

ダイシーと行政法についての覚書

猪股 弘貴

I はじめに

19世紀後半から20世紀初頭にかけて活躍したイギリスの高名な法学者ダイシー (A. V. Dicey) は、後にみるように、いくつかの著書を公にしたが¹⁾、とりわけ1885年に出版された『憲法序説 (Introduction to the Study of the Law of the Constitution)』はその後10版を重ね²⁾、わが国でも広く読まれ研究対象とされてきている。³⁾ 周知のように、同書において、ダイシーは、イギリス憲法の指導原理として、国会主権、法の支配、および憲法習律 (conventions of the constitution) の最終的手段は憲法律 (law of the constitution) であ

※本稿は、筆者がかねてから翻訳し、『北海学園大学法学研究』に連載してきた、「A. V. ダイシー行政法関係論文集(一)~(五)」北海学園大学法学研究 22巻2号・23巻2号・24巻2号・24巻3号・25巻1号のいわば訳者解説にあたるものである。そこで、これら訳稿をも参照していただくことをお願いしたい。

- 1) ダイシーの全著作と主要論文の目録が、R. A. Cosgrove, *The Rule of Law : Albert Venn Dicey, Victorian Jurist* (1980), pp. 302-7に収められている。その箇所を紹介した、猪股弘貴(訳)「A. V. ダイシー行政法関係論文集(五)」北海学園大学法学研究 25巻1号 228-32頁参照のこと。
- 2) 『憲法序説』第8版(1915年)まではダイシー自身による版の改訂であるが、彼の死(1922年)後の、第9版(1939年)と現在普及している第10版(1959年)は、故E. C. S. ウェイド教授の序文(Introduction)が付されて出版されている。各版のContentsおよび初版から第8版までの序言(Preface)の訳が、猪股(訳)・同上・206-27頁に収められているので参照のこと。なお、わが国でも、A. V. ダイシー(著)伊藤正己・田島裕(共訳)『憲法序説』として、第8版を底本とした翻訳書が出版されている。
- 3) この点について、伊藤=田島(共訳)・同上・504頁以下に、訳者解題の一つの章として「ダイシー研究の今日的意味」が載せられているので、参照のこと。

ることの三つをあげた。⁴⁾ そしてそこで展開された内容は Dicey Tradition と呼ばれ、久しくイギリスの法律家の思想を支配してきたのである。⁵⁾ しかしその後、ジェニングスをはじめとして多くの批判が寄せられ⁶⁾、その理論がそのまま今日どこまで通用力があるのか疑問であるが、その影響はなお続いているとってよかろう。⁷⁾

さて、本稿において検討を試みようとするのは、『憲法序説』全般、さらにはダイシーの思想そのものではない。本稿で取り上げるのは、ダイシーの理論の中で最も批判を受けてきた点、すなわち、ダイシーによるフランス行政法 (*droit administratif*) の理解 (あるいは誤解)、およびイギリスに行政法 (*administrative law*) は存在しないとされた点である。また、これらの検討の前提として、ダイシーによる法の支配の理解について触れたいと思う。今日、イギリスに行政法が存在していることを否定する者はないと言ってよく、既にすぐれた著書が多数出版され⁸⁾、ダイシー自身も後になってイギリスに行政法が存在することを承認するに至った形跡が存在している。そう言う意味で本稿のような検討は、時代錯誤であるとの批判を受けるかもしれない。しかし、ダイシーのこれらの研究は、良かれ悪しかれ、イギリス行政法、さらには英米行政法研究の出発点には違いないのである。これらの問題については既に多くの研究がなされてきたが、ダイシーによる研究の足跡が詳細に跡付けられてきたと

4) A.V. Dicey, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, 10th edn., ed. E. C. S. Wade (1959), p. 35.

5) 高柳賢三『英國公法の理論』188 - 9頁参照。

6) See W. I. Jennings, *The Law and the Constitution* (1st ed., 1933). 同書の翻訳として、W. I. ジェニングス (著) 中山健男・奥原唯弘 (共訳) 『イギリス憲法 — その由来と現状 —』がある。

7) このことは、『憲法序説』の出版百周年を記念して、J. Jowell and D. Oliver (eds.), *The Changing Constitution* (1984), 並びに、P. McAuslan and J. F. McEldowney (eds.), *Law, Legitimacy and the Constitution* (1985) の二著が出版されたことから窺えよう。

8) その代表的なものが、H. W. R. Wade, *Administrative Law* (6th ed., 1988) であるとってよかろう。

は必ずしも言えないと考える。また、ローソンのように、ダイシーはフランス行政法の発展を、これまでの批判者達が述べてきたよりは、正しく理解してきたとの見解も存するのであり⁹⁾、英仏比較行政法研究にも資することであろう。

II ダイシーの略歴¹⁰⁾

ダイシーは、1835年2月4日、イギリスのルッターワース (Lutterworth) 近郊、クレイブルック・ホール (Claybrook Hall) において4人兄弟の3番目の子として出生した。父トーマス・エドワード・ダイシー (Thomas Edward Dicey) は、ノーザンプトン・マーキュリー (Northampton Mercury) という新聞社の社主である。母アン・メアリー (Anne Mary) は、大法官府主事 (Master in chancery) ジェームス・スティーブン (James Stephen) の娘である。ベンという名称は、クラパム福音主義派の指導者ジョン・ベン (John Venn) — 彼の娘ジェーン (Jane) はダイシーのおじ (Sir James Stephen) と結婚していた — にちなんでつけられた。ダイシーの母親はクラパム福音主義派の熱心な信奉者であったという。長い間母親のもとで教育を受けていたが、1852年にロンドンのキングス・カレッジ (King's College School) に入学した。1854年にはオックスフォード大学バリオル・カレッジ (Balliol Col-

9) See F. H. Lawson, "Dicey Revisited" (June and October 1959) 7 *Political Studies* 109-26, 207-21. なお、ダイシーの見解の変遷を詳細に検討している邦語文献として、岡久男教授による一連の論文があるが、それらについては、猪股(訳)・前掲1) 235頁参照のこと。

10) この点についての英語文献として、Holland, "The Late Professor Dicey" (1922) 38 *L. Q. R.* 276, Holdsworth, *The Historians of Anglo-American Law* (1928) pp. 91-4, R. S. Rait, "Dicey", in *Dictionary of National Bibliography* (1937) pp. 1922-30, Cosgrove, *op. cit.*, J. H. C. Morris, "Biographical Note", in *Dicey and Morris on the Conflict of Laws* (11th ed., 1987) を参照。邦語文献として、伊藤正己「ダイシー」木村亀二(編著)『近代法思想史の人々』138頁以下、下山瑛二「ダイシィ」伊藤正己(編)『法学者 人と作品』172頁以下、伊藤=田島(共訳)・前掲2)・449頁以下、油川昭夫(編著)『国政論』186頁以下(石澤淳好筆)参照。

lege) に入学し、そこを首席で卒業している。オックスフォードの学生時代には学生会 (Union) の議長に選出されたり、オールド・モータリティ (Old Mortality) というクラブの創設に加わったりした。このクラブからは、多くの人材を輩出したが、とりわけそこでのジェームス・ブライス (James Bryce) との出会いおよびその後の交友関係は、ダイシーの人生に多大の影響を与えた。

1860年、ダイシーはオックスフォード大学トリニティ・カレッジ (Trinity College) の特別研究員 (Fellow) の試験に合格し、それをジョン・ボナム・カーター (John Bonham Carter) — 1830年から1841年までポーツマス出身の国会議員であった — の娘エリノア・メアリー (Elinor Mary) と1872年に結婚するまで続けた。また1860年には、枢密院 (The Privy Council) についての論文で、オックスフォード大学のアーノルド賞 (Arnold Prize) を受賞し、この論文をまとめることは、彼が憲法および憲法史に興味を抱くきっかけになったといわれている。1861年からはインナー・テンプル法学院 (Inner Temple) において弁護士になるための修習を受け、1863年には弁護士として登録している。なお、ダイシーは、そこでオースティン (Austin) の法理学にふれ、影響を受けたといわれている。ダイシーの弁護士活動はあまりかんばしくなかったようであるが、1876年には内国歳入庁 (Inland Revenue) の顧問弁護士に任命され、勅選弁護士となる1890年にその職を辞したが、勅選弁護士としての実践活動は、1916年まで続いた。法曹としての実務に携わりながらも、ノーザンプトン・マーキュリー、スペクテーター、およびニューヨーク・ネーションに寄稿している。著書としては、1870年に『訴訟当事者の選定に関する研究 (Parties to Actions)』を、1879年には『住所法 (Domicil)』を出版した。

これらの著書によって得た評判によって、ダイシーは、1882年、ブラックストーン (Blackstone) が初代の在職者であった、オックスフォード大学のバイナ講座教授 (Vinerian Professorship) に選出された。ダイシーには政治的野心があったことから、当初、その候補者となることを躊躇したといわれている。

この職はオール・ソールズ・カレッジ (All Souls College) の特別研究員 (Fellow) を兼ねるものであった。ダイシーは、1909年この職を辞しているが、カレッジは彼を無報酬の特別研究員に選任し、終生その地位にあった。彼はまた、1910年から1913年まで、オール・ソールズ・カレッジにおいて国際私法の講師を勤めている。

ダイシーは、27年間に及ぶバイナ講座教授職在職中に、三冊の不朽の名著を出版した。まず第一は、1885年初版の『憲法序説』(第2版までの書名は、Lectures introductory to the Study of the Law of the Constitutionであったが、第3版からはIntroduction to the Study of the Law of the Constitutionと改められている)である。第二にあげられるのは、1896年初版の『国際私法 (A Digest of the Law of England with Reference to the Conflict of Laws)』である。本書は彼の『住所法』を発展させたものであるが、ローレンス・コリンズ (Lawrence Collins) 他の編集により Dicey and Morris on the Conflict of Lawsとして1987年にその第11版が出版されている。第三は、1905年に初版が出版された『法律と世論 (Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century.)』(本書の第2版の邦訳として、A. V. ダイシー (著) 清水金二郎 (訳) 菊池勇夫 (監修) 『法律と世論』1972年 法律文化社がある)である。本書は、1898年ハーバード大学で行った集中講義「イギリスにおける世論の推移との関係での19世紀のイギリス法の発展」の成果である。

ダイシーは、若い時から政治に興味を持ち、政治論争において重要な役割を演じた。彼は自由党内で急進派に反対のホイッグ党に属し、自由主義者であり、自由貿易主義者であったが、1885～6年にグラッドストーン (Gladstone) がアイルランドの自治問題をめぐって自由党を二分したとき、アイルランド自治案 (Home Rule) に反対の保守党員 (Unionist) の運動に同調した。彼は、England's Case against Home Rule (1886年)、Letters on Unionist Delusions (1887年)、A Leap in the Dark (1893年)、A Fool's Paradise (1913年) を公刊するなど、アイルランド自治案に反対する立場の代弁者であった。

彼の社会問題への関心は、フレデリック・デニスン・モリス (Frederick Denison Maurice) によって創立された、ロンドンの労働者大学 (Working Men's College) の校長職に 1899 年に就いたことにみることができ、1912 年までその職にあった。

1907 年、オックスフォード大学はダイシーに名誉博士号 (Honorary D. C. L.) を授与した。ダイシーは、1922 年 4 月 7 日 87 歳の生涯を閉じた。彼の妻はその翌年に死亡、彼に子供はなかった。オックスフォード大学トリニティ・カレッジのホールにはダイシーの若かりし頃の肖像画がかけられているという。

Ⅲ ダイシーによる「法の支配」の概要

ダイシーがフランス行政法に関心を抱き、『憲法序説』において大きく取り上げるに至ったのは、イギリスが誇るべき法の支配 (Rule of Law) にそれは反し、フランス行政法と対比することによって、法の支配の内容が明確になると考えたからであった。¹¹⁾ そこでまず、ダイシーが描いた法の支配を、ここでは概略に止まらざるを得ないが、明らかにしておこう。¹²⁾

ダイシーによると、法の支配には、三つの意味が含まれているという。

まず第一は、正規の法 (regular law) の絶対的優位ないしは優越である。何人も、通常裁判所の前で通常の法手続において確証された、明確な法違反の場合を除いて、処罰され、身体、財産に損害をこうむることはない。その意味で、法の支配は、人による広汎な、専断的、ないしは裁量的強制権の行使に基づくあらゆる政治体制と対照的である。政府の側における、恣意性、特権、広汎な裁量権さへも排除するのである。¹³⁾

第二に、法の前での平等ということである。すなわち、あらゆる階層の人が通

11) See Dicey, *op. cit.*, pp. 329-30 and Cosgrove, *op. cit.*, p. 94.

12) この点についての邦語文献は、枚挙にいとまが無いが、その主要なものが、猪股 (訳)・前掲 1)・234 頁以下に挙げられているので参照のこと。

13) Dicey, *op. cit.*, p. 188 and p. 202.

常裁判所によって執行される法に等しく服するということである。この意味において、法の支配は、官吏あるいはその他の者が、他の市民を支配する法に従う義務や通常裁判所の裁判権から免除されるという考えを排除する。イギリスには、フランスにおける行政法 (*droit administratif*) あるいは行政訴訟 (*tribunaux administratifs*) に真に相当するいかなるものも存在しえないのである。諸外国に存在している行政法の根底にある考え方は、政府ないしはその従僕に関わる事件あるいは争いは、民事裁判所 (*civil courts*) の領域外であり、特別な、多かれ少なかれ官庁的機関によって扱われなければならないということである。このような考え方は、イギリス法には全く知られていないものであり、イギリスの伝統や慣習に一致しないものである。¹⁴⁾

ダイシーが言う法の支配の第三の意味は、イギリスにおいて、国民の諸権利(例えば、人身の自由とか集会の権利等)を含む、憲法の一般的原理は、憲法典 (*constitutional code*) ではなく、国の通常法 (*ordinary law*) の帰結であるということである。すなわち、多くの諸外国の憲法では、個人の諸権利に与えられる保障は、憲法の一般的諸原理から引き出されている、ないしは引き出されているように見えるのに対して、イギリスでは、憲法の一般的諸原理は、裁判所に持ち込まれた特別な事件において私人の権利を決定する諸判決の結果なのである。要するに、イギリスでは、私法 (*private law*) の諸原理が、裁判所と国会の活動によって、国法および国の従僕の地位を決定するまでに拡大されてきたのである。¹⁵⁾

以上のように、ダイシーは、イギリス憲法の基本原理を構成する法の支配には、三つの意味があるとする。これに対して、その後様々な批判が寄せられてきたが、とりわけ見逃し得ないのは次のジェニングスからの批判である。ジェニングスは、これら三点について、逐一批判を加えているので、その要点を紹介することにしよう。

14) *Ibid.* p. 193 and pp. 202-3.

15) *Ibid.* pp. 195-6 and p. 203.

まず法の優位という第一点について、次のように述べる。この点の問題点は、「正規の法」と「専断的権能」との区別にあるとする。「専断的」という言葉は、悪い意味に使用され、その保有者の意思によって権能が行使されたりされなかつたりするということは勿論、濫用されやすいということの意味している。しかし、それらが「正規の法」から引き出されようと、そうでなかろうと、あらゆる権能には濫用される可能性が存在するのである。例えば、裁判所は裁判所侮辱による投獄の権能を濫用し、それによって新聞記者による判事に対する批判を封じてきた。ダイシーの真意は、行政権は濫用されやすく、従って、広汎な権能は与えられるべきではないということにある。しかし、「正規の法」と「行政権」との間には、対抗関係はない。あらゆる権能は法から引き出されるのである。ダイシーは、イギリス憲法の原理として、彼が政策の原理であるべきだと考えるものを述べているのである。この脈絡での「法の支配」は、公権力は広汎な権能をもつべきではなく、「集産主義 (collectivism)」は好ましからざる原理だということである。このような意味での「法の支配」は、ホイッグ党員の行為規範であり、その他の者によっては無視されうるものである。もし法の支配が、権能は法から引き出されなければならないということの意味するにすぎないとしたら、あらゆる文明化された国家はそれを持っている。もしそれが民主政府の一般的原理を意味するなら、それを別けて述べるまでもない。もしそれが国家は外交と秩序維持を遂行する機能をのみ行使することを意味するなら、それは真実ではない。もしそれが、国家はこのような機能をのみ行使すべきことを意味するなら、それはホイッグ党員の政策の主張である。¹⁶⁾

次に、法の前平等という点について次のように述べる。ダイシーが平等ということによって言おうとしたのは、官吏は通常の市民と同様の規則に服するということであるが、これは真実ではない。官吏は、他の人々が持っていない権能、従って権利を持っている。収税吏には通常の人々が保持していない権利

16) W. I. Jennings, *The Law and the Constitution* (5th ed., 1959) pp. 306-11.

が与えられているのである。同様に、彼らには特別の義務が課されている。例えば、教育当局には、すべての子供に一定の年齢の間無料で教育を提供しなければならない義務がある。このように、「法の前での平等」および「法への服従」という箇所で、ダイシーは、公権力に権能を与え、義務を課す法の部分に言及しなかったということが明らかになる。彼の念頭にあったのは、官吏が不法行為を犯したなら、それは通常の民事裁判所において責任を問われるということである。この点はダイシーの言う通りであるが、「法の支配」という高尚な名で呼ばれる一つの原理の基礎とするには、あまりにも小さな点である。また、この点で、フランス行政法と対比するのも有効ではない。というのは、フランス行政法の目的は、官吏にその不法行為責任を免除することにあるのではなく、公権力の権能と義務を決定し、権能の踰越や濫用を妨げることにあるからである。行政権を統制するために、フランスは一つの制度を採用し、イギリスは他の制度を採用している事実を捉えて、イギリスには行政法が存在せず、それに代って「法の支配」が存在していると言うのは、奇妙な理屈付けである。さらに、行政裁判所は民事裁判所 (civil courts) 同様、「通常」なのである。刑事裁判所 (criminal courts) を特別なものと言わないように、行政裁判所も特別なものと言う理由はないのである。また、すべての裁判所が官庁的 (official) なのであり、この点は民事裁判所も行政裁判所も同様である。問題なのは、行政権からの影響や統制からの独立性である。いずれにせよ、行政裁判所は、フランスにおけるドロワ・アドミニストラティブその他いかなる意味においても、本質的なものではないのである。¹⁷⁾

さらに、第三点の憲法は通常法の結果であるという点について、ジェニングスは以下のような批判をしている。憲法は通常法の結果であるとダイシーは述べるが、国法は憲法の結果であるということも同様に真実なのである。法の基礎にあるものは国会の権力であり、この国会の権力は政治闘争によって生じ、

17) *Ibid.* pp. 311-3.

そして法として認められたものである。憲法が法を決定するけれども、この意味で法も憲法を決定するのである。法と憲法とは分離し得ないものである。諸外国においては当然に憲法典の一部を形成する規則 (rules) が、イギリスにはほとんど存在しない。というのは、国会の優越性が、権力のいかなる基本的な分配をも妨げ、基本権の存在をも許さないのである。国会の優越性が憲法なのである。成文憲法が基本法として認められているように、国会の優越性が基本法として認められているのである。様々な公権力——国王、国会の両院、裁判所、行政機関——は、権能と義務を持っている。そのほとんどは、制定法によって決定されている。そのいくつかは伝統的なものであり、コモン・ローによって決定されている。基本的自由に関わる行政機関の権能は、主に制定法に含まれている。しかしたとえそうでないとしても、規則が個人の権利の結果であり、それらの源泉でないということが正しいとは思われない。国王やその他の行政機関の権能は個人の権利によって制限され、個人の権利は行政権によって制限される。この言明の両方ともが正しいのであり、権能と権利の両者は制定法から生ずるのである。いずれにせよ、このような特殊な規則は、憲法のごく一部なのである。行政権は基本的諸自由を干渉する以外の多くの作用を行っている。ダイシーは、ここでもまた19世紀ホイッグ党員の個人主義的理論を強調したというのが、真相なのである。¹⁸⁾

また、ジェニングスは以下のような批判をも付加している。憲法学者の役割は政治原理を擁護することではない。その役割は、主に、憲法が基礎を置く諸原理を分析し、発見することである。ダイシーは誠実に分析しようとしたが、彼は憲法を彼自身の色眼鏡で見、彼の見解は正確ではなかった。国家の新しい作用の成長は、彼の分析の多くを不適切なものにしてきたのである。さらに、歴史から論証すること、あるいは憲法から論証することは、慎重でなければならない。新しい政策が違憲であるということは、単に伝統に反するということ

18) *Ibid.* pp. 313-5.

であり、伝統が新しい諸状況に適當であるかどうか常に検討されなければならないのである。たとえダイシーの説明する法の支配に正しい時があったとしても、いかなる提案をもそれが法の支配に反すると言う十分な論拠とはならない。真の問題は、提案が、民主制の中でのものであることを前提に、新しい諸状況に適するか適しないかである。憲法学者の提起する原理なるものは、常に政策形成のためには危険な基礎なのであると。¹⁹⁾

以上総じて、ジェニングスからのダイシー批判は、ダイシーの見解はホイッグ的であり、自由放任主義の国家から集産主義の国家への推移に伴う行政権の拡大という状況に、ダイシーの所説は適合していないというのである。²⁰⁾

ダイシーによる法の支配についての説明に対しては、さらに、E. C. S. ウェイド＝ブラドリィからの以下のような批判が注目される。

まず、法の支配の第一の意味について次のように言う。もし政府部局ないしは公務員に裁量権を与えることが法の支配に反するなら、現代のいかなる憲法も法の支配に適合しないことになる。疑いもなく、ダイシーは、社会福祉や経済機構が依拠している多くの政府権能を専断的とみなすことであろう。²¹⁾ 次に第二の点について、今日、違法な公務に対する市民の保護は、イギリスにおける通常裁判所と同様に、特別な行政裁判所によってもなされうることが認められているという。²²⁾ ダイシーによる法の支配についての第三の意味は、憲法は国の通常法の結果であるということであるが、これによってダイシーは、市民の権利および自由の基礎として裁判官によって宣言されるコモン・ローの諸原理に対する強い愛着を表明したものである。しかし、今日、国家に対して市民の諸自由を保護する主要な法的手段として、ダイシーとともにコモン・ローに

19) *Ibid.* pp. 315-7.

20) See W. I. Jennings, "In Praise of Dicey" (April 1933) 13 *Public Administration* 123-134.

21) E. C. S. Wade and W. Bradley, *Constitutional and Administrative Law* (10th ed., 1985) p. 95.

22) *Ibid.*, pp. 95-6.

信頼を寄せることは困難である。なぜならば、まず第一に、コモン・ローは国会による修正に服し、非常に基本的な諸自由でさえ制定法によって剥奪されるのである。次に、コモン・ローは、市民の経済的あるいは社会的幸福を保障しないのである。第三に、多くの西欧諸国の経験によれば、人権を侵害する可能性のある立法権に法的制限を課すことは有意義なことであり、ヨーロッパ人権委員会 (European Convention on Human Rights) は、国家を越えた救済の価値を実証してきたのである。²³⁾

以上のように、E. C. S. ウェイド＝ブラドリィは、ダイシーが法の支配の内容としたものの多くは、今日では多くの点において時代遅れになったと思われるイギリス憲法についての見解に基礎を置いているというのである。さらに、ダイシーは、法の支配と国会主権両者が潜在的にもっている軋轢を十分に解決しなかったこともつけ加えている。²⁴⁾

法の支配というのはそもそも多義的であるが²⁵⁾、その内容を定式化しようとしたダイシーの功績はそれなりに高く評価しなければならないであろう。法の支配は、ダイシーの名とともに語られ、まずダイシーの見解がその検討の出発点となってきたのである。しかしながら、上の批判的見解にもみられるように、今日ではもはやそのままでは通用しないものになっていることを認めなければならない。

それでは、今日、法の支配としてどのような内容が考えられているのであろうか。この問題の詳しい検討はここで扱うには適しないが、一言だけしておくことにしよう。この点で、E. C. S. ウェイド＝ブラドリィによる三点の検討視角の提示が参考になる。それによると、まず第一に、法の支配は、無政府状態、交戦状態、および絶えざる闘争ではなく、共同社会の中における法と秩序の選

23) *Ibid.*, p. 96.

24) *Ibid.*

25) See J. Jowell, "The Rule of Law Today", in J. Jowell and D. Oliver (eds.), *op. cit.*, p. 95.

扱の表明であるという。第二に、法の支配は、統治は法に従って行われなければならない、法が命ずるものが何かは司法判決において宣言されるという、基本的法原理の表明であるという。第三に、法の支配は、実体と手続の両者に関して何を法規が提供すべきかの政治見解に関わるという。²⁶⁾ この第三点は、合法性という法的问题をこえた、政治原理に関わるものであり、明快な定式化は困難な問題である。例えば、ハイエクによるならば、法の支配が意味していることは「政府のあらゆる行動が一定の、前もって知られている規則——その規則のために人々は政府がその強制権を一定の状態においていかに活用するかをかなり確かに予知することができ、この知識を基礎にして個々の事柄を計画することができるのである——によって、拘束されることを意味している」²⁷⁾ とした上で、国家による私企業の統制という経済計画は法の支配と相反すると主張している。²⁸⁾ それに対して、W. フリードマン²⁹⁾やH. W. ジョーンズ³⁰⁾は、共同体の社会・経済目標に適した新しい型の統制が発達させられるならば、法の支配が福祉国家および混合経済において維持されえない理由はないとする。この論争などは、まさにこの第三点に関わるものだけに、困難な問題を提起するのである。本稿では、この問題を論ずる余裕はないので、ここでは問題提起だけにとどめておくことにする。

IV ダイシーによるフランス行政法理解

先に述べたように、ダイシーがフランス行政法に関心をもち、『憲法序説』の中の一章として大きく取り上げたのは、法の支配の説明を容易にすると考えた

26) E. C. S. Wade and Bradley, *op. cit.*, p. 97.

27) F. A. Hayek, *The Road to Serfdom* (1944), p. 72. F. A.ハイエク (著) 一谷藤一郎 (訳)『隷従への道』100頁。

28) *Ibid.*, p. 82.

29) See W. Friedmann, *Law in a Changing Society* (1959), ch. 16.

30) See H. W. Jones, "The Rule of Law and the Welfare State", (1958) 58 *Col. L. R.* 143.

からである。この両者を比較することによって、法の支配の積極的価値を強調することができると思ったと言ってよかろう。³¹⁾ しかし、そこで展開された、フランス行政法の理解(あるいは誤解)、およびイギリスに行政法は存在しないとしたことは、その後イギリスにおいて大きな議論を呼び起こした。³²⁾ 後者の点については後に改めて論ずることとし、ここでは前者の問題を扱うことにする。

別稿において翻訳紹介したように³³⁾、ダイシーによるフランス行政法の理解には変化ないし深化がみられるが、ここでは『憲法序説』第10版(1958年)において述べられているところを中心に、その理解がどのようなものであるか、その要点をみとめることにしよう。ダイシーは、フランス行政法を次のように定義する。「(i)全官吏の地位と責任、(ii)国家の代表としての官吏との関係における私個人の市民的権利と責任、および(iii)これらの権利や責任が裁判執行される手続を決定するフランス法の一部」³⁴⁾ であると。そして、このフランス行政法には二つの指導原理があるとす。第一の原理は、政府とその従僕は、私人に対して通常の市民間の関係を支配する権利とは異なる特権を持つということである。³⁵⁾ 第二の原理は、権力分立であり、これによって、フランスでは政府お

31) See Cosgrove, *op. cit.*, p. 92.

32) 『憲法序説』は、その第5版(1897年)が1902年に、バトゥー(A. Batut)とジェーズ(Jèze)によってフランス語に訳され出版されたが、フランスでは、*droit administratif* についてダイシーが述べたことについて、ほとんど反響を呼ばなかったと言われている。See R. Errera, "Dicey and French Administrative Law: A Missed Encounter?", (1985) *Public Law* 695, p. 705. なお、訳者の一人であるジェーズからの批判は、ダイシーが、1901年に '*Droit Administratif in Modern French Law*' (1901)17 *L. Q. R.* 302を執筆し、『憲法序説』第7版(1908年)において、それまでの内容を大幅に書き改める契機となったのであった。See Lawson, *op. cit.*, p. 111.

33) 猪股弘貴(訳)「A. V.ダイシー行政法関係論文集(一)～(三)」北海学園大学法学研究22巻2号・23巻2号・24巻2号参照。

34) Dicey, *op. cit.* at 4, p. 333.

35) *Ibid.*, pp. 336-7. ドロウ・アドミニストラティブの二つの指導原理と四つの特徴は、『憲法序説』の第7版以降では、ドロウ・アドミニストラティブの歴史的発

よびその官吏は、普通裁判所の裁判権から広範に免れるというのである。³⁶⁾ また、ダイシーは、四つのフランス行政法の特徴を挙げる。まず第一は、国家の諸権利は、私個人には適用されない、特別な規則によって決定されるということである。³⁷⁾ 第二は、通常裁判所は、国家に関する問題に裁判管轄権を有せず、政府に対する訴訟は行政裁判所によって決定されるということである。³⁸⁾ 第三は、司法裁判所と行政裁判所の共存は、必然的に権限の抵触の問題を生ずるが、この点で、行政機関は司法権によるいかなる行為によっても妨害されてはならないというフランス的権力分立観によって、司法権を制約しているということである。³⁹⁾ 第四の、そしてフランス行政法の最も専制的とも言える特徴は、官吏は、上司の命令に従って忠実に活動し、職務を遂行している限り、いかに違法であろうが、普通裁判所による監督ないしは統制から守られていることであるという。⁴⁰⁾ そして、ダイシーは、官吏には、1800年から1872年まで、三種の保護が与えられていたとして、統治行為 (acte de gouvernement)、フランス刑法114条による刑事免責、共和暦8年憲法によるコンセイユ・デタの許可なしに訴追等を受けないことをあげている。⁴¹⁾

展の三段階のうちの第一期 (1800-1830年) について叙述している箇所でも述べられているが、ダイシーが後の部分でこれらを修正しているところを見出すことができず、また「フランス法のこの分野 (筆者注—ドロワ・アドニストラティブ) の根底にある基本的な諸観念は不変である……」(Dicey, *ibid.*, pp.333-4) とも述べていることから、これらを不変的なものとして捉えていたとって間違いなかろう。

36) *Ibid.*, pp. 337-9.

37) *Ibid.*, p. 339.

38) *Ibid.*, pp. 339-43.

39) *Ibid.*, pp. 343-5.

40) *Ibid.*, pp. 345-6.

41) *Ibid.*, pp. 346-8. なお、ダイシーは、『憲法序説』の第6版 (1902年) までは、四つの特徴として、市民と政府との関係は特別な規則によって決定されること、国家に関する問題に対して通常裁判所の裁判管轄権が欠如していること、行政裁判所が存在すること、裁判管轄権の衝突を解決するために権限裁判所が存在していること、を挙げていた。官吏の免責は、特徴の一つとして取り上げられておらず、ただ、フランスの行政官が保護されていた例として、共和暦8年憲法第75条が存

このダイシーによるフランス行政法理解に対しては、その後、幾人かの擁護者を除いて⁴²⁾、多くの疑問が提示されてきたが⁴³⁾、ここでは、コンセイユ・デタの評定官 (Conseiller d'Etat) であるエレラによる検討を紹介することによろう。⁴⁴⁾

まずエレラは、ダイシーが彼の時代のフランス公法に精通していたことは毫も疑いがないと述べる。ダイシーの出典は、完璧なものである。ヴィヴィアン (Vivien)、オーコック (Aucoc)、ラフェリエール (Laferrière)、シャルドン (Chardon) のようなコンセイユ・デタのメンバーであれ、ベルテルミー (Berthelémy)、ジェーズ (Jèze)、オーリュール (Hauriou)、エスマン (Esmein)、デュギー (Duguit) のような法学教授であれ、主要な著者——そのうちの幾人かはフランス行政法の父祖である——の作品を読み、引用している。同時代のイギリスの法律家で同様のことをなし得たものは存在しないと書いてもよいという。⁴⁵⁾

エレラは、ダイシーによるフランス行政法の理解の評価に具体的に入るに先立って、次の二点にふれている。まず、ダイシーのフランス行政法の批判的分析は、イギリスの制度の卓越性、より正確に言えば、ダイシーによるその分析したものの卓越性を例証するためだけに書かれたものであるということであ

在していたことを紹介している。猪股弘貴 (訳) 「A. V. ダイシー行政法関係論文集 (一)」北海学園大学法学研究 22 巻 2 号 145 頁以下参照。

42) その代表者は、ハムソンとローソンである。ハムソンは、裁判権が分割していることがドロウ・アドミニストラティブの主要な要素であるとの洞察と比べると、ダイシーの誤りはささいなものであると述べている。そして、コンセイユ・デタの存在意義を十分認めつつも、ダイシーとともに裁判権統一の重要性を共有したのであった。See C. J. Hamson, *Executive Discretion and Judicial Control* (1954). ローソンは、ダイシーがいかにドロウ・アドミニストラティブの発展に遅れないようにしていたかを跡付け、そして、細部において誤りがあったとはいえ、本質的特徴を把握したと論じたのであった。See Lawson, *op. cit.*

43) See Cosgrove, *op. cit.*, pp. 91-102. 猪股 (訳) ・前掲 1) ・193-202 頁参照。

44) このエレラの見解については、既に和田教授によって取り上げられている。和田英夫「イギリス公法とフランス行政法の再評価」駿河台法学創刊号 16 - 8 頁参照。

45) Errera, *op. cit.*, pp. 698-9.

る。次に、フランス行政法についてのダイシーの諸観念に対するトクヴィル (Tocqueville) の影響である。トクヴィルが、彼の時代におけるコンセイユ・デタおよび行政法の実際について非常に無知であることは、ダイシーも知っており、そのように述べてもいる。それにもかかわらず、トクヴィルの『アメリカにおける民主政治 (Democracy in America)』および『アンシャン・レジームとフランス革命 (L'Ancien Régime et la Révolution française)』における幾つかの章句は、この主題について貢献しているのである。この点に関して、エレラは次の三点に注意を喚起している。それは、18世紀前半のあらゆるフランスの自由主義者同様、トクヴィルはコンセイユ・デタを非常に嫌っていたこと、トクヴィルはアンシャン・レジームとフランス革命後に設けられた諸制度との継続性を強調したこと、イギリスにおけるトクヴィルの著作と思想、とりわけ『アンシャン・レジームとフランス革命』の影響力が大きかったことである。⁴⁶⁾

エレラは、ダイシーがフランス行政法について書いている部分について、以下の(A), (B), (C)三点から論評している。ダイシーのフランス行政法の理解をどう評価すべきかは、フランスの法律家の意見を聞くのが一番であろう。その意味で、以下のエレラによる評価は、注目に値するものである。

(A) ダイシーが強調し過ぎた点。⁴⁷⁾

(a) 1872年における権限裁判所の創設以前、およびそれ以降の両者にわたっての、普通裁判所とコンセイユ・デタとの間の管轄権の抵触に関わる手続、とりわけ、原則として権限裁判所が司法大臣によって主宰されるということ。

(b) 文官の資格でなされた行為に関わって文官に提起された訴訟の状態。
ダイシーが、この点について『憲法序説』第12章においてさいたページ数には驚くべきものがあり、ダイシーがそのようにした理由として、エ

46) *Ibid.*, pp. 699–700.

47) *Ibid.*, pp. 701–2.

レラは次の三点を指摘している。まず第一は、トクヴィルからの影響である。第二に、ダイシーの時代のフランスの文官は、その数と権能においてイギリスのそれよりおそらくまさっていたことである。第三に、そしてその主要な理由として、ダイシーは、市民の自由や財産に官吏が恣意的に干渉することを妨げる必要性に比べて、行政自体に、および行政活動の法状態にあまり関心がなかったことである。このことによって、ダイシーは行政責任の法状態を過少評価することになったのである。

- (c) ダイシーは、二つの異なった問題の結合に過度の重要性を与えた。すなわち、一つは、行政活動に関して特別な法——通常の法とは異なる諸原理によって支配される——が存在することである。もう一つは、あらゆる行政訴訟が特別な種類の裁判所によって決定されなければならないという原理の存在である。もちろん、ダイシーが描いたフランスの制度においては、この両者は密接に結び付いており、ダイシーは、この点から、それ以外はあり得ないという結論に飛躍したのである。一国に特殊な要素に絶対的解釈を与えることによって、ダイシーは、その適用に関わる裁判権の問題と関係のない、行政法のまさに特殊性を過少評価することになったのである。⁴⁸⁾

48) ダイシーは、行政法と、行政裁判ないしは行政訴訟とを同一視してきたとの指摘がある。See W. A. Robson, *Justice and Administrative Law* (3rd ed., 1951), p. 29. 猪股弘貴(訳)「A. V.ダイシー行政法関係論文集(四)」北海学園大学法学研究24巻3号153頁参照。なるほど、『憲法序説』の第7版まではそうであったといえよう。だが、第7版以降は、行政訴訟は行政法の一部にすぎないことを認めている。See A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (7th ed., 1908), p. 325. しかし、エレラが言うように、この両者を結び付け過ぎていたことは否定できないであろう。また、ゴドメは以下のように述べている。「ダイシーが、ドロワ・アドミニストラティブというフランスの用語で意味したものは、法の支配が意味している司法制度に反対の、フランスの公行政を支配している特殊な司法制度である」と(P. M. Gaudemet, "Droit Administratif in France", in Dicey, *op. cit.* at 4, p. 482)。この点については、「むすび」でもう一度ふれる。

- (B) ダイシーが見落とした点。⁴⁹⁾
- (a) 行政法の特異性, 言い換えると, 公法と私法との相違。
 - (b) コンセイユ・デタの諮問的作用の重要性と, その司法作用との組織的・知的な結合。
 - (c) 19世紀後半および20世紀初頭に, コンセイユ・デタの判例法が, フランスにおける政治的自由主義の興隆に貢献したこと。
 - (d) 裁量権の司法審査の最高度の重要性。
- (C) ダイシーが正確に理解した点。⁵⁰⁾
- (a) 二種類の裁判所をもつ二元的な法制度は, 必然的に司法の権能を分け, 従って弱める傾向にあるという事実。
 - (b) 疑いもなく独裁者の支持のもとで生まれたコンセイユ・デタが, 一世紀もたたないうちに法的・政治的自由主義の制度になったという歴史的逆説。
 - (c) フランスにおける大多数の世論がこの制度を受け入れていること。
 - (d) 19世紀も後半に向かって, コンセイユ・デタおよびそのメンバーの独立性が漸次強化されたこと。
 - (e) フランス行政法は裁判官創造法であるという事実。
 - (f) 判例法の発展と, 行政行為の司法審査 — 原告適格, 審査の範囲および行政責任 — の進歩。

V イギリス行政法不存在の問題

ダイシーは『憲法序説』の初版(1885年)から, 第12章「法の支配とフランス行政法との比較」を大幅に書き改めた第7版(1908年)まで, イギリスに行政法が存在しないと主張することにおいて一貫していた。ダイシーによると, 「イギリスにおいて, そしてアメリカ合衆国のように文明の起源をイギリスに

49) Errera, *op. cit.*, pp. 702-3.

50) *Ibid.*, p. 703.

もつ諸国において、行政法の体系およびそれが拠り所とする原理そのものは、実際知られていない⁵¹⁾のである。「近時の立法は、特定の目的のために、時折官吏に司法権限類似のものを与えてきた。そのような場合、それはまれであるが、*droit administratif* へのわずかな接近を認めることができる。しかしそのような革新は、実際の便宜のためにだけ考えられてきたし、イギリスの政治家の側において、イギリス法の本質的諸原理を修正する意図を少しも示すものではない。イギリスに真の *droit administratif* は存在しない⁵²⁾」のである。

しかしながら、ダイシー自らが改訂した最後の版である、『憲法序説』第8版に付した長文の序文 (Introduction) に、これまでの立場を多少変更したかに見える記述がある。というのは「ここ30年、特に20世紀になってからの15年、イギリスのいわゆる *official law* と、フランスの *droit administratif* とは、相互に、比較的わずかではあるが、非常に注目すべき接近を示している。今日のイギリスにおける官吏の義務と権限の拡大……によって、誰もが当然に予想するように、フランスの *droit administratif* を特色付けるいくつかの性格をわずかに想起させる特徴が、わが国の官僚を支配する法にみられるようになってきた⁵³⁾」と述べているからである。また、「いくつかの領域において、イギリス法は、社会主義的理念の影響を受けて通過した制定法によって、『公法化』……されていると言っても誇張ではないかもしれない⁵⁴⁾」とも述べている。「しかし、イギリスにおいて *official law* が成長したことを認識したとして……イギリス人が、イギリスに今までのところ真正の行政裁判所、あるいは真の行政法が存在すると考えるとすれば、それは重大な誤りとなるであろう⁵⁵⁾」と、

51) Dicey, *op. cit.* at 4, p. 330.

52) *Ibid.*, p. 390.

53) A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (8th ed., 1914), p. xliii. 猪股弘貴 (訳) 「A. V. ダイシー行政法関係論文集 (三)」北海学園大学法学研究 24 巻 2 号 176 頁。

54) *Ibid.*, p. xliv. 猪股 (訳) ・同上。

55) *Ibid.* 猪股 (訳) ・同上・176-7 頁。

結局ダイシー本来の立場に立ち返っている。ただし、この「現在のイギリスの official law と現在のフランスの droit administratif との比較」を述べた最後を、次のように結んでいることが注目されてよいだろう。「近代イギリスにおいて、少なくとも official law を拡大することによって利益を得ることは考えられることである。普通裁判所が、あらゆる事件において、文官の法違反や過失を裁判する最適の機関であることは、全く確かではない。法的知識と公務経験とを結びつけ、しかも時の政府から完全に独立した人で構成されるある機関が、高等法院のいかなる部門よりも、有効に official law を強行できないかどうかは、検討に値するかもしれない」と。⁵⁶⁾

この『憲法序説』第8版の序文に、以上のような記述をした翌年、「イギリスにおける行政法の発展」という意味深長な題名を付した小稿を発表し、ダイシーはこの問題を再度検討している。⁵⁷⁾ この論文は、Local Government Board v. Arlidge 事件における貴族院判決⁵⁸⁾に触発されて書かれたものであるが、それは、次の一般的問題を提起するという。すなわち「今日イギリスの裁判所によって解釈されたものとして、最近の立法は、フランスの法学者や立法者に数世紀にわたって知られ、ここ百年の間入念に発展させられてきた行政法 (droit administratif) となるほど決して同じではないが、精神において類似している一団の行政法を、イギリス法に導入した、ないしは導入しようとしたのであろうか、という問題である。」⁵⁹⁾ そこで、ダイシーは、正しい解答を示唆する、以下の四点を検討している。第一点、ここ50年間(1865-1915年)、特に20世紀になって以後、政府は新たな多くの義務の遂行を引き受けてきた。⁶⁰⁾ 第二点、政府に新たな義務を課すことは、不可避免的に政府が広範な権能

56) *Ibid.*, p. xlvi. 猪股(訳)・同上・179-80頁。

57) A. V. Dicey, "The Development of Administrative Law in England", (1915) 31 *L. Q. R.* 148. この論文は、E. C. S. ウェイド教授によって、『憲法序説』の第10版に付録2 (Appendix 2) として収められている。

58) [1915] A. C. 120, 84 *L. J. K. B.* 72.

59) Dicey, *op. cit.* at 57, p. 149. 猪股(訳)・前掲53)・183頁

を取得することを伴い、しかもこの権能の拡大は、中央政府の部局への司法機能あるいは準司法機能の付与をほとんどの場合含み、実際確かに促進した。⁶¹⁾ 第三点、政府部局は、通常裁判所の手続ではなく、部局の職務の遂行において公正かつ便宜だと考えられる規則に従って、司法権あるいは準司法権を行使すべきだとの貴族院の判決は、1915年に支配的な立法府の見解に一致する。⁶²⁾ 第四点、政府部局による司法権あるいは準司法権の濫用に対して、権限踰越原理 (*ultra vires doctrine*)、および自然的正義 (*natural justice*) の二つの法的抑制が残されている。⁶³⁾ このような検討をした後に、ダイシーは先に提起した問題に、幾分ためらいを残しながらも、次のような解答を与えている。「近時の立法、および国会の活動を実際に支配している立法府において優勢な見解は、疑いもなく、内閣、ないしは内閣によって影響され、指導される君主の従僕に、かなりの司法権あるいは準司法権を与えてきた。このことは、フランスの *droit administratif* のようなものを、わが国に導入することに向けての、注目すべき第一歩である。しかしながら、普通裁判所が、国王の従僕によるいかなる現実的、かつ立証可能な法の侵害をも扱うことができるということは、真の *droit administratif* の存在に致命的な、あの法の支配を未だ維持しているということなのである」と。⁶⁴⁾

以上のように、ダイシーは、イギリスに行政法が存在することを認めるに至った証拠が存在する。⁶⁵⁾ しかし、真の *droit administratif* の存在に致命的な、法の支配を未だ維持しているとも述べていることから、イギリスに行政法は存在しないとしてきたダイシーの主張の率直な撤回の意思表示と受けとめて

60) *Ibid.* 猪股 (訳) ・同上。

61) *Ibid.*, pp. 149-50. 猪股 (訳) ・同上・183-4頁。

62) *Ibid.*, pp. 150-1. 猪股 (訳) ・同上・184-5頁。

63) *Ibid.*, p. 151. 猪股 (訳) ・同上・185-6頁。

64) *Ibid.*, p. 152. 猪股 (訳) ・同上・186-7頁。

65) See Dicey, *op. cit.* at 4, p. cli by E. C. S. Wade. 猪股 (訳) ・前掲48) ・159頁参照。

よいのかについては、なお疑問の余地が残ろう。⁶⁶⁾ しかし、いずれにせよ、droit administratif のようなものの導入への第一歩が始まっていることを認めたのは確かである。

イギリス行政法との関わりで、ダイシーには、次の二点において誤りがあったといわれる。まず、いかなる官吏をも個人的に通常裁判所へ訴えることができる権利の重要性を指摘しながら、国王が不法行為責任から免責されていることを無視ないしは軽視していることである。ダイシーは、国王の免責特権を議論していないのではなく、実は『憲法序説』第7版(1908年)の12番目の付録で取り上げ⁶⁷⁾、国王すなわち政府は、職務中の権利侵害行為に関し、国の従僕に対し裁定された損害賠償金を通常支払うことと、鉄道公社や地方自治体等の法人の職員による権利侵害行為は、それらの法人が法的に完全に責任を負うことを述べている。このように、国王の免責特権が実際上不公平をもたらさないとの一応の弁解はなされているが、それならば官吏の自己責任の重要性を強調するのは当を得ていないことともなり、自国の制度をひいき目で見ていると非難されてもやむを得ないと思われる。⁶⁸⁾ 次に、ダイシーは、サーシオレアライ(certiorari) 等の大権令状⁶⁹⁾の存在を見落としている点である。⁷⁰⁾ この点について、E. C. S. ウェイドは次のように述べている。「公の機関の組織、体系、権能、統制という意味において行政法の全領域を検討していたなら、ダイシーは、1885年においてさえ、裁判所によって問題にすることができない裁量権の行使

66) この点で、1915年1月15日付のダイシーからロウエル(Lowell) への手紙で、アーリッジ事件判決は、「行政法の基本原理を明確に承認した。すなわち、行政裁判所は、あたかも通常裁判所のように活動することを拘束されない」と書いた、とのコズグロウブの紹介が注目される。Cosgrove, *op. cit.*, p. 101. 猪股(訳)・前掲1)・201頁。

67) Appendix Note XII Proceedings against the Crown. 猪股(訳)・前掲53)・174-5頁参照。

68) See Cosgrove, *op. cit.*, pp. 94-5. 猪股(訳)・前掲1)・196-7頁参照。

69) これについて、例えば、佐藤立夫『イギリス行政訴訟法の研究』参照。

70) See Jennings, *op. cit.* at 16, p. 238. 猪股(訳)・前掲48)・165-6頁参照。

を許容している、一連の法令を列挙せざるを得なかったことであろう。当時、濫用と踰越は、現在と同様に、サーシオレアライ、プロヒビション、そしてある程度は、マンディマスによって抑制し得た。たとえば、1875年の公衆衛生法は、そのような権能を与えている多くの例を提供した。行政は、行政官による権能の不法な使用ではなく、裁量の行使によっているのである。しかし、裁量に対するダイシーの関心は、裁判所による統制——特にサーシオレアライによって異議を申し立てうるかどうか——ではなく、それらの存在を否定することにあつた」と。⁷¹⁾ また、ローソンは、主にダイシーの死後違法な行為の取消しを求める主要な手段となった、サーシオレアライの大権令状をダイシーが見落とすこととなつたのは、ダイシーが違法行為を抑止することにのみ専心したからである、と述べている。⁷²⁾ これら両者が述べていることは、いずれも正鵠を得ていると思われ、ダイシーの関心が裁量の存在そのものの否定と違法行為の抑止にあつたことが、サーシオレアライを見落とすこととなつたといえよう。

VI むすび

今日イギリスに行政法が存在することを疑うものはいない。「イギリス行政法は非常に広範囲に及ぶので、問題はそれを発見することではなく、むしろその広がった分枝に習熟することであり、それをある種の秩序と一貫したものに帰することである」といわれる。⁷³⁾ そして、ダイシーに対して、イギリスに行政法が存在しないと惑わし続けたことに対して非難するのが一般化している。⁷⁴⁾ H. W. R. ウェイドは、「ダイシーの『憲法序説』における法の支配についての有名な定式化は、イギリスにおいて行政法に長いこと暗い影を投げかけて

71) Dicey, *op. cit.* at 4, pp. cxvi—ii by E. C. S. Wade. 猪股(訳)・同上・160頁。

72) Lawson, *op. cit.*, pp. 125—6.

73) Robson, *op. cit.*, p. 32. 猪股(訳)・前掲48)・155頁。

74) See Cosgrove, *op. cit.*, p. 95. 猪股(訳)・前掲1)・197頁参照。

きた」と述べている。⁷⁵⁾

これまで、ダイシーによるフランス行政法理解とその問題点、およびイギリスに行政法は存在しないとしたことおよびその修正を検討してきた。個々の問題点は、それぞれの箇所であつてはいるが、根本的な問題は、ダイシーが、行政に関する法全体ではなく、その一局面、すなわち行政裁判権に関心を集中したことにあるといえよう。⁷⁶⁾ ダイシーにとって ‘administrative law’ はフランスの ‘droit administratif’ の翻訳語であり、‘administrative law’ は行政事件を処理するための特別な裁判制度を意味したのである。⁷⁷⁾ そして、それは、自己の定義した法の支配に反し、専制とみなしたのである。コンセイユ・デタについての当初の官庁的との誤った印象は⁷⁸⁾、後になってそれが司法化されたことと修正するに至ったが⁷⁹⁾、なお最後まで、行政裁判所は官吏に特別な保護を与えるために存在し、官吏のために一つの法を作るとの観念を放棄しなかったと言つてよかろう。⁸⁰⁾

以上のように、ダイシーによるフランス行政法理解の内容、および後にその見解を譲歩するに至った形跡があるとはいえ、イギリスに行政法は存在しないとしたことについて、多くの問題があることは確かである。しかし、それによってダイシーによるその他の研究の価値が下がるものでないことは勿論、『憲法序説』の当該部分を何度も書き直していることにみられるように、ダイシーは歴史に遅れないようにしていた面もあるのであり⁸¹⁾、英仏比較行政法の先駆者として、その手探りの研究はやはり十分評価されなければならないであろう。

75) H. W. R. Wade, *op. cit.*, p. 26.

76) See Dicey, *op. cit.* at 4, p. cxiv by E. C. S. Wade. 猪股(訳)・前掲48)・160頁参照。

77) See H. W. R. Wade, *op. cit.*, p. 26.

78) A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (3rd. ed., 1889), pp. 312-3. 猪股(訳)・前掲41)・153頁。

79) Dicey, *op. cit.* at 53, p. xlv. 猪股(訳)・前掲53)・176頁。

80) See Cosgrove, *op. cit.*, p. 94. 猪股(訳)・前掲1)・196頁参照。

81) See Lawson, *op. cit.*, p. 109.