

国家賠償法制度の研究

——国家賠償法第1条の

「公権力」を中心に——

田中館 照 橋

A Study of the Tort Claims
against the State Act

——with reference to “exercise of
public authority” in Article 1 of
this Act——

Shokitsu Tanakadate

1. はじめに——憲法第17条は、「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、その賠償を求めることができる。」と規定する。

この憲法第17条の規定は、つぎのような意味をもつ。すなわち、(i) 私人は公務員の不法行為により損害を受けた場合は、法律の定めるところにより、国または公共団体に賠償を求める積極的権利を有し、これに対し国は私人に賠償する義務があること、(ii) 国会は、公務員の不法行為による国または公共団体の賠償責任に関する法律を制定する義務があること、(iii) 行政庁や裁判所は国家賠償に関する法律を適用し、これに反する法律を適用しない義務を負うこと、(iv) 憲法より下位の法令において、憲法第17条の国家賠償責任に反する規定は、その効力を失うこと、である。

現在、右の憲法第17条の規定にしたがって、一般法として国家賠償法があり、特別法として郵便法(68条以下)、郵便貯金法(27条)、郵便為替法(15条)、郵便振替貯金法(16条)、公衆電気通信法(109条)などがある。

以下、国家賠償法第1条関係について、(1)国・公共団体の範囲、(2)公権力の行使の意義・範囲、(3)公務員の範囲などについて検討した点を記しておきたい。

2. 国家賠償法第1条の「国・公共団体」の範囲——

国家賠償法第1条は国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によって違法に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する。本条の国とは、日本国のことをいうことはいうまでもない。

公共団体とは、国の下に、国によりその存立の目的を与えられた公法人であり、より具体的にいうと国が本来

行い公共事務を国みずからが行うかわりに、国から独立した法人として自主的に処理することを認めた団体である。

公共団体は、公法人とも称されるが、それを区分すると地方公共団体、公共組合、営造物法人に分けられる。

この「地方公共団体」とは、国の領土の一部をもってその区域とし、その区域内のすべての住民を構成員とし、住民に対し、国法の認める範囲の支配権（自治権）と法人格を有する団体である。

地方公共団体には、普通地方公共団体と特別地方公共団体の二種類がある（地自法1条の2の1）。普通地方公共団体には、都道府県や市町村があり、特別地方公共団体には、特別区（都の区）、地方公共団体の組合（地方公共団体の協力方式）、財産区（市町村の一部が財産を有するもの）、地方開発事業団（地域の総合的な開発計画に基づく一定の事業の共同実施のためのもの）の四種がある。

地方公共団体の基礎的構成要素は住民である。

この地方公共団体の処理する事務の具体的内容は、地方自治法2条3項に例示されている。したがって、地方公共団体は、これらの事務処理のため、直接国民と接触する機会が多く、住民との間で損害賠償の問題が提起される場合が多い。

「公共組合」とは、法定の資格を有する組合員からなる公法上の社団法人のことをいう。この法人には、特別の定めがある場合、第三者又は組合員に対し権力を行使することが法律上認められている。たとえば、強制徴収、公用負担特権（土地改良36条、37条、39条、農災87条、87条の2、漁災86条、健保11条、11条の2、国健保78条、79条、水害予防49条、51条など）、立入調査権（農災97条、区画整理97条など）、換地処分権（土地改良54条、区画整理102条）などが認められている。このため、損害賠償事件の発生する場合も多い。

公共組合には、土地改良区、土地区画整理組合、水害予防組合、健康保健組合、国民健康保健組合、農業共済組合、激業共済組合などがある。

また「営造物法人」とは、営造物で独立の法人格を有しているものを指し、独立営造物は公の財団法人とも呼ばれている。この独立営造物は、法人格を有するもので、国から独立し、予算会計上国の制約を免れ、その採算と責任の帰属を明確にするために設けられているもので、例えば、日本国有鉄道、日本電信電話公社、日本専売公社、住宅金融公庫、日本住宅公団、港湾法による港湾局などである。

営造物法人は、財団法人である点で、地方公共団体とは異なる。

これらの営造物法人が、公権力を行使することを法律が予定している場合には、国家賠償法1条の適用がある（例、たばこ専売法79条9項、日本電信電話公社法85条）。

ある団体が「公共団体」に該当するかが問題となった事例として、日本自転車振興会事件がある（東京地昭和47.12.2判、判例時報708号48頁）。裁判所は日本自転車振興会が「公共団体」に当たると判断している。

3. 「公権力の行使」の意義と範囲に関する学説——国家賠償法1条1項の「公権力の行使に当る公務員が」という文言のうち「公権力の行使」の意義と範囲について検討を加える。この「公権力の行使」の意義と範囲については(1)狭義説、(2)広義説、(3)最広義説の三つの説が対立している。（ここでは、狭義説と広義説について検討する）。

(1) 狭義説——国賠法1条に規定されている「公権力の行使」の分野には、明治憲法下においては民法が適用されず、国の賠償責任が否定されていた。ところが国賠法1条は、その民法の適用が否認されてきた領域に国家責任を認めたものであり、国賠法1条の「公権力の行使」というのは、今まで民法の適用されなかった、いわゆる権力的行政作用のみを指すとす。すなわち、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せしめる作用であるとを問わず優越的な意思の発動たる作用をさす、とする（田中一郎「行政法上」255頁）。これが狭義説の見解である。

以下、この狭義説の見解に依拠していると思われる裁判例をあげ、その特徴を考察する。

(a) 「公権力の行使とは、国家統治権に基づく優越的な意思の発動としての作用すなわち権力作用をいうので、官公立学校の教員の臨海学校における教育は権力作用でないこと論をまたないから、国家賠償法第1条又は第3条の適用される余地はない」（東京地昭和28.11.21判、下級民集11号1740頁）。

(b) 「学校教育の本質は、学校という営造物によってなされる国民の教化、育成であって、それが国又は公共団体によって施行される場合でも、国民ないし住民を支配する権力の行使を本質とするものではない。このことは、学校を設置することができるものが、国又は地方公共団体だけに止まらず、私立学校の設置を目的として設置された法人をも含む（教育基本法第6条、学校教育法第3条参照）ことから考えても判るであろう。……それ故、本件の場合も小松中学校臨海学校教育に従事した小春教官は被控訴人の公権力の行使にあたったものではない。被控訴人は国家賠償法第1条ないし第3条に基く損

害賠償義務はない」(東京高 昭和 29. 9. 15判, 下級民集 5 卷 9 号 1523 頁)。

(c) 「国家賠償法第 1 条第 1 項の公権力の行使とは、国(又は公共団体)がその優越的意思の発動として、国民(又は公共団体の構成員)に対し命令強制する要素を含む権限の行使を意味するものと解せられるところ、本件について不法行為者たる梅津等は、いずれも古間木電報電話局電信係員乃至電信事務員で、その業務の性質上公権力の行使に当る公務員とは認められないから、従ってすでにこの点において国は、国家賠償法第 1 条第 1 項に基く責任を負うものと為すことはできない」(東京地 昭和 30. 5. 2. 判・下級民集 6 卷 2 号 212 頁)。

(d) 「市町村選挙管理委員会が公職選挙法第 173 条の規定によって行う公職の候補者の氏名及び党派別の掲示は、特定の候補者が当選を目的とする選挙運動として行うポスターその他の文書図画の掲示と異なり、国又は公共団体の機関である市町村選挙管理委員会が、民主政治の健全な発達のため選挙の公明と適正とを確保する目的をもって、優越的意思の発動として行う行為である、ということができ、従って、それは国家賠償法第 1 条に、いわゆる「公権力の行使」にあたるものと解するのが相当である。してみると、本件掲示の誤記は、佐野市選挙管理委員会の職員が、国の公権力の行使にあたる公務員として、その職務を行うにつき、過失によってした行為であるということが出来るから、右行為によって原告らが違法に損害を被ったとすれば、その損害については、国家賠償法第 1 条の規定により、被告国に賠償の責任がある」(東京地 昭和 36. 5. 17 判, 下級民集 12 卷 5 号 1144 頁)。

(e) 「佐賀市選挙管理委員会が公職選挙法にもとづき、同市議会議員の当選の効力に関する異議申立に対し、これを審理し決定する行為は、佐賀市選挙を管理する機関の優越的意思発動として、これを行うものであって、国家賠償法第 1 条にいう公権力の行使にあたる」(福岡高 昭和 38. 4. 26 六判, 下級民集 14 卷 4 号 862 頁)。

右に掲げた(a)から(e)までの裁判例は、「公権力の行使」を優越的意思の発動としてとらえているものである。すなわち、(a)の裁判例は、官公立の学校の臨海学校における教育は公権力の行使に当たらないとして、国家賠償責任を否認している。(b)の裁判例は、学校教育は権力の行使を本質としないとし、やはり、国公立学校の臨海学校における教育は公権力の行使に当たらないとして、国家賠償責任を否認している。(c)の裁判例は、電報電話局の業務の性質は公権力の行使に当たらないとして国家賠償責任を否認している。(d)の裁判例は、公職の候補者の氏名及び党派別の掲示は公権力の行使に当たるとして国

家賠償責任を容認している。(e)の裁判例は、市議会議員の当選の効力の異議申立の決定行為は公権力の行使に当たるとして国家賠償責任を容認している。

上にあげた事例から、教育作用や公社の業務は、「公権力の行使」に当たらないとしている点に特色があるといえる。

(2) 広義説——広義説は、「公権力の行使」を私経済作用を除くすべての公行政作用と解し、その理由として、(a)公行政の分野について、権力作用と非権力作用とを明確に区別する基準を確立することは困難であること、(b)公行政の分野においては非権力的作用でも、私人相互の関係とは異なる性質を有するので、純然たる私法的作用に基づく損害賠償と区別しなければならないこと、(c)民法第 715 条では使用者が被用者の選任監督についての無過失を証明することにより責任を免れうることになるが、国家賠償法第 1 条第 1 項ではこのような免責が認められず、国家賠償による方が被害者の救済のためになること、(4)軽過失の場合には、公務員に対する求償権の行使がなされないため、公務員はある程度積極的な職務の遂行も可能であること、などを主張する。

以下、広義説に立っていると思われる裁判例をあげておきたい。

(a) 「国家賠償法第 1 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っ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って、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。ただし憲法第 17 条が「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ことができる」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 2 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 1 条又は民法第 715 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、すなわち私経済的關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。よって市町村の行う印鑑証明

事務は国民に命令強制を加えるものではないけれども前述のとおり一種の公証行為であって私経済的行為ではないから右の公権力の行使に該り、市町村はその公務員が印鑑証明事務を行うにあたっての過失によって私人に損害を与えた場合には国家賠償法第1条に基き賠償の責に任ずべきである。」(長野地昭和33.12.24判, 下級民集9巻1号2587頁)。

(b) 福岡地裁飯塚支部昭和34年10月9日判決(下級民集10巻10号2121頁)は、国賠法第1条1項の「公権力の行使」は権力作用だけではなく、私経済的作用を除くその他の作用も包含するので、非権力作用もこれに含まれるとし、教師の生徒に対する取調べ行為も「公権力の行使」に当たるとしている。

4. 「公権力の行使」に関する具体的裁判例——「公権力の行使」といった場合、どのような事例に関し、どの範囲までが「公権力の行使」の範囲に含まれているかが問題となるが、裁判上国賠法第1条1項の「公権力の行使」が問題となっている分野は、(1)許認可その他の処分、(2)行政指導、勧告等、(3)広報活動、(4)公職選挙、(5)学校教育、(6)公物、公企業の管理、利用関係、(7)印鑑証明、登記、(8)公務員の勤務、(9)自動車の運転など、(10)民事上の強制執行などの分野である。このうち裁判事例の最も多い分野は学校教育の分野である。

「許認可」処分が「公権力の行使」に当たるとされた事例——(1)租税の賦課徴収に関する処分(大阪地昭30.3.14判・下級民集6巻3号468頁)、(2)大阪府知事に対する産汚物処理業許可および産汚物処理場設置許可の申請書に添付する大阪市長の副申(大阪高昭和31.3.19判, 下級民集7巻3号702頁)、(3)県知事のした公売処分(青森地昭和32.4.26判, 行裁例集8巻4号695頁)、(4)市町村農地委員会による農地移動承認取消処分、売渡計画取消処分(名古屋高金沢支昭和32.10.9判, 訟務月報3巻11号23頁)、(5)大蔵事務官である税務署員のなした申告書の受理およびその後の更正事務の処理(千葉地昭和36.2.13判, 税務訴訟資料35号78頁)、(6)建築基準法6条に基づく建築確認(山口地岩国支昭和36.2.20判, 下級民集12巻2号320頁)、(7)自作農創設特別措置法に基づく未墾地売渡処分(浦和地昭和48.12.21判, 訟務月報20巻5号37頁)などが「公権力の行使」に当たるとされている。

「行政指導」が「公権力の行使」に当たるか否かが問題となった事例——行政指導は、具体的には、特定の個人、団体等に対し、指示、警告、注意、指導、勧告、要望、助言等の非権力的手段により自発的な協力同意を求めて、行政機関が意図するところを実現するために相手

方を誘導する一連の作用をいうとされている。

国家賠償法第1条1項の「公権力の行使」の範囲の解釈に関し、狭義説をとれば、行政指導は相手方の自発的同意を求めて行われるので、国家賠償法第1条1項の「公権力の行使」に該当せず、民法第715条が適用されることになる。しかし、形式上は行政指導という方式がとられていても実質上は権力的背景をもって行われているような場合は、国家賠償法第1条の適用が認められよう。広義説をとった場合には、行政指導は私経済的作用に該当しないので、国家賠償法第1条の公権力の行使に該当することになると思われる。

行政指導に関する事件として、コンドルデリンジャー事件(東京地昭和51.8.25判, 判例時報826号20頁)がある。本件において、裁判所は、「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、相手方が不服従であれば、法令に基づく強制処分に移行することができるので、その行政指導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第1条1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。」と判示している。

広報活動と国賠法の「公権力」——広報活動行為が国賠法の「公権力」に当たるかが問題となった事件として、消費者保護基本法に基づいて地方公共団体が設置した生活情報センター所長が、記者クラブにおいて情報を提供する行為が国賠法第1条1項の「公権力の行使」に当たるかが問題となった損害賠償事件(東京高昭和54.2.22判, 判例時報925号68頁)がある。裁判所は、(1)生活情報センターが神戸市条例に基づいて設置された市の機関であること、(2)消費生活に関する情報の収集、提供及び苦情の処理を事業内容としていること、(3)したがって、同所長は「公権力の行使に当たる公務員」にあたり、本件の同所長の公表行為は、右条例に基づく同センター所長の職務として行われたものであること、と判示した。

本件は、情報の提供、いわゆる地方公共団体が行っている広報活動が国賠法の「公権力の行使」に該当するとされた事件として、注意してよい事件と考える。

この種の情報提供が「公権力の行使」に当たるか否かが問題となっている事例としては、警察官の事例が多い。

5. 公物・公企業の管理と「公権力の行使」——ダムの大量放水と国賠法——県の公務員である相模湖えん堤操作担当者が湖水を短期間に大量に放流し、相模川の水量を急激に増加させたため、その下流で魚取りをしていて押し流され、溺死した者の遺族が、県を被告として提起した損害賠償請求事件がある。裁判所は、ダムの大量の放水には、(1)事前に関係警察署長への連絡、(2)下流の

安全の確認、(3)徐々に放水すべき注意義務などが要求され、(4)えん堤操作の欠如、(5)退避命令の懈怠、などの行為は過失行為に当たると認定したのである。すなわち、えん堤操作に関する公務員の行為は公権力の行使に当たるとした。

給水装置工事費の負担金の未払いを理由とする給水の停止と国賠法——この点について岡山地裁昭和44年5月29日判決(判例時報568号39頁)は、水道(簡易水道)事業利用の法律関係に基づく事業者の行為は、公権力の行使に当たらないとした。

市町村の行う印鑑証明事務と国賠法——印鑑証明を行う事務が「公権力の行使」に当たるか否かが問題となった事件について、裁判所は「印鑑証明事務は、公証行為の一種に属し、地方公共団体の権力作用なる行政行為であって、国家賠償法1条にいう公権力の行使にあたるから、被告……の吏員が印鑑証明事務を行うについて前記の過失がありその結果違法に原告に損害を与えたとしたならば、被告は、これに対して賠償すべき責任がある。」と判示した(千葉地昭和48.2.28判,判例時報716号86頁)。市町村長の行う印鑑証明事務が公証行為の一つとして国賠法1条の「公権力の行使」にあたることについては、学説も判例もこれを認めているといつてよい。

消防署の消火活動と国賠法——消防署の消火活動が国賠法1条の「公権力の行使」に当たるか否かが問題となった事例がある。裁判所は、「本件火災における男鹿市消防署の消火活動についての過失は同法のいわゆる公権力の行使にあたる公務員の職務上の過失となり、結局同署は右過失により違法に原告に損害を加えたことになり、被告は法にもつぎ同署を設置する者として国家賠償法1条1項により原告の損害を賠償する義務を有する。」と判示した(秋田地昭和47.11.10判,判例時報695号101頁)。本件は、消防署の消火活動の不幸によって生じた損害に関し国賠法が適用された事件である。

6. 国有林野の管理行為等と「公権の行使」——(1)国有林野の管理行為、(2)執行吏の行う代替執行、(3)市町村が行う地方競馬運営作用、に関する裁判例をあげる。

国有林野の管理行為と国賠法——国有林野の管理行為は国賠法1条1項の「公権力の行使」に当たるか否かが問題となった事例がある。長野地裁松本支部昭和54年3月1日判決は、国有林野が行政財産に当たるとを前提として、その管理については国有林野法等の規制をうけ、したがって、その管理行為は同法1条の「公権力の行使」に当たるとした。また、国有林野の無料利用承認も、私人に国有林野の利用を許可する行為であることを理由に、国有林野の管理の一環として「公権力の行使」

に当たるとした。

執行史の行う代替執行と国賠法——執行史が債権者の委任をうけ、いわゆる代替執行を行った場合に、その執行史の執行行為は、国の「公権力の行使」に当たるか否かが問題となった事例について、最高裁は、民法414条2項は「債権者ハ債務者ノ費用ヲ以テ第三者ニ之ヲ為サシムルコトヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」と規定しているが、この規定による授権決定に基づく代替執行は国家の強制執行権を実現する行為であるので国の公権力に当たるとした。

地方競馬運営作用と国賠法——競馬法に基づいて市町村が行う地方競馬運営作用は公権力の行使に当たるか否かが問題となった事件がある。金沢地裁昭和50年12月12日判決(判例時報823号90頁)は、競馬事業には公共的意義があり、社会福祉目的をもって行われることを理由に、競馬運営作用を公権力の行使に当たるとした。しかし、審判委員のした着順判定行為に違法はなかったとして、国賠法上の賠償請求を棄却した。

7. 国賠法1条の「公務員の範囲」——国家賠償法1条にいう「公務員」については、まず、その範囲が問題となるが、ここでいう公務員は、一般に、官吏、公吏はいうまでもなく、すべての国又は公共団体のための公権力を行使する権限を委託された者をいうとされている。したがって、公務員としての資格があるか否かは問題にならない。この意味で、国家公務員法又は地方公務員法にいう公務員の概念や刑法にいう公務員の概念より広く考えられている。したがって、(1)公務員という身分を有しなくてもよく、(2)その公務員の地位は、臨時的一時的なものでよく、給与、報酬の有無も問題にならない。

国賠法上の公務員とされている裁判事例——(1)議員除名の議決の場合における村議会の議員は、公権力の行使にあたる公務員にあたる(新潟地昭和25.9.18判,下級民集1巻9号1472頁)。

(2)執行吏は、公権力の行使にあたる公務員である(東京地昭和26.7.31判・下級民集2巻7号965頁)。

(3)公証人は公権力の行使にあたる公務員である(東京地昭和32.4.20判,下級民集8巻4号811頁)。

(4)市町村農地委員会は合議機関であるが、その行為は自然人たる公務員の行為と同様に解すべきである(名古屋高金沢支部昭和32.10.9判,訟務月報3巻11号23頁)。

(5)収税官吏は、公権力の行使にあたる公務員である(大阪地昭和35.1.30判・下級民集11巻1号207頁)。

(6)選挙管理委員長及び委員は、公権力の行使にあたる公務員である(大阪高昭和42.5.30判・下級民集18巻

5・6号591頁)。

(7) 検察官から委託を受けて領置物を保管する私人は、検察官の補助者として公権力の行使にあたる公務員に当たる(東京地昭和49.3.18判・下級民集25巻1~4号181頁)。

以上の裁判事例から明らかなように、(1)地方議会の議員、(2)執行吏、(3)公証人、(4)市町村農地委員会、(5)収税官吏、(6)選挙管理委員、(7)検察官からの領置物の委託保管者などが国賠法上の「公務員」とされている。

国賠法上の公務員とされていない裁判事例——(1)仮処分にかかる船舶について執行吏により選任された保管者は、国家賠償法にいう公務員ではない(最高昭和34.1.22判、訟務月報5巻3号370頁)。(2)精神衛生法5条に基づく指定病院の従業員は、指定病院の被用者たる地位を有するにとどまり、指定した県の公務員ではない(宇都宮地昭和50.12.23判、判例時報811号29頁)。(3)弁護士会の懲戒権の行使は、公共団体である弁護士会の公権力の行使に当たると解することができるが、右懲戒を被告国の公権力の行使とみなす趣旨の規定はないので、その議決機関である懲戒委員会の委員長ら委員は、国の公権力の行使に当たる公務員ではない(東京高昭和55.6.18判、訟務月報26巻11号1938頁)。

上の裁判事例のうち、(3)の弁護士会の懲戒権は公権力としつつも懲戒委員会の委員は国賠法上の「公務員」に当たらないとしていることに注意を要する。その理由としてそれを肯定する根拠規定のないことがあげられている。

国賠法1条の「公務員」と国会議員——憲法に違反する法律を制定した場合の国会議員の故意、過失については、国会議員が、国の公権力の行使にあたる公務員に含まれるかが問題となっている。この点、国会は多数決により議員の意思を統一したものであるから、憲法に違反した法律を制定した場合は、その法律の制定に関与した議員が過失を犯したことになる。したがって、個々の特定の議員の過失を問題にする必要はなく、違憲の法律を制定したことの中に議員の故意、過失が存在しているという見解がある。

また、行政庁が、違憲の法律を執行することにより相手方国民に損害を発生せしめた場合に国家賠償の問題が発生するかという問題がある。この点は、行政庁には法律について違憲性を審査する権限はなく、法律を執行する義務を負っているに止まるので、違憲の法律を執行したからといって、公務員の故意・過失を問題にして国家賠償を求めることはできないということになる。

ただ、この場合、行政庁が違憲の法律を執行することにより損害をうけた者が、憲法29条3項に基づいて損害

補償を請求できるかが問題となる。

さらに、予算措置と国家賠償の関係の問題がある。たとえば、一級国道や一級河川について地盤沈下や洪水の発生の危険があるにも拘らず、国が予算措置をとらず修復しなかった場合、国会の不作为による損害賠償が問題となる。しかし、予算措置をどのように取り扱うかは、一般に高度の政治問題であり、国会が予算措置をとらなかった場合、それが直ちに違法であると断定することはできないとされている。

国会は、内閣総理大臣の指名、内閣不信任決議、国政調査権の発動、衆議院の解散など高度の政治性を有する行為を行うが、これらは統治行為として司法審査の対象から除外されている。このため、国賠法1条の国家賠償請求を提起することは難しい。

国賠法の1条の「公務員」と司法機関の公務員——司法機関に属する公務員は国賠法1条の「公務員」に当たる。具体的には、(1)裁判官、(2)裁判所職員(裁判所書記官、裁判所書記官以外の職員)、(3)執行官(執行官は、各地方裁判所に配置されている裁判所職員(裁判所法62条1項)であり、特別職の国家公務員である)、(4)公証人(公証人は法務大臣の監督をうけて(公証人法74条)公正証書を作成したり、私署証書に認証を与えるなどの権限を有し、実質上の国家公務員である)などの行為に関連して、これらの者が「公務員」に当たるか否かが問題となったことがある。

国賠法1条の「公務員」と行政機関の公務員——行政機関の公務員が国賠法1条の「公務員」に該当することはいうまでもない。具体的には、(1)検察職員、(2)警察職員、(3)登記官、(4)税務職員、(5)外務大臣、(6)厚生大臣、(7)農地委員会、(8)農林大臣、(9)刑務署長、(10)労働基準監督署長、(11)通産局長、(12)通産技官審判官、(13)特許庁審査官、(14)通産大臣、(15)陸上自衛隊員、(16)警察予備隊の職員、(17)内閣総理大臣、(18)学校長、(19)公安委員会、などの行為や処分に関連してこれらの者が「公務員」に当たるか否かが問題となった事例がある。

一般に、公権力の行使にあたる「公務員」の範囲は広く把握されている。すでに指摘したように、その範囲は国家公務員法または地方公務員法上の公務員にかぎられない。

以下、この点を整理しておきたい。

(1) (a)国家賠償法上の公務員は、公務員法上の公務員である必要はないこと、(b)いわゆる公務員たる身分を必要とせず、公務に従事する期間が臨時・一時的なものでもよいこと、(c)給付・報酬等を要件とするものではないこと、(d)委託、委嘱をうけ、または派遣されたりして、国または公共団体の業務の一端を担当する者は、公務員

法上の公務員の身分資格の有無，給与等の給付の有無をとわず，国家賠償法1条にいう公務員にあたること。

(2) しかし，自らの営業や職業を営んでいる者は，国賠法上の公務員に該当しない。たとえば，許可業者の行う汚物の収集運搬処分は市の公務の執行ではない（大阪高昭和49.11.14判，判例時報774号78頁）し，民間医師の治療行為は国の事務ではない（東京地昭和53.9.25判，判例時報907号24頁）。

(3) 公共工事における工事自体は請負契約により民間会社の手によって行われる場合が多い。この場合，国または公共団体の指揮監督下に行われる公共工事である以上，工事の従事者はここでいう公務員に当たり，国家賠償責任の問題となる（東京高昭和53.1.26判，判例時報885号124頁）。

(4) すでに指摘したように，公務員法上の公務員は，国賠法上の公務員に該当する。したがって，一般職の公務員も特別職の公務員も，これに該当する。したがって，国会議員，裁判官なども，国賠法上の公務員に当たる。また，行政権の作用のうち，許認可の行政処分については処分権者が大臣，都道府県知事，市町村長であるので，これらも特別職の公務員である（国公法2条3項1・2号，地公法3条3項1号）。

(5) 公務員の行為により被害をうけた者は加害者である公務員を特定しなければならないかという問題がある。この点については，(i) 加害者の公務員が集団の場合と，(ii) 加害者の公務員が個人の場合とに分けて考察する必要がある。(i) の加害者の公務員が集団をなしている場合，たとえば警察機動隊の警察官が集団として行動していて，集団示威運動を規制する場合に発生した加害行為について，被害者の側で，加害者の警察官を特定できない場合がある。この場合は，被害者は，個々の公務員の個人的氏名までも特定する必要はなく，集団の名称を指摘すればよい。すなわち，「一般的に加害者を特定して主張せられるが，それは加害者が果して国又は当該公共団体の公務員であるか否かを確定する必要に基づくものであって，それ以上の意義を有しない」(東京高昭和43.10.21判，判例時報536号18頁)。

これに対し，(ii) の加害者の公務員が個人の場合は，原則として，その公務員を特定する必要がある。たとえば，公立学校の教師が学校内の盗難事件の容疑者として生徒を取調べるに当たって生徒に暴行を加えた場合とか，公立高校の教師が生徒に対して長時間にわたり殴打を含む強圧的な懲戒を行った場合などである。