

《論説》

公法の基礎としての「公役務」の観念 ——デュギー『公法の変遷』における——(1)

三 好 充

はしがき

デュギーの『公法の変遷』⁽¹⁾は、「序文」、第1章「何故に公権力の観念を基礎とする公法体系は消滅するか」、第2章「公役務」、第3章「法律」、第4章「特別法」、第5章「行政行為」、第6章「行政訴訟」、第7章「責任」、
「結論」からなる。序文、第1章、第3章および結論については、すでに、
和田英夫教授により、訳出・紹介がなされている。⁽²⁾ここでは、第2章「公役務」を訳出・紹介し(本号)、その現代的意義を検討する(次号)ものである。

注

- (1) Léon Duguit, *Les transformations du droit public*, Librairie Armand Colin, 1913.
(2) 和田英夫, 「ダイシーとデュギー」(勁草書房) 1994年, 101頁以下, 同, 「主権・国家・歴史」法律論叢第60巻第4・5合併号, 1998年, 339頁, 同『『法律』の性格と違憲審査』法律論叢第65巻第2・3号, 1992年, 1頁。

第1章 デュギー『公法の変遷』における「公役務」の 内容紹介

デュギー『公法の変遷』の第2章「公役務」は、第1節「主権の教理に対する政治家たちの信頼の動揺」、第2節「公法学者の躊躇と傾向」、第3節「公役務の構成要素」、第4節「公役務の対象」、第5節「公役務の観念は現代公法の基礎概念となる」、第6節「公役務の正規の作用を私人に保障する

法的措置 付託された役務」, 第7節「公役務の正規の作用を私人に保障する法的措置 直接運営される役務」からなる。これらの諸節に先立って、デュギーは、まず、「公役務」についての基本的見解を次のように述べる。

「公役務の観念は、公法の基礎としての主権の観念にとって代わっている。確かに、この観念は新しくない。きわめて種々の理由からなる作用——その研究は、ここです必要はない——のもとに、統治者と被治者の間で区別がなされるが、その区別がなされたその日から、公役務の観念は、人々の心のなかに生まれたのである。確かに、この瞬間から、次の点が理解された。一定の義務が被治者に対峙する統治者に対して課されたし、しかも、これらの義務の履行は、統治者のもつ最大権力の結果でもあったし、また同時に、その正当化でもあった。これが、主として、公役務の観念である。

新しいことといえば、この観念が、法の領域において、今日、すぐれた地位を占めているということである。それによって、重大な変遷が現代法において生じているのである。この命題は、先駆的公式ではない。それは、われわれがこれから分析し、明瞭にしようとする事項を表現したものであるに過ぎない。」

第1節 主権の教理に対する政治家たちの信頼の動揺

〈本節では、まず、政治家や理論家の意見に耳を傾けるべきである、と主張する。そして、フランスの議院の認識として、「多数派による法律がもはや現代民主主義にとって不可欠の法律ではない」し、「現代民主主義に直接かつ緊密に結びつくところの国民主権の概念は、もはや公法の基本概念ではない」と述べる。〉

まず、次の点が重要である。つまり、理論家の学説と政治家の宣言については、観察を怠ってはならないということである。もちろん、われわれは、そのいずれに関しても、それらが一般的であり明白であるとして、その主張を肯定すべきであるということまでも認めるわけではない。それにしても、そこには躊躇や否定が数多く存するのに気づくのである。その名に値する政

治家たちは、重大な変化が国家の概念のなかに生じたということや、国家が命令権をもっているだけではなく、遂行すべき重大な義務さえも持っているということを認める点で一致している。理論家側はどうかというと、彼らは、現在、主権が公法の概念のなかでもはや第1の地位を占めていないということを主張しているのである。帝国主義体制のもとでは、国家は、当然に、法人でなければならなかった。というのは、公権力は権利であり、この権利の主体を必要としたからである。現在、次のようにいわれる。国家の人格は、完全に否定することはできないが、しかし、その領分は、制限されなければならない。国家は、往々にして、法人であるが、しかし、常にそうではない。また、国家には、異なった性質をもった2つの人格がある。このように、躊躇と矛盾がみられ、これが特徴的であり、変遷の危機をよく示しているのである。

その例を数多く挙げる必要はないが、われわれとしては、シューレ・ケストネールの記念碑の除幕式で当時総理大臣だったクレメンソー氏によって行われた演説を想起すべきである。ドレフュス事件においてこの偉大な市民によって演ぜられた役割を想起して、クレメンソー氏は、次のように述べた。「運命の賽は投げられた。すでに、本能的な群衆はバラバ党に走った。ここでは、その思想は、不安定のまま立ち止まっている。数、普通選挙が誤らせている。問題とされるのは、民主主義の法則そのものではないか……。さて、いや、次のように取り急ぎ言おう。民主主義は、支配の言葉が権力の支持者によって理解されているような意味での、数の支配ではない……。民主主義は、理性の支配でなければならない……。しかし、われわれが、わが国の昔の国王の権力のような権力の行使を、いつの日かこれらの多数派に期待するとするならば、われわれは、暴政を変えただけに過ぎないであろう。」⁽¹⁾

つい最近のことであるが、バルトー氏は、その著作のなかで、これと類似的な考え方を述べた。「その時代とともに生きなければならないし、しかも、至高で無謬の国家の教理を生活習慣のなかに永続きさせるようなことがあってはならない。そのような国家の公務員は、忍従した、無言の奴隷になって

(2)
 しまうであろう。』

そのうえ、比例代表制のために今日生じている大潮流が同じ傾向を示していることを無視することはできないであろう。そのことをいうに際して、われわれは、ある種の政治家の気まぐれな態度、しかも、彼等のなかのある者についてみられる、権力の座から離れると生じる豹変には目をむけていない。漠然とした偶発的出来事については、社会事象の真面目な観察者はそれを無視するはずである。しかし、フランスでは、選挙改革のために、まれにみる強烈さをもった思想の運動が存在するということを否定することができないし、そのことは、あらゆる政党のもっとも聡明な政治家たちがよく理解している。そのような政治家たちは、非常にはっきりした見解をもっており、現代の認識では、選挙団の多数派によって表明される主権の一面的な概念にはもはや満足しないし、しかも、そこに、もはや、公法の基本原則を認めることができない、とするのである。フランスの下院が選挙法案を339票対217票で採択し、その第1条は、下院議員が少数派の代表を含む名簿（連記）制選挙によって選ばれると規定するが、それが採択された日（1912年7月10日）に、公法の進展において重要性をもった事実が生じたのである。そこに、われわれとしては、より良い選挙制度を設け、できるだけあらゆる買収による影響を避け、しかも、行政を政治的策略から保護しようとする意図を認めなければならない。しかし、われわれは、そこに、なによりもまず、次のようなフランスの議院による認識をみるのである。つまり、多数派による法律がもはや現代民主主義にとって不可欠な法律ではないということ、しかも、現代民主主義に直接かつ緊密に結びつくところの国民主権の概念は、もはや、公法の基本概念ではないということ。

注

(1) *Journal officiel* 1^{er} fevrier 1908.

(2) Cité d'après *L'Humanité* 1^{er} fevrier 1906.

第2節 公法学者の躊躇と傾向

〈本節は、次のようである。つまり、「主権」の教義に関し、ラーバントの学説等ドイツの学説と同じ主張をするエスマンのように、公法の基礎を依然として主権におく学説もあるが、しかし、フランスの法学者たちは、法の変遷に気づき、なかでも、オーリュウとベルテルミエールがともに、いかにして、公法の基礎としての主権を否定するに至ったかを示す。〉

主権の教義に対する政治家の信頼が根底からぐらつくとすれば、法律家の信念も同じようにぐらつくのである。制度の崩壊のなかにあって、1人だけが揺るがずにいる。エスマン氏であるが、彼は、憲法に関する著書の版を多く重ねており、そのなかで、常に、同じ冷静さと強い自信をもって、次のように記しているのである。「国家は、国民共同体の法人格である。……それは、公権力の主体であるし、その維持者である。公法の基礎は、国家が主権に一主権は、各々の時点において、それを行行使する人々の外側にあってしかもその上位にある一国民共同体を人格化する理想的、恒久的主体としての地位を付与するところに存する。この人格は、このように主権と混同される国家であり、この主権は、国家の本質をなすのである。」⁽¹⁾

同じ学説は、ドイツの多くの学者たちの学説、とりわけ、ラーバント氏の学説のなかにみられる。しかし、ドイツの多くの学者たちは、エスマン氏が主権と呼ぶものを公権力（Herrshaft）と呼び、しかも、主権という言葉は権力のもつある性質を指すために留保するのである。それは、まさしく、ここではほかになす術のない巧妙な区別である。結局、主張するところは同じである。もっとも、エスマン氏の場合には、その事実の観察が、確かに不正確であるとしても、しかし、間違いなく、良心的で公平に行われており、その主張するところは、このような事実の観察にもとづいて決定されているのであるが、それが、少なくとも表面上、もっぱら帝国の全権能に法的基礎を与えようと欲する多くのドイツの法学者に、影響を与えているのである。⁽²⁾

フランスの公法学者たちは、今日、法のなかに生じている変遷に十分に気づいている。しかし、彼等は、あえて、そのことを、自分自身にいい聞かせ

ようとはしないように思われる。彼らは、主権の概念を固辞する。もっとも、彼らは、事実に押されて、その概念をほとんど無に近いものにしている。あるいは、彼らは、主権を維持したいと思いながらも、国家の人格を否定するのである。その場合、主権は、その必要な土台を奪われており、宙に浮いているのである。これらの学説のすべてを、たとえ要約したうえであれ、ここで述べることは、問題外である。われわれとしては、フランスの公法学説のもっとも代表的な二人の学者、つまり、オーリュウ氏とベルテルミィ氏が、ともに、いかにして、主権の否定に達しているのかを示したいと思うだけである。

すでに、オーリュウ氏は、その「行政法概論」(1909)の第6版において、「主権と法律は、もはや、トップの座に位しないし、しかも、権力の実際の結合において、第一の役割ももはや演じないのである。」(序文9頁)と記していた。オーリュウ氏は、その「公法原理」(1910)の225頁で、さらに、次のように記している。「これらの理論的留保(主権の理論的制限)は、命令する一般意思のもつ全権能への信仰をその根底において打破しない限り、機能しない。この教理ほど有害な作用をした、間違った教理は少ない。」これは、伝統的学説の明白な非難ではないのか。しかし、その場合、オーリュウ氏の考えのなかで、何が、新体系の基本的概念であろうか。それは、次のように要約され得るものと思われる。そのとおり、命令権はある。しかし、その命令権は、主観的権利ではない。そこには、いわゆる権力という権利の名義人たる法的人格はないのである。しかし、支配の権力はある。オーリュウ氏は、次のように記している。「一国の社会組織はすべて、経済的なものであれ、社会的なものであれ、支配の権力によって設置され維持される関係の全体に帰着する……。支配の権力は、一定の関係を創設し保持することを本来の作用とする。多くの場合、その作用は度外視して、命令と強制の単純化された形式のもとに、その権力は検討される。……その権力は、もっとも、実際には、秩序と安定を設けることをその固有の作用とする。……その権力は、その作用を多かれ少なかれ適切に遂行している。しかし、その権力がそ

の作用を正当に遂行しているときは、それは合法である。⁽³⁾」

この引用文は、オーリュウ氏の著作において、何が重要な点であるかを示すのに十分であるように思われる。このようにして、この公法学者にとって、主権は、もはや、公法の本質的な要素ではない。国家の人格は、きわめて限られた領域において、法律上の商取引を行う。支配の権力は、それでも、常に存在する。しかし、これは、もはや、法人たる国家がその名義人となる主観的権利ではない。それは、なによりも、社会的作用である。それは、結局のところ、公役務である。このようにして、オーリュウ氏は、公役務が現代の制度の唯一でしかも真実の基礎である、と認めようとするのである。

同じ傾向は、ベルテルミィー氏の著作の中にも現れている。ベルテルミィー氏は、オーリュウ氏のように、国家の人格を、もっぱら財産的な人格に還元する。確かに、公権力は存在するが、しかし、ベルテルミィー氏によると、その名義人である権利の主体は存在しないのである。彼は、次のように述べている。「行政によって行使される権威行為であるが、それは、その名義で行われるところの法人の存在を含まないのである……。人格という観念は、国家を権利の主体として示す場合にのみ必要とされる。人格を有する者のみが実際に権利をもつのである。権力の使用を、権利の行使とみなすことは、大きな間違いである。命令を行う公務員は、主権者の権利を行使しない。彼らは職務を行使するし、その職務の全体が、いうならば、主権を構成するの⁽⁴⁾である。」

われわれとしては、次の点を探究したいとは思わない。つまり、ベルテルミィー氏が、通例、権力とか主権とか呼ばれるものが国家を構成する機関の純然たる作用である、と述べたあと、権威作用と管理作用を区別するとき、彼は自らの理論に従っているといえるかという点である。また、われわれとしては、この区別が、ある時期において提起した長い論争を繰り返したいとも思わない。しかし、次の点を記し、記憶に留めておくことは重要である。ベルテルミィー氏は、オーリュウ氏のように、主として、主権と呼ばれるものの中に、1つの作用を認めるが、命令する主観的権利は認めないのである。

しかも、ベルテルミュー氏もまた、公法から、権力という主観的権利の観念を除去し、そして、公法に、統治者に課される社会的作用の観念を、唯一の基礎として与えるに至っている。

政治家や公法学者が見出し、しかも、彼らが公法の基礎におくところの、社会的作用というこの概念は、結局のところ、公役務の観念であり、今、その構成要素を明確にしなければならない。

注

- (1) Esmein, *Droit constitutionnel*, 5^e édit., 1909, p. 1 et 2,
- (2) Laband, *Droit public*, édit. française, 1900, surtout le tome 1.
- (3) Hauriou, *Principes de droit public*, 1910, p. 78 et 79
- (4) Berthelemy, *Droit administratif*, 7^e édit, 1913, p. 41 et 42.

第3節 公役務の構成要素

〈本節では、公役務の構成要素が「権力を保持する統治者に課される法的義務の存在のなかにあるし、一定の活動の遂行を間断なく確保する義務の存在のなかにある。」とする。そして、その点を明確にするために、1°統治者とは何か、2°統治者に課される義務の基礎は何か、3°この義務の目的は何か、を問題とする。〉

すでに、人々は、それらの構成要素がその姿を現わしているのを見ているのである。それらは、主として、統治者——つまり、特定の国において、事実上、権力を保持する統治者——に課される法的義務の存在のなかにあるし、一定の活動の遂行を間断なく確保する義務の存在のなかにあるのである。この概念は一本書で後述するところであるが一公法の実際において今日与えられる解決のすべてを説明するし、しかも、これらの事実上の解決は、この概念の現実性の証明となろう。われわれとしては、そのうえ、その他の証明を行う積りはない。しかし、明確さを期するためには、とりあえず、次の点を述べておくことは重要である。1°統治者とは何か、2°統治者に課される義務の基礎は何か、3°この義務の目的は何か。

統治者とは何か。現在の概念において、統治者が主権を有する集合的人格

——つまり、国家——の代表者たちではないということは明白であるし、しかも、それは、第1章で述べられたところから生ずる。今日では、神授權の教義と同様に、国民主権の教義ももはや信じられていない。したがって、統治者は、実際に、強制の権力を保持する者である。しかしどうして、また、どのようにして彼らは、その権力を保持するのか。これらの問題は、はっきりと一般的には答えられない。この権力を保持しているという事実は、歴史的・経済的・社会的産物であり、それは、それぞれの国において固有の性格をもつ。政府の組織もまた、時代や国家に応じて異なる。しかし、これらの要素のすべてがいかに重要であろうとも、結局のところ、それらは第二次的でしかないのである。当該国家において、他人に対して実力による強制を課することのできる1人の者あるいは一群の人々がいるという事実が常に存在する。そして、その事実自体から、この権力は、権利ではなく、事実上の可能性であり、それ以外のなにものでもないのである。これらの人々が神からその任を授与されたと信じられたときか、あるいは、彼らが同じく、個々人の意思よりも優れた意思を有する集団的人格の代表者であると信じられたとき、そこに権利をみることができたのである。われわれの時代には、このような宗教的・形而上学的信仰は消滅している。従って、統治上の強制権力は権利ではあり得ない。それは、すでに述べたように、事実上の可能性でしかないのである。

しかし、統治者の権利がもはや信じられないとしても、統治者に課される義務の存在は信じられる。いつの時代にも、多くの人々は次のように理解していた。権力の保持者は、彼らがある種の役務を提供した場合に、しかも、そのような場合に限ってのみ、適法に服従を課すことができた。政治力を失った社会階級の歴史的事例が多いのであるが、それは、その社会階級がこの政治権力の条件そのものである社会的役務を提供しなくなったからである。人々の心のなかで長い間漠然としていたこの感情は、現代においては明瞭な概念となった。それゆえ、人々は、その事態を確認するだけでは満足しない。人々は熱心に、これらの義務の法的基礎を決定しようと努めるのである。し

かも、それは、現代人に課されたもっとも重要な問題の1つである。ある道徳体系を基礎とするところの、統治者に課される道徳的義務は、勿論容易に理解される。しかし、いずれもが非難を免れないのである。その上、すべての道徳的解決は個人的印象の結果、つまり、今日いわれているような直感の結果であって、決して科学的実証的確認ではない。ところで、多くの現代人は、社会問題に対し、事実上の合理的観察に基づく明瞭な解決を要求する。その上、統治者に課されるのは、単に道徳的義務ではなく、それは実定法上組織された制裁を受けることになる法律上の義務である。もし、われわれがある国家において、この実定法上の制裁が存在するということを確認するとすれば、われわれとしては、そこから、統治者のこの法的義務が実在することを当然に結論づけてよいことになる。

個人主義の学説が支配的であったとき、個人の権利は、統治者の負う法律上の義務の基礎になり得たように思われる。しかし、今日では、この学説は、種々の道徳体系と同様に一時的であり、結局のところ、この学説は、他のすべての学説と同様に不確かな形而上学的仮説に過ぎない、と認められる。その上、この学説は、消極的義務を根拠づけることはできないのである。なお、個人主義の大御所である J.-J. ルソーによると、個人の権利は、一般意思のもつ効力のすべてを決して制限することはない。ルソーは「主権者が違反することのできない法律を自らに課されるのは、政治団体の性質に反する⁽¹⁾。」

もし、統治者を専ら最大の権力の保持者とみなすならば、彼らに優越し、しかも彼らに消極的・積極的義務を課する法律が存在し得ようか。もし、彼らの行動がこれらの義務によって制限されるとするならば、彼らはなお最大の権力を保持しているのだろうか。最大の権力を保持する統治者と彼らに課される法的義務について語ることは、二つの矛盾した命題を定式化することにはならないか。統治（Herrschaft）についてのドイツの論者は、サイデルのように、次のようにいうとき、真実にもっぱら身を委ねているといえるだろうか。「したがって、次の点は、永遠の真実である。『統治者』（Herrscher）（権力の保持者たる統治者）がいなければ法はないし、『統治者』の

上にも法はないし、あるいは、『統治者』と並んでも法はない。単に、『統治者』の設ける法があるだけである。⁽²⁾」

いや、そうではない。現代人の意識は、このような結論にエネルギーに抗議する。しかも、結局のところ、法は人間の意識の創造であるので、法律上の義務が統治者に課されることが確認され得る。というのは、現代人の精神のなかには、異質たるものに対しあらがひ難い嫌悪感があるからである。また、その点が次のような理由で確認され得る。つまり、後述するところでもあるが、一連の制度すべてがこれらの義務に積極的制裁を与えるために自然に組織されるということである。それによると、社会学者を兼ねた法律家は、自由な立場でこれらの義務の基礎をなす社会的事実を決定しようと努める。個人的に、われわれは、それを試みまし、しかも、われわれは、社会的相互依存の主要な事実のなかにそれが見出される、と信じている。⁽³⁾この見方は、非常に強烈でしかも非常にさしせまった反対に出くわしたが、われわれとしてはここで、それに対し反論を試みようとは思わない。われわれは、社会的相互依存の事実がこの問題に興味ある解決を与えることになる、と信じ続けている。しかし、実をいうと、そのことは重要ではない。というのは、統治者に課される法的義務の観念は、現代人の意識を満たしているからである。ところで、法を構成するもの、つまり、法の準則は、ある規定は命令的であり、ある義務は果たされなければならないという、ある時代、ある国において、多くの人々に深くしみ込んだ信念でもある。法は、一言でいうと、なによりもまず、物的・知的・道徳的需要により決定された、社会の心理学的創造物である。このようにいうからといって、われわれは、個人の意識とは異なった、いわゆる社会的意識の存在を決して主張するものではない。それは、形而上学的主張であろうし、われわれとしては、そのような主張は極力避けるであろう。

他方、統治者の権力が物質的・経済的・道徳的・宗教的など実に様々な理由をもつということが確かであるならば、次の点もまた、異論の余地がないように思われる。つまり、権力の保持者が被治者に役務を提供するという被

治者の信念によってのみ、この統治者の権力が永続的に維持され得る、ということである。しかも、この信念は、その上、現実と合致することもある。また、統治者の活動は、実際に、統治者にとって利益になることもある。それが、被治者の無知と迷信の結果、被治者にとって利益になるように思われることもある。そこには、政治的権力と公法の主たる要素があるが、しかし、だからといって、その要素として、社会契約の理論と共通するものはなんら含まれていない。社会契約の理論によると、自然状態では孤立した人間が協約により結合し、そこから、主権者であり、政府を構成する集合意思が生まれる。実際は、反対に、社会的集団は第1の所与である。そこに自然な形で、統治者と被治者の間に区別が生ずる。しかも、被治者が、統治者の権力が自分たちにとって有益であると信ずれば信ずるほど、その権力は、永続的に被治者に課されるのである。

したがって、権力の所持と、一定の活動を遂行し一定の役務を提供する義務との間には密接な対応関係が存在するのである。この対応関係は、常に感じられるが、それは、現代人によって明瞭に理解され、強く欲されているからである。それは、統治の法的義務を基礎づけるに十分である。今日、文明社会においては、次のような考え方が深くしみ込んでいる人たちはばかりである。つまり、いかなる資格によってであれ——皇帝であれ、王であれ、共和国の大統領であれ、大臣であれ、議会であれ——権力を保持するものはすべて、自分たちの利益のためではなく被治者の利益のためにその権力を保持する、という考え方である。そして、この考え方は、その影響力が大きく、すべての権力の保持者が実際に、その地位からできるだけ多くの利益を得ようとするときでさえ、競って被治者の利益のため、を繰り返すのである。

注

(1) *Contrat social*, liv. I. chap. VII.

(2) Seydel, *Grundzüge einer allgemeine Staatslehre*, 1873 p. 14.

(3) *L'Etat, Le droit objectif*, 1901, p. 23 et suiv. : *Traité de droit constitutionnel*, 1911, I, p. 14 et suiv.

第4節 公役務の対象

〈本節では、公役務の対象とされる活動が検討される。そして、公役務の概念は「その遂行が統治者によって規律され、確保され、統制されなければならない活動のすべてである。」と主張する。〉

その遂行が統治者にとって義務的とみなされる活動が、公役務の対象を形成する。これらの活動とは何か。その範囲は、正確には、どこまで及ぶか。その問いに対し、一般的な答えを与えることは不可能である。すでに、1911年に、われわれは、次のように記した。「その遂行が統治者にとって義務を構成する活動とは何か。この問いに対し、一定の答えを与えることはできない。そこには、本質的に変化し、第1次段階で進化するものも含まれている。この進化の一般的な意味を定めることもまたむつかしい。次の点に限ってであれば、いうことができよう。つまり、文明が進展するに従って、公役務の土台として役立つ活動の数は増え、しかも、公役務の数はおのずと増大する、ということである。それは論理的である。文明の実際からすると、文明はもっぱら、最小の時間で満足させることのできるあらゆる種類の需要の数の増大のなかに存する、ということができる。従って、文明が進歩するに伴って、統治者の介入が通常の場合でもより頻繁になる。というのは、その統治者の介入のみが、何が文明であるかを具現することができるからである。」⁽¹⁾

以前に、あらゆる時代に統治者がその遂行を求められたところの三つの活動がある、ということを指摘した。すなわち、外敵に対する集団および領土の防衛、領土上および集団内部における安全、秩序および平穩の維持、本来の三公役務の構成要素——軍備・警察・裁判——。今日もはや、誰も、これらの役務では満足しない。ある時代遅れの経済学者は、研究室の奥から次のように広言するかも知れない。つまり、国家は外部における安全と内部における秩序と平穩を確保する以外になすべきものをもたないし、国家はそれ以外のすべてに対しては無関心でいなければならない。しかも、それ以外のす

べては個人による活動と競争に委ねなければならないが、個人による活動と競争という自然の働きが通例の場合あらゆる社会的需要の満足を確保するであろう、と。事實は、すべての理論よりも強いのである。しかも、現代の意識は他のものを欲する。現代の意識は、知的・道徳的分野における他のものを欲する。つまり、現代の意識は、例えば、国家が教育の役務に介入しないことを許さないのである。現代の意識は、物質的領域における他のものを欲する。つまり、現代の意識は、たとえば、国家が救済の役務を組織しないことを許さないのである。

他方では、すべての文明国家において1世紀以来なされてきた深刻な経済的・産業的変遷は——このことは、本書の第1ページから指摘してきた——統治者に対し多くの新しい義務を生じさせた。国民の間に存する緊密な相互依存、経済的利害の連帯、日毎にその数を増す商業的な交易、しかも、それに加えて道徳的観念や発見や科学的学説のもたらす波及が、すべての国家に、国際的交流を永久に確保する公役務を組織する義務を課するのである。このようにして、現代のすべての国家において主たる地位を占める公役務——つまり、郵便と電信の役務——が構成されたのである。国家に課される義務——つまり、国内法上と同時に国際法上の義務——の法的性格は、他の何ものにもましてここによく現われる。現代の制度のなかで、郵便の国際的役務の場合ほど、すべての国民を結びつける義務と権利の連帯がもっともよく現われるものはない。

各国家の内部において、経済の変遷が生じたのであるが、その点は、われわれとしては、次のように言って、以前にも特徴づけようと試みたところである。つまり、いたるところで、しかも、ほとんどすべての活動分野で、国家経済が家内経済にとって代わるようになった、と。その結果、同一の社会集団に属する人間は、より一層、相互に依存するようになったし、しかも、もっとも基本的な需要つまり日常的な需要に関して、そのことがいえる。家族集団は、日々の需要については少なくとも、ほとんど自給自足していた。今日では、家族集団は、それを他の集団に求めなければならないし、しかも、

それが時々的基本的な需要に関するもので、それに対応すべき活動は中断されるようなことがあってはならない。したがって、統治者は、この活動が永久的に行われるように介入しなければならないのである。

その例は、多く数えることができる。各人が自己の身体と物品を自らの力で輸送する時代は過ぎ去った。今日、各人がどのような社会階級に属するといえども、各人は、この役務を遂行する集団に、その身体と物品の輸送を依頼するのである。われわれの慣習や経済的需要の状況からすると、この公共輸送は瞬時であっても中断されるようなことがあってはならないので、輸送の役務を公役務として組織する必要性が日ごとにより明らかになっているように思われる。大都市における電車やバスの役務、全国における鉄道の役務、さらに、郵便の役務のように次第に国際的役務となった役務。公共の照明のみならず、私設の照明も、それ自体公役務になる。オーヴェルニュやブルターニュの奥地の農民でさえ、今日では、その両親を照らしていた自家製の樹脂や獣脂の古いローソクには満足しない。すべての住戸が電気照明を要求する時期は遠くない。しかも、そこに第1番的基本的な需要があるので、公役務の新しい対象が存在するのである。発電用の水力の発明は、経済的・産業的革命の原因であるが、しかし、その端緒に過ぎない。しかも、電力の輸送はきっと、近い将来において、公役務の対象となるであろう。もっとも、その点は、電力の給配に関する1906年6月15日の主要立法の立法者が非常にはっきりと認めたところであるが。

これ以上長々とこのような純粹に経済学的な考察を行う必要はない。しかし、このように考察することは、少しも無駄ではなかった。このような考察をすれば、実際に、いかに法がなによりもまず経済的需要の活動のもとで進展しているかがわかるからである。国家は、被治者のために、国の内外の安全以外のものを負担するようになった、と実際に理解されたとき、いかに主権の概念が揺さぶられたかが、まず認識されたのである。今や、国家の義務の対象そのものやその活動の意味が、国の経済的状况やその住民の要求によって決定されるということになっている。要するに、公役務の概念は、次の

ように表現することができるように思われる。つまり、それは、その遂行が統治者によって規律され、確保され、統制されなければならない活動のすべてである。というのは、それは、社会的相互依存の実現と発展にとって必要不可欠だからであるし、しかも、それが統治者の権力の介入によってのみ完全に確保され得る性質のものであるからである。

もし公役務の組織の具体的な支えとなるべき活動を確認するための明確な基準が必要だとすれば、それは、この活動がごくわずかな時間であっても停止すれば生ずる社会的混乱のなかに見出される、といたい。たとえば、1910年10月に起きたフランス鉄道のストライキは、——それが部分的で、しかも非常に短かったとはいえ——鉄道による輸送が何よりもまして公役務の要素をなしていた、ということを明らかに示している。同じく、1912年のイギリスの炭鉱夫のゼネストは、それが危うくもたらすところであった災害によって、炭鉱の採掘が公役務として組織されるべきであるとする日が近いことを示している。しかも、炭鉱主に対し、最低の賃金をその労働者に支払う義務を課するアスキス法は、石炭採掘を公役務として組織化する方向へ第一歩を踏み出したものである。

注

- (1) *Traité de droit constitutionnel*, 1911, I, p. 100 et 101.

第5節 公役務の観念は現代公法の基礎概念となる

〈本節では、「公法の基礎はもはや命令権ではない。それは、公約務の組織と管理の規律である。公法は公役務の法である。〉と説く。しかも、統治者の支配権は否定するが、「事実上の権力」は否定しない。この権力は、増大するが、「分権運動」——地方分権や特許など——によって緩和され、均衡が維持されている、と述べる。〉

公法において起こりつつある大いなる変遷の意味や範囲は、今日、よく理解されている。それは、もはや主権者に適用される規範の全体ではない。すなわち、主権者は、命令権を付与され、一定の領土上で見られる主権者と個

人や団体との関係、つまり、不平等な人格間の関係——たとえば、君主とその臣下の関係——を決定するのであるが、公法は、そのような主権者に適用される規範の全体ではないのである。現代公法は、公役務の組織を定め、しかも公役務の適正かつ連続した作用を確保する規範の全体へと変遷している。君主と臣民の関係はもはや現われない。主権の属性としての権利つまり権力はなおさら現われない。しかし、他のすべての規範が派生するところの基本的な規範、つまり、公役務を組織し、その作用を統制し、その中断をことごとく回避する義務を統治者に課する規範が現われるのである。

公法の基礎は、もはや命令権ではない。それは、公役務の組織と管理の規律である。公法は、公役務の法である。私法が個人の権利つまり人格そのものの自律に基礎をおくのを止め、今日では、各個人に課される社会的機能の概念に根拠をおくが、それと同じように、公法は、もはや、国家の権利、つまり、主権にその基礎をおかず、公役務の組織と作用を目的とする、統治者の社会的機能の概念に根拠をおくのである。

この概念から生ずる一般的帰結が直ちに認められる。本書の後のところで、これらの帰結が実際に実現するというを示しているので、われわれの公式が単なる抽象的な考え方を現わすものではなく、現実を現わしているということが明らかになるであろう。

一方では、統治者の介入は権力の行使ではないので、統治者の行う行為は、権力の行使であれば有するとされるいかなる特性ももたないのである。もし統治者の行為が固有の性格をもち、特別の効果を生じさせるとするならば、それは、統治者の行為が公役務の目的によってそのように決定されているからである。それは、法律それ自体にとって正しい。帝国主義体制のもとでは、法律は主権のすぐれた表現である。つまり、法律は、主として、主権者によって制定され、臣民に課される命令であるからである。それは、もはや事実に一致しているとはいえないであろう。法律あるいはその条項のあるものは、社会環境から生じた法原則の表現形式である、といえるし、しかも、統治者は、一般に、世論の圧力のもとに、より一層大きな力を自分に与えるために

それを制定しなければならない、と信じているからである。だが、法律の大半は、実際には、公役務を組織しその作用を確保するために制定されるのである。このようにして、法律は、なによりもまず、公役務の法律である。

それは、きわめて重大な命題である。というのは、それは、明らかに、公法の現代の体系の機能する方式を現わしているからである。統治者は、公役務の組織と作用を確保することを法的に義務づけられている。そのために、統治者は、一般的な規範すなわち法律を制定するのである。法律に法律としての性格を与えるのは、統治者によって追求される目的である。誰も、この原則に違反することはできない。つまり、個人は、法律に従ってでないと役務を使用することができないし、統治者もその公務員も、その法律に適合する、役務の作用を妨げるような性質をもったことは何一つすることはできない。このようにして、公役務が客観的法の制度であるということは正しいのである。⁽¹⁾

行政行為もまた、それが公役務の目的を目ざしているということから、その性質が導きだされる。おそらく、法的性質をもった、本来の意味の行政行為と単なる行政作用とは区別されなければならないであろう。しかし、前者も後者も、それぞれを決定づける目的から生ずる共通の性格をもつ。種々の行政行為の間で区別をするようなことがあってはならないし、しかも、特に、いわゆる管理行為と権威行為の間で区別をしてはならない。

公役務の客観的性格、統治者に課される一般的義務の承認および履行以外の何物でもない公役務の法律、公役務の目的によって決定づけられるところから生じるすべての行政行為の共通性、これら3つが、この体系のもっとも重要な要素である。統治者と官僚は、もやは、主権、命令権（Imperium）を被治者に押しつけるところの、人々の主人ではない。彼らはもはや命令する集団の人格の機関ではない。彼らは集団に関する事務の管理者である。

それによって、しばしばいわれていることに反して、公役務の数の増加やその拡張は、その必然的結果として、統治者の権力を増大させることにはならない、と理解されているのである。統治者の責務は増大し、その作用は拡

張し、その支配権は、誰ももはやそれを信じないから、無に帰するのである。それは、従前のとおり其の後も無のままである。確かに、公役務の組織と作用は、多大な費用を必要とし、そのために、統治者には多くの金が欠かせない。また、確かに、富が権力の主たる要素を構成し、公役務の増加と拡張が同時に納税者の責務と統治者の権力を増大させるのである。次の点もつけ加えることができる。民主的な制度において、選挙が、すべての権力の淵源であり、しかも、他方では、公務員の数が必然的に役務の数とともに増加する。そこで、選挙上の配慮がますます好ましくない影響を感じさせるだろうし、すべての行政手段を見誤らせることになる。しかも、もし、公役務の拡張がことごとく悲しむべき制度のもとにあるとすれば、その拡張は、民主制の国家では有害となる。

およそ以上の点は、部分的には正しいが、しかし、事実を全く何一つ変えない。公役務の数は毎日増えているし、それは文明の進歩と一致する動きである。理論的には、それは、統治者の権力を増大させることにはならない。というのは、この権力は存在しないからである。それが事実上の権力を増やしている点については、それを否定することはむづかしい。しかし、このような権力の増大は、公法の現代の進展の特徴の一つである、きわめて重要な運動——分権運動——によって阻止されているわけではないが、しかし、それとの均衡がはかられているということを忘れてはならない。

ある役務が公役務になる、あるいはなるであろうということは、この役務が統治者によって組織され、それが統治者の統制のもとで作用し、統治者が絶えずその作用を確保しなければならない、ということである。しかし、それは、必ずしも、役務の管理の担当官やその管理に充てられた富が、即時かつ直接に統治者に帰属することになる、ということの意味するものではない。それどころか、多くの新・旧の役務に関し、分権の体系が確立される方向にむかっているし、しかも、その体系は種々の形式のもとに現われている。しかし、いまだそれを研究する時機には至っていない。⁽²⁾今は、地方分権を指摘するだけで十分である。そこでは、役務の従事者である公務員が多かれ少な

かれ緊密な地方関係に携わっているのである。財産上分権も。これは、一定の公役務に自治的財産を供することを意味する。また、公務機能の分権も。これは、役務の技術的公務員に与えられたある種の指導的役割を想定する。そして最後に、特許がある。これは、役務の運営が統治者の統制のもとで活動する私人に委託される制度である。

地方分権のほかに、同じ種類の、同じ意味で活動する動き、つまり、公役務の産業化と呼ぶことのできる動きが生じている。もちろん、それはもっぱら、種々の運輸の役務、鉄道、郵便のような、それ自体産業的性格をもった役務に関する。フランスでは、委託された鉄道の役務（それはすでに指摘したところであるが、人が何といおうとも、もちろん、公役務である）は、特許の事実そのものから、産業的組織を受け入れたし、特許会社はこのような条件のもとでのみ利益をあげることができたのである。国家によって直接経営される鉄道線路網に関していうと、それは、どうしても、純然たる産業的組織を受け入れざるを得なくなる。それは、当然に政治家の有害な影響から守らなければならない。さもなければ、それは、組織を崩壊させ、無政府状態となり、財政の略奪をもたらすことになる。ところで、鉄道の主要幹線網は当然規則正しく機能しなければならないし、しかも、その唯一の方法は、統治者の統制のもとに、行政的財政的自治をそれに与えることである。

1911年7月13日の財政法は、すでに、この方途に向かった。第41条第1項は、非常にはっきりとこの原則を次のように表現している。「国家の鉄道線路網を構成する全線（国家の旧鉄道線路網と西部地方買収線路網）と将来の法律によりそれに附加される鉄道路線は、国家の計算において、公土木大臣の権限下におかれしかも私法上の法人格を与えられた独自の行政により運営される。」事物のもつ力そのものにより、郵便、電信、電話の役務は、近い将来において、同じ考え方に基づく組織を受け入れるであろう。それは、すべての産業的性質の公役務について同様であろう。すでに引用した1911年7月13日の財政法は、火薬と硝石の役務をある程度まで産業化した（第33条以下）。1910年6月26日、下院は、単なる下院議員に過ぎなかったスティーク

氏により、「郵便と電信の役務に、産業的経営を可能にするような自治を与⁽³⁾え」ようとする提案を受けた。

公役務が運営される形式が何であろうと、そこには現代国家の基本的な要素を認めなければならない。それは、このようにして、本質上、統治者に課されるある社会的機能の概念にその根拠をおいている。そして、その結果、公役務は、統治者と被治者に対し同等の厳密さをもって課される法律に従う、客観的制度である。

注

(1) Cf. Hauriou, *Droit administratif*, 5^eédit. 1907, p. 1 et suiv ; *Principes de droit public*, 1910, p. 124 et suiv.

(2) Cf. *infra*, chap. IV § § I et II

(3) Cf. Alcindor, *L'autonomie Financière des postes*, *Revue de science et de Legislation Financière*, juillet-septembre, 1910 et tirage à part avec le texte de la proposition Steeg.

第6節 公役務の正規の作用を私人に保証する法的措置 付託された役務

〈本説では、表題に示されているように、「公役務の正規の作用を私人に保証する法的措置」が特許の公役務との関連で検討される。まず、統治者が公役務に関する法律の制定を怠った場合に、個人は、統治者に対し、それを強制する法的手段を有するかという問題、公役務の法律に違反する事実があった場合の責任問題、個人は法律に従って公役務の作用を請求する権利をもつかという問題などが検討される。ついで、公役務を創設し組織する法律に違反する行政の行為は取消訴訟の対象となるが、そのような違反行為があれば、国民は、いかなる場合であっても、その取消を求める資格を有するかが問題となる。それに関するコンセユ・デタ判決——特許の役務に関する——が検討される。〉

すでに述べたところがすべて正しいとすれば、また、これまでに主張されてきた進展が、多くの現代の諸国家において、しかも、特に、フランスにおいて実際に生じているとするならば、そこから、次の点が明らかに確認されよう。すなわち、これらの国々の立法や判例は、一方では、前述した性格を示すすべての活動を公役務に昇格させることを統治者に間接的に強制し、しかも、他方では、公役務を規律する法律の適用を私人のために確保する保障

を私人に与える、そのような趣旨を含んだ実際のシステムの組織化に向かわなければならないということである。ところで、確かに、わが国の立法と判例は、非常に明白に、この意味で進歩している。これまでにその骨組みが容易に認められる法的構造の全体は、この目的に沿って生成されている。この点を強調することは、決して無駄ではない。というのは、その点に、われわれとしては、これまでに述べてきたところの最もふさわしい証明、つまり、純理論的ではないが、しかし、事実の現われそのものであるという、最もすぐれた証明を見出すのである。

まず、ある活動を想定する。しかも、その活動の性格として、次の点が想定されるとする。つまり、その活動がその国の法的意識において公役務として組織されなければならないということが明白になった。しかも、次の点も想定されるとする。つまり、それにも拘らず、統治者が何もしない。つまり、統治者は、この活動に対応する公役務を組織するための法律を制定しない。そのような場合、個人は統治者に対し行動を起こすよう強制する法的手段を有するか。現代法においていまなお支配的な考え方からすると、明らかに、この点に関しては、個人に保障される制度として最も重要なものは、すべての文明国家において今日種々の形で実施されている選挙・代表制度のなかに見出されるのである。

この制度の適切な効果やそこから生じる保障に関し、奇妙な幻想がいまだに抱かれている。しかし、すべてを考え合わせると、選挙・代表制度が被治者の利益のために貴重な保障をなすという、これまでになく広まった信念や、特に新聞・雑誌によって世論が議会に対して行使し得る作用が存在することもある。一方では、被治者が立法者の不作為——たとえ、それが正当化されなくても——を実際にはかなり楽に堪えるようになる。しかも、他方では、世論が統治者の介入を強硬に要求するとき、統治者が活動しないということとは、結局のところかなり稀となる。

しかし、最後に、それにも拘らず、ある活動が——一部にしろ、一時的にしろ——実施されないために、国内に激しい混乱がもたらされるので、統治

者が介入しなければならないことが明らかであるときに、統治者がなんらかの理由で介入しないとすれば、個人はそれを座視しないであろう。その場合、今日的用語に従うと、国家の責任とわれわれの呼ぶ新しい法制度が実際に現われる。これは、現代公法の主要事項であり、帝国主義の制度では全く知られていなかった新しい事実である。国家の不作为は、被害者である個人に対してその責任を負うし、しかも、立法者である国家が自ら作為しない場合であっても、その責任を負うのである。さしあたり、われわれとしては、その点が最も重要であるということを指摘するに止めておく。もっとも、その点⁽¹⁾については、後で、ある程度敷衍する積りである。

ある法律が公役務を組織しその管理を規律するために設けられたとしても、その法律は攻撃できないものではない。法律は、すでに述べたように、主権的意思によって表現された命令ではない。それは、公役務の作用を確保するために、一般的方法により採り入れられた手段の全体である。従って、それは、もはや攻撃することができないものではない。しかも、すべての国家は、法律に対する救済手段を組織しようとする。それは、次章において、やや詳細に示す積りである。

しかし、法律が設けられ、公役務が作用する、と想定しよう。もし公役務が法律に従って作用するとしても、このような適法な作用が仮に被治者に損害をもたらす場合には、被治者はそれに対して無力であろうか。そうではない。この場合は、ずっとあとでみるように、公的責任に関する主要な法律の適用される、より顕著な例の1つである。

もし、公役務が法律に反して作用するとすれば、あるいは、もし、公役務が、その作用を命ずる法律の存在にも拘らず、全く作用しないとするならば、一言でいうと、もし役務の法律違反があれば、慣用的表現に従うと、もちろん個人の利益が侵害されたという条件のもとではあるが、国家の責任、役務の責任が個人の要求に基づいて発生するであろう。しかし、個人が直接の侵害をこおむらなかった場合であっても、訴訟への道が被治者に対して開かれているのである。それは、きわめて重要である。というのは、それが公役務

の性格をはっきりと浮き彫りにするからである。しかし、この訴訟の性格を明確にすることが重要である。それは、もっぱら、客観的である。ここにそれが意味しようとするものがある。

しばしば、次のような質問がなされる。個人は、法律に従って公役務の作用を請求する権利をもつだろうか。論告担当官がコンセーユ・デタに対し幾度となく問題を提起したのは、この点についてである。ロミュ氏は、コンセーユ・デタに提訴された最初のこの種の事件において行った論告において、特に、次のように述べた。「したがって、利用者が実際に行政の介入を要求する権利を有するかどうかを究明しなければならない。」と。問題提起の仕方が良くない。あるいは、少なくとも、混乱を招くおそれのある表現で問題が提起されている。ある役務の法的作用について個人のための権利が存在するかを問うことは、個人と国家・人格との間の法律関係、つまり、個人が国家に対し法律に従って役務を実行するように求めることができる権利関係が存在するかを問うことである。それが否定されることは明らかである。しかも、このような不適切な用語法が、賢明な論告担当官によって提示された論告において容易に認められるところのためらいを示しているのである。

しかし、事実は何よりも強い。事実に動かされて、新しい法規範やそれを実現するための新しい手続が形成される。今日、この構成のあり方は、次のとおりである。公役務が創設され組織されたとき、それは、その法律に従って作用しなければならない。もし、この法律に反する行政の行為があれば、すべての個人は、この行為を取消させるための訴訟を起すことができる。これが客観的訴訟である。これは、次のことを意味する。つまり、国家が役務の正規の作用を個人のために確保するように命じられることを、個人は要求しないし、要求することができないのである。個人はもっぱら違法な行政行為の取消を求めるだけである。行政と被治者との間には、被治者の求めに応じて国家を義務づけるいかなる法律関係も存在しないのである。しかし、ある法律、つまり、ある一般的な規定が役務を規律しており、そして、もし国家がそれに違反するとすれば、被治者はその違法な行為を取消させるため

に介入することができるのである。これは、その役務が何であれ、その運営の態様がどうであれ、真実である。いわゆる権威的役務と管理的役務は区別されないし、直接運営される役務と分権化された役務ないし特許された役務とは区別されない。そうであるとしても、コンセーユ・デタは躊躇していたのである。コンセーユ・デタの用いた公式は、しばしば、非難され、修正を受ける。事実がすべてに打ち勝ったのである。しかも、すでに強調した特徴をもつ法制度の形成は、今日、ほとんど達成されたとみなされ得るのである。

われわれの考えは、この点に関するコンセーユ・デタの判例を詳細に分析することではない。しかし、その判例は、公法形成上のすぐれた手段であり、しかも、もし、真に実際的研究を行い、人為的・先入的理論を構成したくないとすれば、常に判例に向かわなければならないのである。しかし、ここでは、最も特徴的判決を引用すれば、それで十分であろう。

コンセーユ・デタが最初に判例を下すよう求められた3つの事件は、やや特殊な事情のもとで生じた。それは、特許によって運営される公共交通機関（市内電車）の公役務に関するものであった。フランスでは、市内電車の運営が——直営によるものであれ、特許によるものであれ——1880年6月11日の法律（第21条と第39条）により、政府の業務執行官である知事の厳重な監督のもとにおかれる、という点が想起されなければならない。提起された問題は、統制機関が自己の権力の行使を拒絶し、特許役務の法律——それは、主として、特許の条件明細書を定めている——に反してその権力を行使する行為を国民は、越権行為として提訴する資格を有するかどうかという問題であった。このような訴訟の受理を認めるということは、次のような決断をすることであった。つまり、被治者は、役務——それが特許の役務であっても——の法律違反のすべて——たとえ、統制行政によってなされたとしても——を抑制するために、常に訴訟を提起する途を与えられている、ということである。もっとも、コンセーユ・デタは、なんの躊躇もなく、上記の3つの事件において訴訟の受理を認めた。特に、1905年2月4日、コンセーユ・デタは、1902年8月25日のラ・セーヌ県知事の命令に対し、キャトル・セブ

タンブル通りの住民の提起した訴訟を受理すべきものであるとした。その命令とは、条件明細書に反して、パリ西部会社が共和国のオペラ広場のコースにトロリー・バス用の牽引線を架空することを許可したものであった。⁽³⁾

翌年、コンセーユ・デタは、さらに一步を進める。直前に述べた事件では、利害関係者は、行政機関の自発的・積極的行為を攻撃した。クロワ・ド・セキューイ・ティボリィ組合事件では、利害関係者は、知事の統制権によって、ある路線——その申請人によれば、条件明細書に反して、その会社によって廃止された路線——の運営を再開するよう市内電車会社に命ずることを知事に要請したが、知事はそれを拒否したので、利害関係者は、その拒否処分の取消しを求めたのである。コンセーユ・デタは、その訴えは受理されるべきであるとした。⁽⁴⁾

1907年には、コンセーユ・デタは、長期帰休中の士官が軍務大臣の決定に対して提起した訴えを受理すべきであるとする。その軍務大臣の決定とは、西武会社がその士官に割引料金の切符を交付するように命ずることを拒否したものであり、その提訴者は、それが条件明細書の第54条に反する、と主張するのである。その判決は、論告担当官テシェ氏の注目すべき論告によって明らかにされる。テシェ氏は、次のように述べる。すべての利害関係者は、鉄道の組織法の一部をなす条件明細書に違反する行政行為を、越権訴訟によって訴える資格を有する、と。⁽⁵⁾

注

(1) Chap. VIII.

(2) *Affaire Croix de Seguey Tivoli*, arrêt 21 décembre 1906, *Reueil*, p. 968.

(3) Conseil d'Etat, 4 février 1905 (*Storch*), *Recueil*, p. 116.

(4) Conseil d'Etat, 21 décembre 1906, *Recueil*, p. 961, avec les conclusions de M. romieu ; *Strey*, 1907, III, p. 33, avec une note de M. Hauriou.

(5) Conseil d'Etat, 15 novembre 1907 (*Poirier*), *Recueil*, 1907, p. 820 avec les conclusions de M. Teissier ; *Revue du droit public*, 1900, p. 48, note de M. Jeze.

第7節 公役務の正規の作用を私人に保障する法的措置 直接運営される役務

〈本節でも、「公役務の正規の作用を私人に保障する法的措置」が検討されるが、ここでは、それが「直接運営される公役務」との関連で問題とされる。まず、公役務の法に反するすべての行為に対する被治者の提起する「客観的訴訟」の受理可能性について述べる。そして、それに関する判決例として、教育の中立性を内容とする法律違反に関する父兄の訴えが可能であったとした1991年1月20日のコンセーユ・デタ判決や、郵便・電信の公役務に関する1911年12月29日のコンセーユ・デタ判決を挙げる。ついで、行政庁の不作为に対する訴訟を認める法律が制定され、行政が利害関係人の訴えを妨害できなくなったが、しかし、コンセーユ・デタの判決の趣旨を強制する手段が不十分である点を指摘する。〉

個人は、現代の公法により訴訟提起の機会を与えられているが、それは、特許された公役務の正規の作用を維持するためだけではなく、国家や種々の行政組織体によって直接運営される公役務にも関連しているからである。ここに、公役務の観念が主権の観念に代わって存在するということがさらにによりよく現われる。もし国家が主権的に命令する権力としてとどまっていたとするならば、どうして、個人がこの主権に対し、公役務を組織しその作用を確保するために介入するように要求することができるのかが理解されないであろう。国家は、明らかに、自己の欲するままに、自由に活動することができるし、しかも、役務がいかに機能すべきかを任意に判断することができるのである。もし、現代法が国家自体に対する個人の利益の保護を組織しているとすれば、もし、すべての利害関係者が役務の法律に反する国家のすべての行為を取消させるための法的手段をもっているとすれば、それは、公法全体が統治者に公役務の義務を課するという法の準則の観念に根拠をおいているからである。

役務の法に反するすべての行為に対し被治者の提起した客観的訴訟の受理可能性は、初等教育の公役務に関する非常に興味ある条件の下で、コンセーユ・デタによって承認された。中立性がいかなる意味で理解されなければならないかを知るといふ点を議論することができるとしても、また、中立性が

妄想であり、初等教育そのものが実際に中立であることは不可能であると主張することができるとしても、中立性が、フランスの制度では、特に、1882年3月28日と1886年10月30日の主要な法律により、公的初等教育の組織の根本原則をなすということは、それでも、疑いないのである。しかし、教育の役務がこの中立性の法律に従って機能するという作用を手にするために、個人は、どのように活動すればよいだろうか。

確かに、その法律違反があり、それが教師の個人的な過失によるのであれば、父兄は、権限裁判所がモリゾー事件（1908年6月2日）ではっきりと認めたように、教師の個人的責任を問うことができるのである。しかし、このような例は稀にしか生じないであろう。実際には、多くの場合、中立性の法律は、実をいうと、公務員の個人的過失なしに侵されるのである。たとえば、大学当局が偏向した、無宗教的あるいは少なくとも反カトリック的小冊子を学生たちに配付するという事実により、中立性の法律が侵害された、と父兄が主張するとき、その事実が真実であるとするならば、明らかに、言葉の法的意味での個人的過失もなしに、中立性の法律、役務の法律に対する違反が存在することになる。その場合、父兄は、どのように行動することができるであろうか。彼らはこのような役務の法律違反を正す手段をもつだろうか。その問題がコンセユ・デタに提起されたし、コンセユ・デタは、これまで述べてきたことをことごとく確認するような内容の解決を与えたのである。

大学当局によって行われた決定——学生たちが学校で正規に採用された小冊子の使用を拒否したという理由で、彼らの除名を宣する決定——の取消しを求める訴訟が、父兄によって提起された。訴訟の提起者は、この除名が間違っって宣言された、と主張した。その理由として、子供たちは、父兄の命ずるところに従って、学校の中立性を侵しカトリックの信仰を傷つけた小冊子を使用することを拒否した、という点を挙げる。六個の事件で、コンセユ・デタは、その訴えに理由がない、と判示した。というのは、立法的・命令的条項の全体から、大学当局は教授方法や教科書を選択する権限をもち、学校に通う子供たちは、従って、この観点から設けられた規則に従わなければ

ならないし、従って、学生がそれへの服従を拒否することは、学校の内部規定によって定められた処罰の適用を受ける規律違反になるからである。しかし、コンセーユ・デタは、その訴えに理由がないと言い渡すと同時に、父兄に対し、その目的を達するために従うべきであった手続を指示する。ここに、判決文そのものが転載されるべきである。というのは、それが全く明瞭であり、非常に特徴的であるからである。「両親が、学校で使用されている書物が、非宗教性の原則——この原則は、1882年3月28日の法律により設けられた——の結果として、この法律により定められた学校の中立性の原則に違反して編纂されている、とみなすならば、その両親は、権限を有する機関に対して異議申立てを行うことができるのである。彼らは、特に、1880年2月27日の法律第4条の適用により、公立学校における問題の本の禁止を宣言するように大臣に請求し、ついで、コンセーユ・デタに対し越権訴訟を提起することができるのである。」このようにして、コンセーユ・デタは、父兄のために、中立性の法律違反に対する保護の全体系を築いた。⁽¹⁾

コンセーユ・デタは、ある事件に類似の解決を与えた。その詳細は好奇心をそそるのである。その事件は、一見するところでは、村の平凡な争いに過ぎなかったが、実際には、重大な問題を惹起した。それは、郵便・電信の公役務に関するものであった。郵便局長と村の住民——その局長によれば、獐猛で危険な犬を所有していた住民——との間で生じた争いの結果、郵便・電信庁次官は、それ以後、犬の所有者が自己の囲繞地の入口に箱とベルを備えつけることに同意しなければ、犬の所有者の住所には電報を配達しない、と決定した。この決定に対し、越権訴訟が提起される。それは、この決定が電信の公役務の法律に反しており、特に、1894年1月12日のデクレに反するというに根拠をおいている。それによれば、電報は受取人その人かその代理人に手渡されなければならない。私人からこれらの利益を奪うためには、不可抗力の場合か、受取人の過失——立証責任は行政が負う——がなければならない。これらの要素のいずれも、問題の事件には見出せないで、コンセーユ・デタは、当該次官の決定を取消し、役務の正規の作用から生ずる利

益を私人のために確保するのである。⁽²⁾

このような私人の裁判上の保護は、しばしば、法律——特に、無料の医療扶助に関する1893年7月15日の法律や、老人・身体障害者・廃疾者の救助に関する1905年7月14日の法律——によって明白に組織された。1905年の法律は、70才以上の老人や廃疾者に、救助を請求する権利を認めた、と一般にいわれる。それは、正確ではない。正しくは次のとおりである。資産のない老人や廃疾者は、次のような法律関係におかれているのである。その年令・障害の程度・廃疾状態が法律上証明されたにも拘らず、手当や入院が拒否されたとき、彼らは、その行政決定を権限のある裁判所によって取消させる資格をもつ。このようにして、それと同じ裁判上の保護の制度が一定の公役務のための法律によって設けられており、判例が、それを役務の全体に及ぼしたのである。

われわれがやや詳細にこの判例を紹介し、これらの立法条項を強調したが、それは、そこに、自然に形成された全く新しい制度があるからであり、しかも、それは、われわれがここに指摘しようとする変遷の結果でもあり、証明でもある。すなわち、その変遷として、国家の主観的権利と個人の主観的権利の消滅、公役務の見地から統治者に課される客観的義務の概念の形成、被治者が役務に対して有する法律上保護された法的地位が指摘されよう。

有名な公法学者であるオーリュウ氏が、異なった方法で、しかも異なった表現でありながら、われわれと全く同じ結論に達しているということを確認することは、われわれの喜びとするところである。オーリュウ氏は、次のように述べている。「直面する公役務は、その利用を迫られた大衆との関係では、……確固たる地位を築く。大衆は、公役務の債権者ではない。大衆は単にそれを利用することができるに過ぎない。被治者は、自分たちの地位を改善する実際的手段を有する。つまり、不服申立てを行い、ついで、越権訴訟によりコンセーユ・デタに訴える。しかし、この実際的手段は、客観的地位⁽³⁾という事実からは生じてこない。」

法律そのものが被治者のこのような裁判上の保護を促した、ということ

つけ加えるべきである。法律は、確かに、行政官がその沈黙により裁判官の統制から逸れることを禁じている。長い間、活行政は、被治者による裁判訴訟の提起を阻止することができた。行政は被治者の要求に答えなかったのである。従って、行政行為が存在しなかったので、コンセーユ・デタは、訴えの提起を受けることができなかった。すでに、1864年11月2日のデクレは、このような懸念をわずかではあったが払拭しようとしたのであった。同デクレは、次のように定めていた。大臣が階層的不服申立てに際し、4ヶ月返答せずにいたとき、この沈黙は、却下の決定と同一視され、コンセーユ・デタに訴えることができる、と。

1900年7月17日の法律（第3条）は、この規定を一般化するに至った。それは、実際に、次のように定める。「行政決定に対する訴訟の形式による以外には、コンセーユ・デタに提訴する方法のない係争事件においては、いかなる決定も下されることなく4ヶ月以上の期間が経過するとき、利害関係人は、その要求が却下されたときとみなし、コンセーユ・デタに出訴することができる。」このようにして、活行政の悪意は、利害関係人の訴えを妨害することができなくなったのである。

しかし、裁判による保護の制度は、いまだ完全に成し遂げられているようには思えないし、満たされなければならない空隙が残っているように思われる。もちろん被治者の保護は、行政の責任によって全うされるし、行政の責任は、今日、非常に広い範囲において認められている。もちろん、コンセーユ・デタは、役務の法律に反する行政の行為を取消す。しかし、行政の敗訴を認める判決の場合に、どのようにして行政にその執行を強制するのか。判決が行政官の行為を取消した場合に、どのようにしてその判決を尊重するように行政官を強制するのか。行政官が再び法律に反する行為を行わないようにするにはどうするか。もちろん実際に多くの場合、活行政は、裁判上の判決に反対しない。コンセーユ・デタは、その威厳により、その異論のない権威により、その判決をすべての者に尊重させる。しかし、それでもなお、現在、裁判上の判決に従うように行政を強制するために組織された手段がない

のは確かである。異論の余地なく、近い将来において、これらの手段が組織されるであろう。その走りはすでに認められる。もっとも、その問題は、一般論に属するので、行政訴訟の進展を検討するときに、再び取り上げること⁽⁴⁾になろう。

注

- (1) Six arrêts du conseil d'Etat, 20 janvier 1911, Recueil, p. 75 et 77, 8 avril 1911, Recueil, p. 481 et 482, avec les conclusions de M. Pichat, Recueil, p. 69. Cf. Revue du droit public, 1911, p. 69 une note de M. Jèze ; Sirey, 1911, III, p. 40 une note de M. Hauriou. Rap. conseil d'Etat, 17 janvier 1913.
- (2) Conseil d'Etat, 29 décembre 1911 (Chomel), Revue du droit public, 1912, p. 36 avec une note de M. Jèze.
- (3) Hauriou, Principe de droit public, 1910, p. 94.
- (4) Cf. chop. VI, § V.