



Title	フランス行政法成立史(二) : 行政裁判権の形成・確立をめぐって(フランス行政法研究 その一)
Author(s)	神谷, 昭; KAMIYA, Akira
Description	論説
Citation	北大法学論集, 12(3), 64-119
Issue Date	1962-03
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/27801">https://hdl.handle.net/2115/27801</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	12(3)_P64-119.pdf



# フランス行政法成立史 (二)

——行政裁判権の形成・確立をめぐる——  
(フランス行政法研究 その一)

神 谷 昭

## 序 説

### 第一章 大革命期の行政と司法との権力分立概念とその法制化

#### 一 序 説

#### 二 大革命当時における権力分立概念

#### 三 行政と司法との権力分立に関する原則の法制化

#### 四 活動行政による行政訴訟事件の審理

#### 五 行政裁判所の設置

### 第二章 行政権と司法権との権限分配の修正と第一次権限裁判所の設置による判例の統一

#### 一 序 説

#### 二 行政裁判所制度の歴史的概況

#### 三 行政権と司法権との権限分配に関する判例の対立とその傾向

#### 四 第一次権限裁判所の設置と判例の統一化(以上前号)

第三章 行政権と司法権との権限分配の修正と権限裁判所の判例による統一 (以下本号)

一 第二帝政下における行政裁判制度の概況

二 第三共和制下における行政裁判制度の整備

三 第二帝政下における国の訴訟に関する判例の対立とその傾向

四 権限裁判所の設置に伴う国の訴訟に関する判例の統一化

五 地方団体の訴訟に関する判例とその進化および統一

六 必ずび―その当時における行政裁判制度の評価

第四章 権威行為と管理行為の区別に関する理論とその意義

一 序 説

二 権威行為と管理行為の区別に関する理論の生成

三 ラフェリエールによるこの理論の体系化

四 権威行為と管理行為の区別に関する理論の意義および効果

第三章 行政権と司法権との権限分配の修正と権限裁判所の

判例による統一

一 第二帝政下における行政裁判制度の概況

二月革命による共和政府が崩壊し、第二帝政に入ると、一八五二年一月四日の憲法の前文が宣言しているように、帝国における政治制度への復帰が主張され、第二共和制下において採用されていた議会制度を先の時代の制度にもどそうとする動きが見られた。このような政治的傾向から、第二共和制のもとで実現をみた訴訟に関するコンセイユ・デタの固有の裁判権および権限争議に関する権限裁判所の固有の裁判権の制度は、従来のコンセイユ・デタの解散宣

言および一八五二年一月二五日の新たなコンセイユ・デタの組織および権限に関する組織命令によつて廃止され、わずか三年余りの短かい生命をもつて、第二帝政の実現とともに消えたのであった。

このように、この時代のコンセイユ・デタは、君主制の伝統に一致して、立法および高等行政の権限とともに、権限争議および行政訴訟事件の審理権をそれ自身に取り戻した上級裁判権 (juridiction supérieure) をあわせもつた国の長によつて任命される国の長の一つのコンセイユとして、一八四八年の二月革命以前の状態に復帰した。だが、このコンセイユ・デタについては、それ以前の状態に比して、二つの重要な改革が、訴訟事件の判断の方法についてもたらされた<sup>(1)</sup>。その第一は、留保された司法の制度においてコンセイユ・デタの總會に常に排他的に帰属していた判決権を、ある範囲においてこの總會と訴訟部との間に配分したことであり、このようにして、公開されず弁護士が要求されることもない事件の判断権は、訴訟部のみ<sup>(2)</sup>に帰属することとなった。その結果、この時代の訴訟部は、弁護士の要求される事件の予審および準備の任務と、弁護士の要求されない事件の判断の任務という二つの混合的な職権 (des attributions mixtes) を保有することとなったのである。その第二の改革は、公開の討論に列席するコンセイユ・デタの總會の構成の修正であり、この總會は、一八四五年の法律が規定するような通常役務のすべての構成員を包含する代りに、訴訟部の構成員と二つの理由により行政部によつて委任された評定官のみで構成されることとされた<sup>(三)</sup>。この結果、訴訟事件を審理する總會においても、この訴訟部は、その構成においてより強力な割合を占め、判決について多くの影響を及ぼすことができることになり、事件の審査によりよい保障の途を開いたのであった。

右のように、この時期のコンセイユ・デタは、留保された司法の制度に復帰しながらも、留保された司法の制度に伴う欠陥の是正に努め、先の制度にくらべて、いくばくかの整備ないしは進化を示したものと言えよう。そして、そ

れとともに、この時期においては、行政訴訟の方法およびその手続の面でもかなりの進化が見られることが注目される。この点は、先述した越権訴訟<sup>(3)</sup> (le recours pour excès de pouvoirs) の手段のより一般的な普及の点に現われている。元来、この越権訴訟は、法律の明文の根拠を欠きながらも、七月王制以後のコンセイユ・デタの判例上に独自の進展をみた訴訟方法であったが、一八六〇年から一八七〇年の時期において、この訴訟について弁護士を強制することをやめた上に印紙・登録以外の一切の費用を免除する一八六四年一月二日のデクレ<sup>(4)</sup> の施行によって、安価かつ便宜なこの訴訟は、さらにいちじるしい利用を見るに至った。そして、この普及の結果、コンセイユ・デタの判例は、訴訟の不受理の理由 (les fins de non-recevoir) を禁止し、適法性の問題について生じたすべての行政行為に対する訴訟判決権を留保し、政治的統制的な性質をもつことを理由に訴訟の対象から除外される決定を減少しようとする傾向をみせ、違法な行政行為によって侵害を蒙った市民の保障に貢献し、その訴訟手段は一段と整備されてきたのである。

(1) E. Laferrère, Traité, t. I, p. 256-257.

(2) だが、この訴訟部の弁護士<sup>(5)</sup>の要求されない事件の判決権限は、例外的な幾分選択的な名義のみ与えられたものであり、訴訟部の評定官の一人または政府委員によってその移送が要求された場合には、事件は、コンセイユ・デタの公開の会議である総会に移送されなければならない(一八五二年一月二五日の組織命令第二一条)。

(3) 行政裁判所が、その事件の内容について、行政庁の判断に代わる判決をすることができず、行政庁の権限の限界を審査し、単にその権限を超過している処分を取消すにすぎない訴訟をいう。わが国でいえば、一種の抗告訴訟的な性格を有する訴訟であるが、訴の要件などに異なる点が見られ、またわが国の抗告訴訟と異なり、沿革的に、本来的な行政訴訟 (le contentieux administratif proprement dit) というよりも、むしろ補充的な行政訴訟として考えられてきた点に、その特色を有する。この越権訴訟の性格については、神谷「フランスの行政訴訟制度」公法研究第一五号、一二三—一二四頁参照。

(4) L. Aucoc, Conférences sur l'administration et le droit administratif, 3<sup>e</sup> éd. 1885, t. I, p. 511-512. なお、コンセイユ・デタの大多数の判例は、この越権訴訟の準拠を、一七九〇年一月七日—十四日の法律の「行政団体に対する無権限の異議は、一般行

政の長たる国王に提起される」という法文に求めており、オーコックは、この訴訟の原理の出発点を、行政裁判所の組織について長い間適用されてきた国の長の行政訴訟の判決権の留保にあると述べている。この点については、前出、第二章二(3)、北法一二卷二六二—二六三頁参照。

(5) 一八六四年一月二日のデクレは、この他に、民事および軍事の年金の事項について提起された訴に弁護士をつけることを免除し、公事業・物品供給契約に関する事件、および行政が国有公産 (le domaine de l'Etat) の代表者として行動するすべての紛争において国が費用負担を命ぜられうる旨を決定している。また、より重要な事項として、このデクレは、大臣が決定をすることなしに二カ月以上を経過したときには、下級機関の行為に対して大臣に提起されていた訴を直接コンセイユ・デタに係属させることを許し、大臣の裁判 (l'action ministérielle) の規制を目的とする重要な定めを規定している。

二 第三共和制下における行政裁判制度の整備

(I) 委任された司法の制度の採用による行政裁判制度の整備

一八七〇年九月四日の革命によつて樹立された第三共和制下の国防政府は、一八七〇年九月一五日のデクレによつて、第二帝政下のコンセイユ・デタの構成員の職務の停止を宣言し、コンセイユ・デタの再組織法律が制定される迄の期間の暫定的な作業を確保するために、政府によつて任命された八名の評定官と十名の調査官などよりなる暫定委員会 (une commission provisoire) を創設した。この委員会においては、第二帝政下に改正された一八五二年の訴訟手続は、弁護士の要求されるか否かによる訴訟部と訴訟会議 (l'assemblée de contentieux) との間の訴訟事件の配分の点に關して適用され続けたが、若干の修正をうけ、公開の弁論 (les audiences publiques) がすべての委員会で行われることとなった (一八七〇年一〇月三日のデクレ)。だが、この委員会は、緊急の行政および訴訟的な事件の進捗のためにのみ構成されていた。それゆえ、ついで恒久的な行政裁判所に関する討論が、国民議會によつて論議されることとなったのであった。

この第三共和制の初期には、一八七一年四月一四日の市町村組織法律 (La loi municipale) および同年八月一〇日の県組織法律 (La loi départementale) の制定に見られるように、中央集権を緩和し、地方の利益において中央の権限の行為を減少しようとする一傾向が見られた。この傾向を代表したのが、議会の内部のいわゆる地方分権委員会 (La commission de décentralisation) の見解であった。そして、この地方分権委員会は、地方の自由の発展に対する妨害を行政裁判権の中に見出そうとし、一八七二年六月一四日に付託され、この委員会によって修正された法律案は、県参事会 (conseil du préfecture) の廃止を提案し、従来の県参事会の控訴裁判所としてのコンセイユ・デタの廃止によって、近い将来にすべての行政裁判を廃止すべきことを付託した。だが、この法律案は、国民議会において何らの議論の対象にもなりえず、行政裁判所の制度は維持され、かえって、一八七二年五月二四日のコンセイユ・デタの組織法律によって、コンセイユ・デタの訴訟権限は強化され、コンセイユ・デタに、行政訴訟に関する訴および越権による取消請求について終審として (souverainement) 判決する権利が授与されたのであった。

この一八七二年五月二四日のコンセイユ・デタの組織法律は、半世紀間にわたって徐々にコンセイユ・デタを規律してきた一八四九年および一八五二年の立法と、一八三一年に樹立され一八四五年に承認された法規の三つの重要な組織法律を結合させて、新しいコンセイユ・デタを設置した。まず、この法律は、一八四九年の立法から、国民議会による評定官の任命、訴訟事項における固有の裁判権のコンセイユ・デタへの委任、および権限裁判所の制度を借用した。ついで、この法律は、一八五二年の立法から、コンセイユ・デタの訴訟部と訴訟会議との間の訴訟事件の判断権限の分配、およびこの訴訟部と行政部によって委任された構成員よりなる訴訟特別会議の制度を借り、さらに、

一八三一年および一八四五年の規定から、檢察 (le ministère public)、口頭の弁論および法廷の公開の制度を受け入れたのであった。

この一八七二年に採用された諸制度のうちで、最も注目されるべき事項は、一八四九年の第二共和制下で一時的に採用されたコンセイユ・デタへの固有の裁判権の委任、すなわち委任された司法の原則ならびに権限裁判所の制度の復活である。元来、行政訴訟の判決に対する承認を國王に留保する留保された司法の制度は、行政に対する大臣責任の原理に基くものとされてきた。ところで、第三共和制下の政府および国民議會は、この大臣責任の原理の援用は理由がないとし、留保された司法の制度を放棄することに一致した。この結果、委任された司法の制度は以後恒久的に維持され、コンセイユ・デタは自己の固有の名で訴訟の判決を下すことが認められることとなり、それ以前においても現実の慣行とされていたこの制度は、法律上の原理に修正されて、その実現をみたのであった。第三共和制下においては、一八四九年の立法における訴訟部の制度のように、その裁判機関がコンセイユ・デタの他の部から完全に分離されていたわけではない。だが、それにしても、この委任された司法の完全な実現は、行政裁判の活動行政からの独立を表示し、過去一世紀近くにわたる行政裁判制度の整備の完了を意味し、行政裁判の司法化を達成したものと見て、フランス行政法史上画期的な意義を有するものと言ふことができるであらう。

(1) この第二帝政下のコンセイユ・デタの職務の停止について、一八七〇年九月一九日のデクレは、官吏に対する訴追についてコンセイユ・デタの許可を必要とする旨を規定した共和八年の憲法第七五条の規定を廃止した。これによって、以後官吏は行政的な保障をうけえず、官吏に対する訴追は自由にされうることとなったのである。

(2) 一八七二年五月二四日の法律の第九條は、越権訴訟について、「コンセイユ・デタは、行政諸庁の行為に対する越権を理由とする取消の請求について終審として判決する」と規定し、この規定によって、越権訴訟は、この時代に始めて法律の明文による訴訟と

- して認められるに至。たわひでも。R. Odent, *Contentieux administratif*, 1953-54, fasc. III, p. 535-536.
- (3) E. Lafferrère, *Traité*, t. 1, p. 268.
- (4) 第三共和制のコンセイユ・デタは、第二共和制下のように、立法権の付属物としての役割を果す機関ではなく、第二共和制下に比して法律の準備作業の占める役割は減少しており(このことを意味するものとして、たとえば、コンセイユ・デタの内部において、立法部は一八七二年から一八七九年迄一時廃止されている)、むしろ執行権の補助の使命を有していた。したがって、この議会による評定官の任命も、革命による政治的配慮にもとづくものであり、議会の長く固執するところではなく、一八七五年二月二五日の法律によって、共和国大統領の任命に切りかえられている。
- (5) この権限裁判所を設置するに当って、議会側では、コンセイユ・デタおよび破殿院から選出された構成員が、それぞれ自己に有利な裁判権を主張して、結局これを主宰する大臣がひとりで決定することになるのを憂慮し、司法大臣(*le garde des sceaux*)の主宰を廃止し、議会により指名される三名の構成員を、権限裁判所に参加させることを提案したという。だが、この提案は政府と議会との間の妥協により成立しなかった。この司法大臣の主宰は、ジロンによれば、本質的な政治家(*homme essentiellement politique*)を加入させたことになり、一八七二年に組織された権限裁判所の唯一の欠陥であると論評されている。Girons, *op. cit.* p. 460 et p. 529. なお、第三共和制下の権限裁判所は、第二共和制下と異なり、会計裁判所の判決の上訴を審理することなく、権限争議の判断のみをその任務としている。
- (6) デュフォーール(Dufaure)は、この委任された司法の採用の理由を次のように述べたという。「見識ある精神の持ち主は、行政裁判所が、その構成によって民事裁判所の前で見出しうる保障を、できるかぎり提供することを常に要求してきた。政府は、コンセイユに固有の裁判権を与え、この決定に判決の価値を授与して、先の立法ですでに樹立されたよき裁判の保障の完成を提議するに逡巡しない。同様に、他の時代において、訴訟事項におけるコンセイユの決定が相異なる決定をする権利が属する執行権の長によって是認された後でのみ権威を有する制度を支持するために援用された理由は、もはや心中に確信されるところではない。……行政の責任の原理を防禦する必要に値するものは存在しない。大臣たちは、彼等が行政または司法の裁判所によってされた決定を執行するときには、責任を負うものではない。また、実際においても、コンセイユによって提議された決定は修正されたことがない。……この実際は、コンセイユに帰属する固有の裁判権の制度において、行政の独立のために恐怖する危険が架空のものであることを証明してきた。」*cité par E. Lafferrère, Traité*, t. 1, p. 270-271.
- (7) Girons, *op. cit.* p. 500.

## (II) 大臣裁判の制度の廃止

右に述べた立法による委任された司法の制度の実現とならんで、第三共和制下の行政裁判制度は、他の一の重要な進化を達成した。それは、委任された司法の制度の採用の結果、コンセイユ・デタの判例上に実現されたいわゆる大臣裁判 (le ministre-juge) の制度の決定的な放棄である。

この大臣裁判の制度を理解するためには、フランスに特有な行政裁判制度の歴史を回顧して見る必要がある。先述したように、フランスにおいては、大革命期の特殊事情から、革命初期の諸法律は、権力分立の原則にもとづき、行政のすべての裁判官からの分離をその目的としていた。そして、その後、共和八年にコンセイユ・デタが創設され、行政の内部に、真の裁判機関が育成されてきたわけであるが、留保された司法の制度の下では、コンセイユ・デタの勸告に事実上従いながらも、「行政訴訟の判決権は、いまだ原理上、国の長に帰属していた。このような革命直後の「行政は裁判官をもつべきではない」とする起源と理論とは、委任された司法の制度が達成された一八七二年以後においてさえ、行政裁判制度にある種の後続症状 (certaines séquelles) を存続させた。したがって、實際上、コンセイユ・デタは法律によつて明白に予見された場合にのみ権限を有し、行政訴訟について一般的な権限を有する裁判官 (le juge de droit commun) は、先にしばしば引用した一七九〇年および共和三年の法律の制定直後におけると同様に大臣であり、<sup>(2)</sup> 私人のすべての請求はまず裁判官として判決する大臣に提起され、それについてのみ、控訴として、コンセイユ・デタに提起される、と考えられていたのである。<sup>(3)</sup>

このような大臣裁判の理論は、まずコンセイユ・デタの一八八一年のブウガル事件 (Bougard) の判決<sup>(4)</sup> において、排斥された。この事件は、市町人の雇人 (employé) ないしは職員であつた原告ブウガル氏<sup>(5)</sup> がその年金を精算する県知事

の決定を争って出訴したのであったが、被告の側から、「この知事の決定は前もって大臣に付託されておらず、行政的階層と訴訟裁判官としての大臣に帰属する権能についての原則により、大臣は、コンセイユ・デタに先立って、この知事の決定の効力について宣告するべく求められなければならない」との抗弁が提出され、訴の不受理が要求された。これに対して、政府委員ゴメル(Gomel)は、この知事の決定の根拠法令であり、「知事は、この日まで国の長または内務大臣の決定を必要とする県または市町村のすべての事件について、これ以後判定する(sauver)」旨を規定した一八五二年三月五日のデクレの第一条を解釈して、「この条文は当事者に能力(faculté)を与えるものである。それた一八五二年三月五日のデクレの第一條を解釈して、「この条文は当事者に能力(faculté)を与えるものである。それは、この事項に関して大臣に提訴することを当事者に許容する。だが、それは、裁判をさせるために、(行政)階層的な方法に従うことを排他的に義務づけてはいない」と論告した。そして、コンセイユ・デタも、この政府委員の論告を容れて、「知事の上述の決定が、市町村の雇人および職員によつて提出された年金の支払い請求(les demandes en liquidation)について判定する権利を知事に与える……一八七二年三月二五日のデクレによつてされ、この攻撃された決定がこのデクレの六條に従い内務大臣に付託されることができるとしても、それでもなお、それは訴訟の方法によつてコンセイユ・デタに直接係属される性質の決定である」と判示して、大臣の判断を経ることなく、直接コンセイユ・デタに出訴することを認めたのであった。

この大臣裁判の理論は、ついで、一八八二年のカヌヌ市事件(Ville de Cannes)の判決<sup>(註)</sup>において、再び否定された。この事件の内容は、次のとおりである。すなわち、カヌヌ市と初等教育に関する宗教評議会(une congrégation religieuse relativement à l'instruction primaire)との間に締結された契約を履行させようとする請求が司法裁判所に提起され、司法裁判所の側では、この契約が有効に認可されたかどうかを決定させるために、行政機関への移送を決定

説

論

し、行政機関の決定があるまでその判決を延期する旨を判示した。これに対して、カンヌ市は、この契約に対する認可は県の長官 (le secrétaire général) の権限外であつて違法であると主張して、コンセイユ・デタに直接出訴した。そこでコンセイユ・デタは、「この請求は、その対象によつて (Par son objet)、コンセイユ・デタに先立つて判決すること  
が知事にも大臣にも属しない場合に該当する」と述べて、このような場合には、市町村は直接その訴をコンセイユ・デタに提起することができる旨を判示し、従来のコンセイユ・デタの判例を変更して、大臣裁判の理論を排斥したのであつた。<sup>(3)</sup>

右に述べた二つの判決は、法律の明白な指定がない場合でも、直接コンセイユ・デタに訴を提起することの可能性を認めて、大臣裁判の制度の廃止の端緒を開いた。だが、これら二つの判決においては、いまだその理由も充分に開陳されておらず、理論的な裏づけを欠き、この二つの判決だけでは、その放棄は決定的とは言えない。<sup>(8)</sup> その確定的な放棄に至るまでには、なお数年の歳月を必要としたのであつた。

この大臣裁判の原則は、市の道路および水路の技師長 (ingénieur-directeur de la voirie et des eaux) の職務の廃止に伴う損害賠償請求に関する一八八九年一月二三日のカド事件 (Cado) の判決<sup>(9)</sup>によつて、三たび排斥され、以後、この原則は、コンセイユ・デタの判例上、決定的に放棄されることとなつた。<sup>(10)</sup> この事件は、マルセイユ市が右の技師長の職務を廃止したため、その職にあつたカド氏が、市に対して、その職務の廃止に伴う罷免により蒙つた損害の賠償を求めて民事裁判所に出訴したことに始まり、民事裁判所は、同市とカド氏との間に締結された契約は民事上の雇傭契約の性格を有しないとして、この訴について、無権限を宣言した。ついで、カド氏は県参事会に提訴したが、ここでもこの請求は公事業の執行に関する契約の破棄に基くものではないとして却下され、さらに内務大臣に救済を

求めたところ、大臣は、マルセイユ市会はこの賠償請求に応じない旨だけを返答した。そこで、カド氏はこの大臣の拒否を争つてコンセイユ・デタに出訴したのであったが、コンセイユ・デタにおいては、主として、大臣にこのような提訴に対する判決権限があるか否かが問題とされた。そして、この点について、政府委員ジャジェルシュミット (Jagerschmidt) の論告は、市長によつてされた市の職員に対する不正な免職を理由とする損害賠償請求について判定する権限は大臣に属しない旨を述べた後、原告の直接コンセイユ・デタに出訴しようとする補充的主張について検討して、次のように論及する。すなわち、「我々によれば、市長がその職員にした行政行為を理由に、市に対して提起された賠償請求について宣告するとき、大臣も、県参事会も、司法裁判所も、それについて審理する資格を有しないので、この決定がコンセイユ・デタに直接係属されない理由を見出すことができない。……固有の決定権能を有する機関が存在するところはどこでも、執行的な行政決定をすることができ、訴訟の紛争が生じうる。そして、コンセイユ・デタは、直接訴を提起されることができ、このためには、紛争が訴訟についてされた行政機関の決定の効果によつて生ずることである。現在の場合において、(司法) 裁判所が審理してはならない市長の行政行為を理由として、私人が市に対して責任訴訟を提起しようとするならば、彼は市の適法な代表者の決定を喚起することのみをすべきであり、この決定は、直接コンセイユ・デタに付託される」と述べ、委任された司法の制度の採用の当然の結果としての大臣裁判の制度の廃止を主張した。これに対して、コンセイユ・デタの判決は、この政府委員の論告を容れ、まず、内務大臣の応答は実際に彼の権限中に入らない点について判定することを差控えたものと解釈した後、「マルセイユの市長および市会のカド氏の請求を理由ありとするこの拒否から、コンセイユ・デタにその審理が帰属する訴訟が当事者間に生じた。そして、それについて、このコンセイユは、原告の補充的な論点について、有効に訴を提起

される。それゆえに、コンセイユは、彼の請求の主な争点について、本案判決をする余地がある」と判示して、市長の免職処分について、前もって大臣の判定をうけることなく、直接コンセイユ・デタに訴を提起しうることを容認したのであった。

このように、先のブウガル事件の判決に始まり、このカド判決に至るコンセイユ・デタの三つの事件の判決は、すべての行政裁判所の間で、行政的事項における一般的な権限を有する裁判所、すなわち、法律の明示の規定がない場合に第一審において権限を有する裁判所は、コンセイユ・デタであつて、大臣ではない旨を確定して、大臣裁判の制度を放棄した。この大臣裁判の制度の廃止の意義は、次の点に最も強く表明される。それは、従来の大臣裁判の制度の下にあつては、大臣が訴訟について判断する行為は行政官としての行為であるか、裁判官としての行為であるかの判別が困難であつたのに反し、これ以後、大臣が行政的な紛争について判断する行為は、法律の明文の定めのある場合を除くほか、何よりも行政官としての行為であつて、行政階層的な判断として、訴訟の判断とは区別される点、すなわち、行政と裁判所との厳格な分離、したがつて、行政的手続と訴訟手続、行政行為と裁判官の行為との厳格な分離が達成されたことにある。<sup>(19)</sup>ここに、フランスの行政訴訟制度は、その初期の行政階層的な沿革から完全に脱した裁判としての制度を完成し、委任された司法の制度の当然の結果とは言いながらも、委任された司法の制度の形式的な面をより実質的な面において実現させ、裁判を行う行政と活動行政との実質的な徹底した分離を達成したのであつた。

- (1) 一般的な権限を有する裁判官とは、法が特別にその事件の管轄裁判官を定めていないかぎり、第一審における訴訟事件が一般的に提起される裁判官を指す。

- (2) たとえば、県参事会に関する法律案について一八五一年にされた報告において、コンセイユ・デタの評定官のブウラティエエ(Boulatignier)は、次のように述べている。「実際において、人は常に、県参事会が特別の定められた職権のみを有し、その審理が特別にそれに留保された場合の外は、法律の規定がない場合には、行政組織についての一般原則の適用によって、市町村行政によってされた行為に対する請求から生じうる訴訟は県知事に、その職権により、県知事の行為に対する請求から生ずる訴訟は大臣に、それぞれ服することになるといふ確かな法則を保持してきた。オーコックも、この解決は今日殆んどすべての著者によって受け入れられ、行政訴訟事項における通常裁判官は、大臣であると普通に言われていると述べている。cité par L. Aucoc, Conférences, 36d. 1885, p. 465-466.
- (3) Long-Weil-Braibant, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 1956, p. 20-21, Observation au Parfait Cadot.
- (4) C. E. 1881. 6. 24. Bougard, Sirey, 1882, III. 48.
- (5) C. E. 1882. 4. 28. Ville de Cannes, Sirey, 1884, III. 27.
- (6) 従来判例によれば、行政行為の効力について判決させるために、行政機関に司法機関が事件を移送した場合には、訴は「コンセイユ・デタ」への最終的な控訴を条件として、大臣に提起されなければならない」と判断されてきた。その例として、C. E. 1877, 1. 26. Compans; C. E. 1877, 2. 2. Soubry, Sirey, 1877, 2. 309.
- (7) この事件のソレイのノートは、「この事件によって与えられた」新しい原理は、法律がこの点について他の行政裁判所に帰属させなかった場合はいつでも、大臣は行政行為の効力について第一審の裁判官として判決しようという、一般的に認められた原則に対する反動の感情に立脚しているように思われる」と述べている。Note au Sirey, 1884, III. 27.
- (8) たとえば、一八八五年に、オーコックは、この二つの判決を紹介した後、次のように述べている。「もしも我々がこの二つの事件だけを考へるならば、我々は、コンセイユ・デタの決定が、より迅速な解決を当事者に与えるために、その決定的な判断がついてコンセイユに属する訴訟を大臣に送付しないのが便宜であり、その訴を越権の場合と同一視しようという考へに立脚してきたと仮定することができるであろう。」だが、このように考へることは問題が残り、「我々はコンセイユが、一般的な原則を置き、かつ同様に徹底した方法ですべての先の判例を修正しようとした」と信することにもうまざる。」L. Aucoc, Conférences, 36d. I. p. 623-624.
- (9) C. E. 1889, 12. 13. Cadot, Sirey, 1892, III. 17.

(9) M. Hauriou, note au Sirey, 1892 III. 17. La jurisprudence administrative de 1892 à 1929. t. II. p. 431 et s., Long-Weil-Braibant, op. cit. p. 20.

(11) この点については、政府委員は次のように論告する。「ここに服している事件は、大臣の権限が全く容易に正当化されない事件の一つである。それは、市長によって宣告された市の職員に対する不正な免職を理由に、市に対して提起された責任訴訟に関する。さて、我々によれば、市長が純地方的な利益、市の金銭的な利益の面で行動するとき、彼が大臣の部下として考えられえないということは疑いが無い。我々は、同様の場合に、大臣が市の機関の決定に代る決定をし、罷免された職員への賠償の支払いを市に命ずるとは了解していない。また大臣の部局においてされた予審の後に、同様の決定が、公開されず、対審的な討論もなく、すべての司法的形式によらずにされうるとも了解していない。」

(12) 要するに、この結果、コンセイユ・デタは、これ以後、行政行為の取消の請求、および公団体に對して提起される損害賠償請求に「*le droit*」、一般的に裁判する一審として終審の裁判所としての地位を占めることになったわけである。Long-Weil-Braibant, op. cit. p. 21.

(13) Hauriou, note au Sirey précitée, La jurisprudence administrative, t. II. p. 431.

### 三 第二帝政下における國の訴訟に関する判例の対立とその傾向

先に述べたように、行政権と司法権との間の裁判権限の分配の基準原理の根拠をどの法文に求めるかについての両系統の裁判所間の見解の相違は、第二共和制下の第一次権限裁判所の判例によつて、一まず統一された。だが、一八五一年にこの権限裁判所が廃止されると、この兩系統の裁判所は、またもや互いに自己の権限を主張して、激しく対立する。この判例の対立は、國に對する損害賠償請求事件の裁判管轄の問題について、殊のほか、いちじるしい。民事裁判所の判例は、この時代においても、民法典一三三二条以下の不法行為の規定は、絶対的かつ一般的であり、國の職員の過失によつて惹起された國に對する損害賠償請求事件にも適用がある、と主張する。<sup>(1)</sup>これに對して、この時代の権限争議について判断するコンセイユ・デタの側においては、この点必ずしも明白とは言えないが、第一次権限

裁判所の判例によって一たん放棄された国家債務の原理を権限分配の基準原理として復活させようとする動きも、その判例上に観取される。したがって、以下においては、第一次権限裁判所によって採用された判例を念頭におきつつ、権限分配の基準原理の根拠について、特にコンセイユ・データの判例の内容を検討してみることにはしたい。

この時代のコンセイユ・データの判例は、内容的にみて、およそ三つの型に区別されうる。その第一の型は、第二帝政の初期の、第一次権限裁判所の判例をその文言上踏襲しながらも、権限分配の基準原理として、国家債務の原理を採用する徴候を見せている諸判決であり、その第二の型は、権限分配の基準として、権力分立に関する原理と同時に、国家債務の原理のかなり明白な適用を判示している諸判決である。そして、その第三の型は、権限分配の基準として、国家債務の原理に何ら論及せず、もっぱら権力分立のみに基いて、その権限の帰属を判断している若干の判決である。

この第一の型の判決は、まず権限裁判所の廃止直後のコンセイユ・データの一八五二年のペロン市町村事件 (Comm. de Peron) の判決に見られる。この事件は、森林法によって規定された形式の不遵守を理由に、伐材された材木の売却の取消しおよびそれに基く損害の賠償を、民事裁判所に請求したことにより発生した権限争議事件であるが、この事件において、コンセイユ・データは、文言上国家債務の原理に何ら言及することなく、この事件の行政権限を容認した。だが、この事件の判決は、その適用法令として、権力分立に関する一七九〇年八月一六日―二十四日および共和三年実月一六日の法律のほかに、国家債務に関する一七九〇年七月一七日―八月八日の法律を援用しており、この点、明確ではないが、形式的に国家債務の原理を完全に無視しているものとは言い難い。むしろ、国家債務の原理を背後に宿しながらも、第一次権限裁判所の判例への立場から、その明言を差控えていても解すべきであろう。

のようなコンセイユ・データの微妙な立場は、さらに、同年のプウレ破産管財団体事件 (Syndics de la faillite Poulet) の判決<sup>(5)</sup>において、より明瞭に表明されている。この事件は、郵便行政に付託された手紙中に封入された価格のその職員による詐取を理由に、郵便行政に対して損害賠償を請求したことによつて発生した権限争議に関する事件であるが、この判決において、コンセイユ・データは、この事件は、「S氏によつてされた行為が、彼の職務の執行中に行われたと判断されることを認め、郵便行政の責任を惹きおこすと考えられるか否かに関しており、この問題およびその結果である価値の賠償請求の決定は、手紙についての郵便役務に関する命令の審査および評価に依拠しており、同様な審査を委ねられると、司法機関は、権力分立について規定された先述の法律がその審理を禁止している行政行為の審査および適用を妨害することになる、<sup>(6)</sup>」と判示した。この判決の文言は、第二共和制下の権限裁判所によつて採用された例文公式と全く同一であつて、それをそのまま繰り返したにすぎない<sup>(6)</sup>。だが、この事件の判決においても、その適用法令は、権限裁判所当時と同じではなく、国家債務について規定する一七九〇年七月一七日―八月八日の法律がそれにつけ加えられているのであつた。

このようなコンセイユ・データの曖昧かつ微妙な立場は、名宛人以外の同姓の者に誤配された郵便物の中に入つていたダイヤモンドの価格の損害賠償を求め、その使用人と郵便行政とを連帯して相手方とし、民事裁判所に訴訟したことに始まる権限争議事件に関する一八五五年のロトシルド事件 (Rotschild) の判決<sup>(7)</sup>において、明文上確認された。この判決は、二つの点において注目に値する。その第一は、この時代にすでに公役務 (De service public) という用語がこの判決で用いられていることであり、その第二は、権限分配の基準としての国家債務の原理の完全な復活である。この事件の判決は、権力分立に関する一七九〇年および共和三年の法律と、国の債務に関する一七九〇年の法律およ

び一七九三年九月二十六日のデクレとを同時に適用根拠条文として引用した上、まず第一に、一七九〇年および共和三年の法律の規定をそのまま繰り返し返して、司法機能は行政機能とは別個かつ分離されており、司法機関は行政行為を審査し行政活動を混乱させてはならない旨を述べ、ついで第二に、行政の公役務の規律は行政権のみに帰属し、この公役務の法律関係は民法のみの規定によつて私人間のように規律されることができず、行政の職員によつてされた過失の場合の国の責任は一般的なものでも絶対的なものでもないから、行政権のみがその条件および措置を判断しうる旨を判示する。<sup>(6)</sup>そして、最後に、「他方、国を債務者としようとする請求について判断権が帰属するのは(少なくとも特別で、異なる定めがきり)行政機関であり、一七九三年九月二十六日のデクレによつて公布され、公の債務の精算に関するその後の立法によつて維持され発展されたこの原理は、我々の公法の一の基盤となり、そして、その債権者であると主張する私人によつて公権力たる国に対して提起された事件についての権限の一般的な規定となつてゐる。ある事項において、法律の明示の規定によつて、この原理に抵触することがあるとしても、これらの例外は、同化(assimilation)の方法により、または類推(analogie)の助けによつて、拡張されることができない、」と判示して、国家債務の原理を、権力分立の原則とならんで、権限分配の基準原理として容認し、第一次権限裁判所の判例を明白に変更して、それ以前のコンセイユ・デタの判例の状態への復帰を示したのであつた。このコンセイユ・デタの判決の立場は、一八六一年のポドリー事件(Baudry)の判決<sup>(7)</sup>において継承され、より簡単な文言によつてではあるが、権力分立と国家債務との双方の原理に依拠しながら、「軍事輜重隊の車によつて公道上の馬に与えられた傷害を理由に、私人によつて軍事大臣(ministre de la guerre)に対して提出された損害賠償訴訟の審理権は行政機関に属する」旨が判示されるなど、この時代のいくつかのコンセイユ・デタの判決に、その例が見られる。<sup>(8)</sup>

説

論

このように、この時代の権限争議の判断に関するコンセイユ・デタの多くの判例が国家債務の原理をも権限分配の基準として採用している中であつて、国家債務の原理に何ら言及していないばかりでなく、それを適用法令としての引用からも全く除外し、もっぱら権力分立の原則のみによつて裁判権限の帰属を判断している少数の判決が見られることは、注目に値する。その例として、委託された手紙の喪失を理由に郵便行政に対して提起された損害賠償請求訴訟の裁判管轄に関する一八六一年のデュケイスター事件 (Dekaiser) の判決<sup>(5)</sup>を挙げることができる。この判決は、権力分立に関する一七九〇年八月一六日—二四日の法律の第二章第一三条と、共和三年実月一六日の法律の第五章第四条のみを適用法条として挙げ、次のように判示して、この事件の行政権限を確認する。「上に規定された法律は、司法機能は別個であり、常に行政機能から分離されていなければならないということを、憲法原理として樹立した。行政行為を審理し、どのような種類であれ、行政団体の活動を混乱させ、その職務のゆえに行政を自己の前に召喚することは、(司法)裁判所に禁止されている。この原理の結果として、行政機関に本質的である訴訟とは別個に、行政に権限が負わされている公役務の執行のために行政によつてされた行為に際して、国と私人との間に提起された訴訟について宣告する裁判官を構成するために、裁判権は、司法機関以外の、この機関に与えられてきた。この性質をもつ紛争が、法律によつて他の定めがされていないかぎり、行政裁判所に提起されなければならないというのは、ここから生ずる。」<sup>(6)</sup>これと同旨の判決は、その後、一八七一年のディエトリシュ事件 (Dieichsch) の判決<sup>(7)</sup>によつて与えられ、この判決においても、デュケイスター事件と全く同文の判旨が繰り返し論述されて、行政権限が確認されたのであつた。この十年の間隔をおいて出された、権力分立に関する法律のみに基いて行政権限を正当化することの二つの判決が、コンセイユ・デタによる平素の判決の一時的な変更を意味するものか、それともまた単なる不注意の結果である

のかはうかがい知ることができない<sup>(15)</sup>が、第三共和制下の権限裁判所の判例による統一への推移の上からみて、一の興味ある素材を提供しているものと言ふことができるであらう。

以上で見えてきたように、この時代には、民事裁判所とコンセイユ・デタとの間に、さらには、コンセイユ・デタの内  
部においてさえ、判例上の分岐が観取される。だが、いずれの判例によるにせよ、もはや権力分立の原則を権限分配  
の基準原理として採用することは、否定されてはいない。そして、この点をよりどころとして、第三共和制下の新し  
い権限裁判所の手によって、この基準原理の統一が実現されることになったのである。

- (1) Koechlin, op. cit. p. 110-116. Note au Sirey, 1873, II, 153.
- (2) C. E. 1859, 3, 25. Comm. de Péron, Sirey, 1852, II, 372.
- (3) この判決は、「一方において、森林法第一〇〇条の用語によれば、市町村に属する森林の伐採物の売却は、行政的形式において、  
国に属する森林の伐採物の売却として生じなければならず、この形式が遵守されたということが争われるならば、この争いについ  
ての宣言が帰属するのは行政機関である。他方、上述の法律の用語によれば、行政の職員の活動によって国に負わされる責任を決  
定するのは司法機関に属しえないというのが原則であり、それはある場合に、特別の規定によってこの原理に抵触することがある  
としても、メロン市町村によって提起された争いに適用される同様な規定は全く存在しない」と判示している。
- (4) R. Chapus, Responsabilité, p. 58.
- (5) C. E. 1852, 12, 9. Syndics de la faillite Poulet, Dalloz, 1853, III, 21.
- (6) このことは、第二次権限裁判所の一八五二年四月七日のカイオ事件の判決と比較してみると、明瞭である。前出、第二章四、  
(2)の本文、および註の(8)および(9)参照。北法、二二卷二号二八一—二八五頁参照。
- (7) C. E. 1855, 12, 6. Roschild, Sirey, 1856, II, 508.
- (8) この点の判決の全文は次のとおりである。「行政権がその運行を確保する任務を有する公役務の諸条件を規律するのは、法律の  
下に行政権のみに属する。また、この役務に関して、国家と、その名を以て行動する多数の職員と、この役務を享受する私人との  
間に生ずる法律関係を定めるのも行政権に属するから、そこに生ずべき相互の権利義務の性格を審理し判断することも行政権に属

する。この法律関係、権利義務は、民法のみの原則と規定とによって、および、私人間のそれのように、規律されることはできない。特に、行政の職員によってされた過失の場合の国の責任に関しては、この責任は一般的なものでも絶対的なものでもない。それは各役務の性質と必要とに応じて変容する。それゆえに、行政権のみが、その条件および措置を判断することができる。」なお、この判決と公役務理論との間の関係に関する従来の見解については、雄川一郎、「フランスにおける国家賠償」比較法研究、九・一〇号、五〇—五一頁参照。

(6) C. E. 1861. 6. 1. Baudry, Sirey, 1861, II. 519.

(10) この判決は次のように判示している。「ボドレイ氏によって軍事大臣に対して提起された訴は、軍事輜重隊の車により公道上で転覆した鉄を積んだ荷車につけられた馬に与えられた傷害によって彼に惹起された損害について、ナポレオン法典の一三八二条、一三八三条および一三八四条の適用によって、国に責任ありと宣言させることを目的とする。案ずるに、国が公役務において使用する職員の行為によって私人に惹起された損害について、国に負わされる責任は、私人の私人に対する関係についてナポレオン法典中に定められた原理によって規律されることができない。この責任は、公役務のすべての当事者について同一ではない特別の規定を有する。上に規定された法律の語において、国を債務者としようとする訴訟の審理が帰属するのは、少くとも、他に規定されていないかぎり、行政機関である。」

(11) C. E. 1855. 12. 6. Gloxin, Sirey, 1856, II. 508, C. E. 1862. 5. 7. Vincent, Dalloz, 1862, III. 83, C. E. 1867. 11. 22, Ruault, Sirey, 1868, II. 291, C. E. 1867. 12. 4. de Pauat, Dalloz, 1868, III. 44, C. E. 1872. 2. 15. Valéry, Dalloz, 1873, III. 57, etc.

(12) C. E. 1861. 8. 6. Dekeiser, Sirey, 1862, II. 139.

(13) この判決はさらに次のように続けられている。「事実、この基本的な原則を評価するために、人は、公役務に関する紛争の審理を行政機関に帰属させるための多くの法律が制定されていることを挙げる。実際、それに関する諸法律は、司法機関を排除し行政機関の権限を定める目的を殆んど有せず、裁判権を有する行政機関の間で裁判官を指定する目的のみを有してきた。私人が、この行政に委託された手紙が滅失したときに、郵便役務の任を負う行政に対して提起しうる請求に関して、司法権限は、一八五九年六月四日の法律の第三条によってのみ、そして申出の価格を含む手紙に関する場合にのみ樹立された。」だが、デュケイスター氏は、この手続によっていないから、この事件は行政の権限に属する。

(14) C. E. 1871. 1. 21. Dietrich, Dalloz, 1871, III. 25. この事件は、電信によって装鉄 (ferrures) を丁氏およびG氏に依頼したが、この電文が名宛人に到達せず、丁氏およびG氏が国を代表する電信局長 (le directeur général des lignes télégraphiques) を相手

として、セーヌの民事裁判所に損害賠償を求めて出訴した。これに対して、セーヌの県知事はこの訴の取戻しを請求したが、セーヌ裁判所は、「普通法裁判所は、他人の行為、その懈怠によって惹起された損害賠償のすべての請求について判決する権限があり、この権限は、一般的であり、加害行為が行政の使用者人によってされたからといって修正されえない」と判決して、自己の権限を確認した。そこで、県知事から権限争議決定が提出された事件である。

(15) R. Chapuis, Responsabilité, p. 60-61.

#### 四 権限裁判所の設置に伴う国の訴訟に関する判例の統一化

第三共和制下の権限裁判所は、第二帝政下の判例の分岐に終止符をうち、行政権と司法権との間の裁判権限の分配の基準原理を採用するに当って、明確に第二共和制下の第一次権限裁判所の判例を踏襲する。

この権限裁判所の立場は、まず、一八七三年一月一日のペジュ事件 (Péju) の判決によって示される。この事件は、徴発 (Requisition) 命令によって賃借していた家に付属する土地を占拠された原告ペジュ氏が、同時に国およびその命令の持参人を被告として、民事裁判所にその損害の賠償を請求したことに始まる権限争議事件であったが、この事件において、政府委員ルベルション (Reverchon) が、次のように述べて、国家債務の原理が存在するとしても、この原理は財産の問題の審理は司法機関に属するという伝統的な原理に優先しない旨を論告していることが注目される。「実際、人が、一般的な論点において、債務を国の負担におこうとする訴訟を審理するのは行政裁判所のみにするということを確認するとしてさえ、いまだこの原理は絶対的でなく、あるいは明白な法律により、あるいはそれに優越する原理、特に財産の問題の審理は司法機関に服するという原理によって、種々の例外をもたらすことを認めなければならない。」<sup>(16)</sup>そして、この事件の判決は、国家債務の原則に何ら触れることなく、権力分立を規定する「一七九〇年八月一六日—二四日の法律によれば、賃貸借によって国が不動産を占拠する場合には、公役務の設定を目的

とする場合でさえ (même en vue de l'installation d'un service public) 賃貸借の執行およびその結果についての紛争の場合に民法法規を適用するのは、司法機関のみに属する。」と判示したのであった。この権限裁判所の判決は、権力分立に関する法規のみを権限分配の基準原理として適用している。だが、国家債務の原則が、この判決をもって、確定的に放棄されたとは言えない。この点は、この事件に続いて、軍隊の宿営のために、あるいは武器および軍需品 (munitions) の寄託施設のために、一時的に占拠された不動産の所有者または賃借人により、国に対して提起された損害賠償請求事件の裁判権限について判断した同年一月二五日の権限裁判所のブランク、パプラール事件 (Blanque et Papelard) の判決が、権力分立に関する一七九〇年および共和三年の法律と同時に、国家債務に関する一七九三年九月二六日のデクレ等を適用法令として、「ブランク氏およびパプラール氏の請求は、普通法の契約の性質をもつものであり、賃貸借契約と同一視されなければならない一時的な占拠に基くので、明白に民事裁判所の権限中に入る、」と判示していることから、充分に推察されることである。

ところで、右のような権限裁判所のやや不明瞭な立場は、次の有名な一八七三年二月八日のブランコ事件 (Blanco) の判決において、明確にされた。この事件は、国営のタバコ工場の労働者の運転する運搬車による息子の負傷に対し、国が民事的に責任を負うものとして、民法典第一三八二―八四条によって民事裁判所にその損害の賠償を請求したことから生じた権限争議事件であるが、この事件における政府委員ダウッド (David) の論告は注目に値する。ダウッドは、まず、権力分立に関する法律から、行政の命令その他の行為の執行ないしは措置の逸脱によって私人に惹起された損害の賠償についての審査が司法裁判所に禁止されていることは破毀院もこれを認めているが、国に雇傭されている職員の個人的な過失によって惹起された損害の賠償を国に対して請求している場合には判例上問題があるとし、

従来、コンセイユ・デタは、行政と司法との権力分立の原則と国家債務の原則の二つの理由によつて行政権限を認めできた点を指摘した後、次のように論告する。「我々は、この第二の理由(国家債務の原則)に結びつけようとはしない。国に對して請求された債権に関して提起されうるすべての紛争を審理するための完全な裁判権を、まず国民議會に、ついで行政機關に、帰属させて、それ(国家債務の原則)を引き出す立憲法文は(革命当時における)未払いの債権の精算のみを目標としたように思われる。一方、これらの立憲法文は、その用語が一般的であるので、その原因は何であれ、すなわち公権力としての国家 (*Etat puissance publique*) に関するのか、または私人としての国家 (*Etat personne privée*) に関するのかに従つて區別することなく、すべての債権を混同して規定しているものである。……公の債務の支払いについての法律は、……その例外的な性格によつて、……それが厳格な基盤の上におかれていないことその他に、国を債務者とするのは行政機關のみに属するというこの原則が、もしも一の絶対的な意味(すなわち、公権力としての國家の含む意味)にとられるならば、全く不便なことであるが、不幸にもその原則に公式を借りてきたコンセイユ・デタの見解をいちじるしく誇張することになる。もしも人が、制限的な意味に、すなわち、この原則は、私人としての國家に對する訴訟を除外して、公権力としての國家に對する訴訟のみに關すると理解するならば、これのみがコンセイユ・デタの判例に合致するものであるが、公の債務の精算についての立法を採用することはもはや必要ではない。何となれば、この原則は、司法機關は公役務に際して私人により國に對して向けられたすべての請求の審理について無権限であるという、より一般的な第一の原則(すなわち権力分立の原則)のある範圍の訴訟への適用以外の何物でもないからである。」

そして、この事件の判決は、この点必ずしも明言してはいないが、この政府委員の論告を容れて、(6)権力分立に關する一七九〇年八月一六日—二四日および共和三年実月一六日の法律のみに依拠して、「國が公役務において雇傭する職

説

論

員の行為によつて、私人に惹起された損害について、国が負わされうる責任は、私人の私人に對する關係について民法典中に定められた原理によつて、規制されることができない。この責任は、一般的でも絶對的でもない。それは、役務の要求と国の權利を私權と調和させる必要性とに従つて變容する特別の原則を有する。したがつて、上に規定された法律の規定により、行政機關のみがそれを審理する權限を有する。」と判示したのであつた。<sup>(7)</sup>

このように、コンセイユ・デタがその創設以來かくも長い期間にわたつて權限分配の基準原理として採用してきたこの國家債務の原則は、このプランコ判決によつて、決定的に放棄された。<sup>(8)</sup>そして、この判決以後、コンセイユ・デタも破毀院も、ともに、權力分立に關する法律のみに依拠して、行政權と司法權との裁判權限の分配の歸屬を判断することとなつたのであつた。<sup>(10)</sup>

このプランコ判決は、從來のフランスの伝統的な學說によれば、二〇世紀のフランス行政法の基礎概念としての公役務理論を判例上に導入した、行政法の礎石 (la pierre angulaire) とも言うべき判決として、説かれてきた。今日、公役務理論の衰退に伴い、後述するように、この點に關するこの評價はかなり問題視され、この判決の公役務理論の導入の役割を否定する學說も有力である。<sup>(9)</sup>だが、この點を別としても、この判決は、行政法の一般理論の生成に寄与するところが大きい。それは、先述した權限分配の基準としての國家債務の原理の排斥の他に、特に、この判決において、このような行政の責任には、民法典の適用がなく、「役務の要求と国の權利を私權と調和させる必要とに従つて變容する特別の原則」が適用されると判示された結果、私法外の自律的な原則の適用と行政裁判所の權限との間に直接的かつ相互的な關連が確立され、權限と実体 (fond) との結合の原理が確認された點に示される。<sup>(11)</sup>そして、この原理の採用によつて、行政事件について適用される普通法とは別個の自律的な法原則の存在が明白に要求され、その

ための原則を規律する行政法体系の創造の完全な基盤が付与され、このようにして、権限分配の原理が行政法の理論の育成に直接貢献することとなったのであった。

右に述べたように、このブランコ判決は、行政裁判権の範囲、すなわち行政法の範囲およびその大綱を確定して、フランス行政法の発展上に、一の進化を達成した。そして、これ以後、フランス行政法は、その法自身の有する性格から、その内部における理論的な補充、その緻密化の段階に入るのである。

(1) T. C. 1873. 1. II. Pétu, Sirey, 1873, II. 125.

(2) この論告は、その後で、国家債務の原理について次のように論及している。「実際、コンセイユが国を債務者としようとする訴訟の審理を行政裁判所に帰属させる原理を極めて強固におきかつ維持したとしても、人は、この原理を、一般的に、一方において、行政についてと同様に私人に対しても、これらの法律に従い執行権によってされた権威行為のように公役務の組織に関する法律から由来する義務および権利を認めることは、排他的に行政機関に服するという意味に、他方、行政によって締結された契約に由来する権利および義務の決定に関するときは、たとえば、公事業契約についての共和八年雨月二八日の法律の第四条の場合のように、行政権限を定める形式的な法律が存在しないかぎり、判決するのは司法機関であるという意味に、一般的に理解してき  
た。」

(3) T. C. 1873. 1. 25. Planque et Papelard, Sirey, 1873, II. 125.

(4) T. C. 1873. 2. 8. Blanco, Sirey, 1873, II. 153.

(5) タヴィドのこの点に関する論告は次のとおりである。「行政と司法との権力分立に関する法律が、行政の命令であれ、行政によってその職員に与えられた命令および訓令であれ、これらの種々の措置の逸脱であれ、すべての審査、批判を禁止していることは、コンセイユ・テタとともに、破毀院もこれを認めている。また、あるいは行政機関の命令その他の行為の執行によって、あるいは慎重さがこの機関に命ぜられておりそのようには行なわれなかつたと非難されるような措置の逸脱によって、惹起された損害賠償を手に入れるために、私人により国に対して向けられた請求を審理するのに、民事裁判所は無権限であることも認めている。だが、それが、ある行政的措置の執行または逸脱に基づくのではなくて、国に雇傭されている職員の個人的な過失および懈怠に基いて

いるときに、私人によって国に対して向けられた損害賠償請求については、そうではない。」

(6) この点について、シレイのノートは、「権限裁判所は、我々が語り、それから結論しようこの原理（国家債務の原理）について、沈黙をまもっている。このことは、権限裁判所はこの原理を認めないというように我々には思われる。政府委員が註釈したように、この原理はゆきすぎ(excessive)である。」と註釈している。

(7) なおこれと同日に判決されたテューガー・ヴーブランシエ事件の判決は、権力分立に関する法規のみに依拠して、市町村会が不当に市の不動産と宣言した議決に知事によって与えられた認可の結果について、国に民事的に責任を負わせる請求に対して判断するのは司法裁判所である旨を判示している。T. C. 1873. 2. 8. Dugave et Bransiet, Sirey, 1873, II. 153.

(8) Long-Weil-Braibant, Les grands arrêts, p. 6.

(9) だがロクランは、このブランコ判決を、先述したロトシムツ判決などとともに、行政行為の存在によるものの中に含めず、公権力責任の特別の制度の存在によって行政権限とされた判決として、分類している。Koechin, op. cit. p. 127 et s.

(10) たとえば、コンセイユ・ナタの一八八二年七月二二日の判決は、債券(bons)の審査において国庫の職員によってされた過失の責任を負うものとして、国を代表する大蔵大臣を相手として提起された損害賠償請求について、一七九〇年八月一六日—二四日および共和三年実月一六日の法律に依拠して、「上に規定された法律によれば、公役務の執行中における職員の過失の行為によって国に負わされる責任の決定が原則として帰属するのは、行政裁判所である。」と判示している。C. E. 1882. 7. 12. Cordier, et Comp. Dalloz, 1884, III. 9.

(11) このブランコ判決を公役務理論の導入の根拠とする説は、近年、シャビエ・リヴェロ、コライエ、およびヴダルらによって主張されている。R. Chapus, Responsabilité, p. 85-92, J. Rivero, Hauriou et la notion de service public, L'évolution du droit public, 1956, p. 462-465, J. Corail, La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français, 1954, p. 3-4, et p. 96-98, G. Vedel, Les bases constitutionnelles du droit administratif, Etudes et Document, 1955, p. 23. 上記に関する問題については、公役務理論を論ずる統稿で詳述することにした。

(12) Long-Weil-Braibant, Les grands arrêts, p. 7.

五 地方団体の訴訟に関する判例とその進化および統一

これまでに見てきたように、国に対する訴訟については、行政権と司法権との間の裁判権限の分配は権力分立に関する法律のみに基いてされるという進化が、第三共和制下の権限裁判所の初期の判例によって達成された。だが国に対する訴訟に関するこの原則は、同じように行政主体でありながらも、市町村を私人として考える伝統的な市町村私人 (*commune personne privée*) の概念の影響などによって、県および市町村に対する訴訟については適用されず<sup>(1)(2)</sup>、この判例の状態は、第三共和制による権限裁判所の設置によつても、何ら修正されなかつた。<sup>(3)</sup> この時代の地方団体に対する訴訟についての裁判管轄は、次のように考えられていた。まず、地方団体の管理的行為は私法上の行為であつて、たとえば地方団体との契約は、その契約の性質が何であれ、普通法の契約であり、地方団体に対する損害賠償には民法典の一三八二条以下の規定が適用され、このような行為に基く地方団体に対する請求は、司法裁判所の権限に属する。また、地方団体の権力的行為、特に警察権の行使に対しては、公権力国家の無責任の原則の残存によつて、その行為に基く損害の賠償を請求することができない。<sup>(4)</sup> そして、このような判例の状態は、一八八九年のカド事件の判決によつて、市町村とその被用者との間の損害賠償請求について例外的に行政権限が認められたこともあつたが、<sup>(5)</sup> 市町村と第三者との関係については、行政権限は全く容認されなままに、十九世紀末まで存続した。だが、国と地方団体との活動の類似性、その同じ行政機関としての機構の存在は、このような状態のままに放置することを許さず、<sup>(6)</sup> プランコ事件以来の一般的な性質による行政訴訟の範疇の樹立と相まって、その態度の変更が余儀なくされたのであつた。

この地方団体に対する訴訟の行政裁判権限への移行を達成した第一の事件は、コンセイユ・データの一九〇三年のテ

説

論

リエ事件 (Terrier) の判決<sup>(7)</sup>であった。この事件は、県会が県内のまむしを退治するために賞金を議決し、まむしを捕獲したリエ氏がその支払いを要求したところ、県知事が予算の超過を理由にその支払いを拒絶したのに対する賞金の支払い請求事件であったが、この事件において政府委員ロミュー (Romieu) は、次のように述べて、その行政権限の容認を論告した。彼は、まず、県および市町村に対する判例の現在の状態を究明して、従来、公権力行為のみが行政的な性格を有し、管理行為は特別の規定がないかぎり普通法によって規律され、国の管理行為は国の債務の行政的な精算に関する法文によってのみ行政的性格を有し、国でない県および市町村はこのような法文を欠くので、その管理行為は司法裁判所に提起された。ところで、権力分立の原理の採用による国の債務の精算に関する法文の決定的な放棄によって、公役務の作用を構成する種々の事項に行政権限を宣告する法律は、例外的に権限を創設したものでなく、単なる権力分立の原理の適用として、その性質上行政的である訴訟を認めるものと考えなければならない、とする。そして、「このようなものが国の公役務に関する事項における行政権限の基盤であるとすれば、同一程度に行政的な性格を有する県、市町村、および公施設 (établissement public) について、それ<sup>(行政権限)</sup>が存置しない理由を理解することができない。公法人 (Personne publique) が権力にむすびつけられている集団的な要求に直面するときから、国家的な利益にまたは地方的な利益に関するものであれ、この利益の管理は、私益を規律する民法の原理によって必然的に支配されるものとは考えられない。それ<sup>(この管理)</sup>は、反対に、それ自身公的な性格を有する。それは、一般に公行政の一部を構成し、この名義で行政訴訟に属しなければならぬ。」さらに、コンセイユ・データの判例は徐々にこの結論に向っていると、この原理は次のように公式化されうように思われる、という。「固有の公役務の組織および作用に関するすべての事項は、一般的であれ、地方的であれ、行政が契約の方法によって行動するのであれ、権

威の方法で行動するのであれ、……その性質上、行政裁判権の領域である行政活動を構成する。」「公法人と第三者との間の、またはこれらの公法人自身の間の、公役務の執行、不執行および悪しき執行に基くすべての訴訟は行政権限であり、特別の法文がないかぎり、一般的ないしは地方的な公行政に関する訴訟については、一般的な権限を有する裁判官であるコンセイユ・デタに帰属する。」この事件の判決は、その理由を明言していないが、結論的に政府委員の論告を容れて、次のように判示する。「彼が提起した請求を認めることの知事の拒絶から、その審理がコンセイユ・デタに帰属し、このコンセイユが原告の補充的な申し立てによって有効に提起される一の訴訟が生まれた。」そして、本案についても原告の請求を容れて、その額を確定すべく、事件を知事に移送したのであった。

このように、地方団体に関する訴訟と国に関する訴訟の統一化は、このテリエ事件によって、まず県について達成された。<sup>(8)</sup> だが、このようなコンセイユ・デタの側の態度に対して、民事裁判所の側では、直ちにこれに同意することなく、一九〇六年の破毀院の判決は、市の警察職員とした暴行行為 (*un acte de violence*) を理由に、市の代表者としての市長に対する損害賠償請求訴訟について、「一方において、民法典一三八二条の用語は一般的であり、それは警察組織に関する法律の規定によって抵触されない。また他方、国の民事責任に関する原則は、市町村のそれには適用されえない。」と判示して、この事件の本案について判断した控訴院の判決が権力分立の原則を侵害していないことを是認し、従来の判例を依然として踏襲したのであった。この破毀院と同様な態度は、この時期においては、下級の民事裁判所の判決にも見られる。そして、ここでは、この裁判権限の帰属の点に何ら触れることなく、市町村の加害行為について判断し、市町村の責任を容認していたのであった。<sup>(9)</sup>

右のような行政裁判所と民事裁判所との見解の相違による判例の混乱は、一九〇八年の権限裁判所の諸判決によつ

説

論

て、統一された。権限裁判所は、まず、県の精神病院 (asile) に監禁されていた精神病者がこの施設から脱走して放火した火事による損害の賠償を求めて民事裁判所に出訴したことに始まるフウトリー事件 (Feitry) の判決において、政府委員テシエ (Tessier) の論告を容れて、「この(県を被告とする)指定は、行政の一職員の彼の職務から分離される個人的な過失を目的とするものではない。それは、県および公益の負担における公役務の組織および作用を非難している。この役務の執行において生じた過失の評価は、司法機関には属しない。それゆえに、県知事が行政機関にこの請求の審理の取戻しを要求したのは理由がある」と判示して、その行政権限に賛成して、コンセイユ・デタの立場を確認した。ついで、同裁判所は、暴風雨の際の市の運河の水門の開放に基く浸水によつて、その不動産に惹起された損害の賠償を市に対して請求した事件に関するフォンスコロンプ事件 (De Fonscolombe) の判決、および暴風雨の際の運河の堤防の崩壊により浸水されたかどうか園に生じた損害の賠償を、その運河の管理者である公施設たる運河連合組合 (associations syndicales) に対して請求したジュウイエ事件 (Joulié) の判決において、いずれも行政権限に属する旨を判示した<sup>(15)</sup>。そして、これらの権限裁判所の諸判決によつて、行政裁判権は、従来の県に関する事件のみから、市および公施設に関する事件に拡張され、その結果、司法裁判所は、権力分立の原則に基いて、国の場合と同様に、地方行政の公役務に関する訴訟事件の裁判権限を失うに至り、国および地方団体に関する裁判権限の完全な統一化が達成され、これらの事項の裁判権限は、すべてコンセイユ・デタに一般的に帰属することとなつたのであつた<sup>(16)</sup>。

これらの権限裁判所の判決は、国の訴訟と地方的訴訟との統一化について、確定的な意義を有する。コンセイユ・デタは、さらに一九一〇年のテロン事件 (Therond) の判決において、野犬の捕獲および死獣の除去についての市と私人との間の契約により生じた紛争について、自己の行政権限を確信した。そして、さらに、地方団体の訴訟について

の自己の権限を固執してきた破毀院も、ついに一九一二年の判決<sup>(18)</sup>において、権力分立に関する一七九〇年および共和三年の法律に依拠して、「市の代表者が、彼等の職権中に入る公役務の組織において犯した過失により惹起された損害を市に対して請求する訴訟は、行政機関の排他的な権限に属する」旨を判示して、この事項における自己の権限を放棄した。その結果、国の責任に関する権限と実体についての原則は、市町村の責任についても適用され、行政の責任の事項における権限の規定は、国と地方との統一というもつとも単純かつもつとも論理的な方法で置かれることとなり、行政訴訟に関する原理は、判例上、その事件の性質によつて統一的に表現され、その第一次的な進化を達成したのであつた。

- (1) テシエは、県および市町村に対する訴訟が司法権限とされてきたことの実史的な理由として、次の諸点を挙げてゐる。まず、第一に、一八七三年以前には、司法裁判所は国に対する責任訴訟を審理する権限があると考へていたので、地方団体に対する訴訟のみを別扱ひしてゐたわけではないこと。第二に、一八七三年以来の司法裁判所の権限はもっぱら便宜性の要求から出たもの、すなわち、この時代には公権力の無責任の原則がなお残存し、国の責任の領域が狭かつたので、この点を民法典の適用によつて緩和しようとし、実体の問題が権限の問題に反作用してゐたこと。第三に、一八七三年以前には、国家債務の原理も権限分配の根拠として採用されてゐたが、この原理は国のみ適用され、地方団体はこの原理による権限から排除されてゐたこと。そして、第四に、極めて最近まで大臣裁判の理論が支配し、コンセイユ・ヌタが一般的な権限を有する行政裁判所ではなかつたこと、の諸理由がこれである。Teissier, Conclusion a l'affaire Feutry, Sirey, 1908, III. 97.
- (2) ただし、市町村の職員によつてされた行為が争われている場合でも、その行為が国の名でされてゐる場合は、別である。この点については V. Chapuis, Responsabilité, p. 96-98.
- (3) たとえば、権限裁判所の一八七四年の判決は、橋梁の崩壊により生じた損害の賠償を求める市町村に対する責任訴訟について、「国の責任に関する原則は、市町村のそれには適用されない」と判示して、県知事によつてされた権限争議決定を取消してゐる。T. C. 1874, 3. 7. Desmolles, Sirey, 1874, II. 261.

- (4) たとえば、コンセイユ・デタの一九九三年のガゾウ事件の判決は、原告が市から毎年補助金をうけて三年間市の劇場の経営をする旨の契約に調印した後、市長がその劇場の閉鎖を命じた行為に對する損害賠償請求事件において、「市長が彼の警察権の行使として活動し、劇場の暫定的な閉鎖を命ずる決定は、市に對する賠償訴訟を開きえない」旨を判示して、警察権の無責任を認めながら、他方、「興行組織のために市町村と劇場の管理官 (directeur) との間に介在する契約は、普通法の契約であり、司法機関のみが審理しうる」として、この契約から生ずる紛争について、コンセイユ・デタは無権限であることを容認している。C. E. 1893. 1. 13. Gazaux, Sirey, 1894, III. 114.
- (5) この事件の行政権限は、すべての範疇の官吏に對しての契約は公権力の要素をもちます契約であると考えられることからくる例外的な性格を有するものである」といわれている。Romieu, Conclusion à l'affaire Terrier, Sirey, 1903, III. 25.
- (6) スワートルは「地方団体に對する訴訟に行政権限を樹立した第一の判決は一九〇二年のグロマン事件 (C. E. 1902. 1. 31. Grosson, Sirey, 1904, III. 136) である」とし、またロニエールも「この事件において、コンセイユ・デタは、市長の過失によって第三者に惹起された損害に關して市町村に對して向けられた賠償請求に對して判決する権限を暗黙のうちに認めた」という。Sudre, La compétence, p. 29, Romieu, Conclusion à l'affaire Terrier. だが、この判決は「事件は市長の個人的な過失によると認定して司法裁判所のみの権限を認めた後、市町村の責任に對して、「市町村は、彼等の市長の個人的な過失を理由に責任を負うと宣告されることかない」旨を判示した判決であつて、市町村に對する損害賠償請求に對して判決する権限を、コンセイユ・デタが、暗黙にもせば、認めたものと言えるか否かは、すこぶる問題である。
- (7) C. E. 1903. 2. 6. Terrier, Sirey, 1903, III. 25.
- (8) Long-Weil-Braibant, Les grands arts, p. 41., Hauriou, note au Sirey, 1903, III. 25. La jurisprudence administrative, t. II, p. 447. なお、このノートに於いて、オーリニョは「果、市町村の事件に行政訴訟を拡張すると同時に、同一の行政手段によつてとられた公役務の執行または措置のすべてのものにその自然的な適用を与えるこの判決を、我々が記録することは、深く満足するところである」と述べて、この判決に賛意を表している。
- (9) Cass. Civ. 1906. 5. 2. Ville de Nîmes, Sirey, 1907, I. 129.
- (10) その例として、次の諸判決がある。市町村がその使用を認可した火具 (un feu d'artifice) によつて負傷した見物人による市町村に對する損害賠償請求の審理権限を容認したデュエエ裁判所判決。Douai, 1906. 12. 18. De Bar et Ville de Lille, Sirey, 1907, II, 244. その損害が市町村の代表者の過失によつて惹起された場合に、市町村の電気企業の任を負う会社 (société) によつて發行せ

- れた負債 (emprunt) の引受人 (souscripteur) がその会社の破産によって生じた損害について、市町村は賠償責任を負う旨を判令するエッキヌ裁判所判決。Aix, 1908, 5, 20. Peyron et Eymieu, Sirey, 1908, II, 239.
- (11) T. C. 1908, 2, 29. Feutry, Sirey, 1908, III, 97.
- (12) このテシエの論告は次のように論述されている。「人が、県または市町村の状況と国のそれとの間に、一の差異の可能性さえも考えることができないということは、先天的であるように思われる。公権力は一であり、その行為または活動は、行動する行政の地域的な重要性に従って変更されない。行政の代表者または職員によって達成される行為は、どの範囲でこれらの職員が執行するのであれ、同一の性格を有する。彼等がそれに依存する地方行政のこれらの職員を結びつける関係は、公法の関係であり、国の官吏を国自身に結びつける関係と同じく、私法の関係ではない。したがって、民法の責任の原則と司法権限は、彼等の職務行為を評価しなければならない際はいつでも、それらの効力の点についてであれ、それらが惹起しえた損害の点についてであれ、排除されなければならない。実際、県および市町村の責任の問題の司法機関への帰属は、県の役務および市の役務は公役務ではなく、県および市町村の代表者ないしは職員の行為は国の官吏のそれと同一の名義における行政行為ではないということを意味すること、充分に斟酌しなければならない。さて、人は、今日、我々の公法および我々の行政組織のもっとも確実な原理に余りにも明白に反する一の同様な議論を明白に支持しようとは、もはやあえてしないのである。」
- (13) T. C. 1908, 4, 11. De Fonscolombe, Sirey, 1909, III, 49.
- (14) T. C. 1908, 5, 23. Joullié, Sirey, 1909, III, 49.
- (15) たとえば、フォンスコロロン事件の判決は次のように判示している。「マルセイユの市の職員によるその運河の水門を開放する行為は、被用者の職務の執行中に入る。これらの職員の誰もが、個人的な性格を有し、その職務の行使から分離される過失を犯した」と主張されてはいない。それゆえに、その行為は、司法裁判所が加害結果を審査するのに無権限である役務過失 (faute de service public) のみに関する。」シエウイエ事件の判決も、ほぼ同様の趣旨を判示している。
- (16) Hauriou, La jurisprudence administrative, t. I, p. 591.
- (17) C. E. 1910, 3, 4. Théron, Sirey, 1911, III, 17.
- (18) Cass. Civ. 1912, 2, 26. Comm. L'Eyguières, Sirey, 1914, I, 17.
- (19) Mestre, note au Sirey, 1914, I, 17.



げ、県参事会の廃止法案に関するコンセイユ・デタおよび破毀院の意見書を引用して、次のように論述する。「行政裁判所への訴訟がすべての他のもの以上に有効であり、なかならず財産権をよりよく保護しているということが確信されうる。それを確信するためには、実際のもっとも通常の問題について、コンセイユ・デタの判例と破毀院の判例を比較することで充分である。おそらく行政裁判は、それがかなり認識されていないがゆえにのみ、かくも強く攻撃されるにすぎない。もつとも多くそれを実行する者、たとえば公事業 (travaux public) の企業者は、それ(裁判)について不平を言つてはいない。そして、彼等に打診するならば、彼等は、ちゅうちよすることなく、現在の物事の状態の維持を要求するであろう。」

このようなジロンの所説は、あるいは余りにも行政裁判所に有利な主張であるのかもしれない。だが、行政権と司法権とが峻別されたこの時代において、機能的にその作用をとらえて、行政裁判をも司法裁判と同様に見るこのシロンのような考え方は、ある意味では、行政裁判の司法化がかなり達成されていこそ、始めて成立しうるもの、と云うことができるであろう。そして、また、国に対する損害賠償請求事件のような財産的請求について、民事裁判所に提起された数多くの事件の権限争議の形式による取戻し、特に第三共和制下の権限裁判所の諸判決による行政権限の拡張が実現されることができたのも、公権力国家の無責任の原則の残存などが見られるとは言え、行政裁判所の態度およびその判例に暗黙の支持があつたことにもよるのであつて、この行政裁判制度の整備は、この時代のフランスの制度が、ドイツなどと異なり、(行政訴訟についていわゆる概括条項 (General-Klausel) を採用していた一事実によつても、明らかであろう。

以上に論述してきた行政裁判制度の整備は、もつぱら制度上ないしは判例上の進化によるものであつた。だが、こ

説  
の制度および判例上の進化は、学説上の発展と無関係ではありえない。したがって、次に、行政権と司法権との権力分立の原則から由来する学説上の進展に眼を向け、その所産としての権威行為と管理行為の区別の理論を検討してみることにならう。

- (1) S. Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs*, 1881, p. 461.
- (2) *Ibid.* p. 488-489.
- (3) *Cour de Cass.* 1862. 12. 6. *Lesbats*, *Dalloz*, 1863, I. 390, 1864. 8. 25. *Dalloz*, 1865, I. 48, C. E. 1864. 2. 25. *Dalloz*, 1864. III. 25, 1865. 6. 7. *Dalloz*, 1866, III. 29.
- (4) *Ibid.* p. 466-467.
- (5) このシロンの考えは、一八四八年にコルムナンによって当初に主張されたようなコンセイユ・デタとは別個の行政裁判所 (*Cour administrative*) を創設し、その構成員に司法裁判所の構成員と同様の身分保障 (*inamovibilité*) を与えようとするものである。  
*Ibid.* p. 490-502.

#### 第四章 権威行為と管理行為の区別に関する理論とその意義

##### 一 序 説

これまでに述べてきたように、十九世紀末までの判例は、大革命期の権力分立の原則に準拠して、行政権と司法権との間の裁判権限の帰属に関する原則を各場合における具体的な事例を通して徐々に樹立し、行政法の一般原理の形成に寄与してきた。ところで、このような判例上の原理の形成につれて、他方、学説上においても、この時代に行政法に対する認識の欠如をようやく克服し、一八六〇年代以降、行政法の体系的な著書がだんだんに公刊され、

その原理が学説上に解明されることとなった。そして、この十九世紀の後期における学説上の基礎概念として、一九世紀のフランス行政法上重要な地位を占めた原理が、実に、権力分立の原則から演繹された、行政権と司法権との間の裁判権限の分配の基準原理の役割を果す権威行為 (Les actes d'autorité ou de puissance publique) と管理行為 (Les actes de gestion) の区別の理論であった。

この権威行為と管理行為の区別の理論は、デュギー (Duguit) によれば、行政行為の二つの範疇を区別するものとして、オーロック (Aucocq) デュクロック (Ducrocq) バトビイ (Bathie) ダレスト (Darestre) の諸学者によつてその理論の完成への努力がされ、ラフェリエール (Laferrière) によつて始めて明瞭に公式化された<sup>(1)</sup> という。また、ワリヌ (Valine) によれば、デュクロックおよびベルテルミイ (Berthelémy) によつて相續いて主張された理論である<sup>(2)</sup> と言われている<sup>(3)</sup>。

この時代のフランス行政法に関する著書は、バトビイの著書の題名が示しているように、理論的であると同時に実務的 (théorique et pratique) であり、その学説的な理論を充分に展開するというよりも、むしろ実務的な解説の敘述に近い。そして、バトビイやデュフル (Dufour) の著書に見られるごとく、数千ページという老大な量を誇りながらも、その内容は、今日でいう総論的な部分を殆んど含まず、各論的に各項目別に並列的に論述されているにすぎない。したがつて、このような著書の構成の中から、真の理論を探究することは、かなり困難であると言わなければならない。だが、それはそれとして、この理論がフランス行政法の進化にどのような役割を果したかを知るために、このような事項別の論述の中から、この理論に該当すると考えられる箇所を抽出して、この時代の権威行為と管理行為の意義およびその区別による理論の内容について、検討を加えてみることにしよう。<sup>(4)</sup>

- (1) L. Duguit, *Les transformations du droit public*, p.147-151.
- (2) M. Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6<sup>ed.</sup>, p. 58.
- (3) この理論の沿革を考究するためには、この時代の著書を初版から各版毎に検討することが必要であると考えられるが、そのようなことが国においては不可能であるので、以下におけるその理論の検討も代表的な版によってするより他はなく、したがって、この理論の完全な進化を把握することができない点をあらかじめ御了解戴きたいと思う。
- (4) 最近刊行された兼子仁氏の著書によれば、この時代に、すでに行政法規を個人の自由の制約という角度から捉え、国家の権限をできるだけ制限しようとする古典的自由主義の立場に立つデュクロックおよびデュフールの立場と、公権力を社会的機能の面から捉える機能的行政観の立場に立つパトビイ、オーコックらの、二つの流れがあり、前者がベルテルミイにつながる伝統的な權威行為と管理行為の区別の理論を主張しているのに反し、後者の学説においては、デュギイやオーリユウの学説の萌芽を感じさせるものがあり、その学説がデュギイおよびオーリユウの行政行為論を開花させるに至った、と主張している。(兼子仁、行政行為の公定力の理論、一八九一―一九二頁。)確かに、このような傾向が窺取されるところもあるが、この時代の行政法学は、兼子氏も認めておられるように、法律的な見地からすれば混沌だったのであり、一概に断定しかねる点もある。その点はともかくとして、これらの学者は、そのニュアンスは異にしながらも、いずれも權威行為と管理行為の区別の理論とみられうるような説を展開しているのであって、この点に関するかぎり、明白な差別もつけがたいように思われるので、以下においては、これらの学説を区別することなく、一括して、その内容を検討してみることとした。
- (5) 右に挙げた諸学者のうち、ベルテルミイのみは、ややその時代を異にし、むしろ二〇世紀に入ってから活躍した学者であるので、彼の説は、ここでは省略し、後に別稿で公役務理論について論及する際に、若干の検討を加えることにしたい。

## 二 權威行為と管理行為の区別に関する理論の生成

十九世紀後半のフランス行政法学者の著書においては、權威行為と管理行為の区別に関する理論は、あるいは行政組織の章における行政機関に関する項目中に、あるいはまた行政裁判に関する項目中に敘述されている。次に、各著者別に、その内容を紹介していくことにしよう。

(1) デュフワルの理論

一八六八年に公刊された著書において、デュフワルは、行政機関の章で知事の行為に論及し、「管理行為—契約」と題する項において、次のように述べている。「法人としての国 (la personne de l'Etat) ないしは県の代表者の資格に相應する権力の行使において、知事は、疑いもなく、被治者 (administrés) と接触する。だが、それは、単に彼等と約定し (stipuler)、または彼等に対して訴訟を行なう (plaider) だけである。彼がその場合に使用する行為 (les actes auxquels il a recours) は、公権力行為と何ら共通するものをもたない。買い、売り、交換し、賃貸し、または借りるために知事によつて締結された契約は、ある特殊の形式、たとえば入札 (adjudication) の形式をもつ。だが、その結果として、これらの契約が普通法契約と区別されることはなく、それらを規律するために借りられなければならない原理は、民法典の規定におけるものである。我々は、ここにおいては、大臣に留保された契約のために、権限に関して与えられた例外さえも見出すことができない。県は、この関係の下に、どのような特権をも主張すべきではなく、私人として現われるべき行為において県のおかれている状況は、私人のそれ以外のものではない。」

彼は、また、同様に、権威行為と題する項において、次のように論述する。「第三者との関係において考慮されるべきもつとも重要な行為に遭遇するに当つて、ある措置を命じ、ある事項またはある行為を禁止し、認可し、許容し、授与し、拒絶し、特許し (conceder)、是認し、確認し、取消し、停止し、変更し、任命し、罷免する等のために、知事は、彼に授与されている権力の行使を伴わなければならない。この機能 (fonction) に関して発せられるすべての行為は、決定 (arrêtés) の形式……でされる (être rédigés)。これらは、同一の名称、すなわち決定の名称のみを有し、それらの行為に共通な性格は権威行為を構成する。」<sup>(2)</sup>

論

バトビイは、行政訴訟の分野について論じている行政の権限と題する章において、「財産の問題―それは行政行為に基くものであるか、」および「行政行為によって何が理解されるのか、」の二つの項目について、次のように説いている。「一般に、普通法の原理によって規律される財産の問題は、(通常)裁判所の権限の中に入る。そのことは、所有権の分化 (*démembrement de la propriété*)、物権 (*droit réel*)、および債権者と債務者との間の債権関係についても同様である。だが、時には、財産の問題が行政行為の中にその淵源を有し、または債権が国、すなわち公權力に対して請求されることがある。そのことから、その性質上は司法的であり (*judiciaires par leur nature*)、それを生じさせる行為によっては行政的である混合的な法の領域が生じ、この点において、二つの権力間の分立の問題が微妙になり始める」。「売買や賃貸借のような普通法契約は、それが行政的な監督に服する公施設によってされるとき、優越的な權威の認可をえなければならぬ。だが、それが行政的な形式で与えられているとしても、この監督は普通法の行為の性格を契約から奪うものではなく、(通常)裁判所は、契約を適用し、当事者の意思を解釈する完全な権限を有する」。「人は、行政的な形式において、所有者としての国家 (*Erat propriétaire*) と私人との間に締結された売買行為が、その解釈が行政裁判所に帰属する行為であるかどうかを知る問題をなからく討論してきた。行政的な形式でされているけれども、この行為は、実際、普通法契約であり、その適用および解釈は通常裁判所に帰属しなければならぬ」。「そして、さらに、「権力分立、行政行為の解釈について」と題する章において、次のように述べる。「(民事)裁判所は、また、疑いのある場合には、行政的な形式において締結されているとしても、有償の契約を解釈することができる。この行為は二つの意思の合致によってされてきたので、当事者が同意されたものの意味について不一致である

るとしても、契約者の意思について宣言しうる唯一の者は事実審裁判官である。<sup>(6)</sup>「それゆえに、行政機関への移送は、個別的でかつ有償の契約の性格を有しない行政の行為の適用に関するときにのみ、命じられなければならない。無償である特許行為は充分に契約とされることができる。……だが、無償の特許に関するときには、その条件は、有償の契約についてのように討議されるわけではない。その自由性の範囲を定めるのは特許付与者 (concedant) であり、特許権者が自己の意思をそれにつけ加えるものではない。……したがって、判例は、古い国王の特許は行政機関によって解釈されなければならない、と決定している。もしも我々が、無償の特許の代りに、その指揮権により、特許におけるように当事者の同意が生ずることのない行政の行為の場合を仮定するならば、その解釈は、より強力な理由をもって、<sup>(7)</sup>行政機関に要求されなければならない。」

(3) オーコックの理論

オーコックは、行政裁判に論及して、「司法機関が行政行為の意義および効果について判決を延期しなければならない場合」と題する項において、次のように述べる。「まず、これらの(行政)行為の意義および効果について紛争がある場合に、行政行為の解釈を司法機関に禁止しなければならないという原則は、行政機関により発せられるすべての行為に適用されるのであろうか。そうではない。この原則は、命令、無償の行為である特許、および行政機関によって締結された契約以外の行政により発せられた権威行為に関してのみ正確であり、権威行為についての訴訟は行政裁判所に帰属する。この原則は、行政機関によって制定された命令、間接税に類似するある税についての訴訟は行政裁判所の行為 (les actes réglementaires) およびその訴訟が司法機関に帰属する契約に関する事項においては、正確ではない。<sup>(8)</sup>」そして、この原則の適用される場合および例外の適用される場合を個々の具体的な事例を示して説明した後、

説

契約行為について、次のように言及する。「行政により第三者と締結された契約に関して、司法機関は、それらの履行から惹起される問題について宣告する権能を有しない場合、たとえば、公事業契約、国有公産の買却行為 (les actes de vente de domaines nationaux)、または公役務を創設するために県および市町村に対してされた不動産についての特許の場合にのみ、契約条項の意味について疑いが生じたとき、判決を延期するべく義務づけられる。」<sup>(3)</sup>

(4) デュクロックの理論

デュクロックは、中央行政組織に関する説明のうち、共和国大統領についての項において、次のように述べている。「行政の行為を構成する共和国大統領の種々の種類のデクレをよりよく整理するために、ここで、行政の行為の理論を、その全体において明らかにすることが便宜である。我々がこれから公式化しようとする区別と原則は、行政階層のどのような職員にも例外なく、共和国大統領、大臣、知事、市長等のすべての活動行政に適用される。……彼等の行為が同一の方法で区別され、何らかの留保をもって同一の原則に服するということは合理的である。……共通な原理が、その行為者である職員の序列が何であれ、これらすべての活動行政の行為に適用されるのは当然である。すべての階層の段階に適用されるこれらの区別とこれらの原理は、共和国の大統領の行政に関するデクレの区分について、もつとも明瞭にされている。」そして、このように、行政の行為に関する一般原則の創設の意欲を示した後に、「活動行政は、三種類の行為を達成する。一般的ないしは命令的行為 (des actes généraux ou réglementaires)、固有の行政行為 (des actes administratifs proprement dits)、および管理行為が、これである。我々は、これからそれらを説明しよう。」<sup>(4)</sup>そして、まず、行政の命令制定権の行使である一般的命令的な行政行為の性格および種類について説明し、ついで固有の行政行為に関して、次のように論述する。「共和国の大統領、大臣、知事、および市長は、すべて固有

の行政行為を遂行する。これは、一般的命令的な行為と同様に、公権力行為、指揮および權威の行為である。だが、それら(為の行)は、一般的ではなくて、個別的かつ特殊的存在である。この行為は、すべての地域で、私益との斗いにおいて (dans ses luttes avec l'intérêt privé) 一般的利益を代表するすべての行政職員の名で毎日行われている法律の個別化された執行の行為 (actes d'exécution particulière des lois) である。<sup>(11)</sup>そして、「国の長によつてされた一般的なデクレに対して開かれていないコンセユデタへの訴訟救済の途が、反対に、行政の特殊的なデクレに対しては、それが固有の行政行為を構成するがゆえに、許されている。」<sup>(12)</sup>そして、最後に、管理行為について、次のように述べる。「共和国大統領のデクレにおける第一義的かつ主要な適用に際して、活動行政の行為の一般理論を補充するために、管理行為(契約的または手続的な行為)について語ることが我々に残されている。国の長は、この性質の行為を行わない。彼の行政の行為は、命令または固有の行政行為にすぎない。実際、大臣は、国に利害のある管理行為を行い、または行わせるのに充分である。行政階層の第一段階に、この効果のための活動をおくことは必要ではない。県における知事および市における市長のように、契約または手続的行為を、国の名で、自分自身ですることは、国の長の役割ではない。管理行為は、実際、それが權威および指揮の行為でないことにおいて、他の二つの種類の行政の行為(命令および固有の行政行為)と區別される。この第三の行為である最後の範疇の行政の行為の実現において、大臣、知事、および市長は、公権力として国、県および市を代表せず、単なる私人として現われる。同様に、管理行為は、命令に固有な原則にも、固有の行政行為に特有な原則にも、服するものではない。」<sup>(13)</sup>

(5) これらの理論に対する考察

右に引用した各著者の見解は、たとえば、バトビイやオーコックのように、必ずしも權威行為ないしは管理行為と

説論

いう用語を用いてはいないが、行政の行う行為は、そのすべてが行政裁判所の審理に服するものではなく、その裁判権限の帰属に対応して、その性質上二種（デユクロックのように命令的行為）の行為に分離される点において、一致している。そして、これらの見解の間には、たとえば、行政の特許行為の帰属の問題に示されているように、その範囲に多少の広狭があるにもせよ、行政の行為を、指揮の行為または公権力の行為と、それ以外の行為とに分類していることから考えて、これらの著者の見解は、いわゆる権威行為と管理行為の区別の理論を樹立しているものと言うことができるであろう。

ところで、ここで注目されるのは、以上の二種の行政の行為のうち、いわゆる管理行為の範囲についてである。これらの著者が民法典によつて規律される管理行為として挙げている行為は、行政の契約行為であり（デユフウル、オーユ、または財産の問題に関する行為である（ピト））。そして、それ以外には、特許（ツク）および手続的行為（ロック）が、著者によつては、管理行為として示されているにすぎない。このように、この権威行為と管理行為の区別に関する理論が、その生成に際して、行政の行為の中から、財産の問題に関する契約行為のみを区別し、この契約行為を中心として、管理行為の概念を創設している事実は、この理論の発生の淵源を知る上に、極めて興味ある論題を提供している。この点は、判例上の進化について先に述べたように、すでに一八〇四年において、メルランが、市町村の財産の質貸借は私人間のそれと同視されるべき性質のものであるとして、行政の契約行為に関する紛争の審理権限の司法裁判所への帰属を主張していた事実<sup>(ピト)</sup>と関連させて考えるとき、より明瞭に理解することができる。すなわち、この権威行為と管理行為の区別の理論は、契約行為ないしは財産に関する行為のみを除外している点において、内容的に、先のメルランの主張と根本的に何ら相異なるところがない。この理論は、発生的には、メルランの主張を体系化し、それに名

称を付与して、学説中に採り入れたにすぎない。そして、この意味において、権威行為と管理行為の理論は、何らの新しい概念をフランス行政法上に生み出したものではなく、従来の考えをそのまま一般的な公式に導き入れた理論であつた、と言ふことができるであらう。<sup>(3)</sup>

この権威行為と管理行為の区別に関する理論は、右の諸学者によつては、いまだ素朴な形式において主張されているにすぎず、その範囲も、個別的な事項について例示されている傾きがある。そして、この理論をもつとも一般的な形式で展開したのが、この理論の代表的な論者として一般に認められているラフェリエルであつた。それゆえ、ついで、このラフェリエルによるこの理論の展開について概観してみることになしよう。

- (1) G. Dufour, *Traité général de droit administratif appliqué ou exposé de la doctrine et de la jurisprudence*, 3<sup>éd.</sup> 1868, t. 1, n.º 398, p. 345-346. なお、彼は「大臣の行為」の項において、「管理行為」に言及して、次のように述べている。「國の財産を管理し、公の要求に資するために、行政は必然的に私人と同一の権利を行使し、同一の契約の助けを借りることになる。彼は、かわるがわる裁判で活動し、売り、交換し、賃貸し、一言でいえば、種々の私法の契約を用いなければならぬ。」t. 1, n.º 148, p. 130-131.
- (2) *Ibid.* t. 1, n.º 406, p. 349-350. なお、彼は「大臣の行為の項において、権威行為に言及して、次のように言う。「大臣たちは、人が有利な名義で用いうる利益を授与し、または拒絶する。彼等に委ねられた監督を行使するために、許可を与え、または禁止をすることは、同様に彼等(大臣)に属する。……許可または禁止は、大臣に帰属する警察権の限界中において、行政の利益の評価(appreciation)のみを含む。したがって、これは行政官の職権による行為であるにすぎない。それら(の行為)は、(通常)裁判官に帰属する紛争と請求とについてのすべての方(idee)を排除する。」t. 1, n.º 160, p. 137-138.
- (3) A. Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, 2<sup>éd.</sup> t. 7, n.º 344, p. 368.
- (4) *Ibid.* t. 7, n.º 345, p. 368-369.
- (5) *Ibid.* t. 7, n.º 347, p. 369.

説  
論

- (6) *Ibid.* t. 7. n.º. 377, p. 400.
- (7) *Ibid.* t. 7. n.º. 378, p. 401-402.
- (8) L. Aucoc, Conférences, 3<sup>éd.</sup> 1855, t. I. n.º. 292, p. 499.
- (9) *Ibid.* t. I. p. 503.
- (10) Th. Ducrocq, Cours de droit administratif et de législation française des finances, 7<sup>éd.</sup> 1897, t. I. n.º. 64, p. 81.
- (11) *Ibid.* t. I. n.º. 68, p. 86.
- (12) *Ibid.* t. I. n.º. 72, p. 91.
- (13) *Ibid.* t. I. n.º. 73, p. 92.
- (14) 前出、第二章三、(2)、(1)、北法、一二卷二号二六八頁參照
- (15) さらに、この理論について注目されるべき他の点は、デュギイが指摘しているように、この時代の權威行為の概念が、主として警察、軍事、および裁判の職務のみを対象として考えていたことにある。このように、一九世紀の学説による權威行為の対象は狭く、この点から、デュギイは、このような權威行為と管理行為の区別の理論は夜番国家的な行政職務の少い時代にのみ適合する理論であると批判している。Duguit, Traité, 3<sup>éd.</sup> t. II. p. 65.

三 ラフェリエールによるこの理論の体系化

權威行為と管理行為の区別に関する理論を、もつとも精密に体系化したのは、ラフェリエールの功績である。ラフェリエールは、一八八七年に公刊された行政裁判論の初版において、その冒頭の一般的概念と題する章の下に、行政訴訟の性質を論じて、この理論について次のように詳述している。

「二重の使命が行政機関に負わされている。一方において、それは公の財産 (la fortune publique) の管理およびその使用を監督し、共同の負担において供給すべきすべての性質の歳入の徴収、および公役務へのそれらの充當を確保する任務を負う。それ(行政)がこの使命を満たすために遂行する行為が管理行為と呼ばれるものである。他面、行政

は、一方では、執行権の屬性の一である權威、権力の受託者である。それは、法律を執行させ、その適用を確保するための補足的な命令を公布し、公役務の運行を規制し、市民により警察の利益を得させる任務を負う。それは、制定された規定に違反する者、または一般の利益を害する者に対する一般的または個別的な命令、裁判命令(*injonction*)または禁止の方法で、介入する。行政は、そのとき、權威として行動し、それらの行為は指揮または公権力の行為と呼ばれる。」そして、行政訴訟との関連について論及して、「行政訴訟に属する紛争の間で、あるものはその性質により(*Par leur nature*)、他のものは法律の定めによつて(*par la détermination de la loi*)、行政訴訟に属する。第一のものは、公権力行為、または選挙活動、任用(*le recrutement*)、直接税の配分および割当のような行政的な性質の活動を対象とする紛争である。この性質の行為および活動を取消しまたは変更し、その法的効果およびその効力を争おうとするすべての争論は、その性質自身によつて、行政訴訟を構成する。」したがつて、このような行為は、そのことだけ、裁判所にその審理を禁止する一七九〇年および共和三年の法律が規定する公法の原理によつて、原則として、司法裁判所の権限から除外される。「だが、フランス行政法においては、特別の立法規定によつてのみ司法権限から除外される多数の訴訟事件が同様に存在する。法律は、当然に課せられているわけではない。権力分立の原則から必然的に由来しない行政的な性格を、それら(の訴訟事件)に与えてきた。このようなものは、公権力としてではなく、契約当事者として、公役務の管理にむすびつけられる義務の能動的受動的な隷屬者として考えられる行政に利害のある紛争である。」「それゆえに、行政訴訟の法的な定義がない場合には、その基本的な要素を次のように要約する理論的な定義を、提唱することができるであろう。すなわち、行政訴訟は、法または法律に基き、あるいは行政機関から発せられた公権力の行為を、あるいは一般的または特殊な法律の規定によつて行政裁判所に付託される公役務の管

理行為を、それぞれ対象とする請求の全体を包含するものである。」

彼は、さらに、「司法権に対する行政の権限の限界」と題する章において、「一七九〇年および共和三年の法律によつて予見された行政行為は何であるか」を探究して、一七九〇年および共和三年の立法者は、行政機関の異なる行為の間のすべての区別を阻止し、行政のすべての行為を無差別に司法権限から除外しようとしたが、この絶対的な原理は、コンセイユ・デタの判例によつて、徐々に緩和されてきた旨を述べた後に、次のように論じている。「一般に認められた見解によれば、(通常)裁判所の権限を排除するためには、その対象によれば普通法に帰属する行為に、公益を援用しまたは行政的な形式を与えるのでは、充分ではない。行政的な性格は、行為の性質自体から由来するのであつて、単に、その行為者の資格または彼が提唱する目的からくるものであつてはならない。それゆえに、人は、司法権限から完全に排除されるものとして、行政から発せられるすべての行為、公益を目的として行政によつて行われまたは命ぜられるすべての活動を考へてはならず、単に公権力の行使にむすびつけられ、この名義で市民の能力を超え行爲および活動のみを、考へなければならぬ。この能力は、個人の關係においては彼等の間のすべてに平等であり、行政が、一般の利益のために、単なる私人が私益のためにしうることをするときには、行政と私人との關係においても、また、同じように平等である。だが、行政が自己に委任された権力を行使するときには、この能力は、もはや個人と行政との間において、平等ではない。そのときに支配するのは、もはや平等の原理ではなく、反対に、一方では指揮の権利、他方では服従の義務、という権威の原理である。行政がこの委任により行う行為、それが公布する規定、それが授与する権利、それが宣告する命令または禁止は、固有の権能の印跡を有している。これが、公権力行為、すなわち、一七九〇年および共和三年の法律に与えられるべき意義における行政行為である。」

このように、彼は、権威行為と管理行為の区別の標識を明らかにし、司法裁判所で審理が禁止されている固有の行政行為は権威行為であることを示した後、管理行為について、次のように詳述する。「我々は、公権力行為が司法権限から完全に除外される唯一の行政の行為であることを見てきた。この原則は、管理行為、すなわち、行政が公役務の管理者または支配者 (*gérant et intendant*) の資格で、主権の一部の受託者としてではなく行う行為については、相異なるものがある。行政がこれらの行為の遂行において行使する能力は、一般に、市民が私法により保有し、または彼等が自由に同意する約定によつて帰せられうるそれを、超えるものではない。公役務の作用および一般的利益の事業の執行を確保するために行政によつて締結される契約、公の財産を使用するためにされる行為、国または地方の行政が満足させる使命をもつような需要に応ずるために締結する金銭上の契約は、管理行為である。それら（の行為は）、公の利益によつて動機づけられる。だが、公権力はそこに介入してはいない。」そして、さらにこの管理行為と裁判権限との関係について触れ、「これらの行為に対しては、権限の原理は逆である。一の法律が、公権力行為については（通常）裁判所の権限を例外的に与えるために必要であるのに反し、管理行為については、その行為を通常裁判所から排除するために必要である。公権力行為に関する訴訟は、その性質上行政的であり、管理行為に関する訴訟は、法律の定めによつてのみ行政的であるにすぎない。」

このラフェリエールの見解は、先の諸学者たちが、単に権威ないしは公権力の行為と呼び、行政の契約行為または財産に関する行為と区別していた固有の行政行為の性質を精密に指摘し、行政の行為を、その行為の性質に応じて、指揮および服従という不平等な関係に立つ権威行為と、私人と平等な関係に立つ管理行為とに分類している点において、理論上大きな意義を有する。そして、このラフェリエールにより樹立された理論によつて、大革命当時の権力分

説

論

立の原則にその端を發した行政行為の概念の修正の動向は、一応の到達点を見出し、行政權と司法權との間の裁判權限の分配の基準が原理上確定されるに至り、フランスの行政法は、ここに大革命以来の第一次的な發展を完了したのであつた。それゆゑ、ついで、この権力行為と管理行為のフランス行政法に占める意義および効果について、検討を加えてみることにしよう。

- (1) E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 1. p. 1887, et 2<sup>ed.</sup> 1895, t. 1. p. 5.
- (2) *Ibid.* t. 1. p. 7-8. そして、ラフェリエールによれば、この區別は次のような實際的な利益を有するという。すなわち、司法裁判所によってされた判決が、権限に関する法律のみを誤解したにすぎない場合には、この権限の過誤は、裁判官の犯しうる事実および法律の過誤と同様に既判力により償われるから、行政は、この過誤にも拘らず、その判決を執行しなければならぬ。だが、司法判決が、単に裁判的な権限に関する法律を誤解しただけではなく、その固有の性質により行政裁判所に属する事件に判決をした場合には、権力分立の原則に違反し、公權力の領域を侵害するから、単に違法であるばかりでなく、違憲となり、この瑕疵は既判力によって償われず、司法判決は行政にとってなかつたことになる点であるという。
- (3) *Ibid.* t. 1. p. 428-430, 2<sup>ed.</sup> t. 1. p. 477-478.
- (4) *Ibid.* t. 1. p. 436-437, 2<sup>ed.</sup> t. 1. p. 484-485. だが、彼は、この後で、この一般原則に対して、次の二つの考察をつけ加えなければならないとする。まず第一に、管理行為に関する訴訟は、特別の規定によると同様に、法律の一般的な規定によって行政裁判所に付与されうること、すなわち、その事項を列挙することなく、行政訴訟に属するものとして立法者によって広汎に画かれた範圍内に入れることで、行政裁判所の権限とされうること。第二に、公役務の管理に、あるいは国によって所有されたまたは監督される財産の行政に、協力するが、同時に公權力の行使に極めて緊密に関連し、あたかもこの公權力のみが作用しているかのような行為が存在する（たとえば、公産について私人にされる特許）。そして、このような行為は、公權力に契約的な要素がつけ加わるが、契約的な要素は、この権力行為を管理行為に変更せず、公權力がこれらの決定中に表示されているという唯一のことによって、これらの決定が、排他的に行政裁判所に帰属し、完全に司法権限から除外されることが、これである。

四 權威行為と管理行為の區別に関する理論の意義および効果

右のような權威行為と管理行為の區別に関する理論は、行政の行為を、真に行政的な權威行為と、原則として私法上の行為に属する管理行為とに分け、權威行為のみがその性質上行政裁判所の審理に帰属する固有の行政行為である、とする。そして、このような一九世紀後半の学説上の進化によつて、権力分立の原則を規定する一七九〇年および共和三年の法律の意義における行政行為の概念の解釈が、権力性をメルクマールとして理論上一定され、この理論を基礎として、行政法体系が初めて大成されたのであつた。

この理論は先にも述べたとおり、この時代までの行政判例の動向を、若干の例外はあるにもせよ、そのまま理論化したものであつて、それに何ら付け加えられたものではない。だが、行政法の歴史的な發展の段階と対応して考察するとき、この理論の有する意義は無視しえないものがある。以下、それを、私なりの解釈に従つて、互いに相關連することではあるが、次の五点に注目して、論評を加えてみることにしたい。

この理論のまず第一の意義は、形式的・主体的な行政行為概念の確定的な放棄にある、と考えられる。先述したように、大革命期の権力分立の原則は、発生的には、司法権に対する強い敵意の感情から、行政に関するすべての事項を形式的に司法裁判所から排除しようとする目的を有するものであつたが、この趣旨は一八一〇年代からすでに修正される傾向にあり、司法権に対する敵意の喪失という特殊事情の消滅とともに、もはや合理的な根拠を見出すことができない。そして、この理論により、行政の行為には私法上の行為と區別されて考えられなければならない固有の行政行為と、私人と同様な立場に立つ行為、との二種の行為の存在が合理化された結果、形式的な行政行為概念は、その存立の基盤を全く失ふこととなつた。このことは、行政に固有の法としての行政法の成立に合理的な根拠を与

説

え、その発展の端緒を開いたものとして、充分に評価されてよい点である、と考えられる。

論

この理論の第二の意義は、性質による行政行為概念の確立にある。従来、フランスにおいては、行政訴訟は、個々の規定により各個別的な事項において別々に取扱われ、その間に何らの統一も見られなかった。ところで、この権威行為の理論により、権力性という観点から、私法とその性質を相異にする固有の行政行為が存在し、このような対等の私人間の行為と異なる固有の行政行為に関する訴訟が、個別的な法規によることなく、一般的な原理によつて、行政裁判所に帰属する行政訴訟を構成することとなる結果、この理論は、行政訴訟の性格の探究、ならびに行政訴訟に関する一般理論の生成の基盤を、行政法学に新たに提供する役割を果すものと言えよう。このように、この権力行為の理論が、行政訴訟法の分野における統一的な把握に貢献した点は、無視することができない。また、すでに、この一九世紀後半において、行政法の特徴が、フランスにおいて、権力性に求められていた点も注目し得る。この時代の権力は、後にデュギイによつて論ぜられたように、国家主権の概念に派生するものであり、今日とはその意味を若干異にしているところがあるとはいえ、多くの國のかなりの学者が行政法の本質として今なお採用しているところである。したがつて、この理論は、その時代において、行政法の性格、その法概念をかなり正確に把握しているものと言ふことができるであらう。

この理論の第三の意義は、権威行為のみを固有の行政行為としてその性質上行政裁判所の権限に帰属させながらも、権力性のみをもつてその権限の分配の基準として割り切ることができず、それに法律の定めによる行政行為を付加した点にあるように思われる。元来、この理論という管理行為は、先のこの理論の紹介からも推察されるとおり、行政の契約行為とか財産権に関する行為のように、行政の全くの私法上の行為であつて、この意味ではわが國の学説

上でいわれている管理行為とはその意義をやや異にする。だが、それにも拘らず、この理論は、行政裁判所の管轄に属する行為が、その権力性という性質によつてのみに限られず、法律の定めにより、行政事件とも司法裁判所に属する民事事件ともなりうる行為が存在することを暗示している点において、注目に値する。<sup>(1)</sup>そして、この点は、権力行為のみに行政事件を限定することの反動としての公役務理論の登場によつて、後に問題とされた点でもあつたのである。

この理論の第四の意義は、さらに、行政行為概念の理論的な基盤の成立に見出される。この時代においては、いまだ行政行為の理論の展開は、学説上何らされてはいない。だが、先述した行政行為の形式的な概念の放棄と、それに代る性質による権威行為の理論は、固有の行政行為の存在を肯定し、その範囲を確定することによつて、行政行為の理論の出現への基礎を確立したものと言えよう。この権威行為の理論によつて、これ以後、フランス行政法は、各事項別の個別的各論的な敘述から脱却して、一般的総論的な行政行為論を發展させる足がかりを得た、と言うことができたのであつた。<sup>(2)</sup>

この理論の第五の意義は、先の第四の場合とも関連するが、この時代には、行政行為論が未分化であつた点に存するように思われる。先この理論の紹介から推察されるとおり、この時代の学説は、この理論を、あるいは行政組織の学説においては、いまだ、行政組織法および行政裁判に関する章において、論述している。このように、一九世紀後半のフランスの学説においては、わざわざデュクロックの著書において、この権威行為と管理行為の理論の一般原則化、行政行為の一般原則化の意欲が見られ、またラフェリエルの著書において、この権威行為と管理行為の理論が一般的な概念とし

説

論

て敘述されているほか、この時代の行政法は一般的理論的な総論を有せず、したがって、一般的な行政行為の理論をもたない。その行政法は実務的な観点から、行政法の個々の事項および問題について、各論的に論述し、具体的な事例に基づいて素材を収集し、その法体系を築き上げているにすぎない。このように、フランス行政法は、あるいは行政行為の分野において、あるいは行政訴訟の分野において、この權威行為と管理行為の理論によって、その一般化の素地を提供した。そして、その領域の確定と具体的な素材の収集とによつて、その行政法は、第一次的な進化を完了し、その一般的な理論化を目指して、次の進化の段階に入ったのであった。

右のように、この權威行為と管理行為の区別に関する理論は、フランス流の権力分立概念に基づき、固有の行政行為の性質と範囲を確定して、フランス行政法学の進歩に大きく寄与した。だが、その余りに截然とした区別は、法律による行政行為の例外を認めながらも、権力と平等との混在する行為、または権力を背後に潜め私人と全く平等とは言いつれない行為の存在に、対換してゆくのに充分ではなかつた。そして、この技術的な理由は、デュギイらの法思想史的な学説の展開による影響と相まって、この權威行為と管理行為の理論を放棄させるに至り、ここにフランス行政法学は、判例および学説上において、新たな段階に突入する。そして、ここに登場することとなつたのが、実に、フランス行政法に特有な概念として有名な公役務 (le service public) の概念であつたのである。

(1) ただし、この理論による法律の定めによる行政訴訟の付与は、行政訴訟とするような何らかの性質の変更を伴う法律の規定が必要とされるのか、単にその事項を行政裁判所の管轄とする旨の規定がされれば足りるのか、すなわち、法律の定めによつて、その事項の性質が私法上の民事事件から行政事件に変容されるのか、それとも事件そのものは民事上の事件であつて、ただその裁判管轄のみが行政裁判所に移されるのか、明瞭ではない。もしも、後者であるとすれば、この理論は、この点、余りに形式的であつて、余り意味がなく、私の言う暗示はややうがちすぎた見方であるのかもしれない。

- (2) 序説において指摘したように、今日行政行為の種々の効力およびその理論の合理的な基盤の再反省が必要であり、この意味からすれば、行政法の内部における行政行為の一般的な理論の生成について歴史的な探究を行うことは非常に大きな意義があると考えられるが、本稿においては、もっぱら行政法の領域の決定、行政法の性格とその体系について歴史的な発展を探究することのみを目的とし、単にその問題点の所在を指摘するに止めることにしたい。なお、本論文の脱稿後に、この行政行為の理論の学説史的な検討を試みたものとして、兼子仁、「行政行為の公定力の理論」がある。この著書にも紹介されているように、フランスにおける行政行為の諸理論は、権威行為と管理行為の理論による行政行為の概念の成立を一の契機として、一九〇〇年代以後の行政法学において、論じられるようになったのである。
- (3) この時代の著書は、デュフウルの著書に見られるように、その総論的な敘述を全く欠いているものがあり、また、その敘述がさかれているとしても、公法の定義、権力分立の原則等を簡単に述べているにすぎず、その敘述は、総論というよりも、むしろ序論に近い(オーコック、デユクロック)。この点、行政裁判について論じているラフェリエルの著書が序章(Livre préliminaire)として、一般的概念および比較立法と題し、行政訴訟の性質およびフランスの制度の一般的な瞥見と外国行政訴訟法の紹介を行っている点が注目されるが、このうち、比較立法は比較立法協会の設立等に伴う当時のフランスの比較法研究の隆盛による影響と考えられ、行政裁判に関するその他の部分についても、司法裁判所に対する行政行為の審理の禁止の原則、行政裁判所の構成とその職権の分類、行政訴訟の種類について、簡単に論述しているにすぎず、今日でいう総論とはほど遠いものがあるように思われる。
- (4) Sudre, *La compétence*, p. 18.