aufl. 2003, S. 308 は、法治国家原理を、形式的法治国家性と実質的（内容関係的）法治国家性に分類している。

独立した新しい試みとして、ゾンマーマンのそれがある。

(2) ゾンマーマンにおける「形式的法治国家性・実質的法治国家性」

法治国家の側面・構成要素を表示するものとして「形式的法治国家性・実質的法治国家性」を用いる最近の典型として、ゾンマーマンを挙げる事ができよう。

ゾンマーマンは、2000年に公刊されたマンゴルト・クライン・シュタルクのボン基本法コンメンタール第4版において、第20条を担当し、その第3項が法治国原理に当てられる⁸⁶。そこにおいて彼は、第20条第3項に掲げられる三原則（①立法者の憲法秩序への羈束、②執行権の法律と法への羈束、③裁判権の法律と法への羈束）が、第20条第2項の権力分立と共に、形式的法治国原理の核をなすにとらえる⁸⁷。そして、形式的意味における法治国家性の主要素として挙げられるべきものは、憲法の優位、権力分立、行政の法律適合性（法律の優位および留保）、独立の裁判所による権利保護、公的補償体系の存在、恣意の禁止、法定安定性、国家行為の比例原則である、と説いている⁸⁸。

では、実質的法治国家性に属するのは何か。ゾンマーマンは、基本法第1条を挙げ、そこで保障される人間の尊厳の不可侵性、不可侵・不可譲の人権の信奉、直接に妥当する法として立法権・執行権および裁判を拘束する基本権によって、実質的法治国家性が定礎されるとする。そして、実質的法治国家性の内容としての人間の尊厳および個人の自由の保護は、他のヨーロッパ諸国において今日支配的な法治国家理解とも一致すると説明している⁸⁹。

では、このように理解された実質的法治国家性と形式的法治国家性（これらは、基本法79条3項によって、憲法改正からも保障されている）は、法治国家

86 v. Mangoldt /Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz Kommentar, Bd. 2, 4. Aufl. 2000, S. 104-158.

87 Ibid., S. 104.

88 Ibid., S. 112.

89 Ibid., S. 111.

の中でどのような関係に立つのか。彼は、実質的法治国原理は国家目標決定を、形式的法治国原理は国家構造原理を示すものとし、「形式的法治国家性の要素は自己目的で満たすものではなく、人間の尊厳および個人の自由の実現に奉仕するものである」⁹⁰、と説いている。

(3) このようなゾンマーマン的な「実質的法治国家性・形式的法治国家性」の理解は、法治国家類型論的用語法と異なった、法治国家の側面ないし構成原理・要素を表示するものの典型とすることができよう。そして、このような用語法は、従来のように例外的なものとは言えないものとなっている、と捉えられるべきであろう。そのことは、ゾンマーマンの所説が、マンゴルトークライン（現在はシュタルクが編集している）という伝統的なコンメンタールに掲載されたという事実がすでに示していよう。

4. 法治国家概念の内包の共通性

以上、「形式的法治国・実質的法治国」概念が、法治国家類型論の場において確立し、前者が戦前の、後者がボン基本法における法治国家を表示するものとして用いられてきたこと、しかし近年においては、「形式的法治国・実質的法治国」を、ボン基本法における法治国家の形式的側面・原理・要素ならびに実質的側面・原理・要素をそれぞれ表示する概念として用いる語法も有力になってきていることを、みてきた。

しかし、上でみたゾンマーマンの所説から明らかなように、両説の相違は用語法のそれにとどまるのであって、そのことには特に留意を要しよう。例えば、ゾンマーマンが形式的法治国家性を表示するものとしている基本法20条3項であるが、伝統的用語法では、そこにおける立法の憲法的秩序への羈束、執行権および裁判の法（Recht）への羈束は、まさに実質的法治国を特色づける要素とされてきたものである。ゾンマーマンは、法治国家の構成要素として、基本

90 ebenda

法第1条（基本権の保障＝実質的法治国家性）および第20条第3項（立法の憲法秩序への羈束，執行権と裁判の法律と法への羈束＝形式的法治国家性）を掲げており，法治国家概念の内包とされる場所は，他の論者と同様のものである。ここでは，有力な論者の法治国家概念の内包の二例のみを取りあげ，そのことを示しておきたい。なお，ゾンマーマンは，「形式的法治国・実質的法治国」（これは法治国家類型論に適した対概念である）ではなく，「形式的法治国家性（formelle Rechtsstaatlichkeit）・実質的法治国家性（materielle Rechtsstaatlichkeit）」（これは法治国家の側面・構成要素を表示するのに適した対概念となる）の概念を用いているが⁹¹，これは，彼の用語法が法治国家類型論に属するものでないことを，注意深く表示したものとも考えることもできよう。

法治国家概念の内包に関する他の例としては，まずシュテルンを取り上げておきたい。彼は，「法治国家性は，人間の尊厳，自由，正義および法的安定性を保障するという目的をもって，国家権力の行使が，憲法にもとづき，形式的・実質的に憲法に適合して制定された法律によってのみ許容されることを，意味する⁹²」と定義し，法治国家原理の構成要素として，立憲国家性，自由と平等，権力分立，法的羈束，裁判上の保護，公法上の補償体系，過剰介入の禁止，等を掲げている⁹³。

今一人，1997年に『法治国家原理』を公にしたソボタについて見ておきたい。彼女は，「法治国家の要素として妥当する諸規範」として，次のものを掲げている。すなわち，立憲国家性，憲法の最高法規性，憲法裁判権，自由，平等，基本権，権力分立，合法律性，法的羈束，法律の優位，法律の留保，基本法80条1項による授權の限界，明確性の原則，権限の明確性，国家行為の公開，公

91 例えば，ibid., S. 105f., S. 111の見出しにおいてこれらが用いられ，文中においても使用されている。

92 Stern, a.a. O. (註81), S. 781.

93 Stern, a.a. O. S. 787-867；なお，法治国家原理の構成要素としては，これに加えて人間の尊厳を挙げている（S. 784）。

権力の作用適合的組織，適正な行政手続，国家活動の適正度，法的安定性，一般的な司法的保障義務，公権力に対する裁判的救済，国家責任，比例性である⁹⁴。

このように，現在のドイツにおいては，法治国家（Rechtsstaat）として何を観念するか，とくに法治国家概念の内包をなすのは何かについては，基本的には相違は見られない⁹⁵。「形式的法治国・実質的法治国」（法治国家類型論），「形式的法治国家性・実質的法治国家性」（法治国家の側面・構成要素表示概念）に見られる相違は，ボン基本法における法治国家を説明するに際しての用語法の相違であって，そこで観念される法治国家に相違があるわけではないのである。

そしてこのことは，第二次大戦後のドイツにおける法治国家観の普遍化の証左でもあろう。

VI 検討

1. ドイツにおける法治国家概念

(1) 概念の時代的意味

概念は時代性をもっている。18世紀から19世紀の前半にかけては自由主義が法治国家の語に投影された。すなわち，近代に普遍的な自由主義原理を表示する語として，「法治国家」（Rechtsstaat）が成立したのである。これに対して，シュタールの国家目的実現手段表示的法治国家概念の定立については，全く異なった歴史的な意味があった。つまり，フリードリッヒ・ヴィヘルム四世とい

94 Katharina Sobota, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997, S. 27 – 253.

95 本来であれば，多くの例を，しかも時代別に掲げるのが望ましいのであるが，ドイツ連邦共和国における「法治国家」は，憲法上の概念（28条1項）であり，原則（20条3項を核とする）であるから，それに関する文献・判例（連邦憲法裁判所判例集の全巻）は膨大なものとなる。しかし，法治国家の要素，法治国概念の内包は，基本的には共通している。ただ，時代が下がるにしたがって，内容が次第に豊富・緻密になって行っているとはいい得よう。

う立憲主義の嫌いな国王の取り巻きであり、保守党の精神的指導者であったシュタールが、19世紀前半の自由主義的な法治国家観に反対しながら法治国家概念を生かすために、それまでの国家目的を法治国家から切り離し、手段に矮小化することによって、彼の考え方と合致し得るものにしようとした。これは、法治国家論に対する、当時の社会構成の中の一つの派の反映といえることができる。そして、法実証主義の影響、また法治国家と立憲国家をほぼ同義のものと考えた当時の公法学⁹⁶において、プロイセン憲法等の実定憲法が人権に対する介入を議会の法律に留保する形での人権保障を行ったこと等が、シュタールによって形式化された法治国家概念が一般化した理由だと考えられる。もちろん、ビスマルク憲法下においても通説批判があった。しかしそれらは、通説からは否定された。第一次大戦後のワイマール時代のヘルマン・ヘラーも同様である。

第二次大戦後、ナチスによる法治国家の破壊への基本的反省から、それを防ぎ得なかったかつての法治国家を「形式的法治国」と称し、これを克服しようとし、形式と実質をともに要素とした戦後の法治国は、「実質的法治国」と名付けられた。しかしその定着の後には、超実定法的な実質に対する批判も提起される。そしてむしろ、ことば（形式・実質といった）から観念するという傾向が出現し、戦後の形式プラス実質を要素とした法治国家が実質的法治国であり、形式的法治国は形式だけを問題とするものであるといった、必ずしもことばとは整合的ではない、歴史を背景にしてはじめて意味をもち得るような理解が、通説とは言えなくなって来た、ということになる。

このように、概念には、その時代性があり、時代性が概念自体に変化をもたらし得るのである⁹⁷。

96 一例を挙げると、O.マイヤーは、ドイツ行政法を確立した書物において、「法治国家という語は、立憲的システム・憲法と疑いもなく或種の関連のもとにある。立憲国家・法治国家(Verfassungs- und Rechtsstaat)と言われるのである。」と述べている。Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Band, 1. Aufl. 1895, S. 61. なお、高田・註(1)96頁の註(13)、参照。

(2) 法治国家の発展段階を示す概念の必要性

「形式的法治国・実質的法治国」は、法治国家類型論として、法治国家の発展段階を示す概念でもあった。その意味で現在においても、ドイツにおける法治国家論史を扱う場合には、19世紀半ば以降に法治国家概念の形式化が行われ、ボン基本法下では実質的法治国家化が行われたという説明がなされている。このことは、法治国家の発展段階を表示する適切な概念が必要であることをも示していよう。不完全な「形式的法治国」からより完全な「実質的法治国」へというのがそのような表現であったわけである。

このことから、ゾンマーマン的な所説への注文が生じる。すなわち、法治国家の側面・要素を形式的なものを実質的なものに分ける意味はある。しかしそれらを形式的法治国家性・実質的法治国家性と称することによって、かつてのように不完全な法治国家とより完全な法治国家を表示することはできなくなっている。とすれば、ゾンマーマン的な所説の場合には、法治国家の発展段階を示す別の概念が必要となるのではないか。例えば、ボン基本法における法治国家を過去の法治国家と区別して表示する場合には、形式的法治国家性・実質的法治国家性の上位概念が必要となるのではないか、と思われる。もっとも、ゾンマーマンの場合、法治国家概念で足りるという反論になるかも知れない。しかし、それでは、発展の段階を示す概念が存在しないという問題は解消し得ないのである。

2. 日独の文脈の相違

本稿においては、これまでドイツの問題を検討して来たが、ここでは、これと比較法的に日本での課題を探ることとしたい。

97 近代から現代への歴史の推移を背景に、市民的法治国・社会的法治国と形容詞がつき、また、法治国に形式的法治国・実質的法治国という風に形容詞がつく。さらに、同じ概念の意味が変化する場合があります、本稿で扱った形式的法治国・実質的法治国という概念が近年変化しはじめているのも、その例であると言えよう。

(1) 日本における「法治国（家）」・「法治主義」の概念

日本においては、ドイツの“Rechtsstaat”が明治憲法成立期に、「法治国」と翻訳されて（「法国」ないし「法の国」と直訳されず、「治国」概念を媒介して「法治国」と意識された）、語として成立し、学問上の概念としては、明治30年代から明治期末にかけて、19世紀末のドイツのそれと同様のものとして確立した（法治国＝法律による行政とそれを担保する行政裁判を採用した国）⁹⁸。

これに対して「法治主義」は、法治国の主義といった意味で、すでに明治期に使用され始めていたが、明治期末における法治国の学問上の概念化に対応して、大正期に、「法律による行政」を内包とする概念として確立した。ここでは、次の二点を確認されるべきである。すなわち、まず第一は、法治国が訳語として成立したのに対して、法治主義は訳語そのものではない、という点である。この点については、後の「法治主義と法の支配」論において取り上げる。第二に、「法治主義」概念の確立した大正期にそれが「法律による行政」の原理と理解されたのは、明治期末に形式的な法治国の観念が確立したことによって、その法治国の原理が「法律による行政」の原理とされたことにもとづく。それゆえ、「法治国」観ないし法治国原理が転換した段階においては、当然、法治主義も転換することとなるのである⁹⁹。

(2) 日本における「形式的法治主義・実質的法治主義」の概念とその意味

(a) 日本においても、上述（1の（1））のビスマルク憲法下以降のドイツと類似の状況が認められる。すなわち、19世紀末のドイツの概念および理論を継受しヴァイマル期までの理論の影響のもとにそれを展開させた日本の法治国家論・法治主義論は、第二次大戦後、明治憲法下の原理を表示するものとして「形式的法治国」・「形式的法治主義」概念を使用した。そして、それと対比的に、普遍化した「実質的法治国」・「実質的法治主義」が、日本国憲法の原理を表示

98 高山・註1。

99 同・100頁、高田「法治主義の概念と動向」公法研究57号103頁。

するものとして用いられている。

ところで、上述のように、ドイツでは、近年、「形式的法治国・実質的法治国」の概念が、法治国家の歴史段階＝発展段階のそれぞれを示すものとする伝統的用語法だけではなく、ボン基本法における法治国家の形式的要件と実質的要件をそれぞれ表示するものとする用語法もみられるにいたっているが、この問題は、どのように考えればよいであろうか。

(b) 法治主義の発展段階を表示する概念の必要性

法治国家・法治主義は、歴史的に展開する原理であり、したがって上述のように、少なくとも歴史的展開の段階を示す概念は必要である。このことは、独日に共通に妥当する。しかしそれにも拘らず、独日においては、その点に相違がみられる。

まず、形式的法治国から実質的法治国への展開は、戦後のドイツにおいては、過去への反省、ナチスによる不法の清算の意味が籠められていた。それ故にこそ、戦後のドイツ法治国家においては、実質的法治国に関わりを有するラートブルフ公式¹⁰⁰が意味をもったのである。これに対して、日本においては、形式的法治主義から実質的法法治主義への展開は、まさに憲法原理の転換を表示するものであった。もちろん、ドイツにおいても、これによって憲法原理の転換が表示され、とくに実質的法治国はボン基本法の法治国家を表示するものであった。しかし、ドイツにおける形式的法治国と憲法との関係は、日本ほど単純で

100 Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Süddeutsche Juristen-Zeitung 1946 S. 1-8 ; なお、この視点からの戦後処理の問題については、矢崎光圀・法実証主義(1963年・日本評論新社)参照。ラートブルフに依拠した憲法裁判所判決としては、BVerfGE 3, 225 (232f.), BVerfGE 6, 132 (198), 389 (414), BVerfGE 23, 98, BVerfGE 54, 53, 等がある。

また、再統一後の壁裁判(日本の文献として、広渡清吾・統一ドイツの法変動, 1996年・有信堂高文社, とくに151頁以下, 参照; なお, 同書出版後の憲法裁判所判決として, Beschluß v. 24. 10. 1996, BVerfGE 95, 96 (134f.), 参照)においても, ラートブルフ公式が援用されている。Vgl. Frank Saliger, Radbruchsche Formel und Rechtsstaat, 1995; Horst Dreier, Gustav Radbruch und Mauerschützen, JZ, 2. Mai. 1997, S. 421ff. ; Knut Seidel, Rechtsphilosophische Aspekte der "Mauerschützen"- Prozesse, 1999, S. 61ff.

はない。日本では立憲君主制的な明治憲法から民主制的な日本国憲法へと移行したが、ドイツでは国民主権制的なヴァイマル憲法が介在したのであって、この憲法下の法治国家が実質的法治国であるべきことを主張した論者もあったのである¹⁰¹。その意味において、日本においては、「形式的法治主義・実質的法法治主義」は、二つの憲法原理のそれぞれを表示するものとして、より一層有用であると言えよう。

さらに、ドイツとの大きな相違点であるが、ドイツにおいては第二次大戦後における法治国家観の転換が自明の理であるのに対して（学問外においても同様である）、日本においては必ずしもそうではない。日本においては、現在においてもなお、法治主義を明治憲法的に理解しようとする者が、しかも当時の法治主義のマイナス面のみに着目して観念しようとする者さえ、存在する。

もちろん、公法学は、法治主義を実質的法法治主義的に観念するのであるが、それでも、その具体化の面においては、ドイツに比して十分とは言えないように思われる。例えば、行政法についても、ドイツではその「具体化された憲法」(konkretisiertes Verfassungsrecht)¹⁰²としての性格、行政法の実質的法法治国家化の貫徹が図られる。それに対して日本では、戦後の実質的法法治主義は、ことばの上では学問上定着したが、学説への滲透は必ずしも徹底していない。学説においても、例えば憲法原則への留意は、ドイツに比して少ない。ドイツでは、基本法第20条第3項において、執行権と裁判は法律と法に羈束されると定められ、「法」(Recht)には憲法原則が含まれると解されるため、行政を羈束する多くの憲法原則が理論構成された。日本では比例原則¹⁰³も法の一般原則とされることが多く、平等原則でさえ法の一般原則にとどめられることがみられた。実務においてはなお更であって、裁判においても、法治国家原理・法治主

101 II-2-(3), 参照。ヘルマン・ヘラー（註18）がその例である。

102 F. Werner, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl. 1959, S.527ff.

103 ドイツでは、比例原則は、2世紀にわたって形成・発展してきた原理であるが、ボン基本法下では、常に憲法原則として説明されている。例えば、註88・93・94等参照。

義自身が取り上げられる件数は比較にならず（既述のように、ドイツ連邦憲法裁判所判例集 BVerfGE のすべての巻において法治国原理が扱われている）、また、法律による行政についても、法律の留保がドイツの判例において屢々問題となっているのに対して、日本の最高裁はこの問題を未だ正面から取り上げたことはないと言ってよい¹⁰⁴。そもそも、実質的法治主義に関していえば、日本における違憲判決の過少性が指摘され得るのであり、また行政の法的統制についていえば、行政訴訟の件数は、日本はドイツとは二桁の差がある。

このような諸点から判断すれば、戦後の日本において実質的法治主義が定着したが故に最早その点に留意する必要がないと言え、極めて危険である。日本においては、明治憲法的法治主義と日本国憲法的法治主義の相違を意識すべきであり、その意味において、法治主義の発展段階を示す概念（これまでは形式的法治主義・実質的法治主義）は、日本においては、ドイツ以上に必要であると言うべきであろう。

Ⅶ 法治国家のヨーロッパ大陸化とヨーロッパの法治主義化

1. 法治国家性の普遍化について

(1) 本稿の課題は、「形式的法治国・法治主義」・「実質的法治国・法治主義」概念の学説史的検討と、それを踏まえての同概念の検証である。したがって、本節（Ⅶ）の主題は、それからは独立したものと見えるかも知れない。しかし、本稿においては、その概念にもとづいて、「実質的法治主義」に代え、「普遍化的法治主義」の概念を提唱させていただきたいと考えている。その前提作業として、ここで、法治主義＝実質的法治主義（国家類型論的意味における）の普遍化について見ておくこととしたい。

104 例えば、漁港ヨット係留用鉄杭撤去事件は、法律の留保を正面から取り上げ得る事件であったが、最判平成3年3月8日民集45巻3号164頁は、それを避けている。

(2) ドイツにおける「法治国家」の普遍化

元来、ドイツの古典的法治国理論（カント、初期フィヒテ、フンボルト等の）は、ドイツの政治・社会とは独立に、世界市民として、あるいは理性法的に思考されたものであり、その意味において普遍化が志向されたものであった。また、19世紀前半の「法治国家（法の国）」(Rechtsstaat) も、近代的自由主義の概念化であった。

ところが、法治国家の国家目的実現手段化（Ⅵの1の(1)）と19世紀後半における立憲国家と法治国家の同視（註96）の結果、それは、当時のドイツ的統治システムを反映する概念（国家目的手段・形式、とくに「法律による行政」を表示する概念）に転化し、後に形式的法治国と称されるものとなった。これによって、法治国家は、ドイツ的固有性を具有することとなったのである。但し、これは、同時に立憲君主制モデルを提供するものであった（→明治憲法下の法治国家論への影響）。

これに対して、ボン基本法の成立により、人権保障という目的・実質とそれを実現する手段・形式を共に要件とする実質的法治国が妥当することとなった。ボン基本法は、国民の憲法制定権力によって制定されたものであり（前文）、国民は、人間の尊厳・不可侵不可譲の人権によって基礎づけられ、立法・執行権および裁判を拘束する基本権を保障される（1条、これを核とする第1章、103・104条、等）。それゆえ、国家権力は、国民から発し、国民により、立法・執行権および裁判の諸機関を通じて行使される（20条2項）が、立法は憲法的秩序に羈束され、執行権および裁判は法律と法に羈束される（20条3項、法律による執行権の規律密度については部分的に80条1項が定め、執行権および裁判を羈束する法は憲法原則としても形成される）。そして、これらを担保するため、憲法裁判権が確立し（93条・100条）、また、公権力による権利侵害に対しては包括的・実効的な裁判的救済が保障され（19条4項）、更に、公権力による基本権等の侵害に対しては憲法裁判所に憲法異議の申立てをすることができ

る（93条1項4a号，94条2項）。なお，第1条および第20条の基本原則は，憲法改正権の限界をなす（79条3項）。

このようなボン基本法の法治国家（“Rechtsstaat”）は実定憲法上の概念（28条1項）であり¹⁰⁵，自明のこととして憲法により形成されたものであって，憲法外に存在するものでないことは言うまでもない。

このボン基本法によって形成された法治国家は，19世紀後半以降のものと異なり，普遍化的原理に定礎され，普遍性を高めた。その結果，「法治国家（法の国）性」は，ヨーロッパ大陸において広く用いられる概念となっているのである¹⁰⁶。

2. 法治国家のヨーロッパ大陸化

(1) 「法治国家」概念の西ヨーロッパ化

(a) まず，ヨーロッパには元来，「法治国家」の概念を使用する諸国が存在した。オーストリー，リヒテンシュタイン，スイス等のドイツ語圏以外においても，オランダ（rechtsstaat），北欧諸国のデンマーク（retsstat）・スウェーデン（Rättsstat）・ノルウェイ（rettsstat）・フィンランド（oikeusvaltio），イタリア（stato di diritto），ギリシャ（κράτουςδικαίου），等がこの語を使用している。

(b) 1970年代には，スペインおよびポルトガルが民主化され，新憲法において法治国家原則が採用された。そして，スペイン憲法（1978年）は前文において，またポルトガル共和国憲法（1976年成立，第一次改正1982年，第二次改正

105 それ故にこそ，連邦憲法裁判所の判例集 BVerfGE の第1巻から2005年現在の112巻までのすべての巻の索引に，“Rechtsstaat”の項目が挙げられており，その下に種々の問題が掲げられてる。

106 同じ理由で，第二次大戦後のヨーロッパの実定憲法としては，ボン基本法が他のヨーロッパ諸国の憲法に最も影響を与えたものと言うことができよう。例えば，“40 Jahre Grundgesetz - Entstehung, Bewahrung und internationale Ausstrahlung, Hrsg. von Klaus Stern, 1990.” 参照。

1989年)は前文および第2条において、「法治国家」の概念(スペイン Estado de Derecho, ポルトガル Estado de Direito)を使用しているのである。

(c) 注目されるべきは、従来ドイツと憲法原理を異にするとされてきたフランスにおいても、憲法院の成立後、法治国家(État de droit)の概念が用いられるにいたったことである。

このように、ヨーロッパ大陸においては、「法治国家」の語が、その伝統的使用国にとどまらず、西ヨーロッパで広がり、かくて1989年以前において、東欧を除いてヨーロッパ大陸化していたことが認められるのである。

(2) 法治主義のヨーロッパ化と「法治国家」概念のヨーロッパ大陸化

(a) 法治主義のヨーロッパ化 法治主義(ここでは、法治国家・法の支配に共通する原理を指すこととする)は、近代ヨーロッパに普遍的な原理であった。しかし、第一次大戦後にソ連、第二次大戦後に東欧が社会主義化するに伴い、それらの諸国においては西欧型法治主義が拒否され、そこでは社会主義的合法性が妥当するとされてきた。

ところが、1989年以降の世界史的大転換期を迎え、それら諸国においても、法治主義が憲法原理とされるにいたった。その結果、法治主義は、再び全ヨーロッパに普遍的な原理となったのである。

(b) 東欧・ロシアにおける「法治国家」概念の確立 すでに1985年以降のペレストロイカの下におけるソ連において、「法治国家」の語が用いられ始めていたが、1989年以降の転換期にいたると、東欧・ロシアは、法治主義を「法治国家(法の国)」と表示し、それを憲法原理として行ったのである。

まず1989年には、ハンガリーが、10月23日の改正憲法前文および第2条第1項において、同共和国を「法治国家」(jogállam)と性格づけた。また同年、ポーランドは、12月29日の改正憲法第1条において、「法治国家」(Państwo prawa)原理を採用した。

ついで1990年には、4月4日に完成したドイツ民主共和国憲法草案(いわゆ

る円卓会議憲法草案)が、第41条第1項において、同国を「法治国家的に構成された民主主義的・社会的連邦国家」と性格づけていた。

また、1992年には、12月16日のチェコ共和国憲法第1条が、法治国家 (právní stát) を憲法原理として採用した。なお、1993年1月1日に独立したスロヴァキアも、スロヴァキア共和国憲法第1条において、「法治国家」(Právny štát) を憲法原理としている。

さらに、1993年のロシア連邦憲法も、第1条第1項において、ロシア連邦を「法治国家」(правовое государство) と性格づけている。

(c) このように、第二次大戦後に東ヨーロッパへの妥当性を排除されていた法治主義が、1989年以降、全ヨーロッパに妥当することとなった。それとともに、東ヨーロッパにおいては、それを表示する概念として、「法治国家 (法の国)」が用いられている。

かくて、「法治国家 (法の国)」は、ヨーロッパ大陸に普遍的に妥当する概念となったのである。

3. ヨーロッパの法治主義化

(1) ヨーロッパ自体の法治主義化

以上においては、ヨーロッパ諸国のそれぞれにおいて法治主義が妥当するとともに、ヨーロッパ大陸においては、その原理を表示するのに「法治国家 (法の国)」の概念が使用されていることを見た。ここでは、ヨーロッパのそれぞれの国ではなく、ヨーロッパそれ自体の法治主義化について触れておきたい。

ヨーロッパの法治主義化については、ヨーロッパ人権条約 (人権及び基本的自由の保護に関する条約、1950年11月4日ローマにて署名、1953年9月3日発効) 等の検討も重要であるが、本節では、ヨーロッパ自体を代表する EU を取り上げておきたい (もっとも、EU 憲法—ヨーロッパ憲法に関する条約—は、EU がヨーロッパ人権条約に加盟しようとする事、および同条約の保障する

基本権がEU法の一般原則をなすことを、定めている。I-9条)。

(2) EUにおける法治主義の概念

(a) EU条約と法治主義

EUは、ヨーロッパ連合条約(1992年2月7日採択、1993年11月1日発効のマーストリヒト条約、以下EU条約という)により設立され、同条約は数度の改正を経ているが(1997年10月3日採決・1999年5月1日発効のアムステルダム条約、2001年2月26日採決・2003年2月1日発効のニース条約等により)、ここでは、「ヨーロッパ連合は、自由、民主主義、人権と基本的自由の尊重および法治主義(この語は、次に述べるように、国によって「法の支配」と表現されたり、「法治国家」(法の国)と表現されたりするが、ここでは両者の上位概念として「法治主義」を用いることとする。以下同じ。高田註)の諸原則に基礎づけられる。これらの諸原則はすべての構成国に共通である。」と定められている(同条約6条1項、なお、同条約前文においても、同原則の信奉が確認されている)。すなわち、EUは、法治主義を、その基礎をなす原則としているのである。

ところで、このEUの基本原則である法治主義は、EUの構成国によってそれぞれの言語で表現されており、EU条約はそのことを認めている。すなわち、EU条約は、第53条において、「この条約は、デンマーク語、ドイツ語、英語、フランス語、ギリシャ語、アイルランド語、イタリア語、オランダ語、ポルトガル語およびスペイン語で署名され、作成されるが、各正文は等しく拘束力を有する。…」と定めて、各構成国の言語が公式には平等に妥当するものとし、また、1994年の加盟条約の後にはフィンランド語およびスウェーデン語の条約文も拘束力を有することとした。そして、このEU加盟15ヶ国(フランス・ドイツ・イタリア・ベルギー・オランダ・ルクセンブルク-1957年、デンマーク・アイルランド・英国-1973年、ギリシャ-1981年、スペイン・ポルトガル-1986年、オーストリア・フィンランド・スウェーデン-1995年)の段階においては、

EU 条約における法治主義は、イギリスおよびアイルランドでは「法の支配」(Rule of Law, アイルランドでは an smacht reachta) と表示されるが、すでにみたように、ヨーロッパ大陸ではすべての加盟国 (13ヶ国) において「法治国家 (法の国)」と表示されていた。しかもこれらは、「すべての構成国に共通」の原理 (同条約6条) とされているのである。

さて、EU は、2002年12月のコペンハーゲン欧州理事会において、新10ヶ国 (エストニア、ラトヴィア、リトアニア、ポーランド、チェコ、スロヴァキア、ハンガリー、スロヴェニア、マルタ、キプロス) との加盟交渉を終了、10ヶ国の2004年5月のEU加盟を正式に決定、2003年4月16日には、アテネにて加盟条約が調印された。これらの、2004年5月1日から加盟の10ヶ国も、EU構成国として、法治主義を信奉している。その場合、ポーランド、チェコ、スロヴァキアおよびハンガリーがそれを「法治国家 (法の国)」と表示していることについては、上述した。また、スロヴェニア (Pravna država) においても、バルト三国のうちのエストニア (Õigusriik)、リトアニア (Teisinė valstybė) においても、同様に表示されている。さらに、キプロス (南キプロス) ではギリシャ語が使用されるため、やはり「法治国家 (法の国)」が用いられており、また、マルタにおいても、法治国家 (法の国, listat tad dritt, I - 2条) ないし法治国家 - 法の国 - 原理 (l-principju ta' listat tad-dritt, 前文および第2編前文) と表示されている¹⁰⁷。ただ、ラトヴィアのみは異なる概念 (tiesiskums, 合法性ないし法適合性) を採用している。しかし、これらは、既述のように、共通の原理とされているのである。

(b) EU 憲法と法治主義

EU15ヶ国は、25ヶ国体制への移行を踏まえて、2001年12月14/15日、ラー

107 マルタでは、EU 憲法条約草案の段階においては、I - 2条の法治主義は “tas - sovranià tal - ligi” (法の主権) と表示されていたが、憲法が調印された時点において、他の箇所と同じ「法治国家 (法の国)」に統一された。ただ、マルタでは英語も公用語とされるため、英語では、「法の支配」となる。

ケン（ベルギー）での理事会で、EUの将来に関する諮問会議（European Convention, Europäischer Konvent）を設け、EU憲法を制定することを決定した。諮問会議は、議長、副議長、加盟15ヶ国および加盟候補13ヶ国の政府代表28名、28ヶ国の議会議員各2名（56名）、ヨーロッパ議会議員16名、委員会委員2名の計105名で構成され、2002年2月28日（3月初が予定されていた）から作業を始めた。諮問会議は、2003年5月26日に「ヨーロッパ憲法に関する条約草案」をまとめ、同年6月13日に採決した。このEU憲法条約草案は、同月20日のEU首脳会議で了承され、諮問会議でさらに7月10日に採決されたうえ、同年7月18日、ローマでEU理事会の議長に提出された。しかし、同年12月12/13日の首脳会議ではまとまらず、2004年3月からの論議に持ち越されたが、2004年6月18日に、EU首脳会議は、ブリュッセルにおいて、EU憲法条約を全会一致で採択した。そして、10月29日、ローマにおいて、本条約は、全加盟国〈25ヶ国〉によって調印された¹⁰⁸。

このEU憲法条約においては、当然のこととして、EU条約と同様、法治主義が基本原理とされている。憲法I-2条（EUの諸価値）は、「EU創設の基礎をなす価値は、人間の尊厳の尊重、自由、民主主義、平等、法治主義および人権の確保である。これらの諸価値は、多元主義、寛容、正義、連帯および非差別によって特徴づけられる社会にいるすべての構成国に共通のものである。」と規定する。またEU条約前文においては、欧州の文化的・宗教的・人道的遺産が発展させた普遍的価値として法治主義が掲げられ、第2編「EUの基本権憲章」の前文においても、「EUは、民主主義および法治主義の原則を基礎とする。」と定められている。法治主義は、25ヶ国共通の基本原則なのである。

ところで、EU憲法は、各締約国の言語のそれぞれが正文とされる（IV-

108 本条約は、全締約国の批准書が寄託されるときは、2006年11月1日に発効するものとされているが-同条約IV-447条-、2005年5月29日のフランスでの、また6月1日のオランダでの、そのための国民投票において賛成を得られなかったため、その予定は修正されるものと予測されている。

448条)。これら25ヶ国における法治主義の語は、次のとおりである。

法の支配……イギリス、アイルランドの2ヶ国

法治国家（法の国）ないし法治国家性

……ヨーロッパ大陸（ラトヴィアを除く）20ヶ国

ならびにキプロスおよびマルタ、計22ヶ国

その他…… 法適合性を用いるラトヴィア

4. ヨーロッパにおける法治主義の普遍化と共通化

(1) 本節においては、まず、ドイツ的「法治国家（法の国）」が、第二次大戦後、普遍化的性格を高め、ヨーロッパ大陸で広く用いられる概念となったこと、とくに1989年後の東欧諸国における法治主義化の後には、ヨーロッパ大陸に普遍的な概念となったことをみた。ついで、ヨーロッパ自体、とくにEUが法治主義を基本原理として創設されたこと、そしてその法治主義はEU各構成国の言語で表示され、それぞれがEUにおいて均しく法的拘束力をもつこと、構成国における法治主義は、ヨーロッパ大陸では「法治国家（法の国）」、イギリスでは「法の支配」と表示されることが、明らかとなった。

(2) 以上の検討から、次のことが留意されるべき点となろう。すなわち、まず、ヨーロッパにおいては、「法治国家（法の国）」が大陸に普遍的な概念となったが、そこでは、従来、ドイツの「法治国家」と異なった統治原理を採用してきたとされていたフランスも「法治国家」を採用したことに、注目されるべきであろう。ヨーロッパ大陸において、EU加盟国その他が「法治国家」概念を採用していることは、法治主義間の異質性が強調されるのではなく、共通性・普遍性が認識されていることを示していよう。

また、EUにおいては、「法治国家（法の国）」あるいは「法の支配」というように異なって表示される原理も、同じ原理の異なった表現とされている。従来、「法治国家」と「法の支配」については、むしろ異質性が強調される傾向

がみられた。しかし EU においては、両者が構成国に共通の原理であるとされ、EU の基本原理とされたのである。ここでは、大陸内におけるよりもさらに広汎に、ヨーロッパにおける原理の共通性と普遍性が確認されていると言えよう。

(3) このヨーロッパにおける法治主義の普遍化、「法の支配」・「法治国家(法の国)」の共通化を示す例と考えられる二例を、ここで取り上げておきたい。まずその第一は、イギリスの Human Rights Act 1998 (1998年11月9日、2000年10月2日施行)である。これは、ヨーロッパ人権裁判所における英国の敗訴を契機として、ヨーロッパ人権条約を国内法化(編入)したものであるが、Dicey が1885年に法の支配をイギリス憲法に適用した場合に出てくる三つの原則として掲げたものの第三の原則¹⁰⁹に修正を加える立法であることは否定できないであろう。

第二の例は、比例原則のヨーロッパ法化である。この原則は、既述のように(註103)、ドイツにおいて形成され展開した原理であるが、ヨーロッパ人権裁判所および欧州裁判所の判例を通してヨーロッパ法の原則となり¹¹⁰、EC 条約 5 条 3 項が同原則を定めたものとされるとともに、さらに EU 憲法条約においても I - 11 条において EU 権限の基本原則とされている。このような状況のもとで、イギリスも、比例原則 (the principle of proportionality) を採用したのである¹¹¹。

109 ダイシーは、「イギリスにおいては憲法の一般的諸原則(例えば人身の自由権または集会の権利の如き)は裁判所の前にもたらされた個々の事件において私人の権利を決定する裁判判決の結果であるという理由により、憲法が法の支配によって充たされていると言えよう。」と述べていた。A. V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed. 1959, p.195.

110 この点に関する文献は多くを数えるが、取敢えず、Sommermann, a.a. O. (註53), S. 150; Eckhard Pache, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Gemeinschaften*, NVwZ 1999, Heft 10, S. 1033ff.; von Bogdandy (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, S. 941, 等参照。

111 Human Rights Act 1998は、この点について役割を果たした。

このような例からみても、今やイギリスの法の支配も、ヨーロッパ法の影響抜きに考えることはできなくなっており（法治国家ないし法の国に対するヨーロッパ法の影響についても、同様のことが妥当する）¹¹²、そこに、ヨーロッパにおける法治主義の普遍化への歩みを認めることができよう。

5. 以上みたように、ヨーロッパ諸国に普遍的となった法治主義は、さらに、ヨーロッパ自体、とくにEUの基本原則とされるにいたっている。ここに、ヨーロッパの法治主義化を見ることができよう。

おわりに—普遍化的法治主義に向けて—

1. 「普遍化的法治主義」の提唱

以上の検討を踏まえ、おわりに、「実質的法治主義」に代え、「普遍化的法治主義」の提唱を行いたい。

(1) 「法治国家」か「法治主義」か

ここでまず、「普遍化的法治主義」を提唱するに際し、歴史の現段階においては、「法治国家」よりも「法治主義」の方が、普遍化により適合していることを、指摘しておきたい。

「法治国家（法の国）」は、立憲国家とほとんど同義語として、近代的・立憲的意義における憲法とともに成立した。したがってこれは、まさに近代国家の原理であったのであり、法治国家はその時代に適合した概念であったとすることができよう。

しかし、現在、法治国家原理は、国際社会においても妥当する原理である。したがって、現在のドイツにおいては、法治国家原理を表示するのに、むしろ

112 例えば, Stefan Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, 参照。

「法治国家性 (Rechtsstaatlichkeit)」が用いられている。EU 条約第 6 条, EU 憲法条約第 1 編第 2 条等においても, “Rechtsstaatlichkeit” が使用されているのである。これは, わが国における「法治主義」と同義語と解してよい。

わが国においては, 訳語そのものではない「法治主義」が, 伝統的に用いられてきている。この概念の方が, 歴史の現段階にはより適していると言えよう。

(2) 既述のように (VI-2-(2)), 法治主義発展の各段階, 明治憲法と日本国憲法の法治主義の各々を表示する概念は必要であろう。その場合, それぞれの段階を表示するものとして用いられてきた形式的法治主義・実質的法治主義は如何であろうか。まず, 法治主義の第一段階・明治憲法段階を表示するには, 従来からの**形式的法治主義**が適していよう。それは, 当時の法治主義が, 「法律による行政」という手段面・形式面をメルクマールとしていたからである。ドイツにおいても, 過去の法治国家を表示する場合には「形式的法治国」を用いるのが, 現在でも広くみられる。日本の場合, 旧憲法が明治憲法に限定されるのであるから, ドイツの場合よりも一層, このことが妥当しよう。

これに対して, 法治主義の発展段階・日本国憲法段階を表示する概念については, ある種の問題が存する。すなわち, これを表示する概念は不可欠と考えられるが, 従来, これを表示するのに「実質的法治主義」を使用してきた(筆者も同様である)。ただ, これが「実質プラス形式」・「目的プラス手段」を要素とするものと観念するには, 法治主義発展史の知識を要しよう。「実質的」を「実質プラス形式」を意味すると解するのは, 文理解釈としては無理があるからである。その意味において, 法治主義の発展段階を表示するものとしては新しい概念が望ましいとも言えるかも知れない。

ドイツにおいては, 形式的側面および実質的側面を包摂した法治国家概念を「純化された法治国家概念」(geläuterter Rechtsstaatsbegriff) と称することがみられ¹¹³, Kunig もこれを認めているが¹¹⁴, 今のところこれが定着する気配は

113 E. Grabitz, Vertrauensschutz als Freiheitsschutz, DVBl. 1973, S. 676.

ない。

筆者としては、新しい法治主義を表示する概念として、「**普遍化的法治主義**」を提唱したい。ここで「普遍的」ではなく「**普遍化的**」と称するのは、実践哲学的に普遍化を要求する原理を意味するものとして用いたいからである。これには、法治主義の歴史性を踏まえ、法治主義発展史の方向を提示する意味を籠めたいと考える。筆者としては、日本国憲法が普遍化的法治主義を採用しているものと解し、日本国憲法の解釈として、普遍化を要求する法治主義の構築に努めたいと考える。

2. 法治主義と法の支配——日本の議論への示唆

本稿における検討からの示唆の一つとして、ここでは、日本における「法治国家・法治主義と法の支配」の問題を取り上げておきたい。

(1) 日本において法治国家ないし法治主義と法の支配の問題が浮上したのは、第二次大戦後である。すなわち、明治憲法下においては、“Rechtsstaat”の意訳語としての「法治国」と、法治国を基礎として日本で形成された「法治主義」の概念が妥当した。第二次大戦後、日本国憲法の成立とともに、英米法における“Rule of Law”の直訳語としての「法の支配」が導入された。その結果、日本国憲法原理を表示するものは何かをめぐって、「法治行政と法の支配」論争を端緒とする論争が成立したのである¹¹⁵。しかし、法治国家ないし法治主義の形式的法治主義から実質的法治主義への転換を通して、法治国家・法治主義も法の支配もともに、日本国憲法原理を表示する概念とされ、現在にいたっている。

(2) ところが、1990年代の半ばより、日本国憲法の原理を法治国家ないし法治主義ではなく、法の支配ととらえるべきであるとする佐藤教授の見解¹¹⁶が主

114 Philip Kunig, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 25ff.

115 高田 「戦後わが国における『法治主義と法の支配』論争 序説」(註4)。

張され、それが、司法制度改革審議会意見書における法の支配の強調を媒介として、かなりの浸透をみせているように思われる。

日本におけるこのような最近の主張は、本稿の検討から明らかなように、ヨーロッパにおける潮流とは逆のものである。すなわち、ヨーロッパにおいては、そこにおける普遍的な原理を探り、それを共通の原理として育成する方向が示されているのに対して、日本に見られる上の傾向は、普遍化とは逆の差異化を強調し、中には一方を否定しようとするものさえあるからである。

(3) では、日本国憲法の原理として、われわれはどのような原理を形成して行くべきであろうか。その作業に際して、ヨーロッパ大陸法（法治国家）を切り捨て、英米法（法の支配）に専ら依拠するという手法は、少なくとも歴史の流れに沿ったものとは言えないであろう。（なお、一般論ではあるが、差異化には比較の客観性を損う傾向性を生み易い土壤があることにも、留意されるべきであろう。）

それぞれの原理は、それぞれの基盤の上に成立したものである。われわれとしては、普遍的な原理を、日本の基盤の上で最もよく生かし得るように形成すべきであろう。法治国原理・法の支配と称される原理の日本における形成について言えば、ヨーロッパ大陸における法治国家か英米法における法の支配かの二者択一ではなく、両者を理念的に支える普遍的な原理を核とし、両者を資料として日本の場に最も適合する原理を形成して行くことが肝要であろう¹¹⁷。

(4) 最後に、この原理を表示する概念として何を使用すればよいであろうか。

①まず、比較法の場合における概念であるが、大陸法と英米法の比較法的検討については、「法治国（原理）」と「法の支配」を使用するのが最も相応しく、また客観的でもあろう。

では、日本国憲法の原理を表示する場合は如何。ここでは、両者の異質性を

116 その見解がまとめられたものとして、佐藤幸治・日本国憲法と「法の支配」（2002年、有斐閣）。

強調するのではなく、両者を共通の原理として、日本国憲法に最も相応しい、よりよい原理を形成すればよいと考える。そして、それら両者の各々の使用の場は、使用者各自の自由に属する。もっとも、両者が日本国憲法上は同じ原理であるとしても、それぞれの母法において具有している特質があるわけであるから、それに対応した使用ができよう。

117「法の支配」概念を使用することによって日本の法・政治の在り方が改善されるわけではない。佐藤教授が、法治国家の再興によって法の支配が輝きを失ったと指摘される昭和30年代（佐藤・註（116）4頁・15-17頁）は、実は、「法の支配」が学問外において最も強く主張された時期である。すなわち、昭和34（1959）年3月20日、日本弁護士連合会10周年を機に開催された裁判所・検察庁・弁護士会三者協議会において、「法の日制定に関する決議」が採択され（自由と正義11巻10号19-20頁）、「毎年10月1日を法の日と定める」とする同年6月24日の閣議了解を経て、昭和35（1960）年10月1日から、法の日が実施された。この「法の日」の制定には、1958年にアメリカで5月1日を“Law Day”と定めたことの影響がみられるが、アメリカのLaw Dayは、鉄のカーテンの背後のメーデーに対照させるものであること、法の無視を一掃する一助とすること、法の支配が世界平和の達成と維持のための唯一の有効な方法であること等に注意を向けさせるためのものと言われている（江村高行「法の日と法の秩序の確立」自由と正義10巻10号2頁以下、田中耕太郎『「法の支配」と自然法』ジュリスト193号（昭35・1・1）6頁）。

この「法の日」制定の前後に、盛んに「法の支配」が主張されたのであるが、そこでは、法の支配を国民の遵法とらえる傾向がみとめられる。まず、日本法律家協会は、同会設立（1959年6月）の基本方針として採択した宣言「法の支配と国民の自律精神」（法の支配No.2・1959年11月、1頁）において、「国民が、こぞって…自覚に立ち、法律に服すること」を「法の支配」としている。また、当時の最高裁判所長官であった田中耕太郎氏（同『「法の支配」と自然法』前掲6頁以下）も、横田喜三郎氏（同『「法の支配と裁判』法曹時報14巻1号（1962年）1頁以下）も、「法の支配」を根拠として国民の遵法を説いている。これらは60年安保反対運動を念頭においたものと考えられ、この動向は、日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約（昭35・6・23条6）の前文における「法の支配を擁護すること」の定め結びついたと考え得よう（なお、法の支配と「遵法の支配論」については、元山健「法治主義と法の支配」杉原泰雄編・憲法学の基礎I（1983年・勁草書房）251-252頁の指摘がある）。

このような「法の支配」遵法論に対しては、明治憲法下の（現在いうところの）形式的法治主義的な通説から、「法治国」遵法論が「本末を顛倒したもの」であって、「順當な法治国の思想から考へれば、遵法の義務は寧ろわれわれが政府に対してこそ要求すべき」である（織田萬「法治国の思想」丁酉倫理会・倫理講演集第442輯、昭和14年、2頁）とした批判が、現在においても妥当しよう（高田『「法治国」観に関する学説と俗説』阪大法学157・158号、54・55・61・62頁）。

このような昭和30年代（1960年前後）における「法の支配」の動向が、法の支配の輝きを曇らせた一因であったことは、否定できないであろう。それゆえ、「法治国家」・「法治主義」ではなく「法の支配」でなければならない、のではない。問題は、それらの内容に何を充填し、いかに日本国憲法に相応しい原理を構築できるかであろう。

②ところで、この原理を表示する概念としては、法治国家、法治主義および法の支配の三者がある。このうち、大陸法に由来する「法治国（家）」、および英米法に由来する「法の支配」は、それぞれに対応する欧米語もあり、それぞれの出自も明らかである。これに対して、「法治主義」は、さほど明確ではない面を有している。

「法治主義」概念については、二様の使用法があろう。その一は、通常の使用法である。すなわち、法治主義は、「法治国」の主義の意で、明治期に成立し大正期に確立した日本語である。この場合、法治主義は、法治国家原理を意味することとなる。

今一つの用法は、法治国家と法の支配の上位概念に関するものである。現在、法治国家と法の支配の上位概念は存在しない。しかしそれを必要とする場合に、法治主義を用いられないかである。例えば、「EUにおいては、その基本原理をなす法治主義（＝普遍化的法治主義）は、大陸諸国では“法治国家”と表現され、英国では“法の支配”と表現される」と。

そもそも、「法治主義」は、既述のように、訳語として成立したものではなく、練られた国語とすることができる。法治国家と比較した場合、それは、国際社会においても妥当すべき原理であることを表示するのに、より適したものといえる（本節1-(1)）。また、法の支配は、人の支配に対する語として、専制主義への抵抗期には親和的であるが、建設・整備期には「支配」の語感に違和性がある（「支配」という“rule”の訳語が適切であったかという問題もあろう）、という面を有していよう。ただ、21世紀初頭にあっても、国際社会においてはなお、イラク戦争に示されるように、未だ法の支配そのものが要求されるべき状況にある¹¹⁸。

118 しかも、この戦争は、法の支配の主唱国米英の政府によって惹起されたものである（これを法の支配に反するものと解さなければ、法の支配は、本稿でいう「法の支配」には値しない）。それに対して、例えば、ドイツにおいては、この戦争は、少なくとも法治国家の構成要素である明確性の原理に反し、法的根拠を欠いて違法であるとされる。

筆者自身の用語法であるが、法治国家と法の支配の上位概念を要する場合には、「法治主義」を用い（「法治主義」は、“Rechtsstaatlichkeit”にも、“Government of Law”¹¹⁹にも近い語とも言えよう）、あるべき法治主義としては「普遍化的法治主義」を用いることといたしたい（本節-1-(2)）。

3. 残された問題

(1) 本稿は、ドイツにおける「形式的法治国・実質的法治国」概念の歴史と現状を正確に伝達し、合わせて問題提起をしようとするもので、「法治主義と法の支配」の問題を扱おうとするものではない。しかし、本稿で提起する普遍化的法治主義の問題は、それと法の支配との関係という問題と無関係ではない。本稿においては、ヨーロッパにおける法治主義の普遍化と法治国家・法の支配の共通化の動向（Ⅶ）を指摘した。そして、両者の差異化を強調し一方を否定することを、歴史の流れに反するものにとらえた¹²⁰。

(2) 上の2の(2)で触れたように、近年、法治国家をも対象とした法の支配論、法治国家と法の支配論等が盛んとなっている。筆者としては、ここで法の支配に立ち入ることはできない¹²¹。しかし、法の支配モデルを司法型秩序形成

119 マサチューセッツ州憲法第一部（Parts the Fierst A Declaration of the Rights of the Inhabitants of the Commonwealth of Massachusetts）第30条は、次のように定める（下線高田）。

Article XXX. In the government of this commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them: the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them: the judicial shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them: to the end it may be a government of laws and not of men.

120 毛利透『『法治国家』から『法の支配』へ—ドイツ憲法裁判の機能変化についての一仮説—』法学論叢156巻5・6号（2005年3月）330頁を、筆者と共通する趣旨から法治国家と法の支配を扱ったものと位置づけることも、不可能ではないであろう。（本論文の表題であるが、ドイツの憲法訴訟の現実、土井モデル—註6—からすればむしろ「法の支配」型に近いものになっている、という趣旨と解し得よう。）

121 法の支配の多義性、論争性を扱った論稿として、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合併号（2005年3月）3頁以下参照。

「形式的法治国・実質的法治国」概念の系譜と現状

モデルとし、法治国家モデルを行政型・垂直下降型秩序形成モデルとしてとらえる土井教授の議論¹²²については、特にその法治国家モデルの時局性を前提として、今後検討を行いたい¹²³。

[付記]

本稿は、平成15年度および16年度の科学研究補助金（基盤研究（B）(2)）による共同研究「『法の支配』と『法治国家』－新世紀統治システムの型と文脈」の成果の一部である。

122 土井・註（6）特に102頁以下。

123 土井教授の行政型・垂直下降型秩序形成モデルそれ自体も検討を要するが（高田篤「議会制についての憲法理論的・憲法科学的省察」憲法問題17号（2006年発行予定）参照）、同モデルを前提とした場合でも、少なくとも、立法の位置づけや行政の在り方がそれぞれ異なる立憲君主制下における秩序形成と立憲民主政下におけるそれとの間に何等相違はないのか、等の疑問が、特にドイツや日本について考察する場合に、残るのではなからうか。（ドイツの法治国家モデルは、法治国家観展開の3段階－Ⅶの1－に対応して形成できようが、土井・註（6）104－105頁の法治国家モデルは、カントに触れる（103頁）がカントとは明らかに異なっており、第1段階のものではなく、また第3段階－ボン基本法－のものとも大きく異なっている。第2段階－第2帝政的モデルと解されよう。）