

# スウェーデンにおける裁判官任命制度

萩原金美

## 目次

- はじめに
- 第一章 高裁代理判事
  - 一 序
  - 二 任命
  - 三 職務
  - 四 問題点と評価
- 第二章 正規の裁判官職——高裁判事
  - 一 および地裁判事を中心として——
  - 二 任命手続の概観
  - 三 任命の実態
  - 四 待遇、昇進、生活環境等
- 結語

## はじめに

本稿は内容的には、拙稿「スウェーデンにおける司法実務修習と判事補の養成教育」（神奈川法学二十巻二号所収）（以下「前稿」という）を承けて<sup>\*</sup>、スウェーデンにおける裁判官の任命・養成制度の問題をさらに検討しようとするものである。前稿の記述は判事補の養成教育が終了し、判事補が高裁代理判事に任命されるところで終わっているので、本稿ではまず、代理判事への任命の問題をより詳しくみることから始めよう。

<sup>\*</sup> 編集上の都合から、本稿所収の号が一足先に刊行されることになった。

## 第一章 高裁代理判事

### 一 序

前稿において述べたように、スウェーデンでは正規の裁判官職に到達するまでに裁判官歴の長い道程がある。高裁代理判事への任命はその最終段階に達したことを意味するわけであるが、実はこの最終段階自体がすこぶる長い待機の期間なのである。そして、この待期の期間のほとんどを、代理判事の多くは、主として裁判所外の公的職務に従事して過ごすのであって、とりわけ政府各省、各種の政府委員会や国会の事務部門は代理判事なしには機能することが不可能といっても過言ではない。

本章では、この代理判事への任命とその職務について紹介し検討する。

### 二 任命

高裁代理判事への任命の要件としては、原則として、地裁において一年間判事補等の裁判官として執務したこと、

高裁において一年三月判事補ないし員外裁判官として執務したこと（最低九月は員外裁判官として）が要求されている（規五一条）。実際には判事補候補生となつてから五―七年後に所定の裁判官教育を終えて任命されることは前述した。<sup>(1)</sup>

代理判事への任命は高裁の提案に基づき政府が行なう（規四三条<sup>(2)</sup>）。この提案は代表会議<sup>(3)</sup>で決定される（規三四条一項四号）。但し、代表会議は案件を全体会議（plenum）に回付することができる（同条二項）。全体会議の構成員は、長官以下高裁の正規の裁判官、代理判事、執務期間六月以上の員外裁判官および事務局長、以上の全員である（規三〇条一項）。なお、代理判事の職は公募されない（規四三条）。

前述のように判事補の養成教育を終えた者は、一般に代理判事への任命を期待できる。

代理判事の定員は判事補と同様に確定されていない。<sup>(4)</sup>代理判事の数は、定員表<sup>(5)</sup>において高裁自体の必要に基づく数が記載されるが、政府は国会の授権によつて高裁の職務以外の需要等により必要と認めるときは右の数を超えた代理判事のポストを設けることができる。しかもこれは広範囲に利用されている。例えば一九七三―七四予算年度において定員表上の代理判事数は六四人であるが、一九七三年一〇月一日当時における代理判事総数は二〇五人、しかもそのうち高裁で執務している者は僅かに一五人にすぎなかつた。<sup>(6)</sup>

なお、任命時の平均年齢については最近の統計資料は見当らないようであるが、一九二五年から一九五八年までの期間をみると、一九二五―二九年の平均年齢が三二・一歳、その後概して徐々に長くなる傾向にあり、一九五八年のそれは三七・二歳となつている。一九五八年に任命された者一九人のうち、僅かに一人が三三―三四歳であるほかはすべて三五歳以上である。<sup>(7)</sup>

### 三 職務

代理判事に任命された後の職務はさまざまである。もちろん、期間の長短は別としてそのまま高裁にとどまる者もいる。一部の者は地裁や賃貸借等紛争処理委員会<sup>(8)</sup>で執務する。最高裁の上告調査官の職務も代理判事の段階で通常行なうべきものとされている。<sup>(9)</sup>かつては地裁所長判事に任命されるためには原則として一年以上上告調査官の職務を合格点をもって終えたことが要求された<sup>(10)</sup>(もっとも失格と判定された事例はきわめて少ない)。しかし、現在では上告調査官の執務経験がない者でも所長判事に任命される事例が多い。<sup>(11)</sup>

法令上代理判事は、上告調査官、地裁の裁判官、所属高裁以外の高裁の構成員として一年内、賃貸借等紛争処理委員会の審判官として六月内の執務を引き受ける義務を有する(規五四条)。

実際には圧倒的な数の代理判事が裁判所外で公的職務に従事している。その大部分は政府各省の法律専門職や政府の立法関係委員会の幹事職として働いている。このような裁判官に対する裁判所外における公的職務からの需要は伝統的なものであるが、近年は益々甚だしくなりつつある。前述の一九七三年一〇月一日当時における高裁外で執務する代理判事の職務の内訳をみると次のとおりである。<sup>(12)</sup>

上告調査官

一五(人)

地裁判事(職務代行)

三五

賃貸借等紛争処理委員会審判官

四

裁判所外の公職(若干名は私的職務)のため休職中の者

一四〇

実に約四分の三は裁判所外における職務に従事しているのである。

例えば、政府各省において実質的に法案作成の任にあたるのは代理判事であるし、かれの仕事を監督する責任者の法制局長(ratscher)——各省に必ず存在する——はやはり裁判官出身者(多くは休職中の高裁判事)であり、そのポス

トは政務次官 (statssekreterare)、事務次官 (expeditionschef) と並ぶ省の三要職の一つなのである<sup>(13)</sup>。スウェーデンの立法はその精細さ、水準の高さにおいて有名であるが<sup>(14)</sup> (すべての法律には詳細な理由書が付されている)、それを可能ならしめている決定的な要因は、すべての立案に高度の法的知識・経験を有する裁判官出身の法律家が関与することにあることは明らかであろう。

(その反面として、スウェーデンの裁判実務および法律学においては立法理由書に法解釈上決定的な重要性が与えられていることに注意しなければならない。)<sup>(15)</sup>

このように多様な、そして重要な職務を経験しながら代理判事は正規の裁判官職——一般に高裁判事または地裁判事——への任命を待つ。だが、それまでの期間はすこぶる長い。正規の裁判官職に任命される平均年齢は四三歳ともいわれるが、<sup>(16)</sup>ポストや裁判所の別によっても異なる。五〇歳前後になることも珍しくなく、例えばマルメ高裁の場合は大体五〇歳になるといえる。<sup>(17)</sup>

もともと、現在の職場を最適として裁判所に復帰する意思のない者もある。かれにとってはその職場における輝かしい将来が一般に期待できるからである。

アンダーソン・メルボウム・スコージェ (Simon Andersson, Anders Melbourn, Ingemar Skogö) は伝統的なスウェーデンの高級官僚のキャリアを次のように描いている。

「古典的な公務員の、古典的な教育は、スウェーデンにおいては法律学である。もちろんこのことは、行政の伝統的執行および法規適用としての任務が広範囲に裁判官の活動と一致しているということに関連しているのである。裁判官と行政官僚の経歴は共通して進むのが慣例であった。通常の経歴は法学教育を終了して司法実務修習に入ることから開始される。それから、まず高裁、ついでその数年後に政府各省での勤務が続く。じ後の展開は、政府の各種委員

会や国会の委員会における幹事職を勤めた上、さらに政府各省における上級のポスト、高裁判事としての裁判所への復帰または中央行政庁への転出ということになる。<sup>(18)</sup>

この記述はやや簡約化されすぎている嫌いはあるが、おおむね的確である。このようなスウェーデンにおける公務員のキャリアは、行政機能の拡大と共に法律家＝裁判官の独占がくずれつつあることは事実であるが、今日もなお程度の差こそあれ妥当しているのである。<sup>(19)</sup> このことは後述のように、裁判所外に向向する裁判官の数が益々増加しつつあること、代理判事のみならず判事補の段階でもそれが多くなっていることによっても例証されよう。

#### 四 問題点と評価

これまでの記述によって代理判事が裁判所外の公務員において量的にも質的にも重要な役割を果していることが知られた。それでは、このような代理判事の在り方は無条件に肯定されているのであろうか。必ずしもそうではない。あまりに多数の代理判事が存在し、かつ裁判所外に転出していることは、正規の裁判官職の定数とのバランスを失し、その結果正規の裁判官職への昇進が遅くなり、裁判官職志望者を減ずるおそれがあること、部外に転出した代理判事の代りに、より未熟な判事補が高裁の員外裁判官となることは、高裁の弱体化を招くことがかねて問題とされてきた。代理判事の裁判所外への転出の問題は、すでに一九四三年の裁判官制度調査会 (1943 års domartredning) に対する法務大臣の指示において取り上げられ、<sup>(20)</sup> その後もひき続き政府の調査委員会の調査の対象とされている。<sup>(21)</sup>

しかし事態は逆に推移し、一九六三年から一九七三年までの間に、裁判所外で執務する代理判事の数は七一人から一四三人に増加しているのである (正規の裁判官および判事補についても同様で、前者は三八人から六一人に、後者は一六人から三三人に増加している)。<sup>(22)</sup>

この事実が裁判所外における裁判官とくに代理判事に対する需要がいかに深刻かつ強大かを物語るものであり、司

法部にとってある意味では嬉しい悩みとでもいうことができようが、前述した問題解決の有効策を欠くことになる。この点については、スウェーデン型法曹一元論を論ずる別稿において改めて取り上げることにしてしよう。

ところで、外国とくにわが国の観察者の見地からは、右のような裁判官とくに代理判事の在り方は「司法の行政化」の危険をもたらすのではないか、という基本的な疑問が提起されるかも知れない。この問題についても、スウェーデン司法の特質をテーマとする別稿において近く詳論する予定なので、<sup>(22)</sup>ここではスウェーデンではこの点をどう考えているのかについて一言しておくにとどめる。一口でいえばそのような疑問は全くみられないのである。行政学者はスウェーデンの行政機関（官）が高度の独立性を享受していることを語り、「独立のほとんど裁判所に似た行政は、権威的決定が万人に平等に適用されるための保障」<sup>(23)</sup>を意味すると主張する。そして行政は、その幹部の中心部分が裁判官（出身者）であり、裁判官の体質、メンタリティーをもつことによってさらに法の支配を強化するのである。このようにしてことは、スウェーデン（人）にとっては「司法の行政化」ではなく、「行政の司法化」とよんだほうが適切だといえよう。スウェーデンにおいては、法の支配の理念は全行政機構を覆っているといわれるのは、決して単なる修飾的表現ではなく、深い真実を物語っているのである。

- (1) 前稿第二章一参照。
- (2) 注における略語等の表記は前稿の例による。
- (3) 代表会議については前稿第二章五参照。
- (4) SOU 1974: 96 s. 134.
- (5) 定員表については Bertil Wennergren, I statens tjänst (1981) s. 73 参照。スウェーデンでは公務員の定員は必ずしも法律で定まっているわけではな。
- (6) SOU 1974: 96 s. 150.

- (7) SOU 1959: 17 s. 212.
- (8) 賃貸借等紛争処理委員会と訳したが、正確には建物賃貸借 (hyra) および住居権 (bostadsrätt)——わが国の区分所有権に似た一種の用益物権——に関する紛争の調停、審判、仲裁の権限を有する hyresnämnd と、土地賃貸借 (arrende) に関する紛争について同様の権限を有する arrendenämnd とに分れる (なお、スウェーデン法では hyra も arrenda も制限物権であり、債権ではない)。しかし、両者は共通の審判官 (hyresråd) と事務局をもつ hyresnämnd と略称される。全国に二二存在する。審判官は正規の裁判官職 (高、地裁判事) と同格の顧問官 (ヘル) の職であり、両委員会は裁判制度に属するものとされている。
- (9) 上告調査官については拙稿「最高裁判所調査官制度の比較法的検討—スウェーデンにおける上告調査官 (revisionssekreterare) の紹介を中心として」民商法雑誌八四巻一号 (一九八一年) 一頁以下参照。
- (10) SOU 1959: 17 s. 19.
- (11) SOU 1974: 96 s. 53.
- (12) SOU 1974: 96 s. 150.
- (13) スウェーデンにおける立法作業については拙稿「スウェーデンにおける立法顧問院 (lagrådet) と新しい立法顧問院法」神奈川法学一六巻一号 (一九八〇年) 五五頁以下および次注の佐藤論文参照。
- (14) 佐藤節子教授は、スウェーデンは他の北欧四国にくらべて「法律制定において慎重もしくはせいたくである。」「スウェーデンは法律の言語に特別深い注意を払う。一つ一つの言葉が慎重に比較検討され、草案が長期間立法目的に適合するスタイルで立案される。」と述べている (同「北欧」法社会学講座10「一九七三年、岩波書店」一一九頁)。
- (15) Hilding Eek et al., Juridiskens källmaterial (1975) s. 75.
- (16) Domstolsverket, Domstolsväsendet. En Prestation (undated) s. 43.
- (17) アスプリーン判事とのインタヴュー。なお、前稿第二章注(6)参照。
- (18) Simon Andersson, Anders Mellbom, Ingenar Skogo, Myrndigheten i Samhället (1978) s. 193.
- (19) Lennart Lundquist, Förvaltningen i det politiska systemet (1981). s. 38.
- (20) SOU 1946: 57 Vissa organisations-, utbildnings- och tjänstgöringsfrågor vid domstolarna s. 5-6.
- (21) SOU 1959: 17 s. 171-188.
- (22) SOU 1974: 96 s. 104.
- (22<sup>a</sup>) 拙稿「スウェーデンの司法——その特質と概観——」神奈川大学法学研究所研究年報5 (一九八四年) 所収、がそれである。



(23) Lundquist, a.a.s. 38.

(24) Folke Schmidt and Stig Stromholm, *Legal Value in Modern Sweden* (1965). pp. 8-9. 詳しくは前掲拙稿「スウェーデンの司法」二九頁以下、を参照されたい。

## 第二章 正規の裁判官職——高裁判事および地裁判事を中心として——

### 一 任命手続の概観

正規の裁判官職への任命手続は基本的には公務員一般のそれと同様である。スウェーデンにおける公務員の任命手続の特色については、すでに拙稿「スウェーデンにおける法学教育と法学教師」(神奈川法学一八巻二号「一九八三年」所収)において大学教授の任命手続に関連して述べたことがある。<sup>(1)</sup>若干重複する嫌いはあるが、ここで改めてそれを紹介しつつ裁判官の任命手続を概観しよう。

スウェーデンにおける公務員の任命手続は、人事の適正・公平を期するため、歴史的に古くからきわめて厳格な形式化されたものであり、訴訟手続に類似するといわれる。<sup>(2)</sup>原則としてすべての官職(例外はトップレベルの官職〔通常裁判所では最高裁判事、高裁長官、高裁部長判事、ストックホルム、イヨーテポリイ、マルメ三大地裁の所長判事〕や臨時的な職)について空席は公告され、応募資格を備えるすべての者が任命を申請する権利を有する。任命に関する一般的な手続的法規整は、「官公職への雇用に関する法律」(Lag [1976: 600] om offentlig anställning) および同政令 (anställningsförordningen [1965: 601]) が定めている。この法令は国家公務員のみならず、公企業の職員や地方公務員にも適用される。

高裁判事および地裁判事の任命についても右の法規整に従う。前記政令一〇条による空席の公告は司法行政庁によ

り行なわれる。また、その内容は同庁の所管の範囲内にあるすべての機関に通牒をもって告知される。申請人は申請書を同庁に提出する（高裁規則四二条二項、地裁規則三九条二項）。ちなみに、同庁の所管の範囲内にある機関とは、最高裁判所、高等裁判所、地方裁判所、住宅裁判所、賃貸借等紛争処理委員会、行政最高裁判所、行政高等裁判所、行政地方裁判所である。

任命にあたっては、裁判官職推せん委員会 (tjänsteförslagsnämnden för domstolsväsendet) の提案がまず行なわれる。

この委員会は一九七五年七月一日から発足したもので、それ以前には、地裁所長判事および部長判事については長官会議 (presidentkollegiet)、高裁判事および地裁判事については当該高裁の全体会議が同様の職務を果していた。<sup>(3)</sup> この推せん委員会の構成は委員長、副委員長および委員六人で、委員長以外の構成員には補充員がいる。すべての構成員および補充員は政府により任命され、任期は六年である（以上、裁判官推せん委員会規則 [förordning med instruktion för tjänsteförslagsnämnden för domstolsväsendet] 二条）。一九八一年現在の構成員をみると、委員長は司法行政庁長官、副委員長は最高裁首席判事、委員は地裁所長判事二人、高裁部長判事一人、行政最高裁首席判事、行政高裁長官一人、高裁長官一人となっており、報告者（調査官）として高裁代理判事一人が配置されている。<sup>(4)</sup> なお、委員会は司法行政庁と同一場所に所在し（右規則九条参照）、庶務は司法行政庁が行なう（同四条）。

委員会の定足数は五人であるが、委員長または副委員長が必ず在席しなければならぬ。原則的性質のまたは重要な案件を処理するときは、できる限り全構成員が出席すべきである（同五条一項）。決定は多数決によるが、可否同数のときは委員長の決するところによる（同条二項）。

案件がその処理のために会議を開く時間的余裕がないほど緊急のものであるときは、委員長と最低四人のその他の構成員との連絡により決定することができる。この方式による決定は、次の会議において報告されなければならない

(同六条一項)。右の事情が存在しない場合でも全構成員が決定に関与し、かつ、その結果について意見の一致をみるときは、構成員間の連絡により決定することができる(同条二項)。

実際には正式の会議は年八一〇回程度で、それ以外は電話連絡で決定するという。これはすこぶる有効だといふことである。<sup>(5)</sup>

構成員には行政手続法による除斥・忌遅の規定が適用される。また、推せん決定書は公文書であるから当然公開される(後述参照)。

委員会の決定は、調査官による報告に基づきなされる(同七条一項)。司法行政庁の長官および同庁の人事部長は、右の報告のさい同席することができる(同条三項)。

委員会の推せん決定に対して不服のある申請人は、決定の告知の日から三週間内に政府に対して抗告することができる。抗告審としての政府は、抗告のなかった分も含めすべての申請について審査する。したがって、抗告に対する特別の決定はせず、任命決定自体が抗告に対する応答をなすことになる。<sup>(6)</sup>

三大地裁以外の地裁所長判事および地裁部長判事の任命手続も右と同様である。しかし、三大地裁の所長判事および高裁部長判事以上のそれは異なる。まず、高裁部長判事は高裁の申請に基づき、政府が任命する(高裁規則四一条二項)。三大地裁の所長判事は司法行政庁の申請に基づき政府が任命する(地裁規則三八条)。高裁長官および最高裁判事は直接に政府が任命する。これらの職については公募および推せん委員会による手続は行なわれない。

一八〇九年の統治組織法(憲法)以来、憲法上、官職への任命については「勤務成績および有能<sup>(7)</sup>」(förtjänst och skicklighet)のような客観的理由のみが顧慮されるべきである旨定められている(同法二八条二項、新法一章九条二項)。この勤務成績とは一般に勤務期間の長さをいう。<sup>(7)</sup> いわゆる年功序列主義である。<sup>(8)</sup> 高裁判事もしくは地裁判事または同

クラスの正規の裁判官職の任命にあたっては、現在まで年功序列主義が重要な役割を果たしている。しかし、地裁所長判事や高裁部長判事クラスの任命にあたっては、これがやや緩和され、前述のトップレベルの官職の場合は年功序列はほとんど問題とされない<sup>(9)</sup>。

なお、共同決定法 (lag [1976: 580] om medbestämmande i arbetslivet) の施行により任命に関する問題は労使の共同決定事項とされるに至った。そこで、委員会は推せん決定を行なう前に、予め決定内容について労働組合に情報を供与しなければならず、その後五労働日内に組合が協議を要求したときは組合と協議しなければならぬ(官職への任命に関する契約三条)。

## 二 任命の実態

代理判事から任命される正規の裁判官職は一般に、高裁判事または地裁判事のポストである。しかし、直接より上級のポストに任命される者もいる。いずれにせよ、すべての正規の裁判官職は今日では終局的なものと考えられており、昇進は必ずしも予定されていない。また、転任も本人が希望しなければ行なわれない(この場合は新たな任命と同様に公募に応じて転任先におけるポストへの任命を申請することになる。後述参照)。

任命時の年齢、候補生採用時からの在職期間等をみると次のとおりである。

高裁判事			
予算年度	総数	平均年齢	平均勤務期間
一九七〇—七二	一三	四四	一五・九
一九七二—七三	九	四四	一五・二
一九七二—七三	六	四七	一七・二

右期間における最年長者は五四歳、最長勤務期間は一九・五年であった。  
地裁判事

予算年度	総数	平均年齢	平均勤務期間
一九七〇—七一	三三	四三	一五・〇
一九七一—七二	四二	四二	一二・七
一九七二—七三	一九	三九	一〇・九

右期間における最年長者は五九歳、最長勤務期間は二九・五年であつた。<sup>(11)</sup>

出典 SOU 1974 : 96 s.232 (Bilaga 3)

次に、ある推せん委員会の決定書（公文書であるから公開される。その基礎となる資料文書についても同様である。）を通じて推せんの方をべつ見してみよう。いずれも一九八一年二月九日に電話による会議でなされたもので、関与者は構成員全員である。

### 第一例

イヨータ (Göta) 高等裁判所判事職 (F. 二五—二七) について

#### 申請人

高裁判事ラッシュ・ファレニウス (Lars Fallenius)、高裁代理判事ハンス・エーリック・ヨナソン (Hans-Erik Jonasson)、保険裁判所判事クラス・モーグレン (Klas Mogren) (申請取下)、首席法務職カール・ニッセル (Carl Nisser)、高裁代理判事ラッシュ・ノールトルプ (Lars Noltorp)、地裁判事シャステイン・ポールソン・ノルドリング (Kerstin

Paulsson-Nordling) および高裁代理判事ペール・イェーラン・オイェヘイム (Per-Göran Öjehim)

推せん順位

- 1 ニッセル
- 2 ポールソン・ノルドリング
- 3 ノールトルプ
- 4 オイエヘイム
- 5 ヨナソン

理由

ファレニウスは現職に一九八〇年四月一日に就任した。当委員会の見解によれば、顧問官レベルの職にある者は、特段の理由がないかぎり、二年未満の短期間で同格の職に転任することを認められるべきではない。ファレニウスは転任のためのなんらの理由も示していない。それゆえ当委員会は、かれを推せん順位のなかに挙げない。

その余の申請人については、ニッセル、ポールソン・ノルドリング、ノールトルプ、オイェヘイムおよびヨナソンの順に裁判官歴に入ったので、<sup>(12)</sup>その順序で本件の官職への任命が問題とされるべきである。ファレニウスの転任について正当な理由があると認められるならば、かれはノールトルプの次の順位にくるべきである。

## 第二例

マルメ地方裁判所判事職 (俸給F。二五―二七) (二人) について

申請人

高裁代理判事ハンス・アンダーソン (Hans Andersson)、『同オーレ・エークステド (Olle Ekstedt)、『同ラッシュェ・フォッセン (Lars Forseen) (申請取下)、『同ヨハン・ハンソン (Johan Hansson)、『同スタファン・ヤンスレル (Staffan Jansler)、『同ラッシュェ・ノールトルプ (Lars Noltorp)、『同アグネータ・オールソン (Agneta Ohlsson)、『地裁判事ベンダト・タンクレード (Bengt Tancred)、『および賃貸借等紛争処理委員会審判官グニラ・セッテルベリイ (Gunilla Zetterberg) 推せん順位

- 1 エークステド
- 2 タンクレード
- 3 オールソン
- 4 セッテルベリイ

理由

エークステド、タンクレード、オールソンおよびセッテルベリイは、その他の申請人よりも早く裁判官歴に入っており、まず本件の官職について問題とされるべきである。エークステドは研究者教育のための休職許可を受けて法学博士号を取得したため、タンクレード、オールソンおよびセッテルベリイよりも執務期間がやや短い。しかし当委員会は、エークステドは勤務期間の長さの関係においては研究者教育のための期間を右の三人よりも上位に置かれるべき程度に算入されるべきだと認める。

反対意見

ボーリエソンおよびオークヴィスト「委員―萩原注」<sup>(13)</sup>は、四番目の順位について反対意見を次のとおり述べる。  
セッテルベリイは裁判官歴に入る前に若干の期間県中央行政庁に勤務している。しかし、この勤務は裁判官歴にお

けるそれと同視すべき種類のものではない。この見地からみると、セッテルベリイはハンソンよりも勤務期間において約一月長いとみられる。他方、ハンソンは休職期間中南スウェーデン和議協会本部<sup>(14)</sup>で勤務したが、この期間が算入されるべきである。ハンソンは長年高度の公的職務を委嘱されそれを果してきている。このことを通じてかれが獲得した経験は、勤務期間の関係においてセッテルベリイの僅かなより長い勤務期間にまさるといふべきである。それゆえわれわれは、ハンソンを第四順位に挙げるものである。

### 第三例

ウメオ (Umeå) 地方裁判所判事職 (俸給F。二五―二七) (二人) について

#### 申請人

高裁判事トールボリイ・ビョルリング (Torborg Björning) 地裁判事代行レイフ・エーリクソン (Leif Ericksson) 高  
裁代理判事スヴェーナー・エーリク・イェルディーン (Sven-Erik Gerdin) 地裁判事代行トーマス・セーデルマルク  
(Thomas Södermark) (申請取下)、同スタッフアン・ヴェーネル (Staffan Werner) 局長ヨナス・オーグレーン (Jonas  
Agren) (申請取下)、高裁代理判事イングヴァル・オーケソン (Ingvar Akesson)

#### 推せん順位

- 1 エーリクソン
- 2 ビョルリング
- 3 ヴェーネル
- 4 オーケソン



理由

エーリックソンはその他の申請人よりも早く裁判官歴に入っている。高裁における判事補としての執務の後かれは裁判所を去り、長年有能な弁護士として活動を行なった。その後再び裁判所に復帰し、四年近く前から地裁判事代行として執務している。当委員会は、エーリックソンを本件の官職のために最適と認め、推せん順位の第一に置く次第である。

その他の申請人の勤務期間の長さをみると、ビョルリング、ヴェーネルおよびオーケソンの順に裁判官歴に入っている。したがって、かれらはこの順序で本件の官職について問題とされるべきである。

反対意見

ポーリエソン、ヴィースランデルおよびオークヴィストは反対意見を次のとおり述べる。

ビョルリングに関して、本件において知りえたところによれば、彼女は高裁における現職に最もよく適していると考えられる。したがって、われわれは彼女を推せん順位のなかに取り上げることを行わない。

なお、添付書類として不服申立の教示が記載されている。その文面は次のとおりである。

裁判官職推せん委員会への提案に関する不服申立事件は、政府に法務省ストックホルム一〇 三三三三〔郵便番号一萩原注〕に対して抗告によりなされる。抗告状は遅くとも一九八二年一月一三日までに政府に到達しなければならない。

また、同日は決定が延期されたが、ストックホルム地裁部長判事職についての意見（資料）が寄せられているので、それを摘記してみる。行政的能力が問題とされていることが注目を惹く。

高裁長官スカールステド (Skarstedt)<sup>(15)</sup> (十一月八日)

グレンヴァル (Grönvall)<sup>(16)</sup> はすぐれた高裁判事である。かれは勤務期間の長さのゆえに高裁の副部長判事になることが問題とされている。グレンヴァルは高裁ではなんら行政の経験をもっていないが、地裁部長判事職に適任であることに反するなんらの理由も存しない。

高裁部長判事ヴィルヘルムソン (Wilhelmsson) (同月七日)

グレンヴァルは私の部に約一年半執務している。かれは有能な法律家である。き帳面で、協調的で、ユーモアに富む人柄だ。仕事上の能力はすぐれている。かれは行政的能力を発揮する機会をこれまでもっていないが、それを疑わせる理由は全くない。私は、グレンヴァルは仕事の指導者として部の仕事がかうまく機能するように配慮できると考える。過重な労働負担が生じたとしても、かれはおそらくそれを克服できるであろう。私に判断できるかぎりでは、かれは地裁部長判事職への適格者である。

行政高裁長官モントゴメリイ (Montgomery) (同月七日)

グレンヴァルは実務的な学問においてきわめて価値ある寄与をしており、これはかれの明らかなメリットとして考慮されるべきである。

ちなみに、この地裁部長判事職への申請人は、右のグレンヴァルのほか七人いたようである。

### 三 待遇、昇進、生活環境等

右の推せん決定のなかに俸給のランクがF。二五―二七と表示されていたが、Fは通常の公務員の給与のカテゴリを示し、Oは信任状等をもって任命される正規の官職の意である。F。二五は行政官の局、部長の給与に相当するとい

つてよい。<sup>(17)</sup>

すでに述べたように、正規の裁判官職は現在ではすべて終局的なものと考えられており、原則として昇進は予定されていない。地裁部長判事、三大地裁以外の地裁所長判事および高裁副部長判事の職は公募されるので、希望する者はこれに応じて申請することになる。高裁副部長判事は大体年功序列でなれるようである。

他の裁判所の同格の官職（地裁判事と高裁判事は同格である）に転任を希望する場合も公募に応ずるしかない。右の推せん決定にもそのような事例がみられたとおりである。

概して終身同一の裁判所に在任することが多いのではないかと思われる（北辺の任地は別として<sup>(18)</sup>）。英文のスウェーデン法の浩瀚な概説書 *Civil Procedure in Sweden* の共著者であり、またスウェーデン訴訟手続法の英訳者として国際的にも名を知られるブルツェリウス（Anders Bruzelius）博士は、一九四七年以降ルンド地裁（当時はルンド都市裁判所）に在任し、地裁判事、地裁所長判事と昇進し、一九七七年に退官するまで同地裁にとどまった。きわめてすぐれた裁判官であり、長らくルンド大学法学部の講師も勤め、同大学名与法学博士号をもつ<sup>(20)</sup>。スウェーデン語の法律学に関する著作も相当数ある。その能力・識見からして求めればより上級の裁判官職に就くことができたのではないかと想像されるが、もの静かな中世的雰囲気を漂わせる大学都市ルンドで実務と学問を両立させる道を選んだのかも知れない。いずれにせよ、このブルツェリウスの例は、正規の裁判官は自ら欲しなければ生涯同じ裁判所に在任できる（あるいはしなければならない）ことを如実に示しているといえよう。スウェーデンの民事訴訟は完全な集中した口頭弁論主義を採っているが、それを現実に可能ならしめている要因としてこのような裁判官の在り方があると考えられる。

前述したように、三大地裁の地裁所長判事以上の職は公募されない。そして、上級の職になればなるほど徹底した能力主義に従って任命される。

最高裁判事にはキャリア裁判官のほか、法学教授、検察官（とくに検事総長）、弁護士からも任命される慣例である。とりわけ法学教授から任命されるケースは多い。最近では法務大臣から最高裁判事に任命された例もある。<sup>(21)</sup> 任命にあたっては事前に最高裁の意見を徴するのが確立した慣行といわれる。<sup>(22)</sup> ちなみに、法務大臣から高裁長官に任命された例もある。<sup>(23)</sup>

これらの事実は、この国における正規の裁判官職に対する高い評価——もつともこれは裁判官に限られず高級公務員職一般について妥当することであるが（大臣から行政庁の長官に就任する例は珍しくない）——を例証しているといえよう。

なお、多数の高裁代理判事や判事補が政府各省その他裁判所外で活動している事実は前述したが、正規の裁判官についても休職して裁判所外の職務に就いている者は決して少なくない。一九八一年の官公職者の名簿をみると、政府各省の法制局長のほとんどは高裁判事であり、また新聞オムブツマン（*allmänhetens pressombudsman*）は地裁部長判事、公共苦情処理委員会（*allmänna reklamationsnämnden*）の委員長は高裁判事である。

いささか古い資料だが、一九七三年一月一日現在における高、地裁の正規の裁判官の職務を調べると次のようになる。<sup>(24)</sup>

官職	数*	裁判所勤務**	裁判所外	休暇中***
高裁長官	六	六	〇	〇
同部長判事	二四	二三	〇	一
同副部長判事	二八	二八	〇	一
同判事	七三（一）	四九	二二	三

地裁所長判事	一〇一(二)	九三	二	一四
同部長判事	四六(二)	三六	二	八
同判事	三二一(八)	二九一	一〇	二二

\*かっこ内は空席を示す。

\*\*賃貸借等紛争処理委員会の執務は裁判所に算入した。

\*\*\*休暇中には病欠、セメスター、兵役等を含む。

なお、官職者の数と裁判所勤務らん以下の数字の合計とが合わないが、それは休暇中であるのに職務を行なっている者のなかに算入されている者が一部あるからである。

労働者としての裁判官(いわゆる管理職も含めて)はSACO/SR中央組織(大学卒業者をもって組織する全国的労働組合連合体)の法学士・社会学士・経済学士組合(JUSEK)<sup>(25)</sup>に所属し、同組合のなかには裁判官部門がある。なお、別に裁判官の私的団体としてスウェーデン裁判官協会(Sveriges domarförbundet)が存在する。<sup>(26)</sup>ちなみに、検察官や警察長も右のJUSEKの構成員である。

裁判官の政治的活動は自由であり、地方自治体や国会の議員になっている者もいる(もともと、裁判官は政治的活動にあまりにも消極的だという意見も、裁判官のなかにある)<sup>(27)</sup>。しかし、やはり裁判官は他の大陸諸国の官僚裁判官と同様に無名の存在だといってよい。スウェーデンの裁判官は一審においても少数意見を表示できる点はより顕名的であるが、<sup>(28)</sup>政治的、社会的に重大な関心をよぶ事件が裁判所に登場することは比較的少ない。したがって、裁判官の判決意見が一般世人の注目をあびる機会もとぼしい。最高裁判事は「無名の最高官職」(nest anonyma toppjob)と評されているほどである。<sup>(29)</sup>

だが、このように無名の高級官職にあるとはいえ、スウェーデンの裁判官はわが国などの裁判官と比較すれば、社会ないし市民とはるかに密接な接触をもつ生活を営んでいるのである。この点について、すでに一〇年以上前のものであるが、地方裁判所判事協会 (Sveriges tingsrättsdomareförening) が行なった興味深いアンケート調査の結果がある<sup>(30)</sup>ので紹介しておこう。

この調査は一九七二年になされ、四二六人の裁判官にアンケート用紙が送られた。うち三八五人が回答し、回収率は九〇・三%の高率であった。質問は過去一〇年間に、第一グループII国もしくは地方自治体の議員またはその議会により任命された理事会もしくは委員会の構成員、第二グループIIその他の政府機関における理事会または委員会の構成員、第三グループII銀行、企業、経済団体、スポーツ・文化団体およびこれらと同種の団体における理事会の構成員、第四グループIIその他の団体における理事会の構成員として関与したことがあるか、というものであった。回答によれば、全く関与したことがないという者は僅かに三一人、その余の三五四人の答えの内訳は次のとおりである(もちろん複数回答がある)。

第一グループ	回答者数	一三八
国会		二
県参事会		一一
地方自治体参事会		三九
地方自治体理事会等		三三
地方自治体委員会		一〇九
教会会議等		一九

第二グループ	回答者数	二二六
保護観察委員会		一二九
精神病者退院許可委員会等		八五
賃貸借等紛争処理委員会等		一〇五
道路委員会等		三七
大聖堂参事会		八
第三グループ	回答者数	三二九
銀行		四八
労働組合、賃借人組合、居住権者組合		八九
スポーツ団体		五四
芸術団体		六九
博愛団体		五四
P・T・A		六二
第四グループ	回答者数	二二九

環境保護団体、禁酒団体、在郷軍人会その他多種多様な組織・団体が列挙されている。以上を要するに、スウェーデンにおける正規の裁判官の地位ないし在り方の実態は、その特異な養成、任命過程にみられるように、英米と大陸の裁判官のほぼ中間的位相を占めるといえるであろう。そこにはキャリア裁判官システムの長所を保持しつつ、その欠陥を克服するための経験的えい知の発現を見出すことができると思われるのである。

#### 四 結語

スウェーデンの司法は長い伝統のなかで、「開かれたキャリア制」ともいふべき独自のキャリア裁判官任用制度を  
発展させ、確立してきた。そして、その長所はひろく承認されているところである。しかし他方、この制度の内蔵す  
る問題点も自覚され、批判されてこなかったわけではない。すでに一九四三年の裁判官制度調査会が一九四六年に提  
出した報告書において、弁護士や検察官<sup>(31)</sup>の職務経験を有する者を裁判官に任用することのメリットと必要性が指摘さ  
れている<sup>(32)</sup>。同様の意見はその後の裁判官制度に関する政府の立法関係委員会の報告書のなかに相次いで登場してくる  
のである<sup>(33)</sup>。そうしてその頂点に達したのが一九七二年の裁判官制度調査会が一九七四年に提出した「開かれた裁判官  
歴」(SOU 1974: 96 Öppnare domarbana)と題する報告書であった。この報告書における委員会の意見(それは委員会に  
対する法務大臣の指示の基本路線に合致するものである)は、現行の裁判官任用制度を根本的に改革し、一種の法曹一元  
制度(ノルウェーのそれを目指しているといつてよい)<sup>(34)</sup>を採用することを提案するものであった。当然のことながらこの  
報告書はスウェーデンの司法部・法曹界に激烈なショックを与え、これをめぐる激しい論争がくり上げられた。しか  
し結局のところ、一大臣のイニシアティブ、一篇の報告書をもってしては確立した伝統を根底から動かすことはでき  
ず、近時、検察官や弁護士から裁判官になるものの数がやや増加しつつあるものの裁判官任命制度の現状は従来と同  
様の形態を維持したままである。

このスウェーデンにおける法曹一元論の内容とその展開過程を検討することは、現代スウェーデン司法の理解のた  
めに重要であることはもちろんであるが、わが国における法曹一元の問題をより広いパースペクティブのなかで考え  
る上でも有益であろうと考える。そこで、現状の紹介を主たる目的とする本稿は以上をもって終り、稿を改めてスウ  
ェーデンにおける法曹一元論というテーマを検討することにしよう。



- (1) 前掲拙稿「スウェーデンにおける法学教育と法学教師」八四頁以下。
- (2) 公務員の任命手續については Wennergren, a.a.s. 74-88 に詳しい。
- (3) SOU 1971:41 Ny domstolsadministration s. 57-58. なお、長官会議の構成員については後注(26)参照。
- (4) Sveriges statskalender 1981 (1981) s. 82. 本文記載の順序は同書のそれによる。
- (5) 一九八二年一月一日、同委員会職員(氏名失念)とのインタヴュー。
- (6) Wennergren, a.a. s. 81.
- (7) Erik Holmberg och Nils Stjernquist, Grundlagarna (1980) s. 387.
- (8) Wennergren, a.a. s. 81.
- (9) SOU 1974:96 s. 96, Wennergren, a.a. s. 81-82 も参照。
- (10) SOU 1974:96 s. 54, Per Olof Bolding Två rättgångar (1977) s. 11.
- (11) 最年長者はいずれも裁判所外で正規の裁判官職と同クラスのポストに在り、裁判官への転出を志望した者のように思われる。本文の表には任命前に正規の裁判官と同格のポストにあった者が高裁判事について合計五人、地裁判事について一名含まれている。
- (12) 裁判官歴に入るとは、判事補候補生に採用されることをいう。
- (13) ポーリェンソンは司法行政庁長官であり、かつ、この委員会の委員長である。
- (14) 和議協会本部 (Ackordcentralen) とは正式の名称を和議および破産事件のための商人団体本部 (Köpmannaföreningarnas central för ackords- och konkursstämmanden) といい、債務者の債務超過ないし支払不能の場合に任意和議の成立を促進することを目的とする。構成員は主に企業である。Lars Welmsom, Konkurs (1978) s. 180.
- (15) スカールステドは上部ノルランド高裁、ヴィルヘルムソンはスウェーデン高裁、モントゴメリイはストックホルム行政高裁。
- (16) グレンヴァル (Sen Gunnar Grönvall) は申請当時スウェーデン高裁判事であった Sveriges statskalender 1982 s. 291.
- (17) Sveriges statskalender 1982 s. 32-33.
- (18) なお、行政官や大学教授の給与との比較については、前掲拙稿「スウェーデンの法学教育と法学教師」九〇頁、九六頁注(51)参照。裁判官を含め、公務員の申請に基づく転任については、規則または実務上、現職における一定の勤務が要求されるようである。もっとも、北辺の地域については特例が設けられている場合が多い。SOU 1959:17 s. 148-151.
- (19) 参考のために、かれの英文の著作(単行本のみ)を列挙しておく。  
Ruth Bader Ginsburg and Anders Bruzelius, Civil Procedure in Sweden (1965).

Anders Bruzelius and Ruth Bader Ginsburg (trans), the Swedish Code of Judicial Procedure (1968).

Torild Backe, Anders Bruzelius and Erik Wängstedt, Concise Swedish-English Glossary of Legal Terms (1973).

Anders Bruzelius, Erik Wängstedt and Maria-Louise Narkling, A Concise English-Swedish Glossary of Legal Terms (1980).

(20) Vem är det 1981. s. 162 参照。

(21)(22) 一九八三年一月一日法務大臣ライネル (Ove Rainer) は辞職し、直ちに最高裁判事に任命された(但し、一九八四年一月一日発効の条件付き)。もっともこの任命については、大臣辞任が脱税とまではいえないかも知れぬが社会民主党員としてふさわしからざる常軌を失した節税行為があるとして新聞の激しい攻撃を受け、パルメ首相は結局かばい切れなかったことにある、と一般に受け取られていたこと、最高裁判事任命にあたっては最高裁の意向を事前に聴取するという従前の確立した慣例を無視したこと、から批判的意見が強い。ライネル(一九二五年生)の経歴をみると、高裁判事補、高裁代理判事、高裁判事と裁判官歴を昇進し、その間に法務省における重要な行政職を経験し、一九七三年に郵政庁 (postverket) の長官になり、一九八二年に法務大臣に抜てきされている。きわめて優秀な裁判官出身官僚の輝かしいコースを超スピードでばく進してきた人物といえよう。そのためか、かれの最高裁判事としての能力には最高裁判事たちの側でもほとんど批判はなく、批判は主として政府の慣例無視に向けられているようである。

他方、パルメ首相自身はライネルを完全に信頼しており、大臣辞職は私的理由によるものであって、かれはすでに一六年前から最高裁判事に適任だったと述べている。

(ちなみに、大臣の給与は月額一万八、〇四〇クローネであるのに対し、最高裁判事のそれはF。三五 一三万二、八〇六クローネなので、約二五パーセントの増額となる)。

以下 Dagens Nyheter, Svensk dagbladet, Expressen 三紙の一九八三年一月一日付記事による。節税問題についても右の記事に詳しい。経歴については Vem är det 1981 の該当項目 (s. 854) を参照した。

(補記) 脱稿後に入手した資料によれば、その後事態は思わぬ変化をみたので、それを次に略述しておく。  
右任命の数日後に、パルメ首相はライネルを強く批判し、かれを最高裁判事に任命したのは過誤だったと発言した。その背景には、パルメが知らされていなかった、ライネルの節税問題の一環であるスイスにおける株式取引が明らかになったことなどから、パルメはライネルに欺かれていたと考えた、という事情があったようである。その結果、ライネルは最高裁判事職への就任を辞退し、ついで空席のあるスヴェア高裁判事職に応募した。この応募は社会的関心を集め、推せん決定前に新聞の質問に対して、推せん委員会の委員長ボーリェンソンは原則的意見として、同委員会は政治的問題を考慮に入れる道徳裁判所ではない、裁判官職の申請人に対する総理大臣の意見といえども、委員会においては私人のそれとして判断の資料とされるにすぎない、一般論としてライネルは任命のために十分な資格要件とメリットを具備している、と語

った。委員会の推せん決定のための会議日は一九八四年三月七日に予定されていたが、新聞は推せん確実という観測をしていた。Dagens Nyheter den 14 februari 1984.

その後の経過の詳細は筆者には不明であるが、裁判所の労働組合の反対などもあり、結局、ライネルは同高裁判事になることなく、国立投資銀行の長に就任したとのことである（スウェーデン在住の友人竹崎孜氏「日本大使館勤務」の御教示による）。

(23) ライネルの前々任者ヴィンベリイ (Håkan Winberg) は、一九八一年に法務大臣から西ノルランド (Nedre Norrland) 高裁長官になっている。かれは同高裁判事で穏健党所属の国会議員であったが、一九七九年に高裁判事から法務大臣に就任したのである。現在も国会議員を続けている。

(24) SOU 1974:96, s. 228-229 (bilaga 1) により作成。

(25) 前稿第一章注(4)参照。

(26) スウェーデンにはかつて多様な裁判官団体があったが、一九七二―七三年当時には、スウェーデン裁判官協会 (Sveriges domareförbund)、スウェーデン地方裁判所判事協会 (Föreningen Sveriges tingsrättsdomare) および上告調査官協会 (Revisionssekreterareföreningen) の三つが存在していた。

スウェーデン裁判官協会は後二者の上位団体であり、判事補以上のすべての裁判官が入会資格を有する。これに最高裁や高裁の裁判官は個人で加入しているが、後二者の会員は団体を通じて加入していた。

ところで、地裁判事協会は地裁の正規の裁判官および賃貸借等紛争処理委員会の審判官のみを構成員とし、判事補等には入会資格を認めていなかった。それにもかかわらず、同協会の活動は最もアクティブで、古くから重要な法律分野および裁判制度に関する法案等について、同協会は政府から意見の表明を求められる私的団体 (レミス機関) の一つに属するとされてきた。のみならず、一部の正規の裁判官の任命について意見の表明を行なう長官会議 (presidentkollegiet) に二人の代表を送っていた (長官会議は最高裁首席判事、各高裁長官および地裁判事協会からの代表二人で構成された)。これに対して、裁判官協会の活動は主として国際的な面にかぎられ、国際裁判官協会 (Union Internationale des Magistrats) の加盟団体であり、法務省から若干の国庫扶助を受けている。また、上告調査官協会は会員数もきわめて少なく特記すべき活動もみられなかった。

このような状況のなかで裁判官協会と地裁判事協会との統合の必要性が裁判官層のあいだで認識、強調されるに至り、一九七三年一月一七日に統一化が実現されたわけである。それに伴い、地裁判事協会の有する法案等に対する意見表明および長官会議へ代表を送ることはすべて新しい裁判官協会が行なうこととなった。なお、統一当時は行政裁判所の裁判官 (行政最高裁判事は従前から個人会員で別として) は、技術的な理由から会員とされなかったが、現在では同様に会員資格を認められている。Lars-Erik Tillinger, En domareorganisation eller Ber-

SvJT 1972 s. 215-218, Nytt domarförbund, SvJT 1974 s. 248-250.

- (27) アスペリン高裁判事とのインタビュー。
- (28) 少数意見は評議調書の必要的記載事項である (訴訟手続法六章三条八号)。
- (29) Expressen, den 11 november 1983 (Mats Gezelius の記事)
- (30) Carl Hamilton, Domarkärens isolering-en enkät, SvJT 1973 s. 525-528.  
この調査は、裁判官は社会から隔離しており、「記録に鼻をくっつけて坐り、決して窓の外を見ない」という新聞その他各方面からの批判を契機として行なわれたものである。一九七二年の裁判官制度調査会に対する法務大臣の指示のなかにも右の批判に似た論調が示されている。  
SOU 1974: 96 s. 36-37.
- (31) すでにみたように、スウェーデンにおいては裁判官歴の過程で裁判所外の公職に就くのが一般的であるが、従前はこのなかに検察官の職はほとんど含まれていなかったことに注意すべきである。このことは、スウェーデンの検察官は最近にいたるまで裁判官や弁護士と比較して十分な法学教育を受けていなかったことに主として基因する、と思われる。もっとも、このような状態は一九六〇年代半ばまでにはほとんど解消されたといわれる (以上について拙稿「スウェーデンにおける執行官 (Kronofogde) 制度について」吉川大二郎博士追悼論集・手続法の理論と実践〔上巻〕(一九八〇年、法律文化社) 三七九頁およびそこに引用の文献参照)。
- (32) SOU 1946: 57 Beräkande angående vissa organisations-, utbildnings- och tjänstgöringsfrågor vid domstolarana. s. 193-196.
- (33) SOU 1974:96 s. 61—にその概要の紹介がある。
- (34) SOU 1974: 96 s. 37. ノルウェーの裁判官任命制度の概要については、拙稿「法曹一元(論)の試論的検討」神奈川大学法学研究所研究年報 4 (一九八三年) 四頁以下参照。
- (後記) 本稿は一九八三年の夏休みを利用して一応書き上げたものであるが、その後、裁判官職推せん委員会の委員の行政高裁長官ヴェンツ(Nils O. Wentz)が同委員会の活動の実態とそれに対する自己の見解を述べた論文「Från tjänsteförslagsämndens verksamhet—erfarenheter och synpunkter」SvJT 1983 s. 31—43. その他若干の新しい資料を入手することができた。とくに右論文は内容的にすこぶる興味深く、かつ示唆に富む。是非ともこれだけは本稿中に盛り込みたいと思ったのであるが、目下のところ筆者の健康状態などの事情から断念せざるをえなかった。なるべく早い機会に別稿をもって紹介することとして、御了承を乞う次第である。(一九八四年九月二五日)

# フランス行政法学の生誕

——復古王政期行政裁判制度論争を中心として——

村上 順

## 目次

はじめに

第一章 復古王政期行政裁判制度論争の背景

(一) 復古王政期における国有財産売却訴訟

(二) 復古王政期の行政裁判制度

第二章 復古王政期の行政裁判制度論争

(一) シレーの「行政国家」論

(二) コルムナンの「行政裁判国家」論(一)

(三) コルムナンの「行政裁判国家」論(二)

(四) マカレルの「行政裁判国家」論

むすびにかえて

## はじめに

モーリス・オーリュウによれば、フランス行政法の発達史は、次の三つの時期に区分されるとい<sup>(1)</sup>う。

①潜在的創造期 (Période d'élaboration secrète) 「一八〇〇—一八一八年」——コンサーユ・ダタ判例が公開されておらず、行政法についての注目すべき著作も存在しなかった時期。

②顕現期 (Période de divulgation) 「一八一八—一八六〇年」——コルムナン、マカレル、ジェランドーの三人が、法曹実務家であると同時に行政法学者として多くの著作を公刊し、フランス行政法学の始祖の役割を果たした時期。

③組織化の時代 (Période d'organisation) 「一八六〇年以降」——デュクロック、バトビイ、オーコック、デュフェール、R・ダレスト、E・ラフェリエールらの諸学者が、「パリ学派」「プワチエ学派」に分かれ、それぞれの行政法理論を展開した時期。

現代フランス行政法は、右の第③期以後、一八九〇年代に登場したオーリュウ、デュギイ、ベルテルミイによって完成されたことは周知の通りである。

さて、行政法学の誕生は右の第①期に属するが、本稿はまず、何ゆえこの時期にフランス行政法学が登場するに至ったのか、その背景を明らかにする。そのうえで、本稿は、この時期の行政法学が最重要の課題として取組んだ行政裁判制度論の中から、フランスにおいてはじめて行政行為、行政訴訟の法理論が論ぜられるに至る過程を示し、フランス行政法学説史の研究の序説となす。

一 行政法総論体系の未確立　フランス行政法学の生誕を画する著書として、右のオーリュウが指示する文献は、一八一四年マカレルにより公刊された『行政判例要論』(Éléments de jurisprudence administrative)である。つづいて、コルムナンの『行政法の諸問題』(Questions de droit administratif)[第一版一八二二年、第二版一八二三年、第三版一八二六年]が公刊される。

さて、われわれがこれら復古王政期に公刊された著書を見る時、それとすぐ気付かされることは、そこには何らか「体系」と呼びうるものを見いだしえないことである。そこには、コンセーユ・デタに係属する行政事件毎の判例集成と判例法の解説があるに止まる<sup>(2)</sup>。

これに対し、復古王政末期に公刊されたドゥ・ジュランドーの『フランス行政法提要』(Institutes de droit administratif français)[第一版一八二九—三〇年、第二版一八四二—四六年]は、行政法規を行政の目的、内容毎に体系的に研究するものであったが、これもなお、今日われわれが『行政法各論』と観念するものに止まる<sup>(3)</sup>。したがって、われわれはこれら一九世紀初期学説の中に、行政の全活動を「行政行為」、「行政契約」の行政の活動形式を中心に横断的に把握する『行政法総論』の体系をみる事ができないことである<sup>(4)</sup>。これは、フランス行政法の第③期の学説を経て、オーリュウらの現代フランス行政法学において完成をみたものである。

さて、行政法学において「現代行政法」が「市民国家の行政法」と区別されて論じられる標識<sup>(5)</sup>が、行政の単なる「事実的執行作用」に止まらない、行政に固有の「法判断作用」(II「行政裁量」)領域の確立にあるとしたならば、一九世紀初期学説とオーリュウらのフランス現代行政法学との間に存する径庭は、まさにこの行政の法判断作用領域の遍在性とその体系的認識の落差に関連する。すなわち、一九世紀初期の行政法学説は、行政の「事実的執行行為」と「契約」的活動形式については、すでに明確な認識を持ちえていたが、行政に固有の活動形式(「行政行為」)とその法

的基盤をなす行政の法判断作用領域に対する知見の制約は、当時の行政法学をして、以上の行政の活動形式すべてを合して、行政法総論体系の構築に向かわしめえなかったことである。<sup>(6)</sup>

この様な一九世紀行政法学説の知見の制約は、この時期に先行し、かつこの時代なお基本的に支配的であった「行政権」に対するフランス人の観念に由来する。すなわち、フランス革命が達成した「国民主権」の原理は、まずもつて、議会＝立法府の優越的地位を確認し、行政権を厳格な法規の事実的執行の役割に押しこめるものであったが、これは法規によらざる行政権の権力行使を否定するばかりか、同時に、制定法執行に際しての行政権の法の解釈、当・不当の法的判断の介入を可能なかぎり排除する意味を持つものであった。<sup>(7)</sup>さらに、この時期の資本主義の発展段階が要請する公権力の市民社会への介入も、生活諸関係の基本的単純性から議会制定法レベルにおいて充分に対処しえたこと、また、この様な場合、右の国民主権原理から議会のイニシアチブこそが求められていた関係上、行政の法判断作用領域自体が多くなかったことである。

しかしながら、この様な未だ低<sup>プリミティブ</sup>位な段階にあった一九世紀初期学説においても、現代行政法の総論体系の確立に向けて、この行政に固有の法判断作用領域の発見と、これに結合した訴訟形態の認識とが端緒的ながら認められるに到ることである。本稿はまさにこの局面の端緒的転回をとらえることを目的とする。

二 フランス行政法学の生誕  それでは右の課題を遂行するために、われわれは一九世紀初期行政法学のいかなる論点を取り上げるべきであろうか。これを示すために、われわれはまず、一九世紀初期学説のうち最初に出現した復古王政期の行政法学（マカレル、コルムナン）が、何ゆえその視野をコンセーユ・データ係属裁判事項に限定していたのか、その理由を明らかにする必要がある。

一般に、行政法は国の権力行使のありかたをルール化した実体的行為規範の体系から成るとされている。しかし、



この行為規範性は、行政活動によって権利、利益を侵害されたとする者からの救済の申立てを受けた裁判の場において、その規範内容を最終的に受け取る。すなわち、行政法の行為規範性は、それが裁判によって「評価」されることによって規範的拘束力ある内実を獲得する。この意味において、復古王政期の行政法理論が、この時期の行政法の規範体系の全容を明らかにしようとした時、行政法規の単なる便覧的紹介ではなく、当該法規の適用が問題とされるコンセーユ・デタ判例に着目せざるをえなかったことは、いわば当然の事柄であった（行政法「学」未発達段階での「アクチオ」的体系構成）。のみならず、この時代、コンセーユ・デタ行政判例が一般市民に公開されていなかったこと<sup>(8)</sup>から、この時期の学説は、行政判例の集成とその法学的把握という形式で、国と市民間の紛争事案について、市民の側に一定の法的予測可能性を与えることが求められていたのであった。この様な行政法学の発展段階と役割からして、マカレル、コルムナンの著書が、コンセーユ・デタ係属裁判事項に追隨した編別を採っていたことは無理からぬことであった。

しかしながら、この様にいうことは、復古王政期の行政法学が、コンセーユ・デタ判例に対し受動的かつ従属的であったことを意味しない。その反対である！

行政法の行為規範性が、その実効的内容を獲得するのが、コンセーユ・デタ行政判例においてであるとしたならば、学説の注意がこの行政判例を生み出すコンセーユ・デタ行政裁判権そのものに向けられるのは当然の事柄であった。そして時あたかも、ブルボン王朝の復活とその政治的保守主義は、このコンセーユ・デタ行政裁判権を活動行政権との未分離下においたのであった。その結果、行政法の行為規範性と帝政期に到るまで終始<sup>ブルジョワ</sup>市民的利害に仕えてきた行政判例とが、かかるコンセーユ・デタの手によって空洞化され、動揺せしめられるおそれが生じた。そして、実は、フランス行政法学は、このまさに復古王政期におけるコンセーユ・デタの反動的再編に際会して、この封建的反動の

時代における市民、農民の権利擁護のために誕生したのであった。革命来の判例集積が背景にあるとはいえ、復古王政期に到つてのわか行政法学の登場はこれによって説明される。したがって、コンセーユ・デタ行政裁判権の独立第三者的構成の提唱（「行政裁判制度論」）と、行政法解説書による非公開判例の整理に基づく市民への情報提供<sup>(9)</sup>、さらにこれによるコンセーユ・デタ行政判例の<sup>(10)</sup>看視とが、フランス行政法学の最初のかつ不離の任務となつたのである。この様な意味で、われわれは、フランス行政法学が単なる官房学的な知識を提供するものではなく、まして況んや官僚支配を弁証する学として出発したものでなかつたことを知らなければならぬ。その生誕に際し、斯学に刻印された市民的自由主義とその政治的実践的性格に注目すべきである。

さて、一九世紀初期行政法学が現代行政法学の総論体系の確立に向け行政行為、行政訴訟論を展開する、その端緒を捉えようとする本稿の課題のために、われわれはこれをコンセーユ・デタ行政判例の集成や行政法規の研究を目的とした著書の中にみるのではなく、「行政裁判制度論」を展開した学説の論説の中に探ろうと思う。前者「行政法研究」が後者「行政裁判制度論」のコロラリーとしての作業であつたのみならず、<sup>(11)</sup>斯学の生誕が直接には復古王政期行政裁判制度論争を契機としたものであつたからである。

- (1) Maurice Hauriou, de La formation du droit administratif français depuis L'an VIII, 1893, p. 7 et s.; 兼子仁『行政行為の公定力の理論』(第三版)一八九頁以下、神谷昭『フランス行政法の研究』二六一―二七頁参照。
- (2) 試みにその例として、コルムナンの著書「第一版」からその目次を示そう。

第一卷

- 一章 教会組織内部における聖職者の懲戒に対する控訴 [Appel]      二章 御料林競売契約訴訟 [Bois]
- comme d'abus]      三章 村道をめぐる法律問題 [Chemins Vicinaux]

- 四章 納品債務県清算委員会決定に対する争訟方法 [Commissions départementales]
  - 五章 コントールの訴訟遂行権能の有無および財産、債務をめぐる訴訟 [Communes]
  - 六章 裁判管轄権移送に際しての係属裁判権特定の問題 [Compétence]
  - 七章 軍主計官の弁償責任 [Comptables]
  - 八章 権限争議 [Conflits]
  - 九章 県参事会 [Conseils de préfecture]
  - 一〇章 直接税訴訟 [Contributions directes]
- 第二卷
- 一章 国有財産売却訴訟 (続々)
  - 二章 勲章授与者の年金に関する訴訟 [Dotations]
  - 三章 国有財産の「交換」の法的性格 [Échange]
  - 四章 旧亡命者の財産をめぐる訴訟 [Émigré]
  - 五章 教会財産の収益金帰属をめぐる問題 [Fabriques]
  - 六章 国民軍軍法会議裁決に対する控訴可能性 [Garde nationale]
  - 七章 曳船道役権の設定権者 [Halage]
  - 八章 市場、広場の土地所有権、借地権をめぐる問題 [Halles]
  - 九章 救護院に返却された財産の法的性格 [Hospices]
  - 一〇章 コンセーユ・デタの法解釈権能 [Interprétation de la loi]
  - 十一章 国家債務訴訟 [Liquidation]
  - 十二章 沼沢地所有権の内在的制約 [Marais]
  - 十三章 行政契約訴訟 [Marchés]
  - 十四章 公務員訴追訴訟 [Mises en jugement]
- 一章 訴権の失効 [Déchéance du recours au Conseil]
  - 二章 大臣決定に対する出訴可能性 [Décisions ministérielles]
  - 三章 国有財産売却代金の割引の問題 [Décomptes]
  - 四章 出訴期間 [Délai du recours au Conseil d'État]
  - 五章 公債の清算 [Dette publique]
  - 六章 総裁政府命令に対する出訴可能性 [Directoire exécutif]
  - 七章 御料局の訴訟遂行権能 [Domaine de l'État]
  - 八章 国有財産競落人の法的地位 [Domaines engagés]
  - 九章 国有財産売却訴訟 [Domaines nationaux]
- 一五章 渡船税の徴収権 [Passage d'eau]
  - 一六章 知事の、前任者による行政決定・裁決の取消、破毀権能 [Préfet]
  - 一七章 追放僧侶の推定相続人による財産の占有をめぐる訴訟 [Prêtres déportés]
  - 一八章 海上拿捕船舶の返還請求 [prise]
  - 一九章 審理手続 [Procédure]
  - 二〇章 慈善施設、亡命者に対する年金償還の有効性 [Remboursement]
  - 二一章 旧宗教団体基金の収益金帰属をめぐる問題 [Rentes]
  - 二二章 再審の訴 [Requête civile]
  - 二三章 第三者異議の訴 [Tierce opposition]
  - 二四章 学芸団体の不動産所有権 [Université]
  - 二五章 公物管理 [Voinie]

(3) ドゥ・ジェランドーの行政法学については、兼子仁「パリ大学初代ドゥ・ジェランドーの行政法学——一八一九年行政法講座創設の頃」(法律時報昭和五五年七月号)一一七頁以下参照。

ジェランドーのデビューは、本格的には、本文に掲げた『行政法提要』(一八一九—三〇年)であるが、これより先、すでに彼は、『公法講義要綱』(Programme du cours de droit public) (一八一九年)と題する小冊を公刊していた。この中で彼はすでに早く行政作用の分類論を試みていた。すなわち、①公施設行政 (Les établissements publics)、②財務・公物管理行政 (Les patrimoines publics)、③警察行政 (l'ordre public) の三分類である。そして、それぞれの行政の内容・対象、特徴と行政内容に対応した国民の法的地位、救済のありかたを論じていた。このうち、後者についていえば、①公施設行政に対する国民の法的地位は、私益 (intérets privés) とされ、「権利」とはいえず、さりとて単なる反射的利益以上のものであることから、私益の侵害に対する異議申立て処理は一定の手続的保障が必要とされる、とする。すなわち、諮問機関 (conseils) に意見が求められ、その答申を経た上で裁決が下されなければならない、とする。これに対し、②財務・公物管理行政に対応する国民の法益は「権利」(droits) とされ、訴は独立・第三者的な裁判機関において処理されなければならない、とする。但し、この場合の国民の権利は、なお行政的利害「社会的利益」と調整が行われなければならないことから、訴は司法裁判所に委ねえない、とする。最後に、③警察行政に対応する国民の法益は、社会的利益 (intérets sociaux) 「の単なる反射的利益」に止まることから、異議申立ては訴願的階層的統制機関において処理される、とする (op. cit., pp. 13-14)。

さて、われわれにとって重要なことは、右のうち、財務・公物管理行政において「権利」侵害がある場合、ジェランドーが独立の「行政」裁判機関による救済を示唆しながら、現実のコンセーユ・データに対する論及、制度改革を展開していないことである。これが復古王政期の行政法の最大のテーマであることからすれば、ドゥ・ジェランドーのコンセーユ・データ行政裁判制度論の不存在は、この時期、問題に対する彼の際立った冷淡さを示すものである。そしてこの事態は、彼の主著『行政法提要』においても一貫して変らない。このことは、彼が国民の権利事項が活動行政と行政裁判権の未分離な、階層的統制機関としてのコンセーユ・データに係属することを容認するものであったことを示している (Georges Berlia, Gérando, sa vie, son oeuvre, 1942, pp. 54-57)。これは、パリ大学欽定講座の担当者であるジェランドーが、その地位に拘束されて、この「時代の争点」に関わることを回避したことを意味するものであり、同じくコンセーユ・データ評定官であるコルムナンが匿名で行政裁判制度を論じた姿勢と対照をなすものであった(後述のコルムナンの二つの小冊は匿名で公刊されたものである)。なお、マカレルは、その著書『諸行政裁判所論』(一八二八年)の中で、ジェランドーの(おそらく)講義の中で議論と思われる彼のコンセーユ・データ行政裁判制度論を引用しているが、そこでの彼の議論は、単にコンセーユ・データをめぐる行政、行政裁判両国家論の論旨を客観的に紹介するに止まるものであった (Macarel, les tribunaux administratifs, 1828, pp. 360-365)。行政裁判制度論を中心とした学説史を論ずる本稿において、フランス行政法学の始祖の一人ドゥ・ジェランドーが登場しないのはこれに由る。

- (4) 行政法の総論体系と行政の活動形式(行為形態)との関係については、藤田宙靖『行政法I(総論)』一九頁。
- (5) 下山英二「資本主義経済と行政権」(『現代法と経済』所収) 八六、一一九頁。同「イギリス行政手続法の法理」(『人権と行政救済法』所収) 一七三―四頁。
- (6) その結果、この時期の行政法はいわば「民事法」的構成をとることになる。これは、行政主体と市民間の紛争が、民事訴訟と同一の訴訟構造を持つ「通常の行政訴訟」(contentieux administratif ordinaire ou proprement dit)、「完全裁判訴訟」(recours de pleine juridiction)によって解決されていたことから知れる。すなわち、公権力行使としての行政の事実的執行行為が、市民の権利を侵害した場合、公務員個人の不法行為責任が私人間の場合と同一の法理によって、しかも司法裁判所において訴求されたこと(ただし、コンセーユ・デタの訴追許可がなければ司法裁判所に事件が係属しないことから市民の権利救済は実効性を欠いていた。後述第二章(三)参照)、同じく、行政契約をめぐる紛争が、私法法理をベースに規律されていたこと、そこからの何ほどの乖離は、専ら行政裁判管轄権によって担保され弁証されていたことである(行政契約に関し行政裁判管轄権が主張された背景として、軍事的理由が挙げられる。Cormenin, Du Conseil d'État envisagé comme Conseil et comme Jurisdiction sous notre monarchie constitutionnelle, 1818, p. 179 et s.)。
- さらに、租税行政事件もまた、不当利得返還請求訴訟の法理によって処理されていた。革命期における直接税、特に地租訴訟についてこれを見るに、誤って他人の分の租税賦課がなされた場合の訴訟(demandes en mutation de cote)、「租税の二重賦課・徴収の場合の訴訟(demandes en suppression de double emploi et radiation de cote)」がこれにあたる(共和暦七年收穫月二日の法律五、八条)。ただし、地租査定額の変更減額を求める訴訟(demandes en reduction)は、地租台帳に登載・公示された税額の Direct Attack 訴訟の形式をとる。しかし、租税賦課・徴収の効力および執行力は、出訴期間、控訴期間(一七、三九条)徒過後(四二条)あるいは期間内に出訴、控訴があった場合は控訴判決確定をまわって、生ずることから(したがって、出訴、控訴による執行停止原則)、この訴訟は公定力ある行政処分取消訴訟ではなく、一定納税額の義務不存確認の訴であると理解される。
- (7) この観念の支配については、拙稿「フランス司法国家論における司法消極主義——一九世紀前半期の「行政裁判」「行政訴訟」「行政行為」覚書き」(神奈川法学一七卷二・三合併号)一一五頁註(6)参照。
- (8) これについて、マカレルの著書『行政判例要論』(一八一八)は、その序文のまさに劈頭にいう。「これまで、訴訟事項に関するコンセーユ・デタの諸決定は、一般に、市民に知られていなかった。事実その多くはコンセーユ・デタの書庫に死蔵されていた。」Macarel, Elements de jurisprudence administrative, 1818, p. v.
- (9) 同じく、マカレル『行政判例要論』の序文にいう。「厳肅な公判および口頭弁論、判決の公開性、民法に関する知識、そして多くの優れた註釈学者が、諸法典に関する知識を広め、市民の間に一般化したのに対し、専らごく少数の専門家の間のみ知られる極めて広汎かつ複雑な

行政訴訟に関する学問は、結果的に、その余の市民とさらに行政官庁をも、その権利と義務に関し混迷せる無知の中に置き去りにしてきた。」  
「私は、行政訴訟の各種事項を支配する主要原理を知らせること、このことがその義務と利益に関し市民を啓発する所以である、と考えた。」  
Ibid., pp. vi et viii.

(10) 後述する様に、復古王政期のコンセーユ・デタ評定官および調査官は、「チェスの駒」の様にたやすく解任されたので、安定した身分を有するものではなかった。その結果、行政判例の不断の動揺が危惧された。この点について、同じくマカレルはいう。「……不断の異動にさらされた訴訟委員会の構成員は、当然のことながらその前任者によって導入された多くの諸原則について無知であった。そしてこの裁判官の非終身制は、行政判例に不可避的動揺をもたらした。」

かくて、復古王政期の行政法学の使命は、従来の判例の「踏襲」と「一貫性」を確保し「この判例が行政裁判官の唯一の導き手となる」様  
看視することであった。Ibid., pp. v, vii et x.

(11) この点には特にコルムナンにおいて典型的である。彼は、行政裁判制度論として後にみる『立憲王政下におけるコンセーユ・デタ』(一八一八年)、『政府官吏の損害賠償責任論』(一八一九年)を公刊した後、前掲『行政法の諸問題』(第一版一八二二年)を著わす。

## 第一章 復古王政期行政裁判制度論争の背景

### (一) 復古王政期における国有財産売却訴訟

一 国有財産売却訴訟には多種多様な内容のものが存在したが、革命期において①国有財産取得者からの所有権の追奪可能性があるものとして、また、②革命諸政府の財政的利害が絡むものとして、重要なものは次の二つであった。

[A] 国有財産として没収・編入される理由のない土地が誤って没収を受け、競売に付されたとして、当該土地の所有権者、相続人、権利承継者らが、落札者(国有財産取得者)を相手に、競売の実体的違法無効を主張し、土地所有権返還請求訴訟を提起する場合。

この場合、土地所有権者らが競売の違法無効の根拠とするものは「他人の物の売却は無効である」とする私法原理(民法典一五九九条)<sup>(1)</sup>である。

さらに、共和暦三年憲法三七四条の規定後のものとして、

(B) 同じく土地を理由なく没収されたとする土地所有者、相続人らが、競売が法定の手続要件に違反して行われた無効のものであることを理由に、落札者(Ⅱ国有財産取得者)に対し土地所有者返還請求訴訟を提起する場合。

この場合、土地所有者らが競売の手続的違法Ⅱ無効の根拠とするものは、国有財産に関する一七九〇年一月二二日—二月一日のデクレの次の諸規定である。

「公の財産のすべての譲渡、すべての分離は、それが国民の協力なしに行われる場合には本質的に無効であり、または撤回されることができること。」(前文第四項)

「国有財産およびそれに付属する権利は、国民の同意および協力なしに譲渡することができず、ひきつづきできない。国有財産およびそれに付属する権利は、国王によって裁可される立法府の正式のデクレによって、この種の譲渡の有効性について定められる方式を遵守して、永久の奪われることのない名義で売却され、譲渡されることができ(八条)<sup>(2)</sup>」

これは、国有財産の競売(譲渡)が、法律上の根拠に基づき、法定の手続・形式要件をすべて満たした適法のものでなければ(「国民の同意・協力」の存在)、有効となりえないことを明らかにした規定である。<sup>(3)</sup>

さて、フランス革命期の国有財産売却訴訟は、誤って土地を没収された市民(「国内の第三者」(tiers régnicole))と国有財産取得者(acquéreur)間で争われ、亡命者(émigrés)が出訴する余地は存在しなかった。後者の帰還には死刑が待っていたからである(一七九二年一月三日—二五日のデクレ、一七九三年三月二八日—四月一五日のデクレ)<sup>(4)</sup>。そして、この場合の訴訟は、当初、右(A)に拠り司法裁判所において争われていた。

ところが、共和暦三年憲法三七四条が規定されるに及んで、訴訟は右(B)により争われることになる。すなわち、右

の憲法規定は、国有財産の競売が法定の手續要件を満たし適法に行われたものである場合には、たとえ当該財産が、「国有財産」として没収される理由のないものであつても、当該財産の落札者は、訴訟により財産を追奪されることではない、としたものであつた（競売の実体的違法無効の主張の遮断）。ただし、国内の第三者には損失補償が認められ<sup>(5)</sup>る。その結果、国有財産取得者は所有権を保護され、旧土地所有権者は損失補償により満足が図られることになる。しかし、この後者（損失補償）は国庫の利害に関わることから、国内の第三者による土地所有権の確認と損失補償請求訴訟は、司法裁判所から行政官裁判官に移管される<sup>(6)</sup>。

これに対し、共和曆三年憲法は、競売が法定の手續・形式要件に違反し、違法に行われた場合の訴訟を遮断していなかったことから、所有権の返還を求める国内の第三者はこの[6]の訴訟に向うことになる<sup>(7)</sup>。しかし、この場合の訴訟も、競売の手續的違法無効が確定した場合、国有財産取得者の権利保護以上に、国はこの後者（国有財産取得者）に競売代金を返還しなければならぬことから、財政上の不利益を受けることになる。革命期において、この時の訴訟もまた行政官裁判官に委ねられていたのは、右の財政上の理由に基づくものであつた。

二 一八一四年四月一日の憲章九条は、右の共和曆三年憲法三七四条を確認する規定を置いたことから、復古王政期において競売の実体的違法無効を理由とする訴訟が問題となる余地はなかつた。しかし、誤って財産を没収されたとする市民が、所有権に基づき競売手續の違法無効を主張する場合には、なお国有財産取得者からの追奪がありえた。のみならず、復古王政期に帰還した亡命者らが、国有財産取得者に対し土地所有権の返還を求めた時、同じく理由としたものがこの競売手續の違法無効によるものであつた。そしてこれは、亡命者の未売却の財産の返還を命じた一八一四年二月五―六日の法律の解釈に関わる問題であつた。すなわち、

「憲章の公布以前の、亡命に関する諸法律ならびに政府の諸命令に基づくあらゆる判決、下された諸決定、締結さ



れた諸契約、あらゆる既得権は、国に対しても、第三者に対しても、その完全かつ全面的効力が維持され、生ずべきものとされる。」(一条)

「亡命を理由として寄託され、あるいは没収されたすべての不動産、同じく、相続、生前贈与の結果、国に帰した不動産で未だ売却されておらず、現在国有財産の一部に編入されてあるものについては、その所有者、相続人、権利承継人たる者に現物で返還される。」(二条)

この規定は、その趣旨において、土地改革としての国有財産売却の正当性、合法性を確認し、単に国の保有する未売却の土地・財産についてのみ、亡命者らの返還に応ずることを明らかにしたものであった。そしてこれは、特赦を受け帰還した亡命者に未売却財産の返還を認め、統領政府下の共和暦一〇年花月六日の上院決議を再現したものであった。(8) すなわち、

「特赦を受けた諸個人は、いかなる場合であれ、また、いかなる口実の下であれ、この特赦以前に共和国と国民との間に行われた生前贈与、相続に基づく財産分割、あるいはその他の諸行為、諸取り決めを攻撃することはできない。」(一六条)

「国の手中に未だ存する亡命者の財産の一定のものについては、これらの者に……返還される。」(一七条)

ところが、復古王政期において、右の「国の手中に未だ存する財産」、「国有財産に編入されてある財産」とは、国が未売却のまま有体物として保有するものに限られず、国が観念的な所有権を保持するものをも含む、との解釈が採られた。その上で、この解釈は、右一八一四年法一条にいう「諸法律ならびに政府命令に基づく……諸決定、諸契約」とは、あくまで適法な手続に基づいて実行された国有財産の売却を指し、これらのみはその効力を維持するに止まり、違法・不適式に行われたものについては効力を生じない、とする。したがって、競売手続・形式に瑕疵ある

国有財産の売却は無効、法的には未売却のものとして国はなお所有権を留保し、訴訟により返還を求めうることになる。一八一四年二月五―六日の法律が亡命者に返還を認めたとのは、まさにこの場合の所有権と訴権をも含むものであると解された<sup>(9)</sup>。その結果、帰還した亡命者は、右の決議および法律により返還が認められた『所有権』に基づき、競売手続の違法無効を理由に、国有財産取得者に対し、土地の占有回復訴訟を提起するに到る<sup>(10)</sup>。そしてここに、亡命者が国有財産取得者と直接に向い合う事態がはじめて出現する。かくて、この場合の訴訟が活動行政と行政裁判権の未分離な復古王政下のコンセーユ・デタに委ねられるならば、帰還した僧侶、貴族らの抛る政府の支配・介入を通じて、市民・農民の利益が損なわれることは火をみるよりも明らかであった<sup>(11)</sup>。ここに、この基本的に二つの階級的利害を背景に、国有財産売却訴訟の裁判権の帰属をめぐる、熾烈な論争が行われることになる。そこで以下、この論争の内容を見ていく前に、まずもって、論争の前提をなす復古王政期の行政裁判制度の構成を見ていくことにしよう。

(1) Maurice Félix, *L'histoire du conflit d'attribution*, 1899, p. 186; de Roche et Lebon, *Recueil des arrêts du Conseil d'État de l'An VIII à 1839*, t.1, p. 344 note (1).

(2) さうに、この法律の二三条にいう。「いかなる時の経過も、いかなる不受理の理由または抗弁も、既判力から生じるものを除いて、国民の同意なしに行われたことが知られ、かつ「そのことが」充分に立証された、譲渡の非適式性 (irregularités) を治癒することができない。」

(3) A=J. L'herbette, *Difficultés qui peuvent encore s'élever relativement aux propriétés d'origine nationales*, 1820, pp. 38 et 39.

(4) M. Félix, *op. cit.*, p. 191.

(5) 共和暦三年憲法三七四条は次の様に規定する。「フランス国民は、同じく、公の誓約として次の様に宣告する。その起源がいかなるものであれ、適法に行われた国有財産の競売の後には、正当な取得者はこれを没収されえない。ただし、異議を申立てる

第三者に理由がある場合、国庫によって補償される。」

(6) 司法大臣ランプレヒトの報告書 (共和暦六年雪月二日)。拙稿「フランス革命期行政裁判制度研究試論(四・完) (神奈川法学一四卷一号) 七八頁以下参照。

(7) 憲法により一般的に、適法に行われた国有財産の売却は有効と宣告されたとしても、このことは、個々の財産について、競売が適法な手続で実行されたかどうかを訴訟により明らかにすることを妨げるものではなかった。A-J. L'herbette, *op. cit.*, p.41.

(8) さらに、この共和暦一〇年の上院決議に先行するものとして、革命期における次の法律が存在した。すなわち、共和暦三年花月一四日のデクレは、一七九三年三月一〇日以降、革命裁判所によりスパイ、亡命者、紙幣偽造者、ブルボン王朝の系累であるとして、死刑の宣告を受け、財産を没収された者の遺族に、没収財産の返還がありうることを規定した。これは、テルミドールの反動後の国民公会が、ジャコバン独裁下の革命諸法令について行われた行き過ぎを是正しようとして採った措置であった。ついで、同年牧月二一日のデクレは、右のデクレに基づく返還方式として、没収財産が未だ売却されず、国有財産として共和国がなお保有しているものについて返還に応ずる旨規定した。

「この法律により〔没収が〕取消されるべきものとされた財産に該当する動産、不動産で、未だ共和国の手中にあるものは、生存配偶者、遺児、その他の相続人に返却される。」(一七条)。

(9) 共和暦一〇年の上院決議、一八一四年法の解釈論とその問題点を紹介するものとして A-J. L'herbette, *op. cit.*, pp. 46-53.

(10) なお、立法者がかかる解釈と亡命者による国有財産取得者を相手取った訴訟可能性とを当初予想していなかったことについては、この法律の制定過程において、右の点の論議が存在しなかったことから明らかである。この法律の制定過程と論議については、André Gain, *La Restauration et les Biens des Émigrés*, 1929, t.1, p.137 et s.

しかし、右二法律の下で現実には、亡命者らによる国有財産売却訴訟の提起が認められたことは (Cormenin, *op. cit.*, 5<sup>e</sup> éd., 1840, t.2, p. 80) かかる解釈がコンセーユ・デタ行政判例により行われたことを示している。

(11) 復古王政期において、特に、ナポレオンの最後の没落後、亡命者による国有財産取得者に対する激しい攻撃、暴力が行われたことについては、André Gain, *op. cit.*, t.1, p.221 et s.

## (二) 復古王政期の行政裁判制度

一 一八一四年四月一四日に欽定された「憲章」(Charte constitutionnelle) には、コンセーユ・デタに言及したいかなる規定も存在しなかった。この憲章の沈黙は、ルイ一八世が当初、帝政下のこの遺制を廃止しようとしていたことを示すものであった。ところが、復古王政政府のこの様な態度はすぐに変る。すなわち、一八一四年六月二九日のオルドナンスは、コンセーユ・デタの組織に関する「祖宗のこれまでの定めを復活させる」一方、この制度を以後の

「政体と国民の習俗の変化に合わせて」存続させることになったからである（オールドナンス前文）。

その結果、コンセーユ・デタは、帝政下のその「近代官僚制」的要素を核としながらも「旧体制的発想」に縁どられることになる。<sup>(1)</sup>

まず、このオールドナンスによって、復古王政期のコンセーユ・デタは、帝政下の組織と権限とをほぼ基本的に引き継ぐことになった。すなわち、コンセーユ・デタは、「立法」「訴訟」「内務」「財政」「通商」の各委員会から成り、そのそれぞれが単独で所管事項にあたる（五条）。重要なことは、これら委員会は、帝政下のそれと異なり、その対応する各省の国務大臣に従属することである。さらに、右のうち、立法委員会の起草する法律、行政立法原案および訴訟委員会の判決原案のみは、右の各委員会の評定官と委員会の長である五人の国務大臣の会同する総会（assemblée générale）で衆議の上決せられ成案とされる仕組みになっていた（八条）。これは、諮問機関としてのコンセーユ・デタ本来の任務である法律、行政立法の成案をうるためには合理的なシステムであるが、裁判機関としてのそれとしてみた場合、帝政下におけるのと同様の活動行政と行政裁判権の未分離の問題を残していた。すなわち、訴訟委員会において被告・当事者の立場にあった国務大臣が、総会において裁判官の資格で評議に参加し、判決を左右する地位に立つことである。<sup>(2)</sup>

のみならず、この第一期復古王政政府にあっては、行政事件の審理・裁判権はひとり右の訴訟委員会→コンセーユ・デタ総会に属するものではなかったことである。すなわち、コンセーユ・デタと並置された最高国務会議（Conseil d'en haut ou des ministres）もまた行政裁判権を主張した。

これは、王族、国璽尚書、国務大臣、会議毎に国王の裁量によって召集された若干の評定官から成り（六条）、「高度に政治的な行政事項に関し国王の親臨を得て審議する」機関であったが、「公益目的（vues d'intérêts généraux）」に關

「わると思量される行政事件」に関し管轄移送権を持ち、自ら裁判にあたりうる、とされていたことである(七条)。復古王政政府の行政裁判制度の後退は明らかであった。

さらに、この最高國務會議の外に、一八一四年のオルドナンスのもう一つの特色として、旧体制下の生き残りの行政、司法官僚らが、コンセーユ・データにおいて「名誉評定官」「聖職者評定官」「騎士評定官」といった大時代の官職名の下に(二条)、老残をさらして登用されていたことである。<sup>(3)</sup>この時期のコンセーユ・データの時代錯誤的性格を示すものであった。

しかし、右の様に編制された復古王政期最初のコンセーユ・データも、充分な活動を行う間もなく、ナポレオンのエールバ島脱出とパリ帰還に際して消滅してしまう。

二 ナポレオンの「百日天下」の後、復古王政政府が手がけた最初の事業の一つが、コンセーユ・データの改組であった(一八二五年八月二三日のオルドナンス)。それは先のコンセーユ・データの組織と権限構成が新たな政府形態と行政組織の「統一性、一体性」の要請に適合的でなかったばかりか、今日、「訴訟事件の迅速な処理に應じるため」、また、「オルドナンスと法律案の起草作業」によって省庁の助けとなすために不可欠であるとされたからである(オルドナンス前文)。そしてこれは、先のコンセーユ・データの中世的残彩を洗い流す一方、帝政下のコンセーユ・データに内在していた中央集権的要素を今一歩押し進めるものであった。その端的な表現が、この一八一五年のオルドナンスによって導入された次の制度である。

「毎年一月一日に、朕の国璽尚書は、普通職(*services ordinaires*)に就任させられうべき朕のコンセーユ・データ評定官と朕の調査官(*maîtres de requêtes*)の名簿を朕の裁可に付すべく提出しなければならない。」(五条)

これは、評定官と調査官の任命、解任を一年毎の国璽尚書の作成する名簿への登載の有無によって決しようとする

ものであった。これによって、彼らは、政府に国璽尚書の興・不興にしたがって、「チェスの駒を動かすと同様のたやすさでコンセーユ・デタから排除される。」(アレクサンドル・ドゥ・ラメット (Alexandre de Lameth) 議員の発言)<sup>(4)</sup>

これにより、コンセーユ・デタの行政裁判機関としての権能は、ここに全く活動行政権に從属することとなった。さらに、一八一五年のオルドナンスは先の復古王政政府のコンセーユ・デタの組織・権限をほぼ基本的に継承するに到ったが、従来と異なる点として、法律、行政立法の原案作成をその内容毎に各委員会の専管事項としたことである。しかしながら、訴訟委員会の判決原案のみは、これまでと変わらず「總會」<sup>(5)</sup>審議事項とされたことから、コンセーユ・デタは、法令諮問機関としてではなく、今や行政裁判機関となるに到る。

そして、右の事柄は、次の一八一七年四月一九日―五月八日のオルドナンスによっても確認される。すなわち、このオルドナンスは、先の最高國務會議同様、コンセーユ・デタの傍らに「高度に重要な政治、立法、行政問題」を審議する「内閣顧問會議」(Conseil de cabinet)を設置する。これは、すべての國務大臣、四人の官房長官、二人のコンセーユ・デタ評定官から構成され、国王ないし首相によって主宰される(一章二・三条)。しかし、この度は先の場合と異なり、この機関は行政裁判権を行使せず、これを排他的に右のコンセーユ・デタに留保する。

なお、このオルドナンスにより、コンセーユ・デタの委員会に新たに「陸軍委員会」が加えられるに到る(二章五条)。そしてここに、復古王政期コンセーユ・デタの組織、権限が確立する。一九世紀初期學説が批判を開始するに到ったのは、まさにこの時の行政裁判制度であった。

三 ルイ一八世の治世最後の年も、コンセーユ・デタの組織に関する一八二四年八月二六日のオルドナンスが制定された。しかし、この制度はそのやや長大な条文構成にもかかわらず、コンセーユ・デタの権限に関連した規定を含まず、その組織内容も従来の制度の枝葉を手直しするに止まった。しかし、このわずかの制度の修正を通してではある

が、オールドナンスには、議会共和派とウルトラ王党派の双方を満足させようとする意図が看取された。

まず、王党派向けの措置として、オールドナンスは、コンセーユ・デタ「総会」の構成員に親王を加える(一条)。次に、聴聞官 (auditeur)〔定員二〇名〕の制度を復活させた(四章一五条)。これにより、復古王政期コンセーユ・デタの組織構成は、先の一八一五年八月二三日のオールドナンスを経て、ほぼここに帝政期のその再現をみたことになる。しかしながら、この聴聞官となるためには、年収六千フランの収入あることを立証しなければならない、とされたことから(四章一八条)、裕福な貴族のみをその構成員に予定するものとして批判が起きた。さらに、評定官の就任に際し、国王への誓言が求められた<sup>(6)</sup>。また、このオールドナンスの二日後に発令された八月二八日のオールドナンスは、評定官に莊重かつ威厳に満ちた服装を指示することによって、この官職に復古的光彩を与えようとした。

これに対し、議会共和派向けには、オールドナンスは、評定官、調査官、聴聞官の解任は、個々人毎の解任のオールドナンスの発令によってなすべきことを定める(一章六条)。これは、先のオールドナンスが、解任を年初の「構成員名簿」からの削除によってのみ行っていたことを改めるものであり、手続の慎重を期したものであった。しかし、この程度の改正にあたっては、その前に、共和派系評定官の名簿からの削除と、ウルトラ王党派、カトリック右翼の評定官の大量登載が先行していた事実は、一八二四年のオールドナンスが企図した両派の主張の調整が、基本的にいずれに偏重したものであったかを証明するものであった。時あたかもこのオールドナンスの成立直後のシャルル一〇世の即位と、その後に行われた極端な反動政治は、コンセーユ・デタの復古的再編の危険性を当時の市民階級に強く印象づけることとなった。それだけに、コンセーユ・デタに対する学説、新<sup>ジャーナリズム</sup>聞、議会の批判は、これまでにない激しさを加えることとなった。

四 シャルル一〇世の政府は、コンセーユ・デタに寄せられた囂々たる批難、攻撃に直面して、市民階級に対する

一定の譲歩を余儀なくされる。その一つが、権限争議手続に関する一八二八年六月一日のオルドナンスである。<sup>(8)</sup>これは、行政（裁判）権と司法権間の権限争議手続に、従来と異なり「当事者」主義的要素を加味したものである。すなわち、司法裁判所に係属している事件に関し、知事が権限争議の申立てを行う場合、まず、当の司法裁判所に管轄権限に関する第一次的判断を留保し（六、七条）、その後、権限争議の申立ては、国王代理官→司法大臣を経てコンセーユ・デタに提出される仕組みをとったこと（一四条）、コンセーユ・デタの訴訟委員会が権限争議裁定を行う場合には、訴訟当事者、弁護士から提出されたこの点の趣意書も考慮しなければならぬ、としたことである（一三、一五条）。しかし、権限争議裁定権が独立第三者性を持たず、活動行政と未分離な訴訟委員会→総会に委ねられることは従来と変るところがなかったことから批判は熄まなかった。

その二は、復古王政期のコンセーユ・デタについて最後のものとなった一八二八年十一月五―二五日のオルドナンスである。

復古王政期のコンセーユ・デタに対する議会共和派の批判は、毎年度のコンセーユ・デタの予算審議の場をかりて、政府提出予算案の攻撃という形で行われてきたものであった。そこでの戦略は、コンセーユ・デタの法的根拠の不存在、諸種の制度的不備を明らかにして、コンセーユ・デタの予算案を否決し、これにより制度の存在そのものを廃止に追いこもうとするものであった。そしてこれが一定程度奏功したものが、右のオルドナンスであった。すなわち、マルティニヤック (Martignac) 内閣は、議会共和派との融和政策から、評定官、調査官、聴聞官の大幅減員による行政整理に同意し、かつ、従来の給与を減額することを余儀なくされたからである（三、四、五、六条）。しかし、この外に、コンセーユ・デタ「総会」の議決を有効とみなすための定足数（過半数以上）の定めをはじめ置いて置いたこと（二三条）を除けば、譲歩はそれまでであって、従来のコンセーユ・デタの組織・権限構成を基本的に変えるものでは



なかった。したがって、一八二九年の議会開催期にも、コンセーユ・デタの行政裁判権限は激しい批判的となり、つづく一八三〇年、遂に七月革命を迎えるのであった。

- (1) CH. Léonardi, *Le Conseil d'État sous la Restauration*, 1909, p. 4.
- (2) この点については、後述するコルムナンの指摘(第二章(二))参照。
- (3) Gaëtan de la Rochefoucauld, *Des attributions du Conseil d'État*, 1828, p. 30.
- (4) *Archives Parlementaires*, 2<sup>e</sup> série, tome 32, p. 38.
- (5) Loaré, *Quelques vues sur le Conseil d'État*, 1830, pp. 13 et 14; なお、このオールドナンスによって法令原案の作成が各委員会の所管事項とされたことから、立法委員会はその存在意義を喪失するに到る。一八一五年八月二六日のオールドナンスによる立法委員会の廃止はこれを確認したものであった(一九九条)。これにより、先のオールドナンスに現われたコンセーユ・デタの行政裁判権限はさらに決定的なものになる。しかし、この様な法令諮問機関としてのコンセーユ・デタを否定する措置は多くの批難と攻撃を招くこととなった。その結果、一八二八年一月五―二五日のオールドナンスは、立法委員会を廃止したままであったが、各委員会での法令原案を総会審議事項となすに到った(一四九条)。しかし、この場合の具体的運営・手続規定が存在しなかったことから、復古王政政府の譲歩は形ばかりのものに止まった(Loaré, *op. cit.*, p. 15)。
- (6) この評定官に求められる国王への誓言があまりに時代がかった内容のものであったことから、コルムナンにより「古い事物を復活させるためには、ただ古風な言葉のみを復活させればよいと考えられていた時代でのみ通用するものである」と皮肉られることになる。G. Raissac, *Les controverses relatives à la juridiction administrative de 1789 à la deuxième République*, 1937, p. 99.
- (7) G. Raissac, *op. cit.*, p. 99.
- (8) このオールドナンスの草案作成にアンリオン・ドゥ・パンセーとコルムナンが関わったことについては、G. Raissac, *op. cit.*, pp. 100 et 128.

## 第二章 復古王政期の行政裁判制度論争

フランスの行政法学が自国の行政裁判制度史を論ずる場合、復古王政期、七月王政期の行政裁判制度論争を逸することのできない重要な論点の一つとして取り扱うのが常である。そして、この場合、フランスの学説は、「行政裁判権

をいずれに帰すべきか」の議論より、論者の立場を二つに分類するのが通例である。<sup>(1)</sup>すなわち、

① 行政国家論 (la thèse administrative) —— 行政事件を活動行政と行政裁判権の未分離なコンセーユ・データに委ねようとする政府の利害を代表する立場。

② 行政裁判国家論 (la thèse quasi-judiciaire) —— 一方において、活動行政と行政裁判権の分離を求めると共に、他方で、司法裁判所の民事的教条をきらい、行政事件を独立の行政裁判所に委ねようとする立場。

③ 司法国家論 (la thèse judiciaire) —— 活動行政と行政裁判権の分離を求めると共に、他方で、独立の行政裁判所に行政事件を委ねた場合生ずる行政裁判所と司法裁判所間の管轄権争議を避けるため、これを端的に司法裁判所に委ねようとする立場。

ところが、フランスの学説は、これら三者の立場を単に例示的に掲げ、行政裁判権の帰属に言及したそれぞれの論者の断片的な、しかも必ずしも適切と思われない部分の引用をもって、論争の紹介をおわらせている。<sup>(2)</sup>そこでは、この論争の背景、本質的争点、三者の議論それぞれの論理構造と相互の交渉・関係の分析は果されていない。したがって、フランスの研究書による取り扱いからは、なにゆえその後のフランス行政裁判制度が、「行政裁判国家」論の立場を基調とするに到ったのか、その十分に納得のいく説明は聞かれないことになる。とりわけ、なにゆえ「司法国家」論はフランスにおいて容れられなかったのか——戦後「行政国家」制から「司法国家」制を採るに到った、われわれ日本人の読者からは重要な関心事であるが——その十分な説明は行われていない。

以下、本稿が「論争」における三つの思想的立場を単に例示するのではなく、それぞれの立場の代表的議論をやや克明に紹介し分析するのは、フランス人の研究のこの部分での欠落を埋めることを目的とするからである。その際、論述の中心は、なにゆえフランスでは、その後、行政裁判国家論が実定法化され（一八四九年三月三日法、一八七二年五

月二四日法)、司法国家論が後退していったのか、その解明におかれる。そしてわれわれは、この復古王政期・七月王政期行政裁判制度論争における行政裁判国家論と司法国家論間の論議の中に、フランス行政法学における最初の行政行為論、越権訴訟論を見いだすことになる<sup>(3)</sup>。

(1) それぞれの思想的立場に立つ論者とその著書、小冊子については、拙稿「フランス司法国家論における司法消極主義」(神奈川法学一七卷一・三号)九二頁註(7)(8)(9)参照。

(2) 最も早くは Macarel, *Des tribunaux administratifs*, 1828, p. 325 et s.; この外 Léon Aucoc, *Le Conseil d'État avant et depuis 1789*, 1876, p. 107 et s.; CH. Léonardi, *op. cit.*, 115 et s.; Guy Raissac, *op. cit.*, p. 142 et s.; 最近では P. Sandevor, *Études sur le recours de pleine juridiction*, 1964, p. 191 et s.; J. Chevallier, *L'Élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration*, 1970, p. 90 et s.

(3) 復古王政・七月王政期の行政裁判制度論争は、本稿で紹介する法曹実務家の論争以外に、復古王政・七月王政議会において、コンセーユ・デタへの配分予算、コンセーユ・デタの組織と権限に関する法案をめぐっても行われた。しかし、ここでの論争は、主として「行政国家」行政裁判国家」論争において、特に、評定官の終身制とコンセーユ・デタ委任裁判権の確立の問題を争点としたものであった。

行政国家論は、(i)「行政裁判もまた行政作用である」とする論理から出発する<sup>(34)(35)(36)(37)</sup>。その上で、(ii)コンセーユ・デタに係属する行政事件が、国民の「主観的権利」事項ではなく、公益の保護と調整されるべき単なる「利益」「私益」事項であること<sup>(6)(8)(48)</sup>。(iii)コンセーユ・デタが審理する *contentieux administratif* が階層的統制訴訟に外ならないこと<sup>(16)(27)(50)</sup>。(iv)コンセーユ・デタは、国王が右の階層的統制訴訟について裁決を下す際の諮問的階層的統制機関にすぎないこと<sup>(4)(8)(11)(16)(38)(45)</sup>。そして、この国王の裁決については、副署する大臣が、大臣責任制により、裁決の内容に関し議会に責任を負うものである、と説く。(v)さらに、かかる公益内容に関わる行政事件処理を終身制と委任裁判権から成るコンセーユ・デタに委ねるならば、このコンセーユ・デタこそが公益内容を最終的に宣告する権限者となってしまうこと、その結果、コンセーユ・デタは行政権の最高の首長である国王に優越するばかりか、行政(行政裁判)のありかたを大臣責任制を介して、議会の監視と選挙民の批判に委ねている「代議制民主主義」にも違反することを指摘する<sup>(6)(8)(16)(34)(35)(37)</sup>。

この様に、復古王政期・七月王政期の行政国家論は、「責任行政の民主的原理論」「代議制民主主義論」から、国王留保裁判権とコンセーユ・デタ評定官の非終身制を弁証する。

復古王政期議会における行政裁判制度論争

	行政裁判国家論(含む司法国家論)	行政国家論
1817. 2. 24	de Villèle ②	le Baron Pasquier ①
1818. 3. 21 4. 22 4. 24	Roy ③ Dupont de l'Eure ⑤ de Villèle ⑦	Benoist ④ le Baron Pasquier ⑥
1819. 5. 27	de Villèle ⑨ de Corbière ⑩ Roy ⑫	le Baron Cuvier ⑧ de serve ⑪ Benoist ⑬
1821. 6. 7	Alexandre de Lameth ⑭ Manuel ⑮	le Baron Cuvier ⑯
1823. 4. 5		Benoist ⑰
1828. 4. 8 ~10	Gaëtan de Larocheffoucauld ⑱ Dupin aîné ⑳	le comte Portalis ㉑ de Vatimesnil ㉒
1829. 6. 5 6. 8	Bérenger ㉓ Bavoux ㉔ Dupin aîné ㉕ de Cormenin ㉖ Gaëtan de Larocheffoucauld ㉗ Dupin aîné ㉘ de Chauvelin ㉙ Agier ㉚ Humann ㉛	Bourdeau ㉜ de Vatimesnil ㉝ Bourdeau ㉞

註1 行政裁判国家論は評定官終身制とコンセーユ・デタ委任裁判権を説き、行政国家論は評定官非終身制と国王留保裁判権を擁護する。

註2 出典：Archives Parlementaire 2<sup>e</sup> série.

① t.19, p.126 ② t.19, p.127 ③ t.21, p.396 ④ t.22, p.122 ⑤ t.22, p.127 et s. ⑥ t.22, p.129 et s. ⑦ t.22, p.172 et s. ⑧ t.24, p.616 et s. ⑨ t.24, p.620 ⑩ t.24, p.621 ⑪ t.24, p.621 ⑫ t.24, p.623 ⑬ t.24, p.623 ⑭ t.32, p.38 et s. ⑮ t.32, p.40 et s. ⑯ t.32, p.42 et s. ⑰ t. 39, p.183 ⑱ t.53, p.221 et s. ⑲ t.53, p.245 et s. ⑳ t.53, p.258 et s. ㉑ t.53, p.263 et s. ㉒ t.60, p.41 et s. ㉓ t.60, p.44 et s. ㉔ t.60, p.48 et s. ㉕ t.60, p.55 et s. ㉖ t.60, p.106 et s. ㉗ t.60, p.119 et s. ㉘ t.60, p.122 et s. ㉙ t.60, p.124 et s. ㉚ t.60, p.126 ㉛ t.60, p.126 ㉜ t.60, p.126 ㉝ t.60, p.126 ㉞ t.60, p.127

これに対し、行政裁判国家論は、(i)現在コンセーユ・デタに係属している行政事件が「主観的権利」事項であること、(ii)Contentieux admin-istratifは真の行政訴訟であること、(iii)したがって、国民の私権保護のためコンセーユ・デタは独立・第三者的行政裁判所として組織されなければならぬことを説く(③⑨⑭⑲⑳㉑㉒)。そして、この立場は、(iv)大臣責任制を介しての行政裁判の議会コントロールは、国民の私権保護の実効性を持ちえないこと(㉓)、現実に政府与党を背景としている大臣が議会において問責される事態は起りにくいことを指摘し(㉔㉕㉖㉗㉘㉙)、(v)独立第三者的裁判機関による国民の権利保護があることこそが「代議制民主主義」の原理であると論ずる(㉚)。

七月王政議会におけるコンセーユ・デタ法案

	行政裁判国家論	行政国家論
1833		上院政府案 (Barthe) ③④
1834		上院政府案 (Barthe) ③⑤ 上院委員会案 (Portalis) ③⑥ 下院政府案 (Barthe) ③⑦
1835		下院政府案 (Persil) ③⑧ 下院委員会案 (Laplagne) ③⑨
1836		下院政府案 (Persil) ④⑩
1837	下院委員会案 (Vatout) ④⑪	下院政府案 (Persil) ④⑫
1839		下院政府案 (Barthe) ④⑬ 下院政府案 (Teste) ④⑭
1840	下院委員会案 (Daloz) ④⑮	下院政府案 ④⑯
1843		上院政府案 ④⑰ 上院委員会案 (Persil) ④⑱ 下院政府案 ④⑲ 下院委員会案 (Dumont) ④⑳
1845		上院委員会案 (Persil) ⑤⑰

註1 七月王政期議会の行政裁判制度論は、コンセーユ・デタの組織に関する法案において展開された。

註2 法案カッコ書きの人名は提案者。政府法案の場合は司法大臣が報告者。

註3 出典 ③④～④⑬ Archives Parlementaire 2<sup>e</sup> série.  
④⑭～⑤⑰ le Moniteur Universel.

③④ t.83, p.654 et s. ③⑤ t.85, p.595 et s. ③⑥ t.85, p.722 et s. ③⑦ t.86, p.307 et s. ③⑧ t.92, p.639 et s. ③⑨ t.94, p.459 et s. ④⑩ t.99, p.679 et s. ④⑪ t.106, p.258 et s. ④⑫ t.113, p.642 et s. ④⑬ t.123, p.64 et s. ④⑭ 1839, p.1791 et s. ④⑮ 1840, p.220 et s. ④⑯ 1840, p.1541 et s. ④⑰ 1843, p.195 et s. ④⑱ 1843, p.470 et s. ④⑲ 1843, p.941 et s. ④⑳ 1843, p.V et s. ⑤⑰ 1845, p.418 et s.

以上のような「行政国家」「行政裁判国家」論間の議会論争には、しかし、フランスにおける『行政法総論』体系の成立条件をなす「行政行為論」「越権訴訟論」は見いだすことができない(但し、越権訴訟に関する言及は、④⑩〈Arch. parl., 2<sup>e</sup> série, t. 99, p. 682〉④⑫〈Arch. parl., t. 113, p. 653〉④⑮〈Moniteur, 1840, p. 222〉)。行政行為論、越権訴訟論を組みこんだ行政裁判制度論は、法曹実務家「学説」による「行政裁判国家」「司法国家」論間の論争において見いだされるものである。本稿がこの後者の論争を中心に紹介するのはこれに由る。

## 〔一〕 シレーの「行政国家」論

われわれは、先に、復古王政期行政裁判制度論争が、相異なる三つの基本的立場間で行われたとする、フランスでの学説史的整理を見た。このうち、第一に取りあげようと思うものは、行政国家論の代表的論客シレー（破毀院弁護士）の思想である。これは、その主著『憲章下のコンセーユ・デタ』(Du Conseil d'État selon la Charte)〔一八一八年〕において展開されたものである。以下にその内容を見ていこう。

一 シレーの行政裁判制度構想は、基本的に保守的内容のものであり、復古王政期行政裁判制度を根本的に否定し、改革しようとするものではなかった。それはむしろ、復古王政期行政裁判制度に加えられた批判に反論し、基本的に現行の制度を弁証し、擁護しようとするものであった。しかしながら、シレーの弁証と抗弁にもかかわらず、復古王政期行政裁判制度は、その後も、引き続き熾烈な批判と攻撃にさらされ、遂に、七月王政に入って根本的改革をうけ入れるに到る。この時、議論の上での勝利は、シレーになく、彼の行政裁判制度論に批判的に対峙した行政裁判国家論者のものであった。シレーの議論を最初にとりあげ、次に、これに対抗する批判的論者のそれを紹介するのは、かかる論争の帰結にかんがみてのことである。

さて、復古王政期行政裁判制度擁護論の役割を担ったシレーの議論は、復古王政期コンセーユ・デタに対する批判の論点を明らかにすることに始まる。それは、彼によれば、ほぼ以下の二点に尽される。

第一、コンセーユ・デタ<sup>1)</sup>行政裁判権の法律上の根拠の不存在を衝く批判である。すなわち、

「憲章がコンセーユ・デタについても、行政裁判権についても、何ら言及していないのに、〔また〕いかなる施行法律も行政裁判権を組織せず、その管轄権も確定せず、そこでの判決と審理手続も定めていないのに、なにゆえ、行政裁判権の受託者ないし諮問機関としてのコンセーユ・デタが存在しうるのか、人の問うところである。」<sup>(1)</sup>

第二。活動行政権と行政裁判権の未分離に対する批判である。すなわち、

「コンセーユ・デタは、各省の代弁者、専恣的機関、専制の道具としか見られていない。コンセーユ・デタの構成員は、単なる官吏と同一視されるに到っている。<sup>(2)</sup>」

「漠然たる不信の念が、国王その人に、少くとも王制ないし王権に向けられるに到っている。なにゆえ、国王は憲法制定後も、裁判権を行使し続けているのか、なにゆえ、王権の行使を、大臣責任制に連結される行為に限定しないのか、なにゆえ、行政裁判権は、私的事項裁判権 (la justice d'ordre prive) 同様、独立かつ終身の裁判権に委ねられないのか……は、人の問うところである。<sup>(3)</sup>」

コンセーユ・デタに対する右の批判は、シレーによれば「学識、徳性共に優れた人々」によって行われているものだけに、決して無視しえない性質のものである。<sup>(4)</sup>——それでは、コンセーユ・デタに対し行われた右の二つの批判に対し、シレーはどの様に答えようとしているのであろうか、これを次に見る必要がある。

二 まず、右の批判の第一点に関わる問題、すなわち、「コンセーユ・デタの裁判権は、果して憲章違反か」「憲章は、国王がコンセーユ・デタにおいて裁判することに反対しているかどうか<sup>(5)</sup>」について、彼の答えを見ていこう。

(1) シレーは、憲章六八条<sup>(6)</sup>を援用することによって、復古王政以前の諸法令も、それが憲章の精神に反しないかぎり有効である、と主張する。シレーのこの主張は、コンセーユ・デタの組織に関する帝政下の諸法令（共和暦八年霜月二二日の法律、一八〇六年六月二二日の法律）を現行法として通用させるものである。<sup>(7)</sup>しかし、帝政下の右の諸法令が、なにゆえ、憲章の精神に反していないと断言しうるのか、その理由は示されていない。が、これは、次の問題、すなわち、憲章五七条「すべての裁判権は、国王に由来する。それは、彼が任命し、叙任した裁判官によって行使される。」の解釈と、その反対解釈の中で与えられる。

憲章五七条は、一般に、「司法」「行政」を問わず、裁判権が究極的に国王に由来すると共に、その行使が職権の独立性と終身制の保障された裁判官に委ねられるべきことを説いた、「委任裁判権」に関する規定と解されていた。その限り、この規定は、活動行政権と行政裁判権の分離を主張する「行政裁判国家」論者、「司法国家」論者に法文上の有力な手がかりを与えるものであった。そして、また、この規定の趣旨は「行政裁判」について国王留保裁判権を主張するシレーの立論に不利な効果をもたらすものではなかった。しかし、彼は、この規定を通例のごとくには解しない。

彼によれば、憲章五七条にいう「すべての裁判権」(Toute justice)とは、司法権のみを指すという。ここで彼が、司法権 (l'ordre judiciaire, le pouvoir judiciaire) と呼ぶものは、「私的事項裁判権」(la justice d'ordre privé)・「社会公共事項裁判権」(la justice d'ordre public social) を意味し、「政治事項裁判権」(la justice d'ordre politique) は含まれない、とする。<sup>(8)</sup> 前二者が、民・刑事の裁判権を表象したものであることは明らかであるが、後者に、シレーがそれぞれ階梯を異にする『行政裁判権』を観念していることは後述するとおりでである。ともあれ、ここでは、シレーが、憲章五七条の「裁判権」を「司法権」に限定したことから、「行政裁判権」(la justice administrative) については、この法条は何事も語っていないとする結論を引きだしたことが重要である。

(2) それでは、憲章五七条は、なにゆえ「司法権」についてののみ、これが「国王に由来する」と規定したのであるうか。シレーによれば、これは、司法権の場合、行政裁判権に比して、権限の由来が必ずしも過去において自明のものとして取り扱われてこなかったからであるという。したがって、この規定は、「司法官職の私有制」「司法官職に対する封建的権利主張」を否定し、司法権が国王権力に淵源することを改めて確認したものであると解される。<sup>(9)</sup> そのうえで、これは独立かつ終身制の通常裁判官に、通常裁判権を委任した、司法権限りの委任裁判権規定であると解され



る。

これに対し、行政裁判権が国王に淵源することは、明示の憲章上の根拠法文に拠ることなく自明であるとされる。すなわち、

「司法事項においても、すべての裁判権は国王に由来する。そうであるならば、それ以上に、行政事項において、すべての裁判権が国王に由来することは当然である。<sup>(10)</sup>」

ただし、シレーは、憲章五七条後段の委任裁判権規定は、行政裁判権についてはあてはまらない、という。

「コンセーユ・デタの敵対者の異論を容れることができるためには、憲章が明確に、行政事項裁判権が司法事項裁判権の場合同様に委任されると規定されてあることが必要である。王制の下では『委任されていないあらゆる活動権限は、まさにそのことによって主権者に留保されてある』からである。ましてや、その行使が、私権、公序および国家の安全の維持に絶対に必要なすべての権力諸部門の場合、なおのことそうである。そして、これこそがまさに、王政下の基本的ドグマである。<sup>(11)</sup>」

かくて、右のドグマを端的に表明するものとして、したがって、行政裁判権の国王留保権限の根拠として、彼によって援用されるものが、憲章の次の二法条である。

「行政裁判権を行使する権限は、憲章一三条と一四条によって国王に専属する。すなわち、その一つは、執行権は国王のみに属すると規定し、他の一つは、国王は法律の執行のため、レグルマンおよびオルドナンスを制定しうる、と規定する。<sup>(12)</sup>」

三 右にわれわれは、シレーが、行政裁判権を「執行作用」の一部と観念していることを知った。しかし、シレーの「行政国家」論は次の論点との関係でなお一定の陰影<sup>ニユアンス</sup>を含むものであることを知らなければならぬ。そして、こ

れが先の批判の第二点、活動行政権と行政裁判権の未分離に関わる問題である。

(1) まず、この問題に関して、注意すべきことは、シレー自らが、この活動行政権と行政裁判権の未分離の現状に、一定の批判的態度を持っていることである。これは、過去において、「行政裁判権」(la justice administrative)と「主権者の訴願的裁判権」(la justice gracieuse du souverain)の区別が必ずしも自覚的ではなかったことの彼の指摘に示される。

すなわち、後述の様に、シレーは、行政裁判権の存在意義の一つに、「私権」(droits privés)保護を掲げる。この時、両者の「裁判権」の差異が明瞭に意識されていないならば、「私権」をめぐる紛争が、「訴願的裁判権」——活動行政権——によって裁断される結果となってしまう。彼はいう。

「人は、行政裁判権が大臣の掌中に、大臣官房の秘密と、その官吏の恣意に委ねられていた一七九一年から共和暦八年に到る間の、さらには、一八〇六年に到ってなお止むことのなかったこの混濁と不安の中に……われわれを引き戻すことを望むであろうか。この場合、われわれには、かつて最も練達な法律家たちが、行政権の面前では、私権を主張する議論は黙殺される、と語っていたことが想起されよう。」<sup>(13)</sup>

かくて、シレーは、この「行政裁判権」と「訴願的裁判権」を区別する見地から、この後者になお「私権」事項が係属している現状をなによりも強く批判する。——すなわち、行政上の不服申立「訴願」に対する大臣の裁断は、大臣の報告に基づき国王が署名したオールドナンスの形式で、しかもそれは、国王自身の「裁定」として対外的に公けにされる<sup>(14)</sup>（一八〇六年七月二三日のレグルマン四〇条）。ところが、大臣は、事案が市民の「私権」に関わる紛争であっても、それゆえ、本来、コンセーユ・データでの救済の対象となるべき内容のものであっても、当該事項を純粹に「行政」的内容のものであると強弁することによって、これをも「訴願」による紛争処理の対象にとりこもうとする。<sup>(15)</sup>

なわち、ここでもまた、大臣は、本来「私権」<sup>(16)</sup>「裁判」事項であるべき事案について、結論を国王に示し、承認の署名を求め、国王の名によるオルドナンスの発給を得ようと努める。そして、このオルドナンスの形式で下された裁定に、「既判力」(la chose jugée)あることを主張し、コンセーユ・デタその他の機関による再審査の可能性を否定しようとする<sup>(17)</sup>。シレーは、このように、「私権」<sup>(18)</sup>「裁判」事項たることを故意に否定し、これらの事項をも、本来、「利益」<sup>(19)</sup>「訴願」制度にあてられた行政上の救済システムに服せしめようとする大臣の訴願制度の運用を la justice ministérielle と呼ぶ<sup>(20)</sup>。そして、これに対する批判をさらに具体的に展開する。

第一。一八〇六年七月二二日のレグルマン四〇条に基づく「訴願的・裁量的裁判権」(la justice gracieuse et discrétionnaire)は、「公益に属する事柄」(ce qui est utilité publique)、「単なる利益にのみ関わる事柄」(ce qui ne touche qu'à de simples intérêts)に限定されて運用されるべきこと<sup>(21)</sup>、これらの事項に關し下された「本質的に行政的」な、大臣の報告に基づく国王のオルドナンスには、その限り確定力が認められるも、大臣の決定に対し提起された異議が「私権」に關わるものである場合には、コンセーユ・デタがこの場合の裁判官であるべきことである<sup>(22)</sup>。これは「権利に關するあらゆる事柄は、恩恵あるいは裁量的決定という考え方を忌み嫌う」<sup>(23)</sup>からである。

第二。国王自身、大臣が「裁判」事項に關与することを嫌っていること、また、自ら行政裁判を行う意図は毫末も有していないこと、すなわち、行政裁判機関として、国王はすでにコンセーユ・デタを予定していることである<sup>(24)</sup>。したがって「権利」<sup>(25)</sup>「裁判」事項に關する大臣の判定を追認すべく国王に署名を求め大臣の行動は、国王をあざむくものであり、その署名の取得は、大臣が国王をあざむいた末、これをまんまとせしめた (une surprise) ものである<sup>(26)</sup>。かくて、シレーは、かかる訴願制度の運用の有様を改善すべく、最終的に次のような提言を行う。すなわち、大臣の報告に基づく国王のオルドナンスは、必ずや行政上のものと理解されるべきであって、私権に關し何らの判断も下

すものではないこと、私権をめぐる紛争について判決を下す権能は、行政裁判権に委ねられていること、したがって大臣は、その自らの報告に基づく国王の決定について既判力を主張しえないこと、このことを法律によって積極的に明言すべきである、と。<sup>(24)</sup>

(2) 「訴願的裁判権」の運用のありかたに即して、活動行政権と行政裁判権の分離を説いたシレーは、それでは「行政裁判権」そのものについて、はっきりと活動行政権からの峻別を語っているであろうか。これが次の問題である。すなわち、

「国民的利益からは、行政裁判権は政府の影響下にあることを止むべきことが正しいか。もはやコンセーユ・デタにおいて裁判されるべきでなく、独立の法院に裁判権が委任されるべきか。」<sup>(25)</sup>

シレーは、この問いに答えるにあたり、はじめ現体制が王制にほかならず、共和政下にならないこと、憲章が国王をなおフランスの主権的裁判官 (Le grand justicier de France) と明言していることを指摘し、行政裁判権に関する国王の留保権限を既定の事柄として想起させる。<sup>(26)</sup> さらに、行政裁判権の所在をめぐる論議においても、それが王権の弱体化をもたらすものであってはならず、現体制の枠内で王権に裁判的権利保護を求める議論でなければならぬことを主張する。<sup>(27)</sup> —したがって、かかる周到な伏線によって先の問いに対する解答の半ばはすでに与えられたも同然であるが、しかし、シレーにとって「行政裁判権」の存在意義とはそもそもいかなるものであつたらうか。彼はいう。

「行政裁判権は、行政権が私権を犠牲にして犯す過ちを裁判の名において正す」<sup>(28)</sup>ものであり、「われわれの私権を侵害する、あらゆる行政官吏の逸脱、行き過ぎ、過ちを抑制する明確な使命」をもつたものである。<sup>(29)</sup> そのことによつて、「行政裁判権は、なによりも公益 (l'utilité publique) の維持と私権の確保とを調整する役割を担うものである。それは、本来、行政権と裁判権の調停者 (arbitre) である。」<sup>(30)</sup> 「コンセーユ・デタは、[まさにこの] 行政裁判権を行使するために、

……私権と行政上の諸利益を調整するために……設置されたものである。<sup>(31)</sup>

右において、シレーの場合、「私権」保護と「公益」「行政上の諸利益」とが等価のものとして取りあつかわれていないことが重要である。そして、この後者の要請によって「行政裁判権」は独立の法院にも、通常裁判所にも委任しない、とするのである。——すなわち、彼は、コンセーユ・デタを攻撃する論者の誤りは、コンセーユ・デタを単なる「個々人の事件」「私的紛争」の裁判機関とみなしていることにある、と指摘する。<sup>(32)</sup> かかるものである場合には、これを司法裁判所に委ねることについてはシレーとて異論を唱えることはない。しかし、彼は、市民間の私権をめぐる紛争が「憲法上、独立かつ終身の裁判官から成る裁判所」に委ねられているのは、事件の帰趨が、「国王および国民」「社会および公権力の重大な利害に直接何らの影響ももたらすものではない」ことから、かくあるのであって、それが「政治秩序 (ordre politique) あるいは行政秩序に関わるあらゆる事柄の社会的推進者であり、諸規範中の根本規範、公安ないし国家理性の主権的執行者たる政府の関心」を惹く場合にはこのかぎりではない、とする。<sup>(33)</sup> それがお、単なる「私権」保護に尽きるのでなく、「政府および行政権の利害」「国民とその王の政治的諸利益ないし諸権利」をも等価に衡量しなければならない時、コンセーユ・デタの裁判管轄権が当然に主張されてこなければならぬのである。<sup>(34)</sup> シレーがこの場合の「私権」事項に関わる訴訟を「政治事項裁判権」の問題とするのはまさにこのためである。

四 すでに知ったように、シレーは、「訴願的裁判権」の運用のありかたを批判した際、「私権」保護の見地から活動行政権と行政裁判権の分離を一度は強調していた。しかるに、議論が「行政裁判権」の所在におよぶと、そこでは活動行政権との不離の関係が説かれる。その理由は、右にみたところであるが、しかし、かかる議論は「私権」保護の見地からは、その実効性に大きな制約を課するものであることは明らかである。かくて、シレーは、もう一度「私

「権」保護の観点から、コンセーユ・データの存在合理性を弁証しなければならなくなる。彼はこれを、一方において行政裁判権の意義を再度喚起することによって、他方、コンセーユ・データそれ自身の制度改革を提言することによって果そうとする。

(1) まず、コンセーユ・データが政府の指揮・監督下に編入されてあるとしても、その存在目的である「私権」保護に欠けるところはない、というために、シレーは次の事柄を指摘する。すなわち、ここでいわれる政府のコンセーユ・データに対する指揮・関与は、彼によれば、あくまで一定の傾向的事案に対する一般的かつ政策的指示として行われるものであって、コンセーユ・データにおける個別・具体の行政事件毎の個別の判決に対し行われるものではないこと、そこではコンセーユ・データの判断の独立性が尊重されていること、である<sup>(35)</sup>。しかも、政府のコンセーユ・データに対する右の一般的・政策的指示は、「表現の自由」の保障により世論によって、あるいは議会における「大臣責任制」の追求によって民主的にコントロールされること、である。したがって、コンセーユ・データに対する政府の関与は、右の制度的用意を前提として行われているのであり、かかるものとして政府の関与がなお要請されてあるのは、結局、シレーによれば、先の行政裁判における「公益」と「私権」の調整のために不可欠であると考えられているからである<sup>(36)</sup>。

(2) しかしながら、シレーとて、コンセーユ・データの現状が「私権」保護にとって必ずしも満足のいく内容のものではなかったこと、このことを認めるにやぶさかではなかった。「行政裁判」の真の理念を獲得するために、現状にはなお加えられるべき改善の余地が存在した。それでは、それはいかなるものであったろうか。

シレーは、憲章が権力をして専制の道具と化さないよう周到な配慮をしていることを強調する。たとえば、活動行政権には「大臣責任制」が、司法権には「終身制」が認められていることによって、権力の専恣をよく防いでいるこ

とが指摘される<sup>(37)</sup>。さて、それならば「行政裁判権」についても、これらと同等の何らかの権力抑制装置が設定されてしかるべきことになる。それは何か。

この問題を考えるにあたって、シレーは、行政裁判権に関する根拠法文が、現在までのところ具体の法律の中にあるのではなく、憲章にあることから、行政裁判権にいかなる制度的保障装置を付与すべきかは、法律ではなく憲章の精神に探らなければならない、とする<sup>(38)</sup>。そして、それは彼によれば、行政裁判権が私権の維持と、「それ以上に大きな行政的利益」の確保にあることから「公行政、政府権力とすべての市民の自由、所有権、人身の安全に同等の保障をもたらすものでなければならない。」<sup>(39)</sup>とする。かくて、右の立論に拠って、シレーがコンセーユ・デタの制度改革として提言するものは以下の三つである。

第一。彼は、行政裁判権の中に求められるべき「現実的かつ真の〔制度的〕保障」は、その共通性を余りに強調するのでなければ、かつ、重要な行政的利益の確保と両立しうるかぎりではあるが、司法権において見いだされるものと同一である、という<sup>(40)</sup>。すなわち、裁判官の「終身制」である。しかし、もとより彼はこれを文字通りに適用しようとするものではない。そして、この点がまさに彼の行政裁判制度構想の最も特異な面を構成する。これは、彼が「私権」保護の見地からするコンセーユ・デタ裁判官の終身制を、「行政上の利害」の深淺に対応させて導入しようとしたところに示される。すなわち、

「行政上の諸利益が危うくされない私人との行政事件にあっては、私はコンセーユ・デタが終身制の構成員から成る、しかも純粹にこれら訴訟事件のみ審理する特別委員会 (un comité particulier) をもつことが極めて適切であり、何らの危険性もないものと認めよう。」<sup>(41)</sup>

これに対して、

「行政上の諸利益にとって重要な事柄、これは（たとえそれが私権との軋轢をめぐるものであった時でも）、過半数以上が非終身制の評定官から成る、評定官会同（une réunion de conseillers）においてのみ論議される事柄である。」<sup>(42)</sup>

第二。右の事柄と密接に関連して、「純粹に」（purement）私権をめぐる「司法上の紛争」（contentions judiciaires）は、これをコンセーユ・デタの裁判管轄権から除外すべきこと、を説いたことである。<sup>(43)</sup>しかし、ここでシレーが「純粹」といふも、それはあくまで「行政的諸利益」からの距離を表わすにすぎず、<sup>(44)</sup>そのかぎり、右の概念と提言は相対的なものに止まることである。これは、彼が一方において、「民法に根拠をおくと考えられる行政上の権限」（titres administratifs, considérés comme source de droits civils）をめぐる紛争を、司法事件とみなしているのに対し、まさに右の一例と考えられる国有財産の競売「これは私法上の契約である。」については、その有効・無効をめぐる訴訟は、「行政裁判権によってのみ審理される」<sup>(45)</sup>として、<sup>(46)</sup>ことからも明らかである。したがって、後の行論との関連で重要なことは、シレーが国有財産売却訴訟を、基本的には、これまでにみた活動行政権と未分離のコンセーユ・デタに委ねていることである。そこでは、この事件が、かりに「評定官会同」にかけられる場合には、直接の政治的・行政的利害が非終身制の評定官を介して反映されることにより、あるいはそれが終身制の評定官から成る「特別委員会」に係属するものであったとしても、そのいうところの政府の「指示」に服することによって、いずれの場合でも、その判決に政府の意向が反映するところとなる。<sup>(46)</sup>後の論者との関係で、シレーを「行政国家」論者と規定するのはこのためでもある。

第三。シレーは、コンセーユ・デタにおける審理の公開（la publicité）を提言する。<sup>(47)</sup>これは「私権がこの保障を当然に（impérieusement）要求する」からであり、行政裁判権の聖域（le sanctuaire）が、専制と圧制の巣窟となるおそれがあるという批判を回避するためであり、評定官の名誉を保つ所以でもあるからである。しかし、ここでもまた、こ



の原則は、「行政、政府あるいは政治の利益が害されないかぎり」という限定が付される。それは、「通常裁判所において通用している絶対的公開制ではない。<sup>(48)</sup>」

五 右にわれわれはシレーの議論をたどってきたわけであるが、それでは、これまでのところ、彼の行政裁判制度論はどのように規定することができるであろうか。すでに知ったように、シレーは、コンセーユ・デタール行政裁判権の根拠を「執行権は国王にのみ属する」とした憲章一三条に求めていた。このことは、彼にあっては行政裁判権が「執行権」の一部と解されていたことを意味する。しかし、これをもって彼の行政裁判制度論を、「裁判をすること、それもまた行政である」(Juger, c'est administrer)とした思想<sup>(49)</sup>であると単純に規定することはできない。かかる思想に対して、彼自ら、それがいわゆる「熱狂的王権論者」(Les prétendus zéloteurs de l'autorité royale)のものであることを指摘し、これと彼の思想とは峻別されるべきことを要求しているからである。<sup>(50)</sup>シレーにとって、行政裁判権は、通常裁判権同様、「私権」保護の一点において「裁判作用」に属し、そういうものとして、憲章にいう「執行権」に編入されるものであるであった。——しかし、この彼の思想は、「裁判作用」を「私権」保護という実体的メルクマールに求めながら、それがなお「執行権」の一作用であるとする点で、曖昧なものを含んでいることは明らかである。のみならず、彼が行政裁判制度の意義を一方においてこの「私権」保護に求めながら、他方において「行政上の利害」への配慮から、行政裁判権と活動行政権の制度的融合を積極的に認めていることは、彼の思想を客観的に「行政国家」論者のそれと断ずることを可能ならしめるものである。そして、われわれがまさに見てきたこの彼の思想の晦渋性と混濁こそは、彼が復古王政下の行政裁判制度をその本質部分において弁証しようとした結果に由来するものであった。それは、もはや旧体制下の行政裁判制度の理念を復活することができなると同時に、市民階級の利害に基づく改革的提言をそのままには受け入れることができない、ルイ一八世の政府の苦渋を忠実に反映したものであった。

六 シレーの思想的立場が右に指摘した保守的内容のものであったことは、さらに次の論点との関係で一層明らかとなる。そして、ここに彼の「行政国家」論の歴史的限界もまた露わになる。——すなわち、シレーが「行政裁判権」の本質を「裁判」と規定したのは、縷述してきたように、「私権」保護にその標マルクモール徴をおいたからであった。問題は、この場合の「私権」の理解である。後論の「行政裁判国家」論者の項で理解されるように、これらの論者が、「行政裁判権」の本質を同じく「裁判」と規定する時、彼らがその標徴としたのは、「主観的権利」(le droit subjectif) 保護にあった。したがって、「私権」の語を選ぶ場合、それは右の言葉との何ほどの差異を意識したものでなければならぬ。そして事実、シレーにあっては、この「私権」の語は、そのいう「諸公権」(les droits publics) あるいは「政治的諸権利」(les droits politiques) との対概念として使われていることである。<sup>(51)</sup>のみならず、シレーは、これら後者の権利保護のための制度をコンセーユ・データ行政裁判機関以外のものに求めていることである。

すなわち、シレーによれば、国王の聡明の表現である憲章は、国の安全の基いとして、フランス人に二種類の保障(deux espèce de garanties)を与えたとする。広い意味での参政権と王制に抵抗する手段としての言論、出版の自由である。<sup>(52)</sup>さて、これらが折角、国民に賦与されたとしても、これらの諸権利が行政権に侵害された場合、原状回復のための救済機関が存在しなければ、以上の事柄は画餅に等しいものとなる。それではこれにあたる国家機関はいかなるものか。シレーは、これを行政権の裁量や、大臣に委ねたり、行政の首長の指揮下にあるコンセーユ・デュ・ジュステス(un conseil de justice)に委ねることは、憲章の精神を否定するものであるという。<sup>(53)</sup>それではこれらの諸権利の保護はいずれに求められるべきか。彼はこれを、「国民と玉座の二つの安全を図るにふさわしいものとして、国民的要素と王権的要素を二つながら同時に備えている」上院(la chambre des Pairs)に求める。<sup>(54)</sup>しかし、シレーがこの国家機関に多くを求めるのは、共和派議員、ウルトラ王党派議員の拠る下院を忌避するためのものであり、

現王室の藩屏たる上院に信を寄せるシレーの現体制擁護者の一面をここでもまた明らかにするものであった。さて、以上のシレーの議論は極めて重要であるが、われわれの関心からはさらに次の部分が注目される。

シレーは、「諸公権」「政治的諸権利」をめぐる紛争の裁判権は、活動行政権との繋がりをもちたい上院に委ねられるべきことを説くが、その場合、「諸公権」「政治的諸権利」に編入されるもの、その様なものとして上院に係属する訴訟事件、が問題である。彼はこの中に数多くのものを数えるが、重要なものとして、たとえば選挙人・被選挙人資格を争う訴訟、租税訴訟がある。<sup>(56)</sup> これらは、いずれも革命後、その余のものと同列に「主観的権利」に属するものとして、「司法」ないし「行政」の両裁判権の対象とされてきたものであった。<sup>(57)</sup> したがって、シレーが、今これらを「公権」「政治的権利」の弁証の下に上院に委ねることは、それがなお一種の「権利」であり、そこで行われるものが「裁判」であると強弁するも、次の点からそれは「政治的性質の訴え (les réclamations d'ordre politique)」<sup>(58)</sup> に対する政治的裁量に基づく裁断であるとして、当該「権利」性を後退させるものである。復古王政期の上院はその法制的地位からも、また現実の政治的役割からも、政府の意向に全面的に従属する装置としてあり、かかるものとして、それはなお基本的に一種の「活動行政権」にほかならないからである。<sup>(59)</sup> したがって「活動行政権」との分離論からする、先の「上院＝裁判」論は、シレーの主観が奈辺にあるかを問わず、活動行政権レベルでの政治的影響力の行使を一旦断念しつつ、客観性、超越性の外見の下に、より高い政治的次元でのそれとの連携を回復する結果となるものであった。そして、このことを示すものが、彼がこれら「公権」「政治的諸権利」事項の裁判権も、コンセーユ・デタに委ねられる「私権」事項裁判権同様、「政治事項裁判権」に数えつつ、この場合を特に「高度の政治事項裁判権」(une haute justice d'ordre politique)とみなしていることである。<sup>(60)</sup> —かくて、シレーのこの様な一連の構想の目指すものがいかなる性格のものであるかすでに明らかであろう。司法権を「私的事項」「社会公共事項」裁判権に限定し、「政治事項」

裁判権に關与することができないとした操作はともかくも、対国家「主観的権利」を「私権」と「公権」「政治的諸権利」に分ち、正規の行政裁判機関（「コンセーユ・デタ」——しかしこれも、活動行政権と未分離であることは前述した——に前者の裁判権のみ認める発想は、対国家「主観的権利」理解に「中世的既得権」思想をひきずるものであり、これは、「公権」「政治的諸権利」の裁判権を政治機関「上院」にひきわたす彼の思想によっても確かめることができものである。これが、対国家「主観的権利」を有名無実化する作業であり、旧体制アンシャンレジーム以来の市民階級の思想とその政治的成果を否定するものであることは明らかである。シレー「行政国家」論の政治的保守性とその反動性はまさにこの点に存在する。

(1)(2) Sirey, Du conseil d'État selon la charte, 1818, p.451.

(3)(4) Ibid., p.452.

(5) Ibid., p.453.

(6) 憲章六八条「現憲章に抵触することのない民法典および現行諸法律は、憲章によって適法に廢止されるまで効力を有する。」

(7) Ibid., p.454.

(8) Ibid., p.455.

(9)(10) Ibid., p.456.

(11) Ibid., p.457.

(12) Ibid., p.454; なお、一四条は、裁判判決がオルドナンスの形式で下されたことから、国王留保裁判権の根拠とされているものである。

(13) Ibid., p.458; なお同じく、p.468.

(14) Ibid., p.484.

(15) Ibid., p.481 et 482.

(16) Ibid., p.483; シレーは、訴願的裁判権の行使として下された裁定は、「行政作用の効果を維持する必要に基づく」「一時的 (transitoire)」性格のものであり、「仮処分裁判官の裁判権」(La justice de juges des référés)と同様の性質のものであることを指摘し、「既判力」のような最終

的確定力をもつものではないことを主張する。p.485 同く、p.494 et 495.

- (17) シレーは、オールドフランスの形式で下され、これに「既判力」あることを主張する大臣の裁定は、大臣責任制に基づく議会統制も及びがたいことを指摘する。すなわち、個別の裁定が現行法として通用している行政立法に従って下されているかぎり大臣の決定に過誤はなく、行政立法自身の法律違背の問題は、大臣責任制の問題とはひとまず次元を異にする議会の法令審査権(*la justice legislative*)の問題とされるからである。Ibid., p.490: *la justice legislative* については、p.506 et s.

- (18) Ibid., p.485: なお、シレーのいうこの *la justice ministérielle* と「大臣裁判」*le ministre-juge* とは区別されなければならない。後者は、帝政末期から復古王政期にかけて、行政裁判官の活動行政領域に対する裁判的統制の拡大努力の結果なったものである。それは、行政の利害の確保と拡大された主観的権利保護の調整のため、訴訟的行政行為と純粹行政行為の中間領域(混合行為 *acte mixte*)の設定に基づき形成された。その結果、復古王政期における行政裁判秩序は次のようなものとなる。

①〔訴訟的行政行為〕 県参事会→コンセーユ・データ

②〔混合行為〕 知事→大臣→コンセーユ・データ(大臣裁判制度)

③〔純粹行政行為〕 知事→大臣

右にシレーが問題としているのは、この③の場合である。シレー自身の混合行為に対する論及は、Ibid., p.237. 大臣裁判制度については本稿で論及する暇がない。Guy-albert-Henri Toffin, *Le ministre-juge*, 1942; Pierre Sandevor, *op. cit.*, p.245 et s. が参照されるべきである。

- (19) Ibid., p.484.
- (20) Ibid., p.487.
- (21) Ibid., p.484.
- (22) Ibid., p.486.
- (23) Ibid., p.487.
- (24) Ibid., p.490.
- (25) Ibid., p.459.
- (26) なお、シレーは、国王留保裁判権の弁証として、もう一つの理由を挙げる。すなわち「行政裁判権は、……大臣に優越する権力者以外には委ねられえない。……国王が行政の非違を裁き、是正する。なぜならば、国王以外のいかなるものも大臣に優越しえないからである。また、国王は、行政運営の中でしばしば危険にさらされる王権の諸利益の唯一受託者に止まらなければならないからである。」Ibid., p.463.

- (27) Ibid., p.459 et 460.
- (28) Ibid., p.451.
- (29) Ibid., p.458.
- (30) Ibid., p.462.
- (31) Ibid., p.480.
- (32)(33)(34) Ibid., p.464.
- (35) Ibid., p.461.
- (36) Ibid., p.462.
- (37)(38) Ibid., p.469.
- (39) Ibid., p.470.
- (40) Ibid., p.473.
- (41)(42) Ibid., p.475.
- (43)(44)(45) Ibid., p.493.
- (46) シレーは、国有財産売却訴訟が、「コンセーユ・データの「評定官会同」に係属するか「特別委員会」に係属するものか明らかにしていない。
- (47) Ibid., p.476.
- (48) Ibid., p.478.
- (49)(50) Ibid., p.471.
- (51) Ibid., p.496. なお、シレーの場合、これら「諸公権」「政治的諸権利」の場合のみならず、私権についても「諸私権」(droits privés)と複数で語っていることが重要である。これには、権利を個々の権利の束と考える中世的既得権思想がうかがわれる。
- (52) Ibid., p.496.
- (53) Ibid., p.497.
- (54) Ibid., p.498.
- (55) たとえば、公務員の訴追許可権限、教会組織内部における聖職者の懲戒に対する控訴 (les appels comme d'abus)、国家債務訴訟、陪審員名簿の作成、違法不当な逮捕・拘禁に対する人身保護事件、居住・移転、職業選択の自由に反する行政措置に対する救済、出版規制、公務員に対する名誉毀損事件等。

(56) *Ibid.*, p.499 et 502.

(57) 拙稿「革命期行政裁判制度」(神奈川法学二一卷一号)四七頁以下。

(58) *Ibid.*, p.502.

(59) 上院は、皇族、貴族から構成され、爵位を授け、貴族に列せしめる権限は国王に専属する(憲章二七条)。  
(60) *Ibid.*, p.497.

## 〔二〕コルムナンの「行政裁判国家」論

前掲シレーの著書が公刊された一九一八年は、同じくコルムナン(コンセーユ・デタ評定官)が、彼の最初の著書『わが立憲王政下における諮問機関および裁判機関としてのコンセーユ・デタ』(*Du Conseil d'État envisagé comme conseil et comme juridiction sous notre monarchie constitutionnelle*)「一八一八年」を公刊した年でもあった<sup>(1)</sup>。そして、この著書において、コルムナンは、復古王政期コンセーユ・デタに対する学説上最初の、かつ体系的批判者として登場したのであった。そこで以下、右の著書を中心に、コルムナンの復古王政期コンセーユ・デタに対する批判の論点と、彼の行政裁判制度構想をみていくことにしよう。

一 コルムナンが右の著書でまず明らかにしようとしたことは、「わが国ではなにゆえ、行政裁判権が、通常裁判権とはほぼ同等の救済の保障と恩恵を市民に与ええないのか」ということである<sup>(2)</sup>。コルムナンはその原因をいくつか挙げるが、重要なのは次の二点である。

第一。コンセーユ・デタの組織、手続を規律する根拠法規の不存在である。これは、先にシレーの項で指摘された論点であるが、コルムナン自身の主張も聞いておこう。

「現行コンセーユ・デタは適法に存在していない。……今日、コンセーユ・デタにこの裁判権を付与し、かつ、

裁判権の形式、「権限」範囲と行使を定めているのは、単なるオールドナンスである。……〔その結果〕市民は、一時的な、かつ「国王の」意のままに解任される委員会に属するところの裁判権」に拠っていたのでは客観的救済が得られない<sup>(3)</sup>。

そこで、コルムナンは、「この様な不都合性を改善するため」には、「議会在法律によってコンセーユ・デタを裁判機関として」再編する必要がある、と説く。

第二。活動行政権と行政裁判権の未分離である。この点もコルムナンの語るところを聞こう。彼は、コンセーユ・デタ総会 (assemblée générale) に出席する大臣が、事件の一方当事者であると同時に行政裁判官でもあることを指摘する。

「市民がその権利を侵害された大臣の決定を争うコンセーユ・デタに、その当の大臣が議席と議決権をもつことは正しいことであろうか。……終身制の保障のない裁判官からなる総会に、自己の事件を弁護する大臣が出席することはどんなにかいまわしいことであろうか。」<sup>(4)</sup>「内務、大蔵、海・陸軍大臣の決定のみが、コンセーユ・デタにおいて控訴の機会を得るといふことはいかなることか。」<sup>(5)</sup>……第一審において当該行政決定の一部が有罪の判決をうけた後、……〔控訴をうけて〕そのままに同一決定部分を再審理するため、国王の法廷の席に就く裁判官のことを人は何と形容しようか。〔訴訟の一方当事者が、控訴審裁判官であるならば〕二審制の恩恵は一体どこにあるといえるのか。市民は、わが王国の基本法が彼らに確保しているこの二審制の、幻想的でない現実的なあらゆる保障を〔司法〕裁判所の面前で主張しているのに、なにゆえ、コンセーユ・デタにおいては……二審制の保障を主張しえないのであろうか。市民が訴訟事件において国を相手どる時、彼は恩恵を嘆願しているのではなく、権利主張していることを看過しているのであろうか。なにゆえ、国は裁判所の前におけると同様、コンセーユ・デタにおいても市民と等しい武器をもって戦わな



いのか。所有権という最も高価な利益は「司法裁判所においても、コンセーユ・デタにおいても」同じ問題ではなからうか。政府は、民事事件において、彼が作ったのではない法、普通法の厳格な準則に服することが義務づけられているのに、ましていわんや行政事件において、彼が自己の利益の観点からのみ自ら定立した——それも市民の同意なくして定立し、市民に強制を課する——特別法については、何ら遵守が義務づけられないということはあるべきか。……なにゆえ、民事裁判と行政裁判は、二つの不均衡なおもりをもち、異なる目盛りをもつのか。<sup>(6)</sup>

コルムナンはこの様に批判し、「私人の利益とも国の利益ともなる様に、行政裁判権について最良の条件を備えうる「制度」形態はいかなるものか」問う。<sup>(7)</sup>そして、この見地から、以下まず、この時期、行政裁判制度に関し提言された若干の構想を紹介し、その批判を試みた後、次に自らの制度構想を開陳する。

二　そこでまず、この時期に提言された行政裁判制度構想であるが、コルムナンによれば、それは以下の三つであるという。

(1) 第一は、行政事件を「閣議 (conseil des Ministres) ないし行政事件処理のため、各大臣の下に付置された諸委員会において決定」せしめようとするものであり、「訴訟的行政と活動行政とを統合することによって、いずれの事案も、同一原理の下に同一形式下において処理されることを望む」ものである。<sup>(8)</sup>

この制度構想に対するコルムナンの批判は、現行コンセーユ・デタに向け行われたものと同じである。すなわち、「閣議が、排他的にあらゆる係争事案の審理と究極的裁判権を付与される」ならば、それは活動行政権と行政裁判権の分離の原則に背馳する。「代議政体の憲法の下では、法定権と法執行権とが分離されてあるごとく、政府内部、(Gouvernement interieur) においても、行政権と行政裁判権とが分離されてあるべきことは」「われわれの自由の抛りどころ」であるからである。<sup>(9)</sup>

(2) 第二のものは、「王権を強化するために、コンセーユ・デタの権限を拡張し、これに旧来からの裁判権限を再授与せしめよう」とするものであり、端的には、「旧枢密顧問会議」(ancien conseil des Parties)の復活を企図するものである。<sup>(10)</sup>

これに対し、コルムナンは、今日、この枢密顧問会議〔國王顧問會議 (conseil du roi)〕を復活せしめようとする構想の無謀性を明らかにする。その第一の理由は、枢密顧問會議は、「単にかつそれが果していた事物の秩序の下でのみ存在理由を有していたこと」、しかし「現在、かかる事物の秩序はもはや存在しない」ことから、その復活の意義はもはやありえない、というものである。<sup>(11)</sup>すなわち、枢密顧問會議は、旧王制下において、國王権力に抵抗していた高等法院を牽制し、その権限を一部奪回すべく設置されたものであること、しかし、革命は、旧体制下におけるこの對抗関係を一挙に消滅せしめ、高等法院の有していた政治的特権は、今や議會と司法裁判所にそれぞれ委ねられ、旧弊はすでに一掃されたことである。かくて、事態がこの様にある以上、枢密顧問會議の役割はもはやどこにも見いだせない、というものである。<sup>(12)</sup>

枢密顧問會議に反対する理由の二として、コルムナンが挙げるものは、今日、自由の制度的保障は裁判所の独立性の中にある、というものである。すなわち、「裁判所制度の頂点に位置する破毀院は、『革命来』二〇年、人々の世評において、市民的自由の守護者」としての地位を占めてきた。「フランス人は、フランスの裁判所の独立性にことのほか執着する。」この破毀院が、公判、口頭弁論、判決の公開性、裁判官の終身制の保障に基づく独立性といった「あらゆる司法的形式の完備した正規の裁判所であるのに対し、『復活された旧枢密顧問會議の中に市民がみるものは果して何であろうか。』」<sup>(13)</sup>そこにあるものは、終身制の保障のない裁判官、非公開審理、遠隔地にある一例外裁判所、法律およびオールドナンスの恣意的適用と判例原則の秘匿である、と。<sup>(14)</sup>

理由の三は、「市民的自由 (liberté civile) の確保こそが「政治的自由」 (liberté politique) の存在理由であり、この「市民的自由」の完全な保障こそが現政体の存続を約束する、というものである。すなわち、コルムナンによれば、「市民的自由」は、「良心の自由」「表現の自由」「人身の自由と財産権」から成り、「革命の誇りうるおそらく唯一の成果」「革命の廃墟から生まれた最も実り豊かな生命原理」であるとされる<sup>(15)</sup>。そして、王権によるこの市民的自由の裁判的保障は、市民の政治的自由の希求、政治権力奪回のあらゆる口実を奪うことによって、王権を強固にするものである、という<sup>(16)</sup>。ところが、今日、枢密顧問会議の復活を策することは、それが最早「市民的自由」の公正かつ客観的保障装置たりえないゆえに、いな、むしろ政治権力の専恣的機構でしかありえないゆえに、かえって王権の基礎をゆるがしかねない、と語る<sup>(17)</sup>。

(3) 行政裁判制度構想の最後のものは、「あらゆる訴訟事件は、いかなる場合でも、「司法」裁判所の判断に委ねられなければならない」と主張するものである<sup>(18)</sup>。先の二つの構想に対する論評の中で、コルムナンは、「市民的自由」の保障に、司法権に倣う組織的独立性と手続的合理性が不可欠であることを示唆しているが、このことは、彼がこの「司法国家」論に単純に与することを意味しているわけではない。すなわち、コルムナンによれば、「市民的自由は、通常裁判権のことのみ念頭におくだけでは強化されない。それは、行政裁判権をも考慮に入れることによって強化される必要がある」からである<sup>(19)</sup>。コルムナンは、以下にその具体的理由を明らかにするが、注意すべきことは、この「司法国家」論に対する彼の論難が、まず、①司法権に固有内在的な制度的限界の指摘として行われ、つぎに、②「行政裁判制度の必要性」 (nécessité d'une juridiction administrative) を説く彼の構想の實質的動機に即して行われることである。この様な二重の構成をとって、彼は行政事件裁判権を司法権に委ねない実際的理由を明らかにする。が、ここでは、まず、前者の論点、司法裁判所の制度的限界に向け行われたコルムナンの一般的指摘についてのみみることに

にし、より重要な後者の論点については項を改めて明らかにする。

第一。コルムナンは、行政事件を司法権に委ねない理由の一つとして民事的教条を挙げる。「司法裁判官は」政治的理由を理解するためには余りに隔絶した地位にあり「この問題について裁判する場合にも、何らの疑問を抱くことなく、彼らが習熟している私法原則に拠るであろう」ことは疑いない。「司法機関の純粋な準則は、政府の期待をしばしば裏切ることにならう。」のみならず、市民の立場からも次の様にいう。「市民らは、彼らの自然的裁判官の厳格性を敬遠する。」市民らは「行政法規の目的、意義および効果に通曉しているところの、また、眞の裁判所というよりも、むしろ衡平裁判所 (cour d'équité) とみなされるところの、〔さらに〕市民の利益擁護の義務を裏切ることなしに、しかもその懸命な中庸の精神によって、法律の厳格性を和らげるところの例外裁判所に避難所を見いだすであろう。」<sup>(20)</sup>

第二は、「行政事件の場合には、国の側であれ、私人の側であれ、手続の簡明、費用の低廉、判決の迅速性、執行の敏速が第一義的要請である」ということである。これらの利益は「わが民事裁判所の構成の中に見いだし」えないとされる。<sup>(21)</sup>

第三。司法裁判所では、各省庁の部局から、事件の解明に不可欠な諸資料、情報を迅速かつ正確に得られにくいことである。これは司法権と行政権間の対抗意識に根ざすものであるが、例外裁判所の場合には、司法大臣ないし国益擁護のために出席している政府代理人 (sous-secrétaire d'Etat) の仲介をえて、右の目的を達成しうる、というものである。<sup>(22)</sup>

三 コルムナンが、行政事件は通常裁判権に委ねえない、とした右の諸理由は、しかし、未だ消極的なものに止まる。したがって、より積極的な実質に即した議論が求められることになる。これが、行政裁判制度の必要性を説く彼の以下の議論である。

(1) コルムナンはまず、行政事件を通常裁判権に委ねない積極的な理由として、「事案の特殊性」(qualité des matières) を挙げる<sup>(23)</sup>。問題は、いかなる行政事件にいかなる「特殊性」が考えられるか、である。彼は著書の中で、行政事件をいくつか列挙している。たとえば、「納品契約と公土木請負契約」(des marchés de fournitures et entreprises de travaux publics)、「権限争議」(des conflits d'attribution)、「国有財産〔売却〕事件と亡命者〔資格回復〕事件」(des matières de biens nationaux et d'émigration)、「村道および水利規則」(des chemins vicinaux et des réglemens d'eau)、「共同体財産」(des biens communaux) である。そして、その各々について、司法裁判所によって審理・裁判しえない事案の特殊事情を明らかにするが、彼が当面、最も強い関心を寄せ、かつ当該事案の特殊政治的理由に基づき、裁判権を司法裁判所に委ねないことを力説するのは、「国有財産〔売却〕訴訟」であった。このことは、彼がこの著書の第八章「行政裁判制度の必要性」において、この標題を国有財産売却訴訟に即して論述していることから明らかである。すなわち、

「この問題〔行政裁判制度の必要性〕については、革命が作りあげた事態をそのまま直視する必要がある。」「人が革命的と呼ぶ諸利益が、その源をすべて行政権の中に見いだされることである。政治は長きにわたり、この事案について、行政権が作った諸法律の適用、行政権のなした諸行為の解釈〔権限〕、行政権が創出した権利の保護を、なお行政権に委ねることを命じてきた。これら新しい権利の量は膨大な数にのぼる。現フランスの諸県において、御料局の行政庁によって当初より行われた国有財産売却件数は、一、〇〇九、三五六件に達し、減債基金局 (la caisse d'amortissement) によって売却された財産の数、一三、一〇四件と合わせ、総計一、〇二二、四六〇件にもなる。これらの売却件数は、相続、贈与、再売却、持参財産 (pécule)、交換、抵当、そしてあらゆる種類の財産移管・移転名義によって新しい所有者の手にわたり、たえず再分割されかつ増大させられる。さて、この新しい利益の非常な量は、革命の胎内から生まれ、行政庁の庇護下におかれた。諸君が行政庁から「この事案に関する」裁判権を奪ったならば、行政

庁は、これをどの様にして保護しうるか。<sup>(24)</sup>

右の引用に示されているように、国有財産売却訴訟について行政庁の裁判権が求められてあるのは、それが革命の胎内から生みだされた「新しい権利」「新しい利益」を積極的に擁護するためのものであった。国有財産売却訴訟の裁判権を司法権に留保することは、事案の政策的背景と利害状況に暗い裁判官に、この革命の成果を委ねることを意味していたのであった。——そして、この点をさらに一層詳細に展開したものが、第十六章「国有財産〔売却〕事件」と亡命者「権利回復」事件」の論述であり、さらにこの一六章の論述を再録、敷衍した彼の後の著書『行政法の諸問題』〔第二版〕第一卷「国有財産」の章の議論である。以下に、この後者の著書を中心に、コルムナンの議論をさらに詳しくみていこう。

(2) さて、コルムナンは、次の様に問題をたてることからはじめる。

「政府が、国有財産売却に関する紛争の裁判権を留保する理由があるためには、この事案に関し、政府が直接的であれ、間接的であれ、一定の現実的利益を有している必要がある。しかし、私は、今日、政府は最早かかる種類のいかなる利益も有していないことから明らかにしよう。<sup>(25)</sup>」

コルムナンの議論の出発点はこうである。これまで、政府は活動行政権と行政裁判権を未分離とする組織編成によって、国有財産売却訴訟に関する裁判権行使から一定の現実的利益を得てきた。しかし、今日、政府は最早、右の組織編成をとって国有財産売却訴訟の裁判権を留保するいかなる利益も見いださえない、と。この議論の設定が、現行のコンセーユ・デタあるいは閣議、枢密顧問会議に、行政裁判権を委ねようとする制度構想を再度批判するためのものであり、後述する彼の行政裁判制度構想の伏線とするものであることは明らかである。以下、彼の述べるところをみていこう。

まず、○コルムナンは、共和暦一〇年花月六日の上院決議および一八一四年二月五日の法律が「国に帰属し、その最終的行使が国にとって最早無関係となった」国有財産取得者に対する土地の占有回復訴訟、落札証書無効確認訴訟の権原を旧亡命者らに委ねるべく放棄したことを指摘する<sup>(26)</sup>。

右の決議および法律とは、未売却のまま現物で国が保有する財産を旧亡命者、その遺族、権利承継人等に返還することを認めたものである。さて、競売手続が適法<sup>||</sup>無効に行われた場合、法律上、土地所有権が未だ取得者に移転していないことを意味することから、国は訴訟により所有権に基づいてこれら財産の占有回復を図りうることになる。

右の決議および法律にいう「国の保有する未売却の財産」(les biens qui n'ont pas été vendus et font actuellement partie du domaine de l'état) には、この国が訴訟によれば占有回復しうる所有権をも含むものと解し、この場合の所有権をも旧亡命者らに返還されるものとする<sup>(27)</sup>。その結果、旧亡命者は、この返還されるべき『所有権』に基づいて、国有財産取得者に対する競売手続の違法を理由とする土地の占有回復請求訴訟を提起することになる。この場合、国の経済的利害がからむのは、コルムナンによれば、右の旧亡命者—国有財産取得者間の訴訟の結果、競売手続の違法<sup>||</sup>無効が確定し、財産を追奪された取得者に競売代金の返還を行わなければならない時である、とする。

これに対し、○コルムナンは「国有財産がすべての要式を履践して売却されたものである場合、売却は、共和暦八年霜月二二日の法律、憲章九条、一八一四年二月五日の法律に基づき取消されえない」ことを指摘する<sup>(28)</sup>。

これは、国有財産の売却が所定の手続・形式的要件をすべて満たし適法に行われた以上、国内の第三者、旧亡命者らは真正の所有権を主張して、国有財産売却の違法<sup>||</sup>無効を争いえない、としたものである<sup>(29)</sup>。この場合、第三者らは、県参事会→コンセーユ・デタによって真正の土地所有権を確定してもらったうえ、唯一、国庫に対する損失補償請求のみ行いうる<sup>(30)</sup>。国庫の利害が問題となるのはここにおいてである<sup>(30)</sup>。

しかしながら、コルムナンは、ここで、国有財産売却の四分の三以上が、共和暦九年以前に行われたものであること、そして、実は、一八一〇年一月一五日の財政法が、共和暦九年以前の国庫に対する未清算債権を一律「失効」と宣告したことから、国有財産取得者の右の事由に基づく競売代金の返還請求権も、また、国内の第三者らによる損失補償請求権も、この法律によって遮断されたことを明らかにする。その結果「国は、売却契約が、共和暦九年以後締結された少数の国有財産売却についてのみ、代金返還の責を負うにすぎない」という<sup>(31)</sup>。ここに、コルムナンは、国の経済的利害が後退していることを指摘する。

さらに、コルムナンは、次の様にもいう。

「国が権利主張する第三者に損失補償する場合、第三者の権利が予め確定していなければならない。」しかし「これはその判断が「司法」裁判所に」よってもしないうる「所有権の問題」である。「第三者が裁判所の前でその主張に破れたならば、国は負うべきなものもない。なぜなら、係争財産が国有と認定されたわけであり、それは有効に売却されたわけであるからである。」<sup>(32)</sup>

この様に、コルムナンは②の事例を例にとり、国の財政的利害が後退した今、国有財産売却訴訟は司法裁判所によっても処理されうることを示す。そして、①の事例ともあわせて、結局次の様にいう。

「所有権を」追奪された国有財産取得者あるいは所有権を篡奪された第三者が提起する国庫に対する損失補償請求訴訟は、後者においては「一旦」司法的議論に向い、そして両者共に、行政的清算でおわる。この種の清算は大蔵大臣に提出され、コンセーユ・デタの面前でのいかなる訴訟の対象とも決してならない。国は、それゆえ、今日、直接にせよ間接にせよ、国有財産売却に関し提起される紛争を自ら決すべき物質的利害 (intérêt matériel) を持たないことになる。」<sup>(33)</sup>



しかしながら、コルムナンは続ける。

「右の趣旨から、人は、国有財産売却訴訟は通常裁判所に返還しなければならない、という結論を導きだすかもしれない。しかし、未だそれを許さない政策的理由が存在するのである。<sup>(34)</sup>」  
すなわち、

「国有財産売却事件においては、行政裁判の原理 (principe de la juridiction administrative) は、国の財政的利益から引きだされるのではなく、異なる種類の、しかもより高度の動機の中からとりだされる必要がある。<sup>(35)</sup>」

(3) これまでのコルムナンの議論が、国有財産売却訴訟における国庫的・財政的利益を疑うことによって、活動行政権と行政裁判権の未分離を肯定してきた従来の「行政裁判の原理」を否定しようとしたものであったことは明らかであろう。翻って今度は、「司法国家」論の成立余地を難じつつ、新しい「行政裁判の原理」を語ろうとする。これは、従来、国有財産売却訴訟が、いかなる理由・政策的動機に基づいて行政裁判権に帰属してきたのか、その歴史的背景を衝くことによって行われる。すなわち、いう。

第一。「これらの動機は、原理的には、国有財産売却訴訟を政府自身の政治的後見の下に、すなわち、取得者の利益になる様に、裁判所以上に積極的な、裁判所以上に豊かな経験に裏打ちされた、裁判所以上に統一かつ強固な、そして裁判所以上に確実な「政府自身の」後見下におくことであつた。<sup>(36)</sup>」

第二。「この種の紛争は、取得者と亡命者間の醜悪かつおそろくは激昂した公衆の面前での、かつ公判廷での敵愾な雰囲気の下での問題とすべきでない、としたことであつた。実際、この事件に関して例外裁判権を設置したのは、まさに革命期の諸法律であつた。しかし、国王自らもその必要性を承認した。なぜならば、この必要性は、事実上の政府(革命政府のこと)同様、正当な政府をも抗いがたい力をもって支配する事物の必然性であるからである。<sup>(37)</sup>」

第三。「売却契約の違法性が、同じく、裁判管轄権限分配の決定的動機の一つであった。契約の瑕疵事由が裁判管轄権を変更するのではなく、この違法性が、革命騒ぎの中、余りに奇怪な(étrange)、余りに一般的現象であったので、裁判所の硬直的配分的正義の原則 (regles inflexibles de leur justice distributive) にかかったのでは、これら成規に反する行為のほとんどが無効と宣告されざるをえなかったからである。<sup>(38)</sup>」

第四。したがって、行政権が自ら行った行為の意味を公表するのが自然であることになる。なぜなら、行政権は、この事件については判決を下すというよりも、意思表示するものであるからである。行政権は、自ら作った特別法 (lois spéciales) を解釈するのが自然である。なぜなら、行政権は、裁判所より以上に、その法律の精神を知るものであるからである。最後に、行政権は、裁判所よりも、行政権自身が導入した新しい権利の保護が求められてしかるべきであるからである。<sup>(39)</sup>」

第五。「さらに、裁判所は、法律上も慣習的にも、民事法律しか適用しない。裁判所は、政治的諸法律については、同じほどの素養をもっていない。法律、裁判官、事件、原則、そして権利保障、そのどれをとっても、政治的法律適用の局面は、民事的法律の場合と全く異なるものであるといえる。

裁判所は、たとえ国王法院 (cours royales) でも、地域的利害状況——この場合、裁判所は、諸他の事件以上に、これにからめとられることは危険である——を脱するに充分なほどの高みにおかれていない。

裁判所では、悶着のはて、国有財産売却の不可変更性、国王政府への取得者の信頼、そして、そのことからする公の平和 (Paix publique) を一挙に葬りさるであろうような種々の判例が形成されよう。<sup>(40)</sup>」

(4) この様に、コルムナンの「行政裁判制度」論は、そのすべてが「国有財産売却訴訟」——とりわけ、旧亡命者——国有財産取得者間の訴訟——をめぐる利害状況の解決に収斂し、かつそこにおいて展開された論点の上に構成され

たものであったことが了解されよう。再言すれば、第一に、彼は、活動行政権と行政裁判権の未分離な行政裁判制度ならびにこの種の構想に反対する。これは、今日、「所有権」をめぐる紛争は、政府の支配・介入を絶った客観的かつ公正な、「司法」的構成をとる裁判機関によって解決されるべきこと、さらに、国は旧来の「制度構成」によって、その財政上の利益を擁護する意義が決定的に後退したこと、の指摘としてなされる。

第二に彼は、国有財産売却訴訟を司法裁判所の管轄とすることにも反対する。司法裁判所の民事的教条は、国有財産売却によって得た「取得者」の「新しい権利」擁護に、必ずしも柔軟かつ合目的理解を示さないおそれがあるからである。かくてコルムナンの行政裁判制度論は、復古王政政府の政治的恣意を遮断するため「司法」的構成をとる一方、そこで適用される紛争解決規範は、従来からの行政判例により形成された特殊法理——実体「公法」法理——を予定する、二つの正面の狭間を進むものであった。そして、この様な彼の議論は、革命の土地変革を「裁判」上も追認し、国有財産取得者の「新しい権利」を擁護することによって「公の平和」(paix publique)の確立を目指すものであった。なぜなら「国有財産取得者の権利に対するどんなにささやかな侵害も、その瞬間には全フランスを震撼させ、家庭に恐慌をもたらし、最も危険な気運を醸成させる」からである。<sup>(41)</sup>コルムナンの説く「行政裁判制度の必要性」とその拠って立つ新しい「原理」とは、したがって、この再度の革命の「気運」を霧消させ「公の平和」を確保するためのものであった。<sup>(42)</sup>

四 右に、われわれは、「行政裁判制度」がなにゆえ必要なのか、コルムナンの説くところをみてきた。以下では、この行政裁判制度が活動行政権と分離され「司法」的構成をとるべきであるとする、彼の積極的な制度改革構想の具体をみていこう。これは、第八章「行政裁判制度の必要性」において、先に、掲げた引用の直後に、彼がテーゼの形式で述べている部分によってその内容を知ることができる。<sup>(43)</sup>すなわち、

第一。コルムナンは、まず、現行コンセーユ・デタから行政裁判権を奪わなければならない、と説く。<sup>(44)</sup> そのうえで、コンセーユ・デタは、向後「裁判所ではなく諮問機関」として、「大臣の負担を軽減し、法律、規則、オールドナンスを起草する」「その優れた、かつ有益な職務」に専念すべきことを強調する。<sup>(45)</sup>

第二。しかし、「行政裁判権は、コンセーユ・デタから分離されるべきであり、「かつ、現実に」分離されたとしてもそれだけでは充分ではない」「それはなお、政府から独立の裁判所に授与されなければならない」<sup>(46)</sup>。これが、コルムナンの提唱する『行政裁判所』(Tribunal administratif) である。

第三。この『行政裁判所』は、「原則、権限および組織」が法律によって規定されるべきこと、「裁判官の終身制」と「委任裁判権」が確保されてあるべきことが求められる。<sup>(47)</sup>

第四。この『行政裁判所』には、「国益」(intérêts d'État) 擁護の任を負う国王委員 (commissaires du Roi) が臨席する。<sup>(48)</sup>

第五。この『行政裁判所』は、司法大臣が裁判長となる。<sup>(49)</sup> また、「裁判官の構成に際しては、極めて多様かつ重要な事件をよりよく取り扱うことができる様に、必要な知見の幅、種目、および多様性に格別の注意が払」われなければならない。具体的には、「司法実務、行政実務経験者」の採用が考えられている。<sup>(50)</sup>

第六。この『行政裁判所』には、「帝政期コンセーユ・デタの」訴訟委員会 (comité du contentieux) が有していたのと「ほぼ同じ権限と手続」が踏襲されるべきである、とする。<sup>(51)</sup> したがって、この後者についていえば、『行政裁判所』は、非公開かつ書面審理主義によって裁判する。これは、国有財産売却訴訟の裁判権は司法裁判所に委ねえない、としたコルムナンの次の主張からの帰結である。

「白熱した口頭弁論中の当事者の興奮によって、議論は直ちに個人的中傷を生むであろうし、その結果、裁判所に

はあらゆる政治的熱情が生まれ、せめぎ合う戦場と化すであろう。すべての良識は、これらの紛争が、行政訴訟手続の書面審理の中で処理されることが妥当である、と感ずるに到るであろう。<sup>(52)</sup>

第七。さらに、コルムナンは、『行政裁判所』に倣い、県参事会の組織、訴訟手続もまた改編されなければならない、と説く。その際、訴訟手続については、「所有権保護」のための健全かつ確固とした形式を司法裁判所から、「單純、経済的かつ敏速な処理形式」を行政権から、それぞれ借用して構成されなければならないという。<sup>(53)</sup>

第八。コルムナンは、行政裁判権と通常裁判権間の権限裁定権は、立法府に授与すべきことを説く。<sup>(54)</sup>しかし、当面この権限の一部行使は、権限争議裁定が敏速に下されるべきこと、また、一般に瑣末な処理事件が大部分なので、法律に基づき政府に委ねられて可なり、と説く。<sup>(55)</sup>そして、そのことよって市民の権利保障が損なわれることはない、という。市民にとっては、事件が司法、行政のいずれの裁判所に係属したとしても、これら両裁判所はいずれも組織、手続構成に關し「司法」的に編制されていることは同一なので、同じく客観的・公正な救済が得られること、また、今や、司法・行政両裁判所の局外にある政府は、具体的案件を前者よりも後者に選好的に委ねる直接的利益を有していないこと、がその理由とされる。<sup>(56)</sup>

五 それでは、右に構成されたコルムナンの『行政裁判所』案は、一般的にいかなる意義を有するものであろうか、このことをわれわれは最後に見ていこう。

コルムナンの行政裁判制度構想が、そのすべてをもつて、「国有財産売却訴訟」をめぐる利害状況の解決に収斂し、この問題解決を図る目的で構想されたものであることは繁言してきたとおりである。したがって、『行政裁判所』案の第一義的な意味がここにあることはいうまでもない。しかしながら、一面、「国有財産売却訴訟」をめぐる問題が、革命の土地変革の追認ないし追完という、「過去」および「現在」のそれに止まることは否定しうべくもない。が、

実は、コルムナンの『行政裁判所』は、この時点での現状追認的役割に限定されたものでは決してないことである。これは、次の様な前望的意義をも担っていることである。——すなわち、これは、コルムナンが、行政裁判権を政府から独立の行政裁判所に授与すべき理由として、「納品契約」を引き合いに論じている以下の引用によって知られる。「衡平と誠実が、私人間の取引同様、公的事柄の処理においても人民と政府の通商においても、劣らず不可欠なものである。」<sup>(57)</sup>

「政府が、自己の行為の裁判官であると同時に訴訟当事者となる限り、納品業者は極めて不平等な条件の中に隠されたわながあると普段に考えるであろう。その時である、支払い不能にしりごみしない投機家のみが、信用のおけない債務者同様、国と契約をかわすのは、その様な契約からなにが起ころう。役務の懈怠、契約の破棄、両当事者の破産である。かくておそるべき結末に到る。信用の欠如は、財政の壊乱を招き、財政の壊乱はひいては市民の不道德と正義の衰退を招くであろう。」<sup>(58)</sup>

「〔行政裁判所の〕独立性は、公衆の信頼を増しかちうる、ということである。市民の信頼は、今日、国の最も豊かな財源である。市民の信頼は、正直な人々のみが有する信用を普段に国に与えるであろう。」<sup>(59)</sup>

ここでは、独立・第三者的に構成された『行政裁判所』こそが、紛争解決の客観性・公正を通じて、市民と対国の法律関係の形成に予測可能性と合理的計算性を与えるものであることが強調されている。また、同じく国は、商品交換社会における合理的経済人として行動することによって、財政の充実を図りうるものが指摘されている。これまでは、行政裁判権は活動行政権との未分離の構成によって右の事柄を確保してきたのに対し、今日ではその分離こそが、財政目的にかなう所以である、とされる。かくて、ここに説かれてあるものは、産業革命の本格的展開を目前にした行政裁判制度の資本合理的再編の試みにほかならない。コルムナンの『行政裁判所』は、この「産業革命下の客

観的かつ合理的な権利救済の受け皿」を用意しようとするものであった。そして、これは、彼の次の論説にも共通する課題であった。

- (1) コルムナンの略歴と業績については、René de Lacharrière, Cormenin: Politique, Pamphlétaire et Fondateur du droit administratif, R.D.P. 1940-41, p.151 et p. 333; Paul Bastid, un juriste pamphlétaire Cormenin, 1948 参照。
- (2) Cormenin, Du conseil d'État envisagé comme conseil et comme juridiction sous notre monarchie constitutionnelle, 1818, p.1.
- (3) Ibid., p.90.
- (4) Ibid., pp.95-96.
- (5) コルムナンの著作は、拙稿「ナポレオンの行政裁判制度」(神奈川大学法学研究所研究年報四号) 六五頁。
- (6) Ibid., pp.97-99.
- (7)(8) Ibid., p.100.
- (9) Ibid., p.101.
- (10) Ibid., p.100.
- (11) Ibid., p.111.
- (12) Ibid., p.111-113; なお、旧高等法院と現司法裁判所との制度的対照について、pp.117-121 参照。
- (13) Ibid., pp.114-115; 同じく、p.121 et s.
- (14) Ibid., p.115-116.
- (15) Ibid., p.116-117.
- (16) Ibid., p.117; なお、ここでわれわれは、復古王政下における「市民的自由」と「政治的自由」との関係に関するコルムナンの議論をみておく。

コルムナンの問題の出発点は、立憲王政下においては、「市民的自由」の完全な行使と「国王の特権」の全面的行使とが、共に両立しうるか、にある(p.126)。この問題に対し、彼はまず、「政治的自由」の考察からはじめる。すなわち、「古代人はその政治的諸権利の行使を誇りとした。なぜなら、極めて広大な共和国において、少数の市民がこれら権利の平等の配分にあずかったからであった。ほとんど全く権力への

愛着でしかない政治的自由への愛は、それを享受する人が少なれば少ないほど増大する。」專制者がこれに執着するところ最も大きいのはこのためである (p.126)。逆に、「政治的権利が無数の小断片に分割され、人がこれを三千万分の一しか行使しえない時、真実は、最早人がこれを持っていないことと同一に帰する。」 (p.127)。そして、この後者が、コルムナンが「民主主義」の名で呼ぶ復古王政以前の社会であり、彼が復古王政とその下での王権の意義を弁証する際の前提としたものであった。すなわち、右に引き続き、「多くの欲求がその相互の結びつきを強め、同時に、自然的自由のまさにその行使をあらゆる機会に圧殺するこの腐敗した世の中において、人民が、民主主義の災禍と悲惨 (les paris et les miseres de la democratie) を避けようとするならば、国王のさしのべる救いの手にきままって身を投ずることとなるのはまさにこのためである。」 (p.127)——しかし、この様にして政治的権利を託された国王は、これを自ら行使することはない。「事態はやがてこの点について、次の様な帰結を生み出すであろう。すなわち、君主の傍らに若干の機関を設置する必要があるであろうこと、これらの機関に、その余りに細分された「人民の」権利が集中されるであろうことである。」 (p.127)

この様な事態の推移、すなわち、人民の政治的権利が国王個人ではなく、その傍らに設置された若干の機関に委ねられるのは、コルムナンによれば、「君主自ら、その権力が永続化し強化されることを願って、任意にその権力行使に制約を設けることを受け容れたからである (p.127)。これは、市民が民主主義の災禍から政治的自由を国王に託したのは、市民的自由の保障のためであったこと、そして、「市民的自由が完全に保障されればされるほど、臣民が幸福であればあるほど、それだけ玉座は安泰となる」ことから (p.128)、国王自ら、政治権力の行使と市民的自由の保障をあやまたないため、これを他の国家機関に委ねることに同意した、というものである。そして、この政治権力の受託機関として、また市民的自由の砦としてコルムナンが挙げるものが、議会であり、司法裁判所であり、新たに編成されるべき行政裁判所であった。

「代議政体には選好を与えることのできる多くの懸念な精神が存在するならば、これらの精神は、その傲慢と野心によって王権を損じようとすることは決してありえないこと、これらの精神は、理性によって、この「代議」政体の中に諸他のもの以上に市民的自由にとって最も強力な保障が見いだされると考えるであろうことである。」 (p.128)

「フランス人は、すでに司法裁判権に、彼らの自由にとって十分な保障を見いだしている。同じくフランス人は、これを行政裁判権の中にも容易に見いだすであろう。」 (p.129)

かくて、われわれは、先の問いに対するコルムナンの解答を知ることができよう。彼は、政治的自由を市民的自由との関係で機能的・合目的にとらえることによって、これを人民に放棄させ、一旦は国王に託する議論を展開する。しかし、彼はさらにこれを、国王権力の強化を理由に、より客観的な権力機関に委ねさせようとする。「市民的自由」と「国王の特権」の調整と並存は、この国王の傍らに設けられた議会と裁判機関の存在によって可能とされる。そして、このコルムナンの議論が、反ジャコバンの感情と思想の表白であると共に、国王権力の制限



と復古王政期憲法体制の合理化を目指した、議會ブルジョワジーとしてのそれであったことは、最早われわれに明らかであろう。

(17) *Ibid.*, p. 117; なお以下の議論も参照。「市民は君主に対し、その人身の安全、良心および表現の自由、勤労の自由と財産、不動産所有権の処分の自由の保障を求めるであろう。」(p. 127)「今日」彼此とちがえるべきでないのは、現王国の人民が専制をみるのは政治権力の篡奪の中ではない。課税、押収あるいはその他による所有権に対する政治権力の企ての中であり、投獄、追放、強制退去、拷問による人身の安全に対する企ての中にある。」(p. 128)

- (18) *Ibid.*, pp. 100, 103 et s.
- (19) *Ibid.*, p. 124.
- (20) *Ibid.*, pp. 107-108.
- (21) *Ibid.*, p. 108.
- (22) *Ibid.*, p. 109.
- (23) *Ibid.*, p. 104.
- (24) *Ibid.*, p. 131.
- (25) *Ibid.*, p. 204; Cormenin, *Questions de droit administratif* (以下 Questions と表記) p. 362.
- (26) Cormenin, *du Conseil d'État*, p. 204; *Questions*, p. 363.
- (27) L'herbette, *op. cit.*, p. 48.
- (28) Cormenin, *du Conseil d'État*, p. 205; *Questions*, p. 363.
- (29) Macarel, *Éléments*, tome 1 p. 324; L'herbette, *op. cit.*, p. 11; Cormenin, *Questions*, *Féd.*, tome 2, pp. 79-80.
- (30) Cormenin, *du Conseil d'État*, p. 206.
- (31) Cormenin, *du Conseil d'État*, p. 207; *Questions*, p. 364.
- (32) (33) Cormenin, *du Conseil d'État*, pp. 207-208; *Questions*, p. 365.
- (35) (36) (37) Cormenin, *Questions*, p. 366.
- (38) 革命期において、混乱の中、競売が適式に行われることなく、多かれ少なかれ瑕疵を帯びるものであったことを指摘する論者は数多い。ここでは、ルールベットを引用しよう。

「競売が法律により求められた諸要件をすべて満たして行われたことは、国有財産取得者の全部あるいは大多数の者にとって立証可能なのである」と「実際に」考えられているかどうか、これらの諸要件が大部分の競売において遵守された、と信じられているかどうか、私はこ

ここで問うてみたい。

権限のない行政権の面前で、あるいは定足数に満たない行政権の面前で、どれだけ多くの競売が行われたことか。どれだけ多くの競売が最も重要な形式性を欠いて行われたことか。さらに、単にその名前の誤りのみならず、財産を譲渡しようとした当の相手をまちがって行われた競売がどれほど多いことか。また、たとえば、妻のものであった、あるいは現に妻のものである財産を「誤って」夫の財産として売却する様な競売、もしくはその逆の場合、あるいは、同姓の親族のものであった、あるいは現にそうである財産をある人の財産として売却する様な競売がどれだけあることか。せり売りが法律で定められた金額以下の値で開始された競売が、どれだけあることか。

競売の適式性を喚起するために、形式諸要件に違反する者を罰するために、「また」不正行為を防止するために、競売とこれら大多数の競売に付けられた安値を無効にするために定められた膨大な数の法律あるいは訓令が、法令に抵触する不適式な競売がいかにありふれて行われたかを物語っている。私は競売が実際にどの様に行われたかを示す一つの引用をもっておわらせよう。

『法律は、明らかに（傍点レールベット）酩酊状態にある者によって競売が行われることを禁じる必要があった。』（一七九一年七月三一）

○日の法律一章一条』L'herbette, op.cit., pp. 35-36.

右のレールベットの法律からの引用にある様に、革命期において国有財産の競売が酒に酔った行政官により行われていた模様がうかがわれ、この時期の競売の乱脈ぶりを示している。

(39)(40) Cormenin, Questions, pp. 367-368; du Conseil d'État, p. 208.

(41) Cormenin, du Conseil d'État, p. 156; 同じく、ユルムナンの復古王政議会での発言参照。論争⑤ (t. 60, pp. 106-107)

(42) 一八一四年二月五日法の解釈による競売手続の違法無効を理由とする、旧亡命者—国有財産取得者間の訴訟の肯定にもかかわらず、復古王政期においては、右の事由に基づく訴訟により、国有財産取得者が財産を追奪された例は一件も存在しなかった。Cormenin, Questions, Fécl., tome 2, p. 80 note 2; これは、政府がコンセーユ・デタを通じて右の訴訟に介入することを自制したこと、コンセーユ・デタが国有財産取得者に有利な判決を下したこと、逆にこのことはまた、一般市民、法律家からのコンセーユ・デタ行政判例に対する看視が厳しく行われたことを示すものであった。かくて、国有財産売却訴訟に関するかぎり、復古王政期には「公の平和」が保たれたことになる。

(43) 註(24)の引用部の直後の文章。

(44) Cormenin, du Conseil d'État, pp. 132 et 135.

(45) Ibid., p. 136; なお、ユルムナンのこの著書第二編は、著書の表題に明らかな様に、「諮問機関としてのコンセーユ・デタ」の論述にあてられている。そこでは、コンセーユ・デタは、立憲王政下における「国王—執行権力」と「議会—立法権」の調整機関とし、また、「行政的中央集権主義」と「市民的自由」とが矛盾なく共存しうるための不可欠の機関として、積極的に評価されている。

- (46) Ibid., p.136.
- (47) Ibid., p.175; なお、裁判官の終身制が「国有財産売却訴訟」との関連で論ぜられていることについては、pp.155-156. また、留保裁判権が排斥されたるべき諸理由については、p.160 et s.
- (48) Ibid., pp.133 et 165.
- (49) Ibid., pp.133 et 166.
- (50) Ibid., pp.133 et 173-174.
- (51) Ibid., p.133; なお、コルムナンの帝政トロンセーヌ・デタの「訴訟委員会」に対する評価と、その実績が国有財産売却訴訟判例に示されてくることについては、p.39 et s.
- (52) Cormenin, Questions, p.368; なお、du Conseil d'État, p.170 et s.
- (53) Cormenin, du Conseil d'État, p.226.
- (54) 破毀院あるじは現行コルムネーヌ・デタに委ねることのデメリットと共だ、Ibid., pp.190-191. 400頁、p.202.
- (55) Ibid., p.192.
- (56) Ibid., p.193; なお、実際の権限争議手続に伴う問題点、とりわけ権限争議の提起期間については、p.194 et s.
- (57) Ibid., p.151.
- (58) Ibid., pp.151-152.
- (59) Ibid., p.153.

### ③ コルムナンの「行政裁判国家」論①

先の著書を発表した翌年、コルムナンは、再び『政府官吏の損害賠償責任と行政権の諸決定に対する市民の権利保護論』(De la responsabilité des agents du gouvernement et des garanties des citoyens contre les décisions de l'autorité administrative)〔一八一九年〕と題する論説を世に問うた。

さて、復古王政期行政裁判制度論争に関するフランスの学説の叙述は、この論争におけるコルムナンの議論を先の

著書に拠って紹介するに止まり、この論説の意義を看過している。あるいは、これを狭く公務員の損害賠償責任に関するコルムナンの所説を知るために引用するに止まり、<sup>(1)</sup>フランス行政裁判制度史における、あるいは直接的にここで復古王政期行政裁判制度論争におけるその重要な意義に想到しえていないことである。しかし、事實は、この論説は、先の著書の系論として、したがって、両者密接な内的関連をもつものとして発表されたものであった。すなわち、コルムナンは、現下の行政の裁判的統制に関する問題状況を次の様に要約してみせる。

「○市民が専恣的な〔行政の〕行為に異議を申し立てる時、これを犯した公務員を裁判所に訴追することを求める時、コンセーユ・デタが、すなわち究極のところ大臣が、当該公務員は責を負わない、と宣告する。かくして、軽罪事件においては (en matière de délits) 大臣が自ら裁判官となる。○他方、市民が彼の所有権ないし諸利益を侵害した大臣の決定を攻撃する時、コンセーユ・デタが、すなわち究極のところ大臣責任制にある大臣が、市民の訴には理由がない、と宣告する。かくして、大臣は行政事件においても裁判官であると同時に当事者でもあることになる。」<sup>(2)</sup> (○)は

筆者挿入)

ここでは、公務員の訴追免責に関するコンセーユ・デタの権限と、同じく行政事件の裁判権とが、活動行政権と分離であることが問題として指摘されている。したがって、ここにあるものは、「行政権と司法権の分立原則」の局面で問題となる公務員の民・刑事の訴追訴訟と、同じく「行政裁判権と通常裁判権の分立原則」の局面で問題とされる「通常の行政訴訟」との、この二つの訴訟についてのコルムナンの公平な問題関心である。前者がいわば権力行政における裁判的救済の問題であるのに対し、後者が——若干の留保(租税訴訟の存在)を必要とするが——主として非審理する裁判機関の独立・第三者性を確保することにあつた。そして、このうちの後者については、コルムナンが先

の著者において果したところであった。<sup>(3)</sup>したがって、残るもう一つの課題が、コルムナンのこの論説のテーマとなる。

一 共和暦八年霜月二二日の憲法七五条は、公務員の民・刑事事件の訴追をコンセーユ・デタの許可に關わらしめていた。復古王政政府は、当初、この規定を一八一五年四月二二日の帝国憲法の修正令 (acte additionnel aux constitutions de l'Empire) 五〇条によって改正することを予告しながら、しかし遂にこのことを行わなかった。のみならず、コンセーユ・デタの組織に関する一八一五年八月二三日のオルドナンス一三条は、これより以前の「一八一四年六月二十九日のオルドナンス九条同様、公務員の民・刑事事件の訴追許可権限を共和暦八年憲法七五条に基づきコンセーユ・デタ訴訟委員会に委ねた。」

さて、この共和暦八年憲法七五条の復古王政における踏襲は、この規定が従来担っていた役割を一八〇度転換させるものであった。すなわち、復古王政下における治者と被治者の同一性の喪失は、この公務員の訴追免責規定を復古王政政府の専制支配の道具と化するものであった。コルムナンが、このたびの論説においてこの制度の批判と改革のための具体的提言を行うにいたったのは、まさにこの規定のもつ機能転換を踏まえてのことであった。——それでは、彼は、復古王政政府の下での公務員の民・刑事事件の訴追訴訟をどのように編成替えしようとするのであろうか。その具体的内容をつぎにみていこう。

二 コルムナンは、革命的・帝政期を、司法権の犠牲において行政権の専横が支配した時代と特徴づける。公務員の訴追免責規定の存在はその端的な証明であるとする。<sup>(4)</sup>しかし、現在の「自由と公正に基づく政府」の下では、「市民の安全、自由、名譽、所有権は、ほかのもの以上に貴重なものであり、尊重されるべきものであることから、そこでは、官吏の輕罪に対しては、ほかのもの以上に積極的償いが行われる必要があり、市民の諸権利は実効的保障が得られなければならない」とする。<sup>(5)</sup>そして、そのための保障として彼が挙げるものが、司法権の独立と行政の損害賠償

責任であった。<sup>(6)</sup>しかし、もとより、コルムナンは、司法裁判所による市民の権利保護の重要性と共に、これを「行政権の要求」(besoins de l'administration) と調和させるべきことを忘れない。<sup>(7)</sup>かくて、彼の提言は具体的につきの様なものとなる。

第一。「市長、助役、知事、副知事以外のすべての官吏は、一般市民同様、その職務遂行中の軽罪、重罪に関し司法裁判所において刑事訴追されること。」<sup>(8)</sup>

この提言は、刑事事件の訴追免責が及ぶのを市長、助役、知事、副知事に限定し、その余の公務員の刑事訴追の可能性を広く認めたものである。これによって、コルムナンは、官吏により権利侵害された私人が、当該官吏の訴追許可を得べく高い費用をかけ、王国のはずれからわざわざ首都に赴くことを避けしめ、さらに「非公開かつ違法なコンピュータ・データ」により訴追許可を遅延せしめられ、このため不要な出費を余儀なくされたり、訴追許可を拒否されたりする危険を免れしめることができる、となす。<sup>(9)</sup>

第二。「市長、助役、知事、副知事」については、検察官が市民の告発に基づき予審(instruction préparatoire)を行い、証人を喚問し、調書を作成し、証拠を蒐集する。検察官は、予審の後、これを司法裁判所に起訴する。裁判所は事件を審理し、該当する犯罪をひとまず確定する。そして、この後、裁判所の審理は一旦中断する。犯罪の内容が確定されたならば、検事総長はこれを県知事に通告し、さらに、予審調書と訴訟書類を五日以内に司法大臣に送付する。知事は通告を受けて後、当該官吏ないし自分自身について、告発された犯罪事実の有無、事件に関するあらゆる情報を蒐集し、嫌疑をうけた事実について当該官吏のためないしは自分自身のため弁論書を用意する。これは、犯罪が行われた当該行政領域の所管大臣が訴追免責の決定を下すに際し知事に意見をもとめる場合、これに直ちに答えられるよう詳細かつ完全な報告書を提出するためである。他方、司法大臣は、予審調書と訴訟書類を検事総長から受理した

ならば、これを直ちに犯罪が行われた行政領域の所管大臣に送付する。その際、司法大臣は自己の所見を述べることができる。所管大臣は一カ月以内に訴追の可否を決定し、これを検事総長に通告する。所管大臣がこの期間内に何らの決定も下さないならば、訴追可能の決定が下されたものとみなされ、司法裁判所は先の審理を再開・続行する。<sup>(10)</sup>

コルムナンによれば、先の第一の提言が専ら「自由主義思想」に基づくものであるとするのに対し、これは、「正義の要請」と「行政の必要性」を調整する配慮に出たものである、とする。すなわち、<sup>(11)</sup>

「一方において、行政権は、官吏が〔市民の〕気まぐれ、反抗、憎悪によってその職務を妨げられないことを必要とする。この問題は、官吏は明白に軽罪にあたる場合以外、一時なりともいかなる逮捕も行われず、裁判所に喚問されないと定められたならば十分な解決を得る。他方、正義は軽罪の証拠が速やかに蒐集され、証人から事情聴取され、調書が作成されることを求める。予審の制度がこの問題を解決するであろう。」<sup>(12)</sup>

この様に、コルムナンが、知事、市長等について訴追免責規定を残すのは、活動行政の中核にあるこれら官吏を濫告発から保護し、これによって行政の敏速かつ継続的な運営を確保しようとしたからであった。しかし、その一方で、予審制度の導入を提言したことは、刑事訴追が時機を失することでのその実効を無意味ならしめることをおそれたからである。そして、この制度は、大臣の訴追免責決定の期間を三〇日と限定したと相まって所期の効果が期待された。後者は、従来、訴追免責決定がコンセーユ・デタのひきのばしにあって刑事訴追を無意味におわらせていたことの反省に基づく提言であった。<sup>(13)</sup>

第三。公務員の訴追免責決定権限は、所管大臣に委ねられるべきであって、コンセーユ・デタに授与されえないこと。「合議制機関であり、憲章により法認されてもおらず、法律に基づいて組織されたものでもなく、行政の損害賠償責任にも服することのないコンセーユ・デタは、被疑者たる公務員を公訴からも、被害当事者による民事訴追からも

免責することはできない。大臣のみが公務員〔の行為〕に責を負う。彼は命令 (arrêté) の形式で訴追免責決定を行うべきであり、王令 (ordonnance royale) によりえない。すなわち、彼は国王の尊厳を損なうべきではない。それはあくまで彼の個人的行為であり、大臣の単独決定である。<sup>(14)</sup>

これは、従来、公務員の訴追決定権限が第一次的にコンセーユ・デタに委ねられ、司法大臣を介して国王の裁可によつていたものを否定し、当該軽罪が行われた行政領域の所管大臣の責任を明確にしようとしたものである。――しかし、ここに重要な問題が存在する。それは、所管大臣が当該公務員の訴追免責決定を行った場合、市民はもはや訴追を断念しなければならぬか、ほかに何らかの権利救済の途は存在しないか、である。一例として、大臣の責任を何らかの方法によつて追求できないか、が考えられる（この大臣の責任は、公務員の個人的軽罪を訴追免責した場合と、当該公務員の軽罪が大臣の直接の命令に基づいたもので、これを免責した場合とありうる。<sup>(15)</sup>）。

これに対し、コルムナンは、まず、大臣に対する刑事訴追の可能性を議論の対象とする。しかし、これは彼にとつて、この刑事訴追をいかなる機関によつて行うか、の問題に帰着する。彼は、これが「大臣に従属する裁判所であるコンセーユ・デタに委ねられない」し、「その意思を表明する場合には、議会に対して責を負う大臣の連署なくしては、これを適法に行いえない」国王に委ねることもまた不可である、とする。<sup>(16)</sup> さらに、これを議会、あるいは議会弾劾委員会に授与することもできないとする。これは次の理由による。訴追を行う検察官が司法大臣によつて任命・解任される非終身制の身分であることから、司法大臣の同僚である大臣の訴追には、客観的かつ熱心にとりくむことが期待されないこと、本来立法機関である議会が、公訴にさきうる時間には制約があること、大臣は、まさに大臣であるというそのことによつて議会多数派の信任を背景としており、このことから議会での訴追は幻想的救済におわること、である。<sup>(17)</sup> また、彼は、大臣は憲章五六条に規定された軽罪（叛逆罪、収賄罪）すなわち国益にかかるもの以外に



は議会において訴追、裁判されるべきでない、と主張する。<sup>(18)</sup>（なお、コルムナンは、大臣の刑事訴追を司法裁判所において行う可能性について論及していない。これは、彼が「行政権の最高の首長」<sup>(19)</sup>である大臣について、行政権と司法権の分立原則から忌避したものと考えられる。）それでは、刑事訴追によりえないとしたならば、「大臣責任制」に基づく政治責任の追求の余地がありうるかもしれない。しかし、コルムナンは、この可能性についても消極に解する。

「市民は、首都においてわざわざ議会の開催をまつために、彼が知りもせず、しかも個人的に恨みをいだくいかなる理由ももたない大臣を訴追するために、それも擬制的かつたかだか市民に自己満足をあたえるためだけに構成された軽罪のために、その家庭と家族の下を離れることも、生業を中断することもできないであろう。彼はこれをなすこの無意味さを歎き、行動を断念するであろう。<sup>(20)</sup>」

かくて、以上の諸施策のいずれにもよりえないとしたならば、公務員と大臣の責任追求の方途としてほかにいかなるものが考えられようか。これがコルムナンの次の提言に関連する。

第四。知事、市長等の軽罪に対する大臣の訴追免責決定は、刑事訴追かぎりのものであって、これら公務員に対する民事の損害賠償請求訴訟の可能性を封ずるものではないこと。

「裁判所に通告され、かつ訴追理由なしとする大臣の決定ないし宣告は、公訴 (action publique) を停止する効果をもつ。直接の加害当事者たる公務員に対する、被害当事者の民事訴訟 (action civile) をいかなる場合でも停止しえない。<sup>(21)</sup>」

その結果、次の様なものとなる。

- 市長、助役、知事、副知事以外の公務員に対しては、刑事訴追、民事の損害賠償請求訴訟が共に可能である。
- 市長、助役、知事、副知事については、大臣の訴追免責決定がなされた場合、刑事訴追はできないが、民事の損

害賠償請求訴訟は可能である。<sup>(22)</sup>

この提言は、コルムナンによって、「全システムの鍵鑰」とされたものであり、<sup>(23)</sup> 刑事訴追と民事の損害賠償請求訴訟とを区別し、この後者について、共和暦八年憲法七五条の適用を排除しようとしたものであった。コルムナンが、問題の出発点において、「市民の権利保護の重要性」と「行政権の要求」とを調和せしめようとしたその意図は、まさにこの方式の中に見いだされることとなる。<sup>(24)</sup>

三 しかしながら、コルムナンの提言する右のシステムには、彼自らが認める様に、ある「難点」(difficulté) が内在するといふ。<sup>(25)</sup> そして、これに対する彼の解決が、われわれが本稿で問題としている一九世紀初期フランス行政法学の展望性に関わる論点となっていることである。われわれがコルムナンのこの論説をとりあげたのは、まさにこのためである。

それでは、コルムナンの見る問題性とはいかなるものであろうか。

「われわれが提案したシステムの難点は、公務員の個人的軽罪を彼らのその処分ないし決定と分離することの「難しさ」中にある、といわれる。裁判所は、「公務員の」行為が行政的職務の行使として行われたものでなかったと判断した場合にかぎり、市民に当該公務員に対する損害賠償請求を認めることができる。しかし、公務員は必ずやその行為は命令に基づき行ったものであると抗弁するであろうので、裁判所としては公務員の権限と行政行為の性質の評価 (appréciation des pouvoirs du fonctionnaire et de la nature de l'acte administratif) に踏みこまざるをえない。全階層秩序を壊乱させるこの事柄は、行政権と司法権間の不可欠の分離、両者の活動と独立性を損なうものであり、主権自体を一方的に裁判所に引き渡すものである。<sup>(26)</sup>」

さて、これに対するコルムナンの解決は、まず、刑事訴追された官吏の行為がその権限内のものであったかどうか、

その適法性審査権限を政府に行政権に委ねようとするものであった。政府に行政権は、これを「官吏の訴追免責権限」の行使によって行い、とする<sup>(27)</sup>。しかし、政府のこの権限は、知事、副知事、市長、助役の軽罪についてのみおよびその他の公務員の軽罪については適用がなかったはずである。したがって、これら下級公務員の刑事訴追については、「先決問題」として、その行為の適法性審査が行われていなければならない<sup>(28)</sup>。また、この問題は、これら下級公務員に対し損害賠償請求訴訟が行われた場合も同様である。それではこの場合の適法性審査権限はいかなる機関に委ねられるか。さらに、知事、市長等の公務員の軽罪については訴追免責が行われるが、これはすでに知った様に、これら公務員に対する損害賠償請求訴訟を妨げなかつたはずである。したがって、この場合も問題は右と同様であることになる<sup>(29)</sup>。しかし、ここで問題は次の様に整理しなおされることになる。すなわち、

① 先の訴追免責特権に浴しない下級公務員が刑事訴追をうけた場合、当該公務員の行為——それは多く事実的執行行為であるはずである——が、知事、市長等の「処分」ないし「決定」に基づくものであることを主張した場合、当該公務員の軽罪は免責され、訴追は結局のところ、「命令」「決定」を下した知事、市長等に向けられるはずである。

② これはまた、これら下級公務員に対する損害賠償請求訴訟についても変わらない。すなわち、市民に損害を与えた公務員の事実的執行行為が、知事、市長等の「命令」「決定」に基づくものである場合、争点は、この知事、市長らの命令の適法性の問題とこれらに対する損害賠償責任の問題に移行するからである<sup>(30)</sup>。

③ また、大臣によって、知事、市長らに対する刑事訴追が免責された後は、これら官吏に対する損害賠償請求訴訟のみが可能とされるが、ここでも彼らの命令の適法性の問題が議論されることになる。

④ そして問題は、これら知事、市長らの「命令」「決定」に止まらない。大臣が「その処分ないし決定によって、私人の利益、所有権、権利を侵害する場合がしばしば起きる」からである<sup>(31)</sup>。そしてこの場合も「裁判所が、大臣の決

定ないし王令の得失を審査するならば、裁判所は行政権の独立性を無効にすることになり、すべての諸権力が即座に混淆してしまふ<sup>(32)</sup>ことになる。

かくて、先の問題に立ち返るわけであるが、ここでコルムナンの直面しているものが、行政の「法判断作用」領域の統制の問題であることは明らかであろう。たとえば、コルムナンの次の挙例をみよ。

「たとえば、市長が河の氾濫あるいは旱魃といった緊急の場合、家屋の倒壊あるいは私人の土地に水路を開設することを命じた場合、あるいは何らかの方法で所有権、市民の財産を市の管理下に接收した場合、裁判所は損害賠償を与えるために、市長の処分には必然性があつたかどうかを審査すること、すなわち、行政措置 (measure d'administration) の得失、適正、必要性を宣告することを余儀なくされまいか。他の例。あらゆる国、あらゆる時代において、パンの公定価格の設定は行政警察権限に含まれる。それにもかかわらず、パン屋が、警察権を行使する知事個人に対し、彼がその職権に基づく規制によってパン価格を設定したことは権限の濫用をおかしたことになるとして攻撃した場合、司法裁判所は、行政規制 (reglement administratif) の有効性を審査することを余儀なくされまいか。というのは、知事がその権限を超越した場合のみ、パン屋に対し損害賠償されうるからである。そこでまず、これについて裁判しなければならぬことになる。<sup>(33)</sup>」

コルムナンは、市長、知事、さらに大臣らが警察権限の行使に際して発する「命令」「決定」の法的性質を論じてはいない<sup>(34)</sup>。彼はただ、これらの処分の結果惹起された損害の賠償をもとめるためには「先決問題」として、これら処分の違法性を確定しておかなければならないこと<sup>(35)</sup>、しかるにその認定はすぐれて行政的なものであることから、権力分立原則に基づき、司法裁判所に委ねえないとしているのみである<sup>(36)</sup>。しかし、この認識の過程で、おそらくはフランス「行政法学」史上、彼がはじめて、公権力行政における行政の「法判断作用」領域の問題性をうかびあがらせたも

のであることは明らかである。<sup>(37)</sup>と同時に、未だ端緒的ながら、この領域の裁判的統制のありかたの特異性、すなわち、Direct Attack 的性格を意識したのも彼がはじめてであった。——すなわち、先の問題、損害賠償請求訴訟の先決問題としての知事、市長等の「命令」「決定」の適法性審査権限は、それではいかなる機関に委ねうべきか、について彼が語ったところにおいていう。

「当該公務員、同じく大臣によつて、行政諸法律に基づき行われたところの、しかも、市民の諸権利、諸利益および所有権を侵害する、処分、命令ないし決定に関しては、市民はその取消 (annulation) をもとめて、行政階層秩序内の行政裁判所 (tribunaux administratifs, dans l'ordre hiérarchique) に出訴しなければならぬ。<sup>(38)</sup>」

コルムナンが、ここで未だ漠としたものではあるが、知事、市長等さらには大臣の命令、決定の適法性を審査する訴訟として表象しようとしているものが、「公権力行使に対する取消訴訟」であることは明らかであろう。しかし、問題は、コルムナンのこの訴訟の本質に関する理解のありようである。それが、「行政階層秩序内の行政裁判所」において「取消」されるとする時、彼がこの訴訟を「階層的統制訴訟」と観念していた可能性もありうるからである。しかし、彼が先の著書において、通常の行政訴訟の場合についてであるが、次のように語っていたこと、そして、この論説においてもまた、彼がこの訴訟を審理する裁判所の独立・第三者性を提言していることを考えあわせるならば、この訴訟についても、彼がこれを「権利保護訴訟」と理解していたことがうかがわれるのである。すなわち、彼は先の著書において次の様に語っていた。

「政府が命令する時、政府が行政権を行使する時、何ものもその運営を阻害すべきではない。政治体の生命である執行権力は、自由にそのすべての活動を展開できるものでなくてはならない。執行権のみが、その手段、方法を選択し、自由に判断する。執行権のみが行動し、同じく執行権のみがその責に任じる。そこに執行行政 (administration

executive) がある。

しかし、政府が、権利、所有権をめぐって、私人と何らかの紛争を起した時、政府はその時個人となり、一私人となる。この時、政府は司法裁判所に出訴したり、コンセーユ・データに出頭したりする。そこに訴訟的行政 (administr-  
ation contentieuse) がある。<sup>(39)</sup>

そして、本論説においては次の様にいう。

「この「市民が処分取消をもとめて行政裁判所に出訴する」場合、市民らは、行政裁判所の中に、合法性、裁判官の独立性、終身制、手続の適法性、判例の統一性、一定の公開性、防禦権の大幅な確保、費用の低廉性、審理の迅速性等、今日、提供されえていないところのその余の不可欠かつ後見的保障を見いださなければならぬ。行政裁判権の授与に際して、第一審および控訴審の行政裁判所、訴訟手続、管轄権、手続的保障、判決の執行等、すべてが法律によつて規律される必要がある。人々がそれを望んでいる。<sup>(40)</sup>」

先の著書において、コルムナンがコンセーユ・データの改組と独立の行政裁判所論を展開したのは、まさにこのコンセーユ・データが取りあつかうべき事件が、市民の「権利・所有権」事項であったからである。したがって、この「公権力行使に対する取消訴訟」の問題局面においても彼が行政裁判所の独立・第三者性を提言するのは、この訴訟が同じく「訴訟的行政事項」を取りあつかうからであった。コルムナンのこの訴訟の局面での独立の行政裁判所論が「執行行政事項」に関して、その適正な行使を担保するための形式的・手続的保障を問題としていたのではないことは明らかである。<sup>(41)</sup> そのかぎり、先の「階層的秩序内」の「取消」の意義も、司法権と行政権間の「裁判」管轄権の配分を明らかにしたものと理解されるのである。しかしながら、この訴訟が端的に、行政の「裁量」領域そのものの見直し、取消しを目的とするものであったかぎり、時人にあつてはそこに何ほどか「行政の階層的統制」の契機が意識されて

いたことは争いえない。コルムナンのこの訴訟の本質理解についてのかすかな両義性の余地と、さらには後述のプロイユ公爵のこの意識に基づく *contentieux administratif* 論はこれによる。そして、ここに早くも、越権訴訟の本質論をめぐる二つの議論、「権利保護訴訟」か「階層的統制訴訟」かの対立の種が蒔かれたことになる。が、それはともかく、行政の法判断作用領域の析出とその裁判的統制の構想に関するコルムナンのこの先駆的役割は明らかであろう。そして、これは最後に最も重要な指摘として、右の問題領域は、彼が公務員の刑事訴追と損害賠償請求訴訟について、共和暦八年憲法七五条の適用を廃すべきことを提言したことによってはじめて見いだされたものであったことである。立法史の上で、行政の法判断作用領域の増大がいつごろから見られるかは精査を必要とする問題であるが、公務員の訴追免責規定の存在が、この領域の問題性を自覚せしめなかったことは確かである。その意味で、コルムナンの行政の損害賠償責任論に関する提言は、直ちにその立法の実現をみることはなかったが、<sup>(43)</sup>「公権力行使に対する取消訴訟」の学説の関心を喚起し、これをそれ自体として論ずる基盤をつくりだしたものであった。われわれはこの模様を以下に見るであらう。

- (1) P. Sandevor, *op. cit.*, p.232.
- (2) Cornenin, *De la responsabilité des agents du gouvernement*, p.41.
- (3) 本論説におけるコンセーユ・デタの改組と独立の行政裁判所論については、*Ibid.*, p.44 et s.
- (4) コルムナンは、憲法制定議会における公務員の訴追免責規定は、旧体制下の王権執行権に対する掣肘の記憶に基づく、司法権に対する牽制規定であったと解する。しかし、これがその後の歴史的経過のうちに、その当初の目的から逸れて行政権の過剰な保護をもたらしたことを指摘する。*Ibid.*, p.4 et s.
- (5) *Ibid.*, p.10. 同じく p.15; なお、同じくコルムナンが官吏の「軽罪」(*délits*) についての言及していることに注意。その意義は、註(18)(22)参照。

- (6) (7) Ibid., p.10.
- (8) Ibid., pp.11 et 13.
- (9) Ibid., p.13; コルムナンは、さらに、公務員の訴追免責権限をコンセーユ・データに委ねない理由として、決定の非一貫性、法則性の欠如を挙げる。Ibid., p.15.
- (10) Ibid., pp.11-12 et 17-19.
- (11) Ibid., p.12.
- (12) Ibid., p.17.
- (13) Ibid., p.19.
- (14) Ibid., pp.19-20. 同く p.38.
- (15) Ibid., p.20.
- (16) Ibid., p.21.
- (17) Ibid., pp.21-22.
- (18) Ibid., p.21. もとより、大臣が強盗、殺人等、重罪 (crime) を犯した場合は、一般市民と同様に取りあつかわれる。Ibid., p.53.
- (19) Ibid., p.20.
- (20) Ibid., p.23.
- (21) Ibid., p.20. 同く p.28.
- (22) ただし、これはあくまで、これら公務員の軽罪 (delits) についてのみ妥当しうる事柄であって、強盗、殺人等の重罪 (crimes) 事犯については大臣の訴追免責はおよばず、これら公務員は刑事訴追される。Ibid., pp.32-33. この様に、コルムナンは、公務員の訴追免責がおよぶ範囲を軽罪事犯に限定し、大臣のこの権限が行政目的以外におよぶことを防止しようとする。
- (23) Ibid., p.20.
- (24) Ibid., pp.23-24.
- (25) (26) Ibid., p.26.
- (27) Ibid., p.28.
- (28) Ibid., p.39.
- (29) Ibid., p.28-29.



- (30) しかし、コルムナンは、この場合、市民はなお直接の加害当事者である公務員を相手どって損害賠償請求をなす、とする。加害公務員の行為がその上司（知事、市長等、さらに大臣）の違法な命令に基づくものであったことが認定された場合——この認定は「先決問題」として後述する様に、独立の行政裁判所がなす——でも、それは、この公務員と上司との求償（action recusive）関係の問題とされる。なお、この場合の求償は、公務員の上司に対する訴訟ではなく、行政内部的な訴訟による、とされる。Ibid., pp. 20 et 26.
- (31) Ibid., p. 54.
- (32) Ibid., p. 55.
- (33) Ibid., p. 27.
- (34) これがいわゆる「行政処分」「行政行為」であることは明らかである。コルムナンは、この論説で *acte administratif* の語をただ一個所、まさに「行政行為」を表象するため使用しているが (Ibid., p. 26)、その法的性質に関する詳しい論及はない、行政の法判断作用領域の法的性質に対する論及は、プロイユ公爵にまたなければならぬ。
- (35) 彼は、処分の取消をえてからでないと行政の損害賠償請求をなしえないと考えていた。両者は一応区別しなければならぬことについては、原田尚彦・行政法要論二〇〇頁。
- (36) コルムナンは、「司法」裁判所は諸法典に規定された諸原則に基づき、あらゆる政治的・行政的考慮とは無関係に、裸の事象を審査すべきであるとす。Ibid., p. 28. 行政の「裁量」領域の統制は、この意味から、司法裁判所の権限ではないということになる。
- (37) 行政の「法判断作用」領域の発見ということでは、しかし、すでに早く司法判例において、違法の抗弁訴訟をめぐり達成されていた（一八〇一年八月三日の破毀院判決）。そこでは、「行政立法」と「行政処分」の区別に基づき、前者（行政立法）について司法審査が肯定されていた。これに対し、「行政処分」の司法審査は、権力分立論に拠り否定されていた。宮沢俊義「フランス法における違法の抗弁」〔憲法と裁判〕所収）五二頁以下、兼子仁「行政処分に対する刑事裁判的統制」〔現代フランス行政法〕所収）九一頁参照。しかしながら、判例法においてではなく、行政法理論の問題としてこの行政の「法判断作用」領域を見いだし、その上、「行政処分」に関し裁判的統制を論じたのは、このコルムナンの小冊がはじめてであった。
- (38) Ibid., p. 58. この提言は「先決問題」を行政権の階層的統制権限に基づく取消権能によって処理すべきとする考え方 (Ibid., pp. 29 et 40) に對抗してうちだされたものである。なお、引用中の「諸権利、諸利益および所有権」のうちの「諸利益」は、コルムナンの語法では、ほぼ「権利」と同義的に使われているものであること (Ibid., p. 51)、訴訟的「利益」を意味するものではない。
- (39) Cormenin, Du Conseil d'État, 1818, p. 138.
- (40) Cormenin, De la responsabilité des agens du gouvernement, p. 58. この提言によって明らかなくとく、この論説は単にせまく行政の損害賠償

償責任を論じたものではなく、彼の行政裁判制度構想の一環として、行政の法判断作用領域の統制の局面でのそれをも論じたものであった。

(41) コルムナンのこの論理はアンリオン・ドゥ・パンサーにも共通するものであり、後者の場合、この論拠からよりはっきりと「公権力行使に對する取消権能」を「裁判作用」と断ずる。

(42) 行政の「法判断作用」領域の登場は、行政権が立法権と独立対等の地位を取得した総裁政府（共和暦三年憲法一九五条）以降のことであると考へる。「総裁政府命令」はその一証左である。

(43) 公務員の訴追免責制が最終的に廢されるのは、一八七〇年九月一八日のデクレによる。

#### 四 マカレルの「行政裁判国家」論

マカレル（コンセーユ・デタ弁護士）は、その著書『行政判例要論』（一八一八年）において、これまでの判例原則を闡明する作業に基づき、今後あるべき紛争解決の方向性を指示してみせたが、これは彼にとって、行政訴訟のいわば内容に関する論述となっていた。ところが、シャルル一〇世下の行政裁判制度をとりまく政治状況の変化は、この彼をして、今度は行政裁判制度改革そのものを論ぜしめるに到った。これが先の著書から一〇年を経て公刊された『諸行政裁判所論』（Des tribunaux administratifs）（一八二八年）である。この著書において、マカレルは基本的にコルムナンの行政裁判国家論の立場によりつつ改革的提言を行っているが、これはコルムナンの先の著書以後の論争上の争点（後述二）をも踏まえたものであったかぎり、この時点での行政裁判国家論をよく代表していたことである。しかしながら、そこでの議論は、司法国家論からの論争を誘発したことで、復古王政期行政裁判制度論争を再燃させるきっかけとなったものである。以下ではこのようなマカレルの議論をみていこう。

一 マカレルはまず、次の様に問うことから議論を進める。

「私人がその権利ないし所有権を侵害した行政の行為に対し出訴し、第一審裁判官庁がその訴に基づき裁判した場合

合、そして、この私人が国王に、すなわちコンセーユ・デタに控訴した場合、まさにそこに判決を下す裁判官がいる。「それでは」この裁判官は誰か。<sup>(1)</sup>

マカレルは、「事物の現状では三人の最高裁判官」(trois sortes de juges suprêmes)がいる、<sup>(2)</sup>という。①まず、「事実上の裁判官」(un juge de fait)であるコンセーユ・デタである。これは判決原案となる意見を具申するにすぎないが、その意見はかつて却けられたことがないゆえに、行政事件における事実上の主権的裁判官である、<sup>(3)</sup>という。②次に、「法律上の裁判官」(un juge de droit)である国王。彼は行政事件に関するコンセーユ・デタの意見を司法大臣から受けとり、これに署名することによって判決の執行力を付与することから法律上の裁判官である、<sup>(4)</sup>という。③最後に、「責を負う裁判官」(un juge responsable)である大臣。彼は国王の署名が付された判決(オルドナンス)に副署することによって、国王個人に代り対外的責任を負う裁判官である。<sup>(5)</sup>

さて、問題は、このコンセーユ・デタと国王と大臣の連係(combinaison)で行使される行政裁判権が、その「良き配分」を保障(garanties d'une bonne distribution de la juridiction administrative)するものであるかどうか、<sup>(6)</sup>別言すれば、今日、これら三者が相伴って行政裁判権を行使することは妥当であるかどうか、である。マカレルは否定する。

第一。彼は、コンセーユ・デタについて次の様に考える。すなわち、「コンセーユ・デタは主権者の決定に際し情

報を提供し、原案を作成する諮問的会議体である」にすぎず、その事実上の裁判権行使は、国王、大臣の下にある法的効果を伴う行政裁判権との関係においてのみ意味をもつ。<sup>(7)</sup>したがって、はじめに検討すべきことは、この行政裁判権を現状のまま国王、大臣に委ねておくことは妥当か、という問題であり、今日、これら両者が行政裁判権を行使すべきでないと言われたならば、コンセーユ・デタも当然のことながら職務上、判決原案の答申に応ずる必要なく、したがって事実上の行政裁判権を行使する余地もなくなる、というものである。そして、次にみる様に、マカレルは国王、

大臣による行政裁判権の行使に反対することから、コンセーユ・デタのこの局面での権能も否定することになる。もとより、マカレルは、単なる政府諮問機関 (conseil du gouvernement, conseil du ministère) としてのコンセーユ・デタの存在そのものを否定することはない。それはなお重要な効用 (grande utilité) をもつゆえに存置されるべきであり、<sup>(8)</sup>「いかなる固有の、かつ独立の権限」ももたず、政府に全面的に従属し、その諮問に答える任務に限局されているがゆえに、その存在は憲法違反に問われることはない、<sup>(9)</sup>という。

第二。マカレルはモンテスキューの『法の精神』からの引用によって、国王の行政裁判権行使にも反対する。すなわち、彼は、『君主自ら裁判すること』は専制国家に陥ること、何びとも『裁判官でありその上当事者』たりえないこと、裁判権が『執行権と結びつ』く時、『裁判官は压制者の力を持ちうる』ことを理由に、<sup>(10)</sup>「国王は単独でも、あるいは終身制の保障のないコンセーユ・デタの意見具申によっても、あるいはいつにても解任しうる大臣の報告によっても、<sup>(11)</sup>「いずれの場合でも」行政紛争の判決に関与することは差し控えるべきである」と語る。

第三。マカレルは、行政裁判権に対する大臣の関与についても、これを次の様な議論によって否定する。すなわち、「私はいかなる執行権の行為も何らの統制なしにはありえないと答えよう。それが全体としての一般的諸利益 (intérêts généraux en masse) に向け行使された場合はどうか。そこでは大臣に対し背任 (trahison) や公金費消 (concession) の諸行為が追求されうる。

それが個々の私益 (intérêts privés en particulier) に向け行使された場合はどうか。何らかの法律が侵犯され、あるいは違法に適用されたということであれば、ここには背任や公金費消があるとはいえない。それは単に私人に対する不正 (injustice particulier) にすぎない。その結果、そこでは憲章に規定された大臣責任制は適用されず、したがって議會はいかなる種類の訴訟によってもこれを審理することはできないことになる。議會は全体としての市民社会 (société

civile tout entière) のために「これを」膺懲するものと考えられており、個々人に対する不正 (injustices particulières) のためにこれをなす権限をもっているとは考えられないからである。これらの私的不正 (injustices privées) は、それゆえ他の裁判官に委ねられ、この関係で、行政権は他の者の統制に服する。<sup>(12)</sup>

マカレルが右に、執行権の行使の局面を二つに区別し、そのそれぞれについて監督権の所在を指摘した議論は、コルムナンの「執行行政」と「訴訟行政」の区別論に対応するものであることは明らかである。<sup>(13)</sup> そして、続いて知る様に、この区別の根拠に「主観的権利」論があることもコルムナンの場合と同様である。さて、マカレルが右の議論によって果そうとしたものは、第一に次の事柄である。すなわち、マカレルは、大臣責任制が問題とされる局面を、『執行行政』の領域に限定し、これを憲章五六条に規定された大臣の背任、公金費消に対する議会の弾劾手続の中にみる。<sup>(14)</sup> そして、これによって彼は、コンセーユ・データⅡ国王の判断に対する大臣の答責可能性とこれを根拠とした行政訴訟における大臣の関与とを根拠のないものにするのであった。

第二に、マカレルはこの大臣によって極まる現行の行政訴訟のシステムそのものが、彼の『訴訟行政』論、すなわち、執行権の行使に際し、そのいう「私益」に抵触した場合、後者について裁判的保護が用意されていなければならぬとする論理と相容れないことを明らかにする。これは右の引用によってすでに与えられているところであるが、具体的には次の議論である。

「そして、この「行政権に対する」監督権 (droit de contrôle) が、今日、これを保持している者 (大臣) の手に今後共長くとどめおかれるとしたならば、それは空しいものとなる。なぜなら、「議会に対する」答責制の上から、行政権の最高の官吏である大臣は、まさにそのことによって社会的ないし一般的利益 (intérêt social ou général) の最高の擁護者とされるのではないだろうか。したがって、「そのことから」大臣は、行政訴訟のあらゆる事件において一方の利害関

係者として登場してくるのではなからうか。行政訴訟というものが、まさに異議の申し立て、公益と私益間の紛争 (contradiction entre l'intérêt public et l'intérêt privé) でないとしたら、一体何であろうか。それゆえ、公益の擁護者は私益の主権的裁判官たりえない、とする必要がある。なぜなら、ほかに活動行政権の過誤あるいは濫用を正す手段が存在しなくなるであろうからである。すなわち、活動行政権に対しては、私人は専ら法律にのみ服する市民ではなく、活動行政権の好意にすぎる奴隷となってしまうからである。<sup>(15)</sup>

かくて、この結果マカレルは、市民の私益 (主観的権利) 保護のために活動行政権と行政裁判権の分離を要求するのであった。

「そこにあるものは、それは裁判ではない。その利益のためにはもちろんのこと、他の保障を必要とする。究極は大臣に到る活動行政権の過ちないし濫用によって、権利および所有権が侵害された市民は、大臣あるいはこのことは同じことであるが、解任が大臣の意の儘になる評定官以外の、諸他の機関に原状回復を求めて出訴しうることは非共必要である。この裁判機関は全く独立性を有するものでなくてはならず、しかも終身制の保障のみが、この目的を達しうる。さらにそれ以上に、この機関が法律によって承認されたものであることを必要とする。<sup>(16)</sup>」

そしてこれがまさに、彼の「行政裁判法院」(cour de justice administrative) の構想であった。このマカレルの議論がコルムナンのそれに同じたものであることは明らかであろう。<sup>(17)</sup>

二 右にマカレルは、主観的権利保護を理由とする独立の行政裁判所論によって現行行政裁判制度のシステムを批判してみせたが、この議論のために、彼はさらに議会論議の過程で、政府当局者であるパキエ男爵 (baron Pasquier)、キユビエ男爵 (baron Cuvier) から出された次の論点をも問題としなければならなかった。<sup>(18)</sup> これは、コンセーユ・デタは「権利」(droits) ではなく、「利益」(intérets) 事項に関し裁決を下す、訴願的・階層的統制機関であること、それゆ

えにこれを独立・第三者的に構成する必要はない、とするものであった。<sup>(19)</sup> ただし、その場合でもキュビエ男爵は、「権利」事項であるにもかかわらず、例外的にコンセーユ・デタに係属している事件として、「国有財産売却訴訟」と「納品契約訴訟」とを挙げる。

「コンセーユ・デタは、人がたえずそう言いならわしているけれども、裁判所ではない。コンセーユ・デタは既得権 (drois acquis) に関し裁判するものでは決してない。……「コンセーユ・デタの」決定は、本質的には訴願 (Recourse) と呼ばれるもの、すなわち、一般的利益 (intérêt général) との適合を図るものに止まる。「ただし」この原則には二つだけ例外が存する。国有財産売却事件 (affaires de domaines nationaux) と納品契約事件 (décomptes de fournisseurs) とであり、これらはコンセーユ・デタに司法的外観 (apparence judiciaire) を与えている様にみえる。しかし、納品業者は、契約中で訴を仲裁裁判官 (コンセーユ・デタのこと―筆者註) に委ねることに同意する。また、国有財産売却訴訟の場合、国有財産売却契約を行政権に解釈させるにいたった動機は、われわれが答弁している人々にとっても、その性質上果して不快なことがらであろうか。亡命者財産の差押えとその売却の様な喧々囂々の中で行われた膨大な事業が、通常裁判権の諸形式にも耐ええなかつたであろうこと、この事業の完成のためにこそ、この事件を政治権力 (autorités politiques) に専ら委ねたこと、この様に考えない者はいない。「が」確かに、これはコンセーユ・デタが維持を望んでいる権限の一つではないことは確かである。……「しかし」その他の固有の権限領域においては、……コンセーユ・デタは、既得権 (drois acquis) に関し裁判権を行使することはない。これらすべての事項は、政府 (訴願的・階層的統制権者―筆者註) としての政府に属する。<sup>(20)</sup>」

これに対し、マカレルは次の様にいう。

「二つの事項、国有財産売却事件と納品契約事件のみが援用されている。そしてそれらだけが、コンセーユ・デタ

に司法的外観を与えている、という。そして、両者のうちの一つ、国有財産売却事件は、今や、何の危険もなく裁判所に付託されうる、と急いで付言されている。まず、これは未だそうはなしえない。そして、もう一つについても、管轄権は変更されうべきではない。かくて、私の構想の敵対者自ら認める様に、コンセーユ・デタが裁判官の職務を遂行している二つの事件がすでにここにある。今や、人が断言する様に、コンセーユ・デタが裁判官の職務を遂行しているのは、はたしてこれだけなのかどうかを検討してみよう。<sup>(21)</sup>

この様にマカレルは語って、国有財産売却訴訟、納品契約訴訟以外にも、「権利」事項として、たとえば直接税訴訟の外、数多くのものがコンセーユ・デタの管轄権に属していることを詳細に立証する。<sup>(22)</sup>そして、これによって、彼はコンセーユ・デタは単なる利益 (simple intérêt) 事項について裁決を下す訴訟的・階層的統制機関であるとする右の論者らの発言に根拠がないことを明らかにする。<sup>(23)</sup>

さて、われわれにとって興味深いのは、マカレルの引用に現われた国有財産売却訴訟に関する彼の言及である。すなわち、マカレルは、国有財産売却訴訟は、「未だ」裁判所に付託しえない、とした。その理由については、この著書の中で関説されていない。しかしこの点については、つとに彼がその最初の著書『行政判例要論』の「国有財産売却訴訟」の章において、次の様に語っていたことに注目すべきである。

「公けの平和 (Paix publique) が、今日なお、行政裁判管轄権への帰属の原則を、これを限定しつつ、かつ修正しつつ維持せしめている。<sup>(24)</sup>」

われわれは、これがコルムナンと同一の認識に出でていることに注目すべきである。

次に、われわれは、先にマカレルの反論の対象となったキュビエ男爵の発言について少しく検討してみる必要がある。まず、彼の議論は、国有財産売却訴訟について、それが「権利」事項であるがゆえに、「本来」ならコンセーユ・



データの管轄権に止まるものではない、というものであった。しかし、そのことから、彼は、マカレルがやや性急に理解した様に、この事件を、「急いで」司法裁判所に付託すべきであると「付言」したとは考えられない。確かに、彼の発言からは、国有財産売却訴訟は、司法裁判所の管轄事項であるとする、論理的筋道を示したものであることが理解される。しかし、彼がかかると論理的可能性を指摘したことには、ある他意があったと考えられるのである。すなわち、この国有財産売却訴訟は、本来、司法裁判所の管轄権に帰属されるべきであるとする彼の指摘は、一方において、利益事項に関する訴願的・階層的統制機関としてのコンセーユ・データの性格を強調し、これに加えられた批判と制度改革構想を回避すると同時に、その論敵に一つの選択と決断を求めるものであった。すなわち、国有財産売却訴訟は、「権利」事項であるがゆえに司法裁判所に係属する。しかし、この訴訟の「政治的」性格、民事的教条と相容れがたいこと、を理由に右の結論を拒むならば、現行コンセーユ・データへの管轄権を「今はともあれ」受け容れるべきである、というものであった。これが、国有財産売却訴訟の解決に多くの「斟酌」を求める階級に、この配慮を約束することによって、現行コンセーユ・データのあるがままの承認を——その制度的構成がまさに右の斟酌を可能にするものであることから——迫る議論であったことは明らかであろう。

これに対して、マカレルは、右の斟酌は畢竟、政府の側からのものであることから、より客観的な権利救済のために、コンセーユ・データの司法的構成と帝政来の判例法理による解決という、右の択一的議論に扱われない、いわば第三の制度構想を示してみせたのであった。しかしながら、ここに、右のキュビエ男爵の択一的議論を徹底させつつ、これを市民階級の利害に沿う様構成してみせたものとして、プロイユ公爵の議論があった。そしてこれは、その議論の展開のために、このマカレルの制度構想・批判を選んだのであった。

- (1) (2) (3) (4) Macarel, Des tribunaux administratifs, 1828, p. 488.
- (5) (6) (7) *Ibid.*, p. 489.
- (8) 「コンセーユ・デタは、以下の事柄を果すゆえに重要な効用を有する。法案を準備し、かつ同時に、法案に関し、事前のかつ熟考された議論を加えておくことによつて、国王大権と国王の代理人等 (commissaires de la couronne) を助ける。法律執行のために公布されるべきオルドナンスおよび施行令を起草・起草する。最後に、活動行政運営が、その都度惹きおこす問題、大臣の決裁を必要とする問題を検討し、議論し、草案を作成すること。」(*Ibid.*, p. 482-483) さらに、「コンセーユ・デタは二つの最重要な問題、すなわち、行政権と司法権間の権限争議および下級行政官吏 (agens secondaires du pouvoir) の訴追承認に関する国王裁定书を作成するためにも有益である。なお、私は、これらの権限は、行政権力のいかなる編成の下でも国王政府から取りあげないものであると考えている。」(*Ibid.*, p. 483)
- なお、マカレルのこの後者の認識は、コルムナンの問題意識に比して数等遅れた点にあることを示していることは否めない。
- (9) *Ibid.*, p. 484 et s.; ただし、マカレルは「国家に対し金銭的負担を負わせるすべての制度は、その根拠を国民的立法の中に見いだされるべきである。」として、コンセーユ・デタの存在根拠を法律に求めるべきことを説く (*Ibid.*, p. 485)。
- (10) マカレルのモンテスキューからの引用 (*Ibid.*, pp. 489-491) は、『法の精神』第六編第五章、第一一編第六章から成り、邦訳によつて示せば以下の部分である。根岸国孝訳『法の精神』(世界の大思想) 九五、九六、一五二頁。
- (11) *Ibid.*, p. 492.
- (12) *Ibid.*, p. 493.
- (13) 前掲①の三参照。
- (14) 大臣責任制の根拠法文は憲章一三条にあるが、マカレルはこれが執行行政領域におけるそれとして問題となる一例をこの憲章五六条にみる。
- (15) *Ibid.*, p. 494.
- (16) *Ibid.*, p. 495.
- (17) マカレルの「行政裁判法院」の構想は端的に次の様なものである。「私は、この裁判権が、コンセーユ・デタの訴訟委員会に似た、しかし権限の強化された独立の、恒久的規範に基づいて裁判し、しかも公判廷での対審的かつ弁護士も立ち会ふ機関 (autorité) にのみ委ねらるゝと考えていることを告白しよう。このことは必然的に、この裁判権が、平穩かつ熟議を経た法律によつて設置されるべきことを想定するものである。」(*Ibid.*, p. 514-515. なおやや詳しくは p. 523 et s.) これをコルムナンの『行政裁判所』案の各項目(第二章②の四)と対照せよ。ただし、マカレルは、「裁判の公開」を要求する点でコルムナンと異なる。
- (18) パキエ男爵は國庫尚書 (garde-des-seaux)、『キエロエ男爵は、コンセーユ・デタ評定官兼国王委員 (commissaire du Roi) である。

- (19) Ibid., p.496 et s.
- (20) Ibid., p.497-498. 同く p.410-412.
- (21) Ibid., p.500.
- (22) Ibid., p.500. マカレルが「権利」事項とするものは、彼が『行政判例要論』において項目だてし取り扱っている事件と一致する。
- (23) Ibid., p.511.
- (24) Macarel, *Éléments de jurisprudence administrative*, t.1, 1818, p.296.

むすびにかえて

ブロイユ公爵が、その論説「マカレル著『諸行政裁判所論』書評」(フランス誌第六号一八二八年一月)において、司法国家論の立場から右のマカレルの行政裁判国家論を批判した事情については、拙稿「フランス司法国家論における司法消極主義」(神奈川法学一七卷二・三号)において紹介した通りである。さらに、このブロイユ公爵の議論をめぐり、七月王政においてこれを祖述するフィッシュ、コロンベルの司法国家論と、反対に、行政裁判国家論の立場からこれを批判するアンリオン・ドゥ・パンセーの議論が存在したことも、右拙稿において明らかにした通りである。以下、その内容を簡単に示すことによって「むすび」にかえることにしよう。

行政裁判国家論と司法国家論とは、復古王政期においては、行政、司法いずれであれ、ともかくも独立・第三者的裁判機関による『行政の裁判的統制の確立』という目標において一致していた。これは、行政事件とされるものが、この時期、国有財産売却訴訟、国家債務訴訟、納品・公土木契約訴訟の様な、主として非権力的なものが中心であったことから可能でありえた。ところが両者は、復古王政末期以降『行政の裁判的統制の範囲』をめぐって対立する。すなわち、フランス資本主義の展開に伴う国家の市民社会への介入は、この時期以後、市民生活の安全、消極的な

秩序維持を目的とする「一般警察」から予防的積極的な産業基盤規制行政（水利、鉱山採掘、不快施設の設置）を任務とする「特別警察」へと、権力行政の重心を移行せしめるに到ったが、このことは、この特別警察領域で多く用いられる行政の介入手法、すなわち、「行政行為」（警察許可）の客観的統制の必要性をも同時に自覚せしめることとなった。この時、司法国家論者が展開したものが、「権威行為」と「管理行為」の二区分論であった。すなわち、司法国家論は「管理行為≠非権力行政事件」の司法裁判所への係属を説き、これをも活動行政と行政裁判権の未分離なコンセンユ・データに委ねようとする行政国家論に反対する。

これに対し「権威行為≠権力行政事件」に関しては、司法国家論は、行政行為と法令（≠立法行為）との同一視に基づき、行政行為の司法審査を否定する。そして、これ（行政行為）を階層的統制機関としてのコンセンユ・データに委ね、「立法行為」なるが故に、最終的に議会統制に服すべきことを論ずる。この限り、司法国家論は、権力行政事件に関しては、司法権の限界を認め、行政国家論に与することになる。

この司法国家論の思想に対し、行政裁判国家論は、行政行為≠裁判行為論を採る。これにより行政行為は、第一審判決として、独立第三者的行政裁判機関による破毀裁判権に服すべきことが説かれる。そしてここに、直接統制（Direct Attack）訴訟としての越権訴訟があることが見いだされ、その破毀訴訟としての意義が強調されることになる。かくて、司法国家論が行政行為の司法審査を肯じえなかつたのに対し、行政裁判国家論のみがよく、権力行政に対する市民の実効的権利救済を考案しえたのであった。第二共和政における行政裁判制度の確立は、この行政裁判国家論の立場に拠るものであった。