

平成13年(ネ)第3260号 公式陳謝等請求控訴事件

一審原告 朴 ■ 一、外79名

一審被告 国

## 準 備 書 面

2002年(平成14年)9月11日

大阪高等裁判所 第3民事部 御中

一審原告ら訴訟代理人

弁 護 士

小 野 誠 之



同

堀 和 幸



同

山 本 晴 太



同

松 本 康 之



同

池 上 哲 朗



同

武 田 信 裕



同

金

京

富



同

新

谷

正

敏



同

中

田

政

義



同

戸

田

洋

平



## 第1 はじめに

- 1 本準備書面は、「国家無答責の原則」に関する一審原告らの従前の主張を補充するものである。

なお、一審原告らは、一審被告の債務不履行責任を認めた一審判決を支持するものであり、以下の主張は、控訴審において一審被告の債務不履行責任が否定された場合における予備的主張である。

- 2 一審判決は、一方で、生還者一審原告らに対する債務不履行（安全運送義務違反）を理由に一審被告の損害賠償責任を認めつつ、他方で、遺族一審原告らに対しては、道義的国家たるべき義務に基づく一審被告の損害賠償責任を否定した。

否定した理由は、「国家賠償法附則6項は、『この法律の施行前の行為に基づく損害については、なお従前の例による。』としているから、憲法17条（昭和22年5月3日施行）を受けて、公務員が不法行為を行った場合の国などの損害賠償責任について定めた国家賠償法の施行（同年10月27日）の前は、公務員の不法行為については、

明治憲法下と同様の法秩序の下にあったと解される。そして、明治憲法下においてはいわゆる『国家無答責の原則』が採用されており、公務員の公権力の行使に伴って生じた損害については、私人は賠償請求ができないものと解されていた。そうすると、国家賠償法の施行前である本件爆沈事件に関し、公務員の不法行為があったとしても、原告らは、国家賠償法を類推適用して具体的な請求をすることはできない。」（一審判決26頁～27頁）、というものである。

しかしながら、一審原告らが2002年2月28日付準備書面で主張のとおり、明治憲法下においても、国、公共団体について司法裁判所で損害賠償を請求することを否定した実定法規は存在しない。また、明治憲法下の判例も、国、公共団体に対する賠償を否定するものと認容するものとが存在し、判例上「国家無答責の原則」が確立していたとは到底言えない状況にあった。

したがって、「明治憲法下においてはいわゆる『国家無答責の原則』が採用されており、公務員の公権力の行使に伴って生じた損害については、私人は賠償請求ができないものと解されていた。」とする一審判決の法的判断は一面的で不当である。

- 3 一審被告は、平成13年10月23日付準備書面（1）において、「公用船舶において航海中に事故が生じた場合などには、国賠法ないし不法行為の規定の適用の有無が問題とされる余地があるにすぎないと解されている（田中・前掲書96，97ページ）。本件についていえば、本件運送行為は国賠法施行前の行為に係るものであるから、いわゆる国家無答責の法理により、国が責任を負うことはない（同法附則6項）。」（同29頁）旨主張しているが、一審判決の上記判断と同様に、不当である。

## 第2 明治憲法下の判決例

### 1 はじめに

田中二郎「判例により見たる行政上の不法行為責任」（1937年、国家学会雑誌51巻1号ないし3号）、同「行政上の損害賠償責任」（1946年、国家学会雑誌60巻3号、5号）（いずれも『行政上の損害賠償及び損失補償』酒井書店に転載）によれば、明治憲法下における、国、公共団体の損害賠償責任についての判決例は、以下のとおりである。

### 2 国、公共団体の損害賠償責任を肯定したもの

別紙1のとおりである。

### 3 国、公共団体の損害賠償責任を否定したもの

別紙2のとおりである。

### 4 まとめ

以上によれば、明治憲法下では、国、公共団体に対する賠償を否定する判例と認容する判例とが存在していた。

とりわけ、大審院昭和16年11月26日判決は、行政処分について直接的には国の賠償責任を否定したものであるが、「行政処分ハ其ノ執行力民法上ノ不法行為ヲ構成スル為ニハ其ノ範圍ヲ逸脱シ行政処分又ハ行政執行ト目シ難キ程度ニ至リ以テ他人ノ権利ヲ侵害シタルコトヲ要スト解スヘキ」と述べ、権力的作用である行政処分についても民法の適用により損害賠償責任が成立する可能性があることを指摘している。仮に、明治憲法下において国家無答責の原則が採用されていたとするならば、かかる言及はおよそあり得なかつたはずである。

結局、明治憲法下における国、公共団体の賠償責任に関する判決例については、田中二郎が指摘するとおり「権力作用と非権力作用との限界は必ずしも明瞭ではなく、解釈上に異動の余地があり、判例もこ

の点について推移しつつある」（前掲『行政上の損害賠償及び損失補償』97頁）とするのが、客観的で公平な評価である。

宮沢俊義も「公務員の不法行為による損害の賠償責任は、明治憲法時代には、明確でなかった。ことにいわゆる権力的作用にもとづく損害の場合にそうした責任が認められるか、また、公務員の不法行為による損害について、どこで国または公共団体が責任を負うか、明文の規定がなく、判例も確立していなかった」（法律学全集『憲法Ⅱ』427頁）と指摘している。

以上のとおりであり、「国家無答責の原則」が、明治憲法下で採用されていたと評価することは到底できない。

- 5 なお、国の契約責任について、「国家無答責の原則」によりこれを否定した例はない。

### 第3 本件運送行為に国家無答責の原則を適用することの誤り

- 1 仮に、明治憲法下で国家無答責の原則が採用されていたと評価できるとしても、同原則は、国または公共団体の権力的作用に基づく損害について、国または公共団体は賠償責任を負わないとする原則であり、国または公共団体の権力的作用に限られ、非権力的作用には適用されない。

そこで、当該行為が権力的作用か非権力的作用かが問題となるところ、浮島丸による本件運走行為は、以下のとおり、権力的作用ではなく非権力的作用であるから、同原則の適用はない。

#### 2 「権力的作用」の定義

「権力的作用」とは、一般に、「国の統治権に基づく優越的な意思の発動としての強制的・命令的作用」（佐藤功『ポケット注釈全書憲法（上）274頁）をいうと解されている。

### 3 本件について

本件では、一審生還者原告らの浮島丸への乗船経緯は、「8月19日ころから、大湊周辺の朝鮮人民間徴用工には、雇用先から浮島丸に乗船するよう指示がされたが、その中には、浮島丸で朝鮮に帰らなければ、今後配給は受けられないとか、その後は帰国船は出ないなどと言われた者もいた。一般在住朝鮮人にも同様の話が伝えられ、朝鮮人徴用軍属に対しても浮島丸に乗船するよう指示がされた。同月20日ころから、乗船が開始され、いったん中断した後、同月22日、乗船が再開され、浮島丸は、同日午後10時ころに出航した」（一審判決15頁～16頁）というものである。

以上の事実に基づく限り、日本国の一審生還者原告らに対する強制や命令の要素は特段認められない。日本国にとって、その政治的思惑はともかくとして、朝鮮半島出身者の帰還は、敗戦国としての責務であった。日本国は、朝鮮半島出身者に対し、朝鮮半島に帰還するための便宜として本件運送行為を提供し、これを受け容れた朝鮮人が浮島丸に乗船したという関係が認められるにとどまる。浮島丸に乗船するか否かにつき、朝鮮半島出身者には選択の自由があった。また、浮島丸に乗船しなかったからといって、日本国から何らの不利益扱いを受けることはなかったのである。

そもそも、ポツダム宣言受諾後において、敗戦国である日本国が、戦勝国民に準ずる立場にある朝鮮半島出身者に対し、朝鮮半島への帰還について、強制的・命令的地位に立つことなど背理である。

以上によれば、国の朝鮮半島出身者に対する浮島丸による本件運送行為は、権力的作用ではなく非権力的作用と言わざるを得ない。

### 4 まとめ

したがって、仮に、明治憲法下で国家無答責の原則が採用されてい

たと評価できるとしても、一審被告の一審原告らに対する浮島丸による本件運走行為は、権力的作用ではなく非権力的作用であるから、同原則の適用はないと言うべきである。

#### 第4 結語

以上のとおりであり、明治憲法下において「国家無答責の原則」が採用されていた評価することはできない。

また、仮に同原則が採用されていたと評価するとしても、浮島丸による本件運送行為は権力的作用にもとづく行為ではない。

したがって、本件運送行為による損害について、「国家無答責の原則」を理由に一審被告の賠償責任を否定することはできないと言うべきである。

以 上

(別紙1)

田中二郎「判例より見たる行政上の不法行為責任」、「行政上の損害賠償について」収録

## 戦前における国家責任認容関係判例一覧

年月日	裁判所	掲載判例集	事案	備考
M31.5.27	大審院	民録4輯5巻91頁	鉄道工事の設計で強雨出水を予想せず、平水を標準として水路を変更	鉄道工事は公益事業にして且本件の鉄道は官設に係ると雖も其事業たる施設に係るものと同じく其利益を国庫に収むるもの…国庫に於て之が損害を賠償すべきは当然の筋合い
M39.7.9	大審院	民録12輯1096頁	水利組合が水利事業のため悪水吐きの隧道を設けたが、工事が完全でなかったため寺院本堂の地盤を動揺亀裂せしめ用水路を混濁せしめるなどの損害を発生させる	水利組合の如き公の法人と雖も工作物を占有する場合に於ては其占有は私法上の関係に於て存することあるを以て全然同条の適用を免るものと謂うを得ず、…水利組合が其の目的の為に工作物を設置するは権力行為に起因するも其の権力行為に基づき設置せられたる工作物を占有するは必ずしも一般の人をして其の権力に服従せしむるが如き関係に於てするものに非ずして寧ろ一般の人に対し平等の関係に於てするものと謂う可し
M42.1.22	大阪控訴院	最近判例集4巻34	国有鉄道工作物の瑕疵	
T2.3.13	東京地裁	新聞894号	隧道工事が不完全で崩落し、土砂の上に列車が乗り上げる	不完全なる隧道を以て被告の運輸設備に供したるは被告の運輸担当者の過失…隧道の工事が請負人によりて為されたと否とは其責任に影響なきもの
T4.5.24	大阪控訴院	新聞1053号	徳島遊動円木事件(下記)の原審	占有関係に着目(大審院同旨)
T5.2.28	東京控訴院	評論6巻民467頁	税関倉庫の鉄扉を開けようとしたところ鉄扉が倒れて圧死	国が税関に関する事務を執行するが為に設置したる税関倉庫を所有し且占有する権利は公法上の権利に非ずして私法上の権利に属し其所有且占有の関係は国が私人と同様の地位に於て所有し占有するものとす
T5.6.1	大審院	民録1088頁	遊動円木の棒が腐朽していたため小学生が墜落死亡	小学校の管理は行政の発動たること勿論なれども其の管理権に包含せらるる小学校校舎の施設に対する占有権は公法上の権力関係に属するものに非ず、純然たる私法上の占有権なるのみならず、其の占有を為すにも私人と不平等関係に於て之を為すにあらず、全く私人が占有すると同様の地位に於て其の占有を為すものなれば、之に因り損害を被らしめたる場合において民法第717条の規定を適用したるは毫も不法に非ず



T7.6.29	大審院	民録1306頁	市の水道工事で湧水防止のための設計をなさず湧水を他に排出したため、他の水脈を絶ち、田地用水を欠乏させて畑地となすのやむなきに至らせる	水道の設置及其管理は共に公権作用たる行政行為に属すること論を俟たずと雖も、之と同時に其水道設備に対する市の所有権は市が公法上の権力関係に立ちて之を有するものに非ずして、純然たる私法関係に於て之を有し、私人が土地の工作物を所有し及占有すると同様の地位に立つものとす
T7.10.19	広島控訴院	新聞1479号	市の下水道設備の瑕疵	下水道築造工事附属装置としての唧筒機械の据付運轉行為は公法的行為にして私法の支配を受けずと雖も右設置又は運轉の結果、私人の所有権を侵害しよって損害を生ぜしめたる行為は私法の支配を受くべきものと云わざるを得ず
T7.10.25	大審院	民録2062頁	国の築港工事で築港用人造石を海中に沈めながら、そのことを知らせるための設備をせず、汽船が座礁	築港事業は公共の利益のために経営せらるる国家行政の作用にして国家が斯かる計画を定め之を遂行する為に公の機関を任設するが如き行為は公法上の権力関係に属すること勿論なりと雖も、本訴に於て主張する損害は築港作業の工事を施工するに付ての不注意に因りて生じたりと云うに在りて、其の工事の施工は一般の私人に対し公法上の権力関係に於て為すものに非ずして一般の私人と対等の地位に立ちて為すものに外ならざれば、私法上の関係に属するものと謂はざるを得ず。蓋国家又は其他の公法人が公共の利益のために経営する事業と雖も其事業施工のために為す行為中公の権力の行使にして私人に対し其の権力に服従せしむる関係に於て為すものに限り公法上の関係に属し、然らずして全く私人と対等の関係に於て為す行為は私法上の関係に属するものと謂うべく如上築港の作業は国家が自ら其の機関に命じ私人を使役して工事を為さしむると又其の工事を私人に請負わしめて行なわしむるとを問わず其工事を施設する工事は官公庁舎、学校其他公共の営造物を建築修築すると等しく一般の私人と全く対等の地位に立ちて為すものなることは一私人が其工作物を築造すると毫も異なることなく、其工事の施設行為が公共の目的を達するに在るが為に一般私人をして公の権力に服従せしむる関係に在るものと謂う得ざればなり
T8.3.3	大審院	民録25輯363頁	官設鉄道の汽車の煤煙により沿線の松が枯死	鉄道業者として国は民法により損害賠償の責任を負うべし
T9.5.3	東京地裁	評論9巻民1052頁	市営電車による事故	

T9.5.26	長崎区裁判所	新聞1712号	貯金通帳が盗難にあい再下付申請中であつたところ、郵便局がその確認を怠つて改印届けを行ない、漫然払い戻し	郵便貯金の事業は国の行なう所なりと雖も實質に於ては私人の経営と敢て異ならざるを以て一面私法的事業たる性質を有し国と貯金者との間に於ては私権關係を生ずるものとす
T9.6.17	大審院	民録26輯902頁	列車が線路上に崩落した岩石上に乗り上げ転覆	斯る危険の発生し易き鉄道運輸業務に従事する者なる以上日常斯る注意を為すべきは事業の性質上寧ろ当然なり
T9.11.29	東京控訴院	新聞1802号	市立小学校の運動器具の保管上の不注意から生徒が死亡	
T11.11.3	東京地裁	新聞2054号	市営電車が荷馬車に衝突した事故	
T12.6.2	大審院	民集2巻361頁	水利組合が電気会社との契約に従つて湖水の増漕に努め、水利取締規則のとおりの水門の開閉を行なわなかつたため、田畑に水を浸潤させる結果となる	其の目的とする灌漑用水の配給事業に關係なく専ら一商事会社の利益のために湖水を増漕すべき契約を締結し同契約に基づき水門の開閉を為し湖水を増漕せしめたる事實を主張するものなれば、右被上告組合の行為は公法人として為すべき行為に非ずと云ふべし
T13.6.5	広島地裁呉支部	新聞2282号	軍艦の転覆復旧工事中ワイヤーロープが切断し職工が墜落死亡	軍艦の転覆復旧工事を為すに付国家が職工その他私人を使役し其の工事を施工するが如き行為は権力行為に属せずして私法的行為なることは其の行為の性質上明白なる所なり。既に本件工事の施工が私法的行為なりとする以上民法の支配を受け其の被用者が官吏たるか否とに拘らず、其の事業の執行上他人に被らしめたる損害の賠償責任あるや勿論なり
T13.6.19	大審院	民集3巻295頁	市の水道設備の瑕疵	其の設置管理が行政行為に属すること論を俟たずと雖も同時に其の設備に対する市の所有権又は占有権は純然たる私法關係に於て之を有し私人が土地の工作物を所有し又は占有すると同様の地位に立つ
T14.7.10	東京地裁	新聞2458号	市営電車軌道の修繕中その表示をなさずかつ運転手の過失により事故	
T14.12.11	大審院	民集4巻706頁	水利組合が設置した樋管を閉鎖して水利権者の水利権を侵害	水利組合が其基本事務たる灌漑排水に関する事業として為す行為は公権作用たる行政行為に属するも、灌漑排水の設備が他人の水利権に対する侵害を防止するに足らざる為他人に損害を被らしめたるときは之が賠償の責あるものとす
T15.12.11	大審院	民集5巻833頁	踏切での鉄道事故	踏切に瑕疵がなかつたことを理由に責任は否定

S2.5.30	大阪控訴院	新聞2723号	電話加入権名義書換禁止仮処分決定の送達を受けた通信局がこれを取扱局に遅れて通知、このため取扱局で名義書換請求を受理(電信法24条で「電信又は電話の取扱に関しては政府は損害賠償の責に任せず」となっている点が争われた)	電信電話に関する事項は公法的行為に属するが故に本件電話加入名義書換に付ては民法に於ける不法行為の適用なく国家に於て損害賠償の責任なき旨抗争すれども、電話事業は吾国に於ては国家の経営するところに係り其事業たる公衆に電話の役務を供与するものにして其経営に要する設備は固より公の営造物なれば是に関する一般事項公法的関係にあるが如しと雖も電話加入者として電話を利用することを得るには加入の申込を為し電話官庁に於て之を承諾し両者の間に契約の成立するを要し加入者は此契約に因りて電話利用の権利を享有するものなるが故に加入者の電話官庁に対する電話利用権は一種の私法上の財産権なりと解するを相当とするを以て電話利用権に関し電話官庁に故意又は過失に依る不法行為の責むべきものある時は国家は其不法行為に付責を負うべきことは当然にして電話に関する事項を以て私法的行為に非ずと断じ不法行為の適用を排除するを得ざるや論を俟たず 電信法第24条には電信又は電話の取扱に関して政府は損害賠償の責に任せずとありて即ち普通電信電話の取扱上生じたる誤謬又は遅延等に関し賠償の責任なきことを規定したるにすぎずして本件の如く仮処分決定に依り名義書換の受理を制限せられたる場合に於ては其仮処分の効力に拘束せられ仮処分申請者に対し其義務者として其仮処分に基づく権利を無視すること得ざるは当然
S3.2.13	奈良地裁	新聞2825号	鉄道での生繭運送上の過失	
S3.8.23	大阪控訴院	新聞2888号	電話加入権名義書換禁止仮処分決定の送達を受けた通信局がこれを取扱局に遅れて通知、このため取扱局で名義書換請求を受理(電信法24条で「電信又は電話の取扱に関しては政府は損害賠償の責に任せず」となっている点が争われた)	電信法第24条に則り賠償の義務なき旨抗弁すと雖も同条は単に電信電話の取扱に関しては政府賠償の責に任せずと云うに止まり、即普通電信電話の取扱上生じたる誤謬又は遅延等に付き賠償の責任なきことを規定したるに過ぎずして本件の如き仮処分に違反したる不法行為の場合に之が適用なきものとす
S4.7.26	大審院	民集8巻822頁	駅構内で労役中、列車に轢殺された事故	

S4.10.11	長野地裁	新聞3048号	市立小学校運動場の金棒に飛び付き遊戯中、金棒が支柱の亀裂のため回転し転落、右目を失明	金棒を教育のために使用するは教育の一部にして国の事業なるべく、若し教員にして其の使用方法等に付き不法行為ありとせば、国又は教員が其の責に任ずることあるべしと雖も、之を占有し且所有する者は被告の争わざる処にして、右占有並に所有は市が私人に於けると同様の地位に於て之を為すものにして純然たる私法上の占有且所有なること疑いなきを以て民法の規定する処に従い市は其の占有者所有者として其の設置保存の瑕疵につき責を免れる能わず
S4.12.26	東京地裁	評論19巻民268頁	市営バスによる事故	
S5.6.7	東京控訴院	評論19巻民1177頁	踏切番の過失による事故	
S5.8.7	東京控訴院	評論19巻民1332頁	転轍主の過失による事故	
S6.3.13	朝鮮高等法院	評論20巻民702頁	官設保税倉庫の預証券を作成交付する行為	官設保税倉庫に関する事業と雖も蔵置貨物に付預証券を作成交付する行為は其の交付を受くる者との関係に於ては私法上の法律行為に属するものなるが故に此の関係に於ては民法を適用すべきものとす
S7.7.20	関東高等法院上告部	新聞3539号	満鉄附属地の小学校訓導の過失により遊戯中の生徒を陥没死に至らしめる	在外指定小学校の教育事業は上告会社の事業にして同小学校の訓導は上告会社の該事業上の被用者なりと解するを相当とす
S7.8.10	大審院	新聞3453号	陸軍傷病兵用鑿井工事により温泉の利用権を侵害されたことを理由として仮処分申請、国が公法行為でかつ正当な権利行使と主張して上告	不法行為の状態の存続するものあるときは被害者に於て其の不法行為の現状の除去を請求し得る権利を有するや論なし。此の事たるや国家が土地を所有し其の公物の設置若くは保存に瑕疵あるが為第三者の右利用権を侵害したる場合なると又は違法なる行政作用に因り第三者の権利を侵害したる場合なるとにより異なる所なし。蓋し不法行為の責任は其の行為者の何人なるやにより之を區別せざるを以てなり
S7.12.5	大審院	民法学1巻5号95頁	市立学校の事故	運動用具を管理し之を多数の使用に委ぬる以上、上告人は之等の者をして当該器具の用法に安全に使用せしめ得べきよう保存するの義務あるものと云うべく

S11.2.27	大審院	民集15巻249頁	郵便局員の重大なる過失による郵便貯金の払い戻し	郵便貯金の預け人の家族たる子弟が無断当該貯金通帳を持出し偽造の印章を以て之が払戻を請求したる場合に於て其の預け人本人に非ざることを知れる局係員が該印章が預け人の印章と異なることを発見し改印するに非ざれば払戻を為す能わざることを告げながら直に右偽造印を以てする改印届けを受理したるうえ代人による払戻手続を採らしめず又正当なる使者なるや否をも確かめずして即日之に該貯金の払戻を為したるときは右係員に於て改印届けの印章が偽造印たるの情を知らざる場合と雖も係員としての注意義務を尽くしたるものと謂うを得ず
S11.4.15	大審院	新聞3979号	収入役が水利組合法により水利組合の金銭出納事務に従事中、水利組合の管理者たる村長より金銭借り入れの代理権を付与されていないのに、同人名義の借用証書および一時借入金決議謄本を偽造してその代理人のごとく装い、銀行に指し入れて金員を受領し銀行に損害を及ぼす	水利組合法34条に依り公法人たる普通水利組合の金銭出納其の他会計事務を担当せる町村収入役が出納職務に従事中組合代表者たる村長名義を冒用し組合の借入金として組合会計事務担任者たる資格に於て他人より金員を収納し之に因り其の者に損害を加えたるときは組合は当該収入役の不法行為に付民法第44条に依り損害を被りたる者に対し之が賠償の義務あるものと解するを相当とす
S11.6.8	大審院	民集15巻928頁	郵便局に電話主任として勤務する通信書記補が金員詐取のため、所管の電話加入者の名義変更請求書と局長の名義変更承認書を偽造して金員を詐取	電話加入者の電話官庁に対する電話利用の關係は私法上の契約關係に属し加入者の有する電話利用権は一種の債權なると共に電話官庁はその義務者なること当院判例の是認するところにして今之を変更すべき理由あるを見ざれば、電話加入者が電話官庁に対し電話加入名義の変更を請求し電話官庁に於て之を承認することも亦私法關係に於てなざるものなり
S12.10.5	大審院	民事判決全集4輯19号5頁	収入役が村長名義の借用証書および村議会議決書を偽造して他より金銭を詐取	町村の収入役が其の資格に於て町村の借入金として他人より金銭を収納し之に因り其の者に損害を被らしめたる場合に於ては収入役は公法人たる町村の代理人として其の職務を行なうに付他人に損害を加えたるものに外ならざるを以て町村は民法第44条第1項に則り之が賠償の義務あるものと解すべき
S13.6.24	大審院	民判決全集5輯14号49頁	郵便局員の重大なる過失による郵便貯金の払い戻し	然れども郵便局係員が係員として注意を尽くさずして郵便貯金払出しを為したる場合には郵便貯金法第13条に「成規の手続を経て郵便貯金を払出したるとき」と云うに該当せずと解すべきこと当院判例の示すところにして今之を変更するの要を見ず

S15.1.16	大審院	民集19卷1号16頁	<p>滞納処分として、第三者所有の車両4台を、鑑定を行なわないで時価より大幅に安く公売処分し、その第三者に損害を負わせる(破棄差戻後の大審院判決は、S16.2. 27民集20卷2号118頁)</p>	<p>差押並に公売は滞納税金の徴収に必要な限度に於て之を実施すべく、特別の理由なくして其の必要以上に出で著しく多額の財産を差押並に公売するが如きは、徒に滞納者に苦痛を与えんが為の行為と目するの外なく、滞納処分として之を許容すべき理由を発見せず。故に町村吏員が滞納処分の際之等の行為に出でたりとせば、名は滞納処分なれども実は職権の濫用にして寧ろ職権行為に非ざるものと謂うべく、従て不法行為上の責任を免れざるもの</p>
S15.2.27	大審院	民集19卷6号441頁	<p>町長が借入限度額を越える借り入れについて借入限度内であると偽って借り入れし一部を費消</p>	<p>右借入は町長の意思に於ては町の為にするに非ず、借入金を自己に領得するために為したるものなるが故に、因より真正なる職務行為に非ずと雖も、之を町長の主観(留保せられたる心理、自己のためにする意思)より切離し客観的行為自体より之を觀れば完全に町長の権限に属する職務行為たるに外ならず。かかる行為により他人に損害を加えたる場合は民法第44条に所謂職務を行なうに付き云々と云うに該当するものと解するを相当とすべく、又右法条は私法人に関するものなるが故に公法人に当然適用せらるるものに非ざるは勿論なれども、本件の如き場合に之を類推適用すべきこと町収入役の不法行為に関し繰返し当院の判例とする所なり</p>

(別紙2)

田中二郎「判例より見たる行政上の不法行為責任」、「行政上の損害賠償について」収録

## 国家責任否定判決と田中教授コメント

年月日	裁判所	掲載判例集	事案	①責任否定理由および②田中コメント
M29. 4. 30	大審院	民録117頁	河川工事の設計についての過失	①公益のため必要なる事業、實に任すべき旨を定めたる法律なし ②其の正当でないことは多くの学者の縷々指摘したところであり、判例も亦大正5年を境として公共事業に基づく損害に付ても国家公共団体の賠償義務を肯定するに至った
M39. 9. 17	東京控訴院	新聞383号	道路開鑿工事	①公の交通道路の設置、行政行為なり ②(前判決のコメントに同じ)
M40. 2. 22	大審院	民録13輯148頁	道路改修工事	①道路改修工事は行政行為 ②(前判決のコメントに同じ)
M41. 3. 27	東京控訴院	最近判例集2巻101頁	橋梁および道路改修工事	①国の営造物、公共の利益安全を保持するために之を修繕改善するの権力を有す ②(前判決のコメントに同じ)
M43. 3. 2	大審院	民録16輯174頁	火薬製造所の爆発	①火薬製造事業は乃ち公法上の行為 ②(前判決のコメントに同じ)
T3. 12. 12	新潟地裁	評論4巻民235頁	橋の架設工事	①該施設たるや国の権力関係に基づき被告県が国に代り公共の利益安全を保持 ②(前判決のコメントに同じ)
S4. 10. 24	大審院	新聞3073号	特許法による特許を受けるべき利益ある者に特許を与えなかつた事例(国準書・引用判決)	①公法上の関係たる行政行為、法律に規定する所あるや否やにより決すべきもの ②おそらく異論はあるまい

S5. 3. 25	東京控訴院	新聞3110号	領事による在外臣民の財産の管理行為	<p>①公権力別言すれば公法的関係、(領事館職務規則第6条)は在外帝国臣民の財産の安固を計らんが為領事館をして管理其他之に必要な措置を取るべき職務権限を規定</p> <p>②其の当否は疑わしい。何となれば、領事の財産管理は公共の為に為す作用ではあるが、それ自体権力的作用ではなく、其の性質に於て私人相互の間に於て財産の管理を委託するのと格別の差を認め難い</p>
S8. 4. 28	大審院	民集12巻1025頁	消防自動車の試運転中誤って人を轢殺(国準書・引用判決)	<p>①「消防用唧筒自動車を修繕して之が試運転を為せるは即ち国家警察権の一作用として…自治団体たる大阪府所管の職務行為と称すべきにあらざる」との主張には理由がない(被告適格をめぐる事案)</p> <p>②消防事務そのものは国の事務であってもここで問題となっているのは其の経済負担に関する点であるから、其の経済的負担者たる府県を相手方とすべきは当然で、之を否定した判決は正当でない</p>
S10. 8. 31	大審院	新聞3886号	消防自動車の試運転中誤って人を轢殺(上記事案で被告を変えて新たに提訴したものとされる)	<p>①消防唧筒自動車を修繕して之が試運転を為すが如きは即ち消防事務の遂行に外ならざるを以て国家警察権の一作用に属する、国家の警察権は公法上の権力なること勿論</p> <p>②之を権力的作用と見ることは恐らく正当でない。権力的作用として民法不法行為法の適用から除外されるのは、其の作用自体が公権力に基づいて為され、又は人民に命令し服従を強制する性質のものに限られるべきで、私人の行為と其の本質を異にせぬ公物の管理や公の事業の執行の如きはこれに包含せぬものと解せねばならぬ。自動車の運転の如き、如何に消防用とはいえ、それ自体権力的作用ではなく、公の事業の執行に外ならぬ。</p>



S13. 12. 23	大審院	民集17卷24号2689 頁	印鑑証明事務の執行（印鑑の照合）における係員の過失（国準書・引用判決）	<p>①印鑑証明願を受理し之が印影と印鑑簿の印影と相違なきことを確かめ之を証明する行為は所謂公証行為の一種に属し、其の本質は公共団体の支配権に基づく作用即ち権力作用たる行政行為にして専ら市の公法的活動の範囲に属し、毫も私人と対等の関係に立つ経済的活動の性質を帯ぶるものにあらざるや疑を容れざるところ、該事務は一般私人に対し強制力を及ぼすものにあらざること所論の如しと雖も、強制力を伴うことは権力作用の必然的要素にあらず。公証行為の如き単に人民に利益を供与するに過ぎざる行為も亦権力作用たり得べきものなるを以て、市の印鑑証明下付の行為が所論の如く市制第113条第2項に所謂「特に一個人の為にする事務」に該当し、従って之に付き同条に依拠して手数料を徴収すとするも、毫も権力作用たる本質に反するものにあらず</p> <p>②権力作用と非権力作用との限界はもともと必ずしも明瞭でなく、解釈上に移動の余地があり、判例もこの点について推移しつつあるのであるから、若し社会正義の見地から民法不法行為法の適用を広く認めることが望ましいとするならば、判例がこの意味での正義の実現に指導的立場をとることが考慮せられて然るべきであろうと思う（フランスの行政判例の偉大な使命を考えよ）。若しそういう方向がとられるとすれば、この事件などはその性質上は権力作用に属すべき行為であっても、民法不法行為法の適用を肯定すべき格好の事件ではなかったかと思う。</p>
-------------	-----	-------------------	-------------------------------------	---

S16. 2. 27	大審院	民集20巻2号118頁	<p>滞納処分として、第三者所有の車両4台を、鑑定を行なわないで時価より大幅に安く公売処分し、第三者に損害を負わせる</p>	<p>①国家又は公共団体の行動中統治権に基づく権力的行動につきは私法たる民法の規定を適用すべきにあらざることば言を俟たざるところ</p> <p>②この判決は従来の大審院の態度をそのまま踏襲したもので、租税滞納処分の如きは典型的な権力的作用であるから、これに基づく損害について公共団体の賠償責任を否定したのは一応正当と認めねばならぬ。ただこの種の典型的な例についても、先にも一言したように、学説上この「判旨は通説・判例の等しく承認する理論に立脚するものであるが、其の結果は必ずしも我々の法感情を満足せしむるものではない」といい、本件の如き場合にも国又は公共団体の賠償責任を認めようとしてその理論構成を試みて居るものがある。</p>
S16. 11. 26	大審院	判決全集9輯11号6頁	<p>道路法に準拠して行政処分として樹木生垣等の除去を命じ、これに応じない上告人に対して戒告したうえ、町吏員等により除却を行なう</p>	<p>①原審が右除却を以って道路法による行政処分及行政執行法に基く其の強制方法としての代執行なりと認定したるは不当に非ず。…単なる手続上の違背ある一事が直ちに故意又は過失に因りて他人の権利を侵害したる民法上の不法行為を構成するに至るものと做し難し。蓋行政処分又は其の執行が民法上の不法行為を構成する為には其の範囲を逸脱し行政処分又は行政執行と目し難き程度に至り以て他人の権利を侵害したることを要すと解すべき</p> <p>②「行政処分又は其の執行が民法上の不法行為を構成する為には其の範囲を逸脱し行政処分又は行政執行と目し難き程度に至り以て他人の権利を侵害したることを要すと解すべし」となし、本件でもその程度に至っている場合であれば、恰も町に於て責任を負ふが如くに説明して居るが、論旨必ずしも明確ならぬものがあり、無用の誤解を起させる嫌いがある。即ち第一に、右のやうな場合には町の責任を認める趣旨であるかどうか明瞭でないが、仮に若し町の責任を認める趣旨であるとすれば、在来の判例とは異なる態度を示すものとして注意せねばならぬ。第二に、そのやうな場合に行爲者として責任を負ふべきものとする趣旨であるかが疑わしい。</p>