

東北大学大学院法学研究科

博士（法学）学位請求論文

## フランス越権訴訟における取消判決の法理論

法学研究科博士後期課程

法政理論研究専攻

高畑 柊子

# 目次

## 序章

### 第1節 問題の所在

#### 第1款 判決の権威の法的把握

##### 第1項 取消判決の効力

##### 第2項 拘束力の問題

#### 第2款 本稿の課題

### 第2節 フランスにおける判決の効力の基礎

#### 第1款 既判事項の権威と既判事項の確定力

#### 第2款 既判事項の権威の客観的範囲

##### 第1項 判断の範囲

##### 第2項 行政行為

#### 第3款 既判事項の権威の主観的範囲

##### 第1項 裁判所および第三者

##### 第2項 行政主体

## 第1章 前史

### 第1節 留保裁判による階層的統制

#### 第1款 留保裁判における取消判決

##### 第1項 留保裁判の沿革

##### 第2項 取消判決の法的性質

#### 第2款 取消判決の効力

##### 第1項 遡及効と対世効

##### 第2項 越権裁判官の権限

### 第2節 裁判的自立と道徳的効力

#### 第1款 委任裁判への転換

##### 第1項 1872年法律の制定

##### 第2項 立法者の意図

#### 第2款 判例・学説の展開

##### 第1項 コンセイユ・デタの抑制的態度

##### 第2項 正当化論理

## 小括

## 第2章 理論化

### 第1節 判例法理の確立

#### 第1款 反復行為の禁止

##### 第1項 判例の展開

##### 第2項 具体的内容

##### 第3項 統制規範

#### 第2款 原状回復

##### 第1項 判例の展開

##### 第2項 統制規範

##### 第3項 具体的内容

#### 第3款 損害の賠償

##### 第1項 判例の展開

##### 第2項 意義と限界

#### 第4款 判例法理の意義

##### 第1項 古典的裁判統制

##### 第2項 理論的基礎

### 第2節 公法学説の応答

#### 第1款 判例法理の限界

##### 第1項 立法による介入

##### 第2項 統制の実効性

#### 第2款 解決策と正当化論理

##### 第1項 解決策の提示

##### 第2項 正当化論理の模索

小括

## 第3章 法制化

### 第1節 裁判的統制

#### 第1款 アストラント

##### 第1項 趣旨・目的と概要

##### 第2項 意義と限界

#### 第2款 アンジョンクション

##### 第1項 立法者の意図

##### 第2項 審理の過程

##### 第3項 判例法理の変化

- 第4項 理論的基礎
  - 第3款 裁判的統制の射程
    - 第1項 意義
    - 第2項 限界
  - 第2節 行政的統制
    - 第1款 非訟的手続き
      - 第1項 執行援助の概要
      - 第2項 執行援助の申立て
      - 第3項 執行援助の実行
    - 第2款 活動行政による統制
      - 第1項 メディアツール
      - 第2項 国の行政機関
    - 第3款 行政的統制の射程
      - 第1項 意義
      - 第2項 限界
- 小括

## 第4章 深化

- 第1節 立法への統制
  - 第1款 欧州人権規約に基づくコントロール
    - 第1項 欧州人権裁判所の判例
    - 第2項 コンセイユ・デタの判例
    - 第3項 理論的意義
  - 第2款 憲法に基づくコントロール
    - 第1項 憲法院の判例
    - 第2項 理論的意義
  - 第3款 第1節のまとめ
- 第2節 遡及効の修正
  - 第1款 前夜
    - 第1項 学説による提案
    - 第2項 裁判所による実践
  - 第2款 遡及効の修正
    - 第1項 AC!判決
    - 第2項 理論的意義
  - 第3款 第2節のまとめ

小括

## 終章 フランス越権訴訟における取消判決の法理論

第1款 正当化論理

第1項 適法性の原理

第2項 主観的権利の位相

第2款 具体的内容

第1項 反復行為の禁止

第2項 原状回復

第3項 義務を免除する立法の禁止

第3款 統制の仕組み

第1項 裁判的統制

第2項 行政的統制

結語

# 序章

## 第1節 問題の所在

### 第1款 判決の権威の法的把握

「既判事項は真理とみなされなければならない (La chose jugée doit être tenue pour la vérité) <sup>1</sup>。」

行政法の母国としての地位を誇るフランスにおいて、裁判官が下した判断（既判事項）に与えられる“権威 (autorité)”は、《*Res judicata pro veritate habetur*》（判決せられたることは真理として認められる）という古い法諺を伴い、このように語られる。しかし、かかる権威の法的性質は、必ずしも自明ではない。判決が下されたあとの世界は、法的にどのように描かれうるのか、あるいは描かれるべきなのか。

### 第1項 取消判決の効力

我が国の行政法学は、伝統的に、行政事件訴訟法（以下、「行訴法」という。）あるいはその前身となる諸法に基づく「取消判決の効力」をめぐる問題として、上記の問いに一定の解を与えてきた<sup>2</sup>。今日の一般的理解によれば、取消判決の効力は次のような側面をもつ。すなわち、後訴裁判所に対する訴訟法上の判断の確定を意味する「既判力」、遡及的に係争行為が取り消されることとなる「形成力」および形成力の第三者への通用・援用可能性を意味する第三者効、そして、判決に従った諸義務を関係行政庁に課す「拘束力」に分けられる。

既判力は、判決<sup>3</sup>の確定に伴い、後訴においてその判決の内容と矛盾する主張・判断が禁止されることを意味する。民事訴訟法によれば、訴訟物についての裁判所の判断である判決主文に関してのみ既判力は生じるとされ（114条1項）、明文の規定をもたない行訴法上においては、民事訴訟の例にならい（行訴法7条）、取消訴訟の判決についても、判決主文に限り既判力が生じると解されている。今日では、取消判決における違法性あるいは適法性の確定が、後続の国家賠償請求訴訟においていかに扱われるべきかという問いを中心に、議論が積み重ねられている。

---

<sup>1</sup> R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 13<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2008, p. 1084.

<sup>2</sup> 取消訴訟の審理と判決の効力に関する戦前の議論から最新の議論までを簡潔にまとめたものとして、原田大樹「取消訴訟の審理と判決効」法学教室 455号（2018年）84-93頁参照。

<sup>3</sup> 請求認容判決、棄却判決いずれをも含む。

形成力は、請求認容判決が確定することで生じる効力であり、行政庁による取消を要することなく係争行為を、行為時に遡って消滅させることを意味する。この点は、民事訴訟法の原則に対する例外として、行訴法 32 条が「処分又は裁決を取り消す判決は、第三者に対しても効力を有する」と定めていることの解釈に関わる。すなわち、かかる第三者効(対世効)の範囲および効力の性質・内容が問題となる。一方で、第三者に拡張される効力を、形成力と捉える通説と既判力と捉える説とが対立しており、他方で、「第三者」に共通利害関係者をも含める絶対的効力説と、判例通説の立場であるところの共通利害関係者を含まない相対的効力説の対立はなおも続いている<sup>4</sup>。第三者効に言及した最高裁判例が近時登場したことにより<sup>5</sup>、実践的な意義を深めるなか、民事訴訟法学の議論をも踏まえた第三者効の意味内容の説明がすすめられている<sup>6</sup>。

拘束力は、請求認容判決の判決理由のうち、「判決主文が導き出されるのに必要な事実認定および法律判断<sup>7</sup>」について、「処分又は裁決をした行政庁<sup>8</sup>その他の関係行政庁」(行訴

---

<sup>4</sup> 参照、小早川光郎『行政法講義〔下Ⅱ〕』(弘文堂、2005年)215-220頁、宇賀克也『行政法概説Ⅱ 行政救済法〔第5版〕』(有斐閣、2015年)276-277頁、橋本博之『現代行政法』(岩波書店、2017年)200頁等。

<sup>5</sup> 例えば、条例制定行為の処分性を肯定し、判決理由において第三者効の意義に言及した最判平成21年11月26日民集63巻9号2124頁、土地区画整理事業計画の効力について「絶対的効力説が至当である」と述べた最判平成20年9月10日民集62巻8号2029頁における近藤崇晴裁判官の補足意見(2045-2046頁)などが挙げられる。処分性概念の拡大が第三者効の問題をより顕在化させることは周知のとおりである。

<sup>6</sup> 最近の重要な著書として、巽智彦『第三者効の研究——第三者規律の基層』(有斐閣、2017年)がある。今日の議論状況の整理をも含めた第三者効の概要につき、参照、興津征雄「行政訴訟の判決の効力と実現——取消判決の第三者効を中心に」現代行政法講座編集委員会編『現代行政法講座Ⅱ 行政手続と行政救済』(日本評論社、2015年)209-260頁。また、フランス越権訴訟の第三者効の淵源を探究したものとして、伊藤洋一『フランス行政訴訟の研究——取消判決の対世効——』(東京大学出版会、1993年)がある。

<sup>7</sup> 最判平成4年4月28日民集46巻4号245頁、253頁。したがって、裁判所の判断しなかった事項について拘束力が及ぶことはないはずであるが、学説には行政による主張立証の懈怠を理由にかかる事項にまで拘束力を及ぼすべしとの意見があり、かかる判断を明示する判決も存在する。近時のものとして、平成29年11月21日知的財産高等裁判所判決・裁判所ウェブサイト。同判決の評釈として、玉井克也・自治研究94巻6号(2018年)136頁以下は、かかる主張立証の完遂の要請につき、知財高裁の他の先例との齟齬や、義務付け訴訟でなく取消訴訟を選択した原告の意図の点等の観点から、判旨に批判的な見解を示す。

<sup>8</sup> なお、33条の規定が、関係する行政庁の権限の不適切な行使・不行使によって取消判決の趣旨の実現が妨げられないようにするためのものであることに鑑みれば、2004年行訴法改正で取消訴訟の被告が原則として行政庁ではなく国または公共団体とされた後も、拘束力の名宛人を被告たる国または公共団体ではなく、処分庁等の行政庁としておくことは適切であると指摘さ

法 33 条 1 項) を拘束する効力であり、判決の趣旨に従って行動すべき実体法上の義務を定めるものであるとするのが通説の理解である<sup>9</sup>。

## 第 2 項 拘束力の問題

もつとも、拘束力の法的性質には疑義が多い<sup>10</sup>。なによりもまず、なぜ行政は取消判決に拘束されるのかという問いに対し、我が国の通説は、取消判決の効果を実質的に保障するために行政事件訴訟法が特別に与えた特別の効力と説明する。しかし、本来、「取消判決はそれ自体では、行政処分を取り消し同時にその処分が違法であることを確定する、という効果を持つものであるに過ぎない<sup>11</sup>」ともいいうる。さらに、解釈論として、特別効力説の根本的な問題は、取消訴訟による救済の実効性を期するために特別な行為義務が生じると言ってみても、それだけでは行為義務の内容や限界を画する基準にはならないことにある<sup>12</sup>。行政事件訴訟特例法 12 条（確定判決は、その事件について関係の行政庁を拘束する）の解釈問題として、その性質・根拠が議論されたものの十分に解決せず、以上のように現行法の解釈問題として残されたという経緯は、拘束力の問題が、裁判上、拘束力に違反する行政行為の効力という形で正面から争われたことがほとんどないことにも起因している<sup>13</sup>。

---

れている（小早川・前掲注 4、223 頁）。

<sup>9</sup> それとは異なる手続的通用説の説明として、南博方・高橋滋編『条解 行政事件訴訟法〔第 3 版補正版〕』（弘文堂、2009 年）578 頁〔東亜由美執筆〕参照。それに対する批判として、参照、高橋滋・市村陽典・山本隆司編『条解 行政事件訴訟法〔第 4 版〕』（弘文堂、2014 年）663-664 頁〔興津征雄執筆〕。

<sup>10</sup> 藤田宙靖『行政法総論』（青林書院、2013 年）494 頁は、「この『拘束力』という制度は、行政事件訴訟特例法時代から存在していた制度であるが、その法的性質については甚だ不明確なものがあり、現在でも、行政事件訴訟法中最も疑義の多い制度の一つであると言ってよい。それ故に、理論的に詳細に検討すれば、そこには様々の問題が存在し、この制度がどの程度固有の意義を持ち得るかについても、多くの議論がある」と述べる。そのほか、理論的な検討の不十分さを説くものとして、興津征雄『違法是正と判決効——行政訴訟の機能と構造』（弘文堂、2010 年）4 頁、高橋ほか編・前掲注 9、661 頁、塩野宏『行政法 II〔第 5 版補訂版〕』（有斐閣、2013 年）193 頁。

<sup>11</sup> 藤田・前掲注 10、494 頁。

<sup>12</sup> 南ほか編・前掲注 9、572 頁。

<sup>13</sup> 理論上の論点にとどまっていることにつき、参照、原田尚彦「取消判決の拘束力」ジュリスト 925 号（1989 年）212-213 頁、南博方編『注釈行政事件訴訟法』（有斐閣、1972 年）304-306 頁〔阿部泰隆執筆〕、塩野・前掲注 10、244 頁等。拘束力が判例上に現れるのは、ほとんどが後述する不整合処分の取消請求に係る訴えの利益の判断においてであり、そのほか拘束力の生じる判断の範囲、行政庁の範囲、事件の範囲に関する判決がいくつか存在するにとどまる（参照、南編、同 309 頁、高橋ほか編・前掲注 9、689 頁以下）。反復行為の取消が直接争われ



何らかの正当化論理をもって拘束力が認められるとしても、その具体的内容もまた錯綜をきわめる。まず通説は、拘束力により、行政は判決の趣旨に従って行動すべき実体法上の義務を負うことになるというのであるが、裁判所は新たな実体法規範を創設する権限を有しないにも関わらず、なぜ判決の内容から実体法上の義務が生じるのかという根本的な疑問は残る<sup>14</sup>。仮に実体法上の義務が生じるとして、その内容についての論争は続く。すなわち、拘束力の中核と位置づけられる反復禁止義務さえも、既判力によつてする有力説があり<sup>15</sup>、周辺に位置づく原状回復義務ないし不整合処分取消義務についても、前者を形成力の結果として実体法上生じると考える論者<sup>16</sup>、後者は当然に無効となると解する論者<sup>17</sup>もいる。

確かに、裁判所が、何を、どのように、審理するかに大きく左右される判決の効力の性質<sup>18</sup>に加え、既判力・形成力との守備範囲の問題<sup>19</sup>によつてもその規範的内容が決められる拘束力の特質をも鑑みれば、明快な解釈を導き出すことは容易ではない。さらに、拘束力の問題は、裁判所と行政との関係を——救済法上そして組織法上——いかに捉える（べき）かという、より普遍的問題を背後にそなえ、「拘束力の問題のなかだけで完全に説明することのできない<sup>20</sup>」性質をも有する。

---

た稀有な事例として、大津地判平成9年6月2日判自173号27頁、大阪高判平成10年6月30日判時1672号51頁があり、この事件につき、参照、興津・前掲注10、15頁以下、村上裕章「取消訴訟における審理範囲と判決の拘束力」同『行政訴訟の基礎理論』（有斐閣、2007年）272頁以下〔初出、2006年〕。

<sup>14</sup> 南ほか編・前掲注9、572頁。

<sup>15</sup> 参照、同上、570頁以下。

<sup>16</sup> 塩野・前掲注10、189頁、南編・前掲注13、308頁、高橋ほか編・前掲注9、684頁。

<sup>17</sup> 塩野・同上、188頁、南編・同上、309頁。石崎誠也「取消判決の拘束力と不整合処分の取消義務について」法政理論31巻4号（1999年）166頁をも参照。なお、不整合処分取消義務につき、判例・学説の想定する類型に限定すべきでないとするものとして、常岡孝好「申請型・非申請型義務付け訴訟の相互関係に関する一考察」宮崎良夫先生古稀記念『現代行政訴訟の到達点と展望』（日本評論社、2014年）188頁以下参照。

<sup>18</sup> 参照、大貫裕之「行政訴訟の審判の対象と判決の効力」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ 行政救済法』（有斐閣、2008年）131頁以下、高橋ほか編・前掲注9、670頁。

<sup>19</sup> この点に関する日独法の比較法を用いた詳細な研究として、興津・前掲注10がある。もっとも、同書は、拘束力のうち、反復行為の禁止の効力（より精確には処分のやり直し義務の効力）に焦点をあてたものであり、不整合処分の取消義務や原状回復義務は自覚的に研究対象から除外している（同9頁）。

<sup>20</sup> 小早川光郎「取消訴訟の拘束力——越権訴訟における取消の観念に関する一考察——」同『行政訴訟の構造分析』（東京大学出版会、1983年）240頁〔初出、1976年〕。

これらの理論的問題に加え、実際的な問題を如実に物語るのは拘束力の担保・統制の局面である。前述した通り、拘束力に基づく行政の行為に対する裁判的統制はほとんど機能してこなかったといっても過言ではない。拘束力に反する取消訴訟や無効確認訴訟は可能であると学説上指摘されるものの<sup>21</sup>、実際の判例はごくわずかである<sup>22</sup>。不整合処分取消訴訟においては、取消判決の拘束力により行政が当該不整合処分を取り消すことはすでに義務づけられているという理由をもって、原告の訴えの利益が否定され、本案審理には至らない<sup>23</sup>。係争処分の取消訴訟に併合して、あるいは事後的に原状回復を求める訴えを提起しても、同じく訴えの利益を否定され<sup>24</sup>、原告の救済は行政による任意の行為に委ねられることになる。理論的には、「法 33 条の拘束力を受ける、ということになると、行政庁はこれに反した行動（不作為も含めて）をすることができず、それにも拘らずこのような行動をした場合には、その行動の効果が別の訴訟等で問題となったとき、その違法性を具体的に審査するまでもなく、法 33 条に違反するという事実だけで、違法の判定がなされ得ることになる<sup>25</sup>」にも関わらず、である。さらに、論理の一貫性に疑問を抱かざるを得ないのは、係争処分の取消判決において、なんらかの関連処分の取消や原告の地位の回復までも、拘束力により行政が義務づけられることを明示する判決自体は、少なくないということである<sup>26</sup>。例えば、公有水面埋立免許処分およびそれに基づく竣工認可処分の取

---

<sup>21</sup> 参照、南ほか編・前掲注 9、591 頁、高橋ほか編・前掲注 9、686 頁。

<sup>22</sup> 前掲注 13 の判決のほか、近時、再度の退職手当支給制限処分が拘束力に違反する処分であることを理由に取り消された珍しい事案として、大阪高判平成 29 年 7 月 20 日判時 2381 号 28 頁がある。同判決では、さらに三度目の不利益処分を受ける可能性のある不安定な法的地位に置かれ続けることに鑑み、当該処分がなされたことによって、平穏な法律生活を享受する法的利益を違法に侵害されたとして、損害賠償請求も認容されている。

<sup>23</sup> 例えば、大阪地判昭和 38 年 10 月 31 日行集 14 卷 10 号 1793 頁、札幌地判昭和 51 年 7 月 29 日行集 27 卷 7 号 1096 頁。後掲注 26 をも参照。

<sup>24</sup> 採掘権取消処分が取り消されると、通産局長は採掘権回復登録義務を負うから、義務付け訴訟は認められない（福岡地判昭和 32 年 3 月 19 日行集 8 卷 3 号 465 頁、札幌地判昭和 31 年 1 月 10 日行集 7 卷 1 号 148 頁）。戦傷病者戦没者遺族等援護法に基づく遺族年金等の受給権を否定した裁決の取消とあわせて、同権利を有する裁定をなすべき義務の確認を求める訴えの利益を否定される（東京高判昭和 39 年 11 月 26 日行集 15 卷 11 号 2192 頁）等。

<sup>25</sup> 藤田・前掲注 10、495-496 頁。

<sup>26</sup> 本文で例示する判決のほか、以下のような内容の判決がある。建築不許可処分が消防法 7 条の消防長の不同意の違法を理由に取り消された場合、消防長は再度の建築許可の際、同意すべき拘束を受ける（福岡高判昭和 29 年 2 月 26 日行集 5 卷 2 号 403 頁）。贈与税賦課決定が取り消されると税務署長は拘束力により賦課決定を前提とする差押処分の取消義務を負う（大阪地判昭和 38 年 10 月 31 日行集 14 卷 10 号 1793 頁）。県知事のした産業廃棄物収集運搬業の取消処分が取り消されたときは、当該取消処分がされたことに基づいて市長がした産業廃棄物収集運搬業許可の取消処分を市長は職権で取り消さなければならない（東京高判平成 21 年 10 月 14

消を求めた事案において、判決は「埋立免許処分が判決によつて取り消されると、その取消判決は、竣工認可処分をした被告を拘束し（行訴法 33 条 1 項）、被告は、右取消判決の判断内容と矛盾抵触する違法な竣工認可処分を取り消すなどの適当な措置を採らなければならないこととなる」ことを明言する。にもかかわらず、——裁判所によれば、“したがって”という接続詞をもって——「原告らは、本件埋立免許処分を取り消すことのみによつて、本訴提起の目的を十分に達することができ、これに合わせて竣工認可処分の取消を求めることは不要である」ために竣工認可処分の取消を求める訴えの利益はないというのである<sup>27</sup>。かかる判例の論理展開に対しては、訴えの利益一般の問題としての不当性と同時に<sup>28</sup>、拘束力の担保を裁判所が拒否するという判例政策の不当性が、正当に指摘されている<sup>29</sup>。

ところで、拘束力の統制手法の局面にひとつの変化が見られたことも確かである。周知の通り、2004（平成 16）年の行訴法改正による義務付け訴訟の法定化において、拘束力の機能不全を補うことはその趣旨のひとつであった<sup>30</sup>。しかしながら、非申請型義務付け訴訟

---

日平成 21 年（行コ）第 78 号（LEX/DB）。なお、以下の二判決は、訴えの利益を認めた判例として挙げられるものでもある。宗教法人規則の認証拒否処分が裁決で取り消され、認証処分がなされたあとに裁決取消判決がされると、原処分庁は裁決に拘束された認証処分を取り消し、認証拒否処分を復活させなければならない（最判昭和 41 年 3 月 31 日訟月 12 卷 5 号 669 頁）。第一種市街地再開発事業において、借地権の存在を前提に所有者 A と借地権者 B に権利変換処分がされたあと、B への処分が借地権の不存在を理由に取り消された場合、施行者は A への処分を取り消し、改めて借地権不存在を前提とする処分をしなければならない（最判平成 5 年 12 月 17 日民集 47 卷 10 号 5530 頁）。

<sup>27</sup> 札幌地判昭和 51 年 7 月 29 日行集 27 卷 7 号 1096 頁。

<sup>28</sup> 高橋ほか編・前掲注 9、686-689 頁は、処分を取り消すことによって回復される法律上の利益が存するかどうかは、実体法の解釈および事実の評価の問題であり、拘束力はそうした利益が存することを前提として作用するものであるため、拘束力の作用から訴えの利益の有無を導くのは論理が逆転していると批判する。

<sup>29</sup> 原田・前掲注 13、214 頁は「私人が契約上の義務を守らないことがあるように、行政庁が『拘束力』に従わず違法な態度を続けることもありうるわけである。そこで、そうした懸念を取り除くために、『拘束力』の射程内にある行政庁の義務についても、私人には司法的手段でこれを確認しておく利益が認められる場合もありうるのである。それゆえ、そうした利益があるかぎり、『拘束力』の射程内にある義務の履行を求める訴えであっても積極的に肯認されなければならないはずである。そうした訴えが認められてくれば、『拘束力』の本来の性質や範囲についての判断が裁判所で示されることになるから、より緻密な判例理論が形成されてくることは間違いない。国民の権利伸長のために認められた『拘束力』を論拠にして、国民の権利主張の途を閉ざしている従来の判例の姿勢は、理論的にも背理というほかないであろう」と述べる。

<sup>30</sup> 同法改正時の議論において、既存の取消訴訟制度における取消判決の拘束力の機能だけで十分であるとする論者と、取消判決後の行政の義務を裁判所が示すことの必要性を訴える論者と

(3条6項1号)の訴訟要件に組み込まれた「補充性」(37条の2第1項所定の「その損害を避けるため他に適当な方法がないこと」)の要件の解釈には問題が残る。下級審レベルではあるものの複数の裁判所が、取消判決の拘束力に鑑みて、補充性要件の充足を判断しているのである<sup>31</sup>。すなわち、一方で、ある判決では、在留特別許可の義務付け訴訟を非申請型と解したうえで、出入国管理及び難民認定法49条1項の異議の申出には理由がない旨の法務大臣の裁決が取り消されれば、取消判決の拘束力により本邦での在留資格を得ることができるから、補充性の要件を充足しないと判断される<sup>32</sup>。他方で、別の判決によれば、老齢加算の削減・廃止を内容とする生活保護変更決定を取り消しても、その理由によっては、同一内容の保護変更決定が再度されることもあるから、老齢加算の削減・廃止がない状態を前提とする保護決定を求める義務付け訴訟は補充性要件を充足するという<sup>33</sup>。これらのロジックによるならば、非申請型義務付け訴訟に分類される処分が取消判決の拘束力に基づき行政庁になされるべき処分である場合で、かつ、その内容が特定されている場合において<sup>34</sup>、当該処分の発出を求める義務付け訴訟の提起は許されないことになる。ところが、すでに見てきた通り、拘束力を担保するための裁判上の手立てはほとんど機能していないのである。結局、原告は、申請型義務付け訴訟にあてはまらない事案において、取消判決の拘束力に基づく不整合処分の取消等を裁判所に請求することも、新設された非申請型義務付け訴訟に訴えることもできないという八方ふさがりの状況に陥ることになる。

---

がたびたび応酬を繰り返していた様子につき、参照、興津・前掲注10、265頁。なお、拘束力と申請型義務付け訴訟の役割分担に関して、小早川光郎「行政庁の第一次的判断権・覚え書き」原田尚彦先生古稀記念『法治国家と行政訴訟』(有斐閣、2004年)236-237頁をも参照。

<sup>31</sup> 行訴法改正前の判例として、村長に対し、転入届に基づき住民票の記載をすべき義務が存在することの確認を求める訴えは、転入届不受理処分取消訴訟によって不受理処分が取り消されれば、村長は、判決の趣旨に従って改めて申請に対する処分をしなければならないことから、義務確認訴訟における補充性の要件を欠き、不適法とされたものがある(熊本地判平成3年8月8日行集42巻8=9号1356頁、参照、南ほか編・前掲注9、581頁)。

<sup>32</sup> 名古屋地判平成22年12月9日判タ1367号124頁、東京地判平成19年5月25日裁判所ウェブサイト平成18年(行ウ)第265・266号およびその控訴審である東京高判平成19年10月17日裁判所ウェブサイト平成19年(行コ)第217号。

<sup>33</sup> 京都地判平成21年12月14日裁判所ウェブサイト平成17年(行ウ)第8号。

<sup>34</sup> 不利益処分の取消とともに、受益処分を求める義務付け訴訟を提起しても、新たな処分理由による再度の不利益処分がありうることから、後者の主張が斥けられることは理論的に正当である。例えば、児童手当認定請求拒否処分の取消請求と合わせて同手当の受給資格認定請求をしても、拒否処分が取り消された場合、行政庁は別の理由で再度拒否処分をすることができるから、受給資格認定請求は不適法とされた判決が存する(大阪高判昭和50年11月10日行集26巻10=11号1268頁)。もっとも、繰り返し述べている通り、訴えの利益の否定による却下が適切であるとは思われない。

以上の問題状況は、反復行為の禁止のみならず、原状回復および不整合処分の規整もまた重要な問題であることを示唆している。しかし、かかる統制手法の問題の解決に不可欠であるはずの包括的な理論的検討はなおも残された課題に位置づけられる。反復行為の禁止が既判事項の客観的範囲の解釈をめぐる議論を中心に多くの議論がなされている一方で<sup>35</sup>、原状回復および不整合処分の規整の問題は、実体法上の問題すなわち拘束力の議論における周辺的問題に位置づけられうることも働いて、十分に主題化されてこなかったからである。

このように、拘束力の正当化論理・具体的内容・統制手法は、それぞれが理論的・実際的問題を内包すると同時に、互いに連関するものでもある。一方で、何らかの義務は生じないという解釈は、その義務の履行を争うことを否定する<sup>36</sup>。この点は、今日では、申請型義務付け訴訟（3条6項2号）の本案勝訴要件の解釈にも接続する問題でもある。他方で、前述の通り、なぜこの効力が必要かという根本的問いは、具体的内容の導出それを担保する手法の選択にも関わるものであり<sup>37</sup>、逆にいえば、裁判的統制の積み重ねが効力の正当化論理の解明をもたらすともいえる。したがって、我が国における理論的・実際的問題の解決のためには、理論的基礎と具体的内容、そしてその統制のありようの連関をも意識した体系的考察が不可欠であるように思われる。しかし繰り返しになるが、我が国における判例法理は未発達である。そこで、他国の法状況および法理論をひとつの素材とすることは我が国の議論の

---

<sup>35</sup> 前掲注7参照。さしあたり、“措置としての行政処分”と“規律としての行政処分”の考え方につき、高橋ほか編・前掲注9、666頁、信義則または権利濫用の法理等に基づく行政による再主張の制限の考え方につき同669頁、行政の調査義務の考え方につき同671頁参照。もっとも、同671-672頁は、反復禁止効の客観的範囲の拡大のために、審理範囲を広げる（理由の差替え・追加の余地を広げる）のは本末転倒であることをも指摘する。曰く、裁判所の審理範囲は、処分の同一性、処分要件の性質、処分の名宛人に対する手続保障などを考慮して決定すべきであり、その際に紛争解決の一回性の要請を考慮することがありえても、論理的には先に審理範囲が決まってから反復禁止効の客観的範囲が決まるのであって、その逆ではない。

<sup>36</sup> 例えば、代執行の戒告や違反建築物除却命令が取り消されても、代執行済みの事実状態の原状回復義務は生じないから、代執行完了後はこれらの取消を求める訴えの利益は消滅すると解されるが（大阪高判昭和41年11月29日行集17巻11号1307頁、東京地判昭和44年9月25日判時576号46頁）、原状回復義務が生じると解すると、代執行完了後における除却命令取消訴訟の訴えの利益も認められる（名古屋高判平成8年7月18日判時1595号58頁）。

<sup>37</sup> 例えば、不整合処分の取消義務が職権取消の制限法理に服するか否かは、当該義務を実体法原理から導くか否かにより異なりうる。すなわち、実体法原理に基づき生じる義務であると考えられるならば、一般的な職権取消と変わるところはなく、制約に服することになるが（高橋ほか編・前掲注9、678頁）、判決で義務づけられた取消は職権取消とは区別すべきであるとして、制約を認めない見解（南編・前掲注13、307頁）も有力とされる（参照、南ほか編・前掲注9、586頁）。

土台の提供という意味において、意義のあるものといえよう。

なお、取消判決とその後の行政の行為規範をめぐる以上のような諸問題は、裁判手続と行政手続との連続性というより普遍的な問題にも位置づけられる。もっとも、議論の主戦場は、古くから行政訴訟法学の中心をなしてきた裁量統制の問題や、理由の提示と訴訟手続における理由の差替えの問題、さらに近時注目を集める行政による調査と訴訟手続における証明・説明責任との連関の問題などの、行政手続から裁判手続への接続の側面である<sup>38</sup>。対する裁判手続から行政手続への接続の側面はなおも十分に主題化されてはおらず、義務付け訴訟の問題として、専らドイツを比較法の対象とした先行研究があるのみである<sup>39</sup>。この点に関わる我が国での議論を支えうる比較法的素材の提供もまた、重要な課題であるように思われる。

## 第2款 本稿の課題

かくして、筆者の問題関心は、取消判決から行政の行為規範を導出する理論的基礎、および行為規範の内容とその実現方法の解明にある。もっとも、本稿は、その一つの可能性を明らかにするものに過ぎない。

すなわち、本稿は、以上の問題関心にに基づき、フランス越権訴訟の法理論に着目する<sup>40</sup>。予め、その特徴を簡潔に述べるならば、次の通りである。なによりもまず、請求認容判決が言い渡されることにより、行政はその執行 (exécution) を義務付けられるということが、取

---

<sup>38</sup> 最近のものとして、例えば、山本隆司「行政手続および行政訴訟手続における事実の調査・判断・説明」小早川光郎先生古稀記念『現代行政法の構造と展開』（有斐閣、2016年）293頁、須田守「取消訴訟における『完全な審査』（一）～（五・完）」法学論叢 178巻1～3号、4号、6号（2015～2016年）、同「理由提示と処分理由（一）～（四・完）」法学論叢 179巻1～4号（2016年）、同「行政調査論の基礎的構成」行政法研究 25号（2018年）109頁がある。なお、参照、太田匡彦「抗告訴訟における実体法の観念——あるいは行政法における実体法の観念、その現況」小早川光郎先生古稀記念・同 260頁。

<sup>39</sup> 例えば、山本隆司「義務付け訴訟と仮の義務付け・差止めの活用のために（上）（下）——ドイツ法の視点から」自治研究 81巻4号、5号（2005年）、横田明美『義務付け訴訟の機能』（弘文堂、2017年）。もっとも、この視角において、興津・前掲注 10、109-226頁は重要なフランス法先行研究であり、本稿も同書から多くの知見を得た。

<sup>40</sup> 我が国において、かかる観点からのフランス法研究は決して十分なものではないことがかつて指摘されていたが（滝沢正「最近のフランスにおける行政裁判制度の改革」日仏法学 12号（1984年）55頁）、今日でもその状況に大きな変化はみられない。貴重な先行研究として、平田和「フランスにおける行政裁判：行政に対する裁判コントロールの実効性をめぐって」名大法政論集 76号（1978年）93頁、同「フランスにおける行政裁判所の判決の執行」専修法学論集 45号（1987年）297頁、興津・前掲注 10がある。

消判決に内在する固有の効力として語られる。立法によって付与された特別の効力という我が国の位置づけとの相違が際立っている。さらに、かかる執行義務の内容には、我が国では異論も少なくないところの原状回復義務をも当然に含むものと解されている<sup>41</sup>。越権訴訟の対象に、命令（行政立法）制定行為が含まれること、および日本の事情判決のような制度がないことを想起すれば、この解釈の重みは想像に難くない。豊富な内容を擁する行政による執行義務は、他方で、その限界をも正面からとらえ、具体的な法理を描き出している。我が国において、拘束力の正当化論理がその内容や限界を画する基準たりえていない一方で、フランスは、確固たる正当化論理を基礎に、緻密な判例法理による枠づけがなされている。最後に、フランスは周知の通り、義務付け訴訟という独立の訴訟類型を設けずに、しかし、取消判決の効力を担保するための多様なコントロール手法を生み出してきた。行政の諸行為を拘束力違反で問うという局面において、学説における議論を深化させるに足る判決例の蓄積が十分ではない我が国とは異なり、フランスでは、さまざまなレベルでの統制規範の構築に成功している。

以上のような、フランスの判例・学説と法制度が、長い年月をかけて積み上げてきた法理論は、我が国の法解釈論上あるいは立法論上<sup>42</sup>の有益な視座をもたらすものである。また、既判事項の効力に係る特殊フランス的な議論を、歴史的背景をも踏まえつつ解明していくことは、フランス行政法理論の認識の上でも肝要であり、今後の比較法研究の基礎となりうる。かくして、本稿では、行政に対する取消判決の効力が、法規範として成立し、発展してきた過程を辿ることによって、取消判決から行政の行為規範を導出する法的構成をつかみ出すことを目指す。前述のとおり、このことは、日本における判決後の行政の行為規範の法的把握を目的とする研究の一端をなすが、本稿ではフランス法に内在的な法理論の抽出にとどめる。そして、この目的の達成のために、本稿は、19世紀以降の判例・学説と法制度の分析により、行政に対する越権取消判決の既判事項の効力の具体的内容・統制のありようを描き出し、それらを基礎づける正当化論理に迫ることを試みる。

より具体的な道程は次の通りである。本稿の考察は、本章の後半で、フランスにおける判決の効力の前提知識を確認することから出発する。フランスの行政訴訟とりわけ越権訴訟は、他の訴訟と異なる特徴的な判決の効力が認められており、その客観的範囲および主観的

---

<sup>41</sup> 我が国における否定説については、参照、南編・前掲注13、307-308頁。

<sup>42</sup> 我が国において、計画や条例等の一般的行為の取消判決が現実に生じると（参照、前掲注5）、遡及取消がおよぼす影響は看過しえないものとなる。同じく、出訴が許される原告の範囲の拡大や、あるいは、いわゆる「客観訴訟」の制度化が仮に実現した場合、判決の“上流”ないし“入口”に関する論点のみならず、判決の“下流”ないし“出口”に関する論点もまた重要な意味を持つことになる。もっとも、我が国において後者の議論は前者のそれに比して——おそらく、前者をクリアしなければ後者に至らないという構造によるところも多いであろうが——必ずしも十分になされていない。かかる意味においても、フランス法の分析は、法解釈論上および立法論上の示唆をもたらさうと思われる。

範囲を予め確認しておくことは、本稿全体の土台となる。続く第1章では、20世紀以降の判決の効力に関する判例法理および学説の展開に先立つ法状況を描く。フランス越権訴訟の負う歴史的背景は、その後の法理論の形成にとって大きな意味を有する。第2章では、20世紀に入り、取消判決後の行政の諸行為に対し、行政裁判官が、一方で取り消し、他方で、それに基づく損害の賠償を命じることから始まる古典的裁判統制のありようを分析する。かかる裁判的統制と同時に重要なのは、判例法理の限界に対する学説の鋭い言説であり、それは大きなうねりとなって、法制度による改革を導くことになる。20世紀後半に現れた法制度の分析を行う第3章は、古典的裁判統制の変容と裁判外での統制手法の登場という法現象に焦点をあてている。国内外の注目を集めたアンジョンクシヨンの手法はここにおいて立ち現れることになるが、その射程を精確にとらえることも同章のねらいのひとつである。本論の最後、第4章は、以上の法理論を、一方で強化し、他方で柔軟なものとする現代的潮流を見つめる。ここでは、周知の通りフランス法を揺るがし続けるヨーロッパ法の影響を等閑に付すことはできない。これらの検討を踏まえ、終章において、フランス越権訴訟の取消判決が行政に対し、いかなる効力を有し、いかにコントロールしてきたのか、そしてかかる規範的内容および統制論理を成り立たせるため、どのような理論的基礎が据えられているのかを明らかにする。



## 第2節 フランスにおける判決の効力の基礎

次章からの考察に先立ち、本節では、越権訴訟<sup>43</sup>を中心に、既判事項の効力に関する基本的な内容を確認しておく。なお、本稿では、核となる法概念である「l'autorité de la chose jugée」を「既判事項の権威」と呼ぶ。この語は「既判力」と訳されることも多いが、我が国の既判力との混同を避けるため、また、後述する既判事項の確定力(force)と区別した訳語が適当であると考え、この訳語は用いない<sup>44</sup>。また、フランスでは、前節冒頭で整理したような効力の類型化は存在しない。本稿の対象である越権訴訟については、その既判事項の効力のなかに、違法の確定、係争行為の取消、行政に対する何らかの義務の確定といった効力が、必ずしも相互に峻別されることなく説明される<sup>45</sup>。本稿は、そのなかから行政に対する効力を抽出して論じるものであるが、以上のようなフランスの特徴から、日本でいうところの既判力なのか、拘束力なのかという配分の問題に関わるものではない<sup>46</sup>。

### 第1款 既判事項の権威と既判事項の確定力

フランスにおける既判事項の効力は、「既判事項の権威(autorité)」と、「既判事項の確定力(force)」の2種類がある<sup>47</sup>。

既判事項の権威は、終局判決(jugement définitif)の言渡し後、直ちに生じる<sup>48</sup>。但し、

---

<sup>43</sup> 今日では、地方行政裁判所、行政控訴院、コンセイユ・デタを擁する行政裁判所制度となっているが、本稿では、1952年の地方行政裁判所設置までの間、越権訴訟はコンセイユ・デタにおける一審かつ終審の訴訟として発展した経緯に鑑み、判例および裁判制度の分析は、専らコンセイユ・デタに限定して行い、必要に応じて下級審裁判所およびその判決にも触れる。

<sup>44</sup> なお、北村一郎「モテュルスキイ教授のフランス《訴訟法》講義」法学協会編『法学協会百周年記念論文集 第1巻 法一般・歴史・裁判』(有斐閣、1983年)631頁、注(55)は、「既判事項の権威(l'autorité de la chose jugée)」と「既判事項の効力(force de la chose jugée)」と訳し出しているが、本稿では、山口俊夫編『フランス法辞典』(東京大学出版会、2002年)の訳語にならい、権威と確定力と訳し、「effet」を一般的な「効力」と解している。

<sup>45</sup> 小早川・前掲注20、240頁。

<sup>46</sup> 後述する通り、フランス越権訴訟における認容判決の既判事項の権威は、主文および主文に不可欠な要素たる判決理由に生じると解されており、反復禁止効の根拠を既判力とする我が国の論者と同じ前提を持つようにも見える。このように、我が国における既判力と拘束力等の区別が存在しないことから、既判事項の権威の客観的範囲すなわち主文か主文に不可欠な要素をなす判決理由かという点での問題はあまり生じない。

<sup>47</sup> R. Chapus, *op. cit.*, (note 1), p. 921 et s. ; S. Guinchard et T. Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 25<sup>e</sup> éd., 2017, Dalloz, p. 114.

<sup>48</sup> 民法典1351条、新民事訴訟法480条に基づく。

本案審理を経たものに限られ、急速審理（レフェレ）判事が下した決定（オルドナンス）には生じない<sup>49</sup>。既判事項の権威は、執行停止の効力をもつ不服申し立て<sup>50</sup>がなされると保留され<sup>51</sup>、上訴判決において原判決が取り消された場合には、原判決の既判事項の権威を主張することはもはやできなくなる<sup>52</sup>。既判事項の権威は、判決の結果と効力を決定づける制度の中心に位置づけられており<sup>53</sup>、本稿においても既判事項の権威を中心に論じることになる。一方で、既判事項の権威はこのように下級審判決においても生じるが、上訴されている場合において、實際上、行政は既判事項の執行を留保することがしばしばある<sup>54</sup>。この点につき、理論と現実の不一致が指摘されるものの<sup>55</sup>、執行後に上訴審判決が原判決と異なる判断を示した場合の実際上の弊害に鑑み、限定的に執行の延期を認めるべきとも言われる<sup>56</sup>。但し、あくまでも即座に判決を執行することが行政の義務にほかならない。

既判事項の確定力は、確定判決に生じる既判事項の効力である。すなわち、判決が確定的となることにより、その判決を再び問題とする法的手段が閉ざされ、前述した既判事項の権威に与えられうる例外が消滅する。したがって、既判事項の権威が強まるわけではなく、不服申し立ての排除を意味するにとどまる。かつては、出訴期間の徒過あるいは上訴の却下（棄却）により、破毀すらされえなくなった不可変更（irrévocable）判決のみが既判事項の確定力を解するとされていたが、1995年コンセイユ・デタ判決<sup>57</sup>以降、破毀申立て（un pourvoi en cassation）の可能性を残した確定判決（控訴院判決、始審かつ終審の行政地方裁

---

<sup>49</sup> C.E. Sec., 9 décembre 1983, Ville de Paris, *Rec.*, 499, concl. Genevois. なお、中間判決（jugements avant dire droit）の場合、仮の性格か確定的な性格かという基準で、既判事項の権威の有無が決められるが、両者を兼ね備えた場合などの判断は容易ではない（C. Broyelle, *Contentieux administratif*, 4<sup>e</sup> éd., L.G.D.J, 2016, pp. 292-294）。

<sup>50</sup> 民事訴訟における控訴の執行停止効とは異なり、行政訴訟において、不服申し立て（控訴（appel）、第三者異議の訴え（tierce opposition）、再審の訴え（recours en révision）、破毀申立て等）は、法律が別に定める場合を除き、原則として停止的効力をもたないことから、この意味において、既判事項の権威が停止する場合は限定的ともいえる。Cf. R. Chapus, *op. cit.*, (note 1), p. 1187 et s.

<sup>51</sup> R. Chapus, *ibid.*, p. 1082.

<sup>52</sup> F. Gazier et R. Drago(dir.), *Répertoire de contentieux administratif*, t.1, Dalloz, 2003, p. 23, n° 137.

<sup>53</sup> R. Chapus, *op. cit.*, (note 1), p. 1084.

<sup>54</sup> G. Braibant, Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir, *E.D.C.E.*, 1961, p. 56.

<sup>55</sup> 実際に、上訴審判決の言い渡しまで義務の履行を日延べする行為を既判事項の違反とみなした判決も存在する（par exemple, C.E., 13 juillet 1966, Dme Ximay, *Rec.*, p. 1093）。

<sup>56</sup> G. Braibant, *op. cit.*, p. 56.

<sup>57</sup> C.E., 27 octobre 1995, Ministre du Logement c/ M. Mattio, *R.F.D.A.*, 1995, p. 1255.

判所判決、特別行政裁判所判決)をも含まれると解されている<sup>58</sup>。コンセイユ・デタ判決も、既判事項の確定力を有することになる。

ここで注意すべき点は、判例・学説の用いる文言と上記の区別は必ずしも一致しているわけではないということである<sup>59</sup>。たとえば、確定判決とりわけコンセイユ・デタ判決は既判事項の確定力を有しているわけだが、この効力の違反をサンクションする場合に「既判事項の確定力に反する」ということは稀であり、「既判事項の権威に反する」と判示されることが一般的である<sup>60</sup>。いずれの意味で用いているのかに留意しながら分析していくこととし、以下では、既判事項の効力の中心的地位を占める既判事項の権威の客観的範囲・主観的範囲の概略を示す。

## 第2款 既判事項の権威の客観的範囲

### 第1項 判断の範囲

確立した判例法理によれば、既判事項の権威は、主文のみならず、主文に不可欠の支柱(support nécessaire)を構成する判決理由、すなわち、当該部分なくして主文は理解しがたいあるいは適用できないと解される判決理由にも及ぶ<sup>61</sup>。付随的に確認した事項、一般的意見は含まれない<sup>62</sup>。なお、本稿では、主文および主文に不可欠な支柱を構成する判決理由を意味する既判事項を指す語として、「判決」を用いる場合もある。

---

<sup>58</sup> なお、行政控訴院の欠席判決(judgment par défaut)に対する故障申立て(opposition)に理由がある場合、出訴期間徒過後あるいは申立てが斥けられたあとでしか、既判事項の確定力は生じない。また、破毀判決が下された場合、既判事項の確定力は終了する。Cf. R. Chapus, *op.cit.*, (note 1), p. 924.

<sup>59</sup> M. Guyomar et B. Seiller, *Contentieux administratif*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, p. 448.

<sup>60</sup> Cf. F. Gazier et R. Drago(dir.), *op. cit.*, p. 23, n° 124.

<sup>61</sup> J.-C. Ricci, *Contentieux administratif*, 5<sup>e</sup> éd., Hachette, 2016, p. 210 ; R. Chapus, *op. cit.*, (note 1), p. 1085. なお、第2章でとりあげる1949年ベルリエ判決は、主文にのみ従った処分を、既判事項に反するとして取り消している(R. Chapus, *ibid*, p. 1086)。この点に関する20世紀初頭の論争については、cf. P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, thèse, Pedone, 1952, p. 44 et s. かかる判決理由にまで既判事項の権威が及ぶ理由につき、違法性判断と取消の峻別の欠如や、裁判作用からの説明が見られる(参照、小早川・前掲注20、241頁、223頁、注(52))。

<sup>62</sup> C.E., 21 décembre 1932, Amiens, *D.H.* 1933. p. 123. なお、主文のなかで、行政がとるべき執行義務を明示する判決が現れている近時の傾向については、第3章で触れている。

## 第2項 行政行為

主文および主文の支柱をなす判決理由に及ぶ既判事項の権威は、係争行為（Ⅰ）のみならず、他の関連する行為（Ⅱ）に対しても影響を及ぼしうる。とりわけ、後者につき本稿の射程を明確にするために、周辺に位置づく問題状況を確認しておこう。

### Ⅰ 係争行為

越権訴訟において請求認容判決が言い渡されると、係争行為は処分時に遡って消滅し、最初から存在しなかったものとみなされる。かかる効果は、係争行為を行った行政庁による取消を待つまでもなく、判決自体から直接生じる<sup>63</sup>。遡及性という点は、効力の時間的範囲の問題ということもできるが、我が国において、取消判決の遡及性は今日判例上当然のものともみなされているのと同様に、フランスにおいても自明の理と解されてきた。

### Ⅱ 関連行為

係争行為そのものの取消に比べ、関連する行為への波及効果はより複雑である。既判事項の効力について詳しい記述を施しているフランスにおける一般的な基本書<sup>64</sup>に依拠しながら、関連行為をその性質等に応じて分類すると、不整合処分と同種違法処分に分けることができる。

#### 1 不整合処分

フランスにおいて、不整合処分という言葉によって説明されているわけではないが、ここでは、説明の便宜上、係争行為の取消判決の既判事項の権威により、その適法性に疑義が生じる行為を不整合処分として用いる<sup>65</sup>。不整合処分にあたるか否かにつき、判例は確立した基準を用いているわけではないものの、この点は原状回復義務の範囲を画するうえでの重要な論点を構成することになる。また、不整合処分の取消に関しては、いわゆる「違法性の承継（*exception d'illégalité*）」の問題が想起されるが、違法性の承継は、先行行為の出訴期

---

<sup>63</sup> Par exemple, C.E., 28 janvier 1972, Association Pour l'intérêt de la résidence à Ecully, *R.D.P.*, 1972, p. 1531, note Waline.

<sup>64</sup> R. Chapus, *op.cit.*, (note 1), p. 1128 et s.

<sup>65</sup> 先行処分（取り消された行為）の有効性を要件としている（あるいは先行処分を基礎としてなされた）処分と、二つの両立しない処分のうち一方の処分の取消判決が下され、影響を被る処分（一つの地位ないし権利の分配などが挙げられ、先行処分の有効性を要件としていない場合など）は、我が国では、前者を後行処分、後者をそのほかの不整合処分と、区別して論じているが、フランスにおいてかかる分類はなされていないようである。本稿では、前者を包含した概念として、「不整合処分」という用語を用いている。

間内に争われなかった場合や先行行為に対する取消訴訟が棄却された場合においても、後行行為に対する取消訴訟の場で先行行為の違法性を争えるか否かという問題が中心であり、本稿で取り上げるように先行行為が違法でありかつ取り消された場面は、当然に違法性の承継は認められるものと解される。むしろ、問題となるのは第2章で述べる通り、関連性、期間、第三者の権利利益や事実状況との兼ね合いといった論点である<sup>66</sup>。

## 2 同種違法行為

ここでいう同種違法行為とは、ある根拠命令の違法を理由として取り消された適用処分と同様の違法性を帯びることとなった適用処分として用いるが、根拠命令自体は取り消されていない場合に限定する。係争行為の消滅そのものではなく、前提問題としての違法判断が、同様の違法性を帯びた、第三者に対する処分にかかる影響をもたらすのかを説明しておくためである。ある公務員が自らの等級に関する処分につき、その根拠命令自体の違法を主張して取消訴訟を提起し、請求認容判決が下された場合、同じ根拠命令に基づく別の公務員への等級に関する処分の帰趨が例として挙げられる。

フランスの判例および学説の多数は、かかる違法判断に既判事項の権威を認めていない<sup>67</sup>。違法判断のみによって、同種違法行為が取り消されることはないことになる<sup>68</sup>。但し、確定判決すなわち既判事項の確定力を帯びた判決に関しては例外が認められている<sup>69</sup>。なお、上

---

<sup>66</sup> さらに、第2章の原状回復の記述の整理に従えば、「不整合処分の規整」と並ぶ「取り消された行為に代替する行為の発出」は違法性の承継とは問題状況を異にする。なお、フランス法における違法性の承継に関する先行研究については、後続の刑事訴訟との関係をも含めた分析として、伊藤・前掲注6、169頁以下、都市計画・国土整備訴訟に関する分析として、亘理格『行政行為と司法的統制——日仏比較法の視点から』（有斐閣、2018年）248頁以下〔初出、2015年〕がある。亘理・同254頁以下では、違法性の承継の問題においても、適用措置（*mesure d'application*）にあたるか、複合的行政作用（*opérations administratives complexes*）にあたるかが重要な論点であることを前提に論じられている。

<sup>67</sup> その理由として、違法性の抗弁が越権訴訟における取消判決と同じ効果を持つことになれば、越権訴訟の出訴期間制限の脱法を認めることになることなどが挙げられる。なお、根拠命令の違法のほか、処分庁の無権限や手続きの違法認定についても同様の問題が提起されうるが、根拠命令の場合と同じく既判事項の権威は否定されている。参照、伊藤・前掲注6、185-198頁。

<sup>68</sup> もっとも、我が国でいう違法性の承継に基づく係争の余地は残される。都市計画および国土整備行政に関する非命令的行為を先行行為とする違法性の承継の許容性の拡大傾向につき、亘理・前掲注66、297頁以下〔初出、2015年〕参照。

<sup>69</sup> 1983年11月28日のデクレ2条は、命令の違法性を理由に、その適用行為である個別処分を取り消す確定判決が、地方行政裁判所またはコンセイユ・デタによって下された場合、同じ命令に基づく同様の（同一目的同一理由に基づく）個別処分が権利創設的ではない限りにおい

記例でいう、取り消されたある公務員への処分と別の公務員への同様の処分が、1の不整合処分に当たる可能性は残されている。

### 第3款 既判事項の権威の主観的範囲

既判事項の権威の主観的範囲を説明するにあたって、行政に対する効力に焦点をあてる本稿の問題意識に鑑み、裁判所および第三者に対する効力を概観したあとで、行政に対する効力を述べていく。なお、説明の便宜上、前者の説明に即して、客観的範囲を画する要素にも言及する<sup>70</sup>。

#### 第1項 裁判所および第三者

##### I 既判事項の相対的権威

司法裁判所の判決、および、越権訴訟認容判決を除いた行政裁判所の判決は、民法典(Code civil) 1351条に基づき、既判事項の相対的(relative)権威が認められている。すなわち、同条曰く「既判事項の権威は、判決の対象(objet)となったものに対してのみ生じる。請求された事項(la chose demandée)が同一であること、請求が同一原因(cause)に基づくこと、請求が同一当事者(parties)間において、同一資格(la même qualité)の当事者によって、同一資格の当事者に対して申し立てられていることを必要とする」。このように、既判事項の権威が相対的であるということは、請求の対象、法律原因、当事者の3点が同一であ

---

て、出訴期間の徒過に関わらず、私人の取消の申請を所管行政庁は認容しなければならないことを規定する。命令の取消が既判事項の確定力を帯びる判決によって言い渡されたこと、さらに、同種違法行為が第三者に対する権利設定をなす行為でないことという二つの条件のもと、私人の申請を要件に、行政は同種違法行為の取消を義務づけられる。もっとも、2006年6月8日デクレに取って代わられるまで、ほとんど用いられなかった。なお、上記規定は、あくまで、法律の前の平等の要請のもとで設けられたものである。すなわち、命令違法の抗弁が容れられ、その適用処分が取り消された場合において、違法命令の適用を受けた者のなかに、出訴して取消判決を得た者と、たまたま出訴しなかったために違法な適用処分を争えなくなった者との間の不平等の解消が狙いであり、判決の執行の観点からなされたものではない。参照、伊藤・前掲注6、284頁。

<sup>70</sup> 言うまでもなく、行政に対する既判事項の権威の具体的内容の解明には、取消の対象となる法関係が何か、判決によりいかなる法関係が形成されるかという既判事項の権威の客観的範囲の問題が前提として横たわる。したがって、行政に対する既判事項の権威の具体的内容とその正当化論理の解明を目的とする本稿においても、必要な限りにおいて、客観的範囲の問題にも言及することになる。

る場合にのみ、すでに判示された問題を改めて審理することが許されなくなることを意味している。

## II 既判事項の絶対的権威

他方で、越権訴訟における請求認容判決には、絶対的権威(*l'autorité absolue*)が帯びる<sup>71</sup>。このことは、前述の3つの要素のうち、当事者の同一性に例外を認めることを意味する。すなわち、既判事項は、あらゆる機関——同一裁判所、別の裁判所<sup>72</sup>、行政主体等——において、再び審理されえず、無視されえず<sup>73</sup>、取り消された処分は、すべての者に対して取り消されたことになる<sup>74</sup>。取消判決の対世効(*effet erga omnes*)とは、まさにこの側面をとらえてのものである<sup>75</sup>。

当事者以外の二つの要素——請求の対象と法律原因——は相対的な既判事項の権威の場合と同様、同一である場合にのみ権威が及ぶが、越権訴訟の場合、次の二点に留意する必要がある。一方で、請求の対象の同一性は必ずしも行為の形式的同一性を前提とするわけではないため、我が国での通説的理解よりも広い概念であるといわれている<sup>76</sup>。他方で、法律原因の同一性は、一般に、内的違法(法律侵犯と権限濫用)と外的違法(無権限と形式の瑕疵)の区分を基準に判断されるが<sup>77</sup>、後述する反復行為の禁止においては、裁判で争われた個別

---

<sup>71</sup> 厳密には、越権訴訟のほか、司法裁判官による刑事判決、行政裁判官による公道違警罪(*contraventions de grande voirie*)に関する判決に原則的に絶対的権威が認められている。Cf. R. Chapus, *op. cit.*, (note 1), pp. 1095-1096.

<sup>72</sup> 司法裁判所、憲法院を含む(J. Ricci, *op. cit.*, p. 230)。司法裁判秩序、憲法裁判秩序に対する行政訴訟判決の効力については、cf., F. Gazier et R. Drago(dir.), *op. cit.*, pp. 24-26.

<sup>73</sup> J. Waline, *Droit administratif*, 25<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, p. 699.

<sup>74</sup> 日本でいうところの形成力のみならず、違法判断についての既判力までも対世的と解されている(小早川・前掲注20、242頁、注(97))。これは、処分の効果の否定(取消)と、違法性の認定とが概念上峻別されていないことに起因するが、近時における両者の分離を指摘する向きもある(参照、興津・前掲注10、184頁以下)。

<sup>75</sup> 対世効を制限する仕組みとして、第三者異議の訴えがある。民事訴訟法上の相対効を前提とするものであったが、権利侵害を要件として、コンセイユ・デタにより越権訴訟においても認められた(C.E., 29 novembre, Boussugue, *Rec.*, p. 1135, concl. Blum)。詳細につき、伊藤・前掲注6、371頁以下、とりわけ384頁以下参照。

<sup>76</sup> Cf. R. Chapus, *op. cit.*, (note 1), p. 1088; 小早川・前掲注20、225-226頁。なお、同227頁、232頁、233頁によると、既判事項の範囲の特定において重視されているのは、請求の対象ないし行為の同一性よりも、法律原因の同一性である。

<sup>77</sup> 棄却判決の既判事項の権威の範囲を画するほか、出訴期間徒過後または上訴審段階における新たな主張の提出が、新たな請求としてではなく、攻撃防御方法の追加として許されるかどうか

具体の違法事由 (motif) のみが法律原因と解されている。したがって、反復禁止効としての射程はより狭くなることになる。

さらに、相対的権威の場合と異なり、絶対的権威を帯びた既判事項の抗弁は公序的または強行法規的 (d'ordre public) 攻撃防御方法の性格を有し、裁判官の職権事項となる<sup>78</sup>。その背景には、取り消された行為は存在しなかったものとみなされるため、完全に法的存在でなくなった当該行為に法的基礎を求めることはできないという考えがある<sup>79</sup>。

## 第2項 行政主体

### I 既判事項の執行

越権訴訟における請求認容判決に基づく、行政に対する既判事項の権威の規範的内容は、一言でいえば、係争行為の遡及的消滅に基づいた法的状態の創出である。フランスにおいて、取消判決を突き付けられた関係行政機関は、自らに課された規範的内容を履行することが義務づけられると解されているのである。これが、既判事項の執行 (exécution) と呼ばれるものであり、本稿は、この点に関するフランス法規範の発展を分析するものである。

既判事項の執行は、判決の言い渡しによって直ちに求められるが、合理的期間を有するものと解されている<sup>80</sup>。明示的あるいは黙示的な執行拒否<sup>81</sup>や不適切な執行態度は、既判事項

---

かの判定基準となる (小早川・前掲注 20、228 頁)。

<sup>78</sup> J. Ricci, *op. cit.*, p. 230 ; R. Chapus, *op. cit.*, (note 1), p. 1094. 既判事項の相対的権威の場合、公序にあたらなため、抗弁が申し立てられない場合、後訴による再審理に服する。なお、越権取消の絶対的既判事項の権威の公序的性格は全面審判訴訟裁判官にも及ぶ。

<sup>79</sup> G. Braibant, *op. cit.*, p. 53.

<sup>80</sup> C.E., 15 juillet 1955, Renteux, *Rec.*, p. 446. 期間についての判決はほとんどなく、個別の状況に左右されることになるが、例外的な場合を除き、3、4 か月を超えることはできないとの説明もある (cf. R. Chapus, *op. cit.*, (note 1), p. 1145)。

<sup>81</sup> フランスでは、行政による不作為の違法性を争うのではなく、予先決定の原則 (règle de la décision préalable) により、行政に対する申請を前提にそれに対する行政の応答の違法性を争う。2000 年 4 月 12 日法律 (loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations) L.231-1 条によって、行政機関は、申請に対して——従来は 4 か月であったが本法律以降——2 か月以内に応答をしないと原則として承認決定がなされたとみなされる法理が明文化されていたが、2013 年 11 月 12 日法律 (loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens) による改正によって、沈黙 = 拒否処分から、沈黙 = 許可処分へと変更されている。改正前の沈黙 = 拒否処分制度制定までの検討を行ったものとして、服部麻理子「フランス法における黙示の行政決定制度について」立教法学 80 号 (2010 年) 328 頁以



に反し、違法性を生ぜしめることになる。

既判事項の執行について、以下の二点を注記しておく。第一に、判決の執行という観念自体、取消訴訟に固有のものではない。既判事項の権威の絶対性・相対性とは関係なく、すなわち取消判決であれ、国家賠償請求認容判決等の一定の制裁を課す判決であれ、行政による判決の執行義務自体は、絶対的 (absolue) なものとみなされている<sup>82</sup>。もっとも、執行の懈怠の問題が全面審判訴訟で生じることは稀であり、越権訴訟における取消判決が問題の中心をなす<sup>83</sup>。

第二に、2000年の法典化作業で明文化された行政裁判法典 L.11 条との関係である。同条は、「判決は執行されるべきである (les jugements sont exécutoires)」と定めており、判決は、その通達後、直ちに執行されるべきことを明記したものと解されている<sup>84</sup>。このことは、上訴の可否や有無を問わず、既判事項の権威を帯びていない中間判決やレフェレ判決であっても、通達された以上、既判事項が含むところの執行措置がなされるべきことを意味するという<sup>85</sup>。既判事項の権威がなくとも執行的性格を帯びるとするのは、一見奇異にもみえるが、同条は控訴をはじめとする不服申し立てが判決の執行的性格を妨げないことを明示したものと解すれば足りるとも言われている<sup>86</sup>。判決の言渡し後に本案判決に生じる既判事項の権威と、判決の送達後にあらゆる判決に生じる執行的性格は、あくまで別ものである<sup>87</sup>。但し、取消判決の場合、両者が重なり合う部分が多くなることから、取消判決の既判事項の執行義務をも後者に由来すると解釈する論者がいることも確かである<sup>88</sup>。その意味で、判決

---

下参照。

<sup>82</sup> R. Chapus, *op. cit.*, (note 1), p. 1143.

<sup>83</sup> J.-P. Costa, L'exécution des décisions de justice, *A.J.D.A.*, 1995, p. 300 ; J. Waline, *op. cit.*, (note 73), p. 704 ; M. Guyomar et B. Seiller, *Contentieux administratif*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, p. 456.

<sup>84</sup> J. Ricci, *op. cit.*, p. 231 ; R. Chapus, *op. cit.*, (note 1), p. 1082.

<sup>85</sup> R. Chapus, *ibid.*

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 1083.

<sup>87</sup> レフェレ (急速審理) 判決が好例である。すなわち、「レフェレの仮の性格 (caractère provisoire) に鑑みるに、レフェレ判事の決定は原則的に既判事項の権威を有するものではない。しかしながら、執行の (exécutoire) であり、また、裁判所の判断に結びつく権威 (l'autorité qui s'attache aux décisions de justice) に照らして、義務的 (obligatoires) である。以上から、とりわけレフェレ判事が行政行為の差し止めを宣言した場合、行政は適法に同一行為を繰り返すことはできないということになる」(C.E. Sec., 5 novembre 2003, Association « Convention vie et nature pour une écologie radicale » et Association pour la protection des animaux sauvages, *Rec.*, p. 444, concl. Lamy ; *A.J.D.A.*, 2003, p. 2253, chron. Donnat et Casas ; *J.C.P. adm.*, 2004, p. 1029, comm. Gautier)。

<sup>88</sup> M. Guyomar et B. Seiller, *op. cit.*, pp. 450 et 456. しかし、同条制定以前の既判事項の権威に

の執行概念を上位概念とし、その一部として既判事項の権威を観念することも理論上可能であろう。

## II 具体的内容の概要

取消判決によって行政が負う執行義務の内容は、論者により種々の説明が施されており、必ずしも截然と切り分けられるわけではないが、反復行為の禁止と原状回復とに分けるのがひとつの分類の仕方と思われる<sup>89</sup>。両者は、不作為義務と作為義務との分類にも対応するが、要するに、前者は判決理由に抵触した第二次処分禁止、後者は判決理由に基づき係争処分が遡及的に取り消された法的・事実的状況の再現の義務であり、裏表の関係にある<sup>90</sup>。したがって、必ずしも両義務が並列で論じられるわけではなく、とりわけ後者の義務を論じる中で、前者の内容をも含む場合が少なくなく<sup>91</sup>、実際の事案においても、双方の義務が問題となる事案もしばしばある。

もっとも、すべての取消判決が、行政による執行を必要とするわけではない。ある規定を改正、廃止した行為が取り消され、自動的に、それらの規定が有効なものとなるような場合が挙げられる。また、越権裁判官による関連処分の取消判決が行政による執行に先行する場合もある<sup>92</sup>。それが「結果としての取消 (annulation par voie de conséquence)」という法理であり、不整合処分の取消を申し立てられた越権裁判官は、不整合処分そのものの違法性を

---

係る判例法理と法制度に基づき、取消判決の規範的内容が解されてきたことから、あくまで付随的な根拠条文に過ぎないものと解される。A. de Laubadère, J.-C. Venezia, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, 14<sup>e</sup> éd., t.1, L.G.D.J., 1996. p. 450 が「行政は裁判所の判決を執行する義務を有する。この義務は既判事項の権威の原則のひとつの側面を構成する」という通りであろう。

<sup>89</sup> なお、我が国の分類例では、不整合処分の取消義務を原状回復義務とは切り離し、後者を事実状態の回復に限定する場合や、条文の構成に従い、積極的義務・消極的義務等と区別する場合が多いが、本稿では、原状回復義務に包括して論じることの多いフランスの基本書の形式に沿った分類をしている。

<sup>90</sup> 小早川・前掲注 20、221 頁。

<sup>91</sup> 同上、211 頁も「フランスでは、取消判決およびその効果を論ずるにあたって、原状回復 (restitutio in integrum) の問題にもっとも多く紙幅を割くのが例である」とする。

<sup>92</sup> 関連処分の帰趨については、第 2 款ですでに取り上げたように、行政に対する効力の問題としてではなく、関連処分に対する効力の問題ないし実体的法律関係に基づく効力の問題として、自覚的に既判事項の権威の議論から除くことも理論的に可能である (同上、210 頁、235 頁)。本稿は、取消判決後に行政がなすべき行為がいかなるものとして、いかなる根拠づけによって、措定されるのかをできる限りフランス法の議論に内在的な視点から描き出すために、フランス法の議論枠組みに基づき、関連処分の帰趨についても射程に含めている。

審査することなく、当該処分 of 取消判決を下すことがフランスでは多くみられる<sup>93</sup>。

### III 職権取消の法理による執行の遮断

行政による不整合処分 of 整序については、職権取消 (retrait) および撤回 (abrogation)<sup>94</sup> に関する法規範に基づき、既判事項 of 執行の限界をおさえておくことが必要となる<sup>95</sup>。フランス法における職権取消 of 法理は、処分後一定期間を徒過した場合に、職権取消が許されなくなるという特徴的な内容を形成しており、これが行政による不整合処分 of 整序を限界づけるからである。ここでは、複雑な判例法理を簡潔に明文化した 2015 年「公衆と行政との関係に関する法典 (Code des relations entre le public et l'administration)<sup>96</sup>」の規定をもとに整理しておこう<sup>97</sup>。本法典は、当該不整合処分が「権利創設的行為 (actes ayant créé des droits)」である場合と、命令制定行為 (acte réglementaire) あるいは権利創設的でない行為である場合の二つに分けて規定を設けている<sup>98</sup>。ここで、予め、権利創設的行為について付言しておくのが有益であろう<sup>99</sup>。一方で、権利創設的行為に含まれる例としては、公務員の

---

<sup>93</sup> M. Guyomar et B. Seiller, *op. cit.*, pp. 457-458. なお、先行処分 of 取消請求に付帯した請求として後行処分 of 取消請求がなされることもある。

<sup>94</sup> 職権取消は、将来とともに過去に向けた当該行為 of 法的消滅、撤回は、将来に向けた当該行為 of 消滅として定義されている (公衆と行政の関係に関する法典 L.240-1 条)。

<sup>95</sup> 職権取消および撤回そのものの説明であれば、適法な行為か違法な行為かといった区別が必要となるが、ここでは、違法となった不整合処分のみが問題となるため、かかる区別に基づく説明は省く。

<sup>96</sup> 2015 年 10 月 23 日オルドナンスおよび同日デクレ (ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration, décret n° 2015-1342 du 23 octobre 2015 relatif aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration) に基づく。

<sup>97</sup> 以下で述べる内容のほか、本法典における職権取消と撤回のルールにつき、参照、飯島淳子「フランス行政法の法典化」*行政法研究* 27 号 (2018 年) 36-37 頁、齋藤健一郎「立法紹介」*日仏法学* 29 号 (2017 年) 158-161 頁。フランス法の職権取消論の展開について、齋藤健一郎「フランス法における行政行為の職権取消 (一) ~ (三・完)」*自治研究* 88 卷 8 号 122 頁、9 号 125 頁、10 号 105 頁 (すべて 2012 年) 参照。

<sup>98</sup> なお、以下の規定については、適用除外として、EU 法に由来する諸要請がある場合と、法律および命令上の特別の規定がある場合が挙げられている (L.241-1 条)。

<sup>99</sup> Cf. M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 21<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2017 (以下、本稿では G.A.J.A. という。), pp. 747-748 ; R. Chapus, *Droit administrative général*, 15<sup>e</sup> éd., t.1, Montchrestien, 2001, p. 1162 et s.

任用・昇進処分、建築許可、原子力施設設置許可、年金支給決定、一定額の金銭給付、契約締結行為等が挙げられ、職権取消行為そのものも権利創設的行為をなす。他方で、権利創設的行為に含まれない例として、行政立法、条件付き行為、確認的ないし宣言的行為、不正手段によって詐取された行為、不存在（無効）の行為、公用収用の際の公益認定が挙げられる。既判事項に反する行為も権利創設的行為には含まれない<sup>100</sup>。

## 1 権利創設的行為

一方で、権利創設的行為は、当該行為がなされた時点<sup>101</sup>から4か月の間でのみ、行政のイニシアティブもしくは第三者の申請により、職権取消ないし撤回をすることができる（L.242-1条）<sup>102</sup>。なお、フランス行政法特有の黙示的決定の制度は、この規定にも関係する。すなわち、この規定が設けられるまでは、黙示の承認決定<sup>103</sup>の職権取消は、出訴期間内もしくは決定から2か月に制限していたのであるが、この規定により、2か月から4か月に変更されたことになる<sup>104</sup>。受益者たる処分の名宛人による申請の場合、第三者の権利侵害のおそれがなく、かつ、受益者に対しても現決定よりも有利な行為に置き換えようとする限りにおいて、職権取消ないし撤回が義務づけられることになる（L.242-3条）<sup>105</sup>。なお、従前は、明示的処分か黙示的処分かにより、取消期間およびその起算日が異なっていたが<sup>106</sup>、法定化に伴いその区別は取り払われた。また、上記規定の制定前であるが、権利創設的行為

---

<sup>100</sup> R. Chapus, *op. cit.*, (note 99), p. 1165.

<sup>101</sup> 効力発生の時点でもある署名時（signature）であると思われる。斎藤・前掲注97、（三・完）111頁参照。

<sup>102</sup> なお、権利創設的行為（以下、当該行為）の職権取消が裁判所により取り消された場合、判決の言い渡し時以降当該行為は有効となるが、かかる取消判決により、当該行為の職権取消可能期間である4か月の期間が再び起算されるわけではない。但し、当該行為に対する出訴期間内になされた職権取消が裁判所により取り消された場合、有効となった当該行為が第三者に適用される公開文書に掲載された時点から、第三者に対し、改めて出訴期間が走ることになる。かかる文書の公開が義務づけられていない場合には、取消判決の通知時点から起算される（C.E., Avis, 26 juillet 2018, n° 419204）。

<sup>103</sup> 前掲注81の通り、2013年改正以降、沈黙＝許可処分の解釈が採用されており、2015年法典の規定もこれに基づいている。すなわち、行政機関は申請に対して2か月以内に応答しない場合には、原則として承諾決定をしたものとみなされる（L.231-1条）。

<sup>104</sup> 本法典の発効に伴い、従前の規範を定めた行政との関係における市民の権利に関する2000年4月12日の法律23条は廃止されている。

<sup>105</sup> なお、適法な行為であっても、第三者の権利を侵害することがなく、かつ、名宛人により有益な処分に代替するものである限り、受益者たる処分の名宛人の申請に基づき、適法処分を職権取消あるいは撤回することができる（L.242-4条）。

<sup>106</sup> Cf. *G.A.J.A.*, p. 747 : 斎藤・前掲注97、（三・完）105-112頁。

の取消義務を認めた場合がある<sup>107</sup>。原理判決とされる1934年グロン判決は、勤続年数計算方式の違法を理由として、ある公務員に関する勤続年数決定が取り消された場合に、出訴期間を徒過しても<sup>108</sup>、他の同じ地位にある公務員についても職権で是正する措置をとらなければならないと判示している。もっとも、かかる職権取消義務はあくまでも、命令のみならずその個別適用処分が同時に取り消された場合における他の個別適用処分の規整という局面に限定される<sup>109</sup>。

## 2 命令制定行為および、権利創設的でない行為

他方で、命令制定行為および権利創設的でない行為については、撤回と職権取消とで規定をわけると、撤回につき、行政は、期間の制限なく、あらゆる事由により可能である(L.243-1条)<sup>110</sup>。また、違法となった個別処分については、撤回の義務をも行政は負う(L.243-2条)。職権取消は、処分から4か月以内でのみ許される(L.243-3条)。この4か月という期限については、従前、権利創設的でない行為が期間制限を受けていなかったことに鑑みると、厳格な制限が付されたといえる。

このように、行政行為の失効に関する法規範は、「適法性より法的安全(*securité juridique*)を優先するもの<sup>111</sup>」であり、既判事項の執行としての不整合処分の規整を制限するものとして機能することになる。

---

<sup>107</sup> C.E. Sec., 26 janvier 1934, Glon, *Rec.*, p. 134 ; C.E., 14 mai 1980, Souarn, *Rec.*, p. 843.

<sup>108</sup> 従前は、出訴期間が職権取消可能な期間とみなされており、本判決もそうであった。

<sup>109</sup> R. Chapus, *op. cit.*, (note 1), pp. 1130-1131 ; 伊藤・前掲注6、283頁。命令とその適用処分双方の取消が要件であると思われるため、根拠命令の違法と適用処分の取消で成り立つ同種違法行為の場合よりも限定的である。

<sup>110</sup> 飯島・前掲注97、37頁は「事情変更の原則 (*principe de mutabilité*) に基づいて極めて柔軟に認め」たものと説明する。

<sup>111</sup> 同上、38頁。

## 第1章 前史

本章は、既判事項の権威が確立した歴史的背景を探るべく、19世紀の越権訴訟をめぐる法状況を分析する。留保裁判から委任裁判への転換を果たすこの時代において注目されるのは、「委任裁判となったことで、真の裁判官になった行政裁判官であるが、その判決の権威 (autorité) は低下した<sup>1</sup>」、あるいは、委任裁判への転換によって「かつての伝統が徐々に放棄されていく<sup>2</sup>」といった、既判事項の権威の観点からみた委任裁判化に対する消極的評価である。本章は、これらの言明の意味するところを明らかにすることによって、20世紀の公法学説および判例による法理論形成がいかなる法状況の克服を目指していたのかを探ろうとするものである。

### 第1節 留保裁判による階層的統制

はじめに、革命後から1872年まで続いた留保裁判の時代において、取消判決がいかなる効力を有していたかを概観する。留保裁判の沿革およびこの時代における争訟取消が行政による職権取消と明瞭に区別されていなかったことを確認したあとで(第1款)、裁判官の判決時の権限の視点から行政に対する取消判決の効力が後述する委任裁判の時代と比べて、強力なものであったことを明らかにする(第2款)。

なお、議論の前提として、越権訴訟の成立時期が問題となりうるが、越権訴訟における取消判決の効力という本稿の主題に照らして、越権を理由に、行政行為が取り消されるようになった時期からの考察が適当であることから、行政行為について、無権限と越権の場合にはコンセイユ・デタへの直接提訴が認められるという理論が明示された1826年以降の判例・学説をとりあげる<sup>3</sup>。

---

<sup>1</sup> P. Montané de La Roque, *L'inertie des pouvoirs publics*, Paris, 1950, p. 385.

<sup>2</sup> A. Mestre, *Le Conseil d'Etat, protecteur des prerogatives de l'administration : études sur le recours pour excès de pouvoir*, L.G.D.J., 1974, p. 62.

<sup>3</sup> フランスにおいても成立時点に関し見解の一致をみないことおよび代表的論者の見解については、阿部泰隆『フランス行政訴訟論』(有斐閣、1971年)〔初出、1968-1969年〕20頁、31頁注(3)、伊藤洋一『フランス行政訴訟の研究——取消判決の対世効——』(東京大学出版会、1993年)12-14頁、より最近の学説をも踏まえた分析として、興津征雄「越権訴訟の起源をめぐって」日仏法学25号(2009年)85頁以下参照。1826年以前においては、判決についても「行政行為」概念が用いられることがあったこと、および1826年のランドラン判決(C.E., 4 mai 1826, Landrin, *Rec.*, p. 256)が無権限および越権の場合にコンセイユ・デタへの直接提訴を認めたことについて、伊藤・同13頁参照。

## 第1款 留保裁判における取消判決

### 第1項 留保裁判の沿革

フランスにおける行政訴訟の歴史は、革命後のコンセイユ・デタの誕生を起点にするならば<sup>4</sup>、共和暦8年(1799年)にまでさかのぼる。ボナパルト・ナポレオンによる統治の黎明期にあたる当時、諮問機関として創設された。その後、1806年7月22日のデクレにより、裁判形式の手続きを行う訴訟委員会(Commission du Contentieux)が、コンセイユ・デタに設けられるが<sup>5</sup>、裁判所(tribunaux)と称されることはなかった<sup>6</sup>。委員会の判断に基づき、最終的に判断を下すのは、国家元首(chef de l'Etat)であったからである<sup>7</sup>。コンセイユ・デタの判断は、国家元首の裁可(approbation)を得るべき、「理由を付した答申(avis motivé)」にすぎなかった<sup>8</sup>。「留保裁判(justice retenue)」と呼ばれる所以はここにある。

コンセイユ・デタ誕生の背景には、とりわけアンシャンレジーム期の司法権に対する不信感があると言われている。いわゆる法規的判決(arrêt de règlement)と法令登録をなす権限

---

<sup>4</sup> 中世から革命前までの行政裁判所の原始的形態については、渡辺宗太郎「仏蘭西に於ける行政裁判法の沿革」同『行政に於ける全体と個人』(1940年)299頁以下〔初出、1927年〕が詳しい。

<sup>5</sup> 訴訟委員会は、司法大臣(grand-juge, minister de la justice)、調査官(maître des requêtes)6名、聴聞官(auditeurs)6名で構成され、訴訟事件の審査・調書作製の任を負った。この機関の発足までは、訴訟的任務と行政的任務とは分離していなかった。参照、晴山一穂「フランス行政法におけるコンセイユ・デタの位置と役割」広岡隆・高田敏・室井力編『杉村敏正先生還暦記念 現代行政と法の支配』(1978年)255頁。

<sup>6</sup> 第一帝政期から七月革命政府時代までのコンセイユ・デタの組織、手続きについては、神谷昭『フランス行政法の研究』(有斐閣、1965年)23-40頁〔初出、1962年〕参照。

<sup>7</sup> コンセイユ・デタの判断に従わなかったことはほとんどないと言われるが、セリニー著、田中耕造訳『佛国行政訴訟論 復刻版』第4巻(信山社、2002年)〔初出、1885年〕577頁には1817年と1819年にコンセイユ・デタの判断が修正された判決が下されたことが記載されている(同書は、D. Serrigny, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil*, Durand, 1865を訳したものである)。なお、H. Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 13<sup>e</sup> éd., t.1, 1933, p. 1111は、コンセイユ・デタの提案した意見と異なる判断を国家元首が下す場合、理由を付すべきであったと述べる。

<sup>8</sup> 村上順『近代行政裁判制度の研究：フランス行政法の形成時代 1789-1849』(成文堂、1985年)162頁。

を有する高等法院 (parlements : パルルマン) が、立法および行政への“妨害”として記憶されていたことが、行政権を司法権から独立させる機運を高めたのである<sup>9</sup>。

かくして、アンシャンレジームの克服として誕生したコンセイユ・デタであったが、それでもなお、アンシャンレジームの裁判機構と完全に異なる組織であったとはいえなかった。すなわち、「或は裁判官が行政し、或は行政官が裁判せんとする点<sup>10</sup>」からの断絶を果たし得なかったがために、コンセイユ・デタは、かつての国王顧問会議制度の復活といわれ、また、今日における地方行政裁判所の前身となる県参事会も、かつての地方総監 (intendants)<sup>11</sup>の幻影をしのばせていたのである。このように、活動行政 (administration active) による階層的な訴訟審理の系譜は、歴史的記述によっても窺い知ることができる<sup>12</sup>。以下では、その判決が法的にいかなる地位を占めていたのかをみていこう。

## 第2項 取消判決の法的性質

もとより、留保裁判は憲法上の根拠を有している。「すべての裁判は国王より発する (toute justice émane du roi)」のである<sup>13</sup>。このことは、活動行政から独立した行政裁判官の不在を意味するが、精確には、二つの側面を有している。すなわち、裁判行為を行政行為とみなすという意味と、行政行為を裁判行為とみなすという意味であり、後者は周知の通り、この時代を象徴する<sup>14</sup>大臣=裁判官制を指す。もっとも、大臣=裁判官制は、通常の行政訴訟に

---

<sup>9</sup> 革命後、古いパルルマンの政治権力は何ら残っていなかったが、司法機関である通常裁判所の構成員の大部分は革命前の司法機関における法官であり、これらの人々は、社会的境遇、伝統、利益等からして、革命の産物たる制度に敵意を有していた (神谷・前掲注 6、337 頁〔初出、1956 年〕)。

<sup>10</sup> 渡辺・前掲注 4、338 頁。

<sup>11</sup> 国王顧問会議の調査官の中から選ばれた者が地方に派遣され、視察していた慣例を、17 世紀にリシュリュー (Richelieu) が制度化したものである。国王の命令を遵守させるべく、地方の裁判、警察、財政等の事項に介入し、また、国王及びその官吏に対する陰謀、圧迫に関する事件を審理裁判する権限を与えられた地方行政官兼裁判官であった。このように、地方総監は、国王顧問会議の権限の一部を委任された第一審裁判所と位置づけられていた。参照、渡辺・前掲注 4、312-314 頁、村上・前掲注 8、15-17 頁。

<sup>12</sup> コンセイユ・デタの構想は、シェイエス (Sieyès) の考えによるとされるが、シェイエス自身、このコンセイユが、裁判官として決定するのか、活動行政の上級機関として決定するのかについて、何等考えを示さなかったという (C. Durand, *Etudes sur le Conseil d'État napoléonien*, Presses universitaires de France, 1949, p. 61)。

<sup>13</sup> 1814 年憲法 57 条、1830 年憲法 48 条、同様の規定をもつ 1852 年憲法 7 条などがある。参照、兼子仁『行政行為の公定力の理論』(東京大学出版会、1961 年) 227 頁。

<sup>14</sup> 例えば、神谷・前掲注 6、67 頁。



のみ関する問題であって、越権訴訟には適用がなく、越権訴訟では大臣裁判を経ずに直接コンセイユ・デタに出訴することができる<sup>15</sup>。したがって、大臣＝裁判官制は、越権訴訟における取消判決の法的性質を直接規定するわけではなく、着目すべきは、前者の裁判行為を行政行為とみなすという側面であろう。そこで、まずは、裁判行為の行政行為への擬制（Ⅰ）をとりあげ、次いで、間接的にであれ、この時代の取消判決の法的性質を物語る行政行為の裁判行為への擬制（Ⅱ）をみていく。

## Ⅰ 裁判行為の行政行為への擬制——越権訴訟の階層的統制

大臣＝裁判官制の重大な例外をなしていた越権訴訟が、それゆえに、裁判行為と行政行為とを明瞭に区別していたかと問われれば、明らかに、否である。それは、越権訴訟の生成過程に由来する。というのも、越権訴訟は、元来、行政訴訟とは考えられておらず、行政の長たる国の長に対する訴願<sup>16</sup>、国家元首の一般的行政監督権に基づく階層的申立の一種とみなされていた<sup>17</sup>。かかる性格は、第二帝政期において特に顕著であり、「皇帝による下位の役人の行為の修正（*corriger*）のための手段<sup>18</sup>」として位置づけられていくが、多くの論告担当官もまたこの訴訟が行政の長たる国家元首の権限に基づくことを強調していたという<sup>19</sup>。越権訴訟の階層的性格は、その法律上の根拠からも明らかである。すなわち、第2節で述べる1872年法律の制定に至るまで、越権訴訟の根拠条文とされていたのは、1790年10月7-14日の法律における「一般行政の長たる国王」に対する申立てに関する規定であった<sup>20</sup>。このように、越権訴訟と階層的な訴えとが混然一体となっている状況は、行政の最高機関として国王が下す裁判行為と行政行為との区別を困難にするものである。「越権取消は本来君主の行政行為にほかならず、したがって行為者による行政行為の取消と極めて酷似していた<sup>21</sup>」のであった。

---

<sup>15</sup> 阿部・前掲注3、25頁〔初出、1968-1969年〕、伊藤・前掲注3、12頁。

<sup>16</sup> 阿部・同上、23頁。

<sup>17</sup> 村上裕章「越権訴訟の性質に関する理論的考察（一）」九大法学57号（1988年）9頁。

<sup>18</sup> F. Blanco, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, thèse, Aix-Marseille : PUAM, 2010, p. 82.

<sup>19</sup> 村上・前掲注17、12頁、注(8)。

<sup>20</sup> 同上。阿部・前掲注3、21頁〔初出、1968-1969年〕。

<sup>21</sup> J. Massot, *Portée et conséquences de l'annulation par le juge d'un acte administratif*, *E.D.C.E.*, n° 31, 1979-1980, p. 113.

## II 行政行為の裁判行為への擬制——大臣＝裁判官制

大臣＝裁判官制は、端的にいうならば、「大臣の決定は判決の効力を有する<sup>22</sup>」とみなすことを指す。「大臣は個々に裁判官であり<sup>23</sup>」、「革命以降、大臣は常に裁判権を割り当てられていた<sup>24</sup>」。もっとも、前述の通り、大臣＝裁判官制は、通常の行政訴訟にのみ関する問題であって、越権訴訟には適用がなく、越権訴訟では大臣裁判を経ずに、直接 CONSEIL に出訴しうるが、必ずしも無関係ではない。すなわち、大臣への不服申し立てを経由してから CONSEIL に出訴した場合には、大臣＝裁判官制の適用が問題となりえたのである<sup>25</sup>。私人が越権を主張して大臣に不服申し立てをしてから、さらにその大臣の決定を不服として CONSEIL に出訴する場合と、直接 CONSEIL に越権訴訟を提起した場合とを考えると、大臣の決定の法的性質は必ずしも明らかではない。単なる上級行政庁の決定にすぎないのか、それとも第一審裁判所の判決なのか。CONSEIL はこの問題に対し、原則として<sup>26</sup>、大臣の決定は第一審裁判所の判決とみなすという立場をとった。この定式による限り、大臣が第一審裁判官として下す決定と、CONSEIL が下す取消判決とは理論上同質といわざるをえないのである。

## III 活動行政と行政裁判官の未分離

これらの側面からみれば、留保裁判における取消判決は、なによりもまず活動行政と行政裁判官を分離しないという原則に基づいていたことがわかる<sup>27</sup>。その背後には、「裁量ある行政こそが責任ある裁判を行うことができる<sup>28</sup>」といったものや、「独立行政裁判官は、果たして行政官を隷属にすることになる<sup>29</sup>」といったものなど、活動行政の優位の保持こそが

---

<sup>22</sup> E. Foucart, *Éléments de droit public et administratif*, 3<sup>e</sup> éd., t.3, Paris, 1943, p. 363.

<sup>23</sup> Th. Ducrocq, *Cours de droit administratif et de législation française des finances : avec introduction de droit constitutionnel et les principes du droit public*, 7<sup>e</sup> éd., t.2, Paris, 1897. p. 161.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 164.

<sup>25</sup> 以下、伊藤・前掲注 3、68 頁以下参照。

<sup>26</sup> 正確には、出訴期間内に上級庁に申立てをした場合に大臣は裁判官であり、出訴期間徒過後に申立てがした場合に大臣は単なる上級庁であるということになるという。

<sup>27</sup> 当時の学説もそのことを認めている。Par exemple, L. Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, 1<sup>re</sup> éd., t.1, 1869, p. 466 et s.

<sup>28</sup> E. Foucart, *op. cit.*, pp. 249-250.

<sup>29</sup> セリニー著・田中訳、前掲注 7、1 巻、103-104 頁。

正当であるとの考え方が潜在しているようである。コンセイユ・デタは、まさに、「身内として (le notre) <sup>30</sup>」組織されたということになる。

このような判決を下す主体および行為形式の同一性は、取消の概念を区別する必要性を失わせる。裁判所による行政行為の取消は、行政による取消との差異を失うのである<sup>31</sup>。コンセイユ・デタが、判決主文において、「annuler」（取り消す）の代わりに「rapporter」（職権で取り消す）という語を用いることさえあったことは象徴的であろう<sup>32</sup>。この傾向は、越権訴訟が未発達時代においてはなおのこと顕著である。すなわち、革命期の学説曰く「行政の行為の統制および矯正 (redressement) それ自体、行政機関自身からしか発出されえない行政の行為を構成する<sup>33</sup>」のである<sup>34</sup>。

もっとも、職権取消の概念が明瞭な意味内容を含んでいたとは必ずしもいえないことは確かであり<sup>35</sup>、争訟取消と職権取消とを関係に関する記述を、当時の学説<sup>36</sup>において見出すことは困難であるが<sup>37</sup>、これまで述べてきた留保裁判における階層的統制を踏まえる限り、明確な区別を示す言説がないということ、同一視することはもはや自明のものであったと解することは十分可能であろう<sup>38</sup>。改めて注目すべきは、コンセイユ・デタによる取消判

---

<sup>30</sup> H. Berthélemy, *op. cit.*, p. 148.

<sup>31</sup> 伊藤・前掲注 3、68-70 頁をも参照。

<sup>32</sup> C.E., 2 juin 1859, Gosse, *Rec.*, p. 402 ; C.E., 27 mai 1863, Drillet de Lannigou, *Rec.*, p. 470. Cf. F. Blanco, *op. cit.*, p. 81.

<sup>33</sup> E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2<sup>e</sup> éd., t.1, livre 1, Berger-Levrault, 1896, p. 185.

<sup>34</sup> 王政復古期において、行政国家論者であった J.-B. Sirey もまた、彼の主張の当然の帰結として、行政行為と裁判行為とを同視していた (*Du Conseil d'Etat selon la Charte Constitutionnelle*, Paris, 1818, p. 239 et s.)。

<sup>35</sup> 参照、斎藤健一郎「フランス法における行政行為の職権取消 (一)」自治研究 88 巻 8 号 (2012 年) 125 頁。

<sup>36</sup> 後掲注 47 の文献を参照。

<sup>37</sup> 伊藤・前掲注 3、16 頁、33 頁は、1850 年代までの時期は、コンセイユ・デタ政府委員の論告をも含めた広い意味での学説に、取消判決の効力に関する具体的な叙述を全く見出すことができないこと、さらに、そもそも 1880 年代までは行政法の概説書において越権訴訟にまつた頁が割かれることすら稀であり、越権訴訟の取消判決効を概説書において論述する者は皆無であったことを指摘している。また、判例について、同 17 頁は、取消判決に対する後続訴訟の事例は第二帝政時代に 1 件しかなく、そもそも取消判決の効果について明言する判決例は皆無に近いと述べている。

<sup>38</sup> 伊藤・同上、21 頁は、対世効についてはあるが、その理論的根拠が論じられなかった背景として、かかる自明性をも挙げている。

決はあくまでも国家元首の名のもとに下されていた点である。かかる前提が、次に述べるような裁判官の広範な権限を正当化していくことになる。

## 第2款 取消判決の効力

このころは、そもそも判例・学説上において、判決の効力に言及するものは見受けられないものの、裁判官の権限の側面から、コンセイユ・デタの態度を看取することは可能である。そこで、まず、行政に対する効力と理論的に区別しうる効力、すなわち、遡及効と対世効の当時の議論をごく簡単にとりあげ（第1項）、つぎに、裁判官の権限として特徴的なものを取りあげていく（第2項）。

なお、行政に対する判決の効力に関連して、「判決の執行」という概念がフランス法上、存在することをすでに指摘したが、19世紀半ばにはすでにこの概念が基本書において登場している<sup>39</sup>。もっとも、損害賠償請求の認容判決についてしか記載はなく、越権取消判決の執行は念頭にないようである。また、行政勝訴判決の執行において行政行為を必要としうること、普通裁判所に提訴する必要があるという意味での困難がしばしば生じるという記載を確認することができる<sup>40</sup>。執行の問題として、越権訴訟における取消判決においても論じられるようになるには、20世紀を待つ必要がある。

### 第1項 遡及効と対世効

取消判決後の行政の行為規範を具体化するに際し、前提問題をなすのが、取消判決の効力における「時期の観点」と「範囲の観点」である。前者は、いわゆる遡及性の問題であり、後者は、いわゆる対世効の問題として論じられる。ここでは、留保裁判における行政に対する効力を確認するまえに、両者の問題がどのように論じられていたのかを確認する。

#### I 遡及効

取消判決の遡及効は、前述の通り、今日では一般的理解を構成するが、アンシャンレジーム期にまでさかのぼってみても、同様の効力を認めることができる。すなわち、中世から大革命までの期間において、行政行為の取消を求める訴えは、高等法院を頂点とする司法裁判

---

<sup>39</sup> E. Foucart, *op. cit.*, p. 129.

<sup>40</sup> *Ibid.*, pp. 342-343.

所ないし国王の従属機関である国王顧問会議（Conseil du roi）<sup>41</sup>によって受理され、判断が下されていたのであるが<sup>42</sup>、この時代、司法裁判所に係属した取消判決の効力について、このように記されている。

「契約の締結をもたらした議決が取り消される場合、最高諸院<sup>43</sup>は、係争行為である議決および<それに続くすべての行為（tout ce qui s'en est suivi）>を無効とする（invalider）ため、当該議決の取消は、付随的に、契約自体の取消を生じさせる<sup>44</sup>。」

「この（議決の）取消は、対世的であり、遡及的である（vaut *erga omnes* et rétroagit）。すなわち、議決を破毀した（casse）判決は、<判決の日から議決の資格（le titre）を失うのではなく、存在しなかった（il n'a jamais existé）と判断するのである。資格がなかったことを宣言する（déclaratif）判決は、新たな権利を創設する（constitutif）ものではなく、破毀された資格（le titre cassé）という根本的な瑕疵の宣言である><sup>45</sup>。」

もつとも、アンシャンレジーム期において、取消の遡及効を有しない取消判決もわずかながら存在していることから、明確な法原理とまではいえなかった<sup>46</sup>。

本節の対象である留保裁判の時代へと目を転じてみると、なおも学説において、取消の遡及効に関する記述を19世紀末まで見つけることはできない<sup>47</sup>。判例はといえば、1850年代まで取消判決の効力について明言する判決は皆無に近く<sup>48</sup>、コンセイユ・デタの態度を読み取ることは困難である。結局、コンセイユ・デタによる遡及効の確立は20世紀の到来を待

---

<sup>41</sup> その歴史はカペー朝の987年にまでさかのぼる。なお、高等法院（パルルマン）は、1291年にこの国王顧問会議から独立の機関として分離したものである。参照、渡辺・前掲注4、300頁。

<sup>42</sup> J.-L. Mestre, *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, 1985, pp. 140-141, 259-262. なお、選挙作用に関する行為は国王顧問会議が取消を行っていた（*Ibid.*, p. 259）。

<sup>43</sup> 高等法院など5つの裁判所を含むアンシャンレジーム期の司法裁判所の総称。

<sup>44</sup> J.-L. Mestre, *op. cit.*, (note 42), p. 260.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 262.

<sup>46</sup> Cf. F. Blanco, *op. cit.*, pp. 201-202.

<sup>47</sup> F. Blanco, *ibid.*, p. 202. 少なくとも以下の文献には記述がない。L.-M. Macarel, *Éléments de droit politique*, Paris, 1833 ; E. Foucart, *op. cit.* ; Vivien, *Études administratives*, 3<sup>e</sup> éd., t.2, Paris, 1959 ; セリニー著、田中訳・前掲注7 ; A. Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, 2<sup>e</sup> éd., t.7, Paris, 1885 ; L. Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'école des ponts et chaussées*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, 1885 ; R. Dareste, *La Justice administrative en France*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1898 ; Th. Ducrocq, *op. cit.*

<sup>48</sup> 伊藤・前掲注3、17頁。

つ必要があり、決定的な判決となるのが第2章でとりあげる1925年ロディエール判決<sup>49</sup>ということになる。学説による言及もこのころから確認することができる<sup>50</sup>。

19世紀学説において遡及効に言及がなかった理由については、判例上の定着がなかったことか、自明の理であったことのいずれかに解しうるが<sup>51</sup>、すでに指摘した取消判決と職権取消の同質性、同一視に鑑みるならば、改めて問題とするまでもない前提であったと解するのが適当に思われる。

## II 対世効

当該行政行為の取消がすべての人に対する関係で取り消されたこととなること、すなわち、取消判決の対世効は、フランスにおいて、少なくとも1860年代以降、明示されるようになったという<sup>52</sup>。その以前においても、自明のものと受け止められていたと解することも十分可能であるが<sup>53</sup>、遅くとも1860年代にはコンセイユ・デタの内外を問わず認められてきた。そして、このことは委任裁判へと時代を移しても、さらには21世紀の今日まで、越権訴訟を特徴づけることになる。

かくして、以下では、遡及効と対世効とを前提にした議論が続くわけであるが、これらの効力がなければ、取消判決後の行政の行為規範が不問に付されるわけではないことには留意が必要である。すなわち、仮に、行政行為は判決の時点において消滅し、その効力は原告との間でのみ有効であるとしても、その限りにおいて行政の行為規範は残される。第三者に取消判決の効力が及ばずとも、申請に対する再処分が問題となることは、日本の取消判決が相対効でありながら、かかる問題の把握に取り組んできたことから明らかである。不遡及である場合も同様、結局、判決後において生じる法的な空白を埋めるべく、行政が何らかの行為義務を負うことは少なくない。したがって、遡及効と対世効は、取消判決後の行政の行為規範の必要条件ではない。とはいえ、これらの要素の意味は重要である。取消が遡及的であり、対世的であるからこそ、行政の行為規範はより広く、より複雑なものとなり、法理論の精緻化を導いたといえるからである。

---

<sup>49</sup> C.E., 26 decembre 1925, Rodière, *Rec.*, p. 1065 ; *R.D.P.*, 1926, p. 32. concl. J. Cahen-Salvador.

<sup>50</sup> Par exemple, M. Kellershohn, *Des effets de l'annulation pour excès de pouvoir*, thèse, Bordeaux, Sirey, 1915, pp. 34-35.

<sup>51</sup> F. Blanco, *op. cit.*, p. 202.

<sup>52</sup> 伊藤・前掲注5、11頁以下、とりわけ23頁以下。

<sup>53</sup> 前掲注38参照。

## 第2項 越権裁判官の権限

つぎに、取消判決の効力をいわば反射的に考察すべく、当時の越権裁判官の権限に着目してみよう。もっとも、裁判官の権限と一口でいっても、さまざまなものがありうる。訴訟指揮における裁判官のあらゆる権限、あるいは、訴訟要件、実体勝訴要件等の越権訴訟を構成する全ての要素を説明する趣旨でないことはいうまでもない。ここでは、判決の言い渡し時点における権限、すなわち行政に対する既判事項の権威、すなわち取消判決後の行政の行為規範に関わる部分のみを取り上げる。

予め確認しておくべきことは、1912年判決まで、既判事項の権威は主文にのみ及ぶものと解されていた点であろう<sup>54</sup>。もっとも、19世紀末まで、この点が自覚的に論じられた形跡はなく<sup>55</sup>、今日と単純に比較することは差し控えるべきである。しかし、以下の記述が示しているのは、主文のなかに命令あるいは判断の代置をも含んでいることであり、たとえ、主文のみに既判事項の権威が及ぶと解しても、単純な取消とのちがいは一目瞭然である（I）。そして、それを正当化するのは、ほかでもない国家元首の権威であった（II）。

### I 判例

#### 1 権利実現のための差戻し

まず、コンセイユ・デタは、判決主文に行政行為を取り消すと表記するだけでなく、原告を行政庁の前に差し戻す（renvoyer）という文言を加えることがあった<sup>56</sup>。「権利実現のための差戻し（renvoi pour faire ce que de droit）」とも呼ばれ、コンセイユ・デタによる行政庁に対する行為の命令すなわちアンジョンクシオンであるように見えなくもない。しかし、のちにオーリウが「行政道德への雄弁なる訴え<sup>57</sup>」と称したように、かかる見方はいずれの論者においても否定されてきた。差戻しの文言は、命令（ordre）ではなく、ありうるとし

---

<sup>54</sup> C.E., 26 juillet 1912, Compagnies des chemins de fer Orléans et Midi, Rec., p. 889. この判決以降、主文の解釈に必要な判決理由にも既判事項の権威が及ぶようになった（P. Montané de La Roque, *op.cit.*, p. 392）。

<sup>55</sup> 参照、前掲注 37。

<sup>56</sup> C.E., 18 mars 1831, Bèry, Rec., p. 310.

<sup>57</sup> M. Hauriou, note sur C.E., 20 juin 1908, Daraux, *S.*, 1909, III, p. 129.

でも、勧告 (sommation) であり<sup>58</sup>、原告の権利と行政庁の義務を明確にしたに過ぎないのである<sup>59</sup>。したがって、行政が法的な責任を負うこともなかった<sup>60</sup>。

かかる権利実現のための差戻しは、一方で、委任裁判となってもなお、実践されていくことになる<sup>61</sup>。他方で、国家賠償請求訴訟において、賠償額の算定が様々な要素の考慮に基づきなされるべきものであることを理由に、管轄行政機関による算定のために用いられることもある<sup>62</sup>。

## 2 行為の命令および判断代置

---

<sup>58</sup> P. Montané de La Roque, *op.cit.*, p. 403.

<sup>59</sup> 平田和一「フランスにおける行政裁判——行政に対する裁判コントロールの実効性をめぐって——」名古屋大学法政論集 76 号 (1978 年) 141 頁、交告尚史「判決の履行を確保する手段」フランス行政法研究会『現代行政の統制——フランス行政法研究会——』(成文堂、1990 年) 125 頁。

<sup>60</sup> P. Montané de La Roque, *op.cit.*, p. 403 によると、政治的な理由から議会において行政が追及される余地はあったという。

<sup>61</sup> C.E., 8 juillet 1898, Coudray ; C.E., 30 novembre 1906, Jacquin, Denis, Rage-Roblot et autre, S., 1907, III, p. 17 ; C.E., 18 février 1949, Dame Vue Cusson, *Rec.*, p. 86 ; C.E., 12 mai 1950, Lhomme, *Rec.*, p. 284. なお、1880 年代に一時用いられなくなったことの指摘もある (F. Blanco, *op. cit.*, p. 115, note 556) が、今日の教科書にも越権裁判官の手法として紹介されている (J.-C. Ricci, *Contentieux administratif*, 5<sup>e</sup> éd., Hachette, 2016, p. 220)。

<sup>62</sup> C.E. Ass., 27 mai 1949, Véron-Réville, *Rec.*, p. 246 ; *G. Pal.*, 1949, p. 34, concl. R. Odent ; S., 1949, p. 81, note Delpech.



権利実現のための差戻しがなおも法的な効力を有するものでなかったのに対し、以下の手法は、判決主文の意味を考える上でも重要である<sup>63</sup>。例えば、1829年のブリエール判決<sup>64</sup>は、留保裁判に特有ともいえる判断を下している<sup>65</sup>。曰く。

「徴兵審査委員会 (jury de révision) は、1827年7月27日に、ブリエール氏の徴兵免除の決定を行った。しかし、委員会はこの徴兵免除について改めて審査し、先の決定に替えて別の決定を下した。そのことにより、委員会は越権を犯したのである。したがって、ブリエール氏が徴兵割当定員リストに記載されることは違法であり、右委員会の記載決定は無効である。また、戦争大臣が発したブリエール氏に対する(戦地への)出発命令は、適法な形式によるリストに基づくものであるが、そのリストへのブリエール氏の記載は無効であるから、(大臣によって)ブリエール氏は兵籍から除かれ、彼に対する出発命令は取り消されなければならない。」

ここからは、明らかに、当該行為(徴兵審査委員会によるブリエール氏の徴兵リストへの記載決定)の取消のみならず、それに基づく兵籍からの除外を行政に命じていることがわかる。第3章でとりあげるところのアンジョンクシオン(行為命令)をコンセイユ・デタはしばしば用いていたのである<sup>66</sup>。さらに注目すべきは、1869年のクレマン夫人判決<sup>67</sup>であろう。判決理由は次のように言う。

---

<sup>63</sup> さらに、Th. Ducrocq, *op. cit.*, p. 32は「法律および既得権違反の取消事由には、司法裁判所判決であれ、一般・特別行政裁判所判決であれ、それらの既判事項に反する行政行為をも含まれる」と説明したうえで、一般行政裁判所判決に反するものとして、以下の判例を挙げている。C.E., 21 février 1867, ville de Montbéliard ; C.E., 15 avril 1868, Robineau。これらの判決が全面審判訴訟判決に関わるものなのか、越権取消判決に関わるものなのか定かではないが、前述の通り、判決の執行に関する記述が全面審判訴訟のみを念頭に置いていたことに照らせば、前者と推察されるが、後者の可能性も否定できない。もし後者であるならば、留保裁判においては、越権裁判官の強力な権限と同時に、取消判決後の行政の行為を再び取り消すというサンクションがすでに実践されていたことになる。

<sup>64</sup> C.E., 21 janvier 1829, Brière, *Rec.*, p. 14。この判決および後掲67のクレマン夫人判決を紹介するものとして、平田・前掲注59、141頁がある。

<sup>65</sup> なお、コンセイユ・デタ廃止論までもが登場するほど、コンセイユ・デタが危機に瀕した王政復古期において、コンセイユ・デタに対する上訴を排除する立法および政府の動きに対し掉さした判決が同判決であったことについて、興津・前掲注3、100頁以下参照。

<sup>66</sup> C.E., 27 décembre 1812, Perrot, *Rec.*, p. 375 ; C.E., 18 août 1833, Concessionnaires du dessèchement de la vallée de l'Authie, *Rec.*, p. 375 ; C.E., 27 mai 1862, Pensa, *Rec.*, p. 456。

<sup>67</sup> C.E., 21 mai 1869, Dame Clément, *Rec.*, p. 456。

「クレマン夫人は、彼女の家の側面境界壁を修理する許可を（正面の壁がもつ記念的景観の考慮から）拒否するセーヌ県知事のアレテを内務大臣に付託した。5 か月経過しても内務大臣の決定が下されず、拒否決定があったものとみなされ、彼女はコンセイユ・デタに控訴しうる。……審理の結果、クレマン夫人の家の正面壁は破損されていない。クレマン夫人が許可を申請した側面壁の修理は、正面壁が破損されることなしに行われうる。したがって、クレマン夫人に対する許可は付与されなければならない。」

この判決においては、行政に行為を命じるのみならず、自らの判断（＝側壁面の修理の許可）をもって、行政の判断（＝修理の拒否決定）に代えてしまっている。主文が、「1 条：1867 年 2 月 27 日付けのセーヌ県知事のアレテは取り消される。2 条：クレマン夫人は正面壁が破損されないという条件で、側面壁の修理が許可される。」と列記されていることから明らかである。留保裁判における取消判決は、このような判断代置<sup>68</sup>に加え、係争行為の変更<sup>69</sup>をも可能としていた。のちに E.ラフェリエールは、この判決を異端扱いするのであるが<sup>70</sup>、後世の法学者による反駁を受けている<sup>71</sup>。

以上のような判決は、政治体制を問わず下されており<sup>72</sup>、とりわけ階層的統制が際立ち、それゆえに越権訴訟の飛躍の時期とも言われる第二帝政期において<sup>73</sup>、かかる手法が多く

---

<sup>68</sup> そのほかの判例として、C.E., 1<sup>er</sup> août 1837, Baudot, *Rec.*, p. 375 ; C.E., 2 août 1854, Frémont, *Rec.*, p. 729 ; C.E., 6 mars 1857, Davesne, *Rec.*, p. 179. もっとも、判断代置ができないことの例として、前述のクレマン夫人判決が挙げられることもある（Hauriou, note sur C.E., 8 juillet 1904, Botta, *Rec.*, p. 557, concl. Romieu ; *S.*, 1904, III, p. 81）。

<sup>69</sup> C.E., 10 mars 1864, Darnaud, *Rec.*, p. 230 ; C.E., 19 mars 1868, Champy, *Rec.*, p. 325 ; C.E., 29 juin 1869, Commune d'Aix-en-Othe, *Rec.*, p. 644.

<sup>70</sup> E. Laferrrière, *op. cit.*, t. 2. Livre 6-8, p. 570, note n° 1.

<sup>71</sup> Cf. F. Blanco, *op. cit.*, p. 110 ; par exemple, M. Kellershohn, *op. cit.*, p. 142.

<sup>72</sup> F. Blanco, *ibid.*, pp. 110-111.

<sup>73</sup> 村上・前掲注 17、10 頁、阿部・前掲注 4、25 頁〔初出、1968-1969 年〕。議会統制との関係においてコンセイユ・デタによる裁判統制の優位が認められるようになり、越権訴訟の発展につながった点について、伊藤・前掲注 3、57-60 頁参照。

活用されている<sup>74</sup>。しかし、越権裁判官による取消判決時の広範な権限の行使は、委任裁判の確立とともに<sup>75</sup>終焉を迎えることになる<sup>76</sup>。

## II 正当化論理

コンセイユ・デタは、越権訴訟において、国家元首の権威を引き合いに出すことが許される。「行政の長であることに基づき有する一般的取消権<sup>77</sup>」こそが、越権訴訟を形作り、第二帝政における飛躍的發展を実現せしめた<sup>78</sup>。上記の越権裁判官の種々の権限もまた、かかる国家元首の権威によって正当化されることになり、絶対的な国家元首による行政の行為の取消は、取消判決後の行政の行為規範という枠組みすら必要としないものであったといえる<sup>79</sup>。その意味で、「君主の名のもとに判決が語られることによって、コンセイユ・デタの判断が承認されたならば、いかなる抵抗にも遭遇しないことが約束される<sup>80</sup>」という言明は示唆的である。

---

<sup>74</sup> Par exemple, C.E., 14 juin 1852, Duchesne, *Rec.*, p. 227 ; C.E., 14 avril 1864, Laville, *Rec.*, p. 339 ; C.E., 27 mai 1863, Pensa, *Rec.*, p. 456 ; C.E., 9 février 1870, Gaullier de Claubry, *Rec.*, p. 45.

<sup>75</sup> 1872 年法による委任裁判への転換を基点とすることについて、シュバリエのテーズ (J. Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, L.G.D.J., 1970. pp. 187-191 et pp. 275-278) をはじめ、学説の共通認識になっているようであるが、1872 年後にも権利実現のための差戻しの手法が用いられているとして反駁する論者もいた (A. Mestre, *op. cit.*, p. 62 ; F. Malleray, *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, L.G.D.J., 2001, p. 33 et s.). もっとも、F. Blanco, *op. cit.*, p. 108-112 は、他のアンジヨンクシオンや判断代置の手法についての変化を否定することは困難であり、1872 年法が明らかに「行政訴訟の歴史における決定的な区切れ」であったと結論付ける。

<sup>76</sup> R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 13<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2014, p. 971.

<sup>77</sup> 参照、阿部・前掲注 3、22 頁、34 頁注(18)〔初出、1968-1969 年〕。

<sup>78</sup> 村上・前掲注 17、10 頁。なお、興津・前掲注 3、102 頁以下は、コンセイユ・デタに対する破毀申立ての根拠すなわち、行政裁判秩序における最上級審としての地位の確立のために、コンセイユ・デタが留保裁判を梃子に、「一般行政の長たる国王」の権威を借用したことおよびかかる根拠が越権訴訟に転用されていくことを指摘している。

<sup>79</sup> なお、前掲注 63 をも参照。

<sup>80</sup> L. Aucoc, *op. cit.*, (note 47), *op. cit.*, p. 512.



## 第2節 裁判的自立と道徳的効力

第三共和政に入り、コンセイユ・デタはついに固有の裁判権 (le pouvoir de juridiction propre) を獲得することになる。委任裁判 (justice déléguée) への転換である。このことは、コンセイユ・デタの国家元首の補佐としての地位の放棄を意味した<sup>81</sup>。本節では、委任裁判への転換の本来の意味と (第1款)、その運用および学説の応答を明らかにする (第2款)。

### 第1款 委任裁判への転換

#### 第1項 1872年法律の制定

半世紀以上の留保裁判の時代に終止符が打たれたのは、1872年のことである。フランス行政法史上画期的な意義を有する<sup>82</sup>この法律の制定は、挫折を経験している。委任裁判としての裁判権の付与は、1849年3月3日の法律によって一度実現していたからである<sup>83</sup>。もっとも、この際には、判決に対する大法廷への提訴権限 (但し、判決の効力に影響は与えないという) および、係属すべきでない事件についての管轄の移送請求権限 (これがコンセイユ・デタに拒否された場合、権限裁判所に付託する) の二つの手立てを司法大臣に留保しており、依然として、活動行政による適法性の監督の性格は強く残されていた<sup>84</sup>。その後、第二共和政の崩壊とともに、1852年憲法および同年1月25日デクレによって、再び留保裁判の地位に戻されている<sup>85</sup>。このことから、1872年の法律はすでになされた事実上の変遷を法律上に転化したものにすぎないとも指摘される<sup>86</sup>。

かくして、1872年5月24日の法律は、今度こそ、コンセイユ・デタを、委任された裁判権を行使する機関と位置づけることに成功する<sup>87</sup>。すなわち、同法律9条曰く、「コンセイユ・デタは、行政訴訟に関する訴えおよび越権を理由とする取消の請求に対し、主権的に

---

<sup>81</sup> L. Aucoc, *op. cit.*, (note 47), *op. cit.*, p. 523,

<sup>82</sup> 神谷・前掲注6、68頁。

<sup>83</sup> E. Laferrière, *op. cit.*, t. 1. Livre 1, p. 249. このとき、国民会議では異論はなかったという。なお、伊藤・前掲注3、54頁以下をも参照。

<sup>84</sup> E. Laferrière, *ibid.*, pp. 249-250. もっとも、これらの訴えの権限は一度も行使されていない。

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 270.

<sup>86</sup> 兼子・前掲注13、235頁、注(5)。

<sup>87</sup> 同法律により、権限裁判所 (tribunal des conflits) も創設されている。

(souverainement) 判断を下す」。あらゆる裁判所と同様、「フランス人民の名において」自ら裁判することになったのである<sup>88</sup>。

なお、同法律により、あらゆる行政の行為に対する取消訴訟として越権訴訟を法定され、越権訴訟が明文上の根拠を得たことも同法律の重要な意義である。さらに、ここで想起されるのは、大臣＝裁判官制の帰趨であろう。同法制定から遅れること 10 数年、1881 年から 1889 年にかけての一連のコンセイユ・デタ判決、とりわけ 1889 年のカドー判決<sup>89</sup>において、大臣＝裁判官制は明確に放棄されている<sup>90</sup>。

## 第 2 項 立法者の意図

当時の司法大臣デュフォール (J. Dufaure) が述べた 1872 年法律——デュフォール法律とも呼ばれる——の法案理由書は、コンセイユ・デタの判断の効力につき、次のように述べている<sup>91</sup>。

「政府は、すでに、過去の立法によって確立された、よき裁判 (une bonne justice) の保障を全うするという提案を躊躇することはない。それは、コンセイユ・デタに固有の裁判権限 (le droit de juridiction) を与えることによってであり、コンセイユの判断に判決の価値を付与することによってである。…コンセイユ・デタ争訟部の判断は、執行権の長による裁可を得て初めて権威 (autorité) を有し、執行権の長は異なる判断を下す権限を有するという制度を維持するために引き合いに出されてきた理由づけは、もはや我々に確信をもたらすものではありえない。…結局、実際のところ、コンセイユ・デタの提案する結論は修正されたことが一度もなかったのである。この事実は、コンセイユ・デタに固有の裁判権を付与することで、行政の独立が脅かされるという危惧は空想にすぎないことを証明している。」(下線部引用者)

9 条可決の際、いかなる異議もなかったという述懐からは<sup>92</sup>、上記の法案理由書の考えが立法府において広く支持を集めていたことがうかがえる。コンセイユ・デタの判断は、国家元首による裁可を待たずとも、判決としての価値を有し、それによってこそよき裁判は実現するというのが 1872 年法の含意といえよう。また、別の側面からも、かかる立法者意思を

---

<sup>88</sup> J.リヴェロ著、兼子仁・磯部力・小早川光郎編訳『フランス行政法』(東京大学出版会、1980年) 147 頁。

<sup>89</sup> C.E., 13 décembre 1889, Cadot, *Rec.*, p. 1148, concl. Jagerschmidt ; *G.A.J.A.*, p. 36.

<sup>90</sup> カドー判決および同判決に連なる二判決の事案の概要、判旨につき、神谷・前掲注 6、70-74 頁参照。

<sup>91</sup> E. Laferrrière, *op. cit.*, t. 1. Livre 1, pp. 270-271.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 272.

読み取ることができる<sup>93</sup>。すなわち、立法府は、コンセイユ・デタ判決の権威を強化する必要性を認識し、同法 22 条によって、コンセイユ・デタ判決への執行文の貼付を規定している。なお、同条は、コンセイユ・デタ大法廷判決など限られた判決にのみ適用していたが、1900 年 8 月 4 日のデクレにより、争訟部の課および複数の課での判決にも拡大される。判決文がなければ執行義務が生じないわけではなく、また、執行文が新たな義務をもたらすわけでもないが、執行文は、既判事項の効力を積極的に尊重する義務というものが、任意の行為ではなく、まさに果たすべき (*impérieuse*) 法的義務であることを行政に想起させるものとして期待されていた<sup>94</sup>。

## 第 2 款 判例・学説の展開

かかる立法の後ろ盾を得たコンセイユ・デタは、しかし、今日的な言い方をすれば、既判事項の効力の客観的範囲を、留保裁判下に比べ、大幅に縮小させることを選んだ。判決時の権限の放棄を自ら選びとっていくのである (第 1 項)。それを支えた学説の理論は、後世の行政法学者への課題を突き付けるものとなる (第 2 項)。

### 第 1 項 コンセイユ・デタの抑制的態度

#### I 取消判決の変化

1872 年法制定以後、コンセイユ・デタは、明らかに、付託された行為の取消の宣言のみを自らの権限として認めるようになる。係争行為を修正すること、取消の帰結を明示すること、とるべき諸措置を命じることを断固として拒否するのである。判例を挙げればきりがなが、例えば、以下のような判示がコンセイユ・デタの判例政策を際立たせる<sup>95</sup>。

「1790 年 10 月 7-10 日法律および 1872 年 5 月 24 日の法律 9 条に基づきコンセイユ・デタに付託された行政行為を取り消すに際し、当該取消の帰結となりうる諸措置を命じることはコンセイユ・デタの職掌にはない<sup>96</sup>」。

---

<sup>93</sup> M. Kellershohn, *op. cit.*, pp. 50-51.

<sup>94</sup> なお、留保裁判下では、国家元首のデクレかオールドナンスの形式で判断が下されるため、執行文は必要がなかったとされる (P. Montané de La Roque, *op. cit.*, p. 382.)。

<sup>95</sup> そのほかの判決は、cf. P. Montané de La Roque, *ibid.*, p. 339 ; A. Mestre, *op. cit.*, p. 63.

<sup>96</sup> C.E., 25 avril 1873, Abbé Dauphin, *Rec.*, p. 349 ; C.E., 18 mai Brissy, *Rec.*, p. 492, concl. Marguerie ; C.E., 13 juillet 1877, hospices de Gray c/ le département de la Haute-Saône, *Rec.*, p. 410 ; Cf. C.E., 7 mai 1880, Capgras et Stuber, *Rec.*, p. 427.

「処分の取消がもたらしうる諸措置を命じてもらうためには、当事者は行政の前へと身を引かなければならない (se retirer) <sup>97</sup>」。

論告担当官もまた同様の言明を残している。曰く。

「判決の執行を確実に行うべきは大臣であり、越権訴訟において、あなた方は付託された行為の取消にとどまるべきである <sup>98</sup>」。

そして、コンセイユ・デタは参考としてできえ、取消の帰結であるべき積極的措置について意見を表することを拒否し <sup>99</sup>、原告による取消の帰結の明示の申立ては不受理とされることとなる <sup>100</sup>。

かかる姿勢は実に1世紀以上にわたりコンセイユ・デタの判例政策を規定するのであるが、その過程においては、地方行政裁判所による広範な権限の行使をいなすことさえあった。すなわち、係争行為を取り消しうえに、行政に原告に対する受益処分の発布を命じたレンヌ地方行政裁判所の判決を、コンセイユ・デタは、職権により取り消したのである <sup>101</sup>。無権限と同じレベルに位置づけられる公序に属する取消事由 (moyen d'ordre public) を生じさせるほど、行政に対するアンジョンクシオンは重大な瑕疵とみなされたことになる <sup>102</sup>。

以上のコンセイユ・デタの態度からは、取消判決後の行政の行為に関する無関心を読み取ることができる。要するに、「越権訴訟を審理するコンセイユ・デタの職掌にあるのは、た

---

<sup>97</sup> C.E., 16 janvier 1874, Frères des écoles chrétiennes de Levallois-Saône, *Rec.*, p. 43.

<sup>98</sup> Marguerie, concl. *préc.*, (note 96), p. 487.

<sup>99</sup> Cf. P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, thèse, Pedone, 1952, p. 168 ; C.E., 24 février 1899, Viaud, dit Pierre Loti, *S.*, 1899, III, p. 105, note Hauriou.

<sup>100</sup> C.E., 28 juillet 1876, Commune de Giry, *Rec.*, p. 714.

<sup>101</sup> C.E., 17 avril 1963, Ministre des Anciens Combattants et Victimes de Guerre c/ Faderne, *D.*, 1963, II, p. 689, note L. di Qual. 平田・前掲注 59、147 頁によると、委任裁判への移行後も、地方行政裁判所はしばしばアンジョンクシオン権限を行使していたという。

<sup>102</sup> A. Mestre, *op. cit.*, p. 64 ; F. Moderne, *Étrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait-elle ?*, *R.F.D.A.*, 1990, p. 809 は、公序としての位置づけが、アンジョンクシオンの禁止原理の価値を不当に上げることにつながり、神話化した (mythifiée) と指摘する。



だ係争行為を取り消すことだけ<sup>103</sup>」なのであり、取消の帰結を引き出す職責は行政に帰することになる<sup>104</sup>。後学のつぎの言明は、そのことをよく示している。

「コンセイユ・デタは、行為命令を慎むことにより、行政の特権および自立に対する、短気な (chatouilleuse) 行政の傷つきやすさ (la susceptibilité) を配慮した。いわば、『我々はあなた方の諸行為のひとつにつき違法を確認しました。我々の役割はここまでです。この先は、あなた方にゆだねられています』とでもいうように。コンセイユ・デタが行政を自由にすればするほど、行政による執行は任意的なものとなされていく<sup>105</sup>」。

最後に、以上のようなコンセイユ・デタの自主規制 (autolimitation)<sup>106</sup>を前に想起すべきは、同時代における活動行政に対する統制そのものの発展であろう。取消の対象および訴えの利益の拡大<sup>107</sup>、取消事由の発展<sup>108</sup>、分離しうる行為の理論の確立<sup>109</sup>など、19世紀末から20世紀初頭にかけての越権訴訟における統制手段の強化は高く評価されている。であるからこそ、裁判官による判決時の権限の制限の不当性は際立つともいえる。「適法性審査がより具体的になったとしても、取消の帰結は的確にとらえるのが極めて困難なままであった<sup>110</sup>」といわれる所以はここにある。審理過程における行政行為への統制強化と、判決時における裁判官の権限の制限とは、越権訴訟の発展にとって対極をなしていたのである<sup>111</sup>。

## II 取消判決の道徳的権威

---

<sup>103</sup> C.E., 8 août 1896, Compagnies des bateaux à vapeur de la Guadeloupe et conseil général de la Guadeloupe, *Rec.*, p. 655.

<sup>104</sup> A. Mestre, *op. cit.*, p. 62.

<sup>105</sup> P. Weil, *op. cit.*, p. 61.

<sup>106</sup> F. Blanco, *op. cit.*, p. 108.

<sup>107</sup> 19世紀後半の立法・判例により、一定条件下での地方公共団体納税者の原告適格および比較的広範な利害関係人の原告適格が既に肯定されていたことについて、亘理格「フランスにおける国、地方団体、住民(3)～(5・完)」自治研究59巻9号、10号、11号(すべて1983年)参照。

<sup>108</sup> 第2章第1節をも参照。

<sup>109</sup> C.E., 4 août 1905, Martin, *Rec.*, p. 749.

<sup>110</sup> A. Perrin, *L'injonction en droit public français*, thèse, Éd. Panthéon-Assas, L.G.D.J., 2009, p. 397.

<sup>111</sup> Cf. A. Perrin, *ibid.*, pp. 590-592 ; J. Allier, *De l'obéissance due par l'administration active à la chose jugée par la juridiction administrative*, thèse, Paris, 1923, p. 22.

越権裁判官が判決時において示す抑制的態度は、取消判決の権威をも極小に解することを導きうる。現に、行政法学の泰斗 E・ラフェリエールでさえ、取消判決が行政に及ぼす権威を道徳的なものと位置づける。曰く。

「取消判決が道徳的に (moralement)、取り消された処分 of 同一条件および同一瑕疵のもとのやり直しを妨げるとしても、それは法的 (juridiquement) なものではない。越権取消は、現存の処分を消し去る効力のみを有し、将来において、——いかなる不正な (irrégulier) 手段を用いるとしても——行政官 (l'administrateur) の自由を奪う効力を有するものではない<sup>112</sup>。」

しかし、彼の真意を別の個所に見出すこともまた可能である。すなわち、法律および既得権の侵犯による取消の場合、処分のまさに実体 (fond même) が主権の判断 (décision souveraine) により非難された以上、反復行為は禁止されることになるという説明が同書の後半に続いている<sup>113</sup>。その最後に、「法的義務であることは確かだが、唯一サンクションが欠けている」と記しているように、上記引用部分は、当時の判例政策の観察ないし批判としての記述ともみうるからである<sup>114</sup>。やや矛盾すら見出しうるこれらの言明は、それでもなお、今日から見る限り、限界を有している。一方で、過去の行為の取消等を伴う原状回復と損害賠償請求については明示的に否定している点を鑑みるに<sup>115</sup>、仮に法的効力を認めているとしても極めて限定的な立場であるといえる。他方で、彼の越権訴訟そのものの理解である。すなわち、委任裁判における対世効を、「越権取消が裁判行為であるとしても、それでもなお、事物の性質上 (par la force des choses) 越権取消は公権力の行為すなわち上級行政庁の判断としての効力を備えている<sup>116</sup>」という理由から説明する。したがって、越権訴訟の対世効は「コンセイユ・デタによって行使される全く特殊な、そして公権力および上級行政庁

---

<sup>112</sup> E. Laferrière, *op. cit.*, t.1, Livre 2-3, p. 351. なお、小早川光郎「取消訴訟の拘束力」同『行政訴訟の構造分析』（東京大学出版会、1983年）218頁〔初出、1976年〕は、取消判決が反復禁止効をもつことに対してかつて存在していた否定説として、この箇所を参照している。

<sup>113</sup> E. Laferrière, *ibid.*, t.2, Livre 6-8, p. 573.

<sup>114</sup> S. Bousard, La classification des contentieux à l'épreuve de la métamorphose du juge de l'excès de pouvoir, in G. Bigot et M. Bouvet (dir.), *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Litec-Lexis Nexis, 2006, p. 324 は、適法なサンクションが存在しないからこそ、法的義務でなく、道徳的義務でしかないというラフェリエールの理解を示す。

<sup>115</sup> E. Laferrière, *op. cit.*, t.2, Livre 6-8, p. 572.

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 574.

の属性を内在させている裁判権の帰結」であるのだと<sup>117</sup>。このように、公権力の属性をなおも内在させたものとして越権訴訟を理解し、かかる前提にたって反復禁止効（のみ）を導き出しているのであるとすれば、判決の効力の基礎づけは結局のところ留保裁判と大差ないものになってしまうのである。

したがって、少なくともここで確認すべき点は、コンセイユ・デタ自身によって判決時の広範な権限が放棄されたこと、および取消判決の権威もまた留保裁判とは全く異なる様相を示していたことであろう。最後に考察すべきは、かかる変化を前に、学説はいかにして理論化を試みたのかである。

## 第2項 正当化論理

留保裁判においてみせた大胆な姿勢を翻したコンセイユ・デタに対し、学説はむしろ支持する態度を示した。「判決の意味のなかで行動し、判決の教えに従うのがよいのか、あるいは一般利益が判決に従うことを要請していないのかを判断するのは行政官である。（判決の執行は一般利益に依存する（*l'exécution est liée à l'intérêt général*））のであり、付託された事案についてしか判断できない裁判官は行政的にふるまうのに不可欠な総合的見地を欠く<sup>118</sup>」というのである。学説の論旨は、以下の二つに分かれる。裁判官として行政官から独立すべしとするもの（Ⅰ）と、越権訴訟として独自の訴訟体系を構築すべしとするもの（Ⅱ）である。

### Ⅰ 裁判官としての自立

執行権の最高機関とコンセイユ・デタとを固く結びつけていた紐帯を断絶した1872年法は、独立・自立した裁判所へとコンセイユ・デタを昇格させた。であるからこそ、真の裁判官（*un véritable juge*）へと転身を遂げたコンセイユ・デタは、越権の名のもとにコンセイユ・デタが行使することを要請されていた権威、すなわち、これまでの訴訟上の特権について、再考しなければならなかった<sup>119</sup>。逆説的であるが、裁判官としての自立の要請こそが、裁判官の自制を導くことになる。行政から区別され、裁判官としての性格を獲得できなければ、自らの存在意義を証明することはできないからである<sup>120</sup>。かくして、間接・直接を問

---

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 479. かかる沿革からの説明は必ずしも対世効を理論的に正当化するものではないが、かかるラフェリエールの理解が多くの支持を集めたことについては、伊藤・前掲注3、72-78頁参照。

<sup>118</sup> A. Batbie, *op. cit.*, p. 452.

<sup>119</sup> Cf. F. Blanco, *op. cit.*, pp. 112-113 ; A. Mestre, *op. cit.*, p. 65 ; S. Boussard, *op. cit.*, p. 324.

<sup>120</sup> A. Perrin, *op. cit.*, p. 588.

わず、活動行政に対する強制 (contrainte) の形態 (forme) は行政裁判官の権限にはあらずという帰結が導かれることになる<sup>121</sup>。

さらに、この正当化のロジックは、活動行政と行政裁判の分離独立という“法原則”の地位をも獲得する。すなわち、この分離独立は「フランス公法の最も古い原理のひとつ<sup>122</sup>」であるという<sup>123</sup>。20世紀初頭まで、揺るがない地位を誇ったこの原理の根拠規範に据えられたのは、1790年8月16-24日の法律13条、共和暦3年実月16日の法律<sup>124</sup>である。前者によれば、「裁判官は、いかなる方法によっても、行政体の作用 (les opérations des corps administratifs) を妨げることはできない。これに違反するときは流職の罪となる」。後者によれば、「裁判所はいかなる種類の行政の行為をも審理することを繰り返し禁止され、これに違反するときは法律上処罰される」。ところが、我々は第1節において、これらの根拠規範がすでに存在していた留保裁判時代において、行政裁判官はさまざまな権限を用い、判決後の行政の行為規範の履践を担保しようとしていたことをすでに確認している。1790年法がありながら、「行政官たる裁判官 (administrateur-juge) は、行政的階層の伝統的武器であるアンジョクシオン権限を用いることができたのである<sup>125</sup>」。これに対しては、「行政に対し、(執行としてなすべき行為を) 命じる権限を裁判官が自らに認めるのは、上位の階層的地位としてであり、裁判官の使命 (vocation) にはない<sup>126</sup>」と、留保裁判における解釈が委任裁判において妥当しないことを説明せんとする応答もありうるが、なぜ1790年法に基づく法原理が1872年以降に唱えられるようになり、裁判官を拘束するののかについての理論的な基礎付けは乏しい。20世紀の学説は、この点を「法的な理論づけが欠けている<sup>127</sup>」として糾弾していくこととなる。とはいえ、20世紀後半まで、裁判実務を支えていく正当化論理として機能することは確かであり、たとえ既判事項の権威が根本的規範として法的に再構築されていくとしても、その最初期においては、活動行政と行政裁判の分離独立原則 (principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active) とりわけ裁判官に対する行政の独立原則 (indépendance de l'administration active) が、既判事項の権威のきわめて強力な例外をなすものと解されていた<sup>128</sup>。

---

<sup>121</sup> J. Chevallier, *op. cit.*, p. 70.

<sup>122</sup> E. Laferrière, *op. cit.*, t.1, Livre 1, p. 10.

<sup>123</sup> F. Moderne, *op. cit.*, p. 805 は「権力分立原則のフランス的観念」と位置づけられていたことを指摘する。

<sup>124</sup> これらの法律の制定の背景につき、P. Montané de La Roque, *op. cit.*, p. 379.

<sup>125</sup> S. Boussard, *op. cit.*, p. 306.

<sup>126</sup> Cf. A. Mestre, *op. cit.*, p. 65.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>128</sup> P. Weil, *op. cit.*, p. 66 ; Cornelle, concl. sur C.E., 8 août 1919, Abbé Toesca, *R.D.P.*, 1919, p. 505. なお、同原則は、既判事項の権威、判決時の裁判官の権限に関する局面のみならず、裁量

## II 訴訟としての自立

当時のコンセイユ・デタの態度と、裁判官の権限をメルクマールとした訴訟類型論<sup>129</sup>の台頭もまた無関係ではない。むしろ、委任裁判への転換後における学説の大勢は、専らかかる訴訟の区別をもって、コンセイユ・デタを理論的に正当化しようとしていた<sup>130</sup>。

越権訴訟を他の訴訟から初めて明確に区別しようとした L.オーコックは、区別の基準を裁判官の権限の範囲に求めた。すなわち、彼の分類によれば、裁判官が行政行為に自己の決定を置き換えることができるのが本来の意味における行政訴訟 (*contentieux administratif proprement dit*)、行政行為の解釈を行うのが解釈訴訟、そして行政行為を単に取り消すことができるにとどまるのが越権訴訟である<sup>131</sup>。越権訴訟では行政の判断に自らの判断を置き換えることはできない。越権裁判官は確かめる (*vélifier*) ことしかできないのであり、ただ取り消すのである<sup>132</sup>。

オーコックの訴訟の区別を受け継ぎながら、処罰訴訟を加えた古典的な訴訟の四分類を行ったのが、ラフェリエールその人である<sup>133</sup>。全面審判訴訟 (*contentieux de la pleine juridiction*)、取消訴訟 (*contentieux de l'annulation*)<sup>134</sup>、解釈訴訟、処罰訴訟という分類に基づき<sup>135</sup>、取消判決たる越権訴訟は客観訴訟であり、行為に対する訴訟であることを力説する。

「越権訴訟は当事者に対してなされる訴訟 (*procès fait à une partie*) ではなく、行為に対してなされる訴訟 (*procès fait à un acte*) である。申立ては行為をなした吏員に向けられるのも、この職員がその利益を図りえた民事上の法人 (国家、県ないしコミューン) に対して向けられるのでもなく、彼がその名において行為した公権力に対して向けられるのである。か

---

統制や裁判官による訴訟指揮等、フランス行政訴訟の各論点において重要な意味を持つことになる。

<sup>129</sup> 以下の訴訟類型論に関して、参照、村上・前掲注 17、14 頁以下、阿部・前掲注 3、42 頁以下〔初出、1968-1969 年〕。

<sup>130</sup> Cf. F. Blanco, *op. cit.*, pp. 114-115 ; A. Batbie, *op. cit.*, pp. 151-152.

<sup>131</sup> L. Aucoc, *op. cit.*, (note 47), pp. 361-362.

<sup>132</sup> *Ibid.*, p. 511.

<sup>133</sup> ラフェリエールの時代が続いて、バルテルミイやデュギーらが訴訟類型論を開陳し、20 世紀の議論へと展開していくことになる。この点、とりわけ後者については多くの論者がすでに紹介しているが、さしあたり、阿部・前掲注 3、52 頁以下〔初出、1968-1969 年〕、村上・前掲注 17、23 頁以下、伊藤・前掲注 3、84 頁以下参照。

<sup>134</sup> その中で、越権訴訟と破毀訴訟 (*recours en cassation*) とが区別される。

<sup>135</sup> E. Laferrière, *op. cit.*, t.1, Livre 1, pp. 15-21.

くして、越権訴訟手続きにおいて原告が存在するとしても、当事者間の事件におけるように、相手方たる本来の意味での被告は存在しないのである<sup>136</sup>】。

ここにおいて、越権訴訟は、裁量行為をも統制しうる一方で<sup>137</sup>、行政の行為に対する取消を請求しうる訴訟としての地位を獲得する。このことは、越権訴訟の請求認容判決は「純粹かつ單純な取消 (l'annulation pure et simple)<sup>138</sup>」以外の何らの効力も有しないという結論を導くのであり、かかる越権裁判官の権限の厳格な制限はフランス行政法の伝統的な原理として位置づけられていく<sup>139</sup>。したがって、違法な行為を取り消すまでが越権裁判官の職責であり、取消判決の執行を確保する職掌は行政に存することになる<sup>140</sup>。

判例政策を基礎づけた以上の言明からは、ある種の越権訴訟の“バランスング”を読み取ることも可能である。すなわち、越権訴訟が独自の訴訟類型として自立し、越権裁判官が行政官から独立した存在となるために、フランス法は、訴訟を形作る他の諸概念——訴えの利益、取消事由など——の著しい発展の影で、越権取消判決に帯びる行政への法的効力とそのため裁判官の権限とを犠牲にする途を選んだともいえる。この点こそが、越権訴訟の判例の発展を可能とし、行政裁判の永続性に貢献したという論者さえいる<sup>141</sup>。越権訴訟が内包するかかる“バランスング”ないし“矛盾”は、およそ1世紀後の学者を大いに刺戟することとなる。

---

<sup>136</sup> *Ibid.*, t. 2. Livre 6-8, pp. 561-562.

<sup>137</sup> 阿部・前掲注3、155頁〔初出、1968-1969年〕参照。

<sup>138</sup> Th. Ducrocq, *op. cit.*, pp. 29-30.

<sup>139</sup> J. Chevallier, *op. cit.*, p. 71. かくして、取消請求に対し、越権裁判官は請求を斥けるか、付託された行為を違法であるとして取り消すことしかしえないというのがフランス行政法における一般的な説明となり、かかる任務にとって行政の判断を自らの判断に置き換えることや行政にある行為をなすよう命じることは、必要ではないものとみなされる (*Ibid.*)。

<sup>140</sup> E. Laferrière, *op. cit.*, t.1, Livre 2-3, p. 350 ; J. Chevallier, *ibid.*, p. 72.

<sup>141</sup> A. Perrin, *op. cit.*, p. 590-592. 活動行政と行政裁判の分離独立原則を、均衡 (équilibre) の原理として描くこの論者は、処分理由への統制や法の一般原則の発展などによる行政行為への統制強化の代償 (la contrepartie) として、アンジヨンクシヨンの禁止という行政裁判官の態度は登場し、かかる禁止によってこそ、活動行政と行政裁判の関係における均衡が保たれ、その均衡を基点に、行政判例は発展を遂げていったと結論付ける。なお、この均衡点は不変でもないという。

## 小括

本章では、20世紀以降の判例・学説と法制度の展開に先立つ法状況を概観した。第1節では、留保裁判において、裁判官による取消と行政官による取消とが混然一体となっており、コンセイユ・デタの取消判決は、行政権の最高機関である国家元首によって権威づけられていたことを確認した。第2節では、1872年法により、真の判決の価値を有するようになったコンセイユ・デタの判断であったが、立法者の意図とは裏腹に、越権裁判官がかつての権限を控えるという実態と、それを擁護した学説の関係が明らかとなった。国家元首の後ろ盾を失ったコンセイユ・デタ判決が行政に及ぼす権威はあくまでも道徳的なものであり、法的なものではない<sup>142</sup>。とするならば、越権裁判官が、法的な権威をもって、命令し、強制し、違法をサンクションすることは当然許されないことになる。

改めて確認すべきは、委任裁判におけるコンセイユ・デタの態度を理論的に正当化していたのは、行政裁判官を活動行政から区別し、越権訴訟を全面審判訴訟から区別する必要性であったということである。19世紀末の取消判決の権威の弱体化および越権裁判官の権限の縮小という法現象は、訴訟類型による訴訟としての自立と活動行政からの分離による裁判としての自立という基礎づけによってこそ正当化されうる<sup>143</sup>。

かくして、次世代のフランス行政法が乗り越えるべき課題の一群が浮かび上がる。すなわち、法現象の克服として、① 行政に対する法的な既判事項の権威の“回復”、② 越権裁判官の権限の“回復”、その基礎づけの克服として、③ 訴訟類型の再考、④ 活動行政と行政裁判の分離独立原則の再定位、という課題が確認される。①および②が「回復 (reconquête)<sup>144</sup>」とされる理由は、第1節で述べた法状況の通り、新たな獲得を目指す性質のものではないからである。結論を先取りするならば、第2章前半でとりあげる20世紀初頭から中葉までの判例法理は、①の達成に大きく寄与することになる。いわゆる反復禁止効と原状回復義務の確立であり、既判事項の法的権威の具体的内容は20世紀前半にすでにフランス法理としての地位を獲得する。しかし、法学者はかかる成果では満足をしない。取消判決の既判事項の権威をより強力に統制すべく、②への機運が高まるのが20世紀後半であり、具体的な法

---

<sup>142</sup> そもそも、19世紀の議論そのものが法思想的叙述にとどまり、明確な法律的構成を欠いていたことも否定しえない。行政法学そのものの発展において、19世紀前半に萌芽期を迎え、後半にかけて体系書を見るようになったものの、なおも混とんとした状況にあったことを紹介するものとして、兼子・前掲注13、189-191頁参照。19世紀のフランス行政法学の発展については、兼子仁・磯部力・村上順『フランス行政法学史』（岩波書店、1990年）223頁までを参照。

<sup>143</sup> なお、裁判官の権限を限定することは、結果的に判決の射程 (portée) を限定することにつながるものであり、裁判官の権限の縮小は既判事項の権威の弱体化を導くことにもなる (J. Chevallier, *op. cit.*, p. 67)。

<sup>144</sup> F. Moderne, *op. cit.*, p. 798.

制度へと結実する過程とその意義と限界とは、第3章で描かれる。最後に、基礎づけの克服は、④の活動行政と行政裁判の分離独立原則の再考をもってなされていくのであるが、このことは取消判決の既判事項の効力の側面からみたフランス法の思考を考えるに際し、有益な視座をもたらすことになる。



## 第2章 理論化

20世紀に入り、委任裁判以後初めて、既判事項の権威を事後的に、裁判官が統制する時代を迎える。既判事項の権威を法学的に基礎づけ、それを支える法理論を提供することは、取消判決の執行という局面における、フランス行政法学の最も重要な課題であったと言っても過言ではない。本章では、この時代に確立した判例法理はいかなるものであったのかを明らかにする。既判事項の権威は「法」としての価値を備え、その後の法制上の発展を基礎づけていくことになる（第1節）。しかし、学説はかかる裁判的統制の実現に甘んじることなく、より一層の批判的言説を展開していく。そこでは、20世紀後半の法制度が克服しようとした従前の判例法理に孕む内在的および外在的な問題が浮かび上がる。さらに、既判事項の権威のコントロールを強化すべく、学説が、解釈論上あるいは制度論上、いかなる可能性を模索したのかを明らかにされる（第2節）。その中から、いかなる理由をもって一定の制度が選択されたのかについては次章でとりあげられることになる。

### 第1節 判例法理の確立

20世紀初頭、コンセイユ・デタの視線は、徐々に取消判決の帰結に向けられるようになる<sup>1</sup>。それは、既判事項の権威が道德規範ではなく、法規範として確立していくことを意味している。果たして、越権訴訟において既判事項の権威とは行政にとっていかなる内容を意味するのか。伝統的な判例法理によれば、それは三つの意味に分けられる。まず、既判事項の権威は行政の不作為義務を意味する（第1款）。のみならず、行政作為義務をも含む（第2款）。これらの義務を懈怠した場合、取消判決を獲得した原告は、行政に損害賠償を請求することもできる（第3款）。内在的限界をもにらみつつ、これらの理論的意義を明らかにすることが本節のねらいである（第4款）。なお、とりあげる判例は、主として、第3章で詳述するアンジョクシオン権限を用いた判決以前まで、すなわち、1995年以前までです。

#### 第1款 反復行為の禁止

既判事項の権威の法的な具体化の一端を担ったのが、行政の不作為義務であり、反復行為の禁止とよばれるものである。コンセイユ・デタは、その根拠を、権限濫用（*détournement de pouvoir*）と法律違反（*violation de la loi*）に求めた。以下では、それぞれの取消事由に基づく代表的あるいは典型的な判例を中心に、いかなる内容の義務が導出されたのかをみ

---

<sup>1</sup> P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, thèse, Pedone, 1952, p. 8.

ていき（第1項、第2項）、最後に取消事由の選択を中心とした統制規範に関する考察を行う（第3項）。

## 第1項 判例の展開

20世紀初頭から中葉にかけ、判決後の行政の行為を、既判事項に照らして、取り消すコンセイユ・デタ判決が多く登場するようになる。取消事由は、権限濫用あるいは法律違反である<sup>2</sup>。したがって、以下では、権限濫用によるもの（I）と法律違反によるもの（II）とに分けて、判旨を含めた事案の概要と、各々の判決の意義を簡単に述べる。

### I 権限濫用による取消

#### 1 1910年ファブレグ判決<sup>3</sup>

##### (1) 事案の概要

1908年に、市長は、コミューンの農村保安官（le garde champêtre）に対する暫定的職務停止（suspension）を命じたデクレのあとに、さらに同様の10のデクレを相次いで、10か月にわたり発出したのであるが、当該懲戒処分は、1884年4月4日の法律102条により、ひと月以上の期間にわたり行うことは許されていなかった。原告ファブレグ氏による申立てに基づき、コンセイユ・デタは10のデクレを取り消した（1909年7月23日判決）。それにもかかわらず、市長は頑なに同じ内容のデクレを7つ発出し、ファブレグ氏に対する暫定的職務停止処分を繰り返した。コンセイユ・デタは、権限濫用に基づき、7つのデクレを取り消したのであった（1910年7月22日判決）。

##### (2) 本判決の意義

###### ① 権限濫用による取消の先駆け

本判決の判決文に「既判事項（chose jugée）」の文言は用いられていないものの<sup>4</sup>、係争

---

<sup>2</sup> P. Weil, *op. cit.*, (note 1), p. 170 ; P. Montané de La Roque, *L'inertie des pouvoirs publics*, Dalloz, 1950, p. 409 et s.

<sup>3</sup> C.E., 23 juillet 1909, C.E., 22 juillet 1910, Fabrègues, *S.*, 1911, III, p. 121, note Hauriou. この事件については、阿部泰隆『フランス行政訴訟論——越権訴訟の形成と行政行為の統制——』（有斐閣、1971年）86頁〔初出、1968-1969年〕においても簡潔に紹介されている。同書は、権限濫用の適用例として、「一般利益と無関係な行政権力の行使」の分類のうち、「政治的・宗教的・私的恨みをはらすためになされた行政行為」の一例として、本判決を位置づけている。

<sup>4</sup> 前訴判決の効力に言及せずに、再度の行為を取り消した判決として、小早川光郎「取消訴訟の拘束力」同『行政訴訟の構造分析』（東京大学出版会、1983年）218頁、注(36)〔初出、

処分が既判事項の権威に反するものであったことは、オーリウの評釈からも明らかである。すなわち、「このように市長は事情を心得たうえで、既判事項の権威を計画的に/徹底的に (systématiquement) 軽視することで (en méprisant)、直ちに越権に再び陥る (retombe immédiatement dans son excès de pouvoir)。… (しかし) 農村保安官は落胆しない。改めて、7つのデクレの取消を請求するのであり、コンセイユ・デタもまた落胆しない。1910年7月22日の判決により、改めて権限濫用を確認するのである<sup>5</sup>」。このように、本判決は権限濫用による取消を象徴する事案として位置づけられることになる。もっとも、判決理由は「改めて、当該懲戒処分を下すことにより…権限を濫用した (excédé les pouvoirs)」と記すのみであり、詳細な検討は施されていない。本件の事案において、1884年法律の解釈として、市長は裁量が残されていなかったことになろう。当該懲戒処分を下さないことが羈束されていたともいえる。したがって、新たな事実上の理由や法令上の理由に差し替える余地はなかったことになる。このようなごく簡単な反復行為が頻発していたというのはフランスの特徴ともいえる。

## ② 活動行政と行政裁判の分離独立原則による裁判官の限界

第3款の国家賠償請求事例においても述べるが、オーリウは本判決の評釈において、行政による既判事項の権威の不執行に対するサンクションとして、公務員の個人責任という解決策しかないことを強調している。その点は後述するとして、ここで重要なのは、オーリウが、活動行政に対する裁判官の権限の限界を強く意識していたことであろう<sup>6</sup>。オーリウは、行政による不執行に対するサンクションとして、まず、権利実現のための差戻し (renvoi pour faire ce que de droit) をラディカルな解決策として挙げる。もっとも、これは忠告に過ぎず、サンクションではない。しかし、判決の執行のために活動行政を強制的に従わせる方法はほかにない。強制的に従わせることは、「裁判官を、国家の一部ではないにもかかわらず (non pas même dans l'Etat)、国家の上に立つ (au-dessus de l'Etat) 上位の権限 (pouvoir suprême) と位置づけることを意味してしまう<sup>7</sup>」からである。オーリウのかかる評釈からは、裁判官は、既判事項の権威に反する取消のみが許され、活動行政に対する分離原則に基づき、それ以上のサンクションは認められないという当時の理論的整理を読み取ることができる。

---

1976年〕は、C.E., 9 juin 1893, Thorrand, *S. et P.*, 1895, III, p. 44, note Hauriou ; C.E., 9 mars 1900, Boucher d'Argis et autres, *S. et P.*, 1901, III, p. 1, note Hauriou をも挙げている。

<sup>5</sup> Hauriou, note, *préc.*, (note 3), p. 121.

<sup>6</sup> S. Boussard, La classification des contentieux à l'épreuve de la métamorphose du juge de l'excès de pouvoir, in G. Bigot et M. Bouvet (dir.), *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Litec-Lexis Nexis, 2006, p. 324.

<sup>7</sup> Hauriou, note, *préc.*, (note 3), p. 121.

## 2 1950年ラモット夫人判決<sup>8</sup>

### (1) 事案の概要

1941年に、知事は、農業従事者に対し、ラモット夫人の土地を譲渡する処分（1941年アレテ）を発出するが、根拠法律所定の要件を満たしていない、すなわち当該土地が2年以上放棄されたあるいは耕作されていない土地とはいえないことを理由に、権限濫用にに基づき当該アレテは取り消された（1942年7月24日判決）。なお、1943年4月9日の判決により、コンセイユ・デタは上記判決の結果として（*par voie de conséquence*）、当該土地に接する三区画の譲渡にかかる別のアレテをも取り消している<sup>9</sup>。ところが、知事は、1943年11月2日に、別の根拠法律（第二次世界大戦中の特別法）に基づき、同一土地の同一私人に対する徴用処分（1943年アレテ）を発出したため、1944年12月29日判決は「判決の執行を遅らせる意図に基づ」く（*en vue de retarder l'exécution*）ことを理由に挙げ、当該アレテを権限濫用に基づき取り消した。1950年2月17日判決は、その後知事が繰り返した譲渡処分（1944年アレテ）を取り消したものである。

### (2) 本判決の意義

#### ① 意図へのサンクション

本判決がファブレグ判決と異なるのは、判決文から行政の意図の審査が読み取れることである。上記の通り、本判決の前訴にあたる1944年12月29日判決においても、徴用処分の目的が実質的には判決の執行を遅らせる意図に基づくことを理由に権限濫用としていることもさることながら、本判決は、「当該アレテは、1941年2月1日から9年間にわたりテスト氏に利するようなされた以前の譲渡処分を単に維持したものであり、争訟につき判断したコンセイユ・デタの上記諸判決を、故意に（*délibérément*）妨害することのみを目的としている。かくして、当該アレテは、権限濫用を犯した」と判断している。かかる意図へのサンクションはすでに1922年には登場しているのであるが<sup>10</sup>、目的審査という権限濫用に基づく取消の特徴を如実に表すものである<sup>11</sup>。

---

<sup>8</sup> C.E. Ass., 17 février 1950, *Ministre de l'Agriculture c/ dame Lamotte*, *Rec.*, p. 110 ; *R.D.P.*, 1951, p. 478. concl. J. Delvolvé, note M. Waline. この判決に連なる前訴として、C.E., 24 juillet 1942, *Rec.*, p. 231 ; C.E., 29 décembre 1944, *Rec.*, p. 333.

<sup>9</sup> 後述する原状回復義務に基づく不整合処分の取消に係る局面でもある。

<sup>10</sup> C.E., 4 août 1922, *Société du Bourbonnais, de Lachomette*, *Rec.*, p. 732. 「第二の処分が、実質的に第一の処分のくりかえしにすぎず、第一の処分の実際の性格を変更させる性質を有しない単なる形式的な宣言（*une pure déclaration de principe*）である場合には」第二の処分を取り消すと判示した。

<sup>11</sup> 目的審査による取消事例として、ジラール判決も挙げられる。前訴判決において、コンセイユ・デタは、臨時行政部（*délégation spéciale*；市町村参事会空白の場合に設置）の設立のデクレを取り消し、その結果として同デクレに従って行われた選挙も取り消したことで、違法に斥

本判決において、コンセイユ・デタが意図に基づくサンクションを導出した背景には、次のような論告の指摘があるように思われる<sup>12</sup>。すなわち、まず、1944年アレテを発出するにあたり、知事は新たな調査検討を行うことなく、1941年アレテ前の調査結果を参照するにとどまっていた。さらに、事実上1941年アレテの効力は停止されているとはいえなかった。というのも、譲渡処分 of 受益者たる私人は、当該土地を離れていなかったのである。最後に、9年間という期間の条件も1941年アレテと全く同じであった。以上の事情に照らすならば、当該アレテを新たな処分として違法性の審査をする必要はなく、前訴判決たる1942年判決および1943年判決がすでに既判事項の権威を伴って、譲渡処分に必要な要件（放棄されたないし耕作されていない土地であること）の欠如を理由に1941年アレテを取り消している以上、必然的に1944年アレテの取消が結論付けられることになる<sup>13</sup>。

## ② 適法性の尊重のための越権訴訟としての受理

さらに興味深いのは、本判決が、越権訴訟は「明文の規定がなくとも一般に行政行為に対して提起されうる」という意味で普遍的な性格を有する訴訟類型であることを示したことでよく知られた判決であるということである。かかる判断は、本件における一連の訴訟が続く中で制定された1943年5月23日法律をめぐる解釈のなかで示されている<sup>14</sup>。すなわち、同法律4条は、「譲渡の付与はいかなる行政上のあるいは司法上の訴えの対象ともなりえない (L'octroi de la concession ne peut faire l'objet d'aucun recours administratif ou judiciaire)」ことを定め、ラモット夫人による再度の出訴を封じ込めようとした。しかし、ラモット夫人の提訴を受けたりヨン県際参事会 (conseil de préfecture interdépartemental : 地方行政裁判所の前身) は、不受理とはせずに取消請求を認容したのである。これに対する上告審判決が本判決であった。コンセイユ・デタは、この規定が、譲渡処分の適法性を争うために所有者に認められた県参事会への出訴を廃止する効力を有しうることを否定しない一方で、この規定は、譲渡処分に対するコンセイユ・デタへの越権訴訟、すなわちあらゆる行政の行為に対し明文の規定がなくとも認められ、法の一般原則に従い、適法性の尊重を保障する効力を持つ訴訟をも排除するものではないことを明言した。本稿の問題関心から注目されるのは、越権訴訟が適法性の尊重を保障するための訴訟であり、あらゆる行政に行為に対し明文の規定なしに出訴できることを認めた判決が、既判事項の権威に反し幾度となく繰り返され

---

けられた市町村参事会が職務に戻るようになった。しかし、政府は、判決から2か月後に、復活していた市町村参事会を解散し、再度臨時行政部を設置するデクレを発出する。再度のデクレの取消を再度同一の原告に請求されたコンセイユ・デタは、デクレの目的に鑑み、取消を言い渡した (C.E. Ass., 31 mai 1957, Rosan Girard, *Rec.*, 335, concl. Gazzier ; C.E., 9 novembre 1959, Rosan Girard, *Rec.*, p. 584)。

<sup>12</sup> J. Delvolvé, concl. *préc.*, (note 8), p. 481.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 486.

<sup>14</sup> なお、この法律は、後述する有効化法律の一種ともいえる。

てきた行政の行為の取消事案であったということである。出訴を封じる法律を前にしても CONSEIL・デタは、適法性を尊重させるための越権訴訟という道具立てを武器に、反復行為の取消を導き出している<sup>15</sup>。「本件の核心をなす問題はまさに適法性の原理にあるのです<sup>16</sup>」と論告担当官 (commissaire du gouvernement) J.デルヴォルヴェが繰り返し強調しているように、本判決の主たる問題は、適法性の原理と位置づけられたのであった<sup>17</sup>。

### 3 1962年ブレアー判決<sup>18</sup>

#### (1) 事案の概要

1961年に CONSEIL・デタは、1960年に政府からブレアー氏に対してなされたコメディーフランセーズ (パリにある国立劇団) の管理者の職を解く処分につき、懲戒処分を正当化する性質のフォートを原告が犯したとは認められないことを理由に、当該免職処分を取り消した<sup>19</sup>。ブレアー氏は、6年間の期限として、当時のデクレに適合した形で管理者に任命されていたが、政府は、その当時のデクレを修正するデクレを制定することにより、期限を問わず罷免できるような規定へと修正した。そうして政府がブレアー氏に対する免職処分を改めて行ったところ、新たなデクレの取消請求を付託された CONSEIL・デタは、1962年、以下のような判決理由により取消判決を下した。すなわち、同デクレは、政府が、取り消された措置の効果と同じような実際上の効果を有する措置をとれるようにすること、そして既判事項の権威を妨害できるようにすることを決定的な目的とするものであり、その結果、同デクレは権限濫用の瑕疵を帯びる。

#### (2) 本判決の意義——行政立法に対するサンクション——

本判決を最も特徴づけるのは、行政が判決後に行った行為の性質であろう。これまでの判例とは異なり、行政はかつての処分を基礎づける法令そのものを、命令改正行為によって変

---

<sup>15</sup> J. Massot, *Portée et conséquences de l'annulation par le juge d'un acte administratif*, *E.D.C.E.*, n° 31, 1979-1980, p. 112.

<sup>16</sup> J. Delvolvé, *concl. préc.*, (note 8), p. 479.

<sup>17</sup> この判決は、のちに適法性の原理を貫徹することを目指した判決として、しばしば引き合いに出されることになる。Par exemple, A. de Chaisemartin, *De Dame Lamotte à Danthony (Le principe de légalité est-il encore d'intérêt général ?)* in *L'intérêt général. Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 115.

<sup>18</sup> C.E., 13 juillet 1962, Bréart de Boisanger, *Rec.*, p. 484.

<sup>19</sup> C.E., 27 octobre 1961, Bréart de Boisanger, *Rec.*, p. 595, *concl.* J.-F. Henry, *A.J.D.A.*, 1961, p. 613, *chron.* J.-M. Galabert et M. Gentot. なお、コメディーフランセーズの管理者の雇用の特異な性格およびブレアー氏を復職させる政府の義務を理由に、1961年12月1日には、後任のエスカンドゥ氏に対する管理者任命処分をも取り消している (C.E., 1<sup>er</sup> décembre 1961, Bréart de Boisanger, *Rec.*, p. 676)。

更している。言うまでもなく、行政立法（命令制定行為）を取り消すことのできるフランス越権訴訟のコントロールの広範さが目を引くが、ここでより重要なのは、既判事項の権威に反する命令制定行為を、その目的の違法性によって、権限濫用に基づく取消を導いているというロジックである。このように、裁判において非難された先の状況を適正化する意図のみをもって制定されたデクレを権限濫用として取り消す事案はすでに1938年に確認できる<sup>20</sup>。

後述する通り、既判事項の客観的範囲に照らす限りにおいて、当該命令改正行為そのものは違法とはいえない。期限を問わず罷免することのできる規定の制定それ自体は何らの法にも反していないからである。そこで、コンセイユ・デタは、その目的ないし意図にまでコントロールをすすめることにより、権限濫用を導いた。ここには、後述する通り、目的審査の困難さがある一方で、既判事項の権威にかかるサンクションの広範さを認めることも可能であろう。

## II 法律違反による取消

目的審査による権限濫用に基づく取り消しのみならず、コンセイユ・デタは、法律違反の一種として、再度の行為を取り消す。「既判事項違反は法律違反と同列である。ゆえに、越権訴訟により取り消されうる<sup>21</sup>」のである。ここでは、法律違反による取消事例であり、反復行為の禁止の法理の確立に大きな寄与をもたらした1904年ボッタ判決および1949年ベルリエ判決の概要を述べる。

### 1 1904年ボッタ判決<sup>22</sup>

#### (1) 事案の概要

本判決は、特別行政裁判所たる会計院（Cour des comptes）<sup>23</sup>の判決に対する破毀申立て（recours en cassation）<sup>24</sup>について、破毀判決の反復禁止効を、既判事項の権威として承認したものと位置づけられているが、今日では、破棄申立てに限定されず、取消判決においてもあてはまると解されている。

---

<sup>20</sup> C.E., 2 avril 1938, Botton, *D.*, 1939, III, p. 40.

<sup>21</sup> *G.A.J.A.*, p. 78.

<sup>22</sup> C.E., 8 juillet 1904, Botta, *Rec.*, p. 557, concl. Romieu ; *S.*, 1905, III, p. 81, note Hauriou. 本判決については、小早川・前掲注4、217-218頁〔初出、1976年〕による紹介がある。

<sup>23</sup> 国、公施設、社会保障機関などの公会計に関する一般的裁判管轄権を有する。

<sup>24</sup> 破毀申立ては、終審判決（jugement en dernier ressort）の法適合性の審査を求めるものであり、破毀裁判所は付託された決定に法的瑕疵を見出した場合、それを取り消し、本案について改めて裁判する管轄を有する裁判所に事件を差し戻すか、自ら判示する。申立て事由は、裁判所の無権限、手続き違反、法律違反に限られ、権限濫用すなわち決定を行う者が目指すべき目的以外のものを追求したという事実は、破毀申立ての理由とはならない。

本件の経緯はこうである。1899年12月6日の会計院判決に対して、ポッタ氏からの破毀申立てを受けたコンセイユ・デタは、1902年2月28日に会計院判決を破毀し、会計院に差し戻した。同年7月7日および21日付けの差戻判決において、しかし、会計院は、コンセイユ・デタの法的判断に従わず、改めてポッタ氏に一定額の支払いを命じる判断を下すのである。再度、破毀申立てを受けたコンセイユ・デタは、「会計院はコンセイユ・デタによって最終的に適法性の問題が解決された事案の判決において、コンセイユ・デタの決定を適用する義務がある」としたうえで、問題の会計院判決は、「法的な観点において、既判事項の権威に反し、越権を犯した」と結論づけた。

## (2) 本判決の意義——既判事項違反と法律違反の同視

本判決の解説を施した『主要行政判例解説』は、その冒頭でこう述べる。すなわち、「既判事項に反するということは、法律 (loi) に反することを意味するのであり、既判事項は、法律、命令、法の一般原則等と並ぶ、適法性の源泉 (source de la légalité) となる<sup>25</sup>」。本判決の意義は、かかる法理の確立にあるといっても過言ではなかろう。このことを敷衍するために、ここでは、まず論告担当官ロミウの言明を紐解いてみよう。曰く。

「コンセイユ・デタが現実の事案において述べるところの判断 (décision) には、相当の重大さ (grande importance) が認められる。なぜなら、その判断は一般的射程 (porté générale) を有し、その理論は、あらゆる性格の裁判機関であれ、さらには活動行政機関であれ、取消という観点からコンセイユ・デタの裁判管轄に属するあらゆる機関 (autorité) に適用されるからである。以下のことをよくよく理解しておかなければならない。すなわち、ある行為もしくはある判決が法律の侵犯 (violation de la loi) によりコンセイユ・デタに取り消された場合、当該行為は同様の条件 (même conditions) のもと、直ちに繰り返されてはならないし、当該判決は、非難された法的理由 (moyen de droit) をもって同じ機関により繰り返されてはならない。そうでなければ、今度は、既判事項の侵犯 (violation de la chose jugée) を専ら根拠として取り消されることになるのである<sup>26</sup>」。

続いて、オーリウの評釈を引用するが、その前に、彼の用語法について注記が必要である。本判決は、本来的には、破毀審としての判断の既判事項が問題となっている。したがって、コンセイユ・デタが判断できるのは法律問題に限られることになるが、オーリウはそのことに鑑みて、論告担当官ロミウの表現に従い、法的既判事項 (*chose jugée en droit*) という言葉を用いている。もっとも、事実上の理由に関しても既判事項の客観的範囲が及んでいくこ

---

<sup>25</sup> G.A.J.A., p. 78.

<sup>26</sup> Romieu, concl. *préc.*, (note 22), p. 35.



とは、その後の判例の展開にしたがって明らかとなるため、特段の注意をはらう必要はないようにも思われる。さて、オーリウは以下の通り自説を展開する。曰く。

「本判決は、コンセイユ・デタが、行政の行為ないし行政訴訟判決の適法性の上級裁判官 (juge suprême) であることを明確にする過程における重要な節目を物語っている。それ自体は、会計院に向けた警告 (avertissement) であるが、その射程 (portée) は一般的である (générale)。…ここには、了解済みの事項が一つある。(法的) 既判事項の侵犯は越権を構成するということである。…ロミウの論告にしたがい、さらに一般化すべきである。すなわち、法的既判事項の侵犯は、行政官の越権のバリエーションにも含まれる。この新たな勝訴要件 (ouverture) は、行政の行為に対する越権訴訟理論にも、判決に対する破毀申立ての理論にも根付く (pénétrer) べきである。筆者がいくつかの評釈を公にしようとするのも、越権訴訟の勝訴要件にこの新たな要素を組み入れるためである。なぜならば、既判事項の侵犯は、最も実践的な側面 (côté le plus pratique) であるからである<sup>27)</sup>。

「法的既判事項の侵犯は、すでに存在している勝訴要件、例えば、法律侵犯や権限濫用と並びうるだろうか。この問いに対する答えは時期尚早であるが、筆者は、並びうるように思いつつある。一方で、法的既判事項は、法律の解釈および適用であり (une interpretation et une application de la loi)、他方で、既判事項は、既得の権利が根拠とする法的状況と類似の状況を創り出すからである<sup>28)</sup>。

以上の論者の説明からは、既判事項の侵犯を既存の勝訴要件に並び立つ要素として確立させるか否かは措くとしても<sup>29)</sup>、少なくとも、既判事項を他の権力機関が従うべき上位法規範と位置づけ、他の権力機関の行為——行政の行為ないし判決——を、適法性の審査に服せしめんとするロジックを看取しうる。

## 2 1949年ベルリエ判決<sup>30)</sup>

### (1) 事案の概要

1946年8月1日、商工大臣は、ある法律に基づき、ベルリエ会社に属する一工場が法律にいう「資格を有する管理者」を欠くに至ったとして、その決定により同会社を国の暫定管理のもとに置き、暫定管理官を任命した。会社がこれを越権訴訟で争った結果、1949年7

---

<sup>27)</sup> Hauriou, note *préc.*, (note 22), p. 81.

<sup>28)</sup> *Ibid.*, p. 82.

<sup>29)</sup> 結論から言えば、独立した取消事由とは位置づけられていない。

<sup>30)</sup> C.E., 28 décembre 1949, Société des automobiles Berliet, *Rec.*, p. 579 ; *S.*, 1951, III, p. 1, concl. Guionin, note Mathiot ; *D.*, 1950, p. 383, note Weil. この判決については、小早川・前掲注4、219-222頁〔初出、1976年〕による分析をも参照。

月 22 日判決により、当該任命処分は取り消された（第 1 判決）<sup>31</sup>。ところが、これに対し、政府は、ただちに事情を再検討したうえで、同月 28 日、「…暫定管理者は、引き続き同社にあって、1947 年 12 月 10 日の処分（上記判決により取り消された処分）によって委ねられたその職務を続行するものとする」とのアレテを発出した。会社による再度の越権訴訟に基づき、コンセイユ・デタは次のように判示し、当該アレテを取り消した（第 2 判決）。

「当該アレテは、コンセイユ・デタにより言い渡された上記取消にもかかわらず、企業が 1940 年 9 月 10 日法律所定の国の暫定管理のもとに置き続けることを目的とするものである。

前記判決は、1946 年 8 月 1 日の時点では本件工場がもはや…法律にいう資格を有する管理者を欠いているものとみなされえなかったとの判断を基礎とするものである。コンセイユ・デタによって言い渡された取消判決のかかる法律原因 (cause juridique) は、以下の諸理由 (motifs) に根拠を置いている。すなわち、〔当初の大臣決定当時、〕暫定的支配人を指名するための株主総会が 1946 年 8 月 5 日を期日として監査役会によってすでに招集されていたこと、右総会がその議事日程に記載された案件につき、有効に議決しえない状態にあると目されるべきであったとの点は大臣によっても主張されず…提出された一件書類からも認める理由のないこと、かくして、管理の空白状態を早急に終了させるための措置がとられていた〔というべきである〕こと、そうである以上、工場運営の継続を確保するための暫定管理官の任命は明らかに不要であったこと〔がそれである〕。これらの諸理由は、判決主文に不可欠の支柱 (support nécessaire) をなし、したがって、主文から分離しえない。

調査によれば、1946 年 8 月 5 日に開催された株主総会において指名した暫定的支配人は、1949 年 7 月 28 日現在も引き続きその職にあったことが認められる。…〔第 1〕判決の法的基礎 (fondement juridique) および、資格を有する管理者の存否に関し 1946 年 8 月 1 日以後会社の事情に変化が生じていないという事実を徴すれば、行政によるコンセイユ・デタの前記判決の執行 (exécution) は、当然に、本件工場の管理のもとに会社を回復させることを含んでいる…。

たしかに、商工大臣は、本訴に関する意見書において、…本件会社の株主総会によって 1946 年 8 月 5 日になされた議決の有効性に疑いありと主張している。〔しかし〕…〔第 1〕判決の理由についての上記分析からすれば、裁判所はすでにこの問題について決定を下しているのである。上記理由は、主文と不可分である以上、行政によって提起された異議は、既判事項の権威に反する。それだけでなく、同大臣の主張は、コンセイユ・デタの下した取消判決の基礎をなすものとなった法律原因と異なる法律原因に関わるものではないから、それを審理することはすべて既判事項の権威によって妨げられる。

以上から、原告会社は、当該アレテが越権を侵していると主張する根拠があると結論付けられる。」

---

<sup>31</sup> C.E., 22 juillet 1949, Société des automobiles Berliet, *Rec.*, p. 367.

## (2) 本判決の意義

本稿の問題関心からは、本判決の示した次の二点が重要である。一方で、当該決定が取り消された結果、行政は、その判決の執行として、現状の回復が義務づけられる<sup>32</sup>。他方で、かかる義務は、判決の法律原因ないし法的基礎——「本件工場は資格を有する管理者に欠けてはいない」という判断——に関する事情の変化がない限り、存続する。このように、反復行為の禁止と原状回復の義務が表裏一体の関係にもなりうる<sup>33</sup>。前者の意義である原状回復の義務付けに関しては、第2款で他の判例とともに述べていくこととし、後者の意義である法律原因に関しては、第2項で振り返ることとしよう。

なお、訴訟上の効力として、次のような意義も有している<sup>34</sup>。すなわち、一方で、主文に不可欠の支柱をなす理由——「株主総会は暫定的支配人を有効に指名しえた」との判断——について既判事項の権威が生じ、以後の訴訟において争うことができず、他方で、既判事項の権威は、同一の法律原因を根拠づけるすべての主張にまで及び、そのような主張を後訴において新たに提出することも許されない。

### 第2項 具体的内容

ここでは、以上の代表的な判例を中心に形成された判例法理の内容を分析する。その前提として、既判事項の客観的範囲に関して同時期に形成された法規範とその理論的基礎を確認し（Ⅰ）、そのうえで具体的にいかなる内容の反復行為が禁止されているのかを明らかにする（Ⅱ）。

#### Ⅰ 既判事項の客観的範囲

主文および主文に必要な支柱をなす判決理由に、既判事項の権威は及ぶ。前述の通り、かかる客観的範囲の確定は1949年ベルリエ判決によって確認されているが、同判決により初めて言及されたわけではない。P. ウェイルによる同判決の評釈は、この点につき以下の通り説明する<sup>35</sup>。すなわち、私法分野において、既判事項の権威が支柱となる判決理由に及ぶことは正当化するのがもはや無駄であるほど明確なものとして判例・学説上確立していた。

---

<sup>32</sup> P. Weil, note. *préc.*, (note 30), p. 384. ベルリエ判決のように、義務の存否のみならず、義務の内容まで強調した判決として、後述のロディエール判決を引いている。

<sup>33</sup> 小早川・前掲注4、221頁〔初出、1976年〕は、「同一行為の反復は、原状回復拒否の『乱暴かつ露骨』な一類型として位置づけられ」うることを指摘している。

<sup>34</sup> 同上。

<sup>35</sup> P. Weil, note. *préc.*, (note 30), pp. 385 et 386.

それを行政法学はそのままの形で取り入れ、反する条文がない限りコンセイユ・デタが適用する法の一般原則の一種として位置づけた。コンセイユ・デタも 1912 年判決において、「原則として、既判事項が判決の主文に備わるとしても、唯一判決理由が主文の射程 (portée) を画定しうる場合、判決理由を考慮に入れなければ主文は検討する (envisagé) ことはできないはずである」と判示し<sup>36</sup>、1940 年判決においてこれが踏襲され<sup>37</sup>、1949 年ベルリエ判決により新たな文言に基づく一般論が提示されたという。

さらに、ウェイル曰く、主文のみならず「主文に不可欠の支柱をなす判決理由」にまで及ぶ理由につき、学説は、判決の「権威 (autorité)」と「真実 (vérité)」という視角から説明を試みてきた。すなわち、主文に既判事項の権威を位置づけるということは、判決の「権威」を強調することを意味する。紛争を、力をもって (avec force) 裁断する判断をなしているのは主文だからである。逆に、あらゆる判決理由に既判事項の権威を位置づけることは、裁判官によって宣言された「真実」に重きを置くことを意味する。判決によって確認されたすべてのことは真 (vrai) であり、再び議論されることはもはやありえないからである。かくして、主文と緊密な関係にある判決理由のみに既判事項の権威を認めることは、判決を論理的に支える一部の判決理由のみを「真実」とみなすことになるという。ウェイル自身は、上記のような二つの視角から、判例の「主文および主文に不可欠の支柱をなす判決理由」に既判事項の権威を認める立場を支持している。曰く、判決が「権威」を持つのは、裁判官が「真実」を宣言するからであり、判決が「法的に真実として通用する効力 (force de vérité légale)」を持つのは、判決が、組織面でも、採用面でも、一定の「権威」を付与されうる機関 (organe) から発せられているからである<sup>38</sup>。

## II 具体的な反復行為の禁止の範囲

主文に不可欠な支柱をなす判決理由をも鑑みて、いかなる行為であれば既判事項に照らしても適法とされるかが次に問題となるが、その前に注記が必要であろう。反復禁止効の範囲は、前訴における理由の差替えの可否・範囲と関わるからである。この点につき、フランスでは、法的根拠の差替え (substitution de base légale) と根拠となる事実の差替えとに区別し、前者を比較的広く、後者を狭く解するというのが支配的な考え方である。手続保障の重視とともに、活動行政と行政裁判の分離独立原則が背景にあるとされている。また、複数の違法事由が主張されている場合には、外的違法を先に審理し、内的違法の審理をすることなく判決を下すというのが伝統的な裁判実務となっており、これは「理由の節約 (l'économie

---

<sup>36</sup> C.E., 26 juillet 1912, Compagnies des chemins de fer Orléans et Midi, *Rec.*, p. 889.

<sup>37</sup> C.E. Ass., 26 janvier 1940, Courajoux, Le Gall et Guédon, *Rec.*, p. 33.

<sup>38</sup> 小早川・前掲注 4、223-224 頁〔初出、1976 年〕は、これらの正当化を「いわば形式論理的に論ずるもの」として位置づけ、裁判官の権限の実質から説明することを試みている。

de moyens)」とも呼ばれている<sup>39</sup>。ここには、形式・手続の瑕疵に基づく外的違法性は、実体の瑕疵に基づく内的違法性とは独立した取消事由を構成し、手続を実体に従属させない考え方がある<sup>40</sup>。

さて、以上の前提のもとで、いくつかの類型に分けて具体的な範囲を確認しよう。一方で、適法な形式を伴った再処分は許され<sup>41</sup>、他方で、取り消された処分時と異なる理由 (motif) に基づく場合、反復行為の禁止による再度の取消の対象とはならない<sup>42</sup>。もっとも、困難な問題が生じるのは言うまでもなく後者であるが、その点で、反復行為の禁止の局面における法律原因 (cause juridique) の概念の狭さにつき、我が国における先行研究を振り返る必要がある<sup>43</sup>。まず、フランス行政訴訟における一般的な法律原因は二つの概念から成る<sup>44</sup>。すなわち、外的違法 (無権限、形式の瑕疵) と内的違法 (権限濫用、法律違反) であり、取消事由 (cas d'ouverture) はそれぞれの二種類ずつを足した四つと解されている。一般的な法律原因たる外的違法・内的違法は、出訴期間徒過後あるいは上訴審段階における新たな主張の提出が、訴えの変更 (新たな請求 = nouvelle demande) ではなく単なる攻撃防御方法 (= moyen) の追加に過ぎないものとして許されるかどうかの判定基準となり<sup>45</sup>、我が国でいう訴訟物の範囲の問題と位置づけられる<sup>46</sup>。しかし、取消判決の反復禁止効の場面という法律原因とは、外的・内的違法ないし四つの取消事由に合致せず、むしろ現実に争われた個別具

---

<sup>39</sup> R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 13<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2008, p. 800 et s.

<sup>40</sup> 以上につき、興津征雄『違法是正と判決効——行政訴訟の機能と構造』(弘文堂、2010年) 129-154頁参照。これらの考え方がなおも支配的である一方、例外を認める判決が近時登場していることにつき、同140頁以下参照。

<sup>41</sup> C.E., 11 octobre 1961, Clément, *Rec.*, p. 560 ; C.E., 5 janvier 1973, Dueydan, *Rec.*, p. 9 ; P. Weil, *op. cit.*, (note 1), p. 40 は、形式上の瑕疵ならやり直せるというのは、法律の前のあらゆる市民の平等の保障 (garantie de l'égalité de tous les citoyens devant la loi) に基づくと説明する。形式上の瑕疵を治癒してやり直すことができないと、同じ状況で措置を受けた者との間に不平等が生じるからである。

<sup>42</sup> P. Weil, *op. cit.*, (note 1), p. 39.

<sup>43</sup> 小早川・前掲注4、223-239頁〔初出、1976年〕。

<sup>44</sup> 法律原因の変更に関して、外的違法ないし内的違法、各々の中でのみ変更を認めるというのは越権訴訟独特の理論とされる (北村一郎「モテュルスキ教授のフランス<<訴訟法>>講義」法学協会編『法学協会百周年記念論文集 第1巻』(有斐閣、1983年) 617頁)。

<sup>45</sup> C. Broyelle, *Contentieux administratif*, 4<sup>e</sup> éd., L.G.D.J., 2016, p. 140 ; 阿部・前掲注3、83頁注(13)〔初出、1968-1969年〕。

<sup>46</sup> 日本の通説では訴訟物は「行為の違法性一般」だが、フランスにおける (訴えの変更の基準としての) 訴訟物は、外的違法・内的違法に分類される。

体の違法事由（判決理由）とするのが判例の立場であった<sup>47</sup>。内的違法による取消であっても、別の理由に差し替えての同一処分が既判事項の権威に反しないとされるのはその証拠である<sup>48</sup>。以上の通り、実際に裁判所が判断した個別具体の違法事由が反復禁止効の範囲を画するのであるが、この点さらに分類したうえで考えることも可能である。すなわち、根拠法条の変更に基づく再処分と、原因事実の変更に基づく再処分に分けられる。別の法令上の理由に基づく再処分も<sup>49</sup>、事実の変動に基づく再処分も、既判事項に反しない<sup>50</sup>。さらに、前者すなわち根拠法条の変更には、適用法令そのものの変更を含みうる。

ここで想起すべきは、既判事項の客観的範囲に一見適合しているように見える再処分、すなわち別の法令上ないし事実上の理由を再度提示したうえで発出された処分に対し、コンセユ・デタが取消判決を下していた事例の存在である。ここにフランスの特徴的な統制が表れているように思われる。

### 第3項 統制規範

裁判官が具体的に判断した違法事由につき、主文に不可欠な支柱をなす判決理由に照らして適切な再処分をすることは、既判事項の権威からみて——原則として——適法な行為である。もっとも、取り消しの可能性が完全に排除されたわけではない。これは、反復行為に対してコンセユ・デタが用いてきたふたつの取消事由の使い分けに手がかりがある

---

<sup>47</sup> 「工場が資格を有する管理者を欠いていた」「グランベールの所為が“不誠実な行為”に該当する」といった判断が、ここでの法律原因となる。

<sup>48</sup> 小早川・前掲注4、237頁〔初出、1976年〕は、行為の取消を求める側にとっての主張制限に関わる法律原因概念は広く解し（内的違法・外的違法）、取り消される側にとっては狭く解することで（裁判所が現実に判断した個別具体の違法事由）、改めて異なる理由に基づき同一処分を行なうことが許されることから、「反復禁止の限界」と「越権訴訟における“訴訟物”」の「いわば二面的な構造」を指摘する。また、同238頁は「裁判所の下す違法判断が、将来にわたって既判力を伴う規制を行政に課しうるとしても、およそ行政作用につき妥当な判断を下しうる裁判所の能力に限界があるとすれば、その既判力の範囲は適度の拡がりに制限されることが必要であり、上記のような判例の態度によって、かかる「機能的制約を守ってきたということが出来る」と述べている。かかる視点に基づく、「一般に、判例上取消判決に認められた将来に向かっての拘束力が、フランスにおいてもつ真の意味は、行政に対して反復（réfection）を禁止することよりも、行政によるやりなおし（réfection）を指導することにあるのではないか」という印象が強い」（同239頁）と結論付けられることになる。

<sup>49</sup> C.E., 20 mai 1955, Sagols, *Rec.*, p. 274 ; C.E., 2 mars 1962, Fédération nationale des industries chimiques et parties similaires, *Rec.*, p. 147. これらの判決は、小早川・前掲注4、234-235頁〔初出、1976年〕で紹介されている。

<sup>50</sup> P. Weil, *op. cit.*, (note 1), p. 43.

ように思われる（I）。そして、いずれのロジックをとるにせよ、越権裁判官は適法性の審査として、かかるサンクションを実行していることは改めて注目に値する（II）。

## I 法律違反と権限濫用の使い分け

### 1 原則としての法律違反

繰り返しになるが、第2項で述べた通り、既判事項の客観的範囲に従い、反復行為の適法性は判断される。とりわけ実体上の違法により取り消された場合、再処分の処分理由がポイントとなる<sup>51</sup>。すでに非難された法的小および事実的理由を援用する限り、既判事項に反するものとして法律違反を構成する。適法な法令上の理由と適法な事実上の理由に基づく限り、実体上の瑕疵は存しないはずである。かかる判断に基づく反復行為の取消は、既判事項の違反ないし法律違反を構成すると解されるが、一面において、行政の執行に対するサンクションの主たる取消事由は既判事項ないし法律違反であったといえる。それは、後述する原状回復にかかる取消が専ら既判事項の違反ないし法律違反によっていることから明らかである。しかし他面において、反復行為のサンクションを特徴づけるのは権限濫用ともいえるのである。

### 2 さらに統制としての権限濫用

権限濫用は、行政の悪意をサンクションする<sup>52</sup>。目的審査に基づく権限濫用という取消事由の本質は、まさに一見適法な処分理由に基づく再処分に対し、発揮される。すなわち、「コンセイユ・デタは慎重に原因の変化が有効か単なる見せかけではないかを審査し、見せかけである場合、容赦なく取り消す<sup>53</sup>」。前述の1950年ラモット夫人判決はその好例であるが、次の二判決も紹介しておきたい。1949年ボウドゥラン夫人判決<sup>54</sup>は、教育大臣による公職追放（*épuration*）としての強制異動（左遷）（*déplacement*）のアレテを取り消した判決が「この判決の執行は、必然的に、行政にとって原告をカンヌ内の職に就かせるという義務を含む」と明言したにも関わらず、教育大臣は、改めて強制異動のアレテを発出した。その理由は、——公職追放に基づくものではなく——役務の利益に基づく（*dans l'intérêt du service*）ものであった。外見上、法令上の理由は前回のアレテとは異なるものであり、既判事項に反するものではなさそうである。しかし、コンセイユ・デタは、当該アレテは、前回の「アレテを理由づけたのと同じの事実（*mêmes faits*）に対し、新たな懲戒処分を下しており、既判事項に反している。したがって、他の請求理由を審査するまでもなく、原告は当該アレテが

---

<sup>51</sup> P. Montané de La Roque, *op. cit.*, p. 402.

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> P. Weil, *op. cit.*, (note 1), p. 56.

<sup>54</sup> C.E.. 29 avril 1949, Dame Baudrand, *Rec.*, p. 187.

越権を犯していると主張するに理由がある」と判示したのであった。また、罷免処分が取り消された後、職の廃止 (suppression de l'emploi) に基づき再雇用を拒否した 1944 年の事案では、外見上すべて適法であるにもかかわらず、「公務員の数が増加していた矢先の突然の職の廃止は、その正職員の非難されるべき落ち度 (faute) に動機づけられており、かくして、職の廃止は、当該職員に対する隠された罷免処分 (révocation déguisée) を構成した」と判断した<sup>55</sup>。

加えて、権限濫用が用いられることが多いのは、1962 年ブレアー判決のように処分を基礎づける行政立法そのものの変更が争われた場面であった。もとより、政府は、デクレによって、以前の一般的規定をいつでも自由に修正することができ、ある事案において修正がなされたという事実によって直ちに権限濫用が認定されるわけではない<sup>56</sup>。しかし、既判事項の権威を妨げることを主たる趣旨とする場合、その意図に照らして、取り消されうる余地は残される<sup>57</sup>。法令上の理由および事実上の理由に着目する限りにおいて、既判事項の客観的範囲に直接的には抵触しない再処分であっても、さらにその基礎となる命令制定行為に対するサンクションとして、権限濫用はその威力を遺憾なく発揮しているのである<sup>58</sup>。

しかし、行政の悪意を見抜くことは至難の業でもある。表面化していない行政の主観的な意図を精確に立証し、審査することの難しさゆえに<sup>59</sup>、この取消事由は補充的取消事由 (moyen subsidiaire d'annulation) であると言われる<sup>60</sup>。権限濫用が間接的・抽象的統制で

---

<sup>55</sup> C.E., 23 juin 1944, Hôpital-Hospice d'Argenteuil, *Rec.*, p. 179. もっとも、悪意が認定されない正当な理由に基づく職の廃止であれば、原告に対する再度の不利益処分は許されることになる (C.E. Sec., 14 mars 1952, Bernard, *Rec.*, p. 514 ; C.E., 2 mai 1959, Permentier, *Rec.*, p. 296 ; Cf. G. Braibant, Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir, *E.D.C.E.*, 1961, p. 58)。

<sup>56</sup> P. Weil, *op. cit.*, (note 1), p. 42.

<sup>57</sup> J. Massot, *op. cit.*, p. 119.

<sup>58</sup> そのほかに、権限濫用に基づく命令制定行為の取消事案として、C.E. Ass., 10 décembre 1954, Cru, *Rec.*, p. 659 ; *D.*, 1955, p. 198, concl. Jacomet, note. P. Weil ; Cf. P. Weil, *op. cit.*, (note 1), p. 42.

<sup>59</sup> 阿部・前掲注 3、141 頁以下〔初出、1968-1969 年〕によると、フランス行政訴訟における立証責任の一般原則は原告負担であるが、行政と私人間の不平等性の是正・緩和のために、職権的性格が援用される。もっとも、コンセイユ・デタは、鑑定 (expertise)、現場検証 (visite du lieu)、証拠調べ (enquête)、公務員の出頭命令 (comparution personnelle)、尋問 (interrogatoire) 等をしないのが通常の状態だという。権限濫用の証明についても原告負担が適用される。

<sup>60</sup> J. Waline, *Droit administratif*, 25<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, p. 664 ; 阿部・前掲注 3、141 頁以下〔初出、1968-1969 年〕、J.リヴェロ著、兼子仁・磯部力・小早川光郎編訳『フランス行政法』(東京大学出版会、1980 年) 278 頁。



あり、より強力な処分理由の統制 (contrôle de motif) の発展などの諸要因によって後退し、1960 年代以降は年平均数件程度まで減っていることもすでに指摘されているところである<sup>61</sup>。実際に、ここでとりあげたような悪質な反復行為とそれに対する権限濫用にに基づく取消の事例は、フランスの基本書においても、20 世紀後半のものはほとんどない<sup>62</sup>。それでもなお、権限濫用の果たした役割は看過されるべきではなかろう<sup>63</sup>。既判事項の権威の回復

---

<sup>61</sup> 阿部・前掲注 3、131 頁以下〔初出、1968-1969 年〕、L.-V. Fernandez-Maublanc, *Le prétendu déclin du détournement de pouvoir*, in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 240 ; A. Mestre, *Le Conseil d'Etat, protecteur des prerogatives de l'administration : études sur le recours pour excès de pouvoir*, L.G.D.J., 1974, pp. 56-57.

<sup>62</sup> R. Chapus, *op. cit.*, (note 39), pp. 1160-1161. 例外として、建築許可の執行停止 (sursis à exécution) にかかる事案であるが、執行停止判決後、再度同様の建築許可を交付した市長に対し、「判決の効力 (effet) を妨げる動機 (mobile) を有していた」として権限濫用により取り消した 1991 年判決が挙げられている (C.E., 11 décembre 1991, Association Fouras Environnement, *Rec.*, p. 686)。権限濫用による取消判決の大幅な減少は、反復行為の減少として、評価することも可能であろう。但し、権限濫用は、まさに補充的役割として、処分理由の統制において取りこぼされる場合に価値を発揮する (参照、阿部・前掲注 3、134-135 頁〔初出、1968-1969 年〕)、あるいは、この違法事由の影響を受けない行政行為は存在しない (Y. Gaudemet, *Droit administratif*, 21<sup>e</sup> éd., L.G.D.J., 2015, p. 155) と言われるように、極めて限定的な適用にとどまる最大限の統制が用いられる場合を除き、審査の余地は残る。L.-V. Fernandez-Maublanc, *ibid.*, pp. 241-242 は、公益私益の相対化および公役務の名のもとでの公法人の範囲の拡大すなわち介入主義 (interventionnisme) への傾斜が権限濫用の認定をより困難にさせることを認めつつ、そもそも目的 (but) の統制と、処分理由 (motif) の統制の区別が明瞭でないことは古くから指摘されてきたことを確認する。そのうえで、最低限の統制であることに疑いの余地はなく、例えば、既判事項の権威をかいくぐる目的でなされた行政の画策をくじくことなどを可能にするとしてその意義を強調している。そこで例示された判例は、司法裁判所判決の執行にかかるものであるが、以下のようなものであった (C.E., 19 février 1988, époux Huertas, *Rec.*, p. 600)。すなわち、ある私人が控訴院 (司法裁判所) により所有建築物の取り壊し命令を受けたものの、県知事は、当該区域において建築可能な区画を拡張するように (すなわち司法裁判所の命令を受けた私人の利益となるように)、土地建物の区画計画 (plan de lotissement) を変更した。かかる変更アレテの取消を申し立てられたコンセイユ・デタは、当該アレテは、所有者が判決の執行を回避できるようになされたものであるとして、権限濫用に基づき取消を言い渡した。

<sup>63</sup> 法的規律の希薄な自由裁量行為に対して、19 世紀半ばに越権訴訟が初めて創造した内的違法事由であり、要件事実の統制の発展までその役割を代わるものとして機能していたという意義については、我が国において夙に指摘されている (阿部・前掲注 3、79 頁以下、135 頁以下〔初出、1968-1969 年〕)。フランスにおいても、適法性の概念の実現に大きく寄与したという点において重要な取消事由であることを指摘するものとして、Y. Gaudemet, *ibid.*

をもたらした 20 世紀前半のコンセイユ・デタ判例において、既判事項に反する反復行為に対する適法性審査の一翼を、権限濫用という取消事由は確かに担ってきたのであり、「既判事項の典型的違反へのサンクシヨンの迅速さ (promptitude) <sup>64</sup>」が既判事項の権威の内容および統制の確立に寄与したことは疑いを容れないからである。

## II 適法性の審査への組み込み

もつとも、反復行為の禁止を導く理論的基礎を突き詰めるならば、コンセイユ・デタはそれを適法性の原理に見出している。一方で、法律違反による取消判決の代表例をなす 1904 年ボッタ判決によれば、既判事項に反する行為は、参照すべき法規範 (la règle de droit) への違反である <sup>65</sup>。かかる解釈を支えるのは、前述の『主要行政判例解説』による同判決解説の一説の通り、法律違反における法律概念の広さである <sup>66</sup>。他方で、権限濫用による取消の基底には、「行政行為は公益目的ないし法律が指定した目的と無関係な目的でなされてはならないという一般原則が存する <sup>67</sup>」と言われる。適法性の源泉を厳密に制定法に限定しないフランス法の上記前提に従う限り、権限濫用もまた適法性の統制に位置づけられることになる <sup>68</sup>。行政の度重なる反復行為という事案の背後により大きな問題、すなわち適法性の原理の問題が控えていることを切々と説いた論告に従い、「法の一般原則たる適法性の原理を保障する (assurer) ために <sup>69</sup>」越権訴訟の途を拓いた 1950 年ラモット夫人判決はまさにその証左といえよう。かくして、20 世紀前半のコンセイユ・デタの営みによって、法律違反と権限濫用という二つのルートが切り拓かれ、既判事項の権威に反する反復行為を再度、適法性審査に服せしめることを可能となったのである。

### 第 2 款 原状回復

行政が負う執行義務は、必ずしも不作為義務に限られない。むしろ、何らかの作為義務を

---

<sup>64</sup> R. Chapus, *op. cit.*, (note 39), p. 1161.

<sup>65</sup> J. Allier, *De l'obéissance due par l'administration active à la chose jugée par la juridiction administrative*, thèse, Paris, 1923, pp. 13 et 20.

<sup>66</sup> Y. Gaudemet, *op. cit.*, (note 62), pp. 156-157 ; J. Allier, *op. cit.*, pp. 18-20 ; Cf. A. Perrin, *L'injonction en droit public français*, thèse, Éd. Panthéon-Assas, L.G.D.J., 2009, p. 405. なお、参照、橋本博之「『法治主義』論と現代行政法の課題——適法性原理 (principe de légalité) の参照可能性」公法研究 80 号 (2018 年) 32 頁以下。

<sup>67</sup> 阿部・前掲注 3、160 頁〔初出、1968-1969 年〕。

<sup>68</sup> 同上。

<sup>69</sup> C.E. Ass., 17 février 1950, *Ministre de l'Agriculture c/ dame Lamotte* (*supra* note 8).

伴う場合が少なくない<sup>70</sup>。ここでの主題は、かかる原状回復に関する義務がいかなる内容をもって確立してきたかを解明することにある。フランスでは、第一次世界大戦後、復員した公務員に関する訴えの増加という歴史的背景が、公務員分野を嚆矢とした原状回復義務にかかる法規範の明確化に寄与したという特徴がある<sup>71</sup>。まず、代表的な判例に基づき、争われる場面を具体的に想起したうえで（第1項）、——反復行為の禁止とは異なり——まず、その統制規範に目を向ける（第2項）。前述の通り、原状回復に関する取消は、専ら法律違反ないし既判事項の違反に基づくものであり、大きな問題を構成しないからである。むしろ難解なのが、具体的な義務の導出である（第3項）。とりわけ、第三者の権利との調整を要する不整合処分の規整がいかなる論理で行われているかを明らかにすることが肝要となる。

### 第1項 判例の展開

原状回復に関する判例も枚挙に暇がないが、ここではどのようにして原状回復が争われるかを具体的な事案をもって確認するべく、原状回復義務に係る最も著名な判例である1925年ロディエール判決<sup>72</sup>と1956年バルビエ判決の内容に触れておこう。

1925年ロディエール判決の前には取消判決が先行している。すなわち、ロディエール氏が、1921年作成の昇進名簿の取消を求めて、コンセイユ・デタに申し立て請求が認容されている。当該判決を受け、大臣は、昇進名簿に記載されていた者を1921年時点のキャリアの状況に戻らせるだけでなく、彼らが享受していた違法な昇級を適法な昇級に置き換えることによって、彼らのキャリアを擬制的に（*fictivement*）回復した。しかし、不満を抱いたロディエール氏は、この新たな処分（1925年アレテ）の取消を求め、一部認容されたのであった。すなわち、「違法な昇進名簿が決定した時点の状況に関係者を戻すにとどまらず、違法な昇進名簿に記載されなかった場合に占めていたはずの状況とは異なる状況に遡及的に関係者を戻したことによって、大臣は既判事項の権威に違反した（*méconnu l'autorité de la chose jugée*）」。コンセイユ・デタは、より一般的な規範をも提示する。曰く、「選抜による昇進（*avancement au choix*）の場合、行政は違法な昇進を置き換えることで、関係者に、コンセイユ・デタにより判示された事柄（既判事項）とも、他の個人の権利とも両立しうる昇進（*avancement compatible tant avec la chose jugée par le Conseil qu'avec les autres droits individuels*）をもたらさなければならない。」「コンセイユ・デタ判決によって直接的にあるいは間接的に影響を受ける個人の状況を全体として検討し、適式に、かつ判断を下したコン

---

<sup>70</sup> P. Weil, *op. cit.*, (note 1), p. 161 は「取消は、本質的に確認的であり、消極的行為に関しては、新たな法を形成する行政行為の介入によってのみ現実化する」と述べる。

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 167.

<sup>72</sup> C.E., 26 décembre 1925, Rodière, *Rec.*, p. 1065 ; *R.D.P.*, 1926, p. 32. concl. J. Cahen-Salvador.

セイユ・デタの統制のもと、いかなる違反もなされなかったならば公務員のキャリアが通常続けられるべきであったとみなされうる条件において、そのキャリアを回復するために有益なあらゆる等級の見直し (tous reclassements utiles) を行うことは、行政の職掌にある。」

この判決は、取消は遡及するという原理を初めて正式に提示した判決であると同時に、原状回復義務を課した原理判決としての評価を獲得している<sup>73</sup>。具体的には、公務員のキャリアの事案である本件において、より困難が生じるとされる「選抜による」昇進の場合につき<sup>74</sup>、「他の公務員との関係のなかで、関係者が有効な行政立法に基づき正当に期待しうる昇進の機会」を行政は確保しなければならないことが明らかにされた<sup>75</sup>。さらに、判決理由のなかで、行政がなすべき判決の執行について述べた極めて珍しいケースとして極めて画期的な判断といえる一方で<sup>76</sup>、詳細な判決理由を述べたという点に関して当時は孤立した判決と位置づけられている<sup>77</sup>。

公務員分野としての意義は、「キャリアの論理 (logique de carrière)」を判決において認めた点にある。すなわち、行政は、適法な地位に公務員を配置する義務があり、彼らが受けてしかるべき昇進を保障しなければならない<sup>78</sup>。ロディエール判決が公務員の、「選抜による」昇進の事案としての解決策であったのに対し、さらに困難な「試験による (sur concours)」昇進の場合にもこの原状回復義務を認めたのが 1956 年のバルビエ判決であった<sup>79</sup>。試験に合格しうるか否かを考慮し、職団 (corps) の変更までも含めたキャリアの回復が課されるとしたのである。これらの判決は、とりわけ問題が先鋭化していた公務員分野において、既判事項の完全な執行 (pleine exécution) を厳格に要請した判決<sup>80</sup>として、20 世紀の裁判的統制の象徴的な判例群といえる一方で、第三者の介入を免れない領域であることから原状回復の難しさを如実に表すものでもあった。

---

<sup>73</sup> 踏襲する判例として、par exemple, C.E. Ass., 5 juin 1970, Puisoye, *Rec.*, p. 385 ; *A.J.D.A.*, 1970, chron. R. Denoix de Saint Marc et D. Labetoulle ; C.E., 24 juin 1991, Pillet, *Rec.*, p. 1032.

<sup>74</sup> 年功による昇進 (avancements à l'ancienneté) の場合、ほとんど困難はない (*G.A.J.A.*, p. 240)。

<sup>75</sup> なお、既得の権利 (droits acquis) を侵害された第三者は当然損害賠償を請求しうる (C.E. Sec., 29 juillet 1932, Association des fonctionnaires de la marine, *Rec.*, p. 825)。また、この判決で興味深いのは、「そのような正当な賠償を第三者に認める、あるいは、立法者による介入を生じさせる (provoquer l'intervention du législateur) ことは、行政の職掌にある」という判示である。本章第 2 節や第 4 章で取り上げる立法による有効化の手段を行政の有する正当な手段をみなしている点で、のちの裁判的統制の強化とは相反する論調がうかがえる。

<sup>76</sup> J. Waline, *op. cit.*, (note 60), p. 698.

<sup>77</sup> A. Mestre, *op. cit.*, p. 64.

<sup>78</sup> Girardot et Raynaud, chron. sur C.E. Sec., 10 octobre 1997, Lugan, *A.J.D.A.*, 1997, p. 957.

<sup>79</sup> C.E., 13 juillet 1956, Barbier, *Rec.*, p. 338,

<sup>80</sup> Girardot et Raynaud, chron. *préc.*, (note 78), p. 957.

## 第2項 統制規範

原状回復に関する裁判所の論拠は明白である。すなわち、原状回復措置として行政が行った行為が誤った執行措置つまり禁止されている反復行為にあたる場合には、単純に既判事項に反する、すなわち法律違反を理由に取り消すことになる<sup>81</sup>。この点は、反復行為の禁止の法理に則るのみである。後述第3項のIに分類した取り消された行為に代替する行為の取消事例はまさにこのような事例である。これは、取消判決後に再度出訴した事案であり、反復行為の禁止と重複する事例といえる。

もっとも、原状回復の判例を特徴づけるのは、それとは異なる義務の類型である。すなわち、取り消された係争行為と密接な関係を有する行為が前者の取消の結果として、裁判官により取り消される場合（第3項のII）である。「結果としての取消（annulations par voie de conséquence）」と呼ばれ<sup>82</sup>、不整合処分固有の瑕疵は判断されず、また先の行為を取り消しに導いた法的論理（raisonnement juridique）を改めて立証ないし判決理由に含める必要もない<sup>83</sup>。序章で述べた通り、既判事項の絶対的権威は職権事項であり、「取り消された処分を基礎とする、あるいは適用する別のあらゆる処分で、出訴期間内に付託された処分につき、結果として取り消すことは越権裁判官に課された義務<sup>84</sup>」ということになる。不整合処分の取消は、当該取消訴訟において、訴えの併合として処理されることにより、同時に取り消される場合もありうるが、多くは、反復行為の禁止の事例（取り消された行為に代替する行為の事例）と同様、前訴取消判決を経て、不整合処分の取消請求が原告からなされる場合である。

「論理的には、そして、遡及効の帰結として、違法な行政行為の取消は、それに依存する、それを支えとする諸行為の取消をももたらすべき<sup>85</sup>」といえるが、しかし、ロディエール判決等ですでに示した通り、必ずしもこの論理が貫徹されることが好ましいわけでもない。そこで重要なのは、その調整をいかに行き、いかなる義務を導出するかである。

---

<sup>81</sup> C.E., 19 octobre 1936, Malherbe et Renard, *Rec.*, p. 890 ; C.E., 4 janvier 1952, Lhomme, *Rec.*, p. 15.

<sup>82</sup> 我が国において、「連鎖的取消」（伊藤洋一『フランス行政訴訟の研究——取消判決の対世効——』（東京大学出版会、1993年）275頁）や「帰結の方途による無効化」（北村・前掲注44、628頁）と訳されることもある。

<sup>83</sup> J. Massot, *op. cit.*, p. 113.

<sup>84</sup> C.E., 28 juillet 1999, Lainé, n° 195572. この判決は、既判事項の絶対的権威の理由を職権で適示して係争処分を結果として取り消さなかった下級審判決を取り消したものである。

<sup>85</sup> A. de Laubadère, J.-C. Venezia, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, 14<sup>e</sup> éd., t.1, L.G.D.J., 1996. p. 553.

### 第3項 具体的内容

まず、いかなる義務が認められているのかを類型にわけ確認し（Ⅰ）、そのうえでこれらの義務が導出されるために理論上いかなる審査が行われているかを明らかにする（Ⅱ）。もとより、行政の執行義務は、取消理由と法的・事実的状况に照らして極めて複雑であり<sup>86</sup>、確立した類型化は存在しないといってよい<sup>87</sup>。したがって、義務の類型を示すことの意味は、類型化それ自体というよりも、むしろ帰納的に審査のロジックの解明するための素材となりうるという点、および第3章で述べるように義務の範囲に関する判例法理の変化を見る上で有益であるという点にある。

#### Ⅰ 義務の類型

##### 1 取り消された行為に代替する行為

###### (1) 公務員のキャリアの回復

ある公務員の免職処分取消判決が下されると、行政庁は、当該公務員の原職への遡及的復帰だけでなく、処分がなければ現在までに形成されていたはずの当該公務員の法的地位、つまり、年功による昇進や、さらには選抜ないし試験による昇進によって得られていたはずの身分を擬制的に形成することまで義務づけられる<sup>88</sup>。これらは、たとえ別の公務員が当職に適法に就いていたとしても、職権で、すなわち関係者の申し出なしに、取り消された処分がなされた時点の法規範に基づき、行わなければならない<sup>89</sup>。但し、別の公務員への処分が確定的となった場合、原告の原状回復はそれに甘んじる形にとどまりうる。

但し、公務員分野については、コンセイユ・デタ判例により、以下の二つの法規範が確立し、今日もなお維持されている。一方で、事実上の公務員の理論(*la théorie des fonctionnaires de fait*)が存する。1923年コンセイユ・デタ判決<sup>90</sup>により確立したこの法規範によれば、当該公務員の任用処分がそれ自体、あるいは別の公務員の罷免処分の取消の不整合処分として、取り消されることを裁判官が判断しても、判決言い渡し時までの——違法になされた——当該公務員の諸行為(不整合処分)は適法なものみなされる。任用処分が取り消されなかった間、違法に任用されていた公務員は、有効に職務に属する行為を遂行しうるのであ

---

<sup>86</sup> J. Massot, *op. cit.*, p. 119.

<sup>87</sup> Par exemple, M. Kellershohn, *Des effets de l'annulation pour excès de pouvoir*, thèse, Bordeaux, Sirey, 1915, p. 218 et s. ; P. Weil, *op. cit.*, (note 1), p. 182 et s.

<sup>88</sup> 小早川・前掲注4、211頁〔初出、1976年〕。

<sup>89</sup> R. Chapus, *op. cit.*, (note 39), p. 1123.

<sup>90</sup> C.E. Ass., 2 novembre 1923, Association des fonctionnaires de l'administration centrale des postes et télégraphes et sieur Bousquié, *Rec.*, p. 699.

る<sup>91</sup>。したがって、これらの諸行為は、固有の瑕疵でしか争われることはない<sup>92</sup>。同様に、罷免処分が取り消された公務員は、当該処分から取消判決までの期間、遡及的に、有効な役務の遂行を行う地位にいたものとみなされなければならない<sup>93</sup>、この期間において、年金受給権を発生させるための有効な役務 (service effectifs) がなされたと観念される。前者の任用処分の取消の事例における事実上の公務員の法理は、公役務の継続性 (continuité du service public) を目的にしたものと解されており<sup>94</sup>、今日まで続く判例法理となっている<sup>95</sup>。なお、公務員のみならず、議員についても適用される。すなわち、選挙が取り消されたとしても、当該選挙に基づき議員となった者の行った行為は有効と解するのである<sup>96</sup>。後者の罷免処分の取消の事例における事実上の公務員の法理は、公務員に対する年金受給権の保護がねらいと思われる。他方で、なされた行為の規範 (la règle du service fait) というものも認められている。これに基づき、年金受給権に関する上記解釈とは裏腹に、給与を受け取る権利に関して、コンセイユ・デタはいわば冷淡な態度を示す。すなわち、違法に職務から追放された公務員が、その処分の取消を得た場合に、追放されていた間に職務に就いていた公務員によってなされた役務を、追放されていた公務員がなしたものとみなすことはできず、ある公務からの追放処分の取消を獲得した公務員は、別の公務員によってなされた職務に伴う給与の追加支給を求めることはできない<sup>97</sup>。もっとも、違法な追放処分に基づく損害賠償の請求は認められている<sup>98</sup>。

## (2) 申請に対する処分

許可拒否処分の取消は許可を意味しないと例示されるように、申請に対する処分の取消後、行政は当初の処分後に生じた法的・事実的要素をすべて考慮に入れたうえで再度審査し、当初の申請に応答する義務が生じるに過ぎない<sup>99</sup>。逆に、原告の申請を容れる形でなされた

---

<sup>91</sup> 同様の帰結として、ある公務員の任用処分の取消は、その公務員が参加した委員会の手続き上の適法性に影響を及ぼさないとされる (C.E., 24 juin 1953, Perchel, *Rec.*, p. 57)。

<sup>92</sup> R. Chapus, *op. cit.* (note 39), p. 1137.

<sup>93</sup> C.E. Sec., 20 mai 1960, Hennequin, *Rec.*, p. 352.

<sup>94</sup> J. Massot, *op. cit.*, pp. 122-123.

<sup>95</sup> C.E., 8 février 1995, Mme Robert, *D.A.*, 1995, n° 279 ; C.E. Sec., 16 mai 2001, Préfet de police, *Rec.*, p. 234, *A.J.D.A.*, 2001, p. 643, chron. M. Guyomar et P. Collin et p. 672, note A. Legrand. なお、有効なもののみなされる処分を理由とする損害賠償責任は発生しうる。

<sup>96</sup> C.E. Ass., 2 décembre 1983, Charbonnel, *Rec.*, p. 474, concl. M. Roux, *A.J.D.A.*, 1984, p. 76, chron. B. Lasserre et J.-M. Delarue, *G. Pal.*, 1984, p. 169, note B. Poujade, *R.D.P.*, 1985, p. 827, note J. de Soto ; Cf. R. Chapus, *op. cit.*, (note 39), p. 1137.

<sup>97</sup> C.E., 7 avril 1933, Deberles, *Rec.*, p. 439.

<sup>98</sup> R. Chapus, *op. cit.*, (note 39), pp. 1139-1141.

<sup>99</sup> J. Massot, *op. cit.*, p. 118. なお、申請者は再度の申請をする必要はない。

受益処分は、原則として行政は何らの行為義務をも負わない<sup>100</sup>。再度の審査においては、その時点で有効な法を適用しなければならないが<sup>101</sup>、既判事項の執行を妨げることをのみを目的とした行政立法が権限濫用により取り消されうることはすでに述べた通りである<sup>102</sup>。

### (3) 命令制定行為

ウェイルは、行政に作為義務を課すことのできない、すなわち、合目的性の評価の余地が残されている例としてまず、命令制定行為の取消に基づき代替りの命令を制定する行為を挙げる<sup>103</sup>。行政は常に公役務の組織・創設を自由に行うことができ、行政客体はこの点何らの権利も有さない。したがって、公役務の組織・創設を行う行政立法の取消は行政に改めて命令制定を行う義務を課すものではないという。もっとも、法律に基づく命令制定義務がある場合、命令制定行為は法的義務となるが、私人がそれを法的に強制する手段はないとされていた<sup>104</sup>。この点について、実は彼のテーゼの公表の前年に、法令の規定の施行のために下位規範による細則の制定が必要な場合、行政機関は当該細則の制定のために命令制定権限を行使することが義務づけられるという実体法上の原則が判例上認められていた<sup>105</sup>。したがって、法律の執行義務という前提がある場合に限り、行政機関は命令制定行為の撤回等の拒否処分の取消により、再度命令制定行為を行うことが義務づけられることになる<sup>106</sup>。

## 2 不整合処分の整序

### (1) 命令等適用処分

命令制定行為の取消は、理論的にはその適用個別処分の取消をもたらすことになる。この点につき、コンセイユ・デタは、1954年の判例により、権利創設的行為としての性質を有する適用処分であっても、出訴期間内に争われた場合のみ、取り消すことができるとの判断

---

<sup>100</sup> *Ibid.*

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 119.

<sup>102</sup> Par exemple, C.E., 13 juillet 1962, Bréart de Boisanger (*supra* note 18).

<sup>103</sup> P. Weil, *op. cit.*, (note 1), p. 52.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 53 は、この場合の命令制定行為の拒否処分は法律違反で取り消すべきであるとい、行政の独立という政策的規範 (*règle politique*) しかこの欠缺を説明していないと主張する。

<sup>105</sup> C.E. Sec., 13 juillet 1951, Union des anciens militaires titulaires d'emplois réservés à la Société nationale des chemins de fer français et de fer algériens, *Rec.*, p. 403. 興津・前掲注 40、118 頁参照。

<sup>106</sup> 再度、命令制定行為がなされなかった場合、改めて取り消される (C.E. Ass., 27 novembre 1964, ministre de l'Économie et des Finances c/dame veuve Renard, *Rec.*, p. 590)。Cf. J. Massot, *op. cit.*, p. 117.



を示し、これが確立した判例法理となっている。なお、ここでの適用処分は命令の適用処分に厳密に解されているわけではない。例えば、命令的性格を有し、訴訟の対象と解される規制通達 (la circulaire réglementaire) の適用処分をも含む<sup>107</sup>。したがって、大臣がある役務の廃止を通達により決定し、その通達がコンセイユ・デタにより取り消された場合、その通達に基づくりセ (高校) の校長の当該役務廃止個別処分は、通達の取消の結果として取り消される<sup>108</sup>。あるいは、都市計画区域における建築許可 (permis de construire) がなされた (あるいはなされなかった) あとで、当該都市計画が取り消された場合が挙げられる。建築許可は都市計画の適用処分ではないものの、建築許可を可能なものとするため特別に規定された都市計画上の違法な規定が取り消された場合にのみ、結果としての取消が認められる<sup>109</sup>。したがって、都市計画の取消が、「係争建築許可の付与を可能とすることを目的とする規定の違法性」以外による場合 (例えば、策定作業部会の委員構成の瑕疵に基づく違法性によって取り消された場合)、建築許可の取消は帰結されない<sup>110</sup>。

## (2) 先行行為と後行行為

不整合処分には、上記のような適用処分とまでは言えないものの、影響を被る処分として、先行行為—後行行為の関係も観念しうる。例えば、協議整備区域 (zone d'aménagement concerté: Z.A.C.) の策定計画は、その公示から2か月以内に区域計画が認可されない限り、失効する (caduque) という都市計画法典の規定に基づく限り<sup>111</sup>、認可された区域計画の取消は、その策定計画の法的基礎を失わせるものであり、策定計画なしに再び認可された第二次区域計画は、第一次区域計画の取消の結果として、取り消される<sup>112</sup>。

あるいは、公務員の暫定統合措置 (intégration) のアレテの手続き上の瑕疵に基づく取消の結果、それに基づく昇進名簿と、昇進名簿に基づく公務員への処分 (再格付け・昇進等)

---

<sup>107</sup> R. Chapus, *op. cit.*, (note 39), p. 1132.

<sup>108</sup> C.E., 1<sup>er</sup> avril 1949, Chavenau et aures, *Rec.*, p. 161.

<sup>109</sup> C.E. Sec., 12 décembre 1986, Société Gepro, *Rec.*, p. 282 ; *A.J.D.A.*, 1987, p. 275, concl. C. Vigouroux. 事案の詳細につき、参照、亘理格『行政行為と司法的統制——日仏比較法の視点から』(有斐閣、2018年) 278-279頁〔初出、2015年〕。なお、同じく都市計画法制にかかる問題として、公益認定—収用裁決の関係が存するが、これは非法規命令的な先行行為の問題と解されている (同 259頁参照)。

<sup>110</sup> C.E., 28 janvier 1987, Association Comité de défense des espaces verts, *Rec.*, p. 20. 事案の詳細につき、参照、亘理・同上、279-280頁。

<sup>111</sup> R. Chapus, *op. cit.*, (note 39), pp. 1129-1130.

<sup>112</sup> C.E., 10 juin 1988, SCI de la ZAC de Villarceau, *Rec.*, p. 240 ; *A.J.D.A.*, 1988, p. 443, chron. M. Azibert et M. de Boisdeffre.

を決定するアレテが取り消される<sup>113</sup>。たとえ、適式に暫定統合措置ないし特別任用をやり直したとしても、同じ帰結に至るとしても、すなわち、同じ人物が特別任用され、昇進名簿の作り直しが無駄だとしても、そのように解される。論告担当官は、以上に鑑みて、既判事項の柔軟な適用 (*interprétation souple de la chose jugée*) を提案したが、コンセイユ・デタはこれに従わなかった。なお、同じ公務員分野における公職追放 (*épuration*) 処分は、引退措置 (*mise à la retraite*) の決定的理由の一つであることを理由に、引退措置を公職追放処分取消の結果として取り消したものがあるが<sup>114</sup>、これは後述の関連性審査として微妙なものであるとも言われる<sup>115</sup>。

なお、公益認定 (*déclaration d'utilité publique*) ないし収用裁決 (*arrêté de cessibilité*) と収用命令 (*ordonnance d'expropriation*) の関係もこの類型として考えられる<sup>116</sup>。収用命令は司法裁判所の行為であるために、注意を要するが、ポイントは先行行為の取り消されるタイミングである<sup>117</sup>。すなわち、収用命令が下される前にその準備行為が取り消された場合、司法裁判官は収用を命じることを拒否しなければならない。もっとも、コンセイユ・デタでの審議期間を考えると実際は稀であるという。つぎに、破毀申立ての審理中など、収用命令が確定的となっていない場合、所有者は収用命令の破毀を獲得する。最後に、収用命令が確定している場合であり、実際にこの場合が最も多い。この場合に所有者に満足を与えることはできないことになる。

### (3) 競合する個別処分

時間的な連関というよりも、同時期に競合する処分が下された場合も問題となりうる。例えば、土地の区画整理 (*remembrement foncier*) の分野において、コンセイユ・デタは、所有者への土地の割り当て処分の取消は、原告の割り当ての修正を保障するために必要な限りで、第三者の既得の権利 (*droits acquis*) を再考に付す効果を有すると判断する<sup>118</sup>。あるいは、配置転換につき、一方の要素の取消は他方の要素の結果的取消を招くとされる<sup>119</sup>。このように競合する個別処分の場合には、相互の関連性が認められ、かつ第三者の既得の権利を侵害しない限りにおいて、規整する義務が行政に生じるものと解されている。

---

<sup>113</sup> C.E., 4 mars et 16 juin 1949, Trèbes, *Rec.*, p. 105 et 753 ; *S.*, 1950, III, p. 20. あるいは、任用デクレに基づく委託 (*délégation*) のデクレも前者の取消の帰結として取り消される (C.E., 4 juin 1982, Association des administrateurs civils du ministère des affaires culturelles, *Rec.*, p. 210 ; *A.J.D.A.*, 1982, p. 603, concl. M. Roux)。

<sup>114</sup> C.E., 17 décembre 1948, Bezombes, req. n° 82609, *Rec. Table.*, p. 600.

<sup>115</sup> P. Weil, *op. cit.*, (note 1), p. 197.

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 208 et s.

<sup>117</sup> 伊藤・前掲注 82、267-274 頁が詳しい。

<sup>118</sup> C.E., 11 décembre 1970, Schwetzoff, *Rec.*, p. 765.

<sup>119</sup> C.E., 2 avril 1938, Botton (*supra* note 20).

#### (4) 分離しうる行為と本体行為

行政契約や土地収用において、その一部の行為を切り出し、越権訴訟の対象とすることを可能とするフランス法理論すなわち分離しうる行為の理論 (théorie de l'acte détachable) は周知の通り、越権訴訟のひとつの特徴的な理論であるが、分離しうる行為の取消が本体行為ないし他の行為の規整義務をもたらしうるかが既判事項の権威におけるひとつの論点となる。この点、伝統的な原状回復義務の判例法理は、否定的にとらえる。したがって、競争入札の公告 (appel d'offres) や入札 (adjudication) の手続から候補者を省く処分取消は、手続全体を再び問題とするものではない<sup>120</sup>。契約に関しても同様であり、契約行為のうち行政による一方的行為、すなわち契約締結に先立つ諸行為 (議決機関の議決、契約の承認等) および締結行為 (契約締結決定、署名行為) を取り消したとしても、契約本体の帰趨には直ちに影響を及ぼさない。その理由は明白であった。コンセイユ・デタは分離しうる行為の適法性の裁判官であり、契約裁判官ではない。契約裁判官は当事者間に残されており、契約の有効性を審査する権限を有するのは契約裁判官であるからである<sup>121</sup>。ウェイルはこの点、契約の準備行為に対する越権訴訟の不受理を克服し、体系的に精緻になされた理論として評価する一方で、違法な行為に基づく行為の維持の不合理性を訴える。すなわち、分離しうる行為を越権訴訟の対象とすることにより、この理論の意義を保ちつつ、この取消の結果として契約作用全体の無効を導くべきであると述べていた<sup>122</sup>。

### 3 事実行為

事実行為としての原状回復が問題となることもある。最も先鋭的な問題は、公の工作物の建築許可が違法とされた場合に、改修・解体工事を原状回復義務に含めるか否かである。これに対し、フランス法は古くから、否定的な解答を与えてきた。いわゆる公の工作物の不可侵の理論 (théorie de l'intangibilité de l'ouvrage public) である<sup>123</sup>。この理論の起源は古く、

---

<sup>120</sup> C.E., 13 juillet 1965, *Sieur Monti, Rec.*, p. 438.

<sup>121</sup> P. Weil, *op. cit.*, (note 1), p. 203 は、契約の分離しうる行為の越権訴訟への係属を認めた 1905 年マルタン判決 (C.E., 4 août 1905, *Martin, Rec.*, p. 749 ; *S.*, 1906, III, p. 49, note M. Hauriou) のロミウ論告などがこの立場であるとする。ロミウの論告および分離しうる行為の理論に関して、亘理・前掲注 109、60 頁以下〔初出、1983-1984 年〕、橋本博之『行政訴訟改革』(弘文堂、2001 年) 97 頁以下参照。

<sup>122</sup> P. Weil, *op. cit.*, (note 1), p. 206.

<sup>123</sup> 後掲 129 の判例までのこの法理の状況を分析したものとして、伊藤・前掲注 82、286-299 頁がある。同 287 頁によれば、この法理は、取消判決後の原状回復の場面に限られず、むしろ行政行為なしに工事などの事実行為がなされた場合、すなわち「暴力行為 (voie de fait) の理論」の典型事例について適用されることのほうが実際に多い。

19世紀前半にまで遡る<sup>124</sup>。「違法に設置された公の工作物は壊れない (Ouvrage public mal planté ne se détruit pas)」という古い法諺の通り、違法とされた公の工作物は、私的所有者の権利を犠牲にしてでも、改修・解体 (démolition) を免れることができるとされる<sup>125</sup>。この法理は、司法裁判官に対しても及び<sup>126</sup>、司法裁判官は権利を剥奪された所有者への損害賠償を認めるにとどまることから、「間接収用 (expropriation indirecte)」や「事実上の収用 (expropriation de fait)」とも呼ばれた。この点に関わり、かつての学説は、公の工作物の運営に基づく一般利益に加え、財政上の利益 (intérêt financier) をも不可侵原則の正当化理由に挙げていた点が注目される。すなわち、間接収用によれば、収用の複雑な手を省くことができるというのである<sup>127</sup>。さらに、正当化理由に挙げられることが多かったのが、活動行政と行政裁判所の分離独立原則であった<sup>128</sup>。そもそもアンジョンクシオンが禁じられていることにより、除却命令は不可能と解されていたのである。

その後、1991年コンセイユ・デタ判決<sup>129</sup>によって、公の工作物の改修・解体の拒否に対し、評価の明らかな過誤 (l'erreur manifeste d'appréciation) の統制が可能となるが<sup>130</sup>、いかなる場合に、公の工作物の不可侵原則の例外として、改修・解体の義務が生じるのかは不明瞭なままであった<sup>131</sup>。

---

<sup>124</sup> 第1章で述べた留保裁判、委任裁判を問わず、認められてきた。Par exemple, C.E., 29 juin 1842, Oruvost, *Rec.*, p. 323 ; C.E., 19 juillet 1843, Sarreins, *Rec.*, 641 ; C.E., 7 juillet 1853, Robin de la Grimaudière, *S.*, 1854, III, p. 213 ; C.E., 20 avril 1883, de Bastard, *Rec.*, p. 367.

<sup>125</sup> *E.D.C.E.*, n° 37, 1985-1986, p. 204 は、工事が終わっている以上、執行されていないのは確かだが、違法な建築許可の取消判決後、コンセイユ・デタ調査部 (第3章参照) は何もできないことを悔しがっている。同様に、所有権の侵害の観点から難じるものとして、P. Sablière, note, sur C.E. Sec., 29 janvier 2003, Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans, *Rec.*, p. 21, concl. C. Maugüé ; *A.J.D.A.*, 2003, p. 786. このような帰結が、我が国でいう事情判決の制度と酷似することは夙に指摘されている (阿部・前掲注3, 293頁 [初出、1968-1969年])。

<sup>126</sup> C. Maugüé, concl. *préc.*, (note 125), *R.F.D.A.*, 2003, p. 478. なお、行政にはこの原理は課されておらず、除却処分も自由に行うことができると考えられていた (*Ibid.*, p. 479)。

<sup>127</sup> Cf. *Ibid.*, p. 479.

<sup>128</sup> *Ibid.* 伊藤・前掲注82、295頁はしかし、暴力行為理論によってすでにアンジョンクシオンを行使している司法裁判所については十分な説明にはならないことをも指摘する。

<sup>129</sup> C.E., 19 avril 1991, Époux Denard et Martin, *Rec.*, p. 148 ; *C.J.E.G.*, 1992, p. 75, concl. H. Toutée.

<sup>130</sup> もっとも、この判決は、雨水排水溝の撤去請求に対する拒否処分につき、評価の明らかな過誤はなかったと判断した。

<sup>131</sup> 司法裁判所がこの法理に限定をかけようとしていたことにつき、cf. C. Maugüé, concl. *préc.*, (note 125), *R.F.D.A.*, 2003, p. 479. 1994年破毀院大法廷判決は、水力発電所ダムの設置の違法性が問題となった事案につき、「所有権の移転は、収用の正規の手続を経ない限りすることは許

## II 義務の確定基準——結果としての取消の審査基準——

以上の義務の種類から明らかなように、Iの類型に当たる「取り消された行為に代替する行為」を行うに際しては、反復行為の禁止に違反しないことと、IIの不整合処分との調整が必要となるのであり、原状回復の最大の問題は不整合処分の取消基準にあるといっても過言ではない。不整合処分は前述の通り、結果としての取消の対象となりうる行為であり、ここではその判断基準を分析する。端的にいえば、不整合処分との関連性を有し（1）、規整することの許される期間内に争われ（2）、不整合処分が権利創設的行為である場合には、不整合処分と権利創設的行為との衡量が必要となる（3）。なお、コンセイユ・デタは、権利創設的行為であるかも、不可争化しているかどうか、メルクマールとしない立場を示したことがあるが<sup>132</sup>、今日では、権利創設的行為か否かと不可争化の基準を全く用いないこのような立場は放棄されたと言われている<sup>133</sup>。

### 1 関連性の審査

取り消された行為と関連性を有さない限り、不整合処分とはみなされえないことは自明である。すなわち、結果としての取消には、まずもって、「第一の行為の取消が第二の行為の無効（nullité）を必然的にもたらすに足る関係（lien）<sup>134</sup>」が必要となる。分離しうる行為と本体行為の間で取消の帰結としての関係を遮断するのはその好例である。1965年の公契約に関する判例に関しては、公契約の割り当ては何らの権利を構成するものでもないとして後述する権利利益の審査による遮断も可能とされる<sup>135</sup>。関連性審査をクリアしない場合には、「独立に（de manière indépendantes）適法性を判断されるべき複数の個別処分を構成する」と判示されることになる<sup>136</sup>。

この審査の分析を試みた者に P. ウェイルがいる。曰く、服従関係（Rapport de subordination）・因果関係（Rapport de causalité）・包括関係（Rapport d'intégration）の三つの関係に分類しうる<sup>137</sup>。法規範の階層において、取り消された行為に基づくものと定義

---

されない」と判示し、所有権の移転を認めた下級審判決を断じた（Cass. Ass. Plén., 6 janvier 1994, Consorts Baudon de Mony c/ EDF, *A.J.D.A.*, 1994, p. 329, note R. Hostiou）。

<sup>132</sup> C.E., 21 novembre 1962, Pelbois, *Rec.*, p. 624. もっとも、行政法学でめったに用いられないという失効という語を用いることで、遡及性の有無を含め、曖昧さを残した点がこの判決を孤立したものにしたといわれてもいる。Cf. Girardot et Raynaud, *chron. préc.*, (note 78), p. 957.

<sup>133</sup> Girardot et Raynaud, *ibid.* ; Ch. Devy, *concl. sur C.E. Ass.*, 11 mai 2004, *Association AC !*, *Rec.*, p. 197, *R.F.D.A.*, 2004, p. 463.

<sup>134</sup> J. Massot, *op. cit.*, pp. 113-114.

<sup>135</sup> Girardot et Raynaud, *chron. préc.*, (note 78), p. 953.

<sup>136</sup> Par exemple, C.E., 18 mai 1990, *Association Radio Panoramas*, *Rec.*, p. 127.

<sup>137</sup> P. Weil, *op. cit.*, (note 1), p. 185 et s.

された服従関係には、本稿でいう「命令とその適用処分」が専らあてはまる。因果関係は、B なしに A が存在しないもので、服従関係を除いたものとされる。本稿でいう「先行行為と後行行為」「競合する個別処分」がおおよそあてはまる。これに近い類型を示すのが、シャピユの「第一の措置の適用処分ではないが、論理的に関連し (s'enchâne à)、分離しえない第二の措置<sup>138</sup>」という整理であり、この整理によれば、同一法制に基づく処分か否かがひとつの基準たりうる<sup>139</sup>。最後の包括関係は、契約や試験、公益認定をとりわけ難しい問題として例示したうえで、「一連の行政行為の中で、ある中心的な行為があり、それを目指す別の行為あるいはそのためになされた別の行為がある場合で、これらの行為全体がひとつの法的活動 (opération juridique) を形成する」場合を指すという。ここで興味深いのは、オーリウの手続的作用 (opération à procédure) を分析の道具として用いているということである<sup>140</sup>。論理的に相互に独立した各行為の結びつきを、断ちがたい関係 (lien indiccoluable) とみなすうえで、オーリウの「執行的行為 (acte exécutoire) の状態」と「執行された行為 (acte exécuté)」の対置および「法的行為 (acte juridique)」と「法的事実 (fait juridique)」の対置を引き合いに出す。「各段階において、限られた執行の効力を備えたある行為は、ある事実になり、第二の執行の効力を備えた行為がそれに同意する。行為と事実の双方が機能する全体の作用が完遂し、固有の執行の効力を生じさせるまで、この現象は続く。…各行為は先立つ行為により創出された法 (doirt) ではなく、事実に基づく<sup>141</sup>」。このようにして定義づけるものの、判例の変化による多くの未知の概念が我々をひどく混乱させ、かつ発展の終着は見えないと指摘していた<sup>142</sup>。

ここでのいう関連性は、我が国でいう違法性の承継においても重要な論点をなすが、後者が、出訴期間を徒過したあるいは取消請求が棄却された先行行為の違法性を後行行為の主張に援用できるかが主たる問題であるのに対し、結果としての取消は、違法が認定され取り消された先行行為の帰結として後行行為が取り消されるかの問題であり、結果としての取消を認める行為の範囲のほうが狭く解されるというのは論理的に矛盾することになる<sup>143</sup>。したがって、違法性の承継が認められる関係にある行為は当然に結果としての取消が認められるといえよう。

---

<sup>138</sup> R. Chapus, *op. cit.*, (note 39), p. 1134.

<sup>139</sup> 異なる法制に基づく処分である場合、適当な関係の欠如 (faute de lien adéquat) が指摘される。取用裁決と建築確認 (C.E., 30 octobre 1987, Association pour la sauvegarde du littoral des communes de Crach et autres, *Rec.*, p. 900)、薬局用の場所としての建築確認と薬局開設許可 (C.E., 13 mai 1996, Dubois, *Rec.*, p. 176) が例として挙げられている。

<sup>140</sup> P. Weil, *op. cit.*, (note 1), p. 200 et s.

<sup>141</sup> *Ibid.*, p. 200.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 201.

<sup>143</sup> 亘理・前掲注 109、283 頁以下〔初出、2015 年〕をも参照。

## 2 期間の審査<sup>144</sup>

関連性の審査をクリアしたとしても、期間による制限が課せられる場合がある。裁判官による結果としての取消を獲得するには、不整合処分を出訴期間（2か月）内に提訴することが要件となる<sup>145</sup>。これは訴訟法上固有の制約に過ぎない<sup>146</sup>。もっとも、裁判官による取消の可能性と行政による取消の可能性とは理論的に区別されるものである。したがって、行政による職権取消制限法理が、より長い期間を職権取消可能期間と位置づけたならば、出訴期間徒過後においても行政による取消を期待しうる。ところが、20世紀末まで職権取消の制限はまさに出訴期間に係らしめられていたため<sup>147</sup>、不可争後の取消を原告が申し立てることができないのみならず、行政は取り消すことを禁じられることになる。この背景には、職権取消が争訟取消に代わるものであるという考えが働いていたように思われるが<sup>148</sup>、であるからこそ、行政は出訴された場合に取り消さなければならないという義務をも課せられると解されていた<sup>149</sup>。したがって、行政による取消がない場合に、裁判官による結果としての取消がなされることになり、出訴期間に争われずかつ行政による取消もなされなかった場合には、裁判官も行政も不整合処分を規整することはできなくなる。かかる期間の審査に基づく原状回復の遮断の好例は、命令制定行為の取消のその適用処分である。命令制定行為の取消による適用行為の帰趨は関連性が当然認められる一方で、出訴期間をメルクマールに裁判所・行政いずれによっても取り消すことはできないことが判例上確立しているこ

---

<sup>144</sup> 第3章でとりあげる CONSEIL・データ調査部が作成する CONSEIL・データ年次報告において、このように出訴期間を徒過したことで確定的となった処分を前に何らの救済もできないという判例法理は、確立したものとはいえ、不快感が残る (*laisse l'impression désagréable*) と綴っている (*E.D.C.E.*, n° 36, 1984-1985, p. 285)。

<sup>145</sup> なお、行政に対する異議申し立てをした場合、出訴期間は延長され、異議申し立てに対する棄却決定から2か月以内に原処分を争うことができる。もっとも、延長を繰り返すことはできない。

<sup>146</sup> Cf. J. Massot, *op. cit.*, p. 118.

<sup>147</sup> 参照、斎藤健一郎「フランス法における行政行為の職権取消（一）」自治研究 88 巻 8 号（2012 年）128 頁以下。

<sup>148</sup> 同上、134 頁、遠藤博也『行政行為の無効と取消』（東京大学出版会、1968 年）115 頁。

<sup>149</sup> 遠藤・同上、伊藤・前掲注 82、276 頁。仮に、原告の提訴後に行政が係争行為を職権により取り消した場合、免訴 (*non-lieu à statuer*) として、「もはや判決の余地なし (*il n'y a pas lieu de statuer...*)」という判決が下される。もっとも、撤回 (*abrogation*) にとどまる場合には免訴にはならない (R. Chapus, *Droit administrative général*, 15<sup>e</sup> éd., t.1, Montchrestien, 2001, p. 1154)。フランスにおける訴えの利益の問題と免訴の成否の問題については、伊藤・同 416 頁以下参照。

とはすでに述べた通りである<sup>150</sup>。

もっとも、既判事項の権威に基づく原状回復義務は職権取消制限を免れると解すること<sup>151</sup>は理論的には可能である。例えば、ウェイル曰く。

「出訴期間が徒過しても、取消判決が完全に執行されていない以上、職権取消の法的義務はあるが、法的秩序から抹消することを課されているのは行政である。…取り消された任用の結果として生じた昇進につき、ロディエール判決の論告は以下のように言っている。『これらの処分（昇進処分）はコンセイユ・デタに付託されず、コンセイユ・デタは審理する必要はなかった。したがって、結果として取り消すことはなかった。しかし、あなたがたの判断は暗黙の裡に、上告の日から判決の言い渡し日までの間になされたすべての行為の取消を含んでいるということができる。というのも、それらの行為は、あなたがたが明確に取り消した行政行為を基礎としているからである』<sup>152</sup>」。

かかる立場は次に述べる権利利益の審査においても、判例上見かけることのあるものであり、必ずしも学説上の主張にとどまるとは言い切れない。すなわち、確定的となった権利創設的行為であっても、それを取り消すことによる原状回復を優先させる判例は 20 世紀中葉の原状回復に係る判例を特徴づけるものでもあった。但し、権利利益の審査で述べる通り、この判断は職務の性質等に鑑みた例外的法理と位置づけられるため、原則的に職権取消制限法理を免れると解されていたとみるべきではない。むしろ、第 3 章で述べる通り、出訴期間を基準にした原状回復の遮断は、職権取消制限法理の転換にもかかわらず維持されていくとみることができる。すなわち、職権取消制限法理はその後、1997 年判決を転換期として出訴期間ではなく、処分時から 4 か月を基準とするようになり、21 世紀以降は、出訴期

---

<sup>150</sup> C.E., 3 décembre 1954, *Sieur Caussidéry et autres*, *Rec.*, p. 640 ; *D.*, 1955, p. 204, note Weil. この判決は以下のような事案であった。すなわち、命令の取消判決後、その適用個別処分は争われず確定したものの、行政がこれらの個別処分を取り消す形で原状回復を図ったところ、個別処分の受益者によるかかる措置の取消請求がなされた。判旨は、本件命令は取り消されたものの、原告に対する個別処分は出訴期間内に攻撃されておらず、したがって、当該原状回復措置（原告の降格決定）は原告の既得の権利を侵害するというものである。C.E. Sec., 1<sup>er</sup> avril 1960, *Sieur Quériaud*, *Rec.*, p. 245, concl. Henry は上記判決を踏襲した。これらの判例については、伊藤・同上、280-282 頁参照。なお、職権取消でなく、撤回であれば、後述する権利創設的行為ない限り、期間の制限なく可能である。

<sup>151</sup> 我が国においても、同じような主張は存在する。例えば、南博方編『注釈行政事件訴訟法』（有斐閣、1972 年）307 頁 [阿部泰隆執筆]。

<sup>152</sup> P. Weil, *op. cit.*, (note 1), p. 199.



間を徒過した後でも、4 か月までは職権取消が理論上可能であるということになる<sup>153</sup>。しかし、2007年判決<sup>154</sup>など、近時の判例においても出訴期間に争われなかったことをもって、権利創設的行為が「確定的 (définitives)」となったというロジックが用いられ、それにより不整合処分の取消が否定されているのである。

1995年以降の原状回復に係る判例法理の変更については、第3章で改めてとりあげるとして、ここでは、それ以前の伝統的な裁判的統制としての原状回復とりわけ期間の審査の分析から、少なくとも次の二点を指摘することができる。一方で、期間の審査による遮断は、法的安定性 (sécurité juridique) への配慮の表れと説明される<sup>155</sup>。他方で、行政による自発的な職権取消を待つよりも、原告による出訴を契機とした裁判所による紛争の解決の仕組みが20世紀前半から中葉にかけ発展・確立したといえる。今日でもなお、「既判事項が行政に課す義務は、≪裁判官のコントロールのもとで(sous le contrôle du juge)≫遂行される<sup>156</sup>」と説明されるように、あくまでも原状回復の担保を担うのは裁判官であるという意識をフランス法は内在させているように思われ<sup>157</sup>、その原型は、アンジョンクションが制度化された1995年よりはるかに古くから形成されていたことになる。

### 3 権利利益の審査

しばしば、不整合処分は第三者の権利を創設する性質を持つ。前述の通り、確定した権利創設的行為であれば、行政による取消はもはや許されないはずである。このように既判事項の権威と第三者の権利とが最も鋭く対立する局面において、「既判事項の権威が不可侵のドグマを獲得した時代<sup>158</sup>」とも言われる20世紀初頭から中葉までのコンセイユ・デタ判例は、この点において、ときに極めて厳格な原状回復を行政に突き付けている。確定的となった権利創設的行為の取消義務を既判事項の権威として導き出しているのである。

例えば、昇進名簿への記載の取消は、確定的になっていたとしても、昇進名簿全体およびそれに基づく行為すべてを、違法なものとし<sup>159</sup>、適性リスト (liste d'aptitude) への記載拒

---

<sup>153</sup> 斎藤健一郎「フランス法における行政行為の職権取消 (三)」自治研究 88 卷 10 号 (2012 年) 115 頁。1997 年判決による出訴期間と職権取消期間の相対化、2000 年法による出訴期間基準への回帰、2001 年判決によるその例外の確立について、参照、同 105 頁以下、同「フランス法における行政行為の職権取消 (二)」自治研究 88 卷 9 号 (2012 年) 133 頁以下。

<sup>154</sup> C.E., 10 janvier 2007, Grass et autres, *A.J.D.A.*, 2007, p. 119.

<sup>155</sup> G. Braibant, *op. cit.*, p. 57 ; R. Chapus, *op. cit.*, (note 39), p. 1130.

<sup>156</sup> R. Chapus, *ibid.*, p. 1124.

<sup>157</sup> J. Massot, *op. cit.*, p. 125 は、論攷の最後を「〔適法性の原理という〕フィクションが耐えられないものとならないよう、適時に裁判官が判断を下すことによって、判決の執行における困難の多くが解決することはまちがいない」という指摘で締めくくっている。

<sup>158</sup> P. Weil, *op. cit.*, (note 1), p. 169.

<sup>159</sup> C.E. Ass., 4 février 1955, Sieur Marcotte, *Rec.*, p. 70.

否処分の取消も同様である<sup>160</sup>。あるいは、公務員の暫定統合措置 (intégration) のアレテの手続き上の瑕疵に基づく取消の結果、それに基づく昇進名簿と、昇進名簿に基づく公務員への処分 (再格付け・昇進等) を決定するアレテが取り消される<sup>161</sup>。論告担当官による既判事項の柔軟な適用 (interprétation souple de la chose jugée) の提案が斥けられたことはすでに紹介した通りである。これらの事例を一見して明らかな通り、すべて公務員のキャリアに関わる。すなわち、ロディエール判決で示された原告の通常のキャリアを享受する権利 (droit à bénéficier d'une carrière comportant un avancement normal) が強く保障されていることになる<sup>162</sup>。バルビエ判決は、これらのロジックをさらに推し進め、違法に退けられた公務員のキャリアの回復のために、一定の状況において、キャリアの論理的な発展が職団の変更に至る可能性がある限りにおいて、職団の変更をもたらす内部試験に当該公務員が合格する機会があるか否かの評価まで行政は義務づけられるとしたのである<sup>163</sup>。したがって、しばしば問題となる任用処分の取消は、キャリアの展開の根幹として、それに基づく行為の厳格な規整を義務づける<sup>164</sup>。もっとも、公務に入る権利は認められない<sup>165</sup>。取り消された行為が公務に入るための行為である場合、取消しにより当事者は行政の外側に置かれるのであり、採用されるべき権利というものを主張することはできないことになる<sup>166</sup>。

加えて、強力な原状回復義務が是認された例として、1949年ヴェロン・レヴィーユ判決がある<sup>167</sup>。当時ボルドー第一審裁判所裁判官であったヴェロン・レヴィーユ氏に対する職権による引退措置 (mise à la retraite) を命じたアレテをコンセイユ・デタが取り消したの

---

<sup>160</sup> C.E., 25 mai 1979, Secrétaire d'Etat aux Universités c/ Mme Tolédano-Abitbol, *Rec.*, p. 228. R. Chapus, *op. cit.*, (note 39), p. 1130 は、既得の権利を尊重する近時の傾向に対する過去の判例としてこの判決を引く。

<sup>161</sup> C.E., 4 mars et 16 juin 1949, Trèbes, *Rec.*, p. 105 et 753 ; *S.*, 1950, III, p. 20.

<sup>162</sup> かかる論理に基づく判決として、ほかに、C.E. Sec., 20 janvier 1956, Nègre, *Rec.*, p. 24 ; C.E., 4 novembre 1960, Faivre et autres, *Rec.*, p. 120 などが挙げられる。Cf. J. Massot, *op. cit.*, pp. 119-120.

<sup>163</sup> C.E., 13 juillet 1956, Barbier (*supra* note 79). 但し、大学の教授職団 (corps des professeurs) に至るために准教授が受けるような内部試験を再び設ける必要はない。任用試験と同様、職団の変更を受ける権利までも公務員が有しているとはいえないからである (Girardot et Raynaud, *chron. préc.*, (note 78), p. 957)。

<sup>164</sup> C.E. Sec., 3 novembre 1995, Velluet, *Rec.*, p. 389 ; A. de Laubadère, J.-C. Venezia, Y. Gaudemet, *op. cit.*, (note 85), p. 553. 前掲注 160 と同じく、既得の権利を尊重する近時の傾向に対する過去の判例としてこの判決が引用されている。

<sup>165</sup> Girardot et Raynaud, *chron. préc.*, (note 78), p. 953.

<sup>166</sup> *Ibid.*, p. 958.

<sup>167</sup> C.E. Ass., 27 mai 1949, Véron-Réville, *Rec.*, p. 246 ; *G. Pal.*, 1949, p. 34, concl. R. Odent ; *S.*, 1949, p. 81, note Delpech.

ち、同氏をリモージュ裁判所の裁判官に任命したデクレの取消請求が付託された。コンセイユ・デタ曰く。

「同判決は…必然的に、行政にとって、違法に職を剥奪されたその時点と同じ職 (emploi) に復職させる (réintégrer) させるという義務を含むものである。ヴェロン・レヴィーユ氏の復職に際し、同じ裁判所に空いているポスト (poste vacant) がない場合、原告の後任を指名したデクレを取り消す (rapportant) ことによって、そのポストを生み出す (provoquer) ことは管轄機関の責任である。一方で、決して空くことはなかったとみなされるべきポストに違法に任命された裁判官 (magistrat)<sup>168</sup>に影響を及ぼし (affectant)、他方で、憲法上保障された司法裁判機関の裁判官 (les magistrats du siège) の終身制 (l'inamovibilité) をおよそ侵害することなく、真の保持者 (titulaire) を復職させるかかる措置は、適法に任命された唯一の裁判官に、割り当てられていた裁判官席 (siège) の保持を保障することで、かかる本質的規範が必然的に含むところの帰結を導き出すという以外の効果を有するものではない。かくして、リモージュ第一審裁判所への任命デクレは違法であり、原告の主張は正当である。」

この帰結を導き出した鍵は、憲法上保障されていたところの司法裁判機関の裁判官 (les magistrats du siège) の終身制の規範 (règle d'inamovibilité) であると言われる通り、職務の性格 (nature des fonctions) に基づく特異な例と位置づけられている<sup>169</sup>。行政は、原則として、追放処分時と同一の職に関係者を割り当てることまで義務づけられるわけではなく、警察巡査長のケースにつき、コンセイユ・デタは「職務の性格を鑑みるに、巡査長の定員削減 (dégagement des cadres) の取消は、行政にとり、かつてと同一の職に再配置 (réintégrer) する義務をもたらすものではない」と判断している<sup>170</sup>。視学官 (inspecteur d'académie : 教員の監督等を行う県の行政官) についても、同様である。すなわち、行政裁判所により取り消された追放措置の対象となった公務員は、取消判決の執行として、原則として、かつてと同一の職ではなく、同一の階級 (cadre) における同一の職階 (grade) の職への再配置を主張できるにとどまる<sup>171</sup>。このように、追放処分の取消の事案において、か

---

<sup>168</sup> 精確には、「司法官」。司法職団 (corps judiciaire) に所属する裁判官と検察官を包括する総称で、当事者によって選任される仲裁人 (arbitre) が裁判官 (juge) ではないが、司法官 (magistrat) であるとされるように、裁判官に限られない射程を持つが、ここでは裁判官の事案であることと説明の便宜上、「裁判官」と訳している。

<sup>169</sup> J. Massot, *op. cit.*, p. 124 ; G. Braibant, *op. cit.*, p. 58. 国立劇団であるコメディ＝フランセーズの支配人という特殊な職についても、同様の帰結が導かれている (C.E., 1<sup>er</sup> décembre 1961, Bréart de Boisanger (*supra* note 19))。

<sup>170</sup> C.E., 3 janvier 1958, Dejean, *Rec.*, p. 3.

<sup>171</sup> C.E. Sec., 16 octobre 1959, Guille, *Rec.*, p. 316.

つての職への再配置が義務的となるのは、職務の性質がそれを要求する限りにおいてである<sup>172</sup>。

以上の通り、専ら公務員の分野で権利利益の審査は行われており、原告の通常のキャリアを享受する権利がこの当時強く保護され、また特別な職務に就いていた公務員に関しては同時と同一の職に就く地位が保障されていたといえる。このように第三者の既得の権利保護よりも原告の権利保護を優先させた事例としては、土地の区画整理の分野で、コンセイユ・デタは、所有者への土地の割り当て処分の取消は、原告の割り当ての修正を保障するために必要な限りで、第三者の既得の権利を再考に付す効果を有すると判示したものが挙げられ<sup>173</sup>、これは原告の有する所有権の尊重により説明されている<sup>174</sup>。第三者の既得の権利のほか、事実上の公務員の法理で述べた通り、公役務の継続性を保護することもまた原状回復に優先されることがあるといえよう<sup>175</sup>。

### 第3款 損害の賠償

ここまでは、再度の取消判決を用いたサンクションを取り上げ、論じてきたが、裁判的統制はこれだけに限られない。既判事項に違反したという行政の違法な行為をつかまえて、それに基づく損害賠償を請求することも原告にとって可能である。これは、20世紀初頭からコンセイユ・デタに基づき確立した判例法理のひとつである<sup>176</sup>。なお、取り消された違法な処分そのものに起因する損害と、既判事項への違反による損害は別ものであり、それぞれ

---

<sup>172</sup> G. Braibant, *op. cit.*, p. 58 は終身制の規範を有する司法裁判官、大学正教授 (chaire) の資格を有する高等教育の教授 (professeurs)、独自の職に就く公務員を例示として挙げ、強制異動 (左遷) (déplacement) の場合も同様であるという。

<sup>173</sup> C.E., 11 décembre 1970, Schwetsoff (*supra* note 118).

<sup>174</sup> Girardot et Raynaud, *chron. préc.*, (note 78), p. 953. もっとも、原告の所有権が必ずしも優先されるわけでないことは、公の工作物不可侵の原則から明らかである。

<sup>175</sup> 公役務の継続性が害される場合でないと事実上の公務員の法理は適用されない。すなわち、違法な構成の組織による諮問のあとの行為や、違法な委任に基づく行為は違法となると判断されている。これらの場合、公役務の継続性は侵害されず、第三者の権利利益も問題となっていないからと説明されている (J. Massot, *op. cit.*, p. 123)。

<sup>176</sup> J. Chevallier, L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur, *A.J.D.A.*, 1972, p. 69 ; P. Weil, *op. cit.*, (note 1), p. 169 によれば、最初期の事例として、C.E., 10 mars 1905, Berry et Chevallard, *S.*, 1907, III, p. 65, note Hauriou ; C.E., 23 novembre 1906, Bichambis, *S.*, 1907, III, p. 65 ; C.E., 20 janvier 1911, Delpech, *Rec.*, p. 53 などがある。

要件を満たす限りにおいて請求が許される<sup>177</sup>。1910年ファブレグ判決<sup>178</sup>のように、違法な執行が繰り返される場合、あるいは原状回復が事実上不可能である場合、金銭的賠償が唯一の執行手段となる意味において最終的なサンクションとも言われるのであった<sup>179</sup>。

## 第1項 判例の展開

考察のはじめとして、より厳しくフォート (faute) が認定されるようになったと指摘されている<sup>180</sup>二つの判決を例に、具体的な事案に対しいかなる判断が下されるのかを示しておこう。

一方で、1952年ロンム判決<sup>181</sup>において、コンセイユ・デタは、ロンム氏に対する戦争省大臣補佐の各処分（同氏のキャリアを回復する権利を否定するもの）を取り消し（1950年判決）、同大臣補佐が当該取消判決の通知を受け取った日から2か月以内に、同氏が適法に主張しうる再格付けおよび昇進のために有益なあらゆる処分をとるべく、同大臣補佐の前に同氏を差し戻した（権利実現のための差し戻し）。そして、上記期限の徒過まで、同氏による損害賠償請求に関する審理を延期していた。期限に至り、コンセイユ・デタは次のような判断を下す。曰く。

「 コンセイユ・デタ 1950年判決は、1946年2月15日に言い渡された職権に基づく引退措置の取消の結果としてロンム氏が有するところのキャリアを回復する権利を、違法に否定したことを理由に、戦争省大臣補佐の各処分を取り消し、同大臣補佐の前に同氏を差し戻した。

与えられた期間内に判決を執行するでも、役務に従事した同僚のキャリアに鑑みた通常

---

<sup>177</sup> Par exemple, C.E., 27 janvier 1937, Laurent, *Rec.*, p. 124. この事案では、原告医師の国家役務へのあらゆる参加を認めない処分の取消判決後に、原告による判決の執行の申請を無視した行政の黙示的拒否処分に基づく賠償請求が認められた。すでに、前訴判決で取り消された処分に基づく賠償請求が別の裁判所により認容されていたが、このことは、行政が前訴判決の執行に必要な措置を執らなかつた場合に、新たに賠償請求することを否定するものではないと判示している。また、C.E. Ass., 27 mai 1949, Véron-Réville (*supra* note 161)は、違法な引退措置（取り消された処分）に基づく損害と同時に、判決執行が遅延した場合の損害をも賠償する必要があることを示した。すなわち、取り消された処分そのものに基づく賠償、既判事項に反する執行措置ないし適切な執行措置の履行の遅滞に基づく賠償とが認められていることになる。

<sup>178</sup> C.E., 23 juillet 1909, C.E., 22 juillet 1910, Fabrègues (*supra* note 3).

<sup>179</sup> P. Weil, *op. cit.*, (note 1), p. 252.

<sup>180</sup> G. Vedel, *Droit Administratif*, 6<sup>e</sup> éd., PUF, 1976, p. 540.

<sup>181</sup> C.E., 4 janvier 1952, Lhomme, *Rec.*, p. 15. 同様の判決として、C.E., 23 décembre 1954, Pinsan, *Rec.*, p. 694.

の昇進を同氏に保障するでもなく、大臣補佐は、意見書によるとキャリアの回復を拒み続けている。当該拒否は、…既判事項に違反し、国家の責任を生じさせる性格のフォートを構成する。

審理の結果、同氏のキャリアにおける評価および同僚の得た昇進に鑑みると、原告は、職権に基づく引退措置の対象となっていなければ、1946年7月1日以降第2階級の一般技師へと昇進し、その結果、第1階級の長たる技師の資格による引退の権利を認められるのではなく、1949年2月9日に軍参謀本部、第2セクションに配置されていたはずである。

1946年2月15日から1949年2月9日までの同氏の従事に基づく給料の喪失が、同期間の民間業務の従事による利益で補われていたとしても、原告はしかし、さまざまな困難、とりわけ違法なサンクションが彼に与えた評判および既判事項に反してキャリア状況の修正を拒否し続けたことの賠償を請求する理由がある。」

判示から明らかのように、この事案は、すでに原告から行政に対する原状回復請求がなされ、しかし、それを拒む大臣補佐という状況があり、当該拒否処分取消をも請求されていた。コンセイユ・デタがこれを取り消したうえで、期限を設け、権利実現のための差戻しを実施している点も興味深い事例であるが、ここまでの“謙譲”をもってしても行政による執行がなされなかったということこそ、コンセイユ・デタは重視しているように思われる。というのも、原告の状況を回復することを執拗に拒んだ (*refus persistant*) 点は、結果として賠償額の加重を導いたと言われているからである<sup>182</sup>。

他方で、1958年ゴモン商会判決<sup>183</sup>は次のような事案であった。すなわち、法律の解釈を誤り、原告会社を含む業種に対する税額減免措置を適用しなかったパリ市議会の議決がコンセイユ・デタに取り消されたあとで、パリ市は遡及的に原告会社に対し、税額減免措置を適用させるべきであったのにそれを懈怠する。かくして、原告会社は、それにより生じた商業上の損害 (*préjudice commercial*) に対する賠償請求を提起することになる。コンセイユ・デタ曰く。

「特定の納税者カテゴリーに法律を適用しないというパリ市議会の確固たる意思 (*volonté délibérée*) ゆえに、既判事項に反して、税務上の不平等が維持されている。…かくして、パリ市は賠償責任を生ぜしめる性格のフォートを犯した」。

---

<sup>182</sup> G. Braibant, *op. cit.*, p. 62 は、このように行政の犯したフォートの重大性を考慮に入れるとともに、前訴判決で取り消された係争行為そのものに基づくフォートと切り離して、違法な執行措置の性質を判断することによって、賠償額の加重が認められやすい傾向を指摘する。

<sup>183</sup> C.E., 21 février 1958, Société nouvelle des établissements Gaumont, *Rec.*, p. 124, *S.*, 1958, p. 281, *concl.* M, Jouvin.

以上のような損害賠償請求認容判決は極めて多く存在するが<sup>184</sup>、実は、必ずしも学説と判例の立場が一致していたわけでもない。項を改め、その点を明らかにしながら、損害賠償によるサンクションの意義を整理していくことにしよう。

## 第2項 意義と限界

判決の違法な執行態様を原因行為とする国家賠償請求認容判決の存在は、一方で、前述の越権訴訟に基づくサンクションを補完する機能を果たしうる（Ⅱ）。この点は、個人のフォートではなく、役務のフォートが採用されたことによってこそ説明されうるように思われる。他方で、判決の執行という具体の行為の具現化を究極の目的とする場合において、金銭的賠償に内在する課題も当然に指摘されることとなる（Ⅰ）。

### Ⅰ 間接的な制裁としての限界

行政による既判事項の執行を究極のゴールとする既判事項の権威の問題において、金銭的賠償はあくまでも副次的なサンクションにすぎないことは自明である。20世紀前半の学説もまた金銭賠償が判決の執行に實際上相当するものではなく、間接的な制約にとどまることを自覚する<sup>185</sup>。曰く、「損害賠償認容判決は、公権力に対し、直接的な強制を課しえない裁判官の無力を自白するものであり、公権力の財産に対する強制を課すにとどまるのである<sup>186</sup>」。この点は我が国の先行研究においても夙に指摘されているところである<sup>187</sup>。ほかに、金銭的賠償による解決を、行政に「法に従わぬ権利」を与えるものであると難じる論者や<sup>188</sup>、「越権取消に基づく作為義務が損害の賠償へと形を変える（*se résolvant*）」と説明する論者もいた<sup>189</sup>。

### Ⅰ 適法性の統制機能としての意義

しかるに、既判事項に反することを理由に認容される国家賠償請求訴訟にも重要な意義

---

<sup>184</sup> Par exemple, C.E., 19 octobre 1936, Malherbe et Renard, *Rec.*, p. 890 ; C.E., 27 février 1948, Peyriguey, *Rec.*, p. 97.

<sup>185</sup> P. Montané de La Roque, *op. cit.*, pp. 408, 401, 473.

<sup>186</sup> *Ibid.*, pp. 411-412.

<sup>187</sup> 阿部泰隆「事情判決制度」神戸法学雑誌 20 卷 3・4 号（1971 年）414 頁。

<sup>188</sup> J. Rivero, *Le Huron au Palais-Royal ou Réflexions naïves pour excès de pouvoir*, *D.*, 1962, chron. p. 39.

<sup>189</sup> G. Braibant, *op. cit.*, p. 62.

があるように思われる。それを示唆するのは、学説による個人のフォートの主張にもかかわらず、コンセイユ・デタが頑なに役務のフォートを基礎としてきたことである<sup>190</sup>。

### 1 学説の立場——個人的フォート (faute personnelle)

20世紀前半から中葉にかけ、学説の多数は個人のフォートに基づくサンクションを主張していた<sup>191</sup>。そのロジックは次のようなものである。

「公役務の通常的作用に基づくまともな (avouable) 実態である場合、役務のフォートでしかないが、そうでない場合、つまり、コンセイユ・デタ判決の執行を行政官が拒んだ場合には、悪意の証明は不要である。なぜなら、公務員は明らかに法律違反を犯しており、公務員は法に従うとみなす立法者の意思に反しているからである。かくして、当人は役務の外にあり、役務から切り離された行為を犯したこととなり、個人のフォートが認定される<sup>192</sup>」。

もっとも、その実際的な利点は、個人のフォートの認定に基づく執行への精神的圧力にあるように思われる。すなわち、ファブレグ判決の評釈において、オーリウは次のように述べていた。

「金銭的賠償によって公行政を非難することは、当該行政がその違反をなす故意を認められなければ、結局行き詰まることになる。…非難する (censurer) しかできないコンセイユ・デタと、既判事項の権威を尊重しない頑なに市町村の行政官の間の決闘において、コンセイユ・デタは初めから負けている (d'avance vaincu)。…我々は行政訴訟の窮地 (impasse) に陥っている。公行政に対して、既判事項の権威を保障するために用意されたサンクションは存在しない。行政が自発的に執行することを行政のメンツにかけて約束するならば、サンクションの欠如は不都合を生じさせない。しかし、行政はときに狡猾に立ち回り、言い逃れをし、抵抗する。作法への関心はもはやなく、是が非でも成功させようとする。この種の不誠実が市町村固有のものと考えべきではない。県においても見られる。…これはコンセイユ・デタに対する官僚の反乱 (insurrection) である。訴訟が完全に整備されていること、そして、なによりもまず、既判事項の権威が活動行政により保障されることが必要なのである。いかにして、既判事項の権威の行政による執行を確保できるか。これがまさにファブレグ事件という些細な事件が提示した重要な問題である。判例上の解決策はごくシンプルに

---

<sup>190</sup> 下級審判決には個人のフォートに基づく判決もあったようである。Cf. J. Allier, *op. cit.*, p. 118.

<sup>191</sup> A. Mestre, *op. cit.*, p. 78.

<sup>192</sup> J. Allier, *op. cit.*, p. 118 et s. ; A. Mestre, *ibid.* も行政の職務と関係のない目的に着目し、個人のフォートを結論付ける。



思われる。すなわち、判決を執行しないという個人の所為 (fait personnel) を、既判事項の執行の責任を負う公務員 (administrateur) は行ったとみなすということである。この解決策の実際の効果は不確かではない。…理論的に見て、この解決策は容易に正当化しうるように思われる。このフォートが行政的であり、行政の責任を生じさせる性格のものであるかが問題となる。行政的フォートとすることには支持できない。フォートは、行政のまともな実践 (pratiques avouables) に結びつく場合にのみ、行政的となる。…しかし、判決の執行を懈怠し、拒否する公務員は、もはや公務の中には位置づけられない。当該所為は行政的とは認めがたいために、彼は個人の所為をなしたことになる。…個人責任を認めなければ、サンクションは存在しなくなる。法律上当然に (de plano) 既判事項を執行しない公務員の個人的所為を認めるべきである<sup>193</sup>」。

オーリウが言うように、ここでは、いわゆる“役務関連性”を否定することによって、個人のフォートの認定が許される場合であることを論証するものである。公務員への心理的負担を懸念しつつ、同じ論理展開をもって、個人のフォートによるサンクションしか方法がないという主張は、L.デュギーにおいても変わらない<sup>194</sup>。曰く。

「公務員個人の責任 (responsabilité personnelle du fonctionnaire) 以外の方法はないと考える。さもなくば、裁判官の判断は完全に効力を失う。…公務員が、役務の管理と無関係の目的 (but étranger à la gestion du service) によって作為ないし不作為を決意した場合、そこにあるのは個人の所為 (fait personnel) である。あるいは故意によって裁判官の判断に従うことを拒む公務員が明らかに役務から外れた状態に身を置いている場合 [もそうであろう]。あらゆる判決は法律に適合していると推定されている。そしてあらゆる法律はその根本に公役務そのものを備えている。かかる判決に反する公務員は、故意によって、役務の法律 (loi du service) に違反し、個人のフォートを侵している<sup>195</sup>」。

## 2 コンセイユ・デタの立場——役務のフォート (faute de service)

もっとも、コンセイユ・デタは一貫して個人のフォートによる損害賠償というロジックは採用していない。その理由につき、個人のフォートの主張に反対する論者の見解から、次のように読み取ることができる。まず、G.ジェーズは、「執行拒否が単独の公務員のみ由来するのではなく、公務員集団、とりわけ選挙に基づく集団に由来する場合、執行を行うべきであった公務員の個人責任ではなく、行政財産 (patrimoine administratif) の責任である<sup>196</sup>」

---

<sup>193</sup> Hauriou, note, *préc.*, (note 3), pp. 121-122.

<sup>194</sup> 同旨、J. Allier, *op. cit.*, p. 118 et s.

<sup>195</sup> L. Duguit, *Les transformations du droit public*, Paris, 1925, p. 215 et s.

<sup>196</sup> G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, 3<sup>e</sup> éd., t.1, Giard, 1925, p. 299.

と述べる。このように、判決の不執行は個人的な動機に突き動かされた公務員ひとりの所為ではなく、たいていの場合、複数の役務の集合あるいは組織の討議に基づくものであるという指摘は多くの論者に共通するものである<sup>197</sup>。ベルリエ判決<sup>198</sup>のように、政府全体としての発意であることが明らかである事案も少なくない。したがって、個人的責任の認定は不可能であるとは言わないまでも、事実上困難であることは否定できない<sup>199</sup>。特定の困難性という実際的理由の一方で、理論的にも個人のフォートの採用は困難であるといえる。個人のフォートの概念は判例上極めて厳格であり<sup>200</sup>、既判事項の違法な執行や不執行による認定はその概念との齟齬を来しうるからである<sup>201</sup>。むしろ、役務のフォートに基づく判断は、既判事項の違反という事案の性質に鑑みて、適合的ともいえよう。一方で、役務のフォートは、先存する義務の存在を前提とする<sup>202</sup>。他方で、当該義務は法令上の規定のみに由来するものではない<sup>203</sup>。既判事項を行政の従うべき上位法規範と位置づけるコンセイユ・データの立場に基づく限り（とりわけ第1款参照）、既判事項を執行しないという行政の所為は、役務のフォートを導く行政義務違反を構成するといえる。それは、適法性の原理から導かれる義務が、役務のフォートを導く行政義務のなかでも主たる位置づけを獲得していること<sup>204</sup>からも裏付けられる。かくして、個人のフォートの立証を必要とせず、役務のフォ

---

<sup>197</sup> G. Braibant, *op. cit.*, p. 63 ; P. Montané de La Roque, *op. cit.*, pp. 461-462.

<sup>198</sup> C.E., 28 décembre 1949, Société des automobiles Berliet (*supra* note 30).

<sup>199</sup> P. Weil, note. *préc.*, (note 30), p. 385.

<sup>200</sup> 小早川光郎「公務員の不法行為と責任の帰属——フランス行政賠償責任法の一側面——」国家学会編『国家学会百年記念 国家と市民 第1巻』（有斐閣、1987年）335頁によると、勤務外の私生活において私人としてフォートを犯した場合、および、その職務に関連してではあっても、“特別に重大で弁解の余地のないフォート”を犯した場合であり、かつそれらの場合に限られる。

<sup>201</sup> G. Braibant, *op. cit.*, p. 63 ; J. Chevallier, *op. cit.*, p. 69, note (14)も、その理由を詳らかににはしないものの、判例が個人のフォートを採用することは困難であると述べる。

<sup>202</sup> 参照、小幡純子「フランス行政賠償責任における行政統制機能の一考察」フランス行政法研究会編『現代行政の統制——フランス行政法研究——』（成文堂、1990年）164頁、津田智成「フランス国家賠償責任法の規範構造(一)——『役務のフォート』理論を中心に——」北大法学論集 64巻6号（2014年）130頁。

<sup>203</sup> 小幡・同上、165頁。

<sup>204</sup> 同上、164-165頁は、役務のフォートの本質をなす行政義務の内容につき、「まず、適法性原理から導かれる義務が存在することは明らかであろう。すなわち、行政は適法性原理に反してはならない義務が課され（適法性原理の消極的帰結）、また適法性原理に必要な法行為を行う義務が課せられる（適法性原理の積極的帰結）」という。加えて、同165頁は、「法文がない場合に、裁判官が義務の内容を発見する役割を担い、「フォートの概念において重要性を有するのは、裁判官が行政義務をいかに定めるかにある」という論者の説明を紹介している。

ートを認定することによる適法性統制機能<sup>205</sup>は、越権訴訟によるサンクションを補完するものとして機能しているとも解されよう。

#### 第4款 判例法理の意義

本節では、20世紀初頭から中葉にかけての伝統的な裁判的統制を分析してきたが、最後にその意義を整理し(第1項)、裁判的統制を理論的に基礎づける要素を考察する(第2項)。

##### 第1項 古典的裁判統制

なによりもまず、ラフェリエールのいうところの既判事項の権威は道徳的な効力に過ぎないという言説<sup>206</sup>はこの時代において完全に克服されたとみてよい<sup>207</sup>。「裁判所の判決に伴う法的に真実として通用する効力 (la force vérité légale qui s'attache à ses jugements)<sup>208</sup>」を獲得したのである。かかる効力は、端的に言えば、判決主文およびその支柱をなす判決理由に照らした執行を義務づける効力である。フランス法は、この効力の担保を裁判官の手に委ねた。行政による自発的な履践を座して待つのではなく、勝訴原告による提訴を契機に、裁判官は再び裁判官の下した判断の実効性を確保するために、行政の行為と既判事項の整合性を審査し、あるいはそれによる損害を金銭的に補填させる。かかる意味において、この時代はフランス越権訴訟の執行における裁判的統制の黎明期といえよう<sup>209</sup>。もっとも、その具体の統制はより複雑である。項を改めて、以上の裁判的統制を基礎づける要素に焦点を当てよう。

##### 第2項 理論的基礎

---

<sup>205</sup> 同上と同じく、フランスにおいては、法治国家のもとで、行政は適法性に違反しない義務を有し、行政が適法性を尊重する義務に反した場合、当然その義務違反は役務のフォートを構成すると解される点、および行政の違法行為をフォートと認定し、その行為の結果を国家に負担させることにより、適法性の原理の実現を担保しようとしている点につき、参照、津田智成「フランス国家賠償責任法の規範構造(二)——『役務のフォート』理論を中心に——」北大法学論集 65 卷 2 号 (2014 年) 55 頁以下。なお、小幡・同上、161-162 頁をも参照。

<sup>206</sup> E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2<sup>e</sup> éd., t.1, livre 2-3, Berger-Levrault, 1896, p. 351.

<sup>207</sup> P. Weil, *op. cit.*, (note 1), p. 55.

<sup>208</sup> J. Allier, *op. cit.*, p. 14.

<sup>209</sup> F. Blanco, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, thèse, Aix-Marseille : PUAM, 2010, p. 565.

一方で、既判事項の権威を支える理念が適法性の原理であることが浮かび上がる（Ⅰ）。これは、この当時の客観訴訟論の台頭という背景も与しているとみることできる。他方で、必ずしも適法性の原理を貫徹しうべきでないこともこれまでの分析からうかがえる（Ⅱ）。もっとも、裁判官にできるコントロールは、越権裁判官による「取消」と全面審判訴訟裁判官による「賠償命令」に限定されたことも明らかとなり（Ⅲ）、それは第2節で述べる学説の批判にも関わらず、20世紀後半までコンセイユ・デタの態度を規定することになる。

## I 適法性の原理の保障

なによりもまず、判例の分析から示唆されるのは、既判事項の権威を支える適法性原理の存在である。反復行為を繰り返す事案において、問題の本質は適法性の原理であることが論告担当官によって力説され、それは、既判事項は、行政行為が適合すべき法であるというロジックに支えられている（第1款）。権力濫用にせよ、法律違反にせよ、ここで違反しているとされる法は立法府の制定した法律（loi）でない。権力濫用の準則は厳密な意味での法の文言上の準則ではないのであり<sup>210</sup>、法律違反と構成される場合、既判事項の権威は法の一般原則に位置づけられうる。ゆえに行政に対する既判事項の権威という法規範は、学説・判例の生み出したフランス公法上の法理論といえる。もっとも、既判事項を行政の参照すべき上位法規範と定位する際に、裁判官による法律の解釈・適用の結果であると積極的に意味づけるならば<sup>211</sup>、適法性の原理は、法律（loi）——行政——裁判官を貫くものとして機能しうるかもしれない。とはいえ、レガリテブロックを法律に限らず、法（droit）までを含めるフランス行政法学説の傾向に照らす限り、このように切り結ぶことがどこまで精確かは疑問なしとしない<sup>212</sup>。ここまでの分析からは、少なくとも、取消判決後の行政行為が、既判事項という法規範に適合しているかを審査する仕組みが必要とされ、それが法律違反および権限濫用による取消と、役務のフォートに基づく賠償請求を理論的に可能なものとしたということができよう。

越権訴訟に関するより一般的な議論は、古典的裁判統制を支える適法性の原理というロジックの背景として位置づけられる。20世紀前半の公法学説の多くは、越権訴訟そのものの目的を適法性の原理の貫徹手段すなわち越権訴訟として性格づけることを支持したのであった。もとよりかかる客観／主観論争は、本稿でとりあげた判例の文脈において惹起されたわけではなく、当時その拡大が著しかった訴えの利益を念頭に、あるいは対世効を念頭に

---

<sup>210</sup> 阿部・前掲注3、160頁〔初出、1968-1969年〕。

<sup>211</sup> Hauriou, note *préc.*, (note 22), p. 81.

<sup>212</sup> むしろこのような構図を描きうるのは、適法性原理の適合対象を、実定憲法が定める立法的規範に限定したアイゼンマンのロジックである。参照、橋本・前掲注66、32-37頁。

置いたものである<sup>213</sup>。行政に対する既判事項の権威の文脈をも取り込んだ客観訴訟論の展開は確認できないものの、客観訴訟たる越権訴訟という枠組みにおいて、本節が示した判例法理が確立したことに疑いはなく、前述の通り、既判事項をも適合すべき法ととらえ、その違法を非難する越権訴訟の役割に照らし、既判事項に反する行為を取り消すという法現象がここまでの発展をみたといえよう<sup>214</sup>。

## II 対抗する権利利益

「既判事項を執行する義務は、法原理 (un principe juridique) である。裁判が行政によって従われることは、法の名のものにおいてなのである。…法は、威厳をもって (en dignité) 政治に優越し、正義 (le justice) は、有効性 (l'utile) に勝る。行政の独立、既判事項の尊重、この二つの原則において、後者こそ優先されるのである<sup>215</sup>」。

「既判事項の効力が不可侵のドグマの価値を有した時代である<sup>216</sup>」。

これらの言説は 20 世紀前半から中葉までの既判事項の権威に関する法状況を象徴するものといえる。ときに厳格にすぎるほどの原状回復を要請するコンセイユ・デタの姿勢は、19 世紀末からの大きな転換を如実に物語る。他方で、適法性の原理の貫徹により侵害されうる権利利益の存在を当時のコンセイユ・デタおよび学説が等閑視していたわけではない。不整合処分の取消による「法的空白 (vide juridique)」すなわち「取り消された行為およびそれに続く行為の受益者の権利への侵害<sup>217</sup>」や、財政上の利益<sup>218</sup>、公役務の継続性の侵害は、違法の維持よりも深刻な問題を生ぜしめうることは、原状回復の遮断を選んだ判決からも明らかである。しかるに、この時代の法理論は、適法性の原理により侵害されうる——確定的となった——権利利益の保護よりも、適法性の原理に基礎づけられた既判事項の執行を

---

<sup>213</sup> 阿部・前掲注 3、56 頁以下〔初出、1968-1969 年〕、伊藤・前掲注 82、84 頁以下。議論をリードした L. デュギーの客観訴訟論をはじめ、すでに我が国において詳細に紹介されているところである（参照、阿部・同 52 頁、伊藤・同 87-101 頁、村上裕章「越権訴訟の性質に関する理論的考察（一）」九大法学 57 号（1989 年）21 頁以下）。

<sup>214</sup> 但し、客観訴訟たる性質が、越権裁判官の権限を取消に局限するという意味における限界をも孕んでいる（Y. Gaudemet, *Reflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif*, in *Le pouvoir. Mélanges en l'honneur de Geroges Burdeau*, L.G.D.J., 1977, p. 818）。

<sup>215</sup> Fayolle, *La force exécutoire des décisions de justice vis-à-vis des administrations publiques*, thèse, Nancy, 1926, p. 179. なお、このテーゼは直接検分できていない。P. Montané de La Roque, *op. cit.*, p. 389 からの引用である。

<sup>216</sup> P. Weil, *op. cit.*, (note 1), p. 169.

<sup>217</sup> R. Denoix de Saint Marc et D. Labetoulle, *chron. prec.*, (note 73), p. 493.

<sup>218</sup> 公の工作物不可侵原則の正当化理由のひとつである。

厳に突き付けるコンセイユ・デタの姿によってこそ、特徴づけられているというべきであろう<sup>219</sup>。

### III 裁判官の権限の限定

極めて厳格な執行義務をも既判事項の権威の内容として大胆に導き出す一方で、そのために裁判官に許されたコントロール手法は、違法な執行措置の取消とそれに基づく損害賠償に局限される<sup>220</sup>。後者があくまでも間接的なサンクションにとどまる以上、期待されるのは、越権裁判官によるサンクションであるが、20世紀中葉までの判例・学説は、この点極めて抑制的である。例えば、ファブレグ判決においてオーリウは、「強制的に従わせることはできない」ことを確認し<sup>221</sup>、学説もまた改めて提起された越権訴訟において、行政に強制する権限を裁判官は有していないという<sup>222</sup>。

背景にあったのは、言うまでもなく、第1章で述べた活動行政と行政裁判の分離独立原則である<sup>223</sup>。1919年コンセイユ・デタ判決の論告は、既判事項の権威に対する唯一の制約として、分離独立原則が位置づけられていることを明記する。曰く。

「いかなる場合においても、裁判所に対する活動行政の独立原則は既判事項の権威を妨げることができるのか。この点、コンセイユ・デタ評定官諸賢は、行政法の合理的発展そしてコンセイユ・デタ判例の傾向に従おうとしている。すなわち、既判事項の権威はなによりもまず根本的な規範であり、裁判所に対する活動行政の独立の理論は例外状況においてしか機能しないことを認めている。純粋な例外だとしても、厳格な法としての例外である。したがって、より制限された範囲でしか、例外を認める規定が定めるしかるべき場合でしか、例外は適用されえない。ところで、かかる例外を認める規定とは何か。唯一、1790年8月16日-24日の法律13条とそれを補完する革命暦3年実月13日の法律がそれである<sup>224</sup>」。

---

<sup>219</sup> G. Braibant, *op. cit.*, p. 62 は、公序を理由に行政は司法裁判所判決の執行に協力しなくてもよい場合があることを明らかにしたクイテアス判決 (C.E., 30 novembre 1923, Couitéas, *Rec.*, p. 789) が、行政裁判所判決の執行の場合には通用しないことを指摘する。

<sup>220</sup> なお、損害賠償の支払い命令は、アンジョンクシオンとは観念されない (Y. Gaudemet, *op. cit.*, (note 214), pp. 813 et 823)。

<sup>221</sup> Hauriou, note, *préc.*, (note 3), p. 121.

<sup>222</sup> A. Mestre, *op. cit.*, p. 77.

<sup>223</sup> S. Boussard, *op. cit.*, p. 324.

<sup>224</sup> Cornelle, concl. sur C.E., 8 août 1919, Abbé Toesca, *R.D.P.*, 1919, p. 510 et s.

かくして、既判事項の権威の具体的内容の発展と、それを担保するコントロール手法の限定性こそが、20世紀前半の判例学説を最もよく説明しうるものになる。かかる法解釈は、かつての既判事項の道徳的権威を克服しながらも、越権裁判官の権限を取消に限定する立場を踏襲するものに他ならない。しかるに、20世紀中葉から判例と学説の乖離が生じる。多くの論者が上記解釈の矛盾を激しく非難していく一方で、コンセイユ・デタは長きにわたって20世紀前半のコントロール手法を堅持することになるのである<sup>225</sup>。

---

<sup>225</sup> Y. Gaudemet, *op. cit.*, (note 214), p. 805 ; F. Moderne, «Étrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait-elle ?», *R.F.D.A.*, 1990, p. 799 は、第2節でとりあげるリヴェロの論攷（1962年、1979-1980年）で示された問いを1990年においても再び提起せざるをえないことは、コンセイユ・デタがこの点につきほとんど進展を見せていないことを示唆するものであるという。1950年代から1980年代までの間に「行政機関にアンジョクションを命じることが行政裁判官の権限に含まれない」などと判示した膨大な数のコンセイユ・デタ判決については、cf. *Ibid.*, pp. 803-804.

## 第2節 公法学説の応答

改めて振り返ると、20世紀の判例・学説の課題は、法現象の克服として、① 行政に対する法的権威の“回復”、② 越権裁判官の権限の“回復 (reconquête)”<sup>226</sup>、その基礎づけの克服として、③ 訴訟類型の再考、④ 活動行政と行政裁判の分離独立原則の再定位、の4つであった。前章で明らかにしたのは、違法な執行措置の取消と、それに基づく損害賠償によって、既判事項の権威を回復するものであったといえる(①の達成)。しかし、20世紀中葉以降、学説は、既判事項の執行に係る極めて盛んな議論を展開する。とりわけその対象は、越権裁判官の権限である(②)。このように裁判官の権限の拡張を目指し、鋭く切り込んでいく際の方法が、活動行政と行政裁判の分離独立原則の再考であった(④)。

本節では、まず、第1節で明らかにした判例法理に基づく法状況に対し、当時の学説がいかなる理由からいかなる批判を加えていたかをみていく。もっとも、かかる批判は判例法理の外在的な限界を指摘したにすぎないともいえる(第1款)。つぎに、それらの批判に基づき、学説はいかなる提案をしていたかを述べていく。ここには解釈論上の提案のみならず、立法論上あるいは判例政策上の提案をも含んでいる(第2款)。この時代の学説の主旨を明確にすることは、20世紀後半の法制度の結実がいかなる意義を有するのかを考察するうえで、重要な意味を持つ。

### 第1款 判例法理の限界

判例法理が内在的に含んでいた限界については、すでに第1節で指摘したが、公法学説の批判の対象は、既判事項の権威を外在的に遮る仕組みや、越権裁判官の権限の範囲であった。解釈論上の議論にとどまることのなかったかかる議論は、やがて法制度へと結実していくことになるのであるが、ここでは批判の対象を二つに分け、論じていこう。すなわち、立法府による既判事項の権威に対する介入(第1項)が一方で非難され、裁判官による統制が問題解決の役に立っていないという統制の実効性の欠如が他方で議論の俎上に載ることになる(第2項)。

#### 第1項 立法による介入

すでに述べている通り、フランスにおいては、行政による判決の執行を妨げる効果を有する立法の制定が珍しくない。かかる立法による有効化 (validation législative) の最初の

---

<sup>226</sup> Y. Gaudemet, *op. cit.*, (note 214), p. 807 ; F. Moderne, *op. cit.*, (note 225), p. 798.



例は1915年に遡ると言われるが<sup>227</sup>、学説上の定義が与えられるようになるのは、20世紀半ばを過ぎてからである<sup>228</sup>。すなわち、「立法者が、特別な欠陥ないし何らかの理由により、法的行為を裁判官が取り消すことを妨げるためになす作用 (operation) もしくは、裁判官により取り消されたないし効力を奪われた (annulé ou privé d'efficacité) 法的行為を、法秩序に再び迎え入れることによって (réintroduisant)、改めて有効な (valide) ものとする作用<sup>229</sup>」こそ立法による有効化であり、かかる意図をもって成立した法律を一般に「有効化法律 (loi de validation)」と呼ぶ。ごく簡単な類型化をしておくならば、まず、対象は、係争処分そのもの、適用 (後続) 処分、適用法令があり、時期として、有効化の対象行為に対する提訴前、提訴後判決言い渡し前、判決言い渡し後がある。また、租税、社会保障、公務員、諮問委員会など取り消された行為の影響力が広く及ぶ分野に顕著である。

定義からして明らかな通り、有効化法律は、既判事項の権威にとって脅威となる。しかしながら、フランス法が有効化法律の統制に乗り出すのは、20世紀も押し迫った1980年代とりわけ1990年代のことである。それまでの間、既判事項の権威に関する判例法理は、立法府に対する掣肘を甘んじて受け入れるしかできなかった。もとより、法学者が立法による有効化を好ましく思っていたわけではない。「係争時におけるかかる立法者の介入は、強く糾弾されるべきものである。法律の優位がドグマの価値を有する国家において、立法者があらゆることをしうとしても、既判事項の効力が立法府によって踏みにじられることは遺憾といわざるをえない<sup>230</sup>」のである。

1961年の論文で、当時コンセイユ・デタ調査官であったG.ブレバンも、有効化法律が、権力分立、行政行為の不遡及原則、既判事項の効力という基本的な諸原則を侵害するものであり、裁判官の威信と権威を貶めるものであることを論難していた<sup>231</sup>。しかし、それを法的にサンクションする方途の欠缺を嘆く。曰く。

「一般的であるとしても、行政の裁判的統制のあらゆる効力を、そして、行政裁判官の存在そのものの有効性を奪うことになる有効化法律の実践を制限する有効な手段を、今のフランス法制度はほとんど備えていない。」

---

<sup>227</sup> M. Lesage, *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice (contribution à l'étude du principe de séparation des pouvoirs)*, L.G.D.J., 1960, p. 123.

<sup>228</sup> F. Blanco, *op. cit.*, p. 209.

<sup>229</sup> M. Lesage, *op. cit.*, p. 305.

<sup>230</sup> P. Weil, *op. cit.*, (note 1), p. 213 は、これに続けて、判決言い渡し前の介入は大目に見る一方、徹底的に判決の効力を回避するかのとき法律はいかなる口実も有しえないと主張する。

<sup>231</sup> G. Braibant, *op. cit.*, p. 64.

立法による有効化が實際上問題視される背景には、実際のところ、行政が主導する場合が少なくないという事情がある<sup>232</sup>。コンセイユ・デタ年次報告もその事実を認識し<sup>233</sup>、J.リヴェロ<sup>234</sup>、ブレバンら学者もこの点を突く。すなわち、

「この有効化のシステムは今日、いくつかの行政主体によって悪意をもって使われ、争訟取消を免れる都合のいい手段となっている<sup>235</sup>。」

他方、既判事項の権威の尊重という法原則を立法者へと波及させんとする論者もいた。すなわち、デュギー曰く、「社会秩序 (l'ordre social) に不可欠なものとして広く認められた原則として、既判事項の権威の尊重がある。これは、統治者 (gouvernants) も被治者 (gouvernés) も、立法者にさえも (au législateur lui-même)、すべての者に課されるのである (s'imposant à tous)<sup>236</sup>」。しかし、残念ながら、この時代においては、ジェーズによる反駁が正当であろう。すなわち、たとえ政治的に (politiquement) 非難されうるとしても、「法的に (juridiquement) 立法府の作用 (action) を妨げるものは何ら見出せない。既判事項の権威の規範は問題とならない」のであり、デュギーの言明は「大げさで過度な批判」と言わざるを得ないのである<sup>237</sup>。このように多数の批判を受けながらも、実践され続けることにも理由はある。執行の困難から脱する唯一の方法である場合をなおも否定できず、必要とされる場合さえ認められているのである<sup>238</sup>。

なお、一般的処分という意味では、行政立法による有効化をも想起されうるが、コンセイユ・デタはかかる手法に対し、夙に裁判的統制を加えていることは第1節第1款で述べた

---

<sup>232</sup> 近時の指摘として、J.-P. Camby, *Validation législatives : des strates jurisprudentielles de plus en plus nombreuses*, *R.D.P.*, 2000, p. 612.

<sup>233</sup> *E.D.C.E.*, n° 36, 1984-1985, p. 287.

<sup>234</sup> J. Rivero, *op. cit.*, (note 188), p. 37.

<sup>235</sup> G. Braibant, *op. cit.*, p. 64.

<sup>236</sup> L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3<sup>e</sup> éd., t.2, Paris, 1928, pp. 278-279.

<sup>237</sup> G. Jéze, *op. cit.*, (note 196), pp. 233 et 237 ; 第五共和政に入り、国会においても有効化法律の合憲性が議論され始めたこと、および1970年代に入ってから憲法院判例の展開に伴ってようやく議論の実益が認められるようになったことにつき、参照、伊藤・前掲注82、322頁以下。

<sup>238</sup> P. Weil, *op. cit.*, (note 1), p. 213. 今日においても、その評価は変わらない。Cf. *E.D.C.E.*, n° 17, 1991, p. 28 ; D. Connil, *L'office du juge administratif et le temps*, thèse, Pau, Dalloz, 2012, p. 404 ; J.-H. Stahl et A. Courrèges, étude, sur C.E. Ass., 11 mai 2004, Association AC !, *R.F.D.A.*, 2004, p. 445. 伊藤・同上、306頁、343頁は、行政による法的混乱の收拾の限界として、行政行為には原則的に遡及効がないこと等を挙げながら、そもそも有効化法律を完全に消滅させることは、越権訴訟の存在する限り不可能であると結論付ける。

通りである。

## 第2項 統制の実効性

学説の根底にあるのは、端的に、原告私人を現実に、救済すべきというきわめて実際的な問題意識である。既判事項の実効性 (effectivité) という問題に先鞭をつけたのは、のちのコンセイユ・デタ評定官 P. ウェイルが著した 1952 年のテーズ『行政行為の越権取消の帰結』に他ならない。冒頭、ウェイルはこう述べている。「これまで法学者たちは、眼前に創り出された魔法のような道具に目がくらみ、その道具を用いたあとの具体的な結果から目を背けてきた。コンセイユ・デタの取消判決の前に行われることは幾度となく研究されてきた。訴訟要件、訴訟の法的性質など多くの論点は法学者の心をつかんでいる。コンセイユ・デタ判決の前に行われることへの関心の高さもさることながら、取消のあとのできごとへの無関心さも相当なものである<sup>239</sup>」。学説による包括的検討の不足を指摘したうえで、彼はコンセイユ・デタの無力さ (impuissant) は行政訴訟の窮地を意味すると断じ、M. フリーヌの言説を引用する。「コンセイユ・デタ判決に適合するよう行政を拘束する (contraindre) 手段 (moyen) の問題以上に重要な問題は存在しない。…もしその手段がないとすれば、あらゆる判決はアカデミックな議論と同じ実際上の影響力 (portée) しか有さない法律の理論的解説となる<sup>240</sup>」。このような危機感は、他の行政法学者も共有していた<sup>241</sup>。ここでは、象徴的な言明として、J. リヴェロと G. ジェーズをとりあげ、この当時の行政法学者の問題意識を明らかにする。

### I リヴェロ

第3章でとりあげる法制度の創設を最も後押ししたといっても過言ではない<sup>242</sup>のが、ウェイルのテーズから10年後に出されたリヴェロの論攷<sup>243</sup>である。描かれているのは、フランス越権訴訟の完璧さに憧れるアメリカ原野のヒューロン人裁判官が、コンセイユ・デタを訪れ、リヴェロ扮するフランス人公法学者ないし行政裁判官と思しき人物と対話をするというフィクションである。「パレ＝ロワイヤルに來たヒューロン人、それとも越権訴訟に対する素朴な考察」という題の通り、越権訴訟の抱える難点を素直に、しかし鋭く突いたもの

---

<sup>239</sup> P. Weil, *op. cit.*, (note 1), p. 5.

<sup>240</sup> *Ibid.*, p. 58.

<sup>241</sup> J. Chevallier, *op. cit.*, p. 72 et s ; A. Mestre, *op. cit.*, p. 73 は、取消の効力に関する判例政策は、たとえ、活動行政を満足させるものであったとしても、逆に、私人の保護を必ずしも保障するものではないと論難する。

<sup>242</sup> Cf. F. Blanco, *op. cit.*, p. 163.

<sup>243</sup> J. Rivero, *op. cit.*, (note 188), p. 37 et s.

であり、半世紀以上を経た今日もなお引き合いに出される言説である。以下、やや長くなるが、その内容をみていきたい。

ヒューロン人の非難は、仮処分決定の不在をも含めた、判決の実効性の欠如に向けられている。例えば、フランス人が、「ご承知の通り、一般に、行政になすべき義務を課すことも、非難した判断に自らの判断を置き換えることも、裁判官には許されていないのです」と説明し、その根拠は「事物の性質 (la nature des choses)」であり、その場合には条文の根拠は不要なのだというのに対し、ヒューロン人は失望した表情でこう答える。

「結局、我が国でも貴国でも同じく、原告が望むこと、それは、彼らの日常生活の現実において、訴訟のあとに何らかのよりよい変化があることではないのですか。誤って禁じられていたことが可能となり、違法に拒まれていた職務に就くことができる。彼らの関心は取消という観念でしょうか。そうではない。彼らが期待するのはまさに取消の結果です。取消からその結果を切り離すことは事物の性質に反しないのですか<sup>244</sup>。」

議論はさらに熱を帯び、判決への不服従を非難する規定を法律は備えていないのかというヒューロン人に対し、フランス人は、「判例がその欠を補ったのです。判決の執行を得られない者は、単純かつ実地的な手段を手にかけています。つまり、不執行に基づく損害の賠償を請求できるのです」と言う。ここでは、第1節で述べた国家賠償請求の判例をもって、行政の不執行をサンクションできるという反論を試みていることがわかる。ヒューロン人は、しかし驚愕する。

「納税者がその寄付を提供する国庫から引き出される代価の支払いと引き換えに、行政は、確実に、法に従わない自由と権利 (sa liberté, et le droit de ne pas respecter le Droit) を手にする…。」

「要するに、…取消は、行政自身に、権利の回復に適切な措置を判断させ、この点につき、裁判所は稀に消極的な提案をする<sup>245</sup>ほかに、命じることも、判断をとって代えることも認めない。行政が取消からその帰結を引き出すことを拒んだ場合、被害者は賠償の可能性という間接的な獲得物しか得られない<sup>246</sup>。」

フランス人の反論むなしく、彼は最後にはこう言って、帰路につく。

---

<sup>244</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>245</sup> 「ときおり、裁判官は、行政に対し、…裁判官の任意で、判決の理由の中で命じることはある」というフランス人の発言の注で、前述のロディエール判決が挙げられており、消極的な提案とはこのことを指しているように思われる。

<sup>246</sup> J. Rivero, *op. cit.*, (note 188), p. 39.

「我々はより簡明なエスプリを持っている。裁判は訴訟当事者のためになされるのであり、その価値は彼らの日常生活の言葉 (termes) で評価される。我々が関心を持つのは、法の発展ではない。個人を救うのは実効的な保護 (la protection efficace) である。…越権訴訟に対し、別のヒューロン人が間違いなく惜しめない賛辞を贈るほど、実効的な満足を市民が得られるところに、また参ります<sup>247</sup>。」

「いつ、私たちは彼と再会するだろうか」という一文で締めくくられたこの物語では、前述の判例における法解釈論に対する批判は見られない。他方で、そもそも事後的な、とりわけ、賠償請求に基づく救済では、訴訟当事者にとっての真の救済にはなりえないという強い論調を、会話を通して読み取ることができる<sup>248</sup>。もっとも、賠償請求のみならず、再度の取消請求をも訴訟当事者は可能であり、それらの判例法理の展開と意義を我々はすでに第1節でみてきたはずである。しかし、この点で想起されるべきは、複数の取消判決をもってしても、行政による執行を実現できなかった多くの事例の存在である。かかるプラトニックな意味しか持ちえない取消訴訟の限界に学説も自覚的であった<sup>249</sup>。そのひとつの象徴ともいえる1910年ファブレグ判決<sup>250</sup>に対して、デュギーもまた強い非難を向けていた。

## II デュギー

1925年の『公法変遷論』において、取消の対象となる行為の拡大を根本的な変革として評価した後に続けて、デュギーは次のような言明を残していた。

「しかし…行政行為の取消を宣言する判決を獲得した行政客体は、行政官 (administrateur) が取り消された行為を繰り返すこと、何回もコンセイユ・デタに取り消されながらも、繰り返すことを防ぐ方法を持っているのだろうか。行政客体は、取消判決に従うこと…を行政官に強制することはできるだろうか。理論上は明快である。判決は行政を拘束する。

しかし、実際には、強制する手段は存在しないというべきである。オーリウがまさしく正

---

<sup>247</sup> *Ibid.*, pp. 39-40.

<sup>248</sup> J. Rivero, Nouveaux propos naïfs d'un Huron sur le contentieux administratif, *E.D.C.E.*, n° 31, 1979-1980, p. 30 もまた「裁判は裁判を受ける人のためにある (la Justice pour le justiciable)」というヒューロン人の指摘を記している。

<sup>249</sup> G. Braibant, *op. cit.*, p. 62 ; J. Allier, *op. cit.* p. 110 et s. ; P. Montané de La Roque, *op. cit.*, p. 401 は、「行政に対する何らの強制のための手段も持っていないがために、当事者は既判事項に反する明示・黙示の判断の取消のために、あるいは万策尽きて、生じた損害の賠償のために、改めて裁判所に訴え出ることを強いられる」と述べる。

<sup>250</sup> C.E., 23 juillet 1909, C.E., 22 juillet 1910, Fabrègues (*supra* note 3).

当に述べている通り<sup>251</sup>、『かかるサンクションの欠如は、任意に執行することを行政の名誉にかかわることとみなしている限り、問題とはならなかった。』しかしオーリウは続ける。

『地方分権 (décentralisation) と選挙の風習 (mœura électorales) の相乗効果により行政の名誉は失われてしまった。公行政は、行政と選挙の結合において、公行政を妨害する行政裁判官に対し、策を弄し、言い逃れをし、抵抗するに至ったのである。…この種の悪意は市町村庁 (municipalités) の特性であると思うべきではない。県知事においても見出すことができる。もはや、行政的振る舞い (tenue administrative) に市町村庁を立ち戻らせることを知事に期待することはできない。そしてこの悪意は中央省庁にまで浸透している。“中央行政はコンセイユ・デタをボイコットしている”という表現は言い得て妙である。言うまでもなく、大臣だけでなく、職員もそうである。妨害するコンセイユ・デタに対する職員の反乱 (insurrection) がそこにある。』この描写があまりに悲観的であることは論を待たない。大半の場合、上級行政庁は自発的に裁判官の判断に従っている。…オーリウが何を言おうとも、大半の場合、ことは過ぎていく。

しかし、時折抵抗が目立つことは確かである。しばしば、かかる抵抗は、——残念ながらあまりに明らかなのだが——政治的な憎らしさを理由に、行政に浸透する。同時に、裁判的統制の拡大は、おのずから、行政の側の一定の抵抗をもたらした (あらゆる新たな社会的要素は反対の力に遭遇することから当然である)。実際のところ、行政への政治の導入は副次的要因である。主たる根本的要因は、ほぼ特権的な既得の状況を得ている活動行政はおのずから、かつ自発的に、それを保護し、新たな力の作用を食い止めようとするというもっともな事実であり、新たな力こそ、裁判的統制の一貫した拡大なのである。

コンセイユ・デタはそのことに気づいている。判決の中では、しばしば、行政官のありうる抵抗を予防的に打ち砕く努力がみられる。おそらく、活動行政に取って代わるつもりはもはやない。違法な行為を取り消すが、自らの判断をとって代えることはしない。コンセイユ・デタは依然として裁判官であり、行政官にはならない。

…行政への差戻しの文言は、催告に相当し、コンセイユ・デタ判決ではしばしばみられる。…しかし、これは行政に対する真の強制の手段ではない。…

実際の重大性はあまり大きくなくとも、まさに特徴的な事案がある。小さなコミューンの長が、一国の最高位にある行政裁判機関を阻むのである。〔ファブレグ判決判決の概要を述べる〕…大臣が市長を罷免しなければ、市長を判決の前に従わせることを強制する手段はないのである。

かくして、我々はフランス公法の欠陥 (lacune de notre droit public) を直観で知る<sup>252</sup>]

なお、このあとには、前述した公務員の個人責任以外の方法はないという言明が続く。そ

---

<sup>251</sup> Hauriou, note. *préc.*, (note 3), p. 121 et s.

<sup>252</sup> L. Duguit, *op. cit.*, (note 195), pp. 215-219.

の点は措くとして、以上の記述からは、裁判官による事後の取消か金銭的賠償による統制しか存在しないという点につき、フランス公法の欠陥と位置づけるほどに重要な問題ととらえていることは明らかである。裁判的統制の発展によって、既判事項の権威は「法的な義務 (obligation juridique)」を伴うと解されるようになったにもかかわらず、「その執行は、任意でしかなされえない (exécution ne peut être que volontaire)」のである<sup>253</sup>。このように、学説の主眼は、既判事項の権威に基づく義務の内容すなわち判例法理の内在的問題ではなく、既判事項の権威をいかに保障するかという統制手法の問題にあったということが出来る。

## 第2款 解決策と正当化論理

### 第1項 解決策の提示

実践的な問題意識に基づくからこそ、学説は実践的な解決策をも模索している。それは、法解釈によるもの (I) と立法政策によるもの (II) とに分けることができる。

#### I 法解釈上の提案

学説の中には、既判事項の違反行為を、暴力行為 (voie de fait) として構成し、民事訴訟の対象とすることで、司法裁判所による差止めあるいは給付判決が可能であるという論理構成をする者がいた。曰く「司法裁判所は、暴力行為の方法によって、行政の明白な不正を制裁しようとしてきたのであり、判決の不執行という問題について、司法裁判所の権限を否認することは、既判事項の違反という最も明白な不正を看過するものである<sup>254</sup>」。しかし、判例によれば、暴力行為を構成するのは、所有権および基本的自由の保護の領域に限定されるのであり<sup>255</sup>、裁判所の採用するところとはならなかった。

別の視角からの解決策として、取消の遡及効そのものを緩和することによって、判決の執行の困難を取り除くという方法もありうる。この点を明確に論じる者は20世紀中葉にはいなかったが、すでに1925年ロディエール判決の論告においても遡及効の影響への懸念は指摘されていた<sup>256</sup>。この問題に関する近時の判例の展開は第4章でとりあげる。

---

<sup>253</sup> J. Chevallier, *op. cit.*, p. 72.

<sup>254</sup> A. Mestre, *op. cit.*, p. 64 ; M. Kellershohn, *op. cit.*, pp. 57-59.

<sup>255</sup> 平田和一「フランスにおける行政裁判——行政に対する裁判コントロールの実効性をめぐって——」名古屋大学法政論集76号(1978年)175頁。

<sup>256</sup> G. Cahen-Salvador, *concl. préc.*, (note 72), p. 40 は「ある事案において、遡及性が誤りや間違いを修繕しうるとしても、別の事案において、遡及性がそれらをいっそうひどくする場合もありうるのです」と述べる。

## II 立法政策上の提案

以上の記述からも明らかな通り、これらの法解釈上の解決策はいまいち決定打に欠けるものであった。そこで、越権裁判官の権限を法律に基づき（あるいは法解釈上）拡大すべきという論調が高まる。具体的には、取消判決の帰結を裁判官が命令し、強制する権限の付与である<sup>257</sup>。ここが議論の主戦場となるのであるが、問題は正当化論理であった。

なお、裁判官以外の主体によって、立法による有効化を統制しようというユニークな意見も存在した。すなわち、議会内に委員会を設置し、コンセイユ・デタと継続的な連携の制度を設け、政府による有効化法律の射程の説明の機会を設ける仕組みが必要だという<sup>258</sup>。この主張の背景には、議会への十分な説明なしに政府がかかる法律の制定を主導していることがより悪質であるという考えがある。この仕組みが実現しない場合には、法律に基づく国家賠償責任の法理<sup>259</sup>を有効化法律の統制に援用することも主張していたが、1961年にはその可能性を認める判決が下されている<sup>260</sup>。

### 第2項 正当化論理の模索

かくして、解決策の最有力候補となったのは、裁判官の権限の強化である。第1章の最後に指摘した通り、かつてこれを遮っていたのは、一方で、越権訴訟と全面審判訴訟の区別であり、他方で、活動行政と行政裁判の分離独立原則であった。したがって、学説はこれらの基礎付けを克服しない限り、裁判官の権限を強化することはできないように思われるが、学説が目指したのは、後者を再考し、その射程を再確認することにより、自らの立法政策論上の提案に理論的正当性をすることであった。もっとも、活動行政と行政裁判の分離独立は、取消判決しかできないことの基礎づけとして反復行為の取消判決において言及されていた通り（第1節第4款第2項）、裁判官の権限を制限する確固たる理論的基礎である。学説は、

---

<sup>257</sup> 厳密には、行政に命令する権限いわゆるアンジョンクシオンは、審理過程におけるものと判決におけるものとに分けられることができ、後者は、中間判決（とりわけ執行停止判決）と本案判決に細分化しうる。さらに、本案判決を主位的なアンジョンクシオンと既判事項の正しく迅速な執行のためのアンジョンクシオンとに分けることもできる。これらすべてのアンジョンクシオンが行われていなかったわけではなく、20世紀半ば以降、審理過程におけるものは認められるようになっていたことに加えて、後掲注271をも参照されたい。取消判決の執行に係るアンジョンクシオンが、本案判決におけるアンジョンクシオンであることは言うまでもない。

Cf. F. Moderne, *op. cit.*, (note 225), p. 802 et s.

<sup>258</sup> G. Braibant, *op. cit.*, p. 64.

<sup>259</sup> C.E., 14 janvier 1938, La Fleurette, *Rec.*, p. 25.

<sup>260</sup> C.E. Ass., 1<sup>er</sup> décembre 1961, Lacombe. *Rec.*, p. 674.



一方で、活動行政と行政裁判の分離独立原則に基づくアンジョクシオン禁止の法理は、判例政策に過ぎないことを論難する（I）。もっとも、判例政策自体が直ちに非難の対象となるわけでないことは、とりわけフランス法においては自明である。したがって、続いて判例政策としての正当性ももはや失われていることが明らかにされるのである（II）。

## I 分離独立原則の本来の射程

裁判官の権限を制限する主たる根拠規範として位置づけられていたのが、1790年8月16-24日の法律および共和暦3年実月16日のデクレに基づくとされる活動行政と行政裁判の分離独立原則である<sup>261</sup>。前者の法律曰く、「裁判官は、いかなる方法によっても、行政体の作用（les opérations des corps administratifs）を妨げることはできない。これに違反するときは瀆職の罪となる」。後者のデクレ曰く、「裁判所はいかなる種類の行政の行為をも審理することを繰り返し禁止され、これに違反するときは法律上処罰される」。まずもって指摘されるべきは、これらの条文は、行政裁判官による行政に対するアンジョクシオンを禁じてはいないし、そもそも司法裁判機構の裁判所（tribunaux de l'ordre judiciaire）に向けた規範であったということであろう<sup>262</sup>。すなわち、「行政裁判官の権限を縛るために打ち立てられたのではなく、…かつての高等法院（パルルマン）の特権を阻止するためにこそ打ち立てられたのである<sup>263</sup>」。とはいえ、コンセイユ・デタおよび学説による定式化に基づき、とりわけ相互のアンジョクシオンの禁止という法理として、事実上通用してきたという歴史も確かに存する<sup>264</sup>。長きにわたって、アンジョクシオンの禁止の法理が、活動行政と行政裁判の関係における均衡点をなしていたことは疑いを容れないのである<sup>265</sup>。それゆえ、アンジョクシオンの禁止（と判断代置の禁止）は、「フランス行政法においてもっともよく確立した規範のひとつ（une des règles les mieux établies du droit administrative français）<sup>266</sup>」とまで評されていた。しかるに、独立（indépendance）という概念は相対的でしかなく<sup>267</sup>、20世紀後半においてはもはや、事物の性質<sup>268</sup>といえるほど、アンジョクシオンの禁止を

<sup>261</sup> Par exemple, Y. Gaudemet, *op. cit.*, (note 214), p. 805.

<sup>262</sup> J. Chevallier, *op. cit.*, p. 72 ; P. Montané de La Roque, *op. cit.*, p. 381 ; F. Moderne, *op. cit.*, (note 225), pp. 804-805 ; *Ibid.*, p. 816 は「これらの規定は、訴訟上の技術（technique contentieuse）の問題を規律するためではなく、行政活動における司法裁判官の非裁判的（non-juridictionnelles）介入を排除するために設けられた」ことを指摘する。

<sup>263</sup> A. Mestre, *op. cit.*, p. 68.

<sup>264</sup> J. Chevallier, *op. cit.*, p. 67.

<sup>265</sup> A. Perrin, *op. cit.*, pp. 589-594.

<sup>266</sup> J. Chevallier, *op. cit.*, p. 70.

<sup>267</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>268</sup> 前述第2項のリヴェロの論攷参照。

導く厳格な論理必然性は失われたと解されるようになる<sup>269</sup>。それを裏付ける実際的理由と理論的理由は次のようなものであった。すなわち、前者は、行政裁判官が必ずしもアンジョクシオン権限をすべて放棄したわけではないという裁判実務の観察に基づく。論者によれば、一方で、全面審判訴訟裁判官は判決時において一部アンジョクシオンを実践し<sup>270</sup>、他方で、越権裁判官であっても、訴訟手続上のアンジョクシオンを積極的に行使している<sup>271</sup>。理論的な理由とは、すなわち、アンジョクシオンを向けることは、行政の行為を行政に代わって行うものではなく、分離独立原則を脅かすものとは言えないという点にある<sup>272</sup>。判断を代置することが留保裁判における上級行政庁としての行為への回帰を意味し、活動行政と行政裁判官各々の管轄を設けることでの分離独立が成り立たなくなってしまうのに対し、後者は必ずしもその帰結を導くわけではない<sup>273</sup>。以上の批判が正当であるならば、「行政裁判官が行政に対し、命令することのできないという規範は、法的、論理的な帰結ではなく、政策的、実際の考慮として、自発的に行政に判決の執行を課すことを控えているに過ぎない<sup>274</sup>」ことになる<sup>275</sup>。

なお、1987年の憲法院の判断は上記の指摘を後押しするものであったことを付言しておく。すなわち、「一般論として (*dans sa généralité*)、行政機関と司法機関の分離原則 (*principe*

---

<sup>269</sup> F. Moderne, *op. cit.*, (note 225), p. 805.

<sup>270</sup> J. Chevallier, *op. cit.*, pp. 79-80.

<sup>271</sup> F. Moderne, *op. cit.*, (note 225), p. 808. 執行停止決定が例外的に認められていたことも含め、興津・前掲注 40、192 頁、注(21)がすでに紹介しているところである。行政に対してなされる文書提出命令による立証責任の転換は、証拠要素の多くを行政が保持していることに鑑みた、当事者間の平等回復のための糾問的 (*inquisitoire*) 訴訟手続として説明される (Y. Gaudemet, *op. cit.*, (note 214), pp. 807 et 814-815 ; 北村・前掲注 44、619 頁、前掲注 59 をも参照)。なお、私人に対するアンジョクシオンの行使もまた越権裁判官によるアンジョクシオンの禁止を逸脱するものであることが指摘される (Y. Gaudemet, *ibid.*, p. 817)。

<sup>272</sup> A. Mestre, *op. cit.*, p. 66. 一方で、J. Chevallier, *op. cit.*, p. 67 は、行政裁判官が行政官の行為をなすことの禁止は、歴史上、分離独立原則の主たる側面のひとつとなってきたこと、しかし、その拡張概念 (*conception extensive*) によって、行政官のようにふるまうという極めて主観的な行為までも禁止されてしまったと説明し、他方で、Y. Gaudemet, *ibid.*, p. 809 は、コンセイユ・デタの判例においても両者の混同が見られることを論証し、またそれが大いなる過ちであったと難じる。

<sup>273</sup> J. Chevallier, *ibid.*, p. 75 et s. ; F. Moderne, *op. cit.*, (note 225), p. 800 ; Y. Gaudemet, *ibid.*, pp. 810 et 812 は、アンジョクシオンは行政行為ではないこと、前者が行政に対する行為であるのに対し、後者は行政客体に対する行為であることを強調する。

<sup>274</sup> P. Weil, *op. cit.*, (note 1), p. 64.

<sup>275</sup> なお、第 3 章第 2 節で述べる通り、1976 年にメディアツールが法定化されたあとにおいては、この点も行政裁判官にアンジョクシオン権限を認めないことの不当性の論拠として引き合いに出されることになる (J. Rivero, *op. cit.*, (note 248), p. 28)。

de séparation des autorités administratives et judiciaires) を提示した 1790 年 8 月 16-24 日の法律および共和暦 3 年実月 16 日の法律の規定は、それ自体、憲法上の価値を有するものではない」ことが明らかにされる<sup>276</sup>。このことは、今日において、立法者が行政裁判官に伝統的に否定されていた権限を付与するに際し、憲法上の障壁はなんら存在しないことを示唆していた<sup>277</sup>。

## II 判例政策の正当性

分離独立原則の射程を正当に見直したとしても、これまでの判例・学説により是認されてきたという事実もまた強力である。そこで、学説はさらに以下のような主張をもって、裁判官の権限の強化を訴える。

一方で、いわば外在的な考察からの批判がある。まず、同じくフランスにおける通常裁判官であるところの司法裁判官は、夙に、行政に対するアンジョクシオンを自らの権限として認めていたという点である<sup>278</sup>。このことは、行政裁判所は裁判作用を行使するのであり、いかなる裁判所も作為義務を課すことができないという裁判の性質からの正当化をくじくものである<sup>279</sup>。司法裁判官によるアンジョクシオンは、旧民事手続法典 (Code de procédure civile) 1036 条、現在の同法典 24 条で明文化までされている<sup>280</sup>。これはひとつ

---

<sup>276</sup> N° 1986-224 DC du 23 janvier 1987, *Rec.*, p. 8 ; *G.A.J.A.*, p. 585 ; *R.D.P.*, 1987, p. 1341, note Y. Gaudemet ; *A.J.D.A.*, 1987, note J. Chevallier ; *D.*, 1988, p. 117, note F. Luchaire.

<sup>277</sup> F. Moderne, *op. cit.*, (note 225), p. 805 ; *Ibid.*, Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif, *R.F.D.A.*, 1996, p. 47.

<sup>278</sup> J. Allier, *op. cit.*, p. 137 ; J. Chevallier, *op. cit.*, p. 67 ; Y. Gaudemet, *op. cit.*, (note 214), p. 805.

<sup>279</sup> 参照、平田・前掲注 255、149 頁。同 150 頁によれば、コンセイユ・デタが、行政との契約締結者に対して、判決によって作為義務を課していること (C.E., 25 novembre 1936, Wagon, *Rec.*, p. 1036 ; C.E., 30 octobre 1963, S.A.R.L. Sonetra, *Rec.*, p. 520) もこの正当化を否定するという。なお、J. Chevallier, *op. cit.*, p. 76 は、かかる裁判機能の視角からの議論を、理論的基礎 (les fondements théoriques) という項目において説明するが、本稿では、活動行政と行政裁判の分離独立原則以外の理由に基づく正当化を、判例政策の正当性として論じている。

<sup>280</sup> J. Chevallier, *ibid.*, p. 74 ; F. Moderne, *op. cit.*, (note 225), p. 799. もっとも、司法裁判所による行政に対するアンジョクシオンは、極めて限定された領域、とりわけ、暴力行為 (voie de fait) の場合に限定されている。F. Moderne, *ibid.*, pp. 814-815 によると、なぜ、暴力行為に関して、アンジョクシオンが許されるかと言えば、暴力行為はいわば、行政的性格から性質変化した (dénature) ものであり、一般利益のもとに行政に認められた特権を失わせるものであるからである。

の有力な批判となった。さらに、欧州諸国の裁判官の実践に批判の論拠を見出す者もいる<sup>281</sup>。すなわち、よりニュアンスをもって、行政に対する裁判上のアンジョクシヨンの禁止原則を維持する国——例えば、ポルトガル、ベルギー——を列挙する一方で、行政裁判所を有する国——例えば、ドイツ、イタリア——においても、統一的裁判所のみを有する国——例えば、イギリス、オランダ——においても、アンジョクシヨン権限を（行政）裁判官に認めていることをもって、フランスの法状況の正当化は困難になっていることが指摘される<sup>282</sup>。あるいは、歴史に鑑みた批判として、留保裁判におけるアンジョクシヨン権限の活用の実態が指摘される。第1章で明らかにしたように、留保裁判制度のもと、19世紀のコンセイユ・デタは、一連のアンジョクシヨン権限を行使することをためらわなかったのであった<sup>283</sup>。これらの外在的理由は、実のところ、学説による批判として述べた通り、判決の執行態様があまりにも悪いという実際的な理由を背後に備えたものであった<sup>284</sup>。しかしアンジョクシヨンを行政裁判官にためらわせてきたのは、たとえ命じたところで行政が応じるかはわからないという考えでもあったと言われる<sup>285</sup>。仮にそのような事態が発生したならば、行政裁判官の威信は地に落ちることになる<sup>286</sup>。それでもなお、20世紀の学説がアンジョクシヨン権限の行使を主張するのは、「既判事項の有効性 (efficacité) における欠陥が多すぎる (nombreuses lacunes)」ことに由来するのであった<sup>287</sup>。

他方で、より内在的に裁判官の権限を捉える者もいた。例えば、ローマ法にまで立ち返り、裁判官の本来の権限の視角からの批判がありうる。すなわち、ローマ法に基づく *juridictio*（法を語る権能）と *imperium*（必要なあらゆる措置を命じる権能）の区別を用い、判断する権能 (*pouvoir de juger*) は本来いずれをも含んでいたものであり、後者の是認は、よき裁判の運営 (*bonne administration de la justice*) にとって不可欠であると主張されるのである<sup>288</sup>。もっとも、かかる主張は必ずしも学説の多数を占めていたようには思われず、あくまでも有

---

<sup>281</sup> 欧州司法裁判所は、かつてフランスと同じような立場であったが、1977年のEU法の解釈に関する先決付託に基づく先決判決（EU運営条約 (Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) 267条）において、その立場を変更したことにつき、cf. F. Moderne, *ibid.*, p. 820.

<sup>282</sup> *Ibid.*, pp. 812-813 ; F. Moderne, *op. cit.*, (note 277), p. 50 ; J. Rivero, *op. cit.*, (note 248), p. 28. なお、比較法の位置づけとヨーロッパ法におけるフランスの位置づけの問題につき、第4章第2節をも参照。

<sup>283</sup> F. Moderne, *ibid.*, p. 808.

<sup>284</sup> J. Chevallier, *op. cit.*, pp. 76-77.

<sup>285</sup> *Ibid.* ; Cf. F. Moderne, *op. cit.*, (note 225), p. 799 ; Y. Gaudemet, *op. cit.*, (note 214), p. 806.

<sup>286</sup> J. Chevallier, *ibid.*

<sup>287</sup> *Ibid.*, p. 77.

<sup>288</sup> Cf. F. Moderne, *op. cit.*, (note 225), p. 799. なお、この概念につき、第3章注218をも参照。

力な見解にとどまり、専ら先に述べた外在的な理由が説得的とみなされるようになる。

かくして、これらの批判は判例政策としてのアンジョクシヨンの禁止の正当性を十分に否定するものであり、その成果こそ 1980 年代以降の諸法律であった。もっとも、次に重要なのはいかなる法制度が選取られたかである。立法政策上の正当化論理の議論は、この点での抽象性を排除しきれない。これらの議論を踏まえつつ、実際の判例の積み重ねをもとに新たな統制手法の正当化論理がいかに構築されているのかを分析する必要がある。

## 小括

20世紀前半は、初めて行政裁判官による事後的な裁判的統制が開始されたという意味で、既判事項の權威の法理論にとって大きな転換期に位置づけられる。この時期に確立した法的な既判事項の權威の具体的内容とそのコントロールのあり方は、今日、種々の変容を一部被りながらも、既判事項の權威をサンクションする古典的な方法として、なおも重要な位置づけを占めている。改めて、そのルートを確認するならば、第一に、取消判決の主文のみならず、主文に不可欠の支柱をなす判決理由に反する行為をなしてはならず、第二に、行政は遡及的に取り消されたことを前提として、現状を回復しなければならない。そこでは、関連性・期間・権利利益というメルクマールに基づく原状回復の遮断も一部正当とされるものの、厳格な原則としての原状回復義務の確立が果たされた。第三に、賠償請求という古典的手法も、広く認められ、越権訴訟による適法性の統制を補完する機能を果たしている。

判例法理の積み重ねは他方で、発展する既判事項の權威の内容と裏腹にその実効性が担保されないことをも浮き彫りにするものでもあった。学説の批判の根源はこの一点にある。すなわち、既判事項の權威に基づく反復行為の禁止や原状回復義務を免除する機能を果たす立法の介入への無力さがつづられ、繰り返される違反行為への取消の連鎖の無益さが指摘されたのである。それゆえ、公法学説はありうべき解決策として、主に越権裁判官の権限拡大を企図するようになる。それは第1節で述べた判例法理に対する法解釈上の提案ではなく、立法政策上の議論を意味していた。学説の提案を理論的に支えたのが、かつての抑制的裁判統制を裏付けていた活動行政と行政裁判の分離独立原則の再考である。根拠条文に照らした射程の限定に基づく多角的な批判によって、行政裁判官の権限の可能性が模索されていくのであり、この制度的帰結こそ、次章の考察対象に他ならない。改めて強調すべきは、学説の主眼は、コントロール手法の強化にあったことである。しかるに、20世紀後半に結実する既判事項の權威に関わる法制度は、統制の強化を目的とする学説・立法者の意図とは裏腹に、運用の中で、具体的内容の範囲に変化を生じさせるものでもあった。かくして、いかなる統制手段が採用されたのか、第1節で整理した既判事項の權威の具体的内容とりわけ対抗法規範がいかなる変容を被っていくのかを明らかにすることが次章の目的となる。

## 第3章 法制化

20世紀の中葉を過ぎると、制度的な手当の時代を迎える。立法府の援護を受けながら、行政の違法な態度に対する救済策 (remèdes) すなわち現実に救済されていない勝訴原告のための制度が整備されていく時期である<sup>1</sup>。周知の通り、最も耳目を集めたのは1995年の法律に基づくアンジョクシオン権限である。しかし、実のところ、既判事項の規範的内容を裁判官が決するというのは、すでに1980年法律に基づくアストラントの前提として存在していた<sup>2</sup>。本章では、かかる裁判的統制の全体像・意義・限界を、これまでの判例法理からの展開という視点を軸に、明らかにする(第1節)。もっとも、フランスにおける取消判決の執行の統制の局面を描き出すには、これだけでは十分ではない。裁判的統制という表舞台の影で、繰り広げられている行政的・非訟的手続きの仕組みをも合わせ見ることにより、フランス越権取消の執行のありようをより精確によみとることができる(第2節)。

### 第1節 裁判的統制

前章では、裁判的統制の古典的法理を確認した。そこでは、不作為義務・作為義務いずれについても、行政による行為を待って、既判事項に照らし違法な場合にはそれを取り消すというサンクションが主たる役割を果たしていたことが明らかになった。20世紀後半の法制度改革はこの延長線上に位置づく。本節では法制度の視角から取り組まれた既判事項の権威にかかるフランス法の展開を考察する。とりわけ重要な1995年法律に基づくアンジョクシオン権限(第2款)と、それに先立つ1980年法律に基づくアストラント権限(第1款)が考察の対象である。

#### 第1款 アストラント

行政事件において宣告されるアストラントおよび公法人による判決の執行に関する1980年7月16日の法律<sup>3</sup>(以下、1980年法、もしくは、アストラント法と呼ぶことがある。)

---

<sup>1</sup> J.-P. Costa, *L'exécution des décisions de justice*, *A.J.D.A.*, 1995, p. 227 ; J. Waline, *Droit administratif*, 25<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, p. 705.

<sup>2</sup> 1980年から2000年にかけては、立法によるフランス行政訴訟改革が多く実現した時期でもある。本章でとりあげる1980年法律、1995年法律によるもののほか、1987年の行政控訴院の創設、2000年の仮の救済制度の整備、1982年の地方分権改革等が挙げられる。各々の概略については、橋本博之『行政訴訟改革』(弘文堂、2001年)13頁以下参照。

<sup>3</sup> Loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public. この法律は、国民議会を通過したのち元老院の反対で廃案になった経緯があるが、ヴデル教授がル・モンド紙上

は既判事項の権威のコントロールにおいて、裁判官の権限を拡大させた最初の法律である。コンセイユ・デタがすでに私人に対するアストラントを実践していたことに加え<sup>4</sup>、司法裁判所は判決の執行の観点からアストラントを命じる権能を法の一般原則から導き出していたこと<sup>5</sup>もまた同法制定の原動力となった。ここでは、後述するアンジョクシオン権限の考察をより相対化して分析するために、アストラントの趣旨目的（第1項）とその意義ないし限界（第2項）を概観しておく。

## 第1項 趣旨・目的と概要

### I 1980年法の趣旨

1980年法は大別二つのアストラント（astreintes：罰金強制）の仕組みを設けた。公法人に金銭の支払いを命じる判決の執行を確保するためのアストラント（1条）と、行政行為の取消判決の執行を確保する手段としてのアストラント（2条）である<sup>6</sup>。なお、アストラントは損害賠償とは異なることが同法3条に明記されている<sup>7</sup>。

初のアストラント判決となった1985年ムヌル判決<sup>8</sup>における論告は、この法律の目的について、二点を指摘する<sup>9</sup>。一方で、特別かつ協議による手続き（procédures spéciales et amiables）の強化である。これは、1976年法律に基づくメディアトゥール制度や、1963年デクレに基づくコンセイユ・デタ調査部による説得を指している。これについては、第2節で後述する。他方で、伝統的に用いられてきた、越権訴訟あるいは全面審判訴訟といった通

---

（1977年5月6日付）で改革を擁護し、3年後の成立に大きな影響力を与えたという（参照、滝沢正「最近のフランスにおける行政裁判制度の改革」日仏法学12号（1984年）71頁注（15））。

<sup>4</sup> C.E. Sec., 13 juillet 1956, OPHLM du département de la Seien, *Rec.*, p. 343, concl. Chardeau.

<sup>5</sup> C.E. Ass., 10 mai 1974, Barre, Honnet, *Rec.*, p. 276 ; *A.J.D.A.*, 1974, p. 525, chron. M. Franc et M. Boyon ; J. Chevallier, L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur, *A.J.D.A.*, 1972, p. 73によると、司法裁判所はアストラントの権限そのものを19世紀末から明文の根拠なしに認めてきたという。

<sup>6</sup> この法律は、コンセイユ・デタではなく、政府のイニシアティブによる珍しい例として紹介されている（C. Broyelle, *Contentieux administratif*, 4<sup>e</sup> éd., L.G.D.J., 2016, p. 279）。なお、当時の規定では、既判事項の確定力を帯びた判決すなわち確定判決に限定されていた。

<sup>7</sup> これは、司法裁判所が明文の根拠なく実践していたアストラントの解釈において、すでに認められていた（J. Chevallier, *op. cit.*, p. 73）。

<sup>8</sup> C.E., 17 mai 1985, Menneret, *Rec.*, p. 149, concl. Pauti ; *A.J.D.A.*, 1985, p. 229, chron. S. Hubac et J.-E. Schoetti ; *D.*, 1985, p. 583, note J. Marie Auby ; *R.A.*, 1985, p. 467, note Pacteau.

<sup>9</sup> Pauti, concl. *préc.*, (note 8), p. 150.



常の裁判的保障の不十分さの克服である。前章で述べたところの外在的批判を指しているものと思われる。かくして、「迅速な執行 (exécution rapide) <sup>10</sup>」を目指し創設されたアストラントは、あくまで「抑止・動機づけ・圧力 (procédures de dissuasion, d'incitation et de pression)」の手段と解されており、第 2 章で述べる行政的統制の延長と位置づけられることになる <sup>11</sup>。近時の憲法院判例においても、アストラントは威嚇的措置 (mesure comminatoire) であることが改めて明記されている <sup>12</sup>。

## II 1980 年法の仕組み

前述の通り、二つのアストラントが制度化されたわけであるが、1980 年法 1 条は、行政裁判所が公法人に一定の金額の支払いを命じる判決を下した場合、判決から 4 か月以内に右の支払いが実施されなければならないことを定めている。4 か月を徒過しても支払いがなされない場合、当該債権者から、国の債務については支出担当の会計官に対し、地方団体の債務については後見監督庁を介して、当該金額の支払い請求ができることを定めた。この規定は、2 条とは異なり、確定判決において適用される。続く 2 条は、行政裁判所によって下された判決が執行されない場合、アストラントを言い渡すことができ、取消判決の執行に関わるのは、言うまでもなくこの規定である。その流れは次のようなものである。まず、コンセイユ・デタ争訟部に対する原告の申立てに基づき <sup>13</sup>、あるいは争訟部の職権によって <sup>14</sup>、アストラントの訴訟上の手続が開始される。ここでは、第 2 章で述べる調査部が実際上大きな影響力を有する。すなわち、原告の申立てに基づく場合、争訟部は、調査部に一件書類を送付することで、まず調査部による審理およびあらゆる手立てが試みられる。ここでの説

---

<sup>10</sup> J. Massot, Portée et conséquences de l'annulation par le juge d'un acte administratif, *E.D.C.E.*, n° 31, 1979-1980, p. 116.

<sup>11</sup> アストラントは本質的に行政である (J.-C. Bonichot, P. Cassia, B. Poujade, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2016, p. 1358)。

<sup>12</sup> N° 2014-455 QPC du 6 mars 2015, cons. 5, *J.C.P.*, 2015, p. 567 note A, Trémolière ; Cf. J.-C. Bonichot, P. Cassia, B. Poujade, *op. cit.*, pp. 1357-1358. なお、威嚇的性格は夙に学説により指摘されていた (par exemple, Y. Gaudemet, *Reflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif*, in *Le pouvoir. Mélanges en l'honneur de Geroges Burdeau*, L.G.D.J., 1977, p. 811)。

<sup>13</sup> *E.D.C.E.*, n° 33, 1981-1982, p. 178.

<sup>14</sup> 1980 年法律制定時、元老院による修正として、職権によるアストラントの権限が加えられた。当時、行政裁判判決につきアストラントを言い渡すことのできる唯一の裁判所としての権限強化が企図されたという (J.-C. Bonichot, P. Cassia, B. Poujade, *op. cit.*, p. 1360)。

得が奏功しない場合、争訟部へ移送され<sup>15</sup>、争訟部でのアストラントの審理が開始される<sup>16</sup>。争訟部の職権による場合においても、調査部部長が職権で争訟部部長に裁判的統制の手続きの開始を付託することが前提となる<sup>17</sup>。争訟部部長のオルドナンスをもって、当該手続が開始され、ついで原告の申立てが実体的に審理され、裁判官は、期限を設定し、その期限内に行政による執行が果たされない場合に罰金を課することができる。これは仮の (provisoire) アストラントと呼ばれる種類のものであり (同法3条)、一般的な手法である<sup>18</sup>。裁判官の提示した期限内に執行措置を実施しなかった場合に、額が変更されることがあるという意味において、仮の性質を有する (4条)。他方で、確定的 (définitive) アストラントも存在する<sup>19</sup>。かかるアストラントの種類、執行にかけることのできる期間、額のすべてにつき、アストラント裁判官の裁量で決する<sup>20</sup>。アストラントが言い渡されたあと、管轄する法廷は一件書類を調査部に移送し、調査部は執行の進捗状況を争訟部に知らせる (R.931-7条)。

原告による申立てに関して重要なのは、判決の通知から6か月以内にアストラントを申し立てることはできないという点である。これは待機期間 (délai d'attente) と呼ばれるものであり、行政による任意の執行を待つべきという政策判断を看取させる。なお、後述する1995年2月8日法律が事後のアンジョクションを設け、その申立てに判決の執行に係るアストラントの申立てを実質的に取り込んだことで、待機期間は3か月に短縮されることとなった。

なお、当初の規定では、コンセイユ・デタのみがアストラントの権限を有していたが、同1995年2月2日の法律<sup>21</sup>により、第2項で述べる執行援助とアストラントの手続きが下級審裁判所 (行政地方裁判所および行政控訴院) にも適用されるようになった。コンセイユ・デタの権限が限定されていた理由の一つにコンセイユ・デタ調査部との連携の必要性があ

---

<sup>15</sup> ここでは、調査部部長が請求されたアストラントを課すべきか否かに関する意見 (avis) も文書 (note) の形で送付される。コンセイユ・デタ内部の性格を有するこの文書はしばしば報告の中でも言及されるという。Cf. J.-C. Bonichot, P. Cassia, B. Poujade, *op. cit.*, p. 1367.

<sup>16</sup> *E.D.C.E.*, n° 36, 1984-1985, p. 282.

<sup>17</sup> *Ibid.*, n° 38, 1986-1987, p. 194 ; J.-C. Bonichot, P. Cassia, B. Poujade, *op. cit.*, p. 1366.

<sup>18</sup> J.-P. Costa, *op. cit.*, (note 1), p. 229.

<sup>19</sup> 不執行が偶発的あるいは不可抗力であることが明らかにならない限り、額の確定 (liquidation) の際、アストラントの額が変更されることはない。

<sup>20</sup> なお、アストラントの一部は、地方公共団体の整備開発基金 (Fonds d'équipement) に納められる。Cf. Y. Gaudemet, *Droit administratif*, 21<sup>e</sup> éd., L.G.D.J., 2015, p. 101. 私人の理由なき獲得 (des enrichissements sans cause de parties privées) を避けるためと説明される (J.-P. Costa, *L'effectivité de la justice administrative*, R.A., 1999, p. 134.)。

<sup>21</sup> Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

ったようであり<sup>22</sup>、ここにも調査部との密接な関係を看取しうる。

## 第2項 意義と限界

アストラントは、制定当初期待をもって学説に迎えられている<sup>23</sup>。その理由として、調査部との連携に基づく柔軟なサンクションであることのほか、公務員個人へのサンクションの可能性が挙げられる。すなわち、1980年法は、アストラントを課したうえでも判決の執行がなされない場合において、予算財政統制院 (*le Cour de discipline budgétaire et financière*) の審理に基づき、執行にあたる公務員個人に罰金を課すことも認められていたのである<sup>24</sup>。500フランから当該公務員の1年間の給与までがその罰金の範囲とされ (同法7条)、場合によっては極めて強力な処罰となるものである。もっとも、この点については、第2章でとりあげた国家賠償請求と同じ問題が生じることになる。すなわち、行政の決定の複雑化に伴う責任者の確定の困難さを批判する声があり<sup>25</sup>、そもそも、予算財政統制院の活動の不活発さも指摘されていた<sup>26</sup>。また、6か月後以降という期間制限に関する批判も見られた<sup>27</sup>。

もとよりアストラントは、あくまでも間接的強制にとどまる。したがって「行政裁判官の権限の拡大といえるとしても、その目的は行政による判決の執行を容易にする (*faciliter*) こと<sup>28</sup>」にあった。そして、アストラントそのものの運用の低調さはそれに拍車をかけるものであった。初めてのアストラントの実施は、法定から5年後の1985年である。この点、1982年のコンセイユ・デタ年次報告において、「明白かつ徹底的な悪意に対してのみ、アストラントを行使すべきである」と述べられていることに鑑みると<sup>29</sup>、アストラントの抑制的な行使は、後述する行政的統制での解決が試みられていたことおよび相当数が解決に至っていたことの裏返しともいえる。

---

<sup>22</sup> 平田和一「フランスにおける行政裁判所の判決の執行」専修法学論集45号(1987年)332頁。

<sup>23</sup> 同上、331-332頁。

<sup>24</sup> R. Chapus, *Droit administrative général*, 15<sup>e</sup> éd., t.1, Montchrestien, 2001, p. 821 ; Y. Gaudemet, *op. cit.*, (note 20), p. 102.

<sup>25</sup> 平田・前掲注23、337頁。

<sup>26</sup> M. Fromont, *op. cit.*, p. 248 は議会の議長、首相・財務大臣・当該公務員の所管省庁の大臣、会計検査院・検事長 (*le procureur*) から申立てることが可能であったが、1988年時点で実施されていなかったことを指摘している。

<sup>27</sup> 平田・前掲注23、333頁。

<sup>28</sup> Y. Gaudemet, *op. cit.*, (note 20), p. 102.

<sup>29</sup> *E.D.C.E.*, n° 33, 1981-1982, p. 178.

## 第2款 アンジョンクシオン

20世紀後半の行政法学説が裁判官の権限強化を唱えたことは、第2章第2節の通りである。その本願であったアンジョンクシオンの権限が立法府により行政裁判官に付与されることになるのは、1995年のことである<sup>30</sup>。そこで、まず条文に基づく仕組みとその趣旨を明らかにする必要がある（第1項）。目的と種類を限定することによりかつてのアンジョンクシオン禁止の法理を克服しようとする立法者意思と同時に、既判事項の権威の——具体的内容の拡充ではなく——コントロール手法の強化がねらいであったことが確認される。つぎに、審理過程における裁判官の権限に着目した考察を行うことにより、行政裁判官の広範な裁量に基づく審理過程が浮き彫りとなる（第2項）。さらに、既判事項の権威のコントロール手法の強化の副産物として、既判事項の権威の具体的内容の拡大が判例の分析により明らかにされる。第2章でとりあげた原状回復義務にかかる判例法理の変更である。もっとも、審査の厳格化による義務の縮減ともいうべき現象も他方で見受けられる（第3項）。最後に、当初の制度趣旨と、その後の運用過程とを照らし合わせながら、1995年法の理論的基礎を探究する（第4章）。

### 第1項 立法者の意図

1995年法は二点の限定を付す。一方で、行政裁判官による判決時におけるアンジョンクシオンの権限は「判決の執行を確保するためだけに」許される（目的の限定）。他方で、「判決がそれ自体において行政が特定の措置をとることを含んでいる場合、もしくは、申請に対して改めて審理することを含んでいる場合にのみ<sup>31</sup>」それは可能である（種類の限定）。

なお、国会における同法の制定は、意外にも極めて円滑に行われたことを付言しておく<sup>32</sup>。その要因は、これまた意外にも、学説による批判の対象であったコンセイユ・デタにある。すなわち、同法の大部分は、当時コンセイユ・デタ副長官であったM.ロン(Marceau Long)が座長を務める研究グループが1993年に提出した提言に基づいているという<sup>33</sup>。それゆえ

---

<sup>30</sup> 1995年法に関する我が国の先行研究として、小早川光郎「フランス行政訴訟における“指令”について」北村一郎編集代表『現代ヨーロッパ法の展望』（東京大学出版会、1998年）445頁、興津征雄『違法是正と判決効——行政訴訟の機能と構造』（弘文堂、2010年）109頁がある。

<sup>31</sup> D. Chauvaux et T.-X. Girardot, chron. sur C.E., 4 juillet 1997, Leveau, *Rec.*, p. 282 ; *A.J.D.A.*, 1997, p. 585.

<sup>32</sup> F. Moderne, Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif, *R.F.D.A.*, 1996, p. 44.

<sup>33</sup> R. Denoix de Saint Marc, La loi du 8 février 1995 et la réforme du contentieux administratif, Présentation, *R.F.D.A.*, 1996, p. 2.

に、コンセイユ・デタの議を経た政府提出法案としての通過が実現したのであった<sup>34</sup>。

## I 目的の限定

一般に、1995年法は行政裁判官のアンジョクシオン権限を“部分的に”（のみ）許容したものと解されている。すなわち、あくまでも、「既判事項の執行の観点において（en vue de l'exécution de la chose jugée）」のみ、行政にアンジョクシオンを命じることができるからである<sup>35</sup>。したがって、アンジョクシオンの申立ては付帯的なもの（conclusions accessoires）でしかなく、主位的に申立てることはできない<sup>36</sup>。なお、ここでいう「既判事項」には全面審判訴訟における判決も含まれるものの、取消判決の執行がかねてよりの問題を構成してきたことはすでに指摘している通りであり、アンジョクシオン権限の主戦場も越権訴訟における取消判決にある<sup>37</sup>。そして、アンジョクシオンの対象となる「判決」にはレフェレ判事のオルドナンスなどの既判事項の権威を持たないものは含まれない<sup>38</sup>。したがって、アンジョクシオンの目的は、あくまでも既判事項の権威の保護にあり、あらゆる判決の執行の確保にあるわけではない<sup>39</sup>。この点は、第2節でとりあげる行政的統制

---

<sup>34</sup> F. Moderne, *op. cit.*, (note 32), p. 44 は、所管大臣による議員への説得も効を奏したことを記している。

<sup>35</sup> F. Moderne, *ibid.*, p. 54 ; R. Chapus, *op. cit.*, (note 24), pp. 815-816 ; J.-C. Ricci, *Contentieux administratif*, 5<sup>e</sup> éd., Hachette, 2016, pp. 220, 235 et s. ; C. Maugué, *Les injonctions pour exécution de la chose jugée*, in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris Dalloz, 2007, p. 592.

<sup>36</sup> S. Boussard, *La classification des contentieux à l'épreuve de la métamorphose du juge de l'excès de pouvoir*, in G. Bigot et M. Bouvet (dir.), *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Litec-Lexis Nexis, 2006, p. 326 ; C.E., 21 juin 1995, Mlle Bœuf, n° 106701 は判決の執行を目的とする措置以外で、行政にアンジョクシオンを命じる職掌を行政裁判官は有しないと述べる。

<sup>37</sup> F. Blanco, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, thèse, Aix-Marseille : PUAM, 2010, p. 385 ; C. Maugué, *op. cit.*, (note 35), p. 596. なお、興津・前掲注 30、194 頁、注(35)をも参照。

<sup>38</sup> A. Perrin, *L'injonction en droit public français*, thèse, Éd. Panthéon-Assas, L.G.D.J., 2009, p. 599.

<sup>39</sup> もっとも、事前のアンジョクシオンについては、レフェレ裁判官による活用事例がある。2002年判決（C.E., 11 juin 2002, Aït Oubba, req. n° 247649）は、既判事項の執行を行政に課すことを目的として、事後のアンジョクシオン手続と並行して、基本的自由レフェレ（le référé liberté）を用いることは可能であるという判断を示した。この事案は、国外退去処分（arrêté de reconduite à la frontière）の取消判決が確定したにもかかわらず、行政は、執行義務であるところの滞在資格の再審査を1年にわたり行わず、一時滞在許可の交付にとどめてい

のうちの、コンセイユ・デタ調査部による執行援助が後者を目的にしていることと異なっている。

## II 種類の限定

1995年法によって設けられたアンジョクシオンは二種類である。今日では、行政裁判法典 (code de justice administrative ; 以下、「CJA」ともいう。) に規定が移し換えられ<sup>40</sup>、関連条文も増えていることから、CJAの条文を引きながら、概要を述べる<sup>41</sup>。一方で、L.911-1条によれば、判決が、特定の意味において (dans un sens déterminé) 執行の措置 (une mesure d'exécution) をとることを必然的に含む (implique nécessairement) 場合に、裁判官は、執行の措置を命じる (prescrit)。必要に応じて期間を付す場合もある。他方で、L.911-2条曰く、判決が、新たな審理の後で (après une nouvelle instruction)、改めて (de nouveau) 処分をすることを必然的に含む (implique nécessairement) 場合、裁判官は、定められた期間内に新たな処分をすることを命じる。前者の条文に基づくアンジョクシオンを、本稿では「特定措置型」と呼び、後者の条文に基づくそれを「再審査型」と呼ぶ。特定措置型と再審査型の区別に関しては第2項で説明を加え、以下では、事後と事前の区別につき、概観する。

### 1 事前のアンジョクシオン

特定措置型、再審査型、いずれのアンジョクシオンにおいても、事前と事後のアンジョクシオンがありうる。事前のアンジョクシオンとは“予防的 (préventive) アンジョクシオン”と呼ばれることもある通り、いわば行政にボールを投げ返すことなく、係争行為の取消判決時点で、その執行措置の実施を命じることができる。1995年法最大の産物である<sup>42</sup>。

---

たという状況で、原告が事後のアンジョクシオンと基本的自由レフェレのふたつの申立てを行ったものであった。コンセイユ・デタの判断は、本件の状況に鑑みて、緊急性および基本的自由に対する重大かつ明白な違法が認められ、基本的自由レフェレの範囲内でのアンジョクシオンを正当化するに足りるとするものである。かくして、基本的自由レフェレの要件を満たす限りにおいて、緊急レフェレ (référé urgent) による申立ての受理から48時間以内での判決という仕組みに則ったアンジョクシオンが可能となった。Cf. A. Perrin, *op. cit.*, (note 38), p. 292.

<sup>40</sup> 立法部分は、2000年5月4日の第387号オールドナンスによって、命令部分は、同日の第388号および第389号デクレによって制定されている。

<sup>41</sup> 当時は、地方行政裁判所・行政控訴院法典 (Code des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel) にL.8-2条以下を設け、1980年アストラント法にL.6-1条を設けることにより、前者は地方行政裁判所および行政控訴院、後者はコンセイユ・デタに適用された。参照、興津・前掲注30、114-115頁。

<sup>42</sup> C. Maugué, *op. cit.*, (note 35), p. 591 ; A. Perrin, *op. cit.*, (note 38), p. 307.

原告は、取消請求と同時にアンジョクシヨンの請求をすることにより、事前のアンジョクシヨンを得ることができる。対する事後のアンジョクシヨンは、1980年法の仕組みと同様に、3か月の待機期間を置いている。なお、アストラントは、事前であれ、事後であれ、アンジョクシヨンに必要な応じて付加されるという位置づけとなり、事後のアンジョクシヨンに付加される場合には、その待機期間が3か月であることから実質的にアストラントを含めた事後の行為命令を申し立てることのできる期間の短縮が図られたことになる。もっとも、執行を拒否する明示の処分がある場合は除かれており、また事前のアンジョクシヨンにもアストラントは付加できるため、待機期間の意義は大きく減退したともいえよう。

## 2 事後のアンジョクシヨン

事後のアンジョクシヨンは、原告勝訴判決のあとで、行政による執行措置の履践を確保すべく改めて裁判官に執行措置の命令を申し出るものである<sup>43</sup>。上訴されている判決が執行されていない場合、アンジョクシヨンの申立ては上訴裁判所に提出される(L.911-4条2項)。さらに、下級審裁判官は常に、コンセイユ・データにアンジョクシヨンの申立てを移送することができる(L.911-4条4項)。事前のアンジョクシヨンが付された判決が執行されない場合にも、事後のアンジョクシヨンを申し立てることができるものの、執行裁判官(juge de l'exécution)<sup>44</sup>は、事前のアンジョクシヨンを再検討することができず、その執行を担保させるにとどまる<sup>45</sup>。それゆえ、執行裁判官の前で、行政が事後のアンジョクシヨンの内容を争うことは許されない<sup>46</sup>。このように、事後のアンジョクシヨンの申立てに対する執行裁判官の訴訟手続きは、新たな審理とはみなされず、執行の実現が望まれている判決の審理の延長と位置づけられている<sup>47</sup>。何らのアンジョクシヨンも付されてい

---

<sup>43</sup> 事後のアンジョクシヨンの要件である「執行されていない場合」が広く解されるようになることも、後述する裁判官の権限拡張のひとつの側面を映し出す。後掲注201をも参照。

<sup>44</sup> フランスでは、一般的に、取消請求を本案審理する裁判官を越権裁判官とした場合、アンジョクシヨンの申立てを審査する裁判官を執行裁判官と観念されている。控訴審判決を破毀したあとで、破毀裁判官が本案審理裁判官に戻ることができるように、越権裁判官も、取消のあとで、越権裁判官へと変身(se métamorphose)すると説明されることがある。Cf. S. Boussard, *op. cit.*, p. 326. もっとも、事前のアンジョクシヨンにおいては越権裁判官がアンジョクシヨンを言い渡すことになるため、執行裁判官が観念されるのは事後のアンジョクシヨンにおいてのみである。

<sup>45</sup> A. Perrin, *op. cit.*, (note 38), pp. 305-306 ; C. Broyelle, *op. cit.*, p. 286 ; *E.D.C.E.*, n° 67, 2016, p. 182.

<sup>46</sup> C.E., 6 mars 2015, Commune de Rodihan, n° 377573 ; Cf. *E.D.C.E.*, *ibid.*

<sup>47</sup> R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 13<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2008, p. 1169 ; *Ibid.*, p. 1167 は「裁判官への回帰 (un retour devant le juge)」と表現する。

ない判決であれば、主文および判決理由から執行の措置を決定するために解釈することが執行裁判官の任務となる<sup>48</sup>。

さらに、アストラントの説明で述べたのと同様に、事後のアンジョクシオンにおいても、まずもって、調査部による非訟的手続きに付され、説得が試みられる (R.921-5 条)。したがって、事後のアンジョクシオンの申立ては常にその判決を伴うわけではなく、調査部による説得が奏功した場合には、行政的解決 (classement administratif de la demande) が原告に通知されることになる (R.931-3 条)。もっとも、これに満足しない原告が事後のアンジョクシオンの審理の開始を請求することもできる (R.931-4 条)。このように、事後の申立てに基づく一連の手続きを「執行手続き (procédure d'exécution)<sup>49</sup>」と呼ぶ者もいる。

### III アストラントとの異同

1995 年法の射程を明らかにするには、アストラントとの相違を改めて整理すべきであろう。というのも、1995 年法は 1980 年法の修正という体裁を持つ側面を有し、アストラントの類似性が指摘されているからである。曰く、アストラントは必然的にアンジョクシオンを内包し、既判事項の不執行を確認するにとどめる一方で、アンジョクシオンはとるべき措置を命じるという違いがあるにすぎない<sup>50</sup>。すなわち、「アストラントは、結局のところ、有効なサンクシオンを伴うアンジョクシオンにすぎない<sup>51</sup>」のである。夙に、アストラント審理において、なによりもまず、判決の正確な射程 (portée exacte du jugement) を定めること、つまり、既判事項に基づく義務の解釈こそが困難であり、重要であることが指摘されていることは、そのことを物語っているといえよう<sup>52</sup>。そのうえで、1995 年法の新規性は次の三点にある。第一に、コンセイユ・デタのみが可能であった判決の執行に関する手続きが、下級審裁判所にも拡大されたということである。第二に、予防的手続きが行えるようになったことである。すなわち、アストラントの申立ては、あくまで、判決のあと行政による執行の有無 (6 か月の待機期間) を待ってからでしか許されていなかったが、1995 年法は、かかる事後的な手続きとしてのアンジョクシオンに加え、取消請求と同時にアンジョクシオンの申立てをも付することができるような仕組みを設けている。かかる事前のア

---

<sup>48</sup> C. Broyelle, *op. cit.*, p. 286.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 281. 事後の申立てに基づく裁判的手続きを「裁判的執行手続き (procédure juridictionnelle d'exécution)」とも呼ぶ (*Ibid.*, p. 282 et s).

<sup>50</sup> J.-H. Stahl et D. Chauvaux, *chron. sur C.E.*, 29 décembre 1995, Kavvadias, *Rec.*, p. 477 ; *A.J.D.A.*, 1996, p. 116 ; C. Broyelle, *op. cit.*, pp. 284-285. もっとも、Y. Gaudemet, *op. cit.*, (note 12), p. 812 は、アンジョクシオンが命令 (ordre) であるのに対し、アストラントは罰 (peine) であるという違いも指摘する。

<sup>51</sup> J. Chevallier, *op. cit.*, p. 74.

<sup>52</sup> Pauti, *concl. préc.*, (note 8), p. 151.



ンジョンクシヨンの効用として、簡素な主文からは不明確な義務の導出を克服し、執行の主体を含めた義務の明確化が指摘されていた<sup>53</sup>。最後に、裁判官の裁量である。アストラントは申立てなしに職権でも行うことができる一方、アンジョンクシヨンは原告の申立てを要件とする。さらに、アストラントはその命令が裁判官の裁量に委ねられている一方で、請求が適法であり、上記規定の条件を満たす限りにおいて、裁判官はアンジョンクシヨンを命じなければならない<sup>54</sup>。このように裁判官の裁量に委ねられるアストラントとは異なり、裁判官は判決が必然的に含むところの措置を命じる義務があるとする条文の建てつけからは、裁判官の権限強化の意図を看取することができる。

類似の仕組みであったアストラント以上の仕組みを備えたようにも見えるアンジョンクシヨンは、第2項から論じていく通り、今日極めて多くの局面において活用されていることは疑いの余地がない。アストラントは、しかし無用の産物となっているわけでもない。ある論者は、アストラントが付与された場合は「アンジョンクシヨンの効力 (force) は、アストラントに依存する (tributaire) ことは言うまでもない<sup>55</sup>」といい、国民議会での立法委員会報告者は、アストラントにアンジョンクシヨンを重ねられるようになることで、争訟の簡素化 (simplification) に寄与することが法案の利点であるとも説明している<sup>56</sup>。アストラント自体は裁判官の裁量に基づくとはいえ、必要に応じた金銭的な“威嚇”によってこそ執行の“迅速性”は担保されるのであり、アストラントとアンジョンクシヨンとは、いわば背中合わせ (diptyque)<sup>57</sup>の仕組みとして、機能することが期待されていることもフランス法の特徴

---

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> F. Blanco, *op. cit.*, p. 384. もっとも、アンジョンクシヨンの期限の付与については、裁判官の裁量事項である。文書の交付などであれば、短くて数日、新たな文書の作成や期間を要する手続きの開始の場合数か月や1年の場合もあるという。この点、近時の年次報告では、期限の徒過が多いことに鑑みて、多くの裁判所が、裁判官による期限の設定が不適切であることを言指しているという。とりわけ、再審査の場合、多くの行政機関や諮問機関の介在を要するために、時間を要する場合が少なくないからである。Cf. *E.D.C.E.*, n° 66, 2015, p. 170.

<sup>55</sup> F. Moderne, *op. cit.*, (note 32), p. 55.

<sup>56</sup> M. Porcher, *JO Déb. Ass. Nat.*, 22 décembre 1994.

<sup>57</sup> P. Fraisseix, *La réforme de la juridiction administrative*, *R.D.P.*, 1995, pp. 1075-1076 ; M. オーリウもまた、「アンジョンクシヨンはサンクションを必要とし、サンクションを予見させる命令 (ordre) である」と強調していたと言われ (F. Moderne, «Étrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait-elle ?», *R.F.D.A.*, 1990, p. 801)、「裁判官は命じるだけでは不十分なのであり、不執行だった場合のサンクションを明言する必要がある。その典型がアストラントである」(Y. Gaudemet, *op. cit.*, (note 12), p. 811)とも指摘される。後者は、「サンクションを欠いた命令は、裁判官の願いでしかない (l'ordre dépourvu de sanction n'est qu'un souhait du juge)」とも言う (*Ibid.*, p. 812)。

に思われる<sup>58</sup>。

## 第2項 審理の過程

以上の通り1995年法は、特定措置型と再審査型という二種類のアンジョンクシオンを認めたわけであるが、第2章で述べた通り、不整合処分の取消義務を求める場合には、関連性の審査、期間の審査、権利利益の審査をクリアする必要がある、1995年法が専ら原状回復という作為義務の命令に用いられる以上<sup>59</sup>、アンジョンクシオンの審理においてもこの三点につき審理されることになる。特定措置型か再審査型かを決するのは、関連性の審査といえよう<sup>60</sup>。ここでは、その際の裁判官の審理の過程に焦点を当てる。すなわち、制度上二つの種類に分かたれたアンジョンクシオンであったが、実のところその峻別は困難であり、相対化の状況にあることが確認され（Ⅰ）、それをさらに加速させようとする要因として裁判官による審査過程での裁量の拡大が認められつつあることを明らかにする（Ⅱ）。もっとも、審理過程における裁判官の権限を羈束するような判断も近時出されており、取消理由の審査順序にかかる判例を紹介しておく（Ⅲ）。

### Ⅰ 特定措置型と再審査型の相対化

フランスにおいても、我が国同様、主に法令による要件設定が一定程度明確であり、行政による判断の余地がほとんど認められない羈束権限（*compétence liée*）と、規定上不確定概念等を用いていることにより、行政に対して一定の判断の余地を認める裁量権限（*pouvoir discrétionnaire*）の区別が認められており、特定措置型と再審査型のアンジョンクシオンはもまた一般的に、この区別に基づく説明される<sup>61</sup>。すなわち、処分を取り消した後、行政が羈束権限の状況にあると判断される場合、特定措置型アンジョンクシオンが下され、行政に評価の余地が残されていると判断される場合、再審査型アンジョンクシオンが下される<sup>62</sup>。

---

<sup>58</sup> 第2節で後述するメディアトゥールにおいては、公表というサンクションしか用意されていないことをもって、実効性に乏しいことが指摘されており、アストラントの抑止的效果が重視されていることを示しているともいえる。Cf. F. Moderne, *ibid.*, pp. 817 et 801.

<sup>59</sup> 理論的にいえば、不作為義務の命令も可能であるが（F. Moderne, *op. cit.*, (note 57), p. 801）、判例・学説において1995年法の運用に関し、この点は論じられていないように見える。なお、Y. Gaudemet, *op. cit.*, (note 12), p. 814は、アンジョンクシオンは通常（*normalement*）作為義務（*obligation de faire*）であると述べている。

<sup>60</sup> Cf. A. Perrin, *op. cit.*, (note 38), p. 713.

<sup>61</sup> F. Moderne, *op. cit.*, (note 32), p. 56 ; F. Blanco, *op. cit.*, p. 380 ; S. Boussard, *op. cit.*, p. 319.

<sup>62</sup> F. Blanco, *ibid.*, p. 383はこの区別は単純に過ぎるという。法律あるいは判例に基づく羈束状況に比べ、裁判官のコントロールの結果としての行政の義務の状況は複雑であるからであり、

仮にこのような整理が可能だとしても、問題は単純ではない。一方で、取消理由の性質はかかる区別に対応するものではない。前述の通り、アンジョクシヨンの可否とその内容は、取消判決の判決理由に応じて決まる<sup>63</sup>。したがって、取消判決を下した裁判官が審査しなかった処分理由による処分をも排除する形での特定の措置のアンジョクシヨンは認められない<sup>64</sup>。ある理由が処分を適法に根拠づけるかどうかの判断が示されなかった場合、当該取消判決は当該処分を必然的に含むとはいえないため、再審査アンジョクシヨンのみを命じることができることになるのである。ところが、外的・内的違法という区別に基づく一律の振り分けはできない。確かに、外的違法に基づく取消は再審査のアンジョクシヨンが多い<sup>65</sup>が、特定措置型アンジョクシヨンが完全に排除されるわけではない<sup>66</sup>。

他方で、係争処分そのものの羈束性は特定措置型アンジョクシヨンを導くわけではない。係争処分が裁量権限に基づくものであったとしても、取消理由とアンジョクシヨン判決時の状況次第で、取消後の措置が羈束されることがあるからである。たとえば、評価の余地のある A と、客観的一義的に決まる B という二つの要件を満たした場合には処分がなされる、という規定において、A を満たしていないという理由でなされた拒否処分が、越権判事により取り消され、A に関する行政の評価の余地が完全に失われた場合で、かつ、B が充足する場合、アンジョクシヨン判事は、再審査ではなく、特定の措置を命じることができるのである<sup>67</sup>。

かかる状況に加えて、特定措置型と再審査型の区別の帰結が羈束か裁量かの区別に必ずしも対応しないことが、二つのアンジョクシヨンの相対化をもたらす。特定措置型アンジョクシヨンであっても完全に一義的な措置を裁判官が定めうとは限らないのであり<sup>68</sup>、

---

その例として、後掲注 149 の事例を挙げている。

<sup>63</sup> R. Chapus, *op. cit.*, (note 47), p. 977 : 興津・前掲注 30、127 頁以下。なお、前提として、L.911-1 条等という判決 (dicision) には、判決理由をも含む (A. Perrin, *op. cit.*, (note 38), p. 599)。

<sup>64</sup> C.E., 27 octobre 2008, *Ministre de la santé et des solidarités c/ SELARL Pharmacie du Hamois*, *Rec. Tab.*, p. 872.

<sup>65</sup> C.E., 30 décembre 2009, *Association de résidences pour personnes âgées dépendantes*, *Rec. Tab.*, p. 607-959 ; C.E., 25 novembre 2009, *Dross*, *Rec. Tab.*, p. 674-675-816-905-908 ; C.E., 28 juillet 1999, *Société Red Bull Gmbh*, *Rec. Tab.*, p. 580-696-932-940.

<sup>66</sup> C.E., 1<sup>er</sup> octobre 1997, *Devron*, *Rec. Tab.*, p. 1019 ; 懲戒処分の手続き上の瑕疵に基づく取消は、原告の身上書への懲戒処分の記載すべての削除を含むと判断した。

<sup>67</sup> T.A., Rennes, 28 Septembre 1995, *Jehan et autres*, *R.F.D.A.*, 1996, p. 345.

<sup>68</sup> C. Maugüé, *op. cit.*, (note 35), p. 592 は特定措置型アンジョクシヨンによって、「行政は、既判事項を前にして、とるべき判断につき、選択の余地はなくなる」という。確かに、上記指摘の文脈でいうところの復職の措置をとることは無論選択の余地はないが、その措置を取る際の行政の裁量が完全に否定されるわけではない。この点につき、第 3 項の別の訴訟の類型を

再審査型アンジョクシオンに基づき実際上とりうる措置がただひとつに限られることもあるのである<sup>69</sup>。特定措置型における「特定の意味での処分」の概念が比較的緩やかに解釈されることによる、特定措置型アンジョクシオンの多用も指摘されている<sup>70</sup>。

## II 審理権限の帰属

特定措置型と再審査型の相対化の傾向および前者の多用という指摘からうかがえるのは、裁判官が判決時における要件の充足を知悉する必要性であろう。特定の行為を行政に命じるためには、処分時ではなく、判決時において行政による行為が羈束されていることが認定される必要があるからである。ところが、我が国同様、越権訴訟における違法判断の基準時は処分時であると解されている。この点の整合性につき、フランス法は大胆な判例法理を展開しているように思われる。

### 1 判決時における法的・事実的状況の考慮<sup>71</sup>

問題が生じるのは言うまでもなく、処分時から判決時までの間に法的・事実的状況が変化した場合であり、その変化を考慮するか否かが焦点となる。1995年コンセイユ・デタ判決はこれを否定的に解したが<sup>72</sup>、同判決に対するコンセイユ・デタ調査官による判例紹介は、事前のアンジョクシオンの空文化を回避するために、処分後の状況の変化を考慮すべきと批判していた<sup>73</sup>。彼らによれば、確かに、再審査型アンジョクシオンが法定されている以上、立法者は、処分後の状況の評価を行政に委ねたという解釈もありうるという。それでもなお、かかる解釈では、特定措置型アンジョクシオンはほとんどその内実を失ってしまうのであり、判決時の規律により越権訴訟を強化しようとした立法者意思を踏まえる限り、判決時の法的・事実的状況に照らして、アンジョクシオンの可否を審査することが必要なのである。その後の下級審判決の態度が定まらないなか、1997年ブルザク判決はこの論争

---

も参照。特定措置型アンジョクシオンのあとでも行政に裁量が残る例としては、命令制定行為が命じられた場合も挙げられる (S. Boussard, *op. cit.*, p. 319)。内容につき、裁判官による一義的な確定は不可能である。

<sup>69</sup> S. Boussard, *ibid.*, p. 320. なお、ドイツの義務付け訴訟における特定処分義務付け判決と再決定義務付け判決の内容についても、相対化が指摘されることにつき、参照、山本隆司「義務付け判決と仮の義務付け・差止めの活用のために (上) ——ドイツ法の視点から」自治研究 81 巻 4 号 (2005 年) 72 頁以下。

<sup>70</sup> S. Boussard, *ibid.*, p. 319.

<sup>71</sup> 事案の詳細については、参照、興津・前掲注 30、121-129 頁。

<sup>72</sup> C.E., 18 octobre 1995, *Ministre de l'Intérieur c/ M. et Mme Reghis*, *Rec. Tables.*, p. 989, *chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux*, *chron. préc.*, (note 50), p. 119.

<sup>73</sup> J.-H. Stahl et D. Chauvaux, *ibid.*, pp. 118-119.

に終止符を打った<sup>74</sup>。「コンセイユ・デタが、特定の執行措置を命じることを申し立てられた場合において、判決時に存在する法的・事実的状况に鑑み、申立てを審理することはコンセイユ・デタの職掌にある」として、入国ビザ申請拒否処分取消判決の執行として、ビザの発給を正当化するような新たな事情が生じていないことを認定したうえで、ビザの発給を命じたのである。判決理由では、改めての拒否処分を可能にさせるような状況にはないことが、管轄法廷であるところの第二連合小部会長 (président de la deuxième sous-section de la section du contentieux) の書面に対する当事者の返答により判明したことが明記されている。論告担当官は、1995年判決を不相当とし、処分後の状況の変化を考慮しない判断では、新たなアンジョクシオン権限の実体を無に帰することになること、また、アンジョクシオンの申立てに対する裁判官の態度は、全面審判裁判官のそれであるべきことを主張した<sup>75</sup>。もっとも、原告の権利が何たるかを判断するために、判決時の状況全てを評価するわけではなく、あくまで、既判事項の内容の明確化のために、取消判決の理由に関わる要素のみを評価するにすぎない<sup>76</sup>。この判例法理の帰結として、行政機関が執行措置をとることを妨げるような事情の変化が生じていたら、処分時に作為義務を負っていたとしても、アンジョクシオンの発出はなされないことになる<sup>77</sup>。

ここには、越権訴訟と全面審判訴訟の接近という理論的問題のみならず<sup>78</sup>、重要な変化が生じている。第2章で述べた通り、かつて原状回復義務の履行は、一度行政の手に委ねられていた。裁判所に付託されるのは、行政による誤った原状回復の措置か、行政に対する原状回復の請求に対する明示ないし黙示の拒否処分の違法性判断である。さらに、1980年アストラント法もそれに先立つ行政的統制 (第2節) も行政による措置を待つという意味での待機期間が法定されていた。ゆえに、仮に再びその適法性が問題とされることがあるにせよ、その時点での状況に照らした措置を決定し、実行に移すのは、行政である。しかし、アンジョクシオンの法定化と事後の状況の変化にかかる考慮を行政裁判官の職責と位置づけた判例法理に基づく限り、既判事項の権威の内容すなわち執行措置を決定するのは、アンジョクシオンを審理することになる行政裁判官に他ならない<sup>79</sup>。この点につき、「もし、アンジョクシオン権限が今後、行政の審理権限 (le pouvoir d'instruction de l'administration) に、執行裁判官が介入することを許すものであるとしても、慎重に (avec prudence)、ニュアンスをもって (avec nuance)、新たに割り当てられた権限を用いるのでない限り、執行裁

---

<sup>74</sup> C.E., 4 juillet 1997, Époux Bourezak, *Rec.*, p. 278, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; *R.F.D.A.*, 1997, p. 815, concl. R. Abraham.

<sup>75</sup> R. Abraham, concl. préc., (note 74), pp. 817-818.

<sup>76</sup> J.-H. Stahl et D. Chauvaux, chron. *préc.*, (note 50), p. 119.

<sup>77</sup> C.E., 4 juillet 1997, Leveau, *Rec.*, p. 282 ; *R.F.D.A.*, 1997, p. 819, concl. J.-H. Stahl ; *A.J.D.A.*, 1997, p. 584, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot.

<sup>78</sup> 後述第4項参照。

<sup>79</sup> A. Perrin, *op. cit.*, (note 38), p. 586.

判官が行政に対し、執行裁判官の権威 (autorité) といえるものを得られないだろう<sup>80</sup>』という論告担当官の言明は示唆的である。

## 2 法的・事実的状況の把握手段

事後の状況の変化を考慮に入れることを職掌とする限り、具体的にいかにして裁判官がそれを知悉するかが問題となる。行政裁判官による手続きは民事訴訟における当事者主義を修正し、職権主義的性格 (caractère inquisitoire) を帯びていることから、前述のブルザク判決においてみられたように、裁判官による証拠調べ (enquête) がまずもって想起されよう。確かに、両判決におけるアンジョクシヨンの審理を支え、決定づけたのは公判前手続きにおいてなされた証拠調べに基づく当事者の応答である。しかし、ブルザク判決等の判例紹介によれば、アンジョクシヨンの審理における証拠調べは、係争処分が取り消される場合にのみ、有効である<sup>81</sup>。要するに、アンジョクシヨンの審理に際し実施される証拠調べは、越権訴訟に基づく係争処分の取消の場合に備え、仮に (à titre provisionnel) 命じられるに過ぎず、ゆえに、かかる特別な証拠調べ (la mesure d'instruction spéciale) はできる限り遅く、すなわち、公判期日にできるだけ近い時期に行われるべきであるというのである。それ以上に、重要な意味を有するのは、あくまで裁判官による証拠調べは、必要に応じて、行われるべきという点である<sup>82</sup>。そのことを象徴するのが、行政からの立証がないことをもって、処分時からの法的・事実的状況に変化はないものと判断した CONSEIL DE JUSTICE 判決<sup>83</sup>の存在である<sup>84</sup>。アンジョクシヨンの審理において裁判官は、証拠調べを行うことも<sup>85</sup>、立証の欠缺から推認することも許される<sup>86</sup>。かくして、一件書類によって裁判官は十分な情報を得られているか、あるいは、当事者の新たな調書 (interrogation) によってしか

---

<sup>80</sup> M. Aubert, concl. sur C.A.A., Nantes, 11 décembre 1996, M. Thomas, *R.F.D.A.*, 1996, p. 811 ; Cf. A. Perrin, *op. cit.*, (note 38), p. 600.

<sup>81</sup> D. Chauvaux et T.-X. Girardot, *chron. préc.*, (note 74), p. 588.

<sup>82</sup> 前述の通り、阿部泰隆『フランス行政訴訟論——越権訴訟の形成と行政行為の統制——』(有斐閣、1971年) 86頁〔初出、1968-1969年〕143頁は、「CONSEIL DE JUSTICE は鑑定 (expertise)、現場検証 (visite du lieu)、証拠調べ (enquête)、官吏の出頭命令 (comparution personnelle)、訊問 (interrogatoire) 等をしないのが通常の状態である」と指摘する。

<sup>83</sup> C.E., 12 juillet 1995, Domarchi, *Rec.*, p. 988 ; *A.J.D.A.*, 1996, p. 115 ; C.E., 23 janvier 1997, *Ministre de l'Intérieur c/ M. Hamlaoui*, *A.J.D.A.*, 1997, p. 278, *chron. P.-E. Spitz* ; Cf. A. Perrin, *op. cit.*, (note 38), p. 609.

<sup>84</sup> J.-H. Stahl et D. Chauvaux, *chron. préc.*, (note 50), p. 119 は、行政は常に新たな事実を提出することができ、裁判所もまた必要に応じて証拠調べを開始ないし再開できることをもって、かかる立証責任を正当化できるとする。

<sup>85</sup> それに伴う判決の延期も可能であり、実際に行われてもいる。

<sup>86</sup> J.-H. Stahl et D. Chauvaux, *chron. préc.*, (note 50), p. 119.

得られない補足的な観点 (éclairage supplémentaire) が必要かを決定する主体は、裁判官であるのか、それとも行政であるのかに関する評価の余地 (marge d'appréciation) を、行政裁判官は有しているである<sup>87</sup>。1995年法が認めたアンジョクシオン権限の行使につき、審理手段に関わる裁判官の「極めて広範な自由 (grande marge de liberté)<sup>88</sup>」が判例法理によって認められたことは、同法の趣旨であった裁判官の権限強化をさらに推し進めるものといえる。

### III 理由の節約の例外

もっとも、申立て時点において、原告が特定措置型と再審査型いずれを選択するかは、今後、取消理由の審理という点で越権裁判官の審理権限を拘束しうる。この点、第2章で述べた通り、フランス越権訴訟では理由の節約 (l'économie de moyens) が根付いており、外的違法の取消で足りる場合に内的違法の審査を回避する傾向にあったことを想起する必要がある。この裁判実務が、アンジョクシオンの審理において、特定措置型の射程を狭めうることは想像に難くない。したがって、内的違法の審理を先行させることなどが多くの論者によって主張されていた<sup>89</sup>。2018年にコンセイユ・デタはニュアンスをもって、かかる指摘を容れた判断を示した<sup>90</sup>。やや長くなるが、判示を引用する。曰く。

「越権裁判官の職責 (office) について。

原告によって主張されたあるいは裁判官が職権で適示した取消事由 (moyen) のうちのひとつ (l'un quelconque) に基づく判決理由 (motif) が係争行為の取消を正当化するに足る場合、法律に別段の定めがない限り、越権裁判官は原則としてその他の取消事由につき判断する義務を負わない。

しかるに、既判事項の射程 (portée) および越権裁判官による取消の帰結 (conséquence) は、取消に不可欠の支柱をなす判決理由の内容 (substance) によって異なる。とりわけ、裁判官により取り上げられた取消事由が、行政機関が既判事項の執行として、状況の変化の留保のもと、特定の措置をとることを含むか否かに関わる場合がそうである。この点、[L.911-1条に基づく特定措置型であれ、L.911-2条に基づく再審査型であれ] アンジョクシオンの申立てを付帯させるか否かは原告の自由である (loisible)。

越権裁判官が行政行為を取り消す際、たとえ複数の取消事由が取消を正当化する性質を有するとしても、原則として、事案の状況全体に鑑み、当該紛争を最もよく解決できると思

---

<sup>87</sup> D. Chauvaux et T.-X. Girardot, *chron. préc.*, (note 74), p. 588.

<sup>88</sup> *Ibid.*

<sup>89</sup> 興津・前掲注 30、150-151 頁。

<sup>90</sup> C.E. Sec., 21 décembre 2018, Société Eden, n° 409678.

われる (paraît le mieux à même de régler le litige) 取消事由を選択することは、越権裁判官に帰属する (il lui revient)。しかるに、原告が取消の申立てに加えて、特定の措置をとるよう命じるアンジョクシヨンの申立てをも付帯することを選択した場合、認められればアンジョクシヨンの宣言を正当化する性質の取消事由を優先的に判断する役目が越権裁判官には課されている (il incombe)。〔特定措置型アンジョクシヨン〕を主位的に、〔再審査型アンジョクシヨン〕を予備的に申し立てた場合も同様である。」

以上の判示からは、理由の節約の原則を維持しつつも、原告のアンジョクシヨンの申立てが任意であることを梃子としたロジックが採用されていることがうかがえる。そして、コンセイユ・デタは明らかに「特定措置型」の申立てに意をくむべきことを述べている。したがって、越権裁判官は、特定措置型アンジョクシヨンを申し立てられた限りにおいて、外的違法と内的違法のいずれからも審理できるのではなく、当該申立ての帰趨を左右する後者を優先して判断しなければならないことになる。上記判決が今後いかなる評価を得ることになるかは今後注視する必要があるが、少なくとも、取消事由の判断順序にかかる裁判官の完全なる裁量はアンジョクシヨンの審理において通用しないといえよう。

### 第3項 判例法理の変化

判決の内容に目を転じると、アンジョクシヨンの権限は分野を問わず、広く活用されていることがわかる<sup>91</sup>。ここでは、第2章で整理した各種の義務につき、1995年以降いかなる変化が生じたかを明らかにする。端的に言えば、判例は二つの傾向を示す。一方で、既判事項の権威の具体的内容の拡大傾向があり(I)、他方で、その限定の傾向も看取しうる(II)。とりわけ前者に関しては、第2項で述べた審理過程における裁判官のコントロール権限の拡大が、具体的内容の確定にも影響を及ぼしていることがうかがえる。

#### I 義務の拡大

第2章での整理をもとにしながら、行政の執行措置がより広く、具体的なものとなるケースを類型ごとに見ていこう。もっとも、個別具体の執行措置が、当該判決の判決理由に基礎づけられることは言うまでもない<sup>92</sup>。

##### 1 公務員の社会保障受給権の回復

公務員のキャリアの問題が原状回復の古典的問題領域であることは第2章の通りである。今なお、取消判決の執行の大きな部分を占めるが、第2章で述べた原状回復の限界を含め、

---

<sup>91</sup> A. Perrin, *op. cit.*, (note 38), p. 596.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 605.



大本となる判例法理に変更は見られない<sup>93</sup>。但し、違法に職務から斥けられた公務員の社会保障受給権に関する判例は、より一層原告の地位の回復をすすめていると解することができる。すなわち、原告によってなされた行為の欠如により追加の報酬は支払われなくても、そのことは必然的に、違法に職務から斥けられていた期間の年金受給権および社会保障受給権の喪失を意味するわけではない。したがって、罷免処分取消判決の執行として、原告の年金受給権および社会保障受給権の回復を命じることができる<sup>94</sup>。さらに、そのための負担金 (cotisations) の支払いを、雇用者負担分のみならず、労働者負担分まで行政が行うことが認められた<sup>95</sup>。

## 2 申請に対する処分の発給

この類型においては、近時、外国人に関する事案が増加していると言われる<sup>96</sup>。1995年法の条文構造に基づけば、申請時の状況に戻り、行政が判決理由に拘束される形で、再審査し、第二次処分を下すことが義務づけられるはずであるが<sup>97</sup>、第2項で指摘した特定措置型と再審査型の相対化により、申請に対する処分であることから即座に再審査の義務、とは導かれないことがわかってきている。例えば、拒否された行政文書の交付命令が下され<sup>98</sup>、不合格とされた大学への入学措置が命じられている<sup>99</sup>。ビザの発給拒否処分がビザの発給命令を必然的に含むと解する判決には、原告の状況を仔細に検討する審理過程が不可欠なのである<sup>100</sup>。

## 3 再度の命令制定行為

違法に適用デクレが制定されなかった法律の条文がアンジョクシオン判決時に廃止されておらず、デクレ制定義務が判決時に残っていれば、改めて適用デクレを制定することを内容としたアンジョクシオンが下される<sup>101</sup>。この点は、第2章で述べた通り、法律の執

---

<sup>93</sup> 興津・前掲注30、196頁、注(49)参照。

<sup>94</sup> C.E., 13 avril 2005, France Télécom, *A.J.D.A.*, 2005, p. 1366.

<sup>95</sup> C.E., 23 décembre 2011, Poirot, *Rec.*, p. 669 ; *A.J.D.A.*, 2012, p. 1294, note E. Aubin.

<sup>96</sup> A. Perrin, *op. cit.*, (note 38), p. 594 ; *E.D.C.E.*, n° 64, 2013, p. 158 によれば、外国人に関する事例においては、執行の遅滞や不執行が目立つという。

<sup>97</sup> このように解すれば、第2章での古典的な判例法理からの変化は生じない。

<sup>98</sup> C.E., 12 juillet 1995, Domarchi (*supra* note 83).

<sup>99</sup> T.A., Rennes, 28 septembre 1995, Mlle Jehan et autres, *Rec.*, p. 584, *L.P.A.* 1996, n° 48, concl. M. Gualeni, *R.F.D.A.*, 1996, p. 345 ; T.A., Rennes, 29 janvier 1996, Luquet de Saint-Germain, *Rec.*, p. 631, *R.F.D.A.*, 1996 p. 350.

<sup>100</sup> A. Perrin, *op. cit.*, (note 38), pp. 596-597.

<sup>101</sup> C.E. Sec., 26 juillet 1996, Association lyonnaise de protection des locataires, *Rec.*, p. 293 ; *R.F.D.A.*, 1996, p. 768, concl. C. Maugué ; C.E. Ass., 28 mars 1997, Fédération des familles de

行に必要な措置を執る義務としての命令制定行為は判例上古くから認められてきたために、判例法理に変化はないことになる<sup>102</sup>。しかし、違法な命令制定行為の撤回拒否処分が取り消された場合、当該条項の撤回を命じ<sup>103</sup>、内容までを一義的に定めることは許されないが、とるべき内容の一部につき詳細に述べる判決も存在する<sup>104</sup>。すなわち、国境付近に設置される待機区域 (zone d'attente) 内で捕らえられた外国人の権利保護のための命令制定拒否処分の取り消し後、裁判官は、弁護士および通訳が、一方で、当該外国人による提訴のため常時待機区域に出入りできるように、他方で、交換の守秘性 (confidentialité des échanges) が保障された一室を待機区域に有することができるように、さらにはその一室には電話回線とファックスを備えるように、規定を設けることを管轄行政庁に命じたのである<sup>105</sup>。かつて学説において、命令制定行為の取消後、再度の制定行為の履行を命じることはできないことが指摘されていたことに照らすならば<sup>106</sup>、近時の判例は極めて踏み込んだ判断をしているというべきであろう<sup>107</sup>。

もっとも、命令制定行為の撤回拒否処分の取消後、その行為が撤回され、別の命令制定行為がなされた場合、その命令制定行為の適法性の審査は別の訴訟に属する<sup>108</sup>。

#### 4 契約自体の無効

伝統的な判例法理によれば、分離しうる行為を越権裁判官は取り消すことができ、職掌は

---

France, *Rec.*, p. 124 ; *R.F.D.A.*, 1998, p. 1165, concl. C. Maugüé. 但し、アンジョンクシオン判決後に、当該規定が改正された場合、判決の執行は不要となる (*E.D.C.E.*, n° 67, 2016, p. 185)。

<sup>102</sup> C. Maugüé, *op. cit.*, (note 35), p. 607 ; 興津・前掲注 30、118 頁。

<sup>103</sup> C.E., 7 février 2003, GISTI, *Rec.*, p. 30 ; *R.F.D.A.*, 2003, p. 961, note A. Fitte-Duval et S. Rabiller ; *A.J.D.A.*, 2003, p. 996, note F. Julien-Laferrière.

<sup>104</sup> C.E., 30 juillet 2003, Syndicat des avocats de France, *Rec.*, p. 358.

<sup>105</sup> C. Maugüé, *op. cit.*, (note 35), p. 607.

<sup>106</sup> Y. Gaudemet, *op. cit.*, (note 12), p. 820. 彼によれば、とるべき行為の内容を一般的に指し示すために、当該命令全体の評価 (sppréciation) を代行する (substituer) することはできない。それは、命令制定行為に関しては、行政の介入 (intervention) の自由という原則がなおも有効であるからに他ならない。そして、争訟取消を前に、行政は、純粹かつ単純に、検討された規制 (réglementation envisagée) を適法に (légitimement) 放棄することを好む (préférer) 可能性がある (peut) ことも指摘している。

<sup>107</sup> *E.D.C.E.*, n° 67, 2016, p. 185 も、法律適用デクレにかかる取消判決において、アストラントを伴った事前のアンジョンクシオンを命じることに、コンセイユ・デタはためらわない傾向にあるという。

<sup>108</sup> C.E., 25 juillet 2008, Syndicat national des professionnels de santé au travel, n° 300322, cf. C. Broyelle, *op. cit.*, p. 285.

そこに尽きる。かくして、本体行為の無効取消をも分離しうる行為の取消の帰結と解することはできなかった。1995年法の運用は、契約の分野を嚆矢として、この法理に修正をもたらすこととなる。その予兆として、1995年法直前に示されたロペ夫妻判決<sup>109</sup>の判断をここで確認しておくのが適当であろう。この判決では、コミュニオン所有の不動産の譲渡(cession)を許可する議決(譲渡契約)の分離しうる行為の取消判決のあと、コンセイユ・デタは、アストラントを付すことによって、コミュニオンに判決の執行義務があることを明言する。曰く、譲渡契約の分離しうる行為の取消により、譲渡処分は法的基礎を失っているものであり、したがって、他の手段によって達成することがない限り、コミュニオンの土地に、譲渡された所有権が取り戻されるよう、契約裁判官に提訴することはコミュニオン議会の職掌にある<sup>110</sup>。このように、この判決の注目すべき点は、契約裁判官への付託をコミュニオン議会に促していることであり、越権裁判官による統制の深まり(approfondissement)<sup>111</sup>と評されている。もっとも、契約の帰趨が契約裁判官の手中にあることは言うまでもないことであった。

そこに、1999年ハーツフランス会社事件においてアンジョンクシオン判決が下された<sup>112</sup>。コンセイユ・デタは、契約の無効を確認すべく契約裁判官に提訴することを命じるにとどまらず、分離しうる行為の取消の帰結を極めて詳細に述べ、取消が含むところの措置を導出したのである。すなわち、契約の非遡及的解除(résiliation)の可能性を排除し、無権限(incompétence)の瑕疵に基づく取消は、本件において、必然的に契約の遡及的消滅(disparition)を含むこと、したがって、a)かかる意味に契約を解すること、b)そのように解しないのであれば、かかる措置を言い渡してもらうべく契約裁判官に提訴することは当事者の職掌にあることを明らかにした。a)とb)の関係については、この判決の判断枠組みを踏襲し、かつ修正を加えた2003年判決を見ると、より明確になる<sup>113</sup>。曰く、契約の執行の継続(poursuite)が不可能な場合、判決が一般利益に過度な侵害(atteinte excessive)をもたらさないことを確認したうえで、公法人に契約の解除を命じたり(enjoindre)、さらには、違法性がとりわけ重大な場合には、当事者に契約関係の解除(résoudre)の合意を促したり、解除の合意が得られない場合、契約の様式(modalités)を規整するために契約裁判官に付託するよう促すのは執行裁判官の職掌にある<sup>114</sup>。なお、一般利益への過度な侵害を考

---

<sup>109</sup> C.E., 7 octobre, 1994, Époux Lopez, *Rec.*, p. 430.

<sup>110</sup> 前述の通り、アストラント判決においても、金銭的負荷の解除条件として、行政のなすべき義務を裁判官は確定する必要がある。

<sup>111</sup> A. Perrin, *op. cit.*, (note 38), p. 401.

<sup>112</sup> C.E., 26 mars 1999, Société Hertz-France, *Rec.*, p. 96, concl. J.-H. Stahl.

<sup>113</sup> C.E., 10 décembre 2003, Institut de recherche pour le développement, *Rec.*, p. 501 ; *B.J.C.P.*, 2004, p. 136, concl. D. Piveteau, obs. R. S. ; *A.J.D.A.*, 2004, p. 394, note Dreyfus ; *D.A.*, 2003, p. 20, note Ménéménis.

<sup>114</sup> B. Seiller, *L'intérêt général et l'exercice des pouvoirs juridictionnels*, in *L'intérêt général. Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 599.

慮するかかる判断枠組みは次に述べる公の工作物不可侵原則にかかる判例においても用いられており、アンジョクシオンとは異なる局面への影響について第4章第2節でとりあげる。さて、a)とb)の関係は、このように第一に遡及的な解除を要請し、その解釈で訴訟当事者による合意が得られない場合に限り、契約裁判官への付託に基づく規整を義務づけているといえる。もっとも、契約本体の帰趨に影響する分離しうる行為には限定がかけられている。すなわち、契約締結に関する一方的行為と契約の執行に関するそれとを対置した場合に、原則として影響しうる行為は前者に限られる。本体である契約行為との結びつきが緊密(étroit)だからである<sup>115</sup>。したがって、例えば、公契約の割り当てに関する一会社からの申し込み(offre)拒否処分は、契約本体の無効を必然的に含むものではない<sup>116</sup>。

## 5 公の工作物の除却命令<sup>117</sup>

第2章で述べた通り、公の工作物はたとえその建築許可等に違法が帯びていたとしても、そして、建築許可等が取り消されたとしても、当該公の工作物の除却命令はできないというのがフランスの伝統的な判例法理であった。かかる判例法理は、1991年に評価の明らかな過誤の場合に除却命令の可能性が示されたものの、いかなる場合に改修・解体が行政の義務となるかは不明なままであった。しかし、まさに事後のアンジョクシオンを申し立てられた2003年のクラン市判決において、コンセイユ・デタは重要な判断を示す<sup>118</sup>。その下地となったモゲの論告は、1995年法が不可侵原則に何らの留保も付さなかったことを前提に、不可侵原則に対する学説の満場一致の反対、欧州裁判所による所有権保護の強化等を挙げながら、「公の工作物の不可侵原則はドグマではなく、一定の場合に例外の認められる法原則である」と説く<sup>119</sup>。かくして、コンセイユ・デタは、取消の理由(本件では、公益性の欠如)に鑑み、必要に応じた公の工作物の除却を命じるとどまらず、申し立てられた時点における法的事実的状况をも考慮し、本件取消が公の工作物の改修または解体を必然的に含むものであることを宣言したのである<sup>120</sup>。

---

<sup>115</sup> A. Perrin, *op. cit.*, (note 38), pp. 601-602.

<sup>116</sup> C.E., 10 décembre 2003, Institut de recherche pour le développement (*supra* note 113).

<sup>117</sup> *E.D.C.E.*, n° 64, 2013, p. 158 は都市計画の事案が近年増えていることを指摘していた。

<sup>118</sup> C.E. Sec., 29 janvier 2003, Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans, *Rec.*, p. 21, concl. C. Maugüé ; *A.J.D.A.*, 2003, p. 784, note P. Sablière ; *R.F.D.A.*, 2003, p. 477, concl. C. Maugüé, p. 484, note Lavialle. この判決法理はその後の裁判所に踏襲されている。近時の判例として、par exemple, C.A.A., Versailles, 8 février 2018, Société Enedis, n° 16VE0155, *A.J.D.A.*, 2018, p. 902 がある。

<sup>119</sup> C. Maugüé, concl. *préc.*, (note 118), p. 480.

<sup>120</sup> より精確には、コミューンに対し、3か月の期限を設け、かつアストラントを付加した形で、公益性の欠如に基づく電線の撤去を命じたマルセイユ行政控訴院の判断を適法と判断した。翌年には、コンセイユ・デタ自ら、1年間の期限とアストラントを伴い、電線の撤去(必

この判決は、二点の意味で重要である。一方で、裁判所は、事後の適切な規整 (régularisation appropriée) の余地をまずもって判断することを示した。これは、すでに権限裁判所で採用されていた立場であるというが、権限裁判所が司法裁判所に対し、適切な規整がなされたかどうかの判断までを要求したのに対し、本判決によれば、行政裁判所は、適切な規整ができるかまでの判断で足りる<sup>121</sup>。この点に、公の工作物の不可侵原則のまさに基礎をなす公権力の特権 (privilège) が見いだされるとも言われるが<sup>122</sup>、看過できない評価権限 (pouvoir d'appréciation non négligeable) の付与であるともいいうる<sup>123</sup>。他方で、適切な規整が不可能な場合であっても、一般利益によって、違法工作物は改修・解体を免れることが示された。その際、裁判官は、工作物の維持の不都合と解体の不都合とを均衡し、解体が一般利益への過度な侵害 (une atteinte excessive à l'intérêt général) をもたらしうるかを判断する。この点につき、論告担当官は、「やむを得ない (impérieux)」一般利益によって正当化されるといい<sup>124</sup>、具体例として、「公の秩序の維持 (préservation de l'ordre public) あるいは公衆衛生 (santé publique) や公役務運営 (fonctionnement d'un service public) への配慮」を挙げている<sup>125</sup>。かくして、一般利益の参照は、重要な公の工作物が問題となっている場合の柔軟な判断を可能とする<sup>126</sup>。

もっとも、クラン市判決によって公の工作物の不可侵原則は放棄されたとは解されていない<sup>127</sup>。むしろ、コンセイユ・デタ大法廷はこの原則を確認したうえで、その留保を限定的に付したと位置づけられうる。違法な公の工作物を取り除く、あるいは移転させるアンジョンクションは、究極の救済策に過ぎないという<sup>128</sup>。しかしそれでも、この重大な例外は、適法性の原理とその背後にある原告の所有権の保護をより重視したものであることは確かである<sup>129</sup>。今後、行政は、常に不可侵の原則に守られるわけではなく、公の工作物の維持

---

要に応じて、埋設) を命じた (C.E., 9 janvier 2004, Commune de Peille, *Rec.*, p. 244 ; *C.J.E.G.*, 2004, p. 494, concl. F. Donnat)。

<sup>121</sup> P. Sablière, note *préc.*, (note 118), p. 785.

<sup>122</sup> *Ibid.*

<sup>123</sup> Laviaille, note *préc.*, (note 118), p. 487.

<sup>124</sup> 判決理由ではこの文言は落とされ、単なる一般利益となっている。この文言に関しては、第4章をも参照。

<sup>125</sup> C. Maugüé, concl. *préc.*, (note 118), p. 482.

<sup>126</sup> P. Sablière, note *préc.*, (note 118), p. 785.

<sup>127</sup> *Ibid.* ; A. Perrin, *op. cit.*, (note 38), p. 404.

<sup>128</sup> A. Perrin, *ibid.*, p. 404 ; *ibid.*, p. 605 は形式上の瑕疵に基づく違法による除却命令はないと指摘する。

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 403 ; Laviaille, note *préc.*, (note 118), p. 485 は「法治主義の名のものに (au nom de l'Etat de droit)」にこの判決が実現したことを評価する。

を基礎づける一般利益の証明が課されることになる<sup>130</sup>。もっとも、一般利益の需要に基礎づけられていない工作物は「公の」工作物たる性質を有しないことも事実である<sup>131</sup>。

## II 義務の縮減

上記のような義務の拡大を確認しうる一方で、原状回復の遮断がより厳格に行われていると思われる類型も存在する。

### 1 期間および権利利益の審査による遮断

第2章で述べた通り、原状回復の審査は三つに分けることができる。そのうちの関連性の審査における緩和傾向をすでに説明した一方で、期間の審査および権利利益の審査においては、厳格になっていることが確認される。その基礎に、不整合処分の受益者(bénéficiaire)に対する法的安定性(sécurité juridique)の重視があることは確かであろう<sup>132</sup>。

その代表的な例として挙げられるのが、1997年ルーガン判決である<sup>133</sup>。この判決では、個別処分すなわち採用試験審査委員会の議決の取消に基づく候補者任命処分の帰趨につき、出訴期間を徒過したことにより確定的となった権利創設的行為であることを理由に、任用処分を遡及的にやり直すことは前者の取消の必然的帰結ではないと判示されている。あるいは、就学期間終了時にENA(国立行政学院)の昇進順位が取り消されても、確定的となった各生徒の任用処分には影響しない<sup>134</sup>。ここでは後者の判決すなわち2007年グラス判決がとりわけ注目される。というのも前者の判決が下された1997年は、職権取消制限にかかる判例法理の転換が確定する前であり、なおも出訴期間と職権取消可能期間が重なって

---

<sup>130</sup> A. Perrin, *ibid.*, p. 404 ; Lavalie, *ibid.*, p. 488 は、ある公益(intérêts publics)すなわち公の秩序や公役務の運営といった利益が、「裁判所の判断の尊重に由来する他者に対する公益を犠牲にしようというヒエラルキーの存在が確認された」と指摘し、なおも不可侵原則が残ることへの懸念を示す。

<sup>131</sup> A. Perrin, *ibid.*, p. 605.

<sup>132</sup> R. Chapus, *op. cit.*, (note 47), p. 1130.

<sup>133</sup> C.E. Sec., 10 octobre 1997, Lugan, *Rec.*, p. 346, concl. Péresse ; *A.J.D.A.*, 1997, p. 952, chron. Girardot et Raynaud. この判決は、後述する調査部による教示の申立てへの回答においても、しばしば引用されている(par exemple, *E.D.C.E.*, n° 51, 2001, p. 148)。

<sup>134</sup> C.E., 10 janvier 2007, Grass et autres, *A.J.D.A.*, 2007, p. 119. ほかに、周波数の割り当て許可の拒否処分の取り消し後、他の申請者に割り当てた確定的となった権利創設的行為(許可処分)を尊重するとした判決などがある(C.E. Sec., 10 octobre 1997, Société Strasbourg FM, *Rec.*, p. 355, concl. V. Péresse)。R. Chapus, *op. cit.*, (note 47), p. 1130 は、これらの判例と対置される過去の判例として、期間の審査および権利利益の審査をいずれも不問として原状回復を厳格に要求した1962年判決(C.E., 21 novembre 1962, Pelbois, *Rec.*, p. 624)を引いている。この判決が克服されたことについては第2章で指摘した通りである。

いたと解されるものの、後者のグラス判決は、明示かつ個別の権利創設的行為については、処分時から 4 か月以内であれば職権取消が可能という判例法理が確立したあとの判決にも関わらず<sup>135</sup>、処分の「確定性」の基準は相変わらず出訴期間となっているからである。曰く、後行行為である任用処分は、争訟上の訴えの対象となっておらず (cet arrêt n'a pas fait l'objet de recours contentieux) したがって、権利創設的行為である任用処分は確定的となり (ces nominations, qui étaient créatrices de droits pour leurs bénéficiaires, étant devenues définitives)、前訴判決により宣言された取消は、公務員の個別状況に影響しない (l'annulation prononcée par la présente décision est sans influence sur la situation individuelle des agents)。したがって、少なくともこの判決のロジックによれば、明示の個別の権利創設的行為であっても、取消判決に基づく原状回復義務としての取消義務は出訴期間までに短縮されていることになる。このように見ると、職権取消可能期間が 4 か月と位置づけられたこと<sup>136</sup>は、既判事項の執行としての原状回復の局面においては考慮されず、これまでの原状回復法理と同様に出訴期間を基準に期間の審査を行っているともみることが可能となる<sup>137</sup>。かかる意味においても、行政にとっての原状回復義務を限定しようとする CONSEIL ･ デタの立場がうかがえる。

## 2 関連性の審査による遮断

すでに、関連性の審査における緩和傾向を指摘したにもかかわらず、2017 年 CONSEIL ･ デタ年次報告を見る限り、CONSEIL ･ デタは、関連性の審査の厳格化をも志向しているように見える<sup>138</sup>。なお、ここでは後者の分析にとどめ、両者の整合的理解の試みは、第 4 項で述べる。関連性の審査の厳格化は、「別の訴訟 (litige distinct)<sup>139</sup>」による請求棄却判決

---

<sup>135</sup> 2001 年テルノン判決 (C.E. Ass., 26 octobre 2001, Ternon, *Rec.*, p. 497 ; *R.F.D.A.*, 2002, p. 77, concl. F. Séners, p. 88 note P. Delvolvé) が確立した判例法理となることにつき、参照、齋藤健一郎「フランス法における行政行為の職権取消 (三)」自治研究 88 卷 10 号 (2012 年) 108 頁以下。

<sup>136</sup> もっとも、これは一見すると出訴期間よりも長い期間が保障されているが、起算点が処分時とされたことはむしろ取消期間の短縮が意図されているという。すなわち、通知・公告や教示の懈怠により出訴期間が進行していない場合であっても、取消期間は確実に進行することで、事実上無期限の職権取消というものが排除されている。参照、齋藤・同上、110-111 頁。

<sup>137</sup> 今日の一般的な基本書は、確定的となった権利創設的行為を尊重する形で取消判決の執行は行わなければならないという説明の引用判例として、2007 年グラス判決をも挙げている (R. Chapus, *op. cit.*, (note 47), p. 1129)。

<sup>138</sup> J. Massot, *op. cit.*, p. 114 はすでに 1980 年頃、結果としての取消の抑制的運用を指摘していた。彼は、従属機関 (autorité subordonnée) の行為の取消は、必ずしもそれに基づく上位機関 (autorité supérieure) の階層的処分の取消をもたらすものでないとした判決を例示する。

<sup>139</sup> なお、別の訴訟の概念自体は、判決の執行に関わる訴訟に特有のものではない (*E.D.C.E.*,

に関する以下のような記述からうかがえる。「別の訴訟」とは、既判事項の執行に直接関係するものでない (*ne se rattache pas directement à l'exécution de la chose jugée*) と判断された処分に関するアンジョクシヨンの訴えに対して下される<sup>140</sup>。その場合には、当該処分固有の瑕疵を改めて越権裁判官に訴え出る必要がある。

#### (1) 類型化の試み

年次報告曰く、以下の四つの類型に分けられる。第一に、処分の取消が、何らの執行措置を含まない場合において、行政が、既判事項の権威を尊重する形で、第二次処分を下す場合である<sup>141</sup>。その例として、解雇処分取消判決後、復職した公務員を改めて別の理由に基づき解雇した場合、第二次解雇処分は別の訴訟でしか争うことはできない<sup>142</sup>。

第二に、処分の取消が、特定措置をとることを必然的に含む場合である。L.911-1条の特定措置型に該当すると思われるが、取り消した裁判官が課した内容とは異なる内容の措置の採用が申し立てられた場合、つまり、既判事項が必然的に含む内容を超える措置について、裁判官が命じることは許されない。例として、2000年のコンセイユ・デタ判決<sup>143</sup>を挙げることができよう。この事案では、罷免処分取消後、コミューンは判決の執行として、裁判において争われなかった条件に基づき (*dans des conditions qui ne sont pas contestées*) 罷免された当該公務員のキャリアを回復させた。それに対し、当該公務員が、復職としてコミューンにより提示された (*proposé*) 職は罷免前の職と同等でないとして、再雇用の実際的性格 (*le caractère effectif*) を争おうとしたが、この争訟は、執行されるべき罷免処分取消判決によって決着がつけられた争訟とは別のものであると判断され、申立ては棄却されている。かような判断について、コンセイユ・デタはしばしば、「執行の態様 (*modalité de l'exécution*)」を判断することはできないと表現する<sup>144</sup>。命令制定行為の撤回拒否処分の取消後、その行為が撤回され、別の命令制定行為がなされた場合、その命令制定行為の適法性

---

n° 68, 2017, p. 189)。

<sup>140</sup> *E.D.E.C., ibid.*

<sup>141</sup> ある行為の取消が何らの執行措置をも含まない場合に、コンセイユ・デタが、本件において、既判事項の権威は、行政は同様の違法性を帯びた行為をとらないことを含んでいると述べた判決も存する (C.E., 22 juillet 2015, M. B., n° 374434, 387086)。Cf. *Ibid.*, n° 67, 2016, p. 183.

<sup>142</sup> この例では、復職させる義務が生じるという意味で、何らの執行措置をも含んでいないものとは言えないようにも思われるが、仮にそのように解した場合であっても、第二の類型として別の訴訟に含まれると思われる。なお、「明らかな権限濫用 (*détournement de pouvoir*) の場合を除き、別の訴訟に属する」とも言われている (*E.D.C.E.*, n° 51, 2000, p. 161)。

<sup>143</sup> C.E., 9 février 2000, Samoy, *Rec.*, p. 1178.

<sup>144</sup> この表現は、後述するコンセイユ・デタ調査部もしばしば用いる (第2節参照)。



の審査は別の訴訟に属するとする判断もこの類型にあてはまるものと思われる<sup>145</sup>。これらの判決からは、我が国でいう反復禁止効の範囲の拡大という配慮がフランスにはないことを改めて看取することができる<sup>146</sup>。

第三に、処分の取消が、再審査のみを課す場合である。例えば、L.911-2条に基づき、取り消した裁判官が事前のアンジョクシオンとして再審査を命じたあとに、行政が再審査をし、何らかの第二次処分を下した場合の、第二次処分は原則として、別の訴訟に属するという。例えば、1997年コンセイユ・デタ判決では、契約更新拒否処分の取消後、改めて締結された契約の内容の違法性を、取消判決の執行を確保するための訴訟として、争うことはできないと判断された<sup>147</sup>。契約更新拒否処分の取消により、所管大臣は、契約期間が満了してもなお、当該公務員の職を解かないという義務のみを負い、新たな契約の締結までを義務づけられるわけではないという。契約更新拒否処分の取消理由として明示されなかった処分理由に基づく契約更新拒否の余地が残されている以上、新たな契約の締結をも執行措置の内容に含めることはできないのである。外国人に関する判例の厳格な態度<sup>148</sup>もここに位置づけられる。すなわち、2002年コンセイユ・デタ判決によれば<sup>149</sup>、原告が所定の滞在資格 (*titre de séjour*) を満たしているという理由に基づいて国外退去処分 (*arrêté de reconduite à la frontière*) が取り消された場合であっても、その取消の帰結として滞在許可証の発給は導かれない<sup>150</sup>。国外退去処分が違法であるとの判断に生じる既判事項の権威は、その前提となる原告の法的地位には及ばず、行政庁は再度の審理のうえ<sup>151</sup>、滞在許可証の発給を拒否することを妨げないと判断したのである<sup>152</sup>。

---

<sup>145</sup> C.E., 25 juillet 2008, Syndicat national des professionnels de santé au travel (*supra* note 108).

<sup>146</sup> 夙に、交告尚史『処分理由と取消訴訟』(勁草書房、2000年) 172頁がこの点を指摘している。

<sup>147</sup> C.E., 13 janvier 1997, Schmitt, *Rec.*, p. 1021.

<sup>148</sup> 興津・前掲注 30、127頁は、後掲注 149の判例につき、アンジョクシオンの可否およびその内容は、あくまでも判決理由に応じて決まるという考え方をコンセイユ・デタが堅持していることの現れと指摘する。

<sup>149</sup> C.E. Sec., 22 février 2002, Dieng, *Rec.*, p. 54 ; *R.F.D.A.*, 2002, p. 1080, concl. D. Chauvaux ; *A.J.D.A.*, 2002, p. 415, chron. M. Guyomar et P. Collin.

<sup>150</sup> 論告担当官はその発給の命令を指示したこと(参照、興津・前掲注 30、200頁、注(85))からも、コンセイユ・デタの立場が如実に表れている。

<sup>151</sup> コンセイユ・デタ年次報告によると、この再審査の遅さが例年問題視されている(*E.D.C.E.*, n° 55, 1999, p. 156)。

<sup>152</sup> 同上、127頁。この判例法理はのちのコンセイユ・デタにより踏襲され、確立したものと解されている(*F. Blanco, op. cit.*, p. 384)。2001年年次報告においても、後述する調査部が何度も、欧州人権規約 8条および基本的自由に基づく国外追放処分の取消は、滞在資格の付与を含むものではなく、仮の滞在許可 (*autorisation provisoire de séjour*) を与えるにすぎないと回答

最後に、命令制定行為の取消の場合である<sup>153</sup>。これは、期間および権利利益の審査の典型例であったはずであるが、ここでは、そもそも関連性の審査で切られうるような記述がなされている。すなわち、1998年コンセイユ・デタ意見は、「命令制定行為が取り消された判決の執行は、裁判官をして、その適用個別処分をやり直すことを行政に命じさせることを含まない」との判断を示しており<sup>154</sup>、この意見を引きながら、年次報告は、「命令制定行為の取消は、原則として、命令が適用されていた間にとられた、他の個別的ないし命令的行為に影響を与えるものではない」として、適用個別処分は当該処分固有の瑕疵を改めて越権裁判官に訴え出なければならぬと結論付けている<sup>155</sup>。これらの説明を素直に読む限り、権利創設的行為であるか、出訴期間内であるかを問うまでもなく、個別適用処分の取消はできないようにみえる。仮に、この説明が今日の法状況であるとするならば、それはいっそう法的安定性を重視する傾向を如実に示すものである。もっとも、今日の一般的な基本書においては、確定的となった権利創設的行為である適用処分に影響しないという記述とともに、この類型の先例である1954年判決らを引いていることに鑑みるに<sup>156</sup>、なおも、この判決を踏襲しているとみることもできる。

なお、以上の類型には含まれていないが、取り消された処分に基づく損害の賠償請求もまた、判決の執行とは関係のない別の争訟となる<sup>157</sup>。

## (2) 執行裁判官の職責

コンセイユ・デタ年次報告におけるアンジョクシヨンの判例に関する分析は、事後のアンジョクシヨンに限られている。判決の執行を取消判決のあとに担保する仕組みとして、後述するコンセイユ・デタ調査部との連携を踏まえた事後のアンジョクシヨンが設けられており、調査部が作成する年次報告の「判決の執行」の項目では、事前のアンジョクシヨンにかかる分析を捨象するのが通例となっているようである。したがって、以上の類型化およびそれに基づく考察は、事後のアンジョクシヨンを担当する裁判官すなわち執行裁判官の職責に限定されている。とはいえ、アンジョクシヨンの性質および関連性審査の厳格化の意図を探る上で有益と思われるため、ここで紹介する。

すなわち、このように別の訴訟の概念を用いることは、執行裁判官と越権裁判官の前に並行して同一の処分が係属させないことにより、裁判官を不安定な地位に陥れることを避け

---

したことが記されている (*E.D.C.E.*, n° 52, 2001, p. 148)。

<sup>153</sup> かつての原状回復に関する判例法理と同じく、アンジョクシヨンの権限の行使においても、命令制定行為と個別処分の取消を区別する必要性はフランス法の共通認識のようである (*Y. Gaudemet, op. cit.*, (note 12), p. 820 ; *F. Moderne, op. cit.*, (note 32), p. 51)。

<sup>154</sup> *C.E. Avis. Sec.*, 13 mars 1998, *Mme Vindevogel*, n° 190751.

<sup>155</sup> *E.D.C.E.*, n° 68, 2017, p. 190.

<sup>156</sup> *R. Chapus, op. cit.*, (note 47), p. 1129.

<sup>157</sup> 前掲注 143 の事案のほか、*C.E.*, 22 avril 1992, *Iban, Rec.*, p. 1094.

るといふ利点があるといふ。この点は、第2章でとりあげる調査部が訴訟係属に伴い権限喪失を宣言することと通じるねらいといえる。他方で、申立人にとっては新しい訴訟の提起を強いられることは、負担でしかない<sup>158</sup>。それでも、別の訴訟による裁判所の判断の拒否は、先行する取消判決の判決理由との結びつきを厳格に解する態度を示すものである<sup>159</sup>。取消判決において判示されなかった部分の法解釈は、——たとえ裁判官であれ<sup>160</sup>——執行裁判官の管轄外にある。近時の判例の傾向につき、「別の訴訟の概念を繰り返し用いていることが確認でき、そのことは、コンセイユ・デタが、執行裁判官の職責の概念が拡大することに留保を付していることを示している」<sup>161</sup>と分析されているように、コンセイユ・デタは義務の拡大傾向に照らした裁判官の権限の過大な拡大を正当に懸念している。ここには、立法者意図への回帰が示唆されているように思われる。

#### 第4項 理論的基礎

アンジョクシオンに係る考察の最後に、以上のような法制度およびその運用を支える理論的基礎に何が据えられているのかを明らかにする。法の建てつけを見る限りにおいて看取しうる1995年法の理念と（I）と、その後の判例の発展の正当化論理（II）とは完全に一致するとは言い難いものの、前者に照らした後者の解釈を通じてこそ、アンジョクシオン制定の本質的意義が見いだせるように思われる。

##### I 1995年法の理念

20世紀後半の学説の主張を容れる形で立法化を果たしたアンジョクシオンであるが、その具体の制度化は政策判断の性質を有する。多様な選択肢のなかにおいて、フランス法が選び取ったのは、越権取消判決の執行を越権訴訟の枠組みにおいて具現化する仕組みに他ならない<sup>162</sup>。適法性の審査として、先行する法規範すなわち既判事項に照らして行政がとるべき行為規範を導出すること、そのみを、越権裁判官の職責とし、しかしそれによって裁判を受ける者の実際上の救済を保障しようとしたといえよう。ここには、言うまでもなく、20世紀末からの越権訴訟と全面審判訴訟の区別への準拠がある<sup>163</sup>。かかる裁判官の権能の

---

<sup>158</sup> C. Broyelle, *op. cit.*, p. 285.

<sup>159</sup> *Ibid.*, p. 286.

<sup>160</sup> 後述するコンセイユ・デタ調査部は、裁判官の管轄であるところの事実認定・法解釈に踏み込むことは許されないと明記するが、執行裁判官もまた、先行する越権裁判官の管轄への留保を強く意識している。

<sup>161</sup> *E.D.C.E.*, n° 68, 2017, p. 190.

<sup>162</sup> F. Moderne, *op. cit.*, (note 32), p. 55.

<sup>163</sup> アンジョクシオンを契機に主観的要素が越権訴訟において重要な地位を占めるようにな

拡大の意図は、執行に係るコントロール手法の強化にある。適法性審査を旨とする越権裁判官の職責という外延を備えた統制の強化が1995年法の趣旨である。であるからこそ、アンジヨンクシヨンの言い渡しがまさに提訴の対象となる主位的アンジヨンクシヨン (injonctions à titre principal) の申立ては排除され、取消判決後に、改めてアンジヨンクシヨンの申立てがなされても、その審理手続きは前訴の訴訟手続の延長と位置づけられることになる。

以上の法の趣旨に鑑みる限り、アンジヨンクシヨン禁止の法理は必ずしも放棄されてはいないように思われる。たしかに、命じる (imposer) 権限は法を語る権限の延長に過ぎず、裁判官の本来的職掌に含まれているという論旨をもって、アンジヨンクシヨン禁止の法理を難じる論者もいるが<sup>164</sup>、取消判決の執行を確保するという目的および二種類の手法に限定し、——独立の訴訟類型としてではなく——<sup>165</sup>取消判決の審理の延長として、既判事項の内容を明示するアンジヨンクシヨンを認めたということに鑑みるに、アンジヨンクシヨンを禁止する判例政策の例外として同法を位置づけることが正当であるように思われる<sup>166</sup>。ところで、第2章第2節で述べた通り、すでに学説上、アンジヨンクシヨン禁止の法理と、活動行政と行政裁判の分離独立原則とが法理論上の結合関係にないことが明らかにされたため、前者の修正が論理必然的に後者に影響するわけではない<sup>167</sup>。したがって、前者の議論とは別に、後者の位置づけが問題となりうるが、フランスの学説は1995年法およびその後の運用を活動行政と行政裁判の分離独立原則によって限定づける見方を示す。すなわち、取消判決の執行を越権訴訟の枠組みにおいて統制しようとする法の仕組みは、活動行政の

---

ったとの指摘もある一方で、越権訴訟が主観的道具の性質をも帯びうることは古くから指摘されているところである。1995年法もまた両者の接近をもたらしようとしても、判断代置といった性質の極めて異なる権限を有していない以上、両者の一致ではないとみるべきであろう。Cf. F. Blanco, *op. cit.*, pp. 443 et s, 567 et s.

<sup>164</sup> Y. Gaudemet, *op. cit.*, (note 12), p. 806 ; F. Moderne, *op. cit.*, (note 32), pp. 52-53 ; P. Fraisseix, *op. cit.*, p. 1070.

<sup>165</sup> 小早川・前掲注30、456頁も立法の趣旨は、判決の実行確保から、判決のあとに行政がとるべき措置についてのアンジヨンクシヨンを設けることにあり、越権訴訟または全面審判訴訟として従来認められてきた範囲を越えて別の新たな訴訟類型を創り出そうとするものではなかったことを指摘する。

<sup>166</sup> C. Maugué, *op. cit.*, (note 35), pp. 591-592. 同旨、興津・前掲注30、115-116頁。S. Boussard, *op. cit.*, p. 319は、取消の実効性を確保するためだけに許されたアンジヨンクシヨンは、裁判上の解決策 (solution juridictionnelle) の外在的存在 (extérieure) であり、その点、2000年7月30日法律で認められた執行停止 (suspension d'une décision administrative) の権限とは区別されると指摘する。

<sup>167</sup> Cf. A. Perrin, *op. cit.*, (note 38), p. 587 et s.

独立の保護にも寄与するものであると言われ<sup>168</sup>、判例の展開のなかで窺い知ることのできる裁判官の大胆さと慎重さの両側面は、矛盾するものではなく、まさに活動行政と行政裁判の分離独立原則を自らの歯止めとして、自らの職責に（のみ）邁進せんとする意図を示している<sup>169</sup>。分離独立原則が行政と裁判官の管轄配分（répartition des compétences）の原理であることを改めて想起すれば<sup>170</sup>、なおも裁判権の権限行使に抑制的に働きうることは容易に想像しうるし、判例の分析からも正当な指摘に思われる。

## II 判例の正当化論理

アンジョクシオンに係る判例は一見相反する二つの側面を見せていた。一方で、判例法理によって審理過程における裁判官の権限の拡張が認められた。法の趣旨が裁判官のコントロール権限の強化であることに鑑みれば、なおもこれは立法者の意図に沿うものといえる<sup>171</sup>。しかるに、それに伴った行政の義務そのものの拡張傾向は本来の制度趣旨からは必ずしも説明しきれるものではない。ときに、詳細な判決理由をもって、既判事項の具体的内容を拡大的に解する裁判官の姿勢は、関連性審査の緩和をはじめとして、判例上に浮かび上がっている。他方で、別の訴訟概念を梃子にした、期間の審査および権利利益の審査に基づく原状回復の遮断も攻勢を強めつつある。執行裁判官の職掌に厳格である態度がここにはうかがえる。

分水嶺は、第三者の既得の権利にあるように思われる。適法性の原理と緊張関係を生じさせる第三者の既得の権利がある場合、アンジョクシオンに係る判例は第三者の既得の権利保護を既判事項の執行よりも優先する傾向にあるように思われる<sup>172</sup>。そうでない場合において問題となるのは適法性の原理およびそれに基づく原告の権利救済のみであり、伝統的な判例法理よりも広い範囲の原状回復義務が認められる傾向にある<sup>173</sup>。もっとも、適法性の原理と衝突しうるのは、私人の権利にとどまらないはずである。分離しうる行為の取消による本体行為の取消の遮断や公の工作物不可侵原則を基礎づけていたのは、一般利益で

---

<sup>168</sup> S. Boussard, *op. cit.*, p. 328.

<sup>169</sup> A. Perrin, *op. cit.*, (note 38), pp. 594-624 ; Cf. *ibid.*, Le pouvoir d'injonction du juge administratif, La loi du 8 février 1995, vingt ans après, Au-déla du cadre législatif initial : le pouvoir d'injonction en dehors de la loi 8 février 1995, *R.F.D.A.*, 2015, p. 648 ; J. Chevallier, *op. cit.*, p. 86-87 も、アンジョクシオンを認めることにより、活動行政と行政裁判の分離独立原則の不均衡が解け、適切な均衡が回復するという。

<sup>170</sup> A. Perrin, *op. cit.*, (note 38), p. 588.

<sup>171</sup> Cf. *Ibid.*, p. 597, note 2452.

<sup>172</sup> R. Chapus, *op. cit.*, (note 47), p. 1130.

<sup>173</sup> Girardot et Raynaud, *chron. préc.*, (note 133), p. 953 ; A. Perrin, *op. cit.*, (note 38), pp. 595-597.

ある。この点は、第三者の既得の権利と同様の保護を享受しているとは言い難い。むしろかつて享受していた保障は部分的であれ後退しているというのが判例法理からは看取しうるのである。

### 第3款 裁判的統制の射程

#### 第1項 意義

1980年アストラント法の登場は、第2章で述べたような再度の取消によるサンクションや、本章第2節でとりあげる非訴訟的統制とは異なる、金銭的負荷に基づく裁判上の威嚇という性質を有するものであった。もっとも、その運用の低迷がより明示的に行政の取るべき執行措置を命令することの必要性を痛感させることになる。かくして、大いなる期待を背負って登場した1995年法は、一度ボールを行政に投げ返すことなく、すなわち早期の問題解決を図って、判決に付随する執行措置を命じることを可能とした。かかる権限は裁判官により極めて積極的に活用されているとあってよい<sup>174</sup>。法律の根拠を得た裁判上の権限に加え、審理過程における裁判官の裁量権限は、執行措置の決定権者が行政から裁判官への移行したことを確定づけるものであった。立法者および裁判官自らが認めたこのような権限強化は、結果的に、行政の行為規範の拡大をもたらしている<sup>175</sup>。公の工作物が違法とされた場合に、行政はその維持が一般利益にかなうものであることを証明しなければその除却命令を被ることとなり、分離しうる行為の取消は本体行為の帰趨を相当程度確定しうるほど、取消判決の執行概念は強度の法的義務となりつつある。なんとなれば、「これ〔判決の執行の問題〕は、法治国家の信頼 (crédibilité de l'Etat de droit) の問題であるから<sup>176</sup>」に他ならない。であるからこそ、コンセイユ・デタは再度、執行裁判官の職責を厳格に解することを試みている。アンジョンクションは、取消判決の既判事項という上位法規範の解釈であり、かかる法と両立する行為の導出作業である。なおかつ、かかる法規範はしばしば他の権利利

---

<sup>174</sup> A. Perrin, *ibid.*, p. 595 によると、1995年法制定後、適用のための行政立法の制定前にも関わらず、法律の直接適用に基づきアンジョンクション権限が初めて行使されたという。

<sup>175</sup> 単純にこれまでの判例法理を踏襲し、既判事項の權威の規範的内容を裁判官が「明示する」にとどまる場合には、アンジョンクションの意義はアストラントと比べても相対的なものにとどまるはずであった。この点、M. Roux, *concl. sur C.E. Sec.*, 17 octobre 1986, *Vinçot, Rec.*, p. 237 における「我々はアンジョンクションが実際上の利益をそれほどもたらすものか疑問に思っている。というのも、ことの性質上、アンジョンクションは、既判事項の權威を有する判決そのものよりも強力な力を有するわけではないのである (elle n'a, par définition, pas plus de force que la decision de justice elle-même)」との指摘は示唆的である。なお、cf. F. Moderne, *op. cit.*, (note 57), p. 807.

<sup>176</sup> J.-P. Costa, *op. cit.*, (note 1), p. 227.

益との緊張関係を生ぜしめる。これはまさしく法の問題であり、法解釈を担う裁判官の専権事項にあたる。しかし、執行裁判官の法解釈権限は、既判事項の権威とそれにより侵害される権利利益の衡量に局限される。あくまでも、既判事項の意味する執行措置のみを保障するのが彼らの役割であり、それ以上でもそれ以下でもない。自らの管轄外にあたる法の問題を斥ける執行裁判官のありようは、1995年法の定めたアンジョクシオン権限の本質を改めて想起させるものである。

## 第2項 限界

以上のような本質的な意義と同時に認められる限界のほか、訴訟形式上の限界（Ⅰ）と第2章で述べた裁判的統制との関係（Ⅱ）を確認しておくことが有益であろう。

### Ⅰ 形式上の限界

#### 1 原告による申立て

制度上は、原告が執行措置を示す必要があるとされ<sup>177</sup>、申立て内容をどこまで明確にしておくかが判例の積み重ねにより明らかにされるべきと指摘されていたが<sup>178</sup>、今日もはや裁判所は適式の申立てがあるということのみならず、申立てそのものがなくともアンジョクシオン権限を行使する場合が登場するようになっている<sup>179</sup>。極めて例外的な判決ではあるものの、かかる職権によるアンジョクシオンとでもいうべき判決は、判決理由、さらには主文において、判決理由で表明された義務（*les obligations énoncées aux motifs*）を述べることで、実質的にアンジョクシオンと同様の働きをしているといえる<sup>180</sup>。この点につき、授權範囲をこえた判決（*l'ultra petita*）の禁止という一般的な手続き規範が想起される。それによれば、司法裁判官であれ行政裁判官であれ、原則的に、原告の請求のみを審査する<sup>181</sup>。しかし、全面審判訴訟における裁判官の変更（*réformation*）権限、あるいは、不明瞭な請求についての裁判官の解釈権限等、授權範囲をこえた判決の禁止規範はある程度の修正を受けている。アンジョクシオン権限についても、一方で、先行する判決を前提と

<sup>177</sup> F. Moderne, *op. cit.*, (note 32), p. 54 ; A. Perrin, *op. cit.*, (note 169), p. 644.

<sup>178</sup> F. Moderne, *ibid.* ; R. Chapus, *op. cit.*, (note 47), p. 969.

<sup>179</sup> A. Perrin, *op. cit.*, (note 177), p. 644 ; R. Chapus, *op. cit.*, (note 47), p. 986 は「非形式主義（*sans formalisme*）」と呼ぶ。 *Ibid.*, p. 975 をも参照。

<sup>180</sup> C.E. Sec., 25 juin 2001, Société Toulouse football club, *Rec.*, p. 281, *A.J.D.A.*, 2001, p. 887, note G. Simon. ; C.E. Ass., 29 juin 2001, Vassilikiotis, *Rec.*, p. 303, concl. F. Lamy, *A.J.D.A.*, 2001, p. 1046, chron. P. Guyomar et P. Collin, *L.P.A.*, octobre 2001, n° 212, S. Damarey, *R.D.P.* 2002, p. 748, obs. C. Guettier. ; C.E., 27 juillet 2001, Titran, *Rec.*, p. 411. これらの判決につき、興津・前掲注 30、156 頁以下参照。

<sup>181</sup> A. Perrin, *op. cit.*, (note 38), p. 645.

するという付随的性格や判決の執行に資する目的というアンジョクシヨンの性質によって、他方で、職権による場合の条件（黙示の請求とみなしうること、および、判決が当該措置の言い渡しを必然的に含むこと）による絞り込みによって、上記の禁止規範は柔軟に解釈しうるといわれている。参照条文の誤り（例えば、事後のアンジョクシヨンの申立てにもかかわらず、事前のアンジョクシヨンを規定した L.911-1 条に基づいたもの）を却下せずに、L.911-4 条に基づくものとして受理した判決<sup>182</sup>や、職権によるアンジョクシヨンを認めるに至った裁判所の態度変化は、かかるアンジョクシヨンの性格と必要性によって説明されているようである<sup>183</sup>。したがって、かかる整理に従う限りにおいて、申立て要件による却下という意味での裁判的統制の限界を強調する必要はない。

## 2 訴えの利益

アンジョクシヨンの訴えの利益 (*intérêt à agir*) について、行政裁判法典は何ら言及していない。むしろ、「関係当事者 (*partie intéressée*)」という語はまさに解釈を要する。一見、執行を要求する判決の訴訟当事者 (*partie*) のみを予定しているようにもみえるが、裁判所はより広い解釈を示している<sup>184</sup>。この点、アンジョクシヨンの目的が判決の執行の具体的な実現であることに鑑みれば、アンジョクシヨン手続きへのアクセスを過度に制限すべきでないといいうる一方、民衆訴訟 (*l'actio popularis*) が許されているわけではないことに鑑みれば、何らかの絞り込みが正当化される。今日までの判例によれば、申立て時の原告の地位が基準となる<sup>185</sup>。すなわち、訴訟当事者および、訴訟の原因となる行為（係争行為）と直接関係する者による訴えは受理されることになる。

### (1) 訴訟当事者

訴訟参加人 (*intervenants*) をも含めた取消訴訟の当事者<sup>186</sup>はおしなべて、アンジョクシヨン請求の訴えの利益が認められるか。この点を否定的に解する論者は、自らの主観的権利の回復に関わるアンジョクシヨンしか請求できないと主張する<sup>187</sup>。論拠となるのは、

---

<sup>182</sup> T.A., Lyon, 15 novembre 2005, M. Joseph Perreton, concl. M. Chenevey, *A.J.D.A.*, 2006, pp. 149-151.

<sup>183</sup> A. Perrin, *op. cit.*, (note 38), pp. 644-655.

<sup>184</sup> *Ibid.*, p. 661 et s.

<sup>185</sup> したがって、例えば、申立て時点において、立法による解決がなされ、申立人の救済が確実となったような場合には、判決の執行に必要な措置を命じる必要性はなく、判決の執行によって利益を享受する資格を有する者とはみなされない (*E.D.C.E.*, n° 66, 2015, p. 174)。

<sup>186</sup> いうまでもなく、訴訟の敗訴当事者は含まれない (J.-C. Bonichot, P. Cassia, B. Poujade, *op. cit.*, p. 1364)。

<sup>187</sup> Cf. A. Perrin, *op. cit.*, (note 38), pp. 664-665.



判決時の法的・事実的状况を考慮すべき執行裁判官を、全面審判裁判官とみる見方である<sup>188</sup>。かかる見方に基づく限り、アンジョクシオンは主観訴訟と叫ぶるのであり、自らの状况に直接影響する措置のアンジョクシオンのみが請求できるとすべきであり、取消請求の原告適格の認定から自動的にアンジョクシオン請求のそれへとつなげる論理は非難されるべきことになる<sup>189</sup>。もっとも、判例の立場はこれを肯定的に解する。その根底には、アンジョクシオンの趣旨・目的が位置づけられる。すなわち、アンジョクシオンを下す裁判官を上記の点において全面審判裁判官とみる見方が一般的であるとしても、訴えの利益の判断という局面での論拠としては極めて漠然としたものである。あくまでも、アンジョクシオンは、判決の執行措置でしかないというのが立法者意思である。主たる請求の訴えの利益とアンジョクシオン請求のそれとを別異に判断するという事は、アンジョクシオン訴訟を独自の完全な訴訟とみなすことにつながってしまうのであり、アンジョクシオンの趣旨・目的に適合しないのである<sup>190</sup>。

## (2) 係争行為に直接かかわる者

さらに判例は、アンジョクシオンの訴えの利益を有する者を訴訟当事者に限定しない。「係争行為に直接かかわる者 (personnes directement concernées par l'acte qui a donné lieu à l'instance)<sup>191</sup>」についても、コンセイユ・デタは門戸を開いた。この類型には、判決の執行によって利益を享受する資格を有する (a vocation à bénéficiaire)<sup>192</sup>も含まれる。

訴訟当事者の場合と異なるのは、審査の方法である。すなわち、係争行為に直接的に関係することはアンジョクシオン申立人が証明しなければならない<sup>193</sup>。したがって、取消請求の訴えの利益が認められる者であっても、アンジョクシオン請求の訴えの利益が認められないことが理論的にはありうることとなる<sup>194</sup>。もっとも、判例はかかる基準をより柔軟に解しているようである。好例は、訴訟に参加しなかったが、自らが構成員だった県議会の議決を取り消した判決の執行を求めるアンジョクシオンの申立てを認めたパリ行政地方裁判所の判断であろう<sup>195</sup>。議決と議員の関係を直接の関係とみなしたこの判決からは、

---

<sup>188</sup> Par exemple, R. Abraham, concl. préc., (note 74), pp. 817-818.

<sup>189</sup> A. Perrin, *op. cit.*, (note 38), p. 665.

<sup>190</sup> *Ibid.*

<sup>191</sup> C.E. Sec., 13 novembre 1987, Mme Tusque et M. Marcaillou, n° 75473. なお、この判決および後掲注 192 の判決はアストラントの申立てが問題となった事案である。

<sup>192</sup> C.E., 25 janvier 1995, M. Melot, n° 155647.

<sup>193</sup> Cf. C.A.A., Nantes, 31 juillet 2001, Association S.O.S. Gaspillage 61, req. n° 97NT01220. 公金の浪費に対する闘いを目的とするアソシアシオンは、例外的な階級の長のポストを設ける市町村議会の議決を取り消した判決の執行を請求する地位にはないと判断した。

<sup>194</sup> なお、cf. S. Boussard, *op. cit.*, p. 327.

<sup>195</sup> C.C.A., Paris 28 janvier 2005, Mme Le Metayer, req. n° 02PA02416 ; *A.J.D.A.*, 2005, p.

一方で、判決の執行から直接・間接の利益がもたらされることの証明が必要ない場合がありうること、他方で、自らの状況に影響を及ぼさずとも認められうること<sup>196</sup>が導かれる。

この類型に含まれるか否かの判断がしばしば困難を極めることは想像に難くないが、ここまでの分析による限り、少なくとも、アンジョクシヨンの訴えの利益の判断において、他の訴訟類型以上の限定を課しているわけではなく、むしろ判決の執行という付随的性格に鑑みた要件の緩和という意味における裁判的統制の拡大傾向を看取することができる。

## II 実体上の限界

もとよりアンジョクシヨンは、結局のところ行政の執行を要する以上、完全な救済を原告に与える性質のものではない。アンジョクシヨンは、一方で、執行が保障する法規範すなわち先行する判決によって、他方で、裁判官の職責の限定によって枠づけられているからである<sup>197</sup>。アンジョクシヨンの実際上の射程が不作為義務まで及んでいないことに加え、別の訴訟に基づく不整合処分の訴訟の切り離しがありうることに鑑みるに、第2章で述べたような越権訴訟による取消判決とりわけ反復行為の禁止に基づく取消判決および国家賠償請求によるサンクシヨンの意義はなおも失われてはいない<sup>198</sup>。ある論者は、基本書のなかで、アンジョクシヨン権限の説明に続けて、それでもなお「行政が執行を拒む場合、裁判官は、既判事項の効力に反するとして違法であるところの当該執行拒否を取り消し、あるいは損害賠償を行政に命じることしかできないのである<sup>199</sup>」と述べる。あるいは、同じような文脈の中で、「実定法上、不執行のリスクは通常、1995年法律に基づく権限を用い裁判官がとるべき諸措置を定め、執行を命じるという場合に広く防止されるべきである<sup>200</sup>」と説かれることもある。何らかの誤った執行措置がなされてしまった場合には、それを取り消さなければならないことから、再度の取消判決の需要はなくならないのであり<sup>201</sup>、また他

---

1524.

<sup>196</sup> この事案において執行が求められた判決は、補助金の割り当ての議決の取消判決であり、議員としての地位に何らの影響を及ぼすものでもなかった。

<sup>197</sup> A. Perrin, *op. cit.*, (note 38), p. 838.

<sup>198</sup> Y. Gaudemet, *op. cit.*, (note 20), p. 102 ; R. Chapus, *op. cit.*, (note 47), p. 989.

<sup>199</sup> Y. Gaudemet, *ibid.*

<sup>200</sup> R. Chapus, *op. cit.*, (note 24), p. 818.

<sup>201</sup> もっとも、事後のアンジョクシヨンの請求の要件たる「判決が不執行である場合 (en cas d'inexécution)」(CJA. L.911-4 条)の拡大解釈の傾向も指摘されている (A. Perrin, *op. cit.*, (note 38), pp. 595-596)。すなわち、都市計画調整区域証明書 (certificat d'urbanisme) の交付拒否が取り消されたある事案において、行政が改めて審査し、再度の交付拒否を下し、その後、原告は——第二次拒否処分の取消請求ではなく——事後のアンジョクシヨンを申し立てた。前訴判決の既判事項の権威に基づく限り、最初の交付拒否取り消しが行政に課す義務は、

の権利利益を侵害しないために自らの欲する原状回復を獲得できなかった原告にとって、金銭的補償は最後の救済といえるのである<sup>202</sup>。

---

原告の申請段階に戻り、判決理由をも考慮したうえで改めて審理するという事に尽きるはずであるため、申立てそのものが不適法として斥けられることになるかと思いきや、事後のアンジョンクシヨンの付託を受けたナント行政控訴院はかかる解決策をとらなかった（C.C.A., Nantes, 11 décembre 1996, M. Thomas (note 80)）。すなわち、裁判所は、一方で、第二次拒否処分が控訴院による既判事項に反する、先の審理においてすでに提出された理由に基づいていること、他方で、先の判決によって交付拒否を正当化する理由がほかには存在しないことが確認されたことを主たる理由として、改めて審理し処分を下していたとしても、L.911-4条（事後のアンジョンクシヨン）に基づく申立ては可能であると判示したのである。この点、本案審理の先取りにも思われるものの、少なくとも、この判決は不執行の要件につき、柔軟な解釈を示唆するものといえる。

<sup>202</sup> 近時の判例として、申請拒否処分に対する取消判決を得た後に、再度申請拒否処分を受け、それが取消判決の判決理由に反するものであるとして、既判事項の違反に基づく取消請求がなされた C.E., 7 novembre 2012, M et Mme Gaigne et commune de Grans, *Rec.*, p. 1027 や、公務員のキャリア回復に係る措置の遅滞を理由にした損害賠償請求を認めた C.E., 11 mars 2009, Wada, *Rec.*, p. 798 などがある。

## 第2節 行政的統制

判決の実効性担保のために、裁判的統制の強化が図られた一方で、立法上の措置が講じられるまでには時間を要した。その間、フランス法は何らかの制度改革に着手しなかったわけではない。コンセイユ・デタ内部にまで大きな波紋を広げた学説の非難<sup>203</sup>に後押しされ、誕生したのが1963年デクレである。このデクレは、コンセイユ・デタ調査部による執行援助という非訟的 (a-contentieuse) な性格を持つ統制を制度化したものである。コンセイユ・デタ自ら「調査部の役割は、フランス公法上の興味深い独創性を示している<sup>204</sup>」と述べているように、取消判決の執行をめぐる法状況においてフランス的特質を顕著に示している。しかしながら、我が国において調査部の活動に関する分析はほとんど行われてこなかった<sup>205</sup>。本節前半では、この非訟的手続きに焦点を当て、その仕組みと意義を探る(第1款)。後半では、活動行政による統制として、メディアトゥールと国の行政機関によるコントロールをとりあげていく(第2款)。これらを総じて行政的統制と位置づけることができるが、行政的統制は裁判的統制に先立つ仕組みとしての意義と限界とを有しており、これらの把握により、フランスにおける既判事項の権威の統制手法の変遷が浮き彫りになる(第3款)。

### 第1款 非訟的手続き

裁判所による非訟的手続きの起源は、アンジョンクション、アストラントよりも古く、1963年7月30日デクレ<sup>206</sup>による執行援助の規定まで遡る。いかなる規定に基づき、いかなる運用がなされていたかを、コンセイユ・デタ年次報告を中心に跡付けながら、かかる仕組みの意義を明らかにする。なお、「執行の教示 (incitation à exécuter)」や「執行の援助 (aide à l'exécution)<sup>207</sup>」と呼ばれるこの制度につき、後述する通り、2017年に執行援助の用語が廃止されているが、なおも執行援助という呼称が一般的であることに鑑み、本稿も「執行援助」と呼ぶ。

---

<sup>203</sup> J. Rivero, *op. cit.*, p. 37.

<sup>204</sup> *E.D.C.E.*, n° 27, 1975-1976, p. 212.

<sup>205</sup> コンセイユ・デタ調査部の活動の検討の必要性を指摘したものとして、交告尚史「判決の履行を確保する手段」フランス行政法研究会編『現代行政の統制——フランス行政法研究——』(成文堂、1990年)138頁がある。

<sup>206</sup> Décret n° 63-766 du 30 juillet 1963 portant règlement d'administration publique pour l'application de l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945 et relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat.

<sup>207</sup> R. Chapus, *op. cit.*, (note 24), p. 820.

## 第1項 執行援助の概要

1963年デクレによってコンセイユ・デタに創設されたのが、報告委員会 (Commission du rapport) である<sup>208</sup>。報告委員会は、その後1975年に報告調査委員会 (commission du rapport et des études)、1985年に調査部 (section du rapport et des études) へと規模を拡大し、1985年以降、行政部の一専門部会 (section) を構成している<sup>209</sup>。本稿では、便宜上「調査部」と呼んでいる。調査部は、他の行政部専門部会同様に、裁判官としてではなく、行政機関 (autorités administratives) として行動する<sup>210</sup>。1963年デクレが設けた調査部の任務は以下の三つであった。なお、以下の記述における「コンセイユ・デタ」は、「コンセイユ・デタの判決」という箇所を除き、コンセイユ・デタ調査部を意味している。

第一に、判決後にすべき行政の行為を明らかにしてもらうべく、関係大臣がコンセイユ・デタに申し立てることを可能とした。すなわち、58条曰く、判決の執行の態様 (modalités) を明らかにすることをコンセイユ・デタに請求できる<sup>211</sup>。これは、行政が自らに課されている義務が不明瞭であるために執行できない場合への対処とされ、実務上の慣例を制度化したものである<sup>212</sup>。もっとも、かかる釈明 (éclaircissement) の申立ては、毎年、数件から多くて20数件にとどまり、年平均10件を下回る<sup>213</sup>。但し、契約の分離しうる行為の取消の帰結など、第1節でとりあげたような重要な判例に関わる釈明の申立ても多くみられ<sup>214</sup>、調査部としては、申立てを受理してからひと月以内に回答できるよう努力しているという<sup>215</sup>。なお、原告からの申立てのあとで、行政からの申立てがなされることも珍しくない<sup>216</sup>。1969年に本条の対象となる判決が地方行政裁判所判決まで拡大し、今日では特別行政裁判

---

<sup>208</sup> より精確には、同デクレ3条によって、コンセイユ・デタ年次報告とその編纂にあたる調査部を創設された (J.-P. Costa, *op. cit.*, (note 1), p. 228)。

<sup>209</sup> したがって、調査部部長は、争訟部大法廷 (assemblée du contentieux) の構成員となる。

<sup>210</sup> C. Broyelle, *op. cit.*, p. 279.

<sup>211</sup> なお、58条は2001年に廃止され、行政裁判法典 R931-1条、921-1条として併合されたうえで、関係大臣 (les ministres intéressés) が関係機関 (l'autorité intéressée) に修正されている。これは、調査部の希望に基づいたものであるという (J.-C. Bonichot, P. Cassia, B. Poujade, *op. cit.*, p. 1362)。

<sup>212</sup> J. Chevallier, *op. cit.*, p. 82.

<sup>213</sup> C. Broyelle, *op. cit.*, p. 280. 1984年前後、関係大臣に限らず、あらゆる行政機関からの申立てを受理する立場をとっていた時期もあるという (E.D.C.E., n° 36, 1984-1985, p. 282 ; n° 37 1985-1986, p. 200)。のちに、関係機関に拡大されることについては、前掲注211参照。

<sup>214</sup> Par exemple, E.D.C.E., n° 64, 2013, p. 163 ; J.-C. Bonichot, P. Cassia, B. Poujade, *op. cit.*, p. 1364. デクレの取消に基づく大臣の申立てがよく紹介されている。

<sup>215</sup> E.D.C.E., n° 54, 2003, p. 119.

<sup>216</sup> *Ibid.*, n° 38, 1986-1987, p. 196.

所判決も含まれている一方で、申立て先は 2015 年になり、ようやく行政地方裁判所および控訴院に拡大した (CJA. R.921-1 条)<sup>217</sup>。もっとも、同条 2 項の通り、「よき裁判の運営の利益に基づき (dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice)<sup>218</sup>」下級審裁判所に申し立てられた釈明を CONSEILYU・データに移送することができ、このことは既判事項の執行が重要な問題であることを物語っていると言われる<sup>219</sup>。

第二に、同条により、CONSEILYU・データが職権により、行政に注意を促す (appeler l'attention) こともできるとされた。具体的には、CONSEILYU・データの判決について<sup>220</sup>、CONSEILYU・データ副長官あるいは争訟部長が、調査部に対して、行政に注意を促すことを要請することができる<sup>221</sup>。このケースは稀であったが<sup>222</sup>、2017 年デクレ<sup>223</sup>により、CONSEILYU・データ調査部が CONSEILYU・データ判決の執行を証明するよう、執行を義務づけられている公共団体に請求することができる規定 (CJA. R.931-6) が盛り込まれており、かかる規定は調査部による職権に基づくコントロールを期待するものとみられることもできる。

第三に、1963 年デクレ 59 条は、勝訴判決の言い渡しから 3 か月を経たのち、原告当事者が、直面する困難を CONSEILYU・データに申し出ることができることを規定している。今日では、「関係当事者 (partie intéressée)」が、CONSEILYU・データに対し、あらゆる措置を命じることを請求することができる (CJA. R.931-2 条、L.911-4 条)。関係当事者からの請求によっても行政的統制が開始することとなるが、前述の通り、最も多いケースがかかる原告からの申立てであり、その後必要に応じて裁判的統制として事後のアンジョクシオンやアス

---

<sup>217</sup> J.-C. Bonichot, P. Cassia, B. Poujade, *op. cit.*, p. 1364.

<sup>218</sup> 「よき裁判の運営の利益 (intérêt d'une bonne administration de la justice)」という概念は、近時の裁判官の権限強化を導く鍵概念であり、第 4 章でとりあげる判決の執行に関する欧州人権裁判所判決や、取消の遡及効の制限を導いた 2004 年 CONSEILYU・データ判決の論告にも登場する。アンジョクシオン権限の拡大傾向を正当化する要素として位置づけられていることにつき、A. Perrin, *op. cit.*, (note 177), p. 648 ; R. Chapus, *Hommage à Georges Vedel, Georges Vedel et l'actualité d'une « notion fonctionnelle » : l'intérêt d'une bonne administration de la justice, R.D.P.*, 2003, p. 12 ; R. Chapus, *ibid.*, p. 3 は、この概念は、法状態を整備する役割と実践の有用性から正当化される「機能的概念 (notions fonctionnelles)」にあてはまるという。なお、「裁判における良い行政」との訳語を用いるものとして、建石真公子「ヨーロッパ人権裁判所による『公正な裁判』保護の拡大——『ヨーロッパ規範』の形成および手続き的保障による実体的権利の保護へ——」比較法研究 74 号 (2012 年) 23 頁がある。

<sup>219</sup> J.-C. Bonichot, P. Cassia, B. Poujade, *op. cit.*, p. 1368.

<sup>220</sup> 本条の対象となる判決は CONSEILYU・データ判決に限られる。

<sup>221</sup> M. Fromont, *L'exécution des décisions du juge administratif en droit français et allemand, A.J.D.A.*, 1988, p. 245.

<sup>222</sup> *Ibid.*

<sup>223</sup> Décret n° 2017-493 du 6 avril 2017 modifiant le code de justice administrative.

トランツの審理・判決がなされることになる。アストラントの手続においては、調査部は、予備的段階 (phase préliminaire) に位置づけられる<sup>224</sup>。なお、1990年デクレにより、行政控訴院判決の執行に関する事案を行政控訴院に移送する権限がコンセイユ・デタ調査部部長に与えられている。

かかる調査部の任務を貫く意図は、「判決の執行」の確保である。序章で述べたように、既判事項の執行と判決の執行とは厳密には同義ではなく、調査部は後者に関わる。したがって、既判事項の権威を帯びていない判決および決定あるいは全面審判訴訟判決の執行の確保をも、任務の対象とする意味において、取消判決の執行に限られない職掌を担っている。したがって、以下で述べる件数や割合は、すべての判決を対象としている点に留意されたい。もっとも、取消判決の既判事項の執行も当然重要な任務であり、この保障の強化は1963年デクレの主要なねらいであった<sup>225</sup>。なお、調査部はコンセイユ・デタのひとつの部を構成しているため、コンセイユ・デタにおける通常の人事交換の仕組みにも組み入れられている。例えば、コンセイユ・デタ争訟部評定官を務めた J.-P. コスタは調査部の報告担当官 (rapporteur général) を前任していたことを記している<sup>226</sup>。

アストラントの記述において述べた通り、原告らの申出に基づく調査部の権限は、1995年2月8日の法律により、行政控訴院および行政地方裁判所にも与えられた<sup>227</sup>。1963年から1995年まで実に30年以上、いかなる判決についてであれ、誰からの申立てであれ、コンセイユ・デタが説得の役割を担っていたということになる。もっとも、今日では、コンセイユ・デタ調査部に登録される事件数の減少と、行政地方裁判所に登録される事件数の増加が顕著である。例えば、2015年の年次報告によれば<sup>228</sup>、2010年にコンセイユ・デタに登録された事件が178件であるのに対し、2014年の件数は91件である。行政地方裁判所は2010年が1270件であるのに対し、2014年は1535件となっている。その後も後者の増加傾向は顕著であるように<sup>229</sup>、下級審裁判所での取り組みも重要な意義を有しているが、本稿ではコンセイユ・デタ調査部の取り組みに限定して考察を加えている。

## 第2項 執行援助の申立て

前述の通り、1963年デクレ58条に基づく行政による申立ておよび職権での開始は件数からみると極めて少ない<sup>230</sup>。今日でこそ、行政からの申立てが年間15件程度まで増えたも

---

<sup>224</sup> *E.D.C.E.*, n° 38, 1986-1987, p. 194.

<sup>225</sup> G. Vedel, *Droit Administratif*, 6<sup>e</sup> éd., PUF, 1976, p. 541.

<sup>226</sup> J.-P. Costa, *op. cit.*, (note 1), p. 227.

<sup>227</sup> R. Chapus, *op. cit.*, (note 24), p. 820.

<sup>228</sup> *E.D.C.E.*, n° 66, 2015, p. 176.

<sup>229</sup> *Ibid.*, n° 68, 2017, p. 198. なお、行政控訴院は毎年500件程度を推移している。

<sup>230</sup> *Ibid.*, n° 27, 1975-1976, p. 213 ; R. Chapus, *op. cit.*, (note 24), p. 820.

の<sup>231</sup>、59条に基づく関係当事者からの申立ての件数とはまさしく桁違いである。1963年から1973年までの10年間では、コンセイユ・デタ調査部に対し、年平均22件の申立てしかなかったが、70年代から訴訟件数が増加し<sup>232</sup>、教示の仕組みも認知度が上がっていくことになる。1986年には534件、1995年には1065件にも及び<sup>233</sup>、近年では関係当事者からの申立てが年間1000件を超えている<sup>234</sup>。1995年には下級審裁判所にも教示の仕組みが導入されたことから<sup>235</sup>、その後のコンセイユ・デタへの申立て件数は当然減少していくことになるが、2016年においても89件の申立てを受理している。もっとも、多くの申立ては却下されており、また棄却されることも多い。

以上の状況に鑑み、申立て手続および執行援助の実行は、主として関係当事者からのものに焦点をあてる。

## I 申立ての主体・手続

原告らからの申立ては、現在、「関係当事者」(CJA. R.931-2条、R.921-2条)に認められている。この点は、今日、事後のアンジョクシヨンの申立てにより、まずもって、調査部による審理・説得が開始されるよう行政裁判法典に規定されていることから、執行援助を求めうる者と、執行裁判官に申し立てることのできる者は同一である<sup>236</sup>。したがって、関係当事者の解釈は、第1節第3款第2項で述べた通りである。

なお、公務員のキャリアに関する申立てが、とりわけ制度開始直後から70年代にかけて、事案の多くを占めていたが、これは、問題の複雑さを示すと同時に、他分野の関係当事者に比べ、公務員に対する制度の周知が進んでいることを示すとも指摘されていた<sup>237</sup>。周知のためのコンセイユ・デタの取り組みがしばしば年次報告に掲載されている。例えば、70年代半ばからは、下級審も含め、原告(一部をも含む)勝訴判決の通知の際に、1963年デクレに基づく申し出の制度を、条文の記載を伴い、知らせるようになっている<sup>238</sup>。

---

<sup>231</sup> R. Chapus, *op. cit.*, (note 47), p. 1163.

<sup>232</sup> 行政訴訟判決そのものの増加も一因とされる (*E.D.C.E.*, n° 34, 1982-1983, p. 309)。

<sup>233</sup> M. Fromont, *op. cit.*, p. 245. なお、1980年代、原告による申立ては、原告(一部)勝訴判決のうちの3%、6%、10%と増加していったという。

<sup>234</sup> R. Chapus, *op. cit.*, (note 47), p. 1163. なお、関係当事者からの申立ては、弁護士強制が免除されている (*C. Broyelle, op. cit.*, p. 280)。

<sup>235</sup> C. Broyelle, *ibid.*, p. 280 は、手続が地方分権化された (*décentralisée*) と説明する。

<sup>236</sup> *E.D.C.E.*, n° 66, 2015, p. 174.

<sup>237</sup> *Ibid.*, n° 27, 1975-1976, p. 213.

<sup>238</sup> *Ibid.*, n° 28, 1976-1977, p. 151. なお、1983年の年次報告は、いくつかの地方裁判所による教示が不十分であることを指摘している。すなわち、待機期間のみを知らせることは、上訴の期限と混同されうるために、分けて詳細に併記すべきであるという (*Ibid.*, n° 34, 1982-1983,



このように、申立てを促す取り組みの一方で、重要なのは、私人による申立てには、——アストラントおよび事後のアンジョクシオンと同様——待機期間が設けられていることである。当初は判決から 6 か月を経なければ、執行援助の申立てはできなかったが、1976 年デクレ<sup>239</sup>により 3 か月に短縮されている<sup>240</sup>。第 1 節でも述べた通り、待機期間は、執行にあたる行政への一定の配慮に基づくものと解される。もっとも、仮処分判決の執行の場合や、明示的な執行拒否の場合、期間の経過を待たずに、調査部に付託することができる。

## II 却下

申立ての却下はいくつかの理由に分けられる。同じ内容の申立てを繰り返していることによる却下も一定数あるが<sup>241</sup>、却下の事案の多くを占めるのは、事件係属 (*litispendance*) による管轄権限の喪失 (*dessaisie*) である<sup>242</sup>。これまで本稿がとりあげてきた裁判的統制から明らかなように、申立人は、調査部による説得という手法と同時に、判決後の行政の行為の違法性を理由に改めて訴えを提起することも可能である。申立人による提訴が認められた場合、調査部は、判断の矛盾を避けるために、自らの手立てを講じることは控えるのである<sup>243</sup>。さらに、第二次処分が、第一次処分と同様の違法性を帯び、かつ、新たな訴訟が係属していると思われる場合には、調査部は、取消のリスクを必ず行政に伝え、自らの役目を終えるという<sup>244</sup>。この背景には、1963 年法に基づく制度化前の判例の存在があるように思われる。というのも、1954 年クリュ判決<sup>245</sup>は、権限濫用に基づきいわゆる有効化デクレを取り消したものであるが、以下のような経緯を経ていた<sup>246</sup>。すなわち、アレテの取消判決後、大臣補佐 (*secrétaire d'Etat*) はコンセイユ・デタ行政部の公務委員会 (*commision de la fonction publique*) に諮問し、意見 (*avis*) を得ていた。これは制度化前のいわば慣例としての教示の申立てであったが、それに対する行政部の意見は、次のようなものである。曰く、

---

p. 309)。

<sup>239</sup> Décret n° 76-286 du 24 mars 1976 modification de l'art. 50 (section du contentieux) et de l'art. 59 (requete) du décret 63766 du 30 juillet 1963.

<sup>240</sup> *E.D.C.E.*, n° 28, 1976-1977, p. 151.

<sup>241</sup> *Ibid.*, n° 26, 1974-1975, p. 166.

<sup>242</sup> 行政が何らかの執行措置を講じた場合にも、調査部は管轄を降り、当該行政処分に対する係争は裁判所に提訴するほかない (F. de Baecque, *La commission du rapport et des études et l'exécution des décisions de justice*, *E.D.C.E.*, 1983, p. 183)。後掲注 290 をも参照。

<sup>243</sup> *Ibid.*, n° 30, 1978-1979, pp. 230 et 250 ; *Ibid.*, n° 28, 1976-1977, p. 152.

<sup>244</sup> *Ibid.*, n° 32, 1980-1981, p. 263.

<sup>245</sup> C.E. Ass., 10 décembre 1954, *Cru, Rec.*, p. 659 ; *D.*, 1955. p. 198, concl. Jacomet, note P. Weil.

<sup>246</sup> Jacomet, concl. *préc.*, (note 245), p. 199.

係争アレテの取消後に制定されたデクレはアレテに基づく不整合処分を「すべてその価値を保持する (conserver toute leur valeur)」とする規定を含むものであり、それにより不整合処分はすべて適法となったため、取り消す必要はない。しかるに、原状回復請求に対する拒否処分が争われたその後の判決において、論告担当官は「フランス行政法の主たる原理に反するありえないパラドックス」であるとの意見を明確に非難したうえで、当該拒否処分の取消を提案したのである（争訟部大法廷はこれを容れた）。かかる判断の齟齬は、行政にとっても原告にとっても決して望ましいものでない。であるからこそ、調査部は争訟部への係属を理由に管轄権限の喪失を宣言することを選ぶのである<sup>247</sup>。

もっとも、このことは調査部による説得の意義そのものを減じるものではない。取消判決を得たあと、原告に対し、複数の手段が用意されているということであり<sup>248</sup>、かかる仕組みは、原告の救済につながるものであると調査部自身自負している<sup>249</sup>。

### 第3項 執行援助の実行

#### I 審理およびあらゆる手立て

##### 1 法令上の仕組み

以下では、現行の行政裁判法典の条文をもとに、申立てが受理された場合にいかなる手続

---

<sup>247</sup> なお、制度的な前提として、2017年改正まで、コンセイユ・デタ調査部への原告の執行援助の申立ては、行政に対する執行請求への拒否処分に対する出訴期間を中断するものでなかったという事情もある。それゆえ、「既判事項に反すると思しき新たな処分がなされた場合、訴訟を提起するよう勧めることになる」のである（F. de Baecque, *op. cit.*, p. 182 ; *E.D.C.E.*, n° 43, 1991, p. 88）。このように、たとえ調査部への付託があっても、何らかの行政の処分が発出されたならば、出訴期間の徒過のリスクが生じることになるため、調査部は当該処分の取消請求を原告に促し、訴訟係属に伴い管轄を降りるのであった。しかし、既判事項に反するいわゆる反復行為がなされた場合に、その職権取り消し (retirer) を県知事に要請し、それが容れられたという事案もあるようである（*E.D.C.E.*, n° 51, 2000, p. 160）。

なお、2017年デクレ (décret n° 2017-493 du 6 avril 2017 modifiant le code de justice administrative) によって、調査部に対する執行援助の申立てがあった場合、調査部の判断が示されるまでの間、執行請求に対する明示の拒否処分に対する出訴期間を中断することが定められたが (CJA. R.911-3条)、かかる「出訴期間の保護的解釈 (interruption conservatrice)」は下級審裁判所に対する執行援助の申立てではすでに採用されており、コンセイユ・デタについては本改正によって採用されたという (A. Claeys, *La réforme de la procédure d'exécution devant le Conseil d'État*, *A.J.D.A.*, 2017, pp. 1945-1946)。

<sup>248</sup> *E.D.C.E.*, n° 37, 1985-1986, p. 200.

<sup>249</sup> *Ibid.*, n° 36, 1984-1985, p. 283.

が用意されているかを見ていく。まず、調査部部長は、調査部の中から報告担当官を指名し<sup>250</sup>、報告担当官は、申立ての対象となった判決の執行を確保するために、あらゆる手立て (*toutes diligences*) を行うことができる (R.931-3 条)。行政機関は、問題の判決の執行に関して意見を徴され、その返答を待って、調査部は判決が必然的に含むところの措置と突き合わせていく作業を行っていく。調査部部長の判断に基づき、調査部副部長、報告担当官、他のコンセイユ・デタの 3 人の構成員——うちひとり法廷の部長——で構成される限定委員会 (*comité restreint*) の諮問に付すことも可能である (R.931-3 条)。これは、慣行となっていたものを 2012 年デクレにより法定化したものであるが、実際には判断が困難な事案でのみ適用されているという<sup>251</sup>。

調査部部長が、申立てが理由のないものと判断した場合、あるいは問題の判決は執行されたと判断する場合、申請者に通知され、申請を行政的に解決する (*procéder au classement administratif de la demande*)<sup>252</sup> (R.931-3 条)。もっとも、これに満足しない原告は、行政的解決の通知から 1 か月以内に事後のアンジョクシヨンの審理の開始を請求することもできる (R.931-4 条)。

申立てが受理され、報告担当官があらゆる措置をしたにもかかわらず、期待された結果が得られなかった場合、コンセイユ・デタ年次報告に記載される (R.931-1 条)。1974 年以降行われているこの公表によるサンクシヨンは、道徳的な圧力の要素 (*un facteur de pression morale*)<sup>253</sup> にすぎないが、世論に訴えることによる不執行の防止という性格を有している<sup>254</sup>。

## 2 実態

審理とあらゆる手立てに関する規定は以上に尽きる。調査部の働きが、その柔軟性にこそ独自性が見いだされている<sup>255</sup> 所以はここにある。そして、具体的に当該事案の解決にいかなる手立てをするかについては、報告担当官 (*rapporteur*) の手腕によるところが大きい<sup>256</sup>。

具体的には、まず、文書の送達による説得がある<sup>257</sup>。この方法で解決するものもある一

---

<sup>250</sup> 1975 年デクレによって、行政部と同じく、報告担当官の指名制度が設けられた (*ibid.*, n° 27, 1975-1976, p. 211)。

<sup>251</sup> A. Claeys, *op. cit.*, p. 1950 ; *Ibid.*, n° 38, 1986-1987, p. 193.

<sup>252</sup> この行為は争訟の対象となる行政決定 (*décision administrative*) の性格を有しない (C.E., 29 décembre 2000, Colombeau, *A.J.D.A.*, 2001, p. 895, concl. E. Mignon)。

<sup>253</sup> A. Mestre, *op. cit.*, p. 78.

<sup>254</sup> R. Chapus, *op. cit.*, (note 24), p. 820.

<sup>255</sup> *E.D.C.E.*, n° 32, 1980-1981, p. 262.

<sup>256</sup> *Ibid.*, n° 38, 1986-1987, p. 196.

<sup>257</sup> 「調査部からおよそ 10 通の書状が次々に担当行政庁に届く。これらは、少なくとも 2000 年 3 月のひと月までに、〔判決の執行として制定すべき〕デクレがどの程度が進捗しているかを定期的に証明するものである」とは、初の職権に基づくアストラントを言い渡した 2001 年

方、年次報告には、文書への返答がない事案が困難を生じさせていることについて毎年記述があり<sup>258</sup>、1990年からは直接会うことによる説得を優先させることにしたことが記載されている<sup>259</sup>。直接会う場合、事案ごとにアドホックな会合 (*réunions adhoc*) が設けられる場合があり<sup>260</sup>、その際に、調査部は担当者をコンセイユ・デタに招集することもあれば、担当行政庁と関係を築き、その場で状況を把握するべく、これらの分野に詳しいコンセイユ・デタ構成員を指名し、現地に派遣することもあったようである<sup>261</sup>。さらに、80年代以降、調査部と行政間の定期的なネットワーク (*circuits réguliers*) が設けられるようになり、それは中央省庁<sup>262</sup>にとどまらず、県やパリ市などにも拡大する。調査部とのやりとりを担当する公務員は、専門の特派員 (*correspondants attirés*) とも呼ばれている<sup>263</sup>。必要に応じて、当該判決を言い渡した裁判所と連絡をとる場合もある<sup>264</sup>。このようにして、調査部は、コンセイユ・デタの威信 (*prestige*) を享受しながら、動機づけ (*incitation*) や抑制 (*dissuasion*) を試みる<sup>265</sup>。これらはすべてアンフォーマルであり、裁判行為ではない<sup>266</sup>。ときに、執行裁判官と同様に、既判事項から導かれる訴訟当事者の権利および行政の義務を審理の中で明示することもある<sup>267</sup>。なお、行政の執行に対する圧力という意味では、政治的な手法を含めコンセイユ・デタが努力しているという記述を夙に20世紀前半のテーズのなかで見る

---

コンセイユ・デタ判決の論告担当官ビヴトーの論告の一説である (C.E., 28 mai 2001, *Bandesapt, Rec.*, p. 251 ; cf. J.-C. Bonichot, P. Cassia, B. Poujade, *op. cit.*, pp. 1364-1365)。結局、調査部による説得では解決しなかったが、「調査部によるあらゆる手立てにもかかわらず、何らの措置も講じなかった」という判示のあとに、アストラントが命じられている通り、調査部の一件書類が事後のアンジョクシオンに職権で付されることとなったアストラントの期限や額の算定の参考となっていることがうかがえる。アストラント審理時の資料は、調査部の市長の4分の1程度の量にとどまるとの指摘もある (*E.D.C.E.*, n° 55, 2004, p. 126)。他方で、アストラントを付加する請求を退ける判決において、その理由として調査部の審理判断の資料が引き合いに出されることもある (C.E., 28 avril 2006, *Sté Eiffel-Distribution, A.J.D.A.*, 2006, p. 1629 ; Cf. J.-C. Bonichot, P. Cassia, B. Poujade, *op. cit.*, p. 1366)。

<sup>258</sup> Par exemple, *E.D.C.E.*, n° 38, 1986-1987, p. 199 et s.

<sup>259</sup> *Ibid.*, n° 41, 1989-1990, p. 118.

<sup>260</sup> *Ibid.*

<sup>261</sup> *Ibid.*, n° 43, 1991, p. 89 には、調査部からの勧めで、国家教育大臣 (*mistre de l'Éducation nationale*) が判決の執行に関する仕事を担当する部長 (*directeur*) を指名したことなどが紹介されている。

<sup>262</sup> *Ibid.*, n° 32, 1980-1981, p. 262 ; *Ibid.*, n° 37, 1985-1986, p. 201.

<sup>263</sup> *Ibid.*, n° 38, 1986-1987, p. 196.

<sup>264</sup> *Ibid.*, n° 32, 1980-1981, p. 262.

<sup>265</sup> J.-P. Costa, *op. cit.*, (note 1), p. 229.

<sup>266</sup> *Ibid.*

<sup>267</sup> J.-C. Bonichot, P. Cassia, B. Poujade, *op. cit.*, p. 1365.

こともできる<sup>268</sup>。具体的な記述ではないものの、1962年の制度化は、行政からの教示の申出に限らず、実務上の素地の上になされたものかもしれない。

これらの手立てが効を奏して、行政から執行の約束 (promesses d'exécution) を得られた場合、それを申立人に伝え、申立人からの返答がないことをもって、申立人は満足を得られたと解する<sup>269</sup>。

調査部の実態に関する年次報告の記述において興味深いのは、「調停者 (conciliateur) として行動する調査部は、示談 (transaction) さえも行い、たとえ法治主義の実現を犠牲にしても、一部の執行による満足を優先させることがある<sup>270</sup>」というものである<sup>271</sup>。そしてそれは、「金銭的な補償 (compensation financière) をも含む協議による解決のしきたり (protocole de règlement amiable)」を介することもあるようである<sup>272</sup>。調停者という位置づけは、行政との対話あるいは協調・協働の関係を物語るものといえる。それをより具現化するのには、以下の事例である。すなわち、2015年からは、コンセイユ・デタ調査部主催のもと、下級審裁判所とコンセイユ・デタが判決の執行に関する法的問題およびその解決策について意見交換を行う「執行ネットワーク (un réseau de l'exécution)」が開催されているのである。2015年にはコンセイユ・デタに対する質問が約20件<sup>273</sup>、2016年には10件寄せられているという<sup>274</sup>。相互の知見を広く共有することによって、より効果的な手立てを講じていくことを目指したものと解される。

### 3 成果

年によってちがいはあるものの、総じて8割ないし9割は行政による執行に至っており<sup>275</sup>、

---

<sup>268</sup> J. Allier, *De l'obéissance due par l'administration active à la chose jugée par la juridiction administrative*, thèse, Paris, 1923. pp. 23-24.

<sup>269</sup> *E.D.C.E.*, n° 26, 1974-1975, p. 167.

<sup>270</sup> *Ibid.*, n° 38, 1986-1987, p. 195.

<sup>271</sup> *Ibid.*, n° 56, 2005, p. 119 は、区画整理の事案において、県の土地整備委員会の処分取消が通常、旧所有者への土地の返還を含むことを明示しつつも、その後の原告による司法裁判所に対する登記証書の取消請求や現所有者からの求償の訴えといった一連の提訴に鑑み、所管大臣に対し、郡長 (sous-préfet d'arrondissement) による介入を頼むよう勧めたことを記す。「一般的な和解 (transaction général)」しか解決策はないという。また、*ibid.*, n° 51, 2000, p. 159 も「通常のあらゆる手立て (diligences habituelles) が成功しなかった場合、調停 (médiation) の手段をとることもある」と述べる。

<sup>272</sup> *Ibid.*, n° 54, 2003, pp. 125-126.

<sup>273</sup> *Ibid.*, n° 67, 2016, p. 181.

<sup>274</sup> *Ibid.*, n° 68, 2017, p. 189.

<sup>275</sup> 2015年は78%、2016年は76%である (R. Chapus, *op. cit.*, (note 24), p. 820)。Cf. *E.D.C.E.*, n° 27, 1975-1976, p. 213 ; *Ibid.*, n° 32, 1980-1981, p. 263.

下級審裁判所も同様である<sup>276</sup>。コンセイユ・デタの場合、6か月以内での解決が多いという<sup>277</sup>。他方で、行政による執行の遅延をはじめとして、必ずしも調査部の説得の通りに執行がなされるわけではない。「調査部は執拗な困難に遭遇する<sup>278</sup>」としばしば年次報告に記されるように、事案の解決に至らない場合も当然確認される。

ところで、判決の執行は行政の政策にも影響する場合がある。調査部の手立てのあと、行政は、本件事案の解決のみならず、判決の効力の射程外にある同じような状況の解決に乗り出す場合があるのである<sup>279</sup>。あるときは通達によって、あるときは新たな法令によって、状況の規整が行われるという。前者は、個別の判決の意味に沿って、同様の状況の者が適法な申請を行った場合に、救済を与えるように、内務大臣が県知事に通達を発する例が挙げられる。後者は、例えば、パリ市のある公務員が原告となった公務員定数削減措置の取消判決のあと、法的空白を避けるべく、パリ市の公務員全員に対する定数削減・等級の見直し(reclassement)・補償の条件を定めたデクレを政府が制定した事案がある。これらの措置は、新たな訴訟の回避という効果があるとコンセイユ・デタ年次報告は指摘する一方、不服申し立てを行った原告本人に利する判決の執行が後回しになっては本末転倒であり、調査部は、なによりもまず判決の執行を行い、そのあとでより一般的な措置を行うように依頼することがあるという<sup>280</sup>。

## II 管轄の限界と争訟部への移送

### 1 調査部の管轄

調査部の判断は、言うまでもなくこれまでの判例法理を基礎にする<sup>281</sup>。他方で、調査部は、自らの管轄の範囲にも厳格でなければならない。年次報告曰く。

---

<sup>276</sup> なお、2016年にはフランスの下級審裁判所において、2006件が裁判官の介入なく、執行を実現したという紹介もされている (A. Claeys, *op. cit.*, p. 1949)。

<sup>277</sup> *E.D.C.E.*, n° 54, 2003, p. 120.

<sup>278</sup> *Ibid.*, n° 47, 1995, p. 271 ; cf. par exemple, *ibid.*, n° 50, 1999, p. 154.

<sup>279</sup> *Ibid.*, n° 26, 1974-1975, p. 166.

<sup>280</sup> *Ibid.*

<sup>281</sup> *Ibid.*, n° 64, 2013, pp. 162-163. 例えば、1983年の年次報告における教示の申立ての例は、顕著である。公務員の身分規定を定めたデクレの取り消し後、修正したデクレを調査部の判断に委ねた防衛大臣であったが、当該デクレはすべての公務員の身分を見直すものであった。そこで、調査部は、次のような返答をした。すなわち、二名の原告に対する命令適用処分以外の個別適用処分は、出訴期間内に争われていない。したがって、既得の状況 (situations acquises) を侵害する新たなデクレは法的に異論の余地があり (contestable en droit)、新たな訴訟のリスクがあると (F. de Baecque, *op. cit.*, pp. 178-179)。これは、命令制定行為の取消に基づく確定的個別処分の保護に関する判例法理の適用に他ならない。

「調査部は、どうしたって裁判所ではないのであり、対立が法の解釈 (au fond du droit)、事実の評価 (à des appréciations de fait) といった裁判官の通常の権限に属するものである場合、行政と当事者の間に立って、裁断を下すことはできないのである<sup>282</sup>」。

「調査部は、この問題は判決の執行の管轄ではないこと、そして〔判決の執行の範囲外の〕法的諮問 (consultations juridiques) に応じることは調査部の職掌にはないことを彼らに伝えた<sup>283</sup>」。

このように、調査部は、これまでの判例法理と当該判決の主文および判決理由に照らした既判事項の執行措置を指し示すことしか許されていないのであり、それを超えた裁判官の職掌に属する権限すなわち法の解釈に基づく紛争の裁断をなすことはできない。とはいえ、調査部は、再度の越権訴訟や国家賠償訴訟の頻発を回避するためにこそ、行政が適法に執行措置を履践するための支援を担っている<sup>284</sup>。したがって、新たな訴訟を避けるためには解決すべき問題、しかし、それが厳密には既判事項により課されていない義務に関わる問題につき、調査部は葛藤を抱くことになるが<sup>285</sup>、たとえ訴訟回避のためであれ、新たに事実認定を行い、法解釈を施すことは許されない。「裁判の権限を有しない (n'a pas de compétence juridictionnelle)<sup>286</sup>」からである。それゆえ、「調査部は、執行の確保を委ねられている判決によって判断されていない法的問題には態度を示さない<sup>287</sup>」のである。但し、判決において、十分に説明されていない点につき、裁判官の評価の留保のもと (sous réserve de l'appréciation des juridictions compétentes)、とるべき措置を行政に指示することは可能である<sup>288</sup>。

自らの権限にない問題が付託された場合、自らの管轄を拒否し (décliner sa compétence)、そのことを申立人に通知する。例えば、「別の訴訟」の説明において例示した通り (第1節第2款第3項参照)、公務員のキャリアの回復等の執行の態様 (modalités) が問題となる場

---

<sup>282</sup> *Ibid.*, n° 26, 1974-1975, p. 166.

<sup>283</sup> *Ibid.*, n° 64, 2013, p. 163. これは、分離しうる行為の取消判決後、新たな契約締結の必要性およびその手続き態様がコミューンから申し立てられた事案である。また、建築許可の取消判決後、判決に不満を持つ敗訴当事者であるコミューンが、将来の許可申請に対する本判決の適用の有無につき調査部に教示を求めた事案においても、「法的な助言を与えることは調査部の権能 (attributions) ではない」 (*ibid.*, n° 65, 2014, p. 148) として、申立てを斥けている。

<sup>284</sup> *Ibid.*, n° 51, 2000, p. 160 ; *Ibid.*, n° 52, 2001, p. 151.

<sup>285</sup> *Ibid.*, n° 32, 1980-1981, p. 262 ; *Ibid.*, n° 54, 2003, p. 123.

<sup>286</sup> *Ibid.*, n° 43, 1991, p. 88.

<sup>287</sup> *Ibid.*, n° 32, 1980-1981, p. 263.

<sup>288</sup> *Ibid.*

合、それが申立て時であれ、審理中であれ、調査部は管轄を拒否する<sup>289</sup>。何らかの執行措置がなされてしまったならば、その適法性の審査権限は新たな越権訴訟における裁判官にのみ帰属するのである<sup>290</sup>。したがって、調査部は、取消判決の射程を誤解した勝訴原告に説明を施し、説得する (*faire entendre raison*) 役回りをも担うと言われる<sup>291</sup>。

かかる管轄の問題は、裁判的統制において、既判事項の権威の内容の決定権限 (審査権限) が誰に帰属すべきかという問題とパラレルに捉えられうる。執行裁判官であれ、調査部であれ、先行する取消判決に従属するという共通点を有するからである。もっとも、執行裁判官は、アンジョクシオン言い渡し時の法的・事実的状况に照らして判断できることに鑑みるに、争訟部構成員すなわち裁判官であることと、調査部構成員であることの差異は、決して小さくない。

## 2 争訟部への移送

行政的な解決が模索され、それでもなお、行政による執行を得られない場合、事案の処理は調査部から争訟部へと移る。裁判手続きの開始である。

ルートは四つである。一つは、調査部部長が、職権に基づき裁判的手段の必要性を認めた場合である。この場合、争訟部部長に、事件の事実上および法律上の諸要素と調査部が行った手続きを説明する文書が送付される (R.931-4 条 1 項)。二つ目は、申立人が行政的解決の通知 (R.931-3 条 4 項) に異議申し立てをした場合である (R.931-4 条 2 項)。これらのルートは稀であると言われるが<sup>292</sup>、とりわけ后者は、調査部による解決の知らせに対し、申立人が納得をしない場合において、裁判官による判断を仰ぐことが許されるという意味において、重要な仕組みに思われる。三つ目は、コンセイユ・デタ調査部への申立てから 6 か月が過ぎた場合である (同項)。但し、この期間を徒過しても、調査部部長が、行政的手続きによる解決が可能であると思料する場合、申立人に、裁判的手続きを開始しないこと、必要であればさらに 4 か月の追加期間を設けることを通知する。裁判的手続きへの接続における調査部の裁量を読み取ることができる。そして、最後に、アストラントやアンジョクシオンの予備的段階である場合において、それらの申立てを棄却すべき場合である。調査部はその場合にも、争訟部へと事案を移送し、棄却の判決が下る。いずれの場合においても、

---

<sup>289</sup> *Ibid.*, n° 26, 1974-1975, p. 166. 他方、規定からも明らかな通り、大臣からの教示の申立てにおいては、執行の態様が申立ての内容となっている (cf. *Ibid.*, n° 36, 1984-1985, p. 281)。したがって、行政からの申立ての場合のほうが、調査部の管轄は広くなると思われる。もっとも、前掲注 283 をも参照。

<sup>290</sup> 契約裁判官に帰属する評価権限を調査部が行使することもない (*ibid.*, n° 58, 2007, pp. 139-140)。

<sup>291</sup> *Ibid.*, n° 56, 2005, p. 118.

<sup>292</sup> 後者につき、A. Claeys, *op. cit.*, p. 1951. 前者につき、J.-P. Costa, *op. cit.*, (note 1), p. 229 はほとんど想像することができないという。



裁判的手続きは、争訟部部長のオールドナンスにより開始され、当該オールドナンスは争訟の対象とはならない（同条2項3項）。

なお、争訟部での審理過程においても、調査部の役割は残る。まず、調査部作成の書類および調査部部長の文書は、一件書類に追加され、審理担当法廷により当事者に交付される（R.931-5条2項）。しばしばアストラントを決定づけるとも言われるほど、重要な意味がある一方で、かかる調査部の資料の法的性質の不明確さも指摘されている<sup>293</sup>。

## 第2款 活動行政による統制

行政的統制はコンセイユ・デタ調査部によるコントロールのみにとどまらない。ここでは、判決の執行を担保するための仕組みとして、共和国メディアトゥールの制度（第1項）と、国の行政機関による地方公共団体へのコントロール（第2項）を取り上げる。もっとも、いずれの制度による統制も期待された機能を果たし得なかったというべきであり、結局のところ行政的統制の主要な役割を担うのは、前述のコンセイユ・デタ調査部と結論付けられることになる。

### 第1項 メディアトゥール

そもそも共和国メディアトゥール（*Médiateur de la République*：行政斡旋官）の制度自体は、1973年1月3日法によって創設された<sup>294</sup>。スウェーデンのオンブズマン制の影響を受けたとされるこの制度は、閣議を経たデクレによって任命される独任制の特別な行政官職であるメディアトゥールが、私人の一定の事前手続き（*enquête*）すなわち関係行政機関に対する必要的事前救済申出、国会議員への申出、国会議員による事案のメディアトゥールへの移送等を経たのちに、行政活動に対して、——決定（*decision*）ではなく——勧告（*recommandation*）または提言（*proposition*）ができるというものである<sup>295</sup>。この仕組みは、行政不服申し立てとも区別され、1981年判決<sup>296</sup>によって、メディアトゥールは行政機関として性格づけられている。裁判官でもなく、階層的権限をも有さず、統制対象である行政とは機能的に独立した（*indépendance fonctionnelle*）地位を与えられた独立行政機関（*autorités administrative indépendantes*）という点で裁判的統制や次に述べる国の行政機

---

<sup>293</sup> A. Claeys, *ibid.*, p. 1952.

<sup>294</sup> Art. 11 de la loi du 3 janvier 1973 relative au médiateur dans sa rédaction issue de la loi du 24 décembre 1976.

<sup>295</sup> 参照、多賀谷一照「フランスにおける行政改革」法律時報53巻4号（1981年）225頁以下。

<sup>296</sup> C.E. Ass., 10 juillet 1981, Retail, *Rec.*, p. 303.

関によるコントロールとは異なる位置づけを有している<sup>297</sup>。

このように、判決の執行の分野にとどまらない役割が付与されている制度であるが、判決の執行に関わる法改正が施される。すなわち、1976年12月24日の法律（1973年基本法11条の改正という形式）により、原告からの申し出（*réclamation*）に基づき、行政に対し、定められた期間内での確定判決の執行の命令を発する（*enjoindre*）ことができるようになった。但し、その命令になお従わない場合のサンクションは存在しない<sup>298</sup>。不執行を、大統領と国会に対し報告書で知らせると同時に、その報告書の公刊と官報への記載によって間接的なサンクションが企図されたが、これらの報告公刊が初めてなされたのは1994年のことであった<sup>299</sup>。もとより、メディアトゥールによるアンジョクシオンそのものの実施が極めて稀だったといい<sup>300</sup>、1987年には10件の勧告がなされたにとどまる<sup>301</sup>。他方で、メディアトゥールが、当該事案に対し、調査部の注意を促す（*attire l'attention*）という稀な事例<sup>302</sup>や調査部とメディアトゥールとが協力し問題解決に至ったという事例<sup>303</sup>もあったようである。それでもなお、確定判決の執行の確保を担う主体にメディアトゥールが選ばれたことは、「奇妙（*curieusement*）」であったとさえ言われているように<sup>304</sup>、メディアトゥールの機能不全は、アストラントに始める裁判的統制の制度化へと結実することになる<sup>305</sup>。

## 第2項 国の行政機関

ところで、既判事項の不執行が問題となるのは国に限られない。むしろ地方公共団体による不執行のほうが深刻であるということは、20世紀前半からしばしば指摘されていた<sup>306</sup>。

---

<sup>297</sup> F. Moderne, *op. cit.*, (note 57), p. 817. そのため、1976年法律によるメディアトゥール制度は、行政によるアンジョクシオンという側面をも有すると解することもできる。

<sup>298</sup> J.-C. Ricci, *op. cit.*, p. 234 ; J. Waline, *op. cit.*, p. 706.

<sup>299</sup> R. Chapus, *op. cit.*, (note 47), p. 1166.

<sup>300</sup> M. Fromont, *op. cit.*, p. 246.

<sup>301</sup> R. Chapus, *op. cit.*, (note 47), p. 1166.

<sup>302</sup> *E.D.C.E.*, n° 37, 1985-1986, p. 199.

<sup>303</sup> J.-P. Costa, *op. cit.*, (note 1), p. 230.

<sup>304</sup> J. Rivero, *Droit administratif*, 20<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2004, p. 570 ; J. Waline, *op. cit.*, p. 706. なお、調査部の手法とメディアトゥールの手法が似ていることも指摘されていること（J.-P. Costa, *ibid.*, p. 229）から、前者が後者の役割に取って代わっていたとみることもできそうである。

<sup>305</sup> M. Fromont, *op. cit.*, p. 246.

<sup>306</sup> P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, thèse, Pedone, 1952, p. 57 ; J. Allier, *op. cit.*, pp. 23 et 111 ; *E.D.C.E.*, n° 37, 1985-1986, p. 201. なお、19世紀末の地方分権の結果、専ら中央官庁の行為を対象としていた越権訴訟が、地方行政庁の行為をも対象とするようになったこと（参照、伊藤洋一『フランス行政訴訟の研

そこで、国による不執行ではなく、地方公共団体による不執行という問題に対し、いかなる仕組みをもって対処しようとしてきたかをここでは取り上げる。とりわけ、金銭支払い命令の判決であるか（Ⅰ）、積極的措置を要する取消判決であるか（Ⅱ）によって、全く異なる様相を呈することが、後者の執行にかかる国の行政機関によるコントロールの限界を浮き彫りにすることになる。

## I 金銭支払い命令判決<sup>307</sup>

取消判決の執行が本稿の考察対象であるにも関わらず、全面審判訴訟判決やアストラント判決といった一定額の金銭支払い命令判決をとりあげるのは、一方で、取消判決の執行のコントロールを相対的に把握しやすくなるからであり、他方で、国の行政機関による統制に孕む適法性の原理と地方公共団体の自治の原理の緊張関係が顕著に表れているからである。なお、金銭支払い命令判決の執行の問題は、公共団体<sup>308</sup>の財産は差押え不能である（*insaisabilité*）ため、司法上の強制執行（*voie d'exécution*）の対象とはならないことに起因している<sup>309</sup>。

金銭支払い義務の履行に関し、重要な出来事といえるのは、1982年3月2日の地方分権に関する法律によって、地方公共団体とりわけコミューンに対する行政的後見監督（*tutelle administrative*）が廃止されたことである。同法のシンボルが「事前の後見監督（*tutelle a priori*）から事後の裁判コントロールへ（*contrôle juridictionnel a posteriori*）<sup>310</sup>」と位置づけられたように、後見的な事前のコントロールからの転換が図られたのである。もっとも、財政面に関して、後見的な制度が残存していた。すなわち、コミューンが義務的経費を計上しない場合あるいは計上額が不十分である場合には、州会計院（*la Chambre régionale des Comptes*）

---

究——取消判決の対世効——』（東京大学出版会、1993年）103頁）もこの問題を顕在化させた一因といえよう。

<sup>307</sup> 交告・前掲注205、133頁以下をも参照。

<sup>308</sup> 地方公共団体および公の施設（*établissements publics*）をも含む（J.-P. Costa, *op. cit.*, (note 1), p. 227）。

<sup>309</sup> *Ibid.* ; F. Moderne, *op. cit.*, (note 32), p. 57. かかる法規範は、1790年8月16-24日の法律から導き出されている（Cass. civ., 31 mars 1819, Enregistrement c/ Joussetin, S., 1819-1821, p. 51）。

<sup>310</sup> 飯島淳子「フランスにおける地方自治の法理論（二）」国家学会雑誌118巻7・8号（2005年）61頁。

が、県知事の確認要求を受けて<sup>311</sup>、必要に応じて、コミューンに催告 (*mise en demeure*)<sup>312</sup> し、催告内容が実施されない場合には、県知事に介入を提案するという仕組みが残されたのである (11 条、12 条)。

注目は、これだけでも、1982 年法の趣旨に鑑みれば、例外的存在であったにもかかわらず、「判決による」金銭支払い義務に関しては、さらに例外的取り扱いが認められたという点にある。すなわち、1980 年アストラント法 1 条 2 項は、既判事項の確定力を帯びた判決 (確定判決) に限定したうえで、判決に基づく金額を支払わせるべく、職権による予算計上 (*inscription d'office au budget*) あるいは支払い命令 (*mandatements d'office*) を行うことは行政機関の義務であることを規定した (CJA. L.911-9 条)<sup>313</sup>。そして、1982 年法 98 条 I によって、判決による金銭の支払い義務については、同条を適用する旨が定められ、仕組みが整序されたのであった。かくして、確定判決の執行という目的においては、州会計院の催告を俟つまでもなく、職権により予算計上あるいは支払い命令を行うことが認められることになる<sup>314</sup>。義務的経費に関するコントロールのなかでも、判決に基づく金銭の支払いの場合には、かつてと同じような強力なコントロールを残す趣旨を看取しうる。さらに、1989 年 1 月 5 日、内務大臣の諮問を受け、コンセイユ・デタ行政部の内務部会は、既判事項の確定力如何を問わず、執行的である判決の執行における予算計上、支払い命令を可能とする意見 (*avis*) を出している。それに基づき、同年 10 月 16 日内務大臣は知事に通達を発し、かくして、確定判決あるいは既判事項の権威を帯びた判決のみならず、あらゆる判決の執行に対し、国の行政機関による介入が許されることとなった。もっとも、判決自体が支払

---

<sup>311</sup> もっとも、州会計院に付託することができるのは、知事だけではなく、関係会計官またすべての利害関係者である (飯島淳子「フランスにおける地方自治の法理論 (三)」国家学会雑誌 118 卷 11・12 号 (2005 年) 18 頁以下)。

<sup>312</sup> 催告は、州会計院の行為の呼称でもあるが (1982 年法 11 条、12 条)、国の行政機関による職権計上等の法的措置を実行に移す前段階として、市町村議会に再議を求める行為の呼称でもある (旧市町村法典 L.212-9 条)。

<sup>313</sup> なお、C.E. Sec., 18 novembre 2005, Société fermière de Campoloro, *Rec.*, p. 515 ; *J.C.P. adm.*, 2005, p. 1387, 1369, concl. N. Boulouis ; *A.J.D.A.*, 2006, chron. C. Landais et F. Lénica 以後は、公共団体の状況と一般利益のやむを得ない理由とを衡量したあとでしか、職権による後見監督をすることはしえない。ここには、第 4 章で述べる一般利益の衡量の論理の広がりの確認できる。Cf. F. Brenet, Les reserves d'intérêt général, in *Le droit administratif : permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-Francois Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 153.

<sup>314</sup> したがって、アストラントの不払いにおいても職権によるコントロールが可能となる (M. Fromont, *op. cit.*, p. 246)。かくして、1982 年法以前の旧規定 (旧市町村法典 L.212-9 条) と同様の仕組みが設けられた。なお、知事の職権計上処分を市長が越権訴訟で争い、取消を得たうえで、調査部に執行援助の申立てをした事案も存在し (*E.D.C.E.*, n° 36, 1984-1985, p. 284)、地方公共団体による“対抗”も見られる。

金額を特定していない場合には、1982年法の仕組みが適用される。

これらの強力な行政的コントロールは、調査部からもその積極的な行使が期待されていた。1980年以降のコンセイユ・デタ年次報告は、ほぼ毎年かかる行政的コントロールの重要性を指摘するのである。もとより、ここでは、1982年法により認められた地方公共団体の自立と、金銭支払い命令判決の完全な執行とが鋭く対立しうる<sup>315</sup>。それでもなお、調査部が行政的統制による後者の実現を強く要請するのは、判決の完全な執行が寄与するところの適法性の尊重に留意することが国の一般的義務であり、分権化は、かかる義務を完全に消滅させるものではないからである<sup>316</sup>。かくして、調査部は「ゆがんだ自治の認識 (*idée déformée de leur autonomie*)<sup>317</sup>」によることなく、催告、予算の職権計上、職権による支払い命令という一そろいの武器を使うべきことを主張するのであった<sup>318</sup>。

## II 取消判決

金銭支払い命令判決の執行が国の行政機関を基点としたコントロールを重視しているのに対し、取消判決は様相を全く異にする。確かに、取消判決の執行に対するコントロールも、1982年法の影響を免れることはない。すなわち、知事は、地方公共団体から送付された行為<sup>319</sup>が違法であると認める場合に、送付から2か月以内に、当該行為を行政裁判所に付託することができる(3条1項)<sup>320</sup>。もっとも、私人は知事への付託請求とは別に、地方公共団体の行為そのものの取消を越権裁判官に請求することもでき、実際にはこちらの手段が多く用いられているのではないかと思われるが<sup>321</sup>、いずれにせよ、ここでは1982年法の主眼である裁判的統制に基づくこととなる。

しかるに注目すべきは、1982年法制定よりはるかに前、1960年のコンセイユ・デタ判決が、取消判決後の具体的執行措置の懈怠に対し、国の行政機関による代行権限 (*pouvoir de*

---

<sup>315</sup> *E.D.C.E.*, n° 34, 1982-1983, p. 313.

<sup>316</sup> *Ibid.*, n° 36, 1984-1985, p. 284.

<sup>317</sup> *Ibid.*, n° 38, 1986-1987, p. 197.

<sup>318</sup> *Ibid.*, p. 201.

<sup>319</sup> かつては、地方公共団体の行為に当然の執行力が認められていなかったが、同法により、議会の議決などの法律で列挙された重要な行為と位置づけられる地方公共団体の行為は、公告または告知ならびに知事への送付を条件として、それ以外については公告または告知によって執行力を有するものとなった(2条I・II・III)。参照、飯島・前掲注310、61頁以下。

<sup>320</sup> 「知事の付託 (*déféré préfectoral*)」と呼ばれるものであり、コンセイユ・デタ判例によれば、これは義務ではなく権能である(参照、同上、71頁以下)。

<sup>321</sup> 但し、*E.D.C.E.*, n° 38, 1986-1987, p. 201は、知事の有する一そろいの武器の中に、催告、予算の職権計上、職権による支払い命令のほか、既判事項に反する行為を越権判事に申し立てる知事の付託をも含めていた。

substitution) の行使を認めない判断を下していたということである<sup>322</sup>。同判決の経緯は以下のようなものであった。すなわち、県参事会による違法な追放処分 of 取消判決を獲得したドゥクソ氏は、市長による判決の執行懈怠と執行申請に対する拒否処分を受け、次に県知事に対し、判決の執行を保障すべく代行権限を行使するよう申し立てた。それに対する拒否処分の取消が行政地方裁判所に付託され、その上告審が本判決となる。判示は次のようなものであった。曰く。

「 1884 年 4 月 5 日法律 85 条曰く、『市長が法律所定の行為をなすことを拒否あるいは懈怠した場合、知事は〔法律の適用を〕市長に要請した (requis) あとで、職権により、当該行為を自らあるいは特別の代理人により行うことができる』。

ニース県参事会によるブリニョール市長の行為の取消判決後、同市長は、ドゥクソ氏を復職させず、同氏の申請をも拒否したが、前記 85 条の意味において、実施が法律上 (légalement) 義務づけられていたある行為をなすことを拒否ないし懈怠したものとはいえない。かかる状況において (dans ces conditions)、ヴァール県知事は、原告の復職を、市長に代わって行うべく、同条が県知事に付与した代行権限を行使する権能を有していなかった (n'avait pas la faculté)。したがって、ドゥクソ氏の申請を拒否することにより、同知事は法の過誤を犯したとはいえず、原審の判断を誤りとする原告の主張は正当とは言えない。」

コンセイユ・デタのロジックを解明するには、コンセイユ・デタ傍聴官ガラヴェールとジェントによる評釈が有益である<sup>323</sup>。まず、彼らは、行政による終局判決の尊重の確保と、代行権限の行使に関する法律の規定の限定解釈によるコミューンの自治の保障とのいずれを優先させるかが本件で問われたことを明示する。言うまでもなく、本判決が重きを置いたのは後者である。その理由は二点から説明されている。一方で、代行権限は判例法理によって古くから法律上の根拠なくして行使しえないことが明確にされている。言い換えるならば、市長による法律違反だけでは代行権限の行使を正当化しえず、さらに市長の行為は羈束されてなければならない。他方で、同じく判例法理によって、コミューンの人事管理 (gestion du personnel) というものは、法律で列挙された例外を除き、市長によって行使され、県知事は市町の行為を取り消したり、差し止めたりすることができないと解されてきた。これらに照らすならば、本判決の結論は妥当であるといえるものの、論者は本判決をさらに先駆的な判例であると位置づける。なんとなれば、これまでの先例の事案においては、市長の行為が義務ではなくあくまでも権能にとどまっていたのに対し、本件は明確な義務 (obligation précise) であったからである。「市長は、取消判決の帰結を導き出さなければならなかった

---

<sup>322</sup> C.E. Sec., 16 novembre 1960, Ducouso, *Rec.*, p. 623 ; *A.J.D.A.*, 1960, p. 183, chron. Galabert et Gentot.

<sup>323</sup> Galabert et Gentot, *chron. préc.*, (note 322), pp. 183-184.

(il était *tenu* de tirer les consequences de l'arrêt<sup>324</sup>)」のである。しかし、それでも自治の保障ではなく判決の尊重の確保を選び取ることは困難であるという。それは、たとえ違法であってもコミューンの決定を直接取り消す権能が認められていない分野において、判断を置き換えうるというのは異常 (anormal) であることに加え、興味深いのは、越権裁判官の権限が理由として挙げられていることである。すなわち、越権裁判官でさえ、取消権限の行使にとどめ、行政に行為を命じることができない。であるからこそ、「ニース県参事会の判決は、必ずしもブリニョール市長が当該公務員を復職させる義務を負っていることを含むわけではなく、市長は、判決が意味するところの帰結を明らかにする (apprécier) 機会 (possibilité) を保持する (conservait) と解することも許される<sup>325</sup>」というのである。かかる論理は、アンジョクシオン権限が認められる前の越権裁判官の権限の限定と、それに伴う取消判決の帰結の審理権限が行政に帰属していたことを改めて想起させるものである。越権裁判官でさえ、取り消すにとどめ、判決の帰結を決するのは行政であるという立場をとるにもかかわらず、国の行政機関がそれを上回る権限を有すると解することは背理であるということであろう。もっとも、論者は理論的に本判決の帰結が正当であるとしながらも、この状況は、取消判決の執行という行政の義務の原理における隘路 (brèche) であると非難してもいるのであった<sup>326</sup>。

コンセイユ・デタ判決により、正式な行政的コントロールが封じられた一方で、国が完全にこの問題に手をこまねいていたわけでないことも確かである。インフォーマルな統制として、通達が発せられているからである<sup>327</sup>。1987年6月23日の通達は、内務大臣から各県知事に向けられたものであり、判決の執行懈怠、遅延の多くが、地方公共団体とりわけ小規模コミューンによるものであることに鑑みたものであった。続く翌年には、国レベルでの周知徹底も図られている。1988年10月13日に首相から各省大臣に向けられたこの通達は、各省公務員に、“既判事項の正確かつ速やかな執行の強制的 (impératif) 性格”につき注意を促すことを内容とするものであった。この背景には、同年コンセイユ・デタ年次報告による調査部からの通達の提案すなわち、既判事項の権威に照らして、義務を守るように促す、そして、地方への説得について説明する通達の提案が影響しているように思われる<sup>328</sup>。かか

---

<sup>324</sup> なお、県参事会の判決は——arrêtではなく——arrêtéと表記する。これは、今日の行政立法にあたるフランス語であるが、フランス革命時代に行政と裁判の機能を併せ持っていたことに由来するように思われる。

<sup>325</sup> Galabert et Gentot, *chron. préc.*, (note 322), p. 184. なお、金銭支払い命令判決の場合は別であることが続けて述べられている。

<sup>326</sup> *Ibid.* ; G. Braibant, *Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir*, *E.D.C.E.*, 1961, p. 62 は「コンセイユ・デタは、既判事項の尊重よりも、地方公共団体の自由を保護する」と非難する。

<sup>327</sup> Cf. R. Chapus, *op. cit.*, (note 47), p. 1158.

<sup>328</sup> *E.D.C.E.*, n° 39, 1987-1988, p. 272.

る調査部による協力はしばしば年次報告にも取り上げられている。例えば、公務員のキャリアの回復に関して、1983 年年次報告は、「行政の任務を助け、彼らに課された義務を想起させるために、調査部は、通達の作成のために、公務の一般的な方針に協力する。通達は一般的な方針によって作成され、国家行政全体に向けて、判例から引き出される規範を丹念にたどるものとなる」と述べ<sup>329</sup>、1985 年年次報告においても、かかる中央省庁 (administrations centrales compétentes) からの指示 (indications) の有効性が強調されているのであった<sup>330</sup>。逆に、首相が調査部に対し、執行を担保させるためのあらゆる策を提案することをも命じたこともあるように<sup>331</sup>、相互の緊密な連携が見て取れる。

かくして、取消判決の執行に対する国の行政機関によるコントロールは、法的なコントロールではなく、あるとしても、調査部の協力に基づく通達の発令という強制力の欠いたコントロールにとどまるのであった。

### 第 3 款 行政的統制の射程

#### 第 1 項 意義

以上の叙述からは、1960 年代から 1995 年までを中心に、いわばあらゆる手を使って、判決の執行を実現しようとするフランス法のありようを看取しうる。コンセイユ・デタ調査部による執行援助の仕組みにせよ、メディアトゥールによる勧告にせよ、国の行政機関による通達にせよ、共通するのは非裁判的統制ということである。取消判決の執行に係る 20 世紀中葉からの学説の論難 (第 2 章第 2 節参照) に対し、実のところ、まず用いられたのは、かかる非強制的 (non contraignante) 手法であったのである<sup>332</sup>。そして、その中心に位置づけられたのは、言うまでもなく、コンセイユ・デタ調査部であった。ときにメディアトゥールと連携し、ときに国の行政機関による通達の作成を支援し、まさしく陰の立役者としての活躍を見せながらも、本業である執行援助に奮迅する。それを支えるのは、非強制的手法を特徴づける柔軟性であろう。執行援助において、調査部は、申立人の申立て内容に拘束されることなく、執行が要求されている判決が予め含むところの実現ということだけを留意して、説得、調整、叱咤、あらゆる行動をあらゆる手段によってとることが許される<sup>333</sup>。かかる営みはまさしく「対話 (dialogue)<sup>334</sup>」であり、行政的統制の本質はここにある。

---

<sup>329</sup> *Ibid.*, n° 34, 1982-1983, p. 311.

<sup>330</sup> *Ibid.*, n° 36, 1984-1985, p. 284.

<sup>331</sup> *Ibid.*

<sup>332</sup> C. Broyelle, *op. cit.*, p. 279.

<sup>333</sup> A. Claeys, *op. cit.*, p. 1950.

<sup>334</sup> Par exemple, *E.D.C.E.*, n° 27, 1975-1976, p. 212 ; *Ibid.*, n° 65, 2014, p. 143.



その優位性は、とりわけ執行援助とアストラントの手法との比較において、あるいは執行援助と事後のアンジョクシヨンの比較において、語られる<sup>335</sup>。1980年のアストラント法定後においても、1993年から1995年までの3年間を例にとると、年間1250件ほどの執行不備の主張のうち、アストラントによるものは180件にとどまり、それ以外は執行援助によるものであった<sup>336</sup>。1985年ムヌル判決の論告は、調査部によるあらゆる手立てによって、あるいは、かかる手続きへの申立てそのものの間接的な圧力によって、執行に必要な措置に至らしめる場合が相当程度 (*le plus souvent*) あったことを明らかにする<sup>337</sup>。そもそも、原告は調査部に申立て、その後争訟部でアストラントの審理がされる場合と、争訟部にアストラントを申立て、調査部に説得を依頼し、その後不成功の場合にアストラントの審理がなされる場合とがあり<sup>338</sup>、いずれにおいても、行政的解決が試みられることは、調査部の存在の重要性を物語る。アストラントは、調査部と争訟部との緊密な連携によって実現していたのである<sup>339</sup>。かかる状況は、1995年法の制定以後も変わることはない。そもそも、事前のアンジョクシヨンが法定されたにもかかわらず、事後のアンジョクシヨンの手続において、調査部による説得は常に存在する過程に位置づけられたこともさることながら、執行手続において、今日でも8割近い事案が行政的解決にいたるという事実は、行政的統制の重要性を雄弁に語る<sup>340</sup>。「事後の執行確保の手続において、裁判手続が開始されるのは例外的なのである<sup>341</sup>」と言われる所以はここにある。そして、今日でもなお、行政機関からの釈明の申立てが裁判官に頼ることのない仕組みとして残されていることもまた注目に値する<sup>342</sup>。

このように、「ある種の〈専門のメディアトゥール〉」ともいわれ、「その説得的で教育的

---

<sup>335</sup> F. de Baecque, *op. cit.*, p. 177 et s.

<sup>336</sup> R. Chapus, *op. cit.*, (note 47), p. 1157.

<sup>337</sup> Pauti, *concl. préc.*, (note 8), p. 151.

<sup>338</sup> J.-P. Costa, *op. cit.*, (note 20), p. 133.

<sup>339</sup> *Ibid.*

<sup>340</sup> *E.D.C.E.*, n° 63, 2012, p. 116 ; *Ibid.*, n° 64, 2013, p. 158.

<sup>341</sup> J.-C. Bonichot, P. Cassia, B. Poujade, *op. cit.*, p. 1369 ; C. Broyelle, *op. cit.*, p. 284.

<sup>342</sup> 外的違法に基づくデクレの取消を8カ月延期した2011年コンセイユ・デタ大法廷判決

(C.E. Ass., 23 décembre 2011, M. Danthony et autres, n° 335033) のあと、担当大臣はデクレの適正さの回復の可能性に関する釈明を調査部に申立てている。調査部は、デクレに必要な諮問を与えるべきであった委員会が物理的に存在しないことや仮に委員会を設置しなおしても委員の観点からみてかつての委員会と同等の諮問とみなすことはできないことなどを理由に、デクレの適正さの回復は不可能であると回答した (*E.D.C.E.*, n° 64, 2013, pp. 161-162)。また、*ibid.*, n° 60, 2009, p. 206 は、教示の申立てが少なくとも、とりわけ公務員のキャリアの回復に関して、そして国よりも地方公共団体にとって、教示の仕組みが用いられる傾向を指摘し、その有益性はなお認められるとする。

な役割が市民権を得ている<sup>343</sup>」ところのコンセイユ・デタ調査部が、「親切さをもって (*dans le douceur*)<sup>344</sup>」既判事項の執行を確保しようとする仕組みは、特殊フランス的といえよう。他方で、「行政客体と行政機関との〈妥協 (*compromis*)〉を模索することをためらわ」ず、「時には、訴訟当事者の合意を条件として、既判事項の部分的な執行」をも選択肢に含める<sup>345</sup>その柔軟性は、行政的統制の限界をも意味する<sup>346</sup>。

## 第2項 限界

柔軟であること、それは一方で、紛争解決の長期化をもたらしうる。結局のところ、「判決の執行は、行政の善意に依存する<sup>347</sup>」と指摘される理由はまさしくこの点にある。1970年代からその迅速化が課題視されていたように<sup>348</sup>、対話による解決にかかる時間は現実問題として重要である<sup>349</sup>。繰り返し引き合いに出しているムヌル判決において、調査部による説得は5年を要し、それでも奏功せずアストラント判決に至っている<sup>350</sup>。さらに、調査部による執行援助を得るには判決から3か月の間待つ必要がある。1995年に新設された事前のアンジョクシオンはこれらの期間を経ることなく、裁判所による早期の問題解決を期待するものであった。

加えて、判決の執行に内在する法的性質も行政的統制の限界を映し出さしうる。第2章および本章第1節で述べた通り、判決の執行は、一方で、判決理由に照らした禁止の範囲をにらみつつ、他方で、判決の執行が侵害しうる多様な権利利益と判決の執行が寄与する原告の権利利益との衡量によって自らのとるべき措置を確定させる作業である。これらは言うまでもなく法解釈そのものを包含する。たしかに、これらの作業をコンセイユ・デタ調査部は担ってきたのであり、2017年法改正により、調査部の職権による執行の追跡調査(R.931-6)が新設されるなど、行政的解決の有用性はなおも否定すべきではない<sup>351</sup>。しかしながら、

---

<sup>343</sup> A. Claeys, *op. cit.*, p. 1948.

<sup>344</sup> R. Chapus, *op. cit.*, (note 24), p. 820.

<sup>345</sup> A. Claeys, *op. cit.*, p. 1948.

<sup>346</sup> F. Moderne, *op. cit.*, (note 57), p. 817 は、アンジョクシオンの認容を強く主張する中で、調査部と同じく、メディアトゥールのサンクシオンの弱さがその実効性を制限していると指摘する。

<sup>347</sup> J. Chevallier, *op. cit.*, p. 67.

<sup>348</sup> *E.D.C.E.*, n° 27, 1975-1976, p. 213 ; F. de Baecque, *op. cit.*, p. 184.

<sup>349</sup> なお、行政からの釈明の申立てに対する回答 (*avis*) も当然、裁判上の効力は全く有していない (J.-C. Bonichot, P. Cassia, B. Poujade, *op. cit.*, p. 1364)。

<sup>350</sup> Pauti, *concl. préc.*, (note 5), p. 153.

<sup>351</sup> F. de Baecque, *op. cit.*, p. 183 が、第三者の既得の権利と既判事項の執行を調整することが調査部の任務においても極めて困難であると述懐するように、調査部による執行援助もまた第

一方で、法の問題に関する解釈の拒否、行政による執行措置の履践ないし訴訟係属による管轄否定、職権によるアストラントの提案の機能不全といった裁判官の職掌に対する強度のかつ正当な警戒があり<sup>352</sup>、他方で、行政的解決に対し、原告は裁判的統制の開始を要求することができ、1995年法律は、かかる行政的統制の欠を埋めるべく、判決の執行に係るより強制的な権限たるアンジョンクシオンを越権裁判官に認めた<sup>353</sup>。これらは、“法治主義の妥協”<sup>354</sup>よりも法治主義の貫徹を目指したフランス法の選択を示唆するものである。原告の権利利益の保護を背後に具えた適法性の原理と、それにより侵害されうる権利利益は、必ずしも等価ではない。アンジョンクシオン権限を梃子にした行政の原状回復義務の拡大とその統制の強化のありようは、適法性審査を本領とする裁判的統制こそが、ありうべきコントロールとして——いわば、20世紀前半の裁判的統制の発展的形態として——再び、選び取られたことの証左ともいえよう。

---

2章で取り上げた繊細な問題に直面するものである。なお、事後のアンジョンクシオンにおいて調査部による取り組みがなおも前置されていることは調査部の存在感を示す一方で、申立人が調査部から行政的解決 (classement administratif) を通知されてからもなおそれからひと月の間に争訟部に異議申し立てをすることによって、事後の裁判的統制を開始することができる仕組みは、原告による裁判的統制の選択を重視するものでもある (cf. CJA. R.931-3条、R.931-4条)。

<sup>352</sup> したがって、「調査部は複雑な問題を解決できない」と指摘されることがある (cf. J.-C. Bonichot, P. Cassia, B. Poujade, *op. cit.*, pp. 1368-1369)。1983年の年次報告においても、時の調査委員会委員長は「法的に困難な問題に直面した場合、当該事案を管轄するコンセイユ・デタ行政部に意見を求めることがある。とりわけ、判決の執行が新たな行政立法上の規定の策定を含む場合に。」と明記していた (F. de Baecque, *ibid.*, p. 178)。

<sup>353</sup> J.-P. Costa, *op. cit.*, (note 1), pp. 227-302 ; J. Chevallier, *op. cit.*, p. 84. コンセイユ・デタ調査部自身が、執行申請拒否処分を争う伝統的な裁判統制および調査部での手続と比べ、1995年法以降の手続きがより実効的であること (efficacité) を認めている (E.D.C.E., n° 50, 1999, p. 158)。

<sup>354</sup> 前掲注 345。

## 小括

20世紀中葉からの学説の批判は、立法府を動かす遠からぬ要因となった。かくして、登場した1980年法および1995年法は、まさしく学説の所望した裁判官の権限強化を企図したものである(第1節)。統制の時期の早期化、審理権限における裁量をも含めた裁判官の強力な権限は、あくまでも適法性審査を担う越権訴訟の枠組みにおいて行使しうる。行政に代わって判断をするのではなく、分離独立原則による限界づけをなおも受けつつ、判決の執行を担保する役割をも担うようになったといえよう。ここでは、第1章でとりあげた克服すべき法現象であるところの既判事項の権威と裁判官の権限のいずれをも、部分的にであれ克服したとみうる。しかるに、その克服の障壁であったところの越権訴訟と全面審判訴訟の区別と活動行政と行政裁判の分離独立原則はなおも維持されているという意味において、フランス法の柔軟性を看取しうる。あくまでも、越権訴訟の枠組みにおいて、活動行政と行政裁判の分離独立原則を自らの歯止めに、しかし既判事項の権威を強固な法的規範と位置づけ、そのための権限強化を理論的に基礎づけている。かかる正当化論理を備えたコントロール権限の強化は、結果として行政の行為規範の拡大をももたらしている。

他方で、フランス法の展開を仔細に分析するならば、以上のような裁判的統制に先立つ行政的統制の存在に気が付く(第2節)。1960年代から1990年代まで、判決の執行は、調査部をはじめとする非裁判機関によってこそ担保されていたとみるべきである。20世紀前半から中葉までの再度の取消に基づく裁判的統制(第2章第1節)は、たしかに既判事項の権威の具体的内容の明確化に寄与した一方で、紛争の本質的解決に至らない事案の存在をも浮き彫りにした。コンセイユ・デタ調査部を介した判決後の義務の教示の仕組みは、その欠を補填しようとするものである。これは、対話と説得に基づく行政による執行措置の履践を目指したものであり、1980年アストラント法も設けた待機期間も、同じく行政にボールを投げ返すものである。たしかに、行政的統制は、既判事項の権威のコントロール手法として際立った特徴を有している。「さまざまな手続いずれも、立法者が追求した目的は同じなのである。それこそ既判事項の執行の確保である<sup>355</sup>」と言われるように、裁判上のサンクションおよび予防的コントロール、非公式の説得等の手法が、勝訴原告、コンセイユ・デタ各部、執行を確保する任務を負う行政機関および国の行政機関との間に縦横無尽に張り巡らされることによって、フランス越権取消の実効性は担保されているともいいうる<sup>356</sup>。し

---

<sup>355</sup> O. Coiffet, concl. sur C.A.A., Paris, 28 janvier 2005, *Le Metayer, Rec.*, p. 607 ; *A.J.D.A.*, 2005, p. 1524 ; J.-C. Bonichot, P. Cassia, B. Poujade, *op. cit.*, p. 1373.

<sup>356</sup> かつて、阿部泰隆「事情判決制度——公益と法治行政・裁判を受ける権利の衝突——」神戸法学雑誌20巻3・4号(1971年)414頁は、「フランスでは事情判決という制度は正面から置かれてはいないが、行政は判決に服従せず、せいぜい金銭的制裁を受けるにとどまることによって、結果的には事情判決的状况を創り出している。しかし、かかるフランス的解決は国民の権利保護に大きな役割を果たしてきたといわれるコンセイユ・デタの進歩的裁判制度の重大欠

かし、再度注目すべきは、それでもなお、裁判官によるアンジョクシオンが必要とされたという事実であろう。判決の執行は法の問題を多分に孕んでいる。行政的統制における“法治主義の妥協”は原則として許されるものではなく、適法性の原理とそれにより侵害されうる権利利益との衡量においても、前者を原則とした法解釈とそれに基づく判決の執行が必要とされうる<sup>357</sup>。かくして、今度は行政的統制に内在する限界を克服すべく、再度行政裁判官によるコントロールへの舵を切ったのであった。アンジョクシオン権限の法定化とその後の積極的な運用を支えているのは、かかる法制度の変遷でもある。

---

陥であり、克服さるべきものであって、我々には学ぶところは少ないようである」と評していたが、20世紀後半のコントロール手法の発展は明らかにその評価を変えるものであろう。

<sup>357</sup> *E.D.C.E.*, n° 44, 1992, p. 112 は、「法治主義 (État de droit) を尊重させるためには強制するほかにない」ともいう。

## 第4章 深化

本論の最後である第4章では、既判事項の権威に関する最も現代的な展開を分析する。第1節でとりあげる有効化法律への統制では、なによりもまず、関係する主体が大きく増えることに気づかされる。これまでは行政裁判所と活動行政の二面関係において論じられてきたが、その関係に実際上大きな影響を及ぼしうる主体、すなわち立法府をも、既判事項の権威の法規範は統制の対象とするにいたる。加えて、統制の主体にも変化が表れる。有効化法律の統制において主役級の働きをみせるのが、欧州人権裁判所とフランス憲法院である。より複雑さを増す裁判的統制を解きほぐし、その意義を明らかにすることが第1節の目的である。続く第2節では、一見局面が大きく変わる。越権訴訟において取消の遡及効が制限されうるといふ判例法理の解明がその主題である。もっとも、第1節と第2節は実のところ問題状況をともにするものでもあり、両者を併せ見ることにより、取消判決の執行の現代的な潮流を見出すことが可能となる。

### 第1節 立法への統制

行政裁判所が言い渡した取消判決に基づき、行政が負うところの諸義務を免除しうる権能を有しうるのは、ほかならぬ立法府である。立法による有効化 (validation législative) ないし有効化法律 (loi de validation) と呼ばれる手法がフランスにおいて長い歴史を有すること、そして20世紀の学説がその裁判的統制の必要性を強く訴えながらも、なすすべがなかったことは、第2章で述べた通りである。転換期を迎えるのは20世紀も押し迫った1990年代後半のことであった。本節では、まず、フランスに波紋をもたらすことになるヨーロッパ法の展開を追い(第1款)、次いで別の根拠規範をもって自らのコントロールの権威を示した憲法院判例の意義を確認し(第2款)、有効化法律の統制の射程を明らかにする(第3款)。

#### 第1款 欧州人権規約に基づくコントロール

有効化法律の統制の一翼を担うのが、欧州人権規約 (Convention européenne des droits de l'homme) に基づく条約適合性審査である。ここでは、当然その審査を担う欧州人権裁判所(第1項)と、国内における通常裁判所としてかかる審査を担うこととなった行政裁判所、ここではとりわけコンセイユ・デタ(第2項)の二つの裁判所による判例の展開を概観し、その意義および異同を明らかにする(第3項)。

## 第1項 欧州人権裁判所の判例

欧州人権裁判所 (Cour européenne des droits de l'homme) が行った有効化法律の統制において、最もインパクトを与えたのが、1999年のジーリンスキー判決<sup>1</sup>であった。ここでは、欧州人権裁判所において有効化法律が争われる状況と (I)、問題となる条文 (II) につき説明を加え、ジーリンスキー判決の意義を明らかにする (III)。

### I 問題となる局面

欧州人権規約締約国による同規約の遵守を担保する仕組みは、主に、締約国が他の締約国による条約違反を主張する国家間申立て (inter-state applications) と個人が申し立てる個人申立て (individual applications) によって構成されるが、1999年のジーリンスキー判決およびその他の有効化法律に関する判決は後者に基づくものである<sup>2</sup>。事案の概要に先立って、ごく簡単にその仕組みを説明しておく。

個人による申立ては、すべての国内的救済手段が尽くされたあとでしか提出することはできない<sup>3</sup>。本案審理前に受理要件の審査では、人権裁判所に5つある部の部長に指名された報告裁判官が、専ら個人申立ての却下決定を行うために3名の裁判官から構成される委員会 (comités) に申立てを付託することができる。委員会は、全員一致の決定で申立てを却下することができ、実際にはそこで約9割が却下されている。ここで却下されず、あるいは報告裁判官により直接小法廷にかけるよう求められた申立てについては、小法廷が構成され、ここでは却下または受理することができる<sup>4</sup>。小法廷の判決後、3か月の期間内

---

<sup>1</sup> C.E.D.H., 28 octobre 1999, Zielenski et autres c/ France, *R.F.D.A.*, 2000, p. 289, note Mathieu.

<sup>2</sup> 欧州人権裁判所の組織および手続きにつき、参照、小畑郁「ヨーロッパ人権裁判所の組織と手続」戸波江二・北村泰三・建石真公子・小畑郁・江島晶子編集代表『ヨーロッパ人権裁判所の判例 第1版』(信山社、2008年) 10頁以下。

<sup>3</sup> なお、1998年の第11議定書の改正により、申立ての受理可能性の審査および調停を担うヨーロッパ人権委員会の役割が人権裁判所に引き継がれる前までは、個人は人権委員会にのみ申立てを行いうるのであり、人権委員会による友好的解決(欧州人権規約旧28条1項)の不達成後、人権裁判所への事件の付託が可能となる。かかる事件の付託は人権委員会の職掌にある(旧44条、47条)。もっとも、1994年発効の第9議定書により、友好的解決の不達成後の人権裁判所への提訴権が個人申立人にも付与され、人権裁判所の3名の裁判官で構成される審査部会により、不受理の決定がなされうようになっている。

<sup>4</sup> 実際には、小法廷でも約半数が却下されており、結局、提出された申立てのうち、受理されるのは3~4%程度である。友好的解決の促進は、国家に人権侵害の認定を下すことを可能な限

に、当事者は、上訴受理を請求でき、条約解釈に関する重大な問題が提起されるとき、または判例変更の可能性がある場合に、大法廷に回付されることになる。

なお、欧州人権裁判所による条約適合性審査の対象は法律に基づく具体的な処分に限られ、国内法律の審査は許されない。

## II 問題となる条文

ジーリンスキー判決において問題となったのは、有効化法律に基づく係争行為が欧州人権規約 6 条 1 項に適合しているか否かであり、同項第一文は次の通りである。

「すべての者は、その民事上の権利および義務 (ses droits et obligations de caractère civil) の決定または刑事上の罪の決定のため、法律で定められた独立のかつ公平な裁判所により 妥当な期間内に、公正な公開審理を受ける権利 (droit à ce que sa cause soit entendue équitablement) を有する。」

ここには、いわゆる「公正な裁判を受ける権利 (droit à un procès équitable)」が定められている。「裁判官に対する権利 (droit au juge)」の一部を構成するこの権利<sup>5</sup>の具体的な内容のなかで、有効化法律が関係しうるのは、まず、武器の対等原則 (principe de l'égalité des armes) である<sup>6</sup>。この原則は、2001 年に、フランスにおいて長い伝統を有する「政府委員 (Commissaire du gouvernement)」制度の条約違反を導いたことで知られているが<sup>7</sup>、具体的には、裁判において、当事者間の公正な均衡が確保されること、および相手に対して不利益な状況に置かれることなく自己の主張を行う合理的な機会を付与されることを意味する<sup>8</sup>。有効化法律が、訴訟の係属中に制定された場合、行政庁を有利とし、原告私人を不利な状態に置くことになるため、武器の対等原則への抵触が問題となりうる。

---

り避けるという実質的必要性に基づくものであったが、現在では、それは、膨大な申立件数の圧力のもとで、事件処理の効率化をはかる目的のみで行われている。

<sup>5</sup> 6 条 1 項と裁判官に対する権利については、par exemple, J.-F. Renucci, *Le droit au juge dans la Convention européenne des droits de l'homme*, in J. Rideau (dir.), *Le droit au juge dans l'union européenne*, L.G.D.J., 1998, p. 135 et s.

<sup>6</sup> 公正な裁判を受ける権利には、ほかに、裁判所へのアクセス、裁判所の独立、公正な審理、合理的な審理期間等が認められている。江島晶子「ヨーロッパ人権条約が保障する権利」戸波ほか編・前掲注 2、20 頁、建石真公子「ヨーロッパ人権裁判所による『公正な裁判』保護の拡大——『ヨーロッパ規範』の形成および手続き的保障による実体的権利の保護へ——」比較法研究 74 号 (2012 年) 27 頁以下参照。

<sup>7</sup> 詳細については、例えば、建石・前掲注 6、41 頁以下、同 281 頁以下参照。

<sup>8</sup> 建石・同上、31 頁。



もっとも、確定判決が下されたあとなど、すでに裁判が終了していれば、武器の対等原則の射程は及ばない。しかし、欧州人権裁判所は、6条1項に基づきつつ、有効化法律を別の角度から統制しうることを示した。すなわち、1997年判決<sup>9</sup>は、6条1項所定の「裁判 (procés)」概念を拡張し、あらゆる裁判所の判決の「執行 (exécution)」の局面をも、この「裁判」の完全な一部をなすもの (faisant partie intégrante du "procès") とみなした (§40)。かくして、判決の執行に対する権利 (droit à exécution du jugement) が6条1項から導き出されることとなり<sup>10</sup>、裁判官へのアクセスおよび審理の展開のみならず、判決の執行をも公正な裁判の観念は射程に収める<sup>11</sup>。したがって、今日では、何らかの執行すべき判決<sup>12</sup>の執行段階における立法介入もまた、公正な裁判を受ける権利を侵害するものとして、サンクションされうる。

なお、同判決は、以下のような判示を残している。すなわち、判決の不執行は、欧州人権規約のまさに根幹をなす法の支配の原理 (principe de la préeminence du droit) と適合しない状況を生み出しうるものであり、当事者の犠牲のもとで、確定的かつ義務的な裁判判決が主張上無効になる (inopérant) 状態にすることを締約国の国内法秩序が可能とするならば、かかる権利は絵空事に帰する (illusoire) と述べ (§40)、行政訴訟においてとりわけ重要性が増すことを指摘する。曰く、「当事者の実効的な保護と適法性の回復は、行政に対し、国内における最高行政裁判所によって言い渡された判決に従う義務を含む」のであり、「行政は法治国家の一要素を構成し、ゆえに行政の利益とよき裁判の運営 (une bonne administration de la justice) の利益とは一体なのである」 (§41)。最高行政裁判所という記述に関して補足すると、この一文の前には、最高行政裁判所の前に提訴されたならという仮定が挿入されており、前述の執行の局面をも裁判の一部となすとする一文において、あらゆる判決 (jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit) と強調されていることに鑑みるに、確定判決に限定する趣旨ではない。

---

<sup>9</sup> C.E.D.H., 19 mars, *Hornsby c/ Grèce*, A.J.D.A., 1997, p. 986, chron. J.-F. Flauss ; J.C.P., 1997, n° 22949, note O. Dugrip et F. Sudre ; R.F.D.A., 1998, p. 1195, obs. H. Labayle et F. Sudre. もっとも、この判決自体は、複数のコンセイユ・デタ判決が確定していたにも関わらず、ギリシャ国内の行政庁が在英国民に対し、民間学校開設許可の交付を拒否していた事案であり、有効化法律に関する事案ではなかった。

<sup>10</sup> したがって、司法裁判所によって下された判決の執行のために、国家は強制執行の有効な利用を勝訴原告に認め、その実現に貢献しなければならない (N. Fricero et Bernardini, *Le droit au juge devant les juridictions civiles*, in J. Rideau (dir.), *Le droit au juge dans l'union européenne*, L.G.D.J., 1998, p. 16)。

<sup>11</sup> H. Labayle et F. Sudre, obs. *préc.*, (note 9), p. 1195.

<sup>12</sup> 序章で述べた通り、仮処分判決をも含めたあらゆる判決が執行すべき判決となり、そのうち、本案審理判決が既判事項の権威を帯びた判決、さらに確定した判決は既判事項の確定力を帯びた判決である。

以上の判示は、欧州人権裁判所が、行政による判決の執行に介入する法的手段を備えたことを意味する<sup>13</sup>と評されるものの、コンセイユ・デタは、かかる判決の執行に対する権利への侵害を、——立法行為ではなく——行政行為に対して用いることはできないと判断した。この点については、第3項で後述するが、以下では、行政行為ではなく、立法行為に対して、まさに公正な「裁判」の概念の拡大が時期的な統制の拡大として、効いてくることになる。

最後に、人権規約13条についても触れておく。「この条約に定める権利および自由を侵害された者は、その侵害が公的資格で行動する者による場合でも、国の機関による実効的な裁判 (*recours effectif*) を受ける権利を有する」と定めた同条は、実効的な裁判を受ける権利 (*droit à un recours effectif*) を保障したものと解されている。もっとも、判例上、13条の要請は6条1項の要請に吸収され、また6条1項に関わる判例の発展によって、一層その役割は副次的なものとなっている。そのため、6条1項に実効的な裁判を受ける権利といった文言はないものの、裁判官に対する権利の実効性 (*effectivité du droit au juge*) は、6条1項によっても是認されており、かかる実効性は6条1項所定の具体の原理に照らしてしか判断されえないと解されている<sup>14</sup>。

### III ジーリンスキー判決

#### 1 事案の概要と判旨<sup>15</sup>

##### (1) 事案の概要

アルザス・ロレーヌ地方の社会保障機関職員に対して、1953年の労働協約により定められていた、他の地域の職員の12倍に相当する特別困窮手当の削減が問題の発端である。1963年、1974年に行われた社会保障機関の理事会による割増率の削減決定に対し、いくつかの社会保障機関およびその職員136名が、決定を違法と主張し、出訴したのであった。

同種の事件が係属していたマルコール控訴院は、1963年改訂により、従前の割増率は消滅したものの、1974年以降は、他地域の3.95倍の手当が慣行化していたとして一部を認容した(1993年9月23日)。さらに、ブサンソン控訴院は、1953年合意の適法性を肯定し、主張を認容する判断を示した(1993年10月13日)。

---

<sup>13</sup> R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 13<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2014, p. 1144.

<sup>14</sup> J.-F. Renucci, *op. cit.*, pp. 136-140.

<sup>15</sup> 伊藤洋一「立法による裁判介入と公平な裁判を受ける権利——ジリンスキー対フランス判決——」戸波ほか編・前掲注2、286頁以下参照。ジリンスキー判決以前の、欧州人権裁判所による他国の有効化法律への統制については、府川繭子「フランスにおける行政行為の『追認のための法律』——憲法院とヨーロッパ人権裁判所の交錯——(1)」早稲田大学大学院法研論集115号(2005年)227頁以下参照。

このように、各裁判所が概して原告らに有利な判決を下す中で、政府は、1993年10月26日から審議を開始した社会保障関連法案において、問題の職員手当につき、一律に1983年以降につき、3.95倍の点数とするとの修正案を提出し、両院により可決された。しかし、同規定については、係属中の訴訟事件に対する立法介入であって、権力分立原理に反し違憲であるとして、下院議員により、憲法院への提訴がなされていた。憲法院は、一方で、係争規定が、事実審判決の対立に終止符を打ち、社会保障機関の財政への悪影響を与えかねない紛争の防止を目的とすることを認め、他方で、すでに終局判決が下された事案への適用を排除していること、刑事法の不遡及原理に反するものでないこと等を付言したうえで、合憲とした(1994年1月13日)<sup>16</sup>。かくして、1994年1月18日法律として成立をみることになる。

本件申立人のひとりジーリンスキー氏に関する経緯は以下の通りである。すなわち、一審および二審(メッツ控訴院)でも勝訴したものの、破毀院は、1995年判決において、上記の新たな立法規定は、上告審係属中の事案についても適用があるとして、原審判決を破毀自判し、逆転敗訴となる。欧州人権規約6条違反等に基づき、欧州人権委員会に提訴し、同委員会は全員一致で違法を認定した。

## (2) 判旨

以下では、6条違反の主張に関する判旨のみをとりあげる。

### ① 民事における遡及的立法介入の限界

「原則として、立法権 (*pouvoir législatif*) は遡及効を有する新たな条文によって、現行法律に基づく諸権利を、私法分野において (*en matière civile*)、規律する (*réglementer*) ことを妨げられないとしても、法の支配 (*preeminence du droit*) の原則と6条所定の公正な裁判 (*procès équitable*) の概念は、やむを得ない一般利益の理由 (*d'impérieux motifs d'intérêt général*) に基づく場合を除き、争いの司法的解決 (*dénouement judiciaire du litige*) に影響を及ぼす目的での裁判の運営 (*l'administration de la justice*) への立法権の介入を許さない。」 (§ 57)

### ② 本件立法介入の目的

係争規定の制定方法と時期とを考慮するとしたうえで、係属中の事件の帰趨を決定する内容となっていること、および申立人に有利な判決を下したブサンソン控訴院判決の直後であり、かつ、しかも係争規定の内容は、係争事案における政府側の主張をそのまま追認したものであることを指摘する。

### ③ 本件立法介入の一般利益に基づく正当性

---

<sup>16</sup> N° 1993-332 DC du 13 janvier 1994, *Rec.*, p. 21. なお、その後に下された1995年3月2日の破毀院判決は、1994年法律を憲法院が合憲と判断している以上、欧州人規約にも反しないと結論付けている。

そのうえで、本件立法介入の一般利益に基づく正当性につき、一方で、判例の対立を適切に解決するのは破毀院の役割であり、判例の早期統一の必要性はないとし、他方で、原告が立法による介入を予見することはできなかったとする。また、社会保障機関の財政に関する影響論は、確かに憲法院判決においても明示的に援用されているが、とりわけ数字に関する説得的な裏付けを欠く（§59）。結局、係争立法規定は、紛争事件を直接解決したものであり、国内裁判所での審理係属を無益とするものであった。すでに、フランス憲法院が合憲判断を下していることは、人権規約規定の条約適合性判断を導くのに十分な事情とは言えない。加えて、確定判決の有無により申立人の扱いを異にしている点は、当裁判所の判断に何ら影響しない<sup>17</sup>。

#### ④ 結論

かくして、欧州人権裁判所は、全員一致で、本件立法介入が、6条所定の公正な裁判を受ける権利を侵害したと判断した（§61）<sup>18</sup>。

## 2 判決の意義

立法府は、刑事法の分野を除き、遡及的法律を制定しうることを原則として位置づけながら、しかし、かかる司法行政への介入が許されるのは、法の支配の原則と人権規約6条所定の公正な裁判を受ける権利の保護の要請を上回る、やむを得ない一般利益の理由がある場合に限られる。これが欧州人権裁判所の示した判断枠組みであり、ジーリンスキー判決は条約違反を結論付けた。

ジーリンスキー判決が国内外の注目を集めた最大の理由は、フランス憲法院の合憲性判断を実質的に覆す条約違反判決を下した点にある<sup>19</sup>。それを可能にしたのが、一方に、公正な裁判を受ける権利をも梃子にし、他方で、「やむを得ない」一般利益を据えるとい

---

<sup>17</sup> なお、フランス政府が、本件社会保障機関は、公法上の法人ではないので国と同視できず、したがって、本件申立人の提訴事件については、一方当事者である国が「武器対等の原理」に反したとはいえないと主張したのに対し、欧州人権裁判所は、本件社会保障機関に対して国は実質的支配権を持ち、また同機関には公権力特権が与えられていることを指摘し、本件を国が一方当事者である係属中の事件について、立法者の介入がなされた事例であると結論付けている。

<sup>18</sup> なお、13条違反主張については、6条違反認定に鑑み、全員一致で判断不要とし、41条所定の公正な満足については、公正な裁判を受けられなかったことによる損害発生の可能性を肯定することは不合理ではないとして、損害賠償請求を全員一致で認容している。

<sup>19</sup> 厳密には、憲法院は法律の憲法適合性を審署前に審査していた以上、その法的判断は相互に依存する性格のものではない。しかし、立法による有効化の局面では、具体的な行政行為を遡及的に有効とする法律である限りにおいて、この法律の憲法適合性を審査することは、具体的な処分の憲法適合性を審査することに等しくなり、両者の判断が交錯することになりうる。参照、府川・前掲注15、215頁以下。

う、それまでの有効化法律の統制規範を打ち破る判断枠組みであった。かくして、憲法院が当時用いていた権力分立の要請に基づく違憲審査、および憲法院の判断枠組みに従っていたコンセイユ・デタの条約適合性審査<sup>20</sup>よりも、厳格な統制を欧州人権裁判所は実現したのである<sup>21</sup>。判断枠組みに関してもう一点注目に値するのは、欧州人権裁判所が、6条1項の意味内容に権力分立をも認めたことであろう。個人の権利保護と権力分立との密接な関係、より正確には、裁判官の独立の尊重は個人の権利保護を担保するためにあることが明らかにされたことになる<sup>22</sup>。

一般利益の具体的内容に関しても、興味深い判断を示している。政府側が主張したのは主につぎの二点である。第一に争いの司法的解決という主張につき、欧州人権裁判所はとりわけ申立人に有利な事実審判決例が優勢となりつつあった時点で、訴訟事件における政府側主張をそのまま追認するような内容の遡及的規定を制定した点が考慮し<sup>23</sup>、判例の統一という理由に基づく介入の正当性を否定する<sup>24</sup>。第二に社会保障機関の財政への影響も主張したものの、斥けられている<sup>25</sup>。財政的影響がそれ自体としては遡及規律を正当化するに十分ではないとされたことは、この種の立法介入が社会保障負担金・租税等の返還請求を阻止すべくなされる場合が少なくないことに鑑みるに、極めて重大な意味を持つ<sup>26</sup>。

## 第2項 コンセイユ・デタの判例

以上のような欧州人権裁判所の判断が、コンセイユ・デタに与える影響を考察するには、まず前提となるフランス法の状況を知る必要がある（Ⅰ）。ついで、判例の展開を概観していく（Ⅱ）。

---

<sup>20</sup> B. Mathieu, Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle, *R.F.D.A.*, 2000, p. 291.

<sup>21</sup> J. Waline, *Droit administratif*, 25<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, p. 703.

<sup>22</sup> B. Mathieu, *op. cit.*, (note 20), pp. 290-291.

<sup>23</sup> 伊藤・前掲注 15、289 頁。

<sup>24</sup> L. Milano, les lois rétroactives, illustration de l'effectivité du dialogue des juges, *R.F.D.A.*, 2006, pp. 449-450.

<sup>25</sup> もっとも、C.E.D.H., 23 octobre 1997, *National et Provincial Bulding Society c/ Royaume-Uni* はすでに、財政上のリスクは立法者の介入を正当化するものではないと判断している。

<sup>26</sup> 伊藤・前掲注 15、289 頁。

## I 問題となる局面

フランス第5共和政憲法55条は、「適法に批准され公刊された条約は、法律に優位する権威を有する」とし、53条の規定とともに、一定の条約に関して国会の批准を必要とし、批准された条約は国内法体系において、法律に優位すると規定している。しかるに、憲法院は、1975年判決において、憲法判断の規範として憲法と条約を峻別し条約の不適用を明言したため、55条所定の法律に対する条約の優位を保障するのは司法・行政裁判所の役割となった。かくして、人権規範は、法律に関する違憲審査の規範となる「憲法ブロック」と、憲法55条に基づいて法律以下の法規範および行政行為の条約適合性審査の規範となる「条約ブロック」とに分かれることとなる。その後1989年ニコロ判決<sup>27</sup>が、条約と法律が抵触した場合に、フランスの裁判所が条約を法律に優位して適用することを原則かつ義務として確立したのである。それゆえ、コンセイユ・デタもまたフランス国内の普通裁判所として、国内法律が欧州人権規約に適合しているかを審査することになり、条約に照らした有効化法律の統制の主体となりうることになる。

## II 判例の展開

コンセイユ・デタが初めてこの問題に直面するのは、1997年のことである<sup>28</sup>。意見(Avis)<sup>29</sup>にとどまるものの、コンセイユ・デタは、憲法院の基準と欧州人権裁判所の基準は同じであるとして、自らが条約適合性審査を行うに際しては、憲法院の判例を参照することを明らかにする。憲法院の判例と欧州人権裁判所の判例の適合性という“フィクション”を崩壊させたのが1999年のジーリンスキー判決であるが<sup>30</sup>、それまで、コンセイユ・

---

<sup>27</sup> C.E. Ass., 20 octobre 1989, Nicolo, *Rec.*, p. 190, concl. Frydman ; *R.F.D.A.*, 1989, p. 824, note Genevois, p. 993, note Favoreu, p. 1000, note Dubouis.

<sup>28</sup> C.E. Avis. Ass., 5 décembre 1997, Ministre de l'éducation national, de la recherche et de la technologie c/ O.G.E.C. de Saint-Sauveur-le-Vicomte, *Rec.*, p. 464, concl. Touvet, *R.F.D.A.*, 1998, p. 160.

<sup>29</sup> 1987年12月31日法律12条により、コンセイユ・デタが、地方行政裁判所および行政控訴院から移送された新たな法律問題についての意見を表明する仕組みが設けられている。コンセイユ・デタが3か月以内に意見を出さなければならず、この間の本案審理は停止する。いわゆる先決問題とは異なり、下級審裁判所に対する拘束力はないものの、当該訴訟の当事者に知らされるとともに、官報に掲載される。参照、橋本博之『行政訴訟改革』（弘文堂、2001年）32頁。

<sup>30</sup> B. Mathieu, *op. cit.*, (note 20), p. 290 ; 府川繭子「フランスにおける行政行為の『追認のための法律』——憲法院とヨーロッパ人権裁判所の交錯——（2・完）」早稲田大学大学院法研論集116号（2005年）208頁。

デタのかかる態度を支えていたのは、他ならぬ欧州人権裁判所の抑制的態度<sup>31</sup>であった<sup>32</sup>。その後、ジーリンスキー判決を挟んだ3年後、コンセイユ・デタによる条約違反の判決が初めて下される<sup>33</sup>。もっとも、同判決は、ジーリンスキー判決とは異なり、「十分な(suffisant)」一般利益の理由に基づく審査を行ったとして、学説の批判を浴びることになる<sup>34</sup>。

その後、コンセイユ・デタは、2004年判決<sup>35</sup>において、やむを得ない一般利益の目的を基準とするに至り、2005年プロヴァン意見<sup>36</sup>によって、同基準に基づく初の条約違反判決を下した。かかる欧州裁判所の立場へのほぼ完全な追随<sup>37</sup>は、コンセイユ・デタがたいていの場合、欧州の裁判所の手法を自らの判例に直接持ち込むことをためらっていたことに鑑みて、さらに驚くべきものであった<sup>38</sup>。ここから、コンセイユ・デタは、法の支配および6条1項所定の公正な裁判を受ける権利を退けうる、やむを得ない一般利益の理由があるかどうかの審査を行うようになり、2009年<sup>39</sup>および2010年<sup>40</sup>においても、条約違反の判決が言い渡されている。

### 第3項 理論的意義

国内においても1980年以降、権力分立原則との抵触をめぐり、憲法院による有効化法律の統制の可能性が開かれつつあったが、風穴を開けたのは、かかる憲法適合性審査ではなく、条約適合性審査である。ここでは、有効化法律の統制において、条約適合性審査と

---

<sup>31</sup> C.E.D.H., 23 octobre 1997, *National et Provincial Bulding Society c/ Royaume-Uni* (*supra* note 25)は、「6条1項を、公権力が当事者となっている係属中の訴訟手続に対するあらゆる公権力の介入を妨げるものとして解釈することはできない」として有効化法律は欧州人権規約に反するものではないと結論付けた。

<sup>32</sup> B. Mathieu, *op. cit.*, (note 20), p. 292.

<sup>33</sup> C.E., 28 juillet 2000, *Tête et Association du Collectif pour la gratuité contre le racket*, *Rec.*, p. 319 ; *A.J.D.A.*, 2000, p. 796, chron. M. Guyomar et P. Collin.

<sup>34</sup> M. Guyomar et P. Collin, *chron. préc.*, (note 33), pp. 799-800.

<sup>35</sup> C.E., 23 juin 2004, *Société Laboratoires Genevrier*, *Rec.*, p. 256 ; *R.F.D.A.*, 2004, p. 861 ; note J. Peigné, *R.D.S.S.*, 2004, p. 914.

<sup>36</sup> C.E. Avis. Ass., 27 mai 2005, *Provin*, *Rec.*, p. 212, concl. Devys ; *A.J.D.A.*, 2005, p. 1455, chron. Landais et Lenica.

<sup>37</sup> J. Waline, *op. cit.*, p. 704.

<sup>38</sup> L. Milano, *op. cit.*, p. 452.

<sup>39</sup> C.E. Sec., 8 avril 2009, *Association Alcaly*, *Rec.*, p. 112.

<sup>40</sup> C.E. Sec., 10 novembre 2010, *Commune de Palavas-les Flots et Commune de Lattes*, *A.J.D.A.*, 2010, p. 2416, chron. Botteghi et Lallet.

いう手段が設けられたことの意味を確認するべく、まず、そのコントロールの構造を明らかにし（Ⅰ）、次いでコントロールの主体が複数存在することで生じる課題を整理する（Ⅱ）。

## I 欧州人権規約に基づくコントロールの構造

まず、判断の構造を整理する。有効化法律によって侵害されうる法益として、6条1項所定の公正な裁判を受ける権利と法の支配の原則が位置づけられ（1）、有効化法律を正当化しうるのが、やむを得ない一般利益の理由（2）である。加えて、介入の時期に対するコントロールの変化も生じている（3）。

### 1 法の支配の原則と公正な裁判を受ける権利

判例の展開から明らかな通り、人権規約6条1項に基づく公正な裁判を受ける権利が有効化法律の統制の局面において援用されうるようになったことは、裁判的統制の強化をもたらした。私人の権利侵害に着目した審査手法の登場は、一般的な権力分立原理との適合性に比べ、より厳格な審査を可能としたのである<sup>41</sup>。ここには、主観的権利たる人権の保護機関としての欧州人権裁判所の本領を見出すこともできる。もっとも、公正な裁判を受ける権利を実質的に支える要請としての権力分立すなわち裁判機関の独立の重要性をも、裁判所は明確に示している<sup>42</sup>。

ところで、コンセイユ・デタが、夙に、国内法規範として公正な裁判を受ける権利を是認していたことも確かである<sup>43</sup>。しかし、欧州人権規約6条1項に基づくヨーロッパ法規範としての公正な裁判を受ける権利を、普通裁判所たるコンセイユ・デタが条約適合性審査を介して保護するという仕組み<sup>44</sup>によってこそ、公正な裁判を受ける権利の裁判上の保護ひいては有効化法律への統制が強化されたのであった。

---

<sup>41</sup> 建石真公子「ヨーロッパ人権条約とフランス」戸波江二ほか編・前掲注2、41頁、伊藤洋一「議会の介入」同289頁。

<sup>42</sup> 参照、前掲注22。なお、L. Milano, *op. cit.*, pp. 453-454は立法府の作用の適法性をコントロールする欧州裁判所の立ち位置の繊細さゆえに、欧州裁判所は、より論争的な（*polémique*）裁判官の独立よりも、訴訟当事者の権利を前面に押し出すのだと分析する。

<sup>43</sup> 1972年判決（C.E., 7 janvier 1972, Élections au Conseil de l'Unité d'enseignement et de recherches des lettres et sciences humaines de l'Université de Limoges, *Rec.*, p. 26）は、法の一般原則として公正な裁判を受ける権利を是認している。

<sup>44</sup> E. Neframi, *Le droit au juge*, in J.-B. Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010, p. 554は、これを裁判官に対する権利のヨーロッパ化（*européanisation*）と呼ぶ。



## 2 やむを得ない一般利益

やむを得ない一般利益の定式については、そもそも、6条1項違反審査の判断枠組みに一般利益を用いること自体の理論的正当性も問われうる。一般利益によって、6条1項所定の個人の権利が侵害されうるという規範自体を、同条あるいは欧州人権規約の他の条項から導くことはできないからである<sup>45</sup>。この点、欧州人権裁判所は、判例上の解釈として、個人の基本的権利を制約しうる一般利益の配慮は、欧州人権規約全体に由来することを夙に確認している<sup>46</sup>。

一般利益を裁判統制の基準にする場合、一般利益の唯一の保護者と解されてきた国家と超国家的機関との関係がつきなる問題として生じうる。フランスでは伝統的に、法律は一般意思の表明と解され、一般意思を表明する職掌は立法者に存する。かかる法律をヨーロッパ法に照らして審査するうえでは、二つの方法がありうると言われる<sup>47</sup>。ひとつは、欧州共同体における一般利益が存在するという前提の上で、かかる一般利益によって、国内における一般利益を置き換えるものである。これにより、国内の一般利益は欧州共同体のそれに従属することになる。もうひとつは、国内機関によって確定された一般利益の定義に限定をかけるというものであり、その好例がまさに有効化法律の統制とされる<sup>48</sup>。かくして、フランス立法府による一般利益の確定は、欧州人権規約6条1項に照らし、その適法性が欧州人権裁判所によっても、判断されうることになる。

とはいえ、この営みは容易ではない。一般利益の具体的な権利利益の性質をめぐる欧州人権裁判所とコンセイユ・デタの判例は必ずしも整合的ではないのである。一方で、財政上の利益が一般利益として認められ難いことは両裁判所に共通している<sup>49</sup>。他方で、欧州人権裁判所に特徴的な考慮要素は、立法者の介入の予見可能性である。これは、欧州人権裁判所が考慮するところの正当な信頼の原理 (*principe de confiance légitime*) に基づくと

---

<sup>45</sup> もとより、一般利益の基準は、条文上の明確な基準がない場合においてまさに用いられるとも言われる (G. Renaudineau, *L'intérêt général*, in J.-B. Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010, p. 310)。

<sup>46</sup> C.E.D.H., 23 juillet 1968, affaire linguistique belge ; Cf. B. Mathieu, *op. cit.*, (note 22), p. 291.

<sup>47</sup> G. Renaudineau, *op. cit.*, p. 305 et s.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 307. もっとも、*ibid.*, pp. 314-315 は、これら二つの手法がアンビヴァレントな様相を呈することを指摘する。すなわち、超国家的機関が一般利益を定義することによって国家による一般利益の確定というフランス的概念が揺らぐ一方で、欧州の裁判所が一般利益を刷新していくことは国家による一般利益という概念を確かなものとし、それに対する裁判官のコントロールの強化を意味するからである。

<sup>49</sup> 参照、前掲注 25。

解されるが<sup>50</sup>、コンセイユ・デタおよび憲法院は、私人の視点からみた法的安定性に他ならない<sup>51</sup>この原理を国内法原則として認めていない<sup>52</sup>。客観訴訟たる越権訴訟および違憲審査訴訟の堅持の意思と解されている<sup>53</sup>。この点は、フランス国内の裁判所が、法的安定性の要請を認めるのに対し、欧州裁判所がかかる要請ではなく、正当な信頼原理を用いる場合があること<sup>54</sup>にも関わり、両者の一般利益の限定づけの緊張関係が浮き彫りになる。

なお、コンセイユ・デタにおける考慮要素となりうる法的安定性の要請には、公役務の継続性を含めうるが、この点においても慎重な検討を要する。すなわち、その実質が財政上の利益である場合には、公役務の継続性はやむを得ない一般利益たりえない<sup>55</sup>。アンジヨンクシヨンの判例において原状回復を制限しうる権利利益に具体性と現実性が要請されたのと同様に（第3章）、有効化法律の統制においても、コンセイユ・デタはやむを得ない一般利益を極めて具体的に審査している。その背景には、有効化法律の局面での法的安定性概念の不安定さもあるように思われる<sup>56</sup>。すなわち、法的安定性を不遡及原則の一部として捉える立場をとり<sup>57</sup>、法律に備わるべき法的安定性を念頭に置くならば、有効化法律の審査において、法的安定性の要請は、一般利益と相対する要素に位置づけられるからである<sup>58</sup>。

---

<sup>50</sup> C.E.D.H., 23 octobre 1997, National et Provincial Bulding Society (*supra* note 31)は、不当な利益をもたらすことを避けるために立法者の介入があることは、国民の期待に沿うものであり、原告は予想すべきであったとして有効化法律の正当性を認めている。

<sup>51</sup> S. Pavageau, Le Conseil d'État est-il encore le protecteur des prérogatives de l'administration?, *R.R.J.*, 2005, n° 1, p. 329.

<sup>52</sup> B. Mathieu, *op. cit.*, (note 20), p. 292 et 295.

<sup>53</sup> 正当な信頼の原理について、さしあたり、cf. S. Pavageau, *op. cit.*, p. 329 et s.

<sup>54</sup> L. Milano, *op. cit.*, p. 453.

<sup>55</sup> C.E., Sec. 10 novembre 2010, Commune de Palavas-les Flots et Commune de Lattes (*supra* note 40).

<sup>56</sup> 後掲注 164 をも参照。

<sup>57</sup> P. Deumier, L'intérêt général «impérieux» et le conflits de normes, in *L'intérêt général. Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, pp. 159-168. 行政行為の不遡及原則と法的安定性の要請が結びつきうることを明示した判決として、C.E. Ass., 25 juin 1948, Société du journal «L'Aurore», *Rec.*, p. 289.

<sup>58</sup> 法的安定性の要請を高く評価する論者のひとりである B.マチウは、法が具体化する一般利益のなかに「安定性 (sécurité)」は当然に含まれるはずであるが、今日では法が果たすべき安定性の創出という任務（一般利益の達成）を完全に果たし切れていないからこそ、法的安定性を独立した法規範として用いることにより、一般利益に対置する個人の利益を保護することができると主張する (B. Mathieu, *Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique*, *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2001, n° 11, p. 106)。

### 3 介入の時期

上記の考慮要素に加え、介入の時期も重要な論点たりうる。訴訟提起前か、訴訟係属中か、既判事項の権威が生じる判決の言い渡し後か、あるいは、訴訟の終結後かにより、公正な裁判を受ける権利の侵害の認定は変わりうるからである。この点、コンセイユ・デタは、長い間、憲法院にならうかたちで、既判事項の確定力が生じていない判決への介入は合憲・合法とし、立法者もこれに従い、有効化法律の正当性を主張してきた<sup>59</sup>。ゆえに、国内裁判所は確定判決後の介入しかサンクションできなかった。対する欧州人権裁判所は、状況を異にする。前述の通り 1997 年判決<sup>60</sup>は、公正な「裁判」の概念を執行の局面まで拡張することによって、公正な裁判を受ける権利の保障を判決言い渡し後にまで及ぼすことを認めた。裁判概念の拡張が、確定判決言い渡し前の介入に対するサンクションをも可能とするのである。権力分立原則のみに基づくコントロールが確定判決後の立法府の介入を禁止しうるのに対し、公正な裁判を受ける権利とりわけ武器の対等原則が訴訟係属中の立法府の介入を禁止しうるものであるという意味において、統制規範の相違が浮き彫りになる。しかし、今日では、いずれの裁判所によっても、訴訟係属中であれ、何らかの判決が言い渡されたあとであれ、立法府の介入はサンクションされうる。すなわち、ジーリンスキー判決による係争事案への介入の条約違反の判決が下され、その直後、憲法院は後述する 1999 年 12 月 21 日判決以降、係争中の事案への介入も違憲となることを明らかにした。もっとも、欧州人権裁判所によるさらなる展開も目を引く。2007 年欧州人権裁判所判決は、出訴前、しかし、義務的行政不服審査 (recours administratif préalable obligatoire) の提起後の有効化法律の介入をも条約違反としたのである<sup>61</sup>。ここには、1997 年判決に連なる裁判的統制の時期的な拡大の企図が見いだされる<sup>62</sup>。

## II 条約適合性審査の主体

以上のようなコントロールの構造が備わったことの意義を認める一方で、かかるコントロールを实践する主体が複数存在することは、緊張関係をも生じさせる。一方で、ジーリンスキー判決における憲法院と欧州人権裁判所の関係同様、欧州人権裁判所が実際の上訴審に位置づくような現象が生じうる。その他の手段で原告を救済できない場合にのみ欧州人権裁判所が過度な介入を認定するということは、理論的にはありうるところである

---

<sup>59</sup> J. Massot, Les juges et les validations législatives : un chœur à cinq voix non sans dissonances, in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 718.

<sup>60</sup> C.E.D.H., 19 mars 1997, *Hornsby c/ Grèce* (*supra* note 9).

<sup>61</sup> C.E.D.H., 21 septembre 2007, *SCM Scanner de l'Ouest Lyonnais et autres c/ France*, n° 12106/03.

<sup>62</sup> J. Massot, *op. cit.*, p. 718.

が、現実はそのようではない<sup>63</sup>。例えば、コンセイユ・デタがある有効化法律の条約適合性を判断した<sup>64</sup>年後、欧州人権裁判所はその判断を覆す条約違反の判決を下しているのである<sup>65</sup>。

他方で、判断枠組みとそのあてはめにもズレが生じうる。前述の一般利益の理由の限定づけのほか、次のような例がある。すなわち、有効化法律の統制において、6条1項の適用外であっても、不当な財産権 (*droit au respect des biens*) 侵害であるとして、欧州人権規約第一議定書1条違反を問うことができるということを、コンセイユ・デタは欧州人権裁判所に先駆けて認めていたのであるが<sup>66</sup>、その際コンセイユ・デタは、6条1項審査の場合よりも一般利益の要請を低く解した<sup>67</sup>。論告担当官が、財産権が公正な裁判を受ける権利と同等の価値を有するものとは思えない以上、審査密度が同じ強度であることはアプリオリに否定されうると述べている通り<sup>68</sup>、ここには、被侵害法益の性質に応じた審査の区別がうかがえる。しかるに、その後欧州人権裁判所はかかる審査密度の区別を明確に否定し、議定書1条違反の審査においても、やむを得ない一般利益の理由を基準としたのである<sup>69</sup>。

最後に、コンセイユ・デタによる6条1項審査に付随する限界も指摘する必要がある。もとより、コンセイユ・デタは通常裁判所たる地位に基づき、当該事案において問題となった法律の適用を回避する (*écarter*) のみであり、憲法院のように法律を無効にする権限や欧州人権裁判所のように国家の違反を直接サンクションできるわけではない<sup>70</sup>。本稿の問題関心に照らしてより重要なのは、6条1項違反を問うことができるのは、法律のみであり、行政行為には適用できないということである。すなわち、2013年コンセイユ・デタ判決<sup>71</sup>は、通達 (*circulaire*) 上の条項の取消請求に対し、当該通達はすでに取り消された別の通達の条項を改めて規定する目的ないし効力を有するものでなく、既判事項の権威

---

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> C.E., 23 juin 2004, Société Laboratoires Genevrier, (*supra* note 35).

<sup>65</sup> C.E.D.H., 16 janvier 2007, Chiesi c/ France, n° 954/05.

<sup>66</sup> C.E. Avis. Ass., 5 décembre 1997, Ministre de l'éducation nationale, de la recherche et de la technologie c/ O.G.E.C. de Saint-Sauveur-le-Vicomte (*supra* note 28).

<sup>67</sup> C.E. Avis. Ass., 27 mai 2005, Provin (*supra* note 36) ; Cf. L. Milano, *op. cit.*, p. 456 et s. ; J. Massot, *op. cit.*, pp. 718-719.

<sup>68</sup> C. Bergeal, concl. sur C.E. Ass., 11 juillet 2001, Ministre de la Défense c/ Préaud, *Rec.*, p. 345 ; Devys, concl. *prec.*, (note 36), p. 212.

<sup>69</sup> C.E.D.H., 14 février 2006, Lecarpentier c/ France, req. n° 67847/01 ; C.E.D.H., 11 avril 2006, Cabourdin c/ France, req. n° 60796/00.

<sup>70</sup> E. Neframi, *op. cit.*, p. 569.

<sup>71</sup> C.E., 20 mars 2013, Comité Harkis et Vérité, n° 342957 ; Cf. J.-C. Ricci, *Contentieux administratif*, 5<sup>e</sup> éd., Hachette, 2016, p. 11.

に反するものではないと述べたあとで、「いずれにしても、行政行為が既判事項の權威に反するという状況は、人権規約 6 条および 13 条所定の公正な裁判を受ける権利ないし実効的な裁判を受ける権利の侵害とみなされうる瑕疵として、係争行為に影響を及ぼすものではない」と明言したのである。その理由を判決文から詳らかにすることはできなかったが、あくまでも条約適合性審査はヨーロッパ法を適用する国内普通裁判所たる地位に基づき、当該事案に適用される法律に対してのみ行われるという原則が貫かれているものと解される。

## 第 2 款 憲法に基づくコントロール

フランス国内において有効化法律の裁判的統制を開始したのは、実のところ、憲法院である。もっとも、すでにジーリンスキー判決をとりあげた手前、欧州人権裁判所が憲法院に与えた間接的な圧力を改めて述べる必要はあるまい。ここでは、かかる波紋を受けつつ、憲法院による自立的コントロールがいかに拡充されていったのかを概観し（第 1 項）、その理論的意義を考察する（第 2 項）。

### 第 1 項 憲法院の判例

#### I ジーリンスキー判決までの判例<sup>72</sup>

##### 1 憲法適合性審査の開始——1980 年判決<sup>73</sup>

憲法院が初めて有効化法律の憲法適合性を審査したのは、1980 年のことである。憲法院は、まず、問題の法律は、コンセイユ・デタにおいて無効とされたデクレそのものを有効とするものではないとし、その立法目的を、公役務の継続的運営と教員のキャリアの正常な進行が損なわれることの防止、と認定した。そして、一般論として、裁判官の独立に照らし、「立法者も、政府も、裁判所の判決を非難（*censurer*）したり、裁判所に命令（*injonction*）を差し向けたり、裁判官に取って代わることはできない」が、「憲法的価値を持つ諸原理は、立法者が刑事以外の分野において、遡及効をとまなう規定を用いて、裁判官が適用すべき規定を改正することを禁止しておらず、憲法院の審査に付される法律が現在係属中の事件の内容に介入しているという事実により、本件法律が違憲とされることはない」として、有効化法律という法形式自体の合憲性を認めた。そのうえで、一般利益を目的とすることを条件として立法者に立法による有効化を許すことを判示した。

有効化法律そのものが違憲とはいえないこと、もっとも、裁判所により取り消された行為そのものの有効化および刑罰不遡及原則への抵触は許されず、一般利益の目的によって

---

<sup>72</sup> 邦語による紹介・分析として、府川・前掲注 15、218 頁以下をも参照。

<sup>73</sup> N° 1980-119 DC du 20 juillet 1980, *Rec.*, p. 19.

のみ有効化を正当化されることが、この判決から導かれることになる<sup>74</sup>。裁判所の判断の非難の禁止は、既判事項の権威へのあらゆる違反の禁止を意味し、裁判所への命令の差し向けおよび判断の代置の禁止は、裁判所に係属している訴訟を裁判所からはく奪することの禁止と解されている<sup>75</sup>。最後に、正当化根拠たる一般利益と対置されるのは、裁判官の独立すなわち権力分立原理である。

## 2 審査基準の追加——1986年判決<sup>76</sup>および1997年判決<sup>77</sup>

その後、審査基準が追加される。まず、1986年判決により、遡及立法一般について「確定判決を侵害しない」という要件が付加され<sup>78</sup>、1997年には、「有効とされる行為は、有効化の目的となる一般利益それ自体が憲法的価値を持つものでない限り、憲法的価値を持ついかなる規定および原則に反するものであってはならない」という文言が判決文に加えられるようになる。後者は、有効化の対象が憲法違反であった場合に一般利益が憲法上のものであるかどうかをも立法府は問われることを意味する。憲法原理の射程の限定を正当化しうる一般利益概念は、憲法外の (*extérieur à la Constitution*<sup>79</sup>) 原理ではなく、憲法上の原理を含むべきなのであり、かくして憲法上の原理の調整メカニズムにのせることが可能となると言われている<sup>80</sup>。

## II ジーリンスキー判決後の判例

### 1 審査基準の厳格化——1999年の二判決

憲法院の審査基準がより厳格なものへの転換していく契機は、繰り返し取り上げてきた通りギーリンスキー判決であった。まず、注目すべきは、1999年12月21日違憲判決である<sup>81</sup>。この判決は、——欧州人権裁判所およびコンセイユ・デタの判断基準とは異なり——「十分な」一般利益の目的 (*but d'intérêt général suffisant*) を基準としながらも、権力分立原理と実効的な裁判を受ける権利 (*droit au recours effectif*) に反するとして、係争

---

<sup>74</sup> この判決をコンセイユ・デタ調査部は歓迎し、「立法による有効化は、正しい状態に戻すことが実際上不可能である場合における究極の理 (*ultima ratio*) でしかなく、1980年の憲法院判決以降、この手法は不安定 (*précaire*) なものとなっている」と記している (*E.D.C.E.*, n° 37, 1985-1986, p. 203)。

<sup>75</sup> L. Milano, *op. cit.*, p. 454.

<sup>76</sup> N° 1986-223 DC du 29 décembre 1986, *Rec.*, p. 184.

<sup>77</sup> N° 1997-390 DC du 19 novembre 1997, *Rec.*, p. 254.

<sup>78</sup> なお、このころまでの一般利益目的が要件として必ずしも安定したものではなかったことにつき、参照、府川・前掲注15、232頁、注(11)。

<sup>79</sup> Cf. B. Mathieu, *op. cit.*, (note 20), p. 295.

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> N° 1999-422 DC du 21 décembre 1999, *Rec.*, p. 143.

中に介入した有効化法律を違憲としたのである。この判決は「係争中の裁判に与える影響を考慮し、その適用範囲を厳格に限定しなければならない」として、有効化法律の適用範囲の限定性をも求めた点においても意義を認めることができる一方で、本稿の問題関心からはとりわけ次の点が重要である。すなわち、本判決は「有効とされた行為に対するあらゆる裁判によるコントロールを禁止する効果を持つ法律は、フランス人権宣言 16 条の定める権力分立原理と実効的な裁判を受ける権利を侵害する」と明言し、人権宣言 16 条から実効的な裁判を受ける権利を導き出したのである<sup>82</sup>。これにより、係争中の事案への介入、例えば、法的基礎を欠く行政処分（後続処分）の有効化による訴訟の遮断をサンクションしうることになり、本判決はまさにそれを実践したことになる。改めて想起すべきは、ジーリンスキー判決以前の憲法院判例によれば、取り消された行為そのものの有効化が許されないのに対し、まさに原状回復義務の一部をなす不整合処分を有効なものとするは認められていたということである。ゆえに、本判決は、後者の性質を有する有効化法律をも違憲としうることを明らかにし、本件の事案に照らし違憲判断を下したという意味において、極めて重要な意義を有している。

加えて、その 1 週間後に言い渡された 1999 年 12 月 29 日判決<sup>83</sup>は、かかる判断基準に則り、有効化法律によって制限される私人の具体的権利に照らして、問題の法律の目的と手段の比例性審査（*contrôle de proportionnalité*）<sup>84</sup>がなされ、以前の一般利益の評価の明らかな過誤（*l'erreur manifeste d'appréciation*）のコントロール<sup>85</sup>と比べた審査密度の高まりが指摘されている。このように、審査の具体化の傾向は、欧州人権裁判所・コンセイユ・デタに限らずに憲法院においても看取することができる。

## 2 審査基準の統一化——2014 年判決

憲法院判例については、今日、欧州人権裁判所とコンセイユ・デタと同一の文言を用いるという展開まで確認されている。すなわち、2014 年 QPC 判決<sup>86</sup>によって、「十分な

---

<sup>82</sup> このこと自体は 1995 年の憲法院判決により認められていたが、有効化法律の審査で用いられることはなかった（府川・前掲注 30、221 頁、注(23)）。

<sup>83</sup> N° 1999-425 DC du 29 décembre 1999, *Rec.*, p. 168.

<sup>84</sup> B. Mathieu, *op. cit.*, (note 20), p. 295.

<sup>85</sup> Par exemple, N° 1985-192 DC du 24 juillet 1985, *Rec.*, p. 56 ; N° 1996-375 DC du 9 avril 1996, *Rec.*, p. 60 ; Cf. J. Massot, *op. cit.*, p. 719 ; L. Milano, *op. cit.*, p. 451.

<sup>86</sup> N° 2013-366 QPC du 14 février 2014, SELARL PJA, *A.J.D.A.*, 2014, p. 1204, note J. Roux ; *R.F.D.A.*, 2014, p. 589, chron. A. Roblot-Troizier et G. Tusseau ; *Dr. Soc.*, 2014, n° 4, p. 387, V. Roulet ; *R.T.D. civ.*, 2014, p. 603, chron. P. Deumier.

(suffisant)」一般利益の基準から「やむを得ない (imprieux)」一般利益の基準への転換を果たすことになる<sup>87</sup>。

## 第2項 理論的意義

以上の憲法判例の発展には、第一に、私人の権利利益を梃子にした審査の確立 (I)、第二に、それによる対抗利益たる一般利益の審査の厳格化 (II)、第三に、統制の時期的拡大 (III) という意義を見出さう。

### I フランス人権宣言 16 条の射程の拡張

「有効化法律に関する憲法院判例は、裁判官の独立の尊重という、ときに抽象的すぎて難解な要請に基づいて構成されてきたわけだが、訴訟当事者の権利へのさしたる配慮はなかった<sup>88</sup>」。

ある論者による以上のような指摘を前に想起されるべきは、もとよりフランス憲法は、人権宣言 16 条のうちに、権力分立と個人の権利保障とを共存させてきたという事実であろう<sup>89</sup>。かくして、正当に、同条から、訴訟当事者の実効的な裁判を受ける権利を導き出した 1999 年判決<sup>90</sup>は、有効化法律に対する憲法院の統制の歴史におけるひとつのメルクマールをなすものである<sup>91</sup>。憲法院は、純粹形式的 (purement formel) コントロールを越え、立法者の確定した一般利益の理由を、実体的に (en substance) コントロールすることが可能となったのである<sup>92</sup>。介入の目的 (motif) の重視とも言われる<sup>93</sup>。

---

<sup>87</sup> なお、権限裁判所も 2010 年に同基準を採用するに至っている。T. Confl. 13 décembre 2010, Société Green Yelloe, *A.J.D.A.*, 2011, p. 439, concl. M. Guyomar, note L. Richer.

<sup>88</sup> B. Mathieu, *op. cit.*, (note 20), p. 291.

<sup>89</sup> T. Renoux, La constitutionnalisation du droit au juge en France, in J. Rideau (dir.), *Le droit au juge dans l'union européenne*, L.G.D.J., 1998, p. 110 ; L. Milano, *op. cit.*, p. 455.

<sup>90</sup> N° 1999-422 DC du 21 décembre 1999 (*supra* note 81).

<sup>91</sup> なお、2015 年憲法院判決は、さらに、憲法上保障されている実効的な裁判を受ける権利の一要素として、判決の執行を獲得する権利 (droit à obtenir l'exécution des décisions juridictionnelles) が含まれることを初めて明らかにした (n° 2014-445 QPC du 6 mars 2015)。Cf. *E.D.C.E.*, n° 67, 2016, p. 281。これらの権利の射程の確定はなおも今後の課題であることにつき、第 2 節第 2 款をも参照。

<sup>92</sup> L. Milano, *op. cit.*, p. 455 ; *Ibid.*, p. 452 は、一般利益の理由の審査が「立法者の意図を見抜く (déceler l'intention du législateur)」ものとなったと表現する。

<sup>93</sup> B. Mathieu, *op. cit.*, (note 20), p. 294.



なお、この文言は欧州人権規約 13 条所定の権利を彷彿とさせるが、前述の通り、同条の要請は 6 条の要請に吸収され、6 条の解釈において実効性が判断されていることに鑑みるに、公正な裁判を受ける権利と実効的な裁判を受ける権利は、有効化法律の統制の局面において有意な差異をもたらすものではない。もっとも、コンセイユ・デタが完全に欧州人権裁判所の解釈を下敷きにしている一方で、憲法院は——憲法ブロックに条約を含めないことの当然の帰結であるが——欧州人権規約 6 条 1 項に直接依拠することなく、フランス人権宣言から実効的な裁判を受ける権利を引き出した。ここには、憲法院による自律的コントロールが実質的に欧州人権裁判所判決と調和するありようを見出すこともできる。

## II 一般利益の理由の厳格化

一般利益の理由の審査は、訴訟当事者の権利をも梃子とする 1999 年判決を分岐点にして、極めてゆるやかなものから厳格なものへと変容を遂げた<sup>94</sup>。違憲判決の急増はそのひとつの証左であろう。有効化法律に関する憲法院の違憲判断は、1980 年から 1999 年までの 19 年間においてたった 2 件であったのに対し、その後 2005 年までの 6 年弱の間に、6 件の違憲判決が言い渡されている<sup>95</sup>。他方、一般利益の具体的内容に着目してみると、財政上の利益に関して、夙に 1995 年判決<sup>96</sup>が、一般利益として認められる場合とそうでない場合とがあることを明らかにしていたが<sup>97</sup>、2005 年判決<sup>98</sup>は、いくら膨大な額であっても、財政上の利益は、有効化法律を正当化する十分な一般利益を構成しえないとの判断を示した。他方で、公役務の継続性あるいは法的安定性は、徐々に考慮に入れられるように

---

<sup>94</sup> 欧州人権裁判所もまた、憲法院の判断につき、十分な一般利益の基準がやむを得ない一般利益の基準に匹敵しうることを認めたように思われる点につき、cf. L. Milano, *op. cit.*, pp. 451-452. なお、一般利益を審査するまでもなく、既判事項の権威を帯びた判決を無にする効果を持つ条項を違憲とした憲法院判決 (N° 2005-531 DC du 29 décembre 2005, note J.-E. Schoettler, *L.P.A.*, 2006, n° 11, p. 12) は、さらに厳格な審査態度を示したものとして注目される。

<sup>95</sup> L. Milano, *ibid.*, p. 451.

<sup>96</sup> N° 1995-369 DC du 28 décembre 1995, *Rec.*, p. 257.

<sup>97</sup> この判決においては、「問題となっている金額」および「特別予算の財政上の均衡の全般的状況」が本件において影響を受けたか否かに基づき判断しており、問題となる金額が大きければ当然に一般利益目的が認められることになることへの批判もあった。参照、府川・前掲注 15、220 頁。

<sup>98</sup> N° 2005-531 DC du 29 décembre 2005, *A.J.D.A.*, 2006, p. 13 ; *R.F.D.A.*, 2006, p. 497, note M. Disant.

なっていることが指摘され<sup>99</sup>、ここには憲法適合性審査を充たす一般利益の性質の変化を  
と欧州人権裁判所とコンセイユ・デタとの親和性がうかがえる。

ところで、憲法院は運用のみならず、基準そのものをも変化させている。1999年判決に  
よる「十分な」一般利益の目的基準による厳格な運用は以上で述べた通りであるが、2014  
年には「やむを得ない」一般利益の目的基準が採用されている<sup>100</sup>。この点、呼称の変化に  
とどまるという見方も多いが<sup>101</sup>、憲法院は「本判決は、人権規約16条によって保障され  
るコントロールと同等の射程を有するコントロールを及ぼすことを明確にした」と評価し  
ている<sup>102</sup>。学説はしかし、憲法院の“本音”をも見透かす。曰く、国内裁判所への憲法院判  
決の権威を強化するため、より具体的には、合憲判断ののち、国内裁判所による条約違反  
判決が下されるような事態を避けたいという狙いがある<sup>103</sup>。ここには、裁判機関の独立性  
と法秩序のヒエラルキーとのせめぎあいをも見出しうる。

厳格な基準に照準を合わせたはずの2014年判決は、しかし、より深刻な問題を提示す  
る。かつて、欧州人権裁判所がジーリンスキー判決において否定した「訴訟の終結  
(mettre un terme à des années de contentieux relatifs)」という理由をも、やむを得ない一  
般利益となりうることを明らかにしたのである(§6)<sup>104</sup>。一般利益の理由の審査におい  
て、厳格化をたどってきた憲法院判例は、今日、同一の基準を用いることは、必ずしも同  
一の結果を約束するわけではないという問題をも浮き彫りにしている。

---

<sup>99</sup> T. Renoux, *op. cit.*, p. 117 ; B. Mathieu, *op. cit.*, (note 20), p. 293 は、それは、法律の明確性  
(clarté) や予見可能性 (prévisibilité) を憲法上の要請として受け入れていることから明ら  
かであるという。なお、ここでは法律が備えるべき法的安定性が問題となっている点につい  
ては、参照、第1款第3項。

<sup>100</sup> N° 2013-366 QPC du 14 février 2014, SELARL PJA (*supra* note 86).

<sup>101</sup> Par exemple, P. Deumier, *chron. préc.*, (note 86), p. 605.

<sup>102</sup> Commentaire, Décision n° 2013-366 QPC du 14 février 2014 (*supra* note 86) p. 13.

<sup>103</sup> A. Roblot-Troizier et G. Tusseau, *chron. préc.*, (note 86), p. 592. 実際に、2012年パリ控訴  
院判決は、憲法院による合憲性判断後に、条約違反を結論していたのであり (C.C.A., Paris, 18  
juin 2012, n° 11PA00758, Fondation d'entreprise Louis Vuitton pour la création et Ville de  
Paris, *A.J.D.A.*, 2012, p. 1192 ; *ibid.*, p. 1496, *chron.* M. Sirinelli ; N° 2011-224 QPC du 24  
février 2012, Coordination pour la sauvegarde du bois de Boulogne)、2014年判決もまた同様の  
状況であった。すなわち、まさしく破毀院による移送に基づき憲法院が判断する局面であり、  
破毀院が人権条約6条1項所定の公正な裁判を受ける権利の要請に照らし、やむを得ない一般  
利益の理由を否定する可能性が危惧されていた。

<sup>104</sup> この理由を認め、合憲とした本判決に対しては、同一の基準にも関わらず、真に厳格な審査  
がなされていないという批判が呈されている (par exemple, P. Deumier, *chron. préc.*, (note 86), p.  
607 et s.)。

### III 統制の時期的範囲の拡大

すでに第1款で触れたが、憲法院によるかかるコントロールの発展において、介入の時期に関する変化も見逃せない。かつて、1980年判決<sup>105</sup>は係争中の介入をサンクションすることを回避し、1995年判決<sup>106</sup>は、「立法者が遡及的規定を用いて、既判事項の確定力 (*force de la chose jugée*) を有する裁判所の判決に介入するには、一般利益を目的としなければならない」と判示していた。憲法院のコントロールには介入の時期が重要な意味を持っていたのである。なお、序章でも述べた通り、既判事項の権威と既判事項の確定力は同一ではない。前者が本案審理を行った終局判決に生じるのに対し、後者は確定判決にしか生じない。したがって、1995年判決のロジックに従えば、憲法院による違憲判決が生じうるのは、確定判決後にその既判事項を反故にするような立法を定立した場合に限られることになる。例えば、下級審判決によりすでに既判事項の権威の帯びた取消請求認容判決が下され、行政庁による上訴がなされ、上訴審での審理がすすめられているという時点においてなされる立法による介入には、何らの違憲性も疑われない。しかし、ジーリンスキー判決やコンセイユ・デタ判決がすでにかかる係争中の事案についても、条約違反を認定する中、憲法院は1999年12月21日判決<sup>107</sup>によって、それらに追従する判断をみせたのであった。今日ではもはや既判事項の確定力のみならず、既判事項の権威をも憲法院を含めた裁判所によって立法府からの介入を保護されうる。より正確に言えば、既判事項の権威を有する判決の言い渡し前でさえ、違憲・条約違反となりうるのである以上、既判事項の権威の保護は、立法権による裁判権への介入というより大きな枠組みの中で付随的に保護されているというべきであろう。

かかる変化をもたらしたのは、私人の裁判官に対する権利であることはこれまでの叙述から明らかである。権力分立の要請は、裁判所により取り消された行為そのものの有効化を遮断しながらも、後続処分の有効化による後続処分の取消の予防的な有効化を容認する。このことは、後続処分を争う訴訟当事者から、あらゆる訴訟の可能性を奪う一方で、裁判機関の自由な活動に対する直接の侵害はそこまでではないと解される<sup>108</sup>。人権宣言16条から訴訟当事者の実効的な裁判を受ける権利を導き出したことの意義は、対置される一般利益の理由の厳格化であり、係争中の介入へのコントロールを可能としたことに見出されるのである<sup>109</sup>。

---

<sup>105</sup> N° 1980-119 DC du 20 juillet 1980, (*supra* note 73).

<sup>106</sup> N° 1995-369 DC du 28 décembre 1995 (*supra* note 96).

<sup>107</sup> N° 1999-422 DC du 21 décembre 1999 (*supra* note 81).

<sup>108</sup> B. Mathieu, *op. cit.*, (note 20), p. 291.

<sup>109</sup> 条約適合性審査ではないものの、1997年の欧州人権裁判所判決 (C.E.D.H., 19 mars, *Hornsby contre Grèce*, (*supra* note 9)) が、あらゆる裁判所の判決の「執行」の局面をも、この裁判の完全な一部をなすもの (*faisant partie intégrante du "procès"*) とみなしたことが、こ

### 第3款 第1節のまとめ

裁判官の対話 (dialogue du juge) の舞台としても注目される有効化法律の統制であるが<sup>110</sup>、既判事項の権威との関係において、いかなる意義と限界を有しているのかを最後に確認しよう。

一方で、以下のような限界が認められる。まず、原則として、有効化法律そのものは適法である。立法者の介入の根絶は不可能であり、また望まれてもいない<sup>111</sup>。むしろその数を増やしている点<sup>112</sup>には留意すべきである。加えて、一般利益の限定づけについて、確かに、その基準となる一般利益の程度およびその具体的評価のありようにおいて一定の収斂 (convergence) の傾向は認められる。すなわち、やむを得ない一般利益の理由の基準や、財政上の均衡は一般利益のやむを得ない理由にあたらぬという判断は、いずれの裁判所においても見受けられるようになっている<sup>113</sup>。それでもなお、具体的評価のありように関しては、慎重な検討が必要である。一方で、それは国内における一般利益と欧州共同体における一般利益とが必ずしも一致しないことに由来し、他方で、対置される権利利益の性質に応じた一般利益の重みづけが必要となりうることに由来する。後者に関してわかりやすいのは、議定書1条所定の財産権侵害の審査密度におけるコンセイユ・デタと欧州人権裁判所の“攻防”であるが、憲法院においても、有効化の対象となる行為が憲法違反である場合、憲法的価値を有する一般利益によってしか、有効化法律は正当化されえない。ここで改めて想起すべきは、有効化法律の統制における判断枠組みの統一化は、そのあてはめの統一化をも導くわけではないということである。そして最後に、公正な裁判を受ける権利および実効的な裁判を受ける権利は、判決の執行に反するような——立法行為ではなく

---

の点に関わっているように思われる。欧州人権裁判所によるコントロールの趣旨が、既判事項の権威を備えているか否かを問わず、「判決」の執行の確保にあることは、憲法院の判断にも少なからぬ影響を与えているように考えられる。

<sup>110</sup> コンセイユ・デタにおける裁判官の対話の積極的推進への方向転換は、コンセイユ・デタをヨーロッパの裁判所の中でも中心的役割を果たす存在にするための「自覚的な戦略的判断に基づくもの」と位置づけられている (参照、伊藤洋一『裁判官対話』の臨界——フランス国務院を素材として) 法律時報 90 卷 12 号 (2018 年) 65 頁)。

<sup>111</sup> 伊藤・前掲注 15、290 頁は、有効化法律がフランスで存在することの重要な背景に、日本の事情判決制度に類する判決効の制限手段がないことを挙げている。

<sup>112</sup> B. Seiller, L'illégalité sans l'annulation, *A.J.D.A.*, 2004, p. 963.

<sup>113</sup> Par exemple, C.E., 21 décembre 2007, Fédération de l'hospitalisation privée, *Rec.*, p. 532 ; *A.J.D.A.*, 2008, p. 1204, note H. Rihal ; n° 2012-287 QPC du 15 janvier 2013 ; C.E.D.H., 23 octobre 1997, National et Provincial Bulding Society c/ Royaume-Uni, (*supra* note 25).

——行政の行為に対するコントロールをもたらしえない<sup>114</sup>。かかる権利も、それを内包する裁判官に対する権利 (*droit au juge*) も万能ではありえないのであり<sup>115</sup>、コンセイユ・デタが引いたひとつの線引きには、越権裁判官の職責の限界のみならず、裁判官に対する権利そのものに内在する限界をも見出しうる。

他方で、その意義にも改めて目を向ける必要がある。これまで1世紀近くにわたり、学説の批判を受けながらも統制することを拒んできたコンセイユ・デタは、欧州人権裁判所と憲法院の牽引のもとで<sup>116</sup>、自らの管轄内において、既判事項の権威を妨げる立法の適用を拒否できるようになったのである。「既判事項の権威は、行政に対するのと同じく立法者にも及ぶ (*s'impose*)<sup>117</sup>」と言われる所以である。既判事項の権威が行政に対し要請するのは、既判事項に抵触する反復行為をしないということであり、同時に、既判事項に基づく原状回復を行うということであった。前者の裁判的統制は、行政行為のみならず、すでに行政立法にまで及んでいたことは前述の通りである (第2章第1節)。行政立法および法律の改正というのは、再度の処分の法的理由を変更することを意味する。法的・事実的状况の変化は反復行為を正当化するのであり、処分の根拠法律の変更はまさにコンセイユ・デタの統制の及ばない聖域であった。しかるに、本節で示した各裁判所の判例法理の発展は、間違いなくこの聖域への介入を意味している。原状回復についても同様であり、不整合処分を遡及的に有効とするような法律はやむを得ない一般利益を証明しえない限り許されない。既判事項の権威は、今日、第3章で取り上げた「法律による保障」にとどまらず、国内外の裁判所の統制に基づく、「法律に対する保障」をも与えられているのである。そして、以上の統制の深化を導いたのは、一方で、実効的な裁判を受ける権利を梃子にしたロジックであることに相違ない。既判事項の権威を支える権力分立原則や法の支配の理念を補完する私人の訴訟手続上の権利保護は、有効化法律の統制の鍵概念である<sup>118</sup>。他方で、これらの要素との均衡を量られることになる一般利益の理由がより具体的にかつ厳格に審査されるようになったことも重要なファクターである。「適法性の原理お

---

<sup>114</sup> 参照、前掲注71。

<sup>115</sup> L. Milano, *op. cit.*, p. 457 ; J. Rideau, *Le droit au juge : Conquête et instrument de l'État de droit*, in J. Rideau (dir.), *Le droit au juge dans l'union européenne*, L.G.D.J., 1998, p. 7. また、T. Renoux, *op. cit.*, pp. 117-118 は、裁判官に対する権利 (*droit au juge*) が裁判官の権利 (*droit du juge*) へと転身することが、民主主義における裁判官の位置づけから正当性の問題を大いに孕むこと、憲法院はそれに自覚的であることを指摘する。

<sup>116</sup> 破毀院も欧州司法裁判所の枠組みを踏襲したコントロールを実践する。Par exemple, Cass. Ass. plén., 23 janvier 2004, S.C.I. Le Bas Noyer c/ Castorama France, *R.F.D.A.*, 2004, p. 228, note Mathieu.

<sup>117</sup> *G.A.J.A.*, p. 79.

<sup>118</sup> L. Milano, *op. cit.*, p. 456 は、欧州人権裁判所判決を引きながら、公正な裁判を受ける権利が民主主義社会における本質的原理を構成するを指摘する。

よび既判事項の効力の尊重を発展させることを可能とする「対話」のもとで、行政裁判所・司法裁判所・憲法院・欧州裁判所の判例がひとつに交わる<sup>119)</sup>と総括されているように、まさしく裁判官の対話をもって、しかし各々の訴訟の性質をもにらみながら、一般利益の精緻化がすすめられているともいえる。

---

<sup>119)</sup> *G.A.J.A.*, p. 81.

## 第2節 遡及効の修正

有効化法律へのコントロールとともに、フランス越権訴訟の既判事項の権威をめぐる現代の諸相を映し出しているのが、取消判決の遡及効の修正である。第2章で述べた通り、20世紀初頭あるいはそれ以前から自明の理と解されてきた取消の遡及性は、それから1世紀を経て、コンセイユ・デタ大法廷判決により、修正されうることが宣言される。本節では、この原理判決とその後の判例・学説を分析し、これまでの既判事項の権威の法規範との位相を明確にしていくが（第2款）、その前に、漸進的に学説・裁判所によってその可能性が認められてきたことを確認する（第1款）。

### 第1款 前夜

判例上の改革に至るまでに、数十年の議論の蓄積を経ることは法理論の漸次性という意味において、正当ともいえるが、越権取消判決における遡及効の修正も例外ではない。ここでは、裁判官によるものをも含めた学説の動向と（第1項）、裁判所による判断における潮流を明らかにしておく（第2項）。

#### 第1項 学説による提案

##### I 古典的学説

近時の研究によると、遡及効に関して学説は傍観の立場をとっていたとする一般的理解は誤りであり、20世紀前半から、夙に、遡及効の緩和の必要性は学説上認識されていたという<sup>120</sup>。例えば、G.ジェーズは、「違法な法行為のうえに築かれた法的状況を安定させる (*stabiliser*) という社会の必要性」を強調したうえで、つぎのように主張していた。

「社会の利益 (*intérêt social*) は、個人の間諸関係が大いに安定していること (*une grande stabilité*) を要請する。したがって、論理的な解決がもたらす社会の混乱があまりに大きい場合には、無効 (*nullité*) の論理的帰結は緩和ないし除外すべきである<sup>121</sup>」。

20世紀中葉においても、「取消判決が下されると、判決によって困難は終わると考えうるが、しかし、いっそうひどく困難は繰り返される。ここには我が国行政法の大きな欠陥

---

<sup>120</sup> F. Blanco, *op. cit.*, pp. 220-221.

<sup>121</sup> G. Jèze, *Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques*, *R.D.P.*, 1913, p. 298.

がある。コンセイユ・デタが半世紀前から築き上げてきた見事な個人の自由の保護を無に帰するに等しいのである<sup>122</sup>」という P. ウェイルの指摘や、原状回復は「解決できない問題を提起しているに等しい。すなわち、執行には、多くのものを不安定にし (soulever un monde)、新たな諸権利を侵害し、当初の混乱以上に有害な混乱を生み出す必要がある<sup>123</sup>」といった J. リヴェロの指摘が存在する。

たしかに、これらの言説の中に遡及効への批判の胚胎をみることも可能であろう。他方で、あくまでも行政による取消判決の執行における実際上の困難を指摘しているにとどまるようにも見える。後述する AC ! 判決の論告も、遡及効に対する一部の支持は確かであるものの、そこまでの強い期待を見出すことはできなかつたと述べ、かかる学説の沈黙を、教科書的・伝統的な説明からの逸脱に対する配慮、あるいは立法者の権限すなわち有効化法律の介入への干渉をしないようにという配慮でもありうると指摘する<sup>124</sup>。

## II 近時の法学者・裁判官による提案

より明確に、取消判決の遡及性がクローズアップされるのは、早くても 1970 年代以降である。先陣を切ったと思われる指摘は、J.-B. オービーと M. フロマンによるものであろう。彼らは、取消の効力の一時的修正の手法を何十年も前から認めてきたオランダ行政訴訟の先駆的解決策を、有効化法律に頼ることのできるかの妥協策を備えたフランスの遡及性の規範よりも優れたものと評価していた<sup>125</sup>。有効化法律への対応として注目をした論者には、B. マチウも挙げることができる。取消の効力の一時的修正の手法に、有効化法律の進展の潜在的な限界を見出していたのであった<sup>126</sup>。

判決の効力の修正は、有効化法律への対応策という視角とはまた別に、議論の俎上に載ることもあった。事後的違憲審査手続き、いわゆる QPC (questions Prioritaires de Constitutionnalité) の申立てに係る議論がそれである。1990 年代の議論において、B. ジュ

---

<sup>122</sup> P. Weil, *Les consequences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, thèse, Pedone, 1952, p. 143.

<sup>123</sup> J. Rivero, L'État modern peut-il être encore un État de droit ?, *Annales de la Faculté de Droit de Liège*, 1957, p. 98.

<sup>124</sup> Ch. Devy, concl. sur C.E. Ass., 11 mai 2004, Association AC !, *Rec.*, p. 197 ; *R.F.D.A.*, 2004, p. 464.

<sup>125</sup> J.-M. Auby et M. Fromont, *Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté économique européenne*, Jurisprudence générale Dalloz, 1971, p. 428.

<sup>126</sup> B. Mathieu, *Les "validations" législatives. Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, Economica, 1987, pp. 287-290.



ヌヴォワは、QPCの仕組みを認めていく中で、憲法院の判決の効力を一時的に修正する権限に好意的な意見を示していたという<sup>127</sup>。

2000年代に入ると、教科書レベルにおいても、いくらかの遡及性の緩和への支持を見出しうようになるが<sup>128</sup>、最もインパクトを与えたであろう言説は、1994年に雑誌

『Actualité Juridique Droit Administratif』に掲載された座談会記事である。「行政法に関する問題」と題されたこの会で、コンセイユ・デタ評定官らは、専ら判決の効力の修正に好意的な立場を示していたのである<sup>129</sup>。例えば、G.ブレバンは、「各事案において、取消の効力が遡及的であるべきか、将来に対してのみ及ぶべきかを決するのは裁判官自身であるというヨーロッパ的解決策」にフランス行政判例も向かう可能性があると主張し、G.ヴェデルもまた、それを熱心に支持している<sup>130</sup>。

このように、学者のみならず、コンセイユ・デタ裁判官のなかにも、少しずつ遡及性の再考が芽生えていたことは否定しえない。例えば、1998年判決の論告は、契約訴訟における越権訴訟の導入に関して、取消判決の効力の修正権限が必要となることは必然的であると述べている<sup>131</sup>。「一般利益」を主題にした1999年コンセイユ・デタ年次報告もまた、有効化法律の介入回避および越権取消における過大な効力の緩和を認めるために、遡及効の修正という手法に理解を示している<sup>132</sup>。旧ローマ条約174条を基礎にした欧州裁判所の実践をフランスに取り入れることは、一般利益の要請によりよく応えるものだという<sup>133</sup>。

---

<sup>127</sup> Cf. F. Blanco, *op. cit.*, p. 222.

<sup>128</sup> Par exemple, R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 11<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2004, p. 1040 は「法状況が変化に、すなわち、取消と遡及効の関係の切断を認めるのは時間の問題だ」と指摘していた。B. Seiller, *op. cit.*, (note 112), pp. 969-970 も遡及効の制限へ向かうことを予想していたと述べている。

<sup>129</sup> F. Blanco, *op. cit.*, p. 222.

<sup>130</sup> J. Moreau, G. Vedel, R. Drago, G. Braibant, D. Labetoulle, A. Lyon-Caen, Ph. Waquet, Y. Gaudemet, P. Le Mire, Questions pour le droit administratif, *A.J.D.A.*, 1995, p. 25. さらに、D. Labetoulle, Principe de légalité et principe de sécurité, in *L'État de Droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 411 は、上記座談会でのブレバンの発言を引きながら、とりわけ命令制定行為の取消の効力を判断する権限を裁判官に付与する考えに直截的に言及している。もっとも、前者の論文に掲載された座談会において、R. ドラゴは遡及効の制限には立法による授權を要すると主張していた。

<sup>131</sup> J.-H. Stahl, concl. sur C.E. Sec., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, *Rec.*, p. 383. なお、cf. A. de Laubadère, J.-C. Venezia, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, 14<sup>e</sup> éd., t.1, L.G.D.J., 1996, p. 553.

<sup>132</sup> *E.D.C.E.*, n° 50, 1999, p. 305.

<sup>133</sup> *Ibid.* 旧ローマ条約174条に基づく取消判決の効力の修正を国内法に置き換えることを検討する論者として、Par exemple, S. Boissard, *Comment garantir la stabilité des situations*

## 第2項 裁判所による実践

裁判官によるものをも含めた遡及効の制限に対し肯定的な言説において、しばしば登場しているように、取消判決の効力の時期的修正の実践は、欧州に限ってみても未知のものではない。もとより、比較法に基づく論拠は、単なる学説上の一意見に過ぎない<sup>134</sup>。それでもなお、フランス法がヨーロッパ行政法の発展において中心的地位を占め（続け）るには、外国法における解決策から示唆を受け、自らを改革していく必要があるのであり、少なくとも、それらを等閑視しないという姿勢を見せていく必要があると解することもできよう<sup>135</sup>。ここでは、かかる意味においてフランス法に少なからぬ影響を与えた欧州の法状況をごく簡単に紹介し<sup>136</sup>（Ⅰ）、フランス越権訴訟の内部における変化にも触れる（Ⅱ）。

### Ⅰ 欧州および他国の裁判所

#### 1 欧州裁判所

ヨーロッパ法における先駆者は欧州司法裁判所である。明文上の根拠をもって、取消判決の効力の制限が実践されている。すなわち、欧州司法裁判所は、取消判決の言い渡しにおいて、必要に応じて、確定的とみなされるべき効力の一部を示すことができる（EU 運営条約（*Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*）264条）。さらに、欧州司法裁判所は、これらの条項を、EU法の解釈に関する先決付託に基づく先決判決（同267条）においても適用し<sup>137</sup>、また、違法性の抗弁（同277条）に基づくEU諸機関の行為の有効性審査の判決においても適用するに至っている<sup>138</sup>。

#### 2 他国の裁判所

欧州の国内裁判所においても、同様の仕組みがすでに用意されている<sup>139</sup>。例えば、ドイツ、ベルギー、スペインなどの憲法裁判所は、例外的に違憲判決の遡及効を制限しうるこ

---

juridiques individuelles sans priver l'autorité administrative de tous moyens d'action et sans transiger sur le respect du principe de légalité ? Le dilemme du juge administratif, *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2001, n° 11, p. 81.

<sup>134</sup> F. Melleray, L'utilisation du droit étranger par le Conseil d'État statuant au contentieux, in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 791.

<sup>135</sup> *Ibid.*, p. 792.

<sup>136</sup> 詳しくは、さしあたり、cf. F. Blanco, *op. cit.*, p. 224 et s. なお、前掲注110をも参照。

<sup>137</sup> C.J.C.E., 8 avril 1976, Mlle Defrenne c/ Sabena, aff. 43/75, *Rec.*, p. 455.

<sup>138</sup> C.J.C.E., 15 octobre 1980, Roquette frères, aff. 145/79, *Rec.*, p. 2917.

<sup>139</sup> Ch. Devy, concl. sur C.E. Ass., 11 mai 2004, Association AC!, *Rec.*, p. 197 ; *R.F.D.A.*, 2004, pp. 462-463. フランス司法裁判所における遡及効の制限につき、cf. *Ibid.*, p. 463.

とが明文上認められている。もっとも、刑事裁判所の要請および法的安定性の要請に鑑みた運用が必要である。さらに進んだ解釈を施しているのは、オーストリアであり、彼の地の憲法裁判所の判断は不遡及原則を採用し、場合によって遡及させることが裁判官に認められるという位置づけである。

## II フランス行政裁判所

コンセイユ・デタにおいても、遡及効の制限の前兆と位置づけられうる判例上の手法がいくつか指摘されてきた。すなわち、古くから認められてきた一部取消<sup>140</sup>のほか、「～である限りでの」取消 (annulation «en tant que») <sup>141</sup>や、「～でない限りでの」取消 (annulation «en tant que ne pas») <sup>142</sup>をも今日では用いられている。「～でない限りでの」取消を用いたとされる2001年のヴァシリキオティス判決<sup>143</sup>は、「厳密には適法性の原理に不可欠な取消判決の帰結を制限するもの<sup>144</sup>」と言われるが、この判決が注目を集めた理由はもうひとつある。いわゆる判決の“教育的”(didactique)性格である<sup>145</sup>。ヴァシリキオティス判決の判決理由は、極めて詳細に、係争行為の取消が課す諸措置および、行政が制定権限を有する行政立法措置の公示を待つ間、行政が採用すべき暫定的な態度を説明しているのであった<sup>146</sup>。

より遡及効の制限へと近づくことになるのは、取消の延期を認めた2001年のティトラン判決<sup>147</sup>を契機としてであろう。この判決は、直ちに取消の効力が生じるのを避けるため、違法な行政立法の廃止拒否処分を2か月延期 (différer) したことで知られる。

---

<sup>140</sup> C.E. Ass., 10 octobre 1958, Union de la propriété bâtie, *Rec.*, p. 480.

<sup>141</sup> C.E., 10 février 1995, Royer et Magnat, *Rec.*, p. 642.

<sup>142</sup> C.E. Ass., 1<sup>er</sup> juillet 1988, Société immobilière d'économie mixte de la ville de Paris, *Rec.*, p. 274.

<sup>143</sup> C.E. Ass., 29 juin 2001 Vassilikiotis, *Rec.*, p. 303, concl. Lamy ; *A.J.D.A.*, 2001, p. 1046, chron. Guyomar et Collin.

<sup>144</sup> Ch. Devy, concl. sur C.E. Ass., 11 mai 2004, Association AC !, *Rec.*, p. 197 ; *R.F.D.A.*, 2004, p. 463.

<sup>145</sup> Par exemple, J. Arrighi de Casanova, Les habits neufs du juge administratif, in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 17 et s.

<sup>146</sup> Ch. Devy, concl. sur C.E. Ass., 11 mai 2004, Association AC !, *Rec.*, p. 197 ; *R.F.D.A.*, 2004, p. 464. 前掲注 143 のヴァシリキオティス判決、後掲注 147 のティトラン判決の詳細については、参照、興津征雄『違法是正と判決効——行政訴訟の機能と構造』(弘文堂、2010年) 159頁以下。

<sup>147</sup> C.E., 27 juillet 2001, Titran, *Rec.*, p. 411 ; *A.J.D.A.*, 2001, p. 1046, Guyomar et Collin.

ほかに、取消を将来においてのみ認める、すなわち撤回と同じ効力を争訟取消に付与した判決も指摘されている<sup>148</sup>。

なお、訴訟の審理過程にまで目を転じれば、法的基礎および理由の差替えに関する進展、すなわち裁量処分理由の差替え否定の緩和<sup>149</sup>をもここでの文脈に位置づけることは可能である。

## 第2款 遡及効の修正

以上の前触れのもとで、2004年に下されたいわゆるAC!判決<sup>150</sup>は、命令制定行為の取消の事案において、遡及効の制限を実践し、その一般論にも踏み込むことになる。ここでは、AC!判決の事案をやや詳しく述べたうえで、判決文の意味するところを、その後の判例・学説の展開をも踏まえつつ精査し（第1項）、遡及効の修正が既判事項の権威の判例法理との関係において、いかに定位され、いかなる影響を及ぼすかを検討する（第2項）。

### 第1項 AC!判決

#### I AC!判決の内容

##### 1 事案の概要

AC!判決では、社会問題・労働・連帯大臣が失業保険協約に関する各種協定（accord）に認可を与える内容のアレテの適法性が争われた。協約の発効は大臣の認可によるとされ、この認可手続きは、諮問機関を介在させる。主に、行政の代表と労働者・使用者の職業組織の代表で構成される雇用上級委員会がそれである。2001年1月1日失業保険協約の締結、認可は以上の法的枠組みに基づくものとされていた。3年を期間とし発効した当該協約は、景気の急転を背景に、失業保険制度を極度の赤字状態に陥れるものとなり、分担金計算の基礎額の増額と補償期間の短縮を迫られる。2002年12月27日の協定によって、2001年協約上の諸条項は、2003年1月1日からの1年間に限り、修正を施された。また、2004年1月1日に適用される新たな協約を3年の期間で締結した。これらの発効のためになされた2003年2月5日の認可のアレテが、本件の係争行為である。問題とな

---

<sup>148</sup> C.E., 21 janvier 2002, Société Schweppes France, *Rec.*, p. 13.

<sup>149</sup> Ch. Devy, concl. sur C.E. Ass., 11 mai 2004, Association AC!, *Rec.*, p. 197 ; *R.F.D.A.*, 2004, pp. 463-464. 我が国における紹介・分析として、参照、交告尚史『処分理由と取消訴訟』（勁草書房、2000年）161頁以下、興津・前掲注146、130頁以下。

<sup>150</sup> C.E. Ass., 11 mai 2004, Association AC!, *Rec.*, p. 197, *R.F.D.A.*, 2004, p. 454, concl. Devys, *A.J.D.A.*, 2004, p. 1183, chron. C. Landais et F. Lenica ; *A.J.D.A.*, 2014, p. 117, chron. J.-E. Schoettl. 邦語による分析として、参照、興津・同上、179-182頁。

ったアレテは、一方で、2001年1月1日協約の変更に伴う修正を認可し、他方で、2004年1月1日協約を認可する内容を含んでいることになる。

『失業に対しともに闘う会』の協会、いわゆるAC!協会をはじめとする原告らは、かかる内容の2003年2月5日の認可のアレテの取消を求めて、提訴した。内的違法に基づく遡及的な取消に続けて、手続き上の瑕疵すなわち雇用上級委員会の構成員の大部分が大臣の任命を受けていなかったことの帰結について、コンセイユ・デタは以下のように判示した。

## 2 判旨（原則的規範の部分のみ）

「裁判官の職責（office du juge）について。

原則として、ある行政行為の取消は、当該行為が最初から生じなかったものとみなされることを意味する。しかし、一方で、当該行為がもたらした効力および当該行為が有効であれば創り出されたであろう状況、他方で、それらの効力の一時的な維持に伴う一般利益とを考慮して、取消の遡及的効力が、明らかに過度な影響（conséquences manifestement excessives）をもたらす性格を有すると思われる場合、訴訟当事者の意見を聴取し、公序によるものおよび申し立てられたものを含め当該行為の適法性に影響しうるすべての理由（moyen）を審査したあとで、一方で、現存の様々な公益および私益（divers intérêts publics ou privés en présence）に対する取消の遡及性の帰結（conséquences）、他方で、適法性の原理および実効的な裁判を受ける訴訟当事者の権利（droit des justiciables à un recours effectif）に照らした取消の効力の時期的制限（limitation dans le temps des effets de l'annulation）の難点（inconvenients）を考慮に入れることは、行政裁判官の職掌にある（il appartient）。これらの諸要素を比較し、争訟取消の遡及的効力の原則を、例外的に逸脱することが正当化されうるのかを判断し、肯定される場合に、取消判決において、当該行為を基礎としてなされた諸行為が係争中であるものを除き、当該行為の取消の前になされた諸行為の効力の全部ないし一部を確定した（définitifs）ものとみなされるべきことを定める（prévoir）こと、あるいは必要に応じて、裁判官の定める期日以降にしか取消は効力を有しないことを定めることは、行政裁判官の責に帰する（il lui revient）。」

## 3 本件へのあてはめ

本件事案に対する上記原則の適用の結果はつぎの通りであった。すなわち、2001年1月1日協約に関する変更認可のアレテ（以下、「2001年アレテ」ともいう。）について、アレテ全体に影響する手続き上の瑕疵は、上記認可の効力の確定的性格を失わせるものではない、すなわち、一方で、実体的違法を帯びていた2001年1月1日協約に関する第11適用合意を認可するアレテの条項は遡及的に取り消し、そのほかの条項は、確定したもの（définitifs）とみなすべきであるとした。2004年1月1日協約に関する変更認可のアレテ（以下、「2004年アレテ」ともいう。）についても、同年7月1日以降（判決言い渡し日

は5月11日)取消の効力を生ぜしめると判示し、2001年に関するアレテ同様、実体的違法を帯びていた条項については、遡及的に取り消している。また、いずれのアレテにおいても、遡及効の制限は係争中の訴訟に影響しないことを確認した。

## II 判決の射程<sup>151</sup>

### 1 適用の対象と態様

AC!判決において、遡及効の制限が適用されるべき行政行為および瑕疵の性質に関する限定は付されていない。したがって、命令制定行為に限られるわけでも、外的違法による場合にしか行使できないわけでもない<sup>152</sup>。命令制定行為の手続き上の瑕疵という事案において遡及効の制限を適用したAC!判決のあと、内的違法においても<sup>153</sup>、また、個別処分に関しても<sup>154</sup>、かかる手法が適用されている<sup>155</sup>。もっとも、AC!判決における論告は、問題となっている違法の性格を考慮すべきでない<sup>154</sup>と主張したわけではないことに注意を要する。すなわち、かかる考慮は、違法性の審査段階におけるものであり、違法がすでに明白であり、さらに取り消すべきことも明白である場合に、その取消の効力の射程を検討す

---

<sup>151</sup> 判例変更の効力の時期的修正については、cf. par exemple, *G.A.J.A.*, pp. 808-809 ; B. Pacteau, *La rétroactivité jurisprudentielle, insupportable ?*, in *Le droit administratif : permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-Francois Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 807 et s. 原則として、たとえ判決の言い渡し日であっても、すべての事件に適用されるが、契約関係や実効的な裁判を受ける権利に対する過度な侵害を及ぼす場合等の例外が認められている。

<sup>152</sup> Ch. Devy, *concl. préc.*, (note 150), p. 465.

<sup>153</sup> Par exemple, C.E. Sec., 25 février 2005, France Télécom, *Rec.*, p. 86 ; *R.F.D.A.*, 2005, p. 787, *concl. Prada-Bordenave* ; *A.J.D.A.*, 2005, p. 997, *chron. Landais et Lenica* ; *D.A.*, 2005, n° 57, *note Bazex et Blazy* ; *R.D.P.*, 2005, p. 1643, *note Idoux* ; C.E., 31 juillet 2009, Ville de Grenoble, Société gaz électricité de Grenoble, *Rec.*, p. 642 ; *B.J.C.P.*, n° 67, 2009, p. 460, *concl. N. Boulouis*.

<sup>154</sup> 司法官 (magistrats) の任命処分の手続き上の瑕疵に関して、取消の効力を延期したものとして、C.E., 12 décembre 2007, *Sire* ; du même jour, *Vignard* ; *A.J.D.A.*, 2008, p. 638, *concl. Guyomar* ; *R.D.P.*, 2009, p. 1157, *comm. Bottini*.

<sup>155</sup> さらに、越権訴訟に限定する意図もAC!判決およびその論告からは見出しえない (Ch. Devy, *concl. préc.*, (note 150), p. 466)。この点、F. Blanco, *op. cit.*, p. 515 は、かかる枠組みの柔軟さこそ判例法による改革のメリットであると評価する。実際に、第三者による契約の有効性に関する訴えにつき、全面審判裁判官が判決の効力の修正をしうることをAC!判決の判断枠組みを踏襲する形で明示したものとして、C.E. Ass., 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, *Rec.*, p. 70, *concl. Dacosta*, *A.J.D.A.*, 2014, p. 1035, *chron. Bretonneau et Lessi* がある。

るにあたって違法性審査の論理構成を範とする必要はないというのである<sup>156</sup>。ここには、違法性審査の局面と、取消の効力の検討の局面との峻別がうかがえる。

遡及効の修正に係る諸条件を満たした場合にありうる解決策は、今日極めて多様なものとなっている。一方で、裁判官は、取消前の係争行為の効力の一部ないし全文を確定的とみなすものと宣言することができる。過去の行為が生ぜしめた効力の維持である。他方で、特定の期日からしか取消の効力を生ぜしめないこともできる<sup>157</sup>。行政は、裁判官に適示された違法性を除去すべく時間の猶予を与えられることになる。さらにこれらの手法を同時に用いることも<sup>158</sup>、分離しうる条項につき一方を遡及的に取り消し、他方の取消を延期することもできる<sup>159</sup>。

## 2 他の係争事案への留保

問題となっている行為を基礎としてなされた諸行為が、判決時に訴訟係属中である場合、遡及効の制限はかかる係争事案の帰趨には影響しないことをも AC! 判決は確認している。かくして、遡及効の制限は、他の訴訟における訴訟当事者の権利を保護する限りにおいて、許されることになる。

## III 判断枠組み

判旨によれば、まず、裁判官は、一方で、当該行為がもたらした効力および当該行為が有効であれば創り出されたであろう状況、他方で、それらの効力の一時的な維持に伴いうる一般利益を考慮して、取消の遡及的効力が、明らかに過度な影響をもたらす性格を有するか否かを判断しなければならない。肯定されうると思料された場合、必要な審理手続を経たうえで、一方で、現存の様々な公益および私益に対する取消の遡及性の帰結、他方

---

<sup>156</sup> Ch. Devy, *concl. préc.*, (note 150), p. 465. なお、*ibid.*, p. 462 は、欧州司法裁判所における遡及効制限の適用に関しても、「主として、当該 EU 機関の行為に基づき創り出された法的状況あるいは、法的空白の出現に伴う不利益に対する判決の効力に依存するのであり、係争行為の瑕疵の性格に依存するものではない」と述べる。もっとも、違法性の性質を明確な考慮要素としないことへの批判もあるところである (par exemple, J.-E. Schoettl, *chron. préc.*, (note 150), p. 117 ; Cf. O. Mamoudy, D'AC! à M6 en passant par Danthony, *A.J.D.A.*, 2014, pp. 506-507)。

<sup>157</sup> 棄却判決の効力発生を延期したものとして、C.E. Sec., 27 octobre 2006, Société Techna S.A. et autres, *Rec.*, p. 451 ; Cf. B. Seiller, Sécurité juridique et office du juge administratif, *R.D.P.*, 2016, p. 774.

<sup>158</sup> C.E. Ass., 23 décembre 2013, Société Métropole Télévision (M6) , Société Télévision française 1 (TF1) , *Rec.*, p. 322.

<sup>159</sup> C.E., 5 octobre 2015, Association des amis des intermittents et précaires et aures, *Rec.*, p. 334.

で、適法性の原理および実効的な裁判を受ける訴訟当事者の権利に照らした取消の効力の時期的制限の難点を考慮に入れなければならない。実体的要件および手続的要件の検討に先立って確認すべきは、以上の諸要素の考慮が「裁判官の職責 (l'office du juge)」と位置づけられたことの意味である。第1款でとりあげた学説の議論において、立法上の根拠の要否が遡及効の制限の可否の問題として論じられていたことを鑑みるに、立法による明文の根拠を待つまでもなく、判例法理として裁判官の権限たりうることを認めるための文言と解すべきであろう。かかる裁判官の職責の拡大は、1995年法律をはじめとする立法府によるものと同時に、本判決のような裁判官によるものによって具現化している<sup>160</sup>。

以下では、実体的要件としての諸要素の衡量の局面と(1)、そのための手続的要件について(2)、AC!判決が示した解釈と同時に、その後の判例の展開をも併せて整理する。

## 1 実体的要件

実体的要件について、一方で、取消の遡及的効力により影響を被りうる諸要素は、第一文では「当該行為がもたらした効力および当該行為が有効であれば創り出されたであろう状況」、「それらの効力の一時的な維持に伴いうる一般利益」とされ、第二文では、「現存の様々な公益および私益」とされる。本件へのあてはめや他の事例をも見るに、これらを截然と分けて考える必要はなさそうであり、むしろ、これらを合わせ見て、過度な影響の認定を行っていると考えべきであろう。以下では、説明の便宜上これらの要素を「一般利益」と呼ぶことがある。他方で、取消の効力の時期的修正の難点、言い換えれば、取消の遡及的効力により保護される諸要素として位置づけられているのが「適法性の原理および実効的な裁判を受ける訴訟当事者の権利」である。

### (1) 遡及効により影響を被りうる諸要素

#### ① 一般利益の諸相<sup>161</sup>

---

<sup>160</sup> D. Truchet, *Office du juge et distinction des contentieux : renoncer aux « branches »*, *R.F.D.A.*, 2015, p. 657.

<sup>161</sup> ここでは、私益をも含めた一般利益の観念もまた目を引くが、既判事項の権威に関わる局面に限らず、一般利益と個別利益の相対化自体は必ずしも近時の現象ではない (*E.D.C.E.*, n° 50, 1999, p. 239 et s)。夙に我が国においても20世紀中葉に私益と公益の混同が指摘されている (神谷昭『フランス行政法の研究』(有斐閣、1965年) 253頁〔初出、1963年〕)。後述する1971年リール市東部ニュータウン判決 (C.E. Ass., 28 mai 1971, *Ministre de l'Équipement et du Logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville Nouvelle-Est »*, *Rec.*, p. 409, concl. Braibant) 後の議論につき、参照、亘理格『公益と行政裁量——行政訴訟の日仏比較——』(弘文堂、2002年) 206頁以下、244頁以下。もっとも、「近時の行政裁判官の職責に関する重要な諸改革は、当該訴訟において問題とな



AC！判決において、遡及効の明らかに過度な影響を認定するに際し、具体的にいかなる利益が考慮されたのかを見てみよう。論告曰く。

「負担金の増額も、補償期間の短縮も無効となり、不当に支払った分担金の払い戻し請求、不当に支払われなかった手当の支払い請求による財政悪化への影響、事務手続きの煩雑さ、適用協定の条項が消滅する、すなわち受給者の権利の条項が消滅することによる法的空白 (vide juridique) に鑑みるに、短期間に有効化法律が介入することは疑いのないところである。そして、おそらく行政はすでにかかる試みへと動き出している」。

「2004年協約の取消は、2004年1月1日以降、法的空白をうみ、それはとりわけ受給者の利益を害する。法的基礎を失うことにより、失業保険制度は、新たな適用なアレテを待つ間、その運用も、負担金の受け取りも、手当の支給も、不可能となってしまう。…結局のところ、かかる取消判決の帰結の過度な性格に見舞われているのであり…失業保険制度の運用を不安定にさせてしまう効力を有する。…他方で、おこりうる有効化法律の介入と2004年1月1日協約への新たなアレテは、原告諸協会への恩恵を失わせうる。…原告諸協会が求めたものとはあまりにかけ離れた展望は我々を困惑させるものである<sup>162</sup>」。

ここからは、財政の悪化、管理する行政の煩雑さ、受給者への手当の支給等が滞ることによる法的空白ひいては受給者の利益への侵害、そして、これらから導かれる失業保険制度の不安定化を考慮していることが読み取れる。

他方、コンセイユ・デタの判決では、一般利益の理由は次のように判断されている。すなわち、2004年アレテを遡及的に取り消すことは、「手当の支払いおよび負担金の徴収の継続性 (continuité) の利益」に鑑みるに、明らかに過度な影響を惹起させると判示し、2001年アレテの遡及的な消滅は「受給者および負担金支払い主の状況および権利に対する大いなる不安定化 (plus graves incertitudes quant à la situation et aux droits des allocataires et des cotisants)」であり、「負担金の返還請求の拡大は、失業保険制度の継続性を根本から揺るがしかねない (susceptible d'affecter profondément la continuité du régime d'assurance chômage)」と判示した。ここからは、コンセイユ・デタが、財政上の利益および行政事務の負担をあえて考慮要素から落とし、代わりに制度運用の停滞により、原告をも含めた極めて多数の者が手当の支給といった受益処分を享受できなくなることおよび将来の受給のための負担金の納付ができなくなること、そしてかかる状況が一定期間継続する場合における社会保障制度そのものの不安定化をより重視したともみうる。そして、

---

っている公的・私的私益の複雑さを認識させる」ものでもある (B. Seiller, *L'intérêt général et l'exercice des pouvoirs juridictionnels*, in *L'intérêt général. Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 605)。

<sup>162</sup> Ch. Devy, *concl. préc.*, (note 150), p. 461.

その後の判例・学説は、この点を裏付けているように思われる。すなわち、一般利益の理由においては、以下の二点の傾向がうかがえる。第一に、具体的かつ現実のリスクが重視される<sup>163</sup>。いわゆる法的安定性の原理 (le principe de sécurité juridique) に関するコンセイユ・デタの態度はその証左であろう。すなわち、AC! 判決の論告担当官は明らかに法的安定性の要請を一般利益として重視していたものの<sup>164</sup>、判決文ではかかる文言の明記は回避されている。その後遡及効を制限した判決においても、「法的安定性」の原理を明示して考慮する事案は稀であり<sup>165</sup>、「公役務の継続性<sup>166</sup>」や、「教育役務の継続性<sup>167</sup>」といった、より具体的な危惧を示す傾向にある<sup>168</sup>。第二に、たとえ具体的かつ現実のリスクであっても、重要な要素を構成しない利益も存する。財政上の利益である<sup>169</sup>。コンセイユ・デ

---

<sup>163</sup> A. Van Lang, De l'usage du bilan dans l'après-jugement, in *Le droit administratif : permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-Francois Lachaume*, Dalloz, 2007, pp. 1076-1077 ; A.-C. Bezzina, 2004-2014 : les dix ans de la jurisprudence AC !, *R.F.D.A.*, 2014, p. 739.

<sup>164</sup> Ch. Devy, concl. *préc.*, (note 150), p. 461. 彼の論旨によれば、一般利益および法的安定性の要請、対、適法性の原理および実効的な裁判を受ける権利という構図が描かれる。Cf. F. Blanco, *op. cit.*, p. 214 et s. ; R. Chapus, *op. cit.*, (note 13), p. 1104 et s. ; D. Connil, *L'office du juge administratif et le temps*, thèse, Pau, Dalloz, 2012, p. 24 ; Cf. S. Boissard, *op. cit.*, pp. 70-81. 他方で、ある論者は、適法性の原理と法的安定性の原理とを安易に対置することは必ずしも適切ではないといい (B. Mathieu, *op. cit.*, (note 58), p. 107)、別の論者は、20世紀初頭から学説により主張されながらも、意味内容の多義性という困難を抱えていたことや、法的安定性の概念が逆説的に不安定化を招きうることを指摘する (F. Blanco, *op. cit.*, p. 214-215 ; F. Brenet, Les reserves d'intérêt général, in *Le droit administratif : permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-Francois Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 155)。

<sup>165</sup> A.-C. Bezzina, *op. cit.*, p. 739.

<sup>166</sup> C.E., 23 décembre 2011, Danthony, *Rec.*, 649 ; *A.J.D.A.*, 2012, p. 195, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; *ibid.*, p. 1484, étude C. Mialot ; *R.F.D.A.*, 2012, p. 284, concl. G. Dumortier ; *ibid.*, p. 296, note P. Cassia ; *ibid.*, p. 423, étude R. Hostiou.

<sup>167</sup> C.E., 1<sup>er</sup> juin 2012, Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique, Syndicat national des enseignements du second degré, Syndicat nationale de l'enseignement supérieur-FSU, Association Sauvons l'université, *A.J.D.A.*, 2012, p. 1088.

<sup>168</sup> なお、B. Seiller, *op. cit.*, (note 161). pp. 604-603 は「創り出されたであろう状況 (situations qui ont pu se constituer)」につき、AC! 判決で考慮に入れられた要素のひとつではあるが、しかし決定的な役割を演じたわけではないと指摘し、行政活動の継続性がより重視されていると述べる。

<sup>169</sup> もっとも、この議論が古典的であり、一般利益として考える局面もあることについては、cf. F. Brenet, *op. cit.*, pp. 151-153.

タは、あるときは、遡及効の制限を申し立てた行政庁による財政負担の主張を斥け<sup>170</sup>、あるときは、「取消の遡及性が公財政に消極的な支障 (incident) をもたらしうるという状況のみ」によって遡及効の修正は生じえないと判示するのである<sup>171</sup>。前述の通り、遡及効の制限と既判事項の執行とは異なる局面ではあるものの、このように、既判事項の権威を制限する諸要素をいかに考慮するかという点において類似の状況が看取される。

## ② 一般利益の性質

一般利益の具体的内容に加えて注目されるのは、遡及効の修正をめぐる浮き彫りになった一般利益の新たな性質であろう。伝統的に、一般利益の考慮は行政の特権である。裁判官は、行政に代わって一般利益を管理する (administrer) することはできない<sup>172</sup>。他方で、裁判官は一般利益の評価を完全に手放してきたわけではない。行政活動の統制規範 (norme de contrôle)<sup>173</sup>として、すなわち、専ら裁量行為の統制における規範としての性質を一般利益はかねてより獲得している。有効化法律の統制もまた、立法者による一般利益の評価の統御という意味において、この性質の延長線上に位置づけうる。しかるに、AC! 判決は、裁判官に帰属する裁判上の権限に対する統制規範として、一般利益が位置づけられうることを明らかにした。違法性審査の段階とは切り離された、取消の効力を画定する段階において、一般利益の考慮が働くということは革新的とさえ評される<sup>174</sup>。あるいは、一般利益の実現への裁判官の参加とみることもできる。すなわち、

---

<sup>170</sup> C.E., 25 février 2005, France Télécom (*supra* note 153). なお、この判決は、新たな通信役務市場におけるヨーロッパ法の尊重及び競争の発展に結びつく利益への過度な侵害を認め、結果的には遡及効の制限の申立てを認容している。

<sup>171</sup> C.E., 11 juillet 2008, Syndicat de l'industrie de matériels audiovisuels électroniques c/ Société Sorecop c/ Société Copie France, *Rec.*, p. 263, *A.J.D.A.*, 2008, p. 1414 ; *D.*, 2008, p. 2074, obs. S. Lavric ; *ibid.*, 2009, p. 1992, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny ; Cf. C.E., 17 décembre 2010, SFIB, Association UFC Que Choisir et autres et SA Rue du Commerce, *Rec. Table.*, p. 927 ; *A.J.D.A.*, 2011, p. 854, note O. Bui-Xuan.

<sup>172</sup> J.-C. Ricci, *op. cit.*, p. 221.

<sup>173</sup> D. Truchet, L'intérêt général dans la jurisprudence de Conseil d'État : retour aux sources et équilibre, *E.D.C.E.*, n° 50, 1999, p. 366 ; J.-C. Ricci, *ibid.*, p. 272 et s ; B. Seiller, *op. cit.*, (note 161), p. 595 は「D. Truchet がコンセイユ・デタ判例における一般利益概念の機能をテーズにより明らかにしたころ、彼は行政裁判官による裁判権限の行使に対する同概念の影響に関心を払う必要は生じていなかった。その機能は、もっぱら活動行政の統制技術において表れていたからである」と指摘する。

<sup>174</sup> F. Blanco, *op. cit.*, p. 244 ; D. Bailleul, Les nouvelles méthodes du juge administratif, *A.J.D.A.*, 2004, p. 1630. AC! 判決が下される前年に、一般利益の考慮が行政に利する形での既

「行政はたしかに、一般利益の充足のための国家の特権的道具 (instrument) だが排他的ではない。行政裁判官は、一般利益の影響に応じて、判決の効力を修正するからである。一般利益の実現という目的において、裁判官の介入は行政の介入の延長となりうるのである<sup>175</sup>」。

AC! 判決を踏襲した判例の積み重ねを前に、一般利益は、行政活動の統制手段のみならず、新たな裁判上の特権の実施基準 (critère de mise en œuvre des nouvelles prérogatives juridictionnelles)<sup>176</sup>としての性格をも備えているのである<sup>177</sup>。

## (2) 遡及効により保護される諸要素

対する諸要素には、取消の遡及効を制限することでの難点、すなわち遡及効により保護されるべき法益が位置づけられる。AC! 判決は、これを適法性の原理と実効的な裁判を受ける訴訟当事者の権利であることを明記している。ここでは、第1節でとりあげた実効的な裁判を受ける権利が再び登場していることが目を引くが、まず確認されるべきはその根拠規範であろう。ここでのコンセイユ・デタの判断は、有効化法律の統制の局面とは異なり、条約適合性審査でない以上、国内法原則であることは疑いを容れない。AC! 判決そのものは、この点につき明言していないものの、学説は憲法上の権利と解している<sup>178</sup>。そのうえで、AC! 判決の配慮は、原告の有する実効的な裁判を受ける権利のみならず、第三者の有するそれをも保護しようとした点に表れている<sup>179</sup>。かくして、いずれかの裁判所にす

---

判事項の緩衝装置 (amortisseur) の役目を果たしうることを指摘していたものとして、J.-B. Auby, À propos des réserves d'intérêt général, *D.A.*, 2003, repère n° 6.

<sup>175</sup> A. Perrin, *L'injonction en droit public français*, thèse, Éd. Panthéon-Assas, L.G.D.J., 2009, p. 838.

<sup>176</sup> F. Blanco, *op. cit.*, p. 517 ; O. Dubos et F. Melleray, La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif, *D.A.*, 2004, p. 14. なお、F. Blanco, *ibid.*, pp. 556-557 は、既判事項の権威を裁判官が決定し、あるいは時期的な効力の修正を裁判官が行うことができる今日、ヒューロン人からの素朴な問い、すなわち、「当事者が関心を寄せるのは、取消という観念なのか？その帰結ではないのか？」という問いに完全に応えることができると指摘する (第2章第2節参照)。

<sup>177</sup> この点に関する問題提起として、後掲注 207 をも参照。

<sup>178</sup> J.-H. Stahl et A. Courrèges, étude, *préc.*, (note 150), *R.F.D.A.*, 2004, p. 444 ; F. Brenet, *op. cit.*, pp. 158-159 ; C.E. Ass., 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne (note 155) は、「裁判を受ける権利 (droit au recours)」を「基本的権利 (droit fundamental)」と位置づけている。

<sup>179</sup> *G.A.J.A.*, p. 803 ; F. Blanco, *op. cit.*, p. 520 ; D. Connil, *op. cit.*, p. 399 ; A.-C. Bezzina, *op. cit.*, p. 747.

でに提訴した者は、係争行為の基礎となっている行為が遡及的に消滅したとみなすことが許され、それに基づき、係争行為の取消を主張することが許されることになる。

もっとも、当該訴訟の訴訟当事者の実効的な裁判を受ける権利の射程はあくまでも遡及効の制限の局面に限られているようにも思われる。遡及効の制限の事案は、あくまでも、取消判決そのものの言い渡し時において、判決後の影響に鑑みた効力の制限であり、いわば裁判官による予防的な権限行使の問題である。対して、第2章で取り上げた伝統的な取消判決は、違法な行政行為に対する事後的な取消判決の事案である。第3章でとりあげたアンジョクシオンとりわけ事前のアンジョクシオンよりも、さらに遡及効の修正は予防的性格を強めている。行政の執行態様に対するサンクションとしての取消訴訟およびアンジョクシオン権限は、遡及効を前提としたうえでの行政の行為規範の問題であり<sup>180</sup>、遡及効そのものを修正するか否かの問題とは、問題状況を共有するとはいえ、性質は異なる。裁判官の訴訟上の権限たる遡及効の修正権限の行使に際して登場した訴訟当事者の権利は、たとえ、遡及効の修正の是非に関する意見聴取の際に主張の理由として援用できたとしても、事後的な取消訴訟およびアンジョクシオンの審理において、請求を支えうる事由となりうるかは不明である。実効的な裁判を受ける訴訟当事者の権利が、あくまでも裁判官の行為規範を基礎づけるものにしかかなりえないのであれば、既判事項の権威の正当化論理としての位置づけはなおも副次的なものにとどまると言わざるを得ない<sup>181</sup>。

### (3) 衡量の論理の転用

以上の実体的要件は、いわゆる費用便益衡量 (un bilan «coût-avantages») の論理、端的にいえば、衡量の論理 (théorie du bilan) を想起させるものでもある。その点、まず指摘しておきたいのは、近時、アンジョクシオン権限の行使をめぐる判例において、かかる衡量の論理が散見されるということである。

嚆矢となったのは、公の工作物不可侵の原則を破り、改修・解体を命じた事例として、第3章で取り上げた2003年のクラン市判決であった<sup>182</sup>。それによれば、違法な設置処分と認定され、さらにその適切な規整 (régularisation appropriée) が不可能な場合、裁判官は、現存のさまざまな公益・私益に照らして、工作物の維持の不都合と解体の不都合とを均衡し、解体が一般利益への過度な侵害 (une atteinte excessive à l'intérêt général) をもたらしうるかを判断しなければならない。同年12月に下された契約の分離しうる行為に関

---

<sup>180</sup> もっとも、前述の通り、遡及効の制限は行政の行為規範の範囲を狭めることにはなりうるとしても、完全に行政の諸義務を免除しうるものではない。

<sup>181</sup> 学説および判例は、適法性の原理の要素を重視しており、AC!判決から10年以上を経た今なお、実効的な裁判を受ける権利の精緻化は進んでいない。

<sup>182</sup> C.E. Sec., 29 janvier 2003, Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans, *Rec.*, p. 21, concl. C. Maugué ; *A.J.D.A.*, 2003, p. 784, note P. Sablière ; *R.F.D.A.*, 2003, p. 477, concl. C. Maugué, p. 484, note Lavialle.

する判決<sup>183</sup>や同年2月に下された先買い権に関する判決<sup>184</sup>も、明らかに同様の判断枠組みを採用している。とはいえ、費用便益衡量のコントロールはかねてから、フランス越権訴訟の裁量統制を特徴づけるものである。収用の公益認定において用いられ、この統制手法の先例と位置づけられる1971年リール市東部ニュータウン判決<sup>185</sup>は、「私的所有権 (propriété privée) の侵害、財政上の負担、あるいは社会秩序 (ordre social) にとっての不都合が、現存の利益に鑑み、過度でない場合にのみ、適法に公益認定はなされうる」という判断枠組みを提示したことで知られる<sup>186</sup>。

近時の判例が注目されているのは、衡量の論理が、伝統的な用いられ方とは異なる局面で機能しているからに他ならない。違法性の判断とは別の、判決の執行の局面において、裁判官が判決の射程 (portée) を画定する際に、衡量の論理は意味をなす<sup>187</sup>。行政を方向づける原則ではなく、裁判官を方向づける原則として位置づけられるのである。アンジョクシオン権限をめぐる、かかる衡量の論理の転用は、AC!判決が示した新たな一般利益の性質、すなわち違法性の判断ではなく、取消の遡及効の制限の可否の判断においてこそ、一般利益が考慮されていたことを想起させる。かかる近似は、偶然ではない。AC!判決の論告は、遡及効の制限の判断枠組みを提示したあとに、「適法性の要請と、現存の諸利益への過度な侵害の均衡を図ることは、あなたがたにとり未知のものではない」として、クラン市判決<sup>188</sup>を挙げていたのであった<sup>189</sup>。一般利益を行政活動の基準として見るにとどまらず、自らの職責の修正の指針ないし道具として一般利益を用いる<sup>190</sup>裁判官の姿を——たとえ数か月前の経験であっても——コンセイユ・デタがすでに目にしていたとい

---

<sup>183</sup> C.E., 10 décembre 2003, Institut de recherche pour le développement, *Rec.*, p. 501 ; *B.J.C.P.*, 2004, p. 136, concl. D. Piveteau, obs. R. S. ; *A.J.D.A.*, 2004, p. 394, note Dreyfus ; *D.A.*, 2003, p. 20, note Ménéménis.

<sup>184</sup> C.E. Sec., 26 février 2003, M. et Mme Bour et autres, *Rec.*, p. 59, *B.J.C.P.*, 2003, p. 106, concl. P. Fombeur et p. 168, note É. Fatôme ; *A.J.D.A.*, 2003, p. 729, chron. F. Donnat et D. Casas ; *D.A.*, 2004, p. 20, note Ménéménis.

<sup>185</sup> C.E. Ass., 28 mai 1971, *Ministre de l'Équipement et du Logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville Nouvelle-Est »*, *Rec.*, p. 409, concl. Braibant.

<sup>186</sup> 費用便益衡量理論の展開については、参照、亘理・前掲注161、52頁以下。

<sup>187</sup> D. Bailleul, *op. cit.*, p. 1630 ; A. Perrin, *op. cit.*, p. 760 ; A. Van Lang, *op. cit.*, p. 1055 ; Lavalie, note *préc.*, (note 182), p. 488.

<sup>188</sup> C.E. Sec., 29 janvier 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans* (*supra* note 182).

<sup>189</sup> Ch. Devy, concl. *préc.*, (note 150), p. 466. なお、cf. B. Seiller, *op. cit.*, (note 157), pp. 775-776.

<sup>190</sup> A. Perrin, *op. cit.*, p. 414.

うことは、前述のような実体的要件の採用を大いに勇気づけるものであった<sup>191</sup>。とはいえ、“事後の”アンジョクシヨク権限が問題となり、執行裁判官が下した上記三判決と、取消そのものを判断する越権裁判官が下した AC! 判決を同一に評価すべきではない。2003 年 2 月 26 日判決<sup>192</sup>の論告が、「“ありうる一般利益への過度な侵害”は、執行裁判官 (juge de l'exécution) が考慮すべき状況の一部をなす」と述べていたことから、AC! 判決が成し遂げたかかる論理の転用がいかに大胆なものであったかは明らかであろう。

衡量の論理の伝統的な用いられ方と、現代的手法との差異はほかにも見出すことができる。すなわち、一方で、衡量される諸要素は同一でないとも言われる。ある論者によれば、法的安定性と適法性の原理の対置、あるいは法と経済 (droit et économie) の対置は、現代的であり、判決の執行の局面における衡量の論理を特徴づけうという<sup>193</sup>。他方で、裁量統制の局面では行政に対する厳格さ、脅威としての性格を有していた反面、今日の衡量の論理は、教育的であり、行政に対して好意的でさえある<sup>194</sup>。これらは、より深刻な違いをも生ぜしめる。適法性のコントロールの拡大を意味した 1970 年代以降の衡量の論理は、今日、構成された個別具体の状況の保護の名のもとに、適法性のコントロールを制限する仕組みとなっているのである<sup>195</sup>。ゆえに、かかる実体的要件には対する批判もまた正当といいうる。

## 2 手続的要件

判断枠組みの検討の後半、すなわち、AC! 判決の示した手続的要件については、二点の内容を確認すべきであろう。まず、コンセイユ・デタは、取消の遡及効を制限すべきか否かの問題を、徹底した対審による議論の対象とすることに意を用いている<sup>196</sup>。双方の意見の聴取は、遡及効の制限の可否に関するより詳細な検討を可能とするからである<sup>197</sup>。今日では、上記の審理を尽くすために、判決の言い渡しを延期することさえ認められるように

---

<sup>191</sup> F. Blanco, *op. cit.*, p. 244.

<sup>192</sup> C.E. Sec., 26 février 2003, M. et Mme Bour et autre (*supra* note 184).

<sup>193</sup> A. Van Lang, *op. cit.*, p. 1056 et s.

<sup>194</sup> J.-B. Auby, *op. cit.* ; A. Van Lang, *ibid.*, pp. 1076-1077 ; B. Seiller, *op. cit.*, (note 157), p. 768 も、行政がもはや徹底的にサンクシヨクされず、適法性の原理から逃れることを法治国家の後退とみうると指摘する。

<sup>195</sup> Cf. Lavialle, note *préc.*, (note 182), p. 485 ; A. Van Lang, *ibid.*, p. 1077 はその背景に法的安定性の配慮の台頭を指摘する。

<sup>196</sup> *G.A.J.A.*, p. 804.

<sup>197</sup> Ch. Devy, concl. *préc.*, (note 150), p. 466.

なっている<sup>198</sup>。さらに、遡及効の制限の実施には、裁判官によるあらゆる請求理由の検討を要求する。遡及効の修正は、訴訟当事者からの請求に依存しないのである<sup>199</sup>。職権事項への帰属の理由について、論告担当官は、判例上の改革という視角から説明する。すなわち、部分取り消しや法的基础の差替えをすべきかを判断するのが裁判官の職責であるにもかかわらず、遡及効の制限の権限を彼自身が行使しえないというのは理解しがたいと<sup>200</sup>。請求理由を網羅的に検討するという義務は、形式的瑕疵から検討をするいわゆる理由の節約の原則に反するものとして位置づけられることになる。

## 第2項 理論的意義

本節の最後に、遡及効の制限の是認が、本稿第3章までの議論に及ぼす意義を明らかにする。まずもって、既判事項の権威の予防的コントロール手法としての可能性が語られうる（Ⅰ）。もっとも、そこでは例外的にのみかかる手法が許されることが確認される。さらに、第1節で述べた有効化法律の統制との連関が見いだされ、統一的把握の可能性が指摘される（Ⅱ）。最後に、遡及効の制限のありようは、越権訴訟と全面審判訴訟の相対化の議論を提起しうる（Ⅲ）。

### Ⅰ 既判事項の権威の例外的コントロール

遡及効の修正は、例外的な手法である。AC!判決後、行政裁判所はしばらくかかる権限の行使に慎重な姿勢をみせたあと、2008年以降、遡及効の制限を用いる判決が急速に普及していくが<sup>201</sup>、判決および学説の立場は、遡及効が原則的地位であり、その修正は例外を

---

<sup>198</sup> C.E., 12 mai 2010, Fédération départementale des chasseurs de la Drôme, *Rec.*, p. 919 ; C.E., 15 mai 2013, Fédération nationale des transports routiers, *Rec.*, p. 797 ; *A.J.D.A.*, 2013, p. 1876, note Connil.

<sup>199</sup> Ch. Devy, *concl. préc.*, (note 150), p. 466.

<sup>200</sup> *Ibid.*

<sup>201</sup> Par exemple, C.E., 12 décembre 2007, M. Sire, *A.J.D.A.*, 2008, p. 638, *concl.* Guyomar ; C.E., 5 mars 2008, Société NRJ et Société Télévision Française 1, *Rec.*, p. 79, *concl.* Olson ; C.E. Sec., 30 décembre 2010, M. Robert, *A.J.D.A.*, 2011, p. 4 ; C.E., 17 juin 2011, Canal +, *Rec.*, p. 296 ; B. Seiller, *Assez d'AC !*, *A.J.D.A.*, 2018, p. 937 は下級審裁判官による活用の多さを指摘し、適法性の原理からの脱線 (dérives) は受け入れがたいものであると論難する。多く用いられていることの理由の一つには、1997年欧州人権裁判所判決 (C.E.D.H., 19 mars, *Hornsby c/ Grèce* (*supra* note 9)) が認めた判決の執行に対する権利をも挙げている。



なすというものである<sup>202</sup>。AC!判決が、「原則として、ある行政行為の取消は、当該行為が最初から生じなかったものとみなされることを意味する」と切り出し、1925年ロディエール判決の判例法理をまづもって踏襲したことは改めて注目すべきである。遡及取消の原則はなおも一般規範であり続けているのであり<sup>203</sup>、それを覆すのに必要な要件は、既存の法的状況および一般利益への「明らかに過度な」影響という厳格なものとして位置づけられている。いうまでもなく、それは、取消の効力を遡及させないということが過去における違法性の維持、すなわち行政による原状回復義務の（一部）免除を意味するものであり、ひいては越権訴訟の弱体化（*affaiblissement*）につながりかねないからである<sup>204</sup>。すべて遡及的であることがよくないとしても、遡及性の完全な欠如はそれよりはるかに有害なのである<sup>205</sup>。

かくして、取消の遡及効を制限する裁判官の権限は、行政に対する既判事項の権威の例外的コントロール手法として位置づけられることになる<sup>206</sup>。その判断枠組みにつき、確かに、具体的な事案ごとに、一般利益への過度の侵害を裁判官が評価することによって、既判事項の権威が画定されるという解決策は、衡量の論理そのものが孕む理論的問題を避けては通れない<sup>207</sup>。衡量の論理の最大の特徴である個別具体性<sup>208</sup>が、訴訟の過度な文脈化（*contextualisation*）をもたらす懸念は理論的にありうる<sup>209</sup>。しかるに、遡及効の制限における判断構造に対し、必ずしもかかる指摘は当たらないようにも思われる。すなわち、土地収用を本来的領域として発展した費用便益衡量が、事業計画実施で損なわれる諸利

---

<sup>202</sup> R. Chapus, *op. cit.*, (note 13), p. 1103 et s. ; J. Ricci, *op. cit.*, pp. 223-224 ; F. Blanco, *op. cit.*, pp. 515 et 529 ; *G.A.J.A.*, p. 803 ; O. Mamoudy, *op. cit.*, pp. 502-503 ; A.-C. Bezzina, *op. cit.*, p. 737 ; Ch. Devy, *concl. préc.*, (note 150), p. 462 は、欧州司法裁判所においても制限的な運用であることを指摘する。もっとも、例外的地位にとどまることへの批判として、J.-E. Schoettl, *op. cit.*, p. 117.

<sup>203</sup> Ch. Devy, *ibid.*, p. 465.

<sup>204</sup> J.-B. Auby, *op. cit.*

<sup>205</sup> F. Blanco, *op. cit.*, p. 522 et s.

<sup>206</sup> *G.A.J.A.*, p. 807 ; J.-B. Auby, *op. cit.*

<sup>207</sup> S. Pavageau, *op. cit.*, p. 329 ; P. Fraisseix, *La révolution méthodologique du juge de l'excès de pouvoir*, *L.P.A.*, 2005, n° 180, pp. 7-8 ; J.-B. Auby, *ibid.*は、かかる職掌が裁判官にはないという原則は法治国家に由来するものであり、ゆえに、一般利益の考慮の前に既判事項が屈するという法規範は法律——あるいは憲法や国際規範——によってしか定立しえないと結論付ける。

<sup>208</sup> 亘理・前掲注 161、98-99 頁をも参照。

<sup>209</sup> A. Van Lang, *op. cit.*, p. 1065 ; J.-B. Auby, *op. cit.*は、予見可能性の乏しさを指摘する。

益・諸価値が理論的に少なくともオープンであった<sup>210</sup>のに対し、争訟取消の遡及効の制限を正当化する諸利益は限定的といえる。この相違は、前者が事業計画そのものの公益性とそれにより侵害されうる諸利益とを利益衡量するのに対し、後者はあくまでも適法性の原理および実効的な裁判を受ける権利を原則的に保障する仕組みであることに由来するように思われる。事業計画の公益性が事案ごとに変わりうるとしても、適法性の原理および実効的な裁判を受ける権利の価値は理論的に変数とは言い難い。ゆえに遡及効の制限における衡量の論理は、両端を変数とする完全な利益衡量でないのである。それは遡及効の制限を例外的な手段と位置づける限り、正当である。このように解する限り、一般利益の具体的審査は、むしろ一般利益の抽象性の排除として評価されうるように思われる<sup>211</sup>。

## II 有効化法律への牽制

遡及効の制限は、立法による有効化の予防ないし限定という帰結をももたらす<sup>212</sup>。AC!判決の論告もまた、遡及効の制限が有効化法律なしに問題を解決することを可能にする点を強調する。すなわち、

「遡及取消がもたらす不安定的効果が、有効化法律に訴えることを不可避なものとし、同時に、憲法院、コンセイユ・デタ、あるいは破毀院の判例に照らしてそれが容認されうる場合、要するに、取消判決の遡及効の緩和が一般利益のやむを得ない理由を充たす場合にのみ、遡及取消の回避は認められる<sup>213</sup>」。

「裁判官は、ついに、十分な性格であれ、やむを得ない性格であれ、争訟取消の遡及性の遮断を正当化する一般利益が存在するかどうかを、現存のさまざまな利益に照らして評価す

---

<sup>210</sup> 亘理・前掲注 161、217 頁、220 頁。なお、同 131-134 頁によると、事業計画自体が高度の必要性や便益性を具備していれば、それに応じた経費負担も正当化され、逆に、事業実施に要する財政上の負担を理由に収用の公益性や否定されるのは、事業計画自体に高度の必要性や便益性が認めがたい場合のみであるという。遡及効の制限において財政上の利益が専ら否定される傾向が認められるのとは異なる状況を示している。

<sup>211</sup> 裁判官の選択肢による恣意性を排除するために、裁判官はその選択を説明する努力をすべきことを主張するものとして、D. de Béchillon, *Le juge et son œuvre Un an de fabrication du droit administratif dans la jurisprudence du Conseil d'État*, in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 370-371.

<sup>212</sup> Ch. Devy, *concl. préc.*, (note 150), p. 467 ; G.A.J.A., p. 804 ; D. Connil, *op. cit.*, pp. 403-404 ; J. Massot, *op. cit.*, p. 723.

<sup>213</sup> Ch. Devy, *ibid.*, p. 465.

るに至る以上、それを行うのは、裁判官が宣言する取消の効力を画定することのできる時点が望ましいように思う<sup>214</sup>」。

このように、有効化法律が裁判的統制を受けるようになった状況は、有効化の要因そのものにコンセイユ・デタが影響を及ぼさなくてもよいという結論を導かないのである<sup>215</sup>。それでもなお、遡及効の制限が有効化法律に完全に取って代わることはない<sup>216</sup>。遡及効の制限が、行政裁判官の統制に服する行為にしか適用されないこともそうであるが、コンセイユ・デタが遡及効の制限を実施しなかった場合、有効化法律の採用に関する立法者の裁量は残されることになる<sup>217</sup>。

もっとも、有効化法律の統制との関係において、その判断枠組みの接近を見出すことも可能であろう<sup>218</sup>。一方で、実体的要件の構造そのものの類似性が指摘されうる。有効化法律が不可避であり、なおかつ容認されうるものと解されるほど、つまり、第1節でいうところのやむを得ない一般利益の理由が認められるほど、遡及取消の影響が甚大だと判断される場合にのみ、遡及効が制限されうるとする AC! 判決の論告をはじめとする立場<sup>219</sup>に立つならば、遡及効の制限の可否に関わる判断枠組みは、有効化法律の可否に関わる判断枠組みに接近することになる。したがって、有効化法律の審査と類似の基準を用いるのならなおのこと、裁判官による遡及効の制限があった場合には、立法府の介入はもはや正当化されないことになろう<sup>220</sup>。他方で、一般利益の具体的評価に関する共通性をも指摘しう

---

<sup>214</sup> *Ibid.*, p. 468.

<sup>215</sup> *G.A.J.A.*, p. 801.

<sup>216</sup> *Ibid.*, p. 808.

<sup>217</sup> N° 2006-544 DC du 14 décembre 2006, *Rec.*, p. 129 ; *J.C.P.*, 2007, Actu. p. 1, note Mathieu ; *R.F.D.A.*, 2007, p. 134, note Schoettl.

<sup>218</sup> Ch. Devy, concl. *préc.*, (note 150), pp. 464 et 467 からは、遡及効の修正を裁判官の職責とすることを「よき裁判の運営 (une bonne administration de la justice)」の利益に基づくものと解する点においても、有効化法律の統制における欧州人権裁判所との共通点を見出しうる。第3章注 218 をも参照。

<sup>219</sup> F. Blanco, *op. cit.*, p. 210 et s. 一般利益の保護に正当性を見出す共通点は、両者がいずれも取消の余波を防ぐという同一の機能を有していることから説明できるとするものとして、O. Dubos et F. Melleray, *op. cit.*, p. 14.

<sup>220</sup> D. Connil, *op. cit.*, p. 404 ; Cf. M. Vialettes, A. Sourrèges et A. Bobineau-Israël, Les temps de la justice administrative, in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 840, note 22. なお、伊藤・前掲注 15、290-291 頁は、欧州人権規約 6 条との関係において有効化法律と遡及効の制限とを統一的に理解することを将来的な課題として挙げている。

る。例えば、一般利益の説明において前述した通り、財政上の利益のみに基づく遡及効の修正の拒否を、有効化法律の合憲性審査からの示唆を得たものと解する論者もいる<sup>221</sup>。

### III 全面審判裁判官との接近

AC!判決のインパクトは、さらに広く解されうる。その最たるものは、越権裁判官と全面審判裁判官の区別の消滅を説く。すなわち、処分後の状況の変化をも考慮に入れるようになっているという意味において、あるいは全面審判裁判官を特徴づけてきた変更権限 (pouvoir de réformation) を越権裁判官に付与したという意味において<sup>222</sup>、裁判官の職責に差異はなくなったとも言われるのである<sup>223</sup>。これは、私人の主観的権利の考慮ないし確定への傾斜といういわゆる越権訴訟の主観化 (subjectivisation)<sup>224</sup>として語られることもある。

もつとも、かかる論旨には次のような批判も可能である。一方で、処分後の状況の考慮は、あくまでも判決の効力の帰趨に関わる審理でなされるのであり、違法性審査の段階では原則を維持している<sup>225</sup>。コンセイユ・デタによる違法性審査の段階と、取消の効力の判断の段階との峻別を重視するならば、違法性審査の段階における変化とみることは必ずしも的確ではない。他方で、必ずしも時期的効力の修正は変更権限の付与とは言えず<sup>226</sup>、たとえみなしうるとしても、遡及効の制限の権限が極めて例外的なものであることにより、越権裁判官の原則的な権限として変更権限が認められたとまではいえない<sup>227</sup>。遡及効の制限の局面から越権訴訟と全面審判訴訟の相対化を確かに認めうる一方で、区別の維持を主張しつつも、区別の基準を裁判官の権限に固執する必要はなく、作用 (fonction) による区別がありうるという論を展開する者<sup>228</sup>、従来通り裁判官の権限に基づく区別を主張する者<sup>229</sup>、職責に基づく新たな区別を提示し、それにより裁判官の職責の過度な拡大を抑制し

---

<sup>221</sup> A.-C. Bezzina, *op. cit.*, p. 740 et note (68).

<sup>222</sup> O. Dubos et F. Melleray, *op. cit.*, p. 15 は、AC!判決が裁判官の職責を語る判決理由において、越権訴訟という表現を用いなかったことは驚くべきことであると指摘する。

<sup>223</sup> C. Landais et F. Lenica, *chron. préc.*, (note 150), p. 1187.

<sup>224</sup> Par exemple, A. Van Lang, *op. cit.*, p. 1080 ; P. Fraisseix, *op. cit.*, pp. 4-5.

<sup>225</sup> この点は、アンジヨンクシヨンの審理過程における正当化と同じロジックといえる。

<sup>226</sup> J.-E. Schoettl, *op. cit.*, p. 117.

<sup>227</sup> Cf. Ch. Devy, *concl. préc.*, (note 150), p. 468.

<sup>228</sup> F. Blanco, *op. cit.*, p. 572 et s.

<sup>229</sup> S. Boussard, La classification des contentieux à l'épreuve de la métamorphose du juge de l'excès de pouvoir, in G. Bigot et M. Bouvet (dir.), *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Litec-Lexis Nexis, 2006, p. 326 et s.

ていくべきという者<sup>230</sup>など、学説はなおも混とんとした様相を呈する。デュギー、オーリウ、果ては21世紀の学者による、ラフェリエールの訴訟類型に対する挑戦が、いずれも徒勞に終わっていることが近時改めて指摘されているところでもある<sup>231</sup>。

### 第3款 第2節のまとめ

20世紀あるいはそれ以前から、取消判決の効力の大前提として絶対的地位を獲得していた遡及的効力は、とりわけ20世紀後半以降、その強力な影響に鑑みて、いくらかの緩和を要請されるようになる。2004年のAC!判決は、明文の根拠なしに、行政裁判官の職責であるとの基礎づけによって、裁判官による遡及効の制限を認めるに至った。

かかる変化の中には、行政の職掌にあった判決の帰結を引き出す行為を、裁判官が自ら引き受けるという第3章で確認した法状況を再び見出しうる。越権裁判官は、行政に対する取消判決の既判事項の権威のコントロールを、さらに事前の段階において、行うことができる。遡及効は、取消判決後の行政の行為規範の必要条件ではないとはいえ、その広狭を決定づける一要素に他ならない。越権裁判官は、既判事項の権威の具体的内容を決定づける取消の遡及性をも、行政による既判事項の権威の尊重のための手段と捉え、柔軟に効力を画定していくことをも手中に収めている。そこには、判決の効力を画する局面を違法性審査の局面から切り離すことによって、越権訴訟の法理論の整合性を確保しようとするフランスの判例・学説の営為を見出すことができる。かかる例外的権限の行使の適正さを担保するのは、自らに対する統制規範と位置づけられた一般利益であり、その具体性および現実性こそ、適法性の原理と実効的な裁判を受ける権利に支えられた遡及効の帰趨を左右することになる。

---

<sup>230</sup> D. Truchet, *op. cit.*, (note 160), p. 661.

<sup>231</sup> *Ibid.*, p. 657.

## 小括

本章では、越権訴訟における既判事項の權威に関わる最も現代的な変化をつかみとることを試みた。改めて、本稿の問題意識、すなわち、行政に対する既判事項の權威の具体的内容およびその統制、さらにその理論的基盤という視点に立ち返り、内容を整理する。

まず、既判事項の權威に関するコントロール手法の複層化が著しい。一方で、判決に基づく行政の執行を免除する立法に対して、国内行政裁判所、憲法院、欧州人権裁判所が、条約及び憲法に照らした適法性審査を行いうる（第1節）。法律の変更を理由にした再処分や不整合処分の維持までもが、裁判所によりサンクションされることになったのである。他方で、コンセイユ・デタは自ら判決に基づく行政の執行を免除しうる権限、すなわち遡及効の制限を、例外的にであれ、自らのものとしたともいえる（第2節）。有効化法律の統制が、ある判決ないし訴訟に対する立法府のリアクションへの応答という意味において、なおも事後的な性格であるのに対し、後者は、明らかに取消を言い渡す時点という意味において、事前的なコントロールであり、既判事項の權威の具体的内容を縮減する行為とも見うる。しかし、ここでも、なお取消判決の執行という局面を、コンセイユ・デタは放棄しない。違法性審査とは別の次元における判決の効力の画定という論理をもって、伝統的な違法性判断の構造との整合性を確保しようとしている。このように、立法への統制と取消の効力の制限は、既判事項の權威ないし判決の執行という視角において、地続きである。であるからこそ、それぞれにおける裁判官の判断を合わせ見ることも可能であり、また正当に思われる。

そこで、有効化法律の統制と遡及効の制限における判断を照らし合わせるならば、次の二点を指摘することができよう。一方で、有効化法律を正当化し、あるいは争訟取消の遡及効の制限を正当化するものは、具体かつ現実の権利利益侵害でしかない。このことは、第3章までの行政裁判官による判決の執行に係る統制において見られた適法性の原理により侵害されうる権利利益の考慮が、立法に対する統制ないし事前の効力の修正の局面においても用いられていることを意味している。他方で、遡及的な争訟取消の宣言という裁判所の判断の權威を基礎づけるのは、権力分立原則であり、それに支えられた適法性の原理であることと同時に、公正な裁判を受ける権利ないし実効的な裁判を受ける権利もまたそれを基礎づけるものであることが、判決文において明示された。かかる私人の権利保護は、前二者によってこそ具現化するとしても、裁判的統制の発展の契機は、——とりわけ有効化法律の統制に関しては——裁判官に対する権利の登場に見出すべきであろう。既判事項の權威を基礎づける権利利益として、私人の訴訟手続上の権利が位置づけられうるということは、これまでのフランス法において見られなかったものである。しかるに、かかる権利の射程はなおも限定的なものにとどまっている。一方で、欧州人権規約およびフランス憲法に支えられた裁判官に対する権利は、専ら既判事項の効力に反する「立法行為」

から保護されうる。他方で、裁判官が例外的に行政行為の遡及取消を制限しうる場面に目を転じてみても、他の係属中の訴訟における訴訟当事者の実効的な裁判を受ける権利でなく、当該訴訟における当該権利がいかなる性質のものであるかは未だに不明と言わざるをえない。なによりも、本来的な裁判的統制である行政の執行措置にかかる局面において、実効的な裁判を受ける権利がいまだ語られていないことが改めて想起される必要がある（第2章、第3章参照）。かくして、裁判的統制の強化をもたらしたはずの私人の主観的権利の限界は、逆説的に、既判事項の権威を基礎づける法理念の存在を浮き彫りにしているようにも思われる。

## 終章

取消判決によって、なぜ、そして、いかなる法的義務を行政が負い、それをいかにして担保しうべきか。本稿の課題はかかる問いに対するフランス法の答えを解明することであった。本章では、本稿全体を敷衍しながら、その答えを明らかにしていく。なによりもまず、フランス越権訴訟における行政に対する既判事項の権威の最も正当化する理論的基礎は、適法性の原理であった（第1款）。かかる基礎づけのもとで導かれた具体的内容は、不作為義務、作為義務、立法に係る義務の三つの視角から整理することができよう（第2款）。そして、それは、多彩な統制主体によって担保されていることになる（第3款）。

### 第1款 正当化論理

前章までの分析が明らかにするのは、なによりもまず、行政に対する越権取消判決の既判事項の権威を法的に基礎づけてきた要素は、「適法性の原理（*principe de légalité*）」であったということである（第1項）。訴訟法的構成——適法性の原理の要請——と、実体法的構成——権利義務の保護の要請——という対置に基づくならば、専ら後者により、取消判決後の行政の行為規範の統制を論じてきた我が国の議論状況に、もうひとつの法的把握の仕方が示される。もっとも、私人の主観的権利が越権訴訟において等閑に付されていたわけではない。ここでは、既判事項の執行の視角からこの点の議論に触れる（第2項）。

### 第1項 適法性の原理

19世紀末に生じた既判事項の権威の後退と、判決時の裁判官の権限の縮減という法現象を克服すべく、20世紀初頭のコンセイユ・デタは、既判事項（*chose jugée*）を上位規範、すなわち行政の行為が適合すべき“法”と位置づけるに至る（第2章第1節）。それは、既判事項の違反が法律違反と同視されるからに他ならない<sup>1</sup>。同時期に進められていた越権訴訟の審査対象としての行政の行為の拡張は、法適合性審査の射程を広げることに寄与することになる。かくして、フランス越権訴訟の実効性の担保に向けた法的統制は幕を開ける。学説は、しかるに、まさしく越権訴訟を基礎づけていた適法性の原理の“フィクション”を、実践的な思考から糾弾する（第2章第2節）。それにもかかわらず、1980年代以降に制定された法制度に基づく裁判的統制が、なおも適法性の原理による正当化を選び取ったことは再度注目されるべきであろう。結局のところ、1995年法をもって、既判事項の権威に基づく行政の義務がより広く、より強く課されることの理論的根拠は、越権訴訟は行政による適法性の尊重を本質的に目的とするのだというフィクションに求められたのであ

---

<sup>1</sup> *G.A.J.A.*, p. 78.



る（第3章）。フランス法は、19世紀末に既判事項の権威と裁判官の権限を局限せしめたひとつの法概念すなわち越権訴訟と全面審判訴訟の区別をなおも維持したまま、しかし前者の真髓であるところの適法性の原理によって、既判事項の権威とそのため裁判官の権限を発展させたことになる。かかる適法性の原理の貫徹はその論理的帰結として、原告の実体法上の権利利益の救済を保障する。近時のヨーロッパ法理論は、原告の権利の新たな側面に光を当てたものであった（第4章）。訴訟手続法上の権利としての実効的な裁判を受ける権利がそれである。フランス人権宣言16条、欧州人権規約6条1項から導き出されたかかる権利は、有効化法律の統制および争訟取消の遡及効制限の局面に制限されるものの、適法性の原理の保障によるコロラリーのひとつに位置づけられることになる。

かくして、本稿は、フランス越権訴訟をまさしく特徴づける「適法性の原理」の貫徹が、——原告適格や訴訟物の局面のみならず——越権取消判決の執行の局面をも、強く規定し続けてきたことを明らかにしたものと位置づけられうる。既判事項の権威に関わる、現代的で実際的な問題がいかに生じてこようとも、それに対する理論的な応答を、フランス法は適法性の原理という土台の上で試みてきた。ここから我々は、フランスにおける適法性の原理のある種の強かさを改めて感知させられる<sup>2</sup>。

他方で、かかる適法性の原理の貫徹というロジックを可能にするのは、M. オーリウに由来するフランス行政法特有の思考枠組みであるようにも思われる。それこそ、判決の「執行（exécution）」概念に他ならない。すなわち、フランス行政法に息づく「手続的思考<sup>3</sup>」がこの概念の基底にもあるように思われるのである。周知の通り、フランス法では、行政決定が「執行的決定（décision exécutoire）」と表記されることがあるように、行政行為とその執行作用（opération d'exécution）とを峻別する思考がかねてより存在する。両者は、時間的・段階的に連続した二つの要素への分解でありながら、それ自体一つの複合的な行政作用（opération administrative）のうちにあるものとされる<sup>4</sup>。行政行為（とりわけ一方的行政行為）が、しばしば裁判判決とパラレルに捉えられることに鑑みれ

---

<sup>2</sup> F. Blanco, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, thèse, Aix-Marseille : PUAM, 2010, p. 578.

<sup>3</sup> 橋本博之『行政法学と行政判例——モーリス・オーリウ行政法学の研究』（有斐閣、1998年）44頁。

<sup>4</sup> 亘理格『行政行為と司法的統制——日仏比較法の視点から』（有斐閣、2018年）105頁〔初出、1984年〕。オーリウによる複合的な行政作用の概念の展開につき、同104頁以下参照。

ば<sup>5</sup>、行政は自ら発出した適法な行為を適用しなければならない<sup>6</sup>ように、裁判官の判断を行政は執行しなければならないと解すること<sup>7</sup>は必ずしも論理的に破たんするものではない。実際に、本稿で示したコンセイユ・デタの判断の背後にも、このような判決と執行措置の連続的なきし峻別される関係が意識されているように見える。一方で、コンセイユ・デタは判決の「執行」の局面であることを強調し、判断の基準時（第3章第1節）や、違法判断そのもの（第4章第2節）との断絶を正当化し、他方で、「判決」の執行であることを強調し、既判事項の客観的範囲に厳に拘束される立場を堅持することで緊密な連関を確保するのである（第3章）。このように、仮に執行的決定とパラレルに捉えることが許されるとしても、裁判官の判断は、行政が自らが打ち立てた規範<sup>8</sup>ではないという相違は残る。もう一つの道具立てが必要である。執行と結びつくあらゆる判決ではなく、本稿の考察対象であるところの越権訴訟の取消判決を念頭に置くならば、それは、適法性審査の実体判断という点に求めるよりほかにないように思われる。ひとつの複合的な作用としての判決と執行という連関が、取消判決を基礎づける適法性の原理を、続く執行段階にまで貫徹させることを可能にし、かつ適法性の審査という性質が行政による判決の執行を正当化しうるともいえよう。そして、かつて行政に委ねられていた執行の局面に対し、裁判官の介入を認めていく過程は、本稿の描き出したフランス法のひとつの側面でもある（後述第3款）。

## 第2項 主観的権利の位相

適法性の原理を理論的基礎として、取消判決後の行政の行為規範を導くフランス法のありようは、実体法的思考を彫琢してきたドイツ法との比較において、とりわけ際立った存

---

<sup>5</sup> オーリウは、一方的行政行為を「判断された事柄の権威（*autorité de chose décidée*）」と呼び、既判事項の権威と対置する。判断された事柄の権威は既判事項の権威よりも弱いものの、行政行為に私的行為に与えられるよりも強力な、公権力に特徴づけられる効力が付与されると説明される（D. Truchet, *Droit administratif*, 6<sup>e</sup> éd., PUF, 2015, pp. 241-242）。J. リヴェロ著、兼子仁・磯部力・小早川光郎編訳『フランス行政法』（東京大学出版会、1980年）109頁はヴェデルもまた同じような対比を用いたことを紹介したうえで、「既決力（*autorité de chose décidée*）」と訳出している。なお、留保裁判時代に裁判判決と行政行為の同一視があったことは第1章で述べた通りである。

<sup>6</sup> D. Truchet, *ibid.*, p. 242.

<sup>7</sup> A. Perrin, Le pouvoir d'injonction du juge administratif, La loi du 8 février 1995, vingt ans après, Au-delà du cadre législatif initial : le pouvoir d'injonction en dehors de la loi 8 février 1995, *R.F.D.A.*, 2015, p. 644.

<sup>8</sup> *Ibid.*

在となる。ここでは、フランス法における主観的権利の位相（Ⅰ）とその比較法的意義（Ⅱ）を考察する。

## Ⅰ フランス法における実体法概念

フランスにおいて行政に対する既判事項の権威の問題の主たる地位を占めるのは、原状回復の問題であった（第2章第1節第2項）。そして、フランスの独自性が光るのもまたこの局面である。すなわち、ドイツにおける原状回復義務が、実体法上の請求権としての結果除去請求権を訴訟上行使することを要件に、行政の原状回復義務が結果的に生じるという構成をとる一方<sup>9</sup>、フランスにおける原状回復義務は、行政による取消判決の執行として構成され、直ちに私人の主観的権利（droit subjectif）それも結果除去請求権のような抽象的権利を発生させるわけではない<sup>10</sup>。執行に際し、第三者の権利に対する侵害が問題となった場合、取消判決が本来有するはずであった原告の権利を回復させるものであるかどうかを基準として、肯定されたならば、原告の権利の回復を優先させ、第三者の権利に対する侵害を認めるという構成をとる（第2章第1節第2項）<sup>11</sup>。取消判決が直截的に、いわば原則的な抽象的原状回復義務を導出し、実体法規範がそれをより具体化し、他の具体の権利利益がそれを制限する要素として働きうるということもできよう。

他方で、越権訴訟の主観化が語られることも事実である。アンジョンクシオン権限の法定化や遡及効の修正を前に、今日の越権訴訟が、ドイツ法のような抽象的権利としての請求権に基づくものでないとしても、行為に対する訴訟から、行政と私人間の訴訟へと移行しているのではないかと指摘されている<sup>12</sup>。しかし、既判事項の権威をめぐる判例法理の

---

<sup>9</sup> 我が国の原状回復義務および不整合処分取消義務の根拠についても、かかる構成として解釈すべきと主張するものとして、高橋滋・市村陽典・山本隆司編『条解 行政事件訴訟法〔第4版〕』（弘文堂、2014年）685頁、677頁以下〔興津征雄執筆〕。

<sup>10</sup> たしかに、仮に実体法上の原状回復請求権を発生させたとしても、訴訟上主張する途が、行政事件・民事事件の峻別、行政事件における給付訴訟の欠如によってかなり狭められていることもその一因であること、しかし、日本のように民事訴訟または当事者訴訟の途が広く開かれているからといって、それで問題が解決するわけではないことは、夙に指摘されている。参照、小早川光郎「取消訴訟の拘束力——越権訴訟における取消の観念に関する一考察——」同『行政訴訟の構造分析』（東京大学出版会、1983年）216頁、注(31)〔初出、1976年〕。

<sup>11</sup> なお、原告が越権訴訟の提起の前に、原状回復を行政に請求するのは、予先の特権（*privilege du préalable*）すなわち決定前置主義というフランス法理の論理的帰結にすぎない。

<sup>12</sup> ラフェリエールの定式につき、第1章第2節参照。アンジョンクシオンとの関係でかかる指摘をするものとして、par exemple, Y. Gaudemet, *Reflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif*, in *Le pouvoir. Mélanges en l'honneur de Geroges Burdeau*, L.G.D.J., 1977, p. 821. フランスを含めた欧州各国においても同様の指摘が可能であることを示すものとして、M.

展開を考察した本稿の結論は、これに与するものではない。20世紀前半からの古典的判例法理は、適法性の審査たる越権訴訟によるコントロールを発展させ（第2章第1節）、1980年以降の法制度もまた権利の存否を正面から判断する仕組みを採用しなかったのである（第3章第2節）<sup>13</sup>。取消判決の執行措置の判断は、越権訴訟における審理の延長として導き出されている。加えて、有効化法律の統制や遡及効の修正で登場した新たな原告の権利は、なおも副次的要素にとどまっている（第4章）。あくまでも、原告および第三者の権利利益は、具体の義務の導出における考慮要素である（後述第2款）<sup>14</sup>。かくして、取消判決後の行政の行為規範を正当化するのは、抽象的な請求権の行使でも、具体の権利実現の要請でもなく、違法な処分取消の帰結としての適法性の回復である<sup>15</sup>。このことは、フランス法の思考モデルが実体法的構成ではなく、訴訟法的構成によることを示唆している。判決の執行義務は、私人の権利から導かれるものではない。であるからこそ裁判所は、行政の執行措置を、固有の瑕疵を審査することなく、またそれを争う私人の利益を厳格に判断することなく、取消判決のまさに帰結として取り消すことができるのである<sup>16</sup>。

---

Fromont, *La justice administrative en Europe : différences et convergences*, *R.F.D.A.*, 2008, p. 269 et s. 越権訴訟の各局面を横断的に分析し、主観化を指摘するものとして、J. Sirinelli, *La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir*, *R.F.D.A.*, 2016, p. 529.

<sup>13</sup> 小早川光郎「フランス行政訴訟における“指令”について」北村一郎編集代表『現代ヨーロッパ法の展望』（東京大学出版会、1998年）453頁は、行政に対する当事者の権利を認定することと、裁判所の行政に対するアンジョンクションは異なると指摘する。

<sup>14</sup> もとより、越権訴訟の主観化や全面審判訴訟との相対化の指摘は新しいものではない。一方で、19世紀から続く権利実現のための差戻し（第1章参照）の性質が問題とされ、他方で、デュギー、オーリウをはじめとする多くの学者がラフェリエールによる区別に挑んでは散っていたのである。Cf. F. Blanco, *op. cit.*, p. 443 et s. ; D. Trucher, *Office du juge et distinction des contentieux : renoncer aux « branches »*, *R.F.D.A.*, 2015, p. 657. 我が国においても同様の指摘が、橋本博之『行政訴訟改革』（弘文堂、2001年）61-107頁においてなされている。

<sup>15</sup> J. Massot, *Portée et conséquences de l'annulation par le juge d'un acte administratif*, *E.D.C.E.*, n° 31, 1979-1980, p. 111 が、裁判官による行政行為の取消の射程（portée）と帰結（conséquence）を検討する際の軸として、「裁判官の権限（les pouvoirs du juge）」「行政の義務（l'obligation de l'administration）」「第三者の権利（les droits des tiers）」に分類していたことは示唆的である。

<sup>16</sup> なお、既判事項の違反に基づく賠償責任においても、このことは妥当する。すなわち、役務のフォートに基づく賠償責任において、原則として、公役務の瑕疵なき運営への権利は、行政に課せられる義務の裏返しな結果でしかないのであり、被害者の権利に対する侵害は役務のフォートの判断基準ではなく、損害の規模の確定の基準である（参照、津田智成「フランス国家賠償責任法における役務のフォート認定の基準と方法（2）：国家賠償法1条1項の責任原理との比較の視点から」北大法学論集 68巻5号（2018年）14頁以下）。既判事項の違反に

## II 相対的視座としてのフランス法

以上のようなフランス法理論が我が国の法解釈にとって有益たりうるのは、訴訟法的構造と実体法的構造に基づく議論が、訴訟の“出口”において欠けていたことに由来する。取消訴訟を「訴訟法的構成」と「実体法的構成」に区別する思考<sup>17</sup>は、専ら訴訟の目的、あるいは訴訟の対象すなわち争われている法的問題の性質の観点に基づく認識論的（体系化）的志向によるものと、原告の地位ないし処分性の拡大を目指した実践的志向によるもの<sup>18</sup>に分類しうるが、いずれも具体的に問題とされてきた解釈論の局面は、いわば訴訟の“入口”に関わるものといえる。このように、とりわけドイツ法に基づく取消訴訟における原告の地位の議論を土台に、実体法的思考の定位と意義の解明が試みられてきた一方で、訴訟の“出口”に位置づけられる判決の効力ないし判決後の行政の行為規範の問題として、上記区別をもひとつの軸にして、論じられることはなかったように思われる<sup>19</sup>。しかしながら、行政裁量審査や、理由の差し替え、判決の効力とりわけ拘束力および反復禁止効等、多岐にわたる論点の理解において、実体法的思考とその他の思考とをどの程度機能させるかは、ひとつの理論的問題たりうる<sup>20</sup>。

かかる意味において、フランス法はひとつの相対的視座をもたらす。フランス越権訴訟が“出口”においてもなお、訴訟法的構造を貫き、ドイツや日本でいうところの義務付け訴訟の機能をも包含していることは、改めて注目に値するといえよう。

### 第2款 具体的内容

---

基づく損害賠償が役務のフォートにもとづく限りにおいて、サンクションの基礎に据えられているのは原告私人の主観的権利ではなく、適法性すなわち既判事項を尊重する義務である。

<sup>17</sup> 参照、村上裕章「越権訴訟の性質に関する理論的考察（二・完）」九大法学 58号（1989年）276頁。

<sup>18</sup> 例えば、村上・前掲注17、273頁以下、小早川光郎「取消訴訟と実体法の観念」同『行政訴訟の構造分析』（東京大学出版会、1983年）200-202頁〔初出、1973年〕等。

<sup>19</sup> ドイツの原状回復義務の議論に照らし、日本の原状回復義務を実体法上の義務と解する論者が多いことはひとつの実体法的思考とみることもできる。

<sup>20</sup> 太田匡彦「抗告訴訟における実体法の観念——あるいは行政法における実体法の観念、その現況」小早川光郎先生古稀記念『現代行政法の構造と展開』（有斐閣、2016年）260-261頁。なお、私権および私権を確定する民事訴訟手続を過度にモデル化することへの注意を促すものとして、仲野武志「取消訴訟の存在理由」同『法治国原理と公法学の課題』（弘文堂、2018年）262頁〔初出、2015年〕。

もつとも、適法性の原理という理論的基礎を選び取ったことが、論理必然的に、解釈論上の何らかの帰結を導くわけではなく、二元的対立の図式的な適用は、具体の解釈論にとり適切ではないとも言われる<sup>21</sup>。他面において、理論的基礎の選択が特定の解釈論の理論的説明を容易にしたり、何らかの実践的意義を果たしうることも否定すべきではない<sup>22</sup>。したがって、求められるのは、フランス越権取消判決の執行の問題において、いかなる規範的内容を適法性の原理が導き出してきたのか、またいかなる方法でそのような規範的内容が貫徹されてきたのかを描き出すことであろう。そこにおいて初めて、正当化論理の相違が、解釈論上の相違といかに関連しうるかを議論することが可能になるからである。かくして、ここでは議論の土台として、まず、前者すなわち規範的内容のフランス的特徴を明らかにしていくことにしよう。

### 第1項 反復行為の禁止

行政は、既判事項の権威に反する行為をなしてはならない。このごくシンプルな規範こそ既判事項の権威のひとつの内容である。したがって、法令上の理由ないし事実上の理由の変更に基づく再処分は許される。他方で、行政立法を中心に、既判事項の権威を免れることを専らの目的とする行為に対しては、権限濫用にに基づくサンクションが控えているというのがフランス法のひとつの特徴であった（第2章第1節第1款）。しかしながら、再度注目すべきは、フランス法において既判事項の客観的範囲は極めて原則に忠実に、厳格に解されているということであろう（第3章第1節をも参照）。学説においても、我が国やドイツで活発な既判事項の客観的範囲の拡張の議論は見当たらない。であるからこそ、反復行為の禁止に係る判例法理は原状回復に係るそれと比べ、古典的ともいいうる状況を

---

<sup>21</sup> 参照、小早川・前掲注18、6頁、村上・前掲注17、240頁以下、須田守「取消訴訟における『完全な審査』（五・完）」法学論叢178巻6号（2016年）35頁以下。さらに言えば、実体法と訴訟法の対置に基づく理解を選択することが常に論理必然的な要請であるかどうかは別の問題としてありうるようにも思う。この点、コンセイユ・データを中心とした行政裁判所がフランス行政法の形成に重要な役割を演じたフランスと、学説による取消訴訟制度の体系的理解に際して実体法的思考が導出され、民事訴訟と平行に行政訴訟をとらえようとしたドイツとの差異に鑑みるに、前者における実体法観念の意義については、さらなる検討が必要であろう。フランス、ドイツの法形成上の背景につき、参照、小早川光郎『行政法 上』（弘文堂、1999年）21頁以下、同・前掲注18、134頁、198頁。

<sup>22</sup> 例えば、フランス越権訴訟の客観訴訟論が、訴えの利益の拡大、越権訴訟の裁判性と対世効の整合性を理論的に説明することによって、越権訴訟の提訴要件を緩和する方向に働いたことを論証するものとして、参照、伊藤洋一『フランス行政訴訟の研究——取消判決の対世効——』（東京大学出版会、1993年）84-119頁、阿部泰隆『フランス行政訴訟論』（有斐閣、1971年）〔初出、1968年〕56頁以下。

呈している。ここには、原告の早期の権利救済や紛争の早期解決という視角以上に、越権裁判官による適法性の審査の帰結という視角が強く看取される。その限りにおいて、以上の客観的範囲に係る厳格な態度は理論的に一貫したものである<sup>23</sup>。行政により主張しえた事由に基づく再処分の遮断等の要請は、審理過程の問題に解消されているように思われる。

## 第2項 原状回復

行政は、既判事項の権威に抵触する行為の禁止のみならず、それに基づく執行措置の履践という積極的な義務をも負う場合がある。フランス法での主たる問題は、この内容の確定とその担保の仕方であったといっても過言ではない。まずもって、行政は、原状回復請求権のような原告の権利を介することなく、処分のやり直しおよび不整合処分の取消が義務づけられる。後者が結果としての取消というフランス特有の極めて簡潔な理由に基づく取消判決の対象となりうるように、いずれにおいても、違法な執行措置は、固有の瑕疵を審査することなく、先行判決の理由を改めて適示することなく、取り消されうる。適法性の原理を理論的基礎とする訴訟法的構成は、逆説的に、原告の権利保護を実現しているともいえる。

処分のやり直しが既判事項の権威に照らした判断に尽きるのに対し、不整合処分の取消はより複雑である。すなわち、関連性の審査、期間の審査、権利利益の審査をクリアしない限り、結果としての取消は実現されない。1995年法は、かかる審査に変化をもたらすことになる。一方で、同法の運用において、関連性の審査を緩やかに解されうる。このことは、行政の義務の拡大を意味している<sup>24</sup>。他方で、後二者の審査の厳格化もうかがえる。確定的となった第三者の権利利益を侵害することはもはや許されず、かつて強力に保護されていた公務員のキャリアの権利もその限りにおいて制限される傾向にある。かかる判例の変化は、問題となる権利利益の具体化により説明できるように思われる。すなわち、具体のかつ現実の権利利益が侵害されえない限り、適法性の原理に基づく既判事項の権威を崩すことはできないのである。公の工作物不可侵原則の修正は、抽象的な一般利益の侵害による違法性の維持を許さないことを意味し、事務負担の増加といった事実上の利益は正

---

<sup>23</sup> この点に関わるドイツおよび我が国の議論の抱える難点の指摘を含め、精緻に分析した先行研究として、参照、興津征雄『違法是正と判決効——行政訴訟の機能と構造』（弘文堂、2010年）14頁以下。序章注35をも参照。

<sup>24</sup> 日本の裁判実務において、行政が関連性を狭く解そうとする傾向が指摘されていること（阿部泰隆「取消判決の拘束力による不整合処分の取消義務に関する一事例——在留期間更新不許可事案について——」原田尚彦先生古稀記念『法治国家と行政訴訟』（有斐閣、2004年）162頁）に鑑みるに、フランスの法状況は示唆的である。

当な理由とはみなされない<sup>25</sup>。また、財政上の利益に基づく正当化もかつてより厳格に審査されている<sup>26</sup>。逆に、具体のかつ現実の権利利益の侵害である場合には、過度な侵害を極力回避する姿勢がうかがえる。第三者もまた有するところの通常のキャリアの権利への侵害や命令制定行為の取消に基づく法的空白による多数者の不利益の回避はこのように正当化しうる。具体の権利利益が必要とされるのは、不整合処分取消をも含めた原状回復措置を具体的に明確にするためには、具体的な審査を要するからに他ならない<sup>27</sup>。かつてフランスでは、原状回復の問題を「フィクション (fiction)」と「現実 (réalité)」の緊張関係として主題化することがしばしばあったが<sup>28</sup>、本稿でとりあげた判例法理の展開は、両者を法的なタームにより精緻化し、より説得的な均衡のあり方を模索してきたことを如実に物語るものである。

### 第3項 義務を免除する立法の禁止

回復行為を可能とするため、あるいは原状回復を免れるための有効化法律という手段は、今日、行政の有する伝家の宝刀ではもはやない。統制主体は、欧州人権裁判所、憲法院、コンセイユ・デタを含めた国内普通裁判所にまで広がっている。それは、裁判官の対話にも背景とした、審査の厳格化をもたらすことになる。原状回復義務に係る判例あるいは遡及効の制限に係る判例と同様に、審理過程では、一般利益の具体性、現実性が問われ、財政上の利益は必ずしもやむを得ない一般利益を構成するものではない。かかる変化をもたらしたのは、訴訟当事者の裁判官に対する権利が有効化法律を制限する権利利益に位置づけられたことにあるといっても過言ではない。立法行為に対する事案においてこそ、既判事項の權威を基礎づける私人の訴訟手続上の権利が最も機能しているともいえる。

### 第3款 統制の仕組み

以上のように適法性の原理によって基礎づけられた具体的内容を、行政が適正に履行するよう、フランス法はさまざまな主体をそのコントロールの主体として位置づけた。フランス法を特徴づけるのは、争訟裁断機関としてのコンセイユ・デタ（行政裁判所）と活動

---

<sup>25</sup> *E.D.C.E.*, n° 64, 2013, p. 158.

<sup>26</sup> *Ibid.* 公の工作物不可侵原則を支えていたひとつの正当化理由も財政上の利益であった。

<sup>27</sup> Cf. A. Perrin, *L'injonction en droit public français*, thèse, Éd. Panthéon-Assas, L.G.D.J., 2009, p. 405.

<sup>28</sup> Par exemple, P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, thèse, Pedone, 1952, p. 10 ; J. Massot, *op. cit.*, p. 123.



行政の緊張関係と、いわば諮問ないし相談機関としてのコンセイユ・デタ（行政裁判所）と活動行政の協調関係という二重構造である。本章の最後として、前者としての裁判的統制（第1項）と後者に位置づく行政的統制（第2項）に分けた総括をし、コントロール手法の全貌を振り返る。

### 第1項 裁判的統制

今日、既判事項の執行に対する裁判的統制は極めて多角的である。しかし、いずれの裁判官も、その判断の基底を共有しているというべきであろう。彼らは、一方で、既判事項の厳格な適用により行政が禁じられた射程内に踏み出す行為をなしていないかを審査し、他方で、適法性の原理に基づく既判事項の権威が、他の尊重すべき権利利益を侵害しえないかを思案する。繰り返し述べている通り、フランス法がその均衡を議論し、かつ変化させてきたのは后者であり、その点に関する裁判官の判断の変遷は次のようなものであった。

一方で、適法性の原理を貫徹する志向は三つの指標から窺い知ることができる。まず、裁判的統制の時期である。改めて想起すべきは、19世紀末においては、執行の局面を完全に行政に委ねていたということであろう。判決を執行する職責は行政の管轄とされたのである。20世紀前半のコンセイユ・デタは、しかし、その管轄を一部自らに認め、事後的に行政の行為の適法性を審査することを開始する。それから1世紀近くを経て制定に至った1995年法律は、取消判決の時点において、しかるべき執行措置を裁判官が事前に、特定することをも認めた。ここにおいて、判決の執行の管轄は裁判官と活動行政の共有となったともいえよう。加えて、裁判的統制の対象の拡大が確認される。行政の個別処分はもとより、その命令においても、目的審査という視角からのサンクションが果敢に行使された。そして、処分の法的理由の最も根本的な根拠法条たる法律をも、今日、国内外の裁判所が審査を加えているのである。最後の指標は、越権裁判官の権限の拡大にある。道徳的権威にとどまっていた19世紀末はさておき、20世紀以降においても、長い間越権裁判官の職責は、取消に局限されていた。それは学説もさることながら、コンセイユ・デタ自らの確固たる立場としての意味あいを強く帯びたものである。かかる意味において、1980年法律および1995年法律は革新的である。それは、既判事項の執行という目的を付しながらも、行政に対し、何らかの行為を命じることもまた越権裁判官の職責に含めたからに他ならない。既判事項の権威の内容とりわけ原状回復義務にみられる内容の拡大傾向は、コントロールの手法に係るこれらすべての潮流が重なり合うことにより具現化したとみるべきであろう。

他方で、適法性の原理の緩和もまた確かに存在する。1925年ロディエール判決に象徴される厳格な公務員のキャリアの原状回復とは相いれない近時の判例の存在を看過することはできないのであり、2004年AC!判決の衝撃は明らかであった。かつて法的空白を懸念

し、厳格な原状回復を回避するコンセイユ・デタの判断を支持した論者でさえ、「取り消される行為自体は、遡及的に取り消されうべきである。しかし、それに続く行為は、法的空白の問題を終結させるためになされるべきものである限り、遡及的に修正されるべきである<sup>29</sup>」と述べていたことを想起するならば、遡及効の制限がフランス法上いかに大胆な手法であったかは言を俟たない。これらを説明するのは、前述の通り、第三者の既得の権利をはじめとする侵害されうる権利利益の具体性と現実性の保護である。

## 第2項 行政的統制

もつとも、判決の執行措置は、極めて複雑多様である。様々な法的・事実的状況に照らした適法な執行措置は、人的リソースを必ずしも十分に備えているわけではない小規模コミュニケーションにとっても、広く適用される一般的処分を取り消された中央省庁ないし時の政権にとっても、容易でないことは少なくない。フランス法は、かかる実態を前に独自の手当を施した。改めて注目すべきは、それがアストラントやアンジョクシオンといった裁判的統制の制度的改革よりも前になされたということである。1960年代から法令上の根拠をもって実施された行政的統制の要点は、行政による自発的な執行措置の履践の促進にある。コンセイユ・デタ調査部の設立に始まる執行援助の仕組みも、アストラントを申し立てるまでの待機期間も、行政に執行の局面を委ねるものであった。これは、20世紀前半の判例法理が、裁判的解決を志向していたのとは大きく異なる。主として調査部を介した対話のなかで、判決の執行を実現させようとするものである。たしかに調査部は、取消判決に限られない判決の執行の補助者としてフランス法上重要な位置づけを獲得している。それでも、一方で、対話による解決には大方時間を要する。これは原告にとって、とるにたらない問題ではない。他方で、既判事項は法であり、既判事項の遵守とそれにより侵害されうる権利利益とは、本来的に鋭く対立するものである。ありうるのは、両者の融和・融合ではなく、いずれかを犠牲にする妥協でしかない。そして、後者が前者に優越することがありうる、という意味において、両者は必ずしも対等ではない。しかし、前者の貫徹のための道具立てを行政的統制は備えていないのである。ここに、行政的統制に内在する限界が表れる。フランス法は、既判事項の権威の統制主体としての裁判官の役割を再度認識するに至るのである。

裁判的統制への回帰ともいいうるコントロール手法の強化は、しかし、改めて理論的な難問を突き付けるはずである。19世紀末に越権裁判官の権限を取消に限定せしめた二つの法理論との整合性をいかに確保するかという問題である（第1章第2節参照）。フランス法は、これらの法理論と常に対峙し、ときに再考を付しながらも、その意義を正当に認め

---

<sup>29</sup> R. Denoix de Saint Marc et D. Labetoulle, chron. sur C.E. Ass., 5 juin 1970, *Puisoye, Rec.*, p. 385 ; *A.J.D.A.*, 1970, p. 493.

ることで理論的な整合性を確保しようとしてきた。すなわち、一方で、越権訴訟と全面審判訴訟の区別という前提条件は、むしろ適法性の原理と越権訴訟の結びつきを利用することで、既判事項の法的権威の正当化論理として位置づけられる。他方で、活動行政と行政裁判の分離独立原則は、それを限界づけるものとして機能する。行政裁判官は、活動行政との分離独立を自覚することで裁判官としてのアイデンティティーを確保し、しかし行政の行為の適法性を審査するという越権訴訟の枠組みの中で、取消判決後の行政の行為を統制しうる。行政的統制から裁判的統制への転換の淵源には、裁判官への過度な役割の付与を正当に抑制する思考が根付いているように思われるのである。

## 結語

我が国の法状況に目を転じてみると、2004（平成16）年の行政事件訴訟法改正に関して、近時、次のような問題提起がなされている。すなわち、同法改正の趣旨が「国民の権利利益のより実効的な救済手続の整備を図る」ことにあり、そのこと自体の正当性は否定されない一方で、「そもそも、救済されるべき『権利利益』とは何か、あるいは、救済における『実効性』とは何か、それ自体が抽象的で、具体的ケースにおける判断が裁判官の側に過剰に委ねられてしまっているのでは」ないかと。そのうえで、裁判官の役割・機能をも取り込んだ、適法性の原理の実証的な解明・証明の必要性が主張される<sup>30</sup>。

かかる指摘をも鑑みるに、本稿全体を通じて描き出したフランスの法理論は、取消判決とその後の行政の行為規範という局面において、我が国の解釈論あるいは立法論を補うひとつの思考モデルたりうる。本稿の結論を改めて述べるならば、フランス越権訴訟を強く規定する適法性の原理（*principe de légalité*）は、正当な対抗原理との拮抗を続けながら、判決の執行という局面にいたるまで深く貫かれているというその一点に尽きる。越権裁判官は、取消判決の執行における適法性の原理の貫徹という点において、最も重要な役割を果たしている。自らの実体判断をも尊重すべき上位法規範と位置づけ、かかる法規範と行政の行為の整合性を審査する。裁判官の示した法規範の遵守すなわち判決の執行を、取消判決の論理的帰結と位置づけることによって、結果的に原告は、自らの実体法上の権利利益と憲法上の実効的な裁判を受ける権利の保障を享受することになる。このロジックと同時に、判決の執行が侵害しうる他の権利利益の個別具体の配慮に基づく判断の積み重ねは、緻密な判例法理の形成をもたらず。かくして、越権訴訟の実効性は現実のものとして担保されることになる。もっとも、行政的統制からの転換という背景をも鑑みるに、越権裁判官の職責の肥大化の可能性をも見出しうる。越権訴訟を基礎づける適法性の原理は、しかし、歯止めとなりうる活動行政と行政裁判の分離独立原則によって枠づけられてい

---

<sup>30</sup> 橋本博之「『法治主義』論と現代行政法の課題——適法性原理（*principe de légalité*）の参照可能性」公法研究 80 号（2018 年）23 頁以下、とりわけ 40-41 頁。

る。実効性を担保するために、一方で自らの権能を正当なものとし、他方で過大な権能を限界づけるという理論的基礎の存在は、古典的なフランス越権訴訟を今日まで発展せしめる重要な要素といえよう。

かくして、フランス法が与えうる相対的視座が明らかになった一方で、フランスには適法性の原理における適合すべき法とは何かという点につき、憲法学とも関わる古くからの議論の蓄積が存在する。裁判官の判断と法律 (loi) との関係は既判事項の権威においても重要な意味を持ち得るものの、19世紀から近時までの判例・学説を通時的に考察した本稿において、この点は部分的に述べるにとどまり、それぞれの時代や事案の性質にあわせ、深く考察することはできなかつた。我が国において、判決・行政・裁判官を切り結ぶ理論的基盤として、適法性の原理が位置づけられうるかに大きく関わる問題として、この問いの究明は次なる課題である。