

国家賠償法一条一項における「公権力の行使」の概念

梅 木 崇

一 問題の提起

国家賠償法一条一項は、国又は公共団体の「公権力の行使」によって「他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる」と規定している。ここで、問題にしたいのは、「公権力の行使」概念で、この概念は、民法の不法行為法を適用するか、それとも国賠法一条を適用するかの分水嶺である。これについては、周知のよう(1)に、狭義説、広義説、最広義説がある。通説は、広義説であり、判例も広義説に固ま(1)っている。筆者の印象としては、「公権力の行使」という概念は、かなり明確なものであって、とても、国または公共団体の非権力的作用まで含ませることは困難であると思うのであるが、それをあえて行なうのはなぜか。それは法解釈の範囲をこえたとし(2)か解しえないものがあるのではないかという素朴な疑問を抱いている。「公権力の行使」概念からすれば、狭義説を中心(2)において解釈せざるをえないのではないかということである。

(1) 遠藤博也「国家賠償法 上巻」一四五頁、阿部泰隆「国家補償法」七四頁、七五頁

国家賠償法一条一項における「公権力の行使」の概念(梅木)

(2) 広義説・狭義説のどちらをとっても、ほとんど変わらないとする説がある。民法七一五条一項但し書の使用者の免責条項があるから、国賠法一条による救済が厚いという広義説の主張に対して、「けれども現在では、この但書が適用されることは民事関係においてもあまり例がないところであるから、いずれの説をとっても救済の要件や範囲は、ほとんど変わらない。この意味では、広狭両説間の論争にはさして実益があるとはいえないから、権力行政といえるか疑わしいボーダーラインについては、国賠法一条か民法七一五条かを嚴格に二者択一的に論ずることなく、いずれによっても救済を広く与えていくような弾力的な運用が期待される。」とする（原田尚彦「行政法要論」（改定増補版）二二三頁）。しかし、後にいうように『公権力の行使』という比較的明確な文言が国家賠償の根拠法に重要な地位を占めている以上、その解釈にも限界があると思うのである。その前提には、広義説・狭義説の議論が必要だと思う。このような主張が、文言を無視しているとの指摘は、阿部 前掲書 七九頁。なお、次の指摘は示唆に富む。「いずれにせよ、どの説にも難点があつて甲乙つけ難い……。最広義説が、——文理と沿革を別にして——内容的にはより合理的であろう。どの教科書でも、論文でも、各説を詳細に紹介しているが、無意味な作業に近い。公権力の行使という観念は、国家賠償責任が否定されていた時代には実益があつたが、それが認められるようになり、その要件も民法の不法行為とほとんど差のない今日では、実益のほとんどない過去の遺物的観念であると認識すべきである。立法にあつてはこうした過去の遺物的観念にとらわれてはならず、今日では立法論としては、この観念と民法と調整して整理することが必要であろう。」（同七九〜八〇頁）しかし、法律は文言よりなる。文言を無視して、非常識な内容（法律家にしか通用しない奇妙な用語法）を盛り込むことは、法解釈学の自殺ではないかと思うのである。国民の救済の面を重視することは必要であることはいままでもないが、だからといって非常識な内容を盛り込んでよいということにはならない。常識的に許容できる範囲はいずれか、を見つけたことが法解釈学の使命であるとおもふ。最広義説・広義説ともに、解釈学ではなく立法論であると感ずるのである。

立法論としては、次のようにいうことが妥当である。「一条にいう『公権力の行使』については、狭義説、広義説、最広義説の対立があるが、判例通説は広義説を採っている。もっとも、具体的作用の位置づけについてみると、各説の論者の間にそれほど大きな差異はないようである。いずれにせよ、現状では、『公権力』という言葉から一般に連想されるものよりかなり広い範囲が一条の射程距離にはいっているのであるから、この表現を用いることは適切でないと思われる。……法律の文言が一般常識

からあまりかけ離れないものであることが望ましいことを鑑みると、わが国でも、『公権力』のかわりに『公務』という文言を用いる方がよいと思われる。また、現在、行使の中に不作為も含まれることに異論はないが、日常用語との極端な乖離を避けるため、『公務の執行又は不執行』あるいは『公務の運営』というような表現を用いるべきであろう。(宇賀克也「国家賠償法の改革」(「国家責任法の分析」所収)四三七、四四〇頁)このようにいう前提には、論者も指摘しているようにワイマール憲法一三条およびその下における裁判所の判例、ならびにボン基本法三四条の規定の解釈論があるであろう。

二 「公権力の行使」概念

(一) 公権力の行使の概念について、学説上、次のように整理されている。ここでは、『公権力の行使』概念と最広義説は矛盾すると思われるので、狭義説、広義説をとりあげて考えてみたい。

(a) 狭義説 これは、公権力の行使を「一方的に命令し強制し、或いは法律関係・事実関係等を形成し変更する行政作用」すなわち優越的立場における公の行政作用、いかえれば「権力的行政作用」を指すものとする。⁽²⁾ その代表的な主張は、

『公権力の行使』というのは、優越的な意思の発動たる作用を指し、一方的に命令し強制する作用であると、一方的に法律関係を形成変更消滅さしめる作用であるとを問わぬ。国又は公共団体の活動であっても、非権力的な公の職務の執行や純粹の経済的活動のように民法その他の私法の適用が認められる場合とか、国家賠償法二条により公の营造物の設置管理の瑕疵に基づく損害賠償責任が認められる場合を除き、広く優越的立場における公の行政作用をここでいう『公権力の行使』に含めて解釈し、本条による賠償責任を肯定するのが、立法の趣旨に合するゆえんである。すなわち、従来、民法の適用を否定され、したがって賠償責任の否認された分野が本条によって規律されることになったわけである。⁽³⁾

(b) 広義説 この主張は、権力的作用・非権力的作用の両者を含むと解し、そのうち私経済的活動と国賠法二条にかかわるものを除くとする。この立場を明確に主張している学説はつぎのようである。

公権力の行使には、「本来の権力活動のみならず、広く公行政の領域における国家活動をも含めて解するのが理論的にも実際的にも正しいのではないかと考えている。第一に、国家の賠償責任について民法によらず国家賠償法によらしめるべき実質的理由は、行政活動の場合における利益状況が私人相互の私経済的関係とは異なるからに外ならぬ。そのような意味からすれば、国家の行政活動に起因する損害については、いわゆる権力作用によって生じたものに限らず、国家賠償法によって規律することに合理的理由があると考えざるを得ないことになろうと思われる。ことに、現代の行政においては、伝統的な権力作用の性質をもたない領域が大きく発展しつつあるとし、そのような行政の領域における利害の調整は私的利害の調整とはかなり異なり、かえって権力行政の場合における利害調整と共通する要素が多いのではないかと考えられる。」⁽⁴⁾そして「判例の実際においても、ある程度このような扱いがなされていると思われる。」とする。

また、国賠法「一条にいう公権力の観念は、大体従来権力行使の作用の責任の認められなかった領域に責任を導入したものである。従来のように解する（狭義説の立場）のもって大体妥当としようと思われるが、しかるときは、この非権力的行政の領域において民法が適用されることになるのであって、その七一五条によれば、使用者が選任監督について相当の注意をなしたと又は相当の注意をなすも損害が生ずべかりしことを証明して責を免れ得ることになる。この点、本法一条はかかる免責をみとめていないので、非権力的公行政についても、むしろ本法一条を適用する方が被害者に有利であり、また理論的にも、公行政と人民との関係は、それが権力的要素の存しない場合でも、民法の予定する私人間の関係とその地盤が異なることも考えられるので、この領域にも本条を適用すべきではないかという疑問を有する」⁽⁵⁾。

この主張の前提には、フランスにおいて発達した公役務の思想⁽⁶⁾がある⁽⁷⁾とされるが、筆者としては、後に述べるように「公権力の行使」という文言の解釈論を超えているように思われる。

(1) 最広義説とは、いうまでもなく、私経済的作用を含むすべての行政作用が「公権力の行使」にふくまれるとする主張であ

る。言葉の意味をこえていると思う。三説の理解については、稲葉馨「公権力の行使にかかわる賠償責任」(現代行政法大系6)一七、二六頁以下。最広義説の主張は次のようにいう。「国家賠償法一条において『公権力の行使に当る』を削除すべきことはすでに立法論として主張されている(……)わたくしは解釈論として同様の結果を主張したい。すなわち、『公権力の行使に当る』は旧憲法の苦い経験にかんがみ、とくに注意的に附加されたにすぎないと解するのである。過去において否定されていた公権力の行使に当る公務員すら国が絶対的責任を負う、まして過去においてもみとめられていた公権力の行使に当らない場合に国が同じ責に任ずるのは当然であるから、ことさらに明文の規定を設けるまでもなかったと見るのである。」(乾昭三「教師の授業中の事故と国家賠償」(判批)立命館法学五〇号九七、一〇四頁以下(昭和三八年)なお参照 同 注釈民法一九卷三九二頁)

筆者は、このように解することはできない。それはあくまで「公権力の行使」という文言に重点をおいて解するのが正しい法解釈であると思うからである。文言に拘泥すべきではないとの見解も有力であるが、まず、文言に「拘泥」してこそ法解釈があるものと信じているのである。乾教授のいう不公平な取扱は、国家賠償法という法律の意思であるとみるべきである。法律中の重要な——国家賠償法を国家賠償法たらしめていると考えられる——文言を「注意的」と解するわけにはいかない。それを削除すべきだといっているのであれば話が通るのであるが、それは立法論であることは論者も認めておられる。

最広義説そのものは漸次支持を得つつある(須藤典明「『公権力の行使に当る公務員』の意義」(国家補償法体系2 六一、六四頁 阿部 前掲書の引用部分もそのひとつであるとする)。筆者も最広義説が、憲法一七条の趣旨にもっとも合致するものであることを認めるのにやぶさかではない。憲法の趣旨を具体化するのが法律であるが、憲法の趣旨が一〇〇パーセント生かされていなければ違憲の法律であるとはいえない。この点は憲法二五条の生存権の法的意義と同じである。憲法の趣旨を、その当時の社会的・経済的与件のもとにどれだけ実現させるかは、立法府の裁量であるといわなければならぬであろう。

(2) 行政作用に限定する必然性はとほしいから「国家統治権にもとづく優越的な意思発動作用」といふべきであろう。参照 今村成和「国家賠償法」一〇〇頁、下山英二「国家補償法」一〇二頁

(3) 田中「行政法上」二〇五頁。公の職務の執行として行われる行為でも、原則として、非権力的な行為は、ここでいう、公権力の行使にはあたらないとしているから(同二〇八頁)、公権力の行使は、「権力的行為」に限定され、したがって狭義説をとっているといふよい。後にのべるように、筆者は基本的にはこの学説を支持したのである。ただし、「国家統治権にもとづく

優越的な意思発動作用」とする立場とは、距離が生じているようにみえる。

(4) 雄川一郎「行政上の損害賠償」(同「行政の法理」所収)三四四頁

(5) 同「国家賠償法について」前掲書 二六三頁 なお、兼子仁「行政法総論」三一九頁は次のように興味ある論理を展開している。「広義説が『公行政』一般に共通する国家賠償責任を考へることは、理論的には「公益」的公法・行政法を認めることに連なりやすいであろう。」と利益説的な展開を容認しながら、行政法を権力行政手続を中心に構成する立場(八三頁以下)から、「国賠法一条一項の公権力賠償責任は、原理的・本来的には……権力行政の危険責任として権力行政作用に関するものであって、権力的公法のしくみであると解される」としながら、「しかし、同時に、国賠法は行政救済法である。法益侵害をうけた被害者国民の救済の便宜のために公権力賠償責任の制度を活用させてしるべき行政活動については、『公権力の行使』性を形式的に認めて国賠法一条一項に乗せることが適当であると解される(形式的行政処分と同じ考え方である)。こんにちの『公行政』作用は国民生活に対し事実上の影響力が甚大であるので、権力行政の危険責任を類推してしるべきであると考へられるので、結果として広義説が正しいことになる」として「形式的広義説」を唱へる。

(6) 公役務については、雄川教授の一連の業績がある。たとえば「フランスにおける国家賠償責任法」(前掲書 四一六頁以下)「フランス行政法」(前掲書 六七七頁以下)

(7) 藤田 前掲書 三三八頁 ドイツ―日本の公法学が、公法・私法の区別につき、権力説的発想に立つのに対し、フランスでは、コンセイユ・デタの判例を中心に「利益説」の観点にたつて「公役務」(service public)に関する活動であるかどうかで、それが私法とは異なる原則を適用するか否かの結論を出すという立場がとられていた。この概念の展開の例が国家責任法であった。雄川 前掲。その戦後の消極的展開については、兼子仁「現代フランス行政法」三三三頁以下。しかし、藤田教授は、広義説から「フランス流の公役務理論への展開を連続性を、はたしてわが国の場合に見出せるかどうか」を疑問視している(三三九頁)。公法と私法の区別の基準についての主体説・権力説・利益説については、田中「行政法総論」二〇三頁。この論点はここでの問題ではない。

(二) 狭義説・広義説の検討

そこで両説の妥当性を検討してみよう。

憲法一七条からすれば、最広義説が妥当なようにみえるけれども、かならずしもそうはなっていない。国あるいは公共団体の私経済的活動による損害までこれに含ませることは妥当を欠くであろう。憲法学の立場からも広義説に疑問をはさみ、狭義説をとる主張もある⁽¹⁾。広義説をとることは、「公権力の行使」という概念と矛盾するのではないか。公権力というかぎり、その典型は権力作用をさすものといわなければならない。そして、その概念を拡大する場合であっても、その作用に「強制性」あるいは「服従性」がなければならぬ。ただし、その場合、必ずしも法的な裏付けは必要はないと考えられるが、これがすくなくとも「公権力の行使」の解釈としては限界であると信ずる。公権力の行使の行使に「非権力的作用」も含むとするのは、論理的にどうしてもおかしいのである。

行政上の法律関係には、「権力(的)関係」「管理関係」「私法的関係」があることは、行政法学上の共同の認識になっていることはいうまでもないであろう⁽²⁾。これを前提にこの点を考えるとすれば、つぎのように論ずることができよう。まず、権力関係である。行政主体が、人民に対して優越的な地位にたつて、まさに自らの意志を強制的に実現する法律関係であるから、ここでいう「公権力の行使」に当たすることは明かである。その逆の行政主体が人民と同じ立場にたつて、本来は私人の行うべき、あるいは、私人の行うものとされてきた諸活動を行う場合にも、憲法一七条にいう保障が及ぶとは解しがたい⁽³⁾。第二は、管理関係であるが、この関係における行政主体の活動は、その目的の点から、私経済的活動とは異なる。管理関係における行政主体の活動は、公益を目的とするものである。たとえば、道路の建設管理に関わる行為、河川の管理についての行為、郵便事業における行為などにおいて、相手方に損害を及ぼした場合において、これを公権力の行使として理解することは妥当性を欠くとは思えない。国家賠償法二条が河川、道路などのいわゆる营造物について国家賠償を規定しているところからも、このことは肯定されるであろう⁽⁴⁾。行政主

体の私経済的行為あるいは作用には、このような性質はない。このように考えると、もちろん最広義説は採れないし、論理的には、広義説も妥当性を欠くのではないかと思われる。

しかし、伝統的な狭義説、すなわち対象を権力関係に限定する立場は、憲法および国家賠償法の趣旨からいって狭すぎると考えられる。一方、国賠法一条が「公権力の行使」という文言を用いていることからして、法解釈の立場からは（立法論・政策論は別である）、基本的には、この立場で「公権力の行使」を理解すべきだとする見解は、むしろ有力であったし、狭い意味での統治権の作用には限定されないが、国の優越的な意思主体として相手方に対する場合に限るとする表現もみられる。⁽⁵⁾

このいわば伝統的な見解を前提において、あるいは「出発点」として、この意味での「公権力の行使」にあたるかを考えるべきだとする見解も、法論理的には説得力があると思つてゐる。⁽⁶⁾ すなわち憲法一七条の趣旨は、公務員の不法行為により、損害を受けた場合には、法律の定めるところにより（現在では、国賠法の規定により）、国または公共団体に對し「積極的に賠償を求めたる権利」を定めたことにあるのであるから、⁽⁷⁾ この趣旨を前提にして、「公権力の行使」という比較的明確な概念にどのようなプラス・アルファがつけられるか。概念をどこまでひろげられるかということである。それには、具体的場合を前提にした分析、すなわち、強制性があったか、事実として従わざるをえなかったか等の分析を必要とするということになる。単に、できるだけ国・公共団体の責任をみとめるべきだ、したがって、権力的行為でない作用によって損害を被った場合も、「公権力の行使」だ、とはいえない。公権力の行使を、いわゆる国家統治権に基づく優越的な意思の発動たる作用に限定する立場（最狭義説）に對して、このような考えかたを「新狭義説」とでもいっておこう。⁽⁸⁾

「公権力の行使」概念も、できるかぎり広くとらえるべきであると一応いうことができる。憲法一七条の趣旨の、人民に賠償をひろく認めようとする立場から、その意味を考えるのが一般であるからである。しかし、本来、公権力の行使とは、優越的な意思の発動たる作用をいうべきであり、これから出発すべきである。この点において、一方的に命令・強制する作用であると、一方的に法律関係を形成・消滅させる作用であると問うところではないのは当然である。このようには考えられない作用をどのように取り込むことができるかが問題なのである。

そこで考えなければならないのが、国および公共団体の作用と結果の因果関係である。⁽⁹⁾原因と結果との関連において、そこに作用の相手方の自由な意思がはいつてくれば、そこに強制性をみとめることはできないであろう。相手方が不満であっても、国または公共団体の作用をそのまま認め、その結果を容認しなければならぬとすれば、そこに強制の要素が認められるとすべきである。「公権力の行使」に関して、問題とされる類型的な公行政は、(1)行政指導と(2)公教育関係(学校事故)であるが、とくに前者においてこの点の議論が必要である。後に項を改めて略説しておきたい。

現在のところ、狭義説(修正された狭義説を含む)、広義説どちらが有力であるかは、にわかに断定することはできない。かつては、狭義説が有力であったが、現在では、上記のように、憲法・国家賠償の越旨からそれを広く解する広義説が有力になっていると⁽¹¹⁾ことができる。しかし、さきにも論じたように法解釈の立場に徹すれば、「公権力」性のある行為に限定すべきものであって、それをむやみに拡張することはできないと思うのである。

(1) 佐藤功「憲法(上)(新版)」(ポケット注釈全書)二七七頁は広義説を批判して、「国家賠償法一条に特に『公権力の行使』という文字が用いられていることは公務員の行為のうち権力的・強制的・実力的な性質を有するものを示すために(性質に着目

して)用いられたものであり、広義説のように、一切の公務員の公行政的作用ないし行為を『公権力の行使』として一律的にとらえることは、公務員の各種の行為の性質上の相違・多様性を無視するものであるように思われる。……非権力的作用といわれるものすべて国または公共団体の公権力によって支えられていること……からみて、『公権力の行使』であるとする見解もありえようが、この見解は公権力の『性質』の問題と『制度』の問題とを直ちに同一視するものであり正当でないように思われる。」とし、特に学校事故についての後述の判例を批判する。

(2) 田中「行政法総論」一九七頁以下の記述は、学界の共通の財産であると思う。

(3) 国または公共団体の私経済作用について、私人の立場としての活動をせざる結果になるからである。国または公共団体といえども、それが私的活動を行うかぎりにおいては、私人と同様の地位が保障されなければならないであろう。法律に特別の規定があるばそれに従うべきことは当然であるにしても、国または公共団体が、国または公共団体であるがゆえに、その活動が制限されるのが原則であるというわけにはいかない。国賠法一条の国家賠償責任の基本法的性格を認めるにしても、憲法は、ここまで要求しているわけではないと思う。

(4) この認識は、共通である。

(5) 前掲の田中「行政法 上」の記述がそうである。

(6) 参照 藤田「行政法I」三三九頁。「出発点はやはり狭義説におかれるべきであって、ただ、現実の行政と私人との間の利益状況に照らし、なにが伝統的な意味での公権力行使に匹敵する機能を有しているかを具体的に検討することを通じて、救済の漸次の拡大をはかって行くのが、むしろ、法解釈論としてのあるべき道筋ではないか、と考えられる」とする。この主張に賛成するが、その「拡大」も国賠法を前提にすれば限界のあることを認識しておかなければならない。

(7) 橋本公巨「日本国憲法」(改訂版)三八二頁

(8) 権力主体としての活動の危険責任を根拠として、狭義説をとりながらも「特別権力関係における特別権力」と「公物管理権」との行使について特別の配慮をする考え方もある。今村 前掲書 一〇一頁以下。これを「修正された狭義説」(行政法の争点 一六四頁)という。筆者の考えでは、この二に限定される必然性はないと思う。この立場をとっても、国に責任のある場合には、賠償をするという立場の方が事理に合致すると思う(同「行政法入門」(第四版)一八一頁参照)。筆者の主張は、結果

としては、この思想に近いであろう。ただし、国家賠償責任の本質について論者の主張とは異なると思っている。この点は本稿では論じない。

(9) 田中「行政法」上 二〇五頁

(10) 古崎慶長「国家賠償法の理論」六六頁は、行政指導に關しその任意性は「損害との因果關係の有無の面でとりあげられるべき問題であつて、行政指導が『公權力の行使』になるかどうかとは無關係である」とする。後述参照。

(11) 通説とする見解もある。さきにも述べたとおり、判例では広義説にかたまりつつある。

三 判例の検討

ここで、代表的な判例について検討してみる。

(一) 「レントゲン写真による検診及びその結果の報告は、医師が専らその専門的技術及び知識経験を用いて行う行為であつて、医師の一般的診断行為と異なるところはないから、特段の事由のない限り、それ自体としては公權力の行使たる性質を有するものではないといふべきところ、本件における右検診等の行為は本件健康診断の過程においてされたものといへ、右健康診断におけるその余の行為と切り離してその性質を考察、決定することができたものであるから、前記特段の事由のある場合にあたるものといふことができず、したがつて、右検診等の行為を公權力の行使にあたる公務員の職務上の行為と解することは相当でない」といふ。

公共団体の行う健康診断における医師の結果の報告は、健康診断そのものとはきりはなして考え、医師の行為には、「公權力の行使」たる性格はないとしたのであるが、権力性、強制性、実力の行使と医師の行為との間には、相当の距離があり、妥当とすべきであろう。

(二) しかし、下級審の判例であるが、インフルエンザの勧奨接種になると公權力の行使になるといふ。

国家賠償法一条一項における「公權力の行使」の概念(梅木)

「一般に予防接種は、伝染の虞のある一定の疾病に対し、免疫の効果を得させるため、一定の免疫原を人体に注射又は接種することを言うが、これは、単に接種者個人の発病の予防に止まらず、そのまん延を予防するために行われるものであり(予防接種法一条)、従つて又、多数の地域住民に対し、強制ないしそれに近い方法をもって予防接種を受けさせなければその目的が達せられないものである。かつ人体に対し、一種の毒物である免疫原を投入するのであるから、本件予防接種は、勧奨の方法による予防接種であるとはいへ、被接種者にとっては、公権力機関との私的な契約関係によるものとはいえず、一定の行政目的の実現を図るための事実上の強制力を持つ公権力機関の活動として」⁽²⁾国賠法上の「公権力の行使」にあたる。

「事実上の強制力」がある行政作用は公権力の行使にあたるというのであるが、前述の論理でいえば、強制性があつた場合にあたる。「強制ないしそれに近い方法」で行われるべきものとするとともに、私的契約関係との異質性の指摘が、これをあらわしていると思う。公権力の行使たる性格は当然肯定されるであろう。予防接種については、国家賠償の問題よりも、損失補償の対象となるかが問題となつて⁽³⁾いる。

(三) 市町村の発行する印鑑証明書というのは、特殊な効力を付与された書類である。しかし、その効果は私法上のものである。そこで、この印鑑証明書の発行という市町村の行為は「公権力の行使」であるか。

「印鑑証明事務は市町村が従来慣行として行ってきたものであり、条例に基く以外に、市町村が右のような事務を行うべきことを直接定めた法律の規定は何ら存在しないけれども、右印鑑証明事務は、私人の証明書作成等の行為とは本質的に異なり、専ら市町村が公益的見地から取扱うものであることは疑いのないところであつて、一種の公証行為に属すると認められる。ところで国家賠償法第一条にいわゆる公権力の行使とはいかなるものをいうかというに、国民に対して命令又は強制を加える権力的行為のみならず、国又は公共団体が私人と全く同様の立場に立つてするいわゆる私経済的行為を除いた他の一切の行為をいうのであつて、公証行為の如きもこれにはいるものと解するのが相当である。けだし、憲法十七條が「何人も公務員の不法行為により損害を受けたときは法律の定めるところにより国又は公共団体にその賠償を求めるところができる」と定めているところからすれ

ば、およそ国又は公共団体の公務員がその職務を行うにあたって私人に損害を与えたときは、国家賠償法第二条その他特別の規定によって国又は公共団体の賠償責任の定められている場合は格別、それ以外の場合には国家賠償法第一条又は民法第七百十五条のいずれかの規定によって私人は国又は公共団体に対して損害の賠償を求め得るのであって、その間にいずれの適用をも受け得ない間隙が存すべき道理はないが、もともと私人間の生活関係を規律する民法の規定は国又は公共団体が私人と同様の立場にある場合すなわち私経済的関係に立つ場合にのみ適用されると解するのが最も自然であるのみならず、国民に対して命令強制を加える権力的行為とその他の行為とを一般的に区別して賠償責任を定める実質的理由に乏しく「公権力の行使」なる用語に拘泥すべきではないからである。」⁽⁴⁾として、市町村の印鑑証明事務を公権力の行使にあたると判断している。

印鑑証明書に、法令（公証人法・不動産登記法規則）あるいは慣行により特別の効力が付与されている以上、それに係る事務が公権力の行使にあたるといふべきであろう。私経済的行為を除いた他の一切の行為を「公権力の行使」に含ませることを前提として、結論を出すことは問題である。「公証行為」というまぎらわしい言葉を使っているが、それが準法律行為的行政行為の一とは理解し、当然、公権力の行使と解するとする立場はさすがにとられていない。

(四) さきにも述べたように、学校事故について、すなわち、公教育の関係において、この問題はやかましく論じられてきた。判例をあげておく。

(1) 高等学校のクラブ活動について、「国家賠償法第一条にいう『公権力の行使』という要件には、国または地方公共団体がその権限に基づく統治作用としての優越的意思の発動として行う権力的作用のみならず、国または地方公共団体の非権力的作用（ただし、国または地方公共団体の純然たる私経済作用と、同第二条に規定する公の营造物の設置管理作用を除く。）もまた、包含されるものと解するのが相当である。」「この規定（一条）の趣旨に鑑みれば、国または地方公共団体の違法行為に、それが広義の行政作用について生じたものであるかぎり、広く同法第一条の適用を認めるのが相当であり、単に狭義の統治作用としての優越的地位にもとづく公権力の行使による損害の賠償の請求についてのみ、同条の適用に限定するいわれはないからである。」「し

たがって、生徒の公立学校の利用関係についても、国家賠償法第一条第一項が適用されると解すべきところ（……）、本件のようなクラブ活動は、たとい任意のものであっても、高等学校の教育活動の一環としてされるものであるから、生徒の公立学校の利用関係の範囲内にあることは明らかであって、「公権力の行使にあたるものである」⁽⁵⁾

このように一般的にクラブ活動を一条の責任範囲に含めてしまうのは、問題があろう。ここでも国または公共団体の非権力的作用を「公権力の行使」に含ませることを前提にして、結論を出している。公立学校の利用関係に権力性はないにしても、管理関係をもうすこし綿密に考える必要があるのではなかったか。クラブ活動一般を公教育の一環であるから「公権力の行使」にあたるとするのは飛躍があるように思われる。細かい議論がなされているのは周知のところである。⁽⁶⁾

(2) 「思うに、国家賠償法一条にいう公権力の行使とは、国または公共団体の作用のうち、純然たる私経済作用と同法第二条の営造物の設置管理作用をのぞくその余のすべての作用をいい、したがっていわゆる非権力的行政作用も包含するものと解する」 「同校におけるスクールバスの運行は、被告神奈川県が行う狭義の教育作用のものではないが、肢体不自由者に対する教育効果を十分に發揮せしめ、養護学校開設の目的を達成するために重要、かつ必要な意義を有するものといえるから、広義における教育作用に含まれる非権力的行政作用といふことができ、単に交通費を支弁、または負担することと対価関係に立つ、学校側の任意的サービス業務もしくは運送作用とは全く異質なものであるから、同校のスクールバス運行を目して純私経済作用ということとはできず、また、それが公の営造物の設置管理作用にも当たらないことはいうまでもないから、神奈川県立平塚養護学校におけるスクールバスの運行について、国家賠償法一条の適用を受けるものといわざるを得ない」⁽⁷⁾

県立養護学校のスクールバスの運行は公権力の行使にあたるとしている。この結論には異をとなえるものではないが、公立養護学校のスクールバスの運用と生徒の通学の関係が具体的にどのようなものであったか。事実上スクールバスを用いなければ通学できないとする事情があれば（常識的な判断は可能だと思う）、そこに事実上の強制性を認める

ことができる。理論的に非権力的作用を公権力の行使に含ませるのは問題である。

(五) このように見てくると、とくに判例において「公権力の行使」の概念が相当に拡大されていることが明らかである。いわゆる広義説が判例の立場になっているといわれるゆえんである。しかし、筆者としては、「公権力の行使」に当然、非権力的関係を含むとすることに疑問をおぼえているのである。

- (1) 最判昭五七・四・一判時一〇四八号九九頁
- (2) 東京地判昭五二・一・三一判時八三九号二二頁
- (3) 拙稿「憲法二九条三項による直接補償の考察」(「憲法の諸問題」)七五頁以下など。
- (4) 長野地判昭三三・一二・二四下級民集九卷二二号二五八七頁
- (5) 東京高判昭五二・四・二七高裁民集三〇卷二七七八頁
- (6) 参照 行政法の争点(新版)一六四頁以下
- (7) 横浜地判昭五一・六・二三判タ三四七号二二七頁

四 「公権力の行使」と行政指導

(一) つぎに問題になるのは、いわゆる行政指導である。「行政指導」とは、行政の相手方に対する行政庁のアドバイス方式である。⁽¹⁾アドバイスであるならば、相手方を拘束するものではない。したがって、公権力の行使はなく行政庁に優越的意思の発動があるわけもない。「行政指導」は「公権力の行使」とはいえないという結論になる。近時もあるまでこのように解されてきたし、現在においても有力である。

しかし、行政指導の効果は、きわめて大きいものがある。一般にそれを分類して、「規制的指導」「助成的指導」

「調整的指導」とするが、それはさておき、全体として行政指導とは、行政庁による単なるアドバイスにとどまっていなことを示している。すなわち、行政庁は、アドバイスのかたちで、相手方を規制し強制するのである。

行政指導が「公権力の行使」にあたるかについては、消極説、積極説がある。消極説の代表としての田中説は次のようにいう。

「普通の法律論としては、行政指導は、相手方に対して法的拘束力も強制力も有するものではなく、これに従うかどうかは任意なのであるから、自己の任意に選択したことについて救済手段がなくてもやむを得ないということになるであろう。すなわち、仮りに行政指導が、不公平かつ偏頗に行なわれたとしても、行政指導そのものは、抗告訴訟の対象とならざるべき行政処分⁽¹⁾の性質を有するものではないから、抗告訴訟によってこれを争うことはできず、また、行政指導によって結果的に何らかの損害を受けたとしても、それは自己の任意の選択に基づくものとして、国家賠償を求めることもできないということになるであろう。しかし、若し、そのとおりだとすると、このような無責任きわまる、そして何らの救済手段も与えられない行政指導が広範かつ強力に行なわれるのをそのままに放置しておいてよいかという疑問が生じるのは当然である。私は、法律解釈論として、行政指導について何らの救済手段も与えられていないと考えるべきか、それとも、このような実質的に公権力の行使にひとしい事実行為については、抗告訴訟の対象としての行政処分性を認めるか、少なくとも国家賠償法第一条の適用を認める余地があると考えべきか、なお十分に検討を要する問題であると思うが、それはともかく、こういう行政指導が広範かつ強力に行なわれている事態そのものを反省することが急務ではないかと考えるのである。」⁽²⁾

これに対して積極説は、次のようにいう。

「私は、この場合の「公権力の行使」の概念は、行政庁の公定力をもった優越的な意思活動の違法状態の排除を目的とする、不服申立てまたは取消訴訟の対象たる「公権力の行使」に当たる行為に同義に解する必要はなく、現代の公行政が種々の手段を用いて行政活動を営んでいる実態や、民法七一五条と比較した場合の、国家賠償法一条の要件の被害者に対する有利性に照らし

て「公権力の行使とは、「本来の意味での公権力作用だけではなく、私経済作用を除く非権力的作用をも含む趣旨」と解し、行政指導が私経済作用に属するわけではないから、行政指導は「公権力の行使」に含まれるとするようである。⁽³⁾

田中説は、公権力の行使について狭義説にたち、法律による行政の原理からいって、行政指導は公権力の行使に含まれないのを原則とし、そして、行政指導という行政手法の不適切なることを指摘している。しかし、行政指導は事実上の行政手法として定着しているし、その有用性は一般に認められているところである。これを前述の「公権力の行使」の概念とかけあわせてみると、任意性があれば行政指導と損害との間の因果関係は「公権力の行使」性が否定され、国賠法上、国の損害賠償責任との関係は遮断されると解すべきものである。問題はこの任意性の有無である。任意性が否定されなければならない場合が法的、形式的に明かになるわけではなく、事実上拘束されるかどうかの問題であるからである。それが行政指導が事実行為であることの結論であろう。任意性がなければ、損害賠償責任の対象から行政指導を排除することはできない。そして任意性の有無、因果関係の有無の問題は、個々の具体的な行政指導の分析を前提にして考察されなければならない。

(1) 行政指導の定義について、山内一夫「行政指導」が詳しい。林修三教授が、行政指導を定義して、「行政指導が、法令の根拠に基づいて、または基づかないで、当該行政機関の任務ないし所掌事務とされている事項にふくまれることがらに關し、当該行政機関として公的な立場において、こうありたい、こうしてもらいたいなどと希望するところを、相手方が自発的な同意なし協力の下に実行するよう働きかけること」(「行政指導の問題点」自治研修 昭和四九年七月号一頁以下)としたのは有名である。この定義では、行政指導が「公権力の行使」とあたると考えられないように(林教授は、行政指導の国家賠償責任を明確に否定している。「行政指導の盛行とその問題点」(自治研究五〇巻二号一二頁)、慎重に言葉を選んでいってよい。しかし、その後の発展は教授の考えとは異なった方向に進んでいるといっただけであろう。現在では、「行政機関が、公の行政目的

を達成するため、行政客体の一定の行為（作為・不作為）を維持し、その自発的な協力、同意のもとに実行するように働きかける事実行為」とするところに一致しているといわれる（古崎慶長「国家賠償法の理論」四八頁）。また原田 前掲書 一五三頁以下、藤田 前掲 二二九頁、成田頼明「行政法序説」二四二頁など参照。また、後に触れる行政指導の機能的分類をするのは、成田「行政指導」岩波講座「現代法4」一四五頁、塩野宏「行政指導」行政法講座六卷一九頁、山内 前掲書などである。

(2) 「行政指導と法の支配」〔司法権の限界〕 二七九頁

(3) 成田頼明 前掲 一六三頁

(二) 行政指導に関する判例の検討 いくつかの代表的判例を検討してみよう。

(1) 終戦直後、占領軍の命令によって、火薬類の焼却作業を行うにあたり、「原判決が本件の場合に警察官のとるべき注意義務として判示する各行為は、いずれも急迫の必要がある場合に認められる措置といえるとともに、判示のような要請は、切迫した勧告ないし注意と見るべきであり、その性質は公権力の行使たる警察作用に属しないと解するを相当とする。」として、警察官が住民の生命、身体、財産に危害のないように注意する行為は、公権力の行使には当たらないとしている。⁽¹⁾

勧告・注意にあたるものは、権力性がないから、例え警察官が行うべきものであっても、公権力の行使にはあたらないとしているのは、相当に狭い見解である。狭義説に近いものといえるであろう。

(2) 玩具拳銃の製造・販売の中止等の要請にかかる行政指導「の場合においては、それが法令上の根拠を背景にしてなされる場合には、相手方は従わざるを得ないから、そのような行政指導は国家賠償法一条一項の公権力の行使に該当するものと解するのが相当である。そこで……本件の行政指導は、それに従うことを原告会社が拒否すれば銃刀法違反容疑（強制捜査を含む。）に移行することが予定されており、いわば国家統治権に基づく優越的な意思発動の予備的段階としてなされたこと、原告会社においても右のような捜査への移行を予想し、止むを得ず本件行政指導に従ったものであることを認めることができるから、……本件行政指導は公権力の行使に該当するといわなければならない。」⁽²⁾

強制処分との連続性があきらかであるから、この場合、「公権力の行使」にあたるのであるが、この見解も狭義説を強制との密接性から拡張したものと解される（法令による行政指導であっても、それ自体が処分であるわけはなく強制性はないからである）。

(3) 「国家賠償法一条一項の『公権力の行使』とは、国または公共団体の作用のうち、純然たる私経済作用と、同法二条によって救済される公の营造物の設置・管理作用をのぞくすべての作用を指称すると解するのが相当である」ところで……A課長は、原告会社代表者Bに対し、同会社が本件土地にガソリンスタンドを建設するために必要な風致地区内現状変更許可申請書を提出すること（都市計画法五八条一項、風致地区内における建築等の規制の基準を定める政令二条一項）を前提に、その許可が円滑に行われるよう事前相談という形式で担当課長として行政指導をしたので、この行政指導は、被告市計画局風致課では慣行的に行われていたことになる。そうすると、A課長のした本件行政指導は、国家賠償法一条一項の『公権力の行使』に該当する。」

前半の部出については異論があるが、このような場合、行政指導に従うかどうかの任意性はないから、結論のように解することができるであろう。このように見てくると、一般的な傾向として、行政指導は、公権力の行使にあたる場合がおおいということができらるであろう。任意性の有無が事実上の判断にかかっているからである。

(1) 最判昭三一・四・一〇新聞一号五頁 もちろん、ここでは行政指導の諸論点を論ずるものではない。「公権力の行使」に係わっていると思われるものを、いわば序論的にとりあげたものにすぎない。判例についても同様である。この点を簡潔に考察したものととして、千葉勇夫「行政指導」（行政法の争点 八八〜八九頁）。行政指導に係わる問題点は、法律の授権の問題、禁反言の問題、国家賠償法に係わる問題、行政訴訟上の問題がとりあげられる。「公権力の行使」に係わる側面は、重要な位置を占めていることは間違いないが、その救済方法として、抗告訴訟の対象となるかという問題が学界の関心を集めている。ここでは、公権力の行使にあたるかという観点にしぼって考えてみたため、新味ある議論はできなかった。他日を期したい。

国家賠償法一条一項における「公権力の行使」の概念（梅木）

国家賠償法一条一項における「公権力の行使」の概念(梅木)

- (2) 東京地判昭五一・八・二三 判時八二六号二〇頁
- (3) 京都地判昭四七・七・一四 判時六九一号五七七頁