

行政判例と行政法学（二）

——モーリス・オーリウの行政法学——

橋 本 博 之

序 章

第一章 行政訴訟との関連による理論の構築

第一節 行政訴訟に対する基本姿勢

第一款 行政訴訟制度に対する肯定的評価

第二款 訴訟提起者の利益の重視（単純化・統一化の要請）

第二節 越権訴訟の法理

第一款 越権訴訟の対象性の拡大と並行訴訟の抗弁の後退

第二款 越権訴訟における訴えの利益の拡大

第三款 越権訴訟における取消事由の発展と裁量統制（以上本号）

第三節 訴訟類型論

第二章 民事法との比較による概念の構成

第一節 行政賠償の法理

第二節 行政契約論

第三節 公物理論

第三章 組織的・制度的考察による体系化

終 章

序 章

(1) モーリス・オーリウの判例評釈とフランス行政法学

フランス行政法学が、一九世紀以来今日に至るコンセイユ・デタ (Conseil d'Etat) を中心とする行政裁判所の判例法として形成されたことは、人の知るところである。行政法の法典化 (codification) に関する一定の論議を経た現在でも、フランス行政法の判例法的性格がその一般的特色として第一に言及されることが通常であることに変わりはない。⁽¹⁾そして、この「判例行政法」は、判例と学説が相互に役割を果たし合うことによって形成・発展したことが指摘されており、「判例と学説との緊密な協力ということが、フランス行政法における主要な特徴」⁽²⁾であることが語られている。

一方、モーリス・オーリウ (Maurice Hauriou 一八五六—一九二九年) は、「近代行政法の母国たるフランスにおいて、はじめて真に体系的な行政法学を確立した」⁽³⁾ (磯部力) 公法学の巨匠として知られている。オーリウは、「制度 (institution)」理論の創始者として、憲法学・法哲学・社会学の領域においても広範な影響を与えたのであるが、彼の業績の中心は一貫して行政法学に関するものであった。そして、オーリウ行政法学の特色として、次の三点が指摘できるであろう。

第一は、フランス行政法学の総論体系を生み出した点である。例えば、リヴェロは、デュクロック (Ducrocq) の『行政法講義』第七版 (一九〇五年)⁽⁴⁾ とオーリウの『行政法精義』⁽⁵⁾ を比較して、次のように述べている。「デュクロックの著作において、細かな法規が驚くべき正確さと入念さで集積された一九世紀型の行政法が、行き着くところまで達していた。……しかし、そこには、その構成要素を有機的に結び付ける戦略的構想が欠けており、総合化と法的カテゴリー化の精神が見られない。他方、ほぼ同時期のオーリウの『行政法精義』には、今日の行政法学の

章立てと全く同じもの、すなわち、適法性の原理・行政行為・公管理と私管理・警察と公役務・損害賠償責任・契約といった我々が慣れ親しんだ語句が並んでいる。これらのうち、最も本質的な、適法性・契約・公権力の損害賠償責任という語句は、デュクロックの体系書の索引には載っていないのだ。⁽⁶⁾ また、ヴァリーヌは、オーリウに依存する理論として、行政制度・行政の特権・執行的決定・行政賠償責任を挙げているが、これらはフランス行政法学の要石とも言うべきものであり、⁽⁷⁾ オーリウは、「フランス行政法史上最初にして最大の体系家であった」⁽⁸⁾（磯部）と語られている。

第二に、行政法学序論ともいえるべき論述の充実がある。オーリウは、自律的な法体系としての行政法学の存立基盤を示すべく、行政法の学説史・制度史の枠組みを提示し、行政法学の基礎概念や方法論について精緻な議論を展開した。例えば、『行政法精義』の各版には、「制度」理論や「行政制度」概念、「公権力」と「公役務」といった基礎概念の分析を含んだ極めて充実した導入部分が置かれるのが常であった。また、オーリウの行政法研究者としての最初期の業績のひとつである『共和八年以後のフランス行政法の形成について』(De la formation du droit administratif français depuis l'an VIII)（一八九三年）は、オーリウの行政法学を規定したのみならず、以後のフランス行政法学説史のいわばスタンダードとなった。⁽⁹⁾ さらに、「行政制度」が論じられる場合、フランス行政制度について、イギリス等との比較研究や歴史的考察などの観点から、深い検討が加えられたのである。⁽¹⁰⁾

第三に、判例評釈の継続的公表という点がある。すなわち、オーリウは、「恒常的な判例評釈者たる『アレティスト』(arétiste)であるという点でも、二〇世紀のフランス行政法学者のタイプを創始した」⁽¹¹⁾（兼子）のであった。オーリウは、行政法学の研究者としての活動を本格的に開始した一八九二年にシレイ誌(Recueil Sirey)に判例批評を公表したのを皮切りに、没年である一九二九年まで、同誌（第一次大戦期などを除き、原則として毎月刊行）にほぼ欠かすことなく判例批評を掲載し続けた。この三七〇に及ぶ判例批評の大部分は、子息であるアンドレ・オー

リウ (André Hauriou) の手によって『行政判例 (La jurisprudence administrative de 1892 à 1929)』三分冊に体系的に編集されて出版されている。⁽¹³⁾

本研究は、このオーリウの判例評釈を主たる検討の素材として、オーリウ学説と行政判例法の展開との間の関係を明らかにし、フランス行政法の特色である「判例行政法」の成立を可能にした学説と判例の相互作用の一側面の分析を試みる。同時に、間断なく公表され続けた判例評釈の記述の中から、オーリウ行政法学の基本的思考の発展過程を浮かび上がらせることも、本研究の課題とされる。⁽¹⁴⁾

オーリウの判例批評の影響力については項を改めて検討するが、その意義について、さしあたり以下の三点を指摘することができる。⁽¹⁵⁾ 第一に、オーリウの判例批評は、行政法学の研究者が判決に署名入りの批評を付して判例掲載誌上に公表し、関連する諸判決を系統的に指摘し、具体的な事件について採用された解決を導くことになった原理原則を明らかにするというスタイル自体を確立したものであった。この意味で、オーリウこそ、行政判決の集積物から判例 (une jurisprudence) を抽出するという、行政法学におけるアレテイストのパイオニアであったといえよう。⁽¹⁶⁾ 第二に、オーリウが判例批評を公表し続けた時期は、行政判例の飛躍的な発展過程と重複していた。コンセイユ・デタは、一九世紀末には行政裁判制度としての発展の最終段階に達し、「もはや行政の恣意に仕える道具としてではなく、私人の法的保護の「要素」⁽¹⁷⁾ となるに至っていた。すなわち、コンセイユ・デタは、一八七二年五月二四日法により、委任司法権を与えられて自ら裁判判決を下すことが可能になり、また、オーリウの最初の判例批評の対象ともなった一八八九年のカド (Cadot) 判決により、大臣裁判を介することなく一般的な第一審管轄権を持つに至った。⁽¹⁸⁾ そして、二〇世紀前半にかけて、ロミウ (Romieu) ⁽¹⁹⁾ を始めとする論告担当官の活躍もあり、行政判例が重要な発展を示したのであった。この時期における行政判例の目覚ましい展開は、必然的にオーリウの判例批評というフィルターを通して伝播されることになり、このことが彼の判例批評の意義を一層高めることになった。

第三に、オーリウがアレティストとして活躍を始めた時期には、既に、オーコック (Aucoc) 及び E・ラフェリエール (Laferrière) という二人のコンセイユ・デタの実務家が、それぞれ『行政法講義 (Conférences sur l'administration et le droit administratif)』（一八八六年第三版）、『行政裁判論 (Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux)』（一八八七年初版、一八九六年第二版）という著作を公表していた。⁽²⁰⁾ これらの優れた研究業績は、行政裁判制度の進化に対応した行政訴訟理論の高度化を導き、行政判例の分析の水準を引き上げるものであった。オーリウの判例批評は、これらの先行業績の成果を受容しつつ、ジェズ (Jèze) を始めとする新世代の判例行政法の担い手への転換点となったという意味で、学説史の中で特別の地位にある。

右のように、オーリウの判例批評は、行政裁判制度史やフランス行政法学史における位置という点で、特に重要なものがある。とりわけ、現在でも重要判例（いわゆるグラン・ザレ）として扱われるものの多くについてオーリウの批評が付されており、これらを研究するためには彼の判例批評集を必ず参照しなければならないという事情（コンセイユ・デタや権限裁判所の判決は、法論理構成的な簡潔さを持つフランス的なもので、評釈なしには事実関係等を知ることができないという事情も加わる）⁽²¹⁾ から、今日においてもなお、オーリウの判例評釈は、行政法学を研究・学習する際に欠かすことのできない資料であり続けている。⁽²²⁾

- (1) R. Chapus, *Droit administratif général*, 6 éd., 1992, tome 1, p. 5 et 54 ; G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, 12 éd., 1992, tome 1, p. 88 ; A. de Laubadère, *Traité de droit administratif*, 9 éd., 1984, tome 1, p. 33.
- (2) 兼子仁・磯部力・村上順『フランス行政法学史』三頁。他の邦語文献として、兼子仁『現代フランス行政法』二二頁、雄川一郎『行政の法理』六八〇頁、近藤昭三『フランス行政法研究』四頁、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」法学協会雑誌一〇三巻八号一五七頁など。フランスにおける文献は枚挙に暇がないが（例えば、前註の体系書には、関連文献がリスト・アップされている）、代表的なものとして G. Jèze, *Collaboration du Conseil d'Etat et de la doctrine dans l'élaboration du droit administratif français*, Livre jubilaire du Conseil d'Etat, 1952, p. 347. ; J. Rivero, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif*, E. D.C. E., 1955, P. 27 ; Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, 1972, p. 147. なお、筆者は、フランスの行政判例と学説の関係一般について、別稿の公表を予定している。

定している。

- (3) 磯部・前掲書二二五頁。オーリウの行政法学の位置づけ及びその基本思想について、本研究では、右の磯部力の業績の内容について直接付け加えるべきものはほとんどない。わが国の研究業績で、オーリウの行政法学を扱ったものとして、拙稿「フランス行政法における全面審判訴訟の位置づけ(二)」(国家学会雑誌一〇二巻一一・一二号五八頁註(2))に掲げた文献を参照。なお、右拙稿以降に公表されたものとして、村上裕章「越権訴訟の性質に関する理論的考察(一)(二)」(九大法学五七号一頁以下、同五八号一八七頁以下、浜川清「M・オーリウにおける取消訴訟と通常訴訟」雄川一郎先生献呈論集『行政法の諸問題・下』四一九頁以下、久保茂樹「フランス国家責任法の一般理論についての再検討(一)(四)」(青山法学二二巻一・二・三三二頁以下、同三二巻一八九頁以下、同三三巻三・四四一頁以下、同三四巻一四四頁以下、斎藤芳浩「国家・法・同意(一)(二)」(法学論叢一三三巻五号二五頁以下、同三三巻四号七〇頁以下などがある。フランスにおける研究は、ここにリスト・アップすることは不可能であるが、モノグラフとして、『フランス行政法に対するオーリウの貢献』と題するスフェズの博士論文(L. Sfez, *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, 1966)があり、また、一九六八年にトゥールーズ大学で開催された「オーリウ記念研究集会(Journées Hauriou)」の報告を集成した『モリス・オーリウの思想とその影響(La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence, 1969)』(以下、J. H.と略す)が出版されている。その他、仏文で書かれた代表的な研究論文のリストとして、拙稿・前掲論文五八頁註(一)を参照。
- (4) Th. Ducrocq, *Cours de droit administratif et de législation française des finances*, tome I-7, 兼子・前掲書二二二頁以下。
- (5) M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, これは、一八九二年の初版から一九二七年の第一版まで版を重ねた。また、M・オーリウ没後の一九三三年には、子息のA・オーリウの改訂による二版が公刊されている。以下、本稿では、*Précis*と略し、版数を付して引用することとする。なお、各版の出版年は次の通りである。二版＝一八九三年、三版＝一八九七年、四版＝一九〇一年、五版＝一九〇三年、六版＝一九〇七年、七版＝一九一一年、八版＝一九一四年、九版＝一九一九年、一〇版＝一九二二年。
- (6) J. Rivero, *Maurice Hauriou et le droit administratif*, J. H., p. 144.
- (7) M. Waline, *Les idées maîtresses de deux grands publicistes français: Léon Duguit et Maurice Hauriou*, 1930, p. 45.
- (8) 磯部・前掲書二四二頁。この点について、関連文献の引用も含めて、同二六頁以下が詳細である。他に、参照、米谷隆三「オーリウ法学方法論への理解」(法学新報五七巻一一号二八頁以下)。
- (9) 参照、村上順・前掲書一七一頁以下。
- (10) Cf. *Précis*, 7 éd., p. 1-5; *Précis*, 11 éd., p. 1-6, 磯部・前掲書二六一頁以下。なお、『行政法精義』第六版では、「制度」理論の構築にあたり、イギリス・ドイツ・フランスの公法理論の比較を行ったことが示されている。*Précis*, 6 éd., p. 1-4, この点について、参照、拙稿「フランス行政法における全面審判訴訟の位置づけ(三・完)」(国家学会雑誌一〇三巻一・二四三頁、磯部・前掲書二八〇頁)。
- (11) 兼子仁『フランス行政法学史』三二頁。他に、参照、磯部・前掲書二二六頁、同二五七頁。なお、フランス民事法の学説史において、いわゆる註釈学派から科学学派への移行の過程において、判例評釈を重視したアレティストが登場したとされることがある(参照、山口俊夫『概説

フランス法上』一〇八頁)。この点、行政法は本質的に判例法であり、ナポレオン法典が存在する民事法とは前提が異なるので、同列に論じることができないであろう。なお、ラベとオーリウの対比に言及するものとして、S. 1929. 3.33, H. R.

(12) 以下、J. A. と略す。

(13) 一九二九年の版には三三四の判例評釈が収録され、一九三〇年の版には一九二八年末以降の四つの評釈が加えられた。なお、この書物に編集された判例評釈には、誤りの訂正や重複部分の削除など、シレイ誌に掲載されたものと比べて若干の修正がなされている。

(14) フランスの民事判例を素材とした最近の研究として、大村敦志「現象としての判例」日仏法学一七号五一頁以下がある。

(15) オーリウの判例評釈に焦点を合わせた論稿として、P. Arrighi, Hauriou, *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, 1952, p. 341; Rivero, *op. cit.*, J. H., p. 141; J. Fournier, Maurice Hauriou *arrêté*, E. D. C. E. 1957, p. 155.

(16) S. 1929. 3.33, H. R.

(17) 兼子仁・磯部力・小早川光郎編訳『リヴェロ・フランス行政法』一四六頁。以下、『リヴェロ』と略す。

(18) これらの経過につき、伊藤洋一『フランス行政訴訟の研究』六四頁以下。

(19) G. Chaen-Salvador, Jean Romieu, *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, 1952, p. 323. 今世紀初めの行政判例について、「ロミウの論告、オーリウの評釈」というのが、この時期の重要判例の代名詞であったとされる。Cf. Fournier, *op. cit.*, p. 157. ロミウ以外の有名な論告担当官として、例えば、デュエズの体系書には、テシエ (Teissier)、『ブルム (Blum)』、『ピシャ (Pichat)』、『コルネイユ (Cornelle)』が挙げられている。P. Duez et G. Debeyre, *Traité de droit administratif*, 1952, p. 4.

(20) オーコック、ラフェリエールの学説史上の位置について、参照、兼子仁『フランス行政法学史』一四三頁以下。

(21) 参照、兼子仁『現代フランス行政法』二四頁。

(22) フランスにおいて行政法を学習・研究する際に最も一般的な参考文献として、『主要行政判例 (Les grands arrêts de la jurisprudence administrative)』がある。これは、行政法上の重要判決を、解説付きで集成したものである。一九五六年刊の初版 (ロン、ウェイル、ブレバノン著) において、オーリウの評釈が存在するものは、一一四の掲載判決のうち三七、一九九〇年刊の九版 (原著者にデルヴォルヴェ、ジュヌヴォワを加える) でも、一一八の掲載判例のうち三三にのぼる。この『主要行政判例』では、オーリウの評釈が存在する判決について、第一次資料たる『ルボン判例集』の頁数に次いでシレイ誌のオーリウ評釈の引用が行われており、通常の利用者は、必然的にこの評釈に当たって学習を進めることになる。

(2) オーリウ判例評釈の影響力

オーリウの判例評釈は、関連する複数の判決を併せて扱うことも多く、それぞれが独立した研究論文とも言うべき内容を持っている。⁽¹⁾ オーリウ自身、自らの評釈について、判例を考察するために必要な情報を提供し、⁽²⁾ 判例法を

支える法理論を構築し⁽³⁾、判例法の爾後の展開を期待するものであることを述べている。比較法的・歴史的考察や、哲学・社会学等其他の学問領域の知識が駆使されることも多く、また、時として、そのアナロジーが読み手を当惑させることもある⁽⁵⁾。しかし、法令・判例・学説は極めて詳細にフォローされているし、論告担当官の論告に沿って丁寧な分析が加えられるなど、実務と密着した情報量も多く、全体としては、むしろ堅実で緻密な実定法学の業績という印象を強く与えるものと言って良い。

一方、オーリウの行政法理論に対する評価には、両面価値的なものがある。既に論述したように、オーリウ行政法学は高く評価されている一方で、厳しい批判が行われることがある。例えば、同時代にアレティストとして活躍したジェズは、一九一二年に公表したラファージュ判決の評釈の中で、オーリウによる越権訴訟の理論的説明に対して、以下のように批判している。「私は、（オーリウ説に）納得できないと言わざるを得ない。例によって、オーリウ教授は、比喩に基づく議論を展開している。そこにあるのは、私には悪趣味と思える推論の方法である。正確さを全て失わせることにより、推論は反証不能なものになっている。訴訟は内部規律的性格を持ち、ある行為を法的システム外へと放逐することを意味し、ゆえにコンセイユ・デタは取消しかできない、との説明につき、私は、言葉とイメージしか見いだすことはできない⁽⁶⁾。」また、ウェイルは、一九五六年に公表したニース市事件判決の評釈で、オーリウの執行的決定の定義に対して、（オーリウにより）「フランス行政法学に導入された驚くべき混乱」とまで酷評している⁽⁷⁾。

同様に、オーリウの判例評釈の影響力に対する評価も、両面価値的である。例えば、リヴェロは、「オーリウと公役務概念の成立」と題する論文を、メストゥル記念論文集（一九五六年）に掲載したが、この論文において、公役務概念を最初に定義づけたのはオーリウであり、これが論告担当官ロミウを通してコンセイユ・デタのテリエ判決に受け継がれて判例法化したことを指摘し、ブランコ判決にその淵源を求める見方を否定した。このリヴェロ論

文は、行政判例法の中で最重要なもののひとつである公役務概念の形成につき、オーリウ学説の決定的な影響を明らかにするものであった。⁽⁸⁾ また、ヴァリーヌは、越権訴訟の受理要件と、行政賠償責任訴訟の裁判管轄の論点について、オーリウ理論がコンセイユ・デタの判例を導いたことを指摘している。⁽⁹⁾ さらに、オーリウのアレティストとしての役割を論じたアリジやフルニエの論文でも、オーリウの判例評釈が判例法の形成に与えた影響を高く評価している。他方、スフェズは、フランス行政法学におけるオーリウの影響を論じた膨大な博士論文の最終部分で、「オーリウの思想の判例に対する伝播」という章を設けているが、そこで「確実な影響」を与えたとされる事項は、「公役務概念の導入」と「公役務の特許の法的性格」の二つに限定している。⁽¹⁰⁾ そこで、本研究を始めるにあたって、オーリウの判例評釈の意義につき、右に挙げた論稿を中心に若干の整理をしておきたい。

オーリウの判例批評に焦点を合わせた論文として、前出のアリジ、フルニエという訴訟実務家の手によるものがある。まず、「オーリウ、コンセイユ・デタ判決の註解者」と題するアリジの論文は、多数の具体例を挙げつつ、大要以下の如くに論じている。真のアレティストとは、その場限りの判決解説者とは異なつて法的ディシプリンを持つており、基本思考から出発して、裁判官によつて示された判決の検討から将来の判決に影響を与えるような結論を導くという方法を採用。行政法と行政訴訟に関するオーリウの基本思考は、行政の行為と特権の二重概念であり、具体的な判例評釈に際して、オーリウは、①判決の問題点を指摘し、発展をあとづけし、比較とアナロジーの探索をし、原則を抽出するという、「分析」の作業、②判決を原理判決、事例判決、過渡的判決の三つに分け、過渡的判決についてこれが原理判決になることを助け、判例法の発展を導くという、「探究」の作業、③判例法の転換を準備し、裁判官が行政の権限を制限するという一般的発展の方向へ導くという、「裁判官の補佐」の作業という三つの役割を果たした。結局、オーリウの判例評釈は、方向設定という役割において有益で効果的な役割を演じており、「行政訴訟が、まずその存在意義自体を、次に自らが持つていた非常に大きな力を自覚することを可能に

した」のである⁽¹¹⁾。

「モーリス・オーリウ、アレティスト」と題するフルニエ論文は、オーリウが行政法学においてアレティストという新たな領域を開拓し、判例評釈についても比類ない業績を残したとの評価を与えた上で、大要以下のような分析を行っている。オーリウの判例評釈の基本的な方法としては、①複雑な社会的事実を取り込んだ分析、②イデーの客観的存在というプラトン主義の二点が挙げられ⁽¹²⁾、哲学や社会学の応用、道徳性の強調、国家の介入主義に対する自由主義的姿勢、判決の事例に関係するテクニカルな問題の詳細な検討などの特色がある。そして、オーリウの判例評釈は、一連の著作と比べて彼の基本思考（制度理論、公権力に基礎を置いた管轄標識の正当化、執行的決定とその執行過程の区別による行政訴訟の区分の正当化）の体系的な提示に適合するとは言えないが、その理念の形成と発展過程を示すものであり、法的現実の考察を通して定式を次第に導き出していくという彼の思考方法に忠実である。例えば、行政裁判の管轄分配の原則や、行政賠償責任の基礎について、オーリウの判例評釈の内容は変遷するのであるが、これらは、彼の思想の形成過程を明らかにする。そして、「オーリウは、多くの領域において、行政裁判を奨励することを厭わなかった。彼は、行政裁判の側が最も受入れ易い態度を採った。それは、型にはまった批判と皮相な称賛のどちらとも異なる慎重なる尊重 (estime vigilante) であった⁽¹³⁾。」

行政法研究者がオーリウの判例評釈を正面から論じたものとして、リヴェロの業績がある。リヴェロは、「オーリウ記念研究集会」の「モーリス・オーリウと行政法」と題する報告において、彼の生成過程にある思考の素描としての判例評釈に焦点を当てた分析を行っている⁽¹⁴⁾。リヴェロは、以下のことを述べている。オーリウの判例評釈の基本姿勢として、訴訟提起者 (justiciable) の利益への配慮という視点があり、そこから提示された課題は現代でも意味がある（この点は、本稿第一章第二節で検討される）。また、彼の研究が示唆する展望の豊かさは、現代における研究を喚起し、導く力を持っているが、このオーリウによる将来展望には、予知的予測 (prospective divinatoir-

c)と探究的予測 (prospective exploration) とも言ふべき一つの側面があった。前者について、明らかに誤った予測もあったが、以降の法の発展によって確認されたものもある。そして後者こそ、オーリウの最も優れた特質と言え、同時代及び後世の論者を刺激するのはこの部分であり、リヴェロ自身、内部的措置に関する博士論文を作成するにあたって、オーリウの一つの評釈の中の一節に強く示唆されていた⁽¹⁵⁾。

また、リヴェロの論文「オーリウと公役務概念の成立」により、オーリウの学説が行政判例における公役務概念の導入に第一義的な役割を果たしたことが示されたことは、既に述べたが、オーリウが、裁判管轄の基準に関する今世紀初めの一連の著名判決を決定的にリードしたことは、クジネ (Cuzinet) の「オーリウ記念研究集会」の報告 (「モーリス・オーリウの業績における公管理理論」)⁽¹⁶⁾ や、スフェズの博士論文によって、再確認されている⁽¹⁷⁾。

以上、オーリウの判例評釈の判例・学説に対する影響力を評価する立場の文献を整理した。もともと、オーリウの学説に対し、強力な批判や反論が提示されることも多いけれども、これは学問的営為にとつて健全な常態ともいうべきことであり、むしろオーリウ理論の生命力の強さの証拠と見ることもできよう⁽¹⁸⁾。一方、オーリウの行政法学を正面から扱ったスフェズの博士論文が、オーリウ理論の判例法に与えた影響を謙抑的に評価している点については、検討を加えておく必要があるだろう。

スフェズの認識の特色は、コンセイユ・デタと行政法学説の関係それ自体について、非常に消極的に捉えていることである。一般論として学説は判例に対して影響力が乏しいことを指摘した上で、さらにオーリウの場合は、その曖昧でメタフィジックな性格等から、より影響が低下しているとする⁽¹⁹⁾。しかし、スフェズの主張については、彼の立論の前提をよく整理しておく必要がある。まず、スフェズは、現在のコンセイユ・デタでの判例形成に対する影響を問題にしているのであり、オーリウが活躍した当時の判例への影響についてはこれを肯定している⁽²⁰⁾。また、スフェズは、判例への「影響」という概念を厳格に制限して用いている。そして、スフェズ自身、「影響」の概念

を広く捉えたならば、「オーリウのコンセイユ・デタへの影響は容易に指摘できるし、膨大なものになる」と述べ、公役務概念と組み合わせられた公権力概念、公物に関する公所有権概念と「万人の利用への供用」という基準、公務員の身分に関する契約的構成に対する否定など、オーリウ理論の判例への影響がアクチュアルであるもの例を多数挙げ得ることを認めている⁽²¹⁾。

右の検討から、オーリウの判例評釈は、判例法たるフランス行政法の形成・発展に対する大きな役割を及ぼしたことが明らかになったと思われる。本研究においても、この点に特に留意しつつ、オーリウの評釈は何故判例法に対する影響力を持ち得たのか、その要因を探究することをひとつの課題として、分析を進めることになる。

- (1) 判決の選択方法などについて、Cf. S. 1922. 3.9; Sfez, op. cit., p. 286.
- (2) S. 1910. 3.145.
- (3) S. 1900. 3.1.
- (4) S. 1908. 3.65; 1908. 3.137; 1911. 3.121.
- (5) Rivero, op. cit., J. H.147.
- (6) R. D.P. 1912. 291.
- (7) A. J.D. A.1956. 267. また、C・アイゼンマンによるオーリウ批判もよく知られている。この点につき、参照、磯部・前掲書二五五頁註(17)。
- (8) J. Rivero, Hauriou et l'avènement de la notion de service public, *Mé. Mestre*, 1956, p. 461.
- (9) Waline, op. cit., p. 45.
- (10) Sfez, op. cit., p. 479. この部分につき、参照、磯部力「紹介・L・スフェズ『フランス行政法に対するモリス・オーリウの貢献』」都立大学法学会雑誌一〇巻一号一六六頁。
- (11) Arrighi, *Ibid.*
- (12) オーリウにおけるイデーの概念につき、斎藤・前掲論文・法学論叢一三二巻五号三二頁以下。
- (13) Fournier, *Ibid.*
- (14) J. H.148-149.
- (15) J. H.152-154.
- (16) P, Couzinet, *La théorie de la gestion publique dans l'oeuvre de Maurice Hauriou*, J. H.157.

- (17) Sfez, op. cit., p. 134-145.
- (18) Rivero, J. H. 154. 磯部・前掲書二二三頁。
- (19) Sfez, op. cit., p. 482-489.
- (20) Ibid., p. 489.
- (21) Ibid., p. 479-480.

(3) 本研究の課題

オーリウの判例評釈は、当然のことながら、当時の問題状況に規定されたものである。例えば、繰り返し論じられた「電気・ガス抗争」や「政教分離法」に関する評釈群は、当時のフランス行政法の争点ではあっても、現時点でこれら进行分析する実益は乏しいであろう。しかし、オーリウの判例評釈には、彼の行政法学の最も本質的な特色が顕れているように思われる。すなわち、現実の事象を様々なアプローチによって自在に処理し、関連判決や論告担当官の論告という実務的要素を巧みに織り込みながら論理を展開し、将来の予測や提言まで導くという方法は、オーリウ行政法学の最良の特質を示すものと思われる。また、オーリウは、判例評釈というスタイルの論述を継続して生産する過程で、自らの基礎的理論を構想し熟成させており、個別の事例に拘束される判例評釈について、その枠に留まりながらも、より一般的な基礎理論の構築の場とすることができた。さらに、オーリウの判例評釈は、「明晰とは言えない」部分が指摘されるものの、実務上の判例法の展開に影響を与えてこれを指導する役割を果たし、後世の論者が研究業績を作成する際の着想を喚起するものと評価されている。⁽¹⁾ 本研究は、彼の判例評釈がこれらの特質を持ち得た要因の解明に対する関心を、その出発点とするものである。

同時に、本研究は、未だわが国ではその内容が十分に知られているとは言えない、オーリウの判例行政法学を紹介するという、よりプラティックな意図も持っている。オーリウの判例評釈を素材とすることは、個別論点について見ると、わが国での議論と比較検討することが容易になるという側面がある。筆者は、わが国の行政法学におけ

る個別の問題を考究する際に、類似する局面においてオーリウが展開した議論を参照し、そこから何らかのアイディアを導き出すという作業が全く無意味なものでは無い、と考える。例えば、オーリウは、すでに一九〇三年公表の判例評釈において、行政行為の理由付記についての一般的立法の必要性を指摘している⁽²⁾、一九二五年公表の判例評釈では、行政上の裁量基準（ディレクティヴ）の理論を明示している⁽³⁾。これらを参照することは、現代の行政法学上の課題の探究において、全く無駄とは言えないだろう。また、行政賠償責任に関して、いち早く保険理論を導入してその拡大を主張する一方で、後には加害公務員個人の責任感覚の刺激や、公財政の適正配分等を考慮しつつ、責任拡大に一定の歯止めをかける理論構成を試みたこと等も⁽⁴⁾、おそらくは示唆的内容を含むものであろう。何よりも、オーリウの判例評釈は、断片的な検討では理解が困難であるにもかかわらず、その内容を総合的に分析した研究はわが国には存在していない。本研究の意図のひとつは、右の欠欠を埋めるために必要な整理の作業を行うことにある。この意味から、分析のための章立ては、わが国の議論とパラレルになるように努めた。

もちろん、オーリウの業績はフランス行政法学の全般に及び、これを各論点についてその背景から現在への影響までを分析し尽くすことは、筆者の能力をはるかに超えるものである。従って、本研究では、基本的に、オーリウの論稿それ自体の理解を目的とした検討に留まっている。また、わが国には、オーリウの行政法学の基本思想について、これを正面から扱った礎部力の研究業績が存在するし、フランス行政法を素材とした研究も一定の蓄積を見ている。本研究は、各論点ごとの問題状況の整理や基本的な判例・文献の引用等について、これらの先行業績に大きく依存している。

右のような意図の下に、本研究は、次のように構成される。第一章は、行政訴訟システムのあり方と関連づけた理論の形成という視点から、第二章は、民事法との比較・対比による行政法上の概念の構築という視点から、それぞれオーリウ行政法学を分析する。この二つの章では、論点ごとのオーリウの思考内容とその発展過程を、彼の判

例評釈に焦点を当てながら具体的に検討する。その上で、第三章では、オーリウ行政法学の一般的思考方法に目を向け、組織的・制度的考察による体系化が成し遂げられたことを、幾つかのメルクマール(集権と分権、内部法と外部法、公権力と公役務等)を指摘しつつ明らかにしたい。本研究は、オーリウの判例評釈が持つ独創的かつ示唆的なアイディア自体を紹介するという意図も持ったため、具体的論点に関する分析を前の二章で行い、その後に帰納的にオーリウ行政法学の特色を導くという構成を採用した。

わが国の行政法学には、「学界と実務界が別々の世界でそれぞれの流派を作ってしまった」⁽⁵⁾いる(園部逸夫)とされ、「学説の無用性」(阿部泰隆)⁽⁶⁾すら語られる現状がある。⁽⁷⁾本研究の基底となる問題意識は、判例と学説の相互作用を通して行政法学の発展が成就された学問的環境のひとつのモデルについて、これを理解し提示することにある。

- (1) Sfez, op. cit., p. 286.
- (2) S. 1903. 3.113/J. A.2. 182.
- (3) S. 1925. 3.33/J. A.2. 90. これを紹介する文献として、交告尚史「個別審査と画一的処理(一)」自治研究六〇巻二二号一四一頁。
- (4) S. 1924. 3.9/J. A.1. 654.
- (5) 判例地方自治一〇〇号二頁。
- (6) 阿部泰隆「行政法学書評・伊藤正己著『裁判官と学者の間』」自治研究六九巻五号一三四頁、及びそこに引用された阿部の業績。
- (7) 塩野宏は、国家賠償法一条一項の「違法性」要件に関する職務行為基準説について、「学説との対話もなく、最高裁判所がその対象事項を拡大(もしくは一般化)しているのは、必ずしも珍しい例ではないが、日本法の発展にとり、好ましくない」と指摘している。塩野宏「行政法II」二五一頁。

第一章 行政訴訟との関連による理論の構築

オーリウは、自らの行政法学を形成し発展させるに際して、常に行政訴訟との関連に目を向け続けており、彼の

行政法理論の根幹たる執行的決定理論・行政管理理論・行政上の賠償責任論等は、いずれも行政訴訟システムと不可分に結び付けられて形成されたものと言える。本研究はその主たる素材をオーリウの判例評釈に求めるのであるが、行政訴訟との関連による理論の構築という主題は、本研究全体を通して検討される課題ということにもなるのであるが、第一章では、行政訴訟の諸法理に直接係わる問題について、オーリウの論じるところを分析したい。本章は、次の三節から構成される。まず、オーリウが行政訴訟と関連づけて自らの行政法理論を構築する際の基本姿勢と考えられる事柄として、行政訴訟に対する積極的評価と、訴訟を提起する市民の便宜への配慮という二点を指摘する（第一節）。この部分は、本論文全体の導入という意味も持つことになる。次に、行政訴訟の中心となる越権訴訟（取消訴訟）に関する基本的な論点について、オーリウの論述を検討する（第二節）。ここでは、越権訴訟の対象性、訴えの利益、及び、越権訴訟における行政行為の取消事由（裁量統制）の各論点の検討を通して、越権訴訟の拡充・発展が主張されたことが明らかにされるであろう。最後に、行政訴訟の訴訟類型論に関するオーリウの論述を検討する（第三節）。ここでは、訴訟類型の理論的位置づけの問題について、オーリウの行政法理論体系の構造全体と強い連関が認められることになる。

第一節 行政訴訟に対する基本姿勢

第一款 行政訴訟に対する肯定的評価

オーリウが自身の行政法研究の基本姿勢を表明した『行政法精義』第七版序文には、次のような記述がある。

「約二〇年前、私が行政法学の研究に取り組んだとき、私は、この法の地図が示していた空白に驚いたものだ。

私には、行政法について、民法の付属物として扱おうという強引な意図の下に、民法に類似する部分のみが研究されているように思えた。私は、最も重要な特殊性を含む他の部分が無視されているのではないかと疑った。私は、行政法の中に、ある意味で非常にプリミティブであるが、他面で発展の力をもつ自律的な法をかいま見て、その全の独自性を探究することを試みたのだ。私は、探究の方法として次のような準則を用いた。第一に、ある法は、現実存在する全ての本質的要素を受容し得るものでなければならず、基本的な諸制度の正当性について議論するのは時間の無駄ということがある。例えば、行政裁判は、わが国の進んだ集権化という政治的事実と結合したフランス行政法の本質的要素のひとつであり、そのことを論じるのは無駄であり、反対にこれを与件として受入れ、その作用を観察しなければならない。第二に、法は、現在のものであっても、その発展の歴史的鳥瞰において考察されなければならない。……私にとって、法の解釈は、常に歴史的観点から行われなければならない。なぜなら、我々にとって存続していると思えるものは全て、実際には、程度の差こそあれ急速に変化しているからである。第三に、自律的かつプリミティブな法は、その訴訟において考察されなければならない。なぜなら、それは判例法としての性格が強く、かつその実体上の規範は未だ手続上の規範と分離されていないからである。」「この最後の準則は、……私の研究の原点を規定した。それは、まず、エドゥワル・ラフェリエール氏の行政裁判と訴訟に関する優れた著作であり、この業績が無ければ、私は研究に取り組むことを企図しえなかっただろう。次に、コンセイユ・デタの判例集があり、ここには判決文がしばしば論告担当官の論告を付されて掲載され、……行政法の最も純粹な内容が凝縮されている。⁽¹⁾」

右に述べられた準則のうち、行政訴訟に対する基本姿勢を明らかにするという本節の観点からは、第一準則の行政裁判制度に対する肯定的な基本認識、及び、第三準則の行政法における実体と手続の未分化を原因とする訴訟手続研究の重要性の指摘が注目されよう。以下、この二点について、簡単な整理をする。

(1) 行政裁判制度に対する評価

オーリウは、行政裁判制度の存在を積極的に評価し擁護する態度をとるのであるが、これは、当時顕在化していた行政裁判制度自体を否定あるいは限定する議論に対抗するものであった。右の立場は、常に行政訴訟システムとの関連で行政法理論を組み立てようとするオーリウの基本姿勢の第一の前提となるものであり、同時に、彼の判例評釈の随所に反映されることになる。また、「オーリウの全行政法理論の出発点」(磯部力)と言うべき「行政制度(régime administratif)」概念について見ても、行政裁判制度の存在は、「行政制度を持つ国家」の重要な徴表のひとつに挙げられている⁽²⁾。さらに、オーリウは、自らの「制度(institution)理論」を踏まえ、行政が公権力の自己制限によって「制度(institution)」としての性格・構造を持つに至ることを説明する場合に、行政裁判制度の存在が公行政の「制度」化・公権力の自己制限の最も本質的な要素のひとつであることを指摘している⁽³⁾。

右の点について、一九〇二年に公表された論文「行政法研究序説(Introduction à l'étude du droit administratif français)」には、オーリウのフランス行政裁判制度に対するの肯定的評価を端的に示す、次のような一節がある⁽⁴⁾。「私は、『特権』に基礎を置く行政法のあらゆる行政法の中ではフランス行政法が実際の観点から最も進んだものであると、敢えて述べたい。この問題についての(他国との)比較は困難である。なぜなら、国の慣習によって制度は全く異なった役割を持つからである。しかし、一歩進んで述べることができると思われることは、フランス行政法が、この種の法の中で最も純粹に技術的な意味での典型となったことである。わが国のコンセイユ・デタのよ⁽⁵⁾うに強力に組成された特別の行政裁判は他に無いこと、行政活動に対する訴訟審査が行われる場合、わが国の越権訴訟で行われる以上に深く審査する制度は他に無いことは、ほとんど一致して認められている。さらに、私は、行政行為の理論がこれほど発達し、適法性の有効な統制に加え、財産的損害の広範な補償が成立した国は、(フランス以外に)無いと信じている。」また、一九〇三年公表のテリエ(Terrier)判決の評釈には、次の記述がある。「ア

ングロ・サクソンの諸国のように、行政裁判を廃止し、全ての行政上の争訟を司法裁判管轄に服せしめることが主張されるようになって久しい。……しかし、我々が行政訴訟を維持すべきという主張を止めないのは、それが誇るに値するフランス的制度であり、集権化に対する強力な修正であるからである。⁽⁵⁾」

筆者は、オーリウの行政裁判制度擁護論について、行政裁判制度否定論者との論争に焦点を当てつつ考察する機会を持ったことがあり、本稿でこれ以上立ち入った検討は加えないが、右の幾つかの引用は、彼の基本的立場を理解させるに十分であろう。そして、本研究の分析結果を先取りして述べると、オーリウは、行政裁判制度の存在を所与のものとし、その役割・機能に対する強い肯定的価値判断を基本姿勢としつつ、行政訴訟システムに理論的な基礎を与え、それが拡張・強化・効率化されることを個別の問題に関する具体的解釈論として主張した。このような基本姿勢が、彼の行政法学、とりわけアレティストとして論陣を張る際の一貫した方向性となっていたのである。

加えて、行政裁判制度と行政法理論の関係について、次の二点を指摘しておきたい。

第一に、オーリウは、民法との関係で行政法の自律性を肯定することを強く主張したのであるが、その際に、行政裁判制度の存在を決定的な根拠と捉えている。この点、既に磯部力が指摘し、筆者も別稿で論じたことがあるので、⁽⁷⁾ここでは、『行政法精義』第一版の「行政法の法全体に占める位置…普通法との関係での自律性と例外的関係」という項目下の記述を引用するに止める。

「公法の一翼としての行政法は、普通法たる民法と非常に異なっているが、公権力が交換法の関係に浸透する領域については、普通法と大いに接近する。従って、普通法との関係で、行政法の位置を正しく位置づけることは、実益がある。」「普通法の問題は、実際には、法令よりも裁判官について生じる。もし、ある法体系が、普通法たる民法典との関係で例外的で特殊な諸規範から構成されていても、この特殊な法が普通法の裁判官によって適用

されるのであれば、普通法との関係で自律的なものにはならない。例えば、商法や刑法の状態が、このようなものである。」「反対に、ある法体系が普通法の裁判官から完全に分離された裁判によって適用されるのであれば、必ずしも全面的に特殊な規範によつて構成されていなくても、それ自体、普通法から分離され、一定の領域で完全に自立的となる。……わが国の行政法の民法及び民事裁判官に対する地位は、以上のようなものであり、これは、……行政法令や行政命令の特殊性よりも、普通法の裁判官たる司法機関と行政的事象のあいだに超えがたい障壁を打ち立てた権力分立原則に由来しているのだ。」⁽⁸⁾

第二に、行政法が、判例法として形成されることに對する認識の問題がある。オーリウは、行政法がコンセイユ・デタの判例法として成り立っていることを当然の前提としているが、一歩進めて、コンセイユ・デタによる行政判例形成自体について、立法による問題解決と比べてより望ましい場合があることを指摘している。

例えば、一九一六年に公表されたボルドーガス事件判決（ガス事業の特許契約における不予見理論に関するもの）の評釈には、次のような記述がある。⁽¹⁰⁾「コンセイユ・デタについて、社会的な判例形成、即ち、その判例法が公益を完全に浸透させた幅広い正義へと導いているという部分を称賛することは、正しくかつ慎重である。」（コンセイユ・デタの判例が、第一次大戦の戦争状態において、契約外的な不予見理論を認めたことについて）「民事法の領域では、民事判例の社会的大胆さが欠けていたため、命令や立法の措置によつてモラトリウムを制度化しなければならなかった。他方、行政法の領域では、立法者の介入は有効でなかった。コンセイユ・デタの判例法は、この点について必要なイニシアティヴをとる方向へと自然に向かったのだ。」また、一九一一年公表のファブレク（Fabrége）判決⁽¹¹⁾の評釈では、判決の拘束力の問題につき、次の記述がある。（拘束力に関する）「解決は、決して立法者に付託してはならない。立法者に委ねる前に、判例法による単純な方法が十分なものかを検討する必要がある。立法者は、やり過ぎることがある。立法者は、求められている以上の別のことまでやってしまうことがしばしばある。他方、判

例法は、より多くの巧妙さを持っている。」

もちろん、オーリウも、立法による解決の必要性を主張する場面もあり、右のような態度はまさに場合によるのであるが、判例法による巧みな問題解決を望ましいと捉え得る局面の存在を指摘していること自体、オーリウの行政判例に対する肯定的評価を示すものであろう。

さらに、オーリウは、フランス行政法がコンセイユ・デタによって創られる衡平法 (droit d'équité) である、と述べる場合がある。例えば、前述の論文「行政法研究序説」（これは、同じ一九〇二年にフランス語版が出版されたダイシー (Dicey) の『イギリス憲法研究序説』を強く意識した内容となっている）では、フランス行政法を「裁判官によって行われ、行為の理論を用いて体系化された、行政主体の特権に基礎を置く衡平法」と定義し、「自分は、わがフランス行政法の強い支持者である。……私は、そのヴァイタリイゆえに（行政法を）称賛するし、この徹底した立法化の時代に、自律的な判例法が法令の空白部分に形成され得たことに感嘆する。」と記している⁽¹³⁾。また、『公法原理』第二版には、次のような記述が見られる。「……行政制度は、民法とは全く異なり、ある部分でより柔軟で進歩的なタイプの法体系を生み出した。それは特権に基礎づけられており、そこでは、行政は行政客体の上位に位置する権力的法人と捉えられた。その法は……公権力の一方的決定によって発展した。……それは、民法よりも粗野なものとして生じたが、より人間的なものに到達するのだ。時とともに、特権の法は衡平法へと変容する。公行政と行政裁判官は、私人よりも寛容に事を行うことを示す。なぜなら、その優越的立場は、高度な義務の自覚を生じさせるからである。ゆえに、行政上の事実作用により生じた損害に対する賠償の理論……は、仮に民法上の原則によつて確立されたと想定した場合に比べてずっと公正なのだ。」⁽¹⁴⁾さらに、『行政法精義』にも、コンセイユ・デタによる判例法とイギリスの衡平法を比較しつつ、「フランス行政法は、裁判官によって創られた衡平法とも言える」という記述がある⁽¹⁵⁾。

但し、オーリウの「衡平」概念の用い方には、より細密な分析が必要である。行政賠償責任に関する判例評釈の中で、「衡平により (en équité)」という価値判断を示した場合も見られるが、一九二四年公表のクイテアス (Coutéas) 判決の評釈では、軍事・国防上の観点から裁判判決の執行を拒否した措置につき、賠償責任を肯定した判決の射程を狭く解釈すべきことを主張しつつ、次のように述べている。「衡平は法ではなく、単独ではカテゴリーを持たず、従つて限界もない。法はカテゴリーを持っており、フォートはそのひとつであり、不当利得も、正当防衛もそうである。衡平は全くカテゴリーを持たず、それは感情に過ぎない。」

右を踏まえるなら、オーリウの「行政判例法Ⅱ衡平法」という図式は、イギリス法との比較、とりわけダイシイの業績を意識した文脈で用いられたもので、その評価を下すためには慎重な検討が必要である。⁽¹⁸⁾しかし、少なくとも、行政裁判制度下の「裁判官創造法」としてのフランス行政法を積極的に評価するという、オーリウの基本姿勢の顕れと見ることは可能であろう。

(2) 手続的視点による行政法観

オーリウの基本的な行政法観として、行政法は、民法と比べてプリミティブなもので、行政訴訟のシステムと実体法が未分化な状態にあり、従つて、行政法学では手続（訴訟）の視点が不可欠である、というものがある。これは、単に行政訴訟の研究の重要性の指摘に留まるものではなく、オーリウ行政法理論体系の構造全体を支える基本認識と言えるものであった。⁽¹⁹⁾

オーリウの最晩年の一九二八年に書かれた『行政判例』序文には、彼が最初に公表したカド (Cadot) 判決の評釈が、「自らのアレティストとしての将来と行政法の理論家としての方向」を決定したとした上で、このカド判決から発見したのは、「行政法の手続的思考 (conception contentieuse du droit administratif)」の方法であり、これ

は、法的性格を欠いた旧式の行政組織論的思考方法と、行政法を普通法に接近させようとする民事法主義的思考方法の両極を退けたものであると記されている。以下、「行政法の手続的思考」の中身についてのオーリウの記述を引用しておこう。

（カド判決の時点では）「普通法とは異なる状況下での、行政の権利の手続的行使が問題となっていた。行政権力について、それが法的に行使される権利であり、利害関係人のためにその行使に対抗する争訟方法があると理解することが必要であった。ゆえに、大臣や知事の日常的な行政作用が、広範な権利の行使にすぎず、その行使により生じる広範な争訟を背景に併せ持つことを理解する必要もあった。特に、行政が自らの役務を行う手段たる執行的決定による手続は、権利行使に手続的側面を付与するのであって、この手続により、行政の権利が……執行方法の視点の下にあることを理解する必要があった。」⁽²⁰⁾「この執行的手続が存在する以上、行政法は手続の視点に支配され続けるだろう。つまり、行政法において、公権力の権利は、私的な執行方法を欠く民事上の権利のような完全な静態的状态（état de paix complète）ではなく、執行方法という動態的状态（état de mobilisation）として捉えられることになる。」（行政法に係わる）「国家機構は、公権力の側面を保持しない限り存続できないし、それを保持する以上は、公権力は法的には手続的に定式化されて（将来も）現れ続けるだろう。」⁽²⁰⁾そして、この思考方法は、行政過程を「執行的決定」と「執行過程」とに動態的に分析し、それぞれを越権訴訟と全面審判訴訟とに結合して論じるという形態を与えられたのである。⁽²¹⁾

この「行政法の手続的思考」の方法は、オーリウの行政法理論の核心部分、しかも彼のオリジナリティが大いに発揮されたと思われる部分で使用された。例えば、先に引用した『行政法精義』第七版序文には、以下の記述もある。「行政法は、……直接行動の特権が全てに浸透しているがゆえに、民法にはない、興味深い章を持っている。それは、権利行使、言い換えると、行政と争訟の章である。民事法の領域では、権利行使の視点は民事訴訟へと放

逐されている。何故なら、民事法上の権利は、裁判に付託することによってのみ対抗的に行使されるからである。

他方、行政法において、公行政は、自らの権利を、自らの決定及び執行により対抗的に行使するのであり、事前に裁判に付託する必要はない。」（『行政法精義』の）「版を重ねる毎に、本書を構成する他の部分と比べて、『行政と争訟』に宛てられる部分が、常に最も改変されてきたのは、それが最も本質的な部分であることによる。今回、そこに割り振られた一三〇頁の中で、私は、行政機関の直接的行動の手續、予先決定による訴訟との連結、訴訟の分類、越権訴訟と執行的決定の理論、管理あるいは法的執行過程と全面審判訴訟の理論、これに伴う無過失損害及び役務過失による行政賠償責任の理論について、真理に近づき得たことを望んでいる。」ここにリスト・アップされた事項を見れば、オーリウの行政法学にとって、訴訟との関連で「行政法の手續的思考」方法を用いることの重要性は明らかであろう。⁽²²⁾⁽²³⁾

わが国で、オーリウの行政行為論（執行的決定理論）や行政管理（公管理）理論を素材とした比較法研究が行われる場合、彼の行政法に対する手続的・訴訟的思考方法の側面が注目されることが多かったが、これも当然のことと言える。以上のように、オーリウの行政法学は、行政訴訟との強い連関の上にその理論的基盤を成り立たせていたのである。（この点について、本章第二節第三款及び第二章第一節の分析を参照。）

- (1) Précis, 7 éd., p. V-VI
- (2) Précis, 11 éd., p. 3. オーリウの「行政制度」概念については、磯部・前掲書二六〇頁以下が優れた分析を行っている。
- (3) Précis, 11 éd., p. 42. 磯部・前掲書二七〇頁以下、同三三二頁以下。オーリウの「制度」理論を行政法学の角度から論じた文献として、磯部・同三三四頁以下、拙稿「フランス行政法における全面審判訴訟の位置づけ（三・完）」国家学会雑誌一〇三卷一・二号四二頁以下。

- (4) Revue Générale d'Administration, 1902, p. 391-392. この一節は、以後のオーリウの著作でもほぼそのまま登場することがある。Cf. Précis, 11 éd., p. 39.

- (5) J. A. 2. 459.

- (6) 拙稿「フランス『司法国家』論争の一断面」立教法学三三三号一三九頁以下。

- (7) 磯部・前掲書三六二頁、拙稿「フランス行政法における全面審判訴訟の位置づけ (二)」国家学会雑誌一〇二卷一一・一二号五五頁以下。
- (8) Précis, 11 éd., p. 27-29.
- (9) Précis, 2 éd., p. VIII.
- (10) S. 1916. 3.17/J. A.3. 578.
- (11) S. 1911. 3.121/J. A.2. 397.
- (12) Cf. S. 1926. 3.1/J. A.1. 672; S. 1903. 3.113/J. A.2. 182. また、将来の立法化を予測する場合もある。Cf. S. 1897. 3.33/J. A.1. 676.
- (13) Revue Générale d'Administration, 1902, p. 397-398.
- (14) Hauriou, Principes de droit public, 2 éd., 1916, p. 592.
- (15) Précis, 6 éd., p. 383; 11 éd., p. 34.
- (16) S. 1927. 3.105/J. A.1. 667. 参考。Cf. S. 1904. 3.121; 1915. 3. 17.
- (17) S. 1924. 3.57/J. A.1. 698. クイテラス判決について、参照、神谷・前掲書三七二頁以下。
- (18) 参照、磯部・前掲書二八七頁。オーリウ行政法学におけるイギリス法とフランス法の比較について、参照、磯部・前掲書二六〇頁以下、拙稿「フランス行政法における全面審判訴訟の位置づけ (三・完)」国家学会雑誌一〇三卷一・二号四三頁以下。
- (19) Cf. Rivero, op. cit. J.H. 144.
- (20) J. A. VII-X.
- (21) この点を論じた邦語文献について、拙稿「フランス行政法における『総合的判断手法』と『分析的判断手法』」立教法学三七号六六頁註(6)に掲げている。
- (22) Précis, 7 éd., p. XI.
- (23) オーリウによる「予先的決定の訴訟への結合」の理論が、現在でも受容されていることにつき、Cf. Chapus, Droit du contentieux administratif, 3 éd., 1991, p. 328.

第二款 訴訟提起者 (justiciable) の利益の重視 (単純化・統一化の要請)

オーリウの判例評釈には、行政訴訟システムの在るべき姿の探究という視角から議論を組み立てるという特色が見られるが、右の議論構築の基底をなす基本姿勢として、①訴訟提起者 (justiciable) の利益の要請、及び、そのコララリーとしての単純化・統一化の要請の重視、②行政のコントロール強化のための行政訴訟システムの拡充、

という二点が指摘できる。このうち②について、本研究では、越権訴訟の受理要件の拡大、裁量統制の強化、行政賠償責任の発展など個別論点の分析を通して明らかにされることになるので、ここでは、①の基本姿勢について検討しておきたい。

オーリウの判例評釈に注目し、そこに、「訴訟提起者 (justiciable)」の利益の重視という視点が貫かれていることを指摘したのは、リヴェロであった。リヴェロは、①先決問題に関するコンセイユ・デタへの移送手続の複雑さを批判したセフォン判決の評釈、②裁判管轄分配の単純化を強調したヴィオン判決の評釈、③行政裁判官による仮処分 (refere) 手続の創設を主張したサン・ジュスト不動産会社判決の評釈、④取消判決の実効性確保を保障するため、執行を拒絶した公務員の個人責任を追求することを主張したファブレク判決の評釈の四つを例として掲げ、オーリウが行政法の解釈を行う際の最も基本的な価値基準は、行政客体への奉仕とそのコララーとしての訴訟提起者の利益であったとする。そして、リヴェロは、訴訟を提起する市民の側の便宜に着目してオーリウが指摘したこれらの行政訴訟手続上の問題点が、未だ解決されていないという停滞状況について、オーリウ学説が持つ現代的性格を見出したのだ⁽²⁾。

また、スフェズの博士論文には、「将来展望的考察 (presentiment)」というタイトルの一章が設けられ、オーリウの判例評釈には、「一般の人々の目には明白でないが、既に隠れたきざしが顕れている」ことを察知し、将来の的確な予測を行い得たものがあることを、明らかにしている。⁽³⁾ さらに、スフェズは、右の箇所において、「個人の権利の尊重」として、①「訴訟の拡充と統一」、②「自由裁量行為の消滅」の二つの項目を立て、オーリウの判例評釈を分析している。⁽⁴⁾ この部分でのスフェズの分析は、やや簡潔に過ぎるという印象も受けるが、オーリウが「個人の権利の尊重」という観点から行政訴訟手続が発展しつつあることを的確に認識していたがゆえに、評釈において判例法の展開をリードすることが可能であったことを描き出している。右のスフェズの分析も、行政訴訟におけ

る原告（訴訟提起者）の側の利益を重視して在るべき訴訟手続の仕組みを提示するという基本姿勢が、オーリウの判例評釈を貫いていたことの一端を明らかにしていると言えよう。

訴訟提起者の利益の重視という基本姿勢は、より具体的には、訴訟制度及び訴訟手続の複雑さに対する批判、そして訴えの原告となる訴訟提起者にとって容易に利用するところができる明快で統一的な訴訟手続の提言という形をとる。オーリウの最初の判例評釈であるカド判決の評釈（二八九二年公表）において、すでに、大臣裁判制度の廃止により行政事件一般につきコンセイユ・デタが第一審裁判の管轄を持つという革新につき、単純で明快な行政法上の規範を打ち立て、難解さや曖昧さを取り除くものであるという認識が示されている。⁽⁵⁾

右のような基本認識が具体的な解釈論に投影された判例評釈としては、次のような例が挙げられる。越権訴訟の出訴期間の算定につき、それが極めて短期であることを考慮し、「一般的に、訴えを容易にすることは、失敗例を増やすことよりもメリットがあるのではないか」と述べて、柔軟な法解釈を主張した評釈がある。⁽⁶⁾ また、黙示の拒否処分⁽⁷⁾の起算点について、請求の受取証書が無くても可としたコンセイユ・デタ判決に対して、「法律の精神によって法律の文言を解釈するというコンセイユ・デタの判例の知恵の良き例」としてその柔軟な姿勢を高く評価した評釈もある。⁽⁷⁾ 一方、訴訟制度そのものについても、幾つかの判例評釈において、行政訴訟手続の遅延を指摘し、その迅速化のための制度改革の必要性を唱えている。⁽⁸⁾ さらに、ルモニエ判決の評釈では、権限裁判所の役割について、権限争議が生じてはじめて民事・行政のどちらの問題に判断を下すというシステムでは不十分であり、訴訟手続の単純化と統一の必要という（権力分立の維持という政府サイドの利益に比べて）上位の利益のため、全ての訴訟提起者が管轄に関する判断を求めることができるシステムが必要であることを指摘している。⁽⁹⁾ 以上とはやや次元が異なる問題であるが、無用な訴えを避けるという趣旨から、和解による補償金の支払いを肯定した判例評釈もある。⁽¹⁰⁾

以上、ややランダムに例示したみたが、オーリウが、単純化・統一化の要請という視角を解釈論に投影すること

に努めた課題の中でも、当時の判例法の展開状況から重要性が高かったものとして、(1)地方団体の紛争に関する裁判管轄、(2)先決問題による移送手続、(3)越権訴訟と全面審判訴訟の關係の三つの問題が挙げられよう。以下、順に検討する。

(1) 地方団体に関する訴訟の裁判管轄の統一化⁽¹¹⁾

この論点に係わり、行政裁判管轄の基準として公役務概念を導入した重要判決として知られるテリエ (Terrier) 判決に対するオーリウの評釈 (一九〇三年公表) には、次の一節がある。(ある制度が)「存続するためには進歩が必要である。革命を避けるためには改革しなければならない。そして、現在、行政訴訟につき要請されている改革とは、単純化と統一化である。」⁽¹²⁾

このテリエ判決の意義は、行政裁判管轄の分配原理が国と地方団体とで異なっていた状況について、県の作用であつても公役務の組織・運営に係わるものであれば、国の場合と同様に行政裁判管轄を肯定したことであつた。

オーリウも、国の作用であるか地方団体 (さらには公施設法人) の作用であるかによつて裁判管轄が相違することについて、早い段階から否定的見解を持っていた (例えば、一八九二年公表のキリスト教徒学校父親協會事件判決の評釈⁽¹³⁾、一八九四年公表のサン・テティエンヌガス会社事件判決の評釈など)⁽¹⁴⁾。このオーリウの見解は、地方分権化の意義

として県や市町村を国と同様の公権力の担い手と位置づけようとする立場 (本稿では第三章で分析される) を踏まえたものという側面もあるが、行政訴訟制度及びその手続の単純化の要請の具体化という側面もあつた。以上の問題状況が明確に指摘されているものとして、一九〇一年公表のカザダヴァン (Casadavant) 判決の評釈がある。⁽¹⁵⁾ カザダヴァン判決とは、市町村の教員に対して法定額に上乗せした特別手当を支給するという約定 (engagement) に関する紛争につき、権限裁判所で裁判管轄が争われたものであり、権限裁判所の判決は、右約定は法律あるいは行

政立法により規定された義務的なものではなく、市町村が自発的に定めたという理由で、民事裁判管轄と結論づけた。以下、オーリウの評釈を引用する。

「フランス行政法は、その発展の現段階で、まだ多くの未解決の問題を含んでおり、重要な課題の幾つかについてその方向性が探られている。その課題のひとつが、……地方行政についてどのような法的性格を認めるべきか、そして、その結果、地方行政はいかなる訴訟に服するかという点である。」「国の行政は、……公権力により強く影響を受けている。そこでは、諸公役務の管理は、公的な事務管理として行われるのであり、公権力自身がその管理者である。そして、公権力の独立性に対する懸念から行政裁判が制度化され、右の管理に関する行為の大部分から生じる訴訟がそこで扱われている。国の行政と行政客体との関係は、まさに特殊行政的である。それは、行政と公務員との関係に類似する。……このような国の行政が持つ公権力の特質は、地方行政にも及ぶのだろうか。あるいは、地方行政は、市町村の行政について従来そうであった如くに、民事的な団体の管理としての性格を保つのだろうか？ 言い換えると、地方的役務の作用は、公管理と考えられるのか私管理と考えられるのか？ この問題の実益は、訴訟の点にある。従来、ほとんど全ての県及び市町村に関する訴訟の管轄は、司法裁判所であった。司法裁判管轄が縮小し、行政裁判管轄が拡大するのだろうか？」「多くの論者は、地方行政は公権力の侵入に今後も抵抗し、民事上の対象であり続けると信じている。……我々は、この見解に賛同しない。問題は、何が理論上最良の解釈であるかということではなく、事実を観察し、流れの方向を見極めることにある。大きな潮流からみて、我々は、地方行政の法的性格は、次第に国の行政のそれに近づくこと、そして、行政訴訟もこの方向に発展することを信じるに至っている。我々は、そこに大きな不都合を見いださないし、……この同化作用には、単純化という大きなメリットがあるのだ。」⁽¹⁶⁾

オーリウのこの見解は、権限裁判所の解釈（法律あるいは行政立法により義務づけられた役務であるか否かを管轄の

基準とするもの」とは異なるものであった。この点、オーリウは、次のように述べる。「権限裁判所の思考の中にある区別は、……恐らく長い間存続することはできない。これは、地方行政がそのあらゆる役務の執行のために締結した約定の全てが行政的と扱われる日が訪れるまでの、過渡的な便法に過ぎないだろう。」以上要するに、オーリウは、分権化の進行の結果、地方団体による地方的役務と国の役務とは同質の公管理となっていることを指摘したのである。⁽¹⁷⁾

この評釈が公表された二年後、コンセイユ・デタが出した前出のテリエ判決及びそこでの論告担当官ロミウの論告は、県の約定につき行政裁判管轄を肯定した。その評釈の冒頭部分で、オーリウは、次のように述べている。「我々は、県及び市町村に係る事件への行政訴訟の拡大と、公役務あるいは行政的手法により行われる措置の執行の全てにつき行政訴訟の本来的適用を肯定した本判決を記録することに、深い満足感を覚える。……(ロミウの論告につき)我々が付け加えるべきものは何もない。しかし、……我々の義務は、この判例の転換が訴訟提起者(justiciable)⁽¹⁸⁾にとってより大きな利益をもたらすためのものであることを示し、訴訟提起者を安心させることにある。」

このテリエ判決の後、一九〇八年には、県に対する損害賠償訴訟につき司法裁判管轄を否定したフトリ(Feutry)判決、及び、市町村に対する損害賠償訴訟につき同様の解釈を示したフォンコロムブ(Fonscolombe)判決という権限裁判所の判決が相次いでだされ、さらに、一九一〇年には、市町村の契約訴訟につき行政裁判管轄を肯定したコンセイユ・デタのテロン(Thérond)判決が出される。⁽¹⁹⁾これら一連の重要判決(グラン・ザレ)に対し、オーリウは、訴訟提起者のための管轄の単純化という自らの主張が受け入れられたものとして、高い評価を与え続けた。

フトリ判決の評釈では、権限裁判所の判決と論告担当官テシエの論告を称賛した上で、行政訴訟が、単純化とい

う方向で自己改革し、執行的決定による手続と公役務の執行作用という二つの理念に支配されるという形に収斂された結果、自らの危機を克服したと述べられている。⁽²⁰⁾ また、フォンコロムブ判決の評釈では、損害賠償訴訟に関する裁判管轄を統一した権限裁判所の判例法を以下のように評価している。「これは、良き仕事である。なぜなら、我々は、大衆が……従前よりも手続の複雑さに煩わされなくて済むように、統一化により行政訴訟を単純化することとが緊急の課題であると繰り返し主張してきたのだから。」⁽²¹⁾ さらに、テロン判決の評釈でも、判決の内容及び論告担当官ピシャの論告を高く評価し、地方公共団体の役務の執行措置に関して行政裁判管轄が拡張された判例法の流れを再確認しつつ、「統一化と単純化の作業、及び、行政訴訟の強化の作業が、同時に達成された」ことを述べている。⁽²²⁾

以上の一連の評釈は、オーリウが判例法における公役務理論の形成と発展に影響を与えたという文脈で分析の対象とされているが、⁽²³⁾ ここでは、行政訴訟の利用側の利益という観点から手続の単純化を主張するという、オーリウの基本姿勢の投影という側面を指摘しておきたい。⁽²⁴⁾

(2) 先決問題 (question préjudicielle) 及びこれに伴う移送手続

先決問題は、行政裁判と司法裁判の並立がいわば必然的にもたらす問題点と言うことができるが、オーリウは、ここでも「単純化」を志向する解決を主張している。⁽²⁵⁾

まず、一八九七年公表のヴェラン (Vaillant) 判決の評釈には、⁽²⁶⁾ 次のような記述がある。「先決問題を形成する問題は、……注意深く制限されなければならない。無意味な先決問題が生じることを防ぐ結果を導いた権限裁判所の本判決は、単純化に一定の配慮をしたものと言える。そして、この配慮は、大いに称賛に値する。フランス行政法は、今や著しい進歩を遂げた。二つの裁判管轄の激しい争いは、行政訴訟にとって目覚ましい貢献を成し、問題の

本質へと向かうことを強いた。しかし、そこに一定の複雑さが無かったわけではない。各々の裁判官に帰属すべき紛争を正しく割り当てるために、紛争が分割され、極限まで分解されるに至った。その結果、非常に類似しているので区別が困難な領域において裁判官が異なったり、ひとつの事件について二人の裁判官がそれぞれ関与するといった事態が生じた。これは、余りに精妙すぎるし、時間と金銭が余りに無駄になる。これは、単純化と迅速性という、現代の要請に答えていない。管轄問題に関する現在の重要な行為基準は、何より単純化することなのだ。」

さらに、一九一七年公表のヴィオン (Vion) 判決の評釈⁽²⁷⁾にも、ある紛争のカテゴリーについて管轄を単純化し、先決問題を無くすことを主張して、次のように述べている。「私の見解では、単純化は、権限裁判所が常に配慮すべき事項である。権力分立は、その政治的意義がすっかり薄れており、訴訟提起者や実務家にとって、もはや訴訟手続における不確実や困難の原因たる複雑さでしかない。……(単純化のために) 明瞭な管轄分配の規範と、先決問題の除去が必要である。」同様のコメントは、一九二一年公表のサトネーヴィラージュ村事件判決の評釈でも、繰り返されている。⁽²⁸⁾

一九二三年には、セフォン (Septfonds) 判決の評釈が公表される。⁽²⁹⁾セフォン判決は、司法裁判所が本案の管轄を持つ事件において行政立法が適用されている場合に、行政立法の意味の解釈は司法裁判所が行えるが(「前提問題として司法裁判所が審査する」、行政立法の適法性の審査は行政裁判所に留保される(「先決問題として行政裁判所に移送される」という準則を示した、権限裁判所の重要判決である。⁽³⁰⁾この判例に対し、オーリウは、厳しい批判を加えている。(行政立法の意味の解釈と適法性の評価を区別するという)「妥協的解決は、全面的に満足できるものではない。確かに、行政立法の意味の解釈が本案の裁判官に委ねられ、その限りで先決問題が排除されることには、一定の意義がある。しかし、権限裁判所が、中途半端な行き方に止まり、……適法性の評価であっても司法裁判所に委ねることが法原則及び実益にかなうことを認めようとしなかったことは、残念である。」越権訴訟を典型とする

取消訴訟は、当該行為を行った行政庁の意思を阻止するが、これは執行権全体から見ると、職権取消に似た権力の一種の自己制限であり、行政裁判に付託され、取消の効力は対世的（*erga omnes*）なものとなる。しかし、行政行為の適法性の評価の訴訟は、当該行為の違法を宣言し、関係当事者間について当該行為の対抗力がないことを宣言するもので、その効果は既判事項の効力の範囲に留まる。従って、適法性評価訴訟と越権訴訟を、完全に同一視するとはできない。「行政権と司法権の分立原則が考慮に値するとしても、別のより重要な原則が対抗している。すなわち、……手続きに重大な複雑さをもたらす先決問題は、訴訟人の利益のために可能な限り排除すべきという原則がある。」「我々は、先決問題と手続の複雑さを決して好まない。我々は、……解釈訴訟にせよ、有効性評価訴訟にせよ、コンセイユ・デタへの義務的移送が消滅することを躊躇なく望みたい。……右の種類の訴訟は、行政訴訟から削除されると良い。……（そうすると）訴訟提起者の障害が消えることになり、行政法はより良くなるだろう。」

オーリウは、「先決問題の排除は、段階的に行われなければならない」とも述べており、ラディカルな訴訟制度の改革を主張している訳ではない。しかし、訴訟提起者（原告）の便宜を重視し、複雑な訴訟手続を少しでも改善することを主張していることは、オーリウの解釈論の基本姿勢を示す典型例と言えるであろう。

（3）越権訴訟と全面審判訴訟の関係

オーリウは、ある時期、全面審判訴訟による越権訴訟の吸収というテーゼを強く主張した。これは、幾つかの判例に影響された部分もあるが、オーリウ学説の「誤り」の例として良く知られたテーゼである。⁽³¹⁾ このテーゼ及びそれが主張された問題状況は、本章第三節で分析されることになるが、この点に関して、訴訟の「単純化」や「市民にとつての利用の容易さ」が強調されている。すなわち、行政訴訟の訴訟形式を全面審判訴訟へ統合することを主張した、一連のオーリウの判例評釈には、次のような記述が見られる。「歴史的研究を行うと、訴訟が柔軟になり

単純化してゆくことが明らかにになる。最終的に全てに優るべき課題は、大衆にとつての便宜である。⁽³²⁾「行政訴訟を単純化することは、絶対に必要である。」⁽³³⁾「現実的な単純化の必要性は、あらゆる心理的区分を廃止するのだ。」⁽³⁴⁾右の記述も、オーリウの基本姿勢の一端を示すものと言えよう。

(1) ここでは、行政のインフォーマルな活動に対するコントロールの強化という角度から論じられた例を幾つか挙げておきたい。土地所有者に対する道路建築線 (alignment) の付与につき、申請に対する処分が遅延があった場合、これを黙示の拒否処分として取消訴訟で争うことも可能であるが、コンセイユ・デタが処分の義務づけをできない以上実効性に乏しいので、右処分の遅延がフォートを構成するとして行政賠償責任を認めることを主張した判例評釈がある。(S. 1913. 3.121/J. A.1. 658) また、本来土地収用手続を用いるべきであるのに、道路建築線の付与という手法で土地利用を制限した事例について、「個人の自由の保障」という視点を欠き、「良き行政」に反する権限濫用であると解釈した判例評釈がある。(S. 1903. 3.97/J. A.2. 337. 本章第二節第三款を参照。) さらに、コンセイユ・デタが市町村の選挙区割りに関する知事の決定を取消したにもかかわらず、右知事がこれを無視して選挙人召喚のアレテを出したという事件に対して、「恣意的なやり方に対抗するために、あらゆる法的手段が正当化される」と述べ、様々な法的対抗手段を提示した評釈もある。(S. 1909. 3.129/J. A.1. 253.)

(2) Rivero, op. cit., J. H.148-149. 引用された四判決は、T. C.16 juin 1923, S. 1923. 3.49; T. C.29 juillet 1916, S. 1917. 3.1; T. C.2 Décembre 1902, S. 1904. 3.17; C. E. 23 juillet 1909, S. 1911. 3.121.

(3) スフェズの тезис は、全三部(第一部「オーリウの行政法思想の内容」、第二部「オーリウの行政法思想の知的方法」、第三部「オーリウの行政法思想の伝播」)から構成されており、「将来展望的考察」の章は第二部(オーリウが行政法学を構築する際に用いた思考方法の特色を様々に描き出した部分)に含まれる

(4) Sfez, op. cit., p. 306. なお、磯部・「書評」都立大学法学会雑誌一〇巻一号一六一頁以下。

(5) S. 1892. 3.17/J. A.2. 424.

(6) S. 1902. 3.9/J. A.2. 482.

(7) S. 1923. 3.1/J. A.2. 119.

(8) S. 1911. 3.89/J. A.2. 48; S. 1925. 3.9/J. A.2. 100. なお、後者の判決は、私人に権利を設定する処分につき、職権取消に一定の制限があることを示したものである。参照、遠藤博也「設権的行政処分の取消」フランス判例百選七八頁。

(9) S. 1918-19. 3.41/J. A.1. 636.

(10) S. 1903. 3.89/J. A.3. 377.

(11) Sfez, op. cit., p. 306-308. 地方団体に関する訴訟の裁判管轄が、行政裁判管轄に統一される過程について、参照、神谷昭『フランス行政法の研究』八九頁以下、滝沢正「フランス法における行政契約(二)」法協九五巻五号七七頁以下。

- (12) J. A.2. 459-460.
- (13) S. 1892. 3.125/J. A.3. 732.
- (14) S. 1894. 3.1/J. A.3. 522.
- (15) S. 1901. 3.113/J. A.2. 463.
- (16) J. A.2. 463-464.
- (17) J. A.2. 469.
- (18) J. A.2. 454.
- (19) 『リヴェロ』一七七頁。
- (20) S. 1908. 3.97/J. A.1. 573.
- (21) S. 1909. 3.49/J. A.1. 588.
- (22) S. 1911. 3.12/J. A.3. 679.
- (23) Rivero, op. cit., *Mel Mestre*, p. 461; Sfez, op. cit., p. 138-142.
- (24) 管轄の統一化について、行政裁判制度の内部における県参事会とコンセイユ・デタの管轄分配という問題も存在し、オーリウはこの点についても判例法による単純化を支持した。Cf. S. 1909. 3.49/J. A.1. 588.
- (25) 先決問題について、参照、遠藤博也『行政行為の無効と取消』二四六頁以下、同三二二頁以下、兼子仁『現代フランス行政法』七三頁以下、同「フランス行政法における先決問題」都立大学法学会雑誌三卷一・二号一八三頁以下。
- (26) S. 1897. 3.81/J. A.3. 739.
- (27) S. 1917. 3.1/J. A.1. 49.
- (28) S. 1921. 3.17/J. A.1. 323.
- (29) S. 1923. 3.49/J. A.1. 50.
- (30) 『リヴェロ』一九七頁、兼子仁『現代フランス行政法』八一頁。
- (31) Cf. Fournier, op. cit., E. D.C. E., 1957, p. 157; Chapus, *droit du contentieux administratif*, 3 éd., 1991, p. 429. 参照、拙稿「フランス行政法における全面審判訴訟の位置づけ（三・完）」国家学会雑誌一〇三卷一・二号六六頁。
- (32) S. 1913. 3.129/J. A.2. 490.
- (33) S. 1914. 3.49/J. A.2. 496.
- (34) S. 1914. 3.33/J. A.2. 419.

第二節 越権訴訟の法理

第一款 越権訴訟の対象性の拡大と並行訴訟の抗弁の後退

越権訴訟の対象は「行政決定」とされるが、この「行政決定」は柔軟で広い概念であり、このことが越権訴訟による行政のコントロールの幅を広げるものであることは、良く知られている。⁽²⁾ 例えば、(行政決定とは)「一種の行政組織内部の行為や、一連の行政過程において最終的な行政行為に至る前段階に位置するところの諸々の決定・認定・判断等をも含んだ観念である」(亘理格)⁽³⁾と言われている。

また、オーリウ行政法学の核心のひとつが、彼の行政行為論たる「執行決定」理論であったことは異論のないところであり、これが越権訴訟の対象性の問題と結びついていたことも明らかである。⁽⁴⁾ 一方、判例法の動向について見ると、オーリウが活躍した時期の行政判例は、越権訴訟の対象性の拡大の方向で発展していた。すなわち、行政立法に対する越権訴訟の受理可能性が拡張され、⁽⁵⁾「分離しうる行為」理論の発展によって、行政過程の中から越権訴訟の対象性を満たす行政決定を抽出する解釈が行われていた。⁽⁶⁾そして、オーリウは、右の判例法の展開に対応しつつ、越権訴訟の対象性につき、越権訴訟システムに対する肯定的評価を背景に、その拡大を求める主張を行っていた。ここでは、まず、行政立法に対する越権訴訟の受理可能性が問題となった判例評釈について、検討する。

(1) 行政立法に対する越権訴訟の受理可能性

オーリウは、特別執行令 (règlement d'administration publique) 法律の委任に基づきコンセイユ・デタの諮問を経て定立される命令⁽⁷⁾に対する越権訴訟の提起が肯定された東部鉄道会社事件判決の評釈⁽⁸⁾(一九〇八年公表)において、論

告担当官タルデュの論告を称賛しつつ、特別執行令を越権訴訟の対象性を満たす行政行為の範疇に含めるという判例法の展開を、待望されていた正当なものと評価している。また、組織の内部規則についても、一九一三年公表の判例評釈で、越権訴訟の領域を拡大するという行政判例の展開過程において、内部規則につき越権訴訟を認めないという原則が破られつつあることを指摘している。⁽⁹⁾その後、一九二一年に、オーリウは、大臣通達（instruction ministérielle）の法的性格に関する二つの判例評釈を連続して公表する。先に公表されたコシェ・ダテクル事件⁽¹⁰⁾は、射撃場の周辺住民が、右射撃場の設置が軍事大臣の通達に違反する危険なものとしてその閉鎖を求めたのに対して、軍事大臣が拒否決定をしたので、その取消と賠償を求めたものである。コンセイユ・デタの判決は、大臣通達は内部的行政行為としての性格しか持たず、その不遵守は訴訟を発生させるものではないので、決定に対する取消請求は不受理というものであった。（なお、司法裁判所に対して補償請求することは可能とされた。）オーリウの評釈では、通達の法的効力について行政組織の内部と外部とに分けて理解し、大臣通達は、本判決の土地所有者のような行政外部の第三者に対しては適法性原理の要素とならないが、行政内部の者に対しては法的効果を持ち、越権訴訟の対象となり得ることを述べている。続けて公表されたサムバ判決⁽¹¹⁾は、選挙に立候補した教員に対して、公務員の政治活動の制限に関する大臣通達に照らして無給の職権休暇と扱った知事の決定につき、越権による取消と賠償が認められたものであり、オーリウは、通達の法的効力について、組織内部の公務員には及び得ることを強調している。このように、通達の越権訴訟対象性という問題について、オーリウは、行政内部の法関係に属する一定の者につき肯定的に考えるという立場をとるのであった。⁽¹²⁾

右のように、オーリウは、行政立法に対する越権訴訟の対象性について、越権訴訟の拡充という見地から、柔軟に解釈する立場を示していた。（なお、オーリウ行政法学における行政組織の内部法・外部法という視座については、本稿第三章で検討されることになろう。）

(2) 並行訴訟の抗弁の後退

他方、越権訴訟の対象性を縮減することになる要因として、並行訴訟の抗弁（並行訴訟の存在による不受理の抗弁）の法理が存在する。並行訴訟の抗弁とは、他の訴訟形式によって救済可能な場合には越権訴訟の提起可能性が否定されるというもので、越権訴訟の補充性を端的に示す法理と位置づけられていた。⁽¹³⁾ 判例法における越権訴訟の発展・拡大の過程では、この並行訴訟の抗弁を後退させる必要があり、オーリウもこの判例の動向に対応して議論を展開した。以下、並行訴訟の類型ごとに、①地方議会の議決無効訴訟、②選挙訴訟、③直接税訴訟、④間接税訴訟、⑤契約訴訟、⑥損害賠償訴訟の六つの項目に分けて、オーリウの論述を検討したい。

① 地方議会の議決無効訴訟

一九世紀末から今世紀初めの時期には、納税者あるいは選挙人が地方議会の議決の取消を求めて提起した越権訴訟の受理可能性が、問題になっていた。そこでは、納税者・選挙人の訴えの利益の有無という、原告適格の拡大の論点がある（本節第二款参照）。一方で、別の法制度として存在していた税務訴訟・選挙訴訟（これらは全面審判訴訟の類型である）との並行性の問題が、越権訴訟の受理可能性の障害となっていた。さらに、財務事項に関する地方議会の議決等については、一八八四年四月五日のコミュニケーション法により無効確認の争訟手続が法定され、首長への申立等を経て最終的に越権訴訟の形式でコンセイユ・デタに提訴する手続が存在しており、法定の特殊な越権訴訟と一般の越権訴訟が併存するという状況にあり、問題をより複雑にしていた。⁽¹⁴⁾ ここでは、まず、地方議会の議決に対する越権訴訟の受理可能性の問題を扱いたい。

上述のように、一八八四年コミュニケーション法により地方議会の無効を争う越権訴訟は、納税者が議会議決の取消を求める越権訴訟との並行性という問題を持っており、当時は一般に両者は並行訴訟の關係に立つ、すなわち、コミュニケーション法による越権訴訟の存在は通常の越権訴訟の提起を妨げる要因になると考えられていた。⁽¹⁵⁾ オーリウは、一

九〇一年に公表したポワチエ市パン屋補助金事件判決の評釈の中で、この問題につき以下のような分析を行っている。⁽¹⁶⁾

「地方議会（議決機関）の議決は、その性質によって越権訴訟を妨げられるのではなく、並行訴訟の存在から導かれる不受理の抗弁によつてのみ、すなわち議決無効の争訟方法が認められる限度でのみ、越権訴訟から逃れる。従つて、地方議決機関の議決は、少なくともそれが執行の決定を含んでいるという意味で執行権の機関の行為と同じ性質である……。実際、議決に対して、越権訴訟とこれ以外の無効の争訟方法が可能である。越権訴訟が無効争訟の訴えとの関係で消滅するとすれば、それは議決がその対象外の行為だからではなく、単に越権訴訟が補充的だからである。」「市会の議決に対する無効争訟と越権訴訟の存在は……複雑な状況を生み出している。これは、単純化されなければならない。すでにコミュニケーション法六七条によりコンセイユ・デタに付託される訴えは、越権訴訟の形態を取っているのだ。……直截的な越権訴訟は、最も強力で最も柔軟な制度を形成しているのであり、無効争訟を自らの方に引きよせることが可能である。」

右のオーリウの見解は、議会議決の法的性質自体は、越権訴訟の対象性を満たし得るものであり、越権訴訟と議決無効訴訟とを比較した場合に、むしろ越権訴訟の対象として扱うべきことを主張したものと言える。ここで、オーリウは、並行訴訟の抗弁を否定している訳ではない。しかし、二つの訴訟方法の存在が行政訴訟へのアクセスという意味で市民の側にとつて単純化を必要とする状況にあること、そして、問題の解決は、越権訴訟の拡充へ向かうべきであることが、明確に主張されていると言えよう。

② 直接税訴訟

直接税訴訟と越権訴訟の並行性の問題について、まず一九〇〇年に公表されたメルラン (Merlin) 判決の評釈⁽¹⁷⁾から検討したい。この事件は、県の違法な支出を根拠として提起された直接税減額請求の訴え（これは直接税訴訟）

が一部認容されたものであるが、オーリウは、この判決及び判決での論告担当官ロミウの論告の中で、従来相互関係が曖昧であった直接税訴訟の限界が画定されたことにより、越権訴訟の領域が明確になったと評するのであった。

オーリウは、納税者が地方議会の違法な決定に対して提起する訴えの訴訟形式について次のように述べる。「現在まで、コンセイユ・デタは、……越権訴訟と直接税訴訟という二つの訴えが納税者に認められていたことから利を得てきた。右両者の一方の訴えが提起された際に、コンセイユ・デタは、まずそれを却下した。このことは、他方を選択したほうが良かったと思わせるものであった」。そして、コンセイユ・デタは、一八九〇年には直接税訴訟を却下して越権訴訟の方法を示唆したのに対し、一八九三年には逆に直接税訴訟に回帰するというゆれを示していた。メルラン判決は直接税訴訟を肯定したのであるが、この点について、「我々はこの状況を称賛しなければならぬ。なぜなら、コンセイユ・デタは、ある特別な場合に直接税訴訟を認めたというまさにそのことによって、右の訴えの限界を画したのだ。……(この判決を検討すると)その射程は僅かであること、そして、論告担当官ロミウ氏が明確に強調しているように、納税者に越権訴訟による保護を与えるに至らなければならないことが見いだせるのだ。」

以上のように、オーリウは、一見直接税訴訟の側に傾斜したかに思えるメルラン判決の中で、むしろ納税者による越権訴訟への積極的評価を見いだし、これを擁護する議論を展開している。そして、オーリウは、両訴訟の判決の効力の比較という視点から、直接税訴訟に対する越権訴訟の優位を説いている。(直接税訴訟が)「もたらす帰結は、全く満足のゆかないものである。まず、……違法性の宣言はサンクシヨンの無いものであって、単に上級行政庁に対し同種の支出に関する予算について今後承認しないように仕向けるというような方法で、それ(違法性の宣言)が将来実現されるということに過ぎない。しかし、問題はそれだけではない。直接税訴訟は、納税者全てのた

めに対世効 (erga omnes) を発生させるものではない。その判決効は既判力によって制限される。訴えを提起した者のみが納税を免じられるのだ。ゆえに、支出および歳入を攻撃しようと望む当該市の納税者全員が訴えを提起しなければならぬことになるだろう。」この有名な一節において、越権訴訟を擁護するオーリウの基本姿勢の一端が見てとれる。

翌一九〇一年には、カザノヴァ (Casanova) 判決の評釈が公表される。⁽¹⁸⁾ カザノヴァ判決は、越権訴訟（但し、前述の一八八四年法に基づく市会議決無効を争う越権訴訟である）の原告適格を、純然たる納税者に認めた重要判決として知られるものであるが、同時に、税務訴訟との関係での並行訴訟の抗弁を後退させ、越権訴訟を拡大させるという意義も合わせて持つ判決と言える。この評釈においても、上記メルラン判決に言及しつつ、（直接税訴訟の）「帰結は攻撃された議決の対世的な取消をもたらしものではなく、訴えを提起した納税者に対してのみ税の減額あるいは免除をもたらす」ことを指摘し、越権訴訟の認容を主張している。これらの議論は、越権訴訟と直接税訴訟をその効力の面から比較し、越権訴訟の判決のもつ対世効の意義を評価するという角度から、判例法が示しつつあった並行訴訟の抗弁の後退による越権訴訟の拡大を支援するものであると見てことができよう。

③ 選挙訴訟

並行訴訟の抗弁に関するオーリウの見解が一応の集成を見たと言えるのが、一九〇四年に公表されたシャボ (Chabot) 判決の評釈である。⁽¹⁹⁾ ここでのテーマは、選挙区割りに関する県会の議決に対して選挙人が提起した越権訴訟について、受理可能性が肯定されるかという問題である。シャボ判決以前の判例法は、右のような越権訴訟は、既に実施された選挙そのものを争う選挙訴訟という並行訴訟の存在によって不受理としていた。つまり、選挙訴訟において選挙の準備手続の違法性が判断可能であるということを根拠に、並行訴訟の抗弁により越権訴訟が却下されていた。これに対して、オーリウは以下のように述べている。「この判例法は、選挙人を決して満足させる

ものではなかった。……実際、それは、裁判拒絶と奇妙にも類似していた。訴えを提起するには、(選挙実施まで)四年も待たなくてはならない。この間に、選挙区割りは、各区ごとの選挙人名簿作成……等あらゆる行政的效果を生じる。他方、選挙の取消は、……区割りの異常性という点での解決ではなかった。区割りが裁判官によって取消されるのではなく、県会が自発的に区割りを改めるという保証はどこにもなかった。」そして、「越権訴訟の認容と並行訴訟による不受理の抗弁の放棄が、最も単純(な解決法)であり、この変革は不可避であった。」

シャボ判決は、並行訴訟の抗弁を否定して選挙人による越権訴訟の提起を認めたもので、オーリウの主張と一致するものであった。評釈の中で、オーリウは、並行訴訟の抗弁の理論に関する学説・判例についての総合的な分析を提示する。そして、オーリウは、判例法の展開について、並行訴訟の抗弁の存在そのものを否定するものではないが、行為の効果を除去することが可能な別類型の訴訟が存在する場合にのみ越権訴訟との並行性を肯定し、行為の結果を填補するだけの訴訟については並行訴訟の抗弁を否定するという形で「直接の並行性」要件が精密に定義され、その結果、並行訴訟の抗弁の射程が画定されたものとして評価したのである。この結論は複数の角度からの詳細な検討を経て獲得されているのであるが、その最後の部分に、コンセイユ・データの判例政策という観点からの興味深い記述があるので、以下に要約を示そう。

越権訴訟の不受理の抗弁について、コンセイユ・データの慎重さ(discretion)の問題が指摘できる。コンセイユ・データは、他の裁判管轄を侵食し、かつての国王顧問会議の記憶を呼び覚ますものだとは非難されることを嫌い、これが判例政策を形成する理念のひとつとなっている。しかし、コンセイユ・データは別の配慮をする必要がある。「それは、越権の裁判は良き行政の最上位の保障であり、行政の利益自体も越権訴訟の発展と拡大とを要請し得るということである。」選挙区割りについて、知事による行政上の後見監督の保障は有効度が低く、他方越権訴訟で取消を争うことは迅速で有効な解決となる。「このような考慮は、選挙区割りにあてはまるものだが、より広く射程が及

び、並行訴訟の抗弁の他のケースにも適用される。」「二つの相反する原則の間に立つて、コンセイユ・デタは、その判例政策において、事物内在的な発展の方向……に従うことになろう。既に何年にも渡り、事物内在的な発展は、とりわけ越権訴訟の領域におけるコンセイユ・デタの管轄の拡大に資するものであった。……本件に先行した（カザノヴァ判決など）コミュニケーションの納税者に対する越権訴訟の拡大は良く受入れられたのであり、（本件に見られる）新たな拡張も同様になるであろう。」

以上のように、オーリウは、越権訴訟による争訟システムの優位性を強調しつつ、並行訴訟の抗弁という法技術を厳密に解釈することによってその適用領域を後退させ、その結果越権訴訟の拡大を正当化したのであった。

④ 間接税訴訟

並行訴訟に該当する例としては、間接税訴訟も想定される。この場合、間接税訴訟は司法裁判管轄に服することから、行政訴訟たる越権訴訟と民事訴訟たる間接税訴訟との関係が問題になるのである。この点を論じるオーリウの文献として、一九〇八年の判例評釈⁽²⁰⁾が存在する。判決は、電話の使用停止措置を受けた電話加入者が右決定の取消を求める越権訴訟を提起したものである。コンセイユ・デタは、電話加入契約についての司法裁判という並行訴訟の存在を指摘し、使用停止の要件の有無については行政による措置の適法性の問題であつても司法裁判管轄における判断が可能として、並行訴訟の存在により本件越権訴訟を不受理とした。オーリウは、この判決に対し、「現実には裁判拒絶を形成し、さらに根拠のあるものとも言えない」と厳しく批判を加えた。なお、オーリウは、電話加入契約の訴訟（もっぱら電話使用料を争う）は間接税訴訟であるとして議論を進めており、本稿もこれに従う。

オーリウの論拠は、およそ次のように要約できる。本件の場合、司法裁判所が通話を停止された電話加入者の要求を満たすことは不可能である。原告は、電話使用料を争っているのではなく停止措置の適法性を直截に争っているものであり、右措置の適法性が電話使用料の争訟手続の中でしか争えないのはおかしい。「この加入者は、より直

截な手続によって行政の恣意に対して保護される権利を持つはずである。彼が通常の市民と同じ保護を享受できないのは理由のないことだ。……我々が特殊な規律的権力に服していることは明らかであり、我々が行政の規律的な越権に対する通常の救済方法である越権訴訟を利用するのは当然のことだ。」

さらに、オーリウは、並行訴訟の抗弁に関する判例政策の観点からも、コンセイユ・デタはここで越権訴訟を認めるべきことを指摘する。彼は、警察命令の適法性について、治安判事による刑事手続（違法の抗弁となる）ではなく越権訴訟で直接争うことを認めた判例法や、上述のシャボ判決を引きつつ、次のように述べる。「コンセイユ・デタは……申請人に対して行為の対世的（*erga omnes*）な取消という望ましい真の解決を導き得ない手続による迂回を許すことが濫用的であると考えた場合に、すでに繰り返し不受理の抗弁を無視してきた。間接税の領域における国営事業者の懲戒措置についても、コンセイユ・デタが右の姿勢を再びとることが望ましいのである。」

電話の使用に関する紛争について越権訴訟の拡張を主張したオーリウ説は、判例法の受け入れるところとはならなかったけれども、右の論述から、他の訴訟システムと比較におえる越権訴訟の有効性を根拠に、越権訴訟の対象の拡大を主張するというオーリウの基本姿勢を窺うことができるであろう。

⑤ 契約訴訟

行政契約に関する訴訟は全面審判訴訟であり、並行訴訟の抗弁により越権訴訟は受理されないことになる。しかし、行政判例法は、「分離しうる行為」の法理により、例えば行政契約に行政決定が先行するような場合に、契約から「分離しうる行為」として越権訴訟の受理可能性を肯定している。⁽²¹⁾ この契約から「分離しうる行為」の法理の形成にあたり、オーリウの学説も大きな役割を果たした。

オーリウは、一九〇六年に、一九〇三年から一九〇六年にかけての六つの判決を比較検討した評釈を公表する。⁽²²⁾

これらは、地方団体の契約締結を承認する後見監督行為（議会議決や知事決定）に対する越権訴訟について、契約

自体を争う訴訟の存在にもかかわらず、受理可能性を肯定するものであった。問題状況に関するオーリウ自身の説明を見てみよう。「問題となった事例は、越権の瑕疵を帯びていると主張された行政上の執行的決定が、訴えが提起された時点ですでに当事者に既得権を与える交換法の作用、すなわち売買や賃貸借のような私法上の契約あるいは公土木の特許契約のような行政契約の基盤を支えるものとなっていたというものである。」「現在まで、すでに既得権の基盤を支えている決定に対して、越権訴訟は受理されないと考えられて来た。その根拠は、第一に、このような訴えは並行訴訟の存在による不受理の抗弁によって消滅してしまうという点にある。すなわち、問題とされた決定に続く執行過程（オペレーション）について、利害関係人がその過程の完全な取消を可能にする何らかの全面的審判訴訟を提起できることが考慮されたのである。」契約の執行過程が行政裁判管轄ならば、裁判官は先行する執行的決定の有効性を評価し、決定の取消と執行過程の取消を同時に解決してきた。また、執行過程が司法裁判管轄であれば、行政決定の有効性評価訴訟という形でコンセイユ・データに移送して問題が処理されてきた。しかし、「我々は、既得権保護とは別の考慮に従わなければならない。なぜなら、既得権はそれが正常に獲得された場合にのみ尊重されるからであり、他方で訴訟による審査は訴訟期間内に限定されており、行政の法的有效性の不確実さを未決のまま不確定の期間放置するということが無いからである。我々が訴訟審理を簡易にする必要があるならば、……並行訴訟の存在にもかかわらず、先行する決定（decision initiale）に対する越権訴訟を、契約当事者を含めた全ての利害関係人について即座に提起可能とすることが恐らくは望ましい。」

オーリウは、取り上げた六つの判決を、越権訴訟の原告の法的立場に着目して、二つのグループに分けて分析する。すなわち、(a) 行政契約の当事者以外の第三者が契約に先行する決定（decision initiale）に対する越権訴訟を提起するケースと、(b) 契約の当事者が右決定の越権訴訟を提起するケースに二分する。(a) は、当該契約に関する訴訟を提起し得ないのであるから、「並行訴訟の提起が不可能な利害関係人が越権訴訟を提起する事例」であり、(b) は、

「決定に対する越権訴訟を提起した原告が、その決定に連続する管理作用の当事者である事例」ということになる。

(a)は、マルタン (Martin) 判決など三判決である。これらは、地方団体の契約が有効に成立した後に、当該契約に関する地方議会の議決や知事の認可等の行政決定に対して、納税者等契約当事者以外の者が越権訴訟で争ったというもので、コンセイユ・デタは訴えの受理可能性を肯定している。オーリウは、三判決につき、後見監督行為に対して契約当事者以外の利害関係人が提起する越権訴訟の受理可能性が肯定されたものと評価するが、(a)の類型では、原告は当該契約に関する訴えを提起し得ないのであるから、「並行訴訟の提起が不可能な利害関係人が越権訴訟を提起する事例」として、並行訴訟の抗弁の問題ではないとする。

(b)は、ゴル (Gorre) 判決など三判決である。これらは、契約の一方当事者である地方団体が、当該契約成立後にその無効を争うという局面で、契約の内容を規定した知事の決定 (アレテ) の取消を求める越権訴訟を提起したものである。従って、このケースでは、契約を直接に争う並行訴訟が可能であり、越権訴訟と契約訴訟の相互関係が正面から問題になる。以下、オーリウの論述を検討しよう。

「決定に対する越権訴訟を提起する原告が、その決定に引き続いて行われる管理作用の当事者であり、そこから既得権を得ている場合には、問題は (a) とは」もはや同じ角度からは論じられない。この原告に越権訴訟の道を閉ざすことについて、同様の不都合はない。なぜなら、この者は管理作用から生じる通常訴訟を提起できるのであり、並行訴訟によって、彼が要求している全て、すなわち当該執行過程の解消あるいは解決を獲得することができるからである。しかし、我々は、……本件の三つの判決において、並行訴訟の存在による不受理の抗弁がコンセイユ・デタによって排除されたのを見たのである。」(これらの判決において)「後見監督行為における越権の問題は、当該行為の執行の結果生じる賃貸借契約の有効性に関する問題とは完全に区別されることが確認された。」この確認は、あまり説得的でない部分がある。すなわち、「現実には、この二つの問題が結びついていることは明らかで

ある。なぜなら、もし知事のアレテが取消されたならば賃貸借契約の無効が求められることになるからである。」
「しかし、コンセイユ・データの確認の中には、理論的な影響を持つ説得的根拠も存在している。それは、後見監督行為と賃貸借契約が分離された行為であること、後見監督行為は一度賃貸借契約が成立したならばそれには一体化しないこと、より一般論として述べると、管理行為に先行し、随伴する執行的决定は、複合的行為を形成するがゆえに管理行為と一体化することはないということである。」「それゆえ、フランスでは、執行的决定とそれに伴う管理行為とは、分離された行為のままなのである。一定の場合に両者は相互に条件づけ合うけれども、別の場合にはそれらの法的存在及び有効性は別個に考えられねばならないのである。」

「執行的决定の取消が越権訴訟の手續によつて取消されても、その執行により締結された賃貸借契約が自動的に失効する訳ではない。民事裁判官の前にその無効を請求する必要があるのだ。これがコンセイユ・データの既判力により認められることは疑いがない。しかし、裁判に付することはなお必要である。」「このことにより、手續の観点からは、原告の自由が尊重されることになる。原告は、管理行為を攻撃しても、執行的决定を攻撃しても、事案を争うことができる。」「我々の見解によれば、問題の本質であり、並行訴訟による不受理の抗弁を退けるものは、分離された行為の存在なのである。それは、同一の行政作用を構成する幾つかの行為が、互いに一体化されないこと、それぞれの行為はその独自性を保ち、その有効性は個別に判断されることの確認である。……法的分析により、右の成果は得られるのだ。同時に、全面審判訴訟に対する取消訴訟の独自性が際立つことになる。このことは広い射程を持つ。」

以上の考察を経たオーリウの結論は、次のようなものである。全面審判訴訟の存在を理由にした並行訴訟の抗弁は、将来消滅することが予測される。この意味で、評釈の対象とした一連の判決は、選挙訴訟に関する判例の転換（シャボ判決）と同じ精神に依るものと位置づけられる。そして、並行訴訟の抗弁による越権訴訟の排除は、同一の

行為について別の取消訴訟が存在するような場合（地方議会の議決無効の争訟など）に限定されることになる。いずれにせよ、一連の判決は、「不受理の抗弁の新たな後退と、越権訴訟の受理可能性の新たな拡大」を示すものとして、高く評価される。

以上、マルタン判決・ゴル判決等六判決の評釈について、やや詳しく検討した。さらに翌一九〇七年公表のパリ浴場組合事件判決の評釈⁽²³⁾にも、関連する内容の記述がある。右の事件は、パリ市が公衆浴場の設置を計画したのに対して、浴場所有者組合が公共事業の入札の取消を求める訴えを提起して対抗したものであり、コンセイユ・デタは、訴えは受理したものの本案で請求を棄却した。オーリウは、入札に関する越権訴訟の対象性につき、次のように述べている。「公共事業の入札について、行政執行過程の適法性を争うことが可能であることは、大変興味深い。行政執行過程は、その中核をなす決定によってのみ把握されるところのは誤りで、その実現過程においても把握されなければならない。そして、実現過程において、行政執行過程は、争訟の対象となり得る幾つかの節目 (touch-points) を持っている。例えば、執行過程を遂行するために土地が必要ならば、公益のための収用があるし、工事が必要ならば、事業の入札がある。」⁽²⁴⁾

⑥ 損害賠償訴訟

ここまで検討したように、判例法は、並行訴訟の存在による不受理の抗弁を後退させ、越権訴訟の対象を拡大してきた。⁽²⁵⁾ オーリウも、越権訴訟による救済システムの拡充という基本姿勢を背景に、判例法の発展を促すべく論陣を張った。他方、行政訴訟の中には、越権訴訟と並んで、行政賠償責任訴訟を典型とする全面審判訴訟の類型があり、オーリウは、行政賠償責任の拡大・一般化という基本姿勢（本稿では第二章第一節で分析する）も背景にしつつ、全面審判訴訟に理論的根拠を与えて積極的に評価する立場を採っていた。しかし、越権訴訟との並行訴訟性という意味では、行政賠償責任訴訟との関係も当然問題になる。また、司法裁判所の管轄となる民事法上の損害賠償責任

訴訟と越権訴訟の並行性が問題になる局面もあり得るところである。

オーリウは、一九一〇年に連続して公表した判例評釈のなかで、損害賠償請求訴訟と越権訴訟の並行性の問題について、論述している。まず、セルヴォワ、ギヨ・ドウ・ヴィルヌヴ (Servois, Guyot de Villeneuve) 判決の評釈を見てみたい。⁽²⁶⁾ この事件は、河川流路の境界確定の紛争について、境界確定を行った知事の決定（アレテ）の取消を求める越権訴訟と、その結果を前提にした損害賠償請求訴訟との並行性が問題になったものである。ここで、オーリウが、並行訴訟の問題を理論的に説明するために用いたのが、行政過程を「執行決定」と「執行過程」とに動態的に分析するという思考方法であった。すなわち、ある行政過程について、その過程の内部的要素について「執行決定」の有効性を争う取消訴訟と、「執行過程」における外部的要素と損害について執行された状態を争う全面審判訴訟という形で二つの訴訟が並立し得ることが、説明されたのである。セルヴォワ、ギヨ・ドウ・ヴィルヌヴ判決では、公物の境界確定に関する行政決定に関する越権訴訟が本案で棄却されたにもかかわらず、執行過程の瑕疵により公物に編入されたことについて、当該土地所有者は本来自らに属する権利を行使できることを判示している。オーリウは、判決の右の解決方法について、自らの理論により説明を与えたのである。

続いて、オーリウは、ピモン神父事件判決他二件の評釈⁽²⁷⁾で、公務員の個人責任を追求する訴訟（これは司法裁判所における損害賠償訴訟ということになる）と越権訴訟との関係という問題を論じている。オーリウは、「行政行為から分離される状態」という理論化による問題解決を提唱する。（「行政行為から分離される」状態という）「考え方は、訴訟の並行性に関する事例に適用されるべきだと、私は考える。越権訴訟と公務員の個人責任追求訴訟との並行性につき、越権訴訟と行政賠償責任の並行性の場合と全く同じ思考方法が用いられるべきである。……（すなわち）執行決定の視点と執行過程の視点が区別されるべきである。」「執行決定の視点とは、越権訴訟の視点である。」「執行過程の視点とは、役務のフォートによる行政賠償責任の如く、公務員の個人的行為の視点である。賠償責任

の問題は全て事実を前提にし、ゆえに執行過程を前提とする。何故なら、侵害を与える事実なくしては、損害は存在しないからである。……執行決定から分離される状態とは、この執行過程の事実を指すのである。」

以上のように、オーリウの並行訴訟の抗弁に関する思考は、行政過程を「執行決定」と「執行過程」に分析し、それぞれ越権訴訟と全面審判訴訟（民事訴訟その他もあり得る）とに対応させるという、オーリウ行政法学の基本構造へと結びつくに至った。右の基本構造について、本研究では、本章第三節（訴訟類型論）で分析することとし、ここでこれ以上の論及は行わない。最後に、並行訴訟の抗弁の後退に関するオーリウの立場をまとめておくと、越権訴訟を（並行訴訟となる）他の訴訟形式と比較して、そこに救済システムとして優れた点を見いだし、このことを根拠にして越権訴訟の拡大を積極的に進めるというものであった。これは、市民にとつての救済の有効性という観点から、制度の在るべき姿を設定し、この制度論を具体的解釈論に反映させて行くという、オーリウの思考方法が顕れたものと言える。同時に、オーリウの議論は、その時点での判例法上の問題点に対応しつつ判例法の展開に沿って熟成されて行き、「執行決定」と「執行過程」の分析という完成した姿に到達している。この意味で、オーリウの学説と判例法が、相互に作用しながら共に発展して行く姿が、典型的に見て取れると言えよう。

(1) 『リヴェロ』二六〇頁以下。

(2) 参照、亘理格「行政による契約と行政決定（二）」法学四七巻二号七九頁以下、拙稿「フランス行政法における『総合的判断手法』と『分析的判断手法』」立教法学三七号五八頁。

(3) 亘理格「フランスにおける法規命令的通達法理の形成」立命館法学一八三・一八四号二四二頁。

(4) 磯部・前掲書三七二頁以下。なお、越権訴訟の対象性の問題につき、オーリウの示した定式は、「越権訴訟は、執行的性格でかつ不利益をもたらす行政決定で、行政上の階層あるいは後見監督の下にある機関により行われたものに対してのみ、受理可能である」(Précis, 11 ed., p. 390) というものであった。

(5) 室井敬司「行政立法と越権訴訟」都立大学法学会雑誌二六巻一号六三七頁以下が詳細である。

(6) 亘理「行政による契約と行政決定」（前掲）が詳細である。

(7) Cf. At. III. 参照、室井・前掲論文六五一頁。特別執行令に対するオーリウの見解について、同六四七頁以下。なお、多賀谷一照「フランス

における行政立法の法理（Ⅱ）」千葉大学法学論集三卷一号一二八頁。

- (8) S. 1908. 3.1/J. A.1. 16.
- (9) S. 1913. 3.105/J. A.2. 188. 大貫裕之「行政内部法について（一）」法学五二卷一号六三頁。この大貫論文は、オーリウの内部法論についても分析しており、特に、参照・同「（二）」法学五二卷二号九五頁。他に、参照、亘理「フランスにおける法規命令的通達法理の形成」立命館法学一八三・一八四号二六五頁以下。
- (10) S. 1921. 3.9/J. A.2. 194. 大貫・前掲六五頁。
- (11) S. 1921. 3.25.
- (12) Précis, 11^{od.}, p. 392. なお、多賀谷一照「フランス行政立法論（Ⅳ）」千葉大学法学論集四卷一号七九頁。公務員に関する越権訴訟の受理要件として、訴えの利益も問題となるが、この点について本節第二款参照。
- (13) 阿部・前掲書二六頁以下、『リヴェロ』二六八頁。
- (14) 一八八四年法の仕組みについて、亘理格「フランスにおける国、地方団体、住民（五・完）」自治研究五九卷一二号七九頁以下が詳細である。
- (15) 村上順「越権訴訟の訴の利益に関する一考察」神奈川法学一二卷一号一〇頁以下、亘理・前掲論文・自治研究五九卷九号一〇二頁以下。
- (16) S. 1901. 3.41/J. A.1. 144.
- (17) S. 1900. 3.65/J. A.2. 213.
- (18) S. 1901. 3.73/J. A.2. 227.
- (19) S. 1904. 3.1/J. A.1. 380.
- (20) S. 1908. 3.17/J. A.2. 286.
- (21) 分離しうる行為について、参照、拙稿・前掲論文七〇頁以下。
- (22) S. 1906. 3.49/J. A.2. 273. 亘理格「行政による契約と行政決定（二）」法学四七卷三号九二頁以下が詳細である。
- (23) S. 1907. 3.1/J. A.2. 168.
- (24) J. A.2. 170-171.
- (25) 阿部・前掲書六〇頁以下。
- (26) S. 1910. 3.113/J. A.3. 232.
- (27) S. 1910. 3.129/J. A.1. 604.

第二款 越権訴訟における訴えの利益の拡大

越権訴訟の受理要件の中で、原告適格は、「原告が取消しを得ることに利益 (interet) を有することを求めるのにとどまる」⁽¹⁾のであり、「客観訴訟」として性格から広範に許容されていることは、良く知られている。⁽²⁾そして、オーリウが行政法の領域で最も充実した業績を残した二〇世紀初頭は、行政判例において、越権訴訟の原告適格が拡大した時期と重なる。カザノヴァ (Casanova) 判決、シャボ (Chabot) 判決、ロト (Lot) 判決、クロワ・ドゥ・セギエ・チヴオリ地区組合 (Syndicat du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli) 判決といった重要判決が相次いで出現し、オーリウも、越権訴訟の拡充というスタンスから、これらの判例法の展開を擁護するべく論陣を張った。以下、この論点に関するオーリウの論述を、①納税者・選挙人の原告適格、②集団の構成員の原告適格の二つのパターンに分けて検討する。⁽³⁾

(1) 納税者・選挙人の原告適格

納税者あるいは選挙人が提起する越権訴訟の受理可能性を肯定するについては、原告適格 (訴えの利益) の問題とともに、越権訴訟とは別の訴訟類型である納税者訴訟・選挙訴訟という並行訴訟の存在による不受理の抗弁という障害を克服する必要がある。オーリウの論述においても、並行訴訟の抗弁の克服と訴えの利益の拡大の問題とが相互に深く関連づけられているのであるが、前者については既に検討を加えたので、ここでは訴えの利益の問題を切り離して扱う。

納税者の原告適格について、オーリウは、一八九四年公表のビエ・シャルトン判決及びプワソン判決の評釈において、興味深い分析を行っており、以下これを要約する。⁽⁴⁾越権訴訟は、行為の取消について利益のある者について

提起可能である。右の利益の性格を決定するのはコンセイユ・デタの判例法であるが、この判例法の発展は越権訴訟の歴史的展開と結びついていると言える。越権訴訟は、第二帝政の終わりまでつづいた強力な中央集権体制の下で、中央権力の代表者の権限濫用や恣意的行為に対する訴えとして発展した。この段階では、中央権力の代表者は一般的利益の側に立ちつつも個人の自由の見地からは問題のある行為をなす場合があり、越権とは特定の少数の人を侵害する個別行為に対するものであるということがいわば習慣として確立されていた。その後、分権化が進行した段階では、県会・市会の議決や市長の決定（アレテ）に対する訴えが可能となり、地方行政に対する越権訴訟が形成される。ここに至って、地方行政のコストが嵩むことに対し納税者が越権訴訟を提起するという状況が生じる。この場合、納税者が提起する越権訴訟の訴えの利益は、個人的利益とは別物なのであって、特定の個人のみを侵害する個別的行為ではなく、全ての被治者を侵害する悪しき行政の一般的行為（全ての納税者を侵害する予算の決定など）に対する越権訴訟が想定される。県や市の納税者の保護という点では、知事や国家元首による後見監督（tutelle）の仕組みがあるが、これでは不十分で、裁判的コントロールが要請される。

右の思考は、集権化から分権化への移行という文脈の中で越権訴訟の制度自体の発展を位置づけ、地方団体の納税者による越権訴訟の提起という裁判的コントロールのシステムを充実し正当化するために、訴訟要件としての個人的利益の概念を拡張しようと試みたものと言える。そこには、訴訟システムの在るべき姿を設定したうえでより具体的な解釈論を導くというオーリウの思考方法のひとつの典型を見ることができる。一方、このオーリウの立論においては、地方団体の予算にかかる決定について納税者が取消を求めるといった裁判的コントロールの必要性が強調されているが、訴訟要件としての個人的利益概念そのものの変更が主張されている訳ではないことにも、注意を要する。

一九〇〇年に公表したメルラン判決の⁽⁵⁾評釈でも、オーリウは、納税者について越権訴訟の受理可能性を認めるこ

とを主張するのであるが、納税者の訴えの利益については、「納税者の利益は地方団体の構成員に共通の利益ではなく、反対に個人的利益である」と述べている。そして、納税者について共通の利益の名で越権訴訟の提起を認めらるならば、公選制により地方議会に与えられた地方財政に関する権限を越権訴訟という迂回的手法によって集権的機関であるコンセイユ・デタに再び付託することになり分権化に反するという反対説に対して、オーリウは正面から反論するのではなく、納税者はそもそも「共通の利益」により越権訴訟を提起するのではないとしてこれを退ける。さらに、オーリウは、地方団体とその構成員の法的関係を詳細に分析しつつ、住民と納税者を概念として明確に区別することを述べ、地方団体の共通利益とは市会によって代表される住民に係わるもの（この共通利益は予算の支出を拡大する方向に働く）であり、他方、納税者は、市の機関の決定について支出する側の利益（これは支出を可能な限り節約する方向に働く）という個人的利益を基礎にして越権訴訟を提起するので、結局のところ、納税者について越権訴訟の受理可能性を認めることは従来からの越権訴訟の理論と一致すると捉えたのであった。

コンセイユ・デタは、一九〇一年のカザノヴァ判決により、越権訴訟における納税者の訴えの利益を正面から認めるに至る。オーリウの主張も、結論としてこの判例法の中に組み入れられたことになる。オーリウは、カザノヴァ判決の評釈⁽⁶⁾の中で、単なる納税者につき越権訴訟の提起が肯定されたという革新の重要性を強調しつつ、従来の自らの主張が認められたことを踏まえて、コンセイユ・デタの役割論というこれまでとはやや次元の異なる議論を展開している。以下、これを要約する。カザノヴァ判決の改革がもたらす実際上の意義として、コンセイユ・デタが納税者の訴えを認めることによって地方行政に対する財政上の後見監督（*tutelle*）の役割を自ら引き受けたこと、すなわち、コンセイユ・デタが納税者訴訟によって市の財政上の活動に対する監督を裁判によって行うようになることがある。（この判例法によって）「個々の納税者が個別に争うだけではなく、大都市においては納税者同盟がつくられ、彼らは市財政を系統立てて調査し……（財政上の）全ての議決を詳細に研究するだろう。コンセイ

ユ・デタは多くの議決を取消すだろう。なぜなら、そこには多くの不適切な点があるからである。そして、コンセイユ・デタは、知事よりも内務大臣よりもおそれられる市の後見人……になるだろう。」地方団体の財政について、選挙制度と議会とは選挙民向けの施策をとり易いという意味で、うまくコントロールの機能を果たさない。知事や内務大臣といった活動行政の後見監督によるコントロールも、政治的要因に左右され、十分に機能しない。この場合、コンセイユ・デタが行政上の後見監督の機関として望ましいのだ。（その理由は）「コンセイユ・デタが選挙向けの政治から独立した地位にあり……確固とした行動ができるというだけではなく、コンセイユ・デタが裁判官であるという点に求められる。我々は別のところで、裁判官は唯一の自由を持った後見人であるがゆえに、真の分権化とは行政上の後見監督が裁判官に与えられることを必要とすると述べた……。」

このように、オーリウは、コンセイユ・デタが地方公共団体について財政上の後見監督を行うべしという見解を背景に、納税者が越権訴訟によって地方公共団体の財政活動をコントロールするというシステムの正当性を擁護しつつ、判例法による右のシステムの強化を称賛するのであった。

カザノヴァ判決に引き続き、越権訴訟における訴えの利益の「直接かつ個人的利益」概念の拡大という意味で重要な判決として、選挙人が選挙区割りに関する議会の議決の取消を求める越権訴訟について原告適格を肯定されたシャボ判決が出現した。このシャボ判決の⁽⁷⁾評釈も、並行訴訟の抗弁の後退に関して既に分析の対象としたが、訴えの利益について次のような記述がある。

「相変わらず多くの人は、越権訴訟の受理可能性を導く直接かつ個人的利益について……請求者について厳格に個人的なもの、すなわち、公序の利益ではないと理解している。その結果、彼らは、越権訴訟を本質的に個人的な訴えとしてとらえており、利害関係人が全体の利益のために遂行する任を負うことになる公共的訴訟 (action publique) の一種とは理解していない。これは、常に良き行政の確保のための手段として存在してきた越権訴訟の発展

の歴史に全く反するものであり、他方、近年みられる司法についての行き過ぎた個人主義者の考え方と親和するのだ。……本判決を、近年出された他の判決、例えばカザノヴァ判決……と合わせて考えるならば、越権訴訟に関する厳格に個人主義的考え方はもはや維持できないことが分かるだろう。実際、訴えが良き行政のための手段、すなわち、行政の内省のための争訟手段であること、そして、これは公共的あるいは民衆的訴訟 (action publique ou populaire) の一種であり、訴えを起こす個人が全体の利益のために行動していることが明らかになった。原告が個人的な訴えの利益を持つことは常に必要であるが、この個人的利益は、排他的にその者に固有のものでなければならぬという訳ではない。これは、ある集団の構成員全体と共通する利益であれば良いのであり、原告は、他者の中のひとりとして自己実現をするということと十分なのである。」

ここに、一連の議論について、オーリウの思考の到達点を見ることがができる。彼は、越権訴訟によるコントロールというシステム全体のあるべき姿を想定し、それを十分に機能させるために納税者や選挙人の訴えの利益を認めるという帰結を導いているのである。この問題について、その中心的論点はむしろ並行訴訟の抗弁の克服にあると考えられ、法定された納税者訴訟や選挙訴訟との関係で越権訴訟システムの優位性を論じることが主たるテーマとなることはそれなりの必然性があるという点で留保が必要なのではあるが、訴えの利益の拡大という論点についても、越権訴訟制度の在り方から論述を組み立てるというオーリウの基本的な手法を見ることができるよう。同時に、この段階に至って、越権訴訟が公共的訴訟であるという認識も示されるが、ここでも、訴えの利益について「個人的利益」という枠組みを拡張するという部分は崩されていない。「公共的・民衆的訴訟」という言葉が用いられているが、これは、ある集団の利益について、その構成員が自らの利益と共通するものとして訴訟を提起するという趣旨であり、「民衆訴訟 (actio popularis)」概念とは異なると理解される。そして、このオーリウの考え方は、ある利益を共有する集団の構成員が、集団全体の利益を援用して越権訴訟を提起できるのかという問題へと連なっ

て行くのである。

（2） 集団構成員の原告適格

ここでは、ある集団の構成員が、その集団の全体の利害に係わる行政行為に対して越権訴訟を提起しようとする場合の原告適格の問題について、オーリウの論述を検討したい。⁽⁸⁾ 右の論点は、納税者・選挙人に関する訴えの利益の問題をより一般化したものとも言えるけれども、問題の現れ方に相違点があった。すなわち、一九〇〇年代初頭以前の判例法では、「法律違反」を取消事由として越権訴訟を提起する場合には、「既得権」の侵害が受理要件とされていた。「無権限」、「形式違背」及び「権限濫用」の場合は「直接かつ個人的利益」で足りていた。⁽⁹⁾ 納税者・選挙人の原告適格については、「直接かつ個人的利益」概念の解釈による拡大という問題であったが、他方で、「法律違反」を争う越権訴訟における「既得権」概念の緩和という課題も存在していた。ここで扱うのは、もっぱら後者にかかわる。つまり、集団構成員による越権訴訟の原告適格の問題は、主としてこの「既得権」要件の緩和という形で扱われたのであった。以下、①公務員、②公役務の利用者の二つの類型に分けた上で、分析を進めたい。⁽⁹⁾

① 公務員関係

この問題の素材として重要なのは、公務員関係の判例法であるが、その中でも重要判決として知られるのがロト判決であり、オーリウも力のこもった評釈を発表している。⁽¹⁰⁾ ロト判決の事案は、公文書学校有資格者（archivistes-paléographes）の一員であるロト氏が右有資格者に含まれない第三者を国立古文書館に採用するというデクレの取消を求めた越権訴訟であった。国立古文書館の公職に就く者は古文書学校有資格者から選ぶことがデクレによって定められており、ロト氏は、第三者の任命という行政行為に対して、行政立法に反した違法なものであるとして取消を求めたことになる。そして、コンセイユ・デタは、ロト氏について越権訴訟の原告適格を肯定したのであつ

た。

判決に対するオーリウ評釈の内容は、次の如くである。ロト判決の解釈として、(a) 集団としての特権を保つことを集団構成員が主張することが「個人的利益」として肯定された、(b) 集団の構成員が、自らが将来一定の公職に就くという不確定な権利を持っており、この権利の侵害として出訴することが認められた、という二つの可能性がある。ロト判決のみを見れば、判例法は(a)の立場をとり、このタイプの訴えが納税者の越権訴訟と同質になったとも解釈できるが、他の判決も総合して考えると、現時点での判例法の立場は(b)である。「法律違反」を取消事由にする越権訴訟の原告適格についても、原告適格として要求される「既得権」要件を緩和し、「直接かつ個人的利益」へと解消されるのが望ましいけれども、ロト判決及び一連の判決は右の段階まで達してはいない。しかし、これらの判決は、「既得権」の要件を「不確定な権利」へと緩和するものではある。

オーリウは、その後の判例法の展開について、一九一三年に公表したブロ (Blot) 判決の評釈の中で次のように整理している。⁽¹¹⁾ 判例法は、公務員の昇進の可能性の侵害につき、不確定な権利 (droit éventuel) というあいまいな形で原告適格を認めるという解釈で一步を踏み出し、以降、単純な利益で足りるという方向に進む。そして、一九〇六年に一線が越えられ、処分の取消について個人的にはメリットがなく暫定的な意味での権利にすらかかわつておらず、単に同業者としての利益 (intérêt corporatif) を主張した公務員について、訴えが認められる。さらに、一九一〇年の判決により、この変革は完全なものとなり、越権訴訟の法律違反の取消事由について権利侵害の要件が要求されず、他の取消事由と同じく単なる利益で足りるとする結論が導かれたのである。

オーリウは、右の判例法の展開を望ましい単純化として大いに称賛する。「我々は、コンセイユ・デタの行動基準は単純化……であることを、喜んで繰り返す語る。」

② 公役務の利用者

ある特定の公役務を利用することから利益を得ている市民が、当該公役務にかかわる行政行為の取消を求めて越権訴訟を提起する場合に、訴えの利益が認められるかという問題がある。このパターンについても、オーリウは幾つかの判例評釈の中で自説を展開している。

まず、一九〇一年に公表したボンシニョリオ (Bonsignorio) 判決の評釈が挙げられる。⁽¹²⁾これは、大学の自由講座を開設しないことを内容とする大学評議会の決定に対して、講座を聴講する有資格者 (diplome) が取消を求めて提起した越権訴訟であり、訴えは受理されたが、本案で棄却されたというケースである。オーリウは、右判決中の訴えの利益の問題について、受講資格は大学の自由講座への参加を許可されるという資格を与えるものであり、有資格者は一種の法的利益 (interet legitime) が認められたと理解する。そして、大学の学部は公役務のために供用された公的事物のひとつととらえられるのであり、有資格者はその公的事物の一部を占有し受益を得るという利益を享有していると説明したのである。

右の議論と同一線上にあり、重要判決としてよく知られているのが、クロワ・ドウ・セギエ・チヴオリ地区組合判決である。これは、路面電車の路線変更について、地域住民が所有者及び納税者の組合を結成したうえで越権訴訟を提起したものである。コンセイユ・デタは、この組合について越権訴訟の訴えの利益を肯定し、オーリウも一九〇七年公表の判例評釈⁽¹³⁾の中で、この判決を高く評価している。判決で直接問題になったのは組合の原告適格なのであるが、ここでは、公役務の受益者がその公役務に対していかなる権利・利益を持つかという論点について、オーリウの論述を検討したい。

オーリウは、問題の所在について次のように述べる。「これは、結局のところ、行政上の役務の全体について、あるいは少なくとも行政上の役務の組織化から生じる受益についての市民の権利の問題ではないのか? ……提示されているのは、諸公役務の受益に対する市民の権利というきわめて一般的な問題なのである。これは重大なもの

なのだ」。公役務の組織化は、市民の側に積極的な利得をもたらすのであり、同時にそのことによって、市民、は現存する組織が越権の瑕疵を帯びた決定によって不利益な方向へ変革されないことについて法的利益 (interest legitimate) を獲得する。つまり、公役務の受益の権利とは、組織化された公役務の利得を保持し、同時に、越権を帯びている新たな行政決定によってそれを変更されることを妨げる利益なのだ。以上のことから、①公役務の受益の権利は、民事法的なものでなく特殊行政的なものであること、②この権利は、役務の組織化による受益の保護という一線を越えないという意味で既得権的な地位の保護であり、従って行政による組織化が未だ決定されていない役務については成立しない、③この権利の性質は債権ではなく物権のアナロジーで説明できる、という諸点が指摘される。第三の点については、公役務の組織化の結果、その受益に関する物権的地位が創設されると言え、この意味で公役務は組織化された制度のひとつであり、例えば行政組織内部の公務員の地位と似たものである。

以上のオーリウの説明は、越権訴訟のシステムによる行政作用のコントロールの強化という基本的モチーフに加えて、組織論・制度論的な考察を行い、組織内部の構成員の地位につき法的な基礎づけを与えるというオーリウの基本的な思考方法を反映したものであると言えよう。

オーリウ最晩年の見解を示す『行政法精義』第一一版には、越権訴訟の原告適格について、次のように記されている。(越権訴訟の)「原告は、行為の取消について、直接的、個人的かつ法律上の利益を持つ必要がある。行為により侵害された利益は、必ずしも権利に基づく必要はなく、しばしば単なる行政上の利益である……。越権訴訟は侵害された単なる利益のためのもので、毀損された権利を要求しない、という格言はここに由来する。」「原告の個人的なものということは、越権訴訟が全ての人に開かれた民衆訴訟 (actio popularis) でないことを意味する。すなわち、訴えを正当化する利益とは、攻撃された行為との関係で原告がそこに置かれ、原告がそこで行為により侵害を被った特殊な法的状態から生じるのだ。⁽¹⁴⁾」土地所有者、納税者、選挙人の訴えなど「同一の行政行為があるカ

テゴリーに属する者全てを侵害する場合に、その中の誰かが個人的に訴えを提起することは妨げられない。なぜなら、その個々人について、彼らの利益は直接的、個人的かつ法律上のものだからである。⁽¹⁵⁾

以上のように、判例法による訴えの利益の拡大を経た後、オーリウは、「個人的利益」という枠組みをあくまで維持することを強調するようになる。この点、一九二五年公表のロディエル (Rodière) 判決の評釈では、公務員法の分野で「個人的利益」の枠を踏み越えようとした判例の動向を抑制するという主張が見られる。ここでは、公務員が他の公務員の任命行為の取消を求める越権訴訟の原告適格について、ロト判決以降の判例の展開につき、次のように述べられる。「実際、この非常に寛大な判例法により、コンセイユ・デタは、数年来、原告の利益を同業者の利益 (intérêt corporatif) と混同し、公職に対する公務員の地位を、被治者の行政に対する地位と同等に保護されたものと扱っているが如くである。」しかし、この判例法には、①同じ行政機関の中でも別の役職表の下にある同僚に対する処分、②同じ役職表の下にあつても自分より下位の同僚に対する処分は、越権訴訟で争えないといった限界がある。「従つて、同業者の利益の概念を認めて以降、コンセイユ・デタは、この判例法が行政上の内部規律や階層制に与え得る不都合に配慮して態度を後退させ、現在では、原告と攻撃された行為の間に個人的関係を要求することによつて、公務員の個人的利益に留まっている。」結局、「広く柔軟に解釈された」個人的利益の概念の方が、同業者の利益よりも優れた考え方である。

ここまでの分析を総括すると、オーリウは、越権訴訟の訴えの利益を論じるにあたり、行政作用のコントロールの有効性という機能的観点から越権訴訟制度を評価し、これを拡大することを主張した。その際の議論は、判例法の展開と密着したもので、判例の新傾向を擁護し、これに理論的な説明を与えるという形をとっている。一方、判例法上、原告適格が十分に緩和される段階になると、「個人的利益」概念の枠を超えることに警鐘を鳴らすという姿勢も示す。ここから、①在るべき制度論を機能的に設定し、そこから解釈論を導く、②判例法の発展過程と密着

した議論を行う、③法概念の枠組みを守り、場合により判例法の行き過ぎを警戒する、といったオーリウの思考方法の特色を見ることができであろう。

(1) 『リヴェロ』二六五頁。

(2) 邦文文献として、広岡隆「民衆訴訟としての越権行為取消訴訟」渡辺宗太郎博士還暦記念論集『公法学の諸問題』四五五頁以下、同「越権訴訟の原告適格拡大の胎動」法と政治四二巻四号一頁以下、雄川一郎『行政訴訟の理論』二九三頁以下、村上順「越権訴訟の訴の利益に関する一考察」神奈川法学二二巻一号一頁以下、横山信二「フランス越権訴訟における訴えの利益」広島法学六巻一号三九頁以下、伊藤洋一『フランス行政訴訟の研究』三五四頁以下など

(3) この論点に係るオーリウの学説について、村上順・前掲論文、巨理格「フランスにおける国、地方団体、住民(一)(五・完)」自治研究五九巻三九二頁以下、八号八六頁以下、九号九五頁以下、一〇号八一頁以下、一二号七九頁以下が詳細である。

(4) S. 1894. 3.129/J. A.2. 205. 村上・前掲論文一〇頁。

(5) S. 1900. 3.65/J. A.2. 213. 巨理・前掲論文・自治研究五九巻一二号八二頁。

(6) S. 1901. 3.73/J. A.2. 227.

(7) S. 1904. 3.1/J. A.1. 380.

(8) 判例法は、組合(サンディカ)にいて、越権訴訟の原告適格を拡大する傾向を示した。(*Precis*, II ed., p. 401.) オーリウは、組合の原告適格が争点となった判決に関する評釈を幾つか残しているが、おおむね組合に訴えの利益を認めることを支持している。不動産所有者組合につき、Cf. S. 1901. 3.1/J. A.2. 520; S. 1904. 3.33/J. A.2. 295. 農業者組合につき、Cf. S. 1903. 3.1/J. A.2. 239. 浴場所有者組合につき、Cf. S. 1907. 3.17/J. A.2. 628. なお、オーリウは、公務員の組合(サンディカ)を違法とする判例について、これを支持していた。(S. 1922. 3.1/J. A.3. 147. この評釈では、サンディカリズムについて批判し、平和的組織への自己改革がないと、行政上の生活関係になじまないことを述べている。)

(9) 議会の構成員が議決の取消を求める場合の訴えの利益について、Cf. S. 1905. 3.1/J. A.2. 262.

(10) S. 1904. 3.113/J. A.2. 348.

(11) S. 1913. 3.17/J. A.2. 365.

(12) S. 1901. 3.17/J. A.1. 426.

(13) S. 1907. 3.33/J. A.2. 16. 参照、広岡隆「環境保全と越権訴訟」一圓一億博士還暦記念論集『憲法と環境問題』四五頁以下。

(14) *Precis*, II ed., p. 402.

(15) *Ibid.*, p. 405.

(16) S. 1925. 3.49/J. A.3. 72.

第三款 越権訴訟における取消事由の発展と裁量統制

判例法による越権訴訟の発展は、そこでの行政行為のコントロールを深化させる方向を示していたが、この問題は、具体的には越権訴訟における取消事由（*moyen d'annulation*）の拡充という形を取っていた。オーリウが活躍した時期には、既にラフェリエールによって、越権訴訟の取消事由は、①無権限、②形式の瑕疵、③法律及び既得権違反、④権限濫用の四類型に分類され、判例法の理論的な分析が行われるに至っていた。⁽¹⁾ オーリウの立論も、越権訴訟の取消事由の拡大に関する判例法について、これに理論的基礎を与えて、行政行為のコントロール強化の流れをより確かなものにしようという基本姿勢を持っていた。

他方、右の議論のいわば前提として、越権訴訟のコントロールが及ばないとされる純粹行政行為（自由裁量行為）の理論を克服する必要があった。一九世紀中期には、性質上訴訟によるコントロールの及ばない純粹行政行為のカテゴリが存在するとされていたが、⁽²⁾ 19世紀後半の判例法は、右のカテゴリについても越権訴訟コントロールを及ぼすようになっていた。⁽³⁾ この判例法の流れを受けつつ、オーリウは、一九〇三年公表のグラジエティ（Grazietti）判決の評釈において、行政の裁量行為につき越権訴訟のコントロールが及ぶことを力説している。⁽⁴⁾ 事件は、市会の解散を求める大統領デクレに対して、市長が取消を求めて提起した越権訴訟であった。

「自由裁量的行為は存在しない。あるのは、行政の裁量的権限なのであり、これは全ての行為の中に多少なりとも存在するもので、本質的に行政上の措置の合目的性（*opportunité*）を評価する権限なのである。この権限は、自由裁量的である。なぜなら、行政裁判官は合目的性に関する裁判官ではなく、合目的性の評価は活動行政の側に完全に委ねられており、一定の留保された領域を構成しているからである。他方、合目的性の問題が相対的にみてより重要な行為というのは存在するが、……適法性の問題あるいは行政上の道德性の問題を喚起し得ない行為は存在

しない。そして、適法性と行政上の道徳性は、自由裁量的ではなく義務的なものである。従って、『そのモティーフ（処分理由・動機）を訴訟的手段によって審査され得ない行為』という定式は、非常に有害な曖昧さを持つのだ。仮に、右の定式が合目的性の処分理由は訴訟により審査され得ないという意味であれば、これはあらゆる行為について真である。他方、これが適法性あるいは行政上の道徳性を欠く処分理由、すなわち越権と性質決定されるものについて、訴訟では審査できないという意味だとすれば、これはあらゆる行為についてあてはまらないのだ。もう一度繰り返そう。審査不可能な処分理由は存在し、これは合目的性のみ基礎を置く。他方、審査可能な処分理由も存在し、これは越権を構成する。但し、処分理由の性質の問題は、行為の性質と相互独立なのだ。」

以上のように、オーリウは、全ての行政行為に越権訴訟による裁量コントロールが及ぶ可能性を指摘し、コンセリュ・デタの判例法が行政行為のモティーフの評価を行う方法をとることを強く促すのである。（なお、この評釈の中で、モティーフの審査が行為の理由づけに及ぶことを指摘しつつ、新しい立法を行う際に理由付記の義務を一般化することが望ましいと記されている。）

その後、一九一七年に公表されたドレフュス判決及びレヴィ判決の評釈（帰化の撤回に関する事案）⁽⁵⁾の中の、裁量的性格を持つ行為に対する越権訴訟のコントロールに関する論述を要約すると、以下の如くである。

裁量行為について訴えが不受理とする自由裁量行為の理論が支配した時代は過ぎた。我々は、裁量行為と裁量権を区別すべきこと、及び不受理の抗弁を可能な限り限定すべきことを認めた。裁量権は多少ともあらゆる行為の中に存在するのであり、少しでもこれを含むものについて訴訟が不受理であるとすれば、それは越権訴訟を否定することに等しい。裁量権を多く含む行為について不受理とするという考え方もあろうが、これは恣意的なものである。行政がわずかでも適法性なり行政上の道徳性に拘束される以上、そのわずかな義務について訴訟により担保する必要がある。従って、行政に強い裁量権が認められる行為についても、越権訴訟による統制が肯定されなければ

ならない。

右のように、オリーウは、あらゆる行政行為について越権訴訟のコントロールが及び得ることを強調し、自由裁量行為という考え方を否定する立場を採っていた。そして、この見解は、デュギイを始めとする他の論者をリードするものでもあった。⁽⁶⁾そこで次に問題となるのは、行政行為が「適法性」あるいは「行政上の道德性」に拘束されることの具体的な意味、言い換えると、「適法性」あるいは「行政上の道德性」の観点からする行政行為の越権訴訟による統制が、どのような取消事由を構成するか、という点である。そして、二〇世紀初期に判例・学説が発展し、オリーウ自身も論争に参加したのは、「権限濫用」及び「法律違反」についてであった。以下、この二つの取消事由を巡る議論に焦点を合わせて検討したい。

（1）権限濫用

権限濫用の取消事由とは、行政行為が法定の目的から逸脱した場合についてこれを違法として取消することを認めるものである。⁽⁷⁾権限濫用が判例に登場する時期については争いがあるが、判例法上明確に論じられるのは、一九世紀後半以降である。また、権限濫用という取消事由の類型が確立されるにあたり、オーコック、ラフェリエールが大きな役割を果たしたことも、知られている。⁽⁸⁾この、権限濫用の取消事由の発展は、判例法上、一九世紀的な自由裁量行為について越権訴訟のコントロールが拡充することに大きく寄与した。⁽⁹⁾（但し、現在では、その機能は大幅に低下したとされる。⁽¹⁰⁾）権限濫用による取消について、当時の学説上、それが「合法性（適法性と同義）の統制にとどまるか、合目的性・行政道德の統制に及ぶものか」（阿部泰隆⁽¹¹⁾）という議論が生じた。そして、オリーウは、権限濫用の取消事由による行政行為のコントロールについて、目的による行政権限の統制という制度理論を背景とする思考方法と密接に関連づけた議論を展開し、同時に、権限濫用と法律違反の相違を強調することを通して、適法性の

原理とは独立した「行政上の道徳性」にもとづく行政行為の統制であることを主張したのである。

オーリウの権限濫用論は、制度理論を背景とする越権訴訟（及びそこで行われる行政のコントロール）の本質論、さらには彼の行政法理論の根幹部分と深い相互関係にあったと言え、彼の制度理論の形成過程に対応しつつ展開する。まず、制度理論が明確に登場する以前の、一九〇〇～一九〇三年の判例評釈を検討してみよう。一九〇〇年に公表されたアヴィニヨン市事件判決の評釈では、⁽¹²⁾「権限濫用は違法性のひとつである。なぜなら、諸法律及び諸行政立法は、公共善及び公役務のみを考慮しなければならないという行政の一般精神を規定するからである」、と記述しつつ、無権限、形式の瑕疵、権限濫用の三つの取消事由（これを「越権」概念で括っている）と、法律違反（これを「固有の意味の違法性」とする）を区別することについて、「人を惑わす見せかけ」として、四つの取消事由はいずれも違法性の問題であるとする。この段階では、権限濫用の取消事由について、未だ「適法性」による拘束の違反という範囲内に位置づけられていることが窺われる。

翌一九〇一年に公表された一連の判例評釈では、権限濫用の問題が繰り返し取り上げられている。なかでも、これを正面から扱ったのは、モグラ（Maugras）判決の評釈であった。⁽¹³⁾この判決は、市長が警察官に対して懲戒罰を課すことを決定したアレテについて、定められた利益（公共の秩序の保護、法律の遵守、指揮下の公務員の規律維持）の保護以外の目的で行われたことが権限濫用にあたる⁽¹⁴⁾として取消が認められた著名なものである。この評釈において、オーリウは、行政行為の裁判的統制の上で権限濫用の取消事由の果たす役割を高く評価しつつ、権限濫用に理論的根拠づけを与えることを試みている。

オーリウは、まず、権限濫用の制度は権限が目的に基礎づけられているとの思考を基にしていること、そして、権限とは目的により正当化されるのであり、目的の考察によって権限の正しい制限のための原理を見いだすことが可能になることを指摘して、議論を進める。「公役務の執行は行政作用の遂行であり、この作用が目的によって支

配されていることは容易に認識できる。社会生活において、すべての制度はその目的を持つが、これは秩序のための条件のひとつなのだ。いかなる集団的組織も……特定の目的なしに創設されることはない。……創設された制度は、……その日常の活動において目的に忠実でなければならない。さもなくば、協約 (Promises) に基づいて自発的に形成された秩序は、混乱してしまうだろう。……このことは、社会生活が本質的に目的収斂的であることに由来する。公共秩序は、……膨大な量の個人的あるいは集団的活動の競合の結果として獲得されたのである。……行政上の制度も、右の点で他の制度とは異ならないし、異なつてはならない。行政上の制度も、その創設の過程で目的が宣明され、自らの役務を行うための法律や行政立法という形でその規範 (statute) を持つのである。ゆえに、それは社会的協調の中で一定の地位を占めるのであり、そこから逸脱することは許されない。さもなくば、自らがまさに監督者である公共秩序を乱すおそれがあるのだ。以上から、行政作用の目的は行政機関の権限の限界を画する役割を持つこと、そして、行政機関の権限がその目的を逸脱していると言える場合には権限濫用を構成することが理解されるだろう。このように考えられる権限濫用は、無権限の一種であるとする見方がおそらくあるだろう。しかし……無権限は多少とも行政作用の対象にかかわるのに対し、権限濫用は、その行政上の対象が扱われることになる精神にかかわるのだ。さらに、オーリウは、「統治行為を例外とすれば、権限濫用による取消が不可能な公権力の行為は存在しない。なぜなら、行政上の目的に服し得ないものは想定できないからだ。ここで、ある行政機関の行為の多少とも自由裁量的な性格を援用することはできない」と述べ、以前は権限濫用によっても取消されない行政行為が認められていたが本判決はこれを変更するもの、と評価している。

以上のようなオーリウの論述は、目的による権力・権限の制限という発想（これは彼の制度理論の原型ともいうべきものである）を背景にしつつ、権限濫用の取消事由による行政行為の裁判的コントロールの強化・一般化を強く主張したものと言える。それでは、オーリウは、この「目的によるコントロール」権限濫用」の判断基準として、い

かなる内容を考えていたのであろうか。モグラ判決の評釈の直前号のシレイ誌に掲載されたポワチエ市パン屋補助金事件判決の評釈には、次のような記述がある。⁽¹⁴⁾「二八六四年二月二日のデクレ以前には、越権訴訟は法律違反による取消の訴えと区別されるものと理解されていたことを忘れてはならないし、また、これらの訴えが融合したからといって、そこから取消事由のひとつが形成されたということにはならない。越権は違法性を完全に吸収してはいないし、違法性が越権を吸収したわけでもない。……行政が法定の行政目的を外れて行為を行った場合にのみ権限濫用が存在し得るのだろうか？　その他に逸脱してはならない生来的行政目的は全く存在しないのか？　他方、権限濫用を正当化する際に、いかなる違法性を援用するのだろうか？　それは、行政が公共善 (bien public) へと方向づけられる一般的適法性、あるいは適法性の一般的精神であり、固有の意味の法律違反、すなわち厳密な条文違反とは異なるのではないか？　このように、権限濫用は、固有の意味の法律違反を確実に踏み越えるのだ。」このように、権限濫用は、適法性の一般精神とも言うべき「公共善」への拘束が判断基準となり、この意味で、(権限濫用を含む)「越権はいくつかの点で法律違反よりも広い」⁽¹⁵⁾ことが指摘されるのである。

その後、一九〇三年公表のファヴァティエ事件及びラック事件判決の評釈では、地方団体が、本来は土地収用手続によるべきところを道路建設線に関する都市計画手続によって処理した事案について、以下のような解釈論を示す。右のような行政の手法は、地方団体の行政運営のやり方としては巧妙であるけれども、行政上の手段の濫用的な使用あるいは目的を離れた行政上の手段の使用という、新しいタイプの権限濫用を構成する。これは、行政客体のリベルテの保障という視点を欠いたもので、「厳密に全ての人に利益をもたらす」という「良き行政」に反するがゆえに権限濫用を構成する。⁽¹⁶⁾また、一九〇五年のジメルマン (Zimmermann) 判決の評釈には、「権限濫用は、行為すなわち公役務のために行われる決定の中でとらえられる良き行政の概念と一致する」という定式が示されている。⁽¹⁷⁾これらの論述から、権限濫用とは、「良き行政」、「公共善」、「公役務」といった行政の一般的な目的に照ら

して判定されるものであり、これらは厳密な意味での法律違反とは異なるものであるというオーリウの基本認識が読み取れるであろう。

この段階では、権限濫用を「行政上の道德性」違反であるという定式は、未だ明確な形では顯れないが、厳密な意味での法律違反よりも広い統制原理であるという思考が示されている。この直後、オーリウは、有名な「制度 (institution)」理論を行政法学に導入する。「制度」理論を基軸とした行政法体系が初めて提示された『行政法精義』第六版（一九〇七年）には、「制度」が生み出す組織内部的な規律の法 (droit disciplinaire) が具現化した例として越権訴訟を説明する箇所があるが、そこには、次のように記述されている。「越権訴訟は、権限及び形式の瑕疵という、大まかな越権のみを抑止することから始まり、次いで、法律違反という一般的考え方を得た。さらに、越権訴訟は、適法性概念を超えて発展し、権限濫用により、良き行政すなわち行政上の良俗及び道德性の領域をカバーするに至ったのだ。」⁽¹⁸⁾さらに、同じく一九〇七年公表のクロワ・ドゥ・セギエ・チヴォリ地区組合判決の評釈にも、次のような論述がある。⁽¹⁹⁾「越権の理論において、行政上の規律 (discipline administrative) の観点と適法性の観点とが、非常にしばしば混同されている。そして、越権訴訟が機能する場合に、適法性のコントロールのみを見いだすという結果が生じている。これは誤りである。歴史的にも実際にも、行政上の規律と適法性という、二つの異なるカテゴリーがある。……権限濫用は、歴史的に見て法律違反と考えられたことはなく、内部的規律の違反と理解されていた。これ（内部的規律）は、行政が服従することを義務づけられているもので、法律がない場合でも、自立性を持った階層的制度たることによって行政を服従させてきた。これに対し、違法性は、行政の外部から、……立法権によって強制される要素なのだ。」

また、一九〇九年公表のガルサン神父 (Abbé Garcin) 事件判決他五判決の評釈において、違警罪裁判の判事は行政命令の権限濫用について自ら判断することが可能か（Ⅱ司法裁判所が違法の抗弁により命令の適法性を審理できる

か)という問題に関連して、次のように述べている。⁽²⁰⁾「違警罪裁判の判事は、命令を出した機関の権限、形式の遵守、法律違反の評価のみを行う。これらの評価は、刑法典四七一条一五項によって判事に認められた命令の適法性の評価の枠に入ると解釈されている。……実際、権限の違反、形式の違反、法律の誤った適用の三者は全て違法性の観念の中にうまく収まる。というのは、権限も形式も法律によって規定されているからである。……命令について権限濫用が攻撃される場合には、事情が異なる。権限濫用は、違法性に還元されない越権の一態様なのだ。権限濫用は適法性を越える概念なのだ。権限濫用の場合にも、行為は、権限及び形式の見地からは正当なものだ。また、権限濫用は、いかなる法律の条文についても誤った適用を犯してはいない。その瑕疵は、行政によって追求された目的が良き行政の目的ではないという点に存するのだ。……この判断基準は諸法律の一般的精神に反することにあるのだが、……法律の特定の条文に違反することとは混同されないのだ。実際、これは、行政上の道德性が法律の形式的な要請を越えようとするものなのだ。」

右の一九〇七年から九年の間の三つの論述は、「制度」理論及びそこから派生する制度内部的な「規律法」概念を背景にしつつ、権限濫用と法律違反について本質的な相違を指摘し、権限濫用を「行政上の道德性」違反とする理論構成を明示するものと言える。

その後、例えば、一九二四年公表のゴティエ神父 (Abbe Gauthier) 判決の⁽²¹⁾評釈では、権限濫用概念は行政上の道德性の問題であり、法律違反の概念とは異なることが述べられ、一九二六年公表のスリス (Sourisse) 判決の⁽²²⁾評釈にも、権限濫用概念は主観的であるのに対し、法律違反概念は客観的であることが指摘されている。このような権限濫用の取消事由の理論的位置づけに関するオーリウの思考の到達点を知るために、『行政法精義』第一版の記述を見てみると、以下の如くである。越権訴訟の四つの取消事由のうち、無権限、形式の瑕疵、権限濫用が基礎とする「越権」の概念と、法律違反の概念には大きな相違がある。「越権の概念は、権力 (pouvoir) の自己制限

の概念に由来する。自由裁量権は、理性が（組織の）内部に作用することによって、自ら限界を画するのだ。すでに、行政の権力は、高等行政が下位の行政官の行き過ぎを抑止できるという意味で、階層的な組織化により自己規律してきた。この自己コントロールをより発展させるため、越権訴訟は高等行政をあたかも下級行政のごとくに規律する。これと反対に、法律違反の取消事由を生み出した違法性の概念は、行政権にとって外部に位置する法規範により、行政権の他律的制限というイデオを導くのだ。⁽²³⁾ 権限濫用とは、「権限を与えられたのとは異なる動機（motive）、すなわち、公益及び役務の善の保護とは異なる動機のために、自らの権限を行使する行政機関の所為」であり、これは違法性を越えた「行政上の道德性」の概念を基礎にしつつ、権限を行使する動因（motives）を制約することによって法律違反よりも深い裁量統制を可能にする。⁽²⁴⁾

また、論文「法的規律と実体法（Police juridique et fond du droit）」（一九二六年公表）では、権限濫用と法律違反の関係について、次のような論述がある。⁽²⁵⁾（権限濫用の取消事由が）「法律違反と融合するのは難しい。というのは、その定義により、それは他の三つ（の取消事由が）実際には援用できない場合に作用するものだからである。従って現時点では、訴えを提起する事由には、二つの引力の極がある。ひとつは、法規範のヘゲモニーに基づく法律違反であり、これは外部的権力による行政権の限定であり、他律的制限と呼び得るものである。もうひとつは、権限濫用であり、これは行政権の自己制限という古い原理の残存によっており、確立された法（権利）規範ではなく良き行政のための単なる指針（directives）の違反を除去するものである。この二つの極のあいだには、実体法と法的規律の競合と闘争がある。実体法は、法律違反の取消事由の展開において非常に発展した。この発展は、法的規律の指針が安定するのに従って、法的規律に替わって実体法が豊かになるという方向での変化である。しかし、それは、同時に、法的規律の層がその柔軟で可変的な指針によって新しい領域を開拓するという変化とも一致する。このことは、権限濫用の取消事由が、その伝統的な性格を保ったまま今後も維持されることの根拠でもある。なぜな

ら、権限濫用は、裁判官のコントロールを、事前に確立された厳格な法規範の適用が全く不可能な行政決定の動機の領域という、不確定な領域に及ばしめるものだからである。」

オーリウによる「権限濫用＝行政上の道徳性違反」とする定式は、少なくとも一定の期間、学説上の追隨者を見いだすことができた。⁽²⁶⁾しかし、現在では、権限濫用を違法性概念の枠外と理解する説を支持する論者は筆者の知る限りでない。オーリウ説の現代的意義について、ヴデル＝デルヴォルヴェによる次の記述が参考になるであろう。「権限濫用は違法性の一形態と捉えられるので、……オーリウの見解は、厳密な意味で正しいものではない。しかし、オーリウの思考を完全に破棄してはならない。……行政裁判官は、法律の『精神』あるいは法の一般原理の名の下に、道徳性が命ずる規範を適法性の中に取り込むことが可能なのである。⁽²⁷⁾」

オーリウの権限濫用論が、「制度」理論と密接に関連するものであることは、明らかである。そして、本研究の分析から、次のことが明らかになったものと思われる。オーリウは、行政作用の「目的」をメルクマールとする裁量統制に関して、越権訴訟による行政行為のコントロールの拡大という判例法の傾向を支持するという基本姿勢の下に、これを理論化する努力をした。そして、右の過程において「制度」理論が登場するのであるが、「目的による権力の自己制限」という「制度」理論の基本的発想法は、権限濫用に関するオーリウの議論の中で、判例法の発展にも対応しつつ形成されていた。オーリウの判例評釈は、「制度」理論という一般理論を準備する場であり得たのである。

- (1) E. Laferrière, op. cit., tome 2, 2^{ed}, p. 496.
- (2) Ibid., p. 423. 邦語文献として、阿部・前掲書二三、五一頁。
- (3) S. 1903. 3.113/J. A.2. 182.
- (4) 理論状況全般の分析につき、参照、山田幸男「仏蘭西に於ける自由裁量問題」神戸法学雑誌一卷一号七七頁。
- (5) S. 1917. 3.41/J. A.2. 10.

- (9) Cf. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome 2, 3 éd., 1928, p. 384.
- (7) 『リヴェロ』二七六頁。
- (8) 邦語文献として、山田・前掲論文、近藤昭三『フランス行政法研究』一六一頁以下、阿部・前掲書八三頁以下、同一一六頁以下。
- (9) 山田・前掲論文七九頁、近藤・前掲書一六五頁。
- (10) 『リヴェロ』二七八頁。
- (11) 阿部・前掲書一一六頁。
- (12) S. 1900. 3.73/J. A.2. 403.
- (13) S. 1901. 3.57/J. A.2. 332.
- (14) S. 1901. 3.41/J. A.1. 144.
- (15) J. A.1. 157.
- (16) 1903. 3.97/J. A.2. 337.
- (17) S. 1905. 3.17/J. A.1. 552.
- (18) Précis, 6 éd., p. 21. 「制度」理論と「規律法」について、参照、磯部・前掲書三二三頁。
- (19) J. A.2. 27.
- (20) S. 1909. 3.1/J. A.2. 722.
- (21) S. 1924. 3.41/J. A.2. 145.
- (22) S. 1926. 3.41/J. A.2. 543.
- (23) Précis, 11 éd., p. 414-415.
- (24) Ibid., p. 419-420.
- (25) R. T.D. C.1926. 285.
- (26) オーリウ説の影響下にあった論者として、例えば、アプルトン (J. Appleton, *Traité élémentaire du contentieux administratif*, 1927, p. 622-623.)、マリブーネ (R. Alibert, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, 1926, p. 236.) の名前が挙げられよう。他に、参照、阿部・前掲書一二七頁註(5)。
- (27) Vedel et Delvolvé, op. cit., tome 2, p. 343.

(2) 法律違反

越権訴訟の取消事由のうち、判例法上最後に形成されたものが法律違反である。⁽¹⁾ この取消事由は、一九世紀後半

の段階では、一般に「法律及び既得権 (droits acquis) の侵犯」と整理されており、取消について既得権の侵害が要求されて⁽²⁾いた。この結果、法律違反を取消事由とする越権訴訟の受理要件として原告の権利侵害が要求されており、原告適格の拡大という観点から権利要件の緩和が論じられたことは、本節第二款で検討した。オーリウも、一九一四年に公表したパリ東部電鉄事件の判例評釈の中で、「コンセイユ・デタは、法律違反の取消事由について、既得権侵犯の要件を要求することを確定的に放棄した⁽³⁾」ことを確認している。

権利侵害要件の拡張及び利益概念への解消という議論が一応の結論を見た二〇世紀初め以降、法律違反の取消事由に関する判例法は、行政行為の要件となる「事実」の法的性質決定のコントロールという新たな領域を開拓しつつ、発展を続ける。しかし、オーリウは、権限濫用の分析の部分で見た如く、「違法性」概念を狭く限定して理解していたため、「違法性」と直接結びつく「法律違反」による行政行為の裁判的コントロールについて消極的⁽⁴⁾と思える論述に終始していた。このことは、一九一七年に公表されたゴメル (Gornel) 判決の評釈⁽⁵⁾において典型的に見いだすことができる。ゴメル判決は、ある広場が「モニュメンタルな景観」に該当することを根拠に当該広場に計画された建物の建築許可を拒絶した知事の決定について、コンセイユ・デタが当該広場は「モニュメンタルな景観」ではないとして取消したものである。この判決は、行政行為の基礎となった事実について、越権訴訟による裁判的統制の可能性が肯定されたものであり、事実の法律的评价の領域にも審査を及ぼすことにより、行政行為の裁量コントロールを深化させた重要判決として位置づけられる⁽⁶⁾。しかし、オーリウは、法律違反という新しい取消事由の判例法による発展に対し、この傾向の行き過ぎを警戒する立場を採ったのである。

(法律違反を取消事由とする越権訴訟の発展という)「傾向が続くならば、早晚、越権訴訟はその名を変えて、法律違反の訴訟あるいは適法性コントロールの訴訟と呼ばなければならなくなるだろう。なぜなら、無権限、形式の瑕疵、権限濫用という越権の諸類型はすべて、法律違反の一態様に統合されてしまおうであろうから。このような熱中

からは逃れなければならない。越権の概念の中には、放棄してはならない固有の原則が含まれている。何故なら、越権は、適法性の原則よりも大きな柔軟性を持っているのである。」

さらに、オーリウは、法律違反の取消事由の持つ意義と限界について分析を進める。法律違反とは法の過誤 (erreur de droit) と置き換えられるが、この法の過誤が正されなければならない理由は、法律 (loi) の支配の下において法 (droit) システムの一貫性の尊重の必要性に求められる。従って、法律違反による破棄の訴えは、法の問題と係わらない事実に関する裁断については機能しない。すなわち、「法律違反の限界は事実の問題である。裁判官や行政官は、その決定が事実の評価のみに係わり法の問題と係わらない場合には法律違反として非難されることを免れる。彼が事実を誤って解釈したとしても、それは法律の誤った解釈と同じものではない。なぜなら、それは法的システムを損なわないからである。適法性の原理は、法的システムの規律手段 (police) である。それは、裁判官や行政主体の規律手段ではないのだ。」

すなわち、オーリウにとって、法律違反あるいはその背景をなす適法性の原理とは、あくまで法律を中心に組み立てられたシステムの秩序維持に関する問題に留まるのである。これに対し、この論述の中で適法性の原理と対置された越権概念は、法律ではなくそれよりも広い職業上の道德律 (maxime) の違反として、司法官や行政官の規律手段 (police) なのである。

「越権の概念は、適法性の概念よりも大変広範である。それは法 (droit) よりも広い道德 (morale) と一致する。とりわけ、越権の概念は、事実の評価のみに係わり法の問題を惹起しない決定にも適用され得る。政治的な意図にとらわれて事実を評価したならば、行政官の側には越権が存在するが、これは権限濫用のケースとなる。同様に、事実の過誤の結果、事実を誤って評価したならば、行政官には越権が存することになる。なぜなら、行政権の行使は、職業上の良心と勤勉さの最小限の要請を含んでいるからである……」。つまり、オーリウの結論は、事実の過

誤の問題は、適法性すなわち法律違反ではなく、五番目の取消事由として新たな越権の原理を構成するというものであった。

以上のようなオーリウの考え方は、「適法性＝法律違反」を狭く理解しつつ、これと並列されるものとして「行政上の道徳性への拘束＝規律的な統制」の役割を重視し、越権訴訟のシステムもこの後者に引きつけて解釈しようとするもので、判例法上新しく発展しつつあった要件事実のコントロールについても、この後者の中に含めようとする立場であったと言えよう。⁽⁷⁾これは、行政行為の要件事実の法的評価に対する越権訴訟を通したコントロール自体を否定してはいないが、狭隘な「適法性＝法律違反」の理解という点で、少数説に留まらざるを得ないものであった。

オーリウは、その晩年に至って右の立場を変更する。すなわち、判例法における要件事実の統制の発展過程において、「不存在の法律原因 (cause juridique)」という概念が提示された際に、オーリウは、この法律原因という定式の中に事実の問題を法的問題へと還元する理論的根拠を見いだしたのであった。オーリウの改説、及び法律原因の理論の採用が示されたのは、一九二六年及び二七年の二つの判例評釈においてであった。

一九二六年に公表されたルフラン (Lefranc) 判決の評釈の冒頭は、次のようなものである。⁽⁸⁾「美術鑑定家ルフラン氏は、開放地区大臣による職の廃止を理由に解雇された。しかし、その数日後、別の専門家が彼の職に代わって任命された。コンセイユ・デタは、次のように判示した。行政は、ルフラン氏を解雇するにあたって、実体上正確な事実に基づいて決定を行い、右決定は不存在の法律原因を与えられたことになった。従って、越権によりその取消を宣言することには理由がある。」「我々が知るところによれば、……コンセイユ・デタが実体上不正確な事実・不存在の法律原因という定式を使用したのは三度目である。我々は、先行する二判決 (C. E. 20 janv. 1922, Trépont, 23 mars 1923, Blanchard) には評釈を書かなかった。その理由は、我々はこの革新を熟考し、この判例が

安定するかどうか見極める必要があったからである。」本判決により、コンセイユ・データの意図は固まり、我々はそれを評価できる。「なぜなら、この確固とした定式により、コンセイユ・データは、事実の誤った援用に基づく法の誤った適用に関する判例の中に集積していた曖昧さを一掃し、また、causeに関する難解な理論を理解するうえで正確で重要な理論上のイデーを提示したからである。」

オーリウは、判例の動向を詳細に分析しつつ、「実体上不正確な事実・不存在の法律原因」という定式は「行為の法的基礎の過誤」の発展形であり、「事実の誤った援用による法律の誤った適用に関する判例の展開の全く自然な流れ」であるとする。そして、事実に関する実体上の不正確さが法律違反を構成するのは、「その事実が行為の法律原因であって、その法律原因が不存在であり、法律はあらゆる行為が有効であるために法律原因の存在を要求しているからである」と述べる。また、法律原因の概念について、次のように説明する。「行政行為の法律原因は、その行為を法定のカテゴリーに分類する決定要因事実である。……決定要因事実が誤って援用された場合には、その事実に基づけられた行為はもはや法的原因を欠くことになる。……事実の誤った援用は、カテゴリーの誤った援用に等しく、それは法律原因の欠如に等しいのだ。様々な行政行為は全て対応する法定のカテゴリーに分類され、ある行政行為は、固有の決定要因事実が実際に存在することによって当該カテゴリーに帰属している場合にのみ有効なのだ。」⁽⁹⁾

この時期、事実の過誤に関する裁判的コントロールの問題は、行政法学者のあいだでも議論の対象になっていた。とりわけ、ジェーズ、ボナールの両者は、右の論点についてモティーフの統制という概念を使って理論化を試みていた。⁽¹⁰⁾ オーリウの法律原因論も、ジェーズ及びボナールによる決定要因たるモティーフの理論に対抗するものであったことが窺われる。さらにオーリウの論述を検討してみよう。

「行政行為の法律原因の概念、これはカテゴリーの存在と不可分に結びついているため、cause catégoriqueと

も呼べるものであるが、これは本質的に客観的な概念である。行為のカテゴリーは、法律によって現実に認められ、明示あるいは黙示的に規定されたものであって、客観的価値を持つ。また、法的カテゴリーは、法的な事象に秩序を与える方法であるが、この秩序のための措置はすべて客観的価値をもつ。さらに、法的原因及びカテゴリーは決定要因事実を基礎を置くが、事実ほど客観的なものはない。」「ゆえに、客観的なものである法律原因あるいは決定要因事実の理論を、ジェーズやボナールが……格段に進歩させた主観的なものである決定要因たるモティーフの理論と混同してはならない。法律原因あるいは決定要因事実の理論は、法律違反の取消事由の適用を導くが、決定要因たるモティーフの理論は、権限濫用の取消事由の適用を導く。」

翌一九二七年に公表されたマリアニ (Mariani) 判決の⁽¹¹⁾評釈でも、この「決定要因事実・法律原因」の理論が再び強調される。この事案は、教師マリアニ氏が病気による有給休暇の申請をしたところ大臣がこれを拒否したので、右拒否処分に対する越権訴訟を提起したところ、コンセイユ・デタは本件は事実の問題であるとして越権訴訟を不受理としたものであった。(従って、健康状態についての争訟は、行政委員会による審査請求手続をへて全面審判訴訟の中での判断のみが可能ということになる。) オーリウは、この事件を素材に、事実問題について「不存在の法律原因」の理論による解決の可能性を再度検討したのである。

「コンセイユ・デタが、……不正確な事実にもとづく処分を受けた公務員、あるいは、モニュメンタルな景觀について不正確は評価にもとづく建築許可に関して近年登場した判決によって形成された、法律原因に関する判例法を拡張しなかったのは残念なことだ。」「この判例法は、行政作用は法律あるいは行政立法に則ったカテゴリーに分析され、各々のカテゴリーは作用の法律原因となる決定要因事実によって規定されるという準則に従ったものだ。請求による休暇は、請求を法的原因とする法的カテゴリーである。なぜなら、それが行政立法により定められた休暇の決定要因事実だからである。職の廃止による解雇は、職の廃止を法的原因とする法的カテゴリーである。……」

モニュメンタルな景観の存在による建築許可の拒否処分は、モニュメンタルな景観を法律原因とする拒否処分の法的カテゴリーである……。」「これら全ての場合において、法律あるいは行政立法によって定められた決定要因事實は、行為の法律原因を形成すると考えられていたが、これはコースの一般理論とも一致する。この変容により、事實問題は法の問題へと転換する。そして、この結果、コンセイユ・データは、法律違反の取消事由により、この問題を審査することができたのだった。」

オーリウは、「法律原因を決定する事実の理論」が本件に適用されなかったことについて、コンセイユ・データの意図を探り、①休暇の前提となる疾病の有無について、行政委員会の判断を優先し、越権訴訟によるコンセイユ・データの直接の介入を避ける、②疾病の有無は医師の鑑定の方がコンセイユ・データの判断よりもなじむ、③疾病は一過性のものでコンセイユ・データによる判断が困難、といった要素が考慮されたのではないかという推測をする。しかし、右のいずれについてもコンセイユ・データにとって克服可能なことを述べつつ、「本判決はリベラルでも論理的でもない。……（トレポン、ブランシャール、ルフラン判決では）この問題について、決定要因事実＝法律原因のメカニズムによって事実問題は法律問題と変容されたものではなかったか」と述べ、「コンセイユ・データの優れた発見のひとつである法律原因に関する判例のロジック」による解決を提唱したのであった。

行政行為の要件となる事実についての法的コントロールを拡大するために、行政判例は、「不存在の法律原因」という概念を使用した。オーリウは、これを客観的性格を持つ「法律原因（コース）」理論という形で、積極的に活用しようとした。その骨子は、図式的に整理すると、「行為の客観的要素に由来する法律原因の欠如は法律違反を導くが、主観的なモティーフの瑕疵は権限濫用を導く」（ヴデル¹²）というものであった。オーリウの法律原因（コース）理論は、ヴデルの名高い博士論文によって受け継がれ、後世にその影響を残すのであるが、筆者は民事法も含めたコース理論に対する十分な研究を行ったことがなく、ここでオーリウ理論の意義を論じる能力はない¹³。

従って、現時点では、オーリウは、法律原因理論を媒介させることにより、行政行為の要件事実の問題が法律違反の取消事由であることを理論的に説明し、適法性の拘束（行政外部的な法規範による行政権の他律的制限）に含めることを可能にしたことを指摘するに留めたい。⁽¹⁴⁾

- (1) Précis, 11 éd., p. 414.
- (2) 阿部・前掲書九一頁以下に詳しい。
- (3) S. 1914. 3.113/J. A.3. 297.
- (4) S. 1906. 3.113; S. 1915. 3.1/J. A.2. 221.
- (5) S. 1917. 3.25/J. A.2. 372.
- (6) 阿部・前掲書一〇四頁『リヴェロ』二八一頁。
- (7) Sfez, op. cit., p. 462-463.
- (8) S. 1926. 3.25/J. A.2. 380.
- (9) 参照、近藤・前掲書一一〇頁。
- (10) 山田・前掲論文八三頁以下。
- (11) S. 1927. 3.57/J. A.2. 388.
- (12) G. Vedel, Essai sur la notion de cause en droit administratif français, 1934, p. 188, cité par Sfez, op. cit., p. 464.
- (13) 簡単な整理として Sfez, op. cit., p. 462-464. を参照。 Cf. Vedel et Delvolvé, op. cit., tome 2, p. 329.
- (14) Précis, 11 éd., p. 414-415.