



フランス行政訴訟における裁判所と行政庁との役割分担の変化について(2・完)1995年改革の射程とその後の判例

興津, 征雄

(Citation)

民商法雑誌, 134(4・5):560-597

(Issue Date)

2006-07

(Resource Type)

journal article

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90001797>



研究

フランス行政訴訟における裁判所と行政庁との

役割分担の変化について(二・完)

——一九九五年改革の射程とその後の判例——

興^{おき} 津^つ 征^{ゆき} 雄^お

目次

- 一 関心の所在——フランスの行政訴訟改革
 - 1 行政訴訟改革前の法状況
 - 2 一九九五年行政訴訟改革の射程
- 二 行為命令権限の活用による審理構造の変化——違法判断の基準時と複数の違法事由
 - 1 行為命令権限の構造
 - 2 行為命令の裁判における判断の基準時に関する判例の展開
 - (1) 事後の事情変化を考慮しない考え方
 - (2) 事後の事情変化を考慮する考え方
 - (3) 越権訴訟から権利宣言訴訟へ?
- 三 複数の違法事由の審理のあり方——理由の節約の法理
 - 3 複数の違法事由の審理のあり方——理由の節約の法理
 - (1) 理由の節約の法理の内容
 - (2) 理由の節約の法理の正当化
 - 行政手続と訴訟手続の機能分担の変化——処分理由の差替え
 - 1 法的根拠の差替えと処分理由の差替え
 - (1) 法的根拠の差替え
 - (2) 処分理由の差替え
 - 2 全面審判訴訟における処分理由の差替え
 - (1) 全面審判訴訟においても理由の差替えは制限されるか
 - (2) 処分理由の差替えを認める新判例(以上、一三四卷二号)

3 越権訴訟における処分理由の差替え

(1) 従来の判例法理——複数の処分理由”と”処分理由の差替え”

判例の転換を見る前に、越権訴訟の領域における従来の判例法理について一度簡単に振り返っておくことにしよう。

3 越権訴訟における処分理由の差替え

- (1) 従来の判例法理——“複数の処分理由”と“処分理由の差替え”

- (2) 処分理由の差替えを認める新判例
(3) 訴訟手続による行政手続の代替？

四 行政裁判官の判決権限の変化——法定外行為命令と取消判決

- 1 既判事項の意義を明らかにするための法定外行為命令の遡及効の制限

五
む
す
び

- (1) 違法の抗弁に基づく取消しと法定外行為命令
 - (2) “でない限りでの取消し”と法定外行為命令
 - (3) 法定外行為命令の性質
- 2 取消判決の事後処理のための諸手法

2 取消判決の事後処理のための諸手法

- (2) (1) 効果が延期された取消し
法定外行為命令から取消判決の遡及効の制限へ

ペロー判決においては複数の処分理由が訴訟時に同時に示されることが前提であったが、行政庁が処分時に理由Aのみを提示し、これが誤っていることが訴訟時に明らかになってはじめてもう一つの理由Bを主張してきた場合、裁判所はペロー判決の法理に基づいて、仮定的判断（行政庁が処分を行うにあたってBの理由しか考慮しなかったとしても同じ処分を行っていたであろうかという判断）を行うことができるかという問題が提起されたのが、一九七六年のジュラ県社会保障・家族給付負担金徴収連合（URSSAF）判決⁽¹²⁸⁾であった。これを認めれば、裁判所は処分理由を当初提示されたAから、追加的に主張されたBに差し替えることにより、処分を取り消さずに維持することができる。しかし、国務院はそのような仮定的判断を行うことは許されないと判示し、これ以後、この判決は羈束処分以外の場合に理由の差替えを禁止する法理を示した判例として認識されることになる。

国務院争訟部が——そして論告担当官ド・シルヴァが——二〇〇四年の判決で直接の標的としたのは、このジュラ県URSSAF判決であった。

(2) 処分理由の差替えを認める新判例

(a) アラル判決 国務院争訟部二〇〇四年二月六日判決（アラル事件⁽¹²⁹⁾）は、入国ビザの発給拒否処分における理由の差替えが問題となったものである。すなわち、アルジェリア国籍の原告アラル夫人は、「フランス国民の尊属でその扶養を受けている者」という資格で入国ビザを申請したところ、これを拒否された。行政庁は当初、「同夫人はアルジェリアで二人の娘と一緒に暮らしている」という拒否理由を提示したが、この理由は、判例に照らして、それだけでは拒否するのに不十分なものであった。アラル夫人から提起された越権訴訟において、行政庁は、「同夫人はフランスで暮らすフランス国籍の子供たちから定期的に送金を受けていることを証明していない」という別の拒否理由を主張したため、国務院は理由の差替えの許否に関する新判断を示すことになった。

結論からいえば、国務院争訟部は従来の判例を変更し、越権訴訟において次の五つの条件が満たされる場合には、理由の差替えを認め、処分を維持することができると判示した。①差替えの申立てが、事実審において、行政庁の側からなされること。②差替え後の理由に照らして私人に認められる手続保障が奪われないこと。③私人の側に反論の機会が与えられること。④差替え後の理由が、係争行政決定のなされた時点に存在していた法および事実の状況に基づいていること。⑤行政庁がはじめから差替え後の理由に立脚していたとしても同じ決定をしたであろうと認められること。

そして、本件においては、行政庁が追加的に主張した「アラル夫人はフランスで暮らすフランス国籍の子供たちから定期的に送金を受けていない」という理由だけでは、同夫人が「フランス国民の尊属でその扶養を受けている者」に該当しないとはいえないので、行政庁がはじめからその理由に立脚していたとしても拒否決定をしたであろうとは認められず、理由の差替えは許されないとした。

以上のような国務院の判断は、エールフランス判決と同様に、ド・シルヴァの論告に沿ったものであった。そこで、以下ド・シルヴァの論告を分析しながら本判決の意義を探ることとしよう。

(b) ド・シルヴァの論告 アラル判決においても、論告担当官は、エールフランス判決における「現実主義的な配慮」と同様の観点を押し出しているように思われる。⁽¹³⁰⁾ いわく、「行政裁判が経験してきた激しい変革に鑑みれば、ジュラ県 URS S A F 判決に由来する「理由の差替えの」制限は、裁判官諸賢による最近の行政統制のあり方にそぐわないように思われます。行政裁判官は、今や、現実主義と実効性という関心事 (préoccupation de réalisme et d'efficacité) を最優先にしているからです」⁽¹³¹⁾。

では、理由の差替えを許容することは「現実主義と実効性という関心事」に対してどのような効用をもたらすのか。ド・シルヴァによれば、それは、「行政庁・原告・裁判所の三者にとつての、時間と訴訟負担の三重の節約」である。

たとえ正しい理由が処分時に提示されなかったとしても、本来であれば適法に根拠付けられるはずの処分は取り消さな
いで維持した方が、(理由を換えて) まったく同じ処分がくり返される余地を残すような、したがって特定行為の行為命
令も付しえず原告に具体的な満足を与えることができないような取消判決を下すより、長い目で見れば合理的である、
と。⁽¹³²⁾

エールフランス判決はこのような考慮に基づいて理由の差替えの可能性を認めたのであるが、全面審判訴訟と異なり
越権訴訟にはそれ特有の理論上・實際上の障害が存在する。しかし、ド・シルヴァによれば、それらも克服できないも
のではない。

第一に、越権訴訟の裁判官は行政官として行動してはならない、という原則がある。⁽¹³³⁾ 理由の差替えは、裁判官が処分
を行う行政庁と同じ立場に立って理由の審査を行うことになるため、この原則に抵触する疑いがある。しかし、この原
則の妥当性自体が長い行政判例の展開の中で揺らいできているというべきである。一つには、行政行為の適法性審査
(とりわけ裁量統制) に関わる法技術の発展⁽¹³⁴⁾——例えば、事実の法的性質決定の審査や、比例性の審査など——によって、
裁判官が自ら行政庁と同じ立場に身を置く状況を作り出していることがある。その意味で、「越権訴訟はもはや行為に
対する現実離れした訴訟ではない」。⁽¹³⁵⁾ もう一つには、行政裁判官は行為命令権限を活用して行政活動の具体的な態様に
踏み込むことをためらわなくなっていることがある。行為命令の判断の基準時を判決時にずらす判例や(前述二二参照)、
判決理由中で行政庁の取るべき義務の内容を具体化する判例(後述四参照)などがその例である。もっとも、こうした
傾向は行政決定のすべてが法廷で行われるようになることを意図したものではない。むしろ、行政過程と訴訟過程の適
切な役割分担を定めようとするものであり、理由の差替えを認めることはその目的に資するであろう。⁽¹³⁶⁾

第二に、行政手続上処分時の理由提示が義務付けられているときに、理由の差替えを認めることはこの義務の趣旨を

没却することになるのではないかという懸念がある。しかし、手続上の理由提示義務は行政行為の外的違法の問題であるのに対し、提示された理由が内容的に正しいかどうかというのは内的違法の問題であるから、両者に対する審査を区別することは可能であるし、また区別すべきである。⁽¹³⁷⁾

第三に、行政活動の誤りを訴訟の場で訂正することを認めると、原告に不利益をもたらさないか、あるいは行政活動を弛緩させることにならないか、という危惧が存在する。しかし、原告に関していえば、理由を差し替えないで処分を取り消しても、同一の処分がくり返される公算が大きいので、訴訟費用の点を除いては、⁽¹³⁸⁾それほどの不利益にはならないというべきである。行政庁に関しては、理由の差替えを裁判官の義務ではなく権能とすることで解決できる。つまり、理由の差替えを認める条件が備わっていたとしても、理由を誤ったことについて行政庁の行動に怠慢が認められるなど非難可能性が高ければ、裁判官は理由の差替えを認めず、制裁的な意味で取消判決を下すことができる⁽¹³⁹⁾と解すべきである。

(c) 批判と分析 以上のようなド・シルヴァの論告とアラル判決の判旨は、しかし、必ずしもすべての論者を説得しえたわけではなかった。とりわけ興味深いのは、本判決に解説を寄せた国務院調査官のドナとカザスが、争訟部判決と同僚の論告に対して、批判的な見解を公にしたことである。⁽¹⁴⁰⁾以下、この批判を手がかりに、アラル判決の分析をさらに進めていくことにしよう。

ドナとカザスの批判の要諦は、理由の差替えを認めることにより、訴訟手続が行政手続に成り代わってしまうという点にある。一方で、行政庁は処分時に自ら提示した理由に限定されずに、取消訴訟において新たな理由を次から次へと出していくことが可能となり、「行政決定は裁判官の面前で精錬を続ける」ことになる。⁽¹⁴¹⁾他方で、理由の差替えを認めると裁判官にとっては「フィクションの操作が二重にな」⁽¹⁴²⁾り、その分だけ行政庁の評価権限に踏み込む度合いが高くな

る。⁽¹⁴²⁾ 後者の点はこういうことである。すなわち、ペロー判決の法理（前述三三(1)）によれば、行政庁が理由A+Bを主張していたにも拘らず、理由Aが成り立たないことが判明した場合、“行政庁は理由Bしか考慮しなかったとしても同じ処分を行っていたであろうか”という仮定的判断を行うことになる。この場合、理由Bが行政庁によって考慮されていたことは疑いないのであり、裁判官の行う“フィクションの操作”は理由Bだけで処分の効果が支えられるかどうかという一点にとどまる。⁽¹⁴³⁾ それに対し、アラル判決の場合には、行政庁は当初Aしか考慮していなかったところ、これをBに差し替えるというのであり、“行政庁は理由Bをはじめから考慮していたとしたら、同じ処分を行っていたであろうか”というここでの仮定的判断は、まず裁判官が行政庁に代わって理由Bの成否を吟味した上で、続いて理由Bから処分の効果が導けるかという、二重の“フィクション”を要することになるというのである。⁽¹⁴⁴⁾

論者は、以上の指摘を踏まえて、アラル判決は次の三つの不都合をもたらすことになるであろうと述べる。第一に、この判決によって行政裁判官は、行政決定の理由よりも行政決定そのもの（すなわち行政決定の主文ないし結論）により多くの注意を払うことになるであろうが、これは、行政活動の適法性の担保が処分理由の審査によって実現されてきたとする伝統的な学説・判例の立場にそぐわないものである。第二に、行政庁は処分時にはステレオタイプの理由あるいは簡単に受け入れられそうな理由をとりあえず提示するにとどめ、真の理由は訴訟時まで隠しておく傾向が出てきて、手続上の理由提示義務は死文化するであろう。第三に、行政庁の判断を処分時で“凍結(freeze)”させて法適合性を審査するという越権訴訟の構造が変質し、行政過程と訴訟過程の混同を招くようになるであろう。同時に、理由の差替えが常に行政庁の有利に働き、アラル判決が掲げた諸条件にも拘らず、当事者間の公平が保てなくなるかもしれない。⁽¹⁴⁵⁾

ド・シルヴァの論告と、ドナおよびカザスによる批判との最大の対立点は、行政手続過程と訴訟手続過程の関係——もう少し大きく捉えると、行政庁と裁判所との役割分担のあり方——をどのように構想し、その中に越権訴訟をどう位

置づけていくか、という点にあると思われる。すなわち、越権訴訟においては訴訟手続が行政決定過程に取って代わることが厳に戒められ、行政庁の判断は行政決定の時点で「凍結」され、裁判所の役割はその時点における法および事実の状況に基づいて、行政庁から示された処分理由を手がかりに、行政庁の判断の法適合性を事後的・覆審的にレビューすることにとどめられた。その意味で越権訴訟は「行為に対する訴訟」であった。ドナとカザスのいうように、これが伝統的な越権訴訟のイメージであったことは事実である。これに対してド・シルヴァが鋭く提起したのは、このようなイメージはもはや過去のものとなっているのではないか、あるいは少なくとも今後克服されるべきものではないか、という問題である。彼女にとって、「越権訴訟はもはや行為に対する現実離れた訴訟ではない」のである。

もちろん、ここに私人の権利保護（とりわけ手続的権利の保障）の観点を導入すると、ド・シルヴァのような割り切り方が果たして適切かどうかはよくわからなくなってくる。少なくとも、ドナとカザスの指摘する理由提示義務の担保は困難な問題を生じさせるように思われる。⁽¹⁴⁷⁾申請拒否処分について、訴訟の一定段階まで理由の差替えを幅広く認める日本の有力説は、取消判決後に別の理由による再処分を禁止することでこの点の代償を図っている。⁽¹⁴⁸⁾アラル判決およびド・シルヴァの論告にはそうした配慮が見られないので、「裁判所が理由を差替えることなく当該行為を取消した場合に、判決の既判力は、やはり、現実には争われた理由にしか及ばない」ことになる。⁽¹⁴⁹⁾ド・シルヴァの論告で示唆されたように、理由の差替えが可能であるにも拘らず行政庁の怠慢を懲らしめるために制裁として取消判決を下す場合、別の理由で再び同じ処分を對抗されて苦しむのは結局のところ私人なのではないかという疑問は拭いきれないように思われる。さて、その後の裁判例を見ると、裁判所によるアラル判決の法理の積極的な適用は、訴訟手続による行政手続の代替という現象を生んでいるようにすら思われる。最後にこの点を見ておこう。

(3) 訴訟手続による行政手続の代替？

この点は、理由の差替えを認める要件としてアラル判決が示したもののうち、本稿で整理した二番目の「差替え後の理由に照らして私人に認められる手続保障が奪われないこと」に関する判例の態度によく現れている。以下では、アラル判決以後二年間にわたる同判例の適用例を分析したド・シルヴァの論考⁽¹⁵⁰⁾を元に、いくつかの判例を紹介することにする。

この問題が典型的に現れた事件として、国務院二〇〇六年三月一〇日判決（ポワンドレル事件⁽¹⁵¹⁾）がある。軍功勲章を創設する政令^{デクレ}の委任を受けて、軍事大臣は訓令（instruction）で、一九六二年七月一日以前の事実に基づく勲章授与の申請が一九六三年一月一日までに行われなければならないことを定めていた。原告はこの期限が三〇年以上過ぎてから一九五八年の軍功に基づく勲章授与の申請をしたところ、防衛大臣がこれを拒否したので越権訴訟を提起した。ところが、国務院の判断によれば右訓令は政令の委任の範囲を超えたもので違法であり、それを根拠とした拒否決定も違法とされるべきものであった。しかし、防衛大臣は訴訟において原告のいう軍功が存在しないことを主張したので、理由の差替えが許されるかどうかが争点となった。判決において国務院は「行政が遅延を理由として申請を拒否した時に申請の実体について審査をしていなかったとしても、防衛大臣によって申し立てられた差替えは、差替え後の理由に照らして認められる手続保障を「原告から」奪う効果は持たない」と述べ、理由の差替えを認めたのである。判旨はきわめて簡潔であるが、本件の論告担当官セネールはこの点を次のように敷衍している。「行政が自らに提示された事案を注意深く審査することは、疑いようもなく、関係人が享受できなければならない保障であり、その看過に対しては裁判所において譴責がされなければなりません。しかし、この保障が奪われたとしても、それは越権訴訟裁判官の面前における有意な事実状況の総体の審査により完全に埋め合わされるのです⁽¹⁵²⁾」。これは、行政手続における保障と裁判所における保障

とを比較して、前者が後者より軽いことを理由にその代替を認める思考であり、そうでない場合（例えば行政手続において特別の対審手続が取られている場合）をセネールは留保するようである。

このように、問題となっている手続の趣旨や性質に応じて考慮を分ける考え方は、行政上の不服申立手続と訴訟手続との関係が問題になった国務院二〇〇五年四月二〇日判決（シャフレ事件⁽¹⁵³⁾）にすでに現れていた。二〇〇〇年十一月一日の政令^{デクレ}は、外国における外交・領事機関がなした入国ビザの発給拒否決定に対して、行政訴訟を提起する前に、特別の不服審査機関に対する不服申立ての提起を義務付けていた。このように不服申立前置が取られている場合には、当初の拒否決定を維持する判断を不服審査機関がすると、当初の拒否決定は不服審査機関の決定に置き換わって消滅し、越権訴訟は後者の決定を対象として提起しなければならないというのがフランス法の原則である⁽¹⁵⁴⁾。さて、かかる越権訴訟において、被告となる行政庁（外務大臣）が、不服審査機関の付した理由を別の理由に差し替えることを求めた事件で、国務院はアラル判決の法理を適用し、これを認めた。判決は手続保障に関する要件には特に言及することなく差替えを認めているため、この点の論旨は必ずしも詳らかではないが、差し替えられる新理由に関して、合議制機関たる特別の不服審査機関で審査を受ける原告の手続的権利を篡奪するものではないという判断を前提にしているようである。本判決にコメントを加えたド・シルヴァは、これを不服審査手続が前置されている趣旨によって説明している。つまり、本件入国ビザ拒否決定の不服審査手続は、訴え提起前に争訟を選別し裁判所の負担軽減を図る目的で設けられたもので、原告の手続保障を問題とする必要はないのだという。それに対し、決定が合議制機関によってなされ、当該決定の性質および当該機関の構成に鑑みて私人に特別の手続保障が認められていると解される場合には、結論は異なるかもしれないと指摘している⁽¹⁵⁵⁾。

これら二つの判決はどのような場合に理由の差替えが認められないかを示すものではないが、判決に付された論告や

解説からすると、わが国の不利益処分における聴聞手続のように、名宛人の権利保護のために通常より手厚い手続が取られているような場合には、私人の手続保障を奪うものとして差替えが否定されるのではないかと推測される⁽¹⁵⁶⁾。それに對し、ポワンドレル事件のように、「処分時には名宛人の資格しか審査していなかったのに」⁽¹⁵⁷⁾「訴訟時に」名宛人の行態を審査する⁽¹⁵⁷⁾事例であっても、後者の審査について行政庁に第一次的な権限を留保するというわが国の判例⁽¹⁵⁸⁾のような問題意識はそもそも見られない。恐らく、差替えにつき行政庁からの申立てを要件とすることで、行政庁の「第一次的判断権」は裁判所との関係では行使されたものと考えられているのではなからうか。別の言い方をすれば、裁判所と行政庁との間の権限分配の問題はおおよそ理由の差替えの可能性をいかなる要件の下で肯定するかという段階で決着がついてしまっているものであり、具体の事例において差替えの可否を決するにあたり、手続間の機能分担が私人との関係で問題になるに過ぎない、というのがアラル判決以降のフランス法の考え方であるように思われる⁽¹⁵⁹⁾。

(125) 詳しくは、交告・前掲『処分理由と取消訴訟』一〇八頁以下。

(126) CE, Ass., 12 janvier 1968, *Ministre de l'Économie et des Finances c/ Dame Perrot*, Rec., p. 39; *AJDA*, 1968, p. 179, concl. Kahn. 参照、交告・前掲二二二—二二三頁。

(127) 理由A+Bから結論を導くのと、理由Bだけから結論を導くのでは、(導かれる結論が同じとしても)全く別の判断を行っていることになるというのが、フランス法の建前である(交告・前掲二二六頁)。

(128) CE, Sect., 23 juillet 1976, *Ministre du Travail c/ Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (URSSAF) du Jura* (*supra*, note 98). 参照、久保茂樹「フランスにおける行政行為の理由附記」(二・完)民商八七巻六号(一九八三年)八六六—八六七頁、交告・前掲一六五—一六六頁。

(129) CE, Sect., 6 février 2004, *Mme Hallal*, Rec., p. 48, concl. de Silva; *RFDA*, 2004, p. 740, concl. Isabelle de Silva; *AJDA*, 2004, p. 436, chron. Francis Donnat et Didier Casas; *LPA*, 18 oct. 2004, p. 9, note Fabrice Melleray; *DA*, mars 2004, Comm. n° 51, p. 26, note Daniel Chabanol.

(130) Cf. Chapus, *DCA*, n° 1125-2, p. 982.

- (131) de Silva, concl. préc., *Rec.*, p. 53; *RFDA*, 2004, p. 743.
- (132) de Silva, concl. préc., *Rec.*, p. 54; *RFDA*, 2004, p. 744.
- (133) この原則それ自体は、「行政裁判と活動行政の分離原則」から導かれるものであり、「行政訴訟全般に妥当するものであるが、越権訴訟の構造にとりわけ適合的であることは、前述のとおりである(一・二)。
- (134) この点に関する近年の包括的研究として、巨理格『公益と行政裁量』弘文堂(二〇〇二年)が参照されるべきである。
- (135) この表現は、ラフェリエールの有名な「越権訴訟は相手方当事者に対する訴訟ではない。それは行為に対する訴訟である」(Edouard Latière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, 1^{re} éd., Paris, 1888, p. 534; 2^e éd., Paris, 1896, p. 561) という言葉を受けたものである。
- (136) 以上、本段落に「de Silva, concl. préc., *Rec.*, p. 55-57; *RFDA*, 2004, p. 744-746.
- (137) 以上、本段落に「de Silva, concl. préc., *Rec.*, p. 57; *RFDA*, 2004, p. 746. 行政行為の内的違法と外的違法の区別については、前述二・3(2)参照。なお、理由提示の瑕疵と理由の内容的瑕疵とを区別する発想は、日本法(塩野・前掲『行政法Ⅱ(第四版)』一五七頁)にもドイツ法(興津・前掲法協「二二巻」号二七六頁註(17))にも見られる。
- (138) しかし、無視できない問題ではあろう。参照：阿部・前掲「基本科目としての行政法・行政救済法の意義」(八)自研七八巻五号一九頁；Olivier Yeznikian, note sur CAA Douai, 25 mai 2004, *Commune de Vred*, *RFDA*, 2004, p. 752.
- (139) 以上、本段落に「de Silva, concl. préc., *Rec.*, p. 57-58; *RFDA*, 2004, p. 746-747.
- (140) Donnat et Casas, chron. préc., *AJDA*, 2004, p. 436 et suiv.
- (141) Nauwelaers et Fabius, chron. préc. sur l'arrêt *URSSAF du Jura* (*infra*, note 98), *AJDA*, 1976, p. 418.
- (142) Donnat et Casas, *op. cit.*, p. 437.
- (143) 「確定的理由の可能的効果 (l'effet probable d'un motif certain)」の評価 (Nauwelaers et Fabius, *ibid.*)。
- (144) 「仮定的理由の可能的効果 (l'effet probable d'un motif hypothétique)」の評価 (Nauwelaers et Fabius, *ibid.*)。
- (145) 以上、本段落に「Donnat et Casas, *op. cit.*, p. 438-439. Voir aussi Chabanol, note préc., *DA*, mars 2004, p. 27.
- (146) 典型的な「行政監督のイメージ」(山本・前掲「外国法制からみた日本行政訴訟制度・理論の検討」自研七九巻六号二八頁)。
- (147) 「取りあえず何らかの理由を付けて処分をする」というような安易な行政運営を生むことにならないとは限らず、法が理由の付記を求めた趣旨

「…」を没却することにもなりかねない」(中込秀樹「市村陽典」・綿引万里子「深山卓也」/司法研修所編『改訂 行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究』法曹会(二〇〇〇年)一六三頁)。

(148) 阿部・前掲(七)自研七八巻四号二三頁、(八)五号七頁。ただし、同論文は行政事件訴訟法改正前(二〇〇二年)に公表されたものであり、「義務づけ訴訟を明示的に導入すれば「…」これらの混乱はなくなる」(五号一八頁)とする。義務付け訴訟に併合提起された申請拒否処分取消訴訟において、訴訟物たる給付請求権の範囲内で理由の差替えを認める見解として、塩野・前掲『行政法Ⅱ(第四版)』二二二頁。若干理由付けが異なるもののほぼ同じ結論を取る見解として、小早川・前掲『行政法講義(下Ⅱ)』二二四頁。

(149) 小早川・前掲「取消判決の拘束力」『行政訴訟の構造分析』一三七頁。Cf. Isabelle de Silva, «Substitution de motifs, deux ans d'application de la jurisprudence *Hallab*», *AJDA*, 2006, p. 696.

(150) de Silva, art. préc., *AJDA*, 2006, p. 690 et suiv.

(151) CE, 10 mars 2006, *Ministre de la Défense c/ Poindrelle*, req. n° 259192. 未公開の国務院判決は <http://www.legifrance.gouv.fr/> で閲覧した。

(152) François Seners, concl. sur l'arrêt *Ministre de la Défense c/ Poindrelle*, citées par de Silva, *op. cit.*, p. 695.

(153) CE, 20 avril 2005, *Chafoulais*, req. n° 261219.

(154) Chapus, *DCA*, n° 498, p. 396; n° 634, p. 523; 交告・前掲九〇頁。

(155) de Silva, *op. cit.*, p. 693.

(156) このほか、視聴覚高等評議会が合議体で行った決定の理由の差替えについて、差し替えられる新理由を同じ合議体で審議した後でなければ手続保障の裏書きになりかねないとした論告がある(Didier Chauvaux, concl. sur CE, 13 mars 2006, *SARL Marseille Diffusion*, req. n° 268988, citées par de Silva, *op. cit.*, p. 695)。

(157) 山本・前掲「訴訟類型・行政行為・法関係」民商一三〇巻四・五号六六九頁。

(158) 最判平成五年二月一六日民集四七巻二四七三頁(和歌山ベンジジン事件)。

(159) なお、裁判所の能力との関係で機関間の役割分担が問題となることもある。競争法の分野において経済財政産業大臣のした決定の理由の差替えが求められた事件で、国務院は差し替えられる新理由についての意見を競争評議会に徴することを中間判決で決定した(CE, 20 juillet 2005, *Société Fiducial Informatique et Société Fiducial Expertise*, Rec., p. 334; *AJDA*, 2005, p. 2167, chron. Claire Landais et Frédéric Lenica; *DA*, oct. 2005, comm. n° 133, p. 16, note Michel Bazex; de Silva, *op. cit.*, p. 693)。「もともと」は理由の差替えに固有の手続というよりは、通常の証拠

調べ手続の枠内で、専門的見地からの一種の鑑定意見を競争評議会に求めたものと解するのがより周到であるように思われる。

四 行政裁判官の判決権限の変化——法定外行為命令と取消判決の遡及効の制限

本節では、行政判例で用いられるようになった二つの判決手法を検討する。

その一つは、行政裁判官が取消判決から生じる帰結を明示し、行政庁が判決後取るべき行動を判決理由の中で詳細に義務付けるといふ手法である。こうした態様の判決は行政庁に対する一種の行為命令であると分析できるが、興味深いのは、裁判所が原告の申立てを待たずに職権で、すなわち一九九五年法で与えられた行為命令権限の枠外で、こうした手法を活用していることである。本稿ではこれを「法定外行為命令」と呼ぶ。⁽¹⁶¹⁾

もう一つは、越権訴訟において取り消された行政行為は行為時に遡って消滅するという原則に対する例外を認め、行政裁判官が取消判決の遡及効を制限するという手法である。

これらの手法はそれぞれやや性質を異にするが、行政裁判官が取消判決から生じる帰結をコントロールしようとするために用いられる点で、共通点を見出すことができる。以下では、法定外行為命令のうち、判決(既判事項 chose jugée)の意味するところを明らかにしその実効性を確保するために用いられるものをまず分析し(1)、次に、取消判決の事後処理のために用いられる法定外行為命令と取消判決の遡及効制限について検討することにする(2)。

(160) 行為命令は形式的には「命令 (ordre)」であるが、実質的には「義務付け (obligation)」でもなく (Gaudemet, «Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif», préc., in *Mélanges Georges Burdeau*, p. 812-813; Christophe Guettier, «Injonction et astreinte», JCA, fascicule 1114, 1997, n° 8)。

(161) Camille Broyelle, «De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur», DA, mars 2004, Chroniques n° 6, p. 8 et suiv. 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 691, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 875, 876, 877, 878, 879, 880, 881, 882, 883, 884, 885, 886, 887, 888, 889, 890, 891, 892, 893, 894, 895, 896, 897, 898, 899, 900, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 907, 908, 909, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 927, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 940, 941, 942, 943, 944, 945, 946, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 971, 972, 973, 974, 975, 976, 977, 978, 979, 980, 981, 982, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989, 990, 991, 992, 993, 994, 995, 996, 997, 998, 999, 1000

じている。

1 既判事項の意義を明らかにするための法定外行為命令

(1) 違法の抗弁に基づく取消しと法定外行為命令

このような判例の嚆矢となったのは、フランスサッカー界を揺るがせた「偽造パスポート事件」に関する国務院争訟部二〇〇一年六月二五日判決（トゥールーズ・フットボールクラブ事件⁽¹²⁾）である。この事件は、サッカーのフランス選手権において、EU加盟国外の選手が偽造パスポートを用いてEU加盟国民（選手登録において外国人扱いされない）であると詐称し登録されていたチームに対する制裁が問題となったものである。原告トゥールーズFCは、自チームの対戦した三試合について相手方にこのような不正に登録された外国人選手がいたとして、規則に基づき敗戦試合の制裁（不正があったチームを自動的に敗戦扱いとし、その対戦相手に勝ち点三を与える制裁）を適用するようフランスサッカー連盟不服審査委員会に不服を申し立てたところ、退けられたので、全国サッカーリーグ競技組織委員会のした最終順位の認証（行政行為とみなされる）の違法を主張してその取消しを求めた。

国務院は、不正があったと原告の主張する三試合のうち二試合については、規則の定める期間内に不服申立てがなされなかったとして、これを退けた不服審査委員会の決定を支持したが、残る一試合（二〇〇〇年二月二日の試合）については、対戦相手に不正があったことを認め、これについての不服申立てを退けた同委員会の決定を違法と断じた。そして、判決理由中で次のように述べた。①不服審査委員会の違法な決定を基礎になされた競技組織委員会の最終順位の認証も違法であり、取り消されるべきである。②本判決の必然的な帰結として（la présente décision a nécessairement pour conséquence que...）、競技組織委員会は改めて最終順位を認証する際に敗戦試合の制裁を適用するものとする。③同様

に不正が認められるこの他の試合で、いまだ試合結果が確定的に認証されていないものに関しても、同じ制裁を適用することは競技組織委員会の職掌に属する (il lui appartient de...)。

さらに、判決主文において、競技組織委員会の決定の取消しを宣告するのに加えて、「この取消しは、全国サッカーリーグにとって、本判決の理由において述べられた義務を含むものである (Cette annulation comporte pour la Ligue [...] les obligations énoncées aux motifs de la présente décision)」と宣言したのである。

本件の原告が請求していたのは、競技組織委員会の決定を取り消すことのみであり、行為命令の申立てはしていなかった。国務院は本来ならば①の判断をするだけで取消判決を下すことができたはずである。にも拘らず、判決後に競技組織委員会が取るべき措置の内容を判決理由中で指示し②③、さらにそれが同委員会にとっての義務であることを判決主文で明示した。これは、一九九五年法の施行後もその範囲外では行政庁に対する行為命令の発令に関して自己制限を貫いていた国務院の態度からすれば、驚くべき変化であるといえる。⁽¹⁶³⁾

しかし、このような法定外行為命令を、一九九五年法に基づく法定の行為命令と同様に越権訴訟の権利保護機能を強化するものと見るのは難しい。実態はむしろ逆である。というのは、本件で原告が取消しを求めていたのはあくまでも最終順位を認証する決定であって、個々の試合結果を認証する (黙示の) 決定でもなければ、それに対する不服申立てを退ける決定でもなかったからである。つまり、原告は恐らく最終順位⁽¹⁶⁴⁾の認証決定が取り消されることによって、不正が行われた試合すべての勝敗が覆り、自チームに有利な新たな最終順位が認証し直されることを期待していたのではないと思われる (トゥールーズ FC は、このシーズンの結果として二部に転落することになっていた)。しかし、国務院は判決がそのような帰結をもってしまうことを法的安定性の見地からみて好ましくないと考えた。そして、それを避けるために、取消しの結果覆るのが一試合分の勝敗だけであることを明確にする趣旨で、競技組織委員会の義務の明示を行った

のである。その結果、両チームの最終順位それ自体が入れ替わることはなかった。

このような国務院の判断の背後には、認証決定の取消しが、当該決定それ自体の違法に基づいてではなく、その基礎にある別の決定——本件では不服申立てを退ける不服委員会の決定——の違法（すなわち違法の抗弁）に基づいてなされたという事情がある。⁽¹⁶⁵⁾つまり、個々の試合結果についてはそれぞれ試合終了時から不服申立期間が走り、これを経過すると（黙示の）認証決定により試合結果は確定するので、たとえ事後的に不正が発覚したとしても、競技組織委員会が職権でこれを取り消すことはともかく、争訟手続によって試合結果の見直しを求めることはもはやできなくなる。⁽¹⁶⁶⁾それは、最終順位の認証決定が取り消された場合であっても同じことである。⁽¹⁶⁷⁾したがって、争われた認証決定の違法性を取り除き、適法性を回復するためには、期間内に不服申立てがなされまだ試合結果が確定的に認証されていない対戦についてのみ取消しの効果が及べば、必要にして十分である。国務院は、このような考慮に基づき、二〇〇〇年一月二日の試合およびいまだ確定的に認証されていないその他の不正があった試合についてのみ、敗戦試合の制裁を適用して試合結果を覆すべきものと判断したと考えられる。

本判決は、“スポーツ法”というやや特殊な領域で生じた事案であるが、違法の抗弁に基づく取消しの効果が係争行政行為全般に及ぶのを避け、判決の意義・射程を明確にすることを、“判決理由中における行政庁の義務の明示＋主文におけるその確認”という新たな手法を通じて行おうとしたものと捉えることができる。このような法定外行為命令の手法は、これ以後の判例にも引き継がれることになる。

- (2) “…でない限りでの取消し”と法定外行為命令
- (a) “…でない限りでの取消し”の意義 法定外行為命令の手法が注目を浴びたのは、二〇〇一年六月二十九日判決（ヴァシリキオティス事件）⁽¹⁶⁸⁾において国務院争訟総会がこれを採用したためである。フランスで観光ガイド業を営むため

には、法令の規定により免許の取得が義務付けられていたが、ガイド業免許の取得にあたって要求される学位について規定する大臣令（アレテ）は、フランス国内で授与される学位を列挙するのみで、他のEC加盟国で授与される学位に関しては読み替えの要件・手続きにつき何の定めも置いていなかった。フランスでガイド業を営むギリシア人原告は、この規定の不備のため他のEC加盟国で学位を授与された者がフランスでガイド業免許を取得できないことになり、当該大臣令はEC加盟国民の間に差別を設けるもので、域内でのサービス業の自由を保障したEC条約の規定に反するとして越権訴訟を提起した。

実体法の問題としては、原告の主張どおり本件規定は違法と評さざるをえなかった。問題となったのは、この場合にどのような判決を下すかである。本件において国務院には、免許取得の条件となる学位に関する大臣令の規定を全体として取り消してしまうという選択肢もありえないわけではなかった。しかし、この規定が違法なのはフランスの学位について規定していたためではなく、他のEC加盟国の学位について規定していなかったためである。そうすると、この規定を丸ごと取り消すことは、本来適法な部分（フランスの学位に関する部分）まで一緒に効力を失わせることになり、すでにフランスの学位に基づいて与えられた免許については法的根拠がなかったことになってしま⁽¹⁶⁹⁾うから、望ましくない。そこで、本件のように違法な部分と適法な部分とが不可分一体でない場合には、全部取消ではなく一部取消しをすることが適切である⁽¹⁷⁰⁾。

では、本件の一部取消しはどのような態様で行えばいいのだろうか。例えば、フランス以外のEC加盟国民に対して免許付与の条件を加重する差別的規定が置かれているような場合であれば、この加重規定を取り消す、あるいは、フランス以外のEC加盟国民について条件を加重している限りで、当該条項を取り消す⁽¹⁷¹⁾ことにより、当該差別的規定は判決の効果として失効する。通常行われている一部取消しとはこのような態様の取消しであり、これは「…の限りでの取

消し (annulation «en tant que») と呼ばれる。

それに対し、本件では、「他のEC加盟国の学位保有者に対する免許付与の条件を規定していない限りで」当該条項を取り消す必要がある。しかし、これは法的なフィクションに過ぎない。なぜなら、何も規定のない部分（法的空白 *vide juridique*）を取り消しても、現に存在する条項に差別を解消するための積極的な規定を付け加える効果はもたらされないからである。有を取り消せば無になるけれども、無を取り消しても有にはならないのである。このような取消しは「…でない限りでの取消し (annulation «en tant que ne pas») と呼ばれ、実際には他のEC加盟国で授与された学位について読み替えの規定を置かなかった行政庁の不作为を違法と宣言し、義務の懈怠を譴責する意味しか持たない。大臣令の字面を見る限り、フランスの学位についてしか規定していない——その限りで差別を温存しているかに見える——条文がそのまま残ってしまうことになる。

ところが、本判決にいわく、「このような一部取消しが、EC法の要請に反する差別をフランスの法秩序の中に残存させるような効果を持ってしまうてはならない」。そこで、「…でない限りでの取消し」ないし不作为の取消しの擬制性を補い、取消判決の実効性を高める工夫が必要になってくる。

(b) 「…でない限りでの取消し」の帰結 本件で論告担当官を務めたラミは、そのような工夫として次の二つの選択肢を争訟総会に示した。

第一は、「条件的取消し (annulation conditionnelle)」である。すなわち、大臣令の学位に関する規定は違法と宣言され、EC法に反する限りで取り消されるが、行政庁には一定の猶予期間が与えられ、この期間内に判決理由から導き出される方法で大臣令が改正されてEC法違反の状態が解消されると、取消しは効果を生じなくなるというものである。さらに、大臣令がきちんと改正されたかどうか、取消しが効果を生じているのかどうかを確かめるために、判決は二段階に

おいてなされるのが望ましいとされる。第一段階では、上に述べたような条件的取消しが仮判決 (jugement provisoire) または中間判決 (jugement avant-dire-droit) として宣告される。第二段階では、定められた期間の満了後に、大臣令が改正され違法状態が解消されたかどうかが審理され、解消されたとすれば第一段階の仮判決または中間判決は効果を失い、解消されていないとすれば、今度は違法部分と適法部分とを区別することなく学位に関する規定全体が終局判決によって取り消される。⁽¹⁷¹⁾

第二は、行政庁に大臣令改正の猶予期間を与えることなく、裁判所が判決理由において行政庁の不作为を自ら補ってしまうことである。すなわち、行政庁は、違法部分のみが取り消された学位に関する規定を適用するにあたって、判決で定められた方法で、一部取消しから生じるすべての帰結を実行することが求められる。⁽¹⁷²⁾

論告担当官が最終的に提案し、判決で採用されたのはこの第二の選択肢である。ラミによれば、第一の選択肢は問題となっている規定を(改正のうえ)維持するか、それとも廃止するかという制度設計の自由を行政庁に残す点で、行政の裁量を尊重できるという利点がある。しかし、本件では問題になっている規定をEC法上の義務に適合させるために行政庁が取るべき措置の内容は限られており、制度設計の自由を認める必要はほとんどなかった。

すなわち、確立したEC判例によれば、たとえ加盟国がEC法に従って行動をしていようと、EC法に適合しない(ように見える)法規範が加盟国の法秩序に残っていたら、それだけでEC法に対する義務違反を構成する。⁽¹⁷³⁾さらに、各加盟国は、営業免許の付与に際して、他の加盟国で付与された学位の読み替えに関する一般的な規定を設けることは必ずしも義務付けられないが、他の加盟国民から申請があった場合には、申請者の持つ学位や資格を個別に審査したうえ、それが国内法の要求する水準と同程度に達していると認められれば免許を付与しなければならず、さらに不服に対しては出訴の途を保障しなければならない。⁽¹⁷⁴⁾

以上のような論告担当官の提案に従って、国務院は判決理由中で次のように判示した。①係争の大臣令は、他のEC加盟国の学位保有者に対するガイド業免許付与の条件を規定していない限りで取り消されるべきである。②本判決の必然的な帰結として (*la présente decision a nécessairement pour conséquence que...*)、行政庁は当該大臣令を改正し、他のEC加盟国において授与される学位の読み替えの制度につき規定することが義務付けられる。③本判決により宣告される取消しの必然的な効果として (*l'annulation prononcée par la présente decision a nécessairement pour effet de...*)、大臣令の改正がなされるまでの間、EC加盟国民によるガイド業の実施を、当該加盟国民がフランスの学位を持たないことを理由に妨げてはならない。④大臣令の改正がなされるまでの間、他のEC加盟国の学位を持つ申請者に対し、フランスの学位を持つ者に要求されるのに比して十分な資格を備えているかどうかを判断し、それが認められるならば、申請者に免許を付与することは行政庁の職掌に属する (*il appartient aux autorités compétentes de...*)。

そして、判決主文において、大臣令の一部取消しが宣告されるとともに、「この取消しは、国にとって、本判決の理由において述べられた義務を含むものである」と宣言され、ツールーズFC判決と同様の手法がここで用いられていることが明らかにされたのである。

なお、このように行政庁に大臣令の運用(③④)のみならず規定の改正(②)まで求めるやり方は、EC判例の要請に応えるための例外的な取扱いに過ぎないのではないかという疑問が生じるが、⁽¹⁷⁵⁾このような解決は国内法プロパーの事案についても採用されている。すなわち、二〇〇三年三月五日判決(第二次ティトラン事件)⁽¹⁷⁶⁾において、国務院は、裁判所における手続の自動管理システムの利用に関する法務大臣令のうち、刑事データに関する規定を、大赦または復権があった場合に犯罪記録が抹消されなければならないと定めた刑法典の規定に反する限りで取り消し、その帰結として法務大臣は大臣令を改正する義務を負うと判示している。

さて、このように行政裁判法典L九一一一条以下に定められた行為命令権限の枠外で行われる法定外行為命令は、法的にどのような性質を持つものなのだろうか。

(3) 法定外行為命令の性質

ここでは、ヴァシリキオティス判決および第二次ティトラン判決が理由中で、「判決の不可欠の支柱 (le soutien nécessaire) を構成する判決理由において、当該一部取消しの射程を明確にしておく必要がある」と述べていることに着目しよう。⁽¹⁷⁾

本稿でもすでに何度か指摘したように、取消判決の既判力は、判決主文のみならず、主文の不可欠の支柱をなす判決理由中の判断にも生じるというのが、フランス法の考え方である。⁽¹⁷⁸⁾そして、フランスでは、「行政裁判所による取消判決が、必要とあれば何らかの原状回復措置をとるべき旨の、少なくとも抽象的な次元における行政の義務を含むものとして観念されている」⁽¹⁷⁹⁾こともすでに知られている。この問題に関するリーディングケースは、公務員のキャリア復元法理を確立した一九二五年のロディエール判決⁽¹⁸⁰⁾であり、この判決はヴァシリキオティス判決の結論を正当化する文脈で必ず引用されている。⁽¹⁸¹⁾

もっとも、ヴァシリキオティス判決または第二次ティトラン判決で取り消されたのは行政庁の不作為または法的空白なのであり、公務員の免職処分取消判決のように回復すべき「原状」があったわけではなかった。そこで、国務院は、上位規範 (ヴァシリキオティス判決においてはEC法、第二次ティトラン事件においては刑法典) の解釈を通じて、取消判決の帰結として行政庁が回復すべき法秩序のあり方 (ここでは大臣令の改正と、場合により改正がなされるまでの個別的取扱い) を判決理由中の判断として示すことにより、「原状」を創出すべく工夫を凝らしたのだともいえる。こうした法定外行為命令は、判決 (既判事項) の意味するところを明らかにし、その実効性を確保するためになされるものであり、

トゥールーズFC判決で用いられたのと基本的には同種の目的を持つものと考えられる。

しかし、次に見る判決は、判決理由中で行政庁の義務を説示するという同じような手法を取ってはいるものの、その目的は既判事項の意義を明らかにして判決の履行を確保することではなく、取消判決のもたらす影響を判決段階でコントロールすることにあると思われる。

(162) CE, Sect., 25 juin 2001, *Société à objet sportif «Toulouse Football club», Rec.*, p. 281; *LPA*, 28 sept. 2001, p. 4, concl. Isabelle de Silva; *AJD*, 2001, p. 887, note Gérard Simon.

(163) 前注(18)参照。

(164) 論告担当官は次のように述べている。「試合結果が、たとえ違法の抗弁の方法によってであれ、何ヶ月も後になって見直され、挙句の果てに状況が修正されてしまうことを認めるならば、それはあまりにも法的不安定を利することとなるでしょう。いったん試合に敗れたら、それが正しいにせよ間違っていたにせよ、もはや振り返るべきではありません——これはスポーツの掟＝法律 (loi du sport) というもののです」(de Silva, concl. préc., *LPA*, 28 sept. 2001, p. 15)。これについての批判的検討として、Simon, note préc., *AJD*, 2001, p. 887 et suiv.

(165) ただし、本判決の用いた違法の抗弁の論理の特殊性につき、Simon, *op. cit.*, p. 890-891.

(166) 複合的作用 (opération complexe) の理論によりこれを認める余地もなかったが、本判決の探るところとはなかった。Cf. de Silva, *op. cit.*, p. 14-15; Simon, *op. cit.*, p. 892-893.

(167) de Silva, *op. cit.*, p. 17.

(168) CE, Ass., 29 juin 2001, *Vassilikiotis, Rec.*, p. 303, concl. Lamy; *AJD*, 2001, p. 1046, chron. Mathias Guyomar et Pierre Collin.

(169) フランスでは、本件における大臣令のような命令 (行政立法) も越権訴訟による取消しの対象となり、しかも取消判決によって命令は遡及的に法秩序の中から消滅するので、取り消された命令に基づいてなされた個別行為は遡及的に法的根拠を失い、第三者によって攻撃可能となる (伊藤・前掲『フランス行政訴訟の研究』二二七—二三三頁)。

(170) Lamy, concl. préc., *Rec.*, p. 308-309.

(171) 以上、本段落において、Lamy, *op. cit.*, p. 310.

(172) 以上、本段落において、Lamy, *op. cit.*, p. 311.

(173) Cf. Lamy, *op. cit.*, p. 309.

(174) Cf. Lamy, *op. cit.*, p. 307.

(175) ただし、論告担当官は国内法の原理である平等原則を前提にしても同じような解決が適用できるとし、本文のような疑問を否定している (Lamy, *op. cit.*, p. 311-312)。

(176) CE, 5 mars 2003, *M. Tiran II*, *Rec.*, p. 113; *AJDA*, 2003, p. 1008, note Stéphanie Damaray. 本件は第一次ティトラン事件 (後注(182)) の続編であるが、論点は相互に独立している。

(177) Florent Blanco, «Le Conseil d'État, juge pédagogue. À propos des arrêts *Société à objet sportif "Toulouse Football Club"*» (C. E., Section, 25 juin 2001), *Vassilikiotis* (C. E., Assemblée, 29 juin 2001), et *Tiran* (C. E., 27 juillet 2001)», *RRL*, 2003, p. 1513 et suiv.

(178) 小早川・前掲「取消判決の拘束力」『行政訴訟の構造分析』二二三頁。

(179) 小早川・前掲二二五頁。なお、同書二四〇頁も参照。

(180) CE, 26 décembre 1925, *Rodière*, *préc.* (*supra*, note 32). 取消判決の執行という観点からこの判決を紹介するものとして、平田・前掲「フランスにおける行政裁判」名法七六号一七八―一七九頁、同「フランスにおける行政裁判所の判決の執行」専法四五号 (一九八七年) 三〇八―三二〇頁。

(181) Lamy, *concl. préc.*, *Rec.*, p. 313; Guyomar et Collin, *chron. préc.*, *AJDA*, 2001, p. 1048; Guettier, *obs. préc.*, *RDP*, 2002, p. 752; Damaray, *note préc.* sur l'arrêt *Tiran II*, *AJDA*, 2003, p. 1010.

2 取消判決の事後処理のための諸手法

(1) 効果が延期された取消し

このような法定外行為命令のリーディングケースは、国务院二〇〇一年七月二二日判決 (第一次ティトラン事件)⁽¹⁸²⁾ である。本件は、原告ティトラン氏が、大審裁判所における手続の自動管理システムの利用に関する法務大臣令 (アレテ)⁽¹⁸³⁾ の撤回を申請したところ、これを拒否されたので、この拒否決定の取消しを求めて越権訴訟に及んだものである。⁽¹⁸⁴⁾ すな

わち、行政主体が個人の氏名情報の処理を自動化する際の諸規定を制定するにあたっては、法律上、①「情報処理と自由に関する国家委員会」(CNIL)に諮問した上で、その意見に沿ってこれを定めなければならない、②もしCNILの意見を逸脱して規律を行う場合には国務院の議を経た政令(デクレ)によりこれを定めなければならないとされていた。ところが、上記法務大臣令はCNILの意見に適合しない部分を含んでいたため違法であり、その撤回を拒否する大臣の決定も違法であって取り消されるべきものであった。

本来であれば、命令の撤回を拒否する決定が判決で取り消された場合、行政庁は直ちに当該命令を撤回する義務を負うというべきである。しかし、本件で問題となっている法務大臣令が撤回されると、裁判所における情報処理システムの運用を規律する法令が存在しない状態となり、一時的にせよシステムの利用を停止せざるをえなくなる。そのため、判決は、「一件書類によれば、問題となっている「…」大臣令により導入された自動処理は、司法的公役務のよき運営のために必要なものであることが認められる」と述べた上で、拒否決定の取消しから生じる効果を緩和することにした。⁽¹⁸⁵⁾すなわち、①本判決の履行のために司法大臣には二ヶ月の猶予期間が与えられる。②司法大臣は、当該大臣令を適法化するために、(1)CNILの意見に従って大臣令を改正するか、(2)国務院の議を経た政令を制定するか、二つの選択肢を与えられる。そして、判決主文においては、拒否決定の取消しが宣告されとともに、「この取消しは、法務大臣にとって、本判決の不可欠の支柱をなす理由において述べられた義務を含むものである」と判示されたのである。

このような判断も、判決理由中で行政庁のとるべき措置を明確にするという点では、ヴァシリキオティス判決の流れに沿うものと考えられる。現に、行政庁に猶予期間と行動の選択肢を与えるという考え方は、ヴァシリキオティス判決で論告担当官が提案した「条件的取消し」⁽¹⁸⁶⁾を髣髴とさせるものである。しかし、ヴァシリキオティス判決があくまでも判決(既判事項)から必然的に生ずる帰結を行政庁の義務として宣言するものであったのに対し、本判決による義務の

宣告はそれとは異なる性質を持つものではないかと思われる。

すなわち、ティートラン判決で法務大臣に課せられた義務の内容は、拒否決定の取消しそれ自体から帰結するものとはいえない。なぜなら、命令の撤回を拒否する決定が取り消されれば、行政庁は判決後直ちに当該命令を撤回する義務を負うはずだからである。にも拘らず、本判決は、大臣に二ヶ月の猶予期間を与え、さらに大臣令の撤回ではなく改正を義務付けた。この二点において、本判決によりなされた法定外行為命令は取消判決の帰結をむしろ制限するものと解することができる。⁽¹⁸⁷⁾

さらに敷衍すると以下のようなことである。フランスでは、越権訴訟における取消判決は遡及効を持つとされ、「取り消された行為ははじめから生じていなかったものとみなされる」⁽¹⁸⁸⁾。この原則自体はわが国の取消訴訟においても異なるものではないが、フランスでは取消判決が対世効を持っており第三者がそれを援用するの⁽¹⁸⁹⁾も可能なこと、また、命令も越権訴訟の対象となること、⁽¹⁹⁰⁾しかもわが国の事情判決（行訴法三一条）に相当する制度が存在しないこと、⁽¹⁹¹⁾等が相俟って、命令が取り消された際に生じうる法的空白をどう埋めるかが法律問題として立ち現れることになる。⁽¹⁹²⁾そのような問題への一つの解答として国務院が選択したのが、本判決における「効果が延期された取消し（annulation aux effets différés）」⁽¹⁹⁴⁾であった。取消しの効果をこのように制限することは、「司法的公役務のよき運営」の要請によって根拠付けられるのである。

(2) 法定外行為命令から取消判決の遡及効の制限へ

取消判決がもたらしうる悪影響を緩和し、判決後の状況をコントロールしようとする国務院の態度は、法定外行為命令を超えて新たな手法を生み出すことになった。ここでは、国務院が行政行為の誤りを自ら正してしまう手法^(a)と、判決の遡及効を制限してしまう手法^(b)とを紹介する。

(a) 裁判所による行政行為の過誤の矯正

この手法が用いられたのは、国務院二〇〇二年三月二五日判決（バ・ラ
ン県農業災害保険金庫事件）⁽¹⁹⁶⁾ においてである。同判決は、農地法典が議会の授權に基づく政府のオルドナンスにより法典
化された際に、同法典の七七六・一一二条において「七七六・一一九条」を引用すべきところ、誤って「七七六・一一八
条」が引用されてしまった事案につき、次のように判示した。①本来なら、そのような実質的な瑕疵は当該条項の取消
しをもたらすものである。②しかし、当該オルドナンスの趣旨が法典化以前に存在していた規定を法典に移し替えるだ
けの目的を持ったものであり、法典化権限を政府に授權する法律の期限がすでに切れており瑕疵を補正するために新し
いオルドナンスを制定することはもはや不可能であることに鑑みると、当該条項を取り消すことは適當ではない。③国
務院は、判決に最良の効果を与えるように、(1)当該条項に正しい意味づけを与え、(2)正しい条文が対抗力を持つように
適切な公示措置を取るべきである。

そして、判決主文では、第一項において「農地法典七七六・一一二条は、七七六・一一八条ではなく七七六・一一九条
を引用していると理解されるべきものである」(③(1)に対応)と、第二項において「主文第一項およびその支柱をなす判
決理由を含む本判決の抜粋は、本判決が首相に送達されてから一ヶ月以内に、官報に公示されるものとする」⁽¹⁹⁶⁾ (③(2)に対
応)と判示され、その上で原告の請求は棄却された。

この第二項は確かに法定外行為命令の一種であるともいえるが、本判決の眼目はここではなく第一項にあることは明
らかであろう。つまり、国務院は、オルドナンスにより法典化された当該条項が取り消されたときの不都合を慮って、
取消しの効果を制限するどころか、取消しそれ自体を回避し、取消訴訟を解釈訴訟であるかのように扱って行政行為の⁽¹⁹⁷⁾
誤りを裁判官が自ら矯正してしまったのである。

このように、裁判官自らが行為の内容を変更することにより行政行為を維持するという手法は、処分理由の差替えに

似ていなくもない。しかし、本判決はきわめて特殊な状況下で現れた例外的な判決と評価すべきであろう。⁽¹⁹⁸⁾ それに対し、次に見る取消判決の遡及効の制限は、取消判決の事後処理の問題に一般的な解答を与えた重要な判例変更である。

(b) 取消判決の遡及効の制限 先に紹介した第一次ティトラン判決においては、行政庁に判決を履行するための

二ヶ月の猶予期間を与えることにより、取消しの効果が延期される形となった。果たしてこれが取消判決の遡及効そのものを制限するものであるかどうかが問題となりうる。⁽¹⁹⁹⁾ しかし、ティトラン事件で直接争われた命令撤回拒否決定自体は取消判決により遡及的に消滅しており、猶予されたのは取消しの帰結として生じる行政庁の義務の履行であると考えることが出来るから、その限りで取消判決の遡及効は維持されている。⁽²⁰⁰⁾ 国務院が正面から不遡及的取消しを認めるには、二〇〇四年五月一日の争訟総会判決 (ACI 協会事件)⁽²⁰¹⁾ を待たなければならなかった。

事案は、使用者団体と労働者団体との間で締結された失業保険協定を認可する労働大臣令 (アレテ) の適法性が争われたものである。この大臣令は、制定の際に意見を求めることが義務付けられている諮問機関の構成が法の要求を満たすものではなかったという点で手続の違法を帯びており、さらに、一部の条項につき実体の違法が存在していた。しかし、これを遡及的に取り消すと協定も遡及的に効力を失い、すでに支払われた保険料や手当金の払戻し・精算が必要になり、失業保険制度の継続性に大きな影響を与えることになる。⁽²⁰²⁾ そこで国務院が模索したのが、取消判決の遡及効を制限し、取消しの効果を将来に向かつてのみ生じさせるという方法であった (取消しの効果の時間面での調整 *modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse*)。判旨は長く複雑であるが、要件、効果および本件への当てはめに分けて整理しよう。

要件について。①原則として、「取り消された行為ははじめから生じていなかったものとみなされる」。②しかし、係争行為の効果および行為が有効だった間に形成された状況と、このような効果を一時的に維持することについての一般

的利益とに鑑みて、遡及的取消しが明白に過度の影響 (conséquences manifestement excessives) を生ぜしめる場合には、例外的に遡及的取消しの原則を逸脱することができる。③裁判官は、その可否を判断するために、次の二つの利益を比較衡量しなければならない。(1)取消しの遡及効が様々な公益ないし私益に対して及ぼす影響。(2)取消しの遡及効を制限することで、適法性原理および実効的な裁判を受ける私人の権利にもたらされる影響。④その際、次の手続的要件が遵守されなければならない。(1)当事者の意見書を徴すること。(2)申し立てられたすべての攻撃防御方法およびすべての職権調査事項について審理判断すること。

効果について。⑤比較衡量の結果、遡及的取消しの原則を逸脱することが許されると判断される場合には、裁判官は、(1)判決以前に生じていた係争行為の効果の全部または一部がすでに確定したものとみなされなければならないこと、(2)場合により、取消しの効果が判決言渡し日以降で裁判官の定める日から将来に向かってのみ生じること、を判決において宣言することができる。⑥ただし、判決言渡し日の時点で係属中の、係争行為を根拠とする個別行為に対する訴訟との関係では、係争行為は遡及的に消滅したものとみなされなければならない。

本件への当てはめ。⑦大臣令のうち実体の違法を帯びている規定に関しては、遡及的に取り消す。⑧その他の手続的違法を帯びている部分に関しては、(1)現在有効な協定に関する部分は、労働大臣または首相が必要な措置を取る期間を考慮して、取消しの効果が二〇〇四年七月一日(すなわち判決言渡しの約二ヵ月後)から生ずるものとし、(2)過去三年間の協定に関する部分は、大臣令を根拠になされた個別行為の効果が生ずるに確定したものとす。⑨ただし、⑧(1)(2)いずれの場合にも、取り消される大臣令を根拠とする個別行為のうち本判決言渡しの時点で訴訟が係属しているものについては、遡及効は制限されない。

行政活動の適法性の確保と法的安定性の維持という相反する二つの要請の調整を示したこの判決は、フランスの行政

判例に一つの画期をなすものであり、様々な角度からの評価が可能であるが、⁽²⁰³⁾ここでは本稿のこれまでの叙述との関係でいくつかコメントを加えておく。

第一に、本判決は行政庁に何らかの行動を義務付けるものではない。確かに、上記⑧(1)に関しては、行政庁が新たな措置を取ることを期待して取消判決の効力発生時を遅らせるという結論が取られているのであるが、取られるべき措置の内容が具体的に定められているわけではなく、法定外行為命令の場合とは異なる。

第二に、本判決は判決後の事情(大臣令が取り消されることから生じる困難)から逆算して結論を導くという思考によりており、その点では第一次ティトラン判決およびバ・ラン県農業災害保険金庫判決と共通の発想が見られる。⁽²⁰⁴⁾その限りで、裁判官は行政行為時のみならず判決時に存在する法および事実の状況をも考慮に入れているといえる。ただし、判決の構造として違法判断自体は遡及効制限の判断と完全に区別されており、⁽²⁰⁵⁾違法判断それ自体の基準時が行為時から判決時へ移り、これをもって越権訴訟と全面審判訴訟との区別が消失したとはいえないように思われる。これは、行為命令の裁判の基準時が判決時に置かれるからといって、越権訴訟における違法判断は行為時を基準として行われるのと同様であろう(二2(3)参照)。

第三に、しかし、AC!協会判決は理由の節約の法理を放棄する点で、違法性の審理構造にも影響を与えるものようである。⁽²⁰⁶⁾すなわち、本件では大臣令全体が手続の違法を帯びていたため、理由の節約の法理からすれば取消しをするにはこの認定だけで十分だったはずである。しかるに、大臣令の一部の条項はそれに重ねて実体の違法をも帯びていた。これは、仮に手続の違法が存在しなかったとしても、その条項に関する限りそれだけで取消原因となりうるものであり、しかもその条項のみが取り消された場合には遡及効を制限する必要のない事由であった。⁽²⁰⁷⁾現に、本件では遡及効の制限はその条項を除外してなされている。つまり、遡及効制限には、主張されているすべての攻撃防御方法(および職権調

査事項)に照らした判断が要求されるのである。ただし、本件ではたまたま手続の違法のみを帯びた部分についてしか遡及効制限がなされなかったが、⁽²⁰⁸⁾ 国務院は手続の違法と実体の違法との区別を遡及効制限の適用基準とする意図は必ずしもないことにも注意すべきである。

第四に、本判決が行政行為の効力を将来に向かってのみ消滅させることを認めたのは、すなわち行政裁判官に行政行為を「撤回」(abrogation)する権限を認めたものとする見解がある。⁽²⁰⁹⁾ この見解はさらに進んで、かかる権限を行政裁判官に認めることは、行政行為を(時間の面で)変更する権限を認めることに他ならず、それはすなわち全面審判訴訟の裁判官の権限を認めることになるというのである。確かに、撤回は遡及効を持たない点においてのみ(職権)取消しと区別されるのだとすれば、AC!協会判決で行政裁判官に撤回権限が認められたと解することもあながち不当ではない。⁽²¹⁰⁾ しかし、全面審判訴訟の領域において撤回権限を認めたこととされる判決とは異なり、本判決はその旨を明示したわけではない。⁽²¹¹⁾ また、全面審判訴訟における遡及効は相対的なものと解されていたとはいえず、⁽²¹²⁾ 裁判官の撤回権限を明示的に認めたものは管見の限り一判決のみである。さらに、それが撤回であるかどうかを別にしても、遡及的でない取消しを宣言することは、行政行為の一部取消しと同様、⁽²¹³⁾ 行政行為の変更に当たるとは俄かには言い難いように思われる。結局、AC!協会判決は、越権訴訟に全面的な要素をまた一つ付け加えたとはいえず、⁽²¹⁴⁾ 両訴訟の壁を融解させるようなものではなかったということができるだろう。

(182) CE, 27 juillet 2001, *M. Titran I. Rec.*, p. 411; *AJDA*, 2001, p. 1046, *chron. Mathias Guyomar et Pierre Collin*.

(183) わが国の通常の用語法からすると、命令について「撤回」の語を用いるのはやや奇異であるが、フランスでは大臣等の行政立法的行為も行政行為の範疇に含まれるため、「撤回 (abrogation)」と「(職権による) 取消し (retrait)」の区別が個別的行為の場合と同様に妥当する。参照、リヴェロ・前掲『フランス行政法』一一四頁(一〇二)。

(184) フランスでは、命令(行政立法)の違法を攻撃する場合、ヴァシリキオテイス事件のように当該命令の取消しを直接裁判所に求める方法と

(この場合当該命令は取り消されれば遡及的に効果を失うが、命令公布時から二ヶ月の出訴期間がかかる)、第一次ティトラン事件のように当該命令の撤回を行政庁に申請した上でその拒否決定の取消しを求める方法とがある(この場合撤回の効力は将来に向かってのみ生じるが、出訴期間は拒否決定の時点から走る)。行政庁は、当該命令が制定時から違法であったかその後の事情変更により違法性を生じたかを問わず、命令が違法である限りそれを撤回する義務を負うとされる(CF, Ass., 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, Rec., p. 44; RFDA, 1989, p. 391, concl. Noël Chahid-Nourai, notes Louis Dubouis et Olivier Beaud; *GAJA*, n° 95, p. 673)。

(181) Lamy, concl. sur l'arrêt *M. Tiran I*, citées par Guyomar et Collin, chron. préc., *AJDA*, 2001, p. 1049.

(181) Guyomar et Collin, *ibid.* 反対' Damaray, note sur le deuxième arrêt *Tiran*, *AJDA*, 2003, p. 1011. 本件においても論告担当官を務めたのはヴァシリキオティス事件と同じくラミであるが、残念ながらその論告の全体は公表されていない。

(187) René Chapus, «Georges Vedel et l'actualité d'une «notion fonctionnelle»: l'intérêt d'une bonne administration de la justice», *RDP*, 2003, p. 13.

(188) CE, 26 décembre 1925, *Rodière*, préc. (*supra*, note 32).

(189) 塩野・前掲『行政法Ⅱ〔第四版〕』一六三頁。

(190) 伊藤・前掲『フランス行政訴訟の研究』が、フランスの学説と判例の網羅的かつ詳細な分析からこの問題の全体像を描き出している。

(191) 前注(169)参照。

(192) 伊藤・前掲三〇一頁。

(193) この問題についてフランスの判例および立法実務が与えてきた解答につき、伊藤・前掲二六五―三四三頁参照。とりわけ、同書三〇〇―三四三頁で扱われている「立法による有効化 (validation législative)」が重要である。これは、判決で取り消された行為の効力を立法で遡及的に維持することにより取消判決から生じうる混乱・不都合を回避しようとする手法である。そのために制定される「有効化法律 (loi de validation)」は、当然その合憲性に疑義が呈され、厳しい要件が課せられている(Chapus, *DCA*, n° 1274, p. 1120-1121)。近年ではヨーロッパ人権条約六条一項の要請にも服さなければならない(一九八〇年代までの憲法院判例につき伊藤・前掲三二―三四三頁、ヨーロッパ人権裁判所判例をも含めたその後の展開につき府川繭子「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——」(一)早研一五号(二〇〇五年)二二三頁以下、(二・完)一一六号(二〇〇五年)二〇三頁以下参照)。なお、後注(203)参照。

(194) Guyomar et Collin, *op. cit.*, p. 1048; Bertrand Seiller, «L'illégalité sans l'annulation», *AJDA*, 2004, p. 969.

- (195) CE, 25 mars 2002, *Caisse d'assurance-accidents agricole du Bas-Rhin et autres*, *Rec.*, p. 110.
- (196) 行政事件訴訟法第101条第1項第1号の趣旨が実現された。
- (197) Chapus, art. préc., *RDP*, 2003, p. 15.
- (198) Seiller, *op. cit.*, p. 967-968. 「最大の抑制をめぐってしか用いえない」手法であることは、Voir aussi David Bailleul, «Les nouvelles méthodes du juge administratif», *AJDA*, 2004, p. 1628.
- (199) この時点では、行政裁判官には「取消判決のみならず法的混乱を考慮して不適及的取消を言い渡す権限は認められていない」かった（伊藤・前掲三〇一―三〇二頁）。
- (200) Seiller, *op. cit.*, p. 969; Jacques-Henri Stahl et Anne Courrèges, «Note à l'attention de Monsieur le Président de la Section du contentieux», *RFD*, 2004, p. 443.
- (201) CE, Ass., 11 mai 2004, *Association ACI et autres*, *Rec.*, p. 197, concl. Devys; *RFD*, 2004, p. 437, préface Daniel Labetoulle, étude Jacques-Henri Stahl et Anne Courrèges, concl. Christophe Devys; *AJDA*, 2004, p. 1183, chron. Claire Landais et Frédéric Lenica; *GAJA*, n° 118, p. 912.
- (202) 論告担当官は、有効化法律（前注(191)）の介入が避けられなほどであること（Devys, concl. préc., *Rec.*, p. 220; *RFD*, 2004, p. 469）。
- (203) 本稿では詳しく扱えないが、特に次の四点を指摘しておく。
- ① 本判決が比較法およびとりわけEC法（EC条約二三一条（旧一七四条））による取消判決の適及効制限およびその先決問題判決への類推適用の影響を受けたものだということは、かつて適及効制限を拡張するEC判例に対してフランス国務院が示した激しい抵抗に鑑みると（参照：伊藤洋一「EC判例における無効宣言判決効の制限について」（一）法協二二二巻二号（一九九四年）一六二頁以下、（二・完）二二二巻三号（一九九四年）二九五頁以下参照）、いっそう興味深い（Cf. Stahl et Courrèges, *op. cit.*, p. 439-441; Devys, concl. préc., *Rec.*, p. 211-213; *RFD*, 2004, p. 461-463; Henri Labayle, «La Cour de justice des Communautés européennes et la modulation des effets de sa jurisprudence : autres lieux ou autre mœurs ?», *RFD*, 2004, p. 663 et suiv.; Olivier Dubos et Fabrice Melleray, «La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif», *DA*, août-sept. 2004, Études n° 15, p. 11-13）。
- ② 本判決の登場により、「立法による有効化」（前注(193)）が必要とされる余地は狭められるであろうと予見されている（Stahl et Courrèges, *op. cit.*, p. 445; Devys, concl. préc., *Rec.*, p. 218; *RFD*, 2004, p. 467; Landais et Lenica, *op. cit.*, p. 1190; Dubos et Melleray, *op. cit.*, p. 14-15）。
- ③ その後、憲法院も法律の違憲判断においてACI協会判決と同様の手法を採り入れるに至った。すなわち、二〇〇六年の社会保障財政法律の

一部の条項につき、本来であれば違憲が宣告されるべきところ、¹⁹⁹「国民の健康の保護に付随する憲法的価値を持つ一般利益」を理由に違憲宣告を回避し、同時に²⁰⁰二〇〇七年以降これを憲法に適合せざるもの立法者に命じたのである (CC, 15 décembre 2005, n° 2005-528 DC, *AJDA*, 2005, p. 2428, obs. Séverine Brondel)°。

④取消判決の遡及効制限と論理的に直接の連関があるとは必ずしも言いつけられないものの、²⁰¹ACJ協会判決は判例変更の遡及性を制限する議論をも途を開くこととなった (Cf. Stahl et Courrèges, *op. cit.*, p. 451-453; Jacques-Henri Stahl, «An I après ACJ»: Les suites de la modulation dans le temps des effets des annulations contentieuses, un an après l'arrêt *Association ACJ*», *RJEP/CJEG*, 2005, p. 361-362. 以下伊藤・前掲 (一) 法協一一一巻二号一三七頁をも参照)°。しかし、行政判例は現在までのところ判例変更の遡及性を維持しつつ (CE, 14 juin 2004, *Société civile immobilière Saint-Lazare*, *Rec. Tab.*, p. 844; *BDU*, 2004, p. 294, concl. François Sèners. Voir aussi Bertrand Seiller, «Pour un dispositif transitoire dans les arrêts», *AJDA*, 2005, p. 2425; Id., «Partie remise ou fin de partie?», *AJDA*, 2006, p. 681; CE, Sect., 10 mars 2006, *Société Leroy-Merlin*, *RFDA*, 2006, p. 550, concl. Yves Struillou; *AJDA*, 2006, p. 796, chron. Claire Landais et Frédéric Lenica)° 民法 (民事) 判例は同じく破毀院の委託を受けた研究グループが遡及性を制限する可能性を示す報告書を公し (Groupe de travail présidé par Nicolas Molleissis, *Les revirements de jurisprudence*, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet, 30 novembre 2004, Paris, Litec, 2005)°。判例の方向転換の傾向は²⁰² Cass., 2° Civ., 8 juillet 2004, *Bull. civ.*, II, n° 387, p. 323; D., 2004, p. 2956, note Christophe Bigot; Cass., Soc., 17 décembre 2004, *Bull. civ.*, V, n° 246, p. 310; *JCPE*, 2005, p. 1239, obs. Bernard Teyssié; *RTDC*, 225, p. 159, note Pierre-Yves Gautier)°。

(201) Landais et Lenica, *chron. préc.*, *AJDA*, 2004, p. 1187.

(202) Landais et Lenica, *ibid.*

(203) Dubos et Melleray, *op. cit.*, p. 14.

(204) Devys, *concl. préc.*, *Rec.*, p. 217; *RFDA*, 2004, p. 466.

(205) Devys, *concl. préc.*, *Rec.*, p. 216; *RFDA*, 2004, p. 465; Stahl et Courrèges, *op. cit.*, p. 449. ACJ協会判決の法理の二度目の適用例である CE, Sect., 25 février 2005, *France Telecom*, *Rec.*, p. 86; *RFDA*, 2005, p. 802, concl. Emmanuelle Prada-Bordenave; *AJDA*, 2005, p. 997, chron. Claire Landais et Frédéric Lenica; *RJEP/CJEG*, 2005, p. 355, chron. Jacques-Henri Stahl 以下「実体の違法に基づき取消しの遡及効を制限しようとする。ただし、この事件における手続の違法との別が微妙なケースであった」(Cf. Pascale Idoux, «Juger la régulation, c'est encore réguler...」(CE, Section, 25 février 2005, *France Telecom*, n° 247866)°, *RDP*, 2005, p. 1655-1658, 1663-1664)°。

- (209) Landais et Lenica, *op. cit.*, p. 1187.
 - (210) CE, 21 janvier 2002, *Ministre de l'Aménagement du territoire et de l'Environnement c/ société Schueppes France*, *Rec.*, p. 13.
 - (211) Florence Crouzatier-Durand, «Le pouvoir d'annulation du juge administratif : brèves réflexions sur la rétroactivité (À propos de l'arrêt d'Assemblée plénière du Conseil d'État du 11 mai 2004, Association AC 1)», *LPA*, 4 fév. 2005, p. 10.
 - (212) Bailleul, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif*, *préc.*, n° 321, p. 333-334. Voir aussi Seiller, *art. préc.*, *AJDA*, 2004, p. 969-970.
 - (213) Michel Pierre Corbel, «L'annulation partielle des actes administratifs», *AJDA*, 1972, p. 138 et suiv.
 - (214) なお、その後の判例の展開に触れておく。まず、A C 1 協会判決にきわめて類似した一般論に基づいて、補正可能な瑕疵を帯びた行政行為を取り消すことが一般利益に対して過度の悪影響をもたらす場合には、適法性原理および実効的な裁判を受ける私人の権利への影響と比較衡量した上で、取消しを回避し当該行為の瑕疵の補正を行政庁に促すために定められた期日まで訴訟手続を中断することを認めた下級審判決が現れた (TA Amiens, 24 mai 2005, *M. Dubruque et autres*, *AJDA*, 2005, p. 2416, note Fabrice Melleray)。この判決については、A C 1 協会判決のほか、第一次ティートラン判決や、ヴァシリキオティス事件で論告担当官が提案した「条件的取消し」の考え方の影響が指摘されている (Melleray, note *préc.*)。
- 国務院は、さらに進んで、手続の瑕疵を帯びているが内容に違法のない大臣令につき、それを取り消した上で、その取消しから生ずる義務の履行を猶予し、六ヶ月の期間内に正しい手続によって新たな大臣令を制定することを法典九二二一条の行為命令権限に基づいて命ずる判決を下した (CE, 11 janvier 2006, *Association des familles victimes du saturnisme et autres*, *AJDA*, 2006, p. 116, obs. Marie-Christine de Montecler)。

五 むすび

本稿の冒頭で、「フランスにおける行政裁判所と行政庁との関係は、行政訴訟全般に妥当する分離原則および命令禁止原則と、行政行為の行為時の個別的違法事由に基づく遡及的取消しを中核とした越権訴訟に固有の構造という […]」二重の構造によって規定されている」と指摘した(一2)。以上に概観した判例の展開は、フランスの裁判所・行政庁

関係をどのように変容させているのだろうか。

まず、行政裁判官は行為命令権限の十全な活用のために、違法判断の基準時（行為時）以降に生じた事情の変化をも審理判断の対象とするようになった。また、複数の違法事由の審理に関しても、柔軟な訴訟指揮により迅速で実効的な紛争の解決を図っている。さらに、羈束処分以外の場合にも処分理由の差替えを認める判例も現れた。このことからすれば、審理判断の対象が「行為時の個別的違法事由」に限定されるという指摘には、今後かなりの留保が必要となってくるだろう。

次に、処分理由の差替えを認める新判例は、「活動行政と行政裁判の分離原則」に対しても、大きな修正を加えるものといえることができるだろう。もともと、処分理由の差替えはあくまでも行政庁の側から主張があることが前提とされており、むしろ手続のレベルで行政手続と訴訟手続の機能分担のあり方が修正されている、と言った方がより適切かもしれない。

最後に、法定外行為命令の手法は、一九九五年法により開かれた命令禁止原則の例外を、さらに広げるものということができる。この手法はまた、取消判決から生じる帰結をコントロールしようとする目的で用いられたものでもあったが、そのような考慮は、取消判決の遡及効それ自体を制限する新たな判例を生み出した。したがって、「遡及的取消し」の原則をも逸脱する可能性が開かれたのである。

このように、古典的な越権訴訟の構造は、これらの判例によりかなりの変容を被っている。こうした変容は、それぞれの箇所で指摘したように、越権訴訟に全面審判訴訟の要素をもたらし、両訴訟の区別を——消滅させないまでも——相対化する可能性を孕むものである。この変化を理論的にどう解釈すべきだろうか。

AC!協会判決を解説した国務院調査官のランデとレニカは、一九九五年の行政訴訟改革以降の一〇年間を、「行政

裁判官がますます仔細に判決の帰結に関心を向けるようになり、「判決後 (après-jugement)」への注視という責任を自らの職責に含めていった⁽²¹⁵⁾。期間だと総括している。「判決後」への注視という考え方は、実は裁判官の権限の拡大を二つの方向へ導くものである。一つは、まさにAC!協会判決が途を開いたように、取消判決が法的安定に対する過度の脅威となることを避けることであり、⁽²¹⁶⁾ もう一つは、裁判官の行為が命令権限に象徴されるような、判決の執行 (履行) 可能性を高めることである。⁽²¹⁷⁾ 「私人の権利保護」という観点から見たときには一見相反する二つの展開が、「判決後」への注視という単一の配慮によって基礎付けられているのである。⁽²¹⁸⁾

以上に鑑みれば、やはり本稿冒頭で指摘した「裁判官と行政との関係の「…」転機」が新たな意味を持つてくることになる。この転機は、現役の行政裁判官をして、「行政はますます裁判官ではなくなり、裁判官はますます行政官と⁽²¹⁹⁾なっていく (l'administration est de moins en moins juge et le juge est de plus en plus administrateur)」と言わしめるまでに⁽²²⁰⁾なった。論者は、行政行為の職権取消しの可能性を制限したテルノン判決を引き合いに出して、裁判官の面前における行政のプレゼンスが低下している一方で、処分理由の差替えを認める新判例により裁判官の存在感が増している様を見事に表現している。⁽²²¹⁾ このような評価は——処分理由の差替えと同様に本稿で検討したそれ以外の事項においても——裁判官の権限 (pouvoirs) の伸張のみならず任務 (office) が変質していることを暗示しているように思われる。⁽²²²⁾

こうした変化は、どこまで続くのだろうか。フランスの行政訴訟を特徴付けてきた、「活動行政と行政裁判の分離原則」、「越権訴訟と全面審判訴訟との区別」⁽²²³⁾、「命令禁止原則」等々の伝統的な諸法理を完全に廃棄するところまで至るであろうか。あるいはもう一度伝統的な方向への揺り戻しが訪れるのであろうか。しかし本稿には、これ以上を語る能力も資格もない。ただ一つ断言できるのは、フランス行政訴訟制度の最適解をめぐる模索は、いまだ終わりを知らないということだけである。

- (215) Landais et Lenica, *chron. préc. sur l'arrêt Association AC!* (*supra*, note 201), *AJDA*, 2004, p. 1183.
- (216) このような方向性を徹底すると、「行政行為の『違法』と『取消』の間に存在する論理的関係が切断され、処分理由の差替えをもこの観点から説明することができるようになる。『取消しなき違法』という表題の下に最近の判例を分析したものととして、Seiller, «L'illégalité sans l'annulation», *préc.*, *AJDA*, 2004, p. 963 et suiv.
- (217) ランデとレニカはこのほかに判決の実効性と公益との調整を挙げるが (Landais et Lenica, *op. cit.*, p. 1185)、「取消」は捨象する。
- (218) 一九九五年法の適用にかかる最初期の国務院判例についての分析を公にしたスタールとショーヴォーは、その劈頭を次のような言葉で飾っていた。「取消判決が出てからも生活は続く。しかし、これについての裁判官の認識は心許ない。判決の下流に位置する地域——裁判官にとっては長い間未開の大地であった——の組織的な探検が企てられたのは、比較的最近のことなのだ」(Stahl et Chauvaux, *chron. préc. sur les arrêts Grekos, Domarchi, Reghis et Kavvadias*, *AJDA*, 1996, p. 115)。「取消」は、先に引用したランデとレニカの指摘との符合を見出すことが出来るであろう。この時点ではまだ取消判決の適及効制限は具体的なトピックではなかったが。
- (219) Olivier Yeznikian, note sur CAA Douai, 25 mai 2004, *Commune de Yred*, *RFDA*, 2004, p. 752 (著者ゼニキアンは行政控訴院評定官)。
- (220) CE, Ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, *Rec.*, p. 497, concl. Seners; *RFDA*, 2002, p. 77, concl. François Seners, note Pierre Delvolvé; *AJDA*, 2001, p. 1034, *chron. Matthias Guyomar et Pierre Collin*; *GAJA*, n° 113, p. 860. 私人に権利を付与する効果を持つ行政行為 (acte créateur de droits) が違法であった場合に、取消訴訟で攻撃が可能な間もしくは現に取消訴訟が係属している間は行政庁はいつでも職権取消しをすることが出来るとしていた従来の判例法理を改め、これに四ヶ月の期間制限を設けたものである。
- (221) プロワイエルは、「法定外行為命令による裁判官の権限の伸張を」、「行政官たる裁判官の回帰 (retour du juge administrateur)」と呼んでいる (Broyelle, «De l'injonction légale à l'injonction prétorienne: le retour du juge administrateur», *préc.*, *DA*, mars 2004, p. 8 et suiv.)。
- (222) Cf. Francis Donnat et Didier Casas, «L'office du juge administrateur dans la jurisprudence récente du Conseil d'État», *DA*, mai 2004, *Études*, n° 9, p. 12.
- (223) 「『取消し』と『違法』の両者の区別は失われた」とする Fabrice Melleray, «La distinction des contentieux est-elle un archaïsme?», *JCP A*, 2005, colloque n° 1296, p. 1233 et suiv. 又、また維持せられようとする Sabine Bousard, «La classification des contentieux à l'épreuve de la métamorphose du juge de l'excès de pouvoir», in Grégoire Bigot et Marc Bouvet (dir.), *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Paris, Litec/LexisNexis, 2006, p. 305 et suiv. の「二つの対照的な論考を参照せられた」。