

フランスにおける行政の不作為責任

村 上 順

目 次

はじめに

第一章 行政の不作為責任の成立とその意義

一 行政の不作為責任の成立

二 不作為責任の成立の意義

第二章 行政の不作為責任の範囲

一 過失責任としての不作為責任

二 無過失責任としての不作為責任

むすび

はじめに

従来の行政法理論は、行政の法的ないし物理的加害行為から国民をいかに保護し、救済の実質を得せしめるか、を中心に行行政救済法理を組みたててきた。そして、ここでは国家と市民社会の二元論が前提とされ、市民社会への行政

介入は可能な限り差し控えられるべきだとする消極的行政観が支配的であった。ところが、社会的分業の深化と拡大に伴う市民社会構成員の自律性の欠如は、第三者市民の生産活動等に起因して発生する社会的危険から自己を有効に守る手段と機会を失わせることとなり、ここに社会的管制高地としての国家の役割が強調され、積極的行政観が形成されることになる。かくて、新たに、社会的危険管理と危険防止に向け、行政の実効的介入はいかにして確保され、また、その不作為に基づく損害賠償責任の範囲はいかなるものかが、現代行政法の課題として浮上するに到る。わが国においてこの問題が顕在化するに到ったのは昭和五〇年代に陸統として登場するに到った行政の不作為責任判例に由るものであった。⁽¹⁾そして、この課題の解決のために、学説は従来同様、ドイツ行政法の理論的枠組みをベースに、「裁量権収縮の理論」として知られる議論をもって応えようとした。⁽²⁾

しかしながら、このドイツ流の議論に対しては、下山教授をはじめ何人かの学者が疑問を提起していることは周知の通りである。すなわち、「裁量権収縮の理論」による時は、国民の保護法益の重大性はそれとして絶対視されず、行政の不作為の違法を決する諸事情の一つとして、多角的な比較衡量の対象とされてしまうからである。⁽³⁾下山教授が「健康権」「安全権」の提唱の下に、国民の生命・健康等不可償の法益保護が問題とされる食品・医薬品行政の分野においては、行政介入の裁量性は初めから制限されている、と論ずるのは伝統的行政法理論に対する鋭利な批判と共に、⁽⁴⁾わが国の行政の既往に対する不信の念に基づくものであろうと考えられる。これに対し、原田教授は、たとえば、医薬品行政についていうならば、「結果的に副作用が生じればつねに国に責任ありとするのは極端にすぎる」として、今後共、「裁量権収縮の理論に立脚して、具体的な事情に応じ、弾力的な解決をはかっている」⁽⁵⁾ことが「正当な推論方法である」と反論する。本稿はもとより、この両者の議論に直接「介入」するものではないが、比較法的知見を増やすことが問題接近への有効な方法の一つであることを信じ、このための一素材を提供しようとするものである。以

下、本稿では、これまで常に世界の行政賠償責任法制をリードし、今日最も制度的成熟を遂げていると思われるフランス行政賠償法に即し、行政の不作為責任に関する理論動向を紹介していきたい。

- (1) 大阪がけ崩れ事件（大阪地判昭和四九年四月一九日・判時七四〇号三頁）、高知古ビニール公害事件（高知地判昭和四九年五月二三日・判時七四二号三〇頁）、新高島残留弾丸暴発事件（東京地判昭和四九年二月一日・判時七六六号七六頁）、千葉県野犬取締り条例事件（千葉地判昭和五〇年二月二五日・判時八二七号九〇頁）、東京高判昭和五二年一月一七日・判時八七五号一七頁）、北陸スモン訴訟事件（金沢地判昭和五三年三月一日・判時八七九号二六頁）、東京スモン訴訟（東京地判昭和五三年八月三日・判時八九九号五三頁）、福岡スモン訴訟（福岡地判昭和五三年十一月四日・判時九一〇号三三頁）。
- (2) 先駆的業績として、保木本一郎「ドイツにおける営業警察の展開」〔社会科学研究二〇巻二号〕一〇三頁以下、原田尚彦「行政の介入義務と行政訴訟」〔環境権と裁判〕一八三頁以下、同「行政法要論」（第一版）九三、一九〇頁。
- (3) 下山英二「健康権と国の法的責任」二六四、二六五頁。佐藤英善「食品・薬品公害をめぐる国の責任」〔法律時報五一巻七号七八頁〕。
- (4) 下山・前掲書七四、二四二頁、同「現代行政法学の基礎」九一頁。
- (5) 原田・前掲書一〇二頁。

第一章 行政の不作為責任の成立とその意義

〔一〕 行政の不作為責任の成立

一 一九世紀においては、公権力の行使に伴う行政の損害賠償責任は、「公権力の無答責の法理」〔*l'irresponsabilité de la puissance publique*〕に基づき否定されていた。したがって、行政の不作為責任もまた、この法理に阻まれ成立していなかった⁽¹⁾。この例として、一八九九年一月一三日のルプルー（Lepeux）氏判決がある^(1a)。事案は、メゾン・アルホール（Maisons-Alfort）市内で行われた曲芸の興業中、曲芸に使われた大砲の発射時に飛散した砲弾填充孔の詰め物（*la bourre*

d'un canon) によつて失明した装身具細工師 (un bijoutier) ルプルー氏が、危険な興業を放置した同市市長ならびにセーヌ県警視総監 (le préfet de police) の懈怠を捉え、出訴したものである。判例は「原則として国は、公権力の行使、特に警察措置に關してはその官吏の懈怠 (La négligence) につき責を負わない」とした。

このように、行政の不作为責任は「公権力の無咎責の法理」により否定されていたので、後者の法理が克服されれば、前者もまた自動的に成立する關係にあつた。そして、この法理の克服は有名な一九〇五年二月一〇日のトマソ・グレコ (Tomaso Grecco) 氏判決によりもたらされることになる。⁽²⁾ これは、暴れ牛を仕留めようとして、憲兵 (un gendarme) が射つた銃弾が近くの家にいたトマソ・グレコ氏の下腹部にあたり負傷させた事件である。この判決により公権力行政責任が認められたことにより、不作为責任もまた成立が見込まれていたが、これは一九一六年六月二三日のテブネ (Thevenet) 氏判決により実現する。⁽³⁾

事案は、市外の興業師であるルーダン (Lourdin) 氏により市の広場に設置された射撃場から発射された弾丸が、當時家で仕事していたテブネ氏にあたり左目の摘出手術を受けなければならなくなったとして (加害者に対する訴訟は資力の不充分性から断念)、市を相手に訴訟提起したものである。市の過失 (faute) は、原告の家から五メートルの至近距離に射撃練習用の仮小屋の設置を認め、銃弾の遮蔽鉄板を良好な状態におくよう監視を怠つたことにあると主張された。判決は、射撃場の遮蔽鉄板にすでに何ヶ所か銃弾が貫通した跡があり、「公共の場所、公道上の安全を確保すべき任務がある市町村当局は、射撃場が、この安全のために十分な設備を備えているかどうか不断に監視すべき任務があつた」として、その懈怠を認め損害賠償責任を云いわたした。そして、この事件に引き続き、行政の不作为責任判例としてはこの方が有名な一九一八年七月二六日のルモニエ (Lemonnier) 氏判決がだされることになる。⁽⁴⁾ 少し長くなるが、事件の概要を論告担当官レオン・ブルム (Léon Blum) の論告から再現してみよう。

「タルヌ (Tarn) 県にあるロククールブ (Rougecourbe) 市は、毎年聖フランソワ後の日曜日にお祭り——一九一〇年には一〇月九日がこの祭りにあたる——を開催する。この祭りは地域一帯に有名なもので、いつもたくさん近隣住民、特にカストル (Castres) 市の住民を惹きつける。祭の見物客に公開されるアトラクションの中に昔から射撃が重要な役割を果たし、この標的はロククールブ市を流れるラギー (L'Agout) 川に浮かべられた小さな板に固定される、にわとり・アヒル・ウサギである。カストル市の技師であるルモニエ氏は、妻と連れ立って祭り見物にやってきた。駅を降り、彼らは、田舎道を整備し植栽されたばかりの——そして、この地方では極めて有名なものとされているシロエ (Siloé) 泉と呼ばれる泉水まで河に沿って作られた——公共散歩道に向った。泉水の方向に足を踏み入れるや否や、彼の周囲に弾丸がヒュー・ヒューと音をたてて飛んできた。ルモニエ氏は元来た道に戻らせるため妻の腕をとった。まさにその時、一発の銃弾が彼のアゴをかすり、ルモニエ夫人は右頬の真中にあたった。これは夕方六時に起きたことである。

ルモニエ氏によれば三時と四時の間、散歩道にいた幾人かの人がかすめに弾丸が彼らをかすめるのを見、急いで憲兵に知らせに向った。市長は射撃を中止させる代りに、射手らに標的を左の方に向けよう命ずるだけですましてしまった。ルモニエ夫人が犠牲者となった事故のあと、やっと市長は射撃の即時中止を命令したのであった。この事故の被害は極めて重大なものであった。脊柱と頸動脈のすぐ近くの咽頭の間に入った弾は摘出できなかった。ポッツィ (Pozzi) 医師は特に、摘出手術を試みるに余りに危険であると判断した。弾丸は下アゴを動かす筋肉を貫通し、数ヶ月間ルモニエ夫人は口を開けることができなかつたので、ゾンデによる以外食物をとることができなかった。頬は変形し、精神の平衡同様、ルモニエ夫人の健康は大いに危殆に瀕した⁽⁵⁾。

判決は、「公道上の安全を確保すべき任務 (二八八四年四月五日の市町村行政法典九七条)⁽⁶⁾を負う市当局はこの安全性を

充分に確保することなしに射撃の施設を許可したことにより重過失 (une faute grave) を犯した」として、市の損害賠償責任を認めた。

二 さて、ルモニエ判決は、行政の不作为責任を認めた判例として重要であるが、後論との関係でもう一つ重要な論点についても判示していた。そして、ルオン・ブルムの論告は、主として、この論点に向け論告を組み立てていたので、以下その内容をみていこう。

まず、この論点に関わる事実関係とは次のようなものであった。

ルモニエ氏は役務過失 (faute de service) を理由に、国・地方公共団体に対し直接損害賠償請求訴訟を提起しうる、とするフートリ (Feutry) 氏判決 (一九〇八年二月二九日⁽⁷⁾) の法理を知らなかったので、最初、市長の個人過失 (faute personnelle) を捉え、カストルの民事裁判所に訴訟提起した。カストルの民事裁判所も右の法理を知らず、ルモニエ氏の訴に対し、①市長の過失はその職務行為から切り離して論ずることはできない権威行為であること、②司法裁判所は「管理行為」(acte de gestion) についてはともかくも「権威行為」(acte d'autorité) については裁判権がないとして却下した。

そこでルモニエ夫妻は、第一審判決の取消を求め、ツールーズ (Toulouse) の控訴院に控訴すると同時に、その後、フートリ判決の法理があることを知った夫妻は、市の役務過失を理由にコンセーユ・デタに訴訟提起した。控訴を受けたツールーズの控訴院は、市長の個人過失を認容し、市長に対し一二〇〇〇フランの賠償金支払いを命じ、第一審判決を取消した。これをみた市は、コンセーユ・デタにおいて、ルモニエ夫人はすでに完全に訴訟提起の目的を達成していること、同一人物から——市の代表者として、あるいは単なる私人として、異なった資格で立ち現われるとはいえ——二度、同一損害に基づく損害賠償を得ることは許されるべきではない、として不受理の抗弁を申立てた。

これに対し、レオン・ブルムは、役務過失に基づく公共団体の責任は、代位責任ではなく自己責任であること、その結果、それぞれ管轄権を異にする行政、司法両裁判所の判断次第では、公共団体の役務過失と官吏の個人過失とが同時併行的に承認され、責任が並存する事態がありうることを認める。⁽⁹⁾そして、この「個人過失の觀念は、役務過失のそれを排除するものではない」理由として、彼は「極めて多くの場合、本来の意味での個人的過失の性質を持つ官吏の過失は、公役務運営上の瑕疵ある場合において起りえ、第三者に対する損害を惹起するからである」とする⁽¹⁰⁾（傍点村上）。したがって、「権利毀損された市民が有責公務員に対する勝訴判決を得たとしても、あるいは有責公務員を相手どって訴訟提起していたとしても、彼は行政当局 (Service) に対し勝訴することができ、あるいは訴訟提起することができる。この第二の訴訟に対してはいかなる不受理の抗弁も第一の訴訟の可能性あるいは存在から引きだすことはできない」とする。⁽¹¹⁾

レオン・ブルムはまた、この結論は、すでにコンセーユ・デタ判決において、行政庁と官吏との関係はもとより、行政庁と加害者たる私人間の場合についても妥当していたことを論ずる。彼は、先のテブネ (Thévenet) 判決を例にとり、被害者が加害行為を行った直接の第三者たる市民を相手どって訴訟提起しうることは、同じく、市当局の不作為責任を追求することを妨げるものではなかったこと、を指摘する。⁽¹²⁾そしてこの場合、コンセーユ・デタが直接の加害者 (ルーダン氏) に資力がないゆえに、市に対し損害賠償金額の全額支払いを命じ、後、加害本人に対する求償訴訟が可能なることを示唆していたこと、を指摘する。⁽¹³⁾その結果、両者 (行政庁と官吏、行政庁と私人の関係) は別異に解すべき理由はなく、「国は官吏のままに個人的過失と全く無縁であるとみなされうる場合においてのみ責任を免れうるが」、さもなければ、理論上もまた行政・司法両裁判所の評価に基づき、個人過失と役務過失の並存がありうる、とする。⁽¹⁴⁾このように、過失責任の並存は承認されるとして、また、被害者が「蒙むった損害の完全かつ実効的填補」⁽¹⁵⁾

réparation intégrale et effective du préjudice souffert) が確保されるべきだとして、しかし、レオン・ブルムは、単一の被害から賠償金が国と官吏(あるいは私人)と二重に支払われることによって、被害総額が超過する事態は避けるべきことを論ずる。そこで、このための解決方法として彼が支持するのが、一九一四年七月一六日のバブーエ (Babouet) 氏判決と前出のテブネ判決の法理である。

バブーエ判決は、国の職員による電話線の架設工事中、電線が切れ、これがバブーエ氏を負傷させ、その妻を感電死させた事件である。⁽¹⁵⁾ この事件においても、ボルドー控訴院は、工事監督者であるラジュギィ (Lajugie) 氏の個人過失を認めたが、同じくコンセーユ・デタは、司法裁判所によるラジュギィ氏の個人過失の認定とバブーエ氏に対する損害賠償支払いを命ずる判決は、「同氏が直接国を相手とって損害賠償請求する権利を奪うものではない」、として国の役務過失を認めた。そしてその上で、バブーエ判決は、賠償金額とその支払い方法を決定するために、コンセーユ・デタは、同一事故に関し、民事裁判所によりすでに宣告された賠償金額を斟酌する権限を有し、理由がある場合には、国の負担金額を司法裁判所により命じられた金額を上限となすところの加害者の支払い保証金 (une garantie) とすることができる、とした。

これに対し、テブネ判決は、前述のように、国がまずもって賠償金を支払い、しかる後、加害者から求償されうる、としていた。レオン・ブルムは、「支払い保証」という言葉は、国が自己責任を負うのではなく、代位責任を負担することを連想させるものとして、同じく、テブネ判決における「求償」という用語共々、適切でないことを指摘する。⁽¹⁶⁾ 法理論的には厳密ではなくとも、実際の解決という点では両者の判示するところが妥当であることを認める。

その結果、司法裁判所に官吏の個人責任訴訟が係属し、行政裁判所に行政の役務過失訴訟が提起されている場合には、二番目に結審する側の裁判所が、先に結審した方の裁判所が、原告の蒙った被害総額の全部を認容したのか、

一部を認めたのか、を判断しなければならない、とする。そして――

○前者の場合、すなわち、被害総額の全額支払いが命じられ、かつ、加害者に支払い能力があると認定したならば、たとえ役務ないし個人過失を認定したとしても、本案で棄却を言いわたすべきである、とする。

これは、利益があるところにのみ訴訟提起の意味があり、損害賠償の全額がすでに承認されたならば、訴の利益がなくなるからである、とする。しかし――

○最初に裁判した方が責任の分割を認め、賠償金額の一部のみ承認したとみなされる場合には、後になった方の裁判所は、必要と認める範囲内で賠償金の上積みを行い、被害総額を確定すべきである、とする。⁽¹⁷⁾

レオン・ブルムのこの提言がその後の判例において踏襲される様子は後論にみる通りである。しかしながら、以上の議論の中でわれわれが注目すべきは、行政裁判所体制を採ることによって、公務員の個人過失と行政の役務過失と、裁判管轄権が異なることによって生ずる実際上の困難とその解決方法にあるのではなく、行政の自己責任説の採用による公務員の個人責任との並存の法理である。そして、この後者（公務員）の責任が、加害者たる民間人の個人責任とパラレルに捉えられることによって、フランスにおいては、ドイツの不作为責任論で語られる「国家補充性の原則」⁽¹⁸⁾をいち早く克服しえている点である。これが、「本来の意味での個人過失の性質を持つ官吏（あるいは私人）の過失は、公務運営上の瑕疵ある場合において起り」うる、とする先のレオン・ブルムの認識に由来することはいうまでもない。

(1) ただし、公土木の事故損害については早くから行政の不作为責任が認められていたことについては、小幡純子「フランスにおける公土木の損害」(法協一〇一巻六号)一〇二頁。

(1a) Recueil des arrêts du Conseil d'État (以下、Recueil Lebon と略記) 1899, p. 18.

- (2) Recueil Lebon, 1905, p.139.
- (3) Recueil Lebon, 1916, p.214.
- (4) Recueil Lebon, 1918, p.761.
- (5) Revue de droit public, 1919, pp.43—44.
- (6) 市町村警察権限の不行使に基づく損害賠償責任は、常にこの一八八四年四月五日の市町村行政法典九一、九四、九七、九八条に基づき負わされるので、以下に訳出しておこう。
- 九一条「市長は、上級行政庁の監督の下に、市町村警察 (la police municipale) 田園警察 (la police rurale) およびこれら両警察に関連する上級行政庁の行為の執行の任を負う。」
- 九四条「市長は以下の事柄に関する命令を発する。
- 一 法律によりその警戒と権限に委ねられた事項に関する地方的措置を規律すること。
 - 二 新たに法律および警察規則を公布し、市民にその遵守を呼びかけること。」
- 九七条「市町村警察は良き秩序、公共の安全と公衆衛生を確保することを目的とする。市町村警察は特に以下の事柄を含む。
- 一 街路、河岸、広場および公道における通行の安全と便宜に関するものすべて。これには清掃、照明、妨害物除去、崩壊の危険のある建物の取り壊しおよび修復、落下によって害を与えるおそれのある物を窓または建物の他の部分に陳列することの禁止、および通行人を傷つけもしくは有害な発散物を生ずることがあるものを投棄することの禁止を含む。
 - 二 街路における群衆を集めるような喧嘩および口論、公の集会場における過激な騒ぎ、市民の休息を妨げる夜の集会、騒音、人だかりのような公の静穏に対する侵害を抑制する任務。
 - 三 定期市、市、公の祝祭および儀式、演劇、競技、カフェ、教会およびその他の公の場所のような多数の人々の集会が行われる場所における良き秩序の維持。
 - 四 死者の葬送型態、埋葬、発掘、墓地における良き秩序および礼讓の維持。その際、信条あるいは死者の宗教ないし死の状況のいかんを問わず、差別や特別の指示を設けることは許されない。
 - 五 重量あるいは尺度で売却される食糧品の小売の適正および販売に供される食品の衛生に関する検査。
 - 六 火災、洪水、伝染病、獣疫のような事故および災禍を適切な警戒によって予防する任務および必要な救助の配置によって終止させる任務。なおこれらの任務の遂行上、必要な場合には、上級行政庁の介入を求めることができる。
 - 七 当該の病状が公の風俗、住民の安全あるいは財産の保全を危険にさらすおそれのある精神病者に対し、一時的に必要な措置をとる任

務。

八 有害ないし狂暴な動物の徘徊によって惹起されることがありうる好ましくない事態を予防し収拾する任務。」

九八条「市長は、国道、県道および市街地 (agglomérations) 内の連絡道路に関し、これら道路上の交通に関する警察権を持つ。市長は、共和暦七年霜月一日法七条に規定された留保の下に、正当に設定された料率表記載の料金支払いを条件に、公道、河川、港湾、河岸およびその他の公共の場所での一時駐車ないし繫留許可をあたえることができる。(以下略)」

右の市町村警察権限に関する一八八四年法の規定は、フランス革命期の一七九〇年八月一六—二四日法一章 (違警罪事件の裁判官) —三条の規定にさかのぼる。そして、フランスの場合、「警察」概念はなによりもこの「市町村警察」(la police municipale) を中心に構成されていたことに注意する必要がある。ドイツおよびわが国では、警察概念は「国家的・権力的性格」が強調されるのに対し、フランスの場合には、「地方的・福祉的性格」が強調される。たとえば、フランス革命期におけるポルタリス (Portalis) の発言 (共和暦四年雪月一二日) 参照。「われわれが警察 (police) の語に、あらゆる人々の慣用例が指し示す内容をあたえようとするならば、われわれはこれを、都市 (cités) における風俗、「食糧品をはじめとする」生活必需品一般の供給の監視、公共の場所の清潔さと衛生、一言でいえば、生活の安全と快適さ (la sûreté et les commodités de la vie) を意味するあらゆる事柄、と理解することができよう。警察は国家の安寧 (l'ordre public de l'État) ではなく、各都市の安寧 (l'ordre public de chaque cité) を目的とする。その結果、警察は地方的 (locale) なものでなければならぬことになる。というのは、ある町 (une ville) にとって必要なものは、他の町でも必要なものとは限らないからである。警察が各都市に固有のものであるならば、それが本質的に地方的なものであるならば、共和国の警察大臣 (un ministre de la police générale) を作る必要はない。それは各地域 (chaque localité) に属するものではなく、その最大限の効用を意味するあらゆる活力と敏速性を与えることができるからである。」(Réimpression de l'Ancien Moniteur, t.27, p.132)

フランスにおいて、Police 概念が「行政」一般を指称するものから、都市住民の「生活の安全と快適さ」を確保する「都市行政」(Police de la cité) を意味するものに転化したのは、ルイ一四世の時代であるとされる。これは、この時代、悪疫・内乱その他により、パリに浮浪民・余所者が流入し、都市の生活環境、治安、風俗が悪化し、いわば世界ではじめて都市問題が意識化されたことに基づく (Alan Williams, The police of Paris (1718—1789), 1979, pp.9 et 27)。「警察」とは、したがって、本来この都市問題に対処する行政の手段と目的を意味するものであった。このようなフランス市町村警察の法理の歴史的研究ならびにわが国警察法理論に影響を与えたドイツ警察法理との歴史的・理論的分岐点の探究は今後の課題である。後者については、さしあたり、ハンス・マイヤー「旧ドイツ国家論と西欧の政治的伝統」(ハルトツング「フーアハウス他著・成瀬治編訳『伝統社会と近代国家』一六五頁。

(7) 県の精神病院を脱走した狂人により、穀物と薬の山を焼かれた原告が、県を相手どって出訴した事件で、権限争議裁判所が、役務過失に基

づく損害賠償訴訟は行政裁判所に提起すべきことを判示したものである。

- (8) *Revue de droit public*, 1919, p.51.
- (9) *Ibid.*, p.52 et s..
- (10) *Ibid.*, p.56.
- (11) *Ibid.*, p.53.
- (12) (13) *Ibid.*, p.56.
- (14) *Ibid.*, p.57.
- (15) *Recueil Lebon*, 1914, p.882.
- (16) (17) *Revue de droit public*, 1919, p.58.
- (18) 保木本一郎・前掲論文(社会科学硏究二〇卷三二号)一〇九頁以下、原田尚彦『行政責任と国民の権利』九〇頁以下。

〔二〕 不作為責任の成立の意義

行政の不作為責任の成立は、国民の権利救済の幅を広げる一方で、それ以上に実は、行政の裁判的統制の拡大をもたらしものであった。以下では、この後者の論点を先の行政判例登場前後の学説に即してみていくことにしよう。

一 バルテルミィ (Barthélemy) 一九世紀後半以降の越権訴訟の発展は、行政の裁判的統制の範圍を著るしく拡大し、行政裁量の余地を大幅に制限するに到ったが、なお裁判的統制の及ばない裁量領域が存在した。行政の効果裁量である。その結果、行政法を行政主体と国民間の権利義務関係と把えた場合、国民の違法排除請求権と行政の不作為義務との関係に比して、行政介入請求権と行政の不作為義務の方は、一般に成立しないものとされていた。このことを早くに論じたものが、バルテルミィの論文「公法における作為・不作為義務とその強制執行論」(一九二二)である。

バルテルミィは、ダレスト (Daresté) が行政法を国家の権利と義務の観点から体系的に叙述した最初の学者である

ことを明らかにする。しかし、彼の著書『行政裁判権論』(La Justice administrative)〔一八六二〕の中にも不備な点が存し、国家の義務 (obligation) の研究の中でも、作為義務については格別かつ総合的検討が行われていない、とする。⁽¹⁾

バルテルミィによれば、公益の担い手である国家と他方で市民との関係は、市民相互の関係とは異なり、伝来的な行政主体の優越性の観念と事物必然性に基づく不平等関係から、特別の様相を呈し、市民の国家に対する作為義務の履行請求には自ずから限界がある、とする。が、しかし、公法の発展はまさに、この不平等優越関係の改善にあると論ずる。⁽²⁾

バルテルミィは、国家と市民の権利義務関係を、市民が国に義務の履行を請求する局面と、逆に国が市民に義務の履行をせまると二つの局面に分類し、このうち前者、すなわち、市民↓国の関係については、さらに、不作為義務と作為義務とに分けて論ずる。われわれの関心が、このうち、市民↓国の作為義務の履行の局面にあることはいうまでもない。——さて、バルテルミィによれば、国民の行政に対する不作為義務の履行と請求は、フランス公法にあつては、越権訴訟の発展により極めて完璧に近い保障が与えられているという。これに対し、行政の作為義務の履行請求は、行政裁判官が活動行政庁に対し作為命令 (injonction de faire) を発することができないので、法的には不十分にしか組織化されていないとする。また、国が一定の事柄を実現するという約束 (責務・義務) は、行政内部的準則 (des règles de conduite intérieure) に止まり、市民の側に、この約束に対応する権利が存在するわけではないとする。

この場合、立法者はその責務の執行に関し行政庁に一定の自由を与えているからである。ここにバルテルミィは、行政のみがその唯一の判定者である行政便宜性の考慮 (considerations d'opportunité) の存在をみいだす。そしてこの点が、行政官と法律の機械的適用を任務とする裁判官との差異であると論ずる。⁽³⁾

二 ミシュネー (Michoud) 行政作用は裁判行為のような法律の機械的適用に終わるものではないとするバルテル

ミイの議論をひきとつて、行政裁量のありかを論じたのが、ミシューの論文「行政裁量権の研究」(二九一四―二五)である。

ミシューは、行政は公益の実現を目指すのに対し、裁判は正義の実現を目指す⁽⁴⁾と論ずる。両者はしかし、法定要件の認定については同一作用を行い、行政には要件裁量の余地はないとする。両国家作用の目的に基づく差異が生ずるとすれば、それは効果裁量の局面においてであるとする。すなわち、裁判所は法定の要件事実の認定を行ったならば、法の命ずる内容通りの判決を下さなければならぬのに対し、行政権の場合には、法令の命ずる内容の決定、行動に關しては、たとえそれが羈束されたものであつたとしても、最小限、時機(Heure)の判定に關し一定の裁量余地が存し、また、多くの場合、公益確保の見地からする作為・不作為の行動の自由を持つとする⁽⁵⁾。

このように、ミシューは、行政裁量は効果裁量にあることを論ずるが、しかし、この場合にも実は、行政の内容に応じ裁量権の限界があることを明らかにする。すなわち、彼は、行政をその作為と不作為に分類し、行政の作為を「權威行為」と「管理行為」に分けた後、越権訴訟の發展は、行政の作為に關し、とりわけ權威行為について、裁判的統制を強化していることを論証する⁽⁶⁾。

これに対し、彼は、われわれが今問題としている行政の不作為については、行政便宜主義が妥当していることを確認する。すなわち、行政はそのイニシアチブの機宜性(『opportunité des ses initiatives』)を自ら判断する権限を有する⁽⁷⁾。ただし、この場合にあつても、ミシューはさらに問題を二つに分けて論ずる。

第一。行政が主観的義務(obligation subjective)を私人に負っている場合、あるいは作為義務規定が、国民の私益に主観的権利保護目的にある場合。——具体的には、国家債務支払いがこれにあたる。この場合、裁判所は行政庁に対し債務の宣告をすることができるが、強制執行は行いえない。しかし、この時でも、国は常に支払い能力と意思を持

つ善意者 (honnête homme) とみなされ、債務の支払いを命令する大臣には債務の履行・不履行について裁量権を持たないと解される。ただ単に、財政上の配慮からする支払い時期 (l'heure de l'exécution) についてのみ裁量権を持つとする。さらに、金銭債務以外の行政庁の作為義務については、裁判所は強制執行手段を持たないことはもとより、義務づけ判決をなすこともできないとする。ここでミシュエが挙げるものは、雇主が被傭者の週休日の変更を求め知事に申請したところ拒否処分された事例で、コンセーユ・デタは、行政に代わり許可を発することも発給を義務づけることもできないとする。⁽⁸⁾

第二。行政の作為義務規定が公益目的に出でたものである場合。——ミシュエは次のようにいう。「行政に作為を義務づける法律規定が、この行為により受益する者にいかなる主観的権利も承認していない場合、すなわち、行政が客観的法規に拘束されるに止まっている場合、行政は原則として、さほどの異論なく不作為の自由 (une liberté d'abstention) を持つ。われわれはすでに、行政はこの場合、法律を適用することが行政にとって不適当あるいは危険があると思われる場合、法律を眠りこませる (laisser sommeiller une loi) ことができるという考えを説いた。したがって、利害関係者は、法律により要請されている公役務の組織化にせよ、公役務の運営を確保するための予算配分にせよ、〔行政に〕要求しうるために、原則としていかなる争訟手段も持たない。」⁽⁹⁾

三 ワリーヌ (Waline) 以上のようにミシュエは、行政の不作為には行政便宜主義が妥当することを説いたが、先に知った一九一〇年代の行政の不作為責任判例の登場を踏まえ、このミシュエの行政裁量論を批判したものが、ワリーヌの論文「行政の裁量権と裁判的統制によるその限界」(一九三〇)である。

ワリーヌも行政裁量は原則として、効果裁量にあることを認める。⁽¹⁰⁾そして、これが妥当するのが行政の不作為の場合で、特に行政の作為義務規定が公益目的に出でたものである場合、行政便宜主義が妥当すると説く。⁽¹¹⁾しかし、この

場合であっても、ミシュエーのように裁量権の限界を論ずる余地はないとはいいい切れないとする⁽¹²⁾。ワリーヌによれば、ミシュエーの誤りは越権訴訟による行政の裁判的統制のみを念頭においた結果、行政の不作為の場合にも裁量の限界が存するという論点に到達しえなかつたのであつて、行政賠償責任訴訟をも考慮に入れた議論をしなくては不充分であると⁽¹³⁾とする。そして、行政の作為・不作為の行動の自由は、「緊急の場合」(en cas d'urgence) 妥当せず、不作為のまま放置した結果、国民に損害を生ぜしめた場合には、「過失に基づく損害賠償訴訟が実現する〔裁判的〕統制」に服すると論ずる⁽¹⁴⁾。そして、この法理を宣告した判決としてワリーヌが援用するものが、先にみたルモニエ判決(一九一八年七月二十六日)であつた⁽¹⁵⁾。

かくて成立した行政の不作為責任判例は、効果裁量領域においても、「緊急の場合、この判断の自由は消滅する」(ワリーヌ)ことを明らかにし、裁量権の限界を画することによつて、行政の作為義務を確立したものであつた。これはまた、従来、越権訴訟によつては実効的統制が不充分であつた領域に、行政賠償責任訴訟を介して、裁判的統制を拡大する意義を持つものであつた。

- (1) (2) Barthélemy, Sur l'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée dans le droit public, *Revue de droit public*, 1912, p. 506.
- (3) *Ibid.*, p. 509.
- (4) Michoud, Études sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration, *Revue de droit public*, 1914, t. 3, pp. 12—13.
- (5) *Ibid.*, 1914, t. 3, p. 10 et s.; p. 24 et s.
- (6) *Ibid.*, 1915, t. 1, p. 5.
- (7) *Ibid.*, 1915, t. 1, p. 6.
- (8) *Ibid.*, 1915, t. 1, p. 7.
- (9) *Ibid.*, 1915, t. 1, p. 9.
- (10) ただし、ワリーヌは、ミシュエーと異なり、要件認定についても一定の場合、行政に裁量の余地があるとする。これは、行政の権限がすでに

発生した事柄に基づいてではなく、発生不確実な将来の状況 (les éventualités futures) に対する行政なりの判断に基づいて行使される様、法律要件が規定されている場合、行政に裁量権 (要件裁量) があるとき⁽¹⁰⁾ M. Waline, Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel, Revue de droit public, 1930, pp. 217—218.

(11) *Ibid.*, pp. 220—221.

(12) フリーヌによれば、ロシエールのこの考えは、「良き行政、合目的性の原理から」(pour des raisons de bonne administration, d'opportunité) 行政は権限の行使を義務づけられない、としたクルワ・ドゥ・セグイ・チポリ組合 (Syndicat de la Croix-de-Seguey-Tivoli) 判決 (一九〇六年二月二一日) のロシエール (Romieu) 論告に拠ったものであると推測している。*Ibid.*, p. 210. 右の判決については、拙稿「越権訴訟の訴の利益に関する一考察」(神奈川法学二二巻一号) 二七頁参照。

(13) *Ibid.*, pp. 210—211.

(14) *Ibid.*, p. 221.

(15) *Ibid.*, pp. 209, 211 et 221.

(16) *Ibid.*, p. 221.

第二章 行政の不作为責任の範囲

〔一〕 過失責任としての不作为責任

行政の不作为責任が一九一〇年代の行政判例により成立したとして、それでは行政はどこまで不作为責任を負うものであろうか。この行政の不作为責任の範囲を明らかにするものとして、フランスにおいて援用されるものが「手段債務」(obligation de moyens) と「結果債務」(obligation de resultat) の概念である。これは最初、民法契約法の分野で、一九二五年、デモグ (Demogue) の『債務法提要』(Traité des obligations) において提唱された概念である。⁽¹⁾ これは、その後議論は存したが、フランス債務法における *summa divisio* (最上位分類概念) となる。⁽²⁾ しかしながら、分類概念

の有意性が承認されたとして、その内容・定義については民法学において論議が存在した⁽³⁾。これは特に、手段債務の理解に集中したが、ここではさしあたり、マゾー (Mazeaud) の定義を掲げておこう。彼はこれを「慎重性と熱意 (prudence et diligence) が求められる一般的債務」となす⁽⁴⁾。手段債務の例としてよく引き合いにだされるのは医療契約である。すなわち、「医師は回復を約束することはできないが、既存の医療水準に基づき良心的かつ注意深い介護を施さなければならない」とするものである⁽⁵⁾。手段債務の定義にわれわれがさほど拘泥しないのは、後述のように、本稿が主として、不作為責任における結果債務により多く注目を払っているからである。そして、結果債務の理解については、フランスの民法学においてそれほど争いは存しない。これは「債務者が一定の結果を達成しなければならない義務」として定義されている⁽⁶⁾。

さて、契約法において提唱された両分類概念は、近時、民法不法行為法においても導入されるべく、積極的に論じられるようになった。ジョセフ・フロサル (Joseph Frossard) のテーズ『手段債務と結果債務の区別』(La distinction des obligations des moyens et de resultat) (一九六五)である。後述において論及するように、この両概念の不法行為法への導入については議論の余地が存するが、これより先、実は、行政の不作為責任の範囲を論ずる手がかりとして、この両概念に言及する議論が存した。モンタネ・ドゥ・ラローク (Montané de La Roque) のテーズ『公権力の不作為』(l'inertie des pouvoirs publics) (一九四八)である。そしてこれは、その後、フロサールの議論をも踏まえ、ドルランクー (Dorlencourt-Detragiache) のテーズ『フランス行政法における不作為責任への寄与』(Contribution à une théorie de la carence en droit administratif français) (一九七二)において正面からとりあげられるに到る。ところがこの二者は、いずれも行政の不作為責任を基本的に「手段債務」とみなし、結果債務の成立を否定していた⁽⁷⁾。これに対し、最近の行政判例の展開に基づき、この領域においても「結果債務」を論ずる余地があることを強調する議論が現

われた。ミシユル・パイユ (Michel Paillet) のテーズ『フランス行政法における役務過失』(La faute du service public en droit administratif français) [一九八〇] である。⁽⁸⁾ 以下、この両概念を行政の不作为責任において説く意義は、論述の中で明らかにするとして、さしあたり、この分類概念を有用なものとして、行政判例の動向をみていくことにしよう。

- (1) Demogue, Traité des obligations, t.5, n°1237 et t.6 n°599; Michel Paillet, La faute du service public en droit administratif français, 1980, p.331.
 - (2) M. Paillet, *op. cit.*, p.331.
 - (3) フランス損害賠償責任における「手段債務」「結果債務」の理論を紹介するものとして、織田博子「フランスにおける手段債務、結果債務理論の意義と機能について」(早稲田法研論集二〇号) 五五頁以下。
 - (4) Mazeaud, Essai de classification des obligations, Revue trimestrielle de droit civil, 1936, p.22 et s.; M. Paillet, *op. cit.*, p.331.
 - (5) A. Tunc, La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence, Jurisclasseur Périodique, 1945, I, 449, n°4; M. Paillet, *op. cit.*, p.331.
 - (6) M. Paillet, *op. cit.*, p.331.
 - (7) Montané de la Rocque, l'inertie des pouvoirs publics, 1948, p.328; Dorlencourt-Detragnache, Contribution à une théorie de la carence en droit administratif français, 1972, pp.914 et 916.
 - (8) フランスにおいて「不作为」の概念は、Silence, Abstention, Inertie, Carence 等様々に表現されている。行政の不作为に関するフランスの研究は、大臣裁判制に係る行政の申請不作为とその統制論が発点となっている。フランス行政法史上重要な一八六四年一月二日のデクレー、一九〇〇年七月一七日法をめぐる議論がそれである。この観点からの研究としては、Joseph Labayle, La décision préalable du contentieux administratif, 1907; René Gouttenoire, Le Silence de l'Administration, 1932 がある。なお、René Gouttenoire, La carence des Pouvoirs publics は、書名を変えただけで内容は、前掲書と全く同じものである。さらに、大臣裁判制と右の一八六四年のデクレおよび一九〇〇年法の関係については、拙稿「ブーシユネ・ルフェールの行政法理論」(兼子仁編『フランス行政法説史の研究』) 所収(未発表) 参照。
- さて、現在までのフランスの研究状況は、わが国において、今日、「行政の危険防止責任」「危険管理責任」論として論じられているテーマにしほりこみが行われているわけではない。たとえば、問題を広く、「公権力」の不作为責任と捉え、行政のみならず、立法・司法の不作为までも包摂し、網羅的に議論するものがあること(モンタネ・ドゥ・ラロークのテーズ)、あるいは、「行政」の不作为を論ずる場合でも、「不作为」を広義に捉え、申請不作为の責任に止まらず、申請拒否処分も包摂されていることである(ドルランクール・デトラギヤシュとパ

イエの両テーマ)。その結果、行政（公権力）の不作为を論ずる研究書、論文は比較的多数にのぼるにもかかわらず、わが国の現在の問題関心が集中する行政の危険管理責任論に関する研究、論及は必ずしも多くはない。このことは、行政の危険管理責任に関する判例が少ないことを意味しない。その反対に、判例は極めて多く存在する。しかしながら、個々の判例に付された論告、評釈にみるべきものがあるものを除けば、これら判例を体系的かつ法理論的に分析した研究文献はないに等しい。わずかに、ドルランクルのテーマが、行政の不作为責任を論じた唯一のモノグラフィとしてあり、タイプ印刷で総頁数九八三頁の大冊（未公刊）ではあるが、本文で記したように「手段債務」「結果債務」理論をこの分野に導入しようとした意義を除けば、その理論的内容においてみるべきものは少ない。また、パイエのテーマは、フランスの公役務過失に関する判例分析に基づく総合的研究として力作ではあるが、行政の不作为責任を論じた部分は多くなく（pp. 307-344）、また、主題（「公役務過失論」）の関係から、「過失責任」としての「不作为責任」のみが論じられ、「無過失責任」としての「不作为責任」は取り扱われていない。その結果、行政の不作为責任判例の全体と現在までの到達点をわれわれに紹介するものになっていない。

1 手段債務としての不作为責任

一 法律による行政の原理の下では、行政権は法律の適法な執行を確保すべく作為義務が課せられる。したがって、行政権自身が法令に違反し、法令の適用を怠る場合、また、行政が第三者たる市民の法令違反を放置し、法令の執行を怠る場合、これら行政の不作为により損害を蒙った市民は、行政権を相手どって損害賠償請求訴訟を提起しうることになる。しかしながら、この場合、行政権の法執行義務は、前掲のモンタネ・ドゥ・ラロークの表現をかりれば、「手段債務」と解されてきた。すなわち、「すべての役務過失同様、不作为過失 (la faute d'abstention) は、作為義務の懈怠、すなわち結果債務ではなく、熱意義務 (obligation de diligence)、すなわち手段債務である」と⁽¹⁾。

このように、不作为義務がいわば「債務者に慎重性と熱意」が求められる手段債務に止まるものであるとされる根拠は、行政は行為する、あるいは行動しないの裁量権を持ち、行政が介入するとしても、その場合の時機、手段の選択は行政の判断に委ねられている、とする行政便宜主義に求められる⁽²⁾。そして、この行政が自ら作りだした、あるいは私人によって作りだされた違法状態を、法令の機械的執行により直ちに終熄させるべく義務づけられえないことは、

行政が錯綜し、対立する市民的諸利害の調整と衡量を通じて公益を実現するその本来的使命に求められる。その典型的事例は、たとえばジェーズ (Jéze) により提供される。彼は、警察当局による工場占拠労働者の排除措置が、流血を招くような場合には、司法裁判所により退去命令判決を得た工場所有者の財産権保護よりも、争議労働者の生命、安全が優先されるべきことを論じ、かかる場合の警察当局の判決執行の拒否を是認する (一九三八年六月三日の H・ペレ (Pellet) 商事会社判決⁽³⁾)。——このような意味で、行政権には「法律による行政の原理」にも増して、行政活動の「必要性 (les nécessités) の優位」が語られ、前者の原理の確保は、行政にとって「現実的というよりもプラトニクな」義務とされる⁽⁴⁾。かくて、行政の不作為責任においては、行政は法秩序の確保を「結果債務」として義務づけられず、行政の責任の所在はこの法秩序維持に行政が払った熱意あるいは努力の中にみいだされることになる。いわば、結果においてではなく結果達成に到る行政の態様・方法が訴訟において論議されることになる。したがって、被害法益がいかに不可償かつ重大なものであったとしても、行政が結果の予測とその回避に向け「充分かつ適切な物的手段を利用」したとあれば行政は免責されることになり、これは災害防除・警察危険防止責任においても変わることはない⁽⁵⁾。

二 さて、法秩序維持に行政が払った熱意の有無が役務過失の判定基準になるとすれば、行政が特段の理由なく結果回避に向け何らの措置も講じなかったとすれば、それだけで行政の熱意が疑われることになり、ここに行政の「全面的不作為」(carence totale) と「部分的不作為」(carence partielle) の区別論が有意義なものとなってくる。そして判例は、行政の「全面的不作為」の場合については、法令執行の「意識的・機械的拒否」(carence délibérée ou systématique) を認定し、早くから行政の過失を認定してきた⁽⁶⁾。重要な判例として、一九四八年二月二七日のビエ (Vie) 氏判決がある⁽⁷⁾。事案は、次のようなものである。

一九三五年マダガスカル植民地の官報に登載された布令 (instructions) により、マダガスカル総督は、公務員たる医

師については俸給支払いを条件に、私的に患者を診療し報酬を得ることを禁じたが、この布令の実効性を担保する措置も、またその後の改正措置も何ら講じられることはなかった。そうこうするうちに、一九三七年に到り、新たな布令が出るまでの間は、公務員たる医師についても、三五年以前と同様、自由診療を許す命令が出た。ビエ氏は先の布令を正直に守り、一九三五年から三七年までの間、自由診療を控えてきたが、その間も実は同業者は、三五年の布令後も制裁措置が存在しないことを良いことに、私的に患者を診療し報酬を得ていた。そこで同氏は、先の布令の実効性を確保せず、その結果同業者の違法な診療により自己が蒙った損害（逸失利益）を理由にマダガスカル総督を相手どり損害賠償訴訟を提起した。コンセーユ・デタは行政の過失を認め、第一審のマダガスカル訴訟委員会 (Conseil du contentieux administratif) により言い渡されていた五五〇〇〇フランの賠償金額をそのまま承認した。

次に、一九六二年二月一日のドゥーブレ (Doublé) 氏判決がある。⁽⁸⁾ これはパイエにより「全面的不作為」事例に分類されているが、後述ナバラ判決の論告担当官ルージュバン・バビューにおいては「結果債務」判例に分類されている事件である。内容は以下のようなものである。

ドゥーブレ氏は、バンデ (Vendée) 県のサン・ジャン・ドゥ・モン (Saint Jean de Monts) 市の海水浴場に別荘を構えていたが、その至近の距離に同市の観光協会 (syndicat d'initiative) がキャンプ場を開設していた。ドゥーブレ氏は毎夏、大勢のキャンパーらによる騒音や目の前でくりひろげられる光景、さらに不衛生と火災等の現実的危険に苦しみ、かねてからキャンプ場の開設規制の強化と取締りを知事と市長に訴えていた。一九五七年五月七日に到り、県内のキャンプ場については收容人員を三〇〇人に制限し、テントは街路から少くとも一五メートル離れたところに設置するよう知事の命令が発せられたが、命令は遵守されず、この年の夏も事態はこれまでと同様だった。そこでドゥーブレ氏は、命令の尊重を確保しなかった知事と市長の不作為により損害を蒙ったとして、損害賠償を提起した。コ

ンセーユ・デタは、知事が命令に違反したキャンプ場から開設許可を取消さなかったこと、市長が同市観光協会の命令違反を放置し、知事に違反の事実を通告しなかったことは、⁽⁹⁾「全面的不作为」(carence systématique)にあたるとして、両者の過失を認定し、ドゥーブレ氏に対する一〇〇〇フランの賠償金支払いを言い渡した。

これに対し、「部分的不作为」の場合、すなわち、行政が「何らかの方法により合理的期間内に」(d'une certaine manière et dans un délai raisonnable)行動した事実が認められるならば、行政の過失の認定は困難になる。ここでは、行政の介入は実効的(diligence efficace)である必要はなく、満足すべき介入(diligence suffisante)が行われたと認められるならば充分であるからである。⁽¹⁰⁾

行政の不作为が過失にあたらないとされたものとして、たとえば一九七四年一月二七日のヴィユナーブ・ドルノン市(commune de Villenave d'Ornon)判決がある。⁽¹¹⁾これは市が「青年の家」(un foyer de jeunes)の集いを市の集会場で開催することを認めたところ、騒音被害を理由に近隣の住民が出訴した事件で、コンセーユ・デタは、夜の一〇時以降騒音をなくすよう努めた市長の努力を認め、一〇時以前の騒音被害については受忍の範囲内であることを説いた判決である。これに対し、国と市の介入が不充分であったとして過失を認定したものに一九七六年一月二六日のエロール県(département de l'Hérault)判決がある。⁽¹²⁾これは、二日來の大雨の結果、交差点付近の道路に全長一五メートルにわたり水たまりができていたの知らずスピード運転してきた車が、直前でこれを避けようとして道路わきの木と壁に衝突した事件で、学校と工場が近いので運転者に徐行運転を求めプレートが出ていただけでは介入不充分であり、水たまりの存在を知らせる標識を掲げておくべきだったとして、国については公道の管理に瑕疵(通常有すべき安全性の欠如) un défaut d'entretien normal de la voie publique)があったとし、市については、公道の通行の安全性を確保すべき市町村警察権限(市町村行政法典九七・九八条)の不作为に過失があったとし、国に責任の四分の三、市に責任の

四分の一を認めたものである。

- (1) Montané de la Roque, *op. cit.*, p.328.
- (2) M. Paillet, *op. cit.*, p.337.
- (3) G. Jéze, *Appréciation par les gouvernants et leurs agents de l'opportunité d'agir*, *Revue de droit public*, 1943, p.7; H. ベン商事会社判決は、*Recueil Lebon*, 1938, p.521 et s..
- (4) M. Paillet, *op. cit.*, p.338.
- (5) *Ibid.*, p.339.
- (6) *Ibid.*, p.337.
- (7) *Recueil Lebon*, 1948, p.99.
- (8) *Recueil Lebon*, 1962, p.680; 同氏はこれ以前にも、キャンプ場の規制強化を求め知事に申立てを行い、その拒否処分への越権訴訟を提起し敗訴していた。この時の判例は、*Recueil Lebon*, 1959, p.541.
- (9) 知事の権限行使に関わる法令違反を発見した場合、市長は知事に違反事実の通告を行うべき義務があるとされる法律上の根拠は、一八八四年四月五日法九一条である（前掲第一章〔6〕の一註（6）参照）。
- (10) M. Jillet, *op. cit.*, p.338.
- (11) *Recueil Lebon*, 1974, p.586.
- (12) *Recueil Lebon*, 1976, p.514.

2 結果債務としての不作為責任

一 右に知ったように行政が何らの介入も果さなかったという場合は格別、行政が何らかの介入を行ったと認められるならば、結果回避に到らないまでも、行政はその示した熱意により不作為責任を免れることになる。このような意味で、行政の不作為責任は、従来「手段債務」の性質を持つものと解されてきたが、この領域においても「結果債務」が成立するとなれば、行政の不作為責任の範囲はどのように変わることになるであろうか。パイエは、「結果債

務を行政の責に帰せしめることが承認された場合のあらゆる利益は、公権力に対し専ら手段債務のみを課した場合以上に、被害者を有利な立場におくことになる点にある」すなわち「債務者がかかる結果債務を負うことになれば、被害者たる債権者は明らかに全く有利な立場におかれることになる。債権者は期待された結果が実現されなかったことを証明すれば足りるからである。反対に、手段債務の場合には、損害が発生したとしても、熱意不充分が当該義務の債務者によってもたらされたものであることの立証を必要とする。あるいは、当該不作為が瑕疵あるものであること⁽¹⁾の立証を必要とする。」

このようにパイエは、結果債務理論の不作為責任への導入の意義を証明責任の負担軽減に求めており、これは私法において、「立証責任 (Le fardeau de la preuve) は結果債務以上に手段債務 (des obligations de diligence) の方が重い」という考え方に依拠したものであった。⁽²⁾

しかしながら、パイエのこの議論が成りたつためには、行政の不作為によって国民に生じた損害が、「手段債務」か「結果債務」か予め明らかにしていなければならない。この両概念が提唱された当時において、すでに、これを民法不法行為法に導入することに難色が示された原因がまさにここにある。契約法においては、予め契約当事者の意思（あるいは意思の推定）により、当該債務が結果債務か手段債務かが明らかにされえ、契約不履行の場合の証明責任とその程度も事前に推知することが可能である。ところが不法行為の場合には、損害が生じて後はじめに当該債務の性質が議論されることになる。⁽³⁾この場合であってもしかし、証明責任の事実上の転換事例に関する判例の蓄積をまっぴらに、当該不法行為責任の性質が経験的に明らかにされる可能性がある。⁽⁴⁾そして、この場合には両概念を導入する意味もあり、これは証明責任の程度を決する規範概念として機能することになる。ところが不法行為責任の性質が予め決せられておらず、結果債務か手段債務か、判断基準が存在しない場合には、証明責任の配分は客観的に決せられる

ことなく、結局、事案毎の裁判官の心証に依存することになる。その結果、両概念は単なる比喩以上の意味を持たないことになる。⁽⁵⁾しかしながら、このようにいうことは、この概念の有用性を全く否定することにはならない。パイエがそもそもこの両概念に着目し、とりわけ結果債務の存在を強調した所以は、国民の権利救済の拡大のために、コンピュータ・データに対し、不作為責任の類別を明らかにし、証明責任法理の確立を期待した、いわば判例嚮導的概念として利用するためだったと思われる。パイエはいう。

「行政がかく行動すべきだったのに行動しなかったという、不十分に終わった行政活動の結果を考慮に入れることは、実際、行政賠償責任の根本的拡大のための有力な手段となりえよう。その結果、行政裁判官が行政活動の実効性にこれまでよりも敏感になるとしても、「また」到達すべき結果を今後しだいに強調するようになるとしても、「現実には」しかし、結果が実現しなかったというただそれだけで、公役務の過失が立証されたことになる例はそれほど多くはならないであろう。一般的に、行政義務の内容が極めて詳細に規定されていることは例外的であり、むしろこれは、行政警察の場合のように極めて漠然と定義された使命の遂行に結びつけられているからである。しかしながら、行政が完全に予見可能な結果「の実現あるいは回避」に向け極めて明確に限定された内容の作為義務を負担している場合には、裁判官は期待された結果の実現しなかったことで公役務の過失の存在を結論づけることを妨げられるものではない。この時まさに、義務の対象そのものが裁判官のかかる推論方法を正当化するのである。それゆえ、公役務の過失をよりよく解明するために、手段―結果債務の民法学者の区分を利用することが可能であるように思える。このことは、結果債務の成立余地が目下のところ極めて限定されたものであることを確認したとしてもそうである。それでもこれは消極に取り扱われるべきではなく、反対にこの区別は行政介入が今後増大するにつれてますます大きな役割を果たすことが期待されるであろうし、裁判官が種々の義務をより詳細に分析しようと努めるにつれてそうなる

る。というのは、あらゆる義務がすべて同じ種類に属することはありえないし、あらゆる義務がすべてその範囲を同じくするわけではないからである。なぜなら、行政上の義務の対象の多様性がそれぞれの義務の範囲のリアルな見定めを要求するからである。」(傍点村上)。(6)

二 手段債務と結果債務の概念が、フランス行政賠償責任論において未だ規範的意義を持ちえず、問題索出的概念としてのみ援用されていることは、われわれにとつてそこにおいて語られている議論の有意味性を減ずるものではない。行政の不作为責任における結果債務の議論は、フランスにおいて行政の作為義務が強調され、それだけ行政の裁量領域が後退していることを示すものであり、われわれに行政の裁判的統制の拡大を明らかにしているからである。そこで以下、フランスの論者らによつて「結果債務」を宣告した判例として指示されたものをみていこう。一九七二年一〇月二〇日のマラブー (Marabout) 氏判決である。(7) 事案は次のようなものである。

サン・クルー (Saint-Cloud) 門に近いミケランジュ (Michel Ange) 街区に住むマラブー家は、公道に連絡する私道に面していた。一九五九年六月一日と一九六六年一月二日の警視総監の二つのオルドナンスは袋小路で幅四メートル、全長六五メートルのこの私道を駐車禁止区域としていた。しかし、三枚の標識板に表示された駐車禁止措置では実効性がなく、不断に二〇台近い車が駐車していた。その結果、マラブー氏の家に達するには徒歩によるしかなく、車での出入りは封じられていた。マラブー氏は何度か警察にかけ合い、規則が遵守されるよう要請したが、市は駐車禁止の標識板を一つ増やし、駐車違反の摘発を若干行つた後、一九六六年以降は全く規制を行うことなく放置した。このような状況下でマラブー氏は、駐車禁止規制の実効性を確保しない市の不作为により蒙つた損害を理由にコンピュータ・データに出訴した。

マラブー氏の訴えに対し、市は三つの根拠から不作为責任を否定した。(8)

① 「交通警察がパリにおいて直面している困難性から」駐車禁止の実効的措置は専ら主要な道路について行わざるをえず、交通機能としての重要性の劣る小街区 (rue) の私道にまで手が回らないこと。このことから市の不作為は「重過失」(faute lourde) とはいえないこと。

② 原告は市を相手どることなく、駐車違反者の告発等、私人として取りうる努力をつくすべきこと。

③ 原告は損害を蒙っていないこと。⁽⁹⁾

これに対し、コンセーユ・デタは市の不作為責任を認め、マラブー氏の請求を認容したが、その論拠となった論告担当官のジルベール・ギヨーム (Gilbert Guillaume) の論告を先にみていこう。

(1) 従来判例によれば、「公共の安全、静穏、公衆衛生」確保のため市町村当局において採られるべき措置が行政立法、行政処分等の法的行為 (les activités juridiques) であるならば、その不作為は「単純過失」(faute simple) の立証で足りるのに対し、事後的執行行為 (les activités matérielles) の不作為であるならば「重過失」(faute lourde) の立証が必要とされた。⁽¹⁰⁾ 本件の場合、期待されている駐車禁止の実効措置は主に駐車違反車の撤去等の事実行為であることから、原告において「単純過失」では足りず、「重過失」の立証が必要なケースであった。市町村警察において物理的事實的執行行為の不作為に重過失の立証が要求されるのは、当該行為の作為・不作為の決定が、多く、微妙かつ切迫した状況の下で重大な結果をもたらす即時の判断に基づき行われなければならない、その難しさがあるとされる。⁽¹¹⁾ したがって、求められているものが事後的執行行為であっても、状況に対応しうる判断余地と時間的余裕がある場合には、法的行為と同じく単純過失で足りることになる。ギヨームは、本件がこれであるとす。すなわち、「警察当局が可能な選択肢の中からその得失を見究めるに必要な熟考時間を持つことなく、直ちに困難な決断を下さなければならぬ義務を負っている場合には、その責任は重過失の場合にのみ成立する。そうでない場合には単純過失で充分で

ある。」そして事実、本件の場合、「適切な措置をとるために必要な時間的余裕」が警察当局にたっぷりあったとする⁽¹²⁾。一九六六年に駐車禁止の標識を加えてから訴訟提起（一九七〇年）に到る間、四年間の時間的余裕が存在したからである。そして、ギョームが右に「適切な措置」(les mesures appropriées)として指示するものは、駐車違反車の領置場への索引あるいは「ダンベールの木靴」(sabor de Denver)と呼ばれる車輪止めによる車輛の当該路上への固定化である。⁽¹³⁾ いずれも車の利用のためには市警察当局に赴き、譴責と一定金額の負担を余儀なくされる点、駐車違反の面倒な訴追手続と軽微な制裁金の賦課以上に実効性を持つと指摘される。⁽¹⁴⁾

(2) 次にマラブー氏は行政訴訟以外の権利実現手段をとらなければならなかったであろうか。ギョームは、「このような議論は無益である」という。マラブー氏が市警察当局への駐車違反者の告発等の「法的手段をとりうることは疑いないとしても、しかし、このように義務づけられているわけではなく、同様に市に対しても訴訟を提起できた」とする。そして、仮に市のいう手続に従ったとしてもマラブー氏において駐車違反者を個々に同定するわずらわしさと、検察当局による不起訴の可能性を予測しておかなければならず、実効的救済にならないとする。また、市はマラブー氏のとるべき方策として、私道の共同所有者に対し、当該道路を公共の利用に供することの廃止の提言と、これら共同所有者の同意に基づく市長の供用廃止決定を得べきであったとする。しかし、ギョームは私道の所有者らが全員一致でこの提案を受け入れることはまず考えられなかったであろうとする。⁽¹⁵⁾

(3) 最後に、本件において蒙ったとされるマラブー氏の損害の中味はいかなるものであったろうか。ギョームはこれを判例法上確立された市民の公道へのアクセス権の侵害と生活妨害の中にもみる。マラブー氏によって主張された実害は次のようなものであった。

① 病気になる折、駐車妨害のため救急車が門前まで乗り入れられず、一二メートル先の救急車まで坦架で運ば

れたことがあったこと。

② 不意の浸水の折、消防自動車が道路の奥まで進入できなかったこと。この経験から消防隊長が火災の折、消火活動が困難になることを知事に報告し警告していること。

③ ゴミ収集車が進入できないため廃棄物処理に困難をきたしていること。

④ 日常生活必需品の搬入に支障をきたしていること。特に冬期の暖房用燃料油の購入に際し、トラックからのパイプがのびないため不都合をきたしていること。

⑤ 自宅の車庫を利用できないため外に駐車場を賃貸していること。⁽¹⁶⁾

ギョームは右のうち⑤を除いて他の事実をすべて認め、損害を二〇〇〇フランと評価した。コンセーユ・デタはこの論告を基本的に受け入れ、「交通警察 (La police de la circulation) がパリにおいて直面している困難は、市当局者らが、設定されている禁止措置の遵守と沿道住民のアクセスが確保されるよう、適切な法的ないし執行諸措置をとるべき義務を免除するものではない」として、パリ市の不作為責任を認めマラブー氏に対する二〇〇〇フランの賠償金支払いを命じた。

三 さてそれでは、本件がパイエおよび本件判例評釈者のカバンヌロレジエールならびに後述ナバラ判決の論告担当官ルージュバン・バビユーらによって「結果債務」を宣告した判決と評価される所以を考えてみよう。

ギョームの論告は、右にみた理由から本件における市の不作為責任は「軽過失」の立証で足りるとしたのに対し、判決はこれを却け、市の責任が「重過失」であることを必要とした。これは大都市における駐車禁止措置の実効性確保が、現実には多くの困難に逢着することを判例が承認した結果であった。⁽¹⁷⁾ 市は現実的にはその精力を専ら主要な往来 (les principales artères) の駐車規制にふりむけざるをえず、道路としての重要性の劣る小街区の私道にまで不断の

監視をおよぼすことはできないこと⁽¹⁸⁾、さらに、駐車規制の実効的手段が比較的限定されているからである。これらの事情はまた、現状においてマラブリー氏が蒙りつついる被害の程度と共に、市の対応の鈍さを正当化するものであった。ギヨームが原告の主張を認容しうべき法律論として、市の不作為責任は「軽過失」で足りるとしたのは、「重過失」の立証が求められた場合訴訟維持が難しいと判断したからであろう。しかるに判決が、本件事案において「重過失」の要件を求めておきながら、市の不作為がまさにこれ（重過失）にあたることを判断したことは、市に対して極めて高度な内容の作為義務を課したことになる。⁽¹⁹⁾ 本件が「市民の期待した内容通りの結果」⁽²⁰⁾をもたらすべき結果債務が負わされたケースであると評価されるのはまさにこの点にある。⁽²¹⁾ そして、判決においてこの結論に到達したのは、現状においてマラブリー氏が蒙りつついる生活妨害以上に、一旦火災が発生した場合の被害法益の重大性という現実的危険性にあつた。ワリースが評釈するように、「マラブリー氏の訴は、不幸が生ずる前に、コンセーユ・デタにこれ（火災防止）を意識せしめる機会を与えたものであつた。」⁽²²⁾ その意味で、マラブリー氏の損害賠償請求訴訟は、火災発生時における消防車・救急車の進入確保という予防訴訟的実質を持つものであつた。

(1) M. Paillet, *op. cit.*, pp. 336 et 340.

(2) A. Tunc, *op. cit.*, 1945, I. 449, n°26; M. Paillet *op. cit.*, p. 340. ただし、債務の種別が証明責任の配分に直ちに結びつくものでなく、この点に關し、フランス民法学説において議論があることは、織田・前掲論文七一頁以下。

(3) C. Thomas, *La distinction des obligations de moyens et des résultat*, *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 1937, p. 651 et s; M. Paillet, *op. cit.*, p. 332.

(4) フランスの民法理論によれば、結果債務の場合、債務者の主観的過失は最早問題とならず、不可抗力あるいは外来的原因ある場合でしか債務者は免責されないことになる（織田・前掲論文七一、七五、七九頁）。その結果、結果債務は「無過失責任」（結果責任）を意味することになる。しかし、パイエが結果債務を援用するのは、行政の無過失責任を根拠づけるためではなく、あくまで「過失責任」を論ずるためであつた。彼は、結果債務は「無過失責任」を説くために援用したのではなく、また、後者（無過失責任）は、行政法上、他の法理（危険責任論）

によって根拠づけられることを指摘する (M. Paillet, *op. cit.*, p. 340)。かくするならば、パイエの結果債務理論は、行政の側に最高度の注意義務を課し、法秩序維持という結果が達成されなかった場合、行政の過失を推定し、反証を行政に行わせる法理として援用されたものであることがわかる。しかし、かくては、結果債務は、いわば強められた「手段債務」を意味することになり (手段債務における推定過失責任主義については、織田・前掲論文七五頁)、民法理論と異なることによって、この点でも理論上の難点を抱え込むことになる。

(5) 「結果債務」と「手段債務」を区別する客観的判断基準が存在しないことは、一つの判例をめぐりそれがいずれの債務を宣告したものか評価が岐れるところにも現われる。たとえば、ドゥーブレ判決 (一九六二年二月一四日) がそれである。

(6) M. Paillet, *op. cit.*, p. 344.

(7) Recueil Lebon, 1972, p. 664.

(8) Gilbert Guillaume, La responsabilité de la puissance publique pour la négligence à faire respecter les arrêtés de police réglementant le stationnement, *Actualité Juridique de droit administratif*, 1972, p. 625.

(9) 本件の場合、わが国ならば駐車禁止規制の二つのオルドナンスは、「公益」保護規定であって、「私益」保護を目的としたものではないとする『反射的利益』論により却けられるケースであるが、本件に限らず、フランスの行政の不作为責任論においては、かかる議論は見あたらない。なほいずれば、フランスにおいては、訴の利益が広げることについては、Montané de la Rocque, *op. cit.*, p. 299.

(10) G. Guillaume, *op. cit.*, p. 625; Cabane et Leger, *Chronique générale de jurisprudence administrative française, Actualité Juridique*, 1972, p. 583; M. Paillet *op. cit.*, p. 356.

(11) Bruno Odent, Note de Jurisprudence, *Jurisclasser Périodique*, 1973, II, 17373, n°V.

(12) G. Guillaume, *op. cit.*, p. 626.

(13) G. Guillaume, *op. cit.*, p. 626.

(14) M. Waline, La responsabilité d'un ville pour carence de ses services de police, *Revue de droit public*, 1973, p. 838.

(15) G. Guillaume, *op. cit.*, p. 627.

(16) *Ibid.*, p. 627.

(17) 「重過失」の立証の要求が、本文でみたような行政の活動形式 (法的行為か事実行為か) の区別に基づく場合と「行政が直面する公役務の困難性」に由来するものとあることについては、B. Odent, *op. cit.*, 17373, n°V; むしろ一般的には、M. Paillet, *op. cit.*, pp. 363 et 365.

(18) ギョームは、市当局により申立てられたこの事実が、駐車規制がべきなうことこの「言い訳」(une excuse) ではなく駐車規制していないこと
6 「告広」(un avenu) であるとす。G. Guillaume, *op. cit.*, p. 627; これに対し、オダンは、大都市における実効的駐車規制の困難性を承認

し、右のギョームの指摘に反対す。 Odent, *op. cit.*, 17373, n°V.

(19) カバンヌ＝レジュールは、マラブー判決は行政に「結果債務」を課したものであること、これは「市当局は公道上の安全を確保しなければならず、この手段を持っていないければ、これをみつけたさなければならぬ」としたものであるとする。 Cabanes et Leger, *op. cit.*, p. 582.

(20) M. Paillet, *op. cit.*, pp. 340 et 342.

(21) オダンは、コンセーユ・デタが本件において駐車規制の困難性を認め「重過失」の立証を求めておきながら、市当局のこの重過失をあっさり承認したことに当惑し、そもそも「重過失・軽過失」の区別論自体が無意味であることを論ずる。 B. Odent, *op. cit.*, 17373, n°V. コンセーユ・デタのこの一見矛盾した対応は、市に対し「結果債務」を課したものであることを理解して初めて永解する。

(22) M. Waline, *op. cit.*, p. 840.

〔二〕 無過失責任としての不作為責任

一 前掲マラブー氏判決における論告担当官ギョームの論告は、駐車規制の実効的措置として車輪止めによる車輛の固定あるいは撤去といった事実行為があることを示唆していた。これに対し判決は、市当局が「適切な法的でないし執行諸措置」(les mesures appropriées réglementaires ou d'exécution)をとるべき義務があったとして、事実行為以外に法的措置を実施する余地が存したことを示していた。Actualité juridique の評釈者カバンヌとレジュール (Cabanes et Leger) は、このようなものとして、市長の私道規制権限を挙げる。私道はその所有権者の同意に基づき公共の利用に供された場合、市長は市町村警察権限(一八八四年の市町村行政法典九七条)に基づき、公道同様、この私道についても道路管理権を持つ。そして、市長は、公共の安全確保のために「緊急ないしは絶対的必要がある場合」(dans les cas d'urgence ou d'absolute nécessité)、当該「私道」に関し供用停止処分をなしえ、利用をその許可に服せしめることができる。(市長の私道管理権に関しこの法理を認めたものとして一九一九年七月一八日のマニエ (Manier) 夫人判決がある。⁽¹⁾この事件の場合は、右の要件を満たすことなく、私道の入口に柵を設け供用停止処分にしたことを違法としたもの。これからするならば、本件の場合、右の要件を満たせば、私道の入口に可動性の車輛通行止めのタイを設置し、緊急時その他必要時以外、車の進入を阻む

ことができたはずである。(2)カバンヌとレジエールは、本件はまさにこのような法的措置がとられるべきケースであったとする。

しかしながら、右の措置が可能なのはあくまで「私道」に関してのみであって、「公道」における交通・駐車規制については市町村警察権限は相対的に限定されたものにならざるをえないとする。すなわち、市長の交通警察権限を拡大した一九六六年六月一八日の法律にもかかわらず、全面的絶対的駐車禁止措置は違法とされ、むしろ、公道を交通とこれに付随する事柄——駐車、住居への進入・連絡——に供すること、また利用の平等性確保が求められるからである。その結果、彼らによれば、公道については特段の事情がないかぎり、一般的かつ絶対的供用停止措置はとりえず、唯一『街路、河岸、広場および公道の安全と通行の便を確保するための』駐車禁止と違反車の確認、罰金あるいは乗用車の撤去等、司法警察措置に依存するという。ところが、「パリに関する限り、これら駐車禁止の実効性確保」のため行われる司法警察」措置は、大部分国の権限に属する決定ないし措置に依存する」とされる。すなわち、違法駐車禁止確保のためには警察現業部門の増員を図らなければならないが、これは国の予算措置に依存する。一九六八年一月一日以降、パリ警視庁の現業警察官は国家警察に属し、一九六六年七月九日法一条に基づき、その職務の行使に関し警視総監の指揮に服するからである。他方、一九六四年七月一〇日法三八条に基づき、現業警察に係る警視庁業務の収入と支出は、国家予算に計上され、毎年予算法の対象となるので、パリ市が警視庁業務に必要な支出を負担するには制限があるとされる。また、市の警察業務に係る支出計画のうち重要なものは監督庁の認可に服する。さらに、罰金額の改定も国の権限に属するので、カバンヌとレジエールによれば、市長の警察権限の不作为は、多くの決定に基因するとなす。すなわち、パトロール警官の人員不足による駐車違反車の摘発不充分と罰金軽減による再犯防止の実効性の欠如がこれである。(3)カバンヌとレジエールはこのように、駐車違反の抑止 (les mesures répressives)

という司法警察 (La police judiciaire) 措置が国家の予算措置に左右されることを指摘するが、これはまたギヨームが示唆した、公共の安全確保のための駐車違反車輛の撤去といった警察予防措置 (Les mesures preventives) 行政警察 (La police administrative) 措置についても妥当することになる。⁽⁴⁾ この場合もまた警察官の増員がなければ実行不可能であるからである。しかしながら、このように実効的権限を持つものが市町村の後見的監督法人 (国) である場合にも、フランスの行政判例はかかる事情を斟酌せず、市町村の損害賠償責任を肯定する (前掲一九六二年一月四日のドゥーブレ判決。ここでは、キャンプ場の開設許可取消権限を持つものは知事であったが、市の不作為責任も肯定されていた)。その上で、一定の場合、公共団体間の求償訴訟の余地あることを肯定している。⁽⁵⁾

二 さて、マラブー判決においては、私道の供用停止処分あるいは駐車違反車の撤去により、公共の安全が実効的に確保されうると判断されたが、実効的行政介入手段がない場合、あるいは仮にこれがあったとしても、権限の行使が合理性を欠き、現実に行政介入なしえない場合が多くありうる。このように行政の不作為に理由があり過失が認められない場合、被害者には他に何らかの救済手段が認められないであろうか……。まさにかかる事態に対応するものとして登場してきたものが、無過失責任としての行政の不作為責任である。この場合の判例は次のようなものであった。

⊙一九七一年五月七日サストル (Sastrol) 氏判決⁽⁶⁾——一九六二年一月七日のデクレ四条によって、ボルドー・ブリエヌヌ (Bordeau Brienne) 国营市場 (marché nationale) 附近一帯については、市場保護のため一定の生産物の卸売 (en gros) 売買が禁止されていた。ところが近隣のキャプサン (capécins) 市場に属する商人がこれに違反して営業していたので、知事はこれらの商人を右デクレ違反を理由に告発した。訴訟を受理したボルドー地裁、控訴院、さらに破毀院はいずれもデクレ自体の違法を理由に違反者を無罪とした。ところがこの同じデクレの取消を求めて右違反者らがコ

ンセーユ・デタに出訴したところ、この方は同デクレを適法とし訴を棄却した。さて、右の刑事訴追のきっかけをなす違反者の取締りを陳情していた原告（ブリエヌヌ国営市場の卸売商人）は、他方でさらに取締りの実効を求め、市長に対し、キャプサン市場に出店許可を持つ右違反者らの許可の取消ならびに知事に対しては行政上の強制執行の発動を要請していたが、いずれも拒否されていた。そこで原告は、右デクレを改めて適法と判断したコンセーユ・デタ判決を受けて、この判決後違反者の取締りと刑事告発を怠り、強制執行措置をとろうとしない知事・大蔵大臣と、さらに違反者らの出店許可の取消を實行しようとする市を相手に、行政の不作为により営業上の損害を蒙ったとして損害賠償請求訴訟を提起した。第一審ポルドー行政裁判所は原告の主張を全面的に受入れ、市と国の不作为責任を認め、コンセーユ・デタは行政上の権限、刑事訴追権限の行使・不行使は、共に市長、知事の自由裁量に属し、これはいかなる法規によっても奪われていないとして、原告の請求を却けた。しかしながら、一九六二年のデクレにより設定された禁止措置が尊重されなかったことで蒙った原告の損害は、それが原告に特別の犠牲を強いる性質のものである場合には無過失責任に基づく損害賠償請求訴訟を容れる余地があることを指摘し、この附帯訴訟の争点についてなおポルドー行政裁判所に係属中の審理を見守るべきことを判示した。

①一九七四年三月二〇日のナバラ（Navarra）氏判決——一九六六—六七年の冬の間、原告ナバラ氏の住居に隣接する土地に建築許可を得ず、また都市計画法に定める行政地役を無視した二つのバラック（Baraquements）とキャンピングカー用のコンクリートで舗装工事された駐車場が建設された。原告は自宅から六〇センチメートルの至近の距離に建てられたこの二つのバラックからの排水が原告の敷地内に流れこむので、知事にくり返し陳情を行ったが、知事は検察官に都市計画法違反の訴追を行わず、このため有罪の場合には司法裁判所により違反建築物の除却判決が得られるはずの機会を失わしめた。そこで原告は訴追手続をとらなかつた知事の不作为に過失があったとして国に対し

損害賠償請求訴訟を提起した。コンセーユ・デタは、司法裁判所による違反建築の除却判決を得るため検察官に訴追申立てをするか否かは「いかなる法規によっても奪われえない」行政当局の裁量権に属するとした。しかしながら、行政の不作为により違反建築を有効に阻止しえなかったことに起因して蒙った原告の損害は特別かつ異常なものであって、利害関係者に帰されるべき通常の負担とはみなされえないとして、附帯訴訟により申立てられた無過失責任に基づく損害賠償請求を認容し、国に五〇〇〇フランの賠償支払いを命じた。その上で、この場合の損害賠償金は、違反者が本来原告に支払うべき賠償金を国が肩代わりしたものであり、大臣は、後、都市計画法違反者を相手どり司法裁判所に求償訴訟を提起することが可能なことを判示した。

三 さて、サストル判決においてはジャント(Gentot)の、ナバラ判決についてはルージュバン・ベビュート(Rougevin-Baville)の論告が付されており、判決はいずれも論告の内容に沿った判断を示していた。以下では、ジャントの論告をも踏まえ議論を展開していたルージュバン・ベビューの論告を中心に、右の二つの判例で示された無過失責任としての行政の不作为責任の法理を明らかにしよう。

(1) ルージュバンは、⁽⁸⁾以下の二つの論告を中心に論告を組み立てていた。

Ⓐ 行政介入の不作为に過失があったか。

Ⓑ 行政介入の不作为に過失がなかったとしたならば、それでは原告に無過失責任に基づく損害賠償を原告に認めるに足る「異常かつ特別な損害」(Le prejudice anormal et special)が原告において発生していたかどうか⁽⁹⁾である。

以上の論点に沿って議論を進める前に、以下の二つの論点の処理が必要であることを論ずる。

一つは、ナバラ氏が不服を申立てた隣地の建物と駐車場が、果して都市計画法に違反していたかどうかである。が、この事実は訴訟当事者間に争いのなかったことを確認する。第二は、ナバラ氏は違法な建築物の除去あるいは損害賠償

償請求を得るために、国を相手どるのではなく隣人を相手どって民事訴訟を提起すべきではなかったか、である。この行政側から主張された論点に関し、ルージュバンは、ナバラ氏にとって可能であったこの訴訟方法は、彼が行政庁の不作为により蒙った損害を国に請求する権利を奪うものではない、とした。そして、コンセーユ・デタが行政のこの種の議論をマラブー判決においてすでに却けていたこと、さらにドゥーブレ判決においてもコンセーユ・デタは同氏に対し、観光協会を相手に相隣訴訟を提起すべく求めていなかったことを指摘する。⁽¹⁰⁾

(2) 以上の前提問題の解決を踏まえ、ルージュバンは、先に挙げた論点④、すなわち、本件における行政介入の不作为は、果して過失にあたるかどうか、を論ずる。そしてこのために彼は、行政判例の動向とそこでの論点を明らかにする。

ルージュバンによれば、行政の不作为に関する判例には二通りのものがあるとする。

第一。行政の不作为を違法と判示するものである。そこでは、「行政は法規 (réglementation) の尊重を確保しなければならず、その不履行 (défaillance) は、行政の責任をもたらず過失を構成する」とするもので、主として行政警察事案において宣告され、有名な先行判例として、ドゥーブレ判決、マラブー判決があるとする。⁽¹¹⁾

第二。行政便宜主義に立って、行政の不作为に過失がなかったとするものである。サストル判決がこれであり、行政便宜主義の原則は、論告担当官ジャントによって次のように説かれる。「一般に、行政客体による法規の尊重を確保するため行使される積極的諸措置については、行政は権限の制約を受けない。利害関係者がおかれている違法な状態が、行政権自身によって犯された違法に起因する場合および明確な法文が行政に介入を命じている場合は別として、行政は市民が有罪を宣告される法律違反をあらゆる犠牲を払ってでも終熄させるために、行政が利用しうる「あらゆる」手段を行使すべく義務づけられてはいない。検、察、官、が、違、反、者、を、訴、追、す、る、便、宜、性、(l'opportunité) を、評、価、す、る、主、人、で、

あるとする刑法における伝統的原則は、行政活動にも適用される。」⁽¹²⁾ (傍点村上)

ルージュバンは、前者、法規の尊重を確保しなかったことで行政が過失を犯したとする判例と、後者の、違反者の刑事訴追を拒否したにもかかわらず行政に過失がなかったとする判例とを同時に肯定することは困難なこと、両者は一見相矛盾することを指摘する。しかしながら、彼によれば、両者の差異は行政庁に複数の「実効的強制手段」が留保され、その間に選択の余地があったかどうかによるとされる。⁽¹³⁾

A まず、マラブー判決とドゥーブレ判決とをみてみよう。法規違反を停止させる「適切な手段」(les mesures appropriées)として最も単純なものは刑事制裁であるが、このほか以下の措置がとりえたとする。⁽¹⁴⁾

(i) マラブー判決

一 当該私道の全面供用停止処分

二 パトロールの増員と強化

(ii) ドゥーブレ判決

一 キャンプ用地の持主に対する改善命令 (mise en demeure)

二 緊急の場合例外的に認められる行政上の自力執行

B これに対し、サストル判決およびナバラ判決の場合には、二つの理由から上記判例において妥当した事柄はあてはまらないとされる。

第一。行政的実行可能性の欠如である。

(i) サストル判決

一 刑事訴追が行いえなかったこと

キャンプサン市場の商人を刑事訴追したところ、ボルドー地裁、控訴院、

破毀院はいずれも適用法令の違法を理由に被告を無罪とした。これに対しコンセーユ・デタは、当該法令を適法としたが、このコンセーユ・デタ判決を承けて訴追を再開したとしても「コンセーユ・デタの判例に拘束されない」(権限争議裁判所の判決には従う) 司法裁判所が、コンセーユ・デタに追隨して先の無罪判決を撤回し、違反者を有罪とする見込みがたたなかったこと、のみならず、先の破毀院判例においては審理に付されなかったが、破毀院の論告担当官が充分な理由ありと認めていた被告の抗弁によっては、再び無罪判決が出される可能性が存したこと。

二 行政上の強制執行手段がとりえなかったこと サンジュスト判決の法理に基づき、法律上の根拠がある場合あるいは緊急の場合、行政庁は自力執行権能を有する。ブリエンヌ国営市場を保護するデクレの実効性を確保するものとされた刑事制裁が破毀院判例により違法とされた上は、この行政上の強制執行措置をとるべきであったとする。しかしこれも、刑事制裁同様「違法なデクレの執行を確保するために」かかる特権的行政手段が行政に留保されてあるわけではないのでこれもまた行いえないこと、逆に、コンセーユ・デタの判示したように先のデクレが適法とされたならば、この場合には刑事制裁により法令の執行を確保すべきであって、行政上の自力執行措置は許されないことである。

三 キャプサン市場における卸売営業のための出店免許を取消しえなかったこと デクレに違反する卸売商人からは、制裁として、市長はキャプサン市場における出店許可を取消すべきことを求められたが、これは彼らが同一市場で営む小売営業もできなくなってしまいうため許可の取消がためらわれたこと。⁽¹⁵⁾

(ii) ナバラ判決

一 司法裁判所による違反建築物の除却を得るため検察官に訴追手続をとったとしても、除却判決を確実に取得

する保証が存在しないこと 都市計画法違反の建物の除却を得るためには、はじめ検察官に違反建築主を告発し、検察官が司法裁判所にこれを起訴し、司法裁判所が有罪の宣告を下すと共に、一定の場合建物の除却判決を出す（都市計画法典四八〇条の二）⁽¹⁶⁾。義務者が判決に従わない場合にはじめて行政当局が代執行なしうる（同法典四八〇条の九）。しかし、建物の除却を得るため、県都市整備局長（*directeur départemental de l'Équipement*）が検察官に告発を行ったとしても、検察官がこれを握りつぶし、あるいは司法裁判所が除却判決をださないおそれがある。このように、行政介入が存したとしても、その実効性の成否が第三者機関の判断に左右される結果、行政の不作為と私人の損害との間には直接的因果関係が存しないことになる。

二 違反建築工事の事前の差止め、停止措置も常に有効に行われるとは限らないこと 工事完了後建物の除却を得るには、右のような問題が存するとして、それでは、建築着手前あるいは工事中にこれを停止しえないか。市長は違反建築が行われている場合にはその中止を命じ、これに従わない場合には自力執行措置をとりうる。しかしながら、工事が行われていることを市民から通告されず、また、工事が夜陰に行われたとすれば、これを有効に阻止する手だてが存在しないことになる⁽¹⁷⁾。

第二。行政介入は比例性の原則（*un principe comparable*）を考慮すべきこと。

行政庁が法規範の尊重を確保するため強制手段を保持する場合にも、それは行政目的を達成する手段として、利害関係者に不必要に過大な負担を課するものであってはならない。ルージュバンによれば、サストル判決において市長が卸売商人から小売営業の権利をも奪うことになる出店免許の取消を断念したのはこの配慮に出でたものであるとする⁽¹⁸⁾。

かくて、ルージュバンは自問する。すなわち、「われわれはそれゆえ、すでに強調された矛盾に再び直面する。す

なわち、一方において行政は、彼が法律の執行を確保するために『必要な措置』をとらなかつたとすれば、原則として過失を犯したことになる。行政はいわば結果債務 (une obligation de résultat) に服する。しかし他方、その都度とられたこれらの措置のそれぞれに関する対応を分析するならば、行政に対し便宜性の評価の裁量権 (une faculté discrétionnaire d'appréciation de l'opportunité) を承認するのが妥当であることになる。コンセーユ・デタがサストル判決において示唆した事柄からするならば、その不作為は卸売において過失があつたとしても、小売については適法であつたことになる。矛盾は、マラブー判決やドゥーブレ判決のように、利用しうる手段が比較的に多い場合にはそれほど耐えがたいものではない。これに対し、二つのうち一つ (サストル判決) あるいはたった一つしか方法がない場合 (本件のように市長が工事完成前に通告が行われなかつた場合) にはかかる矛盾が生ずる。⁽¹⁹⁾

(3) しかしながら、法規の尊重を確保すべき行政介入が行われなかつたことが「明らかに容認されうる配慮」(des considérations parfaitement admissibles) に出でたものであつたとしても、行政の権力行使の自制によって蒙つた私人の損害はそのままに放置することは許されははずである。ジャントとルージュバン・ビーユの二人の論告担当官がクイテアス (Coitéas) 判決を先例として引照しつつ、危険責任理論 (la théorie du risque) に基づく行政の無過失責任法理の適用を提言するのはこのためである。すなわち、これは「公役務の運営が市民にもたらすメリットの見返りとして、市民が蒙る不利益が受忍の限度を超える異常かつ特別な性質のものである場合」市民の特別の犠牲は「公けの負担の前の平等性の原則」(le principe d'égalité devant les charges publiques) に基づき填補される、と主張するものである。⁽²⁰⁾

一九二三年一月三〇日のクイテアス判決は、⁽²¹⁾ チュニジアにおいて古くからの権利を主張する土民の立ち退きを求め、原告土地所有権者が司法裁判所に提訴し、立ち退き判決を得たところ、現地の行政官が騒擾をおそれ、判決の執

行に必要な公の武力行使を拒否した事件である。

このように、先例として援用されたクイテアス判決は、強制執行判決の実現がなかったことから私人の蒙った損害を填補しようとしたものであった。しかしながら、これを行政権限の不行使についてまで拡大適用することには、当然のことながらためらいが存することになる。すなわち、実務上行政の不作為は、裁判判決の不執行以上に多くみられ、これに無過失責任法理を適用することは、国庫とさらには納税者の負担を増す結果になるからである。「無過失責任の許容は、一人あるいは少数の者に負担させることが不平等と思われる損害をすべての納税者に配分することだからである。」そして、この違法建築を建てられた隣人にその都度国庫から損失補償することの耐えがたさをルージュバンは、たとえば、日照、視界を妨げる高い建物を建てられた場合に近隣住民から寄せられるであろう大量の訴えによって表現する。しかしながら、彼は、クイテアス判決のような事例が、その当時においてすら例外的現象とはいえなかった時期に無過失責任法理が適用されたことは、単に「財政上の配慮のみが」この法理の適用を拒否する理由とはなりえないこと、さらに、右の挙例についてもそれが一般的には紀憂であることを示す。すなわち、

一 重要な建築物が建築許可なしに、あるいは許可条項の重大な侵犯によって建てられることは稀であること。
 刑事訴追が問題となりうるのは、したがって、通常は本件のようなバラックや現状の建物に設けられた違法な付属物であること。

二 行政庁の違法な建築許可（本件は無断建築であったことに注意）に基づき設置された建造物の場合、近隣者が蒙る損害はむしろ、最も古典的な行政上の過失責任であること。

三 近隣者が行政の不作為責任を強調する場合には、違反行為が行われていることを権限ある官庁に通告し、その中止を熱心に要請したことを証明しなければならないこと。（したがって、建築物の完成後は、行政の不作為に基づ

く損害賠償は得られないこと。)さもなければ、蒙った損害と都市計画法違反を阻止ないし是正すべく求められて
いるメカニズムの機能不全との間の直接的因果関係を主張することは不可能であること。⁽²²⁾

(4) 以上のように、ルージュバンは、行政権限の不行使に基づく被害者の損失を行政の無過失責任法理により救済すべきことを提言するが、しかし、この種の損失補償の最終的負担が国庫にのみ留まることの不合理性をも指摘する。被害者に損害をもたらした主たる責任者は法規違反者たる建築主にあるからである。したがって、被害者はこの違反建築主をも相手どって民事訴訟を提起しうることになる。しかしながら、この訴訟の救済方法があることは、被害者が行政を相手どって訴訟提起することも妨げなかつたはずである。その結果、被害者が民事訴訟により違反建築主を相手どって損害賠償を得ると共に、被害者が行政を相手どって勝訴した場合、この行政の負担が、後、違反建築主に求償されることが起こりうる。かくては、違反建築主が二重の経済的負担を強いられることになる。そこで、ルージュバンは、この「二重賠償 (une double indemnisation) を避け、同時に真の損害賠償責任を建築主に負わせるため」、被害者の訴がまずもって行政に向け提起されることを認め(そして、実際にも経済的給付の確実性からこの方が多くなるが)、原告勝訴の場合、行政が事後、違反建築主を相手どって求償訴訟(不当利得訴訟)すべきことを明らかにする。その結果、先に行政が被害者の訴訟提起により無過失責任法理に基づき支払った損失補償は、行政が加害者に肩代わりして賠償金を負担したものとみなされ、行政が、事後提起する求償訴訟は、行政が被害者に代位して民事訴訟を提起したものと考えられるべきことを論ずる。そして、このように被害者からの賠償請求が二筋存在する場合(被害者↓加害者、被害者↓行政)、求償関係が介在(行政↓加害者)することによって起こりうる加害者の二重弁償の不都合は、行政に対する第一次的訴訟により解消されることを提言したのは、ルモニエ判決におけるレオン・ブルムの論告であったことを指摘する。⁽²³⁾ルージュバンのこのような、まずもって行政に向け訴訟提起されることを容認する立論は、わが国なら

ばさしずめ「国家補充性」の原則に基づき、私人間の紛争解決を強調するであろう立場と異なり、法秩序維持を行政の第一義的責務とみなすフランス的法治国観をうかがわせて興味深い。

(5) さてしかし、ルージュバンは、行政が加害者たる私人に求償訴訟を提起することはむしろ例外に属するであろうことを予測する。しかしながら、彼は求償訴訟の現実可能性が、行政の意思と実行に関わる限りは、財政的負担を援用することによって無過失責任法理の適用を拒否することはできないとする。むしろ、財政的負担を回避しようとする望むならば、行政は法律の尊重を確保すべき実効的措置をとるよう努力すべきことを強調する。その意味で、無過失責任法理に基づく損害賠償は、行政の実効的介入を促す機能を持つことが論じられる。すなわち、「いずれにせよ、この〔行政に対する〕金銭的脅迫手段の存在 (l'existence de cette menace pécuniaire) は、大都市あるいは沿岸都市の近郊に、キャンプ場や美観を損ねると同時に違法な、多かれ少なかれその場限りの建築物をまきちらす不心得者に対する、これまで以上に熱心な防止対策をとるべく行政に促すに到るはずである。訴追手続をとることの拒否が、熟慮された自覚的なものである時は納得できる。反対に、手抜きや懈怠であるならば批難されるべきである。この場合、ここで示した解決方法がこのような不作為と闘うことに貢献することになる。」⁽²⁴⁾このように、無過失責任法理に基づく行政の不作為責任を論じた後、ルージュバンは、ついで、ナバラ氏が本件事案において果して「異常かつ特別の損害」を蒙ったかどうかを論定し、これを積極に解した上で、その実害を五〇〇〇フランと評価する。⁽²⁵⁾先にみたコンセーユ・データの判決は、彼のこれまでにみた論告を全面的に採用することによって下されたものであった。

四 それでは、以上にみたようなサストル判決、ナバラ判決に対する学説の反応はどのようなものであったろうか……。マラブー判決についてはその責任の性質を「結果債務」と評価するか否かは別として、一般に好意的であった学説は、右の二つの判決に対しては概して批判的であった。これらの判決は、「行政賠償責任の溶解」(la dilution des

responsabilités)をもたらすからであった⁽²⁶⁾。この点を指摘するのは、サストル判決に対するダニエル・ロシャーク (Danièle Roschark) の評釈とナバラ判決に対するジリ (Gilli) の評釈であった。以下、両者の批判の論拠とその指摘とをみてみよう。

サストル判決、ナバラ判決は、共に、行政の不作为に基づく無過失責任の根拠を司法判決の執行が得られなかったことで損害を蒙ったとする者に賠償を認めたいアス判決を先例として援用していた。しかしながら、後者の判例は、判決の実行が騒擾を誘発し、公共の安寧が害されることを惧れた結果、執行を手控えたケースであった。そこでは、公権力の不作为はいわば公益 (intérêt général) 上の配慮に基づき正当化されていた。しかるに両判決にはこのような「公益」の配慮にあたるものはみいだせなかった。学説がこの判決の問題点を指摘するのはこのためである⁽²⁷⁾。判決ではいずれも、行政上の実行可能性の不存在あるいは困難性のみが強調され、法規の尊重が得られなかったこと⁽²⁸⁾によって受益したものが「公益」ではなく、法律を無視した一部国民の利益 (intérêt d'un catégorie d'administrés) であったことが等閑に付されていた。ロシャークによれば、かかる結果は「法規が死文と化し、行政が集団の圧力 (groupes de pression) に屈する」不愉快な事態を容認するものであるとする⁽²⁸⁾。そして彼女は、無過失責任法理の安易な適用は、「行政活動の内容が批判と監視にさらされることなしに、その欠陥 (insuffisances) が糊塗される便利な手段と化し」、また、裁判官に行政の過失を明らかにする努力を放棄させることによって、行政の有責性を論ずべき行政賠償責任の⁽²⁹⁾ 溶解をもたらすと指摘する。他方、この法理は、被害者にとってもその「異常かつ特別な損害」 (un dommage anormal, special) の立証を求められることによって、救済の範囲が制限される危険性があると⁽³⁰⁾する。ロシャークと同じ論拠からジリもまた、ナバラ判決においては、行政の過失責任が問われるべきであったとする。被害者の救済に関しては同一に帰したとしても、過失責任を問うことは以下の三つの利点をもたらすことになるからである。

一 過失責任法理は、行政に権限の行使に際しての手段・方法の自由が留保されてあることをもって、本件のように、その全き不行使を正当化することにはならないことを明らかにする利点を持つ。

二 行政の過失を論ずることで「行政活動の道德化」(une moralisation de l'action administrative)をもたらしす。

三 被害者にとっては加害者の法規違反が放置され、行政がその加担者になっている事態をみすごしにしないですむ⁽³¹⁾。

しかしながら、サストル判決、ナバラ判決において行政の過失責任を論ずるためには、行政的に実行可能な介入手段が存在していなければならない。そして、サストル判決においてこれを指摘したものがワリーヌの評釈である。

先にみたように、サストル判決のジャントの論告は、キャプサン市場での卸売営業の禁止のため行われる行政上の自力執行は、適用法令が一度行政罰の賦課に関連して、破毀院により違法と宣告されたことから実行できないと論じていた。これに対し、ワリーヌは、司法裁判所において違法と宣告され、コンセーユ・データにおいて適法と判断された適用法令の効力は、権限争議裁判所において最終的判定に服すると指摘する。その結果、行政は強制執行 (exécution forcée) を行い、キャプサンの卸売業者がこれを「暴力行為」(voie de fait) として司法裁判所に訴えてた場合、行政は適用法令の適法性を主張して権限争議裁判所に提訴すべきであったとする。そして、行政・司法両裁判所の構成員から成る権限争議裁判所が、適用法令に関し可否同数の結論をだした場合には、裁決投票権を持つ司法大臣の決するところによるとする⁽³²⁾。行政はこのように、適用法令の適法・違法を最後までみとどける努力をつくすべきであったとする。

ナバラ判決についても、Actualité juridique の評釈者は、行政は司法裁判所による除却判決を得べく、ともかくも訴追を試みるべきであったとする⁽³³⁾。先にみたように、ここでは、違法建築の除却は行政のみによっては実現が保証さ

れず、第三者機関の判断に左右される結果、行政の不作為と被害者の損害との間には、直接的因果関係は成立しないと論じられていた。しかしながら、ルージュバン自ら指摘するように、「ナバラ氏が申立てている損害を停止させる唯一の手段である「司法裁判所の」原状回復命令（除却判決）は、行政による十分な確実性と一貫性をもって行われる告発の通常の結果であること」の方が多く、「検察官や裁判所がこれを拒否する事態はめったに起こりえないはずである。」⁽³⁴⁾のみならず、ルージュバンが指摘するように、本件において、行政当局が告発を控えた特段の事情——たとえば、比例原則に基づく配慮——が明らかにされていないことからすれば、⁽³⁵⁾行政の不作為は免責されがたいことになる。かくて、かかる判例の対応は、「行政活動の正当性を審査することを回避するため、行政裁量 (le pouvoir discretionnaire) を楯にとる裁判官の傾向を証明するもの」として、ロシャークにより批判される。⁽³⁶⁾

しかしながら、裁判所において、行政の側に実効的行政介入手段が存したかどうかを審査し、それがわずかでも存在する限り、行政の不作為に関し過失責任を問うべきであると論ずる学説の議論は、いわば行政に国民において期待された内容通りの結果をもたらすべき責務——結果債務——を課することになる。そして、これはこれで行政統制の一層の強化を目指すフランスの学説の動向を示すものとして興味深い議論となっている。

(1) Recueil Lebon, 1919, p.646.

(2) Cabanes et Leger, *op. cit.*, p.582.

(3) *Ibid.*, p.582.

(4) 駐車規制の実効的措置として本文に述べたように「司法警察」措置・「行政警察」措置の両者が存在し、これを明確に区別してみせたものは、オダンの評釈である。その上で彼は、「司法警察」措置の不作為、すなわち、市長が駐車違反者の告発を行わなかったことの過失責任の追求は、行政権と司法権の分立原則から、司法裁判所において行われるべきではなかったか、と問題を提起していた。B. Odent, *op. cit.*, 17373, n°IV; 同く、M. Waline, *op. cit.*, p.838.

- (5) Cabanes et Leger, *op. cit.*, p.582.
- (6) Recueil Lebon, 1971, p.335; この判決についてはすでに広岡教授の紹介と解説がある。広岡隆「裁判制度の欠陥を露呈し、行政上の無過失責任を惹起したフランスのある事件」(末川博追悼論集『法と権利4』民商法雑誌七八巻臨時増刊号(4))二五五頁以下、同「フランスにおける行政上の無過失責任の最近の動向」(杉村敏正還暦記念『現代行政と法の支配』)二七八頁以下参照。
- (7) Recueil Lebon, 1974, p.200.
- (8) Rougevin-Baville の「P」の姓であるがカタカナ表記すると長くなるので、「便宜」上、ルージュバンとのみ略記する。
- (9) Recueil Lebon, 1974, p.201.
- (10) *Ibid.*, pp.201—202.
- (11) *Ibid.*, p.202.
- (12) Recueil Lebon, 1971, p.344; Recueil Lebon, 1974, p.203.
- (13) Recueil Lebon, 1974, p.203.
- (14) *Ibid.*, p.204.
- (15) Recueil Lebon, 1971, pp.341—343; 広岡隆・前掲論文(『法と権利4』民商法雑誌七八巻臨時増刊号(4))二五八頁。
- (16) Franc et Boyon, Absence de poursuites en cas de construction sans permis, *Actualité juridique*, 1974, p.303.
- (17) (9) Recueil Lebon, 1974, p.204.
- (18) *Ibid.*, p.205.
- (19) Recueil Lebon, 1971, p.347; Recueil Lebon, 1974, p.209; フランスにおける危険責任法理については、神谷昭「フランス行政法における危険責任」(『フランス行政法の研究』三五一頁以下、雄川一郎「行政上の無過失責任」(『損害賠償責任の研究・下』)一九五頁以下、同「フランスにおける国家賠償責任法」(比較法研究九・一〇号)四九頁以下、兼子仁「行政上の無過失責任」(『フランス法判例百選』)六〇頁以下参照。
- (20) Recueil Lebon, 1923, p.786.
- (21) Recueil Lebon, 1974, p.210.
- (22) *Ibid.*, pp.201—202; ただし、レオン・ブルムは訴訟の先後を問題にしていない。後に判断する裁判機関が二重払いを解消する仕組みになっていた。しかし、行政を相手とった訴訟が先になる場合、行政が賠償金額を全額支払った時は、後続の民事訴訟は、加害者の個人過失を認定しうる〔本案の問題〕としても、訴の利益なしとして訴訟を却下する。行政の加害個人に対する求償訴訟が起こりうるのはこの場合である。逆

に、民訴が先行し、加害者に負担能力があり、賠償金全額支払いが認められた場合、行訴は却下されるが、賠償金の一部のみが加害者に宣告された場合、行訴では、残余分が行政の負担に帰する。そして、この部分についても行政は加害者に求償しうることになる。第一章「の二参照。

- (24) *Ibid.*, p.211.
- (25) ルーヴェンンは危険責任の要件である「異常かつ特別の損害」は「重大な損害」(un préjudice grave)である必要はない、として、ナバラ氏の請求を認める。 *Ibid.*, pp.212—213; 同く Franc et Boyon, *op. cit.*, p.305.
- (26) Daniel Roschark, un nouveau cas de responsabilité sans faute: l'impuissance de l'Administration à faire respecter ses propres décisions, *Juriclassasseur Périodique*, 1971, I, 2446, III.
- (27) Danièle Roschark, *op. cit.*, 2446, n°16; Jean-Paul Gilli, note de Jurisprudence, *Dalloz*, 1974, p.482.
- (28) D. Roschark, *op. cit.*, 2446, n°9.
- (29) (30) *Ibid.*, 2446, n°17.
- (31) J.-P. Gilli, *op. cit.*, p.482.
- (32) M. Waline, notes de Jurisprudence, *Revue de droit public*, 1972, pp.448—449.
- (33) 彼らは次のように語っていた。「裁判官への「訴追の」義務的付託は、必ずしも私人に、行政の行動による自動的成功をもたらさないかもしれないが、少くともそれは、行政がその免責事由を口実に、その義務を怠っているわけではないという感情を私人に抱せるに到るはずである。そして仮に、行政がより余儀ない状況におかれた場合、行政は、場合によっては、公益や公共の安寧確保のためというまじめな理由から、この義務を正当に免れうる、と考えることを禁じないであろう。その時、損害を評価し、場合により、平等性の原則に基づき、犠牲者に損失補償する権限が裁判官にあたえられることになるであろうし、ここに到って、その存在理由である例外的性格が危険責任理論にみいだされることになる。」 Franc et Boyon, *op. cit.*, p.306.
- なお、行政は法令違反者を訴追する・しないの裁量権を持つが、第三者市民から訴追をなすべきことの申立てがあつた場合は、行政は法令違反者を訴追すべく義務づけられる、とした判例評釈として、P.L., Note regroupant trois arrêts de section du 12 octobre 1934 (Siskind), du 11 janvier 1935 (Colombino), et du 1^{er} mars 1935 (Angelliers et De Lagarde), *Sirey*, 1935, III, 41.
- (34) Recueil Lebon, 1974, p.208.
- (35) *Ibid.*, p.207.
- (36) D. Roschark, *op. cit.*, 2446, n°19.

むすび

さて、これまでわれわれは、フランス行政判例にしたがい、行政の不作为責任の動向をみてきたが、以上により明らかとなった若干の論点を以下要約的に述べてみたい。

第一。行政の裁判的統制の強化が進行していること。

ドゥーブレ判決、マラブー判決がでるまでは、行政の不作为責任は、民法契約法概念をかりて表現すれば、いわば「手段債務」的なものと観念されて怪まれることはなかった。行政は介入の意欲と熱意を示したことを明らかにすればよく、結果のいかんはもとより、介入の時期・方法の是非は行政便宜主義に基づき、行政裁判所により徹底的に審査されることはなかった。このような状況は、ドゥーブレ判決により、さらに諸家の見解の一致するものとしてマラブー判決により変わる。そこでは、行政の不作为責任を「結果債務」と表現することの是非はともかく、コンセーユ・デタは、事柄によって行政に法秩序維持のための実効的介入を多く求める姿勢に転ずる。そしてそこでは、行政の不作为に起因する損害に関し、行政の過失を厳しく追求すると同時に、これを介して政策的内容を一定の方向に誘導しようとする。マラブー判決についていえば、それは防災上の配慮からする駐車規制の強化であった。

しかしながら、結果債務の強調による行政介入の義務づけは、反面、行政側に現実的に可能な行政介入手段がない場合、あるいは比例性の原則から、行政不介入を止むをえざるものとする事例があることを明らかにする。この時、行政便宜主義に基づき国民の訴を却けることは、しかし、法律による行政の原理と国民の権利救済に反することになる。サストル、ナバラ両判決が無過失責任法理を行政の不作为責任に適用すべく提言し、実現をみたのはこの配慮に基づく。そしてここでもまた、コンセーユ・デタは、行政に対する財政的圧迫を介して政策的方向性を指示する。ナ

バラ判決についていえば、それは居住環境整備のための違法建築物の取締強化にあった。かくて、行政の不作为責任判例にみられる賠償責任の拡大は、国民の権利保護の充実化と同時に、コンセーユ・データによる行政統制の強化を示すものであった。

第二。損害賠償訴訟の予防訴訟機能。

フランスにおいては、厳格な行政権と司法権、活動行政と行政裁判の分離原則に基づき、行政の予防的差止め、義務づけ訴訟は、法制度上容認されてこなかった。そしてこれは、フランス行政救済制度の不徹底の一つを現わすものであった。しかしながら、これまでにみえてきた過失責任、無過失責任両面からする賠償責任の拡大は、現実の軽微な損害と行政の不作为責任の追求をテコに、将来の重大な危険防止と政策的対応を行政に求める、いわば経済的給付を伴う義務づけ判決の効果を持ち、義務づけ訴訟の代替機能を担うものとして注目に値する。また、たとえフランスにおいて義務づけ訴訟が法定されたとしても、義務づけ判決の行政側の受諾は最終的には「罰金強制」(astreinte)の制度(一九八〇年七月二六日の法律)を介してのみ実効性を持つものというべく、経済的負担による間接強制の実質において両者の懸隔はさほど大きくないと認められる。しかりとすれば、今後フランス行政救済制度の充実において、行政賠償責任制度が持つ意味は極めて大きなものがあることになる。その後の動向が大いに注目されることとなるが、本稿では、日本において行政の不作为責任判例が登場しはじめた昭和五〇年代において、フランスすでに相当の制度的発展がこの分野に存したことを明らかにすべく、とりあえず、右の年代までの紹介に止めることにした。その後のフランス行政判例の紹介は別稿にゆずることとする。

第三。わが国法上の議論との関係。

危険責任に基づく行政の無過失責任法理の導入は、これまでも独仏の比較法的研究を通じて提言されてきたので、

本稿はこれに立ち入らない。本稿ではむしろ、過失責任としての結果債務の理論に注目したい。さきに入ったように、パイエが結果債務概念に託して語ろうとしたものは、「あらゆる義務がすべて同じ種類に属することはありえないし、あらゆる義務がすべてその範囲を同じくするわけではな」く、「行政上の義務の対象の多様性がそれぞれの義務の範囲のリアルな見定めを要求」していること、この点にあった。⁽¹⁾そして、この議論に拠る時は、行政が結果回避に向けて一通りの努力を尽したことで足りず、最高度の注意義務が課される行政分野が存在し、万一損害が発生した場合に、行政の側に直ちに過失が推定され、原告側の証明責任の負担軽減が肯定されていた。さて、これに類した議論は、下山教授の提唱にかかる「健康権」「安全権」の考え方の下に、すでにわが国においても行われていることが知れる。これは、一般の警察行政の場合には、国民においても危険回避に向けてある程度の自助努力が求められ、また、一定の回避手段が存在しうるが、食品行政・薬事行政の場合にはこれとは異なり、個々の国民にその安全性を検証しうる手段が全くなく、その副作用が場合により数世代にわたり蓄積・残留するものがあることを思えば、国民が行政に期待するのは結果回避に向けての一通りの注意義務では足りず、絶対に起してはならない責務と観念されるべきである、とするものである。⁽²⁾これに対し、裁量権収縮の理論に拠る時は、国民の保護法益を絶対視することなく、具体的な事情に応じ、弾力的に裁量権の範囲を見究めていこうとする立場から、「健康権、安全権といった新種の権利は、国民大衆の利益保護のための単なるスローガンに止まる」ものとして、その規範的価値が否定される。⁽³⁾これが果して、このようなものに止まるものか否かは、たとえば、食品・医薬品行政に向けての国民の法意識の決するところにより、今後の判例理論の動向に表現されることになろうと思われるが、⁽⁴⁾ここではこれ以上に論ずるいとまがない。本稿ではさしあたり、日仏両国において、現代行政の展開に伴う行政の責務に関し、その責任の範囲を拡大すべく軌を一にした議論が登場するに到っていることに注目を払っておきたい。

- (1) M. Paillet, *op.cit.*, p.344.
- (2) 下山英二『健康権と国の法的責任』一三七、一四七頁。
- (3) 原田尚彦『行政責任と国民の権利』一〇〇頁。
- (4) 福岡スモン判決(福岡地判昭和五三年一月一日・判時九一〇号三三頁)、広島スモン判決(広島地判昭和五四年二月二日・判時九二〇号一九頁)が、「健康権」「安全権」の理論に拠ったものであるとする判断に関し、評価が分かれていることについては、原田・前掲書一〇一頁註(3)。また、裁量権取縮論と健康権論とは、具体的問題においては実質的差異があまり生じないとするものとして、阿部泰隆「薬事法の性格と薬害に対する国家賠償責任」判例タイムズ三七六号五二頁。そしてこれが、裁量権取縮要件の緩和と「安全権」論への接近に由るものであることについては、西椋章「行政の不作为と国家賠償責任」(法政理論一八卷三号)一三三頁。

(一九八六年九月二一日)