

# 公法と私法

橋本 勇 弁護士

## 1 行政法と行政訴訟

明治政府の最大の課題は、西欧列強の圧力に対抗し得る国作りであり、そのためには中央集権制国家を樹立することが望ましいと考えられ、フランスやドイツ（プロシヤ）における君主制国家が範とされた。その結果、国家体制を支える法学の分野においても、フランスやドイツのいわゆる大陸法系の理論を取り入れることとされ、公法分野におけるモッセや私法分野におけるポアソナード等のいわゆるお雇い外国人の指導の下に法律を整備したのであり、それが現在の法体系の基礎となっている。そして、戦前においては「このところ私法入るべからず」という公法の世界が確立され、行政事件を取り扱う裁判所として、東京に一審かつ最終の裁判所である行政裁判所が置かれ、行政裁判法がそこでの訴訟手続を定めていた。

このような中において、大審院（現在の最高裁に相当）は、大正5年6月1日の徳島小学校遊動円棒事件判決（民録22輯1088頁）において、次のように判示して、市立小学校の校舎その他

の設備の不備に対しても土地の工作物等の占有者及び所有者の責任を定める民法717条が適用されるとした。

「本件小学校の管理は上告人主張の如く行政の発動たること勿論なれども其管理権中に包含せらるる小学校校舎其他の設備に対する占有権は公法上の権力関係に属するものにあらず純然たる私法上の占有権なるのみならず其占有を為すにも私人と不平等の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占有を為すものなれば之に因り被上告人等に損害を被らしめたる本訴の場合に於て原院が民法第七百七十七条の規定を適用したるは毫も不法にあらず」（原文は片カナ表記）

公法私法二分論が大勢を占める時代において、この判決は、公法が適用される範囲を制限して、私人の権利の擁護を図る画期的なものと評価されたが、その射程はあくまでも設備の管理に限定されたものであり（この判決が戦後制定された国家賠償法2条の遠因となっている）、この判決がいう「公法上の権力関係に属するもの」に私法が適用される余地はないものとされてい

た。

ところが、太平洋戦争の敗戦による事実上のアメリカ（形式的には連合国による極東委員会）による占領下の社会改革においては、法制度も従来の大陸法系から英米法系への変革が求められ、昭和22年に施行された日本国憲法（以下「憲法」という）は、その76条2項で特別裁判所の設置を禁止し、従前の行政裁判所は廃止された。そして、訴訟手続については、行政処分取消し又は変更を求める訴訟について出訴期間の制限を定めるのみで、それ以外は民事訴訟と同一とする日本国憲法の施行に伴う民事訴訟法の応急的措置に関する法律が制定された。ところが、翌23年、連合国最高司令官の指示に基づいてなされた公職追放に対して平野力三元農相が民事訴訟法に基づく地位保全の仮処分申立てをし、東京地裁がこれを認めたことから、このような事件の再発を防ぐ必要があるとして、行政事件については仮処分を認めないこと等の民事事件の特例を定めた行政事件訴訟特例法が急遽制定されるに至った。

この行政事件訴訟特例法は、あくまでも民事訴訟に対する特例を定めるも

のであったが、その後、行政事件については公定力や不可争力等の行政法理論を踏まえた独立した手続法が必要であるとの論が高まり、昭和37年、この法律を全部改正して行政事件訴訟法（以下「行訴法」という）が制定され、同年10月1日から施行された。行訴法1条は「行政事件訴訟については、他の法律に特別の定めがある場合を除くほか、この法律の定めるところによる。」と定めているが、その7条は「行政事件訴訟に関し、この法律に定めがない事項については、民事訴訟の例による。」としている。そして、平成16年には、救済範囲の拡大（原告適格の拡大、義務付け訴訟・差止訴訟の法定化）、審理の充実・促進（裁判所の釈明処分の新設）、提訴に関する制度の拡充（被告適格の明確化、管轄裁判所の拡大、出訴期間の延長、出訴期間等の教示制度の新設）、仮の権利救済制度の整備（執行停止の要件の緩和、仮の義務付け・仮の差止め）の制度の新設を目的とした改正がなされ、翌年4月1日から施行され、現在に至っている。この平成16年の改正は、公法（行政）関係を特別扱いすることへの根強い批判に答えるものでもあったが、実体法の分野においても、伝統的な公法私法二分論による解釈論は少数派となっている（後記2参照）。

ところで、公法の最たるものが憲法であり、「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない。」（憲法98条1項）のであるが、世界的にみると、法令等が憲法に違反するか否かの判断をする権限を特別の裁判所（憲法裁判所）に委ねる国と通常の裁判所の判断に委ねる国がある。大陸法系と称されるフランスやドイツにおいては憲法裁判所が設けられ、具体

的な訴訟事件を離れて抽象的に法令等についての憲法適合性の判断がなされるのに対して、イギリスやアメリカに代表される英米法系の国においては、通常裁判所が具体的な訴訟事件の手続の中で違憲立法審査権を行使することになっている。戦前の日本においては、行政事件は行政裁判所だけで取り扱われる（大日本帝国憲法61条参照）という意味では大陸法系に属するが、裁判所は違憲立法審査権を有しないというのが一般的な理解であり、その意味ではいずれの法系にも属さないことになる。戦後になって、通常裁判所が違憲立法審査権を有し（憲法81条参照）、その権限は具体的な訴訟事件の手続の中で行使されるという英米法系の仕組みを取り入れた。それにもかかわらず、法令等が憲法に違反するか否かが争点となる訴訟（憲法は私人間には直接適用されないとされるので、刑事事件を除けば行政事件に限定される）については、通常の民事事件とは異なる理論構造をもつ行訴法が適用されることになっており、そこには大陸法系の思想が反映されている。

また、実体法の面においても、戦前に制定され、戦後大幅な改正がなされた法令もあるが、その法理論が根底から否定されたものは少なく、結局、我が国の法体系は、実体法、手続法ともに戦前に確立した大陸法系の古木に英米法系の新木を接ぎ木した特殊日本型というべき独自のものとなっているとすることができるように思われる。

## 2 公法と私法

### (1) 消滅時効

近年、債権回収に力を入れる地方公共団体が増えており、そこでの大きな議論の一つは、「金銭の給付を目的とする普通地方公共団体の権利は、時効

に関し他の法律に定めがあるものを除くほか、五年間これを行なわないときは、時効により消滅する。普通地方公共団体に対する権利で、金銭の給付を目的とするものについても、また同様とする。」と定める地方自治法（以下「自治法」という）236条の適用範囲である。

国の債権についてこの条文と同一の趣旨を定める会計法30条の適用について、最高裁昭和41年11月1日判決（判例時報467号39頁）は、国の普通財産の売払いは、「その法律関係は本質上私法関係というべきであり、その結果生じた代金債権もまた私法上の金銭債権であつて、公法上の金銭債権ではないから、会計法三〇条の規定により五年の消滅時効期間に服すべきものではない。」としたが、自衛隊員に対する国の安全配慮義務違反による損害賠償請求権の消滅時効が問題となった昭和50年2月25日の最高裁判決（判例時報767号11頁）では、「安全配慮義務は、ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係に入った当事者間において、当該法律関係の付随義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上負う義務として一般的に認められるべきものであつて、国と公務員との間においても別異に解すべき論拠はなし」として、次のように述べている。

「会計法三〇条が金銭の給付を目的とする国の権利及び国に対する権利につき五年の消滅時効期間を定めたのは、国の権利義務を早期に決済する必要があるなど主として行政上の便宜を考慮したことに基づくものであるから、同条の五年の消滅時効期間の定めは、右のような行政上の便宜を考慮する必要がある金銭債権であつて他に時効期間につき特別の規定のないものについて適用されるものと解すべきである。そして、国が、公務員に対する安全配慮義務を

解意し違法に公務員の生命、健康等を侵害して損害を受けた公務員に対し損害賠償の義務を負う事態は、その発生が偶発的であつて多発するものとはいえないから、右義務につき前記のような行政上の便宜を考慮する必要はなく、また、国が義務者であつても、被害者に損害を賠償すべき関係は、公平の理念に基づき被害者に生じた損害の公正な填補を目的とする点において、私人相互間における損害賠償の関係とその目的性質を異にするものではないから、国に対する右損害賠償請求権の消滅時効期間は、会計法三〇条所定の五年と解すべきではなく、民法一六七条一項により一〇年と解すべきである。」

この判例の事案は、国と公務員に対する安全配慮義務違反すなわち債務不履行による損害賠償を求めるものであるから、それは公法上の債権であるとするのが素直であり、前記の昭和41年判例によれば、会計法30条が適用され、5年で消滅時効が完成することになるはずである。しかし、公法上の債権と私法上の債権という区分の基準が不明確であるという昭和41年判例に対する批判を意識してか、この判例においては、会計法30条の立法理由と私人相互間における関係における場合との類似性を根拠に、同法の適用を否定したものであり、以後、消滅時効に関する司法判断はこの考え方によるものが大勢となっている。その意味で、少なくとも債権の消滅時効に関する限り、公法私法二分論は姿を消したということができよう。

## (2) 公法関係と私法関係の区別

前掲昭和50年判例は、安全配慮義務に関する限り、国と公務員における関係も私人間におけるそれも変わりが無いとするが、公務員の中でも民間における労働者と同様な取扱いをされる場

合が多い現業職員について、最高裁昭和49年7月19日判決(判例時報753号5頁)は、次のように述べてその勤務関係は基本的に公法関係であるとす

「現業公務員は、一般職の国家公務員(国公法二条二項、公労法二条二項二号、国の経営する企業に勤務する職員の給与等に関する特例法二条二項参照)として、国の行政機関に勤務するものであり、しかも、その勤務関係の根幹をなす任用、分限、懲戒、服務等については、国公法及びそれに基づく人事院規則の詳細な規定がほぼ全面的に適用されている(なお、郵政省設置法二〇条参照)などの点に鑑みると、その勤務関係は、基本的には、公法的規律に服する公法上の関係であるといわざるをえない。もつとも、現業公務員は、国が経営するものとはいえ、郵便事業等という経済的活動を行う企業に従事するものであるし、更に、右公務員に適用される公労法は、労働条件に関する事項につき団体交渉の対象としたうえそれにつき労働協約の締結を認め(同法八条)、また、国公法の適用を一部除外する反面、労働基準法、労働組合法、労働関係調整法等の適用があることとしているのであつて(同法四〇条一項参照)、これらの点などからすると、その勤務関係は、国公法が全面的に適用されるいわゆる非現業の国家公務員のそれとは異なり、ある程度当事者の自治に委ねられている面があるということができる。しかし、右の面も、結局は国公法及び人事院規則による強い制約のもとにあるから、これをもつて、現業公務員の勤務関係が基本的に公法上の関係であることを否定することはできない。」

すなわち、公法関係か私法関係かは、

その法律関係が法令によって規律されているか否か、当事者が自らの意思によってその内容を決定できるか否かによって判断されるのであり、ある程度当事者自治が認められている部分があるとしても、基本的な部分が法令で定められている関係は「基本的に公法上の関係である」とされるのである。ただ、「基本的に」という以上、その基本から外れた部分がどうなるかという問題があり、さらに議論は複雑になる。

昭和59年に至り、最高裁第一小法廷は、入居者の資格が法定され、入居の決定について公募及び公正な選考が義務付けられている公営住宅(公営住宅法22条～25条)の利用関係について、「公営住宅の使用関係には、公の営造物の利用関係として公法的な一面があることは否定しえない」が、「入居者が右使用許可を受けて事業主体と入居者との間に公営住宅の使用関係が設定されたのちにおいては、前示のような法及び条例による規制はあつても、事業主体と入居者との間の法律関係は、基本的には私人間の家屋賃貸借関係と異なるところはなく」、「公営住宅の使用関係については、公営住宅法及びこれに基づく条例が特別法として民法及び借家法に優先して適用されるが、法及び条例に特別の定めがない限り、原則として一般法である民法及び借家法の適用があり、その契約関係を規律するについては、信頼関係の法理の適用があるものと解すべきである。」とする判決(昭和59年12月13日判決・判例時報1141号58頁)をした。

このような判例は、①法律関係の発生、②その法律関係の継続において生ずる派生的権利関係及び③その法律関係の終了という各段階における法律関係を規律する法令の規定を個別に解釈、適用するという姿勢によるものと理解され、各段階毎に当該権利関係に

適用されるべき法令を考えると、それぞれの段階における権利関係の発生には④行政処分による場合、⑤公法に属する法令によってある事実関係が生ずれば、当然に発生するものとされ、その事実関係が発生した場合、⑥契約による場合、⑦私法法規（行政庁の許可、認可等を規定するものを除く）により、事実関係が生ずれば当然に発生するものとされ、その事実関係が生じた場合があるところ、④及び⑤は公法関係であり、⑥及び⑦は私法関係となるという（司法研修所編『改訂行政事件訴訟の一般の問題に関する実務的研究』（法曹会、平成12年）9頁参照）。しかし、④と⑥の区別は比較的容易であるかもしれないが、⑤と⑦については、その区分の前提として公法法規と私法法規の別を判断しなければならず、トートロジーに陥っているようにも思われる。

ともあれ、上記のような判例の底流には、一般の社会生活におけるルールを定めるのは私法であるから、紛争はできるだけ一般になじまれている私法を適用して解決するのが望ましいという思想があるように思われる。そして、それを極限にまで推し進めたものに、地方公共団体の長の当該地方公共団体に対する賠償責任の根拠が民法にあるとする次の判例（最高裁昭和61年2月27日判決・判例時報1186号3頁）がある。

「法〔注：自治法を指す〕における職員の賠償責任に関する制度の制定、改正の経緯に現行二四三条の二の規定内容を合わせ考えれば、同条の趣旨とするところは、同条一項所定の職員の職務の特殊性に鑑みて、同項所定の行為に起因する当該地方公共団体の損害に対する右職員の賠償責任に関しては、民法上の債務不履行又は不法行為による損害賠償責

任よりも責任発生の要件及び責任の範囲を限定して、これら職員がその職務を行うにあたり長縮し消極的となることなく、積極的に職務を遂行することができるよう配慮するとともに、右職員の行為により地方公共団体が損害を被つた場合には、簡便かつ、迅速にその損害の補てんが図られるように、当該地方公共団体を統轄する長に対し、賠償命令の権限を付与したものであると解せられる。（中略）

当該地方公共団体の右職員に対する損害賠償請求権は、同条一項所定の要件を充たす事実があればこれによつて実体法上直ちに発生するものと解するのが相当であり、同条三項に規定する長の賠償命令をまつて初めてその請求権が発生するとされたものと解すべきではない。（中略）

そして、普通地方公共団体の長は、当該地方公共団体の条例、予算その他の議会の議決に基づく事務その他公共団体の事務を自らの判断と責任において誠実に管理し及び執行する義務を負い（法一三八条の二）、予算についてその調製権、議会提出権、付再議権、原案執行権及び執行状況調査権等広範な権限を有するものであつて（法一七六条、一七七条、二一一條、二一八條、二二一條）、その職責に鑑みると、普通地方公共団体の長の行為による賠償責任については、他の職員と異なる取扱をされることもやむを得ないものであり、右のような普通地方公共団体の長の職責並びに前述のような法二四三条の二の規定の趣旨及び内容に照らせば、同条一項所定の職員には当該地方公共団体の長は含まれず、普通地方公共団体の長の当該地方公共団体に対する賠償責任については民法の規定によるものと解するのが相当で

ある。」

この判例は、支出負担行為を部長が、支出命令を課長が、それぞれ専決して支出された市長交際費について、その支出が違法であるとして市長に対して損害賠償を請求する住民訴訟についてのものであるが、そこで指摘されている「職員の賠償責任に関する制度の制定、改正の経緯」というのは、日本国憲法の施行に伴う民事訴訟法の応急的措置に関する法律や行政事件訴訟特例法の時代である昭和20年代から30年代にかけての経緯であり、それを前提として、長が自治法に基づく種々の権限及び義務を有しているという理由で、その責任は民法の規定によるとするものである。このことについて、原審（東京高裁昭和58年8月30日判決・判例時報1090号109頁）は、自治法243条の2の趣旨は「同条第一項所定の職員の職務又は同項に掲げる各行為の特殊性に鑑みて、同項所定の行為によるこれらの職員の賠償責任については、これを私法上の債務不履行責任又は不法行為による損害賠償責任とは別の公法上の特殊責任」であるとしており、自治法243条の2第1項が責任原因として掲げる支出負担行為、支出命令並びに契約の履行の確保のための監督及び検査の権限を本来的に有するのは長であることからしても、この原審判決の方が説得力があるように思われる。ともあれ、この判例は、長たる地位に就くことによって法律上当然発生する法定の責任をもって私法上のものとしたものであり、伝統的な公法私法二分論はもとより、公法と私法の区別を認めつつ、問題とされる場面に依じていずれに属するかを判断するという考え方とも異なると評されてしかるべきであろう。❁