



Title	フランス行政法における公役務概念について(一) : (フランス行政法研究 その二)
Author(s)	神谷, 昭; KAMIYA, Akira
Description	論説
Citation	北大法学論集, 13(1), 29-103
Issue Date	1962-08
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/27806
Type	departmental bulletin paper
File Information	13(1)_P29-103.pdf



フランス行政法における公役務概念について (一)

(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 五 五 五 五

第三節 公役務理論と行政判例の狀態

一 序 說

- 二 ソレイユ保險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 五 五 五 (以上本号)

第二章 公役務理論の衰退とその原因

第一節 序 說

- 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拡張的解状の傾向

第二節 国の商工業的役務の拡大と公役務理論

一 序 說

- 二 商工業的公役務の概念に関する諸学說
- 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 五 五 五

第三節 職業団体の行為と公役務理論

- 一 序 說 其の生成をめぐる状況の概要
- 二 行政の権限を容認した判決とその意義
- 三 権限の二重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為に行政の権限を否定した判決とその意義
- 五 五 五 五

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 国有化企業の行為と公役務理論との関連
- 四 むすび

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

〔はしがき〕 本稿は、昭和三三年に東京大学に新制博士論文として提出した「フランス行政法における基礎概念の発展」と題する論文の第二章以下であり、先に北大法学論集一二巻二、三号に発表した「フランス行政法成立史」の続稿である。前稿のはしがきでもお断りしたように、本稿で論ずる予定の公役務概念、なかんずくこの概念の動揺については、本稿の脱稿以後、最近になって刊行された文献も少なくないように思われるが、完全な加筆修正もできないままに、原型にしたがって、一まず発表させていただくことにした。特筆すべき文献がある場合には、いずれ別稿でその補充を試みたいと考えている。

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

一九世紀末から二〇世紀の初頭にかけて、フランス行政法は、それまでの基礎的概念としての權威行為と管理行為の区別に関する理論を放棄し、フランス行政法に特有な公役務概念をその基礎的概念として採用する。従来、少なくとも一九一〇年代から第二次世界大戦の終了迄の学説は、この公役務概念の判例上への導入は、一八七三年の権限裁判所のブランコ判決によつて確立された、と一致して主張してきた⁽¹⁾。だが、後述するように、最近の経済的社会的な情勢の変化に伴つて、公役務概念そのものが衰退してくるにしたがい、一部の学説は、このブランコ判決の内容を検討して、この判決による公役務理論の導入の効果を否定しようとする傾向が存在する。そして、このような傾向の主張も、またそれなりの根拠があり、一概にそれを無視しすることもできないように思われる。それゆえ、以下においては、この公役務理論の内容に立ち入るに先立ち、まず、このブランコ判決および公役務理論の採用の根拠とこれまでされてきた一九〇〇年代のテリエ事件からテロン事件に至るコンセイユ・デタならびに権限裁判所の諸判決の内容を紹介しかつ検討して、公役務概念の行政判例上への導入について考察してみることにはしたい。

(1) *Wahne, Traité, 6^{ed.} p. 58 et s., Laubadère, Traité, 1^{ed.} p. 297.*

二 ブランコ判決の内容とその意義

このブランコ事件は、国営のタバコ工場の運搬車によって惹起された子供の負傷に対する損害賠償請求に基因する権限争議事件であつて、その判決は、前の論説でも触れたように、⁽¹⁾その理由を明確に示すことなく、単に「国が公役務において雇傭する職員の行為によつて私人に惹起された損害について国に負わさるる責任は、私人の私人に対する関係において民法典中に定められた原理によつて規律されることができず、この責任は一般的でもなければ絶対的でもない」旨を判示しているにすぎない。したがつて、この判示だけでは、その意味するところがいづれにあるのかを了解することは困難である。それゆゑ、他でしばしば引用され、あるいは無用な繰り返しに終るおそれがないわけでもないが、⁽²⁾この事件における政府委員ダヴィドの論告を左に紹介してみることしよう。

ダヴィドは、この点、権力分立の原則を吟味した後、次のように論告して、この事件の行政の権限の容認を主張している。⁽³⁾

「もしも国家が私人として財産所有者や契約者のように考えられ、そのような状態において国と私人との間に生ずる法律関係に基づく訴は、通常裁判所で判断されうるとしても、国家が種々の行政役務の運行を確保する責を負う公権力であるかぎり、特別の法律が例外的に司法権に服させているのでなければ、そのようにはならない。」このように樹立された原理は、公役務の遂行においてその職員により犯された過失を理由として国に対して提起された請求については、一般性を有する。また一方においては、実際に、我々も、普通法の契約による義務を負う、財産所有者として、私人としての国家は、民法の規定に服する私人間の関係であることを認めてきた。「だが、本事件は所有者または私人としての国家に關係してはいない。本事件は、役務の遂行中にその被用者によつて惹起された損害額を国に請求する公権力としての国家に關係している。一般原理において、公権力としての国家は民法の原則に服さない。それ(に關する事件)はもはや司法裁判所の権限とされてはいない。そのことは、法律が形式的に司法裁判所の権限であると宣言して

いる場合にかぎり、異なりうるものである。さて、我々は、我々の立法中において、国に対して、この民事責任、この司法裁判所の権限を宣言しているどのような一般的な法律をも、見出すものではない。」さて、現在、そのことを後悔しなければならないであろうか。我々はそのようには考えていない。国とその職員との関係について、第三者に対するその責任の観点においてそこから生じる結果について、国を単なる私人と完全に同視することは、理性と正義とにおいて(en bonne raison et en bonne justice)不可能であるように、我々には思われる。そして、その理由について、「さて、まず第一に、公役務の遂行における国の役割は、任意的なものではなくて、義務的である。それは、国に、私益においてではなく、すべての者の利益のために課せられている。第二に、これらの役務の重要性および範囲、そしてこれらの役務に必要とするすべての種類の職員、役務のための公の官吏、補助職員、雇傭者の尠大な数を考慮しなければならない。彼らの任命と昇進の条件は、しばしば法律によりまたは一般的な命令によって規律され、その選択の自由は必ずしも行政に残されてはいない。その仕事およびそれに際して国とその職員との間に生ずる関係には、無限の変化が見られる。国の職員の過失に対する国の責任が、一般的なもので絶対的でもありえず、各役務に特別な法律および命令にしたがい、その必要性に応じ、またその仕事の性質に於いて、修正されなければならないことを示す理由は、そこに存在するのである。すべてこれらの考察は、その性質上、司法機関に属しないものとする。我々はそう言うことを恐れるものではないが、それらを考察すれば、多くの場合、真に錯雑している(être un véritable embarras)。それらの考察は、反対に、法律および行政命令を解釈するために、各役務の需要と必要性とを審理するために、最後に、国の基本的な利益と私益との間に……一の調節(conciliation)をはかるために、司法機関以上によりよい機関として設置された行政裁判所の領域中に当然に入らせる。」このように一般論を展開した後、この論告は、本件の具体的な事案について、次のように言及する。「現在の事件は、私産業と大幅に類似しているタバコ製造工場に関する。それは、行政階層の外におかれていた単なる労働者に非難される不注意な行為に関する。我々は、これらの二つの環境は、国の責任を容認するのに有利であるということ否定しはしない。だが、我々は、この環境のもとにおいてさえ、この責任を審査するのは行政の権限であるという原則を曲げるべきではないと考えることを主張する。一方において、実際、タバコの役務は、その経営が私産業と何らかの類似するところがあるとしても、それにも拘らず、その全体が我々の財政制度を構成している公役務である。

さて、すべてこれらの役務は行政の一部門である。それらの管理において、国は常に公権力として行動する。そして、この名目で、我々がこの事件において出会わないような明白かつ特別な抵触がないかぎり、それについては、行政裁判所のみならず、コッセイユ・デタは、かつて種々の公役務の間に、またはむしろ種々の公権力行為の間に、全く政治的な性質を有するものを区別してきた。だが、これは、それに対して行政の権限を取戻すためではなかった。これは、反対に、この権限を否定するためであった。固有の行政的な役務について言えば、……それらの外観が何であれ、高等行政警察に関するものであれ、国の経済的または財政的な直管事業 (Travaux publics) に関するものであれ、それらは、すべて同一の行政的な役務の性格を有し、この名目で、法律によって定められた例外を除いて、行政裁判所のみならず、」

右のようなブランコ事件の判決およびダヴィドの論告は、どのような意義に理解されるべきであろうか。このブランコ判決が、行政の被用者の過失によって惹起された損害により国に負わされうる責任は一般的でも絶対的でもなく、このような請求については民法典の適用がないと判示している点は、先述した一八五五年のロトシルド判決の文言をそのまま繰り返しているところであり、この意味で、先のロトシルド判決は、このブランコ判決の父とも称せられている。だが、この二つの判決は、いずれも特別の制度の存在を理由とし、結論的には同様であつても、これらの事件を行政裁判所の権限とする準拠の点について、すなわち、国家債務の原則を権限分配の基準として採用するか否かの点について、その見解を異にしており、ブランコ判決が、先のロトシルド判決を全くそのまま踏襲しているものと即断することはできない。そして、従来、このブランコ判決によって、それ以前の判例の立場が放棄され、かつ断絶されて、公役務理論が判例上に導入されたと解されてきたのであるから、国家債務の原則の放棄の点を除いては、それ以前の判例とは別個にこの判決を考察する必要がある。それゆえ、次に、右のダヴィドの論告を参照しながら、最近の一部の学説に見られるこの判決による公役務理論の導入の効果の否定論を紹介してみることにならう。

説 論

このブランコ判決を公役務理論の根拠とすることの否定説は、シャピユおよびリヴェロによつて強く主張され、コライユおよびヴデルによつて支持されたところであり、主として、次の二点をその論拠としている。すなわち、この判決後三十年間にわたるこの理論の判例上の中断とこの判決後の学説的な反響の欠如、およびこの事件におけるダウイドの論告中で用いられている公役務という用語の意義の後の学者・実務家による誤解が、この理由である。

まず第一の一九世紀末の学説の沈黙の点について、リヴェロは、特にこの判決の十数年後に刊行されたラフェリエールの「行政裁判論」を取り上げ、この著者がその時代になお權威行為と管理行為の理論を主張している点に注目して、もしもこのブランコ判決によつて従来の判例が放棄され公役務理論が採用されたのであれば、その当時コンセイユ・デタの副長官⁽⁶⁾ (vice-président) という重要な地位を占めていたラフェリエールがそれを見逃す筈はなく、何らかの点で公役務とこの判決との関連を論じている筈であるが、この著書においては、このブランコ判決は、行政権と司法権との権限の分配の項目においては何ら論及されておらず、単に国に対する責任訴訟の項目において、国家債務の原則の放棄の点で引用されているにすぎない⁽⁷⁾。したがつて、この事實は、この時期においては、公役務理論は全く問題とされていなかったことを充分に確認させることのできるものである、と主張する⁽⁸⁾。実際、一九世紀末の著書は、いずれも、このブランコ判決を権限分配の原則の項目で引用してはおらず、国家債務の原則の放棄を示す判決としてのみ示しているにすぎない⁽⁹⁾。そして、また、後の代表的な公役務論者として知られているジェエズでさえも、一九〇四年に刊行された彼の「行政法一般原理」(Les principes généraux du droit administratif)の初版においては、行政と司法との権限の分配について敘述するときに、この判決を引用しさえしなかった、と言われている⁽¹⁰⁾。このように、公役務理論は、このブランコ判決の直後においては何ら受け容れられておらず、したがつて、この判決を公役務理論の判

例上の根拠とすることには、大いに疑問が残るといふのである。⁽¹³⁾

第二のダウイドの論告中に述べられている公役務の意義の点については、シャピユは次のように論じている。まず、ダウイドは公役務の活動による国の責任については民法典の適用がないというが、公役務の概念は権力分立に関する一七九〇年および共和三年の法律では全く無視されているので、何ゆえに公役務の活動による国の責任が行政の権限に属するのかわき問題に対して、それが公役務の活動であるからと答えることは、答えとしての意味がない。この法律に準拠すれば、この判決の文言 (formule) は必然的に行政行為のある概念を含まなければならない。そのように解すると、この論告においては、公役務の目的のために達成されるすべての行為は行政行為であるということになる。ダウイドの論告は、本件は公権力国家に関するから、原則として私法規定に服さず、したがって司法裁判所の権限ではないと、述べている。そうだとすれば、この論告では、「公役務に際して国に提起された訴」という用語と「公権力たる国に対して提起された訴」という用語は同義語で、同一の用語による重複を避けるために用いられたものであり、公役務 (service public) と行政的役務 (service administratif) および公権力 (puissance publique) という三つの語も同意義であり、役務の行政的な性格を強調するために使用されたものと考えられる。したがって、公役務に際して国に提起されたすべての請求が行政の権限に属するのは、それが今日という公役務の管理のために遂行される行為であるからではなくて、公役務の管理において、国が公権力として常に活動しているからである。それゆえ、国が、公権力によつてではなく、私人として行動しているときには、その活動によつて遂行される公役務の目的は司法裁判所の権限とすることの妨害とはなりえず、公役務の目的が行政の権限をもたらさないことになるから、このダウイドの論告によつては、公役務理論には論理上説明しがたい例外が存することになり、この論告によつて公役務理論が採用された

説
と考えられることはできない、と主張するのである。¹⁴⁾

論

このダヴィドの論告中における公役務の意義についてのリヴェロの考察は、シャピユの説とは相異なる。リヴェロは、第一の点についてと同様に、この時代の代表的な著者として、ラフェリエルの著者について考察し、前稿で述べたように、ラフェリエルの権威行為と管理行為の理論の定義において、公役務という用語が権威行為についても管理行為についても使用されている点に着眼して、ラフェリエルは、この公役務という語を単なる国が奉仕する機能という漠然とした意義に用い、法律的にその意義を明確にして使用してはいない、と言う。そして、この一九世紀末の時期においては、このように、公役務という用語は厳密な意義に用いられてはいるわけではないのであるから、この公役務という用語と公役務理論との間には何らの関係もなく、公役務理論がその当時においてすでに判例上に導入されたと考えるのは誤りであつて、公役務理論は、後の時期に、この用語を借用して、その概念を構成したものである、と主張しているのである。¹⁵⁾

これらのブランコ判決の公役務理論の導入の効果を否定する説は、相当の理由を有するように私には思われる。リヴェロも言うように、この一九世紀末の学説および判例においては、公役務という用語は漠然とした内容を有し、その概念は何ら定義づけられてはいない。このブランコ判決の文言は、先の第二帝政下のコンセイユ・デタの判決の文言と類似しており、この事件におけるダヴィドの論告も、形式的に素直に読むかぎり、公権力としての国家と私人としての国家という用語を使用し、その行為の性格によってこの二種の国家を区別しているものであつて、この意味では、権威行為と管理行為の区別に関する理論に準拠しているものと言うことができるであろう。確かに、このダヴィドの論告は、「国の経済的または財政的な直営事業に関する事項」は公権力国家に関する行政的な役務であると主張してお

り、この点において、本来的な公権力行為に関する理論と若干矛盾しているようにも見える。だが、この点についても、大革命の時期の権力分立の原則が行政による企業的な活動を考慮していなかったこと⁽¹⁷⁾、および、前稿でも触れたように、この時期の管理行為は行政の契約行為を中心として理解されていたことを考え合わせれば、このような国営のタバコ製造工場の被用者の行為を公権力行為と考える余地がなかったわけではない。ただ、このダヴィドの論告は、行政の公権力行為と私人としての行為との区別を、上下の命令服従の関係に求めず、その行為の条件が私人と異なる状況にある点を強調して、この区別を私人と同一の状況にあるか否かに求めている点において、若干の相違が見られうるにすぎない。そして、また、公役務理論の導入の効果の否定論がその第一点の理由としている一九世紀末の学説のこの判決に対する反響ないしは公役務に関する敘述の欠如、およびこの事件に関するシレイのノートが権限分配に関する原理の修正に全く触れずに公権力行為の理論のみに基づいてこの判決を註釈していることからみても、公役務理論は、このブランコ判決によって判例上に出現をみたものではなく、むしろ後の時代に、この判決に使用された公役務という用語を借用し、それによってこの判決を引用して、⁽¹⁸⁾ 新らしく創造されたものと解するのが、より正当な見解と言うべきであろう。

- (1) 神谷・「フランス行政法成立史」第三章四、北法一二卷三号四一八一四二〇頁参照。
- (2) このダヴィドの論告については、すでに、雄川教授の詳細にしてしかも要領のよい紹介がある。雄川一郎「フランス行政法」行政法講座第一巻、一六六一―一六七頁。したがって無用の繰り返し恐れもあるが、論述のゆきがかり上、あえて記述することにした点を付記しておきたいと思う。
- (3) Conclusion de David, Sirey, 1873, II, 153.
- (4) 神谷・前掲、第三章三、北法一二卷三号四二一四一三頁参照。

- (5) P. Duez, La responsabilité de la puissance publique, 1938, p. 18-19.
- (6) 雄川一郎・「フランスの国家賠償責任法」比較法研究九一〇号、五一頁。
- (7) Koehlin, La responsabilité de l'Etat en dehors des contrats de l'an VIII à 1873, p. 128 et s.
- (8) ロンヤント・ナタの政道 (président) 社内閣総理大臣または法相が殆んど各目的に兼任してゐることをなすの点、この vice-président は実質的にはロンヤント・ナタの長官であり、あるはそれのように訳す方が適當であるのかも知れないが、この点に、その用語を固執して置かうことはしない。
- (9) E. Laferrière, Traité, 1 éd p. 622.
- (10) J. Rivero, Hauriou et l'avènement de la notion de service public, L'évolution du droit public (Etudes offertes à A. Mestre), 1956, p. 462-463.
- (11) Th. Dueroog, Cours de droit administratif, 7 éd. 1904, t. 5, p. 15-17. また、オーロックスは「司法権に対する行政裁判権限の頭づのトランノ判決を引用してゐるが、この引用は、行政の機能の行使による国の責任は民法典によつて規律されることであるが、第二帝政時代のロンヤント・ナタの諸判決は、このトランノ判決を越えてゐる。このトランノ判決は向らの特別の意義を在地としてゐる。Aucoc, Conférences, 3 éd. 1885, t. 1, p. 487. note (2).
- (12) R. Chapus, Responsabilité, p. 90.
- (13) この型、このトランノ判決による公役務理論の導入の効果を否定する説として、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 Documents, 1955, p. 23.
- (14) R. Chapus, op. cit. p. 86-90.
- (15) 神谷・前掲、第四章三、三三三—三三三頁参照。
- (16) J. Rivero, op. cit. L'évolution du droit public, p. 463-465.
- (17) J. Huilier, A propos de la crise de la notion de service public, Dalloz, chronique, 1955, XXII.
- (18) 神谷・前掲、第四章二(5)、三三三—三三三頁参照。
- (19) すなはち一九一〇年のマロン事件の論告において、政府委員マンヤは、このトランノ判決を「公権力行為に関する理論を放棄し、公役務理論への新しい道を開いた判決として引用してゐる。Conclusion de Pichat, Sirey, 1911, III, 17.

三 テリエ判決の内容とその意義

右に述べたブランコ判決およびその論告は、形式的には公権力国家と私人としての国家を区別してはいるが、国営のタバコ製造工場における事故のような国の直営事業の行為を公権力国家の行為としている点において、実質的には、従来の公権力行為と管理行為の理論とその範囲を若干異にしているように思われる。だが、この公権力行為と管理行為の理論の内容の修正は、この判決においては、いまだ充分に展開されてはいない。そして、この判決の内容を發展させ、その理論づけを一応達成したのが、この判決後三十年を経過した一九〇三年のコンセイユ・デタのテリエ事件の判決およびその論告であった。

このテリエ事件の判決は、前稿でも触れたように、⁽¹⁾ 県に対するマムシ退治の賞金請求事件に対して行政裁判所の権限を容認した事件であり、行政訴訟の権限に関する一般原理を地方団体に対する訴訟に及ぼした点において、極めて重要な判決とされている。だが、この判決の役割は、それだけに止るものではなく、特にこの事件における政府委員ロミューの論告は、従来行政判例上に公役務理論を導入したものと⁽²⁾して極めて重要な意義を有するとされてきており、行政権と司法権との裁判権限の分配に関する原理を探究するために、これを無視することはできない。したがって、前稿に紹介した論述と若干重複するが、次に、このロミューの論告の内容を紹介して、その意義を探究してみること⁽³⁾にしよう。

ロミューは、まず、官吏についての契約に言及して、公権力という用語の意義について、次のように論ずる。⁽³⁾

「もしも、人が、公権力という語をブランコ判決の論告においてかって採られたような意味に、そして司法機関がなおしばしば探っている意味に、すなわち、行政が私人としてではなくて介入するすべての場合の意味にこれを用いるならば、これは正確である。

だが、すでにある時期以来、コンセイユ・デタは、公権力という語を權威および指揮の行為として留保する習慣をもっている。「術語(terminologie)の問題として提出されるすべての混乱を避けるためには、その職員との普通法契約は、それらが市町村の公役務の運行の必須の条件であるがゆえに、その性質上、行政契約であると単に考えるのが有利であるように思われる。」そして、これらの原理は、次のように公式化することができるという。「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、權威の方法で行動するのであれ、その性質上、それから生じうるすべての種類の訴訟について、行政裁判所の領域に入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相互の間の、公役務の執行、不執行、誤った執行に基づくすべての訴訟は、行政の権限であり、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。」もっとも、「国についてと同様に真および市町村についても、行政が単なる一私人と同一の条件で活動しているとみなされ、(私人の場合と)同一の裁判権と同一の原則とに服する場合を留保しなければならないことが了解されている。人が公管理と私管理(*la gestion publique et la gestion privée*)と呼ぶことを提議したこの区別は、あるいは争いとされる役務の性質により、あるいは審査に服する行為によって、されることができ。役務は、実際、公法人に利害があっても、その私産(*domaine privé*)の管理のみに関することがある。人は、この場合には、普通法の条件で、私人として、通常の所有者として、行動しているものと考え。他方、行政は、その行動において、私人としてではなく、公法人として、固有の公役務の利益において、その公法人としての状況の優位(*supériorité*)を援用せず、一あるいは、公役務の作用に何らの特別の規定の適用をもそれ自身仮定しない民法典によって明白に定められた型の普通法契約の一を締結して、一あるいは、普通法の契約関係を仮定する私人が毎日行ない、そのために行政が単なる一私人として行動しようとするものとみなされる日常の活動の一を実行して、一任意的に私人の条件におかれることもありうる。国についてと同様に、地方の公法人についても、どのような場合にその固有の原則と行政的な性格とをもって活動する公役務が存在するか、あるいは反対に市町村に利害があり、私管理の形式を借り、私法の条件において、全く私人の私人に対する関係の基盤に基づいて行動しようとする行為であるのか、を決定することは判例に属する。」そして、「この留保のもとに、我々は、司法機関が地方団体の固有の行政に利害のあるすべての事項への行政の

権限の拡張を妨害するとは考えない。」一現在この裁判所に係属している事件において、我々は、民事法上の契約ではなくて、十分に行政活動の存在を見出すように思われる。県における有害動物の絶滅は、それが県会によって企画されたとき、住民の集団の利益においてされ、真の公役務の性格を十分に有しているように思われる」と結論しているのであった。

このロミューの論告によつて提出された原理は、どのように理解されるべきであろうか。このロミューによつて体系化された原理は、ロミュー自身がその術語による混乱を避けるために公権力という用語の使用を差し控えていることから知られることができるように、かつての公権力行為と管理行為の理論に基づくものではない。また、いわゆる公役務学派による従来の伝統的な学説は、この判決をも、公役務理論を判例上に導入した一の注目すべき判決として引用している。だが、ブランコ判決と同様に、最近の学説は、この判決についても、公役務理論の導入の効果を否定する傾向にあり、この判決は、公役務理論とは異なる一の理論、すなわち、ロミュー自身も呼んでいるような公管理と私管理の区別に基づく理論を判例上に置いたものであると主張している。

このロミューによつて提出された原理は、その前段の文言によれば、公役務の組織および作用に関するすべて、事項、または公役務の執行、不執行、誤った執行に基づくすべて、の訴訟が行政裁判所の権限に帰属し、いわゆる公役務理論を展開しているようにも読める。だが、このロミューの理論は、行政が指揮または権威の方法で行動してはいない行為、すなわち従来の意味での管理行為を二分し、公管理と私管理と呼んでそれらを対置させ、行政が私人と同一の条件で行なう私管理の行為を除いて、それを行政裁判所の権限に帰属させようとしていることは明瞭である。そして、この点について、シャピュは、このように公役務理論を暗示させる語句もあるが、この論告の原理は、一七九〇年および共和三年の法律の意味での行政行為は私人としてではなく行動する行政によつて遂行される行為であるとい

説

論

うことであり、新たな権限の標準を公式化しようとするものではなく、国について決定されていることを単に地方団体に適用させようとしているだけであり、この論告は、全体としてみるべきであつて、その一部だけを取り上げて理解してはならない。この論告が公役務理論を採用していると言うことは、その後の私管理との対置におけるその理論の発展と矛盾するばかりではなく、この公式を提議する理由を説明しているこの論告の先の部分の公権力という用語の使用の回避の趣旨とも矛盾している。この論告における公役務という用語の使用は、一八七三年にダヴィドによつてされたのと同様に、公権力という表現による内容の二重の意味からくる混乱を避けるためにすぎない、と主張しているのであつた。⁽⁴⁵⁾

この権限分配の標準としての公管理と私管理との間の区別は、ロミューによつて見つけられたものではない。この区別は、先述した一八七三年のブランコ事件におけるダヴィドの論告中の「公権力としての国家」と「私人としての国家」との間の区別を継承するものである。だが、行政法、したがつて行政の権限は、行政が普通法外の手続(*des procédés exorbitans du droit commun*)を使用する範囲においてのみ適用されるというこの基本原則の発展が行政判例上に記入されたのは、実に、このロミューの論告においてであつた。⁽⁴⁶⁾

このロミューの論告によつて提出された原理は、単なる判例上の所産ではない。すでに、一八九九年に刊行された著書において、オーリュウは、行政の管理が、一方では私法と同一の手続によつて、他方においては極めて多くの場合に普通法と抵触する手続によつて公権力の特権を使用して、行なわれている事実を容認し、例外が原則を圧倒しているとして、ラフェリエールの提議(法律による場合にのみ行政の権限とする)を逆にし、実際上はかえつて例外的である私管理の場合を司法裁判所の権限に留保して、管理行為を一般的に行政の権限に帰属させるべきである。と考へていた。⁽⁴⁷⁾

そして、リヴェロによれば、この一八九九年のオーリュウの著書の見解とロミューの論告との間には、行政の権限として拡張されている事項が、オーリュウにおいては「公役務の執行に関するすべての行為」であるのに反して、ロミューにおいては「公役務の執行、不執行、または誤った執行に基づくすべての訴訟」であり、また司法裁判所の権限として留保されている事項は、オーリュウにおいては私管理の場合であるのに対して、ロミューにおいては「行政が単なる一人と同一の条件において行動するものとみなされなければならない場合」であるように、極めて類似している。それゆえ、このロミューの論告においては、「人は」(on)として一般的に論述されているけれども、この「人は」という語は実はオーリュウを指しているのであって、これら二つの見解の間には、真の因果関係が存在し、このことは、テリエ事件の数カ月前に刊行されたオーリュウの行政法綱要 (Précis de droit administratif) の五版の文言を見れば、極めて明瞭である、と彼は主張するのである。⁶⁾

このように、公管理と私管理の区別の理論が、フランコ判決にその端を発し、オーリュウの学説を媒介として、テリエ判決によって、従来の権威行為と管理行為に代る行政法の基礎的概念として、一まず判例上に提出された。だが、このテリエ判決においては、目的のみの考慮によって行政の権限を基礎づけようとする本来的な公役務理論は、いまだ、判例上に導入されているものとは言い難い。そして、この本格的な公役務概念の判例上への導入は、この公管理と私管理の区別の理論をより徹底させた理論の判例上の存在を意味するものとして、これ以後の判決を待たなければならなかったのであった。

- (1) 神谷・前掲、第三章五、北法一二卷三母四二二—四二四頁参照。
- (2) Conclusion de Romieu, Sirey, 1903, II, 25.

- (3) この箇所の語句は、正式には、行政的性格なしに (sans caractère administratif) と記述されているが、この言句では、この点の論理は筋が通らないので、ダロース (Dalloz) の註釈者によって置かれている訂正にしがたい。この句の sans という語は son の誤りであるものとして、引用した。この点については、Chapus, Responsabilité, p. 102, note (1). なお、一九五六年に出版された主要な行政判例を集録した書物においても、この箇所に付して何らの説明をも加えることなく、son caractère administratif として引用されている。Long-Weil-Braibant, Les grands arrêts, p. 43.
- (4) Chapus, Responsabilité, p. 101-103.
- (5) このシャントの見解は、ヴェデルによつて支持されているように思われる。Vedel, op. cit. Etudes et document, 1955, p. 23.
- (6) Long-Weil-Braibant, op. cit. p. 42.
- (7) Hauriou, La gestion administrative, 1899. このオーリニウの著書は、権威行為に関する訴訟は取消訴訟 (越権訴訟) に、管理行為に関する訴訟は完全裁判訴訟 (contentieux de la pleine juridiction) 行政の行為が法規に違反したか否かについて審査するのみに止らず、原告の権利を確定し、この訴で勝訴した私人が一定の個人的な利益の保護をうける訴訟。わが国でいう当事者訴訟には相当する訴訟) に、それぞれ相応させようと試みたものであり、この見地から、司法裁判所が私益の保護の立場から管轄権を有する暴行行為 (voie de fait) 間接的暫定的な占有剝奪 (la dépossession provisoire indirecte) および収用 (une expropriation) の三つの場合を除いて、管理行為は行政裁判所の審理に服する行為であると主張するものである。
- (8) リヴェロによつて引用されているオーリニウの五版の記述は、次のとおりである。「行政裁判所は、公役務の執行についての訴訟を保持し、それを保持することによって、それで行政的な性格を一般化しようとしている。……私は、それ (行政裁判所) が、公役務の執行についての訴訟に基盤を与えるために、公管理の原理を付与することをより長く長く避けることができる、とは信じている。」Hauriou, Précis, 5^{éd.} p. 217.
- (9) Rivero, op. cit. L' évolution de droit public, n° 8-14, p. 467-470.

四 フットロイ判決の内容とその意義

この権限分配に関する原理の発展は、ついで、一九〇八年の権限裁判所のフットロイ事件の判決およびその論告中に見出される。このフットロイ事件は、県立の精神病院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

火事による損害賠償を県に請求したことに基因する権限争議事件であり、この事件の判決は、単に「本件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おり、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」旨を判示しているにすぎない。だが、この事件における政府委員テシエの論告は、先の諸判決との関連を明らかにする意味において、注目に値する。したがって、次に、このテシエの論告における権限分配の原理を探究して、この原理の発展について、考察してみることにはしたい。

このテシエの論告は、権限の分配について、先述したブランコ判決に言及して、次のように論述する。⁽¹⁾

「この(ブランコ判決の)文言は絶対に一般的である。それは、損害の原因が何であれ、この損害が行政行為、役務の作用、さらには独占的な産業の管理から生ずるのであれ、国に対して向けられたすべての責任訴訟の照準となる。」そして、破毀院はこれに屈服してきているとして、この原理を次のように表現する。「今日では、特別の法律によってそれ(司法裁判所)に留保されている訴訟を除き、私産の管理に帰属する活動から生ずる訴訟を除き、および、最後に、暴行行為(une voie de fait)、アンブリーズ(une emprise)または不動産の経営(une entreprise dans une propriété immobilière)に基づく訴訟を除いて、通常裁判所に提起されることのできる国に対する損害賠償請求訴訟は存在しないという事は、もはや争いが無い。」

右のようなテシエの論告における権限分配の原理は、どのような意義に理解されるべきであろうか。このテシエによつて主張された原理は、一見、ロミューによつて提出された原理と極めて類似しているようにも見える。だが、このテシエの主張は、行政の活動またはその行為の一般的な性質による権限分配の原理の成立を全く否定している。彼は行政の行為の性質により、普通法が適用され、司法裁判所にその審理が帰属する訴訟の存在する余地を容認してはならず、ただ個別的な事項を挙げて、特別の法律により司法裁判所に留保された行為、および行政の私産の管理、暴

説

論

行行為、アンブリーズおよび不動産の経営により生ずる行為などの行政の純私法的な行為または私有財産の保護行為を、例外的に司法裁判所に帰属させているにすぎない。したがって、このテシエによれば、公役務の私管理の概念、公役務について私人と同一の条件で遂行する行為の概念は、ほとんど認められる余地がない。そして、この意味において、シャピユは、いわゆる公役務理論は、このフウトリイ事件におけるテシエの論告によって初めて判例上に導入されたと主張する。⁽⁶⁾ テシエは、すでに、一九〇六年に、彼の「公権力責任論」⁽⁷⁾において、右の論告の趣旨を主張していた。そして、このフウトリイ事件における彼の論告は、一九〇六年の著書における見解をふたたび主張し、これを判例上に導入したのであった。

このように、このテシエの立場を通して、先のブランコ判決の眞の効果およびダウイドの説明の意義は変質して理解された。そして、このテシエの見解が、一九〇八年から一九一〇年に至る判決によって強化され、行政権と司法権との間の権限の分配の標準に関する争うべからざる眞実の表現として採用され、さらに、一九一三年に刊行されたデュギイの「公法変遷論」(Les transformations du droit public)によって大幅に開拓されて、いわゆる公役務理論として一般に受け容れられたのであった。⁽⁸⁾

だが、このテシエによつて与えられた原理は、このフウトリイ判決においては、行政権と司法権との実際上の領域に明白な変動をもたらしたものとは言ひ難い。このテシエの主張とロミューによる公管理と私管理の理論とは、行政的な公役務の活動により惹起された損害賠償請求訴訟に関する場合、および行政的な公役務の執行について提起された訴訟に関する場合においては、同一の結果を生ずる。これら二つの理論の標準が相反する結果を生ずるのは、普通法契約の執行に関して訴訟が提起された場合だけであり、フウトリイ事件はこのような場合に該当してはいない。⁽⁹⁾ し

たがって、その理論の差異が判例上に明白に観取されるためには、さらに次の判決を待たなければならなかったであつた。

- (1) Conclusion de G. Teissier, Sirey, 1906, III, 97, Hauriou, La jurisprudence administrative, t. II, p. 573 et s.
- (2) この voie de fait という概念は、フランスに特有な概念であり、ワリスによれば、次のように定義されている。すなわち、行政が、一、明白に違法な行為によつて、または法律のどのような条文の適用にもむすびつけることが明白に困難な行為によつて、公的自由もしくは市民の財産権に重大な侵害を加えたとき、この voie de fait が存在する、という。そして、このような行為は、行政的な性格を喪失し、このような行為に対する賠償請求は司法裁判所に提起される。したがつて、わが国でいえば、自由または財産権を侵害する絶対的無効行為とでもいうべき概念に該当するものといえよう。Valine, Droit administratif, 7 ed. p. 84-86.
- (3) この emprise は、私人の不動産に対する侵害についての司法裁判所の審査の限界点を定める一、の概念であり、行政の適法または違法な行為により、一時的または決定的な所有権剝奪 (une prise de possession) の形で、私人の不動産に侵害が加えられた場合をいう。すなわち、(1) 私人の不動産に対する侵害であつて、(2) その財産に加えられた侵害が占有の剝奪 (dépossession) を構成する、という二つの要件が充足された場合に、この emprise が認められ、この場合の行政の行為の審査権は、行政裁判所にはなく、司法裁判所に帰属するとされるのである。Laubadère, Traité, 2 ed. p. 302 et s.
- (4) R. Chapus, Responsabilité, p. 91-92, et 104.
- (5) G. Teissier, La responsabilité de la puissance publique, 1906. ただし、この著書は入手することができなかったので、シャビエの著書に引用されているところにしたがつて叙述したことを付記しておきたい。
- (6) この点を裏書きするものとして、たとえば、ジェエズの改説を挙げることができ、ジェエズが公役務概念によつて行政法を体系化したのは、テュギイ的な分析に從つて一九一四年に刊行された彼の「行政法原理」の二版においてであると、シャビエは述べている。Chapus, Responsabilité, p. 91, note (2).
- (7) Chapus, Responsabilité, p. 105.

五 テロン判決の内容とその意義

説

右のようなフウトリイ事件の論告においてその兆しを見せた判例の傾向は、一九一〇年三月四日のコンセイユ・デタのテロン事件の判決によって、判例上に明示されるに至った。

論

この事件は、原告とモンペリエ市との間に締結された野犬の捕獲および死獣の除去についての契約から生じた損害の賠償を求めて出訴した事件であり、この事件において、政府委員ピシヤが、次のように論告して、その行政権限への帰属を主張している点が注目される。^①

「モンペリエ市とテロン氏との間に介在する特許契約の性質は、どのようなものであるか。それは公役務の特許である。それは、実際、公の安寧および衛生(salubrité)の役務を対象とする。だが、それは公事業の特許ではない。第一に、それは公の勞務(ouvragés publics)の設定を対象としてはいいない。第二に、それは極めて拡張的な判例によっても、公事業契約と同視すらされることができない。……モンペリエ市とテロン氏との間に介在する契約は、公役務の執行を対象とし、一の特許の性格を示す民法典第一七二〇条、第一七七九条および第一七八〇条にいう役務の賃貸借である。それゆえに、県参事会はテロン氏の訴訟について判決する権限を有しない。」審理権のある裁判官は、行政訴訟の通常裁判官としてのコンセイユ・デタである。他のものはすべて除き、權威行為、公權力行為に対する請求のみがその性質上行政訴訟に属するものと考えられ、公役務の利益においてされた管理行為に関する訴訟は、私産(domaine privé)または純民事上の契約に関する行為と同様に、特別の法文がないかぎり、司法裁判所に残されているというコンセイユ・デタの古い判例は、決定的に放棄された。それらの判例は、まず、責任訴訟について放棄された。一八七三年二月八日の権限裁判所のフランコ判決は、国に対して提起された責任訴訟に関して、道を開いた。コンセイユ・デタは、この時期以来、その権限を確立するために、国家債務の精算に関する特別の法文に依拠することを止め、権力分立に関する諸法律およびコンセイユ・デタを行政訴訟の通常裁判官とする一八七二年五月二四日の法律の第九条のみを援用してきた。さらに、その後、同一の判例は、県、市町村および公施設に対して提起された責任訴訟に拡張された。このように、判例は、権力分立の原理に基づいて、損害賠償の分野における公法人と第三者との間の関係について行政の権限を認めたので、判例は、必然的に、公役務の執行のために締結される契約に関する訴訟

についても、同様に行政の権限を認めざるをえなくなった。……新しい判例は、これらの（県、市町村および公施設の公役務に利害のある契約に関する）訴訟について、行政訴訟の通常裁判官としてのコンセイユ・デタの権限の容認を意味する。同様に、この権限は、一九〇三年二月六日のコンセイユ・デタのテリエ判決によって容認された。現在の事件は、それと同一の条件において示されている。それは、ごらんのように、公役務の執行を対象とした特許の形式における役務の賃貸借についての市の契約 (*un contrat communal de louages de services*) に関している。この契約の解釈および履行についての特許付与者たる市と特許権者との間の訴訟は、それゆえに、一八七二年五月二四日の法律の第九条により、行政訴訟の通常裁判官としてのコンセイユ・デタの権限とされる。」

このようなピシャの論告に対して、コンセイユ・デタは、この論告の主張を容れて、次のように判示して、この事件の行政の権限を肯定している。

「モンペリエ市とテロン氏との間に締結された契約は、野犬の捕獲および繋留場への留置、および死獣の除去を対象としている。この対象により、この契約は、その審理が県参事会に帰属する公事業契約と同視されることができない。……先に述べた条件においてテロン氏と契約して、モンペリエ市は民衆の衛生と安寧のために行動し、したがって、公役務を確保することを目的としてきた。このように、この役務の不執行または誤った執行から生じうる紛争は、他の裁判所にその審理を帰属させる法文がないかぎり、コンセイユ・デタの権限である。」

このテロン事件の判決は、この事件におけるピシャの論告を参照して理解すれば、この論告が先のブランコ判決およびテリエ判決を引用しているとは言え、確かに、これらの先の諸判決とは異なる意義を有する。このピシャの論告は、モンペリエ市とテロン氏との間の契約は民法典による役務の賃貸借契約であると明瞭に断定していながら、この契約は公役務に利害のある契約であるがゆえになお行政契約であり、この契約より生ずる紛争は行政の権限に属する、

説

論

と主張している。だが、テリエ事件以前の判決の考え方によれば、民法典による契約である以上、その契約より生ずる紛争の審理は、私管理の分野に属するものとして、当然に司法権に属する筈である。しかし、この論告は、このような契約の性質による区別を何ら考慮してはいない。⁽²⁾ この判決は、「モンペリエ市が民衆の衛生および安寧のために行動し、公役務を確保することを目的としていた」事実のみに着眼し、この契約によって追求される目的のみによって、この事件を行政の権限に帰属させている。したがって、この判決によれば、ロミューの見解と異なり、行政の契約中において、私管理が存在するすべての可能性が排除されてしまうことになり、公管理と私管理の区別に関する理論は全く否定される結果を生ずるのであった。⁽³⁾

このテロン事件の判決は、ある意味では、フランスの行政判例中において、例外的異質的な範疇に属する。⁽⁴⁾ この判決は、行政の個々の行為の性質について配慮することなく、その活動の目的のみの考慮というより徹底した利益説的な観点に立って、行政権と司法権との間の権限の分配の原則を決定し、公役務という組織または作用に準拠して、行政訴訟を統合し、その権限の分配に関する原則の単一化と単純化(d'unification et de simplification)を遂行しようとしている。⁽⁵⁾ そして、この意味において、フランス行政法に固有な公役務理論は、ここにもっとも純粋な形において、行政判例上に導入されたのであった。

- (1) Conclusion de G. Pichat, Sirey, 1911. III. 17.
- (2) Chapuis, Responsabilité, p. 105-106.
- (3) Long-Wel-Braibant, Les grands arrêts. p. 82-83.
- (4) たゞとせば、右のロン・ウエイル・ブレマンの著書は、公管理と私管理の理論の立場に立って判決に註釈を加え、このテロン判決は異質的な要素をもたらす一の例外的な判決(un arrêt d'exception)であり、原則的な判決(un arrêt de principe)たりえないとし

て、このテロン判決が現在価値を保存するのは、主として、地方団体に關する訴訟と国に關する訴訟の統一化の観点においてである」と述べた。Long=Wal-Brahant, op. cit.

(5) Hautou, note au Sirey, 1911. III. 17, La jurisprudence administrative, t. III. p. 679. なお、このノートにおき、ケリーユは、公役務は、直営事業として(en régie)または特許権者によって經營されることのできるものであり、公役務の執行措置、または執行、不執行、誤った執行の結果は行政裁判官の権限であるという原理をこれ以上明白に置くことはできず、事実上判決されてきた(stater en fait)にすぎないロシエールによって提出された文言を法的に判決して(stater en droit)一の法原則をおいたものとして、この判決に賛成している。

六 む す び

右に述べたように、二〇世紀の当初の時期の権限裁判所およびコンセイユ・デタの判例においては、明白に行政の権限の拡大の傾向が存在した。それでは、このような行政判例の動向は、司法裁判所の側の判例に対して、どのような影響を与えたのであろうか。

まず、破毀院の判例は、一九〇五—〇七年の時期においては、依然として、管理行為と權威行為の区別の理論に基づき、管理行為の結果について判決する権限は司法裁判所に属し、權威行為についての審理だけが行政裁判所に帰属すると主張していた。だが、このような判例の傾向は、下級審において徐々に否定され、管理行為についても司法裁判所の権限を排斥する動きが見られるに至った。この傾向は、まず、火事の際の消防手(sapeur-pompier)の過失により蒙った損害を市に対して請求した事件に關する一九〇九年二月六日のボルドー裁判所の判決に觀取される。従来このボルドー裁判所は、同様の事件において、本案について判決していた。⁽²⁾ だが、この判決は、その先例を変更して、特にその理由を明示してはいないが、「消防手の役務は充分に市の公役務であり、彼らに対して申し立てられている行

説 論

為は、彼らの職務の行使から分離される個人的な性質を有しない、さて、権限裁判所の判例によれば、市の公役務の執行において犯された過失の審査は、排他的に行政裁判所に帰属している。したがって、ボルドー市によって提起された無権限の抗弁は理由がある、と判示して、権限裁判所の判決の文言を踏襲したのであった。このような判例の態度は、さらに、一九〇九年七月二四日のツウルウズ裁判所の判決においても見られることができる。この事件は、公道上で酩酊状態にあつたために警察職員によって逮捕され市の刑務所中に留置された一名の寡婦が、同室の他の留置者によって絞殺されたので、その遺族が市に対して提起した損害賠償請求訴訟であつたが、この事件において、ツウルウズ裁判所は、このような事件の審査は「どのような方法によるのであれ、行政団体の活動を混乱させる」ことになるとして、無権限を宣告した。そして、この結果、司法裁判所の側でも、管理的な行為についての行政の権限を容認し、権限裁判所およびコンセイユ・デタの判例との統一化の道が開かれてきたのであつた。

右のような下級司法裁判所の判決は、ついで、一九一二年二月二六日の破毀院の判決の採用するところとなつた。この事件は、市の電燈の特許権者である電燈会社によって發行された優先債券の引受人 (souscripteurs d'obligation de priorité) である原告らが、この会社の破産宣告後に、市に対して提起した責任訴訟に関する。原告らは、この事件において、市の一職員のある行為によって与えられた態度とその暗黙の同意とによつて、市の監督のもとに、市がその証券 (titres) の利息および償還の債務を保証していたと信じさせて、債券の引受人を誤謬に導いたと主張し、その責任を市に負わせようとする。そして、この主張に対して、破毀院は、「この訴訟は、市の代表者が彼らの職権中に入る電燈の公役務の組織 (l'organisation du service public de l'éclairage) において犯したその過失を原因とする。」この過失は、市の職員の個人的な過失を原因としてはいない。「したがって、この紛争の審理は、排他的に行政機関に帰属す

る」と判示し、司法裁判所の無権限を容認したのであった。この破毀院の判決によつて受け容れられた公役務概念は、余りにも広大である。だが、その点はともかくとして、この判決によつて、行政と司法との両系統の裁判所の判例は、公役務という表現に基づき、権威行為と管理行為の区別の理論を放棄し、ほぼ一致した内容を、権限分配の基準として採用することになったのであった。

以上に述べてきたように、一八七三年のブランコ判決に始まる権限分配の原理の修正の動向は、地方団体に関する訴訟に対するこの原理の拡大などによる行政の権限の拡張の波に乗つて、一九一〇年には、その極端にまで進展し、いわゆる公役務理論を行政判例中に導入した。この時代のブランコ判決からテロン判決に至るまでの右に述べた諸判決は、その訴訟の対象とされた事項についてみれば、いずれも管理的な行為であり、しかも一般的な利益に關係のある行政権と司法権との裁判権限の分配の境界線上にあると考えられる事件であり、その権限分配の原理が果してどのような内容を有するものであるかは、冷静に考察してみなければ容易に判断することが困難である。そして、この理由により、テシエおよびピシヤの論告は、すでに、この時代に、ダウイドまたはロミューの論告を自己に有利に援用していたのであり、また、三十年間の空白が存しながらも、戦前の学説が、ブランコ判決をもつて公役務理論を判例上に導入したフランス行政法の礎石とも言うべき判決と主張して疑わなかつた事実が、首肯されるのである。そして、このような単なる公役務という用語が、次第に實質的な内容と結びついて、主として、一九一〇年代のデュギイ学派の思想的な発展とともに、フランス行政法の基礎的概念として、学説上に取り入れられることとなつたのであった。したがつて、次に、このような公役務概念が、フランス行政法學上にどのような内容を有し、どのような意義に受け容れられたかの点について、その学説の内容を検討してみることにならう。

- (1) Bordeaux, 1909. 12. 6. Ville de Bordeaux, Sirey, 1910. II. 164.
- (2) Bordeaux, 1906. 3. 6. Soc. de Saint-Joseph-Tivoli, Sirey, 1908. II. 17.
- (3) Toulouse, 1909. 7. 24. Vre Iter, Sirey, 1911. II. 281.
- (4) この事件のノートにおいて、メストルは「一九〇五—〇七年の破毀院の判例がなほ管理行為と權威行為の區別に従っている点を非難し、この區別は強固なものではなく、受け容れたいと言ひ、この判決はフウトリイ判決の原理を明白に表明して、それに従ふことを示し、その結果、公務過失が犯されたときはいつでも、その審理権限を有するのはコンセイユ・デタであるということになつたと述べて、この判決に賛成しようとする。Mestre, note au Sirey, 1911. II. 281.
- (5) Cour de Cass. 1912. 2. 26. Comm. d'Eyguères, Sirey, 1914. I. 17.
- (6) この事件のノートにおいて、メストルは「この事件において欠陥が見出される市の役務は何であらうか。破毀院は、電燈の公役務の組織を非難することをちゅうちょしていない。第一に、人は特許会社によって契約された借り入れについての市の活動のみを認めていた。だが、この借り入れは、市における電燈の組織に必要な基金を会社に供給すべきものであるということをおぼえてはならない。破毀院は、その実現を確保する目的を有する予備的な財政措置にまでそれを拡げているので、それゆゑに、ここでは、公役務の極めて広大な概念を適用している、」と言ふ。そして、公役務概念のこの拡張によれば、公金が直接的な役割を果していない場合でも、商業会社、公役務の特許権者の財政的な活動について市によって支出される補助金のみに関する財政的公役務を別個に考へようということになり、人は、もはやそれらについてまで保護しようとする判例を是認することができない、と述べて、この判決の趣旨には賛成しながらも、公役務概念の具体的な適用範囲について、その余りにも拡張された点に反対している。Mestre, note au Sirey, 1914. I. 17.
- (7) たとえば、この時期の諸判決のノートにおいても、権限分配の原理の修正について何ら触れられてはおらず、国に関する訴訟についての権限分配の原理の地方団体に関する訴訟への拡大、その原理の統一のみに言及しているものが多い。このことは、国に関する訴訟についての権限分配の原理の地方団体に関する訴訟への拡大の名のもとに、この権限分配の原理の実質的な修正をあわせ行なつていた傾向を暗示させるものがあるように思われる。
- (8) このことを示す事実として、この時期の権限裁判所のブランコ判決およびフウトリイ判決の両判決が、いずれも、得票同数で、フランスの権限裁判所の判例中では珍らしい國庫尙書(Garde des sceaux=司法大臣)の決裁によって判決された事件である(権限裁

判所の構成員はそれぞれ、同数の破産院およびコンセイユ・デタの構成員と国庫尚書とされている。したがって、民事および行政の両裁判所がいずれも自己の権限を固執すれば、得票数となり、国庫尚書の決裁によって、その権限の帰属が判定されることになる。ことを挙げることができる。右の事実からみても、これらの事件の内容が、行政裁判所と司法裁判所のどちらにも属しうると考えられていたことが、充分に推察されることができるよう思われる。

第二節 公役務理論の学説上の展開

一 序 説

これまでに見てきたように、公役務という用語は、すでに一九世紀の後半の頃から、フランスの判例および学説において、用いられてきた。だが、この公役務という用語は、少なくとも一九世紀末頃迄は、何らの実質的ないしは理論的な意義を有するものではなく、したがって、この用語を基として行政法の理論を体系化しようとする試みは、この時代には全くされてはいなかった。それでは、この公役務理論は、どのような経過をたどって理論化され、学説上に発展をみたのであろうか。

この公役務という概念が初めて定義されたのは、リヴェロによれば、一八九七年のオーリュウの著書⁽¹⁾であったといふ。だが、このオーリュウによる公役務の定義は、法律家によつてされたものではあつたが、何らの法律学的な内容をも有するものではなかつた点に注意されなければならない。オーリュウは、この著者において、二つの別個の面、すなわち政治学の観点と固有の法律的観点とに分離して考察し、公役務が重要な地位を占めるとしても、それは政治学の地盤においてのみであるとする。そして、「政治学においては、重大な行為(un grand fait)がすべてを支配する。それは、充分に規律された国家において公になされる役務の存在と作用とであり、その一は、国自身の名でされて公

説

論

役務の名称と呼ばれ、その他のものは、私的組織によつてされて、公益役務 (service d'utilité publique) の名称に値する。それゆえに、この観点において、行政法は、公役務の組織および作用を、公益役務の監督を、統轄する規律 (1) (2) の全体である、と主張し、公役務という用語を「集団的な需要の満足の目的で国または公団体によつて創設され維持される組織」であると定義する。だが、このオーリュウの定義は、法律的な観点については、ほとんど何もされないままにすまされている。この時期におけるオーリュウの考えによれば、それによつて公役務が執行される行為の法律制度は、単に、これらの行為における公権力の使用の事実のみを用いて決定されているにすぎない。すなわち、「公権力が存在するならば、行政の権限が存在する。」このように、右のオーリュウの見解は、ラフェリエールと同様に、権限の帰属は行為の性質と関連するものであり、公役務はその行為を支配する法に何らの結果をももたらすものではなく、したがつて、行政法の法律的な定義に論及するときには、この公役務の概念はほとんど完全に消滅してしまふのであつた。(3)

このオーリュウの見解に示されるように、公役務概念は、まず、政治学的な観点から定義された。だが、この公役務概念が真に法律学的な意義をもつて学説上に登場したのは、先に述べた判例の進化を伴つたより後の時期においてであり、主として、デュギイの功績によるものである。この公役務概念についてはすでに宮沢教授の秀れた論稿も公表されているので、以下、なるべく簡単に、この公役務についてのデュギイの理論、および他の公役務学派 (Beale du service public) の巨統としてのシェエズの理論を紹介し、これらの理論に対する若干の反論をもあわせ集録して、この公役務概念の法律学的な内容について論述してみることしよう。

- (1) リヴェロによれば、この著書はオーリュウによって編集された次の題目の書物であること。La publication au Recueil Béquet, de l'article 《Droit Administratif》 t. XIV, p. 1 et s. なお、Hauriou, Précis, 3^{ed.} 1398. 参照。
- (2) Rivero, op. cit. L'évolution du droit public, n° 7, p. 466-476.
- (3) 宮沢俊義「Service public の概念について」法学協会雑誌五六巻五号、八七七頁以下。
- (4) この表現はオーリュウによって各で用いられたものである。Hauriou, Précis, 12^{ed.} P. X.

二 デュギイ学派の思想と公役務概念の展開

この公役務概念を、学説上もつとも活潑に、明確な意図をもって主張した第一の著者は、有名なデュギイであった。彼は、一九一三年に刊行された公法変遷論 (Les transformations du droit public) において、明らかに憲法論 (Traité de droit constitutionnel) において、公役務概念が現代公法学の基礎であることを主張して、次のように説いている。

彼は、まず、これまでの公法学が、ローマのインペリウム (imperium) から由来し、唯一不可分な主権 (souveraineté) の概念によつて、為政者の側の一方的な公権力に服することを認めてきたと非難し、国は単なる指揮権のみを有するものではなく、同様にその活動を行なう義務が国に存在すると主張する。そして、その遂行が為政者の義務として考えられる活動が、公役務の対象である。この公役務の対象の範囲は、かつては、戦争、警察、および裁判の三種の職務に限定されていた。だが、今日では、大きな経済的産業的な変化により、国の行なう活動は、もはやこれら三種の職務では満足することができなくなつた。そして、教育、扶助、運送および電気、ガスなどの新たな職務についてすべての社会的な要求を満足させるために、人民の間に存在する緊密な相互依存 (interdépendance étroite) ないしは経済的な連帯 (la solidarité des intérêts économiques) が、公役務を組織する義務を国に課することになる。⁽²⁾ したがつて、為政者は、どのような方法によつても、すべての人に共通する需要の満足を妨害する物事を行なつてはならない。

説

論

また、同様に、為政者は、この連帯の目的を遂行する個人の活動を尊重し、これを妨害することができない⁽⁶⁵⁾。そして、このような社会的な相互依存または連帯の思想から、公役務の概念は、簡単に言えば、次のように定義されるという。すなわち、公役務とは、「その遂行が、社会的な相互依存の実現および発展に不可欠であり、政府の力の介入によってのみ完全に確保されることができるといふ性質であるがゆえに、その遂行が為政者によって規制され、確保され、かつ監督され (controler) なければならないすべての活動⁽⁶⁶⁾」である。このように、デュギイによれば、国の一方的な主権概念が排斥される結果、「公法の基礎は、もはや主観的な支配権 (le droit subjectif de commandement) ではなく、公役務の組織および管理の規律である。公法は公役務の客観的な法 (le droit objectif des service publics) とある⁽⁶⁷⁾」ということになる。そして、「為政者たちの介入は一の権力的な権利 (un droit de puissance) の行使ではなく、彼らがする行為は、彼らが一の権力的な権利を使用することにむすびつけられるどのような特殊な性格をも有しない。彼らが固有の性格を有し、彼らが特別の効果を生ずるのであれば、これは、彼らが公役務の目的によって決定されているがゆえである⁽⁶⁸⁾。」したがって、彼によれば、「行政行為は、同様に、公役務の目的へのそれらの充當 (destination) の性格から引き出される」ことになり、「一の役務が一の公役務となりまたはなるであろうと言うことは、この役務が為政者たちによつて組織され、それが彼らの監督の下で行なわれ、彼らが中断することなくその作用を確保しなければならぬということである⁽⁶⁹⁾」との基準によつて、公役務であるか否かが決定されることになるのであった。

このデュギイの主張は、従来の神権説的な主権の概念を否定し、従来の国家観に重大な変革を加え、為政者の活動をもつぱらその義務として把握している点において、正当であり、法思想上重要な意義を有すること⁽⁷⁰⁾を否定できない。このデュギイの公役務理論および主権の否認論は、他面、一九世紀末から二〇世紀の当初の頃までのフランスの

公法を支配し、第二次大戦前のわが国および英米諸国において見られた国家無責任の原則を排斥しようとする明確な意図をもつ。そして、この点において、デュギイは、この主権の概念と国家無責任の原則との相互依存を見出し、主権の概念の有するこの効果を非難し、権力国家の場合とその他の行為を行なう国家の場合との国の法人格の二重性を否定し、国の活動を公役務を遂行する義務として一元的に捕えることによつて、国家無責任の原則を維持する根拠を除去し、国がその義務として活動する公役務の執行に際して生じたすべての損害に対して、国の責任を容認することを主張したのであつた。¹⁰⁾

また、このデュギイの理論は、二〇世紀の初期の時期において、早くも行政の活動の実態の変化に着目し、行政の機能を夜番国家的な戦争、警察および裁判を中心として考察することを止め、国の産業的経済的な役務の発展について洞察している点において、極めて注目し値する。この点は、近年の国家活動の拡大に伴い、いわゆる福祉国家における行政の機能の法的規制の変遷として論じられているところであり、また、ドイツの行政法学者であるフォルストホッフが、給付主体(Leistungssträger)の名称の下に、この公役務理論と同様の概念を、そのままではないが、行政法体系中に導入しようと試みた事実と、その軌を一にする。¹¹⁾そして、このような初期における公役務理論のデュギイによる導入は、彼の秀れた洞察力を示すものであり、この観点からも、このデュギイの理論は歴史的にみて大きな価値を有するものと言わなければならないであろう。

このように、このデュギイによる公役務理論は、法思想史上、すこぶる大きな意義を有する。確かに、このデュギイの考察は、社会学的な理念としては正しいものを十分に包含していた。だが、彼は、その理論を一貫させるために、行政の活動を、その機能の面から主として捕え、現実の法的な規制の面についての考慮を欠き、その活動の目的に余

りにも拘泥しすぎた。⁽⁹⁾ たとえば、彼によれば、行政の活動は、その公役務の目的により、行政行為となるといふ。だが、この目的の概念は革命期の権力分立の原則を定める法律と直接の関連を有せず、このような目的が、直ちに、その行為を行政行為として、私法と異なる特殊な法規制の下に置くとはかぎらない。また、デュギイは、国の産業的な役務を予見しながらも、その役務に関する行為は、その公の目的により、公法によって規制されると考えていたが、後のこれらの役務に関する法制度は、むしろ主として私法によって規制される結果を生じ、この点に関するデュギイの予想は全く現実と異なった形で実現された。このように、デュギイの主張は、原理的思想的には十分に妥当性を有しながらも、具体的な公法の適用の標準の点において、実定の法制度との間にかんがりの差異を生じている。そして、この点が、デュギイの理論の致命的な欠陥であり、公役務学派の分岐を生んだ主な原因であつて、この欠陥を矯正しようとして現われたのが、シェエズによる公役務理論であつたのである。

- (1) L. Duguit, *Les transformations*, p. 20-21. et p. 34.
- (2) *Transformations*, p. 47-50.
- (3) Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^{ed.} t. II, p. 60.
- (4) *Transformation*, p. 51., *Traité*, t. II, p. 61. だが、彼は、この定義による公役務の個々の内容は、社会情勢の進化により変容するものとする。『法と社会』。
- (5) *Transformations*, p. 52.
- (6) *Transformations*, p. 53.
- (7) *Transformations*, p. 54.
- (8) *Transformations*, p. 56.
- (9) デュギイの社会学的思想史的な理論については、中井淳「デュギイ研究」参照。

(10) 彼は、次のように述べて、この国家無責任の原則の根柢の欠如を強調し、この原則の実定法上からの排除を主張した。「人は、そこに主権と無責任のこれら二つの概念の相互依存を見る。この相互依存は、ある場合に国の責任を認めて、これは国が公権力として行動しない場合においてだけであると付け加えて表現されるこれらの学説中に明白に確信されている。人は、それゆえに、無責任の原則に一の間隙をつくっている。だが、どこで決定されるのであるか。どのようにして、人は、権力の表示が存在し、したがって責任がない場合と、権力の表示が存在しないがゆえに責任が存在する場合とを区別することができるであろうか。すでに述べられたように、もしも国が定義により主権的な法人 (une personne souveraine) であるとすれば、それは常にこの法人であり、ある場合にそうでなく、他の場合にそうであるということはありえない。そして、その主権が国の無責任を意味するものであるならば、それは決して責任を負わされることができない。」Transformations, p. 226-227.

(11) この点は、最近のわが国において、特に山田幸男教授によって、極めて活潑に論議されているところである。山田幸男「公企業法」、同「福祉国家と行政法の理論」現代国家の機能、八七頁以下参照。

(12) E. Forsthoft, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 3. Aufl. SS. 284-286. ただし、フォルストホッフは、この教科書の六版以後においては、自己の概念と公役務概念との親近性の指摘を撤回しているようである。

(13) たとえば、ジェエズは、このデュギイの理論を次のように批判している。「デュギイ教授は、社会学的な観点において、公役務の拡張に向う現代的な傾向を充分に示し、この発展の理由を指示している。」だが、「ごらんのように、デュギイ教授は、公役務の法律的な手続 (le procédé juridique de service public) が、予め定められたどのような場合に欲せられるか否かを認識することを許す法的な標準 (le criterium juridique) を明らかにしてはいない。」G. Jéze, Les principes généraux du droit administratif, t. II, p. 16. note (2).

三 ジェエズによる公役務概念の修正

右のようなデュギイの社会学的観点に立つた公役務概念は、ジェエズによって、判例の現実的な分析による法的規制の面から捕えられて理論化された。ジェエズもまた、デュギイと同様に、「行政法が公役務に関する規律の総体である」ことを認めている。だが、同じく公役務とは言いながらも、この両者の間では、公役務そのものについての考

説

え方、およびその範囲が異なるものとして表明されていることは否定できない。したがって、この両者の差異を明白にするために、次にシエエズによる公役務理論の内容について、若干の検討を加えてみることにしよう。

論

シエエズによれば、「すべての文明国において、行政は、国防、警察、裁判、道路などの一般的な利益の需要を満足させる使命を有する。」この行政が一般的な需要の満足の任を負うものの中には、私人を排除する独占的なものと私人と行政とが競合して行なうものがあり、その結果に対しては、私法の手続と公法の手続の二つの手続が用いられている。私法の手続は基本的には相争う利益の平等の基礎に立ち、反対に、公法の手続は相争う利益の不平等の思想の基礎に立っている。現在、公役務という術語は、いまだ充分に固定されてはおらず、その意義は混乱しており、ある場合には、「一般的な利益の需要の満足」と「公役務」との二つの表現が同意義に用いられ、全く私法の手続による公役務の管理を認める者がある。だが、公役務という表現は、一般的な利益の需要の満足のために、公の職員が、私法外の原則に、公法の手続に訴える場合に留められることが望ましい。したがって、この結果、シエエズは、この公役務概念を次のように定義する。「要するに、公役務は一般的な利益の需要に満足を与えるための一の技術的な手続—唯一の手続ではない—である。このような場合に公役務が存在するということは、その職員たちが公法の手続を用いる可能性、すなわち、特別の理論、特別の原則、一の特別な法律制度へ訴えさせる可能性を有することを意味する。この制度は、私益の一般的な利益への服従によって特徴づけられる。役務の組織は、一般的な利益の必要性によって、絶えず変更されうる。それゆえに、それは、法的であり命令的 (Dégalé et réglementaire) である。」

それでは、このような固有の公役務が存在するための標準は、どのようにして認定されるべきであろうか。この点について、シエエズは次のように言う。「私の意見によれば、考慮される行政活動に関する為政者の意図のみが探究

されなければならない。公役務は、単に、全く、一定の一の国において、一定の一の時代において、為政者たちが公役務の手續によつて満足させようと決定した一般的な利益の需要である。為政者の意図だけが考慮されるべきである。』そして、「何によつて、為政者の意図が固有の公役務の技術的な手續によつて一般的な利益の需要を満足させることであると認めるのか」の問題に言及して、これについては、「単一の標準を与えることは不可能である。これは、その各々が、そのみでは充分でないが、それらの集合によつて (par leurs groupements) 一の公役務を組織する意図を現われさせる環境の全体からくる。』したがって、この点について、裁判所は広汎な判定の権限を有する、と言う。そして、ジエズは、このような環境の主なものとして、役務の作用を確保するための特別の負担の設定、固有の意味での税を徴収する権能、経営の独占などを挙げ、これに対して、事業の設定のための公の機関の行為の介入、その規則の公の職員による認可の必要性、その施設の役員由政府による任命、その行為についての行政の認可の必要性、その施設の会計が会計検査院の財政の一般的な監督に服することなどの要素は、公役務とするために決定的なものではない、と論じているのである。

このようなジエズの公役務概念は、先に述べたデュギイの理論が実質的客観的な見地に立つのに反して、形式的な理論であると言われている。そして、種々の環境を考慮し、為政者の意図を探究して公役務の分野を決定しようとするこのジエズの見解による公役務は、デュギイにより、独自にこれを設定しうる立法者の一の人工的な創造物であり、何らかの活動にこの公役務の性格を裁量的に付与しうるものとして非難され、オーリュウによつて、極めて危険な定義として排斥されている。だが、この点は、宮沢教授もすでに指摘されているように、このジエズの言う立法者の意図が法が身につけている客観的な性格を意味するとすれば、このジエズ概念はむしろ客観的な

のであって、一概に、これを、立法者の主意的かつ裁量的な余地を残す危険な概念として批判することは妥当ではない、と言ふべきであろう。

このシェエズ(10)の概念によれば、公役務は、一般的な利益の需要に満足を与える措置を命じまたは遂行するための個人と、それによって公役務の任を負う個人が公役務のために提供する物とを前提とする。そして、永久的な態様での公役務の任を負う職員は、固有の公の職員であり、その法的な地位は命令的であつて契約的ではなく、この公の職員は、公役務の正規かつ継続的な作用を確保することをその義務とする。また、物についても同様に、公役務は一般的な利益の満足のために行政の職員によつて提供される物の法的な条件を支配し、このような物は、公産(Tonnane public)として、私産とは異なる取扱いをうける。このように、このシェエズ(11)の概念は、公役務に従事する職員とそれ提供される物とを前提として、このような職員の行為または物が一般的な利益の需要のために介入するとき、そこに公法の特殊な規定が妥当するものとして、この公役務を一体的な制度として捕えている。そして、このかぎりにおいて、このシェエズ(12)の概念は、デュギイの概念に見られるような公役務の対象または目的に直接的に由来する理念的な思想を明白に表示してはいないが、なお一の公役務概念たることを失つていない、と言ふことができる。

このシェエズ(13)の公役務概念は、公役務そのものがひとえにその時代の実定法の定めるところによつて決まる事実を明示している点において、秀れた価値を有する。だが、この概念は、この公役務の種々の要素を示し、公役務であるか否かの具体的な事例は判例の決するところにまづと言ひながらも、この公役務の具体的な範囲は、その識別の主導的な要素を欠き、先述したデュギイやオーリュウの批判からも推測されるように、その対象または目的によつてこの範囲を定める形式的客観的な概念に比して、いちじるしく不明瞭であることを免れない。シェエズは、先に、一九一

四年の行政判例の評釈において、権威行為と管理行為の区別による裁判権限の分配の錯雑した理論は、行政裁判制度が十分に整備されておらず、司法と行政との両系統の裁判所による権利の保障が同様な場合のみその意義を有し、両系統の裁判所による権利の保障が同等となった今日においては、権限の分配の理論はデリケートなものであつてはならず、市民に対する便宜から言つて、この理論は明白であることが望ましい、と主張して⁶⁴いた。だが、この言に反して、彼によつて大成された「行政法一般理論」の著書中における公役務概念は、その範囲についての判断の基準がかなり不明瞭であり、市民に対して便宜なものとは言えない。確かに、この概念の範囲の不明確さは、元来政治学的社会的なこの公役務概念に法的規制の面を付加した結果として、ある程度において、止むをえないものでもあろうが、この点のこの概念の不明確さは、彼の公役務概念の大きな欠陥と云うことができるであらう。

- (1) G. Jéze, *Les principes*, 3^e éd., t. I, 1925, p. 1.
- (2) このジュエズの公役務概念については、宮沢教授の秀れた論稿中に詳細に紹介されているので、余分な重複を避けるために、できるだけ簡単に敘述することにした。もし不明な箇所があれば、同教授の論稿を参照されたい。宮沢俊義・前掲、法学協会雑誌五
六巻五号、八八八頁以下。
- (3) だが、ジュエズは、先の時代の行政判例の評釈中においては、公役務の目的による理論化に賛成して、この公役務概念を、公法の手続による場合に限定してはなかつた。Jéze, note au *Revue du droit public*, 1914, p. 145.
- (4) Jéze, *Les principes*, 3^e éd., t. II, 1930, p. 1-15.
- (5) *ibid.*, t. II, p. 16-23.
- (6) De La Pradelle, *La notion de service public*, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1934, p. 519. 宮沢前掲、
法学協会雑誌五六巻、八八七頁。
- (7) L. Duguit, *Traité*, 3^e éd., t. II, p. 74.
- (8) オーリュウは、音楽堂の建設のためのシャンゼリゼにある土地の払い下げの約束の不履行を理由に、シャンゼリゼ劇場協会がパリ市に損害賠償を求めた事件について、それが公役務であることを否定したアストルック判決の評釈において、政府委員コルネイ

ユの論告が、企業を組織する行政の主観的意思について論及し、パリ市はシャンゼリゼ音楽堂についての企業を公役務として設定する意図をもたなかったと述べている点を批判して、次のように言う。「実際、企業を組織する行政の主観的な意図による公役務の定義は、行政はすべての種類の企業を公役務として設定しようということがそれから引き出されなければならないというのであれば、全く危険である。企業の性質自体において、客観的な障害、抵抗、限界が明白に存在する。」そして、コンセイユ・デタのすべての判例は、その経営が商業的な利潤(aléas)を保持する企業はそれ自身公役務と矛盾するという考慮におかれているという。Hauriou, note au Sirey, 1916. III. 41, La jurisprudence administrative, t. I. p. 334-335.

(9) 宮沢・前掲、法学協会雑誌五六巻五号、九〇八—九〇九頁。

(10) *ibid.*, t. I, p. 2.

(11) *ibid.*, t. II, p. 10-12.

(12) したがって、シエエスによれば、固有の公役務の管理のためにその任を負う職員によって行なわれた行為は行政行為であり、固有の公役務の管理についての財産または職員による賠償責任は公法上の賠償責任であり、公役務の作用に利害のある契約は行政契約であることとなり、このような公役務に関する法制度は、すべて、私法と異なる特別の規律に服することになるのであって、このように、その行為、財産等に関する事項は、すべて一体として、公法の制度に服することになるわけである。

(13) このような一体的な制度としての公役務概念がフランスにおいて生成された背後には、財産または事業について一体的な法制度を形成するフランスに特有な伝統的な公産(*domaine public*)および公事業(*travaux publics*)の概念の先存による影響が大きく、このような範囲に属する財産または事業をそのまま公役務とすることによって、公役務理論が構成されてきた面を無視することができないように思われる。この点を指摘するものとして、田上穰治、「行政事件に関する佛法と独法の対立」国家学会雑誌、五一巻一号、六八—六九頁。なお、シャピユによれば、この公産と私産との区別は、プルウドン(Proudhon)によって、すでに、一八三三年以来なされてきたといわれている。Chapus, Responsabilité, p. 73. et note (1).

(14) Jéze, note précitée, dans *Revue du droit public*, 1914.

四 公役務理論に対する学説上の反論

右に述べたようなデュギイおよびシエエスによって主張された公役務概念は、それぞれそのニュアンスを異にして

いるが、一九一五年から二五年頃までの期間においては、この公役務を行政法の主要概念とする理論に対して、これという反論もなく、その理論は、一般に受け容れられ、フランス行政法学の大勢を制したかのように思われた。だが、このように公役務概念が隆盛を誇った時代においても、この公役務理論に対する反論が全く見られなかったわけではない。この公役務理論に対する反論は、特に、ベルテルミイおよびオーリュウによって、やや異なった角度から、展開されている。したがって、次に、この二人の著名な行政法学者による公役務理論に対する反対論を簡単に紹介してみることにしたい。

(1) ベルテルミイの批判

ベルテルミイは、一九二九年にオーリュウの記念論文集に寄せた論稿において、以前の権威行為と管理行為の区別の理論に立脚して、公役務概念による行政法体系に真向から反対している。彼は、「すべての行政組織の最高の要素が公役務概念中にあるという確信を一の学説的な進歩と考へ」ず、公役務概念が行政法を支配し、それがその法を導き (éclairer)、人がそこで出くわすすべての問題の鍵を供給していると言つてはならない、⁽¹⁾と言ふ。そして、公役務概念による行政的役務に共通するすべての点は、公役務に際して生ずる訴訟が一般的に行政裁判所に帰属するということを除いて、ほとんど全く利益を欠く、とする。彼によれば、たとえば公役務学派は、国の役務の費用は国库の負担であるというが、これは商業会社の費用が株主の負担であるのと同様である。また、この学派は、国の公役務が政府の監督の下にあるというが、そのようなことを確認しても無益である。このようにして、彼は、「公役務の概念は存在しない。公役務の手続 (procédés) は存在しない。何となれば、公役務の唯一の形式というものは存在せず、極めて異なった形式が深い差異を包含しているからである、⁽²⁾」と言ひ、公役務による共通点の探究は、公役務の名称によつ

説論

てこれらを包容することを許すだけで無益であるとして、次のように主張する。「私は、我々の眼に無益なすべての行政活動を支配する公役務の概念の確信は、害があり、微妙な論争において誤った議論を提供する危険があることを付け加える。」

ベルテルミイによれば、公役務には二つの大きな範疇が存在する。それは、公行政が二重の役割、すなわち、我々に命令を与え、我々に役務を与える任務を負っているからである。「公行政が我々に命令を与えるのに応じて、それらの活動は、いかに精密にされてもされすぎることのない特別の原則に服する。何となれば、それらは欠くべからざる權威を確立し、その可能な超過に対して我々を保護する二重の目的を有する。權威を制限する原則、それを授与する原則とそれを緩和する原則とは、公法においてのみ存在する。この原則は、人々の関係を定める通常の方法と類似性を有しない。」だが、そのことは、我々に役務を行なうに当り、行政が、權威が何らの役割をも果さない方法において制度を組織しているときには、別である。そして、彼は、このような役務に該当するものとして、学校、運送、劇場、電燈などの役務を挙げて、次のように言う。「これらの役務の管理において、行政は、私立学校、種々の商工業が活動するのと同じように活動する。それは、売り、買い、賃貸し、寄託物を受領する。それは、利益を受けいれ、我々の古い慣行 (*nos vieux usages*) が予定し、我々の国の慣習を尊重する民法典がフランスの普通法として授与したような形式と効果とにおいて、契約する。我々が民法典を主張するとき、我々が、誤解されてきた役務に対して裁判をうけるために、普通法に依拠するとき、それは、新しい理論の賛成者たちによって、押しつけられてしまう危険はないだろうか。」そして、彼は、この公役務によって、王の決定が用いた「それは余の欲するところなればなり」(*car tel est notre bon plaisir*) という公式を思いおこすと主張しているのである。

ベルテルミイは、破毀院の判例がコンセイユ・デタによる広大な行政の権限を認める概念を受け容れていることを認めている。だが、彼は、民法典の原則により重大な意義を認め、一般的な利益のためにその例外が設けられるためには、特別の法文により、その旨がくわしく規定されていることが必要であるとして、次のように結論する。「公役務は、反対の法文によって、それに抵触しないときは、いつでも普通法に服する。明白に、これは権威的な役務には適用されない。何となれば、権威の行使についての原則は、それがどのような形式で行使されようとも、一の特別な規範の全体を構成するからである。この措置において、人は、自律的なものとしての行政法を考えることができる。だが、この自律を行政行為のすべての面に拡大することは危険である。例外的な場合においてのみ、それらを普通法から引き去る余地が存する。通常の原因から解放するために口実を見出すこと、これは、理由なしに市民の保障を減少することである。」

このベルテルミイの論説は、公役務理論の繁栄にも拘らず、民法典の有する自由主義の拠点に立つて、行政の権限の拡大に反対し、従来の伝統的な理論を固守している点において、注目に値する。そして、実際に、彼は、一九三三年に刊行された著書においても、頑として、従来の権威行為と管理行為の区別の理論を主張し、公役務学派の主張に對抗していたのであった。

- (1) H. Berthélemy, *La notion de service public* dans l'article de Défense de quelques vieux principes, *Mélanges Hauriou*, 1929, p. 817 et s. わが国において、このベルテルミイの主張を紹介したものととして、宮沢・前掲、法学協会雑誌、五六巻五号、八八二頁以下。本稿は、教授のこの論説と重複するところが多いが、公役務理論の意義および価値を明らかにする関係上、あえて一般的にその説を集録して紹介することにした。

- (2) H. Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 13^e éd. 1933, p. 45 et p. 47. この著書において、彼は、管理行

為について、次のように言う。「法人格を授与された国、県、市、公施設は、所有者、債権者とされることが出来る。彼らは、一人の私人が彼の財産の管理において (dans l'administration de son patrimoine) することが出来るのと同じように、代表者によって、市民生活に通常の行為を行なうことができる。このようにして遂行される行為が管理行為である」。この敘述から見て、彼が、ラフェリエールによる体系をそのまま踏襲していることは明白であろう。

(2) オーリュウの批判

右に述べたベルテルミイの批判が、従来の伝統的な地盤のみに立って、公役務理論を批判しているのに対し、諸種の情勢を綜合した大局的な見地に立って、この公役務理論を批判しているものにオーリュウの説がある。オーリュウは、一九二六年に、彼の「行政法綱要」の第一版の序文において、「公権力と公役務」という興味ある表題のもとに、公役務理論について、次のように論評している。⁽¹⁾

オーリュウは、まず、フランスの行政法体系を考察して、フランスの行政制度には二つの主要な概念 (deux notions *maitresses*) が存在するという。このうち、「公役務は公行政によって実現されるべき作業 (*Oeuvres*) であり、公権力は実現の手段である。」だが、「法律的な理論は二つの概念を同一のプランの上に置くのに適しないので、支配するものを選択しなければならない。」そして、どちらを選択すべきかについて、「我々の行政法を組織してきた公法学者たちは、それを公権力に基づかせた。彼らは、まず、革命期の立法者によって極めて強力に宣言された権力の分立の原理が執行権の基盤を明らかにした (*avait mis à nu*) ために、ついで、すべての時代の法律家の伝統に従って、彼らが追究された目的の支配においてではなく、この目的に到達するための手段の支配において、法の固有な領域を置いていたがために、直観的に (*intuitivement*) この選択をした。」という。そして、この伝統的な学説を批判して、「おそろく古

典型的な学説は、余りにも目的の観点を無視してきた。一 の概念が他のものの下位にあるということ、これは、それを全く犠牲にするための理由とはならない。すべての概念の排列 (les coordinations d' idées) は、その各々について均衡して配慮がされなければならない」と述べ、さらに公役務学説に言及して、次のように言う。「一九世紀末の社会学説は、古典的な学説によって犯された逸脱を利用した。それらは、法における目的の概念を復活させることを任務とした。何となれば、この目的の概念は社会的であり、法の手段のそれは個人主義的であるからである。だが、目的の概念に第二義的な場所を残す代りに、それらは、それ (目的の概念) を第一義的な場所に昇進させた。何物でもなかつた目的が、突然、すべてとなった。この価値の逆転は、法律的な社会主義の悲劇を構成する。」

このように、「公法において、国の目的として考えられる公役務の概念を、目的の実現の手段として考えられる国の意思の権力の概念に優先させようとする公役務学派が創造している目的の優先については、論理において、過誤が存在する。」そして、ジェエズ、デュギイ、ボナール (Bonard) の公役務学派について、「我々は、彼らがすべての学説、すべての影響を代表しているとは信じていない。真実は、古い理論の賛成者たちが沈黙を守っているということである、」と言う。さらに、オーリュウは、ジェエズの説について、「彼は公役務の概念を *ex cathedra* に定義している。彼によれば、公役務は、公法の手続と公役務の変更の絶えざる可能性の二つの概念に置かれている、」と述べ、この説を次のように批判している。まず、第一に、公法の手続について、このジェエズの提議は、「徴発、収用のような権力の特権が『公益は私益に優先する』ということを実現する実際的な手段を構成していることを暗黙のうちに是認している。公役務の第一の要素である公法の手続は、それゆえに、公権力のある種の使用に導かれる。」また、公役務の変更の絶えざる可能性について、この点のジェエズの主張は、「公役務の組織を変更する権力は法律的に羈束される

説
論

ことができないという主権の学説から引き出されたこの考え方が、合理的に正当化され、この変更が立法権と命令権の行為の下に生じ続ける」ということである。そして、「命令権は行政権であるから、これもまた公権力の表示である」と説く。オーリユウは、さらに、デュギイの論に言及して、デュギイの言う社会的連帯ということは、現在の議論においては、実益がないとし、先に紹介したデュギイの公役務の定義の公式は、「公役務は公権力の介入によってのみ完全に実現されることのできる一の活動である」ということの是認を含む、と主張しているのである。

このように、オーリユウによれば、ジェエズおよびデュギイのこれら二つの公役務の定義においては、公権力のみが問題となつていて、と言う。したがって、彼は、次のように言うことができる主張する。「公権力が存続し、それは公役務に優先してさえている。なぜならば、公役務は公権力によってのみ定義されることができなければならない。」そして、彼は、これらの著者の公役務の定義は、古典的な学派によって整備された法律的なメカニズムを、単に言葉の上で置きかえたにすぎない、と力説しているのであった。

以上に述べてきたように、オーリユウは、公役務学派の理論づけにも拘らず、行政法においては、公権力が第一義的な役割を維持していることを強調する。それでは、彼によれば、公役務はどのような役割を行政法において果しているのだろうか。この点、彼は、公役務は、第二義的なプランにおいてではあるけれども、重要な役割を果していることを認めなければならないと言い、その役割を果すのは、公権力の客観的な自己制限 (*autolimitation objective*) を招く役務の概念である、とする。オーリユウによれば、権力の自己制限は、それに固有の客観化されている一の手段の保有を必要とする。そして、公権力が、支配する代りに、奉仕の概念に徐々に服して行くにしたいが、執行権の内部において、その自己制限が可能となる。このようにして、フランスにおいて発達してきた制度が、越権訴訟、と

りわけ、その中の権力さん奪 (détournement de pouvoir) の法理⁽²⁾であり、このような権力の自己制限の制度は、権力と
 いうことの先入感からくる支配が役務の概念によって代置されたことの結果、すなわち、公役務概念の結果であると
 いう。そして、オーリュウは、このような制度はフランスの行政制度に独特なものであると主張しているのであった。
 右のようなオーリュウの見解は、最後に、公役務学派の説を批判して、次のように結論している。「ジエエズやデ
 ユギイによってとられた立場を弱くさせるもの、これは、彼らが、フランスにおいて執行権と司法権との分立を作り
 出したような公権力行政の考え方を内容において受け容れていることであり、ついで、彼らが法律的な権力としての
 公権力を追い払うことが不可能な作業を企てていることである。革命期の権力分立が、疑いもなく、司法権と競合し
 て、執行権を法律的な権力とする目的および結果をもつていたのに反し、それゆえに、これは、法律的な権力のない
 執行行政となるであろう。」

このオーリュウの所説は、公役務理論のはなやかな時期において、公役務学派の見解が根源的には公権力に由来す
 る事実を分析し、公権力が行政法の第一義的な基盤であることを指摘している点において、注目に値する。そして、
 また、彼は、デュギイに見られたような主権の概念の否定からくる公役務の目的が、行政法上何らかの役割を果たすこ
 とをも示している点において、公権力と行政の目的のいづれか一方のみに準拠してきた従来の行政法概念に面的な
 アプローチを試みたものとして、極めて重要な意義を有する。そして、この公権力と行政の目的という組み合わせの
 うちに、現在の行政法の性格の根本的な問題が残されているのであって、このことは、後の公役務概念の衰退が非権
 力的な公役務の範囲の増大によって惹起されている事実にも明らかにである。このように、この公役務理論が、
 フランス行政法学上初めて公役務の定義をし、公役務理論により行政の権限の拡大をもたらした一九〇〇年代の諸判

説
論

決に常に賛意を表してきたオーリュウ⁽³⁾によって、公権力を行政法の主要概念とする立場から批判されたことは、オーリュウの思想の変遷を物語るものであり、一見奇妙な感じを抱かせるが、それにも拘らず、このオーリュウの所説は、フランス行政法体系の後の動向を予言するものとして、高く評価されてよいものであろう。

(1) M. Hauriou, *La puissance publique et le service public*, préface de la onzième édition, 1926, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ed.} 1933, p. IX-XVII.

(2) この権力と権の法理については、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。

(3) たとえば、テリエ判決、フウトリイ判決およびテロン判決に関するシレイのノートにおいて、彼は、すべて、判決に賛意を表している。

(4) オーリュウの思想の変遷については、Rivero, *op. cit.* *L' évolution du droit public*, p. 461 et s. 参照。

五 五 五 五 五
む む ず び

以上に述べてきたように、オーリュウによりまず政治学的な観点から定義され、デュギイによって社会学的な見地から発展された公役務概念は、ジェエズによって法的な規制の観点から学説上に展開された。このジェエズの公役務概念は、実定法に即し、法的な規制の面を考慮に入れたため、公役務の目的の要素の他に、公役務の手續という要素が加えられている。そして、この公役務の手續は、オーリュウも分析しているように、ジェエズの論からは明白ではないとしても、確かに、公権力の要素を加味するものである。したがって、このジェエズの公役務概念は、デュギイの主張するような公役務の目的から由来する為政者の奉仕の義務のみによって行政法を体系づけようとするものではなく、この意味において、デュギイによる社会学的政治学的な公役務概念は、ジェエズにおいては、もはや、その理

念的な意義を失っていると見ることもできるであろう。

このことは、本来、政治学的社会学的な意義を有する公役務概念は、デュギイの主張するような純粋な形においては、法律的な概念としての意義を有しえないことを示すものである。このようにして、シェエズ以後の公役務理論は、デュギイ学派の強力な主張にも拘らず、大体において、一般的な利益の需要の満足の目的の他に、何らかの要素をこれに加えて、この概念を定義しようと試みている。そして、このような公役務の法律的な概念の動向は、たとえば、コライユが判例上に現われたこの公役務に相応する要素として、行政機関のもとにおける作用、公権力手続の使用、および一般的な利益の需要への適合、の三つの要素を挙げていることから⁽¹⁾、推察されうるであろう。したがって、この公役務の法律的な概念は、一般に説かれているように、単なる利益説のみに基く公法の観念ではありえない。この概念は、むしろ、実定の法律制度との関連において、利益説的な要素をその中心としながらも、権力説的ないしは主体説的な要素に補充されることによつて、始めて、法律的な概念としての意義を有するのである。そして、このような当初の理念的な公役務概念と実定の法律制度とのギャップは、公役務概念に例外的な場合を必然的に生じさせ、今日の公役務概念の衰退の速因を構成していたのであった。

このように、フランスの行政法学界を風靡した公役務概念は、その当初の成立に際して、法律的な基盤に必ずしも即応していなかった面がある。だが、この公役務概念による行政法学の体系化の動向が実定の法律制度に与えた影響も、これを無視することができない。この概念は、一般的に国の公権力そのものの考え方の変化をもたらしただけではなく、実定の法律制度の上に、フランスに特有な一の理論を発生させた。そして、このフランスに特有な理論が、オーリュウによつてすでに指摘されていたように、目的の観点から行政の裁量行為を規制しようとする権力さん奪の

説
法理であったのである。このような目的による行政行為の制限の理論は、公役務概念のような目的による行政法の体系化によつてはじめて生じうる理論であつて、この理論の発生は、公役務概念が実定法理論にもたらした一の功績と
論
言うことができるであらう。

(1) Corail, *La crise*, p. 15. この著書の私の紹介、コライユ「フランス行政法における公役務の法律的概念の危機」*国家学会雑誌* 七一巻一一号、八六頁。

(2) たとえば、デュギイは次のように述べている。「法律の行政行為は、その対象によつて、同様にまた、そしてなかんずく、公役務の目的でありうるにすぎないその目的によつて、一定の価値を有する。もしも職員の意思が公役務とは別の目的によつて決定されるならば、権力の僭称 (*usurpation de pouvoir*) が存在する。もしもそれが公役務の目的によつて決定されるとしても、職員がそれを行なう権限を有しないような目的によつて決定されるならば、権力さん奪が存在する。」このデュギイの言からみても、この権力さん奪の法理が、公役務の目的による概念の存在と緊密な関係にあることが推察されうるであらう。Duguit, *Transformations*, p. 157.

第三節 公役務理論と行政判例の状態

一 序 説

これまでに述べてきたように、フランスにおける公役務概念は、二〇世紀初期の諸判決によつて行政判例の中に導入され、さらに、その後のデュギイ、ジエズらの公役務学派によつて行政法学説の中に繰りひろげられた。だが、このように活潑に学説中で展開された公役務概念は、その後の行政判例中において、どのような地位を占めたのであろうか。

この行政判例の状態は、かなり多岐に富み、その傾向を一概に断定することはできない。だが、テロン判決によつ

て判例中に導入され、デュギイによって主張された一般的な利益の需要の目的のみによる理念的かつ純粹な公役務理論は、その直後において、まず行政契約に関する分野において、放棄される。そして、ついで、この傾向は、国の商業的な業務に波及し、このような業務に対しても、その行政の権限が否定される場合が生ずる。このように、第一次大戦前の判例の状態は、公役務という用語を用いながらも、その裁判権限の決定に関する事例において、その原則に変動を示し、公役務概念による権限の規制の点について、ある程度の例外を容認せざるをえない立場に追い込まれている。したがって、その判例の状態をつぶさに検討する余裕はないが、代表的な判決を通して、以下に、この行政判例の大体の傾向を紹介してみることにした。

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

先に述べたような公役務の目的による権限分配の原則は、間もなく、一九一〇年のソレイユ保険会社事件の権限裁判所の判決⁽¹⁾によって放棄され、このように、目的の観点に立脚する純粹な公役務理論は、まず、行政の契約に関する事項において、排斥されることとなった。この事件は、軍事機関に委託された市に属する不動産に生じた火事から起った損害の賠償責任を国に負わせるために、保険会社が国を代表する軍事大臣を相手として民事裁判所に出訴したことに始まる権限争議事件であったが、この判決において、政府委員フイロレイ (Fouillioley) が、次のように論告しているのが注目される。

「権限の問題の判定のために思いおこすべきことは、当該の家屋 (loc) が軍事機関、すなわち国に、それと市との間の一つの同意 (un accord) によって委託されたことである。そこには、権威または力による徵用 (mainmise par autorité ou par force)、公権力の行為は存在しない。このように、当事者間において、意思の一致によって極めて明白に特徴づけられる一の眞の契約が形成され

ている。」そして、この契約は何であるかを追究し、この契約は、民法典第一七〇九条にいう賃貸借契約ではなく、また、使用貸借 (un prêt à usage) でもない。この同意は、「一定の分類された種々の契約に特別に適用される原則によって規律されることのない、債務に一般的な原則によって規律される」一の無名契約 (un contrat innommé) である」という。「だが、この契約が何であり、人が与える名称が何であっても、これは、疑いもなく、双方に普通法の義務を生じさせる民事法の契約である。」このような契約においては、「第三者は、借主に固有な義務に結びつけられていないとしても、少なくとも彼は、約定 (convention) に一致して事物を使用し、不可抗力または偶発事故 (le cas fortuit) でないかぎり、彼が受けとった状態にそれをもどすべきである。」そして、権限の点について見るときには、固有の賃貸借契約も民法上の無名契約も同様であると、このような契約から生ずる事件の裁判権限について、学説および判例はどのように主張しているかを検討して、次のように述べる。すなわち、ラフェリエールは、行政が公役務を確保するために契約するという事実は、それ自身司法裁判所の権限を排除するものではない、という。さらに、彼は、公役務のための不動産の占拠が徵発に由来するときには、その裁判権限は変更されないことを明らかにしている。また、従来判例は、この点について同様であり、かつ一致している。したがって、この論告は、軍事機関と市との間には、全くの賃貸借ではないとしても、それに近い明白な同意が介入しており、このような同意から生ずる損害賠償請求事件の審理は司法裁判所に帰属する、と主張したのであった。

このようなフワイロレイの主張に対して、権限裁判所は、この論告を容れて、次のように判示している。

ソレイユ保険会社によって申し立てられた要求は、市に属し、二八日の間召集された予備兵を宿営させるために、市から軍事機関に委託された不動産に某日に起った火事により惹起された損害について、国が責任を負うことを宣言させるにある。この不動産の占拠は、正規かつ永久的な充當の行為によってではなく、その性質と効果とによって民事法の契約中に入る一の同意によって生じた。したがって、その審理は司法機関に属し、この権限争議の決定は取消されなければならない。」

このように、このソレイユ保険会社事件の判決は、行政の結んだ契約が軍事という公役務の目的のために締結され

たものであっても、「その契約の性質と効果とによって」(par sa nature et ses effets) 行政契約に属せず、その審理が行政裁判所に帰属しない場合があることを認めている。この権限裁判所の判決は、行政が公役務の目的で締結する契約はすべて行政契約であつて、このような契約から生ずる訴訟の審理はすべて行政裁判所たるコンセイユ・デタに帰属するという、この判決の丁度三ヶ月前に下されたコンセイユ・デタのテロン判決の趣旨と明らかに矛盾し、行政の締結する契約について、公役務の私管理の分野の存在を容認している⁽²⁾。そして、この意味において、この判決は、目的のみの評価による純粋な公役務理論に一の例外的な場合の存在を認めるものであつて、シエエズによって、最近の日付であるがゆえにテロン判決を無視するものと論評され⁽³⁾、デュギイによって、明白に説明しがたいものとして非難されたのであつた⁽⁴⁾。だが、このようなソレイユ保険会社事件の判決は、行政判例上において、決して例外的な判決ではない。そして、行政の契約についてのこの権限裁判所の立場は、やがてコンセイユ・デタによつても受け容れられ、公役務理論と行政判例との裂け目を生ずる発端となつたのであつた。

- (1) T. C. 1910. 6. 4. *Compagnie d' assurances (Le soleil)*, conclusion de Feuilleley, *Recueil des arrêts du Conseil d' Etat*, 1910. p. 446.
- (2) シャロビュは、この判決の下された一九一〇年の日付を、行政法ないしは公的責任の歴史において、公管理と私管理の区別の理論が確立された判例の進化における歴史的な時期であるとして評している。Chapus, *Responsabilité*, p. 107-109.
- (3) Jéze, note dans *Revue du droit public*, 1910. p. 474. だが、このシエエズの評釈は、この部分が欠本であつたため、原典を参照することができなかった。
- (4) Duguit, *Traité*, 3^e éd. t. III. p. 39-40, Corail, *op. cit.* p. 8.

三 行政契約に関する判例と公役務理論

右のような公役務の目的で締結された行政の契約の審理が、その性質と効果とによって、司法裁判所に帰属する場合のあることを認めたソレイユ保険会社判決の趣旨は、ついで、アカデミイ行政に対する印刷者の供給および労務契約について司法裁判所の権限を認めた一九一〇年のメイヌーロワール県事件の判決によって、コンセイユ・デタに受け容れられ、さらに、一九一二年の有名なヴォーシュ斑状変成花崗岩会社事件の判決によって、明白に確認された。この事件は、道路の公役務に供せられる舗石 (pavés) の供給を目的としてリイル市と会社との間に締結された一の契約に基づくものであるが、この事件において、政府委員ブルム (Blum) が、次のように述べて、コンセイユ・デタはその審理権限を有しない旨を主張している事実が特に注目される。

ブルムによれば、「現在の判例は、公役務の組織または作用から生ずるすべての訴訟について、これらの役務が、中央の権限によるものであれ、地方の権力に結びつけられるものであれ、行政の権限を確信している。」そして、「この理論の結果、国に対して、県または市町村に対して提起された公役務の不執行または誤った執行に基づくすべての訴訟は、特別の法文がないかぎり、……コンセイユ・デタに帰属する。」これは、特に、権限裁判所のフウトリイ判決から引き出される学説であり、人は、今日、公役務それ自身に關するすべての訴訟、行政の不法行為に基づくすべての訴訟は、国、県、市町村のいずれに關するものであれ、コンセイユ・デタの権限であるということを、既得のものとして固持することができる。だが、それが、契約に關するものであり、不法行為に關するものでないときには、判例はほとんど拡張されてはいない。そして、テリエ判決におけるロミューの論告が述べる留保を引用して、「判例は、契約の事項において、人が私管理と公管理と呼んだものの間の區別を維持する」という。「それゆえに、それが契約に關するときには、どのような目的のためにこの契約が締結されたかではなくて、この契約がその性格上どのようなものであるかを探究しなければならぬ。そして、行政裁判官が権限を有するためには、契約の対象とされる供給が公役務のために使用されなければならぬ、ということでは充分ではない。それは、この契約が、それ自身により、その固有の性質によって、公法人のみが締結すること

ができ、その形式とその構造 (contexture) によって行政契約であるということではならぬ。」市の契約については、国の供給契約についての一八〇六年のデクレのように全般的にこれを行政の権限とする規定はないから、この供給が公役務に供され充當されるかどうかではなくて、この契約が行政契約の性格を表わすか否かが、それ自身考慮されて、探究されなければならない。この行政契約の性格は、精密にするには充分微妙である。「行政契約は、それが締結される公役務によって何らかの影響を留めた着色された (teinté) 契約である。」「それゆえには、市の供給契約が行政契約であるためには、これがいかに少なくとも (en ligne de soit) 公事業契約または特許契約に参与してはならぬ。それは、あるいは市と、あるいは公衆と、供給者またはその職員との精密かつ一定の関係を定めているのでなければならぬ。それは、何らかの範囲において、供給者を公役務の管理に加入させていなければならぬ。だが、反対に、公役務における供給者の介入が、それ自身引渡し (livraison) のみであるときには、市と彼 (供給者) との間の接触がこの引渡し以後に延長されるときには、一言でいえば、契約が何らかの私人と何らかの商人との間に定められるものと異なる関係を市と契約当事者の間に定めていないとき、契約が商業の通常条件で締結されているときには、我々は、単なる一人が『同一の裁判権と同一の原則とに服しているのと同じ方法にたがって』行動した場合を見出すであろう。この権限は、もはやコンセイユ・デタのそれではない。それは通常裁判所の権限である。」

このようなブルムの論告は、コンセイユ・デタにおいて受け容れられた。そして、コンセイユ・デタは、市と会社との間に締結された契約は、「私人間において介入する契約の原則と条件とによって引渡すべき供給を単なる対象としていた。このような請求は、その審理が行政裁判所には帰属しない紛争を提起するものである。」と判示したのであった。

このヴォージュ花崗岩会社事件の判決は、先のソレイユ保険会社事件の判決とともに、行政契約 (contrat administratif) の概念を行政判例上に確立したものとして、秀れて重要な意義を有する。元来、普通法契約から分離されるこ

説

論

の行政契約に関する判例は、公役務の条件を規律するのは行政のみに属するというヴィヴィアン(Vivian)の学説に従う第二帝政下の権限争議についてのコンセイユ・デタの諸判決を、その出発点とする。³⁾だが、この時代においては、行政の締結する契約は普通法契約と区別すべきものではないとして、契約を全般的に司法裁判所の権限のもとに服せようとする風潮が強く、このような風潮に対して、行政の締結する一定の契約について行政の権限を防禦しようとするこの行政契約の概念は、学説上に余り認められてはいない。すなわち、この時期においては、たとえばオーコックは、契約が公役務の目的で締結されているときでさえ、その契約の審理について司法裁判所の権限を放棄するためには、行政裁判所の権限に帰属させる旨の明白な規定がなければならぬとの極めて厳格な立場を行政契約について主張する。⁴⁾また、ラフェリエールも、行政の締結する契約を、その私産についての契約、公役務の管理のための契約、および行政が公権力として行動し、行政と第三者との間に介入する意思の合致が行政の遂行する行政行為の何らかの附属物ないしは条件にすぎない場合の契約、の三つに分類し、法文の明白な定めのない場合には、最後の範疇の契約についてのみ、行政の権限を容認しているにすぎない。⁵⁾だが、このように余りに厳格な行政契約の概念は、ブランコ事件以後の一連の行政判例において放棄され、さらに、先述したロミューやオーリュウによる公管理と私管理の区別の理論によって、徐々に「性質による行政契約の概念」が理論上に形成されてきた。そして、ラフェリエールのいう公役務の管理についての契約をさらに内容的に二分し、行政の締結する契約について、普通法契約と行政契約の二分野の存在を容認し、この行政契約の概念を行政判例上に明確に打ち出してきたのが、実に、ソレイユ保険会社事件およびヴォージュ花崗岩会社事件のこれら二つの判決であったのである。

このヴォージュ花崗岩会社事件の判決は、先のソレイユ保険会社事件の判決と同様に、行政契約の事項において、

公役務の目的による行政契約の概念を排斥する。そして、この点から、この判決は、シェエズによって、深く後悔すべき全く無用な微密化(subtilités)を図るものとして非難され、デュギイによって、テロン判決と矛盾する混乱と退行の時期(une période de trouble et de régression)にある判決として攻撃された。⁽⁶⁾ だが、このような公役務学派の主張は、判例上に何らの反響をも惹起せず、わずかに、学説上において、レグラド(Régade)によって、「公役務の直接の目的」(l'objet direct de service public)による行政契約の概念の綜合が試みられたにすぎない。⁽⁷⁾ このように、コンセイユ・デタは、権限裁判所とともに、少なくとも行政契約の分野においては、目的の観点に立脚する純粋な公役務理論の受理を排斥し、特別の法文上の根拠によることなく、普通法外条項(conditions exorbitantes du droit commun)の存在をもつて、行政契約の基準とすることにしたのであった。⁽⁸⁾

右のように、一九一〇年代の当初において判例上に確立された行政契約の概念は、さらに一九一四年以降の第一次世界大戦の時期において、国が従来使用されていなかったような契約を締結するにしたがい、判例上に大幅に受け容れられるに至った。この時期に問題とされた行政の契約は、民衆への食糧等の補給、船舶の備船または保険などの事項に關しており、これらの契約の数は、その裁判権限について重要な問題を提起した。⁽⁹⁾ そして、このような情勢に對処して、コンセイユ・デタは、戦時に特有な普通法に抵触する法規定に合致して締結された小麦粉の譲渡契約について、その行政的な性格を容認し、⁽¹⁰⁾ また従来普通法契約として民事裁判所に帰属していた海上保険契約について、⁽¹¹⁾ 国の保証する船舶の価格の大臣による一方的な決定権、保険金額の支払いの制限などの私的保険企業の事業条件と異なる規定を置いた一九一七年四月一九日の法律を斟酌して、この戦時における海上保険契約が行政契約として行政裁判所に帰属する旨を判示するなど、先の判例によって付与された見解を繰り返し、その内容を発展させたのであった。⁽¹²⁾

フランス行政法においては、この行政契約⁽¹⁵⁾には、二種のものがある。その第一は、契約の対象ないしは性質と関係なしに、法律そのものによつてこの資格を付与される法律の定めによる行政契約 (*des contrats administratifs par détermination de la loi*) であり、その第二は、右に述べてきたような法文の定めによることなく行政判例上に発展をみたその対象または性質による行政契約 (*des contrats administratifs par leur objet ou leur nature*) である。

それでは、この行政の締結する契約は、どのような標準によつて、特殊な法規制を受け、行政裁判所の権限に属する行政契約と認定されるのであろうか。法律の定めによる行政契約に関しては、この点は原理上明確であり、法律が行政の締結するある種の契約に行政契約の資格を明文によつて付与していることにより、判例もまた、ある種の契約について、この法律による資格の付与を絶対的なものとして容認している⁽¹⁶⁾。だが、この法律による行政契約の資格の付与は、他の種類の契約については絶対的な価値を有しえない場合がある。この例は、一八〇六年のデクレによる供給および運送についての契約に見られ、これらの契約の行政的な性格を絶対的なものとする先の時代の見解にも拘らず、近時の判例においては、この供給および運送についての契約が、私法の条件で締結されたことを理由に、私法契約と判定した事例が多い⁽¹⁷⁾。そして、この意味において、その契約は、行政契約の資格を表示する条件のもとにおいてのみ、一八〇六年のデクレによる供給契約としての資格を有するにすぎず、したがつて、このような契約の行政的な性格の標準は、実質的には、次に考察する判例上の行政契約の標準と同一のものとなるのであつた⁽¹⁸⁾。

この行政契約の標準が何であるかの問題の探究は、行政判例上に形成されてきたその対象または性質による行政契約に関しては、容易ではない。この行政契約が公役務の標準のみによつて決定されることができないことは、すでに一九二〇年代において、スウドルによつて明白に指摘されている⁽²⁰⁾。そして、実際に、判例は、契約中に、あるいは、

特別の条項、行政的な性格を契約に課すると考えられる普通法外条項、行政的な特別の条項などが挿入されていることにより、あるいはまた公役務に言及するなど、種々の要素にもとづいてこの行政契約の資格の付与を認定しており、行政契約である旨を認容しまたは否定する一定の公式 (formule) を有しない。だが、このような判例の状態を分析して、学説は、一般に、この行政契約の標準を、普通法外条項と公役務との二つの要素に置いている。この立場は、ロバデルにおいて、特に顕著であり、彼は、行政によって締結された契約が行政契約とされうるためには、それが公役務の組織または作用に関するものであると同時に、一または多数の普通法外条項を包含しているでなければならぬと主張し、この二つの標準の累積的な適用を力説する。⁽²²⁾ だが、この二つの標準が累積的に必要であるとする説に対しては、近年、シャピュによって代表される有力な反対論が存在する。シャピュは、判例が公役務の目的のために締結された契約について、それにも拘らず私法契約と宣言した例を挙げ、行政契約とされるためには、普通法外条項の挿入のみで必要かつ充分であると主張する。彼によれば、契約が公役務の目的のために締結されたという事実は、普通法外条項の挿入を可能とするという唯一の効果を生ずるにすぎない。このことは、公役務の目的を欠く契約は全く私法契約であるという意味をもつにすぎず、この点から、公役務の目的という条件が普通法外条項の挿入を許容するためには必要であるとしても、この条件はそれが一たん導入されてしまえば、役割を果し終るのであるから、行政契約の概念の定義においては考慮する必要がない。そして、彼は、このように公役務の目的は普通法外条項の存在によって自動的に取り入れられてしまうものであるから、それを特別に取り立てて行政契約の標準とすることは必要ではなく、普通法外条項のみがこの契約の資格づけに決定的である旨を強調しているのであった。⁽²³⁾ このシャピュの見解は、最近、ウデルによって結論的に支持されている。ウデルもまた、行政契約に関する判例の状態は、形式的に見るとき、

説

論

普通法外条項と公役務の二つの標準に累積的に依拠していることを認めている。だが、彼は、判例を分析して、公役務の目的の唯一の動機によって契約に行政的な性格を容認する判決は四〇年前の一九一八年の判決のみであって、このような判決として人に引用されているその他の判決は、いずれも何らかの普通法外条項を包含するがゆえに判例上行政契約とされている旨をまず確認する。そして、主として、現在の公役務概念が集団的な需要の満足という実質的な定義に基づいている点に着眼し、このように広い公役務概念は行政の行なう企業に常に妥当し、この用語の使用は何物をも意味しないから、このように無内容の公役務概念は、何ら行政契約の標準とはなりえない。したがって、行政契約について公役務の概念に訴えることは、私産の管理 (*la gestion du domaine privé*) を対象とする契約に行政的な性格を与えることの拒絶を正当化する意義のみを有するにすぎないと主張して、行政契約の標準を普通法外条項のみに求めることに賛成しているのであった。²⁵⁾

このように、行政契約の分野においては、徐々に、その標準は、公役務概念と遊離し、普通法外条項のみに依拠しようとする傾向が観取される。この点から、行政契約、すなわち公法契約の区別の標準について、さらにオーダーは次のように述べている。「公法契約は、それが私的利益の欲求に対して、公団体、一般的な利益を保護することを予定された普通法と抵触する規定を包含している点において、私法契約と区別される。」²⁶⁾そして、このような情勢から、行政契約の標準として、普通法外条項とならんで公役務概念への関連という標準を累積的に採用することを主張するロバチール自身も、一九五四年のコンセイユ・データの一判決を例示して、「すべての場合において、優越条項 (*la clause exorbitant*) の効果を拡大して、公役務の条件の効果を減少しようとする一の傾向の一の表示がそこに存在することを認めなければならない」旨を自認しているのであった。²⁷⁾

この普通法外条項または優越条項の概念は、ニュアンスに富み、これを明確に説明することは不可能である。⁽²⁸⁾そして、この普通法外条項の概念は、ロバデールによれば、最も多くの典型的な場合には、優越的な特権 (prérogative exorbitante) の概念に対応することは確かであるが、このように定義されたのでは余りにも狭すぎ、基本的にはむしろ公法に特有の条項 (une clause qui est spécifique du droit public) であるという。⁽²⁹⁾だが、その内容が何であるとしても、このような普通法外条項の概念が、行政契約の定義において、最も重要な役割を果していることは疑いがない。これに対して、公役務概念は、現在の情勢においては、公役務と考えられる範囲においてのみ行政契約が成立しようという点から、行政契約の分野において、その意義を全く失ったものと言うことはできないが、先述したシャビュラの見解に示されるように、この概念が普通法外条項中に吸収される傾向にあり、その占める意義を失いつつある。この行政契約の概念に関する原理は、第二次大戦下の特異な情勢のもとに、さらに発展したであろうことは推測に難くない。だが、このような行政契約と公役務概念との関連の稀薄性は、すでに第二次大戦前から存在していたのであり、最近において、始めて生じたものではない。そして、このように、公役務概念は、少なくとも行政契約の分野においては、公役務学派の主張したように基本的なものとなることができず、行政契約についての公役務への論及は主として文言上の価値を有するにすぎず、行政契約の概念は、当初から、公役務概念と密接な関係を有しないうままに、判例および学説上に展開されてきたというのが、むしろ、フランス行政法における実情であったのである。

(1) C. E. 1910. 11. Département de Maine-et-Loire, Sirey, 1913. III. 43.

(2) C. E. 1912. 7. 31. Société des granits porphyroïdes des Vosges, Revue du droit public. 1914, p. 145. この事件は、この

花崗岩会社が、その引渡しに遅滞を理由に、リール市によって違反の名義で押収された鋪石の供給価格の支払いを得ようとして出

論じた事ではない。

- (3) Mestre, note au Sirey 1940. III. 9. マスナルは「このヴァイマンの著説と比べ、次の著書を引用している。Vivien, Etudes administratives, 1 éd. 1845, t. I. p. 284.
- (4) L. Aucoc, Conférence, 3 éd. 1885, t. I. p. 488.
- (5) E. Laferrière, Traité, 1 éd. t. I. p. 534 et s., 2 éd. t. I. p. 587 et s.
- (6) Jeze, note dans Revue du droit public, 1914, p. 145 et s. シュエスは「このノートにおいて、テロン事件のピシヤの論告を引用して、公役務の作用に関する訴訟は「一方的行為」契約、事実活動のいずれに関するものであれ、性質上行政的であるという、行政機関と司法機関との分立の原則の意味について判例が固定したと信じてきた標準は、このブルムの論告によって裏切られた。本件の契約により供給される鋪石は道路の公役務に供されるので、コンセイユ・デタが権限を有すると信じられてきたが、ブルムが信じたのはこれではならぬと述べて、次のように批判している。この判決によれば、公役務の作用を確保するために、行政契約と普通法契約の二種の契約が存在し、その区別の標準は、その契約の形式、構造、およびその固有の性格によるというが、これは全く無用な緻密化である。このような緻密化は、行政裁判制度が整備されず、市民に対する保障が司法裁判所と行政裁判所とで異なっていた時代においてのみ有用である。だが、今日では、行政裁判所と通常裁判所との間で市民に対する保障が異なることはいから、この緻密化の必要を認めえず、また、公役務による標準の方が、この判決のいう標準よりも簡潔であるから、市民に判断が可能であり、その救済を容易とせよ」という。
- (7) Duguit, Traité, 2 éd. t. III. p. 41-43.
- (8) Réglade, De l'application aux marchés de fournitures de la séparation des autorités administratives et judiciaires, Revue du droit public, 1924, p. 191 et s.
- (9) Long-Weil-Braibant, Les grands arrêts, p. 98.
- (10) Mestre, note au Sirey, 1940, précitée.
- (11) C. E. 1925. 5. 29. Soc. des moulins prestois, Sirey, 1926. III. 29.
- (12) C. E. 1921. 12. 23. Société générale d'aménagement, Dalloz, 1924. III. 32.
- (13) C. E. 1924. 5. 23. Les affrétiers réunis, Sirey, 1926. III. 10.

- (14) このフランスにおける行政契約の理論については、山田幸男「行政契約論」参照。
- (15) ロバデールは、この行政契約の範疇を三分し、右の二つの区別の他に、当事者が行政契約の手續によることを選択する当事者の意思による行政契約を区分している。もちろん、契約の成立に着眼して行政契約を分類するときには、このような区別はより合理的である。だが、実際にその契約が行政的な性格を有するか否かを検討する際には、このような意思の表示をされている契約条項を探究することになり、この点では、その対象または性質による行政契約とその性格を一にするのより、ここでは、特に、このような契約を区別して分類することを避けた。ロバデールの行政契約の分類については、Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, 1956, t. I, p. 29-34.
- (16) このような例として一九三八年六月一七日のデクレ・ロワによる公産の占拠を認容する契約 (*les contrats comportant occupation du domaine public*) を挙げることができ、この契約については、権限裁判所の判決 (T. C. 1942. 12. 12. *Société méditerranéenne de combustibles*, Sirey, 1943, III, 29) が、その汎汎な適用を認めようとしている。Vedel, *Remarques sur la notion de clause exorbitante, L' évolution du droit public*, p. 530; Laubadère, *op. cit.* t. I, p. 46-50.
- (17) たとえば、一九二二年のシャーム・花崗岩会社事件におけるブルムの論告がこの趣旨を述べている。
- (18) Vedel, *op. cit.* L' évolution du droit public, p. 531.
- (19) Mestre, *note au Sirey*, 1940, précitée. メストルは、この供給に関する契約について、普通法外条項の挿入によるこの区別を認め、このようにして、一八〇六年のデクレは、権力分立に支えられた範囲内でのみ適用されることになり、供給契約について、国と地方団体との間に判例の統一が実現されたと言いつつ、この点は、先述したかつての国家債務の原則と権力分立の原則との関係と同一であると言いつついる。
- (20) J. Sudre, *La compétence du Conseil d' Etat en matière de contrats*, 1928, p. 37 et s.
- (21) Mestre, *note précitée*, Sirey, 1940, III, 9.
- (22) Laubadère, *op. cit.* t. I, p. 57-58.
- (23) Chapuis, *Responsabilité*, p. 109-124.
- (24) マチルは、このような判決として、次の判決を引用している。C. E. 1918. 2. 8. *Société d' éclairage de Poissy*.
- (25) Vedel, *op. cit.* L' évolution du droit public, p. 528-545.

(26) オーダンは、さらに、次のように述べている。「公法契約を私法契約から区別することを許す標準を探究することが残る。一の契約が公役務の利益において締結されているという状況は、この契約に公法契約の性格を授与する必然的な結果を有しない。契約の対象を標準として保持することは、定義により、私産の管理を除き、これらの団体のすべての活動が一般的な利益の需要を満足させることに結びつけられるので、実際には、公団体の契約についての訴訟の全部を行政裁判所に委ねることに到達するであろう。一の契約は、当事者が公法の基盤の上におこうと欲した場合にのみ、行政的であるにすぎない。」だが、このオーダンの説は、ついで、「契約が普通法外条項を包含するならば、それが公役務の作用または執行に合体しているならば、ブルムの古典的な表現を繰り返すと、それが、公役務で着色されているならば、契約は、公法契約、行政契約とされる」と説いているので、行政契約と公役務概念との直接の関連を否定し、普通法外条項をもって、行政契約の唯一の標準としながらも、この点の主張は明白なものと言い切れない節もある。Odent, *Contentieux administratif*, fasc. 1, p. 175-177.

(27) *Laubadère*, op. cit. p. 67. この点について、ロバデールは、一九五四年のグロシイ(Grosy)判決を引いて、この判決において、コンセイユ・デタが、植民地の私産の附属物の賃貸借・売買に関する契約を普通法契約と宣言するに当り、それが行政機関に授与された特権、および公益において契約締結者に課せられた特別の義務のどちらにも適合しないことを精密化している事実論及して、この判決によって、私産に関する契約は、優越条項を包含するという事実から行政的でありうるというように、反対解釈をしなければならないのか、と自問している。

(28) ヴデルは、この普通法外条項の不明確性は、次の三点に存することを指摘している。まず第一に、この条項が行政契約の標準であるのか、すなわち、契約の私的または行政的な性格の決定において、この条項の果す役割が、充分条件ないしは必要条件であるのか、絶対的に必要な条件を構成するのかが、不明確であること、第二に、この普通法外条項とは何であるのか、その内容が判然としないこと、そして、第三に、この条項は何によって働くのか、当事者の意思によるのか、それとも、意思とは別箇な法原則によって作用するのかが不明確であること、の諸点がこれであるという。Vedel, op. cit. L' *évolution du droit public*, p. 528 et s.

(29) *Laubadère*, op. cit. t. 1, p. 91-103.

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

右に述べたような行政契約の分野における公役務の目的の観点に立つ権限分配の理論の排斥は、判例上、ついで、

国または地方団体の経営する商工業的役務 (service industriel et commercial) の領域に波及した。その最初の事例は、エロカ渡船事件 (Bac d'Elouka) の別名で知られている、植民地の渡船役務に関する権限裁判所の一九二一年の有名な象牙海岸植民地事件 (Colonie de la Côte d'Ivoire) の判決に見出される。この事件は、この植民地が交通困難な入江が散在する沿岸地方において経営していた渡し船が沈没したため、この渡し船に搭載されていた自動車の損害の賠償を請求して、ある会社が民事裁判所に出訴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、政府委員たる検事総長マテル (Mater) が、次のように論告して、この事件の審理権が通常裁判所に帰属するものであることを主張しているのが特に注目される。

マテルによれば、植民地における渡し船の経営が公役務であるとしても、この公役務は二種に区別されることができ、その区別は次のようにしてされるといふ。

「ある種の役務は、その性質上、国または公行政の本質でさえある。それは、権力分立の原則が完全な遂行をそれに保障していることが必要であり、それらの訴訟は行政の権限であるであろう。その他の役務は、反対に、私的な性質のものであり、それらが国によって企てられているとしても、それは、稀にかつ偶発的であるにすぎず、どのような私人もその任を負っていないため、一般的な利益においてそれらを確保することに関するがためである。」したがって、「それらの経営から生ずる紛争は、当然に通常裁判所に帰属する。」それでは、どのようにしてこの両者を区別し、どのような標準を採用するのか。この点について、彼は、人は一般に、役務が国の手に独占されているときには国が公権力の名義で一の役務を管理しているが、役務が独占されていないときには、それは私人としてのみに関することを認めている。そして、この意味で、国の鉄道の経営に関する紛争が司法裁判所の権限であることとを正当に認めることができる、という。だが、彼によれば、独占的な役務であるか否かというこの標準の価値については、留保がされなければならない、と説く。何となれば、ある種の役務は、独占的ではなく、国に基本的なものとして出現することができるか

らである。そして、フットリイ事件における精神病者の隔離施設の役務の例を引用して、このような機能は、公の安寧の保護と緊密に結びついている国に必然的な機能である、と主張する。この例は、国の正常な機能と私的な名義において企てられた役務との間の区別を確信させさせる。権限裁判所は、損害賠償の発生原因たる事故が一般的な利益のための役務の経営から由来するとしても、それが国またはその分身の必然的な機能にむすびつけられないときには、司法裁判所の権限を認めるのに逡巡してはいない。そして、その例として、県の電車による事故についての判決を引用している。さらに、彼は、必然的な役務と、一般的な利益においてではあるがその自然の領域から離れた役務との間のこの区別について、それと権力分立を定める諸法律との関係に言及して、次のように述べる。「国またはその分身の一方、行政に何ら本質的でない行為によって、集团的な利益においてではあるが、その自然的な機能の外で行動するときには、これらの法律によって規定された権限の原則を適用する余地はない。」そして、彼は、このような原理を具体的な事件に適用して、次のように主張する。「象牙海岸の植民地は、より賞讃すべき目的で、一つの渡し船を設置し、管理した。この植民地は、一般の利益においてではあるが、すべての私人がそれを行なうことができたように、それを行なった。そして、この植民地は、すべての私企業と同一の法律条件において、それを経営している。各旅客は、鉄道におけるように、その席料を支払っており、この渡し船について容易に見出されるような法律的な類似が存在するとするならば、これは、国によって経営される鉄道、県による電車のそれである。すべて、これは、集団のために全く有用な行為である。だが、これは国に必然的な機能から由来するものではない。そこで生じた事故は、権力分立の原則が保護するような公行政の一の基本的な機関(un rouage essentiel)と直接の関係を有せず、その結果は、民事裁判所に帰属する私的性質の役務に関係がある。」

このようなマテルの論告に対して、権限裁判所は、この論告の主張を容れて、次のように判示した。

「一方において、エロカ(註―地名)の渡し船は、公の勞務(un ouvrage public)を構成せず、他方、対価を得て、入江の一方の岸から他の岸への旅客および車の通行活動を実施して、象牙海岸の植民地は、通常の産業と同一の条件において(dans les mêmes conditions qu' un industriel ordinaire)、交通役務を経営している。したがって、行政裁判所に審理を帰属させる特別の法文がない

場合には、主張された事故の損害結果を審理するのは司法機関のみに帰属する。」

この権限裁判所の判決は、行政の遂行する役務を、本質的または自然的な役務とそれ以外の偶発的な役務とに區別し、あるいはより簡単に、通常の産業と同一の条件にあるか否かを區別することにより、これらの役務に際して惹起された損害賠償請求事件の審理権が、一方では行政裁判所に、他方では司法裁判所に、それぞれ帰属することを容認している。この判決においては、その起源、法律的な組織および目的について、何らの探究も与えられていない。それは、ある関係の法律的性質の定義にむすびつけられている。確かに、この判決で分析されているのは、加害者たる役務とその被害者たる第三者の関係という行政の活動の一部分のみである。だが、この判決は、それ以前においては、私産またはある種の契約の締結の問題のような切りはなされた活動に限定されていた私管理の概念を拡張し、ある種の役務に一体として私管理の概念を適用しようとしている。⁽⁴⁾⁽⁵⁾そして、この意味において、この判決ではこの点が充分に明白なものと言ひ難いが、いわゆる行政的公役務 (services publics administratifs) または固有の公役務 (services publics proprement dits) と対置された商工業的公役務または産業的役務 (services publics industriels) の領域が形成され、従来の公役務概念は、その公役務の一部について、その価値をほとんど消失しかねないような傾向の発端が、この権限裁判所の判決によつて、切り開かれたのであった。

- (1) T. C. 1921. 1. 22. *Colonie de la Côte d'Ivoire*, Sirey, 1924. III. 34.
- (2) フランソワの引用して判決は、次の判決である。T. C. 1913. 5. 13. *Riby*, *Recueil des arrêts du Conseil d'Etat*, 1913, p. 606.
- (3) *Corail*, *La crise de la notion juridique de service public*, p. 77.
- (4) *Long=Weil=Brabant*, *Les grands arrêts*, p. 142-143.
- (5) この点について、ワリスは、商工業的公役務の考え方と私管理の理論とは相異なるものであると言ひ、次のように述べている。

「産業的公役務の作用から生じた訴訟の審理権を司法機関に帰属させる考え方は、今日かなり重要な判例によって与えられている。我々は、まず、この考え方が、テリエ事件の論告においてロミューにより明らかにされた私管理の理論と何らの共通性をもたないということに註釈しなければならない。この後者の理論は、行政法人が固有の公役務の利益において行動して私法上の契約を締結し、または私人が日常行なう通常の活動の一を履行した場合を照準とした。それゆえに、それは、現在のように、ある公役務の管理によって惹起されたすべての訴訟を、この役務に付与された資格づけにより一体として排除する (exclure en bloc) ことには關しておらず、利害のある公役務の産業的その他の性格を考慮することなく (sans avoir égard) ある一定の契約の訴訟のみに關している。このような私法契約は、充分に、何ら商工業的なものを有しない役務に際して、締結することのできるものである。」
Valine, note au Dalloz, 1934, III, 9.

五 商工業的役務についての判例の動揺

右に述べたように、権限裁判所は、一九二二年に、植民地の渡船役務の執行から生じた責任訴訟について、その審理権が司法裁判所に帰属することを認め、公役務理論に一の衝撃を与えた。だが、商工業的公役務についてのこのよ
うな傾向は、公役務学派の強い反対を惹起し、かなりの重要な意義を示しながらも、必ずしも全面的に判例上に受け
容れられたと断定することができない。そして、このような情勢を反映して、一九二〇年から一九三〇年代にかけて
の判例はかなりの動揺を見せ、その解決は一定の合理的な論拠に立つことを疑わせるものがある。したがって、次
に、その主要な判決をひろい出して、このような判例の状態を考察してみることしよう。

象牙海岸植民地判決の二年後に、コンセイユ・デタは、役務とその固有の職員との關係について、産業的役務の概
念を適用した。⁽¹⁾ これが一九二三年のロベール・ラフルシェイル事件 (de Robert Lafreyre) の判決であり、この判決
において、コンセイユ・デタは、原告ロベール・ラフルシェイル氏が占めていたマダカスカルの植民地の鉄道役務の長
という「管理的な職務 (fonctions de direction) の性格を考慮して」、植民地と原告との間に生じた紛争について判決

することは行政裁判所のみ²に帰属する、と判示した。この判決は、象牙海岸植民地判決と異なり、行政の権限を容認している³ので、一見したところでは、商工業的公役務の概念を否定しているように見える。だが、この判決の趣旨は、この事件における政府委員リヴェ (Rivet) の論告からも推測されるように、産業的役務における職務を管理的な職務と従属的な職務 (Les fonctions subalternes) とに區別し、管理的な職務を行使する者が官吏として公法上の職員⁴の性格を保持し、従属的な職務を行使する職員は、反対に、私法上の俸給生活者⁵と同一の法律状態におかれていることを示している点にある。したがって、この判決は、行政の権限を認めながらも、むしろ商工業的公役務の概念に立脚する判決と言⁶うべきであり、この事件以後に豊富に見られる商工業的公役務の職員⁷の地位についての判例を開いた最初の判決であ⁸って、この判決によつて、商工業的公役務に従事する職員と公役務との間の契約が公法上のものであるか私法上のものであるかの標準が、判例上に示されたのであつた。

このように、商工業的公役務の概念は、判例上に明白に導入された。だが、このような情勢にも拘らず、他方、一九二〇年代において、商工業的公役務の性格を有する事件について、公役務理論を固執し、その審理権が行政裁判所に帰属することを容認する判決も存在する。そして、このような例として、一九二五年のグランクレマン事件 (Grandclément) の判決⁹を挙げることができ、この判決において、コンセイユ・デタは、国の所有に属する船舶が水夫によつて投げ棄てられた煙草によつて火事をおこして沈没したため、この船舶に搭載されていた物品の所有者から国に対して提起された損害賠償請求¹⁰について、「コンセイユ・デタは、国の交通機関が難船した際に、旅客が喪失した個人的物品の償還請求¹¹について審理する権限を有する」旨を判示した。この事件における旅客および荷物の運送は、有償であり、私的な会社によつて要求されると同一の料金によつて行なわれていた。この事件において、国と旅客と

の間の関係を公法上のものと彩色させる性質をもつ唯一の考慮は、行政の認可の必要性のみにすぎない。この判決は行政がこの役務を公役務として組織しようとしたがゆえに、この役務を特別の制度の適用の下におくものであり、その活動が私企業と類似している事実は、役務の性質に何らの影響をも及ぼしてはいない。⁶⁾この意味で、このグランクレマン判決は、同じように船舶の交通役務に関する事件でありながら、先の象牙海岸植民地判決と矛盾し、公役務の概念の拡張的な適用を示した判決とすることができようであろう。このように、公役務概念を拡張的に解釈して、これを商工業的役務の領域に適用しようとする判決は、さらに、一九二六年および一九二七年のトリユおよびデルパン事件 (Triller et Delpin) の判決に見出される。この事件は、第一次世界大戦の末期の荒廃された解放地域の再建活動により惹起された損害賠償請求事件であつたが、この事件において、コンセイユ・デタは、その審理が行政裁判所の権限に服することを宣言した。そして、この判決は、オーリュウによつて、公役務の目的と行政の規制の二つの概念により行政の権限を容認するものであり、この解決は、従来人が、産業化役務と考え、その活動を私管理として取り扱い、それを司法裁判所に放棄してきた解決と矛盾する驚くべき解決であるとして、批判されたのであつた。⁸⁾

だが、このような公役務理論の反動の影響を受けながらも、一九二一年の象牙海岸植民地事件によつて提出された見解は、一九三二年のコンセイユ・デタのクーン事件 (Kuhn) の判決⁹⁾において、あらためて確認された。この事件は、ストラスブルグ市の浴場施設 (un établissement de bains) の作業より生じた損害賠償請求事件であつたが、この事件において、コンセイユ・デタは、次のように述べて、この事件の行政の権限を否定した。「ストラスブルグ市は、同じような私企業が作用する条件と相異なる条件において、この大きな浴場施設を管理してはいない。……それゆえに、この市の直営事業の経営において、市は、一私人と同一の状況において、利用者に対してしている。」このクーン判決

は、産業的役務を定義して、その通常裁判所の審理権を認めるために、「私企業との類似」の概念を保持している。このように、この判決は、事故の被害者たる利用者とその施設との間の法律関係、遂行された活動の法律的性質の定義のみに結びつけており、公役務理論に関する制度の定義に関連してはいない。⁽¹⁰⁾したがって、この判決は、商工業的役務について、公役務理論を否定する典型的な判決と言うことができるであろう。

このクーン判決によって確認された商工業的公役務の概念は、さらに、有名な一九三三年のメリネット事件 (Dane Meinette) の判決⁽¹¹⁾によって、権限裁判所において採用された。この事件は、公道上に放置された家庭の塵芥の除去を実施するためにパリ市に所属する自動運送車の後退によって負傷したメリネット夫人が、パリ市およびその運転手を相手として、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、その判決において、権限裁判所は、司法大臣の決裁の下に⁽¹²⁾、この事件において産業的公役務の理論の援用を形式的に排斥した政府委員ルウション・マズラ (Rouchon-Mazerat) の論告に反して、この自動車が産業的公役務における条件と類似の条件においてされる役務を遂行することを理由に、この事件の審理が司法裁判所に帰属する旨を判示した。だが、このような産業的公役務の概念に立脚するこの判決は、公役務学派の学者たちによって、猛烈な反対を蒙った。そして、たとえば、アリペールは「その作業から分離される個人的な過失の場合を除いては、それに関係している公団体が何であり、利害のある役務の性質が何であり、そして損害を発生させる行為が何であっても、行政裁判所のみが行政に対して提起された責任訴訟を審理する権限を有する」との公役務学派の立場に立って、この判決がブランコ判決と矛盾している点を指摘した上で、この判決は、公役務の統一、権限の統一による行政の責任の領域における既得の結果を放棄するものであり、この権限裁判所の理論は、将来、権威行為と管理行為の区別を再生させようとするものである、と攻撃したのであつ

説
た。⁽¹⁵⁾

論

このように、権限裁判所は、メリネット判決においては、象牙海岸植民地判決と同様に、完全に商工業的公役務の概念に立脚していた。⁽¹⁵⁾ だが、この判決に対する学説の一致した強い反対に影響されたためであろうか、この判決から四カ月余り後のヴェルバンク事件 (Verbank) の判決⁽¹⁵⁾において、権限裁判所は、商工業的公役務の概念に何ら論及するところなく、その事件の審理権が行政裁判所に帰属することを容認した。この事件は、県の土木 (Ponts et chaussées) の役務に所属する運搬車が、突然左方に斜行して、一名の自転車乗走者を轢殺したため、その遺族から提起された損害賠償請求事件の審理権が問題とされた事件であったが、この事件において、権限裁判所は、ブランコ判決の文言をそのまま踏襲して、次のように判示した。「国が公役務において雇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うる責任は、民法典によって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、一般的でもなければ、絶対的でもない。それは、役務の需要と国の権利を私権と調和させる必要にしたがって変更する特別の原則を有する。したがって、……行政機関のみがそれを審理する権限を有する。」このように、公役務学派の文言を繰り返して、学説によって賞讃された⁽¹⁶⁾この判決は、先のメリネット判決と形式的に全く矛盾しているように見える。だが、このような判決の差異は、註釈されているところによれば、この事件における政府委員ルウション・マズラが明確に指摘しているように、同一の原理を異なった場合に適用させているにすぎず、それらの判決の間には矛盾はない、という。すなわち、メリネット判決においては、家庭の塵芥の除去の役務というその産業的な性格に基づいて、司法裁判所の権限とされているのに反し、このヴェルバンク判決においては、土木役務というその固有の行政的な性格に基づいて、行政の権限が容認されているのである。⁽¹⁸⁾ したがって、このような説によれば、この判決は、

その対象となれた事件が固有の行政的な性格を有するがゆえに、産業的公役務の概念を考慮していただけておいて、いわゆる産業的公役務の概念を何ら否定するものではない、ということになるのである。

- (1) Waline, note au Dalloz, 1934, III, 9.
- (2) C. E. 1923, I, 26 de Robert Lafreyre, Revue du droit public, 1923, p. 237. この事件は、マダカスカルの植民地の鉄道役務の長の職務を行っていたロベール・ランブルジェール氏が、彼とこの植民地との間の契約が破棄されたために、その契約の破棄から生ずる損害の賠償を請求して出訴したことに始まる事件である。
- (3) Corail, La crise de la notion juridique de service public, p. 103-105.
- (4) Long-Weil-Braibant, Les grands arrêts, p. 152.
- (5) C. E. 1925, 6, 12. Epoux Grandclément, Sirey, 1927, III, 122.
- (6) Corail, op. cit. p. 79.
- (7) C. E. 1926, II, 5, et 1927, I, 7. Triller et Delphin, Sirey, 1927, III, 137.
- (8) ケーリツキは「おらど」文のうちに付け加えている。このやうな判例は、「行政の権限の意義について極めて活潑な一の反動を記している。それらがこの権限を基づかせる理由は、それら(の理由)が契約が包含しうる普通法外規定のみを標準としているものではないという意味において、極度の興味をもって取り上げられるべきものである。……それら(の理由)は、契約以外の考慮……(すなわち)「解放地域の再建に課せられた必要性」……および「なかんすく、行政の枠と企業とが緊密に結合している組織を創造した立法および命令の規定」……の考慮から引き出されている。……そして、公権力が、訴訟においてまで、法規によって設けられたものの職務を担うこと」(la puissance publique veille sur les destinées de ces créations réglementaires) といふので、行政法の「中」に「置かれる」(Hauriou, note au Sirey, 1927, III, 9, La jurisprudence administrative, t. I, p. 204-205).
- (9) C. E. 1932, I, 29, Kuhn, Sirey, 1932, III, 97.
- (10) Corail, op. cit. p. 81.
- (11) T. C. 1933, 7, 11. Dne Mélinette, Sirey, 1933, III, 97.
- (12) シュエヌは「この判決の評釈におらど」この判決を非難し、可否同数で司法大臣の決裁による場合には、本来、行政の権限に有

利でありそうなものだが、この判決の結果は反対の結果を生んだと慨嘆している。Revue du droit public, 1933, p. 427. . . .

(13) Alibert, note au Sirey, 1933, III. 97. なお、アリニールは「このノートにおいて、権限裁判所が一九三三年七月十一日に下したこの判決は誤っていると述べた後で、この判決を分析して、権限裁判所が、この事件において、司法裁判所の権限を宣言するために基づいた理由は、次の三つである」と述べている。すなわち、一、その執行が運転手およびパリ市に帰責される事故を惹起した役務は産業的公役務における条件と類似の条件において確保されていたこと。二、メリネット夫人によって提起されたこの賠償の民事訴訟は、公事業の執行 (l'execution d'un travail public) に不可分の態様で関連してはいないこと。三、この訴訟は、公権力の排他的な職権中に入らない行使または機能に際して、その被用者によって行なわれた不法行為の被害者に対して、市行政が民事的に責任を負うことを宣言する権限を有する司法機関に属すること、がこれである。本稿の本文中においては、この判旨のうき、第一点のみについて主として論述したが、このメリネット判決は、第二点および第三点の判旨を包含していることを、ここに附記しておく。

(14) Long-Weil-Braibant, op. cit. p. 191-192.

(15) T. C. 1933, II. 27. Verbanck, Dalloz, 1934, III. 9, Sirey, 1934, III. 33.

(16) たとえば、アリニールは次のように述べている。「かつて私は、一九三三年七月十一日の権限裁判所の(メリネット)判決を批判する無益な努力をした。議論に予言を混ぜ合わせて私の証明を弱めないようにと考えて、私は、この判決が再来しないものであることを予言することを落とした。だが、私はそのように考えていた。権限裁判所とコンセイユ・デタは、いくらかの日数をおいて、正しく伝統への復帰を宣言したのだ。私は誤らなかつた。」Alibert, note au Sirey, 1934, III. 33.

(17) Conclusion de Rouchon-Mazerat au l'arrêt Verbanck. この政府委員の論告は「この点についで、土木行政を商館 (une maison de commerce) と同視することは、人の考え及ばざることである (ne venir à l'idée de personne)」と論述している。

(18) Long-Weil-Braibant, op. cit. p. 193.

六 ち す び

これまでに述べてきたことから推測されることができるよう、いわゆる公役務理論は、フランス行政法において、学説上支配的な立場を占め、判例上において重要な意義を示しながらも、第二次大戦以前の時期において、すでに、

行政契約の分野ないしは商工業的役務の分野において、その主導的な役割を失い、判例の現実の動向との相違を見せはじめている。このことは、一言で言えば、オーリュウが正しく指摘したように⁽¹⁾、目的的概念に力点を置く公役務概念だけでは、行政のすべての法律制度を把握することが困難であることを証明するものであり、この意味において、公役務理論は、シェエズの見解に早くも見られたように⁽²⁾、第二次大戦以前の時期から、何らかの留保、何らかの例外を伴いながら、主として、学説上に展開されてきたのであった。

この公役務理論は、第二次大戦以前の国の社会的産業的な役務の量が乏しい時代においては、その欠陥を一面において露呈しながらも、なお法律的概念として存立する価値を失うものではない。だが、この公役務理論は、第二次大戦以後の社会的産業的な役務の増加に伴い、その例外または留保として容認されていた欠陥がそれに伴って増大するにしたがい、その法律的な価値が問題とされ、行政法の基礎的概念としてのその存立が疑問視されるに至っている。そして、このような公役務概念の動揺の原因は、裏面に隠されていたとは言え、これまでに考察してきたように、実にその成立期ないしは第二次大戦以前の時期から、公役務理論そのものに内蔵していたのであった⁽³⁾。

(1) 前出、本章第二節四(2)、七二一七六頁参照。

(2) 前出、本章第二節三、六三一六七頁参照。

(3) ロバデールは、この公役務理論の動揺をきたした行政生活の変化が第一次世界大戦以来のものであることを認め、その動きは二十一年間に明白に促進された、と述べている。Laubadère, Les transformations du droit administratif français au cours des vingt dernières années. 神戸法学雑誌、四卷三号、六〇三頁。