

フランスの行政裁量論における 統制「段階」モデルの機能

——「事実の法的性質決定」をめぐる——

服 部 麻 理 子^{*}

- I 問題の所在
- II コンセイユ・デタの判例にみる裁量統制のあり方
- III フランスの行政法学説における統制「段階」モデルと
「事実の法的性質決定」論
- IV むすび——統制「段階」モデルの機能

I 問題の所在

1. 高橋滋先生名誉教授称号授与記念号の発刊に寄せて

高橋教授による学界・実務への多様な貢献の一つに、日本とドイツにおける行政裁量論の展開を多角的・構造的に分析し、原子力行政や補助金行政といった個別法領域における行政裁量に対する裁判的統制の特徴を明らかにしたことが挙げられる。そのなかで高橋教授は、早くから、「行政権の優先的判断権の存在を否定することなく、行政決定過程に対して実効的な裁判的統制を及ぼす」制度として「行政決定過程に対する手続的ないし過程的審理という方式」を発展させる必要があることを指摘されていた¹⁾。

判断過程審査方式は、現在では最高裁によっても活用されており²⁾、学説はこ

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第18巻第2号2019年7月 ISSN 1347-0388

※ 山口大学経済学部准教授

1) 高橋滋『現代型訴訟と行政裁量』（弘文堂、1990年）264-265頁。

2) 行政裁量に対する実体的統制と手続的統制との区別について、高橋滋『行政法〔第2版〕』（弘文堂、2018年）93頁参照。

の状況を概ね肯定的に評価している。とりわけ、「判断過程審査方式によって、行政庁による裁量権行使の判断過程が透明化するとともに、裁判所による裁量統制の判断過程も透明化した」とされている³⁾。したがって、そのような両者による「判断過程」の関係を明らかにすることが、次なる課題の一つであると考えられる。この点、フランス行政法においては、行政決定に際する判断過程の主要部分が「(要件) 事実の法的性質決定 (qualification juridique des faits または qualification juridique des motifs de fait)」と表現され、それに対する裁判審査手法が「事実の法的性質決定の過誤に対する審査 (contrôle de l'erreur dans la qualification juridique des faits)」⁴⁾と表現されて二つが連続的に論じられており、議論が豊富に蓄積されている⁵⁾。そこで、本稿においては、フランス行政法における「事実の法的性質決定」をめぐる議論に焦点を当てる。

2. 本稿のテーマ

フランス法においては、裁量的決定も含めた各種の行政決定が越権訴訟の対象とされる。そのなかで、行政決定の取消事由 (moyen d'annulation / cas d'ouverture) の一つに「事実の法的性質決定の過誤」があり、それに対する審査は日本の行政訴訟法における裁量統制⁶⁾と類似の働きをしている⁷⁾。個々の事案において行政庁による「事実の法的性質決定」に関する裁判審査がいかなる範囲に及び、どの程度に実施されたかを整理する際は、①行政庁による「事実の法的性質決定」が全面的に見直される「通常の統制 (contrôle normal)」を標準の軸として、②標

3) 山本隆司「行政裁量の判断過程審査——その意義、可能性と課題——」行政法研究 14号 (2016年) 2頁など。

4) コンセイユ・デタがはじめて「事実の法的性質決定の過誤に対する審査」によって裁量統制を実施したと解されているのは、IIで扱う1914年のゴメル氏判決である。

5) IIIで述べるように、概念の区別等をめぐって議論が錯綜している部分もある。また、「事実の法的性質決定の過誤に対する審査」自体が発展途上にあり、時宜に合った事案解決方法を探るための判例政策の一部であると認識されている。V. GA/JA, 17^e éd., 2009, pp. 170-171; GA/JA, 20^e éd., 2015, p. 27.

6) 日本の判例における裁量統制の判断枠組みについて、高橋滋「行政訴訟をめぐる裁判例の動向と課題」曹時 59巻8号 (2007年) 17-23頁参照。

7) ただし、後述するように、「qualification juridique des faits」は法令上の要件規定の解釈問題であって行政裁量権は介在しないとする学説もある。

準よりも審査が抑制される「制限された統制 (contrôle restreint) ないしは「最小限の統制 (contrôle minimum)」、および③標準よりも審査が拡充される「強化された統制 (contrôle approfondi / poussé)」ないしは「最大限の統制 (contrôle maximum)」という3つの「段階 (gamme)」に分類するのが通例である⁸⁾。

筆者は別稿にて、フランス法における「事実の法的性質決定の過誤に対する審査」と行政裁量論の関係について検討し、(a)伝統的に上記のような統制「段階」モデルが維持されてきた理由の一つに、「*légalité* (適法性)」と「*opportunité* (妥当性、便宜性、合目的性)」の区別⁹⁾に対するこだわり、あるいは行政裁判所の役割は適法性統制であるという観念の根強さ¹⁰⁾があることや、(b)「事実の法的性質決定」と行政決定における裁量権との関係をどのように理解するかに応じて、統制「段階」の区別や位置付けが異なっていることを示した¹¹⁾。本稿では、リーディングケースにおける審査のあり方をあらためて検討し、フランス法において統制「段階」モデルが果たしている機能を明らかにすることを目的とする。

II コンセユ・デタの判例にみる裁量統制のあり方

コンセユ・デタが「事実の法的性質決定の過誤に対する審査」をはじめて実

8) 論者によっては4段階に分類する。例えば J.-M. Auby, *RDP*, 1979, pp. 233-235 は、「評価の明白な過誤の審査」が出現したことにより、それが適用される「限定された最小限の統制 (le contrôle minimum 《limité》)」と、依然として適用されない「完全な最小限の統制 (le contrôle minimum 《complet》)」あるいは「最も最小限の統制 (le contrôle le plus minimum)」とに分かれたと表現する。

9) フランス法における「*légalité*」と「*opportunité*」の観念およびその変遷について、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) 200-202 頁参照。

10) そのいわば裏返しとして、フランス法において「*légalité*」と「*opportunité*」を隔てる境界線は、「行政裁量権」の意義に応じて変容しうる性質のものである。なお、加藤祐子「フランス裁量統制をめぐる学説の新潮流——活動行政と行政裁判所との役割配分論に関する序論的考察——」早誌 68 巻 2 号 (2018 年) 111 頁は、「〈行政判断に対して裁判所がどの程度まで介入すべきなのか〉という、行政裁量論の背景にある基本構図」に対して「裁判所による妥当性統制の是非という観点から」再検討する必要性を指摘している。

11) 服部麻理子「フランス行政法にみる『事実の法的性質決定』に対する裁判統制」公法 75 号 (2013 年) 253-263 頁。

施したのは、1914年のゴメル氏判決である(1.)。この審査手法が警察法分野において展開されたのが、1933年のバンジャマン氏判決であり、「比例性(proportionnalité)の審査」も導入されている(2.)。「比例性の審査」はその後、1991年のベルガセム氏判決のような外国人出入国管理法分野においても実施されている(7.)。

学説における一般的な理解によると、行政裁判所が「事実の法的性質決定」をやり直した結果を行政庁による「事実の法的性質決定」と代置する場合、すなわち「通常の統制」が実施された場合は、行政庁の決定権は「羈束された権限(compétence liée)」であったことになる¹²⁾。反面で、係争の行政決定が「裁量権(pouvoir discrétionnaire)」の行使に基づく判断による場合は、「事実の法的性質決定の過誤に対する審査」の密度は可変的であり¹³⁾、広範な行政裁量権が許容される場合は「最小限の統制」または「制限された統制」に服するものとされる。そこで実施される審査手法は「評価の明白な過誤(l'erreur manifeste d'appréciation)の審査」と呼ばれ、1954年のバレル氏判決が発端となり(3.)、1973年のフランソワ＝マスペロ書店判決をリーディングケースとするものである(5.)。この審査手法は、公務員の懲戒処分について争われた事案においても適用されており、代表例として1978年のルボン氏判決を挙げることができる(6.)。これとは反対に、都市計画法分野などにおいて根拠法規の文言自体が「状況に応じた価値評価(appréciation circonstanciée)」を課している場合は、「費用便益衡量(bilan coûts-avantages)審査」¹⁴⁾が実施されることによって、「最大限の統制」または「拡大された統制」に至る¹⁵⁾。「費用便益衡量審査」のリーディングケースは、1971年の東部ニュータウン判決である(4.)。

12) Gilles Lebreton, *Droit administratif général*, Dalloz, 8^e éd., 2015, p. 511.

13) Pierre Tifine, *Droit administratif français*, EJFA, 3^e éd., 2016, p. 190.

14) 亙理格『公益と行政裁量』(弘文堂、2002年)におけるモティーフであり、その「事実の法的性質決定(亙理教授の訳は性格認定)の過誤に対する審査」における位置付け(222-238頁)や、「比例性(比例原則)」との異同について(238-256頁)も分析されている。

15) V. Bernard Drobenko, *Droit de l'urbanisme*, Gualino éditeur, 3^e éd., 2006, p. 299. ただし、Stavroula Ktistaki, *L'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif*, LGDJ, 1991はさらに独自の位置付けを行っている。

以下、これらの判例を年代順に検討する。

1. 1914年4月4日ゴメル (Gomel) 氏判決

(1) 事案

ゴメル氏は、所有するボーヴォ広場内に住居を建築するための建築許可を請求した。しかしながら、1852年3月26日のデクレ第4条が、建築行為は「公共の安全および衛生、ならびに記念碑的眺望および景観の保全」のために課される命令に従ったものでなくてはならないと規定していることを根拠として、ボーヴォ広場の「記念碑的眺望の侵害」を理由に拒否された（セーヌ県知事による建築不許可決定）。そこで、ゴメル氏は、建築不許可決定の取消しを求めて出訴した。

(2) コンセイユ・デタの判断

本件においては、計画された建築行為がボーヴォ広場の「記念碑的眺望」の保全を侵害する性質のものであるか否かが問題となり、その前提としてそもそも当該広場が「記念碑的眺望」に該当するか否かが問題とされた。コンセイユ・デタは、その双方の点について審理し確定する権限は行政裁判所に属するとして、ボーヴォ広場の諸特徴を審理し、当該広場が「記念碑的眺望」という法令上の類型 (catégorie juridique) に該当するかどうかを判断し直した。その上で、ボーヴォ広場の諸特徴は総体として「記念碑的眺望」を形成しているとはみなされないとして要件該当性を否定し、県知事による建築不許可決定は違法であると結論付けた¹⁶⁾。

(3) 検討

「事実の法的性質決定の過誤に対する審査」とは、行政庁が主張する諸事実が係争の行政決定を適法に「正当化する性質のものであるか (de nature à justifier)」否かを審査する手法である。本判決以降、行政決定の根拠法条が、法的性質決定がなされる事実によって充足されるべき要件を課している場合、行政庁に

16) CE, 4 avril 1914, *GAJA*, 20^e éd., n° 27.

よる「事実の法的性質決定」に論理的妥当性 (validité) があるかどうかを審査されることが標準となった¹⁷⁾。

学説の多くは、本判決において用いられた審査手法を「通常の統制」として位置付け、「事実の法的性質決定」を説明する際の例示として本件の事案を挙げる。すなわち、「事実の法的性質決定」とは、「問題となった広場は、元の状態において、『記念碑の眺望』という法令上の類型に入るものとみなされるか」との問いに答える作用のことであると説明している¹⁸⁾。

2. 1933年5月19日バンジャマン (Benjamin) 氏判決〔比例性の審査〕

(1) 事案

バンジャマン氏がヌヴェールにてある講演を実施しようとしたところ、その実施に反対する人たちの要望を受けて、講演の実施を禁止するアレテがヌヴェール市長によって下された。市長が根拠としたのは、「公共の秩序を維持するために必要」な諸措置をとる権限を市長に与える 1884 年 4 月 5 日の法律第 97 条であり、講演の実施を禁止する理由はバンジャマン氏のヌヴェール訪問が「公共の秩序を乱す性質である」ことであった。そこで、バンジャマン氏が当該禁止アレテの取消しを求めて出訴した。

(2) コンセイユ・デタの判断

コンセイユ・デタは、「秩序の維持」に必要な諸措置をとる市長の権限は、バンジャマン氏に法令上保障されている「集会の自由」の尊重と両立するように行使されなくてはならないとしたうえで、講演禁止アレテが「公共の秩序を維持するために必要」な措置であったか否かを審査した。すなわち、市長が主張する「混乱のおそれ (éventualité de troubles)」の重大性を評価し、「講演を禁止せずには公共の秩序を維持することができなかった程の、重大性を示してはいない」

17) V. La note explicative du Conseil d'État à propos de l'arrêt Gomel du 4 avril 1914, sur le site <http://www.conseil-etat.fr> (最終アクセス 2019 年 4 月 9 日). なお、そのような要件規定が多く見られる分野として、都市計画、外国人の出入国管理、行政警察、公権力の賠償責任などが挙げられている。

18) Georges Vedel et Pierre Delvolvé, *Droit administratif* t. 2, PUF, 12^e éd., 1992, p. 318.

として、市長による講演禁止アレテは違法であると結論付けた¹⁹⁾。

(3) 検討

本判決では、【「公共の秩序」に対する「混乱のおそれ」の重大性】が、【その「混乱のおそれ」を回避するための警察措置として必要な限度】を超過していないかが審査された。具体的には、「公共の秩序」に対する「混乱のおそれ」があったという行政庁の判断自体は追認されたことになるが、講演禁止ほどには嚴重でない他の警察措置（憲兵隊や騎馬巡査）を用いて「混乱のおそれ」を回避することもできたであろうため、講演禁止アレテは正当化されなかった。

本判決は、学説上、コンセイユ・デタが「比例性の審査」を導入したリーディングケースとされている²⁰⁾。そこで、後述のベルガセム氏判決と比較して検討を加えることとする。

3. 1954年5月28日バレル (Barel) 氏判決〔評価の明白な過誤の審査〕

(1) 事案

1950年1月13日のデクレ第1条は、国立行政院 (ENA) の入学選抜試験を受験するための条件、試験会場数、試験および候補者リストの公表日について内閣総理大臣のアレテによって定めることを規定していた。この内閣総理大臣の権限は、1953年7月18日のデクレにより、内閣総理大臣補佐が行行使するものと規定されていた。

バレル氏ら5人は、政府が共産党員を国立行政院へ入学させないことに決めたため、内閣総理大臣補佐により国立行政院への入学選抜試験候補者リストから除外された（不合格決定）。そこで、「共産主義者である」ことを理由に入学選抜試験の受験を拒否されたバレル氏らが、不合格決定の取消しを求めて出訴した。

19) CE, 19 mai 1933, *GAJA* 17^e éd., p. 280.

20) V. Georges Xynopoulos, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité: En France, Allemagne et Angleterre*, LGDJ, 1995, p. 56.

(2) コンセイユ・デタの判断

コンセイユ・デタは、内閣総理大臣補佐は入学候補者について国立行政院で学ぶことによって就くことのできる職務の従事に必要な資質を有するかどうかを評価する (apprécier) 権限を有しており、入学候補者に不利な事実も考慮に入れることができると認めつつ、だからといって内閣総理大臣補佐が、政治的意見のみに基づいて入学候補者をリストから外すことは、全てのフランス人に公務就任権を保障している平等原則に違反すると結論付けた²¹⁾。

(3) 検討

本判決においては、ルトウルヌール (Letourneur) 教授による論告において提案された「最小限の統制」が実施された²²⁾。ここでは、行政庁による「評価 (appréciation)」が審理されてはいるが、行政裁判所による「評価」と代置されたわけではないため、当時の学説はこれを、裁量統制手法としてはあくまで周延的なものに過ぎないと位置付けた²³⁾。このような学説上の反応については、行政決定の判断過程における「裁量権」を、決定の内容 (処分の選択) において自由に評価する (apprécier) 余地として理解していることが窺える。

4. 1971年5月28日東部ニュータウン (Ville Nouvelle Est) 判決 〔費用便益衡量審査〕

(1) 事案

公用収用法典法律編第11-2条は、収用事業の公益性 (l'utilité publique) が大臣等のアレテによって宣言されることを規定していた。政府がリール市の東部に総合大学を擁するニュータウンを作る開発計画を決定したところ、この計画の実施には、土地の収用だけでなく約250の家屋の取壊しが必要とされた。しかしながら、対象となる家屋の多くが新築だったため、当該開発事業のために出された

21) CE, Ass., 28 mai 1954, *GAJA* 20^e éd., n° 66.

22) M. Letourneur, *Conclusions sur l'affaire Barel*, Rec. Lebon 1954, p. 308.

23) V. André de Laubadère, *Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État Français*, *Mélanges offerts à Marcel Waline: Le juge et le droit public* t. 2, LGDJ, 1974, p. 534.

公益性宣言（大臣アレテ）の取消しを求めて、住民団体が出訴した。

(2) コンセイユ・デタの判断

コンセイユ・デタは、まず、事業が含む私的所有権の侵害、財政の規模、もたらされる社会的不便が、当該事業によってもたらされる利益に比して過度でない場合にのみ、当該事業の公益性が適法に宣言されることを定式化した。そのうえで、大学の建物の建設予定地と住宅地区とが分離されていないことや、相当数の建築物が取壊されなくてはならないことなどを具体的に検討して、この開発計画の諸事実は事業の公益性を導き出せる性質にはないと結論付けた。すなわち、公益性を宣言した大臣アレテは違法であるとされた²⁴⁾。

(3) 検討

公用収用法典が公用収用の対象事業について具体的に規定していないことを受けて、本判決以前のコンセイユ・デタは、事業自体が公益目的に対応しているかどうかは審査するが、収用される土地の選択といった計画内容については立ち入らないという立場をとっていた。これに対して、本判決においては、公益性は事業の利点と不便性との比較衡量において評価されるとしたブレバン（Braibant）教授による論告が採用されている。この審査手法は、当初は「通常の統制」に分類されていたが、その後、「拡大された統制」や「最大限の統制」の例として挙げられるようになっている。

5. 1973 年 11 月 2 日フランソワ・マスペロ（François Maspero）書店判決 〔評価の明白な過誤の審査〕

(1) 事案

1881 年 7 月 29 日の法律第 14 条により、内務大臣は、定期刊行物か否か、フランス語で著されているか外国語で著されているか、あるいは国外から発送されてくるかどうかにかかわらず、雑誌や書籍の流通・配給・発売を禁止する（差し

24) CE, Ass., 28 mai 1971, Rec., p. 409, concl. Braibant; RDP, 1972, p. 454, note M. Waline.

止める)権限を有していた。これを根拠として、内務大臣は、フランソワ＝マスペロ書店に対し『三大陸雑誌フランス版』の頒布を禁止するアレテを下した。そこで、フランソワ＝マスペロ書店が、当該アレテの取消しを求めて出訴した。

(2) コンセイユ・デタの判断

コンセイユ・デタは、問題の出版物が「公共の秩序」に対してもたらす危険性の評価は内務大臣に委ねられており、その評価が不正確な事実に基づいてはおらず、それゆえ「明白な過誤」を帯びていない以上は行政裁判所において争われえないとして、フランソワ＝マスペロ書店の請求を斥けた²⁵⁾。

(3) 検討

このような分野は従来、行政庁による全面的裁量権に委ねられるとされてきたが、コンセイユ・デタは、本判決において、「評価の明白な過誤の審査」が適用されることを示した。この審査方式について、ゴドメ (Gaudemet) 教授は、「事実の法的性質決定の過誤に対する審査」がなされない不足分を補う手法として機能しており、当初は限られた分野で用いられていたが、徐々に適用領域が広がってきたとしている。例えば、次に検討するルボン氏判決のように、公務員の懲戒処分が非違行為の重大性と釣り合っているかどうかの審査において「比例性の審査」がなされない場合に、その不足分を補う形で機能しているとされる²⁶⁾。

6. 1978年6月9日ルボン (Lebon) 氏判決〔評価の明白な過誤の審査〕

(1) 事案

公務員の一般的身分規定に関する1959年2月4日のオルドナンス第244号第11条は、公務員によって職務の遂行中または職務の遂行に際して犯されたすべての「非違行為 (faute)」は、例外なく、その公務員に対する懲戒処分 (sanc-tion disciplinaire) の根拠となることを規定している。

25) CE, Ass., 2 novembre 1973, Req. n° 82590.

26) Yves Gaudemet, *Droit administratif*, LGDJ, 19^e éd, 2010, pp. 146-147.

トゥールーズで小学校教諭をしていたルボン氏は、担任の女子生徒に対してみだらな振舞いをしたとの理由で、学区長より、職権に基づく免職処分 (retraite d'office) のアレテを受けた。そこで、ルボン氏がこのアレテの取消しを求めて出訴したところ、トゥールーズ地方行政裁判所が請求を退けたため、ルボン氏が上訴した。

(2) コンセイユ・デタの判断

コンセイユ・デタは、まず、処分理由として主張される諸事実が存在したこと (matérialité) は一件書類によって明らかであり、それらの諸事実は懲戒処分を正当化する性質のものであるとした。そして、それらの諸事実を理由としてルボン氏に対する処分を決定する際の評価 (appréciation) は学区長に委ねられており、学区長が「明白な過誤」を犯していないためトゥールーズ裁判所の判決は正当であるとして、ルボン氏の上訴を退けた²⁷⁾。

(3) 検討

本件においては、ルボン氏の行動 (事実) が懲戒処分を正当化する性質のものであるかどうかについて審査されたうえで、その事実に対する行政庁の「評価」に「明白な過誤」がなかったかどうか審査されている。このような公務員の懲戒処分の適法性審査に関しては、要件該当性についての行政判断に対する審査と、効果の選択についての行政判断に対する審査との間で、統制の強度が異なっていることが知られている (後述、Ⅲ 1.)。

7. 1991 年 4 月 19 日ベルガセム (Belgacem) 氏判決〔比例性の審査〕

(1) 事案

出入国管理法制²⁸⁾は、「公共の秩序」を脅かすとみなされる外国人を国外に追放するための諸権限を行政庁に与えている。在仏アルジェリア人であるベルガセ

27) C.E. Sec., 9 juin 1978, *Lebon*, Rec. p. 246; *AJDA* 1978, p. 573, concl. Genevois.

28) 法制度の変遷や具体的な規定については、服部麻理子「外国人の出入国管理における行政裁量統制と『外国人』の権利 (1)」自研 89 巻 10 号 (2013 年) 63-82 頁参照。

ム氏は、刑法犯の有罪判決を受けた後に、フランス領土からの退去を命じられた(内務大臣のアレテ)。そこで、ベルガセム氏は、当該アレテの取消しを求めて出訴し、欧州人権条約違反を主張した。援用された条文は、第8条第1項(何人も「私的・家族生活、住居および通信を尊重される権利」を有することを規定)と、同第2項(この権利の行使に対する公権力による干渉が許されるのは「その干渉が法律によって規定されている場合、および、民主主義社会において国家の安全保障や公衆の安全、国の経済的充足、秩序の保護、刑事犯罪の予防、健康・道徳の保護、他者の権利・自由の保護のために必要な措置である場合」に限られることを規定)である。

(2) コンセイユ・デタの判断

コンセイユ・デタは、ベルガセム氏が出生以来フランスに暮らしており、家族もフランスに暮らしてきた一方で、国籍国には家族的つながりを一切有しておらず、父親が亡くなってからは長兄とともに兄弟姉妹を扶養してきたことに鑑みて、たとえ複数の有罪判決を受けたとはいえ、国外追放は「家族生活の権利」への侵害の程度が重大であって「公共の秩序」の保護に必要な程度を超えているとした。そのため、係争のアレテは欧州人権条約第8条に違反していると結論付けた²⁹⁾。

(3) 検討

本判決では、【国外追放による、当該外国人の「私的・家族生活を尊重される権利」に対する侵害の重大性】が、【国外追放の目的である「公共の秩序」を保護するために必要な限度】を超過していないかどうかという「比例性の審査」が実施されている。学説は、このような分野では「費用便益審査」の適用が困難であるため、それに依拠せずに統制を強化したものであると評価している³⁰⁾。

本判決においては、【当該処分による人権侵害の程度】と、【「公共の秩序」を保護するための処分の必要性】とが釣り合っているかが審査されている。

29) CE, Ass., 19 avril 1991, Req. n° 107470; AJDA 1991, p. 551.

30) Emmanuel Aubin, *Droit des Étrangers*, Gualino éditeur, 2^e éd., 2011, p. 416.

これに対して、「比例性の審査」が導入された初期のバンジャマン氏判決では、【「公共の秩序」に対する「混乱のおそれ」の程度】と、【講演禁止という処分の厳格性】とが釣り合っているかどうかが焦点であった。このように比較³¹⁾してみると、行政分野の特徴や事案の性質に応じて「比例性」の意味合いが異なっているようにも思われる。とはいえ、ブレバン教授が1974年に指摘したところによると、「比例性」は、①行政決定の目的と②その手段（処分の内容）に関して要求されるだけでなく、③行政決定が適用される事実状況（situation de fait）に関しても要求される³²⁾。したがって、この3要素のうち力点をどれに置いて「比例性」を審査するかは、事案の性質に応じて行政裁判所が決められているという実態を指摘しうるように思われる。

Ⅲ フランスの行政法学説における 統制「段階」モデルと「事実の法的性質決定」論

1. 統制「段階」モデルの展開

行政庁による「事実の法的性質決定」に対する裁判審査のあり方を分析する際、統制「段階」モデルに依拠すること自体は一般的であるが、具体的な裁判例における統制手法をどの「段階」に位置付けて理解するかについては、学説上複数の立場が見られる³³⁾。また、東部ニュータウン判決（Ⅱ 4.）で採用された「費用便益衡量審査」のように、分類される「段階」が時を経て変化する例もある。

31) 仮にベルガセム氏判決における「比例性」の枠組みを直接当てはめるならば、バンジャマン氏判決においては【集会の自由に対する侵害の程度】と【講演禁止という処分の厳格性】との釣り合いが衡量され、反対に、仮にバンジャマン氏判決における「比例性」の枠組みを直接当てはめるならば、ベルガセム氏判決においては【「公共の秩序」を脅かすおそれの程度】と、【国外追放という処分の厳格性】との釣り合いが衡量されるように思われる。

32) Guy Braibant, *Le Principe de Proportionnalité, Mélanges Waline, précité note (23)*, p. 298. 日本における先行研究では、亘理・前掲註 14) 238-242 頁に紹介されている。

33) 例えば、Jean-François Lachaume et al., *Droit administratif—Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, 17^e éd., 2017, pp. 732-763 は、「事実の法的性質決定に対する制限された統制」や「事実の法的性質決定に対する通常の統制」といった表現を用いて、多様な裁判例を分類している。

(1) 「通常の統制」の意義

ある論者は、ゴメル氏判決（Ⅱ 1.）から導入された「事実の法的性質決定の過誤に対する審査」が「通常の統制」と呼ばれる際に、その含意は2つあるとする。1つは、前提とされる事実が行政決定を「正当化する性質のものであるか」だけが審査されて、行政決定の内容までは審査されない場合であり、もう1つは、当該決定の内容まで審査されるバンジャマン氏判決（Ⅱ 2.）のような場合であるという³⁴⁾。なお、バンジャマン氏判決については、このように「通常の統制」に位置付ける論者³⁵⁾だけでなく、導入された「比例性の審査」に着目して「強化された統制」に位置付ける論者も見られる（後述、(3)）。

(2) 学説上異なる「段階」に分類される審査手法の裁判実務上の使い分け

セロン（Serrand）教授によると、公務員の懲戒処分という同種の行政決定が問題となっても、①公務員の行動が懲戒事由としての「非違行為」に該当するか否かの「法的性質決定」については「通常の統制」が行われるのに対して³⁶⁾、②要件該当性が認められた上でどの懲戒処分を選択するかについては「最小限の統制」しか行われない³⁷⁾。すなわち、行政庁は、非違行為に該当しない行動を「非違行為」であるとして「法的性質決定」する自由は有さないが、「非違行為」の存在が認められたうえで、最も「相応しい」と考えられる懲戒処分の内容を決定する自由は有するからである³⁸⁾。そうすると、この例において

34) GAJA, 20^e éd., pp. 162-163. 前者の場合は「motifs」のみが統制されるのに対して、後者の場合には「motifs」だけでなく「dispositif」も統制されるという。要件該当性の判断に対する裁判審査と、法効果の選択における判断に対する裁判審査を区別する例といえる。この立場によれば、バンジャマン氏判決における「比例性の審査」は、行政判断過程のうち法効果の面における判断の適法性に対して適用される手法であるといえる。

35) V. aussi Yann Aguila, Conclusions sur l'affaire Syndicat des avocats de France, *RFDA*, 2007, p. 1193.

36) 公務員法上、懲戒処分の対象となる非違行為（faute disciplinaire）が何であるかについての一般的定義はないとされる。Jean-Marie Auby et al., *Droit de la fonction publique*, Dalloz, 7^e éd., 2012, pp. 89-90.

37) Pierre Serrand, Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence récente, *RDP* No 4, 2012, p. 904.

38) Ibid.

は、要件該当性の判断における行政裁量権は認められないのに対して、法効果の面では行政庁による裁量的判断の余地が尊重されて裁判統制が制限されることを、「段階」モデルにのっとって表現したものと位置付けることができる。

行政裁判所は、他の行政分野においても、一つの行政決定について異なる統制「段階」に分類される統制を組み合わせる実施することがある³⁹⁾。

(3) 「段階」モデルにおける「比例性の審査」の位置付け

「比例性の審査」のリーディングケースであるバンジャマン氏判決（Ⅱ 2.）では、講演を禁止しなくても「公共の秩序」を保護できるかどうかが実質的な問題であり、ベルガセム氏判決（Ⅱ 7.）では、国外に追放しなくても「公共の秩序」を保護できるかどうかが実質的な問題であったという意味で、いずれも処分を選択における裁量的判断に対して「比例性の審査」が行われており、それぞれの時代における「強化された統制」に分類されることがある。ただし、「処分の必要性」、「処分内容の厳格性」あるいは「処分による人権侵害の重大性」といった要素のうち何と何の釣り合いが重視されるかは、行政分野によって、また事案によって異なりうる⁴⁰⁾。

判例において「比例性の審査」が定着してきた近年では、統制「段階」モデルにおけるその位置付けに変化も見られる。すなわち、論者によっては、前提となる事実に対して「比例している」措置を行政裁判所が行政庁に強制するという意味で「比例性の最大限の統制（*contrôle maximum de proportionnalité*）」と表現するが、論者によっては、平等原則の適用が問題となる事案において「明白に不均衡であるか」のみが審査されることを指して「制限された統制」と表現す

39) 参照、服部・前掲註 28)「出入国管理における裁量統制 (2)」自研 89 巻 11 号 (2013 年) 98-99 頁、「同 (3)」自研 89 巻 12 号 (2013 年) 74 頁。

40) 日本の学説におけるドイツ法研究では、須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』（法律文化社、2010 年）による分析などにより、「広義の比例原則」と「狭義の比例原則」・「必要性（必然性）の原則」との区別や、憲法上の「比例原則」・行政法上の「比例原則」・警察法上の「比例原則」という区分が知られている。また、亘理格『行政行為と司法的統制』（有斐閣、2018 年）431 頁は、元来「比例原則」という語を明示的に用いた議論は活発でなかったフランス公法学においても、ドイツ公法学から刺激を受けて、「比例原則」に関する研究が広がりを見せ始めていることを指摘している。

る⁴¹⁾。例えば、ルブルトン (Lebreton) 教授によれば、「比例性」原則には2種類あり、「完全な比例性の審査」は「最大限の統制」に位置付けられるが、「部分的な比例性の審査」であれば「最小限の統制」に位置付けられる⁴²⁾。また、アギラ (Aguila) 教授によれば、行政裁判所が行政庁に対して事実状況と措置の間に「比例性」を要求する規範を適用する場合、その規範の用い方は一つではない。すなわち、市民的自由の保護が問題となる分野においては「通常の統制」が行われるが、平等原則が問題となる分野においては単に「評価の明白な過誤の審査」が行われるに過ぎないとされている⁴³⁾。

2. 「事実の法的性質決定」論の展開

伝統的に、行政決定の理由となる事実に対して行われる「事実の法的性質決定」とは、「事実の評価 (appréciation)」と「法の解釈 (interprétation)」とから構成される一体としての混合作用 (opération mixte) であると説明されてきた⁴⁴⁾。

上記の説明において、「事実の評価」は、「事実の法的性質決定」のために必要な作用としてその一部分に位置付けられている。しかしながら、現在の学説においては、「事実の法的性質決定」と「事実の評価」の関係について、上記とは異なる見解も提示されている。

また、上記のように説明する場合、事実を法的に性質決定する (qualifier) 行為とは、要件規定の解釈と個別具体的事実に対する評価、当てはめにまたがる営みのことを指しており、決定権者である行政庁に判断の幅⁴⁵⁾がありうる。そのため、行政決定に対する越権訴訟においては、係争の行政決定に際し行われた「事実の法的性質決定」に対して行政裁判所による適法性審査がどの程度まで及

41) V. Serrand, *précité note* (37), pp. 919-920. なお、セロン教授自身は、警察措置が事実状況に対して「比例している」ことを、諸事実に「相応しい (adaptée)」こととも表現している。Ibid., p. 916.

42) Lebreton, *précité note* (12), pp. 496-498.

43) Aguila, *précité note* (35), p. 1193.

44) Vedel et Delvolvé, *précité note* (18), p. 318.

45) ただし、これを「裁量権」と呼ぶかどうかは別問題であり、論者によって立場が異なる。

びうるのが、問題とされてきたのである。したがって、「事実の法的性質決定」をめぐる議論が、実質的な行政裁量統制論⁴⁶⁾として展開されてきたという一面がある⁴⁷⁾。しかしながら、他方で、「事実の法的性質決定」には行政裁量権は介在しえないとする学説も見られる。

(1) 「事実の法的性質決定」と「事実の評価」の関係

セロン教授は、「事実の法的性質決定」を、「事実の評価」の一部分として位置付けている。その際、「事実の評価」を構成する要素のうち、①「事実の法的性質決定」は根拠法条によって羈束されているのに対して、②「決定内容が事実に対して適合的かどうかの判断 (adéquation/adaptation aux faits)」は羈束されていないとする⁴⁸⁾。

これに対して、ヴォトロ＝シュヴァルツ (Vautrot-Schwarz) 教授は、「事実の評価」は事実の価値 (valeur) を判定することであるとして、「事実の法的性質決定」とは別の作用であるとする。例えば、ある雑誌が「猥褻であるか」や「ポルノグラフィックであるか」を判定するのは「事実の評価」であるのに対して、その出版を差し止める理由としての「(猥褻でありポルノグラフィックであるため) 若者にとって危険であるか」を判定するのは「事実の法的性質決定」であるとする⁴⁹⁾。

(2) 行政裁量権と「事実の法的性質決定」の関係

ヴォトロ＝シュヴァルツ教授は、行政庁による「事実の法的性質決定」と行政

46) 参照、亘理・前掲註14) 232頁。

47) 三浦大介「フランス行政法における裁量統制の進展 (一) — l'erreur manifeste を中心に —」都法36巻2号(1995年) 481頁は、「そもそもフランスにおいては、裁量行為・羈束行為という行為の前提としての区別はなく、行政行為は原則としてすべて行政裁判所の審査に服す。ただしそこには、行為の性質に応じて裁判所の統制強度に差異があり、そこから自ずと裁量・羈束の区別が生じ、具体的には、裁判所が複数の取消事由を組み合わせることによって統制強度に濃淡をつけることから、かかる区別が生じている」とまとめている。

48) Serrand, précité note (37), pp. 903-904.

49) Charles Vautrot-Schwarz, *La qualification juridique en droit administratif*, LGDJ, 2009, p. 169.

裁量権の問題とを、明示的に切り離して論じている。まず、法的推論 (*opération du raisonnement juridique*) は、(a)法規範の内容を定立するレベルにおける推論と、(b)それを適用するレベルにおける推論とに区別できるところ、「事実の法的性質決定」は、対象となる事実に適用される法的枠組み (*régime juridique*) を確定するために当該事実を法令上の類型に入れる作用であるから、(b)法適用レベルにおける推論に位置付けられる⁵⁰⁾。そのうえで、ヴォトロ＝シュヴァルツ教授は、裁量権と羈束された権限の区別は①「事実の法的性質決定」において存在するのではなく、②行政庁による「事実の法的性質決定」が行われた後の、結論 (処分等の内容) を導き出す演繹 (*déduction*) において存在すると主張する。例えば、公務員のある行動が懲戒事由としての「非違行為」に該当するかどうかは、「法的性質決定」の問題である。懲戒権者は、この該当性を判断するために「法的性質決定の自由あるいは権限」⁵¹⁾を有しており、「法的性質決定」のみが当該公務員に対して懲戒処分を取りうる根拠である。そして、懲戒権者は、取りうる懲戒処分のうちでどの処分を選択するかについては「裁量権」を有するとされる⁵²⁾。

これに対して、トゥルシェ (Truchet) 教授は、「法的性質決定」は法的推論の全過程に及びうとする。さらに、例えば、国家賠償責任の要件該当性の判断において、行政庁の行動が「過失」という性質のものであるかは、諸状況 (事実) によるけれども、それだけではなく判断者による「評価 (*appréciation*)」の緩急にもよるとする⁵³⁾。したがって、トゥルシェ教授は、「事実の法的性質決定」の中に「評価」という裁量的判断の介在を肯定していると思われ、その点で伝統的な見解に依拠しているといえる。

(3) 行政裁量権の観念

ヴォトロ＝シュヴァルツ教授とトゥルシェ教授による主張の対立は、行政決定

50) *Ibid.*, p. 21.

51) *Ibid.*, p. 230.

52) *Ibid.*, p. 231.

53) Didier Truchet, *Droit administratif*, PUF, 7^e éd., 2017, p. 43.

の判断過程におけるどの部分に「裁量権」を認めるかについての見解の相違に連動しているとともに、念頭におく行政分野や決定の種類による違いでもあると考えられる。なぜならば、ヴォトロ＝シュヴァルツ教授が要件解釈における「裁量権」の介在を否定しているのに対して、トゥルシェ教授は、行政決定の根拠法規が、要件該当性の判断に対しても効果（処分内容）の選択に対しても幅をもたせて規定している場合について、当該行政決定の判断過程全体に対して「裁量権」を覬念しているからである。トゥルシェ教授は、ある公務員が業務は適切に遂行するがいつも遅刻してくるというケースを例示して、当該公務員の行動が懲戒事由としての「非違行為」に該当するか、該当するとして如何なる懲戒処分をするか、という問題のいずれにも懲戒権者の裁量権を見出している。トゥルシェ教授によれば、懲戒権者はこの場合、当該公務員の功績と、遅刻の多さ、遅刻の原因および業務への影響に対する評価（appréciation）について「裁量権」を有するだけでなく、懲戒処分の軽重を決める意向においても「裁量権」を有している。そのため、法の範囲内で如何なる懲戒処分を選択したとしても、あるいは懲戒処分をしないことを選択しても、その決定は根拠法条に適合している（conforme）とする⁵⁴⁾。

（4）行政裁量権の多義性と「事実の法的性質決定」の多義性

フランスの学説においては、日本の学説のように「要件裁量」と「効果裁量」を明示的に区別する用語法は、一般的でないように見受けられる。しかしながら、セロン教授やヴォトロ＝シュヴァルツ教授による説示は、要件裁量が認められない場合を特に念頭において、効果裁量のことを「裁量権」と表現しているように思われる。他方で、トゥルシェ教授による説示は、法令の規定しだいで、要件裁量も効果裁量も認められる場合があることを示している。

以上のように、「事実の法的性質決定」論は、行政決定の判断過程におけるどの部分を特に「裁量権」として覬念するかに影響されている。したがって、「事

54) *Ibid.*, pp. 222-223. また、亘理・前掲註14) 16-19頁が重視するヴェネズィア（Venezia）教授による学説は、裁量権の存否を、処分等の内容の「要件に対する照応関係」に関する自由な判断可能性として捕捉している。

実の法的性質決定」の多義性は、「裁量権」の多義性に連動している側面があるといえる。

3. 要件該当性についての「法的性質決定」と、法効果の面における裁量的判断

従来「通常の統制」に分類されてきた手法は、行政決定の根拠となる事実の要件該当性についての「法的性質決定」に対する統制であるのに対し、従来「最小限の統制」および「最大限の統制」に分類されてきた手法は、どちらかといえば決定内容すなわち法効果の選択における判断 (adaptation) に対する統制であることが窺える。したがって、「段階」モデルは、日本の裁量論になぞらえて再構成するならば、「要件裁量の審査」も「効果裁量の審査」もいったん並べてみて比較し、「通常の統制」よりも統制が「制限される」あるいは「拡大される」といった類型化を行っているともいえる。このように、審査の対象が異なる統制手法を並べて「段階」モデルに当てはめる理解の仕方は、フランスの学説が「要件裁量」と「効果裁量」の区分をあまり明示せずに行行政裁量論を展開してきたという特徴と関係しているのかもしれない⁵⁵⁾。実際の裁判例においては、要件面における行政判断と効果面における行政判断とに分けて審査対象にされるといっても、一連の行政判断過程がそれとして審査対象にされていることからすると、実態に即しているともいえる。

その一方で、フランスの学説においても、行政決定の根拠法規の要件面についての「qualification juridique des motifs de fait」と、効果面についての「appréciation d'opportunité」⁵⁶⁾とが区分されることも少なくない。この点、伝統的な学説において見られる、(a)法令が行政庁に対して、決定するかしないかを含み如何なる行政決定を行うかについての「幅広い評価の権限 (large pouvoir d'appréciation)」を委ねている場合に「裁量権」の所在を見出す見解⁵⁷⁾や、(b)処分等の内

55) ただし、まだ筆者の理解は表面的なものにとどまっている恐れがあるため、今後、よりフランス裁量学説史に対する理解を深めたいと再検討する必要がある。

56) V. Lebreton, *précité note* (12), pp. 77-78.

57) Jean Waline, *Droit administratif*, Dalloz, 26^e éd., 2016, p. 443. また、前述したバレル氏判決に対するローバデール教授の反応においても、法効果の面における「appréciation」の余地を行政裁量権として位置付けているものと理解することができる。

容として同様に適法な2つ以上の選択肢の中からいずれかを「選択する権限 (pouvoir de choisir)」として「裁量権」を定義する見解⁵⁸⁾は、効果面での裁量権に着目した説示として整理しうる⁵⁹⁾。

IV むすび——統制「段階」モデルの機能

フランスの越権訴訟における行政裁量統制のあり方は、統制「段階」モデルによる総論的な整理に馴染まないように見受けられる面もあるが、それほど、行政による裁量的判断の態様が行政分野や決定の種類ごとに異なるという実態に応じた柔軟な仕組みであるともいえる。また、その柔軟さが行き過ぎることのないように行政裁判所を牽制し、統制のあり方にある程度の一貫性を保持させながらも、国際人権法上の要請などにも積極的に応えようとする⁶⁰⁾枠組みとして、統制「段階」モデルが機能していると評価することができる。

フランスの学説が伝統的に、統制の強度・範囲の分布を「gamme」という（音階や色階のように段階的な変化や程度の相違を表す）単語を用いて表現してきたこと自体が、「事実の法的性質決定の過誤に対する審査」には多様な態様（濃淡）があることを表そうとしているものであろう。すなわち、行政裁判所は（1）行政庁による「事実の法的性質決定」を見直す権限を有する場合が多いけれども（＝全面的な統制／通常の統制）、（2）事案によっては、より行政庁の裁量的判断を尊重する場合があります（＝制限された統制／最小限の統制）、（3）事案によっては反対に、裁量的判断の「opportunité」の領域に踏み込んだと批判されかねない審査まで試みる場合もある（＝拡大された統制／最大限の統制）ということを、表現しているように思われる。

なお、「事実の法的性質決定」に対する統制と「事実の評価」に対する統制と

58) René Chapus, *Droit administratif général* t. 1, Montchrestien, 15^e éd., 2001, p. 1056.

59) 日本の学説は、法令の規定ぶりや裁判統制の程度しだいで行政庁に認められる「自由な活動の余地（広義の裁量）」と、「狭義の裁量」、「判断の余地」を区別するドイツ法を知っているため、ドイツの行政裁量論がフランスのそれに対してどのように影響しているのかも興味深いところである。

60) 参照、服部・前掲註 39)「出入国管理における裁量統制 (3)」71-75 頁。

を明確に区別する論者は、「比例性の審査」に着目して統制「段階」モデルを再構成している⁶¹⁾。コンセイユ・デタで2018年まで争訟部長を務めたスティヤン(Stirn)氏も、市民的自由の保護が問題となる分野においては、行政裁判所が伝統的に「比例性の厳格審査 (strict contrôle de proportionnalité)」を行ってきたと明言している⁶²⁾。そこで筆者は、フランスの越権訴訟における「比例性」の意義を行政分野や決定の種類ごとに分析することを、次の課題としたい。

[追記] 本稿は、JSPS 科研費(課題番号 16H07006)による助成および山口大学経済学部鳳陽基金(2018年度個人研究助成 A)による助成を受けた研究成果の一部である。

61) 参照、服部・前掲註11) 256-257頁。V. aussi Xynopoulos, *précité note* (20), p.73. クシノプロウ氏による議論は、日本における先行研究では、小島慎司「比例原則：フランスの場合」上法56巻2・3号(2012年)74-75頁に紹介されている。

62) トゥールーズ第1大学におけるコロック報告(2019年1月17日)。Bernard Stirn, Répartition des compétences juridictionnelles et protection des libertés fondamentales, <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Colloques-Seminaires-Conferences/Colloque-Universite-Toulouse-1-Capitole-Institut-Maurice-Hauriou> (最終アクセス2019年4月13日)。