



Title	財物行政法における公益概念の変容
Author(s)	オスティウ, ルネ; Hostiou, René; 亘理, 格//訳
Citation	新世代法政策学研究, 11, 143-158
Issue Date	2011-03
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/45696">https://hdl.handle.net/2115/45696</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	HJNGLP011_008.pdf



## 財物行政法における公益概念の変容

ルネ・オスティウ (René HOSTIQU)

亘理 格 (訳)

### 序文

フランスの法体制は、所有権に「不可侵かつ神聖の」権利性を認め、「何人も、適法に確認された公的必要性により明らかに必要とされる時でなければ、自己の所有権を譲り渡すべく拘束され得ない」ことを宣言しています（1789年8月26日の人権宣言17条）。かかるフランス法のごとき法体制（système juridique）の下では、公権力が、所有権というかくも基本的な権利に対し侵害を及ぼすことが可能であるのは、いかなる諸条件が満たされた場合であるかを画定することが、ことのほか有益な意味を有するということは、言うまでもありません。

実際、一定の事業計画の実施に公益性が結びつけられる場合に初めて、公権力には、私人の財産を剥奪する権能を認められます。言い換えますと、フランス法では、不動産所有権は格別の保護を受ける対象とされています。このことはフランス法に限らず、現にある殆どの法体制においても同様なのですが、不動産所有権は、このように格別の保護対象とされるにも関わらず、公共団体の優越的利益に合致した事業の実施を妨げ得ないとされています。もっとも、かかる事業の実施を正当化する優越的利益は極めて多様ですし、また、時代の進展とともに変容することを余儀なくされています。実際、公益「それ自体」というものは存在しないのであり、公益概念とは、相対的かつ状況依存的な（contingent）概念なのであります。以上の理由から、公益性という行政法学上のキー概念には、格別の関心が寄せられることとなるわけですが、同時に、かかる概念の意味を精確に明

らかにすることには困難も付きまとうこととなります。

個人の権利と、いかなる社会生活にも随伴する集団的要請とが交差する場において、かかる公益という概念は、広く開かれた概念として解すべきか、逆に制限的に解すべきかが問題となります。また、公益の内実は立法機関によって決定されるべきか、それとも行政命令機関によって決定されるべきかが問題となります。さらに、公益性のコントロールに際して行政裁判所又は司法裁判所はどのような地位を有するかが問題となります。このような公益概念の中身、公益概念の決定方式及び公益性のコントロールにおいて裁判所に認められるべき位置といった諸問題は、ある社会における「法」状態を明らかにする特に貴重な指標としての性格を有するのであり、このことは、自己の財産を剥奪された所有者に対して償われるべき金銭補償の存在やその額が、その社会における「法」状態を明らかにする「指標」たる性格を有することと、明らかに同様なのです。

まず公益性の概念について。公益性が狭く限定された場合、著しく高い価値を認められた所有権がそれに対応するのに対し、逆に公益が非常に広く解された場合、著しく驚異に晒された所有権がそれに対応するのは、自明のことです。所有権が「基本的」人権（libertés 《fondamentales》）の一部を構成することを認めた場合（また特にフランスをはじめ、ヨーロッパ人権条約に加入している様々な国では、当該条約は各人に「自己の財産の尊重」への権利という原理を定めているので、特にそのように言えるのですが）、以下のことを認めることを余儀なくされます。即ち、ある法体制の下での公益概念がいかなる内実を有するかは、道路、病院、学校、空港など多様な形で表明され得る集団的需要に対する公的機関の対応能力を示す指標となるに止まらず、それと同時に、当該法体制において基本的人権が享受している法制度（régime）、すなわち基本的人権にはいかなる保護が認められるかを示す指標としての性格も有するという点を、認めないわけには行かないのであります。

次に、事業計画の公益性につき審査権限を与えられた国家機関をどこにするかという問題について。この問題も、同様に、法体制の性格がいかなるものであるかを顕著に示す指標としての性格を有します。というのは、図式化して言えば、以下の二つの象徴的ケースが大雑把な整理としては考えられるからです。一方は、いかなるケースであれば、公益性を理由に取

用手続に訴えることが正当化される性質を有する場合に当たるかを、立法機関があらかじめ決定するという方式です。この場合、たとえば高速道路の設置、空港の建設、学校の創設、病院の設置などのケースが、法律によって決められることとなります。このような制度の場合、これによって所有権は、最高度の制度的レベルで保護されるように見えるかも知れませんが、反面で以下の2重の意味でのリスクが伴います。

一方で、法律で定めた対象事業のリストは「不完全」なものであることが判明するという場合があり、このような場合、公権力が「対応不能」（non-réactivité）に陥る危険性があります。法律では規定されていないが、収用手続に訴える必要のある新たな社会的需要が生じた場合には、そのような事態になる筈です。

他方で、法律が、「何から何まで拾い上げる」（attrape-tout）タイプの対象事業リストを定めてしまう危険性もあります。このような危険性は、実際によくあるケースなのですが、このような場合、少しでも一般利益的性格を呈する事業計画であればすべて公益性を有すると見なされるべき適性を有することとなり、その結果、行政庁にとっては非常に広い範囲の裁量的評価の自由が認められ、ケースバイケースでの公益概念に関する効果的な審査の可能性は失われることとなります。

最後に、公益性に関する訴訟の存否について。この問題も、ある特定の法体制がいかなる法的構造を有するかを把握するための得難い指標を提供します。ここでも非常に図式的な言い方をしますと、以下のような問題状況が現出します。すなわち、本来的に一般利益の担い手とされ、それ故、普通法（droit commun）から外れた諸権限、なかでも特に収用手続に訴える権限を認められた公権力は、ある事業計画について公益性を有するとの宣言を発した場合においても、裁判官による実効的な司法審査の対象となり得るのか、それとも逆に、このような場合に、当該公権力は「白紙委任状」を有することとなり、（立法機関であれ行政命令機関であれ）権限を有する国家機関により公益性の認定がひとたび行われたならば、当該公用認定は万人を確定的に拘束し、法的にであれ事実上であれ、再審査により覆される可能性が失われてしまうのか。以上のような問題が問われることとなります。

皆さんとともに、私が早速これから論じようとするのは、以上のような

様々な問題です。主要には、フランスの場合はどのようになっているかの分析に限定して、お話しすることになります。しかしながら、公益性概念がフランス法において生ぜしめている問いかけは、法的に言えば普遍的意味を有するものであります。したがって、私がこれからお話しすることが実り豊かな対話の扉を開く性質のものとなることを、無謀にも念願せずにはおられません。何故なら、私個人としては、当該テーマに関する日本法からの反応に接することができ、それによって私たち各々の経験を対置することができるならば、という願望を抑えることができないからです。

## 第1章 事業計画につき公用認定権限を認められるのは、いかなる国家機関か？

### 第1節 公用認定権限の管轄問題

序文で述べたように、ここで私が皆さんとともに取り組みたい第1の問題は、個々の事業計画につき公益性の決定権限を有する国家機関に関する問題です。つまり、個々の事業計画につき公用認定権限を行使することができ、それにより、公権力をして当該事業計画の実施を可能ならしむべく「公用のための」収用手続きに着手する資格を付与するのは、誰かという問題です。

収用手続きの対象となり得る場合について、他の多くの法体制と同様にフランス法においては、立法機関が、しかも立法機関のみが、以下のような異なった決定の仕方なし得ると、長きにわたって考えられてきました。

一つの立法方式は、公用認定は立法機関の明示的介入の結果として生ずるというものです。この場合、立法機関は、法律で厳密に明示された個々の事業計画について、公益性が認められるとの規定を定めることとなります。

もう一つの立法方式は、公用認定自体は行政が行うが、その場合には必ず、あらかじめ立法機関によって限定列挙された一定数の事業類型の枠の中に収まるものでなければならないというものです。一例として、道路というインフラの設置や社会住宅の建設といった事業計画は、アプリアリに、公益的性格を有し必要とあらば収用手続きを用いることも正当とされる事業に該当することになります。かかる象徴的なケースの場合、行政の役

割は限定されます。というのも、公用認定の対象となった事業が、あらかじめ立法機関が定めた事業類型の中に間違いなく含まれるか否か、例えば当該計画が橋の設置に関するものだとしましょう、その場合、立法機関があらかじめ定めた事業リストの中に、橋の設置という種類の事業が間違いなく含まれるか否かを確かめることに、行政の役割は限定されることになるからです。

前者すなわち個々の事業計画ごとに法律が明示的に公益性を定めるという場合、行政裁判官が立法機関の行為をコントロールすることはあり得ませんので、裁判審査 (contrôle juridictionnel) の余地はないということになります。また後者、すなわち収用対象を事業類型として法律で定めるという場合、裁判官の役割は、当該事業計画が立法機関があらかじめ定めたカテゴリーの中に間違いなく当てはまるか否かを確かめることに限定されますので、裁判審査は最大限単純化された程度に縮減される、ということが判明します。

以上のような公用認定方式は、フランスでは既に放棄されています。

まず以て、立法機関がすべてを予測しているわけではないということが明らかとなります。それにもかかわらず、あらかじめ定まった事業類型のいずれにも属さない新たな需要に合致した事業計画のために収用手続きを用いることは、可能なのでしょうか。そこで、1930年代以降、行政庁には、法律に規定されていない何らかの事業の場合に公益性の存在を認める権限があることが、承認されます (CE 29 juillet 1932, Roch, Rec. 824; CE 20 décembre 1938, Cambiéri, Rec. 962)。そして、1970年代初頭には、「公共施設設置用保留地」(réserve foncière) に関する事案に関して、事業計画に公益性が認められ収用手続きの利用を可能とするか否かは、当該事業にかかる公益性を付与する旨の明示の法律規定の存否に依存するわけではないという原則が、より一般的な形で確立します (CE 4 nov. 1970, Les Héritiers A. Caubrière, Rec. 646)。

### 第2節 管轄問題の現状分析

かくして、今や事態はハッキリしています。非衛生的住宅に対する対策や予測可能な自然リスクに対する危険防御のような極めて個別的な特定の場合について、立法機関は、収用手続きに訴える可能性を明確に規定して

います。ちなみに、こうした様々な立法例の場合、特に損失補償に関する除外規定（règles dérogatoires）が設けられているという特徴もあります。しかし、これらの規定は、何ら制限的な意味を含みません。今や、ある事業の公益性について判定する権限は行政に属し、しかも行政のみに属するのでありまして、フランス法の場合、収用手段の利用が可能な事業に関して法律があらかじめ定立した網羅的な「カタログといったもの」は存在しない中で、そのような行政の判定が行われるわけです。従って、フランス法の場合、何らかの事業に公益性が認められるか否かの判断は、全面的に法律から切り離されており、この問題について唯一可能な審査は、行政裁判官によって行使されることとなるのであります。

公益性の決定権限を有するのはいかなる国家機関かという、第1の論点に関する締めくくりとして、さらに以下の2点を指摘しなければなりません。

第1に、公用認定の権限は、いかなる場合であっても、従って事業の性格如何に関わりなく、国の行政庁の管轄に属します。フランスの国制は特に1981年以降、「分権化」という特色を有していますが、事業計画の公益性については、かかる「分権化」現象を全面的に免れていると言い換えることもできます。地方自治体（autorités locales）が収用手段を利用したいと考える場合、当該地方自治体はどうしても国の行政庁の同意を得なければなりませんので、国の行政庁は謂わば拒否権を有することになります。一例として、市町村が役所の建物を拡張しようと思うが、そのための土地を持っていないという場合、当該市町村は公用認定を自分で行う資格を全く認められていません。このように、収用手段は、今日も全面的に、国の行政庁の厳しいコントロールの下に置かれたままなのです。

第2に、国の行政組織の中のどのレベルの行政機関が決定するのか、ということも問題となりますが、これについては、伝統的に、公用認定を行うのは最上級行政機関でなければならないとされてきたという点を、指摘しなければなりません。つまり、総理大臣又は大統領が「conseils de l'Etat」において発するデクレ、つまりconseils de l'Etatの意見を経て発するデクレにより、公用認定は行われてきました。もっとも、かかる原則に対する例外として、下級レベル、つまり県レベルの事業に関する公用認定については、県知事が行うことが従前から認められていましたが、かかる例

外が認められるのは、当該事業計画について公開意見聴取手続（enquête publique）の実施を経た後、当該聴取手続を主宰した聴取委員が、事業計画を是認する意見を提出した、という場合に限定されてきました。

以上のような権限分配の方式は、その後2002年に改められました。その結果今日では、公用認定は県知事が行うことが原則となっており、公開意見聴取委員の意見が是認か否かの違いに関わりなく、県知事による公用認定が原則化しています。もっとも、重要事業として収用法典に限定列挙された幾つかの事業については、今日でも、conseils de l'Etatの議を経たデクレという、「重たい」が同時に「信頼度」のより高い方式で行う必要があります。

## 第2章 事業計画に関する公用認定決定に対して如何なるコントロールを及ぼし得るか？

### 第1節 問題状況の分析

フランス法では、事業計画に関する公用認定決定は、今し方述べたように、如何なる場合であれ「行政の」決定として、すなわち県知事や大臣のアレテ（arrêté）又は総理大臣又は共和国大統領のデクレ（décret）という行為形式で、行われます。従って、いかなる行政決定でもそうであるのと同様に、公用認定の行政決定は取消訴訟（越権訴訟）の対象となり得ますし、その場合、特別の規定がない限り当該行政決定の公告から2ヶ月の期間内に、土地管轄を有する地方行政裁判所（Tribunal administratif）に訴えを提起するか、あるいはデクレの取消しを求める場合は、conseils de l'Etat（Conseil d'Etat）に直接訴えを提起することになります。この場合、当該行政決定は適法性審査の対象となりますが、その場合の適法性審査というのは、当該行為の「外部的」適法性（légalité «externe»）及び「内部的」適法性（légalité «interne»）の双方について同時に適法性審査が及ぶという意味において、いかなる行政決定に対しても行政裁判所が及ぼすのと同様の性質の適法性審査だということになります。ちなみに、「外部的」適法性に関する審査とは、行政庁の権限、形式、手続に関する適法性の審査を意味し、「内部的」適法性に関する審査とは、本質的に、法律が定めた「実体的」諸要件（conditions «de fond»）が遵守されたか否かに関する適法

性審査を意味しており、これにより、行政活動は伝統的に法律に従った行政であるとされてきました。

事業計画の公益性に関して裁判官が行う審査というのは、このうち第2類型の適法性審査に位置づけられるもの、つまり、係争の行政決定の「内部的」適法性に関する審査に該当することになります。

ところが、上述のように、立法機関は、公益性判断の基準について詳細に定めることは致しません。ちなみに、公益性を詳述するという規定の仕方、この概念が持っている根本的に可変的で状況依存的な (contingent) 性格を考慮しますと、ほとんど考えられないことだと思われまます。また、フランスの立法機関は、とりわけ、公益性を有することが謂わばあらかじめ確定しているような種々の場合を列挙するという、多くの外国の法制度において採用されている方法を、採用していません。以上のことは、公用認定の決定を行う行政には「立法機関が示した指標」が全く欠けていることを意味しますので、当該行政決定に対する裁判所の適法性審査は、重大な困難を惹き起こすこととなります。

公開意見聴取手続を経た後、事業計画が公益性を有するか否かの決定を行うのは、権限ある行政庁であり、上述のように現在は、原則として県知事がこれに当たります。そして、繰り返しになりますが、当該権限行使の要件について立法機関が示した「指標」は存在しません。

その結果、フランス法制度の下では、行政裁判官が行う審査、なかでも、行政事件の場合はコンセイユ・デタという最上級審が行う審査が重要となります。公益性についてあらかじめ定められた定義が存在しないため、コンセイユ・デタこそが、行政の主張に対してみずから定立する諸制約を通して、公益性という一個の概念の輪郭を描出する役割を担っているためでありまして、従って、フランス法の場合、この概念は、本質的に判例法上の概念だということになります。

ちなみに、公益性についてコンセイユ・デタが定立した諸制約とは、次の2つの種類に分けられます。

第1の制約は、古典的な制約でありまして、係争行為を行った行政庁の「目的」に関する制約です。この制約を詳述しますと、いかなる行政決定も、いかなる場合であっても、「一般利益」にかなった目的を追求するものでなければならず、純然たる私的思惑に属するものであってはならない

というものでありまして、この種のタイプの審査手法は、「権力濫用」(détournement de pouvoir) という古典的枠組みの中に位置づけられます。

第2の制約は、もっと近年の制約でありまして、事業計画の公益性に関する訴訟に一層「特有の」ものです。このタイプの場合、裁判官は、係争の事業計画の有益な面 (avantages) と不都合な面 (inconvenients) の双方を比較分析するという審査を行い、その結果、当該事業計画には「正当な理由がある」(«bien fondé») にかつき検討を行います。そして、かかる分析の帰結として、当該事業計画に関する費用便益対照の結論 (bilan) が裁判官にとってプラスであると考えられ、その結果当該事業計画は正当化されると思われる場合に限り、当該事業計画は「公益性を有する」と見なされることとなります。

## 第2節 公益性と私的諸利益——「権力濫用」についての検討

たとえば、競争業者の不利益において事業活動を拡張しようとする企業の利益を図るためとか、自宅へのアクセスの便を改善するため道路を建設しようとする市長の利益を図るためのよう、私的公益に寄与することだけを目的とした事業、あるいは、収用により取得した土地を公共団体が転売し利益を得ることを可能ならしめる場合のように、公共団体に財政目的の事業実施の権能を付与することを唯一の目的とした事業に、「公益」たる性格を認め得ないということは、当然のことのように思われます。このことは、せめて一見だけしたというだけでも、自明のことです。何故なら、公益性の概念は、一般利益と私的諸利益との厳正な二項対立と暗黙裡に通底しているためでありまして、一般利益という目的の追求のみが収用手続の使用を正当化し得るからにはほかなりません。

それにもかかわらず、現実には多くの場合、より複雑なものでありまして、今日では時として、一般利益と私的諸利益とが結合し、同じ一つの事業が、伝統的に私的なものと見なされてきた思惑に合致するものではあるが、同時に、一般利益と考えられる関心事と無縁ではないという事態も、生じ得ます。

この点で、1971年のいわゆる「ソショー市事件」(l'affaire «Ville de Sochaux») は象徴的です。この事件では、バイパス建設のために行われた収用事業が、一自動車会社が主導して実施されたものであり、また、当該

会社の自動車工場の整備を可能にするという目的の下でその資金援助を受けて行われるものであったとしても、権力濫用の瑕疵を帯びるものではないという結論が下されました。その理由について、コンセイユ・デタは、「公共交通の需要を満足させ、また、地域経済において重要な役割を果たしている工場地帯の発展の要請をも同時に満足させることは、一般利益に適合的」であるからだとして述べています（CE 20 juillet 1971, Rec. 561）。

このように、経済的「成長」と結びついた諸要請の結果として公的利益と私的利益が極めて頻りに交差し融合するという世界では、「公」と「私」の法的境界がかすんでしまう傾向があります。そのような変容状況からの帰結として、係争の事業計画の「目的」(《finalité》)のみに軸足を置いたこのような分析手法は、問題状況全体を満足できる形で掌握することを、裁判官に可能ならしめるものではないということが、明らかとなります。

そこで、1970年代初頭になりますと、計量経済学的技術（techniques économétriques）から発想を得た新たな審査手法として、いわゆる「費用便益対照」型の審査方法が出現します。

### 第3節 「費用便益対照」理論

1971年、著しく大規模な地域整備事業に関する事案（CE 28 mai 1971, Ville Nouvelle Est, Rec. 409）に直面したコンセイユ・デタは、論告担当官 Guy Braibant の論告に従い、公益性の裁判審査について、みずから意を決して具体的審査を行おうとする新たな審査方式の採用を決意します。この審査方式を採用した場合、行政裁判官は、事業計画の中でポジティブな要素とネガティブな要素双方からなる様々な要素を取り上げ分析する営みの中で、そのそれぞれの重みを見積もり、しかる後、どちらの要素が勝っているかを確定します。そして、事業により得ることが期待される「便益」(《avantages》)の方が様々なネガティブな要素に勝っていると思われる場合に初めて、当該裁判官は、当該事業計画の公益性は証明されたと考えられることとなります。

このいわゆる「貸借対照表」の「理論」(théorie du 《bilan coût-avantages》)（以下、「費用便益対照理論」と言う…訳注）は、何度も繰り返し詳述されてきたものであり、つい最近の判例（CE 17 mars 2010, Association Alsace Nature Environnement et autres, RJE 2010, p. 485, avec note R. Hostiou）でも

繰り返されています。そのような費用便益対照理論の言い方で表現しますと、「事業の公用認定は、当該事業によってもたらされるところの私的所有権に対する侵害、財政上の費用、社会的な諸々の支障、環境の保護保全への脅威、及びその他の公的諸利益に対し生ずる恐れのある障害が、それによってもたらされるところの利益に照らし過剰なものでない場合に限り、これを適法になし得る」ということとなります。

この審査手法の獨創性は、(繰り返しになりますが、)立法機関があらかじめ定めた準則が何ら存在しないという場合において、個々の事業計画の公益性について審査評価する役回りを、行政の決定の適法性に関する裁判官たる行政裁判官に付与した、という点にあります。係争対象である事業計画が「それ自体として」公共のためにもたらす利益だけではなく、その様々な支障や財政コストや被取用者にもたらされる帰結や環境上の影響等まで勘案した様々な指標に照らして、取用手続の利用が正当と認め得る性質のものであるか否かを決定する資格は、行政裁判官にこそ認められるべきものであり、しかも行政裁判官にしか認め得ないものです。しかもここで考慮される指標は、例えば、当該地方公共団体にとっての住宅「需要」や緑地「需要」、あるいは資金確保の可能性等も勘案して、可能な限り具体的な形で値踏みされたものでなければなりません。一例として、高速道路建設、空港設置、墓地の設置等の事業は、伝統的に、「一般利益」概念の中に「それ自体」として含まれるとされてきましたが、たとえば、当該事案では、事業費、環境への影響、私的所有権に対する侵害の重大性が、当該開発事業によってもたらされる利益との関係で「過剰」であると思われるという場合等には、かかる「それ自体」として公益的な事業計画といえども、公益性がないと判断される可能性があるわけです。従って、費用便益対照という審査手法を通して、行政裁判官は、公益性概念に関する「絶対的支配者」となります。行政裁判官には、当該事業の費用便益対照結果が彼にとって「プラス」と思えるという場合、しかも当該裁判官自身の基準に照らして「プラス」と思えるという場合には、公用認定を有効として是認する権限が認められ、これに対し、彼にとって「プラス」ではないように思えるという場合には、逆にこれを取り消す権限が、認められるということとなります。

以上のような公益性概念に関するアプローチ手法からは、以下に結語と

して述べるように、何点か指摘すべき点が導かれます。

### 第3章 フランス法における公益性の裁判コントロールに関するコメント

当該問題との関係で行政裁判官に認められている機能が如何なる性質を有するかについては、何点か事前の説明を必要としますが、その性質は、フランスの国制の中で CONSEIL D'ÉTAT が占めている著しく独特な立ち位置の現れにほかなりません。この国家機関は、1799年にナポレオンによって創設されましたが、実にその時以来、フランス国制の作用において重要な役割を維持してきました。CONSEIL D'ÉTAT の役割の一方は、中央国家機関に対する「助言」(《conseil》) 機能を果たすことです。かかる助言機能の名目で行われる一例として、既にお話ししましたように、一定数の公用認定、つまり最も「重い」事業計画に関する公用認定は、CONSEIL D'ÉTAT の議を経た Декрет ならわちその意見表明を経て発付される Декрет により行われなければなりません。かかる助言機能と並んで、CONSEIL D'ÉTAT は、公官庁が行った決定に対する「審査」(《contrôle》) 機能をも果たしているのでありまして、当該決定の「適法性」及び当該決定を行った者の「賠償責任」という二つの土俵で、「審査」機能を果たしています。以上のことから言えることは、以下の点に集約できます。すなわち、以上のような CONSEIL D'ÉTAT の活動を特徴づけている「機能的二重性」(《dualisme fonctionnel》) からは、同一人物が関与するのではないにせよ、同じ一つの機関が、第1段階では、行為者に助言を与える役目で登場し、次に第2段階では、当該行為の適法性について裁定すべき役目で登場するという事態が現出致します。また、かかる「機能的二重性」は、「公正な裁判を受ける権利」(《droit à un procès équitable》) (ヨーロッパ人権条約第6条第1項) に照らして様々な議論を呼ぶこととなります。ただ、少なくとも現時点では、かかる CONSEIL D'ÉTAT の「機能的二重性」が見直される状況にあるわけではありません(以上の点については、CE 16 avril 2010, Association Alcaly et autres 判決に関する私の評釈として、Rev. Dr. Imm. 2010, p.370 を参照されたい。)

そこで本報告を締めくくるに当たって、かかる行政裁判官による審査権

限行使の要件に関わって、二点指摘することに致しましょう。

#### 第1節 行政裁判官による審査の性質について

##### ——行政決定の「適法性」(《légalité》) と「妥当性」(《opportunité》)

まずはじめに思い出して頂きたいのは、行政裁判官は行政の諸決定の「適法性」に関する裁判官であり、行政決定の「妥当性」に関する審査を行わないということです。その意味するところは、以下の通りです。すなわち、行政裁判官の使命は、行政決定が現行「法規範」に照らして適正(régulier)であるか否か、この場合の「適正」というのは、場合によっては「適合的」(《conformes》) であつたり又は「両立し得る」(《compatibles》) という意味であつたりしますが、いずれにしても現行「法規範」に照らして適正であるか否かを検証することなのでありまして、従って逆に、行政が選択した結論に対して「自己の判断を置き換える」ことは行政裁判官には許されない、ということの意味します。この場合、行政が行う選択は、法律の遵守という制約はありますが、完全に自由な裁量的判断(entière liberté d'appréciation) の下に置かれることとなります。

このような「適法性と妥当性」の二分論は、ごくごく単純明快な原則である。種の任務分担に対応したものです。つまり、謂わば「能動的」(《active》) なる行政には「決定する」(《décider》) 権限を担わせるのに対し、行政裁判官には、行政が行った決定が法に適合しているかにつき審査する役割を担わせるという原則です。

ところが、以上のような説明の仕方は裁判権行使の現実を精確に伝えるものではない、という事態が生じます。というのは、CONSEIL D'ÉTAT は、その必要があると実感した場合には、適法性と妥当性の境界をうやむやにしたり、係争行政決定の「妥当性」を当該決定の適法性の要件に組み込むといったことを、躊躇なく行うからです。一例として、市長が行った警察措置に対する審査の場合がそのような場合に当たります。

そして、まさにそのような場合として、費用便益対照「理論」があります。この理論に従えば、事業計画の公益性の存否は、訴訟になった場合において、最終的には、当該事業計画に「正当な理由がある」(《bien-fondé》) か否かについて CONSEIL D'ÉTAT が行う評価如何に従って判断されることとなります。そのような事態を祝福し賞賛することも可能でしょう。逆に、

そのような事態に懸念を感じずることも可能でしょうが、その場合の懸念というのは、裁判官は行き過ぎた審査を行ったと考える場合もありましょうし、逆に、未だ余りにも自制し過ぎていると考える場合もあり得ましょう。この点について学説は分かれています。いずれにせよ、費用便益対照型の審査に際して、行政裁判官が行政決定の相当性（pertinence）について判断を示していること、また、行政が行った選択の「妥当性」に関わる考慮との関係でそのような判断が行われているということは、疑うべくもありません。当該理論は、コンセイユ・デタがその伝統に根ざして活用しようとしてきた根幹的人権の保護という機能を果たしていることを、顕著に示す現れだと主張する人々がいます。ちなみに、費用便益対照理論の場合は、所有権が、かかる根幹的人権に該当します。これに対して、相対立する諸利益相互間の「調停的」な機能を公然と果たすことを通して、裁判官本来の使命の枠を逸脱するものだと考える人々もいるというのが現状です。

では、最後に残された問題として、行政作用に対するこのような審査手法が具体的にどのような機能を果たしているかに言及することに致しましょう。

## 第2節 費用便益対照理論の実効性の程度について

この理論に基づく裁判審査は、当該公用認定が国の諸機関（この場合の「国」とは、国家を取り巻く公的機関や公的機関に準ずる様々な機関を包摂した概念である「国家装置」（《l'appareil d'Etat》）と言い換えても良いのですが、そのような「国家装置」の諸機関）による事業に関わるものである場合と、逆に小規模な地方公共団体の利害に関わる事業である場合とでは、著しく異なった帰結を導くという事実を、指摘しないわけには行きません。

前者すなわち国家機関による事業の場合の費用便益対照理論は、ほとんど不可避免的に、公権力が行った選択結果にお墨付きを与えること、換言すれば、係争の決定を適法と認めることに行き着きます。かくして、道路や高速道路の建設やTGVの新規路線の建設、新空港の設置、原子力発電所の新設、その他一般化して言えば、国の行政庁が先導する場合であれ、国の行政庁が協力して行う場合であれ、あるいは国の行政庁の監督下で行わ

れる場合であれ、およそ大規模な整備事業であればいかなるものであっても、ほとんど例外なく、コンセイユ・デタをして当該事業に「肯定的な」（《positif》）性格を認める方向へと仕向ける分析が行われることとなるのであります。そして、このような結論は、当該事業の要する財政的費用如何に関わりなく、また更には、環境分野に生ずる帰結如何に関わりなく導かれることとなります。現実には、以上のような事業計画については、ほとんど反駁不能な形で適法性の推定が働いているということとなります。

これに対し、例えば、住宅区域の新設、墓地の設置、緑地の拡張事業等のように、地方公共団体の利害に関わる事業の場合には、事情を異にします。この場合、費用便益対照理論はその実効性のある潜在的効果を遺憾なく発揮することとなります。この理論のお陰で、実際に、行政裁判官が当該事業計画の公益性を否認することができるという事態が生じています。その場合に事業の公益性が否定されるのは、住民の需要に照らして当該事業には正当性が認められないと理由、また当該事業計画の実施費用に照らして当該地方公共団体の財源が不十分であるという理由、当該事業計画の環境に及ぼす影響が余りにも多すぎるという理由、更には、当該地方公共団体は既に土地をもっており、その土地を使えば「同等の条件で」係争事業を実施することが可能であり、それ故収用は必要不可欠ではないという理由によることとなります。

以上のことから、費用便益対照型審査の現実、事業計画の性質の差違に応じて、またそれと関連するのですが、事業計画に関わる公法人がどこであるのかに応じて、著しい差違を生ずることが明らかになります。このような「扱い方の差違」が生ずる理由の一つは、この審査手法の本質自体に由来するのではないかと、私には思われます。と言いますのは、この審査手法は、環境の保護とか、私的所有権の尊重とか、公金の保全、開発、経済成長、道路通行の安全、エネルギー供給の自立等の「価値」（《valeurs》）を問題とするものでありまして、「規範」（《normes》）とか規範間の上下関係を問題とするものではないからです。こうした価値について広くコンセンサスが確立しているのであれば、大規模な整備事業について取消判決が下される割合が非常に低いという事実は、驚くに値しません。ついでに申しますと、コンセイユ・デタは行政決定と当該決定に対する訴訟という二つの段階で繰り返し登場するという事を思い起こして下さい。そのよう

なコンセイユ・デタをも組み込んだ表現として「国家装置」(l'appareil d'Etat))という用語を用いた場合、上述の様々な価値について広くコンセンサスが確立しているということは、「国家装置」内部では珍しいことでは全くないのです。従いまして、費用便益対照理論が実際に取消判決をもたらす可能性があるのは、マージナルな場合に限られるのでありまして、言い換えれば、係争事業計画には低い重要度しか認められず、それ故国家作用の展開の枢要を占める選択が覆ることは全くない、という場合に限られるのであります。

20年前に出された憲法院の判決に関する評釈の中で、ジャン・リヴェロ(Jean Rivero)教授は、聖書の言葉に言及しながら、(憲法院という)最高裁判機関には、「蚊は通さないが、ラクダは通してしまう」という習癖があるということを強調していました。費用便益対照理論について同様の分析を行ったとしても、それは言い過ぎとは言えないのです。

[訳者後記]

ルネ・オスティウ名誉教授は、主に土地法と環境法の分野で、開発事業の公益性に関する裁判コントロール、行政決定過程への市民参加、国内法のヨーロッパ人権条約への適合性等に関する夥しい研究成果を収めてきた。本講演は、収用事業や都市計画事業等について、裁判所による *contrôle de l'utilité publique* のあり方を論じるというものである。裁判所による適法性審査のあり方を、「公益性」概念の変容と絡めて論じるという点が、特徴的である。翻訳に際しては、*utilité publique* と *contrôle* をどのように訳すかが問題となる。前者には、「公的便益(性)」、「公益性」、「公用」等が考えられるが、わが国で言えば収用事業の事業認定に対応した語である *déclaration d'utilité publique* に「公用」認定という訳語を充てた以外は、「公益性」と訳した。一般利益 (*intérêt général*) や公益 (*intérêt public*) との共通項に配慮したからである。後者についても、「統制」、「コントロール」、「審査」等が考えられるが、行政決定に対する裁判所の適法性審査を一般的に論じるという文脈では、裁判「コントロール」という訳語を充てたのに対し、外部的又は内部的適法性の「審査」や公益性の「審査」のように、裁判所による適法性コントロールのあり方を具体的に論じるという文脈では、「審査」と訳した。