



Title	フランスにおける行政契約締結過程統制 : 契約前仮命令訴訟を中心として
Author(s)	國井, 義郎
Citation	阪大法学. 2008, 58(3,4), p. 271-293
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/54761">https://doi.org/10.18910/54761</a>
rights	
Note	

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

# フランスにおける行政契約締結過程統制

——契約前仮命令訴訟を中心として——

國 井 義 郎

## 目 次

はじめに

第一章 フランスにおける行政契約締結過程の統制

第二章 契約前仮命令訴訟裁判官の権限拡張

第三章 契約前仮命令訴訟裁判官の権限拡張についての理論的検証

結びにかえて

## はじめに

近年、行政契約<sup>①</sup>の重要性が認識されると同時に、行政契約締結に係る談合事件が増加するに伴い、行政契約締結過程の法的統制の充実・強化が望まれている。しかし、わが国では、行政事件訴訟法改正（二〇〇四年）により、「義務づけの訴え」（行訴三条六項）、「差止めの訴え」（行訴三条七項）が新設され、仮の義務付け及び仮の差止め（行訴三七条の五）も認められた。しかしながら、これらは、主として行政行為を対象とした訴訟類型であって、

行政契約の法的統制を目的とした訴訟類型ではない<sup>(3)</sup>。たしかに、わが国でも、処分性が認められない行政作用の受け皿として実質的当事者訴訟としての確認訴訟の活用が奨励されている（行訴四条<sup>(4)</sup>）。しかし、現在の行政事件訴訟法には、行政契約締結過程の法的統制手段として違法行為の差止めや是正命令の発令を可能ならしめる訴訟類型が存在していない。他方では、地方公共団体が締結する契約については、たとえば公共工事の談合統制において顕著にみられるように、住民訴訟（自治二四二条の二）による統制が重要な役割を果たしている。しかし、住民訴訟は、地方公共団体の財務会計上の行為の統制を目的とした訴訟類型であり、契約締結前に契約締結過程の違法行為を是正したり、かかる違法行為が存在したときに契約署名を差止めることなどを可能ならしめる訴訟類型ではない。また、わが国においては、行政契約締結手続が一応は規制されているものの、遺憾ながら、それが行政契約を対象とした行政訴訟制度と連携しつつ、行政契約締結過程を統制するものとしては確立されていないように思われる。

これに対して、フランス<sup>(5)</sup>では、まず、行政契約締結手続が官公庁契約法典（Code des marches publiques）などにより法整備されており、それが、欧州共同体法から影響を受けながら公開性の確保と競争の適用を保障する立法として確立されている。さらに、越権訴訟（recours pour excès de pouvoir）や契約前仮命令訴訟（référé précontractuels<sup>(6)</sup>）に代表される行政訴訟により、行政契約締結手続を規律する法規範への遵守が担保されている。近年では、契約前仮命令訴訟が行政契約を対象とする仮の救済手段としての地位を立法により確立し、そのことが学説、判例、論告（conclusions<sup>(7)</sup>）の展開によって強化されていることから、その重要性はさらに高まりつつある。すなわち、契約前仮命令訴訟は、行政契約締結過程における公開義務と競争適用義務の遵守を目的として創設された訴訟類型であり、前述の義務違反者に対して、その義務履行を命じ（行為命令）、当該契約締結に関するすべての決定の差止め、当該契約締結の差止めをなす権限を、行政地方裁判長に付与する訴訟類型である。

このような契約前仮命令訴訟への接近により、第一には、わが国において、裁判官が自らの職権に基づき行政契約締結過程を法的に統制する、仮の救済手段を確立することができよう。第二には、契約前仮命令訴訟が属している行政訴訟類型である全面審判訴訟 (contentieux de pleine juridiction) の構造、性質などを考察することにより、わが国においても、裁判官の権限行使を最大限に拡張させるために必要な示唆が得られよう。第三に、契約前仮命令訴訟と越権訴訟との競合関係と、契約前仮命令訴訟と民事差止訴訟との競合関係に接近することによって、わが国において、一方では、行政契約締結過程における決定の取消訴訟と仮の救済を求める訴訟との機能分担論ならびに競合関係論を構築するうえで重要な示唆が得られるであろう。また、他方では、行政契約締結過程において差止めという救済を追求するにあたって、行政訴訟と民事訴訟との機能分担論ならびに競合関係論を構築することによって、行政契約締結過程を規制する多元的な法規範(たとえば会計法、地方自治法、独占禁止法など)の性質や事案に応じた救済を可能ならしめるであろう。こうした観点から、以下では、まず、フランスにおいて行政契約締結過程を法的に統制する訴訟について一瞥し、次いで、契約前仮命令訴訟裁判官の権限拡張について考察し、さらに契約前仮命令訴訟の拡張につき理論的な分析を試み、最後に私見とわが国への示唆を提示して結びとしたい。

## 第一章 フランスにおける行政契約締結過程の統制

### 第一節 行政契約締結過程の立法的規制

契約前仮命令訴訟は、官公庁契約、公役務委託契約などの契約を対象とする(行政裁判法典L55-1-1条一項)。したがって、両者の区別によってその提起の可否が決められるわけではない。しかしながら、両者を区別することにより、本件契約が準拠すべき契約締結手続が決せられる<sup>(8)</sup>。たしかに、契約前仮命令訴訟の受理可能性とは

別の問題ではあるが、行政契約締結過程において公開性を向上させ、かつ、競争活性化を促す立法政策上の傾向と判例政策上の傾向との関係を考察できると考え、本稿第二章および第三章で検討を加える。フランスにおいて行政契約締結過程を規制する立法としては、本稿の内容と関連する範囲内では、官公庁契約 (*marchés publics*) を対象とする官公庁契約法典、地方公共団体が締結する公役務委託契約 (*délégation de service public*) を対象とする地方公共団体一般法典 (*Code général des collectivités territoriales*) とがある。官公庁契約法典は、公法人の契約規範をまとめあげた法典であるが、通則的部分を追加することもないことから、単なる既存法規の修正に過ぎない側面もあり、民法典などの伝統的な法典とは異なる<sup>(9)</sup>。官公庁契約法典は、しばしば立法改正をしている。二〇〇一年改正では、欧州共同体法との調整を図る必要性と、公開性・自由競争の確保を図るべきとする欧州共同体法からの要請により、契約担当者にとって明確で柔軟な規範を設定する要請を受けて、契約締結手続の簡素化がなされた。さらに、二〇〇四年改正では、公開と競争の原理を拡張し、契約締結形式の簡略化・多様化を図った<sup>(10)</sup>。二〇〇六年改正では、二〇〇一年改正と二〇〇四年改正とを継承し、公開と競争の原理を拡張しているが、他方では、二〇〇一年以降に改正された厳格な規定を明確化かつ緩和し、官公庁契約への中小企業のアクセスを簡略化した<sup>(11)</sup>。

## 第二節 フランスにおける行政訴訟類型

従来では、フランスにおける行政契約を対象とする訴訟として、越権訴訟と行政契約訴訟とが重要な役割を果たしてきた。さらに、後述するように、契約前仮命令訴訟は、一方では、欧州共同体法の国内実施措置の一環として形成された訴訟であるが、他方では、フランスの伝統的な行政訴訟類型を前提としながら形成された側面もあるの<sup>(12)</sup>で、本稿でフランスにおける行政訴訟類型につき簡潔に述べたい。フランスの行政訴訟は、取消訴訟 (*conten-*

teux d'annulation) と全面審判訴訟 (contentieux de pleine juridiction) とに大別することができ、まず、越権訴訟は取消訴訟に属し、次いで、全面審判訴訟に属する訴訟類型としては、選挙訴訟、行政賠償訴訟、行政契約訴訟、租税訴訟が伝統的理論において認識されていた<sup>(12)</sup>。近年では、これらの訴訟類型に加えて、契約前仮命令訴訟も全面審判訴訟に追加された。越権訴訟とは、ある行政決定についてその違法性を理由として取消を求める訴えであり、<sup>(13)</sup>越権訴訟における判決は第三者効 (対世効) を持ち、<sup>(14)</sup>越権訴訟の違法性判断は処分時による。<sup>(15)</sup>これに対して、全面審判訴訟とは、権利の回復のために行政決定の取消しにとどまらない全面的な審判を求める訴えであり、<sup>(16)</sup>行政裁判官は、単に取消しの権限のみにとどまらずその審判権限の全部を用いることができる<sup>(17)</sup>。すなわち、全面審判訴訟において、行政裁判官は、争われている行政決定に代えて自らの決定を下すのであるから、全面審判訴訟では、裁判官が判決時における法の状態と事実状態を判断した上で、行政決定に代置する自らの決定を下す<sup>(18)</sup>。なお、一九九五年行政訴訟改革により、行政裁判所が活動行政に対して行為命令を行う権限を有するようになり、それに伴い、裁判所と行政庁との関係および越権訴訟と全面審判訴訟との区別につき再考察が求められている<sup>(19)</sup>。

### 第三節 契約前仮命令訴訟

#### 一 契約前仮命令訴訟の概要

本題に入る前に、用語法につき若干の説明をしたい。そもそも、契約締結を意味するフランス語の用語として「passation」と「conclusion」があるが、リシエール (L. Richer) は、行政契約締結に関する規範への違反を統制する訴訟を、「契約形成 (formation) に関する訴訟」と称している<sup>(20)</sup>。後述するように、本来であれば、契約前仮命令訴訟が契約署名前の差止めなど仮の救済手段として重要な役割を演じていることに鑑みれば、「契約形成に関する

る訴訟」という用語を採用すべきである。しかし、わが国では「契約形成」という用語法が一般には定着しておらず、むしろ「行政契約締結過程に関する訴訟」という用語を用いた方が、わが国においては広く理解されやすいと考え、「行政契約締結過程に関する訴訟」という用語を用いる。

まず、リシェールは、行政契約締結過程に関する訴訟として、全面審判訴訟という範疇に、契約前仮命令訴訟、(契約に由来する)行政賠償責任、過失による不法行為責任が属していると指摘した上で、越権訴訟は契約執行から「分離しうる行為」を対象としていると結論つける<sup>21)</sup>。契約前仮命令訴訟の起源について、リシェールは、行政契約締結過程を規律する欧州共同体法上の法規範への尊重を担保することを目的として、契約前仮命令訴訟が創設されたと述べる。現在では、契約前仮命令訴訟は、行政裁判法典 (Code de justice administrative) L 五五一一一条および L 五五一一二条に規定されている。その起源は、L 五五一一一条については、一般部門について規律する一九八九年二月二日八九・六六五欧州共同体指令 (directive 89/665 du 21 décembre 1989) を国内実施措置した一九九二年一月四日九二一一〇番法律 (loi n° 92-10 du 4 janvier 1992) にあり、それが行政地方裁判・行政控訴院法典 (Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel) L 二二条となり、現在では、行政裁判法典 L 五五一一一条となつている。L 五五一一二条の起源については、特殊部門 (エネルギー、水、輸送) について規律する一九九二年二月二十五日九二・一三欧州共同体指令 (directive 92/13 du 25 février 1992) を国内実施措置した一九九三年二月二十九日九三一一四一六番法律 (loi n° 93-1416 du 29 décembre 1993) にあり、それが行政地方裁判・行政控訴院法典 L 二三条となり、現在では、行政裁判法典 L 五五一一一条になつている<sup>22)</sup>。

裁判官の権限について、リシェールは、行政裁判法典 L 五五一一一条が裁判官に差止権限を付与したことが、最も重要な進化であると主張する。すなわち、リシェールは、行政裁判法典 L 五五一一一条によれば、裁判長が、

義務違反者に対して、当該義務の履行を命じることができ（行為命令）、かつ、当該契約締結の差止めないし当該契約に関するすべての決定の履行を差し止めできる。これに対して、リシエールは、行政裁判法典L五五一一二条が、行政地方裁判所長に、義務違反者に対して、当該義務に従うよう行為命令を発する権限を有するに過ぎないと述べる。<sup>(23)</sup> 契約前仮命令訴訟の急速性について、リシエールは、行政裁判法典L五五一一二条三項が、裁判長に対して、二〇日以内に判決を下す義務を課しているが、その制裁が規定されていないことを述べる。さらに、リシエールは、政府委員による介入が省略されていることに対して懸念を示す。<sup>(24)</sup>

契約前仮命令訴訟の射程の制約として、リシエールは、原告適格、期間、対象を指摘する。すなわち、第一に、原告適格は、行政裁判法典L五五一一二条二項が、「契約締結に利益を有し、かつ、侵害を受ける可能性がある者」に与えられる旨が規定されている。<sup>(25)</sup> 第二に、期間について、かつて行政地方裁判・行政控訴院法典R、二四一一二一条で二〇日以内で判決を下す旨を定められていたが、公法人が契約前仮命令訴訟による禁止命令などに関する規定の適用を回避するために、契約署名をするおそれがあると懸念されていた。<sup>(26)</sup> しかし、現在では、かかる法的統制から免れる可能性を排除するため、行政裁判法典L五五一一二条三項により、「行政地方裁判所長は、出訴期間以降で、かつ、二〇日を経過したときは、契約への署名を延期するよう命じることができる」と改正されている。リシエールは、行政裁判法典L五五一一二条とL五五一一二条によれば、契約前仮命令訴訟の対象が、国内法および欧州共同体法に根拠を有する公開義務と競争適用義務への違反であると指摘した上で、かつては文理解釈によっていたが、近年では事案に即して対象を拡張していると主張する。<sup>(27)</sup> しかし、リシエールは、契約前仮命令訴訟が、行政契約締結過程を裁判官の権限の全部を以て統制する訴訟であるが、完全な裁判統制が受容されたいものであることには変わりはないと結論づける。<sup>(28)</sup> すなわち、リシエールは、契約前仮命令訴訟は、訴訟制度や訴訟要件などの



内在的制約があるがゆえに、その射程は制限されたままであると結論づける。

## 二 契約前仮命令訴訟と越権訴訟、民事訴訟との競合関係

シャバノル (D. Chabano) は、行政裁判法典Ⅰ五五一―一条とⅠ五五二―一条に関する注釈において、その起源、裁判官の権限、急速性、射程の制約につき、リシェールと同趣旨の解説をする。<sup>(29)</sup>しかし、シャバノルは、契約前仮命令訴訟と越権訴訟との競合関係、契約前仮命令訴訟と民事訴訟との競合関係につき解説しており、その内容を示す。まず、契約前仮命令訴訟と越権訴訟との競合関係につき、シャバノルは、両者の性質が異なることを前提とした上で、契約締結に由来する分離しうる行為は、契約前仮命令訴訟（行政裁判法典Ⅰ五五一―一条）の対象であると同時に、越権訴訟の対象でもあると主張する。そこで、シャバノルは、両者の性質に応じて、原告にとって有利な訴訟を選択できると結論づける。ただし、シャバノルは、契約前仮命令訴訟が棄却された場合には、請求の根拠が同一であることから、越権訴訟の裁判官によって既判力を有すると思われる<sup>(30)</sup>と結論づける。次いで、契約前仮命令訴訟と民事訴訟（差止訴訟）との競合関係について、シャバノルは、両者が提起され、異なる訴訟に沿って審理と判決される限り、原告は、同じ請求において同時に両者の訴訟を提起することが可能であると結論づける。<sup>(31)</sup>

## 第二章 契約前仮命令訴訟裁判官の権限拡張

第一節 コンセイユ・データ二〇〇六年一月二〇日判決（「アンジュビル市判決」）

コンセイユ・データ二〇〇六年一月二〇日判決（以下、この判決を「アンジュビル市判決」と呼ぶ）は、行政裁判法典Ⅰ五五二―一条に準拠して契約前仮命令訴訟裁判官の権限を拡張した。<sup>(32)</sup>本判決の事実概要は、次の通りである。オワーズ (Oise) 県アンジュビル市 (Commune d'Andeville) は、オワーズ非宗教的慈善連盟

(Federation des oeuvres laïques de l'Oise) と、児童余暇センターと青年余暇センターの管理運営を目的とする契約を締結した。しかし、オワーズ非宗教的慈善連盟は内部紛争を引き起こしたため、アンジュービル市長は契約更新しない旨の決定をオワーズ非宗教的慈善連盟に通知した。そこで、オワーズ非宗教的慈善連盟は、アミアン行政裁判所に本件契約締結手続の差止めを求めて契約前仮命令訴訟を提起した。二〇〇六年一月二日に、アミアン行政地方裁判所は、オワーズ非宗教的慈善連盟の請求を認容する判決を下した。しかし、アンジュービル市は、アミアン行政地方裁判所二〇〇六年一月二日判決の破毀を求めて、コンセイユ・デタに上告した。

コンセイユ・デタは、二〇〇六年一月二〇日に、まず、本件契約の法的性格付けをした後に、次いで、契約前仮命令訴訟裁判官の職権に基づいて、次のように判決を下した。コンセイユ・デタは、次の理由から、本件契約が官公庁契約ではなく公役務委託契約であると結論づける。すなわち、第一には、本件契約が、青年余暇センター、アンジュービル市「青年センター」を対象として公役務の管理を私人に委託することを目的とする契約であるからであり、第二には、本件契約の収益の四分の三が、家族向け使用料金、県の分担金、利用者数に応じた家族手当によって構成されているからである。つまり、本件においては、施設利用者からオワーズ非宗教的慈善連盟に対して支払われた報酬は、本質的に本件役務の履行結果と関係がある。オワーズ非宗教的慈善連盟への報酬の形式とその目的に関する限りにおいて、本件契約は、官公庁契約と解されるべきではなく、公役務委託契約と解されるべきである。<sup>(33)</sup>したがって、コンセイユ・デタは、契約締結過程への規制について、官公庁契約に準拠するのではなく、公役務委託契約に適用される地方公共団体一般法典L1421-1条一項が規定するように、「公法人による公役務委託契約は、現行法典に関する限り、委託庁によって、コンセイユ・デタにおいてデクレで示された条件に基づいて、競願者からの複数の申請提示を認める公開手続に準拠する」ものであり、かつ、地方公共団体一般法典L14

一―一二条に準拠して、「L二四一―一条からL二四一―一条までの規定は、公役務委託契約には適用されず（……）、（C号）契約が係属したすべての期間において支出されるべき総額が一年あたり一〇六〇〇ユーロを超過しないとき、ないし、契約が三年を徒過しない期間にわたり保護しており、かつ、契約総額が一年あたり六八〇〇ユーロを超過しないときには、委託事業は、L二四一―二条の規定により並行的な公開性に準拠する。かかる公開性の様式については、コンセイユ・デタにおいて、デクレで調整される」べきであると指摘する<sup>34</sup>。コンセイユ・デタは、本件契約が準拠すべき契約締結過程への規制として、地方公共団体一般法典L二四一―一条二項、同L二四一―二条C号を示した上で、本件契約締結手続が競願者からの複数の申請提示を認める公開手続に準拠していないので、公役務委託契約締結手続に違反していると指摘する<sup>35</sup>。ゆえに、コンセイユ・デタは、本件契約が公役務委託契約締結手続に違反して締結されているので、オワーズ非宗教的慈善連盟が契約前仮命令訴訟を提起することができる<sup>36</sup>と結論づける。そこで、コンセイユ・デタは、行政裁判法典L五五―一条が、契約前仮命令訴訟裁判官の権限として、行政に対する行為命令を発令する権限、契約締結差止めないし契約に関するすべての決定の履行差止めをなす権限、当該契約に規定された契約条項ないし約定を取り消す権限を規定していると指摘する。そして、コンセイユ・デタは、アミアン行政地方裁判所二〇〇六年一月二日判決の取消し、アンジュービル市による余暇センターと青年センターに関する公役務委託契約の取消し、アンジュービル市による主張の棄却をする旨の判決を下した<sup>36</sup>。

## 第二節 「アンジュービル市判決」におけるD・カサス (D. Casas) 論争

アンジュービル市判決に際して、論告担当官であるカサスがその論告で、次のように提案した<sup>37</sup>。まず、カサスは、

契約前仮命令訴訟裁判官の権限について、判決によって「請求内容を越えた (ultra petita)」保護をなす絶対的な性質を付与するための規範は実際には少ないが、行政裁判法典L55-11一条の制定により、これが禁止されていたのは過去のこととなったと指摘する。たしかに全面審判訴訟であっても、専門技術的な性質を帯びた事案に関しては、「請求内容を越えて」判決を下さないと述べた(その例として、カサスは、選挙訴訟、危険施設、迷惑施設ないし不衛生施設を対象とした訴訟を列挙する)<sup>(38)</sup>。次いで、カサスは、契約前仮命令訴訟裁判官の権限を考察する際に考慮を要する事項を三つ示した。すなわち、第一には、競争の適用と公開に関する欧州共同体上の法規範に対する違反を是正する制度の創設が義務づけられたことにより、契約前仮命令訴訟が創設され、契約前仮命令訴訟裁判官の権限が定められた。第二に、契約前仮命令訴訟裁判官は、行政決定ないし契約条項を取消し、かつ、行政に対し行為命令を発することができる権限を有している。第三に、コンセイユ・デタ判決は、契約前仮命令訴訟裁判官に無制限かつ全面審査権限を認めている。<sup>(39)</sup> カサスは、前述の三点を検討した結果として、次のように結論つけた。すなわち、カサスは、原告が契約前仮命令訴訟を知っている場合であっても、原告が、実際には、行政に対して、手続の差止め、取消しないし様々な事項のやり直しを命じることを、契約前仮命令訴訟裁判官に対して請求しないと結論つけた。換言すれば、カサスは、原告が、契約前仮命令訴訟裁判官に対して、形式がいかなるものであろうとも、競争適用義務と公開義務に関する規範への違反を差し止めるために、契約前仮命令訴訟裁判官が有する権限を行使するように請求する、と結論つけた。<sup>(40)</sup>

さらに、カサスは、本件契約の法的性格付けについて、官公庁契約と公役務委託契約とを区別する基準を適用して、本件契約において本件契約が官公庁契約であるべきであると私見を提示した。すなわち、本件訴訟書類によれば、本件契約の利用者による負担が本件契約における青年センターと余暇センターの事業収益 (recettes) に占め

る比率が五十パーセントであるのに対して、アンジュービル市からの補助が、オワーズ非宗教的慈善連盟により予測された収益の二四パーセントであるとの事実が証拠として示されている。そこで、カサスは、前述の二つの事業収益からアンジュービル市による補助金を控除した比率を、官公庁契約と公役務委託契約とを区別する基準（すなわち、受任者が総資産の三〇パーセントを自ら契約履行上の危険として負担していれば官公庁契約となるという基準）を適用して、本件契約が官公庁契約であるべきである可能性を示唆するにとどめた<sup>(41)</sup>。しかし、カサスは、補助金の性質を法に照らして考察し、本件契約は公役務委託契約であり、地方公共団体一般法典一四一一一条以下の規定に準拠して締結されるべきであったと結論づけている<sup>(42)</sup>。

### 第三節 F・デュー (F. Dieu) の見解

F・デューは、前述のアンジュービル市判決（アンジュービル市判決）が下され、かつ、アンジュービル市判決の論告（カサス論告）が公表されたことにより、契約前仮命令訴訟裁判官権限の拡張がなされたとの趣旨の論説を発表した<sup>(43)</sup>。デューは、自らの論説において、まず、アンジュービル市判決およびカサス論告を素材として、契約前仮命令訴訟裁判官の権限拡張がなされたことを立証し、次いで、アンジュービル市判決およびカサス論告を素材として、当該契約の法的性格付けをすることによって、当該契約締結手続にいかなる法が適用されるべきかを提示した。そこで、本稿では、デューの論説構成に準拠しつつ、それぞれの論点につき筆を進めたい。

デューは、契約前仮命令訴訟裁判官の権限拡張につき考察するにあたり、まず、契約前仮命令訴訟裁判官の権限につき行政裁判法典一五一一条に規定された権限を示し、次いで、アンジュービル市判決とカサス論告の内容について評価を下している。本稿でも、デューの論説に準拠しつつ筆を進めたい。デューは、契約前仮命令訴訟裁

判官の権限として、契約締結に際して公開義務および競争適用義務違反者に対する行為命令、最終的手段としての当該契約に関する決定の取消し、当該契約締結の差止め、当該契約条項の修正があり、それらの権限が「請求内容を越えて」<sup>(44)</sup> 契約前仮命令訴訟裁判官によってなされる予防的措置 (*matière de prévention*) を構成するものであると主張する。デューは、かかる原則に依拠しつつ、アンジュール市判決が、契約前仮命令訴訟裁判官が行使しうるすべての最終的手段を駆使して、行政に対して当該契約署名を延期するように命じたり、当該契約文書の作成のみならず代替的解決策の提示をなしうる権限にまで拡張したと、肯定的に評価する。<sup>(45)</sup> しかし、デューは、全面審判訴訟における裁判官が自らの職権にもとづいて紛争を解決することができる<sup>(46)</sup> と指摘しながらも、アンジュール市判決が行ったような、当該契約署名の延期を命じる行為命令、当該契約文書の作成のみならず代替的解決策の提示については、まったく本来的な意味での判決に依拠していないので、契約前仮命令訴訟裁判官の権限行使として適切ではないと解されていた時期があったことも付言した。<sup>(46)</sup> しかしながら、デューは、越権訴訟と差止めレフェレ (*référé suspension*) が行政契約の法的統制手段として契約前仮命令訴訟に代替する機能を果たしていないことを考慮すれば、アンジュール市判決が契約前仮命令訴訟における裁判官権限を拡張したことは、契約前仮命令訴訟の長所がさらに強化されていると理解できるので望ましいと結論づける。<sup>(47)</sup> デューは、契約前仮命令裁判官の権限拡張につき、カサス論告で提示された解決策を、「純粹に合目的な基準 (*critère purement finaliste*)」であると評価している。すなわち、デューは、カサス論告が、契約締結過程に関する法規範の遵守を担保するという「目的」に応じて、裁判官の権限の全部を行使して最善の解決策をなさしめる点において、合目的な解決策であると指摘している。<sup>(48)</sup> しかし、デューは、カサス論告が提示した解決策が、次に示す理由から望ましいものではないと結論づける。なぜなら、デューは、カサス論告でいう合目的な基準を適用すれば、契約前仮命令裁判官にとっては自ら

の権限の範囲が明確ではないために訴訟運用に支障をきたすからであり、原告にとっても契約前仮命令裁判官の権限が明確でないために訴えを提起する場合に不利益を被るからであると、理由を示す。

デューは、当該契約の法的性格付けについて、カサス論告に準拠して官公庁契約であるという可能性を示唆しつつも公役務委託契約であると結論づけるという方法を採用せず、アンジュービル市判決に準拠しつつ、当該契約が公役務委託契約に該当すると結論つけた。<sup>49</sup> すなわち、デューは、アンジュービル市判決に準拠しつつ、本件契約総額が「最低価格一〇六〇〇ユーロ（地方公共団体一般法典一四一一―一二条C号）」を超過しているか否かを検証し、本件契約の「家族を対象とした使用料」および「市、県の分担金、家族を対象とした給付基金」の総額が一〇六〇〇ユーロを超過していることを確認し、ゆえに、本条により規定された簡略化された手続きが公役務委託契約の締結に適用されることを確認した。<sup>50</sup>

### 第三章 契約前仮命令訴訟裁判官の権限拡張についての理論的検証

まず、契約前仮命令訴訟裁判官の権限拡張につき論じたい。アンジュービル市判決は、行政裁判法典一五五―一条を根拠として、契約前仮命令訴訟裁判官の権限として、行政に対する行為命令発令権限、契約締結差止権限、契約に関するすべての決定の履行差止権限、契約条項および約定の変更権限、契約締結差止権限があると指摘した上で、本件公役務委託契約を取り消した。<sup>51</sup> これに対して、カサス論告は、行政裁判法典一五五―一条を根拠としながらも、契約前仮命令訴訟が「請求内容を越えて」判決を下すべく全面審判訴訟に属する訴訟類型として創設された経緯に鑑みて、原告が、契約前仮命令訴訟裁判官に対して、一五五―一条に規定された契約前仮命令訴訟裁判官の権限に依じていかなる権限の行使を求めるのかを個別的に限定する必要はなく、ただ競争適用義務と公開義

務に関する規範の違反を差し止めるために、契約前仮命令訴訟裁判官が有する権限を行使するように請求すべきであると結論つけた<sup>(52)</sup>（これが、「合目的な基準」である）。しかし、デューは、アンジュビル市判決を支持しつつ、行政裁判法典し五五一―一条を根拠として、契約前仮命令訴訟裁判官の権限を列挙しているが、カサス論告が採用した解決策には与しなかった。<sup>(53)</sup> たしかに、カサス論告が採用したように、「合目的な基準」に準拠して、原告が契約前仮命令訴訟を提起する目的、すなわち、契約締結過程において競争適用義務と公開義務の遵守を担保するという目的に依じて、契約前仮命令訴訟裁判官の職権により、私人に対する権利救済手段が選択されることは望ましい。しかしながら、私見によれば、「合目的な基準」を採用することにより生じる弊害も看過しがたい。すなわち、デューは、かかる弊害として、契約前仮命令訴訟裁判官の権限範囲が不明確となることによって、一方では、契約前仮命令裁判官にとっては訴訟運用に支障をきたすことが危惧され、他方では、原告にとっても訴えを提起する場合に不利益を被ることが危惧されると、懸念を示す。<sup>(54)</sup> さらに、リシエールは、契約前仮命令訴訟においても、裁判官の権限を考慮すれば、「完全な裁判統制 (contrôle de pleine juridiction)」の実現が困難であると指摘する。<sup>(55)</sup> ゆえに、カサス論告の「合目的な基準」は、それ自体としては傾聴に値する見解ではあるが、前述の理由から、カサス論告に与することはできず、アンジュビル市判決およびデューの見解が採用した解決策を支持する。わが国において、契約前仮命令訴訟を導入するにあたっては、「合目的な基準」に準拠した立法論・解釈論よりも、裁判官の権限が明記された立法に準拠しつつ、原告が提起した訴えに応じた解決策を提示する方法こそが、わが国において親和的であろう。

次に、本件契約の法的性格につき論じたい。アンジュビル市判決は、本件契約が公役務委託契約であると断定して、地方公共団体一般法典し一四二―一二条C号に準拠した公開手続が適用されると判決を下した。<sup>(56)</sup> これに対



して、カサス論告は、まず官公庁契約と公役務委託契約とを区別する基準を適用して、本件契約が官公庁契約となりうる可能性を示唆したが、本件契約に係る収益と補助金の比率や両者の法的性格を勘案したうえで、本件契約が公役務委託契約であると認定し、地方公共団体一般法典14-1-11条以下の規定に準拠した公開手続が適用されるが、これと官公庁契約法典による公開手続を比較すると、官公庁契約法典による公開手続の方が公開性が高いと結論づける<sup>(57)</sup>。しかし、デューは、カサス論告が提示した解決策に与せず、アンジュール市判決が提示した解決策を支持した<sup>(58)</sup>。私見によれば、可能な限りにおいて、公開性を向上させ、かつ、競争活性化を促すべきであると考えるので、判例上確立された官公庁契約と公役務委託契約とを区別する基準を適用しつつ官公庁契約法典の適用可能性を示唆した、カサス論告を支持したい。

### 結びにかえて

私は、本稿において、わが国では、行政契約締結過程を法的に統制する行政訴訟類型が確立されていないこと、とりわけ、行政契約締結過程において仮の権利救済手段（行政への行為命令、契約締結に関する決定の履行差止め、契約締結差止めなど）を可能ならしめる訴訟類型が確立されていないことから、フランスの契約前仮命令訴訟に関する判例、論告、学説を素材として、かかる訴訟の導入を提案したい。そこで、行政契約締結過程における仮の権利救済手段に対する要請のみに基づいて、わが国の法制度とは全く異なる法制度を導入するのではなく、わが国の法制度と親和性をもたせつつ、実効性ある制度を構築すべきであると考ええる。その意味において、木村琢磨教授は、フランスにおける法制度改革につき、フランスでは自国の法理論に依存するばかりではなく、英米の法制度とさかんに比較・参照しつつ、現在においてはフランス的な法制度と英米的な法制度が融合する現象が生じているが、

フランスの実務は安易に外国法を取り入れるのではなく、既存の法理論との整合性を考慮しながら慎重に継受していると指摘している。<sup>(59)</sup> 私もかかる問題意識に基づいて、まず、わが国の当事者訴訟としての確認訴訟の活用論につき、検討を加える。当事者訴訟としての確認訴訟とは、「処分」に該当しない行政の行為を契機として紛争が生じた場合に、紛争解決のために有効・適切な法律関係・権利義務関係の確認を対象とする訴訟である。<sup>(60)</sup> 塩野宏教授は、当事者訴訟としての確認訴訟が、概念上は抗告訴訟とは関係がないが、差止訴訟との関係では密接な関連性を持つことがあると指摘した上で、将来なされる処分自身を直接差し止めるには、抗告訴訟としての差止訴訟によることとなるが、処分発動前の法律状態を確認して地位の保全を図ろうとすると確認訴訟を用いることになる<sup>(61)</sup>と結論づける。フランスの契約前仮命令訴訟と類似した訴訟制度をわが国に導入する上で、わが国における「処分」概念に該当しない行政契約を対象とし、かつ、処分発動前の法律状態を確認して地位の保全を図ろうとする確認訴訟の機能を、かかる訴訟の導入論の基盤とすることは有益であると思われる。さらに、塩野宏教授は、抗告訴訟としての差止訴訟と、当事者訴訟としての確認訴訟との関係を整理していないので、個別の紛争の合理的解決、権利利益の実効的救済の理念に基づいた両者の役割分担に関する判例法の形成が期待されると指摘される。<sup>(62)</sup> また、芝池義一教授は、「四条確認訴訟」(本稿でいう「当事者訴訟としての確認訴訟」)が行為を直接に争う訴訟ではなく、法律関係、権利義務関係に関する訴訟であるとした上で、行政立法や行政計画のように公権力性を伴わない行為類型になれば四条確認訴訟で争うことが困難であると結論づける。<sup>(63)</sup> そこで、芝池義一教授は、確認訴訟としては、四条確認訴訟の他、民事の確認訴訟もあれば法定外抗告訴訟としての確認訴訟も存在するとして、確認訴訟の多様性を指摘した上で、行政処分以外の公権力行使行為の違法確認訴訟としては、当事者訴訟の枠に拘泥されず、民事の確認訴訟ないし法定外抗告訴訟としての確認訴訟の活用を図るべきであろうと述べられる。<sup>(64)</sup> つまり、わが国においては、当事

者訴訟としての確認訴訟と民事訴訟との関係や、当事者訴訟としての確認訴訟と他の行政訴訟との関係について整理する必要がある。そこで、フランスでは、契約前仮命令訴訟と民事上の差止訴訟との競合が許容されているが、<sup>(66)</sup>契約前仮命令訴訟と越権訴訟との競合につき、越権訴訟が契約前仮命令訴訟より先に審理され既判力を有したときには競合が許容されないと、これらの競合関係を整理している。日仏間における裁判制度の差異や、契約前仮命令訴訟、越権訴訟、民事訴訟の性質などを考慮してもなお、わが国における確認訴訟と抗告訴訟の機能分担論にも示唆を与えるように思われる。契約前仮命令訴訟の導入論については、行政訴訟制度ならびに行政契約への立法的規制に関する詳細な比較法的研究が必要であるが、これについては今後の課題としたい。

(1) フランスの行政契約につき、滝沢正「フランス法における行政契約(1)」(5・完)——行政契約の標識を中心として——法協九五巻四号六一三頁以下、五号八八一頁以下、六号九五七頁以下、七号一一五三頁以下、九号(以上いずれも一九七八年)一四一三頁以下、巨理格「フランスのPFI的手法——『公役務の委任(Délégation de service public)』を素材に——」会計検査研究二五号(二〇〇二年)一一九頁以下がある。

(2) 二〇〇四年の行政事件訴訟法改正以降に発行された行政事件訴訟法の注釈書としては、宇賀克也『改正行政事件訴訟法【補訂版】』(青林書院、二〇〇六年)、行政事件訴訟法実務研究会編『行政訴訟の実務』(ぎょうせい、二〇〇七年)、小早川光郎・高橋滋編『詳解改正行政事件訴訟法』(第一法規、二〇〇四年)、園部逸夫・芝池義一編『改正行政事件訴訟法の理論と実務』(ぎょうせい、二〇〇六年)、橋本博之『解説改正行政事件訴訟法』(弘文堂、二〇〇四年)、山村恒年編『実践判例行政事件訴訟法』(三協法規出版、二〇〇八年)がある。

(3) 宇賀・前出注(2)一五頁～二九頁、行政事件訴訟法実務研究会・前出注(2)八頁～一五頁、小早川・高橋編・前出注(2)三頁～一二頁(小早川光郎筆)、園部・芝池編・前出注(2)二四頁～五二頁(山村陽典筆)、橋本・前出注(2)一七頁～二八頁、山村編・前出注(2)一七頁～三〇頁(山村恒年筆)。

(4) 宇賀克也『行政法概説Ⅱ』(有斐閣、二〇〇六年)一〇九頁。なお、稲葉馨・人見剛・村上裕章・前田雅子『行政法』

- (有斐閣、二〇〇七年) 二四〇頁～二四四頁(村上裕章筆)、小高剛「寺田友子」由喜門眞治「牛嶋仁」行政法総論(ぎょうせい、二〇〇六年) 二七五頁～二七七頁(小高剛筆)、椎名慎太郎「村上順」安達和志「交告高史」ホーンプック新行政法【改訂版】(北樹出版、二〇〇六年) 一八三頁・一八四頁(交告高史筆)、塩野宏「行政法Ⅱ【第四版】」(有斐閣、二〇〇五年) 一三七頁・一三八頁、櫻井敬子「橋本博之」現代行政法【第三版】(有斐閣、二〇〇六年) 二二四頁～二二七頁(橋本博之筆)、芝池義一「行政救済法講義【第三版】」(有斐閣、二〇〇六年) 二二頁～二四頁、高木光「常岡孝好」橋本博之「櫻井敬子」行政救済法(弘文堂、二〇〇七年) 二七七頁～二八〇頁、村上武則編「基本行政法【第三版】」(有信堂、二〇〇六年) 二九四頁～二九七頁(横山信二筆)も同趣旨。
- (5) フランス法につき、滝沢正「フランス法【第三版】」(三省堂、二〇〇八年)が、フランス行政法につき、J・リヴェロ著「兼子仁」磯部力「小早川光郎」編訳「フランス行政法」(東京大学出版会、一九八〇年)、P・ウエル「D・ブイヨ」著「兼子仁」滝沢正訳「フランス行政法——判例行政法のモデル——」(三省堂、二〇〇七年)がある。フランス行政訴訟制度につき、興津征雄「フランス行政訴訟における裁判所と行政府の役割分担の変化について」(一)～(二)・完——一九九五年改革の射程とその後の判例——」民商二三四卷三号三八七頁以下、四〇五号五六〇頁以下(以上いずれも二〇〇六年)、橋本博之「行政訴訟に関する外国法制調査——フランス(上)——(下)」ジュリスト一三三六号八五頁以下、一三三七号二二六頁以下(いずれも二〇〇三年)がある。
- (6) 兼子仁教授と滝沢正教授は、「règles précontractuels」に対して、「契約前審査」という訳語を充てる(P・ウエル「D・ブイヨ」著「兼子仁」滝沢正・前出注(5)五四頁)。そもそも、「règles」は、フランス新民事訴訟法典八〇八条、八〇九条一項・二項に規定され、わが国の民事保全法という「仮命令」に相当し、フランス法研究者から「レフェレ」と称されることも、「仮命令」という訳語を充てられることがある(フランス新民事訴訟法における仮命令については、本田耕一「レフェレの研究——フランスにおける仮処分命令の発令要件——」(中央経済社、一九九七年) 一頁～一八頁を参照)。本稿では、「レフェレ」というフランス語を用いるよりも邦語を充てるべきであると考えた。さらに、「契約前審査」という訳語であれば、行政契約に関する仮の救済手段としての性質が訳語の上から表れていないように考えたので、「契約前仮命令」という訳語が適切であるように思われる。しかし、他方では、「契約前審査」という訳語であれば、それが訴訟類型の一形態であることが訳語の上からも伺うことができるが、「契約前仮命令」という訳語であれば、それが

訴訟類型の一形態であることが訳語の上から伺うことができない。そこで、本稿では、行政契約に関する仮の救済手段としての性質を訳語の上からも明らかにし、かつ、それが訴訟類型の一形態であることも同時に明らかにするために、「契約前仮命令訴訟」という訳語を充てる。

(7) コンセイユ・デタでは、「*論告担当官 (commissaire du gouvernement 政府委員)*」は、各訴訟事案につき、もっぱら法的観点にのみ基づいて法に最も適合すると認める解決策を論告の中で提案する。ただし、コンセイユ・デタが論告を採用しない場合もある (J・リヴェロ＝兼子＝磯部＝小早川編訳・前出注(5)二〇八頁、二四四頁、二四五頁)。滝沢正教授は、「*續論的申立て*」(本稿での「*論告*」)が学説に類似した性質を有していると指摘する (滝沢・前出注(1)「(2)」八八九頁)。

(8) 巨理格教授は、「*公共契約 (本稿でいう官公庁契約)*」等の他の行政契約から公役務委任契約を識別する基準として、まず、事業者が取得する報酬・収益の取得態様に着目した基準 (「*収益源基準*」) が強調されたと述べる。次いで、巨理格教授は、リシエールが、*収益源基準*を批判して、公役務の「*委任*」と呼び得るものであるためには、「*受任者*」たる相手方に対し、当該公役務の管理における「*十分な自律性*」を認めるものでなければならぬとして、*経済単位*としての自律性に着眼した判別基準を構築したと述べる。そして、行政判例においては、修正・緩和された*収益源基準*が採用されているという。巨理格教授は、これによれば、当該報酬額の算定方法と公役務利用者に対するサービス給付の実績との間に何らかの連動性が認められるならば、当該行政契約が「*公役務の委任*」に該当することを認める方向へと、柔軟な考え方がなされるようになっていくと結論づける (巨理・前出注(1)二二四頁～二二六頁)。

(9) 滝沢・前出注(5)三三〇頁・三三二頁。

(10) 官公庁契約法典の改正 (二〇〇一年改正と二〇〇四年改正) の詳細については、木村琢磨「フランスにおける PFI 型行政の動向——公私協働契約を中心に——」*行政管理研究* 二〇号 (二〇〇五年) 五八頁～六〇頁。

(11) A. Menémis, “Code des marchés publics 2006: quelques points forts”, *AJDA*, 2006, p. 1734 et s. なお、A・メネニス (A. Menémis) は、コンセイユ・デタ、パリ第二大学客員教授である。

(12) フランスにおける行政訴訟類型の分類につき、J・リヴェロ＝兼子＝磯部＝小早川編訳・前出注(5)二二七頁～二三一頁、橋本博之『*行政訴訟改革*』(弘文堂、二〇〇一年) 六一頁～八三頁。なお、橋本博之教授は、ジュリスト掲載論文

- において、<sup>64</sup>「contentieux de pleine juridiction」に、「全面審判訴訟」ではなく、「完全裁判訴訟」という訳語を充てている（橋本・前出注(5)「(上)」八七頁）。しかし、本稿では、広く用いられている「全面審判訴訟」という訳語を採用する。
- (13) 橋本・前出注(5)「(上)」八七頁、橋本・前出注(12)六四頁・六七頁。
- (14) 橋本・前出注(12)六七頁・八七頁。
- (15) 橋本・前出注(12)八七頁。
- (16) 橋本・前出注(5)「(上)」八七頁、橋本・前出注(12)六四頁。
- (17) 橋本・前出注(5)「(上)」八七頁、J・リヴェロ＝兼子＝磯部＝小早川編訳・前出注(5)二二八頁。
- (18) 橋本・前出注(12)八七頁。
- (19) 興津・前出注(5)「(一)」三九四頁～四〇八頁、興津・前出注(5)「二・完」五九四頁～五九六頁。
- (20) L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, L. G. D. J., 5<sup>e</sup> éd., 2006, n° 241. なお、リシエールは、パリ第一大学教授である。
- (21) L. Richer, op. cit., n° 241.
- (22) L. Richer, op. cit., n° 244.
- (23) L. Richer, op. cit., n° 245.
- (24) L. Richer, op. cit., n° 246.
- (25) L. Richer, op. cit., n° 248.
- (26) L. Richer, op. cit., n° 249.
- (27) L. Richer, op. cit., n° 251.
- (28) L. Richer, op. cit., n° 252.
- (29) D. Chabanol, *Code de justice administrative, Le Monteur*, 3<sup>e</sup> éd., 2007, p. 545～p. 556. なお、シャバノルは、コンセイル・デタ部門長、前訴訟部長、Président de section au Conseil d'État, ancien président de la section du contentieuxである。

- (30) D. Chabanol, op. cit., p. 548—p. 550.
- (31) D. Chabanol, op. cit., p. 550.
- (32) CE, 20 octobre 2006, Commune d'Andeville, AJDA, p. 2343 et p. 2344.
- (33) CE, 20 octobre 2006, Commune d'Andeville, op. cit., p. 2343.
- (34) CE, 20 octobre 2006, Commune d'Andeville, op. cit., p. 2343.
- (35) CE, 20 octobre 2006, Commune d'Andeville, op. cit., p. 2344.
- (36) CE, 20 octobre 2006, Commune d'Andeville, op. cit., p. 2344.
- (37) D. Casas, concl. sur CE 20 octobre 2006, Commune d'Andeville, AJDA p. 2340—p. 2344.
- (38) D. Casas, concl. op. cit., p. 2341.
- (39) D. Casas, concl. op. cit., p. 2341.
- (40) D. Casas, concl. op. cit., p. 2341.
- (41) D. Casas, concl. op. cit., p. 2342.
- (42) D. Casas, concl. op. cit., p. 2343—p. 2344.
- (43) F. Dieu, 'L'irrésistible extension des pouvoirs du juge des référés précontractuels', AJDA, 2007, p. 782—p. 788. な  
お F. Dieu, 'L'irrésistible extension des pouvoirs du juge des référés précontractuels', AJDA, 2007, p. 782—p. 788. な  
お F. Dieu, 'L'irrésistible extension des pouvoirs du juge des référés précontractuels', AJDA, 2007, p. 782—p. 788. な
- (44) F. Dieu, op. cit., p. 783 et p. 784.
- (45) F. Dieu, op. cit., p. 784.
- (46) F. Dieu, op. cit., p. 785.
- (47) F. Dieu, op. cit., p. 785.
- (48) F. Dieu, op. cit., p. 785.
- (49) F. Dieu, op. cit., p. 785—p. 788.
- (50) F. Dieu, op. cit., p. 787.
- (51) CE, 20 octobre 2006, Commune d'Andeville, op. cit., p. 2344.

- (52) D. Casas, concl. op. cit., p. 2341.
- (53) F. Dieu, op. cit., p. 785.
- (54) F. Dieu, op. cit., p. 785.
- (55) L. Richer, op. cit., n° 252.
- (56) CE, 20 octobre 2006, Commune d'Andeville, op. cit., p. 2344.
- (57) D. Casas, concl. op. cit., p. 2343—p. 2344.
- (58) F. Dieu, op. cit., p. 787.
- (59) 木村琢磨『ガバナンスの法理論——行政・財政をめぐる古典と現代の接合——』（勁草書房、二〇〇八年）二二六頁・二二七頁（注三四）。
- (60) 高木＝常岡＝橋本＝櫻井＝前出注（4）二七八頁・二七九頁。
- (61) 塩野＝前出注（4）二三八頁。
- (62) 塩野＝前出注（4）二三八頁。
- (63) 芝池＝前出注（4）一六九頁。
- (64) 芝池＝前出注（4）一七〇頁。
- (65) D. Chabanol, op. cit., p. 550.
- (66) D. Chabanol, op. cit., p. 548—p. 550.

〔付記〕

村上武則教授退職記念号に論稿を載せる機会を得たことを心より感謝を申し上げます。二〇〇七年度関西行政法研究会十一月例会（十一月一日、於大阪学院大学）において、本稿の一部を報告する機会を得た。筆者の報告に対し、会員の諸先生から貴重な御指導・御教示を賜った。この場を借りて厚く御礼申し上げます。