

Leon Duguit, Lecons de droit public general (1926) (5)

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/2297/19644

《翻訳》

レオン・デュギー『一般公法講義』（一九二六年）（五）

赤坂 幸一
曾我部 真裕

第二一講 国家の諸機関及び権力の分立

皆さん、

国家の機関オルガンという語によつて、単独で又は合議において、国家の種々の法的作用を遂行する人々のことを表そうと思ひます。この機関という言葉を用いるからと言つて、決して、国家有機体論 (théorie organique de l'Etat) に与しようとするものではありませんし、また社会学的有機体論 (théorie sociologico-organique)、あるいは法学的有機体論 (théorie juridico-organique) に与しようとするものでもありません。

ある種の社会学理論によれば、社会は生命体として、これら生命体と同じく真の器官オルガンを持つものとして捉えねばならず、社会現象は生命現象と同種のものであるとされますが、私に言わせればこれは誤った考えであります。国家の機関について語る場合でも、決して、かかる考えを念頭に置くものではありません。⁽¹⁾

ドイツでは、ギールケの後、優れた法律家たち、とりわけイエリネック教授が、機関の法的理論 (théorie juridique

(1) 第一講で述べたところを参照。

de l'organe)を唱えました。その表現によれば、機関としての性格を有する諸個人は、決して団体の代理人ではなく、恰も個人の諸器官がその個人の意思を直接に表す如く、団体の意思を直接に表明するものと考えるべきだとされました。^②それゆえ、団体と、その団体のために活動する個人との間には、なんらの法的関係も生まれません。掘り下げた検討を要する巧妙な理論ですが、その詳細に立ち入ることはできません。団体人格という考え自体を認めない以上、^③その存在しない団体人格の諸機関の存在を認めることはできない、と述べるにとどめておきます。^②

私が国家の機関という言葉を用いるのは、それでもなお最も混同を招かないのがこの言葉であり、とくに、公法において誤用され、支離滅裂とまでは言わずとも誤謬をもたらしている、^④権力プワールという言葉を避けるためなのです。

I 国家の諸権力及び諸機関

権力という言葉は、講義においても書物においても常に用いられていますが、しかし三種の異なった意味で使用されています。^④〔第一に〕権力について語られる場合、主権を構成する様々な要素が念頭に置かれることがあります。これら諸要素は各々の機関に含まれているのであって、それら諸要素が集まって国家の主権を構成するとされるのです。こうしてフランスでは、一七八九年に、立法院(corps législatif)に含まれる立法権力、及び国王の一身に含まれる執行権力について語られたのです。人が権力分立について語り、それが主権の不可分性の原理と両立するか否かを問うた際にも、この意味で権力という言葉が用いられております。

権力という語を用いるべきは、この意味においてのみであります。しかし、この語は他の二つの語義においても常に用いられているのです。例えば、立法院は一の国家の権力であり、政府は他の国家権力であると言われることがあり、また立法権力及び執行権力に帰属する諸権限について語られることがあります。こうして、権力という言葉

業によって、国家の諸機関が意味されているのです。

最後に、権力は作用として捉えられている場合もあります。それゆえ、立法府や国家元首に帰属する諸権力について語られ、この場合には、これらの各機関に属する作用に着目されています。したがって、これは権力という語が用いられる場合の、他の二つとは異なつた第三の意味なのです。

私が機関という語を用いるのは、以上から生じる不可避免的な混乱を避けるためなのです。しかしながら、機関という言葉を用いる場合であつても、い多少し説明を加え、代表としての性格を有する機関とそうでない機関とを区別する必要がありますが、後者は公務員という名で呼ぶことが出来ます。

代表としての性格を有する機関は、それを有しない機関、すなわち公務員とは大変明確に区別されます。前者は国家の意思そのものを表明すると考えられる機関であり、他方は、かかる意思を表明しないけれども、国家の名において行動します。議会は代表機関であり、多くの国では政府もそうであります。両者とも、憲法上国家の意思を表明するものとされています。反対に、あなた方エジプトのムディールや我がフランスの如き、行政を担うフョウケンシヤマル官公吏は、代表としての性格を有しておりません。それらは非代表的な機関、あるいは単なる公務員アジヤンなのです。

かかる区別がもたらす実際の帰結は、代表機関は国家の主権的意思を表すものと見なされるが故に、彼らが行う決定は訴訟による攻撃の対象にならないということです。反対に、代表としての性格を有しない公務員は、国家の主権的意思に従つてのみ活動することができるのであつて、彼らによる決定は裁判所において争うことができ、法律に違反するときは取り消されなくてはなりません。

(2) 機関の法的理論については、Gierke, *Genossenschaftstheorie*, 1887, S. 603 ff., Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2 Aufl. 1905, S. 494 ff., Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, 1^{re} partie, 1906, p. 171 et s. を参照せよ。この理論に対する詳細な解説及び批判については、Duguit, *Les gouvernans et les agens*, 1903, p. 26 et s. を参照せよ。

国家に関する形而上学的理論における、代表機関と非代表機関ないし公務員との間の如上の区別は、現実的な理論においても妥当します。^⑥ 確かに、国家の主権なるものは存在しないと云えるでしょう。しかし、どんな国においても、政治的に組織されるべき統治勢力の諸要素、例えば近代国家においては市民団の多数派が存在します。このような統治力の要素が体现される機関は、これを代表機関の名で呼ぶことができ、これらの機関による決定は、ある国において存在する支配的な政治勢力をそれらの機関が体现し実現しているという、まさにその理由によって、訴訟を免れているのです。

次のイギリス及びフランスの例は、これらの命題がやや抽象的に扱ったところを具体的に示してくれるでしょう。

Ⅱ イギリス及びフランスにおける権力の分立

イギリスでは、約一世紀前に、三つの統治勢力が大変はつきりと現れました。まず、最も重要なのが君主政の要素であり、すなわち、国の政治的統一とその将来が保証されるのは、権力が世襲君主において人格化された場合のみであるという、イギリス人の多くの意識にある信念でした。(第二に)強力な貴族階級が貴族院において影響力を行使し、また庶民院選挙について有していた影響力によって国全体にも影響を及ぼしました。最後に、民主的な第三の政治的要素が存在し、これは日々ますます有力になり、これにより普通選挙の到来が準備され、一九一八年の選挙改革(第四次選挙法改正)で遂に(男子)普通選挙制が設けられました。

これらの各要素は、その活動を実現し確保する任を負った一の組織体へと自然に組織されました。君主政の要素を体现するのは国王であり、貴族政の要素は貴族院にその代表を見出しました。庶民院は民主政の要素を内包し、

日々ますます、平等者からなる数的多数派を代表するようになりました。他方、統治活動を確保するために、これら各機関の間に相互の均衡が設けられねばなりません。これは決して、各機関を孤立させることになる権力分立、対立を惹起し政治機構の自由な作動を妨げることになる権力の分立ではなく、むしろ、諸機関の協働と諸作用の分配なのであります。

モンテスキュー [Montesquieu, Charles de Secondat, baron de, 1689-1755] は、しばしばひどく誤読されている『法の精神』の著名な第一編第六章において、イギリスの政治生活における諸権力のこの協働を、見事に描き出しております。この名高い思想家は、諸権力の厳格な分離という原理を理想像として描くなどということは決してせず、正當にも次のように述べております。「その立法府は二つの部分から構成され、相互的な阻止権能によって一方が他方を抑制するであろう。両者はともに執行権力によって拘束され、執行権力自体も立法権力によって拘束されるであろう。これら三つの権力は、休止または無活動の状態になることがあろう。しかし、これらの権力は事物の必然的な運動によって進行を強制されるので、協調して進行せざるをえないであろう」と。

現在のフランスでは、平等かつ直接の普通選挙というものが、すぐれて、この国に存在する統治勢力を表示するものであるということに、異論の余地はありません。しかし、この統治勢力は単独ではないのです。この統治勢力は政治上、代議院に組織化されますが、この代議院は支配的地位を望むことはできないのです。なぜなら、代議院と並んで、これまた現実の政治勢力を代表するもう一つの組織が存在するはずであり、また実際に存在するからです。すなわち元老院がこれであり、プティ・ブルジョワ、特に農村のそれを代表しており、これは、フランスの有力者のまさに中心をなす、土地所有者や労働者からなる多くの実直な人々 (honest gens) から成っています。^⑧この故に、一八七五年の憲法的諸法律によって設けられたフランスの元老院は、一時的な制度といわれ、短期間で消滅すると予言されていたにも拘らず、実際にはフランス共和国の最も強力な制度の一つであり、下院の活動に対する有

用で効果的なバランス・ウエイトとなっているのです。

こうして、自生的に成立し、国の中で、眞の活動を行う種々の政治機関が、政治的諸力を代表しその発現形態となっているということが、至る所で見られます。国家生活は、これらの機関の協働、及びこれらの機関の間に確立すべき均衡、その相互のバランスによつて確保されるのです。これこそが具体的な眞実であり、厳密な意味における権力分立、モンテスキューが構築したと〔誤つて〕考えられた厳格な分立の理論からは程遠いものなのです。フランスでは一七九一年の憲法制定者たちが、かかる厳格な分立を理想像であると見なし、彼ら自身、国の利益のためにこの厳格な分立を実現しようとしたのでした。^⑨

Ⅲ 厳格な権力分立の理論

それでは、この厳格な権力分立の理論とは、如何なるものであつたのでしょうか。

この理論を理解するには、主権の概念、以前お話ししたような主権の概念を〔ひとまず〕認めることが必要です。すなわち主権とは国家の意思それ自体であり、その定義からして独立の意思、すなわち自らによつてしか拘束されず、自らその活動範囲を定める意思なのです。またそれは命令的な意思であり、すなわちそれ自体として拘束力を持つる命令を発する意思なのであつて、命令の対象が如何なるものであるかを問いません。この主権的な意思の主体は人格化された人民自身なのですが、この意思がともすれば神自身の意思として考えられたような時代もありました。主権的な国家、人はこれを殆んど地上の神の如くに考え、ドイツの哲学者ヘーゲルは、国家はこの世に現れた神であると言つて憚りません。しかし、この点には立ち入らなないでおきましょう。

この主権的な力ポエトイシヤス〔Ⅱ国家〕は、主として三つの権力プロレガタイツを有しています。第一は立法の力であり、すなわち一般

的な規定を定める権力、まさに立法権と呼ばれるものであります。第二に執行の力であり、法律の形で定められた一般的な規定の実現と遵守を確保する権力、すなわち執行権であります。第三が、法の違反、法に対する異議があった場合に裁判を行い、法を述べる力であり、すなわち司法権であります。

これらの権力の各々には、神学の表現を用いるなら、ヒュポスタシス (hypothesis) (⑩) が与えられます。すなわち各権力はペルソナ (persona) (位格) を与えられ、各権力を基盤とする各々のペルソナは主権的であつて、完全なる主権を有しております。実際、主権は不可分なのであつて、主権のうちに含まれる諸権力がペルソナを与えられているのであれば、この諸権力に対応する各ペルソナは必然的に主権的である筈です。しかしながら、唯一の主権的な国家、唯一の主権しか存在しません。三つの主権的なペルソナが存在するけれども、主権的な国家はただ一つしか存在しない。

これが、大変嚴格に解した場合の権力分立の理論です。神学の深い知識がなくても、権力分立の政治理論と三位一体の神学理論との間に存在する、際立つた類似性をみとめることができるでしょう。この類比を推し進めて、神学理論において神なる子が神なる父から「生み出さ」(engendre) されたように、執行権も立法権から「生み出さ」られたとか、精霊が神なる父と神なる子から「発出」(proceder) したのと全く同じ様に、司法権は立法権と執行権から「発出」したのだという人もいるかも知れません。

言うまでもなく、これは確かに大変興味深くまた巧妙な理論ですが、精神の訓練に過ぎず、科学的には如何なる現実にも対応しないものと思われまます。私はキリスト教の信仰に恭しく敬意を表します。しかし、公法及び政治に関する限り、躊躇することなく、この形而上学的概念を投げ捨てる必要だと申し上げます。かかる形而上学的概念は現実の外に位置し、ただ思考を歪め、進歩を妨げるだけなのです。^⑪

権力分立に関するこの誤った概念については、既に一八世紀にルソーが『社会契約論』の興味深い一節でその誤

りを指摘し、これは引用するに値します。曰く、「しかしながら、わが（フランスの）政治学者たちは、主権をその原理においては分割できないので、その対象において分割している。彼らは主権を力と意志とに分割し、こうして立法権と執行権……といったふうに分割が行われる。ときにはこれらすべての部分を混ぜ合わせ、ときにはこれらを切り離す。彼らは、主権者を寄せ集めの断片で作られた幻想的な存在にしてしまう。それは恰も、眼だけの体、腕だけの体、足だけの体といった、一部分しか持たない体を多く集めてきて、一人の人間を構成するようなものである。日本の香具師が、見物人の前で子供の体をバラバラにし、その手足を次々と空中に放り投げると、五体の揃った命ある子供となつて落ちてくる、と言われている。わが政治学者たちの手品にしても、およそこのようなものである。彼らは、お祭りに相応しい魔力によつて社会体をバラバラにしてから、どのようにしてかは分からないが、その断片を一つに集めるのである」〔『社会契約論』第二編第二章、と。〕

ルソーの批判には、理論的な根拠がありました。しかしより重要なのは、この権力分立の概念が、フランス及びアメリカで大きな影響力を有したということなのです。我がフランスにおいては、この概念は一七九一年憲法の議決の直後に起きた混乱と無関係ではありませんし、議院内閣制の確立を五〇年ほど遅らせたことも確かです。アメリカでは、権力分立の概念は、確かに、かの国の人々が議院内閣制を納得して受け入れることが出来なかつたことと、全く無関係ではありませんでした。権力分立の原理を尊重するという口実のもと、アメリカの憲法は政府を両議院の直接の統制下には置いておらず、もしも執行部と立法部との間に争いが起きた場合には、それを解決する憲法上の手段は存在いたしません。ご存知のように、ヴェルサイユ条約署名後の一九二〇年には、そのようなシステムから重大な不都合が生じましたし、私が親しく確認しえたところでは、アメリカでも、多くの見識ある人々は、このいわゆる権力分立原理の適用（の問題性）について理解し、これを遺憾に思つておりました。⁽³⁾

IV 議院内閣制

イギリス、それに次いでフランスでは、権力の厳格な分立という概念を完全に排除して、遙かに柔軟で、遙かに賢明で、物事の現実には遙かによく適合する政治制度を作り上げました。これこそが真の議院内閣制（*systeme parlementaire*）であり、内閣統治制（*gouvernement de cabinet*）と呼ぶ人もあります。⑩ 国家には、国家元首——すなわち世襲君主または民選大統領——と議会という、二つの機関があります。国家元首は統治^{ベルモントン}政府をその一身に体現します。彼はその指導下で様々な統治の職務を行う、諸大臣を任命します。この職務とは、国の行政一般を指揮し、法律の執行につき配慮することを言います。第二の機関たる議会の主たる作用は、法律を議決することにあります。しかし、これら両機関の間の分立、完全な分離は決して存在しないのです。両機関の間には絶え間なき緊密な協働、それと同時に均衡とバランスが存在していますし、また存在しなければなりません。統治^{ベルモントン}政府は、諸大臣を通じて両議院に立ち現れます。大臣は、いつでもその要求に基づいて議院で発言することができます、また無制限の法案提出権を有しております。大臣は、議会に対するその絶え間なき活動を感得させることができますし、またそうしなければなりません。議会の側では、統治^{ベルモントン}政府のあらゆる行為（*tous les actes du gouvernement*）につき統制権を行使します。⑪ 議会はいつでも大臣に説明を求めることができ、大臣の政治責任がかかる統制権の実効性を確保しております。国家元首にはこの責任は及びません。なぜなら、国家元首は統治^{ベルモントン}政府の永続的な要素を代表し、その活動の継続性を保障するからです。しかし、両院又は一院が政府の遂行する政治方針を承認しない場合には、政治責任を負う大臣は辞任しなければなりません。⑫ ただし、これにより国家の危機がもたらされるわけではありません。なぜ

(10) ただし [E. M.] Eriick, *La separation des pouvoirs et la Convention federale de 1787*, these Paris, 1926. を参照。

なら、安定的な要素、すなわち世襲君主又は一定の任期中で選出され政治責任を負わない大統領が依然として存在し、議会の多数派から新たな大臣を任命するからです。

これで終わりではありません。この複合的制度は、今しがた説明しましたように諸機関の協働を伴っており、内閣の政治責任には、その不可欠のバランス・ウェイトが存在するのです。政府は、議会が政府の政治方針を承認しないことによって道を誤り、選挙人団の意思に背馳するに至ったと考えるときは、いわゆる解散権を行使することができません。政府は、議会を構成する二院、議会を構成する唯一の院、あるいは二院が存在する場合にその内の一院を解散し、政府と議会との間に生じた対立の解決を選挙人団に求めることができるのです。

この解散権は、真の民主的原理とは矛盾する国王特権 (incoercive royal) として説明されることも時にありましたが、これは大きな誤りです。反対に、これは基本的に民主的な制度なのであって、と言いますのも、この解散制度があることによって、その国にとって解決が迫られている重要な政治的問題について、いつでも選挙人団の意見を求めることができるからです。イギリスで生まれた解散権は、確かに当初は、国王特権でした。しかし、それは変容を経て民主的的制度となり、選挙人団を一國の政治指導へと結び付けるための、これまで発見された中で最良の制度なのであります。イギリス人は、これを巧みに用いる術を心得ております。遺憾なことに、フランスでは解散権が正常に機能したことは一度もなく、こうして、議会と選挙人との間の絶え間なき一致を確保するための便利な手段が失われてしまったのです。

要するに、議院内閣制においては政府と両院との間に作用の分配が見られます。しかし同時に、相互の協働と、一方の機関の他方に対する間断なき働きかけが存在するのです。議会は統治し政府に対する統制を行い、大臣の政治責任がその実効性を確保しています。反対に、政府は法案提出権、発言権、および解散権によって、議会に働きかけを行います。両者に対立が生じた場合には、選挙人団が、終局的な判断を下す裁判官となります。すなわち、

政府と議会はその判決に従わなければならないのです。

V 権力分立の難点

以上が、近代諸国における政治の共通法となった、議院内閣制であります。これを採用していないのは、アメリカ合衆国、及びその憲法を模倣したアメリカ両大陸の若干の国のみであります。「ただし」スペインはプリモ・デ・リヴェラ將軍の独裁政府を受け入れることで一時的に議院内閣制を放棄しましたし、ムッソリーニのイタリアが採用しているのは著しく歪められた議院内閣制であるに過ぎません。他の国家がすべて議院内閣制を完全に正しく行っている、とまでは言いません。議院内閣制も、人間が作った他のあらゆる制度と同様であつて、一定の理念を目して創られますが、必ずしも常にこれを実現するわけではなく、時には、この理念を達成しようとするというよりは、そこから遠ざかっているように思われることもあります。

フランスでは、議院内閣制に到達するまでには、相当に永い期間にわたる努力が必要となりました。一七九一年憲法の起草者たちは、いまだ政治的経験が未熟であつたので、政治的自由を確保し保障するためには、議會を創設し、権力の分立を定めるだけで十分であると考えておりました。^⑤確かに起草者たちは、立法に関する停止的拒否権を国王に与えることによって、この原理に風穴を開けておりましたが、他方で、彼らは行政の分権化を極端にまで推し進めることによって、執行権限の行使において国王を無力な存在としました。起草者たちは、厳格な権力分立の原理を定めたがゆえに、彼らの作り出した憲法体制は存続を保障されるはずだと考えましたが、これは大きな間違ひでした。国王の政府と立法議會との間に無数の対立を引き起こし、君主制の崩壊へと導いたのは、まさにこの原理であつたのです。永続的であると夢見られていた一七九一年憲法は、僅か一年間しか存続しませんでした。

革命期の混乱は省略して、共和暦三年の憲法についてお話ししましょう。国民公会が生み出したこの憲法は、一七九一年憲法と同じ欠陥を有しており、それを悪化させてすらいいました。なぜなら、合議制の執行権力と二つの議院を設けることによって、対立の起こる機会が増大し、今や立法部と執行部の間のみならず、両院の間、そして五人からなる執政府の内部でも対立が生じうるようになったからです。それゆえ、共和暦三年から共和暦八年までの間の執政府の歴史はそれ自身、共和暦八年ブリュメール一八日のものまでの一連の絶えざるクーデターの歴史であり、このブリュメール一八日のクーデターによって共和暦三年の憲法体制は終焉を迎え、統領制および帝制の時代の幕が切つて落とされたのでした。この時期には、議院内閣制など問題になりえませんでした。

ナポレオン一世没落後の正統復古王制の政治組織について規律する一八一四年憲章は、制限君主制を設立したのですが、先に定義しましたような真の議院内閣制の諸特徴を示すものではありませんでした。議会は法律を議決し、上奏によって君主にその願望や意見を知らせることが出来ましたが、しかし大臣たちは議会に政治責任を負わず、国王にのみ依存していました。ところがこの制限君主制は、事の成り行き上、イギリス・モデルに基づく真の議内閣は両院に対して政治的責任を負ったのでした。

一八四八年の〔二月〕革命により、人々は一七八九―九一年の精神に立ち戻りました。一七八九年の流儀で理解された権力の分立が、一八四八年のフランス憲法にも再び現れ、同様の結果をもたらしたのです。国家元首と立法議会との間で対立が生じ、それを解決するための合法的な手段が存在しなかったため、人は武力に訴えようとしたのです。一七九二年には王権の瓦解がもたらされましたが、一八五一年には議会が消滅し、まず大統領の独裁、次いで皇帝の独裁の樹立へと事態が展開いたしました。しかし一八六八年頃、事実及び世論の圧力によって、皇帝政府は自由主義的改革を余儀なくされ、自らに議院内閣制の性格を与えたのです。しかし、これは長続きしませんで

した。と言いますのも、如上の変遷は一八七〇年五月二一日元老院令で確立されましたが、帝制は同年の九月四日に瓦解したからです。

一八七一年以来、フランスはイギリス・モデルに基づく議院内閣制を採用し、大変興味深いことに、共和制のフランスが、合衆国の共和制憲法とは全く異なった、イギリスの君主制憲法に類似した憲法を有しているのです。一八七五年の憲法的諸法律は、イギリスに類似した政治制度を設けました。もちろん我々は、フランスの国民精神や性向、感情、また多くの点でイギリス人とは大変異なる固有の観念に基づいて、これらの諸制度を運用しています。しかし、我々の二つの政治制度は、理論上は同じ性格を有しているのです。

以上からの結論は、次のとおりです。厳格な権力分立の理論は、それを適用しようと試みられたときは常に、対立、革命、そしてクーデターの源でした。アメリカの憲法が生き永らえてきたとすれば、それは権力の分立によるのではなく、権力の分立にも拘らず、なのであって、現実の中で権力の分立に加えられた諸制限によるものなのです。議院内閣制は、今なお、自由と権威を調和させるために見出された最も優れた手段なのです。しかしその適用には、最も上流の市民から、よりつつましか々な人々まで、あらゆる者に賢明な政治的見識、心底からの義務の情が要求されます。この政治的見識と義務の情を共に持つ人民は幸いである。未来は彼らの手の内にあるのです。

一九二六年二月三三日

(訳注)

① デュギーにおける「法的作用」の観念については、第九講Ⅰ・Ⅱを参照。

② イエリネックにおける国家は、多数的作用・関係・人間について、実践的思惟の立場から、目的の観念によってこれらを総合した結果現出するところの主観的構成物である。したがって、当該目的のために行われる行為、あるいはその行為のための意思は、——かかる認識方法の下では——当然に国家自身の行為・意思として観念されることになる。このような前提から、国家の機関とは、国家の目的のために意欲し行為する人であり、その意思・行為が目的の点から見て、国家の意思・行為と認められる人のことを指すとされるのである。したがって機関は国家そのものであり、機関の意思・行為は即ち国家の意思・行為なのであって、それゆえにまた、機関はその機関たる資格(Organischaft)においては、国家作用の遂行は、その主観的権利ではなく(権利主体たるためには人格性を前提とする)、客観的な権限(Kompetenz)であるにとどまるのである。イエリネックの機関論とキールケ・ケルゼンの機関論との比較については、柳瀬良幹『元首と機関』(有斐閣、一九六九年)八九頁以下を参照。

③ デュギーにおける団体人格否定の論理については、第五講(とくにⅢ・Ⅳ)を参照。

④ この点につき、Vgl. Hansjörg Selter, *Gewaltenteilung*, 1994, S. 196 f. および赤坂幸一「権力分立論の源流(一)」法学論叢一五〇巻三号(二〇〇一年)七一頁以下。

⑤ エジプトの地方圏(当時のフランスでは province に相当する。)たる moudirien の行政を司るのが、フランスで言えば知事にあたる moudir であった。但し、アレクサンドリア市など、特別の行政区域(moutazaz)を構成する市区もあり、これは moudirien の内部で独立した地位にあって、一人の長(mandats)を有していた。これら moudir や moutazaz は、ヘディーウ(Khedive [藩王]——執行権の長であると同時に最高立法者。その権力を制限しうるのは、領主たるスルタンのみであった。)により任命され、各々の管轄区において中央政府を代表し、下級公務員に中央政府の命令を伝達した。Cf. *Egypte*, in A. Carpenter et G. F. du Saint (éd.), *Répertoire général alphabétique du droit français*, t. 19, Larousse, 1899, p. 604.

⑥ 主権及びその主体を想定する形而上学的国家理論と、これを克服すべくデュギーが提唱する現実的(céleste)な「国家」理論との対比については、第六講〜第八講を参照。

⑦ 『法の精神』第二部第一編第六章(岩波文庫版(上)三〇三〜四頁(訳文は同書によった))。

⑧ 第三共和制の元老院はオルレアン派の要求によって設けられた保守的な会議体で、(一)終身で任命され、かつ現構成員による欠員補充(coop-

tion) に基づく議員（七五人）と、（二）一般に保守的な性質を有する地方の市町村の代表者からなる選挙人による、間接・不平等選挙によって選出される議員（二二五人）から構成されていた。

⑨ オーリウも指摘するように、かかる柔軟性・穏健性の欠如こそが、革命当時のフランスが選挙体制（*regime electoral*）を伴った代表統治制の導入に失敗したことの原因であり、他方で、イギリスにおける議院統治制（議院内閣制）の運用の妙なのであった。曰く、「イギリス議会は一七八九年〜一七九三年のわが革命議会が犯したような過ちを犯さず、諸議院の独裁を志向しないであろうし、国王の大臣達に対する支配（*mainmise*）によって自己の権力を確保することに、自らを限定するであろう。かつて一七二九年から一七三二年の二年間イギリスに滞在したモンテスキューは、この「議院統治制の」始まりのときを目撃した。議院統治制には柔軟性・弾力性があるが、これが諸事実のうちにも現れ、内閣はすでに議会と合意の上で運営されていた」と。モンテスキューが本文の定式で表現しようとしたのは、このような現実なのであった。Maurice Hauvrou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., 1929, pp. 157-158.

⑩ 起源・根底・実体などを表すギリシア語で、カルケドン公会議（四五一年）以降、ウシアやビュシスから厳密に区別されて、生き生きとした具体的な現実存在、神の位格を示すものとされた。

⑪ 「ヒュポスタシス」（東方教会 から「ペルソナ」〔西方教会 への変遷に伴う三位一体論の把握の変容（父の唯一原理性から三位の本質合一性へ）については、「人格神」の正統な理解を展開する、山田晶「アウグスティヌス講話」（講談社学術文庫、一九九五年）「初出一九八七年」）一頁以下を参照。

⑫ フィリオ・クエ（filioque「及び子から」）の付加をめぐる論争は、「東西の心性の相違によるものであって、教義問題というよりはむしろ歴史の過程で生じた問題」（岩波キリスト教辞典）（岩波書店、二〇〇二年）九四八頁「大森正樹執筆」とされることが多いが、山田・前掲書（二二六―二七頁）はそこに、東方では見られなかったペルソナ概念の発展の契機を見る。

⑬ 第六講 III（四）も参照。

⑭ 従来、ルソンの本文引用箇所は、モンテスキュー及びその権力分立論を念頭に、これを批判する趣旨であると理解されてきたが、ガリマール版ルソ全集の注記によれば、ルソが列記する諸権力の内容と、モンテスキューの「法の精神」第一編第六章の記述とが整合性を欠くことから、本文の趣旨は一七世紀の政治思想家に広く普及していた、「主権の可分性（*partis de la souveraineté*）」の理論を反駁することにあったと想定される。当時の政治思想家は、ルソが本文に列挙したもの——デュギーは省略しているが——に相当する諸権力から主権が構成されるとしており、例えばグロテウス（*Grotius Hugo, 1583-1645*）、ホブズ（*Hobbes, Thomas, 1588-1679*）、プーフエンドルフ（*Pufendorf, Samuel, Freiherr von, 1632-1694*）、オヤビュルラマキ（*Burmahqui, J. J., 1694-1748*）がその例として挙げられる。ただし、ホブズやプーフエンドルフはこれら諸権力が常に同一の人物の手中にあるべきことを主張したのに対し、グロテウスやビュルラマキはこれらの権力が人々の間で、または国家

の各部分の間で分配されうる旨を主張し、主権分割の理論、ないし権力均衡の理論を説くに至った点に相違が認められる。J. Rousseau, *Œuvres complètes*, III, Editions Gallimard, 1964, p. 145.

⑮ 訳文は、原則として、ルソー(著)・作田啓一ほか(訳)『社会契約論・人間不平等起源論』(白水社、一九九一年)三四頁に依拠した(桑原武夫ほか(訳)『社会契約論』(岩波文庫、一九五四年)四四頁以下も参照)。

⑯ この点については、Michel Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, L.G.D.J., 1980, p. 165 et suiv. を参照。

⑰ これについては、何よりも、Joseph Barthélemy, *L'introduction du régime parlementaire en France sous Louis XVIII et Charles X*, 1904, を参照。

⑱ 両国の議院内閣制の比較考察としては、やはり、宮沢俊義「議院内閣制のイギリス型とフランス型——比較法的考察——」比較法雑誌一卷一號、一九四九年(同「憲法と政治制度」(有斐閣、一九六八年)所収)を参照。

⑲ 当時におけるその代表例の一つがオーリウである。晩年の『憲法精義』第二版では、議会統治制(議院内閣制)を代表統治制の一類型と捉えつつ、議会統治制の要素を提示して曰く、「代表統治制を議会統治制(gouvernement parlementaire)と混同してはならない。議会統治制は少なくとも、選挙によって選ばれる下院を持っているので、議会統治制はすべて代表統治制である。しかし、すべての代表統治制が議会統治制であるとは限らない。なぜなら、選挙によって選ばれる下院が存在する場合、いわゆる内閣統治制(gouvernement de cabinet)を持つためには、さらに当該下院に対する内閣の責任(responsabilité du cabinet des ministres)を付け加える必要があるからである。アメリカ合衆国の共和制は、議会(統治)制ではない代表(統治)制である。なぜなら、内閣統治制がなく、大臣は両院に対して責任を負わないからである。フランス共和国は代表(統治)制でありかつ議会(統治)制である。選挙で選ばれる議院の存在に、内閣統治制と大臣責任(responsabilité ministérielle)がさらに付け加えられているからである。」(Maurice Hanou, *op. cit.*, p. 147)。

⑳ 原則的執政権者たる内閣と、議会による執政を目指す動きの相克のうちに、議院内閣制の特質を見る凝縮された叙述として、石川健治「政府と行政——あるいは畏われた言説の場」法教二四五号(二〇〇一年)七四頁以下をみよ。

㉑ 公権力の組織に関する一八七五年二月二五日法律第六条を参照。

㉒ フランス第三共和制下の大統領は(国民の直接選挙ではなく)議会の間接選挙によって選出され、したがって、アメリカ型大統領の如き強い民主的正統性——それは直接の責任回路が通じていることの帰結である——をもたなかった。

㉓ Rivera y Orphanía, Miguel Primo de, 1870-1930, スペインの軍人・政治家で、アメリカ・スペイン戦争(一八九八年)やモロッコ遠征に従事(一九〇九-一九一三年)。一九三二年に軍事総督となり、モロッコ反乱やカタロニア独立運動、大戦後の経済危機を契機に軍部等の支持を得てバルセロナで革命を起こした(一九三三年)。アルフォンソ一三世(一八八六-一九四一)はこれを承認し、リヴェラは戒厳令下に憲法を停止して、軍事独裁を行った(一九三三-三五年)。しかし政治改革を完遂できず、軍・知識層などの支持を失い失脚した(一九三〇年)。

- ②④ 一九二二年一月二八日クーデター（「ローマ進軍」を背景にしての、議会による信任の脅迫的な獲得により、「議会制は形の上だけで存続しえたに過ぎない」（井口文男『イタリア憲法史』（有信堂、一九九八年）一三三頁）。なお、デュギーによる本講演の直前に、大権内閣制および「政府主席制」を定める一九二五年二月二四日法律二二六三三号、執行府の法規制定権限の拡大を図る一九二六年一月三一日法律一〇〇号が成立している（井口・前掲書、一四〇頁以下）。
- ②⑤ Cf. M. Hauriou, *op. cit.*, p. 158.
- ②⑥ 一八五一年二月二日、議会对大統領の再選禁止条項の修正を求めてこれと対立していた大統領ルイ・ナポレオンは、自らクーデターを実行し、軍隊が介入して議会を解散、あらゆる敵対指導者の逮捕、戒厳令の施行という事態に立ち至った。
- ②⑦ 大統領たるルイ・ナポレオンには任期一〇年で執行権が委ねられたのみならず（一八五二年一月一四日憲法第一条、大臣は大統領のみが任命し、大統領にのみ責任を負う（同第三条）。また法案提出権を独占し（同第八条——それゆえ立法院は法案提出権を有しない）、法律の裁可権も有していた（同第一〇条）。
- ②⑧ 憲法典の修正に関する一八五二年一月七日元老院決議第一条は、「①皇帝の地位は、これを復活する。②ルイ・ナポレオン・ボナパルトは、フランス人の皇帝であり、ナポレオン三世の称号を有する。」と定めている。また同一条以下は、帝位の世襲を定めている。
- ②⑨ その過程については、M. Duverger, *Les constitutions de la France, que sais-je? 15^e éd. 2004, p. 70 et suiv.*（時本義昭（訳）『フランス憲法史』（みすず書房、一九九五年）一〇二頁以下）に詳しく。

第二二講 代表機関および政治的代表的理論

皆さん、

政治的代表的の問題は、公法の最重要問題の一つであると同時に、最もよく論じられる問題の一つです。もつとも、いたずらに困難が増大させられてきており、問題が曖昧にされてきました。これから、この問題にいくらかの明晰さを与える試みを行います。

I 代表の一般的観念

代表の一般的観念はきわめて単純なものであり、遠い昔から多くの人民が——もつとも、おそらく理解することなしに——代表制を実践してきました。モンテスキューは、同時代のあらゆる人々と同様に、仰々しくしばしば内容の空虚な定式を愛好した人でしたが、このモンテスキューは、代表統治制について語る際、「この美しい制度は、森の中で発見された」と記しました。^①すなわち、ゲルマン諸部族こそが、中部ヨーロッパの森林に住み着き、代表制に類似した何らかのものを最初に実践したというのです。「しかし」名高い『法の精神』の著者は、完全に誤っておりました。かつてのゲルマンの人民が、代表制に多少とも似通った制度を実践したことはまったくありません。彼らは、むしろ、我々の言葉でいう直接民主制を実践したのです。代表統治制の本当の起源を見出すべきなのは、近代の我々の諸制度の大半と同様、またはやローマにおいてなのです。もつとも、代表統治制は、人間の知性が望み、熟慮された創造物ではなく、事実の産物でした。

世論が社会団体 (collectivité sociale) そのものに命令権を付与し、そして、その社会団体がある程度の大きさとなつ

た場合には、社会团体がその命令権に属する諸特権を自ら行使することは、明らかに不可能です。まさにこのような状況に対応しようと自発的かつ自然に現れたのが、政治的代表であったのです。政治権力の保持者である団体に代わるものと考えられる機関であつて、その決定が団体自体によつてなされた場合と同一の効力、同一の力を持ち、服従のために同様に不可欠であると考えられるようなものを創設する必要性は、このとき、不可避なもののように思われました。

政治的代表的なきわめて単純な観念、それが現れてきた状況、及びローマ史においてそれがどのように生じたのかということについては以上のとおりです。キリスト教時代の開始とほぼ同時の、アウグストゥスの出現や共和制の終焉とともに、政治権力はローマにおいては二つの機関、すなわち皇帝と元老院とに共有されたことは周知のとおりです。まさにその故に、このような政治形態にはギリシャ語の両頭政治ディアルケイという名が与えられたのです。

ローマの法学者がこのような変遷を説明しようとする場合、人民の数が多くなりすぎたので、もはや公共の広場に集合することができず、元老院がそれに取つて代つたのであると述べられました。こうして、元老院は代表機関となります。元老院は人民に代つて法律を議決し、この法律は、人民によつて議決された場合と同様の強制力を有します。ローマ皇帝自身も、代表としての性格を獲得しています。② というのも、皇帝が護民官権限を付与されているのは、皇帝にその権限を付与する大権法 (*lex regia*) によつてであり、そしてこの大権法を議決するのは、人民を代表する元老院であるからです。このように、皇帝は、元老院を介し、自らも人民の代表なのです。ローマ両頭政治の間、元老院と皇帝という、人民権力の二つの代表機関があつたということが出来ます。

代表についてのこのような思想は、少しずつ消えていきました。四世紀の初め、ディオクレティアヌス、コンスタンティウスの頃には、この思想はもはや存在しません。皇帝がすべてを吸収したのです。皇帝は、すべての政治権力を自らのうちに集中しています。皇帝の個人的な権力が存在し、代表という思想はすべて、完全に消滅しまし

た。

封建時代には、死滅したのは代表の思想だけではなく、国家のローマ的な観念も、無に帰したといつていいほど弱体化しました。指導的な中央権力を排除して人及び土地の階層制に基づくヨーロッパ社会を建設するための努力がなされましたが、それは成就しませんでした。「成就の前に」近代の国民が現れ、その筆頭にはフランス国民がありました。それはカペー朝（九八七—一三二八年）の歴代の国王たちが体现する統一化、中央集権化の強力な要素によるものでした。「もともと」国王の威光や権威がどのようなものであろうと、国王たちは、国民の様々な階級にその権力を結びつけることなしに統治することはできません。そして、一四世紀の初頭^⑤、フランスには、政治的代表的観念を再生させる我が三部会が現れたのです。

確かに、今日の政治的議会とは異なり、三部会は近代的な国民代表を成すものではありません。しかし、三部会は国民の諸身分の代表者を包含しているのであって、三部会に代表としての性格をまったく認めないことは、歴史的にも法的にも誤りでしょう。人民こそが権力の付与者であること、三部会は人民の名において語ることを、そして、三部会だけが王国の基本法と呼ばれる法律、すなわち、国王の法律に優位する君主国の法律で、今日、硬性憲法に付与されるのと同様の性格を有する法律を制定または改正する権限を有することは、三部会において何度も主張されていきます。^⑥

最後に、フランス革命において、政治的代表的理論の全容が制度化されます。国民は主権的権力を有する団体人格です。国民はこの主権的権力を自ら行使することができますが、それは直接統治制となります。他方、国民は、この主権的権力を国民の名において行使することを議会に委任することもできますが、これが代表統治制です。議会は、委任者たる国民の受任者なのであって、受任者によって表明された意思があたかも委任者によって表明されたものとされるのと同様、代表者たる議会が表明した意思は、被代表者たる国民によって表明されたのと同じもの

だとされるのです。

II 直接人民統治制と代表統治制

国民主権、すなわち、政治権力は市民団に属するという思想を認めるすべての国において、次のような同一の問題が生じます。すなわち、市民団は、公権力の様々な特権を自ら行使するのか、それとも、逆に、個人や政治家集団に、市民団の名においてこれらの特権を行使することを委ねるのかという問題です。選挙人団が自ら主権の諸特権を行使する場合、その国は直接人民統治制を実践しているといわれます。このような統治制度は歴史上に例があり、今日においてもスイスのいくつかの州で行われています。

しかしながら、次の点を指摘しておくべきでしょう。すなわち、国家の作用のうち、市民団によって直接行われるとは考えがたく、実際にも決してそのようなことはなかったものがあります。それは行政作用のことであり、これは、周知のように、公役務の継続的な運営を確保するための一連の事実行為及び法的な行為を日々——瞬間ごと——に、といつてもいいかもしれません——行うことです。団体は、たとえ少数人数のものであっても、恒常的に集合していることはできず、したがってこのような作用の遂行を確保することはできません。したがって、直接統治制の実践をもつとも推し進めた国においてさえも、人民が行政作用に従事するということは全く見られず、人民は、立法作用及び裁判作用——そして後者については未だ一部のみ——を行使するだけなのです。

周知のように、直接統治制の古典的な例は、ローマ共和国や古代ギリシャの様々な都市国家、特に都市国家アテナイによって私たちに与えられました。これらのギリシャの都市を私たちの近代的な大都市のように想像するのは、まったくの誤りです。これらの都市は、非常に限定的な集落であつて、人口の半分以上は奴隷でした。これら

の都市のうちでもっとも名高いアテナイでは、自由人・市民の数は、五〇〇〇ないし六〇〇〇を出ることはありませんでした。^⑦ さて、過去に執着するのはやめて、現在、さらには未来を見ることにしましょう。

すでにお話したように、今日ではスイスのいくつかの州が、いまだに完全な直接統治制を実践しています。ウリ州、ウンターヴァルデン州のほか、山間部のいくつかの小州では、日曜日に成人男性の住民が公共の広場に集合し、法律を直接議決し、州に関する重要問題や刑事裁判について裁定を行います。^⑧ これは、まさにギリシャ・ローマ流の直接人民統治制であって、レファレンダム——両者を混同してはなりません——ではありません。

レファレンダムを行っている国、特にレファレンダムに高い地位を与えているスイスでは、法律は、代表としての性格を有する議会によって議決されます。ただ、一定の法律は、人民が直接に意思表示を求められ、人民によって承認されて初めて施行できるようになるとされています。レファレンダムの制度に付随する方式は、非常に様々です。人民は、すべての法律について直接に意思表示を求められなければならないとされたり、憲法に定められた条件において要求があつた場合にのみ意見表明を求められるとされたり、法律は一定期間内に異議が唱えられなかった場合に初めて施行できるようになり、「その期間内に」一定数の請願者によって請求がなされた場合にはじめて、人民に対する意思表示を求める手続が行われるとされたりしています。方式のいかんは重要ではなく、制度はその原理において同一なのです。制度の本質は、人民が代表機関に統制を行うことができるという点にあります。そこには、代表制と直接統治制のかなり幸運な結合が見られます。これが、エスマン氏がこの統治形態をきわめて正確にも半代表制と名づけた理由です。^⑨ この制度に重要な地位を与えたのは、ここでもスイス連邦とそのいくつかの州です。一九一九年に議決され、ヴァイマル憲法とよばれるドイツの憲法もまた、その規定の一部をレファレンダムに充てていますが、^⑩ 詳細に立ち入る時間はありません。

III 政治的代表と国民主権

今日においては、単純かつ完全な代表制は、あらゆる文明国の一般的かつ通常の統治形態になったということができません。しかし、この統治形態は、微妙かつ複雑な問題を生じるので、私たちはここで立ち止まらなければなりません。私は、試みとして問題を次の三点にまとめました。すなわち、①政治的代表は、主権の観念と両立するの
か、②公選によらない代表機関が存在しうるのか、③選挙による代表の場合、選挙人と被選出者との間の法的関係はどのようなものか、ということです。

政治的代表は、主権の観念と両立するのでしょうか。私たちは、一時的に主権の概念を真であると認めなければなりません。^④論理的には、疑いなく、政治的代表は主権と両立しません。論理家のルソーはこのことを繰り返し宣言しましたが、彼は正しかったのです。政治的代表が存在するとすれば、それは、いわゆる代表機関が主権者と同じの権力を有するという制度です。これは、代表機関そのものが主権者になるということではないのでしょうか。したがって、市民団に属する主権が、その代表者の手中に移るのです。このようにして、望むと望まざるとにかかわらず、政治的代表は、少なくとも一時的な主権の譲渡に至るのです。ところで、主権は人格化された国民の意思そのものですから、譲渡は不可能です。主権の代表を語ることは、主権の譲渡を語ることに、主権の廃止を語ることに、そして、人民が主権者でなくなると述べることに過ぎません。

ルソーが次のように記したとき、彼は全く物事の当然の成り行きの中にいたのです。「主権は譲り渡されえない、これと同じ理由によつて、主権は代表されえない。主権は本質上、一般意志の中に存する。そして、意志は決して代表されるものではない。一般意志はそれ自体であるか、それとも、別のものであるかであつて、決してそこには中間はない。人民の代議士は、だから人民の代表者ではないし、代表者たりえない。彼らは、人民の使用人でしか

ない。彼らは、何一つとして決定的な取りきめをなさない。人民が自ら承認したものでない法律は、すべて無効であり、断じて法律ではない。イギリスの人民は自由だと思っているが、それは大間違いだ。彼らが自由なのは、議員を選挙する間だけのことで、議員が選ばれるや否や、イギリス人民は奴隷となり、無に帰してしまふ。その自由な短い期間に、彼らが自由をどう使っているかを見れば、自由を失うのも当然である」〔社会契約論〕第三編第一章^②。

しかしながら、ルソーの論理的な議論にもかかわらず、代表統治制は、先にお話したとおりすべての文明国において制度化されており、主権の存在とその代表の可能性とが同時に認められています。さて、そこでもう一つの問題が生じるのです。「すなわち」主権はその本質において単一であるのですが、二つの議院によって代表されることのできるのでしょうか。それとも、逆に、主権はその本質において単一であるため、その代表においても必然的に単一でなければならぬのでしょうか。この二院制の問題は、いくつかの国、とりわけフランスにおいて、一時きわめて激しい議論を引き起こしました。一八四八年、第二共和制を創設するフランスの憲法が議決された際、国民議会の多数派が二院制を退け、立法議会はそれが代表すべき国民主権と同様に単一であることを決定したのは、この論拠によつてでした。これに対して、今日では、二院制は、代表制を行う国々においては共通法となりました。主権の単一不可分性から導かれる論拠は勝利することができず、実践上の理由が正当にも勝利したのです。それに、二つの議院があつても、議会は一つしかなく、したがつて、二院制にもかわらず、主権の代表は、主権そのものと同様に依然として単一である、と言うことも可能なのです。

IV 非公選の代表機関の存在可能性

公選によらない代表機関は存在しうるのでしょうか。この問題は、とりわけ、立法権は公選議会に属し、執行権は世襲の主権者に属する君主制国家において提起されます。世襲の主権者は、代表機関の性格を持ちうるのでしょうか。この問題は、多数の激しい議論を引き起こすものでした。

エスマンによれば、公選でない機関は、決して代表としての性格をもちえず、したがって、世襲の国王は、いかなる意味でも代表者の資格を持ち得ないとされます。エスマンは、主権は国民に属し、政治機関は、国民自身から主権の委任を受けない限り代表としての性格を持ち得ない、世襲君主はその権利を世襲性に見出し、したがって国民の委任をなんら受けていないという思想を展開しています。エスマンは、一七九一年のフランス憲法を模範として国王を代表者と呼ぶ諸憲法は、それ自体の中に矛盾した命題を含んでいるのであると付言し、さらにエスマンは、一七九一年憲法の起草者たちは、その憲法の第三編前文第二条で「あらゆる権力の源泉である国民は、これらの権力を委任によつてのみ行使することができる。フランス憲法は代表制である。代表者は立法府と国王である」と規定することによつて、自ら、その前の条文において定式化した国民主権の原理に違反していると付け加えています。⁽¹⁾⁽²⁾

これに対して、イエリネック教授のような公法の巨匠たちによれば、一国の憲法は、ある機関に対して、それが公選によるものではなくても、いつでも代表としての性格を付与することができますとされます。したがって、彼らによれば、国民主権の原理と、世襲の国王が代表者としてこの主権の全部または一部を行使することを定める憲法の条文との間にはなんらの矛盾もないということになるでしょう。彼らは、この主張を擁護するために、ある機関の代表としての性格は、その機関に委任が与えられたことを意味するのではなく、それは単に、この機関による決定が、それが市民団によつてなされたのと同じの性格、同一の効力を有するだろうことを意味するにすぎない、と

(1) [A.] Esmen, [Éléments de d.] *roi constitutionnel [français et comparé]*, édition Nézard [7^e éd.], 1921, I, p.301 et s.

(2) *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., 1905, S. 546.

指摘しています。彼らは付け加えるに、ある機関が代表としての性格を有しているか否かを知ることの実益は、まさにそこにあるのであります。さらに彼らは、眞の議會君主制を構成するのに不可欠の条件、それは、議會と国王の双方に代表としての性格を認めることであると付言します。世襲君主によつて人格化された執行権が代表としての性格を有しておらず、立法権のみがその性格を有しているとすれば、力も權威もない機関たる国王と、代表としての性格が付与され、それに基づいて自らのうちに主権の諸特權すべてを集中する議會という、二つの機関を對置することになるとされます。また、おもむろに、またはクーデターによつて一方が他方を必然的に吸収してしまふであらうような、權力及び威嚴の点で不平等な二つの權力を對置することになるといふのです。そうなると、眞の議院内閣制は、不可能となるとされます。というのは、定義そのものからして、議院内閣制は、相互に均衡しあう二つの權力の存在を含蓄するからです。

この推論は、全く正当であるように思われます。だからこそ私は、エジプトの制憲者が、一七九一年のフランス憲法と同様に国王に代表としての性格を与えようとしたであらうことに、ためらうことなく全面的に賛意を表すものです。たしかに、貴國の憲法は、ベルギーやイタリアの憲法と同様、^⑤そのような性格を君主に明示的に付与する規定を含んでおりません。しかし、エジプト国王の代表としての性格は、貴國憲法の第二三条及び第二九条を照らし合わせれば明白であるように思われます。第二三条には、「すべての權力は、國民に發する。この權力は、この憲法で定める方法で行使される」とあり、第二九条には「執行権は、国王に屬する」とされてあります。したがつて、すべての權力が國民に發し、そして執行権が国王に屬するとすれば、国王は國民から執行権を対象とする委任を受けていることになり、国王は、國民自身が行使する場合と同一の力及び權力を以て執行権を行使することになり、一言で言えば、国王は、代表としての性格を有するということになります。

國家元首が直接または間接選舉に基づき人民によつて選出される共和制の國においては、この問題は生じえませ

ん。憲法が公選の国家元首に対して代表としての性格を難なく付与することができることは、誰の目にも明白でしょう。私の考えでは、一八七五年の憲法的諸法律により制度化されたフランス共和国大統領が、この性格を有していることは疑いありません。一八七三年一月二〇日のいわゆるセプテナ法^⑩は、執行権を七年間マク・マオン元帥 [MacMahon, Marie Edmé Patrice Maurice, 1808-1893 (大統領在任 1873-79)] に与え、彼は執行権を共和国大統領の資格で行使することになりました。彼は、それによって代表としての性格を受けたのです。というのも、彼は、常に支配的な考え方によれば他の権力と同様に始原的には国民自身に属する執行権を付与されたのですから。〔上記〕一月二〇日法が付与した代表としての性格を持つこの同じ共和国大統領を、一八七五年の憲法的諸法律が維持し、同年二月二五日法第三条がその任命方法を規律しているのです。フランスの国家元首の多くの行為が越権訴訟によって攻撃を受けることがなく、越権訴訟は行政機関による行為に対してのみ受理可能であるのは、まさに、フランスの国家元首が代表者であるからなのです。しかしながら、フランスにおいては着実な変化が完成の途上であり、多くの点において、共和国大統領によって人格化される政府は、代表としての性格を失って単なる行政機関になったといわなければなりません^⑪。しかし、それは全く特殊フランス的な問題であり、この問題に固執するつもりはありません。

V 公選代表機関と政治的代表的諸理論

ここでは、もっぱら公選による代表機関、特に議会について考えましょう。正当にも、選挙人と議員との間に存する関係の法的性格はどのようなものが問題とされました。これは著名な公法上の問題であり、私たちはここにしばらく立ち止まらなければなりません。説明を簡単にするために、公選議会のあらゆる構成員を示すのに代議士

(*député*) という語を使い、そして、問題は、選挙人と代議士との間に存する法的関係はどのようなものかを知ることとします。多くの理論体系が提案されましたが、これらは、次のように呼ばれる三つに帰着します。すなわち、(a)機関たる代議士の理論、(b)受任者たる代議士の理論、(c)代表者たる代議士の理論です。これらの理論にそれぞれについて一言述べておきましょう。

(a)機関たる代議士の理論　これは、特にドイツで、とりわけラーバントやイエリネックといった法学者によって展開されました。もつとも、いくつもの様相においてはこの二人が分かれることもあり得ます。イエリネックは、いづれか譲歩して、代議士と選挙人との間に一定の関係——もつとも、彼はそれを明確にすることに慎重ですが——があることを認めました。これに対して、ラーバントの著述においては、この理論の厳密な表現が見られます。ラーバントによれば、選挙人団は、国家の機関であり、その唯一の作用は選挙を行うことであり、また、代議士は国家の機関であつて、その唯一の作用は立法を行うことです。選挙人団は、選挙を行つてしまえば、もはやすることはありません。選挙され、構成された議會は、その権力のすべてにおいて、選挙人団の考えや意欲を考慮することなく、立法を行うでしょう。法的には、選挙人と議員との間にはなんらの関係もありません。選挙人は選挙を行い、議員は法律制定に参加する。両者は、お互いを知りません。前者は後者に命令することはできませんし、後者は前者に報告をする必要はないのです。⁽³⁾

この理論は、非常に都合のよいもので、論理的に構築可能です。しかし、それは確実な事実を無視し、不可侵の現実に逆行するという重大な欠陥があります。私は、法的構成を探索することについては人後に落ちないものです。とはいえ、法的構成は現実の綜合でなければなりません。そうでなければ、法的構成は純然たる精神の働きとなり、何物にも対応することなく、価値も有用性もないのです。ところで、選挙の際には、選挙人と候補者との間には関係があり、このことを否定することはできません。そして、この関係は、選挙後も選挙人と代議士との間で継続し

ます。世界のあらゆる議会において、代議士が議決するときの意見が選挙人の知るところとはなっていないでしょうか。また、選挙人が、議決のやり方——一般的になつた表現を使えば、議員がどのようにその委任を遂行したか——についての説明を自分たちの議員に対して求めうることを不可侵の権利であると考えてはいないのでしょうか。代議士とその選挙人との間には何の關係も存在しないと主張することは、明白な事実と逆行することですし、選挙人と議員との間には法的には何の關係も存在しないと断言しようとすることは、無駄でもあり空虚でもある法理論を樹立することです。機関たる代議士の理論は、したがつて、ためらうことなく退けなければなりません。

(b) 受任者たる代議士の理論 これによれば、個別に捉えられたそれぞれの代議士は、彼を任命した選挙区の、言葉の技術的な意味における受任者であり、代議士とその選挙人との間には、真の委任契約が成立し、その条項により代議士は、選挙の前に行つた公約に法的に拘束されると主張されます。この委任契約にサンクションを与えるために、巧妙な手段が発見されました。すなわち、代議士は、選挙に先立ち、自分の選挙委員会に対して署名入りの白紙辞表を提出し、委員会が、公約に法的に拘束される代議士がそれに従っていないと判断した場合、辞表に記入して議院に提出し、それによつて非違を犯した代議士はその議院の構成員ではなくなるといふものです。

この理論を絶賛する急進的な学派もありますが、それは検討に耐えません。実際、忘れるべきでないのは、選挙区というものは無であるということ、真実は、国全体が唯一の選挙区を形成しすべての選挙人が同一の候補者群に投票することもありうるといふことです。また、選挙区は、国の広さや投票の実際の運営のために必要とされた地理的な区割に過ぎないことを忘れるべきではありません。選挙区がその代議士に対して命令的委任を与えることを認めることは、選挙区が選挙人団全体の特権を篡奪するのを認めることになるでしょう。選挙区は代議士を選挙し

(c) [P.] Laband, *Droit public [de l'empire allemand]*, édition française, 1901, t. p. 443 ; [G.] Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2 Aufl., 1905, s. 146.

ます。しかし、代議士が委任を受けるとすれば、それは国全体からでしかありません。付言すれば、代議士が選挙に先立って行う宣言に厳格に拘束されるとすれば、代議士は議院における独立性をまったく失ってしまうでしょう。そうなれば議論は無意味になり、議会の運営それ自体が不可能になるでしょう。

その上、多くの憲法は、明文で命令的委任を禁止しました。一七九一年のフランス憲法では、次のように述べられました。すなわち「県において任命された代表者は、個別の県の代表者ではなく、国民全体の代表者であり、個別の県は、代表者に対し、なんら委任を行うことはできない」(第三編第一章第三節第七条)とされています。一八七五年一月三〇日のフランス選挙法第一三条は、次の文言によって明文で命令的委任を禁止しています。すなわち「命令的委任はすべて無効であつてなんらの効力も持たない」とされています。同様の規定は、エジプト憲法第九一条にも見出されます。すなわち、「議員は、全国民を代表する。選挙人、又は議員を任命する権力は、議員にかなる命令的委任をも与えることができない」と規定されています。

(c) 代表者たる代議士の理論　これが大多数の国で認められ、実践されている理論です。この理論を攻撃し、受任者たる代議士の理論を擁護する急進的な学派は、自分たちが、アンシアン・レジーム下のフランスの三部会の理論であつた廢れた理論を推奨しているに気がつかないのです。ともあれ、代表者たる代議士の理論、または、同じことなのですが、代表委任の理論がどのようなものかを十分明確にすることが便宜でしょう。この点について、私は、エスマンが彼の『憲法概論』の中で犯した誤りについて皆さんに警告をしなければなりません。エスマンは、代表者たる代議士の理論を説明するといひながら、実は、先程私⁽⁴⁾がその誤りを明らかにしたところの機関たる代議士の理論の説明を繰り返しているのです。

代表者たる代議士の理論は、一七九一年のフランス憲法の起草者たち、特に有名なシエイエス(Sieyès, Emmanuel Joseph, 1748-1836)によってきわめて明確に説明されました。政治的代表においては、確かに委任が存在するといわ

れました。委任の存在を否定することはできません。しかし、この委任は選挙区からその代議士に対して与えられるわけではありません。あらゆる委任には、委任者と受任者が存在します。代表制においては、委任者は、意思を与えられた法的人格である国民であり、受任者は、それ自体人格であると捉えられた議会です。すなわち、委任は、人格たる国民から人格たる議会に与えられるのです。この理論によつて、選挙人団と代議士との間の恒常的な関係がなぜ存在するのか、なぜ代議士がその委任（の遂行）についてその選挙人に説明しなければならないのか、なぜ議会審議は公開でなければならないのか、なぜ代議士の議決は、選挙人の恒常的な統制に服さなければならないのかといったことが説明されるのです。しかし、同時に、代議士は、自らの選挙区に対して、自ら行つた公約に拘束されることはありません。代議士は、フランスでは一七九一年に言われ、また貴国の憲法で言われているように、国民の代表であつて、彼を選出した選挙区の命令的委任を受けることにはないのです。国民^{ペイ}全体の統制下におかれ、自分の良心に従つて投票を行います。

これが、賛同すべき理論です。これが事実を最もよく説明し、前の二つの理論から生じる不都合を回避するものなのです。もつとも、いくつかの理論的な批判ができないということではありません。「たとえ」国民が選挙によつて議会に委任を与えると言うことができるのでしょうか。委任者と受任者は、委任が与えられる時点で存在しなければなりません。選挙の時点で委任者、すなわち国民が存在することは当然認められます。しかし、受任者は、未だ存在していないのです。なぜなら、受任者は議会であるはずですが、議会は選挙の後になつて初めて存在することになるのですから。

(4) [A.] Esmein, [Éléments de d'] *noti constitutionnel* [français et comparé], édition Nézard [7^e éd.], I, p. 340.

VI 比例代表の問題

もつとも、私はこのような少々技巧的な批判には固執しません。最後に、代表委任の理論が提起した実際上の問題に触れましょう。

三〇年ほど前まで、あらゆる国の選挙制度は、もっぱら多数代表制に基づいておりました。すなわち、絶対多数が——少なくとも第一回投票では——要求されるか、それとも相對多数が要求されるだけかは別として、最大の得票の候補者だけが選出されたのです。しかし、世論のきわめて一般的な傾向に基づいて、いくつかの国、特に一九〇〇年のベルギー及び一九一九年のフランスで、一定の内実を持つすべての政党に、その内実に応じて議会における代表を認める選挙制度が制度化されました。^④これが、比例代表と呼ばれたものです。

比例代表という方式が、人格たる国民によって議会全体に付与される代表委任の理論と論理的に両立するのるか否か、また、比例代表制が、人格たる国民——これは、定義からして單一不可分であり、かつ單一の決定によって意思を表明しなければならぬものです——を断片化してしまうのではないかとということが問われたのも、理由のないことではありませんでした。他方で、比例代表は、選挙制度が真に公平であるために不可欠の条件ではないのでしょうか。純粹多数代表制は、必然的に少数派の不公平きわまる粉砕に至ることはないのでしょうか。

多数代表制に関するこれらの批判は、確かに真実です。私についていえば、私は、比例制の熱心な支持者でした。

〔しかし〕比例制は、明らかな利点がある一方で、重大な不都合はないのか、また、ベルギーのように、議会制が機能しうるためには不可欠である与党多数派が議院内で消滅してしまわないのか、^⑤ということが問われており、また今日の私もその点で疑問に思っています。フランスにおいては、多数代表制への復帰を支持する非常にはつきり

とした傾向が明らかになりました。^④

これらの議論がどうであろうと、今まで説明した三つの理論のうちから一つを選ばなければならぬとすれば、私は、理論的批判や実践上の異論にもかかわらず、文句なく代表委任の理論を受け入れなければならぬと一貫して考えています。しかし、私の考えによれば、「そもそも」委任という思想を完全に排除することが望ましく、そして、議員団と選挙人団との間に存在しうる統制関係は民法的な委任の枠組に含むべきではないということを指摘するのが望ましいでしょう。また、選挙人団の指導的思考と議会の態度との間にできるだけ正確な関連が存在すべきだと主張すれば十分であること、そのためには、国民の中の主要な要素が議会で代表されるべきこと、そして、政党の比例的な代表は否定されるべきだとしても、職能代表ないしいわゆる社会諸勢力の代表が与えられるべきことを指摘する方が望ましいのです。

以上が、私が皆さんの熟考に委ねたところの、しかも包括的な解答を得られていない問題です。というのは、様々な国により、またその知的、経済的、社会的状況によって、答えは異ならざるを得ないからです。

一九二六年二月二五日

(訳注)

- ① 『法の精神』第一編(岩波文庫版三〇六頁)
- ② アウグストゥスはカエサルとは異なり、王への連想を極力避け、自らの権力を共和政の合法的官職に求めた。護民官は強力な権限でありかつ「民衆を守る」という性質からアウグストゥスの要求を満たすものではあったが、平民から選出されるものであるため、貴族の養子であったオクタウィアヌスには就任することはできなかった。そこで、護民官の権限のみを自らに与える元老院決議を通し、一年の期限をもつ護民官権限を毎年更新することで元首政の権力の基礎とした。アウグストゥスはアグリッパやティベリウスなど自分の後継者候補とともに護民官権限を有することで帝位の世襲を図り、以降のローマ皇帝もこの形式を続けることになった。
- ③ ディオクレティアヌス(二四五頃～三二三頃)はローマ皇帝(在位二八四～三〇五)。帝国の行政、財政の再建者。二八四年軍隊に推戴されて皇帝となる。広大な帝国領の統治強化のため、四分統治制を採用。マクシミアヌス、ガレリウス、コンスタンティウス一世を正・副帝に任じ、自らは東方を支配。内乱を鎮圧、国境線を安定させる。軍・行政を区別、税制を改革し、経済の再建に努力し、治世は安定し、専制国家体制(ドミナトゥス制)を確立。保守的な性格からローマ古来の宗教を重視、三〇三年突如キリスト教迫害に踏み切った。
- ④ コンスタンティウス一世のことか。コンスタンティウス二世(二五〇頃～三〇六)は、二九三年にディオクレティアヌス帝の副帝となり、ディオクレティアヌス帝退位後、三〇五年に正帝となるが、翌年病死。
- ⑤ 最初の全国三部会の開催は一三〇八年であるとされている。
- ⑥ このような主張がなされた典型的な全国三部会として、デュギーは一四八四年のトゥールにおける三部会を挙げている(Traité, 3^e éd., t. 2, p. 64)。しかし、実際には全国三部会の権限は全体として諮問的なものにとどまった(cf. M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., pp. 153-4)。
- ⑦ アテナイは、規模ではコリントスに次ぐ第二番目に大きなポリスで、人口では最大のポリスであった。今日の研究によれば、その市民団は紀元前五世紀初頭から前四世紀末にかけてで約三万人(時代によって異なり、少ない時期には二万人、多い時期には四万五千人ほど)から構成されていた。市民団のほかには、市民の家族、在留外国人とその家族、奴隷を含めた総人口でも、多い時代には三〇万人、少ない時代には一二万人と推定されているという(伊藤貞夫「古典期アテネの政治と社会」(東京大学出版会、一九八三年)四七～五六頁)。
- ⑧ 近年まで五つの州(準州を含む)が州民総会(Landesgemeinde)を有していたが、近年廃止が相次ぎ、今日、州レベルで存続しているのは、グラールス州およびアッペンツェル・インナーローデン準州のみのものである。グラールス州の州民総会については、関根照彦「スイスのカントンにおける直接民主制」(二)比較法二四号(一九八七年)一六頁以下が詳細である。

- ⑨ A. Esmein, *Deux formes de gouvernement*, RDP, 1894, p. 15 et s.
- ⑩ ヴァイマル憲法においては、ライヒ議院が議決した法律につき、ライヒ大統領の決定等によるレファレンダム（七三条一項、二項、有権者の一分の二が法律案の提出を請願する場合についてのレファレンダム（同条三項）、ライヒ議院が議決した法律に対してライヒ参議院が異議を行った場合にかかるレファレンダム（七四条））があり、また、ラントの領域変更について住民の意思を確認する投票がなされる（一八条）。
- ⑪ デュギーの主権概念否定論については、第六講IIIを参照。
- ⑫ 岩波文庫版一三三頁（訳は一部変更した）。
- ⑬ 一七九二年憲法の第三編第一条は「主権は単一、不可分、不可譲でありかつ時効にかからない。主権は国民に属する。人民のいかなる部分も、いかなる個人も主権の行使を我が物にすることはできない」としている。
- ⑭ A. Esmein, *Elements de droit constitutionnel français et comparé*, 8^e éd., t. I, 1927, p. 304 et suiv. このほか、同書九八頁以下にイギリスの上院及び君主の代表機関性についての論述が見られる。
- ⑮ ベルギー憲法二五条一項（現行三三条一項）は、「すべての権力は、国民に発する。この権力は、この憲法で定める方法で行使される」とし、二九条（現行三七条）は「執行権は、この憲法の規律するところに従い、国王に属する」とする。イタリア一八四八年憲章（アルベルト憲章）二条は、「国家は、代表君主政府により支配される」とするが、代議院議員を全国民の代表とする四一条のような規定は、国王については見られない。同憲章の内容の概観につき、参照、井口文明「イタリア憲法史」（有信堂、一九九八年）二六頁以下。
- ⑯ 一八七二年の国民議会選挙では、王党派が議席の三分の二を占めたが、七二年以降の補選や地方選においては、共和派、特に急進派の進出が顕著となり、危機感を覚えた王党派は、保守共和制路線をとるティエール大統領を失脚させ（当時、大統領は議会に責任を負っていた（リヴェ憲法と呼ばれる一八七一年八月三日法第一条））、正統王朝派マク・マオン元帥を大統領に指名した。その後、王政復古を目指して正統王朝派とオルレアン派との妥協が企図されたが失敗し、結局、マク・マオンをいわば摂政に近い形で維持するために大統領任期を七年に延長し、その執行権の強化を図る法律が成立したが、これがセブテナ法である。
- ⑰ 第三共和制が議会と政府が均衡を保つ議院内閣制ではなく、議会優位の統治構造へと展開し、大統領が議会の単なる使用人となってしまうことを指して「cf. *Traité*, 3^e éd., t. 2, p. 793 et p. 825 et suiv.」。
- ⑱ ベルギーでは一八六〇年代から比例代表制の採用が強力に主張されてきたが、一八九九年の選挙法改正でついに比例代表制が導入された。これは、従来のスイス各州の立法例が、（同一党派の名簿上の複数の候補者を選択して投票する）連記投票制の下に名簿式比例代表法を採用していたのに対し、単記投票法の下での名簿式比例代表法を初めて採用し、欧州各国に影響を与えたもので、「今日欧州大陸に於ける多数の国が比例選

挙を行ふにいたつたのは、白耳義が其一九九九年の法律に依つて率先して此方法を実験した結果が好き効果を齎らしたと離るべからざる關係が有ると謂へるであらう」〔森口繁治「比例代表法の研究」(有斐閣、一九二五年)二八四―五頁〕。フランスにおいては、一八四八年に男子普通選挙制を採用して以来、いわゆる大選挙区連名制 (*scrutin de liste*) と小選挙区単名制 (*scrutin d'arrondissement*) との両者を交互に採用してきたが、一九一九年七月二二日法により、比例代表主義を加味した大選挙区連名制が導入された(条文の翻訳について、美濃部達吉「仏国の新選挙法」法学協会雑誌三八巻三号(一九二〇年)一〇五頁)。一九一九年一月に行われた総選挙では、明確なプログラムをもつプロックを形成し、有効な選挙協定を締結した共和右派諸勢力が全議席の四分の三を占めて圧勝した。

⑬ 普通選挙制導入後の一九一九年の選挙で、カトリック党は一八八四年から維持してきた議会での過半数を失った。その後一九五〇年まで、ベルギーは連続して二八の連立政権によって統治された(ジョルジュ・アンリ・デュモン(村上直久(訳))『ベルギー史』(白水社、一九九七年)九〇頁)。

⑭ 一九一九年法律は、一九二七年に廃止され、小選挙区二回投票制が復活した(この間の経緯について参照、宮澤俊義「仏国新選挙法に就て」国家学会雑誌四一巻二二号(一九二七年)一一〇頁)。

第一三講 国家公務員

——公職に関する一般理論——

皆さん、

前回の講義におきまして、固有の意味における政治機関、すなわち、現代諸国において代表としての性格が認められる政治機関について検討いたしました。しかし、この政治機関だけで、あらゆる公役務の運営を確保できるわけではありません。確かに、モナコ公国のような大変小さな国では、政治機関のみによって公役務を運営することも、どうか可能であるかもしれません。しかし、モナコ公国のような狭い範囲の領土においてすら、公役務は大変広範囲に及ぶものであり、それゆえ、政治機関は必ず、その統制と權威の下に公的活動の実現を確保するための公務員アジヤンを必要とすると言えるでしょう。

これらの公務員こそが、今述べましたように、必ず政治機関の權威および統制の下に置かれた上で、公役務の運営を確保するのであり、私はこれを公務員 (agent public) ないし国家公務員 (agent de l'Etat) と呼んでおります。彼等は代表としての性格を全く持たず、それゆえ政治機関とは明確に区別されます。彼らこそ、本日の検討の対象なのであります。

I 官公吏たる公務員と、非官公吏たる公務員との区別^①

まず最初に、公務員は大きく二つのカテゴリーに分類されます。この区分は多くの論争と困難を惹き起こしましたが、諸々の地位をもっと正確に分析していたならば、こうはならなかつたでしょう。官公吏たる公務員 (agent pu-

le fonctionnaire)と、非官公吏たる公務員(—non fonctionnaire)とを区別しなければなりません。両者とも公務員であり、公役務の運営に直接に関与します。それでは、両者の違いはどこにあるのでしょうか？ 或いは少なくとも、このような相違を基礎付ける原則は何なのでしょう？

官公吏たる公務員という概念の定義については、今日、少なくとも大方の同意があります。すなわち、国家、あるいは国家が承認した公共団体が設置し、報酬を与える公務員のことをいいます。さらに、これらの公務員は、常勤かつ正規の本職として、公役務の幹部職を構成しております。これらの幹部職は役務法(loi de service)^④自身によって定められ、そこに含まれる公務員の地位は、こうして必ず法令上のものであり、役務を律する法律自身によって直接に規律されます。

私は役務法を実質的意味における法律^⑤として捉えており、すなわち、役務を組織し、役務の目的を定め、役務の幹部職を画定し、役務運営の任を担う公務員の種々のカテゴリーを設けるような、議会または政府による一般的な規定のことを言っております。この常勤幹部職の内に含まれ、役務法によりその地位が規律されている公務員が、またこの公務員のみが、官公吏なのです。偶発的、一時的に役務に関わるが、正規の本職として、常勤の形でこの幹部職に含まれていない者は、公務員ではありませんが、官公吏ではありません。

何でもいいですから、ある公役務、例えば郵便に関する公役務や鉄道に関するそれを例として取り上げてみれば、その任務、権限および地位が法律または規則によって定められている様々なカテゴリーの公務員、例えば局長、視察官、駅長、配達員、運転士などがあることが分かるでしょう。ある公務員が官公吏であるためには、これらの身分の一に該当していなければならないのです。すなわち、これらの幹部職の一つに、正規の本職として含まれていなければならないのです。役務上の必要により、行政が、正規かつ常勤の公務員と同じ職務を遂行する、補助的公務員の助けを一時的に受ける場合、この補助的公務員は官公吏ではなく、単なる公務員なのです。官公吏たる公務

員とそうでない公務員とを区別する主たる利点については、もう少し後で見ることになりました。

我々にとつて大変身近な例を挙げることが許されるならば、現在創設の過程にあるエジプト大学の例を挙げたいと思います。法律の授権に基づいて現在大学評議会が作成している規則においては、この規則に従つて任命されるエジプト国籍の教授の身分規程が設けられております。彼らはエジプト政府の官公吏であります。なぜなら、彼らは規則によつて定められた大学の公役務の幹部職に、正規の本職として含まれるからです。しかし、エジプト政府は更に、一定の期間について外国人の教授の助けを受けようとしており、彼らとの間に一定期間についての契約を交わしております。彼らは公務員ではありませんが、決して官公吏ではありません。彼らの地位は契約によつて定められているのであつて、決して大学の規則によつて定められているではありません。こうして、貴国の憲法第三条が適用されているのであり、それによれば、原則としてエジプト国籍者のみが官公吏になり得るとされているのです。

II 官公吏の地位は法令的ないし客観的であること

官公吏たる公務員と非官公吏たる公務員との法的相違は何なのでしょうか。

この相違は、基本的には、官公吏の地位が法令的ないし客観的である点にあり、この地位は任命の結果として生じ、その範囲および効果はもつぱら役務法によつて規律されております。反対に、非官公吏たる公務員の地位は、主観的・個別的な法的地位であつて、それに伴うあらゆる特徴を備えており、すなわち、その範囲および効果が、通常は契約である任命行為によつて定められている地位なのであります。この一般的な相違には一連の帰結が伴つておりますが、これは、以前示しましたような^⑥客観的又は法令上の法的地位と主観的又は契約的な法的地位との

間の基本的な區別を適用したものに他なりません。

官吏の任命は一方的行為なのか契約なのか、が大いに論じられましたし、また今でも論じられています。実を言えば、この問いの立て方は誤っております。實際、法的に問題となるのは、官吏の任命が一方的行為なのか契約行為なのか、ではなく、要件行為なのか主観的行為なのか、なのです。この点、私の見解では、この任命が要件行為であり、官吏の地位が任命ではなく法律に由来することは明らかです。この地位の範囲、それに伴う諸特権、この地位に由来する責務は、法律によつて定められており、任命主体は法律によつて設けられた官吏の身分規程をなんら変更することができません。それゆえ、任命行為は、ある者に官吏法 (*loi de fonction*) を適用するための必要条件に他ならないのです。

任命が一方行為なのか双方行為なのか、官吏の同意が必要なのか不要なのか、ということとは、實際問題〔各実定法の問題〕であつて法理論上の問題ではありません。国家の一方的意思により官吏が任命され、その任命を拒否し得ないような国を考えることも可能です。例えば東ローマ帝国の諸都市の官吏が^①そうでした。「しかし、」今日あらゆる国において、公職が押し付けられることは一般になく、何人も、その者が求めなければ、或いは少なくとも受諾しなければ、官吏の地位を与えられることはありません。實際、現代国家においては、官吏の任命は必ず双方的行為です。しかし、契約ではないのです。以前の講演で説明しましたように、契約が存在するのは、意思の合致によつて、主観的な法的地位、すなわち債権者≡債務者關係を創設しようとする場合だけだと、今日では考えられております。しかし、ただ今述べましたように、官吏の任命はそのようなものではありません。双方的行為ではあつても契約行為ではなく、合同行為と呼ばれる行為のカテゴリーに含まれるものと考えられますし、あるいはまた、フェアインボールングないし協定というカテゴリーに含まれるのかもしれない^②。その上、ただ今述べました問題は實際上の利益を有しておりません。重要なのは、官吏の任命が備える要件行為・客観的行為と

しての性格を理解することであり、この性格によって、客観的越権訴訟が認められる国において、なぜそのような行為に対する越権訴訟が受理されるのか、ということが説明されるのです。

Ⅲ 授権の不存在

公務員は任命されると、一定の権限、すなわち一定の行為を合法的かつ有効に行う能力を獲得しますが、それ以上でもそれ以下でもありません。公務員はこの権限を、任命主体たる政府や国家元首から与えられるのではなく、彼は役務法の適用によつてこの権限を保持するのであり、この法を一定の者に適用するための要件が任命であるのです。

大半の国、特にフランスにおいて、国家元首たる国王が主権——すなわちあらゆる権限の総体——を一身に集中しており、彼が官公吏を任命する場合、この者に対してその権限の一部を授けるのだ、と考えられた時代もありました。今日では、かかる考えは完全に消滅しており、その若干の痕跡が残されているものとしては、僅かにイギリスしか存じません。「イギリスでは、」少なくとも理論上、国王から任命された（*appointed*）官公吏は国王から授権されているのであって、官公吏はこの授権に基づいて自らの権限を行使いたします。^⑨

イギリス以外の現代国家ではどこでも、政府を体现する国家元首であっても、法律によつて画された範囲の権限、法律の適用によつて与えられた権限を持つものと考えられております。国家元首は官公吏を任命する権限を有しておりますが、自身の権限を変更したり、その一部を他の者に移譲する権限は有していません。国家元首が官公吏を任命する場合、彼は権限法（*loi de compétence*）が適用される人間を指名しているのです。既に述べましたように、任命はこの法を適用するための要件なのであり、官公吏が一定の権限を与えられるのは、もっぱらこの法に基

づいてのみなのです。

授權の觀念が維持されるとすれば、それは委任 (mandat) に過ぎません。この点、委任者はいつでも委任を撤回することができ、また受任者の権限を変更することも出来ませんが、現代の考え方によれば、政府は法律が定める範圍内においてのみ官公吏を罷免することができ、またいずれにせよ、官公吏の権限を変更することはできないのです。この権限を生み出すのは法律であり、法律によつてのみ、その範圍と諸特権とを一般的に変更することが出来るのです。

更にまた、同じ理由に基づいて、官公吏は自身の権限を変更することは出来ないし、その一部を他の官公吏に授權することも出来ません。官公吏から官公吏へのこの授權は、法律が嚴格に定めた場合・要件においてのみ、行うことが出来るのです。権限というものは、官公吏が欲するままに処分しうる主觀法 (主觀法) ではないのです。それは法律から生まれた客觀的地位であり、法律によつてしか変更することが出来ないので、しかし、いつでも変更することができ、新法はすべての官公吏に対して——その審署以前に任命された官公吏に対しても——適用されるのです。

IV 官公吏に与えられる特典の客觀的性格

官公吏に与えられる諸特典、すなわち俸給、昇級、退職年金が、同じく客觀的な性格を持つことを認めなければなりません。特に、国家が約した俸給、および退職年金は、いわゆる任命契約に基づいて国家が負う債務ではないのです。これら種々の特典は職務に伴うものであり、職務と同様、もっぱら客觀的な性格を有しております。確かに官公吏は、様々な時点、ときに確定するのが困難な時点において、その俸給の一月分、又は退職年金の各回支給

分について国家の債権者となります。しかし、官公吏は決して、それ自体として把握された俸給や退職年金の債権者ではありません。この点、官公吏は、権限についてと同様に、法令上の客観的な地位に置かれているのです。このことから、フランス法においては、官公吏の俸給や退職年金に関する決定に対する越権訴訟——すなわち客観訴訟——が受理されうるといふ、極めて重要な帰結が生じます^①。また一般に、あらゆる国に当てはまる、次のような帰結も齎されます。すなわち、法によっていつでも俸給や退職年金受給額を増減することができ、また、新たな法は、たとえそれが俸給や退職年金を減額するものであつても、すべての官公吏に対して——同法の審署前に任命され又は退職が認められた官公吏に対しても——適用される、ということとす。私はそのような決定に驚いている官公吏にしばしば出会いましたが、俸給や退職年金を増額する法が彼らに適用される以上、それを減額する法もまた適用されるのだということ——苦勞しなかつた訳ではありませんが——理解していただきました。

官公吏の客観的地位には、さらに、より具体的に官公吏身分規程と呼ばれるもの、即ち彼らに関して行われるかもしれない全ての恣意的決定——例えば罷免処分、配置転換、降格処分、停職処分など——からの保障を官公吏に確保するために役務法によって定められている諸規定の総体が結びついております。この問題に関する法規定は国によって異なり、各国においても官公吏のカテゴリーによって異なります。しかし、主観的な法的地位を官公吏に与えるものでは決してなく、また、ときに言われたところとは異なり、決して官公吏の職に対する所有権を与えるものではありません。

フランスにおいてオーリウ氏は、司法官及び教授の終身性はまさしく所有権である、司法官は司法官職の、教授は教授職〔講座〕の所有者であると説いておりました。^①私に言わせれば、これは完全に誤つた考えです。私的利益

(一) M. Haunou, *Droit administratif*, 7^e édition 1911, p. 621 et p. 630.

に關わる地位に対応する所有権の概念は、ここでは關係ありません。終身性と呼ばれるものは、特別に保護された官公吏としての地位なのです。なぜなら、真正の裁判機關が行う決定の後にしか、官公吏を罷免したり配置転換したりすることは出来ないからです。しかし、このような地位は、必ず法に由来する法令的地位レガリムル地位であり、法によつていつでも変更することが出来るのです。

官公吏の地位が持つ客観的かつ法令的な性格の理論に対しては、官公吏はその意思に基づく一方的行為により、辞表を提出することによつてその官公吏としての地位を終了させることが出来るのだから、まさしく主観法（「權利」）を有しているのであつて、この理論は誤りであると異議を唱える人もいます。この異議は正鵠を射ておりません。と言うのも、それは誤りに基づいているからです。官公吏がその一方的行為により、辞表を提出することによつてその職務を終了させ、この職務に伴う諸々の法令上の義務を免れうるなどということは、どんな国でも認められないからです。確かに官公吏はいつでも辞表を提出することが出来ます。しかし、この行為がそれ自体として官公吏の職務を終了させるわけではありません。それが効果を生み出すのは、上位機關により受理された場合のみなのです。辞表を提出した官公吏は、それでもなお官公吏なのです。辞表の受理が公式に通知されない限り、この官公吏は任務の遂行を停止することが出来ません。辞表を提出した後、それが管轄機關により受理されるのを待たずにその職務を放棄した官公吏は、懲戒上の重大な非行を犯すことになり、罷免され、或いは少なくとも懲戒委員会に出頭しなければなりません。

官公吏は法律により多くの諸特権を与えられておりますが、その代償として厳格な諸々の義務を（法律により）課せられております。法の適用により、官公吏はその職務に纏わるあらゆる責務を遂行しなければなりません、委ねられた公役務の運営を確保しなければなりません。いかなる口実があろうと、自身の職務に纏わる行為の遂行を拒否することは出来ないのです。単独で活動している場合にも、それは認められません。いわんや、同僚と協力

して活動している場合においてをや、です。官公吏のストライキは、いかなる口実で飾つていようと、常に違法であるのです。それは常に懲戒上の非行、最も重大な懲戒上の非行であり、公役務の概念自体に矛盾いたします。公役務の支柱、その存在理由は、一時でもその活動を中断すれば共同生活自体を危険に陥れずにはおかないような、大変重大な一般的利益を有する活動たる点に存するのです。官公吏の団体行動やストライキは、社会生活に不可欠なその活動を停止することによって政府および世論に圧力をかけることこそを目的としており、この場合、官公吏は法を侵し、懲戒上の非行を働いているのです。そのみならず、私の考えでは、彼らは最も重大な犯罪を働いているのです。彼らは共同体を謀殺しているものであり、これは個人に対する故殺よりも重大です。雇用者と被用者との関係におけるストライキは、一定の場合には合法たり得ますが、一方、官公吏が共謀して公役務の運営の確保を怠つた場合には、常に犯罪となるのです。

V 公権的官公吏と管理的官公吏との誤つた区別

ただ今公職について述べましたこの理論は、全ての官公吏に当てはまるでしょうか。私の見解では、臆することなく、これを肯定しなければなりません。官公吏は、その定義からして、公役務の正規の幹部職に常勤の形で包含される公務員のことを指しています。この性格を持つあらゆる公務員は官公吏であり、この者に認められた地位は、彼を不可欠の構成要素とする公役務に直接に結びついております。このことはあらゆる官公吏に当てはまり、それ故、彼らの間にはいかなる区別をする必要もありません。

したがって、公権的官公吏 (fonctionnaire d'autorité) と管理的官公吏 (fonctionnaire de gestion) というよく知られた区別も、認めることが出来ません。この区別は一時期大変流行いたしました。が、今やほぼ完全に放棄されております。

今日これを支持しているのは、ベルテルミイ氏のみであります。この区別が依拠する明らかな誤謬、そこから生じる有害な諸帰結にも拘らず、氏の権威のゆえに、かかる区別は今なお幾らか重きをなしているのです。⁽²⁾

この説によれば、公権役務と管理役務を区別することが必要とされます。⁽³⁾ 前者は、単なる私人によつては実現されえないものと考えられている役務であり、国家のみが確保しうる役務です。例えば、軍隊、警察、司法などがこの性質を有します。そのような役務に携わる官公吏はすべて、公権的官公吏であるとされます。反対に、単なる私人の活動によつても確保しうると考えられて然るべき役務、例えば郵便や電信電話に関する役務、教育役務、鉄道役務が存在します。このような役務の官公吏は、すべて管理的官公吏だとされるのです。

かかる区別をする実際的な利益については、大変数多く、大変重要であると言われております。公権的官公吏の任命だけが公権行為であり、越権訴訟の対象になるとされます。管理的官公吏の任命は一般法の準則に服する契約であり、場合に依じて、委任契約であつたり、役務の賃貸借契約ないし労働契約であつたりする、とされます。管理的官公吏は、民間の被用者とまさしく同じ地位にあるとされるのです。すなわち、彼らは職業組合^{サンデイカ}に関する特別法に服する職業的結社を組織することができ、合法的にストライキを行うこともできるが、公権的官公吏はこれらの権利のいずれも持たないとされるのです。

これらの諸帰結は、それだけで、このいわゆる公権的官公吏と管理的官公吏との間の区別が、全く認められないものであることを示すに十分です。先に申し上げましたように、両者とも公役務の運営を確保するのであり、官公吏に与えられる地位は、その直接かつ必然的な帰結なのです。官公吏が労働契約その他に基づく地位を与えられない理由、ストライキを行ない得ない理由、および職業組合を結成できない理由は、彼らが確保すべき役務が何であれ、常にひとしく存在しております。もう一度言えば、これらはすべて、まさに公役務を理由として官公吏が持つ性格の、その帰結なのです。言うところのこの区別は、重大かつ有害な諸帰結をもたらしました。この区別に訴えるこ

とによって、またこの区別を唱える人々の権威に訴えることによって、特にフランスでは、多くの官公吏がストライキ権を主張し、職業組合およびその連合を結成してきたのですが、政府にとってこれらの組合や組合連合は——これらが公役務の運営にもたらす混乱は言うに及ばず——重大な諸困難でありましたし、今でもそうなのです。

VI 地方分権と役務分権

公権的官公吏と管理的官公吏との区別は絶対に認めることができませんが、しかし、物事の現実に対応した、欠くことのできない一定の諸分類が存在することを認める点において、私は人後に落ちるものではありません。それは特に、集権化された官公吏と分権化された官公吏との区別ですが、次にこれを説明いたします。

現代のあらゆる大国では、二つのカテゴリーの官公吏がはっきり区別されているはずで、すなわち、指導型官公吏 (*fonctionnaire de direction*) と、他に名前がないために実行型・技術型官公吏 (*fonctionnaire d'action et de technique*) と私が呼んでいるものです。前者は、対象となる公役務に一般的な指針を与え、役務に携わる官公吏すべてに指令を発し、指示を行い、命令を発し、あらゆる決定を行い、下位機関が行った決定を取り消し、修正し、或いは停止する人々のことを言います。頂点にある大臣、局長、地方においてはフランスの知事やエジプトのムディール^⑤、及び特定行政の長^⑥、すなわち、フランスでは例えば、県直接税局長又は県間接税局長、郵便局長、各段階における教育長などがこれに当たります。実行型・技術型官公吏とは、公務に係る活動を行うために必要な、無数の法的行為・事実行為をなす人々すべてを指します。彼らは指導型官公吏の権威又は統制の下に活動します。例を挙げるまでも

(2) Berthelemy, *Droit administratif*, 10^e édition, 1923, p. 49 et s.

ないでしよう。あらゆる種類、あらゆる職務の行政官公吏からなる膨大な数の人々がこれに該当します。

以上を踏まえた上で、その性格や地位の観点からは、両者の間に区別を行うことは全くできません。すなわち、先に説明しましたように、両者とも法的観点からは純粹に客觀的な地位を有しております。他方、指導型官公吏については、その政府との關係について区別をすることは出来ません。全ての指導型官公吏は、政府がその完全な裁量に基づいて任命するものとされており、彼らは政府の完全な權威の下に置かれるものであり、彼らを罷免し、配置転換し、及びまさに階層的權力を彼らに行使することも、政府の自由であるとされており、しかし反対に、実行型ないし技術型官公吏については、重要な問題が存在しております。

彼らは集権化されるべきなのでしようか。それとも、分権化されるべきなのでしようか。集権化か、それとも分権化か。仮に集権化のみを行うなら、全ての実行型・技術型官公吏は政府、又は政府の指導型公務員によつて任命され、その權威の下に置かれることとなります。彼らは政府又はその指導型公務員から真正正銘の命令を受け取ることとなり、彼らが行うあらゆる行為は、法的理由または妥当性の観点から、政府又はその公務員によつて取り消され、修正され、或いは停止され得ることになるでしよう。反対に、分権化を行うならば、政府又はその公務員の任命権は、多かれ少なかれ制限されることになるでしよう。そして、この任命に政府とは異なる要素を介在させ、例えば種々の程度において選挙的要素を取り入れることになるでしよう。他方、分権化された官公吏は、政府又はその公務員の階層的權力から免れることとなり、政府又はその公務員はもはや——程度の差こそあれ——統制権しか持たなくなつて、例えば法的理由に基づいてしか行為を取り消したり、修正したり又は停止したりすることができず、またそれを修正することすら出来ないかも知れません。

以上が、大雑把に見た場合の、集権型システムと分権型システムです。どちらの方が、より良いでしようか。思いますが、現代においては、公的活動の増大に鑑み、またその良き遂行という利益それ自体のために、分権化に対

して十分に大きな地歩を認めることが常に必要であります。しかし、選挙によって被治者と行政活動を結び付けると同時に、官公吏を役務の指導へと結び付けることが必要なのです。すなわち、この分権化は確かに、国やその文化水準、各国の傾向や志向、および種々の公役務に応じてその範囲を異にするものですが、地方分権及び役務分権と呼ばれてきた、二つの手段によって実現することができるのです。

地方分権は、限られた管轄区域の中で権限を行使する地方の官公吏に対し、最も普通には選挙によって現れる地方的絆を与えること、そしてこの地方官公吏を階層的権力 (pouvoir hiérarchique) の下にはなく、政府及びその指導的公務員の統制 (contrôle) の下に置くことから成ります。例えばエジプトでは、オムダと呼ばれる市町村公務員のすべてが、何等選挙を行うことなく政府なしムディールによって任命され、政府なしムディールが彼等に命令を発し、法的又は事実的理由に基づいて彼らの行為を取り消し、修正し、又は停止することができるのならば、これは完全な集権型の体制を意味します。反対に、選挙される組織体ないし被選公務員自体を創設し、その権限を増加し、この組織体等がムディールの階層的権力から解放され、ムディールが被選公務員の行為を取り消しうるのが違法のある場合のみに限られるならば、まさしく地方分権型の体制が構築されたことを意味します。このように理解された、賢明に制限を施された分権型システムが、現代の自由主義的な諸潮流に対応しており、議会主義的であると同時に強力である中央政府と見事に調和するということを、認めないわけにはいかないでしょう。

分権化の第二のシステム、すなわち役務分権は、その名が示すように、地方的考慮とは全く別に、それ自体として捉えられた各々の役務の内部で行われます。役務分権の態様は様々ですが、その詳細には立ち入りません。ただ、役務分権は特に、役務の法的人格化（＝公施設法人 (établissement public) 等の設立）、および技術型官公吏の指導への参加によって実現されることを指摘するにとどめておきます。フランスでは、高等教育機関において、役務分権に大きな比重が置かれてきました。貴大学を設立した一九二五年三月一九日のエジプト法律の起草者たちは、そこか

ら大いに示唆を受けたのです。この点については、彼らを大いに賞賛するほかありません。

完全に集権的な大学が創設されていたならば、全ての教授が、何らの条件や留保なしに、政府によつて任命されていたでしょうし、^①いかなる方法においても、彼らは大学の運営ディレクションに関与することができなかったでしょう。大学は法人格を持たなかつたでしょうし、大学評議会は存在せず、あらゆる運営権限は政府に属していただしよう。こゝうする代わりに、このエジプトの法律は、極めて適切にも政府の統制権限をそのまま維持しながら、分権型の体制を創り出すことに成功したのです。政府の統制権限を行使する直属アジャクンの代理人が学長であり、また、このような任務を与えられた高官〔学長〕がいかなる指揮及び權威の下にかかる任務を遂行しうるのは、ご存知のとおりです。

大学評議會は〔教育〕大臣、学長、若干名の高官の方々及びエジプト名士の方々のほか、各学部②の学部長及び代表者二名から構成されておりますが、この大学評議會が、大学の運営一般に関することのすべてに責任を負い、特に、政府の統制の下に組織規則③を作成する任務を負っております。〔エジプト〕大学は自身の財産を有しており、国家の補助金を主たる要素とする、自ら議決すべき予算を持つております。政府の権限は命令権ではなく、統制権です。政府は大学評議會の諸決定をその違法を理由に取り消し、その承認を拒否することができませんが、それを修正することはできません。政府は大学評議會に取つて替わることとは出来ないのです。また政府は、大学評議會に命令を發することが出来ません。

私は、何としてもこのエジプト大学の例を引かなければなりませんでした。と言いますのも、賢明かつ実り多い役務分権のよりよい例を、見出すことができないからなのです。

(訳注)

- ① この点、晴山一穂（『立法紹介』公務員——官吏の権利義務に関する一九八三年七月二三日の法律第六三四号）（日仏法学二三号、一九八四年）一二〇頁以下も参照。
- ② *service public* には、(1)公益の需要を充たすための活動を表す作用法的な用法と、(2)このような活動を管理を担う行政組織を指す組織法的な用法の二者が存する(*Grand Comu, Vocabulaire juridique*, 4^e éd. mise à jour, 2003, p. 827 et suiv.). 本文では、いずれも「公役務」という訳語を充てている。
- ③ 幹部職 (*cadres*) とは、日本語にいわゆる「幹部」ではなく、高等教育修了者等の就く管理職、エンジニア等であり、凡そ日本の大卒正規社員がこれに対応する。幹部職は上級職と中級幹部職とに分けられる。
- ④ 第八講IVの訳注④も参照。
- ⑤ デュギーは、国家行為の主体に着目する「形式的観点」と、各国家行為がもつ固有の法的性質に着目する「実質的観点」とを区別し、——議會、政府、行政機関のいずれの機関が制定したのかを問わず——一般的な態様の規範のすべてを「実質的意味における法律」と観念している（第九講IV・Vを参照）。
- ⑥ 第三講IV・Vおよび第一〇講Iを参照。
- ⑦ デュギーが念頭に置いているのは、東ローマ帝国の都市参事会員 (*magistrat municipal*) であるが(*Traité*, 3^e éd., t. 3, p. 124) その「離脱傾向」及び都市参事会員の身分変更の禁止については、尚樹啓太郎『ビザンツ帝国の政治制度』（東海大学出版会、二〇〇五年）六一―六六頁を参照されたい。
- ⑧ 双方的行為に含まれる契約・協定・合同行為という三種の類型については、第四講VIを参照。
- ⑨ 旧来の君主国においては、官公吏は君主の受任者・代理人と観念されていたが、この観念は、イギリスにおいて「官公吏は君主の従僕 (*servants of the crown*) である」という定式のもとに存続し、したがって君主が死亡する度に全官公吏に対して新たな公認が行われていた。一九〇一年のエドワード七世即位時にも、この準則はお有効であると考えられ、その廃止のために議會制定法 (*Demise of the crown act of 8 July 1901*) が必要とされたのであった(*Traité*, 3^e éd., t. 3, p. 120 et suiv.)。
- ⑩ 委任という構成をとる場合には、官公吏が有している権限が主観法であることを前提にしており、官公吏の地位・権限が客観的な性格をもつとするデュギーの立場からは、委任を内包するかの如き授権の観念は排斥されることになる(*Traité*, 3^e éd., t. 3, p. 157)。

⑪ 官公吏の俸給・退職年金は、その職務遂行の対価として主観的に定められるのではなく、公役務の適正な遂行という客観的な観点から役務法等によって定められる（オーリウのいう *régime institutionnel*）。コンセイユ・デタも、Lafage 判決で、官公吏がもつ債権の存在如何ではなく、官公吏の俸給等について下された行政行為の適法性如何が論点であることを明確にした *Recueil*, 1912, p. 348。一九一六年の Baon 判決「および一九二〇年の Herault 判決も、Lafage 判決を踏襲するものであつた (*Traité*, 3^e éd., t. 3, p. 108 et suiv.)」。

⑫ 旧刑法典一三二条以下を参照。

⑬ 公権的官公吏は公権行為 (*act d'autorité*) を職責とする官公吏であり、公法上の地位をもつものであつて、管理行為 (*acte de gestion*) を任務とする管理的官公吏と区別された。しかし、公権行為・管理行為という区分が放棄されたことに伴い、官公吏のこのような類型化も放棄されるに至つてゐる (Gerard Cornu, *op. cit.*, p. 401)。

⑭ 山口俊夫編『フランス法辞典』(有斐閣、二〇〇二年)によれば、被用者が報酬を対価として、使用者の指揮監督の下に、その労働力の利用を委ねる契約であり (民法典一七八〇条、今日では (本文中で次に掲げられている) 労働契約という語が一般に用いられている (労働法典一一〇一条以下))。

⑮ ムディールについては第一一講上、およびその訳注を参照。

⑯ 知事のような一般的管轄をもつ行政機関 (*Administration Générale*) に対し、特定の行政活動に限定された管轄権をもつ行政機関のことを特定行政機関 (*Administration Spéciale*) と呼ぶ。

⑰ 下位者の (法律) 行為に対して上位者が有する統括的権限。かのジョルジュ・セルは、統括的統制 (妥当性の統制) を次のように説明している。すなわち、統括的統制は統治者 (*gouvernant*) と公務員 (*agent*) との關係に関わるものであり、統治者は、妥当と考える場合に、公務員に対しその権限に属する一定の行為を為すことを命じ又は禁じることが出来るが、自ら公務員に代位したり、公務員の権限を変更することは出来ない。また、他の統治者との關係ではこの統括的統制を行うことは出来ない」と。G. Scelle, *La doctrine de Léon Duguit et les fondemens du droit des gens. Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, Nos 1-2, 1932, p. 111 et suiv.

⑱ 各村の最高権力者。村長。一九五二年革命以前の旧秩序においては、富・出自・縁故に結び付いていたオムダの手に権力が集中しており、一九四七年までは中央政府によって選ばれていた。現在でもオムダ職は存在し、数次にわたる改革によって象徴的な存在へと変化したにも拘らず、なお重要な影響力を有していると言われる。オムダについては、伊能武次『エジプトの現代政治』(朔北社、一九九三年)二四五頁以下、および飯森嘉助「エジプトの地方行政と村社会」海外事情第二五卷一一号 (一九七七年) 四一頁以下を参照。

⑲ 一九二五年三月一一日の誤り。

⑳ しかしながら、デュギーがエジプトの地を離れて間もなく、「公教育省の官吏で博士号を持たない者が、採択された規則に反して、学部意見

を聴くことなく法学部の教授に任命され、学部長になった」ことに、デュギーは憤慨することとなる。本書序文を参照。

⑳ 国立大学化以前の、初期エジプト大学における大学評議会の組織・権限については、田中哲也「初期エジプト大学の研究」福岡県立大学紀要第六巻第一号（一九九七年）一一頁以下を参照。

㉑ 一九二五年段階のエジプト大学では、フランスの伝統にしたがって、教養学部、理学部、法学部および医学部の四学部のみから成っており、このうち教養学部は従来の私立大学を改組したものであり、理学部は新設、法学部および医学部は旧国立法学校および医学校を格上げしたものであった。その後の学部・施設の拡充も含めて、Donald Malcolm Reid, *Cairo University and the making of Modern Egypt*, 1990, pp. 75-80 及び本書第一講を参照。なお、一九世紀末におけるエジプト近代化のモデルはフランスであり、法学校もフランス法学に基づく教育を行っていた。（イギリスからの精神的自立の基盤としての）大学設置という観念自体も、普仏戦争後にプロイセンをモデルとして近代的大学への改革を進めていたフランスの影響に基づくものであり、初期エジプト大学におけるカリキュラムも、フランスにおける近代的大学の設立運動の中で重視された科目を踏襲するものであった。以上について、田中哲也「エジプト大学設立運動の研究」福岡県立大学紀要第五巻第二号（一九九七年）、同「イギリス占領下におけるエジプト近代教育の研究」（二）福岡県立大学紀要第四巻第二号（一九九六年）を参照。

㉒ 本書序文を参照。