

# 行政判例と行政法学（二）

——モリス・オーリウの行政法学——

橋本博之

## 序 章

### 第一章 行政訴訟との関連による理論の構築

#### 第一節 行政訴訟に対する基本姿勢

##### 第一款 行政訴訟制度に対する肯定的評価

##### 第二款 訴訟提起者の利益の重視（単純化・統一化の要請）

#### 第二節 越権訴訟の法理

##### 第一款 越権訴訟の対象性の拡大と並行訴訟の抗弁の後退

##### 第二款 越権訴訟における訴えの利益の拡大

##### 第三款 越権訴訟における取消事由の発展と裁量統制（以上四〇号）

#### 第三節 訴訟類型論

##### 第一款 行政法の手続的思考と訴訟類型論

##### 第二款 訴訟類型に関する理論の深化

##### 第三款 越権訴訟吸収論の主張

### 第二章 民法との比較による概念の構成

#### 第一節 行政賠償の法理

##### 第一款 行政賠償責任の拡大とリスク理論の提示

##### 第二款 役務過失による行政賠償責任

第三款 民事法上の法理との比較

第四款 無過失による行政賠償責任（以上本号）

第二節 行政契約論

第三節 公物理論

第三章 組織的・制度的考察による体系化

終章

### 第三節 訴訟類型論

#### 第一款 行政法の手続的思考と訴訟類型論

オーリウの行政法学の基本構造が、行政訴訟と関連づけられた「行政法の手続的思考方法」によって規定されていたことについては、すでに本研究の第一章第一節第一款で指摘した。また、オーリウは、一九二八年の判例評釈において、「行政法では管轄と争訟の問題が大きな比重を占めている」<sup>(1)</sup>がゆえに、コンセイユ・デタの思考方法が訴訟の観点に立っていることを指摘している。

この「行政法の手続的思考」のなかでも、フランスの行政訴訟制度における取消訴訟（その典型が越権訴訟である）と通常訴訟（全面審判訴訟）という二つの類型の併存の問題は、オーリウの行政法学全体が発展する過程において、一貫して最も重要な議論の素材であった。この行政訴訟の二類型は、行政作用における「執行的作用」とその「執行過程（オペレーション）」の区分に対応するものとして、オーリウが行政作用を法的に分析するための鍵概念を形成するに際して、大きな役割を果たした。さらに、行政訴訟の二元的構造の問題は、オーリウの「制度」理論及びそこから派生する「法の二つの層」というより根源的な思考と結合し、それを実証する場ともなった。これ

らの点について、筆者は、前稿において検討の機会を得ており、本研究の分析は、「行政判例と行政法学」という視点から前稿を補足するという限度に留まることになる。<sup>(2)</sup>

以下、本款では、オーリウによる「行政法の手続的思考方法」の概観を目的とし、まず、訴訟類型のいかんを問わず行政訴訟全般の構造を決定するものとしての「予先決決定」理論についてその骨子を示し、次に、行政訴訟の二元的構造の問題について、その理論的な枠組みを整理する。

# (1) 「予先決決定」理論と行政訴訟の基本構造

行政訴訟との関連による理論の構築という点で、オーリウ行政法学の基本思想を規定するものとして、「訴訟に先行する行政決定 (decision administrative préalable au recours contentieux)」の概念がある。<sup>(3)</sup>これは、行政訴訟における決定前置主義を理論的に説明するに際して、「予先決決定」による「訴訟への結合 (liaison du contentieux)」理論として定式化された。<sup>(4)</sup>

例えば、行政訴訟とりわけ越権訴訟の基本構造を分析した論文「訴訟の諸要素」には、「訴訟的申立 (recours contentieux) は、執行的決定によって開始される行政執行過程 (procédure d'exécution administrative ouverte par la décision exécutoire) に関する異議申立であり、それゆえ、行政は、訴訟的審判 (instance contentieuse) をあらかじめ受容するのであり、自らが望む執行に関する異議申立として受容するのである」<sup>(5)</sup>と記述されている。また、『行政法精義』第二一版には、「権限ある行政庁が下した一切の執行的決定は、訴訟的問題あるいは将来訴訟になり得る問題について、当該決定に対する訴訟的申立としてなされ得る審判の受容を、予め内包している」<sup>(6)</sup>という定式が示されている。これらは、「予先決決定」ないし「執行的決定」概念が、「行政による審判手続の受諾」<sup>(7)</sup>（村上裕章）を説明するために用いられていることを端的に示している。

他方、オーリウの「予先的決定」概念は、行政訴訟における決定前置の正当化という意義を持つと同時に、行政決定の属性として行政の「職権行動特権」を反映する「予先的特権」があるという形で、いわば行政行為の効力論としての意義も持つ。この後者は、オーリウの予先的決定・執行的決定概念の本質的部分を理解するという観点から重要であり、さらに、オーリウ行政法学の基本思想が行政訴訟と関連づけて構築された概念によって規定された典型例と言える。しかし、この点の分析は、純理論的側面からの検討の必要という点で判例評釈を主たる素材とする本研究の射程を逸脱してしまうし、また、すでに磯部力の本格的研究が存在しているため、本研究の対象から外すこととする。<sup>(8)</sup>

判例評釈においては、黙示の拒否処分について行政訴訟の提起を肯定した一九〇〇年七月一七日法の解釈に関して、「コンセイユ・デタにおける申立は、行政庁によって発せられる予先的決定に対してのみ形成され得る」という行政訴訟の原則が指摘されている。<sup>(9)</sup> また、判例評釈の中で行政訴訟の基本原理に言及したものが幾つか存在しており、以下、これらを検討する。

行政訴訟の基本構造を論じたものとして、一九一五年に連続して公表された二つの判例評釈がある。まず、ユー・ル県知事判決の評釈には、次の記述がある。<sup>(10)</sup> (行政訴訟の根本規範は)「以下の如くである。訴訟的討論 (discussion contentieuse) を開始しようとする公行政は、原則として、裁判官の前で原告となることがない。公行政は、自ら固有の方法により、即ち自ら固有の執行的決定により、自らを正当化する。そして、公行政は、相手方に対し、公行政の創出した状態の受容を望まないならば、原告の役割を担うことを強いるのである。これが、直接行動の手続き、あるいは、執行的決定による手続きと呼ばれるものである。」

また、ラローズ (Larose) 判決の評釈では、次のように述べられている。<sup>(11)</sup> 「行政法を性格づけている特色のひとつとして、公行政は、通常の個人による民事上の関係における権利行使と比べて、自らを正当化するための特権を

持っている……。そこから、公行政は執行決定の手續きを享受しているのであるが、その一般的精神は以下の如くである。行政は、一定の義務を課そうとする行政客体に接する場合には、自ら原告となつてこの行政客体を裁判官に訴えるのではなく、自ら執行決定を行う。そして、この執行決定の効果により義務を負わされた者について、少なくとも裁判官の前で対抗することなく、行政的執行が可能な状態にすることが出来る。原告の役割を果たすのは、行政客体ということになる。従つて、そこには役割の逆転がある。行政は、論理的には原告であるべきはずなのに、被告となるのだ。このことは、立証責任の面で重要であるのに加え、結果として迅速性も得られる。仮に行政が何かを要求する全ての者に対して、予先的に訴えを起こさなければならぬとすれば、行政は多くの時間を失ひ、実際には役務の執行は不可能となるだろう。……執行決定によれば、事は順調に運ぶであろう。利害關係人が全て訴えを起こすわけではないし、訴えが起こされたとしても、訴訟により決定の執行が停止されないで、役務の執行は中止しないのである。」「ゆえに、執行決定の手續きは、集権化された公役務の正常で継続的な執行の必要性によつて、正当化される。」「しかし、普通法外的なものとなつていゝとしても、行政の特権は一定の限界内に枠付けされることが不可欠である。行政が執行決定の手續きによつて自ら正当に行動する権利を持つからといつて、行政があらゆる種類の措置を正当に自力執行する権利をもつという結論を導いてはならない。」「執行決定は、あらゆる執行に先立つて訴訟的な審理に付される可能性がある。」

以上の記述は、オーリウの「予先決定」による「訴訟への結合」という理論の骨格を示すとともに、行政訴訟と関連づけられた手続的思考方法による、公権力の訴訟的・手続的理解の理論構造の一端を明らかにしていると言えよう。

さらに、「予先決定」理論は、行政訴訟の本質的特色を説明するものともなつた。例えば、一九〇六年公表のドウ・ラムビリ（De Lambilly）判決の評釈には、行政訴訟の基本的性格を「訴訟的申立（recours contentieux）」

と捉え、「訴え (action)」と区別して論じた部分が見られる。<sup>(12)</sup>これは、池沼の所有者が持つ漁業権の内容について、池沼・森林行政による制約の有無を確認する訴えが、司法裁判管轄であることを示した権限裁判所の判決である。(但し、損害賠償請求について、行政裁判管轄を認めている。)オーリウは、司法裁判所で漁業権の所在を争う「訴え」と、行政裁判所における「執行の決定に対する訴訟的申立」の相違について、以下のように述べている。「訴え」と「執行の決定に対する訴訟的申立」とを)「混同してはならない。訴訟的申立は、予先執行の決定を前提とするものである。他方、訴えは、決定ではなく事実に関して、公行政に対して提起されるものである。訴えは、……民事訴訟に一層接近し、損害を生ぜしめた事実から直接に発生する。」「執行の決定は、必ず行政裁判管轄を要求し、問題を覆審的に扱わしめる。……訴訟的申立は行政庁が行った執行の決定に対して形成されるものであるが、そこでは、行政の警察権の行使として捉えられた、決定の有効性が審査される。つまり、行政の権利は、その出発点で把握されるのだ。……利害関係人は、執行の決定を出訴期間内に攻撃しなかった場合には、遅まきながら、妨害排除請求訴訟 (action negatoire) を提起することになる。」

オーリウは、「権利」侵害を前提としない越権訴訟の訴訟性を肯定するための理論的根拠として、「訴訟」の概念から「権利」概念を放逐し、「紛争」の存在から直截に「訴訟」が導かれることを主張していた。<sup>(13)</sup>従って、右のドウ・ラムビリ判決の記述も、「訴訟的申立」たる行政訴訟の訴訟性を否定するものではない。しかし、「予先執行の決定」による「訴訟への結合」を前提とする行政訴訟が、民事訴訟における「訴え」とはその本質を異にするものとして理解していたこともまた、見逃せない点である。

## (2) 訴訟類型と行政法の基本構造

### ① 訴訟類型と行政法の二元的構造

オーリウが、行政訴訟における越権訴訟と全面審判訴訟の併存を、行政過程における「執行決定」とその「執行過程」とに対応するものと考えていたこと、さらに、「制度」理論を背景にした法の二元的構造（Ⅱ「法の二つの層」）と結びつけて理解していたことは、すでに人の知るところである。

この点につき、筆者は、オーリウの全面審判訴訟の位置づけという観点から、分析を行う機会を持った。全面審判訴訟の基本構造は、「民事訴訟と類似したもので、権利が常に問題となる」ものであるが、筆者の前稿の分析結果の要約は、以下の如くである。全面審判訴訟は、一方で民事訴訟との関係、他方で越権訴訟との関係、という三面関係の中で、その積極的な位置づけを与えられる。民事訴訟との関係で、全面審判訴訟の対象となるのは、「行政管理Ⅱ公役務の執行」概念に包摂される領域である。そして、全面審判訴訟は、行政賠償・行政契約等の実体法上の法理が、民事法とパラレルでかつ公法の特異性を着色されたものとして形成される場となった。越権訴訟との関係では、越権訴訟の対象となる「執行決定」と、全面審判訴訟の対象となる「行政管理Ⅱ公役務の執行」とが、決定とその執行という一連の過程として位置づけられる。同時に、この両者は、「制度」内部的な自己規律の法と、「制度」外的な法人相互間の「交換法」との二元構造（Ⅱ「法の二つの層」）<sup>(15)</sup>に対応するものとして、「制度」理論を基礎とする行政法体系の中で、二元的に肯定される。

他方、筆者は、オーリウが越権訴訟の基本構造をいかなる形で理解していたのかについて、前稿の中では正面から検討しておらず、以下、若干の整理をしておく。

## ② 越権訴訟の基本構造

### (a) 越権訴訟の「対象」と「目的」

越権訴訟の基本構造に関して、オーリウの見解が示された論稿として、一九〇〇年公表のアヴィニオン市事件判決の評釈がある<sup>(16)</sup>。この判決は、越権訴訟での取消判決に対する第三者再審（*tierce opposition*）提起の可能性を否

定したものであり、この判決により「越権訴訟の客観訴訟化の歩みは頂点に達した」(伊藤洋一)<sup>(17)</sup>とされている。

越権訴訟と全面審判訴訟の分類は、ラフェリエールの『行政裁判概論』によって理論的に提示されたものである。アヴィニヨン市事件判決の評釈では、ラフェリエール説の評価から議論が進められてゆく。「ラフェリエール氏は、越権訴訟によって得られる結果にとりわけ固執した。その直接の結果とは、裁判官による越権の瑕疵を帯びた行政決定の取消であり、裁判官は決定の修正をすることができず、取消がもたらす行政上あるいは金銭上の帰結を裁断することもできない。ゆえに、越権訴訟は、全面審判訴訟と呼ばれる通常訴訟と対置される取消訴訟の類型なのである。他方、通常訴訟では、……裁判官により広い権限が与えられ、行政決定を修正したり行政主体の過誤による金銭的帰結を裁断することが認められている。確かに、取消訴訟と全面審判訴訟の区別が確立され、その結果について注意深く研究されたことは有意義であった。しかし、現時点ではこの区別は全ての人に理解され受入れられており、それにこだわる必要はない。」

オーリウは、ラフェリエールが訴訟の結果に着目した越権訴訟の類型を確立したことを指摘しつつ、ラフェリエールの分析が十分に行われていない二つのポイント、すなわち、①越権訴訟の「固有の対象・領域・適用範囲」と、②その「終局目的・高度な行政的目的」を明らかにしようとする。以下、順に検討する。

第一に、越権訴訟の対象についての記述は、以下の如くである。越権訴訟は、(議会の決定と統治行為を除いて)権力的方法で行われる行政の行為をその対象とする。管理的方法で行われる行政の行為は、それ自体が通常訴訟を生じさせるため、並行訴訟による不受理の抗弁によって越権訴訟から排除される。「……越権訴訟の領域は、行政の行為の分類によって画定されるが如くであるが、これは自然なことである。なぜなら、越権訴訟は行為に対する訴訟であり、その理論は行政行為の理論によってのみ支配されるからである。そして、権力的方法と管理的方法の分類が、今後の原則になると考えられる。……我々は、右の行政行為の分類について、(著書『行政管理』)におい



て）受入れ可能と思われる解釈を与えた。我々の考えでは、もっぱら法律の適用の確保を志向する行政決定は、全て権力的方法によって行われ、他方、もっぱら公役務の執行の確保を志向する決定は、全て管理的方法で行われるのだ。」

右の記述は、越権訴訟と通常訴訟（全面審判訴訟）の併存が行政による行為の区分に対応することが強調され、訴訟類型論が行政作用の分類論と結合するという議論の方向性が示されている。この意味で、裁判官の権限のみを基準としたラフェリエールの訴訟類型論からは、歩を進めたものと言える。すなわち、行政による権利行使が、権力的方法によるものと管理的方法によるものとに分けられ、越権訴訟はその前者を対象とするという図式が示されたのである。

第二に、越権訴訟の目的に関する記述は、以下の如くである。越権訴訟の終局目的は、「行政内部において、行政による適法性の遵守を担保するための手段」であり、行政行為の客観的な瑕疵を告発するものである。「越権訴訟とは、良き行政の確保という目的のために組織された、客観的な無効の方法である。……その発動は利害関係人に委ねられているが、それは利害関係人が行政の監視人とみなされることによる。彼らが、個人的利益を持つことは疑いないが、同時に、彼らは、公権力の利益のために行動する。参加した手続の中で、彼らは自らの権利を守ろうとする訴訟当事者ではなく、彼らの地位は、犯罪に対する処罰を遂行する検察官のそれに類似するのだ。」<sup>(18)</sup>

この、アヴィニヨン市事件判決の評釈で示された、越権訴訟の基本的特色を、①行政作用論と関連づけた「対象」、②良き行政の確保という「目的」、という二つの角度から規定するという思考方法は、これ以降のオーリウ学説を支配するものとなる。<sup>(19)</sup>

#### (b) 取消判決の拘束力

越権訴訟の本質論は、越権訴訟における取消判決の拘束力の問題を論じる際に展開される場合も多い。例えば、

一九〇二年公表のサノネル (Sanoner) 判決の評釈<sup>(20)</sup>では、土地所有者が建築線交付の申請に対する拒否処分<sup>(21)</sup>の取消を求める越権訴訟の性格について論じられている。オーリウは、申請拒否処分に対する取消判決が、即建築線の交付を導くものではなく、行政の側がコンセイユ・デタの判決を尊重するという自発的意思に委ねられていることを指摘しつつ、申請に対する拒否処分を争う当事者の地位について、次のような分析を行っている。「これは、純粋で単純な権力の状態である。公権力は、土地所有者に対して何らの義務も負わない。なぜなら、コンセイユ・デタは公権力に対して何らの義務づけもできないからである。公権力は、越権を犯してはならず、越権を犯した行為を正さなければならないという、一種の行政道德の規範に服するという観点から、自分自身を義務づけるのみなのである。……行政は、建築線の付与を義務づけられるとも言えるし、そうでないとも言える。この場合、行政は、内部的道德性の規範によって拘束されるのであり、行政客体の権利によって拘束されるのではない。越権訴訟を提起した土地所有者は、ここでは、自らの権利を主張する外部者ではなく、良き行政のための手段を発動させる検察官の役割を果しているのだ。」<sup>(21)</sup>

また、一九〇九年公表の、ダロ (Daraux) 判決の評釈<sup>(22)</sup>は、知事の処分<sup>(23)</sup>の取消が争われた訴訟において、コンセイユ・デタが、階層的手続によって紛争を解決すべく大臣への付託 (renvoie) を行ったという事案に関するものである。ここで、オーリウは、コンセイユ・デタによる行政への付託という方法が越権訴訟による紛争解決の可能性を拡大するものであることは肯定しつつも、これが行政に対する作為命令 (injonction) を課すものではないことを指摘する。すなわち、コンセイユ・デタの判断は、付託された大臣に対して何らの拘束力ももたず、あくまで大臣の自発的な決定が下されるのである。「行政への付託の手続において、行政権に対する作為命令は存在せず、行政道德への働きかけがあるのみである。ここで、越権訴訟の理論は、明らかに純粹な権利というより法的道德の理論であり、強力に規律された制度が正しく機能するために保持している装置が、非常に巧みに利用されている。」<sup>(23)</sup>

以上は、取消判決の拘束力の問題を、越権訴訟が制度内部規律的な公権力の自己拘束にかかるシステムであることから説明したものと言える。

(c) 行政の自己規律としての越権訴訟

結局、オーリウは、越権訴訟の本質を制度内部的な自己規律的コントロールと理解し、行政訴訟におけるその存在意義を明確にし、越権訴訟の理論的位置づけを確立しようと試みたことになる。本章第二節で検討した越権訴訟の法理に関する様々な判例評釈においても、右のような基本思考が一貫した特色となっていたと言える。

例えば、一九〇七年公表のドウニ（Denis）<sup>(24)</sup>判決の評釈は、オーリウの考える越権訴訟の本質論を端的に示した記述が含まれている。（越権訴訟とは）「行政が自らについて行う自己規律的コントロールである。その遂行は公法上の裁判官に委ねられ、その裁判官は関係人の申請によって発動する。手続の形態上、申立は訴訟であるが、その本質において発動される権限は自己規律的である。行政は、犯された越権を原因として自らを拘束するのだ。……原告は、いわば行政に対して越権を告発するのみなのだ。」

また、一九二三年のセフォン（Sepphone）<sup>(25)</sup>判決の評釈には、次の記述がある。「越権訴訟を典型とする取消訴訟は、行政行為の取消を行うことができる。このような取消を宣言する裁判権は、当該行為を行った行政庁の意思を阻止するのであるが、行政権が自らの意思が阻止されることに同意することが可能なのは、行政裁判によってのみであると思われる。なぜなら、それを阻止するのが自分自身だからである。このことは、行為の自発的撤回や、上級行政庁による取消とあまり変わらず、執行権全体として見ると、ここで一種の権力の自己制限が行われていることになる。……さらに、コンセイユ・デタが越権訴訟によって取消した行政行為は、当事者に限定されない対世的効力を持ち、その結果、行為の完全で客観的な破棄をもたらすのだ。」

- (1) J.A. 3.786.
- (2) 拙稿・「フランス行政法における全面審判訴訟の位置づけ（三・完）」国家学会雑誌一〇三卷一・二号四〇頁以下。さらに、亘理・「行政による契約と行政決定」（二）法学四七卷三号一二二頁以下、磯部・前掲書三七三頁以下、浜川・「M・オーリウにおける取消訴訟と通常訴訟」雄川一郎先生献呈論文集『行政法の諸問題（下）』四二二頁以下を参照。
- (3) Les éléments du contentieux, R.A.L.T., 1905, p. 46 ets.
- (4) 兼子仁『行政行為の公定力の理論（第三版）』二二五頁以下、阿部・前掲書一五頁、磯部・前掲書三八二頁以下、同四一二頁以下、『リヴェロ』二三五頁以下等を参照。
- (5) Ibid., p. 92.
- (6) Précis, 11 ed., p. 367.
- (7) 参照、村上裕章・前掲論文・九大法学五七号四一頁、同四八頁註（6）。
- (8) この点については、磯部力の研究業績に本稿で新たに付け加えるものはない。磯部・前掲書の全般に係わるが、特に、同書三七二頁以下が詳細である。
- (9) S. 1906. 3.129/J.A. 2.107; S. 1910. 3.65/J.A. 2.115.
- (10) S. 1915. 3.9/J.A. 2.1.
- (11) S. 1915. 3.25/J.A. 2.68.
- (12) S. 1906. 3.81/J.A. 1.193.
- (13) 拙稿・前掲五九頁、村上裕章・前掲四〇頁以下、伊藤・前掲書一〇八頁。
- (14) J.A. 3.787.
- (15) 拙稿・前掲六七頁。
- (16) 伊藤・前掲書一二四〜一二五頁。但し、取消判決に対する第三者再審は後のブスジュ判決によって肯定され、アヴィニョン市判決の結論は覆されることになる。
- (17) S. 1900. 3.73/J.A. 2.403.
- (18) J.A. 2.408. 参照、村上裕章・前掲四五頁、雄川一郎『行政争訟の法理』三〇〇頁。
- (19) 村上裕章は、オーリウの客観訴訟論が、①全面審判訴訟と取消訴訟の比較を行う文脈と、②越権訴訟の特色を指摘する文脈という二つの観点から行われていることを指摘しているが、村上の言う二つの観点は、この越権訴訟の「対象」と「目的」の延長線上にあると思われる。参照、村上・前掲四三頁以下。
- (20) S. 1902. 3.41/J.A. 3.244.
- (21) J.A. 3.248.

(22) S. 1909. 3.129/J.A.2.391.

(23) J.A. 2.397.

(24) S. 1907. 3.17/J.A. 2.628. ヲウニ判決については、第二款を参照。なお、この箇所は、伊藤・前掲書一〇六頁でも、検討されている。

(25) S. 1923. 3.49/J.A. 1.50.

## 第二款 訴訟類型に関する理論の深化

オーリウが越権訴訟と通常訴訟（全面審判訴訟）の関係を議論する際に具体的に問題としたのは、越権訴訟に関するいわゆる「並行訴訟の抗弁」の後退による越権訴訟の領域拡大と、警察作用や公務員の人事行政など公権力的行為にかかる行政賠償責任の拡大の二点が主なものであった。このうち、前者については、本章第二節で分析した如く、越権訴訟の手續自体の拡充とそこでの行政作用の統制の強化が、訴訟制度の機能・役割という視点から越権訴訟の存在意義を正当化するという基本的思考のもとに主張された。後者については、第二章第一節において、行政賠償責任に関する実体法上の解釈論にかかる判例評釈を分析する箇所でも論じることになるが、行政賠償責任の確立と拡大が主張され、その局面で損害賠償請求訴訟たる通常訴訟（全面審判訴訟）の存在の理論的基盤を確立することが強調された。

右のように、オーリウの行政訴訟類型論は、越権訴訟による行政作用の統制及び全面審判訴訟による行政賠償責任の拡大を巡る多くの法的問題を論じる際に、それらの具体的論点の解釈論に一貫した理論的基盤となったものと見ることができる。様々な行政活動から生じる紛争がいかなる訴訟類型で扱われるべきかという問題は、行政作用をいかなる理論的枠組みで分析するかという平面まで遡って議論されることになり、この意味で、訴訟類型論はオーリウの行政法学の基底となる思考方法であった。

同時に、訴訟類型論に関するオーリウの学説は、その原型から時間の経過とともに深化し発展してゆく点に特色がある。<sup>(1)</sup> コンセイユ・デタによる行政判例の急速な発展と相互に影響しつつ、オーリウの判例評釈における理論的基盤の部分も一定のゆらぎを示すことになる。本研究では、オーリウの判例評釈をもっぱら時系列に沿って分析しつつ、その訴訟類型論の展開過程を明らかにしたい。

以下では、越権訴訟と全面審判訴訟の二元的存在を行政作用論に遡って理論的に解明することを試みた記述に焦点を合わせ、その展開過程を追って行きたい。

#### (1) 原型の形成（一八九九～一九〇〇年）

越権訴訟と全面審判訴訟の併存に対応した、行政法の二元的構造による理解というオーリウの思考方法が明確にされるのは、一八九九～一九〇〇年の時期と言えるであろう。一八九九年には、『行政管理 (La gestion administrative)』<sup>(2)</sup> が公表されている。この著作は、「行政法の理論的考察」という副題が端的に示すように、行政法学の基本概念のひとつとして「行政管理」という範疇を立てることを主張したモノグラフとして著名なものである。「行政管理」理論の骨子は、「行政管理」公役務の執行の領域は、公権力を内包するがゆえに公法に属するが、公役務の遂行の局面では行政と私人との間に一定の「協同関係」があるため、全面審判訴訟による統制が可能になるというものである。これは、「行政管理」という形で全面審判訴訟の対象領域を一般的に確立することにより、越権訴訟・全面審判訴訟・民事訴訟の三面関係に対応した形で、行政作用を「権力行為」・「行政管理」・「私法人の行為」の範疇に分析する理論を構築する試みであったと言える。<sup>(3)</sup>

翌一九〇〇年には、警察作用による行政の損害賠償責任に関するルプル (Lepreux) 判決の評釈、<sup>(4)</sup> 及び、越権訴訟における第三者異議の可能性に関するアヴィニヨン市事件判決の評釈が公表されている。<sup>(5)</sup> 前者では、権力的行為

による行政の賠償責任を肯定するため、後者では、越権訴訟の客観訴訟としての本質を説明するため、行政訴訟の二類型の存在を行政作用の区分に対応させて説明している。これらも、「行政管理」理論を背景にした行政訴訟類型論の原型と見ることができる。

(2) 全面審判訴訟の領域拡張の主張（一九〇二―一九〇三年）

一九〇二年には、行政訴訟の訴訟類型について言及した判例評釈が、二つ公表されている。まず、ロズ（Ros）判決の評釈がある。<sup>(6)</sup>この事案は、公務員の解雇に際して司法大臣が官職（office ministériel）の廃止を行ったことについて、右の官職廃止の政府決定（デクレ）の取消が争われた越権訴訟であるが、オーリウは、大臣が官職を廃止する権利を肯定しつつそれには補償を要するという見解を述べ、補償請求に関する訴訟形式の問題を論じる。（なお、右判決は、当該デクレについて権限濫用であるとして取消している。オーリウが問題にしているのは、権限濫用にあたらなない一般的なケースについてということになる。）「当初、コンセイユ・デタは、官職廃止のデクレの性格を裁断することを求められた時に、それを、訴訟の対象とならない自由裁量行為として処理した。次に、コンセイユ・デタは考えを変え、このデクレは越権訴訟の対象になると扱った。近い将来、コンセイユ・デタが新たな問題を審理するならば、このデクレは通常訴訟の対象になることが認められるであろう。衡平の点から、一種の収用に対する補償について裁判官の審査が及ばないのは不都合であるし、法の点からは、管理理論を適用する可能性があるからだ。」すなわち、官職の規律（police）についても、それが交換法に容喙した結果、通常訴訟において金銭補償の問題を扱うことが可能となるのである。

次に、道路建設線の付与及び建築許可が遅延した場合の損害賠償責任が争われた、サノネル（Sanoner）判決の<sup>(7)</sup>評釈を検討する。ここで、オーリウは、道路建設線付与の拒否処分が警察作用であり、処分（アレテ）の形式で行

われることを前提に、その拒絶あるいは遅延についても行政賠償責任が肯定されることを主張する。「コンセイユ・デタは、本件事案について、取消訴訟と全面審判訴訟の二元性に基づいた区分、すなわち、わが国の行政法がその当初から内包していた権力の状態と公管理の状態の区分を直観的に適用したのだ。公権力は、権力の状態では無答責であるとしても、管理作用においては反対に責任を負う。公権力の作用と結合し得るものはすべて、全面審判訴訟により行政裁判の場合で請求可能な損害を生じさせる。」そして、建築線付与の拒否処分は、公土木の作用と結合して、公土木に関する訴訟形式である全面審判訴訟に乗るのである。

このように、オーリウは、ロズ判決の評釈では官職廃止の政府決定（デクレ）に関して、サノネル判決の評釈では建築線付与の処分（アレテ）について、それぞれ通常訴訟（全面審判訴訟）を肯定する見解を示したことになる。右のデクレやアレテについて越権訴訟の提起は可能なのであるから、オーリウ説によれば、同一の行為形式について二種類の訴訟が重疊的に可能ということになる。この事は、二つの訴訟類型に対応した行政作用の区分を明確にするという意味では、オーリウ理論が未完成なものに留まっていたことを示している。

一九〇三年には、道路占用許可の撤回に関する訴訟形式を論じた、ゴレ（Gore）判決の評釈が公表される<sup>(8)</sup>。この判決の事案は、一連の「電気・ガス抗争」（本研究では、第二章第二節で扱う）に関する。バル・ル・デュク市は、ガス会社に照明の独占を内容とする特許契約（concession）を与えたが、その後、より効率的な電気照明に転換するため、電気照明会社に対して架線のための道路占有許可を与えた。市は、ガス照明会社との訴訟に敗訴し、その結果を受けて電気照明会社に対する道路占有許可を撤回した。これに対して、電気照明会社が、市による道路占有許可の撤回の取消を求める越権訴訟を提起したのであった。この事案に対して、オーリウは、本件について、越権訴訟ではなく全面審判訴訟で争うべきだという解決の道筋を主張したのであった。すなわち、市と電気照明会社の間で行われた作用の法的性質は契約的なものであり、道路占有許可の撤回についても、市による契約条項の不履行



と考えられる。すると、法的問題は、市が道路占有許可を撤回できるか（市の道路占有許可の撤回のアレテが権限濫用の取消事由の瑕疵を帯びているか）ということではなく、市と電気会社との間の契約の解除とそれによる賠償ということになり、紛争の実的な解決に資する。すなわち、「特許契約は、電気会社に権利を与えた。（道路占有）許可の撤回処分（アレテ）は、その権利を侵害する。このアレテは、もはや独立に捉えることが可能な規制的行為（acte de police）ではない。これは、契約的作用の一部であり、契約の解除、その結果としての損害賠償の要素である。そして、越権の裁判官ではなく、契約あるいは契約的地位の裁判官が管轄を持つのだ。」<sup>(9)</sup>「越権の裁判官のよな、単純な規制作用の裁判官は、本件の審理を拒否しなければならなくなるだろう。」

ここでは、道路占有許可の撤回処分（アレテ）という行為形式について、行政の契約不履行と捉えた上で全面審判訴訟の対象となることが肯定されており、行政契約との関連性を根拠に全面審判訴訟の領域拡大を主張したものである。<sup>(10)</sup>

### (3) 「決定」と「執行」を分解する思考方法（一九〇四～一九〇五年）

一九〇四年に至り、行政過程を決定と執行過程とに分解し、これに越権訴訟と全面審判訴訟を対応させるという思考方法が明確な形をとるようになり、行政作用を右の思考方法によって分析した上で、訴訟類型が論じられている。

例えば、サン・ジュスト不動産会社判決の評釈<sup>(11)</sup>では、行政による「封印」行為を争うための訴訟類型について、以下の如くに論じている。行政による「封印」が暴力行為（voie de fait）を構成すれば司法裁判所の管轄となるが、そうでない場合には、「封印」についても行政裁判に服する。右の訴訟の類型につき、施設の閉鎖を命じる処分（アレテ）が違法であることを主張する場合には、そのアレテに対する越権訴訟が提起できる。また、行政上の

「封印」を争う場合は、それが執行的決定ではなく執行行為を形成するゆえに、直接争うことはできず、訴えの対象となる行政庁の決定を創出する必要がある。本件の場合、内務大臣に対して「封印」解除あるいは損害賠償を請求し、「封印」解除の拒否処分に対して越権訴訟を、賠償請求については通常訴訟を提起することになる。

この部分から、「封印」という行政過程について、執行的決定と執行過程とに分析し、その分析に訴訟類型を対応させるという思考方法が明確に見てとれる。

また、一九〇四年には、特許契約（コンセション）<sup>(13)</sup>の法的性質に関する判例評釈（北部経済鉄道事件<sup>(12)</sup>、ブランリュ・ヴェルノドン事件<sup>(13)</sup>）も公表されている。これらの中で、オーリウは、コンセションの性格を行政契約と認め、これが「公役務の執行」作用であり、交換法の領域として全面審判訴訟に服することを述べている。さらに、同年には、人事行政の瑕疵を原因として公務員が提起した損害賠償請求に関するル・ベール（Le Berre）判決<sup>(14)</sup>の評釈も公表されている。ここでも、オーリウは、行政と公務員の関係について「役務の執行」という観点があてはまり、人事上の役務に瑕疵があつた場合には全面審判訴訟の対象となり得ることを主張した。これらの判例評釈は、特許契約については第二章第二節で、行政賠償の法理については第二章第一節で、実体法の側面から詳しい検討を行うことになるが、これらの評釈において、訴訟類型論と結びついて展開された「決定」・「執行」の分解という思考方法が、重要な要素となつていくことが指摘できる。

一九〇五年公表のジメルマン（Zimmermann）判決の評釈では、取消訴訟と損害賠償訴訟たる通常訴訟の対比という点で、取消訴訟における権限濫用（détournement de pouvoir）と賠償責任における権利濫用（abus du droit）<sup>(15)</sup>の関係という新たな視角から検討が加えられる。権限濫用と権利濫用の二つの理論は、「官吏が……行政に関する自己の権限あるいは権利の執行において、良き行政に合致して遂行したかどうかを判断しなければならない」という意味で、同じ基礎を持つように見える……。相違点は、権限濫用においては、事実が執行的決定の取消の観

点からのみ審査されるのに対し、権利濫用では、事実が求められた賠償の観点から審査されることにある。このことは、問題が訴訟手続上の利益にのみかわるように思わせる。」しかし、権限濫用Ⅱ越権訴訟による執行的決定の取消、権利濫用Ⅱ通常訴訟による損害賠償請求、という図式は、単純化しすぎたものである。この区別は、純粋に訴訟手続上の問題ではなく、執行的決定と執行事実の区別に対応したものである。「非難されるべき同一の行政行為から、権限濫用の適用と権利濫用の適用が連続して生じることがしばしばある。これは、先ず執行的決定の部分を検討し、次いで執行事実を検討しているのだ。ゆえに、（この区別には）訴訟手続の相違のみではなく行動の基盤の相違も存在する。権限濫用は、それ自体行為すなわち公役務のための決定について設定される良き行政の概念と一致する。他方、権利濫用は、公役務の執行の場面で行政と被治者の間に確立されるべき良き交換法概念と一致する。」<sup>(16)</sup>

#### （4）行政法の二元的構造（一九〇七年以降）

一九〇七年に至ると、越権訴訟と通常訴訟（全面審判訴訟）の対比を、行政法の本質的二元性と結び付けて扱うという姿勢が顕れる。このことは、「制度」理論が提唱され、そこから派生する「法の二つの層」という基本的視角が強調されたことに対応しており、越権訴訟と通常訴訟の二元性は、行政法学の基本的な理論構造を実証するものとして論じられたのである。

まず、一九〇七年公表のドゥニ（Denis）判決及びラジュ・ロブロー（Rage-Roblot）判決の評釈を見たい。<sup>(17)</sup>この事件は、法定週休に関する法律（一九〇六年七月一三日法）に基づき、休日営業許可の拒否処分取消に関するものである。同法は、一定の場合に知事の処分（アレテ）により法定の日曜休業の例外を許可することを定めており、この許可申請を拒絶された商人が、知事の拒否処分を争った。ところで、同法には、知事の処分について、関

係者への告知から二週間以内にコンセイユ・デタに付託できるむねの規定があり、オーリウが論じたのは、この争訟手続の性格が越権訴訟か全面審判訴訟かという点についてであった。オーリウの結論は、本件訴訟は執行的決定を争うがゆえに越権訴訟であるというものであったが、その論証の過程で、越権訴訟と全面審判訴訟が「執行的決定」と「執行事実」に対応することが主張されている。以下、その部分を検討する。

「全面審判訴訟と越権訴訟の区別は、……正当化される必要がある。」しかし、この区別については、以下のような批判があり得る。「行政法の特異性には驚く。……民事訴訟は非常に単純化されているのに、行政訴訟はなぜ複雑なのか。……なぜ二つのカテゴリーの訴訟があるのか?……民事の領域では一般的訴権が存在し、その結果訴えも一種類しかないのに、行政の領域では同じ訳にはいかないのか?」「しかし、全面審判訴訟と取消訴訟の区別は、非常に根源的な事物の本質に結びついているがゆえに、……その区別を擁護し、根拠を説明しなければならない。」

「民事訴訟において一種類の訴えしかないのは、民事上の生活関係において存在するのは……完全に対等な関係にある当事者のみだからである。行政訴訟において二種類の訴えが存在するのは、行政上の生活関係には一方で対等な当事者が、反対に他方では被治者に対する権威者が存在するからである。これは本質的事象である。公行政は、市民との関係で、ある場合には他の当事者と対峙する当事者であり、またある場合には被治者に命令する権威者なのだ。」「全面審判訴訟は、右の二つの状態のうち前者に合致する。通常訴訟を提起する市民は、まさに当事者である。……この当事者は、行政に対して自らの権利を援用して攻撃する。裁判官は、行政に対し、右の権利がその効果を実現できるようにする権限を持ち、通常は行政に対して賠償を命じるが、場合によっては行政決定の修正・変更を行う。」「取消訴訟あるいは越権訴訟は、決して二当事者の争いではない……。」「では、越権訴訟は何に似ており、何に由来するのか? この訴訟は、行政が自らについて行う自己規律的コントロールである。その遂行は公法上の裁判官に委ねられ、その裁判官は関係人の申請によって発動する。手続の形態上、申立は訴訟であるが、

その本質において発動される権限は自己規律的である。行政は、犯された越権を原因として自らを拘束するのだ。行政を拘束するのは原告ではなく、行政が自分を罰するのだ。原告は、行政に対して越権を告発するのみなのだ。自己規律的権限が与えられる裁判官は、行政的性格のものと言っても、活動行政自体とは別物であり……拘束は原則として行為の取消のみに制限されるのだ。」「……この方策は、権力的関係のみに認められている。上位者は、下位者に対して犯した過ちについてのみ自己を拘束することが可能である。」

「以上が、二種類の訴訟についての与件である。これは……単純で満足のゆくものである。しかし、現実問題としては、困難な点がある。すなわち、いかなる場合に全面審判訴訟によるべき状態にあり、反対にいかなる場合に越権訴訟によらなければならないかという問題がある。いかなる場合に、人は行政に対して当事者であり、被治者なのか？　これが真に困難な問題点である。」「我々は、権力的状態を、執行決定概念の中に位置づける。全ての行政上の執行決定は、それが行政立法であれ個別処分であれ、被治者に向けられた権力の発現であり、この意味でその決定は即時に対抗的なのである。従って、それが執行決定とみなされた場合にのみ、その対抗的性格を失わせるために、決定は取消訴訟すなわち行政裁判官によって行われる自己規律的コントロールと結びつくのだ。」「反対に、我々は、全面審判訴訟と一致する管理的状態を、執行事実の概念の中に位置づける。我々は、法的事実、契約、事実行為のいずれにせよ、執行事実においては、行政が執行決定では完全に保っていた主権の一部を失うのを認める。……事実の平面で、人は交換のメカニズムに入り、その法則に従わなければならない。その第一は、執行が原因で生じた損害は全て当事者関係を導き、賠償責任の原因となることである。」「執行事実と執行決定の区別は、状況によりある行為の性格が両方に変わり得るので、画定が微妙となることがある。しかし、適用の難しさは、標識の否定ではない……。」本件の場合、この標識はうまく機能する。本件知事の処分は「純粋な執行決定であり、その執行で捉えられたものではない。これについて攻撃されているのはその対抗力であり、取消に

よって排除することが望まれているのも対抗力である。ゆえに本件は、まさに越権訴訟のケースである。なぜなら、これは純粹かつ單純な権力的行為だからである。」

同じ一九〇七年に公表されたカルトゥロン (Carteron) 判決の評釈でも、越権訴訟と通常訴訟の二元性の問題が再度取り上げられる<sup>(18)</sup>。この事件は、一年間の任期で市の職務を担当するという協定 (convention) を結んで勤務していた設計工が、一年未満で解雇されたため、この解雇を行った市長の処分<sup>(18)</sup>の取消を求める越権訴訟を提起したものであり、コンセイユ・デタは、協定違反を援用する以上越権訴訟は受理されないとして却下した。すなわち、このカルトゥロン判決は、行政の契約を争う訴訟形式が越権訴訟ではなく通常訴訟 (全面審判訴訟) であることを示したのであり、先述のドウニ判決で執行<sup>(18)</sup>的決定を争う訴訟形式が問題になったことといわば一対をなしている。オーリウは、このカルトゥロン判決を素材に、「越権訴訟と通常訴訟の間にある関係を研究し、多くの人にとって特異な不安定さを感じさせるイデーを固定化する」ことを試みたのであり、そこでは、行政訴訟の二元性が、より根源的な法の二元的構造 (Ⅱ「法の二つの層」) に合致するものとして説明されたのである。

オーリウは、行政訴訟の二元性が生じる根拠の解明のために、民事法とのアナロジーの探究という方法、すなわち、占有訴訟と所有権確認訴訟の関係を越権訴訟と通常訴訟の関係と類比するという方法を採用している<sup>(19)</sup>。その要約は、以下の如くである。越権訴訟は、市民が、公権力によって妨げられた自己の権限の回復を求める一種の占有回復訴訟である。これは、制度内部の権限の問題にかかわる内部規律的な争訟手段ということになる。他方、全面審判訴訟は、行政法における「実体権」にかかわるもので、この場合に公権力と私人との間にあるのは、公役務の執行によって生じる「交換法」である。さらに、行政訴訟における越権訴訟と全面審判訴訟の存在は、法の基本構造たる「法の二つの層」に対応する。越権訴訟は、「規律法」の層、すなわち権限の均衡という制度内部的な法の層に対応し、全面審判訴訟は、「実体権」あるいは「交換法」の層、すなわち、財の均衡という制度外部的な法の

層に対応する。つまり、行政訴訟の二類型の存在は、行政法の基本的な二元構造に由来することになるのである。

越権訴訟と通常訴訟の二元性の説明は、この時期の論稿において一応の完成を見たと言えるが、オーリウは、さらに繰り返しこの問題を論じている。例えば、一九〇八年公表のフトリ (Feutry) 判決の評釈がある。<sup>(20)</sup>これは、県立の精神病院から脱走した狂人による放火事件の被害者が、県に対して損害賠償請求を提起したのに対し、県の公役務の執行の過失を争う訴訟は行政裁判管轄であることを示した権限裁判所の判決である。オーリウは、以下如くに述べる。(行政訴訟は)「今や非常に単純である。執行的決定による手続のイデーと、公役務の執行作用のイデーという二つのイデーがそれを支配しているのだ。」「執行的決定による手続は、行政が裁判官による正当化なしに自己の権利を実現するために持つ特殊な方法である。この手続は、相手方のために執行的決定の取消を目的とする対抗手段を用意している。これが越権訴訟と呼ばれるものである。」「公役務の執行作用とは、役務の執行である。公役務の執行が法的執行過程であることは、徐々に段階的に確立された。これが通常の交換法でないのは明らかで、特殊な交換法なのだ。これは、当然に、その効力において民事生活のものと同様の完全な訴訟を必要としたのであり、これが全面審判訴訟と呼ばれたのである。」

また、パリ市・オルレアン鉄道事件判決の評釈(一九〇九年公表)では、公物理論を素材にしつつ、全面審判訴訟と越権訴訟の二元性が、主観法と客観法の対置と関係づけて論じられている。<sup>(21)</sup>「法人格、主観的権利、所有権、損害賠償責任等の与件は、……当事者間の関係の規律に係る全ての場合に妥当する。逆に、これらの主観的与件は、他人との関係を前提としない国の内部組織上の地位の規律に係る全ての場合……には妥当せず、客観的概念によつて置き換えられる必要がある。取消訴訟と全面審判訴訟の区別は、我々の思考が、行政法に精通した者全てに受け入れられることを示している。取消訴訟は客観訴訟であり、そこでは、行政行為のみが対象となり、法人や責任の問題は生じない。……何故、そこでは、行為の適法性あるいは規律への適合性しか扱われないのか。それは、

原告が、当事者としての行政に対するものでないからである。原告は当事者だが、行政は当事者ではない。そこには当事者間の紛争は存在しない。何故なら、結局のところ、この訴訟は……行政についての内部的規律の問題なのであり、この視点からは、原告は、行政客体として、自ら行政の一部を成すからである。反対に、全面審判訴訟は、行政上の法人を攻撃し、その責任を問題とする。これは主観的訴訟である。何故か？それは、行政客体と行政主体は……互いに当事者同志の関係にあるからである。何故、彼らは当事者同志になるのか？……我々は、（行政客体から当事者への）変容を、交換法の関係という視点により説明する。我々の考えでは、役務の交換の問題や金銭上の問題は全て、それ自体、当事者として互いに交換を行い、互いに第三者として対抗させる力を持っているのだ。「事物を高い視点から見ると、右の区別により、公法の世界において、政治的事象のみに属する事項が客観法によって扱われ、経済的事象に属する事項は主観法の領域に残存することになる。例えば、客観法が憲法の領域を支配するなら、主観法は、全面審判訴訟を生じさせる行政法の領域に係わることになる。」

さらに、セルヴォア、ギヨ、ヴィルヌヴ判決他に対する評釈（一九一〇年公表）の中で、全面審判訴訟と取消訴訟の併存関係について、次の記述がある。<sup>(22)</sup>「執行決定は、常に執行過程と結合している。執行過程は、執行決定と相関関係にあり、その影のように従っているが、法的分析により区別が可能である。」「執行過程の全体についての訴訟が、常にある決定の訴訟に帰着し得るということは真実ではない。決定の形成を条件づける準備措置について、執行決定と一体化することは可能かもしれない。しかし、執行過程の措置を執行決定と一体化することはできない。何故なら、執行過程は、その定義から、決定が執行状態にあると考えられる段階に後続する段階だからである。従って、執行過程の状態にあると見做される決定は、執行状態にあると見做される決定とは別物なのである。これは、……執行状態が生み出すとは異なる法的帰結を生み出し、執行決定のそれとは異なる訴訟、すなわち、全面審判訴訟たる損害賠償訴訟を前提とするのだ。」「この観点から、行政法はことさらに明確にな



るものと思われる。どんな執行の決定も執行過程と結びつく。取消訴訟は、内部的要素で捉えられる執行の決定の効力のみ審査が可能である。他方、執行過程で発生する外部状況、及び右の結果である損害について審査できる損害訴訟あるいは全面審判訴訟が併存している。<sup>(23)</sup>

以上のように、オーリウは、行政の契約作用、公役務の過失、公物に関する紛争の訴訟類型を素材にした一連の判例評釈において、行政訴訟の二元性を行政作用法の基本構造の二元性と結合する形で論じるに至ったのである。

(1) 参照、磯部・「書評」都立大学法学会雑誌一〇巻一号一五五頁、同・前掲書二五八頁註(29)、亘理・「行政による契約と行政決定(二)」法学四七巻三号一四二頁(27)。

(2) 以下、G.A.と略す。

(3) 拙稿・「フランス行政法における全面審判訴訟の位置づけ(二)」国家学会雑誌一〇二巻一・二号三九頁以下。上記の拙稿で既に指摘したように、行政作用を三つの範疇に分けるといっても、その分け方は重層的なもので、単純な三分法がとられた訳ではない。

(4) S. 1900. 3.1/J.A. 1.515.

(5) S. 1900. 3.73/J.A. 2.403.

(6) S. 1902. 3.1/J.A. 3.118.

(7) S. 1902. 3.41/J.A. 3.244.

(8) S. 1903. 3.65/J.A. 3.308.

(9) J.A. 3.316-317.

(10) 特許契約については、第二章第二節を参照。

(11) S. 1904. 3.17/J.A. 1.84. 邦文の紹介として、広岡隆「行政の職権執行の特権」フランス判例百選八五頁以下。

(12) S. 1904. 3.49/J.A. 3.458.

(13) S. 1904. 3.81/J.A. 3.437.

(14) S. 1904. 3.121/J.A. 3.16.

(15) S. 1905. 3.17/J.A. 1.552.

(16) J.A. 1.565-566.

(17) S. 1907. 3.17/J.A. 2.628.

(18) S. 1907. 3.97/J.A. 2.123.

(19) このアナロジーについては、わが国でも既に浜川清の研究（雄川一郎先生献呈論文集『行政法の諸問題（下）』四一九頁以下）が公表されており、ここで重複して論じることはいらない。

(20) 第一節第二款註（20）を参照。

(21) S. 1909. 3.97/J.A. 3.211.

(22) 第二節第二款註（26）を参照。

(23) 同年のピモン神父判決他に対する評釈でも、執行決定の視点Ⅱ越権訴訟、執行措置の視点Ⅱ全面審判訴訟・損害賠償訴訟、という図式が強調されている。第二節第二款註（27）を参照。

### 第三款 越権訴訟吸収論の主張

#### (1) 越権訴訟吸収論の提起

一九一一年公刊の『行政法精義』第七版では、行政訴訟における取消訴訟と全面審判訴訟の併存が、行政法の二元的構造と結び付けられて詳細に論じられており、この論点に関するオーリウ理論の到達点を示している。<sup>(1)</sup>同時に、右の箇所において、「通常訴訟（全面審判訴訟）による越権訴訟の吸収」というテーゼが主張されている。このテーゼは、行政法の二元構造が将来示すことになるであろう傾向性を述べたもので、越権訴訟の存在を直ちに否定するものではなかったが、これがオーリウの「誤った予測」のひとつであるという評価も、現在では定着している。<sup>(2)</sup>

このテーゼは、一九一二年から一九一五年にかけて公表された判例評釈の中でも繰り返し返される。とりわけ、一九一二年公表の、Blanc, Arguing, Bézieの三判決の評釈では、このテーゼが強調された。<sup>(3)</sup>これらの判決では、解雇された市職員が提起した損害賠償請求訴訟において、解雇の原因となった市長の処分（職の廃止処分など）に対して、越権訴訟の出訴期間が徒過していたにもかかわらず取消請求も同時に主張され、損害賠償の請求が認容される

と同時に、右処分 of 取消の結論が認められた。すなわち、オーリウの記述によれば、「原告は、彼らを侵害した決定に対する越権訴訟を出訴期間内に提起する代わりに、賠償問題について……訴えを形成することを選択した。彼らが取消判決の結論を求めたのは、彼らに賠償を拒絶する決定に対して形成された全面審判訴訟においてであり、コンセイユ・デタは、右の方法による手続を認めた。」従って、行政行為の取消を求める訴訟手続上のルートが、越権訴訟以外の通常訴訟についても肯定されたことになり、これらの判決は画期的なものとして注目された。

評釈におけるオーリウの分析は、次の如くである。「この三判決は、名高いものになる運命にある。なぜなら、コンセイユ・デタは、今日まで通常訴訟から越権訴訟を分離していた壁を、ここで打ち破ったからである……」。この訴訟手続上の改変は、ラフェリエールも示すことができなかった根本的変革である。この三判決が示す通常訴訟において行政行為の取消が可能とする方向性については、①カド判決以来の通常訴訟の飛躍的發展の延長上にあること（地方公務員の解雇に関する紛争の事例である点も共通する）、②黙示の拒否処分について訴訟の形成を認めた一九〇〇年七月一七日法により、通常訴訟の發展が刺激されたこと、③オーリウが提起した行政管理理論によって、通常訴訟が全ての行政作用に係ることを説明したこと、などの帰結である。一九世紀を通じて、行政訴訟の概念は、プリミティブなローマ法上の訴訟のイメージに支配されていた。しかし、「訴訟の歴史的研究は、訴訟が柔軟性を持ち、単純化することを示唆する。最終的に全てに勝るべき問題として、大衆にとつての訴訟の使い勝手の良さということがある。訴訟人あるいは専門家が、当初は論理的な区別に由来していたが時を経るにつれて単なる煩雑さとなってしまった複雑さに従うのを嫌う、という時期がやがて訪れる。そして、単純化が行われる。」「いまから五〇年後、二〇世紀初頭の訴訟提起者が、同一の事件について、まず行為の取消の訴え、次に賠償の訴えという形で、コンセイユ・デタの前で二種類の訴訟を遂行しなければならなかったということは、信じがたいものになっているだろう。」「批判としては、越権訴訟の提起のための二カ月の出訴期間の規範が尊重されない、というこ

とがある。この点について、二つの連続する訴訟を避けるという利益が非常に大きいので、コンセイユ・デタが譲歩したと考えられる。実際、公務員の解雇という本件の事案において、解職行為の告知から二カ月以内に賠償問題について訴訟を形成することは、物理的に不可能である……。」「この新しい判例法がその全ての帰結に到達した際には、多くの事例が、越権の側で処理される代わりに全面審判訴訟の側で扱われることになるだろう。我々が『行政法精義』第七版……で予見していた改革が起こり、取消訴訟の領域は全て全面審判訴訟の支配下に入ることとなるだろう。このことにつき、驚く理由はない。取消訴訟と全面審判訴訟の厳格な区別は、例外的性格のもので、行政法においてしか存在しない。民事訴訟において、行為の取消に関する事例は全て、ずっと以前から、全面審判訴訟での裁断が可能とされている。行政訴訟でも、民事訴訟の如く、全面審判訴訟が取消の観点を吸収することが予定されるべきである。越権訴訟は、非常に重要でセンセーショナルであったが、以後徐々にその実益を失うだろう。これは、制度の発展の一般法則である。上昇期の後は衰退するのだ。もともと、越権訴訟は未だ多くの場合に利点を保つであろうし、その結果存続するであろう。」

この評釈の対象となった三つの判決は、その後追隨する例を見い出せなかったとされ、現在に至るまで孤立した<sup>(4)</sup>ものとして扱われている。同様に、オーリウが主張した越権訴訟の通常訴訟による吸収という方向性も、判例法の現実の傾向とはならなかった。しかし、オーリウは、これ以降数年の間、越権訴訟の後退を主張する一連の判例評釈を公表し続けた。これらの評釈では、一般論として、越権訴訟の衰退、あるいは越権訴訟の全面審判訴訟への吸収による行政訴訟の単純化の方向性が指摘されつつ、各判決の具体的問題点について、越権訴訟と通常訴訟の枠づけという視点から分析が加えられる。

一九一三年には、ラファージュ (Lafage) 判決及びシュレメル (Schlemmer) 判決の評釈が公表される<sup>(5)</sup>。ラファージュ判決とは、植民地コーチシナの保健局副局長であったラファージュ氏が、副局長のポストの廃止によ

り、従前支給されていた手当の交付を停止する植民地大臣の決定の取消を求めた越権訴訟である。公務員の俸給を直接争う訴訟は全面審判訴訟であるので、右の越権訴訟は全面審判訴訟という並行訴訟の存在により不受理とされていたのであるが、コンセイユ・デタは、論告担当官ピシャの論告を受入れて、この越権訴訟を受理した。ラファージュ判決は、「行政決定の違法を理由にその取消を求めるだけならば、従来通常の行政訴訟で審理されていた公務員の給料・手当についても、越権訴訟を提起することが可能で、ここでは弁護士強制主義適用除外の特典を享受することができる」（阿部泰隆）ことを示した重要判決として、知られている。<sup>(6)</sup>ラファージュ判決の示した法理は、全面審判訴訟との関係で越権訴訟の範囲をいわば拡張するものであり、当時越権訴訟の縮小・吸収のテーゼを主張していたオーリウは、この判例法にどう対応したのであろうか。<sup>(7)</sup>

この評釈の冒頭は、次のようなものである。「コンセイユ・デタは、論告担当官ピシャの論告に基づき、越権訴訟と通常訴訟の関係を整理するための、非常に興味深い試みを行った。これは、……完全に満足できる論理的解決が得られることのない難問である。なぜなら、問題は、事実と現実の要素によって支配されているからである。しかし、本件判決は、問題について一步を進めたものであり、ともかくも、権力行為と管理行為の区別（ラフェリエール説を指す―筆者註）とは異なる平面で問題を扱った点で評価されるであろう。我々は、ずっと以前から右の区別を有害なものと言明しており、この判決の内容を称賛する。」

そして、オーリウが、問題の「正確な定式」として提示したものは、以下の如くである。「第一に、執行的状态において捉えられ、かつ執行事実あるいは執行の帰結に関わらない行政決定の適法性のみを争う訴えは、越権の訴えである。……行政決定は、未だ執行されておらず、執行される以前の法律効果のみを持つ、執行的状态のみにいて捉えられることに本質がある。……越権訴訟において、原状回復や損害賠償を請求できないが、それは、執行的行為の観点を超えて執行の帰結の観点に至ってしまうからであり、取消訴訟の観点を超えるからである。取消訴

訟は、それ自体実効的であるが (menaçant par lui-même) まだ執行事実へと移行していない法律効果について、これを破壊することのみに係わる。要するに、執行的な行政決定は、完全に個別的なものであっても、効力を持つが未だ具体的に適用されていない法令あるいは命令の如くである。なぜなら、それは、法律状態を変更するからである。」「第二に、行政決定の執行の帰結、あるいは、行政執行過程の帰結に関する訴えは、全て、全面審判訴訟である。なぜなら、右の帰結は、交換法の原則に強固に支配されているからである。……交換法の原則は、財の均衡の与件に基礎づけられた、交換的正義の原則を全て含む。……では、交換法あるいは交換的正義の原則は、何故、執行事実あるいは現実化した執行過程によってのみ、作用するのであろうか？ それは、右の原則が本質的に破壊された財の均衡を回復するための力であり、この均衡は、法的状態のみでなく事実において生じる……損害によってのみ、破壊されるからである。執行されていない法的決定は、実効的であるにすぎないが、執行されたものは、損害を生じさせる。ゆえに、行政上の全面審判訴訟は、損害賠償訴訟として立ち現れるのだ。」

ここから、オーリウの得た結論は、「執行的效果の側面から捉えた決定の観点」による訴えであれば越権訴訟、「執行された執行過程の観点」によるものであれば全面審判訴訟というものである。さらに、この訴訟類型の区別は、「同一の状況に由来する観点」の相違に対応し、「それ自体を独立して捉えられる執行決定に対するもの」「既に執行状態にある執行過程との関連においてのみ捉えられる決定に対するもの」かによって規定されることになる。これは、公務員の俸給が争われるという状況について、越権訴訟と全面審判訴訟の双方の提起可能性が肯定されたことに対して、オーリウなりの整合的な説明を加えたものと言うことになる。

## (2) 越権訴訟吸収論の先鋭化

一九一四年に公表された論稿では、「全面審判訴訟による越権訴訟の吸収」のテーゼが最も先鋭化し、徹底した

形で展開される。しかし、同時に、この年は、右のテーゼが正面から主張された最後の時期でもある。

まず、リュイリエ (Lhuillier) 神父判決の評釈がある。<sup>(8)</sup> この事件は、古い教会の解体を命じる決定 (アレテ) が争われ、コンセイユ・デタが右決定の執行停止を命じたものであった。オーリウは、行政の直接行動特権の異常な行使に対抗するため、越権訴訟における執行停止を充実させることを主張し、次のように述べる。「我々は、越権訴訟は、急速に発展した通常訴訟によって直ぐ後を追われており、執行停止の実行によって執行前に決定の有効性を審査する手段とならない限り、今後数年で実益を失うだろうと考えている。」

次に、テュルゴ (Turgot) 判決の評釈では、違法に定年退職させられた公務員が、右決定の取消と給与の支給を請求した事件について、その訴訟類型を論じている。<sup>(9)</sup> 「原告にとって最も有効な方法は、大蔵大臣に対して直接賠償を請求し、続いて全面審判訴訟を提起することであった。この場合、訴訟手続きは一度だけである。賠償訴訟において、コンセイユ・デタは、退職を命じた決定の違法性の評価を当然に行う。もともと、コンセイユ・デタは、賠償請求権についての判決を理由付けるためにのみ、付随的にそれを行う。賠償請求が許容されない越権訴訟と異なっており、通常訴訟では無効確認請求及び取消請求さえも完全に認められている。これは、出訴期間が二年の、単一の手続きなのだ。」しかし、本件の場合、原告はまず越権訴訟を提起し、その後に通常訴訟（損害賠償請求）を提起した。これは、原告にとって、メリットのないやり方である。「行政決定の帰結として、その決定の執行を原因とする金銭的損害が生じた場合には全て、通常訴訟を提起し、損害賠償請求の過程で決定の違法性の問題を審理することが望ましい。行政訴訟は、完全に単純化されなければならない。」

さらに、ブスュジュ (Bousuge) 判決の評釈がある。<sup>(10)</sup> ブスュジュ判決は、越権訴訟の取消判決について、「第三者再審 (tierce opposition)」を肯定した重要判例として知られている。<sup>(11)</sup> 判例法は、越権訴訟の取消判決に対して第三者が再審を提起することの可否について、動揺を示していた。一八九九年十二月八日のアヴィニヨン市判決

は、越権訴訟における第三者再審を否定しており、ブスュジュ判決は、右の立場を覆すものであった。同時に、ブスュジュ判決は、学説上、判例法に対する「全面否定論、限定支持論、全面支持論」(伊藤洋一)<sup>(12)</sup>の対立を生み出した。オーリウは、判決の結論を支持するのであるが、これに反対するジェーズやデュギイの理論を念頭に置きつつ、次のような論旨を展開している。

(本判決は)「フランスの行政訴訟に変化をもたらす要素を含んでおり、この変化は、越権訴訟に付された決定に対する第三者再審とその受理可能性という特定の問題、さらには、越権訴訟における判決の効力の問題を超えた射程を持つている。その変化とは、越権訴訟が衰退し、次第に通常訴訟の背後に隠れてしまうことである。越権訴訟がその活力を失って行くのは、ブスュジュ判決以降ではなく、一八八九年一月三日のカド判決以来のことなのである。カド判決により、コンセイユ・デタは、自らが普通法の裁判官として全面審判訴訟の管轄を持つことを認めることにより、通常訴訟に第一義的地位を与え、この訴えの門戸を広げたのである。」「越権訴訟が死に直面してから、すでに二〇年が経った。」「……越権訴訟は、長い間、唯一のものであった。今や、越権訴訟と同じ裁判官に付託され、より完全な解決が導かれるという点でより有効な競合相手が現れた。確かに、越権訴訟は弁護士強制が免除される一方、通常訴訟に右の免除はない。しかし、右の特徴により越権訴訟のうわべ上の持続がもたらされるとしても、……そのことによつて、越権訴訟の実体の空洞化を防ぐことにはならない。越権訴訟が……行政に対して争訟を提起するためのより容易な手段という性格を失えば、そして、かつてその独自性や行政活動の性質との親和性について抱かれていた崇拜が失われれば、……その訴訟に固有の理論が次第に解体し、その独自性が喪失するのは、自明のことである。この訴えは利用され続けるであろう。しかし、その規範は通常訴訟のそれと接近し、最終的には、訴訟の統一へと向かうであろう。」「取消訴訟の時代は、過ぎ去った。今や全面審判訴訟の時代である。より正確に言うと、取消訴訟と全面審判訴訟という二つの観点が同一の訴訟手続きに容易に併合できるようになつ



たので、二つの訴訟の形式的な分離を伴った二つの観点の厳格な区別の時代は、過去のものになった。「わが国の行政訴訟は、今や同一の手続きの中で、取消請求と補償あるいは返還請求を併合するところまで成熟した。その発展は、民事訴訟と同程度に達した。それは、原則として通常訴訟として現れる訴訟の一般法まで成熟した。ゆえに、越権訴訟が次第にかつては強く持っていた客観的性格を失い、全面審判訴訟の持つ主観的性格を獲得しても、驚くにはあたらない。」

以上は、Blanc, Arguing, Bézie の三判決によって示された「全面審判訴訟における取消請求の認容」を前提にしつつ、越権訴訟の衰退を述べたものである。ブスュジュ判決が、越権訴訟の判決について第三者再審を認めたことは、越権訴訟の客観訴訟性を強調するジェーズやデュギイの批判を生み出していた。逆に、オーリウは、ブスュジュ判決において、越権訴訟の主観訴訟、すなわち通常訴訟（全面審判訴訟）への接近の一つの徴表を見いしたと言える。このブスュジュ判決の評釈において、「全面審判訴訟による越権訴訟の吸収」のテーゼの主張はひとつの極点まで達したものと言える。そこでは、オーリウの行政法の二元構造の理解の根幹である、行政過程の「決定」と「執行」への分解という思考方法さえも否定する記述が見られる。しかし、翌年以降、このテーゼの主張には、変化が顕れる。

### (3) 越権訴訟吸収論の変化

一九一五年になると、全面審判訴訟あるいは行政賠償責任訴訟の発展を強調しつつも、越権訴訟との関係についてのトーンは変化してくる。まず、ラロズ (Larose) 判決の評釈では、行政が差押えという強力な手法を用いたことについて、フォートによる損害賠償責任を認めたコンセイユ・デタの判決について、次のように述べている。<sup>(13)</sup>

（本件のような場合）「行政は、行為の取消の他に、金銭賠償責任というより重いサンクションの恐れがあることを

警告されることになる。そして、国家賠償責任の原理の発展により、全面審判訴訟は、取消訴訟と並行して、広く利用され得るようになるだろう。」

また、ラペイレル (Lapeyrère) 判決の評釈でも、同様の傾向が見られる<sup>(14)</sup>。ラペイレル判決は、教員を任命する知事の処分 (アレテ) によって定められた給与が、現行の規則 (レグルマン) によって予定された金額より少なかった事例について、当該教員が、定められた給与の支払いを受ける権利の確認を求めて出訴したものである。これに対し、パリ市側は、当初の任命処分を越権訴訟で争うための出訴期間を徒過しているとして、不受理の抗弁を主張したが、コンセイユ・デタは、本件訴えを認めた。オーリウは、公務員が自らの権利を争う訴訟類型が、全面審判訴訟であることを主張しつつ、次のように述べている。「パリ市は、原告が、教員を任命し給与を画定するセーヌ県知事のアレテについて、二カ月以内に出訴しなかったことによる不受理の抗弁を提出した。右により、市は、訴えは任命のアレテに対してのみ形成されすることを主張したのだ。確かに、そのような訴えの形成は可能であった。しかし、公務員の人事の作用、すなわち、ある公務員についてその在職の間継続する作用が生起させる争訟について、行政決定に対する訴えの短期の出訴期間に封じ込めてしまうのは、正義に反する。公役務の作用あるいは納品契約の作用と同じように、ここには公務員人事の作用が存在するのだ。この作用は、全面審判訴訟について持続的な提起可能性を生み出す。なぜなら、それは、行政と公務員の間に持続的な協同関係及び交換法を生み出すからだ。この訴訟提起可能性を現実形成される訴訟へと変換するためには、行政に対して……請求を行えば十分なのだ。」「ゆえに、全面審判訴訟は、行政が一方的に発する執行決定の枠外で、行政との間の作用から生じる紛争状態が存在する全ての場合に、請求手続きによって形成される。そのことにより、執行決定に対する訴訟を枠づけている非常に短期の出訴期間による訴権の喪失 (forclusion) を避けることになる。」「執行決定という幕の背後に、行政との間で形成された作用を探究せよ。もしそれがみつかったならば、そこに全面審判訴訟の提起可

能性が存在するのだ。」

#### （4）越権訴訟吸収論の評価

以上に加え、すでに第一章第一節第二款で検討したように、オーリウは、越権訴訟吸収論を主張する際に、訴訟制度の「単純化」や「市民にとっての利用の容易さ」の要請を繰り返し指摘していた。<sup>(15)</sup>

オーリウは、「全面審判訴訟による越権訴訟の吸収」のテーゼ自体はその後も主張を続ける。しかし、一九一二〜一四年の時期を除けば、越権訴訟の存在意義を否定的に評価することはなかった。『行政法精義』第一版においても、Blanc, Arguing, Bézie判決の評釈、ブスュジュ判決の評釈を挙げつつ、行政訴訟における全面審判訴訟の優位の現象を指摘しつつも、同時に越権訴訟の現実の存在価値も強調している。そこでは、取消訴訟（越権訴訟）が完全には消滅し得ないことの根拠として、次の二点が指摘されている。第一に、執行決定が効力を発生させてから実際にそれが執行される間の期間について、執行決定の取消訴訟のみが機能し得ることがある。民事上の法律関係では、執行に先立って決定を通告することは一般的でなく、この点で、行政法は異なっている。公務員の解雇のように、決定と執行が同時に行われ、二種類の訴えが同時に生じ得ることは、行政法において例外的である。第二に、越権訴訟は、弁護士強制の免除等により、通常訴訟よりもコストが安い。<sup>(16)</sup>

本節で検討してきたオーリウの訴訟類型論は、訴訟制度における民事訴訟・全面審判訴訟・越権訴訟の三面的関係を理論的に説明するものであり、現実の多様な問題状況における解釈論を展開する場合の基底を支える根本的な思考方法であった。すなわち、オーリウの行政訴訟類型論は、行政賠償や行政契約に関する全面審判訴訟の領域拡大（これは行政裁判管轄の基準の問題ともなる）や、越権訴訟における行政行為の裁判的コントロールの充実といった、当時の行政判例が直面していた問題状況について、これを行政法学の基本構造まで遡って理論化する枠組

みともなった。その内容は、判例法の発展過程と相互に照応しつつ変遷するのであるが、基本的には一貫性を持っていたと言える。そして、オーリウの訴訟類型論は、彼の行政法学の基本構造が行政訴訟と関連づけられた「手続的思考方法」であるとする場合、まさにその本質的な枠組みとなったのである。

- (1) Précis, 7ed., p. 399-416.
- (2) Ibid., p. 407-408.『行政法精義』第七版の記述の分析につき、参照、拙稿・「フランス行政法における全面審判訴訟の位置づけ(三)」国家学会雑誌一〇三卷一・二号五七頁以下。最近の文献として、Cf. M.Deguerge, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, 1994, p. 741. ドゥゲルグは、行政賠償責任の領域における判例評釈の中で、オーリウの誤った見解として、①損害賠償請求訴訟による越権訴訟の吸収の主張と、②無過失責任の拡大に対する否定的評価の二点を指摘している。
- (3) S. 1912. 3.129/J.A. 2.485. 邦文の文献として、遠藤博也『行政行為の無効と取消』三二四～三二五頁。
- (4) 但し、取消訴訟と損害賠償請求訴訟の併合が認められた先例としては、現在でも価値があると思われる。Cf. Chapus, op. cit., p. 429.
- (5) S. 1913. 3.1/J.A. 2.130.
- (6) 阿部・前掲書六〇頁以下。
- (7) ラファージュ判決及びシュレメル判決の評釈におけるオーリウの見解について、村上裕章・前掲論文・九大法学五七号五三頁が詳細である。
- (8) S. 1914. 3.17/J.A. 2.3.
- (9) S.1914. 3.49/J.A. 2.494.
- (10) S. 1914. 3.33/J.A. 2.413.
- (11) 伊藤・前掲書一二三頁以下は、この論点について詳細な分析を行っている。
- (12) 前掲一二八頁。
- (13) S. 1915. 3.25/J.A. 2.68.
- (14) S. 1915. 3.41/J.A. 2.471.
- (15) 立教法学四〇号三三三～三四頁
- (16) Précis, 11ed., p. 379-381. 以下同。 Cf. Sfez, op. cit., p. 300-302.

## 第二章 民事法との比較による概念の構成

オーリウ行政法学の特色のひとつとして、行政法学を構築する要素となる法概念について、これらを民事法上の成熟した法概念から借用しつつ、行政法上の特殊性を加味して取り込む、という思考方法を指摘することができ  
る。

オーリウの行政法学は、その基本構造において、「権利主体による権利の行使」モデルによる主観的・民事法的なものであった。<sup>(1)</sup> もちろん、この主観法の視点と「制度」を中心とする客観法の視点との均衡という二元論的な構造が、オーリウ行政法学の一貫した特色であったが、その基本構造や基本概念は、あくまでも民事法とパラレルなものとして構成され、それを前提に公法としての特殊性を着色していくと思考方法が採られた。そして、右の思考方法こそが、オーリウの理解する行政法学の自律性 (autonomie) <sup>(2)</sup> なのであった。第二章の主題は、このオーリウ行政法学の基本的特色について、その判例評釈の側面から分析することにある。オーリウ行政法学の基本構造における民事法的構成について、筆者は前稿で分析を行っており、また本研究の対象が判例評釈であることから、正面から扱わない。ここでは、オーリウ行政法学の中で核心的な地位を占め、かつ、フランス行政法学への影響力の大きさという意味でもその重要性が指摘される三つの論点、すなわち、行政賠償の法理（第一節）、行政契約論（第二節）、公物理論（第三節）について、民事法との比較による概念の構成という観点から、オーリウの判例行政法学を分析する。

(1) 参照、拙稿・「フランス行政法における全面審判訴訟の位置づけ」(二)「国家学会雑誌」一〇二巻一一・一二号五二頁以下。

(2) 参照、拙稿・「フランス行政法における全面審判訴訟の位置づけ」(三)「国家学会雑誌」一〇三巻一・二号四八頁以下、及び、Cf. Sté, op. cit., p. 194-200.

## 第一節 行政賠償の法理

オーリウの学説が、フランスにおける行政賠償の法理の形成過程に多大な寄与をしたことは人の知るところである。<sup>(1)</sup> 行政賠償の領域は、その基礎原理から具体的な要件論に至るまで、コンセイユ・デタを中心とする判例法によって成り立っているが、まさに右の判例法の形成時期にアレティストとして活躍したオーリウの判例評釈は、行政判例法に対して重要な意味を持った。オーリウの学説の側についても、行政法学における損害賠償責任論の占める比重が重視されており、損害賠償責任の問題は主観法的に構成された行政法学の中心的問題として扱われた。以上のように、判例法とオーリウ学説の相互作用という意味で、行政賠償責任の領域は欠かすことのできない論点となっている。

他方、オーリウの行政賠償論は、その内容において一定の変遷を辿ったことも、よく知られている。例えば、スフェズは、(行政賠償に関する)「彼の思考は、判例法の動向に対応して、リスク理論と過失理論の間を変動した」<sup>(2)</sup>と述べてつ、オーリウの行政賠償に関する学説について、①民事的過失の理論(一八九二〜一八九七年)、②リスク理論の弁護(一八九七〜一九〇五年)、③行政的過失の理論(一九〇五〜一九二七年)の三期に分けて検討している。スフェズの分析は、以下の如くである。①の時期については、行政賠償責任について、民事責任と同様な思考に留まる平凡な理論構成であり、この分野に向けられた関心自体も少なかった。②の時期は、『行政法精義』第三版を転換点とするもので、行政賠償の本質が「相互的保険 (assurance mutuelle)」にあることが主張され、事業過失 (faute d'entreprise) の理論が形成された。③の時期は、トマゾ・グレコ (Tomaso Greco) 判決の評釈を契機とするもので、行政賠償の基礎理論について、②におけるリスク理論の重視から、行政上の過失理論へと転換<sup>(3)(4)</sup>された。

筆者も、右のスフェズの分析内容について、異を唱えるものではない。もともと、「保険」理論やリスク理論についても、これを行政賠償責任の法律原因として正面から認めることは否定したが、これらの基本的な思考方法は背景的な部分の説明としては残存し続ける。また、行政賠償責任を公法上の法理として展開させることが、行政法学を構築する際に最も核心となるという認識も、終始一貫している。このように、行政賠償に関するオーリウ学説が変遷したといっても、その基盤の部分では一貫性を持っていることを見落としてはならない。さらに、判例法の発展段階では、これを助長するスタンスをとり、後には判例法の行き過ぎを抑制する主張をするようになるが、これは、判例法の展開との相互作用による学説の深化という、オーリウの判例行政法学の特色を端的に示している。そして、何よりも、行政賠償の領域は、民事法上成熟した法概念を取り入れつつ行政法独自の概念や理論を構築するという、本章の主題となるオーリウの思考方法を、最も典型的に示していると言える。

(1) M. Waline, op. cit., p. 45; M. Deguergue, op. cit., p. 739 et s.

(2) Sfez, op. cit., p. 313.

(3) Ibid., p. 147-156.

(4) 久保茂樹も、一九〇五年のトマゾ・グレコ判決の評釈を転換点として、それより前を(広い意味での)「危険責任論」の時期とし、以降を「過失責任論」の時期として分析している。久保・前掲論文・青山法学論集三二巻一・二・三号二四一頁以下、同三四巻一号四四頁以下。

## 第一款 行政賠償責任の拡大とリスク理論の提示

### (1) リスク理論の提示

オーリウは、一八九六年に、論文「公行政において生じた損害についての国に対する賠償請求訴訟 (Les actions en indemnités contre l'état pour préjudices causés dans l'administration publique)」<sup>(1)</sup>を公表した。これは、行政賠償責任の領域において、オーリウ独自の理論が提示された最初のものであった。そこでは、公行政から

生じた損害に関する国の損害賠償責任は民事法ではなく公法上の法的基礎を持ち、右の賠償請求訴訟も行政裁判管轄に服することが主張された。具体的には、「公負担の前の平等」原理から派生する「行政上の事故に対する保険」理論により、行政客体が「特別の損害」を被った場合に行政賠償責任が成立することが論じられた。右のオーリウ理論は、労働災害に関する議論に影響されつつ、行政賠償責任の根拠を、行政作用が不可避免的に含んでいるリスクに求めるものであった。<sup>(2)</sup> このリスク理論は、一八九七年公表のカーム (Cames) 判決の評釈において集約されており、以下、これを検討する。<sup>(3)</sup>

カーム判決の事案は、兵器工場で作業中に飛散した金属片によって負傷したカーム氏が、国に対して損害賠償を請求したものである。これに対し、コンセイユ・デタは、国の損害賠償責任を肯定する判決を下した。オーリウは、評釈の冒頭部分で、次のように記している。「本判決により、コンセイユ・デタは、職業的リスク理論を認め、立法者が一五年来立ち入るのを躊躇していた道に大胆に踏み込んだと言える。これは、裁判が、独立した真に至高の権限を持っているという長所を示した例のひとつである。」

オーリウの分析は、個別事例の解決から、リスク理論という一般理論を導き出すという方向で進められる。「本判決は、工場災害と行政上の災害の両方に係わる個別事例であるが、行政上のリスクという一般理論の適用を含んでいる。我々は、右理論が、公行政の作用の結果生じた損害に関するあらゆる事例についての国の賠償責任の基礎と考える。」(「労災に関する」法律や判例は、個別の場合について、……公行政の何らかの行為によって権利を侵害された個人に対し、国に対する直接の賠償請求権を与えている。これらの請求権の根拠を判定するのは難しい。しかし、事実の集積から、フランス公法の名声を高めるオリジナルな理論を析出することは、不可能ではない。……国は、行政客体の間で契約された、行政上の事故に対する相互保険を管理していた、と捉えることができる。保険の理念は、論理的には、法及び公負担の前の平等原理に由来する。公負担の前の平等は、例えば租税や兵



役のような……領域では、直接的に適用される必要がある。他方、この原理は、公負担あるいは行政主体の行為により行政客体に対する不平等が生じるような性質の事例について、補償的賠償という方法によって間接的に実現される必要がある。そして、補償的賠償は、公役務を対象とし、租税に組み込まれた出資金により賄われる一種の相互的基金によって支払われていると考えると、うまく説明できる。」

以上のように、カーム判決の評釈において、オーリウは、行政賠償の法的基礎が「行政上の事故に対する保険」であることを、個別の裁判例から抽出される一般理論として提示した。さらに、この「行政上の事故に対する保険」が具体的に機能するのは、「特別の損害」が認定される場合であり、「特別の損害」には、①公務員の過失・過誤、②それ自身特別な損害を生じさせる特殊な行政作用、の二つの類型があるという解釈論を主張した。<sup>(4)</sup>ここでは、行政賠償責任の全般について、リスク理論という特殊公法的な法理を基礎理論として設定することにより、これを公法の領域において確立し拡大するという方向性が示されている。他方、統一的な基礎となるリスク理論の次元と、具体的な行政賠償責任の要件となる「特別の損害」の二類型の次元とを明確に分けて議論している点は、これ以降のオーリウ学説の展開の起点となるものであった。

## （２）「行政管理」理論による「公権力の無答責」原則の克服

### ① 「行政管理」理論と行政賠償責任

オーリウは、一八九九年公刊のモノグラフ『行政管理』において、「行政管理」理論を世に問う。さらに、『行政法精義』第四版（一九〇一年公刊）でも、「行政管理」理論を背景とした行政法体系の提示が試みられている。そして、この「行政管理」理論は、行政主体の損害賠償責任について、これを公法上の法理として位置づけ、行政裁判管轄に服させることを理論的に説明するための根拠としても用いられた。すなわち、「行政管理」の領域では、

公役務の執行について行政主体と行政客体の間に一定の信賴關係が形成され、その破壊が行政客体の側に賠償請求権を生じさせる。そして、「行政管理」の領域は、「私管理」の領域と異なつて公権力性が存続しているがゆえに、行政賠償責任は公法上の法律關係に属し、訴訟手続も行政訴訟（全面審判訴訟）になる。<sup>(5)</sup>

他方、この時期、行政賠償責任の分野で判例・學説上の論争の対象となつていたものに、「公権力の無答責」原則の克服の問題があつた。ここでも、オーリウは、「行政管理」理論の応用による「公権力の無答責」原則の理論的な克服を主張した。すなわち、権力的行為と「行政管理」とは、行政過程における「決定」と「執行」とに対応するものであり、権力的行為であつてもその「執行」段階においては、行政客体に対する一定の義務が生じ、そこから損害賠償責任が発生し得る。<sup>(6)</sup> 右の議論は、警察作用あるいは公務員の人事行政が惹起した損害賠償請求の事例に関する判例評釈において具体的に展開されている。以下、これらを検討する。

## ② 警察作用における「公権力の無答責」の克服

オーリウは、一九〇〇年公表のルプル (Lepreux) 判決の評釈において、警察作用における「公権力の無答責」の克服につき「行政管理」理論を応用した詳細な記述を行った。<sup>(7)</sup> ルプル判決の事案は、祝典の際に生じた事故の被害者が、警察による監視が不十分であつたことを根拠に、国に対して損害賠償を請求したものである。これにつき、コンセイユ・デタは、「国は、公権力作用、とりわけ警察上の措置に関する事柄につき、官吏の懈怠に対する責任は負わないのが原則である」ことを判示して、行政賠償責任を否定した。オーリウは、判決を批判し、行政賠償責任の拡大という観点から、本件についても賠償責任の肯定が可能になるような法理論の構築を志向した評釈を世に問うたのである。

評釈の冒頭には、以下のような記述がある。（官吏の過失による国の賠償責任について）「判例法がとっている方向性は、全体として優れたものであるが、そこから正しい法的理論が抽出されていないことを認識する時期が来て

いる。」ブランコ判決以来、国の賠償責任が特殊な理論に基づくことを根拠に、行政賠償請求訴訟は行政裁判管轄で行われている。しかし、行政判例は、未だこの理論の一般的な定式化を行っていない。「ゆえに、法的理論が必要とされている。国の賠償責任は、役務の必要性に対応して変化する特殊な規範を持つ、というのみでは不十分である。この特殊な規範は特定の原理から導かれなければならない、その適用場面での多様性についても、特定のルールに従う必要がある。このルプル判決は、考察のための良い機会である。コンセイユ・デタが自らの判例法の全体から引き出される確固とした理論を持っていたならば、判決は別者になったであろう。すなわち、警察の領域であるにもかかわらず、国の賠償責任が認められてしかるべきであった。」「……この問題について、我々は、二つの問題、二つの重疊的な理論を区別する。すなわち、賠償責任の原理の問題と、それが実現される方法の問題とが存在する。」<sup>(8)</sup>

第一に、賠償責任の原理について。「官吏の過失を原因とする国の賠償責任の原理を探究するのは、いかなる方向をとるのが望ましいのか？ 民事法か？ あるいは、行政法において追求すべきなのか？ この点について、我々は、判例法と一致する。すなわち、この方向は、民法ではなく行政法によるべきである。何故なら、行政上の社会生活の与件は、民事上のそれとは全く異なるからである。民事上の社会生活は、独立した個人同志が対峙するものだが、行政上の社会生活は、組織化された公役務と大衆とが集団的に関係を構築するものである。そして、行政法が自律性を獲得するためには、賠償責任の理論を持つ必要がある。賠償責任は、法的事象の第一義的なものであり、最も重要だからである。」「従って、民法典一三八二、一三八四条の直接適用のみでなく、直接責任・委任責任・所有者責任の理念も含めて、民法を排除しなければならない。これらの民法上の原理に代わって、別の原理を定立すれば良い。」「国の賠償責任の原理が、『行政管理』の中にこそ存在すると考えることに、十分な理由がある。」「では、管理とは何か？……我々は、『公役務の執行』であると考えて。とりわけ、賠償責任の領域について、

この定義が採られるべきである。何故なら、損害は公役務の執行によってのみ生じるからである。……行政管理と公役務の執行とは同一のものなのである。」「行政は、公権力という力を持っている。この力には、……二つの状態がある。一つは権力の状態であり、公権力は静止し、……執行に移ることなく、権力的方法によって効力を及ぼす。もう一つは作用の状態であり、公権力は公役務を執行する。このように、管理は、役務の執行であり、執行措置は全て管理の措置である。」「公権力が管理の状態にあるとき、すなわち、権力作用を執行するとき、公権力はまさに協同関係 (collaboration) にある。公権力は、自らの固有の事業 (entreprise) ではなく、協同的事业を運営する。公権力は、協同者・協力者を持ち、彼らに対する関係で、賠償責任が生じるような法的地位に立つことがある。』

以上のように、公役務の管理は協同的事业であり、行政主体の機関は、自らの利益ではなく、行政客体集団の利益のために活動する。国家は、行政主体として捉えるなら、広範な協同体の一種であり、公権力は、協同体の事業の管理者に過ぎない。他方、一旦形成された公役務は、合法的 (régulier) でなければならない。この合法性は、役務の合法性を保つことに対する行政客体の良き意思の協同があつて初めて可能となる。大衆が行政の命令を遵守しない場合、公役務の合法性は得られず、行政は無秩序なものとなる。」「協同者・協力者の間には、一種の義務の相互性が存在する。なぜなら、そこには、相互的信頼が醸成されているからである。行政主体は、行政客体の良き意思を前提とすることにより、合法的役務を形成する。他方で、行政客体は、行政によって組織化された役務の合法性を信賴する権利を持つ。すなわち、行政客体は、その私的な生活活動において、公役務の合法性を前提としており、もしその期待が裏切られて損害を被ったなら、賠償を請求する権利が生じる。」「行政主体は、形成された公役務の合法性を保つために、行政客体に対して強制を行う権利を持つが、役務の執行過程で事故が起これば、賠償を支払う義務が生じる。行政客体は、役務の合法性を尊重する義務があるが、役務の合法性を前提として活動する権

利を持ち、結果として役務の過程での事故により損害を受けた場合、賠償を請求する権利を得る。「この権利義務関係は、相互的なもので、管理の状態から生まれる。」

（行政管理は）「ラフェリエールやミシュウが誤って述べたように、司法裁判管轄ではない。行政管理は、行政裁判管轄にあり、ゆえに全面審判訴訟の真の基盤なのである。」行政管理＝公役務の執行は、公権力が執行過程にあることを意味する。公権力は、作用の状態・協同関係の状態にあっても、その力を放棄するのではなく、公役務の合法的執行を保証するために強制を行う。ゆえに、管理においても強制は存在する。

第二に、賠償責任を具体化する方法について。「私法において、法律原因となる損害に対する賠償責任は、二つの異なる形式の下に構成されている。すなわち、古い伝統的理論である過失理論と、労働災害責任に関する一八九八年四月九日法で導入された新しいリスク及び事故の理論である。この二つの理論のうち、行政法はどちらを選ぶべきか、あるいは、どちらを既に選んでいるかについて、概略を検討しておくことは重要である。」ローマ法以来の過失理論を分析すると、伝統的過失理論には事業活動の領域に適合的でない部分があり、損害を事故によるものと理解し、損害の填補を事業者の負担とする考え方が生じた。上記の法律は、この考え方に依っている。公行政について、右の二つの方法のどちらが、行政上の損害賠償責任を円滑に発展させるのに適合的かを考察した場合、答えは明らかである。「公行政は、考え得る限り最も巨大な事業体……である。この事業体は、自ら規律し、自ら監督するが、標準的な注意義務しか要求できない。その結果、過失理論は適用不能である。……国、県、市町村という法人が存在するが、これらは、行政上の事業の管理者に過ぎない。過失理論が適用不能とすると、別の理論、すなわち事故の理論を適用しなければならない。」「故に、工場事故と同様に、行政上の事故による損害賠償責任が存在することになる。行政法人は、行政上の事業の管理者として、かつその資格においてのみ、賠償責任を負うことになる。……直接的過失にしろ、委託者の過失にしろ、過失の問題は存在せず、事故の定義によってのみ、行政賠

償責任は規定される。」「恐らく、工場事故と同様に、保険概念まで達する必要がある。……恐らく、行政主体は、行政上のリスクに対して独自の保険を掛ける必要があるだろうし、事故の被害者に対しては、公役務が含む保険を用いるが如くに、賠償が支払われるであろう。保険概念という複雑な説明が役立つか否かは別にしても、行政の義務の形式が、事故に対する賠償でなければならないことは疑いない。」

ここまでを整理すると、第一に、行政賠償の原理は「行政管理Ⅱ公役務の執行」理論であり、第二に、この賠償責任は「役務の執行過程において行政上の事故が生じた場合」に具体的に発生するのである。次に、以上の一般理論を、本件の具体的事例に当てはめる作業が行われる。オーリウは、以下の如くに述べる。ルプル判決は、警察作用について行政賠償責任を否定したが、祝典の日に公道を散策していた者が見せ物興行により負傷したという本件の場合、「秩序維持の役務」が形成されていたのであり、これは、管理の状態における公役務の執行の局面である。判決文では、「警察上の措置」と述べているが、これは不正確で、「警察上の措置の執行」が正しい。「警察上の措置」とは、それ自体あらゆる執行から切り離された決定なのだが、ここに存在するのは、形成された役務の執行である……。実際、これは警察の役務であるが、秩序維持の役務が形成されたら、警察の役務は、他の役務と同様に国の賠償責任を生じさせる。これは、行政客体がその役務の正常さを信頼するという意味で、他の役務と同じことになるのである。」「原則は、権力的手段で行動する際に公権力が無答責なことである。しかし、ここでの問題は、秩序維持の役務の執行の場合に、公権力が管理的手段によって行動しているのではないかという点にあるのである。」

以上のように、オーリウは、「行政管理」理論の骨子を示しつつ、行政賠償責任の理論的基礎を「公役務の執行」により生じた損害という形で提示する。そして、具体的な賠償請求権は、公役務の執行過程における「行政上の事故」を要件として発生することになり、警察作用についても、それが執行段階すなわち「行政管理」の領域であるがゆえに、賠償責任は肯定される。この評釈は、抽象度の高い一般理論と具体的事案に即した議論が、相互に連関

して展開されるという、オーリウの判例行政法学の特色を端的に示すものと言える。

### ③ 公務員法における「公権力の無答責」の克服

オーリウの最初の評釈の対象となったカド判決は、解雇された公務員が行政に対して損害賠償を請求した事案であった。カド判決は、この訴えについて全面審判訴訟としてコンセイユ・ダタが受理したものであったが、本案の損害賠償請求は棄却されていた。オーリウは、一八九〇年代に、類似の事案に対する評釈を繰り返し公表している。<sup>(9)</sup>しかし、一連の評釈の対象となった判決群は、もっぱら公務員が提起する争訟手続きが問題となる一方、本案の損害賠償請求については棄却されており、オーリウの関心も賠償請求の面にはあまり向いていないように思われる。その後、一九〇四年に、ル・ベール (Le Berre)、ヴィルナヴ (Villeneuve)、ニヴァジオーニ (Nivaggioni) 判決の評釈が公表される。<sup>(10)</sup>ここで、オーリウは、公務員の人事行政につき「公権力の無答責」を克服すべく論陣を張った。<sup>(11)</sup>

評釈では、議論の前提として、以下の記述がある。（本判決は）「我々が、全面審判訴訟、とりわけ役務行為による損害賠償訴訟に対して与えようとしてきた基礎の正しさを確認させるものである。我々は、全面審判訴訟が管理のカテゴリーに一致し、……管理とは、私産の管理や私法的手法による経営ではなく、公権力の行使を伴いかつ公法的手法による公役務の執行であることを、常に語って来た。……公役務の執行が存在する場合、役務の遂行に係わる全ての市民は自らの事務を管理された状態にある。もしこれが誤って管理されたならば、市民は、管理者が公権力主体であったとしても、事務の管理者に対して損害賠償請求権を持つ。……公権力は、一般的な交換法の要素となり、市民が善意にそれを信頼する権利を持つ役務を担うがゆえに、賠償責任も負うのだ。……結論として、一旦形成された行政的役務の活動あるいはその活動と結合した執行作用が存在する全ての場合において、あるいは、役務または執行作用の良きあるいは悪しき執行の問題が争われる全ての場合において、全面審判訴訟及び損害賠償

の可能性が存するのだ。」

以上のように、オーリウは、ここでもルプル判決の評釈と同様に「行政管理」理論を応用し、公権力の行使を内包した公役務の執行たる「行政管理」の全ての領域において、役務の悪しき執行につき、損害賠償請求が全面審判訴訟で争われ得ることを述べる。その上で、行政と公務員の関係についても、役務の執行（人事の役務）が存在し、「この人事の役務について、公務員は行政客体と同等の地位にあり、その役務の過誤あるいは過失により損害が生じたならば、損害賠償請求権を持つ」と結論づける。すなわち、行政と公務員の関係についても「役務の執行」という観点があてはまり、人事上の役務に瑕疵があった場合には行政賠償請求権が成立し得ることが主張されたのである。

この評釈で取り上げられた三つの判決は、損害賠償責任の原因がそれぞれ異なるものであった。第一の判決は、以下の如し。主計軍曹であったル・ベール氏は、降格を命じる懲戒処分（降格処分）を受けたが、後に主務大臣は右処分を違法なものとして取消した。同氏が違法な処分によって生じた損害賠償を請求する訴訟を提起したのに対し、コンセイユ・デタは、損害が認定されないとして請求を棄却した。この判決について、オーリウは、国側が「公権力の無答責」による「不受理の抗弁」と提出したにもかかわらず本案判決に至ったこと、及び、論告担当官テシエの論告において、「公役務過失」概念が使用されたことに注目した。<sup>(12)</sup> 第二の判決は、以下の如し。ヴィルナヴ氏は、期限の定めなくアルジェ市の土木部長に任命されたが、市会が、組織改革のため、右の職分の廃止と三か月分の給与の補償を支給する決定をした。これに対して、同氏がより多額の賠償を求める損害賠償請求訴訟を提起したが、コンセイユ・デタは、補償は十分であるとして請求を棄却をした。オーリウは、この判決において、行政措置に対する「衡平な（équitable）」補償という用語が用いられていることに注目した。第三の判決は、以下の如し。ニヴァジオニ氏は、恩給に加えて、門衛としての報酬を受け取っていたが、この併給は法によって禁止された



ものであった。同氏に対する返還請求の是非が争われた訴訟において、コンセイユ・デタは、この併給が行政の「過誤 (erreur)」によることを指摘して、返還請求が制約されることを判示した。オーリウは、判決文中に、役務過失という言葉が用いられていることに着目した。以上の三判決について、オーリウは、公務員による損害賠償請求の法律原因が「役務過失」にあるという理解を前提に、三判決は、それぞれ、ル・ベール判決Ⅱ処分の違法性、ヴィルナヴ判決Ⅱ衡平の侵害、ニヴァジオニ判決Ⅱ行政措置の過誤、という「役務過失」の内容を示していると解釈したのである。

ル・ベール判決他の評釈は、「行政管理」理論の適用による「公権力の無答責」原則の克服を公務員法の領域に拡大することを主張したものであり、この意味で、ルプル判決の評釈の延長線上にある。他方、この評釈では、テシエの論告で用いられた「役務過失」概念に傾斜した説明も見られ、従前のリスク理論のみを拠り所とした論述とはトーンが変わった部分もある。そして、これに続く時期において、役務過失理論への転換が明らかになる。

- (1) R.D.P. 1896.2.51-65.
- (2) 拙稿・「フランス行政法における全面審判訴訟の位置づけ（二）」国家学会雑誌一〇二巻一一・一二号三八頁、同四四頁以下、久保・前掲論文・青山法学論集三二巻一・二・三号二四四頁以下。
- (3) S. 1897. 3.33/J.A. 1.676. 邦文の文献として、広岡隆『公物法の理論』二〇三頁以下。
- (4) なお、この問題について、最終的な解決は、産業立法により図られるべきことが付記されている。
- (5) G.A. 11-14; Précis, 4<sup>ed</sup>, p. 871-873.
- (6) 拙稿・前掲三九頁以下を参照。
- (7) S. 1900.3.1/J.A. 1.515. 判決について、雄川・前掲書四二七頁以下、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一七九頁、久保・前掲論文・青山法学論集三四巻一号四六頁以下を参照。
- (8) スフェズは、ルプル判決の評釈について、個別事例から広い射程の理論を構築した例として分析し、そこから、行政賠償責任の原理と方法という二つの平面に分けて論じるという議論の手法を取り出して検討している。Cf. Sfez, op. cit., p. 326-327.
- (9) S. 1893. 3.33/J.A. 3.6; S. 1893. 3.65/J.A. 3.1; S. 1894. 3.33/J.A. 3.9; S. 1897. 3.137/J.A. 3.12. 4<sup>ed</sup> Cf. G.A. 9-11.
- (10) S. 1904. 3.121/J.A. 3.16.

(11) なお、シレイ誌の前号には、公務員について越権訴訟の訴えの利益を拡張したロト、モリニエ、サヴァリ判決の評釈が掲載されており、この評釈とペアになって公務員に関する行政救済の拡大を論じる形になっている。

(12) バイユは、公役務過失概念が初めて用いられた判決であるとする。Cf. M. Paillet, *La faute du service public en droit administratif* français, 1980, p. 18.

## 第二款 役務過失による行政賠償責任

### (1) 役務過失理論への転換

前款で分析したように、一八九〇年代末におけるオーリウの主張は、行政賠償責任の基礎原理を「行政上の事故に対する保険」理論に求めるものであった。しかし、右の主張は、「行政管理」理論の展開に対応して、大きく変化する。すでに『行政法精義』第四版（一九〇一年公刊）では、新たに構築された「行政管理」理論が行政賠償責任の基礎理論となる以上、法的に成熟している「保険」概念を擬制的に使用するのは好ましくないとして、「保険」概念を正面から用いることを放棄する<sup>(1)</sup>。そして、オーリウは、この時期の判例法が「役務過失」概念を導入したことに対応しつつ、「行政管理」理論を背景とした役務過失理論を採用するに至った。

『行政法精義』第五版（一九〇三年公刊）では、行政賠償責任の基礎理念として、①普通法外的権利の行使という行政の特権の代償、②公役務の執行という全体の利益のために特定人に生じた損害の填補が正義であること、が挙げられる。しかし、これらは、行政賠償制度の基礎理念という、いわば背景的部分に退けられている<sup>(2)</sup>。そして、行政裁判管轄に服する行政賠償責任の類型は、①損害 (dommage) の理論と、②役務行為による賠償の理論とに二分して説明されるようになる。そして、役務行為による賠償責任について、それが、行政作用の不可避的帰結である損害の理論とは異なり、公役務の執行過程において生じる事故に関する理論であること、また、受託者の過失による責任とは異なり、公役務の執行という事業の管理者たる行政主体が直接負担する責任であること等が記述さ

れている。<sup>(3)</sup>

さらに、この『行政法精義』第五版では、この時期に判例法で使用されるようになっていた役務過失概念について言及した部分が現れる。「事故とは、事業すなわち行政に起因するものであり、この意味で、幾つかの判決では行政の過失あるいは行政的過失という表現を使っている。これは、民事法上の過失理論とは異なり、単に役務の悪しき遂行を意味するものである。この視点から、役務行為は、役務の通常の遂行で生じる水準を超えた過誤や手落ちによる場合にのみ、損害賠償の原因となり、行為が非常に重大な過失や故意による官吏の個人的なものとなる場合には、行政主体の責任は生じないことが、明らかである。」<sup>(4)</sup>

役務過失理論への転換が明確に示された論稿として知られるものが、一九〇五年公表のトマゾ・グレコ (Tomaso Greco) 判決及びオセル (Auxerre) 判決の評釈である。<sup>(5)</sup> トマゾ・グレコ判決の事案は、憲兵が暴れ牛を鎮めるために発砲したところ、流れ弾が近隣の屋内にいたトマゾ・グレコ氏に当たって負傷させたというものであり、コンセイユ・デタは、「公権力の無答責」による不受理の抗弁を退けて本案について判断したものの、本件事故が「公役務過失」によるものでないとして請求を棄却した。オセル判決は、軍事演習中の事故によって死亡した兵士について、本件事故は「公役務過失」によるものであり、国の賠償責任が成立することを認めたものである。オーリウは、この二つの判決について、①公権力とりわけ警察の領域における行政賠償責任の新たな発展を示していること、②右の賠償責任が「公役務過失」によって基礎づけられたこと、の二点に着目した評釈を残している。

第一の、警察作用に対する行政賠償責任の肯定については、従前の判例法の展開を分析した上で、「トマゾ・グレコ判決は、固有の意味での警察措置について国の賠償責任を予測させる最初の判決である」と結論づける。第二の、行政賠償責任の「公役務過失」による基礎づけについては、公役務概念と過失概念に二分して、詳細な検討が加えられる。公役務概念については、「行政管理」理論以来の公役務の執行作用を行政賠償責任の源泉と捉える考

え方が繰り返される。ここで注目されるのは、過失概念についてである。

オーリウは、従来の行政賠償責任に関する判例法の展開について、事故の理念や職業上のリスクの理念によって基礎づけられていると理解していたことを認めた上で、コンセイユ・デタが過失概念を維持させたことに対する驚きを率直に示す。そして、従来の自説を再考することについて、次のように述べる。「我々は、行政主体の過失を論じる必要はなく、行政上の事業に内在する役務管理のリスクのみを論じればよいと主張してきた。過失概念を維持するというコンセイユ・デタの思考を前にして、リスク理論を繰り返し主張してきた我々は、非常に当惑する。そこで、判例は学説よりもより良い道を探ったのか、我々は司法裁判管轄を導くものとして民事法上の理論を排斥するという動機に強く支配され過ぎていたのではないか、という事を、自問してみたい。」

オーリウは、行政賠償責任についての行政裁判所の管轄が確立したことを与件として前提にしつつ、（民事法上のものとは異なる）行政的過失理論と、リスク理論との比較検討を行う。まず、従前リスク理論の採用によって導き出した解釈論上の帰結について、過失理論でも同等のものが得られるかどうかを検討し、次の二点を論じている。第一に、担当公務員の責任を除外するという帰結について、リスク理論では「事故は事業のリスクである」という定式で説明したのに対し、過失理論を採っても、直接責任論・代位責任論のいずれかの定式で説明できる。第二に、事故の被害者について賠償責任の証明責任から解放するという帰結について、リスク理論では、「事業はその全ての事故について責任を負う」という定式で説明したが、過失理論でも、「通常の事故は、事業の過失を推定させる」という定式化された「推定」により、合理的な程度に説明可能である。さらに、過失理論を用いれば、あらゆる事故について事業者に絶対的な賠償責任を負担させるという帰結を避けることができ、リスク理論のみでは不可能であったニュアンスのある場合分けが可能になる。次に、過失理論は、リスク理論よりも優れており、上記のような同等の利点を持ちつつもより望ましいものであることを論証するために、次の二点を指摘する。第一に、

ローマ法以来の過失理論と、労働災害立法に由来するリスク理論とでは、過失理論の方が法的技術として成熟している。新しい現象に対応するためにリスク理論を導入したとしても、リスク理論の未熟さによる不都合（偶発事故にも責任が認められることなど）を踏まえると、過失理論によりこれを制限する方向が採られるべきである。労働災害の場合には、保険という方策によって、不正義が覆い隠されているが、行政賠償責任について保険の制度は存在しない。第二に、リスク理論は、事故を事業に不可避な帰結と考える点で、道徳的でない。過失理論は、事故を避けるべき帰結と考え、公務員がそれを回避する方向へ導く点で優れている。過失理論を採った場合、行政は過失の場合にのみ賠償責任を負うが、その過失は、役務の遂行の慣習的な水準に対応して具体的に評価される。また、過失理論は、公務員が過失を犯さないよう努める方向に導き、公役務の水準を向上させることが可能なのに対して、リスク理論はその水準を低下させる。

右の考察を経て、次の結論が導かれる。「リスク理論は、相対的に粗雑でプリミティブな解答であった。過失理論は、より進歩した解答と言えよう。」「公役務過失という表現は、具体的に評価される公役務の標準的注意義務によって与えられる責任の基準を示すというメリットがある。従って、国は、役務が前提とする標準的注意義務の範囲で、役務から生じる損害について、直接的な賠償責任を負う。そして、国は、役務行為において過失を犯したために、賠償責任を負う。従来はリスク理論で対応してきたものについて、新しい過失理論が構築されたのである。」

## （2）役務過失理論の熟成

このトマゾ・グレコ判決の評釈以降、役務過失理論によって行政賠償責任を説明することが定着する。例えば、一九一二年公表のアムブロジニ（Ambrosini）判決では、公役務の遂行過程において事故が生じたような場合にも、カーム判決のようなリスク理論によるのではなく、役務過失の理論によることが主張されている。<sup>(6)</sup>

この結果、オーリウにおいて、行政主体による賠償責任は、行政裁判管轄に服する行政管理（公管理）の領域について、①役務過失理論により説明される役務行為によるものと、②無過失責任との二つの類型に収束する。これ以降、役務過失の概念は、公務員の個人的過失（司法裁判管轄に服す）と役務過失による行政賠償責任との競合（*cumuli*）の問題、<sup>(7)</sup>役務過失による行政賠償責任と公土木責任の如き無過失責任との関係の問題、等の具体的論点にかかる多数の判例評釈の議論の中で熟成されて行く。以下、オーリウの役務過失理論について、三つの基本的特色を指摘しておく。

### ① 役務過失の客観的性格

第一に、役務過失の内容について、公役務の運営の異常性と定義づけている点が指摘できる。これは、役務過失の客観的性格を捉えたものと考えられる。例えば、一九〇六年公表の判例評釈には、以下のような図式が示される。『『役務過失』の領域における行政主体の賠償責任に関する判例は、全て、公役務の通常かつ正常な運営という考え方、及び、役務過失は行政上の水準に照らして異常なものであるという理念を基礎にしている。<sup>(9)</sup>』また、一九一一年公表のアンゲ（Anguet）判決及びデルペシュ（Delpech）判決の評釈では、役務過失と個人的過失の関係を論じた箇所、次のように記されている。「役務過失とは、役務の悪しき作用の結果であり、これは公務員の個人的感覚によるのではなく、役務の習慣や伝統を基準に判断される。そして、役務過失は……職務の遂行から分離されないのだ。<sup>(10)</sup>」

オーリウの行政賠償理論は、「行政管理Ⅱ公役務の執行」理論と結合する形で展開されてきた。これは、元来、行政主体の損害賠償責任が、公法上の法理に支配され、行政裁判管轄における全面審判訴訟手続に服することを説明するためのものとして出発した。判例法の発展により、右のようなオーリウの当初の意図が達成されるに至り、オーリウ自身が役務過失理論へと転換した後、役務過失を行政管理理論から説明し、公役務の執行の欠陥と理解

する基本的立場は残存したのである。<sup>(11)</sup>

例えば、『行政法精義』第九版では、次のように述べられている。役務過失は、役務の慣習に欠陥があった場合における手落ちであり、役務の慣習が正しくかつそれが遵守されていれば、国の賠償責任は生じない。すなわち、役務過失は、公役務における悪しき慣習に基礎を置くのだ。<sup>(12)</sup> また、『行政法精義』第一一版では、次の如き記述がある。（役務過失とは）「咎められるべきものであるにもかかわらず、役務の慣習の範囲内にあって役務から分離されない、怠慢・不注意・手落ちである。」（さらに）「それは、実際に行為を行った下級公務員よりも、役務を指揮する行政庁の責に帰すべき過失である。なぜなら、役務における組織の欠陥・規律あるいは監督の欠如があったり、場合によっては行政庁が措置をとらなかったり、官吏に対し必要な指示を与えなかったりしたからである。」<sup>(13)</sup>

## ② 役務過失理論と行政の自己責任

第二に、役務過失理論による行政賠償責任を、行政主体の自己責任として捉えていた点が指摘できる。この問題は、当時の判例法上、役務過失による行政賠償責任と加害公務員の個人的責任との関係がしばしば争われており、右の論点に関する一連の判例評釈において、繰り返し取り上げられた。

例えば、フトリ判決の評釈には、以下の如き記述がある。<sup>(14)</sup>「行政賠償責任が行政上の法人の直接的責任であり、個人的にかかわる加害公務員が外されるのは、行政主体の賠償責任が公役務の執行作用を根拠とすることを理由とする。公役務の執行作用は、グローバルに捉えられた役務の活動にかかわる。そこでもし事故が生じたら、それは役務過失である。また、公役務とは、個々の公務員ではなく公務員の集合体であり、行政そのものである。このことから、行政主体の自己責任である役務過失と……役務から分離され公務員の賠償責任を生じさせる公務員の個人的行為との区別が確立される。」「公役務の執行作用という極めて行政的な観念は、第一に、民法典一三八四条による委託者の責任に関するクラシックな理論を解体するという効果を持った。行政法において、委託者も受託者もな

く、両者の連帯責任もない。あるのは公役務であり、その行政上の財産が役務過失について完全な責任を負うのだ。役務過失の枠外には、個人的行為について責任を負う公務員のみがある。なぜなら、その個人的行為により、かれは公役務の枠外に出てしまったのだ。<sup>(15)</sup>」

また、この問題は、先述のデルペシュ判決の評釈でも論じられている。<sup>(16)</sup>デルペシュ判決とは、市長が、教員であつたデルペシュ夫妻に対して学校の宿舎を使用させなかったことにつき、右市長の行動は、市長としての職務から分離し得る個人的過失とみなすことができないとして、コミューンの行政賠償責任を肯定したものであつた。オーリウは、過失が公役務の執行から分離可能か否かによつて役務過失と個人的過失を区別するという、コンセイユ・デタの判例法を肯定した上で、市長の行動が、法律によつて市の行政作用として規定された適法な作用に限定されないことに注目して以下のように述べている。市長の行動には、法律適合的な作用とは別に、法律の枠外に現れる本来的作用がある。法人は、合理的存在としての法的人格と、現実の人の集団である組織的個体 (*dividualité organique*) とに分析される。このうち、後者の組織的個体も、過失を犯すことがあり得る。そして、市長が、市長としての職務の遂行から分離されずに過失を犯すことは、人の集団が犯す過失として説明できる。

これは、役務過失理論を介在させることにより、行政賠償責任が、行政主体の直接的な自己責任であることを説明したものと言える。

さらに、行政主体の役務過失と加害公務員の個人的過失に関する判例法の展開にも対応しつつ、右の論点を素材にした多くの論稿が公表され、そこでは行政主体の自己責任の理論的な根拠づけが試みられている。例えば、『行政法精義』第九版では、役務行為による役務過失理論について、次の記述がある。(役務行為とは)「組織内部の上位機関の指示あるいは役務の通常のやり方に合致した行為であり、特定の公務員が犯したものであつても行政主体の賠償責任を生じさせ、原則として公務員個人の賠償責任は生じさせない」<sup>(17)</sup>。そして、公役務はひとつの集団的な



組織を形成しており、役務過失について行政主体が賠償責任を負うのは、公役務の管理者として、民法典一三八四条に規定された物の管理に関する損害賠償責任と類似の原理による。<sup>(18)</sup>

また、一九二四年公表のドウルダン (Dourdent) 事件及びガスパル (Gaspard) 事件判決の評釈では、公務員が刑事法上の罪を犯した場合における、国の行政賠償責任と公務員の個人的責任の競合の問題が争点となっている。<sup>(19)</sup> ここでは、役務過失理論と、民事法の委託者の過失の理論の差について、言及している。「民事法の理論では、委託者は、当該行為を現実に委託している限り、受託者の全ての悪行に責任を負うことになる。その悪行が、普通法上の重罪あるいは軽罪であるかということは重要でない。なぜなら、委託者の過失は、そもそも、受託者の悪しき選択によるからである。反対に、公務員の所為による賠償責任における行政主体の過失は、公務員の悪しき選択ではなく、当該公務員が担当した役務の悪しき運営のみにによる。」<sup>(20)</sup>

同年には、右と類似したルメッティ (Lenetti) 判決<sup>(21)</sup>の評釈が公表されている。ルメッティ判決とは、加害公務員が刑事裁判の被告となっている場合でも、行政主体の賠償責任は行政裁判管轄に服するとした権限裁判所の判決である。評釈のなかで、オーリウは、役務過失の場合に行政主体が自己責任を負うことの理論的説明を試みている。その骨子は、たとえば下級官吏の行為であっても、国民の代表者として国と一体化したものと捉えるべきであり、その結果国が自己責任を負うというものであった。（行政主体と公務員の関係について）「行政法的解決を導くためには、委託者と受託者の関係を出発点とすることを止め、高等行政と下級官吏を対置する考えを捨てる必要がある。そして、国家をその構成員たる国民の集合体と同一視し、それを……代表者の集合体と対置するという考え方を……採用しなければならない。」「右の視点に立てば、郵便配達人も警察官も、大臣と同様の『国民の代表者』である。なぜなら、彼は代表者の集合体の一部を構成するからである。」国民が下級官吏を選ぶわけではないが、下級官吏を任命する上級官吏は国民の代表として選ばれた者である。国民との関係では、任命制の下級官吏も代表

者の集合体に含まれる。「実際、公役務の遂行は、法律や命令、通達によって国民を強制するものであり、国民は臣民の立場にある。最も下級の公務員であっても、権威の側にあるのだ。<sup>(22)</sup>」

さらに、『行政法精義』第二版では、役務過失に関する行政の自己責任について、以下のように説明している。役務過失による行政賠償責任について、民法典一三八二条以下の委託者の責任に関する民事法上の理論が、単純に適用されるのではない。過失は、現実には、法人の機関でもあり職員でもある公務員が犯すことになる。そこで、行政上の法人とその機関たる職員との関係を分析する必要がある。民事法上は、民法一三八四条につき、委託者と受託者の関係によって説明している。他方、行政判例は、国と公務員の関係について、民法一三八四条の適用を否定している。「事実、民事判例が、会社について適用している……受託者の過失による委託者の責任という構成は、法人の本質と一致しない。これには、法人とその機関を分離させる傾向があり、法人が機関を選任したがゆえに、法人が委託者でその機関が受託者であるという前提に立つ。すると、法人が機関を選んだのではなく、機関が権力的方法によって法人を制御することになると、法人は機関の委託者であることが説明できない。統治権あるいは指揮権を持っているのは、法人の機関なのだ。疑いなく、彼らは、集団あるいは国民の代表者なのだ。……このように、法人とその機関の関係を委託者と受託者と捉える民法一三八四条の解釈には、誤解がある。行政判例は、直観的にこの誤解を認識し、公務員の責任と法人の責任の関係について……探究した。」行政法上の理論は、法人は他の官吏の介入なしに官吏を選択できず、他の官吏の介入なしに官吏を監督することもできず、さらに、上級官吏あるいは機関は、受託者などではなくその統治者であるという原則から出発している。実際、法人は、その機関なしには行動できず、機関と一体化している。そして、法人の責任は、機関自身の責任と峻別し得ないのだ。<sup>(23)</sup>

### ③ 行政賠償責任による行政のコントロール機能

第三に、役務過失による行政賠償責任を、行政作用の裁判的統制の手法として評価するという点が指摘できる。

オーリウは、役務過失理論による行政賠償責任の発展に伴い、これを行政裁判による行政作用のコントロールの方  
法として重視する。すなわち、役務過失Ⅱ損害賠償責任というサンクションが、行政裁判による行政の統制とい  
点において、重要かつ有効であるという基本的思考が示される<sup>(24)</sup>。

行政作用について、行政賠償責任の肯定による裁判的コントロールを及ぼすべしという考え方は、オーリウ理論  
に一貫したものと言える。すでにサノネル判決の評釈（一九〇二年公表）では、行政庁の不作为について行政賠償  
責任が成立する可能性があることに言及され<sup>(25)</sup>、ジメルマン判決の評釈（一九〇五年公表）でも、「権利濫用」によ  
る行政賠償責任を認める主張が行われていた<sup>(26)</sup>。この考え方は、役務過失理論の展開に伴って、様々な局面で顕れ  
る。例えば、行政庁による処分の遅延が役務過失を構成することが主張され<sup>(27)</sup>、行政庁が目的達成のためにとり得る  
方法のうち、よりソフトな方法ではなく差押えという強力な方法を選択したことに付き、これが役務過失を構成し  
て損害賠償というサンクションを受けることが述べられる<sup>(28)</sup>。また、行政立法権の不作为、あるいは適切な行政立法  
を制定しなかったことについても、これが役務過失を構成して行政賠償責任を生じさせることも主張されている<sup>(29)</sup>。

### （3）判例法の展開に対する抑止

行政賠償責任に関する判例法は、一九〇〇年代に入って、県・市町村・公施設法人等に対する請求について行政  
裁判管轄を確立し、他方で、「公権力の無答責」原則を克服して警察作用の領域についても賠償責任を肯定すると  
いう、急速な発展を示した。オーリウは、この判例法の発展をおおむね肯定し、それを指導する役割も果たした  
が、判例法の発展が一定の段階に到達した後、判例法の行き過ぎの是正を試みるという傾向を示すようになる。

例えば、ドウルダン事件及びガスパル事件判決の評釈（一九二四年公表）では、行政賠償責任成立の要件として  
過失の重大性を要求した判例法について、次のように述べる<sup>(30)</sup>。コンセイユ・デタの判例は、行政賠償責任の成立要

件としての公役務過失につき重大な過失を要求する場合が増えているが、これは賠償責任を制限する原理のひとつと言える。「この、国の賠償責任への傾斜に対する歯止めは、優れたものである。これは、公財政を節約すると同時に、公務員について個人的責任の感覚を刺激するだろう。しかし、これは、熟慮されかつ一貫した判例政策によつてのみ、達成可能になるものである。コンセイユ・デタの判例法は、（賠償責任）の入口を少々閉じた後で、これを大きく開放するようなことを行つてはならない。もし、他方で、（クイテアス判決のように）行政上の事業に含まれるリスクの理論に基づいて、公役務によつて生じた単なる損害や事故による賠償責任を認めるという大きな堰を開いたならば、役務行為による賠償責任の潮流をせき止めることには何の役にも立たないことになるだろう。」<sup>(31)</sup>

ここでは、行政賠償責任に関する判例法の展開は、財政の均衡や公務員の責任感覚の刺激といった要素を取り込んだものであるべきことを主張しているが、同時に、リスク理論を一般的に使用して行政賠償責任を拡張しようという判例法の傾向を批判するものともなっている。以下、リスク理論の一般的な使用に対して反対説を唱えた判例評釈について、検討したい。<sup>(32)</sup>

一九一九年公表のルニョル・デロジエル (Regnault-Desroziers) 判決の評釈は、右の傾向を示す代表的な論稿である。<sup>(33)</sup> この判決の事案は、軍事要塞の爆発事故によつて被害を受けたルニョル・デロジエル氏が、国に対して損害賠償を求めたものである。これに対し、コンセイユ・デタは、要塞における擲弾の保管作用について、「通常の近隣関係から生じるリスクの限度を超えた」リスクの存在を認め、賠償請求を肯定した。従つて、ルニョル・デロジエル判決は、役務過失に基づく賠償責任ではなく、リスク理論（近隣者のリスク）に基づく無過失責任を肯定した判決と位置づけられることとなった。<sup>(34)</sup>

オーリウは、以下の如くに述べて、リスク理論に基づく行政賠償責任の拡大について、慎重な姿勢を示す。「国の賠償責任の基礎となる原理の拡大については、全て、慎重に監視する必要がある。未知の拡大の力を持つ新しい

原理の導入を考える前に、……旧い原理の適用でさえも、熟考を要すべき財政上の負担過重となっていることを認識すべきである。」

まず、「近隣者のリスク」概念が検討される。「本判決のインスピレーションは、……明らかにリスク理論を源としている。武器庫は、周辺住民・近隣者にとつての異常なリスクと考えられている。……これは、コンセイユ・デタが、不可抗力の場合であっても、偶発事故の賠償責任を国に負わせるということを法的に説明するのに十分なものである。しかし、これには疑問の余地がある。」「右は、いかなる条文にも根拠を持たない純粹に判例法上のリスク理論の拡大である。そして、右は、賠償責任の客観的理論と言える。なぜなら、右が適用される場面では、公務員の主観的責任の問題は排除されるからである。この拡大が正当化されるためには、リスク理論が……過失の主観的理論にとつてかわる必要がある。……それでは、コンセイユ・デタは、過失理論の千年来の原理を放棄し、……リスク理論へと移行したのだろうか？」コンセイユ・デタが、リスク理論への移行を意図するとすれば、時宜を誤ったものと言わざるを得ない。一五〇二〇年前、人は、産業法上の賠償責任立法が依っていたリスク理論という時流に屈してカーム判決を受け入れたが、現在、リスク理論は、時宜に遅れている。破毀院は、所有者責任（民法典一三八四条）においてさえリスク理論を用いず、過失責任の枠内で、被害者のための立証責任の転換の手法を認めるに留まった。コンセイユ・デタがリスク理論を採用したとすれば、それはアナクロニズムの過ちを犯している。

次に、リスク理論が例外的に適用される場面の枠付けが試みられる。「我々は、リスク理論を新たな普通法にしようとする試みに反対するからと言って、過失理論による保障が十分に機能しない場合に、リスク理論が例外的あるいは補充的に果たす役割を認めない訳ではない。」リスク理論について、その例外的性格を認めた上で、客観的責任の領域を厳格に設定する必要がある。リスクに基づく責任は、事故に対する保険なのであり、これは立法によ

るべきであり、その立法も、①例外的リスクであること、②被害者が例外的補償を受けるに足るものであること、③事業として例外的性格を持つこと、といった要件を満たしていなければならない。通常の社会生活に関する事業については、過失責任のみが妥当するべきである。

オーリウは、評釈の末尾において、以下のように述べる。「コンセイユ・デタは、原理の危険な宣言によって、行政上の事業の能力を明らかに超えた賠償責任を課さないでもらいたい。賠償責任と能力との均衡は、それ自体正義の条件なのだ。」

一九二四年には、クイテアス (Comteas) 判決の評釈が公表される<sup>(35)</sup>。事案は、植民地であったチュニジアにおいて、行政当局が民事裁判所の判決の執行を拒絶したのに対して、損害賠償が請求されたものである。クイテアス氏は、民事裁判所において、チュニジアにおける土地に対する自己の所有権の確認と、右土地に居住する原住民の立ち退きを認める判決を得て、行政当局に対して右判決の執行を要求した。しかし、政府当局は、暴動の発生の危険を理由に、右判決の執行を拒絶したのである。これに対して、コンセイユ・デタは、政府当局の判決執行の拒絶自体は許容しつつ、「原告に対する措置によって生じた……財産使用権の完全な不能は、原告に対して一般利益の下に損害を負担させるものであり、右損害について金銭賠償の請求が認められる」と判示して、クイテアス氏の請求を認容した<sup>(36)</sup>。

オーリウは、クイテアス判決に対して、次の二通りの評価が可能とする。第一は、行政の無過失責任の領域について、社会的リスク理論に基礎を置きつつ、公負担の一般的均衡という視点から、異常な損害という要件のみでその成立を認めるという新原則を定立した原理判決 (arrêt de principe) と評価するものである。第二は、特殊な事例の解決に資するものと狭く理解して、事例判決 (arrêt d'espèce) と評価するものである。そして、オーリウ自身は、第二の立場を採って、本判決の射程を制限する。そして、本判決により、無過失による異常な損害に対する

賠償が肯定されたことは認めつつ、損害の異常性を規定するものとして、行政作用が「国の正当防衛」として正当化される必要があることを主張する。（トマゾ・グレコ判決、オセル判決の評釈などで）「我々は、行政が惹起させた損害に対する賠償の基礎としての『社会的リスク』や『公負担の不平等』が錯覚であることを、既に何度も述べて来た。我々は、いわゆる公負担の前の市民の経済的平等原理の侵害を基礎とする行政賠償責任に関する判例法は、現実には不可能であることを……示しておきたい。」（戦争補償に関する立法による場合には、）「原告は、権利を創造するためには、法律の援用が必要と考える。しかし、本判決が示す判例法は外延が曖昧なまま定立されており、原告は、法律が不要なことをすぐに認知するだろう。その結果、無数の訴訟、莫大な支払うべき賠償が生じることとなる。」「ゆえに、クイテアス判決によって、軽率にも開かれた扉を、再び閉じる努力をする必要がある。

この判決を、保護領における判決の執行拒絶という全く特殊な事例に限定することが不可能であるとしても、少なくとも、我々は、これと非常に近接する一般的カテゴリー、すなわち、行政が個人を犠牲にして法的義務の履行を拒絶し、かつ、右の拒絶が国の正当防衛として過失の性格を失うというケースのみに限定することを試みなければならぬ。換言すると、本判決は、一般的なりスク理論を打ち立てる新たな判例法の出発点ではなく、戦争あるいは全く例外的な状況に関する判例法を補充するものに過ぎない。そうでなければ、フランスの納税者は、通常の生活における負担と利得の平等という、実現不能なものの実現のための賠償金の増大に埋没する……。「衡平は法ではなく、それ自体カテゴリーを持たず、その結果限度もない。法はカテゴリーを持っている。過失はそのひとつであり、不当利得も、正当防衛もまた同じである。衡平はカテゴリーを持たず、感情に過ぎない。」

クイテアス判決の評釈は、行政賠償責任に関する判例法において、法的概念による制約が必要であり、「衡平」概念を裸のまま使用することに警鐘を鳴らした。その基礎には、行政賠償の無限定な容認が財政面で納税者に不均衡をもたらすという現実の要請に対する認識と、成熟した法的概念による枠づけが必要というオーリウの基本的思

考方法の反映とを、見てとることができる。

- (1) Précis, 4 éd., p. 262.
- (2) Précis, 5 éd., p. 239.
- (3) Ibid., p. 242-243.
- (4) Ibid., p. 244.
- (5) S. 1905. 3.113/J.A. 1.529.
- (6) S. 1912. 3.161/J.A. 1.510. この評釈では、不可抗力と偶発事故の区別が論じられている。オーリウは、予見不能で公役務の枠外のものを不可抗力、役務の範囲内に留まるものを偶発事故と整理し、偶発事故について「隠された役務過失」として説明するべきであり、リスク理論による必要がないと述べる。さらに、公役務における事故の場合、被害者が役務過失の存在を立証責任を負うことに変わりが、行政訴訟の証拠調べにおいては裁判官の職権的な指示も可能であり、民事法とは与件が異なることを指摘している。なお、参照、神谷・前掲書三七六頁。
- (7) S. 1910. 3.129/J.A. 1.604; S. 1911. 3.137/J.A. 3.627; S. 1918-19.341/J.A. 3.636; S. 1924. 3.9/J.A. 1.654; S. 1926. 3.17/J.A. 1.668; S. 1927. 3.105/J.A. 1.658. 当時の判例法は、ルモニエ判決以降、「過失の競合」から「責任の競合」を認める方向へと発展したのであるが、オーリウは、同一の行為から役務過失と個人的過失の両方が生じ得るという考え方には賛同せず、判例法の展開から遅れることになった。スフェズは、これを「ルモニエ判決の評釈におけるオーリウの明白な誤り」と述べている。Cf. Sfez, op. cit., p. 145. 責任の競合の問題については、参照、渡辺宗太郎「仏国に於ける損害賠償請求の重複の原則」法学論叢二六巻一号四三頁以下、滝沢正「各国の国家補償法の歴史的展開と動向」『国家補償法大系1』三三頁以下、小早川光郎「公務員の不法行為と責任の帰属」『国家と市民・第一巻』三三三頁以下、北村和生「フランスにおける公務員に対する求償訴権の成立とその特色（一）」法学論叢一三〇巻五号五六頁以下。これらの論稿では、オーリウが評釈の対象としたアンゲ判決、ルモニエ判決、プルシヌ判決などに言及されている。
- (8) S. 1906. 3.145/J.A. 3.341; S. 1908. 3.121/J.A. 3.380; S. 1909. 3.49/J.A. 1.588; S. 1910. 3.81/J.A. 3.385.
- (9) S. 1906. 3.145/J.A. 3.341. 判決の事案は、パリの地下鉄建設工事及び一九〇〇年万国博覧会建設工事によって、乗合馬車会社（特許事業者）が受けた被害の補償の法的構成に関するものである。
- (10) S. 1911. 3.137/J.A. 1.627.
- (11) S. 1908. 3.97/J.A. 1.573.
- (12) Précis, 9 éd., p. 528-529.
- (13) Précis, 11 éd., p. 322-323.



- (14) 前註(11)を参照。
- (15) J.A.1. 585-587.
- (16) 前註(10)を参照。
- (17) Précis., 9 éd., p. 528-529.
- (18) Ibid., p. 530-534. この民法一三八四条を使った説明は、公務員の個人的責任との競合を否定する文脈で用いられている。なお、『行政法精義』第九版には「行政作用がひとつの「制度」を構成していることから、役務過失によって行政主体が自己責任を負うことを説明した部分がある。Ibid., p. 16-17.
- (19) S. 1924. 3.9/J.A. 1.654.
- (20) J.A. 1.656.
- (21) S. 1924. 3.49/J.A. 1.505.
- (22) J.A.1. 507-508.
- (23) Précis., 11 éd., p. 311-313.
- (24) 行政賠償請求は手続的には全面審判訴訟によるのであるから、右の基本的思考は、行政訴訟の類型論における越権訴訟に対する全面審判訴訟の優位という思考と表裏一体となって展開された。第一章第三節を参照。
- (25) S. 1902. 3.41/J.A. 3.244.
- (26) S. 1905. 3.17/J.A. 1.552.
- (27) S. 1913. 3.121/J.A. 3.253.
- (28) S. 1915. 3.25/J.A. 2.68.
- (29) S. 1918-19.3.41/J.A. 3.636; S. 1920. 3.49/J.A. 1.546.
- (30) S. 1924. 3.9/J.A. 1.654.
- (31) J.A. 1.658.
- (32) もっとも、特別立法による補償制度については、これを（社会的あるいは職業的）リスク理論によるものとして説明している。Cf. Précis., 11 éd., p. 331.
- (33) S. 1918-19.3.25/J.A. 1.686.
- (34) 参照、神谷・前掲書三六六頁以下、兼子仁「行政上の危険に基づく無過失責任」フランス判例百選六〇頁以下、滝沢・『国家補償法大系1』一七頁など。
- (35) S. 1924. 3.57/J.A. 1.698.
- (36) 参照、神谷・前掲書三七二頁以下。

### 第三款 民事法上の法理との比較

一九二〇年代に入ると、行政賠償に関する判例法が一定の発展段階に到達する一方で、交通事故の事例等につき、民事上の損害賠償の法理と行政賠償の法理を比較検討するという局面が増加する。例えば、オーリウの判例評釈のうち、最晩年のもののひとつであるリュシュトン (Rucheton) 判決の評釈 (一九二八年公表) では、公用車による交通事故で死亡した被害者の内縁の妻による損害賠償請求の可否が論じられている。<sup>(1)</sup> この判決は、当時の判例法に従い、行政賠償請求訴訟を提起するためには「侵害された権利」の存在が必要であるが、被害者と法的関係のない内縁の妻には国に損害賠償を求める法的「権利」が存在しないとして、請求を退けたものである。他方、右の判決に先立ち、破毀院刑事部一九二六年十一月二六日判決は、民法一三八二条の解釈として、不法行為の損害要件につき被害者との法的関係は問題にならないとして、内縁の妻を損害賠償請求権者の範囲に含め得ることを示していた。オーリウは、この評釈の中で、破毀院刑事部の判決を念頭に置きつつ、以下のように述べている。「破毀院と CONSEIL D'ÉTAT が相互に考えを述べている主題について研究することは、有意義である。そこで相対立しているのは、単に私法上の原理と行政法上の原理ではなく、場合によっては裁判官の職業上の性向でもある。<sup>(2)</sup>」

同時に、『行政法精義』において役務過失理論を扱った箇所においても、民法一三八二条や一三八四条との異同という形で説明が増加する。<sup>(3)</sup> また、一九二〇年代に至って、オーリウは、行政作用の本質を事務管理概念で説明する見解を強調するようになる。事務管理としての行政作用という思考方法は、「管理の要素と権力の要素との矛盾的对立をそのまま包含した」行政の理解 (磯部力) として、オーリウによる行政観の到達点とも言うべきものであるが、行政賠償責任の統一的基本原理としても位置づけられた。すなわち、行政主体には公役務の執行について事務管理者としての法的義務が課せられ、その違反が公役務の執行過程での行政賠償責任を基礎づけるとされたの

である。<sup>(5)</sup>これは、かつて行政賠償責任の基盤を「行政管理」理論に求めたものが、「事務管理」概念へと展開して継承されたものとも見えるが、民事法上の事務管理概念を用いた説明という点で、民事法上の法概念を取り入れた行政法理論の構成を試みるという、オーリウの基本的な傾向性が顕れている。

事務管理概念による行政賠償責任の説明という点を論じた判例評釈としては、一九二二年公表のラミアブル（Lamiable）判決の評釈がある。<sup>(6)</sup>これは、第一次世界大戦の末期に、ポーランド軍の支援のためのポーランドとフランス政府の協定によりポーランドに派遣されたフランスの軍人が、戦争終結によりすぐに帰国したが、その際に約束されていた俸給を支払われていないとして、賠償を求めた訴訟である。コンセイユ・デタは、国の賠償責任を肯定したのであるが、オーリウは、判決の理論的根拠を事務管理に求めることを論じた。いわく。「我々は、本件について、コンセイユ・デタが国の賠償責任を事務管理と明確に結び付け、不法行為責任ではなく準契約責任を認めた、と考えている訳ではない。我々が言えることは、コンセイユ・デタの思考はすべて事務管理の考え方を背景としていること、及び、判決には役務の不法による伝統的な過失概念を思い起こさせる表現は何もない、ということである。」「かなり特異な事案に関する単独の裁判例という脆弱な基盤の上に、ある完結した理論を打ち立てることとは、危険なことであろう。しかし、我々は、個人的には、公行政は広大な事務管理の事業であると長い間考えてきた……。役務過失の理論は、不法行為責任よりも事務管理による準契約責任の方に、より良い基盤を見いだすことができるのではないか、という問題に答えることは、確かに重大な検討課題である。……いずれにせよ、この問題は提起されるに値するものだ。」<sup>(7)</sup>

以上は、民事法上の議論とパラレルに議論を展開しようとするオーリウの一般的志向を示すものであるが、次に、より具体的な論点について、民事法上の法理との比較で行政賠償の法理を論じた一九二〇年代の一連の判例評釈に焦点を合わせて、オーリウの行政賠償理論の到達点の検討を試みる。

(1) 公用自動車事故と「過失の推定」

コンセイユ・デタは、一九二四年二月二三日のフランス労働者相互保険組合事件判決において、公用車の事故につき、「現在の自動車交通の特別な危険性により、事故を生じさせた自動車運転手の側の過失の推定は正当化されなければならない」と述べて、「過失の推定」法理を採用した。この判決に関するオーリウの評釈（一九二六年公表）では、本判決が自動車事故に関する民事判例に追隨するものとの位置づけを明確にしつつ、以下の如くに述べられている。<sup>(8)(9)</sup> 民事判例は、自動車についても民法典一三八四条の無生物責任とみなし、物の保管者は、損害発生が外来の原因（不可抗力・第三者の行為・被害者の過失）によることを立証しない限り、過失が推定されるという、自動車事故の被害者に有利な判例法を確立していた。「軍用自動車も、民間の自動車と同様に事故の原因となっている。コンセイユ・デタも、行政賠償請求訴訟を多数扱い……被害者あるいはその親族に立証責任を負わせることの不正義を認識し得た。ともかくも、コンセイユ・デタは、自動車事故を被害者に立証責任のある通常の役務行為として長期間扱ってきたのだが、本判決において、事故の加害者が立証責任を負う過失の推定の理論の適用を決定した。」

他方、オーリウは、本判決が破毀院の判例の影響を受けたことは明白としながらも、コンセイユ・デタの判例は、①民法典一三八二条を援用することなく、過失の推定を導いている、②物の保管者による管理の過失を前提とすることなく、役務行為による国の責任を肯定した、という二点において、破毀院の判例と異なることを指摘している。そして、民法典一三八二条を援用することにより、委託者の責任と受託者の責任の二重性を回避したのに対し、行政法上の役務行為の理論は、機関の過失による当該機関の責任を国が自動的に代位するものであるため、コンセイユ・デタは民法法のような遠回りをする必要がないことを述べる。

以上を踏まえて、オーリウは、コンセイユ・デタの判例法と破毀院の判例とを比較検討する。「ある観点からは、

コンセイユ・デタの判例法形成は、破毀院のそれよりも優れている。つまり、民事判例は、物の管理にかかる過失の推定を根拠とした結果、事業者について責任のみでなく過失を認めることになった。さらに、危険な自動車を運転するという事実のみから事業の責に帰する過失の推定をすることは、理論上の限界まで行き着くことを抑止できない事業のリスクの理論と類似したものとなる。」「反対に、コンセイユ・デタは、事業主すなわち国に過失を認めるに至っておらず、過失は国の機関の役務につき認めるに留まり、事業主には責任のみを課した。」「ゆえに、コンセイユ・デタは、破毀院の判例を盲従的に真似たものではなかった。コンセイユ・デタは、その手法を真似ることなく、優れた結論のみを取り入れた。役務行為という行政法上の理論は、それ自体維持され、変化したのは、立証責任の転換のみであった。」

なお、評釈の最後の部分で、コンセイユ・デタの判例の民事判例への接近が、自動車事故に関する裁判管轄を統一するという立法化による問題解決の可能性に及ぼす影響についても言及されている。<sup>(10)</sup>

この公用自動車事故に関する「過失の推定」法理について、『行政法精義』第一一版（一九二七年公刊）では、「公行政に適用される無生物の利用行為による責任」という章を立てて説明される。そこには、公用自動車事故の判例に加え、軍事施設や軍艦の爆発事故の被害者につき「近隣者の異常なリスク」による賠償を認めた裁判例（前出のルニョル・デロジエル判決等）<sup>(11)</sup>も含まれている。この箇所でも、オーリウは、コンセイユ・デタの判例法が民事判例による民法一三八二条の解釈を導入したことを肯定しつつ、そこに行政判例独自のニュアンスが付加されていることを指摘している。

## （2）行政裁判における損害賠償額

一九二七年には、エスピタリエ（Espitalier）判決、ボゾン（Bodson）判決、ドゥモルイユ（Demoreuil）判決

に関する評釈を公表している。<sup>(12)</sup> この評釈では、役務行為を原因とする行政賠償に関するコンセイユ・デタの判例法が著しく発展したという認識を前提に、この段階での判例法の問題点が、民事法と対比しつつ論じられている。このうち、ボゾン判決は、公用車の事故による損害賠償責任について、行政主体の責任と加害公務員（運転手）の責任の競合が争点となった判決である。この事件で、公用車の運転手は、すでに民事裁判所において、被害者に対して五万フランの賠償金の支払いを命じられていた。コンセイユ・デタは、「自動車交通の特別な危険性」を根拠とする「過失の推定」理論を適用すること、及び、加害公務員に対する民事判決の存在は行政賠償責任請求の障害とならないことを判示した上で、国は被害者側に二万五千フランの損害賠償を支払うことを命じた。但し、賠償金の支払いについて、国は被害者側が民事裁判で獲得した賠償請求権に代位することが判示された。すなわち、被害者は、賠償金を加害者と国から二重に受け取るのではなく、総計五万フランの内の二万五千フラン分を国から支払われる権利を得たことになる。

オーリウは、右のボゾン判決について、フランス労働者相互保険会社事件判決により示された「過失の推定」の法理と、ルモニエ判決により示された「責任の競合」の法理を組み合わせたものとして、公用車事故にかかる判例法の進展を評価する。他方、右の二つの法理とは別次元で、行政裁判所による賠償金額の認定が、司法裁判所のそれよりも僅少であるという問題の存在が論じられている。

「少なくとも、（過失の推定と責任の競合という）方向において、判例法は可能な限り発展したことが認められる。役務行為が確実に存在し、被害が物質的なものであれば、賠償は保障される。他方、賠償金額が、民事上の生活関係において司法裁判所で認定されるものよりも少ないことは、疑いがない。しかし、司法裁判所が、行政上の生活関係における損害賠償についての管轄を持っていたとしたら、やはり、賠償金額が下げらる方向へ向かうことになるう。」<sup>(13)</sup>

「賠償責任に関する行政判例に存在する欠落や、認められる賠償額の相対的な少なさに注目した実務家のある者たちは、当事者にとって、司法裁判所に付託する方が有利であると主張している。我々は、彼らが、とりわけ賠償金額の点について、問題の全ての側面を考慮してるとは考えない。（行政賠償を司法裁判管轄に付託したとしても）司法裁判所も、コンセイユ・デタと全く同様に、国家の財政に配慮する必要があることを認めるようになるだろう。交換的正義への配慮は、すぐに配分的正義にとって代わられるだろう。すなわち、国は年金や生活保護の予算と同様に、予め損害賠償の予算を持っている必要がある、この予算は、被害を受けた者の間で適宜分配されるものなのである。公的財政の破綻の恐れがある以上、他にどうしろと言うのか？」「結局、この（行政裁判所の）判例法は、すべて好意的に判断するべきである。まず、司法裁判所が決して行いえなかったこと、すなわち、公権力の無謬性という古い原則を破壊したことについて、行政判例法を評価しなければならない。行政判例法が未だに含んでいる欠落と不統一については、驚くにはあたらない。その発展は近年のことなのだし、状況は困難なのだから。」<sup>(14)</sup>

フランスの行政賠償責任に関する判例法理が、その要件論においては国民の救済に厚いものである一方で、損害賠償金額のような効果の面では民事法に比べて不十分なものである<sup>(15)</sup>ということは、人の知るところである。オーリウは、この損害賠償額の問題の存在を認識しつつも、行政裁判所の判例法を批判することはしていない。第二款(3)で分析した如く、オーリウは、行政主体にとって損害賠償の無限定的拡大が財政上の分配の問題を引き起こすことを指摘していたし、逆に、財政面での圧力が行政に対する制裁機能を持ち得るという認識も持っていた。ボゾン判決の評釈は、オーリウにおいて、行政賠償責任と行政主体の財政の関連性が重視されていたことを示すと同時に、行政判例への一貫した信頼感を示すものであった。

### (3) 精神的被害に対する賠償責任

右の評釈の対象となった判決のうち、ドゥモルイユ判決の事案は、事前の催告を経ずに行われた租税滞納手続により家屋の差押えを受けたドゥモルイユ氏が、個人の住居に対する不動産差押えが公にされた結果生じた被害の賠償を求めたものである。ドゥモルイユ氏は、損害として、差押えの効力を取消すために行った民事裁判所への提訴に要した費用、及び、違法な差押えによる精神的苦痛を主張した。これに対し、コンセイユ・デタは、「賠償を正当化する物質的被害 (préjudice d'ordre matériel)」がないことを理由に、行政賠償請求を棄却する判決を下した。<sup>(16)</sup>

オーリウは、以下の如くに述べる。「賠償を正当化する物質的損害とは、どう理解すべきなのか。」「本判決は、家財の売却が行われておらず物質的損害は生じていない、と形式的に判示している。その結果、本件において、家財の売却は、仮にそれが行われていたとすれば物質的損害を構成するが、手続違反の差押えに対抗するための申立のコストは、それが現実のものであっても、物質的損害を構成せず、また、右の申立手続から生じる不安も物質的損害とはならない。」ゆえに、本判決によれば、物質的損害とは、人に生じた物理的損害あるいは人の所有物の物理的喪失を意味するが如くである。単に金銭が減少したものは含まず、精神面での不安や苦痛も含まない。(しかし)「我々は、このようなラディカルな結論が正しいとは思えない。この新しい判例法は、民事裁判所の判例と一致しないし、コンセイユ・デタ自身の従前の判例法とも食い違う。本判決の言う意味での非物質的損害について賠償を認めた裁判例は、これまで多数存在する。」

ここで、オーリウは、ジメルマン判決等一〇数個の裁判例を詳細に引用し、次のように続ける。「我々には、コンセイユ・デタがこれらの判例法を全て破棄する意図であったとは、考えられない。これらの判例法は、少なくとも地方の行政機関の決定に関する適法性のコントロールについて、越権に関する判例を補足するのに不可欠のものである。地方行政は、その行為が越権によって取消されることに無頓着なことが多く、他方、彼らは、市町村財政



に影響する賠償支払命令に無関心ではいられない。市町村による執行的決定によって生じた非物質的損害の領域全般について、越権訴訟は実効性に乏しく、当該決定の執行の事実から生じる損害賠償の訴えによって補充する必要があるのだ。」（結論として）「我々は、このドウモルユ判決と、非物質的損害の非常に狭い定義について、確定的なものと考えることに、躊躇を覚える。コンセイユ・デタは、明らかに、賠償の方法の制限を試みている。しかし、本判決でコンセイユ・デタが行った抑制は、それが警告であるとしても、解決策ではないのだ。」<sup>(17)</sup>

オーリウは、行政賠償責任を生じさせる損害が精神的なものまで拡張されるときという明確な主張までは行っていない。しかし、非物質的損害の厳格すぎる限定について、行政賠償訴訟の行政コントロール機能を重視しつつ、これに反対する立場をとっている。同時に、議論の過程で、民事上の判例法とのバランスも意識されている。<sup>(18)</sup>

(1) S. 1928. 3.97/J.A. 3.784.

(2) このリュシュトン判決の評釈において、オーリウは、内縁関係は確立された法的制度の枠外にあること、家族制度については判例法ではなく立法によって規定すべきこと等を主張して、コンセイユ・デタの判例法を支持した。もともと、この時期には、内縁の妻の損害賠償請求権について司法裁判所の判例も動揺していたとされる。この点につき、参照、山口俊夫『概説フランス法上』四四二頁、同『フランス債権法』九九頁、滝沢正『フランス行政法の理論』九三頁。

(3) Précis, 10 éd., p. 364-365;

(4) 参照、磯部・前掲書三〇二頁以下、拙稿「フランス行政法における全面審判訴訟の位置づけ（二）」国家学会雑誌一〇二巻一一・一二号五〇頁以下。

(5) 行政賠償責任の基礎概念を事務管理に求めるという説明は、『行政法精義』第一〇版（一九二二年刊行）において、最も典型的に行われている。Cf. Précis, 10 éd., p. 361 et s. 事務管理としての行政観については、Cf. Précis, 10 éd., p. 21-24; 11 éd., p. 19-21.

(6) S. 1922. 3.25/J.A. 1.567.

(7) J.A. 1.572.

(8) S. 1926. 3.1/J.A. 1.672.

(9) 民事判例の状況について、参照、野田良之「自動車事故に関するフランス民事責任法（三・完）」法学協会雑誌五七巻四号八〇頁以下。

- (10) 公用車事故について、司法裁判管轄に統一される過程につき、参照、滝沢正『フランス行政法の理論』八六頁以下。
- (11) Précis, 11<sup>ed.</sup>, p. 330-331.
- (12) S. 1927. 3.105/J.A.I. 658.
- (13) J.A.I. 662.
- (14) J.A.I. 667.
- (15) 滝沢・『フランス行政法の理論』九三頁。
- (16) 従前、コンセイユ・デタは、精神的損害について賠償を否定する傾向にあった。とりわけ、慰謝料の請求が認められるのは、一九六〇年代に入ってからとされている。参照、滝沢・『国家補償法大系』二二頁。
- (17) J.A. 1.662-665.
- (18) エスピタリエ判決は、火災の救助活動の際にヴォランティアの救助者が死亡した事件について、国及び市の責任を生じさせる性格の行為がなかったとして、行政賠償請求を棄却したものである。これに対し、オーリウは、本件の場合、市がヴォランティアに対して適切な指示を行うべきであり、この点で市の機関がなすべき義務を果たしておらず、市が行うべき警察について役務過失があったという解釈を主張した。そして、警察作用の不作為について行政賠償責任が肯定された判例（ルモニエ判決等）の存在も指摘しつつ、次のように語っている。「損害賠償に関する判例法が拡大している状況下であれば、コンセイユ・デタは、当時の法的議論をそのまま受け入れたであろう。さらに、衡平上、事故の被害者の立場がより考慮されるべきものであり、原告は少なくとも消防士と同等の年金を受け取るに値する。しかし、時代が変わってしまった。」(J.A. 1.666-667.) これは、具体的な状況を考慮しつつ、行政判例の後退を批判するものである。本節第二款で検討したように、オーリウは行政賠償責任の拡大傾向を抑制する主張を行ったのであるが、ここでは再び異なる傾向性が読み取れる。

#### 第四款 無過失による行政賠償責任

##### (1) 無過失責任理論の展開—損害 (dommage) 理論

一八九〇年代末のオーリウ学説によれば、公土木損害の補償のようなタイプの行政責任についても、「公負担の前の平等」原則から派生する「行政上の事故に対する保険」という一般的理論により、公役務過失による賠償責任のタイプのものと一括して説明されていた<sup>(1)</sup>。そして、無過失責任による行政賠償責任という考え方は、役務過失理論の成立過程に対応する形で、明確に意識されることになる。

オーリウは、『行政法精義』第五版（一九〇三年公刊）において、行政主体が損害賠償責任を負う際の法的枠組みのひとつとして、公土木の損害を典型とする「損害」理論による賠償責任というカテゴリーを立てる。「損害」は、全体の利益となる事業であるが、特定の行政客体を犠牲にせざるを得ないような特殊な行政作用の不可避免的な帰結として生じる被害を意味する。ここでの賠償の基礎は、公管理の理念から導くことができる。行政主体によって遂行される特殊な作用によって、自らの所有物について価値低下や公益のための拘束を受けた行政客体は、その犠牲によって全体の利益に貢献したとみなされるべきであり、そこから賠償請求権を獲得したとみなされるべきである。」右の「特殊な行政作用」としては、公土木の執行作用の他に、軍事施設・電信電話用架線・曳船道・建築線による財産権の制約等がある。<sup>(2)</sup>

右の記述で、「損害」理論は、通常の公役務の運営の欠陥が問題となる「役務行為」による行政賠償責任と対置するものとされる。従って、行政賠償責任をリスク理論で統一的に説明するという姿勢が改められ、「役務過失」理論と、無過失責任たる「損害」理論とが明確に分離されたことになる。もっとも、「損害」理論も「役務行為」理論も、行政裁判管轄に服する公法上の法理であることを説明する文脈から、両者とも行政管理（公管理）理論から派生するという共通点が強調されている部分に、変化はない。

## （2） 不当利得による説明

第二款で検討したように、オーリウは行政賠償責任に関する判例法の一般的な根拠としてリスク理論を用いることを否定的に評価したが、これに平仄を合わせるならば、無過失責任の領域についてリスク理論以外の法的根拠づけが必要となる。そこで、オーリウは、行政上の無過失責任について、民事法上の成熟した法概念である不当利得<sup>(3)(4)</sup>概念を用いた理論的説明を試みたのである。

行政法上の無過失責任について、不当利得概念により理論的説明を加える端緒となったのが、一九〇七年に公表されたPLM（パリ・リヨン・地中海）鉄道事件判決の評釈であつた。<sup>(5)</sup>この事件は、PLM鉄道会社（特許事業者）が採掘が停止されていた鉾山地区に線路を敷設した後、右鉾山の特許事業者が採掘を再開しようとしたところ、知事が安全上当該区域の採掘を禁止する処分（アレテ）を下したというものであつた。コンセイユ・デタは、この事件について、知事の処分を有効としつつも、鉄道会社が鉾山会社に対して損害賠償を支払うことを命じたのである。

オーリウは、知事の本件処分（警察上の措置）が、それ自体適法になされていることを指摘する。（一八八〇年七月二七日法により、鉄道から二〇メートル以内の地下の採掘について知事の許可制が定められていた。）すなわち、問題は、「警察の役務過失によって生じた被害（*préjudice*）ではなく、警察権の正常な行使の結果生じた帰結の問題」なのであつた。そして、本件の事案自体は、公土木損害の法理の適用によって賠償責任の成立を説明できることを前提としつつも、一歩進めて、適法な措置から損害賠償責任が生じる法的根拠の一般論を論じたのである。

オーリウは、まず、本件知事の処分が、特許事業者たる鉄道会社の利得となつて注目に値することに注目した。「止むを得ない帰結を生じさせた警察上の措置は、財産に関する事業上の事故（*incident*）と見做されるものであり、かつ、この事故は、当該財産が金銭的損失を被るのを防ぎ、利得を生じさせる性質のものであることが、非常に重要である。この状況は、……交換法におけるものである。本件において利得を得た財産は、鉄道の特許事業者のそれであるが、行政上の資産であつても、解決は同じであろう。」そして、公益による収用、公土木、建築線付与の手續、軍事要塞施設など、行政上の財産的作用に係わる場合について、同様の解決がもたらされる。「適法になされた警察上の措置が賠償責任を生じる場合、その措置は、以下のような性質を持つ。第一に、財産的作用の事故であ

ること、第二に、先行する既得権者の権利を侵害すること、第三に、現実の損害が存すること、である。我々は、このような警察措置について、専門用語で損害 (dommage) と呼ぶ。その典型は、公土木による損害である。損害は、役務過失によって生じた被害とは全く異なり、それ自体、行政上の財産に不可避的な損害を与える性格の帰結なのである。ゆえに、警察措置が損害を構成するならば、損害賠償の原因となるのである。」

PLM鉄道事件は、先行して権益を保持していた特許事業者と、新規に事業を開始した特許事業者との紛争であり、不当利得という説明になじみ易いケースであったと思われる。さらに、オーリウは、PLM鉄道事件の評釈で用いた不当利得による説明をより一般化する方向をとり、無過失責任（「損害 (dommage)」の理論的根拠として不当利得概念を用いるに至る。そして、この志向を典型的に示したものが、一九一〇年公表のゼイラバディヌ (Zeilabadi) 判決の評釈である。<sup>(6)</sup>

ゼイラバディヌ判決の事案は、インドの傭兵の解雇を原因とする国に対する損害賠償請求である。コンセイユ・デタは、傭兵部隊の解雇を定めた決定（デクレ）は国防上・公益上の緊急性に基づいて行われた適法なものとして、国による賠償の支払いを肯定した。オーリウの評釈は、次の如くである。「行政主体の負うべき賠償の領域では、役務過失による賠償責任の理論と、無過失による損害 (dommage) の理論という二つの異なる理論を分かťのが便利であることが知られている。前者は、役務の執行過程で生じるが、その不可避的な帰結ではなく、行政法人のより大きな注意義務をもってすれば回避し得た被害 (prejudice) を対象とする。従って、過失の問題が提示される。一方、後者は、……執行作用の不可避的な帰結として生じた損害を対象とする。この損害は、過失の概念とは結合し得ない。何故なら、過失は、行政が当該作用の運営を定める決定の部分に見いだせるのだが、本件の場合、決定は公益のために発せられており、決定部分に過失は存在しない。……賠償義務は……不当利得の理念にのみ結合することが可能である。」学説において、行政上の執行作用の無過失による損害について、全体的に考察し

たものは未だ無い。公負担の前の平等によって説明するもの（テシエ説）もあるが、それでは、国の賠償責任を拡大しすぎてしまい、別の要件によって訴権を限定する必要がある。公権力による執行作用のうち、経済的性格ものについては、交換法の適用があり、その一形態である不当利得も適用される。本件の場合、不当利得による説明が可能である。国の立法行為・命令行為による損害賠償の可否という論点についても、これらの行為の執行作用について不当利得法理を適用すれば、損害賠償の成立を説明することができる。

ゼイラバディヌ判決の評釈でとられた考え方は、その後のオーリウ理論を規定するものとなった。例えば、『行政法精義』第七版（一九一一年公刊）では、以下の如くに記述されている。「無過失による損害は、通常の言い方では単に『損害』とも呼ばれ、その最も良く知られた例は公土木の損害である。これは、正常に企画された行政作用から、實際上不可避免的に生じる被害（prejudice）を意味する。この損害は、無過失を原因とする。なぜなら、行政作用を企画する行為にも、それを執行する方法にも、行政主体の過失は存在しないからである。」「まず、行政が当該作用を企画したことについて、過失は存在しない。当該作用は、公益目的、すなわち、公役務の必要あるいは公衆の必要によって正当化されるものである。それは、法律により予定されるという意味で適法であり、必要な手続きを踏んで運営されるという意味で正常なものである。」「さらに、作用の執行について、行政主体の過失はない。なぜなら、行政が作用を執行して、そこから損害が生じたとしても、それは實際上不可避免的なものだからである。」「そして、この損害とは、「實際上不可避」なものであり、「理論上は避けられる」ものである。理論上、すなわち、公行政に要請される必要性を一切考慮しなければ、大半の損害は回避できる。しかし、損害が理論上回避可能であっても、具体的に判断される良き行政の必要性から、實際上不可避免と判断できるものであれば、行政主体に過失は存在しないのである。良き行政とは、全ての具体的事情を考慮に入れる具体的な概念であり、公権力を過失から逃れさせるのに十分なものである。

無過失による損害の場合に、損害賠償義務を具体的に生じさせるのは、「行政財産の不当利得」である。この場合の不当利得とは、行政主体があらゆる損害を避けることを義務付けられることと比較して、より少ない支出ですむことを意味する。つまり、「より少ない支出による利得」なのである。行政作用を執行するに際して、公権力は、理論的には回避可能であった損害を生じさせることがある。そして、公権力がより多くの支出を行えば損害を回避できたという命題を論証することができれば、そのことから、損害を惹起させた公権力がより少ない支出による利得を得たことも導くことになる。公権力が右の作用を行うことは、良き行政の観点からは疑いなく正当化され、法的には過失は成立しない。しかし、交換法上の正義たる均衡的正義 (justice commutative) の観点から、損害の被害者は、行政の不当利得に基づく損害賠償を、正当に主張することができる。「より少ない支出による不当利得の与件は、満足でき、かつ、柔軟なものである。これは、賠償の基礎となるだけでなく、賠償と損害を等価にすることを可能にする。」「不当利得は、財産の均衡に関する交換法の伝統に合致する財産上の理論であり、予算に関する理論でないことに留意しなければならない。このことから、不当利得は、行政作用が行政財産に利得をもたらす場合にのみ機能するのであり、単に予算上の歳入となる場合に機能するものでないことを理解しなければならない。」<sup>(7)</sup>

さらに、『行政法精義』第二版でも、以下のように説明されている。「公権力の正常な権利行使を原因として生じた損害」に対する行政賠償責任は、それが「公権力の正常な権利行使」の帰結であるがゆえに、「無過失」による損害である。また、「事故」に基礎を置くものでもないので、リスク理論にも基づかない。「これは、普通法外的な公権力の権利の性格から、あるいは、損害が全ての行政客体に平等に生じないという特別の損害という性格から、説明することができる。」「しかし、右の如き理念は、衡平に基づく補償を正当化するために十分であるとしても、それを法的に正当化するためには十分でない。……別に債務関係の原則が必要である。」そして、その法的債

務関係の原則が、行政の支出が少なくて済んだことによる「不当利得」である。<sup>(8)</sup>

無過失による行政賠償責任を不当利得概念で説明したオーリウの見解は、判例法上の無過失責任をリスク理論で説明することに対する批判（但し、特別立法による無過失責任についてはリスク理論による説明を肯定していた）であり、債務原因として成熟した法概念を用いるという志向、財政面の考慮による無限定な賠償の拡大の抑制の主張、単なる衡平の問題と法的原因の問題の区別といった思考方法の反映と見ることができる。しかし、右のオーリウ説は、他の学説から厳しく批判され、一般的な支持を得るには至らなかった。<sup>(9)</sup> 不当利得概念を用いるオーリウ独自の考え方は、本節第二款(3)の箇所で検討したルニヨル・デロジェル判決やクイテアス判決の評釈において、コンセイユ・デタの判例法が無限定な形でリスク理論を拡張することに強く反対したと相まって、爾後の判例・学説におけるリスク理論を基礎とする無過失責任の展開とは合致しない。この点、リスク理論を支持したデュギイやデュエズなどの学説と比べて、オーリウ学説の後世への影響は明らかに小さい。<sup>(10)</sup> オーリウは、一八九〇年代にいち早くリスク理論を行政賠償の法理に導入したのであり、そのパイオニアとしての先見性や影響力は評価されてしかるべきである。他方、オーリウは、リスク理論が行政判例法において拡大する段階に達すると、これを否定する立場をとった。この事は、民事法との対比による概念の構成というオーリウの基本的思考方法を示しており、また、リスク理論に内在する限界づけの必要性という問題点を指摘したものとと言える。しかし、このオーリウ説が、判例法の展開を指導する役割を果たし得ない特異なものに留まったこともまた、重要な事実である。

(1) Hauriou, op. cit., R.D.P. 1896. 2.59-61.

(2) Précis, 5 ed., p. 242.

(3) 邦文の文献として、神谷・前掲書三七九頁以下、近藤・前掲書一九〇頁以下、広岡・前掲書一七二頁以下。

(4) 行政の無過失責任の理論的根拠は、行政契約における「王の行為」理論による補償についても論じられているが、この点は、本章第二節で



検討される。

- (5) S. 1907. 3.81/J.A. 3.333.
- (6) S. 1910. 3.1/J.A. 1.727.
- (7) Précis, 7 éd., p. 480-483.
- (8) Précis, 11 éd., p. 335-337.
- (9) 小幡純子「フランスにおける公土木の損害（二）」法学協会雑誌一〇一卷五号六九七頁以下、久保・前掲論文・青山法学論集三四卷一号六一頁以下等を参照。
- (10) デュエズの見解について、神谷・前掲書三八一頁以下、デュギイの見解について、久保・前掲論文・青山法学論集三三卷三・四号一一八頁以下を、それぞれ参照。フランスにおける判例・学説上の無過失責任の展開について、参照、神谷・前掲書三七三頁以下、広岡・前掲書一三二頁以下、滝沢・『フランス行政法の理論』一〇二頁以下。