

行政判例と行政法学（四・完）

——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

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（以上四〇号）

第三節 訴訟類型論

第一款 行政法的手続的思考と訴訟類型論

第二款 訴訟類型に関する理論の深化

第三款 越権訴訟吸収論の主張

第二章 民法との比較による概念の構成

第一節 行政賠償の法理

第一款 行政賠償責任の拡大とリスク理論の提示

第二款 役務過失による行政賠償責任

第三款 民法上の法理との比較

第四款 無過失による行政賠償責任（以上四一―四二号）

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

第三款 公物理論

第四款 公所有権論

第五款 行政的物権の理論（以上四二―四三号）

第六款 組織的・制度的考察による体系化

第七款 オーリウ行政法学の基本構造

第八款 「制度」理論と行政法学

第九款 行政法学の主観的・当事者の構成

第十款 判例評釈における二元論的思考方法

第十一款 集権化と分権化

第十二款 内部法と外部法

第十三款 目的と手段

第十四款 おわりに

第三章 組織的・制度的考察による体系化

ここまで、行政訴訟システムとの関連（第一章）、及び、民事法上の法概念との対比（第二章）という二つの視角から、オーリウの判例行政法学の内容を検討して来た。第三章では、オーリウ行政法学の体系化がどのように成し遂げられたのかを明らかにすることを目的に、オーリウの一般的思考方法に目を向けた分析を試みたい。

オーリウ行政法学における基本的方法是、二元論的思考である。すなわち、行政法上の諸現象について、対立する二つの概念を設定した上で、この対立軸に基づく分析を行い、その本質を明らかにするという方法である。本章では、この二元論的思考方法の中から、①集権化と分権化、②内部法と外部法、③目的と手段、という三つのパターンを取り上げ、オーリウの判例行政法学の特色を検討したい。

本章の分析結果を先取りする形で述べると、右の三つのパターンは、いずれもオーリウの「制度」理論と深い関わりがあり、組織的・制度的考察が反映されている。さらに、「制度」理論そのものが、対置される要素の均衡という構造を持っている。この「制度」理論についてはわが国でもしばしば検討の対象となっているが、「制度」理論を基本構造とするオーリウの行政法学について、必ずしも広く理解されている訳ではない。そこで、本章では、まず、「制度」理論とオーリウ行政法学の関係について、整理をすることとしたい。この場合、分析の素材は、判例評釈以外の著作や論文が中心になる。さらに、オーリウ行政法総論体系の基盤を構成している主観的・当事者の理論モデルについても、ここで整理しておくこととしたい。

オーリウ行政法学の基本構造は、右に挙げた「制度」理論や主観的・当事者のモデルに加え、フランスが「行政体制」の下にあるという基本的認識に支えられている。さらに、オーリウ行政法学の根幹にかかわる構成要素として、「執行的決定」理論をはじめとする幾つかの独創的思考がある。本研究では、「行政体制」概念や「執行的決

定」理論等について、判例評釈を素材にした分析の中で必要な限度の整理・言及を行っているが、これらを個別に取り上げて詳細な分析を行うことは、本研究の全体構想を逸脱するであろう。しかし、「制度」理論、及び、主観的・当事者的モデルは、判例評釈を含めた彼の行政法学全般を支える基盤となっている一方で、判例評釈の分析という記述方法において論及するのが難しい。そこで、右の二つの論点につき、便宜上、本章において、その全体像を示したい。

従って、本章では、まず、オーリウ行政法学の基本構造として、「制度」理論と主観的モデルの二点について検討する（第一節）。そして、オーリウの判例評釈における二元論的思考方法として、①集権化と分権化、②内部法と外部法、③目的と手段の三つの視点からの分析を試みる（第二節）。

第一節 オーリウ行政法学の基本構造

第一款 「制度」理論と行政法学

(1) 「制度」理論の概要

オーリウの法思想の中軸となるものは、彼の独創に係る「制度 (institution)」理論であり、オーリウの名は、「制度」理論の創始者として、最も広く知られている。豊かな内容と広い射程を持つこの「制度」理論をあえて一言で述べるならば、社会に実在する「制度」に法の根拠を求め、「制度」の動態の内に事実から法規範への変容を見いだそうとする試みである。⁽¹⁾そして、オーリウは、「制度」とは、その永続性が力の均衡・権力分立によって保障され、自律的に法治状態を生み出す、事物の一般的秩序の下に確立された社会的組織体」と定式化している。⁽²⁾

オーリウの設定した「制度」概念には、団体としての「制度」と事物としての「制度」という二つのカテゴリー

があるが、分析の力点は前者に置かれていた。⁽³⁾ 団体としての「制度」は、社会における人の集団の動態であり、国や他の行政主体も当然に含まれる。従って、「制度」理論に基づくオーリウの公法学・行政法学は、この団体としての「制度」に係わって論じられた。この団体としての「制度」に関するオーリウの思想を集約した論文が、「制度と創設の理論・社会生命論試論 (La théorie de l'Institution et de la fondation, essai de vitalisme social)」(一九二五年)⁽⁴⁾である。

右の論文では、まず、国家及び社会を分析するための「制度」理論は、同意と権力とを調和させることによってルソー流の社会契約理論を克服すると同時に、国家に関する超主観法論者(ゲルバー、ラーバント等のドイツ国法学者を念頭に置く)と超客観法論者(デュギイを念頭に置く)の対立を二元論的に取り込むことによって成立したことに⁽⁵⁾つき、言及される。そして、以下の如き「制度」の概念設定が行われる。「『制度』とは、仕事(oeuvre)あるいは事業のイデーが社会環境の中で法的に実現され持続することである。このイデーの実現のために、権力が形成され、権力のための諸機関が出現する。他方、イデーの実現に係わる社会集団の構成員の間で、権力の諸機関によって指導され、諸手続によって統制された共同体意識(communion)⁽⁶⁾が発現する。」

「制度」概念について、オーリウは、右の論文以外でも様々なニュアンスの下に形を変えた定義を行っているが、いずれにしても客観的に存在するイデーの持続という視点が中心になっている。⁽⁷⁾

社会的団体に関する「制度」理論は、「制度」たる団体の形成と発展の過程について、時間軸に沿って動態的に把握しようとするものである。従って、「制度」とは、段階を追って進行する現象と言うべきものである。この「制度」化の過程は、先に掲げた「制度」の定義に示される如く、事業のイデーの実現について、統治機関が自らの意思たる権力による段階から、集団構成員による共同体意識の発現の段階へと進行する。⁽⁸⁾ この過程をより細かく記述したものととして、『行政法精義』第一〇版を引用しておこう。

「社会的『制度』」は、そのイデーが、構成員の間で……成し遂げられるべき『仕事 (oeuvre)』に至るまで十分に支配的になった段階の事業体である。」「『制度』という現象は、以下の如き幾つかの段階に分解される。①『仕事』あるいは社会的事業のイデーが、一人あるいは複数の個人によって、提起される。②右のイデーが次第に伝播し……その実現を強く望む人々の集団が構成される。③右の集団において、事業を遂行するための支配をする権力が発生する。④集団内部での葛藤を経て、右の権力が、事業の遂行に必要な作用の成就のためという枠内に厳格に制約される。この葛藤の結果、『仕事』の中心となるイデー及びそこから派生する規約的規範に導かれるものとして、右集団の憲法的代表機構が出現する。同時に、『制度』は、活動の際に最小限の強制しか伴わないように十分に組織化され、そこでの利害関係人の同意も強制ではなく自発的に得られるようになる。⑤右に登場した機構は、さらに別の内部的葛藤により、法の一般原則に適合させられる。⑥これらの葛藤を経て、機構が十分に長期間平和的に存続した段階で……事業の機構は『制度』となる。同時に、この『制度』は法人格を獲得する資格を得る。」⁽⁹⁾

以上、「制度」理論とはいかなるものか、その概要を整理した。そこで、本研究の視点からは、オーリウ行政法学が論じられる局面で、「制度」理論（あるいは「制度」概念を用いた法律学の方法）がどのような位置・役割を占めているのか、検討することが必要であろう。

「制度」理論の原型は、一八九六年公刊の『伝統的社会科学』⁽¹⁰⁾及び一八九九年公刊の『社会的運動の研究』⁽¹¹⁾等において提示されていたが、明確な意図の下に「制度」理論が始めて提示されたのは、一九〇六年にトゥールーズ大法学学紀要に掲載された論文「制度及び規約法」(L'Institution et le droit statutaire)であった。⁽¹²⁾さらに、翌一九〇七年に公刊された『行政法精義』第六版は、この「制度」理論を全面的に取り入れつつ行政法の体系を記述するという、野心的な試みがなされた。⁽¹³⁾このように、「制度」理論は、その原型が先行していたにせよ、オーリウ行政法学の出発点において完全に獲得されていたものではない。そして、「制度」理論の提示以降、「制度」理論は行政法

の体系を記述し、行政法学上の諸論点を考察する際の一貫した基盤となるのであるが、「制度」理論の採用の結果、オーリウ行政法学の解釈論の部分が、本質的な変化を見せるわけではない。

行政法学との関係で捉えた「制度」理論の思考方法は、行政法総論体系の考察や、行政法の個別的解釈論から導かれた結果について、これらをよりグローバルな社会科学の理論の中で全体的な説明を与えるものである。この意味で、「制度」理論とは、基本的により具体性の高い法的事象から一般理論へと志向していると思われる。もちろん、「制度」理論は、「法的現実・個別法システム・一般理論という複合的連関のなかで……変化し生成する」(今関源成)のであり、決して静態的な抽象化作業ではない。⁽¹⁴⁾ また、オーリウが行政判例の評釈において極めて技術的で実証的な解釈論を展開する場面においても、「制度」理論がフィードバックされているのを見い出すことができる。判例評釈中の一節での一言言葉の遊びの如き部分にも「制度」理論を背景とする深い思索を見ることができ(15)(16)る。しかし、これらによつて、オーリウの行政法学における具体的な法的問題の解釈論の第一義性を変質させるものではない。

加えて、「制度」理論に関し、以下の二点について、簡単にコメントしておきたい。

第一は、「制度」理論と社会的アプローチの関係である。「制度」理論は、社会的事実としての「制度」の動態を多様な法現象と結び付けて説明し、同時に、この「制度」に内在するイデーによつて権力の発生とその自己制限、法規範の生成等に理論的根拠を与えるというものである。従つて、「制度」理論は、社会的事実の観察というアプローチを前提にしつつ、同時にメタフィジックな思考方法を取り込んだものと言える。オーリウは、一八九三年公表の論文「法学部と社会学 (Les facultés de droit et la sociologie)」では、法律学と社会学を安易に結合させることに慎重な態度をとつた。⁽¹⁷⁾ しかし、その後、オーリウ独自の思索を踏まえて、法律学の領域に社会学的アプローチを取り入れるという方向に転換し、『伝統的社会科学』(一八九六年)や『社会的運動の研究』(一八九九年)と

いった業績に反映させていった。これらの著作に、「制度」理論の原型が見られることは、前述した。また、行政法プロパーの研究業績においても、『行政管理』（一八九九年¹⁸）や「訴訟の諸要素」（一九〇七年¹⁹）等には、行政法現象について社会的アプローチを採用することが明示されている。「制度」理論は、これらの傾向性の集成とも言えるであろう。

第二は、「制度」理論といわゆるトマス主義の関係である。「制度」理論を扱った論稿から法技術的な解釈論に係る判例評釈に至るまで、オーリウの著作の文章表現において、彼のトミストとしての立場を想起させる部分は極めて多い。「制度」理論の根幹である「イデー」や「持続」という概念がトマスの思想に由来するものであることは言うまでもないが、その他のより細かい記述も含め、オーリウの業績を理解するためには、それらがヨーロッパの伝統的哲学を踏まえていることの認識はまさに不可欠である。旧来、わが国におけるオーリウのイメージに、「要領をえぬ曖昧な主張を重ねる凡庸な学者」という部分があったことは、右の認識の欠落よるところが大きい²⁰。もつとも、筆者には、オーリウの法思想とトミズムの関係について、ここで分析し論述する能力はない²¹。ここでは、本研究において、次の二点に留意したことだけを述べておきたい。まず、オーリウの文献を読解する際に、トマス主義を始めとするヨーロッパの伝統的・正統的哲学が踏まえられていることを常に念頭に置くよう、筆者なりに努めた。他方、オーリウの法思想がトマス主義に立脚しているとしても、これが全面的にトマス主義に還元され、トマス主義に拠らない者にとって無価値ということを意味するものではなく、そこから行政法理論を切り出して論じるだけの意義があることを、本研究の前提とした。

(2) 「制度」理論の着想と行政法

オーリウの「制度」理論は、それが提起された時期において、行政法学と関連づけて論じられることが多かつ

た。これには、「制度」理論という独創的な法学の方法を世に問うに際して、その意義や価値を説明するために行政法の研究で得た成果を応用して示すという戦略的な側面もあったと考えられるが、「制度」理論の着想それ自体が行政法学上の問題と密接に関連していたのである。ここでは、「制度」理論を構築する上で行政法研究が果たした意味について、検討したい。

「制度」理論に基づく行政法の体系的記述が初めて試みられた『行政法精義』第六版の序文には、以下の如き記述がある。いわく。私は、「制度」という根本的概念に基礎づけられた公法理論を提示するのであるが、これは、単に知性の視角によるものではなく、体系的で論理的な法的構築物なのである。そして、「制度」に基づく法的理論の構築に際して、行政法上の技術的要素の検討から、多くを得ている。「法律家からの確信を得るためには、『制度』の法的活動の証拠を提示しなければならず、そのためには、『制度』に固有の法的現象を『制度』と関連づける必要がある。そこで、私は、『制度』が、規律的規範と規約的規範という全く固有の二種類の法規範の源泉であることを示した。それを可能にしたのも、行政法だったのである。⁽²²⁾」

「制度」から生まれる法（「規律法 (droit disciplinaire)」と「規約法 (droit statutaire)」）が、具体的に行政法学のどの部分に相当するかについては、(3)で後述するが、法学の方法として「制度」理論を着想する際に、行政法が重要な素材となったことが窺えるであろう。

さらに、「制度」理論は、ドイツ、フランス、アングロ・サクソンのそれぞれにおける公法学の基本的思考方法を再検討するところから着想を得ている。オーリウによれば、ドイツでは権力の要素と執行権、フランスでは一般意思の要素と立法権、アングロ・サクソンにおいては「制度」の要素と司法権が、それぞれの公法学の基本的思考方法を特徴づけている。その上で、オーリウは、これらの三つの思考方法を組み合わせることによって新しい公法理論を構築しようとする。いわく。「現代的視点において、国家の本質的要素は、社会的利益 (biens) の創出と保障

へ最も直接的に寄与し、そこから、法的安全と安定の確立に貢献することである。そして、この第一義的な役割が帰属し得るのは、法的安全について最終権限（ultima ratio）の役割を演じる権力あるいは主権の要素ではないし、事物の外面的輪郭と活動の限界線を描くだけの法律でもなく、社会的安定をもたらす力の均衡を内包させた『制度』なのである。」「国家について、主権でも法律でもなく、ひとつの制度あるいは制度の総体、より正確には、制度の中の制度として、把握する時が来ているのだ。」⁽²³⁾

右のような、ドイツ、フランス、アングロ・サクソンの公法学の組み合わせに際して、特に重視されたのが、イギリス的な裁判官の介在による法の執行であった。⁽²⁴⁾ いわく。「もしフランスにおいて、公役務の執行のために有利となる限度での公権力の特権を維持しつつ、行政的措置による法律の執行という伝統から訣別し、裁判官が介在した法律の執行へと移行することを望むならば、執行権に関するフランスの理論と、裁判官による法律の執行というイギリスの理論を組み合わせれば良いことは明白である。」⁽²⁵⁾

結局、司法権に重きを置くイギリス流の思考方法こそ、「制度」を中心とした理論なのであり、これをモディファイしてフランスの公法理論に導入することが、オーリウの「制度」理論構築のひとつの出発点となっている。この考え方は、フランスにおける行政裁判制度の発達と、それに伴う行政作用の現代化に関するオーリウの認識を背景にしていた。以下、さらにオーリウの記述を引用したい。

いわく。フランス公法の伝統的思考は、執行権について法律の適用の保障を唯一の任務と理解するが、このような考え方は今日的ではない。この伝統的思考は、革命後の時期に、慣習に根拠いていない新しい組織を法律のみによって多数創出したため、それを維持するために法律の適用を保障しなければならなくなったことよってしている。裁判官によるサンクションは十分に強力なものではなく、行政的手段による法律の執行を行う必要があった。しかし、新しい国家体制は「制度」化し、組織的な法律の適用を保障するという意味で、行政的手段の必要性は低下し

た。行政庁による命令の執行について、警察措置による比率が減少し、裁判官に付託するものが増加していった。そして、裁判所に出訴可能な期間が設定されるという、新しい公法上の規範が生まれた。行政的手段による法律の直接的執行は、時代遅れとなった。法律は、その内部でそれが適用される「制度」によるサンクションが可能になったのだ。従って、国家の諸「制度」が強固になるにつれて、裁判官の役割が増大するという現象がある。法律が単独にある場合には、手荒で、迅速で、統一的な行政的執行が必要であったのであるが、諸「制度」によって支えられた法律には、そのサンクションが緩和された、ニュアンスのある裁判官が必要なのである。「行政が、司法権の優位の前に消滅してしまうことはないだろう。なぜなら、行政には、無数の生かすべき諸「制度」が含まれるからである。そうではなく、行政自身の中で、行政裁判官が重要性を増すということが予測されるのである。⁽²⁶⁾」

右のように、オーリウは、行政裁判システムの発達と、それに伴う手続的視点による行政法の再構築について、フランスの国家体制の「制度」化という動態の中で、その意味付けを行ったのである。⁽²⁷⁾

(3) 「制度」法と行政法

「制度」理論の根本的発想は、法が制度を生み出すのではなく、「制度」から法が生まれるという事にある。⁽²⁸⁾ すなわち、「『制度』内部で、かつ、『制度』によって、事実状態から法の状態への変換が行われる」のであり、「制度」構成員の同意の下に平穩に持続する事実状態は、法の状態へと移行するのである。⁽²⁹⁾ さらに、「制度」から生まれる法は、「規律法」と「規約法」という二つのカテゴリーに分けられる。この点につき、『公法原理』第一版の記述は、以下の如くである。

いわく。「制度」が人の集団である以上、その集団内部に確立された状態を維持するために、全構成員を服せしめる監督体制が必要になる。この監督体制を保つためにはそのための規範が必要であるが、右の規範は「制度」内

部で生み出される。「制度」に起源を持つ規範には、「規律法」と「規約法」の二種類がある。権力の均衡によってのみ存続する社会共同体的「制度」は、半ば強要され、半ば同意された強制を含んでいる。この強制は、集団の構成員のための内部的規律という形態をとる。そして、この規律は、集団の視点と個人の視点という二つの角度から捉えられる。集団の視点による場合には、内部規律は、集団の団結と安定のために必要な力となる。他方、個人の視点による場合、内部規律は、集団に対抗する保障として必要な力であり、集団を枠付けるのに必要な力なのである。「規律法」は、支配権力の強制によって示される集団の利益を體現するものであり、「規約法」は、集団構成員による共同的生活関係の集団的手続への同意によって示される集団の利益を體現しているのである。「規律法」と「規約法」は互いに均衡する関係にあるが、これもまた、「制度」を維持する力の均衡の一要素なのである。⁽³⁰⁾

以上要するに、「制度」内部の権力が構成員を規律する「規律法」と、「制度」構成員が権力に枠をはめる「規約法」のカテゴリーが設定されている。⁽³¹⁾ さらに、この「規律法」と「規約法」のそれぞれに関するオーリウの説明を、行政法学上の諸概念との対応関係に留意しつつ、もう少し詳しく参照してみたい。⁽³²⁾

まず、「規律法」から検討する。いわく。「規律法」とは、「制度」化された社会的権力から発せられる法的行為と法的規範の総体」である。これらは、「制度」を構成する個人に一定の措置を命じ、対抗的地位を創設し、「制度」の監督からの逸脱を抑止するものであり、全ては「制度」の利益の下にあり、「制度」が持つ強制の力によって担保される。⁽³³⁾ この「規律法」の典型としては、行政組織内部の階層的規律があり、通達はその例である。⁽³⁴⁾ また、行政立法も、国家の「制度」の規律的要素に由来する。⁽³⁵⁾ さらに、「規律法」は、非常に様々な形態をとり得るのであり、警察上の措置、行政不服申立、越権訴訟もそこに含めて考えることができる。「規律法」は、「制度」の秩序維持のための「制度」自らのサンクション（集団外への追放等）で担保されるため、実定法化されないものとしても存在し得る。もつとも、実定法が「制度」に由来する「規律法」を取り込む場合もあり、右の例として、階層的

な不服申立に過ぎなかった越権訴訟が行政訴訟へと発展したことが挙げられる。⁽³⁶⁾

「規律法」により、行政法学上の多くの事項を説明することができる。行政の公務員に対する懲戒のような行政組織内部の抑圧的手段について、「規律法」に含まれることは明らかである。しかし、「規律法」は、抑圧的とは限定されず、組織的なものも含む。「制度」内の力は、「制度」から追放さるべき構成員に対する強制としてのみ作用するのではなく、構成員に対して「制度」内部に創出された諸機構を受容させるためにも作用する。社会的権力は、創出された機構について、強制権によってこれを保護する。この例として、公役務のための行政機構が挙げられ、これらの行政機構は優遇措置を持つ。これらの機構は、行政の規律によってのみ成り立っているのだ。さらに、「規律法」は、その対象において個別具体的であるが、そこから生じる地位は全ての者に対抗的である法的行為に係わる。従って、フランス行政法学の中でも非常に重要な位置を占める行政行為あるいは執行の決定の理論も、「規律法」に含まれる。行政決定の執行的効力は、行政客体について、行政の強制力によって対抗的であることから、行政客体が行政「制度」の規律的な力に服していることが認められる。また、個別的行政決定は、法的位置の資格を創設するという意味で重要である。官吏の任命、警察許可、公産の特許等は全て、「規律法」の力に基礎を置いている。さらに、階層的不服申立や越権訴訟制度を伴っている行政上の階層性についても、「規律法」に含まれる。⁽³⁷⁾

次に、「規約法」について検討する。いわく。「制度」は、「規律法」と同様に「規約法」も生み出す。あらゆる「制度」には、「制度」創設前に用意されたものが構成員によって受諾されたにせよ、「制度」内部で発達したものが慣習となったにせよ、「規約 (status)」が存在する。⁽³⁸⁾ この「規約」は、「制度」の活動過程で生じた慣習や、「制度」の構成員の議会における多数決の議決によって成立するし、「制度」創設前に用意された「規約」であっても、「制度」の必要によって修正される。従って、「規約」は、活動状態の「制度」に由来するものであり、「同じ事実

に対する多数の同調」に基礎づけられるのである。⁽³⁹⁾

「規約法」は、「制度」内部に生じる権力を、「制度」の構成員の側から「制度」のイデーに枠付けるものである。この「規律法」には、「制度」の統一性を維持するための方策としての「手続」が含まれ、その代表的なものが「多数決の手続」である。右の「手続」という観点から、「規約法」は、「複合行為」あるいは「手続的作用」の理論を含むものであり、行政法においては、執行的決定と執行作用という手続的な行政過程の分析と関わる。⁽⁴⁰⁾ さらに、フランス行政体制の基本原則のひとつである適法性の原理についても、「規約法」として説明される。適法性原理とは、法律が、他の種類の法規範（命令等の国家の規約法・国家以外の「制度」における規律法と規約法）との関係で優位に立つことを意味する。「従って、適法性原理は、本質的に規約的な法制である。なぜなら、この原理は、国家において、規律的なものは全て規約的なものに服すること、自律的なものは全て国家の基本的な規約に服することを意味するからである。……より低位の法が高位の法に服し、同時に、全ての法を法律の支配の下に集中するという法源の序列化は、ドイツにおいて Rechtsstaat と呼ばれるもの、すなわち、典型的な法治国 (état de droit) を生み出すのである。」⁽⁴¹⁾⁽⁴²⁾

以上のように、オーリウは、「制度」に直接由来する「規律法」と「規約法」について、行政法学上の様々な法現象を当てはめて説明している。ここには、「制度」理論と行政法学との密接な関係を見ることができよう。

(4) 「行政体制」と行政「制度」

オーリウが行政法を分析し記述する場合に、その対象であるフランス行政法を定義づける第一の要素は「行政体制 (régime administratif)」概念であり、また、フランスが「行政体制」にあるという事実から行政法の存在が導かれている。例えば、『行政法精義』第七版の冒頭には、次のような記述がある。

「眞の行政法は、十分に発達した行政体制が存在する場合にのみ存在する、という意味で、行政法は、一国の行政体制と必然的に結びついている。……ある国において、行政法が、一個の法分野と呼ぶに足りる集合体を形成するためには、その国では、行政体制が発達していなければならない。行政 (une administration) が存在するだけでは十分ではない。複雑化した行政が存在していても、行政体制でないがゆえに、行政法が存在しないという場合があり得る。すなわち、行政体制とは、国家のひとつの在り様なのであり、これは、行政が国家における第一の力となり、行政の力の優位によつて……憲法上の変容、なかならず行政裁判所の創設がなされることから生じたものである。」ヨーロッパ大陸諸国は、程度の差こそあれ、行政体制の下にあるが、フランスは、この体制が最も完全に組織化された国である。他方、アングロ・サクソン諸国、とりわけイギリスとアメリカは、行政的役務は発達しているにもかかわらず、行政体制は存在していない。すなわち、行政は第一の力ではなく、十分に定義づけられた法の一分野としての行政法は、存在していない⁽⁴³⁾。

右の如き基本認識は、表現上の差異はあつても『行政法精義』各版を一貫したものとなつており、フランス「行政体制」の基本構造の分析が、行政法総論体系全体を構築する起点となつて⁽⁴⁴⁾いる。そして、この「行政体制」概念と「制度」理論とは、互いに交錯しつつ、オーリウ行政法学の根幹的部分を規定しているのである。

オーリウは、「行政体制」を成り立たせている要素として、行政「制度」、行政権力、行政作用の三つを挙げる。すなわち、公行政に「制度」概念を当てはめた行政「制度」が、「行政体制」の重要な構成要素として位置づけられるのである。ここでは、まず、行政「制度」という概念について、オーリウの記述を参照しておく。

いわく。「行政『制度』とは、集团的諸『制度』から構成された公行政の事業体 (entreprise de l'administration publique) である。公行政の事業体のイデーは、本質的に、国や市町村の如き公共団体に対し、住民への役務の提供を行わせる点に存する。この役務は、万人が平等に受益でき、公的会計によつて賄われ、公法上の手続によつて

執行され、秩序維持と将来予測の配慮に基づいている。「フランスの行政『制度』は、国家において、自律性を持つひとつの社会を構成している。この行政『制度』は、行政機関によって構成される管理スタッフ、公務員、行政客体たる公衆によって構成される被治者層を持つ。」「管理スタッフは、諸権限と階層性と行政的保障とによって、強力に組織化され集権化されている。」しかし、同時に、分権化もなされており、この分権化は、行政「制度」に由来する憲法上の組織によって実現されている。「行政『制度』の存在は、行政権力に対し、作用のイデーすなわち善き公行政のイデーから導かれる根本規範の遵守を課すために、圧力をかけることも欠いてはいない。これは、フランスでは、越権訴訟と呼ばれる世界に誇れる訴訟の方法によって行われる⁽⁴⁵⁾。

右のように、行政「制度」は、公役務の提供というイデーを中心にしており、集権化と分権化という均衡システムを内包し、行政権力をイデーに従属するための越権訴訟制度を持つという構図が描かれている。さらに、フランスの「行政体制」の下で、右の行政「制度」が存続していることについて、次のように記述されている。

「行政体制の本質的性格のひとつは、巨大な行政的事業体の存在である。この事業体は、その集権化・階層性・官僚制によって、公的生活関係の機構における最も強固な要素となっている。」「この行政的事業体は、上級官僚と一般公務員から成る多くの管理スタッフと、国家の臣民に過ぎない被治者たる行政客体の大衆層とを含んだ、複雑な機構を持つ組織体である。しかし、この組織体は、ひとつの『制度』なのである……。」「何であれ社会的組織体は、その内部に具現する権力が、事業の指導理念に服従し、また、確立された法規範及び実効的手段によってその職務（フォункциオン）に服従する段階に達すると、『制度』化する。ゆえに、『制度』の本質的要素は、次の三つである。第一に、権力の、善きものと見做される事業のイデー及び作用への部分的服従である。第二に、右に係る確立した法規範であり、第三に、実効性のあるサンクションの手段である。」「……フランス行政体制において、行政上の組織体は、右の三つの要素を併せ持っている。」「第一に、権力は、行政組織体において、事業のイデーに部

分的に服従している。」各部署の職(ポスト)は、事業上の職務の中心として創られており、そこに権力あるいは職権が権限(attributions)として割り当てられている。但し、権力・職権が職務に服従するのは、部分的に留まる。その理由は、自由裁量権を多く持つ能動的スタッフの組織も存在するからである。第二に、行政『制度』において、権力が職務に服従することに関して、確立した法規範の存在がある。確立した法規範とは、議決により成立した実定法のみでなく、一定期間平穩に持続したために被治者の同意が推定される慣習法も含む。共和八年に成立したわが国の行政組織の規範が、この確立した法の性格を得たことについて、疑う余地はない。第三に、行政「制度」には、その「制度」がその内部で「制度」的精神を維持する、すなわち、権力を事業の指導的イデー及び職務に服従させるための、「制度」固有の客観的手段が存在している。この手段は、フランスの行政体制において、複数存在する。行政スタッフ内部については、階層性的手段と、団体の職業意識がある。しかし、これらは、スタッフ内部でしか機能しない。他方、フランスの行政体制は、被治者たる行政客体を、行政のコントロールに係わらしめた。これが、行政裁判所における訴訟手続である。「行政裁判の存在は、それだけで、公行政の『制度』的性格の最も決定的な証拠である。」「……越権訴訟は、実定法上の適法性を超えて、公行政事業の基本的イデーや基本原則を、行政官に尊重させている。⁽⁴⁶⁾」

右のように、オーリウは、「行政体制」下にあるフランスの行政組織の基本構造が、「制度」としての性格を持ち、行政「制度」として位置づけられることを論証しようと試みたのである。

(5) 「制度」理論と公権力の自己制限

「制度」理論が行政法学にいかなる形で投影されたのかを分析するためには、「制度」理論から「公権力の客観的自己制限」というテーゼが導かれたことが重要な意味を持っている。すでに検討したように、「制度」理論では、

「制度」内部における権力の発生・均衡・制限といった現象を法的理論として処理することが試みられており、公権力の自己制限の問題と「制度」理論とは、分ち難く結びついてきた。そして、「制度」理論に基づいた「公権力の客観的自己制限」のテーゼが論じられる場となったのが、行政法の基礎概念を「公権力」と「公役務」のどちらに求めるのか、という問題であった。

『行政法精義』第二版の序文に置かれた小論「公権力と公役務」は、オーリウの論稿の中でも人に知られたものである。その冒頭部分では、行政法の基礎概念を公役務のみに求める公役務学派が厳しく批判され、公権力概念の第一義性が明快に主張されるのであるが、論文の本体部分では、「制度」理論に基づいた「公権力の客観的自己制限」のテーゼが論じられ、さらに、右の文脈での公権力と公役務の両概念の二元論的・均衡論的な関係が示される。⁽⁴⁵⁾以下、この序文を含めた『行政法精義』第一版の記述を検討してみたい。

いわく。「行政法において、公権力概念の第一義性を維持するとしても、第二義的とはいえ、公役務概念が依然として重要な役割を果していることを認識しなければならない。公権力の客観的自己制限を導くものは、公役務のイデーなのである。権力が志向するものが、支配のイデーから奉仕（セルヴィス）のイデーに取って代わられることは、些細な帰結ではないのだ。」「権力の自己制限は、……ドイツの学説によって、全く誤った形で提示された。すなわち、単に、何の保障もない統治者の意思の主観的自己制限として把握されたのである。」「しかし、権力の自己制限は、自らに固有で、段階的に『制度』へと移行する機構として自己を客観化するための手段を持っている。行政機構は、行政権力の機構であると同時に、役務の機構でもある。いずれにしても、行政機関と行政裁判所から成る *haute administration* は、権力の機構である。執行権が『制度』化し、公権力が支配のイデーに代わる奉仕のイデーに服するように移行するのは、この機構の内部においてなのである。そして、『制度』化された機構においては、自動的に、奉仕を遂行しようとする意思が形成されるし、機構内部において、奉仕の利益と反する権力の

意思の変更に対する法的な歯止めが創出されるのである。⁽⁴⁸⁾

右のように、オーリウは、行政機構において公権力が公役務のイデーに従うという「客観的自己制限」が成立することを、「制度」化という動態によって説明している。すなわち、行政法における公権力概念の第一義性を認めつつ、国家の「制度」化の動態の中で、公権力も公役務のイデーに服従するという形で「制度」化するのである。

オーリウは、右の観念的な説明を実証するべく、行政機構の「制度」化によって公権力が自己制限する、すなわち、公権力が奉仕の視点から自己規律するための具体的な仕組みの例として、行政組織の階層性、地方行政に対する後見監督 (tutelle)、行政客体からの不服申立、行政訴訟制度 (とりわけ越権訴訟) を挙げる。オーリウによれば、これらの仕組みを創出したのは、「制度」化された公権力自身なのである。⁽⁴⁹⁾

さらに、オーリウは、「公権力の客観的自己制限」というテーゼが、フランスの「行政体制」全体を支配していることに言及する。いわく。「行政体制は本質的に権力に基づいているのであるが、この権力は『制度』化されている、すなわち、あるイデーに支配された組織に枠付けられていることを知る必要がある。そのイデーとは、公役務のイデーである。」「役務のイデーが行政組織のあらゆる権限まで浸透することにより、公行政はイデーの周囲に引きつけられた広大な『制度』となり、行政権力自身もこのイデーに服従するのだ。」「行政権力が、どのようにして役務のイデーに服従し、職務を尊重させられることになるのかを理解することは、重要である。行政権力が必然的にそれらに服従することはない。なぜなら、権力は本来的に職務の上位にあるからである。権力は職務に対して、自分が上位にあるにもかかわらず、自発的に、自己制限によって、服従するのである。⁽⁵⁰⁾」

(6) 「制度」理論と法人理論

団体としての「制度」(国家や他の行政主体も当然ここに含まれる)は、法人を構成する傾向性を当然に持つとき

れる⁽⁵¹⁾。他方、オーリウの行政法体系は、国その他の行政主体について法人格を肯定する主観的・当事者的モデルに基づくものであった（この点は、本節第二款で検討される）。ここでは、「制度」理論が法人理論といかなる関係にあるのか、分析したい⁽⁵²⁾。

オーリウは、団体について、「自律的個性 (individualité autonome)」と「主観的人格性 (personnalité subjective)」という二つの概念による把握を試みる。「自律的個性」は、集団が活動するために必要な利害関係の中枢ではあるが、固有の意思表示をするための理性的機関を持たない。この「自律的個性」は、理性的な意思表示を行う能力、すなわち、「主観的人格性」を獲得した段階に達すると、法人となるのである⁽⁵³⁾。この説明から、意思を持たない動物的な肉體たる「自律的個性」が、理性的な精神を与えられることによって「人格」化するというイメージを得ることは容易であろう⁽⁵⁴⁾。さらに、オーリウの記述を引用しよう。

「法人は、自律的個性性において……その団体に固有の利益のために執行的決定を行う能力のある意思表示機関を伴うことにより、顕現するのである。そして、法人格を獲得するための決定的要素は、客観的個性性の概念を越えない自律的利益の中枢ではなく……意思決定権にある。」「法人格を獲得した『制度』においても、客観的個性性が消滅する訳ではない……ことは明らかである。人は人格・主体であるが、同時に個体でもあるのだ。個性性は人格性の基底に潜んではいるが、存続している。人格性は、他者との関係における自らの権利という観点からの固有の意思表示のみを基盤としている。他方で、『制度』の要素は、固有の意思表示に還元されず、自己と他者との対置に基づく自らの権利の主張によって特色づけられる他者との関係性を志向しないので、主観的領域からは外れ、個性性という客観的領域に留まるのだ⁽⁵⁵⁾。」

「制度」理論、及び、「主観的人格性」と「客観的個性性」と区別する理論を使用すると、公権 (droit public subjectif) については、国や他の行政主体が、外部的な他者との関係性を持つ局面において、公権が問題になるとい

う説明になる。「国家と個人、あるいは、行政主体と行政客体の関係において、問題はより複雑である。国家の活動は、その内政において、国家の外部的活動と考えることが可能なのか、それとも、内部的活動として扱わなければならないのか？ここでは、明らかに、場合分けをする必要がある。なぜなら、行政客体たる個人は、国家の内と外の両方に在るからである。行政客体は、ある場面では、国家の『制度』的規律に服する。そして、彼らは、この規律について、自らの権利と対抗関係にはない。しかし、彼らも、国家に対抗して行使すべき権利を持つことがある。この場合、行政客体は内部的規律を離れ、その結果、国家の側も、彼らに対抗する権利を持ち得るし、彼らとの関係で主観的責任を負う可能性も生じるのだ。」

以上のことは、行政判例とも合致する。「国家が命令を発する、すなわち、執行的決定を下す場合に、国家は『制度』的規律のみを発動する。従って、この場合、国家は、被治者 (subject)、すなわち……国家の内部にあって内部的なものではなく、第三者としての地位を欠き、国家に対して自己の権利を対抗し得ない個人と対峙している。そして、国家の命令行為は、権利 (droit subjectif) の行使としての性格は持たない。国家の決定は、越権訴訟という客観的争訟手段によって、客観的な適法性の名の下においてのみ攻撃され得るのだ。他方、国家が交換法への参加者となることがあり、この場合、公役務の管理は第一義的に交換法上の作用となる。そして、国家は、外部と関係を持ち、外部的世界で活動を行う。なぜなら、交換法作用は……本質的に『制度』外部的なものだからである。……国家が役務の執行作用において関係することになる個人は、国家の外部的なものと考えられる。彼らは、もはや被治者ではなく、第三者なのだ。彼らは国家に対抗的な権利を持ち、また、国家は彼らに対して被らせた損害について主観的責任を負うのだ。」⁽⁵⁶⁾

ここまでの検討から、団体について「客観的個性」と「主観的人格」を区別するオーリウの思考が明らかになっただと思われる。そして、法人格を獲得した団体についても、「客観的個性」が失われるわけではなく、「主観

的人格」と「客観的個性」とが併存することになる。従って、「制度」理論によれば、国（その他の行政主体）につき法人格を肯定しつつ、「客観的個性」としての要素も重層的に存続する。このような考え方は、国家（行政主体）と国民との関係について、「制度」内部的・規律的な客観法上の関係と、「制度」外部的で権利や責任と係わる主観法上の関係という、二元的・重層的な捉え方へと連なるのである。

(7) 交換法 (commerce juridique) の概念

「制度」理論に基づくオーリウ行政法学の構造を理解するための鍵のひとつとして、「commerce juridique（交換法あるいは法的交換）」概念がある。⁽⁵⁷⁾「交換法」概念については、「経済的交換に由来する法的形式の集合体」と定式化されている。⁽⁵⁸⁾これは、明確な定義づけの下に設定された概念というよりも、等価交換・不当利得・事務管理の如く、通常の法主体間の取引関係を成り立たせている一般的原则を広く指し示していると考えられる。この「交換法」概念が、法的事象の分析の道具として意味を持つのは、「制度」内部的な法との対比においてである。右について、『公法原理』第一版の記述からその概要を示すと、以下の如くである。

いわく。「交換法」は人の協働関係を前提とするが、「制度」内部の規律は支配—従属という客観的関係を前提とする。⁽⁵⁹⁾そして、「制度」は権力を基礎とするのに対して、交換は経済的価値に基礎を置いており、権力は客観法の源となり、交換は主観法の源となる。⁽⁶⁰⁾「交換法」の規範は、個人の自由な活動によって形成された法的関係を条件づけるものであり、「制度」の必要から生じる規範とは異なる。「交換法」は、当事者間の平等に基づき、双務的性格を持ち、「交換法」に含まれる規範は慣習的である。⁽⁶¹⁾「交換法」は、当事者間の法的関係を生み出し、さらに主観法を発達させる契機となる。⁽⁶²⁾

右のように、「交換法」とは、「制度」外部的な法人相互の「交換」システム及びそこから生み出される法を意味

している。「制度」理論は、「制度」内部での法の生成という考え方を基礎としているが、「交換法・法的交換」とは、「制度」と対置される法の源泉ということになる。そして、「制度」理論によって法現象を捉える場合に、「制度」と「交換法」とが二元論的な基本構造を成しているのである。

この「交換法」概念が行政法学の平面で用いられる最も重要な局面は、行政管理（公管理）理論である。『行政法精義』第五版は、行政主体が「公管理の手段」によって権利を行使する場面での法律関係について、以下のよう
に分析する。「公管理の手段は……公役務の執行措置……に対応する。」……そこでは、公権力は運動状態にある
力として捉えられる。「……管理の手段において、公権力は、その決定の執行段階へと移行し、外部的な『交換
法』という困難の中に投げ込まれた状態にある意思として捉えられる。そこでは、右の決定は、『交換法』の要求
に従い、第三者の権利との抵触にさらされる。他方、権力の手段において、公権力は、執行的決断を未だ内部に留
めており、自身の内観にのみ従う意思として捉えられるのだ。⁽⁶³⁾

すなわち、「公管理（行政管理）」の範疇において、行政の公権力性は「交換法」と交錯する。従って、「公管理」
すなわち公役務の執行措置は、公権力性を内在させつつも、行政組織内部における純粋な権力性からは変質する
（従って行政賠償責任が生じる）ことが説明されるのである。

他方、「公管理＝公役務の執行」に係る「交換法」は、民事上の法律関係における「交換法」と同質ではない。
この点、『行政法精義』第六版の記述を引用してみよう。

いわく。「公管理の手段において、行政主体は、『交換法』の領域へと入る。」「この『交換法』は、公役務の執行
過程で確立されており、行政主体が公権力の特権を内包した特殊な手法が用いられるので、特殊な性格を持って
いる。⁽⁶⁴⁾」「公役務の執行に係る全ての措置は、『交換法』の作用である。なぜなら、右の措置は、他者の財産管理の
広範な事業の一部なのであり、『交換法』の諸原則は、他者と係わる全ての作用について、全面的に法として適用

されるからである。⁽⁶⁵⁾「公管理の手段において、公権力の活動は、『交換法』の要請によつて不可避的に条件づけられてゐる。公権力は、もはや被治者と向き合うのではなく、第三者あるいは当事者という他者と対峙してゐる。そして、公権力の協働者たる人格において、自らの権利を發動する権能が生じてゐる。」「他者と対峙する際に、公権力は、人格化してゐる。……確かに、公権力は、特権的人格であり、予先執行の特権や、裁判上の特権を保つてゐる。しかし、少なくとも、右の特権は権利の形態をとつており、第三者の権利が公権力の権利と相對するのである。⁽⁶⁶⁾」公権力と市民たる協働者の間に定立された「交換法」は、行政作用の執行の視点から、行政上の目的によつて強く支配された、特殊なものである。これは、当事者の平等を前提とする私法上の「交換法」とは異なつてゐる。行政管理における「交換法」は、当事者の不平等を前提とし、公権力は自らの権利実現のために普通法外的特権を保つており、そこでの共通目的は、公役務あるいは公共善の実現なのである。⁽⁶⁷⁾

以上は、オーリウが行政作用をどのように理解していたのか、典型的に示すものと言える。「公管理」作用とは、行政主体が、公権力性を内在させつつも、他の法主体との「交換法」の關係と接觸する局面なのである。この公管理Ⅱ公役務の執行において、行政主体と市民とは協働關係にある。さらに、特殊行政的な「交換法」という考え方から、「公管理Ⅱ公役務の執行」の領域における行政賠償責任の成立、公権力性の内在による行政裁判管轄の肯定等に係る最も基礎的な説明がなされるのである。以下、特殊行政的な「交換法」という考え方から導かれる帰結について、『公法原理』第一版の記述を要約しておく。

いわく。行政判例法によつて適用されている「交換法」に由来する原則として、①行政会計の下での役務は全て報酬を生じさせる、②公役務の執行における損害は全て填補される、③行政が利益を得た事務管理は全て償還される等がある。これらは、行政主体に対し、行政客体にとって利益となる原則を課すものである。さらに、「判例法は、この『交換法』の所与から、論理的な帰結を引き出している。非常に強固に集権化されたフランスの行政シス

テムにおいて、公権力は、特権を保ちつつ『交換法』の中に入るため、行政裁判管轄を導く。しかし、行政裁判所には、独自の『交換法』の訴訟である全面審判訴訟が存在するのだ。⁽⁶⁸⁾

(8) 「法の二つの層」

上述の(6)及び(7)の分析でもその一端が示されている如く、オーリウの「制度」理論は、「制度」内部的な客観法と、「制度」外部的で主観的な「交換法」という二元論的な動態的構造を持っている。すなわち、「制度」理論は、「制度」それ自体の動態を考察するというレベルの議論と、「制度」と「交換法」を対置するレベルの議論とが、重層的に組み合わされている。これが、オーリウ固有の「法の二つの層」という考え方である。オーリウの思考方法は、対立する二つの概念を設定して、その緊張関係の中で事象の本質を析出するというパターンをひとつの典型とするが、とりわけ「法の二つの層」という視点は、行政法体系の基本構造に深く係わるという意味で、最も基底的なものである。⁽⁶⁹⁾

「法の二つの層」とは、基本的には「制度」内部的な自己規律に関する法の層と法主体相互間における「交換法」の層の対置であるが、その内容は、設定された問題状況によってニュアンスを見せる。『公法原理』第一版では、法には「制度」及び「制度」内部の「確立した地位 (situations etablies)」の層と「法的関係 (rapports juridiques)」の層という二つの層があるとされ、前者は物権的、後者は債権的という説明がされる。⁽⁷⁰⁾ また、『公法原理』第二版では、法には「確立した状態」と「仮の状態」の二つの層があるとされている。⁽⁷¹⁾

行政法学の基本構造との関係では、「法の二つの層」が、行政訴訟手続における越権訴訟(取消訴訟)と全面審判訴訟(通常訴訟)の二元的存在を説明するものとして扱われ、そこから行政過程を「決定」と「執行」に分析するという形で、行政作用の分析枠組みにまで遡って論じられたことが重要である。この点は、すでに第一章第三節

で検討した。また、右以外でも、「法の二つの層」、すなわち、「制度」内部規律的な権力の法と「制度」外部における当事者間の「交換法」という思考方法は、組織あるいは「制度」の内部関係と外部関係の対比によって分析するという形で、行政判例の評釈等で解釈論を展開する際に用いられる方法のひとつとなっている。この点については、本章第二節第二款において検討される。

- (1) 「制度」理論と行政法学の関係については、磯部・前掲書三二四頁以下が本格的な検討を加えており、本研究も右の磯部の業績に多くを負っている。オーリウの「制度」理論を扱った邦文の文献として、宮沢俊義『公法の原理』九四頁以下、米谷隆三「制度法学の展開」一橋論叢一卷五号七〇五頁以下、同「オーリウ制度理論への理解」成蹊大学政治経済論集七卷三号一四頁以下、三代川潤四郎「二つの社会生命論」法学一卷一号一〇九頁以下、同「制度法学」法学セミナー二〇号七頁以下、浜田純一「制度概念における主観性と客観性」『現代国家と憲法の原理』五〇九頁以下、今関源成「レオン・デュギ、モリス・オーリウにおける『法による国家制限』の問題（一）（二）」早稲田法学五七卷二号三一頁以下、同百周年記念号一〇五頁以下、水波朗『トマス主義の憲法学』二八頁以下、齊藤芳浩「国家・法・同意（一）（二）」法学論叢一三二卷五号二五頁以下、同一三三卷四号七〇頁以下等。なお、オーリウの後継者として知られるルナルの「制度」理論については、水波朗「ジュール・ルナルの法思想（一）（三）」法政研究三六卷二・六号二三五頁以下、同四二卷一・二号五九頁以下、同四二卷一・二号三〇頁以下が参考になる。
- (2) 『行政法精義』第六版における「制度」の定義である。Cf. Précis, 6 ed., p. 8. さらに、『公法原理』第一版では、『行政法精義』第六版における「制度」の定義をより敷衍してゐる。Cf. Principes, 1 ed., p. 129-135.
- (3) 参照、水波・前掲書三〇頁以下、齊藤・前掲・法学論叢一三二卷五号三二頁、磯部・前掲書三四二頁、今関・前掲・早稲田法学百周年記念号一〇九頁。
- (4) Cahiers de la nouvelle journée, 4, p. 1-45.
- (5) Ibid., p. 1-10.
- (6) Ibid., p. 10. 「制度」の定義で使用されている、oeuvre, communionといった語は、明らかにカトリック的語彙であることに留意すべきである。なお、論文「制度と創設の理論」は、この定義の構成要素を踏まえた詳しい分析へと進むのであるが、その内容については、水波・前掲書三二頁以下に詳しい。
- (7) 「制度」の様々な定義について、参照、今関・前掲・早稲田法学百周年記念号一〇七頁以下、磯部・前掲書三四〇頁以下、齊藤・前掲・法学論叢一三二卷五号三〇頁以下。
- (8) Ibid., p. 21. 齊藤芳浩は、オーリウの「制度」理論において、国家組織の制度化の過程が、「権力の強制による統治の段階」と「同意に基づ

く統治の段階」の二段階に分けられているとして、分析をしている。参照、齊藤・前掲・法学論叢一三二巻五号四一頁以下。

- (9) Précis, 10^{ed}, p. 15.
- (10) La science sociale traditionnelle, p. 187-197.
- (11) Leçons sur le mouvement social, p. 99-101.
- (12) Recueil de législation de Toulouse, 1906, p. 134-182.
- (13) 但し、「制度」理論が社会団体に係る現象一般にまでその射程を広げ、憲法論・国家論から社会哲学へと大きく展開していったため、「制度」理論プロパーの記述は、『公法原理』や『憲法精義』に委ねられることになる。この結果、第七版以降の『行政法精義』は、行政法の記述を中心としたものに整理され、「制度」理論の記述も集約的なものとなっている。
- (14) 参照、今関・前掲・早稲田法学百周年記念号一〇六頁。
- (15) スフェズは、以下のように述べる。いわく。「制度」理論は、社会現象や複雑な法現象の観察から導かれた、帰納的なものである。しかし、オーリウは、一定の抽象に到達すると、これを現実に適用するように試みている。「制度」理論は、行政法学に多くを負って成立したが、その行政法への適用もまた非常に多い。執行的決定、物の概念、主観法と客観法のヴィア・メディアという考え方、物権として分析される公物、特殊な所有権としての公務員の地位、行政主体の賠償責任の理論等々、行政法学上の事項は総て多かれ少なかれ「制度」理論に還元される。「制度」理論は、オーリウ行政法学に、本質的な基礎をもたらし、鮮やかな彩りを与えている。「制度」理論を欠くならば、オーリウ行政法学の最も技術的な領域における発展も、断片的で些細なものとなるおそれがある。オーリウがしばしば用いる「自己制限」、「均衡」、「作用と反作用」という短い表現について、軽率な読者は単なるイメーシと言葉しか見いだせないが、そこには、常に長い熟慮とグローバルな思考への当てはめがあるのだ。 Cf. Sfez, op. cit., p. 86-87.
- (16) 「制度」理論と行政法との関係を考察する場合に、「制度」理論をどのレベルまで抽象化して捉えるのかという問題がある。すなわち、「制度」理論について、二元論的な概念設定とその均衡というオーリウの思考方法のレベルまで拡張するならば、右の意味での「制度」理論は、オーリウ行政法学の隅々まで行き渡ることになる。これは、スフェズの分析方法である。スフェズは、オーリウの思考方法の第一の特色として、均衡の理念、さらには、集権化された公権力に対する均衡を掲げ、「制度」理論とはこの均衡という思考方法に形を与えたものと捉えている。 Cf. Sfez, op. cit., p. 81-86.
- (17) Revue générale du droit, 1893, p. 289-295.
- (18) 行政管理理論は、行政と被治者との協働という社会的関係に対する認識に基づいて構築されることが述べられている。 G.A. I-IV.
- (19) 例えば、訴訟 (contentieux) の概念について、社会的観点から定義づけることが試みられている。 Cf. Recueil de législation de Toulouse, 1905, p. 13-15.
- (20) 水波朗の指摘するところである。水波は、このような誤解の典型として、宮沢俊義の「フランス公法における諸傾向」(『公法の原理』所収) を挙げている。参照、水波・前掲書三六頁。

- (21) 水波朗の前掲書は、ヨーロッパの正当的・伝統的哲学との関連からオーリウの法思想を描きだした、重要な研究である。さらに齊藤芳浩の前掲論文も、オーリウの憲法理論について、右の観点から踏み込んだ分析を行っている。
- (22) Précis, 6 éd., p. X—XI.
- (23) Précis, 6 éd., p. VIII—IX.
- (24) 参照、磯部・前掲書二八〇頁（9）。
- (25) Précis, 6 éd., p. 1-4.
- (26) Précis, 6 éd., p. XII—XIII.
- (27) この点、本研究の第一章第一節第一款で分析した行政裁判制度に対する積極的評価との関係で理解する必要がある。
- (28) 参照、高橋和之『現代憲法理論の源流』三六二頁、ニクラス・ルーマン（今井弘道・大野達司訳）『制度としての基本権』一八頁。
- (29) Précis, 6 éd., p. 15-16.
- (30) Principes, 1 éd., p. 135-137.
- (31) 『行政法精義』第六版によれば、「規律法」は集団の利益を體現し、「規約法」は構成員の個人的利益を體現するが、両者は互いに釣り合う関係にあるものであり、「制度」を支える諸力のトータルな均衡の一要素なのである」とされる。Cf. Précis, 6 éd., p. 19.
- (32) なお、「規律法」「規約法」とも、法的行為と法規範の両方の形態をとり得るとされていることに留意する必要がある。
- (33) Principes, 1 éd., p. 137.
- (34) Précis, 6 éd., p. X—XI.
- (35) Précis, 6 éd., p. 298. なお、行政立法は「規律法」に属し、法律は「規約法」に属するので、行政命令権限が、立法権の委任によるという学説は誤りであろう。
- (36) Précis, 6 éd., p. 19-20. ちかび、階層的不服申立から越権訴訟への発展過程につき、「規律法」から通常の法への移行と理解することについて Cf. Précis, 6 éd., p. XI.
- (37) Principes, 1 éd., p. 137-138.
- (38) Principes, 1 éd., p. 143-144.
- (39) Précis, 6 éd., p. 22-23. なお「規約法」は物権的であるとされる。Précis, 6 éd., p. 23.
- (40) Principes, 1 éd., 145-148. 憲法上の問題としては、法律の作成手続等に係わる。この点について、参照、齊藤・前掲・法学論叢一三三巻四号七二頁。
- (41) Précis, 6 éd., p. 289-290.
- (42) 『行政法精義』第六版では、法律の意義について、次のように述べられている。いわく。法律は、本質的に、国家の「制度」における規約的憲章である。憲法のみならず、通常法律も、基本的規約である。全ての法律は、政府と国民代表という国家内部の大きな力の間における協

約 (pacte) である。そして、法律が協約であるとする、法律は、純粋に国民の一般意思の具現化ではない。 Cf. Précis, 6 éd., p. p. 291-298.

(43) Précis, 7 éd., p. 1-2.

(44) 参照、磯部・前掲書二六〇頁以下。なお、レジーム・アドミニストラティブという用語は、従来、「行政制度」と訳されることが多かった(例えば、雄川一郎「フランス行政法」『行政の法理』六七七頁以下が代表的であり、磯部もこれに従っている)。しかし、右の訳では、「制度 (institution)」との混同の恐れもあり、また、行政国家体制というニュアンスを明確にする必要もあると思われるので、ここでは、「行政体制」と訳出した。

(45) Précis, 10 éd., p. 14.

(46) Précis, 10 éd., p. 82-84.

(47) 参照、磯部・前掲書三二一八頁以下、同三二八頁以下。

(48) Précis, 11, p. VII-VIII.

(49) Précis, 11, p. VII.

(50) Précis, 11 éd., p. 12-13.

(51) Cf. Sfez, op. cit., p. 98.

(52) オーリウが法人理論を直接検討した文献として、 Cf. De la personnalité comme élément de la réalité sociale, Revue générale du droit, 1898, p. 5-23 et 119-141 ; Leçons sur le mouvement social, 1899, p. 144-162. これらにも、「制度」理論の原型を見いだすことができよう。

(53) Précis, 6 éd., p. 28-30.

(54) この説明が、単純なアナロジーではなく、ヨーロッパ・カトリック的な伝統哲学を踏まえたものであることは言うまでもない。

(55) Précis, 6 éd., p. 30-32.

(56) Précis, 6 éd., p. 32-34.

(57) commerce juridique について、磯部・前掲書三八八頁以下を参照。さらに、磯部「公権力の行使と法の二つの層」『東西法文化の比較と交流』四一七頁、浜川清「M・オーリウにおける取消訴訟と通常訴訟」『行政法の諸問題・下』四三五頁以下等も参照。

(58) Principes, 1 éd., p. 177.

(59) Principes, 1 éd., p. 177.

(60) Principes, 1 éd., p. 181.

(61) Principes, 1 éd., p. 189-191.

(62) Principes, 1 éd., p. 199.

(63) Précis, 5 éd., p. 204.

(64) Précis, 6 éd., p. 462.

- (65) Précis, 6 ed., p. 464.
- (66) Précis, 6 ed., p. 471-473.
- (67) Précis, 6 ed., p. 473.
- (68) Principes, 1 ed., p. 192.
- (69) 参照、磯部・前掲書三九六頁以下。「法の二つの層」について、註(57)に掲げた文献等によって、わが国でも詳しく検討されている。
- (70) Principes, 1 ed., p. 167-169. ここから、行政機関の法的地位や、公務員の職分について、「制度」内部的な物権として理解すべきことが導かれる。
- (71) Principes, 2 ed., p. 810. 参照、磯部・前掲書三九六頁以下、齊藤・前掲・法学論叢一三三卷四号七五頁以下。

第二款 行政法学の主観的・当事者的構成

オーリウは、自らの行政法総論体系を構築するに当たり、「権利主体としての行政法人による権利の行使」という基本モデルを用いた。これは、行政に関する事象について、行政主体・行政主体の享有する権利・行政主体による権利行使の過程、という枠組みによる法的体系性を与えた上で記述しようとするものであり、明瞭な主観的・当事者的モデルと言える。本研究の第二章は、民事法との比較による概念の構成という視座を設定してオーリウの判例評釈を分析したが、行政法体系を主観的・当事者的モデルに基づいて組み立てることは、それ自体、民事法的モデルに公権力性を内包させる試みであるし、また、行政法上の概念を民事法とパラレルに構成するという志向の重要な要因と言える。さらに、オーリウは、行政法総論体系の構築に際して、民事法的モデルに抛りつつも、行政作用を「権利行使」という形で理解することにより、過程的・手続的な思考方法を導入することに成功した。第二款では、オーリウ行政法学の最も基軸となる分析視角といえる主観的・当事者的モデルについて、整理を行いたい。

(1) 主観的モデルによる行政法体系の提示

主観的・当事者的モデルは、オーリウの行政法学の業績の中でも最初期のものにおいて集中的かつ自覚的に提示され、以来一貫して維持される。例えば「制度」理論が全面的に導入された後も、行政法体系に関する基本モデルについて、変更されることはなかった。以下では、一八九二・九三年という最初期のオーリウの論稿の中で、右の基本モデルがいかなる形で設定されたのか、分析したい。

オーリウの最初の判例評釈であるカド判決の評釈（一八九二年公表）において、行政法の主観的・当事者的構成という発想は、すでに重要な位置を占めている。カド判決は、解雇された市職員による損害賠償請求訴訟（Ⅱ全面審判訴訟）であり、原告は、法主体たる市に対して自らの権利侵害を主張している。オーリウは、このような行政訴訟（通常訴訟あるいは全面審判訴訟）について、「公権力の権利と、個人の権利とを調和させる」仕組みとして捉えている。これが、行政作用について「行政法人による権利行使」と理解する思考方法によることは、明らかである。⁽¹⁾

同じ一八九二年に、『行政法精義』第一版が公刊され、オーリウの行政法体系の全体像が初めて世に問われる。

ここでは、主観的・当事者的モデルに則した行政法の体系的叙述が、全面的に展開された。そして、『行政法精義』第一版の序文では、行政法総論体系の骨格となる基本構想が、以下の如くに提示されている。

いわく。行政法上の法規範は、次の三つのグループに整理される。第一は、実体上の法規範のグループである。これは、財産 (patrimoine) の概念を核にして形成されたもので、国・県・市町村・公施設法人の如き法人、及び、これらの行政法人に属する私産に関する諸規範を含む（行政法人の構成に係るという意味で、行政組織に関する規範も含まれる）。第二は、手続あるいは争訟の規範のグループである。これは、行政活動によって惹起される紛争の局面において形成されたものである。また、ここには、新しい法分野でしばしば見られるように、手続法の規範と混合

した実体法の規範が多く含まれている。第三は、行政作用あるいは行政行為 (acte d'administration) に関する規範のグループである。これは、最も新しく形成されたもので、行政庁の決定に対する越権訴訟の局面において顕れ、この行政決定の存在あるいは有効性の条件に関する規範を含むことになる。以上の右の三つの規範グループ相互の関連については、十分に説明されていない。とりわけ、行政行為に関する規範について、難しい問題がある。実体上の規範と争訟の規範の関係については、理解が容易である。私法における他の法領域でも、実体法と手続法の区別はある。しかし、行政行為とは何か、それをどこに位置づけるかについて、簡単に答えを見つけることはできない。従前は、行政行為について、争訟の中で捉えられており、その結果、行政決定を裁判判決と同視する「大臣裁判 (ministre-juge)」の理論が採用されていた。しかし、行政決定と裁判判決を同視する考え方には、問題があった。行政行為は、紛争の終局的な裁断たり得ず、逆に、行政行為によって紛争が惹起されるのである。そして、コンセイユ・デタも、行政行為が司法的な判決ではなく、単なる意思表示に過ぎないことを示すことによって、大臣裁判の理論を退けた。では、行政行為が裁判判決でないとすると、これをどのように理解すべきなのか？ 決定を行う行政官の背後に、国・県・市町村といった行政法人があると考え、この行政法人が、諸公役務の作用を確保するという役割を果たすために、行使すべき権利を持っていると考えれば良いのだ。そうすれば、行政行為は権利行使に係る決定であり、行政作用は行政法人の権利行使である、という結論に容易に達するのだ。⁽²⁾⁽³⁾

さらに、同年に公刊された『分権化の研究 (Etude sur la décentralisation)』においても、分権化によって生じた地方団体の行政作用を法的に分析する場合に、主観的・当事者的モデルを用いるべきことが主張されている。いわゆる、「分権化は、公法、とりわけ行政法のシステムにおいて、重要な科学的発展をもたらした。実際、分権化によって、県、市町村、公施設法人及び国自身の法人格の概念が変容し、公権力概念が法人の中に導入され、公権力の諸権利の体系的な分析が可能となったのである。」「実際、近年まで、公権力は法の枠外に置かれ、国家が行使し

得る一種の実力と考えられており、国の法人格と結びつけられることは無かった。県や市町村の法人格と同様に、国の法人格は、私的人格、すなわち、私産と調達とに還元されていた。他方、公産については、無主物と理解されていたのであり、警察は、国家が行使し得る実力とされていた。「分権化は、右の考え方を次第に破壊し、現在では、公権力が権利に分析できないという考え方は、熟慮されたものとは言えない。すなわち、公産の権利、警察の権利、課税の権利、収用の権利等々が、私産の権利と同様に、国・県・市町村等々に帰属するのである。国・県・市町村の法人格が、全ての公権力を吸収するまでに拡張し、普通法外的な権利を享有するこれらの法人格につき、新しい名称が必要となったので、我々は、これを『行政法人』と名付けたのだ。」⁽⁴⁾

加えて、翌一八九三年に公刊された『共和八年以後のフランス行政法の形成について』でも、主観的・当事者的モデルの採用が宣明されている。この論文は、一九世紀のフランスにおける行政法学の発展史を分析した上で、行政法学の到達点を次の如くに定式化している。「……法人理論は、全てを含み、全てを説明し、全てを体系化する。国・県・市町村・公施設法人・植民地といった全ての行政機構は、行政法人である。これらは、行政庁たる行政機関の仲介によって行使される権利を享有している。その権利が行使される行為は、執行的決定であり、行政行為と呼ばれる。そして、行政作用、すなわち、公役務の活動は、行政行為によることになる。行政法人は、公権力の権利と私法人の権利という、混同してはならない二種類の権利を持つ。そして、行政裁判管轄は、行政行為に特殊な性格、あるいは、公権力の権利に特殊な性格によってもたらされるのである。」⁽⁵⁾右の記述は、主観的・当事者的モデルはもちろん、オーリウ行政法の総論体系の骨格部分を極めて明晰に提示している。オーリウ行政法学は、一面でその変遷の多さや柔軟な概念設定を特色とするが、他面では、上記の如き基本構造を獲得した上で、この構造を一貫して自らの業績に反映させ続けたのである。⁽⁶⁾

以上の引用から、主観的・当事者的モデルを採用する意味は、行政の公権力性について、これを法人格・権利行

使という法律上の枠組みの中に取り込むことにあつたことが明らかであろう。そこから、オーリウは、行政主体について、私産管理に係る権力性を持たない私法上の法人としてのみではなく、公権力性を内包する公法上の法人としても位置付けられることを導いた。さらに、オーリウは、公権力性を伴う行政作用を、行政主体の「権利行使」として把握するという考え方を発見した。これは、権利主体の権利享有という静態的モデルによる思考方法に留まらず、行政作用を権利行使として動態的に分析し、進んで、行政作用法の体系を行政争訟と結びつけた「手続的思考方法」に基づいて構築することを可能にする第一の要因となつたのである。すなわち、右の動態的な視点を取り入れることから、民事法の体系に倣つたモデルを用いつつも、過程的・手続的構造を持つ独自の行政作用法を構築することができたのである。

(2) 主観的モデルと公法・私法論

主観的・当事者的モデルが採用されたことは、行政法の定義あるいは行政法の領域設定の場面においても、決定的に重要な意味を持つことになつた。主観的モデルは、オーリウの公法・私法観を規定するものでもあつた。⁽⁷⁾

『行政法精義』第一版では、行政法の主観的・当事者的モデルと公法・私法論との関係について、次のように記述されている。いわく。行政作用全体を権利行使に集約するためには、行政上のすべての事象が、行政法人に帰属する権利に還元されることが可能でなければならない。私産管理については従前から既に権利と結び付けられていたが、公権力作用、とりわけ、警察の領域について、そうは考えられていない。その理由は、警察の領域における権利は、私人のそれとは同一視できないということにある。ここに、越えるべき一線がある。行政上の組織体に認められる法人格は、私的権利の享有に限定されるのではなく、普通法外的な行政上の権利も享有し得ることを認める必要がある。行政上の組織体は、私的権利を享有する私的人格と、警察権を含む権力的権利の享有を認められた公

権力の人格との、二重の法人格を持つということを、認めなければならない。⁽⁸⁾

右のように、行政作用を「権利主体の権利行使」と捉える前提として、行政主体につき、私的権利を享有する私法上の法人格と、公権力的法人格との二重性を持つと理解することが必要であった。この考え方は、『行政法精義』第二、第三版においても、基本的に踏襲されている。⁽⁹⁾

その後、一八九九年の「公管理（行政管理）」理論の提示を経て、オーリウの公法・私法論は、「公管理」と「私管理」の峻別という形に定式化される。オーリウの「公管理」理論とは、行政作用を「権力行為」と「管理行為」とに二分するラフエリエールの見解を批判し、これに「公管理」のカテゴリーを付け加えることを主張したものである。その実益は、裁判管轄・救済制度に係るものであり、「権力行為」≡越権訴訟、「管理行為」（オーリウ説では私管理）≡民事訴訟という図式に加え、行政裁判管轄において行政賠償責任を争う全面審判訴訟（通常訴訟）に対応するものとして「公管理」の領域の存在を主張したのである。この「公管理」理論の形成と発展について、主観的・当事者的モデルの採用は、決定的に重要な要因となった。

右のように、「公管理」とは、一方で「権力行為」と、他方で「私管理」と対置させられた概念である。まず、「権力行為」と「公管理」の関係は、「決定」と「執行」という行政作用の過程的図式に対応する。すなわち、「権力行為」は、「公権力の原則的な決定」（≡「執行的決定」）なのであり、「公管理」は、右の決定の執行作用たる「公役務の執行」とされる。この場合に、公権力性は、「権力行為」の段階では行政内部的な純粹な力の状態にあるが、「公管理」の段階では外部の法主体との相互作用（≡「協働関係」）の下に置かれる。従って、「公管理」≡公役務の執行の領域においては、公権力を内在させた特殊行政的な「交換法」が該当することになる。⁽¹⁰⁾そして、この「公管理」≡公役務の執行」理論が、行政賠償責任の肯定と拡大、全面審判訴訟に対する積極的評価といった帰結を導いたのである。

他方、「公管理」と「私管理」を対置する図式は、行政主体が権利行使をする場合に、その権利行使の態様（mode）あるいは手段（moyen）の差異によって、公権力性を内在させた手続が用いられる「公管理」と、私的人格と同様の手続が用いられる「私管理」とに峻別されるという説明がなされる⁽¹¹⁾。そして、「公管理」とは、「行政に」として通常の手続を用い、公権力の特権を伴った、公役務の執行作用⁽¹²⁾と定義されたのである。このように、「公管理」のメルクマールは、行政主体の権利行使の際に用いられる「手続」が、普通法外的な特権を内包したものである⁽¹³⁾ことに求められていた。

右のように、オーリウの「公管理」概念は、公権力による「決定」の「執行作用」という側面と、公権力的「手続」による作用という側面とを併せ持っていた。そして、「公管理」理論の内容も、右の二つの側面のどちらに力点が置かれるかによって、一定の変動を示す⁽¹⁴⁾。しかし、この両側面とも、「権利行使」としての行政作用という基本的認識から導かれたものと言えよう。

さらに、オーリウの「公管理」理論は、行政作用を、公役務の「事務管理」あるいは「職権的管理（gestion d'office）」と捉える方向へと発展する。「事務管理」としての行政作用という理解について、磯部力は、「行政作用の法的本質を私法上の法カテゴリーと同列において論」じ、「行政の本質にひそむ管理の要素と権力の要素の矛盾的対立をそのまま包含した説明」することにより、「行政法が真に権力を規律する法として成立するために……：必要な一つのステップ」であると分析している⁽¹⁵⁾。筆者は、ここで磯部の業績に付け加えるものは無いが、以下のことを確認しておきたい。行政作用を「事務管理」と捉えることは、「事務管理」者として国、県、市町村、公施設法人といった行政法人の存在が前提になるのであり、これらの法人と国民との間に「事務管理」に由来する権利義務関係が生じることを意味する⁽¹⁶⁾。このことが、主観的・当事者的モデルを背景としていることは、明らかであろう。

(3) 主観的モデルと「行政法の手続的思考」

すでに述べたように、オーリウ行政法学の特徴的思考方法のひとつとして、「手続的思考」が挙げられる。この「行政法の手続的思考」は、行政作用を「権利行使」として把握したことと不可分の関係にあり、従って、行政法学の主観的・当事者の構成の採用と密接に係わっている。⁽¹⁷⁾ 行政作用を「権利行使」の過程として理解することが、行政作用を争訟手続と結び付けて考察することを導いた点についての検討は、すでに、第一章第一節第一款(2)及び同章第三節第一款で行っており、これ以上の言及は省略する。

(4) 主観法・客観法論と行政法

一九〇六年の「制度」理論の提起以降、オーリウは、「制度」理論に基づく公法理論の構築という作業を精力的に進める。第一款で分析したように、「制度」理論は、ドイツにおける主観法的公法学と、国家の法人格を否定する客観法主義者のデュギイの公法学の双方をいずれも極端に過ぎるものとして退け、これらを二元論的に取り込む理論を構築しようとするものであった。また、「制度」は法人格を獲得する傾向性を持ち、「制度」理論が国家の法人格を肯定することについても、すでに検討した。しかし、「制度」概念そのものは、事物の一般秩序に基づき内部的力の均衡によって持続する社会的動態なのであり、この「制度」を法的概念と構成する思考方法が「客観法の概念の回復」であることも明らかである。⁽¹⁸⁾

このように、「制度」理論に基づくオーリウの公法学は、客観法の視点と主観法の視点の両方を二元論的に肯定することを意図している。この文脈において、行政法学の基本構造としての主観的・当事者のモデルがどのように位置づけられたであろうか。まず、『行政法精義』第七版を検討してみたい。

いわく。「行政法は、国家の行政体制を対象とする公法の一部門であることは、明白である。しかし、行政法の

正しい法的定義をすることは、国家及び公法について、客観的視点と主観的視点の二つの全く異なったアプローチによる考察が可能なために、困難な点がある。」主観的視点とは、法に関する様々な社会的要素を、法的人格・意思表示・法主体間に定立される法的関係（rapport juridique）・法的関係から導かれる権利に還元するものである。すなわち、主観法とは、法人とその活動という観念を基礎にする。他方、客観的視点は、社会的要素の中で定立された秩序をそれ自体として考察し、法的人格の活動に還元しないものであり、社会状態の均衡によって形成される法的地位（situation juridique）を重視する。すなわち、客観法とは、法人を否定し、事物の秩序という観念を基礎にする。⁽¹⁹⁾客観的視点と主観的視点とは、単一の現実についての見方の相違に過ぎず、この両者を現実的に組み合わせるのが正しい方法であり、どのように組み合わせるのが問題となる。法的人格の理論は、組織や「制度」の外部的な活動、すなわち、「交換法」の関係において用いられる。そして、この主観的視点は、財産や損害賠償責任を分析するのに有用である。他方、法的人格の理論は、憲法、「制度」内部機構、行政組織の研究には役立たない。従って、客観法は、「制度」内部の機構や「制度」の動態に関する規範であり、主観法は、法人格を獲得した個人間の外部的関係に関する規範である。⁽²⁰⁾

行政法の法的定義を行うことは、非常にやっかいである。なぜなら、行政法において、主観法と客観法の両方が混在しているのが明らかだからである。フランス行政法の論者の多くは、客観的視点によっていた。彼らにとって行政法の構成要素は「行政機関と公役務の機構」なのであり、法的人格や主観的責任には僅かな関心しか向けられなかった。彼らの認識は、私産管理の限度に止まり、特権の行使に基礎づけられた公役務管理までは至らなかった。しかし、ブシュネ・ルフエールの如く、主観的視点による行政法を構想した少数の論者も存在し、これらは、コンセイユ・データの判例法の動向にも合致するものであった。「私は、この学説を支持すべきであると信じる。私は、憲法あるいは国家の一般理論において、客観法が支配的になるものと考えるが、他方で、行政法においては逆

であると信じる。その根拠は、行政の本質に係わるのは、政治的「制度」の規律的現象によつてではなく、「交換法」の金銭的現象によるのであり、この「交換法」は、公権力を内在させ公役務に入り込んだ特殊なものであるが、主観的なものに留まっているからである。「この結果、公行政の組織とその権利を対象とする行政法において、行政組織に係わる部分は全て客観法であり、公役務の管理の結果である「交換法」上の関係において、公行政の権利に係わる部分は全て主観法なのである。⁽²¹⁾」

以上の如き『行政法精義』第七版の記述には、「制度」理論を前提にしても、行政法学について主観法の視点が重視されるという立場が示されている。

オーリウの晩年に至つても、行政法を主観的なものとして定義する姿勢は維持される。例えば、『行政法精義』第一〇版には、次の如き記述がある。いわく。行政法は、①公行政の事業の組織、及び、右が具現化された行政法人、②行政法人が公役務を遂行するために享有する権限と権利、③特権とりわけ職権的行動の手續による右の権力と権利の行使、及び、そこから生じる争訟的帰結、の三つを規律するものとして定義される。そして、右の定義は、①行政法は、公法の一翼として私法と分離されるものであり、このことは、フランスにおける行政権と司法権の分離により際立っている、②右の定義は、国・県・市町村・植民地・公施設法人という行政制度たる事業体について法人化して理解し、行政上の法律関係の網の目を、公権力的法人であるこれらの行政法人の権限と権利に分析して論じるという意味で、主観的なものである、③右の定義は、特権、すなわち、行政法人の活動のための普通法外的権利と例外的手続を重視したものである、という三つの特色を持つ。⁽²²⁾

右は、公権力性を取り込んだ主観的モデルによつて行政法を定義し体系化するというオーリウの方法が、集約されたものと言えよう。オーリウにとつて、行政活動を、(政治学的ではなく)法的に分析するということは、とりも直さず、これを「法人の権利行使」と理解することであつた。⁽²³⁾そして、行政法体系における主観的・当事者的モデ

ルの採用から導かれたもののうち、オーリウの獨創性が最も發揮されたと思われるのは、行政作用＝権利行使という構造であり、その結果、『行政法精義』の体系の中で、公権力の「権利行使」に相当する部分は、行政作用の本質論、行政訴訟の基本構造、執行的決定と越権訴訟、公管理・執行作用と全面審判訴訟・行政賠償責任、といった内容を含んだものとなったのである。⁽²⁴⁾

(1) S. 1892. 3. 17/J.A. 2. 424.

(2) Précis, 1 ed., p. I-V.

(3) 『行政法精義』第一版における行政法の記述は、「行政法人」、「行政法人の権利」、「行政作用」の三つの部分から構成される。「行政法人」の部分では、主として行政組織に関する叙述がなされる。「行政法人の権利」の部分は、行政法人の享有する権利について、公権力の権利（警察、公産の管理、租税、公用収用、公土木等を含む）と私人の権利（私産の管理、契約等を含む）とに二分した上で説明されている。「行政作用」の部分は、行政法人による権利行使という位置づけの下に、行政行為・行政上の執行作用（決定機関としての）行政庁等について説明され、さらに、行政行為に対するコントロールとして、不服申立や越権訴訟の説明もなされている。なお、右の三つの部分の後に、行政訴訟に関する細かな手続を解説した「行政争訟」の章が付加されている。この構成は、『行政法精義』の各版において、基本的に踏襲されている。

(4) Etude sur la décentralisation, p. 60-61.

(5) 筆者はこの論稿について、『行政法精義』第二版の中に転載されたものを参照した。Précis, 2 ed., p. 54-55.

(6) Cf. Rivero, op. cit., J.H. 143. リヴェロも、同じ箇所を引いている。さらに、参照、村上順『フランス行政法学説史』一八〇頁以下、磯部・前掲書三六六頁註(9)。

(7) クジネは、オーリウによる行政裁判管轄の基準、すなわち、公管理・私管理峻別論は、組織的・制度的考察によるものであり、このオーリウ説こそ、現代的意義を持つという理解を示す。クジネの分析は以下の如くである。オーリウは、公権力について、一定の組織に具現化される(sincarer)ものと理解している。従って、オーリウの文脈において、公権力という言葉は、それを発動する組織の性格を表現するものとして用いられる。そして、「公管理」とは、公権力を内在させる行政主体がその本来の能力の下に活動することであり、「私管理」とは、行政主体が私法人として活動するということになる。このような、行政主体について公法上の法人格と私法上の法人格を二元的に肯定するという考え方、すなわち、組織的観点からの二元論こそ、オーリウの同時代のみならず現代に至るまで行政判例法と整合的である。Cf. Couzinet, op. cit., J.H. 173-178.

(8) Précis, 1 ed., p. V.

- (9) Précis, 2 éd., p. IV-V ; Précis, 3 éd., p. 323-327.
- (10) 「公管理」公役務の執行」理論について、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（二）」国家学会雑誌一〇二巻一・一二号三九頁以下。
- (11) Précis, 4 éd., p. 227-237 ; Précis, 5 éd., p. 201-222.
- (12) J.A. 2. 461. テリエ判決の評釈である。
- (13) 磯部は、「権利行使」モデルの分析を基礎にしつつ、オーリウ行政法学における「予先の特権」あるいは「職権行動特権」概念について分析している。参照、磯部・前掲書三五六頁以下。
- (14) 『行政法精義』第七、第八版において、「決定」とその「執行」という側面が強調され、「公管理」と「執行作用 (opération)」の同義性が強調される。とりわけ、『行政法精義』第八版では、「管理」という用語すら放棄すべきことが述べられている。Cf. Précis, 7 éd., p. 412-416 ; Précis, 8 éd., p. 420-424. なお、巨理格は、右のについて、オーリウが「動態的行政行為論」を完成させる過程として理解している。巨理格「行政における契約と行政決定（二）」法学四七巻三号一二九頁以下。もっとも、『行政法精義』第九版では、「行政管理」概念が復活している。Cf. Précis, 9 éd., p. 518.
- (15) 参照、磯部・前掲書三〇三頁以下。
- (16) Précis, 10 éd., p. 341.
- (17) 参照、磯部・前掲書三五〇頁以下。
- (18) Précis, 7 éd., p. VI.
- (19) Précis, 7 éd., p. 105-106.
- (20) Précis, 7 éd., p. 106-108.
- (21) Précis, 7 éd., p. 109-110.
- (22) Précis, 10 éd., p. 10-11.
- (23) Précis, 11 éd., p. 339.
- (24) わが国で通常語られる「行政法総論」の大半、すなわち、行政行為論や行政救済制度の説明を含んでいる。参照、磯部・前掲書三六七頁註(2)。

第二節 判例評釈における二元論的思考方法

第一款 集権化と分権化

オーリウの行政法学の全体構造に係わる思考の枠組みとして、集権化と分権化という対立軸がある。オーリウは、集権化と分権化を対置して論じる中で、行政法学上の諸問題の本質を提示し、法学的に意味のある分析を加えようとした。これは、オーリウの二元論的思考方法が、典型的に用いられたものと言える。

集権化と分権化の対置という考え方は、「制度」理論を背景としつつ、行政「制度」の本質的特色を説明するものとして用いられた。例えば、『行政法精義』第一版には、次の如き記述がある。「行政的『制度』は、その組織において、二つの力あるいは二つの傾向性によって規定されている。この二つは、互いに均衡を成すのであるが、極めて多様な組み合わせで均衡する。その二つの傾向性とは、国家政府に固有の力である集権化と、国民が国家政府に対抗する力である分権化である。」⁽¹⁾

このように、集権化と分権化は、行政「制度」を「制度」として実在させる傾向性の均衡の中でも、本質的なものとされている。オーリウは、フランス「行政体制」の核心を集権化された執行権の存在にあると理解しており、集権化の傾向性とこれと均衡をなす分権化の傾向性とは、フランスの行政機構を「制度」の動態として捉えるための最も本質的な対立軸とされたのである。⁽²⁾

右のように、集権化と分権化の対置による分析は、「制度」理論を背景とした思考方法の中でも重要なものである。同時に、集権化と分権化という視座は、フランスの行政について、綿密な歴史的考察を踏まえた現状認識を前提にした行政法理論を構築しようとするオーリウの志向を示すものでもある。

判例評釈の中でも、集権化と分権化の対置・均衡という視点はしばしば登場している。例えば、いずれも一九二〇年に公表された次の三つの判例評釈を見てみよう。ドウ・ティナン (De Tinan) 判決の評釈⁽³⁾では、行政組織内部の者にも上級行政庁の決定の取消を求める越権訴訟の原告適格を肯定することを主張しつつ、「行き過ぎた集権化は、全て害悪である」と述べている。また、レジニイ村 (commune de Lesigny) 事件判決の評釈⁽⁴⁾では、国による初等教育の集権化を批判し、小学校教育は市町村の権限に服すべきことを主張しつつ、「悪しき点は過度の集権化にあったのであり、分権化及び地方自治権への回帰が行われなければならない」と述べる。さらにラリュ (Larrieu) 判決の評釈⁽⁵⁾では、以下の如く述べている。「社会的機構においては、あらゆる法的カテゴリーや法的隔壁を破壊してしまうトータルな存在へと膨張するという原則がある。集権化によって、行政の庭は、フランス式に整えられ、厳格に直線的な線引きがされ、木々は刈り込まれていた。分権化によれば、この美しい秩序は、自発的に破壊されてしまうことを覚悟しなければならない。⁽⁶⁾」

(1) 集権化と「行政体制」

オーリウの行政法体系を支える最も重要な基盤は、フランスにおける「行政体制」の存在という認識であることについて、すでに何度か言及した。そして、オーリウは、この「行政体制」を成立ならしめる動因が、集権化であると理解していた。この点について、『行政法精義』第七版の記述を引用しよう。

「それでは、行政体制が形成される理由はどこにあり、また何故に他国よりもフランスにおいてより発達したのであろうか?」「行政体制は、集権化の運動によって生じる。そして、この集権化は、国家にとっての本性であり、国家の歴史のある段階においてほとんど必然的に顕れる。」国家たるものは、何らかの意味で集中化を伴うけれども、これは、支配の問題を解決するということのみに係わる、純粋に政治的な集権化である。あらゆる国におい

て、歴史的到達点として、類似の支配がおこなわれることになり、通常の政府は、平和のために不可欠の作用、すなわち、対外的な国防、対内的な警察、裁判を遂行するだろう。「しかし、これは、第一段階に過ぎない。この政治的集権化の内部において、行政的集権化へと向かう別者が準備されている。この行政的集権化は、諸個人の同化作用に基づいている。国家の内部において、諸個人は、遅かれ早かれ同化を始める。すなわち、彼らは、共通のイデー・共通の選好・共通の欲求を多く共有するに至る。ここで、行政体制が顕れるのである。一面で、国家は、諸個人が結びつくように工夫をし、他面で、諸個人は、自分たちに共通する苦役を取り除くことを希望する。この二つの傾向性により、国家に付託された共通の役務が形成される。そして、これは、公役務となる。」「統一性と秩序の必要性により、……発生した役務をより理性的に管理し、規律されたものにするため、国家の強力な中央行政が、地方的行政の上に重なることになる。」この中央政府によって行政体制が導かれ、行政の優越した権力によって、憲法上の大きな変革と、私的な自由にとっての多くの制限がみちびかれる。一面で、中央行政が管理する公役務が膨大であり、中央行政は公役務に由来する権力を保持しているために、この集権化された行政は国家における第一の権力となる。他面で、これらの公役務は、住民の日常生活にとって必要な、市民生活の不可欠の要素となる。そこから、公役務の継続性が必要であるという、新しいイデーが生じる。役務の継続性を保つために、市民は、集権化された行政のために、優越的な公権力の特権が形成されるのを容認する。かつて、「王の役務」という魔法の定式の前に、全ての人が道を譲ったように、今日では、「公役務」という定式により、全ての人が道を譲るのである。⁽⁷⁾

以上のように、「公役務」を管理する集権化された中央政府の必要性という観点から、集権化と行政体制の結合関係が説明されている。さらに、『行政法精義』第一〇版では、右の説明がより洗練されるとともに、集権化の均衡要因である分権化の意味にも言及されている。

「国家は、その国民の政治的集権化を成し遂げた政府が、……公衆に提供されるべき役務の集権化を行い、秩序維持のためにその役務の事業に取り組む段階において、行政体制の下にある。」「公衆に提供されるべき役務は、……道路、交通機関、公共建造物、教育等々、膨大なものである。これらの役務は、私企業や地方行政によっても組織され得る。しかし、国家の政府は、これらを集権化し、中央行政体 (corps administratif central) の仲介によつて管理することができるのだ。」⁽⁸⁾ 集権化された行政上の事業は、中間団体 (corps intermédiaire) によつて遂行される。この中間団体は、原則として国家の中央政府という集権化されたものであるが、場合により、地方行政 (県・市町村) や特殊行政 (公施設法人) という分権化されたものである⁽⁹⁾ ことがある。

さらに、オーリウは、集権化と「行政体制」の密接な関係について、分析を進める。いわく。集権化された執行権は、固有の決定・執行・強制を行うことができる。この執行権は、自身の決定を自ら執行するため、階層化によつて組織化された行政機構を傳達させる。もつとも、フランスの行政体制を特色づけるものは、右の如き行政権と伝統的な司法権との関係である。これは、集権化された執行権と伝統的なパルルマンの間の、歴史的な抗争によつてもたらされた。執行権が固有の決定と執行を行いつつ、そこから生じる紛争は通常裁判所の管轄に服するというシステムもあり得る。これは、ベルギーのような、ヨーロッパ大陸の幾つかの国で見られるシステムである。しかし、フランスでは、行政と司法の抗争が激しく、システムは行き着くところまで達した。大革命により、アンシャン・レジームの要素を一掃した行政体制が採用されることになり、司法裁判所による活動行政への介入が禁止されたのに加えて、司法裁判所が活動行政に起因する紛争に管轄を及ぼすことも禁止された。これが、行政権と司法権の分離の原則と呼ばれるものである。この結果、行政活動に起因する紛争について、行政権自身による裁判権を認め、通常裁判と区別される行政裁判を組織化することが必要となつた。「ゆえに、執行権あるいは行政権は、決定・執行に加え、裁判も獲得したのである。こうして、執行権は、通常の活動の法的世界に並列し、あるいは重層

を成す完全な法的世界を構成するのに必要な、全ての力を得たのだ。ここから……フランスの行政法の非常に大きな重要性が生み出されたのだ。⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾」

(2) 行政裁判制度と分権化

以上に検討したように、オーリウは、フランス「行政体制」を、集権化と分かち難く結びついたものとして理解していた。この意味で、集権化という動因は、オーリウ行政法学を根本的に規定するものであり、この事は、歴史的考察や社会的実在への洞察を第一とするオーリウの方法論とも合致するであろう。他方、オーリウは、集権化に対する均衡要因としての分権化について、行政法の解釈を行う局面で言及することも多かった。これは、対立する概念の二元論的な対比によって事物の本質に迫ろうとするオーリウの思考方法の特色を鮮明に示している。この典型と言えるのが、行政裁判制度の位置づけに関する記述である。

オーリウは、「行政体制」の最も重要な徴表でもある行政裁判制度について、集権化への対抗要素であり、分権化を志向するものとして捉えていた。例えば、テリエ判決の評釈では、行政裁判制度について、「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」と述べられている。⁽¹²⁾

このように、行政裁判制度を集権化に対抗的な要素とする見方は、越権訴訟による行政行為に対するコントロール機能の拡充を論じる場面でも用いられている。一九一一年公表のアムピ (Empis) 判決の評釈には、越権訴訟の生成過程について、次のように論じている。いわく、「当初、それは純粹に行政的あるいは政府内部的なコントロールであり、強く集権化されていた。やがて、このコントロールは、分権化するのであり、単なる行政客体を原告とする越権訴訟という手続によって、コンセイユ・デタに付託されることになったのだ。」越権訴訟によるコンセイユ・デタの行政統制機能について、行政組織内部的な統制が分権化したものと考えらる事ができる。そして、選

挙による統制と行政訴訟による統制は、国民の側が肥大化する行政をコントロールし分権化するための二つの武器なのであり、コンセイユ・デタは、「フランス行政作用の一般的統制者」としての役割を確実に増してゆくであろう。

また、カザノヴァ判決の評釈⁽¹⁴⁾では、越権訴訟における納税者の原告適格を肯定した判例法の発展に賛同するのであるが、コンセイユ・デタが地方財政に関するコントロール機能を果たすに至ったことについて、コンセイユ・デタが地方行政に対する後見監督を受け入れたものと説明している。すなわち、納税者による越権訴訟の拡大こそ、行政裁判所が財政の統制の役割を負うという意味で、真の分権化と理解されるのである。

これらは、行政裁判制度の存在をその本質とする「行政体制」について、集権化によって説明を行いつつ、行政裁判によるコントロール自体については、集権化の修正・分権化として理解している。これは、二元論的な緊張関係の中で法的事象を分析するという意味で、オーリウの方法論を典型的に示していると言えよう。⁽¹⁵⁾

(3) 地方団体と行政裁判管轄

オーリウが行政法学に取り組み始めた時期において、分権化された団体（県、市町村、公施設法人等）の法的性質の問題、なかんずく、右団体に起因する紛争の裁判管轄は、最も重要な論点とされていた。一八九二年には『分権化の研究』が公刊されている⁽¹⁶⁾、一八九〇年代から一九〇〇年代にかけて、地方団体に係る裁判管轄の問題について、多数の判例評釈の中で論じられている。そこでは、地方団体の活動に国と同様の公権力性を肯定すること、そして、そこから生じる紛争に行政裁判管轄を拡張するということが、一貫して主張されていた。さらに、この過程において、「公管理＝公役務の執行」という理論枠組みも形成されたのである。

地方団体に関する訴訟について行政裁判管轄を拡大するという問題については、すでに、第一章第一節第二款(1)

において検討しており、ここでは右の箇所を補充するための簡単な言及をするに留める。

オーリウの最初の判例評釈であるカド判決の評釈（一八九二年公表）は、市長による市職員の解雇を原因とする損害賠償請求を、コンセイユ・デタの管轄に服する全面審判訴訟として肯定するものであった。オーリウは、公務員の解雇について行政訴訟の提起を肯定する判例法が、分権化された行政機関の決定について形成されたことに着目していた。⁽¹⁷⁾ さらに、同年に公表されたキリスト教徒学校父親協会判決の評釈では、私産たる建物の占用を認める特許契約（コンセション）について、国によるものは公権力的行為、市町村によるものは私法契約と区別する考え方を批判する文脈において、次の如くに述べる。「……市町村については私人の作用であるものが、何故に国については公権力の作用となるのか？市町村について、私的権利しか持たない公施設法人であると理解していた時代ではないことに注意しなければならない。市町村は、分権化の進展以降、程度の差こそあれ、国と同様に公権力の一部の担い手であると理解されなければならない。そうすると、何故に、同種の行為について、国によって行われたものは公権力の行為であり、市町村によって行われたものは私的行為となるのだろうか？」

一八九四年公表のサン・テティエンヌ市事件及びモンリュソン市事件判決の評釈では、市町村が付与した特許契約の法的性格について、公権力を内在させた管理行為としての行政契約であることを主張しつつ、次のように述べている。「我々は、多くの人が市町村が公権力的法人であると認めることに反対していることを知っている。ともすれば、未だに、市町村について、私的利益しか持たない共同体と捉えられることがある。……しかし、市町村が公権力の一部の担い手でないことに固執することは、不可能になった。まず、国から公権力を奪った分権化によって、国から取り去られた部分が市町村に移転されている。次に、判例法が、様々な判決によって、分権化の事実を確証したからである。」すなわち、市町村の工事を公土木として扱ったり、市町村とその職員の関係を行政的性格とする一連の判例がある。

これらの評釈は、オーリウが、その最初期において、分権化された地方団体について私人と同一視する伝統的見解を否定し、地方団体の作用についても国と同様の公権力性を認めようとする基本姿勢をとっていたことを明確に示している。⁽²⁰⁾

さらに、一九〇〇年代に入り、オーリウは、ボンシニョリオ判決の評釈（大学評議会の決定が執行的決定であることを主張⁽²¹⁾）、カザダヴァン判決の評釈（市町村の締結した約定につき行政裁判管轄を否定した判決に反対⁽²²⁾）、テリエ判決の評釈（県の締結した約定につき行政裁判管轄を肯定した判決を支持⁽²³⁾）、フトリ判決の評釈（県による公役務の執行過程で生じた損害賠償請求訴訟につき行政裁判管轄を肯定した判決を支持⁽²⁴⁾）、フォンコロムブ判決の評釈（市町村の公役務の執行過程で生じた損害賠償請求訴訟につき行政裁判管轄を肯定した判決を支持⁽²⁵⁾）、テロン判決の評釈（市町村の締結した契約につき行政裁判管轄を肯定した判決を支持⁽²⁶⁾）という一連の評釈により、分権化された地方団体の公役務に係る行政作用について、行政裁判管轄を認める議論を展開したのである。

これらの見解を集約するものとして、テロン判決の評釈（一九一〇年公表）では、次の如くに述べられている。「本判決は、この二〇年来の、地方行政の役務の執行措置として締結された契約の性質に係る判例法の展開において、規範的な判決のひとつとなるだろう。二〇年前には、右の執行措置は原則として普通法及び普通法の裁判官に服すると考えられていた。現在では、反対に、右の措置は行政法と行政裁判管轄に服すると扱われている。ここで達成されたことは、統一化・単純化の作業、及び、行政訴訟の強化である。統一化・単純化の作業である理由は、国の公役務の執行作用が特殊行政的作用と捉えられており、同様の性質が、県及び市町村の公役務の執行作用についても拡張されることが論理必然であったためである。行政訴訟の強化の作業である理由は、公役務の執行作用が生じさせる訴訟は、全面審判訴訟・通常訴訟であり、越権訴訟よりも広い射程を持つこの訴訟を発展させることが非常に重要であったからである。」⁽²⁷⁾

(1) Précis., 11 éd., p. 44.

(2) スフェズは、オーリウ行政法学を支える「制度」概念による均衡理論が具体化された例のひとつとして、「分権化」を挙げている。スフェズによれば、オーリウの言う分権化とは、集権化された執行権 (*pouvoir exécutif*) に対する均衡としての意義を持ち、「制度」的思考方法が典型的に反映されたものであるとする。その上で、オーリウの用いた分権化の概念が、地域的分権や事務部局の分権という古典的なものから、公務員のサンディカリズムや公益事業者による分権化といった新しいものまで含みつつ展開してゆく過程について、分析されている。Cf. Sfez., *op. cit.*, p. 108-120. なお、スフェズは、均衡理論たる「制度」の適用例として、分権化と並んで、①立法権により制定される法律に対する均衡としての「法的規律 (*police juridique*)」(組織内部的な行為基準・ディレクティブ等を含むもの)、②憲法的価値を持つ一般原理に対する均衡としての「行政道徳 (*morale administrative*)」とを挙げている。Cf. Sfez., *op. cit.*, p. 101-125.

(3) S. 1920. 3. 9/J.A. 2. 257.

(4) S. 1920. 3. 41/J.A. 1. 409.

(5) S. 1920. 3. 57/J.A. 1. 423.

(6) なお、判例評釈において、集権化と分権化に関する具体的な論点としては、集権化について階層性 (*hiérarchie*) が、分権化について後見監督 (*tutelle*) がしばしば取り上げられる。Cf. S. 1892. 3. 125/J.A. 3. 732 ; S. 1910. 3. 17/J.A. 1. 277 ; S. 1918-19. 3. 17/J.A. 3. 122 ; S. 1925. 3. 57/J.A. 2. 752.

(7) Précis., 7éd., p. 2-4.

(8) Précis., 10 éd., p. 1.

(9) Précis., 10 éd., p. 2-3.

(10) Précis., 10 éd., p. 7-8.

(11) なお、『行政法精義』第一〇版の序文として、「フランスの集権化」というタイトルの小論が付されている。これは、第一次世界大戦直後の社会状況に対するオーリウの心情吐露とも言うべきエッセイであるが、それでも、フランスにおける高度に集権化された行政について、あくまでも肯定的評価がなされている。Cf. Précis., 10 éd., V-VIII. この小論の一節を引用しておこう。「……行政上の集権化は、自由権にとって不可欠の前提条件であり続けるだろう。わが国の集権化について、これを修正し、完全なものにし、部分的な分権化と組み合わせ、選挙や議会による介入から独立させる必要がある。しかし、これを放逐してはならない。なぜなら、集権化は、わが国の外枠と骨格の必要不可欠の要だからである。」 Cf. *Ibid.*, p. VIII.

(12) 参照、立教法学四〇号一九頁。

(13) S. 1911. 3. 89/J.A. 2. 48.

(14) S. 1901. 3. 73/J.A. 2. 227.

(15) カド判決の評釈では、行政訴訟手続をコンセイユ・デタに集権化することが重要とする。

(16) この論文では、分権化について、政治学的視点と法学的視点の二つの角度から分析される。政治学分析の部分では、民主主義体制における分権について、憲法論的な検討が加えられた上で、フランスにおける地方分権の展開過程が記述されている。法学的分析の部分においては、行政上の後見監督の法制度を中心に検討がなされている。

(17) S. 1892. 3. 1/J.A. 2. 424.

(18) S. 1982. 3. 125/J.A. 3. 732.

(19) S. 1984. 3. 1/J.A. 3. 522.

(20) 『分権化の研究』における記述について、本章第一節第二款(1)を参照。

(21) S. 1901. 3. 17/J.A. 1. 426.

(22) S. 1901. 3. 113/J.A. 2. 463.

(23) S. 1903. 3. 25/J.A. 2. 447.

(24) S. 1908. 3. 97/J.A. 1. 573.

(25) S. 1909. 3. 49/J.A. 1. 588.

(26) S. 1911. 3. 17/J.A. 3. 679.

(27) J.A. 3. 685.

第二款 内部法と外部法

オーリウの二元論的思考方法のひとつとして、行政法上の事象について、行政組織・行政制度の内部的なものと外部的なものとを対置して分析するという方法をあげることができる。例えば、コシェ・ダテクル判決の評釈では、内部的措置が、行政の内部的関係に係る問題であることを指摘した上で、「行政の内部的関係と外部的関係の区別からは、多くの帰結を導くことができる」と述べられている⁽¹⁾。

右の考え方が、「制度」理論と密接に関連していることは、明らかであろう。内部法と外部法の区別は、その多くの部分において、行政「制度」の内部と外部という対立項の設定によって行政法の諸現象を分析する局面と重なっている。従って、「制度」内部規律的な法である「規律法」概念によって理論的説明が与えられた、行政立法、

行政組織の階層性、越権訴訟制度等について、内部法と外部法の区別という思考方法が背景となつていふことができる。また、オーリウは、「制度」内部の規律的な法的地位を物権との類比で理解しているが、物権的なものとして説明された、公務員の法的地位、公物の利用権、公役務の特許契約の性質等についても、内部法と外部法の区別という考え方が反映しているのである。さらに、「制度」内部的な法と「制度」外部的な法主体間の「交換法」とが対比されて論じられる場面でも、内部法と外部法という対立軸が用いられている。

このように、「制度」理論が行政法学上の論点に直接的に係わる場合に、内部法と外部法の対比も同時に行われていることが多い。以下、行政判例の評釈における具体的な解釈論上、内部法と外部法の区別という方法が用いられた例について、検討を加えることとしたい。

(1) 越権訴訟制度と内部法

オーリウは、越権訴訟について、行政組織・行政「制度」の内部規律的な仕組みとして位置づけており、このことが、越権訴訟システムの拡大という判例法の傾向性を支援する解釈論を展開する際のバックボーンとなつていたことについては、第一章第二節においてすでに判例評釈を素材とする分析を行つた。すなわち、越権訴訟について、内部規律的なシステムと捉えることは、その原告適格の拡大を正当化する重要な根拠となつた。⁽²⁾ また、公役務の利用者あるいは公務員といった集団構成員について、当該集団の全体の利害に係わる行政決定に対する越権訴訟の原告適格を拡大する場面では、集団内部での集団構成員の地位について、「制度」内部法によって説明することが行われた。⁽³⁾ また、越権訴訟の取消事由について、「行政上の道德性」違反としての「権限濫用」概念の拡充を主張する際にも、「制度」内部的な規律法という考え方が重要な役割を果たしたのである。⁽⁴⁾

(2) 行政命令の性質

「制度」理論によれば、最も広範な「制度」たる国家において、行政命令 (reglement) は「規律法」であり、国家「制度」の規律的要素に由来すると説明される。他方、法律 (loi) は「規約法」に含まれる。行政命令が「規律法」であり、「規約法」たる議会の制定に係る法律とは本質的に相違することから、行政命令権限が立法権の委任によるという学説が誤りであることも導かれるのである。⁽⁵⁾

また、行政命令については、これが越権訴訟の対象性を満たす行政決定 (執行的決定) の範疇に含まれるのか、という論点がある。これについて、行政判例法は、越権訴訟の対象性を肯定する方向で展開し、オーリウもこれに賛同したことについては、すでに検討した。⁽⁶⁾

さらに、ヴィオン (Vion) 判決の評釈 (一九一七年公表) ⁽⁷⁾ では、行政命令 (レグルマン) と適法性原理の関係について、踏み込んだ検討が行われている。以下、右評釈において行政命令の適法性審査について論及された部分の大意を示そう。

いわく。近年における適法性のイデーの進展により、行政命令の適法性審査も拡張している。すでにラフェリエールは、行政命令の性質について、立法行為ではなく行政行為であることを主張していた。さらに、エスマンによつて行政命令に関する立法委任のイデーが否定され、コンセイユ・デタの判例 (東部鉄道会社判決等) も、特別執行令について越権訴訟の対象性を認めた。しかし、右の議論について、問題状況が変化した。行政命令について適法性原理を適用させるために、行政命令が法律と同様な性質及び形態であることが必要であるとは、もはや考えられていない。行政命令は「法律の支配 (domination de la loi)」に服すると考えれば十分なのである。行政命令は、その行政的性格を保つけれども、法律の支配に服するのである。なぜなら、わが国の近代的国家体制において、法律は、慣習も命令も含めて、全ての法及び法源を、その支配下に集権化しているからである。法律の支配下にある

がゆえに、行政命令は、法律と同様に裁判官の審査に服する。なぜならば、行政命令は法律とともにひとつのブロックを構成し、いわば、法律の奴隷の如くにその命運に従うのである。裁判官は、あらゆる行政命令についてその違法性を宣言することが可能であり、このことは、以下の二つの原則によって確立されている。「第一に、全ての個別的決定は、事前に定立された一般的規範によって支配されなければならない、という原則である。第二に、全ての一般的規範は、それが如何なる形態であっても、本案に関する裁判官による審査に服するのであり、その正しきについては、行政命令の場合には違法性のメカニズムにより、通常の法律の場合には違憲性のメカニズムにより、担保されなければならない、という原則である。」

「この全く合理的なイデーは、法の支配 (*régne de la loi*) や裁判官の拡張された権限に関するアングロ・サクソンの思考方法の影響下にある。……フランスでは、長い間、このアングロ・サクソンの思考方法について、反対論によって幻惑されてきた。アングロ・サクソンの持たない行政裁判というフランス的制度は、行政事件も含めた全ての紛争について司法裁判所の管轄の拡大を必然的な前提とする、適法性に関するイギリス的国家体制の確立に対して、越えがたい障害であると信じられてきた。他方、イギリス人達は、わが国の権力分立原則の壁にぶつかり、この原則を排除することが先決であるという実現不能な認識を持っていた。しかし、我々は、今やこの袋小路を脱したのだ。一八七二年五月二四日法以降、コンセイユ・デタは委任裁判権を獲得することにより、司法裁判所と同等なものとなり、法律及び行政命令について、司法裁判所と同じ最終的な解釈の権限を保持したのである。実際、イギリスの適法性の体制が前提とするものは、裁判官の至高性、すなわち、裁判官の政府からの独立性である。至高性をもつならば、司法裁判所であるか行政裁判所であるかということとは、重要ではないのだ。」⁽⁸⁾

(3) 内部的措置の概念

オーリウは、行政組織内部で定立される規範の中でも、法規としての性格が弱いもの（わが国の行政法学での「行政規則」に相当するもの）についても、越権訴訟の対象性を肯定し、適法性原理の中に取り込むことを試みている。この問題について、まず、県会の内部規則 (règlement intérieur) の法的性質について論じた、ル・モワ (Le Moign) 判決の評釈を検討したい。⁽⁹⁾ この判決の事案は、県会議員のル・モワ氏が、県会自身が内部規則として定めた議決手続に反したことを理由に、県議会議決の取消を求める越権訴訟を提起したものである。そして、コンセイユ・デタは、議会の内部規則に対する違反は違法性を構成しないと見て、請求を棄却する判決を下した。⁽¹⁰⁾

オーリウは、県会の内部規則の法的性質について、以下の如くに分析する。いわく。一見したところ、議会や同業者団体の内部規則については、通常の行政立法 (règlement administratif) とりわけ警察命令とは性質が異なるように思われる。警察命令も、地域的な限界があるが、議会の内部規則は、議会の構成員自身によって形成されたもので、地域的規範と内部的規範という差異がある。そして、議会の内部規則について、行政内部の階層的な内部通達 (circulaire intérieure) と同様に、適法性の問題を生じず、規律的規範として内部の構成員のみを拘束する相対的な法規範に留まる、と考えられている。しかし、このような考え方には問題がある。この点について、適法性原則のレジームの理論的視点と、越権訴訟の実際の視点とを照合させる必要がある。なぜなら、越権訴訟の領域を絶え間なく拡大するという発展の中で、コンセイユ・デタの判例法は、地域的規範と内部的規範を区別する不正確な線引きを、すでに乗り越えているように我々には思われるからである。判例法は、公務員に関する通達の違反、大学学部内の表彰規則の違反、高等学校の校則の違反について、これを法律違反と同一視する姿勢を採った。そうすると、県会の内部規則について、これらと異なった扱いをする根拠は見い出せない。

右のように、オーリウは、「内部規則」についても適法性原則に服し、越権訴訟によるコントロールが及ぶべき

ことを主張した。そして、この評釈の末尾には、次の一節が置かれている。「……内部規則という問題の立て方もはや完全なものではなく、すでに突破口が開かれていると言うことは正当である。コンセイユ・デタは、すでにルビコン川を渡ったのである。」⁽¹¹⁾

さらに、一九二一年に連続して公表された二つの判例評釈において、大臣通達 (instruction ministérielle) につき越権訴訟の対象性を肯定することが主張されている。⁽¹²⁾ まず、コシエ・ダテクル判決の評釈⁽¹³⁾では、大臣通達が、行政組織内部の関係では命令としての法的効力を有し、適法性の原理に服するのに対し、行政主体の外部の第三者との関係では命令としての価値をもたないという見解が示される。そして、内部的措置 (mesure d'ordre intérieur) という概念を導入し、行政組織内部の官吏との関係では違法性の問題を生じるが、外部の第三者との関係では違法性を構成し得ないという大臣通達の二重性を説明することを試みたのである。続いて、サムバ判決の評釈⁽¹⁴⁾でも、次のように述べている。いわく、大臣通達について、行政主体外部の行政客体には對抗的でないが、官吏について對抗的であるという単純な図式は正しくない。通達が、役務の内容を規律する場合には、官吏については對抗的・義務的であるが、官吏個人の権利行使に係る場合には、對抗的・義務的性格は失われる。なぜなら、この場合、官吏は第三者的な行政客体と考えられるからである。

右は、行政組織の内部法と外部法という二元論的理論構成によつて、大臣通達に関する越権訴訟のコントロールの拡大を説明しようとしたものと言える。

(4) デイレクティブの概念

オーリウの行政組織内部的な規範に関する考察は、ディレクティブという新たな法概念を構築するに至る。⁽¹⁵⁾ このディレクティブ概念は、実在の社会における法規範の動態的考察のための道具として設定されたものであり、オー

リウの「制度」理論に基づく法思想の中でも重要な地位を占めている。⁽¹⁶⁾ここでは、行政法学の解釈論上のディレクティブ概念の問題に限定して、検討したい。

このディレクティブ概念について正面から論じられているのが、一九二五年公表のフランス銀行事件判決の評釈である。⁽¹⁷⁾この判決の概要は、次の如くである。フランス銀行総裁は、フランス銀行職員団体の代表者に対して、同団体の構成員の管理職への人事登用に關する内容の書簡を送った。この書簡について、職員団体が取消を請求する越権訴訟を提起した（なお、フランス銀行当局の措置について、フランス銀行の職員が提起する訴えが、コンセイユ・デタの管轄に服する行政訴訟であることについては、一八〇六年四月二二日法に規定されていた）。これに対して、コンセイユ・デタは、本件書簡の送付につき、越権訴訟の対象性を否定し、訴えを却下する判決を下したのである。

オーリウの評釈は、フランス銀行総裁の職員団体に対する書簡の送付という行為形式の法的性格を分析するものとなっている。

いわく。フランス銀行総裁の書簡に示された意向 (*intention d'agir*) は、自由裁量権の範囲内のものであるが、我々がディレクティブと呼ぶもの、すなわち、権力が自らに課すところの規範である。実際、自由裁量権について、何の規範もない権力であると理解してはならないのである。自由裁量権とは、単に、自ら固有の規範を設定する権力なのである。自由裁量権は、自ら受け入れたディレクティブによって、永続的に自己拘束されるわけではなく、自分でディレクティブを変更することができる。しかし、このディレクティブがひとたび公然と宣言されて提示されたならば、権力は、自らそれを確立したのと同じ形式を踏んで変更しない限り、当該ディレクティブに服し、これを遵守しなければならない。他方、我々は、権力によるディレクティブの変更が許されるのは役務の利益のためのみである、という主張をすることができるのである。

本件の書簡は、右の如き行政主体のディレクティブのカテゴリーに属するのである。ディレクティブについて

は、未だ研究がなされていないが、同様な法的性質を持つ行為形式の例として、計画 (Projet) がある。例えば、道路建設計画は、開削のための収用手続が開始する以前の時点まで、第三者との関係で法的効果を持つものではない。従って、道路建設計画について、訴えの対象性は満たさないことになる。しかし、計画がそれ自体は第三者を侵害しないとしても、計画は行政自身との関係で何らの法的効力も持たないというわけではない。計画によって、行政が計画通りの道路を建設することを義務づけられることはないが、少なくとも計画が修正されない以上、計画と異なる道路が建設されることは妨げられる。この障害が純粹に行政的なものであることは確かであるが、争訟とはなり得ないにしても、抑制的な要因と言えるだろう。行政主体によって定立され、その職員に伝達されたディレクティブについても、右と同じことが言える。このディレクティブは、変更されない以上、それと整合しない個別行為について、行政上の障害となる。

結局、ディレクティブは、争訟的サンクションではなく、力の分立の結果としての行政内部的な抵抗のサクシオンによって、行政主体を自己拘束させるのである。このディレクティブの効力は、憲法上の規範の効力を想起させる。憲法上の規範は、不完全な形によるサンクションしかないけれども、法的なものである。行政上のディレクティブも、行政自身が行政上の手続によって自己拘束するに留まるのであるが、やはり法的なものなのだ。ディレクティブを定立する決定は、行政主体及びその諸機関に対してのみ執行的であるに過ぎないけれども、やはり完全に法的な執行的決定であるのだ。以上の如き考察は、行政主体自身に対するディレクティブに留まり、第三者に対抗的な決定ではないものという意味で、大臣通達 (instruction ministérielle)、¹⁾ 通達 (circulaire)、²⁾ 部局通牒 (note de service) にも当てはまるものと思われる。

ディレクティブに対する訴えは、それ自身が原告を侵害するものではないので、受理されない。しかし、ディレクティブの適用による具体的措置について、その措置が個人を侵害するものであるなら、訴えは受理されることに

なる。以上のような判例法は、大臣通達の領域や、レグルマンの領域について、多くの判決によって肯定されている。⁽¹⁸⁾

以上が、フランス銀行事件判決の評釈においてオーリウが展開したディレクティブ論の概要である。すなわち、ディレクティブとは、自由裁量権の範囲内において、行政庁が自らを拘束する規範として設定されるものであり、それ自体は越権訴訟の対象性を欠く行政組織内部的な効力しか持たず、行政庁が自由に変更できるが、定立されたディレクティブが存在する限り、行政庁の行為を拘束するのである。このようなオーリウのディレクティブ論は、現代においても示唆に富むものと言えよう。⁽¹⁹⁾ さらに、「計画」や「通達」といった行政の行為形式についても、ディレクティブ論を応用した分析を行っている点は、オーリウの持つ現代に通じる洞察力を示すものであろう。

(1) S. 1921. 3. 10. シレイ誌上では、内部関係と外部関係の区別から説明できる具体例として、①公産と私産の区別、②大臣裁判制の評価、③行政作用における第三者の権利等を列挙している。しかし、『行政判例』に編集された段階では、右の①と③は省略され、大臣裁判制の例のみが記されている。但し、この変更が、単に記述の分量を減らす都合によるのか、内容的な変更を意図したものなのか、判断することはできない。

- (2) 第一章第二節第二款(1)。
- (3) 第一章第二節第二款(2)。
- (4) 第一章第二節第三款(1)。
- (5) *Precis*, 6 ed., p. 298.
- (6) 第一章第二節第一款(1)。
- (7) S. 1917. 3. 1/J.A. 1. 34. 第一次大戦中に、鉄道網委員会 (*commission du réseau*) から発せられた運行指令 (*ordre de service*) の法的性質について、分析したもの。

(8) J.A. 1. 46-47.

(9) S. 1913. 3. 105/J.A. 2. 188.

(10) 判決及びオーリウの評釈について、参照、大貫裕之「行政内部法について(一)」法学五二巻一号七七頁以下、同「(二)」法学五二巻二号

九五頁以下。

- (11) J.A. 2. 190-192.
- (12) この問題については、第一章第二節第一款(1)を参照。
- (13) S. 1921. 3. 9/J.A. 2. 194.
- (14) S. 1921. 3. 25.
- (15) 参照、多賀谷一照「フランス行政立法論（IV）」一〇三頁、交告尚史「個別審査と画一的処理（二）」自治研究六〇巻二二号一四一頁。
- (16) オーリウがディレクティヴ概念一般を論じた文献として、Cf. *Police juridique et fond du droit*, R.T.D.C. 1926. 265-312. オーリウ行政法学におけるディレクティヴ論の意義について、Cf. *Waline, op. cit.*, p. 31-33.
- (17) S. 1925. 3. 33/J.A. 2. 90.
- (18) J.A. 2. 92-95.
- (19) 多賀谷・前掲を参照。

第三款 目的と手段

オーリウの用いる二項対立的な思考方法のひとつとして、目的と手段の対置による法的事象の分析があげられる。この方法は、行政作用の法的性質を検討する場合の枠組みとして、しばしば用いられている。後述するように、オーリウは、目的について行政組織内部の客観的な権限を限界づけるものとし、手段について行政組織外部的な法主体間の主観的な権利に係わるもの、という図式を描いて分析を進めている。従って、目的と手段の対置という思考方法も、組織的・制度的考察と結びついている。

(1) 警察作用の限界

目的と手段の対置という思考方法が最初に用いられたのは、警察作用の限界に関する行政判例の評釈においてであった。すなわち、オーリウは、警察権限によって国民個人の自由権を制限する場合に、単に法律上の目的を援用

するのみでは不十分で、当該警察作用で用いられる手段についての法律上の根拠規範が必要なことを主張したのである。この考え方は、一八八九年公表のダスク村事件判決の評釈⁽¹⁾、一八九九年公表のT氏事件及びナノリエ事件判決の評釈等⁽²⁾で主張されたものであるが、一九〇一年公表のブシェ・ダルジ事件判決の評釈⁽³⁾において最も集約された形で提示されている。

ブシェ・ダルジ事件判決とは、合併式下水道施設 (tout-à-l'égout) 水洗トイレの汚水を下水道管に直接排出するための施設) を、建物の所有者に義務づけるというセーヌ県知事の決定 (アレテ) に対し、パリ市の不動産所有者組合が、取消訴訟を提起したものである。ここでは、県知事が、建物の所有者に対して下水施設の接続に係る負担を命じることの法的根拠が争点となった⁽⁴⁾。

オーリウの評釈は、以下の如くに述べる。「セーヌ県知事は、まず、必要な手続を満たすべく、公衆衛生を市町村警察の対象に含めた革命期の非常に一般的な法律、とりわけ、一七九〇年八月一六・二四日法を援用した。その理由づけは、全く簡単であった。合併式の下水道システムは、公衆衛生を確保するために満たすべき最低限の条件である。従って、公衆衛生を確保するための義務と権限を持つ市町村警察は、この絶対的に必要な条件の充足を確保するための計画について、事前の届出を要求する権利がある。このように、右の理由づけは、市町村警察について、その社会的機能や職務 (fonction) から、その職務の遂行のために最も直接的な手段を行使する権利を根拠づけるというものである。」「我々は、すでに、右の理由づけの誤りを繰り返し指摘してきた。職務の存在から、その職務を最も良く遂行するために必要なあらゆる権利の存在を導き出すことはできない。行政作用において、職務の視点と権利の視点は、根本的に異なるのだ。前者は、客観的なゆえに絶対的であるにに対し、後者は、主観的である結果相対的なのだ。警察の職務について考えるならば、これは、社会的利益の面から保障されるべき公の秩序という、達成すべき目的によってのみ規律される。他方、警察がいかなる手段を用いる権利があるか、という問題を

立てるならば、それは、右とは別物になる。権利は、本質的に自由相互の均衡であるがゆえに、警察の自由と行政客体の自由との調和の問題が解決されなければならないのだ。」「警察の権限を規律する法律は、職務に関するものであり、結局のところ、権限と管轄に係る法律である。これらの法律は、ある行政庁が規制権限を行使し得る対象を規定し、同時に、その権限が目指すべき目的を設定する。市町村警察について見ると、その目的は、静謐・安全・公衆衛生を保障するための地方的秩序の規律である。……結局、警察権限を規律する法律は、社会的組織化に関するものであり、社会的な諸々の権限それぞれの職務に係わり、それ自身は、個人に特定の義務を課すという効果を持つものではないのだ。」⁽⁵⁾

右のように、オーリウは、警察作用について、目的と手段の区別に基づく法的分析を行った。すなわち、警察権限の目的規定のみから手段を正当化することはできず、国民の自由権を侵害する権力的手段を用いるためには、その手段に関する根拠規範が必要という主張が展開されたのである。さらに、ここでは、目的 \parallel 権限、手段 \parallel 権利という図式が描かれ、行政組織内部的で客観的な権力・権限の問題と、行政組織外部的で法主体間の主観的な権利の問題とを区別して論じるという基本視角が顕れている。これは、「法の二つの層」という思考方法の原型とも言うべきものである。

さらに、目的と手段の対置という思考方法は、行政が国民に対して実力を行使する執行措置を分析する局面でも用いられている。行政強制の可否に関する重要判決として知られるサン・ジュスト不動産会社事件判決の⁽⁶⁾評釈において、オーリウは、次のように記述している。

いわく。「我々は、使用される執行措置が、それ自体として、通常の行政上の手段でなければならないと考える。すなわち、執行措置は、それ自身が明白に行政的性格である必要があるのだ。行政作用において、目的と手段は、明確に区別しなければならない。この事は、我々が、警察の領域において行わなければならない考察であった。公

の秩序を保障する責務を負った行政庁には、公の秩序を保障する義務があり、それが右の行政庁が目指すべき目的であるとしても、右行政庁が、あらゆる手段を使用し、要請する権利を持つことにはならないのだ。」「これは、執行方法の領域においても、必要な考察である。行政主体は、その権能に属さない作用を行った場合に、暴力行為 (voie de fait) を犯したことになるが、その権能に属する作用であっても、許容されない手続を用いた場合には、暴力行為を犯したことになる。暴力行為には、行政主体の権利あるいは法的権限の欠如による場合と、手続の欠如による場合との、二種類がある。行政主体を、通常の手続に封じ込めることは、非常に重要なのだ……。」⁽⁷⁾

右は、警察作用に関して用いられた思考方法を、行政の実力行使の問題にも当てはめ、行政作用の根拠規範に関して、目的と手段を区別することの重要性を論じるものとなっている。そして、行政主体が外部的な他の法主体と相対する「権利」の問題は、手段レベルでの法的根拠が必要とされるのである。

(2) 目的による権力・権限の限界設定

(1)で検討した如く、目的⇨権限、手段⇨権利という図式を描いた場合、行政作用の目的は、行政の権限につきその限界を設定する重要な役割を果たすことになる。この目的による行政権限の制限という考え方は、より一般的には「公権力の客観的自己制限」という、オーリウの基本テーゼとも結びつくものであり、オーリウ行政法学の基盤を成しているとも言えよう。この思考方法が、行政法の具体的論点に直接反映されるものとして、越権訴訟の取消事由の一類型である権限濫用の問題がある。権限濫用については、本研究でもすでに検討した。⁽⁸⁾ここでは、モグラ判決の評釈において、目的と権力の相関について言及した部分を引用するに留めたい。⁽⁹⁾

いわく。「権限濫用という制度は、フランス行政法が、行政主体の活動について、達成されるべき行政作用のイデーによって支配されていると捉えていることを明確に示しているように思われる。」「この制度は、有名な目的理

論の、コンセイユ・デタの判例法による直観的な採用なのである。」……権限濫用の制度は、権力を、規範的な目的によつて基礎づけようとするものである。ところで、権力は権利ではない。この考察は、我々が警察についてしばしば行ったものである。警察の権力は、その権利と混同されてはならない。権利は、権力よりもずっと制約されたものなのだ。なぜなら、権力は、目指すべき対象あるいは果たすべき職務によつて規定されるだけなのに対して、権利は、当事者の自由の必要な均衡によつて規定されるからである。権利は、権力に仕える手段なのであり、限定された手段なのだ。」従つて、目的論に基づいて権利の理論を構築することは、完全に誤つており、目的論に基づくべきなのは権力の理論なのである。個人にせよ集団にせよ、人の権力は、達成すべき目的によつて正当化され、この目的を考慮することにより、権力の正当な制限の原則を発見することができるのだ。この制限は、権力を権利と捉えることによる制限よりも、満足ゆくものとは言えない。しかし、この制限にも有効性があり、権力の手法によつて行われる公権力行為に対する越権訴訟のように、権利という主観的視点が認められない場合において、唯一可能なものなのである。⁽¹⁰⁾

(3) 公権力と公役務

目的と手段の対置という思考方法は、フランス行政法学の基礎概念たる「公役務」と「公権力」の関係という、著名な問題を論じる場合にも用いられる。すなわち、行政作用の捉え方について、目的Ⅱ公役務、手段Ⅱ公権力という基本的な図式を前提に、公役務概念と公権力概念のそれぞれの意義や、相互関係について論じられるのである。

公役務と公権力の関係については、本章第一節第一款(5)において、「制度」理論に基づく「公権力の客観的自己制限」という視角から、二元論的な均衡の下に理論的説明がなされたことを分析した。ここでは、「制度」理論に

基づく行政法の基本構造というレベルから具体的解釈論のレベルに下降し、行政裁判管轄の標識たる基礎概念としての「公役務」と「公権力」論について、オーリウの見解を検討する。

『行政法精義』第一一版序文に置かれた論文「公権力と公役務」では、フランス「行政体制」の基礎概念として、公行政が達成すべき作用たる公役務と、右の作用を行う手段としての公権力の二つがあるという形で、目的 \parallel 公役務、手段 \parallel 公権力という図式が描かれる。そして、右論文では、当時隆盛へ向かいつつあった公役務学派（ジェーズ、デュギイ、ボナール等）に厳しく対抗するという文脈が用いられ、行政法の基礎概念として手段 \parallel 公権力の意義を強調する記述になっている。

いわく。「公権力と公役務とは、フランスの行政体制を支配する二つの概念である。公役務とは、公的行政作用によつて実現されるべき事業であり、他方、公権力とは、その実現のための手段である。」「わが国の行政法学を構築した公法学者は、その基礎を公権力に置いた。彼らは、右の選択を、次の理由によつて直観的に行つた。まず、革命期の法律が明確に宣言しているように、権力分立原理により、執行権の基盤が明らかにされたことがある。次に、時代を問わない法律家の伝統に従えば、法律家は、法の固有の領域を、追求される目的ではなく、その目的を達成するために用いられる手段、すなわち、権力と権利の領域に求めることがある。私法において、個人が追求する目的には、あまり重きが置かれておらず、私法の対象は、個人が用いる手段と、個人がその自由意思によつて行使することを主張する権利なのである。そして、公法においても事情は同じであり、国家の目的は第二義的とされ、公法において関心を向けられたのは、政府の意思によつて行使されることになる、国家の行動の手段、あるいは、王権なのであった。結局のところ、伝統的な法は、その対象において、行動の手段たる意思の権力を、その目的より上位としていたのである。⁽¹¹⁾これに対して、ジェーズやデュギイを代表とする公役務学派は、目的の視点のみに基づいて公法理論を再構築しようとしたが、ジェーズ説もデュギイ説も、実際には、公権力概念を排除したわ

けではなく、公役務理論も権力の要素を基礎にしており、公役務学派の試みは失敗に終わっている。⁽¹²⁾

右のように、行政法学における手段Ⅱ公権力の要素の第一義性が強調されているが、オーリウ説は、目的Ⅱ公役務の要素を切り捨てるものではなかった。論文「公権力と公役務」においても、公役務学派の批判を行った後の部分では、「制度」理論を応用した行政の「制度」化という視点から、「公権力の客観的自己制限」により公権力と公役務を均衡させる理論が提示されることについて、すでに第一節第一款(5)で検討した。⁽¹³⁾従って、オーリウ説は、手段Ⅱ公権力の第一義性を認めつつ、「制度」理論のフィルターを通して、公権力と公役務の均衡を図っていることになる。

さらに、行政法の基礎概念として、目的Ⅱ公役務と手段Ⅱ公権力を対置させるという考え方は、目的Ⅱ公役務に対応する「行政作用」と、手段Ⅱ公権力に対応する「行政権力」の対置という形でも論じられている。オーリウは、「『行政体制』の基本原理想は、行政『制度』、行政権力、行政作用の三つに還元できる」と述べ、⁽¹⁴⁾フランス「行政体制」について、「行政権力」と「行政作用」という二つの対置される要素と、この両者を均衡させる行政「制度」を加えた三つの要素から構成されるという図式を描いている。そこでも、「行政権力」の要素が第一義的であり、「行政作用」も「行政権力」によってのみ定義づけられることを指摘しつつ、⁽¹⁵⁾公役務の管理という目的に支配された「行政作用」の要素の重要性にも目配りがなされている。⁽¹⁶⁾そして、この場合も、「行政体制」において権力の要素が第一義的であるとしても、その権力は、公役務あるいは行政作用のイデーに服する形に「制度」化されたものであるという説明により、「行政権力」と「行政作用」の二元論的均衡の構造が描き出されるのである。⁽¹⁷⁾

(4) 目的と行政作用論

上述のように、オーリウの「行政作用」に対する認識は、目的Ⅱ公役務概念を基軸にしたものであった。この考

え方の原型を示しているのが、一九〇一年に公表されたポワチエ市パン屋補助金事件の評釈である。⁽¹⁸⁾ 右の評釈では、ポワチエ市のパン屋組合に対する補助金の交付が、行政作用の枠内かという問題を素材に、行政作用 (*fonction administrative*) の限界について論じられている。

いわく。行政作用の限界について、コンセイユ・デタの裁判例は、必ずしも一貫していない。個別の判決において不統一や矛盾が生じないように、行政作用の性質に関する理論とシステムを構築することが急がれている。フランスにおいて、行政とは、執行権の活動であるという、やや皮相な考え方が支配している。この判例評釈において、行政作用についての説明を意図するものではないが、本判決が我々に示唆している幾つかの事項について考察する。我々が提示すべき第一の規範は、行政作用は、本質的に「秩序維持のための (*de police*)」ものである。ポリリスという言葉について、物理的な公序の維持という狭い意味で用いているのではないし、静謐・安全・公衆衛生のみを指すものでもない。我々がここで論じるのは、夜警国家の理論ではない。我々は、ポリリスという用語を広義で用いるのであり、これを「ポリリスは国家 (*ciel*) の規律である」という格言から導いている。「シテの規律」とは政治機構に係わる全ての事項であり、そこには、安全や保護のみでなく、国家の発展も含まれる。この意味で、ポリティックな必要を満たす限度で補助金により経済関係に介入したり、経済的事業を公役務の中に組み込んだりという、経済的活動を執行することも、行政作用に含めて考えることができる。従って、公行政の経済関係への介入は、ポリティックな必要がある場合に、行政活動として正当化される。次に提示されるべき規範は、ポリティックな利益に含まれず、行政的介入が正当化されない経済関係の限界である。この問題につき、公行政が所管する対象は、すべて、公役務あるいは公的事物として扱われることが指摘できる。すなわち、行政が支配する経済事業は公役務なのであり、行政が補助金を与える事業は公益的制度であり、行政が収用した地所は公産となる等々。右から、わが国の「シテのポリリス」は、公的事物の形態の下に実施されるもの、すなわち、すべての市民に等しく開かれている

個別的利益を生み出すものでなければならぬ。従って、市民の不平等を生み出す性格の役務を組織化するものは、行政活動の領域に含まれない。⁽¹⁹⁾

右の記述は、行政作用の枠内に経済活動への介入が含まれ得るかという問題について、行政作用について目的公役務の観点からその意義と限界の画定を試みたものと言えるだろう。⁽²⁰⁾

一方、オーリウが行政裁判管轄の基準を論じる場合に、目的公役務を重視したものが存在するのは確かである。⑤で後述するように、オーリウは、公役務学派に厳しく対抗したため、一九二〇年代において、手段公権力概念による行政裁判管轄の基準を強く主張した。しかし、それ以前は、むしろ目的公役務概念による行政裁判管轄の基準を提示していたのである。

例えば、一八九〇年代の判例評釈では、郵便小包の役務や、乗合馬車・市街電車の役務について、公役務の範疇に含まれるか否かを論じたものがある。また、一九一六年公表の評釈でも、劇場経営の公役務該当性が論じられている。⁽²³⁾

さらに、公役務概念を導入したとされる重要判決群に対する一連の判例評釈において、行政裁判管轄の基準として公役務概念を用いることが、繰り返し主張されている。テリエ判決の評釈（一九〇三年公表）では、県及び市町村が公役務目的で行った約定について行政裁判管轄を認めることが主張される。⁽²⁴⁾ フトリ判決の評釈（一九〇八年公表）でも、地方行政まで含めた全ての行政作用について、公役務という単純な基盤によって、行政訴訟・全面審判訴訟を説明できるに至ったことを述べる。⁽²⁵⁾ さらに、テロン判決の評釈（一九一一年公表）でも、全面審判訴訟とは、公役務の執行作用によって惹起された訴訟であるとされている。⁽²⁶⁾

これらは、「公管理公役務の執行」というオーリウ理論の適用であり、公役務概念を前面に掲げているとは言っても、公権力性を内在させた役務の執行という観点に基づいている。従って、右の見解は、公役務と公権力の

両者を取り込んだものであり、単純に公役務概念を公権力概念に優先させたものではない。しかし、行政上の法律関係を性質決定するための徴表として、目的に公役務の要素を設定したこと自体は明らかであろう。

(5) 手段の権力性

上述のように、オーリウは、その晩年にあたる一九二〇年代において、ジェーズを旗手とする公役務学派の台頭に厳しく対抗し、行政裁判管轄の基準として公権力概念の第一義性を強調する。その基本的思考は、すでに検討した『行政法精義』第一一版序文に集約されているが、判例評釈でも、より具体的な議論が展開されている。

一九二一年には、モンセギュール村事件判決の評釈が公表されている。モンセギュール村事件判決とは、村が行った教会の補修工事に起因する損害賠償請求事件について、公土木の性格により行政裁判管轄が認められたものである。この判決に対して強く反対したのが、ジェーズである。すなわち、ジェーズによれば、一九〇五年の政教分離法によって、宗教に関する役務が公役務から除外された以上、教会は公産ではなく、教会の工事も公土木を構成し得ないのである。⁽²⁸⁾これに対し、オーリウは、右のジェーズ説に対する反論を展開している。

いわく。ジェーズ説のように、行政システムの基礎を公役務概念のみに求めるならば、教会の工事を公土木とする本判決の解釈は、論理的に説明できない。しかし、行政システムの基礎が、公益目的の下に執行される公権力概念であると仮定することもできる。歴史的に見ると、行政体制が、君主制の末期において、司法権に対抗する執行権の形態の下に発達したことは疑いが無い。革命期の諸法が、行政システムを認めたのは、執行権と司法権の権力分立原理に基づいていた。また、行政訴訟が形成される際には、公権力行為・公権力作用の訴訟とされた。比較法的に見ても、フランスの行政システムを特色づけるのは、公権力概念である。イギリスにも公役務は存在するが、行政体制はない。イギリスの法律家は、フランスの行政システムを特色づけるものが、公役務を機能させるために

法律と市民との間に介在する公権力の存在であることを正しく指摘している。行政法を公役務のみによって基礎づけようとすることは、事物の半分を切り捨てるようなものである。公益の下に行使される公権力が、公役務を生み出し、これを管理することは疑いない。しかし、それは、その活動形態の半分に過ぎない。公権力は、命令を発するという別の活動形態を持っている。公権力は、法規を制定し、規制を行い、警察命令を発するのだ。文化活動に供用される建造物は、宗教活動に関して、信徒と牧師の手に委ねることが立法化された。しかし、公権力は、市町村の建造物について、一定の権限を保持している。宗教が公役務でないことは疑いない。しかし、教会が市民に開放され、供用される限りで、公益は存在する。従って、この場合、公権力は、公役務を構成することなく、単なる命令によって、公益目的を遂行したのである。⁽²⁹⁾

右のように、オーリウは、モンセギュール村事件判決の事実関係について、実定法上公役務を構成しないにもかかわらず、公権力の直接的な発動によって公益目的が遂行されていると解釈し、判決を正当化した。つまり、政教分離法によって宗教と関係する事象が公役務から除外されたけれども、宗教施設たる教会は、公権力性を伴う「供用」によって、公共施設として行政法上の事象に留まったと法律構成された（類似の例として、海岸・河岸の公物への編入を挙げている）。そして、ジェーズら公役務学派の如く、公役務概念によって行政作用を規定する考え方が、狭隘に過ぎることを批判したのである。

さらに、一九二七年に至り、グロフ判決の評釈が公表される。⁽³⁰⁾ここでも、公役務学派に対する厳しい批判が、再度展開されている。

グロフ判決の事案は、大要以下の如くである。革命前のロシア借款は、ソビエト政府によって一旦破棄された。その後、ソビエト政府が交渉に応じる姿勢を示したため、フランス政府は、交渉を行うためのコンソーシアムを結成することにし、右を政令（デクレ）によって定めた。ロシアに対する債権を保有していたグロフ氏は、右政令の

取消を求める越権訴訟を提起したが、コンセイユ・デタは、訴えを棄却した。オーリウは、このグロフ判決の評釈において、政令の越権訴訟対象性という論点に加えて、行政法の領域設定の基礎概念について論じている。

いわく。「本判決からは、行政法の領域設定に関して、学説上興味深い結論が導かれるべきである。正統的学説は、行政法の領域を、行政権力の管轄によって設定するのであるが、革新的学説により、公役務によって行政法の領域を設定することが提示されたことが知られている。」「ここは、裁判管轄について、公法から権力の要素を排除しようとする新学説の目的について論じる場ではない。他方、新奇さに対抗する最も良い手段は、その誤り・不十分さ・事実との不一致について、現実を提示することなのである。」「本判決は、ある集団の創設が、公役務とは全く無関係のものであるにもかかわらず、行政権限の管轄に属するという事実を、我々に示した。」本判決で問題となったコンソーシアム創設の中心となった「私有財産及び私的権益保護局 (Office des biens et intérêts privés)」は、専門機関に過ぎず、その役割は義務的でも排他的でもない。他方、公役務は、専門機関とは別物であり、法的権限を持ち、当然に義務的かつ排他的な活動なのである。公施設法人として設立されたわけではなく、特別な公役務の管理も行わない専門機関についても、行政上の組織であることが認められたのである。

「公役務のみに基礎を置く行政法学説の将来は、私管理あるいは私的役務と呼ばれる領域の発達に伴って、容赦のない否定という結果になるだろう。」判例法は、従前は公役務と考えられていた領域について、私的事業であるとして、行政裁判管轄を否定する判例法を提示している(エロカ渡船判決等を引用)。また、一九二六年一月二八日の命令(デクレ・ロワ)は、私的役務を行う行政主体として地方公社の設立を規定している。「私的役務は、公役務と同一ではない。私的役務は、その管理の場面において、公役務の標識たる公法上の手続を持たない。私的役務は、それを創設した権力によってのみ行政法に含まれるのだ。……権力の標識によってのみ、私的役務も行政法の領域に留まるのだ。公役務の標識を用いれば、それは行政法の枠外に出てしまうだろう。行政活動の対象であるに

もかかわらず、行政法の枠外となる事象が、すぐに多くなってしまうだろう。我々は、鉱山の特許も、電鉄の特許も、混合経済組織も、考察の対象外ということになるであろう。」「内容を空洞化させ、改革に対する柔軟性も変革の力も持ち合わせていないような、狭すぎる定義について、我々は慎重でなければならぬ。行政権力の活動は、柔軟で、活力があり、拡大するものである。組織化された公役務の総体は、固定化した制度なのであり、それ自体では改善も発展もし得ないのである。」⁽³¹⁾

さらに、オーリウ最晩年のトムプリエ判決の評釈では、行政契約の標識論に関して公権力概念の第一義性が主張されている。⁽³²⁾ トムプリエ判決は、市町村が締結する納品契約について、普通法外的条項が含まれるがゆえに行政的性格と性質決定したものである。オーリウは、普通法外的条項という基準の導入によって、市町村が締結する納品契約の中に、行政契約のカテゴリーに含まれるものと、私法契約のカテゴリーに含まれるものとが区別されることについて、以下のように論じている。

いわく。「右の如き二つのカテゴリーに分類する必要性が、市町村による納品契約について、質的な差異があるという感覚に由来することは明らかであろう。差異のきざしは、最初は、認識できないのであるが、後に、イデーによって定式化されることを志向する。イデーの領域が、理論とシステムの領域であることは、言うまでもない。判例法が当初採用したシステムは、公役務のシステムであった。コンセイユ・デタが一九一二年七月三十一日に下したヴォージュ判決では、……公役務の保障のための契約と、それ自身は役務の保障を志向しない契約とに区別するという提起がされた。しかし、この区別は、非常に脆弱なものであった。なぜなら、この区別は、ある納品契約が、それ自身直接的かつ限定的に特定の公役務を保障するのか、あるいは、間接的に一般的役務に寄与するに過ぎないものかという判定の問題であったからである。実際、納品契約が、常に多少とも直接的にある役務に係わるのは明らかである。これほど微妙なニュアンスに基づく場合、基準は有効性を持ち得ない。」他方で、エロカ渡船判

決等の判例法は、私法的手段が用いられる場合について、公役務の領域から除外することを示している。「これらの判例は、交通や事業に関する契約について、国の役務のためのものであっても、公法上の手続と私法上の手続という点から大胆に区分を行っている。この新判例は、契約の性質を役務との関係において厳密に性格づけるといふやり方とは、整合的でなくなったのだ。」「これら全ての理由により、行政判例は、その立場を変え、現在では、契約の行政的性格を導くために、当事者がその契約に与えた形態を基礎に判断している。すなわち、契約中に普通法外的条項があれば、契約は行政的であり、そうでなければ、私法上の契約ということになる。この新しい基準は、行使される手続の形態に基づくものであるが、より実用的で、かつ、法技術の慣習と合致する。すなわち、作用の中心は、追求される目的よりも、用いられる手段に存するのである。」「このことは、行政裁判管轄を特権の使用に基礎づけるため、我々が常々主張し弁護している根本的な真実に立ち戻ることになるのだ。⁽³³⁾」

これら三つの判例評釈は、それぞれの問題に即して「公役務学派」の欠点を指摘しつつ、公権力概念の第一義性を主張したものと云える。「公役務学派」の主張は、その後様々な批判にさらされ、「公役務」理論の衰退から再評価といった議論が二〇世紀のフランス行政法学におけるひとつの流れとなったことは、人の知るところである。そして、右の判例評釈において、オーリウが指摘した幾つかの問題点、すなわち、権力的行為形式への着目、行政主体の多様化への対応、契約中で用いられる手続の重視といった点は、それ以後の判例・学説上の議論の先取りを思わせる部分がある。

オーリウは、行政作用についてその主体や手法が多様化し、私管理あるいは私法的手段の領域が拡大するという状況下において、「公役務」のみに着目して行政裁判管轄を決定することが不可能なことを指摘した。このことは、判例評釈の中で具体的な問題点として指摘されることにより、より大きな影響力を持ったと考えられる。

(1) S. 1898. 3. 145/J.A. 2. 547.
 (2) S. 1899. 3. 1/J.A. 2. 514.
 (3) S. 1901. 3. 1/J.A. 2. 520.
 (4) フランスでは、すでに一八五二年三月二六日法により、雨水と家庭排水について、下水に接続することが義務づけられていた。その後、水洗トイレの汚水についても下水に接続するシステムへと移行するため、一八九四年に、合併式下水道の設置を義務づける法が制定された。本件は、この新法を具体的に執行するためにセーヌ県知事が行った処分に関する越権訴訟ということになる。なお、合併式下水道の義務づけについては、従前の排水施設の改築が必要ということから、家屋の所有者に大きなコストを課すものであり、一連の行政訴訟が提起されている。

(5) J.A. 2. 527-528.
 (6) S. 1904. 3. 17/J.A. 1. 84.
 (7) J.A. 1. 100.
 (8) 第一章第二節第三款③。
 (9) S. 1901. 3. 57/J.A. 2. 332. この評釈では、行政作用の目的が行政機関の権限の限界を画すべきことを論じた上で、行政行為の取消事由として権限濫用が積極的に評価されている。

(10) J.A. 2. 333-334.
 (11) Précis, 11, p. VII.
 (12) Précis, 11 éd., p. VIII-XII.
 (13) 但し、「制度」理論において、公役務は単に手段と対置される目的ではなく、「制度」化の動態の中心となるイデーとして概念構成されている。従って、目的と手段の区別という思考方法が直截に「公権力の客観的自己制限」を導くのではなく、「制度」理論のフィルターを通していくことに留意しなければならない。論文「公権力と公役務」でも、公役務学派を攻撃する部分では、公役務目的とされ、自説を展開する部分では、公役務イデーという形で、概念を使い分けているものと思われる。従って、行政「制度」における公権力と公役務の均衡という議論のレベルと、より具体的な行政法の解釈論（なにかんづく行政裁判管轄の標識論）に近い議論のレベルとが区別されているのである。

(14) Précis, 10 éd., p. 13.
 (15) Précis, 10 éd., p. 16.
 (16) Précis, 10 éd., p. 21-22.
 (17) Précis, 11 éd., p. 12-13.
 (18) S. 1901. 3. 41/J.A. 1. 144.
 (19) J.A. 1. 167.
 (20) 警察（ポリス）概念を拡張して捉えている。オーリウによる拡大された警察概念について、参照、磯部・前掲書二八三頁註（13）。

- (21) S. 1893. 3. 17/J.A. 3. 504 ; S. 1896. 3. 113/J.A. 3. 513.
- (22) S. 1899. 3. 65/J.A. 3. 500.
- (23) S. 1916. 3. 41/J.A. 1. 332.
- (24) S. 1903. 3. 25/J.A. 2. 447.
- (25) S. 1908. 3. 97/J.A. 1. 573.
- (26) S. 1911. 3. 17/J.A. 3. 679.
- (27) S. 1921. 3. 49/J.A. 1. 2.
- (28) R.D.P. 1921. 361.
- (29) J.A. 1. 9-11.
- (30) S. 1927. 3. 121/J.A. 1. 11.
- (31) J.A. 1. 14-15.
- (32) S. 1928. 3. 113/J.A. 3. supplément. 1.
- (33) J.A. supplément. 3-5.

おわりに

以上で、モリス・オーリウの判例評釈を主たる素材にしつつ、行政法学の理論家が行政判例の研究を行うひとつのあり方を分析して来た本研究は終了する。そして、オーリウが、彼の行政法学全体を一貫する基底的要素（いわば体系的側面）と、判例の展開に対応して変遷し発展する可変的部分（いわば実証的側面）とを均衡させつつ、質量とも膨大な判例評釈を積み重ねていった過程の一端を提示し得たものと思われる。

右の基底的要素として特に重要なものは、行政法を民事法的な主観的・当事者的モデルによって体系化すると同時に、「権利行使」としての行政作用という観点から、過程的・手続的な思考方法を導入した点であろう。さらに、二元論的思考によって事物の本質を明らかにするという分析方法（「制度」概念を用いた法律学の方法もここに含まれる）により、しばしば深い洞察が行われた。実証的側面では、行政裁判制度の発展過程に対応して行政訴訟による

救済の拡大を支援するという基本姿勢により、判例法の展開と学説との相互作用を深めることができたことが重要であろう。また、生涯を通じて判例評釈を継続的に公表するということが自体、オーリウの評釈の価値を高めたと思われる。

オーリウにとって、プリミティブな法領域である行政法を体系化すること、とりわけ、公権力的行政作用について、法律学的に処理するための枠組みを設定することが、第一の課題であった。オーリウは、膨大な研究業績において、右の課題の解答を導くことに努めたのであるが、同時に、行政判例の評釈というスタイルを確立し、自らも評釈というスタイルの中で多数の影響のある分析を残した。これを可能ならしめたのは、フランス行政法がまさに形成・発展期にあったという外在的な要素によるところ大であることは、否定できない。しかし、オーリウの判例行政法学は、その体系的・実証的両側面において、現在においてもなお参照されるべき価値を維持し続けていると思われる。

〔補註1〕 本研究では、もっぱらオーリウの評釈の分析を試みたが、「行政判例と行政法学」という主題に関するフランスの議論状況全般を検討するものとして、拙稿「行政判例と行政法学」（日仏法学二〇号掲載予定）も参照頂ければ幸いである。

〔補註2〕 本研究は、やや分量の多いものとなったので、連載期間の短縮等のため、特に仏文の文献に関する註について大幅に省略せざるを得なかった。