

早稲田大学大学院法学研究科

2014年4月

博士学位申請論文審査報告書

論文題目

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

申請者氏名 岡田正則

主査	早稲田大学教授		首藤	重幸
	早稲田大学名誉教授	博士（法学）（早稲田大学）	佐藤	英善
	早稲田大学教授	法学博士（北海道大学）	畠山	武道
	早稲田大学教授	博士（法学）（早稲田大学）	水島	朝穂
	早稲田大学教授		田村	達久

## 岡田正則博士学位申請論文審査報告書

早稲田大学大学院法務研究科教授 岡田正則氏は、2013年4月24日、その論文『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』（弘文堂・2012年刊）を早稲田大学大学院法学研究科に提出して、博士（法学）の学位を申請した。後記の審査委員は、同研究科の委嘱を受け、この論文を審査してきたが、2014年3月27日、審査を終了したので、ここにその結果を報告する。

### I. 本論文の目的と構成

1990年代から2000年代にかけて提起された多数の戦後補償裁判（外国人戦時強制労働国家賠償請求訴訟）において、戦前の国家賠償制度については国家無答責の法理が「法制度」として確立していたことを理由として国家の賠償責任を否定する判決が登場し始める。本論文は第二部で、1890年に成立する重要法律によって、「法制度」として国家無答責の法理が確立したとする、いわゆる「1890年確立テーゼ」を主張する学説が根拠とした歴史資料を、当該学説が依拠していない新資料（特に、立法者意思の理解に直接的にかかわる資料）を加えて総合的に検討することで、「1890年確立テーゼ」は成立しないことを証明することを目的とする。さらに、本論文は戦前の国家賠償にかかわる膨大な数の大審院判例を検討し、1890年代には、学説のみならず判例としても国家無答責の法理は確立しておらず、ようやく1910年代になって、判例として成立することを証明しようとする。

本論文は第一部で、「1890年確立テーゼ」を主張する学説には、歴史資料の分析の不十分さのみでなく、行政処分、行政行為、公権力の行使の三つの概念の歴史変遷の理解についての混乱があるとし、これについての検討をおこなう。この検討は、現在でも問題を含む「行政行為＝行政処分＝公権力の行使」という戦後行政法学の等式は、もちろん1890年代の立法者等の考え方の前提とされていないにもかかわらず、「1890年確立テーゼ」を支持する学説は、上記の等式を前提として1890年前後の国家賠償にかかわる法状況を理解しようとしているとの批判を展開するための基礎作業たる性格を有している。そして、この三つの概念の日本における歴史的発生と展開・交錯の無理解が、「1890年確立テーゼ」のみでなく、現在の行政救済法をめぐる議論の混乱の基礎にあることを論証しようとする。

実際の研究史という点からは、歴史研究としての第二部に示される内容の研究が先行し、その後に基礎理論研究としての第一部の研究が続くという経過をたどっているが、本論文では、歴史分析の方法論への言及も加えた基礎理論研究が第一部として置かれる構成になっている。

## II. 本論文の内容

### 第一部 行政救済制度史研究の意義と課題

第一部は、本論文の中心となる第二部での国家賠償制度の成立史と、そこでの公権力の行使の概念の意義を分析するための基礎作業として、行政救済制度の歴史的分析の方法論の提示や、日本における行政処分・行政行為という概念の変遷を分析する。

#### 第一章 考察の視角と方法

行政救済制度史研究の端緒として、国家賠償制度の成立史（明治憲法体制確立期に重点を置く）を主たる考察対象とすることの意義と考察方法を述べる。

行政救済制度が成立する明治期にフランス・オーストリア・プロイセン型等の救済制度が不整合な形で継受されることで、日本の行政救済制度は雑種なものを内包する制度として成立する。そして、この雑種性が整理されないままに行政救済実務が展開されるという状況に加えて、戦後になってアメリカ型の救済制度が持ち込まれることで、日本の救済制度の雑種性は拡大・深化する。このような事情が、戦後における理論的混乱を招き、行政救済の拡大を制約する要因の一つになっている。

このようなことから、国家賠償制度を素材として、この「雑種性」の内容を歴史的成立史の観点から解剖することで、現在においても混乱している行政処分などの行政法の諸概念を理論的に整理することができ、あるべき行政救済制度を展望することができるとして、本論文の考察の視角と方法を提示する。

#### 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 －

行政救済制度の歴史分析をおこなうための基礎理論として、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についての一般理論を提示する。

まず、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、4つの48年（1648年、1748年、1848年、1948年）において発生する歴史的「事件」から近代立憲主義および法治国家思想の展開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行政救済制度の位置づけを提示する。

#### 第三章 行政処分・行政行為の概念史と行政救済法の課題

今日、行政法学で一般的に用いられている2つの基本的な法概念、すなわち行政処分と行政行為という用語（概念）をとりあげ、それらの用語が戦前の行政救済制度の中でどのような役割を果たしてきたのかを分析する。

1889年の大日本帝国憲法の制定者は、行政裁判所と司法裁判所の管轄権の配分を「行政官庁の違法処分」という文言で明らかにしたが、これはフランスの「行政処分

(acte administratif)」制度に倣ったものであった。しかし、1890年6月に制定された行政裁判法が列記主義を採用したために、「行政処分」概念は、管轄権の問題に関する限り行政裁判所にとってはほとんど無用なものになった。なお、行政裁判所への出訴事項を具体的に定めた1890年10月の法律「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」では、「公権力の行使」を要素としない公土木事件や官民有地の境界事件も「行政処分」事件とされていた。

しかし、学説の側ではドイツ的な公法私法二分論が主流となり、司法実務にも「民事事件＝私法事件」、「行政事件＝公法事件」という分類が浸透したために、裁判管轄配分概念としての「行政処分」概念はほとんど無用となった。

公法私法二分論に基づく「公法」概念は、実体法の適用について大きな威力を発揮し、権力的行為には民法の適用が排除されることを示す用語として「行政行為」が定着し、さらにドイツ行政法学説の影響をうけて「広義の行政行為＝公法行為」「狭義の行政行為＝行政処分」という理解が広まった。第二次大戦後は、「広義の行政行為」というカテゴリーが放棄され、「行政行為＝行政処分」という理解が通説化した。

しかし、裁判管轄配分概念としての「行政処分」概念と、民法の適用を排除するための概念としての「行政行為」概念が十分な理論的な吟味を経ないままに接合され、用いられ続けたために、今日の行政法理論と実務に無視しえない混乱が生じている。

#### 第四章 中間総括

今日、行政救済法上の喫緊の課題とされている諸問題や諸概念は行政裁判所と司法裁判所の役割分担に関連している。これらの問題の所在を正確に捉えるためには、明治憲法体制確立期における諸外国の行政救済制度を受容する過程で、裁判所の役割分担がどのように整理され、かつ実際に運用されてきたのかを考察し、さらに戦後改革における法制度の転換や現代的法現象への法制度の対応状況に照らして、その過程の有した意味を評価するという方法を採るべきである。本論文は、その考察の一環として、明治憲法体制確立期における行政救済制度を主な考察対象とし、とくにその一部をなす国家賠償制度の形成過程を検討するものである。

### 第二部 明治憲法体制確立期における国の不法行為責任

#### 一 国家無答責の法理と公権力概念 一

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、第二章 国家活動の免責理論と国家無答責の法理

まず、国家無答責の法理を、国家賠償法成立（1947年）以前の国および公共団体の違法な権力作用に起因する損害について国・公共団体は民法上の不法行為責任を負わないとする法理であると再定義する。

戦前の強制連行にかかわる「戦後補償請求訴訟」の2000年代の裁判例において、その請求棄却の論拠として用いられてきたものが国家無答責の法理である。その裁判においては、この国家無答責の法理が、1890年（明治23年）の時点で「法制度」として確立していたことを前提として請求を認めない判断が示された。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する、いわゆる国家無答責の法理の「1890年確立テーゼ」は、信頼に足る立法史の検討をおこなっておらず、資料に基づかない推測によるものであり誤りである。

戦前の国家無答責の法理の根拠については、主権免責（「主権は責任と矛盾する」）の系譜にあるもののほか、権力分立論、法治主義論（違法な国家活動の法効果は国に帰属しない）などの考え方が存在していたが、主権免責の理論を中心として、事案の差異に応じて他の根拠論も接合されて論じられていた。この接合によって、国家の主権的活動以外の広い範囲の活動についても、国家無答責が導かれることになった。

## 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

「1890年確立テーゼ」が、その実定法的根拠とする大日本帝国憲法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詳細に検討することで、それらの定めが国家無答責の法理を採用するものではないことが明らかとなり、「1890年確立テーゼ」が誤りであることを論証する。

### （1）大日本国帝国憲法61条

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からすれば、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。

### （2）行政裁判所法15条、16条

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、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。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ものであり、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) 裁判所構成法2条、26条

行政裁判法により行政裁判所の管轄から排除された「行政処分」に起因する損害要償事件について、裁判所構成法の立法者等は、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) 旧民法373条

「1890年確立テーゼ」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るものではない。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、多様な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いたことはなかったこと、は明らかである。

## 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

「1890年確立テーゼ」は、当時の大審院判例および学説の動向からしても維持し得ない考え方である。そこで、1890年以降に国家無答責の法理がいかに形成されてきたかの過程を「公権力の行使」概念を基軸として分析する。

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。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る。

その後、大審院は行政活動の権力的要素を国家無答責の結論に結合する方向に進んでいくが、大審院は、こうした国の賠償責任の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のであり、このことから、この法理を大審院は実定法上の根拠を持つ法理ではなく、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年以降のことであり、そこでの学説の議論には旧民法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

「1890年確立テーゼ」が生成した背景的要因を検討する。

まず、戦後における国家賠償の成立史の研究は、いまだ歴史的資料の整理が十分になされない段階で開始されたこともあり、資料的裏付けのない推測をもって歴史的事実と考えた面がある。そして、「1890年確立テーゼ」の誤りは、歴史的資料の整理が進められた後にも、再度の十分な資料の検証を経ることなく、従来 of 推測にもとづく理論を暗黙の前提とした点にある。

そして、上記の推測には戦後憲法体制の進歩性を際立たせたいとする意図から、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、この固定観念に影響された研究を、十分な検証なく「1890年確立テーゼ」が継承した。「1890年確立テーゼ」の問題は、さらに1900年代以降にドイツ法を基礎にして成立する日本の行政法学の基軸から、それ以前の立法作業や学説を理解するという点にもある。

以上のようなことから、国家無答責の法理や公権力の行使の概念の成立史については、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。1900年代以降に支配的となるドイツ行政法体系に準拠した日本の行政法学から、それ以前の行政救済法成立史を分析することが、明治期の行政救済制度の立法化が「行政処分＝行政行為＝公権力の行使」という図式で構想されたというような誤解を生む原因となっている。さらに、このフランス法やオーストリア法の影響の解明は、行政行為や行政処分、そして公権力の行使の理解をめぐる現在の「混乱」を整序するための重要な材料を提供するであろう。

### Ⅲ. 本論文の評価

#### 1. 「1890年確立テーゼ」への批判

1947年に成立した国家賠償法の附則6項は、「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。」と定める。海外から強制連行されて日本での労働に従事させられた労働者等が戦後において提起した国家賠償事件において裁判所は、「1890年確立テーゼ」に立って、戦前においては法律の定めを根拠にもつ国家無答責の法理が「従前の例」として成立していたことを理由に、その国家賠償請求を認めないという判決を続けざまに出すに至る。

本論文は、いわゆる戦後補償裁判にかかわって、判決が基礎とする「1890年確立テーゼ」が根拠のないものであることを論証しようとする明確な目標が伏線で設定されているようであり、このことが高い水準をもつ学術書でありながら、そこでの議論を明快で迫力のあるものにしていく。

本論文は、まず慎重に、少なくとも「1890年確立テーゼ」を支持する学説の基礎とした資料の範囲がいまだ限定的なものにとどまっているものであり、その限定的な歴史的資料自体から、そのテーゼを導き出すことは強引に過ぎることの論証に成功している。そして、従来の学説が強引に「1890年確立テーゼ」を導き出した基礎には、1890年前後の当時の立法過程においてはフランス法やオーストリア法の強い影響力が存していたことの歴史的事実を無視して、1900年代以降になって支配的となるドイツ法型の行政法体系から1890年前後の立法過程を評価している点にあることを、説得力をもって論証している。このような視点は、従来は十分に指摘されてこなかったものである。

ついで、「1890年確立テーゼ」が参照していない膨大な歴史資料に目を向けて精査し、明治期の行政救済法制の成立時の内容は「井上毅」の圧倒的影響力のもとにあり、その結果によって立法されたとの、これまでの公法学の通説的理解を揺るがす主張を、豊富な資料を使って論証している。この論証部分は本論文の圧巻であるといえ、本論文に掲載された論文が公表されるまで行政法学の通説であった「1890年確立テーゼ」の信頼性に重大な疑念をよびおこすに十分な検討が展開されている。

以上のような作業と関連して、「1890年確立テーゼ」が、その実定法的根拠とした帝国憲法や行政裁判法、さらには裁判所構成法や民法の関係条文の当時の議論を、豊富な資料を基礎に精査し、少なくとも、この確立テーゼを根拠づける立法過程での議論は存在しないことを明快に論証するとともに、現在でいう国家賠償にかかわる戦前の膨大な数の大審院判決を検討して、「1890年確立テーゼ」が1890年の段階で判例として成立していないことも確認し、その後の判例の展開のなかで、判例理論として国家無答責の法理が成立してゆく過程を論証している。これらの精緻な検討作業も、従来は存在しなかったものである。従来の学説が参照しなかった歴史的資料の精査にもとづいて進められた本論文の研究は、裁判実務にも重大な影響を与えている「1890年確



立テーゼ」の歴史的根拠を根本的に動揺させるものであり、本論文において最大の評価がなされてよい部分である。少なくとも「1890年確立テーゼ」を支持する学説や判例は、本論文での論証をくつがえすことなくして、もはや当該テーゼを主張することは許されないであろう。「1890年確立テーゼ」を批判する本論文の論稿が公表されてのち、行政法テキストの国家賠償の章での「1890年確立テーゼ」の位置づけは慎重になされるところとなっており、また戦後補償裁判においても「1890年確立テーゼ」の採用を回避する傾向が見られる。これらの現象は、まさしく本論文による影響といえる部分があり、本論文での論証の水準の高さを証明するものである。

## 2. 行政法学のアポリア（難問）

本論文は、国家無答責の法理の成立にかかわる1890年確立テーゼの批判的研究の果実をもって、行政法学のアポリアともいえるべき、行政行為・行政処分・公権力の行使の三つの概念の不整合が、どのような経緯のなかで発生し、現在にまで及んでいるのかの分析をおこなっている点も注目すべきものである。

明治期における行政処分という概念は、そもそもはフランス法の系譜をひくものであり事実行為もこれに含まれるものであったが、このことが学問的に十分な整理がなされないままにドイツ法の行政行為の概念と結合していくことになることで、この未整理が現在にいたるまでの上記のアポリアを生み出す原因になっている。これらのことを踏まえて、日本の行政法制草創期におけるフランス法等の影響を精査することで、その後の井上毅の主張や美濃部学説等を歴史的に正確に位置付けることができるとともに、フランス法の母斑により発生しているといえる上記のアポリアを解明してゆく道筋がみえてくるとの指摘は、極めて重要な視点を提示しているといえる。

## 3. 問題点

もっとも、このように評価される本論文にも、問題がないわけではない。

まず、「1890年確立テーゼ」の根拠を疑問とする結論を導き出すさいの論証の中心が立法過程における「立法者意思の確認」にあるが、しかし、その資料の全容が不明であるなど、いまだ資料的制約があることは否定し得ない。1890年確立テーゼに疑問があることは十分に論証されていると思われるが、一部の資料解釈の評価や結論は、本論文におけるのとは異なる評価も可能ではないかと考えられる部分があり、この点は、将来のさらなる資料の発見によって再吟味されなければならないものであろう。

本論文の第二部は、戦前の国家賠償にかかわる「1890年確立テーゼ」批判を展開し、第一部では「行政処分＝行政行為＝公権力の行使」という等式が学問的不整理のままに歴史的に成立してきたことへの批判を展開することを意図している。本論文は、この第一部で分析した成果を、第二部の「1890年確立テーゼ」批判の分析軸として利用することを意図して構成されているが、実際の論文作成年代は第二部が最初に作成されていることから、その意図が十分に成功しておらず、両者は相対的に独立したものとして読むほうが分かりやすい印象をうける。本論文の第一部と第二部はそれぞれ高い質

を有する論述であるが、両者が有機的な連関をもって構成されているかの点では、若干の物足りなさを感じる。

そして、本論文で使用する「国家無答責の法理」という用語は、歴史的にどの時点で文献上に登場するのかの確定もしてほしかったところである。

このような問題点はあるが、従来の学説が未見であった膨大な資料も加えて「1890年確立テーゼ」に重大な疑問があることを論証し、それが学界・裁判実務に大きな影響を与えた点の評価を減じるものではない。

#### IV. 結 論

以上の審査の結果、後記の審査委員は、本論文の提出者が博士（法学）（早稲田大学）の学位を受けるに値するものと認める。

2014年3月27日

#### 審査委員

主査	早稲田大学教授		首藤	重幸
	早稲田大学名誉教授	博士（法学）（早稲田大学）	佐藤	英善
	早稲田大学教授	法学博士（北海道大学）	畠山	武道
	早稲田大学教授	博士（法学）（早稲田大学）	水島	朝穂
	早稲田大学教授		田村	達久