

フランスにおける 行政争訟「裁判」管轄権分配の法理

横 山 信 二

は し が き

制定以来43年を経た行政事件訴訟法の改正法が、2005年4月1日に施行された。40年余り施行されてきた旧法の行政事件への適用状況は、処分性や原告適格など解釈論争となった訴訟要件や複効的行政処分にかかわる第三者訴訟、補助金交付など給付行政に関する紛争の訴訟形式など、現代社会の発展にともなう多様な事件の出現を想起するだけでも、たしかに、旧法の射程範囲ではもはや対応できなくなっているのではないかという疑問は誰しもが感じていたところであった。行政事件受件数の増加だけからも行政と私人との関わりの増加が窺われるが、現代における行政手法の変化とあわせて考えると、改正法が、なお限定的とはいえ、義務付け訴訟や差止め訴訟などの新たな法定抗告訴訟を加え、また原告適格について解釈指針を定めるなど、行政訴訟を取り巻いてきた問題状況が今後改善されるかが注視される。換言すれば、行政主体という観念的な権利主体が、行政機関を通じて行う契約や指導などの非権力行政の手法によって行政目的を達成するために形成される現代行政の法律関係に適切に対応した訴訟形式となっただろうか、ということである。とくに、現行行政の法律関係の特徴である給付行政の他方の当事者である私人の権利利益の実現または回復が、これまでの不作為の違法確認訴訟からさらに一步踏み出して、義務付け訴訟を加えた改正法によって、その権利利益の実現または回復がどこまで可能な訴訟制度に改められたのかということが注目されるところであ

る。さらに、処分の根拠法からその関連法令をも判断の射程に入れることが、取消訴訟の原告適格である「法律上の利益を有する者」という個人的公権の体系を払拭するののかということも、国家補償法とともに、改正法が国民のための行政救済法の一画を成す行政争訟法となりえるかが問われているようにおもう。

本小稿では、筆者が研究初期に発表した「フランス行政裁判制度の発展における les recours administratifs と les recours contentieux の区別」(大島商船高等専門学校紀要14号, 1981年)という論文で、大臣裁判制度においては行政争訟法というひとつの争訟のしくみであったものが、こんにち、「行政不服申立て」と「行政訴訟」という二つの制度に区別された意義を今日的視座から再検討し、今次わが国行政事件訴訟法の改正法の意義を考えよとするものである。つまり、ここで行おうとする再検討は、行政裁判制度を創設し、その判例法の形成によって行政法の母国といわれるフランス行政裁判制度における越権訴訟(取消訴訟)や全面審査訴訟(当事者訴訟)など各行政訴訟が拠って立つ理論的な基礎を検討し、わが国の行政事件訴訟法の改正によって新たな法定抗告訴訟として加えられた義務付け訴訟と差止め訴訟の理論的背景を探ってみようとする試論である。なお、その後、拙稿「フランス行政裁判制度形成史」(松山大学論集4巻6号, 1994年)で、フランスにおける行政裁判制度が成立するまでの前史として、「行政不服申立て」と「行政訴訟」の分離に触れたが(59頁)、本稿では、この部分を再検討し、本稿のテーマに即しながらまとめ直していることをあらかじめお断りしておきたい。

第1章 フランス行政裁判制度形成過程における行政争訟の位置づけ

1 活動行政と裁判行政の分割—大臣裁判制度の意義—

コンセイユ・デタ《Conseil d'Etat》を最高行政裁判所とする現代フランス行政裁判制度の源流を求めて歴史を遡ると、末期封建社会である絶対王政(Ancien Régime: 旧体制)下のコンセイユ・デュ・ロワ《Conseil du Roi》に辿り着く。

今度は、そこから、行政裁判制度が形成されていく過程を追っていくと、国王（Roi）の諮問機関であったコンセイユ・デュ・ロワが裁判機関である行政裁判所へと変貌するには、こんにちの行政不服申立てに相当する大臣裁判制度（ministre-juge）において、行政の長である大臣に属していた行政事件の裁判権が、コンセイユ・デュ・ロワから発達してきたコンセイユ・デタに委任される過程を経ていることに気づく。つまり、大臣裁判制度は、行政争訟制度を行政不服申立て制度と行政訴訟制度に二分する起点であった。

コンセイユ・デュ・ロワは、13世紀に、国王に反逆した貴族を裁くために設置された国王裁判《Cour du Roi》の構成員である聖俗の家臣が、やがて政治問題を中心に議論しはじめたところから国王に統治に関する助言をするようになった機関で、また、王令（ordonnances）を起草するために召集された王会《Curia regis》から分化した国王の機関である¹⁾。国王裁判に訴えられた事件について、前述の主要な家臣が司法判決（decisions de justice）を下すようになると“争訟”の審理を専門化するようになり、1302年、法律問題を専門的に審理する高等法院裁判部《Cour de parlement》が設けられた²⁾。しかし、国王裁判には、高等法院裁判部のほかに財政問題を専門的に審議する会計検査院《Chambre des comptes》も設けられている。したがって、国王裁判そのものは裁判以外にも広範な事項を審議する国王の機関となり、法律問題を専門的に扱う裁判機関ではなくなったことから、コンセイユ・デュ・ロワと呼ばれる国王顧問会議《Conseil du Roi》となった。

そこで、法律貴族で構成された高等法院裁判部は、貴族の特権を擁護するた

1) 田中英夫編集『英米法辞典』223頁（東京大学出版会、1991年）の curia regis の項目を参照。それによると、王会は、Parliament（議会）に分化する Great Council（大評議会）と、国王顧問会議（コンセイユ・デュ・ロワ）、枢密院（後の内閣）、各裁判所や各官庁に分化する small council（小評議会）とから構成された。なお、“BLACK'S LAW DICTIONARY”, 7th ed., p. 388 の curia regis も参照。

2) Jean MASSOT et Jean MARIMBERT, *Le Conseil d'Etat*, Paris, D., 1988, p. 12. なお、高等法院の歴史については、鈴木教司『フランス旧制度の司法—司法官職と売官制—』（成文堂、2005年）、宮崎揚弘『フランスの法服貴族—18世紀トゥルーズの社会史—』（同文館、1994年）による詳細な研究がある。

め的手段として王令の登録権 (enregistrement) と建白権 (remontrance) とを獲得し、王権と対立しはじめ、次第に国王顧問会議と一線を画すようになりながら、高等法院《Parlement》として裁判機能を担う国家機関となる。他方、国王顧問会議は国王に意見を述べるにとどまり、また、国王自身の利害が絡む“争訟”について国王自ら裁判することができないという自制がはたらき、しかし、国王と対立する高等法院に裁判を委ねることもできないから、国王（政治と行政）に関する事件 (affaires de gouvernement et de administratives) は、国王顧問会議の国王顧問官——後の訴訟調査官 (maître des requêtes)——に委ねることになった³⁾。1648年～1652年、財政問題をきっかけに貴族の特権に介入しようとした国王と貴族とが争ったフロンドの乱 (La Fronde) が、国王の勝利に終わったのち、国王 (ルイXIV世) は、高等法院の専権となっていた“司法”を除く、あらゆる貴族の特権の領域に介入するようになり、貴族の力を弱めていった。とくに地方総監 (intendants) の復活によって、地方総監が地方行政と財政に関する一般的な“争訟”を国王顧問会議の補助者《en quelque sorte auxiliaires du Conseil》として審理し、王権の象徴的な役割を果たしていた⁴⁾ ことが注目される。また、国王顧問会議は、高等法院の事実誤認や法令違反に基づく判決に対する上告審として位置づけられるようになり⁵⁾、このような展開を踏まえて、17世紀後半から18世紀初頭には、「国王の行政事項に関する訴訟《les recours administratifs》」を管轄するコンセイユ・デタ《Conseil d'Etat privé ou des parties》が設置された。

旧体制における以上のようなコンセイユ・デュ・ロワからコンセイユ・デタへの展開は、少なくとも形式的には、つぎのようなことが内包されている。す

3) M. LETOURNEUR, J. BAUCHET et J. MERIC, *Le Conseil d'Etat et les Tribunaux administratifs*, Paris, Librairie Armand Colin, 1970, p. 13.

4) Jean HILAIRE, *Histoire du droit : Introduction historique au droit et Histoire des institutions publiques*, 9^e éd, DALLOZ, 2002, pp. 147-148.

5) J. MASSOT et J. MARIMBERT, op. cit. at 2, pp. 15-16. Georges PICCA et Liane COBERERT, *La cour de cassation, Que-sais-Je ?*, 1986, p. 12.

なわち、行政事項（l'affaires administratives）に関する限り、統治の主体である国王は、活動行政を行った下級行政機関の上級行政庁である。それと同時に、国王の下級行政機関が行った個別具体の公益判断である活動行政は当該下級行政機関が下した第一審判決の性格を有するから、その下級行政機関は第一審の裁判官と考えられ、国王は当該活動行政である第一審判決に対する不服を審理する上訴裁判官でもある。国王は、「行政事項に関する“争訟”の裁判官」という、行政官と裁判官の両方の地位を占めることを意味するのである⁶⁾。

1789年のフランス大革命は旧体制の崩壊を導き、革命後の国民議会は、行政権と司法権の関係について、《1790年8月16-24日の法律》13条で「司法作用は行政作用と異なる作用であって、両者は常に区別される。司法裁判官は、いかなる方法であろうとも行政活動を阻止することはできず、また、行政官をその職務を理由として召喚することはできない。これに違反するときは瀆職の罪となる」と定め、王権との抗争以来貴族の特権を擁護し、政府による円滑な行政改革を妨げてきた高等法院が、革命政府の行政活動に係わることを阻止する意図もあって、司法権と行政権を明確に、かつ厳格に分立するように求めた⁷⁾。行政事項に関する訴えは、地方総監に提起され審理されていたにもかかわらず、慣行的に高等法院にも提起されていたが、この法律13条の規定によって、終に高等法院——言い換えれば、フランスにおける司法権——は行政作用(acts d'administration)に関する訴えの審理から排除され、統治の担い手である国王または大臣が、活動行政(administration active)の(最上級の)活動行政官(administrateur actif)であり、かつ、行政事件の裁判官として行政裁判(juges

6) 統治権のモデルが立法権、行政権、司法権に明確に三分されるのは19世紀初頭である。国王(領主)が掌握していた統治権のうち13世紀ころに裁判権の作用が貴族に委譲されるが、「旧き善き法」を発見し宣言することによって社会の具体的な紛争を解決するという統治権の作用は、立法権であると同時に裁判権でもあり、両者は言い換え可能であったから(高柳信一「近代国家における基本的人権」東大社研編『基本的人権1(総論)』15頁、東大出版会、1968年)、司法権を獲得していた高等法院に対し、国王は、行政事項に関する限り裁判権を行使する立場を保持しようとしていたとおもわれる。

7) Jean RIVERO, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 13^e éd., 1990, p. 174.

administratifs》を担ったのである。さらに、議会は《1790年9月7-11日の法律》によって、租税事件や地方行政に関する一定の行政事件を県執行部《directoires de département》が審理するものとし、当該事項に関する限り、県執行部が第一審の行政裁判所となることから、コンセイユ・デタは上告審として位置づけられ、一定の行政事件については県執行部とコンセイユ・デタとのあいだで、行政裁判における審級制度が形成された⁸⁾。このように、活動行政を私人（または行政客体）の権利義務を画定する裁判官の判決と同一視することによって生まれた行政裁判は、さらに《1790年10月7-14日の法律》が「行政団体（des corps administratifs）に対する無権限の異議は、いかなる場合にも裁判所（des tribunaux）の管轄に属しない。それは一般行政の長たる国王に提起すべきものである」（条文番号、不詳）と定めることによって、活動行政に関する不服申立ては、当該活動行政を行った行政官の上級の行政官（最上級の行政官は国王または大臣）に「争訟」を提起する行政争訟制度を創設する根拠を得て、整備されていくのである⁹⁾。

このように、活動行政における行政階層的な行政争訟《le recours administratif》が、革命後に法律により定められるところとなったのは、国民主権のもとに、「主権はもはや国王の個人的な権利ではありえず、それは国民の代表者としての政府に置かれ、行政権は国民の意思の表現である法律に由来」し、活動行政官は「法律の範囲内で、すなわち、国家の代表者が国家の利益において彼らに委ねた範囲内でのみ、法的に活動できる」からである¹⁰⁾。つまり、主権者である国民を代表する議会が法律によって統治の内容を定め、統

8) *Ibid.*, p. 139. なお、フランスにおける行政裁判制度の発展途上における行政官裁判制度の背景について村上順『近代行政裁判制度の研究』55～56頁（成文堂、1985年）を参照。René CHAPUS, *Droit du contentieux administrative*, 10^e éd., Paris, 2001, p. 39.

9) Jean-Marie AUBY et Roland DRAGO, *Traité de Contentieux administrative*, 3^e éd., Paris, L.G. D. J., 1984, p. 380, Georges VEDEL, *Droit Administratif*, 5^e éd., P. U. F., Paris, 1973, pp. 522-523. 阿部康隆『フランス行政訴訟論』24～25頁（有斐閣、1971年）。

10) 神谷昭「フランス行政法成立史(一)―行政裁判権の形成・確立をめぐる―」北大法学論集12巻2号230～231頁。

治主体の統治は法律が定めるところにより行われる活動行政であり、その活動行政に行政裁判の権限を与えたのが国民の一般意思である法律にはかならない。さらに、《1791年4月27日－5月25日の法律》は、税、公共事業、選挙、財政など主要な活動行政に関する“争訟”について、国王または内閣 (*le conseil des ministres*) が、これらの活動行政を無権限または法律違反を理由に取り消すことを認めた¹¹⁾。このことは、無権限と法律違反を理由に、活動行政官が行った行政を、上級かつ最高の行政官である国王または内閣が、裁判制度の上告審として、無効にする取消争訟のしくみが成立し、いわゆる大臣裁判制度《*ministre-juge*》が姿を現したことを意味する。

旧体制における国王裁判が、やがて司法部を担う高等法院を構成する貴族に対抗しながら、行政への司法権の介入を阻止した結果、活動行政に裁判行政を混在させた。しかし、国王または大臣の一般行政の長としての地位と裁判官としての地位は区別されるべきであるという主張が有力になる。たとえば、《共和3年雨月28日（1795年2月16日）の法律》の報告者ロエデルが、「行政はただひとりの人の行為でなければならず、判決するのは多数の人の行為でなければならない」と述べている¹²⁾。そして、《共和3年実月5日（1795年8月22日）憲法》の第8編司法権は、一般規定として、「裁判官は、行政官をその職務を理由として召喚することはできない」ことを改めて定める。

《共和8年（1799年）憲法》52条は、「統領の指導の下に、コンセイユ・デタは法律案及び行政立法 (*règlements d'administration publique*¹³⁾) を起草し、行政事項について生じる紛争を解決する責めに任ずる」と定めた。これまでもコンセイユ・デタは、行政事項に関する“争訟”について、国王が裁判権を有する国王裁判のもとで実際の裁判を担いながらも、国王の諮問機関として位置づけられていたが、県執行部による行政官裁判制度を経て、コンセイユ・デタを

11) 神谷, 前掲注10), 242頁。

12) 同上, 245頁。

13) 《*règlements d'administration publique*》の意味については、横山信二「フランスにおける行政立法とその統制」松山大学論集第1巻第4号267頁を参照。

裁判機関とすることを憲法上に明言したもので、こんにちのコンセイユ・デタの原形を示すものである。そして、「統領の指導の下に」、すなわち、当該活動行政官の上訴裁判官としての最上級庁である大臣に行政上の紛争（行政事件）の裁判権を認めながら、実際に行政事件の審理する裁判機関をコンセイユ・デタとすることによって、活動行政の長である大臣と裁判行政を担うコンセイユ・デタとを区別し、活動行政と裁判行政とを区別する大臣裁判制度となった。したがって、この大臣裁判制度においては、大臣に行政事件が提起され、とくに法律の明文の規定がなくても、大臣が行政作用に関する不服について一般的な裁判管轄権を有することから、大臣は「普通法上の裁判官 *juge de droit commun*」の地位を占めるとされた¹⁴⁾。したがって、大臣裁判制度は、コンセイユ・デタを裁判機関とすることによって裁判を行う行政機関を大臣から分離しただけであり、活動行政と裁判行政はなお大臣に潜在的に混在しており、大臣が法律に基づいて一般行政活動《*la fonction de l'administration active*》を行う地位と、当該行政活動に関する不服の“争訟”について審理し判断する裁判作用《*la fonction juridictionnelle*》を行う地位とが依然として併有されていたというべきであろう。

2 コンセイユ・デタの裁判機関化—「留保された裁判」の再解釈—

《共和8年憲法》は、第1統領（*le Premier conseil*）であるナポレオンに強力な執行権を認め、かつ、行政裁判権を大臣に帰属させながら、実際に裁判を行うコンセイユ・デタとの関係を明確にしていない。そこで、《雪月5日の命令 *le règlement du 5 nivôse*》は、「訴訟《*les affaires contentieuses*》の決定は、大臣に留保される」と定める。つまり、行政訴訟《*les recours contentieux*》の裁判権

14) G. VEDEL, *op. cit.* at 9, p. 48 et pp. 450-452. ここで「普通法上の裁判官」とは、権利救済に関する管轄権である裁判権が属する者というフランス法的な意味で使われている（René CHAPUS, *Droit Administratif Général*, Montchrestien, Paris, 1987, p. 547.）、阿部、前掲注9）、3頁。しかし、「旧き善き法（*common law*）」を発見し宣言する裁判官という英米法の意味と同じであろう。

を大臣に留保し、コンセイユ・デタが審理するのは、「行政上の争訟 (*les difficultés qui s'élèvent en matière administratives*)」とする¹⁵⁾。法令の文言から推理すると、行政訴訟の裁判権を大臣に留保した大臣裁判制度において、コンセイユ・デタを行政不服申立て《*le recours administratif*》を審理する不服審査庁と位置づけ、裁判機関に提起される争訟《*les recours contentieux*》の裁判権を活動行政の長である大臣に留保し、大臣の裁判機関としての地位を保持した。この留保裁判によって、活動行政における行政階層的な行政争訟《*le recours administratif*》は、裁判行政が大臣に留保されながらも形式的には活動行政から分離し、裁判機関たる大臣に対する訴えは行政争訟（広義の争訟）から行政訴訟《*le recours contentieux*》へと性格を変えていったことが、ここでは重要である。そこで、《コンセイユ・デタの組織に関する 1806 年 6 月 11 日のデクレ》、およびこのデクレを執行する《コンセイユ・デタにおける行政訴訟に関する 1806 年 7 月 22 日のレグレマン》に基づき、すでに 4 月 24 日にコンセイユ・デタに創設されていた訴訟委員会 (*Commissioin du contentieux*) は大臣に提起された行政訴訟について予審を行い、意見を提出するものとし、大臣は常にコンセイユ・デタの意見に従っていた。大臣裁判制度のこのような運用によって、大臣の行政裁判管轄権は一層形式的となり、留保された裁判権を大臣自らが行使することはなくなり、もっぱら訴訟委員会によって行われた行政訴訟の裁判が、やがて「留保された裁判《*justice retenue*》」と呼ばれるようになった。

行政訴訟の裁判管轄権を活動行政の長である大臣に留保する一方で、他方では、活動行政の長である大臣に代わって、行政訴訟の裁判管轄権をコンセイユ・デタに代行させることによって、活動行政と裁判行政とは、ようやく実質的に区別されようとする。ここに至るまでの活動行政と裁判行政の区別によるフランスにおける行政争訟制度の萌芽の過程を第 1 段階とすると、第 2 段階は、行

15) M. LETOURNEUR et al., *op. cit.* at 3, p. 21. Tony SAUVEL, 《La justice retenue de 1806 à 1872》, *R. D. P.*, 1970., p. 260.

政不服申立て（狭義の争訟）と行政訴訟の分離である。それは、活動行政の長である大臣に留保された行政訴訟の裁判権を CONSEILYU・DETA に委ね、不服審査庁である CONSEILYU・DETA を裁判機関化して行政裁判所とする過程である。つまり、大臣と CONSEILYU・DETA は、それぞれの地位を交換し、行政不服申立てに対する行政階層的な審査権を活動行政の長である大臣の権限とし、CONSEILYU・DOU・ROU 以来、行政事件を審理し裁判してきた CONSEILYU・DETA に行政訴訟の裁判管轄権を帰属させることによって、活動行政の長である大臣と裁判機能を担ってきた CONSEILYU・DETA を本来の位置に戻すということである。従来、「留保された裁判」の概念は、大臣裁判制度のもとに CONSEILYU・DETA が裁判機能を担っていた事実を説明するものであった。しかし、「留保された裁判」は、ANSHAN・REJIMU 以来のフランス的政治感覚から高等法院（司法部）が行政事項に関与することを禁止した結果、行政における活動行政と裁判行政が混在することになり、性質の異なる両者を区別するという課題に応えながら行政争訟を解決するフランス独自のしくみが確立していくなかで、行政不服申立て《*le recours administratif*》と行政訴訟《*les recours contentieux*》のそれぞれの審理権を整えるために必然的に用意されざるを得なかった過渡的なしくみとして理解しなければ、フランスにおける行政争訟制度の展開を跡づけることはできないであろう。

すなわち、「留保された裁判」は、CONSEILYU・DETA に行政裁判権を委ね、CONSEILYU・DETA の裁判機関化によって「委任された裁判」へと発展する過程として重要であるばかりでなく、行政階層的な不服申立てである行政争訟と活動行政の不服を裁判機関に提起する行政訴訟とが区別されるという点で、こんにちの行政争訟制度が形成されるひとつの通過点を示しているのである。

CONSEILYU・DETA は、王政復古 (Restauration) の際に、高等諮問機関《Conseil d'en Haut》に改組されるという危機に遭遇したが、CONSEILYU・DETA 訴訟委員会が集積した《Corps de jurisprudence》(判決集) に対しては、CONSEILYU・DETA を「権利保障の希望の光 (un rayon de liberté)」といわせるだけの高い評

働があり、むしろ行政裁判所に改組しようという方向が探られる¹⁶⁾ 1830年7月革命後、《1831年3月12日のオルドナンス(L'Ordonnance du 12 mars 1831)》は、政府委員の制度を設けた¹⁷⁾。政府委員《*commissions du roi/commissaires du gouvernement*》は、コンセイユ・デタにおいて「論告」という判決理由を起草する役割を担う役職である。

1848年2月革命後の第二共和制は、コンセイユ・デタと司法裁判所としての高等法院から発展した破棄院《*La Cour de Cassation*》のそれぞれの裁判官から成る権限争議裁判所《*Tribunal des Conflits*》を設置し(1848年憲法89条)、コンセイユ・デタ訴訟委員会を訴訟部《*la Section du Contentieux*》に改組した。しかしその後は、ルイ・ナポレオン＝ボナパルトの第二帝政が終焉するまで、コンセイユ・デタの裁判機関化を正面から問題とし、進展させることはなかった¹⁸⁾。

3 行政争訟制度の成立—「委任された裁判」の意義—

《コンセイユ・デタに関する1849年3月3日の組織法律(Loi organique du 3 mars 1849 sur le Conseil d'Etat)》は、コンセイユ・デタの訴訟部の設置が法律事項であることを確認し、この訴訟部に付託された権限争議に関する事件(*les affaires portées devant la section du contentieux*)について、「裁判官である大臣(*Le Ministre de la justice*)」は行政裁判権の権限回復請求権を有すると定めるが(47条1項)、「この裁判において訴訟部が行政裁判権を拒否した場合に限り、大臣は、予め服従を義務づける権限回復を求める権利《*la demande en revendication*》を行使することができる」とし、行政裁判権が、まずコンセイユ・デタ訴訟部に属することを定め、訴訟部が行政裁判権を行使しない場合に、大臣に留保された裁判権を回復し行使することを定めた¹⁹⁾。さらに、

16) *Ibid.*, pp. 269-272.

17) *Ibid.*, p. 273.

18) J. RIVERO, *op.cit.* at 7, p. 242.

《1852年1月25日のデクレ (le décret du 25 janvier 1852)》は、訴訟部は行政事件訴訟《les affaires contentieuses》について判決し、行政訴訟の増加に対応するため、越権訴訟《les recours pour excès de pouvoir》を訴訟部固有の裁判管轄とした²⁰⁾ こうした法令上の改革を経て、コンセイユ・デタ訴訟部の裁判機関化がはかられた。そして、大臣裁判制度のもとに留保裁判から委任裁判へと変化しつつあるときに《コンセイユ・デタの再組織に関する1872年5月24日の法律(Loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat modifiée)》が定められ、コンセイユ・デタの行政裁判権を認め(26条)、「裁判官である大臣(Le Ministre de la justice)」は単に「大臣」とのみ記され、大臣の権限回復請求権など前述の《コンセイユ・デタに関する1849年3月3日の組織法律》で認められていた留保裁判の残滓は「権限争議の不服申立て(revendication)は訴訟部へ提起されなければならない」と改められた。そして、越権訴訟についても「コンセイユ・デタは、行政庁の種々の行為に対して越権を理由に提起される取消しの訴えについて主権的に判決する」(9条)とするなど、コンセイユ・デタの実定法上の行政裁判権は確実なものとなったのである。とくに、《コンセイユ・デタの再組織に関する1872年5月24日の法律》は、後に「委任された裁判(justice déléguée)」を定めたといわれるが、大臣裁判制度における「留保された裁判」のしくみを廃止し、行政裁判権はコンセイユ・デタに属していることを実定法の上で認めたものであった²¹⁾

しかし、実定法上の「委任された裁判」の承認があっても、大臣裁判の「ある種の後遺症(certains séquelles)」²²⁾が存続し、その後も行政争訟は大臣に提起され、大臣の裁決に対する控訴としてコンセイユ・デタに提訴されると考え

19) Charles DEBBACH et Marcel PINET, *Les Grands Textes Administratifs*, Paris, Sirey 1970, p. 513.

20) M. LETOURNEUR et al., *op. cit.* at 3, p. 33.

21) André de LAUBADERE, Jean-Claude VENEZIA et Yves GAUDEMET, *Mannuel du Droit Administratif*, 1988, 13^e éd., p. 404.

22) J. RIVERO, *op.cit.* at 7, p. 177.

られていた。つまり、大臣裁判が行政裁判の第一審として存続したのである。このような大臣裁判制度に終止符を打ったのが1889年12月3日のカドー判決（C. E., 13 déc. 1889, CADOT, *Rec.*, p. 1148）である。

この事件は、マルセイユ市が、市の土木技師長職を廃止したので、この職にあったカドー氏が市に対し罷免による損害賠償を請求した事件である。カドー氏は、司法裁判所に訴えを提起したが、裁判所は本件雇用契約が私法上のものではないことを理由に裁判管轄の無権限を宣言した。そこで、カドー氏は本件を県参事会に訴えたが、ここでも事件の審理について無権限を宣言されたので、訴えを内務大臣に対し提起するところとなった。内務大臣は、マルセイユ市にはこの賠償請求に応じる義務はないとして本件訴訟を棄却したため、カドー氏は大臣の棄却判決を拒否処分として、この拒否処分の取消しを求める訴訟をコンセイユ・デタに提起したのである。コンセイユ・デタは、大臣の行政事件に対する裁判管轄権の存否が問題になっていることを意識し、ジャゲールシュミット政府委員の論告に従い、「マルセイユ市はカドー氏の請求に理由があるとは認め難いとして損害賠償を拒否したことから、コンセイユ・デタに当該紛争について審理しなければならない訴訟が当事者間に生じた。本件は、適法にコンセイユ・デタに提起され、コンセイユ・デタには本件争点について本案判決をすることができる」と述べ、大臣は本件について裁判権を有しないから、判断を差し控えるべきであり、マルセイユ市とカドー氏との間に生じた訴訟に裁判権を有するのはコンセイユ・デタであることを判示した。

カドー判決は、大臣の行政事件に対する裁判管轄権を否定し、行政訴訟はコンセイユ・デタに直接提起されるべきであることを認めた判決であり、大臣裁判制度の廃止を確認した判決として知られる。大臣裁判制度の廃止は、行政事件の裁判管轄権がコンセイユ・デタのみに属していることを意味する。留保裁判は、大臣裁判制度とコンセイユ・デタの組織上の関係を説明する概念または大臣裁判制度のしくみであった。これに対して、大臣に留保された行政裁判権をコンセイユ・デタに委任したという意味の「委任された裁判」は、実のとき

ろ、委任どころか大臣に行政裁判権が帰属していること自体を否定したものである。行政に対する司法裁判所の干渉を禁じるフランス独自の権力分立論のなかで、行政階層的なしくみによる解決を前提にした行政不服申立ての審理権は活動行政の長である大臣に属し、活動行政からは独立した裁判機関が審理すべき行政訴訟の裁判権は、裁判機関へと発展したコンセイユ・デタに属することを認めたものにほかならない。

第2章 行政不服申立て《*le recours administratif*》と行政訴訟《*les recours contentieux*》の区別

1 行政裁判所による公法の出現と行政争訟法の形成

このように、フランス行政裁判制度は、大臣裁判制度を出発点として、留保裁判におけるコンセイユ・デタを裁判機関に改組し、さらに、大臣裁判制度との訣別を意味する委任裁判において、コンセイユ・デタを行政裁判所として確立した。これによって、大臣に提起される活動行政における行政階層的な行政不服申立て《*le recours administratif*》と、裁判行政を委ねられたコンセイユ・デタに提起される行政不服申立てである行政訴訟《*les recours contentieux*》とが区別される。いずれも、司法裁判所が行政庁の公権力の行使に対する私人の不服審査に関わることが回避され、活動行政における不服審査と裁判機関における不服審査（裁判行政）とに区別され、こんにちいうところの行政争訟法の原形が姿をあらわした。このようなフランスにおける行政争訟法の形成は、国民の権利保障の観念と、司法部が行政領域に干渉することを排除するというフランス革命の指導理念に基づいたものであった。その意味では、フランス人権宣言16条における「権利の保障が確保されず、権力の分立が規定されないすべての社会は、憲法をもつものではない」という近代的意味の憲法の理念が、フランス大革命からコンセイユ・デタの裁判機関化まで、おおよそ1世紀を経て培われていたともいえる。

フランスにおいても、「裁判 (justice)」とは、「法を宣言し、法律の適用を

保障すること」である²³⁾。そして、行政裁判とは、この意味において、行政事件を「裁判」することであるから、行政事件を解決する法を宣言し、当該事件に関わる法律の適用を保障することである。フランスでは、私人対私人の争いを解決するための法を司法裁判所が発見し宣言するコモン・ロー・システムに加えて、国民議会による民法典の制定（1804年に Code civil des français として制定され、1807年にナポレオン法典 Code Napoléon と改称。このときの民法典には裁判所が発見し宣言した判例法も条文化された）によって、議会も法（law/loi）を発見し、発見した法を法律（a law/une loi）の形式で宣言するという新たな法体系としてシビル・ロー・システムが創設されていた。それにもかかわらず、行政と私人の事件を新たな法関係とし、当該行政事件を解決するために適用される法を発見し宣言するのは、当該行政事件を担当する裁判官であるという意味のコモン・ロー・システムが維持され、統治主体と統治客体との法関係、とりわけ行政主体と行政客体である私人の法関係については行政裁判官が法を発見し宣言したのである。つまり、行政に対する法的拘束性を命題とする民主主義原理または法治主義原理を具体化するには、行政対私人の紛争解決に法の不備や法の欠缺による裁判不能を回避し、行政と私人の法関係を規律する新たな法の発見と宣言については、コモン・ロー・システムに依らざるを得なかったのである²⁴⁾。英米法は、「国の通常裁判所の前における平等」原則から、私人と対峙する行政（国王）も私人として位置づけられ、行政対私人も、裁判においては私人対私人の紛争としてコモン・ロー・システムが維持され、行政法の発達はみられなかった。これに対し、司法裁判所と別に行政裁判所を設置したフランスでは、行政訴訟を担当する裁判官が、個別具体的な事件を通じて、判決の形式で行政に関する法を発見し宣言し、その法が後の類似の行政事件で繰り返され、集積して行政判例法となり、司法裁判所によって発見、宣言されてきた法である私

23) G. VEDEL, *op. cit.* at 9, p. 72.

24) Bernard SCHWARTZ, *FRENCH ADMINISTRATIVE LAW and THE COMMON-LAW WORLD*, New York University Press, 1954, pp. 1-3.

法とは区別される行政法が形成されることになったのである。このように、司法裁判所が担ってきた「社会における法（私法）の発見と宣言」というコモン・ロー・システムによる行政法の発見と宣言（行政裁判所が発見し宣言したという意味で公法 public law と称され、司法裁判所によって発見、宣言された法は私法 private law と称されるようになる）がなされ、フランスは行政法の母国と称される。行政裁判は、この行政法の発見と宣言によって行政法の形成を担うのは行政自身であるという強いフランス的観念を具体化した結果である²⁵⁾。かつて貴族の特権を擁護するため、国王と対立する機関であった司法部が、裁判を通じて行政に干渉し、国民の権利を抑圧し、行政による民主的改革を阻止したという歴史的なイメージのもとに、権力分立論がフランスにおける政治的、歴史的事情にあわせて適用され、活動行政と裁判行政を分離させながら、行政事件を解決することによって行政に関する法の発見と宣言を適切になし得る権限は行政部に専属するという信念があったともいえよう。

2 裁判管轄の区別標準としての公役務概念

国民主権の原理に拠る近代法は、国家という統治者（法人）に統治権力を権力分立の原理に基づいて行使することを義務づけることによって、国家権力の行使を規範化した。その意味で、権力分立原理は、国家統治の基本原理であると同時に、統治権力を行使する根拠と限界を示す^{lawful}法である。夜警国家の任務を遂行する規制行政は、「公共の福祉」を維持するために私人の権利を制限し、新たな義務を課す公権力を行使する。違法な公権力の行使に対する私人の不服の訴えを裁判所が審理し、行政は裁判所の判決に従うことになるから、当該判決は、統治権力の行使を具体化した行政権限の行使に関する法（行政法）を発見し宣言していることになる。そこで、この行政法を宣言する裁判所が司法裁判所であるか、それとも行政裁判所であるかによって、行政法の守備範囲は大

25) 横山信二「行政法の法源に関する考察」愛媛大学法文学部論集総合政策学科編15号(2003)66~72頁を参照。

大きく異なってくると同時に、司法裁判所が行政事件の審理に関わることができ
る境界線が示されるであろう。

フランスにおいて、行政権限行使の適法性を審査する裁判所管轄については、
アンシャン・レジーム期に司法裁判所として機能していた高等法院が、人権抑
圧的に司法権を行使していたことに対して強い国民の不信があった。このため
に、共和制発足の当初から、公権力の行使に関する適法性審査は、意識的に司
法裁判所の管轄から除外された。行政権の行使（活動行政）に対して司法裁判
所が関与することを排除するというフランスにおける行政・司法二分論は、権
力分立原理を理論的根拠とし、前述した《1790年8月16-24日の法律》13条
が「司法作用は、行政作用と区別され、かつ、常に分立される」と定め、司法
権はいかなる理由があろうとも、行政権にかかわることができない（“Les juges
ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que soit, les
opération des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison
de leurs fonctions”）という実定法上の根拠が与えられていた。具体的には、大
臣裁判制度からのコンセイユ・デタによる「留保された裁判」と「委任された
裁判」を経て、活動行政と裁判行政とが明確に分離され、コンセイユ・デタが
行政裁判所となって裁判行政を担い、行政裁判制度が確立したということであ
る²⁶⁾

夜警国家において、「公共の福祉」の維持のために、主権原理に基づく規制
行政として行われていた警察役務という公役務による法関係（ドイツ行政法の系
譜を受け継いでいる日本行政法の表現ならば「本来的公法関係」）に加え、福祉国家を
むかえた20世紀中葉の給付行政は教育、扶助、労働、電気、郵便、通信、電
話、鉄道などの「公共の福祉」の増進を目的とする公役務が事実として行われ
はじめると、行政権力を法的に規律することを目的としていた行政法は、教育

26) 塩野宏「行政法の対象と範囲」成田頼明編『行政法の争点（新版）』4～9頁（ジュリス
ト増刊、有斐閣、1990年）、原田尚彦『行政法要論（全訂第五版）』17～19頁（学陽書房、2001
年）を参照。

や扶助等の新たな公役務によって形成される法関係（「伝来的公法関係」と私法関係）をもその守備範囲とする行政法のとらえ方を導くようになる²⁷⁾

したがって、国家役務の遂行のために組織され執行されることにより形成される法関係の性質は、まず、当該法関係を行政裁判所が管轄する公法関係なのか、司法裁判所が管轄する私法関係なのかによって決せられることになる。念のために、ここでは形式的に、行政裁判所（la *juridiction administrative*）が管轄する法関係を公法関係とし、司法裁判所が管轄する法関係を私法関係とする。この国家役務の裁判管轄に関する問題に答えたものとして著名なのが、権限争議裁判所によるブランコ判決（*Tribunal des conflits*, 8 février 1873, *Blanco*, 1^{er} suppl., *Rec. Lebon* p. 61）である。ブランコ事件は、国営の煙草工場の運搬車（*un wagonnet*）が子どもを轢いて負傷させたという損害賠償事件で、国という行政主体である加害者と被害者との不法行為の問題（私法関係）であって、事件そのものは、司法裁判所が管轄する民事事件であった。しかし、裁判管轄を判断する権限争議裁判所は、国営煙草工場の操業は公役務の執行であり、前述の《1790年8月16-24日の法律》13条の「司法作用は、行政作用と区別され、かつ、常に分立される」という規定に従えば、本件を司法裁判所が管轄することはできないから、行政裁判所の管轄であるとした。かくして、ブランコ事件に対する権限争議裁判所の判決は、権力分立原理とこれを実定法化した《1790年8月16-24日の法律》13条に基づいて、公役務の執行に関係する法関係は、行政裁判所が判断し宣言する行政法関係であるとしたのである。このことから、「公役務の執行」が行政裁判所の裁判管轄権を画定する標準となった。有毒蛇の捕獲に対して手当を支給する知事の権限を争ったテリエ事件で、手当の支給という公権力の行使を伴わない行政（非権力行政）に関する裁判管轄についても、コンセイユ・データのロミュ政府委員は「公役務の組織と運営に関するすべての事柄は、行政が契約の手法によって行動すると権力的な行為形式に

27) 塩野, 前掲注 26).

よって行動すると問わず、その性質上、行政裁判所の管轄に属する行政活動を構成する」²⁸⁾と述べ、公役務概念と行政裁判所の裁判管轄の関係が維持され、公役務が公法に関するコンセイユ・デタの判例法（すなわち、行政法）を確立するかにみえた。

「公役務の執行」を行政上の法関係と位置づけた判決例の流れ（ブランコ判決—テリエ判決）であるが、テリエ判決は、公役務の執行形態にも言及し、「公役務の執行」がすべて行政上の法関係となるわけではないことが、以下の2点のように示唆されている。すなわち、(1)公役務の中には、その執行が日常的に行われることから、当該公役務の執行になんらの特別法も必要とせず、また当該公役務がコモン・ロー上の契約関係で、その公役務を執行する行政は単なる私人として執行することもあるから、原則として、民法典が適用される法関係であるにもかかわらず、公役務を執行する行政が、あえて私人としてではなく公法人として公益の実現のために公法関係に立つ場合がある。このような性質の公役務の執行に関する裁判管轄権は行政裁判所にある。たとえば、公営住宅の供給・管理・運営、政府契約、給与の支払い、公共料金による鉄道運送などである。つぎに、(2)公企業の執行がその例となるが、公役務の執行を個人対個人の関係で行うために、当該公役務の執行は契約など私法上の行為手法によってなされるから、当該公役務の法関係は私法関係となる場合がある。この場合、行政が公役務の執行を私法上の手法を選択して行うもので、「公役務の私管理 *la gestion privée des services publics*」と称され、司法裁判所に裁判管轄権がある。

前述したテリエ判決のロミュ論告は「行政が契約の手法によって行動すると権力的な行為形式によって行動すると問わず、その性質上、行政裁判所の管轄に属する」と述べたが、行政裁判所の管轄に属する「行政が契約の手法によ

28) 《Tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des services publics... —soit que l'administration agisse par voie de contrat, —soit qu'elle procède par voie d'autorité—constitue une *opération administrative*, qui est, par sa nature, du domaine de la juridiction administrative...》, C. E., 6 févr. *Sieur Terrier c. département de Saône-et-Loire*, rapp; Romieu commissaire du gouvernement, Rec., p. 96.

て行動」する公役務とは、上記(1)の公役務を執行する行政が公益を実現するために、あえて公法人として私人と公法関係に立つ場合である。そして例外的に、上記(2)の「公役務の私管理」という公役務が私人によって執行される場合があって、当該公役務の運営と組織は「個人対個人の関係」という契約手法によって執行される公役務であり、「公役務の私管理」に対する司法裁判所の裁判管轄権が認められる。例外的に司法裁判所が公役務に関する事件に裁判管轄権を有するとされたが、私人による公役務の執行が多くなるにしたがい、司法裁判所が「公役務の執行」に関する事件に裁判権を有し、公役務の執行という行政領域に関与する機会が拡大していったといわれる²⁹⁾ こうして、ロミュ論告は、公役務概念と行政裁判所の裁判管轄を概括的に結び付けることに検討を加え、私法関係によって執行される公役務の存在と司法裁判所の裁判管轄権を認める契機となった。したがって、公法関係とされた公役務と行政法との関連は稀薄となり、公役務の執行に対する法的コントロールが私法領域（司法裁判所）に委ねられる傾向が示された。この傾向を確認したのがアフリカ西部商事会社事件である。

このアフリカ西部商事会社 *Société commerciale de l'Ouest africaine*（またはエロカ渡船 *le Bac d'Eloka*）事件は、植民地政府が直接経営している運送事業の渡し船が沈没し、その船で運ばれていたアフリカ西部商事会社が所有する積み荷の自動車に重大な損害が生じ、会社とその賠償を求めた事件で、ブランコ事件と同様に、公役務の執行における不法行為に基づく損害賠償事件である。ところがブランコ判決と異なり、権限争議裁判所は、有料で運送事業を行うのは私人と同一の条件で行為をすることから、「行政裁判権に管轄権を与える特別の規定がない限り、主張されている事故の損害賠償責任を審理する権限は、司法裁判所の権限に属する」と判示した。植民地政府が経営する船舶運送事業は、個人や企業が必要としている交通の自由を保障するというよりも、民間の運送

29) Jean RIVERO et Jean WALINE, *Droit administrative*, DALLOZ, 2000, p. 30 et p. 165.

事業と同じように、乗客や荷送人が支払う運送代金の収益を目的とする商工業的役務（un service public industriel et commercial）であるから、「公役務の私管理」として私法関係を構成するという（“moyennant rémunération, les opérations de passage des piétons et des voitures d’une rive à l’autre de la lagune, la colonie de la Côte-d’Ivoire exploite un service de transport dans les mêmes conditions qu’un industriel ordinaire”³⁰⁾）。

アフリカ西部商事会社事件で、権限争議裁判所が下した判決の意義は、「公役務の私管理」となる具体的な公役務として商工業的公役務概念を示し、これを私法関係として司法裁判所の裁判管轄権を認めたところにあるとされている。さらに、ブランコ判決からアフリカ西部商事会社判決が言及している公法の意味について、比較法的視点から、われわれの注意を喚起するものがある。すなわち、行政法が、フランスにおいてコンセイユ・デタ（行政裁判所）の判例法（le droit administratif de common law）として誕生し³¹⁾行政法が法領域の一分野として認知されつつあった時期に、ドイツではそのフランス行政法を国法学の影響のもとに継受し、私法とは別個の自律した法体系である「公法」分野としてのドイツ行政法および行政法学を確立していた³²⁾そのドイツ行政法を輸入してきたわが国の伝統的な公法観は、「公法関係ニ民法立チ入ルベカラズ」という伝統的な公法観に支配されており、行政が契約の手法によって行政目的を達する行為形式を公法契約とし、公法私法二分論のもとに、けっして明確とは言えない公法契約法の法理の存在を前提にしてきた。公役務が私法形式によって執行される場合、前述のテリエ判決を振り返ると、公益実現のために公法人として私人との法関係にたつ場合は公法関係であり（ロミュ論告(1)）、私人対私人の関係のもとに公役務が私法形式によって執行されている場合は私法関係とされ（ロミュ論告(2)）、アフリカ西部商事会社判決はこの原則に沿ったも

30) T. C., 22 janv. 1921, *S^{ie} Commerciale de l’Ouest africain*, n° 00706, Rec., p. 91.

31) Pierre FOUCHER, *DROIT ADMINISTRATIF*, Bruylant, p. 2.

32) 上山安敏『憲法社会史』94～118頁（日本評論社、1977年）、南博方『行政裁判制度』72～76頁（有斐閣、1987年）。

のとみられる。公役務の法関係を公法関係と私法関係に振り分けるこのテリエ判決の基準は、ブランコ判決では、「1790年8月16-24日の法律13条に基づいて」、または「契約上の責任または革命暦8年2月28日の法律によって定められた公土木における損害賠償のような法定の責任を除いて」、公役務の執行に関係する法関係は行政裁判所が判断し宣言する行政法関係であるとされていたが、そのブランコ判決においてすでに、「特別法が存在すれば、当該公役務の法関係には一般法である民法が補充適用される」という解釈の余地が残されていた。そして、テリエ判決では「当該公役務がコモン・ロー上の契約関係で、その公役務を執行する行政は単なる私人として執行することもあるから、原則として、民法典が適用される法関係であるにもかかわらず、公役務を執行する行政が、あえて私人としてではなく公法人として公益の実現のために」公法関係を形成するとした。つまり、私法形式による公役務の法関係は一般法である民法の適用があるが、当該公役務の執行による公益の実現のための特別法が存在するときは公法関係であることが示されたのである。さらに、アフリカ西部商事会社判決は、「行政裁判所に管轄権を与える特別の規定がない限り、主張されている事故の損害賠償責任を審理する権限は、司法裁判所の権限に属する」と判示し、特別法と一般法の関係から、公法が意味するところを明確にしている。公役務の執行によって公益の実現が目指される過程における事件は行政事件として行政裁判所（コンセイユ・デタ）の裁判管轄に属し、公役務の執行が私人の管理に委ねられて実施されている過程の事件は、公役務の執行でありながら司法裁判所の裁判管轄に属するという行政訴訟の裁判管轄を分割する法理が次第にあきらかになっていった。

テリエ判決からアフリカ西部商事会社判決以降の権限争議裁判所およびコンセイユ・デタの判決の動向について、リベロは、ブランコ判決で示された裁判管轄の標準としての公役務概念の意義（公役務の執行は、契約による行為形式であろうと権力による行為形式であろうと、行政裁判所の裁判管轄に属する）は後退し、商工業的役務か否かを裁判管轄の基準とすること（私法の行為形式であっても、公益実

現のために公法人として執行される公役務の法関係は、行政裁判所の裁判管轄に属し、「公役務の私管理」として私企業と同様に執行される公役務の法関係は司法裁判所の裁判管轄に属する)が、社会的公役務(*services sociaux*)やスポーツ公役務(*services sportifs*)など他の公役務にも適用された(22 janv. 1955, *Nariato, D.*, 1956, p. 58)と指摘する。しかし、公役務を私法関係へとひろげていくこのコンセイユ・デタの判例の流れには、「公役務概念にまつわりつく不確かさがあった(*l'incertitude qui pèse sur la notion*)」ともいう。その「不確かさ」とは、公役務の本質的な性質として認識されていた「公権力特権の存在《*l'existence de prérogatives de puissance publique*》],あるいは行政的公役務(*service public administratif*)であった³³⁾リベロがこのように分析する判例の動向は、要するに、行政権が国家権力の一部として現に存在し、議会が定めた法律の執行として、公役務を執行する行政には、たとえそれがいかに受益的であり、私法の行為形式で執行されようとも、「公権力の行使」や「公役務の公管理 *la gestion publique des services publics*」という性質(前述のロミュ論告(2))が押し出される場合、それは行政裁判所の裁判管轄に属する公法関係であり、特別法が優先適用される行政上の法関係である、ということであろう。

公役務概念の底流にあるフランスにおける公法のとらえかたには、ドイツやわが国の公法私法二分論ではなく、特別法と一般法の関係に近いものがある。このフランス的公法の観念を築いた判例の流れは、わが国で特別裁判所の設置を禁じる日本国憲法の制定によって行政事件が民事事件に吸収されたことから、行政権と司法権の関係が大きく変わったところに多くの示唆に富んだ考えを提示しているようにおもわれる。すなわち、行政事件訴訟特例法の制定によって行政事件と民事事件とが再び区別され、両者ともに裁判管轄権は司法裁判所に属しながら、行政事件訴訟法における当事者訴訟をはじめ、今次の改正法で追加された義務付け訴訟や差止め訴訟など、私法を司るのみならず、司法権を

33) J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.* at 29, pp. 164-169.

行使する裁判所が行政事件を通じて行政法を発見し宣言し、行政主体と私人の法関係に私法の適用を原則としながら、行政法が特別法として存在するならばこれを優先適用する判決例（とくに、公営住宅の使用関係に関する最高裁判決³⁴⁾）があり、フランス的公法の観念の影響とまではいえないにしても、公法と私法の関係から行政訴訟に適用される法関係にフランス公法の位置づけと同じ動向を感じる。

3 行政争訟の「裁判」管轄権分配の法理

市民革命後の民主主義原理に基づいて、基本的人権の保障を担保するために、統治権力の行使主体とその相手である国民（または私人）との関係が〈支配者と被支配者〉の関係から法関係へと変わっていく過程で、統治権力が国民に行使される具体的な表象である行政の行為と私人の権利義務に関する紛争を解決することは、行政権の行使を法的拘束のもとに置くことを意味するから、行政事件の裁判権は司法裁判所に属さない。貴族の特権擁護のために庶民の人

34) 最判昭和59年12月13日民集38巻12号1411頁は「公営住宅法は、国及び地方公共団体が協力して、健康で文化的な生活を営むに足りる住宅を建設し、これを住宅に困窮する低所得者に対して低廉な家賃で賃貸することにより、国民生活の安定と社会福祉の増進に寄与することを目的とするものであつて（1条）、この法律によつて建設された公営住宅の使用関係については、管理に関する規定を設け、家賃の決定、家賃の変更、…入居者の明渡等について規定し（第3章）、また、法の委任に基づいて制定された条例も、使用許可、…使用料の徴収、明渡等について具体的な定めをしているところである（3条ないし22条）。右法及び条例の規定によれば、公営住宅の使用関係には、公の营造物の利用関係として公法的な一面があることは否定しえないところであつて、入居者の募集は公募によるべきこと（法16条）、入居者は一定の条件を具備した者でなければならないこと（法17条）、事業主体の長は入居者を一定の基準に従い公正な方法で選考すべきこと（法18条）などが定められており、また、特定の者が公営住宅に入居するためには、事業主体の長から使用許可を受けなければならない旨定められているのであるが（条例3条）、他方、入居者が右使用許可を受けて事業主体と入居者との間に公営住宅の使用関係が設定されたのちにおいては、前示のような法及び条例による規制はあつても、事業主体と入居者との間の法律関係は、基本的には私人間の家屋賃貸借と異なるところはなく、…公営住宅の使用関係については、公営住宅法及びこれに基づく条例が特別法として民法及び借家法に優先して適用されるが、法及び条例に特別の定めがない限り、原則として一般法である民法及び借家法の適用があり、その契約関係を規律するについては、信頼関係の法理の適用があるものと解すべきである」（1415～1416頁）。

権を抑圧してきた司法裁判所の役割を担っていたパルルマンに対するイメージから、このような行政権と司法権の厳格な分立を要求する裁判管轄分配の法理が基本に据えられた。

この法理によって、行政事件を解決する法の発見に司法権が干渉することが禁じられ、これを行政権の職務としたために行政に関する法を発見し宣言する裁判機関を要することになる。行政の行為に対する私人の不服を行政階層的秩序によって処理する必要から大臣裁判制度が発達するが、今度は裁判行政と活動行政との混同が問題となった。この混同を解決するために、アンシャン・レジームから国王の諮問機関として存在し、国王に対する不服申立てを裁判してきたコンセイユ・デタに《訴訟部》を設置し、行政事件の裁判権を大臣に留保しながら、コンセイユ・デタに大臣の裁判権を行使させる留保裁判を経て、コンセイユ・デタが行政事件の裁判権を行使する委任裁判がカドー判決を通じて確立した。活動行政と裁判行政を区別するという実際的な必要から、活動行政における行政不服申立て《*les recours administratifs*》と裁判行政における行政訴訟《*le recours contentieux*》とを区別する行政争訟法の法理が形成された。すなわち、処分庁の第一審判決に対する控訴として、大臣の裁判を求めた裁判行政を活動行政と区別し、処分庁の活動行政の執行に対する不服を上級庁に提起し是正させる《*les recours administratifs*》（行政不服申立て）と、裁判機関に対して違法な行政を訴え、権利救済を求める《*le recours contentieux*》（行政訴訟）とが区別されるのである³⁵⁾ 後者の役割を担うコンセイユ・デタは、行政裁判所として、行政に関する法を発見し宣言することになる。

統治の主体である国家の活動によって確保される公役務が、福祉国家の登場とともに多様化し、公権力の行使によって管理される公役務に私人の私法の行為形式によって管理され、実現される公役務が加わり、私的に管理される公役務における紛争に対する裁判管轄が問題となる。ブランコ判決からテリエ判

35) J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.* at 29, pp. 204-205.

決、エロカ渡船判決を経て、行政に関する法（公法）を私法の特別法と位置づけ、公法の規律を受けない公役務に関する訴訟は司法裁判所の裁判管轄に属し、行政裁判所による公法上の規律を要する公役務訴訟は行政裁判所の裁判管轄に分配されることになった。

お わ り に

フランスにおける行政争訟の「裁判」管轄権は、以上のように整理される。審査請求に対する上級庁の審理も含めて裁判とするのは、行政不服申立てが、フランスでは大臣裁判制度のもとに発達してきたことに基づくもので、行政の行為に対する違法または不当を裁断するという意味が、かっこ付きの裁判、つまり「裁判」に含まれている。裁判のかっこが除かれるのは、大臣の裁判権を否定した委任裁判以降である。それは、行政に関する法の発見と宣言が行政裁判所に専属すること、すなわち、活動行政と裁判行政が区別され、裁判行政が活動行政を規律するものであるが、それだけ行政に関する法の発見と宣言が専門化していることを窺わせる。

「はしがき」で述べたように、わが国の行政事件訴訟法は新たに義務付け訴訟と差止め訴訟を行政訴訟に加えた。これら新たな法定抗告訴訟は、「すべて司法権」が司法裁判所に属し、行政機関が「終審として裁判を行ふことができない」制度のもとで、行政が判断すべき事柄を司法裁判所が判断し、司法権が行政権を法的に規律することを意味するから、フランスにおける裁判管轄分配の法理に照らすと、義務付け訴訟も差止め訴訟も、「法律による行政」の原理など私法では規律できない特別の法原理や法を必要とする場合に限定されると同時に、そのような場合には司法裁判所は法の番人として積極的に行政を規律し、正義を実現する責務を負うものと解される。