



Title	フランス国家賠償責任法の規範構造(5・完): 「役務のフォート」理論を中心に
Author(s)	津田, 智成
Citation	北大法学論集, 65(5), 339-390
Issue Date	2015-01-30
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/57834
Type	bulletin (article)
File Information	lawreview_vol65no5_8.pdf



[Instructions for use](#)

フランス国家賠償責任法の規範構造（五・完）

——「役務のフォート」理論を中心に——

津田智成

目次

序章…本稿の背景と課題

第一節…本稿の背景

第二節…本稿の課題——先行研究との関係で

第一章…義務違反としての役務のフォート

第一節…役務のフォートの定義

第一款…フランス民法におけるフォートの定義

第二款…フランス国家賠償責任法における役務のフォートの定義

第三款…役務のフォートにおける義務の概念

第二節…役務のフォートと違法性の関係

第一款…二〇世紀までの法状況

第二款…現在の学説及び判例における一般的規範

第二章…原則的責任要件としての「役務のフォート」

第一節…例外的責任要件としての重大なフォート

第一款…重大なフォートの適用範囲の縮小

第二款…現在の適用範囲と将来的な展望

第二節…補充的責任規範としてのフォートによらない賠償責任

第一款…責任類型と適用範囲

第二款…存在意義と法的性格

第三章…自己責任規範としての役務のフォートによる賠償責任

第一節…役務のフォート概念の起源

第一款…権力分立原則と官吏の身分保障

第二款…行政行為と個人的所為

第三款…役務のフォート概念の誕生

第二節…役務のフォートによる賠償責任の規範構造

第一款…個人的フォート概念の法的性格

第二款…役務のフォート概念の法的性格

(以上、六四卷六号)

(以上、六五卷二号)

(以上、六五卷三号)

第四章…代位責任規範の形成と発展

第一節…フォートの競合

第一款…フォートの競合の原形

第二款…監督上の瑕疵によるフォートの競合

第三款…フォートの競合と求償

第四款…自己責任的法律構成の限界

第二節…賠償責任の競合

第一款…賠償責任の競合の原形

第二款…代位責任規範の誕生

第三款…役務と全く関連がないわけではない個人的フォート

第四款…賠償責任の競合と求償

第五款…フランス国家賠償責任法における責任規範の多元化

終章…総括と残された課題

第一節…総括

第二節…残された課題

（以上、本号）

第二節…賠償責任の競合

第一款…賠償責任の競合の原形

前節において論じたフォートの競合原理は、異なる二つの所為^レの存在を前提に、そのそれぞれが個人的フォートと役務のフォートを構成し、これらのフォートについて公務員個人と国家がそれぞれ賠償責任を負うことを認めるというものであ

（以上、六五巻四号）

た。これに対して、本節において論じる「賠償責任の競合(*conflit des responsabilités*)」原理は、公務員個人の賠償責任を生ぜしめる個人的フォートを構成する所為について、同時に国家賠償責任を認めるといふものである。つまり、公務員の個人的フォートを構成する所為について、公務員個人の賠償責任と国家賠償責任が競合的に生じるのである。

一 《Lemonnier 判決》

賠償責任の競合原理を確立した判決として解されているのが、一九一八年に下された《Lemonnier 判決》²⁾である。その事案は次のようなものであった。一九一〇年一〇月九日、R町において町の主催による祭りが開催された。この祭りでは、川に浮かべた標的に向けて射撃を行う人気のアトラクションがあった。当日の午後、この川の対岸にある並木道を散歩していた人々から右の射撃の銃弾が耳元をかすめたなどの通報がなされた。通報を受けた町長は標的の位置を移動させたが、その数時間後、並木道を散歩していた Lemonnier 夫人が射撃の銃弾を受け負傷する事故が起きた。そこで、Lemonnier 夫妻は、この事故に係る損害について R 町とその町長である Laur 氏それぞれを被告として賠償請求訴訟を提起した。

まず、Laur 氏個人に対する損害賠償請求については、Toulouse 控訴院が、次のように Laur 氏の個人的フォートを認定し、その請求を認容した。すなわち、①市民の安全を保障する職責を担う Laur 氏は、射撃の銃弾が標的に命中しなかった場合には対岸の並木道を散歩している者の安全を脅かすおそれがあったにもかかわらず、射撃場の設置を許可した点において重大な義務違反を犯した、② Laur 氏は、この事故が発生する数時間前に通報を受けて標的の位置を移動させていたが、その措置はリスクをわずかしか軽減しなかった、③このような不注意は許されえないものであり、このフォートは Laur 氏の職務の執行から切り離される。

Lemonnier 夫妻はまた、上記訴訟の継続中に町会 (*conseil municipal*) への請求手続を経た上で、コンセイユ・デタに R 町に対する損害賠償請求訴訟を提起した。コンセイユ・デタは、まず、係争事故が公役務の執行に任せられた行政職員の内フォートの結果であり、このフォートが司法系統の裁判所において当該行政職員に対する損害賠償命令を生ぜしめるような個人的所為の性格を有する場合であっても、また、実際に当該賠償命令が下されたとしても、当該事故の被害者が「係争役務の管理主体である公法人 (*personne publique qui a la gestion du*

service incrimine)」に対して被った損害の賠償を請求する権利を奪われないことを確認した。その上で、コンセイユ・データは、「公道の安全に配慮する職責を担う町当局 (autorité municipale) は、当該射撃場の設営状態及びその位置が右安全のために十分な保障を提供するものであることを確認することなく当該射撃場の設置を許可した点において重大なフォートに犯した。このフォートに基づき、町は当該事故について賠償責任を負う」と判示して、原告の請求を認容したのである。

二 《Lenonnier 判決》の理論構成

本判決に関しては、Leon Blum による非常に有名な論告がある。この論告では多くの重要な指摘がなされているが、とりわけ今日においても頻繁に引用されているのは、そこで提示された次のようなテーゼである。³⁾ すなわち、①「個人的性格を有するフォートが役務の中で又は役務の際に犯された場合」、②「当該フォートの手段及び道具が役務によって加害公務員に供されていた場合」、③「役務の作用効果 (effet du jeu du service) がなければ被害者が加害公務員に直面させられることはなかった場合」、要するに、「役務が当該フォートの実現又は特定の個人に対する損害を生ぜしめる結果の発生を条件づけ

た場合」には、行政裁判官は、次のように述べることができ、また、述べるべきである。すなわち、「フォートはことによると役務から切り離される」が、「役務はフォートから切り離されない」。つまり、Blum によれば、フォートは故意や重大性等により観念的に役務から切り離されることもあるが（第三章第二節第一款参照）、「役務が当該フォートの実現又は特定の個人に対する損害を生ぜしめる結果の発生を条件づけた場合」には、役務は当該フォートから切り離されないというのである。

この Blum のテーゼは、まず何よりも個人的フォートが問題となるケースについて行政裁判所が管轄を有することを正当化する根拠を示すものであるが、それと同時に、右のような個人的フォートが問題となる場合に国家が賠償責任を負うことを正当化する根拠を示しているように思われる。要するに、そこには、公役務が何らかの形で個人的フォートの実現又は特定の個人に対する損害を生ぜしめる結果の発生を条件づけたにもかかわらず、国家がそれらの結果について被害者に対して全く賠償責任を負わないということは合理的ではないという考え方が存在するのである。問題は、その賠償責任をどのような法律構成により認めるのか、という点である。

この点、本判決は、Laur 町長の個人的フォートを構成する

所為が同時に役務のフォートをも構成すると解することに⁽⁴⁾より、この役務のフォートに基づき公共団体の賠償責任を認められた。つまり、Pierre-Laurent FrierとJacques Petitの共著において述べられているように、町長の「単一の所為 (un fait unique)」が「役務のフォート (市町村警察の悪しき運営) とその極度の重大性を理由とした町長の個人的フォートとを同時に構成する」ものとして解されているのである。したがって、本判決において認められた町の賠償責任は、あくまで自己責任規範たる役務のフォートによる賠償責任であるといえる。

以上のことから、フォートの競合における個人的フォートと役務のフォートが、異なる二つの所為⁽⁵⁾について認定されるものであるのに対して、賠償責任の競合における個人的フォートと役務のフォートが「単一の所為 (un fait unique)」ないし「同一の所為 (un même fait)」⁽⁷⁾について認定されるものであることがわかるであろう。ただし、ここで注意を要するのは、そこで認められる役務のフォートは、役務の中で又は役務の際に犯された個人的フォートの存在から⁽⁸⁾「推定」ないし「擬制」されたものでしかないということである。例えば、《Souchon判決》⁽¹²⁾における判示は、このことを顕著に示しているように思われる。この判決の事案は、Clapière 橋の近くの国道上を通行

していたSouchon氏が、この橋の警備の任に当たっていた兵士の一人が撃った銃弾を受け負傷し、この負傷に係る損害の賠償を国に請求したというものであった。この請求に対して、コンセイユ・デタは、この兵士の行為が当該兵士個人の賠償責任を生ぜしめる個人的フォートの性質を有するものであったとしても、「この行為は、役務の際に (à l'occasion du service) 実現されたものであり、公役務の瑕疵ある運営の徴表である (révèle un fonctionnement défectueux du service public)」と判示して、国の賠償責任を認めたのである。そこでは、「役務の瑕疵ある運営は、もはや個人的フォートの原因 (cause) ではなく、その結果 (effet) なのである」⁽¹⁴⁾。

第二款：代位責任規範の誕生

以上のように、コンセイユ・デタは、当初、個人的フォートを構成する所為が推定ないし擬制により同時に役務のフォートを構成するという法解釈をとることによって、賠償責任の競合による国家賠償責任を自己責任的法律構成により認めていた。かかる法解釈は、確かに、《Pelleter判決》⁽¹⁵⁾ 以来の「伝統 (tradition)」すなわち、個人的フォート (個人的所為) につ

いて賠償責任を負うのは公務員であり、役務のフォート（行政行為）について賠償責任を負うのは国家であるという法解釈に忠実であるといえるが、解釈論上問題がないわけではなかった。というのも、かかる法解釈は、見方によれば自己責任的法律構成に拘泥した技巧的で後付的な法解釈であるともいえ、場合によっては、行政主体が役務のフォートと認定しうるほどの義務違反を犯していないにもかかわらず、いわば、実体のない役務のフォート⁽¹⁶⁾を推定ないし擬制により認定するということになりかねず、解釈論上やや無理をしている感は否めないからである。

もつとも、一九三〇年代以降のコンセイユ・デタの判例においては、明示的に役務のフォートが認定されることなく、個人的フォートが職務の執行の中で犯されたということのみをもって国家賠償責任が認められるようになっていった。⁽¹⁷⁾

一 《Denoyelle 判決》

そのリーディング・ケースとして評価されるのが、一九三四年に下された《Denoyelle 判決》⁽¹⁸⁾である。この判決において、コンセイユ・デタは、精神病院の職員らが入院患者である Denoyelle 氏に暴行を加え死亡させた事故について、

「Denoyelle 氏が被害者となった死亡事故は、Dutry 精神病院の職員らによりその職務の執行の中で犯された個人的フォートに起因するものであり、この個人的フォートは県の賠償責任を生ぜしめる」とだけ判示して、県の賠償責任を認めた。つまり、この判決における県の賠償責任は、役務のフォートによらずに、もっぱら公務員の個人的フォートが職務の執行の中で犯されたということのみに基づいて認められたのである。⁽¹⁹⁾この判決以来、多くの判決が、役務のフォートを明示的に認定することなく、個人的フォートが職務の執行の中で犯されたということのみを理由として、国家賠償責任を認めるようになった。例えば、一九三六年の《Boero 判決》⁽²⁰⁾においては、憲兵である Torgeard 氏がけんか (rixe) をしていた Boero 氏を銃で撃ち就労が不可能になるほどの重傷を負わせた事件について、「Torgeard 氏によって職務の執行の中で犯された当該個人的フォートは、公務員の賠償責任を生ぜしめる」として、役務のフォートについては全く言及されることなく、国の賠償責任が認められている。また、一九三七年に下された《Quenal 判決》⁽²¹⁾においても、郵便局の出納職員が預金通帳の作成のために払い込まれた金銭を横領した事件について、コンセイユ・デタは、出納職員の横領行為が個人的フォートの性格を有することを認めつつも、「こ

の郵便局の出納職員が自身に預けられた預金を受領したのは、まさに Boung-Dun 郵便局の出納職員の資格において (en qualité de) であり、かつ、その職務の執行の中で (dans l'exercice de ses fonctions) である。したがって、国の賠償責任が成立する」と判示し、原告の請求を認容した。つまり、この判決においては、出納職員の個人的フォートが職務上付与された地位に基づいて、職務の執行の中で犯されたということのみから、国の賠償責任が認められているのである。

二 役務の中で又は役務の際に犯された個人的フォートによる賠償責任

確かに、これらの判決のように、役務のフォートを明示的に認定していないからといって、直ちに役務のフォートが存在していなかったということはできない。というのも、職務の執行の中で犯された個人的フォートはいかなるものであっても何らかの役務のフォートを推定ないし擬制するものであると解すれば、そこでは黙示的に役務のフォートが認定されているとも考えられるからである。したがって、Lennonier 判決²²や Souchon 判決²³のように判決文において明確に役務のフォートの存在が示されている場合はもちろん、Denoyelle 判決²⁴、

Boiero 判決²⁵及び Quesnel 判決²⁶のように判決文においては必ずしも役務のフォートが明示的に認定されていない場合であっても、そこで認められる国家賠償責任はすべて役務のフォートによる賠償責任であると解することも不可能ではない。しかしながら、Jean-Claude Mestre が先駆的にそう指摘していたように、判決文を素直に読む限り、後者の類型の国家賠償責任は、あくまで個人的フォートによる賠償責任であると解すべきであろう²³。特に近年の学説においては、かかる解釈が有力になつていくように思われる。例えば、Thibaut Lelen は、《Denoyelle 判決》などにおいて認められている国家賠償責任が、もっぱら職務の執行の中で犯された個人的フォートに基づくものであり、いかなる役務のフォートにも基づくものではないことを指摘している²⁵。また、Jerome Travyard も、「公法人の賠償責任を直接的に生ぜしめるのは、個人的フォートであり、いかなる役務のフォートでもないのである」と述べている。したがって、おそらく一九三〇年代には、フランス国家賠償責任法においても、公務員の個人的フォートないし個人的な賠償責任を前提とした代位責任規範が誕生していたのではないかと考えられる。

いずれにしても確かなことは、この時代においては、賠償責

任の競合原理の中に、①《Demomier 判決》のように、個人的フォートを構成する所為から役務のフォートを推定ないし擬制し、役務のフォートを明示的に認定することにより国家賠償責任を認めるといふ法律構成と、②《Denoyelle 判決》のように、役務のフォートを明示的に認定することなく、個人的フォートがもつばら職務の執行の中で犯されたことのみをもって国家賠償責任を認めるといふ法律構成とが並存していたということである。しかしながら、時代が進むにつれ、徐々に前者の法律構成は後者の法律構成に取って代わられていった。実際、行政重要判例集の著者らは、「役務のフォートの観念は黙示的なものすら消滅した。つまり、個人的フォートは役務のフォートと両立しない。役務の中で又は役務の際に個人的フォートが実現されたということ、その個人的フォートについて当該役務に責任を負わせることを義務づけるのに十分である」と述べている。このような判例の展開は、まさに自己責任的法律構成の限界を示すものであり、理論的には歓迎されるべきものであるように思われる。なぜなら、前述のように、個人的フォートを構成する所為が推定ないし擬制により同時に役務のフォートを構成するという技巧的な法解釈よりも、個人的フォートが役務の中で又は役務の際に犯されたということのみをもって国家賠償責任

を認めるといふ直截的な法解釈の方が、問題となつていふフォートの実体に整合的な法解釈であるといえるからである。⁽²⁸⁾

第三款…役務と全く関連がないわけではない個人的フォート

一 《Mineur 判決》

ところで、右のような賠償責任の競合原理には、一つの限界があった。すなわち、この原理は、フォートの競合原理とは異なり（本章第一節第二款参照）、あくまで個人的フォートが役務の中で又は役務の際に犯された場合にしか適用されず、言い換えれば、個人的フォートが役務の外側で犯された場合には適用されていなかったのである。つまり、二〇世紀前半においては、前述の *Bum* のテーゼで示された類型のすべてが *Conseil* ユ・データにより認められていたというわけではなかったのである。もつとも、*Conseil* ユ・データは、一九四九年に下された《*Mineur* 判決》⁽³⁰⁾において、この限界を克服し、役務の外側で犯された個人的フォートについても、それが「役務と全く関連がないわけではない」(*il n'est pas dépourvue de tout lien avec le service*)、場合には、国家賠償責任を認めるようになった。⁽³¹⁾

その事案は、次のようなものであった。タンクローリーでガソリンを輸送する任務に当たっていた輸送部隊員の Desserenne 氏が、目的地にガソリンを届け終えた後、部署に帰る途中に個人的な目的のために家族の家に寄り道をし、その際に運転操作を誤り民家の壁面に衝突する事故を起こした。そこで、原告が当該事故による損害について国に対して賠償請求を行った。

この請求に対して、論告担当官である Francois Gazier は、まず、本件においては、Desserenne 氏が個人的な目的により役務から離れ、役務の外側で個人的フォートに犯したこと、また、行政が組織又は監督においていかなる役務のフォートも犯していないことから、当時の判例法理をそのまま適用すれば本件請求は棄却されることとなると述べた³²⁾。しかしながら、Gazier は、そのような判例法理に沿った請求の棄却は、公務員が役務の内側で犯した個人的フォートの場合に国家賠償責任が認められることとの関係において「論理を充足させるが、衡平に重大に違反する³³⁾」として、役務の外側で犯された個人的フォートにより国家賠償責任が認められないことよって被害者が当該公務員の支払不能のリスクにさらされることは避けるべきであると主張した。また、当時の使用者責任に関する司法裁判所の判例においては、被用者による職務の濫用 (abus de

fonction) が問題となる場合には一部の例外を除きほとんど常に使用者責任が認められていることをも付言して、本件についても国の賠償責任を認めるべきであると主張した。

この論告を受けたコンセイユ・デタは、Desserenne 氏が役務の利益とは無関係な動機に基づき通常の行程を逸脱してもっぱら個人的な目的により公用車を利用したことを指摘した上で、「公役務の執行のためにその運転手に供されていた車両によつて起こされた本件事故は、本件事案の状況においては役務と全く関連がないものとしてはみなされえない」と判示した。そして、たとえ、Desserenne 氏によつて犯されたフォートが個人的フォートの性格を帯びるものであったとしても、国はその賠償責任を免れえないとして、国の賠償責任が認められたのである³⁴⁾。

本判決の特徴は、個人的フォートが役務の外側で犯されたにもかかわらず、また、役務のフォートが推定ないし擬制されたものすら存在しないにもかかわらず、個人的フォートが役務と全く関連がないわけではないということのみから、国の賠償責任が認められている点にある。そこで問題となるのは、もはや二つのフォートではなく、二つの原因（個人的フォートと損害の発生に寄与した役務）なのである³⁵⁾。したがって、ここで認め

られている国の賠償責任は、役務のフォートによる賠償責任ではなく、「役務と全く関連がないわけではない個人的フォートによる賠償責任」であるということができ⁽⁴⁶⁾る。かかる理解は、現在のフランス行政法学において大多数の論者により共有されているのではないかと思われ⁽⁴⁷⁾る。つまり、この国家賠償責任は、公務員の個人的フォートを責任要件とした代位責任規範なのである。ここで問題となるのは、「役務と全く関連がないわけではない」ということをどのように判断するのか、という点であろう。この点について、本判決は、右の判示を見る限り、係争役務が事故を起こした車両を当該公務員に供していたことを理由に役務との関連性を認定しているように見える。つまり、本判決においては、「道具的関連性」が公務員と個人的フォートとを結び付けているのである。この「道具的関連性」は、前述のBumのテーゼの②の類型に該当するものであり、個人的フォートに起因する損害を国家に負わせるための正当化根拠になつてい⁽⁴⁸⁾ると考えられる。

二 役務と全く関連がないわけではない個人的フォートによる賠償責任

ところで、この責任規範に関して、その後の判例において

役務のフォートが要求されないことが明示的に確認されている。Thibaut Lelou は、このことを以下のようにまとめている。すなわち、「いくつもの判決が、いかなる役務のフォートも要求されないということ、及び、個人的フォートは、それが役務と全く関連がないわけではない場合には、それだけで公的賠償責任 (responsabilité publique) を生ぜしめるのに十分であるということを確認している。例えば、コンセイユ・デタは、公務員の不正行為が《個人的フォートの性格を帯びるものであり》、また、《当該不正行為が事件の諸状況において役務と全く関連がないものとしてはみなされえない》場合には、当該公務員が属する役務の《組織または監督において役務のフォートが犯されたかどうかを探求するまでもなく》、当該行為は被害者に対する《・・・[Lelou 注・・・公法人の]賠償責任を生ぜしめる性質を有する》と述べている⁽⁴⁸⁾。最高裁判所は、二〇〇七年に、次のように明示的に述べることににより、かかる法解釈を繰り返した。すなわち、《行政主体の公務員によって生ぜしめられた損害の被害者は、自身にフォートがない場合、たとえ、いかなるフォートも役務には帰責されえないとしても、また、当該損害が・・・公務員によって犯された個人的フォートに完全に帰責されるものであったとしても、当該公務員の行為が役務と全

く関連がないわけではないことを理由として、当該行政主体に対して当該損害を全面的に賠償するように命じることを行政裁判官に請求しうる⁽³⁹⁾と⁽⁴⁰⁾。」と。

なお、この役務と全く関連がないわけではない個人的フォートによる賠償責任は、前述の《Denoyelle 判決》において問題となったような役務の中で又は役務の際に犯された個人的フォートについても適用されている⁽⁴¹⁾。例えば、一九五二年に下された《Boitet 判決》⁽⁴²⁾においては、憲兵隊員がパトロール中に私人（Boitet 氏）に加えた暴行が「役務から切り離しうる個人的フォートを構成する」ものとして認定された上で、「この個人的フォートは、当該公務員が職責を担う公役務の遂行の際に犯されたものであり、事件の諸状況においては役務と全く関連がないものとしてはみなされえない。したがって、Boitet 氏が被った損害は、国の賠償責任を生ぜしめる」と判示されている。この「役務と全く関連がないわけではない個人的フォートによる賠償責任」は「役務の中で又は役務の際に犯された個人的フォートによる賠償責任」を包含しうることから、理論的には前者の責任規範さえあれば十分であるようにも思われる。実際、現在のフランス行政法学においては、賠償責任の競合原理による国家賠償責任を説明する際に、後者の責任規範については言

及せず、もつばら前者の責任規範についてのみ言及している論者も存在する⁽⁴³⁾と⁽⁴⁴⁾。

三 役務関連性の判断基準

それでは、この賠償責任の競合原理の限界はどこにあるのか。そもそも、役務と全く関連がないわけではない個人的フォートという概念は、国家賠償責任を拡張するために創造された「機能的概念（*notion fonctionnelle*）」⁽⁴⁵⁾にあることから、役務関連性の判断基準は決して明確ではない⁽⁴⁶⁾。

1 時間的関連性——まず、Francis-Paul Benoit をはじめ、多くの論者が指摘しているように、役務関連性の認定に当たって極めて重要な要素となるのは、「時間的関連性」である⁽⁴⁷⁾。つまり、勤務時間中に、言い換えれば、加害公務員が自身の時間を行政によって与えられている任務に費やしているとみなされる時、あるいは、加害公務員が行政の従属下にあるとみなされる時には、公務員の加害行為は、原則として役務と全く関連がないわけではないものとしてみなされるのである⁽⁴⁸⁾。《Bernard 判決》⁽⁴⁹⁾は、まさに、この時間的関連性の重要性を示しているといえる。その事案は次のようなものであった。治安維持の任に当たっていた Boyer 巡査は、勤務時間内にもかかわらず、上

官の許可なく酒場に入り、そこでの口論が原因で平静さを失い、ピストルを取り出し、それを取り上げようとした Bernard 氏に重傷を負わせた。Bernard 氏が当該負傷に係る損害の賠償を国に請求したところ、コンセイユ・デタは、Boyer 巡査の加害行為が職務の執行から切り離しうる個人的フォートと構成すると認定した上で、「この個人的フォートは、当該公務員が職責を担っていた公職務の遂行の際に犯された」ものであり、「職務と全く関連がないものとしてはみなされえない」と判示して、Bernard 氏に対する国の賠償責任を認めたのである。

2 道具的関連性——もともと、厳密に言えば、この時間的関連性は「基準 (critere)」というよりはむしろ「徴候 (indice)」にすぎず、結局のところ職務関連性は、空間的関連性⁽³⁴⁾や道具的関連性⁽³⁵⁾などと併せて総合的に判断されているというのが正確であろう。とりわけ、前述の《Mimeur 判決》が示しているように、道具的関連性は、その重要な考慮要素である。例えば、一九七三年に下された《Sadoudi 判決》⁽³¹⁾においては、警視庁の巡査である Mohand 氏が Sadoudi 氏と居住していた民間の寮において公用の銃をいじっていた際に銃を暴発させ Sadoudi 氏を死に至らしめた事故について、つまり、完全に時間的にも空間的にも職務とは無関係な事故について、公共団体

の賠償責任が認められている。すなわち、コンセイユ・デタは、「職務の外側において、パリの市の巡査に課せられている銃を保管する義務に起因する第三者にとっての危険性 (dangers) に鑑みれば、本件事故は職務と全く関連がないものとしてはみなされえない」と判示して、被害者遺族に対する市の賠償責任を認めたのである。つまり、この判決においては、公務員個人の住居において銃を保管する義務と当該義務が第三者に及ぼす危険性に基づき職務関連性が認められているのである⁽³²⁾。他方、ある軍人が自身の所有する自動車で職場に向かう際に事故を起こし私人に損害を与えたという事件においては、当該軍人の個人的フォートが職務と全く関連がないものとしてみなされ、国の賠償責任が否定されている⁽³³⁾。

ただし、Jean-Marie Auby が指摘しているように、「その職務の外側において公務員の個人的フォートによって引き起こされた損害が、職務によって供された道具を用いて実現されたという事実だけでは、行政主体の賠償責任を生ぜしめるのに十分ではない⁽³⁴⁾」。例えば、Antoine Bernard は、「故意によるフォート」を、職務関連性を切断する要素として挙げていた⁽³⁵⁾。実際、コンセイユ・デタは、ある憲兵が公用の銃を用いて犯した殺人について、この個人的フォートが個人的な復讐のために犯され

たものであることなどを指摘し、個人的フォートと役務との関連性を否定している⁽⁵⁶⁾。また、消防士が職業上の経験から得た専門的な知識を用いて放火を犯した事件についても、個人的フォートと役務との関連性が否定されている⁽⁵⁷⁾。

3 現在の判例の状況——しかしながら、コンセイユ・デタは、一九八八年に下された判決において、一見するといかなる役務関連性も認められないような故意による個人的フォートについて、国家賠償責任を認めている⁽⁵⁸⁾。それは、コミュニケーションの憲兵であった Lamare 氏によって未成年の少女が殺害された事件に係る《Raszewski 判決》⁽⁵⁹⁾である。本判決において、コンセイユ・デタは、Lamare 氏による個人的フォート（殺人）が勤務時間外に同氏の所有する武器を用いて、しかも故意により犯されたものであったにもかかわらず、① Lamare 氏が以前から車の窃盗などの複数の悪事を働いていたこと、②これらの悪事の大部分は彼が職務を執行していた管轄の区域内で犯されていたこと、③このことから彼自身も右の犯罪の捜査に参加し、その進行と成果を知らされていたこと、④これにより実質的に役務が長期に渡り当該犯罪について同氏を捜査から免れさせることに寄与していたことなどを指摘した上で、「かかる諸状況においては、Raszewski 嬢の殺害は、たとえそれが役務の時間外に、

Lamare 氏個人の所有する武器を用いて犯されたものであったとしても、役務と全く関連がないわけではなく、国の賠償責任を生ぜしめる」と判示したのである⁽⁶⁰⁾。

以上のことからすれば、結局のところ、役務関連性を決定づけるような絶対的な基準というものは存在せず、前述の Burn の言葉を借りるならば、「役務が当該フォートの実現又は特定の個人に対する損害を生ぜしめる結果の発生を条件づけた」かどうかを事件の諸状況を総合的に考慮することにより判断しているというのが現在の判例の状況ではないかと思われる。なお、行政重要判例集の著者らによれば、役務関連性の要件は今日においても維持されているが、役務関連性の認定は非常に緩やかに行われており、最近の判例の中に役務関連性を否定した判決はほとんど存在しないという⁽⁶¹⁾。

第四款・賠償責任の競合と求償

以上のような賠償責任の競合が問題となる場合、国家と公務員の間の求償関係はどのように規律されるのであろうか。被害者は一般的に賠償金の支払能力に不安のある公務員個人よりも国家に損害賠償請求を行うことから、とりわけ公務員に対する

国家からの求償が問題となる。⁽⁶²⁾ まず、結論から言うと、個人的フォートが、役務の中で又は役務の際に犯されたとしても、役務の外側で犯されたとしても、国家は公務員に対して全額の求償を行うことができる。⁽⁶³⁾⁽⁶⁴⁾ 逆に言えば、公務員は、国家に対して一切求償権を行使することができない。このことは、賠償責任の競合原理に基づく国家賠償責任が、《Denoyelle 判決》以降、その責任要件の次元において代位責任的法律構成により認められていることと整合的であるように思われる。つまり、国家は本来的に負担すべき賠償責任を負担しているのではなく個人的フォートによる公務員の賠償責任を肩代わりしているにすぎないのである。

具体的な判例をいくつか挙げると、例えば、《Delaprie 判決》⁽⁶⁵⁾において、コンセイユ・デタは、職務中に故意の暴行によって被害者に負傷を負わせ、この負傷に係る損害について賠償命令を受けた二人の兵士が、国に当該損害に係る賠償の負担を求めた請求を棄却している。また、《Tillaud 判決》⁽⁶⁶⁾では、フランス国内軍 (Forces françaises de l'intérieur) に属するメンバーが私人らの住居で逮捕 (arrestation) 及び搜索 (perquisition) を行った際に当該私人らの所有する金品を略奪した事件において、被害者らに賠償金を支払った国による求償

権の行使が認められている。⁽⁶⁷⁾ さらに、《Le Sou Medical 判決》⁽⁶⁸⁾においては、当直医が繰り返し呼び出しがあつたにもかかわらず容態が思わしくない患者のもとに行くことを拒み、それにより手術が遅れ患者が死亡した事件について、当該医師と公立病院の最終的な賠償の負担割合が問題となつたところ、公立病院の側にはいかなる役務のフォートも認められず、右の患者の死亡はもっぱら当該医師の個人的フォートに帰責されるものであるとして、賠償の全額が当該医師の負担とされている。

さらに、コンセイユ・デタは、近年、《Ministre de l'éducation nationale c. H 判決》⁽⁶⁹⁾において、和解に基づいて支払われた賠償金についても国の公務員に対する求償を認めている。その事案は、以下のようなものであつた。当時小学校で教師をしていたH氏は、児童らに対する暴行について、Saverne 軽罪裁判所によって執行猶予付きの有罪判決を受けた。国は、このH氏の暴行によって被害を受けた児童の親と和解を締結し、この和解に基づいて賠償金を支払つた。本件は、この賠償金の全額を国がH氏に請求した事案である。この請求について、コンセイユ・デタは、「H氏は、二年の間、彼が勤務していた小学校の約一五人の児童に対して、とりわけ平手打ち (gifle) や殴打 (coups) から成る暴行を行つてきた。これらの不正行為は、確かに役務

の中で行われたものであるが、当該教員による職務の執行から切り離しうる個人的フォートゥを性格づけるのに十分な重大性を有する」と判示して、国のH氏に対する求償を認めただのである。

なお、裁判官は、求償額の算定に当たって和解の金額に拘束されることなく自らの判断によりこれを行うことができる。本件においては、和解により支払われた額（七六二ユーロ）が合理的な和解が締結されていた場合に支払われるべきであった金額を超過していたものと解され、H氏に対して求償できる額は三〇〇〇ユーロと算定された。⁷¹⁾

第五款…フランス国家賠償責任法における責任規範の多元化

最後に、以上の検討を踏まえて、フランス国家賠償責任法における責任規範を定式化し、その相互関係をまとめておくこととする。

この点に関して、行政重要判例集の著者らは、現在のフランス国家賠償責任法におけるフォートゥに関する責任規範を次のように定式化している。すなわち、「一八七三年七月三〇日のPelletier判決以来、行政の公務員のフォートゥによる行政賠償責

任の拡大は、今日、四組のケースにおいて行政賠償責任を認めることを可能ならしめる。すなわち、公務員の職務のフォートゥのケース、⁷²⁾ 職務のフォートゥと競合する個人的フォートゥのケース、⁷³⁾ 職務の中で又は職務の際に犯された個人的フォートゥのケース、そして、職務の外側で犯されたものであるが職務と全く関連がないわけではない個人的フォートゥのケースである。つまり、現在のフランス国家賠償責任法においては、大きく分けて、① 職務のフォートゥによる賠償責任（以下、「第一の責任規範」という）、② 個人的フォートゥと競合する職務のフォートゥによる賠償責任（以下、「第二の責任規範」という）、③ 職務の中で又は職務の際に犯された個人的フォートゥによる賠償責任（以下、「第三の責任規範」という）、④ 職務の外側で犯されたものであるが職務と全く関連がないわけではない個人的フォートゥによる賠償責任（以下、「第四の責任規範」という）の四つの責任規範が存在するというのである。なお、行政裁判官は、それぞれの事件の状況に応じて右の責任規範を使い分けているが、できる限り、より伝統的な責任規範を用いることを好み、逆に、より最近の、すなわち、より大胆な責任規範は補充的にしか適用しないといわれている。⁷⁴⁾

一 第一の責任規範

まず、最も伝統的な第一の責任規範についていえば、この責任規範は、フランス国家賠償責任法における原則的責任規範であり（第三章第二節第一款参照）、まさにフランス国家賠償責任の「コア」を形成するものであるといえる。この責任規範が自己責任規範であることについては、先に論じたとおりである（第三章第二節第二款参照）。すなわち、国家は自身が犯したフォートに基づき賠償責任を負うのであり、公務員は被害者との関係においても国家との関係においても一切の賠償責任を負わないのである。

コンセイユ・デタは、当初、『Pelletier 判決』以来の伝統に基づき、役務のフォート（国家賠償責任）と個人的フォート（公務員個人の賠償責任）とを相互排他的なものとして解していたことから、公務員の加害行為が個人的フォートとして認定された場合には、被害者が公務員の支払不能のリスクにさらされることとなった。そこで、コンセイユ・デタは、このリスクから被害者を救済するために、役務のフォートによる賠償責任という「コア」を覆っていく形で、その「バッファー」として、第二の責任規範から順に、第三の責任規範、第四の責任規範と新たな責任規範を形成していった。

二 第二の責任規範

最初に形成された第二の責任規範は、『Anguel 判決』により確立されたフォートの競合原理に基礎を置くものである（本章第一節参照）。この責任規範は、あくまで役務のフォートに基づくものであることから、責任要件の次元においては自己責任規範たる役務のフォートによる賠償責任であるといえる。また、かかる場合には、基本的に国家は公務員に対して賠償金の全額について求償権を行使することができず、各々のフォートの存在と重大性に応じて最終的な負担が決められることとされている。ただし、「監督上の瑕疵」によるフォートの競合が問題となる場合には、国家は公務員に対して全額の求償を行うことが認められており、そこには代位責任的な発想が伺える。実際、多くの場合、監督上の瑕疵により構成される役務のフォートは個人的フォートの存在から推定ないし擬制されたものでしかなく、実質的には役務のフォートと認定されるほどの義務違反が犯されていないこともありうることから、この種の国家賠償責任が純粋な自己責任規範といえるかについては疑問の余地がある。まさに、この点に自己責任的法律構成の限界が垣間見えるのであり、そのような場合には、役務のフォートの認定を必要としない第三の責任規範ないし第四の責任規範が用いられ

るべきであろう。

三 第三の責任規範

次に、本節で紹介した賠償責任の競合原理に基づく第三の責任規範は、厳密に言えば、二つの責任規範に分けられる。一つは、個人的フォートを構成する所為が推定ないし擬制により同時に役務のフォートをも構成することにより認められる。役務のフォートによる賠償責任⁷⁴である(《Tennorier 判決》)。この責任規範は、責任要件の次元においては自己責任規範であるということが出来る。もう一つは、個人的フォートを構成する所為がもつぱら役務の中で又は役務の際に犯されたことのみをもつて認められる。役務の中で又は役務の際に犯された個人的フォートによる賠償責任⁷⁵である(《Denoyelle 判決》)。この責任規範についてはさまざま解釈がなされているが、あくまで個人的フォートを責任要件とする代位責任規範として解すべきものであるように思われる。また、こうした賠償責任の競合のケースが問題となる場合には、国家から公務員に対する全額の求償が認められていることから、法的効果の次元においては、代位責任の法律構成を採用しているものと考えられる。このような代位責任規範が誕生したことにより、自己責任の法律構成

に拘泥する必要がなくなったことから、役務のフォートを認定するほどの義務違反が認められない場合に技巧的で後付的な法解釈を行うことを回避し、より直截的でフォートの実体に整合的な法解釈を行うことが可能となったのである。

四 第四の責任規範

最後に、第四の責任規範についていえば、この責任規範は、役務と全く関連がないわけではない個人的フォートに基づき認められ、また、国家による公務員に対する全額の求償が認められていることから、責任要件の次元においても、法的効果の次元においても、代位責任規範であるということが出来る。なおこの第四の責任規範が役務の中で又は役務の際に犯された個人的フォートにも適用されるようになっていくことについては、前述のとおりである。

五 より現実に即した解決への回帰

本章で論じてきたように、競合原理の形成及び発展により責任規範が多元化するにつれ、被害者は、公務員の支払不能に衝突することなく、より容易にかつより確実に賠償金を得ることができるようになった。⁷⁶もつとも、この利点を追求する過程で

理論的な次元において一定の歪みが生じたということもまた確かである。つまり、コンセイユ・デタは、被害者を救済するために国家賠償責任の成立範囲を徐々に拡張していったのであるが、そこで自己責任の法律構成に拘泥したがゆえに、フォートの実体にそぐわない解釈論上やや無理のある法解釈を行うことを余儀なくされたのである。このことは、特に個人的フォートを構成する所為が推定ないし擬制により同時に役務のフォートをも構成するという賠償責任の競合における法解釈についていえることであり、場合によっては、監督上の瑕疵を個人的フォートの存在から推定ないし擬制することにより認めるといふフォートの競合における法解釈についてもいえることである。そこで、コンセイユ・デタは、役務のフォートがなくとも、個人的フォートが役務の中で若しくは役務の際に犯された場合又は役務と全く関連がないわけではない場合には、そのことのみをもって国家賠償責任を認めるようになった。これらの国家賠償責任は、責任要件の次元においても、法的効果の次元においても、代位責任規範であるということができるように思われる。かくして、責任規範が多元化されたことにより、右のような解釈論上の問題が克服され、よりフォートの実体に整合的な法解釈を行うことが可能となったのである。⁽⁷⁵⁾

実際、この点に関して、Michel Paillet は、役務と全く関連がないわけではない個人的フォートが問題となった事件について「当該公務員の不正行為は、役務のフォートが [Paillet] 注：係争役務の運営又は組織において、犯されたかどうかを探索するまでもなく、コミューンの賠償責任を生ぜしめる性質を有する」と判示した《Duertre 判決》⁽⁷⁶⁾を引用した上で、次のように述べている。すなわち、「かかる定式は、おそらく過去の判例を全面的に放棄するものではないが、公務員の個人的フォートによる被害者に賠償を行うために役務に帰責すべきフォートをどんな犠牲を払ってでも探求しようとする欺瞞的な論証のプローチと決別する意思を示しているように思われる。少なくとも、多くのケースにおいて行政主体は実際には何ら《自ら咎む (se reprocher)》べきところがないことから、より現実的に即した解決 (réalisme) への回帰が重要であることが期待される」と。⁽⁷⁸⁾

(1) Voir: Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 19^e éd., Paris, Dalloz,

- 2013, pp. 200-207.
- (㉓) C.E. 26 juillet 1918, *Époux Lemonnier*, Rec. 761, concl. Léon Blum, S. 1918-1919, III, 41, concl. Léon Blum, note Maurice Hauriou, *R.D.P.* 1919, p. 41, concl. Léon Blum, note Gaston Jéze.
- (㉔) Léon Blum, concl. sur C.E. 26 juillet 1918, *Époux Lemonnier*, Rec. 767.
- (㉕) Voir. Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *supra* note 1, p. 202 ; Jean-François Lachau, Hélène Pauliat, Stéphane Braconnier et Clotilde Deffigier, *Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence*, 16^e éd., Paris, P.U.F., 2014, pp. 800-801.
- (㉖) Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *Droit administratif*, 9^e éd., Paris, L.G.D.J., 2014, n° 1019 ; Voir également Léon Duguit, «La question de la coexistence de la responsabilité de l'État et de la responsabilité personnelle des fonctionnaires», *R.D.P.* 1923, pp. 37-38.
- (㉗) Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 5, n° 1019.
- (㉘) Didier Truchet, *Droit administratif*, 5^e éd., Paris, P. U.F., 2013, p. 398 ; Patrice Chretien, Nicolas Chiffot et Maxime Tourbe, *Droit administratif*, 14^e éd., Paris, Sirey, 2014, n° 771.
- (㉙) Voir. C.E. 28 novembre 1947, *Sieur Verne*, Rec. 451 ; C.E. 13 février 1948, *Sieur Tordjman*, Rec. 82 ; C.E. Sect. 18 novembre 1960, *Sieur Tillaud*, Rec. 636 ; Cécile Benoit-Renaudin, *La responsabilité du préposé*, Paris, L.G.D.J., 2010, n° 535.
- (㉚) Voir. Delphine Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 330 ; Hafida Belhali, *Les conteurs en droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 122 ; Jean-François Lachau, Hélène Pauliat, Stéphane Braconnier et Clotilde Deffigier, *supra* note 4, p. 801.
- (㉛) Voir. Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif*, t. 1, 16^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, n° 1645 ; Gilles Lebreton, *Droit administratif général*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2013, n° 375.
- (㉜) 上の点に関する賠償責任の競合における職務のフォートによる賠償責任とフォートの競合における監督上の瑕疵に起因する職務のフォートによる賠償責任との区別は相対的であるように思われる。
- (㉝) C.E. 19 mai 1948, *Sieur Souchon*, Rec. 221.
- (㉞) Voir. Pierre Delvolvé, *Le droit administratif*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2014, p. 69.

- (14) Maryse Deguerge, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 526.
- (15) Jean-Claude Maestre, *La responsabilité pécuniaire des agents publics en droit français*, Paris, L.G.D.J., 1962, p. 175.
- (16) Voir, Hafida Belrhali, *supra* note 9, p. 123.
- (17) Voir, Jacques Moreau et Hélène Muscat, « Responsabilité des agents et responsabilité de l'administration », *J.-Cl. A.*, fasc. 806, 2012, n° 94.
- (18) C.E. 10 janvier 1934, *Consorts Denoyelle*, Rec. 48.
- (19) Jean-Claude Maestre, *supra* note 15, pp. 170-171.
- (20) C.E. Sect. 14 février 1936, *Sieur Boiero*, Rec. 207.
- (21) C.E. 21 avril 1937, *Demoiselle Quesnel* Rec. 413.
- (22) Voir, Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *supra* note 1, p. 204 ; Voir également, Delphine Costa, *supra* note 9, pp. 330-332 ; Yves Gaudemet, *supra* note 10, n° 1645 ; Guy Braibant et Bernard Stirn, *Le droit administratif français*, 7^e éd., Paris, Dalloz-Sirey, 2005, pp. 330-332 ; Charles Debhasch et Frédéric Colin, *Droit administratif*, 10^e éd., Paris, Economica, 2011, pp. 450-451.
- (23) Jean-Claude Maestre, *supra* note 15, pp. 170 et s. ; Voir également, Claude Franck, note sous C.E. 26 octobre 1973, *Sadoudi*, *J. C. P.* 1974, II. 17596 ; Jacqueline Morand-Deviller, *Droit administratif : Cours, thèmes de réflexion, commentaires d'arrêtés avec corrigés*, 13^e éd., Paris, L.G.D.J., 2013, p. 718 ; Jean-Yves Vincent, *L'évidence en contentieux administratif*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2013, p. 289 ; Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 5, n° 1019.
- (24) Hafida Belrhali, *supra* note 9, pp. 126-127 ; Cécile Benoit-Renaudin, *supra* note 8, n° 535 ; Anne Jacquemet-Gauché, *La responsabilité de la puissance publique en France et en Allemagne. Étude de droit comparé*, Paris, L.G.D.J., 2013, n° 462 ; Jérôme Travard, *La victime et l'évolution de la responsabilité administrative extraccontractuelle*, Paris, Éditions Mare & Martin, 2013, p. 131 ; Thibaut Leleu, *Essai de restructuration de la responsabilité publique. À la recherche de la responsabilité sans fait*, Paris, L.G.D.J., 2014, n° 110 et 253.
- (25) Thibaut Leleu, *supra* note 24, n° 110 et 253.
- (26) Jérôme Travard, *supra* note 24, p. 131.
- (27) Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *supra* note 1, p. 204 ; Voir

- également Didier Truchet, *supra* note 7, p. 398.
- (87) Voir Jean-Claude Maestre, *supra* note 15, p. 185.
- (88) Voir C.E. Ass. 30 janvier 1948, *Dame neuve Buffevant*, Rec. 51 ; François Gazier, concl. sur C.E. Ass. 18 novembre 1949, *Minneur, Defaux et Besthelsemer*, *J.C.P.* 1950, II, 5286.
- (89) C.E. Ass. 18 novembre 1949, *Minneur*, Rec. 492, *J.C.P.* 1950, II, 5286, concl. François Gazier, D. 1950, p. 667, note J. G., *R.D.P.* 1950, p. 183, note Marcel Waline.
- (90) 本判決は回田に於てなれた《Defaux 判決》及び《Besthelsemer 判決》に於ていふ類似の事案に於て回様の判断枠組をなすものとす (C.E. Ass. 18 novembre 1949, *Defaux et Besthelsemer*, Rec. 493 et 494)°.
- (91) François Gazier, *supra* note 29.
- (92) *Ibid.*
- (93) その後、一九五七年一月二二日の法律によつて公用車両の事故に係る国家賠償責任については立法的な解決を図られしものとされた (Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *supra* note 1, pp. 205-206)°.
- (94) Hafida Belrhali, *supra* note 9, p. 129.
- (95) Voir Cécile Benoit-Renaudin, *supra* note 8, n° 536 ; Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *supra* note 1, p. 205 ; Pierre Delvolvé, *supra* note 13, p. 69 ; Christophe Guettier, « La responsabilité en droit administratif », Philippe Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2014, n° 314 ; Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit *supra* note 5, n° 1019.
- (96) René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, 15^e éd., Paris, Montchrestien, 2001, n° 1532 ; Gilles Darcy, « Détachabilité et rattachabilité dans le contentieux de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques et de leurs agents », dans *De code en code. Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Paris, Dalloz, 2009, p. 184 ; Jacqueline Morand-Devillier, *supra* note 23, pp. 717-719 ; Martine Lombard, Gilles Dumont et Jean Sirinelli, *Droit administratif*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2013, n° 913 ; Bertrand Sellier, *Droit administratif : 2. L'action administrative*, 5^e éd., Paris, Flammarion, 2014, pp. 279-280 ; Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 5, n° 1019 ; Philippe Foillard, *Droit administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2014, p. 416.
- (98) C.E. 16 février 1973, *Commune de La-Celle-Saint-Cloud c. dame Dutertre*, Rec. 146.

- (39) C.E. 2 mars 2007, *Société Banque française commerciale de l'Océan Indien*, Rec. 1072.
- (40) Thibaut Leleu, *supra* note 24, n° 254.
- (41) Voir, Xavier Prétot, obs. sous C.E. 23 décembre 1987, *Époux Bachelier*, A.J.D.A. 1988, p. 365.
- (42) C.E. 9 mai 1952, *Boiet*, Rec. 824, R.D.P. 1953, p. 737.
- (43) Voir, Didier Truchet, *supra* note 7, p. 398 ; Prosper Weil et Dominique Puyraud, *Le Droit administratif*, 24^e éd., Paris, P.U.F., 2013, p. 113 ; Christophe Guettier, *supra* note 36, n° 313.
- (44) 一九五五年に下された《Paumier 判決》(C.E. 25 novembre 1955, *Dame veuve Paumier*, Rec. 564) においては、二人の巡査の暴行により死亡した被害者の遺族が国に損害賠償を請求した事案について、「コンセンヌ・データは、一方で、これらの公務員の行為が役務の執行から切り離しうる個人的フォートを構成する」とを認めつつも、このフォートが「公役務の遂行の際に」(à l'occasion de l'accomplissement du service public)「犯された」ということのみをもつて国の賠償責任を認めうる。したがって、「役務と全く関連がないわけではない個人的フォートによる賠償責任」の登場により、「役務の中で又は役務の際に犯された個人的フォートによる賠償責任」が完全に消滅したわけではない。ただし、この二つの
- 責任規範を区別する実益はほとんどないから、このような両者の区別の相対性は実際上あまり問題とならなうべきに思われる。
- (45) Jacques Moreau et Hélène Muscat, *supra* note 17, n° 106.
- (46) Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *supra* note 1, p. 207
- (47) Francis-Paul Benoît, note sous C.E. Sect. 1^{er} octobre 1954, *Sieur Bernard*, D. 1955, p. 169 ; Philippe Weckel, «L'évolution de la notion de faute personnelle», R.D.P. 1990, p. 1557 ; Jacques Moreau et Hélène Muscat, *supra* note 17, n° 99 et s.
- (48) Voir, Francis-Paul Benoît, *supra* note 47, p. 169 ; C.E. 27 février 1981, *Commune de Chonville-Malainmont*, Rec. 116 ; Christophe Guettier, *supra* note 36, n° 316.
- (49) C.E. Sect. 1^{er} octobre 1954, *Sieur Bernard*, Rec. 505, concl. Laurent, D. 1955, p. 167, note Francis-Paul Benoît.
- (50) Voir, Jacques Moreau et Hélène Muscat, *supra* note 17, n° 102 et s. ; Douc Rasy, *Les frontières de la faute personnelle et de la faute de service en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1963, pp. 86 et s. ; Jean-Marie Auby, note sous C.E. Ass. 26 octobre 1973, *Sadoudi*, D. 1974, pp. 256 et s.

- (15) C.E. Ass. 26 octobre 1973, *Sadouni*, Rec. 603, D. 1974, p. 255, note Jean-Marie Auby, *R.D.P.* 1974, p. 554, note Marcel Waline, et p. 936, concl. Antoine Bernard ; Voir également, C.E. 23 décembre 1987, *Époux Bachelier*, Rec. 431.
- (16) Voir, Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *supra* note 1, p. 206 ; Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 5, n° 1019 ; Jean-François Lachau, Hélène Pauliat, Stéphane Braconnier et Clotilde Deffigier, *supra* note 4, pp. 805-806.
- (17) C.E. 8 novembre 1995, *Ferron*, Rec. 1029.
- (18) Jean-Marie Auby, *supra* note 50, p. 259 ; Voir également Francis-Paul Benoît, *supra* note 47, p. 169.
- (19) Antoine Bernard, *supra* note 51, p. 943 ; Voir également Michel Paillet, *La faute du service public en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1980, n° 21 ; Martine Lombard, Gilles Dumont et Jean Srinelli, *supra* note 37, n° 914 ; Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 5, n° 1019.
- (20) C.E. 12 mars 1975, *Sieur Pothier*, Rec. 190.
- (21) C.E. 13 mai 1991, *Société d'assurance Les Mutuelles Unies c. Ville d'Echivrolles, D.A.* 1991, comm. n° 351.
- (22) Voir, Jacques Moreau et Hélène Muscat, *supra* note 17, n° 107.
- (23) C.E. 18 novembre 1988, *Ministre de la défense c. Époux Raszewski*, Rec. 416, D. 1989, somm. p. 346, obs. Franck Moderne et Pierre Bon, *J.C.P.* 1989, II. 21211, note Bernard Pacteau, *L.P.A.* 22 septembre 1989, note Michel Paillet.
- (24) 本判決の翌年にも類似の事件がなると同様の判断がトランスジュネ (C.E. 1^{er} mars 1989, *Ministre de la défense c. Mlle Poiné*, Rec. 919)。
- (25) Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *supra* note 1, p. 207 ; Voir également, Paul Amselek, «La détermination des personnes publiques responsables d'après la jurisprudence administrative», dans *Études de droit public*, Paris, Panthéon Assas, 2009, réédition de l'édition publiée en 1964, p. 304.
- (26) なお、行政は求償権とは別に懲戒権を有しており、また、求償権の行使は行政の広範な裁量に委ねられていることから、その行使は非常に稀であるといわれている。したがって、現在のフランス国家賠償責任法においては、公務員が個人的な賠償責任を負う範囲は対外的にも対内的にも極めて限定的であるとする (Voir, Bertrand

Seiller, *supra* note 37, p. 282 ; Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 5, n° 1025.)

- (3) René Chapus, *supra* note 37, n° 1539 ; Yves Gaudemet, *supra* note 10, n° 1653 ; Didier Truchet, *supra* note 7, p. 399 ; Marceau Long, Prosper Weil, Guy Brabant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *supra* note 1, p. 886 ; Gilles Lebreton, *supra* note 10, n° 377-378 ; Martine Lombard, Gilles Dumont et Jean Sirinelli, *supra* note 37, n° 919 ; Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 5, n° 1024 ; Philippe Follard, *supra* note 37, p. 417 ; Patrice Chrétien, Nicolas Chiffot et Maxime Tourbe, *supra* note 7, n° 773.

(64) なお、(63)で注意しておかなければならないのは、フランス国家賠償責任法においては、被害者との私法上の法律関係における個人的フォートと、行政内部の公法上の法律関係における個人的フォートとが理論的に区別されているという点である(この点については、北村和生「フランスにおける公務員に対する求償訴権の成立とその特色(二・完)——公務員の個人責任の一面——」法学論叢二二二巻二号(一九九二年)三三三頁以下を参照)。つまり、「個人的フォート概念の二元化(dédoublement de la notion de faute personnelle)」が生じているのである(Prosper Weil, note sous C.E. Sect.

22 mars 1957, *Jeanmier*, D. 1957, p. 757 ; Voir également, Marvise Deguerque, *supra* note 14, pp. 530-533 ; Jacques Moreau et Hélène Minscat, *supra* note 17, n° 85-89.)

一九五七年に下された「*Jeanmier*判決」(C.E. Sect. 22 mars 1957, *Jeanmier*, Rec. 196, concl. Jean Kahn, A.J.D.A. 1957, II, 186, chr. Jacques Fournier et Guy Brabant, D. 1957, p. 748, concl. Jean Kahn, note Prosper Weil, J.C.P. 1957, II, 10303 bis, note Paul Louis-Lucas.)は、このことを明確に示している。その事案は、Jeanmier氏を含めた六人の兵士が個人的な目的のために監視の目を欺き軍用車を持ち出しドライブに出かけた際に交通死亡事故を起こし、その被害者遺族に国が賠償金を支払った後に六人の兵士らに対して求償訴訟が提起されたというものであった。コンセイユ・デタは、事故当時ハンドルを握っていたLetteneit氏以外の同乗者には、被害者との私法上の法律関係における個人的フォートが存在しなかったにもかかわらず、「審理の結果、事故が起きた際に車の中にいたJeanmier氏と他の五人は、役務の外側で、しかも個人的な目的のために軍用車を使用していた」ことを確認した上で、「国が受けた損害は、役務と無関係な目的で軍用車を故意に使用した点において利害関係人〔筆者注：Jeanmier氏〕が犯した個人的フォートの直接的な結果である」と判示して、ハン

ドルを握っていたなかした Jeannier 氏の国に対する賠償責任を認めたのである。

要するに、この訴訟において Jeannier 氏が国に対して負うこととなる賠償責任は、「役務と無関係な目的で軍用車を故意に用いた」という、職務上の義務に対する違反から構成される国との法律関係における個人的フォートによる賠償責任と同一ことになる。フランス国家賠償責任法における求償訴訟が「懲戒的な色彩 (coloration disciplinaire)」(Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *supra* note 1, p. 437.) を有するものとされたら、この個人的フォートが「懲戒的なフォート (faute disciplinaire)」(Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *supra* note 1, p. 439 ; Jacqueline Morand-Deviller, *supra* note 23, p. 716 ; Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 5, n° 1024.) と呼ばれているのは、このためである。ただ、かかる法解釈をとるのは、もっぱら求償訴訟について行政裁判所の管轄を基礎づけるためであり、二つの個人的フォートには実体的な差異はほとんどないように思われる。実際、多くの場合、被害者との私法上の法律関係における個人的フォート」と、行政内部の公法上の法律関係における個人的フォート」とは実質的に重複的な関

係にある。

- (65) C.E. 19 février 1954, *Consorts Delapré*, Rec. 117.
- (66) C.E. Sect. 18 novembre 1960, *Sieur Tihand*, Rec. 636.
- (67) なお、個人的フォートを犯した公務員が複数存在する場合には、各々のフォートの重大性に依じて、それぞれの負担割合が決せられることとなる (C.E. Sect. 22 mars 1957, *Jeannier*, Rec. 196, concl. Jean Kahn.)。
- (68) C.E. 4 juillet 1990, *Société d'assurances "Le Sou Médical" c. Centre hospitalier général de Gap*, Rec. 984.
- (69) C.E. 12 décembre 2008, *Ministre de l'éducation nationale c. H.*, Rec. 454, A.J.D.A. 2009, p. 895, note Clotilde Defigier ; Voir également, C.E. 8 août 2008, *Mazière*, Rec. 919.
- (70) Voir, Jacques Moreau et Hélène Muscat, *supra* note 17, n° 141.
- (71) Voir, Clotilde Defigier, *supra* note 69, p. 898.
- (72) Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *supra* note 1, p. 207.
- (73) *Ibid.* ; Voir également, Jean-Claude Maestre, *supra* note 15, p. 175 ; Michel Paillet, *supra* note 55, n° 22 ; Claude Franck, *supra* note 23.
- (74) Voir, Jacques Moreau, «La responsabilité administrative», sous la direction de Pascale Gonod, Fabrice Melleray et

- Philippe Volka, *Traité de droit administratif*, t. 2, Paris, Dalloz, 2011, p. 647 ; Didier Truchet, *supra* note 7, pp. 397-398 ; Bertrand Seiller, *supra* note 37, p. 279.
- (75) なお、公用車両事故や公立学校事故については国が代位責任を負うことが法令上明示的に定められている (Francis-Paul Benoit, *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968, n° 1293 ; Cécile Benoit-Renaudin, *supra* note 8, n° 537 ; Jacqueline Morand-Devillier, *supra* note 23, pp. 709 et s. ; Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 5, n° 1020. : それらの法律に「*la responsabilité*」フランス行政法の理論 (有斐閣・一九八四年) 八四頁以下 (初出 : 同「フランス法における行政上の不法行為責任」山口俊夫編集代表『東西法文化の比較と交流 : 野田良之先生古稀記念』(有斐閣・一九八三年) が詳し)。
- (76) C.E. 16 février 1973, *Commune de La-Celle-Saint-Cloud c. dame Dutertre*, Rec. 146.
- (77) Michel Paillet, *supra* note 55, n° 22.
- (78) *Ibid.* : Voir également, Jean Kahn, concl. sur C.E. Sect. 22 mars 1957, *Journier*, Rec. 204.

終章：総括と残された課題

最後に、ここまで論じてきたフランス国家賠償責任法の規範構造との比較において我が国の国家賠償法一条一項が抱える解釈論上の問題について若干の考察を加えた上で (第一節)、残された課題を指摘して (第二節)、本稿を締めくくることとした。

第一節：総括

一 我が国における代位責任的法律構成の実体

1 代位責任規範における擬制的な法解釈——フランス国家賠償責任法における原則的責任規範である職務のフォートによる賠償責任は、法律構成上、公務員個人のフォートないし賠償責任を前提とせず、組織体である公法人が自身のフォートに基づき賠償責任を負う自己責任規範である (第三章参照)。現代行政においては法律行為にせよ事実行為にせよ公職務の多くが組織的に運営されていることから、加害行為の主体である公務員の特定が実際上困難であることはもちろん、公務員個人にフォートを帰責することが理論的に困難である場合も少なくない。

い。したがって、多くの場合、代位責任的法律構成よりも自己責任的法律構成の方が、公役務の運営の実態に適合的であり、論理的に整合的なフォートの認定を可能ならしめるのである。また、右のような公役務の運営の実態に鑑みれば、多くの場合、代位責任的法律構成をとることにより被害者に公務員個人のフォートの立証を要求することは不合理であるといえる。この点、役務のフォート理論によれば、公務員個人のフォートの立証を要することなく、「役務の運営及び組織における瑕疵」、「公役務の悪しき運営」、「公役務の瑕疵ある運営」といった客観的な事実状態により役務のフォートが認定されることから、右のような不合理な立証から被害者を免れさせることができる。このように個人的色彩を払拭した役務のフォート理論が形成された背景には、原初的には裁判管轄の分配の観点から個人的フォート概念の対概念として誕生した役務のフォート概念が、その対比構造の下で、公務員と国家の間の実体的な責任分配の観点から公務員個人に帰せしめられないフォートとして性格づけられたという歴史的沿革がある。そして、かかる役務のフォートによる賠償責任が一世紀以上前から今日に至るまで形を変えることなく存続しえたのは、この責任規範が有する右のような利点に因るところが大きいのではないかと思われる。

しかしながら、自己責任的法律構成に右のような利点があるからといって、直ちに我が国においても自己責任的法律構成を導入しなければならぬかという点必ずしもそうではない。なぜなら、確かに、我が国の判例においては、国家賠償法一条一項の解釈上、「公務員の故意又は過失及び職務上の義務違反が国家賠償責任の成立要件として解されているが、例えば過失判断については、宇賀克也教授が指摘されているように、「公務員個人の過失ではなく、組織としての行政主体の公務運営上の欠陥をもって過失とする」¹⁾ような「組織的過失」の承認が広く行われているからである。すなわち、宇賀教授は、「実際に、組織過失の承認は広く行われている。たとえば、行政処分²⁾の違法に基づく国家賠償請求が行われる場合、行政作用法上、行政庁が処分権者とされていても、現実には、補助機関や諮問機関で事実上の意思決定がなされることが多く、訴訟で問われているのも、まさに組織過失であるということが少なくない」²⁾、また、行政処分に関してではなくても、行政庁の過失が問われる場合があるが、その場合であっても、組織的過失が問われていることが多い³⁾とされ、その一例として序章で紹介した予防接種訴訟に係る東京高判平成四年二月一八日・高民集四五卷三号二一二頁を挙げ、「ここで問われているのは、

厚生大臣という一機関の責任というよりは、厚生省全体の組織的過失といえよう⁴と述べられている。つまり、實際上、加害行為に係る過失が組織的な活動の産物であったとしても、それを当該行為に携わった公務員個人の過失とみなすことによつて国家賠償責任を認めることが可能なのであり、ここでは実質的には所轄行政組織の過失が問われているのである⁶。かかる過失の認定は、その過失の実体に整合的でないことから、解釈論としてはやや無理をしていることは否めないものの⁷、代位責任的法律構成をとる我が国の国家賠償法における一つの解釈論上の工夫として認められないものではなく、国家賠償法一条一項の文理に則して考えるならば優先的に志向されるべき法解釈であるといえる。結局のところ、以上のような擬制的な法解釈を裁判官が貫徹できるのであれば、理論的な問題は残るものの、事案の解決という観点から見れば、我が国においては立法論としてはともかく解釈論としては自己責任的法律構成を採用する必要はないようにも思われる。

しかしながら、我が国の判例は依然として純粋な代位責任的法律構成に固執しているところがあり、常に右のような擬制的な法解釈が貫徹されているわけではない。そもそも、組織的な活動が問題となる場合には実体的には所轄行政組織全体の過失

ないし違法行為が問われるべきである以上、裁判官が過失ないし違法性を認定することにより個々の公務員に「否定的」あるいは「非難的」な評価を加えることにためらいを示したとしても、それは必ずしも理解できないことではない。実際、一公務員個人にできることは限られており、それに課しうる注意義務ないし結果回避義務には自ずと限界があることから、右のような裁判官のためらいには理由がないわけではないのである⁸。結局のところ、代位責任的法律構成に過度に拘泥してしまうと、法律による行政の原理に基づき正されるべき違法性や非難されるべき組織的な過失が看過されてしまうおそれが生じるのである⁹。

実際、次のような高木光教授の指摘は、以上のことを明確に示しているように思われる。すなわち、高木教授は、「最高裁判所をとる職務行為基準説は、「行為不法論」的な発想を示す側面と、「個人責任」的な発想を示す側面がある¹⁰」とされ、いわゆるパトカー追跡事件（最一小判昭和六一年二月二七日・民集四〇巻一四一頁）などの最高裁判決には、「公務員の側からみて誠実に職務を遂行している限り、なるべく国家賠償法上も違法という「否定的」評価をすべきでないというニュアンスがあらわれているように思われる¹¹」とされた上で、「しかし

ながら、このような発想は、公務員の個人責任から出発し、それを国家・公共団体が代位するという「職務責任」の考え方からすれば自然なものではあるが、個人責任が否定されている法制のもとでおお個人責任にこだわっているくらいがある。筆者は、多くの論者と同様に、国家賠償法は、むしろ組織体ないし全体としての行政の活動の結果被害が生じたこととらえ、どのような場合にそれを国・公共団体の負担とすべきかという観点から要件を構成すべきものであると考えている。確かに、違法という「否定的」評価をうけると職務遂行に支障が生じるといふ危惧には理由がないわけではない。しかし、当該公務員個人に非があったかどうかを明らかにするのが国家賠償訴訟の目的ではないことを、原告・被告・裁判所が確認していればそのような弊害は生じないというべきであろう」と指摘されているのである。

このように我が国の代位責任規範における擬制的な法解釈は、組織的な活動の産物である過失や違法行為の実体に整合的でない解釈となることがありうることから、それが貫徹されない可能性があり、結果的に組織的な過失や違法行為が看過されてしまうおそれが生じることとなる。これに対して、フランス国家賠償責任法においては、役務のフォートによる賠償責任を

認めるに当たって、自己責任的法律構成をとることにより組織体である公法人自身のフォートを直截的に認定できることから、組織的な活動の産物であるフォートの実体に整合的な法解釈を行うことが可能なのであり、したがって、組織的なフォートが看過されるおそれは相対的に低いといえる。そして、かかる法解釈は、役務のフォート概念が有する適法性統制機能や将来におけるフォートの抑止機能を実効的に働かせることを可能ならしめるのである（第一章第二節第二款及び第二章第二節第二款参照）。

2 組織的観点からの過失ないし違法性判断の必要性——以上のような解釈論上の問題が表面化したように思われる判例として、最一小判平成一八年四月二〇日・裁時一四一〇号八頁を挙げる事ができる。

その事案は、静岡県等の食糧費支出に関する公文書についての開示請求がなされ、その内「交際の懇談」に係るものについては、その相手方名称を公開することによって相手方との円滑な関係が損なわれるおそれがあることなどを理由に非開示決定を受けたところ、当該決定が取消訴訟において違法であるとして取り消され、その後、国家賠償請求訴訟が提起されたというものであった。この訴訟においては、取消判決の後、

当該公文書記載の事実は存在せず、実際には、この公文書は、地方財政対策関連の情報収集のため、県総務部幹部職員が国の幹部職員とゴルフを伴う懇談を実施する費用を支出するために作成された偽造文書であったことが明らかになった。とりわけ、本件においては、偽造文書を作成した職員と非開示決定を担当した職員とが同一の組織体に属しているものの別々の職員であり、また、それぞれ異なる時期に異なる決定によってなされたものであったことから、後者の担当職員が当該公文書の真偽を調査すべき義務を負っていたか否かが問題となった。

この点について、多数意見は、「一般的に、担当職員において請求に係る全文書の内容の真否の調査をすることは義務付けられておらず、文書の記載内容に基づいて迅速に開示等の決定を行うことが予定されているものと解すべきである。したがって、本件条例の規定等から、県財政課の職員が、請求に係る多数の文書の記載内容の真否の調査を行わずに上記判断をしたことが、職務上通常尽くすべき注意義務を怠ったものということができる」として、当該非開示決定の違法性を否定した。

しかしながら、この多数意見に対しては泉徳治裁判官が次のような反対意見を述べられている。すなわち、「本件は、違法な行政処分により権利を侵害されたとする国家賠償請求事件で

あるが、行政処分は、知事等の独任機関たる行政庁の名義で行われる場合であっても、実際には、行政庁を支える行政組織体の組織的決定として行われるものであって、国家賠償法一条一項の「公務員」の故意又は過失の存否も、行政組織体を構成する公務員を全体的一体的にとらえて、組織体として手落ち手抜きが存したかどうかという観点から検討すべきである。すなわち、当該行政処分を実際に担当した個別具体的な職員の故意過失のみを問題とするのではなく、行政庁を支える行政組織体の構成員たる公務員を全体的一体的にとらえて故意過失が存するか否かを判断すべきである。そして、国家賠償法一条一項の規定に基づく損害の賠償を請求する上において、上記「公務員」を具体的に特定する必要がないことは、いうまでもない（最高裁判決・民集三六卷四号五一九頁参照）。「公務員が故意又は過失によって住民等の公文書開示請求権を害したかどうかを判断する場合には、公文書の管理から開示までの一連の行為に関与した公務員を全体的一体的にとらえて、故意又は過失が存したか否かを検討すべきである」と。

この反対意見に対して、甲斐中辰夫裁判官は、補足意見において、当該偽造文書を作成した職員と当該文書の非開示決定を

担当した職員とが異なっており、全く異なる時期に、それぞれ別個に行つた行為であり、後者は虚偽文書であることの認識を有していないことから、これらを一体としてみなし各職員に虚偽の認識があるものと評価し不法行為を構成することは、公務員による不法行為の概念を超えるものである、と批判されている。もつとも、泉裁判官が指摘されているように、このような論理を前提とすれば、「県の職員が本来開示すべき支出の情報を支出の内容を偽つて本件条例九条各号の非開示情報に加工しても、開示請求が出るまでに当該職員を他に異動させてしまい、他の職員に開示事務を担当させることにより、県としては公文書開示請求権侵害の責任を免れることになり、明らかに不合理な論理といわざるを得ない」⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾。

本件不許可決定について実際に過失及び違法性が認められるべきであったか否かはともかく、泉裁判官が提示された「国家賠償法」一条一項の「公務員」の故意又は過失の存否を「行政組織体を構成する公務員を全体的にとらえて、組織体として手落ち手抜きが存したかどうかという観点から検討すべきである」という判断枠組みは、現代の行政活動の多くが組織的に行われており、また、行政内部で組織的に形成された決定が国家賠償請求訴訟で争われることが少なくないことに鑑みる

と、理に適つたものであるように思われる。かかる判断枠組みは、序章で紹介した今村成和博士による過失概念の解釈やフランス国家賠償責任法における役務のフォート概念の判断枠組みと軌を一にするところがあるが、前述のように、我が国の判例においても、形式的には代位責任的法律構成がとられている場合であっても、実質的には組織体の過失ないし違法行為が問われているというケースが往々に存することに鑑みれば、決して解釈論上ありえないものではない。法律構成上、代位責任的な形式をまとわせるがために、その実体が十分に認識されていないところがあるが、まずは代位責任的法律構成が少なからず擬制的なものでありうるということを認識することにより、代位責任的法律構成の枠組みにおいて組織的観点からの過失ないし違法性判断を徹底することが志向されるべきではないかと思われる。

それでは、さらに歩を先に進めて、「組織体として手落ち手抜きが存したかどうか」を擬制的な法律解釈により代位責任的に法律構成するのではなく、より直截的に組織体自身の不法行為として、つまり、組織的な活動の産物である過失ないし違法行為の実体に整合的な形で自己責任的に法律構成することはできないだろうか。原則的責任規範である代位責任規範を例外的

に補完する形で自己責任規範を認めることにより、つまり、責任規範を多元化することにより、代位責任的法律構成が負っている過重な負担を軽減し、組織的な過失ないし違法行為の認定を容易ならしめることによって、より合目的な法解釈を実現することができるのではないだろうか。我が国においては、明文の規定により、「公務員の不法行為により、損害を受けた」（日本国憲法一七条）こと、「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によつて違法に他人に損害を加えた」（国家賠償法一条一項）ことが要求されている以上、純粹な自己責任的法律構成を解釈論として採用することが困難であることは否定できない事実である。しかしながら、我が国においても「自己責任規範の萌芽」が全く存在しないというわけではない。

二 我が国における自己責任的法律構成の可能性

1 自己責任規範の萌芽——この可能性を示唆する判決として、最二小判平成一八年六月一六日・民集六〇卷五号一九九七頁を挙げることができる。この判決は、乳幼児期に受けた集団予防接種等において注射器が連続使用されたことによりB型肝炎ウイルスに感染した原告（控訴人・被告人）らが、国（被

告・被控訴人・上告人）に損害賠償を請求した訴訟に係るものである。本判決において、最高裁判所は、控訴審判決の判断¹⁶を是認する形で、「被告は、集団予防接種等において注射器の針を交換しない場合はもちろんのこと、針を交換しても肝炎ウイルスが感染する可能性があったことを認識し、又は認識することが十分に可能であり、本件集団予防接種等を実施するに当たっては、注射器（針、筒）の一人ごとの交換又は徹底した消毒の励行等を各実施機関に指導してB型肝炎ウイルス感染を未然に防止すべき義務があつたにもかかわらず、これを怠つた過失がある」と判示した。

この判決に関して、松並重雄調査官は、「この問題については、いわゆる予防接種禍訴訟において、東京高判平成四・一二・一八・判例時報一四四五号三頁・・等が、厚生大臣の過失（禁忌該当者に予防接種を実施させないための十分な措置を採ることを怠つた過失）を肯定していたところであり、本判決は、これらの下級審判決における予防接種実施体制の整備についての厚生大臣等の過失（予防接種行政の組織的過失）を問うという判断枠組みを是認したものと解される¹⁷」として、本判決が、序章で紹介した東京高裁平成四年判決と同じ判断枠組みを採用したものであると評価されている。

しかしながら、ここで注目すべきは、東京高裁平成四年判決が明示的に過失を「厚生大臣」に帰責していたのに対して、本判決と原判決が、判決文において過失が帰責される特定の公務員を明らかにしていない点である。すなわち、先に引用したように、上告審判決では「被告」の「過失」、控訴審判決においては「被控訴人」の「過失」という表現がなされているのみで、東京高裁平成四年判決のように「厚生大臣」の過失とはされていないのである。その表現の使用が意識的なものではないにせよ、この判決文を素直に読む限り、ここでいう「被控訴人」及び「被告」というのは「国」を指すものと解されうる。仮に、このように解することができるのであれば、本判決が認めた国の賠償責任は、実質的にも形式的にも自己責任的法律構成による「自己責任」であることができる。実際、この事案で問題となっている過失は、国の伝染病予防行政の重要な施策として国からの細部にまでわたる指導に基づいて各自自治体により実施された集団予防接種等に係る国自身の過失であることから、その認定は過失の実体に整合的なものであるように思われる。なお、本判決は、違法性については言及しておらず、いわゆる過失一元的判断を行っている。

さらに、近年の裁判例の中には、より明確に自己責任的法律

構成がとられている判決が存在する¹⁸⁾。それは、アスベスト訴訟に係る東京地判平成二四年二月五日・判時二一八三号一九四頁である。この判決において、東京地裁は、「・・・被告国によるこのような規制権限又は監督権限の不行使は、・・・規制権限の趣旨、目的及び性質等を踏まえてもなお許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められるときは、その不行使により被害を受けた者との関係において、国家賠償法一条一項の適用上違法となるものと解するのが相当である」とした上で、「被告国としては、遅くとも昭和五六年一月の時点では上記の規制を行うべき義務を負っていたといふべきであつて、被告国がこれを怠つたことは、著しく不合理であり、違法であるといふほかない」として、明確に「国自身の」不法行為を觀念しているのである。なお、本判決は、過失については言及しておらず、いわゆる違法性一元的判断を行っている。

要するに、基本的に代位責任的法律構成を維持している裁判所自身が、実は、意識的にせよ無意識的にせよ自己責任的法律構成の世界に足を踏み出しているのである。

2 自己責任的法律構成の許容性——問題は、国家賠償法一条一項が「公務員の」不法行為を要求していることとの関係において、以上のような自己責任的法律構成が理論的に許容され

るのか、つまり、理論的にどのように正当化されるのかということである。この問題については本稿において明確な結論を示すことは難しいが、以下では現時点で考えうる一つの試論を示すこととしたい。

それは、端的に言えば、過失ないし違法性の認定の基準となる「公務員」の特定性の緩和を一層押し進めた延長線上に、公務員の集合体である行政組織体自身の不法行為を観念する自己責任的法律構成を位置づけるという理解である。ここで参考になるのは、国家賠償法一条一項における「公務員」の意義を「つとめて組織的なものとして理解する」¹⁹⁾という立場を示されてきた遠藤博也博士の指摘である。すなわち、遠藤博士は、「加害行為が合議体の行為や組織的決定であるものについては、組織体の名称や行政庁を構成する名目的な公務員の名前をあげるだけで、加害公務員の特定としては十分であって、それ以上に個別具体的な現実の責任者の氏名をあげることは必要ではない」²⁰⁾ことを指摘されていたのである。そもそも、合議体の過失が問題となる場合には、合議体自体を国家賠償法一条一項の公務員とみて、その組織的過失を認定するという判断枠組みが、今日、一般に承認されているといわれている。²¹⁾そして、かかる判断枠組みは、必ずしも合議体の決定にしか妥当しないというも

のではなく、行政処分や予防接種行政のような組織的な行政活動についても妥当するように思われる。²²⁾なぜなら、これらの行為も実質的には合議体の行為と同じく組織体の行為といえるからである。実際、遠藤博士は次のように述べられている。すなわち、「合議体決定や制度的決定における行為は、単独者の行動ではないため、決定（もしくは不作為）にいたる事実の経緯が検討されることがあるといっても、おのずから組織全体がたどった過程が正常かどうか、そこに何か手落ちがないかどうかという評価の対象にならざるをえないであろう」²³⁾とされ、その例として、立法権たる公権力の行使については、その行使にあたる「公務員」そのものが、単独者たる公務員とは異なる合議体たる議会であることを指摘された上で、「これは制度的決定ないし組織的決定である行政処分における行政庁の場合も同様であって、名目上には独任型行政庁であるため、大臣や知事など、行政庁を構成する単独の公務員を名指して特定することが可能であるが、実際に決定したものが省庁などの行政組織であり、大臣や知事はこれら匿名の行政組織を代表するものであるにすぎないことは周知のとおりである。もちろん、具体的事実関係においては、実際の担当者の誰彼について手落ち、手抜かりを指摘することが可能であるが、それも組織的決定の一環と

して評価されるべきであろう。ここでも行為者は組織体であつて、個々の公務員個人ではないのである²⁴⁾と述べられているのである。

また、序章でも述べたとおり、国家賠償法一条一項については、立法過程において、ドイツの職務責任の場合と同様に「公務員に代わつて」という規定の仕方をするにより本条に基づく国家賠償責任を代位責任であることを明示することが検討されたが、結局、それが見送られたという経緯があつたのであり、これを自己責任として法律構成する余地が残されてい²⁵⁾ないわけではない²⁶⁾。そうであるとすれば、現在の国家賠償法一条一項の解釈上、「公務員」要件は、もっぱら、加害行為が「公務員」の行為である場合にのみ国家が賠償責任を負うということ、言い換えれば、加害行為が「公務員」に当たらない単なる私人の行為については国家が賠償責任を負うことはないということを示すことにより、国家賠償責任の主体と範囲を画定する意義を有するにすぎない。しかも、ここでいう「公務員」は組織法上の公務員に限らず、私人も含めた「公権力の行使」を行うすべての者であり、結局のところ、「公務員」に当たるか否かは、基本的に加害行為が「公権力の行使」に当たるか否かということに依存しているのである²⁷⁾。したがつて、加害行為が「公

権力の行使」に当たることさえ明確であれば、その法律構成において、あえて「公務員個人」の過失ないし違法行為の認定に拘る意味はないように思われる。つまり、「公務員」という文言に国家賠償責任の主体と範囲を画定するものとしての位置づけを超えて代位責任の法律構成を基礎づけるものとしての位置づけを与える必要はないのであつて、実際に問題となる加害行為が「公権力の行使」に当たることさえ明らかであれば、その「公務員」の集合体である「国又は公共団体の」過失ないし違法行為を認定したとしても、それは必ずしも国家賠償法一条一項の趣旨に反することにはならないのではないかと思われるのである。

以上のことからすれば、我が国においても、あくまで代位責任的法律構成を原則としつつも、例外的な補完法理として自己責任的法律構成を部分的に認めうる余地があるのではないか、少なくとも学説上その可能性が議論の対象となつてしかるべきではないかと思われ²⁸⁾る²⁹⁾。ただし、その場合でも、履行が不可能な注意義務ないし結果回避義務を国又は公共団体等に課すことは実質的に無過失責任を認めることとなり、過失責任を定める国家賠償法一条一項の趣旨に反することから、そのような義務を課すことは許されない。つまり、国又は公共団体のような組

織には、それらが、行政活動を組織し指揮監督する立場にあり、損害の結果を調査・防止するための手段を豊富に有しており、場合によっては法令又は条例を制定することもできることから、一公務員個人と比較すると相対的に広範で高度な注意義務ないし結果回避義務を課すことができるが、組織的な観点から見ても予見可能性や結果回避可能性にかかわらず、無限定に右のような義務を課すことができるわけではないのである。

もつとも、国家賠償法一条一項の枠組みの中で、どこまでを解釈論として許容するのかについては論者により差異があり、おそらく一般的には以上のような実質的にも形式的にも自己責任的法律構成をとるような法解釈は解釈論として許容されえないものとして考えられているのではないかと思われる。この点を明確に論じている者は必ずしも多くないが、藤田宙靖教授は、序章で紹介した今村博士の自己責任説について次のような指摘をなされている。すなわち、藤田教授は「あるべき法の解釈は、時の推移そして社会の実状の変動に応じて変遷し得るのであって、問題は、実践的な判断の変化の、どこまでを法解釈論として許容されるものと考え、どこから先を立法政策論と性格付けすべきか、というところにある」とされた上で、「法解釈の変

遷には「連続性」及び「漸次の変化」という要素が不可欠⁽³¹⁾であり、ここでいう「連続性」と「漸次性」とは、「真に具体的事案に鑑み、当該の説によらなければどうしても合理的な事案の解決ができない、というケースの積重ねの上に、ある解釈学説が展開されて来たものであるかどうか、ということ⁽³²⁾であ」とされ、その意味において、危険責任に基礎を置く今村博士の自己責任説は未だに右の要素を充足するものではないと述べられているのである⁽³³⁾。それでは、ここまで本稿において論じてきた自己責任的法律構成は、かかる藤田教授の指摘との関係において、どのように位置づけられるだろうか。前述のように、代位責任規範における擬制的な法解釈を徹底することができれば、少なくとも解釈論上は自己責任的法律構成を認める必要はないようにも思われることから、右のような自己責任的法律構成が真に確立されるべきものであるのかについては、なお検討の余地がある。ただ、過失の客観化、加害公務員の特定性の緩和、組織的過失といった法解釈の出現をはじめ、ここまで紹介してきた学説や判例の展開は、まさにかかる代位責任的法律構成の貫徹が困難であるということ、そして、真に具体的事案に鑑み、自己責任的法律構成によらなければどうしても合理的な事案の解決ができないということを多少なりとも示唆し

ているのではないかと思われる。そして、そうであるとするならば、「連続性」と「漸次の変化」という要素が少なくとも部分的には充足されているのではないかも考えられるのである。

三 自己責任規範と代位責任規範の共存

ここでフランス国家賠償責任法との比較という観点から注目すべきは、以上のような解釈論上の問題が、必ずしも我が国に固有のものではないということである。すなわち、フランス国家賠償責任法においても、逆のベクトルにおいて同様の問題が生じていたのである。それは、自己責任規範における擬制的な法解釈が問題となる場合であり、具体的には、フォートの競合や賠償責任の競合において、推定ないし擬制により役割のフォートが認定され、それに基づいて認められる役割のフォートによる賠償責任が問題となる場合である（第四章第一節第二款及び同章第二節第一款参照）。つまり、本論で論じたとおり、フランス国家賠償責任法においても、《Pelletier 判決》以来の伝統に従い、自己責任的法律構成に拘泥することにより、実際にはもっぱら公務員個人に帰せしめるべきフォートについて解釈論上やや無理をしてでも役割のフォートを認定しようとするような法解釈がなされていたのである。しかしながら、フラン

ス国家賠償責任法においては、個人的フォートが役割の中で又は役割の際に犯されたことのみをもって又は役割と全く関連がないわけではないことのみをもって国家賠償責任を認めるというような形で、純粹な代位責任的法律構成が形成されたことにより、このような法解釈の歪みは是正されることとなった（第四章第二節第二款及び第三款参照）。当然、判例法ゆえに柔軟に責任規範を創造できるフランス国家賠償責任法と国家賠償法一条一項の枠内での法解釈を余儀なくされる我が国の国家賠償法とは、同じような解釈論上の問題を克服する場合でもその困難性の程度は大きく異なる。しかしながら、だからといって、これを立法論の問題として棚上げするべきではなく、国家賠償法一条一項の枠組みの中に自己責任的法律構成を取り込むことができなにか、取り込むことができるとしても具体的にいかなる範囲において適用されるべきかなどを真剣に議論していく必要があるように思われる。

従来、我が国においては、自己責任説と代位責任説とが二者択一のないし二項対立的に論じられてきた。しかしながら、現代国家においては、行政の担う任務が増大し、国家賠償責任の類型も多様化していることから、あらゆる国家賠償責任を自己責任規範と代位責任規範のどちらか一方のみにより理論的かつ

整合的に説明するということは困難になってきている。⁽³⁴⁾ 結局のところ、以上において論じてきたような日仏両国における国家賠償法の展開は、今日、自己責任規範と代位責任規範が、相互排他的な関係としてではなく、相互に補充し合い、両立・共存しうる関係として捉えられるべきであることを示唆しているのではないかと思われる。

実際、宇賀教授によれば、我が国の国家賠償法のモデルとなつたドイツの国家責任法においても、自己責任規範が形成されているという。すなわち、宇賀教授によれば、「代位責任主義を採る代表的な国とみなされている西ドイツにおいても、職務責任(Amshaftung)の下で、組織過失(Organisationsverschulden)が判例により認められているが、これは、フランスの公役務の瑕疵と同様、個人的色彩を払拭したものであり、判例による自己責任の創出と言っても過言でないと思われる。それにとどまらず、判例学説は、職務責任以外の国家責任として、取用類似の侵害に基づく補償(Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff)・犠牲類似の侵害に基づく補償(Entschädigung aus aufopferungsgleichem Eingriff)・結果除去(Folgenbeseitigung)を認めてきたが、これらは、第一次的に国に責任を帰属させるのみならず、職務責任の成立する領域の殆どをカバーするも

のであるから、実際には、西ドイツの国家責任も自己責任に転化したと言つてよい。さらに、職務責任自身も、主として、その代位責任の構成のゆえに厳しい批判を受け、一九八一年の国家責任法では、この制度が廃止され、自己責任としての国家責任制度が採用されたのであった。ここでは、もはや、「公務員個人の不法行為」という観念は姿を消し、国自体が、加害行為の主体として、自己の行為に責任を負うという構成が採られている⁽³⁵⁾というのである。もつとも、この最後の一九八一年の国家責任法については、「連邦が国家責任制度についての包括的立法権限を有しないという連邦と州の権限配分の問題で(内容とは無関係に)違憲とされた」⁽³⁶⁾ことから、結果的に職務責任制度は現在も存続しており、完全に代位責任制度が消滅したわけではない。結局のところ、ドイツにおいても、今日、代位責任規範と自己責任規範とが併存した状態にあるのである。

第二節…残された課題

本稿においては、主にフランス国家賠償責任法の規範構造を明らかにすることを試みてきたが、役務のフォート概念の具体的な内容に着目した実体的研究、すなわち、判例において、

行政に課せられる義務がどのように設定され、その義務に対する違反がどのように認定されているのか、そこで考慮されている要素はいかなるものであるのか、といった点についての研究はほとんど行うことができなかった。このような実体的研究は、我が国の国家賠償法一条一項における「過失」及び「違法性」の認定方法との比較法研究を行うためにも極めて重要な研究であるといえる。残された最も大きな課題は、この点にあるように思われる。以下では、この課題を現時点において可能な範囲で具体化することにより、今後、どのような研究を行うことができるのかを明らかにしておくこととしたい。

一 役務のフォート概念と過失・違法性概念との共通点

そもそも、我が国の国家賠償法における「過失」・「違法性」概念は、ドイツ法の影響の下、過失は主観的要件として、違法性は客観的要件として区別されてきた⁽³⁷⁾。これに対して、フランス国家賠償責任法においては、こうした過失と違法性のような区別がなされることはなく、役務のフォート概念が包括的な要件として位置づけられてきた。したがって、一見すると両国の責任要件には大きな隔たりがあるようにも思われることから、そもそも比較法研究に必要な基盤が存在するののかということが

問題となる。

ここで注目すべきは、我が国の過失概念が客観化される傾向にあり、この傾向が進むにつれ、過失と違法性との区別が相対化し、それにより、我が国の一部の判例において、この二つの要件が少なくとも実質的に一元的に判断される場合があるという点である。遠藤博士の整理を参考にすると、一元的な判断を行っている判例は、大きく分けて、①過失から違法性を推定するもの⁽³⁸⁾、②過失判断のみで違法性判断が欠落しているもの⁽⁴⁰⁾、③違法性から過失を推定するもの⁽⁴¹⁾、④違法性判断のみで過失判断が欠落しているもの⁽⁴²⁾、に整理することができる。この内、①と②の類型は「過失一元的判断」を行うものであり、③と④の類型は「違法性一元的判断」を行うものであるといえる。また、これに芝池義一教授の分析を加えると、①と③の類型は形式的にはどちらの要件も認定されていることから、この場合には両要件は「重層的な要件」として機能しているのに対して、②と④の類型は過失又は違法性のいずれが存在すれば国又は公共団体の賠償責任が認められることとなるから、この場合には両要件は「択一的な要件」として機能しているといえることができる。

国家賠償法一条一項が明示的に過失と違法性を区別して要求

していることや、法律による行政の原理を担保するという国家賠償制度の機能に鑑みれば、とりわけ法令上の規定によって行為規範が明確にされている行政処分等については、直ちに、このような一元的な判断が望ましいものであるとは思えない。⁽⁴⁴⁾ただ、理論的には、「過失の客観化」により、場合によって両要件の判断過程が重複することが考えられ、実際、一部の判例において一元的な判断がなされていることは否定できない。その際、過失又は違法性は、少なくとも実質的には職務のフォートと同じように包括的な要件として機能しており、その限りにおいて過失・違法性概念が職務のフォート概念に接近しているということができないかと思われる。

そして、何よりも、「職務のフォート」概念と「過失」・「違法性」概念は、そのいずれもが「義務違反」という共通項を有していることから(第一章第一節参照)、これらの概念について比較法研究を行う基盤は十分に存在すると考えられる。

二 違法性概念及び不作為責任に関する比較法研究

とりわけ比較法研究が有益であると思われるのは、我が国の行政法学において近年特に問題となっている「違法性」概念に関する解釈論上の問題や行政の不作為責任に関する解釈論上の

問題である。

我が国の最高裁判所は、いわゆる「職務行為基準説」をとることにより、取消訴訟における違法性概念と国家賠償請求訴訟における違法性概念とを区別している。⁽⁴⁷⁾その結果、前者の違法性が存するだけでは必ずしも後者の違法性を認定するには足らず、これに加えて「職務上の注意義務違反」が要求される場合がある。⁽⁴⁸⁾しかしながら、かかる解釈には批判も少なくない。⁽⁴⁹⁾これに対して、フランス国家賠償責任法においては、かつては越権訴訟における「違法性」と国家賠償請求訴訟における「職務のフォート」との関係が問題となっていたが、今日、違法性はいかなるものであっても職務のフォートを構成するものとして解されており、被害者に金銭的な賠償を与えるべきか否かといった損害賠償請求訴訟に固有の観点からの調整は、もっぱら損害又は因果関係(違法性ないし職務のフォートと損害の間の因果関係)の次元においてなされている(第一章第二節参照⁽⁵⁰⁾)。したがって、この問題については、越権訴訟において具体的にどのように違法性が認定され、また、国家賠償請求訴訟において当該違法性がどのような認定によりフォートを構成するものとして解されているのか、国家賠償請求が認められない場合はいかなる場合であるのか、といった点を学説及び判例に即して

実体法的に分析することにより、右のような我が国における違法性概念との比較法研究ができるのではないかと思われる。

また、我が国においては、行政の不作為責任が問題となる場合には、作為責任が問題となる場合と比較して相対的に行政裁量が広く認められ、作為義務違反が認められにくい傾向にあり、行政の不作為責任をどのように認めるのが問題となつてゐる。これに対して、フランス国家賠償責任法においては、不作為責任が作為責任と異なる特別な判断枠組みにおいて検討されるということはほとんどなく、我が国と比較しても行政の不作為責任に関する判例が豊富に存在する。したがつて、そこで、行政裁量がどの程度認められ、また、作為義務がどのように導出されているのか、といった点は興味深いところである⁵⁾。また、行政の不作為責任が問題となるケースにおいては、特定の公務員個人というよりはむしろ所轄行政組織全体の組織的な過失又は違法行為が問われるべきである場合も少なくないことから、自己責任的法律構成により役務の組織又は運営の瑕疵それ自体から国家賠償責任を認めうる役務のフォート理論は、一つの解釈論上のモデルとなるように思われる。

そして、以上のような課題を研究するに当たつては、公役務ごとに類型的な分析を加えていくことが有益であるように思わ

れる。具体的には、課税処分の違法性に関する判例が豊富に存在する租税役務や、規制権限又は監督権限の不行使による不作為責任が問題となりうる警察役務、監督行政役務などを取り上げるのが考えられる。

(1) 宇賀克也『行政救済法(第四版)』(有斐閣・二〇一三年)四一二頁。

(2) 宇賀克也『国家責任法の分析』(有斐閣・一九八八年)四三九頁。なお、宇賀教授は、これに続けて、「現行法の下で、すでに判例通説が組織過失を広く認めている以上、法改正が喫緊の課題というわけではないが、解釈論としてはやや無理をしていることは否めず、やはり、立法により、明確に自己責任主義の採用にふみきることが望ましいと思われる」と述べられている。塩野宏『行政救済法(第五版補訂版)』(有斐閣・二〇一三年)三三三頁も併せて参照。

(3) 宇賀・註(1)四三八頁。

(4) 宇賀・註(1)四三八頁。

(5) なお、この点に関しては阿部泰隆教授も次のような指摘をなされている。すなわち、「過失というと、普通には現場の職員の過失であり、医療行為では現場の医師の

過失が問題となるが、組織体で決定する行為については過失といっても行為者個人の内心の心理状態は問題にならず、そうした組織に期待される行為規範違反は違法であり、そうした組織に期待される注意義務違反が過失となるので、過失はかなり抽象化される、「法の解釈の誤りも通常は組織ミスである。各種の行政処分も、通常はその組織によりなされるので、組織ミスが問題となる。警察官が逮捕の際用いた暴力などが純粹の個人ミスである。学校事故は個人ミスの典型ともみられるが、先生個人のミスとは限らず、学校の教育条件の未整備や当該学校の方針が重なって事故を発生させることが多いので、その限りで組織ミスでもある」(阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ:実効的な行政救済の法システム創造の法理論』(有斐閣・二〇〇九年)四八一―四八二頁)。

(6) 例えば、いわゆる在外被爆者除外通達が問題となった。最一小判平成一九年一月一日・民集六一巻八号二七三三頁において、最高裁は、「国の担当者」が、原子爆弾被爆者に対する特別措置に関する法律等の誤った解釈に基づき通達を作成、発出し、また、これに従った失権取扱いを継続したことについて、当該担当者の職務上の義務違反と過失を認定し、形式的には代位責任的法律構成により国の賠償責任を認めている。もともと、そこで実質的に問われているのは、右通達にかかわる厚生省ない

し国という組織体の過失及び違法行為であるように思われる(北村和生「判批」民商法雑誌一三八巻三号(二〇〇八年)一〇三一―一〇四頁、阿部・註(5)四九六頁、神橋一彦『行政救済法』(信山社・二〇一二年)四〇一頁参照)。

(7) 同じような問題意識は、民法学においても見られる。

例えば、田上富信教授は、著名な「輸血梅毒事件」に係る最高裁昭和三六年判決(最一小判昭和三六年二月一六日・民集一五巻二号二四四頁)に関して、「裁判所としては、被害者保護のために被用者の過失を擬制することによつても使用者に責任を負わせようとする意図はよくわかる。しかし、そもそも被用者に過失を擬制でもしなければ被害者の保護がはかれないならば、まず、通説の「過失」に関する従来の理解を再検討する必要がある、さらにエーレンツワイグのいう視点の移動、すなわち、病院等の組織体自体の過失の有無が検討されなければならない」と述べられている(田上富信『使用関係における責任規範の構造』(有斐閣・二〇〇六年)三六八頁(初出・同「企業責任の法律構成」法と政治五巻四号(二〇〇四年)参照)。

(8) ただし、公務員が法令上付与されている地位や権限にに応じて、当該公務員に課しうる注意義務ないし結果回避義務の程度に差が生じうることに留意が必要である。例

えば、同じ公務員であっても、指揮監督権限や省令制定権限等を有する大臣には、単なる補助機関にすぎない公務員よりも相対的に高度で広範な注意義務ないし結果回避義務を課することができるのではないかと思われる。したがって、同じ代位責任的法律構成をとるにしても、どのレベルの公務員を基準に過失ないし違法性を判断するのか、ということが理論的に重要な問題となる。我が国の民法学においても、法人の不法行為の議論に関して、被用者、代表機関、企業それぞれに課しうる注意義務ないし結果回避義務に程度差があることが指摘されている(神田孝夫「『企業の不法行為』論をめぐる近時の動向と問題点」同「不法行為責任の研究」(一粒社・一九八八年。初出：一九八七年)五八頁、瀬川信久「法人の不法行為」内田貴Ⅱ大村敦志編『民法の争点』(有斐閣・二〇〇七年)二七六―二七七頁参照)。

(9) 以上の点に関しては、神橋一彦教授による次のような指摘から多大な示唆を得た。すなわち、「国賠法一条責任にかかわる『代位責任的構成』は——今まで指摘されてきたことではあるが——さまざまな点で元々『フィクション』を含んでおり、そのことがさまざまな解釈論上の問題を生じさせているのではないか」(神橋一彦「職務行為為基準説」に関する理論的考察——行政救済法における違法性・再論——」立教法学八〇号(二〇一〇年)

三八―三九頁)。つまり、本稿は、このような神橋教授の指摘に触れたことにより、過失及び違法性概念それ自体に着目するだけではなく、過失及び違法性判断の「視点」にかかわる国家賠償責任の法的性質論(法律構成論)という根本的な問題にも目を向ける必要があるのではないか、という問題意識を持ったのである。

なお、我が国の判例においては、いわゆる職務行為為基準説により違法性が「公務員の職務上の義務違反」として解されているが、この職務行為為基準説は代位責任的な色彩を色濃く帯びているように思われる。この点に関して、神橋教授は、職務行為為基準説を極めて緻密に分析された上で、その特徴が「行政決定に至るまでのプロセスを分節化して、個々の公務員の行動についてそれぞれの公務員が負う職務上の法的義務Ⅱ行為規範に照らして、違法判断を行うところ」にあることを指摘されている(神橋、註(9)二四頁。小早川光郎「課税処分と国家賠償」稲葉馨Ⅱ巨理格編『行政法の思考様式』藤田宙靖博士東北大学退職記念(青林書院・二〇〇八年)四三一頁も併せて参照)。もともと、かかる判断方法によると、行政決定のプロセスが過度に細分化されることによって組織的な違法行為が看過されるおそれがあり、国家賠償制度の違法行為統制機能ないし違法行為抑止機能が損われる可能性がある。この点については、例えば、塩野宏教

授による次のような指摘が示唆的である。すなわち、「国家賠償請求訴訟においては、当該自然人たる公務員に課せられた職務義務（注意義務）のみならず、当該国家活動の法適合性も審理の中核となる。国家賠償法が代位責任の構成・・・をとっているからといって、国家賠償制度の本来の趣旨が見過ごされてはならない。その意味で、国家賠償法一条の違法性は、基本的には国家の権力的活動に課せられた法違反としてとらえるべきものである」（塩野・註(2) 三三三頁）。

(10) 高木光「国家賠償における『行為規範』と『行為不法論』」『損害賠償法の課題と展望——石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集(中)』（日本評論社・一九九〇年）一五八頁。

(11) 高木・註(10) 一五九頁。

(12) 高木・註(10) 一五九頁。

(13) この反対意見においては、過失と違法性が実質的に一元的に判断されているように思われる。すなわち、泉裁判官は、結論部分において、「そうすると、県財政課の職員は、全体としては、上記記載の情報が虚偽のものであると認識していたものであって、そうであれば上記記載の情報が本件条例九条八号の情報に該当しないことを知ることができたにもかかわらず、職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と本件対象情報を非

開示とする本件各決定を行ったものというべきであり、少なくとも過失によって上告人の公文書開示請求権を違法に侵害したものとわがざるを得ない」と述べられている。

(14) なお、米田雅宏教授は、泉裁判官が開示請求権の適正な保障という観点から情報公開法制の法的仕組みに着目され、開示請求権が行政組織内部の事情により形骸化されることを問題とされている点について、「情報公開法制の適法性を代位責任説で理解された国家賠償訴訟でも担保しようとすることの難しさ、歪みがここに表れているとも言える」と述べられている（米田雅宏「情報公開訴訟の諸問題」現代行政法講座編集委員会編『自治体争訟・情報公開争訟（現代行政法講座Ⅳ）』（日本評論社・二〇一四年）二一八―二一九頁）。

(15) なお、判例上、同じように代位責任的法律構成がとられている場合であっても、公務員の特定性の程度にはグラデーションがある。例えば、神橋教授は、前掲註(6)の第一小判平成一九年一月一日・民集六一卷八号二七三三頁においては「担当者が誰であったとか、具体的にどのような関与をしたかはことさらに問われてはいない」のに対して、本判決においては「かなり詳細なところまで、担当公務員の特定が問題とな」っていることを指摘されている（神橋・註(9) 三三三頁）。この点、本

判決のように公務員の特定性を厳格に要求する方が代位責任的な理解に忠実であるといえる（序章第一節註（37）参照）。逆に、これを緩和していくと、結果的に自己責任的法律構成に接近していくことになるのではないかと思われる。例えば、違法な課税処分及び滞納処分が問題となった東京地判昭和三九年三月一日・訟月一〇卷四号六二〇頁においては、「本件課税処分および滞納処分における故意過失の有無を判断するに当っては、日本橋税務署長および東京国税局長の右処分だけでなく、その基礎をなす国税庁長官の右通達行為をも含めて考察しなければならぬ。この場合、故意又は過失ある公務員を具体的に特定する必要はなく、税務当局に故意又は過失があったかどうかを問えば足りる」という判示がなされているが、かかる法解釈は代位責任的法律構成よりもむしろ自己責任的法律構成に親和的なものであるといえる。また、民法学における議論に目を向けると、神田孝夫教授は、使用者責任に関して不法行為の主体である被用者の特定性を緩和する見解について、次のような示唆に富む指摘をなされている。すなわち、「過失を結果回避義務違反と捉えるとしても、伝統的に注意義務違反と捉えるにしても、不法行為を為したる被用者の何人なりやを特定することなく過失の有無を問題視することが許されるだろうか。各被用者はそれぞれ一定の職務を与

えられているとともに、その職務内容との相関関係において内容づけられる一定の結果回避義務・注意義務を負担しているはずであることを考えるとき、特定しえない被用者中の何人かの事業上の過失とは何か、容易にこれを理解することができない。あえてそれを観念するとすれば、それは、当該企業の被用者団としての過失というに近くなり、ひいては、のちに私見として提示する企業自体の過失という考え方につながるものであろう」（神田孝夫「企業の不法行為責任について——被用者による加害を中心として——」同『不法行為責任の研究』（一粒社・一九八八年。初出…一九七〇年）二八頁）。

(16) 原審において札幌高判平成一六年一月一六日・判時一八六一号四六頁は、「被控訴人は、本件各集団予防接種において注射器の針を交換しない場合はもちろんのこと、針を交換しても肝炎の病原に感染させる可能性があったことを認識し、又は認識することが十分に可能で、かつ、本件各集団予防接種を実施するに当たっては、注射器（針及び筒）の一人ごとの交換又は徹底した消毒の励行等を各実施機関に指導してB型肝炎ウイルス感染を未然に防止すべき義務があったにもかかわらず、これを怠った過失が認められる」と判示していた。

(17) 松並重雄「判解」最判解民事篇平成一八年度（二〇〇六年）七五二―七五三頁。

- (18) 京都地判平成五年一月二六日・判時一四七六号三頁も併せて参照。なお、民法七〇九条に基づく法人の不法行為責任を認めた判決として、いわゆるカネミ油事件訴訟に係る福岡地判昭和五二年一〇月五日・判時八六六号二一頁がある。この判決において、福岡地裁は、「有機的統一組織体としての企業において、複数かつ不特定の被用者の企業活動の一環としての行為に過失がある場合には、むしろ個々の被用者の具体的行為を問題とすることなく、使用者たる企業自身に過失があるとして直接民法七〇九条による責任があると解するのが直截、簡明であり、相当である」という判示を行っている。
- (19) 遠藤博也『国家補償法 上巻』(青林書院新社・一九八一年)一五四頁。
- (20) 遠藤・註(19)一五三頁。
- (21) 宇賀・註(1)四二一―四一三頁。最大判平成一七年九月一四日・民集五九卷七号二〇八七頁、札幌地裁小樽支判昭和四九年二月九日・判時七六二号八頁参照。
- (22) もっとも、「国会の立法行為も国家賠償法第一条第一項の適用を受け、同条項にいう「公務員の故意、過失」は、合議制機関の行為の場合、必ずしも、国会を構成する個々の国会議員の故意、過失を問題にする必要はなく、国会議員の統一的意思活動たる国会自体の故意、過失を論ずるをもって足りるものと解すべきである」と判示し
- た札幌地裁小樽支判昭和四九年二月九日・判時七六二号八頁について、武田真一郎教授は、「国会のように構成員である議員の権限がほぼ同じ場合には個々の構成員の過失を論じることあまり意味が無いので、このような判断を行いやすかつたものと思われるが、本件の判旨が他の行政組織一般に適用されるとはいえないだろう」と述べられている(武田真一郎「国家賠償における組織的過失について」愛知大学法学部法経論集一五九号(二〇〇二年)七八頁)。
- (23) 遠藤・註(19)一五二頁。
- (24) 遠藤・註(19)一五二―一五三頁。
- (25) 田中二郎「戦後立法の一齣——国家賠償法の立案をめぐって——」同『日本の司法と行政——戦後改革の諸相——』(有斐閣・一九八二年。初出：一九八一年)一五七頁参照。
- (26) 兼子仁『行政法学』(岩波書店・一九九七年)二〇二頁、宇賀克也「職務行為基準説の検討」『行政法研究 創刊第一号』(信山社・二〇一二年)三三頁参照。
- (27) 古崎慶長『国家賠償法』(有斐閣・一九七一年)一〇八頁、宇賀克也『国家補償法』(有斐閣・一九九七年)三四―三六頁、稲葉馨「人見剛」村上裕章「前田雅子」行政法〔第二版〕(有斐閣・二〇一〇年)二七七―二七八頁(前田雅子執筆担当部分)、神橋・註(6)三四七頁、

塩野・註(2)三〇四―三〇六頁、西瑩章『国家賠償法
コメンタール(第二版)』(勁草書房・二〇一四年)一
一九頁―一二三頁。なお、民間委託の分野における「公
務員」該当性判断の特殊性を指摘するものとして、交告
尚史「国賠法一条の公務員——福祉行政における民間委
託に着目して——」(神奈川法学三〇巻二号(一九九五年)
二六五頁以下参照)。

(28) なお、古典的な学説の中には、国家の不法行為能力を
認める見解もあった。例えば、かの美濃部達吉博士は、
法人実在説の立場から国家が不法行為能力を有すること
を認められていた(美濃部達吉『日本行政法第一巻』(有
斐閣・一九〇九年)九一九頁以下参照。この点について
は、岡田正則『国の不法行為責任と公権力の概念史——
国家賠償制度史研究』(弘文堂・二〇一三年)二六〇―
二六一、二七九頁から知見を得た)。また、渡辺宗太郎
博士は、「国又は公共団体に対して被害者が賠償を請求
し得るためには、損害が公務員の故意又は過失によつて
加えられねばならない」とされつつも、公務員の対外的
な免責を説明するに当たつて、「国又は公共団体は自己
の機関の不法行為、即ち自己自身の不法行為について自
らその責を負うのであつて、他人の不法行為に代つてそ
の責を負うのではない」(渡辺宗太郎『新版日本国行政
法要論上巻』(有斐閣・一九六三年)三三八―三三九頁)

と述べられていた。

- (29) なお、意思を有しない、観念的存在にすぎない法人自
身の不法行為を観念することについては批判もあるが
(平井宜雄『債権各論Ⅱ 不法行為』(弘文堂・一九九二年)
七一頁、東京高判昭和六三年三月一日・判時一二七一
号三頁参照)、今日、過失概念が心理的・主観的に評価
されるのではなく客観的・抽象的に評価されていること
や、民法において債務不履行の場合には法人の行為が観
念されていることなどに鑑みれば、かかる批判は必ずし
も説得力を有するものであるとはいえないように思われ
る(淡路剛久『不法行為法における権利保障と損害の評
価』(有斐閣・一九八四年)九三頁以下、神田・註(8)
七三頁、西原道雄「企業の過失責任」小室直人(本間輝
雄)古瀬村邦夫編『企業と法』西原寛一先生追悼論文集
(下)』(有斐閣・一九九五年)四五頁以下、大村敦志『基
本民法Ⅱ 債権各論(第二版)』(有斐閣・二〇〇五年)
二七九頁、田上・註(7)三八〇頁参照)。
- (30) 藤田宙靖『行政法総論』(青林書院・二〇一三年)五
二六頁。
- (31) 藤田・註(30)五二六頁。
- (32) 藤田・註(30)五二八頁。
- (33) 藤田・註(30)五二六―五二七頁参照。
- (34) 下山瑛二『国家補償法』(筑摩書房・一九七三年)一

四一―五頁参照。なお、この点については、使用者責任

の法的性質に関する議論からも多大な示唆を得た(とりわけ、瀬川信久「事業執行性」の展開と使用者責任の多元性」松久三四彦・藤原正則・須加憲子・池田清治編『民法学における古典と革新・藤岡康宏先生古稀記念論文集』(成文堂・二〇一一年)五三三頁以下、特に五七五―五七六頁参照)。

(35) 宇賀・註(2) 四三八―四三九頁。

(36) 宇賀・註(26) 三四―三五頁。詳しくは、宇賀・註(2) 二二―三七頁以下参照。

(37) 田中二郎『新版行政法上巻(全訂第二版)』(弘文堂・一九七四年)二〇六頁、古崎・註(27) 九一―九二、一五二頁参照。

(38) 遠藤・註(19) 一八八頁以下。遠藤博士が挙げられている類型は①から③までであり、④の類型については筆者が付け加えたものである。この点に関しては、稲葉馨「公権力の行使にかかわる賠償責任」雄川一郎・塩野宏・園部逸夫編『国家補償(現代行政法大系(六))』(有斐閣・一九八三年)四〇頁以下も併せて参照。

(39) 大阪高判昭和五四年九月二一日・判時九五二号六九頁、京都地判昭和五四年七月二日・判時九五〇号八七頁、広島地判昭和五四年二月二二日・判時九二〇号一九頁、福岡地判昭和五三年一月一四日・判時九一〇号三三三頁参

照。

(40) 東京地判昭和五四年五月一四日・判時九四二号六八頁、大阪高判昭和五四年四月一二日・判時九三〇号七六頁参照。なお、国家賠償法における過失と違法性の区別の相対化は、「過失の客観化」のみに起因するものではなく、国家賠償法一条一項の「公権力の行使」要件について広義説が通説・判例となったことも密接に関連しているといわれている。というのも、典型的な公権力の行使については行為規範が明確であるが、学校事故等における非権力的行政については行為規範が必ずしも明確とはいえない場合が少なくなく、このような場合には、両者の区別は相対化せざるをえないからである(西埜・註(27) 一三八―一三九頁)。実際、学校事故については、

もっぱら過失があったことのみをもって国家賠償責任を認めている判例が多い(最二小判昭和六二年二月六日・判時一二三二二号一〇〇頁、最二小判昭和五八年二月八日・民集三七卷一七号一〇一頁、芝池義一『行政救済法講義(第三版)』(有斐閣・二〇〇六年)二五一頁参照)。

(41) 違法性が強度のものであれば、そこから過失が推定される場合がある。例えば、最三小判昭和六〇年七月一六日・民集三九卷五号九八九頁が、建築主事が行った建築確認の留保につき、「・・・行政指導を理由とする確認処分の留保は違法というべきであり、これについては

建築主事にも少なくとも過失の責があることを免れない」と判示しているのが、その例である。家永教科書検定第三次訴訟判決（最三小判令成九年八月二十九日・民集五一巻七号二九二一頁）も同様の考え方によるものである（芝池・註（40）二五一頁）。

- (42) 例えば、熊本水俣病第三次第一陣訴訟判決（熊本地判昭和六二年三月三〇日・判時一二三五号三頁）は、もっぱら規制権限の不行使の違法性についてだけ判断し、過失の有無については言及していない。このように、規制権限の不行使が問題となる場合には、不作為の違法性の判断の中に、予見可能性、結果回避可能性という過失判断の要素が取り込まれることとなるため、違法性一元的判断がなされることが多いといわれている（宇賀・註（1）四二八頁、塩野・註（2）三二五頁参照）。また、いわゆる「職務行為基準説」による場合には、違法性の判断に当たって過失の判断要素でもある注意義務違反の有無が検討されるため、過失の判断が違法性の判断の中に取り込まれる傾向があるとされている（北村和生「国家賠償における違法と過失」高木光二・宇賀克也編『行政法の争点』（有斐閣・二〇一四年）一四七頁、宇賀・註（1）四三四頁）。

- (43) 芝池・註（40）二五〇―二五一頁。

- (44) 小幡純子「国家補償の体系の意義」磯部力・小早川光

郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ』（有斐閣・二〇〇八年）二八八頁、塩野・註（2）三二〇―三二二頁、藤田・註（30）五四二―五四六頁、五七〇―五七三頁参照。

- (45) とりわけ近年公表された論文として、北村和生「国家補償の概念と国家賠償法における違法性」公法研究六七号（二〇〇五年）二五二頁、西埜章「職務行為基準説の批判的検討」『暁の鐘ふたたび——明治大学法科大学院開設記念論文集』（明治大学法科大学院・二〇〇五年）一六九頁以下、武田真一郎「国家賠償における違法性と過失について——相關関係説、違法性相對説による理解の試み——」成蹊法学六四号（二〇〇七年）四九四頁、稲葉馨「国家賠償法上の違法性について」法学七三巻六号（二〇一〇年）二九頁、西埜章「国家賠償法における違法性の総合的研究」明治大学社会科学研究所紀要四九巻二号（二〇一一年）三二二頁、神橋・註（9）一頁、同「行政救済法における違法性」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ』（有斐閣・二〇〇八年）二二七頁以下、山本隆司「判例から探究する行政法」（有斐閣・二〇一二年）五〇六頁以下、中川丈久「国家賠償法一条における違法と過失について——民法七〇九条と統一的に理解できるか」法学教室三八五号（二〇一二年）七二頁。

- (46) とりわけ近年公表された論文として、北村和生「行政

権限不行使に対する司法救済」ジュリスト一三二一〇号(二〇〇六年)三五頁、宇賀克也「行政介入請求権と危険管理責任」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ』(有斐閣・二〇〇八年)二五七頁以下、武田真一郎「行政の不作為と国家賠償について——相關関係説、不作為過失論による理解の試み——」成蹊法学七二号(二〇一〇年)三三八頁、西埜章「行政の不作為責任——規制権限不行使の違法性を中心に——」明治大学法科大学院論集七号(二〇一〇年)六七頁、中原茂樹「規制権限の不行使と国家賠償責任」法学教室三三八三号(二〇一二年)二四頁。

(47) 例えば、第一小判平成五年三月一日・民集四七卷四号二八六三頁は、「税務署長の所得税の更正は、所得金額を過大に認定していたとしても、そのことから直ちに国家賠償法一条一項にいう違法があったとの評価を受けるものではなく、税務署長が資料を収集し、これに基づき課税要件事実を認定、判断する上において、職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と更正をしたと認め得るような事情がある場合に限り、右の評価を受けるものと解するのが相当である」と判示している。

(48) なお、フランス国家賠償責任法においても、係争行為が越権訴訟において違法であると認定されたとしても、

裁判役務のように特別な困難性を伴う公役務が問題となる場合には、係争行為が単に違法であるだけでは足りず、それに加えて重大なフォートが要求されることがある。

ただし、現在のフランス国家賠償責任法においては、かかる要件の加重が正当化される範囲は非常に限定されている(第二章第一節参照)。この点、重大なフォート概念と職務行為基準説の関係について言及するものとして、久保茂樹「裁判判決と国家責任」フランス行政法研究会編『現代行政の統制——フランス行政法研究——』(成文堂・一九九〇年)二二四頁参照。

(49) 西埜・註(27)一七三—一七五頁参照。

(50) なお、このような日仏両国の法状況について、橋本博之教授は、「フランスでは、越権訴訟の違法と国家責任の違法は、厳密な理論上は相違するが、現実の判断として一致する、という見方から出発した議論が展開される。ただし、日本の判例実務による職務行為基準説は違法性を限定する方向にのみ機能しており、現状でフランス型理論モデルは日本の判例実務・行政法学説の双方と距離がある」と指摘されている(橋本博之「判例実務と行政法学説——方法論をめぐる一考察——」小早川光郎・宇賀克也編『行政法の発展と変革——塩野宏先生古稀記念(上)』(有斐閣・二〇〇一年)三八三頁)。

(51) この点に関しては、村上順教授が、いくつもの優れた

先行研究を残されている（村上順「フランスにおける行政の不作為責任」神奈川法学二二卷二号（一九八七年）一七七頁、同「フランスにおける人身事故と行政の不作為責任」フランス行政法研究会編『現代行政の統制——フランス行政法研究——』（成文堂・一九九〇年）一七七頁以下、同「越権訴訟による警察規制不作為の統制——ドゥーブレ（Doublet）判決を中心にして——」神奈川法学三〇卷二号（一九九五年）五三三頁）。