

## 公法と判例

〔法律特論B（憲法・行政法の重要基本判例）**解題**〕 「憲法」と「行政法」という法学領域が明確に認識されたのは19世紀後半のことである。憲法は、統治の基本原理に関する法領域であり、行政法は統治権の一つである行政権の行使に関する法領域である。どちらも、国の社会統治を規律する法である。国が社会を統治するというシステムが現れたのは、18世紀から19世紀に架けてヨーロッパ市民が蜂起した市民革命以降のことで、それまでは国王という個人——君主（たとえば、ルイ十四世）——が社会を統治するシステムであった。君主の統治権を規律する法はなく、君主は、せいぜい社会の「守らなければならないと認識されて規範」に従うだけであった。君主の統治を正当化する社会の規範が臣民によって遵守されるように警察権力を行使し、臣民に命令し、規範を破る者を君主の名で裁判して罰し、君主の統治権を行使することによって当該君主が支配する社会を守るだけでなく、その支配権を拡大強化した。規範 **rule** は、罰 **sanction**（賠償責任や刑罰）をともなるとして法 **law** となる。つまり社会規範は、個々の事件ごとに公共の安全と社会の秩序を害するとして訴えられた者に適用される規範が発見され、罰が加えられることによって「拘束力のある規範」である法となるから、裁判は「法を発見し、宣言する」統治作用である（裁判で個々の事件ごとに発見され宣言される法は「判決 **judgment**」という形式の法源 **Sources of law**）。裁判（判決）による「法の見出しと宣言」は、人類社会の形成とともに古く、19世紀初めまで受け継がれた。

フランス革命による国民主権に基づく統治システムによって、主権者である国民を代表する国民代表議会 **National Assemblée** が、社会規範を条文形式で表した法律を定め、それを集めた民法典（フランス民法典 **Code civil des Français**）を制定した（1804年。1807年に、ナポレオン法典と改称）。裁判（判決）ではなく、議会が法律という形式によって「法を発見し、宣言」し、統治の立法作用と裁判作用が区別された。さらに、権力分立原理に基づいて、統治作用は立法作用と裁判作用および行政作用とに分立され、社会統治は、もはや君主ではなく、国（たとえば、フランス共和国）という観念的な概念を権利義務の帰属主体である法人（国家法人説）とし、国の統治権を規律する法が現れ、これを「公法 **public law**」と称するようになった。人類社会とともに形成され、発展してきた社会の法を「私法 **private law**」と呼ぶようになる。したがって、国の統治に関する憲法と、国の三種の統治作用の一つである行政に関する行政法を公法と認識するようになった。

私法は、裁判（判決）によって発見され宣言された法がすべての事件にも適用される一般的な法 **common law**（判例法）として存在し、ヨーロッパ大陸では判例法を法典化し、大陸法 **civil law system** を形成した。しかし、私法を法典化しなかった大英帝国に属した諸国は、こんにちなお判例法である英米法 **common law system** として存続している。公法が出現したとき、国の統治に関する判例法は存在せず、私法の形成と同じように、国の統治作用に関する個々の事件の裁判によって発見され、宣言される必要があった。公法が法典化されたのは、1787年のアメリカ合衆国憲法が最初であり、フランスの1791年憲法や1849年ドイツ帝国憲法がこれに続く。しかし、イギリスは公法の存在を否定し、国の統治作用に関するイギリス憲法は、権利章典や国会法などに統治に関する判例法によって規律する不文憲法である（「法の支配」原理）。

大陸法と英米法における法の認識の違いは、行政法のとらえ方の違いとして顕著にあらわれる。

大陸法は、統治作用の具体的な行使である行政権の行使を立法府（議会）の意思である法律のもとにおく「法律による行政」の原理を行政法の基本原理とし、行政権行使が根拠法——法律——に反しないかどうかを裁判する行政裁判制度を発展させた（行政裁判所は、司法権に属さない特別裁判所）。大陸行政法は、行政裁判によって示された行政判例を体系化したもので、行政権の所在とその行使の適法性を裁判で統制する実体的に構成される行政法である。これに対し、英米法は20世紀初頭まで行政法の存在そのものを否定していたが、社会に対する行政権の拡大強化という現代社会における統治の現実に抗しきれず、行政法 **Administrative Law** の存在を認める。しかし、英米法における統治の基本原則である「法の支配」は、「法を発見し宣言」できるのは唯一裁判所（通常裁判



France soon finds that he must work in directions to which he is wholly unaccustomed. The concepts and techniques that have served him so well in his own law are all too often handicaps to accurate understanding. He is now in a system in which the case law is of secondary significance—in which the legislative *ought* is, at least in theory, of more importance than *is* of the decided case. For he is in a realm where the Code reigns supreme. “Franco-German doctrines rests upon the absolute sovereignty of the written law.” Legal principles are deduced from the law laid down by the legislator. The role of the judge is limited to interpretation and to filling in the lacunae in the Code. The inductive method, second nature to the common lawyer, leads only to misconception.

The French Code was, however, promulgated at a time when legal thought was concerned primarily with the field of private law. Public law in the modern sense had only begun to evolve. Codification was hence largely a codification of the rules of private law. When with the diffusion of the democratic ideal there came the need for a system of legal principles to govern the relations of the State with the citizen, such a system had to be shaped without the aid of a detailed set of authoritative principles laid down in a Code. If such a system were to be developed at all in the absence of legislative intervention, it had to be developed by the judge by practices thoroughly familiar to the Anglo-American lawyer. In this field the judicial role was not limited to filling in the gaps in the Code. The judge was confronted, much as were the creators of the common law, with a *tabula rasa*.

【解説】古代社会から判例法 (the common law) として積み重ねられてきた私法が、19世紀初頭に議会によって法典化されたとき (1804年のフランス民法典。1807年にナポレオン法典と改称)、国家と国民の法関係を規律する公法がようやく芽生え始めていた。統治権力を担ってきた国王が、民事事件や刑事事件を通じて法 (コモン・ロー) に服するということはあっても、統治権力そのものを法の対象とする公法に関する法は存在しなかった。市民革命は基本的人権の保障と権力分立の原理を基本として、統治権力の構成と限界を定める公法の領域を芽生えさせた。公法は判例法も法典化もされていなかったから、私法が形成されてきた歴史と同様に、裁判官による法の発見と宣言によって見出されなければならなかった。裁判官による公法の発見と宣言は2つのコースに分かれた。その第一は、英米法 (the Anglo-American law / common law system) が選択したコースである。統治者といえども裁判官の前では平等という原則に基づき、私人 (原告) によって訴えられ、裁判官の前に呼び出された統治者 (その代理人である行政官) と原告の法関係に適用される法は、私人間の法関係に適用される法である私法を発見し宣言した同じ裁判官 (通常裁判所または普通裁判所の裁判官、すなわち、司法裁判所の裁判官) によって発見され宣言される。その第二は、大陸法 (civil law system) が取り入れたコースで、フランスにおいて発展したものである。<sup>アンシャン・レジーム</sup>旧体制時代に法服貴族という裁判官に支配されていた司法裁判所が、領地の統治に係わる貴族と対立している国民の訴えを受理し、その国民の権利を擁護する裁判を行うことには懐疑的で、市民革命後においても国家と国民の法関係に司法裁判所が介入することが禁じられていた。そして、19世紀後半に、統治作用に対する国民の訴訟を裁判する行政裁判所 (コンセイユ・デタ Conseil d'Etat) が設置され、国家と国民の法関係を支配する公法が発見され宣言されるという行政裁判所制度が確立した。公法 (すなわち、「具体化された憲法」である行政法) は、行政裁判所の判例法として認識され、私法とは異なる法体系を成していた。「行政法とは、行政に特有な国内公法である」という公法私法二元論が通説となる。裁判の前の平等を原則とする英米法からみると、私法とは別の法体系である公法は法の前の不平等と映り、ダ

イシー (A. V. DICEY) が「イギリスに、行政法は存在しない」と誇ったことは有名であるが、両者とも行政を法の拘束のもとに置こうということでは共通している。したがって、公法は行政裁判所制度のもとに発展し、フランスの行政裁判所制度が隣国のドイツにも流布し、行政裁判所の判例法を体系的にまとめたオットー・マイヤーによるドイツ行政法学が誕生した。このドイツ行政法が明治期の日本に継受されたのである。行政法が発達しなかった英米法においても、行政活動を拡大させる福祉国家が到来した20世紀初頭に、行政委員会（随時廃止され、今日一般的に行政機関）による「事実認定、法の解釈と適用、裁断」という司法的行為を、司法権が属する裁判所（司法裁判所）が監督する司法審査として英米行政法が登場した。日本国憲法76条1項と2項前段は、英米行政法を受け継いだから、大日本帝国憲法時代の大陸行政法との間で衝突がみられる。