

統治システム原論

横 山 信 二

はじめに

本稿は、フランス公法学の大家レオン・デュギー (Léon Duguit, 1859-1928) が、『法と国家』の冒頭において提起している問いかけに触発された。本稿 § 1 (4) で触れるこのデュギーの問いは、“Does there exist a jural principle (*une règle de droit*) superior to the State, which forbids it from doing certain things and commands it to do certain others? Such is the fundamental question of public law.” (Léon Duguit, “The Law and the State”, *Harvard Law Review*, Vol. XXXI No. 1, November 1917, p. 2.)、すなわち、「國家に或ることを為すことを命じ或はこれを禁ずるところの、國家に優越した法的規制なるものが存在するか？是れ即ち公法上の基本的問題である」(レオン・デュギー／堀真琴訳『法と国家』8頁、岩波文庫、1935年)。デュギーは、その著『公法変遷論』(1912年)において、國家の存在意義を國民に対し公共役務 (*service public*) を為すことであると、國家に公共役務を組織し根拠づける公法体系を「義務の体系」と理解した (Léon Duguit, *Les Transformations du Droit public*, Paris, 1913, pp. 47-51)。『法と国家』において、デュギーは、公法学 (フランス公法は政治学を含む) の基礎理論である形而上学的國家論と實在論的國家論を対比させ、國家は主觀的權利を有せず、公共役務を組織し、その發展を保障し、および統制するために權力を行使する義務を有するからであると結論づける (L. Duguit, *op. cit.*, p. 185, 同上訳書 278頁)。

デュギーは、この卓越した公法理論を哲学的に考察した國家論から論証した。本稿は、これに加えて、國家へと成長する統治主体の変遷を追いながら、

社会を統治するシステムを形成してきた法原理である主権原理と権力分立原理について検討する。これは、デュギーのテーズを踏まえ、国家の統治義務の源流を制度論の視点から論じようとするものである。

§ 1 社会契約論と公法

現代国家が立脚している統治システムの原理は、立憲主義である。すなわち、憲法に基づく国家統治である。「憲法」とは、“Constitutional Law”を邦訳したものである。その Constitutional とは、「構成する」という意味であるから、憲法とは、国家の構成に関する法／lawを意味する。

(1) 憲法が、その対象としている国家は、国家という社会（領土、国民、主権を要素とする）を統治する主体である。主体／Subject というのは、「或る事を為す者」をいう。すなわち、国家は、統治を為す者である。しかし、国家は人ではない。つまり、われわれが、日本という社会を統治している者を「日本」という国家でイメージしているに過ぎない。したがって、国家は、観念的な存在である。この観念的な存在である国家を人とみなし、自然人が権利を主張し義務を負うように、国家も統治のために権利を主張し（国民に、防災上必要な措置をとることを求める）、あるいは、統治上の義務を負う（公共安全を維持し、または、社会的弱者を保護する義務を負う）。つまり、権利義務の帰属主体を権利主体とする法学上の概念を国家に当てはめると、国家は統治主体である。国家を統治主体として、人とみなす考え方を国家法人説という。国家法人説は、国家という観念的な存在を人とみなすことによって、国家の統治のしくみを説明することから、形而上学的観念論的国家論であり、法学的国家論とすることができる。これに対して政治学は、政府という実在する統治機構が社会を統治している事実を分析し、統治のしくみを説明するから、実在論的国家論と称される。

(2) 国家とは、社会を統治するところの観念的な統治主体である。ジャ

ン・ジャック・ルソーは、その著『社会契約論』で統治主体の形態と統治作用の関係を次のように説く（社会契約論を原語のニュアンスから理解するために、邦語訳の後に、同じ箇所を英語と仏語で示す）。

「總ての個人が分子となり、その結合に依って出来上がった此種の公共的人格は、嘗ては都市と稱せられたが、今では『レピュブリック』又は政治團體と云はれ、その構成員からは、その團體が受動的である場合には、國家と呼ばれ、能動的である場合には、主權者と呼ばれ、他の同種の團體に比較する場合には、權力と呼ばれている⁽¹⁾。」

“This public person that is thus formed by the union of all the others was formerly designated the city, but now is styled a republic or body politic, which, however, is called by its members the State when it is passive, the sovereign when it is active, and the power when it is compared with similar bodies.⁽²⁾”

“ Cette personne publique qui se forme ainsi par l'union de toutes les autres prenaît autrefois le nom de *Cité*, et prend maintenant celui de *République* ou de *corps politique*, lequel est appelé par ses membres *État* quand il est passif, *Souveraine* quand il est actif, *Puissance* en le comparant à ses semblables.⁽³⁾”

すなわち、自然状態から社会状態へと移行した社会の統治主体は、まず都市 (city / cité) と呼ばれ、次いで共和国 (republic / *République*)、やがて国

-
- (1) レオン・デュギー／堀真琴訳『法と国家』（岩波文庫、1935年）48頁。同じ箇所のルソー／桑原武夫・前川貞次訳『社会契約論』（岩波文庫、29年）31頁（以下、ルソー『社会契約論』）の訳は次のとおりである。「すべての人々の結合によって形成されるこの公的な人格は、かつては都市国家という名前をもっていたが、今では共和国 (*République*) または政治体 (*corps politique*) という名前をもっている。それは、受動的には、構成員から国家 (*Etat*) とよばれ、能動的には主權者 (*Souveraine*)、同種のもの比べるときは国 (*Puissance*) とよばれる」。
- (2) Léon DUGUIT, “The Law and the State”, *Harvard Law Review*, Vol. XXXI No. 1 (November 1917), pp. 29-30.
- (3) J. J., ROUSSEAU, *Du contrat social*, Bordas (1972), p. 77.

家（the State / l'État）と称されるようになった。国家は、社会における他の団体や個人に対して権力者（the sovereign / *Puissance*）とも呼ばれる。個人が、自然状態では完全に享受することができない権利自由を社会に信託し、社会は社会のすべての成員が権利自由を平等に享受できるように、社会を構成する個々人の総意を一般意思として、個人の権利義務に関する法規（*une règle de droit*）を定める（立法という統治作用）。法規を執行する統治作用（執行または行政）は、法規の具体的内容を確定する。そして、社会で必然的に生起する個人間の権利義務に関する争いや社会の安全と秩序を脅かす特定人の行為を事件（cases）として裁判し解決する（中世までは立法または裁判、近代以降の司法と称される統治作用）。このように、国家の統治システムのモデルは、立法、執行（行政）、司法という統治作用の内容に基づいて観念されているが、それは歴史的な展開を背景に漸次に形成されてきたものである。

(3) 憲法は、もともと国家の統治のしくみの基本に関する法を意味した。最初の成文憲法（法律）であるアメリカ合衆国憲法（1776年）は、「第1条連邦議会」からはじまり、統治に関するルールを定める。その後、1789年7月14日に勃発したフランス市民革命の成果を文書で表したフランス人権宣言16条は、「権利の保障が確保されず、権力の分立が規定されないすべての社会は、憲法をもつものではない⁽⁴⁾ / *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution*」と定め、統治主体の統治システムは権力分立論に基づいて構成され、統治作用は基本的人権を保障すること、つまり、基本的人権を侵害する統治作用は認められず、国民に対する基本的人権の保障は統治作用の限界を意味している。Constitutional Law（または仏語で *Droit constitutionnelle*）とは、統治のしくみと限界に関する法を意味する。統治主体は、基本的人権の保障と権力分立の原理に基づいて、社会を統治しなければならない。

(4) 高木八尺・末延三次・宮沢俊義編『人権宣言集』（岩波文庫、昭和32年）133頁。

(4) したがって憲法は、国家とその統治作用を対象とする法である。法／law とは、強制力をもった規範／rule である。すなわち、人（自然人のみならず法人を含む）は、法と認識された規範に従わなければならない、法に反する行為は、無効となり責任の対象となる。責任は、民事上の損害賠償や、刑事上の刑罰で問われる。これら規範が守られよう用意された無効や責任をサンクション／sanction といい、つまり、法とはサンクション（つまり、強制力）をともなった規範である。法は、法律、命令、判例法、条理法などいろいろな形式で存在する（法源）。統治しくみと限界に関する法である憲法は、成文憲法で存在するのが一般的であるが、イギリス憲法のように不文憲法でも存在する。憲法の法としての機能⁽⁵⁾は、国家の統治システムを規律することであり、国家の統治システムが憲法によって規律されるのが立憲主義である。国家の統治作用を法で規律するという法治国家原理は、民主主義原理の普及とともに明確になり、統治する国家と統治に服する国民の法律関係を規律する。国家と国民の法律関係に関する法領域が、社会における私人間の法と認識された判例法やフランス民法典（ナポレオン法典）のように法典化された法（後に私法と称される法領域）と区別され、公法（public law）として現れた。ベルナード・シュオーツが、ニューヨーク大学ロースクールで行った比較法の講義で、公法出現の由来をつぎのように述べている。

The French Code was, however, promulgated at a time when legal thought was concerned primarily with the field of private law. Public law in the modern sense had only begun to evolve. Codification was hence largely a codification of the rules of private law. When with the diffusion of the democratic ideal there came the need for a system of legal principles to govern the relations of the State with the citizen, such a system had to be shaped without the aid of a detailed set of authoritative principles laid down in a Code. If such a system were to be developed at all in the absence of legislative intervention, it had to be developed by the judge by practices thoroughly

(5) 小林直樹「憲法における『政治的なもの』」ジュリスト 152 号 (1958 年) 2～13 頁以下、同「憲法における『規範的なもの』」ジュリスト 153 号 (1958 年) 31～42 頁以下。

familiar to the Anglo-American lawyer. In this field the judicial role was not limited to filling in the gaps in the Code. The judge was confronted, much as were the creators of the common law, with a *tabula rasa*. — Bernard SCHWARTZ, *French Administrative Law and The Common Law World*, New York University Press, 1954, p. 1

社会の民事や刑事の事件を解決するために、裁判官が規範から発見した法を判決の形式で宣言した判例法は、19世紀初頭に議会によって条文形式に置き換えられ、議会が発見し宣言した新しい社会の法とともに法律の形式で示された。社会の法（私法）が法典化されたころ、国家と国民の関係を規律する法—今日的意味の公法—が必要となり、裁判官は、法典化されていない公法を発見し宣言することになる。

しかし、現代国家が拠って立つ立憲主義の内容は、論者によってさまざまであるとしても、基本的人権の保障を目的とすれば、少なくとも国民主権、「法の支配」原理をその内容から欠かすことはできない。デュギーが、1917年11月刊のハーヴァード・ロー・レビュー31巻1号に掲載した論文「法と国家」の中で、次のような公法学の基本的問題を提起している。

Does there exist a jural principle (*une règle de droit*) superior to the State, which forbids it from doing certain things and commands it to do certain others? Such is the fundamental question of public law. — Léon Duguit, “The Law and the State”, *Harvard Law Review*, Vol. XXX1 No.1 (November 1917), p. 2.

すなわち、「國家に或ることを為すことを命じ或はこれを禁ずるところの、國家に優越した法的規制なるものが存在するか？是れ即ち公法上の基本的問題である⁽⁶⁾」。國家に作為または不作為を命じ、國家を規律することができるのは何故か、あるいは、國家に作為や不作為を命じ、國家を規律するのは何か、つまり、國家を法的に規律する基本原理とは何か。これらの疑問が、國家統治を法的に規律することを目的とし、かつ、國家統治を法の内容とす

(6) デュギー／堀訳、前掲注1『法と国家』8頁。

る憲法学及び行政法学の基本問題である。

国家という社会を統治する者（統治主体）が社会に及ぼす統治作用は、警察国家、夜警国家、福祉国家という国家形態を問わず、しばしば統治権力の行使という側面を有する。憲法は、統治主体に統治の目的を示すとともに、統治権力の行使を規律し、行政法は立法でも司法でもない個々具体的な統治作用を規律する。本稿は、国家という統治主体による国家という社会の統治のしくみを憲法および行政法の視点から検討し、社会を統治する基本原理について論じようとしている。

§2 主 権

統治システムの根本は主権原理である。王制は君主主権に基づき、民主制は国民主権に基づく。日本国憲法は、前文で「主権が国民の存する」とし、第 1 条で天皇の地位は「主権の存する国民の総意に基く」と定め、国民主権を統治の基本原則としている。

国民主権とは、主権が国民に存することを意味する。すなわち、国家の最高独立の統治意思の決定権が、国民に存するという意味である。主権には、第一に、国民主権というように、国民に最高独立の意思決定権が在ること、つまり、主権とは最高独立の意思決定権を意味する場合、第二に、対外的な独立権を意味する場合（国家主権）、第三に、「日本国の主権は本州、九州、北海道、四国その他周辺の島々に及ぶ」というような領土の支配権を意味する場合がある。統治システムにおける主権は、第一の意味の主権である。

(1) 君主主権は、主権が君主に存すること、君主（国王）が統治の最終独立の決定権者であるから、君主主権に基づく統治は君主制であるのが一般的である。1648 年、ウェストファール条約以降出現したといわれる「国家」（脚注 10 を参照）を統治する国王の統治は、王会（Curia regis）から枢密院、身分制議会、裁判機関に分岐し、「国王の名のもとに」これら国家機関がそ

れぞれの統治作用を行使したことが認められている。

(2) もともと「主権」という概念は、国王権力に対する封建領主の権利を主張する概念として中世封建時代に誕生した。国王（その典型は絶対君主）に対し、封建領主が、その領地において有する権力の最高性を主張し、領主はその領地において主権者 (*souverain / suzerain*) であると表現したのである。したがって、「主権 (*souveraineté*) は、もともと国王自身の権力ではなく、ある種の領主権、とくに最上の領主権 (*seigneuries royales*) に特別の性質のものでしかなかった。主権という語が由来しているとおもわれる《*superanus*》と《*supremitas*》という二つのラテン語は、領主がまったく他の上級の領主に従属しないという性質を示し」ていた⁽⁷⁾。このように、「最高性」という属性を意味して誕生した主権をはじめて明確に定義し、その後の論争に影響を与えることになったのが、ジャン・ボダンの『国家論』であった。ボダンは、主権を「国家 / *république* の絶対かつ永久の権力 (*la puissance absolute et perpétuelle d'une république*)」と定義し、その本質としては、「一般的にすべての者を支配し、個別的に各人を支配し、しかも自己より上級の者、同等の者、そして下級の者の同意を要しない⁽⁸⁾」という。ここに、主権は支配の権力そのものを意味する⁽⁹⁾ものとして表現され、君主主権が確立した。君主主権の確立が、近代的民族国家——つまり、絶対主義国家——の成立を意味している⁽¹⁰⁾ように、それは、中世のあいだ消滅していた「公」権力の復活を意味するものであった。つまり、「公的」支配権を意味する

(7) Léon DUGUIT, *Les Transformations du droit public* (Paris, 1921), p. 9.

(8) *Ibid.*, p. 10.

(9) *Ibid.* ボダンの主権の内容として列挙する権力は、立法権（法は主権者の意思表示である）、宣戦・講和権、官吏任命権、最高裁判権、恩赦権、忠誠服従権、貨幣鑄造・度量衡選定権、課税権の8種である。参考、ボダンの主権論の背景とその内容を詳述している杉原康雄『民主主権の研究』（岩波書店、1971年）94～107頁、中村哲『主権—国内法上の概念としての一』法律學体系第2部・法學理論篇41（日本評論社、1952年）26～27頁。

「公権力」そのものは、古代ローマ皇帝のインペリウム／*imperium*（ローマ帝国を基礎づけた権力で、もともとコンスル・元老院・民会に分掌されていた命令権であり、やがて皇帝に付与された）とポテスタス／*potestas*（インペリウムと同様、権力の基礎となるもので、護民官の権限をさす）に由来する命令権を意味していた。封建時代になって、恩貸地制度と従士制度が結合した封建的主従関係が幾重も重なり合った社会構造が成立したため、支配権の公的な性質が消滅した。つまり、封建社会は、人または土地を、あらかじめ定められた権利義務の規約の中におくという隷属関係を原理とした契約的制度に基づく社会構造である。封建領主は、恩貸地に対する忠誠という私的な主従関係において、自ら約した給付の対価として彼よりも下位の封建領主に対し給付の実行を要求するという債権債務関係に基づく〈支配—被支配〉関係における契約当事

-
- (10) 君主主権の確立は、国際的な意味として、ローマ皇帝の後継者である神聖ローマ皇帝の *Imperium* という俗権とローマ法王の *Sacerdotium* という教権の争いが、神聖ローマ皇帝の勝利によって俗権の最高性が獲得され、個々の国王が皇帝のインペリウムから独立するという意味をもっていた。30 年戦争の終結を意味するウェストファリア条約（1648 年）は、神聖ローマ皇帝とローマ法王のかつての普遍的な権威を否定し、それぞれ独立した国家／*Staat*（帝国／*Kaisertum* の対立概念。宗教改革に至るまでの国家論としては、皇帝のみが支配者であり、また立法者であり、完全な権力は皇帝のみに属していた）の形成を決定的なものにし、この時点において近代国際法の萌芽が語られる。この君主主権が確立する事情は、本文で述べる国内法としての主権との接点であり、こんにちの対外的主権と対内的主権とに主権の意味が分岐する場面として関心を引く。その際、絶対主義の国家論としては、ボダンが国家を *république* と呼んでいる場合は、ローマのキイピータス／*civitas*（国民の総体。もともとは、家長を単位とする家族を国家として観念する家父長国家観に由来する）の観念に立ち、国家を *estat* と呼んでいる場合は、当時、すでに現れつつあった支配者と被支配者の対立の状態をとらえるものであった。*Estat* は、古い国家観からの脱却をはかる観念であり、マキャベリの近代国家観としての *stato* は、君主の官僚的統治機構としての国家機構を意味していることに留意すべきであろう。これらの点について、中村、前掲注 9、14～16 頁、31～32 頁。また、ヨハン・ハーバーマス／細谷貞雄訳『公共性の構造転換』（未来社、1973 年）16～17 頁。

者としてあらわれるのであり、君主主権は、国王が封建領主を「支配」するしくみを基礎づけた。封建領主の中の最大のひとりである君主は、封建的諸関係における支配者であり、もはやインペリウムやポテタスにより支配する君主ではなかった。君主は、いわば他の封建領主とともに支配権を分有するにすぎず、したがって、ただ量的にのみ最大なのであって、他の封建領主の支配権と質的に異なるものではなかったのである。封建時代の間、「私的な」支配機能と「公的な」支配機能が混在し、すべてを包括して統一的に支配するという公権力は不明瞭であった。

(3) 権力の実体（脚注9を参照）を表していた君主主権は、市民革命を経て、国民主権に変わる。つまり、統治主体である君主に属していた主権は、統治されていた国民に属することになる。国民主権を統治の基本原理とした最初のフランス1791年憲法前文第3篇1条は、つぎのように定める。

Article 1.-La Souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Elle appartient à la Nation; aucune section du peuple, ni aucun individu, ne peut s'en attribuer l'exercice.

すなわち、「主権は、単一、不可分、不可譲で、時効にかかることがない。主権は国民／Nationに属する。人民／peopleのいかなる部分も、また、いかなる個人も、主権の行使を篡奪することができない」と定め、主権は“Nation”に属し、“Peuple”やPeopleを構成する個人はNationに属す主権を奪うことができない。国民主権は、君主主権を否定すると同時に、市民革命時に主張された人民（People）主権に対抗するものであった。したがって、国民主権は、主権がNationに属する「国民」主権であって、選挙人団にも個々の有権者にも、また選挙区にも主権は属さない。1791年憲法前文第3篇2条は、続けてつぎのように定める。

Article 2. - La Nation, de qui seule émanent tous les Pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation. -La Constitution française est représentative: les représentants sont le Corps législatif et le roi.

「Nation は、すべての国家権力／Pouvoirs の唯一の源であり、それは委任によつてのみしか行使されえない。フランス憲法は代表制であり、それは立法機関と国王によつて代表される」。つまり、Nation に属する主権は、単一で不可分であるから、Nation を代表する立法機関（国民代表議会）によつてのみ行使されるという。不可譲（inaliénable）とは、Nation に属する主権を国王（Roi）や選挙人団、またはその構成員である人民（Peuple）に移譲できないということであり、国王は Nation から委任／délégation された—立法および司法以外の—主権を行使する代表機関である⁽¹¹⁾ということであり（「(主権者である) フランス人の君主」であつて、フランスの君主ではない⁽¹²⁾）、主権は People に属さないから、Nation 主権は、直接人民が主権を行使する統治システムである直接民主制ではないということである。つまり、Nation 主権に基づく統治システムは代表制である⁽¹³⁾。法治国家において、国王（執行府）は議会が定める法律に従つて執行権を行使するから（法律の優位）、けっきよ、Nation に属す主権が委任されるのは議会に対してであり、主権は議会によつて行使される。1791 年憲法前文第 3 篇 3 条が定めるところは、国民主権は、議会を構成する議員を選出する時の有権者（人民）意思を代表する（représentants temporaires, librement élus par le peuple）国民議会（Assemblée nationale）に委任され、行使されるとする。

Article 3.-Le Pouvoir législatif est délégué à une Assemblée nationale composée de représentants temporaires, librement élus par le peuple, pour être exercé par elle, avec la sanction du roi, de la manière qui sera déterminée ci-après.

(11) 1791 年憲法前文第 3 篇 4 条「政府は、君主制である。執行権は国王に委任され、別に定める手続に従い、国王の権威のもとに、責任のある大臣及びその他の官吏がこれを行う（Le Gouvernement est monarchique: le Pouvoir exécutif est délégué au roi, pour être exercé sous son autorité, par des ministres et autres agents responsables, de la manière qui sera déterminée ci-après）」と定める。

(12) モーリス・デュヴェルジェ／時本義昭訳『フランス憲法史』（みすず書房、1995 年）57 頁。

そうすると、「主権は Nation に属する」という意味の国民主権（^{ナシオン} Nation 主権論）は、主権は、すべての国籍保持者の総体である国民（La nation est une collectivité unifiée de nationaux⁽¹⁴⁾）に属し、Nation という不可分一体の観念的な「国民」が主権を行使する主体であるということの意味する。それは、当然のことながら、主権を行使する「国民」が、直接主権を行使できないことを前提にしており、その結果、主権は「国民」を代表する立法機関によってのみ現実かつ具体的に行使できるということから、国民主権に基づく統治システムは代表制であるということになる。これに対し、^{フーブル} People に主権が属するという立場（^{フーブル} people 主権論）にたつと、選挙民の総体を意味する国民（つまり、人民）が主権を行使するが、人民が直接主権を行使することは現実的でなく、実行可能な統治システムは間接民主制ということになる。つまり、**People 主権は直接民主制の次善の制度として間接民主制を統治システムとしている**ということである。間接民主制において、人民によって選出される代表は、人民の意思を代弁するという立場から、人民が構成する選挙区を代表し、発言や表決は選挙区の意思に拘束される（命令的委任）。ところが、1791年憲法第3章7条は、「県において任命される代表は、各県の代表ではなく、全国民の代表であり、いかなる委任も与えることはできない」と定め、この命令的委任を禁止している⁽¹⁵⁾。

Article 7. - Les représentants nommés dans les départements, ne seront pas représentants d'un département particulier, mais de la Nation entière, et il ne pourra leur être donné aucun mandat.

(13) 1791年憲法の制定過程とその意義については、杉原、前掲注9、234～272頁を参照。

(14) 同上260頁。

(15) 日本国憲法で命令的委任の禁止を定めた第15条2項、43条1項。また、議員の発言・表決の免責を定めた第51条を参照。

§ 3 主権原理と代表制

したがって、Nation 主権に基づく統治システムにおいては、主権は、主権者である「国民」から議会および国王など「国民」の代表者に委譲されて行使され、主権の実体（立法権や執行権）は代表者によって行使される。つまり、Nation 主権の主権は、国民の代表者が主権の実体を行使する正当性の淵源を意味し、君主主権のように権力の実体を意味しない。そのことから、Nation 主権の原理は、第一に、原則として、民選の議会のみが国民代表とされ、その議会に一般意思の決定権が独占的に与えられている。そして第二に、一般意思の決定権を独占する議会が、国民から主権を行使する権限を包括的に委任され、選挙民からの独立を保障されている。具体的には人民投票の排除、命令的委任の禁止、議員に対する発言・表決の自由の保障（議員の発言・表決の免責）である。

さらに第三に、議会を構成する議員は、正当性の淵源である「国民」によって選出されることが重要であり、選挙人意思を国政に反映させる必要はないから、性別や年齢、一定の納税額など「国民」の一部のみを国民代表の選出にかかわらせる制限選挙制度を採用することも国民主権と矛盾するものではなく、かような国民の一部である有権者の選挙権は、当然に権利として認められるものではない。

以上のような特徴を有する Nation 主権に基礎づけられた統治システムは、国民代表が主権者意思から解放されているという意味で純粹代表制（le gouvernement représentatif pur）と呼ばれている⁽¹⁶⁾。

これに対して、People 主権は、選挙人に主権が存することを前提にするから、人民の代表者は有権者意思を代表するものでなければならない。People

(16) 樋口陽一「現代の『代表民主制』における直接民主的諸傾向」同『議会制の構造と動態』（木鐸社、1973年）37～39頁、杉原泰雄「国民主権と人民主権」『世界』（岩波書店、1972年）319号57～58頁。

主権における主権は、選挙人意思を追究し、間接民主制においてそれを代弁することである。つまり、議会意思と国民の意思とのあいだに類似性が存在する⁽¹⁷⁾ということ在建前とし、間接民主制は直接民主制の次善の代表制であり、かつ、直接民主制と原理的に結合する。したがって、有権者が代表者を統制する仕組みが存在し、その限りで主権者である国民の意思が代表者に反映されるという意味で、半代表制 (le gouvernement semi-représentatif) と呼ばれる。

半代表制のもとにおいては、直接普通選挙制度が基本的な制度であるから、たとえ命令的委任の禁止と議員の発言・表決の自由の保障が規定されていても、政党や直接普通選挙制度等により事実上それらは意味がなくなる⁽¹⁸⁾。

§ 4 統治権力と統治構造の変遷

主権の実体を表していた君主主権において、統治の実権は国王にある。国王が、統治の内容を決定し実行する。絶対君主を代表するルイ 14 世が「余の言葉が法律である」と述べたというが、それは、国王に家臣間の紛争に適用される法である コモン・ロー common law を発見し宣言する民事事件や刑事事件を除くすべての統治権力⁽¹⁹⁾があったことを示している。

(17) しかし、ハーバーマス、前掲注 10、272～273 頁は「あらゆる種類の身分的代表にとっては、命令的委任ということが典型的であったが、この命令的委任を拒否することが、はじめから議会制の理念に含まれていた。…政党が公共諸団体の組織の代表となり、このように私有圏から公共圏の中へいわば食いこんできた多数の組織の利害を媒介し代表せざるをえなくなるにつれて、…組織されたさまざまな利害をからみ合わせて公式的に政治機構の中へ翻訳することによって、政党は一段高い地位に登り、議会はそれにくらべると院内派閥の委員会へと格下げされるようになる。こうして議員自身も、『いざというときには政党に屈従し、政党内部の組織的技術的な中間項に成りさがる』わけである」と、命令的委任の禁止が、私的団体による政党への事実上の命令的委任によって機能なくなり、議会を構成する民選の議員が命令的委任に拘束される政党党员の一部となることを説明している。

しかし、国王が実際に現実の統治権力を一人で行使できたわけではない。国王の統治権力は、封建的秩序を背景とした社会のしくみによって、貴族の身分である家臣や僧侶などが国王のもとに集まる王会 (Curia regis) に諮って執行された。国王が王会に諮問 (council) する問題も多くなかった時期はともかくとして、13 世紀後半になると、諮問事項が多くなり、日常的な諮問機関 (Small Council) と重要問題のみを諮問する機関 (Great Council) とに分けざるをえなくなる。Curia regis は宮廷 (King's council または King's court / Palais du Roi) と称されるようになり、宮廷を構成する Small Council が、こんにちの内閣 (Cabinet) の起源となり、Great Council が議会 (身分制議会) および裁判所の前身となる。

王会には政治的機能と裁判的機能があったが、すでに 13 世紀初頭には、有力領主のひとりにすぎない国王が、同じ身分の貴族同士の紛争を裁判することに批判があり⁽²⁰⁾、コモン・ロー上の裁判権が「同輩の判決」によって裁判を行う貴族に移り、王会の裁判的機能が独立しはじめる (領主裁判。なお、後述§5 (1) を参照)。国王によるコモン・ロー上の裁判は建前となり、その国

-
- (18) 樋口、同上 45 頁、杉原、同上 58 頁、樋口陽一『『半代表』の概念をめぐる覚え書き』芦部信喜編『近代憲法原理の展開 1』(東京大学出版会、1976 年) 65 頁以下。
- (19) 民事と刑事の裁判権は 13 世紀に、国王から貴族に委ねられた。とくにイギリスでは、1215 年のマグナ・カルタ 39 条「同輩による判決」と「国土の法」によらなければ、逮捕、監禁、差押等を受けず、「国王も家臣の上に赴かず」(裁判権を行使しない、の意) と定め、家臣間の争いは、国王親臨裁判所 (後の王座裁判所) 以外の法廷で裁判が行われることが明示され、また、フランスでは王会に付議される案件量が増加してきたために、民事・刑事の裁判権は貴族で構成されるパルルマン (Parlement) の権限として国王裁判から分離された。参照、O・ヒンツェ／成瀬治訳『身分制議会の起源と発展』(創文社、1975 年) 396 ~ 398 頁、宮崎揚弘『フランス法服貴族—18 世紀トゥルーズの社会史—』(同文館、1994 年) 46 頁。
- (20) J. C. ホルト／森岡敬一郎訳『マグナ・カルタ』90 頁 (慶応義塾大学出版会、2000 年)。なお、1215 年のマグナ・カルタ制定時の国王裁判権 (国王) と家臣との抗争について同書第 5 章 (147 以下) に詳述されている。

王親臨裁判所 (13世紀末に王座裁判所／King's Bench、中世末には星室裁判所／Court of Star Chamber となる) や国王顧問会議 (Conseil du Roi) を通常裁判所 (common law 裁判所という意味で普通裁判所と邦訳されることもある) として維持しながら、貴族による国王に対する諮問機関である Great Council (議会 Parliament / Parlement⁽²¹⁾) の中にコモン・ロー裁判所以外の例外裁判所 (Court) が設置された。とくにフランスにおいては、市民革命後に国民権に基づく国民代表議会が新たに設置され、国民の権利義務に関する定め (法規) を制定するという意味の立法権 (実質的意味の立法) が国民代表議会に属し、Parlement には裁判権のみが残された。そして、Small Council において国王の通常裁判所の役割を担った国王顧問会議は、国王の統治に関する法律問題を争う訴訟に関し裁判を行う裁判機関も担った。国王に対する訴訟を裁判する国王顧問会議の裁判と Parlement における民事事件と刑事事件の裁判とが区別され、19世紀末に国王顧問会議における裁判所 (国王顧問会議訴訟部) の発展として設置されたコンセイユ・デタ (Conseil d'État) が、行政事件に対する裁判権を有する行政裁判所となった。

したがって、Parlement の裁判権が、ローマ法の伝統から、私人間の紛争に関する訴訟 (judicia privata) と犯罪に関する訴訟 (judicia publica) である司法 / judicia の裁判権を意味していた⁽²²⁾。つまり、Parlement は司法裁判所であるのに対し、Conseil d'État は行政事件の裁判権を行う行政裁判所である。したがって、裁判 (判決) による法の発見と宣言という意味では Parlement も Conseil d'État もコモン・ロー裁判所⁽²³⁾であるが、伝統的に民事事件と刑事事

(21) 議会と邦訳される Parliament / Parlement は parler 「＝話す」を語源とし、フランスからイギリスに伝わった。Parlement の権限は、裁判権限、治安維持等の行政権限、王令の登録と建白権 (国王が発した命令について Parlement が公開の法廷で朗読し、所感を述べるもので、所感＝建白に対する国王の返答があるまで王令は登録されない。登録されない王令は効力が発生しない) から、登録権と建白権はこんにちの立法権であった。参照、宮崎、前掲注 19、47～49頁。

(22) Raymond CHARLES, *La Justice en France*, 《Que sais-je?》 no612, PUF, Paris, 1954, pp. 6-7.

件に対して裁判管轄権を有する司法裁判所が通常（普通）裁判所となり、国王裁判における裁判所が例外裁判所（司法権に属さないという意味では特別裁判所）となり、立法、司法、行政という統治作用において《裁判とは、司法のことである》という認識が一般的になる。こうして、行政事件の裁判という統治作用——行政主体を規律する法（行政法）の発見と宣言⁽²⁴⁾——は、大陸行政法においては行政権に位置づけられたのに対し、「法の支配」原理の伝統から英米法においては行政事件も民事事件として司法権に属し、行政法は認識されなかった⁽²⁵⁾。

§ 5 立法と裁判、裁判と司法

(1) 美濃部達吉博士によると、「司法と云う言葉は、其本来の意味に於いて裁判というのと同じである⁽²⁶⁾という。それでは、《裁判 (jurisdiction) とは、司法 (judiciaire) のことである》と言い換えることができるのだろうか。前節 (§ 4) で述べたように、司法と裁判は必ずしも同義語ではなく、《司法とは、その本来の意味において裁判と同じである》というのは、司法裁判所が唯一の裁判機関である場合（すなわち、裁判一元論）に限られる。

ところで、高柳信一教授によれば、裁判とは、法を発見し宣言する作用で

(23) J.プロム／朝見行弘訳「カナダにおけるコモン・ローと制定法」ジュリスト 757 号 (1982 年) 105 頁で「『コモン・ロー』は、異なった 3 つの意味で使われる」と指摘し、第 1 に「イギリス法から派生した法体系の全体」、第 2 に「『コモン・ロー裁判所』によって形成されたイギリス法」、第 3 に「立法府によって制定された法に対して、裁判官の判決によって創り出された法」を意味するとされる。

(24) 横山信二「行政主体の法的規律」愛媛法学会雑誌 36 卷 1・2 合併号 (2010 年) を参照。

(25) 南博方『行政裁判制度—ドイツにおける成立と発展』（有斐閣、昭和 35 年）28～33 頁、192～195 頁。

(26) 美濃部達吉『憲法講話』（有斐閣書房、大正 7 年）386 頁。

あり、立法と同じ意味であった⁽²⁷⁾。清宮四郎教授は、「司法とは、具体的な争訟について、法を適用し、宣言することによって、これを裁定する国家の作用⁽²⁸⁾」と定義される。つまり、本来裁判とは「法を発見し宣言する裁判官の作用」であり、司法は「具体的な争訟を裁判し解決する国家作用」である。§1で述べたところからも、また、社会あるところに法あり（Ubi societas, ibi ius）という法諺が示すとおり、紛争を解決する作用は、まず「裁判」であった。裁判を行う者は、社会の規範（法源／sources of law）から紛争を解決する強制力（sanction）のある規範（旧き善き法＝コモン・ロー）を発見し、当該規範を法（law）と宣言する立法作用を行った。裁判は、領地を支配していた当該領地の領主によって行われ、領主の裁判権は、君主主権のもとで領主を支配する国王に留保《justice retenue》された国王裁判（juridictions royales ordinaires⁽²⁹⁾）から導かれる裁判であった⁽³⁰⁾。つまり、1215年のマグナ・カルタ 39条は、国王に留保された裁判権以外の裁判として領主裁判／juridictions seigneuriales や教会裁判／jurisdiction ecclésiastiques（婚姻や戸籍に関する裁判）などの例外的国王裁判（juridictions royales d'exception である巡回裁判所／Prévôtés, Tribunaux consulaires, 海軍軍事裁判所／Tribunaux d'amirauté, 行政不服審判所／Conseil des parties）を認めている⁽³¹⁾。したがって、社会を規律する法は裁判を通じて発見し宣言されたから、裁判を行うことは立法を行うことと同

(27) 高柳信一「近代国家における基本的人権」東大社研編『基本的人権 1 総論』（東京大学出版会、1968年）16頁。

(28) 清宮四郎『憲法 I』（有斐閣、昭和48年）330頁。

(29) 法服貴族と呼ばれたこれら裁判官たちについては、宮崎、前掲注19に詳細な紹介がある。

(30) 国王裁判の裁判官は、大法官／Bailliages、代官／Sénéchaussées, Présidiaux であった。また、Parlements の裁判官（法服帰属）も国王の官僚であった。参照、Geneviève DIUCCELLI-DELAGE, *Institutions judiciaires et juridictionnelles*, PUF. (Paris, 1987), p. 17.

(31) *Ibid.*, p. 18. また、横山信二「フランス行政裁判制度形成史」松山大学論集 4 巻 6 号（平成5年）55～56頁も参照。また、普通（通常）国王裁判と例外的国王裁判の裁判例を紹介したのとして、J. C. ホルト、前掲注 20、147～227頁。

じであった。ところが国民主権の原理は、国民代表議会のみならず法規を定める立法権を委ね、国民代表議会が法条の形式で（つまり、法典の中に）で法を発見し宣言する（法が判決ではなく、法律で宣言される）ようになったことから（大陸法／civil law system⁽³²⁾）、裁判（判決）によって法が発見され宣言されてきた古来の立法と、その立法であると同時に裁判であった統治作用が分離し、国王裁判から独立して民事事件と刑事事件の裁判を行っていた例外裁判所が司法裁判所として位置づけられる新たな段階に入った。その初期の時期である 19 世紀末において、《裁判（jurisdiction）とは、司法（judiciaire）のことである》と言い換えることは、必ずしも正しいとはいえず、せいぜい民事事件と刑事事件の裁判についてのみ妥当し、行政事件の裁判は司法ではなく、行政権に属していたのである。

(2) したがって、司法とは民事事件と刑事事件を裁判することである。司法は、国王の裁判権に属さない家臣間の私的紛争や社会の犯罪に対する刑罰に関する裁判である *judicia* に由来し、コモン・ロー裁判を意味していた。王座裁判所や星室裁判所などにおける国王裁判は、国王大権に基づいて、コモン・ローに見いだされない法であるエクイティ（equity）を発見し宣言する裁判（エクイティ裁判所）であったが、エクイティ裁判所が廃止された後は、エクイティもコモン・ローの一部となった⁽³³⁾。A. V. ダイシーによると、19 世紀イギリスでは、国王が当事者となる事件であっても、国王（その代理人で

(32) シビル・ロー・システムは、1804 年のフランス民法典の制定にそのはじまる。

Bernard SCHWARTZ, *French Administrative Law and The Common Law World* (New York University Press, 1954), at 1-2, G. S. VIATOR, *Histoire de France et notion d'histoire générale* (Lyon, 1887), p. 719, V. LAFFONTT-BOMPIANT, *Dictionnaire des oeuvres I* (Bouquins, Grande-Bretagne, 1954), p. 815. 古来の立法は、judge-made law といわれる判例法体系として知られる common law system で、こんにちも英米法体系を形成している。これに対し、法律による法の宣言は、ナポレオンが侵攻したヨーロッパ大陸に普及し、成文法体系の civil law system（大陸法）となった。横山信二「行政法の法源に関する考察」愛媛大学法文学部論集総合政策学科編 15 号（2003 年）66～67 頁を参照。

ある官吏）は、他方の当事者である私人と同様に、同一の裁判所が適用する同じ法に服するから（法の前の平等）、国王の統治作用は司法裁判所の判決によって規律される所となる⁽³⁴⁾。こうした法の前の平等原則から、国王も家臣と同じ裁判所が適用する法に服するという「法の支配」原理が確立し、議会に置かれた司法裁判所の系列に属さない特別裁判所は認められなかった。こうして、アングロ＝サクソン法では《裁判とは司法のこと》であり、民事事件や刑事事件と区別される行政事件は観念されず、今日的意味における行政事件は司法裁判所の裁判管轄に属し、「司法」概念に取り込まれる所となった（行政事件の司法化）。このことから、日本国憲法 76 条 1 項が「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する」と定めるのは、「一切の法律上の争訟」（裁判所法 3 条）である民事事件と刑事事件のみならず、国王裁判（皇室裁判所）における当事者であった国王に係る事件（行政法を芽生えさせ、発達させたフランスにおける行政事件⁽³⁵⁾）も司法裁判所の裁判判決に服することを意味している⁽³⁶⁾。

(33) 13 世紀末のイングランドでは、紛争を解決するためのコモン・ローを発見することができない事件が提起されるようになり、国王裁判所は、教会法やコモン・ローの類推からコモン・ロー以外の法を発見し、事件に適用して解決するようになったといわれる。このコモン・ロー以外の法がエクイティであり、エクイティは国王裁判を行う大法官によって行われ、大法官は、差止命令（injunction）や信託（trust）などエクイティを、コモン・ロー裁判を開始する根拠として示す令状（writ）を発給し、裁判不能を避け、時代に応じた法の発見と救済に尽くした。このようなエクイティ裁判は、イギリスでは 1875 年の裁判所法で廃止され、それまでのエクイティは、その判例集とともにコモン・ロー裁判に統合された。横山信二「法の発見／創造と宣言―裁判と立法、行政法と司法―」松山法学創刊号（2000 年）24 頁、メイトランド／トラスト 60・エクイティ研究会訳『エクイティ』（有斐閣、1991 年）2～11 頁、Pierre FOUCHER, *Droit Administratif, La common law en poche* v. 8 (Bruylant, Université de Moncton, 1992) の Jaque VANDERLINDE による序文 XVII 頁を参照。

(34) A. V. DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed. (London, 1973), p. 193.

(3) ところが、アングロ＝サクソン法においても、行政法が芽生え展開しはじめる。例をアメリカにとると、19 世紀後半、資本主義の発達とともに都市の発達とヨーロッパ市場の拡大により、自給自足で営まれていたアメリカ農業は農業機械の購入やより広大な耕作地の賃借などによって生産力を高める必要が生じ、次第に商業化されていった。商業的な農業は、南部の綿花やタバコ、ミネソタ・ダコタ・カンサス各州の小麦、イリノイ・カンサス・ネブラスカ・アイオワ各州のトウモロコシという具合に地域に主要農産物を集中させることになった。しかし、1870 年以降、農産物の生産コストが高まった反面、生産物そのものの価格は下落する傾向を示し、小作農に転落し貧困化する者が多くなった。「短期にして強烈な」1873 年の恐慌もあり、その不満は、市場を独占または寡占した鉄道会社が西部農民に一方的に課した高額の運送賃に向けられた。その鉄道会社は東部の産業資本家によって支配されていたこともあり、東部の工業製品が西部に運ばれる場合には、鉄道会社は荷主に対しリベートを支払い、無料パスを発行するなどの特典を与えた。ところが、西部農民に対しては、運送賃以外にも、農産物を貨車輸送するために設けられた穀物倉庫などの保管料、積込み料なども支払わせ、農産物を西部から東部へ送る農民にはなんらの特典もなかった。農民のこれらの不満がいろいろな運動となって表明され、とくに鉄道と倉庫業に対する反抗は激しかった。1867 年に、農民の社会活動を促進するために各農村に設置された農業保護者 (パトロンズ・オブ・ハズバンドリー、通称グレンジ / Grang) による 1873 年 7 月 4 日の全国大会 (グレンジの数は約 2 万、会員の数は 80 万) で、公正な運賃や鉄道会社の所有する穀物倉庫保管料、農業者へのリベートなどを求めて政治運動に乗り出すことになった。この運動が、いわゆるグレンジャー運動である⁽³⁷⁾。1877 年、マン対イリノイ州事件⁽³⁸⁾は、このグレンジャー運

(35) 横山信二「フランス行政裁判制度形成史」松山大学論集 4 卷 6 号 (平成 5 年) 54 ~ 57 頁。

(36) 美濃部達吉『日本国憲法原論』(有斐閣、昭和 23 年) 454 ~ 455 頁。

動の最中に起った。シカゴにある起重機付穀物倉庫業者のマンとスコットの両社が、最高料金を規制しているイリノイ州の規定より高い料金を課したことに対し提起された訴訟である。同州最高裁は両社を有罪とした第一審判決を支持したので、事件は連邦最高裁に持ち込まれた。マンとスコットの両社は、穀物倉庫の保管料を定めたイリノイ州法は、連邦議会の州際通商規制権を侵害し、アメリカ憲法修正 14 条の適正手続に違反して財産を奪うものであるとして、同法の無効を主張した⁽³⁹⁾。

最高裁判所は「私有財産が公共の利益に責務を負うものであるとき、それは、単に私権であることをやめることになることを我々は知る。このことは、約 200 年前に、イギリス高等法院の首席裁判官ヘール卿による彼の論文“De Portibus Maris / 海港論”の中で、述べられていることである。…財産がある意味で公共的結果を生み、かつ地域社会全般に関与するように使用された時、それは公共的利益をともなってくる。それゆえ、人は自己の財産を公衆が利害関係を有する使用に供した時には、実質的に公衆に利害関係を賦与したのである。そして、人はこのような利害関係の範囲内で、公共の善のため、公共による統制に服さなければならない。したがって、起重機付穀物倉庫業は、公共の利益に責務を負うべきであり、法的にも州規制に従うべきである。それゆえ、州規定が不法にも財産権を侵すことを規制しているというマン・スコットの主張は無効である⁽⁴⁰⁾」と判決した。

(37) ファランド／名原廣三郎・高木八尺訳『アメリカ發展史 下巻』（岩波新書（赤）No. 83、昭和 24 年）70～87 頁、藤田正一「わが国の公益事業概念についての研究方法」弘前大学大学院地域社会研究科年報第 1 号（2004 年）8～9 頁、「ケベル先生のブログ」（http://shisly.cocolog-nifty.com/blog/2007/01/post_9864.html）の「グレンジャー運動」の解説を参照。

(38) *Munn v. Illinois*, 94 U. S. 113 (1877). 藤田、同上論文 8 頁に拠る。

(39) 畑博行「適正手続き条項と連邦最高裁判所」川又良也編『総合研究アメリカ④ 平等と正義』（研究社、1977 年）101 頁。

(40) 藤田、同上論文 8 頁および畑、同上。

このグレンジャー運動とマン対イリノイ州事件連邦最高裁判決は、社会的経済的弱者の人権保護のために統治主体（連邦ないし州政府）が、放任されていた大企業の経済活動に関与せざるをえなくなり、独占の弊害を除去するために社会立法が必要となってきたことを示唆するものであった。1887年に州際通商法が制定され、これに基づき州際通商委員会が設けられた。州際通商法は、差別を設けることを禁じ、もっとも適正な料金を決める権限を州際通商委員会に与え、同じ環境にあっても競争のない地域では運賃が高く、競争のある地域では非常に運賃が低く設定されていた当時の巨大な経済的な力をもっていた鉄道会社の経済活動を規制した。州際通商委員会が設定した料金その他の規制に反する鉄道会社の活動は、同委員会によって調査された事実認定に基づき、同委員会で審理され処理された。つまり、鉄道会社の経済活動を規制する州際通商委員会は、行政機関でありながら立法権（規制立法）と審理権を行使する行政委員会（行政委員会が裁判機関／tribunalとして事案の審理と当該事案に適用される法の宣言を行うという意味で、審理権は裁判権という意味に解される）へ発展する基礎となった。1903年のエルキンス法や1906年のヘッバーン改正法、1910年のマン＝エルキンス法などの州際通商委員会の権限強化⁽⁴¹⁾を伴いながら、行政機関に立法権と裁判権（審理権）を認めた権力統合的な行政委員会の設置は、連邦取引委員会法などの設置法に基づく証券取引委員会、連邦通信委員会、全国労働関係委員会などに拡大し、大企業の経済活動を規制するだけでなく、規制をめぐる争われる行政機関と企業や消費者との争訟の解決に及ぶようになる。行政委員会は、行政主体を具現する行政組織の中にあって相対的な独立性と中立性を保ちながら、行政主体の行政活動を手続的に規制すると同時に、関係法に違反する企業または行政機関の行為に対する申立てがあれば、当該申立てに基づいて審理調査官（Trial Examiner）による聴聞と証拠調べが行われ、事実報告書が作成される。

(41) 正木宏長「行政法と官僚制 (3)」立命館法学 303 号 (2005 年 5 号) 33 頁。

審理調査官が作成した報告書が委員会に提出されると、委員会による審理を経て裁決がなされる（行政委員会が認定した事実は終局の証拠として認められる実質的証拠法則が認められる⁽⁴²⁾）。州際通商法に基づく州際通商委員会は1995年に廃止されたが、州際通商委員会から発達した行政委員会による裁判作用が、アメリカにおける行政法の成立と発展とされている⁽⁴³⁾。たとえば、「アメリカでは……従前の移民・国籍法および連邦規則では特別審査官（special inquiry officer）と呼ばれていた移民審判官（immigration judge）は、調査官、検察官、および裁判官の機能を併せ持っていた。だが、1982年には移民不服審査委員会（Board of Immigration Appeals）および移民審判官が移民審判（immigration review）のための独立の行政機関として再編され……移民審判官の独立性が高くなっている。このように現行のアメリカ移民法においては準司法的な制度が整備されて」いる⁽⁴⁴⁾と紹介されているように、アメリカにおける行政委員会の機能のひとつに、行政に関する法の宣言という裁判作用を認めることができる。しかし、裁判を行う行政委員会の独立性が認められるからといっても、行政委員会の裁判作用を準司法的権能と呼ぶにしても、その裁判作用を司法作用そのものと同一視することはできない⁽⁴⁵⁾。そのため、行政委員会の裁決による争訟の解決は終審ではなく、司法裁判所へ提訴され、司法裁判所が行政過程へ介入するインジャクションやマンデマスなどの司法審査基準に基づいて裁判し、行政主体を規律することになる。

(4) これに対しフランスにおいては、国王裁判の裁判所である *Conseil de Roi* と司法裁判所（*Parlement*）は、アングロ＝サクソン法とは異なる統治システムを形成していった。アンシャン・レジームから続く司法裁判所（高等法院／*Parlement*）と国王の抗争、および市民革命を経て生まれた権力分立

(42) 鶴飼信成『行政法の歴史的展開』（有斐閣、昭和46年）210～224頁。

(43) 同上書219頁。

(44) 新井信之『外国人の退去強制と合衆国憲法』（有信堂、2008年）319頁。

(45) 同上書225頁。

論を背景に、「司法裁判官による行政訴訟 (les recours contentieux)」の裁判は禁じられ、《1790 年 8 月 16-24 日の法律》13 条は「司法作用と行政作用とは異なる統治作用である。したがって、行政作用は司法作用と区別され、司法裁判官は、いかなる方法であろうと、行政主体が行う行政活動に係わることはできず、行政官をその職務を理由として召還することはできない。これに違反するときは流職の罪となる」と定め、司法権と行政権を厳格に分離した。フランスにおける権力分立論は、司法権と行政権とを分離する基本原理となり、裁判管轄の権限も、司法裁判所は伝統的に民事事件と刑事事件の裁判管轄権を有するが、行政事件に関して裁判をすることは禁じられた。つまり、司法裁判所が行政主体 (行政機関) の行政活動 (actes d'administration) の適法性を判断し、違法であっても、司法裁判所裁判官の判断が行政庁の判断に置き換えられることになる裁判は禁じられ、行政庁の判断は上級行政庁である国王または大臣に属した (recours administratif)。国民主権の統治原理に基づいて、「行政権は国民の意思の表現としての法律に由来」し、行政庁は「法律の範囲内」で、すなわち、国家の代表者が国家の利益において委ねた範囲内でのみ、法的に活動することができる⁽⁴⁶⁾との理論から、行政官が法律の範囲内で活動したか否かを裁判するのは行政権自身であるとされたのである。こうして、アンシャン・レジーム時代の国王裁判制度が国王 (大臣) の裁判を最終とする行政官裁判制度 (le système de l'administrateur-juge⁽⁴⁷⁾) として「復活」し、《行政機関の権限争議に関する 1790 年 10 月 7-14 日のデクレ》3 条は「行政機関に対する無権限の異議は、いかなる場合にも司法裁判所の管轄に属さない。それは一般行政の長たる国王に提起すべきものである / Les reclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs, ne sont, en aucun cas, du ressort des tribunaux; elles seront portées au Roi, chef de

(46) 神谷昭「フランス行政法成立史 (一) —行政裁判権の形成・確立をめぐる—」北大論集 12 卷 2 号 (1961 年) 230 ~ 231 頁。

(47) Jean RIVERO, *Droit administratif*, 18^e éd. (Dalloz, Paris, 2000), p. 140.

l'administration générale⁽⁴⁸⁾」と、行政活動に対する異議は、その行為を行った行政官の上位にある行政官（つまり、国王または大臣）に対する訴訟であることが確認された。フランスにおいて、行政事件に対する裁判は行政階層的な裁判（jurisdiction administrative hiérarchique. 行政階層的な提訴／recours である大臣裁判における「訴訟」は les recours administratifs であり、こんにちのわが国の「行政不服申立て」は、裁判機関である大臣に対する訴えである「訴訟／contentieux」であった）として整備されはじめ、フランス行政裁判制度の萌芽である大臣裁判制度となった。行政裁判における大臣は、「コモン・ロー上の裁判官／juge de droit common」の地位を占めるとされ、大臣は法律の範囲内で権限を行使する活動行政（la fonction de l'administration active）の責任者である地位と、行政訴訟に関して裁判を行う（la fonction juridictionnelle）地位を併有していた。それは、行政訴訟（recours contentieux）において同一の行政機関が裁判官と当事者の役割を担うことを意味した。裁判作用の独立性と専門性という特殊性から⁽⁴⁹⁾、行政裁判官は活動行政から分離すべきであるという傾向が生じ、《共和3年雨月28日（1795年2月16日）の法律》の報告者ロエデル（ROEDERER）が「行政は唯一の人の行為でなければならず、判決することは多数の人の行為でなければならない」と主張している。このような傾向の結果、《共和8年憲法／La Constitution de l'an VIII, 1799》52条は「統領の指導の下に、コンセイユ・デタは法律案及び行政立法（réglements d'administration publique）を起草し、行政事項について生じる紛争（les

(48) corps administratifs を「行政機関」と訳したのは、corps administratifs を行政機関の総体である「行政組織」、または法人格を有する「行政主体」と訳すよりも、ここでは権利義務の帰属主体である行政主体を具現する行政機関の権限（無権限）に対する争議について定めているので、直接「行政機関」と意識した。Tribunal や Court は、国王裁判所以外の例外裁判所を指す裁判所について邦訳を充てていることが多かったが、裁判管轄の混在が解消し例外裁判所が司法裁判所として一般化した今日では、司法系列に属する裁判所を意味するので、des tribunaux を「司法裁判所」とした。

(49) J. RIVERO, *ibid.*, p. 183.

difficultés) を解決する責めに任じる」と定め、行政権の中の活動行政と裁判行政が区別され、行政事件の裁判を行う行政裁判所 (Conseil d'État) が設置された。コンセイユ・デタ設置後も行政事件の裁判権は大臣に留保されていたが (留保された裁判 / justice retenue)、《1872 年 5 月 24 日の法律》9 条は「コンセイユ・デタは、行政事件訴訟、種々の行政官庁の行為に対して提起される越権を理由とする取消しの請求について主権的に (souverainement) 判決する」と定めた。つまり、行政事件の裁判権は、コンセイユ・デタに最終独立して存在するとされたのである。それにもかかわらず、「行政裁判にはある種の後続症状 (certaines «séquelles») を存続させ⁽⁵⁰⁾」、行政訴訟は大臣に提起される状況があった。行政事件の裁判管轄権がコンセイユ・デタに主権的に存在することが確立したのは、1889 年 12 月 3 日のカドー判決⁽⁵¹⁾であった。このことは、大臣に留保されていた行政事件の裁判権がコンセイユ・デタに名実とともに委譲されたことを意味する (委任された裁判 / justice déléguée)。行政裁判所としての地位を確立したコンセイユ・デタに対する訴訟は、もはや行政不服申立てではなく行政訴訟 (les recours contentieux, または contentieux administratif) である⁽⁵²⁾。行政裁判所の裁判管轄に属する事件を「行政事件」として民事事件と区別し、行政裁判所であるコンセイユ・デタ

(50) Marceau LONG, Prosper WEIL, Guy BRAIBANT, Pierre DELVOLVÉ et Bruno GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 14^e éd. (Dalloz, Paris, 2003), p. 37.

(51) C. E., 13 déc. 1889, CADOT, Rec., p. 1148. カドー事件は、マルセイユ市が市の土木技師職 (l'emploi d'ingénieur-directeur de la ville) を廃止したので、この職にあったカドー氏が、市に対し罷免による損害の賠償を求め、司法裁判所に訴訟を提起した。司法裁判所が裁判管轄の無権限を宣したので、カドー氏は、県参事会 (conseil de préfecture. 共和 8 年に行政官裁判制度のひとつとして地方に設置された行政裁判所で、1953 年に地方行政裁判所 = Tribunal administratif となった) を経て内務大臣に提訴した。内務大臣がカドー氏の訴えを棄却したので (拒否処分)、コンセイユ・デタに内務大臣の拒否処分の取消しを求めた。コンセイユ・デタでは、ジャゲルシュミット (Jagerschmidt) 政府委員が論告し、大臣は裁判管轄権を有せず、本件の裁判権はコンセイユ・デタにあることを判示した。

の裁判官が、行政事件に適用される法を発見し宣言し（すなわち、行政に関する法はコモン・ローである⁽⁵³⁾）、その判決を積み重ねた行政判例法が行政主体を規律する行政法を誕生させた⁽⁵⁴⁾。

(5) フランスからドイツを経て、明治期のわが国に導入された行政裁判所⁽⁵⁵⁾は、大日本帝国憲法 61 条に基づき、行政裁判を行政権の作用と据えて、東京に一カ所だけ設置されたものである。すなわち、大日本帝国憲法 61 条は「行政官庁ノ違法処分ニ由リ権利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟ニシテ別ニ法律ヲ以テ定メタル行政裁判所ノ裁判ニ属スヘキモノハ司法裁判所ニ於イテ受理スルノ限ニ在ラス」と定める。同条の「別ニ法律ヲ以テ定メタル行政裁判所ノ裁判ニ属スヘキモノ」との規定を受けて、明治 23 年に行政裁判法、それと同時に「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」が定められ、「一 海関税ヲ除ク外租税及ヒ手数料ノ賦課ニ関スル事件 二 租税滞納処分ニ関スル事件 三 営業免許ノ拒否又ハ取消ニ関スル事件 四 水利及ヒ土木ニ関スル事件 五 土地ノ官民区分ノ査定ニ関スル事件」を行政事件として列記し、これらの行政作用に限って行政裁判所の判決が、天皇の行政を補弼する行政庁の行政作用を規律した。つまり、いわゆる大陸行政法における同様に、司法裁判所が行政庁の行政作用を規律するのは司法権による行政権への干渉であるから、行政作用は行政権自身によって規律されなければならないという権力分立論に基づく統治システムである。

こんにち、「行政に関する法の総体」として理解されている行政法は、行

(52) 横山信二「フランスにおける行政争訟『裁判』管轄権分配の法理」松山大学論集 17 卷 1 号（2005 年）157 頁。

(53) P. FOUCHER, 前掲注 33, 序文（1～2 頁）および David MULLAN, “ADMINISTRATIVE LAW”, 2ed., 1979, CARSWELL の 97 頁以下の第 3 章（III Judicial Review of the Manner in which Decisions are Taken）は、イギリス行政法を継受したカナダ行政法は司法審査基準として形成されたことを示している。前掲注 35 を参照。

(54) 横山信二「フランス行政裁判制度形成史」松山大学論集 4 卷 6 号（平成 5 年）を参照。

行政裁判所の判例法によって誕生し、司法裁判所によって形成される私法とは別個の法領域である公法として発展した。行政裁判所の裁判官が「行政に関する法を発見し宣言」し、行政事件を解決するから、行政法は、英米法の「法の発見と宣言」というコモン・ロー・システムに属する（コモン・ローとしての行政法⁽⁵⁵⁾）。しかし、司法判決の判例法であるコモン・ローとは異なる公法が、行政裁判所の判例法として形成されたのである⁽⁵⁷⁾。このような行政裁判所の理論的基礎となったのは、天皇主権という権力の実体論のほかに、行政権と司法権の厳格な分立論であり、また、活動行政と裁判行政の分立、つまり、行政作用と裁判作用の分立論であった。

以上のように、行政主体（具体的には、行政庁の権限行使）を裁判で規律するには、「法の前の平等」を基本とするアングロ＝サクソン法系の司法裁判所

(55) 南博方、前掲注 25、1～8 頁、とくにフランスの影響については 61～70 頁。また、行政裁判所に関する座談会「行政裁判所の回顧」ジュリスト 527 号 (1973 年) 96 頁以下を参照。本座談会は、行政裁判所の最後の長官であった沢田竹二郎氏と同評定官の田中真次氏に田中二郎、雄川一郎、園部逸夫という行政法の巨頭が質疑し、行政裁判所の審理の実情や日本国憲法下における行政裁判所存置などについて対談した貴重な記録である。

(56) Pierre FOUCHER, *Droit administratif* (Québec, 1997), p. 1. なお、Bernard SCHWARTZ, *op. cit.*, pp. 1-2 (“If such a system were to be developed at all in the absence of legislative intervention, it had to be developed by the judge by practices thoroughly familiar to the Anglo-American lawyer. In this field the judicial role was not limited to filling in the gaps in the Code. The judge was confronted, much as were the creators of the common law, with a *tabula rasa*”).

(57) 前掲注 32、B. SCHWARTZ によると「民主主義が普及すると、古代社会から判例法 (the common law) として積み重ねられてきた私法が、19 世紀初頭に議会によって法典化されたとき (1804 年のフランス民法典。1807 年にナポレオン法典と改称)、国家と国民の法関係を規律する公法がようやく芽生え始めていた。今日的意味の公法に関する判例法はもちろんのこと、公法は法典化もされていなかったから、私法が形成されてきた歴史と同様に、公法は裁判官による法の発見と宣言によって見出されなければならなかった」(1-3 頁) という。原文は、§1 (4) に引用。

の裁判による場合と、司法と行政の権力分立論に基づくフランコ＝ゲルマン法系の行政裁判所の裁判による場合とがある。アメリカ憲法の影響を受けた日本国憲法 76 条 1 項は「すべて司法権は……裁判所に属する」とし、民事事件と刑事事件のほか行政事件⁽⁵⁸⁾を司法裁判所の裁判管轄とし、民事裁判(法の宣告)と刑事裁判(犯罪事実の有無の認定と刑罰)を行う「狭義の」司法権—換言すれば、本来の司法権⁽⁵⁹⁾—に、行政事件(行政に関する法の宣言)の裁判管轄を与え、司法裁判所が行政主体を規律するしくみである。

(58) 日本国憲法において行政事件が復活した契機となったのは、昭和 22 年の平野事件である。昭和 22 年、日本国憲法制定直後に「日本国憲法の施行に伴う民事訴訟法の応急的措置に関する法律」を定め、行政裁判所の裁判管轄に属していた「行政事件」は、民事訴訟法の定める手続きで司法裁判所の裁判管轄になり、原則として「民事事件」として取り扱われるようになった。たまたま農林大臣を更迭された平野力三氏が、地位保全の仮処分を東京地裁に求める事件が起こり、東京地裁は、民事訴訟法に基づいて、仮処分を認めた(東京地決昭和 23 年 2 月 2 日行政裁判月報 2 号 83 頁)。この平野事件について、連合国司令部 (GHQ) は、裁判所の決定は司法裁判所による行政権の篡奪であるとの抗議し、GHQ の指示で昭和 23 年に行政事件訴訟特例法が制定され、「行政事件」が民事事件から区別され(行特法 1 条は、行政事件は「この法律による外、民事訴訟法の定めるところによる」とした)、その後、昭和 37 年に現行の行政事件訴訟法が制定された(行訴法 7 条は、行政事件については「この法律に定めがない事項については、民事訴訟の例による」とした)。GHQ による占領下であったとはいえ、行政主体の法的規律を司法裁判所の裁判で行うか、行政裁判所の裁判管轄に服させるかという「公法の基本問題」(本文「はしがき」を参照)を「行政事件」の裁判管轄という問題を通じて考察させる興味ある事件の経緯である(村上武則編『基本行政法(第三版)』(有信堂、2006 年) 284 頁(横山執筆担当)、宮崎良夫「平野事件」ジュリスト 900 号記念特集『法律事件百選』(有斐閣、1988 年) 34～35 頁を参照)。また、連続公開講演会「司法制度改革のゆくえ【第 8 回・完】行政訴訟改革」における園部逸夫講演ジュリスト 1281 号 71 頁(2004 年)も参照。

(59) 美濃部、前掲注 26、452 頁。

§ 6 権力分立論と統治システム

(1) 権力分立論とは、統治権力をそれぞれの性質によって区別し、区別されたそれぞれの統治権力を異なる統治機関に配分し行使させ、すべての統治権力をひとつの（一人または複数の）統治機関が行使することによって起こりえる権力の濫用を防止し、国民の権利自由を保障するという理論である。統治関係の歴史から学んだ人類の経験則に基づく理論である。この理論を集大成したモンテスキューによる権力分立論のモデルに拠るならば、統治権力は立法権力、裁判権力、執行権力に分けられ、立法権力は議会に、裁判権力は司法権力と同一化して裁判所に、執行権力である行政権（la puissance exécutive）は内閣に、それぞれ帰属する⁽⁶⁰⁾。そして、立法権力と行政権力が同じ統治機関に属すると、「暴君的な法律」を作り、暴君的に執行するから、国民の自由は存在しない。司法権力が立法権力や行政権力と結合されれば、司法裁判官が立法者となり、圧政者になると指摘する。すなわち、司法権力と立法権力が結合すれば、立法者の都合に合わせて法律を解釈し、本来無効となるべき法律を事件に適用し、当該事件の当事者である私人の権利自由が侵害され、司法権力と行政権力が結合すれば、「法律による行政」の原理に反して行われた違法な行政を行っても、私人の権利を侵害している違法な行政を取り消す者がいないから、国民の自由は存在しない。

Il n'y a point encore de liberté, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire; car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutive, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur. — MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Garnier
— Flammarion (Paris, 1979), p.294.

ここで、モンテスキューは、司法権／la puissance judiciaireではなく、裁判権力／la puissance de juger という語を用いている。§ 5 (1) でも述べたよう

に、立法と裁判は「法の発見と宣言」を意味する同義の概念だったが、国民代表議会が、主権者である国民の一般意思を法律の形式によって法を宣言するシビル・ロー・システム (civil law system) が確立し (§3を参照)、立法概念と裁判概念が分離した。立法は法律の形式による法規制定を意味し、裁判概念は、民事および刑事の事件に法を適用し解決するという司法概念と結合し、「司法と云う言葉は、其本来の意味に於いて裁判というのと同じ」 (§5 (1) の冒頭) であるとされるに至る。しかし、司法と裁判は必ずしも同じではない。司法権は、民事・刑事の紛争解決という統治主体が行使する統治権力

(60) モンテスキュー (野田良之・稲本洋之助・上原行雄・田中治男・三辺博之・横田地弘訳)『法の精神 上』(岩波文庫、1988年) 291頁以下。同書の邦訳を、原文 (MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* I, Garnier-Flammarion, Paris, 1979, p. 294) に照らすと、3つの統治権力を la puissance législative (立法権力), la puissance exécutive (執行権力), la puissance de juger (裁判権力) としている。これらの統治権力の意味について、第一の権力である立法権力は「一時的もしくは永続的に法律を定め、また、すでに作られている法律を修正もしくは廃止」し、第二の権力である「万民法に属する事項の執行権力……によって……安全を確立し、侵略を予防し」、第三の権力である「公民法に属する事項の執行権力」によって、「彼は犯罪を罰し、あるいは、諸個人間の紛争を裁く」(同書 291頁) と説明する。そして、この第三の権力を「人は裁判権力 (la puissance de juger) と呼び、他の執行権力を単に国家の執行権力 (la puissance exécutive) と呼ぶであろう」と述べている。イギリスの国制を対象としたモンテスキューは、J.ロックに従って国家の権力を立法権力と執行権力に分けたうえで、執行権力を司法権力 (犯罪を罰し=刑事事件、あるいは、諸個人間の紛争=民事事件を裁く) と、司法権力を除いた他の執行権力、つまり、結論として立法作用と司法作用を除いた残余的作用である「行政」を執行権力としている。したがって、モンテスキューは「行政」の定義について控除説を述べていることになる。けっきょく、モンテスキューは、ロックの執行権力を司法権力と行政権力とに区別し、その独創性を示している (同書 445頁)。執行権力が司法権力と行政権力とに分けられ、しかも裁判権力が司法権力と同一化されたことにより、「立法」「司法」「行政」の三権が、後世に統治権力のモデルとして観念される。しかし、§5 (1) で述べたように、「裁判」と「司法」は同じではないから、行政事件の裁判権力が、理論的にどの統治機関に属するかは別途検討すべき課題である。

のひとつであり、コモン・ロー・システムに見られるように、「裁判官が、法を発見し宣言する作用」である裁判作用と結合している。しかし司法権は、民事事件と刑事事件の「法律上の争訟を裁判する統治作用」であって、司法権力に行政事件を裁判する作用は含まれていない。モンテスキューが説く権力分立論は、もともと立法権力と執行権力の分立であった（脚注 60 を参照）。モンテスキューは、統治権力の第一の権力を立法権力とし、執行権力を第二の権力である行政権力（外交使節を派遣または接受し、安全の確立し、侵略を予防する）と第三の権力である司法権力（犯罪を罰し、個人間の紛争を裁く）に分け、司法権力を裁判権力と称した。そのために裁判権力と行政権力（ただし、活動行政を行なう権力）の分立が隠され、行政事件に対する裁判の意義に混乱が生じたものの、モンテスキューが裁判権力と活動行政を行なう執行権力との分立を説くのは、裁判権力が立法権力のみならず、活動行政を行なう行政権力とも分立されなければならないことを示している。

(2) ところで、以上のような司法の観念は、フランスにその萌芽を求めることができる⁽⁶¹⁾。フランスの統治作用に司法作用が認識され、君主の一般統治権力と区別されたのは 13 世紀といわれる。絶対王政期を通じて、今日的意味の司法、立法、行政の三つの統治作用が、大雑把にはあるが、君主の統治機関相互に複雑に入り込んでいた。統治機関の一つであった高等法院／*Les parlements* は、民事と刑事の裁判権である司法権、治安維持などの行政権、国王が発布する法令に対する登録と建白をなすことによって法令の効力を左右する立法権など、司法権、行政権、立法権の三権が入り込んだ重要な統治権力を担っていた⁽⁶²⁾。高等法院（*Parlement*）の裁判権は、ローマ法の伝統から民事／*civil* と刑事／*pénal* の二つの事件に対し行われ、高等法院の裁判管轄は私人間の紛争に関する訴訟（*judicia privata*）と、社会全体に関

(61) 美濃部、前掲注 36、388 頁。

(62) 宮崎、前掲注 19、47～49 頁。

係する犯罪に関する訴訟 (*judicia publica*) とから成り立っていた⁽⁶³⁾。この高等法院が、18世紀から19世紀、フランス市民革命からフランス行政裁判制度が確立するまでに、司法裁判所としての性格を確立していくのである。すなわち、高等法院が担っていた民事事件と刑事事件の裁判権は司法権 / *L'autorité judiciaire* として位置づけられた。そして、厳格な権力分立論を論拠として司法裁判所の行政事件への係わりが否定され、行政事件に対しては行政権に属し活動行政から独立して裁判行政を担う行政裁判所 (*Conseil d'État*) に裁判管轄権を委ねられ、司法裁判所の裁判権と区別された。

このようにして、王会 (*Curia regis*) から生じた国王裁判から分離し、貴族の特権を擁護する統治機関として国王と対立してきた高等法院の裁判権は、同じ国王裁判から発達してきた行政裁判所に属す裁判権と区別され、高等法院は破棄院 (*La Cour de Cassation*) と呼ばれ、司法裁判所として位置づけられた⁽⁶⁴⁾。

(3) したがって、日本国憲法 76 条が、特別裁判所としての行政裁判所を廃止し (同 2 項)、「すべて司法権は……裁判所に属する」(同 1 項) と定めたといっても、司法裁判所が、直ちに民事および刑事の裁判以外に行政裁判も当然に行うものとなったとはいえない⁽⁶⁵⁾。大日本帝国憲法のもとで設置されていた行政裁判所が、特別裁判所の設置を禁じた日本国憲法 76 条 2 項により廃止されたことを前提にすれば、「すべて司法権」とは、民事事件と刑事事件に行政事件の裁判を新たに加えた「司法権」を意味すると解釈することもできる。また、日本国憲法制定時に行政裁判所や行政裁判制度を認めなかった英米法流の司法権を前提に、行政主体が関係する事件であっても民事

(63) Raymond CHARLES, *La Justice en France*, 《Que sais-je?》 n° 612, PUF (Paris, 1954), pp. 6-7.

(64) Georges PICCA et Liane COBERT, *La Cour de Cassation*, 《Que sais-je?》 n° 2282 (PUF, Paris, 1986), p. 16.

(65) 美濃部、前掲注 36、456-457 頁。

事件や刑事事件として司法裁判所の裁判管轄とし、行政主体は民事または刑事事件を通じて「司法権」によって規律される場所としたという解釈もできる (§5 (2))。日本国憲法 76 条 1 項の「すべて司法権」の「司法」をこのように解釈し、日本国憲法における行政裁判所の設置または行政裁判制度の可能性を再検討してみよう。第一に、日本国憲法制定に影響を与えたアメリカ憲法において、すべての民事事件と刑事事件 (cases and controversies) の裁判を意味する司法権が司法裁判所の管轄に属するという裁判一元論を是とする場合であっても、英米法における行政事件と行政法の発達は、§5 (3) で検討したように、アメリカにおいては、行政委員会による行政に関する法の宣言という裁判作用 (準司法的権能) が行政主体の行政を規律している。したがって、活動行政から独立し準司法的権能が認められた行政機関による裁判作用が行なわれていることに鑑みれば、裁判一元論のもとにおいても、司法権と裁判作用の区別が認められる。そして第二に、日本国憲法 76 条 1 項の施行後、平野事件 (脚注 58) を契機として定められた行政事件訴訟特例法 (昭和 23 年) およびその行政事件訴訟法への改正 (昭和 37 年) によって、行政事件の裁判が司法裁判所の裁判管轄に属すところとなったことから、日本国憲法の「すべて司法権」の意味は、英米法の民事事件と刑事事件の裁判に加えて、行政事件が民事や刑事の事件としてではなく—換言すれば、行政事件の裁判が司法権の範囲となったのではなく—、立法的に行政事件の裁判は司法裁判所の管轄に属するものとなった⁽⁶⁶⁾。そうすると、司法権による行政事件の裁判にともなって生じる司法権と行政権との分立が問われなければならないことになる。

むすび

日本国憲法 76 条 1 項は「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する」と定める。司法とは、「当事者

間に、具体的な事件に関する紛争がある場合において、当事者からの争訟の提起を前提として、独立の裁判所が統治権に基づき、一定の争訟手続によって、紛争解決の為に、何が法であるかの判断をなし、正しい法の適用を保障する作用」とされる⁽⁶⁷⁾。この「当事者間に、具体的な事件に関する紛争」とは、明治憲法において、私法上の権利義務に関する争い（民事事件）および刑事法を適用して刑罰を科する事件（刑事事件）の裁判のみを「司法権」として最高裁判所と下級裁判所（つまり、通常裁判所）に属せしめていたところ、日本国憲法は、行政事件（行政処分によって違法に権利・利益を害された者と行政機関との間の公法上の権利義務に関する争い）の裁判を含めて、すべての「当事者間に、具体的な事件に関する紛争」の裁判作用を司法権（司法裁判所）に属するものとした。この趣旨を憲法 76 条 2 項は、「特別裁判所は、これを設置することができない。行政機関は、終審として裁判を行ふことができない」と示している。

したがって、デュギーが提起した公法の基本問題である「國家に或ることを為すことを命じ或はこれを禁ずるところの、國家に優越した法的規制なるものが存在するか？」について、日本国憲法において現実かつ具体的に國家を法的に規律するのは司法裁判所の裁判作用であると答えられよう。しかし、

(66) 美濃部、前掲注 36、457 頁は「憲法の所謂司法権は民事及び刑事の外行政裁判をも含む意味に解すべきではないかといふ疑を生ずるのであるが、行政裁判は行政行為の適法性を争の目的とするもので、性質上本来行政権の作用に属し、之を裁判所の権限に属せしむるには特別の規定を必要とする。然るに憲法には此の點に付き何等の規定も無く單に司法権は裁判所に属すと曰ふに止まつて居るのであるから、其の所謂司法権を此の如き本来行政作用たる性質の行為を迄包含するものと解すべき根據は全く存在しない。行政行為の適法性に付き如何なる限度に迄訴訟を以て之を争うことが出来るか、其の訴訟は何れに之を提起すべきかは、一に法律を以て定めらるべきもので、法律に依りそれ等の訴訟をも裁判所の管轄に属せしめたとしても、それは司法権以外に特別の権限を裁判所に付與したのであつて、それ等の作用をも本来の司法権の範囲に属するものと解すべきではない」と説明している。

(67) 芦部信喜／高橋和之補訂『憲法』第三版（岩波書店、2005 年）307～308 頁。

国民主権原理と権力分立原理に基づいて統治作用を分けてみたところで、「実際を見れば、結局行政権が中心になる⁽⁶⁸⁾」から、司法裁判所が行政事件を裁判することの意義については改めて再検討しなければならない。

(68) 座談会「行政裁判所の回顧」、前掲注 55、101 頁（沢田発言）。