

立法の委任と授権

山 本 浩 三

宮沢俊義教授は『立法の委任』(délégation législative)とは法律(むろん形式的意味において)がその所管事項を他の国法の形式——ことに命令——に委任することをいう」と定義する。そして「今日のフランスの多数の学者は『立法権』を『委任』するという表現に反対することに一致している。そしてマルベールは立法の委任を『授権』(habilitation)と呼んでいるし、またオーリューはそれを法律の『所管事項』(matières)の委任と呼んでいる。」⁽¹⁾といい、「『立法権』そのものが委任せられるのか、それともその『所管事項』が委任せられるのか、あるいはまた単に『授権』がなされるにすぎぬのかという問題を論ずることも同じように『無用な概念法学』でないかとおもう」といっている。⁽¹⁾しかしながら宮沢教授が「立法の委任」と観念しているものとマルベールのいう「授権」とはかなりちがっている。

本論文においてエスマンの立法の委任にかんする見解を紹介し、つぎにカレ・ド・マルベールの授権概念を詳細に検討してみたいと思う。

一 立法の委任の概念

1 硬憲性と委任立法

フランスにおける委任立法についての最初の注目すべき論文は、エスマンの「立法権の委任⁽²⁾」である。この論文は、一八九四年二月イタリアのクリスピ (Crispi) 首相が衆議院に上程した法律案に關係して書かれたものである。このクリスピ案はつぎのような内容だった。

「第一条 文武の公務員の減員とその費用を減額し、国の官職の再組織又はその職権を簡素化するために、国王は、大臣の責任の下に、本年一二月三十一日まで全権 (Pleins Pouvoirs) が与えられる。

第二条 国王が前条の改革を行うために、補佐委員会が設置される。委員会は、五名の元老院議員、五名の衆議院議員、五名の国王のデクレによって任命された国家公務員によって組織される。

第三条 一八九五年一月国会の再会の時、国王の政府は、国民代表に対し、本法律によって与えられた権限の行使について報告する。」

この法律案は、立法権の執行権への一時的かつ完全な委任と考えられたので、国際的にも話題になったが、反対のために成立しなかった。

エスマンは、このような委任がゆるされるかどうか、この論文で問うている。そして主権者国民の名において制定され、法律に対して優越する基本法を代表するフランス型とアメリカ型の憲法の存在するところでは不可能と思われるといっている。しかし硬憲性が存在せず、立法権が自由にかつ主権的にすべての事項について規律することができ

るところでは、法的にそれは可能である、ともいっている⁽³⁾。

エスマンは、その憲法が国民主権の名において制定され、憲法がその権限を定める一またはいくつかの立法議會を設けるすべての国において、これらの議會は、執行権に対して、部分的にも一時的にも、立法権の行使を決して委任することができない、という。これらの議會は執行権に対して、その憲法上の他の権限、たとえば租税に定期的に同意する権限、宣戦を許可する権限、条約を承認する権限なども委任することができない。憲法が二院制を定めている場合には、その一院が他の議院に、その議院だけである問題について立法する権限を委任することもできない。逆に、執行権は、議會に対して、憲法がそれに与えている法律の審署権または恩赦権の行使を委任することはできない、とエスマンはいう⁽⁴⁾。

エスマンはこのように委任ができない理由をつぎのようにいう⁽⁵⁾。

わが国の硬性かつ国民的憲法の下では、憲法上の種々の機関は、その存在とその権限を憲法それ自体からのみ引き出すのであり、憲法が定める範囲と条件において、この憲法によってのみ存在するのである。これらの権限のいかなる所有者もそれを処分することはできず、ただその行使だけができるのである。憲法が種々のかつ異なった権限を確立し、そして種々の機関の間に、主権の属性を配分したというそのことによって、憲法は暗黙のうちにかつ必然的に、権力の一つが他の権力にその職権とその任務を押しつけることを禁止しているのである。ある権力が他の権力を侵害することができないと同様に、それは一時的にも、他の権力のために放棄することさえできないのである。そうすることは、委任の期間のあいだ、一時的に現存の憲法の代りに新しい憲法を定めることになる。そのことは同時に、国民主権の原理と権力分立の原理に反することになる。そのことは憲法からはみ出て、革命の中に入ることになる。

る。

エスマンは、シェースがすでに一七八八年に未来のエタジェネロのためにつぎのように書いているという。⁽⁶⁾

「立法権は再委任することはできず、立法権は、譲渡できずかつ伝達できないような仕方、代表者の団体に属している、という基本的でかつひじょうに豊かな原則を議会に想起させることが一度ならず必要となるであろう。」

さらに国民公会は、主権的議會であり、それを制限する憲法もなく、もっとも重要なその権限のうちのいくつかを、その委員会や委員たちに委任していたが、革命暦三年(一七九五年)執政府憲法を制定するときに、はっきりと委任禁止の原則を定めている、という。

「憲法第四五条 いかなる場合にも、立法府は、一名または数名の議員に対しても、いかなる人に対しても、本憲法によって立法府に与えられているいかなる職権も委任することができない。

憲法第四六条 立法府は、それ自身によつても、委任を受けた者によつても、執行権や司法権を行使することができない。」

エスマンはこれらの規定は、憲法の一般原則を宣言したものにすぎず、これらの原則はすでにジョン・ロックの「市民政府論」の中でのべられているという。⁽⁷⁾ ロックはつぎのようにいう。⁽⁸⁾

「立法府は法を作る権力を他の者に譲渡することはできない。何故ならそれは人民から委任された権力に過ぎないのであるから、それをもっているものが更に他の者に譲り渡すことはできないのである。人民のみが国家の形態を定め得るので、それは立法府を構成し、何人の手にそれがおかれるかを定めることによつてである。そうして人民が、われわれはこのような人によつて、またこのような形態において、作られた規則に従ひ法に支配されよう、

と言ったとすれば、もはや何人も、その他の者が彼らのために法を作るべきだと言うわけにはいかないのである。また人民も、彼らを選びかつ法を作ることを授權した人々によって制定されたもの以外の法によっては拘束され得ない。」

ロックのこのような主張は、立法権を創設しかつ制限する国民主権のフランスの成文憲法を支配する觀念そのものである、とエスマンはいう。

さきのクリスピ案にもどると、エスマンはこの法案が反対されるのは、国民主権によって制定された硬憲性のある場合であつて、イタリア憲法は国民主権の名において制定されたものではなく、またイタリアの法律家は、憲法と法律の間にその性質にかんして區別を認めていないので、執行権に対する立法の委任は可能である、とい⁽⁹⁾う。

以上のエスマンの論述から明らかなように、かれは国民主権の下に権力分立を定めた硬憲性の存在する国においては、立法権の執行府への委任はできないというのである。

もつともエスマンは、フランス憲法史上、執行府へ立法権を委任した場合が二度あるという。

一度は一八五二年一月一日の憲法第五八条の場合である。

「第五八条 本憲法は、憲法が定める国家の主要な機関が構成される日から効力を有する。

一二月二日からこの日まで到大統領によって制定されるデクレは、法律の効力をもつ。」

エスマンは、この場合は、一八五一年一二月二日のクーデタによって確立された Césarisme の論理によって説明されるという。すなわちルイ・ナポレオンはプレジントによって、一時的にしかし完全に主権者となり、憲法的には、ナポレオン自身に対して立法権の行使が委任されたのである、とエスマンはいう。

二度目は、一八七〇年―七一年の国防政府の委任である。この場合は、権限を明確にし、その権限を制限する憲法が存在しなかったいわゆる憲法的空位期間 *interregne* であったので、立法権を委任することができたのである、とエスマンはいう。⁽¹⁰⁾

2 行政命令

大統領は、命令制定権 (*le pouvoir réglementaire*) をもっている。大統領は一般的なデクレ (*décret général*) によって、法律の執行を確保するために命令を制定することができる。命令制定権は立法権とは完全に異なっており、命令は法律ではなく、命令は法律を執行するために制定されるものであり、法律に完全に従属するものである。命令は法律が定める規範を細部において発展させ、補完することができにすぎない。命令は法律を廃止することもそれに反対することもできない。命令は法律の文言とその精神を尊重しなければならない、とエスマンはいう。⁽¹¹⁾

行政命令は、一七九一年いらい *proclamation, instruction, règlement, ordonnance, arrêté, décret* などとよび⁽¹²⁾れ、行政権者にみとめられてきている。

第三共和憲法において命令制定権をみとめる規定として、一八七五年二月二五日憲法の第三条が指摘される。「大統領は、法律を監視し、かつその執行を確保する」という規定の中に命令制定権が定められているといわれている。⁽¹²⁾ 大統領が憲法によって与えられた権限により、自発的に制定するデクレと並んで、別の条件で制定される公行政命令 (*le règlement d'administration publique*) というものがある。この公行政命令は統領制 (*Consulat*) および第一帝政いらいフランス公法では重要な役割をはたしてきている。この公行政命令は大統領のデクレとは別のものではな

いが、特別の条件において制定されるものであり、それは長い伝統と一八七二年五月二四日の法律の第八条「コンセユデタは、公行政命令について必ずその意見を述べることが要請される」という規定により、コンセユデタの全体会議に付託されねばならず、「コンセユデタが了承した(Le conseil d'Etat entendu)」の文言がその命令の条文中に入られるものである。

公行政命令の性質については、長い間、コンセユデタの判例でも破毀院の判例でも、その中に執行権に対し同意された、立法権の正確かつ制限された真の委任があるとする意見が多かった。そこで公行政命令が第二次的 (secondaire) 立法であり、法律と同じ性質をもち、従ってコンセユデタに対し訴を提起することができないといわれてきた。エスマンはこの立法の委任説に反対している。⁽¹³⁾

「立法権の委任は、憲法が議院に与えているすべての他の権限と同じように、法的には不可能である。その理由はひじょうに単純である。議会は固有の権利をもっていない。憲法が議会に与えているのは職権であり、それをその自由意志で行使するのではなく、憲法の規定によってそれじたい行使するための職権である。主権者だけが同類の権限を作ることができる。そして立法権は主権者ではなくて、単に主権者の代理人であるにすぎない。」

マルベールは、エスマンのこの学説を評価し、「ピレネーのこちらの真理は、あちらでは誤り」という諺を引用して、フランスでは執行権の長の命令制定権を立法委任の觀念によって説明することは、エスマンいらい放棄されているが、ドイツでは法規命令 (Rechtsverordnung) を説明するためにこの觀念が使用されている、という。⁽¹⁴⁾

(1) 宮沢俊義「立法の委任について」(憲法の原理) 二二九頁—二三〇頁。なお本論文に関係ある邦語の文献として、芦部信喜「フランスにおける立法の委任」(憲法と議政所収)、水野豊志「委任立法の研究」、村田尚紀「委任立法の研究」、上村

貞美「委任立法の統制」〔公法研究〕四七号、同「議會による委任立法の統制」〔香川法学〕五卷二号、などを参照されたい。

- (2) A. Esmein, *De la délégation du législatif* (Revue politique et parlementaire. 1894).
- (3) Ibid., p. 202.
- (4) Ibid., p. 203.
- (5) Ibid., p. 203.
- (6) Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*. 7ed. T. II. p. 81.
- (7) *Délégation*. p. 205.
- (8) ロッタ・鵜飼訳「市民政府論」(岩波文庫版)一四五頁。
- (9) *Délégation*. p. 209.
- (10) Ibid., p. 210.
- (11) Esmein, *Éléments*. T. II. p. 75.
- (12) この法律を監視するという表現は、一八七一年八月三十一日の法律第二条では「大統領は、法律の執行を確保しかつ監視する」となっている。
- (13) Ibid., p. 81.
- (14) R. Carré de Malberg, *La question de la délégation de puissance législative et les rapports entre la loi et l'ordonnance selon la constitution de Weimar*. (Bulletin de la Société de Législation comparée. 1926) p. 3.

二 授權の概念

カレ・ド・マルベールは、一九二〇年の「國家論」の中で立法の委任について、つぎのようにのべている⁽¹⁾。

「立法の委任の理論が拒否されねばならない真のかつ唯一の理由は、執行府の長の命令 (réglements) は、その対象またはその内容が何であれ、いかなるこの種の委任も必要としないしかつ含んでいないということである。フ

ランス法によると大統領はなにかの対象についてデクレで規定するために立法権の譲渡 (concession) を少しも必要としない。大統領はそのための権力を憲法そのものから直接得るのである。というのは憲法は命令の介入の領域も制限しなかったし、命令が定めることができる事項も制限しなかった。憲法は大統領に規定することを要請する法律が存在するという条件に命令を従わせることにとどめているのである。

委任立法の観念は、国会が大統領にかれが憲法からまだ保有していない、新しい権力を譲渡することを前提としている。しかるに法律が大統領にデクレによって、なんらかの事項を規律するように命じたとき、大統領は法律が命じる命令を制定するときに、この法律を執行するのであり、そのことにおいて、大統領が憲法（一八七五年二月二十五日の法律第三条）から得た執行権を行使するだけである。そこには新しい権力の創設も行使も存在しない。このようにして法律によって大統領に与えられた授權は権力の委任として分析されない。」

マルベールは、一九二六年比較立法学会誌に発表した「立法権の委任の問題とワイマル憲法による法律と命令の關係」という論文の前半でフランスの「立法の委任」について論及している。その理論を紹介する。

マルベールは、まず委任の観念は法律の形式的概念の土壤では擁護することができないという。なぜなら委任という観念は実質的秩序の考慮から生れるものである、という。そして実質的法律、法規命令と行政命令の対立、立法委任の学説は公権力の作用の区別と定義にかんするモンテスキューの原則の純粹かつ單純な適用以外のものではない、⁽²⁾という。

実質的法律の概念の近代理論の萌芽と源泉はモンテスキューの「法の精神」の「イギリスの憲法について」の章にある。立法の委任の制度とモンテスキューの分離主義見解のあいだには親子關係がある、とマルベールはいう。⁽³⁾

マルベールは、一八七五年憲法とくに、二月二五日の法律第一条と第三条は、立法権と命令制定権とをその事項によって定義しているのではなく、その形式的性質によって定義しているだけであるという。そこで法律の本質は、最初のかつ無条件の意志行為をふくむすべての措置を単独でとることができることにある。命令は、明文の法律によってそれに授權したという条件において、なんらかのすべての措置をとることができる。一八七五年の憲法は、モンテスキューの体系の基礎にあった、実質的かつ硬直した見地を全面的に避けているのである。それはすべての事がらについて、国会の階層的優越性 (*Prépondérance hiérarchique*) を確保することを目的とする一般的政治制度を確立している。従って一八七五年の憲法は、大幅な柔軟性をもって、国会に対し、その法律によって、命令制定権の介入の領域と事項あるいは命令の方法でとることができる範囲と重要性を、自由に決定する権限を委ねている。⁽⁴⁾

一八七五年いらい議会の慣行が、執行府への呼びかけ (*appel*) を多様化し、かつかなり拡大することができたのはこの理由による。この呼びかけに従って行なわれたいかなる命令も、その内容がどのようなであれ、法律とみなされることはできなかった。それが法律の授權によって介入する時から、命令はそれが取扱う対象又はそれが命じる処分の種類が何であれ、法律でもデクレtoa (*décret-loi*) でもない。憲法は法律事項と命令事項との分配を行っていないので、授權された命令が、法律の固有のすなわち独占的事項を形成する規定を内容としているとはいわれなかった。もっともフランスの憲法でも一七九一年憲法は法律の独占事項を定めているが、これはモンテスキューの分離主義的見解の影響下にあったからだ、とマルベールはいう。⁽⁵⁾

ようするにマルベールは、フランスにおける法律と命令の区別は、権限間の実質的分離の概念にもとづいているのではなく、その機関の間の階層的体系に基礎を置いているのであるという。だから執行府になんらかの事項について

規律するよう授權するためには立法権の委任は必要としないのである。

法律事項ないしは法律の所管事項というものは、第三共和政憲法では定まっていなかったので国会がその所管事項を委任するという観念は不必要なのである。命令は、授權の法律によってそしてその執行においてならば、すべての事項について介入することができる、とマルベールはいう。⁽⁶⁾

カレ・ド・マルベールの授權の概念をより詳細にのべかつ発展させたものが、一九三一年の「法律——一般意志の表現——一八七五年の憲法における法律の概念についての研究」⁽⁷⁾である。

マルベールは、立法の委任の観念は、フランスの国民主権の原理と両立することができないと最初に主張したのは立憲主義者 (Constitutionaliste) であるという。国民主権の原理によると、いかなる憲法上の機関も、それが憲法上受けとった権限を譲渡することができない。なぜなら、それらの権限は国民に属するのであり、国民だけに属するものである。とくに国会は立法権について自由に処分する権限をもっていないと立憲主義者はいい、立法の委任に反対するのである。

マルベールはこの主張は異議をさしはさむ余地のないもののように思われるが、実際にはその価値には疑問が多いという。なぜならつぎのことを想起しなければならない。

フランスの代表制は、一七八九年—九一年以来の国民主権の原理を方向転換させた。一般意志と議会の立法意志とを混同させて、議會を主権者と同等のものにした。むしろそれは議會を主権者に昇格させている。議會は、憲法から、この同じ憲法において、制限にあわない支配的意志の権力を保有する。とくに一八七五年憲法は、議會が執行府に対して与えることができる授權の対象と程度について少しも制限していない。憲法は、議會がその立法権を行使しな

ればならない条件を強制的に決定しているとはいふことができない。むしろ、憲法は議會と執行府との間の権限分配を議會の裁量に委ねている。これは議會にとって主権的性質の権限をもつことを意味し、議會はそうように権限分配を行うことによって主権者のように活動するのである、とマルベールは⁽⁸⁾いう。

マルベールは、立法の委任の觀念が法律と立法権についての憲法の概念と相いれないといい、立法権とは、最初の權力 (puissance initiale) であつて、自発的に行使され、一気に (d'un seul jet) 行使されかつ自律的な仕方で行使される權力であることが、その特徴の一つである。だから委任された權力は立法権であることができない。命令制定権は授權の結果そしてそれによつてはじめて動き出すことができるにすぎないから、命令が立法権の憲法上の概念の中に入らず、執行権の行為のカテゴリーに入ることは明らかとなる。授權法によつて大統領に与えられた権限は、その範圍がどれ程広くても、その大統領の命令は執行の性質をもつた行為である。その理由は大統領の定める命令は、授權法が大統領に制定を許可した範圍内でのみ有効であるということによる。⁽⁹⁾

立法権は、憲法によつて、一般意志を表明する權力と考えられている。議會は選挙によつて選ばれるというその起源によつて、一般意志を代表することができるとみなされている。意欲するのは主権者国民だけである。この国民のために主権者の意志行為を行う必要があれば立法的介入が必要となる。だから法律の觀念と主権者の議會代表の觀念との間には緊密なつながりがある。このように理解された立法権は、本質的に譲渡することができない。議會が、その主権に應じて、執行機関に命令制定権を、授權法によつて付与することはできる。しかしその權力がどのようなであれ、執行府に与えられない屬性 (attribut) がある。一般意志を代表するものとして設置されたとするその起原的性質をそれ自身以外のいかなる官庁にも移すことができない。授權によつて、執行府は議會の立法権と同等と思われる

権限を得るかもしれないが、だからといって議会と同等のものとなるのではないし、議会にとって代るでもない。執行府には、議会が国民を代表するという性質がつねに欠けている。その性質は、いかなる委任によっても獲得できないものである。執行府はこの性質を欠いているので、一般意志を表現する力がない。だから、いかなる場合にも、この権力が執行府に引き渡されたと主張することができない⁽¹⁰⁾。

もちろん、すべての授権された命令の基礎には一般意志が存在している。一般意志の権力は、法律の中に行使されている。そして法律は執行府に、そのデクレを発する権限を付与した。しかしこのデクレが一般意志の行為によって発せられても、そしてその内容が授権からその強制的効力の法的基礎を引き出すとしても、デクレそれ自体はこの意志の表明ではない。

要約すると、法律と命令とを区別する特殊性 (particularité) は、それぞれの制定者である国会と執行府が、それらを制定するときに、たんに不平等な段階 (degré) に属するのみならず、異った本質をもつ権力を行使するという⁽¹¹⁾ことに由来する。一方は主権的権力、すなわち最初のかつ無条件の意志の権力、他方は国民意志の執行の下位の権力である。

国会の権力と執行権の権力のあいだのこの本質的相違を理解するやいなや、フランス公法においては立法の委任の觀念のための余地がないことが明白となる。なぜなら主権は譲渡することができない。そして国会は、いかなる委任によっても、国民の意志に本質的に属する原始的、独立的かつ減少不能 (irréductible) の権力を小さくしたり制限することはできないであろう。国会は国民意志の代表者として、法律にかんするものにおいて、独占的かつ譲渡できない保有者であるということは自明のことである、とマルベールはいう⁽¹²⁾。

1 一九〇七年判決の意義

フランス第三共和政憲法の一つである一八七五年二月二五日の法律第三条に大統領の権限として「大統領は、法律を監視し、かつその執行を確保する」ことを定めている。この規定によって法律を執行するためのいわゆる執行命令を大統領が制定することができる。この執行命令は越権訴訟および違法性の抗弁 (*exception d'illégalité*) による司法審査を受けることになる。

執行命令とは別に、公行政命令 (*règlement d'administration publique*) とよばれる命令がある。この命令は共和国八年 (一七九五年) 憲法五二条と五四条にはじめてその根拠を見出した。

「第五二条 統領の指導の下に、コンセユデタは、法律案と公行政命令とを起草し、行政事項について生じる紛争を解決することを任務とする。」

第五四条 大臣は、法律と公行政命令の執行をもたらす。」

この公行政命令は一八七二年五月二四日の法律によって、コンセユデタの全体会議に付託されることになった。立法府が行政府に対し公行政命令の制定を要請する場合、つぎのような文章となるのが普通である。

「公行政命令は、本法律の執行を確保するために適当な措置を決定する」、あるいは「本法律の執行を確保するために取るべき措置は、公行政命令によって定められる」、あるいは一般的に「公行政命令が本法律の適用の条件を決定する」⁽¹²⁾。

公行政命令の性質については、これを執行府に対して同意された、立法権の特定かつ制限付の眞の委任であるとし、第二次立法とよぶ学者もいる。しかしエスマンは公行政命令が立法権の委任によって大統領によって制定されるとい

うことを認めることはできない、⁽¹³⁾ といひ、マルベールは公行政命令は、コンセユデタの審議を必要とすることを除いては、他の執行命令と本質的な相違はない、⁽¹⁴⁾ といふ。

しかしコンセユデタも破毀院も公行政命令の中に立法の委任を見て、これに対する訴を受理しなかったのである。⁽¹⁵⁾

とはいえ公行政命令の範囲が拡張せられ、その量も多くなつていくと、これを裁判によってコントロールする必要が生じ、これまでの不受理の態度を改めることが望まれ、また期待されていたのである。⁽¹⁶⁾

一九〇七年二月六日のコンセユデタの「東鉄道会社事件」判決は、まさにこの期待にこたえ、これまでの判決を破棄して、公行政命令に対する越権の訴を受理したものである。⁽¹⁷⁾ 判決はいう。「公行政命令を制定する元首の行為は、立法の委任によって実行され、そして結果として、政府に対し立法府によって与えられた権力のすべてのその完全さにおける行使を含んでいるが、この特殊な場合においては、それにも拘らず、それが行政官庁から出ているということによって、（行政官庁の行為について越権による無効の訴を認めた一八七二年五月二四日の法律の）第九条によって定められた訴を免れることはできない。したがって、公行政命令によって定められた規定が、これらの制限内に入るかどうかを審査する訴訟について、コンセユデタは判決をする権限を有する」。

一九〇七年のコンセユデタの判決は多くの学者によって評価されている。この判決は、公行政命令が立法の委任によつて制定されたものであるから、法律の審査を裁判所ができないと同じ理由で、立法の委任によつて制定された公行政命令も審査できないとする裁判所の態度を変更したことによつて評価されたのである。この判決によつて委任の問題は解決したようであるが、実際には判決の中に委任に言及している部分がある、立法の委任を否認しながら委任を認めるという判決の矛盾を、マルベールはつぎのように説明する。

コンセユデタの判決はいう、国会は執行府に対して国会それだけに本質的に属している性質を引き渡すことはできなかった。授權された命令制定は執行権の行為であり、法律と同一視することができない、それゆえ、公行政命令は執行権の行為として裁判所の審査に服することになる。これは形式的見地に立って判断しているのである。このように法律の形式的力をデクレがもつことについてはコンセユデタはこれを否認している。ところが大統領が国会の立法権に属するものを授權の範囲内で行うことは、国会の地位この場合には法律の地位を占めることになるという。そこから、大統領の命令は、この点において、実質的立法行為すなわち委任された立法権の行為であるという結論が生じる。この場合コンセユデタは実質の見地に立って委任の觀念を再生させているのである、とマルベールはいう。⁽¹⁸⁾

オーリュもこの判決の批評において「コンセユデタはひじょうに長いあいだ公行政命令の性質を説明するために用いられてきた立法委任の理論の論理的結論を拒絶しているのに、なぜこの表現を使用し続けたか」と疑問視している。⁽¹⁹⁾

2 法律事項

デュギーは「一七八九年いらい全員一致で認められたフランス憲法によると、形式的法律によってしか規律することのできないいくつかの事項がある」、⁽²⁰⁾という。デュギーが法律事項として指摘するものは、(1)刑罰の確定、(2)租税の創設、(3)個人的自由の制限、（それには身体の自由、契約の自由、通商の自由、労働の自由が含まれる）、(4)個人の財産権の制限である。デュギーはその法的根拠として、一七八九年の「人権および市民権宣言」の第四条、第八条、第一四条をあげている。そしてこの人権宣言が憲法的な価値をもたず、それを内容とした一七九一年憲法が無効となつたとしても、この四つの事項が成文または不文のフランス憲法の原則であることをフランスの一世紀半の政治史が明白に証明しているという。⁽²¹⁾

M・オーリュは、「自由の行使に対して強制されるすべての新しい条件と自由の保証のために重要な国家のすべての機構」を法律事項としている。⁽²²⁾

ローランは「国会に留保されている領域がある。それは決定によってではなく、あまり数多くない成文の憲法の規定と成文憲法の規定と同じ権威をもつ慣習憲法の規範の事実によって定まっており、その大きさは無限に広いものである」という。⁽²³⁾ ローランが法律事項としてあげているものは、自由の行使の規制、財産制度の決定、人の身分の決定、少くとも本国における司法組織、行政組織、財政組織の大綱の決定などである。

法律事項を認める学者は、国会は、立法事項を執行府がデクレによって規律するよう授權することができず、もしも法律事項を規律するよう授權すれば立法権の譲渡になるという。

このような見解に対し、マルベールは、この主張は実質的法律の觀念すなわち法律の特別事項の觀念から出発しており、モンテスキューの分離論から生じる古くかつ伝統的な理論すなわち権限の実質的理論によって支配されているという。⁽²⁴⁾ モンテスキューの分離論によると、立法権の名の下に、立法議會に留保されている権限は、この権限が行使される対象によって決定される。そして立法機關が、立法権に留保された対象について決定することを執行府に譲渡するならば、国会は、実質的關係の下に、その固有の立法権を執行府に委任することになる、という。

マルベールはこの理論は、現憲法によって定められている制度の深奥で真実な影響力を完全に無視しているという。そしてもしも一八七五年憲法が、この区別を確立するためにモンテスキューの分離論に影響を与えた実質的基準に結びついているならば、立法権の固有の事項と執行府に委ねられた事項から出発するならば、大統領は立法権の委任の方法によってだけ、立法に留保された対象を規律する権能を獲得することができることになる。そして普通の法律は

立法の委任と授權

そのような委任を大統領に与えることはできない。なぜなら憲法によって定められた権限を單純な法律によって修正することは議会の権限に属していないから。そこで憲法改正法律だけがこの修正を行うことができるのである。だから国会は、政府に対して、デクレによって規律することを授權できない事項があるという学者の意見は正論となるであらう。

しかしマルベールはこの理論は誤りであり、その原因は立法府と執行府の間の権限の分配が、今日もはや実質的秩序の基準の上に置かれていないということに気がついていないことにあるという。たしかに一八七五年憲法は、立法府と命令制定権をもつ執行府との間にある権限の分離を定めている。しかしそれはモンテスキューの熱望していたものとは全く別の種類の分離である。モンテスキューは、實質に従って (*secundum materiam*) 分離を基礎づけることに努力していた。現在の分離は形式的種類のものである。それは機関の性質の不平等性に基礎を置き、階層的精神において理解されるものである。この不平等にに応じて、一八七五年の憲法が立法権者と命令制定権者の間に分配したものは、異なった事項ではなくて異なった性質の権力である。立法と大統領の命令との間の権限の分配にかんして憲法の条文が定めている原則は、国会だけが、あらゆる事項について、国民の意志である本源的かつ主要な意志を表明する権限を有するということである。なぜならば国会だけがこの意志の代表者として考えられているから。だから最初のかつ優越的意志 (*Volonté initiale et supérieure*) の行為を法律によって行う権限は議会に留保されている。執行府は代表権をもたない官庁そして法律の中に表明された国民意志の單なる執行官庁として、この執行の資格においてのみ命令制定権をもっているにすぎない。だから、いかなる事項においても、大統領の命令は、最初の規範制定を行うことができない。執行府は、法律の執行として活動するという唯一の条件において、すなわち立法の授權によって、

あらゆる事項について、すべての種類の規範を制定することができるのである。なぜなら第三条は大統領の命令制定権について、その事項の種類についてまたは一定の範囲について制限していないからである。憲法がその条文において要求しているすべてのものは、命令はその正統性を前提の法律から取り出すということである。命令が定める規範は、国会が執行府に授権した事前の規範から派生しかつ出るものである。すべてそのことにおいて、事項の考慮は、いかなる役割もはたしていない。法律と命令の間の唯一の本質的相違は、法律は自律的かつ主権的であらうある権力の行為であり、命令は派生的権力の行為であるということである、とマルベールはいう。⁽²⁵⁾

3 国会主権

マルベールによると、憲法は法律と命令のそれぞれの事項について沈黙しているが、これは忘却したのでも不注意によるものでもない。それは国会のもつ国民の一般意志の代表権の上に法律の觀念を基礎づけるという概念の論理的帰結であるにすぎない。だからこの概念からつぎのようなひじょうに重要な新しい結論が生じることになる。

憲法が、国会は法律によって一般意志を表現する権力をもつという思想から出発するとき、まずはじめに、つぎのことが明らかとなる。憲法は立法に対して一定の事項を割り当てるということをもはや考えることができなくなる。なぜならば一般意志は、それが規律しようとするすべての対象について無限に自由に、その優越性を行使するからである。国民代表者としての国会は、それゆえ、立法権の名の下に、すべての事項にかんして、決定する権能を行使する。このようにして、一八七五年憲法は、立法権をその実質的領域によって限定することを少しもこころみなかった。憲法は立法権が議会によって行使されるという公式によってのみそれを定義しているにすぎない。そのことは、議会の代表の性格によって議会に属している国民意志の表現の無限かつ一般的権力の中にその基礎をもつということに帰

着する。

立法府に法律事項を認めることは立法府を強化するよりも、その権限を制限することになる。なぜなら法律事項について命令で規律するよう執行府に授權する可能性が排除されるからである。一般意志はこの種の障害をみとめない。一般意志を代表するものとみなされる国会は妨害にあうべきではない。国会が、その選択において、そしてすべての事項について、それ自体によって全面的に立法し、あるいは執行府に授權の法律によって限定された範囲において命令で定めるよう命じることができるとは、国会がその代表者である意志の主権性そのものによってである。一般意志に固有のこの絶対的権力の觀念に本能的にしたがつて、一八七五年憲法は「法律の執行」という条件以外に大統領の権限事項を定義することを差し控えたのである。憲法は、国会に対して二重の自由を保障している。一つは国会が無限の事項について立法権をもつ自由であり、他はそれが合目的（*opportun*）と考える限り、命令に対してその授權を押し広げることができる自由である。そしてこの二重の国会の自由は、唯一の制限すなわち法律に対する憲法の優越性だけに服するのである。

一八七五年の憲法が、法律またはデクレの所管事項を定めることを控えたことによって、国会に対して、立法権と命令制定権との間の所管の分配を自由に行うことができるようにした。前述の第三条は、国会のために、無限の授權の制度を根拠づけているのである。というのは第三条は、大統領に一般的な仕方であつ留保なしに法律を執行する義務を課している。大統領は、法律の条文が要請するすべてのことを命令によって行う義務があるのである。

法律によって命令に与えられた授權は、それがいかに強力なものであっても、国会の優越性を侵害することはできない。というのは授權は、立法意志の作品であり、そして授權はつねに法律によって取消すことができるからである。

授權の強力さは国会の権力の高さ (hauteur) を証明するものである。

一八七五年憲法は、執行府が命令によって制定できるものを、国会の立法に決定させることによって、国会に執行府に対して、たんに立法院としてではなく憲法制定議会にも比較されうるような役割を与えている。それによって、憲法は、知ってか知らずに、国会と執行府との関係において、権力の相違を創設したのである。そしてその相違はもはやたんに階層的段階の相違ではなく、国会の中に権力の超越的優越性をもたらしものである。このような性質の優越性 (Primauté) に対して法学は、主権以外の名を与えることができない。国会に対する執行府の地位は、主権者に対する従属官庁の地位である。

憲法第三条によると、国会の権力は、授權の要請が、命令にとっては、形式的種類の条件を形成するにすぎないようなものである。命令は、その制定を許可した法律の条文を前提とするという意味において、法律を執行しなければならぬ。しかしその他は、法律は執行府に対して、それが必要と考えるすべての措置を、法律が執行府に付託した事項について制定するよう授權することができる。

オーストリアやチェコスロバキアのような憲法裁判所のないフランスにおいては、国会は、法的障害に会わず、法律の制度の代りに命令の制度を設けることも自由である。国会はこの点において制限されていない。その理由は、国会の立法意志は、国民の意志そのものの表現であり、すべての調査と討議から免れるからである。そのことからつきのような結論になる。命令は法律によって与えられた授權の文言にとどまるかぎり、訴えられえない。一たび形式的条件がみたされたときは、国会の授權が実質的見地においてどれ程広くても、いかなる種類の訴の対象となることもできない。

学者の中には、いくつかの事項について、法律によって命令に与えられた授權の正当性 (legimite) を争うと主張する者がいる。かれらの意見によると、この授權は立法権の委任と同じであるからであるという。

しかしこれらの学者の主張には、憲法的基礎が欠けている。なぜなら一八七五年の憲法は命令を形式的種類の条件にだけ従属させている。すなわち立法意志の行為と国会の許可行為だけに従属させているのであって、実体にかんしては、原則的かつ厳格に留保されているいかなる一般的領域も立法に用意していない。

刑罰と租税は命令で創設するよう授權することはできないと主張されたが、それらの事項でさえ独占的な立法事項として考えることはできないのである。刑罰や租税を命令によって創設することの授權の排除を正当化するために、*nulla poena sine lege* (法律なければ刑罰なし) の原則を確認する刑法第四条や法律によって設けられた租税以外のいかなる租税の徴収にも反対する財政法の規定が援用されるが、これらの規定は憲法の条文ではない。それらは純粹に法律の条文であり、普通の法律によって廃止することのできるものである。もちろんフランスの政治的伝統は、執行府が刑罰や租税を命令によって定めるよう許可されるということには好意的ではないであろうが、これらの伝統が、政治的見地においてどれほど力をもっているかが、いわゆる法的障害を生じるのには十分ではない。

第三共和憲法ではいくつかの事項は命令に移すことができないが、それ以外は執行府が命令によって制定するよう議会が命じることができないような規定や事項は存在しない。命令は、それじたい自発的かつ自主的になにも行うことができない。というのは授權なしには、執行府の固有の所管事項をもっていないから。しかし命令は *ad hoc* な明文の授權によってすべての事項について規定することができるようになっている。

憲法の中に含まれている原則は、すべての事項について、最初の發言権は、国民意志と主權意志の代表によって、

国会と法律に属している。しかしそのことは、その事項が、実際は、議会によって立法されねばならないということ
を意味しない。各事項にかんして、議会の立法意志は、ただ、最初の権利だけを創設することができる。しかし議会
の立法意志は、その主権によって、その目的とした事項について多少とも完全な基本的規範を定めることによって、
あるいはこれらの規範がデクレによって制定されるよう定めることにとどめて、自由にそれを創設することができる。
後者の手続を用いるとき、国会は憲法によって固定された実質的権限の秩序を乱さない。というのは憲法は、その事
項によって法律の領域と命令の領域を画定せず、ただ執行府の各命令が合法的となるための条件によって、すなわち
法律の事前の規定の執行においてのみ介入するという条件だけを定めているのである。

以上のようにマルベールは、第三共和憲法においては法律事項というものがわずかしき存在しないにもかかわらず、
慣習憲法や理論上幅広い法律事項の存在を前提として、授権の可能性を制限する学説に反論しているのである。⁽²⁷⁾

前述の宮沢教授の立法委任の定義においても法律事項が前提とされている。それゆえ、立法委任とマルベールのい
う授権とはその性質を異にしているのである。

マルベールは、前述の一九〇七年のコンセユデタの判決が立法の委任という表現を使用していることをつぎのよう
に批判している。

コンセユデタは、命令が法律によって要請されたすべてのことを行うことができるということを知りかつ語ること
ができたのであるから、なぜ一九〇七年の判決とその後の判決が委任について語りつづけているのであろうか。もし
も命令が、授権によって、あらゆる種類の事項について規定することができるとするならば、それは立法に対する憲
法による事項の留保がなく、国会の授権が、その事項が何であれ、決して委任としては分析されないという理由によ

るのである。国会が大統領になんらかの事がらについてデクレを制定することを命じるときに、憲法が立法権の構成要素として立法府に留保した実質的権力の一部を、執行府に移譲していない。国会は、憲法が厳しい分類の方法で定めなかった事項の配分を、国会と執行府との間に行っただけである。授権は、事項の対象を決定することだけを行っただけで、大統領と政府の執行権の形式的権能を活動させることだけを行っただけで済まない。そしてこれらの権能は、執行府が憲法それじたいによって、授権の前から保有しているものである。

一言でいえば、授権の法律は、執行府に対して新しい権力を与えていない。それはただ執行権力に対して、行使されるべき新しい事項、新しい機会を与えるだけである。授権は、実質的見地においても、形式的見地においても、立法の委任としては分析することができない⁽²⁸⁾。

4 法律を改正する命令

マルベールは、命令は議会の授権によって現行の法律の規定を改正することができるが、これは委任ではないという⁽²⁹⁾。非法律化説 (théorie de la délégalisation) とよばれる学説である⁽³⁰⁾。

マルベールによると、議会在執行府に現行の法律を改正することを授権するときに、議会はこの法律の中に含まれている規定からその形式的な法律の効力を奪い、従ってまた、その法律の性質を奪うことになるのである。

マルベールは類似の現象として一八八四年の déconstitutionalisation の例をあげている。

一八八四年八月一四日の憲法法律の部分的改正を定める法律の第三条は「元老院の組織にかんする一八七五年二月二四日の憲法法律の第一条から第七条までは、もはや憲法の性質をもたない」と定めている。マルベールによると、この普通の法律によって憲法法律の規定を改正することを、誰も国民議会在立法府に憲法制定権を委任したとはいわ

なかった。一八八四年の法律は既に非憲法化されていた規定を改正したことになるのである。

同じように法律を改正するには立法の形式において行われた議会の意志行為を必要とするが、そのような立法権の行為は、法律の規定を廃止することを授権した法律の中に含まれている、とマルベールは⁽³¹⁾いう。執行府に対する授権という事実そのものによって、改正されるべき法律の規定は法律としての優越的価値を奪われていることになるのである。

同じような見解はローランにもみられる。ローランはつぎのようにいう。「国会がある法律の規定をデクレによって修正することを定めるとき、(1)国会はこの規定から法律の性質を奪い、そしてその規定は単なるデクレの下級の効力を自動的にもつことになる。(2)国会は、単なるデクレとなったこの規定がデクレによって改正されうることを定める」。ローランは、この見解はカレ・ド・マルベールの見解に多くの点で似ているという。⁽³²⁾

ローランの論文は、一九二四年一月一七日の法律案第一条と「デクレ・ロア」の問題を取り上げたものであったが、この法案は一九二四年三月二二日の法律となった。デュギーは、この法律の第一条で形式的法律をデクレによって改正する権限を与えているのは、立法の委任であり、そのような議会の決定の合憲性の承認の方向にフランス法が進化しているといっている。⁽³³⁾

(1) R. Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'État. t. I. p. 593-594.

(2) R. Carré de Malberg, La question de la délégation. p. 21.

(3) Ibid., p. 23.

(4) Ibid., p. 28.

(5) Ibid., p. 29. note 1.

- (9) Ibid., p. 30.
- (10) R. Carré de Malberg, *La loi, Expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875.* の本は一九八四年に再発行され、それにはヴェルブの序言がのっている。
- (11) Ibid., p. 72.
- (12) Ibid., p. 73.
- (13) Ibid., p. 76.
- (14) Ibid., p. 80.
- (15) J. L. Herzog, *La loi et le règlement d'administration publique.* (R. D. P. 1938) p. 671.
- (16) Esmein, *Élément.* T. II. p. 81.
- (17) R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État.* T. I. p. 646.
- (18) 著者の中に「公行政命令の形式的審査は可能であり、それがコンセンサタの全体会議にかかっていないとか、委任と特別の規定を定めようとするとか、裁判官は全面的又は部分的にその公行政命令の適用を拒否できると言う者もいた。」 Esmein, *Élément.* T. II p. 80 Note 63.
- (19) M. Hauriou, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929.* T. I. p. 25.
- (20) *Affaire Chem. de fer de l'Est, du Midi, du Nord, d'Orléans, de l'Ouest et de Paris-Lyon-Méditerranée.* Cons. d'Etat, 6 Décembre 1907, Sirey 1908, III^e part., p. I..
- (21) *La loi,* p. 82.
- (22) Houriou, *op. cit.,* p. 25.
- (23) L. Duguit, *Des règlements faits en vertu d'une compétence donnée au gouvernement par le législateur.* (R. D. P. 1924) p. 327.
- (24) Ibid., p. 328.
- (25) Hauriou, *Précis de droit administratif,* 10ed., p. 73.
- (26) L. Rolland, *Le projet du 17 janvier et la question (des décrets loi).* (R. D. P. 1924) p. 51.

- (24) Malberg, *Loi*, p. 83.
- (25) *Ibid.*, p. 85.
- (26) 第三共和国憲法で法律事項を明文で定めているのは、二月二五日の憲法法律第一条、同条三条、七月一六日の憲法法律第八條、同第一二条である。*ibid.*, pp. 85-86.
- (27) *Ibid.*, pp. 86-94.
- (28) *Ibid.*, p. 99.
- (29) *Ibid.*, p. 100.
- (30) 刑部莊「デクレ・ロワについて」比較法雜誌第一号一四三頁以下、芦部信喜「前掲書」二二八頁、村田尚紀「前掲書」二九頁以下。
- (31) Malberg, *Délégation*, p. 30.
- (32) Rolland, *ibid.*, p. 60.
- (33) Duguit, *Traité de droit constitutionnel*. 2ed. IV. p. 760. 三月二二日の法律第一条の成立の経過やその内容・意義等については村田「前掲書」三四頁以下に詳細に述べられている。