

フランス「司法国家」論争の一断面

——ジャクラン・オーリウ論争に関する覚え書き——

橋 本 博 之

- 一 はじめに
- 二 ジャクランの基本思想
- 三 オーリウの「行政管理」理論とその背景
- 四 ジャクランのオーリウ批判
- 五 オーリウの反論
- 六 おわりに

一 はじめに

フランス行政法が、「司法裁判所とは別系列の行政裁判所による判例法の形成を通じて、私法と対立する自律的な法の体系として発展」したことは、よく知られている。⁽¹⁾そして、「コンセイユ・デタ自体の性格の自由主義化が、その権限の広汎なものと相俟った結果」、「行政権の恣意を抑え国民の権利を保護する上に大きな功績を残した」⁽²⁾ことが語られ、コンセイユ・デタの「自由な法創造機能」と「自由主義的な性格」⁽³⁾は、一定の評価を与えられているように思われる。⁽⁴⁾

しかし、コンセイユ・デタ及びそこで行われる訴訟手続の機能・役割について、フランスにおいても、批判的に捉える見解があることもまた、人の知るところである。⁽⁵⁾ 本稿は、一九世紀末から今世紀初めにかけて、フランスの行政裁判制度の存在に否定的な評価を与え、いわゆる「司法国家」論を展開したR・ジャ克蘭⁽⁶⁾ (René Jacquelin) と、フランス行政法学を「創った」⁽⁷⁾ とされる巨匠M・オーリウ (Maurice Hauriou) との論争を検討しようとするものである。

本稿は、フランス行政法学説史上のひとつのエポックを紹介するという意図の下に作成されるものであり、ここでの検討から、直ちに、わがくにとの比較研究としての成果を目指すものではない。もともと、現時点のフランス行政法学の中で、ジャ克蘭の「司法国家」論が注目を浴びているという事態があるわけではなく、筆者がジャ克蘭・オーリウ論争に目を向けるのは、わがくにの研究者としての固有の問題意識に支えられたものである。すなわち、筆者には、わがくにの行政法学が「司法国家」制の下にある行政救済制度を前提に展開している状況を見る場合に、ジャ克蘭の「司法国家」論を巡るフランスでの論争が、わがくにの行政法学とフランス行政法とを比較するという点で、最も根本的な部分に関わりを持つように思われるのである。⁽⁸⁾

オーリウがフランス行政法学の構築に果たした役割については、現在、わがくにでも広く認識される⁽⁹⁾ ところである。他方、ジャ克蘭について、これまで語られることは少なかったと言えよう。⁽¹⁰⁾ ジャ克蘭は、「フランス行政法学史上、最後の司法国家論者」⁽¹¹⁾ として、フランスの行政裁判制度の存在自体を批判した。右のようなジャ克蘭の特異な立論は、外国の研究者がフランス行政法を比較の対象として論じる際に、注目される場合があつた。

例えば、シュウオツ (B. Schwartz) は、『フランス行政法とコモン・ロウの世界 (French administrative law and the common-law world, 1954.)』と題する著作の中で、ジャ克蘭のフランスの行政裁判の手続面での批判を捉えて、次のように述べている。

「フランスの行政裁判所の手続に関して、一九〇三年の制度改革に対する有名な批判論文（ジャ克蘭の論文——筆者註）の中で、現在までに定着した糾問主義的、書面主義的、秘密主義的な要素が、個人の権利の防御という第一の目的を、完全に覆い隠していることが主張された。そこでは、『この純粹に書面主義的・秘密主義的な手続によって、行政裁判所は、申し立てを抑制し、防御を骨抜きにすることが容易に行えたのである』、と語られている。右の論者（ジャ克蘭——筆者註）によれば、以上のような帰結は、アングロ・アメリカの法延や、フランスの民事裁判で行われている oral adversary な手続の上では不可能なのである。このタイプの手続は、両当事者の衡平を維持する必要があることによって生じるものであり、右の必要性を考えるならば、……行政裁判所で行われる手続にとって、概ね望ましいのである。⁽¹²⁾」

シュウオツは、以上のようなジャ克蘭の主張を紹介した上で、「フランスにおける行政裁判所の、書面主義・糾問主義的手続に対する批判は、アングロ・アメリカ人にとっては興味をそそられる。しかし、これが、フランスのフランス行政法学者に、同じ反応を生じさせたと考えるのは誤りである」と述べ、「大多数のフランスの論者は、コンセイユ・デタや、地方行政裁判所の手続を批判しないばかりではなく、むしろ、過度に賞賛さえ行ったことは、否定できないのである」と語る⁽¹³⁾のである。

本稿では、フランスの行政裁判手続について検討するものではないので、これ以上、議論の内容には立ち入らないが、シュウオツの分析は、ジャ克蘭の立論の特異性と、他方で、フランスの行政法学説の特色を浮彫りにするものである、と言えるであろう。

また、村上順は、フランスの行政裁判制度の成立史の研究の中で、ジャ克蘭の「司法国家」論に着目した記述⁽¹⁴⁾を行っている。村上は、ジャ克蘭の越権訴訟否定論⁽¹⁵⁾を紹介した後、彼ら「司法国家論者」の「思想的固癖」として、「狭隘な『裁判』概念」があり、「公権力行使に対する司法審査の思想を生みだしえなかった」ことを明らかにする。他方、村上は、ジャ克蘭ら「司法国家」論者の「狭隘な『裁判』概念」が、フランスにおける「行政法学全体の思想を規定し、コンセイユ・デタによる先行的、開明的裁判統制の努力を、何らか『裁判』外的なものとし

て、その剰余性を観念せしめる要因となった」と捉えて、越権訴訟を階層的なコントロールとして構成する考え方を生む一要因であったことを指摘している。⁽¹⁶⁾

シュウオツ、村上の比較法的研究は、ジャ克蘭の行政法（とりわけ行政訴訟）理論がフランス行政法学の中で受容されなかったという事実から、逆に、フランス行政法学の持つ本質的な特色の一部を抽出している、と言うことができるであろう。そして、ジャ克蘭の「司法国家」論に強く反駁し、フランス的な「行政制度（régime administratif）」を擁護⁽¹⁷⁾し、右の「行政制度」に基礎を置いたフランス行政法学の体系を構築した論者が、オーリウなのであった。本稿は、フランス行政法学の比類なき巨匠であるM・オーリウと、現在ではその理論を拒絶されているジャ克蘭とが、行政作用の分類論（とりわけ「行政管理（公管理）」理論）を巡って展開した論争を紹介し、フランス行政法の特徴の一側面を考察する為の覚え書きとするものである。

(1) 滝沢正『フランス行政法の理論』三頁。文献の一覧表として、伊藤洋一「フランス行政法における『法の一般原理』について」法協一〇三巻八号一五九頁註(3)を参照。

(2) 雄川一郎「行政救済制度」『行政争訟の理論』三七～三八頁。

(3) 雄川一郎「行政争訟法」二二～二三頁。

(4) コンセイユ・デタに対する評価について、雄川一郎「行政の法理」六六九～六七〇頁。

(5) フランスにおける行政裁判制度そのものの在り方を再検討しようとする文献として、Rivero, Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir, D. 1962. c. 37.があり、右のリヴェロ論文の紹介として、磯部力「フランス行政法学の新傾向」公法研究三八号二四八～二五一頁も参照。また、Cf. Groshens, Réflexions sur la dualité de juridiction, A. J. D. A. 1963. 536; Benoit, Juridiction judiciaire et juridiction administrative, D. 1964. d. 1838; Debbasch, Déclin du contentieux administratif, D. 1967. c. 95. わがへの論稿として、前記の磯部論文の他、晴山一穂「フランス行政法におけるコンセイユ・デタの位置と役割」杉村還暦論集二二二頁、平田和「フランスにおける行政裁判」名大法政論集七六頁を参照。

(6) フランス行政法学における「司法国家」論については、参照、村上順「フランス司法国家論における司法消極主義」神奈川法学一七巻二・三号八七頁（以下、村上・前掲論文と略す）。右村上論文は、村上・『近代行政裁判制度の研究』（以下、村上・前掲書と略す）の中に組み込まれている。

- (7) 磯部力「紹介・L・スフェズ『フランス行政法に対するモーリス・オーリウの貢献』」都立大学法学会雑誌一〇巻一号一四八頁。
- (8) 村上・前掲論文八八頁及び九二頁註(11)を参照。右の箇所、村上は、「フランスにおいて、行政事件が司法裁判所に委ねられる理由」を明らかにしようという視点が、「戦後、司法国家制度をとるわが国特有のものであることはいうまでもない」と述べている。筆者の観点も、右の村上と共通するものであり、また、本稿の作成に当たり、前註(6)に挙げた村上の業績に示唆を受けたところは大きい。
- (9) オーリウの行政法学に論及する文献を挙げると、宮沢俊義「フランス行政法学における諸傾向」『公法の原理』七一頁、雄川一郎「フランス行政法」『行政の法理』六七七頁、兼子仁「行政行為の公定力の理論(第三版)」二〇九頁、磯部力「オーリウ／公法の原理」『法学者人と作品』一二三頁、同・「公権力の行使と『法の二つの層』」野田古稀論集三九三頁、浜川清「フランスにおける行政契約一般理論の成立」『民商七〇巻一号四三頁、亘理格「行政による契約と行政決定」法学四七巻二号九七頁・同三号九一頁・同四八巻二号六九頁(網羅的ではない)。
- (10) ジャ克蘭を取り上げたものとして、村上・前掲論文一五五頁以下、村上・前掲書五〇六頁、三二二頁以下。また、ジャ克蘭の権力分立論を紹介する論稿として、野村敬造『権力分立に関する論攷』六〇〇六一頁、六六〇六七頁。
- (11) 村上・前掲書三二二頁。
- (12) Schwartz, op. cit., p. 148.
- (13) Ibid, p. 149.
- (14) 村上は、行政裁判制度の根拠条文に関するジャ克蘭説にも注目すべきことを述べている。前掲書四〇五頁。
- (15) 村上・前掲書三二三頁。
- (16) 村上・前掲書三二四頁。
- (17) フランスの「行政制度」について、雄川・『行政の法理』六七七頁以下が詳細である。

二 ジャ克蘭の基本思想

本稿は、ジャ克蘭の行政法学の全体像を、紹介しようとするものではない。しかし、ジャ克蘭の「司法国家」論について、必要な限度でその概要を整理することは、不可欠であろう。

ジャ克蘭の行政法学に関する主要な業績は、『憲法における行政裁判 (La juridiction administrative dans le droit constitutionnel, 1891)』、『行政訴訟の支配的原理 (Les principes dominants du contentieux administratif, 1899)』、『行政法の総括的概念 (Une conception d'ensemble du droit administratif, 1899)』および三つの著作、*etc.* R. D.

P.に掲載された論文「行政手続の改革 (L'évolution de la procédure administrative)⁽¹⁸⁾」が挙げられるであろう。本稿では、オーリウ批判が正面から行われているという意味で『行政法の総括的概念』に焦点を合わせるのであるが、ジャ克蘭の行政法学の業績の中心となるのは、大著『行政訴訟の支配的原理』⁽¹⁹⁾であろう。『行政訴訟の支配的原理』において、ジャ克蘭は、フランスの行制裁判制度の歴史的検証、及び、西欧諸国との比較法的考察をふまえ、フランスの行政訴訟の諸論点を、「権力の分立」と「作用の分立」という基本原理から再構成することを試みている。⁽²⁰⁾そして、これらの論稿によって示されたジャ克蘭の立論は、オーリウの目にはフランス行政法の危機的状況と映り、オーリウの行政法理論の構築を刺激することになったのである。

ジャ克蘭の基本的な立場は、司法と行政との「作用」の点で厳格な分離の維持を主張し、独立した行政裁判制度そのものを否定することにあつた。⁽²¹⁾これは、いわゆる「フランス型権力分立」の誤りを主張するものであるが、その帰結として、ジャ克蘭の行政訴訟に関する見解も、独自のものがあつた。

まず第一に、ジャ克蘭は、越権訴訟を端的に否定する見解を示す。彼にとって、越権訴訟は、あくまでも階層的不服申し立てであつて訴訟にはなり得ないものであつた。ジャ克蘭によれば、越権訴訟は、行政と司法の作用の分立の原理に反し、しかも、単なる「利益のき損」に関する訴願であつて訴訟ではない。従つて、越権訴訟は「それ自体善き物と捉えられるべきではなく」、「事物の本質に反する」⁽²²⁾ものなのである。以上のようなジャ克蘭の思想は、一九世紀において存在した一連の「司法国家」論を受け、⁽²⁴⁾さらにある時期における越権訴訟に対する学説上の立場を踏襲するものである。しかし、ジャ克蘭が右主張を行った一九世紀末において、越権訴訟は、すでに行政訴訟の中の重要なシステムとして展開を示していたのであり、さらに、これに続く時期に、越権訴訟の飛躍的な発展が見られたことは、既に人の数るところである。⁽²⁵⁾

第二に、ジャ克蘭は、国家の損害賠償責任について、民事法を適用し、裁判管轄も通常裁判所に統一すること

を主張する。ジャクランによれば、国家の損害賠償責任は、端的に法人としての国のフォートとして認められ、これは、官吏自身のフォートによる責任と同時に競合して存在することになる。つまり、国家の損害賠償については、私法と共通の法理によって解決されるのである。⁽²⁶⁾ さらに損害賠償は、既に遂行された行為によって生じた違法な侵害のレベルの問題であって、裁判管轄についても、司法裁判に行くべきであり、「権力分立の原理は、……必然的に司法裁判管轄へと導く」、⁽²⁷⁾ という主張を行う。以上のようなジャクランの主張は、損害賠償の領域について、行政法に固有の実体上の法理の存在を否定し、同時に、裁判管轄の司法裁判への統合を主張する、という点で、独自の一貫性を持つものとなっている。

第三に、ジャクランは、現実の行政裁判の本質を、階層的なものと捉えていた。ジャクランが越権訴訟を階層的申し立てと理解していたことについては、一九世紀における越権訴訟に関する学説の状況からして、⁽²⁸⁾ 時代の流れに遅れたものではあっても、特異なこととは言えないであろうが、彼は、越権訴訟以外の行政訴訟についても、階層的統制と捉えていた。いわく、「行政判例は、ある種の訴訟的訴えを階層的申し立てとして取り上げ、真の『訴権』を純粹な恩寵 (faveur) として扱っている。官吏のフォートによる国の賠償責任の訴えが、これに当てはまる。なぜなら、賠償金が違法な侵害の被害者に完全に与えられたとしても、それは、衡平の曖昧なイデーに従ったものに過ぎず、単に公役務の本質や必要と相入れないことがない、という場合に限られているのである。」⁽²⁹⁾

ここまですら明らかなように、ジャクランは、比較法的・歴史的に見た場合に、フランスの行政訴訟のシステムは、裁判作用と行政作用とが未分化なままに留まっている、不完全で中途半端なもの、という認識を貫き通し、独自の見解を展開したのであった。ジャクランの思想は、いわゆる「権威行為・管理行為」二分論（後出）と比較しても、「管理行為」のみならず「権威行為」に相当する部分についても、行政裁判制度の下で行われることを否定するという点で、特異なものであった。

- (18) R. D. P. 1903. 1. 373; 1903. 2. 5.
- (19) 以下で展開されたジャクラン説は、アルチュールが R. D. P. に長期連載をした著名な論文 (Arture, Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions. R. D. P., 1900. 1. 214; 1900. 1. 470; 1900. 2. 34; 1900. 2. 236; 1900. 2. 436; 1902. 2. 78; 1902. 2. 234; 1902. 2. 439; 1903. 2. 415.) によつて、批判的に検討されることになった。しかし、ジャクランによる行政裁判制度の成立に関する研究は、右のアルチュールにも受け継がれ、さらに、現代にも追随者を見い出すことができるのである。以上の点については、村上・前掲書五〇六頁に分析されている。
- (20) 野村・前掲書六〇頁以下の記述を参照。右の野村論文は、前註に掲げたアルチュール論文を紹介する中で、ジャクランの権力分立論を紹介・検討するものである。
- (21) 内容について、野村・前掲書六七頁。
- (22) ジャクランは、『行政訴訟の支配的原理』の中の「越権訴訟の理論に関する法的考察」と題する節 (p. 255-259.) において、越権訴訟の存在意義を否定しており、右の中心部分については、村上順が訳出している。参照、村上・前掲書三二三頁。また、オーリウも、右の箇所を取り上げて批判している。Hauriou, Les éléments du contentieux, Recueil de législation de Toulouse, 1905. p. 3 (1).
- (23) 村上・前掲論文に詳細な分析・検討が行われている。
- (24) 阿部泰隆「越権訴訟の研究」国家八一巻五・六号二四〇二五頁。
- (25) 兼子仁『行政法総論』四五頁、阿部・前掲論文・国家八一巻五・六号二六頁以下、リヴェロ (兼子・磯部・小早川編訳)『フランス行政法』二五七〜二五八頁等の記述を参照。
- (26) Jacquelin, Principe, p. 276-277.
- (27) Ibid., p. 294-296.
- (28) 参照、村上・前掲論文二二六頁註(24)、阿部『フランス行政訴訟論』一一六〜一二六頁。
- (29) Jacquelin, Principe, p. 386.

三 オーリウの「行政管理」理論とその背景

本稿で検討するジャクラン・オーリウ論争は、もっぱらオーリウの「行政管理」理論を巡るものである。従つて、オーリウの「行政管理」理論の内容と、その背景となつた問題状況について、整理しておく必要がある。

一九世紀後半におけるフランス行政法の論者は、行政作用について、警察の領域と管理の領域に二分し、それぞれ「権威行為」と「管理行為」に対応させて理解するのが、通常であつた。⁽³⁰⁾そして、右の「権威行為・管理行為」

二分論を、行政訴訟論という形で、定式化したのが、ラフェリエールであった、⁽³¹⁾ これに対し、オーリウは、右の「管理行為」の部分を「行政管理（公管理）」と「私管理」とに分け、同時に、「権威行為」と「行政管理」の理論的關係を整理して明示した。そして、オーリウは、「行政管理」概念に、控除説ではない積極的な理論的位置づけを与え、「行政管理」に対応する全面審判訴訟についても積極的に捉えるのであった。オーリウの「行政管理」理論としてくくられるのは、以上のようなものであるが、これは、一八九九年の『行政管理論（La gestion administrative）』において最初の本格的な展開を見、その後、一九〇〇年以降数年の判例批評、及び、一九〇一年の『行政法精義四版』、一九〇三年の同『五版』等において、理論の精緻化が行われたのであった。

オーリウの「行政管理」理論そのものについては、既にわがくにの論者による優れた研究業績が存在し、⁽³²⁾ また、筆者自身、別稿において、検討を行つて⁽³³⁾ いる。従つて、ここでは、「行政管理」理論の中身について、次のような簡単な要約を示すに留めたい。

行政作用には、行政と人民の「協同（coopération, collaboration）」に基礎を置く「行政管理（公管理）」の領域が存在する。⁽³⁴⁾ この「行政管理」は、「公役務の執行」であり、決定に関する権威行為とは、「決定と執行」という形で分離される。⁽³⁵⁾ しかし、「行政管理」は、あくまでも、行政主体により「権利が公権力の名義で行使される」⁽³⁶⁾ 場合の「執行」なのであり、「公権力」性を内在するゆえに、公法に属する。⁽³⁷⁾ 従つて、「行政管理」は、行政の公法的人格に対応し、公権力を含まない行政の私法的人格に対応する「私管理」とも対置される。⁽³⁸⁾ 「行政管理」の領域は、行政訴訟の中の全面審判訴訟に対応し、⁽³⁹⁾ 全面審判訴訟で争われることになる人民の「権利」の発生も、「行政管理」によつて説明される。⁽⁴⁰⁾ さらに、「行政管理」は、全面審判訴訟において適用される実体上の法理（もっぱら行政上の損害賠償の法理）をも導く。⁽⁴¹⁾

以上のような内容をもつ「行政管理」理論は、ラフェリエールの「權威行為・管理行為二分論」⁽⁴²⁾を克服し、全面審判訴訟の拡張という当時の行政判例の傾向を正当化するものであった。⁽⁴³⁾そして、オーリウの「行政管理」理論は、フランス行政法学の中に「公役務」概念が導入されるに当たって大きなインパクトを与え、⁽⁴⁴⁾また、判例において「公管理・私管理峻別」という裁判管轄の基準が採用される直接のきっかけを作ったのである。⁽⁴⁵⁾

オーリウの「行政管理」理論も、当時の判例・学説の状況を背景にして主張されたことは語るまでもないであろう。既に述べたように、オーリウの第一の意図は、ラフェリエールを始めとする学説の「權威行為・管理行為二分論」の克服することであり、さらに進んで、これらの論者による「行政法の民事化」を阻止することに向けられていた、と言うことができるであろう。他方、オーリウの「行政管理」理論は、当時の判例上、発生していた具体的問題について、解決を目指すものでもあった。その中心となったのは、警察作用に代表される「權威行為」の領域で被害が発生した場合（従来は国家の無答責が原則とされていた）について、損害賠償責任を拡張し得るか、という問題であった。これは、直接に警察作用によって生じた損害については勿論であるが、⁽⁴⁷⁾官吏に対する違法な懲戒処分、⁽⁴⁸⁾公物の使用に関する警察許可の撤回、⁽⁴⁹⁾特許契約の付款に反する警察権の行使、⁽⁵⁰⁾さらに、行政契約の一方的変更（いわゆる「王の行為 (fait de prince)」）等、⁽⁵¹⁾行政の非権力的作用と警察作用とが混合された領域で生じた損害の賠償請求権に関する論点が、多数発生していた。オーリウは、これらの諸論点について、「行政管理」理論による統一的な解決を志向するのであった。

そして、オーリウは、「行政管理」論の形成にあたり、ジャ克蘭の「司法国家」論に対して大きな危惧を抱いていたことが看取されるのである。すなわち、オーリウは、『行政管理論』において、ジャ克蘭の『行政訴訟の支配的原理』が、フランスの行政裁判制度について「権力分立」原理に反するという立場から論を展開しているこ

とを捉え、ジャ克蘭説を「救済を与えるのが望ましい重大な危険の前兆」の現れ、と述べている。⁽⁵²⁾そして、オリウは、「行政管理」の領域について行政裁判管轄を拡大することを主張するのであるが、その際、ラフェリエール・ミシュウ・ダレスト・オーコックらの論者が、行政裁判に関する卓越した弁護を行っていることを指摘し、自らも右の論者と同じ立場にあることを語る。⁽⁵³⁾他方、オリウは、ジャ克蘭の「権力分立」論には政治的な視点が欠如していること、⁽⁵⁴⁾及び、ジャ克蘭が議論の前提としている「狭隘な『裁判』概念」を、強く批判するのであった。⁽⁵⁵⁾このように、オリウは、ジャ克蘭らの「司法国家」論に対する対抗を当初から念頭に置きつつ、「行政管理」理論を軸とする行政訴訟理論の再構成を志向した、とも言える側面がある、と言えよう。

(30) H. Ripert, *Des rapports entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestion dans les situation contractuelle*, R. D. P. 1905. 1. 5. 「権威行為・管理行為」峻別論については、わがくにでも言及されることが多い。特に、神谷昭『フランス行政法の研究』九九―一七頁は、デュフル、バトビイ、オーコック、デュクロックを経て、ラフェリエールに至る議論の流れが、詳述されている。

(31) ラフェリエール自らによる、「権威行為・管理行為」の定義については、Laferrère, *Traité de la juridiction administrative*, 2 éd., tome 1, p. 5. ラフェリエール説の内容については、前註の神谷論文の他、浜川・前掲論文・民商六九卷六号五三頁以下、亘理・前掲論文・法学四七卷二号九七頁以下、等、わがくにでも、さかんに検討の対象となっている。なお、「権威行為・管理行為」二分論の後継者として、バルテルミイの理論があるが、ラフェリエール・オリウ・バルテルミイの三つの説の対比については、R. D. P. におけるアプルトンの書評 (R. D. P. 1900. 2. 555.) を参照。

(32) 浜川・前掲論文・民商七〇卷一号四四―四九頁、亘理・前掲論文・法学四七卷二号一〇〇―一〇三頁・同三号一三三―一三六頁。

(33) 橋本「フランス行政法における全面審判訴訟の位置づけ」第二章第一節第二款（国家学会雑誌掲載予定）。

(34) Hauriou, *Gestion*, p. I-III, p. 8, p. 63.

(35) *Ibid.*, p. 6-8, p. 77.

(36) Hauriou, *Précis*, 4 éd., p. 227.

(37) Hauriou, *Gestion*, p. 75.

(38) Hauriou, *Précis*, 5 éd., p. 202.

(39) Hauriou, *Gestion*, p. 82.

(40) Hauriou, *Gestion*, p. 55-58.

(41) 実体法理については、commence juridique 概念によって説明される。Hauriou, Précis, 5 ed., p. 208. の点について、磯部「公権力の行使と『法の二つの層』」野田古稀論集四一七頁。

(42) オーリウの「行政管理（公管理）」理論が、ラフェリエール説の克服であることについて、亘理・前掲論文・法学四七巻二号一〇〇〜一〇三頁。

(43) オーリウの「行政管理」理論の形成に当たって、Cadot 判決 (C. E., 13 décembre 1889, S. 1892. 3. 17) 以降の官吏の免職処分に対する損害賠償請求訴訟の認容が、ひとつのインセンティブになっているものと思われる。Cf. Hauriou, Gestion, p. 9-11.

(44) オーリウの「行政管理」理論が、いわゆる「公役務理論」の形成に与えた影響について、Rivero, Hauriou et l'avènement de la notion de service public, Mém. Mestre, p. 491. 右のリヴェロ説を踏襲するものとして、Sfiez, Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français, p. 134-145. ならに、宮沢「公法の原理」三〇一〜三〇三頁も参照。

(45) コンセイユ・デタによるオーリウ「行政管理（公管理）」理論の採用として評価されているのは、一九〇二年のGoret 判決 (C. E., 6 juin 1902, S. 1903. 3. 65.) 及び、一九〇三年のTerrier 判決 (C. E., 6 février 1903, S. 1903. 3. 25) における、ロミウの論告である。ゴレ判決については、進藤功「公物法の基礎理論に関する一考察」（未公表）の中で、詳細な検討が行われている。テリエ判決及びロミウの論告の内容を分析する文献は、きわめて多数存在するが、邦文の代表的なものとして、神谷「フランス行政法の研究」一三〇〜一三六頁、滝沢正「フランス法における行政契約」法協九五巻五号七八〜八八頁。

(46) オーリウが、「行政法の民事化」に対抗しようとしたことについて、Hauriou, Précis, 7 ed., p. V; 5 ed., p. 218.

(47) ルブル判決の批評 (C. E., 13 janvier 1899, S. 1900. 3. 1.) を参照。右判決及びオーリウの批評については、参照、雄川「フランスにおける国家賠償責任法」「行政の法理」四二八〜四二九頁。なお、村上順「フランスにおける行政の不作為責任」神奈川法学二二巻二号一九七頁。

(48) 一九〇三年のル・ベール判決 (C. E., 29 mai 1903, S. 1904. 3. 121.) の批評を参照。オーリウは、行政と官吏の関係についても「役務の執行」という観点が当てはまり、人事の役務（昇進・解雇・年金等）が存在するのであり、右役務の悪しき執行が行われた場合には、損害賠償請求権が発生することを肯定する。

(49) 一九〇二年のゴレ事件の判決（前註(45)を参照）の批評を参照。オーリウは、特許企業に与えられた道路占有許可について、これを特許契約に基づく契約的性質のものと理解し、右占有許可の撤回についても、契約的地位の侵害の問題として、損害賠償請求権が生じる、という理論構成を示す。ここで、オーリウは、許可の撤回について、契約的な執行作用（「行政管理」に含まれる）と解しているのである。

(50) 一九〇三年の北部経済鉄道会社事件の判決の批評 (C. E., 23 janvier 1903, S. 1904. 3. 49.) を参照。右の事案は、市街鉄道の特許企業に対し、知事が、特許契約の付款に反する命令（運転本数の増加を命じるアレテ）を出した、というものである。なお、右事案そのものは、特許企業が知事のアレテの取消を求める越権訴訟である。

(51) 一九〇一年のブレヴ判決の批評 (C. E., 8 mars 1901, Prévot, S. 1902. 3. 13.) において、主張されている。右判決は、納品契約において、関税が変更された場合の賠償請求に関するものであるが、オーリウは、ここで、「公行政が、公役務の執行を含んだ契約、納品契約、公土木契約

によって個人と関係を結んだ場合に、独立した公権力の行使、とりわけ行政立法権によって契約が変更された場合」に、「王の行為」による賠償責任が成立することを語る。「王の行為」について、オーリウは、前註の「北部経済鉄道会社事件」の批評の中でも、詳しく論じている。なお、「王の行為」の理論について、参照、滝沢「フランスにおける行政契約」法協九五巻七号八一〜八三頁、山田幸男『行政法の展開と市民法』三二〇頁、浜川「行政契約」『現代行政法大系二』一五二頁。

(52) Hauriou, *Gestion*, p. 79.

(53) *Ibid.*, p. 82.

(54) *Ibid.*, p. 82.

(55) *Ibid.*, p. 83.

四 ジャクランのオーリウ批判

ジャクランは、オーリウの『行政管理論』の出現に素早く対応し、オーリウへの反論を展開する。彼は、一八九九年に『行政法の総括的概念』と題する小冊子を発表する。右の論稿は、前半でオーリウの「行政管理」理論を正面から批判し、後半では、ジャクラン自身の行政作用の分類論を提示するものである。以下、右の論稿の内容について、検討を加えたい。

まず、ジャクランは、オーリウの「行政管理」理論を、多角的に批判する。第一に批判されるのは、「公権力」と「行政管理」の対置そのものである。オーリウは、行政と人民との間に「協同関係 (collaboration)」が存在する場合を、「行政管理」と捉えるのであるが、ジャクランは、「公権力」のレゾン・デトルもまた人民の擁護にあることを指摘し、「公権力」も常に人民との「協同関係」を前提にしていることを述べる。⁽⁵⁶⁾ 第二に、ジャクランは、「行政管理」理論がもたらす帰結についても、批判する。オーリウは、行政上の損害賠償責任について、「行政管理」における「協同関係」から、実体上の *droit* が派生するという説明を行う。これに対し、ジャクランは、損害賠償責任は端的に過失によるフォート (*faute quasi-délictuelle*) から生じるのであり、行政作用が公権力の作用であるか

「行政管理」であるかによって、右の責任が左右されるのはおかしい、という反論を示すのである。⁽⁵⁷⁾ 第三に、ジャ克蘭は、オーリウが提示した越権訴訟Ⅱ公権力、全面審判訴訟Ⅱ「行政管理」という図式にも反対する。ジャ克蘭は、オーリウの「行政管理」理論には、その中に公権力を引き付ける傾向が存在し、その結果、理論上、全面審判訴訟が公権力の訴訟を吸収してしまうことを指摘する。⁽⁵⁸⁾ しかし、ジャ克蘭によれば、越権訴訟は、*gracieux* かつ *hiérarchique* な不服申し立ての性格を持つものであり、オーリウの「行政管理」理論は、階層的申し立てと訴訟を混同していることになる。⁽⁵⁹⁾ さらに、オーリウ理論は、「行政管理」Ⅱ全面審判訴訟の拡張を肯定し、司法裁判管轄を限定するものであるが、ジャ克蘭は、行政法上の *droit* は単なる恩寵 (*grace*) であって民事法上の *droit* とは異なり、オーリウの「行政管理」理論が結局人民の *droit* の否定につながると主張するのである。⁽⁶⁰⁾

ジャ克蘭によるオーリウの「行政管理」理論に対する批判は、以上のようなものである。そして、ジャ克蘭は、自らの説として、「公権力・財産 (*patrimonialité*) 二分論」を提示するのであった。⁽⁶¹⁾ ジャ克蘭の見解は、次のように要約できる。

行政作用は、そこに含まれる公権力の程度によって、統治行為↓純粹行政行為・裁量的行政行為↓行政立法↓固有の意味の行政行為↓財産の行為、という序列を構成する。最後の財産の行為についても、私法人ではなく行政上の法人に由来するのであって、完全に私法に服するのではなく、一面で公法に服する。国家は、公権力の性格と財産の性格を持つのであるが、これらは同一の法人の中に共存しており、前者が後者に影響を及ぼすのは不可避免である。財産の行為に該当する場合について、公権力の行為と同じ規範によって規律されるところのは誇張であるが、逆に、私産管理の行為について、私法人の顕現と捉え、私法の規範に完全に服すると思われるのも明らかに誤りである。⁽⁶²⁾

行政法は、公権力の性格により憲法と密接に結び付き、他方、財産の性格によって民法と結びつく。⁽⁶³⁾ 公産・私産を問わず *domaine* に関する研究、契約に関する研究、行政の過失による賠償責任の研究は、右の二つの系統に、接近を生ぜしめた。⁽⁶⁴⁾ 右のような関係を規律するのに、純粹かつ單純に私法が適用されるのではない。なぜなら、二つの性格が同一の法人の中に共存しているため、財産の行為は公権力によって影響を受けるのであり、そこから、特殊な規範、及び、私法の排除が必要になる。しかし、右の領域において一般に適用されるものが、私法の通常の原則であることに変わりはない。集団的な利益がより普遍的になると、個人の利益と同質なものへと接近する。その結果、公権力はより遠ざけられ、財産の要素が強くあらわれ、私法の適用が、ノルマルで完全なものになるのである。⁽⁶⁵⁾

以上のように、ジャ克蘭は、公権力を法人格から排除するという説（デュクロクの名を挙げている）⁽⁶⁶⁾ も、公権力を持つ公法人と私法人とに分離するという説（オーリウ、ミシュウの名を挙げている）にも反対し、行政上の法人が公権力を持つことを肯定した上で、「行政管理（公管理）」と「私管理」の区別を否定し、「財産」というカテゴリーでくくるものである、とすることができであろう。⁽⁶⁷⁾

さらに、ジャ克蘭は、自らの「公権力・財産二分論」を踏まえた場合、いかなる行政救済システムが望ましいのかについて、提言を行う。

「実際に、個人の権利と自由の保障は、……公権力の堅固で広汎な組織化を要する。しかし、目的すなわち公権力のゾーン・デトルによって、一定の条件が課せられなければならない。……このことは、行政法が、……行政から独立しかつ優位に立つ「制度（institution）」を認めることであり、この「制度」は、権力の保有者が、それを真の公けの目的を逸脱して使用することを妨げ、自らの排他的な利益に奉仕させることを妨げることが可能になるような、独立性の要素を持

たねばならない。右の理想像は、……権力分立の原理の堅固で正常な適用によつてのみ、達成され得る。⁽⁶⁸⁾

以上を実現するためには、裁判所を全て、司法権の頂点に立つ単一の最高裁判所のコントロールの下に置かなければならない。これは、ベルギーの制度の導入⁽⁶⁹⁾を意味する。

「財産と公権力の区別を採用した場合には、前者に関わる全ての訴訟は民事裁判所の管轄に服し、他の訴訟は行政裁判所の管轄に服する。」「全部が司法権に属する以上、右の二種の裁判所は、そのどちらかが、公権力の行為を取消したり変更したりするという特権を行使するということはない。そうでなければ、裁判官は行政官となつてしまい、司法権は執行権の上にはみ出してしまふ。これは、かつてのフランスで行われていたことであり、フランスとは異なる混同に基づいているが、アングロアメリカのシステムで採用されている。」「違法な行政行為の取消、あるいは、変更については、排他的に行政に委ねられ続けるのであり、それは、活動行政ということではなく、……行政上の上級審議機関に委ねられる。⁽⁷⁰⁾」

このように、ジャ克蘭は、行政作用の「公権力・財産二分論」に対応する行政救済システムについて、行政内部での階層的な訴願手続と、司法権による裁判手続とに分解することを主張するのであった。

(56) Jacquelin, conception, p. 9.

(57) Ibid., p. 10-11.

(58) Ibid., p. 12.

(59) Ibid., p. 13.

(60) Ibid., p. 14.

(61) R. D. P. の書評は、ジャ克蘭の『行政法の総括的概念』について、次のように述べている。「(ジャ克蘭)は、行政行為の新しい分類法を探究している。彼は、行政の行為を、公権力の行為と財産の行為とに分ける。右の考え方によれば、法人の概念は公権力から切り離されずに済むことになる。……同時に、右の説は、管理の行為を行う場合、行政上の法人が持っている特殊で特権的な性格もまた、説明する。」R. D. P. 1900. I. 200.

(62) Jacquelin, conception, p. 18-24.

(63) Ibid., p. 24-25.

(64) Ibid., p. 25.

- (65) Ibid., p. 26-27.
- (66) Ibid., p. 16.
- (67) この考え方はGauthier（エクス大学）の説に従っていることを、ジャ克蘭自ら語っている。Ibid., p. 29(2).
- (68) Ibid., p. 30.
- (69) Ibid.なお、ベルギーの行政裁判制度については、雄川『行政争訟法』二二頁註(2)、田中館照橋『行政裁判の理論』一八五頁を参照。
- (70) Ibid., p. 31.

五 オーリウの反論

「司法国家」論の立場から展開されたジャ克蘭の批判に対し、オーリウは自らの立場を擁護する反論を提示する。これは、もっぱら方法論的な平面と、具体的な諸論点に関する平面とに分けることができるであろう。

方法論の平面におけるオーリウの反論には、強烈なものがあつた。オーリウは、越権訴訟に対する本格的な論文である「訴訟の諸要素 (Les éléments du contentieux)」の冒頭部分⁽⁷¹⁾で、レアリストとしての方法の採用を強調し、原則（権力分立・行政作用と司法作用の分立）の視点による方法を批判する⁽⁷²⁾。そして、オーリウは、ジャ克蘭が越権訴訟の存在を否定した文章を引用した上で、「論者が、いかに問題を原則の視点からのみ捉え、かつ、歴史的な展開の力を無視しているのかを、非常に明確に示している」と攻撃するのであつた⁽⁷³⁾。さらに、オーリウは、自らが「法的演繹 (déduction juridique)」の賛同者であつて、諸原理は事実の統合に過ぎず、諸原理が常に事実に適合するように、状況に応じて修正を行うことが望ましいことを知っている、と語る。オーリウによれば、実情にあわな

い不自然な原理は打ち碎かれるべきなのであり、理論を教条主義的な構成物と考えるのは誤りなのであつた⁽⁷⁴⁾。さらに、オーリウは、ジャ克蘭批判の中で、自らの方法論のより積極的な開示も行っている。オーリウは、次のように語る。

「ジャ克蘭氏は、比較憲法の非常に優れた業績を行った後、行政法の研究に着手したが、わがくにの行政裁判の組織は彼を悩ませ、そして、彼は私と異なつて権力分立の原理をその政治的な意味において理解しないゆえに、この『制度(institution)』の効用を何ら見出し出すことができないのである。彼にとつて、わがくにの行政訴訟は全て、改革すべきものとして映るのである。」そして、ジャ克蘭は、訴訟と裁判のラディカルな改革を主張する。しかし、歴史から行政法を捉えるゆえに、「私は、伝統を尊重し、現存するものを活用しようと考える。フランスの行政裁判制度は、私にとつて、まさに国民的な『制度』であつて、広く根を下ろしている。」「行政裁判という『制度』は、ローマ帝国のレミニゼンス、アンシャン・レジームの集権化、革命の絶対的な理念によつて構築されたフランスの国家自体の在り様と結びついている。このような国家の在り様は、事実の積み重ねによつて、ゆつくりと改変されるしかない。」「ジャ克蘭が理想としているように思われるアングロサクソン流の個人主義へと、傾斜する可能性は少ない。」将来のレジームにおいて、公権力の状態や、行政裁判の必要性が、どのようになるかは、「我々には不可知である。しかし、我々が良く認知することができると、それは、様々な形で、『制度』が、レジームの総体と結合していることである。『制度』を単独で変化させようとすることは徒勞であり、『制度』に順応し、『制度』から可能なものを全て引き出し、『制度』が持つている *humanité* を語るべくそれを表現することが、望ましいのである。」⁽⁷⁵⁾

以上のように、オーリウのジャ克蘭批判には、その後の「制度」理論の展開⁽⁷⁶⁾を想起させる記述が見られるのである。

さらに、オーリウは、『行政訴訟の支配的原理』及び『行政法の総括的概念』に示されたジャ克蘭の考え方を、個別的な論点において批判するのであるが、およそ次の三点に整理できるであろう。第一に、ジャ克蘭は、「行政管理」のみでなく「公権力」においても、人民の「協同」が存在することを指摘するが、オーリウは、これを誤解であるとする。すなわち、オーリウは、「行政管理」における「協同」とは、人民が能動的に第三者として行動する場合についてのものであり、「公権力」において人民が命令を受ける受動的立場にある場合との対比として論じている。⁽⁷⁷⁾従つて、オーリウにとつて、ジャ克蘭の批判は当たらないことになるのである。第二に、ジャ克蘭

は、オーリウが全ての訴訟を「利益のき損」に基礎を置いていっていると批判するが、これも誤解であるとされる。オーリウは、自分の学説によれば、「行政管理」から生じるのは「主観的権利」であり、全面審判訴訟を「権利侵害」に対する訴訟として明確に位置づけていることを述べる。⁽⁷⁸⁾第三に、ジャ克蘭は、オーリウの「行政管理」のカテゴリーが、全ての「公権力」を吸収することを述べている。この点についても、オーリウは、自らの理論が、「公管理の手段」と「権威の手段」を二元的に肯定するものであり、「行政管理」の理論で行政法学全体をカヴァーするものでないことに注意を促している。⁽⁷⁹⁾

他方で、オーリウは、ジャ克蘭の示した「公権力・財産二分論」について、自らの「行政管理」理論と共通点を発見している。オーリウは、ジャ克蘭の「公権力・財産二分論」においても、公権力と財産に関する作用とを結合する必要を認めていることに着目し、これは自説と根本的に一致することを指摘する。⁽⁸⁰⁾しかし、オーリウは、理論にとって重要なことは、それが具体的な行政法上の論点にいかなる帰結をもたらすかであって、ジャ克蘭の理論には、全面審判訴訟の存在・国の損害賠償責任の原理・官吏の地位、等をうまく説明できるか否かという側面で、問題があることを語るのである。⁽⁸¹⁾

(71) オーリウの「訴訟の諸要素」はもっぱら越権訴訟に焦点を当て、「予先的決定」等を分析した本格的論文である。この「訴訟の諸要素」が、ジャ克蘭の越権訴訟論に対する反駁として書かれたという側面を持つていることについて、村上・前掲論文一六三頁註(20)を参照。

(72) Recueil de législation de Toulouse, 1905, p. 2-3.

(73) Ibid., p. 3(1).

(74) Ibid., p. 4-5.

(75) Hauriou, Précis, 4 éd., p. 236-237.

(76) なお、ここで、オーリウの「制度」理論とは、institution 概念を中心とする公法理論を指している。これは、通常「行政制度」と訳されている régime administratif 概念とは異なるものである。しかし、ここであげた箇所の記述は、「行政制度」概念と「制度」概念との関連を示しているという点でも注目される。なお、オーリウの「制度」理論については文献も多いが、新旧の代表文献として、宮沢『公法の原理』九四頁、一〇一頁、今関源成「レオン・デュギ、モリス・オーリウにおける『法による国家制限』の問題」早稲田法学五八巻一号一〇六―一六頁を

参照。

- (77) Hauriou, Précis, 5 éd., p. 220.
- (78) Hauriou, Précis, 4 éd., p. 236.
- (79) Ibid.
- (80) Hauriou, Précis, 5 éd., p. 219.
- (81) Hauriou, Précis, 4 éd., p. 236.

六 おわりに

「行政管理」理論を巡るオーリウとジャ克蘭の論争は、オーリウの「司法国家」論への対抗・「行政法の民事化」の阻止という志向を、より際立たせる、という帰結をもたらした。そして、オーリウは、「フランスの行政制度において、行政裁判は、行政管理の領域において、少なくとも民事裁判と同等の *bonne justice* を実現する機会を持つように思われ」、「*bonne justice* という現実の関心は、司法の統一という理論的関心よりも優位を占める」べきであり、「フランスのような行政制度を持つ国では、イギリス流の司法の統一は幻影である」⁽⁸²⁾、と述べる。これは、オーリウが、「法的演繹」の立場から、「基本的な制度の正当性について論じるのは時間の無駄であり、……これを与件として受け入れ、その機能を観察する」⁽⁸³⁾という基本姿勢を採っていたことに支えられているけれども、そこから、オーリウは、様々な理論的道具立てを使用しつつ、フランス的な「行政制度」の存在を肯定的に捉えた行政法理論を提示し、後世に強い影響を残したのであった。オーリウの行政理論の登場によって、行政裁判制度の存在に対する肯定の評価が定着し、学説上の論争も殆ど生じなくなる⁽⁸⁶⁾。他方、ジャ克蘭の業績については、行政裁判制度の形成に関する歴史的研究の場では現在まで記憶されている一方で、越権訴訟も含めた行政裁判制度に対する否定的評価や、行政作用に関する「公権力・財産二分論」について、それが省みられることは稀である。

ジャクランの学説に対するフランス通説の評価として、ベルテルミイの次のような記述を参照すれば十分である。⁽⁸⁵⁾

「私（ベルテルミイ＝筆者）は、活動行政のコントロールを義務づけられた裁判官が、通常の訴訟手続の遂行を義務づけられた裁判官と、同一でないことこそ、必要であると考え。……わがくにの行政裁判の改良を主張せずに、機関の分立の必要性を無視しつつ、作用の分立をより尊重するという理屈によって、行政裁判の廃止を主張するジャクランの理論には、断固として反対する。」⁽⁸⁵⁾

本稿で取り上げたジャクラン・オーリウ論争が行われた時期は、ダイシイによってフランスの「行政制度」が批判された時期と重なると同時に、フランスにおける行政裁判制度に関する論争が終結し、行政法学の体系が形成されてゆく時期でもあった。そして、ジャクランの「司法国家」論が批判される過程は、行政裁判制度について、国家の公権力を抑制し、人民の権利を保護するための存在であることが共通の認識となり、「行政について、私法とは異質の、一般の利益の追及が要請する行政の特権を尊重する固有の法」⁽⁸⁷⁾として、行政法が体系化されて行く際に、通過すべきひとつのエポックであった、と見ることもできるであろう。もちろん、ジャクラン・オーリウ論争もまた、一九世紀末から今世紀初頭にかけての、特定の「歴史的背景の下に生じた、歴史的に条件づけられた」⁽⁸⁸⁾ものである。しかし、右説争の帰結は、少なくとも現在まで続く「フランス的システムの本質的部分の強固さ」⁽⁸⁹⁾を表象するものであると言えるのであり、さまざまな論点について、フランス行政法が導く「フランス的解決」の価値を評価する際に、参照すべき部分を含んでいるように思われるのである。

(82) Hauriou, Précis 7 éd., p. 415.

(83) Hauriou, Précis 7 éd., p. V.

(84) 上の点について Aubry = Drago, Traité de Contentieux Administratif, 3 éd., tome I, p. 187.

- (85) Berthélemy, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, 10^{éd.}, p. 946-947.
- (86) ダイシイの批判を受け、自律的な法としてのフランス行政法を弁護するものとして Hauriou, *Introduction à l'étude de droit administratif français*, *Revue générale d'administration*, 1902, 385. ダイシイのフランス行政法に対する見解については、鶴飼信成『行政法の歴史的展開』一九四頁以下。
- (87) リヴェロ『フランス行政法』V頁（日本語版への序文）。
- (88) 塩野宏『オットー・マイヤー行政法学の構造』三七八頁。
- (89) リヴェロ・前掲書VII頁。