

Léon Duguit, Leçons de droit public général (1926) (6)

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/3838

《翻訳》

レオン・デュギー『一般公法講義』（一九二六年）（六）

赤坂 幸一

曾我部 真裕

第一四講 国家権力の制限とそのサンクション

皆さん

本日は、きわめて重要で、間違ひなく公法の主要問題であるものについて検討しなければなりません。というのは、本当のところ、この問題について肯定で答えるか否定で答えるかということに、公法が存在するか否かが係つてくることになるからです。それは、国家の行為に対して法的な制限が存在するか否かという問題です。このような制限が存在しなければ、国家は、あらゆることが可能になり、したがって、国家はあらゆる法準則から免れることとなります。国家が法準則に服するというためには、国家に優位し、その行為の範囲を定め、国家が為すべき行為、及び、為しえない行為を画定する準則がなければなりません。

このような準則は存在するのであり、また存在するものでなければなりません。もしそれが存在しなければ、それを発明すべきだろう、と言うべきところですが、このような準則の根拠がどのようなものかは重要ではありません。準則は存在しなければならず、それは、もし準則が存在しなければ、人々にとって安全が全く存在しないかどうかです。その場合、国家は単なる実力となってしまうでしょうし、権力の恣意に対する個人のための保障がなら

存在しなくなってしまうでしょう。確かに、このような準則の根拠については議論がありえます。「この点に関して」提唱されている学説はすべて、異論に遭遇しうることを認めることについて、私は人後に落ちるものではありません。しかし、それは重要ではなく、仮に準則に堅固な根拠を与えることができないとしても、欠くことのできない公準として、また、あらゆる文明の第一のものとして、準則を肯定しなければなりません。

ドイツの法学者ザイデルは、⁽¹⁾「国家を超える法はない。国家と並ぶ法はない」ということは、公理であった」と記しました。私は、国家に優位する法が存在し、このことは不可欠であると答えます。

I 国家権力の制限の原理

国家権力を制限する準則について語るとき、私は、ある一定の国家機関の権力の限界を確定する準則のことではなく、行為を行う国家機関の権力のいかんを問わず、国家そのものの権力を制限する準則のことを言わんとしていきます。法によって制限されるのは執行権や立法権ではありません。繰り返しますが、法律や行政行為、裁判行為によつて行為を行うのは、国家そのものなのです。この点について、皆さんが、今でも非常に流布している誤りに陥らないよう注意しておきます。

長らく信じられてきたのは、法は君主の権力を、そしてこれだけを制限し、人民、国民の権力にはなんらの制約をももたらさないのであって、国民の主権には限界がなく、国民は主権を議会に委任することから、議会の権力もまた限界がない、ということでした。イギリス人は、決してこれ以上は進みませんでした。一六八八年の権利章典は、議会の権力ではなく、国王の権力を制限するものでした。イギリス人が自らの自由について語るとき、彼らは、王位に対する自らの独立についてしか視野に入れていません。彼らの思考においては、イギリス議会は万能なので

あり、イギリスの法学者はすべて、議会在欲するところのものが法律となり、この意思に課される限界はないことを認めています。「議会は、男を女に変えること以外にはあらゆることを行うことができる」というイギリスの古い格言は、^②イギリス人の考え方を実に正確に表しています。

さらに、このような、人民及びその代表者に帰属する万能性の思想は、一七世紀及び一八世紀において、イギリスと同様にフランスでも支配的でありました。一七世紀にジュリユー牧師 (Jurieu, Pierre, 1637-1713) は、「それぞれの国において、その行為を有効とするための理由を必要としない権力が存在しなければならない。そしてこの権力は人民において見出される」と記しました。一八世紀には、ルソーは、いかなる無分別によるものか、一七八九年のフランス人権宣言に示唆を与えたとはしばしば言われるのですが、このルソーは、『社会契約論』の数多くの箇所、一般意志すなわち国家の無制限の権力をはつきりと認めています。『社会契約論』の著者が言うには、「人民の団体に対して拘束的でないかなる種類の基本法も存在しないし、存在し得ない（中略）。主権者は、それを構成する個人によってのみ形成されるのであり、これらの個人に反する利益を持つていないし、持つこともできない。その結果、主権者の権力は、臣民のための保障をなら必要としない（後略）。また、「個人の権利の」譲渡は留保なしに行われるから、結合は最大限に完全であり、どの構成員も要求するものは何一つない」（第一篇第六章及び第一六章）^④。

フランス革命は、当初はこのような誤りに決して陥りはしませんでした。そして、国家に、とりわけ立法者としての国家の権力に対する制限を厳肅に宣言したことは、一七九〇年及び九一年の人々の永遠の名誉として残るでしょう。フランスの一七九一年憲法のまさに冒頭に、「立法権は、本編に記載され、この憲法により保障される自らの及ぶ市民的諸権利の行使を侵害し及び制約する法律を、いかなるものであれ制定することができない」とあり

(一) *Gründzüge einer allgemeinen Staatslehre*, 1873, S. 14

ます。

一七九一年以降、このような本質的原理を忘れた政治体制をいくつか持ったことは確かです。一七九三年の国民公会は、ルソーに示唆を受けて、自らにはあらゆることが許されると信じ、自由を保護し平等を実現するという名の下に、もつとも神聖な諸自由に対する犯罪的な侵害を行いました。第一帝政の下でも、政府はしばしば、法的制限という「権利」保護のための諸原理に違反しました。そして、軍隊の栄光はその違法性を覆い隠しました。しかし、これらの暗部にもかかわらず、フランス人の意識には、大革命以降、一般原理が深く浸透し、いかなる政府にせよ、この原理に違反することがあれば、フランス人の意識は一致してそれに反対するでしょう。フランス人の意識が外敵を排除したのと同様に、専制——それがどのような形態であろうと——という内なる敵も破壊するでしょう。

Ⅱ 個人主義学説

国家が法により制限されることを認めるだけでは不十分であり、さらに、このような制限の根拠を確定しなければなりません。その必要性は長年来理解されており、そのために、息の長い努力の末、ひとつの学説が作られました。この学説は、二世紀の間、多くの才能ある人々によって、あらゆる批判や異論を超越する一種のドクマであると考えられていましたが、今日では非常に不安定であるように思われます。しかし、多くの才能ある人々の中で余りにも大きな位置を占めていたため、黙殺することはできません。そこで、この個人主義学説についてお話ししようと思います。^⑤

この学説の最初の起源は、確かにギリシャのストア派哲学に見出されます。そして、この理論は、ローマの法学

者の諸説において初めて表明されました。中世には忘れられておりましたが、一六世紀、明確さと新たな力強さを持って再び現れました。この理論は、デカルトの体系において哲学的に表明され、「我思う、故に我あり」という有名な命題に完全に含まれています。この理論は、一七八九年のフランス人権宣言において、ついに、明確かつ正確な政治的、社会的な表明を見出し、一八〇四年のナポレオン法典が家族の領域や個人間の関係の領域においてその適用を行うのを待ちました。

以下、この学説のエッセンスについて多少お話ししましょう。人は、自由かつ権利において平等なものとして生まれ、生存します。人は、人であるということだけから、生まれたまさにその瞬間から、言葉の一般的な意味では自由、より正確には人間の自律と呼ばれたものに帰着する、時効によって消滅することのない自然的諸権利の保持者なのです。これらの権利は、人としての資格のみにおける人に帰属するものですが、人はこれらを社会において保持します。人は、身体的、知的、道徳的という三つの活動を発展させる自然権を有していますし、あらゆる結合アソシエーションの目的自体、この自由を保護すること、人間をその活動のあらゆる表出形態において保護すること、人間の自律を保護することなのです。

しかしながら、個人の自由の諸表出形態に対して一定の制約を加えなければ社会が存続できないことは明らかです。この権力は国家に属しますが、国家は、政治的に組織された社会そのものに他なりません。他方、国家のこのような権力は、厳格に制限されています。国家は、全員の個人的自由を保障するために必要不可欠なものに限り、各人の個人的自由に対する制限を課すことができます。他方、国家は、これらの制限を法律によってのみ課すことができ、ここでいう法律とは、実質的観点からも形式的観点からも、法律と理解されるものです。すなわち、これらの制限は、人又は事件を考慮することなく制定され、全員に平等な一般的规定であって、国民の意思を代表する立法議会により議決された規定でもあるものによってなされなければならないのです。

この学説は、先にお話したように、一七八九年のフランス人権宣言第一条、第二条及び第四条において、すばらしく明確な文言で定式化されています。すなわち「第一条」人は、自由かつ権利において平等なものとして生まれ、生存する（中略）。「第二条」あらゆる政治的結合の目的は、人の、時効によって消滅することのない自然的な諸権利の保全にある（中略）。「第四条」自由とは、他人を害しないすべてのことをなしうることにある。したがって、各人の自然的諸権利の行使は、社会の他の構成員にこれらと同一の権利の享受を確保すること以外の限界を持たない。これらの限界は、法律によつてでなければ定められない」。

Ⅲ 個人主義学説への批判

このような個人主義学説は、二世紀の間、誰しもが従わなければならない一種のドグマと考えられました。今日では、この学説は大きな打撃を受けています。社会主義の考え方はすべてこの学説に反対ですし、この学説は現代の精神の傾向にもはや応えていないのは確かです。さらに、この学説は自らのうちに論理的な矛盾を含んでいます。他方、この学説は、今日ますます、国家権力を実際に制限することにつき無力であると考えられるようになってきました。

個人主義学説は、主観法（「権利」）の考え方に立脚していますが、以前示しましたように、^⑦このような考え方は実在とは全く無縁であつて、現実とは全く対応しない単なる観念的な見方であるが故に退けられるべきである、と言っただけで私としては満足できるだろうことも確かでしょう。しかし、このような主観法（「権利」）の考え方をいったん受け入れ、個人主義学説がその考え方とまったく矛盾していることを示してみたいと思います。

実際のところ、この学説が認めるところでは、個人は、社会において生存する前に、その出生のまさに瞬間にお

いて、単にその者が人であるというだけで、時効によって消滅することのない自然的な主観法（「権利」）を有するとされます。ところで、主観法（「権利」）は、もしそれが存在するとすれば、意思の力であつて、このようなものとして他人の意思に対して強制されるものです。したがつて、主観法（「権利」）の存在は、自らの意思を強制する者と、自らの意思に前者の意思が強制される者との二つの意思主体の存在を意味します。孤立した、他の人間との社会的関係のない人間は、主観法（「権利」）の保持者となりえないのです。ロビンソンは、自らの島で、物に対する物理的力という意味での権力を有していましたが、権利は持つていませんでした。主観法（「権利」）は、もし認められるとしても、自然的人間について存在しうるのではなく、社会的人間についてのみ存在しうるのです。個人は、社会の中で生きている場合にのみ、そして、社会の中で生きているが故にのみ、権利を持つことができるのです。それ以前には、個人は権利を持つておらず、持つていないものを社会に持ち込むことはできません。このように、人権は、社会に先立つものではないのです。人権は、存在するとしても、社会に由来するのです。したがつて、人権は、社会の権利、すなわち、繰り返しになります。私が説明しているこの学説においては政治的に組織された社会であるに過ぎない国家の権力を制限することはできないのです。こうして、あらゆる個人主義学説は崩壊します。

それだけではありません。個人主義学説は、仮に成り立ちうるとしても、よりいっそう重大な欠陥を有しています。実際のところ、この学説は、国家権力に課されるべき諸制限を確定するについて無力なのです。この学説の論理においては、国家は、全員の活動の保護のために必要である限りにおいて、消極的に、個人の活動を制限することができるとになります。しかし、国家は個人の活動を制限することしかできず、個人に能動的な義務を課することはできません。国家は、他人に対して何かを行うことを個人に義務付けることはできないのです。国家は個人に対して、「他人の自由を侵害するこれこれのことをしないように」と言うことはできません。しかし、「他人のために

これこれのことをするように」と言うことは、個人の自由の侵害になってしまうかもしれないため、できないのです。

たとえば、国家は、誰に対しても労働を強制することはできないということになります。個人主義学説の論理においては、怠惰は権利なのです。個人は、国家に対して「あなたは、私が他人を害しないようにすることはできませんが、活動しないこと、自宅のバルコニーから労働者を眺めること、バルコニーで何もせずに過ごすことを私が望む場合、それを妨げることはできません」と言うことができます。同様に、国家は義務教育を強制することはできないこととなります。子供が無知に甘んじたままであることを家長が望むのであれば、いかなる権力もそれを妨げることはできません。個人主義学説においては、国家は、個人の自由を侵害することは何一つ行い得ないのです。人が自分自身を害する可能性があるだけの状況において個人の自由を行使しようとする場合には、国家はその自由を制限することはできないこととなります。たとえば、国家は、危険なゲーム、雄牛レースを禁止することはできません。国家はまた、労働時間を制限することもできません。このように、個人主義学説では国家活動の真の領域を確定することができないことを認めなければなりません。

さらに、個人主義学説は、国家の負担する積極的な義務を基礎付けることもできないということになります。もっとも、これは先に述べたことの帰結です。「個人主義学説によれば、」政治権力は個人の自由を侵害することはできませんが、「他方で、」個人の身体的、知的、道徳的發展を確保するために能動的に介入することを国家に義務付けるものは何もありません。公権力は、全員に対して無料で教育を行うことを義務付けられることはありません。教育への権利は、個人主義学説の支持者にとっては、論理的に否定されます。さらに、国家は、老齢や疾病のために労働によって生活の資を得ることができない状態にある者に対して、扶助を与えることも義務付けられません。最後に、国家は、労働の意欲と能力のある者が報酬のある労働を見つけることができるようにするための介入を義

務付けられることも全くありません。個人主義学説は、教育への権利を否定すると同様に、扶助への権利や労働の権利を否定します。現代の意識は、このような否定に反対します。

最後に、物事の核心に立ち入れば、個人主義学説は、論理的及び必然的に、無政府状態に立ち至るか、あるいは国家の全能に立ち至るということが理解されます。実際に言われているところでは、個人は、社会においてその自然権のうちのいくつかを保持しており、国家は、それらに触れることはできず、それらを保護しなければなりません。しかし、このようにして個人が保持している権利は誰が見分けるのでしょうか。それは、個人が国家かありえません。もしそれが個人であるとすれば、国家の権力は消滅し、それはまさに無政府状態です。もし個人の自由の範囲を測れるのが国家のみであるとすれば、国家は全く強力なままで、国家の決定の全能性を制限するものは何もなく、それは専制主義とは言わないまでも、絶対主義です。したがって、個人主義学説は、シュティルナー^⑧（*Stirner, Max, 1806-56*）の無政府主義と、ロベスピエール（*Robespierre, Maximilien Francois Marie Isidore, 1758-1794*）のジャコバン主義との間を揺れ動くと言われたのは、正当であつたのです。

IV 統治者に課される義務

では、国家に課される法的制限の眞の根拠は何でしょうか。私の考えでは、その根拠は、責務（*devoir*）という基本理念、すなわち、団体構成員の全員——慎ましい者にも羽振りのよい者にも、弱者にも強者にも、被治者にも統治者にも——に課される責務という基本理念の中に見出されます。わが国の偉大な思想家オーギュスト・コントの、「いかなる者も、常に自らの責務を果たす権利以外の権利を、この世界において有していない」という金言を決して忘れてはなりません。

たしかに、個人の自由という理念は維持すべきです。しかし、個人の自由を権利として構想すべきではありません。個人の自由は責務であって、社会体 (cops social) のすべての構成員が果たさなければならぬ職務 (fonction) なのです。各人は、社会的存在 (être social) であるが故に、自らが置かれている分野においてその身体的、知的そして道徳的な活動を十全に発展させる義務 (obligation) が課せられているのです。名高い詩人であるアルフレッド・ド・ヴィニイ^⑩ [Vigny, Alfred Victor, Comte de, 1797-1863] の次のような優れた詩をご存知でしょう。

汝の長く重い仕事をたゆまずに行え
運命が汝に求めんとした通りに

この教えの意味と内容を理解し熟考すれば、皆さんは、道徳生活、社会生活及び政治生活のあらゆる秘訣を見抜いたことになるでしょう。ひとつの厳格な責務が全員に、すなわち、慎ましい者にも羽振りのよい者にも、統治者にも被治者にも、課されるのです。その責務とは、各人の地位と個人的適性によって可能となるところのあらゆる行為を行うという責務です。そうすることによって初めて、人間社会が存続し発展するために不可欠な条件としての分業による連帯が確保されることになるでしょう。

統治者は、他の者と同様の個人であって、同様の責務を負っています^⑪。ただ、事実上、統治者は力を有しています。そこから、統治者には二重の義務が課されることになるのです。統治者は、理由がなければ、個人の自由を制限するためにこの力を行使することはできません。この点については、個人主義学説が到達した消極的な帰結は的確です。しかし、さらに、統治者は、身体的、知的及び道徳的という三つの活動を十全に発展させる手段をあらゆる者に与えるために、その有する力を行使する義務があります。同様に、統治者は、人がいかなる方法であれこ

の三つの活動を（自ら）制限し又は破壊することを防止する責務も負っています。統治者は、個人にとつて危険であるおそれのあることは、その者が自ら危険に身をさらしたのであつても、すべて禁止する責務、従つてその権利を有しています。国家は、個人の活動を、その者自身に有害である限りにおいて制限する責務、従つてその権利を有しています。それは、このような場合、その活動は、社会連帯の観点からは団体に害を及ぼすだろうからです。国家はまた、個人に対し、その活動を十全に行うことができるために必要なあらゆることを強制する責務、従つてその権利を有しています。国家は、個人に対し、最低限の教育を受け、労働するよう義務付けることができます。一人たりとも、活動しないままにいることは認められません。怠惰を許している場合、国家はその任務を果たしていません。

最後に、国家は、個人が最大限の生産性をもつて十全にそのあらゆる活動を行うことを可能にする一連の公役務を組織する義務を負っています。とりわけ、国家は、教育を与え、労働可能な状態にあるすべての者に労働を確保し、そして、老齢や疾病のために生活の資を得ることのできない者すべてに扶助を提供する義務を負っています。^⑩ こうして、現代の諸国の誉れであり、教育、労働及び扶助を組織するようになった重要な諸法律は、すべて今私 が述べました一般的な諸理念に示唆を受けていることがお分かりでしょう。これらの諸法律は、現代の意識の産物なのです。そしてこの意識は、個人主義という伝統的学説を拒絶しつつ、公権力に課される制限の眞の根柢を登場させたのです。同時に、この意識は、少し前に述べましたように、暴政又は無政府状態に至るおそれのある個人主義の誤つた考え方を無力化したのです。

V 統治者の責務の法的性格

さて、最後の問題を検討しなければなりません。これは容易ではありません。先に述べましたように、国家は責務を負っており、その行為において制限されています。しかし、国家に課される準則に対するサンクション（実効性確保措置・手段（以下、この語を用いる場合もある）は存在するのでしようか。サンクションがないとすれば、「この準則は法準則であり、国家権力に対する法的制限が存在している」と言うことができるのでしょうか。かなり多くの論者は、異論の前に立ち止まり、そして、国家活動を制限する道徳準則は存在することができ、また実際に存在するのであるが、法準則は存在しないし、存在し得ないと宣言しました。彼らが言うには、強制力によって直接にサンクションされる準則が存在しない場合には法準則は存在しないからです。

このような意見を受け入れることはできません。イェリネットクが見事に示したように、法準則が存在するためには、その準則が強制力によって直接にサンクションされている必要はなく、その準則が保障された準則（*legitimized*）であれば十分なのです。確かに、国家に課される準則はすべて、国家が、定義上一定の領土において強制力を独占しており、それを自分自身に対して行使できない以上、直接の強制力のサンクションが欠けています。しかし、国家に課される準則が保障されているということ、したがって、この準則が法準則であることを妨げるものは何もありません。そうでないとすれば、それはまさに、国家の法としての公法——法であるためには力によってサンクションされていなければならないとすれば、この公法は存在しないことになってしまいます——を、一般的に否定してしまうことに他なりません。たとえば、成文憲法の準則はすべて、法準則ではないことになってしまいう。

私が提示した国家権力の制限に関する原理は、保障されているものですから法的なものであり、そのことを理解

するのは容易です。まず、この原理は世論——その存在と力に異議を唱えることはできないでしょう——によって保障されています。政府が、先に示した準則の一つに不作為又は作為によって公然と違反するたびに、世論において反作用が生じ、この反作用が間接的に統治者の態度を改めさせ、私が定式化しました高次の原理に統治者を従わせることがよくあります。^⑤

他方、現代の文明国家はすべて、一定の政治組織を備えるに至りましたが、この組織の本来の目的は、高次の法準則の遵守を保障することにあります。現代憲法がいかに多様であれ、代表制や権力分立制をどの程度重視するのであれ、あるいは、様々な政治的憲法がどのように起草されたのであれ、憲法はすべて、次のような基本的な目的によって規定されています。すなわち、国家の恣意的全能性に対して、個人のために保障を確立すること、したがって国家権力を制限する準則のための保障を確立することです。したがって、国家に優越する準則は、あらゆる国において組織された保障というサンクションを備えている以上、あらゆる国において法準則なのであると言うことは正当なのです。

VI 圧制に対する抵抗の問題

しかしながら、問題はまだ残っています。実際のところ、残っているのはおそらく法的というよりは道徳的な問題なのですが、これを無視することはできません。先ほど述べましたように、およそ文明国においては、世論の作用の下に、高次の法の違反から個人を保護することを目的とする政治組織が設立されました。しかし、このような予防措置を講じたにもかかわらず、国家が法に違反することはあり得ます。伝統的な表現を借りれば、国家が圧制者となることがあり得るのです。正確には、圧制とは刑法学者が常習犯と呼ぶものであると言うことができます。

政府が一度法律に違反しただけでは压制者とはいえないのです。政府が、憲法を制定したにもかかわらず、自らに課される法準則に常習的に違反した場合、又は、政府がその権力を逸脱して行使したり、あるいはその責務を無視したりすることによって法準則に違反した場合は、压制者となります。このような場合、個人は压制に対して抵抗することができのでしょうか。これが、きわめて古く、そしてきわめて有名な、压制に対する抵抗の問題です。

きわめて古い問題、と述べましたが、それは、この問題がすでに一三世紀には偉大な神学者たち、とりわけ聖トマス^⑬〔Thomas Aquinas, 1225 (27) - 74〕によって詳細に論じられていたからです。聖トマスは、当然ながら神学的な用語でこの問題を提起しました。彼は、反乱は常に宗教上の罪となるか否かを問い、そして、力強くかつ明確に、次のように答えました。否、反乱は必ずしも罪ではない、反乱は、暴君に対してなされるときは罪ではない、なぜなら、このような場合には暴君のほうこそが反乱者であるから、と。聖トマスはさらに続けて、君主は、臣民の利益のためにではなく、自身の個人的利益のために統治を行うとき、暴君となるとしました。

このような、压制に対する抵抗の学説は、一六世紀の宗教戦争の際に、再び現れました。この学説は、一七世紀には忘れ去られましたが、一八世紀の末に再生し、一七九三年の山岳党^{モンタニヤール}憲法に前置された人及び市民の権利宣言においてきわめて明確な表現を見出しました。この宣言によれば、「第三三条」压制に対する抵抗は、その他の人権の帰結である。「第三四条」社会体の構成員のただ一人でも压制を受けるときは、社会体に対する压制が存在する。社会体が压制を受けるときは、各構成員に対する压制が存在する。「第三五条」政府が人民の権利を侵害するときは、蜂起することは、人民及びその各部分のためのもつとも神聖な権利であり、かつもつとも不可欠の責務である」(第三三条、第三四条、第三五条)とされます。

このような学説については、どのように考えるべきでしょうか。この学説は正しくもあり誤りでもありません。いくつかの区別をしなければなりません。これらの区別は、不可欠なものであり、その上、カトリック神学者たちの

透徹した思考においても全く欠落していませんでした。彼らは、受動的抵抗 (resistance passive)、防御的抵抗 (resistance défensive) 及び攻撃的抵抗 (resistance aggressive) を区別しましたが、これに倣って、このような区別をすべきです。

受動的抵抗、これが正統であることは疑いありません。国家が、違法な法律、高次の法に反する法律、自由を侵害する法律を制定したと判断した個人が、それに自発的に従うのを拒否し、消極的な抵抗で対抗し、そして、すべての法的救済措置 (voie de droit) を尽くし、かつ強制力の圧力を受けたのでなければ法律に基づく命令を履行しないようなことは、正当なものです。たとえば、皆さんが、国家がある租税を創設することによって法に違反したと判断し、その納付を拒み、差押えを受けるままにする場合、皆さんの受動的態度は何ら法に反するものではなく、その態度は原則として正当であると認めなければなりません。

防御的抵抗はより重大なものです。これは、力に対して力で対抗すること、公務員の強制力による介入に物理的に抵抗することです。このような行動は、正当であると言えるでしょうか。この問題は複雑であって、二通りの方法で提起されます。第一の場合は、強制行為を執行する公務員自身が制定法に違反する場合です。たとえば、公務員が、法律によって求められている要件を具備しないのに私宅に侵入する場合です。公務員は、私宅に侵入するために力を法律に反して用いています。この住居の住人が、このような違反に対して力によって抵抗するのは正当でしょうか。私はそう思います。実際、諸々の優れた論者たちと同様、私は、明白に法律に違反する行為の実行に対して力によって対抗する個人の行為については、反抗罪^⑦の成立はないとみています。反抗罪が存在するためには、公務員が法律にしたがって行為する必要があります。これもまた、一七九三年の権利宣言第一条において述べられているところです。すなわち「人に対して、法律が定める場合及び手続以外において為される行為はすべて恣意的でありかつ暴政的である。暴力によって行為しようとした場合、その対象となった者は、力によってそれを退ける権利を有する」とされています。

他方、第二の場合には、問題はもつと微妙です。法律の範囲内にとどまってはいるが、法に反すると主張されるような法律を適用しようとする公務員の行為に対して、力によって抵抗することが正当と言えるでしょうか。この場合、公務員の法律違反行為に対して力によって対抗しているわけではありません。公務員は法律に従つて行為をしているのですが、適用しようとしている法律そのものが法に反すると主張されています。このような場合、防衛的抵抗が正当でありうると言うことには大いに躊躇を感じます。制限なしにそれが正統であると認めてしまえば、無秩序の原理、無政府状態の原理を社会に導入してしまうだろうことは言うまでもありません。しかし、防衛的抵抗を完全に排除するには、法律の合憲性を審査する権限、すなわち、成文憲法の準則あるいは立法者に課される高次の法原理に法律が反していると判断した場合にはその適用を拒絶する権限が、裁判所に認められている国である必要があります。¹⁸⁾

最後に、いわゆる攻撃的抵抗が残っています。これが正当とされる場合があるのでしょうか。攻撃的抵抗とは、蜂起 (insurrection) です。蜂起が正当とされる場合があるのででしょうか。きわめて厄介な問題で、「この問題に」接近するには細心の注意を払わなければなりません。私は、この問題に触れるたびに、聖トマスが語っている、シラクザの老婦人の話を思い出します。¹⁹⁾ 彼女は、シラクザに通じる道に面した自分の畑で黙々と働いていましたが、短刀で武装した一人の若者が大急ぎでその道を走っていくのに気づきました。彼女は、若者を呼び止めて、行き先を尋ねました。若者は、「暴君デニスを殺しに行く」と答えました。老農婦は答えて言うには「軽率な若者よ。よく気をつけなさい。あなたは今の暴君は知っていますが、将来の暴君は知らないのです」。

理論的には、世界に正統な革命が存在したということは、否定できないでしょう。このような革命について判断を行うのは歴史の役割です。確かに、圧政的な政府に対する蜂起の権利を原理として定式化することは、法律家には許されないことです。しかし他方、あらゆる立法行為について評価を行い、これらの行為が法に違反すると判断

したときにはその適用を拒否することのできる有能で公平な裁判所が、あらゆる国において設置されるべきことを、法律家は強く主張すべきです。私が適法性レガリタテの原理と呼んでいるところのものを検討することで、最終回の講義では、この点について、ある程度詳細に研究したいと思います。

一九二六年三月四日

（訳注）

- ① この引用部分については、第二講の訳注③を参照されたい。
- ② この格言については、第九講の訳注⑩を参照されたい。
- ③ フランスのプロテスタント神学者、カルヴァン主義者であったが、ルター派との無条件合同を構想。その社会契約論は啓蒙思想の先駆となった。
- ④ ここでの二つの引用のうち、後者の方は第一編第六章に見られるが、第一編には第一十六章は存在しない。前者の引用のうち、「中略」とした部分の後の部分は、第一編第七章からの引用であると思われる。
- ⑤ 個人主義学説については、第二講Ⅲも参照されたい。
- ⑥ その一端が、現代の積極国家においては、個人主義学説によっては能動的な義務を基礎づけられない、という後述の指摘である。
- ⑦ 第二講Ⅴ・Ⅵを参照されたい。
- ⑧ ドイツの哲学者、マルクス、キルケゴール、ニーチェと並ぶ一九世紀の代表的思想家と呼ばれ、徹底した利己主義の典型。その哲学の主要概念は「唯一者」であり、それは何者にも服従しない自己、つまり「自分には自分以上のものではない」という意味。このような思想は当然すべての政治権力を自我の前に消滅し去る無政府主義へと帰結した。著書『唯一者とその所有（*Der Einzige und sein Eigentum*）』（1845）『反動の歴史（*Geschichte der Reaktion*）』（1852）
- ⑨ コントについては、第一講の訳注⑩を参照されたい。
- ⑩ フランスの詩人、作家、劇作家。ユゴー、ラマルティヌス、ミュッセと並んでフランスのロマン派四大詩人の一人。軍人となったが、一八二七年退役し、以後ロマン主義運動の中心となって文学活動に専念、華々しい成功を収める。しかし晩年は文壇から遠ざかり孤独で、長い間胃がんに苦しみ死去。宿命的孤独と遠征思想を沈静で格調高い文体で表現し、後の高踏派にも影響を与えた。

- ⑪ この引用部分は、「狼の死」（一八四三年）からのものと思われる。この作品は、ヴィニーの死後出版された詩集『運命』（一八六四年）に収められている。なお、この作品は、『*Souveraineté*, p. 151
- ⑫ 第八講Ⅲを参照されたい。
- ⑬ なお、第九講Ⅰも参照されたい。
- ⑭ ここでいう「保障」とは、国家の力の介入だけではなく、世論の力や国家の一般的な組織化なども含まれ、これらによって法準則の適用が保障されていけばよいという（*Trakté*, 3^e ed., t. 1, p. 102）。なお、第二講Ⅲ及びその訳注も参照されたい。
- ⑮ 第二講Ⅲを参照されたい。
- ⑯ イタリアの神学者、哲学者。スコラ哲学の完成者。アリストテレス哲学をキリスト教思想に調和させ、自然と超自然、理性と信仰を統一し、人間の現実生活をできるだけ是認し、同時に神の国を目指して、地上権力を持った中世教会を裏づけた。
- ⑰ 旧刑法典二〇九条に規定されていたが、現行刑法典では四三三―六条がこれに当たる。
- ⑱ 違憲審査については、第一五講Ⅳ・Ⅴを参照されたい。
- ⑲ トマス・アクイナス（柴田平三郎（訳）『君主の統治について』（慶応義塾大学出版会（二〇〇五年）（原著は一二二六七年ころ））第一卷第六章にやや異なるが類似の記述が見られる。この記述にも見られるように、トマス・アクイナスは暴君征伐の危険性を強調している。なお、この点について参照、高坂直之『トマス・アクイナスの自然法研究』（一九七一年、創文社）三二七頁以下。

第一五講 適法性の原理とその保障

皆さん、

この最終講におきましては、公法の最も重要な問題の一つであつて、その解決がこの広大な学問領域の終局的な目的とされている問題を、検討することにいたしましょう。これまでの講義の基調にあつた考えは、法とはある社会の全ての構成員、統治者も被治者をも拘束する高次の準則であり、それゆえ、あらゆる形態の国家を拘束する準則、国家の活動範囲を画定し、国家に対して一定の作為又は不作為を命じる準則である、というものでした。この準則が個々人を拘束する場面では、そのサンクションは国家の介入によつて行われます。では、この準則が国家を名宛人とする場合は、一体そのサンクションは可能なのでしょうか。またそのサンクションはどのようなものなのでしょうか。強制力を伴つたサンクションを考へることは出来ません。と言いますのも、国家はその定義自体からして、一定の領域における強制力を独占するものであつて、この強制力を国家自身に対して行使することは出来なからです。

しかしながら、法準則が国家に課される場合、そのサンクションが要求されます。直接的なサンクションはすべて不可能ですが、では、間接的なサンクションについてもそうででしょうか。否、であります。そのようなサンクションを組織することは可能なのです。では、それはどのようにしてなのでしょう。最もよい方法は何でしょうか。私達の現在の位置はどの辺りなのでしょう。これが問題なのです。

I 実質的観点から見た適法性の原理

法準則への間接的サンクシヨンの主たる要素は、以前適法性の原理と申し上げました観念^①において見出されます。この原理は現代的意識のうちに既に深く根付いており、この原理があることによつてこそ、国家に適用される法準則に対して、間接的ではあつても確かに効果的なサンクシヨンを設けるに至ることが出来たのです。では、この原理の構成要素は何でしょうか。

これを理解するためには、私がかつて行つた実質的観点と形式的観点という重要な区別を想起し、これを適法性の原理に適用することが必要です。

実質的観点からすれば、適法性の原理は次のものから構成されます。即ち、法治国家においては、いかなる機関も、一般的な規定、即ち実質的意味の法律により定められた限界の中でなければ、個々の決定を行うことができない、ということなのです。これはあらゆる国家機関に、議会にも国家元首にもあてはまるのであります。まさに、適法性の原理がこのように認められるか否かで、専制的な政府 (*gouvernement despotique*) であるか否かが決まります。君主制、貴族制、民主制のいずれを問わず、それを構成する諸機関が一般的法律により定められた準則の枠外で個々の決定を行いうるならば、これは専制的な政府なのです。

モンテスキューは、『法の精神』のよく知られた一節で、絶対君主制と専制的君主制とのこの相違を明確に述べております。ただし、彼は、私が絶対君主制と呼ぶものを單純に君主制と呼んでおります。曰く、「君主政体はただ一人が統治するが、しかし確固たる制定法によつて統治するところの政体である。これに反して、専制政体においては、ただ一人が、法律も準則もなく、万事を彼の意図と気紛れとによつて引きずつて行く」と(第二編第一章)^③。実際、このようにして、絶対君主制においては君主が法律を作りますが、自身が作り出したこの法律に拘束される

のです。専制的君主制においては、元首はいかなる準則にも拘束されずに命令を發します。

付言しますと、君主制のみが専制的たりうると考えるならば、これは重大な誤りです。今なお多くの国で、民選議會の手に全ての国家権力を集中すれば、それで個人の自由が守られるという考えが流布しております。なんと甚だしい幻想なのでしょう！ 民選議會であつても、君主と同じく、専制的でありうるのです。抽象的な形で事前に定められた、全ての者に適用される一般的準則の枠外で、またそれを超えて、民選議會が個々の決定を行うことが出来るならば、この議會もまた専制的であるのです。ある国に議會があるからといつて、その国が自由であるわけではありません。集団的圧政は、個人的圧政よりもなお恐るべきものなのです。と言いますのも、責任というものには、共有されると麻痺してしまうものだからです。議會や君主及びその他の機関が個々の決定を行ひうるのは一般的準則に基づく場合のみであるということ、及び、如何なるものであれ、法律の支配力 (*puissance de la loi*) を免れうるような機関は存在しないということを理解する場合にのみ、その国は自由であるのです。

このような場合に、公権力の恣意に対する保護はいかなる形で存在しているのでしょうか。どのようにして、またいかなる時代に、適法性の原理が理解されるに至つたのでしょうか。この基底的な觀念を最初に理解したのが古代ギリシアであることに、疑いはありません。古代的自由について語られ、その恩恵が賛美され、それを宣言した者、そのために闘つた者が賞賛されます。しかし人は、非常にしばしば、この自由の觀念について思い違いをしております。ギリシア人達にとつて、この自由は国家権力の制限を意味していたのでしょうか。全く違うのです。古代的自由の熱烈な擁護者たちも、公益に資する限り、都市国家が無制限の権力を有していることを常に認めておりました。国家権力を制限する諸準則が存在するという考えは、全く近代的なものなのです。古代的自由は、まったく別の觀念と結び付いておりました。都市国家は全てを為しうるが、しかし一般的準則によって引かれた限界の中においてのみこれを為しうる場合に、人間は自由である、このように考えられておりました。この一般的準則とは

即ち、都市国家自身が議決した法律、各人に着目することなく定立され、あらゆる者に対して同一である法律を意味します。適法性の原理が尊重され、全市民が同じ準則に服するならば、自由は守られたことになったのです。適法性と平等性、それが古代的自由のすべてであったのです。

中世および近世におけるこれらの思想の発展の跡を追うことは出来ませんので、直ちにフランス革命へと移ります。フランス革命は、これらを遙かに超えて行きました。即ち、国家権力を制限する準則が定立され、国家が行えないことが出来ました。確かに、国家は個人の活動を制限することが出来ませんが、この制限は法律によってしか定めることが出来ません。即ち、事前に定められた一般的规定という意味における実質的意味の法律、また国民共同体 (collectivité nationale) 又はその代表者によって制定される規定という意味における形式的意味の法律、によらなければ、この制限を定めることは出来ないのです。これはまさしく適法性の原理であり、これが国家権力を制限する原理に加わるようになったのです。

今日においては、次のように確言できるように思われます、即ち、適法性の原理は現代の意識の中に深く浸透しており、議会であろうと、世襲君主又は公選大統領という国家元首であろうと、それが法律の枠外で又は法律を超えて個別的決定を行うならば、どんな国でも強い反作用が惹き起こされるでしょう。独裁 (dictature) が確立された国やそれが望まれている国のことを指摘する方もおられます。これはありうる事ですが、しかし過渡的・例外的な時期であるに過ぎず、すべての文明国において、適法性の原理はその力と保護の効果とを完全に保っております。

このような保護の効果があるのは何故でしょうか。それは、事前に定められた一般的準則で設ける制限内のみ国家が個々の決定を行いうるということになれば、この決定が苛酷であったり不公正であったりすることは殆ど無いだろうからです。と言いますのも、その決定の原則を定め、また内容を画する一般的準則は、公益を保護するため、人又は事件を考慮することなく、抽象的な方法で事前に定められるものだからです。このような一般的準則が、

常に公正で欠陥の無いものだと言う訳ではありません。しかし、特定の人物や特別の状況を目して行われる個別的决定と比べて、この一般的な準則の方がより公正であり、より諸要請に適應しており、追求されている目的により適合的であるということは、大いにありうるでしょう。実質の意味における法律、即ち一般的な規定は、法に適合しないことが有り得ますし、実際、不幸にもそうなることが時にあります。しかし、立法者は特定の者や個別の事件を念頭に置くことなく一般的规定を定立するのであり、また何よりも高次の正義や一般の利益という、抽象的な考慮に導かれるものでありますから、それが善きものであり、それゆえ公權力の個別的決定に正当な制約を設けるものだと期待するのも、当然のことだと言えるでしょう。

Ⅱ 適法性原理のサンクション——越権訴訟——

しかし、適法性の原理を理論上認めるだけでは、明らかに不十分です。そのサンクションがしっかり組織されていなければならぬのですが、それは次のことに外なりません。即ち、ある国が法治国家であるためには、独立性・公平性・能力のすべての保障を備えた上級裁判所、法律に違反して為されたと主張されたあらゆる決定に対して取消訴訟を提起できる上級裁判所がなければなりませんし、それが絶対に不可欠なのです。ある国ではこの上級裁判所が存在していますし、また適法性の原理をしつかり守るために如上の訴訟が技術的に整備されており、

フランスでは、コンセイユ・デタが、法律に違反して為されたあらゆる行政行為の取消しを得るにつき単なる精神的な利益を持つに過ぎない者に対しても開かれた、広範囲な訴訟を認めています。これが越権訴訟と呼ばれるものであり、著しい発展を遂げ、どれだけ上級の行政機関による恣意に対しても、行政客体を実効的に保護しております。違法がある場合には、コンセイユ・デタは、最も小さな市町村の長が発するアレテと同じくらい容易に、政

府のデクレを無効とするのです。付言すべきは、その手続が極めて簡短なことであります。即ち、弁護士の援助は決して必要ありませんし、受理手数料も徴収されません。提訴には印紙を添付した一枚の用紙に記入するだけでよく、^{プレトール}訴訟人は二フラン四〇サンティームという極僅かの金額を支払うだけでよいのです。

今ここで、この優れた理論の詳細な説明を行うことはできません。ですから、手続の簡便性、広範な受理可能性、および拡張された違法概念に鑑みて、越権訴訟は優れた法的救済措置であり、また適法性原理の効果的な実効性確保手段である、と述べるにとどめておきます。確言してもよいですが、どの国にもこのような実効性確保手段が設けられたことはありません。

しかしながら、それでもなお、越権訴訟は未だその完成段階には至っていないことを付言しなければなりません。実際のところ、越権訴訟を提起できるのは、行政機関の行為に対してのみなのです。政治機関として行為する政府の行為（「統治行為」、例えば両議院に対する共和国大統領の働きかけ、特に閉会の宣言や代議院の解散に対しては、越権訴訟を提起することは出来ません。もちろん、コンセイユ・デタは、政治機関に対して統制権を行使する上位の政治的議事体の如くになってはいけません。しかし、理論的にも実際のにも、憲法適合性〔憲法的適法性（*legaltie constitutionnelle*）〕の問題をコンセイユ・デタに提起することを妨げるものを私は知りません。フランスの内外を問わず、すべての人が、コンセイユ・デタの高度の独立性や最高の公平性、及びその確実な有能さを認めようとするのですから。

Ⅲ 形式的観点から見た適法性の原理

既に述べたことを繰り返しますが、実質的観点からする適法性の原理には、いかなる例外も認めることが出来ま

せんし、また認めるべきではありません。個別的決定たる行為はすべて、一般的な規定、即ち〔実質的意味の〕法律に違反する場合には、無効とされねばなりません。政府が自らを防衛するために行動する場合には、政府は法律を超えて、また法律の枠外で個別的決定を行うことができ、統治行為と呼ばれるこの行為は、その違法性にも拘らず攻撃されえないのだ、とこのように主張する人も時にいました。どんな巧妙な理屈でかかる解決を支えようとしたところで、そのような解決は何としても退けなければなりません。実際それは、有害な国家的理由に法的外観を与えるための方策に過ぎず、文明化され法の權威を認める国では、統治行為について語ることはもはや出来ないのです。

しかし、反対に、形式的観点からする適法性の原理には、一定の例外を認めることが出来ますし、また認めなければなりません。そして、今日どこでもこの例外は拡大する傾向にあります。殆どの近代諸国においては、実質的意味の法律を制定する作用、即ち一般的な規定を定立する作用は民選議会に帰属しております。この民選議会の構成は様々ですが、最も普通には、異なつた基盤を持ち別々に審議する、二つの議院から成つています。これはよく語られる準則であり、フランスの一八七五年二月二五日憲法的法律が「立法権は、二院によつて行使される」という文言において表明した準則なのです。

一般に、この準則には二つの例外が認められます。第一に、非常にしばしば、議会が制定できない一定の法律が存在します。法律の二つのカテゴリーが区別され、一方は通常法律であり、他方は憲法的法律と呼ばれ、ときに硬性の憲法的法律と付け加えられることもあります。憲法的法律は、通常の立法機関ではない機関によつて定立されます。即ち、通常の立法機関は、憲法的法律を停止させたり、改正したり、廃止したりすることが出来ません。これを行うことが出来るのは、憲法的法律自身によつて定められた特別の手續及び要件においてのみなのです。それゆえ、議会は、いわゆる憲法的法律の中に書き込まれた諸準則に矛盾するような如何なる規定も、制定することが

出来ないのです。

第二に、程度の違いこそあれ、政府が定めうる一定の一般的規定が存在することは、どこでも認められております。換言すれば、政府はしばしば、いわゆる命令制定権、即ち実質的意味の法律たる命令の制定権限を有しております。政府が法律に違反して命令を発することが出来ないのは明らかです。しかし同時に、国により範囲は異なりますが、政府はまさしく実質的意味の法律を制定することができ、それゆえ、全ての法律を議会が定立するわけではないのです。政府が定立する法律もある、ということですから。形式的意味における適法性の原理に対するこれらの例外について、その各々を取り上げること致しましょう。

IV 憲法的法律及びそのサンクション

イギリスは、現時において通常法律と硬性の憲法的法律との区別を行っていない唯一の国であります。^①「議会は、男を女にすること以外は何でもできる」というイギリスの古い格言については、既に引用したところです。^②この格言は、かかるユーモラスなかたちにおいて、イギリス公法のある原理を大変明確に表現しております。その原理とは即ち、議会の権力は法的には無制限であり、議会の望むことはすべて法律となり、また、いかに基本的なものであれ、議会が廃止又は改正することができない法律など存在しない、というものであります。イギリス人は国王の権力を制限しましたが、国家の権力は制限できなかったためであり、全能の国家意思は、議会の法律にその表現を見出すのです。

反対に、フランスや「アメリカ」合衆国、また言うなれば法治国家の観念に到達したすべての国においては、議事に優位し、議会が廃止も改正もできないような、一定の法律が存在しています。^③議会が憲法的準則に違反して可

決した規定は、すべて法に反するものとなります。この原理にはいかなる異論も考えられませんが、しかし、その実効性確保手段の如何という重大な問題が残されています。通常の立法者に課された、憲法的準則に反するようないかなる規定も制定してはならないという法的義務の実効性を、どうすれば確保することが出来るでしょうか。

今日この問題は、世界全体にわたって、とりわけエジプトにおいて現れていると言ふことが出来ます。あなた達エジプトの方々が、憲法的法律と通常法律との区別を行ったのはもつともなことですし、この準則の実効性を確保する最も優れた方法が何であるかを知ることが、極めて意義深い問題であるのです。

三種の実効性確保手段が考えられます。これを順次検討することに致しましょう。

第一のものは、最も理に適い、最も実効的であるように見えるものです。即ち、能力、公平性および独立性の保障をできる限り備え、関係当事者が憲法違反の問題を提起することが出来るような、上級裁判所を設けることです。一言で言えば、この上級裁判所は、フランスにおいてコンセイユ・デタがデクレに関して持つのと類似の権限を、法律に関して持つことになるでしょう。この国（フランス）では、政府のデクレが法律に違反して発せられたと主張するあらゆる関係者は、これを越権訴訟で争うことが出来るということを、覚えておられるでしょう。私が念頭においているシステムでは、あらゆる者は、同種の訴訟において、その者が憲法違反であると主張する法律を争うことが出来るのです。

一九二〇年のチェコスロヴァキア憲法^⑨は、この種のシステムを創設しました^⑩。これにより憲法裁判所という上級裁判所が設けられ、ここに憲法違反の問題を提起することが出来るのです。第一帝政と第二帝政において、フランスも類似のシステムを持つていました。共和暦八年の憲法^⑪および一八五二年憲法^⑫によれば、元老院は、立法機関や政府の行為を憲法適合性の観点から審査することが出来ました。しかし、元老院がこの任務をし損なったこと、および、両時期において元老院は、憲法裁判所というよりも、皇帝の手中にある、憲法を改正するための便利な道

具であつたことを、認めなければなりません。⁽¹⁾

このような歴史上の先例はともかくとして、法律の憲法適合性について裁定する専門的任務を負つた上級裁判所を設けるようなシステムについては、どう考えるべきでしょうか。大変率直に言えば、私にはこのシステムは良くないと思われませんが、その理由は次のとおりです。即ち、我々の意図に関わらず、必然的に、この裁判所は司法裁判所であることを止めて、政治的議事体になつてしまふからです。議会と裁判所との間に対立が生じることでしょう。裁判所は両議院に対しある種の統制を行い、法的問題を解決するという口実の下に、政治的権力を自身に集中する優越的議事体を気取ることになるでしょう。それにも拘らず、チェコスロヴァキアの経験をフォローするのは興味深いことですが、しかし、私の予想が実現してしまうことを恐れています。民選議院のほかに、これらに対する真の統制権を備えた司法裁判所を創設することは、危険でしかありえないのです。

ルーマニアは、一九二四年の憲法制定に際して、一見魅力的なシステムを導入しました。⁽²⁾ 特別の憲法裁判所は創りませんでした。ある裁判所で訴訟人が違憲の抗弁を行った場合に、この裁判所は当該抗弁について判断することはできず、ひとり破毀院のみがそのような権限を有する、と定めたのです。破毀院は、法律の憲法適合性を審査することが出来ますが、この法律を取り消すことは出来ません。その法律が違憲であることを、ただ宣言しうるのみなのです。下級裁判所はこの最高裁判所の判断に拘束され、このように違憲と宣言された法律を当該事件において適用することが出来ないのです。

この試みは興味深いものです。このシステムが持つ有効性如何は、時間がたてば分かるでしょう。しかし、現在既に、私はこのシステムが良くないことを確信しつつあります。私はこのことについてルーマニアの最も傑出した人々と話し合いましたが、彼らも若干の不安を抱いておりました。第一に、このシステムでは訴訟の終局的解決に至るまでに、大変な遅延が生じてしまいます。第二に、下級裁判所は独立でなければならず、上級裁判所の判決に

従わなくてもよい、という原理に相反するということです。司法のよき運営のためには、最下級の裁判所ですら完全に独立していることが必要なのです。第三に、法律の憲法適合性の審査権を破毀院のみに与えたとしても、そこに政治が持ち込まれる恐れがあります。一種の憲法裁判所が設けられたのであり、これは先にお話しした憲法裁判所に類似しています。そして、この憲法裁判所と同様、破毀院も政治的議事体となり、民選議院に対する統制権を掌握することになりかねないのです。

V 違憲の抗弁

それゆえ、憲法の諸原理をサンクシオンするための最善かつ最も単純なシステムは、合衆国及び他の若干の国で行われているシステムであると思われまし、学説はこれをフランスに導入しようと骨を折っております。その概要は、次のとおりです。

下級裁判所、控訴裁判所、破毀裁判所のいずれにおいても違憲の抗弁（*exception d'inconstitutionnalité*）を行うことができ、これらの裁判所はすべて、法律の憲法適合性の審査権を有します。裁判所は、立法者が憲法に反する規定を制定したと判断するときは、その旨を宣言し、かつ、付託を受けた事件において、違憲と判断する法律の適用を拒否することになります。裁判所は法律を無効とするのではないし、またそうすることは出来ません。そんなことをすれば権力分立という高次の原理に反することになってしまいますし、その場合、司法権は立法府に対する統制を行うことになってしまふでしょう。（「違憲」の抗弁を受けた裁判所は、「次のような理由が存する場合には」法律の適

（一）一九二六年八月七日にアヴァース通信社（一八三五年設立）が伝えるところに依れば、同六日、ポーランド上院は、憲法解釈に由来する紛争を裁定する任を負う憲法裁判所を設立するための法案を、政府が提出するよう促す議事日程を議決した。

用を拒否します。と言うのも、裁判所は法律に拘束され、かつ「法律の間に」矛盾があるときは、高次の法律、即ち憲法（「的法律」）を適用しなければならぬからです。しかし、法律はそのまま存続するのであり、他の事件において、当該裁判所やその他の裁判所は、異なった解決を与え、先に違憲と宣言されそれ故その適用が拒否された法律を、適用することが出来るのです。もちろん、傑出した權威を持つ一国の最高裁判所、例えばアメリカの最高裁判所が違憲の宣言をした場合には、その対象となった法律は大きく損なわれ、大抵の場合、議会はこの法律を廃止することになります。しかし、それは単に事実上そうなるというだけであり、最高裁判所がその役割を逸脱し政治活動を行った、とは言えないのです。

司法裁判所において援用される法律の憲法適合性の審査権を同裁判所に与えるために、アメリカ人は権力分立原理に立脚したのですが、これは正当でした。反対に、我がフランスでは、同じ権力分立原理を援用して、司法裁判所にこの権限を与えることが拒否されたのであり、これは誤りでありました。アメリカ人達は次のように考えたのです。議会が法律を制定し、執行権がその執行を確保する。司法権は法律を適用することによって犯罪や紛争を裁く、と。司法権は法律に厳格に拘束されます。裁判官は、法律の範囲内で独立であり、その良心にのみ従います。憲法的法律と通常法律が調和しているときは、何の問題もありません。しかし、もしも通常法律が憲法に違反する場合には、裁判官はそのどちらを適用すべきでしょうか。当然ながら、憲法的法律の方であります。裁判官が立法者に反抗してもよい、などと言っているわけではありません。しかし、立法者が高次の法律に違反した場合には、裁判官は、彼自身この高次の法律に拘束されている正にそのゆえに、立法者に従うことを強制されえないのです。ルーミアアの破毀院は、正当にも、見事な理由を伴った判決により、如上の判断を行いました。その一部を引用することは無益ではありません。「憲法と法事との矛盾が生じた場合には…、裁判官は通常法律の憲法適合性を審査する権限を持ち、この法律が憲法に反すると考えるときは、憲法規定を優先する権限を有することに鑑み、…

また、裁判官がこのように行動しても、裁判官が権限を逸脱し立法府の権限を篡奪したと言うことは出来ず、反対に、裁判官はその審理する訴訟事件において如何なる法律を適用すべきかを決定するという、全く適法な権限を行使している点に鑑みて、……」(Dalloz, 1912, II, p. 201)。

先に述べましたように、フランスは常にこのような解決を拒否しましたが、一八三三年五月一日の最高裁判所判決により、この点に関する判例が固まりました。この判決は、プレスに関する一八二二年五月二五日法律第六六条を適用しうる旨を述べた一八三〇年一〇月八日法律に関するものでしたが、この法律が一八三〇年憲章第六九条に違反すると主張されたのです。裁判所の判決に曰く、「憲章の定める憲法的手続に従って審議、公布された一八三〇年一〇月八日法律は、裁判所が適用すべき準則を構成するものであり、違憲を理由として裁判所で争うことは出来ないことに鑑みて、……」(Sirey, 1833, I, p. 357)と。しかし、破毀院刑事部の一八五一年三月二五日判決が、戒嚴に関する一八四九年八月九日法律の第七条及び第八条の合憲性を認めたのは事実であつて、これは刑事部が当該法律の合憲性を審査したことを示しているように思われます。(Bulletin des arrêts de la chambre criminelle, 1851, p. 156)。

いずれにせよ、この数年前まで、フランスでは、諸々の裁判所は——破毀院ですら——違憲の抗弁を受理することが出来ず、それゆえ憲法違反と判断される法律の適用を拒むこともできない、というのが確立した判例及び学説であると考えることが出来ました。私自身、『憲法概論』の初版^⑧ではこの説を採用しております。しかし、この数年来、フランスの学説において、反対方向への抑え難い動きが現れてきました。

オーリウ氏は、『シレー判例集』に公表された大変素晴らしい二つの論稿で、その才能と權威を伴いつつ、次のように述べております。即ち、裁判所は、憲法の明文に反する法律だけではなく、国家の生活自体にとつての基本的な原理と矛盾するような法律の適用をも拒むべきである (Sirey, 1909, III, p. 145 et 1913, III, p. 137) 。

そこまで行ってしまうのには若干の躊躇を覚えますが、次のように述べることに躊躇いはありません。即ち、違

憲の抗弁を受理し、審理中の事件において、憲法中の規定に直接に違反するような法律の適用を拒むことは、裁判所の義務である、と。ルーマニアの最高裁判所の判決において大変力強く認められた上述の理由に基づき、この解決策を全面的に採りたいと思います。

数ヶ月前、各院がその任命する調査委員会に対して司法類似の強制調査権 (*pouvoir judiciaire*) を付与することを認める一九一四年三月三日の法律 (ロシエツト法) に係る問題が、セーヌの裁判所に提起されました。パリ大学法学部長ベルテルミー氏は、調査委員会での宣誓を拒否したかどで起訴された元老院議員、ラティエ氏に関する当該事件^⑧において、一九一四年法律は違憲であり、裁判官はその適用を拒む権利と共に義務を有する旨を、法廷で主張しました。しかしセーヌの裁判所はこの行き方を採らず、元老院議員ラティエ氏^②に対し有罪の判決を下しました。次いで係属するのはパリ控訴院ですが、おそらく原審の判断を是認するでしょう^⑨。しかし、如上の流れは、裁判所や、伝統に固執する一部の法学者達の抵抗に打ち克つことになるでしょう^③。

多くの諸国、ソビエトの諸共和国でさえも、法律の憲法適合性を審査する権限が裁判所に認められています。遠くない将来において、フランスの判例も必ずや同じ道を歩むことになるでしょう。

新しい憲法の下、エジプトでもこのシステムを採用するべきでしょうか。肯定の答えをすることに躊躇いはありません。あなた方は、すべての国家機関を拘束する高次の法律の存在を、正式に認められたのです。どの国家機関も、議会ですら、憲法的法律に優位するものではありません。どの国家機関も憲法的法律に背くよう裁判官を強制することは出来ませんし、裁判官は、当該事件において援用された法律の憲法適合性を審査し、それが違憲であると考える場合にはこの法律の適用を拒否する、権利のみならず義務をも負っているのです。

VI 違法の抗弁と越権訴訟

形式的観点からする適法性の原理には必然的に一定の例外が存すること、及び、すべての国において、命令制定権の名の下、政府は一定の一般的な規定を定立する権限を有していること、これらについては先に触れました。第九講において、私はエジプト憲法の文言上この権力が正確には何を意味しているのかを明らかにしようと試みました。^② 政府が法律と憲法の両者に拘束されていること、及び、憲法的法律が政府に命令権力を付与している場合以外に、また形式的意味の法律に含まれる規定に違反して、政府が命令を発することは決してできないこと、これらについて異論の余地はなく、この準則の実効性を確保しなければなりません。フランスの法律及び判例は、出来る限り完全な方法で、かかる実効性確保措置を組織化しております。フランスの裁判所において違憲の抗弁が認められていないとしても、違法の抗弁（*exception d'illegalité*）は完全に認められており、行政裁判所、司法裁判所のいずれを問わず、訴訟人は援用された命令の違法性を主張することができます。裁判官はこの問題について判断しなければならず、当該命令が憲法的法律、通常法律のいずれを問わず法律に違反していると考えられる場合には、その適用を拒否しなければなりません。裁判官は、申し立てられた抗弁に基づいて命令を取り消すことは出来ません。裁判官は、違法性を確認し、その適用を拒否するにとどまります。またこれは事案限りの判決（*décision d'espèce*）であり、同じ裁判所であれ他の裁判所であれ、他の事件において拘束力をもつものではありません。

フランス法は、これにとどまりません。即ち、以前お話ししました越権訴訟は、コンセイユ・デタの判例によって大いに拡張されており、国家元首が発するあらゆる命令に対して、また誤って立法委任と呼び習わされているもの^③

(2) Cf. l'article de Berthélemy, *Les limites du pouvoir législatif dans la Revue politique et parlementaire*, 10 décembre 1925, p. 355.

(3) Cf. l'article de Lamande, *L'inconstitutionnalité des lois et le droit public français, dans la Revue politique et parlementaire*, 10 février 1926, p. 181 et s.

に基づいて定立された命令に対しても、これを提起することが出来ます。

この点に関するエジプトの判例はどうなっているでしょうか。エジプト政府が命令を発し、利害関係人が現地裁判所あるいは混合裁判所^②に、その違法性を主張したとしましょう。この抗弁は受理されうるでしょうか。裁判所は、違法の申立てについて判断し、命令を違法と考える場合にその適用を拒むことを決定することができるでしょうか。私は返答に躊躇します。私は、エジプトの裁判所がそのようにすべきだと思いますが、既にそのようにしているとは考えません。しかし、近い将来そうなるだろうと確信しております。

確かに、混合民法典第七条及び混合裁判所規則第一条、並びに現地裁判所規則第一五條四項は、両系統の裁判所に対し、行政措置の執行について解釈したり、それを妨げることを禁じています。しかし、ここでもまた、事実は法律の文言よりも強いのであり、将来、エジプトの学説と判例が、あらゆる裁判所において違法の抗弁が受理されうることに合意する日も近いのです。

また、エジプトの法律家達は、フランスの越権訴訟をモデルとした法的救済措置を創設しつつあるようです。この手続によると、すべての行政客体は、訴権を行使することによって、誰もがその公平さと有能さを認める上級裁判所に対し、行政機関による行為の全てを、その適法性の観点から審査するよう付託することが出来るのであります。そして、この裁判所には、それらの行為が法律に違反するときは容赦なくこれを取り消す権限が与えられます。適法性の原理は、ある国が法治国家体制の下にあるための基本的な条件であり、皆さんは、このような体制の下で生きるといふ断固たる意思及び不可侵の権利を、明確に示されたのです。

以上をもつてこの公法講義を終わりますが、大変名残惜しいものがあります。私は週に二回ここにやって参りましたが、この会合に与えられた名称にも拘らず、私が行ったのは講義^{ルン}ではなく、皆さん全てとの共同作業^{コラボレーション}でありま

した。皆さんの多くは私と話をしに来られましたし、質問をされ、また異議を唱えられました。それは私にとってこの上ない喜びでありましたし、感謝を申し上げます。ここに来る大きな名誉を私に与えて下さった皆さん、有難うございました。私は職業的義務からではなく、ただあなた方が法に対して持つ熱情にいざなわれて、この地に赴いて参りました。時に無味乾燥なこの授業に、溢れんばかりの情熱と熱意で専心して下さった学生の皆さん、有難うございました。別れに際して若干の助言を述べますことを、この老人にお許し下さい。

あなた方は、貴国のエリートに、しかも指導的なエリートになるべく運命付けられていることを、忘れないで下さい。あなた方は、公的生活において重要な役割を果たすべく要請されていることを、忘れないで下さい。したがって、一国の栄光は、その経済的豊かさや人口数、領土の広さ、はたまた軍事的征服にあるのではなく、指導層が義務の感覚や崇高な思想、高次の道徳的徳性を持つことにあるということ、自らの身で示して下さい。大切なのは、エリートが何よりもまず義務の感覚を持つこと、この感覚を大衆に浸透させるべく専心すること、何よりもまず自身の職業的義務、即ち運命により置かれている状況によって課される義務を遂行しなければならないことを——最上層の者から最下層の者に至るまで——あらゆる市民に説得するに至ること、これなのです。道徳的生活及び政治生活の全ての秘訣は、そこにあります。

国は、自ら世界に広めた思想が崇高であるとき、偉大な国となります。祖国と宣誓した信仰とを守るため市民が最後の一人まで戦い抜くことを宣言したその日に、小国ベルギーは偉大な国となりました。^② 我がフランスが偉大な国になったのは、なによりも、人権宣言が行われ、これを世界に認めさせることが出来たからだということ、覚えておいて下さい。確かに、人権宣言に述べられた諸原理の真实性を哲学的に議論することは出来ませんが、人権宣言は一の壮大な理念でありました。と言いますのも、数世紀来設立された国家の内初めて、立法者の権力がそれに優位する法により制限されることが認められたからであります。

エジプトは偉大な国となるに相応しい存在です。大変限られた範囲ではありましたが、もしも幾らかの理念を皆さんに伝えることができ、皆さんが歩むべき高貴な道程に少しでも役に立つことができたら、私の一生の榮譽となりましょう。

皆さん、有難うございました。敢えて「^{オ・ルツォワール}さようなら」は申し上げません。しかし、この^{ルツォワール}再会を心より願っております。

一九二六年三月九日

(訳注)

- ① 本書第九講VI・第一四講VIを参照。
- ② 本書第九講III・IVを参照。
- ③ モンテスキュー(野田他訳)『法の精神(上)』(岩波文庫、一九八九年)五一頁。但し、訳文を若干改めた。
- ④ 第九講V(とくに訳注⑩)を参照。
- ⑤ 第九講V・第一四講Iも参照。
- ⑥ デュギーは、憲法的法律の硬性性の根拠を、改正主体・手続の特殊性に見出すが(第九講V)、この点、(特別の憲法改正手続ではなく)通常法律に対する優位こそが憲法の硬性性の根拠であることに注意を促す、A・パーチェ(井口文男訳)『憲法の硬性と軟性』(有信堂、二〇〇三年)も参照。
- ⑦ 原文では lois contraires とあるが、lois ordinaires の誤りであろう。
- ⑧ 第九講V(とくに訳注⑭)を参照。
- ⑨ オーストリアールハンガリー帝国の解体の後、一九一八年に誕生したチェコスロバキア共和国は、一九二〇年二月二九日に憲法を制定した。ピエール・ボヌール(Pierre Bonour)はこの憲法を評して、「フランスの制度に、すべてが驚くばかりに似ていた」という(同)『チェコスロヴァキア史』(文庫クセジュ、一九六九年)一〇三頁。なお、この憲法の邦訳として、土橋友四郎著訳『日本憲法比較対照 世界各国憲法』(有斐閣、

一九二五年）七八一頁以下、その英訳及び前史について H. L. Mehin and L. Rogers, *The new Constitutions of Europe*, 1923, pp. 307-342 を参照。

⑩ チェコスロヴァキア共和国憲章の施行に関する一九二〇年二月二十九日法律の第一条から第三条までにより、憲法裁判所が創設された。各条は次のとおりである。

第一条〔最高法規・改正手続〕憲章又は憲章を増補又は修正する法律に反する法令は、その効力を有しない。

② 憲章は、特に憲法的法律と呼ばれる法律によらなければ、改正又は修正することができない。

第二条〔憲法裁判所〕憲法裁判所は、チェコスロヴァキア共和国及びカルパティア・ルテーヌ議会の諸法律が第一条に適合するか否かを決定する。

第三条〔憲法裁判所の組織〕憲法裁判所は七人で構成し、最高行政裁判所及び最高司法裁判所が各一人、共和国大統領が残りの二人及び裁判所長を任命する。

② 前項の裁判所による憲法裁判所裁判官の選任方法、任期、手続規則及びその管轄は、特別の法律によりこれを定める。

なお、憲法裁判所裁判官は国会議員を兼ねることができず（第二〇条六項）、また憲法裁判所は第五四条の緊急委員会（一院が解散され又はその任期が満了してから両院が開会するまで、及び、両院の停会又は閉会中に、緊急の措置を為すために開会される）の諸決定をも管轄し、それが憲法を変更するものか否かを審査する（第五四条八項及び一三項）。

⑪ その第二二条は次のように定めていた。「元老院は、裁判所 (Tribunal) 又は政府によって憲法違反を理由として付託されたすべての行為 (actes) が有効であることを確認し、又は取り消す。被選資格者名簿は、これらの行為に含むものとする。」

⑫ その第二九条は次のとおり。「元老院は、政府により憲法違反として付託された行為 (actes) 及び市民の請願により同じ理由で告発された行為が有効であることを確認し、又は取り消す。」

⑬ なお、共和暦八年憲法における元老院が、事実上の政府 (gouvernement de fait) の発したデクレールフ (皇帝ナポレオン一世のデクレールフ) を審査・取消の対象とせず、これを追認する効果を有した点については cf. A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil*, 4^e éd., t. I, 1923, p. 26 et suiv.

⑭ ルーマニア最初の憲法典は一八六六年に遡るが、同憲法は一八七九年、一八八四年および一九一七年に改正されている。第一次大戦後、政治的・経済的・社会的状況の変化に伴い、憲法典の全体にわたる見直しが行われ、新たな憲法典が一九二三年三月二十九日に公布されるに至った（四部一三八ヶ条）。この憲法は、一九三八年の国王カルロ二世による憲法停止・新憲法制定のときまで効力をもつこととなった。一九二三年憲法典の全文（仏訳）については Boris Mikine-Guetzsch, *Les constitutions de l'Europe nouvelle*, 10^e éd., 1938, II, p. 496 et suiv. 及び RDP, 1924, p. 271 et suiv. を、同憲法に関する全般的解説としては Friedrich E. Weinreich, *Die Verfassung von Rumänien von 1923*, Leipzig: R. Noske, 1933 をそれぞれ参

照。

⑮ 同憲法は、第一〇一条においてあらゆる形態の特別裁判所の設置を禁止しつつ、第一〇二条で全ルーマニアに唯一の破毀院を設置する旨を規定し、第一〇三条では、破毀院合同部が法律の憲法適合性審査権を有すること、同合同部が憲法典に反する法律を適用し得ない旨を宣言する権限を有すること、法律の違憲性についての破毀院の判断は当該事件以外には及ばないこと、および破毀院が権限争議の管轄権を有することを規定している。

なお、同時期に於けるルーマニアの違憲審査制度の詳細については、Radulesco, Alexandre-Radu F. *Le Contrôle de la constitutionnalité des lois en Roumanie*, Paris, 1935, を参照された。

⑯ 当該判決については、宮沢俊義「仏国裁判所の法律審査権について——ラティエ氏の事件を機縁として——」(同『憲法と裁判』(有斐閣、一九六七年)一六九頁以下〔初出一九二六年〕を参照されたい。

⑰ *Traité*, 1st ed., t. I, 1911, p. 155 et suiv.

⑱ この事件の詳細については、宮沢・前掲論文、一四七頁以下を参照。

⑲ 一九三〇年から三年にかけて欧州留学に旅立っていた宮沢俊義は、一九三〇年六月二五日、パリ大学公法教授 Gidel からラティエ氏事件のその後を聞かされることになる。曰く、「Gidel が宮沢に」法令審査権についてのラチエ氏事件のその後を説明してくれた。それによると、検事総長は第一審の判決を *signifié* (送達) せず、従って刑を執行することも出来なければ、控訴することも出来ない。そのまゝ、事件は終つた。これは控訴院が通説(学界の)のやうな判決を下す形勢があつたので、政府がそれを恐れてか、る処置をとつたのだといふ」と(宮沢俊義「ヨーロッパ留学日記(六)」書齋の窓二七五号(一九七八年)五三頁)。

⑳ 第九講 IV を参照。

㉑ フランスにおいて、「立法の委任」が——立法権限の委任ではなく——「立法権限の画定」ないし「所管事項の分配/移転」と解された背景については、水野豊志『委任立法の研究』(有斐閣、一九六〇年〔復刻版一九八七年〕)二頁以下および三四五頁以下を参照。

㉒ 混合裁判所や現地裁判所については、第一〇講 V の訳注⑩を参照。

㉓ 第一次大戦中の一九一四年八月四日にドイツにより中立を侵されて以来、アルベール国王以下、四年にわたって英雄的な抵抗戦を行ったことが念頭に置かれている。