

# Leon Duguit, Lecons de droit public general (1926) (4)

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	<a href="http://hdl.handle.net/2297/4461">http://hdl.handle.net/2297/4461</a>

《翻訳》

レオン・デュギー『一般公法講義』（一九二六年）（四）

赤坂 幸一

曾我部 真裕

第八講 国家の問題——現実レアリスト的な解決法 なぜこの解決法のみが国家の権力とその限界の基礎付けを行いつるのか 公役務の観念

皆さん、

これまでの講義で、我々は以下のような結論に到達しました。<sup>①</sup>

(一) 命令的権力の主観法②〔「権利」〕としての主権、自分自身によってしか制約されない意思の力としての主権 というものは存在しないこと。

(二) このような主権が存在するとしても、その保持者を見出すことは出来ないということ。実際、君主フランス、一つの人格としての国民、人格化された国家のいずれに対しても、主権を付与することは出来ないでしょう。また、主権を国民に付与することは、多数派の個人がその意思を少数派に押し付けうることになるが故に、そして、なぜそうなるのかを理解することが出来ないが故に、なお不可能です。

ただ、主権の存在を否定してしまえば、同時に国家の存在を否定することになり、「そうすれば」すべては崩壊し

てしまうのではないか、これは単なる無政府状態ではないかと言われるかもしれません。それは大間違いです。崩壊するものは何もなく、逆に、国民主権という空疎な定式によるよりも、すべてが堅固に確立するのです。

## I いわゆる権威原理及び政治的分化

皆さんは明日、この場所で、文学部教授のオストウレ氏〔Hosteler, Georges, 1875-1960〕の権威原理に関する講演をお聞きになることでしょうか。オストウレ氏はこのような主題を語るについて誰よりも適任であります。というのも、気高いベルギー国民として、彼はドイツによる侵略の犠牲者であり、その首謀者たちはこの侵略を主権的権威に関する原理によって正当化しようとしたからです。私は、オストウレ氏と同様、この権威原理を否定するものではありません。ただ、ここではどのような要素に基づいてこの原理が根拠づけるべきなのか、また、この原理を表す言葉の背後に何があるのかを知ることが問題になります。これがまさに、私が皆さんに取り組むよう誘いかけている問題であり、ここで私の考えを要約すれば、次のようになります。すなわち、人間の社会生活にとって必要で不可欠なこの権威は、いわゆる主観法〔「権利」〕ではなく、社会の中で生きるあらゆる人間に課される責務にのみ基礎づけることが出来る、ということです。

この世の中で、責務の問題——道徳問題といってもよいでしょう——よりも重大で基本的な問題は存在しません。実際、社会問題、国内的あるいは国際的な政治問題など、いかなる問題であれ、すべての問題は道徳の問題に帰着するのであり、人間の意識に上る問題は、世界中で地位の高低を問わず全ての者がその責務を果たせば、一挙に解決するでしょう。地位の高低と申しましたが、私は統治者と被治者のことを念頭においています。国家は、統治者がその責務を果たす場合にのみ存続し、強大化しうるのですが、統治者にとってのこの責務は、次のような定

式にまとめることができます。すなわち、統治者は、自分自身のためではなく、その臣民スジユのためには統治しなければならぬ、ということ。統治者がこのように行動する限り、また、このように行動する場合にのみ、統治者はその意思を被治者に押し付けることができ、そして、統治者の権力は、その起源や、統治者が保持者であるとき、いうところの権利によつてではなく、統治者がその権力を行使する方法によつて正当化されるのです。

統治者の権力について述べていますが、私はそれを物理的な権力と理解しています。<sup>④</sup> 実際、統治の発現を直接に検討してみるならば、それは常に物理的な力において我々の前に立ち現れるということが分かるでしょう。たしかに、近代国家においては、議会や元首、国王、共和国大統領、大臣が存在します。しかし、自らの意思によつて発動しうる物理的な強制力を自由にできなければ、彼らは何ほどの者でもないでしょう。ジョゼフ・ドゥ・メーストルは、死刑執行人は統治権力のシンボルであり、統治権力はそれ自身神聖なものであるから、死刑執行人は神聖なものである、と述べました。私はそこまでは行きません。私は死刑執行人について語るのも、神聖なるものについて語るのも好みません。しかし、神秘的なところを取り除けば、ジョゼフ・ドゥ・メーストルの定式は正確でした。私はただ、国家のシンボルは憲兵である、なぜなら、憲兵は公の力のシンボルであり、憲兵なしでは国家は存在しないからである、と述べておきましょう。

これからが本題です。ある種の人々は、どのようにして抗し難い強制力を自らの思い通りに発動することができるようになったのでしょうか。一言で言えば、社会においていかにして統治者と被治者が生じるのでしょうか。統治者と被治者の分化はいかにして生じたのでしょうか。国家は、このような分化の産物そのものです。このような分化が生ずるや否や、社会において国家が存在することになるのです。

政治的分化は、安全の欲求、宗教的信仰、ある個人への超自然的な権力の付与、その他多くの各種の要素が作用する中で徐々に生じました。政治的進化を考究するには、ハーバート・スペンサーが試みたように、人類史全体を

見渡さなければならぬでしょう。それは、もちろん、ここでは試みることでできない仕事です。特に一九世紀及び二〇世紀において、最も恒常的かつ強く作用した諸要素について、いくらか申し上げることしか出来ません。

政治的分化をもたらした要素については、しばしば包括的な理論の確立が試みられましたが、それは全くの誤りでした。一般化ということはいつでも一部の真理を含んでいますが、より大きな誤りの部分をも含んでいるのです。政治的分化の一般形態について提唱された理論のうち、二つだけを紹介しましょう。

まず、宗教的理論です。これによれば、いかなる国や時代においても、統治者の力が形成されるのは、特定の人々が超自然的な力を保有しているという信仰によつてである、とされます。多くの原初的な住民においては、宗教的信仰が実際に政治諸制度の第一の要因となったことは疑いありません。特定の家系が神の特権を授けられているとしばしば信じられましたし、政治権力と宗教権力は混同されるに至りました。このようなことは、アーリア系又はセム系の起源を持つほとんどすべての社会において、様々な時代に起こりました。一九一七年まで、又は少なくとも一九〇五年までの帝政ロシアは、宗教的信仰に基づく政治権力の完全な範例を我々に提供してくれました。

今日においてもなお、啓示宗教へのあらゆる信仰から完全に解放されたと信じている国においても、宗教的欲求は相当の地位を占めており、民衆は、超自然的な力をなんらかの定式や制度に付与しています。このような神秘主義は、政治体において異論の余地のない役割を果たしており、社会学者や政治家が無視することのできない統治の要素となっております。<sup>⑥</sup> 国民主権やサンディカリズムへの信仰、ゼネストや八時間労働の魔術的な美德への信仰、これらのものは、宗教的感情が依然として影響力を有していることを示す典型的な事例です。<sup>⑦</sup>

しかし、宗教的信念が政治的分化に対して一定の影響を過去に持ち、そしてまた現在もなお持っているとしても、宗教的信念だけが作用したというのは真実ではなく、それと並んで他の要素の働きも感じられました。経済力は、政治的進化において常に第一義的な役割を果たしました。カール・マルクス [Marx, Karl Heinrich, 1818-1883] とその

弟子たちは、歴史上、政治権力は、常に経済権力と相伴って進むこと、国家の権力は常に富を持つ者に帰属することを説きました。彼らが言うには、ローマ史上、平民プレブスと貴族パトリキとの間の絶え間なき争いは、政治的なものではなく、経済的な争いでありました。そして、平民が富を獲得したときに、政治権力は平民に加担したのでした。ローマでの出来事は、あらゆる国で起こったのであり、また将来も起こるでしょうし、今日では、プロレタリア階級が政治権力を獲得するためには、まず、ブルジョア階級から接収を行わなければなりません。要するにこれが、有名な史的唯物論です。

政治制度の形成において、富が重要な役割を果たしたことに疑いがありません。しかし、宗教的要素と同様、作用したのは富だけではありません。経済的要因によってすべてを説明できるとか、宗教的信仰が政治権力の唯一の源泉であったとかいうことは、同様に誤りであります。

これら二つの要素は、時代や国によって様々な条件の下で、複合していたのです。そして、これらの要素は、様々な形態の政府の形成をもたらしましたが、これらの政府は、被治者によって当然に期待されるような役務を提供する場合にのみ、あるいは少なくとも被治者がこれらの役務の提供を受けていると正当に信じていることができる場合のみ、存続できたのです。実際、その任務を果たさず、旧体制下フランスの優れた定式ジャステに就いては、<sup>⑧</sup> 裁判による平和を確保しない政府はすべて、消滅に追い込まれるのです。これに対して、その起源がどのようなものであれ、どのような混乱や犯罪、暴力の中で成立したのであれ、混乱の時期が過ぎ去った後にその責務を果たせば、そして、正義ジャステに就いては、裁判によって平和を確保すれば、政府はすべて、必ず尊重と承認を受けるのです。

## II 政治的分化の発生原因

一九・二〇世紀の中で、政治的分化はどのようにして生じたのでしょうか。

エスマン [Esmein, Adhémar, 1848-1913] は、「普通選挙制度は、物理現象のような方法で進展しているように思われる」と述べました。彼は正しかったのです。実際、世界のあらゆる国において、政治権力は、数の上での多数派に少しずつ移行したのです。しかしながら、活動的な他の政治勢力が同時に存在しなかったと考えるのは誤りででしょう。政治家や社会学者は、このことを理解しなければ、現実的とは言えないでしょう。例えば、イギリスを始めとするいくつかの国では、国王への信仰は一大勢力であって、これを無視するのはきわめて軽率なことでありましょう。「また」宗教の影響は、どこにおいても、完全には消滅しておりません。このことを忘れた政治家は、ひどい幻滅の対象になることになります。最後に、サンディカリズムは、職業的団体の形成や、サンディカリズムの定式に付与された神秘的で超自然的な力によって、世界全体において、最有力の政治勢力であるように思われます。

サンディカリズム運動については、お話しすべきことは多くあるようです。そこで、少しだけここに立ち止まり、サンディカリズム運動の正常な発展がいかに狂わせられたかについて一言で示したいと思います<sup>⑨</sup>。

少なくともフランスでは二五年ほど前に出現したサンディカリズムは、諸階級の連携と階層化に基づく社会の再組織化を実現しようとする努力でありました。フランス革命は、旧来の社会諸集団を廃止し、国民主権原理と個人の平等をドグマとして宣言することによって、社会の破細化 (*pulvérisation sociale*) と呼びうるものをもたらしました。すべての個人は平等ですがお互いに孤立しており、全能なる国家に対峙していました。個人と国家との間には、諸個人の利益や共通性に基づく集団はなんら存在しておりませんでした。一九世紀全体にわたって、嗜好や欲求、行われる労働の共同性に基づいて諸個人を結びつけるために結社を行う努力がなされました。二〇世紀の初頭、このような変遷の諸要素は明確になり、確定的になったように思われます。同一の労働を行い、同一の利益を持つ諸個人はお互いに接近する傾向にあり、相互に連携し階層化された結社や団体を形成しています。このようにして、

新しい社会の基本的な輪郭が姿を現します。この社会においては、様々な社会階級がひとつの確固とした構造、したがって、ひとつの政治勢力を有し、これが多数派の権力と組み合わせられることになるでしょう。とりわけフランスにおいて、二つの議院、すなわち、数の上での多数派を代表し、普通選挙により選出された議院と、労働組合へと組織化された職業的諸階級の代表を確保する議院とによって政治的代表が確保されるべき時代の到来がすでに感じられていました。<sup>⑩</sup>

達成するはずであるように思われた進化は狂わせられ、また、革命的サンディカリズムや、デマゴグの介在に足枷をはめられてしまいました。「すなわち」このデマゴグは、階級闘争を説くことによって、そして、サンディカリズムは資本主義ブルジョワジーに戦闘的に反対する労働界の結社であり、資本主義ブルジョワジーを搾取し疎外するためのものであると主張することによって、労働界を扇動したのです。このような搾取と疎外とが実現間近であるとは思われません。また、このようなデマゴギー的な宣教や、六年前に惨めにも失敗したいくつかのゼネストの企ては、労働組合の政治的勢力を強めるといふよりは弱める効果を持ったように思われます。<sup>⑪</sup>それでも、現代の多くの国では、職業組合は確かに統治的権力の一要素を構成しており、近い将来、政治的代表を獲得するに至るに違いありません。

### Ⅲ 政府と政治勢力

ともあれ、次に述べることが、これまで若干敷衍してきたところの結論です。すなわち、政府は、その国に存在する政治勢力のいくつかに依拠する場合にのみ、そして、さらに、自らに課された社会的任務を遂行する場合にのみ、存在し、そして存続することが出来るのです。このように理解された政府が社会のうちに存在しさえすれば常



に、この社会は国家へと組織されるのです。国家とは主権的な団体人格ではなく、単に、統治者と呼ばれる一又は複数の個人で、政治的権力すなわち抗し難い強制力を保持している者をその内に有している社会にすぎません。このような強制的権力の行使は、それが統治者に課された責務を実現するためのものである場合に正当なものとなります。<sup>⑫</sup>

国家の責務について申しますと、主権的な団体人格——このような人格は実在しません——に課されるそれではなく、厳然として存在する諸個人に課される責務が念頭に置かれます。例えば、フランス国家に課される責務について申しますと、それは、フランス国家なる主権者（そこには純粹に觀念的な概念があるに過ぎません）に課される責務ではなく、政治的権力を實際に保有する生身の個人、すなわち、三〇〇名の上院議員や六〇〇名の下院議員、共和国大統領、一三名の大臣に課される責務なのです。まさに彼らに対して、我々は次のように語りかけるのです。すなわち、「あなた方が統治者なのです。我々はいかなる権原によって〔あなた方が統治者〕なのかを追究しません。我々は事実を取り上げます。すなわち、あなた方は強制力を有しています。あなた方は思い通りにその力を發動できます。しかし、あなた方がその力を正当に保持できるのは、統治者としての責務を果たす限りにおいてなのです」と。

これらの責務とはいかなるものなのでしょう。それを知るために天空の高みに登る必要はありませんし、我々がそれを見るのは靈氣に満ちた視覚によってではありません。これらの責務は卑近なものであり、社会的事実そのものの中にその源泉があるのです。国民は、社会連帯という事実自体が実現し、発展して初めて、存続し、発展することが出来るのです。したがって、社会連帯の実現のために可能な限り働くことは、最も慎ましい市民から、共和国大統領、国王又は皇帝といった国家元首に至るまで、国民のすべての構成員の至上の責務なのです。

社会連帯は、役務の交換によって実現します。各人は、その地位と適性によって提供可能な役務を他人に与えな

ければなりません。統治者は、その他の者と同様の個人であり、その意思は優越的な本質を有するものではなく、絶対君主の意思も、もつとも慎ましい農民の意思に対してさえ、優越する価値または力を有するものではありません。後者は集合体に対して肉体労働を提供する義務を負い、前者はその持てる力をあらゆる公益的な活動——ごく短い間であっても停止してしまえば社会の組織の解体、そして、おそらく社会の死滅をもたらすような活動——の途切れることのない遂行のために用いる義務を負っています。

我々が公役務と称するものの対象となるのは、このような活動、すなわち、その実現が社会生活にとって不可欠であるような活動なのです。こうして、統治者の責務は、公役務の運営を恒常的に確保する義務であると要約することができます。

#### IV 公役務

現代国家においては、公役務の数はしだいに増加しています。一定の公役務はいつの時代にも存在しました。これらの公役務はなお存在していますし、人間の社会が存在する限り、将来も同様でしょう。それは、戦争や警察、司法といった役務です。統治者は、外敵に対して社会の防衛を確保しなければなりません。統治者は、国内の平和や社会体のすべての構成員に対する平等な司法を確保しなければなりません。戦争や警察、司法は長い間、唯一の公役務でありました。そして、その完遂を確保するために、統治者は一方的な行為によって介入したので、統治者は特別の意思力を有していると信じられるに至りました。伝統的な統治権インベリウムすなわち公権力ないし主権の理論は、部分的にはそこから生じています。

今日でも、戦争や警察、司法といった公役務は、相変わらず、そして必然的に存在しています。しかし、これら

と並んで、それ以外の、技術的、工業的、商業的な一連の役務が生じました。現代の諸々の発明物は、経済学者の定式に従えば、家族経済 (l'économie domestique) から国民経済 (l'économie nationale) への移行をもたらしました。このような移行と共に、鉄道や電灯、電話といった今では国民生活にどれも不可欠なものが生まれました。⑬そこで、統治者はきわめて複雑な任務及び数限りない責務を負っているのです。統治者は、その国民の生活そのものに不可欠であるこれらすべての役務の運営を絶えず確保しなければならぬのです。⑭統治者にその力がなく、その職務を全うできなければ、統治者はその地位を保持する資格がありません。すなわち、彼らの権力はもはや正当なものではなく、停止すべきなのです。

以上のようなことから、引用をお許しただけならば、私は『公法変遷論』で、次のように述べたのでした。すなわち、「あらゆる意思は個人の意思である。すべての意思は同価値である。意思には階層は存在しない。主体だけを考慮すれば、あらゆる意思は同価値である。意思の価値は、意思が追求する目的によってのみ決定できる。⑮統治者の意思はそれ自体としてはなんら力を有しない。統治者の意思は、それが公役務の組織と運営とを追求する限りにおいてのみ、価値と力を有するのである。こうして、公役務の観念は主権の観念に取って代わるようになる。国家は、もはや命令を発する主権的権力ではない。国家は、力を保有する個人の集団であり、これら個人はこの力を公役務の創設と運営に用いなければならないのである。公役務の概念は、現代公法の基本観念となった」⑯と。

一九二六年二月一日

（訳注）

- ① 第六講Ⅲ・Ⅳ及び第七講参照。
- ② 「（公ないし政治）権力」に該当する原語として、*puissance* と *pouvoir* とが使われているが、デュギーにおいては、両者は特に区別されておらず、いずれも正当な強制力を前提とするものである（*Traité, 3<sup>e</sup> éd., t. 1, p. 544*）。
- ③ ベルギーの社会学者、数学者、哲学者。一九二五年、ベルギー＝フランス使節団の一員として、エジプト大学における社会科学教育を確立するために尽力した。
- ④ 以下、この段落については、第六講Ⅰを参照。
- ⑤ 例示からも分かるように、ここでの「宗教的」という用語は、形而上学的なものへの信仰一般として広義に使用されている。
- ⑥ 統治者と被治者の分化は、強者と弱者の分化であって、政治権力が存在するためには物理的な力が必要であるが、それだけでは十分ではない。政治権力の持続のためには、何らかの道徳的な力を伴う必要がある、これが政治の技術の問題である。「政治の技術のすべては、統治の形式と方式をその国の宗教的・道徳的な信仰、経済的な必要物に適合させることであり、また、統治者は自身の個人的な利益のためにはなく万人の利益のために統治を行っているということを臣民に深く納得させるようにすることである。」（*Traité, 3<sup>e</sup> éd., t. 2, p. 48*）
- ⑦ 第七講Ⅱを参照。
- ⑧ デュギーがこの定式を、近代国家の任務を正確に述べるものとして有用であると評価していることについては、例えば第六講Ⅱを参照。
- ⑨ デュギーは、社会的事実としてのサンディカリズムと、教義としてのサンディカリズムを区別し、後者を事実と反するとして排斥する。社会的事実としてのサンディカリズムの運動は、一七八九年の極端な個人主義原理によってアモルフなものとされた個人の集団が、職業等の共通性によって組織された諸社会組織の総体によって取って代わられるという動きを指している。これらの諸社会組織間の関係を支配するのは分業による社会連帯の原理であり、したがって、サンディカリズムは、教義としてのサンディカリズムが主張するような階級間の闘争としてではなく、本文にもあるように、社会全体の調和的な再組織に向かうものとして描かれる（*Souveraineté, p. 178 et suiv.; Traité, 3<sup>e</sup> éd., t. 1, p. 663 et suiv.*）。なお参照、高橋和之『現代憲法理論の源流』（有斐閣、一九八六年）一三三頁以下。
- ⑩ 職能代表制議院の設置法案が実際に提出されたことをさすものか（*cf. Traité, 3<sup>e</sup> éd., t. 2, p. 761 et suiv.*）。
- ⑪ 一九二〇年一月の鉄道労働者の運動を始めとする一連のゼネスト運動を指す。同年五月一日には鉄道従業員を中心に、鉱山、港湾、建築部門にも波及し、一五〇万の規模に達したといわれる。しかし、ミラン内閣の弾圧によって敗北し、労働総同盟（CGT）の組合員は激減し大打

撃を受けることになった。このゼネスト敗北は、一九世紀末以来フランス労働者運動を特徴づけてきた革命的サンディカリスムの最終的・決定的挫折を意味し、以後革命的サンディカリスムは労働者運動の主流から消滅していくことになる（参照、中木康夫『フランス政治史（中）』（未来社、一九七五年）一六頁）。なお、この事件に対するデュギー自身の論評として cf. *Souveraineté*, p.189。

⑫ 統治者の責務については、なお参照、第一四講Ⅳ・Ⅴ。

⑬ 本文中の例からも分かるように、デュギーにおいても公役務は必ずしも国家が直接運営すべきものとはされていない。デュギーは、国家によってのみ行いうる公役務とそうでないものとを区別するベルテルミーなどの所説を批判し、私人によって行い得ない社会的活動は存在しないとす（*Traité*, 3<sup>e</sup> éd., t. 2, pp. 63-4）。また、公役務の数の増加は、特許（*concession*）をその一つの形態とする公役務の分権化を伴うという（*Traité*, 3<sup>e</sup> éd., t. 2, p. 66）。

⑭ このように公役務の運営を確保するための法令を、デュギーは「役務法」と呼ぶ（*Traité*, 3<sup>e</sup> éd., t. 2, p. 71）。

⑮ 第四講Ⅳを参照。

⑯ *Transformations du droit public*, p. XIX.

第九講 国家の諸作用 実質的観点と形式的観点 立法作用 憲法的法律と通常法律

皆さん、

〔今日は〕国家の諸作用についてお話します。完全に正確な表現を用いるなら、統治の諸作用、<sup>①</sup>と云うべきでしょう。と云いますのも、先に示しましたように、国家は決して人格を持たず、意思することも行動することもできず、公的な活動を行うのは力を実際に独占している諸個人、すなわち統治者<sup>グベルナン</sup>であるからです。<sup>②</sup>しかし、お互いの了解があれば大丈夫でしょう。それゆえ、普通に用いられている簡便な表現である、国家の諸作用についてお話しようと思えます。しかし、もちろんのこと、国家の諸作用についてお話するからといって、これまでに述べました諸々の考えをいささかも棄て去るものではありません。

I 国家の経済的作用と法的作用

国家の諸作用について検討する際には、しばしば陥る混同を回避しなければなりません。すなわち、国家の経済的でないし社会的作用と、その法的作用とを、注意して区別しなければなりません。すなわち、国家の経済

国家の経済的でないし社会的作用とは何かを問うことは、国家が何をなすべきか、国家は如何なる活動を行うべきか、国家が組織し、実現し統制すべき公役務とは何か、を問うことに他なりません。これは非常に広範囲に及ぶ経済的・社会的な性質の問題であり、これを論究する意図は毛頭ありません。ただ指摘しておきたいのは、統治者は、いつの時代にもまた何処においても、外敵に対して国の防衛を確保し、また国内の秩序・平和・正義を確保しなければならなかったし、現在もそうであること、またこのために戦争、警察及び司法といった古来より存在する諸々

の公役務を設けなければならなかった、ということですが。しかし、近代国家はさらに、公共輸送や照明、公土木といった技術的な性質を持つ一連の公役務を組織し、運営しなければなりません。また、現代的意識の要請により、国家は、扶助や公教育、労働の組織化、および社会的福利厚生 (prevoyance sociale) に関する義務を負っております。国家は、いかなる範囲において、またいかなる手段によって、これらの様々な作用を遂行すべきなのでしょう。これは経済的な性質の問題であり、「法学者たる私が」これに深く立ち入るべきではありません。

この点について、何か一般的な準則を立てることが出来るでしょうか。このような一般的な準則を考えた人々があり、長期にわたって二つの学派が対峙して参りました。すなわち、介入主義者あるいは国家管理主義者エタクトイストからなる一派と、非介入主義者ないし自由主義者リベラリストからなる一派です。後者に依れば、国家が為すべきことは、対外的な安全及び国内の平穩を確保することのみであり、それを超えるならば、国家はその本来の領域から逸脱して経済法則の自由な働きを阻害するのであり、これは社会自身を犠牲にすることを意味する、とされました。「これに対して」そうではない、と介入主義者は応えました。すなわち、国家が安全と平穩を確保すべきことは確かであるが、さらに、社会的正義が支配するように配慮しなければならず、それゆえ、国家は経済秩序のあらゆる領域に介入しなければならぬのだ、と。

これらの学説は双方ともに誤っております。国家の介入に関しては、一般的な準則を定式化すべきではないし、そうすることは不可能です。解決策は各国の状況や環境、経済状態その他に基づくものでなければならず、ある場合において取るべき解決策であつても、他の場合においてはもはや正しくありません。これは政治的・社会的な観察と経験の問題なのです。

しかし、それでもなお、現代のあらゆる国において、国家の活動が日々増大し、新たな領域へと拡大していることは確かです。その明らかな証拠は、公共支出の不断の増加です。このような増加を遺憾に思う人々もいますが、

そう思ったところで無益なことです。それは人の動かしえない現象であつて、したがつて、ありのままに認め、受け入れなければなりません。

我々にとつての唯一の問題は、国家の法的作用の問題であります。すなわち、自身の経済的作用の実現を確保するために国家が為すべき行為が、法の世界においてそれが持つ効力という観点から見て、どのように立ち現れるのか、という問題です。問題となつてゐるのはもはや、これらの「経済的」作用とは何かとか、国家は安全・平穩・平和を確保することにとどまるべきかどうかとか、また、国家が例えば鉄道や路面電車を作り、手紙の配達や、電信電話によるコミュニケーションを確保し、公的扶助や教育を与えるべきかどうか、といったことではありません。問題はまったく別のところにあるのです。すなわち、いかなるものであれ経済的な任務を達成するために、国家が為すべき「法的」行為は何であるのか、そして、その行為が法の領界においていかなる影響を与えるのか、という問題です。これこそ、そしてこれのみが、法的問題なのであります。

## II 事実行為

それでは、そのように理解された国家の法的作用とは、何なのでしょうか。

まず確かなことは、国家は法的性質を全く持たないような行為、公務員が法準則や法的地位を生み出す意図を全く持たずに遂行するような行為を、数多く行うということです。単に事実行為（*opération matérielle*）に過ぎないような公的行為は無数に存在します。公土木の見積りや計画を立てる技術者、列車を運転する鉄道機関士、手紙を区分けし又は配達する郵便局員、取り次ぎを行う電話交換手は、いかなる観点からも法的性質を持たないような活動を行つています。しかしながら、これらはすべて、国家の活動を実現するための行為なのです。



この観察は、それがいかに単純なものに見えようとも、重要なものであります。実際、事実行為は何ら法的性質を持たないけれども、法と無関係ではないことに注意することが必要です。ただし、ここにおいて法が介入するのは、行為が有効であるための要件を定めたり、違法があつた場合に行為の取消訴訟を認めたりするためではありません。問題となつてゐるのは単なる事実行為に過ぎず、それゆゑ、行為の有効性やその取消しについて語ることは出来ないのです。為されてしまったことは仕方ありません。有罪判決を受けた者が刑の執行を受けた場合には、刑を言い渡した判決を取り消すことはできても、もちろん執行自体を取り消すことは出来ませんし、違法な逮捕が行われた場合には、「違法逮捕の」被害者を釈放することは出来ても、逮捕自体を取り消すことは出来ません。鉄道機関士が事故を起こしてしまつた場合には、それを無かつたことにすることは出来ません。しかし、これらすべての場合、またその他類似の場合において、法的な性質を持たない公的行為、すなわち単なる事実行為であつても、場合に依つて国家又は公務員に対して、その責任を問う訴訟を引き起こすことがありうるのです。この意味において、またこの意味においてのみ、<sup>③</sup> 事実的ではない公的行為が法に関わるのです。

以上を踏まえた上で、ここでは法的な性質を持つ公的行為についてのみ、お話しすることにいたしましょう。

### Ⅲ 形式的観点及び実質的観点

国家が行う様々な法的行為とは、どのようなものなのでしょうか。この問いに答えるためには、重要なものでありながら今なお看過してゐる学者も見られる、ある区別をなすことが重要です。例えばフランスの最も傑出した公法学者の一人、カレ・ドゥ・マルベールは、その名著『一般国家学』において、その区別を完全に忘れております。<sup>④</sup> 他の学者も、その区別をしておきながら忘れてゐるようであり、その故に嘆かわしい混同に陥つております。学識

ある私の友人オーリウも、この混同から免れておりません。<sup>⑤</sup>

私が念頭においている区別とは、形式的観点と実質的観点のそれであり、その原理は至極単純です。この区別を適用することはしばしば厄介なのですが、正確に行わなければなりません。さもなければ、完全なる混乱に陥ることでしょう。

公的行為を形式的観点から定義すること、これはすなわち、その行為を行う機関に着目して定義することに他なりません。「公的」行為を実質的観点から定義すること、こちらはその固有の法的性質、主観法又は客観法の領域における効果に着目して定義することを意味し、いかなる機関がその行為を行うのかを問いません。

例えば、形式的観点からすれば、法律とは、ある国において、憲法により立法機関の性格を与えられた機関が為すあらゆる行為を意味します。エジプトの立法機関は複合的であり、二院及び国王をその内に含む議会が立法機関を構成します。<sup>⑥</sup> 両院が可決し国王の裁可を得た行為はすべて、その固有の性質が何であるか、またその法的効果が如何なるものであるかに拘らず、立法行為、すなわち形式的意味における法律となります。両院が可決し国王が裁可した、エジプト領土に所在するすべての個人に適用される刑事諸規範を考えると、これは形式的意味における法律です。両院が可決し、国王が裁可し公布した、ある市民に財産又は褒章を授与する諸規範を考えると、これもまた形式的意味における法律です。しかし、固有の法的観点からすれば、これら二つの行為は全く異なっており、一方は本質的に客観的である準則行為であり、他方は主観的行為なのです。<sup>⑦</sup>

他の例を見てみましょう。アレクサンドリア市当局が、その権限の範囲内において、警察規則を定めたとしましょう。形式的観点からすれば、これは行政行為ですが、しかしながら「実質的観点からすれば」準則行為、客観的行為でもあります。同じ市町村当局が特許コンセンションを与えたとすると、これは主観的行為であり、固有の法的観点からは前者と全く異なるものなのです。「しかし」形式的観点からは、両者とも行政機関が行うものなのですから、これらは同

じ性質の行為なのです。

形式的観点からする公的行為の区別は、非常に単純です。と言いますのも、その行為を行う機関が、実定法により立法機関または行政機関のいずれの性格を与えられているかに着目すればよいからです。

しかし、このように公的行為を形式的観点から分類することには、非常に大きな実際的利点が存在します。国家の様々な行為に対する訴えの受理可能性いかなは、それを行った機関により左右されます。例えば、フランスを含む多くの国では、立法行為に対するいかなる訴えも受理されません。反対に、恣意的行政に対して行政客体が持つ大変強力な保護である越権訴訟は、一般に、形式的行政行為に対して提起することができます。すなわち、越権訴訟はあらゆる場合に提起できるわけではなく、形式的行政行為についてのみ提起しうるのです。

#### IV 客観的及び主観的な公的行為

国家の行為を実質的観点から考察し定義すること、これは先述の如く、それらの行為が持つ固有の法的性質に着目し、それらの行為を行う機関や公務員を全く考慮しないことを意味します。様々な国家行為は、実質的観点からはどのように観察されるのでしょうか。また、同じ観点から見た場合、国家の諸作用はどのように映るのでしょうか。

以前の講義で申しましたように、あらゆる法律行為 (*acte juridique*)、すなわち、法的効果を生み出そうとする意図で行われる、あらゆる意思表示の結果として、準則や客観的な法的地位、あるいは主観的な法的地位が現れます。これらの表現の各々については、既に説明いたしました。<sup>⑧</sup>そこで見たように、準則行為、要件行為 (客観的地位の発生要件となる行為)、それから主観的行為が存在するのです。

以上を踏まえると、国家が行う行為で準則を含むものはすべて、実質的観点からは立法の性格を有します。こうして立法行為は、この実質的観点からは、公的機関が定める諸々の規範であって、行為準則をその内に含んでいるもの、と定義されます。立法作用とは、一般的な態様の諸規範を定めることを言い、その制定機関がいずれであるかを問いません。

客観的・要件的行為と主観的行為は、実質的観点からは行政行為であり、それを行う機関のいかんを問いません。議会、政府、あるいは下位の公務員のいずれが行ったものであると、それは実質的観点からは行政行為であり、行政作用とは、この種の行為を遂行することを意味するのです。

最後に、第三のカテゴリの行為は複合的な性格を示すもの、すなわち裁判行為であります。その性質を定めるためにはいま少し敷衍する必要があります、この点については次回の講義で検討いたします。<sup>⑨</sup>

このように、実質的観点からは三種の国家作用が認められます。すなわち、立法作用、行政作用、及び裁判作用です。実質的観点に立った場合には、これ以外の国家作用は存在いたしません。と言いますのも、法の領界におきましては、意思表示の結果として、新たな準則か修正された旧来の準則しか存在しないからでありまして、また、創出された新たな客観的地位又は主観的地位か、修正を受けた旧来の地位しか存在しないからなのです。ただし、次回の講義で述べます裁判作用についてはこの限りではありません。

しかしながら、さらに国家の他の諸作用、特に執行作用や統治作用について語る者も多くいます。ホワイト・イブラヒム [Ibrahim, White, 1894] 氏が私に惠投して下さり、私がそれに賛辞をおくる榮譽に浴しますところの大変興味深い書物<sup>⑩</sup>にも、この理論の影響が見出されることを申し上げねばなりません。エジプト憲法に関する氏の素晴らしい注釈についてですが、氏はそこで執行作用と立法作用を対立させ、執行作用の内に、行政作用と共にいわゆる統治作用をも含めているようであります。フランスにおいても多くの著者が、とりわけかつて大変名声を博しま

したデュクロック [Ducrocq, Théophile Gabriel Auguste, 1829-1914] 教授が、同様の見解を支持しておりました。<sup>⑩</sup> かかる見解は、私の考えでは、全く認めがたいものであります。

執行行為と呼ばれてきた一連の行為であつて、いうところの執行作用の対象を形成するものを政府が行うことは確かです。しかし同時に、これらのいわゆる執行行為はすべて、法的観点からは立法行為であるか、行政行為であるか、あるいは単なる事実行為であるということを示すのは容易です。

例えば、法律の執行を確保するために、政府は執行命令を定めますが、この命令は、実質的観点からは立法行為であります。政府は官吏を任命し、あるいは他のあらゆる個別的決定を行います。この場合、政府は要件行為又は主観的行為を行つており、実質的行政作用を行つております。また政府は、法律の執行を確保するために警察措置、すなわち身体及び財産に対する執行行為、を命じる場合には、いかなる法的性質も持たない事実行為を行わせているのですが、この事実行為もまた、語の通常の意味における行政作用の内に含まれるものなのです。

執行作用について述べましたことは、いわゆる統治作用についても当てはまります。学者の中には、執行作用と統治作用を区別しようと尽力した者もおりますが、統治作用も執行作用と同じく、現実には存在いたしません。そこにもどのような行為を含ませようとしたところで、それらはすべて立法行為であるか、行政行為であるか、あるいは事実行為なのであります。例えば、外交行為を統治作用に含ませようとした人がいますが、外交行為は何ら特別な法的性質を有しているわけではありません。外交交渉は、単なる事実行為に過ぎません。宣戦布告や中立宣言の如き、国際的な性質を持つ宣言は、一方的な法律行為であり、国際法上の客観的地位の発生要件となるものであつて、あらゆる客観的・要件的行為と共通の性質を有しております。これまた統治作用に数えられる外交協定も、他のあらゆる行政行為と同じように法律行為であり、立法条約 (convention-loi)<sup>⑪</sup> に関わるときは準則行為、契約協定または契約条約<sup>⑫</sup> に関わるときは主観的行為なのであります。立法条約 (traite-loi) と契約条約との区別は、今日

の国際法においてはよく見られるものです。

## V 立法作用と憲法的法律

本講を終えるに際して、立法作用について今少し敷衍したいと思います。

立法作用とは、法律<sup>ロフ</sup>を制定する作用です。しかし、法律とは何でしょうか。既に述べましたように、この問いに答えるには、形式的観点、ついで実質的観点から検討することが必要です。形式的観点からは、法律とは、当該国の憲法が立法機関と定めている機関が行うあらゆる決定のことを意味します。実質的観点からは、法律とは、議会、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意味します。決定が一般的な態様の規範であるならば、この決定は常に法律なのです。しかし、このことから、実質的な意味における法律が常に同じ効力、同じ権威を持つとか、それが常に主権的な決定であるなどと結論してはなりません。たとえば法律が固有の〔法的〕観点からは同じ性質を持つとしても、その権威・効力の観点からは、これを制定した機関を区別しなければなりません。

例えば、市町村当局が定める命令は、実質的観点からは法律です。しかしそれが議会の可決した法律と同じ効力・価値を持つものでないことは明らかです。国家元首が定める命令は法律ですが、しかし議会が可決した形式的意味の法律には劣位します。下位の行政機関が発する命令を度外視するならば、多くの近代諸国、とりわけフランス及びエジプトにおいて、実質的法律には三種のカテゴリーがあることが認められます。これらは、その定立機関が異なることから、異なった権威を有しております。すなわち（一）硬性の憲法的法律、（二）通常法律、（三）〔国家元首による〕命令、であります。

硬性の憲法的法律は、憲法により特別の性格を与えられた機関が定立するものであり、通常の立法機関が廃止したり改正したりすることは出来ません。憲法的法律を改正または廃止することが出来るのは、その憲法的法律自身が定める手続（フェルム）によつてのみなのです。憲法的法律は、通常の立法機関に優位する機関が定立するものなのです。

こうして、例えばあなた方の一九二三年の憲法的法律は、その第五七条⑭に定める要件においてのみ、改正することが出来るのです。通常法律によつてあなた方の憲法を改正するとすれば、これは法に反するものであり、まさに違法な法律と呼びうるでしょう。

憲法的法律は公権力の組織を必ずしもその対象としていないことに、注意して下さい。憲法的法律は、政治組織とは全く無関係なものを対象とすることも出来るのです。ある法律を憲法的なものとするのは、その対象ではなくて、その制定手続なのです。例えば、アメリカにおいてアルコール飲料及びワインの輸送、販売及び消費を禁止する法律は、いかなる意味においても政治組織に関わるものではありません。しかしながら、この法律は、アメリカ人が憲法修正（アmendメント）と呼ぶところの憲法的法律⑮であり、憲法的法律の改正のために定められた手続においてのみ、廃止し又は改正することが出来るのです。（一七）

今日、すべての国において、今私が述べましたところの通常法律と憲法的法律との間の区別を行つております。イギリスのみがその例外です。イギリスの議会は無制限の権力を有しております。イギリス議会在行つたあらゆる決定は法律であり、すべて同じ性質を有しております。イギリス議会在制定できないような法律は存在しませんし、イギリス議会在改正し又は廃止することが出来ないような法律も存在しません。イギリスの格言に、次のように言われております。「イギリスの議会は、男を女にすること以外は何でもできる」⑯と。政治的自由に関して、疑いもなく世界における主導者であつたこのイギリス人民は、国家の立法権力に課せられる制限という基本的な概念を持つに至ることは決してありませんでした。立法者が定立し得ない一定の法律が存在するという、フランスの一七九

一年憲法制定議会在公式に定式化したこの原理を理解することは、決してなかったのです。<sup>20</sup>

## VI 国家元首の命令権力

通常法律について言えば、これはその国の憲法により通常は立法作用を遂行するものとされている機関が制定するものであります。この点をくどくど説明する必要はないでしょう。ただ指摘しておきたいのは、エジプトにおいては、憲法の定めるところにより、法律を制定するには同等の権力を有する二つの議院による可決と、国王による裁可とを必要とする、ということであります。両院が同じ文言で可決し、国王が裁可し公布したすべての決定は、法律なのです。反対に言えば、形式的意味の法律とは、両院が可決し、国王が裁可及び公布したもののみを指しております。

しかしながら、エジプトや類似のシステムを採る諸国、例えばフランスでは、一般的な態様の規範ではあるが議会在が制定せず、両院の関与なしに政府限りで定められるものが存在します。フランスの用語において命令レグルマンと呼ばれるのは、これらの規範です。それゆえ、国家元首は命令制定権力を有していると言われます。しかし、この命令及び命令制定権力の存在により、重大かつ困難な諸問題が惹起されます。

エジプトやフランスのように権力分立原理を認める議会制諸国でも、政府は命令の名の下で一般的な態様の規範を定めることができますが、憲法自身が議会のみ立法作用を帰属させているにも拘らず、これは実質的意味の法律なのです。それゆえここに、三種の問題が提起されます。（一）議会制及び権力分立を採用する国において、い

（一）この講義を行った後に、フランス国民議会は国防債の運営および公債の減殺のための基金の独立性に関する一九二六年八月一〇日法律を可決した。この法律は、フランスの政治組織に全く関係するものではないにも拘らず、憲法的法律なのである。



かにして命令の存在が認められるのか。(二) 命令が存在するとして、如何なる事項につき、如何なる場合に命令を定めることが出来るのか。(三) この命令に対して訴訟を提起することは出来るのか。

(一) 議会制を採る諸国において国家元首の命令が存在するということ、この事実に近い余地はありません。さらに、この命令は存在すべきだし、これなしでいることは出来ないと言っておきましょう。なぜなら、一国の行政運営及び経済生活を確保するために必要な、一般的な態様の規範のすべてを議会が可決することは、物理的に不可能だからです。権力分立原理を厳格に適用しようとした諸国でも、これを修正し、実際の必要に応じて、実質的法律すなわち命令の制定権を政府に認めざるを得ませんでした。イギリス及びアメリカ合衆国も同じ道を辿ることを余儀なくされ、とくに戦時中は、この両国は、フランスにおいて執行権者に与えられていたよりも遙かに大きな命令制定権限を、執行権者に認めたのです。

(二) いかなる事項につき、いかなる場合に、国家元首は命令を定めることが出来るのでしょうか。あらゆる国において、国家元首には、法律の執行命令、すなわち法律の細部を定める命令を発する権限が認められています。この場合、政府は法律を明示的に変更することが出来ないばかりでなく、いかなる新たな原理も定立することが出来ず、法律に含まれた一般準則を施行することに止まらなければならずと了解されております。

しかし、厄介な問題とはそのことではなく、権力分立に基づく議会制においても、国家元首が独立命令を発することが出来る場合があるのかどうか、すなわち、適用を確保すべき法律とは凡そ無関係でありそれ自身で充分な存在である命令を、定めうる場合が存在するのかどうか、ということなのです。

フランスにおいては、いつでもこの問題を巡って非常な論争が交わされております。しかしながら、フランス法の現状においては、国家元首が独立命令を定めることが出来るのは、次の三つの場合であることが認められております。①国家元首が議会からその旨の明示の委任を受けている場合、②公役務の組織および運営に関する準則を定

める場合、③領土の全体に適用される一般的な警察措置を行う場合。

フランス法においては、いわゆる緊急命令 (*reglement de necessite*)、すなわち緊急性やその国が陥っている特別な状況のゆえに政府が立法事項についてなす命令は、認められておりません。

エジプト法においても政府は、フランスの政府と同じように、立法部の委任に基づく命令、公役務を組織する命令、及び警察措置を行う命令を定めることができると思われます。しかし今一步進んで、エジプト政府は、先に述べましたような緊急命令を発することが出来るでしょうか。

この問題は、エジプト憲法第四一条により、明瞭に解決されているように見えます。曰く、「議会の閉会中に、遅延を許さない緊急の措置を要するときは、国王は法律の効力を有するデクレを発する。但し、このデクレは憲法に反するものであつてはならない。〔この場合、〕直ちに臨時議会を召集し、その最初の会議においてこのデクレを審議に付すものとする。このデクレを議会の審議に付さないとき、又はいずれかの議院がこれを承認しなかつたときは、このデクレは法律の効力を喪失する」と。

このように、あなた方の憲法は、一定の要件の下で、法律としての効力を有する命令 (*reglement d'ordre legislatif*) を定める権力を国王に付与しております。しかしこれは例外的な権力であり、憲法が厳格に定めている要件においてしか行使することが出来ません。憲法のこの文言は、厳格に解釈し、狭い意味で (*stricto sensu*) 適用しなければならぬのです。したがって、不可欠の要件の第一は、議会の閉会中であること、すなわち議会の二つの会期の間であるということです。さらに、議会を直ちに召集しなければなりません。このことは、議会を直ちに召集できないのであれば、国王はその例外的な命令制定権力を行使することが出来ないだろう、ということの意味します。その論理的な帰結により、下院の解散時にはこの権力を行使することが出来ないこととなります。「と言うのも」實際上、議会を直ちに召集することは出来ないだろうからです。

第二の要件は、極度の緊急性です。政府はこの要件が充足されているかどうかを判断し、議会在これを統制します。すなわち議会は命令の付託を受け、これを承認するか、又は承認を拒否します。

第三に、議会を直ちに召集しなければなりません。憲法は期間を定めておりません。この憲法準則が尊重されたかどうかは、議会自身が判断します。議会在直ちに召集されなかったとき、又は議会を召集したけれども両院又はいずれかの議院が命令を承認しなかったときは、これによって命令は失効カテゴリーとなり、その効力を失うのです。

このような制限を課した場合には、緊急命令権は危険なものではありません。しかし、何であれ些細な事件が起きたに過ぎない場合であっても、政府は——緊急命令権の行使が正当化されるような状況ではないのに——この権力を用いる誘惑に駆られるおそれがあります。この場合は厄介なことになります。これは全く政治上の問題であり、そのような事態に陥るのを防ぐことは、政治家の英慮にかかっております。

(三) 第三の問題、すなわち国家元首による命令に対して訴訟を提起することが出来るかどうかという問題は、適法の原理を保障するために各国で設けられている法的救済措置 (voies de droit) のシステム一般と関連します。これは第一五回の最終講で検討することに致しましょう。

一九二〇年二月一六日<sup>②</sup>

(訳注)

- ① *Traité*, 3e éd., t. 2, p. 151 では、「統治者の法的活動」という表現を用いている。
- ② 統治者と被治者との政治的分化、および社会体における統治者の責務については、第八講 I を参照されたい。
- ③ 「法的」の誤りであろう。
- ④ カレ・ドゥ・マルベールは、形式的観点と実質的観点とを完全に区分することは不当かつ不可能であるとの立場から、純粹に形式的な法律観

念（「法律とは、立法議会の行うあらゆる決定のことである」）を提唱している（*Carre de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'Etat*, 1920, p. 285 et suiv.）。このように立法および立法作用を観念する背景として、そもそもカレ・ドゥ・マルベールは国家の諸作用（デュギーのいう法的諸作用）を「国家権力を行使する諸態様」たる様々な国家活動、と定義しているのだが、デュギーはこれを「国家に権力しか見ない立場からは論理的な定義だ」、「カレ・ドゥ・マルベールと私は同じ言語を話してはいない」などと酷評している（*Traité*, 3<sup>e</sup> éd., t. 2, p. 159）。

⑤ これについては、*Traité*, 3<sup>e</sup> éd., t. 2, p. 219 et suiv. を参照されたい。

⑥ 一九二三年憲法第七三条により、議会は元老院及び代議院の両院から構成される旨が定められていたが、立法権力については、同二四条により、国王が元老院及び代議院と共同して行使するものとされた。また、議会在が可決し国王が裁可した法律のみ、公布することが認められた（同二五条）。

⑦ デュギーが法律行為を準則行為、客観的・要件的行為、および主観的行為の三者に区分することについては、第四講Ⅰ・Ⅱを参照。

⑧ 前註を参照。

⑨ 第一〇講Ⅲを参照。

⑩ パリ大学法学部に提出された博士論文、White Ibrahim, *La Constitution égyptienne du 19 avril 1923*, Thèse pour le doctorat, 1924を基にして出版された、*La nouvelle constitution de l'Égypte* (preface de M. Gilbert Gidel), Paris : E. Duchemin, L. Chauny et L. Quinsac, successeurs, 1925を指す。なお、同氏はデュギーが講演した一九二六年に別著 *La Police judiciaire en Égypte. Étude de droit criminel comparé*, Paris, 1926 (13 octobre) を出版している。

⑪ デュクロックは執行権を統治と行政とに二分し、統治（gouvernement）が内政・外交における国家の発展を導く任務を持つものに対して、行政はこの統治活動を補完するものとして捉えていた。Th. Ducrocq, *Cours de droit administratif et de législation française des finances : avec introduction de droit constitutionnel et les principes du droit public*, 7<sup>e</sup> éd., t. 1, 1897, p. 28. なお、*Traité*, 3<sup>e</sup> éd., t. 2, p. 292, 533 et suiv. も参照されたい。

⑫ 諸国の共通利益の達成を目指して将来にわたる行為規範を設定する条約であり、同一方向の意思の合致により締結される。近年は、一般国際法の定立におけるその意義が強調される傾向にある。

⑬ 相対立する利害関係にある二当事者間で、双務的な権利義務を定める合意のことをいう。国内法上の契約概念を国際法に導入したものであり、従来はその法源性を否定的に捉えるニュアンスが込められていた。

⑭ 第一五七条の誤り。同条は次の通り。

(1) 憲法を改正するため、各議院は、全議員の過半数による議決により、改正の必要性を宣言し、改正の対象を特定する。

(2) 国王がこの議決を裁可したときは、両議院は、国王との共通の合意の下に、改正の対象となる諸点について決定する。各議院は、その議員

の三分の二が出席し、出席議員の三分の二の多数で決議が行われない限り、有効に議決することが出来ない。

⑮ もちろん、憲法上禁止された「消費」とは酒場における消費のことであり、家庭内における酒類の消費（飲酒それ自体）は禁止されていなかった。

⑯ 宗教的・衛生的・経済的理由を背景に一九一九年に成立（一九二〇年発効）した合衆国憲法第一八修正を指す。同修正条項は、約一四年後の一九三三年十二月、合衆国憲法第二一修正により廃止された。

⑰ 原注（一）に出てくる公債減殺独立基金（Caisse autonome d'amortissement）とは、一九二六年七月に成立したポアンカレ内閣が、フラン危機を解消するために、公権力の組織に関する一八七五年二月二五日法律を補充する一九二六年八月一〇日法律によって設立したもので、これにより、「国防債券管理および公債減殺基金の独立性」に憲法的性質が付与された。その目的は、「財政再建の決意を憲法を通して示すこと」によって得られる心理的効果と、基金の独立性に憲法上の地位を付与することによって、租税から基金に繰り入れられた財源を特に議会の侵蝕から守ることであった。その結果、他の措置とあいまって、フラン危機は二六年末には一応の解消をみるに至った。M. Duverger, *Les constitutions de la France, que sais-je?* 13<sup>e</sup> éd. 1993, p. 80. (時義義昭(訳)『フランス憲法史』(みずす書房、一九九五年)一一七、二〇八頁)。

因みにM.オーリウは、この公債減殺独立基金の設立をもつて政治権力の自己制限の一例と理解し、そこに秩序の自律性の発現を見出す。オーリウは権力・自由・秩序という三者の自律性の緊張関係の中に、法学に不可欠の公準——相対的な自由意思——の哲学的定式を探索するが、権力・自由を制限する役割を演じる秩序は、制度——その完全な形式が国家である——、慣習、実定的規範などの形をとって現れる。公債減殺独立基金の制度も、代々のフランス政府が公債償還のための予算財源を認める決議を毎年行いながら、実際には決して予算財源を充当して来なかった——したがって、そこに権力の自己制限は存在しなかった——ところ、このような政治権力を（自己）抑制する手段として、当該制度が設立されたのであった（M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd., 1929, p. 1 et suiv.）。この点についてはさらに、第二講の訳注⑤⑦⑮を参照されたい。

⑱ 先進国のうちで（イギリスと並んで）成文憲法典を持たない国として挙げられるイスラエル（R. Brazier, *Constitutional Reform*, 2 ed., 1998, p. 1）は、一九四八年の建国直後からアラブ諸国との戦闘が続き、憲法制定が優先課題になりにくかったこと、及び、聖書やユダヤ律法の扱いで意見の一致を見なかったことから、一九五〇年に正式の憲法典の制定を延期し、以後に制定する憲法的な性格を持つ一連の「基本法律」で代えることにした。現在まで「議会に関する基本法律（一九五八年）」「大統領に関する基本法律（一九六四年）」をはじめ、一一の基本法律が制定されている。しかし、これら基本法律は憲法的性格を有しており、即ちブライスの意味における *rigid* な憲法に分類できる。というのも、イスラエルの最高裁判所は、一九九五年のミズラヒ銀行事件判決において、（一）明文規定の有無に拘らず「基本法律」はそれ以外の法律に優位し、（基本法律に定める例外を除き）基本法律に反する法律は無効であること、及び（二）全ての下級裁判所は、基本法律に反するという理由で法律の無効

を宣言することができること、を述べているからである。従来「議会優位」(Parliamentary supremacy)の制度と解されてきたイスラエルにおいて、一九九〇年代のこの判決及び「人権に関する基本法律」の制定は、まさしく「憲法革命」の名に値するものであった。参照、『衆議院 ロシア等 欧州各国及びイスラエル憲法調査議員団報告書』(二〇〇一年)二六九頁以下。

①⑨ 例えば、J.L. de Lolme, *The Constitution of England*, 1807, Book I, chap. Xを参照。もともと、ド・ロルムにおける該格言の引用の趣旨は、「イギリス議会は男を女にすることができない」、すなわち古代ローマの法学者たちの擬制(fiction)という法技術に適わない、とする点にある。なお、第一五講IVも参照。

②⑩ 一七九一年憲法第一章第三条を参照 (cf. *Traité*, 3<sup>e</sup> éd., t. 2, p. 186)。

②⑪ 一九二六年の誤りであろう。

## 第一〇講 行政作用と裁判作用

皆さん、

前回の講義では、国家のあらゆる作用は、立法作用、行政作用及び裁判作用の三種に帰着することを説明しました。また、実質的観点と形式的観点との区別を行う必要があること、この区別は極めて重要であるということも説明しました。この区別は、立法作用についてのみならず、他の二つの国家作用についても必要なものであり、その検討が残されています。

### I 実質的観点における行政作用

形式的観点からすると、行政作用とは行政機関から発する行為の全体をいいます。行政機関が行うあらゆる行為は、その固有の法的性質を問わず、形式的行政行為です。

行政機関については、学問的な定義を行う必要はないでしょう。ごく単純に、行政機関とは、その国の立法が政治機関又は司法機関としての性格を付与した機関を構成する者以外のすべての公務員であると言うべきでしょう。

実質的観点からは、行政作用は、実質的に行政の性格を有するすべての行為を含んでおります。これらの行為とはどのようなものでしょうか。それは、国家又はその他の公共団体のために公務員によって行われる、要件的行為又は主観的行為に該当する行為である<sup>①</sup>と答えるべきものと思われまゝ。これらの様々な行為は、それを行う機関又は公務員のいかなを問わず、実質的観点における行政行為です。議会自身も、行政行為を行うことができ、また実際にを行っています。政府や司法機関についても同様です。

これまでの講義で、私は要件的行為の性質を明確にしました。以前お話ししたように、それは、その行為の結果として客観的な又は法令上の地位、すなわち一般的かつ永続的な法的地位が形成されるものです。<sup>②</sup> 国家のために公務員によってなされるこの種の行為は、きわめて多数あります。ここでは、官吏の任命及び罷免、公物に関して与えられる許可、<sup>ベルミンシオン</sup>各種の許可<sup>オトリサンシオン</sup>を挙げれば十分です。

主観的行為については、その結果として主観的な法的地位と呼ばれるものが生じるものをいいますが、そう呼ばれるのは、それが特殊的であり、個別に特定された一定数の者だけに影響し、また、一時的なものであるからです。<sup>③</sup> 私人が行う契約は、この種の地位を生じさせます。国家又はその他のあらゆる公共団体の名でなされる契約についても同様です。警察命令のように、一方的行為にも主観的行為であるものがあります。例えば、公道の脇にあって崩壊のおそれのある壁の撤去命令や、不衛生な住民の排除命令といったものです。

何らかの公務員又は公の機関によって行われる行為は、この二つの行為カテゴリーに含まれば、すべて実質的行政行為です。<sup>④</sup> これは、行政機関によってなされることがもつとも多いのです。しかし、議会又は政府、さらには司法機関によってさえ、多く「の実質的行政行為」がなされています。例えば、司法機関が無能力者に許可を与える行為や「財産の」分割を認可する行為、破産を宣告する行為です。反対に、行政機関によってなされる行為であっても実質的観点からは行政的性格を有さない行為も数多くあります。例えば、市町村の機関が発する警察規則は、形式的観点からは行政行為ですが、一般的な規定を含んでいる以上、実質的観点からは立法行為なのです。<sup>⑤</sup>

## II 裁判作用と司法機関

第三の、そして最後の国家作用は、裁判作用です。ここでは問題が山積していましたが、それは二つの理由によ



ります。すなわち、一つは用語法にかかわる理由であり、もう一つは方法にかかわる理由です。

まず、用語法に係わる理由については、「裁判的 (Judicijonnel)」「司法的 (Judiciaire)」という単語は、区別されることなく使われていました。こうして、同一のものを示すために異なる言葉を使ったために、完全な混同に陥ってしまいました。「司法的」という単語は、もっぱら形式的観点において使用しなければならず、国法によって特定の性格が付与された公的機関、また、「司法的」という名で呼ぶことが合意されている一定の公的機関を示すために留保されねばなりません。「裁判的」という単語は、もっぱら実質的観点において、特別の内在的性質——今からこれを確定します——を有する行為を示すものとして理解しなければなりません。これらの行為は、司法機関によってなされることがもつとも多いのです。しかし、他の機関によってなされることも有り得ますし、特にフランスでは、数多くの裁判行為が行政機関によって行われています。形式的観点からはそれは行政行為であり、実質的観点からは裁判行為です。それはいかなる観点からも司法行為ではありません。

方法に係わる理由については、ここでもまた問題が無闇に積み重ねられてきましたが、これは、実質的観点と形式的観点とを混同し、行為の性格を確定する際、その行為に該当する様々な活動を深く分析しない、という誤りを犯してしまったことにあります。注意深く分析すれば行為が何ら裁判行為でなく、実際には行政行為であることが分かるような場合に、行為が司法機関によって為されたことのみをもってその行為は裁判行為であると言われることがしばしばありました。

それでは、裁判行為を、それを行う機関がどのようなものであれ、それと認識する実質的基準はどのようなものでしょうか。

### Ⅲ 裁判作用の本質的要素

私見によれば、行為の裁判的性格を構成する三つの要素が存在します。すなわち、①公的機関に提起される法的問題、②この法的問題に与えられる解答、③法的問題に与えられる答の論理必然的な帰結である判決であり、より簡潔に言えば、①申立、②解答、③判決です。これらの要素のそれぞれを詳述してみましよう。

裁判行為が存在するためには、機関に提起された法的問題が存在しなければなりません。「つまり、」機関は、法的問題を解決するために介入するのではなくなければなりません。確かに、このように言うと、直ちに次のような異論に直面します。すなわち、犯罪又は不法行為の問題について裁定を行う場合は常にそうであるように、機関が事実問題についてのみ付託される場合であっても、訴訟及び判決、すなわち裁判行為が存在するのは非常によくあることだという異論です。

この異論は妥当ではありません。裁判官は、法的問題を解決するために、ほとんど常にまず事実問題を解決しなければならぬということは明らかです。何が法であるかということとを述べるためには、その前に何が事実であるかを述べなければなりません。とはいえ、裁判官は、法を述べるためにのみ付託を受けるのであり、もっぱら法的な解答を与えることが出来るようにするためにのみ、事実を述べるよう求められるのです。例えば、刑事裁判所の場合、裁判官は罪責の問題を解決しなければなりません。裁判官は次のような問題に答えなければなりません。すなわち、例えば、某は、他人を故意に殺害したことにつき有罪であるかといった問題です。裁判官は、故殺が犯されたか否かを述べなければならず、その際に事実問題を解決しますが、それは法的問題、すなわちもっぱら法的問題としての罪責の問題を解決するだけのためなのです。民事責任訴訟の場合も同様です。裁判官は、事実がどのようなものだったのかを確定しなければなりません。それはひとえに、もっぱら法的問題である民事責任の問題を

解決することが出来るようにするためなのです。

さきほど定式化した命題は、もう一つの異論に遭遇します。すなわち、公的機関は、裁判行為を行っているのではないことが確かであるにも拘らず、法的问题を解決し、そこから論理的な帰結を引き出さなければならぬことがしばしばあるという異論です。例えば、ある大臣が官吏を任命しようとしておるとします。大臣は、任命しようとする者が年齢及び能力に関する法定の要件を満たしているかという問題を前提として解決しなければなりません。それはまさに法的问题です。しかしながら、大臣は「ここで」裁判行為を行っているのではないということには異論の余地がありません。また、権限ある公務員が、直接税の納税課税台帳〔納税義務の執行名義となる〕を執行可能にするとします。その公務員は、前提として、この台帳が法律に従って作成されたことを確認しなければなりません。その公務員は、それによって裁判行為を行うことなく法的问题を解決しているのです。

この異論は我々を妨げるようなものではあり得ません。これらの事例やその他のあらゆる類似の事例において、行政機関は確かに法的问题を解決していますが、法的问题を解決するために介入するわけではない以上、裁判行為を行っているわけではありません。行政機関は、公務員の任命や租税債権を発生させることといった純然たる行政行為を行うために介入しているのです。行政機関は、前提として、「自身が」法律に従って活動していることを確認しなければならぬのですが、その場合、何が法であるかを述べるために介入するわけではありません。このような事例において裁判行為を認めることが出来るとすれば、行政機関の行為はすべて裁判行為の性質を有すると言わなければならぬでしよう。なぜなら、行政機関は行為の前に、自らが法に従って介入するものであるということ<sup>⑥</sup>を常に確認しておくべきだからです。

したがって、裁判行為が存在するためには、公的機関はもっぱら法的问题を解決するために介入するのではなく、ばなりません。もつとも、最重要の点が残っております。すなわち、誰が裁判官に対してこのように法的问题を付

託できるのかということ。裁判官への付託とは、通常用語法によれば、<sup>アクシオン</sup> 訴権を行使することです。訴権は誰に帰属するのでしょうか。

フランスの法律家は、長年にわたって、訴権について実際には意味をなさない定義を与えてきました。ドイツの法律家や、とりわけ、訴権の真の性格を正確に確定したイタリアの法律家を正當に評価しなければなりません。<sup>⑦</sup> フランスでは、訴権とは司法の場に導入された「実体的」権利 (*le droit déduit en justice*) であると言われました。訴権は、まさに請求者が権利を有するか否かという問題を裁判官に対して提起するものである以上、訴権とは今述べたようなものではないのですが、そう考えられることはありませんでした。しかしながら、多くの場合において、請求者は「実体的」権利を援用するのではないことに異論はありません。占有訴権の例を挙げれば十分でしょう。

実は、訴権は「実体的」権利とは全く異なるものであって、訴権はそれ自体権利であるということはお出来ませんが、裁判官が評価するよう求められるところの権利とは異なるのです。訴権とは、権限を有する機関に対して法的問題を付託し、その機関にその解答を求める可能性であり、万人に対して、その者が権利を主張するか否かに関わらず認められるものです。しかし、そのように訴訟の提起ができるためには、また、権限を有する機関に対して法的問題を付託する可能性を有するためには、その法的問題が解答されることに対する利益を有しなければなりません。こうして、訴権は、権限を有する機関によって法的問題を解決してもらうことについての利益を有する者すべてに帰属するのです。

例えば、通行人が自動車に轢かれた場合、この通行人が損害賠償の債権者となったのは事故の事実そのものによつてなのでしょいか。明らかに違います。例えば加害者が破産を宣告されたとすれば、事故の被害者である通行人は、賠償を主張することは出来ません。訴権が既存の権利の行使であるとすれば、未だ債権を有していない事故の被害者は、訴訟を起こすことは出来ないでしょう。被害者にそれが可能であるとすれば、それは、本質的に法的問題で

ある責任の問題を解決してもらうことについて、彼が利益を有しているということです。被害者にそれが可能であるとすれば、それは、利益を有する者すべてに対して、公的機関が法的問題に解決を与えるために、その機関に付託する可能性を客観法が認めているということです。刑事について、検察官が公訴を提起する際には、弾劾者である社会が有する権利を検察官が行使しているものであると言われます。これは、単なる比喩的な定式であって、真実に合致していません。客観法は、犯罪とされる一定の行為を行うことを禁止しています。社会は、犯罪を行った者を処罰することに対する利益を有しているのは明らかで、社会の利益を保護する任務を有する検察官は、裁判官に対し、刑事責任の問題を提起する権限を有するのです。検察官は公訴を提起するといわれますが、検察官は、損害の被害者であると主張する者と全く同様に、単に裁判官に対して法的問題を付託しているに過ぎないのです。

このような、利益を有する者すべてに対して客観法によって認められた、法的問題の解答——この解答は利益の実現を伴います——を裁判官に請求する可能性を示すために、イタリア人は適切かつ正確な語を有しています。それは、「プレテータ (pretesa)」すなわち申立という語でして、これを主観法〔「権利」〕と混同してはなりません。全く同様の考えを表す語をドイツ人も持っており、それは、「アンシユプルツへ (Anspruch)」という語です。あいにく、フランス語には対応する単語がありません。「訴権」という語で満足しておきましょう。ただし、訴権は権利ではないということも十分理解しながらですが、また、同時に、次の点も理解しておく必要があります。すなわち、私が唱えている説においては、主観法〔「権利」〕というものは存在しないこと、訴権そのものは主観法〔「権利」〕では決してないこと、訴権は単に、利益を有する者が客観法に従って裁判官に付託する可能性であること、客観法の限度内で訴訟を提起する可能性は権利の行使に該当しないこと、です。<sup>(1)</sup>

#### IV 法的問題の解答と判決

法的問題について付託を受けた裁判官は、どのような理由であれ、解答を拒否できません。そのようなことを行えば、裁判官は、裁判の拒否と呼ばれる、あらゆる立法において規定され、処罰されている犯罪を行ったこととなるでしょう。実際、古い定式によれば、裁判官は正義<sup>ジュステイス</sup>裁判による平和を維持する任務を負っているのです。提起された法的問題の解答を裁判官が拒否すれば、彼は自らに課せられた社会的任務に直ちに反することになるでしょう。彼は平和の守護者であることを止め、分裂と戦争の手先になってしまうでしょう。したがって、裁判官は、提起された問題に解答を与えなければならないのです。もっとも、彼らの役割はそれにとどまるのでしょうか。私見によれば、もちろん、そうではありません。

しかしながら、裁判官の役割は提起された問題の解答にとどまると主張する学者もおります。特に、ジェーズ<sup>Jéze</sup> (Gaston, 1869-1953)氏はこの説を長らく支持していました。裁判行為を特徴づけるものは法的問題への解答であることであり、この解答は、既判力——すなわち法令上の真実 (verité légale)、つまり何人も反対できない真実、私人に對しても公権力に對しても通用する真実の効力の性質——を有することをジェーズ氏は熱心に論証しました。彼は、民事や刑事において判決が介入する場合は常に、この判決が法的真実 (verité juridique) に合致するための保障措置がとられなければならないと付け加えています。そして、このような保障措置が実現され、法律で要求された要件がすべて満たされれば、裁判官の判決は万人に對して通用する法令上の真実を有するとされるのです。<sup>(2)④</sup>

(1) Cf. Helwig, *Anspruch und Klagsrecht*, 1900; Chiovenda, *Principi di diritto processuale*, 1912; Mortara, *Commentario del leggi di procedura civile*, 1905.

(2) Jéze, *L'acte juridictionnel et la classifications des recours contentieux*, *Revue de droit public*, 1909, p. 666 [667 の註(2)] et suiv.

私はこれに反対するものではありません。ただ、裁判官の役割がそれにとどまるとすれば、裁判官は何の役にも立たないでしょう。訴権は、請求者が一定の正当な利益を実現できるようにするためのものである、ということをお忘れてはなりません。ところが、法的问题に対して与えられる単なる解答によつては、そのような結果に達することとは出来ないでしょう。裁判官の役割が法的问题の解答に限られると言うことは、端的に裁判作用を否定することです。なぜなら、裁判作用は正当な利益の保護を目的とするからです。裁判作用が真に存在するというためには、訴権の基礎となる利益の保障に向けられた判決を裁判官が行う必要がありますし、訴権に対応する目的の実現を確保する判決が必要です。

もつとも、裁判行為を固有のものとしているものは、裁判官が判決を自由に行うのではないということです。裁判官は、論理に拘束されています。裁判官が行う判決は、法的问题に彼が与えた解答の論理必然的な帰結でなければなりません。

これが、何人かの学者、とりわけドイツの大法学者ラーバント [Laband, Paul, 1838-1918] に、裁判官の行為は、常に三段論法、すなわち法の一般的な準則が大前提、提起された問題に与えられる解答が小前提、そして判決が結論というように分析されると言わしめたもの<sup>3)</sup>です。いくつかの例を挙げれば、このことを容易に示すことができます。まず、陪審制をとる国における刑事裁判権の例をみてみましょう。

周知のように、そこでは、裁判権は、陪審員自身と、イギリスでは単独の職業裁判官、フランスでは三名の司法官からなる裁判所とによつて共有されています。裁判官は陪審員に対して罪責の問題、すなわち某は、例えば他人を故意に殺害したのか否かという問題を提起します。陪審員が肯定的に答えたとします。それが法的问题の解答です。次に裁判官の判決です。裁判官は、次のような三段論法を行わなければならず、否応なしに三段論法に拘束されることになるのです。すなわち、法律の定めによれば、他人を故意に殺害したとして有罪とされた者は、死刑に

処する、とされています。これが準則であって、三段論法の大前提です。Xは他人を故意に殺害したとして有罪とされました。これが提起された法的问题に対する解答であり、三段論法の小前提です。その結果、Xは死刑に処せられますが、これが判決であって、裁判官を否応なしに拘束する三段論法の結論なのです。法的问题に対して与えられる解答と、下されるべき判決との間のこのような厳格な論理的不可分性こそが、裁判行為の固有の性格をなしているのです。

このような性格は、民事訴訟においても極めて明確に現れます。甲は、例えば馬を売ったことにより自分は乙の債権者であると主張したとします。裁判官は、甲は乙の債権者であるかどうかという問題を解答しなければならなくなるでしょう。彼の行う判決、すなわち認容判決は、次のような三段論法による推論の帰結ということになるでしょう。すなわち、売却を行った者はすべて、代金について債権者となるということが大前提で、これは法律です。甲が乙に馬を売り、その結果、甲は代金についての債権者であるということが小前提で、これが法的问题の解答です。結論は、乙が売買代金の支払いを命じられるということ、これが判決です。解答と判決は、このように絶対に不可分なのです。解答は、判決が伴わなければ効果がないでしょう。判決は、介在する解答に論理的に結合していなければ基礎を欠くことになるでしょう。

判決の性格は、訴権の性質によって異なり、ここでは詳細に立ち入ることはできません。そのようなことをすれば、あまりにも本題から離れてしまうでしょう。次のことを指摘しておくにとどめておきます。すなわち、例えば、刑事については、判決は有罪判決又は無罪判決であり、民事については、判決は、金銭の支払いを命じる判決がもっとも普通であること、判決はまた、行為の取消またはある身分の確認であることもあるのであって、例えば身分の問題については、嫡出子、非嫡出子、ある国の国民、既婚者の身分の確認であることもある、ということを経摘し

(c) Laband, *Droit public [de l'empire allemand]*, édit. française, 1901, II, p. 514



ておくにとどめましょう。このように、判決は、とりわけ刑事や身分の問題については、客観的・要件的行為として分析されることもあり、また、例えば金銭の支払いを命じる判決の場合には、主観的法律行為として分析されることもあるのです。

## V 既判力

検討すべき最後の問題は、既判力の問題という名で知られているものです。ここでは、詳細に立ち入ることなく、解答の骨子を示すことしか出来ません。

ジェーズの定式にあるように、裁判官の判決が法令上の真実の効力を有しているということについては、物事は確実で、何の困難もありません。これがまさに既判力です。しかし、問題が生じるのは、このような既判力は万人に対しても対抗できるのか、とりわけ、訴訟外にあるために請求者の申立に異議を唱えることができず、裁判官に説明するために介入することのできなかつた者に対してまで対抗できるのかということが問われるときなのです。伝統的な解答は、既判力は相対的なものに過ぎず、訴訟の当事者にのみ対抗できるとするものです。これが、ナポレオン法典〔民法典〕の第二三二条に定められた原則であり、貴国の混合民法典 (code civil mixte) 第二九七条及び貴国の現地民法典 (code civil indigène) 第二三二条に定められた原則でもあるのです。<sup>⑩</sup>

しかし、この原則を適用しようとしたとき、きわめて重大な困難に遭遇することが分かりました。法学者、とりわけ伝統主義の民法学者の中には、この原理をあらゆる事例において厳格に適用しようとした者もおりましたが、彼らは全くもって不合理な帰結に到達しました。例えば、彼らの主張によると、甲と乙との間について、第一の判決が、甲は乙の嫡出の息子であると判断していても、第二の判決が後に甲は第一訴訟において当事者ではなかった

丙の嫡出の息子であるとしたことに対して何ら矛盾するものではないとされたのです。これは不合理であると言うほかありませんが、主張された法的原理が遵守されていれば、「その帰結の」不合理性というものは重要でないとする法学者もいるのです。同様に、「第一の判決で」甲野太郎は甲野花子の正式な夫であると宣言され、第二の判決で乙野花子の正式な夫であると宣言されるといふことは、乙野花子が第一の判決の当事者ではなく、それゆえ第一の判決が乙野花子に対抗できない場合には、ありうることだと主張されたのです。

この点について、際限のない論争が行われました。判決の性格は様々であると分析し、先に申し上げたような、主観的法律行為としての判決と客観的法律行為としての判決との区別を行えば、これらの論争を退けることは容易にできたでしょう。法典の起草者が相対的な既判力の原則を定式化した際には、起草者は主観的裁判行為、すなわち、主観的法律行為をなす判決であつて性質上当然にその当事者に対してしか対抗できないもののみを念頭においていたのです。これは、以前申し上げたような、主観的行為の定義、およびそこから派生する主観的法的地位の定義の帰結なのです。<sup>⑩</sup>

ところが、これに対して、客観的裁判権の場合、及び客観的地位の発生の要件となる客観的法律行為にあたる判決の場合には、既判事項（の効力（既判力））の相対性はもはや考えられず、存在理由がありません。客観的・要件的行為の後には客観的法的地位が生じ、以前の講義で説明したように、それは定義からして一般的かつ永続的な地位であり、それゆえ万人に対して対抗できるのです。したがって、このような性格をもつ判決もまた、対世的に対抗可能なものとなり、それ以外のものではありません。これに反する主張は、不合理な主張なのです。

例えば、刑事有罪判決は一般的な射程を有しています。刑事有罪判決は、一定の身分——有罪判決を受けた者の身分——を生じさせる要件となります。そしてこの客観的な地位は、対世的に存在し、その後、関連する問題について付託を受けた場合の民事裁判所に対してまで強制されます。同様に、身分の問題に関してなされる判決はすべ

て、一般的な射程を有し、ある者の身分の裁判的承認は、万人に対して對抗可能なのです。ここでは、何人も既判事項の相対性を援用することはできず、援用しても無意味なのです。

最後に、規則やその他のあらゆる客観的行政行為の取消を宣告するフランスのコンセイユ・デタのように、この種の「客観的法律行為を構成する判決を下す」権限を有する裁判所の判決についても同様でしょう。行為はそれによって存在をやめ、あたかも行われたことがなかったものようであり、規則、すなわち一般的性質を有する規定が一定の者に対しては存在しその他の者に対しては存在しないということはあり得ないので、何人もその行為を援用することは出来ません。

こうして、厳密に実質的視点に立ちながら、国家の様々な作用を検討し、それに関連する法律行為を分析しました。こうして、我々は全く必然的に、これらの様々な作用の遂行を確保する任務を負う国家機関を検討することになります。これが今後の講義の対象となるでしょう。

一九二六年二月一八日

(訳注)

- ① 要件的行為及び主観的行為については、第四講Ⅱを参照されたい。なお、デュギーは、本文にあるような法律行為のほか、公役務の遂行のために行われる事実上の行為についても、実質的意味の行政作用に属するとする (*Traité, 3<sup>e</sup> éd., t. 2, pp. 289-90*)。
- ② 客観的地位については、第三講Ⅳを参照。
- ③ 主観的行為によって生じる主観的地位については、第三講Ⅴを参照。
- ④ デュギーにおいては、第四講Ⅱで説明されたように、三種類の法律行為が区別されているが、そのうち要件的行為は準則行為と同様、客観的な地位を創出するものである。それにもかかわらず要件的行為が主観的行為と並んで行政作用とされているのは、公務員の任命を考えれば分か

るように、要件的行為の効果は、あくまでも個別のものを対象とする点で主観的行為と類似すると考えられるからであるという (*Traité*, 3<sup>e</sup> éd., t. 2, pp. 286-7)。

⑤ 市町村長の独立命令制定権をも含む警察権限について、さしあたり、浦田一郎「憲法的公共性とフランス警察法における「公序」観念について(三)」山形大学紀要(社会科学) 一三巻二号(一九八三年) 四一頁以下を参照されたい。

⑥ デュギーがここで裁判作用と行政作用の区別を強調するのは次のような前提があるからである。すなわち、デュギーにおいては、法律行為は三種類しか存在せず(第四講II参照)、そして、裁判作用と行政作用とはいずれも要件的行為と主観的行為とを内容とする点においては共通するのである (*Traité*, 3<sup>e</sup> éd., t. 2, pp. 418-420)。そして、裁判作用に固有の性格を与えるものとして、本文にもあるように、法的な問題への解答と判決との不可分性が強調されている(たとえば、*Traité*, 3<sup>e</sup> éd., t. 2, p. 444など)。他方、この時代には、より一般的な文脈で、裁判作用と行政作用との区別が論じられた。この論争の構図については、参照、江藤价泰「フランス法における既判力概念の発展」民事訴訟雑誌七号(一九六一年)(同『フランス民事訴訟法研究』(日本評論社、一九八八年)所収) 一三四頁注⑩。

⑦ ここでは、ドイツや日本でも盛んに論じられた訴権の性質論に触れられているが、フランスにおいても、ローマ法のアクチオを祖形とする(日本流に言えば)私法的訴権説から公法的訴権説への展開があった(簡単には、cf. J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, 27<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2003, p.107 et suiv.)。本文にある「司法の場に導入された権利」としての訴権とは、前者の私法的訴権説に対応するものである。これに対してデュギーは、本文脚注にもあるように、公法的訴権説(具体的訴権説)論者であるコンラート・ヘルヴィヒ [Hellwig, Konrad, 1856-1913] やイタリアのジュゼッペ・キオヴェンダ [Chiovenda, Giuseppe, 1872-1937] などによりつつ、これを批判したのであった。なお、ドイツや日本での訴権論における私法的訴権説から公法的訴権説への展開については、簡単には例えば、斉藤秀夫ほか(編)『注解民事訴訟法(一)(第二版)』(第一法規、一九九一年) 一三四頁以下を参照。

⑧ フランス民法(既判力についての規定は民法典におかれている(本講V参照))においては、既判力は「既判事項は、真実とみなされる (*Res iudicata pro veritate accipitur*)」というローマ法諺に忠実に、覆しえない法律上の推定であるとされている。

⑨ ジェーズは、本文で引用されている論文において、裁判行為の本質は、既判力を伴って、すなわち法的真実として、事物を確認する点にあるとする。その根拠として、ジェーズは裁判官及び裁判所という制度が追求する社会的目的、及び裁判の組織・手続に関する実定法上の諸準則を挙げる。そして、後者について、文明国の立法においては、法的真実という効果を認めるに足る実質(本文でいう「法的真実」、ジェーズは「実際の真実 (*vérité réelle*)」という)を確保するために、様々な準則(裁判官の公平と独立、手続上の諸準則など。本文でいう「保障措置」とは)れらを指すものと思われる)が置かれていることが指摘されている (*Jeze, op. cit.*, pp. 668-9)。なお、ジェーズの裁判行為論に言及する近年の論考として、木村琢磨「財産制度と行政法(四)——フランス行政法学の伏流」国家学会雑誌一一〇巻一・二号(一九九六年) 七三〇〜八〇頁も参

照されたい。

⑩ 「既判力は、判決の目的となった事項に対してのみ生じる。請求の事物が同一であること、請求が同一原因 (cause) に基づくこと、請求が同一当事者間において、その一方より他方に対し同一資格においてなされることを要する。」

⑪ 当時のエジプト法においては複数の法体系が存在し、それに応じて裁判系列も異なるものとされていた。現地民法典は一八八三年に審署されたもので、その適用について現地通常裁判所 (tribunaux indigènes ordinaires) が管轄を有しており、エジプト人同士の訴訟を対象とした。一八四〇年のロンドン四カ国条約で列強の治外法権が認められたが、司法改革により、領事裁判権が縮減され、一八七五年に設立された混合裁判所 (tribunaux mixtes) に委譲された。混合裁判所は、エジプト人と外国人との間及び国籍の異なる外国人間の訴訟を管轄し、一八七四年の混合民法典 (Code civil mixte) を始めとする混合法典の適用に当たった。Cf. 'Egypte', in A. Carpentier et G. F. du Saint (éd.), *Repertoire général alphabétique du droit français*, t. 19, Larose, 1899. なお、この混合裁判所制度は、裁判権と裁判官任免権の回復のための妥協的措置であり、同様の状況におかれていた明治政府の関心を呼んだ点については、中岡三益「エジプト混合裁判所設立問題」上智史学三七号(一九九二年)三四九頁以下を始めとする同氏の一連の論考を参照。さらになお、本書序文の訳注⑧も参照されたい。

⑫ 第三講Vを参照。