

行政決定の違法性とフォートの再検討

— 違法性の「主観化」を契機として —

府川繭子

はじめに

違法な処分を原因行為とする損害の賠償を求める場合に、処分の違法性は損害賠償訴訟の枠組みの中で、どのような評価を受けるのであろうか。日本においては、この問題は、国賠法上の違法性と取消訴訟の違法性の異同の問題として論じられてきた。特に、処分を原因行為とする国家賠償訴訟について、所謂「職務行為基準説」を用いて違法性を判断した奈良民商事件最判（最判平成5年3月11日民集47巻4号2863頁）以降、主としてこの判例の立場を批判する学説の立場から様々な議論がなされている¹⁾。これに対して、フランスにおいては、この問題は行政賠償責任

1) 最近の主なものとして、宇賀克也「職務行為基準説の再検討」行政法研究1号（2012年）7頁（同『国家補償法』（有斐閣1997年）も参照）、神橋一彦「『職務行為基準説』に関する理論的考察—行政救済法における違法性・再論—」立教法学80号（2010年）1頁、同「行政救済法における違法性」磯部=小早川=芝池編『行政法の新構想III』（有斐閣2008年）237頁、稲葉馨「国家賠償法上の違法性について」法学73巻6号（2009年）、北村和生「国家補償の概念と国家賠償法における違法性」公法研究67号（2005年）252頁などがある。

(responsabilité administrative)²⁾におけるフォート (faute)³⁾と越権訴訟 (recours pour excès de pouvoir)における違法性 (illégalité)の異同の問題として表れる。日本においては(公権力の行使等の要件は当然のこととして)、損害と因果関係以外の国賠請求の認容要件として、「違法性」要件と「過失」要件が別個に存在しているのに対して、フランスにおいては損害と因果関係以外には、単一の帰責事由としてのフォート要件のみが存在しており、請求認容要件のレベルで両者は異なる⁴⁾。フランスにおいては、違法性はフォートの存在に直結しないと考えられてきたが、1970年代に違法性とフォートを同一視する判例法理が確立したことにより、学説においても両者の一致が広く承認されてきた。近年、警察役務の領域⁵⁾において、この問題を考える上で、興味深い判決が下された。当該判決は、危険防止のために市長が行った水力発電所の運転停止命令が結果的に不要なものであったと判断した場合の、決定の違法性及び国家賠償責任が問題となった事案である。コンセイユ・デタは結論的には、決定の違法性を否定し、国家賠償請求を一部棄却したが、この結論に至るまでの思考過程からは違法性とフォートの不一致が読み取れる。以下では、まず議論の前提として、フォートと違法性の関係に関する現在までの議論を確認した後、当該判決をめぐる議論を素材として、フォートと越権訴訟の違法性

2) フランスにおいては日本における「国家賠償法」に相当する成文法は存在せず、判例法により構築された行政賠償責任制度が国家賠償制度に相当するものとして存在する。但し、この行政賠償責任制度には、日本における損失補償と部分的には重複するフォートを必要としない責任 (responsabilité sans faute) が含まれており、日本においては国家補償法とよばれる領域をカバーする制度であるといえる。また、フランスにおいて通常「国家賠償責任 (responsabilité de l'État)」という表現が用いられるのは立法作用や裁判作用などの行政作用以外の作用が原因行為である場合である。本稿では以上のこと踏まえた上で、便宜上フランスについても「国家賠償」の表現を用いる。

3) フォートは「過失」とも訳されるが、日本の国家賠償法1条における「過失」とは異なる概念であるので、本稿においてはカタカナで「フォート」と表記する。

4) 加えて、フランスにおいては、公務員個人の責任を国家が代位するのではなく、役務のフォート (faute de service) を原因行為とする所謂自己責任の責任構造を採用しており、この点においても日本とは異なる。

5) まず、「警察 (police)」を定義しなければならないが、ここではフランスにおいても頻繁に引用される「公の秩序維持の保障のために行われる公役務活動」というChapusの定義を前提として検討を進める。cf ; R.Chapus, *Droit administratif général*, T1, 15 éd, Montchrestien, 2004, p.697.

の関係を考察したい。

1. フォートと違法性⁶⁾

まず、はじめにフォートと違法性の関係を確認しておきたい。違法性とフォートは、当初、必ずしも一致しないと考えられてきた。すなわち、越権訴訟において、決定が違法であるとされることは、国家賠償責任の必要条件ではあるけれども、責任を基礎づけるには十分なものではなく、違法性は単にフォートを推定させるに過ぎない⁷⁾という見解が学説の多数を占めていた。この立場に立つ論者は、越権訴訟と国家賠償訴訟とがそもそも次元を異にしているとの前提から、両者の非同一性を論じていた。越権訴訟は行為(act)に対する訴訟であり、国家賠償訴訟は公務員の行動(comportement)に対する訴訟である⁸⁾。それゆえ、一つの違法な決定が問題となっていたとしても、決定という行為それ自体の評価と、違法な行為を行ったことの評価は異なる場合があり得るのである。このような訴訟の性格の違いは、行為に対する評価である違法性の概念と行動に対する評価であるフォートによる賠償責任の概念に違いをもたらす。ある論者は、両者の概念の差異を、違法性の概念は客観的で質的で不可分な概念であり、賠償責任の概念は主観的で量的で可分な概念であると表現した⁹⁾。すなわち、越権訴訟においては、適法性の原理が強く支配しているため、決定が法に反するものであるか否かのみが問題となる。したがって、

6) 以後、違法性とは基本的に越権訴訟の違法性(illégalité)のことを指す。したがって、議論の対象も必然的に、越権訴訟の対象である行政決定(日本でいう処分)が原因行為となる国賠訴訟に限られる。フランスにおける違法性とフォートの関係については、橋本博之「行政決定の違法性と損害賠償責任—フランスにおける行政賠償責任法理の展開を素材に—」『行政法の諸問題(中)』(有斐閣1990年) 677頁、また、その後については、津田智成「フランス国家賠償責任法の規範構造(二)—「役務のフォート」理論を中心に」北大法学論叢65巻2号(2014年) 228頁以下が学説及び判例を詳細に検討し、議論の状況を明らかにしているため、ここでは両著の分析を踏まえ、簡単なまとめを行うにとどめる。

7) L.Delbez, De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité, *RDP* 1932, p.489.

8) L.Richer, *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Économica, 1978, p.30.

9) L.Delbez, op. cit., p.490.

その結論は違法か適法かのどちらかしかあり得ず、軽微な形式的瑕疵によっても決定は違法として取り消される。これに対し、賠償責任の有無の判断は、行政側に賠償責任を負わせるのが妥当かどうかという観点から行われるものであり、決定が法に反するものであったとしても、違法性の軽重等の当該事案における諸事情を考慮した結果、賠償責任が認められないこともあり得るのである。

他方で、違法性は必然的帰結として (ipso facto) フォートを構成する¹⁰⁾と主張する論者も少数ながら存在した。こうした論者は、適法性の尊重は公役務に携わる公務員の基本的な義務であるから、違法な決定が行われたということは公役務が誤って行われた、即ちフォートが犯されたことを意味するのだという考え方に依拠していた¹¹⁾。つまり、違法性とフォートは、公務員の適法に行動する義務を媒介として重なり合うのである。このように、違法性とフォートの関係については、これを異なるものとして認識する立場と同一のものとして扱おうとする立場が存在していたのであるが、両者は訴訟の性格と違法決定の行為規範違反性というそれぞれ異なる観点から展開されたものであった¹²⁾。

ところで、上述のような学説上の対立は、主としてコンセイユ・デタの判例分析を通じて行われてきた。そして、違法性とフォートを同一視する考え方（以下これを「違法性＝フォート」の等式¹³⁾と表現する）が定着したのも、コンセイユ・デタの Driancourt 判決¹⁴⁾を契機としている。そこで以下では、判例における「違法性＝フォート」の等式の成立過程を簡単に確認する。

上述のように、学説の対立はそれぞれの論者が違法性とフォートの関係を捉える観点の違いにあったのだが、判例の解釈として両者が成立しえた背景には、コンセイユ・デタの判決がどちらの立場に立つものにも読めたことがある。コンセイユ・デタの判決は非常に簡潔であるため、国家賠償請求が棄却された際に、それがフォートの欠如を理由とするものなのか、損害乃至因果関係の欠如を理由とするものなのか判然としないものが多く存在するのである。このため、違法性とフォートを別概

10) M.Waline, note sous CE, 13 dec.1963, *ONIC*, *RDP* 1964 p.1004.

11) P.Duez, *La responsabilité de la puissance publique*, 2 éd, 1983, réimpr., Dalloz, 2012, p.51.

12) 両説の対立構造のこのような分析について、橋本前掲注6) 706頁以下参照。

13) R.Chapus, *op.cit.*, p.1295.

14) CE, 26 janv. 1973, *Driancourt*, Rec. p.78.

念と捉える立場からは、これらの判決はまさにフォートの欠如により棄却に至ったものと解釈されてきた。こうした判例分析において、越権訴訟において違法性が確定しているにもかかわらずフォートを構成しなかったと解釈されてきた判決は、主として以下の二つの類型に分類することができる。即ち、違法とされた決定が実体上正当化可能なものである場合と違法性が「評価の過誤 (erreur d'appréciation)」によるものである場合である。前者は、主として違法性が形式的瑕疵 (手続の瑕疵 (vice de procédure) 及び形式の瑕疵 (vice de forme)) によるものであり、実体上は適法な決定がなされている場合である¹⁵⁾。こうした場合には違法性が軽微なものであるためフォートを構成しないと考えられていた。これに対して、違法性とフォートの同一性を主張する学説からは、賠償請求が原因行為の形式的瑕疵によっては認容されないのは、その違法性がフォートを構成しないのではなく、「損害」が存在しないからなのだという主張がなされた¹⁶⁾。その後、コンセイユ・デタの判決においても、原因行為の形式的瑕疵 (主として手続の瑕疵) によっても賠償請求を認容する判決が出されるようになると同時に、請求を棄却する場合でも、損害要件を充足しないことに明示的に言及する判決が見られるようになった¹⁷⁾。これにより、違法性とフォートを別概念と捉える考え方は違法性とフォートの異同の問題と損害の問題を混同しているにすぎない¹⁸⁾とされ、形式的瑕疵については違法性とフォートの同一性が確認された。

そして、残る「評価の過誤 (erreur d'appréciation)」について越権訴訟の違法性を根拠としてフォートを認めたのがDriancourt判決である。「評価の過誤」とは、係争決定を行う過程でなされた事実関係等の評価や法令の解釈に誤りがあった場合を指し、事実等の評価や法令の解釈が微妙で困難なものの場合に賠償責任を否定するものである。この「評価の過誤」は、違法性とフォートの同一性を主張した論者

15) 他には、係争決定が取り消された理由とは別の理由によって同一の決定を再度行いうる場合がある。cf; R.Chapus, *op.cit.*, p.1295.

16) J.-C. Helin, *Faute de service et préjudice dans le contentieux de la responsabilité pour illégalité*, Th. Nantes, 1969, p.235.

17) 代表的な判決として、CE, 20 mar.1985, *Ruby*, Rec.table. 765.

18) M.Paillet, *La faute du service public en droit administratif français*, LGDJ, 1980, p.179.

においても例外として説明されており¹⁹⁾、「違法性=フォート」の等式が成立するための最後の砦²⁰⁾と目されていた。しかし、Driancourt 判決において、コンセイユ・デタは Driancourt 氏が経営する飲食店の閉鎖命令が評価の過誤により取消された後の国賠訴訟において、当該閉鎖命令の違法性が評価の過誤によるものであるとしても、それはフォートを構成すると判示した。それゆえ、Driancourt 判決は、この砦を崩した判決と見做され、ある論者は当該判決の評釈において「以後、あらゆる違法性はフォートとなる²¹⁾」と明確に述べた。こうして当該判決以降、一般的に「違法性=フォート」の等式が確立されたとの認識が学説に浸透してゆくことになる。

以上のように、現在のコンセイユ・デタの判例は「違法性=フォート」の等式を認める立場に立っており、この等式を確立した判例法理として学説も認めているといえる。Driancourt 判決に至るまでの判例の積み重ねによって起こった、こうしたフォート概念の違法性概念への接近（あるいは純化）は、損害賠償訴訟においても適法性の原理を確保することにつながるため、国家賠償訴訟の行政活動統制機能を強化するものとして評価されている²²⁾。

2. フォートの重さ

以上のように、フランスでは「違法性=フォート」の等式が確立したとされるが、例外的に請求認容要件として、通常のフォートである単純フォート (faute simple) (重大なフォートと区別する際には、このように呼ばれる) よりも加重された、重大なフォート (faute lourde) が要求される場合が存在する²³⁾。その場合に

19) J.-C. Helin, *op.cit.*, p.318.

20) B.Delaunay, *La faute de l'administration*, LGDJ, 2007, p.161.

21) P.Cabanes et D. Léger, *chron. sous CE*, 26 janv.1973, *Driancourt*, *AJDA* 1973, p.245.

22) Delaunay は、フォートが違法性の結果として位置づけられたことで、行政機関の行動を統制し、その活動を審査できるようになったと評価する。cf ; B.Delaunay, *op.cit.*, p.174.

フランスにおける国家賠償訴訟の行政活動統制機能については、小幡純子「フランス行政賠償責任における行政統制機能の一考察」フランス行政法研究会編『現代行政の統制』(成文堂1990年) 161頁以下参照。

23) 重大なフォートとその適用範囲をめぐる動向については、その成立過程や適用範囲等についての包括的研究として、北村和生「フランス行政賠償責任における重過失責任

は、行政決定に違法性が存在して（損害との因果関係があつて）も、賠償請求は自動的には認容されない。

①重大なフォートの機能

重大なフォートは、公権力性を有する行為についての無答責の原理を切り崩すための例外として登場したと一般的に理解されている。すなわち、単にフォートが犯されただけでは公権力性を有する行為に起因する損害の賠償責任は生じないが、そのフォートが重大である場合に限っては賠償責任を認めることで公権力無答責を部分的に克服していったのである。それゆえ、ある行政活動に対して請求認容要件として重大なフォートが要求されるのは、当該活動が王権乃至主権に属するものであるからであると当初は説明され²⁴⁾、その対象は主として警察役務に限られていた。その後、公権力無答責が否定される一方で、重大なフォートが要求される領域は、判例によって租税役務、裁判役務、医療役務、救急医療役務、消防役務、監督役務といった領域にも拡大されていった。もっとも、これらの領域の役務すべてに重大なフォートが要求されるわけではなく、単純フォートにより賠償が認められるケースもある。こうした適用領域の拡大に伴い、重大なフォートが請求認容要件として要求される根拠は、主として役務の困難性に求められるようになった²⁵⁾。そして、同時に、この困難性は、各領域において単純フォートにより賠償が認められるケースと重大なフォートが要求されるケースとを区分する基準としても機能した。このように、公権力無答責の否定にもかかわらず、重大なフォートが判例において維持され、むしろ拡大した背景には、裁判官が役務の複雑性や困難性等を考慮して、ある程度柔軟に賠償を認めたり制限したりすることをこの概念が可能にしてきたとい

(一) (二・完)』法学論叢127巻4号56頁、128巻1号77頁（1990年）がある。また、その後の適用範囲の縮減に関しては、津田智成前掲注6）252頁以下で詳細な分析がなされている。したがって本稿では概要を示すにとどめる。

24) G.Evieillard, Existe-il encore une responsabilité administrative pour faute lourde en matière de police administrative ?, *RFDA* 2006, p.734.

25) M.Deguergueによれば、役務の困難性に加えて、判例は当該行政活動に危険が伴うこと、行政が特別な義務を負っていることを重大なフォートを要求する根拠としている。M.Deguergue, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ, 1994, pp.235-237.

う事情が指摘できる²⁶⁾。しかし、国家賠償責任の一般化に伴い、こうした重大なフォートの調整機能の存在は被害者救済を妨げるとの認識から、「責任制限の道具²⁷⁾」として批判されるようになる。公権力無答責を克服するための道具であった重大なフォートは、一転して克服すべき国家賠償責任の限界となったのである。このような批判の結果、近時20年ほどの間に重大なフォートが要求される領域は次々と消滅し、現在殆どの領域において単純フォートにより賠償が認められるとされている²⁸⁾。こうした流れの中で、現在なお確実に重大なフォートが要求される領域としては裁判役務と監督役務をあげることができるが、この領域においても漸進的に重大なフォートが要求されるケースが減少している。

このように重大なフォートの適用範囲の多くは単純フォートに移行しているのだが、こうした変化は単なる文言上の変化にとどまる可能性も指摘される²⁹⁾。単純フォートの枠組みにおいても、フォートの有無の判断において役務の困難さを考慮に入れることはできる³⁰⁾ため、フォートを認めるハードルそのものを高くすることはできるからである。ただし、単純フォートの枠組みにおいてこのような調整が可能なのはフォートの有無を判断する要件を国家賠償訴訟において自律的に判断できる場合に限られる。原因行為が違法な行政決定であり、且つ違法判断が国家賠償訴訟に先行している場合には、違法性=フォートの等式によりこのような調整を行う余地はなく、違法性の認定はフォートによる賠償責任の判断に直結する。そしてこのことを逆の面から見れば、重大なフォートの存在は、決定を原因行為とする国家賠償訴訟において、原因行為たる決定の違法性が確定している場合でも賠償を認めない可能性を留保する機能を有しているといえる³¹⁾。

26) 北村前掲注23) 89頁は、重大なフォートのこのような機能を、裁判官が私人の利益と行政の利益の調整を行うための道具であったと指摘する。

27) L.Richer, *op.cit.*, p.113.

28) R.Chapus, *op.cit.*, p.1303 et suiv. 同書の「重大なフォートの歴史とは、その衰退の歴史である」という記述は、重大なフォートの要求される領域の縮減を表すのによく用いられる。

29) B. Delaunay, *op.cit.*, p.237.

30) このことを明言する論告として、Concl. Stahl sur CE, 20 juin 1997, *Theux*, Rec. p.259.

31) Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *Précis de droit administratif*, 6 éd., Montchrestien, 2010, p.506.

②警察役務における重大なフォート

上述のように、警察役務は当初より請求認容要件として重大なフォートの要求される領域であった。もっとも、他の領域がそうであると同様に、警察役務も全てが重大なフォートの対象となるわけではなく、重大なフォートがいかなる場合に要求されるのかについては、主として役務の困難性を考慮して判断が行われる。ただし、警察役務については、性格の異なる多種多様な行為が多く個別法の下で行われている。したがって、他の領域と比べて、重大なフォートが要求される役務と単純フォートで足りる役務の区分を一般的に画することが難しい。こうした事情の下で、警察役務に関する重大なフォートと単純フォートの分水嶺として広く承認されてきた基準が、法的行為 (*activité juridique*) と事実行為 (*activité matérielle*) を区別し、原因行為が事実行為の場合には重大なフォートが要求される一方、法的行為については単純フォートで足りるとする基準である。この基準は、役務の困難性と無関係なものではなく、むしろ、困難性の考慮の結果として類型的に引き出されたものである。すなわち、事実行為に関しては、デリケートな状況の下で即時に判断を行わなければならないケースが多いことから困難性が推定され、それゆえ重大なフォートが要求される。これに対して法的行為の場合は、通常その要件は法定されており、また公の秩序維持のためにいかなる決定を行うべきかの判断は通常困難を伴うものではないと考えられるため、単純フォートで足りるのである³²⁾。もっとも、この区別は絶対的なものでなく、法的行為であっても重大なフォートが要求される場合もあれば、事実行為が具体的な事情の下で特に困難を伴わないと判断された場合には単純フォートが選択される場合もある³³⁾。さらにいえば、事実行為と法的行為の区分自体も絶対的なものではないことが指摘される³⁴⁾。結局のところ、個別の事案ごとに困難性を基準に重大なフォートを要求すべきかどうか判断をすることができないのである³⁵⁾。

1990年以降、重大なフォートが要求されていた他の領域と同様に、警察役務に

32) R.Chapus, *op.cit.*, pp.1313-1314.

33) G.Evieillard, *op.cit.*, p.734 ; M.Deguergue, *op.cit.*, p.218.

34) 警察当局の不作为により損害が発生した場合には、規制を行わなかったという法的行為の不作为と、事実行為の不作为の両方が原因行為として観念される。詳しくは、北村前掲69頁。

35) G.Evieillard, *op.cit.*, p.740.

においても重大なフォートの縮減の傾向が見られるようになった。しかし、他の領域においては漸進的に重大なフォートの適用領域が減少して行き、最終的に消滅したのに対し、警察役務の場合は状況が異なっている。まず、警察役務については、役務が実際に困難であり、その困難性をフォートの認定にあたって考慮すべき役務が存在する。こうした場合に請求認容要件として重大なフォートを要求しても、公権力を賠償責任から過度に保護しているとはいえない。それゆえ、警察役務の領域においては、重大なフォートを要求することを個別に正当化しうる活動が依然として存在しており、重大なフォートは完全には消滅することはないとも考えられている³⁶⁾。さらに、警察役務に関しては、上述のように単純フォートの対象となる行為と重大なフォートが要求される行為とを区別する基準が成立していない。このため、そもそも判例の分析を重ねても、完全に重大なフォートの要求が消滅したかどうかの判断が難しいのである³⁷⁾。それゆえ、警察役務については、重大なフォートの要求されるケースが完全になくなったとまではいえないとする立場³⁸⁾と消滅したとする立場³⁹⁾が依然として存在している。

3. Crégols 判決

以上の「違法性=フォート」の等式の確立と重大フォートの縮減という現象を確認した上で、以下では、警察役務領域において、違法性及びフォートの有無について、コンセイユ・ダタが興味深い判断を行った Crégols 判決⁴⁰⁾について検討する。

36) *ibid.*, p.735.

37) B. Delaunay, *op.cit.*, p.227.

38) G.Evieillard, *op.cit.*, p.734.

39) P.Larroumec, Les responsabilités en matière de police administrative, *JCP A.* n°15, 2012, p.2.

40) CE, 31 août 2009, Cne Crégols, Rec. p.343 ; *RJEP* 2010, n°673, p.34, concl. de Salins ; *AJDA* 2009, p.1824, chron. S.-J. Liéber et D.Botteghi ; *JCP G.* 2009, n°50, p.42, chron. B. Plessix ; *JCP A.* 2009, n°49-50, p.28, note J.Moreau ; C.Broyelle, Illégalité et faute, *RDP* 2010, p.807.

① Crégols 判決

2000年10月13日、Crégols 市市長は、地方公共団体一般法典 CGCT.L.2212-4 条⁴¹⁾に基づいてアレテを発し、Saint-Martin-Labouval 社の運営する水力発電所の運転の停止を命じた。当該発電所が Lot 川からの給水に用いている水路に沿って走っている県道が崩落する可能性があり、発電所の稼働により給水路の水位が上下して土留め壁が崩壊する恐れが高まること、場合によっては発電所自体が崩落する可能性もあることが県設備部 (direction départementale de l'équipement (DDE))⁴²⁾の調査によって明らかとなり、これに基づき、DDE が市長に対して発電所の停止を命ずるよう書面で要請したためである。

これに対し、Saint-Martin-Labouval 社は Toulouse 行政裁判所に鑑定レフェレ (référé expertise) を申立て、アレテに対する越権訴訟及び損害賠償訴訟を提起した。レフェレにおいて、裁判所の指名を受けた鑑定人は、2001年3月6日の予備報告書 (rapport préliminaire) において、県設備部の主張するリスクは存在しないことを指摘した。これを受けて、2001年9月18日、市長は当該アレテを廃止した。その後、2002年2月12日の最終報告書においても、鑑定人は発電所が崩落するリスクは一切存在しないと結論づけた。

第一審である Toulouse 行政裁判所 2003年4月10日判決は、当該アレテを違法とし、取消したが、市の賠償責任については、当該事案が重大なフォートの適用対象であると判示し、市長によるアレテの発出自体は、重大なフォートに該当しないと判断した。一方で、鑑定人により発電所についてリスクが存在しないことが指摘された2001年3月6日以降も市長がアレテを廃止しなかったことは重大なフォー

41) L.2212-4 条は「L.2212-2 条 5 号の規定する自然災害のような、重大なあるいは差し迫った危険が存在する場合には、市町村長は状況に応じて必要とされる措置を執ることを命ずることとする。」と規定し、L.2212-2 条 5 号は、「火災、水害、破堤、地崩れ、岩の崩落、雪崩その他すべての自然災害、伝染病、獣疫などの事故や災害及びあらゆる種類の汚染を適切予防によって防止し、その収束のために必要な救助を提供する配慮」を市町村長の権限として規定している。なお、当該規定に基づく権限行使の内容に関しては、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 262 号 (1998 年) 997 頁以下参照。

42) DDE は、県道の管理等を主たる任務とする建設省 (ministère de l'équipement) の出先機関であったが、2009 年に révision générale des politiques publiques (RGPP) の一貫として廃止され、現在は存在しない。

トにあたり、同社に対して、2001年3月6日からアレテの廃止の日である9月18日までの間の損害を賠償するよう命じた。これに対し市が上訴し、同社も賠償額の再計算を求めて上訴した。Bordeaux 行政控訴院2006年6月13日判決は、アレテを取消した上で、単純フォートの枠組みを採用し、発電所の運営を禁止したアレテ発出の日から市の賠償責任を認めた。これに対し、市が当該判決の破毀を求めた。

コンセユ・デタは、まず、越権訴訟における警察措置の違法性判断基準として、「警察措置は、後にもたらされた要素によって明らかとなったものも含めて、当該措置が執られた時点において存在した事実状況に鑑みて必要でなければ適法とはならない」⁴³⁾ ことを確認する。当該基準によれば、下級審の判断と同様に、発電所の運転停止を命じたアレテは違法となる。しかしながら、続いてコンセユ・デタは「警察機関は、後回しにできない緊急の介入を必要とする重大かつ急迫の危険が存在することが、信頼に足る情報により示された場合には、当該決定を行った時点において行政機関が有していた情報に照らして必要とみえた (paraître) 措置を執ることによっては、違法を犯したことはない。当該措置が不要であったことが後に明らかとなっても、そのことはその違法性に影響しない」と判示し、当該事案においては、DDEによって重大なリスクに関する情報もたらされており、こうした情報が緊急の介入の必要性を明らかにしていたことに鑑みれば、結果的には発電所崩落のリスクが存在しなかったとしても、市長が2000年10月13日のアレテによって施設の閉鎖を命じたことは、CGCT.L.2212-4条に違反するとはいえないと判断し、違法性を否定した。

同時に、コンセユ・デタは、損害賠償責任について、2000年10月13日に執られた措置は適法であるから、市のフォートによる責任を発生させないとした。他方で、当該措置が不要であることが事後的に判明した場合には、当該措置を廃止する義務は発生すると判示し、鑑定人が危険の不存在を書面により明らかにした

43) フランスにおいても、越権訴訟における違法判断の基準時は原則として処分時である。したがって、裁判官は原則としては、処分の後、判決までの間に生じた事実を考慮に入れることはできないが、処分の時点で既に存在していた事実が処分の後に明らかになった場合については、裁判官は当該事実を違法判断の判断材料として考慮に入れることができる。cf ; R.Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12 éd, Montchrestien, 2006, p.220.

2001年3月6日以降も市長が水力発電所の稼働を禁止し続けたことについては、当該不作為が Saint-Martin-Labouval 社に対する市の賠償責任を発生させる性格のフォートを犯したものであるとして、3月16日からアレテの廃止の日までの損害の賠償を命じた。

このように、コンセイユ・デタは、Crégols 判決において、警察措置に関して、重大かつ切迫した危険が信頼に足る情報により示された場合には、その措置が結果的に不必要であったとしても、当該措置は適法であるという新たな違法性判断基準を打ち立てた。これにより、市長のアレテは発出時点においては適法なものとなされ、アレテの発出を原因行為とするフォートは存在しないことになる。

② 事案の特徴

当該事案には以下の二つの特徴が指摘できる。まず、越権訴訟と国家賠償訴訟が同時に提起されているという点である⁴⁴⁾。このため、裁判官はアレテの違法性と市の賠償責任の有無、即ち、市の公役務においてフォートが犯されたかどうかの両方について結論を出さなければならない。そして、前述のように「違法性＝フォート」の等式が存在する以上、両者の判断は連動するはずである。

二つ目に、原告はアレテの発出を原因行為として市に賠償請求を行ったが、実際に瑕疵のある役務を行ったのは、誤った情報を市長に提供した県設備部であるという点、即ち、直接の原因行為者と実質的にフォートを犯した者が異なるという点で

44) 日本の取消訴訟を前提とすると、Crégols 判決のような事案の場合には、当該アレテが廃止されたことをもって狭義の訴えの利益が消滅し、裁判所はもはやアレテの違法性について判断することはないように思われる。しかし、フランスにおいては狭義の訴えの利益の事後消滅といった考え方はなされず、係争行為の完了等はむしろ訴えの利益を強固にする方向に働く。したがって、工事の終了、申請拒否処分における期日の到来、有期処分の期間の経過等により処分の効力が完了しても、本案判決がされる。ただし、越権訴訟提起後に、職権取消などで係争行為が遡及的に消滅した場合には、non-lieu à statuer (判決の余地無し)として本案判決がなされない。本件の場合、取消 (retrait)ではなく、将来効のみを有する廃止 (abrogation) (日本でいう撤回にあたる)であるので本案判決がなされる。cf: R.Chapus, *op.cit.*, p.920.; C.Broyelle, *Contentieux administratif*, 3 éd, LGDJ, 2015, p.240.

詳しくは伊藤洋一「フランス越権訴訟における訴えの利益の事後消滅について」フランス行政法研究会編『現代行政の統制』(成文堂1990年)141頁以下参照。

ある⁴⁵⁾。自己責任的法律構成をとるフランスにおいては、直接の原因行為者とフォートを犯した者が同一の行政主体に属する場合には、当該行政主体の行う一体としての一つの役務のフォートが問題となるのであり、特段の問題は生じないと考えられる⁴⁶⁾。しかし、Crégols 判決の場合には、直接の原因行為者と、フォートを犯した者が別の行政主体に属している。したがって、コンセイユ・デタは、「違法性=フォート」の等式に従えば、理論上、市のフォートを認定すべきであるが、事案の状況に鑑みれば、市に賠償責任を負わせるのは妥当でないという認識の間で困難な判断を迫られることになる。

③ コンセイユ・デタの判断の背景の分析

上述のような特徴を有する当該事案において、コンセイユ・デタは、警察措置の違法性判断にあたって事後に判明した事実の考慮を一定の場合に制限するという新たな違法性判断基準を設定した。コンセイユ・デタが何故、このような違法性判断基準の変更を行うにいたったのか。判決の背後にある思考を、論告⁴⁷⁾を素材に探りたい。

論告は、アレテを違法と判断し、当該アレテを発出した市長のフォートを認めた行政控訴院の判断は、コンセイユ・デタの過去の判例に照らしても論理にかなっており、且つ原告の救済にも資することを認めた上で、だがしかし、こうした判断は、フォートを構成する違法を犯したと市長を非難する (*reprocher*) ことになるのだと述べる⁴⁸⁾。まずフォートの認定について、当該事案の場合、当該決定はそれが行われた時点においては、市長が判断材料とした諸要素に照らせば緊急に必要なかつ適法なもののみられており、差し迫った危険の脅威が確信を持って語られている以上、

45) 市長に過失はなく、県設備部がフォートを犯している点を指摘し、国を被告とする国家賠償の提起を提案するものとして、C.Broyelle, *Illégalité et faute*, RDP 2010, p.824.

46) 例えば、日本における監獄法施行規則事件（最判平成3年7月9日 民集45巻6号1049頁）のような場合には、拘置所運営の役務のフォートにより、国が賠償責任を負うことになると考えられる。もっとも、そもそも「違法性=フォート」の等式によれば、接見の不許可処分の違法をもってフォートの存在が確定するため、日本の国賠法上の拘置所長の過失に相当するものは直接問題とはならない。

47) C. de Salins, *concl.*, op.cit.

48) *ibid.*, p.37.

「非専門家」である市長はその存否の確認のための補完的調査を行うこともできなかったことを論告は指摘する。そうすると、当該決定を違法として取消し、市にフォートによる賠償を命じることは、あらゆる要素が当該措置を執ることを要請していたにもかかわらず、市長が執るべきではない措置を執ったのだといういわれのない非難を行うことになる。それゆえ、論告は、市のフォートを認めることを躊躇する。

さらに、論告は、越権訴訟について、国家賠償訴訟が併合提起されていることで、越権訴訟の「客観的」性格が弱められていると述べる⁴⁹⁾。当該事案の場合、原因行為はアレテの発出であり、原因行為者が市長であることが明らかである。それゆえ、アレテを違法とし、市がフォートを犯したと判断することは、市長が誤った行いをした (mal agir) のだという結論をもたらす。即ち、違法性の判断が、役務のフォートを介して個人の判断の誤りを直接的に意味する構図になっているのである。「違法性＝フォート」の等式が存在する限り、このつながりが断ち切れないために、訴訟全体が、市長を非難すべきかどうか、という客観的でない問題を取り扱わざるをえないのである。

当該訴訟の構造上の問題に関する論告のこうした思考を、判決も前提として共有していると思われる。この思考を前提とすると、「違法性＝フォート」の等式は維持し得ないようにみえる。しかし、論告は、あくまでも「違法性＝フォート」の等式を維持し、市長の判断が正当なものであるということを越権訴訟の枠組みの中で考慮に入れることを事案の解決法として提案した⁵⁰⁾。

論告はまず、決定の違法性を判断する際に行政機関が決定時点において有していなかった要素を考慮に入れることが判例上認められているのは、行政機関は状況を認識した上で行動しなければならず、適法な決定を行うために、決定を行う前に調査、情報収集を行わなければならないという考えに基づいているのだと述べる⁵¹⁾。しかし、行政機関の認識していた情報が一見明白に疑わしいものでなく、決定を行

49) *ibid.*

50) 論告は、当該事案を重大なフォートの枠組みで解決することについても検討を行うが、重大なフォートを要求する領域を縮減してきたコンセイユ・デタの判例の流れに逆行するものであること、原告企業が補償を受ける機会を縮減することを理由として、望ましい解決法ではないと結論する。

51) *ibid.*, p.38.

う必要性及び緊急性を示すものであった場合には、行政機関はさらなる調査、情報収集を行う余裕がない。こうした場合にまで、事後的に判明した要素を適法性判断の要素に加えることは妥当ではない。それゆえ、行政機関が決定時において有していた情報によれば措置が必要とみえる限りにおいて、当該措置を適法とすべきであると結論する。

このように、論告は、緊急の措置を必要とする重大かつ明白な危険の存在が信頼に足る情報として行政機関に知らされていた場合に限り、越権訴訟において裁判官が事後的に判明した要素を考慮することを制限し、行政機関が決定時において有していた要素のみによって警察措置の適法性を判断するという提案を行い、判決もこの枠組みを採用した。しかし、この提案は、本来客観的になされるはずの決定の違法性判断に調査義務違反の有無という主観的要素を持ち込むことを前提として成立している。こうした特殊な前提に基づく、違法性判断基準の変更は、学説から様々な反応を引き起こした。

④ 判決の評価

まず越権訴訟の客観的性格を重視する論者からは、コンセイユ・デタが示した新たな違法性判断基準について「越権訴訟の主観化⁵²⁾」乃至は「違法性の主観化」との指摘がなされている。この新たな基準は、当該措置が「必要とみえた (paraître)」か否かで違法性を判断するものであり、この基準の下では、措置の根拠となった危険の重大性及び急迫性について裁判官はその外観 (l'apparence) しか審査できない⁵³⁾。このような審査の下では、当該措置に関する客観的事実が明らかにされる機会は失われ、同時に、行政側が当時において有していたと主張した要素のみに基づいて外観の判断がなされる虞もある⁵⁴⁾。そうなると、越権訴訟が本来有している行政統制機能は著しく後退する可能性がある。さらに、この違法性判断基準は、越権訴訟における適法性審査の性格そのものを変容させるものであるとの指摘もなされ

52) Liéber et Botteghi, op.cit., p.1826.

53) B. Plessix, *JCP G.* 2009, p.42.; Liéber et Botteghi, op.cit., p.1827. Martin Collet, Les sanctions administratives et l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *JCP A.* 2013, n°11, p.5.

54) B. Plessix, op.cit., p.42.

る⁵⁵⁾。なぜなら、こうした外観上の必要性の審査においては、裁判官は、決定時において市長が有していた情報に基づいて、「当該措置が必要であると市長が考えたのもやむを得なかったかどうか⁵⁶⁾」を審査することになる。こうした審査においては、当該措置の必要性に対する行政官の主観的判断の考慮を伴わざるをえず、その結果として、越権訴訟が主観的なものとなる（「越権訴訟の主観化」）。客観的訴訟⁵⁷⁾である越権訴訟においては、行政機関の意図と関わりなく、事後に明らかとなった事実も含めて、係争行為の違法性が客観的に判断されなければならない。越権訴訟のこのような客観的性格を重視する立場に立つと、越権訴訟に主観的要素を持ち込んだ Crégols 判決は、適法性審査そのものの性格を変更するものであると同時に、越権訴訟において警察措置の客観的違法性が判断される機会を奪い、越権訴訟の実効性を著しく後退させるものとして批判の対象となるのである⁵⁸⁾。

他方において、Crégols 判決の基準を、リスクに対する警察措置の違法性判断基準のあり方の問題として、従来の越権訴訟の枠組みの中で理解する見解も存在する⁵⁹⁾。この見解によれば、警察措置が予防的なものである以上、措置を執る者は決定時において、公の秩序に対して将来発生しうるリスクを予測し、評価しなければならない。警察措置の有するこうした予防的な性格を考慮するならば、警察措置の適法性はそもそも決定時において行政機関が有していた情報に照らして必要性を肯定できるか否かで判断されるべきであったのだとされる。このように、リスクに対応する警察措置を定める根拠規定の解釈として、当該規定が、当該措置の実際の必要性ではなく、重大性と緊急性の外観を当該措置の発動要件として定めるものだという解釈に立てば、Crégols 判決における違法性判断基準に基づく判断は至極当然の判断であり、そもそも違法性の主観化という問題は生じていないことになる。むしろ、不確定な状況での行政介入が求められるリスク社会において、従来通りの（結

55) Liéber et Botteghi, op.cit., p.1826.

56) C. de Salins, concl., *RJEP* 2010, n°673, p.39.

57) ここでは、越権訴訟が「行為に対する訴訟 (procès fait à un acte)」であり、係争行為の適法性のみを審理の対象とする訴訟であることを指す。越権訴訟の客観性は、通常、訴訟において主観的権利が問題とならないこととの関係で論じられる。しかし、ここでは、行政側の主観的事情と切り離されて違法性が判断されることを指している。

58) Liéber et Botteghi, op.cit., p.1826.

59) J.Moreau, op.cit., P.28.

果的な) 必要性の基準で警察措置の適法性を判断することにはや無理があったのであり、問題は、既存の警察措置に関する違法性判断方法がリスク社会に適応できていない点にあったのだと理解するのである。

以上のように、Crégols 判決の示した違法性判断基準については、二つの異なる受けとめ方が存在するのであるが、評者の多くは前者の見方に立っている。

ところで、賠償の問題に関して、論者はフォートを必要としない責任 (responsabilité sans faute)⁶⁰⁾ に基づいて、停止を受けた全期間の損害を補償することを提案していた。ところが、コンセイユ・デタの判決は、あくまでも (単純) フォートによる責任に基づいて、鑑定人の報告書によるアレテの廃止義務発生後の期間における損害の賠償しか認めなかった。この点については、何れの論者においても、損害の全額が補償の対象とならなかったことへの批判は強く、学説における救済重視の姿勢をこうした点に見て取ることができる。

以上の検討から、Crégols 判決においてコンセイユ・デタがとった事案の解決法は、主観的要素を違法性に持ち込んだものだと見える。しかし、この解決法は、越権訴訟の性格を変質させる可能性をはらんだものであり、誤ったものであったと思われる。そして、当該判決のこのような評価は、コンセイユ・デタがこうした解決法を選択してまで「違法性=フォート」の等式を維持するのは何故なのかという疑問を生じさせる。実際、Crégols 判決の事案のもとでもこの等式が放棄されなかったことに言及し、この等式はもはや動かしがたいと指摘する者がいる⁶¹⁾。この点に

60) フォートを必要としない責任 (responsabilité sans faute) は、フォートを要件としない賠償責任であり、補完的な責任制度として機能している。フォートを必要としない責任としては、主として、リスク責任 (responsabilité pour risque) と公的負担の前の平等の破綻に基づく責任 (responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques) が存在する。このうち Crégols 判決の事案において問題となり得るのは、後者である。即ち、原告電力会社の損害が特別且つ重大なものと認められれば、市がフォートを犯していなくとも、賠償が認められる。

伝統的に、公的負担の前の平等の破綻に基づく責任が認められる要件は厳しいとされてきたが、近年、コンセイユ・デタは要件を緩和する傾向にある。そのことを踏まえると、当該事案において、フォートを必要としない責任に基づく賠償が認められることでもきたと思われるが、コンセイユ・デタはそうしなかった。

61) Benoit Camguilhem, *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*, Dalloz, 2014, p.386.

ついて、「違法性=フォート」の等式は、行政機関に対していかなる寛容も与えないため、及び違法な決定による被害を例外なく救済するために重要なのだという指摘がなされている⁶²⁾。確かに、「違法性=フォート」の等式は、国家賠償訴訟の行政統制機能を強化するものであるが、それは、フォートが客観的違法性と同化することで、違法行為統制機能を果たすようになったということを指すはずである⁶³⁾。Crégols 判決が行ったように、主観的フォートに違法行為を同化させることは、越権訴訟と国家賠償訴訟双方の行政統制機能を低下させることになる。そうであるとすれば、違法性判断基準の変更を行ってまで形式的に等式を維持する意義は乏しいように思われるのである。

4. 違法性とフォートの再検討

① 違法性の主観化と二つのフォート概念

上述のように、Crégols 判決の提示した違法性判断基準については違法性の主観化が指摘されているが、この現象がフォートとの関係で起こったものであるとの指摘もなされている。すなわち、当該判決における違法性判断基準の変更が、市長のフォートを認めるべきではないという賠償請求に対する結論から遡及的に導かれたとの指摘である⁶⁴⁾。そして、また市長を非難すべきでないという判断から、違法性判断基準の変更を行うに至った論告の思考過程もそのことを示している。そうすると Crégols 判決において批判される越権訴訟の主観化はフォートの影響をうけて起こったものと見ることができる。この点に関連して、立法行為に起因する国賠訴訟について浩瀚なテーズ⁶⁵⁾を公刊し、判例の形成に一定の影響を与えた Broyelle が当該事件の評釈⁶⁶⁾において、フォートと違法性の関係性について興味深い視点を提供しているので、以下で検討する。

まず、Broyelle は、Crégols 判決の具体的な事情の下で、市長がアレテを発出せ

62) C.Broyelle, *op.cit.*, p.818.

63) B.Delaunay, *op.cit.*, p.174.

64) Liéber et Botteghi, *op.cit.*, p.1826.

65) C.Broyelle, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, LGDJ, 2003.

66) C.Broyelle, *Illégalité et faute*, RDP 2010, p.807.

ずに事故が発生した場合には不作為のフォートを犯したと判断されることを指摘する。そうである以上、アレテを発出した市長の判断は合理的なものであったと考えられる。それにもかかわらず、結果的に当該措置が不要であることが判明した場合には、市長はフォートを犯したとされるのである。この矛盾はフォート概念のアンビバレンスを示すものであり、このアンビバレンスは「客観的フォート」と「主観的フォート」の二種類のフォートが存在することによって発生するのだと Broyelle は分析する。ここでいう「客観的フォート」とは、行為の違法性から機械的に認定され、行為者を非難 (reprocher) し得るか否かを問題としないフォートである⁶⁷⁾。対して、「主観的フォート」とは、行為者が誤った行いをした (mal agir) ことに対する非難という評価を含むものである。Broyelle いわく、決定 (即ち越権訴訟の対象となるもの) 以外を原因行為とする訴訟においては主観的フォートのみが問題となる。なぜなら、こうした訴訟においては、行政機関がとるべきでない行動をとった (あるいは、とるべき行動をとらなかった)、即ち誤った行政活動を行ったと裁判官が評価することによって、フォートが認定されるからである。これに対して、決定を原因行為とする訴訟においては、Driancourt 判決以降、違法な決定を行った行為者を非難すべきかどうかについての裁判官の判断を介在させることなく、違法性とフォートを自動的に結びつける特殊な解釈が判例法理として確立している。これにより決定を原因行為とする場合に限り、「客観化」したフォート概念が存在することになったのである。Broyelle の主張する、このような客観的フォートと主

67) 一般的に、フォートが「客観的 (objective)」であるといわれる場合、それは、役務のフォートが公務員個人の主観的な意図と無関係に判断されることを指してきた。cf: M.Paillet, *op.cit.*, p.166.

即ち、フォートは、役務の正常な運行における欠陥と捉えられることにより、加害公務員の主観的意図と切り離され、加害行為の違法性 (irrégularité) とほぼ同義となって「客観化」する。このように、自己責任的責任構造の結果としての役務のフォートの客観性が、従来「客観的 (objective)」フォートといわれてきたところのものである。久保茂樹「フランス国家責任法の一般理論についての再検討 (一)」青山法学論集31巻247頁以下、滝沢正「各国の国家賠償法制の歴史的展開と動向－フランス」『国家補償法体系1』(日本評論社1987年) 23頁も参照。

対して、ここでBroyelleが使用する「客観的 (objective)」フォートとは客観的訴訟である越権訴訟の違法性との関係において語られるものであり、後に明らかにするように、上記の理解とは意味を異にしている。Broyelle 自身もこのことを断った上で論を進めている。cf: C.Broyelle, *op.cit.*, p.810.

観的フォート概念を前提に、再度 Crégols 判決の事案を見てみると以下のようになる。まず、一貫して、主観的フォートに依拠した場合には、市長が措置を執らず、事故が発生した場合にはフォートが肯定される一方で、市長が執った措置が不要なものであったことが後に明らかとなっても、市長を非難すべき理由がない場合にはフォートは否定される。これに対し、アレテの発出を客観的なフォート概念に基づいて判断した場合には、措置が不要なものであった以上、フォートが肯定されるのである。

Broyelle は、このように二つのフォート概念の存在とその意味内容を明らかにした上で、国賠訴訟におけるフォートは基本的には主観的なものであり、越権訴訟の対象と国賠訴訟における原因行為が同一である場合にのみ、Driancourt 判決以降、「違法性＝フォート」の判例法理が確立したことにより、客観的フォートが登場したのだと主張している⁶⁸⁾。

以上のような Broyelle の分析を前提とすると、決定を原因行為とする Crégols 判決においては、コンセイユ・デタは客観的フォートに基づいて判断を行うはずである。しかし、Broyelle は、コンセイユ・デタはこれまでの立場とは反対に、当該判決では主観的フォートに依拠したのだと述べる。なぜなら、当該判決においてコンセイユ・デタは、市長が原告の発電所について危険が存在していると判断したことが合理的であることを根拠にフォートを否定し、市長が危険の不存在を認識できた時点を基準としてフォートを認定している。このように主観的要素に応じてフォートの成立時期を判断する手法は、主観的フォートを基礎としなければ成り立ち得ないからである。しかし、主観的フォートに依拠することは、必然的に、客観的適法性判断の結果である越権訴訟の違法性とは整合しない。そこで、フォートの有無の結論から遡及的に適法性の問題に対する結論が導き出されたのである。結果として、本来客観的であるはずの警察措置の違法性の評価は主観的フォートの判断の引き写しになる。こうして、「違法性の主観化」が起こったと Broyelle は分析する⁶⁹⁾。

このように Broyelle が指摘した二種類のフォート概念を前提とすれば、Crégols

68) C.Broyelle, op.cit., p.813.

69) Broyelleはこうした現象を否定的には捉えておらず、本件でフォートが違法性概念を豊かにするチャンスを与えたと位置づけている。

判決において、コンセイユ・デタは従来の立場を転換し、主観的フォートに依拠したのみならず、「違法性=フォート」の等式を維持するために、越権訴訟における違法判断にも主観的要素を持ち込んで事案の解決をはかったことになる。

②違法性とフォートのズレ

上述のように、Broyelle は二つのフォート概念を指摘するのであるが、このように二つのフォート概念を観念しなければならない理由は、本来的に主観的な概念であるフォートと、越権訴訟において客観的に判断される決定の違法性との間にズレが存在しているからである。このズレとはどのようなものなのであろうか。

Broyelle はコンセイユ・デタが客観的フォートに依拠した判決の例として、ONIC 判決⁷⁰⁾をあげている。当該事案は、全国穀類調整局 (ONIC) が行った月毎の穀物粉砕量の決定が、当該決定の根拠となった大臣アレテの取消により遡及的にその法的基礎を失い、結果として当該決定も法的基礎を欠く決定として違法となったものである。したがって、ONIC が決定を行った際に、大臣アレテの違法性は明らかではなかったのであるが、コンセイユ・デタは「ONIC が違法な決定を行ったことに起因する役務のフォート」を認めた。当該事案におけるフォートを Broyelle は「まったくもって非難 (reproche) の要素を欠いたフォート、即ち「客観的」フォート」であると評価する⁷¹⁾。次いで、Broyelle は、ONIC 判決の類似事案として、年金受給権に関する決定が後のデクレの取消によりその法的根拠を遡及的に失って違法となった事案である Olivier de Sardan 判決⁷²⁾に言及する。Driandourt 判決以前の判決である当該判決においては、コンセイユ・デタは決定を違法としたがフォートを認めていない。Broyelle は、当該判決においてはコンセイユ・デタが主観的フォートに依拠し、適法性の審査とフォートの評価の間にズレが存在することを受け入れていたと分析する。そして、「行政機関が知ることができなかった要素を考慮しなかったという理由で、行政にフォートによる責を負わせることはできない⁷³⁾」という Odent の記述を引用し、主観的フォートに依拠した場合には、当該事案におい

70) CE, 13 déc. 1963, *ONIC*, Rec. p.621.

71) C.Broyelle, op.cit., p.813.

72) CE, 18 mars 1963, *Olivier de Sardan*, Rec. p.190.

73) R.Odent, *Contentieux administratif*, t. II, rééd. Dalloz, 2007, p.60.

て行政がフォートを犯したと見做すことはできないのだと述べている⁷⁴⁾。

上記の判決の分析から見ると、Broyelle のいうところの主観的フォートと客観的フォートの差異は、「違法性の認識可能性」をフォートの認定において考慮するか否かであるといえる。即ち、Broyelle が例として挙げた上記の何れ的事案においても、決定時に行政機関は当該決定が違法であることを知り得なかった。このことは越権訴訟においては勿論考慮されないため、違法性の認識可能性にかかわらず決定は違法となる。そして同様に、国家賠償訴訟においても、違法性の認識可能性如何に関わらず結果的に違法な決定を行ったことがフォートだと考えることはできる。これが客観的フォートの考え方である。これに対し、例え結果的に違法な決定を行ったとしても、決定時点において当該決定が違法なものであることを行政機関が知り得なかったなら、行政機関は誤った行いをした (*mal agir*) とはいえないため、行政機関を非難 (*reprocher*) すべきではないと考えれば、フォートを認定すべきではないということになる。これが主観的フォートの考え方なのである。このように、Broyelle のいうところの主観的フォートと越権訴訟における違法性とのズレは、「違法性の認識可能性」という考慮要素に見いだすことができる。

始めに述べたように、日本とフランスとではそもそも国家賠償に関する制度も仕組みも異なるため、両者を単純に比較することには慎重であるべきである。それでも、Broyelle が主張する主観的フォートには、日本における国家賠償法上の「過失」要件において考慮される要素が含まれていることは指摘できるように思う。市長のフォートの有無に関する判断から遡及して、「違法性の主観化」をもたらしたと評価される *Crégols* 判決の論告も、DDE から情報を受けた市長の調査義務に言及していたが、これも「過失」の要素の一つと考えてよいと思われる。*Crégols* 判決が抱えていたジレンマは、市長が「過失」を犯したとはいえないため、市長を非難することはできず、市に賠償を命ずることもできないという直感的判断が、これとは相容れない判例法理と対立した点にあったのではないだろうか。

74) C.Broyelle, *op.cit.*, p.815.

③違法性とフォートの再分離？

ここで重要なのはこの「過失」類似の要素が、損害にも因果関係にも還元できないということである。前述のように、原因行為たる決定に違法性がありながら、賠償責任を認容すべきでないとの判断がなされてきた場合として、手続的瑕疵及び別理由による同一再処分の可能性が存在する場合は議論の俎上にのせられてきたが、これらは損害要件や因果関係要件の問題として説明可能なものであったために、違法性とフォートの一致を認めることができた。しかし、決定は違法であったが、そのことを行政機関において認識できなかったため、賠償請求を認容すべきでないとの判断がなされる場合には、それはまさにフォートの有無の問題であり、違法性とフォートを分離せざるを得ない。かくして、Crégols 判決は違法性とフォートが一致しない可能性を再び示した判決として位置づけることができると思われる。

Crégols 判決においてこのように違法性とフォートの不一致が再び意識されるに至った背景には、重大なフォートが要求される場面が縮減していることがある⁷⁵⁾。前述のように、警察行政領域においては、役務の困難性を理由に重大なフォートが要求されていた。この困難性は、その一部において、自身の行為が適法であるか否かを認識するのが困難であるという意味を含んでいると思われる。したがって、役務の性質上、決定時において行政機関に違法性の認識が困難である場合には、重大なフォートが要求されることが多かったと考えられる。それゆえ、Crégols の第一審判決がそうであったように、越権訴訟によって決定が不必要なものであり違法であるとして取り消されても、重大なフォートが犯されたとまではいえないとの判断によって、行政機関に責任を負わせないことができた。しかし、重大なフォートは警察領域においても消滅傾向にあり、その結果として、当該事案においても重大なフォートにより賠償責任の判断を行うべきでないとの立場がとられた。その結果、違法性とフォートのズレが正面から問題となることになったのである。Crégols 判決は違法性判断基準に主観的要素を取り込むことで、このズレを再び覆い隠したものとについてもよいかもしれない。

重大なフォートが要求される領域はさほど広いものではないにもかかわらず、

75) Broyelleも重大なフォートが違法性とフォートのズレを覆い隠す役割を果たしてきたことを指摘している。C.Broyelle, op.cit., p.818.

Driancourt 判決以降、「違法性＝フォート」の等式が維持されてきたことを踏まえると、「過失」類似の要素は、日本における過失よりも遙かに限定された場面でしたか問題とされえないといえる。したがって、違法性とフォートの乖離が表面化するケースはそう容易には想定できないかもしれない。それでも、そのようなケースが今後また出現する可能性はないとはいえない。そのときも「違法性＝フォート」の等式は維持されるであろうか。

おわりに

Crégols 判決は、Driancourt 判決後において、違法性とフォートが一致しない可能性を再び示した判決であったといえる。そして、その不一致の原因はフォートに内在する「過失」類似の要素にあることが指摘できる。

既に述べたように、フランスにおいて、Crégols 判決のように違法性とフォートの乖離が問題となるケースはごく例外的な場合に限られるかもしれない。しかし、そうした例外の存在を踏まえた上で、「違法性＝フォート」の等式を改めて検討する必要があるように思われる。今回の分析はあくまでも Crégols 判決及び当該判決に対する Broyelle の理解を前提とした局所的な分析にとどまるものである。当初、違法性とフォートの不一致を主張した論者が、越権訴訟と国家賠償訴訟の性格の違いから結論を導いていたことから分かるように、違法性とフォートとの関係及び「違法性＝フォート」の等式の持つ意味を明らかにするためには、越権訴訟と国賠訴訟（全面審判訴訟）の性質の違い等も踏まえた議論が必要であると思われる。これは今後の課題としたい。

（追記）

本稿は、青山学院大学判例研究所 2014 年度特定課題研究プロジェクト（国家賠償法の違法性概念の研究）による研究成果の一部である。