The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	フランスにおける官公庁契約の行政化
Author(s)	國井, 義郎
Citation	阪大法学. 2004, 53(5), p. 67-87
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55263
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

フランスにおける官公庁契約の行政化

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と官公庁契約
第二章　官公庁契約の行政化
第三章　理論的分析
結びにかえて

はじめに

行政主体が行政目的達成の手段として私人と締結する契約、いわゆる行政契約は多種多様であり、(1) 民法上の契約類型を採る場合でも、民法上の規範のみでは処理しきれず、行政法上の要請に基づく独自性・自律性を見せることがある。しかし、わが国において、どのような場合にいかように処理すべきであるかにつき、行政法上の一般的な理論が確立していないようにみえる。(2) これに対して、フランスにおいては、行政主体が私人と締結する契約のうち、公益優先主義の観点から行政主体に一方的変更権を付与する等の法効果を有する行政契約（contrats administratifs）(3) が認められ、その基準と固有の法効果が確立されている。このようなフランスの行政契約とその

理論は、契約的な手法を採用する行政が幅広く存在し、その領域が拡大するところから、わが国の理論展開にも有益な示唆を与えるに違いない。[4]

こうした観点から、私はフランスにおける行政契約を取り上げ、これと官公庁契約（marchés publics）[5]との関係を検証した。[6]以下は、前稿の検討を踏まえ、その延長線上で、官公庁契約法典（Code des marchés publics）[7]に従った契約を行政契約とする最近の立法と理論動向すなわち「官公庁契約の行政化（« l'administrativisation» des marchés publics）[8]」に検討を加えるものである。前稿では、フランスにおける行政契約の基準である法外条項と法外制度（後述）への分析が必要であり、とりわけ、官公庁契約法典に準拠した契約に対して法外制度概念を拡張して適用する見解につき、その特徴と問題点を検討した。そして近年、この行政契約と官公庁契約との関係をめぐり、伝統的な理論とは対照的な立法政策が採用されることとなり、その理論に一石が投ぜられた。その契機は二つで、第一は、EU法の原則である「法的安定性（principe de sécurité juridique）[9]」、「裁判を受ける権利」の確保、「正義に基づく健全な行政を受ける権利」を実現する必要で、第二は、行政契約をめぐる訴訟の裁判管轄を簡素化する必要である。

この「官公庁契約の行政化」への接近により、一方では、前掲のEU法上の原則を国内実施するための立法であるMURCEF（「ミュルシェフ」）法（loi MURCEF ; loi du 11 décembre 2001, portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier「経済・財政的改革緊急措置法」）[10]が有する問題点を検証し、他方では、フランスにおける行政契約理論とMURCEF法との緊張関係に接近することによって、行政契約理論と行政訴訟制度を一般国民にとって利用しやすい優れた制度として再構築する上での示唆を得ることができよう。近年、わが国における行政訴訟制度改革は、「法の支配」を実現し、「裁判を受ける権利」、適正な行政を受ける権利を保

障することを目標としている。わが国とフランスとの差異に留意しつつ、フランスにおける動向を比較法的に研究することは有益であろう。

こうした観点から、以下では、まず、フランスにおける行政契約概念と官公庁契約概念とを一瞥し、次いで、近年の問題である「官公庁契約の行政化」を考察し、さらに、行政契約に関する伝統的な理論と「官公庁契約の行政化」との相克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と官公庁契約

第一節 フランスにおける行政契約の基準

さて、フランスにおける行政契約には、法律が行政裁判所管轄に属することを明記する「法定の行政契約（contrats administratifs par détermination de la loi）」のほかに、判例上確立された行政契約の基準を充たすことにより行政契約と認められる「性質による行政契約（contrats administratifs par nature）」とがある。この「性質による行政契約」の基準は、簡略に説明すると、（一）契約当事者の少なくとも一方が公法上の法人であり、かつ、（二）契約が「公役務の執行自体（l'exécution même du service publics）」を目的とするか、（三）契約に普通法外条項（clause exorbitante du droit commun：以下、本稿では「法外条項」と略す）[11]を含むことである。この（二）と（三）の条件は選択的である。[12]

法外条項とは、どのような条項であるか。リヴェロ（J. Rivero）は、「民法から逸脱する条項を契約に加えることによって、その契約は行政契約となる」と断じ、この条項こそが法外条項であるが、法外条項に一義的かつ明確な定義を付与することは困難であるとする。そして、行政は契約を締結する際に条件明細書（cahier des charges）[13]

や契約定型（type de contrat）に準拠することがあるが、判例によれば、それらの文書に法外条項が含まれていれば、その契約は行政契約となる、とする見解が多い。[14] 他方、一九七三年にサン川判決が、この概念を拡張し、契約条項としての形で個別的な法外条項が含まれていなくとも、私法とは異なる性格を呈する法令に準拠して、契約が全体として普通法外制度（régime exorbitant du droit commun：以下、本稿では「法外制度」[15]と略す）に服しているという事実によって、その契約は行政契約となると判示した。ただし、このサン川判決は、その射程を明確に示さなかった。[16] しかし、その後、官公庁契約法典に準拠して締結された契約につき、サン川判決で登場した法外制度概念を適用する見解も登場するようになった。

第二節　官公庁契約法典に準拠した契約と行政契約

一、官公庁契約概念

官公庁契約の定義は、官公庁契約法典によって規定されているが、同法典は、二〇〇一年に改正された。そこでまずは、改正前の定義と改正後のそれを見ておこう。改正前の官公庁契約法典一条は、「官公庁契約は、現行の法典によって規定された条件で、土木、納品、役務の履行を目的として、公法人によって締結された契約である」と規定していた。かかる定義につき、リシェール（L. Richer）は、それが曖昧かつ不完全であり、しかも官公庁契約を対象としたEU指令（directives sur les marchés publics）における定義と一致しないとの問題点を指摘した。[17] 改正後の官公庁契約法典一条は、「官公庁契約は、土木、納品、役務に関して公法上の法人（personnes morales de droit public）の需要を充足するために、二条で規定された公法上の法人によって公法人ないし私法人との間で有償で締結された契約である」と規定しており、この定義につき、リシェールは、官公庁契約を対象としたEU指令における定義と類似していると指摘し、かつ、かかる指令で提示されている定義に接近してゆくべきであると述べ

ている。[18]

さて、官公庁契約には、「公開と競争」に沿った入札手続が適用される。入札につき、「厳格入札制度（adjudication）」と「裁量的入札制度（appel d'offres）」とに二分されるが、いずれの場合であっても事前の公告に基づき競争入札が実施される。[19] また、リシェールは、MURCEF法が原則として、契約目的や契約条項の如何に拘わらず、官公庁契約を行政契約として性格づけているので、官公庁契約は行政契約に適用される一般的規範に服すると、指摘する。[20]

二、官公庁契約法典に準拠した契約と行政契約との関係

では、官公庁契約法典に準拠[21]した契約は、官公庁契約法典に準拠しているという事実のみによって必然的に行政契約としての性質が付与されるべきであろうか。この問題につき契約が官公庁契約法典に準拠していれば、その準拠しているという事実のみで、当該契約を行政契約とされる少数説と、官公庁契約概念を行政契約概念に直結することを拒み、官公庁契約法典に準拠した契約が行政契約となるためには、判例上確立された行政契約の基準を充たさねばならないという多数説とに見解が分かれている。[22] 少数説にはドラゴ説（R. Drago）があり、多数説にはリシェール説などが属し、判例もまた多数説を採用している。[23] さらに、一九九九年には、官公庁契約法典に準拠した契約につき、従来の判例・多数説とは異なる解決策を提案する論告（conclusions）が登場した。まず、サヴォワ論告（トゥボル・フィシェ弁護士判決：コンセイユ・デタ一九九九年四月九日判決）は、従前の学説の分類を前提に、「普通法外条項を含んでいなくとも、ある立法もしくは行政立法に基づいて締結された契約であり、特殊性があり、公法人に固有であり、かつ全体として普通法とは異なる契約」が行政契約として性格づけられるとし、少数説を採用した。[24] シュワルツ論告（ソブ市判決：権限裁判所一九九九年七月五日判決）は、従前の学説の分類を前提とした

うえで、多数説に立脚しつつ、官公庁契約法典のなかに法外条項と同一視できる規定が含まれているか否かを、個々具体的に検証する。この検証の結果、彼は、法外条項と同一視できる規定として官公庁契約法典の第二章と第三章の諸規定を例示したうえで、同法典の第二章と第三章に準拠していれば、法外条項と同一視できる規定を適用していることから、かかる契約は行政契約となると結論づけ、少数説と多数説の折衷的見解を示した。[25]

三、レノー＝フォンベール、デュグリによる検証

これらの論告や判例および学説につき、レノー＝フォンベール（F. Raynaud et P. Fombeur）[26]とデュグリ（O. Dugrip）[27]が次のような興味深い理論的分析を試みている。まず、デュグリは、多数説（判例および学説の多数）、少数説（サヴォワ論告）、折衷説（シュワルツ論告）と分類する。[28]そして、権限裁判所（Tribunal des conflits）が、二件の判決[29]をもって、官公庁契約法典に準拠した契約であっても、行政契約の基準を充たさない限り、当該契約を行政契約とはなしえないとする多数説に立つことを明らかにした。判例・多数説によれば、官公庁契約は場合により、行政契約ともなり、私法上の契約ともなりうる。こうしたところから、レノー＝フォンベールとデュグリによれば、この多数説は、官公庁契約法典に準拠した契約につき、行政に対して、法外条項と同一視できる条項を挿入するか否かを自由に選択せしめることにより、行政契約として契約締結するか私法上の契約として契約締結するかを選択することを認めたが、これこそが「契約の自由（liberté contractuelle）」である。[30]このことから、彼らは次の二点を指摘する。第一に、行政契約の基準を充たさずに私法上の契約となった場合であっても、官公庁契約法典の適用領域から除外されない。第二に、官公庁契約をめぐる裁判管轄については、行政契約の基準である法外条項概念に明白かつ一義的な定義を付与することが困難であることから、行政裁判所、司法裁判所、権限裁判所の相互の間で、また、それぞれの裁判所系統の内部において、法外条項概念の解釈につき統一がはかられるように配慮す

べき必要性が帰結される。[31]

第二章　官公庁契約の行政化

第一節　MURCEF法制定の背景と意義

本論に入る前にまず問題の背景を述べておきたい。すなわち、第一章にて論じたように、フランスにおいては、行政が締結する契約のうち、法定の行政契約のみならず、判例によって確立された一定の基準を充たした契約を行政契約として区別し、かつ、かかる行政契約に固有の法効果を付与している。また、行政が締結する契約につき、「公役務の特許」などのように公開性・競争性の確保と交渉可能性の留保を併存する契約もあるが、行政は、公開制の確保と競争入札手続の適用を原則としている官公庁契約法典に準拠して契約を締結することが多い。[32] 行政契約と性格づけられた契約に行政契約に固有の法効果を付与するフランスにおいては、官公庁契約法典に準拠した契約が、同法典に準拠しているのみで行政契約となりうるか否かという問題について、長らく論じられていた。判例・多数説は、同法典に準拠した契約であっても、判例法上の一定の基準を充たさねば行政契約とはなりえないとの姿勢を貫いてきた。つまり、従来の判例・多数説では、官公庁契約法典に準拠して締結された契約であっても、行政が、行政契約としてではなく私法上の契約として契約を締結することを望むときには、契約締結目的を公役務と関連づけないか、もしくは、法外条項を契約に挿入しないことによって（換言すれば行政契約の基準を充たさないことによって）、当該契約を私法上の契約とすることができたのである。

しかしながら、後に詳述するように、判例・多数説に従えば、次のような問題が生じる。行政契約の基準である法外条項概念に対して一義的で明白な定義を付与することの困難性に加えて、係属する裁判所系統が一定しないた

め、行政裁判所系統、司法裁判所系統、権限裁判所の相互間ないしその内部において法外条項概念に対する解釈が相違することが危惧される。そもそも、契約相手方たる私人にとっては、係属する裁判所系統を知ることが困難であるため、権利救済の観点から問題があろう。そして、かかる弊害は、官公庁契約の締結に関して適法性統制の担保をはかるべき要請はもとより、特定の状況に対する法の適用は予測可能でなければならないという「法的安定性の原則（principe de sécurité juridique）」ならびに裁判を受ける権利が確保されねばならない、とのＥＵ法上の要請に照らしても、重大で看過しがたい問題である。

そこで、官公庁契約の締結について適法性統制を担保するため、また、ＥＵ法上の原則である「法的安定性の原則」ならびに「裁判を受ける権利」を担保するために、公的発注（commande publique）などの統制を対象として、ＭＵＲＣＥＦ法が制定された。ＭＵＲＣＥＦ法は、公的発注の改革や、銀行と顧客との関係の改善なども目的としている。ＭＵＲＣＥＦ法二条は、官公庁契約概念と行政契約概念とを同一視することにより、官公庁契約に関する裁判管轄を行政裁判所に付与しているが、これを「官公庁契約の行政化」と称している。ＭＵＲＣＥＦ法は、二条で「官公庁契約法典の適用によって締結された契約は、行政契約としての性質を有する」と規定することによって、官公庁契約概念と行政契約概念とを一体化した。ＭＵＲＣＥＦ法は、官公庁契約への適法性統制をはかり（適法性統制を回避する戦略を封じ込め）、かつ、ＥＵ法の原則である「法的安定性の原則」を担保するために、官公庁契約を対象とする訴訟管轄を行政裁判所系統に委ねた。このＭＵＲＣＥＦ法二条については、従来の判例・多数説とは異なる解決策を提示していることから、まず、二〇〇一年には、モデルヌ教授（F. Moderne）によって検証がなされ、続いて、クラモー給費研究員（G. Clamour）[33]によって詳細な検証がなされている。以下で、これらの検証を取り上げる。

第二節　モデルヌによる検証

モデルヌは、以下の如く、MURCEF法二条の問題点を指摘している。まず、MURCEF法二条が、官公庁契約法典の適用により締結された契約は行政契約としての性質を有すると規定していることに着目し、この規定によって、土木、納品、役務を目的として公法人によって締結された契約を、行政裁判所管轄に服せしめたと指摘する。そして、このことは、官公庁契約法典に準拠して締結された契約について、判例によって確立された行政契約の基準に照らして、その基準を充たしている契約に行政契約としての法効果を付与するという、従来の判例の傾向および多数説とは異なる解決策であると断ずる。彼は、「適法性統制の回避戦略（stratégies d'évitement du contrôle de légalité）」に反対するために、立法者が従来の判例・多数説とは異なる立法政策を採用するに至ったことを認める。[34] しかし、彼は、判例・多数説が、官公庁契約の裁判管轄に関する問題につき、立法により裁判管轄を決定されることに反対してきたことを、指摘し、次の二つの理由から判例・多数説に賛同する。第一に、官公庁契約であっても私法上の契約と同様の条件で締結される契約があり、かかる契約を行政契約と性格づけるのは適切ではない。第二に、たとえ行政契約の基準を充たさず私法上の契約であると性格づけられた場合であっても、　官公庁契約に関する分離しうる行為に対しては越権訴訟の対象となり、行政裁判所の管轄に属している。[35]

第三節　クラモー給付研究員による検証

クラモーは、MURCEF法の立法目的を評価したうえで、MURCEF法二条と「官公庁契約の行政化」を検証しているので、本稿もその手順に従う。すなわち、第一に、本稿はMURCEF法の立法目的から入るが、まず「適法性統制の回避戦略」につき検証し、次に「法的安定性の原則」を検討するという手順で論を進める。第二に、MURCEF法二条と「官公庁契約の行政化」についての理論的分析を取り上げ、まず、「適法性統制の回避戦略」

が従来の多数説・判例によってもたらされたことから、MURCEF法二条と多数説・判例の間には相克があるとの問題意識に基づき、多数説の短所である「法的不安定性（insécurité juridique）」の根元を探り、それが法外条項概念の曖昧さにある旨を論証し、また、多数説の長所である「契約の自由」についても言及し、MURCEF法二条と多数説・判例との相克につき結論を提示する。そして、最後に、官公庁契約が行政契約としての性質を有することが許容されるのか否かを知るために、法定の行政契約との関係についても分析する。

一、MURCEF法の立法目的への評価

クラモーは、適法性統制の回避戦略につき以下のように述べる。すなわち、従来の判例・多数説によれば、官公庁契約法典に準拠した契約であっても、それだけでは必然的に行政契約となるのではなく、行政契約の基準に照らして、当該契約が行政契約であるか否かを決定してきた。つまり、当該契約に法外条項が含まれているか、当該契約が「公役務の執行それ自体」を目的としているかを問題としてきた。行政は、一方では、法外条項を挿入することによって行政契約として契約を締結することができるし、他方では、法外条項を挿入しないことによって私法上の契約として契約を締結することができた（「契約の自由」）。そこで、彼によれば、行政が、適法性統制を回避することを目的として、契約に法外条項を挿入しない傾向（「適法性統制の回避戦略」）がみられるようになった。その結果、官公庁契約法典に準拠した契約であるとはいえ、その裁判管轄がどちらに属するかについては不確実となり、かかる状況は、適用すべき法が明白ではなく、かつ、行政裁判所と司法裁判所との間における裁判管轄が不確実であることから、EU法の「法的安定性の原則」の観点から問題を孕んでおり、「裁判を受ける権利」を容易に行使することを妨げているので、「法的安定性の原則」を担保する立法政策が望まれるに至った。[36]

二、MURCEF法二条と「官公庁契約の行政化」

まず、クラモーは、「適法性統制の回避戦略」があるという主張に対し、私法上の「契約の自由」の原則が妥当する領域、すなわち司法裁判所の管轄に属する私管理（gestion privée）の領域では適法性統制が適していないということを軽視していると指摘する。[37] そして、彼は、従来の判例・多数説による解決策は、「法的安定性」、裁判を受ける権利などの観点から問題があることを認め、ここで、再び従来の判例・多数説における「法的不安定性」について検討をする必要があると問題提起する。[38] 次に、彼は、「法的不安定性」の根元には、法外条項概念の不確実性があると指摘し、それが、法外条項についての一義的な定義が存在せず、かつ、判例による解決策がときとして予測しがたい原因であると指摘する。彼は、ヴデル（G. Vedel）の所論を引用しつつ、その理由として、当該条項の法外的な性格についての評価が主観的なものであり、かつ、私法それ自体の進化に応じて法外的であるか否かを見極める基準も変化するから、法外条項概念が不確実なものとならざるを得ないと結論づける。[39] 彼は、「契約の自由」について、ロバデール（A. de Laubadère）の所論を引用しつつ、一方では、法外条項が当該契約に挿入されている事実によって、私人をして私法上の契約ではなく行政契約を締結せしめる意思の表明であると指摘し、他方では、公法人が有する「契約の自由」が、活動の手段を一般利益に適合したものとして決定することによって、行政の権能を表明したものであると指摘する。[40]

さらに、クラモーは、「法定の行政契約」の如く、法律により裁判管轄が定められている行政契約は、行政契約においては例外的であると指摘する。そして、彼は、ワリーヌ（M. Waline）の所論を引用しつつ、行政裁判所に係属した訴訟であっても、行政法の他に、私法が適用されることもありうるだろうと指摘している。彼は、一方では、MURCEF法が施行された後であっても、裁判官は、官公庁契約に対して、官公庁契約法典のみならず、競争に関する法、消費者法をも適用することがあるだろうと指摘する。他方では、行政契約に関する一般理論によっ

て官公庁契約が規律されるだろう。彼は、このような解決策が、MURCEF法二条による行政契約概念の官公庁契約への拡張には適合できないと結論づける。(41)

第三章　理論的分析

まず、「適法性統制の回避戦略」と「法的安定性」について論じたい。本稿第二章第三節の一「MURCEF法の立法目的への評価」で言及したように、従来の判例・多数説では、官公庁契約概念と行政契約概念とが同一視されていないため、官公庁契約法典に準拠した契約に関する訴訟の管轄が必ずしも明確ではない。このため、私人は管轄ある裁判所の選択に苦慮し、また、管轄外の裁判所に訴訟を提起して、適切な救済を受けられない虞がある。しかしながら、越権訴訟は、MURCEF法が制定される以前から、適法性統制に頻繁に用いられており、官公庁契約法典に規定された手続を担保するうえで重要な役割を果たしている。(42) そこで、「適法性統制の回避戦略」に対処し「法的安定性」を担保することは妥当であるとしても、そのことのみによって、従来の判例・多数説とは著しく異なる法政策を採用することが妥当であるかについては疑問が残る。むしろ、現行の救済制度を根本的に改正する前に、「適法性統制の回避戦略」の根元となっている法外条項概念の曖昧さについて考察すべきであるという、モデルヌとクラモーの指摘は正に傾聴に値する。

次に、法外条項概念の曖昧さと「契約の自由」についてはどうか。本稿第一章で述べたように、私法上の契約とは異なる行政契約の基準を抽出するのは困難であり、(43) 学説上も様々な見解が林立している。(44) 法外条項概念それ自体が多義的であることに加えて、裁判所系統によってのみならず、同一の裁判所系統の内部においても、法外条項概念について異なる解釈をすることがありうるので、法外条項概念に単一の定義を付与することは困難である。(45) この

点に関しては、モデルヌとクラモーの分析は是認しうる。「契約の自由」の見地から、行政は、官公庁契約法典に準拠して契約を締結したときであっても、行政契約として契約締結するか、私法上の契約として契約締結するかを選択することができた。私見によれば、「契約の自由」によって、契約の法効果につき、行政契約としての法効果と私法上の契約としての法効果とを自由に選択できる点は、重要なメリットというべきである。

最後に、クラモーが指摘するように、法定の行政契約は、法律の定める若干の契約しか認められておらず、行政裁判所管轄である旨が法律によって定められている。MURCEF法二条では、官公庁契約概念と行政契約概念とが同一視された結果、かつての判例・多数説のように、「私法に属する官公庁契約」の存在を認めないものとなっている。このような解決策は、たしかに裁判管轄の混乱を防ぐうえでは有効であろうが、官公庁契約に準拠した契約であっても私法上の契約となりうる余地を残し、弾力的で柔軟な処理を許す判例・多数説のメリットを一掃してしまったことは、はたして妥当であるといえるだろうか。この点についても疑問が残る。

結びにかえて

私は前稿において、フランスの行政契約理論を導入するにあたって、立法論的導入よりも、解釈論的導入によって、フランスの行政契約法規範の内容を契約条項のかたちで再現させ、それによってフランスの行政契約法規範と類似した効果を導き出すことを模索した。[46] ところで、前稿公表時点での法的な状況と、その後本稿までの法的な状況とを比較すると、両者の間には大いなる変化が認められる。それは、MURCEF法二条によって、官公庁契約概念と行政契約概念とが同一視されることによって、これまでの判例・多数説で認められてきた「契約の自由」と「私法上の官公庁契約」とが否定されたことである。[47] 私見によれば、本来、契約は、契約締結者の自由な意思に基

づいて締結されるべきであるし、様々な法規範に服する契約が存在しても良いはずである。「適法性統制の回避戦略」を阻止し、「法的安定性」を担保するために、MURCEF法二条によって、「契約の自由」と「私法上の官公庁契約」が否定されたことが、果たして新たな制度設計として妥当であるかについては、疑問が残る。

さて、この「官公庁契約の行政化」というテーマはわが国の行政契約や行政法理論にいかなる示唆を与えるだろうか。まず、フランスでは、EU法の諸原則を担保するために官公庁契約概念と行政契約概念とを同一視し、その裁判管轄を簡素化させたが、裁判制度と行政契約理論から問題が残されている。近年、わが国においても、WTOの動向は無視できない。[48] 勿論、EU法とフランス法との関係は、WTOの政府調達規定とわが国の法との関係とは同列に論じることができないが、一定の範囲内では類似した問題が存在するに違いない。フランスの「官公庁契約の行政化」に関する議論は、わが国には行政裁判所が存在しないので、裁判管轄の簡素化に関する問題を考慮せずとも、行政契約を私法上の契約とは異なる法効果を有する契約として確立させ、かつ、適法性統制を担保するうえで利用しやすい行政訴訟制度を構築するために大いに参考になる。

しかし、わが国とフランスとの間には、行政契約と行政訴訟制度について看過しがたい差異がある。まず、わが国においては、行政契約の法効果を私法上のそれと異なるものとして一般化抽象化されたかたちで、行政契約の基準を充たした契約に全面的に適用することがない。[49] また、わが国では、一方では行政優位の発想があり、他方では民事法的な発想で制度設計や運営をするので、必ずしも利用しやすい制度として設計・運用されているとは言い難い。[50] ところが、フランスでは、行政裁判所と司法裁判所の存在を前提としつつ、越権訴訟と完全裁判訴訟などに分類し、適法性統制の手段として越権訴訟を発展させてきた。[51] 行政訴訟制度を比較しても、フランスとは事情が異なっている。現在、わが国の行政訴訟制度改革も、「法の支配」を実現し、「裁判を受ける権利」、適正な行政を受け

る権利を保障することを目標としており、その動向が注目される。

この「官公庁契約の行政化」というテーマは、行政契約と行政訴訟制度に関する日仏間の差異を勘案しつつ考察することにより、わが国においても、行政契約の契約締結手続とその適法性統制を担保する行政訴訟制度を構築するうえで示唆を与え、フランスにおける行政契約理論を研究することにより私法上の契約とは異なる法制度を構築するうえでも示唆を与えるだろう。いかなる示唆が得られるのかについては、後の研究課題としたい。

（1）塩野宏『行政法Ⅰ　第三版』（有斐閣、二〇〇三年）一六六頁以下、原田尚彦『行政法要論　全訂第四版』（学陽書房、一九九八年）一九四頁以下、南博方『行政法　第四版』（有斐閣、二〇〇三年）一二二頁以下を参照。わが国おいて、講学上は行政契約という範疇が定着しているし、また実際上も、特にいわゆる給付行政の拡大などに伴って、行政の手段ないし行政手法としての行政契約つまり契約形式による行政活動が多くなり、これに伴って行政契約という行政手法が採られる領域などが次第に拡大している。また、行政契約の有用性も指摘されている。しかし、わが国において、このように行政契約という概念を積極的に肯定し、その有用性を評価する見解にあっても、子細に検討してみると、行政契約の要件や効果が必ずしも明確ではなく、曖昧なところが多いとの印象を否みがたい。

（2）塩野・前出注（1）一六七頁を参照。

（3）フランスにおける行政契約に関する研究としては、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―」法学協会雑誌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、七号一一五二頁以下、九号（以上いずれも一九七八年）一四一三頁以下、三好充『フランス行政契約論』（成文堂、一九九五年）がある。また、官公庁契約については、亘理格「フランスのＰＦＩ的手法―『公役務の委任』（Délégation de service publics）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。フランス行政法に関する基本的な邦語訳の体系書としては、Ｊ・リヴェロ著　兼子仁ほか編訳『フランス行政法』（東京大学出版会、一九八二年）がある。

（4）塩野・前出注（1）一六八頁の注（1）を参照。塩野教授は、「外国法研究を通じて、その成果をわが国に導入ない

し参考に供するという試みはなされている」と指摘し、その一例として、フランスにおける行政契約を研究した滝沢正教授の成果（前注（3）を参照）が紹介されている。

（5）marchés publics の訳語として、滝沢教授は「官公庁契約」を、兼子教授らは「公契約」を、亘理教授は「公共契約」を充てる。本稿では、以下の理由から、「官公庁契約」を採用する。なぜなら、第一に、「公的契約」ないし「公共契約」という訳語では、ドイツの公法契約と混同するおそれがあるからである（滝沢・前出注（3）「（1）」六二四頁以下、J・リヴェロ著・兼子仁ほか編訳・前出注（3）一二九頁、亘理・前出注（3）一二一頁を参照）。

（6）拙稿「フランスにおける行政契約と官公庁契約―法外制度を中心として―」阪大法学五二巻二号（二〇〇二年）三〇一頁以下を参照。なお、拙稿は、私法上の契約と異なる法効果を付与する方向で行政契約を探求する研究の一例として、一橋大学の中田裕康教授により引用されている（中田裕康「公益法人制度の問題の構造」ＮＢＬ七六七号（二〇〇三年）二二頁注四二を参照）。

（7）marchés publics に「官公庁契約」という訳語を充てたので、本稿注（5）で述べた理由と同じ理由により、Code des marchés publics の訳語として「官公庁契約法典」を採用する。

（8）「官公庁契約の行政化（« l'administrativisation» des marchés publics）」という用語は、モデルヌ教授（F. Moderne）が、ＭＵＲＣＥＦ法二条に関する自らの論説（後注（34）を参照）で使用した用語であり、その後の論説でも使用されている。

（9）「法的安定性の原則」とは、特定の状況に対する法の適用は予測可能でなければならないという原則である（デイヴィッド・エドワード＝ロバート・レイン著　庄司克宏訳『ＥＵ法の手引き』（国際書院、一九九八年）八〇頁以下を参照）。

（10）ＭＵＲＣＥＦ法（loi MURCEF ; loi du 11 décembre 2001, portant Mesures Urgentes de Réformes à Caracère Économique et Financier「経済・財政的改革緊急措置法」）の「ＭＵＲＣＥＦ」は、カッコ内の原語（なお本注の括弧内の原語は略語のイメージを把握しやすいように筆者が各々の頭文字を大文字化した）を見れば分かるように、それぞれの仏語単語の頭文字を並べた略語（ＭＵＲＣＥＦ）を「ミュルシェフ」と発音する。正式名称が長いため、フランスにおいては「loi MURCEF（ＭＵＲＣＥＦ法）」と称することが多いので、本稿もそれに倣いたい。

(11) 「普通法外条項（clause exorbitante du droit commun）」は、フランスにおける論説などでも、「法外条項（clause exorbitante）」と省略されることが多く、また、両者の概念に相違がないので、わが国の論説においても「法外条項」と省略されることが多い。本稿もそれに倣い「法外条項」とする。

(12) L. Richer, Droit des contrats administratifs, LGDJ, 3e éd., 2002, nos 108 et s.

(13) 「条件明細書（cahier des charges）」とは、フランスにおける行政法上の約款であり、その訳語として、滝沢教授は「負担書」を充て、兼子教授らは「条件明細書」を充てているが、本稿では「条件明細書」を採用する（滝沢・前出注（3）「（1）」六三八頁注五二、J・リヴェロ著・兼子ほか編訳・前出注（3）二七一頁を参照）。

(14) A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, Traité des contrats administratifs, LGDJ, 1983, tomê I, nos 160 et s. ; J. Rivero et J. Waline, Droit administratif, Dalloz, 17e éd. 1998, no 111. L. Richer, op. cit., note(12), nos 110 et s.

(15) 「普通法外制度（régime exorbitant du droit commun）」は、フランスにおける論説などでも、「法外制度（régime exorbitant）」と省略されることが多い。本稿もそれに倣い「法外制度」とする。

(16) M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 13e éd., 2001, obs. no 27. なお、サン川判決（CE Sect. 19 janv. 1973, Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant, Rec. 48 ; CJEG 1973. 239, concl. Rougevin-Baville, note Carron ; AJDA 1973. 358, chron. Léger et Boyon ; JCP 1974. II. 17629, note Pellet ; Rev. adm. 1973. 633, note Amselek）と法外制度については、三好・前出注（3）三七頁以下をも参照。

(17) L. Richer, op. cit. note(12), nos 499 et s.

(18) L. Richer, op. cit. note(12), no 500.

(19) 亘理・前出注（3）一一九頁以下を参照。亘理教授は、「公役務の委任」の性質につき「公共契約（marchés publics に対する亘理教授の訳語）」と比較しながら論じている。まず、「公共契約」の契約締結手続について、「公開と競争」に沿った入札制度が適用され、「厳格入札制度（adjudication）」にせよ、「裁量的入札制度（appel d'offres）」にせよ、事前の公告により競争入札が実施される。落札者決定の方式について、「厳格入札制度」の場合では、最低額の見積もりを申し出た者が落札することが法律上義務づけられており、他方、「裁量的入札制度」の場合では、事業者の質の確保

のため、価格以外の諸条件をも勘案した上で、「最善の申し出をした」と見なされる入札者を落札者とすることができる（亘理・前出注（3）一二九頁以下を参照）。なお、「公役務の委任」とは、私人に公役務の遂行をなさしめるための行政契約であり、「公役務の特許（concession de service public）」と「収益的公共施設管理委託契約（affermage）」の典型契約がある。「公役務の特許」とは、事業者が事業に必要な設備を建設したうえで、利用者から料金を徴収しつつ、役務を履行する契約である。他方、「収益的公共施設管理委託契約」とは、事業者が公的施設を利用して、利用者から料金を徴収しつつ、役務を履行する契約である。「公役務の委任」は、「公共契約」とは異なり、公開性・競争性の確保と交渉可能性の留保とが併存しており、事業者の能力を勘案して選考される。両者は、収益源によって峻別されている。すなわち、事業者が公役務利用者からの使用料によって賄われるときは、「公役務の委任」であるが、他方、公共団体が支払う報酬を収入源としているときは、「公共契約」であるとみなされ、その契約締結は、公開制と競争入札手続の適用を原則とする公共契約法典（Code des marchés publics への亘理教授の訳語：官公庁契約法典に相当）所定の手続に服する（亘理・前出注（3）一二二頁以下を参照）。

(20) L. Richer, op. cit. note(12), nº 499.

(21) 私は、前稿において、référence および soumission という用語に対して、共に「準拠」という訳語を充てた。前者（référence à ; se référer à）は条件明細書や一般行政条項明細書に対して使用されることが多く、後者（soumssion à ; soumettre à）は官公庁契約法典や個別的な立法に対して使用されることが多いが、前者と後者はともに法令などを「参照する」もしくは「引用する」という意味で使用される。しかし、前者と後者はともに、行政契約に関する論説の中では、行政契約としての性格づけとは無関係に、単に官公庁契約法典や一般行政条項明細書を引用または参照しているという意味で使用されているにすぎないことに留意せねばならない。また、滝沢教授は「言及」という訳語を使用し、兼子教授らは「引用」という訳語を使用している。しかし、本稿では前稿に倣い「準拠」という訳語に統一したい（拙稿・前出注（6）三二六頁注（49）を参照）。

(22) フランスでは、官公庁契約概念と行政契約概念との関係につき、学説を第一説（primiere thèse）、第二説（seconde thèse）と分類するにとどまり、それらに学説上の名称を付与することがない。しかし、前稿では、官公庁契約概念と行政契約概念との関係を分かり易く説明するために、少数説および多数説という用語を使用したので、本稿もそれに倣う

（拙稿・前出注（6）三〇九頁を参照）。

(23) L. Richer, op. cit. note(12), nº 140.

(24) H. Savoie, concl. sur C.E. 9 avril 1999, Mme. Touboul-Fisher, RFDA 1999, p.962 et s.

(25) R. Schwartz, concl.sur T.C. 5 juill. 1999, Cne. de Sauve c/ Sté. Gestetner, RFDA 1999, p.1163 et s.

(26) F. Raynaud et P. Fombeur, chron. sur T.C. 5 juill. 1999, Union des groupements d'achatas publics, et T.C. 5 juill. 1999, Commune de Sauve, AJDA, 1999, p. 556 et s.

(27) O. Dugrip, Le domaine du contrat privé : marché public de droit privé, JCP E. 1999, nº 4, p.1 et s.（なお、JCP E.とは、JCP Caihier de droit de l'entreprise の略称である）。

(28) O. Dugrip, op. cit. note(27), p.1 et s. なお、レノー＝フォンベールは、少数説（サヴォワ論告）と多数説とに分類するが、シュワルツ論告の理論的位置づけについては必ずしも明確にしていない（F. Raynaud et P. Fombeur, op. cit. note (26), p 557 et s.）。

(29) なお、これら二件の権限裁判所の判決は、公共購入連合判決（TC 5 juill. 1999, Union des groupements d'achats publics, Rec. 465 ; AJDA 1999, p.554, chron. Raynaud et Fombeur, et 2000. 115, note Fardet ; CJEG 2000. 169, note Béchillon et Terneyre）とソブ市判決（TC 5 juill. 1999, Commune de Sauve, Rec. 465 ; BJCP 1999. 526, et RFDA 1999. 1163, concl. Schwartz ; AJDA 1999. 554, chron. Raynaud et Fombeur ; CJEG 2000. 169, note Béchillon et Terneyre ; RDP 2000. 247, note Llorens）である。

(30) F. Raynaud et P. Fombeur, op. cit. note(26), p. 557 et s. ; O. Dugrip, op. cit. note(27), p.1 et s.

(31) F. Raynaud et P. Fombeur, op. cit. note(26), p. 559 et s. ; O. Dugrip, op. cit. note(27), p.2 et s.

(32) 本稿注（19）、J・リヴェロ著・兼子仁ほか編訳・前出注（3）一二九頁、亘理・前出注（3）一二一頁以下を参照。

(33) クラモーは、この論文を公表した時点では、モンペリエ第一大学（Université Montpellier I）の給費研究員（Allocataire de recherche—Moniteur）である。

(34) F. Moderne, Faut-il vraiment «administrativiser» l'ensenmbles des marchés publics?, AJDA 2001, p. 707 et s.

(35) F. Moderne, op. cit. note (34), p. 707 et s.

(36) G. Clamour, Loi MURCEF : Les enjeux de «l'administrativisation» des marchés publics, JCP 2002, p. 593 et s.

(37) G. Clamour, op. cit. note(36), p.593 et s.

(38) G. Clamour, op. cit. note(36), p.593 et s.

(39) G. Clamour, op. cit. note(36), p.595 et s.

(40) G. Clamour, op. cit. note(36), p.597 et s.

(41) G. Clamour, op. cit. note(36), p.598 et s.

(42) フランスでは、行政訴訟として、全面審判訴訟（recours de pleine juridiction）と越権訴訟（recours pour excés de pouvoir）とが存在している。かつては、全面審判訴訟の方法が可能な場合については越権訴訟を不受理とする、並行訴訟の抗弁の法理が導かれていた。その後、越権訴訟を発展させる方向で判例法が展開され、行政裁判判例は、全面審判訴訟の対象となる行政作用の領域について越権訴訟の受理可能性を拡大するための法技術として、分離し得る行為の理論（théorie de l'acte détachable）を導入した。一九世紀の行政判例法では、選挙、租税、行政契約などの執行作用に含まれる行政決定の違法性については、越権訴訟ではなく全面審判訴訟で争うものとされていた。二〇世紀の行政判例は、選挙、租税、行政契約の執行作用に含まれている行政決定のうちの一部について当該執行作用からの分離性を認め、越権訴訟の対象に含めた（分離し得る行為の理論）。分離し得る行為の理論によって、当該決定に係る利害関係者が、執行作用から分離された行政決定について、越権訴訟によってその違法性を争うことを可能とした（橋本博之『行政訴訟改革』〈弘文堂、二〇〇一年〉九六頁以下を参照）。

(43) J. Rivero et J. Waline, , op. cit. note (14), nº 111. なお、本稿第一章第一節以下も参照。

(44) M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, op. cit., note(16), nº 27. ; A. de Laubadere, F. Moderne, P. Delvolve, op. cit. note (14), nos 170 et s. なお、本稿第一章第一節以下も参照。

(45) F. Raynaud et P. Fombeur, op. cit. note (26), p.556 et s. ; O. Dugrip, op. cit. note(27), p.1 et s.

(46) 拙稿・前出注（6）三一九頁以下を参照。

(47) F. Raynaud et P. Fombeur, op. cit. note (26), p.557 et s. ; O. Dugrip, op. cit. note(27), p.1 et s.

(48) 須網隆夫「ＷＴＯと地方自治体―政府調達協定をめぐって―」ジュリスト一二五四号（二〇〇三年）七二頁以下を

参照。

(49) 滝沢・前出注(3)「(1)」六二二頁以下を参照。

(50) 阿部泰隆「基本科目としての行政法・行政救済法の意義(一)」自治研究七七巻三号(二〇〇一年)八頁以下を参照。

(51) 橋本博之「行政訴訟に関する外国法制調査—フランス(上)」ジュリスト一二三六号(二〇〇二年)八五頁以下を参照。

[付記] 二〇〇三年度フランス行政法研究会第一〇一回研究会(九月一三日、於成城大学)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方から貴重な御指導・御教示を賜った。この場を借りて厚く御礼申し上げます。