

## 論 説

### フランス行政法における無効確認の観念（1）

—レオン・アルサンドールの無効理論研究—

三 浦 大 介

#### 目次

- 1 序
  - 1 はじめに
  - 2 アルサンドールによる無効理論の概観
  - 2 「瑕疵ある行為」の内容
    - 1 行政行為の公定力との関係
    - 2 「無効な行為」と「取り消し得べき行為」の区別の否定に基づく検討（以上本号）

#### 1 序

##### 1 はじめに

[1] わが国における行政行為の瑕疵論は、瑕疵の効果たる取消と無効の区別を中心として展開されてきた。それは実定争訟制度、すなわち行政事件訴訟法における取消訴訟と無効確認訴訟という、異なる訴訟手続の存在と相俟って論ぜられてきたものであり、かかる制度的根拠と切り離して瑕疵の効果を論ずることは、実益に乏しいものといわざるを得ない。

行政行為に付着する瑕疵が「重大かつ明白」である場合には、当該行政行為を「無効な行政行為」として、また軽微な瑕疵のある行政行為を「取り消し得べき行政行為」として、両者には別々の訴訟手続が用意されて

いる。後者に対しては公定力が働き、いわゆる「取消訴訟の排他的管轄」が作用することから特殊な取り扱いが法定されているがゆえに、訴訟審理の前提問題として両者の区別は重要性を帯びることとなる。

さて、ここで我々が「取消」もしくは「無効」と呼称するのは、かかる訴訟手続との関連から、当該行為の効果を意識していることの結果であるのは自明のことである。しかし、法論理的には、瑕疵ある行政行為は等しく「無効」のはずであり、実体法上は、違法＝無効の等式が成立する<sup>(1)</sup>。したがって、我々は常に、手続法的観点から瑕疵ある行政行為の効果について論じているのである。

[2]ところが、フランス行政法を参考にこの問題を考えるとき、ある疑問が生じてくる。というのも、フランスにおいては、「適法性の原理 (principe de légalité)」に違背した行政行為に対するサンクションは「無効 (nullité)」であると説明され、わが国における「取り消し得べき行政行為」をも含めて「無効な行為 (acte nul)」と呼称されているのである。そしてこの無効な行為は、公の権威によってその無効が「確認 (constatation)」され、取り消されるまでは、「適法性の推定 (présomption de légalité)」が作用することから、効力を発生させると説明されている<sup>(2)</sup>。

そこで問題となるのは、この「無効の確認 (constatation des nullités)」なる概念の内容である。フランスにおける、わが国の取消訴訟に相当する訴訟救済手続としては「越権訴訟」が挙げられる。しかしわが国のそれは、訴訟法学的には、判決に形成効を伴う、いわゆる「形成訴訟」であり、行政行為の公定力に対抗する訴訟類型となっているが、果たしてフランス越権訴訟についても、同様の法理論が妥当するのであろうか。仮に越権訴訟を形成訴訟と同等の訴訟形態であるとすれば、ここでの「無効の確認」はどのように理解すればよいのであろうか。もちろん、越権訴訟も取消判決によって適法性の推定により生じた効力を覆すのであるから、判決自体には形成力が備わっているといえる。しかし、わが国のように、判決の効果を意識して説明する場合には、裁判官が「無効を確認する」という表現は、確認訴訟との混同を恐れ、意図的に避けるはずである。同時に、フランスでは「取り消し得べき

行政行為」に該当する用語は、最近の一般的な概説書の類にはあまりみられず、瑕疵ある行政行為の効果を、一般に「無効」であると説明しているのである。

これらのことを考慮すると、フランスではわが国のように、瑕疵ある行政行為の効果を考察する場合に、手続法的思考を念頭に置いているのではなく、瑕疵ある行政行為の実体法的効果と、訴訟手続的な効果を分けて考えているのであろうか、あるいは、手続法的観点をも含めたうえで「無効の確認」という表現を用いているのであろうかという問題が生じる。もし後者であるとすれば、ここでの「constatation」は単に裁判官の判断作用としての「確認」ではなく、訴訟法学的意味でのそれであり、越権訴訟はわが国でいう「無効確認訴訟」としての性格を、法理的に有することとなるのではないか。そうであるとすれば、なぜこのような思考方法をとるのであろうか。フランスでこの問題について、正面から答えている最近の研究は存在しない。おそらくこの問題は、フランスの行政法研究者にとっては、むしろ意識外在的に解決されているものと思われる。

そこで本稿では、フランスにおける「無効の確認」の観念を探るために、フランス行政法における瑕疵論の構造、その思考方法について、法原理・法本質論的レベルでの若干の検討を試みたいと思う。もっとも、本稿の研究課題に対して、「無効の確認」にせよ「無効な行為」にせよ、単に日仏間の言葉・用語法の差異にすぎないという批判を受けるかもしれない。しかし、単なる実定制度上の比較ではなく、法原理的な考察を対象とする場合には、むしろ思考と表現を媒介する用語の差異に注目することは価値があり、また重要な手がかりでもあるといえる。

本稿では研究の材料として、1912年に控訴院付弁護士レオン・アルサンドールによって著されたテーズ、「行政行為の無効の種別」<sup>(3)</sup>にある諸説を中心にとりあげる。このテーズはフランス行政法學史上、初めて行政行為の無効理論に正面から取り組んだものであり、しかもフランス実定行政法學の基盤形成期に著されたものであって、判例実証的に検討されたきわめて質の高い研究といえる。

- (1) この点について明確に言及している概説書として、杉村敏正『行政法講義(中)』有斐閣、1963年、52頁参照。
- (2) cf., A. de Laubadère, J-C. Vénézia et Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, 12éd., 1992, t. I, p. 567; J. Rivero et J. Waline, *Droit administratif*, 16éd., 1996, p. 99.
- (3) L. Alcindor, *Des différentes espèces de nullités des actes administratifs*, th. Paris, 1912.このテーズはのちに「行政法における無効理論の研究」(*Essai d'une théorie des nullités en droit administratif*, 1912.)という題で公刊されているが入手できなかったため、本稿ではテーズを参照した。また、アルサンドールの無効理論を参照している本邦の論文として、兼子仁『行政行為の公定力の理論(第3版)』東大出版会、1971年、238頁以下および246頁以下があり、伊藤洋一『フランス行政訴訟の研究』東京大学出版会、1993年に随所に引用されている。

## 2 アルサンドールによる無効理論の概観

[1] アルサンドールによる上記の研究が発表されるまで、フランスにおいて行政行為の瑕疵の研究は本格的になされておらず、僅かにエドワール・ラフェリエール、レオン・デュギー、モーリス・オーリウ等による、県会や市町村会の議決に対する不服申立てや、暴力行為、違法の抗弁といった、個別的な研究に留まるものであった<sup>(1)</sup>。アルサンドールは本書の冒頭において、行政法における無効理論の体系化が民法のそれに比べて遅れているのは、行政法が比較的若い法分野であって、それまでは主に、手続的規範の整備に関心が向けられていたからであり、委任裁判権が確立し、越権訴訟の機能が飛躍的に拡張したことによって、すべての違法な行政の行為に対して市民が裁判に訴える道が開かれた現在(当時)にあっては、無効に関する一般理論の欠如を克服すべき段階に至っていると指摘している<sup>(2)</sup>。

当時の法律学一般における無効理論は、クラシカルな私法上の理論が基本であったが<sup>(3)</sup>、アルサンドールの問題提起は、かかる私法上の理論が、公法たる行政法理論に、パラレルに妥当するものであるのか、ということにあった。19世紀以来のフランス民法における無効理論によれば、法律上当然に無効であり、すべての利害関係人が当該無効を主張でき、追認や時効消滅の可能性がない「絶対無効 (nullité absolue)」と、取消訴訟による判決によっ

て遡及的に無効となり、当該無効を主張しうる者が限定され、追認や時効消滅が可能な、いわゆる「取消」の概念に当たる「相対無効 (nullité relative)」に二分されていた。さらに学説の中には、絶対無効と「不存在 (inexistence)」を種別するものがあったが、両者の区別が曖昧であったことから、通説として明確に区別化されるには至っていなかった<sup>(4)</sup>。

アルサンドールは、諸個人間の利益に関する紛争を支配し、敵対する権利に対抗する防御手段をもたらすことにより、対等なる市民の財産間の均衡維持を目的とする民法と、「個人的利益の防御のためではなく、法律が公の職員に付与している権限の結果として、権威 (autorité) と市民との紛争や行政官による法行為と直面」する公法とでは、自ずとその無効理論は異なる結論に到達するはずであることを指摘し、したがって、私法には存在しない新たな問題を含む行政行為に瑕疵があるとき、それに対していかなるサンクションが適用されるのかを新たに検討しなければならないとしている<sup>(5)</sup>。

[2] そこでアルサンドールは、違法な行政行為の類型として、「不存在行為 (actes inexistentes)」「瑕疵ある行為 (actes irréguliers)」「取り消し得べき行為 (actes annulables)」を提示するに至る。このうち不存在行為は、公務員の権限規範に対する侵害が明白であり、かかる状況下においてなされた行政行為は事実上にも法律上にも、すべての効力を剥奪された行為であって、その原因としておよそ「権限篡奪 (usurpation de pouvoir)」「絶対的無権限 (incompétence absolue)」「<sup>(7)</sup>」があり、またその効果としては、相手方個人は裁判に訴える必要はなく、仮に行政が当該行為の執行に固執したとしても、個人は「実力による抵抗権 (droit de résister par la force)」を有しており、それが実際に執行された場合には、司法裁判所に対して「暴力行為 (voie de fait)」を理由に出訴できる<sup>(8)</sup>。不存在行為は、当時においても多くの論者によって明確に意識されていたものであり、やはり我々にとっての興味は、「瑕疵ある行為」と「取り消し得べき行為」の内容であろう。

アルサンドールは、「瑕疵ある行為」は不存在行為とは異なり、適法なる行為の外観を有しており、ある種の効力を備えているものであって、この点で「無であり無効である (nul et nul effet)」とされる不存在行為と区別す

る必要があるという。その意味で、ここでの「瑕疵ある行為」は、一般的には単に「無効な行為 (acte nul)」と呼称されているが、不存在行為との混同が予想されるため、敢えて新たな類型の名称を設定することとなったのである<sup>(9)</sup>。

さらに、「瑕疵ある行為」は「最初から無効 (nul ab initio)」であり、この無効は侵害を受けたすべての個人によって援用され、また訴えの方式としては、当該行為に対して直接的に攻撃する「直接訴訟 (recours direct)」と、事例に応じて違法の抗弁によって間接的に攻撃する「間接訴訟 (recours indirect)」があり、そのことから出訴期間は限定的であったり、永続的であったりすると、かかる無効類型の諸効果について概説している<sup>(10)</sup>。

この指摘は特に注目すべきものであろう。この説明は、おそらくわが国における「取り消し得べき行政行為」のもたらす効果に該当するものと思えるが、果たしてそうであろうか。もっとも出訴期間については、フランスに特有な「間接訴訟」制度が作用することから、これについては比較対象たりえない面がある。しかしこれを割り引いて考えても、「最初から無効」というのは、どのように理解したらよいのであろうか。「瑕疵ある行為」が「取り消し得べき行為」とパラレルな関係にあるとすれば、わが国における公定力に相当する「予先の特権」の働きによって、当該行為には「適法性の推定」が及ぶことから、たとえ違法（無効）な行為であっても、公の權威による認定を待つまでは無効たりえないはずである。したがって、かかる行為に対して「最初から」無効であると定義していることから、我々の感覚からすれば理解困難であると同時に、きわめて興味深い研究対象であるといえる。いずれにしても、これは行政行為の効力論との関係で検討しなければならない問題であろう。

つぎにアルサンドールの言う「取り消し得べき行為」についてであるが、これは「最初から無効」な行為ではなく、直接訴訟は出訴期間が限定されており、間接訴訟は認められない。また、出訴期間の経過によって、当該行為の違法性は隠滅 (couvert) するものであるとしている<sup>(11)</sup>。しかしこれは、1884年4月5日法64条および66条に明記された、「取り消し得べき議決」を

対象とした、いわば限定的な形での類型である。つまりここでの「取り消し得べき行為」は法定の取消を指すのであって、一般的な枠組みとして捉えるべきものではない。アルサンドールは、私法においては、無能力者による行為や、詐欺等、意思表示の瑕疵から特定人を保護するために、無効と取消の区別が重要な役割を演じているが、公法はかかる意思自治の原理が支配する法分野とは異なるものであって、この区別は限定的なものにすぎないとしている。しかもその差別化の唯一の拠り所である法定の「取り消し得べき議決」に対しても、判例が間接訴訟を認める傾向にあることから、かかる行為は「瑕疵ある行為」の範疇に接近しつつあることを指摘している<sup>(12)</sup>。アルサンドールはこの点を強調することによって、きわめて稀な例である不存在行為を除いて、違法な行政行為は、本質的に「瑕疵ある行為」に集約されるものであることを説明しているのであろう。

アルサンドールは以上のことから、公法上の無効理論においては私法と比べ、「不存在行為」の類型が明確に独立しうること、および「取り消し得べき行為」を私法における「相対無効」の如く、別個独立の概念とすることの利益が薄いという理由で、公法上の無効理論の独自性を打ち出している。これはおそらく、それまでの行政法学における無効理論体系の欠如に由来する、民法学からのルーズな理論の借用に対する危険に警告を発しているものと思える。

さて、我々の主要な興味の対象は、やはり「瑕疵ある行為」の効果であるといえる。わが国における「取り消し得べき行為」を包含するそれが、なぜ「最初から無効」なのであろうか。さらに、その具体的な諸々の効果について、アルサンドールの無効論の理論的な裏づけとなった当時の判例・学説を手がかりに、以下に検討する<sup>(13)</sup>。

(1) cf., L. Alcindor, op. cit., p. 6.

(2) ibid., p. 4-5. アルサンドールは、行政法における無効に関する理論状況は、むしろ無効に関する明確な理論を持たなかった、ローマ法時代に近いとする趣旨の指摘をしている。

(3) もっともアルサンドールが本書を著した同時期に、民法学界では R・ジャビオ

によって、古典理論に批判が加えられていた(R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, th. Paris, 1909.)。ジャピオの無効理論を紹介したものとして、野沢正充「フランスにおける『対抗不能』と『相対無効』」立教法学40号、1994年、226頁がある。

- (4) 鎌田薫「いわゆる『相対無効』について(下)——フランス法を中心に」法時67巻7号、1995年、84頁以下参照。
- (5) cf., L. Alcindor, *op. cit.*, p. 5-6. さらに、古典理論との差異の考察は、権利と権力の区別から生じる諸効果を明らかにすることにかかっているとされている。
- (6) *actes irréguliers*の訳語については慎重に検討すべきであるが、取り急ぎ本稿では、不存在概念を含まない「瑕疵ある行為」を当てることとする。
- (7) アルサンドールは判例の分析によって、「権限篡奪」には「権力に関する公務員の権限篡奪 (*usurpation de pouvoir d'un agent sur une autorité*)」「裁判権に関する行政権力の権限篡奪 (*usurpation de pouvoir d'une autorité administrative sur une juridiction*)」「その他の権力に関する行政権力の権限篡奪 (*usurpation de pouvoir d'une autorité administrative sur une autre autorité*)」がさらに分類されるとしている。また、ここでの「絶対的無権限」とは、「権限篡奪」が他者の権限を奪取するものであるのに対し、行政に関わる職員の権限に全くない行為をなした場合を指している (cf., L. Alcindor, *op. cit.*, p. 17-28)。
- (8) *ibid.*, p. 8-9.
- (9) *ibid.*, p. 8.
- (10) *ibid.*, p. 9-10.
- (11) *ibid.*, p. 10.
- (12) *ibid.*, p. 10-12.
- (13) 兼子教授は公定力理論研究の結果、フランスにおける無効 (*nullité*) が、わが国における「取消」概念に妥当しうることを早くから指摘されている(兼子・前掲書346頁以下参照)。また、その他にフランスにおける無効理論を扱った本邦の著書として、遠藤博也『行政行為の無効と取消』東京大学出版会、1968年が有名である。わが国で行政行為の瑕疵論を扱った研究論文は多いが、有名なものとして、柳瀬良幹『行政行為の瑕疵』清水弘文堂、1969年、田中二郎『行政行為論』有斐閣、1954年、雄川一郎「行政行為の無効に関する一考察——いわゆる瑕疵の重大明白理論について——」『行政の法理』有斐閣、1986年、161頁が挙げられる。



## 2 「瑕疵ある行為」の内容

### 1 行政行為の公定力との関係

[1] アルサンドールの設定した「瑕疵ある行為」は「最初から無効」、すなわち当該行為がなされた時点から無効なものであるが、一方で出訴期間の制約があり、間接訴訟の対象とならないものについては、出訴期間経過の後には瑕疵が消滅する行為を指す。ここでアルサンドールが「最初から無効」としているのは、果たしてどのような意味合いが込められているのであろうか。単に実体法的な意味において、そのように表現しているにすぎないのであろうか。しかしアルサンドールが「最初から無効ではない」行為である「取り消し得べき行為」を敢えて別に設定していることを考えると、そのように単純に割りきれない感がある。そこで、行政行為の公定力について、アルサンドールはどのように把握しているのかを踏まえた上で、この問題を考えてみたい。

アルサンドールは、彼の論文の第2章「瑕疵ある行為」序論において、自身の公定力観を垣間見せている。まず最初に、アンリ・ベルテルミーが「……私に対し自称する権限の源泉たる条文を証明することのできない行政官は、私に対して何ら要求することはできない。彼の職務は条文によってのみ存在するがゆえに、彼の権力は実質を伴わないものとなる。我々はただ法律によって命令されるだけである。法外のあらゆるものは、恣意であり専横であるにすぎない。」<sup>(1)</sup>としているのを受けて、これは「異論のない原則である」と指摘する一方、この原則を厳格に捉えると、「瑕疵ある行為を、不存在行為に相当する行為と類似の種類のものとしなければならないというらみがある」とし、「瑕疵ある行為が不存在行為として扱われ、効果を発生させない社会環境を思い描くのは可能であり、また必然的なことである」が、「フランス実定法においては、事情は異なる」としている<sup>(2)</sup>。というのも、「瑕疵ある行為」は、事実上または法律上にも、ある種の効力を発生させるのであって、その諸効力を取り除くためには、ただ法律侵犯を援用するだけでは足りず、裁判所に提訴して無効の正式の宣告を得なければならないが、そうされない限りは、行政

行為は「予先執行の特権 (privilège de l'exécution préalable)」を備えていることから、「適法性の推定 (présomption de légalité)」が作用することとなる旨を述べている<sup>(3)</sup>。

行政行為論を否定し、伝統的な、管理行為との区別より由来する「権力行為」の理論を固持したベルテルミーは、その議会主権主義の立場から、行政の行為はすべて厳格に、法律による権限の付与のもとになされなければならない、それに違反する行為は認められないとしている。しかしこのシンプルな原則には、手続法的視点が欠落している<sup>(4)</sup>。アルサンドールが上記のベルテルミーの言を、「異論のない原則」としているのは、あくまでも実体法レベルでの賛意であり、それ以上の何ものでもないといえる。したがって、アルサンドールは「瑕疵ある行為」たる瑕疵類型を設定するに当たって、裁判統制まで射程に入れた手続法的な思考を含んでいたのである。

同時に、オットー・マイヤー流の公定力観である、行政決定と裁判判決を同一視した「自己確認説」を否定している。オットー・マイヤーが「法律に違反した判決は有効ではなく、取り消されなければならない。だが、取り消されるまでは、その効果を承認する必要がある。判決において現れる強制的な権力は、常にその適法性を証明することから始める。行政行為についても同じである。違法 (non-validité)は効力のないことを宣言するための理由にすぎず、それ自体として効力がないということではない。」<sup>(5)</sup>としたのに対して、裁判官の行為と行政官の行為とでは、その効力が引き出される源泉が異なることをもって、両者の同一視を批判している。すなわち、判決が無効となるのは、裁判官が法律解釈を誤ったからではなく、上級審判決が紛争を終結させたからであり、「判決に執行力を与えるのが裁判官の特質なのであって、訴訟人が援用する民事ないし商事法律が与えるのではな」く、裁判所がたとえ法律を不正確に解釈したとしても、いわゆる「既判事項 (chose jugée)」については、通常執行力が存在する。それに対して、行政官による行為の法的効力は、「すべて権限法律 (loi de compétence) から引き出される」のであって、市民は行政官の措置がかかる法律に適合しているときのみ、執行権力に服するのであるとしている<sup>(6)</sup>。

裁判官の行為の執行力は判決自体に由来するものであり、法律から直接導き出されるのではないが、行政官の行為に付着する執行力は法律により直接導かれることをもって、「自己確認説」に批判を加えるアルサンドールであるが、ここには行政行為の「違法即無効」、つまり行政官に権限を付与する法律に違背した時点で、当該行為は無効となるという考えが見出されるといえる。ここまでの実体法の水準においては、ベルテルミーの説くところと変わるところはない。問題は、裁判統制への道程を視野に入れた部分にある。[2]ところで、アルサンドールは、公の權威による公式の認定を待つまで、違法な行為を尊重しなければならない根拠としての、行政行為に付着する「適法性の推定」は、当該行為たる意思表示がなされる「社会的な環境 (milieu social)」の考察によって説明されるとしている<sup>(7)</sup>。以下、アルサンドールが意識している「適法性の推定」ないし「予先の特権」の内容について検討する。

アルサンドールは行政の權威性について、つぎのように説明している。

「行政官は法律によって付与された権限のみを行使するのであるにすぎないとしても、その支配的な関係は、彼にある種の威厳を付与することなくして、維持することはできないであろう。實力 (force) を保持する者は、事実、その意思を強制することが可能であり、諸規則が彼を特定の制限のもとに拘束したり、特定の手続を強いるのは、彼がそれらを甘受することをまさに欲しているからである。そこには、条文が彼の活動に課す制限における、何らかの人為的なものがある。行政作用を司る多くの規範が、内部的措置、あるいは役務の利益において制定された良き忠告としての措置であると考えられた時代は過ぎ去ったが、公の權威は残存する権利を有していた。その上、行政官の行為は、一般の利益においてなされるものと推測される。このことは、行政官に強大な力を与える。それというのも、なによりもまず、公役務の良き運営が確保されなければならないからである。(行政官の行為に) 瑕疵があった場合、後になって、被害を受けた者に対して賠償がなされる。一般の利益は、個人的権利の過剰な尊重によって損なわれることはないのが基本である。我々の公法は、行政の特権に対し、重要な地位を与えているので

ある。官吏の行為はそれ自体で執行的であり、従属する公務員は、その実施に協力するよう促される。その公務員は瑕疵ある行為が尊重されることを強く望んだとしても、個人過失を犯すことはなく、彼に固有の責任を問われることはない。反対に、彼らが適法な作用への協力を拒む場合には、階層性の原則の具体的適用が、彼らを困難な事実上の立場に追い込むこととなる。」(カッコ内筆者)<sup>(8)</sup>

以上のようにアルサンドールは、「行政権力の自己統制」について、それはある種のフィクションであると規定し、公の権威ないし権力はなおも存在することを指摘している。そして「公役務の良き運営」の確保の名の下に、行政官には広範な特権が与えられていることを認め、公務員制度の特質である行政の階層的監督の原理を考慮しながら、理論を展開している。

さらに、行政官の行為の分析として、意思表示の性質からの検討を行っている。

「行為は適法性の外観を伴って現れる。それは行政権力 (autorité administrative) により発せられる。それはある手続に従って、正規な形式においてなされる。当該行為は、たとえ誤って解釈されたものであるとしても、準拠すること自体 (invocation) が総体にある種の効力を与える条文に基づいているのである。個人の多くは、議論することなくして、盲目的に、あるいは権威の尊重によって屈するのである。」としながら、瑕疵ある行為が法的に存在する理由として、民法学者ジャピオの外観理論を引用している。それは、「外観は関係人の心の中に、概してその行為の存在の観念を生ぜしめるものとして、より確実な効果を産み出しうるものとして現れる……。さらにその執行は、かかる外観によって、当該行為に対し、たとえその行為が無効であっても、法的に考慮しなければならないある種の存在を与える」<sup>(9)</sup>とするものであって、アルサンドールは続けて「同時に、瑕疵ある行為は、当該行為に連なる、全ての一連の法律行為や具体的事実の起点となり」、一層多くの関係人を拘束することとなると述べている<sup>(10)</sup>。

ここでアルサンドールは、「瑕疵ある行為」、すなわち「不存在行為」のごとき重大な違法とはいえない、比較的軽微な違法を伴う行為は、一応条文に

依拠していることが明らかな、あくまでも解釈のレベルに誤りがある場合に生じる瑕疵類型であるから、行政権力に由来する適法性の外観を伴い、それが相手方および利害関係人を拘束する原因であるとしている。

このようにして「瑕疵ある行為」は現実社会に、諸々の効果を伴いながら浸透するのであるが、アルサンドールはこれを、瑕疵ある行為の社会への「法的な循環 (circulation juridique)」と呼ぶ。行政行為が社会へ循環した時点で、たとえそれが瑕疵あるものであっても、「確固たる社会的な効力 (valeur sociale certaine)」を有することとなり、これは裁判官の承認を要せず執行を可能とする特質を持つ。したがって当該行為の相手方は、訴訟審理の後に、はじめて当該行為を排除せしめることができるのであると説明している<sup>(11)</sup>。

[3] アルサンドールは、以上のように行政行為に伴う「適法性の推定」ないし「予先の特権」を把握している。ところで、フランスにおける「予先の特権論」の創始者が、モーリス・オーリウであることは有名である<sup>(12)</sup>。そこで、アルサンドールのそれとの理論内容について比較検討したい。

行政行為を、「国民に対して、法律効果を産み出すことを目的とした、執行的な形式、すなわち職権的な執行をもたらす形式で、(行政的階層ないし後見的監督に含まれる) 行政権によってなされるすべての意思表示」たる「執行的決定 (décision exécutoire)」であると定義したオーリウは<sup>(13)</sup>、それが自ら「執行的」であることの理由として、たとえ行政契約のごとき公役務の管理のために締結される契約的管理行為であっても、私法的な契約当事者の平等状態は存せず、それは行政決定の形式で執行され、かかる決定には「仮執行の通常の特権 (privilège ordinaire de l'exécution provisoire)」が付与されており、行政は相手方に対して一方的に権利を行使することから、行政は常に公権力の本質的属性である予先の特権を保持しているとして<sup>(14)</sup>、行政の公権力的特権を説明する「予先の特権」概念を創出したのであった。

以上のように、オーリウは行政に特有な公権力に由来する「特権」を意識しているが、アルサンドールも同様に、行政制度に付随する特質としての「特権」を捉えている。ただ、それが具体的に行政行為の形で現れたときに、

アルサンドールは法律行為の「外観」という、いわば公・私法に共通な法律行為に伴う「現象」のニュアンスを込めて「適法性の推定」を説明している点に、独自性が見出されるといえる。

さて、つぎに本稿の主要な問題である、「瑕疵ある行政行為」が訴訟の局面において、いかに扱われるかについて検討したい。アルサンドールは前記のように、瑕疵ある行為の効力は訴訟審理の後にのみ消滅するとしているが、ここでの裁判の機能・目的について、実に興味深い理論を展開させているので、以下に紹介する。

「この審理は、一方で、法的観点からすると、当該行為の元々の瑕疵を確認するのが目的であり、他方、社会的観点からすると、ここにおいて不当に引き起こされた行為を循環から取り出すことを目的としている。それゆえに、判決は確認的であり、権利を設定するものではない (Le jugement est donc déclaratif, et non constitutif de droit)」(傍点筆者)<sup>(45)</sup>。

このアルサンドールの理論が、わが国における取り消し得べき行政行為の裁判統制とは異なる視点に基づくものであることは容易に理解される。わが国では、取り消し得べき行政行為はそれに付随する公定力によって法律効果が発生するから、それを除去するために、取消判決による形成力によってこれを覆し、元の状態に戻すとするのが基本的な考えである。一方、アルサンドールは、裁判の使命を法的観点と社会的観点に分ち、いわば審理過程を二元的に捉え、越権訴訟における取消判決を本来的には「確認判決」であるとして、判決の形成力を社会的な影響、すなわち「循環」から瑕疵ある行為の存在を排除する作用という程度の、若干の形成効を有するものであることを意識している。この視点に立てば、わが国のそれは、法的観点と社会的観点の混同が見られることはもとより、かかるアルサンドール説との比較においてみる限り、判決の強力な形成力によってのみ覆すことが可能な、強力な公定力観に立つことが鮮明となる。いずれにしても、アルサンドールはここにおいて、「瑕疵ある行為」に対する越権訴訟は、本質的には「確認訴訟」であることを指摘しているのである。

アルサンドールはさらに続ける。

「……事実上の考慮や、ましてやそれら(官吏の)固有の権限の評価における過誤が官吏をして違法の責を負わしめる場合には、侵害された全ての個人は訴訟を提起する資格を有する。そこで介入する裁判行為は、二種類の効果を導く。裁判行為が迅速になされた場合、当該決定の瑕疵、すなわち当初からの無効を確認する。同時に、当該行為が将来にわたって効力を発生させるのを妨げ、可能な限りにおいて、既に引き起こされた効果を回復するよう努める。判決はそれゆえ、社会的効果を産み出す。ここには、事実の世界に対する法的な現実の反発がある。しかし、瑕疵ある行為はそれが出現した時点から消滅した状況にあって、なお効果を産み出しうる。裁判官の確認は、それゆえ法的な現実への敬意として介入するのである。裁判官の確認は、同時に、法律を遵守しなかった公務員への叱責として、さらには提示された解釈が適法でないことの、全ての者に対する警告として現れる。それに伴い、新たな瑕疵を避けることによって、他の紛争を免れることを可能にするのである。」(カッコ内筆者)<sup>(16)</sup>

最初から無効なのであれば、「確認」だけで紛争は解決するはずである。しかし、軽微な瑕疵を伴う行政行為は、社会への「循環」によって、諸々の効果を発生せしめる。そこに「事実の世界」(効果を産み出す)と「法的な現実」(最初から無効)の対立・矛盾が存在する。しかしその理論的矛盾は、「裁判行為」の持つ二つの効果によって解消されることを示唆している。

[4] それではここで、上記のアルサンドール理論の核である、行政行為の社会への「循環」の概念、「法的観点」と「社会的観点」という二重の視点の設定と裁判行為による二つの効果について、当時のフランス行政法学の背景を辿ってみることとする。

前者については、オーリウによって提示された、所謂「法の二つの層」に共通する思考が見出されるので、以下に紹介する<sup>(17)</sup>。

オーリウは権力による命令の法的効力、つまり執行的決定が裁判判決を待たずして、相手方国民を服従させる「権力の法理(principe d'autorité)」の説明として、実定法には「仮の法(droit provisoir)」と「確立した法(droit établi)」の二つの層があり、時間的経過において反論がなされず、

国民に認められたものが後者に属し、政府の主権によって、即時的に生じるものが前者であるとしている。「全ての新しい法律や政府の新しい命令は、それらが厳密な意味での正義により近い、もうひとつの種類の法たる、『確立した』法規範に反することが証明されるまでは、ある種の有効なる法である」<sup>(18)</sup>。社会生活の維持のためには、法の多様なシステムを採用することがあり得る。「仮の法」は「確立した法」に比し、不完全な状態にあるが、「それでもやはり存在し、必要不可欠でないとはいえない」<sup>(19)</sup>。

これによれば、違憲等の反論の無い状態にある法律は「確立した法」であり、行政による執行的決定は「仮の法」となる。したがって執行的決定は、法律に違背することが確認されるまでの間、一時的に効力を発生させ、国民を拘束する。

以上のように、オーリウは独特な法規範の二元主義的考察に基づいて、執行的決定の法的効力の根拠を理論づけているのであるが<sup>(20)</sup>、アルサンドールが、「行政行為の社会への循環」につき、たとえ瑕疵ある行為であっても、それが社会へ循環した時点から、「確固たる社会的な効力」を産み出し、関係当事者を拘束するという発想に、オーリウの言う「仮の法」との共通点（あくまでも発想のレベルにおいて）が窺える。もっとも、オーリウは「仮の法」を、不完全ではあるものの、あくまでも「法」として捉えているのに比べ、アルサンドールの「確固たる社会的効力」は、「適法性の外観」による作用を根拠としていることから、その規範的意味合いにおいてなお不透明な点が残るといわざるをえないが、このことは同時に、アルサンドールが瑕疵ある行為のもたらす仮の効力を、相当に弱い効力として捉えていたことの証左であるともいえるであろう<sup>(21)</sup>。

- [5] つぎにアルサンドールが依拠している「裁判行為」論について紹介する。フランス行政法学における裁判行為の概念は、デュギーをはじめ、ガストン・ジェーズ、ロジェ・ボナル等のいわゆる公役務学派を中心に用いられてきた<sup>(22)</sup>。しかし論者によってその内容には差異がみられるが、ここではアルサンドールの裁判行為観に比較的近いと思われるボナルの理論に頼ることとする。



ボナールはその著書『行政の裁判的統制』<sup>(23)</sup>において、裁判行為について詳細な分析を行っている。それによれば、裁判行為は係争状態を契機として、裁判上の訴えによって発動される複合的行為(acte complexe)であり、さらに既判力を発生させるという特徴があり、その意味で他の法律行為と区別されるものであるとしている。またこの行為には、「確認(constatation)」と「決定(décision)」<sup>(24)</sup>という二つの要素があり、両者は互いに関連し合い、相互に制約されるものであるが、なかでも「確認」こそが本質的な要素であって、「決定」は裁判行為の付帯的な要素にすぎないと述べている<sup>(25)</sup>。その理由として、裁判行為の本来的な使命は、紛争の解決、すなわち、対立する二つの主張のどちらが法に適合し、法効果を有するものであるのかを確定するため、当該紛争に介入することであり、「裁判行為が包含する確認によって産み出される効果とは、まさしくそれである。この確認は訴訟を対象とする。それは二つの主張のなかで法に適合する一つを公認するものである。それゆえ、紛争を解決せしめる効果を産み出すのは、確認なのである。」と説明している<sup>(26)</sup>。

およそ裁判上の紛争解決にあつては、確認がなければその終結をみることはできず、反対に決定は確認によって紛争が裁断された後に付随的に伴う、「確認の論理必然的な結果に他ならない」作用であることから、確認こそ裁判行為に必要かつ十分な要素であるとボナールは主張する。だからこそ、「裁判機能は権利の宣言たる機能であつて、権利の形成たる機能ではな」く、「裁判上の行為は、権利に対して、主として静態的な効果(effet statique)を産み出すのであつて、動態的な効果(effet dynamique)を産み出すものではないのである。……ある動態的な効果を産み出し得るのは付随的であるにすぎず、決定たる行為によるものである。しかしこれは副次的な効果にすぎない。裁判的介入の主要な効果は、静態的権利の効果である。」<sup>(27)</sup>と展開している。

ここでボナールは、裁判行為の本質的な要素は確認であるとしても、そこに付随して形成効をもたらず決定の存在を否定しているわけではない。ただそれは確認がなされた後に、結果として発生する付帯的効力であるとする。ボ

ナルが決定を、いかに「付帯的な」効力として捉えていたかを知るには、デュギーの裁判行為論に対する批判をみると、一層際立ってくる。

デュギーによれば、決定は裁判行為の副次的な要素であるとしても、それに“必要”な要素であるとする。なぜなら、決定の欠如した単なる確認によつてでは、裁判行為は法律行為とはいえないからであるとしている。というのも、法律行為とは、その定義の上では、法秩序に変更をもたらすことを目的とした行為であるが、確認は法秩序に関していかなる効果をも産み出さずに、訴訟当事者によって表明された主張への返答としての確認（affirmation）を述べるに留まるものであることから、それ自体では、法律行為としての効果を産み出すものではない。決定こそ唯一、法秩序に変更を生じさせる効果を持ちうるものであり、それゆえ、裁判行為を法律行為にさせる決定こそ、裁判行為の必要なる要素であると定義している<sup>(28)</sup>。

このデュギー説に対して、ポナールは以下のように反論している。

「この意見に対しては、裁判上の確認は、デュギーのみるような単なる観念的な行為ではないと反論することができる。實際上、確認は紛争の裁断たる法律上の効果を産み出す。というのは、裁判機能が、その本質的な効果を実現させるのは、確認だからである。それゆえに、唯一確認によって、裁判行為は法律行為となるのであり、裁判行為がその特質を有するのに必要なのは決定ではない。デュギーによって主張された観点は、彼が裁判的介入を紛争があるためでなく、単に一方的な主張があるために存在すると考えていることに由来する。かかる状況のもとでは、紛争を裁断し、紛争状態という異常な状態を終結せしめるという確認の法的効果を考慮することができなかつたのである。」<sup>(29)</sup>

この議論を通して、デュギーは裁判行為の確認たる要素を、純粋な意味での「確認」という裁判官の精神的作用であると把握しているのに対し、ポナールは紛争裁断作用を主張することによって、確認の法的効果を持たせていることが明らかになる。同時に、ポナールによる裁判判決の形成力観は、あくまでも確認に従属するものであり、付随的要素であることを意識していることが明確となっている。

さて、このボナール説は、アルサンドールが「瑕疵ある行為」に対する裁判判決を、本来的には「確認判決」であるとしている点で共通していることは明らかであろう。また、判決の形成効を、社会的観点による「事実の世界」への介入として捉えているアルサンドールと、確認の論理必然的な結果たる付帯的な効果とするボナール理論との間にも、ある種の共通項が見出されるといえよう<sup>(30)</sup>。

以上のオーリウおよびボナールの理論を紹介することによって、当時のフランス行政法学界を取り巻く雰囲気として、アルサンドールが意識的にせよ無意識にせよ、理論的根拠として据えていたことが想像できたのと同時に、アルサンドールが行政行為の公定力を、オーリウ以上に「仮の」かつ「弱い」効力であることを意識し、それに対抗する裁判判決の形成力も、それに見合う程度の、事実上の効果という程度に理解していたことが、ここにおいて明らかになったといえる。

[6] これまでの検討を簡単にまとめる。

わが国における取り消し得べき行政行為にはほぼ該当する「瑕疵ある行為」を、「最初から無効」なるものであると規定したアルサンドール理論は、我々の感覚からすれば、行政行為の有する公定力との関係で矛盾を孕むこととなる。しかしアルサンドールの公定力観そのものが、オットー・マイヤー流の「自己確認説」、すなわち行政決定を第一審判決と同一視する、いわば強力な公定性に基づくものでないことはもとより、オーリウ流の「仮の効力」よりも弱い、社会的な事実としてのみ通用する、事実上の効力であることを意識している。さらにその裁判統制の場面においても、あくまでも確認訴訟であることを主張し、裁判行為論を用いることによって、論理的整合性を確保しているのである。

以上のように、アルサンドールの瑕疵論は、行為の発生から裁判統制までの過程を連続的に捉え、一貫した手続法的観点に立脚していることが明らかとなった。そして違法即無効の観念は、実体法上は当然であるが、手続法的観点においても、それが色濃く投影されているといえるのではないだろうか。もっともアルサンドール自身、そのことについて明確に表明しているわけで

はないが、その論理構成を辿ると、このような立論が可能となるといえよう。

最後に、アルサンドールの論稿から、彼がこのテーゼのなかで主張する法理を端的に表している文面を紹介する。「法規に違反した行政行為は、最初から無効であるが、かかる行為を遵守せしめ、きわめて重大な影響を産み出すことを可能にする、ある種の信憑性をまもっている。裁判官の介入は、その効力の評価が引き起こす論争を裁断し、法的な循環からそれを取り去り、その適法性の外観 (apparence de légalité) によって援用された諸効果を償うために必要なのである……。それはつまり、無効な行為を全く効力を欠いたものとみなすことはできないということである。無効な行為がもたらす諸効果が法に違背するものであっても、その諸効果は、それでもやはり考慮しなければならない事実上の存在 (existence de fait) を有する。」<sup>(31)</sup>

このように、アルサンドール流の公定力観は適法性の外観に依拠した、いわば「事的存在説」と呼ぶべきものであるが、さらにそれを追究するため、アルサンドールによる「瑕疵ある行為」の無効性を、「取り消し得べき行為」との比較検討を通して明らかにしたい。

- (1) cf., H. Berthémy, De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative, R. D. P., 1904, p. 227. ベルテルミーの公定力観については、兼子・前掲書199頁以下に詳しい。
- (2) cf., L. Alcindor, op. cit., p. 49-50.
- (3) ibid., p. 50.
- (4) 兼子・前掲書199頁以下参照。兼子教授はベルテルミーの権力行為理論について、ベルテルミーが行政行為論の形成とそれが照応する行政裁判権の現実的機能を過小評価している点を捉え、公権力に対する市民の権利保障を議会主権主義的に、もっぱら法律による執行権力の統制に求め、他方で「司法権も執行権の一分肢であり行政裁判権は『裁判的形式で行使される行政権』にすぎない」としているのは、「1872年の C. E. 組織法律によって確定された独立な行政裁判権による権利保障機能に眼をつぶるものであり」、「20世紀初頭において形成されたフランス行政行為論 (行政行為の概念・効力・瑕疵などに関する諸法理) が越権訴訟を通じての活動行政に対する裁判的統制のルートを意味していた事実を無視するに等しく、それゆえにベルテルミーの『派生的主権』『法定権限』(la compétence légale) の理論は、行政の自力執行力の問題においては、所期の結果を導き出せたのであったが、

- 公定力の問題については必ずしもそうはいかなかったのである。」と分析されている(兼子・同上206-207頁参照)。
- (5) O. Mayer, *Le droit administratif allemand, édition française, t. I*, p. 120, cité par L. Alcindor, *op. cit.*, p. 50. オットー・マイヤーの行政法理論に関する論文は多いが、塩野宏『オットー・マイヤー行政法学の構造』有斐閣、1962年が有名であり、また本稿との関連では兼子・前掲書59頁以下がある。兼子教授によれば、オットー・マイヤーの「自己確認説」は、「手続法的瑕疵論」を土台とする「手続法的公定力説」であったことを指摘している(兼子・同上62-63頁参照)。
- (6) cf., L. Alcindor, *op. cit.*, p. 51. アルサンドールとしては、オットー・マイヤーの手続法的思考については特に異論のないところであったように思える。彼の批判は、むしろ「手続法的公定力説」の種類の違いに起因しているといえる。
- (7) *ibid.*, p. 51.
- (8) *ibid.*, P. 51-52.
- (9) cf., R. Japio, *op. cit.*, p. 166. cité par L. Alcindor, *op. cit.*, p. 52.
- (10) cf., L. Alcindor, *op. cit.*, p. 52.
- (11) *ibid.*, p. 53 et 108.
- (12) オーリウの予先の特権論を紹介し、検討したものとして、兼子・前掲書209頁以下、および磯部力「モーリス・オーリウの行政法学」兼子仁ほか『フランス行政法学史』岩波書店、1990年、379頁以下が有名である。
- (13) cf., M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 11éd., 1927, p. 356.
- (14) cf., M. Hauriou, *La gestion administrative*, 1899, p. 74-75. 兼子・前掲書210頁以下、磯部・前掲書381頁以下参照。
- (15) cf., L. Alcindor, *op. cit.*, p. 53-54.
- (16) *ibid.*, p. 54-55.
- (17) cf., M. Hauriou, *Principe de droit public*, 2éd., 1916, p. 799. これは上記の『公法原理』第2版に補論として掲載された、「政治権力の法的権威と法の二つの層について(De l'autorité juridique du pouvoir politique et des couches du droit)」なる題目の論文である。ここに見られるオーリウの法思想について、わが国では磯部教授による以下の研究文献が有名である。磯部力「公権力の行使と『法の二つの層』——オーリウのデュギー批判に寄せて——」野田記念論文『東西法文化の比較と交流』有斐閣、1983年、395頁以下、および『フランス行政法学史』396頁以下参照。なお、「法の二つの層」について、本稿において磯部研究の他に付け加えるものは何もない。
- (18) *ibid.*, p. 806.
- (19) *ibid.*, p. 807.
- (20) 磯部・前掲書397頁によれば、オーリウの法思想には、徹底して二元主義が貫か

れているが、「法の二つの層」は、その最も徹底したあらわれにはかならないと指摘されている。

- (21) しかし、アルサンドールはこの自説を展開するにあたり、オーリウ理論を引用した形跡はない。したがって、アルサンドールがどの程度オーリウを意識していたかは不明であるが、それとの比較を通して、アルサンドール理論の特徴を把握することができたといえる。また、兼子教授は、オーリウ流の公定力観は、行政行為の「法的存在」の実在性に、直接・政策的に「実効性」だけを付与するという程度のものであったことを指摘され、アルサンドールが「適法性の推定」を語る時にも、同様の理論的根拠があるものと解されるとしている（兼子・前掲書246頁参照）。
- (22) フランス公法学における裁判行為論については、兼子・前掲書232頁以下に分析があり、ボナールの裁判観についても触れられている（デュギー、ジェーズの裁判行為論については281頁以下参照）。また、フランス民事訴訟法学における、形成判決の効力に関する論争を紹介・分析したものとして、江藤价泰『フランス民事訴訟法研究』日本評論社、1988年、99頁以下がある。そのなかで江藤教授は公法学説、特にデュギー、ギイヤンの学説をとりあげている（115頁以下参照）。さらに越権訴訟に関する近年の研究として、村上裕章「越権訴訟の性質に関する理論的考察（1-2）」九大法学57-58号、1989年があり、デュギー、ボナール等の裁判行為論や訴訟法理論が検討されている。
- (23) R. Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, 1934.
- (24) 江藤教授は前掲書117頁でギイヤン学説を紹介しているが、教授はここでの *décision* を「裁判」と訳している。しかしボナールの確認には、紛争裁断機能たる「裁判」の意味が込められていることから、両者の混同を避けるため、本稿では「決定」と訳す。
- (25) cf., R. Bonnard, *op. cit.*, p. 78-79.
- (26) *ibid.*, p. 79.
- (27) *ibid.*, p. 80.
- (28) cf., L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3 éd., 1928, t. II, p. 429 et s, cité par R. Bonnard, *op. cit.*, p. 82-83.
- (29) cf., R. Bonnard, *op. cit.*, p. 83.
- (30) もっとも、ボナールは行政訴訟における決定の役割を綿密に分類している（*ibid.*, p. 86-89.）。これについてはなお検討を要する。
- (31) cf., L. Alcindor, *op. cit.*, p. 108.

## 2 「無効な行為」と「取り消し得べき行為」の区別の否定に基づく検討

フランスにおいてはある時期まで、市町村会の議決に関する法律において、

「無効な議決」と「取り消し得べき議決」が法定されていた。議決がストレートに行政行為の理論へ結びつくことについては違和感を感じざるを得ないが、ここで問題となる議決は、執行的決定と同様の執行力を有する種類のものが対象とされているのである。つまりフランスではかかる議決をその効力の面から行政行為と同一視していたのである。アルサンドールは無効と取消の区別を終始否定する態度をとるが、例外的に「取り消し得べき行為」の類型を設定したのも、この条文の存在に根拠をおくものであった。以下に、問題となる一連の条文を紹介する。

[1885年4月5日法]

63条：「以下の議決は当然無効である。1：権限外の対象に関してなされた、あるいは法定の会議以外でなされた市町村会の議決。2：法律もしくは特別執行令違反によってなされた議決。」

64条：「本人としてあるいは代理人の名において、議決の対象となる事項について、利害関係を有する市町村会議員が参加した議決は取り消される。」

65条：「法的無効（nullité de droit）は、県参事会において知事により宣言される。この法的無効は、いつでも、知事により宣告され、さらに関係当事者により対抗され得る。」

66条：「取消は県参事会において、知事により宣告される。この取消は、副知事あるいは知事に議事録が提出されてから30日以内に、知事により職権でなされる。またこの取消は、全ての関係個人および市町村の全ての納税者によって、……15日以内に請求され得る。」

67条：「市町村会、および議会の他全ての関係当事者は、知事のアレテに対してコンセイユ・デタへ上訴することができる。この上訴は、越権訴訟の形式においてなされ、裁判される。」

以上の法律は、その歴史的沿革から複雑に構成されているが、これらの条文の内容的組み合わせとしては、63条と65条が無効の議決、64条と66条が取り消し得べき議決について規定しており、67条は両方における知事のアレテに対し

て適用されるものであることが指摘されている<sup>(1)</sup>。

オーリウは一時期、アルサンドールとは逆に、行政行為の無効と取消を明確に区別する立場をとっていたが、それは以下の判例に関する評釈に象徴されている。

[1901年2月1日、デゼルヴィ氏他ポワチエ市製パン業者判決]<sup>(2)</sup>

ポワチエ市会はパン価格の引き下げを企図し、製パン業者協同組合の設立を援助するために10,000フランの予算を決議し、知事によって承認された。

同市会は1898年7月7日の議決によって、この予算に基づき、本件協同組合に9,500フランの補助金を給付した。

これに対し、デゼルヴィ氏をはじめとするポワチエ市の製パン業者（原告）は、本件補助金給付は商業の自由を侵害するものであり、市町村は販売業者と消費者の關係に影響を及ぼすために税金を利用する権利を有しておらず、違法な税金の使用であると主張し、ヴィアンヌ県知事に対して本件議決の取消の申立てをなした。

ところが知事は1898年11月20日に、県参事会によらずしてアレテを布告し、議決取消の宣告を拒否した。

その後、原告がコンセイユ・デタのもとに、県参事会において布告されなかった本件知事のアレテは違法であり、取り消されるべきであること、および問題の補助金給付に関する議決は、1884年4月5日法63条の適用により法的無効が宣言されるべきであるとして上訴した。

この訴えに対しコンセイユ・デタは、本件のごとき知事のアレテは1884年4月5日法66条の規定により、県参事会において布告されなければならない、したがって県参事会でなされなかった本件アレテは違法であり、取り消されると判示した後で、議決の法的無効に関して以下のように判断した。

「特別の事情において、市町村会の介入が公の食糧を確保するために必要としてなされうるとしても、審理の結果、かかる性格のいかなる事情も、ポワチエ市には存在していなかったことが明らかとなっている。したがって、同市会は本件議決により、労働組合たる製パン業者協同組合に9,500フランの補助金を給付することによって法律上の権限を逸脱したものと判断する。その結果、本件議決は1884年4月5日法63条



の適用により、法的無効を宣言されなければならない。」

この判例は、前に挙げた法律のうち、63条と65条の、いわゆる議決の法的無効に関して争われた事例である。この判例に対するオーリウの問題意識は、ここでの議会の議決はそれ自体執行的な性質を有しており、執行機関の決定とは法的効果の面で共通性があるとしても、越権訴訟において無効の申立て（*voie de nullité*）の内容が審査されることを考えると、解決不能な事態にあるとするものであった。その理由として、無効と取消の効果の差異に着目して、概ね以下のように述べている<sup>(3)</sup>。

越権訴訟と比較して、63条および65条の無効の申立てに関する規定には、法的無効とされている点に注目すべきである。この市町村会の議決の法的無効は、申立てや訴訟の強制的介入を要せず、それ自体で無効なものである。そして、関係人によっていつでも対抗されうる。換言すれば、この無効は民法の法的無効のごとく、訴訟だけでなく抗弁をも引き起こすものである。反対に、越権の瑕疵は法的無効を導くものではなく、もっぱら訴えによって違法性が確定し、違法の抗弁によって対抗されることはない<sup>(4)</sup>。

かかる効果上の差異に相応する、両者の法的観念の違いはどのようなものであろうか。結果的には、両者とも違法へ完全に帰着する瑕疵を帯びているのであるが、なぜ一方では法的無効を導き、他方では訴えによる取消可能性（*annulabilité*）のみが導かれるのであろうか。この問題を解決するには、行為の形成の観点と、その法的効果の観点を区別して考察する必要がある。

議決という行為の形成の観点からすると、当該行為に課されている形式と要件はこれに違反すれば無効とみなされるものであり、また、議決は正式な手続を経て形成された正規の行為（*acte solennel*）であって、諸要件を全て備えていなければ、結果として不存在となるがゆえに、全ての法律違反は法的無効を導く。それに対し、越権の瑕疵を帯びた決定たる法的観点からすると、当該行為はそれ自体として存在することから、結果的に当該行為については遡及して取り消さなければならず、その場合には訴訟が必要となるのである<sup>(5)</sup>。

このように、オーリウは法的効果による無効と取消の区別、それに基づく無効の申立てと越権訴訟の機能的役割について言及している。また、行政行為の無効とは不存在行為の効果であって、その他の瑕疵は取消可能性をもたらすものにすぎないことも指摘しているといえよう。このオーリウのような意見に対して、アルサンドールは明確に反対の立場をとっている。

アルサンドールは、ラフェリエールやモローもオーリウと同様の立場にある論者であるとして、この理論の支持者は、瑕疵ある行為を、出訴期間経過後においても違法の抗弁によって援用されうる絶対無効ないし当然無効を導くものと、限定された期間にのみ取り消されうるものとに区別化しようと試みていると指摘し<sup>(6)</sup>、それに対し以下のように批判を加えている。ここではその批判を要約して紹介する<sup>(7)</sup>。

これは無効な行為と取り消し得べき行為の区別を、行政法に適用させることを試みた論者によって考案されたものである。しかしこの区別はローマ法に起源を持つ民法に固有なものであり、特に現状回復は民法上の有効な行為に適用されたが、それはたとえば詐欺による犠牲を防ぐ目的で、債権者が衡平の見地から諸効果を除去することを望んだからである。

ところが、現代の公法においては、かかる二つの法体系の共存はありえない。行政裁判官は古代法に倣って、法的に正規な行為の無効を宣言するために、ローマの債権者と同じように介入するわけではない。公務員によって違法になされた法律行為を、適法なもののみならず市民に義務づける条文は存在しない。違法な行為が裁判所の介入を必要とする有効性の外観を呈しているとしても、かかる外観は前に述べたように、別の枠組における考慮に起因するものである。

さらにアルサンドールは、オーリウが無効な議決を不存在行為と同一視したことについても、瑕疵ある議決は不存在たるものではなく、違法な法律行為と同様の法的効力を有しており、それどころか議員という選挙により選ばれた集団の行為であるがゆえに、個人としての立場でなす行為よりも大きな効力を所有しているとしたうえで、「なぜ二つの事例において実現される社会的効果の

うち、議決によるものは無視され、反対に、法律行為によって導かれるものは考慮されるのか、理解することはできない。」と痛烈に批判している<sup>(8)</sup>。

また、オーリウは上記の判例評釈のなかで、63条と65条の無効の申立てと越権訴訟を比較すると、無効の申立てにおいては権限濫用が認められないこと、さらに既得権を証明する必要のないこと等から、申立ておよび勝訴事由(ouverture)と受理要件(特に原告適格)の面で広狭があるとして、両者の質的な違いを強調している<sup>(9)</sup>。

アルサンドールはこの指摘に対し、申立ておよび勝訴事由に関しては、田園監視員の職務廃止議決を偽装解雇に等しいものであるとして、当該議決に権限濫用を適用した多くの判例<sup>(10)</sup>を参照すれば十分であり、また受理要件に関しては1901年3月29日のカザノヴァ判決<sup>(11)</sup>において、単に市町村の納税者たる資格のみを有するものが、無効の申立てを経て越権訴訟の形式で上訴した結果コンセイユ・デタがこれを受理したことから、越権訴訟自体の受理要件が拡大される傾向にあるとして、かかる判例の進展を根拠に両者の差異は消滅するとしている<sup>(12)</sup>。

前述したアルサンドールの公定力観、およびそれに対抗する訴訟理論を考慮すれば、このように無効と取消の二分論の否定に至るのは、きわめて筋の通った結論であるといえよう。

しかし、一方で「取り消し得べき議決」の存在については、どのように説明されるであろうか。これは申立て期間が限定されており、期間経過後は適法な議決として尊重しなければならなくなる。これはまさしく「取り消し得べき行政行為」として、実定制度上に存在することとなる。

これについても同様に、コンセイユ・デタによる判例の対応を拠り所として解決を試みている。県会の議決について定めた1871年8月10日法は、その33条において無権限による無効の議決について定義し、同時に47条において越権ないし法律・特別執行令侵犯による、限られた期間内に取り消し得べき議決を規定している。アルサンドールはこの法律の存在に対して、瑕疵原因と瑕疵の効果の対応関係にまで踏み込んで言及している。すなわち、この条文を文字通り受け取るなら、無権限=無効、越権ないし違法=取消として、瑕疵原因たる申

立て事由とその効果が対応し、無効と取消の区別が明確に存在することとなってしまふ。しかしコンセイユ・デタは47条所定の議決に対し、33条を適用することによって、法文上の二種類の枠組を消滅せしめた例を掲げ、コンセイユ・デタ自身無効と取消の差別化に消極的であることを示し、これを有力な根拠としている<sup>(13)</sup>。

さらに、前に挙げた1884年4月5日法64条および66条については、1909年11月26日のブシェ氏判決<sup>(14)</sup>によって、議案事項に利害関係を有する議員が参加した議決について、66条所定の期間に取消の申立てが提起されなかったにもかかわらず、民事裁判所の移送に基づく、いわゆる間接訴訟によってコンセイユ・デタが当該議決の違法性を判断したことをもって、この法律の運用についてもコンセイユ・デタは同様の態度を示しつつあると述べている<sup>(15)</sup>。しかし、当時においてこれらの法条がいまだ存在していること、あるいはこの判例による原則がいまだ一般化されていないことからか、アルサンドールはこの法律が適用される議決に限定して、「取り消し得べき行為」たる瑕疵類型を維持している。ただしこの類型は、立法者によって創出された限定的な類型にすぎないことを強調している<sup>(16)</sup>。

以上のように、アルサンドールは無効と取消の区別を明確に否定することによって、違法即無効の観念を際立たせている。アルサンドールにとってみれば、そもそも最初から無効な行為に対して「取消」という、いわば効力の消滅が裁判官の評価に委ねられる瑕疵の効果を認めるわけにはいかなかったのである<sup>(17)</sup>。

(未完)

(1) cf., M.Hauriou, note sous C. E. 1 février 1901, Deservik et autre boulangers de Poitiers, S., 1901-3, p. 41 et s.

(2) ibid., p. 41-47, avec concl. Romieu.

(3) cf., M. Hauriou, op. cit., p. 43.

(4) 当時においては、越権訴訟における違法の抗弁は認められていなかったが、1905年の判決以降、「分離しうる行為 (actes détachables)」について受理されるようになった。これについて詳しくは、遠藤・前掲書244頁以下参照。

(5) さらにオーリウは、無効の申立てが組織されていない場合には、市町村会の議決であっても、それが執行的決定としての性質を有する限り、直接越権訴訟の対象

になりうることを指摘したうえで、その場合、無効の申立ては、議決の形成に着目して、その形式的要素を攻撃するものであり、越権訴訟は具体的実体的要素、つまり議決の内容を攻撃するものであるとしている (cf., M. Hauriou, *op. cit.*, p. 42.)。なお、オーリウの越権訴訟論に関する近年の論文として、村上・前掲(1)40頁以下、伊藤・前掲書103頁以下に詳しい。また、最近のものとして、橋本博之「行政判例と行政法学——モーリス・オーリウの行政法学——(1-4)」立教法学40-43号、1994-96年があるが、特に(1)38頁以下において、オーリウの本評釈を紹介・検討している。

- (6) cf., L. Alcindor, *op. cit.*, p. 70-72.
- (7) *ibid.*, p. 73-74.
- (8) *ibid.*, p. 75.
- (9) cf., M. Hauriou, *op. cit.*, p. 43-45. ここでオーリウは、申立ておよび勝訴事由と受理要件の分析を綿密に行っている。この分析に基づくオーリウ流の無効と取消の区別論については、別稿に譲りたい。
- (10) もっともアルサンドールの論稿は、これらの判例の年代、事件名、参考文献等の記載を欠いている (cf., L. Alcindor, *op. cit.*, p. 76.)。
- (11) C. E. 29 mars 1901, Sieurs Casanova, Canazzi et autres, Rec. 332.
- (12) cf., L. Alcindor, *op. cit.*, p. 76.
- (13) この判例についても、上記注(10)と同じく参考文献等の記載はない。(cf., L. Alcindor, *op. cit.*, p. 76-77.)。
- (14) C. E. 26 novembre 1909, Sieur Bouchez, Rec. 907.
- (15) cf., L. Alcindor, *op. cit.*, p. 126 et s.
- (16) *ibid.*, p. 78.
- (17) *ibid.*, p. 10.