



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	フランスにおける「行政法の憲法的基礎」をめぐる論争について（1）
Author(s)	深瀬, 忠一; FUKASE, Tadakazu
Citation	北大法学論集, 27(3-4), 187-200
Issue Date	1977-03-30
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16217">https://hdl.handle.net/2115/16217</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	27(3-4)_p187-200.pdf



フランスにおける「行政法の憲法的基礎」

をめぐる論争について (一)

深 瀬 忠 一

目 次

- 一、序
- 二、G・ヴェデル教授の「行政法の憲法的基礎」理論(以上本号)
- 三、C・アイゼンマン教授の反論
- 四、G・ヴェデル教授の「憲法の断絶と行政法の継統」論
- 五、結びに代えて

一 序

ジョルジュ・ヴェデル (Georges Vedel) 教授 (パリ大学Ⅱ、法学・経済学・社会科学大学。名誉部長) は、フランス現代公法学界における泰斗であり、憲法概説の名著<sup>(1)</sup>、比較政治制度論<sup>(2)</sup>、フランス憲法・政治・行政学の編著書<sup>(3)</sup>、注目すべ

き行政法教科書<sup>(4)</sup>があり、多くの俊英公法学者を養成し、夥しい雑誌・新聞紙上の論説・論評のほか、学部長の激職を多年勤められ、また多数の法律・政治顧問的（最高レベルの）行政実務にも参与され、その学説等はフランスの現実の公法・政治制度（改革）等に大きな影響を与えてきた。とくに、その憲法学は、広い視野と鋭く高い洞察力によって、またその明快さによって、はやくから私をひきつけ、一回目の渡仏留学以来の私のパリにおける第一の恩師であり、その後二〇年近く今日まで親しくお教えをいただいている。

ところで同教授の、第四共和制時代の論文に端を発し、行政法教科書中で体系的に叙述された、「行政法の憲法的基礎」の理論、および最近の論文「憲法の断絶と行政法の継続」<sup>(5)</sup>は、いたく私の問題関心をそそるものがあった。

また、右ウデル教授の「憲法的基礎」論に対して、フランスにおける数少ないケルゼニストとして知られる行政法学の鬼才シャルル・アイゼンマン教授の仮借のない反論<sup>(10)</sup>があり、その激越さは、私を驚かせていた。

「憲法は過ぎ去っても、行政法は存続する」<sup>(11)</sup>とは、オットー・マイヤーの有名な命題であるが、右ウデル教授の最近論文題名と酷似しているようにみえる。しかし、その実体的内容とその現実的機能は、両者同じといえるであろうか。

旧憲法・行政法（学）がドイツ公法（学）の圧倒的影響下にあったことはいうまでもなく、また、右マイヤーの命題の指摘する事態が、旧・新憲法間の断絶——主権の所在の革命的転換と行政・行政裁判の建前の根本的変革——にもかかわらず、わが国行政法（学）に多かれ少なかれ（意識的・無意識的に）みられるのではないか。そして、ちょうどその問題について最近フランスにおいて論争があるとすれば、わが国の旧・新「憲法の断絶」にもかかわらず「行政法は存続」するのか、「行政法」は新「憲法的基礎」に基づいて再構成されるべきではないのか、といった根本的問題の反省と再検討にあたって——国それぞれの事情・脈絡の重要な相違にもかかわらず——なんらかの示唆をうるこ

ができるかもしれない——たち入った検討を要する——と思うのである<sup>⑫</sup>。

今村先生は、私の北大法学部奉職以来二〇年、札幌における研究教育生活の第一の恩師である。行政法学の通説的  
見解をふまえられつつも、新憲法理念に基づき行政法学の輝かしい法理・解釈論の数々を創造され、多大の影響力を  
学説・判例上に刻印された今村先生に、心からなる感謝と深い敬意を表するために、本稿を急ぎ草し、この記念論文  
集の企画に参加させていただきたいと思う。

- (1) G. Vedel, Manuel élémentaire de droit constitutionnel, Sirey, 1949.
- (2) Les démocraties soviétiques et populaires, Cours de Droit, 1964.
- (3) Sous sa direction, La dépolitisation, mythe ou réalité, Colin, 1962 ; Colloque, La démocratie à refaire, Editions ouvrières, 1963 ; Préface de, Traité de science administrative, Mouton, 1966.
- (4) Droit administratif, P. U. F., Thémis, 1<sup>er</sup> éd., 1958 ; 4<sup>ed.</sup>, 1968 ; 5<sup>ed.</sup>, 1973.
- (5) 拙稿、A・エスマンの憲法学、北大法学論集一五巻一号（一九六四年）九六頁参照。
- (6) 最近の交流論稿として、同教授の、議院制と大統領制の間のフランス（拙訳）ジュリスト五五七（一九七四・四・一）号、九八—一〇一頁。
- (7) Les bases constitutionnelles du droit administratif, Etudes et Documents du Conseil d'Etat, no. 8, 1954, p. 21—53.
- (8) Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge, in Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public, t. III, L. G. D. J., 1974, p. 777—793.
- (9) 拙稿、G・エロー教授の法理論の特質——フランスにおけるケルセニスムの批判的攝取と超克例——、北大法学論集一四巻二号（一九六三年）一〇四頁参照。
- (10) Charles Eisenmann, Le théorie des «Bases constitutionnelles du droit administratif», in Revue du Droit Public, 1972, no. 6, p. 1345—1441. cf. du même, Le droit administratif et le principe de légalité, E. D. C. E., 1957, p. 25—40.
- (11) 塩野宏、オートリー・マイヤー行政法学の構造、有斐閣、一九六二年、二八九頁以下参照。

(12) 近藤昭三、公役務概念の変遷と行政権限(戦後三十年間における世界の公法学界の潮流、フランス法)、公法研究三七号(一九七六年)一三三—一三九頁とくに二三五頁、磯部力、フランス行政法学の新傾向、同号、二四〇—二五三頁は、本稿との関係で必読の参考文献。また、神谷昭、フランス行政法の研究、有斐閣、一九六五年(とくに、フランス行政法成立史、フランス行政法における公役務概念について)は、今なおきわめて有益な基礎文献。なお、全国憲法研究会一九七二年一〇月第一五回研究会では、「憲法と行政法——現代行政法理論の憲法学的考察」のテーマで、高田敏・池田政章・小高剛教授の報告があった。印刷出版されなかったのは残念であるが、行政法を憲法の具体化された各論として再構成しようという志向を示唆する重要な問題提起があった。

## 二 G・ウデル教授の「行政法の憲法的基礎」理論

アイゼンマン教授が批判の主たる対象としたのは、ウデル教授の「行政法」教科書第四版(一九六八年)に体系化された学説である。第五版(一九七三年四半第一期)も基本的に全く同じ(この版は、前年末のアイゼンマン教授の批判に答えるための余猶なく出版されたと思われる。以下第五版による。一九七六年第六版でも変更のあととはみえない<sup>1)</sup>)。

(1) 第一篇は「行政および行政法」論<sup>2)</sup>であるが、そのうち、第一章は「行政法の憲法的基礎」、第二章「行政法」であるから、「行政法の憲法的基礎」はウデル行政法学において文字通り第一の基本問題として取扱われており、それが他の行政法概説書との顕著な相違を示している。憲法学者の行政法学ともいえようか(フランス公法学教授は、憲法、政治学、行政法、国際公法、財政法の全面に通ずるが、おのずから得意の専攻領域があるのが普通である)。

そして、同教授が最も強調し明確ならしめようとするのは、一九五八年憲法以前(第二節)と以後(第二節)において行政の憲法的観念に重大な変化<sup>3)</sup>がもたらされたことを対比しつつ、継続的共通性と変革的相違性を区別して精確に解明したうえで、総合的に現制度を定義する(第三節)ことである。行政および行政法はその定義を憲法に基づいてのみ

規定しうるものが前提とされている。

(2) 一九五八年憲法以前の伝統的憲法概念（一七八九年から一九五八年まで、例外期を除く主として第三・第四共和制憲法）によれば、法律の優位と立法事項領域の無制約性の原則のもと、それは「執行権の作用」(action du pouvoir exécutif) であり「公権力の諸手続によって」(par des procédés de puissance publique) 遂行されるものである。要点は次の「行政法」一七—一九頁)とおりである。

1. 行政は、その本質において、「執行権の行使」<sup>(5)</sup>である（一八七五年二月二五日憲法法律第三条は大統領が「法律の執行を監視し確保する」、一九四六年憲法四七条は総理大臣が「法律の執行」を確保すると規定。「法律の執行」の内容は、法律の公布や、その執行のため強制力を行使し、法律が明示的に政府に委託した任務の遂行のほか、より広く「公共の秩序を維持し、公役務の継続的運営」を確保する広汎な作用を含む。ただし執行権と国の他の憲法的諸機関との関係や、国際法上の他国や諸団体との関係にかかわる事項は、行政から除外される。

2. 行政は、通常の場合には「公権力」<sup>(6)</sup>（憲法により承認されている国民主権 souveraineté nationale すなわち「フランス人民の名において」△統治団体の主権的支配力<sup>(8)</sup>の結果として）国家機関が一般法に抵触して——通常の場合一般私人に認められている権利とは異質の——認められている一定の特権および課せられている一定の義務の法制度をさす。議会の立法権裁判所の紛争解決権、法律の枠内で執行機関がその職責を果す<sup>(9)</sup>の制度のもと「一般法に抵触する諸特権および従属 (prérogatives et sujétions exorbitantes du droit commun)」<sup>(9a)</sup>を通じて作用する。

3. 行政が、例外的に一般法の制度のもとに作用する場合には、それは（行政固有の）特殊な法律問題を提示しない（一定事項につき一定の条件で、行政はその公権力の特権を放棄し、普通法すなわち民法の枠内で行動する。例えば、一定の行政庁への調達品納入にあたり、行政契約——それは行政庁に特別な特権を認める——ではなく民法——一般私人と同様——による契約により

行なう場合、あるいは、一定の「工商業」公役務においては、その事業内容が一般私企業と同様のものである場合、部分的ないし全面的に行政庁の特権を放棄して、私法の諸条件のもとで運営することがある。

4. 結局、この時期の憲法体制下の行政の総合的な定義としては、「公権力の制度のもとにおける執行権の行使」(l'exercice du pouvoir exécutif sous un régime de puissance publique)だとしようことになる。

- (1) 前掲一、序註(4)文献、「行政法」と略。同註(7)文献、「憲法的基礎」と略。後者論文において、ヴェデル教授は「公役務学派」の危機とその諸原因について、「公役務観念の「不明確性」と実定(判例)法の総合的解明不可能性、行政活動の他の諸手段とくに「警察的規制」をみていないことを挙げ、「公権力」の重要性を看過し、行政法の憲法的基礎を追究していないことを指摘。また「公役務」観念は、本質的に「実体的」な観念であるが、憲法および行政法の法的な現実からいえば「形式的」ないし「機関的」な観点がはるかに優越性をもつと述べ、そのような観点からすれば、行政法の依ってたつ憲法的基礎は「執行権による公権力の行使である」とすべきことを、実定法・行政判例にそくして論じ、そのような理論が実定法の所与を「一貫性」と「忠実性」をもって最もよく(完全とはいえないまでも)説明しうる故に妥当だと結論する。細部につき、必要に応じて、後述。cf. G. Vedel, Remarques sur la notion de clause exorbitante, in *Mélanges A. Maistre*, 1956, p. 527 et s.

- (2) 同教科書の篇別は、第二篇・行政制度(一章・行政機関および司法機関の分離の原則、裁判官の権限)、二章・行政行為の法制度、三章・合法性の原則、四章・行政およびその公務員の責任)、第三篇・行政裁判官(一章・一般の観念、二章・行政裁判管轄の組織、三章・裁判の権限の種々の行政裁判管轄への配分、四章・行政裁判管轄における手続、五章・越権訴訟)、第四篇・行政の諸構造(一章・法律のおよび技術的所与、二章・国の行政、三章・地方公共団体、四章・公共営造物、五章・公企業、六章・私人の行政作用)、第五篇・行政作用についての一般の観念物(一章・行政警察、二章・公役務)。

- (3) ヴェデル教授は、立法事項と命令事項の根本的転換を「法律的革命」(révolution juridique)と呼んだ(Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques, 1958—1959, Cours de Droit, p. 1044)。また「反革命」と呼ぶ学者もいる(G. Morange, La hiérarchie des textes dans la Constitution du 4 octobre 1958, Recueil Dalloz, 1959, p. 21)。拙稿、フランス第五共和制憲法の成立とその基本構造「ジュリスト」一九四(一九六〇・一・一五)号三九頁参照。ただし、それら制度の変革は「統治技術上」のものであって、政治「哲学的、経済的、社会的原則」上の革命ではない(ビュルドー)ことに注意すべきであ

る(むしろ一七八九年人権宣言、一九四六年憲法前文の権利宣言、共和国の諸法律により承認された基本的諸原則の堅持と発展を志向。一九五八年憲法前文、二一三、四、四八、六六条等参照)。わが国の旧・新憲法の基本原則上の変革・断絶の場合と根本的に異なることを忘れてはならない。本号、マキ論文参照。

(4) cf. G. Galichon, Aspects de la procédure législative en France, in *Le travail parlementaire en France et à l'étranger*, 1955, p. 125 et s.

(5) cf. P. M. Gaudmet, *Le pouvoir exécutif dans les pays occidentaux*, Ed. Montchrestien, 1966; G.-M. Cotteret, *Le pouvoir législatif en France*, L. G. D. J., 1962.

(6) 1. 個別的に法律により政府に委託された諸権限のほか、憲法は「法律を執行するための一般的権限 *une investiture générale*」を政府に与えている。2. 「法律の執行」とは各法律の執行以上のものであり、国民生活に必要な諸条件を維持すること、すなわち、公共の秩序の維持(Labonne 判決、国務院一九一九年)および公役務の継続的運営(Herries 判決、国務院一九一八年)を確保すべきである。3. 非常事態において、ある法律の執行が諸法律全体の執行を妨げ国民生活を危殆に頻せしめる性質の状況があれば、通常の場合には違憲ないし違法であるような諸施策を執行部が実行にうつすことは正当とせらる。なお公の秩序と公役務、規制と給付の区別を説明。また、作用としての行政と機関としての行政の区別があり、行政は執行権の唯一の任務ではないが、行政は排他的に執行権の任務である(フランス固有の行政裁判・司法裁判の分離原則と関係)。

(7) 「公権力」概念については、v. M. Rosset, *L'idée de puissance publique en droit administratif*, Dalloz, 1960.

(8) 近藤昭三、前掲論文、三三五頁参照。

(9) J. Rivero, *Existe-t-il un critère du droit administratif*, R. D. P., 1953, p. 285—289. の批判の影響下に、公権力は一般私人の法制度に「より多くの *en plus*」抵触を行政の諸特権によって加えるというだけではなく、行政の公益理由による決定や公務員試験や売買に競売・入札手続を要するなど法的拘束・規制に厳しく従属させられているから、私人よりも「より少なく *à moins*」特権をもつにすぎないことにより特徴づけられるとした。

### (3) 一九五八年憲法における行政法の継続性と転換

現行憲法が、行政法の基礎となる伝統的諸原則の何を継承し何を変革したかについて、(a) 政府の作用の定義、(b) 行

政の二頭制としての大統領部門と政府部門、(c)法律と命令の關係に分説する。遂一検討して要点を記そう(「行政法」二九一五頁)。

(a) 政府の作用の定義について、憲法の次の諸条項を引用。

第二〇条一項 政府は国の政策を決定し指導する。二項 政府は行政各部および軍隊を指揮監督する。三項

政府は、第四九および第五〇条に定められた条件および手続にしたがって国会に対し責任を負う。

第二一条一項 首相は政府の活動を指導する。彼は国防につき責任を負う。彼は法律の執行を確保する。第一

三条の規定の留保のもとに、彼は命令制定権を行使し、文武官を任命する。

第二二条 首相の行為は、場合により、その執行を担当する大臣によって副署される。

右の諸規定は、憲法すなわち政治的法の観点からは重要であり、議会に対する政府の優位(後者が指導し前者は統制する役割にとどまる)、および首相固有の権力の確認(大臣と政治責任を分割するわけではなく、首相の当該決定に担当大臣の執行上の協力をうるための副署)に注目すべきである。

しかしそれらは、行政法の観点からは、殆んど新味はない。首相が、行政各部・軍隊を使用しうることは、執行権の首長に有利な伝統的ルールである。ただし、次述(b)の大統領との権限關係が新しい問題である。また、首相の法律の執行と命令制定権も伝統的なものであるが、後述(c)立法事項領域の制限と命令制定権に認められた一般的権限との関連で、それらははるかに広汎な意味合いをもつようになつた。

(b) 行政の二頭制として、行政における大統領部門と政府(首相)部門ができたのは新事態である。

第三・第四共和制時代には、行政は法律的に一頭制であり、前者は大統領、後者は内閣総理大臣が首長として、行政の階層的統一性を確保する基本構造をもっていた。ところが一九五八年憲法が設定した行政二頭制においては、首

相が平常時には行政各部を指揮監督し責任を負うが、結局大統領が、非常事態においてのみならず、平常時にも活潑に行政に介入する。

平常時の行政行為には、大統領がコンセイユ・デ・ミニストル大臣会議で審議されたオルドナンスおよびデクレに署名すること（憲法第二三条一項。憲法第三八条により暫定的に法律の効力をもちうるオルドナンスは、常に大統領の主宰する大臣会議で審議し、大統領が署名し、また最も重要なデクレは大臣会議の審議と大統領の署名を要するから、後者の指導と統制力が及ぶし、大統領が命令制定権の重要部分を保持することになる）、および国の文武官を任命すること（憲法第一三條二項。大統領は最も重要な官職を任命するがその種官職は多く首相の任命に対する例外の性格を失なう。また、懲戒権も任命権者に帰属）が重要。そのようにして、大統領は「政治的仲裁者」でないし「超政府的權威」であるのみならず、「最高の行政權威」でもある。しかし、大統領は法律上、首相ないし政府に帰属せしめられた行政事項の移送権（*pouvoir dérogue*）をもたず、また、首相固有の諸権力（とくに大臣会議の審議を免ぜられ首相の權威のみで制定しうるデクレの権力）が少なくないので、大統領に階層的に従属しているとはいえない。要するに、行政の權威は一つに統一されているのではなく、大統領と首相が各々一定範疇事項について最高の行政權威——二つの——なのである。

非常事態（急）においては、大統領が国の全権力を掌握するのだから、最高の行政權威は単一である（憲法第一六條。憲法問題は別として、行政法的には、大統領の決定が一切の裁判——司法・行政裁判所、憲法院の——統制を免れる。また大統領のムジュルとつた措置の法律的性格につき、國務院は折衷的解釈をとっており、第一六條適用決定は「統治行為」、立法的性格の措置は行政裁判統制を免れ、行政的性格の措置は行政裁判官の統制に服するものとして留るとする）。

(c) 法律（ロワ）と命令（レジマン）の関係については、一九五八年憲法は「法律的革命」ともいふべき大転換をもたらした（憲法第三四、三七條）けれども、以前と変らぬ継続的共通性が残り、両者の区別・範囲を明確ならしめる必要がある。<sup>(3)</sup>

1. 第三・第四共和制下の法律と命令の関係はどうだったか。それらの定義について、法律はもっぱら形式的ないし機関的（国会の議決を経て大統領により公布された行為）にのみ規定され、実体的ないし内容的には定義されえない（「一般的・非個人的」法規範ともいわれるが、個別的ないし個人的対象の法律が少なくない）。これに対し、命令は、形式的には執行権の首長（または彼に従属する行政機関）による執行的決定としての行政行為であるとともに、実面的にも「一般的かつ非個人的」規則（命令にあらざる他の行政行為とちがって）でなければならぬ。

またそれらの法制度について、法律は「一般意思の表現」であり始源的権力の無条件的な最高位階の行為だが、命令は法規範秩序の中で行政行為として法律の下位に立ち条件づけられた（法律違反なら効力のない）行為である。また、一定の専項は「共和制的伝統」により性質上法律に留保された領域とされる（法人格の規定、租税、選挙権、選挙制度等）ほか、それ以外にも法律を議決することにより介入しうるのに対し、命令にはそのような留保領域はない。立法された領域に該当しない事項（上記公共の秩序の維持等）に対してのみ命令は自律的に介入しうるにとどまる。そして、法律はその効力を争われたり過失責任を負わされない「不可争的」および「非難しえぬ」行為であるのに対し、命令は行政裁判所（場合により司法裁判所）で争われ、また過失責任を負う行為である。要するに「命令制定権は法律の執行のため、法律を遵守し、また立法者が（行政庁の）自由に任せることに同意した領域において行使される」のである。

2. 一九五八年憲法における法律と命令の関係は大いに異なる。憲法第三四条は立法事項を列挙方法で明記し、第三七条は「法律の所管以外の事項は命令所管の性格（un caractère réglementaire）をもつ」と規定したから、命令制定権限が「一般法（droit commun）」（原則）となり立法権限が「例外」となったわけである。一定事項は全面的に立法事項（命令制定権は法律に従属し残された領域で行使される伝統どおり）、他の一定事項は「基本原則」のみ立法事項（その原則内は命令制定権の留保領域）であり、それら以外の事項は命令制定権の行使領域である（立法権から独立、憲法規範ないし「法

の一般原則<sup>(5)</sup>」によってのみ制限される。そして委任命令（先行共和制では法令<sup>デクレ・ロワ</sup>ないし全權委任法<sup>ロワ・ド・プアラン・アザワール</sup>として違憲性が議論された）につき憲法第三八条は通常、立法領域に属する事項も法律令の形態で政府が議会の授權を求めると規定した（手続だけが問題）。

3. 右のような法律と命令に關係する憲法的諸条項、とくに第三四・三七条による建前の轉換は、正確にはどのよう<sup>(6)</sup>な意義をもつか。

まず、行政法の観点から重要であるのは、立法領域が指定され、命令制定権は<sup>(7)</sup>（第三八条の委任立法の場合別）そこに介入しえないが、立法者もその領界から逸脱しえないことである。留保された領域は命令制定権のそれであり、命令制定権が「一般法の通常の権限」となり、立法権限が「例外」権限となった。

ついで、「法律の執行」は（先行共和制下における行政の任務）行政活動の一つの側面であるにすぎぬことになり、（憲法第三四条列挙の立法事項の執行以外の）留保された領域における命令制定権は、自発的・自律的に発動しえ、法律に対する關係で「独立的」である（行政裁判官がこの命令領域の行政行為を「法の一般原則」に服せしめる場合には、立法的のみならず憲法的価値をもつ原則としなければならぬ）。

さいごに、これとは逆に、次の点では従来と継続的共通性がある。法律が、立法事項につき法律を制定した以上（公布以前にのみ憲法院の審査権は行使される<sup>(8)</sup>）「不可争行為」「無過失行為」であり「立法された事項」の權威をもつものとして留る（政治的・憲法的観点からは、法律は始源的・無条件的行為ではなくなり大変更を蒙ったが、行政法の見地からの法律は、制定された法律である以上従来どおり「最高」である<sup>(9)</sup>）。また、命令は、今までどおり、行政行為の一種である。したがって、それは「立法された事項」の權威をもちえず、「決定された事項」<sup>(10)</sup>（「行政法」二〇三頁以下）のそれしかもちえない。

なお、公法的裁判管轄は、行政裁判所（とくに國務院）および憲法院の二元的なものとなった。

- (1) 執行権の「二頭制」の問題は、第五共和制憲法に内在する根本的な政治制度の問題（矛盾）であり、大統領と首相の対立・衝突となって、議院制と大統領制の折衷形態の矛盾を露呈する。cf. J. Gauvet, *Conflicts, les deux têtes, les deux pouvoirs, Le Monde hebdo.*, 3—9, 10—16 juin 1976; A. Claisse, *Le Premier Ministre de la Ve République*, L. G. D. J., 1972 (深瀬・中村「フランス公法最近文献覽々書き」北大法学論集二五卷四号一五三頁)。
- (2) 近藤昭三「第五共和国における非常大権について」法政研究二九卷一—三号参照。G. Camus, *L'Etat de nécessité en démocratie*, L. G. D. J., 1965; M. Voisset, *L'article 16 de la Constitution du octobre 1958*, L. G. D. J., 1969.
- (3) v. B. Brachet, *La délimitation des domaines respectifs de la loi et du règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958*, thèse, Bordeaux, 1965.
- (4) v. M. Duverger, *Constitutions et documents politiques*, P. U. F., 1974, p. 249—252. 宮澤俊義編「世界憲法集(第二版)」岩波文庫、一九七六年、二五五—二五七頁、参照。
- (5) 神谷昭「フランス行政法における法の一般原理」前掲書所収、二九七頁以下。B. Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Sirey, 1964. サベル「行政法」二七八頁以下。
- (6) cf. R. Chapus, *De la soumission au droit des règlements autonomes*, Dalloz, chronique, 1960, p. 119—126.
- (7) v. C. Franck, *Les fonctions juridictionnelles du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat dans l'ordre constitutionnel*, L. G. D. J., 1974. (深瀬・中村「前掲覽々書き」北法二五卷四号一五九—一六〇頁、二六卷四号一八四頁)。

#### (4) 行政(法)をめぐる伝統的要素と新要素の検討と総合

以上の検討にもとづき、一九五八年憲法下で行政(法)にかかわる伝統的継続要素と変革的新要素とを区別し、総合的結論を見出さねばならない(「行政法」五〇—五六頁)。

(a) 伝統と新要素について、まず、伝統的所与で維持されるべきものに、行政の「形式的ないし機関的理解」がある。

行政とは「大統領ないし首相、および彼らが指導ないし統制する諸官庁ないし機関に委託された活動」である(「機能的ないし実体的」な定義は不可能である。なお、国の政府部門に属する行政のほか、地方公共団体や公共営造物(大学など)および行政

活動に参加する私的組織を含む（公役務の認可、社会福祉金庫など）。また、行政は政府の諸活動の一つにとどまり、大統領や首相はそれ以外に憲法的諸機関の關係にかかわる権限（首相や大臣の任命、法案提出、国民議会解散等）および対外国關係の権限を行使する。

ところで、行政法に関連する新たな憲法的所与としては、上記のとおり、一般的・非個人的法規範の定立という観点から、命令制定権が一般的権限となり立法権が例外的権限となったことが重要である。立法事項として憲法第三四条に列挙された事項以外の事項について、憲法第三七条により、命令制定権者（大統領、首相）は、その意思により、一般的規則を制定し、全行政庁およびその活動を通じて適用せしめうるのである（諸命令間の階層制の問題は残る）。このようにして行政活動は、立法・司法・外交活動に対して（それらは「例外」的性格をもち、明示の規定がないかぎり、権限の推定はない）、「一般法的国家活動」を構成するといわねばならない。

さいごに、公権力と私管理の問題を検討（「行政法」五五頁）してみると、純粹に実体的な意味においては、私管理も行政の一部を構成し、少なくとも部分的に私法に従属する領域（行政公法に對立する行政私法<sup>II</sup>私管理に適用される私法の諸規則の一面）があるというべきだろう。しかし、「法律的定義は純粹に論理的でもなければ純粹に恣意的なものでもない。それは機能的なものであって、諸々の法律的な存在態を理解可能であると同時に利用し得るもの<sup>ユレイザブル</sup>のたらしめるような一貫性と有用性を統合するものでなければならぬ」。したがって、『行政』および『行政的』という術語を定義することは一定の類型の法制度を特定化することを目的とするのだということが明確に前提とされる以上、そのような（行政の）定義から私法に服するような国家諸活動を排除することが許される<sup>」</sup>。

このような（私法に服する国家諸活動の）排除は、憲法的にも正当化されうる。すなわち、上述のとおり憲法第三七条に出発して行政を一般的国家活動だと特徴づけたのだが、同条は「法的規範を一方的に設定する権力」という「すぐ

れて公権力の特権」にほかならないところのものを規定しているのだから。したがって、私管理の諸方法を用いることは、この原則の立場からは「例外的なもの」であり、私法は国家の諸活動に関して「例外法」となるわけである。

(b)総合的結論(「行政法」五六頁)について。以上検討のように、第三・第四共和制憲法下の行政(それは、法律との関連において、法律の執行権および公権力觀念により定義された。この定義は、法律の至高性および立法権の無制約かつ遍在的な権限を認める憲法体制を反映していた)とは異り、一九五八年憲法は、行政活動について政府に有利な一般法的権限と制度を設定した(その結果、行政は行政制度との関係において、国および公法人の諸活動の一般法的性格をもつものとしてそれ自身において自律的に定義される。換言すれば、一九五八年憲法は、「反証がないかぎり、公的は一切の活動が行政的性格をもつものと推定されることになったのである)。

結局、一九五八年憲法下の行政(法)について、次のように結論を要約しよう。

1. 「行政制度とは、国および公法人の諸活動に一般的に適用される法制度である。」
2. 「行政は、個別的な条項に依って行政制度とは異なる場合に該当するのでないかぎり、国および公法人の諸活動の全体である。」

3. 端的にいうと、「行政法は公権力の一般法 (Le droit administratif est droit commun de la puissance publique) である。」

以上、かなり詳しく紹介・検討した(筆者の総合的検討を留保)「行政法の憲法的基礎」のモデル理論に対する、アイゼンマン批判を次に検討しなければならない。

(未完)