



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	フランス行政法における公役務概念について（3）完 （フランス行政法研究 その二）
Author(s)	神谷, 昭; KAMIYA, Akira
Citation	北大法学論集, 13(3-4), 1-20
Issue Date	1963-03-30
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16019">https://hdl.handle.net/2115/16019</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	13(3-4)_p1-20.pdf



フランス行政法における公役務概念について (三) 完

(フランス行政法研究 その二)

神 谷 昭

目 次

- 第一章 公役務概念の成立とその展開
- 第一節 公役務理論の判例上への導入
- 一 序 説
- 二 ブランコ判決の内容とその意義
- 三 テリエ判決の内容とその意義
- 四 フウトリイ判決の内容とその意義
- 五 テロン判決の内容とその意義
- 六 む す び
- 第二節 公役務理論の学説上の展開
- 一 序 説
- 二 デュギイ学派の思想と公役務概念の展開
- 三 ジェエズによる公役務概念の修正

四 公役務理論に対する学説上の反論

五 むすび

第三節 公役務理論と行政判例の狀態

一 序 説

二 ソレイユ保険会社事件における目的による権限分配の原則の放棄

三 行政契約に関する判例と公役務理論

四 商工業的役務について行政の権限を否定する判決の出現

五 商工業的役務についての判例の動搖

六 むすび（以上一三卷一号）

第二章 公役務理論の衰退とその原因

第一節 序 説

一 行政の機能の増大と公役務理論

二 判例による公役務概念の擴張的解釋の傾向

第二節 国の商工業的役務の擴大と公役務理論

一 序 説

二 商工業的公役務の概念に関する諸学説

三 商工業的公役務に関する法制度と公役務理論との学説上の関連

四 むすび

第三節 職業団体の行爲と公役務理論

一 序説 II その生成をめぐる狀況の概要

二 行政の権限を容認した判決とその意義

三 権限の二元性を容認した判決とその意義

四 公役務に参与する組織の行爲に行政の権限を否定した判決とその意義

五 むすび

第四節 国有化企業の発生と公役務理論

一 国有化企業の発生

二 国有化企業をめぐる法律制度の概況

三 国有化企業の行爲と公役務理論との関連

四 むすび(以上前号)

第三章 公役務理論の評価と現行フランス行政法の基礎概念

第一節 公役務概念の評価

一 序 説

二 行政裁判権の適用の基準としての公役務概念の評価

三 公役務概念による行政法の体系化とその問題点

四 むすび

第二節 現行フランス行政法の基礎概念

一 現行フランス行政法における行政裁判権の適用の基準

二 現行フランス行政法の基礎概念

結 語(以上本号)

## 第三章 公役務理論の評価と現行フランス行政法の基礎概念

## 第一節 公役務概念の評価

## 一 序 説

前章までで考察してきたように、二〇世紀初頭にフランス行政法中に導入された公役務概念は、第二次大戦による種々の新たな機構の出現によって、公役務学派の主張してきたような公役務イコール行政法の適用される領域というその本来的な意義および役割に、大きな亀裂を生じた。この公役務概念の本来的な意義の喪失は、公役務概念の行政法中に占める価値を問題化した。そしてこの公役務概念が今日において、なお、フランス行政法の主導的な概念としての地位を占めることができるか否かについては、充分に疑いが存し、この概念は、フランス行政法において、もはや何らの役割をも果たさず、この概念は全く無価値であるとする説も、強硬に主張されている。このように、今日の公役務概念の価値を否定する見解はかなり強力である。だが、それとともに、他方において、半世紀近くにわたるこの概念の支配が、フランス行政法上に多くの影響をおよぼした事実も、また、これを否定することができない。したがって、現行のフランス行政法の基礎的概念を説明するに先立ち、次に、この公役務概念の果たす役割およびその価値について、種々の分野に分けて検討し、この概念の有する意義を探究してみることにしよう。

## 二 行政裁判権の適用の基準としての公役務概念の評価

この公役務概念の評価は、まず第一に、この概念が、今なお、行政権と司法権との間の裁判権限の決定の標準としての役割を果たすことができるか否かに関連する。先述したように、この公役務概念は、当初、公役務学派の諸学者によって、行政裁判権限を統一的に把握する概念として唱導された。だが、この概念と行政裁判制度との一体制は、特に国の商工業的役務および国有化企業の分野において、行政判例が、これらの役務または企業に公役務の性格を与えながらも、これらの役務ないしは企業の活動に私法の適用を認め、これらの活動についての紛争を行政裁判所の審理権限から排除するにおよび、いちじるしい欠陥を生じた。そして、この公役務概念と行政裁判制度との離反による公役務概念の衰退の傾向は、すでに、モランジュ<sup>(1)</sup>、シュノ<sup>(2)</sup>、リヴェロ<sup>(3)</sup>、ヴェデル<sup>(4)</sup>およびブラエヴ<sup>(5)</sup>らの諸学者によって指摘されているところであり、さらに、コライユによって、この公役務概念はもはや行政法における法律的概念としての価値を有しないものとまで、極言されるに至っている<sup>(6)</sup>。このように、今日、この公役務概念が行政権と司法権との間の権限の分配の標準としての役割を果たすことができないとする説は、かなり有力である。そして、このような情勢から、一九五二年に刊行された第六版において、行政法の中心概念を公共性 (*l'unité publique*) に置き、種々の例外を認めつつも、行政の権限の適用の標準を公役務概念に借りてきたフランス行政法学の泰斗ワリスも、一九五七年に出版された第七版において、この公役務概念が権限分配の標準として余りにも広すぎることを認め、この公役務概念の標準は純粹に言葉の上だけのものである (*être purement verbal*) と主張しているのであった<sup>(8)</sup>。

だが、右のような公役務概念のこの権限分配の分野における役割の衰退論ないしは否定論に対して、この分野において、公役務概念の意義を今なお容認し防禦しようとする学説も存在しないわけではない。そして、このような立場を占める学説として、ロバデールは、一九五七年に刊行されたその第二版において、今日の判例は、今なお、訴訟権

限を決定するために、第一に、その訴訟についての活動が公役務を構成することを理由とするものが多いとし、公役務概念は、行政制度の基盤について、その適用分野の決定において、一の場所を占め、重要な役割を果たし続ける、と説く。しかし、彼は、このように主張しながらも、現行の判例上において、公役務に私法の適用される場合が多くあることを認め、現状においては、公役務概念は、もはや、そのみでは行政法の適用分野を決定するのに充分でないことを肯定し、補足的な新たな標準の探求が必要である、と説いている。<sup>(9)</sup>したがって、彼によれば、公役務概念は失効した概念ではないとしても、この概念の占める役割は無条件なものではなく、「公役務の存在は、今日、行政裁判所が権限を有するための充分条件ではなく、それは、行政の活動がこの裁判所に帰属するための必要条件である」<sup>(10)</sup>ということになり、このロバデールの説は、公役務概念の役割の積極的な肯定論というよりも、むしろ、その役割の消極的な防禦論とも言うべき性格を有する見解となるのであった。

右に紹介したように、最近のフランスの学説においては、この行政権と司法権との権限の分配に関する分野について公役務概念の果たす役割は、むしろ否定的に解されている傾向にある。だが、このような傾向は、今なお、一概に断定することができない状態にあり、最近の行政判例中においても、この権限分配の決定の分野における公役務概念の役割の復活を想像させるような一連の判決が存在する。たとえば、一九五六年のベルタン事件 (Eponx Bertin) の判決は、<sup>(11)</sup>従来の傾向に反し、避難外国人の送還の任を負う公役務の執行に際して締結された契約は、それが置かれた状況のみで行政契約の性格を付与され、それが普通法外条項を包含するか否かを探究することは必要ではないと判示し、<sup>(12)</sup>さらに、同年のグリムアール事件 (Cons. Grimouard) 判決は、<sup>(13)</sup>森林行政によって私人の土地に施行された植林活動は、公役務の執行の一形態を構成するがゆえに、公事業の性格を有し、それゆえに、この活動によって惹起され

た損害賠償請求事件は行政裁判所に帰属する、と指示する<sup>(14)</sup>。これらの判決は、それらの活動の一般的な利益の性格によつて公役務の資格、さらには公事業の性格を付与し、この公役務ないしは公事業の性格から行政裁判所の審理権限を容認するものであり、ここにおいては、その権限の帰属の決定の問題に關して、公役務概念の占める比重は極めて大きいと言ふことができるのであつた。

以上に述べてきたように、現在のフランスにおいては、行政権と司法権との間の権限の分配に關して公役務概念の占める意義は、一般的には、重要視されてはいない。だが、それと同時に、判例は、一方では公役務概念の役割を否定すると同時に<sup>(16)</sup>、他方において、この概念への執着を捨てきれず、いまだに安定した状態にあるとは言い難い。そして、このような判例の動向の決定的な推移は、将来にまつ他はないが、公役務とされる活動に私法の適用されることの多い現状からみても、このような公役務概念が、積極的な役割をもつて、権限分配の標準として再登場することは困難であるように思われ、この分野におけるこの概念の役割はその価値を減少もしくは喪失したと考えるのが、より妥当な見解であるように、私には推察されるのである。

- (1) G. Morange, *Le déclin de la notion juridique de service public*, Dalloz, 1947. chronique XII.
- (2) B. Chenot, *La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat*, *Etudes et documents*, 1950. p. 77 et s. このモランジュほかの著者の見解については、雄川一郎「フランス行政法」行政法講座一巻一七八頁以下に要領よく紹介されているので、それを参照された。
- (3) Rivero, note au Sirey, 1946. II. 129.
- (4) Vedel, *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, *Etudes et documents*, 1954. p. 28.
- (5) Blaevot, *Influence relative de la notion de service public sur le champ du droit administratif et de la compétence administrative*, Dalloz, 1957. chronique VII. このモランジュの論説は、公役務概念の果たす役割は行政法に對すると行政裁判権に

対するのとで異なり、この二者を区別して考えなければならぬと言ひ、公役務概念は、それをどのようなものとして受け容れるのであれ、行政法の分野を限定するために決定的であるが、行政裁判所の権限を決定するためにはそうではない、と説く。だが、このような考え方が可能であるかどうかは、極めて疑わしいように思う。

- (6) Corail, *op. cit.*, p. 347.
- (7) Waline, *Traité élémentaire*, 6<sup>ed.</sup>, p. 62 et s. p. 306 et s.
- (8) Waline, *Droit administratif*, 7<sup>ed.</sup>, p. 69-71.
- (9) Laubadère, *Traité*, 2<sup>ed.</sup>, p. 42-47, p. 283, p. 544-545.
- (10) Laubadère, *Traité*, 2<sup>ed.</sup>, p. 291.
- (11) C. E. 1956. 4. 20. *Epoux Bortin*, *Dalloz*, 1956, J. 433.
- (12) この判決は、次のような趣旨を判示しているすなわち、「本国送還センター (un centre de rapatriement) 中に居住する外国人の栄養を確保する任を負う一私人と行政とによつて締結された口頭の契約は、フランスに居住する外国人避難者の本国送還の任を負う公役務の執行自体を、この私人に委ねることを対象とした。この状況は、それのみで、このような契約に行政契約の性格を課するに充分であり、それが普通法外条項を包含する (*comporter*) かどうかを探究することは必要でない。したがつて、それから生ずる訴訟は、行政裁判所の権限に歸屬する。』
- (13) C. E. 1956. 4. 20. *Min. de l'Agriculture c. cons. Grimouard et autres*, *Dalloz*, 1956, J. 429.
- (14) この判決は、次のような趣旨を判示している。すなわち「一九四六年九月三〇日および一九四七年三月三日のデクレにより所有者と締結された契約に従つて、水および森林に関する行政によつて私有の土地の上に施行された植林および再植林の活動は、フランスの森林の保存發展および使用のために創設された公役務の執行の形態の一を構成する。したがつて、これらの活動を実現する土地が国の財産となるべきものではなく、それによつて負擔された費用が経営の収益に基いて取り返えされるとしても、上述の活動は公事業の性格を有する。したがつて、行政裁判所は、その作業の主体者 (*maître de l'oeuvre*) としての資格をもつ国に対して提起された賠償請求によつて、判決する権限を有する。』
- (15) *Hullier, Nouvelles réflexions sur le service public*, *Dalloz*, 1957, 20 cahier, chronique XVI. 確かに先のケルタン事件の場合には、特殊な状況が幾分観取されるとしても、この特殊な状況は、グリムアール事件においては、明確ではないように思われる。
- (16) たとえば、先述した公役務と行政の権限とを全く分離して解釋した一九五五年のナリアト判決がこの例である。この判決については前出、第二章第一節二註(7)、北法一三卷二号二二六頁参照。

### 三 公役務概念による行政法の体系化とその問題点

それでは、この公役務概念による行政法理論は、新しい情勢の変化によって、その内容にどのような修正を蒙ったのであろうか。この点に関しては、この公役務概念が、従来、どのような原理を行政法上に導入してきたかを検討する必要がある。

この点について、まず、ロランは、すべての公役務に共通な性格として、主として公益の観点から、この公役務には、次のような諸原理が適用されると主張する。<sup>(1)</sup> すなわち、まず第一に、公役務の継続の必要性がこれであり、この原理の結果は、たとえば、官吏の罷業の禁止、官吏の辞職、不可予見の理論 (la théorie de l'imprévision)、および公法人の財産の差押の禁止等に関する原則にむすびつけられる。次に、その第二は、権限を有する機関によるその組織および作用の修正可能性の原理であり、この原理は改正法律 (lois de changement) として実際上に現われる。さらにその第三は、公役務の前の平等性の原理であって、この平等性の原理の結果、すべての公役務の前に私人は平等であることになり、それは、公役務の利得および負担の前の平等性を包含する、<sup>(2)</sup> という。この公役務の概念から導き出される諸原理は、さらに、ロバデールによって受け入れられている。そして、ロバデールは、このような原理として、公役務の継続性の原理 (公役務は杜絶することなく施行されなければならない)、たとえば行政契約の不可予見の理論、公産の不譲渡性がこれに当る)、公役務の適合性の原理 (公役務は行政によって一般的な利益の要求の変化に適合されなければならない)、および公役務の優先の原理の三つを挙げ、<sup>(3)</sup> これらの原理は、判例上、次のような適用を受けている、と説く。すなわち、公役務の継続性の原理の結果は、産業的役務あるいは公企業の被用者に、公役務の職員の罷業に関する一般原則を適用させており、また、公役務の利用者の平等の原則の結果は、行政的役務に対すると同様

に、産業的役務に、すべての差別料金 (*tout tarif discriminatoire*) を禁止する原則を適用するに至っている<sup>(4)</sup>。という。だが、このような公役務概念から導き出される原理は、すべての公役務に必然的に適用されるわけではない。この点は、リヴェロが主張しているように、少なくともルノオ工場および炭鉱企業に対しては、その従来の罷業の実績から、公役務の継続性の原理が適用されず、また、銀行および保険の公役務については、その活動の商業的性格から、平等性の原理が適用をされない事実からも、明瞭である<sup>(5)</sup>。そして、この点から、このような原理を、公役務であることから無差別に適用することには、問題が残り、これらの原理をどのように理解し、どのように適用してゆくかの問題の解決は、未解決のまま、将来に残されているのであった。

この公役務概念による行政法理論は、その内容たる原理とは別箇に、他方において、その体系づけの点に問題を生ずる。この点は、先述した同業組合的ないしは職業団体的な機構および国有化企業に関して、これらの制度が、伝統的な公施設制度または公産制度と分離し、現在の行政法理論が、従来の公役務概念に依拠する公施設ないしは公産制度を利用することが困難となってきた点に現われる。そして、現在のフランスの行政法体系は、表面上、今なお、このような公施設および公産制度に基づいて体系化されているが、新しい情勢の変化によって、このような主體的ないしは利益説的な観点に立つ行政法理論の体系化についても、しだいに修正が加えられることが予想され、この点の解決は、将来の行政法理論の発展に持ち越されている、と云うことができるであろう<sup>(7)</sup>。

(1) Rolland, *Précis*, 10<sup>ed.</sup>, p. 18.

(2) この公役務の平等性の原理については、B. Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*.

1954. p. 11 et s. 神谷「フランス行政法における法の一般原理」*国家学会雑誌*七三卷六号、五三二—五三四頁参照。

- (3) Laubadère, *Traité élémentaire*, 2<sup>éd.</sup> p. 39.
- (4) *ibid.* p. 545.
- (5) Rivero, *op. cit.* Archives, p. 155.
- (6) 現在のフランス行政法の体系的な教科書は、いずれもこの公施設および公産の項を設けて、その制度の説明をしている。たとえ公施設に *établissements* Laubadère, *Traité*, p. 558. et s., Waline, *Droit administratif*, p. 338 et s. 公産に *biens* Laubadère, *op. cit.* p. 699 et s., Waline, *op. cit.* p. 815 et s.
- (7) ただし、この点は純粹に学問的な体系のみでなく、講学上の便宜とも結びつくので、このような公施設または公産制度による行政法の体系化が困難となつたからといつて、直ちに、このような項目が、行政法学の体系的な項目から消え去るとは限らない。このことは、主として権力説的な観点に立つわが国の行政法等の体系が、公企業、公物というような主體説的ないしは利益説的な項目を包含して、その制度の説明に當つているのと同様である。そしてこのような講学上の便宜のための体系を全く排除して、純粹に学問的な体系化、行政法に特有の理論のみによる体系化(たとえば、公権力法、公契約法といつたような体系化)をはかることが必要であるかについては、また別箇の問題が存すると言わなければならぬ。

#### 四 ち す び

右に検討してきたように、公役務概念は、今日、一般的には、行政裁判権の適用の標準として充分な役割を果たすものではなく、この概念に基づく行政法の体系化には、種々の難点が存する。このように、この公役務が、行政法の特殊性の存在理由であり、その適用領域の限界であるという公式は、もはや現実に即応するものではない。それでは、この公役務概念およびそれにに基づく公役務理論は、行政法學史上、何らの意義をも有しないものであつたのであろうか。

この公役務概念は、思想的社會學的な観点に立つて眺めるとき、行政法の近代化に大きく貢献した。この公役務は、先述したデュギイの論によれば、為政者に行政を行う義務を課することを一の眼目とし、この点から、国の公權

力行為に対する無責任の原則を排除する上に、実定法上重要な効果を發揮した。また、他方において、このようなデュギイの社会化学説の依拠する公役務概念は、今日の国の経済的社会的な役務の拡大を洞察するものとして、重要な社会思想的な意義を有するものでもある。そして、この公役務概念は、ある意味では、行政裁判制度が整備され、行政裁判所が司法裁判所と同様な保障を市民に授与することができるようになった二〇世紀初頭の情勢を反映するものであり、このような情勢の下においては、行政権と司法権との裁判権限の分配に関する原則は、事件がそのどちらの権限に属するかということよりも、むしろその原則の簡素化明瞭性が第一に要求され、したがって、その目的の観点による識別が重要視された、<sup>よ</sup>と云うこともできよう。だが、このデュギイ学派の最も基本的な誤謬は、社会化によって拡大される国の役務についての法律制度が、その一般的な利益の性格から、すべて公法の規定に服するものと予断した点にあり、この点の食い違いが、その後の行政法の発展につれて、公役務概念の欠陥を露呈したのであった。

それでは、現在の行政法理論において、この公役務概念によって表示されてきたような目的ないしは一般的な利益の考慮は、全く不要であろうか。この点は、必らずしも、そのように言い切れないように思われる。この目的または一般的な利益の行政法理論ないしはその体系における考慮は、次の二つの点に現われる。その第一は、行政法の範囲の限定に関してであり、行政法の適用される範囲は、その時代において広狭があつて、その適用は、たとえば平時においてはかなり限定されているとしても、戦時においては、国家的な利益の観点から、いちじるしい増大を見せる。そして、この目的の考慮のみで行政法の適用分野を決定することが不可能であることは、先述してきたフランスの法制度が充分に明示しているところであるが、逆に考えるならば、この行政法の諸原理は、一般的な利益が存する場合に限って、初めて、その適用を見ることができ、一般的な利益の存しない場合、行政の単なる私的な利益が存する

にすぎない場合には、行政に優位性を認めるその原理を適用することの合理性を欠く。したがって、この意味で、一般的な利益ないしは公益の目的は、行政法の分野の最大限の範囲を限定し、制限しようとする役割を果たすものであり、行政法の適用の必要条件を構成している<sup>(5)</sup>のであって、この点から、目的の考慮が無用であると断定することはできない。さらに、この目的の考慮は、第二に、フランス行政法の実定的な理論と関連している。この点は、フランスに特有な目的の観点から行政の裁量行為を制限しようとする権力さん奪 (le détournement du pouvoir) の法理<sup>(6)</sup>に顕著である。そして、この権力さん奪の法理は、公役務概念に立脚する行政法理論の副産物ではあるが、公役務概念の動向とは別箇に、今なお、実定法上に充分に適用されている。このような権力さん奪と同様な目的の観点から行政行為を規制する法理を、フランス以外の国の行政法、特にわが国の行政法に導入することについては、その制度も異なる関係上、問題が存するが、このように、目的ないしは利益の観点から、実定行政法の諸理論が形成される面があることは否定できず、この点からも、目的または利益の考慮を、行政法から全面的に排除することが妥当であると言いつては<sup>(7)</sup>切ることではないように考えられるのである<sup>(8)</sup>。

- (1) J. Rivo. Existence d'un critère du droit administratif, *Revue du droit public*, p. 279. リヴェロは、このような公式は、事実によつて追いつ越された (sont dépassés par les faits) と表現している。
- (2) 前出、第一章第二節二、北法一三卷一四九頁以下参照。
- (3) この点については、和田小次郎「デュギー」法律思想家評伝、二六七頁以下参照。
- (4) この論点を明瞭に主張している説として、Jaze, note dans *Revue du droit public*, 1914, P. 145. このノートについては前出、第一章第三節三註(6)、北法一三卷一四九頁参照。
- (5) Laubadère, *Traité élémentaire*, 2<sup>e</sup> éd., p. 291, Chapus, *Responsabilité*, p. 120-121, et p. 137, note (1).

(6) この權力さん奪の法理については、田上穰治「佛国判例より見たる自由裁量の限界」佐々木博士還暦祝賀論文集、三一九頁以下参照。

(7) この目的の観点からの影響は、わが国の行政法理論においても見られ、その例として、管理関係ないしは管理行為の理論を挙げることができる。すなわち、管理関係とは「具体的な法が、公共の福祉の実現という行政目的の達成に第一義的な意義を認めこれに特殊の法的取扱を認めている関係であ」り（田中二郎、行政法総論、二二六頁）、これに関する理論が、目的の観点の影響を受けていることは明瞭であろう。

(8) さらに、最近の福祉行政の分野の擴大に伴い、利益説的な観点から、行政法理論を再検討しようとする動きが特にドイツに於いて見られる。この点は、従来、私法の適用を受けるものとして行政法の適用分野から排除されていた行政作用の法的な規律を社会の実態の変遷に即応して再考しようとする面ももつものであり、このような福祉国家の行政に関する法制度を検討しようとする場合には、この公役務理論は充分に参考に値するものと考えられる。わが国においてこの点を論じた主なものとして、山田幸男「福祉国家と行政法の理論」法哲学会編・現代国家の機能收所、塩野宏紹介、フォルストホーフ「給付行為の法律問題」国家学会雑誌七三卷一一・一二号参照。

## 第二節 現行フランス行政法の基礎概念

### 一 現行フランス行政法における行政裁判権の適用の基準

右に述べてきたように、今日のフランスにおいては、公役務概念は、一定した内容を有する概念ではなく、もはや、行政権と司法権との間の裁判権限の分配に関する事項において、充分な役割を果たすことができるものではない。それでは、現行のフランス行政法において、この裁判権限の帰属は、どのような標準によって、決定されているのだろうか。

この権限の分配の標準については、先述したように、判例が、家族手当および社会保障の事項について、その状況に関係なく、全般的な私法の適用を認め、また最近、公役務概念の反動を思わせるような一連の判決を提示している<sup>(2)</sup>ので、完全に十分な基準をそこに見出すことができない。その上、一方においては、ロバデールの主張しているように、公役務の標準が、今なお、この権限分配の第一義的な標準としての役割を果たすことができるとする説も存在する<sup>(3)</sup>。だが、今日のフランスの行政法の学説において、この権限分配の標準は、一九二二年の象牙海岸植民地事件における権限裁判所の判旨中に見出されるように、一般に、その具体的な状況の私法によって通常規律される状況 (*situations régies habituellement par le droit privé*) との類似性の有無<sup>(4)</sup>、ないしは公管理と私管理 (*la gestion publique et la gestion privée*) の区別<sup>(5)</sup>に求められている。そして、さらに、公役務概念にこの標準の第一義的要素を認めるロバデール自身も、この公役務概念が権限分配の十分な条件でないことを認め、それを補足する標準として、公管理と私管理の区別を採用している<sup>(6)</sup>。したがって、このロバデールの説も、表面上、公役務概念を防禦する形を備えてはいるが、実質的には、その標準は通説とほとんど異なるところがない論と言うことができるのである。

この権限分配の標準としての法律状況の類似性ないしは公管理と私管理の区別による公式は、ワリヌも認めているように、確かに曖昧な表現である<sup>(7)</sup>。それでは、このような公式は、具体的に、どのような内容を有するのであろうか。このような公式による私法外の法律状況または公管理という概念は、一般に、かつての公権力行為の概念よりも広い概念である、とされている。そして、具体的には、この概念は、契約の領域を別として、かつての公権力行為の概念中に包含されるもの他に、シャピュによれば、タバコ、造幣、火薬等の独占的役務および無償の役務を追加するものとされ<sup>(8)</sup>、さらにブラエヴォによれば、異常に危険な (*anormalement dangereuse*) 行政の企業も、この概念中に含ま

れるという。<sup>(11)</sup>このように、この現在の通説による権限分配の標準は、一般的に明確に識別されることは困難であるが、その訴訟で問題となっている法律状況が、平等の関係であるか否か、私法に普通に見られうる状況にあるか否かによって、その裁判権限の帰属を決定しようとするものなのである。

右に述べてきたように、現在のフランス行政法における裁判権限の分配に関する原則は、「内容が権限を規則する」<sup>(12)</sup> (le fond commande la compétence) ものであり、法手続および法律状況の概念の行政法の一般理論に対する優先であつて、<sup>(11)</sup>かつての一体として公法の制度に服させようとする公役務概念は、この事項において、その役割を喪失した。この法律状況の類似性ないしは公管理と私管理の区別による権限分配の標準は、今日のわが国における公法と私法との区別の標準に近く、<sup>(12)</sup>フランス的というよりも、むしろドイツ的な区別の標準である。そして、このような標準が、固定するのか、さらに変化してゆくかについては、もとより推察の限りではないが、現在のフランスにおいて、このような権限の分配の標準、公法と私法との技術的な区別の標準を採用しているということは、ドイツおよびフランスの二つの代表的な大陸行政法がその接近を図っているものとして、<sup>(13)</sup>大いに注目すべきことであるように思われる。

- (1) 前出、第二章第二節四、およびその註(10)、北法一三卷二号二四八—二四九頁参照。
- (2) 前出、本章第一節三、四四四—四四五頁参照。
- (3) Laubadère, *Traité élémentaire*, 2<sup>e</sup> éd., p. 47.
- (4) Waline, *Droit administratif*, 7<sup>e</sup> éd., p. 72-82.; Corail, *op. cit.*, p. 337-347.; Rivero, *op. cit.*, Archives, p. 166-167. Blaevoet, *op. cit.*, Dalloz, 1957, chronique VII.
- (5) Chapus, *Responsabilité*, p. 137-143.; Duez Debeyre, *Traité de droit administratif*, p. 255-253.
- (6) Laubadère, *op. cit.*, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> éd., p. 48-49. et p. 283.

- (7) *Waline*, op. cit. 7 édit. p. 72.
- (8) *Chapus*, op. cit. p. 111 note (f).
- (9) *Blaivoet*, op. cit. *Dalloz*, 1957. *chronique* VII.
- (10) *Rivero*, note au *Sirey*, 1946. II. 131.
- (11) *Corail*, op. cit. p. 342.
- (12) この点については、たとえば、わが国における公法と私法との区別の標準について、田中教授の説と比較してみよ。田中二郎、*行政法総論*、二〇〇—二一四頁参照。
- (13) 最近公刊されたドイツとフランスの民事裁判所と行政裁判所との間の権限分配に関する比較的研究によれば、訴訟で適用される法を決定するためのフランスの公管理の概念とドイツの公權力の概念とは、相似た概念 (*notions voisines*) であり、基本的にはフランス法とドイツ法とは相互に極めて接近している (*très proches*) と説かれ、ただ伝統と沿革とによつて、特にドイツにおいては、国庫理論の影響により、伝統または類推による民事事件、公物や行政の契約のある面が司法裁判所に残されている結果、行政訴訟の領域がフランスに比べて狭く、またドイツにおいては公的責任についての訴訟および行政契約についての訴訟が司法裁判所で審理される点において、結果的には、差異が見られる」と述べられてゐる。M. Fromont, *La répartition des compétences entre les tribunaux civils et les tribunaux administratifs en droit allemand*, 1960, p. 273 et s.

## 二 現行フランス行政法の基礎概念

右に述べてきたように、今日においては、利益説的制度論的な公役務概念は、フランス行政法における基礎的概念としての地位を失いかけてゐる。それでは、現行のフランス行政法の基礎的概念は、何に求められるべきであらうか。この点で、まず第一に思い浮べられるのは、権限分配の標準としての役割を果たす公管理の概念である。だが、この公管理の概念そのものは、余りにも技術的な概念であつて、フランス行政法の基礎的概念としての地位を占めることのできるものではない。それゆゑ、その基礎的概念を探究するためには、この公管理の基礎にある概念を追求しな

ければならないように思われる。そして、この意味から言えば、この公管理の概念を基礎づけるものは、行政と私人との間の不平等関係であって、フランス行政法の基礎的概念は、行政の保有する権力性に求められなければならないことになるであろう。この権力性の概念は、フランス行政法においては、先の権限分配の標準について考察したことからも了解されるように、わが国で一般に言われているよりも広く、上下の命令服従関係だけではなく、一切の不平等関係を包含する。このように、現行のフランス行政法の基礎的概念は、強いて言うならば、行政と私人との間の不平等関係という一種の権力性に最も重点が置かれている、と言うことができる。だが、他面、半世紀近くにわたる公務役概念の残した利益説的な影響も、フランス行政法中に残存し、この影響を無視することも許されず、権力性のみをこの基礎的概念として指摘することには、種々の難点が残る、と言うべきであろう。

この点で注目されるのは、リヴェロの見解である。彼は、次のように主張している。<sup>(1)</sup>すなわち、どのような法の部門、民法、商法、労働法等の学者も、それらの法を単一の原則に集約し、それらの規律のすべての事項について、唯一の主要概念で総合しようとするような大胆な意図を有しはしなかった。たとえば、民法において、私的自治の原則が主張されているが、民法を支配しているのは、この原則のみではなく、民法は、それ以外のいくつかの概念の総合により支えられているのである。このように、彼は、単一の支えの上に立てられているのは行政法に特殊であることとを指摘し、唯一の主要概念のみに基づいて行政法を構築することは誤りであり、行政法においても、いくつかの複数の基礎的概念が存在し、これらの諸概念に立脚して行政法理論が樹てられるべきものである、と説く。このリヴェロの主張しているように、唯一の概念、唯一の原則のみに基づいて、行政法を体系化し理論づけることには確かに無理がある。そして、現行のフランス行政法も、主として権力性の点に立脚しながらも、それ以外の諸概念、諸原則に

補足的に依拠して、その理論が展開されている、とすることができらるであらう。

- (1) J. Rivero, *Existe-t-il un critère du droit administratif*, *Revue du droit public*, 1953, p. 279-230. et op.cit. *Archives de philosophie du droit*, p. 165-168.

## 結 語

以上に述べてきたように、大革命期のフランスに特有な権力分立概念は、司法裁判所と別箇の系統の行政裁判制度を生み、その判例を通して、あるいは権威行為と管理行為の区別の概念を、あるいは公役務概念を、フランス行政法の基礎的概念として、出現させた。だが、この公役務の標準は余りに広すぎるがゆえに放棄され、権威行為の理論における公権力の標準は余りに狭すぎるがゆえに排斥された。<sup>1)</sup>

このフランス行政法の歴史的な発展は、行政法の基礎的概念の探求に、興味ある素材を提供している。まず、大革命当時においては、行政権を司法権から防禦する特殊の要求から、その行政行為は、文字どおり、行政によって行われた一切の行為という形式的な意味に理解され、この時代における行政法は、その行為者の資格による主体説的概念に立脚していた。だが、このような主体説に依拠する行政法概念は、そのすべての行為に一般私法と異なる法原則を適用することの合理的な根拠を欠いたために、司法裁判所の側からの攻撃をうけ、ついで、学説および判例は、権威行為と管理行為の区別の理論による権力説的な概念に基づいて、その行政法を構築した。しかし、この権力説的な行政法体系も、やがて、時代の進展につれて消失し、利益説的な公役務概念を基礎とする行政法に取って替わられた。

そして、この公役務概念も、今や、新しい社会情勢の変動の下に衰退し、広い意味での権力説的な概念が、フランス行政法中に、その基盤的な地位を占めつつある。

このフランス行政法中における基礎的概念の動搖は、我々に、行政法そのものの性格を暗示する。すなわち、行政法は、それが権力性ないしは行政と私人との力関係の不等性を有する法律関係である点において、私法と區別され、最も一般的に特徴づけられる。だが、行政法そのものの理論は、その権力性の上に立脚するものではない。このことは、権力説的な基盤に立つと一般に考えられているわが国の行政法においても、<sup>(2)</sup>管理行為なしは管理関係と通常と呼ばれている利益説的な観点を重視する理論が存在し、また、たとえば、判例上、国公立学校の学生の懲戒処分が公法上の法律関係とされるのに反し、私立学校のそれは私法上の法律関係とされ、<sup>(3)</sup>さらに、いかに不平等な関係に立つとしても、この行政法は行政庁以外に適用されることがない等のことから推察されることのできるように、主体説的な観点も、これを無視して考えることが許されない。このように、現在の行政法理論は、その権力性に重きを置きながらも、その目的または利益、およびその主体という三本の柱の上に組み合わされて、構築されている。そして、その三本の柱から、どのような原則が打ち出されて、行政法を体系化すべきであるかについては、なお、問題が残るが、この点の探求は、今後の行政法の発展の課題とされるべきものであらう。

(1) Rivero, op. cit. Revue du droit public, 1953, p. 279.

(2) この点については、鶴飼信成教授、行政法の歴史的發展、八六頁以下参照。

(3) たとえば、公立学校の学生の懲戒処分について、最高裁、昭和二九年七月三〇日判決、民集八卷七号一五〇一頁。私立学校の学生の懲戒処分について、東京高裁、昭和三十一年一月二六日判決、行裁例集、七卷一号一一九頁、参照。

# THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. XIII No. 3—4

## SUMMARY OF ARTICLES

---

### LA NOTION DE SERVICE PUBLIC EN DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS ( III )

#### Chapitre III L'appréciation de la théorie de service public et la systématisation du droit administratif français

Par Akira KAMIYA

Prof. adjoint (droit administratif),  
Faculté de Droit,  
Université de Hokkaido.

(1) Après avoir vu dans le chapitre précédent le déclin de la notion de service public et ses causes, comment peut-on apprécier aujourd'hui la juste valeur de cette notion ?

1°—Remarquons d'abord, à propos de sa valeur comme critère de distribution pour la juridiction administrative, les deux camps de doctrines qui s'opposent l'un à l'autre. D'un côté, Prof. Corail écrit qu'elle n'a plus valeur de notion juridique, et Prof. Waline, modifiant dans sa 7e édition du *Traité* son ancienne position, conclut qu'elle n'est valable que comme une question purement verbale. De l'autre côté, au contraire, Prof. Laubadère ne cesse de reconnaître la signification affirmative de cette idée maîtresse chez son école. Il admet, cependant, qu'elle ne suffit pas par elle seule pour déterminer le champ d'application du droit administratif.

Ainsi les doctrines récentes en France s'orientent, me semble-t-il, vers le sens négatif à l'égard du rôle de la notion comme critère unique pour la juridiction administrative. Mais ce sens d'évolution ne pourrait pas encore être généralisé, étant donné que la jurisprudence administrative connaît encore quelques arrêts qui n'excluent pas la possibilité de renaissance de la théorie de service public (Bertin, 1956 ; Grimouard, 1956). En tout cas, il me semble que la notion de service public a perdu la plupart de sa signification juridique positive comme critère de distribution pour

la juridiction administrative.

2°—Signalons ensuite l'aspect de cette notion comme base de systématisation pour le droit administratif. On en a déduit les divers principes: la continuité du service public, l'égalité devant le service public, l'adaptation du service public, la primauté du service public, etc. Mais tout de suite s'imposeraient les questions suivantes: Dans quelle mesure ces principes s'appliquent-ils au domaine, par exemple, d'entreprises nationalisées? Comment cette systématisation formulée essentiellement du point de vue d'intérêt ou de but peut-elle se concilier avec la notion traditionnelle d'utilité ou d'établissement publics? etc.

Notre appréciation à cet égard peut se résumer de la façon suivante. Du point de vues idéologique et sociologique, personne ne pourrait nier une large contribution de cette théorie au développement du droit administratif français mieux adapté à notre siècle (par exemple, le rejet du principe d'irresponsabilité de la puissance publique). L'indéniable mérite de cette doctrine de socialisation réside notamment dans sa clairvoyance de l'élargissement de rôle de l'Etat contemporain aux services économiques et sociaux. L'erreur de l'école de Duguit, regrettons-nous cependant, consiste à prétendre que tous les services d'Etat récemment instaurés soient soumis, en vertu de leur caractère d'intérêt général, au régime du droit public, et de là les défauts de la notion de service public. Mais l'idée de but ou d'intérêt général contenue dans cette notion ne conserverait pas moins une valeur réelle correspondant à l'évolution d'Administration de "Welfare-State".

(2) La notion de service public tend ainsi à perdre sa position prédominante comme l'idée de base pour le droit administratif français d'aujourd'hui. Alors, quelle conception conviendra à sa place?

L'idée de distinction entre les gestions publique et privée, par exemple, n'est qu'un substitut trop technique à cet égard. Il vaudrait mieux remplacer celle-ci par la notion de rapports inégaux entre l'Administration et les particuliers pour construire le droit administratif fondé sur l'élément de puissance qu'elle contient.

Nous trouvons, cependant, une très pertinente remarque sur ce

sujet dans l'article du Prof. Rivero (Existe-t-il un critère du droit administratif, R. D. P., 1953, p. 279), selon laquelle il n'y a aucune branche de droit qui peut se réduire à l'unique principe fondamental et se systématiser autour de lui d'une manière unitaire.

D'accord avec cette vue pluraliste et écartant la thèse unitaire, la conclusion générale de cette étude tire les trois éléments irréductibles du droit administratif français dégagés de toute son histoire ; le sujet (inspiré notamment de l'acte d'Administration au sens formel ou organique du mot depuis la grande Révolution), la puissance (préconisée d'une manière classique par la théorie de E. Laferrière fondée sur la distinction de l'acte d'autorité d'avec celui de gestion) et le but ou l'intérêt (tel qu'il est mis en relief par l'école de Bordeaux). C'est la combinaison de ces trois éléments essentiels, se complétant l'un l'autre, qui devrait construire le droit administratif français. Et l'auteur dira, en concluant cette étude, qu'on pourrait espérer une meilleure systématisation du droit administratif même pour le Japon, en se fondant sur la combinaison de ces trois colonnes.

(la fin)