九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

ミシェル・トロペール論文撰11＜フランス革命初期における司法権の概念＞

南野, 森
九州大学大学院法学研究院 : 准教授 : 憲法

https://doi.org/10.15017/13155

出版情報：法政研究. 75 (3), pp.77-97, 2008-12-19. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

資料

ミシェル・トロペール論文撰11
〈フランス革命初期における司法権の概念〉

南野　森（訳）

（訳者注）本稿は、Michel TROPER, « La notion de pouvoir judiciaire au début de la Révolution française », in Michel TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, chapitre VII, pp. 101-114（© PUF、初出は « La séparation des pouvoirs et le pouvoir judiciaire en 1791 », in J. BART, J.-J. CLÈRE, C. COURVOISIER et M. VERPEAUX (textes réunis par), *1791, La première constitution française*, Paris, Economica, 1993, pp. 355-367）を翻訳するものである。なお、同書は、一九九一年九月二六日及び二七日にフランス憲法学会等によりディジョンで開催された研究集会の報告原稿や討論の記録を掲載したものである。

一　三段論法としての判決
二　解釈の問題
三　行政訴訟

独立した司法権が存在すべきであるという考え方は、権力分立の考え方と容易に両立するものではない。広く受け容れられているところによれば、権力分立とは、国家機関が専門化され、互いに独立していることによって、相互に抑制し、均衡し、よって自由の確保を保障することが可能となるようにする国家の組織化のあり方を意味する。

ところで、法律を適用することによって紛争を解決する権限に特化したものとして司法権を捉えるならば、あるジレンマに直面することになってしまう。すなわち、裁判官が法律を適用しているのだとするとなぜ立法権と司法権とが均衡していると言えるのかを理解できなくなるし、逆に両者が均衡しているのであれば、裁判官が法律を適用しているとは言えず、彼はそのような職務に引き留められていると言うこともできないのである（Murphy, 1986, p. 33）。

このジレンマを解決する方法は一万通りもあるというわけではなく、司法の職務を法律の単純な適用とする理解を放棄するか、あるいはまた均衡が可能であるとする考え方

を放棄するかしなければならない。やや単純化するならば、アメリカ合衆国が前者の方途を採り、フランスが後者を採った、と言える。

ただし、アメリカでは、少なくとも二種のヴァリエーションがある。第一のものによれば、裁判官は形式的な意味における法律を適用しているのではなく、法を適用しているのである――statutesではなく、the Lawを――とされ、したがって、裁判官は法律の憲法適合性を審査することができると同時に立法者とのあいだに均衡を保ちうるとされる。第二のものによれば、裁判官は法を適用するに留まらず、少なくともその生成に関与しているとされる。

フランスの法システムは、今日においてもなお、法と法律とを区別せず、また裁判所は法律を適用することをその排他的任務とするという、二種の前提に依拠している。それゆえフランスの裁判官は、法律の生成に参画することもできず、また法律がより上位の法に違背するという理由でその適用を拒否することもできないのである。

たしかに、専門化された権力機関間の均衡ではなく、たんなる職掌の分割によって自由を保障することが可能になるとする、最小限度の権力分立なるものを構想することもできるであろう。しかしそうしたところで問題は移設されただけであって、やはり問題は同様に提起される。たとえば、ある機関は法律を生成し、ある機関はそれを適用するというように権限を分配することを考えてみよう。法律を適用する機関は法律を生成する機関に制限を課すことはできず、均衡関係にあるとも言えないことになるが、それでも自由は保障されていることになる。というのも、立法機関は個別の事例を考慮することなく一般的かつ抽象的なルールを表明するに留まり、他方で、適用機関（行政あるいは裁判所）はこれらのルールを、具体的事例に適応させるべく修正することなしに適用するからである、と。こうして、人々が適用機関に従うとき、それは法律に従っていることになるのであって、このことこそが、モンテスキューによれば、政治的自由の定義そのものなのであった。それでもやはり立法と適用とはいったい何であるのかが明らかにされなければならない。まさしくこれが、一七八九年の制憲者たちが、司法権の問題を扱うときに直面したものであった。彼らはまず、人権宣言第一六条において、非常に単純で全員の賛同を得られるであろう原理を表明することから始めた。つまりそれは純粋に消極的な原理なのであって、全権力を一機関に与えることのみを禁じ、それをどのように分配するかについては何も命じないものなので

あった（Troper, 1988）。このような原理を採択すれば、そのうえで、二またはそれ以上の機関のあいだに均衡を実現する――ただしその場合、すべての機関に法律の形成に参画させることが条件となる――ことを追求するか、あるいは、一つの民主的な機関に立法権限を独占させることによってその地位を優越的なものとし、残る機関を法律の執行または適用に特化させる――その結果これらの機関は従属的なものとなる――ことを追求するか、のいずれかの方途を採ることが可能となる。第一のものが、アメリカやイギリスの採ったものである。そしてそれはまた、フランスの一七九一年憲法においても採用される。ただしフランスでは、法律の生成に民撰議会以外の機関を関与させようとするにあたり検討された機関は、つねに、そして排他的に、執行権の長であったのであって、決して司法権ではなかったということには注意が必要である。そして第二の方途――法律の適用に特化させるそれ――は、ルソーの主張したものである。それは一七九三年憲法が採用するものであるし、また、共和暦三年憲法もそうであった。他方で、司法権については、それを立法権との関係で均衡の一要素とすることは決して検討対象とならなかったし、それを立法権に関与させることも――執行権に関与させることと同様に――、考えられなかった。司法権は、つねに従属したものとして捉えられ、裁判機能に特化したものと捉えられることになるのである。

このような特化は、二つのことを意味する。第一に、裁判官は司法の職務しか果たすことができず、立法や行政の職務に参画してはならない、ということ。第二に、裁判官はその職務を裁判官のみで果たさなければならないのであって、他の機関がそれに関与することは禁じられる、ということ。第一の準則は、有名な――現在でも有効な――〔一七九〇年〕八月一六日―二四日法から帰結するものである。同法は次のように定める。

第一〇条　裁判所は、直接にも間接にも、立法権の行使にいかなる関与もしてはならず、立法府により出され国王により裁可された命令の執行を、妨げもしくは停止してはならない。違反者は、瀆職の罪に問われる。

第一三条　司法の職務は行政の職務と区別され、つねにそれから分離される。裁判官は、いかなる方法であれ、行政府の活動を動揺させてはならず、行政官をその職務を理由として召喚してはならない。違反者は、瀆職の罪に問われる。

第一の準則は、非常に似た文言で、しかしより凝縮された形で、一七九一年憲法の第五章第三条においても述べられている。

裁判所は、立法権の行使に介入することも法律の執行を停止することもできず、また、行政の機能を侵害することも行政官をその職務を理由として召喚することもできない。

第二の準則は、それが当然のことであるので、一七九一年憲法にしか規定されていない。その第五章第一条は次のように定める。

司法権は、いかなる場合にも、立法府または国王によって行使されえない。[1]

しかしきわめて重要なポイントがある。それは、これらの条文から、次のような考え方が帰結する、ということである。すなわち、司法の職務は立法のそれに従属しており、裁判所による法律の合憲性審査を想定することはできない——法律の執行を停止することの禁止がその理由である——が、しかしこれらの条文は、司法の機能についての消極的あるいは純粋に形式的定義のほかにはいかなる定義をも含んでいないし示唆してもいない、ということである。裁判官が裁判所の職務として与えられた権限以外の権限を行使することはできないということは理解できるが、実際のところいったいそれがいかなる権限であるのかは知る由がないのである。

裁判する（juger）とは、紛争を解決することである、と言っても問題の解決に近づくことにはならない。紛争を解決するやり方はいくらでもあるからである。つまり、このような形式的定義を実質的定義によって補うこと、裁判する職務とはいったい何であるのかを言うことが、裁判官に許される行為およびそのことにより立法者と執行権に禁止される行為が何であるかを知るために、必要なのである。

この点につき、一七八九年の制憲議会は一つの考え方を採用した。そしてそれは、今日でもなお、近時の変転の兆しにもかかわらず、フランス法の根本であるものであり、そこからいくつかの重要な帰結が取り出されるものである。

一　三段論法としての判決
(Le jugement-syllogisme)

裁判所の職務は、紛争を解決することにあるが、しかしそれは排他的に、事前に存在する法律を適用することによってなされるものである。そして裁判官は、三段論法によってそうする。すなわち、大前提が法律の文言であり、小前提が事実であり、そして判決は結論である。いずれの前提も裁判所にとっては所与のものであり、したがって裁判官には固有の意味でのいかなる決定権限も与えられてはいない。

それゆえ、裁判官を独立した存在にしようと意図するのは、彼がなんらかの権力を行使するからなのではなく、裁判するという職務が立法者や執行権といった他者の手に落ちることを避けるためなのである。これらの他者は、三段論法による論証ではない方法によって決定するかも知れず、たとえば法律を状況に応じて改変するかも知れないし、あるいはその気紛れによって変更するかも知れない。それはまさに専制の定義そのものである。

このような考え方は古くからあった。モンテスキューにおいてもそれが表明されている。すなわち、「裁判所が固定されていてはならないとしても、判決は、法律の正確な文面以外のものでは決してないというほどまで、固定されていなければならない」（『法の精神』第一一編第六章[2]）、と。モンテスキューによれば、裁判官の裁量権限の余地の大小は専制との距離の大小による、ということにさえなる。すなわち、「専制国家においては、法律は存在しない。裁判役自身がその規則なのである。……共和政体においては、裁判役が法律の文字に従うのがその国制の本性である。……同じように、イギリスでも、陪審員は、彼らの前に示された事実について、被告人が有罪であるか無罪であるかを決定する。被告人が有罪と宣言されると、その事実に対して法律の科する刑罰を裁判人〔判事〕が言い渡す。そのために、裁判人に必要なのは、眼だけである」（第六編第三章[3]）、と。このようにして、裁判する権力は「ある意味では無である」のであって、裁判官は「法律の言葉を発する口にすぎず、その力も厳しさも緩和することのできない無生物」でしかない（第一一編第六章[4]）、ということになるのである。

同様の考え方はフランス人権宣言にも見出すことができ、とりわけ次の三カ条において、そうである。

第五条　……法律によって禁止されていないすべて

の行為は妨げられず、また、何人も、法律が命じていることを行うように強制されない。

第七条　何人も、法律が定めた場合で、かつ、法律が定めた形式によらなければ、訴追され、逮捕され、または拘禁されない。……

第八条　……何人も、犯行に先立って制定され、公布され、かつ、適法に適用された法律によらなければ処罰されない。[5]

ようするに、権力分立の考え方は、適法性原理、それも公権力のあらゆる行為はすでに存在する法律と矛盾しないだけでなく、それに適合しており、そこから論理的に演繹しうるものでなければならない、という意味に理解されたところの適法性原理と、実に単純に混同されているのである。

このような考え方は、制憲議会での討論においても繰り返し見出しうるものである。たとえば、カザレス――「判決は、法律適用の物理的な行為にほかならない」[6]――や、クレルモン＝トネール――「司法権とは、不適切にも司法権と呼ばれているが、法律もしくは一般意思の個別事案への適用なのであって、したがってつまるところ法律の執行でしかない」[7]――の発言がそうである。

そしてそこでは、通常の三元的な職務の分類（立法、執行、司法）と、より単純かつより論理的な二元的分類とのいずれをとるかで躊躇われているようにみえる。結局のところ、法律の生成と法律の執行に加えて、法律を適用することではあるもののしかしながら執行作用とは区別されるべき司法という第三の職務を想定することには困難が伴うのである。三元的な分類を維持しようと意図するのは、なによりも、裁判することが法の執行作用の一部分であると言うことと執行権の長は国王であると言うこととを同時になすことにより、裁判官を国王に従属するものとしてしまうのを避けようとするがゆえである。

しかしながら、三種類の職務を想定するのであれば、そして司法の職務が紛争解決のために三段論法を用いて法律を適用するという従属的職務であるならば、またさらに、このような職務を特別の機関に与えるのであれば、境界をいかに画するかという問題が生じるのは不可避である。

第一の問題は、裁判所と立法者との関係にかんするものである。裁判官は、法律が完全なものであり、一貫したものであり、また明確なものでなければその職務をなすことはできない。そうでなければ、裁判官には大前提が与えら

れていないことになる。立法者はそれゆえ、法律を完全なものとする義務を負う。このゆえに、法典化という一般的な課題が生じるのである（Tarello, 1969）。しかし、法律がこれらの性質を帯びていないとき、どうすべきなのであろうか。紛争を託された裁判官が適用可能な法条を見出しえないということはありうるし、あるいは適用可能な法条を複数見出したり、さらにあるいは適用可能な法条が漠然としていたりもしくは多義的な表現を含んでいることもありうる。もちろんこれらの困難は、解釈という手段により解決することはできる。しかし、解釈は、司法の職務に属するものであるのか、それとも、立法者の職務に属するものであるのか。

第二の問題は、行政にかんするものである。裁判官は行政の職務を行ってはならないと理解されている。しかし行政と私人とのあいだに紛争が生じることはありうる。裁判所がこのような紛争を裁判することができるとすると、裁判所が行政の職務に介入することになってしまうのではないであろうか。かといって、もしこれらの紛争が裁判所に係属させられないのであれば、裁判所は裁判という職務の全体を行っているとなお言えるのであろうか。

ようするにこれら二つの問題は、司法の職務の実質的な内容にかんするものなのである。八月一六日―二四日法は、三段論法としての裁判という一般的な理論的基礎にもとづいて、司法の職務行使における裁判所の専門化について語るに留まったものなのである。そしてそれを補完するために、制憲議会はこのような一般論としての考え方から、いまもってフランスの法システムの構造に影響を与え続けているいくつかの帰結を引き出したというわけである。

二　解釈の問題
（La question de l'interprétation）

裁判することは、法律を適用することである。しかし、法律を解釈することもやはり法律を適用することであるのか、それとも、法律を作りだすことであるのか、あるいは、それを作り直すことであるのか。

実に長い歴史のある伝統によれば、第二の立場が採られることになる。それはローマ法にまで遡りうるものであるが、一七世紀イングランドのホードリー司教によって再び脚光を浴びせられたものでもある。[8]

それによれば、解釈は立法者の権限であって、法律の意

味について疑義が生じた場合には、裁判官は立法者、すなわち国王に頼るべきことと考えられたのである。このような方策が、立法者照会（référé législatif）と呼ばれたもので、一六六七年のある王令によって採用された。それは次のように定めていた。

朕の諸院（cours）に係属する訴訟の判決において、朕の王令（ordonnance）、王示（édit）、王宣（déclaration）および王免許状（lettre patente）の執行（exécution）につき何らかの疑義または困難が生じたときは、朕は彼らがそれを解釈することを禁止する。反対に、朕は、この場合には、諸院が朕の意図するところを了知するために、朕の面前に出ずることを欲する。[9]

ただし最高法院（パルルマン）[10]は、革命に至るまで、法規的判決（arrêt de règlement）において法律の解釈をなし続けた。まさにここにこそ、彼らが立法権を行使する一形態が存在していたのである。

さらに、同様の考え方は、フリードリヒ二世の法典にも影響を与えている。すなわち、

朕は、疑わしい事案において、裁判官が解釈することを禁じる……。法のある部分が裁判官にとって疑わしいものとみえ、明確にすることが必要である場合には、司法省に出頭することを欲する。[11]

ようするに、制憲議会が裁判所に対して法律の解釈を禁じ、立法者照会の制度を創設したのは、このような古くからの考え方を素直に当てはめた結果であったのである。そしてそれは、一七八九年八月一七日の最初の憲法草案にも取り入れられている。同案の第一編第九条は次のように定める。

いかなる方法であれ、裁判官が法律を解釈することは許されない。法律に疑念が存在する場合、必要であればより正確な法律を得るために、裁判官は立法府に出頭しなければならない。

この文言が、一七九〇年八月一六日―二四日法の第一二条に取り入れられることになる。同法の第一〇条が裁判官に対して立法の職務に介入することを禁じていたことはすでにみた。そして第一二条は、それが意味すべき内容を明確にするものである。すなわち、とくに、解釈することが禁止されているのである。第一二条の規定ぶりは、一七八

九年八月一七日の憲法草案を単により厳密に述べたもので、次のように、明示的に司法による立法行為をすべて禁止するのみならず、法律を解釈することを対象とするものであるとされる法規的判決をも禁止した。

裁判官は法規を作りだすことはできない。法律を解釈する必要があると考える場合、もしくは新たな法律に作り直すことが必要であると考える場合、つねに裁判官は立法府に出頭しなければならない。

このような考えを正当化する議論はつねに同じものであり、さまざまな機会に多数の発言者がそれを繰り返し述べた。解釈するということは創設することであり、それは唯一立法者の権限に属することなのであって、自由な国家においては、立法者が法の創設を独占しなければならないのである、と。たとえば、ロベスピエールは次のように言っている。

ローマ法においては法律の解釈は法律を制定した者に属するということを原則とした。《*Ejus est interpretari legem qui condidit legem*》である。立法者ではない機関が法律の解釈をなしうるとすると、その機関は立法者にとって代わり、立法者の意思より高く自らの意思を掲げることになるだろうと考えられたのである。[12]

ところが、みかけとは異なって、実際には裁判官に対して法律の解釈すべてが禁止されていたわけではない。言うまでもなく全面的禁止は実際には無理であったからである。ほとんどの紛争においては、当事者は事実の実体的存否について同意しないのみならず、当該事実が包摂されるべき法律が何であるかについても同意しない。そしてこのような問題は、裁判官が解決しなければならないものであり、法律の文言の解釈にもかかわるものであったのである。しかしこの場合の解釈は、八月一六日―二四日法が対象としていたような抽象的な（*in abstracto*）な一般的解釈ではなく、具体的な（*in concreto*）解釈であった。今日の法律用語で「事実の法的評価」（qualification juridique des faits）と呼ばれるところの操作である。一八世紀においては、三段論法の論理にあてはめれば、そこで行われているのは大前提についての操作ではなく――それを決定することは裁判官には禁じられている――、小前提についてのそれであったのである。

一七九〇年の立法者はこうして一つのジレンマに直面す

ることになる。すなわち、裁判官に対して三段論法における大前提のみならず小前提の決定をも禁止する（抽象的解釈のみならず具体的解釈をも禁止する）と、しばしば裁判官は判決を行うことができなくなり、立法府は裁判官からの膨大な解釈要求に埋もれてしまうことになる。

しかしその反対に、裁判官に対して具体的解釈を許すと、二つの重大な危険が生じることになる。すなわち、一つは、裁判所ごとに解釈が分かれてしまうことであり、もう一つは――より深刻であるが――、裁判官が解釈という名のもとに法律を作り直し、よって立法権を行使することになってしまう、ということである。

このようなジレンマを解決するために、一連のみなしを設けるという方法がとられた。それが一七九〇年一一月二七日―一二月一日法の規定から帰結するところのものである。

（イ）具体的な解釈は、通常は解釈ではなく、たんなる法律の適用でしかない。というのもそれは三段論法の小前提にしか関わらないものであって、大前提についてなされるものではないからである。ゆえに、それは許される。

（ロ）悪い具体的解釈は、法律の侵害――当時の用語法では「法律の誤った適用（fausse application de la loi）」――でしかない（Troper, 1973 および Halpérin, 1987）。それは破毀（cassation）という方法による制裁を受けなければならない。そこで破毀裁判所を設立するが、それもやはり立法権を行使するものではない。その統制が小前提にしか及ばないからである。

（ハ）破毀裁判所の統制により、法律が不明瞭であること、そして解釈（この場合は抽象的な解釈）をなす余地のあることが明らかにされうる。それが「連続する二度の破毀の後、第三番目の裁判所の判決が、先立つ二回の判決と同様の理由により異議申立てをされたとき」[13]という場合に該当するものであり、その場合には解釈を施す権限は立法者にある。

（ニ）立法者は具体的に解釈するのではなく、抽象的に解釈する。立法者は三段論法の大前提を作り直すのであり、それは通常の立法の形式でなされる。抽象的に解釈することは立法することなのである。

そこで、二種類の立法者照会が存在することになる。一つが、八月一六日―二四日法第一〇条の定める任意的照会であり、抽象的解釈を得るためのものである。もう一つが、一七九〇年一二月の法律によって定められた義務的照会であり、三度目の破毀申立の場合になされるものである。[14]こ

のようにして、ジレンマの解決に成功したと考えられた。すなわち、まず、八月一六日―二四日法の第一〇条は、同法の第一二条および一七九〇年一二月法によって、十分に補完され明確化された。裁判官は司法の職務に自己限定しなければならないのであって、爾後その職務が何であるかは明らかになった。つぎに、法律は唯一の法源でありつづける。なぜなら裁判官は立法を行わないし、解釈という口実のもとにおいても立法を行わないからである。そして最後に、そのことと対称的に、立法者もやはりその職務に留まりつづける。彼は抽象的な解釈を行うのみで、裁判することはないからである、と。

ところが実際には、これらの解決法はすばやく放棄されてしまった。まず、任意的照会が、破毀裁判所の判例によっていわば廃止される。破毀裁判所は、共和暦四年以降、裁判所が係争中の事案について立法者に照会することは、「裁判所に与えられた司法の職務を放棄するものであり、……裁判の真の拒否を犯すものである」と考えるようになったのである（Hufteau, 1965）。この判例が民法典の第四条に法定されることになるものである。同条は、次のように定める。

法律の沈黙、不明瞭性、もしくは不十分性を口実として裁判することを拒絶する裁判官は、裁判の拒絶を犯すものとして訴追される。

一七九〇年一二月法の義務的照会については、いくつかの変転を経て、最終的には一八二八年七月三〇日法によって廃止された。それ以降、二度目の異議申立の後は、破毀院が、全部会において最終的な判断を下すこととなっている。

しかし根底においては、制憲議会によって定められた一般的な均衡関係は尊重されており、今なおそうであるとも言える。つまり、具体的な解釈が義務なのであって（第四条）、抽象的な解釈は禁止されたままなのである（第五条）。一八二八年法がなしたのは、不明瞭性の推定を廃止するということであった。しかし主たるみなし、すなわち具体的な解釈は法律の適用以外のなにものでも決してないというそれ、そして、破毀院は立法を行っているのではないというそれは、消去されてはいないのである。そして一八二八年法の採った解決法は革命の延長線上にあるとさえ言うことができる。というのも、全部会の判決は、やはり立法者の意思――制定者たる立法者の意思あるいは現在の立法者の意思――に適合するものとみなされているからである。

意味を決定することは、事実、立法者の見えるところでなされているのであり、立法者はいつでも、法律に対して与えられた解釈に不満があれば法律を改正することができるはずだ、というわけである。つまり、判例は法を創造するものではないという考え方――それはもちろんフィクションである――が維持されているのである。

三　行政訴訟（Le contentieux administratif）

ここでも思考の流れは同様である。司法の職務と行政の職務とは分離されるということがまず述べられ、つぎにそれぞれの職務に実質的な内容を与える規定が求められるということになる。

分離された行政裁判所の存在と権力分立との関係をめぐっては、フランスの法学者のあいだで、古くからの論争があり、それはまた定期的に繰り返されてもいる。支配的な学説にとって、ことがらは明快である。すなわち、八月一六日―二四日法の第一三条こそが、裁判官に対して行政の職務に介入することを禁止することによって、裁判官から行政争訟を審理する権限を奪っているのである、と。それゆえ行政争訟を扱うのは行政部自身であり、こうして行政訴訟を専門とする機関を創設することになる。かかる機関は、まずは一般行政組織の一部分をなすものとされ（留保裁判権 justice retenue のシステム）、つぎに活動行政との関係では自律的なものとされる（委任裁判権 justice déléguée のシステム）。こうしてそれは真の裁判機関となりはするが、それでも司法裁判所の秩序とは区別され分離された秩序をなすものとされた。そして司法裁判所のみが、破毀院に従属する。このような区別は、「権力分立のフランス的理解」（la conception française de la séparation des pouvoirs）と呼ばれる原理に基づくものとされる。

このようなテーゼは、その大部分が、判例によって形成されたものである。というのも、多くの判決――とりわけ争訟の管轄問題を扱った判決――が八月一六日―二四日法を引き合いに出しているし、また、とくに憲法院が、行政行為の取消しまたは変更の訴訟を行政裁判所に留保するという、「共和国の諸法律によって承認された基本的原理」――したがってそれは憲法的価値を与えられている――が、「権力分立のフランス的理解」に適合するものとして存在することを認めたからである。[15]

しかしながら、それは同時に、ある一つの前提に基づい

てもいる。すなわち、八月一六日―二四日法が、裁判官に対して行政の職務に介入することを禁じているからといって、それがそのことにより裁判官に対して行政争訟を裁判することをも禁じているということになるのは、明示的にではないにせよ、行政を裁判するということは、それは行政を支配することであり、つまりは行政する（administrer）ことであり、逆に、行政の職務には行政争訟の裁判権が含まれているのだということを認めているからなのである。そしてこのような前提は、裁判所を裁判という職務に特化させることと、裁判所から一定の争訟についての裁判権を奪うということとを、いかにして制憲議会が同時に意図しえたのかを理解しようとするあらゆる法学者たち――とくに一九世紀末の法学者たち――によって明らかにされたものであった。

これらの法学者によれば、制憲議会の態度を一貫性のあるものとして理解するためには、行政が一当事者となる訴訟を裁判所が扱うことができるのであれば裁判所は行政を支配下におくものとなると考えるか、あるいは、行政訴訟は実質的に裁判の職務に属するのではなく行政の職務に属すると考えるかのいずれかが必要である。そしてこのいずれの考え方もが、一九世紀末の公法学説において支持者を見出した。前者の考え方は、E・ラフェリエール、ドラマール、アルチュール、エスマンによって、そして後者の考え方は、デュギによって支持された（Troper, 1973）。なお、両者の考え方は、互いに矛盾するものである。前者は、実際上の理由により機能的な分立原理に対して例外をもたらそうとしたものと言えるのに対して、後者は、かかる原理を、アンシャン・レジームにまで遡る行政の職務についての理解に純粋かつ単純に適合するように適用しようとしたものであるからである。

しかしながら、いずれの考え方も受け容れることはできない。前者は言うまでもなく、裁判官は真に権力と言えるものをいっさい行使していないとする三段論法の理解と両立しえないからである。行政を裁判することは、つまり、いかなる場合にも行政を支配することも行政の職務に介入することも許さないはずなのである。

後者は、歴史的に重要な少なくとも二つの反論を受けることになる。まず、アンシャン・レジームにおいては行政争訟が裁判ではなく行政の職務に属するとする明快な学説が一種類だけ存在していたというわけではない。むしろ逆に、メストルが巧みに示しているように、三種の潮流が併存していたのである。すなわち、行政争訟は行政自身に属

すべきものであるとする考え方、行政争訟における判決を私人間の訴訟におけるそれと同視する考え方、すなわち行政訴訟は裁判所に委ねられるべきであるとする考え方、そして最後に行政訴訟を特別な裁判所に委ねるべきであるとする考え方、である（Mestre, 1985, pp. 180 et s.）。

さらに、行政の職務が行政訴訟を含むという考え方が明白なものであったのであれば、八月一六日―二四日法の採択ののち、一七九〇年の秋になって、行政争訟の裁判管轄が誰にあるのかについての論争が起こる必然性はなかったはずである。一七九〇年一〇月七日―一四日法による解決策――国王にあるとした――は、すでに八月一六日―二四日法に含まれていたはずのものである。

実際には、解釈についてと同様の道筋を辿ったのである。まず八月一六日―二四日法によって、裁判所は裁判の職務を、しかもそれだけを行使すべきものとすることが確認された。つまり形式的に裁判所の権限が決定されたわけである。その職務に実質的な内容を与えなければならなくなるのは、その次の段階のことでしかなかったのである。

裁判所に対して行政争訟を管轄させることが否定されたのは、行政の独立性を維持するためではなく、また行政の職務についての当時の理解によるのでもなく、ただ単に、裁判の職務についての考え方によるものでしかなかった。裁判の職務が三段論法によってなされるものであるのであれば、三段論法の方法によって解決しえない争訟を裁判所に担当させることは不可能である。ところが行政争訟は、行為を刑事法律にあてはめれば済む刑事裁判のごときものでは全くない。行政の事案においては、ある行動を命じる法律が存在することは――したがって行政が法律に違反したか法律を適用したかを明快に断定しうることは――ごく稀にしかない。行政については完全な法典も存在しない。通常は、適用しうべき法律は行政に対して評価の余地、すなわち裁量権を認めているのであって、行政の行為を一般準則に包摂することはできないのである。

革命期にあっては、行政が明確な義務を負う場合――それに対する違反を容易に確認できる場合――は一つしか存在しなかった。間接税についての場合がそれであって、そこでは課税品目と課税率とが法律によって定められていた。それゆえ、そこでは三段論法によることが可能かつ容易であり、だからこそ一七九〇年九月一一日法は、通常裁判所にそれに関する訴訟を扱わせることを定めたのであった。

これに対して、直接税は割当課税（impôt de répartition）[16]であった。立法府が、徴収すべき総額を各県

（département）に割り当てていたのである。そしてつぎに各県の行政が、広域行政圏（district）に割り当て、さらに広域行政圏が市町村（commune）に割り当て、そして市町村が、納税者に割り当てる。こうして行政による決定の連鎖が存在し、それらはいずれもが裁量権を行使してなされるものであった。ある納税者が自己に求められた納税額に不服を申し立てようとしても、もちろん法律が侵されたとしてそうすることはできなかった。いかなる法律も侵害されてはいないからである。そしてこのような紛争の解決を裁判所に委ねることも不可能であった。裁判所がそれについて決着をつけることは不可能であろうからである。下位の行政機関の決定に対する不服をより上位の行政機関に――そして最終的には国王に――申し立てさせることを想定するほうが格段に簡単であった。これが、間接税以外のすべての事項について、論理的に採択された解決策なのである。

つまり、このような考え方の流れは完全な一貫性をもつものであると言える。まず裁判所は裁判の職務を――ただそれだけを――行うものと決定し、つぎに裁判の職務に属する行為が何であるかを明確に決定しなければならないことになり、しかも裁判の職務が厳密に法律に従属したものにとどまるようにしたうえでそうしなければならない、というわけである。

このような考え方は、フランス法における一般的なメソッドを実によく表している。すなわち、なしうる行為および権限を、その内容、性質、あるいは対象によって定義するのではなく、主として、それが行使される形式およびそれをなす機関によって定義するという意味での形式的・組織的なメソッドである。

「裁判権（pouvoir juridictionnel）」ではなく「司法権（pouvoir judiciaire）」という用語法は、この点において実に示唆的である。すなわち、裁判権という表現は、行う職務によって定義された機関に対してある権力を与えるということを意味しうるのである。法律に従って紛争を解決する裁判という職務を行うすべての者の権力のこととなりうるわけである。

これに対して、司法権という表現は、ある機関または機関の総体に関連づけられる。それは裁判官あるいは裁判所の権力であり、彼らがなす行為の性質もしくは内容には関係がない。それがたとえ紛争の解決のみでなかろうが、これらの行為の総体が単純に「司法の職務（fonction judiciaire）」と呼ばれることになるのである。

ところで、フランスにおいては、革命期には――そしてそれ以降も、であるが――「裁判権」なるものが存在しないことは明白である。裁判官は、裁判という職務の全体をなしているわけではない――行政官がそこに参画している――し、その一方で、裁判官に法律を解釈する権力を認めなければならない以上、裁判官は法律の厳密な適用を超えた権限を行使しているからである。

以上のことから、ここで「司法権」を語るべきこととなった。次のようないくつかの帰結が導かれる。

○司法の職務についての組織的定義の結果、たとえ紛争解決とは何の関係のない行為であっても、それが中立で不偏の機関によらしめる方がより良く遂行されるであろうと考えられる行為が、次第に司法の職務に含まれていくことになる。たとえば、少年事件担当裁判官（juge des enfants）、後見裁判官（juge des tutelles）、公用収用裁判官（juge de l'expropriation）は、紛争から離れて行政上の措置をなすために介入する。これらの措置は、活動行政の公務員になさしめることが不適切であると考えられるのである。

○訴訟の区別は、行政訴訟の特質を実質的に定義しえないままに、維持される。行政訴訟は、行政が一当事者となる紛争のすべてを意味するわけではない。それは今日では、たんに、実に多様な理由によって、行政裁判官の権限に属する紛争の総体のことなのである。

○革命期において行政争訟が行政自体に委ねられた結果、構造上、活動行政と訴訟行政とが区別されることになった。今日では、それゆえ、裁判の職務（紛争の解決として実質的に理解されたもの）は、行政裁判所と司法裁判所とに分有されているのである。

○司法の職務（司法裁判官の権限の総体として形式的に理解されたもの）については、二通りの実質的な理解が可能である。まず第一に、伝統と伝統から帰結するさまざまなみなしの一群が維持されている場合である。つまり、司法の職務とは、――時として紛争が存在しない場合においてなされたとしても――法律の適用なのであり、民主政においてはそれでしかありえない。裁判官は法を作りだすものではない。彼らが解釈するとしても、それは具体的な解釈でしかない。判例は二次的な法源でしかない。こうして、司法「権」ではなく、一九五八年憲法のように、司法「機関」が語られることになる。[17] これに対して、部分的にはアングロ・サクソン法の影響を受けて、裁判所の役割は法律

の機械的な適用のみにあるのではなく、一般的に法を、すなわち憲法と人権とを適用することにもあると考える傾向が今日ではある。この場合には、裁判所の役割は当然のことながら格段に重要なものとなるのであって、この役割によって裁判官は、立法権との関係において、あるいは行政権との関係において、均衡をもたらす一要素となる。この場合には――そしてこの場合においてのみ――、司法「権」を語りうることになる。しかし、このような理解も、やはり、たとえ新しい方法においてであるにせよ、フランス革命を端緒とする、職務を形式的に定義しようとする伝統に含まれるものなのである。

（1）（訳者注）一七九一年憲法第五章第三条および第五章第一条の邦訳は、中村義孝（編訳）『フランス憲法史集成』（法律文化社、二〇〇三年）三四頁および三三頁を参考にした。

（2）（訳者注）邦訳は、野田良之＝稲本洋之助＝上原行雄＝田中治男＝三辺博之＝横田地弘（訳）『法の精神〔上巻〕』（岩波書店、一九八七年）二一三―二一四頁〔横田地訳〕によった。

（3）（訳者注）邦訳は、野田ほか（訳）・前掲『法の精神〔上巻〕』一〇七頁〔三辺訳〕によった。

（4）（訳者注）邦訳は、野田ほか（訳）・前掲『法の精神〔上巻〕』二一六頁および二一九―二二〇頁〔横田地訳〕によった。

（5）（訳者注）邦訳は、初宿正典＝辻村みよ子（編）『新解説世界憲法集』（三省堂、二〇〇六年）二四四―二四五頁〔辻村訳〕によった。

（6）一七九〇年五月六日。

（7）*Archives parlementaires*, tome 15, p. 425.

（8）本書第五章を参照。（訳者注）Michel TROPER, « Une théorie réaliste de l'interprétation » のこと。邦訳として、南野森（訳）「ミシェル・トロペール論文撰1〈リアリズムの解釈理論〉」法政研究七〇巻三号（二〇〇三年）一六七―一八八頁。

（9）（訳者注）ここでトロペールが引用する条文は、アンシャン・レジームにおけるいわゆる大王令（grandes ordonances）の一つである、ルイ一四世の「司法改革に関する民事王令（Ordonnance civile touchant la réformation de la justice）」（いわゆる民事訴訟王令）第一章第七条であろう。邦訳は、塙浩（訳）「ルイ一四世民事訴訟王令（一六六七年四月）（一）」神戸法学雑誌二四巻二号（一九七四年）一六五―二〇二頁、一七二頁を参考にした。なお、この塙訳は、塙浩著作集6『フランス民事訴訟法史』（信山社、一九九二年）六六七頁以下にも収録されている。

（10）（訳者注）parlement の訳語については、「従来高等法

院と訳されることも多いが、上訴手段が認められないことを示すため最高法院の訳語をあてる」とする、滝沢正『フランス法〔第三版〕』（三省堂、二〇〇八年）四〇頁に従った。

(11)（訳者注）ここでトロペールは「フリードリヒ二世の法典（le Code de Frédéric II）」と述べるのみで、その出典および条数を示していないが、訳者の調べた限りでは、おそらく、「国王の私的顧問官（Conseiller privé）である A.A. de G.」なる者が「ドイツ語から翻訳した」と記されたうえで一七五一年に出版されている *Code Frédéric ; ou corps de droit, pour les États de Sa Majesté le Roi de Prusse : fondés sur la raison, sur les Constitutions du Pays...*（以下長々と続く副題は省略。九州大学法学部図書室所蔵〔貴重図書〕）の第一部第一巻第二編の第七条と第八条であると思われる。Antoine-Alexandre BARBIER, *Dictionnaire des ouvrages anonymes et pseudonymes*, 2e éd., tome 1er, Paris, Chez Barrois l'Aîné, 1822, p. 185 によると、イニシアルしか記さない同書の訳者は Alexandre Auguste de CAMPAGNE であり、同書の出版地は Berlin である。なお、同書にはそのドイツ語原典が何であるかの記載がなかったが、おそらく、フリードリヒ大王から大法官（Großkanzler）の称号を与えられ、首席司法大臣でもあったコックツェイ（Samuel von COCCEJI）による、*Project des Corpus Juris Fridericiani, das ist, Sr. Königl. Majestät in Preussen in der Vernunft und Landes-Verfassungen gegründetes...*（以下の副題は略）に間違いないと思われる。こちらは一七四九年に Halle で出版されたことが表紙に記されており、やはり九州大学法学部図書室に貴重図書として所蔵されている。

コックツェイはもとより、最終的には大王の死後に成立するプロイセン一般ラント法（ＡＬＲ）やプロイセン一般裁判法（ＡＧＯ）に至る一連の法典化の流れについては、鈴木正裕「一八世紀のプロイセン民事訴訟法（一）」神戸法学雑誌二三巻三＝四号（一九七四年）一一五―一七九頁や、石部雅亮『啓蒙的絶対主義の法構造――プロイセン一般ラント法の成立』（有斐閣、一九六九年）が詳しいが、残念ながら、鈴木論文には、一七四七年の「ポンメルン・フリートリヒ勅法の草案」（*Project des Codicis Fridericianici Pomeranici*, ＣＦＰ）および一七四八年の「マルク・フリートリヒ勅法（の草案）」（*Project des Codicis Fridericianici Marchini*, ＣＦＭ）についての記述はあるものの、トロペール論文の引用するものの原典であるはずの、一七四九年の *Project des Corpus Juris Fridericiani...* についての検討はなく（ただし、鈴木論文（二）神戸法学雑誌二四巻二号（一九七四年）一〇九―一六四頁には、「プロイセンでは〔ＡＬＲ〕が施行されるまで、いくどとなく、その全土を通ずる一般的な実体法を創設しようとしたが、そのつど失敗、または未完に終わった。たとえば、

コックツェイ……は、……一九四七年のCFP、CFMの起草ののち、右の実体法の執筆に着手し、早くも一七四九年、つづいで一七五一年には、その草案の一部が印刷、公表された。この草案は、Project des Corporis Juris Fridericiani（フリートリヒ法大全の草案）とよばれ、一七四九年に発表された第一部には、親族法、婚姻法、後見法などが含まれ、一七五一年の第二部には物権法、相続法が含まれた。」との記述が一四六頁にある）、また、石部本にも、ALRの「長い法典編纂の過程のうち、本書で取り扱う範囲は一七八〇年の閣令から一七九四年の法典の施行までに限定される」（三頁）と序章で述べられているように、見あたらない（ただし、「〔コックツェイ〕は、フリードリッヒ大王によって、裁判所制度の改革と並んで、『理性とラントの制度に基づくドイツ一般ラント法の作成』を命ぜられ、一七四九年に人の法三巻および一七五一年に物の法八巻を公表した。しかし、彼は中道において倒れ、その作品は、若干のプロヴィンツで第一部の二巻、婚姻法および後見法が採用されたのを除いて、法律としての効力をもたなかった」との記述が二頁にある）。

裁判官に法律の解釈を禁止し、法律の意味に疑義のある場合には立法者たる国王のもとにある司法省（Département des affaires de la Justice, *Département* der Justiz-Sachen）に照会することを命じるこの規定は、その後も形を変えてALR等に引き継がれている。たとえば、ALRのEinleitung四六条には、「裁判官は、法律の本来の意味について疑義の生じたとき、……その疑義を法律委員会（Gesetzcommißion）に通告し、その判断を求めなければならない」とある（条文は、*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*, 3., erw. Aufl., Neuwied, Luchterhand, 1996によった）。このような、裁判官に対する解釈の禁止と、国王の大権判決（Machtspruch）（の最終的な廃止）との関係については、村上淳一『ドイツの近代法学』（東京大学出版会、一九六四年）八三頁以下も詳しい。また、司法省の成立（一七三八年三月一日）過程を含む、プロイセンの司法機構の歴史的発展については、上山安敏『ドイツ官僚制成立論――主としてプロイセン絶対制国家を中心として』（有斐閣、一九六四年）二六二頁以下を参照。

(12) 一七九〇年一〇月二五日。Hufteau, 1965による引用。

(13) 一七九一年憲法第三編第五章第二一条。（訳者注）中村（編訳）・前掲『フランス憲法史集成』三六頁を参考にした。

(14) ただし、一七九一年憲法は、義務的照会がなされる前に必要な申立の数を二回とした。

(15) Décision n° 86-224 du 23 janvier 1987.（訳者注）同判決の解説として、フランス憲法判例研究会編（辻村みよ子編集代表）『フランスの憲法判例』（信山社、二〇〇二年）所収の永山茂樹解説（三一八―三二一頁）がある。

(16) (訳者注)「あらかじめ徴収すべき税の総額が定められており、その額を納税者の財産等に応じて按分し割り当てる税」と説明される。山口俊夫(編)『フランス法辞典』(東京大学出版会、二〇〇二年)五〇九頁。

(17) (訳者注)一九五八年憲法第八編のタイトルは De l'autorité judiciaire となっている。既存のいくつかの邦訳はこれを「司法権(について)」とするが、高橋和之(編)『新版世界憲法集』(岩波文庫、二〇〇七年)二〇四頁〔高橋訳〕は、「司法機関について」としている。

【参考文献】

CHEVALLIER Jacques (1970), *L'évolution historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, LGDJ.

—— (1990), « La séparation des pouvoirs », in Association française des constitutionnalistes, *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Paris / Aix-en-Provence, Economica / PU d'Aix-Marseille, pp. 113-146.

DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. II.

FLETCHER George P. (1979), « The Separation of Powers : A Critique of Some Utilitarian Justifications », in James Roland PENNOCK & John William CHAPMAN (ed.), *Constitutionalism*, Nomos XX, New York, New York University Press, pp. 299-324.

HALPÉRIN Jean-Louis (1987), *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, LGDJ.

HUFTEAU Yves-Louis (1965), *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, PUF.

MESTRE Jean-Louis (1985), *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, PUF.

MURPHY Walter F. & PRITCHETT C. Herman (ed.) (1986), *Courts, Judges, and Politics ; An Introduction to the Judicial Process*, New York, Random House, 4e ed.

TARELLO Giovanni (1969), *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, Genova, Edizioni Culturali Internazionali.

TROPER Michel (1973), *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1re éd., 1973 ; 2e éd, 1980.

—— (1981), « Fonction juridctionnelle ou pouvoir judiciaire ? », *Pouvoirs*, 1981, pp. 5-15 reproduit dans *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, pp. 95-105.

—— (1988), « L'interprétation de la Déclaration des droits ; l'exemple de l'article 16 », *Droits*, n° 8, pp. 111-122 reproduit dans *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, pp. 263-274.

VELLEY Serge (1989), « La constitutionnalisation d'un

mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs », *RDP*, 1989, n° 3, pp. 767-783.

（参考）

南野　森（訳）「ミシェル・トロペール論文撰」

1　〈リアリズムの解釈理論〉（付・訳者はしがき）
（七〇巻三号一六七―一八八頁、二〇〇三年）

2　〈慣習の根拠から根拠としての慣習へ〉
（七一巻二号一九五―二一二頁、二〇〇四年）

3　〈必要は法を作る――憲法慣習についての考察〉
（七二巻一号八三―一〇三頁、二〇〇五年）

4　〈憲法裁判官の解釈の自由〉
（七二巻二号六三―七九頁、二〇〇五年）

5　〈法治国の概念〉
（七三巻二号一六三―一八三頁、二〇〇六年）

6　〈持続的民主政と憲法裁判〉
（七三巻三号二二五―二四一頁、二〇〇六年）

7　〈主権の所持者〉
（七三巻四号一二七―一四五頁、二〇〇七年）

8　〈帰責原理としての主権〉
（七四巻一号一五五―一七三頁、二〇〇七年）

9　〈実証主義と人権〉
（七四巻四号一六一―一七七頁、二〇〇八年）

10　〈ナチス国家は存在したか？〉
（七四巻四号一七九―一八六頁、二〇〇八年）

※拙訳「ミシェル・トロペール論文撰」は、「九州大学学術情報リポジトリ」に公開されており、その全文ＰＤＦをダウンロードすることができる。