

フランス司法国家論における司法消極主義

——一九世紀前半期の「行政裁判」「行政訴訟」「行政行為」覚書き——

村 上 順

目 次

はじめに

第一章 復古王政末期行政裁判制度論争

(一) ブロイユ公爵の司法国家論

(二) アンリオン・ドゥ・パンセーのブロイユ公爵批判

第二章 七月王政期行政裁判制度論争

(一) ケノーのブロイユ公爵批判

(二) フィッシュの司法国家論

(三) コロンベルの司法国家論

(四) ヴィヴィアンのブロイユ公爵批判

むすびにかえて

はじめに

フランスにおいては、何故行政訴訟事件は司法裁判所に委ねられなかったのか、について、私は先に革命期行政裁判

制度史の研究において不充分ながら明らかにした。⁽¹⁾ それは、国有財産売却訴訟について、司法裁判所の民事的形式主義が政府の財政的利益と国有財産取得者の権利を損なうおそれがあったことから、これを革命の推進者である、政府行政権自身に委ねることが市民階級の利益と感じられたからであった。⁽²⁾ そして、これはナポレオンの行政裁判制度下においても変わることはなかった。⁽³⁾

ところが、このような状況は復古王政期に到り一変する。⁽⁴⁾ すなわち、国有財産売却訴訟を、革命期・帝政期行政裁判制度の構成を基本的に引き継ぎ、活動行政権と行政裁判権の組織的分離を果たしていない復古王政期コンセーユ・デタに委ねたならば、⁽⁵⁾ 旧封建勢力から成る、この政府の支配・介入を通じて、国有財産取得者の利益が損なわれるのは火をみるよりも明らかであった。⁽⁶⁾ かくて、ここに革命の政治的成果を護持するために、新たにコンセーユ・デタ改革が提言されるに到る。これが復古王政期行政裁判制度論争であり、議論は、(一)行政事件を現行コンセーユ・デタに委ねようとする政府の利害を代表する行政国家論、⁽⁷⁾ (二)活動行政権と行政裁判権の分離の要請から、これを端的に司法裁判所に委ねようとする司法国家論、⁽⁸⁾ (三)最後に、一方において活動行政権と行政裁判権の分離を求めると共に、他方で、司法裁判所の民事的教条をきらい、これを独立の行政裁判所に委ねようとする行政裁判国家論、⁽⁹⁾ この三者間で争われたのであった。

しかしながら、本稿は右の三者の思想をそれぞれ紹介することはしない。これは別稿に譲るとして、⁽¹⁰⁾ 本稿はその後行政裁判制度史の推移において、何故フランスでは司法国家理論は容れられなかったのか、これを復古王政期、ついで七月王政期の司法国家論の思想構造の中に探ろうとするものであり、フランスにおいて行政事件が司法裁判所に委ねられなかった理由を引き続き学説レビューで明らかにしようとするものである。⁽¹¹⁾

さて、復古王政期行政裁判制度論争は、その高潮期を一八一八年、一八二八年代の二度にもつが、前期は主として

国有財産売却訴訟、国家債務訴訟、納品・公土木契約訴訟の裁判権の所在をめぐる議論された。したがって、これらの訴訟の例示から理解される様に、前期は、行政の行為形式論からは行政契約の解釈・執行が、行政訴訟の種別としては、完全裁判訴訟事例が問題とされた。未だ、論者らにあっては、行政行為、すなわち、行政の「法判断作用」⁽¹²⁾領域と取消訴訟（特に、越権訴訟）によるその統制は念頭に登ることはなかった。⁽¹³⁾これが問題となるのは後期に、とりわけ行政警察領域をめぐることであり、その嚆矢となったものが、フランス行政法学史上、司法国家論の代表者とされるブロイユ公爵の議論であった。そこで以下、まず、この彼の議論をみていくことにしよう。

(1) 拙稿「フランス革命期行政裁判制度研究試論（一―四完）」神奈川法学一〇巻一・三号、一一巻一、二・三、一四巻一。

(2) 復古王政期における一行政国家論者は回想している。「この『行政裁判』権限は、司法権の侵害であると訴えられてきた。確かにこれは侵害である。しかし、それは法律に基づくものであり、これら『国有』財産取得者が、司法裁判所の前にひきだされた場合の不安な状態に基づく必要性からである。これら所有権の譲渡は、その大部分が無効を宣せられるであろう様な、紛擾と無秩序のあれるった時期に行われたものである。司法裁判所において、文字通りに（d'après la lettre）裁判されたならば、ほぼすべての国有財産取得者は追奪を宣せられたであろう。極めて多数の、かつ大部分の人々の利益が再度問題とされることがない様にすることが、公けの平和（repos public）の維持に必要であった。立法者が、この事件について、衡平と例外裁判官を配すべく求められたのは、まさにこのためである。この措置を不満とする人々は普通法の墨守がもたらしたであろう様な帰結をおそらくは予想しなかった者である。」（Henri Siméon, du Conseil d'État considéré dans son organisation actuelle, 1829, p. 45-46）なお、彼はこの引用に続いて、現在（復古王政期）、司法国家論の立場から行政裁判制度システムを批判、攻撃するまさに当の人々らが、革命期、このシステムを創り上げたものであることを指摘し、その主張の首尾一貫しないことを行政国家論の立場から鋭くつく。市民階級のこの点での利害の所在の逆転については、註（4）の引用参照。

(3) 県参事会の創設が、国の財政的利害の考慮の上になったものであること（ロデレル（Roderer）の発言。Archives Parlementaires 2^e série, t. 6 p. 170）、コンセーユ・データにおける訴訟委員会の設置にもかかわらず、国有財産売却訴訟と国家債務訴訟の審理・裁判権はここから除外され、活動行政権と未分離なコンセーユ・データ例外部の評定官、および清算委員会に委ねられていたこと（Loché, du Conseil d'État, 1810, p. 190）については、拙稿「ナポレオンの行政裁判制度」神奈川大学法学研究所研究年報四号掲載予定参照。

(4) 七日王政下の司法国家論者であるコロンベル（Colombel）は当時を回想している。「偏狭な政策的見地が他のシステム（行政裁判制度）を示唆した。コロンナンが指摘した様に、人はこれら『司法』裁判所の独立性をおそれ、取得者により好意的な裁判官（des juges plus favorables）

が与えられる様望んだ。……それが普通法からの背反をもたらし、司法権に対する新たな侵犯を行わしめることとなった、奇怪な動機である。

その時には、人は国有財産取得者のために採用された措置が、彼らの利益に相反するに到る、反動の時代がやってくるとは想像だにしていなかった。事実は、一八一五年の運命的な時が鳴りひびき、県参事会とコンセーユ・デタは、これまで保護が求められてきた取得者にとつて、少なくとも、その政治的見解の上で敵対的な人々で一杯になった。」(Colombel, de La juridiction administrative, 1840, p.235)

(5) 復古王政期当初のコンセーユ・デタは、国王留保裁判制の下に、評定官の終身制の身分保障の欠如と、その存立が一片のオルドナンスに拠る点で、すでに法的・制度的欠陥を有するものであったが、その後の制度的改革はこの欠陥をさらに先鋭なものにした。すなわち、コンセーユ・デタは、「立法」「内務」「財政」「陸軍」「海軍」「訴訟」の六つの委員会から成り、そのそれぞれが単独で所管事項の処理にあたるが、このうち、立法委員会の起草する法律および行政立法の原案、訴訟委員会の判決原案のみは、これら委員会の評定官と各委員会の長である六人の国務大臣の会同する総会 (assemblée générale) で、衆議の上決せられて成案とされる仕組みになっていた(一八一四年六月二十九日のオルドナンス)。これは、諮問機関としてのコンセーユ・デタ本来の任務である法律、行政立法の成案をうるためには合理的なシステムであるが、裁判機関としてのそれとしてみた場合、次の様な活動行政と行政裁判権の未分離の問題を惹起した。すなわち、訴訟委員会において被告・当事者の立場にあった国務大臣が、総会において裁判官の資格で評議に参加し、判決を左右する地位にたつことである (Cormenin, du Conseil d'État envisagé comme conseil et comme juridiction sous notre monarchie constitutionnelle, 1818, pp.95-96 et 97-99)。

ところが、一八一五年八月二三日のオルドナンスは、法律、行政立法の原案作成を内容毎に各委員会の所管事項としうえて、総会係属案件とすることを廃し、ついで、一八二四年八月二六日のオルドナンスは、立法委員会を廃止するに到った。しかしながら、訴訟委員会の判決原案については、従来からの変化なく総会係属案件とされたことから、復古王政下のコンセーユ・デタ改革は、その本来の任務としての諮問機関的役割を放棄し、行政裁判機関として自己を特化していく過程であったことである (Loché, Quelques vues sur le Conseil d'État, 1830, p.18)。これは多くの攻撃と批難を呼び、一八二八年一月五日のオルドナンスは、立法委員会を廃止したままではあったが、各委員会での法律、行政立法原案を総会係属案件とすることを余儀なくされた(一四条)。ただし、そこには、この場合の具体的運営、手続規定が存在しなかったことから、復古王政政府の譲歩は形ばかりのものとなった (Loché, op. cit., p.15)。かくて、復古王政期のコンセーユ・デタ批判は、これを裁判機関とした場合、訴訟委員会の総会からの独立案を最右翼に (Hochet)、最左翼に、コンセーユ・デタの改組と独立の行政裁判所設置案 (Cormenin, Macarel) を展開せしめることになった。また、諮問機関としてのそれとしては、立法委員会の再建案 (Henri Siméon, Loché) があった。

(6) 国有財産売却訴訟は、(一)所有権に基づき、誤って革命期の諸政府により没収された財産の返還請求訴訟と、(二)国有財産の競売手続の違法、競売契約の解釈、執行を争うものと、大きく二つに分けられる (Henrion de Pansey, de L'Autorité judiciaire en France, 1818, p.478)。)

のうち(一)については、競売自体が適法に行われた場合、以後、所有権に基づく返還請求訴訟は、共和暦三年憲法三七四条により遮断され、該土地財産に所有権、担保物権を有する等の、国内の第三者のみが損失補償請求訴訟を行いうるに止まることになった。右の規定は、統領政府下の共和暦八年憲法九四条、復古王政下の憲章九条によっても確認された。したがって、取得者からの所有権の追奪がありうるものとして(Cornenin, *Droit administratif*, 1840, t.2, p.115)「訴訟はひと集中するべきであった」。

- (7) ① *Sirey*, du Conseil d'État selon la Charte constitutionnelle, 1818; ② *Henrion de Pansey*, de L'Autorité judiciaire en France, 1818 など。③ *Hochet*, du Conseil d'État, p.13; ④ *Delamalle*, du Jugement du contentieux d'administration, par le roi en son Conseil d'État, 1818 p.9; ⑤ *Henri Siméon*, du Conseil d'État considéré dans son organisation actuelle, 1829, p.30 et s.; ⑥ *Pichon*, du Conseil d'État, de ses attributions administratives, 1829, pp.29 et 48 など。⑦ *Vidaillan*, de La juridiction directe du Conseil d'État, 1840, pp.161, 166 et s., 278 et s.; ⑧ *Chauveau*, *Principes de compétence et de juridiction administrative*, 1841, t.1, p. xxxj-xxxij, xxxij; ⑨ *Pistoye*, du Conseil d'État, son organisation, de son autorité, de ses attributions, 1845, 憲法論(1)第11冊(15)参照。

- (8) ① *Benjamin Constant*, *Cours de Politique constitutionnelle*, 1872, t.1, p.327; ② *Lanjuinais*, du Conseil d'État et de sa compétence, 1817, pp.13,24 et 27; ③ *Constitutions de la nation française*, 1819, p.304; ④ *Béranger*, de La justice criminelle en France, 1818, p.357; ⑤ *Dannou*, *Essai sur les garanties individuelles que réclame l'état actuel de la société*, 1819, p.166-167; ⑥ *Gilbert de Voisins*, *des Empiétements du Conseil d'État sur les tribunaux*, 1824, p.12-13; ⑦ *Duvergier de Hauranne*, de L'Ordre légal en France et des abus d'autorités, 1828, t.1, p.291-292; ⑧ *Bavoux*, *Traité des conflits ou empiétements de l'autorité administrative sur l'autorité judiciaire*, 1828, p.58; ⑨ *Conseil d'État, conseil royale, chambre des Pairs*, 1838, p.101; ⑩ *Le duc de Broglie*, *Compte rendu livre de Macarel*, "Des tribunaux administratifs" *Revue française*, 1828 憲法論(1)第11冊参照。⑪ *Gaëtan de La Rochefoucauld*, *des Attributions du Conseil d'État*, 1829, pp.24, 35et s., 123et s.; など。⑫ *Colombel*, de La juridiction administrative, 1840 など。

- (9) ① *Cornenin*, du Conseil d'État envisagé comme conseil et comme juridiction sous notre monarchie constitutionnelle, 1818; ② *La responsabilité des agents du gouvernement, et des garanties des citoyens*, 1819; ③ *La Légomanie*, 1844; ④ *Macarel*, *des Tribunaux administratifs*, 1828 など。⑤ *Huet de Coëtisan*, de L'organisation de la puissance civile, 1822, p.322-323; ⑥ *Mongalvy*, du Conseil d'État mis en harmonie avec les principes de la charte constitutionnelle, 1828, p.43-44; ⑦ *Routhier*, de L'Organisation du Conseil d'État en cour judiciaire, 1828, pp.74, 80, 104 et 106; など。⑧ *Chauveau*, *Principes de compétence et de juridiction administrative*, 1841, t.1, p. xxxj-xxxij, xxxij; ⑨ *Pistoye*, du Conseil d'État, son organisation, de son autorité, de ses attributions, 1845, 憲法論(1)第11冊(15)参照。

とつて、③ Vital Roux, *Considérations sur le rétablissement du Conseil d'État*, 1830, p. 41; ④ Locré, *Quelques vues sur le Conseil d'État*, 1830, p. 46; ⑤ Henion de Pansey, *un Mot sur le Conseil d'État*, 1830, 後述第一章〔参照〕。これは前掲③の説を変えたものである。⑥ Quénault, *de La juridiction administrative*, 1830, 後述第二章〔参照〕。⑦ Vivien, *Études Administratives*, 1^{re} éd., 1845, 後述第二章〔参照〕。⑧ un ancien auditeur au Conseil d'État, *de La nécessité d'une loi sur le Conseil d'État*, 1845, p. 90 et s. がある。

なお、以上の註(7)(8)(9)の著書、小冊は、本学からの在外研究期間中(一九八一・二一九八二・三)パリの Bibliothèque nationale において読み、コピーしてきたものである。これにより、復古王政期、七月王政期行政裁判制度論争に参加した文献はほぼ網羅していると思う。七月王政下の教科書類(Bouche-Lefevre, Dufour, Foucart, F. Laferrière, Proud'hon 等)は、行政裁判制度に関する叙述的取り扱いが客観的なものであることから(すなわち)その行政国家的構成の確認。たとえ Proud'hon, *Traité du domaine public*, 1833, t. 1, p. 161; F. Laferrière, *Cours de droit public et administratif*, 1^{re} éd., 1839, p. 87) 右に数えなう。

(10) すでに成稿としてあり、フランス行政法学説史に関する共同研究の成果として、他に公表の計画がある。本稿はこの別稿の後半部分と一部重複しつつ、紙数の制約から論及しえなかった部分を書き継いだものである。

(11) この様な問題視角は、戦後、司法国家制をとるわが国特有のものであることはいうまでもない。フランスの行政裁判制度史研究の水準を示す、最近の二つの研究、P. Sandevoyr, *Études sur le recours de pleine juridiction*, 1964; J. Chevallier, *L'Élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, 1970 はこの問題意識、検討がない。そして、従来からフランスの行政法学者が顧みることのなかった、後述フロニ公爵、アンリオン・ドゥ・パンセー、コロンベルの評価と、ケノー、フィッシュの思想の発掘は、この観点からのものである。

(12) この用語は、下山英二「イギリス行政手続法の法理」『人権と行政救済法』一七三—四頁。

(13) ただし、はやくコルムナンが、公務員に対する損害賠償請求訴訟、刑事訴追制度の改革的提言の中で、行政の「法判断作用」領域の剔出とこれの裁判的統制のありかたを端的に論じていた。Cormenin, *de La responsabilité des agents du gouvernement*, 1819, pp. 33 et 58, これについては別稿参照。同じく Cormenin, *Question de droit administratif*, 3^{re} éd., t. 1, p. 29-30 以下、越権訴訟への最初の言及がある。

第一章 復古王制末期行政裁判制度論争

〔I〕ブロイユ公爵 (Le duc de Broglie) の司法国家論

フランス行政法学説史上、特異な議論として知られるブロイユ公爵 (立憲王党左派議員) の司法国家論は、そもそもはマカレルの著書に対する彼の書評論文「マカレル著『諸行政裁判所論』書評」〔フランス誌第六号一八二八年二月〕(Compte rendu du livre du Macarel, "Des tribunaux administratifs", Revue française, n°6, novembre 1828) において展開されたものである。

一 さて、ブロイユ公爵の議論の出発点は、彼が登場する直前までの「行政裁判国家」論と「行政国家」論間の一大争点、すなわち「コンセーユ・デタは権利事項に関し判決を下す裁判機関か、利益事項に関し裁決を下す単なる訴願的・階層的統制機関にすぎないか」の問題にあった。彼はこれを、行政国家論者の認識に即して、それが「現状の事物の秩序の擁護者」(défenseur de l'ordre de chose actuel) のものであることを明確に指摘しつつも、さらに徹底する方向で考えようとする。そしてこの意味で彼は、「juridiction administrative」に提起される問題は真の司法的問題、権利問題である」とする、マカレルら行政裁判国家論者の見解に、その理論的・自由主義的意義を十分に承認しつつ反対する⁽¹⁾。しかし、他方で彼は、「行政権が判断を下す資格も権能もない一連の純粹に司法的問題が、contentieux administratif の名の下に誤ってコンセーユ・デタに係属していること」⁽²⁾、このこともまた認める。そして、彼は、この問題が、実は、「行政国家」論、「行政裁判国家」論間の紛糾の原因をなしており、しかもこれが、contentieux administratif として表象されているものの両説の齟齬に集中的に表現されていることを指摘する。すなわち、政府行政国家論者が、コンセーユ・デタは利益事項に関し裁定を下す階層的統制機関であると解する立場から、contentieux ad-

ministratif を階層的統制訴訟とみているのに対し、行政裁判国家論者は、コンセーユ・デタに権利事項が係属していることを手掛りに、contentieux administratif を行政訴訟と解していることである。しかし、この問題に対するブロリュ公爵自身の立場は前者と共にある。

「固有の意味で contentieux administratif と呼ばれているものは、全く司法的でない問題、通常裁判所にも、他のいかなる裁判所にも提起されるべきでない問題、単に、公序 (ordre public) の要請からのみならず、真理と、良識と理性の永遠の諸原則が尊重されたとしたならば、当該問題を惹き起したまさに当該官庁によってのみ裁決されなければならない、またされうる問題、から構成される。」⁽³⁾

それでは、何故、contentieux administratif は、彼の説くように「階層的統制訴訟」と解されるのか、さらに遡って何故、コンセーユ・デタは階層的統制機関とみなされうるのであろうか。この問題に対し、ブロリュ公爵は、政府Ⅱ執行権力 (puissance exécutive) の作用を三分類するという独創的な論理構成の下に、この執行権力の各作用に対応する市民の法的地位は何か、を見定めることによって答えようとする。以下、その内容をみていこう。

二 ブロリュ公爵は、「モンテスキューの偉大な著作と、彼のものほど重要ではないが、同じく著名なドゥ・ローム (De l'ine)⁽⁴⁾ の著作以来」の分類にしたがって、公権力 (puissance publique) を立法権力 (puissance législative)、司法権力 (puissance judiciaire)、執行権力 (puissance exécutive) の三とする。そして、この最後者をさらにその作用にしたがって三つに分ける。このうちのまず、二者が『執行権』(pouvoir exécutif) と『行政作用』(administration) である。

「市民に、法律の遵守を強要すること、有罪の宣告をうけた者に判決の履行を強制すること、このような事柄が、公法学者のよく語るところによれば、執行権の作用 (fonction du pouvoir exécutif) ということになる。公法学者は、執行権の作用としてそれ以外のものをたやすく認めない。公法学者は、君主制における君主、共和政における首相あるい

は総裁を、立法者ないし裁判所のイニシアチブの下で行動する、単なる強権の発動者の地位 (simple rôle de chef de la force publique) に好んでおしこめようとする。しかしながら、「法律の遵守や判決の執行を確保するという」役割を果たすためにも、君主や首相がかかる地位に止まるだけでは不十分である。君主、首相、総裁は、あるいは、君主制も共和政も想定しない中立的表現を使うならば政府は、さらに他の、しかもより広汎な諸権限が付与されていなければならない。事実、強権は、国が強権の担い手たる人々と、これらの人々への俸給とを用意するという、単にそのことだけで存立しうるものではない。これを発動する前に機構を整備し、武装させ、装備を整える必要がある。強権の担い手たる人々を宿営させ、制服を整え、食物を給する必要がある。すなわち、兵舎を建設し、売買契約を締結し、武器等を手に入る必要がある。そこでは明らかに、政府は、憲法制定者がこの語を解した意味での、すなわち、執行権 (pouvoir exécutif) としてはもはや行動してはいない。政府は命令を伝え、反抗する市民を逮捕し、彼をして服従せしめる、法律の単なる手足ではない。全く反対である。政府は私人と合意の上で取引を行う。政府は購入し、売却し、賃貸し、あらゆる諸形式で契約を締結する。大邸宅の家令こそが、必要な建物の建築を監視し、奉公人の衣服と食物、門衛の装備を支給し、動産の修繕にあたるのである。いいかえれば、彼は管理する (il administre) のである。⁽⁵⁾

ブロリュ公爵は、「執行権力」 (puissance exécutive) と『執行権』 (pouvoir exécutif) とを区別し、後者を前者の一分肢とみなす。そしてこれによって、従来、「公法学者」「憲法制定者」が「執行権力」そのものの作用と解してきた「事実的法執行作用」、すなわち、法令に基づく義務づけを現実確保するための物理的強制力の行使を『執行権』の作用とすると共に、「執行権力」にもう一つ別の作用をみいだす。⁽⁶⁾これが、今日、われわれのいう「非権力行政作用」であることは明らかであろう。問題は、これら二つの作用に対応する市民の法的地位と、これが侵犯された場合の救済機関である。これについてブロリュ公爵はいう。

「政府が、執行権の資格において (*en sa qualité de pouvoir exécutif*)、法律に規定された場合以外に、市民に対し強権を行使したこと、すなわち暴力を行使したこと、を理由に、市民が政府を攻撃する時もまた同様である。このことは軽罪 (*délit*) を構成する。すべての軽罪はこれを裁く裁判官を有する。

同様に、政府が行政(権)の資格で (*en sa qualité d'administration*)、市民と締結した契約ないし何らかの約定の条件を履行しなかったこと、あるいは不完全にしか履行しなかったこと、を理由に、市民が政府を攻撃する時、それは通常(民事)訴訟の問題である。行政権は、市民と全く対等の立場で契約をかわしたからであり、行政権は、一般法の支配下で契約をかわしたからである。行政権の勝訴、敗訴が決められるのは、まさに一般法の支配下においてである。」

ブロリュ公爵は、事実的法執行作用として行われた強権の発動が、法律の根拠に基づくものでなかった場合、当該官吏は、刑事裁判所において軽罪違反として罰せられるとする。また、同じく彼は、非権力行政としてなされた契約等の債務不履行、不完全履行の問題についても、民事裁判所によって紛争解決がなされるべきことを説く。そしてこのことによって、ブロリュ公爵が「執行権力」中の右の二作用に対応する市民の法的地位として、一般市民法の保護法益、すなわち、「権利」を想定していることは明らかであろう。——しかしながら、かくては、ブロリュ公爵が、*contentieux administratif* を「利益」事項に対応する階層的統制訴訟と解する根拠は、右の「執行権力」の二作用中に求めえないことになる。したがって、これは、「執行権力」の第三の作用に関するブロリュ公爵の次の議論の中にこそ求められることになる。

三 ブロリュ公爵によれば、小国では、立法者は「事物の性質が彼にふりあてるあらゆる作用を自らその権能として遂行」しえ、「いわば、あらゆる権利、あらゆる負担、あらゆる義務を手ずから個々に配分し、立法者として本来なすべき事柄を一々規範化していく」ことができる。これに対し、大国では事情が異なる、という。そして、この場

合、ブロリュ公爵は問題を二つに分けて考える。

①法規範があらゆる場合に、しかも誰に対しても一般的に適用されうる例外の少ないものである場合（たとえば、民事法、刑事法の様な場合）、立法者は自ら、かつ単独で、命令する自己と、これに服従する市民との間にいかなる補助者も介在させることなく、規範を設定しうる。

②ところが、「法規範の適用が例外で蔽われ、障碍に苦しみ、時、所、人によって不斷に変化するという様な場合」あるいは「法規範を設定する機関が、前もって、各事項に付着する詳細を知悉し、偶発的諸事項、背景、地域的特殊事情を考慮しているの でなければ、公正かつ理性的な、法規範の適用を図りがたい、という様な場合」は、事情は変わる。この様な場合、立法者は、一般的・調整的原則を設定することで満足し、彼に専属する法規律権は、これを「事物、人々のより身近にあって」事案を知りつくし、原則の具体的適用を確保する（「主権的機関」(autorité souveraine) に対するところの)「下級諸機関」(autorités inférieures)、「従属諸権力」(pouvoirs subordonnés) に委任する必要がある、と説く。⁽⁸⁾

そして、この「下級諸機関」「従属諸権力」にあたるものが、「政府」諸機関、諸権力（国王、大臣、知事）であり、「執行権力」の第三の作用はまさにこの局面で問題とされる。すなわち、

「ここに、政府は少くともフランスにおいては、また、多かれ少かれ諸国においても、われわれの目に、新たに、第三の相貌 (troisième face) をもって立ち現われる。固有の意味での執行権 (pouvoir exécutif) の資格、すなわち、法律の執行および法律を適用する裁判所の仕事に力のかすものとしてではもはやなく、また、固有の意味での行政(権) (administration) の資格、すなわち、会社の事業家としてでももはやなく、立法者の代理人 (substitut) の資格で、立法者の代りに、かつ立法者の立場で、一定の諸要件と権限内において、権利を付与し、義務を課し、租税徴収額を確

定、これを賦課し、命令し、禁止し規制する、小型の立法者 (législateur au petit pied) としてである⁽⁹⁾。」

この様に、ブロリュ公爵は、「執行権力」の第三の作用として、『小型の立法者』としてのそれを挙げる。行政立法権限は、ここでは、「立法権力」に本来的に専属するものを、「執行権力」が便宜・肩代りして行使するものと解されており、「執行権力」固有の権能としては捉えられていない。「執行権力」は、「立法権力」の一部を代替的に行使しうること、このことが「執行権力」の一作用として承認されているものと解されている。

さて、それならば、この局面における市民の法的地位と救済権限の所在はブロリュ公爵によってどの様に考えられているのであろうか。

(一) まず、行政立法作用が、本来的には「執行権力」による「立法権力」の代替的行使につきるものであれば、この局面での市民の法的地位も、「立法権力」そのものに対する市民のそれと何ら異なることはない、と考えられる。そして事実、ブロリュ公爵もこれを同列に論じる。そこで、この後者の局面、すなわち、法律が「正義に反する」として市民から異議申立てされた場合についてのブロリュ公爵の議論についてはじめていく必要がある。彼は次の様に問題を設定する。

「一ないし数人の市民が、あれこれの法律が彼らにとって正義に反しており、彼ら固有の利益と同時に、公益にとって有害であることを見いだしたとしよう。彼らと立法者自身の間に起こる紛争は、その性質上司法問題として解決されうるか⁽¹⁰⁾。」

ブロリュ公爵はこれを否定する。なぜなら、「そこにあるのはあくまで利益 (intérêts) に関わることであって、異議申立て者 (plaignans) の側には権利がないからである⁽¹¹⁾。」

ブロリュ公爵によれば、裁判所の職務は、立法者意思を確定し、宣告し、彼に付託された事実立法者意思を、そ

の是非、善悪を問わずあてはめることであって、その得失を論じたり、あまつさえ、それを破棄したり、変更したりすることではない。かくては、裁判所は、政治体 (corps politiques) と化すばかりか、その独立・第三者性と身分的保障は、それが本来仕える目的以外のものに悪用される結果となるからである。⁽¹²⁾ — それでは、「立法者のまさにその行為によって」不利益を受けた市民は、「誰に対し救済を求めることができるのであろうか。」ブロリュ公爵はそれは請願 (pétition) という形式で「立法者自身」であることを説く。ただし、この場合でも彼は、それが「市民の不満 (griets) を述べるため」のものであって、「権利 (droits) を主張するため」のものではないことを付言することを忘れない。また、請願を受理した議会も、当該法律の改廃・変更は、諸利益間の調整に配意した、その任意の意思に基づくものであって、市民の要請に拘束されるものではないことを指摘する。⁽¹³⁾

(二) 右の事柄は、したがって、「執行権力」が『小型の立法者』として活動した場合の紛議についても妥当することになる。すなわち、彼は、政府が第二次的立法者の資格で (à titre de législateur en second) 立法作用 (fonctions législatives) を行使する時、政府は、その準立法 (quasi-lois) によって利益侵害された、とする者から異議申立てされる不利益は、真正の立法者 (législateur en titre) 同様、これを免れることはできない、⁽¹⁴⁾ とした上で、同じくこの局面での紛議もまた司法的解決になじまない、とする。その理由としてブロリュ公爵は、具体的に政府の執行権力の水利 (usage des eaux) 規制に対する市民の異議申立ての事例 — [A] 河岸沿いの土地所有者が、政府に水車場設置許可を求めて拒否にあった場合、[B] 水流の下流の第三者にあて行われた政府の水車場設置許可に対し、上流の河沿いの土地所有者が、該水車場によって上流の土地が冠水すること、あるいは水流がせき止められること等を理由にこれを争う場合 — を挙げ説明する。⁽¹⁵⁾

すなわち —

第一。水利規制に関する立法権力の能力的限界と執行権力によるその補完的役割、いいかえれば、この問題局面での執行権力の「準立法」権限に関し、ブロリュ公爵は次の様にいう。

「立法者は、航行不能の、かつ木・筏も流しえない水流は、河岸の土地所有権者のものであることを〔法律によって〕承認する。しかし、同時に、立法者は、この所有権が条件的なものであることを規定する。すなわち、河沿いの人々の手に委ねられた水流の利用は、その相互の利益、警察、公衆衛生に沿う様定められた幾つかの原則に服しなければならぬ。しかしながら、そのたえざる変化に応じて、これら原則を適用すること、具体化することに不得手な立法者に、一体何ができるであろうか。立法者は、政府、すなわち、内務大臣その人に対してであれ、彼に従属する知事その人に対してであれ、どこそこの水嵩を維持し、水車溝の管理を監視し、あれこれの工場、あれこれの水車、あれこれの水門の設置の許可、取消のため等、必要な事柄を命ずる (Ordonner) 権限を授与する。」⁽¹⁶⁾

次に。ブロリュ公爵は、水車の設置許可 (autorisation de construire un moulin) の法的性質に関し、それは「特定の場合に制定された法律 (loi rendue dans un cas spécial)」そのものであると主張する。

「それが法律であるのは、それが河岸の土地所有権者間の水利用関係を規律するからである。それが法律であるのは、許可の取得者に義務を課するからであり、その隣人に対しても義務を課するものであるからである。それは単に、立法者の代りに、立法者の立場で、政府によって制定された法律である。」⁽¹⁷⁾

第三。かくて右の論拠に基づいて、ブロリュ公爵は、先の事例毎に次の様な議論を展開する。

〔事例 A〕「異議申立者は、彼が申請した許可を行政権が拒否したことは、行政権（立法者の代りに、かつ、その地位で決定を下す行政権）が、権限なくして行動したものであるとして、これを告発することはできない。異議申立者は、行政権を代表する大臣ないし知事が、なすべく権能をもたないのに行つたのではないことを知っている。異議

申立者は、大臣ないし知事が許可を拒否したことで彼から権利を奪ったとして、これらを告発することはできない。異議申立者は、自分に全く権利がないことをすぐに認めるはずである。彼が告発するのは、大臣ないし知事が、彼らの正当に行使しうる権限を慎重に、分別をもって、「あるいは」賢明に行使しなかった、ということを経由とするものである。⁽¹⁸⁾「[他方でまた]裁判所も、権限の保持者の慎重性に関する裁判官たり」えない。

〔事例B〕 政府の許可に基づき、水車場が設置され、この水車場の所有者が、水流の利用に関する許可「条件」(conditions)を遵守していたとする。⁽¹⁹⁾しかしそれにもかかわらず、上流の河沿いの土地所有者が何らかの被害にあったという様な場合、後者の当該許可に対する異議申立ては司法問題たりうるか。ブロリュ公爵は否とする。「そこには事実上の紛議も法の問題も全く存在しない。」そこで問題となっているのは「法律の妥当性」「法律の、すなわち河岸沿いの者等に法律を宣告したオールドナンスの、まさにその正当性にある。裁判所はかかる事項については権限はない。立法者自身によってそれが行われる代りに、立法者の代理人によって、彼に委任された権限の範囲内で制定されたものであることから、法律は、すべての市民にとってもなお拘束力を有し、裁判官といえどもこれをそのまま尊重しなければならない。⁽²⁰⁾」

③ この様に、ブロリュ公爵は、そういう「準立法」もまた「法律」そのものであるとする理解から二つの結論を引きだした。すなわち、①法律が正義に反するものであることを理由に、市民がその改廃を求めて議会に請願する時、そこでの市民の法的地位が「権利」ではなく「利益」であるとするならば、法律とパラレルに考えられる「準立法」の場合も、これに対応する市民の法的地位は権利ではありえないこと、また、②裁判官は法律をそのまま尊重し、具体的事実これをあてはめ、何がそこでの法であるかを語ることが職務とすることから、法律そのものの可否を論ずることができないのと同様、準立法の可否をも論ずることはできない、というものであった。

それでは、「準立法」の不当を主張して、市民が異議を唱える時、これを聴取し、当該「準立法」の適正を確保する機関として、ブロイユ公爵はいかなるものを予定しているのでしょうか、これが最後の疑問として提出される。これについて、彼は、「これを取り消しうるのは、これを制定した機関 (autorité) か、さもなければ、これを制定させた機関である」と説く。⁽²¹⁾ すなわち、

「オルドナンスないし知事の命令に対し提起されるこれらの異議は、県参事会およびコンセーユ・データを介して政府に提起され、最終的には議会にのみ行き着く。⁽²²⁾」

「議会は必要とあれば悪しき大臣を弾劾し、これをより良い者に替えるため国王から承認を取りつける。……かりに、議会がこれを行わないとしても、世論と選挙民がこれを行わしめることになる。⁽²³⁾」

そして、右の、県参事会、コンセーユ・データを介して政府に提起され、最終的に議会に請願される異議のことをブロイユ公爵は、*contentieux administratif, contentieux de l'administration* と呼ぶ。⁽²⁴⁾

四 右によってわれわれは、ブロイユ公爵のいう *contentieux administratif* が何故「階層的統制訴訟」と解されるのか、また、コンセーユ・データを階層的統制機関とする根拠、を了解したはずである。コンセーユ・データに提起されるこの *contentieux administratif* は、市民の「権利」に関わる紛争解決のためにあるのではなく、「利益」侵犯を契機とする、行政の客観的自己統制の手だてであるがゆえにかく解されたのであった。したがって、行政裁判国家論が、コンセーユ・データの大臣・国王への制度的従属を、それが活動行政権と行政裁判権の未分離のゆえに排したのに対し、右のブロイユ公爵の立場からはこのシステムは、大臣責任制を介して議会へと連絡する行政の政治的・民主的コントロールを担保する制度装置として積極的に弁証されることになる。

四 以上、われわれは、ブロイユ公爵の *contentieux administratif* 論をみてきたわけであるが、この議論のまさに

「メダルの裏面」を構成する彼の司法国家論をみていく前に、われわれはこれまでの彼の議論の客観的意義を確定しておこう。

(一) すでに知った様に、ブロリュ公爵は、「執行権力」の中にはじめ『執行権』と『行政作用』をみだし、ついでその第三の作用として、『小型の立法者』としてのそれを抽出してみせたのであった。このうち前二者が、それぞれ「事実的法執行作用」と「非権力行政作用」と解されるのに対し、この後者は、これまでの行論から行政の「法判断作用」と解することができよう。ブロリュ公爵の論説以前にこの法領域に対する明確な自覚的取り扱いが示された例がなかったことを思えば、フランス行政法学史上におけるその功績は極めて大きいものがある。しかしながら、ブロリュ公爵の抽出した「執行権力」のこの第三の作用が彼にあってはそれが「執行権力」に固有内在的なものとしてではなく、端的に立法作用そのものとして把握されていることに注意する必要がある。しかもそれが、「行政立法」について語られたのではなく、ブロリュ公爵の先の挙例によって知る様に、われわれにあってむしろ「行政行為」と観念されるべきもの——水車の設置許可——について説かれていることである。ブロリュ公爵にあっては、*acte réglementaire* と *acte individuel* とは区別されることなく、両者は「準立法」(*quasi-lois*) の名の下に統一的に観念されているのであった。しかしながら、ブロリュ公爵の右の、行政の「法判断作用」Ⅱ「立法作用」論は、革命期の現実的な、そしてその後の理念的な国家構理解に根拠をおくものであり、それはまた、立憲王党左派としての彼の議会中心主義的立場に由るものであった。すなわち、議会主権的に構成された革命初期の国家構造の下では、法制定Ⅱ解釈権能は議会の独占するところであり、判決の法規創造力は否定され、行政の法判断作用権限に委ねられる領域はさまで広くはなかった。しかし、総裁政府以降の行政主導型の国家構造の下での行政立法、行政命令の多用は、やがて、この行政の「法判断作用」領域の統制の必要性を自覚せしめるに到る。ブロリュ公爵の右の議論は、したがってその最も早い試みの

一つであり、議會主權的な国家作用の理解の下に、この行政の「法判断作用」をも立法作用そのものであるとなすことによつて、この領域での議會統制の確保を図つたものであった。そしてこれが、既存の行政裁判制度装置——県参事会、コンセーユ・デタ——のむしろ積極的弁証の意義をも担つて行われた彼の *contentieux administratif* 論であつた。しかし、この彼の議論が、行政の「法判断作用」の理解をめぐつて、さらにその実効的統制という観点から、アンリオン・ドゥ・パンセー (Henri de Pansey) によつて批判される事情は[1]においてみるとおりである。

(二) ブロリュ公爵が現行コンセーユ・デタの存在を肯定したのは、それが活動行政権との未分離のゆえに、活動行政権から発せられた「準立法」の第一次的自己審査機関として有用であること、同じく活動行政権との未分離のゆえに、大臣責任制を介して議會へと連絡することから、この議會において行政の「法判断作用」の統制を確保しようと考へたからであつた。したがつて、その思想は非権力行政事項に係る紛争についても、活動行政権の影響を確保するため、その存在を肯定する行政国家論者等の考へ方と異なることはいうまでもない。しかしながら、ブロリュ公爵の議論には重要な一点において一九世紀初期行政裁判制度が到達した地平を後退させるものがあつたことに注意する必要がある。すなわち、彼は、租税賦課処分を「準立法」とみなすことから、権利保護訴訟と解されてきた租税事件訴訟は、彼にあっては利益事項に係る *contentieux administratif* とされ、これは活動行政権と未分離なコンセーユ・デタに委ねられる結果となることである。租税賦課処分が行政の「法判断作用」領域に属することは、租税権力関係説を知るわれわれに容易に理解しうる事柄であり、また、この訴訟を、たとえば行政国家論者シレーの様に、上院に委ねようとするものではなく、大臣責任制を介して、結局下院の統制下におく意図をもつものである点、この彼の思想を反動的とすることはできない様に思われる。しかし、当該事項を通常の行政訴訟に服せしめることによつて、課税処分の権力的契機を脱せしめ、逆にその「主觀的權利」性から、これを取り扱う裁判機關の独立、第三者性を主

張する「行政裁判国家」論者と比較するならば、思想的にも、また、救済の実効性の面からもその後退は明らかである。⁽²⁶⁾

五 さて、これまでのところ、ブロリュ公爵は、*contentieux administratif* を「階層的統制訴訟」と規定し、この規定をうけたものとして、コンセーユ・データを「階層的統制機関」と理解したのであった。したがって、この立場からは、コンセーユ・データを「裁判機関」であるとし、活動行政権と行政裁判権の未分離を理由に、その改組と独立の行政裁判所の設置を求める行政裁判国家論の説は筋ちがいの議論ということになる。しかし、他方で彼は、「階層的統制機関」としてのコンセーユ・データに数多くの「権利」事項が係属している事実も、これをマカレルらと共に認めることにやぶさかではなかった。⁽²⁷⁾ この限り、ブロリュ公爵は、行政裁判国家論に一理あることを認める。しかしながら、ブロリュ公爵の立場からは、これはあくまで一定時期の歴史的現実が理論にもちこんだ混濁でしかなかったことである。⁽²⁸⁾ ブロリュ公爵はこれを革命来の行政裁判制度に関する歴史的考察によって立証しようとする。

(一) まず、ブロリュ公爵は、憲法制定議会が、行政権と司法権の分離の原則（一七九〇年八月一六―二四日の法律二章一三条）を定めたのはいかなる理由に基づくものであったか、を明らかにする。それによれば、この原則の定立は、「行政権」に専属する事項に関して、司法権による一切の制肘を排除するためのものであったと説明される。問題は、この「行政権」の中身であるが、ブロリュ公爵は、これを特に立法権より委任をうけたところの行政権の「準立法」作用と解する。

「憲法制定議会は、バルマンが一連の細目的諸事項に関し、法規的判決 (*arrêts de règlement*) という方法により行使していた、立法権力に対抗する権利を、新設の裁判所に禁じた。この権能を、憲法制定議会は、立法府の直接的監視下におかれた新設の行政権に、すべてかつ全面的に確保せしめようとした。憲法制定議会は、この権能に属する事

項に対するあらゆる抵抗をあらかじめ排除しようとしたのであった。憲法制定議会が、裁判所の管轄権から引き離そうとしたのは、まさに公権力としての (à titre de puissance publique) 行政権の作用であった。憲法制定議会は、旧体制下において立法権能を一部行使していた司法府を、単なる司法府に縮小しようとし、縮小する理由をもっていたのであった。⁽²⁹⁾

右のブロイユ公爵の理解は、「公権力としての行政権の作用」を、すでに知った彼独特の立場から、これを究極的に立法権力に属するもの、と観念していることを除けば、憲法制定議会における「行政権」と「司法権」の分離に関するわれわれの理解とほぼ一致する。これはまた、彼が、憲法制定議会下の権力分立制の下では、公務員の刑事訴追や行政契約事件——彼の分類にしたがえば、『執行権』と『行政作用』に属する事項——は、司法裁判所の管轄権に属すると解されていた、とする指摘を行っていることから確認される。⁽³⁰⁾ したがって、彼が憲法制定議会においては、当初、「行政権と司法権」の分離をめぐる議論は存在しても、「行政裁判権と通常裁判権の分離」の問題は生じなかったこと、「行政裁判権」は司法権に当然に属するものであったことを正しく把握していたことは明らかである。^(30a)

(二) さて、ブロイユ公爵によれば、右の様に解された権力分立制の下で、公務員の刑事訴追や行政契約事件等が司法裁判所の管轄権を否定され、裁判権の行政権への移管が生じたのは、共和暦二年から七年までの五年間の出来事であったとされる。⁽³¹⁾ それでは、この様な「行政裁判権と通常裁判権」の分離の事態と、これが「行政権と司法権」の分離の原則のコロラリーとして説明されるに到った経緯とはいかなる事情によったものであろうか。これについて、ブロイユ公爵は、右の事態は何らかの法理論的根拠の転換によって発生したものではなく、要は、革命期の諸政府の政治的・経済的利害に基づき、一定の訴訟事件を専断的に裁判する必要にせまられて行われたものであったことを指摘する。⁽³²⁾ たとえば、

「国はじめ僧族財産を、次には亡命者の財産を奪った。これらの財産の差押えと管理は地方行政庁の仕事とされた。これらの財産は売りにだされた。競売を実行するものはまさに地方行政庁であった。

財産を取得したことによって、「国はこれら財産に付着していた」債務も承継した。財産を没収された旧所有者に対し諸権利を有していた者との清算が必要とされた。これら清算の任は行政権に委ねられた。……同じく、国有財産を買い取る者にとっても、売却から生じうる紛争において、当の売主を裁判官とすることは好都合のことであった。なぜなら、競売はかかる事項に「本来」妥当する原理に違背して行われたのみならず、この時代一般の法律——この時代、法律は、起案に充分な時をかさず、採択は喝采による満場一致の形式で行われた——にさえ違背するものであったことは誰の目にも明らかかなほどの、拙速・暴力・無法をもって、「しかも」混乱と欺瞞のうちに行われたからである。⁽³³⁾

共和暦八年の県参事会、コンセーユ・デタの設置は、したがって、彼によれば、このようにして成立した行政権による行政裁判権行使のありかたの制度形式的な完成とみなされることになる。⁽³⁴⁾しかし、他方、彼は、ほぼ帝政期を折り返しとして、司法権による失地回復の努力が開始し、憲法制定議会初期の司法国家に漸次的に復帰しようとする「正常化」の歩みをも指摘する。⁽³⁵⁾したがって、コルムナン、マカレルの所説の誤りは、この後者の動向を看過し、あくまで例外的状況の下で成立した行政裁判制度を不当に「固定化」「一般化」して捉えた、その没歴史性にある、とされるのであった。

六 ブロイユ公爵は、右において、行政権が、法理論的に本来的な権限とされるものを超えて、「行政裁判権」をも主張するに到った経緯を明らかにしたが、これは、彼にとって、「行政裁判国家」論の拠って立つ歴史的事実を相対化してみせるために不可欠の作業であった。と同時に、この用意は、彼の基本的立場を歴史に即して再確認させる

ものでもあった。マカレルに対する批判は、したがって、この後行われる。

(一) ブロリュ公爵は、「現状の秩序の擁護者」が現行行政裁判制度の不備に目を覆い、指摘された制度的欠陥に対しても、あくまで末稍的・姑息的な解決によって臨もうとしている時、問題に真摯に取り組むマカレルの姿勢を高く評価する⁽³⁶⁾。しかし、彼は、マカレルが現行の制度に対する改革的提言として、「正式の行政裁判制度の設置」(institution d'une justice administrative régulière)を説く時、これと袂を分つ⁽³⁷⁾。その理由は、マカレルの構想する「行政裁判所」が、結局のところ、真の裁判所となるか、あるいは単なる訴願的、階層的統制機関となるか、いずれか一つに帰着する宿命にある、とされるからである。

「マカレルが万病薬のつもりで行政裁判所の設置を要求する時、われわれは、もはや彼に追隨しない。結局二つの事柄のうち一つでしか事実上はありえないからである。すなわち、あるいはこれらの新しい裁判所は、裁判官職にふさわしい、この職務をして公衆の尊敬と被裁判権者の信頼をかちうるものにするあらゆる独立性の条件を備えることによって、真の裁判所となろう。……あるいは、これらの裁判所は名前だけの裁判所となろう。これらの裁判所は、自ら決して自由に振るまうことはないであろう。真実は、しかも事物の本性上、これらの裁判所は政府の掌中と影響の下におかれることになる⁽³⁸⁾。」

そして、現行のコンセーユ・データに係属している事件が、その真の性格(階層的統制訴訟たること)を認識されることなく、この「行政裁判所」に委ねられる場合、以下のいずれかの帰結が生ずる、とされる。

第一。「行政裁判所」が真の裁判所としての姿容を整える場合、司法裁判所が、階層的統制事項を審理・裁判する場合と同様の批判が繰り返される⁽³⁹⁾。すなわち、

「かくする場合には、現状の事物の秩序の擁護者が正しい判断をもって観察している様に、代議制度にひどくたえ

がたい打撃をもたらすことになる。事実、裁判所が——その判定が政府に委ねられている——市長や知事の命令、大臣のレグルマン、国王のオルドナンスを審理することが求められるまさにその様な場合、単にその維持のためのみならず、その得失を論じるために、場合により取消、変更するために、これらを審理の対象とするまさにその様な場合、われわれはもはや、實際何の存在意義も認められない行政官Ⅱ裁判制度をもつのではなく、それよりもっと悪い裁判官Ⅱ行政制度をもつことになる。⁽⁴⁰⁾

第二。「行政裁判所」が似而非的なものであり、とどのつまり「訴願的・階層的統制機関」でしかない時、「行政裁判所」の組織・手続的「粉飾」(parade)は、議会に対する「大臣の責任」を曖昧にし、また「準立法」事項を処理する際の柔軟性、機宜性を失わせる、とする。⁽⁴¹⁾

かくて、ブロイユ公爵は、右の事柄から結論的に次の様にいう。

「階層的統制訴訟に関する異議も、今日、行政権に係属している多数の純粹司法事項も、同時併行的に処理させ、同一手続に服せしめ、同一官署(行政裁判所。筆者註)に提起されるとする思想は、あえて語らせてもらえらば、われわれにとって極めて忌むしい思想であるし、粗雑な思想であるし、一方の側にバランスを失すれば代議政体を破壊するであろう様な、あるいは司法権を貶しめるであろう様な、⁽⁴²⁾「その様な」中途半端な状態以外のいかなるものも生みだしえない思想である。」

(二) マカレルの行政裁判国家論に対するブロイユ公爵の批判が右の様なものであるとするならば、それでは彼自身の問題に対する構想はいかなるものとして示されるのであろうか。

まず、ブロイユ公爵の議論の出発点は、すでに知った様に、従来 contentieux administratif としてコンセーユ・デタに係属していた事件のうち、「固有の contentieux administratif」事項と「司法」事項とを区別し、この後者をコン

セーユ・デタの管轄権から除外することにあつた。⁽⁴³⁾ その場合、ブロイユ公爵は、ここで新たな提言として、右の作業は、問題の政治的性格と複雑・微妙性から、政府とは一応独立の特別の委員会によって行われるべきことを説く。⁽⁴⁴⁾ それによれば、この委員会は、上・下院、コンセーユ・デタ、司法部から四分の一ずつ選出された計一二ないし十五人の構成員から成り、「専門家であると同時に事物を理論的観点の下に、かつ大所高所からみることに習熟した、単なる法律家、官僚に止まらない人から構成される」ことが望ましい、とされる。⁽⁴⁵⁾

次に、右の作業の結果、「固有の *contentieux administratif*」事項とみなされるものは、「訴願的・階層的統制機関」であるコンセーユ・デタに留保されること、このことはすでにみたところである。そして、これがブロイユ公爵のこの論説でのテーマの一半をなしたものであつた。問題は今一つのもの、すなわち「いかなる者の掌中に、*contentieux administratif* から切り離された権限事項を委ねるのが適当か、を決する」ことである。⁽⁴⁶⁾

ブロイユ公爵はもとより、右の「権限事項は、すべて司法的なものである」ことを明言する。⁽⁴⁷⁾ かくては、これらの諸事項は、われわれが指摘し、ブロイユ公爵自ら語ってきた様に、当然のことながら司法裁判所に委ねられるべきはずである。彼の主張を「司法国家」論とする所以がここにある。しかし、われわれがブロイユ公爵の論述に即して、今少し仔細にその内容を検討するならば、これはしかく単純なものではないことが理解される。すなわち、たとえば、ブロイユ公爵自らが「司法」事項とみなしている事件について次の様に語っている個所があるからである。

「徴兵の問題が純粹に民事的な裁判官に委ねられないこと、あるいは他の例をとるならば、大学内の徴戒審判が通常裁判権の指揮では充分でないところの、注意深さ、慎重、配慮を必然的に必要とする、ということを理解するために、実際多くの懸命さを必要としない。」⁽⁴⁸⁾

この様に、ブロイユ公爵が *contentieux administratif* から剔出された事項を司法権に授与するといった場合でも、

そこには一定の留保が付されていたことに注意しなければならない。

③ かくて、ブロリュ公爵の「司法国家」論は次の様なものとして示されることになる。

「さらによい意見があれば別であるが」いわゆる *contentieux administratif* から剔出された「司法」事項を司法権に委ねる場合、「これは三つの主要なカテゴリーに分類される⁽⁴⁹⁾」。

[A] 「何の不都合もなしに直ちに現在の司法裁判所に委ねることができるもの」——ブロリュ公爵はこれにあたるものとして以下のものを挙げる。⁽⁵⁰⁾

① 「行政によって締結されたあらゆる契約の解釈。たゞし、没収財産の売却契約を除く。われわれは、すぐにこれを例外とする理由を示すであろう」

② 「所有権に関するあらゆる問題」

③ 「会計検査院の裁定に対する統制」

④ 「国家債務訴訟」

⑤ 「納品契約」「公土木契約」訴訟

⑥ 「オルドナンス、デクレ、レグルマンその他何らかの命令規定違反を理由に提起されうる民、刑事のあらゆる裁判の審理⁽⁵¹⁾」

[B] 「一定の採られるべき警戒を施した後、一定の条件下においてのみ司法裁判所に委ねることができるもの」⁽⁵²⁾

① 「革命下に没収された財産の「競売」契約の解釈」

② 「排水 (*dessèchement*) 委員会に係属する純粹に司法的諸問題」

③ 「教会組織内部における聖職者の懲戒に対する控訴」

④ 「公務員訴追訴訟」

〔C〕 「司法権に属する」 例外裁判所の設置あるいは維持を必要とするもの⁽⁵³⁾

① 「亡命者、サント・ドミンゴ植民者損失補償委員会に一時授与されていた事項」

② 「徴兵審査委員会の権限事項」

③ 「大学内徴戒審判事項」

④ 「海上拿捕訴訟」

七 さて、右に具体的に展開されたブロイユ公爵の「司法国家」論について、われわれの最大の関心は、右傍点部にある。すなわち、国有財産の競売契約訴訟に関し、彼はこれを直ちに司法裁判所に委ねることを肯ぜず、「採られるべき警戒を施した後、一定の条件下においてのみ司法裁判所に委ねられるべきもの」としていることである。それでは、彼がその余の契約訴訟と異なり、これのみ例外とするのはなぜか、また、司法裁判所に委ねる場合の「条件」とは何であろうか。これについて彼はいう。

「もしかりに、良識と衡平に共に反し、異常ではあるが、「しかし」国家理性によりやむなく要請された判例を承認しなかったとするならば、その結果、生ずるであろう様なことはおそらく神のみぞ知るところであろう。

復古王政の最初の数年間、コンセーユ・デタは、反革命の波頭に抗し、かかる判例を維持することによって、よく公けの秩序 (l'ordre public) に貢献した。判例の転換は、かえってはかり知れない混乱をひきおこしたであろうからである。

それでは、今日、かかる判例維持の役割を通常裁判所に直ちに委ねることができるであろうか。われわれはその様に考えない。判例が根拠とした諸原則は、公開の議論 (la discussion publique) に耐ええなからうからである。人は、

一方において、平常時、民法の諸原則を適用し、他方において、特別な事情を理由に、これと全く異なる諸原則、曖昧かつその起源において寡奪的な、一度も正規なものとはみなされなかった官庁の慣例にのみ根拠をおく諸原則、これらを適用する裁判所を何とみることができようか。

それゆえ、これらの問題を通常裁判権に委ねる前に、立法の領域でなすべき一定の事柄がある。採られるべき警戒措置・宣告されるべき失権、導入されるべき特別法理 (*un droit spécial*) が存する。

われわれが、この必要性を指摘する気になったのは、裁判所不信からでは決してない。それこそ反対に、裁判所の理性の不動性、諸原則の統一性、裁判官が一旦その厳肅な席に就くならば、真実と法律以外の何ものも考慮しない、というその道徳性への信頼からである。⁵⁴⁾

右に明らかな様に、ブロイユ公爵が、国有財産競売訴訟を司法裁判所に付託する際、一定の条件を付する必要があるとしたのは、事案の歴史的・政治的経緯にかんがみ、これを民事法上の諸原則によって律する場合には、取得者の権利を損うものであること、そしてこのことは、ひいては体制の変革を再び誘発せしめるものであることを考慮した結果にはかならない。しかし、他方で彼が、右に際し、従来の判例原則の明文化を要求していることは、次の様な重要な意義を有するものであった。

第一。それは、マカレルの「行政裁判国家」論に対する批判を含意したものであった。

マカレルらが独立の行政裁判所制度の構想を示したのは、国有財産売却訴訟が司法裁判所の民事的教条によって律せられることをきらい、これの解決を行政裁判所の「運用」とそこでの判例形成に委ねようとしたからにはかならなかった。しかし、ブロイユ公爵にとって、行政裁判所は、先にみた様に、「あれか、これか」の、そしてそれぞれに傾斜することによって内在的欠陥を有する不安定な制度であった。この彼にとって、かかる制度に客観的・予測可能

性ある救済を期待しえなかったことは明らかであった。従来の判例原則の明文化は、この後者の理由から求められたのであった。

第二。しかし、ブロリュ公爵がここで明文化を要求しているものが、単なる *loi spéciale* ではなく *droit spécial* としてであったことに注目する必要がある。これを「公法」と呼ぶかどうかは別にして、少なくともそれが、民事諸法律と法理を異にする、実体法上特別な法理に基づくものとして予定されていたことは疑いえない⁽⁵⁵⁾。

そして、ここに到れば、われわれは、ブロリュ公爵の「司法国家」論が、実はその批判する当の「行政裁判国家」論と、その論理構造において必ずしも隔たること遠くなかったことに気づくはずである。すなわち、まず、両者共に、活動行政権と行政裁判権の未分離を批判する。この現行コンセーユ・データに内在する制度的欠陥に対して、「行政裁判国家」論が、「司法」的構成をとる独立の行政裁判所案によって、行政訴訟の客観的救済を図ろうとするのに対し、ブロリュ公爵は、先にみた「行政裁判所」に対する不信の念から、これを端的に司法裁判所そのものに委ねようとする。

次に、両者共に、司法裁判所の民事的教条を忌避することにおいて共通であった。「行政裁判国家」論が、行政訴訟を司法裁判所に委ねえないとしたのはこのためであり、「司法国家」論がこれを司法裁判所に委ねつつも、「採られるべき警戒を施」そうとしたのはこれによる。両者の差異は、「行政裁判国家」論が、裁判所機構の分離を通じてそこでの独自の判例法理による「民事的教条」の克服を目指したのに対し、「司法国家」論が、端的に、「立法」措置による行政実体法の形成を期した点にこそある。したがって、国有財産売却訴訟、納品、公土木契約訴訟等、両説とも「主観的権利」事項とするものの取り扱いについては、その所期するところにおいて異なるところ少なかった⁽⁵⁶⁾のであり、彼此相隔っていたものは、むしろ、ブロリュ公爵の側からする、行政の「法判断作用」領域への、裁判的統

制の忌避感情の中にこそあり、それゆえの「独立の行政裁判所」排斥論にあった。そして、この後者の論点について、右の同じく「主観的権利」保護の見地からこれを批判したものが行政裁判国家論者アンリオン・ドゥ・パンサーであった。

- (1) Le duc de Broglie, *op. cit.*, p.62-63.
- (2) *Ibid.*, p.64.
- (3) *Ibid.*, p.63.
- (4) これは De Lolme, *Constitution de l'Angleterre, 1771* のことである。原著は革命後まで十数版を重ね、英語、オランダ語の翻訳もでたものである。
- (5) Le duc de Broglie, *op. cit.*, p.65,66; 同じく次の様にもいう。「政府は執行権の資格で、法律と判決の執行に協力する。さらに、行政者の資格で、良き家父として、国の共通の諸利益を管理し、その際市民と同意の上で取引を行う。」(*Ibid.*, p.67)
- (6) フロイユ公爵が、ここでそれが「公法学者」「憲法制定者」本来の理解であるとして、「執行権力」(*puissance executive*) が極小的に理解されている例を紹介していることは重要である。これは、革命以来、暫くの間、行政権が法律の全面的制縛とイニシアチブの下にあり、行政の法判断作用(II裁量)による場合が制限されるべきである、と観念されていたことを傍証するものである。後論にある様に、フロイユ公爵が、行政の法判断作用領域を剔出し、これを「新しい」「第三の」もの(*Ibid.*, p.73)として表象したのはこれに由る。
- (7) *Ibid.*, p.67-68.
- (8) *Ibid.*, p.69-71.
- (9) *Ibid.*, p.73; なお、フロイユ公爵が、租税賦課、徴収処分を「小型の立法者」としての執行権力の作用中に数えていることを後論のため注意する必要がある。
- (10) (11) (12) *Ibid.*, p.68.
- (13) *Ibid.*, p.69.
- (14) *Ibid.*, p.75.
- (15) *Ibid.*, p.78. その他、彼は、鉱物採掘許可(*l'autorisation d'exploiter le minerais*)の例を挙げる(*Ibid.*, p.92-94)。
- (16) *Ibid.*, p.72-73.
- (17) *Ibid.*, p.78-79.

- (18) Ibid., p.77.
- (19) 下流の水車小屋主がオルドナンスに「違反」し、その結果上流の土地所有権が被害を蒙った場合、後者の権利侵害を理由に前者を相手として民事訴訟を提起しうる (Ibid., p.81.)。なお、ブルードンは、上流の水車小屋主の下流の水車小屋主に対する損害賠償請求訴訟の正否に、右オルドナンス違反を挙げない。実質的被害の発生の都度、民事訴訟の提起を認める。また、被害を予防的に、あるいは将来に向かって恒久的に防止する手段として、ブルードンは、水車小屋設置許可処分に対する行政訴訟の存在意義を強調する。Proudhon, op. cit., t.1, p.130.
- (20) (21) Le duc de Broglie, op. cit., p.79.
- (22) Ibid., p.84.
- (23) Ibid., p.78; 同く p.82.
- (24) Ibid., p.82.
- (25) Sirey, op. cit., p.498.
- (26) 租税訴訟が「権利」事項と観念されていたことについては、拙稿「フランス革命期行政裁判制度研究試論(四・完)」(神奈川法学一四巻一
号)一〇〇・一〇一頁。なお、同じく司法国家論者の場合でも、たとえば、ガエタン・ド・ラロシュフーコーの場合には、租税訴訟を司法裁判所に委ねるべく提言する。Gaëtan de la Rochefoucauld, op. cit., p.113
- (27) (28) Le duc Broglie, op. cit., p.95.
- (29) Ibid., p.88-89; したがって、フロリュ公爵の立場からは、一七九〇年八月一六―二四日の法律二章一三条に定める「行政権と司法権」の分離は、「立法権と司法権」の分立原則(同法律二章一二条)のコロラリーと解されることになる。
- (30) Ibid., p.88.
- (30^a) なる点については明確に指摘する復古王政期のパンフレットとして、Routhier, op. cit., p.49-52; Duvergier de Hauranne, op. cit., t.1, p.288-289.
- (31) Le duc de Broglie, op. cit., p.106.
- (32) Ibid., p.97-98.
- (33) Ibid., p.102-103; 同く、行政裁判権の成立に、国有財産売却訴訟が基軸的役割を果たしたことを指摘するものとして、Bayoux, *Traité des conflits*, t.1, p.43-44.
- (34) Le duc de Broglie, op. cit., p.107.
- (35) Ibid., p.109 et s..

- (36) (37) Ibid., p.115
- (38) (39) Ibid., p.118.
- (40) Ibid., p.116.
- (41) Ibid., p.118.
- (42) Ibid., p.119.
- (43) Ibid., pp.114 et 120.
- (44) Ibid., p.121-122.
- (45) (46) (47) Ibid., p.122.
- (48) Ibid., p.114.
- (49) Ibid., p.122.
- (50) Ibid., p.123-124.
- (51) これが違法の抗弁訴訟であることは明らかである。したがって、プロイユ公爵のいう「準立法」に対し、市民は訴訟上 Direct Attack はできないまでも（これは階層的統制訴訟としてのみ許される）、民・刑事訴追の段階での違法の抗弁によって、これを間接的に争うことは認められることになる。ただし、プロイユ公爵は、ここでもその議論を一貫させ、司法裁判所の権限は、ここでは、準立法の実体的適法、違法を論ずるまでに到らず、権限根拠、手続等の形式審査に限定される、とする (Ibid., p.125.)。
- (52) Ibid., p.125-129.
- (53) Ibid., p.129-130.
- (54) Ibid., p.126.
- (55) 他の司法国家論者についても、従来から県参事会、コンセーユ・デタに係属する事項が「公益」に関わるものであることを認めたりえて、その規律を法の明文をもってなすべきこと、すなわち行政法典 (Code administratif) の整備を説く。Béranger, op. cit., p.352; Bayoux, Traité de conflits, p.55.
- (56) 他の司法国家論者についても、国有財産売却訴訟、納品・公土木契約訴訟等の「主観的権利」事項を活動行政権から独立の裁判所に係属させるべきことについて「行政裁判国家」論者と共通の問題意識をもっていたのであり、これを司法裁判所に委ねるべく主張したのは、行政裁判所に比しての相対的利点、特に、行政裁判所設置を認めた場合の司法裁判所との管轄権争議手続・分配原則の煩瑣、複雑性の回避にあった。Béranger, op. cit., p.354-357; Bayoux, Traité de conflits, p.56-58; Duvergier de Hauranne の場合には、司法国家論に立ちつつ、司

〔二〕 アンリオン・ドゥ・パンセーのブロリュ公爵批判

アンリオン・ドゥ・パンセー（破毀院長）は、従来からその主著『フランス司法権論』（De l'autorité judiciaire en France）第一、二、三版（一八一〇、一八一八、一八二七年）において、行政裁判制度に關説するところがあったが、正面からこれを論じたのは、『コンセーユ・デタ訴訟についての一提言』（Un mot sur le contentieux du Conseil d'État）（一八三〇年）⁽¹⁾においてであった。⁽¹⁾これは、ブロリュ公爵の前掲論文が発表された直後、アンリオン・ドゥ・パンセーがその主宰するサロンにおいてこれをとりあげ批判したものを、彼の死後、破毀院弁護士M・コテル（M. Cotellet）が、その折りの口述筆記をもとに公刊したものであった。^(1a)したがって、この小冊の公刊年次は一八三〇年であるが、アンリオン・ドゥ・パンセーのこの行政裁判制度構想は、ブロリュ公爵の論文発表後（一八二八年一月）、彼の死（一八二九年四月）以前に語られたものであることに注意する必要がある。そこで以下、この小冊の内容をみていくことにしよう。

一 先にブロリュ公爵は、「執行権力」を三分し、このうち『行政作用』、『準立法権能』行使の局面での法的救済のありかたを論じてみせたが、アンリオン・ドゥ・パンセーは、執行権力の作用的分類に關するブロリュ公爵の卓越した理論はこれを承認しつつも、その作用の法的性質の理解において、あるいはそこでの法的救済の内容について、これを難ずる。このうち『行政作用』の局面での紛争について彼はこれを司法裁判所の民事的教条を忌避する見地から、独立の行政裁判所に委ねようとするが、これは従来からの行政裁判国家論の思想であり、彼において特に新しい論理は見いだされない。⁽²⁾彼の議論の面目はここにはなく、以下の『準立法権能』行使の局面での行政訴訟の存在を立

証するところにこそあった。

(一) さて、すでに知った様に、ブロイユ公爵は、一般的法規範によるのでは限界のある個別・具体的諸利益の規律については、これを政府Ⅱ執行権力に委ねられる、としていた。そして、この権限を彼は、『小型の立法者』としての権限と表象していたのであった。⁽³⁾しかし、これが公権力の行使中、「事後的執行行為」と区別された、行政の「法判断作用」領域の析出であったことは、先にわれわれが指摘したとおりである。さらに、彼が未だ *acte réglementaire* と *acte individuel* との区別を知らず、その挙例において専ら念頭においたものがこのうちの後者であったことも、その際、明らかにした。さて、それでは、ブロイユ公爵のこの様な議論に対し、アンリオン・ドゥ・パンセーはどの様に反論したであろうか。

彼はまず、ブロイユ公爵の思想を端的に次の様に理解する。

第一。ブロイユ公爵は、立法者が規律不可能な執行細目を政府Ⅱ執行権力がその全き裁量によって規律することが可能な領域と考えていること。⁽⁴⁾

第二。ブロイユ公爵は、政府Ⅱ執行権力が、右の領域においては、文字通り「立法権者」として立ち現われると考えることから、その限り、本来の「立法権者」との実質的区別を否定していること、単に、前者が後者に対し「大臣責任制」を介して従属し、その監督に服する点で形式的区別をみだすに止まっている、と。⁽⁵⁾

このブロイユ公爵の思想に対し、アンリオン・ドゥ・パンセーは次の様に批判する。ブロイユ公爵の誤りは、『準立法者』、『小型の立法者』という極めて新奇な名称の下に、政府と立法者とを同一視するに到っていることにある。⁽⁶⁾つまり、彼は、そういう準立法権も執行権力に固有の一作用であること、および「行政権が法律自身に対し不断におかれている内在的かつ極めて緊密な従属関係」に想到していないことである。⁽⁸⁾そして、この後者の論点、および準立

法権能の法的意義について、彼はさらに次の様にいう。

第一。政府の準立法権限は、法律がまさにその権限と規律対象領域を政府に執行権力に委ねたがゆえに認められたものであること。⁽⁹⁾

第二。この場合であっても、執行権力は自己の裁量に委ねられた一定の利益を規律するためには、法律が強行規範的に設定し、かつ決して違背しえないものとした「要件と形式」に服しなければならないこと。⁽¹⁰⁾

第三。執行権力はいかなる場合であっても、その準立法権能の行使に際して、「前法律的ないし法律により認められた権利を侵害しえない」ことである。⁽¹¹⁾

この第二、第三の論点が重要である。というのは、この二つの論点に示された思想を背景に、アンリオン・ドゥ・パンセーは、『準立法権能』行使の局面で生じた紛争についても、行政訴訟の成立余地を実証するからである。すなわち、

「行政権が、権利から必然的に生みだされるある事項の承認を拒絶する場合であれ（剝奪的行政処分。筆者註）、行政権が自ら発した違法な決定によって、ある権利が発生せしめられたと主張する場合であれ（設権的行政処分）、あるいは行政権が既得権ないし法律上保護された権利（un droit acquis ou substantant dans la loi）に牴触するならば、あるいは適法性の原則ないし形式の保障（la garantie des principes ou des formes de légalité）を要求する訴が提起されたならば、そこにはまさに訴訟（procès）、すなわち訴訟的行政事件（affaire administrative contentieuse）が存在する。⁽¹²⁾」

（二） それでは、この『準立法権能』行使の局面での行政訴訟とはいかなるものであろうか。これについて、彼はブロリュ公爵の挙例を援用しつつ論ずる。

第一。河川沿いの土地所有権者がこの水流に水車小屋を建設するため許可を求めたところ、行政庁の拒否にあった

という場合、前者はこの拒否処分に対し訴を提起しうるか。

「この場合、確かに、行政権は「許可、不許可について」⁽¹³⁾純粋に裁量権を行使する。しかし、まさにこの事柄（行政庁の裁量権の存在。筆者）によって、当該問題は訴訟にはならない。」

第二。ところが、下流に水車小屋が新たに許可されることによって、当該水車小屋の上流の水車小屋主が、水流のせき止め、逆流によって不利益を蒙むる場合、新設の水車小屋について認められた水利規則に対し、この上流の水車小屋主は訴を提起しうるか。

アンリオン・ドゥ・パンセーは、ブロリュ公爵の立場からは、この場合、先の事例同様、行政権は利益を規律したものであって、「権利」を毀損したわけではない、と答えるであろうという。⁽¹⁴⁾しかし、アンリオン・ドゥ・パンセーによれば、この時まさに行政訴訟が存在する。すなわち、施行令 (*reglements d'administration publique*) はいかなる場合であっても所有権を侵害しえない、とするからである。⁽¹⁵⁾

「水流の利用はこれらの規則、すなわち、免許規範 (*lois permissives*) に服する。しかし、土地所有権者が、その地所を貫通する水流について、自ずから有する、行政庁により認められたであろう様なそのあらゆる利用権は、水流をせき止め、上流に建設されてある水車の運動の妨げとなる逆流をひきおこすことまで許されるものではない。〔他方〕上流の土地所有権者は、水流を汲みつくすことによって、その流れを変えることによって、水流をわがものとするべきではない。」⁽¹⁶⁾

そして、この主張を裏づける法的根拠として、彼は民法典六四〇条を挙げる。⁽¹⁷⁾

「下流の土地所有者は、水流を妨げる堰を築くことはできない。」

これによって、新設の水車小屋主に認められた水利規則を争う、上流の水車小屋主の訴は、民法典により保護され

た権利に根拠をおくものであることが示される。そして、ここに到ってはじめて、アンリオン・ドゥ・パンセーの考える「行政訴訟」の内容が明らかにされる。

「水利規則は、一定の公示要件と、一般的に川沿いに住む人と上流の工場主に関係する、公けの安全要件を満たす場合にはじめて、行政権により設定されうる。これらの要式性が満足されないかぎり、国王のオルドナンスによって定められた水利規則が、正式に告示されたものでないかぎり、紛争の起こりうる余地がある。

〔さらに、また〕一方において権利をめぐる紛争がある。他方において、人が攻撃する執行権の行為がある。訴訟は、いわば最も人口に膾炙している言い方をすれば、その行為の取消しを目的とする。この関係で、事件はすぐれて行政的なものであり、このことから *contentieux administratif* と呼ばれる名称は、二重の意味で生まれ、正当化される。⁽¹⁸⁾」

われわれは、右の引用において、行政訴訟の名の下に二つの訴訟形態が含意されていることを理解するはずである。これは、さらにその前の引用にも示されていたものであるが、一つは「形式違背」を取消事由とする「越権訴訟」であり、一つは、「既得権、主観的権利侵害」を要件とする「法律侵犯訴訟」である。そして、このことはまた、別の文脈においてであるが、さらに次の引用によって一層明確に確認することができる。すなわち、『準立法権能』行使の局面で生じた紛争は、裁判的救済の対象となしえない、とするブロリュエ公爵の主張に対し、これを正面から批判した彼の議論として、

「これらすべての事柄は真実である。しかし、これは行政権が裁量権を行使する純粹に行政事項であるかぎりにおいてである。法律が行政権に尊重と厳格な遵守を命じた諸権利あるいは形式性によって、行政権がその運営を妨げられないかぎりにおいてである。行政の行為が、越権 (*excès de pouvoir*) および法律侵犯 (*violation de la loi*) を理由に

攻撃される時、行政事件における判決は行政の行為の取消 (réformation des actes de l'administration) によってしか行われえないことは事実である。⁽¹⁹⁾

われわれは、すでに、「法律侵犯訴訟」が一九世紀中葉以降、公権力行使の内部的適法性を確保する取消訴訟として、右の「越権訴訟」の中に融合していく過程を知っている。⁽²⁰⁾ したがって、ここに彼が表象しているものが、越権訴訟の初期形態であることはもはや明らかであろう。彼は、ブロリュ公爵が析出した行政の「法判断作用」領域について、ブロリュ公爵自らは想到しえなかった Direct Attack 訴訟の可能性を的確に証明してみせたのであった。⁽²¹⁾ そして、実はこの彼をして、越権訴訟の初期形態をみださしめたものは、行政の「法判断作用」領域の裁判的統制を志向するに到ったコンセーユ・デタ行政判例の出現にあったことである。⁽²²⁾

二 それでは、ブロリュ公爵のいう『準立法権能』行使の局面においても行政訴訟が存在することが明らかにされたとして、それでは、この行政訴訟の審理・裁判権はいかなる機関に委ねられるのであろうか。行政裁判国家論者としての彼について、その答えはすでに明らかであるが、われわれは、一応彼の語るところを聞く必要がある。すなわち、いう。

「行政訴訟は、今後共、例外裁判所に帰属せしめるべきであらうか。これを民事裁判所に委ねることが妥当か。⁽²³⁾」

この問題に対し、彼はこの局面における行政訴訟の裁判権を司法裁判所に委ねえないいくつかの理由を挙げるが、重要なものは次の二点である。——すなわち、アンリオン・ドゥ・パンセーは、先にこの訴訟が「執行権の行為」に対する「取消」という、「すぐれて行政的な」性格をもったものであることを指摘していた。⁽²⁴⁾ この彼の認識からは、「行政事件における裁判判決は、法の穿鑿や厳格性よりも、衡平の考慮と事実の実体的審査から引きだされ」なければならず、これは「行政権のために、公役務に有利な法解釈を確保」するために不可欠なものである、とされた。⁽²⁵⁾

たがって、彼が行政事件を司法裁判所に委ねえないとしたのは、「行政実務に昏い」裁判官によって、政府活動が停滞、困難におとし入れられることをおそれたからにほかならなかった。⁽²⁶⁾

しかし、行政訴訟は、一面、右の様な性格と意義を示すものの、他面、「権利」保護を目的とする点で、それはなお、彼にとって真正の「訴訟」を意味した。⁽²⁷⁾そして、彼によれば、この点からも、かかる行政訴訟の裁判権を司法裁判所に委ねるわけにはいかなかった。すなわち、アンリオン・ドゥ・パンセーによれば、行政訴訟か否かの識別は、行政作用の、「法的な議論の対象とされるべき権利との遭遇」の有無にある、とされる。⁽²⁸⁾ところが、この権利は民法典に規定されているものに止まらず、「執行権の活動を規律する無数の行政法律」の中に散在している。そこで、これら行政諸法令に規定されている「権利について、およそ的確に語りうるためには」なによりも、これら諸法令に精通していることが求められる。⁽²⁹⁾これをなしうるのは、したがって、ひとりそのために設置された独立・第三者的な例外裁判所においてほかにないことになる。——そして、彼は、かかる例外裁判所の現実的必要性の議論に、彼のコンセーユ・デタに対する手離しの評価、「過去四〇年間、コンセーユ・デタがわが国に施したばかりしれない功績」⁽³⁰⁾「ヨーロッパ的名声」を重ね合わせるのであった。⁽³¹⁾

しかしながら、今日のわれわれの理解からするならば、アンリオン・ドゥ・パンセーの右の議論は、必ずしも、行政訴訟の司法裁判所への係属を否定する決定的論拠たりえないことは明らかであろう。しかし、この議論がブロリュエ公爵の思想に向けられたものであったかぎり、しかもブロリュエ公爵自らが行政の「法判断作用」領域に対する裁判的統制を全く拒否し去っていることからするならば、⁽³²⁾例外裁判所によるとはいえ、なお行政の裁判的統制の余地を認めているアンリオン・ドゥ・パンセーの議論は、この当時の「司法国家」論の歴史的限界を明らかにこそすれ、今日われわれのよって立っている「司法国家」論からは、その限界を衝くことはできないことはいうまでもない。のみなら

ず、フランス司法国家論は、その後とも以下にみる様に行政の「法判断作用」領域に対する裁判的統制を認めえなかったことから、公権力行使に対する行政の裁判的統制と国民の権利救済は一人、フランス行政裁判国家論の手に委ねられるしかなかったのである。

(1) アンリオン・ドゥ・パンセーは、『司法権論』において行政国家論者としてあつたが (Henrion de Pansey, de L'autorité judiciaire, 2^e éd., 1818, p.458)、『提言』に到つてこれを変え、行政裁判国家論者として登場する。彼の独立の行政裁判所案について、Henrion de Pansey, Un mot sur le contentieux du Conseil d'État, p.65. など、この彼の提言は、コルムナンの独立の行政裁判所案 (Cormenin, du Conseil d'État envisagé comme conseil et comme juridiction, 1818, p.132 et s.) を全面的に受け入れ、祖述したものであつた。フランスの行政法研究者は、アンリオン・ドゥ・パンセーのこの改説をフクロセズ、彼を行政国家論者に分類するが、これは誤りである。Aucoc, Le Conseil d'État avant et depuis 1789, p.109; P.Sandevor, op. cit., p.193; J.Chevallier, op. cit., p.98.

(1^a) Henrion de Pansey, Un mot sur le contentieux du Conseil d'État, 1830, p.2 et s.; など、発刊者のコネルは、Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics, 1835 の著者であるが、彼自身は行政国家論の立場をとる (op. cit., t.I, p.131-132)。

(2) Henrion de Pansey, op. cit., p.20-21 et p.27-28.

(3) Le duc de Broglie, op. cit., p.73; Henrion de Pansey, op. cit., p.30.

(4) (c) Henrion de Pansey, op. cit., p.32.

(6) Ibid., p.33.

(7) アンリオン・ドゥ・パンセーは、これをポルタリス (Portalis) の言を引用しつつ説く (Ibid., p.31)。⁹ ポルタリスは次の様に語っていた。

「固有の意味でのいわゆる法律は、種々のレグルマンと区別される。種々の問題に関し基本原則を設定し、基本手続を確立するのがまさに法律である。執行細目、一時的措置ないしありうべき事態への予防措置、急迫かつ可変的事項、一言でいえば、「規範を」設定ないし制定する立法権の関与よりも、行政を行う官庁の監視をより多く求める、あらゆる事項がレグルマンの源である。レグルマンは行政官の行為である。法律は主権者の行為である。」

(8) Ibid., p.32.

(9) (c) (11) (12) Ibid., p.34.

(13) Ibid., p.35; この点では、アンリオン・ドゥ・パンセーも、ブロイユ公爵同様、授益的行政処分の場合、その拒否処分を争う訴の利益を認めないことに注意する必要がある。これについては、後述・むすびにかえて参照。

(14) (15) Ibid., p.35.

(16) (17) (18) Ibid., p.36.

(19) Ibid., p.57-58.

(20) 阿部泰隆『フランス行政訴訟論』九一頁。

(21) ただし、彼は、この越権訴訟により捉えられる行政の「法判断作用」の法的性格（行政行為論）についてまでは論及していない。これは、後述（第二章）するケノー（Quénault）によって与えられる。なお、アンリオン・ドゥ・パンセーは、この小冊の前の『司法権論』第二版）において、行政の行為（acte d'administration）を「知識と權威を必要とする行為」、すなわち「予先議決」（délibération préalable）と、これを受動的に強制力（ministères forcés）をもつて実現する行為、の二つに分け、前者については司法審査に服しないが、後者についてはこれに服する、としていた。前者が、行政の「法判断作用」を表象したものであることは明らかであるが、彼がこれを司法審査に服しない、とするのは、「同一対象事項について、予先議決権をもつ二つの独立官庁を想定することは不可能である」、という理由からであった。Henrion de Pansey, de l'autorité judiciaire, 2^e éd., 1818, p.453-454; こゝに、行政の「法判断作用」と「裁判判決」とを同じく「予先議決」として一つにみる彼の思想があった。この「予先議決」の語の理解によつては、アンリオン・ドゥ・パンセーが、行政行為と裁判判決の同一視のみならず、合議的決定である点で、立法行為とも同一視していた可能性（準立法説）が残るが、重要なことは、彼がこの小冊において、先の彼の見解を変更し、そのいう「予先議決」事項については、「行政裁判所」による裁判的統制を明言したことである。

(22) 復古王政末期における越権訴訟の行政判例の登場については、阿部・前掲書二一、三三頁参照。

(23) Henrion de Pansey, Un mot sur le contentieux du Conseil d'État, 1830, p.43.

(24) 註(18)。行政判決の取消効、特にその対世的効力をもつて「行政的な」ものあるいは端的に「階層的」なものの（Cormenin, de La responsabilité des agens du gouvernement, et des garanties des citoyens, 1819, p.58）と表象するのは、フランス行政法学の伝統であり、越権訴訟を階層的統制訴訟と解する根拠の「一つ」である。すなわち、Jacquelin, Les principes dominants du contentieux administratif, 1899, p.254; Lacharrière, Le contrôle hiérarchique de l'administration dans la forme juridictionnelle, 1937, p.103; これに対し、右の表象をめぐり入れたうえで、なお、越権訴訟を「主観的権利」保護のための真正の行政訴訟とする議論とつづいて、Arthur, La séparation des pouvoirs et la séparation des fonctions, Revue du Droit public, 1905 9^{me} articles, pp.416, 431-432, 445, 452, 454 et 494; 又つづいて、アンリオン・ドゥ・パンセーが、訴訟II裁判行為概念を「主観的権利」保護と与ええる立場から（Henrion de Pansey, op. cit., p.60-61）これを審査する裁判機関の独立、第三者性を要求する場合にも（Ibid., p.65）それがなお「行政」裁判所であること、むしろそうであることを積極的に弁証させているものが、右の表象であることに注意する必要がある。しかし、右の表象は、ドイツおよびわが国における様な形成訴訟概念を知らな

い、フランス訴訟法学に独自の理論的制約から来るのであって、これをもって、取消訴訟を階層的統制訴訟となすことはできないのみならず、これを真正の訴訟とした場合でも、行政裁判所に委ねなければならない、とするものではない。同旨阿部・前掲書二四頁、二二九頁註(30)。

- (25) Henion de Pansey, op. cit., p. 61.
- (26) Ibid., p. 62.
- (27) Ibid., p. 59.
- (28) Ibid., p. 47.
- (29) Ibid., p. 60, p. 51.
- (30) Ibid., p. 56.
- (31) Ibid., p. 51.
- (32) Le duc de Broglie, op. cit., p. 116-117.

第二章 七月王政期行政裁判制度論争

ブルボン派貴族の勢力失墜と金融貴族、大企業家層と資本家的大土地所有者の政治的覇権を確認した七月王政は、復古王政の場合と同様、憲章においてコンセーユ・デタに言及することがなかった。このため、復古王政下のコンセーユ・デタに関する一八二四年八月二六日のデクレおよび一八二八年一月五日のオルドナンスが、そのまま現行法として通用するものと解された。かくては、行政裁判機関としてのコンセーユ・デタが活動行政権と未分離な事情は変わるところがなかったことから、復古王政期来のコンセーユ・デタ行政裁判権に対する攻撃は熄むことはなかった。このため、ルイ・フィリップの政府は、一八三一年二月二日、三月一二日、九月九日のオルドナンスによって、コンセーユ・デタの訴訟委員会における口頭弁論の機会の保障、審理の公開制を導入し、これらに譲歩する姿勢をひとまず示しつつ、他方、行政国家論に立脚するコンセーユ・デタ再編法案を準備せしめることによって、支配の安定を図

ろうとした。かくて、論争はこの新たに制定されるべき法案の内容をめぐって再燃することになる。⁽¹⁾

さて、コンセーユ・データに関する政府法案は、復古王政期にコンセーユ・データに加えられた批判の一つ、コンセーユ・データの存立は一片のオールドナンスによるものであって、法律によるものではない、⁽³⁾とするものを封ずることを最大の眼目とし、その余は、復古王政下のコンセーユ・データの組織、権限、手続が到達したところを基本的に明文化しようとするものであった。このため、国王留保裁判規定、評定官の終身制の保障欠如は従来通りであったとして、新たに、行政の「法判断作用」に対する越権訴訟制度が、復古王政末期から七月王政の初期にかけて、判例上の承認を得ているものとして導入された点が重要であった。⁽⁴⁾すなわち、訴訟事項に関するコンセーユ・データの権限 (Attributions contentieuses) として、法案は次の様に規定する。

「コンセーユ・データは、行政官庁の諸決定 (les décisions des autorités administratives) に対する無権限あるいは越権の訴 (recours dirigés pour incompétence ou excès de pouvoir) を審理する。」(一八三三年五月二五日の政府法案第二章第二節九条三項)

これに対し、政府法案を攻撃する側は、コンセーユ・データ委任裁判権、評定官の終身制の身分保障という、復古王政来の要求の実現をかかげ、もとより越権訴訟制度の導入に異存はありうべくもなかった。問題は、この訴訟よりも、これを審理・裁判するコンセーユ・データの行政裁判機関としての客観的構成にあった。しかしながら、論争のかかる有様は、ブロリュ公爵の思想と相容れうるものではなかったことは明らかである。すなわち、彼は、すでに知った様に、行政の『準立法権能』の行使について、これが真の裁判所としての姿容を整えた行政裁判所によって統制されることをきらい、また、かりにそれが「階層的統制機関」でしかない時も、「行政裁判所の組織・手続的粉飾」は、議会に対する「大臣責任制」を曖昧にし、行政運営の果斷・迅速を失わせる、として批判していたからである。⁽⁵⁾かれが、

先に、コンセーユ・データを「階層的統制機関」としたのは、あくまで一種の「請願委員会」⁽⁶⁾として弁証したものであり、従前の制度に何らの手も加えるものではなかった。かくて、ブロイユ公爵の議論は、行政、行政裁判国家論が、行政の「法判断作用」の統制を「訴訟事項」とすることによって、それが制度的実質からは階層的統制訴訟に止まる場合であれ、あるいは逆に、真の行政訴訟となす場合であれ、一定の組織的・手続的保障（前掲法案第三章第二節）をもつてすることに共通の認識を抱くに到った段階においては、国民の手続的権利保護の見地から、大きく後退したものであったことは否めない⁽⁷⁾。のみならず、一八二五年の亡命貴族補償法の成立による旧貴族層の慰撫⁽⁸⁾、つづいて七月革命によるこの勢力の決定的後退は、国有財産売却訴訟を時代の争点とする意味を失わせたことから、司法国家論を意味あらしめた政治的・現実的基盤が存在しなくなっていたことである⁽⁹⁾。かくて、ブロイユ公爵の思想を祖述する七月王政下の司法国家論に、もはや現実規定的な革新的意義は見いだされず、かえってその退嬰的性格を明らかにする。われわれはこの事情を本章において明らかにしていこう。

- (1) これは、コルムナンをして手離しの評価を与えしめた措置であり、一時その余の行政裁判制度改革を不要と語らしめたものである。Questions du droit administratif, 1837, 3^e éd., p. 57 note 1; しかし、彼の後退はこの時にかぎり、七月王政への失望は彼を従来からの独立の行政裁判所制度改革論者とする。La légomanie, 1844, p. 74 et s.
- (2) 本稿は表題との関係で、主として、行政、行政裁判国家論間で争われた議会論議に立ち入れない。この詳しい註記は後日果たすとして、論議の経過と論点については、むしろあたり、Aucoc, Le Conseil d'État avant et depuis 1789, 1876, p. 116 et s.; Le Conseil d'État (1789-1974), 1974, p. 319 et s. 参照。
- (3) 代表的なものとして、コルムナンの批判がある。du Conseil d'État envisagé comme conseil et comme juridiction, 1818, p. 90.
- (4) コンセーユ・データにおける越権訴訟判例の導入に尽力したものがマカレルであることについては、P. Sandevioir, op. cit., p. 269.
- (5) Le duc de Broglie, op. cit., p. 118; 前掲第一章「の六の」。
- (6) これは、後述するケノー (Guénault) が、ブロイユ公爵のコンセーユ・データ観をいあてたものである。Guénault, op. cit., p. 16.
- (7) 七月王政に入ると、ブロイユ公爵は文部大臣になり、この資格で彼はまた、コンセーユ・データ議長に就任した。そして、この彼の下に、政

府の依頼をうけ、コンセーユ・デタ改革委員会が組織され、これが政府法案の準備・起草にあたったが、法案は政府の容れるところとはならず、したがって、議会に提出、論議されるまでには到らなかった。Le Conseil d'État (1799-1974), p.311-317; 七月王政下のプロイユ公爵の思想を検討するために、特に彼の準備した法案が何故政府の容れるところとならなかったか、を知るためには、この法案の分析が是非とも必要である。そして、これは、プロイユ公爵の手から、オーコックの手を経て、一八七二年以降、コンセーユ・デタ文書部 (Archives du Conseil d'État) に納められた、とされる (Aucoc, op. cit., p.113 note 1; Le Conseil d'État (1799-1974), p.317 note 1)。しかしながら、私がコンセーユ・デタにおいて、司書部長ラバン (Raban) 女史の協力をえて探した結果は、これをみいだすことはできなかった。同女史によれば、オーコックの右の言にもかかわらず、実際にはコンセーユ・デタに入らなかったのではないか、という。あるいはパリュミューンのさなかのコンセーユ・デタ火災 (一八七一年) 後のどさくさに紛失した可能性もあり、現在、見失われたままである。Le Conseil d'État (1799-1974) の右部分の執筆者シャバン (Chabin) 氏に私信で問い合わせたが、本人も現物をみていない、ということであった。しかしながら、右の法案が発表された後、プロイユ公爵批判を目指した二人の論者が、共に、法案の代表者であるプロイユ公爵の思想をその論説に遡って論じていることからするならば、法案は、彼の年来の思想を実現したものと推測され、政府がこれを嘉納しなかった理由も、すでに先の論説に含まれていると考えられる。この様に考えるならば、プロイユ案の挫折は、非権力行政領域の裁判的統制を司法裁判所に委ねようとしたその開明性と、他方、行政の「法判断作用」領域の統制について政府がすでに所期していたところよりも数歩後退したその限界性にあった、と推測される。

(8) しかし、この法律の結果は、ウルトラ右派の企図に反し、その基盤たる中小貴族層はほとんど土地回復に成功しえず、逆に国有財産取得者を刺戟してかえって革命後の土地所有を固めることになったとされる。中木康夫『フランス政治史 上』五二頁。

(9) 国有財産売却訴訟の裁判権・帰属の問題が、復古王政の末期以降、重要性を失ったことを証言するパンフレットは数多い。たとえば、Henri de Pansey, *Un mot sur le contentieux du Conseil d'État*, p.54; Routhier, op. cit., p.109; Fiches, op. cit., p.30; Bayoux, *Conseil d'État, conseil royal*, 1838, p.65; Colombel, op. cit., p.236; Pistoye, op. cit., p.74. かくい、この様な時、復古王政下の司法国家論者は二者いずれかの道をとることを迫られる。すなわち、復古王政下の司法国家論者は、プロイユ公爵を除けば、その議論をすべて非権力行政領域の裁判的統制の問題として組み立てたものであった。行政の「法判断作用」領域の統制の問題は、彼らの念頭にのぼることはなかった。そして、この法領域についてまで、司法審査を拡大しようとする構想は皆無であったことから、彼らの帰趨は、自ずから二つのうちいずれかになければならなかった。すなわち、この法領域について裁判的統制を望む場合には、行政裁判国家論に左袒するか、しからざる場合には、プロイユ公爵の思想に追隨するか (バブーは、七月王政下の著作において、従来の司法国家論を繰り返したに止まったが、プロイユ公爵の所説への好意的言及からは、この例であると考えられる。Bayoux, *Le Conseil d'État, conseil royal*, 1838, p.8-14) であった。復古王政期に議

会論議の多数を制した司法国家論が、七月王政下の議会にみられなくなったのは、右のうち前者に吸収されたことを推測させるものである。行政、司法いずれであれ、独立の裁判所制度を望む彼らの思想（特に、Duvergier de Hauranne）が、この移行を容易にしたと考えられる。

「ケノー（Quénault）のブロリュ公爵批判」

先にわれわれは、アンリオン・ドゥ・パンセーによるブロリュ公爵の準立法論批判をみたわけであるが、しかしそこには、アンリオン・ドゥ・パンセー自身による行政行為の法的性格論は、これを聞くことができなかった。行政裁判国家論から、この点の欠落を埋める意義をもつものとして発表されたものが、ケノー（破毀裁判所弁護士）の「行政裁判権論」（de La juridiction administrative）〔一八三〇年〕であった。⁽¹⁾

ケノーの議論は、ブロリュ公爵のいう準立法権能行使の局面でも、また、彼が司法裁判所に委ねるべく提言した行政領域の紛争についても、同じく行政訴訟が成立する、となすものであったが、このうちみるべきものはこの前者の局面でのケノーの議論である。⁽²⁾

一 ケノーは、行政官庁の諸決定（les décisions rendues par l'autorité administrative）、特に、租税賦課処分、水利規制処分、鉱物採掘許可、危険・不衛生施設の設置許可処分等が、ブロリュ公爵によって、「真の立法者の代りに、立法者の立場において、行政庁によりなされた立法諸措置（des dispositions législatives）」と解されたことを問題とする。また、ブロリュ公爵が、行政諸決定の、外ならぬ法律それ自身としての性格と高みから、これに対する訴を利益事項に係る階層的・裁量的救済事項として、端的に行政訴訟の成立を否定したのに対し、ケノーはこれを批判する。⁽⁴⁾ 彼はこれをまず、二つの論拠から行う。

一つは、彼の極めて透徹した Acte réglementaire と Acte individuel の区別論からである。

「行政訴訟を生ぜしめる諸決定 (les décisions qui donnent naissance au contentieux administratif) が法律としての性格をもつ、ということは真実であろうか。われわれはこの性格が、法律の規定と共通する一般的行政立法規定の、まさにその一般的性格から、これに付与されていることにそれほどおどろきはしない。しかしながら、レグルマンは、唯一の主権的行為である法律に従属する行政官の行為にすぎないことを、ポルタリスと共に認める必要がある。そして、このことから、レグルマンのまさにその一般的規定といえども、法律に反する場合には、市民を拘束するものではないし、裁判官にとつても不可侵なものでありえないことを知る必要がある。そうとすれば、この主権的不可侵の性格は、それ自身が法律、および当該事項に係る一般的レグルマンに従属する、個別的諸決定 (des décisions particulières) には認められないことになる。」

ただ、一般的レグルマンの場合、その諸規定は、個別的適用の場面をもたないので、人がその適法性を争うるのは、単にその個別の適用に際してのみ、これを審査すべく任務を与えられた裁判所においてである。その形式はいかなるものであれ、オールドナンスのそれであれ、命令のそれであれ、個別的レグルマンの場合はこれと異なる。それらは、それ自身で何らの媒介を必要とすることなしに、個別的事項に適用されることによって、直接、私権を侵害するからであり、その結果、これら諸権利の名で提起された訴訟的異議申立ての直接の対象となる。⁽⁵⁾」

第二に、ケノーは、行政庁の諸決定は法律そのものと同一視しえないこと、したがって、その効果を主張しえないことを説く。

「それは立法権力がそうである様な主権的権力ではありえない。立法権力はあらゆる制約から自由であり、旧来のものを一掃し、自己の好む様に事柄を規定し直すことで、自ら廃止しうる、法律そのものからも自由である。訴訟的方法によって攻撃されうる行政庁の諸決定は、この様な「性格をもつ」法律に基づくものである。それは、その行使

において、法律と、行政権がその任務とする一般的行政規律、の支配下に従属する権力に止まる。したがって、法律に覇束されたこの権力が、図らずも、私人を犠牲にして法律から逸脱した場合、これへの帰服が求められるのは当然であり、必要なことである。⁽⁶⁾

二 右に、ブロリュ公爵の議論が根拠のないものであるとされたとして、それでは、ケノーは、この後者のいう準立法権能行使の局面においても行政訴訟が成立しうる根拠を積極的によどの様に説くのであろうか。これが彼の行政行為の法的性格に関わる論点となる。すなわち、彼は、租税賦課処分、水利規制処分等の「行政庁の諸決定の性質はいかなるものであるか」問うていう。

「これらの個別的諸決定は、明らかに、その性質上、裁判行為、(actes de juridiction)である。なぜなら、それらは法律の適用によって個別諸利益を規制する (régler des intérêts particuliers par l'application des lois) ことを目的とするからである。しかし、それらは同じく、行政権に由来する諸行為にのみ認められる性格をもつ。なぜなら、それらは一方的に、求めに応ずることなしに、あるいは反対当事者なしに、一方の側のみの請求に基づいて下されるからである。これらの諸決定は、それゆえ、行政行為の性格と裁判行為のそれとを同時にあわせもつ混合行為である。

これらの諸決定は、事物の性質上、多かれ少なかれ法律の不備を補完する。立法者は基本諸原則を設定した後、この基本諸原則から種々の結論を演繹すること、種々の偶発的諸事情、周囲の諸状況、地方的特殊性を考慮してその適用にあたることを、多かれ少なかれ、その任にあたる行政官庁に委ねる。法律の規定ないし特別な判例によって確立された諸原則の、多かれ少なかれ直接的なこれらの適用が、裁判行為を構成することはなお明らかである。⁽⁷⁾

ケノーは、行政行為を「法律の適用による諸利益の規制」とすることによって、この時期の裁判行為の実質的定義を行政行為自身のものである⁽⁸⁾。また、彼は行政行為の具体法創造機能を、ブロリュ公爵が行政立法のアナロジーでと

らえたのに対し、裁判判決のそれによって理解する。彼の行政訴訟論は、この彼の、行政行為¹¹裁判行為論を媒介とすることによって成立する。すなわち、

「行政権は、彼が個別諸決定によって、租税賦課処分をしたり、市民間の水利の共同利用を規律する時、あるいは個々の事案について、右と似た様な法律の適用を行う場合、立法作用 (fonction législatives) を行っているのではなく、むしろ法判断作用 (fonctions juridiques) を果たしているのである。たしかに、そこには未だ訴訟 (contentieux) が存在しないし、行政権に属するもの以外のものはみいだされない。しかし、行政権が職権でなす決定が、私人の権利を侵害する場合、この権利を侵害した決定に対し、私人の提起した訴に基づいて真の訴訟的裁判行為 (véritables actes de juridiction contentieuse) が生ずる⁽⁹⁾。」

ここには、行政行為を裁判判決のアナロジーでとらえることによって、行政訴訟による覆審可能性を用意する論理が与えられている。ブロリュウ公爵が、行政行為を法律それ自身とみる立場から、その救済を行政官庁への訴願と議会への請願事項へと導いたのに対し、ケノーはこれを見事に裁判的救済へと転轍することに成功している。また、ケノーが、この場合の行政訴訟判決が、行政判例の習熟を求められることから、これを司法裁判所に委ねえない、とする別の文脈^{コンテクスト}の中で次の様にいう時、そこには、右の引用の後段部分と共に、すでに素朴ながら予先決定の理論とこれによる訴訟の結合の理論が表明されていなかったであろうか。

「これらの諸原則を含む法律が曖昧で不完全であればあるほど、その適用は、少なくとも一時的に、まずもって、決定によってこれをなす、行政庁に委ねられる。そしてそれだけ、これら諸決定に対し提起された訴を受理し、裁判する裁判所は、行政庁が法律の不備を補完するために依拠した特別な判例に通曉していなければならぬ⁽¹⁰⁾。」

行政訴訟の成立を論ずるケノーの根拠のその二は、アンリオン・ドゥ・パンセーの場合と同じ権利保護の必要性に

あるが、彼の場合、後者よりも、この公権力行使の取消訴訟の局面で問題とされる権利概念の内容が一步鮮明にされ、端的に行政行為の適法性を求める市民の権利、として構成されるに到っている。そして、この場合の訴訟審理にあたる裁判機関が独立、第三者的に構成されていなければならない、とされるのは、この様に理解された権利概念からである。ただ、それが司法裁判所に委ねえないのは、この権利に係る紛争解決に行政実務知識が求められるからである。

「行政庁がその正当な権限行使として、いくつかの事項について職権で決定を下す場合がみられる。この場合、これら諸決定に対し提起された訴は、真に訴訟的なものではないし、法的なものでもない、と論ぜられてきた。

しかし、行政官庁がかかる形式で働きかける事項は、行政官庁がまさにその適用にあたる法律に羈束されたものであること、私益の規制に関する法律の、その正確な適用は、利害関係ある個人にとって、彼らが法的に権利主張し、厳格な権利を構成すること、に充分な注意が払われていない。以上のことは明らかであるので、かりに製造所

(usine) の設置、水利事項に関し、フランスで優勢を占める、行政権力の介入を動機づける・予防システム (le système préventif qui prévaut en France et qui motive l'intervention de l'autorité administrative) が採用されていなかったならば、

製造所主、隣地の土地所有者、沿川土地所有者の相対立する利益間の紛争は、「権利事項であることから、外に適当な裁判機関がない場合として」やむなくこれを受理する司法裁判所に提起されることになる。しかしながら、司法裁判所は、当該事項について特別な知識をもたないので、これら諸利益を、おそらくは拙劣にしか評価しえないであろう。したがって、これらすべての事項は、訴訟的なものであると同時に行政的なものである。その結果、これらの事項は、その独立性と公正を確保するために必要な保障を与えられた、法律上の根拠に基づく……行政裁判所制度 (l'institution de tribunaux administratifs) を必要とする。⁽¹²⁾

ケノーは、この場合の行政裁判所が、コルムナン、マカレルの構想するそれ (plans proposés par MM. de Cormenin et

Macarel) であることを明言する。⁽¹³⁾

- (1) ケノーには、外に、*Traité des assurances terrestres*, 1828 という著書がある。この著書は、復古王政議会における有力な司法国家論者、デュパン・エネ (Dupin aîné) に捧げられている。復古王政下の司法、行政裁判両国家論者の親密な関係を示す一例である。
- (2) 非権力行政事項についても、ケノーは、それが公役務 (*Service public*) 活動の一環をなすものであることを理由に、紛争処理の敏速と行政実務知識への通曉を求め、行政裁判権を主張する。Quénault, *de La juridiction administrative*, 1830, pp.40 et s., p. 45.
- (3) 租税賦課処分、危険・不衛生施設の設置許可処分を争う訴訟は、完全裁判訴訟であるが、行政行為の違法性を問題とした上で現状回復の満足を与える。水利規制処分、鉱物採掘許可を争う訴訟は、特別警察 (*police spéciale*) 事項に係る越権訴訟である。
- (4) ケノーはいう。「この(プロイユ公爵の構想する) システムが実施された場合の帰結は……私人の諸利益と諸権利を、立法者のそれに等しい、全能の権力を付与された行政権の専擅に委ねることである。」(Ibid., p.3) また、行政訴訟事件の救済を議会に求めることは、後者の能力的・時間的制約から幻想に止まること (Ibid., p.12)、大臣責任制は、政府の政治的・行政施策の問題処理の場面で問われるものであること、を指摘する (Ibid., p.17)。そして、その上で、公権力行使の取消は、これを裁判機関に求めるべきことを主張する。「行政官庁がこの[法の羈束する]範囲を越え、私人の諸権利を侵害しうる様な決定を行った場合、諸権利にもたらされる満足は、諸権利にとって、これらを侵害した決定の取消 (*la révocation de la décision*) からのみ得られる。この様な救済、それは、決定の変更であり、これを得るため訴を提起すべきは議会の面前や大臣責任制の手段によってではない。訴を受理し、必要とされる新たな決定をなす、権限ある裁判所の前においてである。」(Ibid., p.17)
- (5) Ibid., p.14-15; なお、引用中のポルタリスの言については、第一章[註(7)参照。
- (6) Ibid., p.16.
- (7) Ibid., p.18-19.
- (8) なお、ケノーによれば、ここでの「諸利益とは、一定の範囲で法律によって保障されたものであり、仮にそれらが行政決定によって侵害された場合、これら諸利益に、その侵害の是正を目的とする訴権が必然的にもたらされる、権利を構成するものである。」(Ibid., p.18) ならぬこの時期、裁判行為が、法律の適用による権利の確定、保護と解されていたことについては、P.Lampu, *La notion d'acte juridictionnel* (Revue du droit public, 1946, p.14 et s.; J. Chevallier, op. cit., p. 132 et s.).
- (9) Ibid., p.20,
- (10) Ibid., p.34-35.
- (11) これが、行政行為とこの行為形式の存在意義を同時に語っているものであることに注意する必要がある。

(12) Ibid., p.46-47.

(13) Ibid., p. 49.

〔I〕 フィッシュ (Fiches) の司法国家論

一八三〇年は、復古王政末期に高まった行政裁判制度改革論の継続として、また、七月革命後の、来るべき行政裁判制度改革への提言として、これまでにみたアンリオン・ドウ・パンサー、ケノーのもの以外に、幾つかのパンフレットが公表されたが、ここに司法国家論者からのものとして、フィッシュ(経歴未詳)の「コンセーユ・デタと行政訴訟について」(du Conseil d'État et du contentieux)〔一八三〇年〕があった。⁽¹⁾

一 このフィッシュの議論は、すでに早く、「權威行為と管理行為」論を展開したものととして注目⁽²⁾に値するが、これは、先にみたプロリュ公爵の「執行權力」の区分論を発展させたものであった。彼の *contentieux administratif* 論と司法国家論が、この区分のコロラリーとして示される点も、プロリュ公爵の場合と同一であった。すなわち、彼は、プロリュ公爵が先に、『準立法』、『行政作用』と表象していたものを、『行政行為』(*acte administratif*)と『管理行為』(*acte de gestion*)の区別として論じ、そのそれぞれに対応する、統制あるいは裁判権限の所在を説こうとする。⁽³⁾

「行政行為とは何か。それは何から構成され、その性質、その対象は何か、説明を必要とするのはまさにこれである。われわれはこの名称の下に、村長から国王に到るすべての公務員の諸行為、すなわち、コミューヌの長、郡長、知事の命令 (*arrêts*)、大臣の決定 (*décisions*)、国王のオルドナンス (*ordonnances royales*) を観念する。これらすべてが紛争の原因「たる行為」となる。⁽³⁾」

「行政行為の性質は、その対象とされる諸利益同様、動的かつ可變的なものである。あらゆる人の幸福、安寧のため互いに組み合された公益と私益、それが行政の領域であり公務員の任務「の対象」である。

司法権の作用も同様の目的を目指す、より一貫した、より確定的な異なる方法、すなわち、諸法、正義、の永遠の諸原則によってこれをなす。行政 (administrer) とは、それゆえ、利益を規律することであり、これらを保護することであり、共通の、および個人的福祉のため、これらを維持することである。しかし、これは管理する (gérer) ということではない。管理 (gestion) とは、限定的なことであり、事物に制約されたものである。それは同一形式の下に、しばしば同一人によって繰り返される、私的かつ単純な諸行為をなすことにある。それは行政行為の範疇に入れることはできない。行政と管理とは相異なる理念を持ち、全く異なる一連の事物を対象とする。これらそれぞれから導かれる諸行為は、したがって、互いに同一視しえない。一言でいえば、管理「事項」には、contentieux administratif はありえない。到達すべき結論がこれである。極めて重要性をもつこの区別なしに、行政判例に関する正しい觀念を持つことも、諸原理を確定することもできない。それゆえ、是非とも contentieux administratif をその本来の語義に返し、つぎの事柄、すなわち、管理行為は行政の行為 (un acte d'administration) ではありえないし、その逆もまた真実である、ということから出発しなければならない。⁽⁴⁾

さらに、

「行政は、主に、その支配を、農業、商工業の上におよび、(L'administration exerce principalement son empire sur l'industrie agricole, manufacturière et commerciale)。諸利益 (les intérêts) が問題となるのはそこである。すなわち、水道・灌漑用運河の建設、植栽、干拓、水車場の設置、工場、作業場ないし仕事場の建設、道路の開鑿、河川の開通、鉱山・採石場の開発等々の許可 (autorisation) ないし認可 (permission) がそれである。多くの点で産業 (Industrie) に関係する公

道管理 (voirie) もまた、行政にその援助を求める。建築線の線引、建築・改築・植樹等々の許可である。これらすべての場合について、行政行為は紛争の原因となりうる。なぜなら、それらは専ら、諸利益「の規律」を対象とするものであるからである。一方を規律するならば、行政行為は他方の利益を害することになるし、まさに既得権さえ侵害することになる。その時、利害関係者たる第三者の側から異議が申し立てられ、そこに「階層的統制」訴訟事件 (affaires contentieuses) が生ずる。行政はなすべく欲したところのものを宣言し、その諸行為を説明し、これらを取り消、変更しあるいは確認する。但し、申立人は、「行政行為の授益者たる市民に対し損害賠償請求の」理由ありと信ずるならば、すなわち、その諸権利 (les droits) が攻撃された、と考えるならば、「司法」裁判所に出訴することを妨げない。なぜなら、第三者の権利は常に保護されるのが原則であるからである。……

管理行為は同様の性格をもたない。それは、国有財産の賃貸借、売却、払い下げ、交換であり、納品、公土木契約であり、行政官吏が私人に対し惹起した損害の賠償請求である。これらすべての場合について行政的要素は何もない。そこでは確かに利益が規律されることがありうるが、それは契約によって任意になされるものである。ところが、行政行為の場合には、それは公益の名において、権威 (autorité) によって行われるのである。

管理行為においては私益と対立するのは私益である。そこには契約者間に完全な平等がある。かりに紛争が起きたとしたならば、(契約者間の) 平等を損なわないために第三者が裁判官となる必要がある。さもないければ、すなわち、当事者の一方が自己の事件の裁判官となるところでは権利の保障は存在しない。人が司法判決がある、⁽⁵⁾ といっているのはまさにここにおいてである。なぜなら、契約、協約を解釈すること、それは裁判することであり、法を語ることであるからである。固有の意味でいわれる contentieux administratif においては、行政官は裁判官でも当事者でもない。彼は単に、公益と対立する私益の規制者、調整者である。彼は裁判官ではない。なぜなら、彼は法の権威によってで

はなく、彼がその固有の諸行為に与えたところの權威によって宣告するからである。何人が彼以上によくこれを説明しようであらうか。⁽⁶⁾

二 右の行政行為と管理行為の区分とその法的性格の解明から、フィッシュがまずもって主張したのは、このうちの後者について、それが権利あるいは私益に係るものであることを理由に、その審理・裁判権を司法裁判所に委ねることであった。⁽⁷⁾ 行政行為は、公益に係るものとして、*contentieux administratif* の対象とされる。⁽⁸⁾ この場合、『行政行為』が、行政立法を含む包括的な概念として表象されている点は、ブロリュ公爵とはまた逆の意味で、*Acte réglementaire* と *Acte individuel* の区別をおろそかにするものであった。⁽⁹⁾ 両者の区別は、行政の法判断作用に対する統制を階層的統制訴訟とみる立場からは出て来うべきもない。そこには、これを真の行政訴訟となすことによって求められる、裁判作用の理論的検討、特に、裁判作用の限界としてみた場合の行政行為の「処分性」を論ずる必要が存在しないからである。

他方、フィッシュが、行政行為権能を行政権に内在的作用と解していることは、アンリオン・ドゥ・パンセー等の理解と一致し、これを、行政権にとって本来的に外在的なものと捉えるブロリュ公爵の場合と異なる。しかし、ブロリュ公爵が、これを『準立法』と解したことは、行政行為の予先的執行力を議会制定法の權威と効力に求めることを含意していたのに対し、フィッシュの場合には、この権能を行政内在的に把握しつつも、その法的通用力を議会制定法に根拠づけていない点が重要である。彼はこれを端的に行政権の首長としての国王の權威に求める。⁽¹⁰⁾ そして、この両者の違いは、行政の法判断作用領域の統制を同じく階層的統制訴訟事項とする場合であっても、これを審査する機関、権限の所在の差異として現われる。すなわち、フィッシュは、*contentieux administratif* を審査する機関として、第一審をコンセーユ・デタ各委員会の大臣に、終審として訴訟委員会における国王自身に予定する。

「訴訟委員会は国王の諮問機関である。それは、他の諸委員会が大臣に陪従するのに対し、国王に陪従するものである。しかし、国王と大臣間に存在すると同様の差異によって、訴訟委員会は終審としてのすべての *contentieux administratif* を審理する、一種の最高法院である。他方、大臣の委員会は、一種の第一審裁判所にすぎない。⁽¹¹⁾」
あるいは、

「法律がすでにある場合に、国王と大臣がコンセーユ・デタの手をかりてその執行にあたる。

大臣の権限は、①彼らの個人的責任の下に、規律的あるいは一般的利益に関わるオルドナンスを準備し、②その各々の部局において提起されたすべての訴訟を解決する。国王権力は、彼の大臣の諸行為を裁可し、同時に、オルドナンスの執行が惹起した紛争について、裁判する。国王は政府のすべての行為に参与するが、その真の権力は、彼があらゆる *contentieux administratif* について下す判決の中にある。⁽¹²⁾」

先にみたブロリュエ公爵の場合には、*contentieux administratif* の代議制的理解の純化が、コンセーユ・デタに係属する事件の、形式的・手続的保障を拒否せしめていたのに対し、フィッシュにあっては、この機関の存在の弁証とそこでの形式的・手続的保障は、⁽¹³⁾ 代議制理念を裏切ることによって成立していることに注意する必要がある。しかしながら、フィッシュのこの局面での行政裁判制度論が、行政国家論者のそれである、とすることもまたできない。後者の場合、国王留保裁判権は、大臣の補弼をえて行われる執行権一般の作用に解消され、その様なものとして大臣責任制に服することを、むしろ積極的に肯定しているからである。⁽¹⁴⁾ これに対し、フィッシュの議論は、訴訟委員会での国王親裁を構想する点において、封建制初期のそれを思わせる古怪なものであり、現実には統領政府・帝政期コンセーユ・デタにおけるナポレオンの異能を再び期待するものであった。行政国家論からさえも彼の理念的後退は明らかであった。⁽¹⁵⁾ 行政の管理行為に係る訴訟について、一切の留保なくこれを司法裁判所に委ねようとする、彼の折角の提言も、ここ

では相殺される。

- (1) 経歴未詳であり、Bibliothèque nationale の目録では、この小冊以外に著書がない。
 - (2) 「権威行為と管理行為」の理論については、神谷昭『フランス行政法の研究』一〇一頁以下参照。フィッシュはこの理論の創唱者である。
 - (3) Fiches, op. cit., p. 22.
 - (4) Ibid., p. 24.
 - (5) これは原文では *jugement administratif* とあるが、*jugement judiciaire* の誤記であることは行論から明らかである。念のため、彼が管理行為を司法裁判所に委ねるべく提言していることを、その結論として述べているところにおいて確認しよう。
「結局、コンセーユ・デタは、その組織に関し必要な修正を経た上で維持されなければならない。contentieux administratif に関しては、行政的なものであることの、その固有の表現に立ち戻らなければならない。単に、国家の名において行われるすべての管理行為のみならず、さらに国家に属する所有権および諸権利を対象とする・あらゆる占有回復ないし対物訴訟、損害賠償請求訴訟、その性質がいかなるものであれ、あらゆる種類の「行政罰に対する」違法の抗弁訴訟、行政名義ないし行政立法 (*acte réglementaire*) に由来するあらゆる紛争、を含む・民事訴訟 (*le contentieux judiciaire*) と混同されるべきではない。コンセーユ・デタおよび県参事会に裁判権を付与した帝政下の法律ないしデクレは、諸原則に反するものとして取消されなければならない。司法権にその侵害された失地部分を回復させてやらなければならない。これが改革のすべてである。」(Ibid., p. 39-40)
- なお、右に、行政名義ないし行政立法に由来する紛争とは、行政立法そのものの違法を争う訴訟の謂ではない。これが *contentieux administratif* 事項であることは本文の引用例から明らかであろう。ここで問題とされているのは、オルドナンス等により設定された私人の行政上の権原の範囲、したがって当該オルドナンス等の適用、解釈をめぐる紛争である。フィッシュは、これを法律による権利の設定に際しての、当該法律の解釈問題と同一視する立場から、司法裁判所の管轄事項とする (Ibid., p. 38-39)。また、コンセーユ・デタ等に裁判権を委ねた帝政期の法律ないしデクレは、復古王政期、七月王政期の憲章、法律においてこれを明示的に廃止した規定が存在しないことを理由に、現行法として通用しているもの、と解されているものである。
- (6) Ibid., p. 24-26.
 - (7) Ibid., p. 29 et s..
 - (8) フィッシュは行政行為に係る訴訟を、階層的統制的なものとする立場から、これを真の行政訴訟として独立の行政裁判所に委ねようとする、行政裁判国家論に反対する。すなわち、彼は、この思想が、行政の利害と国民の権利を保護・調整する方策として、まさに行政国家論と司法国家論の中道をいくものであることを指摘する。しかしこれは、行政権と司法権の分立原則に反するのみか、行政運営の阻害をもたらすもの

である、とする。「中道の思想は両極端の不都合〔権利保護ないし行政の利害いずれかへの偏重〕を解消しない。反対にこれは、それ自身、両理論に瑕疵として内在するあらゆるものの胚種を宿す。県参事会および訴訟委員会に代わる二審制の行政裁判所は、独立の、恐ろしい機関となる。それらは、司法権と行政権のお互いの領域を不断に侵すことによって、両権の災禍となる。いかにしたならば、免職されることのない終身制の評定官に抗しえようか。その上に、いかなる権威もおがず、国王の政府の行政運営を阻害し、大臣らを悩まし、彼らの諸行為を悪意をもって破壊することによって、それらの取消を余儀なくさせ、最後には、行政権と司法権に混乱をもたらす、最高〔行政〕裁判所に対していかなる防護方法があろうか。」(Ibid., p.17) これが先にみたブロニユ公爵の、独立の行政裁判所案に対する批判の再現であることは明らかであろう。前掲第一章〔六〕の六の(一)参照。

(9) フィッシュには、Acte réglementaire の語があるが、これは個別的行為としての Acte administratif に対照されているとは思われない。彼の Acte administratif 自体が行政立法を含むと同様、Acte réglementaire もまた個別行政処分を排除していない。私人の行政上の権限 (titre administratifs) の設定がこの後者によりなされる場合を想定しているからである。前掲註(5)参照。Ibid., p.37-38.

(10) ケノーの場合には、判決の効力に求められていることになろう。ただし彼の場合、かかる効力を持つ行政行為は、法律の根拠あることが前提とされていることに注意する必要がある。

(11) Ibid., p.10; 同じく、「国王のみが国家元首、王国の一般行政の首長たる資格においてあらゆる contentieux administratif に関し終審として決定を下す。」(Ibid., p.13)

(12) Ibid., p.14.

(13) フィッシュのコンセーユ・デタ改革論として注目されるべきは、コンセーユ・デタ総会の否定と訴訟委員会の独立である。なお、同じく国王留保裁判権を前提としつつ、右の構想によって、活動行政権と行政裁判権の未分離の批判を回避しようとしたものとして、復古王政期に、Hochet, du Conseil d'État, p.13. があった。

(14) 七月王政期の政府、与党がこの立場をとることについては、Cormenin, La légomanie, p.76-77.

(15) ただし、行政国家論者の中で、越権訴訟について国王親裁を提言するものとして、ピストワヨ (Pistoye) [パリ国王法院旧弁護士] の『コンセーユ・デタ論、その組織、権力、諸権限』(du Conseil d'État, son organisation, du son autorité, de ses attributions) [一八四五年] があった。

この彼の行政裁判制度論は、行政国家論の立場に立ちつつ「行政を裁判すること、それもまた行政である。」Ibid., pp.51 et 55、行政裁判国家論の提言をも容れうるものとして構想された点に注目すべきものがあった。すなわち、彼は、市民の権利保護の見地から、裁判機関としてのコンセーユ・デタ訴訟委員会に委任裁判権 (une juridiction propre) を承認すべきことを提案する。しかしながら、他方、彼は公益保

護の見地から、コンセーユ・デタの判決後三ないし六カ月内に、内閣に、この判決が「公けの事物と市民の生活」(la chose publique et la vie des citoyens)を損なわないかどうかの審査権を与え、しかるべき場合にその取消権をも認める (Ibid., pp. 47, 51 et 52; 同く Ibid., p. 43)。ただし、判決を取消す場合には、事後議会に報告の義務を負い、大臣責任を引き受ける、というものである (Ibid., p. 56)

これが、コンセーユ・デタに委任裁判権を認めるとはいえ、その実質は、従来隠微な形式で行使される危険性のあった、国王留保裁判権の公開の意味をもつ (Ibid., p. 50 et 54) ことは明らかであろう。しかし、その様な限定的な意義に止まるものであれ、コンセーユ・デタ訴訟委員会に委任裁判権を認めるとする提言は、越権訴訟に対する体制の利害をあぶりだす結果となったことである。すなわち、彼は、コンセーユ・デタ訴訟委員会に委任裁判権を認める結果、半行政的・半訴訟的性格の事件については、これを行政裁判機関に委ねえない、として、諮問機関としてのコンセーユ・デタの議を経た国王裁定事項とする (Ibid., pp. 58 et 75)。越権訴訟はまさにこれに該当することになる。

「一七九〇年一〇月七—四日法に基づき提起された訴訟については、行政訴訟裁判権は、自己と純粹行政権の間だけで権限を画定しようとしても、満足は得られない。行政裁判権と活動行政権の長である、執行権全権を握る国王にまで遡上することが望ましい様に思われる。実際一七九〇年法が、行政権による権限原則違反ないし行政権の越権を抑止する任務を付与したのは、まさに、フランス行政の最高の首長である国王である。

「さらに」それほど強くはないが、しかし「行政権と司法権間の」権限争議の場合を理由づけた、それと同様の根拠から、われわれは、一七九〇年一〇月七—四日法の規定に基づく訴訟を、それらが現在、純粹な行政訴訟事件として取り扱われているとはいえず、半行政、半訴訟的な、ないしは準訴訟的事件とみなす。」(Ibid., p. 60-61)

かくて、ピストワイエによれば、越権訴訟は、国王自らが裁定権を握る。その結果、越権訴訟は、行政裁判所としてのコンセーユ・デタ訴訟委員会に係属する事件に関し、大臣がこれを取消す場合には、その政治的責任をかけるをえない、とされるものからはずされることになる。ピストワイエの議論は、大臣責任制をもって弁証された従来からの国王留保裁判権論に止まるかぎり、行政国家論の側からあえて論ずる必要のなかった越権訴訟の法的性格を、この立場からはしなくも表白する結果となったものである。

Ⅲ 「コロネル」(Colombel)の司法国家論

前掲フィッシュの司法国家論から一〇年を経、行政裁判制度改革に関する議会論議の進行のさなかにあって、コロネル(ナント控訴裁判所長)は、司法国家論からするその著書『行政裁判権論』(de La juridiction administrative)「一八四〇年」を公刊した。彼の議論は、前二者の司法国家論同様、現在 *contentieux administratif* とされているもので、コ

ンセーユ・デタに委ねられている事件の再検討から、その過半を司法裁判所に移管すべきことを説くものであるが、⁽¹⁾このために彼は、*contentieux administratif* としてあるべきものの内容と行政裁判の本質を論ずる。以下その議論を追ってみよう。

一 コロンベルは、まず、コンセーユ・デタ行政裁判権の法的根拠としての国王留保裁判権を否定する。従来、行政国家論者は、この後者を根拠づけるため憲章四八条の“*Toute justice émane du roi*”の規定を援用し、裁判権は国王に専属するもの、と解してきた。ただ、このうちの通常裁判権のみ司法権に委ねられ、行政裁判権は自己に留保されたもの、とした。これに対し、コロンベルは、国王留保裁判権思想は、国民主権原理に立脚する七月王政憲章の理解と対立するものであることを主張し、自らの解釈論的提言を明らかにする。すなわち、彼は、国王には執行権のみ専属すること（“*au Roi seul appartient la puissance exécutive*”）、裁判権は司法権に、そしてこれら両権は、立法権と共に主権の存する国民の委任に基づくものであることを説く。⁽²⁾また、憲章の字義解釈として、コロンベルは、「国王に由来する」(*émane du Roi*)と「国王に専属する」(*au Roi appartient*)の語の区別に着目し、真正の意味での権限の専属は後者の語を使用する場合に妥当し、「国王に由来する」という場合の「国王」とは、主権の存する国民の憲法上の人格的表現である、と解する。⁽³⁾これは議會制下のイギリス国民が国王の名に総体としての自己を顕す場合と同様、これを国民的統合と威信の象徴とするための表現形式である、とする。⁽⁴⁾さらに、コンセーユ・デタの法的存立根拠としての共和暦八年憲法は、その体制の崩壊と共に失効したこと、⁽⁵⁾現在、コンセーユ・デタは一片のオールドナンスに拠っていること、のみならず、この制度は憲章七〇条によって、七月王政下の憲章の精神に反するものとして廃止されるべきことを説く。⁽⁶⁾

しかしながら、それでは、コロンベルは一切の行政裁判権を認めない、とするものであろうか。右に引き続き彼は

次の様にいう。

「その（国王留保裁判は否定されるべきである、ということの）結果、いかなる裁判権も執行権に属すべきではないのか。明らかにこれは、われわれの語ったところの帰結ではない。われわれは、裁判権が行政権に由来する、というあまりに絶対的な、いわゆる公理とされているものを排斥した。しかし、われわれは、必要性の支配（l'empire de la nécessité）を否定しようとは思わなかった。

重要な社会的必要性の一つは、いうまでもなく執行権の組織である。一八三〇年の憲章は、それ以前のすべての憲章同様、この権力をして無気力な、不完全な生を生きるにまかせるためではなく、それが自らに社会の能動的なあらゆる力を結集しうる様に作った。執行権、それは実効的に行動しうる必要がある。それがこの権力の義務でもある。最高行政官の資格で、執行権の長が時として、かつ、ある一定の場合、立法者および裁判官のそれに属する権限を結集しえないならば、行政作用は、しばしばその目的を逸することになろうし、しばしば無に帰するであろうし、社会全体（Corps social）にとつて有害なものとなろう。ここに、権利はまさに義務自身から生まれる。なぜなら、目的を欲するものはまた手段をも望むからである。目的、それは良き行政にある。それゆえ、ある一定の手段を用いることなしには良き行政が不可能である時、この手段が許容される。手段は必要性（la nécessité）というあらゆる原則のうち、最も絶対的なものによつて正当化される。

かくて、例えば、憲章一三条は、執行権に、法律の執行のためオールドナンスおよびレグルマンを作成する権利を付与した。これらは、それ自身、プルドン（Proudhon）のいう様に、裁判所にとつて強行的な下位法律（des lois en sous-ordre）である。⁽⁷⁾これによつて執行権は、彼が代理をつとめる立法権のそれと同様の権限をもつ。権力分立制にもかかわらず、執行権が単独で立法権を行使する。しかし、必要性がこの例外を望み、命じたのである。

司法権行使についても同様である。つねに自由かつ敏速でなければならず、実効力がなければならぬ行政運営が、制肘をうけた時、裁判権を伴うことがなければ、この権限は彼に拒絶されてあることになる。なぜなら、この時、裁判権が良き行政の必要条件であるからである。⁽⁸⁾

二 それでは、右の「裁判権が行政にとって不可欠な事項」とは何であろうか。われわれは、右に、執行権が、一定の場合、立法権と裁判権を結集しえないならば、社会全体に有害な結果が生ずる場合、この両権を行使しうる、とする主張を聞いた。かくて、行政権が裁判権を行使しうるのは、まさに、執行権の立法権能行使の局面で生じた紛争においてである。司法権はこの法領域を審査の対象とはなしえない。これは、彼が、『行政の諸行為』と『契約行為』の区別論を展開している個所で明らかにされる。

「行政の諸行為 (les actes d'administration) 中、執行権が最高行政官の資格において、その憲法上の権限内で行使するものがある。それらは、司法権にとって、彼が従うべき下位法律 (des lois en sous-ordre) である。その力を弱めようとするどころか、司法権はそれらに自分自身の力をかし与える。司法権はその諸判決をこれら「下位法律」に適合させることによって、国王のオルドナンス、レグルマンおよび行政官の単なる命令 (les simples arrêtés de l'autorité administrative) についても、これを不断に適用する。……しかし、真の行政の諸行為に属するこれらの行為とは別に、政府官吏は私人と協約、契約を締結する。これらの契約は、国がそこで、一方の・かつ契約当事者として現われるとはいえ、私法秩序に属する。さて、これらの契約は、行政的必要性に基づいて行われるとはいえ、固有の意味でいう、公行政の行為 (des actes d'administration publique) ではない。執行権は、ここでは命令者、規律者として現われない。⁽⁹⁾」

「それゆえ、改めて、実際に行政の諸行為であるところのものと、私法上の契約行為にすぎないものとを区別する

必要がある、とする、この真実を主張しよう。執行権に前者の自由な行使を委ね、司法権に後者についての係争が生じた場合、その裁判権を委ねよう。⁽¹⁰⁾

右においてコロンベルが、フィッシュによって選ばれた『行政行為』(acte administratif)の語にかえて、従来からの多くの混濁を含む『行政の諸行為』(actes d'administration)をもつて論じていることは、後者からの端的な後退であると評されよう。⁽¹¹⁾しかし、その表象しているところにおいてフィッシュと異なることは明らかである。それでは彼は、この「真正の行政の諸行為」について、いかなる行政裁判機関をもつて配しているのであろうか。これが最後の問題である。彼はいう。

「われわれは、行政作用に行政裁判権が不可欠なものとして結合された事項があることを認めよう。この裁判権は明らかに、第一審として県参事会、終審としてコンセーユ・デタがそれとして存続する非終身制の裁判所の手によってのみ行使される。ただ、これら裁判所の人員は、彼の下に裁判されるべく残される、訴訟事件の数に比例して、縮減されなければならないであろう。

この訴訟を限定するであろう法律は、オールドナンスによってのみ生きてきたコンセーユ・デタ、県参事会の正当な存在を、必然的に承認するであろう。それらは、今後法律によって生きるであろう。⁽¹²⁾」

コロンベルが行政立法と行政行為の区別をなしえず、これを『下位法律』と表象していることはブロイユ公爵の場合と同一である。また、この権限の行使を憲章に根拠づけている点で、その立憲主義的傾向は明らかであろう。しかしながら、コロンベルの場合には、それが行政の「法判断作用」の統制に限定されたものであるとはいえず、この局面での行政裁判論としてコンセーユ・デタ、県参事会の現状を肯定している点、さらにこれを法律によって確定しようとしている点は、端的に司法国家論からの行政国家論への同調であることはまぎれもない。ブロイユ公爵が、

contentieux administratif の代議制的理解から、これへの一切の組織的、手続的権利保障を峻拒していた点において、またフィッシュがその古怪な国王親裁法院の構想において、理念的に行政国家論におくれをとっていたのに対し、コロンベルは、司法国家論者としてはじめてこの後者の水準に達する。もとより、司法国家論が非権力行政領域について、従来行政訴訟事件とされてきたものを司法裁判所に移管すべきことを説いてきたことは、この立場の突出した開明的努力として後者から区別される。しかし、七月王政下の行政裁判制度論争の争点はもはやここにはなく、行政の「法判断作用」領域の裁制的統制という問題に関しては、行政、司法両国家論はすでに同一陣営にあるも同様であった。⁽¹³⁾かくて行政裁判国家論の立場からこれを批判したものがヴィヴィアンの議論であった。

(1) Colombel, op. cit., pp. 76, 320-321 et 341-345.

(2) Ibid., p. 106-107; なお、国王留保裁判権思想の背後にあるものが国王主権論であることを指摘するものとして、Duvergier de Hauranne, op. cit., p. 282.

(3) Colombel, op. cit., p. 111.

(4) Ibid., p. 115.

(5) Ibid., p. 118.

(6) Ibid., pp. 116 et 121; 憲章七〇条は、「すべての法律およびオルドナンスは、憲章の改正に伴い定められた諸規定に反するものがあるかぎりで、以後効力を失い、廃止される。」と規定する。

(7) Proud'hon, Traité du domaine public, 1833, t. 1, p. 103.

(8) Colombel, op. cit., p. 139-141; 同じく、コロンベルは次の様にも語っていた。

「実際、全体としてみた市民の利益と、個人としてのこれら同一の市民の利益とを調整すること、社会を構成する集団のそれである一時的利益と、個別にとらえられた、その構成員それぞれの利益である個人的利益、を完全に調和させることが問題である。社会の中にあつては、各構成員の自然的権利は、社会体の生命を構成する必要性(exigences)に比例して修正され、制約もされることはよく知られていることである。この社会体が、自らを維持し、確保し擁護する権力を付与されていなかったとするならば、個人の権利はもはや充分には保障されえないであらう。それゆえ、全体としての社会の名において行政を行う執行権は、その使命目的を達成するため、彼に必要なあらゆる自由、あらゆる

力を保持する必要がある。執行権の適法な運営中に、これを制約すること、ないしは単にこれを阻止することは、執行権からその活動手段を奪うことによって、社会体自身を害することになる。……しかし、他方、行政は憲法の枠内で自由に、敏速にかつ権力的に行動する必要以外に、その余の必要をみない。この必要を越えるすべての事柄は、原則を損う危険な剰余をなす。権力の分立と、一方をして他方を侵害せしめることを禁止している、根拠がここにある。執行権は、全き自由をもってする行政としてあらねばならないが、司法権もまた完全な独立をもって裁判するものでなければならぬ。一言でいえば、行政官は裁判官の役割に最早容喙しえないし、裁判官もまた行政官の職務についてそうである。それが全く純正そのものの原則であり、これによってしかし、実際に、社会体にとって重大な障害をひきおこすことにならなければ、正しく従わなければならない原則である。事実、すべてが一般的利益に従わなければならない。所有権がいかに神聖なものであれ、公益がその犠牲を要求する時消滅するのはこのためである。それゆえ、仮に、行政訴訟の中に、危険なくしては通常裁判所によって裁判されない様なものがみいだされるならば、この点について、行政裁判権は維持される必要がある。かくて、すべてがこれらの極めて単純な言葉に要約される。行政裁判権の行使が、行政の良きシステムと不可分離なあらゆる場合に、執行権に、この権限の占有を認める必要がある。その審理が行政権にとって必要のないあらゆる訴訟的紛争を、司法権の領域に移管せしめよ。以上が理性と憲章が措定した原則である。」(Ibid., p.98)

(9) Ibid., p.260-261.

(10) Ibid., p.266; ただし、コロンベルは、行政の諸行為(les actes d'administration)に属するものであっても、社会体の存立にとって無関係な、「その審理が行政権にとって必要のない」(註(8)参照)紛争については、これを司法裁判所に委ねるべきことを主張する。その例として彼は、水利規制に係る訴訟を挙げる(Ibid., p.224-225)。この様に、コロンベルの場合、行政の諸行為と契約行為の区別論は、そのまま contentieux administratif と民事訴訟係属事件の差異に連絡するものではなく、あくまで、「社会体としての存立の必要性」が管轄権分配基準を支配していることに注意する必要がある。

(11) 行政の諸行為(les actes d'administration)概念は、権力、非権力行政を問わない。それは、司法裁判所管轄権に服しないあらゆる行政諸行為を意味する(反対、P.Sandevoy, op. cit., p.131; これへの反証となる判例として Trib. cass 28 sept. 1793; Sirey, t.1, p.21)。手近なところでは、たとえば、ピストワイエが国有財産の競売行為を行政の諸行為とするがごときである。Pistoye, op. cit., p.74; 右の行為の本質が私法上の売買契約であることについては Cormenin, Droit administratif, 1840, t.2, p.58 note 2.

(12) Colombei, op. cit., p.322-323.

(13) なお、行政、司法両国家論の接近を可能にしたものとして、両者に共通の権力分立制理解があることを指摘しておく必要がある。すなわち、いずれも、「裁判作用の統一性」の理念を前提としつつ、行政訴訟事件処理を、行政国家論者の場合には「行政作用」と解し、司法国家論者の場合には「司法作用」と解する(司法国家論にとって、右にいう行政訴訟事件は、非権力行政領域におけるそれを意味する。権力行政

領域におけるそれは、*contentieux administratif* として行政作用に理解されていることは、本文で述べたとおりである。両者に共通するのは、「あれ」(行政作用)でなければ「これ」(司法作用)の、二者択一的発想である。行政国家論者が行政訴訟事件処理が裁判作用ならば、なにゆえこれを端的に司法裁判所に委ねないのか、として、コルムナンを批判したのはこれによる(Delamalle, op. cit., pp. 9 et 18)。これに対し、行政裁判国家論の場合には、行政、通常両裁判権の区別を論ずることから、そこでの議論は、行政、裁判、両作用の分立論(*Séparation des fonctions*)の形をとる。なお、一九世紀後期の行政裁判制度が、この後者の分立論に立つものであることを指摘しつつ、なおその不徹底性、すなわち、活動行政と行政裁判の未分離を論じたものとして、後述するジャックランがあった。むしろにかえて参照。また、司法国家論者の提唱にかかる権威行為と管理行為の区別論を継承するとはいえ、一九世紀後半期のオーコック、E・ラフェリエールを司法国家論者となしえないのは、行政裁判国家論者としてのその権力分立制理解にある。彼らは、権威行為を独立第三者的行政裁判機関による裁判的統制に服せしめる。

四 ヴィヴィアン(Vivien)のブロリュ公爵批判

ヴィヴィアン(下院議員)の司法国家論批判は、一八四一年『二つの世界誌』(*Revue de deux mondes*)に掲載された彼のコンセーユ・データ論において論及されたものである。これは、一八四五年、彼の主著『行政研究』(*Études administratives*)「第一版」に再録された。この彼の司法国家論批判は、ブロリュ公爵に対するアンリオン・ドゥ・パンセーの批判を祖述したものにすぎず、論点として新しいものはない。また、彼の側からの積極的な行政行為論は、これをケノーの様には聞くことができない。しかし、ヴィヴィアンの議論が重要なのは、七月王政期、第二共和政の行政裁判制度に果たしたその大きい役割からである。七月王政期の行政裁判制度は、一八四五年七月二日の法律によって、行政国家論と行政裁判国家論の妥協から、評定官の終身制を定めたものの、国王留保裁判規定を残したまま成立した。⁽¹⁾ ヴィヴィアンは、この法律に到る七月王政下の議会論争に、行政裁判国家論の立場から積極的に加わった。ついで、二月革命後の第二共和政の下で、一八四九年三月三日法は、行政裁判国家論の宿願であった評定官の終身制とコンセーユ・データ委任裁判権を成立させたが、この法案の起草者であり報告者であったものがヴィヴィアンであった。⁽²⁾ そし

て、このコンセーユ・デタに関する一八四九年三月三日法が、第二帝政を越えて第三共和政の、のみならず現在のフランス行政裁判制度の骨格を構成した一八七二年五月二四日法の系譜的先行者であったことは周知のとおりである。ヴィヴィアンの司法国家論批判をみることは、したがって、フランス近代行政裁判制度の司法国家論に対する最終的袂別を確認するものである。

さて、ヴィヴィアンは、司法国家論者の *contentieux administratif* 論をつぎの様なものとして表現する。

「行政訴訟の真の性質に関し、最も誤った見解は、政論家 (*publicistes*)、極めて明敏な法律家 (*jurisconsultes*) の中から表明されたものである。彼らはこの中に、法律の力によって、共通の名称の下に区別され分離され一つにされた、しかも、民事裁判所から暴力的に取りあげられた「とする」・紛争の寄せ集りをのみみる。行政裁判権は彼らによれば、私権と市民の自由を犠牲にして革命的精神や専制主義によって強行された、通常裁判権からの切り取り分から成るにすぎない。彼らは、これら横領分から成るもの、と区別された真の *contentieux administratif* を、単なる利益の規制 (*règlement de simples intérêts*) の中に認めるにすぎない。⁽³⁾」

ヴィヴィアンは、これが特にブロリュ公爵のものであることを指摘し、⁽⁴⁾これに対するに彼の行政訴訟理解をもってする。すなわち、いう、

「行政訴訟は……民事裁判所から強奪した民事訴訟でもないし、純粹行政の迂回「的手段」である、単なる利益の裁量的規制でもない。それは行政的性質の問題のみに適用され、特別法によって規律され、自己に固有の諸原則と要件に服する点で、民事訴訟と区別される。民事訴訟同様、それは訴訟的紛争 (*procès*) から成るが、民事訴訟から区別される場合として、それは商事訴訟 (*contentieux commercial*) 同様、特殊な性質をもつ。それは権利が援用される時⁽⁵⁾にのみ発生する点で単なる利益の裁量的規制から区別される。」

やうに、

「行政権はその掌中に二種類の権限を……もつ。一つは裁量的な (*discrétaire*) もであり、他は羈束された (*reglée*) ものである。一つは知的なものであり、他は受動的なものである。一つは自由なものであり、その行使に際し、時と場所のあらゆる変化に対応する。他は、それが文字通りの強行的適用に止まる、法律ないしは契約と同様の、羈束的かつ絶対的なものである。」

行政権がいかなる異議も生ぜしめないかぎり、その措置が行政の自由裁量権に属するか、われわれが羈束裁量権 (*autorité réglée*) と呼ぶものに属するかはどうでもよいことである。いずれも異なる要件によるとはいえ、行政権によって同一名義により行使され、等しくその法的領域を構成する。……

しかし、異議が提起された時、攻撃された行為が、行政権のいかなる種類の権限に属するか、行政に利益を侵害された、とするか、権利を侵害されたか、を知ることが必要となる。前者の場合、異議は純粹に行政的なものである。それらはあらゆる譲歩が純粹に恩恵的なものであり、好意によるものであることを明らかにするため、訴願的裁判権 (*juridiction gracieuses*) の名で呼ばれるものに属する。後者の場合、それらは行政訴訟に属する。

かくて、行政訴訟は、行政を支配する法律、ないし行政が締結する契約によって行政に課せられた義務、の侵犯に根拠づけられたあらゆる訴から構成される。したがって、権限を定め、命令の形式を示し、あるいは、決定にあたって拠るべき原理を設定する法律は、権限が転覆され、形式が遵守されず、原理がふみにじられた、と申立てられた場合、訴訟上の議論に道を開く。行政によって締結されたあらゆる契約もまた、その意味ないし執行が争われた場合、同一の効果をもつ。これら紛争が一体とみなされて、行政の訴訟を構成する。それゆえ、それはその特殊な性質上、上述した民事訴訟とも、純粹行政とも区別される紛争から成る。⁽⁶⁾

右の引用から知られる様に、ブロイユ公爵が、その *contentieux administratif* の局面で問題とする行政の作用法領域、すなわち、行政の法判断作用を、法律そのものの権威と高みからこれを自由裁量行為とみて、利益事項に係る訴願的裁判権の対象とするのに対し、ヴィヴィアンはこれを、法律の授權範囲とその定められた形式に服する羈束裁量行為とみる⁽⁸⁾。そして、その上で彼は、この法領域の紛争も、非権力行政領域に係るそれも、同じく「権利」保護の見地から、これを統一的に独立、第三者機関によって裁判されるべき行政訴訟とみる⁽⁹⁾。第二共和政下の一八四九年三月三日法の行政訴訟概念は、かくて、これまでにみた司法、行政両国家論者のそれを却けてなったものであった。

(1) 訴訟委員会の評定官が終身制の身分保障を獲得したとしても、国王留保裁判権制度の下で、そこでの判決の発効になお国王の親署を必要とする、とされたことから、国王への判決の送達にあたる司法大臣が故意にこれを遅らせたり、あるいは送達を拒否する場合があります。さらに、政府側のものとして、国王留保裁判権のコロラーとして、司法大臣による判決の取消権の主張も存在した。以上については、Pis-tyoye, *op. cit.*, p.21 et s., 特に p.25; かくて、委任裁判権なくして、行政裁判制度の確立がないことを強調するものとして、コルムナンがあげた° Cormenin, *La légalité*, p.74 note 1.

(2) Vivien, *Compte rendu des séances de l'Assemblée nationale*, 1894, t.7, p.146 et s..

(3) Vivien, *op. cit.*, p.277.

(4) *Ibid.*, p.278.

(5) *Ibid.*, p.279-280.

(6) *Ibid.*, p. 283-284.

(7) フィッシュの場合には、行政諸活動の「動的」性格から、コロネルの場合には、社会体の存立のための「必要性」から、それぞれ、行政の法判断作用を裁量行為とみていたことについてはすでにみたとおりである。

(8) ヴィヴィアンがこれを知事、大臣の命令、国王のオルドナンスについて語っていることについては、*Ibid.*, p.281.

(9) これがアンリオン・パンサーの思想であることについては、後述・あとがきにかえて参照。

むすびにかえて

さて、以上にわれわれは、フランス司法国家論が、行政の法判断作用領域に対する裁判的統制をその体系内に包摂しえないまま終ったことを知ったが、この事情は、一九世紀末期、フランス行政法学史上最後の司法国家論者であったジャックラン (Jaquelin) [リール大学助教授] においても変わることはなかった。すなわち、彼はその主著『行政訴訟の主要諸原理』(Les principes dominants du contentieux administratif) [一八九九年] において、フランス行政裁判制度は、行政権と司法権間の権力分立(裁判作用の統一性)原則の無視の上に成立したこと、しかる後、越権訴訟は、権力濫用の取消事由による行政の裁判的統制の深さによって知れる様に、行政権内部の活動行政と行政裁判作用の未分離の上に発展してきたこと、を論ずる¹⁾。そして、行政作用と裁判作用の厳格な分離を貫くべきである、とするそのモチーフから、端的に、越権訴訟それ自体の存在理由を否定する。

「これまでの〔歴史的・比較法的〕研究は、必然的に次の様な二つの確信に導かれることになる。一つは、越権訴訟が形成されうるためには、執行権と司法権の混淆、行政作用と裁判作用の混合が同時に必要であること、そして他方、これら二種類の混同が強まれば強まるほど、越権訴訟はそれだけその発展に有利な基盤におかれること、反対にそれが減ずれば減ずるほど、それだけこの訴訟は、個人にとって独自のかつ有利な性格を維持することが難しくなることである。権力分立原則 (le principe de la séparation des pouvoirs)、〔あるいは〕作用の分立原則 (celui de la séparation des fonctions)、これが良き政府、よき行政、良き司法の原理であるはずである。その様な時、これら基本的諸原則の無視に立脚するシステムを誇りとする理由があるであろうか。結局、通常裁判権から区別された行政裁判権の廃止が、同時に越権訴訟の消滅をもたらすことになる、ということが真実であると仮定したとしても、これに代わるものとし

て、厳格な権力分立、「あるいは」厳格な作用の分立が実現したとしたならば、このシステムの方こそが選好されるべきではないのか。おそらく、個人はそれによって若干の特典を失うことになるだろう。なぜなら、単なる利益侵害は、彼にとつては、行政の面前での訴願より以上のものをもたらさなくなるからである。しかし、この喪失は莫大な利益すなわち、権利侵害に根拠づけられた、固有の意味での行政訴訟全体にとつての、公正な裁判的保障という獲得物によつて償いえないものであろうか。越権訴訟は、それゆえ、それ自身が善とみなされるべきではないであらう。実際、それはあまりに高価にすぎる。せいぜいそれは、欠陥の弥縫、システム全体が瑕疵あるものであるときの姑息的救済手段である。⁽²⁾

フランスにおける司法国家論は、一九世紀末期に到るも、ついにその内部から公権力行使に対する司法審査の思想を生みだしえないまま終った。彼らの思想的固癖とでも呼びうるものは、狭隘な「裁判」概念、行政の裁判的統制に対する本来的消極性 (*timidité*) にあつた。行政の新展開に対する国民の権利保護の見地からする裁判的統制の努力と苦闘は、この論者らのあずかりしらぬことであつた。しかしながら、ほかならぬ司法国家論者の側の狭隘な「裁判」概念は、行政法学者全体の思想を規定し、コンセーユ・デタによる先行的、開明的裁判的統制の努力を、何らか「裁判」外的なものとして、その剰余性を観念せしめる要因となつたことは明らかである。一九世紀末期から二〇世紀初頭にかけての、コンセーユ・デタの「法務官的役割」、「衡平法裁判所」、「行政道德の統制」の諸表象、そして端的にこれを「階層的統制機関」とする思想がこれである。われわれはこの様な議論の典型として、ラシャリエールの『裁判的形式による行政の階層的統制』(*Le contrôle hiérarchique de l'administration dans la forme juridictionnelle*) (一九三七年)を思ひうかべることができる。⁽³⁾しかし、フランス行政裁判制度の達成は、これを比較法制的にみるならば、一定時点での先行性はこれを否定しうべくもないが、これを階層的統制機関としてのそれと観念することは失当である

う。⁽⁴⁾ かくて、われわれは、たとえば、越権訴訟判例にみる広い「訴の利益」、深い「裁量統制」を階層的統制機関による客観訴訟的なものとみる必要はないし、逆に、フランスにおける義務づけ訴訟、仮の権利保護制度の後進性をもって、「裁判作用」に内在する一般的限界事例とすることもまたできない。外国法制の評価と取捨は、わが国行政法の課題とともにある。

『行政裁判』について この小論の冒頭に記した様に、復古王政期行政裁判制度論争は、当初の国有財産売却訴訟の裁判権の所在をめぐる議論から、行政の法判断作用領域の統制のありかたへと、その争点を移動させていったが、その画期をなしたものが、ブロリュエ公爵の議論であった。ついでフィッシュは、この行政の法判断作用領域、端的には、「行政行為」が、「農業、商工業」活動に大きな支配力をもつことを指摘したが、そうであればこそ、第二共和政に到るフランス産業資本は、この法領域の統制を、行政、司法両国家論者らが構想する様な、政府の裁量と専断に委ねることを肯じなかったのである。彼らは、客観的、計算合理的な、司法的構成をとる行政裁判制度をこそ希求したのであった。⁽⁶⁾

しかしながら、フランス行政裁判制度史の問題は、実はここから先はじまる。すなわち、(一)第二共和政において一旦は行政裁判国家体制を実現したフランス産業資本は、第二帝政に到り、何ゆえ蒼惶として旧来の行政国家体制を回復するに到ったのか、(二)そして、この体制の下で、越権訴訟の飛躍的發展をみたのは何故か、ということである。⁽⁷⁾

(三)さらに、この第二帝政下において、「階層的統制訴訟」として発展した越権訴訟が、第三共和政下の行政裁判国家体制の下で、その発展を熄めるばかりか、真の行政訴訟として、裁判的救済の範囲と深さを本格的に拡充しえたのは何故か、という問題である。⁽⁸⁾ 一九世紀後期の行政裁判制度研究は、これらの問題を解決しなければならない。

『行政訴訟』について

行政裁判制度論争の国有財産売却訴訟から行政警察の裁判的統制への議論の推移は、「行

ざることから、アンリオン・ドゥ・パンセーの挙例が、われわれの知る取消訴訟制度からはやや異様な第三者訴訟としてあったのである。⁽¹³⁾ 先の挙例でいえば、水車小屋設置許可「授益的行政処分」を求める市民の権利は未だ「利益」に止まるものとして裁判的救済の対象とならなかったのである。このことは、取消訴訟制度の初期段階においては、まず、侵害行政処分に対する救済が先行した、ことを示すものである。越権訴訟が「権利」ではなく「直接的かつ個人的利益」を出訴要件として発展していくのは、侵害行政処分に対する権利救済の拡充と共に、授益的行政処分をもその裁判的統制の対象にとりこんでいくからであり、これは、当初の狭い法的紛争局面の理解の克服と、権利概念の実質的かつ実体法的拡充に基づくものであった。

さらに、越権訴訟の出訴要件の拡大と併行する取消事由の発展による行政裁量の奥深い統制は、通常の行政訴訟と区別された越権訴訟の行政統制的契機を際立たせることになり、本案判決要件としての「権利」概念そのものの構造的特殊性に目を向けしめるに到る。これが、たとえば、バルテルミー (Balthermy) の「行政の適法性の統制を求める主観的権利」論である。⁽¹⁴⁾ われわれは、バルテルミーのここでの「権利」概念が「意思説」的に構成されたものであること、それが実定法に規定されたものであるとしても、市民の側に前国家的自然権を留保していることに、先の行論との関係で注目したい。⁽¹⁵⁾ また、越権訴訟による行政の裁判的統制を、「権利」ではなく「客観的利益」に根拠づける学説(オウリュール、デュギー)の場合には、そのいう「客観的利益」の社会実体的内容に興味をそそられることになる。

『行政行為』について　すでに知った様に、ケノーは、司法国家論者の表象するところとは異なり、行政行為を「裁判行為」と捉え、裁判機関によるその覆審可能性を弁証したのであった。しかし、重要なことは、彼のこの把握は、先行する「大臣裁判制度」(le ministre-juge)を念頭においていたことである。すなわち、

「たとえば、会計官に債務を負わせ、彼らをしてその責に任ぜしめる、国家債務の履行、決済事項における行政官

の諸決定は、それ自身明らかに、会計官によって提起された異議に基づき、真の訴訟を惹きおこすところの裁判行為ではないだろうか。われわれは、これを肯定できようし、そこに単なる紛争処理手続の存在の胚種のみならず、訴訟の存在の胚種をもみいだせよう。⁽¹⁶⁾

ケノーは、この様に語った後、水利規制、鉱物採掘許可等の行政行為についても、同じくこの胚種をみいだすことができる、とする。この様な彼の議論は、国家債務清算にあたる大臣の決定を、第一審裁判とみるこの時期の通念をふまえたものであったが、この大臣の「債務清算決定」裁判行為⁽¹⁷⁾の擬制は、実は、国家債務事項における大臣への——その実態としては——訴願前置を強制する弁証としてあったものである。⁽¹⁸⁾ そのかぎり、ケノーの議論は、訴願裁決としての行政行為について語られていたものを、第一次的処分としての行政行為一般におしおぼすものとしてあつたことになる。⁽¹⁹⁾ しかし、一九世紀後半期に到り、右の強制が合理的であるかどうか、という実践的問題意識から、この訴願前置の強制を支えてきた、大臣決定＝裁判行為の論理が、種々の面から問題にされ（「裁判行為論争」）、これを単なる「法律行為」とされるにおよんで、先の第一次的処分としての行政行為の法的性格の理解も、これと平行に論じられるようになる。⁽²¹⁾ これらが一九世紀後半期の行政行為をめぐる問題状況を構成する。⁽²²⁾

(1) Jacquelin, op. cit., p. 256.

(2) Ibid., p. 256-257.

(3) ラシャリエールは、司法国家論を説くものではないが、裁判概念の狭隘な把握から、剰余分を行政の階層的統制の契機として捉える点でジャックランと思考形式を同じくし、その思想的後継者ともいえるものである。彼のジャックランの議論の好意的援用については、Lacharrière, op. cit., pp. 76, 101 et 254.

ただ、ラシャリエールは、裁判概念をジャックランと異なり動態的に捉え、コンセーユ・データによる行政統制も、階層的統制の契機を利用して行われる、先駆的・開明的な一種の裁判的統制である、とする。したがって、事案によっては、当初コンセーユ・データのみがよくこれをなしうる「階層的統制」と観念されたものであっても、統制の一般化と実効に伴い、司法裁判所もまた追隨しうる、「裁判的統制」としての将

来の承認を予定する。Ibid., pp.98 et 101.

(4) 同旨阿部・前掲書、一二四、一二六、一五九、一七九、二〇四―五頁。

(5) この点の推移は、はしがきの註(10)の別稿参照。

(6) 復古王政末期において、行政の法判断作用領域の裁判的統制のため、独立・第三者的行政裁判制度を希求した、具体的、階級的担い手を明らかにするものとして、ブロニエ公爵の論説と同年に出された、ルーチエ(Rouchier)「破毀院弁護士」の『コンセーユ・デタの組織について』(De l'organisation du Conseil d'État)「一八二八年」がある。ルーチエは、行政裁判国家論者として、現行コンセーユ・デタの組織について評定官の法律による終身制の身分保障をもって、最高行政法院、地方行政裁判所を構成すべきことを説くが、その小冊の序文において、行政警察規制に対する客観的な裁判的統制の必要性を力説していた。すなわち、彼は、恣意的かつ未整備な取水、灌漑、製造場、鉱山、採石等に係る特別警察規制が、「大股に歩みはじめている産業(Industrie)を、その発展の最も本質的部分において麻痺させている」ことを指摘するが(op. cit., p.XV)「農業に関わるものとしての細流の利用規制に論及した部分で次の様に語っていた。

「行政運営が規律されていないと、市長が、レグルマンないし法律が彼に委ねているもの以上の権限を勝手に行使する事態が生じ、これにより彼が個人的自由の全く対立するレグルマンを規定し、公布したり、行政地役を設定ないし消滅させようとするものが起ころう。これらのいまいましい例は枚挙にいとまない。今、私は手元に、コミューヌの名士中の心ある層が内務大臣に告発した一レグルマンをもっている。……あらゆる侵害、あらゆる違法措置から保護し擁護する必要があるのは、わが美しい祖国にとつて、最も有用なこの土地所有者および耕作者の階級である。彼らは確かに、上院および下院の議場にその諸権利の気高いかつ勇氣ある代表者をもっている。しかし、永続性のあるかつ確実な保障措置が、彼らを幾たりかの公務員の気まぐれや懈怠の被害者とすることから守ることを証明してみせることによって、彼らを政府の支持者とする必要がある。」(Ibid., p.XIX-XXI)

右には、復古王政期、七月王政期の行政裁判制度論争を行政裁判国家論の立場から翻った階級の少なくともその一部が示されている。

(7) 第二帝政下の越権訴訟の救済範囲の拡大は、専制的、権威主義的体制の「一種の安全弁」(une sorte de Soupape de Surêté)と説明されたが(Aucoc Conférences sur le droit administratif, 1869, t.1, p.394; Barthélemy, Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés, 1899, p.47; Jaquelin, op. cit., p.235)これを具体的に実証してみせなければならぬ。

(8) ジャックランは、越権訴訟は、第二帝政下の階層的統制訴訟として発展した経緯から、これを第三共和政の下で真の行政訴訟として再現するためには、第二帝政の下で拡大し伸張した救済の範囲を、裁判的救済の枠内に收拾、限定しなければならぬ、と説いた(op. cit., p.233, 234)。しかし、現実にはむしろ、第三共和政下の独立、第三者的行政裁判国家体制の下で、越権訴訟は更に発展したのであった。なお、ジャックランの右の所説を契機として、これに反論するために書かれたものとして、Hauriou, Les éléments du contentieux, (Recueil de législation,

1905) p.3 note 1 がある。

- (9) フロイユ公爵については、第一章(一)の註(9)の本文、アンリオン・ドゥ・パンサーについては、op. cit., p.30.
- (10) プロイセンの場合には、これが一旦上から解体されたことについては、宮崎良夫『法治国』の理念と現実(二)(社会科学研究)二六巻一号四五頁以下、村上淳一『良き旧き法』と帝国国制(三・完)(法学協会雑誌)九一巻二号二二頁以下参照。
- (11) Henrion de Pansey, op. cit., p.60-61.
- (12) 取消訴訟の局面での主観的権利保護のため、行政裁判制度の独立、第三者性を説いたものとして、われわれはアンリオン・ドゥ・パンサー、ケノーの議論をみたわけであるが、これより先、通常の行政訴訟の局面での主観的権利保護のため、これを説いたものとして、コルムナン、マカレルがあった。Cornenin, du Conseil d'État, 1818, p.138; Macarel, Des tribunaux administratifs, 1828, p.495.
- (13) ケノーが行政行為を「裁判行為」類似のものと把握した時、初期越権訴訟の第三者訴訟的構成がその思考を規定したことは疑いえない。すなわち、水利規制、許可処分は、上流の沿岸土地所有者と下流のそれとの利害の調整であり、鉱物採掘許可は、土地所有権者と鉱業者との同じく利害の調整であると観念された。Quenault, op. cit., pp.25. et 31. なお、ケノーの右の把握の想源として、今一つ大臣裁判制度があることについては、後述『行政行為について』参照。
- (14) Balthélemy, op. cit., p.66; 違法排除請求権を根拠とする。これに追隨するものとして、Bonnard, Le contrôle juridictionnel de l'administration, 1934, p.67; Jacquelin, op. cit., p.251; 但し、後者は、権力濫用の取消事由にあたるものについてはこれを否定し、越権訴訟の階層的統制訴訟的性格を指摘する。なお、バルテルミー説に対する反対として、Hauriou, Les éléments du contentieux, <Recueil de législation, 1905> p.34.
- (15) Balthélemy, op. cit., pp.22, 123 et 199.
- (16) Quenault, op. cit., p.20-21.
- (17) Sirey, op. cit., p.240; Macarel, Éléments de jurisprudence administrative, 1818, t.1, p.32 et s.
- (18) すなわち、すでに債務不履行、損害が発生しているならば、民事事件の場合同様、私人は直ちに裁判所に出訴しうるわけであるが、その様な裁判所として、第一審に大臣裁判が用意されてある、とする弁証として働く。しかし、大臣裁判は、活動行政との一体、訴訟手続の不備から組織的、形式的意味での裁判とはいえず、しかもこの様なものとしてある「裁判」を経ることなしには、コンセーユ・デタでの救済が得られない、とされることによって、実態的には、大臣への訴願前置の強制の意味をもつ。但し、当時においては、第一審としての県参事会もまた、裁判機関として組織的、手続的に整備されたものでは未だなかったことから、大臣裁判の制度的不備はそれほど深刻にとらえられていなかった。Toffin, Le ministre-juge, 1942, p.32; なお、一定の行政事件が、この県参事会ではなく、大臣裁判に係属したのは、当該行政事件

に対する政府の行財政的利害に基づく。Hauriou, op. cit., p. 69; Toftin, op. cit., p. 103: たとえば、国家債務訴訟が、統領政府、帝政期には、県参事会、コンセーユ・デタ訴訟委員会ではなく、活動行政権と未分離な「清算評議会」(Conseil de liquidation)に係属していた事実(共和暦一〇年牧月二三日の命令、一八〇六年六月一日の法律二章七条)は、この訴訟への統領、帝政政府の財政的利害を示すものであったが、この評議会の廃止後(一八一〇年一月一五日の予算法一二条)、復古王政政府が、国家債務訴訟を県参事会ではなく、大臣裁判に委ねたこと(一八一四年九月三日の予算法三章二三条)は、この訴訟の行財政的重要性と復古王政政府の引き続く関心を示すものであった。

- (19) 大臣裁判は主として非権力行政事件に係るものであるが、これらについて訴訟前置の強制の意味をもつものとしての大臣裁判判決、すなわち訴訟判決が「権威行為」(actes d'autorité)であることについては、Artur, <Séparation des pouvoirs et Séparation des fonctions>, Revue de Droit Public, 1900, 4^e articles, p. 263 note 2; オーリュウが行政行為論として、大臣裁判制度を中心に論じたのはこれによる。Hauriou, op. cit., p. 46 et s..

- (20) 右註のアルチュールの諸論文、およびそこでの議論を引き取って行われたオーリュウの、同じく右註の論文『訴訟の諸要素』Les éléments du contentieux での議論が重要である。紹介は後日に譲りたい。なお、両者の議論の論点整理を試みるものとして、Toftin, op. cit., p. 170 et s..

- (21) Hauriou, op. cit., p. 92.

- (22) 一九世紀末から二〇世紀初頭のフランス行政行為理論史については、兼子仁『行政行為の公定力の理論』(三訂版)一八三頁以下参照。

(一九八二・四・一五稿)