HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	フランス国家賠償責任法における役務のフォート認定の基準と方法（３）：国家賠償法１条１項の責任原理との比較の視点から
Author(s)	津田, 智成
Citation	北大法学論集, 71(1), 270[1]-211[60]
Issue Date	2020-05-29
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/78269
Type	bulletin (article)
File Information	lawreview_71_1_04_Tsuda.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

フランス国家賠償責任法における役務のフォート認定の基準と方法（三）

――国家賠償法一条一項の責任原理との比較の視点から――

津田智成

目次

序章：本稿の問題意識――役務のフォート認定の基準と方法――
第一節：これまでの研究の到達点と残存する課題

第二節：本稿の分析手法と構成
第一章：役務のフォートの判断基準としての義務違反
第一節：役務のフォートの判断基準
第一款：役務のフォートの行為不法的側面
第二款：役務のフォートの結果不法的側面
第二節：義務の判断基準
第一款：法規定
第二款：職務の性質
第三款：法の一般原則
第三節：小括――役務のフォートの行為不法的側面と結果不法的側面――
第二章：役務のフォートの類型論
第一節：論理的類型論
第一款：伝統的説明
第二款：現代的説明
第二節：経験的類型論
第三節：小括――多様な形態をとる役務のフォート――
第三章：役務のフォートの評価方法
第四章：結果債務理論
終章：総括――役務のフォートと国家賠償法一条一項の諸要件――

（以上、六八巻二号）
（以上、六八巻五号）
（以上、本号）

第二節：義務の判断基準

前節においては、役務のフォートの主たる判断基準が「義務違反」概念に置かれていることを明らかにした。すなわち、Michel Paillet の言葉を借りるならば、「役務のフォートは、法規範が課す義務に対する、行政による違反から構成される」[1]。それでは、ここでいう「義務」の概念は、行政裁判官によってどのように定義されているのだろうか。フランス国家賠償責任法が歴史的に判例法により形成されてきたこと、つまり行政判例の規範的役割[2]に鑑みると、行政裁判官は、この点に関して極めて広範な裁量を有しているといえる[3]。もっとも、当然、行政裁判官が何らの拠り所もなく恣意的に「義務」を確定することができるわけではない。つまり、そこには行政裁判官が行政に課せられる「義務」がいかなるものであるのかを判断するに当たって拠るべき〝基準〟が存在するのである。そこで、本節においては、かかる「義務の判断基準」を明らかにすることを試みる。

まず、義務の判断基準として最初に想起されるのが法律や法規命令といった「法規定（textes）」であることについては多言を要しないだろう（第一款）。ただ、個々の事案において行政に課せられる義務が常に法規定に基づき具体的に確定されるというわけではない。なぜなら、行政に課せられる義務を確定するための手がかりとなる法規定が存在しない場合や存在したとしても抽象的に過ぎる場合が考えられるからである[4]。それでは、こうした場合、裁判官は何を手がかりにして行政に課せられる義務を確定するのであろうか。この点について Paillet により指摘されているのが、「職務の性質」、具体的には、その「内容（objet）」や「目的（but）」という判断基準である[5]（第二款）。また、例外的にではあるが、「平等原則」のような「法の一般原則」も、ここでいう義務の判断基準となりうる（第三款）。以下では、これらの三つの判断基準について順に検討を加えていくこととしたい。

第一款：法規定

Paillet によれば、適法性の番人である裁判官が役務のフォートの認定に当たって最初に〝反射的に〟行うことは法規定に準拠することであり、法規定は恣意性なしに行政主体に課せられる義務がいかなるものであるのかを確定することを可能ならしめうるという。[6] このように行政義務の正確な射程を規定するという困難な任務に直面する行政裁判官が、その解決法を見つけようと法規定に準拠することは、適法性の原理が支配する国家においては自然かつ当然の性向であるが、その形は一様ではない。[7] すなわち、以下に述べるように、法規定に直接的に準拠する場合と間接的に準拠する場合とに整理することができるのである。[8]

一　直接的準拠

行政判例において、問題となる行政活動が法規定ないしより広範に「適法性のブロック（bloc de la légalité）」からなるものに直接的に抵触するという事実は、しばしば、それ自体によって役務のフォートを認定するための十分な論拠となる。[9]

1　法律行為――その典型例が、行政決定ないし行政行為の違法性（illégalité）が問題となる場合である。序章でも紹介したとおり、現在の判例においては、行政決定が違法である場合には常に役務のフォートが存在する、言い換えれば、違法な決定が帯びる瑕疵はいかなるものであっても役務のフォートを構成するという解釈がなされている。[10] この点に関して、Paillet は、行政には「適法性を尊重する義務」が課せられているのであり、「あらゆるケースにおいて、当該義務に対する違反は公役務のフォートの認定をもたらす」と述べている。[11] Paillet は、そこで、具体的な違法原因（取

消事由）として、無権限[12]、形式又は手続の瑕疵[13]、権限濫用[14]、法律侵犯[15]、法の一般原則違反[16]、既判事項違反[17]、法又は事実の誤り[18]、評価の明白な誤り[19]を挙げている。こうした違法な法律行為が問題となった具体的な判例については次章において詳しく紹介することから、ここでは以下の二つの判例を紹介するだけにとどめる。

まずは、昇任手続の瑕疵について公務員によって提起された国家賠償請求訴訟に係る《Cannac 判決[20]》を紹介する。公行政規則並びに公務員の勤務評定及び昇任に関する一九五九年二月一四日のデクレ第五九－三〇八号第一三条及び第一五条は、昇任に関する委員会である同数行政委員会が、公務員の職務能力に関する綿密な検討（examen approfondi）を義務的に行った後で、その提議を任命権限を付与された機関の承認に付すことを定めていた。コンセイユ・デタは、まず、証拠書類、特に当該委員会の会議録から、当該委員会が原告の職務能力に関する綿密な検討を行わなかったことを確認した。かくして、その提議を所轄行政庁（国民教育大臣）の承認に付すに当たって右諸規定が要求する検討がなされていない点において手続違反による瑕疵、すなわち当該手続の違法性を認定した。その上で、役務のフォートについては特段の検討を行うことなく、かくして認定された違法性から直截的に国の賠償責任を生ぜしめる性質のフォートを認定した。

次に、右の Paillet の整理における「法又は事実の誤り」が問題となった《Tedeschi 判決[21]》を紹介する。その事案は、以下のようなものであった。原告の Tedeschi 氏は、共産主義的活動を理由に、一九四二年八月一一日に逮捕され、一九四三年五月六日に有罪判決を受け、一九四三年九月から一九四五年五月までアウシュビッツ等の複数の強制収容所に収容された。同氏が、軍人疾病年金及び戦争被害者に関する法典に基づく支給金を得るために「レジスタンス活動による被収容者（déporté-résistant）」という資格の認定を求めたところ、所轄行政庁（退役軍人及び戦争被害者大臣）は、同氏の逮捕及び有罪判決が、レジスタンス活動を理由とするものではなく、共産主義的活動を理由とするものであった

として拒否決定を下した。そこで、同氏が当該拒否決定について国家賠償請求訴訟を提起した。コンセイユ・デタは、同氏が右法典命令篇第二八七条の諸規定の意味における「敵国に対するレジスタンス活動（résistance à l'ennemi）」と性格づけられるさまざまな行為を行ったために、特に国民戦線（Front national）のプロパガンダに定期的かつ繰り返し協力していたために逮捕されたことを認定した。そして、同氏が提出した証拠は、同法典命令篇第三二一条の諸規定の意味における「詳細な証拠」としてみなされなければならず、その逮捕及び強制収容所への収容の原因が右第二八七条の意味におけるレジスタンス活動にあったということを証明するのに十分であると評価した。かくして、原告は、自らのレジスタンス活動とその逮捕及び強制収容所への収容との間の因果関係について当該諸規定によって要求された立証を行ったものと判断された。以上のことから、コンセイユ・デタは、当該拒否決定が越権を帯びたものであり、本件事件の諸状況において国の賠償責任を生ぜしめる性質のフォートとしてみなされなければならないと判示した。

2　事実行為――他方、法規定は、事実行為が問題となる場合であっても、当該行為が行われる際に当該規定が遵守されなかったことが明らかになった場合には直接的に作用することとなる[22]。実際、特定の行政活動については、その行為規範、つまり当該行政活動がどのように行われるべきであるかということが法規定によって極めて明確に定められている場合がある[23]。

その例としては、国民貯蓄金庫（Caisse nationale d'Épargne）の運営に関する《El Mejandel 判決[24]》を挙げることができる。国民貯蓄金庫の役務に関する一般通達（instruction générale）第二一八条は、預金の払戻しのための申込書に記載された署名が保管されている署名の見本と合致するかどうかを確認することを担当職員に義務づけていた。同条はまた、一五〇〇フラン以上の払戻しを求められた場合には受取人に身分証明を求めることも担当職員に義務づけていた。本件事件においては、原告である El Mejandel 氏のパスポートと預金通帳を不正に奪取した者が五二〇〇フランの払戻

しを求めたところ、担当職員が、当該パスポートの写真と受取人の顔の違いに十分な注意を払うことなく、また受取人の署名と保管されている El Mejandel 氏本人の署名が異なるものであったにもかかわらず払戻しを行った。コンセイユ・デタは、以上のような事実を指摘した上で、当該払戻し行為につき役務のフォートを認定した。なお、この判決は、法律や法規命令のような厳密な意味での法規定ではない、行政の内部規則たる通達が、行政に課せられる義務を判断する際の基準となりうることを示した点においても注目すべき判決であるといえる。(25)

また、地下採掘場で発生した落盤事故について提起された国家賠償請求訴訟に係る《Thiémard 判決》(26)も、その例として挙げられる。鉱業法典及び Jura 県の採掘場の規制に関する一八九二年二月一〇日のデクレの諸規定は、鉱山で働く労働者の安全や公衆衛生を保護するために採掘場における作業の監督を行政に課していた。特に当該デクレにおいては採掘場の柱の配置やサイズについても監督を行うことが具体的に定められていた。本判決において、コンセイユ・デタは、本件落盤事故が柱のサイズが不十分であったことに起因するものであったこと、そして掘削の規模等が拡大していたにもかかわらず、鉱山役務が長年とるべき予防措置についていかなる指示も開発業者に与えなかったことや柱のサイズ及びその耐久性についていかなる真摯な監督も行わなかったことを指摘した上で、「鉱業法典及び一八九二年二月一〇日のデクレの諸規定に対する一貫した違反を構成する、この不作為は、国の賠償責任を生ぜしめうる重大なフォートを構成する」と判示した。

その他にも、ある外科手術が正式な資格を有する外科医によってではなく、インターンによって行われた事件について、法規定により当該行為が禁止されていることを指摘した上で役務のフォートの存在を肯定した判決(27)や、コミューンの託児施設で発生した事故について当該施設における監督が法令で定められた必要な年齢に達していなかった者らによって行われたという事実が役務のフォートを構成するとした判決等(28)、多数の判決が存在する(29)。

二　間接的準拠

行政裁判官は、時おり、法規定に〝間接的に〟準拠することによって行政に課せられる義務を確定する。それは、具体的には問題となる行政活動を規律する法規定への言及はなされているものの、当該法規定が機械的に適用されるのではなく当該義務の存否ないし内容を判断するための諸要素の内の一つとして裁判官によって援用されるような場合である[30]。Paillet によれば、このような場合、当該法規定は行政義務の〝規準〟を定めるための一つの指針ないし一つの道具として用いられることになるという[31]。

その典型例は法令において行政主体の活動に関する期限が定められている場合であり、裁判官は、当該期限が行政主体によって遵守されなかった場合には、当該期限の不遵守が役務のフォートを構成するか否かを判断することとなる[32]。そこでは、法令において定められた期限が命令的性格を有するのか否か、言い換えれば、当該期限が遵守されなかった場合には当該事実から直ちに役務のフォートが認められることとなるのか否か、ということが問題となる。この点、判例は、かかる法規定を機械的に適用することはせず、「通常の期間」あるいは「合理的期間」という概念に準拠している。つまり、判例は、行政に一定の裁量を付与しており、法令において定められた期限は命令的なものではなくあくまで一つの目安にすぎず、したがって、役務のフォートが存するのは、この「通常の期間」あるいは「合理的期間」を徒過した場合だけであると解しているのである[33]。以上のことから、法規定によって定められた期限は、相対的な効果しか有しないものの、行政主体による当該期限の遅滞に合理性があるか否かを評価するための基礎を構成するものであるといえる[34][35]。この意味において、当該法規定は義務の確定に当たって〝間接的に〟しか作用しないのである。こうした遅滞が問題となった具体的な判例については次章において詳しく紹介することから、ここでは省略することとしたい。

第二款：職務の性質

国家賠償請求訴訟においては、しばしば、法規定のみによっては行政に課せられる義務が具体的かつ明確に導出されえないことがある。法規定が単に行政に付与される権限のみを定め、それをどのように行使するべきかを明確にしていないような場合である。こうした場合に、行政裁判官は、どのようにして当該義務を確定するのであろうか。この点について、Paillet は、行政裁判官が行政に課せられた職務ないし当該職務遂行の諸条件がいかなるものであるかを明確にする必要があることや、あるべき行政活動の規準が当該活動が前提とする諸要請を考慮することによりもたらされることなどを指摘した上で、特に行政裁判官が重視している二つの基準として職務の内容と目的を挙げている。(36)

一　職務の内容

Paillet によれば、法規定が十分に明確でない場合には、問題となる活動の性質からそれが前提とする任務の範囲を導出することが行政裁判官には義務づけられており(37)、行政裁判官は、時に、行政に課せられる義務を確定するに当たって、「行政主体に与えられた任務の内容（objet）」(38)、言い換えれば「法律によって行政に認められた一つ又は複数の権限の内容（contenu）」(39)に準拠することにより、法規定を解釈し、とりわけそれを具体化しているという(40)。

その例として、《Société européenne de location et de services 判決》(41)が挙げられる。その事案は、次のようなものであった。原告が所有するフェラーリが盗難され、その後警察の車両保管場に置かれることとなった。原告は、その長期にわたる放置によって当該車両が被った被害について、車両の所有者の特定に一一か月かかった警察役務の捜査の遅滞と当該車両の保管条件の瑕疵による行政の賠償責任を主張した。本判決において、コンセイユ・デタは、まず警察役務が当

該車両の発見後直ちに所有者を特定するための捜査を始めたことを指摘した上で、当該捜査に伴う困難性を考慮することにより、その特定まで一一か月かかったという事情は、国の賠償責任を生ぜしめる性質の重大なフォートの存在を立証するのに十分でないと判断した。もっとも、コンセイユ・デタは、野外の草地に悪天候から車両を保護することもなく一一か月間放置したという事実が通常の保管の諸条件を構成するものとしてみなされえないとした上で、当該車両が車両保管場に置かれる前に既に重大な被害を被っていたとしても、かくして役務の組織において犯されたフォートは行政の賠償責任を生ぜしめうると判示した。つまり、本判決においては、車両保管場における役務について、そこで本質的に要求される職務の内容がいかなるものであるかという観点から、車両の保管に関する通常の諸条件を確保するという義務が導出されているものと思われる。

その他には、次のような例が挙げられている。すなわち、病院役務に関して言えば、公立病院に与えられた任務に照らして非常にプラグマティックにその境界が画されており、具体的には、良好な状態の設備を備えた適切な場所において資格のある十分な数のスタッフをもって患者を引き受け治療を行い、瑕疵なく組織された役務の枠組みにおいて現在の科学的知見に合致した治療を実施することが義務づけられることとなる(42)。また、情報提供が問題となる場合に行政に課せられる職務上の義務は、正確な情報を提供するという義務であり、その任務の内容は誤った情報を提供することではありえない(43)。

二　職務の目的

Paillet によれば、それに対する違反が役務のフォートを構成する義務が法規定において明らかでない場合には、行政裁判官が当該義務を確定するために損害の原因となった行政活動の目的に着目し当該義務を確定しようとすることは珍

しくないという。[44] そして、Paillet は、公共団体に帰属する権限は、特定の目的との関係においてしか存在しないことから、こうしたアプローチは明らかに論理的であると述べている。このことを典型的に例証する公役務の類型として、行政警察役務と監督行政役務の二つが挙げられている。[45]

1　行政警察役務――そもそも、行政警察の領域において行政庁に認められた権限が私人の諸活動を制限する効果を持ちうるのは、それが当該目的によって正当化されるからである。[46] この行政警察役務の目的については、地方公共団体一般法典法律篇第二二一二－二条（旧市町村法典法律篇第一三一－二条・同旨市町村行政法典第九七条）[47] に象徴的な定義が存在する。すなわち、それは、「市町村警察は、良き秩序、公の治安、公の安全、公衆衛生を確保することを目的とする」というものである。つまり、行政警察や、スキー場あるいは水浴場の安全について責任を負う役務の「存在意義（raison d'être）」は、まさに「良き秩序、公の治安、公の安全、公衆衛生」を確保することにあり、当該行政機関に課せられる義務は、この目的の実現が前提とするものに照らして評価されることとなるのである。[48] Paillet は、こうした観念がこの上ない明確性を備えているというわけではなく、行政に十分に広範な活動の自由を残したままであるということは確かであるものの、裁判官が、時おり、行政に作為義務があったかどうかについて判断を下すために当該規定を援用していることを指摘している。[49]

なお、同条は、当該目的を実現するために、同条各号において、行政に課せられる典型的な任務を列挙している。例えば、公道等の通行の安全及び便宜に関するものすべて（第一号）、騒音等の公の静穏に対する侵害を抑止する任務（第二号）、火災や水害等のあらゆる自然の事故等を適切な予防措置によって防止し、必要な救助の提供によって終息させる任務（第五号）、その病状が人の安全や財産の保全等を危険にさらすおそれのある精神病者に対して一時的に必要な措置をとる任務（第六号）等が挙げられている。また、同法典法律篇第二二一二－四条は、「本法律篇第二二一二－二条第五号に

規定されている自然の事故のような、重大又は切迫した危険が存する場合には、市町村長は、当該状況が必要とする安全措置の執行を命じる」、「市町村長は、当該県内の国の代表に緊急に連絡をとり、自らが命じた措置を伝える」と定めている。

こうした警察権限を付与された行政庁は、特定の諸状況により惹起される危険に対して、とりわけ当該危険を周知させることによって、公の安全を確保するという目的により課せられる義務の範囲内において、その対策を講じなければならない[50]。ただし、その際には、基本的に裁判官の審査の対象となる危険が現実に存在しなければならない。その例として、水浴場における死亡事故について国家賠償請求訴訟が提起された《Gravier 判決[51]》が挙げられる。本判決において、コンセイユ・デタは、まず市町村行政法典第九七条によって市長に適切な予防措置により事故を防止することが義務づけられるのは、当事者が自らの注意によって通常備えるべき危険を超える危険が存する場合のみであることを確認した。そして、本件においては、問題となった河川には通常の危険性を超える危険が存しないことを理由として、市長には特別に当該危険への警戒を呼びかけることが義務づけられていなかったと判断した。

他方、もし現実に危険が存在するのであれば、市長は行政客体の安全を確保するために必要な措置をとることを義務づけられることとなり[52]、その義務に違反した場合には役務のフォートによる賠償責任が成立することとなる[53]。例えば、湖における水難事故で少年が死亡した事件について遺族が国家賠償請求訴訟を提起した《Lefebvre 判決[54]》が挙げられる。その事案は、以下のようなものであった。ある少年が湖岸の水浴場で水難事故に遭った。当該湖岸は、水浴のために整備されてはいなかったが、普段から多くの水浴客により頻繁に利用されており、商業施設も存在していた。Fayence 救助センターは、当該水浴場から約五キロ離れた最も近くの電話機から通報を受けたが、救助隊員が現場に到着したのは事故から三五分後のことであった。当該隊員らが蘇生を試みたが病院への搬送中に当該少年は死亡した。コンセイ

ユ・デタは、まず、市町村行政法典第九七条を参照することにより、整備はなされていなくとも定期的かつ極めて頻繁に利用されている水浴場については事故が起きた場合に迅速な救助がなされるよう必要な措置をとることが市町村長に義務づけられていることを指摘した。その上で、コンセイユ・デタは、以上のような諸条件において、また特に過去にいくつもの同種の事故が既に起きていたにもかかわらず、水浴場の近くに救助センターに迅速に通報することを可能ならしめる手段が全く存在しなかったことは、Tanneron 市長の市町村行政法典第九七条に由来する権限の行使におけるフォートを構成すると判示した。以上のように、水浴場に代表される危険に直面する行政庁には、監視及び救助のための体制や危険を周知させるための手段を整備することなどの、さまざまな義務が課せられているのである。(55)

次に、《Commune de Cilaos 判決》(56)を見ていくこととする。その事案は、以下のようなものであった。一九七三年三月一〇日、Cilaos 市の中学校の寄宿生である児童らは、何キロも離れた自宅に帰るために当該学校施設を出た。サイクロン（低気圧）の影響により三月八日から非常に強い雨が降っていた。これに対応するために地方長官は、三月八日に救助組織に関する計画を始動させていた。この雨により道が通行不能となっていたため学童送迎役務は中断されていたことから、右児童らは、県道二四一号線を通って徒歩で自宅に帰ることを試みたが、水没した護岸を横断しようとした際に洪水にまきこまれ死亡した。そこで、当該児童らの遺族らが Cilaos 市に対して損害賠償請求を行った。市町村行政法典第九七条第六号によれば、市町村警察は、洪水のような事故及び災害を、適切な予防措置によって防止し、必要な救助の提供によって終息させる任務を負うこととされている。コンセイユ・デタは、当該事故が発生したのが県道であったことなどの事情があったとしても、市長には市の管轄地域において豪雨によって引き起こされうる事故を防止するために当該規定に由来する警察権限を行使することが義務づけられると判断した。その上で、一九七三年三月一〇日が当該施設の寄宿生の外出日であったことを認識しているはずであり、また学童送迎役務が中断されていたことを認識

し、さらに当該児童らが県道二四一号線を通って自宅に帰る危険性を認識すべきであったにもかかわらず、その固有の手段によって自宅に帰ろうとした当該児童らが学校を離れることを防ぐために必要な措置をとらなかった点において、市長が市の賠償責任を生ぜしめる性質の重大なフォートを犯したと判示した。

なお、Paillet は、警察活動の目的がその内容に優先する場合があることも指摘している[57]。例えば、行政客体が裁判判決の実現のために行政主体に公権力による協力を求めたときに、それが公の秩序に深刻な問題を生ぜしめる場合には、その義務が免責されることとなり、役務のフォートは認められず、フォートによらない賠償責任が適用されることとなる[58]。

2　監督行政役務――他方、職務の目的は、時に行政に課せられる義務を限定する機能を果たしうることが指摘されている。例えば、Laurent Richer は、監督行政役務に関する重要な問題は、賠償責任の「置き換え〔＝肩代わり〕(substitutions)」を避けることであり、監督者が存在するということにより被監督者の職務上の義務が免責されるというようなことがあってはならず、その職務が変容するに至ることのないように監督者の義務は限定されるべきであると指摘している[59]。すなわち、当該役務については、被害者の損害の第一次的な原因は被監督者の活動にあり、監督の瑕疵は損害の第二次的な原因でしかないことから、監督者の賠償責任を過度に容易に成立させるべきではないという裁判官の意向が働きうるのである[60][61]。実際、Paillet も、行政裁判所が、監督者に課す義務を確定するに当たって、監督の設置を通して追求される目的に応じて義務を限定していると指摘している[62]。つまり、そこでは、監督活動が前提とする目的に応じて義務の評価が行われているのであり、ここでいう目的とは、一般利益を保護すること、係争活動と関連する行政客体の利益を保護することにある。Paillet によれば、以上のことから、監督の不十分さを主張するのが被監督者である場合に裁判官の審査が厳格となるのは正当であるという[63]。ただし、監督者のフォートを援用するのが第三者である場合

ですら、監督者に課せられる義務は厳格に限定されているという。既に前稿で示したように、以上のことは、なぜ監督行政役務について重大なフォートが要件とされるのか、という問いに対する一つの回答でもある(64)。つまり、監督行政役務については、以上のような理由に基づき重大なフォート要件が適用されることにより行政に課せられる義務が限定される場合がある。この監督行政役務には、国が地方公共団体の行政活動について当該活動の適法性を統制するために監督権限を行使する、いわゆる「後見（tutelle）」と呼ばれる活動も含まれるが、以下では特に我が国においてもしばしば問題となる私人（私法人）対する規制監督行政に関する判例を取り上げることとしたい。

まず、《Veillard 判決》(65)を紹介する。その事案は、以下のようなものであった。一九八一年一二月に起きた河川の増水により沿岸住民の所有する河岸の土地が崩落する被害が生じた。第一審における鑑定報告書によれば、当該河川の増水は、この河川の河床でA社により行われていた採掘活動により悪化したという。具体的には、当該採掘活動は、河岸近くの水の流れが非常に速い区域を増加させ、その基礎の浸食を進め、それにより河岸の安定性を害するものであり、結果として一九八一年一二月に起きた増水被害を激化させる効果をもたらした。そこで、右の増水により被害を被った沿岸住民が、A社の採掘活動に対する許可権限及び監督権限の行使において役務のフォートが犯されたとして、当該増水被害による損害について国家賠償請求訴訟を提起した。コンセイユ・デタは、最初に、いかなる法令上の規定も、航行可能な又は不可能な河川の沿岸住民の所有財産を水に関する自然作用から保護することを確保する義務を、国及び市町村に課していないことを確認する。すなわち、一八〇七年九月一六日の法律第三三条及び第三四条によれば、当該所有財産の保護は当該所有者自身に課せられているというのである。もっとも、コンセイユ・デタは、以上のことを確認した上で、被害者の被った損害が、公の工作物の存在若しくは悪しき維持管理の状態によって、又は行政庁により犯されたフォートによって引き起こされあるいは悪化した場合には、公共団体の賠償責任が生じうると判示した。そして、

コンセイユ・デタは、まず、右の鑑定報告書により認定された事実を想起させた上で、Lot-et-Garonne 県の地方長官が一九七九年一二月三一日まで右河川におけるA社の採掘許可を更新し続けたことについて役務のフォートが認められるかを検討した。当該採掘許可が付与された場所は広範囲にわたるが、その中には特に地盤がもろい区域とされていたCasseneuil 市の管轄地域も含まれていた。当該区域においては一九七四年に河岸の崩落が生じていた。このことから、一九七四年二月一八日に Casseneuil 市長から Lot-et-Garonne 県の地方長官に通報がなされていた。コンセイユ・デタは、以上のような事実を指摘した上で、一九八〇年以降は Casseneuil 市における区域の採掘許可が更新されていなかったとしても、当該河川への被害や侵害が所轄行政機関に知らされていたにもかかわらず、河床物質の採掘の許可を交付し続けたことによって、国は自己の賠償責任を生ぜしめる性質のフォートを犯したと判示した。他方で、原告は、河川公有財産法典、国有財産法典、鉱業法典の諸規定によれば、行政が国有河川の河床における採掘活動を監督する一般的義務を有するところ、監督官庁である県設備局が当該監督権限の行使において役務のフォートを犯したという主張も行っていた。しかし、コンセイユ・デタは、県設備局が違反が確認されえた度に何度も出動していたことを指摘した上で、当該監督権限の行使における重大なフォートの存在を否定した。このように、本判決は、監督行政役務については、重大なフォートを要件とした上で県設備局が右のように一定の監督権限を行使していたことを理由に重大なフォートが犯されていないと結論づけた。本判決の特徴は、以上のように監督行政役務による国の賠償責任を否定した一方で、単純なフォート要件が適用される採掘許可を問題にすることによって、それについて（単純な）役務のフォートを認定している点にある。許可の更新は広義の規制監督行政とも解しうることから、その意味においては本判決が許可の更新について役務のフォートを認定した意義は小さくないだろう。なお、本判決においては、河岸の地盤がもろくなっていたにもかかわらず、当該河岸を補強するのに必要な工事を行わなかった点において原告がフォートを犯したとして、国の賠

償責任は損害の半額まで減額されている。本判決の評釈によれば、この過失相殺的判断は、右の一八〇七年九月一六日の法律第三三条及び第三四条に基づく一般原則が適用された結果であるという。(66)

もっとも、近年は、監督行政役務について重大なフォート要件を適用しない判決が徐々に増加している。(67) 特に注目される判決として、被監督者による国家賠償請求を認めた《Société Capraro et compagnie 判決》(68)が挙げられる。その事案は、以下のようなものであった。一九九一年六月一四日に、ある民間の自動車会社のトラックがブレーキングシステムの故障による事故を起こした。同社は暫定的な修理を施したものの根本的な修理は施さなかった。その後、一九九九年二月一五日に、新たなブレーキングシステムの故障により、このトラックが再び事故を起こし、三人の死亡者と一人の重傷者を出した。被害者家族は、右自動車会社を相手取って民事上の損害賠償請求訴訟を提起し、勝訴した。その後、同社は、監督機関である地域圏工業・調査局（services de la Direction régionale de l'industrie et de la recherche）が毎年の検査の際に当該トラックのブレーキングシステムの根本的な修理をすべきであること（具体的には、ブレーキングシステムのフレキシブルパイプを変更すべきであること）を知らせるべきであったとして、国に対して損害賠償請求を行った。そもそも、右の検査は、道路法典の法規命令の諸規定（例えば、同法典命令篇第一一九条等）に基づくものであり、総重量が三・五トン以上の特定の車両については、技術的検査を経た上での地方長官の許可や許可後の毎年の技術的定期検査に服せしめられることが定められていた。右諸規定により、国家当局は、当該検査においてブレーキングシステムの状態が良好なものであることを確認することとされていた。もっとも、この検査は、もっぱら目視によるものであり、対象車両を分解することなく行われていた。この点、第一審及び控訴審判決は、この目視による検査（inspection visuelle）という点を重視し、地域圏工業・調査局に役務のフォートを帰責することは不可能であるとした。これに対して、コンセイユ・デタは、まず、右のような検査に当たっての義務的な点検箇所のリストを定めた一九九六年一二月二〇日

の欧州指令が、ブレーキ装置（本件で問題となったブレーキングシステムのフレキシブルパイプを含む）についても、その点検箇所に関する明確かつ詳細なカタログを作成していたことを確認した上で、当該検査が車両の部品を分解することなく行われうるものであるとしても、目視による検査は点検箇所全体の精密かつ網羅的な点検を前提とするものであるとした。そして、鑑定報告書においては対象車両の分解を行うことなしにもっぱら暫定的な修理がブレーキのフレキシブルパイプについてなされたということを目視により確認することが可能であったとされていることや、一九九一年から一九九八年の間に右検査が一一回行われていたことなどを指摘した。以上のような事実から、コンセイユ・デタは、地域圏工業・調査局の役務のフォートを認定した。もっとも、コンセイユ・デタは、鑑定報告書等に鑑み、一九九一年に起きた最初の事故後になされた修理が暫定的なものにすぎなかったにもかかわらず、その後ブレーキングシステムのフレキシブルパイプの変更を行わなかった点において、原告会社が重大な懈怠を犯したと判示した。そして、このような原告会社のフォートの重大性に鑑み、司法裁判所によって被害者に賠償することを命じられた金額（三四八一三六・七七ユーロ）の一〇分の一（三四八一三・六六ユーロ）についてのみ賠償を認めた。以上のように、本判決においては、とりわけ欧州指令により点検すべき箇所が詳細に定められていたことや鑑定報告書によれば暫定的な修理しかなされていないことを目視で確認できたということを理由に、地域圏工業・調査局の監督権限の行使における役務のフォートが認定されたのである。そして、被監督者による請求であるという事情は、もっぱら被害者のフォートという形で賠償額の評価の次元において考慮されることとなった(69)。

ここで問題となるのは、監督行政役務についての重大なフォート要件と単純なフォート要件の使い分けが、どのような基準の下でなされているのか、ということであるが、本判決の論告においては、単純なフォート要件が適用される理由は明確に説明されていない。ここで本稿の課題（序章第一節三参照）との関係で注目すべきは、本判決の評釈におい

て、Gilles Toulemonde が、信用機関に対する銀行委員会の監督権限の行使の懈怠が問題となった事件について重大なフォート要件が適用された《Kechichian 判決》（二〇〇一年）の論告における Alain Seban の指摘――極めて重要な人の利益が問題となる場合には単純なフォート要件が、主として金銭的な利益が問題となる場合には重大なフォート要件が、それぞれ適用されている――を参照し、当該観点から本判決を整合的に説明しうると述べている点である。[70] すなわち、Seban は、重大なフォート要件に関する当時の判例の潮流――多くの公役務について次々と重大なフォート要件が放棄されていた[71]――について、一方でそれが放棄された医療役務や輸血に対する監督行政役務、消防役務、海難救助役務等において問題となるのは人の生命という極めて重要な利益であること、他方それが放棄されていなかった租税役務において問題となるのは一般的に金銭的な利益でしかないことを確認し、単純なフォートと重大なフォートの適用を判断する際には被害者側の事情が考慮されていることを指摘していたのである。[72] ただし、現在の判例においては、租税役務についても重大なフォート要件が放棄されており、逆に人の生命が問題となった事件について重大なフォート要件を適用した判決も存すること[73]、また Seban が役務の困難性や役務の性質（被監督者の責任に対する監督者の責任の補充的性格等）も併せて考慮していることに鑑みれば、もっぱら右のような考慮のみにより両要件の適用が決せられていると解することはできず、結局のところ、さまざまな観点からの考慮が複合的になされているというのが現状ではないかと思われる。[74]

三　行政客体ないし公役務の利用者の正当な期待

序章でも述べたとおり、フランス行政法学においては、役務のフォートないしそれを構成する義務違反の一般的な判断基準について具体的な分析を行っている論文や教科書等はほとんど存在しないため、以上のような Paillet の分析が

学説においてどの程度コンセンサスを得ているのかは定かでない。この点、役務のフォートが、法規定により明確にされた、行政に課せられる義務に対する違反により構成されることについては、ほとんど異論はないように思われるが、当該義務が法規定により明確にされていない場合に、どのように役務のフォートが認定されるのかについては、個々の論者により微妙な見解の差異がある。以下では、一部の論者の見解に共通して見られる、行政客体ないし公役務の利用者の正当な期待という観念[75]を紹介することとしたい。

例えば、Richer は、行政義務が時おり法規定により定義されることもあるが、たいていの場合にはそのような法規定が存在しないことから、裁判官が行政義務の内容を「見つけ出す（découvrir）」ことになるところ、その内容は着手された活動の内容（objet）に依存し、したがって「活動と義務の間の関係が裁判官によってどのように築かれているのか」という方法論の問題に取り組むことが必要であると述べている[76]。そして、あらゆる活動において適用されている原理として、「職務原理（principe fonctionnel）」の存在を指摘している。この原理により行政に課せられる義務は、その活動に着手したときから当該活動の管理運営が前提とする義務であるという。当該原理は、問題となる活動が事実行為であろうと法律行為であろうと適用されるが、法律行為が介在する場合に重要な地位を占めるのは当該原理ではなく「適法性原理」であるという。そして、Richer は、著名な論告担当官である François Gazier の、行政客体は「役務が存在する以上、当該役務が瑕疵なく運営されることを要求する権利を有する[77]」という指摘等を引用した上で、この原理の論拠を「行政客体の正当な期待」に求めている。Richer によれば、かかる観念は、《Courtial 判決[78]》における Claude Heumann の論告の中にはっきりと現れているという。この判決においては、学校衛生役務が児童の健康診断の結果を当該児童の家族に遅滞なく伝達しなかったことにより、当該児童の健康状態が悪化した事件について、行政側が児童の医療上の監督を行う義務を負う唯一の責任者は家長であるとして自身のフォートを否定したところ、右論告担当官とコ

ンセイユ・デタはこの主張を否定した。このことから、Richer は、健康管理を担う当該役務の存在が、行政客体の心に正当に安心感を創造しうるのであり、行政客体が行政を信頼した点においてフォートを犯していないのに対して、行政はこの信頼を裏切った点においてフォートを犯していると述べている。(79)

Richer は、その上で、当該原理の適用に関する研究において提起される二つの問題として、行政がある活動について責任を負うと考えられるのはいつからなのか、という当該活動の「存在」という前提的な問題に加えて、Paillet と同じように、その義務の内容が依存するところの活動の「内容」を裁判官がどのように定義しているのか、という問題を挙げている。(80) ここで注目すべきは、Richer が、活動の目的と内容の区別の関係について言及している点である。(81) すなわち、Richer は、活動の内容は法規定により定義されており、そこから行政義務が導出されることを指摘しつつも、活動の内容の明確な定義に準拠することが可能でない場合には、その目的が非常に重要になるとした上で、両者の関係について、コンセイユ・デタが、活動の目的に応じて当該活動の内容を定義し、次に当該内容に応じて義務を定義している――ただし、かかる論証が明示的になされることは稀であり、大多数の判決においては黙示的になされている――と述べている。要するに、Richer によれば、このような場合、判例は、当該活動の全体的な性質をそこから導出するために、それが前提とする目的と、当該活動の内容の部分的な法律上の定義とを組み合わせうるというのである。

また、Jacques Moreau は、役務の組織又は運営が法規定によって厳密に規律されている場合には、そこから行為規範が明らかになり、その行為規範違反からフォートが構成されることとなるのに対して、法規定に準拠することが可能でないかあるいは必要でない場合には、フォートを見つけ出すために、時おり裁判官が「役務の法律（loi du service）」と呼ばれるものに準拠することを指摘している。(82) その際、フォートは、もっぱら公役務が「利用者の正当な期待」に応えなかった――行政の運営が、それが通常確保するべきであった保証や給付を提供しなかった――という事

実に存するという。その上で、こうした解釈が多く見られる公役務として消防役務を挙げ、その具体例として、電話によって通報を受けた消防士が理由なく災害現場に遅れて到着した場合や、火事を消し止めるために送られたタンク車が空であった場合、交通事故発生の通報を受けた消防士が消火器を持たずに事故現場に到着した場合等を挙げている。

さらに、近年行政賠償責任についての教科書を公刊したHafida Belrhaliの分析も注目される[83]。その分析は、大要以下のようにまとめることができる。フォートは義務違反として定義されるが、その定義の困難性は義務の概念そのものに向け直されることとなる。行政に期待される行動は規範によって定められ、したがって、義務は法規定によって定式化されるところ、裁判官は、当該所為がかくして措定された行為規範に合致しない場合にはフォートの性質を有するものと考える。一般的に、行政の活動は法的活動あるいは規範的活動（行為をとること）と事実的活動（公役務を遂行すること）に区別され、行政に課せられる義務は「適法性を尊重する義務」と「公役務の良き運営の義務」とに整理される。そして、法規定により明示的に義務が定式化されていない場合、裁判官は法規定を解釈し義務を定式化することとなるが、法規定によりいかなる行為規範もあらかじめ定められた義務も定式化されていない場合には、裁判官は所為の分析に従事する。その際、裁判官は、義務の定式化の段階を経ることなく[84]公役務の機能不全をフォートの性質を有するものとして認定しうるのであり、かかるケースはしばしば見られる[85]。行政の事実的活動が問題となる多くのケースにおいて、裁判官がそれを性格づけるために損害の原因となった所為を直接的に検討していることは確かであり、裁判官は、違法性の観点から論証を進めるのではなく、むしろ良き行政か悪しき行政かという観点から論証を進める。これらのケースにおいては、行政の明確な義務を定式化することなしに、裁判官はおそらく役務の理想的な運営を、あるいは少なくとも良き行政に関する一定の観念を、その思惟に有している。個々の事件において、裁判官は、必ず公役務の運営を〝行政客体がそれに対してかけうる期待〟に照らして検討している。しかしながら、フォートが行政客体の権利侵害である

と解するまでには至らない。なぜなら、このアプローチは当該概念を過度に限定するものであり、判例における解決法はかかるフォートの観念に依拠していないからである。

第三款：法の一般原則

一　平等原則

役務のフォートは、時おり、公役務の前の平等の破綻として現れることがある(86)。すなわち、判例上、公役務の運営に対する市民の平等の破綻が存する場合、言い換えれば、公役務の運営において市民が不平等な取扱いを受けた場合に、役務のフォートが認定されることがある(87)。つまり、そこでは行政に公役務の運営において市民を平等に取り扱う義務が課せられているのである。

例えば、《Société des concerts du Conservatoire 判決(88)》において、コンセイユ・デタは、所轄行政機関が「公役務の運営を規律する平等原則に違反した」という事実から役務のフォートを認定している。その事案は、次のようなものであった。音楽院演奏会協会（Société des Concerts du Conservatoire）は、そのメンバーである二人の音楽家が国営ラジオ局により開催されたコンサートに協力したことを理由として、その内規に従い二人に懲戒処分を下した。国営ラジオ局は、自らのコンサートに協力したメンバーに懲戒処分が下されたことを受け、報復的に同協会によるあらゆるコンサートのラジオ放送を一時的に停止することを決定した。この決定により生じた損害について、同協会が国家賠償請求訴訟を提起した。コンセイユ・デタは、まず、当該決定を正当化しうるような公益上の理由が全く存在しないことを指摘した上で、右のような追放措置をとった点において、国営ラジオ局が、本来の目的とは別の目的のために権限を行使

し、また他の音楽団との関係において原告を不平等に取り扱ったことにより公役務の運営を規律する平等原則に違反したとして、役務のフォートを認定した。

また、《Carbone 判決》[89]も平等原則が問題となった判決として位置づけることができる。一九五一年五月七日の省庁間アレテは、海外に配属された男性公務員に妻から離れた遠隔地に置かれることを理由とした追加的な家族手当を支給することを定めていた。そこで、ある女性公務員が当該手当の支給を申請したところ、行政が右のアレテに基づき当該申請を拒否したことから、当該女性公務員は当該拒否決定により被った損害について国家賠償請求訴訟を提起した。コンセイユ・デタは、当該アレテが、性別に関する平等原則に違反するものであり、また右手当の支給について性別に関する制限を定めていなかった一九五〇年六月三〇日の法律に反するものであると判断した。かくして、このアレテに基づいて下された右拒否決定は違法であり、したがって役務のフォートを構成するということが認められた。

二　信義則

また、明示的に当該文言が用いられているわけではないものの、我が国でいうところの「信義則」違反により役務のフォートが認定されているように思われる判決も散見される。

ここでは、その例として、《Ville de Beauchamps 判決》[90]を紹介することとしたい。その事案は、以下のようなものであった。学校群の建設を企図した Beauchamps 市は、建築家の Lothe 氏に当該建設のための計画を作成することを依頼した。そこで、Lothe 氏が、この依頼に従い計画を作成したところ、市は、当該計画に大筋の合意を示した。市は、当該計画の一部についての変更を要求した後で、結局、当該計画に基づく学校群の建設を断念した。本件においては、市と Lothe 氏の間で正式な契約が締結されていなかったため、同氏は債務不履行による損害賠償請求を行うことができな

かった。そこで、同氏は、この態度変更について国家賠償請求訴訟を提起した。コンセイユ・デタは、以上のような事実を認定した上で、「かくして、市は、Lothe 氏に対する自己の賠償責任を生ぜしめるフォートを犯した」として右の態度変更について役務のフォートを認めた。ただし、Lothe 氏が市と正式な契約を締結することなしに計画を作成した点において不注意を犯したとして、市の賠償責任を一部免責し、その賠償額を損害（二三九二〇フラン）の五分の四（一九一三六フラン）と評価した。

三　他人を害しない義務

Maryse Deguergue によれば、行政主体に課せられる義務は基本的に法規定の中に見出されるものの、当該義務は常に法規定の中に認められるわけではないという[91]。すなわち、Deguergue によれば、〝不文の法原則〟ともいえる「他人を害しない義務（obligation de ne pas nuire à autrui）」という法規定上の義務ではない道徳的な義務が存在するというのである。このような義務の典型例としては、行政機関が関係当事者によって名誉棄損又は中傷とみなされる情報を第三者に提供するケースと、職務の執行において公務員が――厳密な意味での権限濫用とまでは言えなくとも――いわゆる「優越的地位の濫用」を犯すケースが挙げられている。また、行政主体が契約又は約束を反故にするようなケースも同様であり、そこでは、「一種の誠実義務（une sorte d'obligation de loyalisme）」ないし「信頼を裏切らない義務」が問題となるという。結局のところ、Deguergue によれば、裁判官は、賠償責任を生ぜしめる性質のフォートを公役務に帰せしめることを認めることによって、事件ごとに網目状に広がった義務のネットワーク（un réseau d'obligations）、つまり「行政客体に対する行政主体の良き行動を定めた一種の法典（une sorte de code de bonne conduite de l'Administration à l'égard des administrés）」を鍛造しているのであり、その法典には「誠実さ（loyauté）」、

「正確さ（exactitude）」「整合性（cohérence）」「一貫性（constance）」「全くもって倫理的な資質（qualités toutes morales）」が定められており、それらは法規定だけでは保障しえないものであるというのである。(92)

（1）Michel Paillet, *Manuel 1996*, n° 223.
（2）Voir, Marcel Waline, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », dans *La technique et les principes du droit public. Études en l'honneur de Georges Scelle*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1950, pp. 613 et s.
（3）Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 364.
（4）Voir, Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 93.
（5）Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 368 et s. ; Michel Paillet, *Manuel 1996*, n° 226 ; Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 93 et s. ; Voir également, Gilles Darcy, *La responsabilité de l'administration*, Paris, Dalloz, 1996, p. 87 ; Jean-Louis de Corail, « La faute du service public considérée dans ses rapports avec les notions d'obligation et d'activité », dans *Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 465 et s.
（6）Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 86 ; Voir également, Jean Louis de Corail, *supra* note 5, pp. 463-464.
（7）Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 365.
（8）なお、かかる法規定の重要性は、義務が法規定において明確に定式化されていないという事実がしばしば国家賠償責任が成立しないことを正当化する法的論拠となっているという Jean Louis de Corail の指摘からも明らかであるように思われる（Jean Louis de Corail, *supra* note 5, p. 464.）。
（9）Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 366.
（10）拙稿・北大法学論集六五巻二号二一八頁以下（第一章第二節）参照。
（11）Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 366 ; Voir également, Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 87.

（12）C.E. 17 mars, 1972, *Ministre de l'Éducation nationale c./ demoiselle Jarrige*, Rec. 222 ; C.E. 23 décembre 1976, *Ministre de l'Économie et des Finances c./ Coopérative de céréales des régions de Saint-Sauveur*, Rec. 324.

（13）C.E. 9 décembre 1974, *Matherey, dit Philippe Clay*, Rec. 1151 ; C.E. 2 octobre 1981, *Batier*, D. 1982, somm. p. 378, obs. Franck Moderne et Pierre Bon ; C.E. 20 janvier 1989, *Ministre délégué chargé de l'environnement c./ Arbet*, Rec. 907 ; C.E. 30 juillet 1997, *Commune de Montreuil-sous-Bois c./ Consorts Breuille*, Rec. 309.

（14）C.E. 24 mars 1972, *Sieur Delort et dame Vilnet*, Rec. 257 ; C.E. 22 janvier 1975, *Commune de Vallon-Pont-d'Arc*, Rec. 43.

（15）C.E. 23 octobre 1974, *Société civile immobilière Sainte-Anne*, Rec. 502 ; C.E. 12 mai 1976, *Époux Leduc*, Rec. 252.

（16）C.E. 9 mars 1951, *Société des concerts du Conservatoire*, Rec. 151, *Droit social* 1951, p. 368, concl. Maxime Letourneur, et note Jean Rivero.

（17）C.E. 23 septembre 1983, *Ministre de l'intérieur c./ Dridi*, Rec. 861 ; C.E. Sect. 6 janvier 1989, *Société « Automobiles Citroën » et Ministre des Affaires sociales et de l 'emploi c./ Société « Automobiles Citroën »*, Rec. 5.

（18）C.E. Sect. 27 mai 1960, *Demoiselle Heitz*, Rec. 370 ; C.E. Sect. 7 février 1986, *Ministre du budget c./ Commune de Tallard*, Rec. 36.

（19）C.E. 26 juillet 1978, *Vinolay*, Rec. 315, *J.C.P.* 1980. Ⅱ. 19265, note Jean-Jacques Thouroud ; C.E. 29 juin 1983, *Ministre du travail c./ Société A.C.E.F.*, Rec. 282.

（20）C.E. 3 novembre 1971, *Ministre de l'Éducation nationale c./ demoiselle Cannac*, Rec. 650.

（21）C.E. Sect. 30 novembre 1962, *Sieur Tedeschi*, Rec. 651.

（22）Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 88.

（23）Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 366.

（24）C.E. 18 octobre 1978, *Sieur El Mejandel, R.D.P.* 1979, p. 1179 ; Voir également, C.E. 2 décembre 1966, *Ministre des Postes et Télécommunications c./ dame Desmoulins*, Rec. 636 ; C.E. 18 octobre 1978, *Secrétaire d'État aux postes et télécommunications c./ Louichi*, Rec. 938.

（25）なお、通達が義務の基準たりうるか否かについては、裁判官に広範な評価の自由が委ねられている。つまり、裁判官は、

通達が法規命令的性格を有するものとして特定の義務を行政に課していると判断することにより役務のフォートを認めることもできるし、逆に通達が行政機関も裁判機関も法的に拘束しない指針的なものでしかないと判断することにより役務のフォートの不存在を結論づけることもできるのである。ただ、一般的には、それに対する違反が役務のフォートを構成する義務を直接的に生ぜしめるものというよりは、役務のフォートを評価するための一要素又は当該義務の確定を強化することになる一要因として考えられているように思われる（Voir, Laurent Richer, *Thèse 1976*, pp. 198-199 ; Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 339 ; Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 78 et 91 ; C.E. 26 novembre 2012, *Thillard*, Rec. 988, *A.J.D.A.* 2013, p. 1233, note Bertrand Pauvert.）。Paillet によれば、このように、その効力が二つの目安でしかない規定への準拠は、後述の間接的準拠に整理されうるという（Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 91 ; Voir, C.E. 9 février 1979, *de la Villéon*, Rec. 57.）。

（26）C.E. 24 mars 1976, *Dame veuve Thiémard*, Rec. 179.

（27）C.E. 18 décembre 1953, *Fresnais*, D. 1954, somm. p. 26.

（28）C.E. 26 mars 1982, *Commune de Paillac*, Rec. 744.

（29）Voir, C.E. 16 décembre 1983, *Ministre de l'Intérieur c./ Gonçalves*, D. 1985, somm. p. 211, obs. Franck Moderne et Pierre Bon ; C.E. 24 octobre 1986, *Cali*, *R.D.P.* 1987, p. 478 ; C.E. 31 octobre 1986, *Min. Urbanisme c./ Société Emlo*, *R.D.P.* 1987, p. 481 ; C.E. 12 février 1990, *Ministre de l'Agriculture c./ Marchesi*, D. 1991, somm. p. 233, obs. Pierre Bon et Philippe Terneyre ; C.E. 21 janvier 1991, *Mme Bergueraud*, *R.D.P.* 1991, p. 1448.

（30）Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 89.

（31）ただし、その際、法規定により裁判官が広範な評価権限を保持することが妨げられることはないという（*Ibid.*）。

（32）なお、裁判官は、当該行政活動がなされるべきであった時期の問題を検討する前に、そもそも行政が当該事件に介入する義務を負っていたのかどうかを問題にする（Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 367 ; Voir, C.E. 24 juin 1953, *Sieur Briançon*, Rec. 317 ; C.E. 23 juillet 1974, *dame veuve Pittet*, Rec. 1148.）。

（33）C.E. 13 juillet 1962, *Sieur Kevers-Pascalis*, Rec. 475, D. 1963, juris. p. 606, note Jean-Marie Auby ; C.E. Ass. 27 novembre 1964, *Ministre des Finances et des Affaires économiques c./ Dame veuve Renard*, Rec. 590, concl. Yves Galmot, D. 1965,

juris. p. 632, note Jean-Marie Auby.

(34) Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 367 ; Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 90 ; Voir également, Paul Duez, *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, Dalloz, 2012, Réimpression de l'édition publiée en 1938 (2e éd.), pp. 34 et s. ; Lino Di Qual, *La compétence liée*, Paris, L.G.D.J., 1964, pp. 364 et s. ; Denise Dorlencourt-Detragiache, *Contribution à une théorie de la carence en droit administratif français*, Th. Paris Ⅱ, 1972, pp. 28 et s. ; Michel Guibal, « Le retard des textes d'application des lois », *R.D.P.* 1974, p. 1039 ; Laurent Richer, *Thèse 1976*, pp. 177 et s.

(35) C.E. Sect. 10 mars 1967, *Société « Les Ardoisières d'Angers »*, Rec. 116, *A.J.D.A.* 1967, p. 399, chron. Jean Massot et Jean-Louis Dewost ; C.E. 9 juin 1967, *demoiselle Ruben*, Rec. 924.

(36) Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 368-370 ; Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 93.

(37) Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 372.

(38) Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 94.

(39) Jean Louis de Corail, « La notion d'activité dans le domaine de l'administration économique. Sa définition et son utilisation par le juge administratif », dans *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse, Université des sciences sociales, 1974, p. 134. ；この論文において，Jean Louis de Corail は，経済行政に関して，「このような経済作用に関する活動の内容の定義は，行政主体によって下される決定について裁判官により行われる審査の基本的要素となる」「活動の内容の分析は，……権限行使の諸条件が法律によって定められていない場合，あるいは定められてはいるが不十分である場合に，当該諸条件を定義しうることを可能ならしめる」という指摘を行っている（*Ibid.*, pp. 136 et 138.）。

(40) Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008,* n° 94. ；なお，Paillet は，行政活動の内容がいかなるものであるかをア・プリオリに確定することが困難になっていることも指摘している（Michel Paillet, *Thèse 1980,* n° 374.）。

(41) C.E. 5 avril 1991, *Société européenne de location et de services*, Rec. 120.

(42) Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008,* n° 95 ; C.E. Sect. 4 juin 1965, *Hôpital de Pont-à-Mousson, A.J.D.A.* 1965, p. 410, concl. Yves Galmot.

(43) Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008,* n° 96. ；この点に関する具体的な判例については，次章において詳し

く紹介する。

（44）Michel Paillet, *Thèse 1980,* n° 375 ; Voir également, C.E. Ass. 9 avril 1993, *Bianchi*, Rec. 127, concl. Serge Daël ; C.E. 9 novembre 2016, *M^me^ Georgel / M^me^ Faure / M^me^ Bindjouli*, Rec. 496, concl. Jean Lessi, *J.C.P.* 2017, n° 58, note Jean-Charles Rotoullié, *D.A.* janvier 2017, p. 37, note Caroline Lantero, *A.J.D.A.* 2017, p. 426, note Sara Brimo.

（45）Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008,* n° 97.

（46）Michel Paillet, *Thèse 1980,* n° 375.

（47）この規定の詳細な内容や関連判例については、村上順「フランスにおける行政の不作為責任」神奈川法学二二巻二号（一九八七年）一七七頁、北村和生「フランスにおける行政の自然災害防止義務と損害賠償責任」立命館法学二六二号（一九九九年）九七頁参照。

（48）Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008,* n° 99.

（49）Michel Paillet, *Thèse 1980,* n° 375.

（50）*Ibid.*

（51）C.E. 26 février 1969, *dame veuve Gravier*, Rec. 949 ; Voir également, C.E. 5 avril 1974, *Sieur Allieu*, Rec. 216.

（52）C.E. 9 février 1966, *Ville du Touquet-Paris Plage*, Rec. 91 ; C.E. 10 mai 1974, *Commune de Thusy*, Rec. 277 ; C.E. 10 juin 1988, *Consorts Metnaoui, A.J.D.A.* 1989, p. 52, note Jacques Moreau.

（53）Michel Paillet, *Thèse 1980,* n° 375 ; Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008,* n° 98.

（54）C.E. Sect. 13 mai 1983, *M^me^ Lefebvre*, Rec. 194.

（55）Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008,* n° 99.

（56）C.E. 14 mai 1986, C*ommune de Cilaos*, Rec. 707.

（57）Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008,* n° 99.

（58）C.E. 30 novembre 1923, *Sieur Basilio Couitéas*, Rec. 789 ; C.E. Ass. 22 janvier 1943, *Sieur Braut*, Rec. 19 ; C.E. 3 novembre 1967, *Ministre de l'Intérieur c./ dame Fiat, J.C.P.* 1968. Ⅱ. 15561, note Claude Durand-Prinborgne ; C.E. 6 mai 1991, *Société automobiles Citroën et Société commerciale Citroën*, Rec. 171, *Droit social* 1991, p. 940, concl. Martine Denis-

Linton, D. 1992, somm. p. 144, obs. Pierre Bon et Philippe Terneyre ; Voir également, C.E. 30 décembre 2016, n° 389838.

(59) Laurent Richer, *Thèse 1976*, p. 262.

(60) Voir, Hafida Belrhali, *Responsabilité administrative*, Paris, L.G.D.J., 2017, n° 186 ; Didier Truchet, *Droit administratif*, 8e éd., Paris, P.U.F., 2019, n° 1242.

(61) なお、同様の指摘は、我が国においても見られる。例えば、原田尚彦教授は、「行政監督責任の性質とその補足性」について、以下のように述べられている。すなわち、「……許可などの取締りは元来、共同生活の治安秩序の維持――つまり共同社会への危険予防――のために行われるものであり、国民個々の安全を〝保証〟したり保険責任を背負う趣旨ではない。規制が十分でなかったために公害や薬害などの被害が生じた場合には、つねに取締りの懈怠を咎めて国（または公共団体）に法的責任を認めるべきだとする風潮が強いが、ここまで行政依存を強めると、行政側は危害の発生をおそれて必要以上に規制権力を発動し国民生活に干渉を加えるという結果を招きかねない。特別の立法措置（薬害肝炎被害者救済法のごとし）があれば別だが、無原則に国の不法行為責任を拡大し一般化するのは必ずしも適切なことではない」、「つぎに、危険な事業活動等から生じた被害に対し一定の範囲で国（または公共団体）が監督責任を負い損害賠償をしたとしても、そのことは、もとより危険な事業活動等を行った事業者の責任を免責するものではない。なぜなら、許認可等の行政庁の監督行為は、債務の引き受けないし保証人となることを意味するものではなく、その本来の責任が事業者にあることにかわりはないからである。よって、国や公共団体が賠償を支払った場合には、国は、事業者の行為を強制したり強く奨励したことはなく、ただ単に許容ないし放置していたにすぎない場合には、事業者に対し求償権を行使するなどして弁償を求め、納税者に対する責任を全うすべきである。行政の監督責任は、補足的ないし第二次的なものであり、最終責任は、あくまで危険な行為を行ったものに属することを忘れてはならない（同旨、東京地判昭和五三年八月三日判時八九九号四八頁）」（原田尚彦『行政法要論〔全訂第七版補訂二版〕』（学陽書房・二〇一二年）二九九－三〇〇頁。ただし、宇賀克也『行政救済法〔第六版〕』（有斐閣・二〇一八年）四四三－四四五頁も併せて参照）。

(62) Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 376 ; Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 100.

(63) *Ibid.*

(64) 拙稿・北大法学論集六五巻二号二五九－二六〇頁参照。

(65) C.E. 19 octobre 1988, *Ministre du redéploiement industriel et du commerce extérieur et ministre de l'environnement c./ Époux Veillard*, Rec. 347, D. 1989, somm. p. 346, obs. Franck Moderne et Pierre Bon.

(66) Franck Moderne et Pierre Bon, *supra* note 65, p. 346.

(67) Voir, Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 22e éd., Paris, Dalloz, 2019, pp. 338 et s. ; C.E. 17 décembre 2014, *Ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie et autre c./ Société Maroni Transport International*, Rec. 755, *A.J.D.A.* 2015, p. 592, note Anne Jacquemet-Gauché.

(68) C.E. 31 mars 2008, *Société Capraro et compagnie, A.J.D.A.* 2008, p. 1780, note Gilles Toulemonde.

(69) Voir, Michel Paillet, *Thèse 1980,* n° 376 ; C.E. 1er octobre 1976, *Compagnie d'assurances « La Concorde » et époux Richard*, Rec. 388.

(70) Gilles Toulemonde, *supra* note 68, pp. 1783-1784.

(71) 拙稿・北大法学論集六五巻二号二五二頁以下（第二章第一節）参照。

(72) Alain Seban, concl. sur C.E. Ass. 30 novembre 2001, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c./ M. et Mme Kechichian*, Rec. 597-598 ; Voir également, Pierre Serrand, *Droit administratif : 2. Les obligations administratives, 2e* éd., Paris, P.U.F., 2019, n° 143. ; この点に関しては、北村和生「フランス行政賠償責任における HIV 感染血液訴訟――行政判例に対する影響を中心に――」立命館法学二五二号（二九九七年）一頁、特に一〇一一一頁も併せて参照。

(73) Voir, C.E. 18 juillet 2018, *Mme Monnet, épouse Chennouf et autres, A.J.D.A.* 2018, p. 1915, concl. Laurence Marion, *J.C.P. A.* 2018, n° 2347, note Charles-Edouard Minet, *D.A.* novembre 2018, p. 38, note Alice Minet-Leleu.

(74) 例えば、Pierre-Laurent Frier と Jacques Petit による共著の教科書においては、監督者の任務が依然として特殊であること、それが被監督者の自律性を尊重しなければならず、ア・プリオリに唯一の責任者であり続ける被監督者に取って代わるべきではないことが指摘された上で、したがって、監督官庁は、それが困難性――とりわけ必要な情報にアクセスするための困難性――に直面するときには、重大なフォートが存する場合にしかサンクションを受けないという指摘がなされている（Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *Droit administratif,* 13e éd., Paris, L.G.D.J., 2019, n° 1078 ; Voir également,

Yves Gaudemet, « La responsabilité de l'administration du fait de ses activités de contrôle », dans *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline. Mélanges en l'honneur de Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 561 ; Géraldine Chavrier, « Essai de justification et de conceptualisation de la faute lourde », *A.J.D.A.* 2003, p. 1026 ; Gilles Toulemonde, *supra* note 68, pp. 1783-1784.）。

（75）Voir également, Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 163 et s.

（76）Laurent Richer, *Thèse 1978*, p. 7.

（77）François Gazier, concl. sur C.E. 11 janvier 1957, *Etienne*, *A.J.D.A.* 1957, p. 71.

（78）C.E. 15 juin 1955, *Courtial*, D. 1955, juris. p. 790, concl. Claude Heumann.

（79）Laurent Richer, *Thèse 1978*, p. 8 ; Voir également, Maryse Deguergue, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 185.

（80）Laurent Richer, *Thèse 1978*, p. 8

（81）*Ibid.*, p. 13. ：なお、Richer は、そこで、両者の区別が常に可能なわけではないことを認めつつも、両者の区別が確かである例として、警察活動の目的（秩序や公衆衛生等を保護すること）と内容（規制や救助等を行うこと）を挙げている。Paillet も、両者を区別することが常に容易なわけではないことを指摘している（Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 371.）。

（82）Jacques Moreau, *La responsabilité administrative*, 2e éd., Paris, P.U.F., 1995, pp. 62-64.

（83）Hafida Belrhali, *supra* note 60, n° 152-157.

（84）ただし、Belrhali 自身が示唆しているように、そこでは「役務の良き運営という黙示的な義務」が措定されているとも考えられる（Voir, *Ibid.*, n° 156.）。

（85）Belrhali によれば、同一の事件について、以上のような二つのアプローチが相次いでとられることがあるという（*Ibid.*, n° 155.）。すなわち、裁判官は、まず定式化された義務に対する違反について判断をし、かかる違反がなければ公役務の瑕疵ある運営について原告の他の請求理由に応答することがある。例えば、海難救助役務に関する判例において、コンセイユ・デタは、救助役務による法律上の義務に対する違反が存しないことを確認した上で、それに続けて当該任務遂行の遅滞に由来するフォートを探るために救助の実施態様を検討している（C.E. Sect. 13 mars 1998, *Améon et autres*, Rec. 82,

Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz 1998, p. 197, concl. Laurent Touvet.)。

(86) Voir Raymond Malézieux, note sous C.E. 20 décembre 1946, *Société « Grands magasins de nouveautés »*, S. 1947. Ⅲ. 61.

(87) Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 325 ; Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 51.

(88) C.E. 9 mars 1951, *Société des concerts du Conservatoire*, Rec. 151, *Droit social* 1951. p. 368, concl. Maxime Letourneur, et note Jean Rivero ; Voir également, C.E. 30 juin 1978, Sieur *Di Fonzo*, *R.D.P.* 1978, p. 1178 ; C.E. 15 novembre 1978, *Jegu*, *R.D.P.* 1979, p. 1181.

(89) T.A. de Papeete, 18 octobre 1988, *Mme Carbone*, Rec. 1005.

(90) C.E. 29 octobre 1986, *Ville de Beauchamps*, *R.D.P.* 1987, p. 487. : 次章において紹介するC.E. 12 février 1990, *Secrétaire d'État auprès du ministre de l'industrie, des P. et T., chargé des P. et T. c./ Clouet*, Rec. 970 も併せて参照。

(91) Maryse Deguergue, *supra* note 79, pp. 180-185.

(92) 以上のような類型に整理される判例については、次章において詳しく紹介しているため、ここでは省略する。

第三節：小括——役務のフォートの行為不法的側面と結果不法的側面——

以上、本章においては、役務のフォートの判断基準としての「義務違反」概念について検討を加えてきた。本章での検討により、特に役務のフォートが行為不法的側面と結果不法的側面を有する概念であることを明らかにすることができたのではないかと思われる。以下では、小括として、いくつかの注目すべき点を中心に、その検討を整理することとしたい。

まず、本章の検討において最も重要な点は、フランス国家賠償責任法において役務のフォートが原則として行政主体

の行為又は公役務の運営の態様に着目した行為不法的な観点から評価され、「義務違反」ないし「行為規範違反」により構成されているという点である。かかる理解は、Michel Paillet をはじめとした現在の学説において広く認められているものであるといえよう。実際、「義務違反」という役務のフォートの判断基準は、何よりも判例の実態に整合的であり、しかも論理的要請にも適うものである。特に、役務のフォート概念が多様な形態を呈する「弾力性」を持つ概念であるところ、「義務違反」という概念がそれに適応しうる柔軟な可変性を有するものであるという点[1]、それゆえ、これらの概念が時代の流れに伴う行政活動の変化に国家賠償責任を適応させるのに適したものであるという点が注目される。なお、理論的には役務のフォートを「公役務の瑕疵なき運営への権利に対する侵害」として解することも考えられるが、結局このような権利の存在は義務が存在することの〝効果〟ないし〝結果〟でしかないとされており、学説においても判例においても、かかる観点から役務のフォートが定義ないし解釈されることはほとんどない（第一節第一款）。

他方、役務のフォートは、例外的にではあるが、結果不法的な観点からも評価されることがある。すなわち、役務のフォートによる賠償責任に関する判例の中には、権利侵害との関係において役務のフォートの有無を判断している判決が存在するのである。具体的には、①法的に保護されるべき権利が存在しないことを理由に役務のフォートを否定した判決や、逆に②特に著作権のような無形の法益が問題となる場合に権利侵害が存在することを理由に役務のフォートを認定した判決が存在する。ただ、こうした解釈については、前者の場合には役務のフォートが否定されるのは問題となる権利を保護する義務がないからであり、後者の場合には役務のフォートが肯定されるのは公役務の必要性等が存しない限り著作権を侵害してはならないという義務に対する違反が存するからであるといった形で、「義務違反」という観点から役務のフォートを捉え直すことも可能である。右の「公役務の瑕疵なき運営への権利に対する侵害」という観念の存在もそれを示唆しているように、「権利侵害」概念も「義務違反」概念も、その外延が明確でない抽象的な概念で

あることから、互いを包摂するような解釈がなされうることが指摘できよう。ただし、コンセイユ・デタの判例の中には、被侵害法益の性質や重大性を考慮することにより行為義務ないし行為規範を高度化することによって、言い換えれば行為規範を措定するに当たって結果不法的要素を読み込むことによって役務のフォートを認定している判決や、あるいは損害の重大性から役務のフォートを推認しているかのように見える判決も存在する。したがって、これに役務のフォートの認定に当たり損害の性質と重大性が考慮される場合があることを指摘する前述の Didier Truchet の指摘[2]（序章第一節三参照）も併せて考えると、役務のフォートの認定に当たっては、もっぱら行為不法説的解釈のみがなされているというわけではなく、――それが例外的であるにせよ――結果不法説的解釈に通ずるような解釈もなされているということができるのではないかと思われる（第一節第二款）。

さらに本章では、それに対する違反が役務のフォートを構成する「義務」がいかにして定義されているのか、という問題を検討することにより、その判断基準を、①法規定、②職務の性質、③法の一般原則に求める見解あるいは判例を紹介した。まず、①の法規定という基準については、法律行為か事実行為かにかかわらず直接的に法規定から義務が導出されること、特定の行政活動について期限が定められている場合に法規定が一つの目安として間接的に考慮されること、さらに、ここでいう法規定には通達等の内部規則も含まれうることが明らかになった。また、②の職務の性質という基準については、法規定から明確に義務を導出することが困難な場合などに、問題となる役務が前提とする本質的な諸要請との関連において、職務の内容あるいは目的に着目して義務が導出されたり、軽減されたりすることを示した。また、行政客体ないし公役務の利用者の正当な期待を観念することにより、具体的な職務の内容等あるいは行為義務ないし行為規範が措定されることを指摘する学説があることも紹介した。③の法の一般原則については、我が国でいうところの平等原則や信義則から行政に課せられる義務を導出しているように思われる判例が散見される点、特に

Deguergue が不文の法原則ともいえる「他人を害しない義務」の存在について言及している点が注目される（第二節）。

以上、本章における検討により、役務のフォートの判断基準に関する基本的な理解を確認することができたのではないかと思われる。そこで、次に問題となるのは、かくして「義務違反」という基準の下で語られる役務のフォートが、個々の具体的な判例においていかなる形で認定されているのか、ということである。

（1）Voir, Bertrand Seiller, *Droit administratif : 2. L'action administrative*, 7e éd., Paris, Flammarion, 2018, pp. 305-306.

（2）Didier Truchet, *Droit administratif*, 8e éd., Paris, P.U.F., 2019, n° 1234.

第二章：役務のフォートの類型論

前章においては、主に役務のフォートの判断基準としての「義務違反」概念及び当該義務の判断基準について検討を行った。本章においては、この検討の結果を具体的に実証するために、役務のフォートがどのように認定されているのか、つまり、行政に課せられる義務ないし当該義務に対する違反がどのように認定されているのか、を個々の判例に沿って明らかにすることを試みる。かかる検討により、役務のフォート概念の実体をより鮮明に描き出すことができるのではないかと思われる。ただ、無数に存在する役務のフォートに関する判例を無秩序に渉猟していくのでは反ってその実体を不明確にするおそれもある。そこで、本章では、役務のフォートの「類型論」に沿って判例を見ていくこととする。

ここで扱う類型論は、主として Michel Paillet が一九九六年の教科書及び二〇〇八年の論文において行った分析の枠

組みに基づいたものである。この分析枠組みは、Paillet が、一九八〇年のテーズにおいて行った分析を基に、それをさらに発展させたものであるといえる。すなわち、Paillet は、役務のフォートに関する判例が極めて豊富に存在することから、役務のフォートの類型化を行うことが有益であり、また必要であると指摘した上で、役務のフォートを抽象的に類型化した「論理的類型論（typologies logiques）」と具体的に類型化した「経験的類型論（typologie empirique）」とに整理して分析を行っているのである(1)。以下では、この分析枠組みに沿って、「論理的類型論」（第一節）、「経験的類型論」（第二節）という順で検討を進めていくこととしたい。

第一節：論理的類型論

まず、Paillet は、論理的類型論を「伝統的説明（présentations classiques）」と「現代的説明（présentations modernes）」とに分けて論じている(2)。そして、前者については、伝統的な学説が注目を集めるに値する主張を行ってきたこと、それが今日も一定数の支持者を有することを指摘する（第一款）。もっとも、Paillet によれば、この伝統的説明よりも現代的説明の方が好ましいように思われるという（第二款）。

第一款：伝統的説明

一八七三年の《Blanco 判決》(3)において、いわゆる国家無答責の原理が放棄され、また一九〇四年の《Nivaggioni 判決》(4)において、役務のフォートが誕生して以来(5)、行政活動が多様化するにつれ、役務のフォートの形態も多様化して

きた。このような判例の状況に対して、学説は、その類型化を試みてきた。

Paillet によれば、初期の学説は役務のフォートによる賠償責任のケースを単に列挙するだけであったという[6]。例えば、Maurice Hauriou は、一九二七年の時点において依然として、主に国家賠償責任の責任主体に着目し、国の賠償責任、県、コミューン及び公施設法人の賠償責任、植民地における賠償責任について、それぞれの判例を列挙するだけであった[7]。

一　Henri Dupeyroux の類型論

Paillet は、フランス行政法学において最初に試みられた役務のフォートの類型論の一つとして、Henri Dupeyroux の類型論を挙げている[8]。すなわち、Dupeyroux は、序章でも紹介した未公刊のテーズ『個人的フォートと役務のフォート：行政及びその公務員の賠償責任についての判例研究』（一九二二年）において、国家賠償責任を生ぜしめうる二つの行為類型として、「公役務の運営に結びつけられる、損害を生ぜしめる事実行為」と「違法又は瑕疵ある法律行為及び当該性格を有する決定」を挙げていたのである[9]。そして、前者の「事実行為」の類型については、①当該行為――作為〔＝積極的行為〕（actes positifs）又は不作為――が実定法規範（法令）に明白に違反する場合と、②法令が沈黙している場合であったとしても行政主体が自らに課せられた公役務のまさに本質（essence）たる義務――客観的である一種の特殊な道徳的義務――に違反する場合とに細区分されている[10]。

この内、①の類型については特に説明を要しないであろう。例えば、そこで挙げられている《Fromont 判決》[11]では、運河の水閘門において原告の所有する船舶が沈没した事件について、水門操作を担当する職員がデクレに反して下流にある水門の閉鎖の合図を待つことなく上流にある水門を開けた点において、役務のフォートが認定されている。また、②の類型に整理されている判決としては、《Fournier 判決》[12]が挙げられている。その事案は、次のようなものであった。

一九〇三年四月一一日の夜九時半頃、原告の所有する船舶 Maurice 号が難破船の船体に衝突する事故が起きた。この船体は、以前その場所で座礁した Amicitia 号（三本マストの帆船）のものであった。原告は、本件事故による損害の賠償を請求した。コンセイユ・デタは、行政主体には原則として当該海域に照明器具を設置することが義務づけられていないことを認めつつも、本件事故が夜間に日常的に利用されている航路で起きたこと、右船体が航行にとって例外的な危険を構成するものであったこと、当該船体が放棄された結果国の所有物となっていたことなどを指摘した上で、当該漂流物の存在を灯浮標等によって周知させることをしなかった点において、行政主体がフォートを犯したと判断した。なお、行政側は、Amicitia 号が座礁したことについては通知を出していたと主張していたが、コンセイユ・デタは、座礁が極めて頻繁に起きている当該海域においては通知だけでは通行の安全を確保するためには不十分であるとして当該主張を退けている。

二　Paul Duez の類型論

1　Paul Duez ――もっとも、Paillet によれば、この Dupeyroux の類型論は、同時代に現れた Paul Duez の類型論によりかすんでしまったという[13]。すなわち、Duez は、一九二七年に出版された『公権力の賠償責任[14]』及び一九三八年に改版された同書第二版[15]において、「公役務のフォートを構成しうる所為とはいかなるものか」という問いを設定した上で、①公役務が悪しき態様で運営された場合、②そもそも公役務が運営されなかった場合、③公役務が運営されたものの、それが遅れてなされた場合という三つの類型に役務のフォートを分類したのである[16]。以下では、そこで挙げられている判例をいくつか挙げることにより、個々の類型のイメージを具体化させることを試みる。

まず、①の類型については、基本的に作為に関する事例が念頭に置かれているといえる。そこではさまざまな判決が

挙げられているが、ここでは最初に挙げられている「行政警察役務の瑕疵ある運営によって引き起こされた死亡又は負傷」が問題となった判決を一つだけ紹介することとしたい。それは、前稿[17]でも紹介した、ある兵士が軍事演習中に銃弾を受け死亡した事故について提起された国家賠償請求訴訟に係る《Auxerre 判決》[18]である。この判決において、コンセイユ・デタは、当該軍事演習では空砲が装填された銃が用いられることとなっていたこと、医師の確認したところによると本件事故は実弾射撃された銃弾によって引き起こされたものであること、この銃弾は当該軍事演習に参加していた一つの部隊から発射されたものであったことを指摘した上で、この事故は、それが生じた状況においては、「国の賠償責任を生ぜしめる性質の公役務のフォートに帰せしめられるべきである」と判示した。

次に、②の類型については、基本的に不作為に関する事例が念頭に置かれているといえる。Duez は、この類型の賠償責任の発展が公役務の運営に関する考え方の進歩に結びつけられると指摘している[19]。すなわち、所轄権限の行使は特権ではなく、注意深くあるという職務上の義務を有する公務員にとっての義務となっており、このことは羈束権限が問題となる場合だけでなく裁量権限が問題となる場合にもあてはまる。Duez によれば、このような公役務のフォート理論の適用は極めて重要であるという。というのも、それにより、コンセイユ・デタは、行政の裁量権に目を向ける一定の権利を獲得し、行政に直接的に作為を命じることはできないとしても、当該不作為が厳密な意味での違法性を構成しない場合であっても、その不作為の結果について責任を負うべきであると宣明することができるのである。その上で、Duez は、具体的な類型として、公土木に関する不作為（公の工作物の不存在又はその不十分さ、公の工作物の維持管理の欠如又は不十分さ等）、警察役務における人の安全を確保するための保護措置の不存在、公教育役務の運営における不作為、精神病者や受刑者等の特定の人の管理監督を担当する役務の監視の欠如、法令の適用の欠如を挙げている[20]。

この②の類型に整理される著名な判決の一つが《Thévenet 判決》[21]である。その事案は、次のようなものであった。

ある興行師によって市の広場に設けられた射撃場から発射された銃弾によって、当時自宅にいたThévenet氏が左目を摘出する重傷を負う事故が起きた。そこで、Thévenet氏は、自宅から五メートルの至近距離に射撃練習用のバラック小屋の設置を認めたことや、遮蔽板を良好な状態に保つよう監視することを怠ったこと――実際、当該遮蔽板の状態は劣悪で数か所に穴が開いていた――などを指摘し、市に対して右負傷に係る損害の賠償を求めた。この請求に対して、コンセイユ・デタは、公共の場所及び公道の安全に配慮する職責を担う市当局が、本件射撃場がその安全のために十分な設備を備えるよう監視することを怠ったとして、役務のフォートを認定し市の賠償責任を認めた。この他にも警察役務に関しては多くの判決が挙げられているが[22]、学校事故に関しても参照ないし引用されている判例は少なくない[23]。例えば、《Ville de Toulouse判決》[24]では、幼稚園の児童が園庭で遊んでいた際にイバラのやぶ（buissons épineux）で負傷し、右目の視力を失った事故について、このやぶを除去させるために必要な措置を命じなかった点において国の役務のフォートが認定され、それが当該事故の原因であると判断されている。すなわち、コンセイユ・デタは、非常に幼い児童らがレクリエーションを行ったり遊んだりする場所である園庭において、このやぶが当該児童らにとって継続的な危険を構成するものであったこと、また、一八八六年一〇月三〇日の法律並びに一八八七年一月三〇日のデクレ及びアレテにより国には学生がいかなる危険にもさらされることのないように学校設備を整えることに配慮する義務を有していたことを指摘した上で、「この義務を全く果たさなかった行政主体は、国の賠償責任を生ぜしめる性質のフォートを犯した」と判示したのである。

最後に、公役務の運営の遅滞が問題となる③の類型を紹介する。そこでは、一定の迅速さが一般的な職務上の義務として行政に課せられていることや、「公役務の運営が過度に遅れた場合」あるいは「過度の遅滞」があった場合に役務のフォートが認定されることが指摘されている[25]。まず、その例として《Brunet判決》[26]を挙げることができる。その事案は、

以下のようなものであった。一七歳のフランス人の少年が、氏名、年齢、国籍等を偽り、父親の同意なくフランス外人部隊に入隊した。すなわち、当該少年は、偽名を用いた上で当時の法令に合致するように自身が外国籍を有しており一八歳に達していると偽っていたのである。そこで、この少年の父親は、一九一一年二月一日に、当該少年の国籍と年齢を証明する書類等を用意した上で軍当局に当該事実を伝え直ちに除隊にするよう求めた。もっとも、写真や提出された証拠書類により容易に身分の確認が可能であったにもかかわらず、実際に除隊が決定されたのは三か月後の同年五月二日のことであった。当該少年は、同年四月に本当の年齢、国籍、身元が部隊長に知られることとなっていたが、その所属部隊が変更され、遠征部隊に参加するためにアルジェリアからモロッコに送られていた。その結果、当該決定の通知が本人に届く前に、具体的には同年五月一五日に当該少年は戦死することとなった。コンセイユ・デタは、以上のような事実を指摘した上で、当該少年の入隊を認めたことについては軍当局の役務のフォートを否定したものの、除隊のための決定の遅滞について軍当局の役務のフォートを認定した。また、公道線・建築線の画定（alignement）の遅滞が問題となった《Époux Buffard 判決》[27]も、この類型に含まれるものとして挙げられている。その事案は、次のようなものであった。Buffard 氏は、一九一七年四月に市長に公道線・建築線の画定を求めた後で、建築許可が下りるのを待たずに、必要な許可をとることなく公道沿いにおいて建物の建築工事を始めた。その後、同年六月に公道線・建築線の画定がなされたが、それが不正確であることを発見した同氏は同年七月にその訂正を求め、右の工事を中断した。もっとも、市側がその瑕疵を認め実際に訂正を行ったのは一年以上経った一九一八年九月のことであった。コンセイユ・デタは、法令違反を犯していたBuffard 氏側にもフォートがあることを認めつつも、Buffard 氏が繰り返し訂正を求めていたにもかかわらず訂正に一年以上かかったことを指摘し、当該遅滞について役務のフォートを認定した。

以上のようなDuez の類型論は、フランス行政法学に大きなインパクトを与え、その登場から現在に至るまで多く

の論者により引用ないし参照されてきた。とりわけ、Paillet により、その継承者として名前が挙げられているのが、Jacques Defrenois と Roger Bonnard である。

2　Jacques Defrenois――まず、Defrenois は、その未公刊のテーズ『公役務のフォート』[28]（一九三七年）において、いかなる検討もすることなく、この類型論を受け入れている。Defrenois は、役務のフォートを構成する所為が、一般的に、①公役務が悪しき態様で運営された場合、②公役務が運営されなかった場合、③公役務が過度に遅れて運営された場合という三つの類型に分類されると述べている[29]。すなわち、Defrenois によれば、役務のフォートは、「瑕疵ある運営、運営の欠如、公役務の運営における遅滞、あるいは、これらのさまざまなケースの組み合わせ[30]」により構成されうるというのである。

まず、①の類型については、これを最も単純なケースであると評し、具体的には、「損害が行政の作為〔＝積極的行為〕（acte positif）により、公役務の瑕疵ある運営によって生ぜしめられた」ケースとして紹介している[31]。そこでは、先に紹介した《Auxerre 判決》等の警察役務に関する判例の他、税関検査の対象となった工芸品（銀が装飾されたクリスタル製のゴブレット）の破損について税関行政による役務のフォートが認定された《Seligman 判決》[32]や、輸入品（オーストラリア産の小麦）に課せられる税額の問い合わせを受けた税関役務が正しい税額よりも低額な誤った情報を提供したことについて役務のフォートが認定された《Jacque 判決》[33]が挙げられている。

また、②の類型については、行政が時おり特定の措置をとる義務や特定の給付を行わせる義務を負うことなどを指摘し、この類型における役務のフォートが公役務の運営それ自体の欠如だけでなく公役務における監視、予防措置又は維持管理の欠如からも構成されることを指摘する[34]。そこでは、先に紹介した《Thévenet 判決》や《Ville de Toulouse 判決》等、警察役務[35]や学校事故[36]に関して同様の判決が引用されている。その他にも以下のような判決が挙げられている。

例えば、《Minereau 判決》[37]において、コンセイユ・デタは、けんかにより直ちに治療が必要なほど重篤な状態にあったMinereau氏が連行された警察署において死亡した事件について、当該コミューンの警察職員らが右のような状態にあった同氏を治療もせずに放置したことを指摘した上で、「かくして、当該職員らは、コミューンの金銭的な賠償責任を生ぜしめる重大なフォートを犯した」と判示している。また、《Garcin 判決》[38]においては、精神病者による殺人事件について、地方長官には一八三八年六月三〇日の法律第一八条により人々の安全を保護するために職権で精神病者を施設に収容するよう命じる権限が付与されているところ、地方長官が、右精神病者が人々の安全を危険にさらすような精神錯乱状態にあったために繰り返し必要な措置を緊急にとるよう求められていたにもかかわらず、右権限を行使することを怠ったとして、国の賠償責任を生ぜしめる地方長官の重大なフォートが認定されている。

最後に、③の類型については、一定の迅速さが行政に要求される場合があることを指摘した[39]上で、右の《Brunet 判決》や《Époux Bufard 判決》等の他、ある畜殺場から逃げ出した牛が引き起こした事故について市の賠償責任が認められた《Masqueret 判決》[40]が挙げられている。この判決において、コンセイユ・デタは、市の賠償責任が認められる根拠として、この畜殺場の出入口が遅滞なく閉じられていなかったという事実と、市が動物の逸走を避けるために必要な措置をとっていなかったという事実を指摘している。

なお、Defrenois によれば、本判決においては、右の②の類型と③の類型、つまり公役務の運営の欠如と遅滞とが競合しているという[41]。すなわち、畜殺場の出入口が遅滞なく閉じられていなかったという事実は、公役務が過度に遅れて運営されたということであり、市が動物の逸走を避けるために必要な措置をとっていなかったという事実は、公役務が運営されなかったということであるというのである。Defrenois は、このように二つの類型が競合するケースは相当頻繁に見られると述べている[42]。

3　Roger Bonnard――また、Bonnardも、その教科書『行政法精義』（一九三五年）において、基本的に、この類型論を継承している[43]。Bonnardは、まず、役務のフォートを「役務の悪しき組織又は瑕疵ある運営」と定義した上で、役務のフォートを以下の三つの類型に整理する。すなわち、①役務の瑕疵ある運営（役務が悪しき態様で運営された場合）、②役務の運営の欠如（役務が運営されなかった場合）、③役務の遅れた運営（役務は運営されたものの遅れて運営された場合）という三つの類型である。なお、そこで挙げられている判例は、Duezが挙げている判例とほぼ同様である。

4　その後の学説――Palletは、一九八〇年時点において、当時の学説が、役務のフォートを類型化しようとするあらゆる努力を拒み、いくつかの役務のフォートの例を挙げるだけにとどめるか、あるいは単純にDuezの類型論に従うか、のいずれかに分けられることを指摘していた。例えば、前者の例として参照されているGeorges Vedelの体系書には、次のような記述が見られる[44]。すなわち、「役務のフォートは、役務の義務に対するあらゆる違反から構成される。したがって、さまざまな役務のフォートを列挙することはできない。なぜなら、それは結局あらゆる役務の運営に関する諸規範を検討するということになるからである」と。そして、Vedelは、役務のフォートが、さまざまな行為態様により構成されうるものであること、具体的には、作為や不作為、故意による不正行為や不注意又は不手際、執行的決定や単なる事実行為、役務の組織上の瑕疵や役務の運営上の機能不全から構成されうるものであることを指摘し、いくつかの判例を挙げるだけにとどめている。また、後者の例として参照されているAndré de Laubadèreの体系書[45]では、明示的にDuezの類型論が参照ないし引用されているわけではないが、「慣習的に（habituellement）」になされている公役務のフォートの類型として、「公役務が悪しき態様で運営された場合」、「公役務が運営されなかった場合」、「公役務が遅れて運営された場合」が挙げられている。なお、現在の学説に目を向けると、例えば、このde Laubadèreの体系書を引き継いだYves Gaudemetが同様の記述を行っている[46]。

三　伝統的説明に対する批判

以上のようなさまざまな類型化の試みをどのように評価するべきであろうか。[47] この点、Paillet は、まず Dupeyroux の類型論について、事実行為に関する下位区分は明白性や実用性の観点において議論の余地が存するとはしつつも、事実行為と法律行為の分類と、もっぱら事実行為についてのみではあるがこれを作為〔＝積極的行為〕と不作為とに分類していることについては積極的に評価し、結局のところ、この類型化の試みは完全に特筆に値するものであり、学説がその結果を引き継ごうとしなかったことは「残念（regrettable）」であったと述べている。[48]

これに対して、Duez の類型論については強い批判が浴びせられている。Paillet は、まず、当該類型論が実際その三拍子が生み出す審美的なエレガントさ以外の利点を有しないと評している。[49] その上で、Jacques Moreau の言葉を借りて当該類型論が「粗末な（pauvre）」ものであり、特に統一性に欠ける点を批判している。[50] そこで指摘されているのは、右の①の「公役務が悪しき態様で運営された場合」という類型が「無秩序なごた混ぜ（fourre-tout）」の類型であるという点と、右の②と③の類型、すなわち「公役務が運営されなかった場合」と「公役務が遅れて運営された場合」という類型の区別が相対的であるという点である。特に後者の点については、一九八〇年のテーズにおいて詳細な批判がなされている。[51] Paillet によれば、右の②と③の類型においては国家賠償請求を行う原告が主張することは全く変わらないという。というのも、いずれの場合も原告は公役務が運営されるべきであった時に運営されなかったということを主張するのであり、そこで重要なのは行政が行動すべきであった時期なのである。つまり、そこでは、そもそも行政が行動すべきであったか、また、そうであるならばいかなる期限内において行動すべきであったか、という同一の問題が提起されることとなる。結局のところ、Paillet によれば、公役務の運営の遅滞という③の類型は公役務の運営の欠如という②の類型の「下位範疇（sous-catégorie）」であるという。

なお、この類型論については、近年公刊された「公法叢書（Bibliothèque de droit public）」シリーズの二つのテーズ、すなわち、Benoît Delaunay の『行政のフォート』と Anne Jacquemet-Gauché の『フランス及びドイツにおける公権力の賠償責任：比較法研究』において若干ではあるが言及されている。まず、Delaunay は、この類型論について「議論の余地がある（discutable）」と評している[52]。その理由は、右の Paillet の批判と軌を一にするものであり、具体的には、公役務の運営の遅滞という③の類型が、公役務の悪しき運営という①の類型又は公役務の運営の欠如という②の類型のいずれかに吸収されうるのではないか、というものである。また、Jacquemet-Gauché は、直接的な評価は加えていないものの、この類型論が、必ずしも学説上コンセンサスを得るには至っておらず、また裁判官によっても用いられていないと述べている[53]。

第二款：現代的説明

かくして Duez の類型論を否定した Paillet が提示する類型論は、加害行為の性質に着目することにより「違法な法律行為」と「瑕疵ある事実行為」とを区別し、また、違反の対象となる義務の性質に着目することにより「不作為義務違反」と「作為義務違反」とを区別するというものである[54]。そして、Paillet は、特に「作為義務違反」という類型に注目し、これをさらに細かく分類している。すなわち、まず、不作為の「形態（formes）」に着目し、その「範囲（étendue）」に応じて区別される「全面的不作為（carence totale）」と「部分的不作為（carence partielle）」という類型と、その「強度（intensité）」に応じて区別される「積極的不作為（carence active）」と「消極的不作為（carence passive）」という類型を挙げている。また、不作為の「内容（objet）」に着目し、「適法状態を実現することについての不作為」と「違

法状態を終息させることについての不作為」という類型を挙げている。Paillet によれば、このような役務のフォート概念の類型論には、当該概念がとりうる形態を比較することにより、その意味をよりよく理解し、また、その輪郭を明確にすることを可能ならしめるといった意義があるという。以下では、一九八〇年のテーズにおける記述に基づき、この類型論について敷衍していくこととしたい。

一　違法な法律行為と瑕疵ある事実行為

Paillet は、まず、違法な法律行為と瑕疵ある事実行為の区別については、既に Dupeyroux により想起されていたこと、また Duez の類型論の登場によって学説においていささか無視されてきた嫌いがあるものの、現代の一部の学説により維持されていることを指摘する[55]。また、この区別が、特に行政警察の領域において重大なフォート要件を適用する際の基準とされてきたことに触れている[56]。というのも、既に前稿[57]でも紹介したとおり、フランス行政法学においては、伝統的に、法律行為は事実行為に比して相対的に重大な困難に直面することが少なく、逆に事実行為は法律行為に比して相対的に重大な困難に直面することが多いことから、法律行為は単純なフォート要件に服し、事実行為は重大なフォート要件に服すると解されてきたのである。もっとも、Paillet 自身も指摘しているように、特定の行政作用においては各行為が同時に介在する場合もあり、また、いずれの行為についても例外的な判決が存在することから、この区別の基準は絶対的なものではない。次に、Paillet は、「法律行為」と「事実行為」の区別の基準について検討し、両概念に関する伝統的定義を若干紹介した上で、この点については深入りしないとして次のようなシンプルな区別の基準を提示する。すなわち、それは、原告が役務のフォートを立証するに当たって加害行為が厳密な意味での違法行為であることを証明しなければならないケース（法律行為）と、かかる証明が有益でも可能でもないケース（事実行為）を区別するという

ものである。[58] Paillet によれば、この二つのケースにおいては、裁判官による審査についても違いがあるという。[59] すなわち、一方で、法律行為については、そこで裁判官が着目するのは「行政行為の適法性（légalité de l'acte administratif）」であり、したがって役務のフォートは「適法性の原理」に照らして審査されることとなり、他方、事実行為については、役務のフォートが行政によって行われた「事実行為の正しさ（rectitude）」との関係において審査されることとなるのである。以上のことから、Paillet は、違法な法律行為と瑕疵ある事実行為の区別が、全く適切なものであり、役務のフォートの多様なケースを識別することを可能ならしめる第一の軸を提供するものであると結論づけている。[60]

二　不作為義務違反と作為義務違反

次に、Paillet は、「不作為義務違反（violation d'une obligation de ne pas faire）」と「作為義務違反（violation d'une obligation de faire）」の区別について、それが役務のフォートがとるさまざまな形態を新たに分類することを可能ならしめることから、より大きな意義を有すると述べている。[61]

1　不作為義務違反

不作為義務違反――Paillet は、役務のフォートがしばしば不作為義務違反から構成されていることを指摘した上で、その典型例として、行政が違法な法律行為を行う場合を挙げ、行政が何よりもまず「適法性を尊重する義務（devoir de respecter la légalité）」を負っていると述べる。[62] また、より稀ではあるが、事実行為（非法律行為）による不作為義務違反からも役務のフォートは構成されるという。[63] その例としては、競争作用をゆがめるような行為を行わない義務が紹介されている。[64] また、判例においては、特定の情報を暴露することにより、ある者の評判を失墜させようとする行政の行為について国家賠償責任が認められているが、これも、かかる不作為義務の存在に由来するという。[65]

2　作為義務違反

作為義務違反――役務のフォートはまた、作為義務違反からも構成される。[66] そこで非難の対象となるのは、給付

を履行しなかったことや、作業を実施しなかったこと、必要な措置をとらなかったことである。[67] そして、行政の不作為という類型に含まれるケースは多種多様であるところ、この点について不作為の「形態」と「内容」を区別することを主張していたDenise Dorlencourt-Detragiacheの整理[68]を利用することが可能であると述べている。[69]

そこで、Paillet は、不作為がとる「形態」について、その「範囲」と「強度」に応じて以下のように分類を行っている。[70] まず、不作為の「範囲」については、行政が作為義務を果たすために用いうる諸手段を講じることを全く試みなかった場合、すなわち「全面的不作為」が問題となる場合[71]と、行政が自らに課せられた作為義務を完全に履行することには成功しなかったものの自己の権限の範囲内においていくつかの手段を講じていた場合、すなわち「部分的不作為」が問題となる場合[72]が存することを指摘する。[73] Paillet によれば、前者の場合より後者の場合の方が、裁判官は、役務のフォートの認定に当たってためらいがちな姿勢を見せるという。[74]

また、不作為の「強度」については、行政客体から求められた決定を下すためのあるいは作業を実施するための権限を有する行政当局が、当該申請ないし要求を明示的に拒絶した場合、すなわち「積極的不作為」が問題となる場合[75]と、そのような明示的な拒絶を行わない場合、すなわち「消極的不作為」が問題となる場合があることを指摘する。[76] Paillet によれば、伝統的学説が公役務の運営の遅滞として類型化してきたケースは、この消極的不作為という類型に含まれるものであるという。[77] 前述のように、そこで問題となるのは、そもそも当該活動がなされるべきであったか、またそうであるならばいかなる期限内においてか、ということである。裁判官は、そこで、係争事件において当該活動にかけられた期間が「通常」[78]のものであるか「異常」[79]なものであるかに応じて役務のフォートの有無の判断を行っているという。例えば、《Société civile immobilière de la Vallée de Chevreuse 判決》[80]においては、優先市街化区域に土地を有する原告が、当該区域の設定が一九六〇年一一月三〇日に行われてから、一九六三年一月二五日の当該区域における不動産の取得に

関する公益性を宣言するアレテを経て、一九六七年八月一〇日に収用許可決定がなされるまでの期間が、過度に長期にわたるものであり、国の賠償責任を生ぜしめるフォートを構成すると主張した事案について、二六八ヘクタールの優先市街化区域の整備に関する行政的・技術的作業の複雑さや金銭的コストに鑑みれば、当該期間の長さは、国の賠償責任を生ぜしめる性質のフォートを構成するものとしてはみなされえないという判断がなされている。他方、《Commune de Sarlat 判決》[81]では、あるコミューンの所有する古い教会の屋根が倒壊し、近隣の店舗に被害が生じていたところ、右倒壊から修繕工事を開始するまでに一〇か月かかったことについて、それを正当化するいかなる状況も認められないなどとして、行政が合理的な期間内に修繕がなされるよう急がなかった点において、役務のフォートが認定されている。

さらに、Paillet は、不作為の「内容」に関して、適法状態を実現することについての不作為と違法状態を終息させることについての不作為という類型を挙げている[82]。まず、前者については、さらに二つの類型に細分化される。一つは、行政庁が法規範の実効性を確保するために定められた決定を下すことを拒むことにより当該実効性を確保することを怠った場合である――行政立法的行為[83]や個別的行為[84]が問題となりうる――。その例として、《Mimouni 判決》[85]が挙げられる。一九六二年一月二九日、ある児童がレクリエーションの際に他の児童に蹴られ左目を負傷した事故について、原告である被害児童の親は、加害児童が精神障害を持っており、その暴力的な行動が彼よりも幼く弱い他の児童にとって危険なものであったことから、特別の予防措置なく当該学校施設に置かれるべきではなかったと主張し、当該事故は教育公役務の悪しき運営の結果であるとして、この事故による損害につき国家賠償請求訴訟を提起した。行政側は、特別学校施設に当該児童を入れることを検討することを加害児童の親に拒絶され、これを強制することができなかったと主張していたが、裁判所は、家族に強制する手段を公的教育施設の職員に与えるためには行政立法的規定を設ける必要があったことを認めつつも、かかる規定が一九六五年まで設けられていなかった点において、国の賠償責任を生ぜしめる

性質の懈怠を認定した。もう一つは、より包括的に所轄行政が適法状態を実現するための措置をとることを怠った場合である――最も一般的なケースは行政警察に関連づけられる任務に固有の措置が問題となるケースである――。その例としては、《Département de l'Hérault 判決》[86]を挙げることができる。その事案は、次のようなものであった。被害者が Cournonsec 市を横断する Montpellier 県の県道を運転中、車道全体を覆い尽くす広範な水面（nappe d'eau）が原因で車の進行方向がずれ街路樹と壁に衝突した。この負傷による損害について県と市に対する賠償請求訴訟が提起された。コンセイユ・デタは、まず、県の責任について、当該事件の諸状況においては、二日前から降り続いていた多量の雨によりできた右水面によって構成される障害の重大性に鑑みれば、過去に当該現場でいかなる事故も確認されていなかったとしても、標識を設置する措置を講じることが必要であったことを確認した上で、当該水面が示す危険に関する特別な標識を設置しなかったことが、公道の通常の維持管理の欠如に当たるとして、県の賠償責任を認めた。ただし、当該事故は速度を出しすぎていた原告のフォートにも帰責しうるとして、県の賠償責任は損害の半額まで減額されている。次に、コンセイユ・デタは、市の責任について、市には県道を維持管理する任務は負わされていないとしても、市町村行政法典法律篇第九八条によれば、市長は当該県道の通行に関して警察活動を行う任務を負っており、当該県道における通行の安全を確保するために必要な措置をとることについての懈怠が重大なフォートを構成する場合には市の賠償責任が成立しうると判示した。その上で、危険性のある右水面の存在を土木局に通告しなかった点、あるいは緊急措置として一時的に当該障害物に関する標識を設置しなかった点において、Cournonsec 市の重大なフォートが認定され、その賠償責任が認められた（県の賠償責任の四分の一）。また、違法状態を終息させることについての不作為に関しては、問題となる違法状態を創出したのが私人[87]であったのか行政それ自体[88]であったのか、という区別が極めて重要であると述べている[89]。Paillet によれば、前者のケースは後者のケースよりもはるかに多く、裁判官は、後者のケースにおいては、

行政により厳格な姿勢を示しているという。なお、不作為の内容をこれ以上凝って細かく分析することは有益ではないとされている。

結局のところ、Paillet によれば、以上のような役務のフォートを構成する加害行為の性質（違法な法律行為と瑕疵ある事実行為）と違反の対象となる義務の性質（不作為義務と作為義務）に基づいて試みられた論理的分類の試論は、役務のフォートの「本質的なアイデンティティー（identité profonde）」を見失わないようにすることを可能ならしめる全体的な構図（canevas général）を提供するのに適したものであるように思われるという。(90)

（1）Michel Paillet, *Manuel 1996*, n° 191-202 ; Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 115-157.
（2）Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 116.
（3）T.C. 8 février 1873, *Blanco*, Rec. 61, D. 1873. III . 20, concl. David.
（4）C.E. 1er juillet 1904, *Nivaggioni*, Rec. 536.
（5）拙稿・北大法学論集六五巻三号六三八－六三九頁、六四五－六四六頁参照。
（6）Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 348.
（7）Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif*, Bad Feilnbach : Schmidt Periodicals, 2010 Réimpression de l'édition publiée en 1927 (11e éd.), pp. 325-327.
（8）Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 117.
（9）Henri Dupeyroux, *Faute personnelle et faute du service public. Étude jurisprudentielle sur les responsabilités de l'administration et de ses agents*, Th. Paris, 1922, pp. 220 et s.
（10）*Ibid.*, p. 220.
（11）C.E. 18 mars 1910, *Sieur Fromont*, Rec. 254.

（12）C.E. 22 mars 1907, *Fournier*, Rec. 291.
（13）Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 348.
（14）Paul Duez, *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, Dalloz, 1927.
（15）Paul Duez, *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, Dalloz, 2012, Réimpression de l'édition publiée en 1938 (2e éd.).
（16）*Ibid*., pp. 27 et s.
（17）拙稿・北大法学論集六五巻三号六四七頁。
（18）C.E. 17 février 1905, *Sieur Auxerre*, Rec. 165 ; Voir également, C.E. 24 décembre 1909, *Pluchard*, Rec. 1029.
（19）Paul Duez, *supra* note 15, pp. 29-30 ; Voir également, Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 368.
（20）Paul Duez, *supra* note 15, pp. 30-34.
（21）C.E. 23 juin 1916, *Thévenet*, Rec. 244, *R.D.P.* 1916, p. 378, note Gaston Jèze.
（22）C.E. 26 juillet 1918, *Époux Lemonnier c./ Commune de Roquecourbe*, Rec. 761, concl. Léon Blum, S. 1918-1919. Ⅲ . 41, note Maurice Hauriou, *R.D.P.* 1919, p. 41, note Gaston Jèze ; C.E. 20 mars 1929, *Époux Chauveau*, Rec. 352 ; C.E. 22 novembre 1929, *Sieurs Charles c./ Commune de Faucogney*, Rec. 1011.
（23）C.E. 4 juin 1920, *Commune de Savigny-sur-Braye c./ Ministre de l'Instruction publique et consorts Doutzmann*, Rec. 558 ; C.E. 4 novembre 1927, *Sieur Roumagnac*, Rec. 1019.
（24）C.E. 23 novembre 1917, *Ville de Toulouse*, Rec. 760.
（25）Paul Duez, *supra* note 15, pp. 34-35.
（26）C.E. 18 juillet 1919, *Brunet c./ l'État*, Rec. 649, D. 1920. Ⅲ . 1, note Jean Appleton.
（27）C.E. 23 mars 1923, *Époux Buffard*, Rec. 283.
（28）Jacques Defrenois, *La faute du service public*, Th. Bordeaux, 1937.
（29）*Ibid*., p. 53.
（30）*Ibid*.

(31) *Ibid*., pp. 53-57.
(32) C.E. 19 juin 1925, *Sieurs Jacques Seligman et fils*, Rec. 592.
(33) C.E. 16 janvier 1935, *Sieur Jacque*, Rec. 61.
(34) Jacques Defrenois, *supra* note 28, p. 57.
(35) C.E. 1er août 1919, *Dame Renaudie c./ commune de Salon-la-Tour*, Rec. 698, D. 1920. Ⅲ . 1, note Jean Appleton ; C.E. 26 novembre 1931, *Demoiselle Brisset*, Rec. 1034 ; C.E. 16 janvier 1935, *Époux Cantemerle*, Rec. 60.
(36) C.E. 22 juillet 1921, *Ville de Montauban et Viala*, Rec. 750 ; C.E. Sect. 4 mars 1932, *Sieur Boucher c./ Ministre de l' Instruction publique*, Rec. 274 ; C.E. 22 novembre 1933, *Royer*, Rec. 1085 ; C.E. Sect. 19 janvier 1934, *Époux Salvador*, Rec. 99.
(37) C.E. 25 mai 1928, *Dame Minereau*, Rec. 682.
(38) C.E. Ass. 23 janvier 1931, *Dame et demoiselle Garcin c./ Ministre de l'Intérieur*, Rec. 91.
(39) Jacques Defrenois, *supra* note 28, p. 64.
(40) C.E. Ass. 8 mars 1929, *Sieur Masqueret*, Rec. 276.
(41) Jacques Defrenois, *supra* note 28, p. 66.
(42) C.E. 4 janvier 1918, *Mineurs Zulémaro c./ l'État*, Rec. 9 ; C.E. 21 juin 1935, *Barneyrat*, S. 1935. Ⅲ . 89.
(43) Roger Bonnard, *Précis de droit administratif*, Paris, Recueil Sirey, 1935, p. 92.
(44) Georges Vedel, *Droit administratif*, 6e éd., Paris, P.U.F., 1976, pp. 366-367 ; Voir également, Marcel Waline, *Précis de droit administratif*, t. 1, Paris, Montchrestien, 1969, p. 562.
(45) André de Laubadère, *Traité de droit administratif*, t. 1, 7e éd., Paris, L.G.D.J., 1976, pp. 707-708 ; Voir également, Raymond Odent, *Contentieux administratif*, t. 2, Paris, Dalloz, 2007, Réimpression de l'édition publiée en 1977-1981, pp. 58-59.
(46) Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif*, t. 1, 16e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, n° 1674 ; Yves Gaudemet, *Droit administratif*, 22e éd., Paris, L.G.D.J., 2018, n° 355 ; Voir également, Patrice Chrétien, Nicolas Chifflot et Maxime Tourbe,

Droit administratif, 16e éd., Paris, Sirey, 2018, n° 761.

（47）なお、Paillet は、Claude Albert Colliard の未公刊のテーズにおける類型論についても検討を行っている（Claude-Albert Colliard, *Le préjudice de droit administratif,* Th. Aix-Marseille, 1938, pp. 259-275.）。すなわち、Paillet は、「さまざまなフォートをより具体的な形で分類する」ことを試みた Colliard が、違法性に関するケースを別として、役務のフォートを、①不手際、②懈怠、③過誤という類型に分け、公の工作物の通常の維持管理の欠如、予防措置の不存在、監視の欠如、遅滞といった多様なケースを包含する②の懈怠という類型を最も重視していたことを指摘した上で、その各々の類型の境界が非常にあいまいであり説得性に欠けると批判し、それは役務のフォートの真の分類というよりは「目録（répertoire）」であると評している（Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 348-349.）。

（48）*Ibid.*

（49）Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 119.

（50）*Ibid.* ; Voir également, Jacques Moreau, *La responsabilité administrative, 2*e éd., Paris, P.U.F., 1995, p. 64.

（51）Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 349.

（52）Benoît Delaunay, *La faute de l'administration*, Paris, L.G.D.J., 2007, n° 61.

（53）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° 422.

（54）Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 350 et s. ; Michel Paillet et Emmanuel Breen, *Article 2008*, n° 121 ; Voir également, Christophe Guettier, « La responsabilité en droit administratif », Philippe Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 11e éd., Paris, Dalloz, 2017, n° 1161.31 et s. ; Jean Waline, *Droit administratif*, 27e éd., Paris, Dalloz, 2018, n° 510 ; Didier Truchet, *Droit administratif*, 8e éd., Paris, P.U.F., 2019, n° 1226 et s. ; Pierre Serrand, *Droit administratif : 2. Les obligations administratives*, 2e éd., Paris, P.U.F., 2019, n° 134-135.

（55）Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 351.

（56）*Ibid.*

（57）拙稿・北大法学論集六五巻二号二五八頁参照。

（58）Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 352.

（59）*Ibid.*

（60）*Ibid.* ; なお、かかるPaillet の類型論について、Maryse Deguergue は、「違法な法律行為とは適法性を尊重する義務（obligation de respecter la légalité）に違反する」ものであり、「瑕疵ある事実行為とは他人を害しない義務（obligation de ne pas nuire à autrui）に違反する」ものであると述べている（Maryse Deguergue, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, L.G.D.J., 1994, p 670.）。

（61）Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 353.

（62）*Ibid.*, n° 354.

（63）*Ibid.*

（64）Voir, Danièle Loschak, « Les problèmes juridiques posés par la concurrence des services publics et des activités privées », *A.J.D.A.* 1971, p. 270.

（65）Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 354.

（66）*Ibid.*, n° 355.

（67）なお、フランス行政法においては、我が国とは異なり、不作為責任に関する要件の認定のあり方につき、作為責任に関するそれとの関係における特殊性が指摘されることはほとんどない。確かに、フランスでも、行政裁量の存在を背景とした、不作為責任を認めることに対する一定のためらいについて指摘されることもあるが、コンセイユ・デタは、一世紀以上前からさまざまな類型の不作為責任を広く認めている（Voir, *Ibid.*）。

（68）Voir, Denise Dorlencourt-Detragiache, *Contribution à une théorie de la carence en droit administratif français*, Th. Paris Ⅱ, 1972.

（69）Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 356.

（70）*Ibid.*, n° 357.

（71）C.E. Ass. 23 janvier 1931, *Dame et demoiselle Garcin c./ Ministre de l'Intérieur*, Rec. 91 ; C.E. 11 juin 1969, *Ministre de l' Éducation nationale c./ Bellu*, Rec. 959 ; C.E. Sect. 24 juin 1977, *Dame Deleuse*, Rec. 294.

（72）C.E. 27 novembre 1974, *Commune de Villenave-d'Ornon c./ sieur Bayens*, Rec. 586 ; C.E. 25 février 1976, *Commune des Contamines-Montjoie*, Rec. 1105 ; C.E. 23 juin 1976, *Latty et Commune de Vaux-sur-Mer*, Rec. 329.

（73）この類型に関する具体の判例については、第四章第一節参照。

（74）Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 358.

（75）C.E. 5 janvier 1977, *Sieur Durand*, *D.A.* 1977, n° 59 ; C.E. 18 juin 1975, *Société anonyme française du Ferodo*, Rec. 363 ; C.E. 3 mai 1976, *Époux Renaudin*, Rec. 131.

（76）Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 359.

（77）*Ibid*.

（78）C.E. 26 avril 1918, *Sieur Gaillard*, Rec. 395 ; C.E. 12 novembre 1948, *Sieur Lemaignen*, Rec. 426 ; C.E. Ass. 31 octobre 1958, *Sieur Battistini*, Rec. 513 ; C.E. 20 janvier 1971, *Sieur Dupuy*, Rec. 48.

（79）C.E. 4 novembre 1955, *Giudicelli*, Rec. 520 ; C.E. 9 juin 1967, *demoiselle Ruben*, Rec. 924 ; C.E. 1er juillet 1974, *Gobillot*, Rec. 1148.

（80）C.E. Sect. 14 mars 1975, *Société civile immobilière de la Vallée de Chevreuse*, Rec. 197.

（81）C.E. Ass. 13 février 1942, *Commune de Sarlat et société « La Mutuelle générale française »*, Rec. 49.

（82）Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 360.

（83）C.E. 13 juillet 1962, *Sieur Kevers-Pascalis*, Rec. 475, D. 1963, juris. p. 606, note Jean-Marie Auby ; C.E. 27 novembre 1964, *Ministre des Finances et des Affaires économiques c./ Veuve Renard, R.D.P.* 1965, p. 716, concl. Yves Galmot.

（84）C.E. 19 mai 1972, *Ministre de l'Éducation nationale c./ sieur Conraux*, Rec. 1222 ; C.E. 5 janvier 1973, *Dame Gueydan*, Rec. 9 ; C.E. Sect. 8 juin 1973, *Sieur Dijon et ministre des Anciens combattants et Victimes de guerre*, Rec. 409.

（85）T.A. de Lyon 19 mai 1972, *Sieur Mimouni*, Rec. 881.

（86）C.E. 26 novembre 1976, *Département de l'Hérault*, Rec. 514, concl. Jean-Michel Galabert ; Voir également, C.E. Sect. 2 juillet 1976, *Cie d'assurances « La Nationale »*, Rec. 347 ; C.E. Sect. 28 octobre 1977, *Commune de Merfy, J.C.P.* 1978. Ⅱ. 18814.

（87）C.E. 4 octobre 1968, *Sieur et dame Pascal*, Rec. 1101 ; C.E. 15 février 1974, *Ministre du développement industriel et scientifique c./ sieur Arnaud*, Rec. 114 ; C.E. Ass. 20 mars 1974, *Ministre de l'Aménagement du territoire, de l'Équipement, du Logement et du Tourism c./ sieur Navara*, Rec. 200, concl. Michel Rougevin-Baville ; C.E. 27 mai 1977, *Société anonyme Victor Delforge et Compagnie et autre, J.C.P.* 1978. Ⅱ. 18778, note Bernard Pacteau ; C.E. 4 octobre 1978, *Ministre de l'équipement c./ Société T.T. Linie*, Rec. 355 ; C.E. Sect. 23 février 1979, *Ministre de l'équipement c./ Association « Des amis de chemins de ronde »*, Rec. 75, concl. Alain Bacquet.

（88）C.E. 25 juin 1954, *Sieur Weidmann*, Rec. 386 ; C.E. 16 novembre 1960, *Sieur Peyrat*, Rec. 625 ; C.E. 12 mai 1976, *Leboucher et Tarandon, A.J.D.A.* 1977, p. 261, note Michel Ceoara ; C.E. 12 mai 1976, *Gillet, R.D.P.* 1977, p. 229.

（89）前者のケースに関する具体的な判例については、次章以下において多数紹介していることから、ここでは省略する。後者のケースに関する判例としては、公立病院の医師に対して下された懲戒処分が裁判において取り消されたにもかかわらず、任命権限を有する地方長官が合理的な期間内に当該医師の行政上の身分を正式なものとする手続きをとらなかった事案について、国の賠償責任を認めた《Brinon Cherbuliez 判決》が挙げられる（C.E. 21 décembre 1977, *Brinon Cherbuliez, R.D.P.* 1978, p. 548.）。

（90）Michel Paillet, *Thèse 1980*, n° 363.

〔未完〕

※なお、本稿の執筆に当たっては、JSPS 科研費14J04923、18K12621の助成を受けた。