

博士論文概要書

「国の不法行為責任と公権力の概念史—国家賠償制度史研究」

第一部 行政救済制度史研究の意義と課題

本書第一部では、「行政権の活動が違法であった場合、いかなる機関がどのような手順でこれを是正し被害の救済を図ることが、法制度として望ましいのであろうか」という問題意識に基づいて、近代立憲主義の形成過程および日本での行政処分・行政行為という概念の変遷をたどることによって、行政救済制度史研究の意義と課題を提示する。

第一章「考察の視角と方法」では、日本の行政救済制度を歴史的にみた場合の根源的な問題を析出する。第一に、明治期の制度創設の過程で、フランス・オーストリア・南ドイツ由来の仕組みとプロイセンドイツ由来の仕組みとが不整合な形で混在することになったが、戦前においては、列記主義による行政救済対象事項の限定という事情の下で、これらの齟齬に起因する問題点は潜在化していた。しかし、第二に、戦後改革において行政裁判所が廃止され、司法裁判所に行政事件の審理が一元化される一方、アメリカ由来の仕組みも付け加えられた結果、上記の問題点が顕在化することになった。すなわち、行政事件を担当することになった司法裁判所は、一面では、大陸型の実定法準拠主義を掲げることによってコモンロー裁判所的な救済方法の創造を拒否しながら、訴訟要件規定については「特別の配慮」を施した解釈を用いて非民事事件の本案審理をブロックしようとし、他面では、訴訟当事者間の本質的な不平等性に目を瞑り、行政事件の特質に応じた審理手続や判断方法の適用に消極的態度をとる、という状態になったため、日本の行政救済制度は、権利救済制度としても違法行政是正の制度としても、十分な機能を果たさないものとなってしまったのである。このような問題が今日における行政訴訟制度の機能不全につながっていることをふまえて、問題の根源を解明するためには、形成史というアプローチを採用すべきである。

第二章「公法学における歴史研究の意義—近代的な「時間」の観念と立憲主義・法治国家—では、公法学においてなぜ歴史研究が必要か、そしていかに歴史研究を行うべきか、という課題意識に基づいて、研究の過程で行われる「対話」のあり方を考察している。歴史学等における方法論議と公法学における歴史研究の状況を概観した後、四つの四八年（1648年、1748年、1848年、1948年）という切断面から近代立憲主義および法治国家思想を顧みることによって、現代日本の公法学における歴史研究の意義と課題を明らかにするとともに、近代国家形成の中での行政救済制度の位置づけを提示している。

第三章「行政処分・行政行為の概念史と行政救済法の課題」では、行政処分と行政行為という、行政法学における2つの基本概念の形成と変遷の過程を分析する。1889年の大日本帝国憲法の制定者は、「行政官庁ノ違法処分」(61条)という文言で行政裁判所と司法裁判所との管轄権の配分を示したが、ここでは、フランスの制度に倣った「行政処分 (acte administratif)」概念を用いていた。

ここにいう「行政処分」は「公権力の行使」をその要素としていなかった。1900年代に入ると、公法私法二分論が支配的となり、「民事事件＝私法事件」「行政事件＝公法事件」という理解が浸透したため、裁判管轄配分の概念としての「行政処分」概念はほとんど無用となっていった。1910年代には、「行政行為（Verwaltungsakt＝acte administratif）＝一方的・高権的行政活動」というオットー・マイヤーの理解が、日本の行政法学と裁判実務にも強い影響力を及ぼした。このため、行政活動の特殊性をとらえるキー概念として「行政処分＝行政行為」という理解が受容され、戦後の田中二郎説の下で、通説化した。そしてまた、1962年の行政事件訴訟法の立法においては、「行政処分＝公権力の行使」という理解の下で「行政庁の処分」という概念が立法化されることになった。以上のような推移の結果、「行政処分」概念は、今日さまざまな法解釈上の混乱を招く原因となっている。すなわち、この概念は、第一に、司法裁判所が行政事件を審理するか否かの基準として位置づけられるとともに、第二に、しばしば「民事上の法律関係」と「行政上の法律関係」（行政権の主体＝公権力の主体と私人との法関係）とを区分する基準としても用いられることになり（この反面として、国家賠償法1条の「公権力の行使」については非権力的行政活動を含むという転倒した解釈が通説・判例となった）、第三に、行政権の公権力の根拠を統治権に求める理解と結びつくことになったのである。

第四章「中間考察」では、まず、日本における外国法の受容過程を分析するためには、(1)受容の基底にある「古層」・「日本社会の歴史的風土」・「日本固有法の地盤」、(2)近代国家形成に向けた制度整備の過程、(3)戦後改革による法制度の転換、(4)現代的法現象（グローバル化、社会関係の複雑化など）への法制度の対応状況、という視点が必要であるとした上で、第二部の考察が、前述の行政処分と行政行為の概念史をふまえつつ、主に上記(2)に焦点を合わせるものであることを示している。次に、政治学における「三つの権力観」を用いて、「公権力の行使」概念と行政救済制度との関連を考察する。すなわち、行政権とその相手方との間に紛争が生じた場合に、第三者的な紛争解決機関を介在させることによって、単なる実力行使が「公権力の行使」に転化するメカニズムを提示し、その上で、抗告訴訟が行政組織を誤って規律してしまったこと―行為が違法であったこと―の責任には対応するが、行為の相手方や第三者に対して被害を生じさせた責任には対応しない構造になっていること、これに対して、国家賠償訴訟が行為の規律力の解除を媒介としない救済の構造になっているという、両訴訟の構造的な違いを指摘し、国家賠償訴訟において「公権力の行使」が非権力的行為をも含む解釈に至った原因を析出している。

第二部 明治憲法体制確立期における国の不法行為責任―国家無答責の法理と公権力概念―

第二部では、日本における国家無答責の法理（国家賠償法施行以前の国および公共団体の違法な権力的作用に起因する損害について国は民法上の不法行為責任を負わないとする法理）の形成と確立の過程を検討することを通じて、行政救済制度における公権力概念の意義と法理論上の問題点に関

する考察を進める。

第一章「問題の所在」および**第二章「国家活動の免責理論と国家無答責の法理」**では、戦後補償請求訴訟の2000年代の裁判例において請求棄却の論拠として用いられてきた国家無答責の法理に関する実定法説および「行政裁判法と旧民法が公布された明治23年〔1890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」という1890年確立テーゼ（宇賀克也『国家責任法の分析』、塩野宏『行政法Ⅱ』の見解）の真偽ないし歴史的妥当性を検討することに焦点を合わせて、まず、この法理の法理論上および法解釈上の意味を把握するために確かめる必要のある論点を摘示し、次に、明治期における国の不法行為責任の免除論にはこの法理以外のさまざまな根拠も用いられているため、当時の議論の整理を行い、これらの免責論の中でこの法理が占める位置を明らかにしている。

第三章「明治憲法体制確立期の立法過程における国家無答責の法理の位置づけ」では、この法理の関係条項とされてきた大日本帝国憲法61条、行政裁判法15条および16条、裁判所構成法2条および26条、旧民法373条、現行民法715条などの立法の経緯を確かめる。

まず、訴訟法上の論点の検討結果から得られた結論は次のとおりである。（1）帝国憲法61条は「行政処分（行政官庁ノ違法処分）」事件に該当するか否かを基準として、行政裁判所と司法裁判所との管轄配分を定めた規定であった。同条は「行政処分」事件について行政裁判所が概括的に管轄権を有することを前提としていた。そして行政裁判法の制定作業と重ね合わせて考えると、同条の立法者は、「行政処分」に起因する損害要償事件を一種の「行政処分」事件として行政裁判所が管轄することも視野に入れていたが、「行政処分」以外の行政活動に起因する損害要償事件—官吏の職権行使事件を含む—については原則として司法裁判所が管轄権を有すると考えていた、ということが出来る。少なくとも同条は、この種の損害要償事件について、官吏の職権行使に起因することを理由として司法裁判所の管轄権を否定するという趣旨を含む規定ではなかった。（2）帝国憲法制定から約一年半後に定められた行政裁判法は、一転して15条において列記主義を採用し、16条において損害要償事件を行政裁判所の管轄外とした。15条の規定によれば列記「行政処分」事件の一種として損害要償事件を位置づけることも可能であったが、16条は新設の行政裁判所の能力等を考慮して、この可能性を暫定的に排除したのである。そして、16条が損害要償事件に対する司法裁判所の管轄権を制約する趣旨でなかったことはもちろん、官吏の職権行使に起因する損害要償事件に対応する規定でなかったことも明白である。（3）行政裁判法15条・16条の結果、「行政処分」に起因する損害要償事件について救済の途をどうするのが問題になったが、裁判所構成法の立法者らは、この種の事件を含め国に対する損害賠償請求事件のほぼすべてが民事訴訟として司法裁判所の管轄に属するという理解に立っていた。裁判所構成法2条・26条の制定過程において国に対する民事訴訟に関する規定が削除された理由も、民事訴訟において国を特に私人と区別する必要がないという点にあったのであって、国に対する損害賠償請求事件に関する司法裁判所の管轄権を否定

する趣旨でこの規定が削除されたわけではなかった。大審院も、裁判所構成法の立法者と同様の理解に立って、ほぼ一貫して国に対する損害賠償請求事件を受理していた。(4) 実定法説は、上記の諸規定が国に対する損害賠償請求事件に関する司法裁判所の管轄権を否定ないし制限する趣旨で定められたものであり、それゆえ国家無答責の法理の実定法上の現れだと主張しているが、以上のとおり、この主張が成り立つ余地はまったくない。

次に、実体法上の論点の検討結果から得られた結論は次のとおりである。実定法説は、旧民法 373 条の起草過程で「公私ノ事務所」という文言が削除されたことをもって、旧民法の立法者は国家無答責の法理を採用したと論定し、また現行民法の立法者もこの立法者意思を引き継いだので同法理は実定法上の根拠を持つと主張している。しかし、これは、法律取調委員会および法典調査会の審議経過に対する無視ないし無知の上に創作された主張であって、とうてい歴史的な検証に耐えうるものではない。本章の検討結果によれば、第一に、旧民法 373 条の立法者である法律取調委員会は、国の権力的作用の損害賠償責任を免除する旨で合意したことはなく、諸種の国家活動の中には免責すべき場合がありうることを考慮して、国の賠償責任の範囲を判例に委ねる趣旨で上記削除を行ったこと、第二に、井上毅の書簡類が同条の修正に反映されたわけではないこと、第三に、現行民法 715 条の立法者も国家無答責の法理を採用する意図を持ってはいなかったこと、は明らかである。第三の点について敷衍すれば、①現行民法 715 条の立法者は、旧民法 373 条で国家無答責の法理が確立した旨の認識を有しておらず、日本でもヨーロッパでも国の賠償責任の問題は「未決ノ大問題」という認識であったし、②715 条制定の時点でもこの問題は未決着のままであり、③民法制定から十年余を経た後に梅謙次郎と富井政章が表明した見解は立法時の見解とは別物であるから、これを立法者意思とみなすことはできない、ということである。

第四章「大審院判例および学説における国家無答責の法理の形成過程と「公権力の行使」概念では、大審院判例および学説において国家無答責の法理が形成されてきた過程と「公権力の行使」概念との関係を検討している。

1890 年代前半には、司法裁判所が非列記行政処分事件を管轄すべきか否かが実務と学説の争点となっていた。1890 年代後半にはこれを管轄外とすべきことで決着がつくが、国に対する損害賠償請求事件については、行政処分に起因するものも含めて司法裁判所が当然に管轄すべきだと解されていた。行政裁判法 16 条によって「高権的活動に対する国家賠償請求の道が閉ざされていた」とする見解(宇賀)や、裁判所構成法 2 条・26 条が「国にたいする賠償請求は、基本的には、司法裁判所においても否定する考え」に基づいて定められたと解する見解(下山瑛二)は、実務においても学説においても存在しなかった。

一方、実体面の判断に目を移してみると、大審院は、1890 年代前半には官吏の職務執行(権力的作用)について国の不法行為責任を認める判断を下していた。また、1903 年の大審院判決では刑事訴訟法 14 条等の実定法規定を用いてその免責を根拠づけようと試みたが、その後の判決はこれを

踏襲しなかった。1916年の徳島市立小学校遊動円棒判決の後、大審院は、権力的作用に焦点を合わせた免責の根拠づけを模索し、1941年の東京市等滞納処分賠償請求事件判決において行政機関の権力的作用全般を統治権の作用とみなすことによってその根拠を示した。また大審院は、こうした免責の法理を判例法理と位置づけるとともに、その変更可能性にも言及してきた。そして戦後の最高裁も、これを判例法理とみなしていた。このような経緯に照らせば、大審院が国家無答責の法理について一貫した立場をとっていたわけではないこと、「行政裁判法と旧民法が公布された1890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」という認識をまったく持っていなかったこと、および、この法理を一実定法上の根拠を持つ法理ではなく一判例法理だと位置づけていたことは明らかである。

学説の推移をみると、権力的作用に関する国の不法行為責任について本格的な議論が交わされるようになったのは1900年以降のことであった。学説でも刑事訴訟法14条等の実定法規定を用いた免責の根拠づけが試みられ、かつ断念された。その後、違法行為の国家不帰属論や公法関係を理由とする民法不適用論など、さまざまな免責の根拠が主張されたが、美濃部が唱えた統治権の拡張による免責論が判例にも影響を与えるなど、有力となった。そして、これらのいかなる学説・判例を参照しても、旧民法373条や現行民法715条、あるいは井上毅の書簡類を援用して免責の根拠とする説は存在しなかった。このような経緯に照らせば、国家無答責の法理が1890年の時点で確立されたという認識を戦前の学説が持っていなかったこと、および、この法理を判例法理だと理解していたことは、明らかである。

第五章「国家無答責の法理と公権力概念—結論と今後の課題—」では、以上から得られる結論と今後の課題を述べている。

結論は次のとおりである。第一に、関係立法における立法者意思、大審院判例の推移、戦前の学説の認識のいずれの面から見ても、国家無答責の法理が1890年の立法措置—行政裁判法16条・裁判所構成法2条および26条・旧民法373条—によって実定法上で確立された法理だということは不可能であって、この法理が後年の大審院の判決により形成された判例法理であったことは明白である。したがって、実定法説が成り立つ余地はない。第二に、同じく戦前の立法・判例・学説のいずれの面からみても、1890年確立テーゼの前提にある認定、すなわち、行政裁判法16条が国に対する損害賠償請求訴訟についての司法裁判所の管轄権を否定したという認定および旧民法373条が「高権的活動に対しては民法に基づく国家責任を否定しようとする立法者意思のあらわれとみることができる」という認定は誤りである。このテーゼは、国家無答責の法理が判例法理として確立されるための制度的基礎を1890年の諸立法が与えた、という限りにおいて妥当性を有する。第三に、国家無答責の法理の適用について、大審院の判決は一貫してはいなかった。「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来た」（最判1950（昭和25）・4・11集民3号225頁）という認定は誤りである。第四に、国家無答責の法理は、判例法理で

あるので、国家賠償法附則六項にいう「従前の例」には該当しない。また、その実体的内容は今日の法体系の下ではもはや妥当性を持たないので、現代の裁判所においてこの法理を適用することは許されない。

今後の課題の第一として、通説や裁判実務において上記のような国家無答責の法理の理解や公権力の行使の理解が生じた理論的背景を正確に把握し、克服する必要があると考えられる。第二部の考察によって得られたその背景に関する把握は次のとおりである。第一に、旧来の推測はおおむね歴史的事実を言い当てているのではないか、という想定を戦後の学説が暗黙裡に有していることである。すなわち、前記のような推測を行った研究者たちは、戦前の法制の不合理性を明らかにしようとして史料を批判的に検証したはずであるから、その見解は信頼に足るものであって、再検証は不要であろう、という想定である。しかし、第二部の検討から明らかになったように、旧来の推測には、明治憲法体制確立期の立法作業に対する否定的な固定観念が存在しており、これに基づく誤解と単純化が随所にみられた。たとえば、行政裁判法 16 条の背後には国の不法行為責任を否定しようとする確固たる意図が存在したに違いないという誤解や、この時期の法律はすべて井上毅の意図の下で作成されたとする単純化である。おそらくそこには、戦前の法制の不合理性を強調することによって日本国憲法下の法制の進歩性を際立たせたいとする意図が無意識のうちに働いていたと思われるが、今後は、こうした固定観念を払拭することにも意を注がなければならない。そうしないと、憲法体制の「転換」の下でもなお連続している構造的問題を見失うことになるからである。第二に、戦後の学説が戦前の制度と理論を単一化して見ていること、具体的には、ドイツ法準拠の思考が支配的となった 1900 年代以降の視点（さらにいえば美濃部や佐々木によって確立された視点）から明治憲法体制確立期の立法作業や学説を理解していることである。この時期の立法作業が「行政処分＝行政行為＝公権力の行使」という理解に基づいて行われたとか、大審院判例が一貫していたといった誤解に、その問題点が現れている。憲法・行政法分野でも、日本の法制度・法理論の出発点におけるフランス法やオーストリア法などの影響について、分析を進める必要があると思われる。そうすることによって、ロエスレル・井上毅・穂積八東など、近代国家の法制度を確立する過程で現れた法思想が有していた潜在的な発展可能性を追求する、美濃部・佐々木の学説や判例の展開をこうした立法や法思想との対比の中で相対化し位置づけ直す、さらには、今日における制度・理論・法解釈上の問題の起源がどこにあったのかを見つけ出す—換言すれば、直面している諸問題の解決がどのような歴史的射程の中に位置づけられるのかを見定める—といった作業も可能になるであろうし（本書第一部第三章の考察を参照）、日本における外国法継受の分析も深化するであろう。

今後の課題の第二として、「公権力」概念の見直しがある。第二部の考察によれば、日本の制度と理論が国家無答責の法理から脱却するためには、次の点に取り組む必要があると考えられる。第一に、国家無答責の法理に関する特殊日本的な理解がいかなる政治構造あるいは法構造から生じた

のかを分析すること、第二に、1910年以降、ヨーロッパにおいて立法や判例によって国の不法行為責任が認められるようになり、日本の学説や判例はこれを認識していながら、かえって免責の根拠づけに邁進したが、このような現象がなぜ生じたのか、そこにおいて国家法人論、公法私法二分論、行政処分概念と行政行為概念、行政裁判制度がどのような役割を果たしたのかを分析すること、第三に、今日の国家賠償法の論点一たとえば、「公権力の行使」の解釈としてなぜ狭義説が否定されて広義説が通説化したのか、あるいは戦後においてなぜ自己責任説が否定されて代位責任説が通説化したのか、「行政事件訴訟における違法と国家賠償法1条にいう違法は概念上異なる」とする違法二元説（違法相対説）や公務員の違法行為であっても私人に対する職務上の義務に違反しなければ国賠法上の違法にはならないとする職務行為基準説がなぜ実務上で支配的となっているのか、さらには、国家賠償法は民法の特別法ではなく国に対する賠償請求権を創設した法律だという理解（国賠法制定以前の事件や相互保証がない外国人の事件には国賠法も民法も適用されないという、国賠法6条や同法附則6項の解釈にみられる理解）がなぜ判例・通説の地位を占めることになったのか、といった論点一を、日本における国家賠償責任論の形成過程にさかのぼって再検討すべきこと、である。