

行政判例と行政法学（三）

——モリス・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

第二節 越権訴訟の法理（以上四〇号）

第三節 訴訟類型論

第二章 民法法との比較による概念の構成

第一節 行政賠償の法理（以上四一号）

第二節 行政契約論

第一款 行政契約に対する基本的認識

第二款 公役務の特許契約

第二節 行政契約論

第一款 行政契約に対する基本的認識

一九世紀の行政判例は、行政作用について、原則として民法法の領域に属する「管理行為」と、権力性のゆえに

行政裁判管轄に服する「権力行為」との区別を行う方向で発展した、と語られている⁽¹⁾。また、E・ラフェリエールの『行政裁判概論』では、行政作用について、特別な立法措置のある場合を除いて民事法が適用される「管理行為」と、公権力性を持った一般的あるいは個別的な命令、下命や禁止である「権力行為」とに二分する、いわゆる「権力行為と管理行為の二分論」⁽²⁾が展開されていた。行政の行為形式を右の如き二分論で把握した場合、行政法の領域に固有な行政契約の法理が十分に発展する余地が少ないのは、必然であろう。そして、行政管理（公管理）理論の導入によってこの「権力行為と管理行為の二分論」の克服を主張したオーリウの学説は、行政契約という行為形式を、行政法の領域の中に正面から取り込んでゆく契機のひとつとなり得たのである⁽³⁾。

オーリウは、公役務の執行に関して行政主体と私人の間で締結される契約・約定から生じる紛争について、行政裁判管轄に含めることを主張した。これは、行政による契約・約定を、公権力性を内包した行政管理作用（公管理作用）と位置づけた上で、行政訴訟（全面審判訴訟）の対象領域に含めるという思考方法によるものであった。そして、行政主体は、公役務の管理のために契約を締結する場合においても、公権力性の要素を残存させており、両当事者間には私的生活と同様の対等な地位があるのではなく、公権力の特色である不平等が存在しているという考え方を示していた⁽⁴⁾。

右のように、オーリウにとって、行政契約は、行政管理理論Ⅱ公役務の執行作用Ⅱ全面審判訴訟の領域、という図式が典型的に適用される行為形式なのであり、このことから、(1)行政主体の締結する契約に関する行政裁判管轄の拡大を肯定し、判例法における行政契約のカテゴリーの確立を支援し、(2)行政契約に関する実体法上の解釈論について、その公役務としての特色を考慮した行政法固有の法理の形成を主張する、という二つの基本的な考え方の方向性が導かれたのである。以下、右の二つの方向性のそれぞれについて、オーリウの行政契約に対する基本的認識を分析することとしたい。

(1) 行政契約の領域の確立

右の第一点について、オーリウは、一九〇〇年代を中心とする一連の判例評釈（テリエ判決、テロン判決等の重要判決の評釈を含む）において、行政主体、とりわけ地方公共団体が締結した行政契約に関する行政裁判管轄の拡大を主張し、右の拡大の傾向を示した判例法を称賛している。⁽⁵⁾ これらの評釈群の対象となった行政判例は、「行政管理」公役務の執行」の領域を確立し拡大するというオーリウの主張と軌を一にしている。従って、行政契約のカテゴリーを確立することについて、少なくとも現象として見た場合に、オーリウ理論と判例法は相互に影響し合って展開したものである。

その後、第一次大戦時以降には、行政主体が契約的手法を用いる局面が多様化し、これに対応して、行政契約に関する判例・学説も飛躍的に発展する。しかし、オーリウの学説は、この行政契約法理の展開に、追従し得ない部分があった。行政判例法の発展に対応しつつ、ジェーズをはじめとする論者が行政契約理論を進化させたのに対し、オーリウは、この問題について積極的な論を展開することが少なかった。この時期に、行政契約の主題を扱った判例評釈の例としては、一九二七年に公表されたデルパン (Delphin) 判決及びトゥリエ (Triller) 判決の評釈がある。これらの判決では、第一次大戦の占領地域における物資の供給と統制のために行われた行政と私企業の契約に関する紛争の裁判管轄が問題となっているが、オーリウは、以下の如くに論じている。⁽⁶⁾ 第一次大戦後の開放地区の物資調達と復興のため、立法及び命令により、行政と私企業が結合した混合経済 (economies mixtes) を実行する一時的公役務が形成された。これらの公役務は、商工業的企業の参加によって拡張し、緊急の必要を満たし、多額の資金を扱った。そして、これらの公役務の作用に関する紛争は、裁判管轄に関する重大な問題を提起した。これらについて、商工業的役務として私管理の活動と性質決定し、訴えを司法裁判管轄にゆだねることも可能であり、判例法は、渡船や水運の役務についてこの方向性を示した（エロカ渡船事件判決等を引用）。しかし、本件判決

は、行政裁判管轄へと回帰するものである。非常に興味深いのは、本件判決が行政裁判管轄を肯定した理由が、私企業が当該役務に参加するために行政と私企業の間で締結された約定に含まれる普通法外的条項のみに求められていない点である。本件判決は、約定以外の要素、すなわち、行政と私企業を結合させた組織の根拠となった法律及び命令の規定、及び、役務の必要性に着目している。法律及び命令の存在は、公権力が当該組織の形成と作用とに介入したことの顕れであり、ゆえに、当該役務の組織及び作用に関する訴えは、公権力が存するがゆえに行政裁判管轄に服する。

オーリウは、以上のように述べて、本件の行政と私企業との約定が行政契約であることを導いている。これは、オーリウが一九世紀末以来提唱してきた行政裁判管轄の拡張論（「行政管理」理論）の延長線上に留まつており、⁽⁷⁾ 商工業的公役務に関する判例法の展開等について、十分にフォローできていない、という見方もできよう。

他方、一九二八年に公表されたトムプリエ (Templier) 判決の評釈 (オーリウの最晩年の判例評釈のひとつである) に至り、行政契約の基準に関するオーリウの理論は、そのトーンを⁽⁸⁾ 変化させる。トムプリエ判決とは、コミュニケーションと製粉業者の間で締結された納品契約について司法裁判管轄を認めた、権限裁判所の判決である。オーリウは、右の判決の中で、権限裁判所が、納品契約につき、「行政的性格を与える普通法外条項を含んでいない限り」民事裁判管轄に服すると述べたことに注目する。そして、オーリウは、行政が締結した契約の裁判管轄は、当事者が契約に与えた形式ではなく、契約の内容が公権力的なものであるか否かによって決まる、と明言している。この評釈に至つて、普通法外的条項の存在が行政契約の標識であるとする説 (一九一二年のヴォージュ判決を契機とする⁽⁹⁾) や、⁽¹⁰⁾ 商工業的公役務についてこれを行政裁判管轄から除外するという判例法 (一九二一年のエロカ渡船判決を契機とする) について、⁽¹⁰⁾ これらを正面から受け止めた議論が展開されている。しかし、数カ月後に世を去ることになるオーリウに、行政契約に関する新しい議論を展開する時間的余裕は残されていなかった。ゆえに、オーリウの行政契約理論

には、第一次大戦後の、行政による契約的手法の多様化や、私管理の領域に含まれる私法契約の利用の拡大といった状況に十分対応しきれなかった部分があることは、否定できないように思われる。⁽¹¹⁾

(2) 行政契約に関する実体法上の解釈論

次に、第二の点、すなわち、行政契約に関する実体法上の解釈論について、オーリウは、行政契約の解釈をする場合に、民事法上の原則に従って契約締結時点で当事者が合致した意思を絶対視するのではなく、行政契約が公役務の執行作用であることを捉え、公役務の正常な運営という観点から契約条項の絶対性を緩和することを主張した。

この点につき、当時の具体的な争点として、「特許契約 (concession)」の条項の解釈の問題があり、オーリウも多数の論稿を残している。これらについて、直接的には、本節第二款で分析するが、ここでは、まず、オーリウの基本思考を示すものとして、一九〇一年に公表されたパリ市ガス会社事件判決の評釈を取り上げたい。⁽¹²⁾ 右評釈には、特許契約の財務条項の解釈について、次の記述がある。「我々には、(本判決のコンセイユ・データの判断の中に) 行政契約の解釈の原則の萌芽が含まれているように、思われる。それは、『良き行政』の原則と呼び得るものである。これは、以下のことを意味する。公行政は、十分に定式化された約定がない以上、納税者あるいは公衆の利益を犠牲にしたとみなされることは許されず、また、公行政は、特に債務償還のような財務的作用について、可能な限り望ましい作用を行ったとみなされなければならない。」「仮に、右の解釈原理が契約に関する通常の良俗 (bonne foi) を逸脱するならば、……我々は、行政契約において、契約の一方当事者たる行政主体が特別の地位にあることに由来する特別な良俗が存在すると考える。行政主体は、公役務の正常な遂行を維持し、公産を損害なく保ち、全ての市民の共通の糧である国庫金を運用する義務を負っている。……故に、行政主体は、一定限度で保護

される必要がある。疑問のある条項について、良き行政の原則によって解釈するならば、行政主体は、合理的な限度で右の保護を享受することになる。要するに、行政主体が公役務に関して契約を締結する場合に、それは行政側の固有の利益でも、契約の相手方の利益でもなく、良き行政の利益によっていると言えるのである。」

以上のように、オーリウは、行政契約Ⅱ公役務の執行Ⅱ良き行政の確保、という図式の中で、行政契約の解釈について、「良き行政」の要請に配慮した民事法とは異なる方法をとるといふ基本的認識を示したのである。

また、行政契約の解釈の一般論について、納品契約 (marché de fournitures) の条項の解釈が争点となった大西洋運送会社事件判決の評釈 (一九〇八年公表) には、次のような記述がある。⁽¹³⁾ 本件判決では、コンセイユ・デタが示した行政契約の条項の解釈方法が、注目される。本件の法的問題は、納品契約の条項中の「速度 (ノット)」の解釈が、海上郵便事業に関する行政上の慣習に従うのか、条項そのものの文理解釈に従うのかという点にある。これは、契約条項の客観的解釈か主観的解釈かという古典的問題である。ここで、コンセイユ・デタは、契約条項のみに着目した主観的解釈を採用し、行政の慣習を考慮しなかった。「この解決をどのように評価すべきであろうか? この問題は厄介である。事情を正しく認識して判断を下すためには、納品契約だけではなく、とりわけ公土木請負契約を含めた行政契約全体についての探究が必要であろう。この探究は、現在まで行われておらず、一般に行政法学において、契約の解釈原理には未だ目が向けられていない。」「従って、慎重になる必要があり、新判例により事態が明らかにされるのを期待しつつ、コンセイユ・デタの本判決に沿って考察すると、以下のことが指摘できる。」「第一に、納品契約は、役務の執行と強く結びついている公土木請負契約と対比して、より個別的な契約である。」「第二に、行政契約において、個別的契約であるがゆえに、納品契約は、より絶対的に当事者間の規範なのである。」「第三に、行政契約において、外部的慣習を考慮に入れることには特別な困難がある。民事上の契約では、外部的慣習は通常の交換法に由来する。これらの慣習は、対等な当事者間の自由な交換関係によって形成され、實際上の不都合が生じた場合には、

慣習は自発的に修正される。……反対に、行政契約において、外部的慣習は行政の一方的な営為にのみ由来する。行政の相手方は、一定限度で、その慣習に従わなければならない。……彼らは、修正を求める地位に常にあるわけではない。彼らにとって、行政は慣習に囚われており、それを自発的に改めようとはしないものなのだ。行政上の慣習による行政契約の解釈を認めることは、お役所の因習を受容し、非常に明白な不正義の是正を妨げるのではないか？我々は、これ以上の結論を下すことなく、右の点を指摘するに留めたい。」

右の記述の中で、オーリウは、納品契約について、公役務の執行という観点からするならば、公土木請負契約などよりも民事法に近いものであり、当事者による契約条項を重視すべきというニュアンスを窺わせている。他方、行政契約でも、公役務の執行との関連が強ければ、行政の側に立った契約条項の解釈を肯定するようにも読める。いずれにしても、オーリウは、行政契約上の条項の解釈について、公役務の執行という角度から、行政法固有の解釈原理の構築が必要という基本的認識を持っていたと言えよう。

さらに、オーリウは、行政主体が、私人あるいは他の行政主体と約定 (convention) を締結したにもかかわらず、その約定に反する行為を行ったケースについて、行政の権力的活動は約定によって制限されない (但し、補償の問題が別に生じる) ことを主張している。例えば、カルトゥロン判決の評釈 (二九〇七年公表) では、一年間の任期で市の職務を行うむねの約定を結んでいた者に対し、市長が一年未満で解雇したという事案について、以下のような記述がある。¹⁴⁾「少なくとも一年間月給三二五フランでの雇用を保障した市職員と市長との約定は、市長からこの職員の解雇権を奪う効力を持ち得なかったのか？その答えは、市職員を解雇する権利は権力の一要素であり、行政法において、行政庁は自らの権力を放棄せず、約定によってその権力を制約されないことが、公共の秩序たることにある。仮に、右と異なるが如き交換法上の約定が締結された場合には、その約定は、権力を制約しない方向で解釈される必要がある。もつとも、約定に反して行われた作用について、損害賠償が生じることになる。」

また、一九一五年公表の国対トゥールーズ市事件判決の評釈では、興味深い論旨が展開されている。⁽¹⁵⁾ この判決の事案は、次の如し。軍に第四連隊を創設するのに伴い、国とトゥールーズ市が協定を締結し、右連隊の本部をトゥールーズ市に置く一方で、市側が八〇万フランを支出して兵営を建築した。その後、右連隊はすぐに廃止されたため、市が国に対して八〇万フランの償還を求める訴えを提起した。コンセイユ・デタの判決は、市の請求を棄却するものであった。

オーリウは、本件の国と市の約定の解釈について、次のような分析を加える。(約定の解釈について)「我々は、私法契約の前にはいるのではない。これは、公法契約に関する問題なのだ。我々は、このような性質の契約に存する特別な要請を汲み取るように努めなければならず、それにより、一見すると厳格に見えるコンセイユ・デタの判決が理解できることになろう。」「行政上の約定は、常に多少とも公役務の執行あるいは行政上の執行作用に関連している。本件の場合、国とトゥールーズ市の約定は、兵営の建造という公土木作用の執行に関する合意である。この状況から、右の約定は……それ自体の要素のみによっては解釈できないことが導かれる。換言すると、法的地位は、契約の文面のみ支配されるのではなく、役務の要請、あるいは行政上の執行作用の要請によっても支配されるのである。」公土木作用に対する協力の申し出は、完全に契約的な法的地位を創りだすのではない。これは、公土木作用と結びついており、その結果、訴訟類型も公土木訴訟によることになる。しかし、この手続き面での帰結も、行政裁判官が要求する(契約条項の)特別な解釈の必要性の有無によって導かれる。「この特別な解釈の必要性は、行政上の執行作用が、公益により完全に支配されていることに由来する。従って、行政上の約定は、それが付随している行政上の執行作用に支配されるし、この執行作用自体は、公益によって支配される。そして、契約当事者も、右の法的地位を認識している。その結果、契約当事者は、公益によって要請される行政上の執行作用の本来的条件に従うべく、契約変更の可能性を受け入れているということが、解釈原理でなければならない。」「全ての

行政上の執行作用は不確かなものであり、その執行過程において、公益の緊急の必要性によって中断、遅延、変更される可能性がある。この結果、行政上の執行作用に関する約定は、一種の不確かな契約 (contrat aleatoire) であり、当事者は、契約条項に反する不確かさを受け入れたと見做されるのである。「この不確かさは、我々が時として『王の行為』と呼ぶものを構成している……。」

右のように、オーリウは、「行政管理＝公役務の執行」たる行政契約に関する実体法上の解釈論について、行政上の法律関係の特殊性あるいは公益性に着目した、行政法学固有の法理を打ち出すという基本的態度を示している。以下、右の基本的態度をより具体的に実証するため、行政契約に固有の法理の典型として知られている、①「王の行為」の理論と、②「不予測見理論」について、オーリウの判例行政法学の展開過程を検討することとしたい。

① 王の行為 (fait du prince) の理論

「王の行為」の理論とは、行政契約において、一方の当事者たる行政主体が当該契約の内容を一方的に変更し、そのことによって相手方の私人の負担が加重された場合に、補償が必要とする法理である。「王の行為」の理論は、フランスの行政契約法を特色づける法理の代表的なものとしてよく知られているが、オーリウは、この法理にいち早く注目し、行政法理論の中で積極的に位置づける試みを行ったのである。⁽¹⁶⁾

オーリウが、「王の行為」について最初に論じたのは、一九〇二年公表のプレヴェ (Prévet) 判決の評釈においてであった。⁽¹⁷⁾ この判決の事案は、次の如くである。原告プレヴェ会社は、ニューカレドニアで肉の缶詰の製造を行っていた。原告は、戦争大臣との間で、肉の缶詰を納入する納品契約を締結したが、その後、次の二つの理由によつて契約に定められた缶詰の価格の改定を大臣に求めた。すなわち、①右契約締結後、植民地大臣の決定により、ニューカレドニアにおける生肉の最低購入価格が上昇し、②契約締結後の命令 (デクレ) により、ニューカレドニアにおいて、従来の入港税に代わつて家畜に関する関税が課せられることになった。しかし、戦争大臣は、原

告の要求を受け入れなかったため、原告は、「王の行為」による損害賠償を求める訴えを提起した。コンセイユ・デタは、右の①について「王の行為」の成立を否定したが、②についてその成立を肯定し、原告の請求を認容した。

オーリウは、この判決の評釈において、次のように論じている。「王の行為」は、フランス行政法の基底に潜み、これに柔軟性を与える理論のひとつである。これは、ラフェリエールの『行政裁判概論』においても論及されておらず、学説では未だ無視されているが、コンセイユ・デタの判決や論告中に散見されるものである。しかし、「王の行為」の理論は、事物の本質にふれる非常に重要なものである。「王の行為」が存在するのは、納品契約や公土木請負契約など、公役務の執行を行うための契約によって私人と関係を締結した公行政が、独立した公権力に基づく行為、とりわけ行政立法行為によって、契約の変更をする場合である。」つまり、「王の行為」とは、行政主体が、権力的・命令的手法による公権力の行為によって、自ら公役務の管理のために作り出した契約上の法的地位を一方的に変更するものである。「王の行為」は、結局のところ、同一の行政が権力的手法による行為を用いることにより、管理的地位が被るところの反作用の問題であり、これによって損害賠償請求権が生じるか否かが実際の問題となる。

そして、オーリウは、「王の行為」による国の損害賠償義務を肯定するのであるが、その理論的背景につき、以下の如くに述べる。「王の行為」によって損害賠償責任が成立する根拠は、契約を締結した者と同一の法主体が、自らその契約上の法的地位を変更した点にある。これは、契約上の地位の変更にかかる行政の権力的行為が、非人格的な公権力の発現ではなく、契約の主体たる行政主体（行政の法的人格）による公権力的権利の行使であることを示している。つまり、行政主体たる法人の権利行使とは、公権力の要素を含まない私法的権利の行使に限定されるのではなく、行政立法や警察処分などの権力的行為についても、行政主体の権利行使と理解することが可能なのである。

オーリウは、右のように、行政立法や執行的決定といった行政の権力的行為形式についても、これらが行政契約の内容を一方的に変更する場合に、契約の相手方に生じた金銭的な損害を填補すべきことを肯定した。これは、行政の権力的行為形式も法人たる行政主体の権利行使と捉えるという、主観法的な行政法の理論モデルの適用であり、行政管理（公管理）理論の応用である。⁽¹⁸⁾そして、この「王の行為」に関する議論は、オーリウが行政契約に特有な法原理について自覚的に論じる端著となったのである。

爾後、行政契約について、行政側の権力的な一方的変更に関する判決（例えば、特許契約に規定された条件明細書の内容に反する行政措置に関するもの）⁽¹⁹⁾が多数出現するようになる。オーリウは、これらを対象とする判例評釈において、「王の行為」理論にも繰り返し言及している。

まず、一九〇四年公表の北部経済鉄道事件判決の評釈では、「王の行為」をより厳密に定式化することが試みられている。⁽¹⁹⁾「公序の警察に関する命令権限は、契約条項により制約されない。公行政は、右の権限行使により特許事業者に損害を与えた場合に、金銭賠償が契約解除の危険がある。しかし、公行政は、右権限を放棄していないし、また放棄することができないので、これを実行することができる。これは、我々が……プレヴェ判決で認知した『王の行為』の理論と呼ぶべきものである。」⁽²⁰⁾そして、特許契約において「王の行為」が適用される具体例を、詳細に分析して示したのであった。⁽²⁰⁾

さらに、行政契約上の法的地位が権力的行為によって一方的に変更される局面で、「王の行為」理論が適用可能なことについて、例えば、一九一〇年公表のゼイラバディヌ判決の評釈や、一九一一年公表のフランス市街鉄道事件判決の評釈、⁽²²⁾一九一五年公表の国対トゥールーズ市事件判決の評釈⁽²³⁾でも検討される。そして、オーリウは、これら一連の判例評釈をおして、「王の行為」が、公権力による行政契約の要素の一方的変更一般について該当する理論であることを主張したのである。

② 不預見理論 (theorie de l'imprevision)

不預見理論は、フランス行政契約法理の中でも、よく知られたもののひとつである。これは、行政契約の履行過程において、契約当事者とは無関係な経済的変動が起こり、相手方たる私人が当該契約の履行について非常な困難に直面する場合に、行政主体が相手方たる私人に補償を与えることにより契約の履行を可能ならしめる、というものである。不預見理論は、行政契約をとおして実施される公役務の継続性を保つための法理であり、行政契約に特徴的なものとされている。⁽²⁴⁾

この不預見理論を判例法が提示した重要判決が、一九一六年三月三〇日のコンセイユ・デタ判決（ボルドーガス会社事件）である。右は、第一次大戦の勃発によって石炭価格が高騰し、特許事業者たるガス会社が、特許契約の約定どおりの料金では破産するという状況下で、ガス会社の行政に対する補償請求を認めた事例であった。この判決について、オーリウも詳細な評釈を公表しており、以下、検討する。⁽²⁵⁾

「コンセイユ・デタは、数年来、公役務の特許契約の理論を發展させてきたが、これは常に民法上の原則から乖離する方向に向かっており、本件のボルドーガス会社判決においても、同様の傾向を示すものであった。」ここで、コンセイユ・デタは、モラトリアムの一般原理と同様のものを採用した。すなわち、戦争状態は契約当事者の予測を超えるものであったが、戦時中であっても社会生活を維持する必要がある、契約当事者にも契約外的な必要措置を課すというものである。民事法の領域では、モラトリウムは、立法あるいは命令によってもたらされたが、行政法の領域では、コンセイユ・デタの判例法により必要なイニシアティヴがとられた。この判例法は、公役務の特許契約において、次の二つの根本規範を明らかにした。第一に、契約の要素は、公役務の事業の要素、とりわけ役務を保障する必要性に従属することであり、第二に、通常の予測の範囲内か否かという点からの事業者のリスクと責任を縮減するという考え方、すなわち、「不預見の理論」である。

契約の要素が公役務の要素に従属することは、公役務の特許契約は公役務の制度及びその執行の過程として行われるという考慮に由来している。そして、公役務の特許契約は、契約条項を犠牲にしても、公益の必要性を反映する公役務の保障の要請に従う。「この考え方は、『公役務の不変性と契約の可変性』という格言に置き換えられるものであるが、それほど古いものではない。そして、これは、契約の不変性あるいは条件明細書の不変性という従前の格言に取って代わったものである。」特許契約の目的は、特許事業者の権利・義務と公役務の必要性との間の合理的な均衡を定立することにある。そして、契約条項に対する公役務の優位性は、特許事業者に起因する契約条項の不履行の際に、常に契約の解除を導くわけではないことを説明する。「本件ボルドーガス会社事件において、コンセイユ・デタが、ガス会社がその生産施設を使用して役務を継続するのが公益の要請するところであるという理由により、契約の解除という帰結を排し、特許を与えられた役務を保障し継続することを宣言できたのは、以上の判例法の射程によるのだ。」

「コンセイユ・デタが、損害賠償によって問題を処理する可能性を追求したのは、右の判例法と同一の流れにしている。しかし、ここで、ガス会社に与えられる損害賠償を説明するためには、別の判例法の発展に言及する必要がある。」これが、「不測の理論」である。これは、民法法に比べ、契約当事者のリスクと責任を縮減するものである。民法法上の契約理論では、契約当事者は、将来生じ得る全ての事象を予測して約定を結んだとみなすが、行政法では、契約当事者は、通常の事象のみを予測していたとみなす。これが、「不測の理論」の考え方である。そして、この理論と係わる不可抗力の概念は、行政法の領域の方が、民法法上のそれよりも柔軟である。行政法上の生活は、民法法上の生活と比べ、リスクに対する責任の点で同質ではない。すなわち、第一に、行政主体は、絶対的な予測を踏まえて公役務を遂行しているのではなく、予測の点で特許事業者に対してより厳しい要求をする立場にはない。第二に、特許事業者は、行政と完全に切り離されたものではなく、行政との間に一種の協同体を形成

しており、リスクについても互いに分配するべきである。

「特許事業の契約に関する行政法上の理論において、以上は全て相互に関連する。契約は、行政上の役務の実施という視点に支配され、リスクの縮減は、当該役務の機能の要請に従っている行政上の慣習に由来する。要するに、そこには、現に機能している巨大な客観的組織体が存在しており、その前では、主観的意思の効果は縮減され、主観的責任は緩和される。……行政契約は全て、その目的の重要性のゆえに変形するのだ。契約は、その条項の中に、活動状態の制度 (institution) を内包しようとする。しかし、それは荷が重すぎることであり、制度はそこから溢れ出してしまうのだ。」

右の如くに、オーリウは、ボルドーガス会社事件判決でコンセイユ・デタが示した「不予見理論」を支持し、公役務の特許契約に関して、公役務の継続的提供の必要性から契約内容の変更を認めるという法理を肯定した。さらに、ボルドーガス会社事件判決以降の行政判例における「不予見理論」の展開について、その後の数編の判例評釈の中で、詳細な分析を行った⁽²⁶⁾。これらをとおして、オーリウは、民事法上の契約理論から離脱した行政契約に独自の法理として、「不予見理論」が「正当でかつ豊かな理念」であることを主張し、⁽²⁷⁾この行政判例法が創造した法理が、爾後の立法措置をもリードする形になったことを述べたのである。⁽²⁸⁾

(1) 『リヴェロ』一七六頁。但し、あくまでも一般的な認識論としてであり、学術的研究レベルでの評価という意味ではない。

(2) Cf. E. Laferrère, *Traité de la juridiction administrative*, 2, 1896, Tome 1, p. 5 et Tome 2, p. 183-190. ラフェリエールの「権力行為と管理行為の二分論」については、わが国でもよく知られている。参照、兼子仁『フランス行政法学史』一六三頁以下、神谷・前掲書一〇九頁以下、雄川一郎『行政の法理』六八八頁以下、南博方『行政裁判制度』二〇〇頁以下、阿部・前掲書四七頁、滝沢正『フランスにおける行政契約』(一)「法学協会雑誌九五巻四号四六頁以下、浜川清『フランスにおける行政契約一般理論の成立』(一)「民商法雑誌六九巻六号五〇頁以下、亘理格『行政による契約と行政決定』(一)「法学四七巻二号九六頁以下等。

(3) なお、参照、ジャン・マリイ・オービイ『フランス法における行政契約』日仏法学会編『日本とフランスの契約観』九七頁以下。

(4) G.A. 74-75.

- (5) S. 1900.3.81/J.A. 1.238 ; S. 1901.3.113/J.A. 2.463 ; S. 1903.3.25/J.A. 2.447 ; S. 1907.3.97/J.A. 2.123 ; S. 1911.3.17/J.A. 3.679. 参照、第一章第一節第二款(1)。これらの判決の動向と学説上の議論については、わが国でも多数の研究業績が存在する。参照、神谷・前掲書八九頁以下、同一三〇頁以下、山田幸男『行政法の展開と市民法』二八八頁以下、浜川「フランスにおける行政契約一般理論の成立(二・完)」民商法雑誌七〇巻一号五九頁以下、滝沢「フランス法における行政契約(二)」法学協会雑誌九五巻五号七七頁以下等。
- (6) S. 1927.3.1/J.A. 1.201. この評釈について、神谷・前掲書一八六頁以下に紹介がある。
- (7) この点がオーリウの判例行政法学における欠落点であることについて、Cf. Fournier, op. cit., p. 157. なお、行政判例が行政契約の標識についていわれる「普通法外条項」を採用したことについて、Cf. Précis, 11 ed., p. 914-916.
- (8) S. 1928.3.113/J.A. supplément. 1. なお、この評釈では、行政契約の基準として公役務を用いる考え方が明確に否定されており、オーリウ晩年の「公役務学派」に対する厳しい批判と同一線上の議論が展開されている。
- (9) 行政契約の標識としての「普通法外条項」については、参照、滝沢「フランス法における行政契約(二)」法学協会雑誌九五巻五号九九頁以下、神谷・前掲書一七〇頁以下等。
- (10) エロカ渡船事件判決、及び、商工業的公役務概念については、参照、神谷・前掲書一八一頁以下、近藤昭三『フランス行政法研究』八八頁以下、滝沢「フランス法における行政契約(三)」法学協会雑誌九五巻六号四頁以下等。
- (11) スフェズは、オーリウが行政契約理論から豊かな着想を得たことはなく、業績も質量とも少ない」と指摘している。Sfez, op. cit., p. 443.
- (12) S. 1901.3.89/J.A. 3.557.
- (13) S. 1908.3.137/J.A. 3.689.
- (14) S. 1907.3.97/J.A. 2.123.
- (15) S. 1915.3.17/J.A. 3.407.
- (16) 「王の行為」に関する邦文の文献として、参照、山田・前掲書三二〇頁以下、滝沢「フランス法における行政契約(四)」法学協会雑誌九五巻七号八七頁。
- (17) S. 1902.3.73/J.A. 1.734.
- (18) この時期に、オーリウは、「公権力の無答責」の原則を克服し、行政の権力的作用を原因とする行政賠償責任の成立を論証することを重要な課題のひとつとしていた。「王の行為」理論についても、右の議論の一環として主張されたという側面がある。この点について、本章第一節を参照。
- (19) J.A. 3.464-467. なお、北部経済鉄道会社事件判決について、第二款註(24)を参照。
- (20) なお、北部経済鉄道事件の評釈では、「王の行為」が適用される、すなわち、特許契約に反する行政決定について、越権により取消せないが損害賠償請求権が成立する領域(「公序の警察」と、契約に拘束されるがゆえに越権による取消が可能であるが、損害賠償が成立しない領域(公役務管理の警察))とに分けて論じている。

- (21) 本章第一節第四款註(6)を参照。
- (22) 本節第二款註(26)を参照。
- (23) 前出。
- (24) 邦語文献として、山田・前掲書三二四頁以下、原田・前掲論文八〇頁以下、五十嵐清「契約と事情変更」四三頁以下、滝沢・前掲論文七九頁以下、浜川・前掲論文六七頁以下等。
- (25) S. 1916.3.17/J.A. 3.578.
- (26) Cf. S. 1917.3.33/J.A. 3.614 ; S. 1920.3.25/J.A. 3.624 ; S. 1923.3.33/J.A. 3.648. これらの評釈では、「不預見理論」の適用の結果生じる補償金の算定や、契約外的地位の解釈等について、検討されている。これらの判例法の展開過程を整理したものととして、*Precis*, II ed., p. 815-818.
- (27) J.A. 3.635.
- (28) J.A. 3.616.

第二款 公役務の特許契約

(1) 公役務の特許契約の基本的性格

「公役務の特許契約 (concession de service public)」は、一九世紀中には、絶対王政期にその源流を持つ公土木特許の概念に包摂されていた。その後、一九世紀末から二〇世紀初頭にかけて、鉄道・市街電車・電気・ガス等の特許事業がその重要性を増し、これらに関する法的紛争も多発するようになる。右の状況を背景に、特許契約という行為形式を素材にした行政法学上の議論が展開され、その結果、「公役務の特許契約」は、行政主体が私法人に対して公役務の執行を委託し、代償として当該事業の執行に関連する一定の利得を与える、という行政契約たる行政手法として確立された。⁽¹⁾

オーリウの学説は、デュギイやジェーズと並んで、この「公役務の特許契約」概念の成立につき、大きな役割を果たした。⁽²⁾ 一九〇四年に公表されたブランリュユ及びヴェルノドン (Blanleuil et Vernaudon) 判決の評釈は、⁽³⁾ この点について正面から論じられた最初の論稿である。オーリウは、特許契約の概念について、以下の如くに述べてい

る。特許契約の作用は、非常に複合的である。例えば、オーコックは、鉄道・市街電車・ガス照明・電気照明等の特許契約を公土木特許、道路占用の特許等を物の一時的占用の特許という形に区分している。この分類は、公土木との関連性を基準に分類したものである。この基準は誤りではないが、表面的なもので、事物の本質に達してはいない。何故なら、確かに、鉄道を建設したりガスの配管や電気の架線を行うのは公土木であるが、それらの作用の目的は公役務なのである。我々が論じている特許契約の本当の名称は、「公役務の特許契約」であり、これは、第一義的に、公役務を遂行する手法なのである。そして、特許契約の作用の対象は、公役務の組織化である。⁽⁴⁾

さらに、オーリウは、「公役務の特許契約」の基本的な性格について、以下の如き分析を行っている。「公役務の特許契約」は、①県や市町村と特許事業者の間で、公施設の建設ないし役務の執行に関する条件を定める契約と、②行政庁が法律や行政立法（デクレ）に基づいて特許を授与する行為、の二つの要素から成り立っている。このうち、②の行為は、単純な後見監督行為や財務条項の許可とは異なり、固有の効果をもった「特許の授与」という行為である。そして、この「特許の授与」とは、行政庁が許可なり公益性の宣言なりによってその効果を完成させるものであっても、本質的には役務の組織化を意図する行政主体と特許事業者との契約である。「公役務の特許契約」作用は、右の①と②の二つの連続的・複合的な契約が組み合わさったもので、全体としても契約的な作用として捉えられるべきものである。⁽⁵⁾

ここで、オーリウは、多様な特許契約（コンセッション）を包括する法概念を構築するための基礎として「公役務」概念を用い、「公役務の特許契約」概念を設定した。そして、オーリウは、「公役務の特許契約」につき、契約的要素と一方的・権力的要素を複合的に持つことを明確にしつつ、一種の契約的作用であるという理解を示したのである。

オーリウは、自らの「公役務の特許契約」概念について、クロワ・ドゥ・セギエ・チヴォリ地区組合判決の評釈

(二九〇七年公表)でも、その一端を論じている。⁽⁶⁾ クロワ・ドウ・セギエ・チヴォリ地区組合判決の事案は、以下の如くである。特許事業者たる路面電鉄会社が右地区の路線を廃止しようとした際に、これに反対する右地区の住民が、不動産所有者組合を結成した上で、知事に対して、特許事業者に対する監督権限を行使して路線廃止を阻止することを要求した。知事はこれを拒絶したので、右組合は、知事の拒絶決定の取消を求める越権訴訟を提起したのである。コンセイユ・デタは、右組合について、当該越権訴訟の原告適格は肯定したものの、本案の請求は棄却した。オーリウは、「公役務の特許契約」による特許事業(路面電車)の利用者たる住民が、監督庁の特許事業者に対する行政措置について、越権訴訟で争い得ることが認められたことに注目し、「公役務の特許契約」の法的性格について、分析を加える。すなわち、公役務は、組織化された制度として、その受益者に一定の法的地位を与える。(オーリウは、これを、物権的地位として説明している。)この意味で、「公役務の特許契約」は、公益目的に支配された権力的なものである。しかし、「公役務の特許契約」は、契約としての要素も、併せて持っている。「行政主体と特許事業者の関係においては、契約が存在する。他方、行政客体との関係では、命令的な地位が存在する。……公役務は、特許事業であると否とにかかわらず、公衆との関係では、法的あるいは命令的な制度なのであり、物権的地位を生み出すのだ。⁽⁷⁾」

このように、オーリウは、公役務の特許事業の利用者の法的地位という問題の検討をとおして、「公役務の特許契約」を、契約的要素と一方的・権力的要素を共存させた法概念として提示した。ほぼ同時期に、デュギイやジェーズも、「公役務の特許契約」概念に関する議論を展開し、右の法概念が確立するに至ったのである。⁽⁸⁾

さらに、これ以降、オーリウの「公役務の特許契約」概念に関する理論は、一方的・権力的要素を重視する方向へと展開する。例えば、『行政法精義』第一版では、「公土木及び公役務の特許契約」について、契約的要素と命令的要素の二つを併存させた「混合的作用」であるとしつつも、命令的要素が全ての作用を支配し、契約的要素は

これに従属するという見解を示している。すなわち、「公役務の特許契約」における契約的要素は、特許事業たる公役務は中断してはならないという原則に服するのであり、行政による命令的措置を妨げないのである。⁽⁹⁾これは、行政判例法において、「公役務の特許契約」中の契約条項の絶対性を緩和し、行政の一方的変更権を承認するという展開が示されたことに対応したものである。⁽¹⁰⁾以下、この問題について、検討を進めたい。

(2) 契約条項の絶対性の緩和

① 「電気・ガス抗争」

特許契約の領域において、一八九〇年代を中心に、いわゆる「電気・ガス抗争」の問題が起こり、様々な形での裁判例が生じることとなった。この問題は、オーリウの行政法学の形成期において、重要な研究対象ともなった。一九世紀末に、各地方団体は、ガス照明事業について、ガス会社に特許契約を与えた。この特許契約は、道路等の占有を必要とする「公土木特許」であるとされ、事業に関する独占を認める条項を含むのが通常であった。その直後の時期の技術革新によって電気照明が出現し、各地方団体も、電気照明を普及させるため、電気会社に照明事業の特許契約を与えようとした。この動向に対し、特許事業者たるガス会社の側が、照明事業の独占条項を楯に、地方団体や電気会社を相手に、法廷闘争を繰り広げた。とりわけ、地方団体が、新規の電気照明会社について、架線のための道路占有許可を伴う特許契約を与えたことが、争点となった。⁽¹¹⁾

右の問題についてオーリウは早くから関心を示し、一八九四年に、「公道の占有によって生じる事実上の独占の危険性・ガスと電気 (Dangers des monopoles de fait établis par occupation de la voie publique, le gaz et l'électricité)」と題する論文を公表している。⁽¹²⁾ここでは、「電気・ガス抗争」を素材に、市町村による特許契約の問題点が、様々な論じられている。ガス会社による照明事業の独占について、オーリウは、以下の如くに分析する。ガス会社は、ガ

スの供給・販売の独占を得ているわけではない。市町村が右の独占を与えるためには法律の根拠が必要であるが、そのような法律は無く、市町村が右の独占の特許を与える権限もない。しかし、特許契約の中には、特許期間中いかなる競争者に対しても便宜を図らないという条項がある。この結果、市町村は、公道について、電気会社を含む全ての競争者の配管・架線を許可することを、自ら禁止することになった。ガス会社は、配管に関する特許を持つことになり、照明事業について、独占を獲得することになった。照明事業の場合、役務に関して全ての競争者を排除するという条項の解釈として、ガス照明の役務なのか、全ての種類の照明の役務なのか、という選択肢があり得る。しかし、コンセイユ・デタの判決（サン・テティエンヌ市、モンリュソン市事件判決）は、全ての照明の役務の特許と判断した。そうすると、公道の占用によって生じる特許事業者の事実上の独占は強化され、より厳格なものとなる。地上・地下・空中のいかなる問わず、市町村の公道の占用全てに独占が及ぶことになる。⁽¹³⁾

右の現状に対して、オーリウは、以下の主張を行なう。公道は、人や車馬の交通と同じく、水・ガス・電気等の供給のために供用されている。従って、排他的な配管の特権については、公共交通の排他的特権と同様に例外的なもので、公衆の利益を厳格に判断して与えられなければならない。特許契約の条項は、短期でかつ可能な限り厳密に規定されたものでなければならず、電気照明との関係でのガス照明の排他的独占には問題点が多い。⁽¹⁴⁾

同じ一八九四年には、上記の論文でも検討されていた、サン・テティエンヌ市事件及びモンリュソン市事件判決⁽¹⁵⁾に対する評釈が公表されている。サン・テティエンヌ市事件は、以下の如くである。同市の照明の役務について特許契約を締結していたガス会社は、同市が右の特許契約中の特権条項に違反して電気照明会社に架線のための道路占用許可を与えたとして、行政賠償を求める訴えを提起した。コンセイユ・デタは、右特許契約は「特許事業者の競争者となり得る全ての事業者について、公有物 (domaine municipal) に関する許可や便宜を禁じる」内容であるとして、賠償請求を認容した。モンリュソン市事件は、類似の状況下で、電気照明会社の側が、ガス会社に対する

賠償を認めた県参事会の決定の取消を求めた訴訟であるが、コンセイユ・デタは、電気会社の請求を棄却した。この二つの判決は、「電気・ガス抗争」に関する裁判の端緒となるもので、コンセイユ・デタが、特許契約中の特権条項を強固なものとして解釈しつつ、ガス会社の照明事業の独占に有利な判断を示したものであった。

オーリウは、このコンセイユ・デタの結論を批判する。その一般論の部分は、前記の論文「公道の占用によって生じる事実上の独占の危険性」の内容と重なるが、特許契約の解釈問題について、大要次のように述べている。本件の根底をなす解釈問題は、ガス照明会社に課せられた公役務の射程の範囲であり、それが全ての種類の光源による照明の役務か、ガスによる照明の役務かという点にある。コンセイユ・デタは、前者と解釈したが、オーリウは後者に賛成する。その根拠は、次の三点である。①本件の行政作用は、道路使用に関する元来の自由に反する独占を形成するもので、この独占を最小限に厳格に制約することが、フランスの立法全体と一致する解釈である。②本件の行政作用は、公権力の性格を持った管理作用、すなわち「行政契約」なのであるが、公権力が契約により自己拘束をする場合、その拘束は最小限度であるのが原則である。③照明の役務について、光源の種類に応じて複数の役務があると理解するのが、常識的である。オーリウは、以上を踏まえつつ、特許事業者たるガス会社が、公道を排他的に占有することによって照明事業を独占することを批判し、電気照明とガス照明を併存させることを主張したのである。

このように、オーリウは、その初期の論稿においてすでに、ガス照明の特許契約について、「公役務」の遂行のためのものと捉え、特許契約中の特権条項の解釈について、「行政契約」としての特性を考慮に入れつつ、役務の独占による不都合を緩和する方向で行うべきことを主張している。

その後、「電気・ガス抗争」に関する様々なパターン判決が出され、オーリウも、幾つかの判例評釈を公表した。一八九〇年代後半のコンセイユ・デタの判決は、特許契約中の特権条項を絶対的なものとして解釈し、ガス会

社による照明事業の独占を肯定する傾向を示していたが、これに対して、オーリウは、一貫して特許契約中の特権条項の制限的解釈を主張し、コンセイユ・デタの判例法を厳しく批判し続けた⁽¹⁶⁾。この過程で、オーリウは、次第に電気照明の優位性を明確に認識するようになる。そして、照明事業が公役務であることを指摘しつつ、行政客体の利益を考慮する必要性や、行政主体は公役務を改善する権利を回復する必要があること等に言及するようになる⁽¹⁷⁾。

第一款で検討したように、オーリウは、一九〇一年に公表されたパリ市ガス会社事件判決の評釈で、特許契約の財務条項について、公役務の正常な運営の確保のため、「良き行政」の要請に合致した解釈方法をとるべきことに言及していた⁽¹⁸⁾。すなわち、公役務の執行作用である行政契約の解釈について、民法法とは異なる行政法独自の方法が必要なが⁽¹⁹⁾が提示されたのである。このパリ市ガス会社事件判決の評釈が公表された直後に、コンセイユ・デタは、ドウヴィユ・レ・ルアン市事件判決（一九〇二年一月一〇日）を契機に、判例法を転換させる。すなわち、「電気・ガス抗争」に関する判例法は、オーリウの批判を受け入れる形に転換し、収束に向かうことになる。

ドウヴィユ・レ・ルアン市事件判決は、ガス照明に関する特許契約の特権条項について、次のような解釈を示した。本件特許契約において、締結時点で電気照明が近隣で行われていたにもかかわらず電気照明に言及していないのは当事者双方の過失であり、裁判官は、この点に関する当事者の共通の意思を解釈できる。ガス会社の特権条項については、電気照明の新設の際には当該ガス会社に優先権があるという趣旨であり、ガス会社が市の提示した条件による電気照明の役務を拒否した場合には、第三者に電気照明の特許を与えることも許容される。このように、ドウヴィユ・レ・ルアン市判決は、特許契約について、「契約の絶対性を破って、……特権条項につき公益上の需要に即応する現実的な新解釈を打出した」（原田尚彦）重要判例であった⁽²⁰⁾。

この判決については、オーリウも判例評釈を公表している⁽²¹⁾。右判決の評釈で、オーリウは、市町村がガス照明会社と締結した特許契約の特権条項の解釈について、従前のコンセイユ・デタの姿勢を強く批判してきたことを述べ

つつ、一九〇〇年以降判決の傾向が変化し、照明事業について、一定の手続きにより電気照明の採用が可能となるような解釈へと転換しつつあることを指摘する。⁽²²⁾そして、本判決につき、右の転換を完成させるものと位置づけつつ、次のように分析する。本判決は、契約の解釈の平面で問題を処理しているが、そこでは、契約外的な事実が考慮されており、電気照明に関する特許契約の沈黙は、ガス会社にとって不利に解釈されている。公衆のための事業の独占を特許権者に与える契約において、明文で約定されていない事項、あるいは、約定の合理的な帰結と言えない事項は、公衆の利益・良き行政の利益の名の下に、全て拒絶されるのが正当である。何故なら、独占に係る公役務の特許契約は、私人間でなされる私的契約ではなく、私的利益が一定限度で公益によって律せられる公的契約だからである。公共の利益への配慮が、特許契約の特定の解釈を導くのであり、他方、電気照明の拡大は公益に叶うものである。右のような行政契約の客観的解釈について、我々もこれに賛同する。

すなわち、オーリウの主張は、照明事業の特許契約は公役務の執行であり、全ての公役務は最善の運営がなされることが要請される以上、役務の独占の結果、公衆に不都合や不平等が生じるのは望ましくないことにある。このように、オーリウは、「電気・ガス抗争」を素材とした特許契約中の特権条項の解釈方法の問題について、「公役務」を鍵概念としつつ、行政法固有の理論を確立せしめたのである。⁽²³⁾

② 条件明細書に反する行政庁の処分の特許性

「電気・ガス抗争」以外の領域についても、特許契約に関する解釈論上の問題として、行政庁が、当該特許契約の条件を規定する条件明細書に反する措置を行うことが許されるか、という点が議論されていた。これは、行政契約について、行政庁がその内容を一方的に変更することが可能か、という、いわゆる一方的変更権の問題である。

一九〇三年一月二三日のコンセイユ・デタ判決（北部経済鉄道会社事件判決）は、知事が、市街鉄道の特許企業に対して、特許契約の条件明細書の内容に反する処分を行ったことについて、知事の右条件明細書の解釈の誤りを

指摘して行政賠償責任を肯定した。この判決の事案は、以下の如くであった。原告である市街鉄道の特許事業者（北部経済鉄道会社）にかかる特許契約の条件明細書では、最小の運転本数につき、夏期四往復・冬期二往復と規定されていた。知事は、右鉄道会社に対して、さらに毎日一本以上の増発を命じる決定（アレテ）を下した。知事は、右の命令権の根拠を、一八八一年八月六日の命令（レグルマン）三三条（知事に列車の役務の時刻表を定める権限を与えたもの）に求めた。原告鉄道会社は、知事の命令権が特許契約の条件明細書によって拘束されることを理由に、損害賠償を請求したのである。このように、右のレグルマンに基づく知事の命令権と、特許契約の条件明細書が衝突することになったのであるが、コンセイユ・デタは、条件明細書に規定された運転本数は、当事者の相互の合意によってのみ変更され得るとして、知事の警察権の行使が特許契約の内容により制約されることを判示したのである。

この判決に対し、オーリウの評釈は、知事の警察権の性質を二分するという考え方（論告担当官テシエが、論告中で提起したもの）によって、理論的な処理をしようと試みて²⁴いる。本件の論告担当官のテシエは、警察権について、その性質上、①主権的権力に由来し、本質的に国家に与えられた警察権（＝公序の警察作用）と、②公益の委任者・事務管理者としての行政に由来する警察権（＝公役務の管理の警察作用）に二分し、本件の場合②に当たるとして、警察権が特許契約の条件明細書によって制約されることを説明した。オーリウは、テシエの二分法の射程を過大評価しないように戒めつつも、公役務の特許権者について、特許契約の条項と行政の命令権との関係を明確にするという局面において、行政が決して放棄できない「公序の警察」と、行政が放棄し得る「管理の警察」との区分は役立つとする。そして、次の三点を指摘した。すなわち、①「公序の警察」について、命令的手段によって特許企業に措置を行う権利は、契約の条件明細書の中で合意形成されることはない。「役務の管理の警察」についてのみ、合意形成が可能である。②特許企業に新たな義務を課す命令的措置は、「公序の警察」に含まれるもの

であれば、条件明細書を超えるものであったとしても、取消事由とならない。これは、「王の行為」を形成して、損害賠償を生じさせるだけである。他方、「管理の警察」について、「王の行為」は形成せず、取消事由となる。③
 行政主体は、条件明細書の中で、「公序の警察」を執行する権利を放棄できない。他方、公役務に関する警察権は、放棄できる。

右のように、オーリウは、特許事業者に対する行政の命令権について、特許契約上の合意からは独立し、制約されることのない権限と、特許契約上の合意に一部従属する権限とに二分するという考え方を採用したことになる。オーリウは、右の考え方を、テシエの論告を敷衍する形で提示しているが、そこでは、論告担当官の立場を全面的に支持することについては若干のニュアンスを示しつつ、論告の内容をより整合的なものにするという作業が行われている。すなわち、この北部経済鉄道会社事件判決で、コンセイユ・デタは、特許契約の条件明細書に反する行政の措置を許容しないとす態度をとった。この結論について、オーリウは、必ずしも賛成でないというニュアンスを示している。しかし、判決の結論を正面から批判することは避け、論告の内容の補足という形で論を展開している。これは、オーリウの判例評釈において、典型的な手法のひとつと言える。

コンセイユ・デタは、一九一〇年五月二一日の判決（フランス市街電鉄会社事件）において、従前の判例を転換し、特許契約につき行政の一方的変更権を肯定した。⁽²⁵⁾この判決では、市街電車の特許契約につき、知事には、特許契約の条件明細書に規定された最小限度を超えて、車両及び旅客数の増大を命じる権利があることが肯定された。すなわち、コンセイユ・デタは、行政主体について、交通の安全や秩序の観点のみではなく、公益上役務の正常な運営を保障するという観点から、列車運行について必要な変更や増発を命じる権利があることを認めたのであった。

フランス市街鉄道事件判決は、先述の北部経済鉄道会社事件判決では否定されていた、行政庁の公益目的による

〔「管理の警察」の領域における〕特許契約条項の一方的な修正・変更を肯定した。オーリウの評釈では、この判例変更を受けて、特許契約の性質が変化したことが論じられ、行政契約の新たな解釈原理が提示されている。⁽²⁶⁾

まず、オーリウは、公役務の特許権者の地位が、従来よりも不安定になったことを指摘する。すなわち、特許契約は、当初持っていた厳格さを失い、明文の契約条項によって契約上の法的地位が完全に規律されるのではなく、行政裁判官がその条項の解釈について広汎な自由性を持つことになる。また、公役務の特許契約によって生じる法的地位は完全に契約的なものではなく、公役務の必要性が個々の契約条項に優先する範囲では、契約から離れた命令的権限に服することになる。

オーリウは、右の変化を、「公役務の特許契約」概念から導き出そうとする。「本判決に至る判例法の進展は、土木の特許契約の作用の新しい考え方と関連づけるのが望ましい。公土木の特許は、次第に公役務の特許へと変化しつつあり、そこでは、役務の絶えざる改善の必要性が高く、役務の規制の必要が、契約に比べて上位に置かれている……」。北部経済鉄道事件判決から本件判決への判例法の転換は、一定の外在的な理由によって行われている。しかし、これらの外在的理由が判例法の転換に寄与した部分があるとしても、数年来特許契約作用が被ってきた本質的で激しい変容に由来する部分があることを否定してはならない。」一八四〇年頃、鉄道・乗合馬車・市街電車・ガス照明等の特許事業者は、行政が未だ自ら行っていない危険な事業に取り組むことにより、公行政に新しい役務をもたらすものと考えられていた。契約の請負的性格は明らかであり、公役務の利益よりも、特許事業者のリスクや利得の確保に目が向けられていた。これらの新しい役務については、良き運営という観点からの要請に欠けており、また、役務は事業者の熱意によってのみ存在しており、役務の利益は事業者のそれと混同されていた。しかし、時間の経過により状況が変化し、特許事業者の法的地位は弱められる方向へと向けられた。役務を常に改善するといふ要請が高まる一方で、特許事業者の地位に関する要請は減少した。特許事業につき、行政の直営事業と同等のも

のが要請されるようになった。すなわち、公役務の遂行につき、契約が存在しない状態と同等に、公衆の変化する要求に適合した柔軟なものであることが要請されるようになった。

オーリウは、右のように述べて、特許契約の条件明細書の内容に関する行政の一方的変更権の肯定と、その代償としての特許事業者による賠償請求の認容という、新しい判例法理を支持する。そして、さらに以下の如くに述べる。本判決及び論告中に提示された特許契約の新たな概念によれば、特許契約は、当該役務の運営を調整する道具に過ぎなくなった。契約に定められた運営条件が加重される可能性がある一方で、それは損害賠償の原因となる。損害賠償の可能性は、行政主体が役務の負担を加重する権利の濫用を妨げることになる。行政主体は、公衆の要請が緊急の場合にのみ、右の権利を行使するであろう。また、本判決が、行政主体について、公益目的による役務の正常な遂行を保障するために必要な措置を認める解釈を採ったことは、さほど革命的なことではない。「これは、間違いなく客観的解釈である。この解釈は、契約締結時の当事者について推定される意思より、現時点の役務の利益に配慮したものである。しかし、この客観的解釈は、何人にも害悪を及ぼさない。これは公衆のためになされるのであり、特許事業者については補償が与えられるので損害の原因とはならないのである。」

ここまで検討してきた如く、オーリウは、「公役務の特許契約」を、契約的要素と一方的・権力的要素の混合した行為形式たる法概念として構成したうえで、その約定の解釈について、公役務の特性から導かれる行政法独自の法理を提示した。その過程では、契約理論につき行政法の特殊性を着色した解釈論が立てられ、同時に、判例法の展開と相互に作用しあって議論が深められている。このような判例行政法学の方法により、オーリウは、「公役務の特許契約」の法理の形成に寄与したのである。

(1) Cf. A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, Tome 1, p. 284 et s. なお、「公役務の特許契約」の形成過程については、原田尚彦「国の企業規制と特許企業（一）」立教法学七号七一頁以下に、詳細に検討されている。

(2) Cf. Sfez, *op. cit.*, p. 494-496. スフェズは、オーリウの学説が行政判例法に確実な影響を与えたほとんど唯一の例として、「公役務の特許契約」の法的概念の形成を挙げている。この点、序章(2)を参照。スフェズは、「公役務の特許契約」概念を契約的性格と命令的性格の混合した行為である捉える考え方が、デュギイ及びオーリウの学説を源として、後の判例法に受容されたことを指摘している。なお、参照、浜川・前掲論文五四頁。

(3) S. 1904.3.81/J.A. 3.437.

(4) J.A. 3.438-441.

(5) J.A. 3.442-443.

(6) 第一章第二節第二款註(13)。

(7) J.A. 2.29-31.

(8) 一九一一年公表のテロン判決の評釈では、テロン判決が、公役務の執行作用たる行政契約について行政裁判管轄を確立させる「真の原理判決」であることを述べるとともに、「論告担当官ピシヤの論告において、「公役務の特許契約」概念が使用されていることを称賛している。J.A. 3.687-688.

(9) Précis, 11 ed., p. 794-795.

(10) Cf. Laubadère, *Moderne et Delvolvé*, *op. cit.*, p. 100 et s. 上記の書物では、「公役務の特許契約」の法的性格に関するフランスの学説は、①純粋な契約的行為と捉える説、②契約と一方的行為の二重の性格を持った行為と捉える説、③「混同行為」と捉える説、の順序で発展したことを明らかにしている。オーリウの理論については、フランレイユ及びヴェルノドン判決の評釈(一九〇四年)では①の説の枠に留まっていたが、クロワ・ドゥ・セギエ・チヴォリ地区組合事件判決の評釈(一九〇七年)において②説に転換し、さらに、その後の『行政法精義』において③説まで発展したと、その「深化」の過程を分析している。確かに、オーリウの記述には、ロバデールの指摘する如き変遷がある。もっとも、右の「深化」は、判例・学説全体の発展により議論の前提が変化したことに対応するという側面が強く、「公役務の特許契約」概念の中に契約的要素と権力的要素を見いだすというオーリウの基本的認識は、一九〇四年の段階から一貫していると言えよう。

(11) 参照、原田・前掲論文七七頁以下。

(12) R.D.P., 1894. 78-87.

(13) *Ibid.*, p. 78-84.

(14) *Ibid.*, p. 85-86.

(15) S. 1894.3.1/J.A. 3.522.

(16) S. 1895.3.89 ; S. 1896.3.129/J.A. 3.544 ; S. 1897.3.17/J.A. 3.550.

(17) *Ibid.* Cf. Sfez, *op. cit.*, 318.

(18) 第一款註(12)を参照。

- (19) 滝沢正「フランス法における行政契約(四)」法学協会雑誌九五巻七号八七頁(25)。
- (20) 原田・前掲論文七八頁。
- (21) S. 1902.3.17/J.A. 3.563.
- (22) とりわけ、一九〇〇年六月二二日のコンセイユ・デタ判決(マロム村事件)が転換点となったことを指摘している。参照、原田・前掲八頁註(2)。
- (23) 「電気・ガス抗争」に関する判例法の展開の要約として、 Cf. *Precis*, II ed., p. 812-313.
- (24) S. 1904.3.49/J.A. 3.458.
- (25) 阿部泰隆「行政契約」フランス判例百選五五〜五六頁、滝沢「フランス法における行政契約(二)」法学協会雑誌九五巻五号一〇〇頁、同「(四)」同七号八八頁。
- (26) S. 1911.3.1/J.A. 3.470.

第三節 公物理論

第一款 公所有権論

オーリウの行政法学の中でも、公所有権論に基づく公物理論については、そのオリジナリティと後の学説への影響力の双方の点から、広く知られたものとなっている。オーリウは、行政法研究者としての最も早い時期の業績から、一貫して公所有権論による公物概念を主張し続けた。オーリウ以前の一九世紀の主要な学説(ブルードン等)はもちろん、オーリウと同時代における有力な学説(デュクロック、ベルテルミイ、デュギイ、ジエーズ等)も、公物理論における所有権概念の使用を否定していたのであるが、爾後、オーリウの唱える公所有権論はフランス行政法の判例・学説の中で受容されてゆき、通説的地位を占めるに至った。⁽¹⁾

この公所有権論による公物理論が、民事法との比較による概念の構築というオーリウ行政法理論の特色を端的に示すものであることは言うまでもない。ロバデールは、当時の問題状況について、次のように整理している。プ

ルードンは、所有権は本質的に「排他的な」権利であることを理由に、公産における所有権の概念を否定した。デュクロック及びベルテルミイは、公産は「所有権に服し得ない」財産から構成されていることを根拠に、同様の立場を採った。右のような伝統的学説は、所有権の理念を排斥した上で、公産に対する行政主体の権利を「管理と監督の権利」と理解した。他方、デュギイ及びジェーズの学派は、所有権概念を用いることは民事法の概念を公法に導入することであるとして否定しつつ、公産に関する法律関係は「供用 (affectation)」の概念によって全て説明可能としていた。⁽²⁾ オーリウは、これらの学説に対抗して、公物概念を分析するために、民事法上の所有権概念に公法上の特殊性を付着させて行政法体系の中に導入するという方法を提示したのであった。

公物理論の領域は、オーリウの判例行政法学の方法という点でも、特色のあるものとなっている。後述するように、オーリウは、行政法研究者としての最初の業績である『行政法精義』第一版において公所有権論を提示し、以後これを主張し続ける。ここまで検討してきた他の領域において、オーリウの行政法学は、判例法の展開と相互に影響を与え合いつつ変遷を辿るという特色を持っていた。これに対して、公物理論の領域については、公所有権論という特定のドグマを保ち続けながら、個別の事案に対応するという方法が採られている。また、右と関連して、公物理論に関する判例評釈では、個々の判決に係る具体的な問題点を検討の素材にしつつ、より抽象度の高い公所有権説に遡って論証するというパターンが多く見られる。この点、スフェズは、オーリウの公物理論に関する主要な判例評釈について、具体的な要素から出発してグローバルな理論を構築するという「帰納的考察方法 (induction)」が用いられた例として整理している。⁽³⁾

本節では、オーリウの判例行政法学における公物理論の基盤となり、同時に、民事法との比較による概念の構築という方法が典型的に使用されたと言える、公所有権説に基づく公物概念の構成(第一款)、及び、公物の排他的占有に関する行政的物権の理論(第二款)、の二つの視点から検討をすすめたい。⁽⁴⁾⁽⁵⁾

スフェズは、一八九二年公刊の『行政法精義』第一版におけるオーリウの記述が、すでに現在の学説・判例に結びつく公物概念を獲得していたことについて、以下の如くに述べている。「オーリウの『行政法精義』第一版は、信じがたい程、全くオリジナルなものであった。特に、公産理論については、その根本を転換させるものであった。これは、感嘆すべきことである。この歴史家がかつ私法学者であった若き教授は、彼がほとんど未知であった領域に挑み、ためらうことなく即座に所有権理論を提示した。彼は、（ボルドー大学のバルクオーゼンを除く）全ての学説に、ひとりに対抗したのだ。そして、この若き教授は、他の学説に対して正当であったことが明らかになる。彼の理論は、その後、大多数によって認められるに至ったのだ。」⁽⁶⁾（オーリウのこの段階での公物理論は）「以後徐々に洗練されてゆき、また、とりわけ行政的物権 (*droit réel administratif*) の理論のように、一八九二年には未だ現れていない部分もあった。しかし、本質的部分は『行政法精義』第一版において獲得されており、オーリウは、物に関する非常に現代的な理論によるアプローチを理解していたのだ。」⁽⁷⁾

そこで、まず、『行政法精義』第一版におけるオーリウの公物概念の理解について、概観しておきたい。オーリウは、公産に関して公所有権論を採るべきことについて、以下の如くに述べている。「公産に関する権利は、*dominium publicum* という名前が示すように、所有権の一種である。そして、これは、その物を公益目的で用いることによってその効果が変化した所有権なのである。」⁽⁸⁾「この公産に関する権利は、公施設法人を除く行政法人に帰属する。従って、国の公産、県の公産、コミューンの公産、植民地の公産が存在する。」⁽⁹⁾「この特殊な所有権の対象となる物は、公物と呼ばれる。」⁽¹⁰⁾「公産に関する権利が所有権であることについては異論もあるところであり、我々は、まずこの点を検討したい。」⁽¹¹⁾「公産に関する権利は所有権である。公産に関する権利について所有権を認めない論者たちは、そこに、物に対する警察と監督の権利 (*droit de police ou de surintendance*) を見出ししている。その場合、物は、……人に所属しない無主物 (*res nullius*) あるいは共有物 (*res communes*) ということになる。」⁽¹²⁾

しかし、我々は、以下の三つの理由により、公産について、公所有権論を採用する。第一に、ローマ法以来の歴史的伝統に根拠が求められる。第二に、革命期以降の実定法は、全体として、公産に対する所有権の理念を前提にしている。第三に、「決定的な理由」が存在する。「ある物が公物であるという性質は変化し得ない。公物たる性質は、公益への供用が存続する限り存続する。公物たる性質は、供用の時点で発生し、供用廃止の時点で消滅する。では右の前後における物の地位は如何なるものか？その物は、供用前、ほとんどの場合、私産として行政主体の所有権の対象であった。また、その物は、供用廃止後、ほとんどの場合、行政法人の私産に戻ることになる。例えば、国道について検討してみよう。国は収用によって地所を取得する。道路が竣工するまで、それは国の私産である。道路が竣工して利用が開始されると、それは公産になる。時が経過して道路が供用廃止されれば、地所は国の私産に戻る。……状況によって所有権が発生したり消滅したりすることを認めなければならぬのだろうか？供用されている期間には公益目的によってその効果が変化するものの、根底には一貫して所有権が存続していると理解する方が、より自然ではないのか？」⁽⁸⁾「公物とは、以上のような特殊な公所有権に服する物であり、その結果、取引の対象とならず、不可譲渡性及び不可時効取得性を帯びる。」⁽⁹⁾

以上が、『行政法精義』第一版においてオーリウが展開した、公所有権論による公物概念の概要である。オーリウは、右の如き公所有権論を主張すると同時に、公物の判断基準として「公益への供用」を設定することにより、公物のカテゴリーを従前よりも拡大する考え方も提示している。すなわち、ブルードンに代表される一九世紀の伝統的学説は、「公衆の利用」に供される物という基準による狭い公物概念を採用しており、例えば、公役務のため使用されるが「公衆の利用」に供されていない建造物等は、公物概念から除外するのが通常であった。オーリウによる公物概念の拡張は、民法典の文言及び旧来の学説によって設定された公物のカテゴリーに加え、「公役務への供用」という新たな基準の形成に資するものであり、この点でも現代の公物理論につながる重要な意義を持つ。

のであった。⁽¹⁰⁾ オーリウは、『行政法精義』第一版において、公物の基準・範囲について以下の如くに述べている。

公物の基準については、民法典五三八条と五四〇条が存在する。しかし、公物は、右の条文に掲げられたものに限定されないと解釈されている。公物の基準を設定するためには、実定法上認められた公物全てに共通する性質を探究し、そこから基準を発見することが必要である。「実定法に掲げられた公物全てに共通する性格とは、唯一、公益への供用である。その結果、公物の基準は、物の公益への供用に存することになる。公益への供用は、公産に關して所有権が受ける変質を規定し、公物の不可処分性を説明するものであったが、さらに、公物を定義づけるものでもあるのだ。」「公益への供用は、最も広い形で理解しなければならない。」「すなわち、第一に、公益への供用とは、海岸や国道の如くに、公衆の直接利用に供用される場合と、戦場の城壁の如くに、特定の公役務に供用される場合とを問わない。従って、特定の公役務に供用される建造物も、原則として公物と位置づけられることになる。第二に、供用とは、永続的なものである必要はなく、自然現象や、行政庁の行為によるものでもよい。第三に、動産についても、公益に供用されていけば、不動産と同様に公物と位置づけられる。第四に、無体財産も、所有権の対象と認められる限りで、有体物と同様に公物と位置づけられる。⁽¹¹⁾

「物の公益への供用に全ての問題を還元してしまうという、右の如き広範な公産概念は、全ての論者に受容されているわけではない。最も争われているポイントは、公役務に供用される建造物の法的地位である。全ての論者が、これが公物に含まれることを認めている訳ではない。逆に、多くの論者は、この建造物は私産であると考えている。」「公役務に供用された建造物に関する我々の考え方は、結果として、全てのシステムを正当化することになる。」「問題の実益は、余りない。我々が主張するように、公役務に供用された建造物が公物であるなら、それらは取引の対象外ということになり、その結果、不可譲渡的かつ不可時効取得的になる。」「取得時効は、個人間の社会的必要と言えるが、公所有権について、社会的必要から取得時効が妨げられることは、全く明らかであろう。さ

らに、公役務により占有された不動産について行われる恒常的な監督は、時効を基礎づける占有の事実が生じるのを稀なものにしている。」「我々は、別の実益を付け加えよう。役務のために供用された建造物が公物であるとすれば、その建造物の保全……は、民事法上の方法のみでなく、公産警察の一般理論に基づく警察の方法によって、確保され得る。⁽¹²⁾」

以上のように述べた上で、オーリウは、当時の実定法制度が、公役務に供用された建造物も公物概念に含める説と適格的であることを詳細に実証し、拡大された公物概念の正当性を主張したのであった。⁽¹³⁾

ここまで検討したように、オーリウは、すでに『行政法精義』第一版の段階で、公所有権論に基づく公物概念をほぼ完全な形で提起していた。つまり、オーリウは、判例評釈の継続的公表という仕事に着手する段階で、すでに公所有権論を獲得していたことになる。もちろん、これ以降の判例評釈の中で、公物理論も繰り返し検討の対象とされるのであるが、公所有権説のドグマは基本的に変わらない。そして、一九二三年のコンセイユ・デタ判決（ピチオリ判決・後出）において、自らの公所有権論が判例によって明確に採用されたことを確認するまで、判例評釈の場において公所有権論を擁護し続ける。以下、この過程を分析するため、公所有権論に基づく公物概念が論じられた判例評釈について、時系列に沿って検討したい。

まず、一九〇九年には、パリ市・オルレアン鉄道事件判決の評釈が公表される。⁽¹⁴⁾これは、公産の用途変更（mutation）を論点とする判決であるが、オーリウは、自らの公所有権論を正面から主張し、とりわけデュギイによる公所有権否定説への反論を展開している。⁽¹⁵⁾

この判決の事案は、大要以下の如くである。オルレアン鉄道会社は、パリ南郊のソーから市中心部のメディシス広場までの乗り入れを計画した。その際に、パリ市の公道が鉄道へ編入されたのであるが、オルレアン鉄道会社からパリ市に対して支払われる補償金についての紛争が、司法裁判管轄か行政裁判（県参事会）管轄かが問題となっ

た。コンセイユ・デタは、以下の理由で、県参事会の管轄を肯定した。パリ市の公道を鉄道へ編入する手続（incorporation）は、事前の供用廃止（declassament）を欠くものであった。従って、パリ市は、当該土地について所有権を持ち、供用廃止の際に、その権利を完全に行使することが留保されている。ゆえに、パリ市は、司法裁判管轄に服する賠償請求権を生じさせる権利剝奪（dépossession）を被ってはいない。他方、パリ市は、オルレアン鉄道会社に対して、別の公道を作ることによる損失や、鉄道建設から派生する損失等の補償を請求することができるが、これは、県参事会の管轄である。従って、パリ市とオルレアン鉄道会社に対し、県参事会の管轄を示した公土木大臣の通告は、正当であった。

オーリウは、このパリ市・オルレアン鉄道事件判決の評釈において、デュギイの公物概念、すなわち、客観法に基づく公法学の構築という立場から、所有権概念の行政法学への導入を否定する学説に焦点を当てた議論を展開する。そこでは、主観法の視点と客観法の視点の中間に立った公法理論を主張するという立場から、公所有権論が擁護されることになる。⁽¹⁶⁾

いわく。本判決は、「客観的な」公産理論の問題点を示すのに適したものである。一八四四年公刊のブルードンの『公産概論』以来、学説において、公物は公行政主体の所有権の対象ではなく、従って、公産も所有権の対象物たり得ないということが、広く認められてきた。そして、この学説は、デュクロック、ルネ・ドウ・レシイ、ベルテルミイ、デュギイ等によって受け継がれている。しかし、判例法は、従前から、実務上の事案とかかわる中で、右の学説を否定する立場を相次いで示し、逆に、公産は行政的所有権の対象であるという隠れた理念から着想を得た判決が下されるようになっていた。このように、所有権の対象とならない公産という学説は旗色が悪くなっていたが、この時点で、デュギイは、公法から民事法の理論を放逐し、客観的概念のみの上に全ての公法を基礎づけるために、猛烈なキャンペーンを展開したのだった。デュギイのキャンペーンには、多くの真実が含まれており、所

有権の如き主観法的な民事法上の理念を公法から排除しようとする誘惑に負けてしまうことも、十分に理解できる。客観法の視点に立つ場合に、公産理論は、以下の如くなる。公産概念は、公衆の必要のために供用されているという根拠のみに基礎づけられたものと考える方が、より単純である。従前は、公物について、*res nullius*であると性質決定していたが、これは、公物の供用について何の役割も与えていないという意味で、満足のおもひはなかった。他方、新しい客観法の考え方によれば、公物の供用は第一義的な意味を持つことになる。公産は、可能な限り幅広い基礎、すなわち、公衆及び公益に基礎を置くことになる。この場合、公衆とは単一のものであるので、単一の公産の集合体のみが存在する。国の公産、県の公産、コミュニティの公産という区別は必要ない。公産と様々な行政法人との関係は、表面的なものに過ぎない。

以上が、客観法の考え方による帰結である。デュギイ自身、論理的な帰着点までは達しておらず、一定の留保を行っている。しかし、ある原則を定立した場合、その論理的帰結を操作することはできない。原則の点で操作されなければならないのは、公法における客観法の使用それ自体なのだ。現実が断定的思考と一致する場合は稀である。なぜなら、現実には極めて複雑だからである。法的人格の概念や主観法の概念が公法の全てから放逐されなければならないと主張することは、それがあらゆる局面で使用されるべきであると信じていることと同じくらい、誤っている確率が高い。主観法の概念は、ある領域において使用されるべきではないが、他の領域において、より満足のゆく正義にかなった結論を導くがゆえに存続すべきだというのが、最も妥当なことである。法的人格、権利 (*droit subjectif*)、所有権、賠償責任といった与件は、他者との関係を規律する場合に常に現れる。他方、国の組織の内部的関係、内部的規律の関係において、主観的な与件は現れない。これが、行政法の二元的構造、とりわけ、行政訴訟における全面審判訴訟と取消訴訟の併存に反映している。そして、公法において、政治的事象・憲法については客観法が、経済的事象・行政法については主観法が、それぞれ中心を占めている。⁽¹⁷⁾

以上の一般的理念を、本件の具体的事案に当てはめてみよう。本件について、公産の主観的概念、すなわち、所有権概念を適用するならば、問題状況は全く単純になる。すなわち、当該地所が有効に供用廃止されて鉄道に編入されたのか、そうでないかの二つにひとつとなる。仮に、土地が有効に供用廃止されず、編入がなされていないければ、不可譲渡性の規範により、パリ市は自らの土地に対する請求権が認められる。他方、供用廃止がなされ、収用手続きがパリ市の同意によって行われ、かつ、収用に関する決定が確定したのであれば、市は土地に対する請求権を失い、代わりに、収用に対する補償あるいは確定した権利喪失に対する補償をする権利を得るのだ。このように、所有権概念によれば、単純で事案の終局的解決が可能となる。反対に、客観的な公産概念を採るなら、本件の事案の説明は、以下の如くなる。①パリ市の公産は、事前の供用廃止を欠いて鉄道に編入されたのであるが、所有権の移転はない。なぜなら、所有権の譲渡は公産の不可譲渡性に反するし、あるいは、所有権は供用される期間について消滅し、供用廃止によってのみ所有権の対象に復活するからである。②ゆえに、パリ市は、司法裁判管轄における補償請求権を生じさせる確定的な権利喪失を受けたわけではない。③ゆえに、パリ市は、自らの公産たる地所について鉄道事業への新たな供用を行ったわけであり、市の公産について、国の公役務への供用が重疊的に行われたことを意味する。所有権概念を用いない以上、公産は公益への供用によってのみ規定され、コミューンの公産、県の公産、国の公産を区別する必要はない。従って、パリ市は、用役権のみを失ったのである。しかし、判決文では、「パリ市は所有権を保持している」と述べられている。④公道が鉄道役務に供用されることによりパリ市に生じる損失については、公土木の結果によるものとして、県参事会の管轄に服する。

我々は、右のような解決法には、大きな不都合があることに気がつく。市が補償を受けたとしても、問題は終了しない。なぜなら、市は、鉄道が供用廃止された場合に、その地所について不確定な権利を保持していることとなる。これは、所有権の移転という構成を採らない限り、明快で確定的な解決の得られない問題である。人は、所有

者であるか否かのどちらかなのである。単一の物について重層的な権利帰属関係を認めることは、混乱のもとなのである。「もしも、訴訟部の裁判官が、公益への供用のみによって存続する単一の集合体としての公産という考え方に魅力を感じたとしたならば、我々は、国家の一般理論や憲法理論については支持され得るこのような（客観法的）考え方は、行政法においてはもはや通用せず、公行政主体は、公物に関する全面審判訴訟において、他の当事者と対峙していることを、これらの裁判官に想起させるように仕向けるだろう。このような観点において、最も確実なのは、所有権及び主観的人格の与件なのだ。」「では、公産について、二通りの考え方があるのだろうか。多分、そうであろう。公行政主体は、越権訴訟と全面審判訴訟の二つの局面において、二通りのとらえ方ができる。ここで、我々は、全面審判訴訟に直面しているのだ。」⁽¹⁸⁾

続いて、一九一二年には、ジャクマン (Jacquemin) 判決の評釈が公表されている。⁽¹⁹⁾ これは、公産の天然果実の法的性格という論点に係る判決であるが、オーリウは、右の問題を解釈するために公所有権論が有効であることを主張し、公所有権論によらない解釈を採るベルテルミイ説を批判するのである。⁽²⁰⁾

ジャクマン判決とは、地方道の路肩に生えた草について、コミュニティの所有権を認め、草の刈取りを禁止する村長の決定を適法と判断したものである。オーリウは、地方道に生えた草についてコミュニティの所有権を認めたことが、公産の理論上、重要な意味を持つことについて、以下の如くに述べている。(本判決について)「学説上興味深い点は、道の所有権がコミュニティに属するがゆえに、草の所有権もコミュニティに属するののか、ということである。つまり、地方道が公物であるがゆえに、道の所有権が必然的に草の所有権も内包しているののか、という点である。ここで問題になっているのは、公物が所有権の対象になるのかという、盛んに論争されていることなのだ。」

ベルテルミイは、公産について、供用によって行政主体の所有権の対象となることを否定している。そして、ベルテルミイは、公産の付属物 (accessoire) としてのみ所有権が成立し、公産それ自体について所有権は認めら

れないという解釈をとる。本判決について、公産の付属物の所有権の理論によって説明するべきか、それとも、公産自体の所有権の理論で説明するべきか？一般論として、公産の付属物の所有権の理論は、不十分なものである。なぜなら、付属物は主たる物の性質に従属するという、根本的な規範に反するからである。主たる物である公産が所有権の対象となるならば、公産の付属物が所有権の対象となることも説明し易い。さらに、右のような一般論とは別に、本判決の具体的事実の説明という点でも、公産について所有権を認める解釈の方が優れている。本判決は、地方道の路肩に生えた草について、(村会が刈取りの権利に関する契約を議決しない限り) コミュニンの住民による用益を認め、この場合に、住民が草を利用するルールについて、村長が命令(レグルマン)によって規律できることを認めている。右の事実を、公産の付属物の所有権の理論(ベルテルミイ説)と照合してみよう。コミュニティは、自ら草を利用するのではなく、村長の規律によって、住民の用益権を確立させるに留まる。それでは、草に対する所有権とは、何を意味するのか？草は、法人財産であるとするのが論理的であり、住民は、この法人財産に対して用益権を持つ。しかし、この場合、コミュニティの財政のために草を売却することは説明できるが、コミュニティの財産とは無関係な形で、住民が草の用益権を持つことは説明できないのだ。反対に、コミュニティが、草と同時に道について所有権を持つのであれば、事態は変化する。すなわち、コミュニティの所有権は、草の用益権が住民に委ねられたとしても、意味を持つのだ。草に対する用益権が失われても、一種の bien communal (共有地) である道に対する用益権は保たれる。右のような形態の bien communal について、コミュニティの法的人格を基礎にした所有権を認める必要があるのだ。そして、地方道は、公物及び共有地という二重の名目において、コミュニティの所有権の対象であるのだ。⁽²¹⁾

その後、一九二五年に至って、ピチオリ (Piccioli) 判決の評釈が公表される。⁽²²⁾ ピチオリ判決は、コンセイユ・デタによって公所有権説が採用されたりーディング・ケイスとして位置づけられるものであり、オーリウは、自らの

主張が判例法によって受け入れられたことに、満足を示すのであった。

ピチオリ判決の事案は、以下の如くである。アルジェリアのオラン港で、防波堤を建設する公土木工事が行われたが、その際、海中から、船の荷下ろし時に落下したと思われる大量の石炭が回収された。右公土木の事業者は、この石炭の所有権が自らに帰属することを主張して、オラン県参事会に出訴した。県参事会は、当該石炭を遺失物とみなして公土木業者に帰属することを認め、アルジェリア政府に対し、石炭の売却益を事業者に支払うことを命じた。公土木大臣とアルジェリア政府は、右の決定の取消を求めて、コンセイユ・デタに上訴した。コンセイユ・デタは、当該石炭は国に帰属するとして、県参事会の決定を取消す判決を下した。

オーリウは、このピチオリ判決において、「国の公物たる港湾の一部である地所は、国に帰属する」と判示された部分に注目した。(本判決の右引用部分の)「決定は、理論上、非常に重要である。なぜなら、この判決が、公物の所有権という、多くの論争の対象となった問題を解決するものであるように思われるからである。海面下に位置する港の錨地たる地所が所有権の対象になると考えられるのなら、すべての公物が、同様の性格であると考えられるのではないか？」もつとも、右に対する反論として、判決は「国に帰属する地所」と述べており、「国の所有権を構成する地所」とは述べておらず、単に国の監督権や警察権がそこに及ぶことを示しただけである、という解釈があるだろう。しかし、「国に属する地所」とは、「国の所有権の対象たる地所」を意味するのである。(オーリウ説「公所有権論を説明するために」「有利な裁判例は、すでに幾つも存在していたが、それらは、本判決ほど適切なものではなかった。我々は、長い間、国有財産の問題を解決する事例を待っていたのだ。我々は、今や、その事例……を得たし、それは、我々が考えていたように、標識の役割をみごとに演じたのである。」)

最後に、オーリウの公所有権論の最終的な到達点として、『行政法精義』第一一版の記述を検討しておきたい。まず、公物の定義は以下の如くである。「公物とは、(公衆の直接利用のためであれ、公役務の利用のためであれ)明確

に公益のために供用され、この供用の結果、不可譲渡性及び不可時効性を持ち、公物管理規則により保護されている、行政的所有権の対象（*propriétés administratives*）である。⁽²³⁾この行政的所有権の理論は、さらに以下のように敷衍されている。行政的所有権は、ローマ法以来争われてきた問題である。確実に言えるのは、公物は、（国有財産として供用されている場合において）個人の所有権の対象ではないし、対象になり得ないことである。しかし、公産は、供用された役務について、公行政主体の主観的な所有権の対象となるのか、そうではなく、公物とは、公役務に供用された事物の客観的なひとつの集合体たる *res nullius*（無主物）であり、国の管理・監督に服するのみであるのか、という論争がある。我々は、三〇年以上の間、公産は行政的所有権の対象であることを主張してきた。そして、行政的事実及び判例法は、この公所有権論にとって決定的に有利なものとなっている。それは、以下の如くである。①公物に所有権が存在していないとすると、それが公用廃止の結果、所有権の対象となることの説明が困難である。公産の不可譲渡性の原則も、この法的禁止がなければ譲渡可能な物についてのものと理解しなければ、言葉の正確な意味を成さない。②行政主体は、占有を奪われた公物を回復するために、返還請求権を行使する権利を持つ。そして、返還請求権は、所有権者のみが享有する。③行政主体は、公物について、占有権を持つ。④行政主体は、民法六六一条による共有権の譲渡を援用できる。なぜなら、右の権利は、全ての所有権者が享有するからである。⑤判例法上、行政主体は、根拠法規がなくても、自らの権利により、公産について与えた特許契約から利得を得ることが認められている。⑥判例法上、公道の所有権が、地上のみならず地下にも及ぶことが認められている。⑦コンセイユ・デタは、ピチオリ判決により、公物について公所有権論を採ることを明確に示し、長年の議論に決着をつけた。⁽²⁴⁾

ここまで検討してきたオーリウの公所有権論は、公物概念の拡大とも併せて、現在も多数説の地位を占めている⁽²⁵⁾と言える。公所有権論が通説として支持されるに至った理由として、右の『行政法精義』第一一版の列举の如く実

定法を巧みに説明し得たということに加え、公物に関するフランス行政法の一般的傾向性に合致していたことが指摘されている。すなわち、公所有権論は、公産を財産として捉え、行政主体が公産の経済的効用を活用するという現代的な公物理論の要請と合致していたとされる。⁽²⁶⁾ オーリウの公所有権論による公物概念は、民事法との比較による概念の構成という特色を典型的に示すものであり、同時に、右の方法によって獲得された成果がフランス行政法学に重要な影響を与えることになったのである。

- (1) J.-M. Auby et P. Bon, *Droit administratif des biens*, 2 éd., 1993, p. 70-73 ; A. de Laubadère, J.-C. Vénézia et Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, Tome 2, 9 éd., 1992, p. 201-204. 邦文の文献として、参照、広岡隆「公物法の理論」三二頁以下、小幡純子「フランスにおける公物法」公法研究五一号。
- (2) Laubadère, Vénézia et Gaudemet, *op. cit.*, p. 201-202.
- (3) Sfez, *op. cit.*, p. 319-320.
- (4) 公物理論の展開過程を分析するためには、民事判例の検討も必要になる。オーリウも、『行政法精義』等ではこれらに言及しているが、民事判例を正面から扱う評釈は残していない。この意味で、本研究における公物理論の研究は、その対象の点で限定されたものとなっている。
- (5) 本稿では「原則として」*domaine public*を「公産」、*dependence du domaine public*を「公物」と訳すことにする。訳語の問題については、参照、小幡・前掲論文二四四頁註(一)。
- (6) Sfez, *op. cit.*, p. 68.
- (7) Sfez, *op. cit.*, p. 156.
- (8) Précis, 1 éd., p. 489-492.
- (9) Précis, 1 éd., p. 496.
- (10) Cf. Auby et Bon, *op. cit.*, p. 4 et s. 参照、小幡・前掲二三八頁以下、広岡・前掲三二頁以下。
- (11) Précis, 1 éd., p. 497-498.
- (12) Précis, 1 éd., p. 499-505.
- (13) 但し、オーリウが公物の基準とした「公益への供用」という基準と、「公役務への供用」という基準の関係については、一応区別して考えるべきであろう。ここでのオーリウの主張は、公役務に供用された物を公物概念の中に取り込むことであって、「公役務への供用」を唯一の基準として設定するという趣旨ではないと思われる。オーリウは、その晩年に、デュギイやジェーズ等の公役務学派と厳しく対抗するが、その文脈では、公物の基準として「公役務への供用」を使用することについても批判の対象とされ、公権力の要素も含んだ「公益への供用」の基準を

擁護し得る。 Cf. S. 1921.3.49/J.A. 1.2.

(14) S. 1909.3.97/J.A. 3.211. Cf. Précis, 11 éd., p. 654-656.

(15) なお、ロバデールは、現在の判例法が採用する規範のうち、公所有権理論と整合しないほとんど唯一の例として、この用途変更の問題を挙げ得る。 Cf. Laubadère, Vénézia et Gaudemet, op. cit., p. 204 et 224 et s.

(16) Cf. Sfez, op. cit., p. 331-332.

(17) J.A. 3.213-215.

(18) J.A. 3.215-218.

(19) S. 1912.3.73/J.A. 3.206.

(20) Cf. Sfez, op. cit., p. 329-330.

(21) J.A. 3.208-209.

(22) S. 1925.3.17/J.A. 3.202.

(23) Précis, 11 éd., p. 638.

(24) Précis, 11 éd., p. 638-644.

(25) オーリウの公物理論が現代のフランス行政法学説に及ぼした影響については、スフェズが詳しく論じている。 Cf. Sfez, op. cit., 438-439 et 440-444.

(26) Laubadère, Vénézia et Gaudemet, op. cit., p. 204. この点につき、小幡・前掲二四五頁（10）。

第二款 行政的物権の理論

オーリウは、公物の排他的占有を認められた者が当該公物に対して持つ権利の性格について、「行政的物権 (droit réel administratif)」と捉える学説を主張した。フランス行政法学において、公物の排他的占有が認められるのは、占有許可 (permission de voirie) による場合と、公物占有の特許契約による場合とがあるとされる。⁽¹⁾ オーリウは、公物の排他的占有者の権利の性質について、主として特許契約の領域を素材にしつつ、これが（民事法上の物権とは性質を異にする）行政法に固有の物権であるとする考え方を形成してゆくのである。⁽²⁾ この行政的物権の理論は、オーリウの公物理論において、公所有権論と並ぶオリジナルなものとして知られており、また、ここでも、

公所有権論と同様に、民事法との比較による行政法概念の構築という方法が用いられている。以下、行政的物権の理論について、検討をすすめたい。

公所有権論とは異なり、オーリウは、行政的物権の理論を最初から獲得していた訳ではなかった。『行政法精義』第一版では、公物占用の特許権者の持つ権利や、公物の不可譲渡性の問題について、次のように言及されている。

「公物は、取引の対象とならず、そこから、不可譲渡性、不可時効取得性及び不可差押性が自然に導かれる。」「公物の不可譲渡性の意味と射程は、不可譲渡性が取引対象外的性格の帰結であること、及び、取引対象外的性格自体が公益目的によって説明されることにより、規定されている。」「公物について、物権を設定することはできない。」「(公物の占用にかかる)「特許契約は、特許権者に、真の意味の物権を与えるものではないが、第三者との関係で、その占有あるいは準占有という物権の行使を与えるのであり、特許権者は、第三者に対して、占有訴権を行使できるのである。そして、これは、一時的なものなのだ。」⁽³⁾

右のように、『行政法精義』第一版では、公物の占用権者が占有訴権を行使できることは肯定しつつも、公物に物権を設定すること自体は否定されている。そして、オーリウが、公物の排他的占有者の権利について、はじめて明確な形で行政的物権の考え方を導入した説明を試みたのは、一九〇八年に公表された商業大臣対オルレアン鉄道事件判決の評釈においてであつた。⁽⁴⁾⁽⁵⁾

判決の事案は、以下の如くである。オルレアン鉄道会社は、特許契約により、公物たる線路用地を占有していた。この特許契約には、国が、線路用地において、鉄道事業を妨げない限度で電線を敷設できるむねの約定があつた。オルレアン鉄道会社は、この電線の維持のために樹木の伐採等を行い、その経費を国に請求したところ、商業大臣は右請求を拒絶した。これに対して、オルレアン鉄道会社が出訴し、コンセイユ・デタは、右請求を認める判決を下した。すなわち、本判決では、特許契約によって占有する公物について、特許権者がもつ権利の性質が争点と

なり、コンセイユ・デタは、特許権者は、公物に属する土地について「排他的な用益権 (droit exclusif de jouissance)」を持つとし、この権利は、特許契約の条件明細書に形式的規定がない限り制約されないと判示したのだ。

オーリウは、公物の占有者が享受する権利の性格について、議論を進める。いわく。この問題に関する一般的な定式(ベルテルミイ、デュクロック等)は、「公産の特許占有者あるいは許可占有者は、当該公物について、その不可譲渡性ゆえに、一時的かつ取戻可能な権利のみを持つに過ぎない。そして、彼らは、所有権の部分委譲にあたるような物権、とりわけ用役権や永代借地権は持たない」、というものである。また、オーコックも、鉄道事業の特許権者について、いかなる所有権も物権的用役権も持たない、と述べている。しかし、右の定式は、現実に合わなくなっており、再考する必要がある。このことは、公産の不可譲渡性が後退するのではなく、これをより正確に捉え、その結果、限界づけるべきことが認識されたのである。また、これは、公産の特許占有者について、民法上の物権と同様のものを認めることではない。ここで問題とされているのは、特許権者に対し、特殊行政的な物権を認めることができるかということである。そして、この特殊行政的な物権は、金銭を補償することにより廃止・取戻が可能であるので、實際上、不可譲渡性の規範と両立し、他方、一定の便益を生み出し、一定の保護を享受し、既に認められている問題状況とも一致するものなのである。

オーリウは、行政的物権の存在を認める重要な証拠として、判例法上、①公産の占有者について占有訴権が認められていること、②公産の占有者について公土木の損害に対する補償が認められていること、の二点を挙げる。これらは、いずれも単なる一時的な占有者には認められないものであり、特許権者について、一定の物権的権利が認められた根拠となる。「我々は、我々の定式及び考え方を変える決心をしなければならない。すなわち、公産の特許権者を一時的占有者と性質決定するのは、もはや十分でない。占用の背後には……実際には物権が徐々に顕れていたのだ。公産の特許権者は、一時性は留保させるものの、特許を与えた行政主体も含めた万人に対抗的な物権の

享有者であることが認められたのだ。……この物権は、民法に属するのではなく、行政法に属するのだ。」⁽⁶⁾

さらに、行政的物権の理論は、一九一三年に公表されたミュール (Mure) 判決の評釈において、再び詳細に主張される。⁽⁷⁾ このミュール判決は、墓地の永代使用の特許契約に関するものである。墓地の永代使用者が持つ権利の性質について、オーリウは、一八九二年公表のロデ (Rode) 判決の評釈において検討を加えていたが、⁽⁸⁾ ミュール判決の評釈では、新たに行政的物権の理論を導入することによって、ロデ判決の評釈におけるかつての見解を全面的に見直している。

ミュール判決とは、墓地の使用権者の範囲を限定しようとした市会の議決を無効としたコンセイユ・デタの判決である。この判決の評釈において、オーリウは、公産たる墓地の永代使用の特許契約の法的性格の問題を素材にしつつ、公産の特許使用者が持つ権利の性質一般について、以下の如くに論じている。

墓地の永代使用の特許契約の問題を考察するためには、特許権者の権利の性質の問題に立ち返って検討する必要がある。この点、我々は、二〇年前の判例評釈 (ロデ判決) で検討したが、その後、公産の特許権者の権利をどのように理解するかという点について、問題状況が大きく変化した。当時の民事判例は、特許権者の権利について特殊なものではあるが私的所有権と捉えており、それを特許権者に授与する行為につき行政的性格を持たない一種の売却と考えていた。他方、特許契約の対象となる地所は、公物ではないとされていた。ここから、二つ帰結が導かれていた。第一に、墓地の永代使用権者は、第三者に対して所有権を援用して所有権回復請求権を行使できる。墓地の使用権者が通常の特許権者だとすれば、占有回復請求権しか持ち得ない。ゆえに、彼らは、公産の特許権者よりも強い権利、すなわち所有権回復請求権を持ち、所有権者とされた。第二に、墓地の特許権者とコミュニティの紛争は、司法裁判管轄とされた。特許を授与する行為は、真の行政行為ではなく、行政裁判所に移送される先決問題を構成しないとされた。右の民事判例は強固に確立され、さらには行政判例によっても受入れられた。

その後、問題の解決は、別の方向へと向かうことになった。この時期、公産に対する特許契約の全ての領域において、一般的な変化が生じた。とくに、鉄道、市街電車、ガス照明の特許契約において、変化が起こった。そして、行政主体の協同者たる特許会社には保護が必要であるとする考え方が、次第に形成された。現実がもたらす様々な事象により、特許事業者について、特許契約の対象につき特殊な物権を認める必要があることの実益が明らかになっていったのだ。例えば、行政的物権によれば、特許事業者が他の事業者に対して、あるいは場合により行政主体自体に対して、公土木の結果生じる恒久的損害の補償を求めることが可能になる。我々は、商業大臣対オルレアン鉄道事件判決の評釈において、右の変化について述べた。すなわち、この判決において、鉄道会社の軌道敷地に対する権利は「排他的な用役権」と性質決定され、物権と同様に国に対しても對抗的なものとされた。この権利は、特許契約と同時に廃止されるのは疑いないのだが、特許契約が廃止されたり撤回されたりしない限り、存続するのだ。

同時に、公物の不可譲渡性の原則について、より緻密な分析により、この原則の相対性が明らかにされた。この原則は、物の用途に基礎づけられ、その用途の維持に役立つ必要がある、その用途に伴って消滅するのであり、必然的に用途に従って変化する。多くの場合、物権が形成されることは、物の用途に反せず、これと一致する。例えば、公物たる道路が開通する場合、家々に沿って造られることは必然である。そして、これらの家々が、道路に面して入口や窓を設けることも必然である。ところで、この入口や窓を設置することは、沿道権 (*aisance de voirie*) と呼ばれる通行権や眺望権の徴表であるが、これらはまさしく道路に係る物権的な地役権なのだ。これらの地役権は必要なものであり、道路の用途に含まれるのだ。ゆえに、これらの地役権を不可譲渡性の原則と適合させる方法を発見する必要があるが、これは全く単純なことである。すなわち、これらの地役権は、役務の必要性により、補償なしに廃止できることを想起すれば十分なのだ。行政主体に道路を移動する必要がある生じた場合、行政主体は沿道

権を持つ家の所有者に対して、補償なしにそれを実行できるのだ。この物権は永続的なものではなく、撤回可能なものなのだ。そして、このことは、不可譲渡性の原則が侵害されていないことを示すのに十分なのだ。行政的性格の物権は、役務の必要性のために廃止・撤回が可能であるという点で、民事的性格の物権とは区別される。廃止ができない民事的物権は、公産の不可譲渡性と適合しないが、行政的物権はこれと適合するのだ。

我々は、公産たる墓地に対する永代使用権について、判例法の与件を否定する必要はもはやない。墓地の特許権者は、物権を持つと考えてよいが、その物権は非常に特殊な性格のものなのである。但し、判例法は、墓地の特許権者の権利について、行政的性格を認めておらず、民事的性格として管轄を決定している。そこで、我々が、墓地に対する永代使用権を公物に関する特許契約と解釈しようとする場合に、右の作用が行政的性格であるとするために最小限必要な要素として、次の二つが挙げられる。第一の要素は、所有権と呼ぶか否かは別として特許を与えられた物権が、役務の必要性によって廃止可能であるかということであり、この要素は満たされている。第二の要素は、特許を授与する行為について行政的性格が認められることであり、この問題について訴訟手続上先決問題を形成するということである。この第二の要素について、現在の判例法では認められておらず、判例法の転換が必要なのである。

以上のように、オーリウは、公物の特許契約による排他的占有者の権利について、行政的物権として理解することを試みた。これは、民事法上の物権概念に行政法学上の公物理論の特殊性を付着させて導入し、判例法を理論的に説明しようとするもので、民事法との対比による概念の構築という、オーリウの基本的思考方法を典型的に示すものである。また、一定のドグマの継続的な主張という形をとった公所有権論とは異なり、公物の排他的占有者の権利を強化する傾向を示しつつあった判例法の展開に対応しつつ独自の理論を構築していくという点でも、オーリウの判例行政法学の特色をよく示すものである。さらに、行政法に関する法現象について、物権のアナロジーを用

いて理論的な分析・説明を行うという方法は、オーリウがしばしば好んで用いる特徴的な方法のひとつであった。⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾

行政的物権の考え方についても、『公法原理』第一版では、「確立した地位 (situation établie)」が、「権利 (droit subjectif)」を生み出す法現象の一例として取り上げられ、以下のように述べられている。「同じ現象は、公産の占有権者あるいは特許権者のために創られた行政的地位においても見ることができ、非常に長い間、公産の占有権者は、いかなる物権も持たず、占有権者が公産を取得することはなく、公産は不可譲渡的であるとされてきた。ところが……その地位の長期化と多様化により、そこに生じた利益を考慮し、占有権者に一定の個人的な法的権原を認めることが正当であり、彼らに行政的性格の物権を与えることが可能であることが、認識されるようになった。そして、この行政的物権は、公産の不可譲渡性を侵すことがなく、民事的所有権の部分委譲という形ではない、行政的取得の方法によるのである。」⁽¹¹⁾

さらに、行政的物権の理論は、公物に関する公所有権論のドグマから派生しているという側面がある。オーリウの説明によれば、行政主体は、公産に対して公所有権を持つがゆえに、特許契約や使用許可による排他的占有者に、当該公物に関する行政的物権を取得させることが可能である、とされる。⁽¹²⁾そして、オーリウは、排他的占有の問題に関して、行政主体が当該公物の所有者であることから導かれる帰結として、以下の三点を挙げている。第一に、行政主体は、公衆の利益のために、自らに託された所有物から、物の一般的な用途において最大の効用を引き出すことを義務づけられる。このため、行政主体は、占有許可の拒絶を制約される場合がある。第二に、行政主体は、占有者に対して、廃止・取戻が可能という相違を除けば長期賃貸借 (emphyteose) と類似する行政的物権を付与することができる。第三に、占有許可を与える場合に、対価としての使用料を設定することができる。⁽¹³⁾右の点は、公所有権論を前提とすることにより、公物の排他的占有者の権利を一定の範囲で強化し、安定的で効率的な公物の利用を肯定するという公物行政の変化に対応した法理論を構築することが可能になったことを示しているもの

と言えよう。⁽¹⁴⁾これは、オーリウの公物理論において、公所有権論を導入したことから生じる実益のひとつであり、行政的物権の理論の採用も、右の文脈で捉えることができると言えよう。

オーリウの行政的物権の理論、すなわち、公物の排他的占有者が当該公物に対して持つ権利について、第三者への対抗力という意味で民事法上の物権と平行であるが、行政主体との関係での一時的性格という意味で行政法の特異性を着色された行政的物権という概念で説明する理論は、爾後、学説上の論争の対象となった。すなわち、メストルの如く行政的物権理論に賛同する論者と、デュギイ、ジェーズ、トロタバの如くこれに反対する論者との間で、議論が展開された。⁽¹⁵⁾現在では、オーリウの行政的物権理論は、少数説に留まっているとされる。この点、例えば、ロバデールは、一時的性格の物権という考え方は、物権に関する最も重要な性格を奪い、物権概念を変質させてしまうものであるとして、行政的物権理論に反駁しつつ、現在でもオーリウの行政的物権理論を再評価する議論が存在することも指摘している。⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾

行政的物権の理論は、民事法上の概念に公法の特異性を着色して導入するという、オーリウ行政法学の方法が用いられた典型である。また、これは、公物の排他的占有の局面に公所有権論のドグマを投影し、そこから、公物占有者の地位を安定させ、公物を有効に管理するという、より現代的な公物法の要請に答えようとするものでもあった。この意味で、行政的物権の理論は、オーリウの判例行政法学の中でも、そのオリジナリティが有効に発揮された例のひとつと言えらるだろう。

(1) 三好充「フランスにおける行政契約のカテゴリー(三)」久留米大学産業経済研究一九卷一・二号六九頁、小幡・前掲二四二頁。

(2) オーリウは、公務員の法的地位について、行政的物権というアナロジーで説明している。この議論は、オーリウが公表した最初の判例評釈である、カド判決の判例評釈において、すでに詳細に展開されている。Cf. S. 1892.3.17/J.A. 2.424. 公務員法の領域における物権論・公物理論のアナロジーの使用については、スフェズの分析に詳しい。Cf. Sfez, op. cit., p. 165-170 et 435.

(3) Précis, 1 ed., p. 493-494.

- (4) S. 1908.3.65/J.A. 3.270.
- (5) 行政的物権論が採用される過程については、スフェズが詳細な分析を行っている。Cf. Stez., op. cit., 162-165.
- (6) J.A. 3.279-280.
- (7) S. 1913.3.81/J.A. 3.281.
- (8) S. 1892.3.41. のロダ判決の評釈は、詳しい内容を持つものであるにもかかわらず、『行政判例』から除外されている。なお、墓地使用権に関する判例評釈として、Cf. S. 1904.3.97/J.A. 1.212.
- (9) 前註(2)に挙げた公務員法の領域はその典型であり、本章第二節第二款(1)で検討した如く、公役務の受益者の地位についても、同様の説明を行っている。また、オーリウの制度理論の根幹にかかわる「法の二つの層」という考え方も、法における物権の層という発想を含むものである。参照、磯部・前掲書四二三頁註(4)、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』四三四頁。
- (10) オーリウの物権論と民事法上の議論の関係について、Cf. Stez., op. cit., p. 207-208(34). 邦文の文献として、佐賀徹哉「物権と債権の区別に関する一考察(一)」法学論叢九八巻五号四四頁以下。この論文では、オーリウの物権論を、いわゆる物権「債権」説に対する批判という側面から捉え、この意味で、オーリウの学説が、フランスの民事法の議論の展開に大きな影響を与えたとしている。
- (11) *Principes*, 1 éd., p. 92-93.
- (12) *Précis*, 11 éd., p. 715 et 718.
- (13) *Précis*, 11 éd., p. 715.
- (14) 小幡・前掲二四二〜二四三頁。
- (15) 議論の概要については、Cf. Laubadère, *Vénézia et Gaudemet*, op. cit., p. 303-304.
- (16) *Ibid.*, p. 305.
- (17) オービィは、オーリウの行政的物権理論が現在の学説によってはもはや受け入れられていないように見えるとし、オーリウ説に対する批判として、公産の占有権者の地位が万人に対抗的な民事上の物権の享有者の地位とは明らかに異なることとされていることを指摘する。また、一九八八年一月五日法は、公産に関して物権の設定を明文で禁止していることにも言及している。Auby et Bon, op. cit., p. 132.