

# 「国家無答責の法理」と民法典

松 本 克 美

- 一 本稿の課題
- 二 「国家無答責の法理」をめぐる戦後の問題状況
- 三 近時の戦後補償訴訟と「国家無答責の法理」
- 四 「国家無答責の法理」と民法典

「一般ノ賠償ノ通則トシマスレバ公ケノコトデアルカラ夫故ニ一己人ニ其職務ノ執行ニ付テ非常ニ損害ガ生ジテモ是ハ御上ノコトデアルカト言ツテソレハ償ナハヌウ云フノハ憲法ノ精神ニモ余程戻ルモノデアラウト思フ」

(穂積陳重・法典調査会民法議事速記録・1895(明治28)年10月2日)

## 一 本稿の課題

本稿の課題は、日本における「国家無答責の法理」と民法との関連を、民法典の制定過程にさかのぼって検討することにある。「国家無答責の法理」とは、国家ないし官公吏(公務員)の違法な行為によって損害が生じても、国家が賠償責任を負わないことを言う。別の言葉で「国家無責任の原則」<sup>1)</sup>とか「公権力無責任の原則」<sup>2)</sup>などという場合もある。後述のように、戦前日本では判例・通説ともこのような「国家無答責の法理」に支配されていたと解されてきた。しかし、戦後は日本国憲法17条によって、「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」とされ、これを受けて、憲法施行と同年の1947(昭和22)年に「国家賠償法」が制定され(同年10月27日。同日施行)、国の賠償責任については立法的

解決が図れている。

このような状況のもとでは、今更、戦前の「国家無答責の法理」と民法の関連を検討することは、歴史的な経緯を確認する点で意義はあるだろうが、それを超えて何か理論的・実践的意義を帯びるものではない。それが、学説の大方の見方だったと言えよう。

ところが、1980年代後半から90年代になって、にわかはこの「国家無答責の法理」が裁判上の争点となるような訴訟が多数登場した。外国人を原告として第二次世界大戦中に生じた虐殺や人体実験、従軍慰安婦被害、強制連行・強制労働など、いわゆる人道に対する罪<sup>3)</sup>に当たるような重大な人権侵害を受けた被害者またはその遺族たちが、日本国や日本企業を相手取って損害賠償などを請求する訴訟、いわゆる戦後補償訴訟が数多く提訴されるに至ったからである<sup>4)</sup>。ここでは、戦前に行われた国の不法行為について国は賠償責任を負うのかという点が正面から激しく争われている。かくして、戦前の日本においては、国家の行為によって被害が発生しても国家は賠償責任を負わないとする国家無答責の法理の問題は、損害賠償請求権の時効・除斥期間問題や、条約による決着済み論などとともに、戦後補償訴訟における原告の請求をはばむ高い壁としてそびえ立ってきたのである<sup>5)</sup>。

しかも、注目すべきことは、当初は、「国家無答責の法理」を理由に、いとも簡単に戦前の国家の不法行為責任を否定する判決が相次いできた中で、昨年になって、これとは正反対に、「国家無答責の法理」の適用を排除し、戦前においても国は民法上の不法行為責任を負っていたとする画期的な判決が3件たて続きに下されたのである。今や「国家無答責の法理」と民法というテーマは、過去の遺物ではなく、きわめて現代的な意義を帯びた一大争点となっているのである。

実は、「国家無答責の法理」と民法の問題は、もともと民法典の起草過程においても議論された一大論点である。ポアソナードは、官吏の違法な行為に対して国家や地方自治体が民法上の不法行為責任を負うことを当然

とし、その意味で、使用者責任にあたる規定に、「公ノ事務所」を明文で規定しようとしていた（その後の制定過程でこの部分は削除される）。また、明治民法典の起草過程においては、官吏の不法行為について、国は使用者として民法上の使用者責任を負うかどうか激しく論争された。この点で、起草者たる穂積陳重は、特別法がない限り、国家が715条で使用者責任を負うことになるのは「当然」であって、そうでないとしたら「憲法に悖る」とまで断言していること、このような国家責任の成立は起草者三人の共通の理解であると強調していたことは注目に値する。「憲法と民法」との関係が問題とされている現在<sup>6)</sup>、「国家無答責の法理」と民法というテーマは、大日本国憲法下での民法の役割を再検討する上でも注目すべき素材なのである。

本稿では、次項で「国家無答責の法理」と民法をめぐる戦後の学説と判例を確認した上で（二）、近時の戦後補償訴訟判決の注目すべき動向を検討し、検討課題を析出した上で（三）、戦前における「国家無答責の法理」をめぐる立法史を、行政裁判制度の立法過程の考察を経て、旧民法典、明治民法典の起草過程にスポットをあてて検討したい（四）。もとより、「国家無答責の法理」と民法という本稿のテーマからすれば、その後の戦前の判例、学説の検討もメインテーマになるのはもちろんである。だが、この課題には紙幅の都合と筆者の準備の問題から、近日中に別稿で答えることにしたい。

## 二 「国家無答責の法理」をめぐる戦後の問題状況

### （一）判 例

日本国憲法とともに、1947年（昭和22年）5月3日裁判所法が施行され、憲法76条が規定する最高裁判所が発足した。その3年後、最高裁判所は、注目すべき次の判決を下した。事案は、第二次大戦終了直前（昭和20年7月上旬）に国が疎開先として買収した家屋を、その後所有者X（上诉人）

が同年7月31日までに自ら解体退去することを条件として和歌山県知事から買戻許可を受けたが、Xがこれを撤去しなかったために、警察官が同年10月12日にその家屋を違法に破壊したとして、Xが国を相手取って損害賠償請求をしたものである。最高裁は、次のように判示して国の責任を否定した原審を維持し、上告を棄却した(最判1950(昭和25)・4・11裁判集民事3号225頁)。

「公権力の行使に関しては当然には民法の適用のないこと原判決の説明するとおりであって、旧憲法下においては、一般的に国の賠償責任を認めた法律もなかったのであるから、本件破壊行為について国が賠償責任を負う理由はない。」「大審院も公務員の違法な公権力の行使に関して、常に国に賠償責任のないことを判示してきたのである。」(傍点は引用者。以下同様)

しかし、この最判1950年については、次のような指摘をできる。

最判1950年の論理の脆弱性 本判決は、前述したように、「大審院も公務員の違法な公権力の行使に関して、常に国に賠償責任のないことを判示してきたのである」としているが、このような単純な断定は、戦前の判例の評価としては、きわめて粗雑な断定である。まず、第一に、「国家無答責の法理」は、「公権力の行使」一般に関する問題であるのか、第二に、「常に国に賠償責任のないことを判示してきた」のかが問われなければならない。

事案類型の相違 また、最判50年の事案は、建物の損壊という物的損害である。被害の特質からすれば、本稿で対象とするような戦後補償訴訟で問題となっているような「人道に対する罪」にあたるような深刻な人権侵害と同列には論じられないはずであり、この点でも最判50年の射程距離が単純に戦後補償訴訟に及ぼされるべきか問題である。

## (二) 学 説

### 1 田中二郎の見解

(1) 戦前の判例に対する認識

戦前の日本において国家賠償責任の問題をめぐる研究は、行政法学者を中心としてなされていた。中でも、この問題に関する判例を包括的、詳細に分析し、比較法的検討も行い、ひとつの水準を作り上げていたのが、「戦前・戦中派」の「いわゆる7人組」の一人といわれる田中二郎である<sup>7)</sup>。

田中は、戦後直後の1946（昭和21）年に戦前における自らの判例研究について、その後の判例の動向を補足する「追補」を発表するとともに<sup>8)</sup>、国家賠償責任の立法化についていち早く提言を行っている。そこには、国家賠償責任についての立法化をしなければ、判例の発展に任せておくことはできないという田中の認識を明瞭に確認できる。そのような判断の前提となる日本の判例についての認識を田中は次のように述べている。

「不法行為に基づく損害賠償の問題については、権力的作用（公権力の発動たる作用）と非権力的作用とを区別し、後者に基づく損害については、判例により、漸次、私法の不法行為法の適用範囲を拡大し、国又は公共団体の責任を肯定する例が多くなって来ているが、前者に基づく損害については、特別の規定のない限り、私法の不法行為法の規定は適用されないとして、一貫して国又は公共団体の賠償責任を否定し、ただ現実の行為者たる官公吏の責任について、一方、公法上の職務行為に基づく損害については、仮令故意過失に基づく場合においても、特別の規定のない限り、一般に、賠償責任を否定すると共に、他方職務外の行為については勿論、形式上職務行為に属するものであっても、職権を濫用し、故意に他人の私権を侵害する場合には、その損害の賠償責任を肯定する傾向に在ったのである。<sup>9)</sup>

以上のように、戦前日本の判例が、権力的作用と非権力的作用とを区別し、前者に関しては国家や公共団体の損害賠償責任を否定したが、後者については、民法の不法行為法の適用範囲を拡大してきたという認識は、当時の通説的な見解と言える<sup>10)</sup>。

(2) 憲法17条の意義

その上で、田中は次のように、憲法17条で国民の国家に対する賠償請求権が規定されたことの意味を捉えている。

「自由主義的法治国家思想なり民主主義的法律思想の発展につれて、フランスの行政判例法に見るように、判例を通して公の賠償責任の範囲を拡大してゆくことも、ある程度に、期待し得ないではない。併し公法と私法との二元的対立を肯定している現行法の建前の下においては、解釋理論上、全面的に公の賠償責任を肯定することは、極めて困難であり、判例法の発達を以ってしても、われわれの法感情を十分に満足させ得る解決に到達することは、早急に期待するを得ず、根本的な解決のためには、立法手段に俟つのが簡明率直な方法と考えられたのである。今や新憲法の下にその解決を見ようとするに至ったわけである。」<sup>11)</sup>

ところで、憲法で国家への賠償請求権を保障すれば、それに基づいて国家の賠償責任が認められるのか、それともさらに国家賠償責任を認めるための特別立法が必要であるのか。制定された憲法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。」と規定しているが、公務員の公権力に関する不法行為について広く民法が適用されると解すならば、あえて特別法がなくとも、国や公共団体の賠償責任を肯定できることになり、憲法はそのことをあらためて確認しただけと解釈することも可能である。しかし、田中はそのような見解はとらずに、憲法に17条が制定されたことに「特に意味がある」ことを強調した。

「我が国においては、従来、少なくとも権力的作用に基く損害については、一貫して、公の賠償責任を否定して来たのであって、新たにこれを規定しなければ、新憲法の下においても、依然としてこれを否定し、基本的人権の保障も、その実質的意義を失う惧れがある。公の不法行為責任を規定したことは、わが国の場合においては、特に意味が

あるという所以である。」<sup>12)</sup>

田中は、こうした憲法規定の制定が、判例に「百八十度の転回」をもたらすことになることを指摘する。「この規定によって、従来、権力的作用に基く国又は公共団体の賠償責任を否定して来た我が国の判例が百八十度の転回を行わなければならないことだけは疑を容れない。」<sup>13)</sup>「要するに、憲法の新たな規定によって、国又は公共団体の賠償責任問題は、正に百八十度の転回を見ようとしている。」<sup>14)</sup>

### (3) 国家賠償責任を認める特別法の必要性

このように憲法17条の制定が判例に「百八十度の転回」をもたらすのならば、そのうえさらに特別立法は必要ないのではないか。しかし、田中は、次のように、権力的作用について民法を適用して国家の賠償責任を認めることには、戦前の判例同様否定的である。

「公務員の行為が私法的又は私経済的性質のものであれば、従来でも、民法不法行為法の規定に従って、国又は公共団体の責任が肯定されて来たのであって、ここに新たな規定を設けるまでもない。新たな規定の必要とせられる所以は、従来、賠償責任の否定された公権力の行使に当る公務員の行為について国又は公共団体の賠償責任を肯定せんがためである。これは、従来は公法の領域に属する問題であり、民法不法行為法の適用外の問題であると考えられたのである。ここで、今、新たにこの責任を認めようとするに当たっては、その性質は立法政策的見地から如何ようにでも定め得るのであるが、裁判制度の統一等、新憲法のとっている建前からいって、これを私法的な責任として規定するのが妥当ではないかと考える。」そして、公務員の行為に関する国又は公共団体の賠償責任だけであれば、民法中に規定するだけでも足りるが、営造物の設置管理の瑕疵が問題となるので、これとあわせて特別法で規定するのが望ましいと提言している<sup>15)</sup>。

### (4) 国家賠償法について

さて、国家賠償法は、冒頭で述べたように、新憲法の施行（1947年5月3日）から遅れること約半年の1947年10月27日に制定、同日施行されるこ

とになった。このような 憲法施行期日と国家賠償法施行期日のずれは、憲法17条制定後、国家賠償法制定・施行までの約半年間の間には、憲法17条を直接の根拠として、国家の賠償責任を肯定できるのかという理論的問題を突きつけることになった。

田中は次の理由でこれを否定する。

「惟うに、新憲法の下においても、公法と私法の二元性は、全く否定されるに至ったとは考えられないのであって、その二元性が肯定される以上、憲法第17条の規定が設けられたというだけの理由で、公権力の発動たる行為に、当然に、民法不法行為法の適用が認められるに至ったと解するのは妥当ではないと思う。やはり、憲法第17条に基き、国又は公共団体の不法行為責任を定める『法律』の規定を俟ってはじめて、それが実効性をもつに至るものとするべきであろう（従って、『法律』が定められるまでは、憲法が施行されても、国又は公共団体の賠償責任は認められない。本法附則末項はこの趣旨に解すべきである）」<sup>16)</sup>

ここで「本法附則末項」とは、国家賠償法付則6項「この法律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。」を指している。ここでいう「従前の例による」の具体的意味をめぐっては、後に実際に裁判で大きな争点となるのだが、田中は次のような解釈を示している。

「ここで『従前の例』というのは何か、多少問題の余地がある。憲法第一七条が実定法的意義をもつかどうかによって、結果に相違を生ずるのであるが、私は憲法一七条はプログラムの性質を有するに止まると解するのであって、この見地によれば、従前の例によるというのは、例えばこの法律施行前の公権力の行使に基づく損害については、国又は公共団体としては、賠償責任を負わないことを意味するものと考えなければならぬ。」

「新憲法第一七条は、この国家賠償法の制定実施によって、はじめて実効性をもつことになったのであって、この意味において国家賠償法



は正に憲法付屬法令といわなくてはならないのである。」<sup>17)</sup>

憲法17条がプログラム規定であるという田中の見解は、当時の他の行政法学者によっても主張されている<sup>18)</sup>。しかし、憲法17条をプログラム規定と解すことが、憲法施行後国家賠償法施行前の公権力の行使事案における国家賠償責任の否定に直結するかといえ、そうではなく、田中とは異なる見解も表明されている点は注意を要する。例えば、雄川一郎はワイマール憲法131条が「官吏がその職務に属する公の権力を行使するにあたって、第三者に対して負う職務義務に違背した場合には、その賠償の責任は原則としてその官吏を使用する国又は公共団体に属する。但し官吏に対する求償権を妨げない。通常裁判所に出訴する権利は除くことができない。詳細の規定は権限ある立法の定める所による。」と規定し、その後ドイツの判例が、本規定を現行法たる効力を有し、単なる宣言の規定ではないとしたことを紹介したうえで、「これをわが憲法一七条について考えると、本条は『法律の定めるところにより……』として具体的な要件を法律に譲り、ワイマール憲法の如き具体的な規定を欠いているので、本条に基づく法律のないかぎり、直接本条によって賠償請求権を基礎づけることはできないものと考えられ、その意味で宣言の規定に属するものである。」としている。そして、雄川も田中同様、憲法17条にいう「法律」につき、「公権力の行使に関するかぎり憲法一七条の責任には民法の適用はなく、国家賠償法がそこをカバーする」としつつ、「但しこの論理を厳格に貫けば、憲法施行後、国家賠償法未施行の間に生じた権力作用による損害については適用すべき法規が存しないこととなるが、その場合は憲法の精神を尊重して民法の類推適用をなし得るのではないかと考える。」としている<sup>19)</sup>。

以上のような田中二郎の見解は次のように要約できる。

第一に、戦前日本の判例は、公権力の行使によって生じた損害についての国家の賠償責任について、公権力を権力的作用と非権力的作用に分けて、後者については、民法の規定を適用し国家の不法行為責任の肯定範囲を拡大してきたが、前者については、一貫して国の賠償責任を否定してきた。

第二に、戦後憲法は、このように戦前の判例が権力的作用に基く損害について国家の賠償責任を一貫して否定してきたのを「百八十度」転換させるために、特に17条を設けた。

第三に、しかし、戦後憲法の制定によっても、公法と私法の二元性は否定されたわけではなく、また、17条自体はプログラム規定なので、権力的作用に基く損害についても国家が賠償責任を負うことを法律上明らかにするための特別法として国家賠償法が制定された。

第四に、従って、国家賠償法付則6項の「従前の例による」とは、国家賠償法施行以前に生じた権力作用に基く損害については、国家は賠償責任を負わないことを意味している。

こうした戦後直後に表明された田中の見解は、田中の深く広い研究業績に加え、最高裁判事の歴任などの輝かしい経歴<sup>20)</sup>とともに、通説としての田中説の位置をますます強固にし、法曹実務家、とくに裁判官や国賠訴訟で被告となる国側代理人である訟務検事などに強い影響を持ち続けたと思われる。しかし他方で、戦前の行政法学との連続性をももつ、その公法・私法二元論などが、果たして戦後憲法のもとにおいて維持されるべき論理であるのかについての方法的批判もなされることになった<sup>21)</sup>。この点は、戦前の「国家無答責の法理」の成立における公法・私法二元論の役割との関係で、次稿であらためて検討の俎上へのぼるであろう。

## 2 戦後行政法学と「国家無答責の法理」

それでは、田中以外の戦後行政法学は「国家無答責の法理」をどのように捉えていたのであろうか。国家賠償法についての初期の体系書である今村成和の著作は、次のように「国家無責任の原則」を論じている。

「違法行為に基く損害の賠償には、絶対主義的天皇制に強められた、国家無責任の原則が立ちはだかっていた。明治憲法時代を通じて、国の賠償責任を一般的に認めた法規は存在しなかった。……行政裁判所は、損害要償の訴を受理しなかったから、公法上の責任論の発展の余

地はなかった。かくて、明治憲法下における国の賠償責任は、民事事件として、通常裁判所が、私法法規の適用を承認する限度においてのみ判例法的に成立し得たに止まった。<sup>22)</sup>

「絶対主義的天皇制に強められた、国家無責任の原則」という今村の指摘の中にも、日本における特殊性の指摘を見ることができるが、この問題を、国家賠償責任の比較法的検討を踏まえて、詳細に検討したのが、下山瑛二の研究である。下山も、「わがくにでは、終戦まで、権力的作用による損害賠償責任は少しも問題にならなかった」<sup>23)</sup>としつつ、国家の無責任が日本に固有なものではなく、むしろ近代資本主義国に共通な側面を有することを指摘する。その上で、「ここで根本的に異なるのは、西欧の場合においては、国家機関 = 人民という政治理念のうえに構成されたのに反して、日本の場合には、国家の絶対性から出発している。したがって、西欧の場合の政治的責任を負うがゆえに法的責任を負うことなしということは、日本においては、天皇の絶対的不可誤謬性に基礎づけられている。したがって、この無責任の法理は、近代法の根本である権利概念にうらづけられているのではなく、かえって、絶対主義国家体制の権力服従関係に依存していたところに、根本的な差異が見いだされる。」と指摘する<sup>24)</sup>。

戦前における日本の国家賠償責任の後進性を指摘する見解は、その後も支配的見解として維持されている。阿部泰隆は、次のように指摘する。「わが国の明治憲法体制では、公権力活動については官吏個人の責任を否定する点で、英米法より遅れ、公法の領域としつつ、行政裁判所の管轄を否定する点でフランス法に遅れ、国家も官吏も責任を負わないという、まさに完全な切捨御免の法制で、比較法的に見て、著しく遅れていた。」<sup>25)</sup>

戦後行政法学においては、戦前の「国家無答責の法理」はこのように批判の対象とされるべき日本の後進性を示す理論でしかなかった。日本国憲法の下に、国家賠償法が制定されているのであるから、理論的、実践的な課題は、国家賠償法を如何に戦前のような後進的な国家賠償責任論に貶めないで発展させるかに主眼が注がれたのは当然であろう。

ところで、戦後になって主として研究者として出発した行政法学者は、このように戦前の「国家無答責の法理」をただ否定するだけですが、田中二郎のような「戦前・戦中派」は、戦前の「国家無答責の法理」の正当性については、どのように考えたのだろうか。この点、田中は戦後直後の新憲法制定前に発表した判例研究の論文で、次のように述べている。

「私は我が国の制度の建前からいって、この通説・判例の承認する理論の正当性を信ずるのであるが、この理論に対して、『その結果は必ずしも我々の法感情を満足せしめるものではない』として、公法人の権力的作用に基く損害についても正面から私法上の賠償責任を認めようとし、その理論構成に努力して居る者のあること（三宅・判例民法昭和16年度9事件35頁以下。但しこの見解はそのままには是認し難い）、而して自由主義的法治国思想なり民主主義的思想の発展につれて、フランスの行政判例法に見るように、判例を通して、公法人の損害賠償責任の範囲を次々と拡大して行くであろうことを予期し得てある。」

しかし、日本の判例動向は、ドイツ、フランスに比して、「決して進歩的とはいい得ず、まだまだ、われわれの法感情を、満足せしめるものではない、との批評を免れ難い。自由主義的・民主主義的国家への更正に当たって、封建的警察国家的な制度並びに理論の残渣の払拭が強調されて居るときに当り、それと密接なつながりをもって発展して来た行政上の不法行為責任に関する判例法にも飛躍的な発展が期待されるが、同時に、その立法的な解決をも考慮に値する問題といわなければならない。」<sup>26)</sup>

ここで注目すべきは、戦前判例における「国家無答責の法理」につき、田中自身が「封建的警察国家的な制度並びに理論」と「密接なつながりをもって発展して来た」ことを認めつつも、戦後にいたってなお一方で、「我が国の制度の建前からいって、この通説・判例の承認する理論の正当性を信ずる」としている点である。実は戦前、田中が1933（昭和8）年に公表した国家の賠償責任をめぐる自らの第一論文においては、国家の権力

的作用についても民法を適用して国家の賠償責任を認めるべきであるとして、当時の判例・通説を真っ向から批判する先駆的な見解を公表していたのである<sup>27)</sup>。その田中はそれからわずか4年後には、自説をまったく転換し、判例・通説の正当性を承認するに至る。しかも、戦後になってもなお、戦前の「国家無答責の法理」につき「我が国の制度の建前」を理由にその「正当性を信ずる」としているのである。

このような田中説の特徴との関連で想起されるのは、渡辺洋三の次の指摘である。渡辺は、1970年代初頭に「日本現代法学の総括」を論じた研究の中で、田中二郎を戦後の「非概念法学」に位置するものとしながら、「上杉 美濃部 田中行政法学の展開は、天皇制の下における絶対主義的側面、立憲君主制の側面、国独資的側面をそれぞれ代表していたが、いずれも天皇制の枠内にあり、家父長制的官僚国家観の影響を脱していない。家父長制的官僚国家観はまた容易に戦後の現代福祉国家論とむすびつく（国家は善で国民を保護するものという共通の思想）」とし、次の点を指摘する。戦後における「非概念法学のうちのある種のもの」（傍点渡辺）は、「『概念法学』的旧官僚法学に対する批判としては有効でありえても、それに代わる権力コントロールの原理的基準を示しえないために、かえって、現代官僚制の新しい形態での支配に適合的な法律学としての役割を果たすに至っている」という「方法論内在的な弱点」を指摘し、それが「根底において、権力信頼の伝統的法思想からなお脱却しきっておらず、それを前提とした上で、より合理的な形態における権力の発動を担保するところの法律学として機能する」と分析している。「そして一般に、非概念法学の下での柔軟な解釈が、その柔軟性のゆえに、事物の動きによく対応しようとするとともに、権力によるべき原理的基準を放棄ないし無視するという傾向をうみ出している」（傍点渡辺）点を指摘する<sup>28)</sup>。渡辺の指摘は田中の国家賠償責任論を直接に批判の対象としているわけではないが、田中の特色とする「柔軟性」「権力信頼」は、まさにこの分野にも当てはまるように思える<sup>29)</sup>。

### 3 戦後民法学と「国家無答責の法理」

国家賠償法につき民法学者として、体系的で詳細な検討をなした嚆矢としてあげられるべきは、1965(昭和40)年の『注釈民法(19)』における乾昭三の「国家賠償法」の注釈であろう<sup>30)</sup>。乾は、国家賠償法施行までの戦前の状況を、見事に要約している。その骨子を引用してみよう。

「明治憲法のもとにあつては、官吏はもっぱら天皇に対してのみ義務を負い、国家無責任の原則が支配していた。官公吏の職務上の不法行為により私人に加えた損害について、国または公共団体の賠償責任はもちろん、官公吏個人の賠償責任を認める一般的な法律はなかつた。……そして、行政裁判所は損害要償の訴を受理しないことになつていたので(行政裁判法16)、国または公共団体に対し損害賠償を請求するには、民事事件として司法裁判所に申し立てる以外になつた。したがつて、国家賠償に関する判例法は、もっぱら大審院を中心に、私法の適用の可否をめぐつて発展してきた。

大審院の国家賠償に関する判例法は、大体次のような傾向をもつていた。

- (1) 国または公共団体の営利を伴う私経済作用にかかわる損害については、早くから民法の適用を認めて、国または公共団体の賠償責任を肯定した。……
- (2) 国または公共団体の非権力的公行政作用にかかわる損害については、明治期の判例は国または公共団体の賠償責任を否定した。……しかし、大正期になると、徳島小学校の遊動円棒の腐朽による児童の死亡につき、市に土地工作物責任を課した事件(大判大5・6・1民録22・1088)を転機として、しだいに国または公共団体の賠償責任を肯定するようになった。……
- (3) 国または公共団体の公権力作用にかかわる損害については、一貫して賠償責任を否定し続けた。……
- (4) 官公吏個人の賠償責任も、特別の法規がない限り一般に否定され

る。……しかし、官公吏が職権を濫用して故意に私人の権利を侵害したときは、もはや官公吏としての行為ではなく、私人としての行為であるとして、民法の規定を適用し、賠償責任を認める……」。

「新憲法17条は、明文をもって国家無責任の原則の廃棄を宣言した。」<sup>31)</sup>（傍点は引用者。以下同様）

戦前日本においては、「国家無責任の原則」が支配しており、官公吏の職務上の不法行為について国や官公吏個人の賠償責任を認める「一般的な法律」はなく、判例上も、権力的作用にかかわる損害については国や官吏個人の賠償責任を認めなかったとする捉え方は、戦後民法学において、乾に限らず、当時の、そして、今日でもなお通説的な見解だと言えよう<sup>32)</sup>。

#### 4 戦前の国家の不法行為に対する民法の適用可能性

ただ、今村や乾のように、戦前においては、国家の賠償責任を認める「一般的な法律」はなかったとする捉え方には異論もあり得る。なぜなら、後述のように行政裁判所が損害要償の訴えを受理しないことを明文で規定していたとしても、民法では国家が賠償責任を負うことを明文で排除してはいなかったのであるから、論理的には、国家の不法行為についても民法が適用され、通常の民事裁判所に損害賠償を請求し得ると解す余地はあるからである。そして、後述のように行政法学者の中にはこの点を示唆する研究もあるのである。

宇賀克也は「行政裁判所と異なり、司法裁判所は国家責任訴訟につき明示的に管轄が否定されていたわけではなかったから、立法者の意思がどうであれ、公権力の行使による場合を含めて国家責任訴訟一般に民法を適用するということも全く不可能というわけではなかった」とする<sup>33)</sup>。そして、「司法裁判所に関しては、国家責任についての明文の規定はなかったわけであるから、立法者意思がどうであれ、高権的活動における国の責任についても民法を適用する余地はあったのであり、これがなされなかった点については、消極的に評価されようが、多面で、英米型主権免責理論を採用



する余地もあったのであり、国の私的経済的活動に基づく責任につき民法を適用した点については、積極的に評価されよう。」として、戦前日本の国家無答責の法理についての後進性ととも、積極面も評価している<sup>34)</sup>。

同様に阿部泰隆も、戦前日本における「公權力無責任の法理は明文の規定によるのではなく、公法と私法の二元性という理論によるものであったことで、それを放棄することは本来は法律の制定を要せず単なる解釈の変更で可能であった」と指摘し<sup>35)</sup>、「公権力の行使に民法が適用されないとの点でも、損害賠償訴訟では、結局は生じた損害の金銭填補が問題で、そこには行政の優越的地位を認めるべきでないとするならば、当時でも民法の適用が可能であったはずである。」とする<sup>36)</sup>。芝池義一も戦前日本においては、「国・公共団体の損害賠償責任については、民法の適用があり、司法裁判所が管轄権を有すると解する可能性が存在した」とする<sup>37)</sup>。

## 5 小 括

以上、国家無答責の法理をめぐる戦後の学説を概観してきた結果、次の点を指摘できる。

第一に、戦前の日本では、国家の賠償責任を認める一般的な法律がないとされ、それがゆえに国家賠償法が制定されたと認識されていること。

第二に、戦前の日本では、しかしながら、国家の私経済的作用と非権力的行政活動については、判例が民法の不法行為責任の適用を認めつつ、権力的作用については結局国の賠償責任は認めなかったと捉えていること。

第三に、戦前の判例が一定の場合に国の賠償責任を認めた点は積極的に評価できるものの、権力的作用に対して国家の賠償責任を一切否定したのは、日本における国家無答責の法理が絶対主義的天皇制に規定された後進的性格を有するからであるとされたこと。

第四に、学説の中には、戦前においても、国家の権力的作用による被害に対して民法を適用する可能性があったが、それが実現されなかった点も、戦前日本の国家無答責の法理の後進性を示すものとして捉えられていたこ



と。

いくら、戦前の国家無答責の法理を議論しても、戦後は国家賠償法が制定されているのであるから、法解釈論的な意義はない。以上の論点も、結局は、戦前の国家無答責の法理の後進性を指摘することによって、現行国家賠償法がそれとは異質な原理によることを際立たせるという程度の意味しかなかったのである。

ところが、先に述べたように近時の戦後補償訴訟がこうした状況を一変させることになる。国家無答責の法理と民法の関係が、まさに訴訟の焦点のひとつとして激しく争われているからである。

### 三 近時の戦後補償訴訟と「国家無答責の法理」

まず、戦後補償訴訟における「国家無答責の法理」問題を検討する上で、同種の事案でありながら、対照的な判断を示している二つの判決を検討したい。中国人強制連行・強制労働に関する福岡地裁判決（福岡地判2002（平成14）・4・26・判タ1098・267）と京都地裁判決（京都地判2003（平成15）・1・15判時1822・83）である。

#### （一）福岡地裁判決（2002・4・26）の検討<sup>38)</sup>

##### 1 福岡判決の概要

##### （1）事 案

原告ら15名は被告国の政策に従い、第2次大戦末期に中国から欺罔ないし強迫により日本に強制連行され、被告企業（三井鉱山株式会社）が経営する九州の炭鉱で強制労働させられた者であり、国と被告企業を相手取って、不法行為ないし保護義務違反に基づく損害賠償責任などを求めて提訴した。

##### （2）判 旨

被告企業、国の保護義務違反による債務不履行責任は否定したが、被告

企業の不法行為責任について戦後補償訴訟として初めて認めた上で、七二四条前段の消滅時効の援用、及び後段の除斥期間の適用については、被告の「責任を免れさせることは、正義、衡平の理念に著しく反する」としてこれを制限し、一人あたり1000万円の慰謝料と100万円の弁護士費用の請求を認めた。他方で、国については、これと対照的に、次のように国家無答責を理由に責任を否定した。

## 2 「国家無答責の法理」の適用に関する結論

「明治憲法下においては、国の権力的作用について民法の適用を否定し、その損害について国が賠償責任を負わないという、いわゆる国家無答責の法理が、基本的法制度として確立していた」。戦後、日本国憲法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、その賠償を求むることができる。」と規定したのを受けて制定された国家賠償法は、その附則6項で「この法律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。」としているが、この「『従前の例』」に相当する大日本帝国憲法下の法制度においては、前記のとおり、そもそも国家の賠償責任を肯定すべき実体法上の根拠法令がなかったのであるから、国家賠償法が制定された現時点における解釈としても、同法の施行前である被告国による本件強制連行及び強制労働当時においては、被告国が、民法の規定によつて、その権力的作用による損害について、不法行為に基く損害賠償責任を負担するものと解することはできない。」

## 3 法的根拠

こうした結論に至る法的根拠として、福岡判決は次の3点を挙げている。

行政裁判法16条 この条文は「行政裁判所八損害要償ノ訴訟ヲ受理セス」と規定している。この点をもって、福岡判決は、「国が民事上の活動を行う場合には、国は民法に従つて責任を負い、民事裁判所に

損害賠償請求訴訟を提起することができるが、官吏が、国権を執行するに際し、義務違反の処置若しくは怠慢により、第三者に加えた損害に対し、財産上の責任を負わないことを前提として、行政裁判所の事物管轄の範囲を定めたもの」とする。

旧民法の立法過程 旧民法の当初の立法過程にはあった「公ノ事務所」の損害賠償責任を肯定する規定が削除された。

明治23年裁判所法の立法過程 「国家責任に関する訴訟を司法裁判所が受理するとした規定が削除され、司法裁判所において、国家賠償請求訴訟を受理しないとされた」。

#### 4 検 討

しかし、以上のような福岡判決の理由付けは次のように批判し得る。

行政裁判法16条 この条文は行政裁判所が損害賠償請求訴訟を受理しないとする規定である。従って、通常裁判所が国の損害賠償請求訴訟を受理しないとまで明文で規定されているわけではない。

旧民法の立法過程 当初はあった「公ノ事務所」の損害賠償責任を肯定する規定が削除されたからといって、福岡判決のように、国家が賠償責任を負わないとする根拠規定として一義的に解釈するのは無理がある。第一に、条文上は、国が責任を負うのにわざわざ明文の規定を要しないので削除したと解釈する余地もある。第二に、旧民法では、国に責任を認めないために削除したとしても、肝心の現行法たる明治民法典の起草過程において、国家に責任を認めないために、国家責任を規定しなかったとする立法資料があるのかが問題とされるべきである。

明治23年裁判所法の立法過程 国家責任に関する訴訟を司法裁判所が受理するとした規定が削除されたからといって、このことが、司法裁判所における国家賠償請求訴訟の不受理に直結すると解釈するのは早計である。第一に、逆に、司法裁判所は国家賠償請求訴訟を受理し

ないという明文の規定はない。第二に、戦前の日本では被害を与えた原因が公権力の行使にあたる場合にも、司法裁判所で民事損害賠償請求を受理していたという事実がある(後述)。

## 5 小 括

以上検討したように、福岡判決は、「明治憲法下においては、国の権力的作用について民法の適用を否定し、その損害について国が賠償責任を負わないという、いわゆる国家無答責の法理が、基本的法律制度として確立していた」とまで断言しているが、そのように結論づけるための法的根拠は、いずれも不確かな根拠であり、反論可能である。

結局のところ、福岡判決は、( )民法は「非権力的作用」を規律するものだという前提に立ち、( )国の公権力の行使は「権力的作用」であり、民法は適用されない関係であるから、従って、( )「そもそも国家の賠償責任を肯定すべき実体法上の根拠法令がなかった」と結論付けているに過ぎない。だとすれば、( )の命題を根拠付ける法的根拠は何かという点が問題の核心をなすはずである。ところが、その理由付けのために、あげられた3 ~ の法的根拠は、以上検討したように、根拠薄弱なのである。

## (二) 京都地裁判決(2003・1・15)の検討

### 1 京都判決の概要

#### (1) 事 案

これも中国人の強制連行・強制労働訴訟である。原告ら6名は、第二次大戦中に京都北部の大江山のニッケル鉱山に強制連行され、過酷な労働を強いられたとして、国および企業を相手取り損害賠償請求等をした。

#### (2) 判 旨

請求棄却。企業との関係では、戦後補償訴訟では初めて、私見の労働関係設定意思説<sup>39)</sup>に近い理由で、安全配慮義務違反の債務不履行責任が生ずるとの注目すべき判断を示し<sup>40)</sup>、また企業と国の共同不法行為責任が成

立し得ることを認めた。しかし、結論としては、安全配慮義務違反の債務不履行責任については、被告企業の責任については消滅時効の援用を認め、また国の不法行為責任については、除斥期間を適用して請求を棄却した。

## 2 「国家無答責の法理」の適用排除について

京都判決は、国の不法行為責任を認めるにあたり、次の理由で「国家無答責の法理」の適用を排斥している。

### (1) 本件強制連行・強制労働行為の性質

「当時の日本政府は、戦時下における労働力確保の要請に応える目的で、私経済政策である労働政策の一つとして本件移入政策を立案、実行した。ところが、日本政府は、その実効性を確保するために、優越的地位に基づいた権力作用（公務遂行作用）を発動して強制連行ができる制度がないのに、実力行使を目的とする旧日本軍の優越的实力に基づいた強制力をなんらの法的根拠もないまま組織的に行使して、原告ら6名の中国人農民を有無をいわせず強制連行したものである。」「……被告国は、被告会社が原告ら6名に強制労働をさせることについて、違法な拘束をして身柄の確保を開始し、終戦によってその拘束を解除したものであるから、被告国は被告会社とともに本件強制労働についても不法行為を共同実行していたものといわなければならない。」

### (2) 「国家無答責の法理」の適用

被告国が主張する国家無答責の「法理の内容は、そこで問題とされる国家の行為が公務のための権力作用である場合に、当該公務を保護するためのものであって、当該行為が公務のための権力作用にあたらぬ場合には、国の行為についても民法上の不法行為責任が成立することを当然のこととしているものである。したがって、国家無答責の法理が適用される国家の権力行為がかつて存在していたことを、一般論としては肯定できるとしても、少なくとも原告ら6名に対する強制行為は、既に検討したとおり不法行為であって、保護すべき権力作用ではなかったから、被告国の主張は、

その前提を欠き失当であるといわなければならない。」

### 3 検 討

京都判決は、( ) 国家無答責の法理の適用範囲を法的根拠のある保護すべき公権力の行使に限定した上で、( ) 法的根拠のない公権力の行使は、単なる実力行使であって、国家無答責の法理の適用がない不法行為であるとして、この場合の国家の不法行為には、( ) 民法が適用されるとする論理を展開している。

このような本判決の論理は、本件訴訟に原告側から提出されている芝池義一京大教授の意見書<sup>41)</sup>に影響を受けているように思える。芝池意見書は、「国家無答責の原則」を「公権力無責任の原則」と位置づけた上で、「適法な公権力行使権限が存在しない場合には、公務員による実力行使であっても、それは裸の暴力に過ぎない。」として、「公権力無責任の原則」の適用はないことを強調していたからである。

以上、京都判決は戦前における「国家無答責の法理」の妥当範囲という問題を提起し、この法理は「保護すべき公権力の作用」にのみ適用されるのであって、公権力の行使権限を欠く「優越的实力に基づいた強制力をなんらの法的根拠もないまま組織的に行使」する行為は不法行為であって、このような場合は、戦前においても「民法上の不法行為責任が成立することを当然のこととしている」というきわめて注目すべき論旨を展開しているのである。筆者もこの京都判決の論旨はきわめて妥当であると考えますが、京都判決自身は、第一に、そのように「国家無答責の法理」の妥当範囲を限定する根拠、第二に、このような国家の不法行為責任について、戦前において「民法上の不法行為責任が成立することを当然のこととしている」ことの根拠については明らかにしておらず、この点では、課題が残る判決である。

(三) 東京地裁判決（2003・3・11）

1 事 案

これも中国人の強制連行・強制労働訴訟であり、被告は国および企業（鉱山や建設会社など9社）であり、42名の原告が不法行為責任及び安全配慮義務違反の債務不履行責任に基く損害賠償請求等をした事案である。

2 判 旨

請求棄却。東京地裁判決は、国と企業の不法行為責任の成立を認めながらも、時効・除斥期間により請求を棄却した。

国家無答責の法理については、次のように判示して、その適用を否定している。

戦前における判例・通説 まず東京判決は次のように「国家無答責の法理」が戦前の判例・通説であったことを指摘する。「戦前における判例・通説は、民法の不法行為に関する規定は、公務員の権力的作用には適用がないとの解釈を採ってきたことは裁判所に顕著である（なお、最高裁昭和25年4月11日第三小法廷判決・裁判集民事3号225頁参照）」

現時点での「国家無答責の法理」の正当性、合理性 しかし、東京地裁判決はその正当性、合理性を疑問視する。「しかし、戦前において、上記のような解釈が採られていた根拠が必ずしも明らかではないことは原告らが主張するとおりであり、戦前の裁判例及び学説に照らすと、『国家無答責』なる不文の『法理』が確立しているとの理解を背景として、上記のような解釈が撮られていたことがうかがわれるものの、現時点においては、『国家無答責の法理』に正当性ないし合理性を見出し難いことも、原告らが主張するとおりである。」

「国家無答責の法理」の拘束を受けて民法を解釈することへの疑問そして、本判決はこのような戦前の不文の法理に現時点での民法解釈が拘束されることを疑問視する。「当裁判所が国家賠償法が制定され

る以前の法体系の下における民法の不法行為の規定の解釈を行うに当たり、実定法上明文の根拠を有するものではない上記不文の法理によって実定法によるのと同様の拘束を受け、その拘束の下に民法の解釈を行わなければならない理由は見出し難い。」

戦前の国の責任への民法715条の適用可能性 「そして、民法715条の文言上は、公務員の公権力の行使が同条の適用から排除されているとはいえないこと、行政裁判所法<sup>(ママ)</sup>16条が『行政裁判所八損害要償ノ訴訟ヲ受理セス』と規定しており、同条の規定は、実体法上は、公権力の行使に違法があった場合に国に対する損害賠償請求権が成立することを前提としながら、行政裁判所が損害賠償請求訴訟を受理しないという訴訟法上の定めを置いたものと解する余地もあることを考慮すると、国家賠償法施行前における、公務員の公権力の行使の違法を理由とする国の責任についても、民法715条の規律にゆだねられていたものと解する余地がないとは言えない。」

### 3 検 討

東京地裁判決の特徴は、第一に、戦前日本における「判例・通説」が「国家無答責の法理」により公務員の権力的作用について国家が賠償責任を負わないとされていたことを認めつつも、第二に、「現時点」において、裁判所が国家賠償法施行以前の法体系における民法の解釈を行うにあたり、そのような解釈がなされるべき根拠がかならずしも明らかでなく、「正当性ないし合理性」に問題がある不文法によって、実定法があるのと同様な拘束を受ける理由が見出しがたいとして、現時点での解釈視点を打ち出していること、第三に、行政裁判法16条と民法715条の条文の体裁、位置づけから、公務員の違法な公権力の行使についての国の責任が民法715条の規律に委ねられてたと解する余地があったとした点にある。このような東京地裁判決の基本視点は、戦前日本における「判例・通説」としての「国家無答責の法理」の妥当性を、当時の法体系の合理的な解釈から相対化する



るものとして注目される。

(四) 東京高裁判決（2003・7・22）

1 事 案

韓国人の原告らが、第二次大戦中に旧日本軍の軍人軍属とされ、また、従軍慰安婦とされたことに対して、これらの被害者およびその遺族が国を相手取り不法行為に基く損害賠償請求等を請求した訴訟である。1審の東京地判2001・3・26は、国家無答責の法理や除斥期間等を理由として原告の請求を棄却したのに対して、原告が控訴した。

2 判 旨

請求棄却。国は「慰安所の営業に対する支配的な契約関係を有した者あるいは民間業者との共同事業者の立場に立つ者として、日常の売春に関する管理に当たって、慰安婦の生命及び健康等を危険から保護するよう配慮すべき安全配慮義務を負う場合があり得たことは否定できない」として、国が慰安婦に安全配慮義務を負いうることを初めて認めたり、後述のように国家無答責の法理を排斥するなど注目すべき点があるが、全体としては安全配慮義務違反を否定し、また、不法行為責任については除斥期間を適用するなどして、請求を棄却した。

国家無答責の法理については、「戦前における判例は公務員の権力的作用について国の不法行為に基く損害賠償責任を否定した」としつつ、次のように判示している。

戦前における国の賠償責任を問う訴訟要件の欠如 「しかし、戦前において、上記のような解釈が採られていた根拠は必ずしも明らかではなく、結局、国の権力的作用に伴う不法行為に基づく損害賠償請求訴訟については司法裁判所において民事裁判事項と認めず行政裁判所においても行政裁判事項として認めず、共にその訴訟を受理しなかったため、その種の損害賠償請求を法的に実現する方法が閉ざされてい

ただけのことであり、国の権力的作用による加害行為が実体的に違法性を欠くとか有責性を免除されているものではなかったと解すべきである。いわゆる『国家無答責の法理』は、上記のような訴訟要件としての権利保護適格を否定する解釈が採られていたことによるものにすぎず、行政裁判所が廃止され、公法、私法関係の訴訟を司法裁判所において審理されることが認められる現行憲法及び裁判所法の下においては『国家無答責の法理』に正当性ないし合理性を見出し難い。」

国の不法行為責任を認める根拠条文としての民法715条「もとも和国家賠償法は民法709条以下の不法行為法の特別法である性格も有し、国家賠償法の制定がなければ賠償請求権の実定法上の根拠がなかったと解すべきではなく、一般法としての民法709条以下の不法行為法が原則として適用されると解すべき余地が十分にあり得たものであり、民法715条の文言上は、公務員の公権力の行使が同条の適用から排除されているとはいえないこと」

戦後における訴訟手続き上の制約からの解放「行政裁判法16条が『行政裁判所八損害要償ノ訴訟ヲ受理セス』と規定しており、同条の規定は、実体法上は、公権力の行使に違法があった場合に国に損害賠償請求権が成立することを前提としながら、行政裁判所が損害賠償請求訴訟を受理しないという訴訟法上の規定を置いたにすぎないものと解され、他方、司法裁判所も前提問題として行政処分等公権力の行使の適否、瑕疵を判断しなければならない時は、行政裁判所による行政裁判手続きを設けた趣旨にかんがみ、結局司法裁判所が判断し得る私法上の民事裁判事項ではないとして権利保護適格を認めていなかったにすぎないと解されるから、現行憲法及び裁判所法の下において裁判所が国家賠償法が施行される以前の法体系の下における民法の不法行為の規定の解釈・適用を行うに当たっては、訴訟手続き上の制約が廃止されたものとするのが相当である。」

国家賠償法附則6項の解釈「もともと、国家賠償法〔昭和22年10

月27日公布，同日試行] 施行前においては，公務員の権力的作用による損害については，同法附則6項により，[従前の例による]ものと解されていたから，権利保護適格が認められないため訴えが不適法となると解する余地もあるが，同法附則6項が民事裁判事項であることを依然として否定する訴訟手続規定であると解するは疑問がある。）」

### 3 検 討

東京高裁判決は，明治憲法下の解釈としても，国家について民法715条を適用して賠償責任を肯定することは実体法上は可能であったのが，ただ訴訟要件を欠くという理由で訴訟ができなかっただけで，戦後はそのような訴訟上の制約がないから，民法715条を適用しようとする。この東京高裁判決の論理は，戦前においても訴訟条件の要件を欠いていただけで実体法上は国の不法行為責任に民法を適用することは可能だとする東京地裁判決の論理をさらに一歩進めて整理したものと評価できる。

ところで，これらの一連の戦後補償訴訟判決においては，戦前においては，「国家無答責の法理」が判例であったことを前提にして，その判例の射程距離を限定する（京都地裁判決），あるいは，訴訟要件の制約がない現時点の法解釈としては，戦前の「国家無答責の法理」の判例には拘束されないとするものであった（東京地裁，東京高裁判決）。しかし，そもそも戦前において「国家無答責の法理」は判例であったのか，もし判例であるとしても，その射程距離はいかなるものかが問題となろう。そして，この点を検討する前に，今回は，判例の法解釈の前提となる戦前の法制度はいかなるものであったのかを確認しておこう。

## 四 「国家無答責の法理」と民法典

### （一）戦前の法制度と「国家無答責の法理」

戦前においては，行政の権力的作用に関して国家に損害賠償責任を追及

することができなかつたとされることがあるが、法制度上はどうであったのか。

確かに行政裁判法は損害要償の訴えを受理せずとは規定していたが、この規定だけからでは、通常裁判所においてもこのような訴えを受理しないかどうかは明らかではない。

## 1 明治憲法と国家賠償責任

### (1) ロェスラーの憲法草案

明治憲法制定過程で大きな影響を与えたといわれる法律顧問ロェスラー(Hermann Roesler)<sup>42)</sup>の手による憲法草案が明治20年4月に脱稿され、井上毅に提出された<sup>43)</sup>。注目されるのは、このロェスラー草案における次の諸規定である<sup>44)</sup>。

第67条 政府及町村八民法上ノ凡テノ事件ニ関シ裁判所ノ裁判ヲ受ク  
天皇ニ對スル訴訟帝室經費ノ管理局ニ對シテ之ヲナスヘシ

第79条 行政廳ノ違法ノ採決及處分ニ對スル權利ノ防衛ハ行政裁判院ニ  
出訴スルノ權ヲ与フルニ依テ之ヲ安全ニス 此裁判院ニ於ケル後裁判  
手續ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム

第80条 職務上ノ義務ヲ破リタルヨリ生ジタル財産上損害ニ關スル官吏  
ノ民法上責任ハ行政上ノ手續キヲ以テ其義務背反タルコトヲ確定シタル  
後裁判所ニ於テ之ヲ糾治スルコトヲ得

ここでは、次の点が注目される。

第一に、行政庁の違法な採決・処分に対する「権利ノ防衛」手段として、出訴ができること、また、そのために行政裁判院が置かれること。

第二に、それとはべつに政府と町村が民法上のすべての事件について行政裁判院ではない普通裁判所の裁判を受けるとされていること。

第三に、職務上の義務違反についての財産上の損害に付て官吏に民法上の責任が生ずること、その義務違反の確定は行政上の手続きにより先議されること。

ここでいわれている67条の「民法上ノ凡テノ事件」の中には、政府や町村が違法な公権力の行使により生じた損害について民法上の賠償責任を負うことも含まれるのかどうかは明示されていない。ただ、80条からすれば、少なくとも、職務上の義務違反から生ずる財産的損害について官吏個人に民法上の賠償責任が生ずることが前提とされていることは、条文の文言からしても明らかである。

(2) 明治憲法61条

ところが、その後の草案作成過程でロessler草案段階で置かれていた政府・町村、官吏の民法上の事件、賠償責任に関する規定は、残ることなく、結局、次の1か条だけが規定されることになった。

第61条 行政官廳ノ違法處分ニ因リ權利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟ニシテ別ニ法律ヲ以テ定メタル行政裁判所ノ裁判ニ屬スヘキモノハ司法裁判所ニ於テ受理スルノ限ニ在ラス

本条の制定趣旨は、枢密院での立法趣旨の次の説明によって知ることが出来る。

「行政裁判ハ臣民ノ行政官廳ヲ訴フル者ヲ裁判スルノ謂ナリ蓋法律既ニ臣民ノ身体財産ニ向テ一定ノ限界ヲ爲シ以テ其ノ權利ヲ安固ナラシメタリ而シテ政治ノ機關タル者亦之ニ服従セザルコトヲ得ズ故ニ行政廳ニシテ其ノ職務上ノ處置ニ依リ法律ニ違ヒ又ハ職權ヲ超テ臣民ノ權利ヲ傷害スルコトアルニ當リテハ不正トシテ断定サレ改正ノ裁判ヲ受クルハ当然ノ事理タリ」

すなわち、臣民の身体財産の「権利ヲ安固」ならしめるために、法律（の作用）は一定の限界をもっているのだから、行政庁が法律に違反したり職権を超えて臣民の権利を侵害することは不正であり、その「改正ノ裁判」を受けるのは「当然ノ事理」であるというのが、このような訴訟を認める理由だというのである。

次に、このような訴訟をなぜ司法裁判所とは別に法律が定める行政裁判所で受理することにするのかについての説明がなされる<sup>45)</sup>。

### 司法権からの行政権の独立の確保

「訴訟ヲ判定スルハ司法裁判所ノ職任トス而シテ別ニ行政裁判所アルハ何ソヤ蓋行政官廳其ノ職權ニ依リ處分スル者ハ公權ニシテ私權ニ非ザルナリ司法裁判所ハ民事上私法ノ争訟ヲ判定スルヲ以テ当然ノ職トシ而シテ憲法及法律ヲ以テ委任サレタル行政官ノ處分ヲ取消スノ權力ヲ有セザルナリ何トナレハ司法権ノ獨立ヲ要スルカ如ク行政権モ亦均シク其ノ獨立ヲ要スレハナリ若行政権ノ處置ニシテ司法権ノ監督ヲ受ケ裁判所ヲシテ行政ノ當否ヲ判定取舍スルノ任ニ居ラシメハヨ即チ行政官ハ正ニ司法官ニ隸屬スル者ニシテ從テ社會ノ便益ト人民ノ幸福ヲ自由ニ經理スルノ餘地ヲ失フヘキナリ行政官ノ措置ハ其ノ職務ニ依リ憲法上ノ責任ヲ有シ從テ其ノ措置ニ抗拒スル障害ヲ除去シ及其ノ措置ニ由リ起ル所ノ訴訟ヲ裁定スルノ權ヲ有スヘキハ固ヨリ當然ニシテ若シ此ノ定ノ權ヲ有セザルトキハ行政ノ効力ハ麻痺消燼シテ憲法上ノ責任ヲ盡スニ由ナカルヘキナリ此レ司法裁判ノ外ニ行政裁判ノ設ヲ要スル所以ノ一ナリ」

ここでは、行政庁が処分するのは「公権」であって、「私権」でないこと、司法裁判所は「民事上私法ノ争訟ヲ判定」すること、なぜなら、司法裁判所が公権のための行政処分を取り消せることになると、司法が行政の独立をおかし、行政官は司法官に隸屬することになり、このことは行政が「社會ノ便益ト人民ノ幸福ヲ自由ニ經理スルノ餘地」を失くしてしまうことになるが、これでは行政の憲法上の責任を尽くせないというのである。

行政の便宜に通じた者が裁判をすべき

さらに、趣旨説明は次の点を強調する。

「行政ノ目的ハ公益ヲ維持増進スルニ在ルニ由リ時アリテ公益ノ爲ニ私人ノ利益ヲ枉ルコトアルハ亦時宜ノ必要ニ出ル者アリ而シテ行政ノ便宜ハ司法官ノ通常慣熟セザル所ニシテ之ヲ其ノ判決ニ任スルハ危險ノ道タルコトヲ免ス故ニ行政ノ訴訟ハ必行政ノ事務ニ密接練達ナル人ヲ得テ之ヲ管理セザルコトヲ得ズ此レ司法裁判所ノ外ニ行政事件ノ設

ヲ要スル所以ノニナリ」

つまり、行政は公益の維持増進のために私人の利益を犠牲にすることが時に必要となるが、そのような場合の行政の便宜の判断については、行政の事務に「密接練達」な人が管理したほうが危険でないという理由である。

以上の憲法61条の趣旨説明は、初代枢密院議長に就任した伊藤博文の憲法注釈書『大日本帝国義解』において、ほとんどそのまま踏襲されており<sup>46)</sup>、これが立法者の正式な見解と言えよう。

#### 国家賠償責任との関係

しかし、この規定の文言からは、本稿で問題にする国家賠償責任の問題について、憲法としてはどう考えているのかが、極めて不明確である。

第一に、「行政官廳ノ違法處分ニ因リ權利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟」の中には、損害賠償訴訟も含むのか否かが不明確である。

第二に、「行政官廳ノ違法處分ニ因リ權利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟」はすべて別に法律が定める行政裁判所に属するのか、行政裁判所に属しない訴訟もあるのかが不明確である。

第三に、したがって、第二の問題との関連で、「行政官廳ノ違法處分ニ因リ權利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟」のうち、行政裁判所に属せず、したがって、司法裁判所が受理する訴訟類型を認めるのが不明である。

以上の点から、憲法61条だけからは、公権力の行使によって生じた損害についての損害賠償請求訴訟は行政裁判所に属するのか、それとも司法裁判所に属するのかが不明確である。

それでは、この憲法の規定を受けて設けられることになった行政裁判法や裁判所の管轄を定める裁判所構成法ではどのような規定が設けられたのかを、次に検討しておこう。

## 2 行政裁判法

憲法61条の規定を受けて、行政裁判法は明治憲法制定の翌年の明治23年（1890）に制定、施行された。

そしてこの行政裁判法16条は、確かに、「行政裁判所ハ損害要償ヲ受理セス」と定められている。しかし、この規定から明らかなことは、行政裁判所が損害賠償請求を受理しないということだけであって、通常裁判所はこの請求を受理するのかが不明確である。

この立法過程を紹介してみよう<sup>47)</sup>。

(1) 行政裁判所成立以前の行政事件の処理

行政裁判法は明治憲法61条を受けて制定されたわけだが、行政裁判所の設置の可否の検討も含めた立法準備は、明治期のかなり早くから進められている。その前提として、行政裁判所成立以前の実務上の処理について確認しておこう。

明治5(1872)年11月28日司法省第46号布達

日本における行政事件に関する近代的な裁判制度はこの明治5年布達で幕が落とされたとされる<sup>48)</sup>。この布達は地方官等の次のような違法な法規設定・処分に対して、人民がその地方裁判所または司法省裁判所へ出訴できる規定していた。

- ア 地方官及び戸長等が太政官布告及び諸省布達にもとる規則を立て、あるいは處置をする場合
- イ 地方官及び戸長等が人民の願伺等を壟閉するとき
- ウ 地方官が人民の移住往來を抑制するなど人民の權利を妨げるとき
- エ 地方官が太政官布告及び諸省布達をその隣県にける掲示の日から10日を過ぎても尚布達しないとき
- オ 地方官が誤解等により太政官布告及び諸省布達の趣旨にもとる説得書等を頒布するとき

その後いくつかの司法省達が出され、手続きに若干の変更がなされたりしたが、地方官に対する訴訟が増加し、「行政に対する司法官の牽制の弊を招くに至った」ことに対応して、次のような布達が出されることになった<sup>49)</sup>。

明治7(1874)年9月2日司法省達第24号



ここでは、「一般公同ニアラサル人民一箇」の訴訟は司法官が受理し、「人民一箇ノ事ニ非サル一般公同ノ爲ニ起ル訴訟」で行政裁判に帰するものにつき訴訟を提起するものがある場合は、正院の指図を待つべきものとされた<sup>50)</sup>。これについては、次のものが伺いの対象となるものとされた。

- ア 官の会計に付一般人民に関すること
- イ 道路築造に付一般人民に関すること
- ウ 「工部ノ製造建築」に付一般人民に関すること
- エ 彼比官廳間の権限のこと
- オ 行政官と司法官との間の権限のこと

そして、これらの訴訟について、1) 裁判上院省府縣より人民に賠償すべき理由あるとき、2) 主務官吏個人の失錯に基く場合であっても事情やむを得ず院省府縣より償還せざるを得ざるときは、その理由および裁判の見込みを具状申稟することを要するとされた。その後、通常裁判所の整備に伴い、幾つかの布達がなされるが、基本的には明治23年に行政裁判法ができて行政裁判所が置かれるまでは、行政事件に付ての特別な裁判制度が整備されないままに終始してきたのである。

以上紹介したように、注目されるのは、行政裁判法が制定される以前は、通常裁判所で、官庁や官吏に対する損害賠償請求訴訟を受理していたことである。しかも、行政に関する訴訟が多くてその対応が問題になるほどであったというのである。

## (2) 行政裁判法の立法過程

さて行政裁判法の立法準備は、伊藤博文が明治15（1882）年3月から行っていたヨーロッパでの立憲制度調査から翌年の明治16（1883）年夏に帰朝してから本格的に始められることになった。その過程で、憲法制定過程にも深くかかわったロエスラーが、行政裁判所設置の是非や民事訴訟との区別、行政官吏の責任などについて諮問を受けたのを受けて明治17（1884）年11月4日付けで行政裁判法草案を起草した<sup>51)</sup>。

### ロエスラー案

その案はフランスの制度に似て、独立の裁判所機関を設けるのではなく、参事院内の一部に行政裁判所を置くというものであった。本稿のテーマとの関連で重要なのは、次の点である。

第12条 行政訴訟ハ何人タリトモ行政廳ノ違法ノ裁決及處分ニ依テ自己ノ権利ヲ毀損セラレタルトキ其事件ニ付キ願訴ノ手續ヲ經過シタル後之ヲ提起スルコトヲ得

第13條 行政訴訟ハ特ニ左ノ事件ニ付キ之ヲ為スコトヲ得

第4 政府ト官有物買受人又ハ政府ト公業請負人トノ契約ニ付テ起ル争訟及ヒ国債其他行政上ニ於テ起ル政府トノ争訟但民事裁判ヲ受クヘキ特約アルモノハ此限ニアラズ

第6 土地買上其他法律上政府ニ於テ損害賠償ノ義務ヲ負擔スル処分ニ付キ政府ニ對スル損害要償

第7 行政上ノ處置又ハ公業ノ実施及管理ニ因リ不法ニ加ヘラレタ損害ニ付官署又ハ公業請負人ニ對スル損害要償

行政訴訟ヲ為ストキハ民事訴訟ヲ為スコトヲ得ス

ところで、近時、戦前の国家無答責の法理との関連で、この行政裁判法の制定過程を丹念に検討した奥田安弘は、「この草案では、契約に関する争訟および国債などの争訟、さらに土地収用などによる補償請求、公業の実施および管理などによる損害賠償請求は、行政訴訟として行政裁判所の管轄とされている。これに対して、権力的行為による本来の損害賠償請求訴訟については、規定が置かれていないが、権力的行為については、国家の賠償責任が否定されるからかかる損害賠償請求訴訟を許さない趣旨であったと推測される。」としている。そして、そのような判断を補強する論拠として、ロesslerが国家の賠償責任についての答議の中で、「貴問ノ民法上賠償請求ニシテ、国王ノ純然タル財産上ノ契約ニ關セス、政務上處置ニ關スルモノニ至テハ、抑モ其責任ノ存立セサル事、明白ナリ」としている点、また、「草案13条のように、実体法上は民法の適用を受ける事件を行政裁判所の管轄としていながら、権力行為による損害の賠償請求訴

訟を司法裁判所の管轄とするはずがない。」点を上げている<sup>52)</sup>。

しかし、本草案13条の第7の「行政上ノ處置」という文言からは、権力的作用が排除されているのか不明であるし、また、前述した憲法草案のところでは、ロessler草案は、職務に違反した官吏の賠償責任を認めているのだから、必ずしも権力作用に関する損害賠償訴訟を排除する意思が行政裁判法のロessler草案に明確に反映されているとまでは断定できないのではなからうか。

なお憲法草案過程との関連では、行政裁判制度について検討するにあたって考慮されるべき基本問題として、そもそも司法裁判所と別に行政裁判所を置くべきかという問題とともに、「要償ノ訴ハ一般ニ民事裁判所ニ譲ルヘキカ又ハ或ル部分ニ限り行政裁判ニ於テ処分スヘキヤ」「官吏ニ對スル賠償ノ訴ハ直チニ之ヲ司法裁判所ニ提出スルコトヲ得セシムベキ乎又ハ先ツ行政裁判所ニ提出シ行政裁判所ハ其ノ違法又ハ越権タルコトヲ制定シタル後ニ始メテ賠償ノ訴ヲ司法裁判所ニ爲サシムヘキ乎」という点を検討事項に加えている<sup>53)</sup>。これは、国家や官吏に対する損害賠償請求権が成立しうることを前提に、その訴訟管轄や手続きを問題にしているのであって、かつまた、「要償ノ訴」との関係で権力的作用を特別に取り除くということも前面に出されていない点は注目に値する。

#### 井上毅作成と思われる草案

明治22年頃の前半に、井上毅が作成したと思われる草案は次のような規定を提案している<sup>54)</sup>。

第七條 行政裁判所ハ法律ニ據リ政府ニ賠償ノ義務ヲ負フ者又ハ行政處分ヲ改正シ若ハ取消ニヨリ生スル所ノ直接ノ補償ヲ除ノ外要償ノ訴ヲ受理セス

ここでは、その後の制定法と同じく、行政裁判所が「要償ノ訴ヲ受理セス」という点をポイントにしている点が注目される。

#### モッセ案

また、明治22年後半頃作成したと推測されているモッセ案は次の如くで

ある<sup>55)</sup>。

第十七條 民事ニ關スル訴訟ハ官有財産又ハ府縣都市町村其他公共團體ト人民トノ間ニ起ルモノト雖トモ通常裁判所ノ管轄ニ屬ス

第十八條 行政官吏(文官又ハ武官)ノ職務上ノ處分又ハ職務ヲ執行スル爲メニ爲サシメタル處分ニ對シ若クハ職務上爲スベキ處分ノ怠慢ニ對シテ提起スル損害要償ノ民事訴訟ハ先ツ行政裁判所ノ判決ニ依リ該行政官吏ハ果シテ其權限ヲ超ヘ又ハ其責任ニ屬スル職務上ノ處分ヲ怠リタルカ爲メニ損害ヲ與ヘタルコトヲ確定シタル後ニ非サレハ通常裁判所ニ於テ之ヲ受理スルコトヲ得ス

修正モッセ案

さらに、修正が施されたモッセ案が作られる<sup>56)</sup>。

第十五條 行政廳ト一個人トノ間ニ起リタル民事ニ關スル訴訟ハ行政裁判院ノ管轄ニ屬セス

第一六條 行政裁判院ハ行政官吏ニ對スル損害要償ノ訴訟ヲ受理セス  
行政官吏ニ對シ損害要償ノ訴訟ヲ通常裁判所ニ提起セントスル者ハ先ツ行政裁判院ニ出訴シテ其處分ノ越權ナルヤ又ハ法律力令ニ掲ケタル責任ニ屬スル職務上ノ處分ヲ怠リタルヤ否ノ判決ヲ受クヘシ

モッセの当初の案と比較して、修正案が内容的には同じ趣旨であることを表現を変えただけであると考え、修正案15条の行政裁判院の管轄に属さないということの趣旨は、当初案の通常裁判所の管轄に属することを意味しよう。また、他の一条は、いずれも官吏個人に対する損害賠償請求権が成り立つこと、その場合の管轄は通常裁判所になること、ただ、行政裁判所が職務違反等につき先議することを定めている。

以上のことからすれば、成文法16条は「行政裁判所ハ損害要償ヲ受理セス」としているだけなのであるから、条文の解釈だけからは、国家や官吏個人に対する損害賠償請求権が成立し、かつ、その場合の訴訟管轄は通常裁判所である、立法過程で議論されていた官吏個人に損害賠償請求を追及する場合の職務権限違反等についての行政裁判所の先議も削除された

のだから、後者に付ては当然通常裁判所に普通に提訴できると解する余地が残っているといえるのではないだろうか<sup>56a)</sup>。

(3) 行政裁判法制定後の訴訟管轄の拡大への要望

なお付言しておけば、行政裁判法によって成立した行政裁判所は、その訴訟管轄事項が限定列挙されていたために、その後、何度も、訴訟事項を拡大すべきとする要望が出され、それに基づく法案もたびたび出されていたことも注目に値する<sup>57)</sup>。

3 裁判所構成法

さて裁判所構成法26条は次の規定をおいている。

「地方裁判所八民事訴訟ニ於テ左ノ事項ニ付裁判権ヲ有ス

第一 第一審トシテ

區裁判所ノ権限又ハ第三十八條ニ定メタル控訴院ノ権限ニ属スルモノヲ除キ其ノ他ノ請求」

ところが、立法過程では、「(イ) 金額若クハ価額ニ拘ラス政府（中央政府ト其配下ノ官廳トヲ問ハス）ヨリ爲シタ又ハ之ニ對シテ爲ス總テノ請求、(ロ) 金額若クハ價額ニ拘ラス官吏ニ對シテ爲ス總テノ請求但其請求公務ヨリ起ツタル時ニ限ル」という案が提案されていたのである<sup>58)</sup>。このように、裁判所構成法の起草過程では、官吏に対してなす全ての請求の管轄が地方裁判所の民事訴訟の管轄として規定されていたのが、立法過程で削除された点も、国家に対する損害賠償請求追及の為の訴訟管轄が制限されたことの論拠として挙げられている<sup>59)</sup>。

とくに立法過程で出された井上毅の「裁判所構成法案ニ對スル意見書類」が、「政府ニ對スル訴訟ハ独逸ニ於テ國權ト區別シタル財産上ノ訴訟ヲ許シタルノミニシテ、單純ニ國ニ對スル訴訟トシテ之レヲ許シタルノ國アルコトナシ。今本案ニ國ニ對スル訴訟ヲ以テ裁判所ノ権内ニ歸シタルハ其ノ當ヲ得ザルノミナラズ、専ラ居留外國人ノ日本政府ニ對スル訴訟ノ爲ニ地ヲ爲ス者ナリ」「官吏ノ公務ニ對シテハ要償スルコトヲ得ズ。何トナ

レバ其ノ公務八國權ノ一部ニシテ國權八民法上ノ責任ナキ者ナレバナリ。官吏ニ對スルノ要償八其ノ官吏ノ私事トシテ訴フル者ニ限ルベシ。」<sup>60)</sup>とされている点もこうした解釈を論拠付けるものとされている<sup>61)</sup>。

#### 4 小 括

まず、明治憲法は、確かに日本国憲法のように、国家賠償責任につき規定はしていないが、逆に、国家賠償を否定する規定もおいていない。

ところで、明治憲法は、その24条で裁判を受ける権利について次のように規定している。

「日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハルハコトナシ」

そして、同60条が「特別裁判所ノ管轄ニ属スベキモノハ別ニ法律ヲ以テ之ヲ定ム」としているのも、特別裁判所でしか受け付けられないものがあるとすれば、それについて法律で明示しなければ、裁判を受ける権利の保障という点で問題になるからと解することができる。こうした裁判を受ける権利という観点からすれば、行政裁判法16条も、行政裁判所は損害賠償の訴えを受理しないことを定めただけであって、通常裁判所が管轄となるともいえるのである。そして、裁判所構成法が草案段階で地方裁判所の管轄に政府や官吏との訴訟を含めていたのを削除したことの意味は、これを否定するために削除したのではなく、むしろ、削除することによって、通常の訴訟管轄に属することを許容しているとも論理的には言えるのである<sup>62)</sup>。

とりわけ、行政裁判所が設立される以前の日本では、実際に、政府や地方官庁を相手にした損害賠償請求訴訟が通常裁判所の管轄のもとに受理されてきたということは、もっと重視されていいのではないか。このような現実を前提にして新たな立法化をはかる場合には、もし意識的に通常裁判所の管轄からはずすのであれば、従来の取扱を変更するのであるから、もっと明示的な条文化が求められるはずではなからうか。

確かに立法過程では、行政庁への濫訴や権力の行使が牽制されるのを

それで政府や行政庁に対する損害賠償請求訴訟を抑制しようとする志向を強くもつ井上毅はいたが、それだけに、なおかつ、そのような抑止策が明文化されなかったことの方が注目されるのである。

## （二） 民法典と国家の賠償責任

### 1 旧民法

#### （1） ボアソナードと国家の賠償責任

ボアソナードを中心に起草が進んできた旧民法は、明治19年ようやく完成し、法律取調委員会で審議がなされることになる<sup>63)</sup>。本稿のテーマとの関連で問題となるのは、次の条文である。

旧民法財産編「第三百九十三條 主人及ヒ親方、工事、運送人又ハ其他ノ給務ノ企作人公私ノ事務所ハ其召使人、職工、使用人又ハ屬員カ己レニ委任セラレタル職務ヲ行フニ際シテ加ヘタル損害ノ責ニ任ス」

これは、現行民法で言えば、使用者責任にあたる規定であるが、注目すべきは、ここにある「公私ノ事務所」である。この中の「公ノ事務所」には、国家や地方公共団体を含むというのがボアソナードの起草趣旨である。ボアソナードは、この点について、公の事務所（administrations publiques）にも、この規定が適用され、国家（l'Etat）、県（l'départments）、市町村（les communes）も、この点では、普通法（droit commun）に従うのであると説明している。そして具体例として、火器を操作する水兵や至急便を運ぶ騎兵の不手際によって（par la maladresse）、事故が生じた場合や、政府の官吏による職権濫用（abus de pouvoirs par un agent du Gouvernement）の場合にも国家が責任を負うことを指摘している<sup>64)</sup>。

#### （2） ボアソナードの基本思想

##### 行政機関の責任

ところで、前述のように早くから日本への行政裁判制度導入の是非を検討していた井上毅は、行政裁判法制定から15年も前の明治8年（1875年）に次のような質問をボアソナードになしている<sup>65)</sup>。

「行政機関は、行政行為の結果個人が蒙った損失または損害に対し賠償をしなければならないか。」

これに対するポアソナードの回答は次の通りである。

「私人の側の損害の原因たる行為が権利の行使に際してなされ (accompli dans l'exercice d'un droit), かつ, その結果生じる損失または損害がその不可避の帰結 (une consequence inévitable) である場合には, 賠償の必要はない。賠償の必要があるのは, 当該行為それ自体において違法である (illégal en soi) か, あるいは, 必要な注意あるいは慎重さを持って (avec les soins ou les précautions nécessaires) なされなかったときのみである。

.....行政庁の行為は合法であり, 損害も不可避であるが, しかも賠償が必要とされる場合がある。それは, 公用収用 (l'expropriation) の場合である。この場合, 行政庁は個人から収用することによって権利を行使しているのではあるが, しかし, 国家の財産が増加するから国家が個人の犠牲において自己の富を増大させることになるので, 賠償の義務がある。」

#### 官吏個人の責任

また, 2ヵ月後には, 次のような質問がなされている<sup>66)</sup>。

「行政庁が, その不法行為の結果, 損害賠償責任を言い渡されたとき, 支払い義務を負うのは国家かそれとも行政官か。」

これに対するポアソナードの回答は, 「行政庁の行為に瑕疵が存在する以上, その瑕疵を犯した者がその結果を引き受けねばならない。」とした上で, 「不法行為が, ある官吏によって, 上からの命令なしに自己固有の権威にもとづきなされた場合には, 当該官吏が損害賠償を支払うことになる。上からの命令もしくは許可が存在した場合には, 当該上級者が支払い, つねに最初のかつ最上級の命令にまで遡ることになる。」とする。

更に, ポアソナードは, 官吏の不法行為がある場合の, 国等の補充的責任につき論じている。「当該行為が上からの命令によってなされようと,



それなしになされようと、国家、県、市町村は（行政行為をなした者の帰属に応じ）、自己の行為者の行為に対し補足的に（*subsidiairement*）責任を負う。その結果、国庫もしくは市町村の公庫が支払いをし、行為者が当該金庫に返済することになる。」

そして、「以上すべては、民法第一三八二条、第一三八三条および第一三八四条の諸原則の確立された適用（*l'application consacrée des principes du code civil*）である」として、官吏の不法行為の問題には民法の原則が適用されることを明確に指摘している。

いうまでもなく、これらのフランス民法典の条文は不法行為に関する一般規定である。念のため、関連部分を掲げておこう<sup>67)</sup>。

1382条 [不法行為責任 *des délits*] 他人に損害を生じさせる人の行為はいかなるものであってもすべて、過失（*la faute*）によってそれをもたらした者に、それを賠償する義務を負わせる。

1383条 [準不法行為責任 *des quasi-délits*] それぞれの者は、自己の行為（*fait*）によって生じさせた損害だけでなく、その懈怠（*négligence*）によって、又はその不注意（*imprudence*）によって生じさせた損害についても責任を負う。

1384条 [無生物責任 *responsabilité du fait des choses* 等] 自己の行為によって生じさせる損害だけでなく、自己が責任を負うべき者の行為又は自己が保管する物から生じる損害についても、責任を負う。

主人（*les maîtres*）及び使用者（*les commettants*）は、家内使用人（*domestiques*）及び被用者（*préposés*）が雇用にかかわる職務において（*dans les fonctions auxquelles ils les ont employés*）生じさせた損害について [責任を負う]

さて、ポアソナードは、先の質問から2日後には、さらに詳細に、公務員の悪意の度合いによって、責任が異なってくることを論じて、最後には、「以上が、行政上の問題に適用された自然法の諸原則（*les principes du droit naturels appliqués aux matières administratives*）である。」としてい

る<sup>68)</sup>。

(2) 法律取調委員会での議論

残った資料として確認できる旧民法の制定過程での法律取調委員会の議事録は、旧民法原案財産取得編393条につき、次のような記録を残している。多少長いですが、興味深いので引用してみよう<sup>69)</sup>。

「(尾崎委員) 官廳ノ役人杯カ仕出シテ損害ヲ掛ケレバ官廳ガ償ウカ

(南部委員) 小使ガ損害ヲ掛ケレハ司法ガ償ウ……

(尾崎委員) 役人ガ御用デ旅行シテ損害ヲ与ヘタクキハ

(鶴田委員) 職務ト云フ見分ケガ付ケバ宜シイ

(南部委員) 一般ノ職務ヲ以テヤルノハ別デショウ、假令バ会計ノ役人ガ普請ヲスル様ナトキ

(鶴田委員) 戸長ガ奥印ヲシテ失錯ヲシテ自分ガ損害ヲ蒙リタルトカ、良シ故意ニシテモ戸長ノ名義ガアルカラ職務上デ為シタルモノト見ナケレバナリマセン、損害賠償ヲ云テ来ルモノガ澤山アル、其レハ政府カラ出スカ、戸長カラ出スカト云フ論ガアル、種種論ジマシタガ出シキレヌカラ出サヌコトニ裁判ヲシマシタガ、據ナイノデアアルカラ内閣ニ迫テ到底出サナケレバナラヌ

(南部委員) 行政ノコトハ別デ御座イマショウ

(尾崎委員) 司法カラ頼マシテ過ツテ損害ヲ掛ケタトキハ官廳ガ償ウノハ困ル

(栗塚報告委員) 兵隊ガ誤ツテ人ニ怪我ヲサセタノハ

……

(栗塚報告委員) 尤モ適用スルニ困難モアルガ、原則ハドウシテモ之ガ本統ダロウト思ヒマス

(鶴田委員) 道理カラ云ヘバ之ガ原則ダロウ

(栗塚報告委員) 困難ニモセヨ、此裏ヲ考ヘテ見レバ職務ヲ行ウトキダカラ知らヌト云フコトハ出来マセン

(尾崎委員) 其レハ役人ガ償ウ、役人ナド知識モ具ヘテ居ルカラ自分  
デ悪ルイコトヲシテ損害ヲ掛ケレバ自分デ償テ宜シト思  
フ

(南部委員) 官ガ償ウ、役人ガ償ウト云フコトハ別ニ細カイ法律ガ出  
来ナケレバナラヌト思ヒマス

(栗塚報告委員) 唯箇様ナ原則ニ定メテ置ト云フノデ足りルト思ヒマ  
ス

(清岡委員) 司法省ノ普請ヲスルトキ怪我ヲシタ者ニ薬代デモヤルノ  
ハ今日デモヤツテ居ル

(渡 委員) 假令バ兵隊ガ訓練ヲスルトカ、或ハ野外演習トカデ、畑  
ヲ踏荒シタトキハ皆軍馬局カラ償テヤルカラ理ニ於テハ同  
一ナル譯デアル

(南部委員) 同ジコトデス。」

ここから読み取れるのは、少なくとも旧民法の原案の基本的立場は、官  
吏の不法行為について、民法は何か特別な規定を定めているのではなく、  
国が責任を負うのが「道理」であり「原則」であり、そのことを「公私ノ  
事務所」という規定が表現しているということである。但し、委員内部に  
おいても、尾崎委員のように、「司法カラ頼マシテ過ツテ損害ヲ掛ケタト  
キハ官廳ガ償ウノハ困ル」という意見や、南部委員のように、「行政ノコ  
トハ別」「官ガ償ウ、役人ガ償ウト云フコトハ別ニ細カイ法律ガ出来ナケ  
レバナラヌ」という意見もあったことは注意を要する。

制定された旧民法は、結局次のような条文となった。

「旧民法財産編373条 主人、親方又ハ工事、運送等ノ営業人若クハ  
總テノ委託者ハ其雇人、使用人、職工又ハ受任者ハ受任ノ職務ヲ行フ  
為メ又ハ之ヲ行フニ際シテ加ヘタル損害ニ付キ其責ニ任ス」

### (3) 小 括

前述のように、福岡判決は行政裁判法16条が「行政裁判所ハ損害要償ノ  
訴訟ヲ受理セス」としていることや、旧民法の起草過程で国家が不法行為

責任を負い得る趣旨の民法上の規定が制定段階で削除されたことをもって、戦前の「基本的法制度」として「国家無答責の法理」が確立していたとする。しかし、前述したように、この条文自体からは、そのような一義的な結論が導けるものではなく、また立法史的にも、国家は通常の司法裁判所によっても民事責任を負わないとまでする趣旨が明確にこめられていたのかは疑問である。

この点につき、学説の中には、次のような理由で、明治23年段階での立法政策は、国家の民事責任を通常裁判所でも排除する趣旨であったとする指摘がある。例えば、戦後になってこの問題を詳細に検討した近藤昭三は、行政裁判法や旧民法典の立法当時法制局長官であった井上毅が、国家の不法行為にも当然民法を適用すべきことを主張するポアソナードが起草した旧民法草案に対して、それでは人民の幸福の増進のために活動する国家の行政機関の「運轉ヲ障害」する危険があるとして反対意見を述べたことをあげ、その上で、旧民法から国家に民法の不法行為責任が及ぶ旨の規定が削除された点は、「ポアソナードの市民的自然法思想にもとづく国家賠償責任の原則的承認が、井上毅等の国家無責任の主張により否定されたことによって特徴づけられる。」とする<sup>70)</sup>。そして、「井上毅の公権力無責任論は……行政裁判所による国家責任法理の形成を行政裁判法16条により完全に封殺したうえで、民法の適用をも排除するもの」であり、「井上『意見』に定式化された主張にもとづく旧民法」は、国家責任も官吏責任の次元でも「そのいずれをも否定するものであったと言わざるを得ない」とする<sup>71)</sup>。そのほか、「行政裁判法と旧民法が公布された明治23年の時点で、公権力行使についての国家無答責の法理を採用するという基本的法政策が確立したのである」との評価や<sup>72)</sup>、「権力的行為による損害の賠償請求訴訟については、司法裁判所および行政裁判所いずれの管轄も否定する考えであった、と推測される。」とする見解がある<sup>73)</sup>。

しかし、これらの立法趣旨理解は、制定過程での何か正式な議事録に残されているとか、公式の立法理由書とかに残されているものではなく、立

法過程で影響をもったとされる人物の発言や意見書を根拠とした推測なのである。

確かに旧民法の条文から、原案にはあった「公私ノ事務所」の規定は削除された。しかし、法律取調委員会やポアソナードの基本的考えは、国家は官吏の不法行為について民法上の使用者責任を負うのが「道理」「当然」としていたのである。従って、特別な規定を設けなくとも、国家への使用者責任の適用が可能と考えて、削除したと捉えることも可能なのである。現に、ポアソナードの弟子たちが残した注釈書には、草案にあった「公私ノ事務所」の文言を削除した趣旨を次のように述べている。

「本條草案ニハ公私ノ事務所ハ其職員ノ加ヘタル損害ニ付キ其責ニ任スル旨ヲ明言シタリシニ修正ノ際之ヲ削除シタリ然リト雖モ其意決シテ官署ヲシテ無責任タラシムルニ在ラス此事タル法文ヲ待タスシテ自カラ明カナリト看做シタルニ由リ遂ニ削除ニ至リタルナリ蓋シ國府県其官廳モ義務成立ノ事ニ関シテハ普通法ニ從ハサルヘカラス」<sup>74)</sup>

すなわち、国家等にも「普通法」が適用されるので、「公私ノ事務所」という文言がなくても国家府縣が責任を負うのは当然だから、この文言を削除したと明言しているのである。

結局、明治23（1890）年当時、訴訟管轄については国家に対する民事損害賠償請求権を通常裁判所の管轄から排除する明文の規定はなかったのである。従って、通常裁判所でも国家の民事責任追及訴訟を排除するという「立法趣旨」が、条文化されて客観化されているわけではないのである。結局、この点での「立法者意思は行政裁判法および旧民法の制定当時、決して明示されていなかった」（岡田正則）<sup>75)</sup>と評価できるのである。

## 2 明治民法典と国家無答責の法理

### (1) 使用者責任と国家の責任

民法典論争を経て、制定された明治民法典では、草案723条の使用者責任の規定（現行民法715条）をめぐり、法典調査会で官吏の違法行為につ

いての国家の責任について議論されている(1895(明治28)年10月2日)。  
草案第七百二十三條 或事業ノ為メ他人ヲ使用スル者ハ被用者カ其事  
業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス但使用者カ  
被用者ノ選任及ヒ其事業ノ監督ニ付キ相當ノ注意ヲ加ヘタルトキ又ハ  
相當ノ注意ヲ加フルモ損害カ生スヘカリシトキハ此限ニ在ラス  
使用者ニ代ハリテ事業ヲ監督スル者モ亦前項ノ責ニ任ス  
前二項ノ規定ハ使用者又ハ監督者ヨリ被用者ニ對スル求償權ノ行使ヲ  
妨ケス」

この草案に対して、穂積八束は次のように、この使用者責任の規定は、  
政府と官吏との関係にも適用されるのかということを質問している。

穂積八束「此條ノ適用ニ付テ簡單ニ伺ヒタイノデアリマスガ此使用  
人ト使用者ニ代リテ監督スル人トノ關係ノ規則ト云フ者ハ政府ト政府  
ノ使ウ所ノ官吏其他ノ使用人ニモ此原則カ當ルト云フ御考ヘデアリマ  
スカドウカト云フコトヲ確カメテ置タイ勿論民法ト云フ者ハ一己人相  
互ノ關係バカリデ政府ト一己人トノ關係ニ付テハ別ニ規定スルト云フ  
コトニ全ク一刀兩断ニ言ヘルモノデアリマスレバ疑ノナイコトデアリ  
マスガ或ハ解釈次第デ政府ト一己人トノ間デモ政府ヲ法人ト見レバ矢  
張り民法ノ規則ヲ適用サレルト云フ議論モ出来ヤウト思フ若シ其ノ様  
ナコトヲ言ヒマス此規則杯ガ果シテ政府ガ一己人ニ對シテ其使用人  
ノ不法ナル行為ニ依テ損害ヲ加ヘタルトキハ政府ガ被害者ニ對シテ責  
任ヲ負フヤ否ヤト云フコトガ必ス問題ニナルト思フ」<sup>76)</sup>

穂積八束の質問は、民法における使用者責任のこの規定を原則と捉えた  
上で、「政府ト一己人トノ關係」については、「別ニ規定スルト云フコトニ  
全ク一刀兩断ニ言ヘルモノ」であれば「疑ノナイコト」だが、「解釈次第  
デ政府ト一己人トノ間デモ政府ヲ法人ト見レバ矢張り民法ノ規則ヲ適用サ  
レルト云フ議論モ出来ヤウ」として、そのように政府と個人との関係は別  
に規定するというような特別法のない限りは、政府を法人と見て民法を適  
用するという解釈論が成り立ちうることを認めているのであって、きわめ

て注目すべき見解である。

これに対して、起草者であり、八束の兄でもある穂積陳重の解答は、まさに八束の指摘するとおりに、政府と官吏についても民法の使用責任の規定が適用されることが原則であることを認め、さらに、もし政府が責任を負わないというのなら、「憲法ノ精神ニモ余程戾ル」として、政府が責任を負わない旨の特別法が必要であると解答しているのである。日本の民法史および国家賠償責任史にとって極めて重要な解答なので、少し長くなるが、ここに陳重の解答を詳細に引用しておこう。

政府の事業への使用者責任の適用 「本條ニ付テ第一二八政府ノ官吏ガ其職務ヲ行フニ際シテ第三者ニ加ヘタ損害賠償ニ之カ當ルヤ否ヤト云フコトガ第一ノ質問デゴザイマスソレニ對シマシテハ一ノ明文ガアリマセネバ固ヨリ政府ノ事業ト雖モ私法的關係ニ付マシテハ本案ハ當ルト御答ヘシナケレバナリマセヌガ併シ本案ガ當ルガ良イカ悪ルイカハ第二ノ問題デアリマスガ此案ヲ立テマストキニモ政府ノ官吏ガ其職務執行ニ付テ過失ガアツタトキニハ其責ニ任ズルヤ否ヤト云フ箇條ヲ置カウカト思ヒマシタガ併シ之ヲ民法ニ置キマスノハ不適當ノ場所デアルト考ヘマス一般ノ賠償ノ通則トシマスレバ公ケノコトデアルカラ夫故ニ一己人ニ其職務ノ執行ニ付テ非常ニ損害ガ生ジテモ是ハ御上ノコトデアルカラト言ツテソレハ償ナハヌ斯ウ云フノハ憲法ノ精神ニモ余程戾ルモノデアラウト思フ大體論カラ言ヘバ 所有權ハ侵害サレヌト云フ精神ノ方カラ言ヘバ戾ル話デアラウト思フ」

公益にかかわるから官吏の過失について政府が責任を負わないとする場合は特別法が必要 「併シ其主義ヲ適當トスルト今モ例ニ御擧ゲニナリマシタヤウナ非常ナコトガ生ズルカモ知ラヌ併シ作ラ公益上ニハドウモ官吏ノ職務上ノコトデアルカラ過失ガアツテモソレハ賠償ヲサセヌ方ガ宜シイト云フコトハ是レハ例外デアツテ一ツノ特別法ヲ以テ定ムベキ事柄デアル一般ニ掛ルコトデナイ別シテ是レハ公法ニモ關係ノアルコトデアリマスカラ夫故ニ若シ斯ノ如キコトガアリマスレバ

其事柄ハ特別法ノ所ニ規定ニナル方ガ宜イ其職務ニ付テ過失ガアルト云フトキニ於テハ之ヲ用ヅル人ガ償フト云フノガ原則デアルト云フコトハ動カヌコトデアラウ之ヲ定メテ置クガ宜イト思フ」

政府の無責を民法の使用者責任の但書で規定することの是非 「又民法ニ但政府ノ官吏ガ其職務ヲ執行スルニ對シテ加ヘタ損害ニ付テハ過失アリト雖モ其責ニ任ズゼト云フコトヲ只書キ放シマシテハドウシテモ萬般ノコトニ當ルマイ成程今ノ大キナ公吏ニ付テハ固リ已ムヲ得ナイト云フ場合モアリマセウ又一己人一己人ニ付テモ已ムヲ得ナイト云フ場合モアリマセウ是レハ程度デ公益上一私人ニ迷惑ヲ掛ケルノハ良イコトデハナイガ已ムヲ得ズヤルコトデアリマスカラ其分界ヲ附ケルニハ随分細カイコトモ要リマセウソレデサウ云フコトハ特別法ニ讓ル方ガ宜イト云フ考ヘデアリマスソレガナケレバ本條ノ規定ガ當ルト云フコトデソレハ尚ホ勘考スベキコトデアル」<sup>77)</sup>

以上のように、官吏の不法行為に関して使用者責任が適用され、政府は賠償責任を負うのが原則であるとする穂積陳重の考え方は明快である。その後の判例や学説が、戦前の日本には官吏の不法行為に関して国が責任を負う一般法がなかったとする見方とは正反對に、民法起草者の穂積は、国家の賠償責任に民法が適用されることが「原則」であることを当然視して、もし、国が責任を負わないとするならば特別法が必要であるとし、そのような特別法がなければ、民法が適用されると明言しているのである。しかも、「公法ニモ關係スルコト」「公益上」のことについては、場合によっては、国家が責任を負わないことも考えれるが、そのように国家が賠償しない場合には特別法が必要だとしている点、すなわち、国家の賠償責任の免責のための特別法が必要だとしている点は重要である（後述参照）。

## (2) 他の委員の見解

なお法典調査会では、このような官吏の不法行為についての国への使用者責任の適用が原則とする穂積の見解に対して、他の委員はどのような意見であつただろうか。



まず横田国臣委員は賛成論を展開する。「私ハ此箇條ハ極賛成ノ方デアリマス」「官吏ガ其職務上デスベキコト法律規則ニ依テスベキコトヲシテ損害ガアツタ折ニハソレハドモ官ガ償ノウガ當リ前ト思フ例ヘバ検事ガ没収物ヲ返サナケレバナラヌノヲ返サナイデ焼イテ仕舞ツタナラバ検事ガ他人ニ償ハナケレバナラヌ此原則ハ大抵ノコトハ官吏ノ職務上ノ過失ニ付テ當テテモ宣カラウト思フ」<sup>78)</sup>。

これに対して、穂積陳重の民法適用論に強く異を唱えたのが都筑馨六委員である。都築は次のような従来の「習慣法」や土地収用法の運用を根拠として、穂積説に強い疑問を呈している。都築は「是迄一ノ町村會ノ違法處分ニアル裁判例又取扱ヲ見マシテモ官吏公吏ガ職務上為シタコトニ付テ多少違法ノコトガアルニセヨ過失ガアルニセヨソレガ爲メニ他人ニ損害ヲ及ボス場合デモ賠償ノ責ニ任ジナイト云フコトガ習慣法ニナツテ居リマスガ其邊ノ所ハスツカリ變ツテ来ルノデゴザイマセウカ」<sup>79)</sup>と質問する。この質問に対する穂積陳重の回答は、穂積八束の質問への解答とあわせて先に紹介したとおりで、原則民法適用論を主張している。

さらに、都築は土地収用法の運用に関して、官吏の違法な行為を「民事ニ近イ」ものと、「公法上ノ執行」とに分け、前者には賠償責任を認めるが、後者には認めないのが例であるとして、後の判例や学説の展開のような立場を表明しているのが注目される。すなわち、「民事上ノ契約トカ民事ニ近イコトデソレデ過失ガアツテ損害ヲ加ヘタナラバ賠償シテ居ル併シ公法上ノ職務執行ノ過失カラ 違法ノコトカラ他人ニ損害ヲ蒙ラセテモ或ハ公法上ノ執行ニ依レル過失デモ兎ニ角公法上ノ職務執行ノ過失ニ依テ損害ヲ蒙ラシメテモヤラヌト云フ風ノ例ニナツテモ居ルヤウニ私ハ心得テ居リマス」<sup>80)</sup>。

これに対する穂積陳重の回答は、痛烈である。もし土地収用法の解釈が都築のというようなものであれば、それは「理屈ノ分ラヌ収用法」であり、「随分主義ニ於テモ如何ガハシイ」と答えている。「土地収用法ニ付テノ解釋ハ都築君ノ解釋ノ方ガ確カデアリマセウ果シテサウナラバ土地収

用法ハ理屈ノ分ラヌ収用法ト言ハナケレバナラヌ……公益事業ノヤリ方ニ付テ外ノ者ガ損失ヲ受ケテモ初メニ見込ダノハ償ナハヌト云フノハ随分主義ニ於テモ如何ガハシイト思フ若シ都築君ノ解釋ノ如クナレバ矢張り償ナハナケレバナラヌト私ハ思フノデアリマス<sup>81)</sup>。

また、高木豊三委員も、穂積説に反対意見である。「政府ト官吏トノ間ノ關係即チ官吏ノ過失行為ハ政府ガ代ツテ賠償スルカドウカト云フ問題モ本條ニ含ムカノ如キ御答ニナツタヤウデアリマスガ私ハソウハ解シ兼ル」、  
「政府ノ官吏ト云フモノガ職務執行ニ付テ第三者即チ人民ニ對シテ損害ヲ加ヘタ場合ニ此原則ニ依テ政府ガ其賠償ノ責ニ任ズルヤ否ヤト云フ斯ウ云フ問題ヲ此條デ暗ニ極メタモノト云フコトデアルナラバ私共ノ解釋シテ居ルモノト大變趣意ガ違ヒマスノデ其問題ナラバ大ニ是論ズベキ事モアリ研究スベキコトモアラウト思フ」<sup>82)</sup>。

しかし、これに対しては、前述したように、穂積は、「特別法カ出ナケレハ裁判官ハ本條ニ依テ裁判ナサレルデアラウト思フ」と自説を曲げず、逆に、高木委員に対して、「併シアナタハドウ裁判ヲナサレマスカ」と反問している<sup>83)</sup>。

この議論について、起草委員の一人である梅謙次郎は、穂積とは違った意味で、特別法がなければ国が民事の賠償責任を負うことを認める。梅は、官吏の不法行為についての国の責任の問題は、国が法人なので、使用者責任の問題ではなく法人の不法行為責任（起草案46条。現行44条）の問題として捉え、国について特別法によって46条の民法の規定を排除しないのであれば、国に法人としての不法行為責任が生ずるとしている。

「大變大問題ニナリマシタガ私ハ此問題ハ嘗テ法人ノ所ノ四十六條デ決シタコトト思ヒマス」、「不法行為ノ原則カラ考ヘテソレカラ法人ノ所ノ四十六條ノ規定ヲ考ヘテ見レバ國ニ關スル特別ノ規定ガアレバ當ラヌコトハ分ル若シ明文ヲ以テ定メナケレバ國モ亦法人デアルカラ四十六條ノ規定ガ嵌ルト云フコトハ決シテ無理カラヌコトト思フ」<sup>84)</sup>。

なおもう一人の起草委員であり当日も出席者として名を連ねている富井

政章は、この条文の議論には直接加わっていない。

奇妙なことに、この議論の口火を切った穂積八束は、問題提起をしただけで、議論には直接加わらなかった。しかし八束は、この数年後に「官吏ノ職務上ノ過失ニ因ル賠償責任」と題する論文を発表している。その中で、八束は、「官吏ノ職務上ノ不法行為ヲ論スルニ直ニ民法ノ不法行為ノ規則ヲ適用シ且ツ國家ト官吏トノ相互ノ關係ヲ直ニ雇主ト雇人トノ民法上ノ關係ニ歸シテ其責任ヲ説ク者アリ蓋是亦官吏ノ行為ハ國權ノ動作ニ係ルカ故ニ更ニ行政ノ特性ニ伴フ別種ノ法理アルコトヲ知ラサルノ誤解タルヲ免レス」としている<sup>85)</sup>。この批判は、法典調査会での使用者責任をめぐる議論での兄陳重の見解も念頭においているのであろうか。

### (3) 民法と特別法

ところで、官吏の不法行為について使用者責任が適用され、国が民事賠償責任を負うのが「原則」であり、もし国の民事責任を排除するならば、特別法が必要だとする穂積陳重の説は、必ずしも、特別法排除説を支持するものではなく、既に言葉の端々に現れているように、むしろ特別法必要説なのである。つまり、穂積は、結論として国の民事賠償責任を肯定するために、民法の適用を説いているのではなく、特別法がない限り、国にも使用者責任が適用されるのだから、国の責任の排除については、むしろ特別法を作ることが望ましいという意見なのである。この点は次のような穂積の説明にも明瞭に現れている。

「若シ官吏ノ職務ノ執行トカ或ハ公益トカ是ダケハ取除ニ致シマスナラハ是ハ土地収用法ニ規定ニナリマストカ或ハ官吏責任法ト云フ特別法ガ出来ルコトヲ私ハ希望スルノデアリマス」<sup>86)</sup>。また、「何モ外ノ條ガナクシテ出タラバ裁判所デハ普通ノ不法行為ノ箇条ヲ適用スルモノデアラウト斯ウ考ヘマスデアリマス夫故ニ若シ官吏ノ職務執行ニ對スル云々ト云フコトガ必要デアルナラバソレハ特別法ヲ出サレル方ガ宜シカラウ本案デ是非サウシナケレバナラヌト云フコトデハナイ併シ特別法ガ出ナケレバ裁判官ハ本條ニ依テ裁判ナサレルデアラウト思フ」<sup>87)</sup>。「特別法ガ出来ヌト云フコト

ヲ豫想シテ是デ突キ通スト云フノデハナイ若シ特別法ガ出来ナカッタラ是ガドウ解釋サレルカト云フコトヲ問ハレマスカラ特別法ガナイ以上八例ヘバ軍艦ガー己人ノ商賣船ト衝突シテ其船ヲ沈メタトカサウ云フ様ナ場合ニ賠償ヲ求メルト云フニハ此條カ當リハシナイカト云フ御相談ヲシタノデ特別法ヲ作ラナイデ是レデ押通シテ仕舞ト云フ丈ノ決心ハ我々三人共ナカッタノデアアル併シ若シ特別法カナカッタラバ是レカ當ルジャラウト云フ考ヘハ三人共持ツテ居ル」<sup>88)</sup>。

そして、官吏の不法行為に関する国の責任については、民法の原則としては国に使用者責任が発生し、もし、国が責任を負わないのなら、特別法で細かく定めるべきだとの考えは、穂積に始まった考えのではなく、むしろ旧民法制定過程の法律取調委員会で議論されていたことは既に上述した(四二)1)。つまり、民法制定過程での民法起草者側の趣旨(これが立法者意思というなら立法者意思)は、官吏の不法行為についても民法が適用され、国が使用者責任を負うのが原則であり、免責する場合は、特別法が必要であるとの考えが、旧民法制定過程においても、また、明治民法典制定過程でも一貫していたと言えるのではないだろうか。

なお民法は原則を定めるのだから、その適用によって予想される不都合によっては、特別法で対処すべき問題もあるという穂積の認識は、官吏の不法行為についての国の賠償責任の問題に限らず、他の箇所でも見られるところである。たとえば、民法の不法行為の原則規定である草案719条(文言は現行709条と同じ)について、穂積八束は、民法の不法行為の原則が伝統的に過失責任主義であったことは承知しているが、現在のヨーロッパでは「社会的立法ト云フモノガ余程實際問題」となっているとして、次のように過失責任主義に基かない賠償責任の考え方があることを紹介し、其のうえて、「一方二於テハサウ云フヤウナ必要ガアルニモ拘ハラズ尚ホ此主義(過失責任主義 引用者注)ヲ執ラナケレバナラヌノデアリマセウカー一寸一言附ケ加ヘテ御説明ヲ願ヒタイ」とする。「近来ノ経済学者ト<sup>(マ)</sup>ハ公法學者トカ云フ人ノ著書ヲ見マシテモ大層近頃ハ是ハ欧羅巴社會ノコ

トデハアリマスケレドモ社会的立法ト云フモノガ余程實際問題トナツテ居  
マス……蓋シ社會ノ有様ヲ見マスルト云フト成程己人的ノ關係カラ申シマ  
シタナラバ無論御説明ノ通ノ理由デアリマセウケレドモ或場合ニ於テハ祖  
先伝来ノ財産ヲ以テ数萬人ノ職人ヲ使フヤウナ者モアリマス甚ダ危険ナル  
機械ヲ以テ危険ナル事業ヲ営ム僅カ五十銭カ一圓ノ賃金デ仕事ヲセサセル  
ト云フヤウナ者モアリマス又随分鉄道ダトカ何トカ云フモノガ盛ンニナツ  
テ来タ時ニ於キマシテハ一方ニ於テハ又従ツテ他人ニ危害ヲ蒙ラシムヤウ  
ナ事が生ジテ来ヤウト思フノデアリマスサウ云フヤウナ大キナ鉄道会社ノ  
ヤウナ責任ト云フモノニ就イテハ此故意又ハ過失等ノコトハ問ハズシテ苟  
モ假令充分ナル注意ヲシ當リ前ノ方法ヲ以テ營業ヲシテ居ツタニ致シマシ  
タ所ガ他人ニ向ツテ財産其ノモノニ損害ヲ蒙ラシメタナラバ夫レニツイテ  
賠償ヲナサセルト云フコトハ則チ社会的ノ觀察ニ於テ公平デアルト云フヤ  
ウナ考ヘガ動々欧羅巴ナドノ學者ノ間ニ行ハレテ居ルノデアリマス」<sup>89)</sup>。

これに対する兄穂積陳重の解答は、国の使用者責任についての解答と同じであり、そのような新たな問題は、特別法で対処すべきで、原則を定める民法自体に規定を置くべきでないというのである。

「本案ノ執リマシタ主義（過失責任主義 引用者注）モ夫レニ依ツ  
テ矢張民法ノ規則トシテ斯ウナラナケレバ往カヌ積リデアリマス元ヨ  
リだん々々近頃ニ至リマスルト種々様々ノ團軀或ハ機械トカ學問上ノ  
思想ヤ何カノ發達トカ云フヤウナ風ノコト或營業ヲ為シ或生活ヲ為シ  
マスルニ就イテ他人ニ特別ナル危険ヲ及ボシマスル場合ガ幾ラモアリ  
マス夫レハ鐵道デアルトカ或其他ノ運送業デアリマスルトカ製造業デ  
アリマスルトカソナモノニ就イテハ竝ニ生活ヲ致シテ居ル者ヨリハ  
別段ノ有様ニ居ル者デアリマスカラ或場合ニ於テハ故意又ハ過失ト云  
フモノガ無クテモ苟モ其事業ヨリシテ損害ガ生ジマシタナラバ必ズ賠  
償ヲシナケレバ往カヌト云フヤウニ特別法ヲ以テ義務ヲ負ハセルト云  
フヤコトハ吾々ニ於テモ少シモ反對デハナイ又サウ云フ場合ガアル  
ジャラウト思フノデアリマス併シ夫レヲ此民法ノ規定トシテ執ルベキ

モノデアルカ否ヤ通常ノ生活ヲシテ居マスル者ヲ元トシテ執ルベキモノデアルカト云ヘバ夫レハ執ラナイ」,「或場合ニ於キマシテハ特別ナル法律ヲ以テ特別ナル生活ヲ営ミマスル者ニ就イテ故意又ハ過失ガナクテモ苟モ其生活ノ仕方ヨリシテ損害ガ生ジマシタナラバ之ヲ償ハナケレバイカヌト云フ特別法ガ出来テ来マスルノハ敢テ此案ガアリマシテモ妨ゲル所デハナイ又或場合ニ於テハ必要デアラウト思ヒマス。」<sup>90)</sup>

なお、このような民法上の不法行為責任の原則としては過失責任主義を採用し、危険責任等については、特別法で対処するという穂積陳重の基本的考え方については、当時のドイツの民法典の起草過程での議論（穂積八束の質問のように、ギールケが無過失責任規定の必要性を強調したのに対して、危険責任は特別法の制定で可能だとする）を、それが公刊される前に穂積陳重が入手・検討しており、このドイツの議論を日本の民法典の起草においても参考にしたとの注目すべき指摘がある<sup>91)</sup>。

### 3 小 括

以上検討してきたように、戦前の立法政策として国の権力的作用について生じた被害について国の賠償責任は認めないという国家無答責の法理が法制度として確立していたとか、この場合の国の賠償責任を認める一般法がなかったというような捉え方は、はなはだ不正確である。

第一に、確かに、行政裁判所は損害要償を受理せずとの規定は明文で定められたが、逆に国に対する損害賠償請求は通常裁判所では受理しないとの規定は、一度もおかれなかった。

第二に、旧民法草案では、そもそも官吏の不法行為について国に使用者責任が当然に生ずることを前提として「公私ノ事務所」が責任主体とされていたのが、制定過程でこの文言が削除されたが、法務取調委員会の段階では、官吏の違法行為に対して国が使用者責任を負うというボアソナードの考えに起草委員は賛成しており、文言の削除が、国の責任を否定するために、「公私ノ事務所」を削除したのか、「公私ノ事務所」がなくても、国

の責任は当然認められることを前提としていたのかは、規定上は明らかでないどころか、ボアソナードやその弟子たちは、国家や地方公共団体に当然に民法の適用をあることを前提にこの文言を削除したと考えていることが伺えるのであった。

第三に、明治民法典の起草過程では、官吏の違法行為について使用者たる国が民法の使用者責任規定に基き賠償責任を負うことが前提とされ、それは民法の原則の適用の当然の結果であり、逆に国に賠償責任がないとする方が「憲法ニモ戻ル」とされていたこと、この場合の国の責任は、私法上の関係については責任を負うが、公法上の職務については責任を負わないというような二元説的な捉え方ではなく、両者ともに民法の責任が国に生ずるのであって、後者については責任がないというような考え方については、「如何ハシイ主義」だと痛切な批判がされていること、

第四に、民法典起草者も国が責任を負わない場合を否定するのではないが、そのためには特別法が必要であるとしている。したがって、民法典起草者の考えは、後に判例・通説がいうような 国に賠償責任を負わせるためには特別法が必要で、賠償責任を認める一般法はない という理解とはまったく正反対であって、国にも一般法である民法が適用されるから、国が責任を負わないためには特別法が必要だ と理解していたのである。

このような起草者の見解に、これまで十分な光が当てられてこなかったのは、国賠法が制定された戦後の段階で、今更、国への使用者責任の規定の適用の是非の議論を検討しても意味がないと思われたこと<sup>92)</sup>、起草過程を検討する論者自身が余りに公法私法二元論に呪縛されて、民法典起草者の見解を十分理解しなかった可能性があげられよう<sup>93)</sup>。

さて、次稿では、以上の考察を前提に、このようにして制定された明治憲法 行政裁判法 裁判所構成法 旧民法典（周知のように施行はされず）明治民法典を前提として、戦前の判例・学説は 国家無答責の法理 と呼ばれる法理をどう展開したのか、その実相に迫りたい。

1) 乾昭三（1965）386頁。引用は本稿末尾の引用文献表の著者名（刊行年）による。以下



同様。

- 2) 芝池義一(2001)は、「戦前において認められていたのは、国家・公共団体の活動による損害一般についての無責任の原則ではなく、公権力の行使に当たる行為による損害についての無責任の原則」なので、「国家無責任(無答責)の原則」というのは、「正確な表現であるとはいえない」とする(1頁)。また「無答責の語は一般になじみが薄い」とする(芝池(2004)24頁)。本稿では後述するように近時の戦後補償訴訟判決が「国家無答責の法理」の表現を使うことが多いので、これを使う。もとより批判の対象としてである。
- 3) 「人道に対する罪」(crimes against humanity)は、第二次大戦直後にナチス・ドイツの戦争犯罪を裁くためにつくられたニュルンベルク裁判条例(1945)において、<sup>(a)</sup> 平和に対する罪、<sup>(b)</sup> 通例の戦争犯罪、とともに<sup>(c)</sup> 人道に対する罪として概念化されたものである。そこでは、「人道に対する罪」として、前二者の罪との関連でなされた「殺人、せん滅、奴隷化、強制移送その他の非人間的な行為、もしくは政治的または人種の理由に基づく迫害行為」が挙げられた。また、この概念は、1998年に採択された「国際刑事裁判所のためのローマ規定」(Rome Statute of the International Criminal Court)第7条で、次のように定義されている。「本規定の目的に関して、『人道に対する罪』とは、一般住民に向けられた広範な攻撃または系統的な攻撃の一環として、この攻撃を知りながら行なった次に掲げる行為のいずれかを意味する。a 殺人、b せん滅、c 奴隷化、d 住民の追放または強制移転、e 国際法の基本原則に違反する投獄または身体の自由の著しい剥奪、f 拷問、g 強かん、性的奴隷化、強制売春、強制妊娠、強制断種またはその他同等の重大な性的暴力、h 第3項に定める政治、人種、国民、民族、文化、宗教、性別に基づき、またはその他国際法において許容されないものとして普遍的に認められた理由に基づき、本項に掲げる行為に関連して、または本裁判所の管轄権に属するいずれかの犯罪に関連して、いずれかの同一視しうる集団に対して行われた迫害または集団的に行われた迫害、i 強制失踪、j アパルトヘイト罪、k 意図的に、苦しい苦痛を与え、身体もしくは心身の健康に重大な害をもたらす同様の性質をもつその他の非人間的行為」(訳は、ICC研究会訳による。アムネスティ・インターナショナル日本国際人権法チーム(2002,73頁)。人道に対する罪については、前田朗(2000)161頁以下、同(2003)226頁以下等参照。
- 4) 戦後補償訴訟を概観した近時の著作として、岡田正則(2002a)、松本克美(2001,2002a,2002b)、高木健一(2001)、高木嘉孝(1999)、西埜章(2000,2002)、水島朝穂(2003)等参照。なお民法学からのアプローチとして、吉田邦彦(2000,2001)。
- 5) この点についての指摘として、座談会(2004)9頁(松本発言)、松本克美(2004)37頁以下。なお戦後補償訴訟との関連で国家無答責の問題を論じたものとして、秋山善昭(2000)、岡田正則(2001)(2002ab)、芝池義一(2001)(2004)、西埜章(1998)など。
- 6) 「憲法と民法」というテーマについては、山本敬三の一連の論稿及び近時の法律時報誌「小特集・シンポジウム・憲法と民法」を参照されたい(吉田克己他(2004))。
- 7) 園部逸夫は、「戦前・戦中派」の7人組として、柳瀬良幹、鷓飼信成、田中二郎、田上穰治、原龍之介、依静夫、林田和博の名を挙げ、「戦前・戦中派」は、「第二次大戦の開始と相前後して学者になった人達である。いずれも最近まで、あるいは、現在、戦後日本行政法学の最も有力な指導者的存在として活躍し、戦後の行政法学構築の柱石となり、その



「国家無答責の法理」と民法典（松本）

理論は今日なお通説的地位を占めている。」とする（園部（1983）136頁，145頁注24）。

- 8) 田中（1946a）後に，同（1968）所収。引用頁は後者による。
- 9) 田中（1946b）145-146頁。後に同（1968）所収。引用頁は後者による。
- 10) 有倉遼吉（1953）17頁，雄川一郎（1968）253頁（初出1948）の他，後述する今村成和，加藤一郎，乾昭三など。
- 11) 田中二郎（1946b）146頁。なおここで述べられているフランスの判例法については，次稿で紹介する予定である。
- 12) 田中二郎（1946b）149頁注3。
- 13) 田中二郎（1946b）150頁。
- 14) 田中二郎（1946b）153頁。
- 15) 田中二郎（1946b）150-151頁。
- 16) 田中二郎（1947）158頁。
- 17) 田中二郎（1947）159頁。
- 18) 有倉遼吉（1953）26頁。憲法17条自体を直接根拠とした国家賠償請求訴訟ができるかを問題とし，それを否定する理由を，「第一七条の規定のもつ抽象性」，「『法律の定めるところにより』賠償を求めることができるとした表現形式」に求める。
- 19) 雄川一郎（1986）257頁，261頁以下（初出は1948）。また，今村（1957）は，「憲法17条の規定が国家無責任の原則を放棄したことにより，国は公権力の主体としての特権的地位をすてて，私人と同一の責任を負うに至ったものと解するから，特別の定めがなされるまでは，民法を適用すべきであった」とする（84頁）。また下山（1973）は，「わが国の公権力の行使にかんする事案に関する無答責性が解除された瞬間に，民法の損害賠償請求権を行使しうる状況が発生したと考えるべき」として，その時期を「ポツダム宣言受諾の時期から」とする（44-45頁）。なお，判決としては，日本国憲法施行後は公務員の不法行為についても民法の規定を適用することができるようになったものと解すべきであるから，本項は憲法一七条に違反しないとする判決（東京高判昭32・10・26下民集8-10-1979）や，ポツダム宣言受諾後本法施行前になされた国の公務員の違法な公権力行使については，国は賠償責任を負わないとする判決がある。（東京高判昭46・11・25高民集24-4-419）
- 20) 田中二郎の略歴については，雄川編（1977）2451頁以下参照。
- 21) 公法・私法二元論批判については，高柳信一（1985）参照。
- 22) 今村成和（1957）45頁。
- 23) 下山瑛二（1954）111頁。
- 24) 下山瑛二（1954）113～114頁。
- 25) 阿部泰隆（1988）39頁。
- 26) 田中二郎（1946a）88頁，134～135頁。
- 27) 田中二郎（1933）。この論文の仔細は次稿で検討することになる。
- 28) 渡辺洋三（1975）357頁，359頁注8。
- 29) なお，渡辺は，田中が戦後からほとんどなく公刊した『行政法の基本原理』（1949）と，それから8年後に公刊された田中の教科書『行政法総論』（1957）を比較して，前者では戦前との「断絶」を強調し，また「天皇制の警察国家的公共の福祉論のもたらした弊害」を

念頭に「公共の福祉一般に神経質」であったのが、「8年間の推移を経て、大きな変化をとげるに至った」とし、「むしろ、積極的に、福祉国家的公共の福祉を理論づける」「国家独占資本主義行政法」に「変遷」したことを指摘し、「終戦直後、情勢の変化に対応していちばやく変わった行政法解釈学は、いままた、戦後日本独占資本主義の復活に対応して、ふたたび変わった。」「田中行政法論が支配的となりうるのは、まさに、それが、客観的現実を説明し、それを合理化するための学問として、最も体系的理論的でありうるからである。」とする(渡辺1972)147頁以下)。本文に述べるように、戦後の8年間の「変遷」とともに、戦前の田中における国家賠償責任論についての4年間の急激な「変遷」の検討も、日本における法学のあり方の問題として重要な検討課題である。

- 30) 乾昭三(1965)。
- 31) 乾昭三(1965)387~8頁。
- 32) 戦後長らく代表的な不法行為法の教科書として知られていた加藤一郎(1957)は、「以前は、公権力を行使する公務員の違法行為については公務員個人に対しても、使用者たる国または公共団体に対しても、その責任を問い得ないものとされていた。」とする(168頁)。最近の教科書でも、「大日本帝国下においては、権力的行政作用……については、それが国民の権利侵害を招いたとしても国または公共団体は不法行為責任を負わないとの原則(国家無答責の原則)が妥当していた。」(潮見(1999)384~385頁)、「かつては狭義の権力作用につき無答責」(澤井(2001)293頁)、その他、吉村(2000)236頁など。
- 33) 宇賀克也(1988)412頁。
- 34) 宇賀克也(1988)419頁。
- 35) 阿部泰隆(1988)35頁。
- 36) 阿部泰隆(1988)40頁。
- 37) 芝池義一(2003)196頁。
- 38) 福岡地裁判決の安全配慮義務論、時効・除斥期間論については、松本克美(2002b)で検討した。
- 39) 詳細は、松本克美(2001a)1882頁以下。
- 40) 「……被告会社は、契約を締結することなくして、原告ら6名との間で、同人らが被告会社のために継続的に勤務に服すべき労働関係を設定したものである。そうであれば、被告会社は、故意の不法行為によって上記労働関係を形成、維持したものであるから、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といわなければならない、したがって原告ら6名に対して安全配慮義務を負うものというべきである。」  
しかし、「被告国は、原告ら6名を本件強制運行によって大江山鉱山に閉じこめ、労働を強制される状態に追い込んだものであるが、両者の接触関係はその限度であって、被告国が原告ら6名に対し具体的な就労内容等を指示して労働させる関係を設定したものはなかったから、被告国と原告ら6名との間には、安全配慮義務を生じるような特別な社会的接触はなかった」として、安全配慮義務を負うこと自体を否定した。ただし、企業および国の双方は、本件強制運行・強制労働を共同実行したものであるとして、共同不法行為責任の成立を認めている。
- 41) 芝池義一(2001)。

「国家無答責の法理」と民法典（松本）

- 42) ロessler（Hermann Roesler 1834-1893）は、27歳の若さでドイツのローシュトック大学の国家学の正教授となり、1868年には『アダム・スミスによる国民経済学の基礎理論』、つづいて『社会行政法』2巻の著書を出版し、学界における指導的地位を確立したところ、日本政府に公法顧問として招聘され、明治11（1878）年から15年間滞日し、その間、明治憲法の制定や行政裁判法の制定などに力を尽くした。この点につき梅溪昇（1965）86頁以下参照。
- 43) ロessler草案については、稲田正次（1962）104頁以下参照。なお稲田のほか、明治憲法成立史について、憲法学史としてのアプローチとして、長谷川正安（1993）など。
- 44) 稲田正次（1962）113頁以下。
- 45) この趣旨説明については、稲田正次（1962）719頁参照。
- 46) 伊藤博文（1888）82頁以下。
- 47) 立法過程については、行政裁判所（1940）、和田英夫（1958）が詳しい。近時の研究として奥田（2001）。
- 48) 行政裁判所（1940）1頁以下。
- 49) 行政裁判所（1940）2頁以下。
- 50) 行政裁判所（1940）5頁以下。
- 51) 行政裁判所（1940）9頁以下。
- 52) 國學院大學日本文化研究所（1979）103頁以下、奥田（2001）34頁以下。
- 53) 行政裁判所（1940）26頁以下。
- 54) 行政裁判所（1940）30頁以下。
- 55) 行政裁判所（1940）45頁以下。モッセ（Albert Mosse, 1846-1925）は、ドイツの憲法、行政法学者で、内閣および内務省顧問として1886（明治19）年に来日してロesslerと共に憲法起草に当たった井上毅らを助けたとされる（世界大百科辞典，平凡社，長尾章一執筆）。
- 56) 行政裁判所（1940）54頁以下。
- 56a) 芝池義一（2004）25頁，梁井義信（1988）146頁参照。
- 57) 行政裁判所（1940）337頁以下。行政裁判法施行後，13回も改正案が議会に提出されている。同344頁以下の年表参照。
- 58) 日本近代法立法資料・明治20年11月16日「帝国司法裁判所構成法草案第三回議事速記」
- 59) 下山（1979）69頁。奥田（2001）は、「裁判所構成法二六条にいう民事訴訟法には，権力的行為による損害の賠償請求訴訟は，最初から含まれていなかった」とする（43頁）。
- 60) 伊藤博文編85頁以下。
- 61) 奥田（2001）41頁。
- 62) 高柳（1985）56頁以下も，戦前の明治憲法，行政裁判法，裁判所構成法のもとでも，公法事件を司法裁判所の管轄と解釈することの可能性を論じている。
- 63) 民法典の編纂については，向井健（1982），石井良助（1979）など。ポアソナードについては，大久保泰甫（1977）。
- 64) Boissonade (1983) p. 290.
- 65) 明治8年7月20日付けの質問。ポアソナード（1978）78頁以下，55頁以下。訳文は吉川

経夫訳による。

- 66) ボアソナード(1978)80頁以下,56頁以下。
- 67) 訳文は,稲本洋之助訳(1982)135頁以下による。なお,フランス不法行為法については,新聞輝夫(1991)。
- 68) ボアソナード(1978)58頁,82頁以下。
- 69) 法務取調委員会(1987)176~177頁。
- 70) 近藤昭三(1975)326頁。井上の反対意見は,井上(1891)参照。
- 71) 近藤昭三(1975)350頁。
- 72) 宇賀克也(1988)411頁。
- 73) 奥田(2001)39頁。
- 74) ボアソナード訓定(1890)712頁以下。
- 75) 岡田正則(2002)(一)93頁。なお芝池(2004)26頁は,「むしろ、『公私の事務所』文言が削除されたことは,国・公共団体の賠償責任の問題は,民法では規定されずオープンになった,つまり裁判所や学説による解釈に委ねられたと理解することが,偏見のない態度でいうべきであろう。」とする。
- 76) 法典調査会342頁。
- 77) 法典調査会343-344頁。
- 78) 法典調査会344頁。
- 79) 法典調査会343頁。
- 80) 法典調査会345頁。
- 81) 法典調査会345頁。
- 82) 法典調査会345~6頁。
- 83) 法典調査会346頁。
- 84) 法典調査会346頁。なお後に梅は「官史ガ職務上ノ不法行為ニ付テ民法七〇九条ノ責任ヲ負フベキコトハ明カデアル」としつつも,「國ニ付テ何等ノ規定ガナイカラト云ツテ民七一五ヲ適用スルコトハ出来ヌ寧ろ國ニハ不法行為ノ責任ナシト論決セネバナラス,但立法論トシテハ予ハ國ニ責任ヲ負ハス方ガヨイト思フノデアル」としている(梅(1908)44-45頁)。民法典の制定過程での国家責任肯定説から改説したのであろうか。
- 85) 穂積八束(1913)397頁以下(初出は1897)。なお,穂積は明治憲法制定後,行政行為,行政裁判の特質につき,数多くの論稿を発表し,美濃部達吉と論争をするに至っている(後掲の文献表参照)。こうした八束の立場からすれば,もっと議論にかみついて良かったはずだが,専門が違うのと,兄の提案なので,遠慮しているのだろうか。
- 86) 法典調査会344頁。
- 87) 法典調査会346頁。
- 88) 法典調査会348頁。
- 89) 法典調査会300頁。なお八束は1884(明治17)年から1888(明治21)年までの4年間,憲法研究のため文部省からドイツ留学を命じられ,ハイデルベルク,ベルリン(ここで森鷗外とも交流),ストラスブールの各大学で学んでいる。すなわち八束は単なる復古主義者ではなくして,ドイツの最先端の法律学や社会問題にふれているのである。八束につい

ては、マイニア（1971）、長尾龍一（1974）（2001）参照。

- 90) 法典調査会301頁。
- 91) 浦川道太郎（1985）201頁注23。
- 92) 田上富信（1985）464～5頁は、民法典調査会での使用者責任規定をめぐる議論において、本文で紹介した官吏の違法行為についての政府の使用者責任の成否についての穂積八束の質問を契機として、「爾後委員の間では、本条の適用範囲をめぐる、かなり激しいやりとりが展開され、それが速記録のほとんどを占めている。しかし、この議論は、本条の規定の意味内容とは直接関係がないうえに、現在では国家賠償法の成立をみていることなどを考慮すると、考察の必要性は乏しいといわなければならない。」とする。また、近時の民法典起草過程での紹介を踏まえるはずの条文成立史の検討（大塚直（1998）など）でも、旧民法の制定過程で「公私ノ事務所」の文言が削られたことや、法典調査会でなされた国への使用者責任規定の適用の是非という大論争についての言及はない。
- 93) 奥田安弘は穂積陳重の法典調査会での説明をもって、「国の賠償責任が私法的関係については肯定されるが、『公権ノ作用』については否定される」としている（奥田（2001）33頁）。しかし、本文で述べたように穂積は、国の責任を否定するのなら特別法が必要だとする見解であって、私法的関係に付ては民法が適用され国が使用者責任を負うが、公権力の作用について国に責任を負わせるためには特別法が必要であるなどとは一言もいっていないばかりか、むしろそのような見解を批判しているのである。

#### 引用文献

- 秋山義昭（1985）『国家補償法』（ぎょうせい）
- 秋山義昭（2000）「行政法からみた戦後補償」奥田安弘・川島真『共同研究中国戦後補償』（明石書店）
- 阿部泰隆（1988）『国家補償法』（有斐閣）
- アムネスティ・インターナショナル日本国際人権法チーム編（2002）『入門国際刑事裁判所 紛争下の暴力をどう裁くのか』（現代人文社）
- 有泉 亨（1953）「公務員の不法行為と国家賠償」法律時報25巻9号
- 有倉遼吉（1953）「逐条国家賠償法解説」法律時報25巻9号
- 石井紫郎編（1972）『日本近代法講義』（青林書院新社）
- 石井良助（1979）『民法典の編纂』（創文社）
- 稲田正次（1962）『明治憲法成立史・下』（有斐閣）
- 稲本洋之助（1982）『フランス民法典・物権・債権関係』（法務大臣官房司法法制調査部司法制課）
- 伊藤博文編（1969）『秘書類纂〔2〕 法制関係資料 上巻』（原書房）
- 乾 昭三（1965）「国家賠償法」加藤一郎編『注釈民法（19）』（有斐閣）

- 井上 毅 (1891) 「民法初稿第三百七十三條二對スル意見」国家学会雑誌51号
- 今村成和 (1957) 『国家補償法』(有斐閣)
- 今村成和 (1982) 「田中先生の国家補償論」ジュリスト767号60頁
- 宇賀克也 (1988) 『国家責任法の分析』(有斐閣)
- 宇賀克也 (1997) 『国家補償法』(有斐閣)
- 梅謙次郎 (1908) 「官吏ノ職務上ノ不法行為ニ基ク民事上ノ賠償責任」法学志林  
10巻2号42頁
- 梅溪 昇 (1965) 『お雇い外国人 明治日本の脇役たち』(日本經濟新聞社)
- 浦川道太郎 (1985) 「無過失損害賠償責任」星野英一編集代表『民法講座6』
- 大久保泰甫 (1977) 『日本近代法の父 ポワソナード』(岩波書店)
- 大塚 直 (1998) 「民法715条・717条(使用者責任・工作物責任)」広中俊雄・  
星野英一編『民法典の百年』(有斐閣)
- 岡田正則 (2001) 「戦後補償訴訟と国家責任 国家無答責法理と立法不作為を  
中心に」法の科学31号127頁
- 岡田正則 (2002a) 「戦後補償裁判の動向と立法的解決」池明観・五十嵐正博・  
岡田正則・名古屋功編著『日韓の相互理解と戦後補償』(日本評論社)
- 岡田正則 (2002b) 「大審院判例からみた『国家無答責の法理』の再検討(一)  
(二)・完 朝鮮女子勤勞挺身隊の動員を例として」南山法学25巻4号  
85頁, 26巻1号33頁
- 雄川一郎 (1948) 「国家賠償法について」自治研究24巻1・5・6号
- 雄川一郎編 (1977) 『公法の理論(下)』(有斐閣)
- 雄川一郎 (1986) 『行政の法理』(有斐閣)
- 奥田安弘・川島真他 (2000) 『共同研究 中国戦後補償 歴史・法・裁判』  
(明石書店)
- 奥田安弘 (2001) 「国家賠償責任と法律不遑及の原則」北大法学52巻1号1頁以  
下
- 加藤一郎 (1957) 『不法行為法』(有斐閣)
- 国学院大学日本文化研究所編 (1979) 『近代日本法制史料 第一 口エスレル答  
議一』(国学院大学)
- 古崎慶長 (1971) 『国家賠償法』(有斐閣)
- 近藤昭三 (1975) 「ポアソナードと行政上の不法行為責任」法学志林42巻2・3  
号325頁

- 座談会（2004）（高木嘉孝・南典男・松本克美・水島朝穂）「戦後補償問題の現状と課題」法律時報76巻1号5頁以下
- 澤井 裕（2001）『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為 [第3版]』（有斐閣）
- 下山瑛二（1954）「国家賠償」『法律学体系第2部法学理論篇』（日本評論新社）
- 下山瑛二（1976）「国家賠償」田中二郎他編『日本国憲法体系6』（有斐閣）
- 下山瑛二（1973）『国家補償法』（筑摩書房）
- 下山瑛二（1979）『人権と行政救済法』（三省堂）
- 芝池義一（2001）「意見書・日本軍による外国での『逸脱行為』と国の賠償責任」
- 芝池義一（2003）『行政救済法講義 [第2版補訂版]』（有斐閣）
- 芝池義一（2004）「戦後補償訴訟と公権力無責任原則」法律時報76巻1号24頁以下
- 新関輝夫（1991）『フランス不法行為責任の研究』（法律文化社）
- 田中館照橋（1987）「各国の国家補償法の歴史的展開と動向 日本」西村宏一・幾代通・園部逸夫編『国家補償大系1』（日本評論社）
- 末川 博（1953）「国家賠償法と民法とのつながり 無過失責任にからんで」法律時報25巻9号
- 梁野義信（1958）「司法制度」鵜飼信成他編『日本近代法発達史2』（勁草書房）
- 梁井義信（1988）『近代的転換における裁判制度』（勁草書房）
- 園部逸夫（1983）「各国行政法・行政法学の動向と特色・日本」雄川一郎・塩野宏・園部逸夫編『行政法大系1現代行政法の課題』（有斐閣）
- 高木健一（2001）『今なぜ戦後補償か』（講談社）
- 高木嘉孝（1999）「戦後補償請求訴訟の現状」今村嗣夫・鈴木三十五・高木義孝編著『戦後補償法その思想と立法』（明石書店）
- 高柳信一（1985）『行政法理論の再構成』（岩波書店）
- 田中二郎（1933）「不法行為に基く國家の賠償責任」法律時報5巻7号
- 田中二郎（1935）「公法に於ける私法規定適用の限界」公法雑誌1巻5号
- 田中二郎（1937）「判例より見たる行政上の不法行為責任」國家學會雜誌51巻1号・2号・3号
- 田中二郎（1946a）「行政上の損害賠償責任について 判例を中心とする研究の追補」國家学会雜誌60巻3号・5号

- 田中二郎(1946b) 「公の賠償責任」国家学会雑誌60巻10号
- 田中二郎(1947) 「国家賠償法について」法律時報19巻13号
- 田中二郎(1968) 『行政上の損害賠償及び損失補償』(酒井書店)
- 田上富信(1985) 「使用者責任」星野英一編集代表 『民法講座6』(有斐閣)
- 長尾龍一(1974) 「穂積八束」潮見利隆・利谷信義編 『日本の法学者』(日本評論社)
- 長尾龍一(2001) 「八束の髓から明治史覗く」長尾龍一編 『穂積八束集』(信山社)
- 西埜章(1998) 「戦争損害と国家無答責の原則」法制理論31巻2号107頁以下
- 西埜章(2000) 「戦後補償訴訟の現在」月刊法学教室235号41頁以下
- 西埜章(2002) 『新潟の戦後補償』(新潟日報時報社)
- 長谷川正安(1993) 『日本憲法学の系譜』(勤草書房)
- 福島正夫(1981) 「概説」福島正夫編 『日本近代法体制の形成・上巻』(日本評論社)
- 福島正夫(1988) 『日本資本主義の発達と私法』(東大出版会)
- ボアソナード(1978)(吉川経夫訳) 『ボアソナード答問録』(法政大学出版局)
- ボアソナード訓定(1890)・富井政章校閲・本野一郎・城数馬・森純正・寺尾亨  
『日本民法(明治23年)義解』(財産編第四巻人権及びヒ義務(下))(日本立法資料全集別巻114,信山社)
- 法典調査会(1984) 『法典調査会民法議事速記録五』(日本近代立法叢書5,商事法務研究会)
- 法務取調委員会(1987) 『民法草案第二財産の部議事筆記』(日本近代立法資料叢書8,商事法務研究会)
- 穂積重行(1988) 『明治一法学者の出発 穂積陳重をめぐって』(岩波書店)
- 穂積八束(1889) 「行政訴訟」法協7巻6号
- 穂積八束(1891) 「国家的民法」法学新報第1号
- 穂積八束(1892) 「民法ノ本位」法学新報15号
- 穂積八束(1890) 「公法ハ権力関係ノ規定タルヲ論ス」法協15巻
- 穂積八束(1893) 「公法ハ権力関係ノ規定タルヲ説明ス」国家6巻
- 穂積八束(1897) 「官吏ノ職務上ノ過失ニ因ル賠償責任」法学新報73号
- 穂積八束(1904a) 「公法ノ特質」法協22巻
- 穂積八束(1904b) 「『公法ノ特質』二付美濃部博士ノ論駁ニ答フ」法協22巻



- 穂積八束（1913）『穂積八束論文集』
- 前田 朗（2000）『戦争犯罪論』（青木書店）
- 前田 朗（2003）『民衆法廷の思想』（現代人文社）
- マイニア, R. H（1971）『西洋法思想の継承』（佐藤章治，長尾龍一，田中成明  
訳，東大出版会）
- 松尾敬一（1974）「穂積陳重」潮見利隆・利谷信義編『日本の法学者』（日本評  
論社）
- 松本克美（2000，2001a）「強制連行・強制労働と安全配慮義務（一）（二）完  
合意なき労働関係における債務不履行責任成立の可否」立命館法学270  
号1頁，273号33頁
- 松本克美（2001b）「ハンセン病熊本判決の立法不作論・除斥期間論の射程  
戦後補償訴訟との対比で」立命館法学277号1頁
- 松本克美（2001c）「日本の戦後補償訴訟の現状と課題」立命館大学国際地域研  
究17号85頁以下
- 松本克美（2002a）「戦後補償訴訟・和解・立法提案の近時の動向」法の科学32  
号69頁以下
- 松本克美（2002b）「戦後補償訴訟の新展開 安全配慮義務及び時効・除斥期  
間問題を中心に」立命館法学283号48頁以下
- 松本克美（2004）「時効・除斥期間論の現状と課題」法律時報76巻1号37頁以下
- 水島朝穂編著（2003）『未来創造としての「戦後補償」 「過去の清算」を越  
えて』（現代人文社）
- 宮川 澄（1965）『旧民法と明治民法』（青木書店）
- 三宅正男（1944）「判批」『判例民事法昭和16年度』9事件34頁
- 向井 健（1983）「民法典の編纂」福島正夫編『日本近代法体制の形成・下巻』  
（日本評論社）
- モ ッ セ（1988）「國ノ民法上損害賠償義務ニ關スル意見」『民法編纂ニ關スル  
雜書』（日本近代法立法叢書12，商事法務研究会）
- 山本敬三（1993）「現代社会におけるリベラリズムと私的自治（一）（二）完  
私法関係における憲法原理の衝突」法学論叢133巻4号1頁，5号  
1頁
- 山本敬三（1994）「憲法と民法の関係」月刊法学教室171号
- 山本敬三（1998）「基本法としての民法」ジュリスト1126号261頁

- 山本敬三(2003a)「憲法による私法制度の保障とその意義 制度的保障論を手がかりとして」ジュリスト1244号138頁
- 山本敬三(2003b)「基本権の保護と私法の役割」公法研究65号100頁
- 山本敬三(2004)「憲法システムにおける私法の役割」法律時報76巻2号59頁
- 横山晃一郎(1981)「刑罰・治安機構の整備」福島正夫編『日本近代法体制の形成・上巻』(日本評論社)
- 吉田克己他(2004)「小特集・シンポジウム・憲法と民法」法律時報76巻2号50頁以下
- 吉田邦彦(2001, 2002)「在日外国人問題と時効法学・戦後補償 いわゆる『強制連行・労働』問題の民法的考察」ジュリスト1214号60頁以下, 1215号164頁以下, 1216号119頁以下, 1217号96頁以下, 1219号128頁以下, 1220号92頁以下
- 和田英夫(1958)「行政裁判(法体制確立期)」鶴飼信成他『日本近代法発達史3』(勁草書房)
- 渡辺洋三(1964)「現代福祉国家の法学的検討 とくに私法と公法を中心として」法律時報36巻4, 5, 6号
- 渡辺洋三(1972)『現代国家と行政権』(東大出版会)
- Boissonade (1983), G., *Projet de Code Civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un Commentaire., 2. ed. t. II, des Droits Personnels ou Obligations.* (Kokubunsha, 復刻版。オリジナルは1883)