

# 行政基準の法的位相

——フランスにおける解釈通達とディレクティブの展開——

門 脇 雄 貴

## はじめに

本稿の目的は行政基準の法的位置付けを考察することである。ここで言う「行政基準」とは、行政が策定する一般的抽象的基準のうち、当然には裁判所を拘束するもの（これを「行政立法」とする）ではないもの、典型的には通達ないしは訓令といったものを指す<sup>1</sup>。そして本稿では、行政基準の法的位置付けの考察のためにフランス法を素材として比較法的検討を行う<sup>2</sup>。フランスにおいては昔から行政立法に対する取消訴訟が認められており、その関係で行政基準が訴訟にのぼる機会が多く、判例の蓄積がある一方で、後述するように<sup>3</sup>1983年に制定されたデクレが行政基準についての問題を浮き彫りにしている。従ってフランスの行政基準論の状況を検討することは日本の行政基準論を考える場合にも参考となるであろう。なお、行政基準の法的性質を論じる場合には、次の2つの視点からアプローチすることができる。一つは行政基準そのものが訴訟の対象となるかという視点であり、もう一つは裁判において、私人または行政が行政基準を根拠として行政処分を争うまたは正当化することが可能かという視点である。前者を行政基準の訴訟対象性の問題と呼び、後者を行政基準の援用性の問題<sup>4</sup>と呼ぶ。

さて、そのような視点から日本の状況を見ると、行政基準の訴訟対象性については最判昭和43年12月24日<sup>5</sup>がこれを明確に否定している。他方、行政基準の援用性について見れば、裁判所が法解釈権限を有する以上、解釈基準の援用は私人の側からであれ行政の側からであれ認められないのは当然であるが、裁量基準<sup>6</sup>の援用性については<sup>7</sup>、まず私人からの通達の援用は最判昭和28年10月27日<sup>8</sup>がこれを明確に否定する。これに対して最判平成4年10月29日<sup>9</sup>はあたかも行政側からの裁量基準の援用が認められるかのような判示をしている。翻って実定法を見ると、日本では行政手続法5条が審査基準について規定し、12条が処分基準について規定する。両者とも原則として行政基準の策定義務及び公表義務<sup>10</sup>について定めたもので

ある。この端緒となったのは最判昭和46年10月28日<sup>11</sup>であるが、この判決は法令の趣旨を具体化した審査基準を設定することを要求する一方で、その基準の公表については触れるところがない。以上のような日本の状況を要約すれば、行政基準そのものは訴訟の対象にもならないし、私人が援用しうるものでもない。これに対して、個人タクシー判決や行政手続法は、私人の手続的権利に着目して<sup>12</sup>行政基準の策定義務あるいは公表義務を定めたということになる。本稿は、手続的権利に基づくことで行政基準の実体法上の位置付けとは無関係に<sup>13</sup>策定義務及び公表義務を定めた行政手続法の手法がいかに評価されるのか、という問題意識の下に、フランス法における行政基準論の展開を追うことになる。

以下の論述は次のような順序で進む。まず第1章ではフランスにおける行政基準一般の訴訟上の扱いを見る。そのうえで行政基準を解釈基準と裁量基準とに区別し、第2章では解釈基準を、第3章では裁量基準、とりわけディレクティブを扱う。そして第4章では、行政基準に援用性を与えたとされる1983年のデクレを検討し、その後の判例の展開を示す。最後に、フランス法の検討をふまえた場合に、日本の行政基準の位置付けをどう評価できるかについて簡単にまとめる。

## 第1章 通達の法的位置付け

行政基準は多くの場合通達<sup>14</sup>に含まれる。そこで行政基準そのものを検討する前に、その前提として通達の意義とその法的位置付けを見る。

### 第1節 通達の意義・役割

1 フランスにおける通達の法的根拠ははっきりしない。通達の内容、それを発する機関、そして通達を発する条件等は、実定法上はまったく定められていないからである。従って通達の策定者とその名宛人の間に上下関係がある必要はない<sup>15</sup>。しかし、策定者が名宛人に対して指揮監督権限（*pouvoir hiérarchique*）を持っていない場合には、通達の内容が忠実に遵守されるとは限らない

のは当然である<sup>16</sup>。

逆に、策定者と名宛人の間に指揮監督関係がある場合には、通達はほぼ確実に遵守される。その強制力の第1の理由は、実定法上の一般的服従義務である<sup>17</sup>。すなわち、公務員の権利と義務に関する法律<sup>18</sup>28条第2文によれば「すべての公務員は、与えられた命令が明らかに違法であり、かつ公共の利益に重大な侵害を与えうる場合を除いて、その上位機関の命令に従わなくてはならない」。この規定によって、下位機関は通達への一般的服従義務を課せられている。さらに服従義務は、下位機関に対して上位機関のもつ懲戒権、あるいは下位機関のなした処分に対する取消権によって担保されることになる<sup>19</sup>。さらに第2に、上位機関は通常、その指揮監督下にある公務員の勤務評価の権限をもつ。従って下位の公務員は、一般的服従義務に加えて、自らのキャリアへの直接の影響を恐れ、通達の遵守を強いられるとされる<sup>20</sup>。

2 他方、通達の意義は、上位規範の規定をすべての地域に対して平等に適用するということであり<sup>21</sup>、また、行政にとっては上位機関と下位機関との協働が可能になるということもある<sup>22</sup>。

## 第2節 通達の法的位置付け

1 さて、そのような通達は判例上どのように扱われてきたのだろうか。フランスにおいては19世紀から、個別の決定(décision)のみならず、抽象的一般的な規範を定める行政立法(règlement)に対しても訴訟が認められてきた<sup>23</sup>。従って、通達が決定としての性質をもつかあるいは行政立法としての性質をもてば、その訴訟対象性及び援用性が認められる。

まず、19世紀においては通達の訴訟対象性は否定されていた。ラフェリエールは「訴訟が認められるためには、執行可能な決定がなくてはならない」としたうえで、「下位機関の権限において決定をなさしめるために、上位機関が下位機関に対して発する訓令は、第3者に対して直接的な効果を有しないのであり、第3者は、争うためには、決定が下されるのを待つべきである」として、通

達の訴訟対象性を否定する<sup>24</sup>。そしてコンセイユ・デタもこれに従っていた<sup>25</sup>。

2 しかし20世紀初頭から、コンセイユ・デタが通達に対する訴訟を認める事例が現れはじめる<sup>26</sup>。これについては次の事件についてのオーリュウの評釈が有名である。

[1] コシエ・ダトゥクール判決(C.E. 22 févr. 1918)<sup>27</sup>

本件は、射撃場の周辺住民が当該射撃場の閉鎖を申請したところ、これを拒否されたため、この拒否決定を越権訴訟で争ったものである。原告は、この拒否決定は陸軍大臣の訓令に違反してなされたものであり、従って拒否決定は違法であると主張した。これに対してコンセイユ・デタは以下のように述べて、請求を棄却した。「この訓令は行政内部の行為(acte d'administration intérieure)としての性格しかもたないのであり、それを遵守しないことが勝訴の理由となるわけではない」。

オーリュウはこの判決の「行政内部の行為」という表現に着目し、コンセイユ・デタは、公務員による訴訟に関しては通達の訴訟対象性及び援用性を肯定するが、行政外部の私人については通達の援用性を否定している、と解釈した。つまり「第3者は行政内部にいるわけではないので、第3者については訓令は法(légalité)とはならないが、部局の公務員は行政内部にいるので、公務員については訓令は法となる。つまり訓令は、行政内部についてのみ法を生み出し、法規範としての価値をもつ」<sup>28</sup>。ここから分かるようにオーリュウは行政の内部と外部を区別し、通達は行政内部においてのみ法的効果を有すると考えたのである<sup>29</sup>。

3 しかし、1920年代に入ると、行政外部の私人についても通達の訴訟対象性・援用性を認める判決が出る<sup>30</sup>。これに伴って学説は、原告の地位に基づく判断を放棄し、別の基準を見出す。

判例が用いる基準は、通達が行政立法的(circulaire réglementaire)か否かというものである。そして行政立法的通達に対しては訴訟を認めるし、その援用性も肯定する<sup>31</sup>。しかしながら、いかな

る基準に基づいて通達の行政立法的性格を判断しているのか、という点は必ずしも明確ではなく、時には矛盾しているかのような印象を与える判例すらあると指摘される<sup>32</sup>。それでも、学説は判例の区別の基準を模索し、おおまかな判断基準を提示する。それは内容の要件と直接性ないしは強制性の要件である。ただし予め指摘しておくならば、この2つの基準が判例において明示的に区別されているわけではなく、ほとんどの判例は、行政立法的性格を認める場合でもその逆の場合<sup>33</sup>でも、どちらかの一方に言及するのみである<sup>34</sup>。

4 まず内容の要件とは、通達の規定する内容にかかわる基準である。すなわち、上位規範の定める法秩序 (ordonnancement juridique) に変更を加えている通達であれば、それは行政立法的通達という性格を与えられる。例えば、上位規範が規制していない分野を規制する通達、上位規範の適用範囲を制限あるいは拡大する通達や、上位規範の示していない義務や条件を付加する通達などがこれに当たる<sup>35</sup>。逆に、適用すべき上位規範に注意を促すために、その上位規範の規定を摘示するような通達<sup>36</sup>は法秩序の変更を伴うものではないから行政立法としての性格をもたない<sup>37</sup>。これが内容の要件である。例えば次の判例は、この要件を考慮して行政立法的性格を認めているといえる。

[2] トゥルボス氏判決 (C.E. 29 juin 1960)<sup>38</sup>

郵便電信電話大臣の通達によれば、従来の副検査官の地位にあった者は、組織の改組に伴って正検査官の地位に就くことになった。原告はこの通達を争った。判決は「……従来の組織における副検査官と新組織における正検査官との間に作り出された対応関係が、通達が解釈している行政立法のいかなる規定によっても作り出されていない以上は、(争われている規定は) 行政立法としての性格を示す」とした。

このように、法秩序の変更とりわけ新たな要素の付加という通達の内容が、通達の性質判断の1つの基準となっていることは争いがない<sup>39</sup>。しかし通達の性質を判断するために判例が用いている

基準としては、内容の要件に加えて直接性ないしは強制性の要件がある。

5 直接性の要件とは、通達の内容が私人に対する個別処分に直結するかどうかという基準である。ここでは、内容上は法秩序に変更を加えている通達であっても、それが現実の変更として生じるかどうか問われる。つまり、通達の内容が必ず実現するとは限らない場合には、私人は現実の法秩序の変更を待って、それを争えばよいからである。例えば次のような判例がこのことを典型的に表している。

[3] アン・シジィフュの会判決 (C.E. 10 juill. 1995)<sup>40</sup>

教育大臣が校長に宛てた通達は、政教分離原則についての解釈を示した後に、その解釈に合うように校則を変更することを学校運営審議会に提案することを要求していた。原告はこの通達を争った。判決は、「このような訓令はそれ自体では、越権訴訟で争いうるような、国民に対して直接対抗可能ないかなる規定も含むものではない」ので、請求却下とした。

本件の論告が指摘するように、この事案においては私人に最終的な影響を与えるのは校則の変更という行為であるが、それを行う権限を持つのは学校運営審議会であって、通達の名宛人である校長ではない<sup>41</sup>。本判決はそこに着目して通達の行政立法的性格を否定したと思われ、その理由は、通達が現在の法秩序に何も加えていないからではなく、「通達がそれ自体として、国民に対していかなる直接的な法的効果をもたないという理由」によるものなのである<sup>42</sup>。

そして裁判所が、ある通達が直接的かどうかを判断する場合には、それが通達の名宛人に対して強制的かどうかという点に着目する<sup>43</sup>。すなわち、通達の名宛人である機関が裁量権を持つ場合に、その裁量を失わせるような規定であれば行政立法となる<sup>44</sup>。従って、強制的 (impérative) ではなく参考的 (indicative) でしかない通達は行政立法的通達にはならない<sup>45</sup>。例えば次のような判決がある<sup>46</sup>。

[4] ジェレミ氏判決 (C.E. 21 janv. 1921)<sup>47</sup>

大臣の訓令には、1月半入院した軍隊公務員は休職されるという規定があったが、原告はそれほど入院していないのに休職処分となったので、その休職処分を争った。判決は、「本件訓令の256条が、一時的身体障害を理由とした休職を公務員に勧めるのが望ましい場合を示しているとしても、その規定は内部的な単なる参考 (indication) としての性格しかもたず、それ自体では関係人に対していかなる特別の権利を与えるものではないし、そこに示された場合以外であっても、健康上の理由で一時的に職務から離れるべきであると考えられるような身体的損傷を受けた公務員に対して休職を勧める自由を軍の機関に留保しているのである」として、訓令の援用性を否定した。

そして、このような下位の機関の裁量権を奪うという意味での通達の強制的性格は<sup>48</sup>、主として通達の規定の文言によって判断されていると考えられている<sup>49</sup>。例えば“...doit être refusé”<sup>50</sup>とか“...est suspendue”<sup>51</sup>、“...ne peut...que”<sup>52</sup>といった表現がある場合には、行政立法的性格が認められている。逆に、例えば“il convenait...de...”<sup>53</sup>といった表現は参考的だとされた。また、明文で適用除外 (dérogation) が認められているかどうかも1つの基準になる<sup>54</sup>。

しかしながら前述したように<sup>55</sup>、通達への一般的服従義務及び上位機関の勤務評価権限の存在のために、下位機関が、たとえ裁量権を有する場合であっても、自らのイニシャティブで通達に反する処分をおこなうことはほとんど考えられない<sup>56</sup>。にもかかわらず、「参考的」であるとの理由で強制性を否定する裁判所は、下位機関の自律性を過大評価しているという批判がなされている<sup>57</sup>。

6 ところで、前述したように判例はこの2つの基準を明確な形で区別しているわけではないし、それどころかしばしばそれ以外の基準を持ち出すことがある。その例として第1に挙げられるのは、通達を発した機関の意思である<sup>58</sup>。例えばフレッシュネ氏他判決<sup>59</sup>では訓令策定者の意図が重視されているように思われる。しかし、訓令作成者が行政

立法権をもつことは稀である<sup>60</sup>のだから、訓令が行政立法とされるとほとんど取消されることになる。従って訓令作成者は、当該訓令は行政立法を意図したものではないと主張するはずであり、それをそのまま認めてしまえば、事実上通達が行政立法とされることはなくなってしまう。つまり、何をメルクマールにして行政の意思を判断するのかを明確にしなければ、行政立法的性格の判断基準は骨抜きになってしまうと言える<sup>61</sup>。そしてその場合のメルクマールはやはり客観的に認識できるものであるべきで、結局それは文言によらざるを得ないはずである。第2に、制裁措置 (sanction) 等に言及する判例がある。例えばアリスティード・キレ出版社判決<sup>62</sup>では、制裁措置ないしは申請不受理という要件が独立に示されているように見えるが、これらの要素は通達の強制性を判断する1つの要素にすぎないといえる。

7 第3に、通達が公布されているかどうかに関及して、通達の行政立法的性格を認める判例がある。しかし、アリスティード・キレ出版社判決<sup>63</sup>で問題となった通達は公布されていたにもかかわらず行政立法としては認められていないし、フレッシュネ氏他判決<sup>64</sup>は「問題となっている行為 (訓令) が官報に公布されていたという状況があるとしても」と述べて、公布があるとしても行政立法とならないことを認めている。確かに公布があるという事実は、国民を直接に拘束しようとする策定者の意思を窺うヒントにはなりうるのであるが、それ自体が独立の基準としてはたらいっているわけではない<sup>65</sup>。

ところで、公布がそれ自体としては行政立法的性格の判断基準にはならないとしても、当該規定が援用されるためにはその規定が公表されていることが必要であるとされる。そして判例は、公表されていない規定に関しては、国の側からの援用を認めない<sup>66</sup>ばかりでなく、国民の側からの援用も認めない。例えば、バルタザール嬢判決<sup>67</sup>は、通達の行政立法的規定は処分当時は未公布だったとしてその援用性を否定した。つまり、公布の有無は、通達の行政立法的性格には直接には影響し

ないが、援用されるためには公布かそれに準じる公表<sup>68</sup>が必要である。

8 以上のように、若干のニュアンスはあるものの、コンセイユ・デタが通達の行政立法性格を判断する基準は、内容の要件と直接性ないしは強制性の要件が満たされていることである。しかし、判断基準をこのように明確に2つに分けて考える見解はそれほど多くない<sup>69</sup>、1つの事案で2つの判断基準に言及する判決もほとんど見当たらないのも事実である<sup>70</sup>。そうではあるが、さしあたり通達の行政立法性格についてのこのような理解を前提にして、2章では解釈通達について、また3章では裁量基準とりわけディレクティブについて、それぞれ検討を加えることにする。

## 第2章 解釈基準の展開

### 第1節 解釈基準の意義

1 モックルによれば、「解釈とは、法文の規定のみを基礎的な前提として認めつつ、不明確なその法文を、より明確かつ理解可能にすることを目的とした手法である」とするのが伝統的理解である<sup>71</sup>。本章では、このような機能を果たす解釈基準の判例上の位置付けを見るが、まずはじめに、そもそもどうして「解釈」という行為が必要なのかという点に触れておくべきであろう。

2 行政の任務は上位規範の適用・執行であることは言うまでもないが、そのためにはその規範自体が直ちに適用可能な状態でなければならない。しかし、現実にはそのような状態であるとは限らない。上位規範は必ずしも具体的であるとは限らないからである。そこで上位規範の解釈という行為、すなわち上位規範の規定の注釈が必要になる。すなわちここでは「行政の本質的機能、しかしながら皮相的な誤解を受けている機能、すなわち上位規範の解釈という機能が問題であり」、「法律の適用は、それを課された機関における解釈を常に前提とする」<sup>72</sup>。この意味で、「解釈は法律適用の条件である」<sup>73</sup>。そして、規範を執行する機関自身が上位規範を解釈することもあるが、執行する機関の上位機関（主に大臣）が通達といった形で解

釈を示すこともある。

3 さらに、モックルは1に示した伝統的な「解釈」の理解に加えて、上位規範が広範かつ一般的であるために解決すべき問題に対応できない場合に社会環境の変化に迅速に対応するために「解釈」の意義を拡大し、判例もこれを認めていると指摘する<sup>74</sup>。

### 第2節 解釈基準の法的位置付け

1 では、解釈基準は判例上どのような位置付けを与えられているのであろうか。裁判所が法解釈権をもつ以上、解釈基準を国も国民も援用できないのは言うまでもない<sup>75</sup>が、以下のように判例は、20世紀初めから解釈基準は訴訟の対象にもならないと考えていた。

[5] カルソル氏判決 (C.E. 10 déc. 1909)<sup>76</sup>

A店とB店を経営するカルソル氏は、従来日曜としていた週休を月曜とするために知事から許可を受けた。ただ、カルソル氏は週休を月曜にするのはA店のみで、B店は従来通り日曜を週休とすることにした。これに対して知事は、大臣からの文書に基づいて、2店とも同じ曜日を週休とするように命令を出した。カルソル氏がこの大臣の文書と知事の命令に対して訴訟を起こしたのが本件である。判決は命令を違法として取消したが、大臣の文書については次のように述べた。「1909年3月13日の大臣の文書は、1906年7月13日の法律に与えられるべき解釈についての知事に対する訓令を含む」ものなので、取消訴訟の対象にはならない。

解釈基準が訴訟対象性を否定される理由を判決は述べてはいないが、「解釈」についての伝統的理解に従えば、解釈という行為そのものは上位規範の解釈であるから、いかなる意味でも法秩序に影響を与えるものではない。つまり、行政立法性格を判断する2要件のうちの、主として内容の要件が欠けていることが最大の理由であろう<sup>77</sup>。そして一部の通達が行政立法として訴訟対象性を認められるようになった後も、判例は一貫して解釈通達に関しては法的効果を否定し続けるのであ

り、その態度は今日まで変わるところがない<sup>78</sup>。もっとも、前述したように<sup>79</sup>「解釈」が拡大して理解されるようになると、解釈の名のもとに行政立法がなされる可能性がますます強まる<sup>80</sup>。そのため、解釈基準についてもその訴訟対象性を認めるべきだとする見解もある<sup>81</sup>。

2 ただし、最近のコンセイユ・デタの若干の変化について言及しておく必要がある。従来の判例においては訴訟対象性の判断と解釈内容の正当性すなわち適法性とは別の問題として扱われていた。例えば [5] カルソル氏判決は、解釈基準の訴訟対象性は否定したのであるが、その解釈に基づいて出された命令は違法として取消した。つまり、解釈自体は争えないとしつつも、知事が依拠した解釈を誤りとしたのである<sup>82</sup>。ここでは、訴訟対象性の判断と本案の判断とを別個に考える裁判所の姿勢がうかがえる。そして、このような態度は理論的には正しいものといえる。

しかし、通達の行政立法性格を判断する場合の内容の要件に着目した場合、誤った解釈は法秩序の変更をもたらすと考えることもできよう<sup>83</sup>。従って、解釈基準の訴訟対象性を判断する場合は、必然的にその解釈の適法性すなわち裁判所の法解釈と一致するかどうか問われることになる<sup>84</sup>。そして裁判所は、次第にこのような現実を判決に反映させていくようになる<sup>85</sup>。

例えばパリ控訴院付弁護士会判決<sup>86</sup>は、争われた通達の規定の訴訟対象性を判断するにあたり、まず通達が前提とする法律が制定された際の議会審議を詳細に検討し、そのうえで立法者の意思に沿っているから当該通達は解釈にすぎない、と判示して訴訟対象性を否定した。そしてさらにフランス世論機関判決<sup>87</sup>は、より明確に次のように述べる。「行政機関が、自らが実行する任務を有する上位規範の解釈を、一般的な強制的規定によって与えている場合に、その解釈が直接越権訴訟の対象になるのは、その解釈が明らかにしようとする上位規範の規定の意味及び範囲に反するときか、または法規範のヒエラルキーに固有の要請に反するときのみであり、かつその範囲である」。こ

こでは解釈の適法性が、明示的に訴訟対象性に結び付けられている。

3 以上見たように、コンセイユ・デタは解釈通達の訴訟対象性を認めないが、2に示したような裁判所の姿勢は、訴訟要件の判断をしつつ、実際には解釈自体の適法性を審査することを可能にする<sup>88</sup>。

### 第3章 ディレクティブの展開

第2章の解釈基準に対して、第3章では裁量基準を扱う。フランスの裁量基準は、必ずしもそれに限定されるわけではないが、典型的にはディレクティブと呼ばれる形式として現れる。以下ではまず裁量基準が必要とされた背景とその意義を示し(第1節)、その後で裁量基準とりわけディレクティブの歴史的展開を検討する(第2節・第3節)。

#### 第1節 裁量基準の背景と意義

1 フランスにおいてそもそも裁量基準が必要とされる第1の理由は、法律の執行を委ねられた各大臣が、憲法上は少なくとも明示的には行政立法権を有していない点にある<sup>89</sup>。そのため、行政が国民に対して処分をする場合にその根拠として採用可能な基準を定めることができないのである。そこで大臣は、法律に明示されている要件のほかには他の要件が必要だと考える場合、あるいは法律に必要な要件が明示されていない場合または抽象的にしか示されていない場合には、裁量基準によってそれを示す必要に迫られる。

このような欠落を補うために、判例は一方で部局運営のための行政立法権を認め<sup>90</sup>、他方で黙示の授権に基づく行政立法権<sup>91</sup>を認めるようになる。しかし、部局運営のための行政立法権はあくまで行政内部においてのみ有効に行使できるにすぎない<sup>92</sup>。また、黙示の授権による行政立法権も、それが認められるのは処分前手続の領域においてか<sup>93</sup>、あるいは個別処分に付随する措置をとる権限を認める場合のように限定的な事例に限られ<sup>94</sup>、著名なブラバン酒造会社判決<sup>95</sup>は、処分の実体基

準を定める行政立法権を黙示的に授権することを拒否した。ここから分かるように、各大臣の行政立法権を認めるには憲法上の壁があるといえる。

2 他方、そのような憲法上の限界に加えて、裁量基準についてはもう1つ別の限界があったことに留意すべきであろう。これが個別事情審査義務である。個別事情審査義務とは、行政が裁量権を有する場合においては、一般的規範を定めてそれに従って画一的な処理をおこなうことは許されず、個々の事案の個別事情を審査しなくてはならない、というものである<sup>96</sup>。これは判例によって形成されてきた法理である<sup>97</sup>が、それに従えば、行政が裁量を有する場合には、例えば行政立法によって画一的処理をおこなえばそれは違法となるのである。このような個別事情審査義務は、国民が申請をなした場合にその申請の検討を保障するという意味をもつ一方、他方では、行政が自らの考慮要素を裁判所に示すことで、裁判所による処分理由の統制が可能になると指摘されていた<sup>98</sup>。このような個別事情審査義務があるために、裁量を有する場合の行政立法権は認められなかったのである。

ただし、個別事情審査義務とは、単に個別の事案を審査すればよいというものではない。単一の理由にのっとして処分をしたために個別事情審査義務違反があったと論じる判決の事案<sup>99</sup>を見ると、当該処分が依拠する理由そのものが上位規範の主旨に沿わないかまたはそれだけでは法律の主旨を実現するには不十分であるような事案ばかりである<sup>100</sup>。つまり判決の言う「個別事情審査義務」の判断においては、個別審査という手続をふんだかどうかではなく、むしろ上位規範の趣旨を実現するに足るような基準に基づいているかどうかの問題になっているのである<sup>101</sup>。従って、裁判所の言う「個別審査」とは、「事案の詳細な検討ではなく、行政が自らの処分の根拠とする授権行為が定める基準の真正な (conforme) 適用を意味する」<sup>102</sup>。以上のように考えれば、当該基準だけで上位規範の目的を達成できないような画一的基準である場合にのみ、個別審査が要求されるということにな

る。逆に言えば、上位規範の趣旨をそれだけで実現できるような基準であれば、個別審査義務は解除されると考えられる。

3 以上のように、行政立法権に関する憲法上の限界と、その拘束力は弱いながらも個別審査義務という2つの観点から大臣の行政立法権は制限されていたのであるが<sup>103</sup>、20世紀半ば頃から、とりわけ経済行政の比重が強まるにつれて、次のような理由により、事案を処理するための一般的基準が要求されるようになる。第2次世界対戦以降、国家の経済への介入が必要になり、経済行政の重要性が拡大していく。しかし、経済行政は以下の点で伝統的な規制行政とは異なる。すなわち経済行政においては、経済情勢に対応した柔軟かつ迅速な介入が要求されるために、立法者は行政の裁量に多くを委ねる。従って、法律の文言も例えば目的だけを示すなど概括的なものとなり、ひいては裁判所によるコントロールも最低限のものにとどまる<sup>104</sup>。このような状況では、裁量権行使の際に行政がよるべき基準を定めることは行政自身にとっても、国民にとっても、裁判所にとってもメリットがある。

まず行政にとっては、基準を定め、それに従って事案を処理することで手続の迅速化がはかれることになる<sup>105</sup>。他方、国民にとっても裁量基準があることは有益である。あらかじめ基準があれば、国民の側としては処分要件を知ること、不意打ち的な処分を避けることができる<sup>106</sup>だけでなく、行政基準は平等原則を保障するからである。そもそも平等原則とは、「公役務との関係で等しい地位にある者はすべて同じ規律を受ける」というものである<sup>107</sup>。ただしこの原則には2つの留保が存在する。第1に、そもそも等しい地位にない者、特殊な状況にある者に対してであれば、同一の規範を適用する必要はない<sup>108</sup>。第2に、平等原則を覆すほどの一般の利益がある場合には、平等原則は適用除外となる<sup>109</sup>。そして経済行政においては、行政の裁量が大きだけでなく、政府の政策により適合した者に援助、例えば課税免除や補助金を与えるという形式のせいで、なお一層平等原則



が問題になりやすい<sup>110</sup>。ここで具体的な基準が示されていれば、私人は他の私人との関係で自分が平等に扱われているかどうかを容易に知ることができる。さらに裁判所からすれば、立法者によって広い裁量が行政に与えられている場合には、最低限のコントロールしかなしえないのであるが、裁量基準がある場合には、行政がその基準を遵守したかどうかを審理することで、それだけ実効的なコントロールを及ぼすことが可能になる<sup>111</sup>。

4 以上のような現実の状況と裁量基準の有用性から大臣の行政立法権の承認が要求されたのであるが、憲法上の限界からコンセイユ・デタがそれを拒否したことは既に述べた<sup>112</sup>。それだけではなく、行政立法権を与えることでこういった問題が解決されるわけではないという点にも注意が必要である。すなわち一方で、行政立法は硬直的であるため、状況に即応した柔軟な対応が困難であるとされる<sup>113</sup>。他方、モックルは、行政立法権があったとしても、行政は、通達等を使うことで問題が行政内部の問題であるかのような外観を与え、国民との関係を隠蔽する傾向があると指摘する<sup>114</sup>。従って、単に行政立法権を認めるという見解とは異なった見解も現れる。デルマス・マルサレは「指針権限 (pouvoir d'orientation)」という名の権限を提案する。それは「許可の付与が原則として従う最低限の条件を設定する権限で、ただし、適切適当な一般の利益のために、大臣が例外的に適用除外しうる」というものである<sup>115</sup>。そしてこれがまさに裁量基準につながる見解であると言えよう。次節では20世紀前半に見られる裁量基準を検討する。

## 第2節 裁量基準の原型

1 20世紀初めに裁量基準に着目し、それをディレクティブ<sup>116</sup>と呼んだのはオーリュウである。それは次の判決の評釈で示された。

[7] フランス銀行職員組合判決 (C.E. 17 juill. 1925)<sup>117</sup>

フランス銀行総裁はフランス銀行職員組合幹部に対して、組合に加盟している者は管理職には任

命しないという内容の書簡を送付した。これに対して組合は、銀行の身分規則に示されていない要件を課するのは違法だとしてこの書簡の取消しを求めた。判決は以下のように述べてこの請求を却下した。「(本件書簡は) 総裁が、管理職への昇進任命をなす場合に、法律及びフランス銀行の規則に合致した形で、いかなる考えのもとに自らの評価権限を行使するのかということを示したにすぎない」のであるから訴訟の対象にならない。

前述したように<sup>118</sup>、上位規範(本件であれば銀行の規則)の示す要件に新たな要件を付加するような文書であれば訴訟の対象になるはずであり、原告はこの点を攻撃したのであるが、判決はこれを認めなかった。その理由は判決からは必ずしもはっきりしないが、論告を見ると、総裁が昇進の任命について選択の自由を有していることが強調されている。そこから考えると、この判決は、裁量権をもっている主体が、自らの処分についての意思表示をしたとしても、その意思表示に拘束されるわけではない<sup>119</sup>、すなわち強制性の要件<sup>120</sup>が欠けるということがその根拠であろう。

ところで、オーリュウはこの評釈の中で、ディレクティブという語を使い、それを裁量権と結び付けた。すなわちオーリュウによれば、「裁量権によって認められる、ある一定の考えのもとに行動するという意思が、ディレクティブと呼ばれるものであり、それはすなわち権限者が自らに課す規律である」。そして「そのディレクティブが、一端外部に対して宣言されるかあるいは承認された場合には、権限者はそれを変更するまではディレクティブに従い、それを尊重しなくてはならない」として、その拘束力を承認するのであるが、それは訴訟によって担保されるものではないとする<sup>121</sup>。またオーリュウは、ディレクティブの概念について、別の論文においてさらに敷衍してその意義を示す。すなわち、法の領域では、安定性の要請があり、そのため権限者は自らの外部に存在する規範(法規範)によって拘束されなくてはならない場合がある一方で、可動性や柔軟性が要求される場合もある。後者の場合には、安定性を犠

性にしても権限者自身が規範を定めることを認めなくてはならない<sup>122</sup>。この規範がディレクティブである。そしてここでもオーリュウは、ディレクティブが裁量を前提にしていることを強調し<sup>123</sup>、ディレクティブとは裁量権をコントロールし、制限するものであると述べるのである<sup>124</sup>。

2 さて、以上のように、ディレクティブを位置付けることができるとしても、20世紀前半においては、訴訟上も行政実務上もディレクティブという概念は存在していなかったようである<sup>125</sup>。とはいえ、裁量基準というものが存在していなかったわけではない。当時、[7] フランス銀行職員組合判決のように権限者自身が裁量基準を発するという事案は判例には見られないが、権限者の上位機関が、例えば通達によって裁量権限行使のあり方に条件を与える事例が判例に現れている。ここでは、上位規範に基づいて処分をする際の条件(condition)を示した通達が訴訟の対象とならないとした判決が見られるし<sup>126</sup>、前述したような参考(indication)としての通達<sup>127</sup>も裁量基準として位置付けることができる。さらに判例上一般的に使われるのは、勸奨(recommandation)という表現である。1920年代に登場したこの概念は<sup>128</sup>、「勸奨」の語義の通り強制性を欠くものであって、裁量基準の呼称として判例に定着していき<sup>129</sup>、さらにはディレクティブという表現<sup>130</sup>が判例上使われるようになった後にも、なお使われ続けるのである<sup>131</sup>。

3 以上のように、20世紀前半においては、後に議論が蓄積されることになるディレクティブという形式こそなかったものの、裁量基準と呼ぶべきものは既に存在していた。もっとも、2に掲げた条件・参考・勸奨といった形式相互の関係は必ずしもはっきりしなのであるが、それはひとまず措き<sup>132</sup>、次節ではディレクティブの展開を見ることにする。

### 第3節 ディレクティブの展開

1 さて、オーリュウが初めて使用したディレクティブという概念が、判例上初めて登場するの

は1940年代であるが<sup>133</sup>、それが確固たるカテゴリーとして認知されるのは1960年代に入ってからである。

[8] アルノー氏他判決 (C.E. 13 juill. 1962)<sup>134</sup>

法律によれば、軍における昇進の条件として身分規程に示される勤続年数が挙げられていた。しかし、1955年の昇進に関しては、その勤続年数条件を満たした者が多すぎたため全員を昇進させることはままならなかった。そこで、昇進名簿を作成する国防大臣は、その前提となる参考名簿を作成する各管区司令官に通達を發し、身分規程以上の勤続年数を示して、それを満たす者だけを参考名簿に登載することを要求した。国防大臣はこれに基づく参考名簿に従って昇進名簿を作成したが、原告は、身分規程に示された勤続年数条件を満たしているにもかかわらず昇進できなかったとして、この通達及び昇進名簿の取消を求めた。判決は、①通達については、「通達は、管区司令官に対して、昇進業務の実行のための一般的なディレクティブを示すこと以外の目的をもつものではなく、大臣は陸軍士官の適性を評価する権限を留保しているのである」。従って「通達は、士官の昇進について新たな条件を發しようとするものではない」から、訴訟は認められない。②昇進名簿については、「大臣が、軍隊行政のよき運営のために、昇進名簿の作成を目的とした、個々の士官の個別的状況の審査において、自らが依拠しようとする原則を設定するような一般性をもつ基準を策定する」ことは妨げられない。そして、「大臣は常に、その原則によって羈束されているとは考えておらず、さらにいくつかの場合においては、士官の個別的状況を考慮してその原則から逸脱したこともあった」。③さらに、法律の規定はそのような一般的基準を作ることを妨げるものではない。よって本件処分は適法である。

本件で注目すべきなのは②の部分であり、ここで裁判所は、個別審査を留保した上で、処分者が依拠する一般的基準を処分者自身が策定することを認めたのである。そして、ここでの基準が①で言うディレクティブであることは明らかであり、

個別審査を行ったうえで一般的基準に依拠することを承認したといえる<sup>135</sup>。そして③においては、一般的基準が上位規範に反してはならないことを述べる<sup>136</sup>。

2 このように、1950年代以降、ディレクティブという表現を使う判決が見られるようになる<sup>137</sup>。しかしここで注意すべきは、ディレクティブという語に特別な効果が付与されているわけではないということである。ディレクティブに分類されることは、訴訟対象性及び援用性を否定されるという結論を導くに過ぎず、そのような効果は解釈通達について見られる効果と変わらない。もっとも[8]アルノー氏他判決は、個別審査をした上でならば、国の側がディレクティブを援用することを認めているかのようである。しかしながら「ディレクティブを援用する」とは、一般的基準を援用しているように見えるが、実際にはディレクティブに含まれている基準を処分の理由として個別に主張しているに過ぎない<sup>138</sup>。つまり、例えば「Aであれば申請を認めない」というディレクティブに依拠したのだという主張と、ディレクティブは存在しないが「Aであるから申請を認めなかった」という主張とは変わらないのである。また、裁判所にとっても、ディレクティブの内容を審査することと個別の理由を審査することとの間に違いはない。従って、一見ディレクティブの援用を認めているようであっても、それは実際にはディレクティブがなくても認められる理由付けにすぎない。以上のように、判例が使うディレクティブは、その効果の点において、解釈通達とほとんど異ならない<sup>139</sup>。

3 他方、何がディレクティブなのかという基準はさらに不明確である。[8]アルノー氏他判決等を見れば、それが処分の際の実体基準であることは分かるのであるが、しかしながらそれだけでは、同時代に使われる「条件」「勸奨」「参考」といった概念<sup>140</sup>との違いが不明確である。裁判所は、条件と勸奨を同時に使うこともあるし<sup>141</sup>、勸奨とディレクティブとを同時に使うこともある<sup>142</sup>。そして他方で学説もこれらのカテゴリー間に違い

を見いださないのである<sup>143</sup>。もっとも、このようなディレクティブとそれに類似するいくつかのカテゴリーとの混同は、その効果の点において違いはないため、さほど問題視すべきものではない。そもそも、条件、参考、勸奨そしてディレクティブといった非行政立法的通達のカテゴリーが形成された背景には、前述したように大臣が行政立法権をもたないという法状況がある<sup>144</sup>。この状況を少しでも改善するための方策がこのようなカテゴリーの承認につながったのである。すなわち、ある通達を行政立法的通達だとすることは、大臣が行政立法権を持たないがゆえに、ほとんど常にその通達の取消しを帰結する。しかし他方で通達の示す基準を利用することは、多くの場合行政自身にとっては極めて有用である。そして、その基準が合理的なものであれば、通達を取消すことは行政の活動を麻痺させることになる。それゆえ、上位規範の趣旨目的に反するようなものではない場合には、裁判所は、通達を非行政立法的通達とみなすことで通達の取消しを防ぎ、その有用性を優先させることができる<sup>145</sup>。すなわち、通達の強制力は、その性格が行政立法であるかどうかという点よりもむしろ、上位機関の有する指揮監督権と下位機関の関係に基づくのであるから<sup>146</sup>、非行政立法的通達としてそれが取消されなければ、ほぼ確実に通達に基づいて処分がなされるのであり、行政立法ではなくとも事実上の援用性をもつことで行政立法と同様の機能を果たしうるのである<sup>147</sup>。

4 20世紀後半は、裁量基準の中でもとりわけディレクティブについての議論が盛んになる。その先駆となったのが次の判決である。

[9] フランス不動産銀行判決 (C.E. 11 déc. 1970)<sup>148</sup>

都市計画法典291条以下は、居住用住居の修繕等の援助を目的とした基金と、それを管理するフランス不動産銀行を設立した。それを受けて1946年アレテは、居住用住居を改築する場合には補助金の付与や改築費用の借入金の利子免除が受けられることを規定した。その上で全国住居改善委員会と県住居改善委員会を設立し、後者が申請を受

付け、棄却する権限を持つ。棄却しない場合には、全国委員会に申請を送付し、承認権限をもつのは全国委員会のみであるとされた。そして1946年アレテ5条によれば、県住居改善委員会は全国住居改善委員会のディレクティブとコントロールのもとに職務をおこなうことになっていた。さて、全国委員会は1959年の訓令（アレテ5条にいうディレクティブ）により、居住と営業の両者を目的とする住居については、営業用の家賃収入が居住用の家賃収入の2倍を超える場合には、補助金を認めず、借入金の利子免除のみを認める、と定めた。原告は補助金の申請をしたが、全国委員会はこの自らの訓令に基づいて申請を棄却した。原告が、このディレクティブに依拠したことを理由に、棄却処分の取消を求めたのが本件である。判決は次のように述べて原告の請求を退けた。全国住居改善委員会は申請を棄却するに際して「自らのディレクティブに含まれている規範に言及したが、委員会はそのディレクティブによって、自らの評価権を放棄したのでもないし、県住居改善委員会の評価権を制限したのでもないし、また、問題となる補助金の支給にいかなる新たな条件を付したわけでもないのであって、基金の介入を導く一般的指針（orientations générales）を定めることを意図したのである」。そして、原告は「その規範に関していかなる自らの特殊な状況も主張していないし、また、その規範の適用除外を正当化する、全国委員会が審査を怠った一般の利益についての理由も主張していない。またさらに原告は、問題のディレクティブが、住居改善全国基金が設立された際に想定されていた目的に反するというのも主張していない」。以上のような状況では、ディレクティブに依拠することが処分を違法とするものではない。

この判決の検討の前にベルトランの論告を見ておこう。ベルトランは、前述したようないくつかの理由<sup>149</sup>を示して裁量基準の必要性を説いた後で、それを拘束力をもつ行政立法として認めることは憲法上困難であることを認める<sup>150</sup>。そしてその代わりに、拘束力をもたない一般的基準の策定を認

め、そのような一般的基準に違反した処分は平等原則違反として違法になると述べる。ただし、このような一般的基準は、裁量権を失わせて適用除外の余地を完全に奪うものであってはならないし、上位規範の趣旨目的に反してもならない。そして国民が、この一般的基準を適用せずに自分だけ別の処分をしてもらうべきだ、と考える場合には、自らの特殊な状況かまたは一般の利益に基づく主張をしなくてはならない<sup>151</sup>。以上がベルトランの論告である。

見て分かるように、判決はベルトランの論告に従ったものである。この判決を簡略にまとめるのであれば、上位規範に違反せずかつ適用除外の余地を認めたディレクティブであれば国がそれを採用できるということを認め、国民の側がその適用除外を求める場合には、特殊的状況か一般の利益を主張しなくてはならない<sup>152</sup>、ということになる。これがこの判決の射程である。以下ではこの判決に焦点を当てつつ、[8] アルノー氏他判決及びその後の判例も含めて、ディレクティブの法的位置付けを探る。

5 まず、[9] フランス不動産銀行判決で言う「ディレクティブ」とは何かという問題がある。すなわち、フランス不動産銀行判決においては、アレテにおいて「ディレクティブ」という単語が明記されていた。従って、フランス不動産銀行判決が、それ以前の、例えば[8] アルノー氏他判決で使われていた「ディレクティブ」とは異なった概念としてこの単語を使ったのではないか、という解釈も可能である。しかし第1に、後述する多くの判決が、実定法上「ディレクティブ」という語が明記されていなくとも<sup>153</sup>この単語を使っていること、第2に、フランス不動産銀行判決において問題となったディレクティブの性質、すなわち裁量権を奪わず、個別審査と適用除外の余地を残す実体基準といった性質は、例えばアルノー氏他判決に見られるディレクティブの概念と変わるところはない。従って、フランス不動産銀行判決は従来のディレクティブ概念を変更したものではないと言える。

6 では、その効果の点ではどうだろうか。

[9] フランス不動産銀行判決判決が述べるのは、国がそれを援用できる可能性についてであるが、前述したようにこのような援用性は、[8] アルノー氏他判決ですでに承認されており、しかもその援用性に特別の意義がないこともすでに述べた<sup>154</sup>。

他方、私人からの援用性については、[9] フランス不動産銀行判決のベルトラン論告は、行政がディレクティブに違反した場合にはその違法性を国民が平等原則に基づいて主張できる、と述べていたが、具体的事案の解決とは関係ないため判決はその点には言及しなかった。しかし、その後コンセイユ・デタは例えば次のように述べる。

[10] ジョルジュ・ドブルシュッケ社判決 (C.E. 15 mars 1974)<sup>155</sup>

鉄道料金の認可権限をもつ運輸大臣は、フランス国有鉄道会社に対して「料金の値上げが適切 (modéré) である限りはその値上げに反対しない」という内容の書簡を送った。その後大臣はフランス国有鉄道会社の料金値上げの申請を認可した。鉄道利用者である (と思われる) 原告は、申請された値上げが適切なものとは言えない、と主張してこの認可の取消を求めた。判決は、本件のような書簡をフランス国有鉄道会社に対して送ることによって、「大臣は自らの後見権限の行使に対して与える一般的指針 (orientations généraux) を定めたにすぎず、それによって、個々の場合においてフランス国有鉄道会社からの料金改正の申請を自由に評価することを放棄したわけではない。大臣が本件料金を認可することで、原告によれば適切ではない料金を承認し、この書簡によって自ら定めた条件に違反したという事情は、本件処分に対して有効に主張しうるものではない」として請求を棄却した。

本判決は、ディレクティブという単語は使っていないが、「一般的指針」という単語は [9] フランス不動産銀行判決でも使われていたものであり、本件における大臣の書簡はやはりディレクティブとみなすことができる。そして判決はその

援用性を認めないように読める。しかし本判決においては、原告は処分の名宛人ではないのであるから、[9] フランス不動産銀行判決のベルトラン論告を前提にしてもそもそも平等原則は問題にならないのであり、この判決からコンセイユ・デタの態度を判断することはできない。そして今日に至るまで、実体基準を示したディレクティブを国民が援用したという事例は見当らず<sup>156</sup>、それゆえにコンセイユ・デタの態度は不明なままである<sup>157</sup>。にもかかわらず、ほとんどすべての論者は私人からのディレクティブの援用性を認めており、しかもそれが判例によって承認されていると理解しているようである<sup>158</sup>。確かに下級審においては私人からの援用性を認めたものもあるが<sup>159</sup>、上述したようにコンセイユ・デタがそれを認めているとは言えないと理解すべきである。

7 国からのディレクティブの援用が認められたとしても、ディレクティブの訴訟対象性は認められない。[9] フランス不動産銀行判決と同様のディレクティブそのものの取消が請求された事案で、不動産所有者全国連合判決<sup>160</sup>はその訴訟対象性を否定した。そこでは理由は示されていないが、ディレクティブの要件として個別審査の余地が必要とされていることを考えると、判決は、以前と同じように、強制性の要件が欠けていることをその理由としていると考えられる<sup>161</sup>。

もっとも、多くの論者はこの点を批判する<sup>162</sup>。例えばモックルは、ディレクティブが平等に適用されることで国民の平等が確保されるとしても、そもそもそのディレクティブ自体の内容が不平等であれば結果的には不平等になる、と述べる<sup>163</sup>。しかしながら、[9] フランス不動産銀行判決が指摘するように、行政が援用しうるディレクティブは法の趣旨に反してはならない。そして、平等原則は法の一般原理としての地位を与えられている以上、それに反するディレクティブを国が援用することはできないはずである。フランス不動産銀行判決によれば、国民は個別処分を争うときにディレクティブの違法性を抗弁として主張できるし、また、抗弁として主張する場合と直接違法性

を争う場合とで裁判所の審査が異なるとは思われないから、ディレクティブの訴訟対象性を認める意義はそれほど大きくない。仮にその意義があるとすれば、それは後続する多くの違法な処分を予め断つことができるという現実的政策的理由<sup>164</sup>に求めるしかないであろう。

8 [9] フランス不動産銀行判決は、国民がディレクティブに反した処分を望む場合には「自らの特殊な状況」か「一般の利益」を主張しなくてはならないと判示した。以下ではこの2つについて検討する。

まず「一般の利益」についてであるが、これは前述したように平等原則の発展に伴って登場してきた概念である<sup>165</sup>。一般の利益によって平等原則が覆されることはすでに認められており、フランス不動産銀行判決はこれを確認したにすぎない。もっとも、国民が「一般の利益」を理由に特別扱いを求めて、これを裁判所が認めた判決はない。逆に国が「一般の利益」を根拠に特定の者を特別扱いし、判決がこれを認めた例はいくつかある<sup>166</sup>。しかし「一般の利益」の内容は明確ではないのであり、国がこれに依拠することを容易に認めると平等原則が侵害されるおそれがある、と指摘される<sup>167</sup>。

他方、「特殊状況」に基づいた適用除外はより多くの問題を含む。前述したように、ディレクティブが行政立法とされないのは、適用除外の可能性があるからである。そして「特殊状況」を理由とする適用除外は、他の者との立場の違いを理由とする点で、「等しい者を等しく扱う」という平等原則に抵触するものではない。ただし、「特殊状況」を判断するには画一的な基準に従うのではなく、個別審査を行うことが前提となる。しかし、裁判所はこの個別審査を行わなくてよいかのような判示をする。

[11] ジュラ県県共済組合連合判決 (C.E. 20 janv. 1971)<sup>168</sup>

原告は、社会保障金庫との間で、診療所の診療報酬の減額率を30%から20%に下げる契約を結び、大臣間料金委員会の承認を申請したが拒否された

ので、その処分を争った。ところで、料金委員会の承認は裁量的であったが、それについては労働大臣の通達<sup>169</sup>があり、そこでは、減額率は30%が原則であるが「もちろん、地方の事情、例えば患者があまり来ないものの、そこで診療所が住民に現実の治療を施しているというような居住地域における診療所の立地状況、に応じて、30%という最大減額率が、施設の財政的均衡に反するような場合には、その原則の適用除外も可能である」と明示されていた。そして原告は、30%の減額率のせいで自らの診療所が赤字である、と主張して通達の原則の適用除外を求めたのであるが、料金委員会は承認を拒否したのである。これに対して判決は、原告は自らの診療所に対して「30%の減額率を適用することが営業損失の原因になっていたと主張するが、委員会が前述した通達に含まれるディレクティブによっては示されていない事態であるようなその赤字を考慮しなくても適法である」として請求を棄却した。

つまり本判決は、考慮すべきはディレクティブに示された基準のみであり、それ以外の事項は考慮しなくてよいと述べたのである。評釈によれば、この判決によってディレクティブには行政立法に近い性質が与えられたとされている<sup>170</sup>。しかしこのような判示は、明らかに個別審査義務に反する<sup>171</sup>。確かに、適用除外の可能性はあるのだから従来の判例と矛盾するわけではない。しかし、ディレクティブに示された基準のみが適用除外の基準となるのであれば、それは個別審査とは言えず、行政立法と異なるところはない<sup>172</sup>。本判決はそのような意味では批判されるべきものである<sup>173</sup>。そして実際にその後の判決は、このジュラ県県共済組合連合判決を踏襲せず、ディレクティブに示されていない要件についての個別審査を再び要求するようになっている<sup>174</sup>。

ところで、特殊状況の主張がない場合にも個別審査をしなくてはならないのでろうか。例えば、[8] アルノー氏他判決等からすると、常に個別審査が要求されているようである<sup>175</sup>。他方で[9] フランス不動産銀行判決は、特殊事情の主張責任

が国民にあり、それがなければ個別審査をしなくてよいとしているように読める<sup>176</sup>。ところが、その後の判決は再び行政には常に個別審査をしたことの証明を求めているように見える<sup>177</sup>。このように判例は必ずしも明確ではないのであるが、上位規範の趣旨の実現のために個別審査義務があるのだとすれば<sup>178</sup>、この点は結局裁判所の判断によると思われる。すなわち、当該ディレクティブによって上位規範の趣旨が実現できると思われる場合には個別審査は不要であり、国民の側からの特殊状況の主張があった場合にのみ個別審査をおこなえばよい。逆に、当該ディレクティブだけでは不十分だと考える場合には、当然に個別審査義務が課せられることになる、と考えるのが適切ではないか。

9 このようなディレクティブの策定は行政にとっては義務ではない。カミデスュ氏判決<sup>179</sup>は、裁量的な年金受給権の付与の拒否処分が争われた事案であるが、原告が処分のための基準が策定されていないことを違法事由として主張したのに対し、裁判所は「上位規範にそのような義務を課す規定がない以上、……裁量権をもつ財政大臣は……自らが依拠しようとする基準を示すことを義務づけられない」と述べた。このような裁判所の考え方は、ディレクティブの意義を重視する立場からは批判されるのであるが<sup>180</sup>、この立場は今日まで変わっていないと思われる<sup>181</sup>。

10 最後にディレクティブの公表について述べる。以前に、基準の周知が不要だとされた判決は存在したが<sup>182</sup>、その一般的な公表について判示したのが次の判決である。

[12] ジェア社判決 (C.E. 29 juin 1973)<sup>183</sup>

本件は石油関連商品の輸入許可の拒否が争われた事案である。問題となった輸入許可は、1962年のコンセイユ・ダタ公土木部（政府の諮問機関）の覚書に従ってなれさせていた。そこには、例えば技術に関する知識や財政的基盤といった条件が示されていたのであるが、この覚書は公表されていなかった。原告はこの点が違法であるとして許可の拒否処分の取消を求めた。裁判所は、覚書に含

まれる「このディレクティブは、いかなる行政立法的性質をもつものではなく、それ自体として (par elles-mêmes) 利害関係者の法的地位を変更するものではないから、公表の対象とならなくてよい」と述べた。

さて、このような公表を不要とする裁判所の立場には2つの観点から批判がありえよう。その1つは理論的見地からのものである。すなわち、前述したように、援用性が認められるためには当該文書が公表されていることが必要であった。そしてディレクティブには国の側からの援用が認められているのであり、そうであれば公表されていないディレクティブに援用性を認めるのはおかしい、という考え方である<sup>184</sup>。これは確かにその通りであるが、しかし前述したように<sup>185</sup>、国はディレクティブであるがゆえに援用できるのではなく、その基準が裁量の範囲内であるから援用できるのであり<sup>186</sup>、事前にディレクティブをつくっていなくとも、事後に同様の基準を処分の根拠として主張することはやはり可能なのである。以上のように考えれば、ワリーヌの言うように「それでもやはり (tout de même) ディレクティブは法的地位を変更する」<sup>187</sup>のだとしても、直接的な法的地位の変更が個別の処分によっておこなわれる以上<sup>188</sup>、理論的には基準の公表は義務づけられないというべきであろう。

しかし、理論的な立場からはそれが要請されないとしても、実際的な立場からはそうではない。まず、公表義務がなければ、行政は処分をした後で、それがディレクティブと一致する場合にのみディレクティブを援用し、そうでない場合にはディレクティブには言及しないという可能性がある<sup>189</sup>。また、事後的にディレクティブを作って、遡及的に援用する危険性も指摘されている<sup>190</sup>。さらに他方で、ディレクティブの適用除外を要求するために自らの特殊状況を主張しようとしても、ディレクティブを知らなければそれは困難であろう<sup>191</sup>。確かにこのことは、前述したようなディレクティブの援用性の性格を考えれば、理論的には問題のあることではない。事前にディレクティブ

がない場合には、処分理由そのものを事後に争うことになる以上同じ問題が生じるからである。しかしながら、ディレクティブそのものが直接に争えないのは、まさに適用除外の可能性があることに由来することを考えれば、特殊状況の主張を事実上封じるこのような判例の立場は問題がある。確かにコンセイユ・デタは、行政基準の形式的な拘束力を抑えつつ自らの判例形成、とりわけ個別事情審査義務の形成によって私人の権利保護を図ってきたのであり、そのような視点からするとこの判決が公表を義務付けなかったのは、行政基準の効果の拡大を避けるためであったのかもしれない<sup>192</sup>。しかし個別事情審査義務を生かすために公表義務を課さなかったことが、以上の理由から結局は個別事情審査義務の意義を弱めることになったと言える<sup>193</sup>。

ところで、フランスにおいては1978年にいわゆる情報公開法が制定された<sup>194</sup>。ここには次のような条文がある。「第9条：以下のものは定期的に公表される。1：ディレクティブ、訓令、通達、大臣の覚書・回答といったもののうち、実定法の解釈または行政手続に関する規定を含むもの」。そしてこの適用条件を定めるデクレ<sup>195</sup>によれば、国のこれらの文書の公表は、国の公報 (Bulletin Officiel) への掲載によっておこなうこととされた。

この情報公開法の規定によって、[12] ジェア社判決は覆され、ディレクティブも公表の対象となるという考え方もある<sup>196</sup>。しかしながら、規定を見れば分かるように、公表の対象となるのは「実定法の解釈または行政手続に関する規定を含む」ディレクティブのみである<sup>197</sup>。そして[9] フランス不動産銀行判決に代表されるように、判例は、ディレクティブという語を裁量行使の際の実体基準を示すものとして使っており、手続的規定に関してはディレクティブという語を使わない<sup>198</sup>、またディレクティブは第2章で述べたような解釈基準とも区別されている。従って、ジェア社判決等で判決が言う「ディレクティブ」は情報公開法9条の適用対象にはならないと考えるのが

妥当であろう<sup>199</sup>。

11 以上本節で見てきたように、ディレクティブという概念についての議論は蓄積されているものの、判例の立場は一貫している。すなわちディレクティブは、適用除外が認められる点で行政立法とは一線を画するが、適用除外が要求されない場合には、国はディレクティブを援用できる。しかし、その援用性はディレクティブに固有のものではなく、処分理由としてそれ自体が独立に援用できることに由来する。このように考えればこの概念は、前に述べた参考や勧奨といった概念と異なるものではない。そしてそれらの概念は20世紀の前半からすでに存在したのであり、おそらくその実体はそのときから変わっていないといえよう。その意味でベルトランが言うように、ディレクティブとは行政立法とは別の特別のカテゴリーを作り出すものではなく<sup>200</sup>、処分理由 (motif) を示すにすぎないのである<sup>201</sup>。そして、結局は非行政立法にすぎないゆえに、策定義務・公表義務も否定されることになる。

## 第4章 1983年デクレ以降

第4章では、行政基準に援用性を与えたと言われるデクレ (第1節) とその後の判例の展開 (第2節) を見ることにする。

### 第1節 1983年デクレ

1 本章で扱う1983年デクレは、「行政と公衆の関係改善に関するデクレ」<sup>202</sup>という名称であり、検討の対象となる条文はその第1条であるが、それは第1編「法の下での平等の原則の要請を満たすための規定」に含まれている。その条文は、「第1条：全ての利害関係人は、1978年7月17日の法律第9条<sup>203</sup>に示された条件のもとで公表された訓令、ディレクティブ及び通達を、それが法律及び行政立法に反しない場合には、行政に対して援用できる」というものである。本節では、本デクレが制定された当時の、この条文に対する評価を検討する。

2 まず第1に本条の対象であるが、本デクレ



1条の対象に行政立法的通達が含まれないことについては争いがない<sup>204</sup>。従って、考察の対象となるのは、非行政立法的通達ということになる。ただしオービーは「純粹に内部的な活動に関わる」文書にまで援用性を認めることに対しては警戒的である<sup>205</sup>。また、例えば本デクレを適用するための租税局の通達も「部局内に宛てられたディレクティブは、それが行政と納税者の関係を規律するものではないかぎり、この新条文の適用範囲内には含まれない」としている<sup>206</sup>。しかしながらメスルらは、このデクレは「行政内部」といった考え方に基づいて文書を把握する状況を断ち切るものであるはずである、と批判する<sup>207</sup>。

3 次に効果についてであるが、これは一定の要件を満たした訓令、ディレクティブ及び通達の援用性を認めるというものである<sup>208</sup>。すなわち、行政基準に反する個別処分を争う場合に、行政基準に反したことそのものが違法の理由になる。デクレの第1編が「法のもとの平等」に言及していることからすれば、この援用性は平等原則によって基礎付けられているといえよう。ただし、援用の相手が限定されており、行政に対してしか援用できない。従って、第3者たる私人に対してこれらの行政基準を援用することはできないし、また、行政の側が処分の相手方たる私人に対して行政基準を援用することも同様に認められない。しかし、後者の点については次のようなことが指摘できよう。第1に解釈的通達については、上位規範の最終的解釈権が裁判所にある以上、行政がそれを援用しえないのは当然である。第2に、裁量基準については、判例により、行政がそれを援用できることが認められているのであり<sup>209</sup>、本デクレもそれを否定するものではない。

4 援用の要件とされるのは、行政基準の規定が違法ではないこと<sup>210</sup>と公表されていることであるが、問題視されるのは後者である。たしかに前に述べたように、裁判所はある規定の援用性を認めるには、公布かそれに準ずる措置が必要だとしていた<sup>211</sup>。しかし、問題なのは公表が条件とされ、しかもそれが情報公開法とリンクさせられ

ている点である。これにより本デクレは、情報公開法9条がもつ問題点をそのまま引き継ぐことになった。すなわち、まず情報公開法9条が公表義務違反に対する制裁を用意していないことが指摘され、特に国民の援用可能性が認められればなお一層非公開への誘惑が強まるおそれがあるとされる<sup>212</sup>。また、前述したように<sup>213</sup>、情報公開法9条が裁量基準としてのディレクティブには適用がないと考えるのであれば、本デクレの規定に係わらず、情報公開法の段階で援用可能性は閉ざされてしまう。これに対して、そもそも判例上のディレクティブも情報公開法9条の対象になると考えるか<sup>214</sup>、あるいは例えば、本条が情報公開法に言及しているのは、単に公表を要件としているだけであって、情報公開法9条の対象文書要件までも引き継いだものではないと解するなどして、判例上のディレクティブが本条の対象になると解する<sup>215</sup>ならば、適用除外の可能性が法文上は規定されていないことをどう考えるかが問題となる。適用除外を認めない考え方もあるが<sup>216</sup>、適用除外を認めなければ行政基準に強制性が付与され、結局行政立法となってしまうこと<sup>217</sup>、また、そもそも本条の援用性の根拠となっている平等原則自体が、特殊な状況や一般の利益の存在による例外を伴うものとして形成されてきたこと<sup>218</sup>を考えれば、本デクレによって援用が認められる場合でも、さらに適用除外の可能性が行政に留保されると考えるべきであろう<sup>219</sup>。

5 ところで、論者によっては、行政基準にこのような援用性が認められたことから、行政基準が訴訟の対象になると考える。まず第1に、本デクレが、大臣のような行政立法権をもたない主体の発した文書に行政立法としての性格を与えたと考える考え方があるが<sup>220</sup>、そうだとすればたいいての通達は行政立法権のない大臣によって発せられたものとして違法となり、援用はできないことになる<sup>221</sup>。第2に、本デクレが大臣に行政立法権を与えたと考えることもできるが、それは違憲の疑いが強い<sup>222</sup>。第3に、行政基準が行政立法になったのではないが、それでも訴訟の対象になる

とする考え方がある<sup>223</sup>。しかしそう考えるためには裁量基準については強制性の要件を満たしているとみなすことが必要になるが<sup>224</sup>、そうだとすれば大臣に行政立法権が与えられていないこととどう調和させるかが問題となろう。これらの主張の背景には、訴訟における攻撃可能性と援用性とを不可分のものとして捉える考え方があると思われるが<sup>225</sup>、本デクレは行政基準に援用性を付与したにとどまり、行政基準に行政立法としての性格を与えるものではないと解すべきであろう<sup>226</sup>。

## 第2節 1983年デクレその後

1 さて、83年デクレの最大のメリットは、非行政立法的通達、特に解釈通達の援用性が認められうる点にあるとされたのであるが、その後の判例はこのような解釈を否定する。

[13] 教育大臣判決 (C.E. 25 avril 1994)<sup>227</sup>

本件は、県の大学検査官が1991年度の教師の採用を取消した処分を、学生の親が争った事件である。この地域においては、公的機関組織委員会が設置されており、デクレによれば、組織編成等に関わる問題について委員からの請求があった場合には、委員会への諮問が義務づけられていた。そして1988年の首相通達は、委員の請求がない場合でも、サービスの削減等につながるような大学検査官の決定については諮問することを勧めていた。にもかかわらず、本件においては諮問がなかったというのが原告の主張である。判決は、「……首相通達が、……住民に保障されたサービスの削減を決める決定の前に、委員会への諮問を機械的に勧めているとしても、行政立法的性格を全く欠いたその訓令に違反したことが違法性をもたらすものではない。原告は自ら主張を根拠づけるために1983年11月28日のデクレを有効には援用できない」

[14] モヨ判決 (C.E. 9 oct. 1996)<sup>228</sup>

官報に公布された1985年の首相通達によれば、フランスへの亡命を希望する外国人が、申請の際に、自国への送還が重大な危険を伴うという特殊状況を主張した場合には、その申請を受けた機関

は、申請を拒否するとしても、内務大臣等に事案を移送しなくてはならない、とされていた。本件はその手続がなされずに出された滞り申請拒否処分が争われた事件である。判決は、その規定は行政立法的性質を欠くものであるから、原告はそれを援用できない、とした。

以上の判決においては、何よりも当該通達が行政立法的性質を有しないという点に着目してその援用性が否定されていることが注目されるべきである<sup>229</sup>。この2つの判決は手続規定に関するものであるが、行政立法的性格をもたないことを理由にその援用性を否定するのであれば、解釈通達はもちろん裁量基準に関しても同様の結論に至ることは明白である。このようにコンセイユ・デタは、83年デクレに言及せず従来判例を繰り返すことで、事実上83年デクレを無効化 (nullification)<sup>230</sup>してしまっているのである<sup>231</sup>。

2 では、コンセイユ・デタの83年デクレに対するこのような冷淡な態度<sup>232</sup>の原因は何であろうか。確かに、83年デクレの制定当時においてコンセイユ・デタの反対があったのは事実である。その背景には、行政の設定した基準に拘束されずに、個別事案に対処していこうとする狙いがあった<sup>233</sup>。従ってそのような心理的抵抗感が、このような態度につながっているのは確かであろう。また、解釈通達や裁量基準は、あくまで行政内部のための文書であるという考え方は根強く残っている<sup>234</sup>。そのような発想からすれば、行政基準に援用性を認めることは困難であろう。

しかし、そもそもコンセイユ・デタはこれまで非行政立法的通達に対しては、その援用性を否定してきたのであり、それは明言こそされないものの法の一般原理となっていると考えられる<sup>235</sup>。従って、非行政立法的通達に対する援用性の否定が行政立法によっては覆せない固有の意味での法の一般原理である以上<sup>236</sup>、この83年デクレの第1条は違法であることになる<sup>237</sup>。コンセイユ・デタがこの条文を無視するのにはこのような法の階層についての原理的問題があるからだと考えられる。

この状況を打開して行政基準に私人からの援用

性を付与するためには、コンセイユ・デタの判例変更を期待するか、同様の規定を法律によって制定することが必要になる<sup>238</sup>。しかしどちらの方法もなお理論的問題点を含むように思われる。前者については、既に確立したと考えられる法の一般原理を、事情の変更もなしにコンセイユ・デタが変更できるのかという問題であるが、これは否定的に解される。後者については、援用性に関する問題が、フランス第5共和制憲法34条の法律事項に含まれるのか否かという問題がある<sup>239</sup>。

3 以上見たように、83年デクレ第1条は、その制定当時の大きな期待に反して、コンセイユ・デタによって死文化されるという結末を迎えた。そこに見られるのは、行政基準は行政立法ではないのだから援用性は認められない、という行政基準の法的性質に着目した法の一般原理である。

#### おわりに

本稿はフランスにおける20世紀の行政基準論の展開を検討してきた。そこから言えるのは、フランス行政基準に見られる実体的アプローチである。すなわち、行政基準はその内容あるいは強制性の点で行政立法と区別され、そこから訴訟対象性及び援用性が否定されるし、しかもそれは行政立法では覆せない法の一般原理として位置付けられる。さらにまた行政基準の法的性質ゆえに、策定義務・公表義務も演繹的にも否定されるのである。

翻って日本法の状況を見れば、日本の行政手続法に高い評価が与えられることが分かる。日本でも行政基準の訴訟対象性・援用性は否定されているが、にもかかわらずその策定義務・公表義務が実定法上定められ、しかもそれに対する疑問が聞かれないのは、日本においては、行政基準の実体的な法的性質からの演繹的な議論をせずに、私人の側から見た手続的権利という視点から出発したからである。フランスの実体的アプローチに対するこのような日本の手続的アプローチは<sup>240</sup>、援用性という論争的な問題点を回避しつつ私人の権利保障に貢献したといえる。その意味で「比較法的に見ても、最も整備された形の一つといえよ

う」<sup>241</sup>。

もちろん、フランスのコンセイユ・デタは行政基準の効果を最低限に抑えることで、判例の形成力を生かし、それによって私人の権利保護を図っていると考えることもできる<sup>242</sup>。その典型例が個別事情審査義務であろう。しかし日本においても、行政基準の策定・公表を義務付ける一方、個別事情審査義務を要求しているかのような判決も出てきていることからすれば<sup>243</sup>、私人の手続的権利の保護が、裁判による権利保護と相矛盾するわけではないこと、また、裁判所が行政裁量を統制する場合には、やはり行政基準が存在するほうが裁量審査がやりやすいことを考えれば<sup>244</sup>、なお手続的アプローチの意義は大きい。

もっともだからといってフランス法から学ぶ点がないわけではない。とりわけ援用性については次の2点が指摘できる。第1に、行政基準の法的性質そのものからは援用性が導けないとしても、例えば平等原則あるいは信頼保護からその援用性を導ける可能性がある<sup>245</sup>。第2に、仮に行政が自らの基準に拘束されるとしても、例外的にそこからの逸脱が認められる場合があり、その基準として個別事情や一般的利益といった基準を想定できることである。とりわけ後者の点については日本の行政基準論における議論が必ずしも深められていない<sup>246</sup>ところであり、今後の研究が期待される。

- 1 このような「行政立法/行政基準」の区分は、平岡久「行政立法」(1984)「訓令・通達」(1985)同『行政立法と行政基準』(1995・有斐閣)5-6, 194-208頁の区分にほぼ等しい。
- 2 必ずしも本稿の問題意識と同様の視点からの分析ではないが、ドイツ法については、大橋洋一『行政規則の法理と実態』(有斐閣・1989)、アメリカ法については、本多滝夫「裁量基準の設定と個別事情の考慮の関係の一断面」名古屋大学法政論集149号(1993)197頁、常岡孝好「解釈規則(interpretive rule)について」塩野宏古稀『行政法の発展と変革 上』(有斐閣・2001)511頁以下、イギリス法については、榊原秀訓「イギリスにおける

- 行政裁量基準」名古屋大学法政論集118号（1988）43頁以下といった行政基準論の比較法的研究がある。
- 3 第4章参照。
  - 4 もっとも援用性は取消訴訟だけでなく国家賠償でも問題となるが、本稿の検討範囲からは外すことにする。
  - 5 民集22巻13号3147頁〔墓地埋葬法に関わる通達の事例〕。
  - 6 実際にある基準が解釈基準か裁量基準かを決定するのは裁判所である（町田顕「通達と行政事件訴訟」司法研修所論集40号（1968）35頁注4，塩野宏＝高木光『条解行政手続法』（弘文堂・2000）136頁）。また，解釈基準と裁量基準の区別については，田中二郎「法律による行政と通達による行政」（1956）同『司法権の限界』（弘文堂・1976）297頁，塩野宏『行政法Ⅰ〔第二版〕』（有斐閣・1994）84-87頁参照。さらに裁量基準については，小早川光郎「基準・法律・条例」塩野宏古稀『行政法の発展と変革 下』（有斐閣・2001）396-397頁参照。
  - 7 日本の通達の援用性の問題を扱うものとして，町田・前掲注6・29頁以下，平岡・前掲注1・227-234，240-250頁参照。
  - 8 民集8巻10号1907頁〔自作農創設特別措置法に関する通達の事例〕。
  - 9 判時1441号137頁〔伊方原発訴訟〕。
  - 10 平岡・前掲注1・208-223頁参照。
  - 11 民集25巻7号1037頁〔個人タクシー判決〕。
  - 12 塩野・前掲注6・222-224頁。
  - 13 原田尚彦「判批」判例タイムズ274号（1972）77頁は，個人タクシー判決について，「本件で最高裁は，審査基準の法的性質を必ずしも明白にしている」と述べる。
  - 14 本稿では通達と訓令を区別しない。この点につき，D. Mockle, *Recherches sur les pratiques administratives pararéglementaires*, LGDJ, 1984, p. 54。また，日本における通達と訓令の区別につき，平岡・前掲注1・143-181頁参照。
  - 15 Mockle, préc. note 14, p. 60。さらにp. 76は，通達はもともと機関間の情報交換に使われていたものであり，下位機関への命令とは無関係だったとする。なお，亘理格「フランスにおける法規命令の通達法理の形成」立命館法学183=184号（1985）843頁参照。これに対して日本の国家行政組織法14条2項は上下関係を前提にしている。ただしこれは確認的規定と理解するものとして，平岡・前掲注1・168頁。
  - 16 R.-E. Charlier, *Circulaires, instructions de service, et autres prétendues mesures d'ordre intérieur administratives*, *J.C.P.* 1954 I 1169, n° 33。
  - 17 Charlier, préc. note 16, n° 49, C. Wiener, *Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres*, LGDJ, 1970, p. 99-100。
  - 18 Loi n° 83-634 du 13 juill. 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires。なお，v. Wiener, préc. note 17, p. 99 note 8。
  - 19 Wiener, préc. note 17, p. 100。
  - 20 Mockle, préc. note 14, p. 56, Wiener, préc. note 17, p. 98-99。
  - 21 C. Wiener, *De pouvoir réglementaire des ministres en droit français*, *R.I.S.A.* 1971 p. 323。
  - 22 Charlier, préc. note 16, n° 34, さらに，Wiener, préc. note 17, p. 119-121。
  - 23 多賀谷一照「フランスにおける行政立法の裁判的統制」雄川一郎献呈『行政法の諸問題下』（有斐閣・1990）295頁以下。
  - 24 E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* (2° éd.), t. 2, Berger-Levrault, 1896, p. 427。
  - 25 訴訟対象性についてはC.E. 9 févr. 1870, *Com. de Beaumont-le-Roger*, *Rec.* 50, 援用性についてはC. E. 15 déc. 1905, *Sieur Olivier*, *Rec.* 941。
  - 26 亘理・前掲注15・853-857頁。
  - 27 C.E. 22 févr. 1918, *Cochet d'Hattécourt*, *S.* 1921 III p. 9, note Hauriou。
  - 28 Hauriou, préc. note 27, p. 10。なお，亘理・前掲注15・857頁以下。
  - 29 同様の見解として，J.-J. Chevallier, note sous C. E. 26 mai et 10 nov. 1922, *D.* 1925 III p. 45 et note sous C.E. 28 nov. 1923 et 22 janv. 1926, *S.* 1926 III

- p. 25.
- 30 Charlier, préc. note 16, n° 43。また、亙理・前掲注15・862-866頁参照。他方、公務員であっても、例えば部局の編成等に係わる通達で、個人の地位に影響しない場合には訴訟は認められない (A. Co-câtre-Zilgien, *La nature juridique des mesures d'ordre intérieur en droit administratif français*, *R.I.S.A.* 1958 p. 492)。しかしそうであれば、訴訟対象性・援用性が認められる場合の公務員の地位は普通の国民と同視できるはずである (Charlier, préc. note 16, n° 5)。また、v. Hauriou, note sous C.E. 9 août 1918, S. 1921 III p. 25。
- 31 逆に言えば、アレテか通達かという形式によって判断されるわけではない。ただし、アレテという形式であれば、内容を問わず、訴訟の対象となる。v. L. Di Qual, *Des actes interprétatifs publics non juridictionnels et de leur autorité à l'égard du juge*, *D.* 1964 Chr. p. 40, B. Seiller, note sous C.E. 27 mars 1996, *R.F.D.A.* 1997, p. 1221-1222。C.E. 9 mars 1938, *Union de la propriété bâtie de France et sieur Lescuyer de Savignies*, *Rec.* 253は、アレテとして公布された通達 (*J.O.* 27 avril 1937, p. 4698) は訴訟の対象となる決定を含まないとしつつ、却下ではなく棄却とした。
- 32 Mockle, préc. note 14, p. 193, Charlier, préc. note 16, n° 88。しかしそうは言っても、通達の行政立法的性格の判断において「裁判所はいかなる一般的基準ももたない」(Y. Gaudemet, *Remarques à propos des circulaires administratives, dans Mélanges Stassinopoulos*, p. 566) というのは言いすぎであろう。もっとも、基準があるとしても現実に適用するのは困難である (交告尚史「個別審査と画一的処理 (三・完)」自治研究61巻4号 (1986) 42頁参照)。
- 33 判決においてはしばしば内部的措置 (mesures d'ordre intérieur) という表現が用いられる (これについては、多賀谷一照「内部法」論」公法研究50号 (1988) 203頁注3参照) が、本稿の検討範囲では、これは非行政立法的通達と同義と考えてよい (Mockle, préc. note 14, p. 344)。
- 34 Mockle, préc. note 14, p. 190。
- 35 Mockle, préc. note 14, p. 192-197。例えば, C.E. 15 févr. 1978, *Association des étudiants en droit de Metz et autres*, *Rec.* 72は通達の訴訟対象性を否定する際に、大臣は法律に何も付加することなくそれを説明するにとどまる、と述べる。同様のものとしてC.E. 16 déc. 1955, *Fédération nationale des syndicats de police de France et d'outre-mer*, *Rec.* 596。
- 36 C.E. 20 mars 1987, *Gambus*, *Rec.* 100。また, C.E. 3 nov. 1961, *Ecole Marie Tessier et Union nationale de l'enseignement technique privé*, *Rec.* 607は、補助金の申請に対して審査をおこなう委員会の先例を示しただけの通達に行政立法的性質を認めない。
- 37 そのほか例えば, C.E. 9 févr. 1994, *Association des avocats Éléna France*, *J.C.P.* 1995 II 22368, concl. Abraham。v. Vught, concl. sous C.E. 8 oct. 1971, *Rec.* 588。
- 38 C.E. 29 juin 1960, *Sieur Trebosc*, *Rec.* 429。
- 39 内容の要件を基準としていると思われる判決は数多いが例えば, C.E. 6 août 1909, *Rageot*, *Rec.* 809, C.E. 6 oct. 1961, *Union nationale des associations de parents d'élèves de l'enseignement libre*, *Rec.* 550; *R.D.P.* 1961 p. 1271, concl. Bernard, C.E. 16 mars 1966, *Amai*, *Rec.* 212。
- 40 C.E. 10 juill. 1995, *Association «Un Sysiphe»*, *Rec.* 292; *A.J.D.A.* 1995 p. 644, concl. Schwartz; *J.C.P.* II 22519, note Ashworth。
- 41 Schwartz, préc. note 40, p. 646。
- 42 Ashworth, préc. note 40, p. 424。
- 43 強制性の要件に着目するものとして, D. Piveteau, concl. sous C.E. 19 mars 1997, *J.C.P.* II 22851 p. 260。
- 44 M.L., obs. sous C.E. 7 nov. 1953, *Droit Social* 1954 p. 114。
- 45 C.E. 11 mars 1925, *Sieur Chaumartin*, *Rec.* 250は、「1条の文言からは、その訓令が徴兵審査委員会の委員に対して強制的価値 (non impérative) ではなく参考的価値 (valueur indicative) しかもたないことが分かる」として、当該訓令の援用性を否

- 定した。なお、このような「参考/強制」の基準は、Chevallier, préc. note 29, S. 1926 III p. 27に見られる。また、indicatifについては、v. G. Liet-Veaux, note sous C.E. 27 juin 1952 et 9 juill. 1952, R.A. 1952 p. 384-385。
- 46 本文で述べる判決以外に例えば, C.E. 21 nov. 1919, Roux, Rec. 833, C.E. 8 nov. 1987, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés*, Rec. tab. 528, C.E. 26 mai 1989, *Mme Marabuto*, Rec. tab. 434, C.E. 26 oct. 1992, *Ministre de l'éducation nationale, de la jeunesse et des sports c/ Jonquet*, Rec. tab. 662。
- 47 C.E. 21 janv. 1921, *Sieur Jérémie*, Rec. 66。
- 48 もっとも、裁量を奪うことは下級機関の権限を変更することであるから、その点に着目すればこれもまた法秩序の変更ということが出来るが、ここで問題となっているのはあくまで私人に対する処分への直接の影響であって、やや視点が異なる。
- 49 Mockle, préc. note 14, p. 77-78, Fournier, concl. sous C.E. 2 déc. 1966, R.D.P. 1967 p. 568-569, J. Turot, Les recours en annulation contre la doctrine administrative, *Revue de jurisprudence fiscale* 1990 p. 536。ただしラマルクは、同一の表現にもかかわらず、行政立法的性格の判断が分かれることがあることを指摘する (J. Lamarque, note sous C.E. 23 déc. 1959, S. 1960 J p. 229)。なお、亘理格「フランスにおける法規命令の通達法理の現代的変容」小嶋和司退職『憲法と行政法』(1987) 856頁は強制性の要件が1960年代から登場したと理解するようであるが、[3] ジェレミ判決が示すように、既に20世紀前半から強制性が問題とされていたと思われる。
- 50 C.E. 18 mars 1959, *Union nationale des associations familiales*, Rec. 185。v. J.O. 6 mai 1949 p. 4451。
- 51 Braibant, concl. sous C.E. 7 févr. 1969, Rec. 79。
- 52 Bernard, préc. note 39, p. 1281。
- 53 v. C.E. 8 nov. 1987, préc. note 46。
- 54 そのほか、例えば“orientation”といった表現が、通達中にあることを根拠に行政立法ではないとするものもある。v. Braibant, concl. sous C.E. 12 déc. 1973, D. 1975 J p. 217, C.E. 18 nov. 1977, *Société anonyme Entreprise J. Marchand*, Rec. 442, concl. Franc。後者の評釈としてA.-H. Mesnard, Circulaires, directives, et protection du littoral; A.J.D.A. 1978 p. 654-660。さらにこの判決については、交告・前掲注32・139頁以下、亘理・前掲注49・842頁参照。しかしこの基準もまた十全ではない。例えばC.E. 4 nov. 1977, *Dame Si Moussa*, Rec. 417, concl. Massotは、通達中に明文で適用除外を認める規定があり、しかも当該原告について適用除外の検討がなされたという事実関係のもとで、これを非行政立法的通達と考えた論告に対し、判決はこれを行政立法的通達として取消した。同様のものとして、C.E. 23 sept. 1983, *Association «Information-défense-action-retraite»*, Rec. 369。このように現実には強制性の判断は困難である (亘理・前掲注49・842頁)。
- 55 第1章第1節1。
- 56 Braibant, préc. note 51, p. 78-79。それどころか下位機関が上位機関に基準の策定を求める場合すらある。v.C.E. 18 nov. 1966, *Sieur Laborde*, Rec. 610。
- 57 Mockle, préc. note 14, p. 57, Vught, préc. note 37, p. 589-590。
- 58 Charlier, préc. note 16, n<sup>os</sup> 22 et 93。
- 59 C.E. 23 déc. 1959, *Sieur Fressinet, Union Nationale des Etudiants de France et Union des Grandes Ecoles*, Rec. 706; A.J.D.A. 1960 I p. 43, chr. Coubarous et Galabert; S. 1960 J p. 227, note Lamarque (préc. note 49)。なお、交告尚史「個別審査と画一的処理(一)」自治研究60巻12号(1985) 138頁参照。
- 60 第3章第1節1参照。
- 61 Coubarous et Galabert, préc. note 59, p. 45。
- 62 C.E. 5 mai 1961, *Société Librairie Aristide Quillet*, Rec. 297; A.J.D.A. 1962 I p. 333, chr. Galabert et Gentot; *Droit Social* 1961 p. 394, obs. P.-H. Teitgen, 亘理・前掲注49・845頁参照。同様のものとして、C.E. 18 mars 1959, *Union nationale des associations familiales*, Rec. 185。また、D. Labetoulle, concl. sous C.E. 24 juill. 1981, A.J.D.A. 1982 p. 91は、問題となった通達が申請の不受理と結び付いているこ

- とから通達の行政立法的性格を判断する。
- 63 C.E. 5 mai 1961, préc. note 62。
- 64 C.E. 23 déc. 1959, préc. note 59。
- 65 Mockle, préc. note 14, p. 188, Lamarque, préc. note 49, p. 229-230。
- 66 C.E. 28 janv. 1938, *Sieur Maire*, Rec. 98, C.E. 12 avril 1972, *Sieur Brier*, Rec. 272, concl. Grévisse。
- 67 C.E. 26 nov. 1954, *demoiselle Barthazard*, Rec. tab. 724; D. 1955 J p. 524, note Morange。同様のものとしてC.E. 17 janv. 1969, *dame Silburn*, Rec. tab. 725。
- 68 援用性が認められるためには、必ずしも官報への公布が必要なわけではない。判例は、場合によっては公報 (Bulletin Officiel) に掲載されれば援用しようとする場合がある。国からの援用につき例えばC.E. 14 mars 1975, *Sieur Berland*, Rec. 193。また、私人からの援用につき例えばC.E. 9 déc. 1970, *Sieur Alizon*, Rec. tab. 920。
- 69 明示的に2つの基準を示す見解として、Mockle, préc. note 14, p. 190-197 (ただし同書p. 560 et 573も参照), F. Scanvic, concl. sous C.E. 29 déc. 1993, J.C.P. 1994 II 22301, Fournier, préc. note 49, p. 566, Seiller, préc. note 31, p. 1218-1227。また, Labetoulle, préc. note 62, p. 91は、通達の文言 (terms) と内容 (contenu) に言及する。
- 70 2つの基準に言及する判例として, C.E. 13 nov. 1974, *Société phocéenne de représentation et de distribution*, Rec. 551。
- 71 Mockle, préc. note 14, p. 228-229。
- 72 G. Noël, Les vicissitudes des circulaires opposables, *Revue Juridique du Centre Ouest*, 1989 p. 24。v. J. Chevallier, Les interprètes du droit, dans P. Amselek (dir), *Interprétation et Droit*, Bruylant Bruxelles, 1995, p. 126。
- 73 Y. Gaudemet, Fonction interprétative et fonction législative: Aménagements juridiques de leurs rapports, dans P. Amselek (dir), préc. note 72, p. 211。
- 74 例えばC.E. 30 mai 1973, *Flourez*, Rec. tab. 870は、デクレによって使用が禁止されている物質について、一定の医療目的のためにその禁止を解除した通達を「解釈」とした。このようなモックルの理解 (Mockle, préc. note 14, p. 233) と同様の理解に立つものとしてChevallier, préc. note 72, p. 126, Noël, préc. note 72, p. 25, P. Combeau, Un oubli dans réforme: l'invocabilité des circulaires et instructions administratives, *A.J.D.A.* 2000, p. 502。なお, Wiener, préc. note 17, p. 194は、解釈概念が拡大されていると述べた上でいくつかの判例を挙げるが、それらのほとんどは「解釈」とは言っておらず、むしろ後述する (第3章) 裁量基準のようなものとして認定しているのではないかと思われる。
- 75 解釈基準の国民からの援用性を認めなかった例として例えば, C.E. 24 mai 1949, *Sieur Fergant*, Rec. 239。
- 76 C.E. 10 déc. 1909, *Sieur Carsault*, Rec. 979。
- 77 Mockle, préc. note 14, p. 228, Combeau, préc. note 74, p. 504。ただし, 強制性の要件に着目して, 解釈通達の訴訟対象性を否定する判決もある (C.E. 13 févr. 1952, *Union Nationale des Associations familiales et sieur Breton*, Rec. 106)。また, Seiller, préc. note 31, p. 1222は, 強制性の要件を強調する。
- 78 「解釈」であるとして通達への訴訟を認めない事例は数多い。例えば, C.E. 8 mai 1934, *Sieur Doineau*, Rec. 539, C.E. 15 mai 1987, *Ordre des avocats à la cour de Paris*, Rec. 175; R.F.D.A. 1988 p. 145, concl. Marimbert, C.E. 18 juin 1993, *Institut français d'opinion publique (IFOP) et autres*, Rec. 178; R.A. 1993 p. 322, concl. Scanvic。
- 79 本章第1節3参照。
- 80 このような危惧を示す論者は多い。例えば, Wiener, préc. note 17, p. 187, Mockle, préc. note 14, p. 575。同様の危惧は日本でも見られる (山岸敬子『行政権の法解釈と司法統制』(勁草書房・1994) 5頁以下参照)。
- 81 Cocâtre-Zilgien, préc. note 30, p. 493-494。Wiener, préc. note 17, p. 187。
- 82 préc. note 76, Rec. 980。
- 83 Seiller, préc. note 31, p. 1222。

- 84 G.A. p. 505。
- 85 受理の判断と本案の判断が結び付いていることを指摘する論者は多い。M.L., préc. note 44, p. 114, O. Dutheillet de Lamothe et Y. Robineau, chr. sous C.E. 7 juill. 1978, *A.J.D.A.* 1979 p. 28, Combeau, préc. note 74, p. 505。
- 86 C.E. 15 mai 1987, préc. note 78。
- 87 C.E. 18 juin 1993, préc. note 78。
- 88 解釈通達については、このほかにフランス固有の解釈訴訟で争う途がある。これについてはSeiller, préc. note 31, p. 1218-1226。また、解釈訴訟については、山岸・前掲注80・222頁以下参照。
- 89 亘理・前掲注15・839頁。もちろん上位規範による授権がある場合は別である。
- 90 C.E. 7 févr. 1936, *Sieur Jamart*, *Rec.* 172; S. 1937 III p. 113, note Rivero; G.A. p. 316。この判決については、多賀谷一照「通達・試論」千葉大学法経研究16号(1984)12頁参照。
- 91 Mockle, préc. note 14, p. 303によれば、これは個別処分権に「包含された必要な権限 (pouvoirs inclus et nécessaires)」としての行政立法権だという。また, v. J.-C. Venezia, Les pouvoirs implicites dans la jurisprudence administrative, dans *Mélanges Waline*, p. 795-804。このような行政立法権に賛成するものとしてJ. Delmas-Marsalet, Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'État, *E.D.C.E.* 1969, p. 155, Bertrant, concl. sous C.E. 11 déc. 1970, *Rec.* 756。
- 92 Rivero, préc. note 90, p. 116。ただし, Wiener, préc. note 17, p. 275-276は、このような行政立法権が国民一般をも拘束すると述べるが、それは言い過ぎであろう (J.-M. Auby, Les aspects nouveaux du pouvoir réglementaire de l'administration en droit administratif français, dans *Mélanges Stassinopoulos*, p. 15)。
- 93 C.E. 6 nov. 1964, *Réunion des assureurs maladie des exploitants agricoles et autres*, *Rec.* 521; *A.J.D.A.* 1964 I p. 692, chr. Puybasset et Puissochet, C.E. 1<sup>er</sup> avril 1949, *Sieur Chaveneau*, *Rec.* 161; *D.* 1949 J p. 531, concl. Gazier et note Rolland。また、学説としてMockle, préc. note 14, p. 308, Wiener, préc. note 17, p. 141-144。ただし、手続規定の策定権限を、黙示の授権と見るのではなく、部局運営のための行政立法権 (前注90参照) と見る見解もある。v. D. Linotte, note sous C.E. 3 avril 1981, *J.C.P.* 1981 II 19807, Questiaux, concl. sous C.E. 23 mai 1969, *Rec.* 271。
- 94 例えば, C.E. 19 juin 1964, *Société des pétroles Shell - Berre et autres*, *Rec.* 344; *R.D.P.* 1964 p. 1019, concl. Questiaux; *A.J.D.A.* 1964 II p. 438, note A. de Laubadère。また、ウィーネは黙示の授権が判例上広く承認されていると述べ (Wiener, préc. note 17, p. 144-150), いくつかの判例を示すが (Wiener, préc. note 21, p. 319-323), その多くは、上位規範に授権規定があるか、または一般的基準の策定権ではなく個別措置が問題になった事案であり、そこまでは言えない (Bernard, préc. note 39, p. 1283, Mockle, préc. note 14, p. 314)。
- 95 C.E. 23 mai 1969, *Société «Distillerie Brabant et Cie»*, *Rec.* 264, concl. Questiaux (préc. note 93); *A.J.D.A.* 1969 II p. 640, concl. Questiaux et note Tournié; *D.* 1970 J p. 762, note Fromont。また、亘理・前掲注49・839頁以下参照。
- 96 個別事情審査義務については、阿部泰隆『フランス行政訴訟論』(有斐閣・1971)184-187, 194-196頁, 交告尚史「事案の特殊事情審査義務」六甲台論集30巻4号(1984)190頁以下, 交告・前掲注59・132頁以下, 交告尚史「個別審査と画一的処理(二)」自治研究61巻3号(1985)129頁以下, 交告・前掲注32・134頁以下, 大貫裕之「事案の特殊事情の審査義務について(一)(二・完)」自治研究64巻10号112頁以下, 11号(1988)100頁以下。
- 97 C.E. 24 juill. 1942, *Sieur Piron*, *Rec.* 233; S. 1943 III p. 1, concl. Ségalat et note Mestre。
- 98 J. Megret, De l'obligation pour l'administration de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire, avant de prendre une décision même discrétionnaire, *E.D.C.E.* 1953 p. 79。学説も例えば, Chevallier, préc. note 29, S. 1926 III p. 27は、必要以上に行政を拘束することの問題点を指



- 摘する。
- 99 例えばC.E. 15 juin 1951, *Sieur Galetzky*, Rec. 337; S. 1951 III p. 93, note M.L., C.E. 7 avril 1965, *Société Affichage Giraudy*, Rec. 226, C.E. 21 mai 1969, *sieur Lainé*, Rec. 256。
- 100 Wiener, préc. note 17, p. 135。
- 101 R. Moulin, La règle d'examen particulier du dossier, *A.J.D.A.* 1980 p. 451はこのような視点から、個別審査義務は当然に裁量権と結び付くものではないと論じる。このようなムーランの見解については、大貫・前掲注96「(一)」118頁参照。
- 102 Moulin, préc. note 101, p. 452。ただし、大貫・前掲注96「(二・完)」106頁は、このようなムーランの見解に疑問を呈する。
- 103 J. Boulouis, Sur catégorie nouvelle d'actes juridiques: Les «Directives», dans *Mélanges Eisenmann*, p. 199。また、亘理・前掲注15・826頁以下参照。
- 104 Delmas-Marsalet, préc. note 91, p. 148。この論文については、亘理・前掲注15・822頁以下が詳しい。また、平田和一「フランスにおける行政裁判」名古屋大学法政論集92号(1982)152—157頁参照。
- 105 P. Delvolvé, La notion de directive, *A.J.D.A.* 1974 p. 461, Wiener, préc. note 17, p. 317-318。
- 106 P. Pavlopoulos, *La directive en droit administratif*, LGDJ, 1978, p. 105。なおこの論文については、多賀谷一照「書評」国家学会雑誌95巻3 = 4号(1982)123頁。
- 107 G.A. p. 454。リーディングケースはC.E. 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*, Rec. 151; G.A. 453。また、平等原則一般については、v.P. Delvolvé, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, LGDJ, 1969。
- 108 例えば、C.E. 24 avril 1964, *Société anonyme de Livraisons Industrielles et Commerciales*, Rec. 239; *A.J.D.A.* 1964 II p. 308, concl. Combarousは、通信大臣がA社との契約で、特別に3桁の短縮電話番号を使用させていた事案であるが、A社の「活動の特殊な性格を考慮すれば」権限を超えたものとはいえないとした。
- 109 例えば、C.E. 29 juin 1951, *Syndicat de la Raffinerie de soufre française*, Rec. 377; *D.* 1951 J p. 661, note Waline。逆に、一般の利益に基づく差別が認められなかった例としては、C.E. 6 mars 1959, *Société Totaliment*, Rec. 158。
- 110 J. Rivero, Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français, *Travaux de l'Association Henri Capitant* 1961-62 p. 353。また、土屋和恵「フランスにおける経済行政と平等原則」山形大学紀要(社会科学)10巻2号(1980)39頁以下参照。
- 111 Delmas-Marsalet préc. note 91, p. 137。大臣が処分理由を裁判においてすら明らかにする義務がないとされていた時代においては、このような意義はとりわけ大きかった(Pavlopoulos, préc. note 105, p. 109-115, R. Savy, Le contrôle juridictionnel de la légalité des décisions économiques de l'administration, *A.J.D.A.* 1972 I p. 20)。しかし、この点は、理由付記法(Loi n° 79-587 du 11 juill. 1979, relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public)の制定に伴い、その意義を薄められたといえる。しかし、行政にとっては予め付記すべき理由のカタログを作っておくことになお意味がある(v. Mockle, préc. note 14, p. 178)。なお、理由付記法については、久保茂樹「フランスにおける行政行為の理由附記(一)(二・完)」民商法雑誌87巻5号703頁以下、6号(1983)855頁以下、平田・前掲注104・159頁以下、交告尚史『処分理由と取消訴訟』(勁草書房・2000)25頁以下。
- 112 プラバン酒造会社判決(前注95)におけるケシヨの論告及び判決、それに対応する本文参照。
- 113 Mockle, préc. note 14, p. 388, Pavlopoulos, préc. note 105, p. 146-147, A. Bockel, Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration, *A.J.D.A.* 1978 p. 363。
- 114 Mockle, préc. note 14, p. 547-548。モックルは、柔軟な規定はアレテでも可能だという。
- 115 Delamas-Marsalet préc. note 91, p. 153。
- 116 directiveにいかなる訳語をあてるかはひとつの

- 問題である。本稿がそれを「ディレクティブ」とする理由は、亘理・前掲注49・820頁注4で示されている理由に加えて、2で後述するように、「裁量基準」としてdirective以外の概念が存在するからである。
- 117 C.E. 17 juill. 1925, *Association amicale du personnel de la Banque de France c/ Banque de France*, S. 1925 III p. 33, concl. Berget et note Hauriou。
- 118 第1章第2節4参照。
- 119 Berget, préc. note 117, p. 37。
- 120 第1章第2節5参照。
- 121 Hauriou, préc. note 117, p. 33-34。
- 122 M. Hauriou, *Police juridique et fond de droit, Revue trimestrielle du droit civil* 1926 p. 273-274。
- 123 Hauriou, préc. note 122, p. 296。
- 124 Hauriou, préc. note 122, p. 311。さらに、多賀谷一照「フランス行政立法論(IV)」千葉大学法学論集4巻1号(1989)103頁参照。
- 125 Mockle, préc. note 14, p. 89。
- 126 例えば, C.E. 23 déc 1938, *Sieur Bosc*, Rec. 974, C. E. 29 janv. 1958, *Sieur Vincent*, Rec. 47。
- 127 第1章第2節5及び前注45-47参照。
- 128 C.E. 8 févr. 1924, *Sieur Grall*, Rec. 155。
- 129 例えば, C.E. 29 janv. 1930, *Dame Sallebert*, Rec. 117, C.E. 27 janv. 1943, *Sieur Prud'homme*, Rec. 20, C.E. 28 mars 1947, *Merrien*, Rec. tab. 637。
- 130 勸奨とディレクティブの類似性を指摘するものとして, Pavlopoulos, préc. note 105, p. 18-19。
- 131 例えば, C.E. 20 juin 1962, *Coopérative de fruits et légumes de Tournon et Tain-l'Hermitage*, Rec. 403, C.E. 26 nov 1965, *Compagnie Industrielle de Textiles artificiels et synthétiques*, Rec. 642。
- 132 この問題には, 次節3で再び言及する。
- 133 C.E. 28 janv. 1948, *Triscari*, Rec. tab. 630, C.E. 3 mai 1950, *Hahn*, Rec. tab. 837, C.E. 9 nov. 1955, *Chabrol*, Rec. tab. 770, C.E. 25 nov. 1959, *Fédération hospitalière de France et autres*, Rec. 628。
- 134 C.E. 13 juill. 1962, *Sieur Arnaud et autres*, Rec. 474; A.J.D.A. 1962 I p. 545, chr. Galabert et Gentot。交告・前掲注96・135頁以下, 亘理・前掲注49・837頁参照。
- 135 C.E. 14 juin 1968, *Union départementale des Sociétés mutualistes d'Ille-et-Vilaine*, Rec. 368も, 委員会が社会保険の支払金額に関する契約に承認を与えなかった事例において, 委員会が自ら承認の基準を設定することを認めつつ, 個別的審査をおこなっていたとして請求を棄却した。
- 136 ただし, 上位規範に反する処分理由を国の側が援用できないのは当然である (C.E. 3 mars 1942, *Sieur Sandoz*, Rec. 74, Charlier, préc. note 16, n° 66)。
- 137 C.E. 23 déc. 1959 (préc. note 59), C.E. 2 déc. 1966, *Groupement amical des parents d'élèves*, Rec. 638, C. E. 2 déc. 1966, *Sieur Marchand et autres*, Rec. 632; R. D.P. 1967 p. 562, concl. Fournier (préc. note 49), C. E. 21 mai 1969, *Ministre de l'Équipement et du Logement c/ sieur Bourges*, Rec. 257。
- 138 このような意味で, パヴロプロスの言う「理由の総体 (motivation collective)」という表現 (Pavlopoulos, préc. note 105, p. 104) や, ワリーヌの言う「事前につくった理由 (une motivation préconstituée)」という表現 (M. Waline, note sous C.E. 29 juin 1973, R.D.P. 1974 p. 550) は示唆的である。
- 139 ただし, 裁判所は法解釈権を有しているので解釈基準は容易に覆せるが, ディレクティブは裁量と結びついているためその内容への審査が弱いという違いはある。
- 140 本章第2節2参照。
- 141 C.E. 22 mai 1958, *Ordre national des pharmaciens et autres*, Rec. tab. 969。
- 142 C.E. 11 déc. 1964, *Union Nationale des Associations Générales d'Étudiants de France (U.N.E.F.)*, Rec. 632。
- 143 Mockle, préc. note 14, p. 76-77は, 参考と勸奨を区別しない。G.A. p. 501は, 解釈通達と勸奨を類似のものとする。これらのカテゴリーの連続性を意識的に認めるものとして, Cocâtre-Zilgien, préc. note 30, p. 493, M. Cliquennois, *Que reste-t-il des directives ?*, A.J.D.A. 1992 p. 8-9。なお, Wiener, préc. note 17, p. 279-280は, 行政機関に向けられた

通達を参考とし、国民に直接向けられる通達を勸奨とするが、判例は必ずしもそのように分類できない。

144 本章第1節1参照。

145 F.-J. Laferrère, note sous C.E. 13 janv. 1975, *D.* 1975 J p. 789.

146 第1章第1節1参照。

147 Mockle, préc. note 14, p. 386, Wiener, préc. note 17, p. 192。これは解釈通達でも同様である (Combeau, préc. note 74, p. 504)。

148 C.E. 11 déc. 1970, *Crédit foncier de France c/ demoiselle Gaupillat et dame Ader*, *Rec.* 750, concl. Bertrand (préc. note 91); *D.* 1971 p. 673, note Loschak; *R.D.P.* 1971 p. 1224, note Waline; *J.C.P.* 1972 II 17232, note Fromont; *G.A.* p. 630。さらに評釈として H.T.C., De l'arrêt Société "Maison Genestal" à l'arrêt *Crédit foncier de France*, *A.J.D.A.* 1971 I p. 196。同様の判決として, C.E. 23 mai 1980, *Agence nationale pour l'amélioration de l'habitat*, *Rec.* 238。また, 交告・前掲注32・135頁以下, 亘理・前掲注49・837頁以下参照。

149 本章第1節3参照。

150 préc. note 91, *Rec.* 756。

151 préc. note 91, *Rec.* 758-759。

152 この, 国民に主張責任を負わせる点が, [8] アルノー氏他判決等の従来の判例と比較した場合の, フランス不動産銀行判決の唯一の目新しい点である。

153 現実には, 実定法上ディレクティブという語がみられる例がある。例えば, 都市計画・建築法典R. 111-15条に見られる「ディレクティブ」は, 建築確認における権限行使の実体基準となりうる点で, 本文で述べたディレクティブと酷似する。しかし, 明文でデクレによる承認を経ることが要求されている点, 規定の明確性や公表が要求される点 (C.E. 31 janv. 1975, *Ministre de l'Aménagement du territoire, de l'Équipement, du Logement et du Tourisme c/ Société des magasins périphériques de l'Ouest (Rallye)*, *Rec.* 69) で判例上形成されてきたディレクティブ概念とは異なる (v. Pavlopoulos, préc.

note 105, p. 232-238, Mockle, préc. note 14, p. 248-256, 562-569, H. Jacquot, *Les directives d'urbanisme et d'aménagement du territoire*, dans *Mélanges Charlier*, p. 435-446, Mesnard, préc. note 54, p. 659-660)。また, 刑法規定に関する1977年6月7日法律32条IIIに言う「ディレクティブ」は刑法の構成要件の例外を定めるものであり, 従って当然に行政立法としての性質をもつという点でやはり判例上のディレクティブとは性質を異にする (Cliquennois, préc. note 143, p. 5)。このように, 実定法上見られる「ディレクティブ」という語が, 判例が用いるディレクティブの概念とは異なる場合が見られる。そしてこのように, 立法者の用語法と裁判所の用語法が食い違うことが, ディレクティブの概念を一層分かりにくくさせている (Mockle, préc. note 14, p. 85)。逆に, 「ディレクティブ」という呼称の文書のみが, 本文で述べるディレクティブとしての資格をもつわけではない。訓令, 通達, 覚書に含まれる基準もディレクティブとされうる (Cliquennois, préc. note 143, p. 5)。その意味でディレクティブの概念は, 形式に着目した概念ではなく, 実質的内容によって判断される概念である (Mockle, préc. note 14, p. 83, 亘理・前掲注49・830頁)。

154 本章本節2参照。

155 C.E. 15 mars 1974, *Entreprise Georges Dobrouchkess*, *Rec.* 186。

156 もちろんディレクティブに反していようとまいと, 例えば他の申請者との関係で平等原則そのものを主張することは常に可能である。ここで問題としているのは, ディレクティブ違反が当然に平等原則違反となるのかという点である。C.E. 13 févr. 1981, *Association pour la protection de l'eau et des ressources naturelles du bassin inférieur du Doubs et autres*, *Rec.* 89も首相のディレクティブに違反しているという主張は採用できないとしているが, この判決は, 第1に [10] ジョルジュ・ドブルシュッケ社判決と同じように, 原告の地位が平等原則に関係しない事案であり, 第2に, 問題のディレクティブ (*J.O.* 19 mai 1976 p. 2986) は単に

- 「ディレクティブ」という呼称の文書であって、判例の言うディレクティブと同じかどうか定かではない。第3に、問題になったと思われるディレクティブの規定は、委員会の構成員についての規定であり、実体基準ではない点で〔9〕フランス不動産銀行判決のディレクティブとは異なる。これに対してC.E. 5 nov. 1982, *Schwetznoff*, *Rec.* 369; *R. D.P.* 1983 p. 205, note Dragolは、マルシャン建設株式会社判決 (C.E. 18 nov. 1977, préc. note 54) で問題となった1973年1月3日の通達を国民が援用したという事案であるが、コンセイユ・デタは「原告は、行政立法的性格をもたない1973年1月3日の大臣通達を有効に主張することはできない」とした。この通達はマルシャン建設株式会社においてすでにディレクティブと認定されていたのであり、その援用性の判断ができそうであるが、これは開発会社に与えられた干拓権を環境保護のために周辺住民が争った事案であり、やはり処分の名宛人が通達を援用した事案ではないので、平等原則と援用性の関係ははかれぬ。
- 157 ただし、後述する〔12〕ジェア社判決は、ある年度の輸入許可が争われた事例であるが、原告への拒否処分がディレクティブに従って成されたにもかかわらず、別の年度には他の会社に対してディレクティブ通りの処分がなされていなかった。判決は、そのようなことがあったとしても、別の年度の状況は問題にならないとしたのであるが、パブロプロスはここから平等原則を根拠にしたディレクティブの援用可能性を認める (Pavlopoulos, préc. note 105, p. 173 et 175)。
- 158 Delvolvé, préc. note 104, p. 472, C.-L. Vier, note sous C.E. 29 juin 1973 et T.A. 7 févr. 1973, *A.J.D.A.* 1973 II p. 594, J.-M. Auby, *Le décret du 28 novembre 1983*, *A.J.D.A.* 1984 p. 134, Cliquennois, préc. note 143, p. 10, B. Delaunay, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, LGDJ, 1995, p. 267, Noël, préc. note 72, p. 43-44, *D.P.*, note sous C.E. 9 oct. 1996, *Dr. Adm.* 1997 Comm. n° 12, J.-H. Stahl, concl. sous C.E. 12 déc. 1997, *Dr. Adm.* 1998 Chr. n° 4, R.S., note sous C.E. 22 févr. 1999, *Dr. Adm.* 1999 Com. n° 164, R. Chapus, *Droit administratif général (13 éd.)* t. 1, Montchrestien, 1999, n° 692, Combeau, préc. note 74, p. 497, *G.A.* p. 637.
- 159 T.A. 7 févr. 1973, *Sieur Ballaud*, *A.J.D.A.* II 1973 p. 590, note Vier (préc. note 158)。
- 160 C.E. 18 oct. 1991, *Union nationale de la propriété immobilière*, *Rec.* 338。
- 161 もっとも〔9〕フランス不動産銀行判決には「新たな条件を付したわけでもない」という表現があるが、これは強制性がない以上、ディレクティブの内容は個別処分によって実現されるまでは「条件を付」すことにはならないという趣旨であろう (Pavlopoulos, préc. note 105, p. 165-166)。
- 162 Delvolvé, préc. note 104, p. 471, Pavlopoulos, préc. note 105, p. 228。さらに, v. Delmas-Marsalet préc. note 91, p. 155。
- 163 Mockle, préc. note 14, p. 381。
- 164 Delvolvé, préc. note 104, p. 471。
- 165 本章第1節3参照。
- 166 前注109参照。
- 167 Savy, préc. note 111, p. 17-18。
- 168 C.E. 20 janv. 1971, *Union départementale des sociétés mutualistes du Jura*, *Rec.* 45; *D.* 1971 p. 673, note Loschak (préc. note 148); *J.C.P.* 1972 II 17232, note Fromont (préc. note 148)。なお, 多賀谷・前掲注124・110頁注11。
- 169 *J.O.* 11 déc. 1960 p. 11121。
- 170 Fromont, préc. note 148, p. 676。
- 171 ただし, 論理的には本判決を個別審査義務と調和的に解釈することができないわけではない。前述したように (本章第1節2), 個別審査とは, 実際には上位規範の趣旨を実現しうるかどうかという判断によるものであり, 仮に原告の赤字欠損という考慮事項が上位規範の趣旨と無関係な考慮事項であれば, それを考慮しなくとも違法にならない (もっともそうであれば, 判決の表現はややミスリーディングではあるが)。例えばC.E. 11 juin 1971, *Union mutualiste de Meurthe-et-Moselle*, *Rec.* 439は, 原告が「財政的考慮」と「運営と設備の改善」を理由に〔11〕ジュラ県県共済組合連合判決

- と同様の申請をしてきた類似の事案につき、「委員会は……（申請された減額率が）当該診療所運営と設備の改善によって正当化されるかどうかを審査せずに申請を棄却したのでこれは違法である」と述べた。「運営条件」はディレクティブ（前注169参照）に挙げられているが、「設備」には言及がない。にもかかわらず、「財政的考慮」には言及しないで一方で「設備」に言及するということは、ディレクティブには示されていない考慮要素（設備）を審査しなくてはならないことがあることを認めつつ、主張されていても考慮しなくてよい考慮要素（財政的考慮）があると考えているように思われる。
- 172 C.E. 30 mars 1977, *Conseil de l' Université de Limoges*, R.D.P. 1978 p. 273, C.E. 12 nov. 1986, *Winterstein*, Rec. tab. 338は適用除外の余地のないディレクティブを行政立法として違法とするし、適用除外の余地があっても、適用機関が羈束されていると勘違いして適用した処分も違法である（C.E. 25 juin 1982, *Ministre du Budget c/ Mlle Chanut*, Rec. tab. 518）。
- 173 Mockle, préc. note 14, p. 395-396。これに対して、ディレクティブに示されていない理由を国が援用することに批判的な見解として、Pavlopoulos, préc. note 105, p. 106, Stahl, préc. note 158。
- 174 C.E. 10 mars 1972, *Ministre d' Etat chargé de la défense nationale c/ sieur Le Bris*, Rec. 199, C.E. 27 oct. 1972, *Ministre de la Santé publique et de la Sécurité sociale c/ demoiselle Ecarlat*, Rec. 682; *Revue trimestrielle de droit sanitaire et social* 1973 p. 542, note Moderne, C.E. 25 juill. 1985, *Mme Blat*, Rec. tab. 483。さらにC.E. 14 déc. 1988, S.A. *Gibert Marine*, Rec. 444; A.J.D.A. 1989 p. 266, note Aubyは、特殊状況の主張がないにもかかわらず、行政が個別審査をおこなったことを認定している。
- 175 例えば、C.E. 15 mars 1963, *Compagnie Electro-mécanique*, Rec. 167は、建築行政について現地調査をしたことから個別審査を認める。
- 176 Braibant, préc. note 54, p. 218, Loschak, préc. note 148, p. 676, Mockle, préc. note 14, p. 395。
- 177 前注174参照。
- 178 本章第1節2参照。
- 179 C.E. 1<sup>er</sup> févr. 1963, *Sieur Camidessus*, A.J.D.A. 1963 II p. 429, obs. V.S。
- 180 Pavlopoulos, préc. note 105, p. 148, Wiener, préc. note 17, p. 318, Questiaux, préc. note 93, Rec. 273。
- 181 C.E. 3 nov. 1976, *Aufaure*, Rec. 465も、一般的指針の策定義務はないとする。
- 182 C.E. 19 mars 1969, *Sieur Aponte et autres*, Rec. 161。
- 183 C.E. 29 juin 1973, *Société Gea*, Rec. 454; A.J.D.A. 1973 p. 587, chr. Franc et Boyon; A.J.D.A. 1973 p. 589, note Vier (préc. note 158); R.D.P. 1974 p. 547, note Waline (préc. note 138); D. 1974 J p. 141, note Durupty。
- 184 Vier, préc. note 158, p. 592はこの趣旨かと思われる。
- 185 本章第3節2参照。
- 186 Vier, préc. note 158, p. 594。この意味で、パブロプロスはディレクティブを「裁量権の事前行使 (l' exercice préalable de son pouvoir discrétionnaire)」と呼ぶ (Pavlopoulos, préc. note 105, p. 72)。
- 187 Waline, préc. note 138, p. 550。
- 188 Delvolvé, préc. note 104, p. 467。
- 189 Vier, préc. note 158, p. 594。•
- 190 Massot, préc. note 54, Rec. 427, Pavlopoulos, préc. note 105, p. 218。
- 191 Vier, préc. note 158, p. 592, Durupty, préc. note 183, p. 144, Waline, préc. note 17, p. 551。
- 192 Mockle, préc. note 14, p. 149。
- 193 Durupty, préc. note 183, p. 144。
- 194 Loi n° 78-753 du 17 juill. 1978, portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal。これについては、多賀谷一照「行政書類公開の原則について（上）（下）」自治研究55巻12号（1979）96頁以下、56巻1号（1980）122頁以下、同「フランスの公文書公開法制」ジュリスト707号（1980）68頁以下。
- 195 Décret n° 79-834 du 22 sept. 1979, portant appli-

- cation de l'article 9 de la loi n° 78-753 du 17 juill. 1978 en ce qui concerne la liberté d'accès aux documents administratifs, *J.O.* 29 sep. 1979, p. 2418.
196. *G.A.* p. 636, C. Lepage-Jessua, Le décret du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers: une mini révolution?, *Gazette Palais* 1984 p. 152, Auby, préc. note 158, p. 134.
197. そもそもこの規定にディレクティブという呼称が列記されたのは、本来通達によって法解釈が示されるはずなのに、行政がそれに「ディレクティブ」という呼称を与えることで、情報公開法の適用を免れるような事態を防ぐためであり、必ずしも判例上形成されてきたディレクティブ概念を念頭においていたわけではなかったとされる (Mockle, préc. note 14, p. 87)。
198. Pavlopoulos, préc. note 105, p. 199 note 4.
199. Chapus, préc. note 158, n° 691, P. Letourneur, obs. sous C.A. 14 déc. 1995, *A.J.D.A.* 1996 p. 330. なお、情報公開法の適用デクレで規定された公報 (前注195とそれに対応する本文参照) は、<http://www.legifrance.gouv.fr/>で閲覧できるが、行政庁は、情報公開法の規定とは無関係に任意にディレクティブを公報に掲載できるから、掲載されていることから情報公開法の対象になっているとはいえない。
200. ディレクティブを特殊な類型として捉える考え方として、Boulouis, préc. note 103, p. 199 et ss.
201. Bertrant, préc. note 91, *Rec.* 757.
202. Décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983, concernant les relations entre l'administration et les usagers. 以下では、83年デクレまたは本デクレと呼ぶ。本デクレの解説は多いが、そのうち1条に触れるものとして、Auby, préc. note 158, p. 124-136, H. Maisl, C. Wiener et J.-M. Woehrling, Un décret ne fait pas le printemps, *A.J.D.A.* 1984, p. 137-148, P. Delvolvé, De nouvelles modalités pour les actes administratifs unilatéraux, *D.* 1984 Chr. p. 137-146, M.-C. Rouault, Le décret du 28 novembre concernant les relations entre l'Administration et usagers, *R.A.* 1984 p. 466-471, Lepage-Jessua, préc. note 196, p. 145-153, G. Drouot, Les relations entre l'administration et les administrés, *Annuaire européen d'administration publique* 1983 p. 461-466, Noël, préc. note 72, p. 17-47, Delaunay, préc. note 158, p. 266-273. また、交告尚史「フランスにおける行政と公衆の関係改善 (1) (2・完)」六甲台論集31巻4号 (1985) 145頁以下, 32巻1号 (1985) 1頁以下。
203. これは、第3章第3節10で言及した情報公開法の条文である。
204. というのも、3で後述するように本条の規定は行政側からの援用を認めていないが、行政立法であれば行政側から援用も認められるはずだからである (Auby, préc. note 158, p. 133)。M. Deguergue, note sous C.E. 21 janv. 1991, *A.J.D.A.* 1991 p. 803も同旨。
205. Auby, préc. note 158, p. 133. ただしオービーも、例えば解釈通達の援用性は認める。
206. Instruction du 4 juin 1984 de la Direction générale des Impôts, relative aux relations entre l'Administration et les usagers, *D.F.* 1984 p. 5670.
207. Maisl, préc. note 202, p. 143.
208. 行政基準の援用性を認める実定法の規定は、租税法において20世紀半ばから存在しており、それは今日の租税手続法典L. 80条のAである (条文は、吉村典久「フランス租税手続法典 (邦訳) 二」専修法学論集57号 (1992) 270頁に訳出されている)。この租税手続法典の規定については、P. Bern, La protection du contribuable contre les changements de doctrine administrative, *Revue de science financière* 1971 p. 751-778, M.-D. Hagelsteen, concl. sous C.E. juill. 1991, *R.F.D.A.* 1992, p. 323-332. また、この租税手続法典と83年デクレを比較する文献として、P. Amselek, L'opposition à l'administration de sa propre doctrine, *D.F.* 1984 p. 149-154, E. Douat, Les merites compares de l'article L. 80-A du L.P.F. et de l'article 1<sup>er</sup> du décret du 28 novembre 1983, *Petites Affiches* 14 oct. 1991 p. 7-16,

- M. Heinis, L'article premier du décret du 28 novembre 1983 devant le juge de l'impôt, *Petites Affiches* 1<sup>er</sup> juill. 1994 p. 7-10, *E.D.C.E.* 1987, p. 129-131. この租税手続法典の規定は、行政解釈の変更に関して納税者の保護をはかるものであり、納税者の善意が要求される一方で、行政基準の適法性が要求されていないことから、信頼保護の原理に基づいていると理解され、その点で平等原則を基礎とする83年デクレと必ずしも同じ趣旨のものではない (Amselek, préc., p. 153. ただし, Maisl, préc. note 202, p. 147も参照)。
- 209 第3章第3節2。ただし、行政基準が存在しているか否かは、援用性を認める上で無関係であることもそこで述べた。
- 210 この要件については、Noël, préc. note 72, p. 35-36, Delvolvé, préc. note 202, p. 143. Maisl, préc. note 202, p. 143. 違法と平等の関係について、乙部哲郎「行政の自己拘束論における「不法に平等なし」の動向」神戸学院法学21巻4号(1992)1頁以下、原田尚彦『行政法要論(全訂第四版)』(学陽書房・1998)40-41頁参照。これに対して、前述のように、租税手続法典L. 80条のA(前注208)は、行政基準が適法であることを要求していない(傍論ながら違法な行政基準を援用できることを認める判決として、C.E. 10 juin 1983, *Ministre du Budget et Compagnie Air-France c/ Commune de Villeneuve-le-Roi*, Rec. 245)。行政解釈が裁判所の解釈に優位する租税法のこの規定は、権力分立や規範の階層性との関係で違憲性の問題を提起してきた(Bern, préc. note 208, p. 772-774, Douat, préc. note 208, p. 10-11, Rivière, concl. sous C.E. 25 juill. 1980, *D.F.* 1982 n° 698)。実際に政府が憲法院に諮問したこともあるが、憲法院は、すでに公布されている法律については意見を述べる権限はないとして、この請求を却下している(Décision n° 80-113 L du 14 mai 1980, *Recueil des Décisions du Conseil Constitutionnel*, p. 61. この評釈としてL. Philip, Le développement de la jurisprudence fiscale du Conseil Constitutionnel, *D.F.* 1980 p. 932-935)。
- 211 第1章第2節7参照。なお、前注68も参照。
- 212 Drouot, préc. note 208, p. 463。
- 213 第3章第3節10参照。
- 214 前注196とそれに対応する本文を参照。
- 215 v. Noël, préc. note 72, p. 40。
- 216 Delvolvé, préc. note 202, p. 143. また, Noël, préc. note 72, p. 39も, [11] ジュラ県県共済組合連合判決を前提に、結果として適用除外を否定する。
- 217 Delvolvé, préc. note 202, p. 143. また, 後述5も参照。
- 218 第3章第1節3参照。
- 219 Auby, préc. note 158, p. 134, Amselek, préc. note 208, p. 150, Delaunay, préc. note 158, p. 271, Combeau, préc. note 74, p. 499. また, 大臣通達に関する首相通達(Circulaire du 15 juin 1987, relative aux circulaires ministérielles, *J.O.* 17 juin 1987 p. 6460)も, ディレクティブに適用除外の余地があることを指摘する。
- 220 Delvolvé, préc. note 202, p. 143, Rouault, préc. note 202, p. 469。
- 221 このことはデルヴォルヴェ自身が認める(Delvolvé, préc. note 202, p. 144)。
- 222 Rouault, préc. note 202, p. 469, Delaunay, préc. note 158, p. 272, Combeau, préc. note 74, p. 506。
- 223 Lepage-Jessua, préc. note 196, p. 152-153, Noël, préc. note 72, p. 42-43。
- 224 第1章第2節5, 第3章第3節7参照。この点は4で述べたディレクティブの適用除外の可能性の有無に関わる。ノエルは前注216で述べたように適用除外を認めないから、訴訟対象性を認めるのは論理的であるといえる。
- 225 その例としてNoël, préc. note 72, p. 42. これに対して、援用性と訴訟対象性を別個に考える考え方もしばしば主張されてきた(Léo Levantal, L'annulation pour excès de pouvoir des circulaires administratives, *D.* 1954 Chr. p. 103, Charlier, préc. note 16, n° 10 et 87, Combeau, préc. note 74, p. 503 et 506)。
- 226 Auby, préc. note 158, p. 133, Delaunay, préc. note 158, p. 272, Combeau, préc. note 74, p. 505。
- 227 C.E. 25 avril 1994, *Ministre de l'éducation natio-*

- nale, Rec. 189.
- 228 C.E. 9 oct. 1996, *Moyo*, Rec. tab. 666; *Dr. Adm.* 1997 Comm. n° 12, note D.P. (préc. note 158).
- 229 同様のものとして, C.E. 27 mai 1987, *Arnaudies*, Rec. 187, C.E. 19 juin 1992, *Département du Puy-de-Dôme*, Rec. 238; *A.J.D.A.* 1992 p. 579, chr. Maugué et Schwartz; *R.F.D.A.* 1993 p. 689, concl. Pochard, C.E. 31 juill. 1992, *Préfet de Seine-et-Marne c/ Kizil*, Rec. tab. 662, C.E. 26 oct. 1992, préc. note 46, C.E. 6 mai 1996, *Association «Aquitaine Alternatives»*, Rec. 145, C.E. 22 févr. 1999, *Usyein*, *Dr. Adm.* 1999 Comm. n° 164, note R.S. (préc. note 158).
- 230 Chapus, préc. note 158, n° 153. ただし, この文言は, 本デクレ3条について使われている。しかしシャピユは, 1条についても同様に考えていると思われる (Chapus, préc. note 158, n° 687)。また, Combeau, préc. note 74, p. 498は, この規定が「死文 (lettre morte)」になったと批判する。
- 231 ただし, 例外的に83年デクレの援用性に言及する判決もないではない。しかし, 例えばC.E. 16 juin 1986, *Henimann*, Rec. tab. 464は, 83年デクレに言及しつつも, 問題とされた訓令の規定が違法であることを理由に援用性を否定する。また, C.E. 18 mars 1992, *Ville de Bayeux et Ministre de l'intérieur*, Rec. tab. 662は, 83年デクレに基づいて通達を援用できるとしても, 本件においては通達に従った処分がなされたとして請求を棄却した。つまりいずれの事案も83年デクレに基づく援用性の可否が結論に影響しない事案だったのであって, コンセイユ・デタが83年デクレに言及したのはいわばリップサービスに過ぎないともとれる。
- 232 ただし, 下級審判決には83年デクレの援用性を認めるものもある。例えば, T.A. 11 juin 1987, *Syndicat des commerçants non sédentaires des Alpes-Maritimes*, *J.C.P.* 1988 II 21041, concl. Calderaro, T. A. 3 avril 1990, *M. Gamet c/ Ministre de l'Agriculture et de la Forêt et autres*, *A.J.D.A.* 1990 p. 643, obs. Briseul, T.A. 3 janv. 1989, *Lorente Bilbao*, Rec. 375。とりわけ最後の判決は, 後に [14] モヨ判決で援用性を否定される規定の援用性を肯定した事例であり, 下級審とコンセイユ・デタとの態度の違いを明確にしている。
- 233 Maisl, préc. note 202, p. 140.
- 234 ここにはやはり, オーリュウ以来の行政の内と外を分ける発想がある (Combeau, préc. note 74, p. 500, また第1章第2節2参照)。Hagelsteen, préc. note 208, p. 329は, 判例のこのような態度は, 租税局通達 (前注206参照) のような発想の承認であるという。
- 235 法の一般原理については, 伊藤洋一「フランス行政判例における「法の一般原理」について」法学協会雑誌103巻8号 (1986) 157頁以下。ただし, 伊藤の関心は, 「法の一般原理」が行政立法に優越する (固有の意味での「法の一般原理」) ことを前提に, それと法律との上下関係を論じる点にあるが, ここで問題となりうるのは, 広義の「法の一般原理」の中に, 行政立法によって覆せるものがあることを前提とした上での (このような「法の一般原理」が存在することについては, G. Braibant, *L'arrêt «Syndicat général des ingénieurs conseils» et la théorie des principes généraux du droit*, *E.D. C.E.* 1962 p. 69, A. Homont, obs. sous C.E. 13 nov. 1964, *A.J.D.A.* 1965 II p. 365, P. Braud, *La notion de liberté publique en droit français*, LGDJ, 1968, p. 414, B. Jeanneau, *La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve du temps*, *E.D.C.E.* 1981-82 p. 38-40), 援用性についての法の一般原理と行政立法との上下関係である。
- 236 Chapus, préc. note 158, n° 43. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif (7éd)*, Montchrestien, 1999, n° 650によれば, 判例規範は「これに反する行政立法がない限りで」という文言を含んでいないかぎり, 行政立法によっては覆されないという。もっとも, このような極端な説に立たなくとも, 援用性についての判例原理は固有の意味での法の一般原理として認められるとされる (Combeau, préc. note 74, p. 501)。
- 237 Chapus, préc. note 158, n° 687。この条文が判例に反するがゆえに, コンセイユ・デタがこの規定



- を死文化するのではないかという危惧は、デクレ制定当時からあった (Auby, préc. note 158, p. 132, Maisl, préc. note 202, p. 143)。
- 238 法律形式での制定を理想とする見解として, Maisl, préc. note 202, p. 141-142。もっとも83年デクレの中身は, もともと法案として議会に提出されたものであった (83年デクレ1条に相当する法律案の内容については, Noël, préc. note 72, p. 28-29)。それが廃案となった背景については, Noël, préc. note 72, p. 32, 多賀谷一照「フランス行政手続法 (一)」自治研究64巻5号 (1988) 98-99頁。
- 239 これは理由付記法 (前注111) の制定においても問題になった。この点については, 交告・前掲注 59・154-155頁。
- 240 逆にフランスにおいては, 行政手続の議論の中で行政基準が扱われることはほとんどない。v. J.-P. Chaudet, *Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse*, LGDJ, 1967, とりわけ防御権 (droit de la défense) についてのp. 365 et ss, C. Wiener, *Vers une codification de la procédure administrative*, PUF, 1975。G. Isaac, *La procédure administrative non contentieuse*, LGDJ, 1968, p. 379-381は文書の伝達について言及するが, そこで想定されているのは申請を審議する際の基礎資料であって行政基準ではない。
- 241 塩野宏「審査基準について」(1999) 同『法治主義の諸相』(有斐閣・2001) 255頁。
- 242 大貫・前掲注96「(二・完)」118頁は, 日本の行政基準論が, 基準の画一的適用の危険性を意識していないことを指摘する。日本の行政基準の適用の問題を扱うものとして, 平岡・前掲注1・251-252頁, 伊藤治彦「行政手続法における審査基準の定立及び適用についての一考察」岡山商科大学法学論叢3号 (1995) 39頁以下。また, 小早川光郎編『行政手続法逐条研究』(有斐閣・1996) 211頁 [小早川発言・浜川発言] も参照。
- 243 最判平成11年7月19日 (判例時報1688号123頁) [三菱タクシー訴訟] は, 基準の合理性を認めつつ, 個別審査をしなければならない場合があることを認める (127頁)。また, 東京高判平成11年3月31日 (判例時報1689号51頁) はより明確に個別事情審査義務を要求する。これにつき, 仲野武志「判批」自治研究77巻6号 (2001) 128頁参照。もっとも, 行政に有利な形で裁量基準の適用除外が認められることについては, 最判昭和53年10月4日 (民集32巻7号1223頁) [マクリーン事件] がすでに認めていた。
- 244 裁量審査における行政基準の意義については, 高木光『技術基準と行政手続』(弘文堂・1995) 11-29頁 (初出1985, 1993)。
- 245 原田・前掲注13・77頁, 平岡・前掲注1・253-258頁。
- 246 高橋滋『行政手続法』(ぎょうせい・1996) 190頁, 塩野=高木・前掲注6・141, 189頁参照。
- ※ 雑誌等略語は慣例による。ただし, G.A. は, M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, et B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (12éd.), Dalloz, 1999を指す。