

## フランス行政裁判所における

### 全面審判訴訟 (1)

——判決における裁判官の権限に着目して——

石 黒 匡 人

#### 目 次

はじめに

第一章 フランス行政裁判所における、義務づけ判決、行為代行判決および行為変更判決の禁止原則

第一節 義務づけや行為の変更に似た性質を持つとされる判決

第二節 禁止原則の確立

第三節 禁止原則の根拠——学説の概観——(以上本号)

## はじめに

大阪国際空港訴訟における最高裁判所大法廷判決が民事訴訟による夜間飛行差止請求を不適法として却下したのを契機として、公法上の当事者訴訟の活用について議論が活発になされており、また無名抗告訴訟の利用も主張されている。このうち、義務づけ訴訟については典型的に三つの見解がみられ、全面的否定説は現在の学説判例の大体がとるところではなく、補充説と独立説が対立しているとされる。すなわち、補充説が義務づけ訴訟を認めるために、一般に行政庁の義務の一義的明確性と救済の必要性(回復しがたい損害の発生)という要件を課すのに対し、独立説は、判決に熟する限りで裁判所は義務づけ判決を下すことができるのである。これに対して既に以前から、独立説に立たないとしても、当事者訴訟的な義務づけ訴訟においては回復しがたい損害の発生という要件は不要であるとの主張がなされ、またわが国の行政法学があまりに抗告訴訟中心主義になっており、当事者訴訟に関する研究が乏しかったとの指摘もなされているが、なおわが国では当事者訴訟はほとんど検討されずにきたのである。

他方、フランスの行政訴訟のうちで、わが国の当事者訴訟に該当するとされる、全面審判訴訟( *contentieux de pleine juridiction* ) を研究する必要性が指摘されている。全面審判訴訟は、伝統的に取消訴訟( *contentieux de l'annulation* ) —— その中心的なものが越権訴訟( *recours pour excès de pouvoir* ) である ——、解釈訴訟( *contentieux de l'interprétation* )、処罰訴訟( *contentieux de la répression* ) と並んでフランスにおける四つの行政訴訟類型の一つとされており、裁判所が、民事訴訟と同様に全面的な審判権を行使し、単に行政の決定を取消すに止まらず、それを変更したり、行政に代って自ら決定を下したり、行政に対し損害賠償等の金銭支払いを命じたりすることができるとされる。フランス行政法に関しては既に多くの論稿が出され、全面審判訴訟も、行政法あるいは行政裁判制度の成立に関する研究で扱われている。さらに、行政契約や行政賠償責任に関する論稿は、そこで生じる訴訟が全面審判訴訟であるため、この訴訟の研究という側面も持ち、したがって全面審判訴訟に関しても、一定の限定された局面では既に研究はなされているのである。しかしながら、それらは、各分野の行政法理や行政裁判権の確立とその内容を説明するものであり、全面審判訴訟の特徴を明らかにしようとしてそれ自体を検討の対

象としたものではないため、義務づけ判決を下さないとされるフランス行政裁判所が、行政決定の取消しに止まらず種々の判決を下すという全面審判訴訟の内容は、いまだ明らかになっていないと思われる<sup>(21)</sup>。

以上のような認識の下で、本稿は、全面審判訴訟自体を対象とし、その全体に渡る特徴を検討する。その際、フランス行政裁判所の、義務づけ、行為代行および行為変更の各判決に対する態度を明らかにした後に、全面審判訴訟で下される判決がいかなるものであるのかを紹介し、さらにその他の特徴をも検討することによって、全面審判訴訟の全体像を明らかにするという方法をとることとする。なお本稿は、まず全面審判訴訟の客観的な理解を目指すものであり、わが国の公法上の当事者訴訟および無名抗告訴訟に対し直接的な方向づけを与えるものではないが、そこでの議論のために新たな素材を提供することができると思われる。

(1) 最大判昭和五六年二月一六日民集三五卷一〇号一三六九頁以下。

(2) その論理は既に多くの論者によって批判されている。主な評釈として、今村成和(『ジュリスト』七六一号二七頁)、原田尚彦(『ジュリスト』七六一号三五頁)、綿貫芳源(『判例時報』一〇二五号三頁)、下山瑛二(『法律時報』五四卷二二〇頁)、阿部泰隆(『自治研究』五八卷三三三頁)、近藤昭三(『ジュリスト』七六八号三二頁)各氏のいずれも一九八二年のものがある。

(3) 高木光「行政訴訟による差止に関する一考察——西ドイツにおける結果除去請求権の法理を手がかりとして——」『神戸法学雑誌』三三卷一号(一九八二年)五九頁以下、同「訴えの利益論の再検討——事実行為論の立場から——」『神戸法学雑誌』三五卷二二号(一九八五年)四〇九頁以下は、わが国の行政行為論が負担過重であるとの視点で公法上の当事者訴訟による差止を主張する。その他公法上の当事者訴訟の可能性に好意的なものとして、園部逸夫「行政訴訟と民事訴訟との関係」『新・実務民事訴訟講座』9(日本評論社・一九八三年)三頁以下、同・「グレイ・ゾーンと行政訴訟——大阪国際空港騒音公害訴訟大法廷判決をふりかえって——」『季刊実務民事法』4(一九八四年)七頁以下、鈴木庸夫「当事者訴訟」『現代行政法体系』5(有斐閣・一九八四年)七七頁以下がある。また、和田英夫「行政訴訟と民事訴訟——司法制度におけるその関連と課題——」『公法の課題(田中二郎先生追悼論文集)』(有斐閣・一九八五年)六一九頁は「公法上の当事者訴訟が見直しされるべきなのである」としており、好意的な論者に加えることができよう。

これに対して否定的な立場に立つものとして、原田尚彦「厚

木基地訴訟却下判決の問題点——「防衛行政権」という論理を中心にして——」、『ジュリスト』七八二号（一九八三年）九九頁以下、同・「行政訴訟類型の多様化論争」、『法学教室』五二号（一九八五年）四七頁以下（塩野宏・原田尚彦『行政法散歩』（有斐閣・一九八五年）所収）、阿部泰隆『公法上の当事者訴訟の蘇生？』、『季刊実務民事法』6（一九八四年）六頁以下、同・「行政救済の実効性」、『弘文堂』一九八五年）九六—一〇〇頁がある。

また、室井力「公法における判例と学説」、『公法研究』四八号（一九八六年）一五四頁は、公法上の当事者訴訟一般については別にして、大阪空港事件におけるその利用には否定的である。

- (4) 塩野宏「無名抗告訴訟の問題点」、『新・実務民事訴訟講座』9（日本評論社・一九八三年）一四二頁は、最高裁多数意見の論理を前提とすれば、抗告訴訟の形態としては、妨害排除を求める無名抗告訴訟を選択するのが素直であるとし、阿部・前掲注(2)「空港供用行為と民事差止訴訟——大阪国際空港訴訟最高裁判決をめぐって」一七—二五頁（同・前掲書注(3)所収）は、民事訴訟も抗告訴訟もともに適法との立場に立ちつつ、抗告訴訟としては、航空機騒音障害防止法に基づく運輸大臣による飛行時間指定の義務づけ訴訟以外には満足なものはないとする。

- (5) 塩野・前掲注(4)一三三頁以下。

全面的否定説を戦後昭和三〇年代までの学説・判例の詳細な分析に基づいて批判したものと、今村成和「行政訴訟——司法権の限界」に関する諸学説の検討——」、『日本国憲法体系

（宮沢俊義先生還暦記念）』第六卷（有斐閣・一九六五年）三一頁以下（同・「現代の行政と行政法の理論」）（有斐閣・一九六二年）所収）がある。

- (6) 原田尚彦『訴えの利益』（弘文堂・一九六三年）七三頁は、補充説に立ち、この立場で「訴訟法の次元では理念的にはいちおう解決済」になったとする。昨今の下級審判決は一般的傾向としてこの立場に立つとされる。（塩野・前掲注(4)一二六頁）

- (7) 阿部泰隆『義務づけ訴訟論』、『公法の理論（田中二郎先生古稀記念）』下II（有斐閣・一九七七年）二一〇三頁以下は、義務づけ訴訟の必要性和実益についての判例等の実証的な研究の上で、独立説を主張する。同・「義務づけ訴訟論再考」、『公法の課題（田中二郎先生追悼論文集）』（有斐閣・一九八五年）一頁以下で再び主張。塩野・前掲注(4)一二八頁は、「行訴法の下では、学説上は多数説といえようか」とする。

- (8) 遠藤博也『講和行政法入門』（青林書院新社・一九七八年）九三、九四頁。社会保険給付は被保険者の権利であり、それについての義務づけ訴訟は当事者訴訟的な色彩をもつとする。また、福家俊朗「行政訴訟における「給付訴訟」」、『民商法雑誌』六六卷六号（一九七二年）六二頁、六七卷一号（一九七二年）六〇頁、七〇頁も、当事者訴訟的無名抗告訴訟という見方をしているように思われる。

- (9) 遠藤博也『戦後三〇年における行政法理論の再検討』、『公法研究』四〇号（一九七八年）一七二頁。

- (10) 学説・判例は公法上の当事者訴訟に対し冷淡で、継子同様の扱いをしているとされる(鈴木・前掲注(3)七七頁)。
- (11) 阿部泰隆『フランス行政訴訟論』(有斐閣・一九七一年)七〇頁、滝沢正『フランス行政法の理論』(有斐閣・一九八四年)二七頁、山田幸男『行政法の展開と市民法』(有斐閣・一九六一年)二四〇、二九八頁。
- (12) 兼子仁『磯部力』小早川光郎編訳・J・リヴェロ『フランス行政法』(東京大学出版会・一九八二年)の訳による。以下の訳語も基本的に同書に従う。他に完全審理訴訟(たとえば、山田・前掲書注(11)、阿部・前掲書注(11)、兼子仁『行政行為の公定力の理論』(東京大学出版会・一九七〇年)、遠藤・前掲注(9)、完全裁判訴訟(たとえば、神谷昭『フランス行政法の研究』(有斐閣・一九六五年)、滝沢・前掲書注(11)、横山信二『フランス越権訴訟における訴えの利益』、『広島法学』六巻一号(一九八二年)三九頁以下)、通常の行政訴訟(たとえば、雄川一郎『フランス行政法』、『行政法講座』第一巻(有斐閣・一九五六年)一五頁以下)などの訳語もみられる。
- (13) 遠藤・前掲注(9)一七二頁。なお、阿部・前掲書注(11)七七頁注(22)は、全面審判訴訟がわが国の公法上の当事者訴訟という制度を発展させるべきか否かという課題について直接の示唆を与えるものではないとし、同頁注(20)で、わが国で公権力の行使とされる年金や税等の領域を含んでいる点で、フランスにおける行政行為論として、全面審判訴訟の領域を研究する必要があらうとする。
- (14) 阿部・前掲書注(11)、広岡隆『民衆訴訟としての越権行為取消訴訟』、『公法学の諸問題(渡辺宗太郎博士還暦記念)』(有斐閣・一九五六年)四五頁以下、近藤昭三『フランス国務院と権力濫用の法理』、『法政研究』二七巻二〇三〇四号(一九六一年)三三九頁以下、横山・前掲注(12)、室井敬司『行政立法と越権訴訟——行政立法の行政行為への包摂過程をめぐってのコンセンユ・データ判例の変遷——』、『東京都立大学法学会雑誌』二六巻一号(一九八五年)六三七頁以下、等の文献の他、多くの研究が既に発表されている。
- (15) 山岸敬子『行政行為の解釈に対する裁判的統制——フランスの直接的解釈訴訟を素材として——』、『自治研究』五六巻(一九八〇年)二二八頁以下、三〇六八頁以下、同・『フランスの直接的解釈訴訟制度の機能——行政解釈の裁判的統制』、『法律時報』五六巻五号(一九八四年)一三五頁以下、同・『フランスの直接的解釈訴訟制度における訴えの成熟性——litige né de l'acteの認定要件』、『一橋論叢』九四巻五号(一九八五年)八九頁以下、参照。
- (16) 滝沢・前掲書注(11)二六、二七頁、J・リヴェロ・前掲書注(12)二二七—二三一頁。
- (17) たとえば、雄川・前掲書注(12)、神谷・前掲書注(12)、渡辺宗太郎『佛國に於ける行政裁判制度の沿革』、『法学論叢』一八巻(一九二七年)一号九〇頁以下、三〇三九四頁以下、六〇八八

九頁以下、村上順『近代行政裁判制度の研究』（成文堂・一九八五年）（およびそのもととなった一連の研究）等。

- (18) たとえば、滝沢正「フランス法における行政契約——行政契約の標準を中心として——」、『法学協会雑誌』九五卷（一九七八年）四号一頁以下、五号七七頁以下、六号一頁以下、七号五〇頁以下、九号一頁以下、浜川清「フランスにおける行政契約一般理論の成立」、『民商法雑誌』六九卷六号（一九七四年）四〇頁以下、七〇卷一号（一九七四年）四三頁以下、三好充「フランスにおける行政契約のカテゴリー」、『産業経済研究』一五卷（一九七四年）一号一五頁以下、二号三七頁以下、一六卷（一九七五年）一号六七頁以下、渡辺宗太郎「佛國に於ける国家責任問題の趨勢」、『法学論叢』二〇卷一号（一九七八年）一四五頁以下、雄川一郎「フランスにおける国家賠償責任法」、『比較法研究』九二一〇号（一九五五年）四九頁以下、神谷昭「フランス行政法における国の危険責任」（同・前掲書注12）三五一頁以下所収）、近藤昭三「公土木 (Travaux publics) の損害について——無過失責任主義の成立——」、『法政研究』三三卷二一六合併号（一九六六年）一三九頁以下、山田準次郎「フランス法における国の補償責任」、『法律論叢』三九卷四〇五〇六合併号（一九六六年）一一三頁以下、広岡隆「フランスにおける行政上の無過失責任の最近の動向——過去一〇年間の主要な判例の考察——」、『現代行政と法の支配（杉村敏正先生還暦記念）』（有斐閣・一九七八年）二七五頁以下、滝沢正「フランス法における行政

上の不法行為責任」、『東西法文化の比較と交流（野田良之先生古稀記念）』（有斐閣・一九八三年）四一九頁以下、小幡純子「フランスにおける公土木の損害 (dommages de travaux publics) ——公土木責任法の発展過程——」、『法学協会雑誌』一〇二卷（一九八四年）四号八三頁以下、五号一頁以下、一〇二卷（一九八五年）六号一頁以下、一一号二七頁以下、久保茂樹「誘導措置と行政賠償責任——フランス経済行政における engagement (確約) を素材にして——」、『法学論叢』二四卷四号（一九八四年）六七頁以下等の論稿。

- (19) 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——」、『法政論集』七六号（一九七八年）九三頁以下、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——コンセイユ・デタ研究の最近の新しい動向をふまえて——」、『現代行政と法の支配（杉村敏正先生還暦記念）』（有斐閣・一九七八年）二四二頁、小早川光郎「取消判決の拘束力——越権訴訟における取消の観念に関する一考察——」、『法学協会雑誌』九三卷四号（一九七六年）（同・『行政訴訟の構造分析』（東京大学出版会・一九八三年）所収）三頁、阿部・前掲書注(11)七三頁。なお、阿部・前掲注(7)「義務づけ訴訟論」二一〇八頁は、全面審判訴訟においては義務づけ訴訟が認められるとするが、それは決定の変更や代行などを含めた広い意味で言っていると思われる、後に見るように、全面審判訴訟においても義務づけ判決は下されないのである。

(20) 小早川・前掲注(19)四頁、横山・前掲注(12)五二頁、J・リヴ  
エロ・前掲書注(12)二二九頁。

(21) 阿部・前掲注(11)第一編が、越権訴訟の特徴を明らかにする  
ための比較で、全面審判訴訟についても、ある程度その内容を  
示しているに止まる。

## 第一章 フランス行政裁判所における、

### 義務づけ判決、行為代行判決

#### および行為変更判決の禁止原則

フランスの行政裁判所は、後に紹介する全面審判訴訟を除い  
て、自ら許可を与えるというように行政に代わって行為をする  
行為代行 (substitution) 判決も、行政のなした決定を変更する  
行為変更 (reformation) 判決も下さない。さらに、行政裁判所  
は、全面審判訴訟を含むあらゆる訴訟において、金銭の支払い  
を除いて、行政に対して一定の作為又は不作為を命ずる義務づ  
け (injonction) 判決も下さない。

この禁止原則は、フランス行政法上最も良く確立された原則  
の一つとして全面審判訴訟を除く全領域に及んでおり、義務づ

けや行為の変更に似た性質を持つとされる判決方法があるに過  
ぎないのである。

なお、行政に対して下された行政裁判所の判決の執行を確保  
するために、判決が執行されない場合、コンセイユ・デタにア  
ストラント (astreinte) の判決を下すことを認める法律が一九  
八〇年に成立した。アストラントとは、義務の履行遅滞一日に  
つき一定金額の支払いを命じる罰金強制であり、これによって、  
行政裁判所が下した決定に従って行動するように行政を強制す  
ることが可能になると言われるが、この法律によって義務づ  
け判決禁止原則が崩されたわけではないとされている。<sup>(6)</sup>

そこで本章では、フランス行政裁判所の義務づけ判決、行為  
代行判決および行為変更判決に対する態度を、コンセイユ・デ  
タの判例を通して明らかにするために、第一節でそれらに似た性  
質をもつ判決方法を紹介した後、第二節でこれらの禁止原則が  
確立してきた過程を見ることにし、第三節で禁止原則につい  
ての学説を概観する。

(1) J. Chevallier, L'interdiction pour le juge administratif de  
faire acte d'administrateur, A. J. D. A., 1972, p. 67 et s.; J.  
Rivero, Droit administratif, 9<sup>e</sup>éd., 1980, n<sup>os</sup> 185 et 229; G.

- Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, 9<sup>e</sup> éd., 1984, p. 685 ; M. Waline, *Droit administratif*, 9<sup>e</sup> éd., 1963, n<sup>os</sup> 440 et 442 ; A. de Laubadère, J.-C. Venezia et Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, 9<sup>e</sup> éd., 1984, t.I, n<sup>o</sup> 1067 ; C. Debbsch, *Contentieux administratif*, 3<sup>e</sup> éd., 1981, n<sup>o</sup> 604 ; J.-M. Aubry et R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, 3<sup>e</sup> éd., 1984, t. I, n<sup>o</sup> 167, t.II, n<sup>o</sup> 1305. また、取消訴訟および越権訴訟についての記事部分については原則に触れるものだが、以下の文献がある<sup>80</sup>。E. Lalerrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2<sup>e</sup> éd., 1896, t.II, p. 568 ; P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, 1952, p. 58 ; M. Kellerstohn, *Des effets de l'annulation pour excès de pouvoir*, 1915, p. 88.
- (2) J. Chevallier, op. cit., p. 70 ; J.-M. Aubry et R. Drago, op. cit., t.I, n<sup>o</sup> 166.
- (3) La loi n<sup>o</sup> 80-539 du 16 juillet 1980. この法律は、北原仁「フランスの行政訴訟におけるインジクション (injonction) について」『早稲田法学会誌』三六巻（一九八六年）三三三頁以下、滝沢正「最近のフランスにおける行政裁判制度の改革——判決の執行確保をめぐる——」『日仏法学』一二期（一九八四年）六八頁によって既に紹介されている<sup>81</sup>。
- (4) 司法裁判所におけるものではあるが、アストララントの解説として次のものがある。山本桂「フランス法における債務のastreinte (罰金強制) について」『損害賠償責任の研究 (我妻先生還暦記念)』下 (有斐閣・一九六五年) 一一七頁以下、同「フランス法における債務のastreinte について」『比較法研究』二七号（一九六六年）七四頁以下、同「アストララント (astreinte) 罰金強制の合法性」『フランス判例百選 (別冊ジュリスト)』（一九六九年）一〇三頁、萩大輔「仏法におけるアストララントについて」『民事訴訟雑誌』一〇号（一九六三年）二八二頁、同「仏法におけるアストララントについて」『鹿兒島大学法学論集』四巻四号（一九六八年）三九頁以下、五巻一号（一九六九年）一九頁以下、六巻二号（一九七〇年）一頁以下。
- なお、司法裁判所は、暴力行為 (voie de fait) の場合に、行政に対してアストララントを伴った義務づけをする場合がある<sup>82</sup>。本稿ではとりあへない。G. Vedel et P. Delvolvé, op. cit., p. 155, 兼子仁「機部力」小早川光郎編訳・J・リウヒロ『フランス行政法』(東京大学出版会・一九八二年) 一九一頁、遠藤博也「行政行為の無効と取消」(東京大学出版会・一九六八年) 四〇三頁、広岡隆「行政の暴力行為と民事訴訟」『フランス判例百選 (別冊ジュリスト)』六八頁、北原・前掲注(3) 四一頁、参照。
- (5) G. Vedel et P. Delvolvé, op. cit., p. 731.
- (6) J. Terinet, La loi n<sup>o</sup> 80-539 du 16 juillet 1980 : vers la fin de l'exécution des décisions juridictionnelles par l'administration ?, A. J. D. A., 1981, p. 7 ; E. Baraduc-Benabent, L'

北原・前掲注(3)三五頁。  
astreinte en matière administrative, D, 1981, chron., p. 96.

(7) フランス行政裁判所における義務づけ判決については、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实效性をめぐって——」『法政論集』七六号(一九七八年)九三頁以下の詳しい紹介が既にあり、本章における義務づけ判決に関する部分は、これと重複するところがあるが、本稿では行為代行判決および行為変更判決と全面審判訴訟の位置づけのために、義務づけ判決も含めて紹介する。また、本稿では私人に対する義務づけ判決は対象にしない。

### 第一節 義務づけや行為の変更 に似た性質を 持つとされる判決

フランス行政裁判所は、義務づけ判決を下さず、また一定の場合を除いて、行為代行判決も行為変更判決も下さないのであるが、義務づけや行為の変更 に似た性質を持つとされるいくつかの種類の判決を下している。禁止原則の確立を見る前に、本節では、この種の判決を紹介していくことにする。

### (1) 一部取消 (annulation partielle)

まず、一部取消は、行為の変更によく似ているとされる<sup>(8)</sup>。そのため、行政裁判所は、問題となる行政の行為の各部分に不可分の関係が存在しない時にしか一部取消しを認めない<sup>(9)</sup>。その行為の各部分が互いに結びつき相互に影響している時に一部取消しをすることは、その行為の変更になつてしまうと考えるからである<sup>(10)</sup>。一部取消しを否定した例として、デヴノソモン両嬢事件を紹介する。

これは、事務所の廃止に伴う職員の配置転換の決定において、大臣が配転だけを決め、その配属先の決定を地方局長(directeur régional)に委ねたのに対して、対象となった公務員が、この決定の後半部分だけの取消しを求めたという事件で、これに対してコンセイユ・デタは、次のように述べて請求を却下したのである。

「この大臣のアレテ(arrêté)の第一条と第二条は(第一条が配転だけを決定した部分で、第二条が配属先の決定を地方局長に委ねた部分である。…筆者)全体で、第一条に掲げられた各職員に関して、不確定な日付での配転を定めることになる単一の決定を構成している。そして、第二条の規定はこの配転が直ちに効果を持つものではないということを決め

るにとどまり、配転の様式の規定でしかなく本件の場合、分離しうる決定とはならず、この配転決定自体から独立して訴えの対象とはならないのである。……（しかるに本訴請求は、……筆者）はつきりとこの第二条の規定に限定されており、これは実際に、申請人らの配転を宣する決定の取消しではなく、この決定の変更を求めるものである。したがって、本件訴えは受理することができない<sup>(11)</sup>。

この他の例としては、公施設法人 (établissement public) の医師らの手当金について定めるデクレで、問題となった条文が他の条文と切り離せないとして、そのデクレ全体を取消した<sup>(12)</sup>もの、建築許可につけられた条件のうち三つだけが争われ、地方行政裁判所がそれを認容したのに対して、その三つの条件は他の条件と分離できず、それだけの取消しを求めることはできないとして、一部取消しを認めた地方行政裁判所の判決を、コンセイユ・デタが取消した<sup>(13)</sup>もの、既存商人の利益保護のため、公道での営業を制限した市長のアレテの諸条項を、行商人が争ったのに対し、この規制は分割できないとして、規制の条項全体を取消した<sup>(14)</sup>もの、などがある。

(2) 拒否処分 (decision administrative négative) の取

消し

次に、行政裁判所は、取消訴訟において拒否処分も取消すのであるが、この取消しは、拒否した行為の義務づけに似た性質を持つとされている<sup>(15)</sup>。さらに、この取消しが許可等の行為代行的な効果を有するのではないかということが、問題にされることもある<sup>(16)</sup>。しかし、取消しは、取消された行為以前の状態に戻すという効果しか持たず、たとえ、判決理由の中で許可等が申請人の権利であると述べられても、拒否処分の取消しは許可等の効果を持つものではないとされているのであり、行為代行的な性質は認められていない。

(3) 選択賠償判決 (condamnation alternative)

また、コンセイユ・デタは、行政に対する間接的な圧力的手段となる選択賠償判決を下す<sup>(18)</sup>。

これは、賠償を命じる時に、その責任を免れうる途を指摘する判決であり、その例として、モニエ氏事件判決を紹介する。

これは、墓地の中の一族の墓に他人の死体を埋葬されたモニエ氏が、損害賠償を求めた事件におけるものであり、市がモニエ氏の同意なしに彼の一族の墓に他人の死体を埋葬させたのは、市の権限に属する墓地についての重大な役務過失に

よるとした後、コンセイユ・デタは、「市が自らの費用で問題の死体の発掘を實行しないならば、……この過失によって市は損害賠償責任を負うのであり、本件の事情に鑑みて、モニエ氏に三〇〇〇フラン支払うよう市に命ずるのが相当である<sup>(19)</sup>。」と述べて、主文でも同様に判決したのである。

この他に、公土木工事 (travaux publics) によって作られた工作物の除去との選択賠償を命じたものがあり<sup>(20)</sup>、また、賠償請求を否定した事件ではあるが、選択賠償判決の可能性を確認した<sup>(21)</sup>ものもある。

この判決方法は、公土木工事の場合によく使われたが、今日ではこの方法が使われるのはまれであるとされている<sup>(22)</sup>。

(4) 移送 (renvoie)<sup>(23)</sup>

さらに、コンセイユ・デタは、取消判決に基づいてとるべき措置を行政に実施させるための圧力的方法<sup>(24)</sup>として、移送の手法を用いることがある。その例として、ドゥニ氏事件を紹介する。これは、交替による週休を与えることの許可を拒否した県知事のアレテが争われた事件で、コンセイユ・デタの判決は次のようなものである。

「審理調査 (instruction) によると、……駅の近くにある

ドゥニ氏の理容院の顧客はほとんど全て旅行者で占められており、この場合、全職員の日を一緒にすると、公衆にとっても、ドゥニ氏の理容院の正常な営業にとつても好ましくないことになる。したがって、交替による週休を職員に与えることの許可を拒否したことによって、知事は、……法律の規定の適用を誤ったのであり、彼の権利である許可の交付のために、ドゥニ氏を……知事の前に移送すべきである。

第一条——知事のアレテは取消される。

第二条——ドゥニ氏は、彼の権利である許可の交付のために、……知事の前に移送される。<sup>(25)</sup>

この他に、上級行政機関の前に移送した判決<sup>(26)</sup>、判決理由の中で行政がとるべき措置を詳しく述べて移送した判決<sup>(27)</sup>、措置をとるべき期間をつけて移送した判決<sup>(28)</sup>もある。また、留保司法 (surséance de justice) の時期にも移送の手法は使われていたのである。<sup>(29)</sup>

紹介した判決文からわかるように、確かに形の上では明示的に行政に対して義務づけをしているわけではないが、実質的には義務づけているように思われるこの移送も、行政に対していかなる法的義務をも構成するものではなく、<sup>(30)</sup>行政の道徳性 (morale) に対する説得力ある (éloquent) 呼びかけにすぎない<sup>(31)</sup>とされている。なお、この移送の手法は越権訴訟に関して放

棄されたと言ふ者もあり、オービーとドラゴは、コンセイユ・  
 デタはこの手法について今世紀初頭よりも臆病になつてきたと  
 してゐる。<sup>(32)</sup>

この他、本案終局判決以前のものとして、仮処分や執行停止  
 として文書提出命令等も義務づけに似た性質を持つてゐる。<sup>(34)</sup>

以上のように、行為の変更や義務づけと類似の性質を持つて  
 されることはいくつか行つてゐるのであるが、一部取消し、移  
 送、選択賠償などにみられるように、コンセイユ・デタは慎重  
 な態度で行為の変更や義務づけになるのを避けており、次節で  
 示される禁止原則は嚴格に守られてゐるのである。

- (8) M. Hauriou, Précis de droit administratif et de droit  
 public, 12<sup>e</sup> éd., 1933, p. 455; H. Lenoan, La procédure devant  
 le Conseil d'État, 1954, p. 265-268; B. Kornprobst, La notion  
 de partie et le recours pour excès de pouvoir, 1959, p. 102 et  
 103; M. Kellersohn, op. cit., p. 143.  
 (9) J.-M. Aubry et R. Drago, op. cit., t. II, n° 1312.

- (10) M. P. Corbel, L'annulation partielle des actes adminis-  
 tratifs, A. J. D. A., 1972, p. 146.  
 (11) C. E., 2 avril 1954, Demoiselles Thévénot et Saumont, Rec.  
 p. 211.  
 (12) C. E., 28 janvier 1959, Fédération nationale des organismes  
 de sécurité sociale et sieur Bazin, Rec. p. 82.  
 (13) C. E., 12 octobre 1962, Ministre de la construction c/  
 Compagnie immobilière de la région parisienne, Rec. p. 536.  
 (14) C. E., 17 novembre 1899, Sieurs Cestier et Cuminghe, Rec.  
 p. 645.  
 (15) M. A. Gléje, Le recours contre une décision administrative  
 négative, A. J. D. A., 1970, p. 20; P. Weil, op. cit., p. 159; M.  
 Kellersohn, op. cit., p. 168 et s. (ただし「後二者は」取消  
 判決一般も義務づけに似てゐると解してゐる。取消判決と行政  
 の原状回復義務について、小早川光郎「取消判決の拘束力——  
 越権訴訟における取消の觀念に関する一考察——」『法学協会  
 雑誌』九三巻四号(一九七六年)〔同・『行政訴訟の構造分析』  
 (東京大学出版会・一九八三年)所収〕九三頁以下参照。)  
 (16) M. Hauriou, note sous C. E., 5 février 1909, Société Saint-  
 Vincent de Paul de Saint-Sever, et autre, S., 1912, III, p. 18-  
 19.  
 (17) P. Weil, op. cit., p. 154-158.  
 (18) M. Waline, op. cit., n° 443; P. Weil, op. cit., p. 58; 雑誌・

- 前掲判例(4) 三三五頁。
- (19) C. E., 9 février 1940, Sieur Monier, Rec. p. 54.
- (20) C. E., 10 mars 1905, Sieur Berry et Chevallard c. Commune de Poilly-sur-Tholon (Yonne), Rec. p. 254 ; 10 février 1937, Commune de Bagnères de Bigorre, Rec. p. 183.
- (21) C. E., 7 février 1930, Sieur Bontoux et Association syndicale du canal de Saint-Tropez, Rec. p. 153.
- (22) J.-M. Auby et R. Drago, op. cit., t.II, n° 1380.
- (23) 移送したところ、平田・前掲判(一)第二章ママを註し、参照。また、この手法は「指示 (directive)」や「助言 (conseil)」と呼ばれることもある。この点については、小早川・前掲判(19)二頁、滝沢・前掲判(三)五八頁、北原・前掲判(三)三五、三九頁参照。
- (24) M. Waline, op. cit., n° 443 ; P. Weil, op. cit., p. 58.
- (25) C. E., 30 novembre 1906, Denis, S., 1907, III, p. 19. (「審査判決」区画が同判例の判決を「緒言」に含むこと。)
- (26) C. E., 26 juin 1908, Daraux, S., 1909, III, p. 129. (拒否処分を取消するに移送したものである。)
- (27) C. E., 26 décembre 1925, Sieur Rodière, Rec. p. 1065. 北原・前掲判(三)三九頁に紹介されている。
- (28) C. E., 12 mai 1950, Sieur Lhomme, Rec. p. 284. 本判決および前二判決は、平田・前掲判(一)第三章で紹介されている。
- (29) C. E., 15 juin 1812, Prestrel c. Morainville, Rec. Tome I (an VIII à 1839) p. 347 ; 4 février 1836, De Saint-Didier c. veuve

- Mons, Rec. Tome 6 (an VIII à 1839) p. 267 ; 14 juin 1852, Duchesne, Rec. p. 227 ; C. E., 14 avril 1864, Laville, Rec. p. 339, concl. Faré, 343°
- (30) M. Kellersohn, op. cit., p. 124-127, 平田・前掲判(一)一四一頁。
- (31) M. Hauriou, note sous C. E., 26 juin 1908, Daraux, précité, S., 1909, III, p. 130.
- (32) A. Mestre, Le Conseil d'État protecteur des prérogatives de l'administration, 1974, p. 63.
- (33) J.-M. Auby et R. Drago, op. cit., t.II, n° 1306.
- (34) J. Chevallier, op. cit., p. 81 ; Y. Gaudemet, Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif. Le pouvoir: Mélanges offerts à Georges Burdeau, 1977, p. 814 et s., 343°。これによれば、移送する命令は、この命令は義務ではないと述べている。

### 第二節 禁止原則の確立

前節では義務づけや変更に似た性質を持つとされる判決を見ながら、本節では、義務づけ判決、行為代行判決および行為変更判決の禁止原則が確立して行く過程を見ることが出来る。

(1) 留保司法(Justice retenue)の時代(一八七二年以前)

一八七二年に委任司法が実現するまでは、コンセイユ・デタは、国家元首(Chef de l'Etat)の権威の下にあって活動行政(administration active)と緊密に結びついており、義務づけ判決、行為代行判決および行為変更判決を下すのをためらわなかった。<sup>36)</sup>

まず、行為代行判決の例として、クレマン夫人事件を紹介する。

これは、夫人が、彼女の所有する建物の側面壁の改修工事をするための許可を求めたのに対し、この改修によって正面壁が補強され、それが後に行われる道路整備の時に障害となるという理由で、知事がこの許可を拒否し、大臣も黙示の拒否決定をしたため、夫人が知事のアレテの取消しと、改修工事の許可を求めたという事件である。これに対してコンセイユ・デタは次のように判決した。

「審理調査によると、申請人の家の正面壁は良好な状態にあり、申請人が許可を求めていた破損した側面壁の改修工事、前記正面壁を補強することなく実行しえ、したがって、

求められている許可は、与えられなければならなかったので……

第一条——一八六七年二月二七日のセーヌ県知事のアレテは取消される。

第二条——クレマン夫人は、正面壁が強化されないという条件で、彼女の家の破損した側面壁に改修工事をする許可を許される。<sup>37)</sup>

この他の例としては、任意加入の消防団の名簿に載っている者の抹消請求拒否決定を取消した後、この者の名簿からの抹消を宣したものの<sup>38)</sup>、任意加入の国防砲兵団の名簿に載っている者の抹消請求拒否決定を取消した後、この者の名簿からの抹消を宣したものの<sup>39)</sup>、などがある。

また、一部取消しの内容で、変更と表現し、その部分が他の部分と不可分なものかどうかに触れていないものとして、公共団体の土地取得についての市会の議決で、取得の様式についての部分を取消したものと、知事が職権で市の予算に組み入れた金額を減額したものが<sup>40)</sup>ある。<sup>41)</sup>

次に義務づけ判決の例として、パンサ氏事件を紹介する。

これは、近くの射撃訓練場が原因で生ずる損害の賠償を命ずるコンセイユ・デタの判決が下された後、その支払いのた

めの為替 (mandat) に、行政庁が、判決理由の抜粋をつけたため、これは、訓練方法の変化等によって生じうる新しい損害の賠償請求権の侵害になるとして、パンサ氏が拒否したところ、軍事大臣 (ministre de la guerre) が、その為替と引き換えにしか支払わないとの決定をしたため、パンサ氏が、大臣の決定の取消しと新しい為替の交付を命ずることを求めたという事件である。これに対するコンセイユ・デタの判決は、次のようなものである。

「我々が訴訟において下した判決の意味とその効力範囲 (portée) を決定する権限は、軍事大臣らにはなく、彼らはそれを執行するにとどまらなければならないのである。したがって、パンサ氏は、彼に支払われるべき賠償金の支払いのために軍事大臣の名において提示された為替を拒否することができたのであり、軍事大臣は、当該決定によってその支払いを、前記のような理由をつけた為替の受領と引き換えにすることはできなかつたので……」

第一条——一八六二年九月一二日の前記軍事大臣の決定は取消される。

第二条——賠償金の支払いのための、何ら理由づけも条件づけもされていない新しい為替が、パンサ氏に交付される。<sup>(42)</sup>

この他に、主文で建築限界線 (alignement) の確定を命じて、原告を知事の前に移送した判決もある。<sup>(43)</sup>

(2) 委任司法 (justice déléguée) の時代 (一八七二年以後)

(1) で見たように、留保司法の時代には行為代行判決や義務づけ判決を下していたコンセイユ・デタも、委任司法の確立後、一九〇〇年までに、それらの判決を否定するようになり、その方法を放棄した。<sup>(44)</sup>

まず、行為代行を拒否した例として、シャボー＝ミル両氏事件がある。

これは、市長によつて北面の壁に窓や入口を作することを禁じられた建物所有者が、この市長のアレテの取消しを求めるとともに、建物の北面壁に窓と入口を作ることの許可を求めた事件であり、コンセイユ・デタは、市長のアレテを取消した後、許可請求については次のように述べて、これを拒否したのである。

「一七九〇年一〇月七—一四日の法律と一八七二年五月二四日の法律 (越権訴訟と委任司法を定める法律……筆者) に基づいて提起された訴えを裁定する際、このような請求 (許

可請求……筆者）に応ずる権限を、コンセイユ・デタは有していない。<sup>46)</sup>

この他に、行為代行請求を拒否した判決として、取水量の割り当て決定を取消した後、優先取水権の宣言を求める請求を拒否したもの<sup>47)</sup>、浚渫 (curage) 費用回収のために市が作る徴収名簿 (role) に執行力を与えることを知事に禁じた大臣の決定を取消した後、執行力を与えよという請求を拒否したもの<sup>48)</sup>、知事となした洪水対策工事の許可を取消した後、工作物の撤去請求を拒否したもの<sup>49)</sup>、などがある。

次に、義務づけを拒否した例として、プリシイ氏事件を紹介する。

これは、軍法会議で死刑を宣告され、その後特赦 (amnistie) を受けたプリシイ氏が、レジオン・ドヌール勲賞の回復を求めたところ、大統領が、それを拒否する決定を下したため、その決定の取消しと、レジオン・ドヌール勲賞の回復を求めたという事件であり、コンセイユ・デタは、特赦によってプリシイ氏が完全に市民権と政治的権利を回復したのであり、レジオン・ドヌール勲賞受賞者の資格に付与される諸権利も回復したとすべきであるとして、大統領の決定を取消した後、受賞者名簿 (carnets) への復帰を命ぜよという請求を、次

のように述べて拒否したのである。

「越権訴訟を裁定する際、コンセイユ・デタには、その判決の執行としてとるべき措置を命ずる権限はなく、かくして、現状ではこの請求について裁定する理由はない。<sup>50)</sup>」

この他に義務づけ請求を拒否した判決として、免職処分取消後、復職の義務づけ請求を拒否したもの<sup>51)</sup>、入札による土地の譲渡の失効を宣したアレテを取消した後、取消しの結果として所有者であることを確認するよう命ずることの請求を拒否したもの<sup>52)</sup>、墓地の払い下げのアレテを取消した後、このアレテに従って作られた工作物の除去を命ずるよう求めた請求を拒否したもの<sup>53)</sup>、公施設法人の予算 (budget) に一定金額を組み入れた県知事のアレテを取消した後、退職金庫 (caisse des retraites) に払い込まれた金額の償還を命ずるよう求めた請求を拒否したもの<sup>54)</sup>、汽船就航業務の入札取消後、業務契約更新を命ぜよとの請求を拒否したもの<sup>55)</sup>、などがある。

このように、委任司法が実現してからは、コンセイユ・デタは、義務づけ、行為変更、行為代行の各判決を下すことはできないと考えようになつたのであるが、二〇世紀の初めに、三つの義務づけ判決が下されている。それらは、アストラントを組み合わせて、水源を使わせるよう市に命じた一九〇八年の判

決<sup>(56)</sup>、相互共済会社の定款の認可を大臣に命じた一九一一年の判決<sup>(57)</sup>、そして、建築許可を拒否した知事に対して、許可に必要な景観保護のための条件を示すように命じた一九一四年の判決<sup>(58)</sup>である。

第二の事件を紹介すると、これは相互共済会社がその定款の加入者の分担金と支払い額について定める部分を変更したのに対して、労働大臣が法律によって必要とされている認可を拒否した事件であり、コンセイユ・デタは、その変更された定款の条項が法律に違反していないとして、次のように判決したのである。

「以上のことから、申請会社は、本件決定(認可の拒否……筆者)を下す際大臣が越権を犯したと、主張することができるので……」

第一条——本件決定は取消される。

第二条——(本件の定款に加えられた……筆者)変更は、何ら法律に反しておらず、適法(legal)であるとして認可されなければならない、ということが宣せられる。<sup>(59)</sup>

メストウルはこの三判決を引用しながら、委任司法が与えられることによって実現した行政上の職務(fonction)と裁判上の職務の分離によっても、行政に対して命令を出すことは妨げら

れず、行政に対して命令を出すのをためらわないというコンセイユ・デタの態度は委任司法になってもすぐには変らず、二〇世紀の初めまで続いた、としている。<sup>(60)</sup>

確かにこの時期には、他に、行政庁に代わって許可を与えたのではないかとされるラ・ヴォルタ判決や、コンセイユ・デタの新しい態度の始まりともいわれたパリ東鉄道会社判決<sup>(61)</sup>がある。しかし、ラ・ヴォルタ判決は、後にとりあげる危険・不快・非衛生的な施設に関する訴訟として全面審判訴訟にたつらなるものであり、また両判決とも許可を与えたわけではないのである。

ラ・ヴォルタ事件は、許可を受けて操業していたナトリウムと塩素の製造工場に対して新しい規制をなした知事のアレテが争われたもので、そのアレテの取消しとともに以前のままの操業を続けようと言うように請求されたコンセイユ・デタは、この知事のアレテを取消した後、「ラ・ヴォルタ社は、……(以前の操業を許可した……筆者)アレテによって課された諸条件に従って経営を続けることを許可される。」<sup>(62)</sup>と判決したのである。

これは許可したのではなく、新しい規制をなしたアレテの取消しの効果を確認しているにすぎないのである。<sup>(64)</sup>ただ、それははっきりと主文で確認している点で態度の変化を窺うことは

きると思われる。

また、パリ東鉄道会社判決は、公道下に送電線を通すことの許可を拒否された会社が、その拒否決定の取消しと許可の交付を求めた事件に対するもので、コンセイユ・デタはその決定を取消した後、許可の交付請求については、次のように述べて拒否したのである。

「道路占用許可 (permissions de voirie) の交付は請願者 (pétitionnaires) にとつての権利を構成してはならないのであり、……コンセイユ・デタはこの請求に応ずる権限を有していない。」<sup>(65)</sup>

この表現から、この判決の注釈においてオーリュューは、許可の交付が権利を構成している場合には、コンセイユ・デタが許可を与えるのだと解したのである。<sup>(66)</sup>

しかし、コンセイユ・デタはこのオーリュューの理解のように進みはせず、この判決は孤立したままなのである。<sup>(67)</sup> として、コンセイユ・デタは二〇世紀の初期を含めて、義務づけ<sup>(68)</sup>、行為代行<sup>(69)</sup>、行為変更<sup>(70)</sup>の各判決を下す権限がないと言い続けてきており、シュヴァリエは、前記のような義務づけを認める判決は孤立した意味のないものと考えなければならぬ<sup>(71)</sup>としている。

また、この禁止原則は公序 (ordre public) とされており、地

方行政裁判所が義務づけ判決を下した場合には、コンセイユ・デタは職権でそれを取消すのである。<sup>(72)</sup>

以上から明らかのように、フランス行政裁判所における義務づけ判決、行為代行判決および行為変更判決の禁止原則は、委任司法の実現により確立し、一九一〇年前後に変化を窺わせるものがあつたのではあるが、今日、強固なものとなっているのである。

(35) 阿部泰隆『フランス行政訴訟論』(有斐閣・一九七一年)二二二頁。

(36) J. Chevallier, op. cit., p. 69; J. Chevallier, L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, 1970, p. 189-191; A. Mestre, op. cit., p. 60 et 61.

(37) C. E., 12 mai 1869, Clément (dame), Rec. p. 458 なお本判決は、平田・前掲註(マ)一四二頁にも紹介されている。

(38) C. E., 2 août 1854, Frémont, Rec. p. 728.

(39) C. E., 6 mars 1857, Davesnes, Rec. p. 179.

(40) C. E., 29 juin 1869, Commune d'Aix-en-Othe, Rec. p. 644.

(41) C. E., 9 mars 1870, Ville de Nemours, Rec. p. 251.

- (24) C. E., 27 mai 1863, Pensa, Rec. p. 458.
- (24) C. E., 27 décembre 1812, Perrot, Rec. Tome I (an VIII à 1839) p. 374.
- (44) L. Imbert, L'évolution du recours pour excès de pouvoir 1872-1900, 1952, p. 107 et 108.
- (54) J. Chevallier, op. cit., A. J. D. A., 1972, p. 69 et 70.
- (44) C. E., 25 juin 1880, Chabaud et Mille, Rec. p. 595.
- (47) C. E., 14 décembre 1888, Syndicats du canal des Albères et du canal de Céret, Rec. p. 965.
- (84) C. E., 20 juin 1890, Ville de Saint-Denis, Rec. p. 585.
- (84) C. E., 4 janvier 1895, Dames Dubourg, Rec. p. 5.
- (85) C. E., 13 mai 1881, Brissy, Rec. p. 499.
- (15) C. E., 16 janvier 1874, Frères des Ecoles chrétiennes de Levallois-Perret, Rec. p. 43; 24 février 1899, Sieur Viaud, Rec. p. 153.
- (25) C. E., 7 mai 1880, Capgras et Stuber, Rec. p. 427.
- (25) C. E., 20 avril 1883, De Bastard, Rec. p. 367.
- (25) C. E., 11 juillet 1890, Asile d'aliénés de Bassens, Rec. p. 661.
- (55) C. E., 8 août 1896, Compagnie des bateaux à vapeur de la Guadeloupe et conseil général de la Guadeloupe, Rec. p. 655.
- (95) C. E., 4 août 1908, Société générale des eaux d'Oran c. Ville d'Oran, Rec. p. 850.
- (15) C. E., 10 novembre 1911, Sociétés de secours mutuels la Fraternelle lavalloise, S., 1914, III, p. 73, concl. Chardenet.
- (85) C. E., 1<sup>er</sup> août 1914, Wiriot, Rec. p. 1010. 津田・榎村(〜) | 四川 阿比羅合和室の事案°
- (85) S., 1914, III, p. 75.
- (85) A. Mestre, op. cit., p. 62; 津田・榎村(〜) | 四川 | 四国 阿比羅合和室°
- (25) C. E., 24 juin 1910, La Volta, Rec. p. 496.
- (25) C. E., 11 avril 1913, La Compagnie des tramways de l'Est Parisien, S., 1914, III, p. 113, note Hauriou.
- (25) Rec. p. 497.
- (25) M. Kellerstohn, op. cit., p. 142 et 143.
- (25) S., 1914, III, p. 115.
- (25) Ibid.
- (25) M. A. Gléle, op. cit., p. 20 et 21.
- (25) C. E., 15 novembre 1901, Sieur Gasc, Rec. p. 806; 17 février 1909, El. de Bourcia, Rec. p. 179; 9 décembre 1910, Sieur Renaud, Rec. p. 895; 30 juillet 1913, Commune de la Courtine, Rec. p. 936; 13 mars 1929, Sieur Roger, Rec. p. 299; 20 mai 1931, Sieur Richard, Rec. p. 541; 23 novembre 1934, Syndicat des contribuables de l'arrondissement d'Aix-en-Provence, Rec. p. 1099; 29 avril 1936, Dame Rouaix, Rec. p. 475; 9 juillet 1958, Sieur Dhameincourt, Rec. p. 424; 22 novembre 1968, Ville de Toulouse et demoiselle Malécamp,

Rec. p. 587.

- (69) C. E., 4 décembre 1903, *Sieur Blaise*, Rec. p. 745 ; 24 décembre 1926, *Sieur Boudène*, Rec. p. 1153 ; 25 mars 1931, *Sieur Rochemont*, Rec. p. 343 ; 16 mai 1941, *Sieur Honorat*, Rec. p. 85 ; 30 mai 1945, *Sieur Boifard*, Rec. p. 109 ; 14 mai 1948, *Sieur Louradour*, Rec. p. 211.

- (70) C. E., 21 janvier 1944, *Société d'entreprises et de construction en béton armé*, Rec. p. 23 ; 14 janvier 1955, *Société « La fusion des gaz » c/ ville de Plombières*, Rec. p. 25. 義務づけ判決および行為代行判決を否定した判決も含めて、他の判決例に引く。 J. Chevallier, op. cit., A. J. D. A., 1972, p. 70-73 参。 参 J.-M. Auby et R. Drago, op. cit., t. I, n°167 参照。

- (71) J. Chevallier, op. cit., A. J. D. A., 1972, p. 81.

- (72) J. Rivero, op. cit., n° 229 ; A. Mestre, op. cit., p. 64 ; Y. Gaudemet, op. cit., p. 809 ; R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 1982, p. 393.

### 第三節 禁止原則の根拠——学説の概観——

第一節および第二節で明らかにしたように、コンセイユ・デタは、良く似た性質を持つ判決方法を用いながらも、義務づけ、

行為代行および行為変更の各判決は下さないものであるが、この原則の根拠は判決文からは見出せず、また、これらを禁止する法律の条文もない。<sup>(73)</sup>

そこで本節では、この原則の根拠に関する学説を概観する。<sup>(74)</sup> まず、行為代行判決および行為変更判決の禁止については、

実際上の理由として、コンセイユ・デタの行政に対する抑制政策<sup>(75)</sup>、この判決方法を利用すると取消判決の意味がなくなり、行政が取消判決の執行をしなくなるというような、好ましくない結果の発生<sup>(76)</sup>ということをあげる者もいる。

しかし、行為代行や行為変更は上級機関 (supérieur hiérarchique) の権限であり、委任司法によって国家元首の権威から離れたコンセイユ・デタは、もはやこの権限を行使しえず、したがって行為代行判決と行為変更判決は、活動行政と行政裁判所との分離や職務の分離によって禁止されるという、理論上の根拠が一般に認められている。<sup>(77)</sup> 多くの学者は当然のこととして禁止の根拠を説明する必要を感じていない、ともいわれるのである。<sup>(78)</sup>

これに対して義務づけ判決の禁止についてみると、ここでも行政裁判所と活動行政の分離・独立、職務の分離という理論上の根拠が一般にあげられる。<sup>(79)</sup> 行政に命令することを認めると、

行政は発動の自由 (liberté d'initiative) を失ってしまふとされるのである。<sup>(74)</sup>

しかしながら、司法裁判所は一定の場合行政に対して命令を出している<sup>(75)</sup>であり、行政裁判所と活動行政の分離が義務づけ判決禁止の決定的な根拠とはなりえず、ここでは、理論的なものではなく、実際上の理由が大きな意味をもつことになる。

つまり、裁判所には、行政に判決を執行させる有効な強制手段がないため、義務づけ判決を認めても実際上の効果はないということである。<sup>(76)</sup>したがって、義務づけ判決が執行されず、自らの権威と信頼とが失われることになるという危険を避け、行政の自発的な執行に委ねることにより良く裁判判決の執行を確保しようとする、裁判所の自己抑制という判例政策によって、義務づけ判決が禁止されていると<sup>(77)</sup>言われている。

そして、このような性質を持つ義務づけ判決禁止原則に対しては、否定的立場に立つ者や、義務づけ判決を認めることを主張する者も存在しているにもかかわらず、ロンセイユ・ネタがその態度を変える可能性は低いとみられているのである。<sup>(78)</sup>

(73) J.-M. Auby et R. Drago, op. cit., t.I, n° 167; G. Vedel et P. Delvolvé, op. cit., p. 726; J. Rivero, op. cit., n° 229.

(74) 義務づけ判決禁止の根拠については、平田・前掲注(7)一四九頁以下参照。

(75) P. Weil, op. cit., p. 62.

(76) M. Kellersohn, op. cit., p. 146 et 147.

(77) M. Waline, op. cit., n° 438; P. Weil, op. cit., p. 62; M. Kellersohn, op. cit., p. 146-148.

(78) J. Chevallier, op. cit., A. J. D. A., 1972, p. 70.

(79) M.-C. Kessler, Le Conseil d'État, 1968, p. 346; M. Waline, op. cit., n° 440; H. Lenoan, op. cit., p. 210 et 211; Lino di Qual, note sous C. E., 17 avril 1963, *Ministre des Anciens combattants et victimes de la Guerre c. Faderne*, D., 1963, p. 689.

(80) M. Hauriou, Précis, op. cit., p. 368 et 369.

(81) 注(4)参照。

(82) P. Weil, op. cit., p. 58 et 60; M.-C. Kessler, op. cit., p. 346; H. Lenoan, op. cit., p. 211.

(83) P. Weil, op. cit., p. 61; A. Mestre, op. cit., p. 67; J. Rivero, Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits, *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, 1963, t.II, p. 828; Y. Gaudemet, op. cit., p. 811.

(84) G. Vedel et P. Delvolvé, op. cit., p. 726. ロンセイユ・ネタが義務づけ判決を認めるのを「残念なから」と表現する者として

研究ノート

cf. J.-M. Auby et R. Drago, op. cit., t.I, n° 167.

(85) J. Chevallier, op. cit., A. J. D. A., 1972, p. 84 et s.; A. Mestre, op. cit., p. 65-71; J. Rivero, précité par note (79), p. 827-833.

(86) 「磯部力コフランス行政裁判制度の現状」『ジュリスト』五二七号（一九七三年）九三頁、平田・前掲注（7）一五八、一五九頁、北原・前掲注（3）三五、三六頁。

〈未完〉