



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	国家賠償責任と法律不遡及の原則
Author(s)	奥田, 安弘; OKUDA, Yasuhiro
Citation	北大法学論集, 52(1), 1-70
Issue Date	2001-05-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15065
Type	departmental bulletin paper
File Information	52(1)_p1-70.pdf



国家賠償責任と法律不遑及の原則

奥田安弘

目次

- 一 はじめに
- 二 従来の見解に対する批判
- 三 関連法規の立法経緯
- 四 抵触法上の考察
- 五 おわりに

国家賠償法附則六項は、「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」と規定している。すなわち、国家賠償法は、昭和二年一〇月二七日に施行されたのであるから、その施行後の行為にのみ適用され、それ以前の行為には旧法が適用される。この規定は、いわゆる「法律不遡及の原則」を定めたものであり、その立法論としての妥当性自体については、とくに異論がないであろう。しかし、そこでいう「従前の例」の意味については、議論の余地がある。

すなわち、判例の多数は、昭和二年一〇月二六日以前になされた権力的行為については、いわゆる「国家無答責の法理」により、国家賠償責任が否定されていたとするが、若干の学説は、昭和二年五月三日の日本国憲法施行後ないしポツダム宣言受諾後になされた行為については、たとえ権力的行為であっても、民法ないし憲法一七条により、国家賠償責任が認められるべきであると主張していた。⁽¹⁾そして最近は、さらに戦後補償に関連して、終戦前になされた行為についても、国家賠償責任が認められるべきである、とする見解が現れている。

筆者もまた、国家賠償法附則六項にいう「従前の例」については、抵触法の立場から若干の問題提起をしてきたが、⁽²⁾他方で、これとは全く異なった立場から、国家の賠償責任を肯定する見解が以前から存在しており、両者の違いを明らかにする必要があると考えるに至った。なぜなら、これらの見解は、国家賠償法附則六項や様々なレベルの法の適用関係を全く無視しているのではないかと、と思われる議論を展開しており、その結論においては、筆者と異なるところがないとはいえず、解釈論として首肯しかねる点が多すぎるからである。そこで以下では、かような見解として、古川純「日本国憲法と戦後補償」(以下では「古川論文」という)、西楚章「戦争損害と国家無答責の原則」(以下では「西楚論文」)

という)、中国戦後補償弁護団の主張を取り上げることにする⁽³⁾。

また国家無答責の法理については、従来、関連法規の立法経緯が十分に解明されておらず、これが議論の混乱を招く一因になっていたと思われる。そこで、筆者が入手しえた資料により、旧民法財産編三七三条および現行民法七一五条の立法経緯をできる限り明らかにしたい。むろん筆者は、国家賠償法ないし民法の専門家ではないから、思わぬ間違いがあるかもしれないが、ひとまず資料の存在を示したうえで、今後の研究の進展は専門家の手に委ねたい⁽⁴⁾。さらに行政裁判法一六条および裁判所構成法二六条の立法経緯については、なお十分に明らかにすることができなかったが、関連の文書も参照しながら、草案の変遷を見直すことにしたい。これらの関連法規の立法経緯から、筆者の見解は、さらに強化されたと考えている。

そこで、改めて抵触法の立場から、筆者の見解を整理しておくことにする。ここでは、新たに関連法規の立法経緯を取り込むと同時に、古川論文、西埜論文、中国戦後補償弁護団との見解の相違を明らかにするよう努めた。すなわち、これらの見解は、「現在」からみて国家無答責の法理が不合理であるとして、その適用を排除しようとしているが、筆者の見解は、国家賠償法附則六項の解釈として、戦後補償のようなケースについては、国家無答責の法理が適用されないと結論づけるものである。すなわち、筆者は、事実関係および様々なレベルの法の適用関係の区別を重視している⁽⁵⁾であり、決して国家無答責の法理が「現在」からみて不合理であることを根拠とするのではない。

同じ結論を導くにしても、そのプロセスが重要であることは言うまでもないであろう。現在進行中の裁判にも関わることであるが、あえて問題提起をおこなう次第である。

1 古川論文

古川論文は、戦前の国家無答責の法理について、「憲法や法律の明文規定に基づくものではなく、解釈学説における公法・私法の二元論によるものであり、その意味で学説の果たす役割は重要であった」としたうえで、戦前においても、批判的学説があったことを重視する。そして、末広厳太郎・田中二郎・三宅正男の見解を紹介した後、次のように「批判的学説の意義」を述べている。⁽⁵⁾

「以上のような明治憲法下における国家無責任の法理に対する批判的学説の存在は、今日どのような意義を有するのであろうか。昭和一三〇一九三八年に明治憲法下の種痘法に基づく種痘を受けて被害にあった者の国に対する民事上の損害賠償請求訴訟において、名古屋地裁は、接種当時は接種の強制と義務履行は公権力の行使であり、原則として民法七〇九条の適用がないとした(予防接種ワクチン禍東海地方訴訟)。この事例に対して阿部泰隆教授は、過去の法律の解釈問題について、『明治憲法時代でさえ、公権力の行使について民法を適用する解釈があったことに照らすと、理論的には、今日の裁判所としては、当時の判例に従えば足りるのでなく、当時の法令の解釈を現時点でやりなおすべきであろう』と、興味ある指摘をしている。この考え方をとるならば、進行中の戦後補償裁判において裁判所は、国側主張の国家無責任の法理に安易にもたれかかることなく、強制連行等の国家の権力的行動の不法行為については、法律の特別の規定がない限り民法の適用を原則とする解釈学説に依拠して、『当時の法令の解釈を現時点でやりなおす』べきであろう。国家賠償法(昭和二三〇一九四七年一月二七日施行)附則六項は経過規定として『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」と定めるが、『従前の例による』とは民法の適用を原則とすると解釈すればよいのである」。

このように古川論文は、(一) 国家無答責の法理が解釈学説に基づくものであること、(二) 戦前においても反対説があったこと、(三) 今日の裁判所は当時の法令の解釈をやりなおすべきであることを根拠として、国家賠償法附則六項という「従前の例」とは民法の適用であると主張する。しかし、これに対しては、次のような疑問が生じる。

第一に、国家無答責の法理は、後述のように、民法の起草者の意思に基づくものであり、単なる解釈学説に基づくものではない。たしかに、権力的行為による損害について民法を適用しないとする明文の規定があつたわけではないが、これは、国家無答責の法理によるべき場合とそうでない場合の区別を解釈に委ねたものにすぎず、少なくとも一定の範囲において国家無答責の法理を認めることは、当然の前提とされていたのである。⁽⁶⁾ かような起草者の意思を探究することもなく、明文の規定がないことから、直ちに国家無答責の当否そのものが解釈学説に委ねられていたかのように言うのは、いささか結論を急ぎすぎるきらいがある。

第二に、戦前においても、国家無答責の法理を批判する学説があつたことは確かであるが、国家無答責の法理を解釈論として否定する学説は少数であつた。しかも、かような学説は、実定法上の根拠を十分に示しておらず、結局のところ、判例の受け入れるところとはならなかつた。⁽⁷⁾ 大審院の一貫した判例は、法源としての地位を認めても差し支えないであろうが、このように実定法上の根拠を十分に示さない学説を、あたかも法源であるかのように扱ふ見解には疑問を禁じえない。

第三に、今日の裁判所による解釈のやりなおしとは、何を意味しているのであろうか。戦前の判例の変更を意味するとしたら、その根拠として、国家無答責の法理を批判する少数説の存在を挙げただけでは足りないであろう。古川論文

は、どうやら日本国憲法を根拠として解釈のやりなおしを主張しているようである。現に同論文は、最後に次のように述べている。⁽⁸⁾

「日本国憲法は、戦後補償の法理を明文をもつては定めていない。新たに主権者となった国民が、戦争責任を負うべき昭和天皇を免責して国および国民統合の『象徴』の地位につけたことにより、一五年戦争の国家責任（戦争責任および戦後責任）と補償の問題をあいまいにしてしまったからではないであろうか。しかしわれわれは新たな歴史認識の下に憲法の再解釈を行わなければならない」。

「憲法前文において、『日本国民は、…政府の行為によって再び戦争の惨禍が起ることのないやうにすることを決意した』といい、また『日本国民は、恒久の平和を念願し、人間相互の関係を支配する崇高な理想を深く自覚』し、『われらは、平和を維持し、専制と隷従、圧迫と偏狭を地上から永遠に除去しよう」と努めてゐる国際社会において、名誉ある地位を占めたいと思ふ』と宣言した。まさしく前文は、『政府の行為』による『戦争の惨禍』がもたらした損害を認識し、国際社会に『名誉ある地位を占めたい』という意思表示をしたわけだが、この意思表示には明治憲法下の国家による一五年戦争の国家責任を引き受ける趣旨が含まれており、私はこれが先述の批判的学説との媒介的役割を果たすと解すべきであると思うのである」。

このように古川論文は、戦後補償をおこなうことが憲法の趣旨に合致すると述べている。これは、おそらく「今日の裁判所」は現行憲法を遵守する義務を負っているから、その憲法の趣旨に反するような判決を下すべきではない、ということができるのである。しかし、それでは、国家賠償法附則六項はどうなるのであるか。戦後補償について、この規定を適用すること自体が違憲である、というのであろうか。そうであれば、あたかも現行憲法を遡及適用したことにならないのであろうか。かような憲法の遡及適用は認めてよいのであろうか。このように様々な疑問が生じるので

ある。⁽⁹⁾

2 西埜論文

西埜論文は、かなり回りくどい構成を採用している。まず戦後補償における救済方法として、立法による解決および立法の不作為責任を挙げた後、これらは十分でないとしたうえで、さらに民法の適用を挙げて、そこでは「現在の訴訟であっても、戦前の権力的加害行為に対して国家無答責の原則が妥当するものか否か」という基本的問題が解決されなければならぬ⁽¹⁰⁾と述べる。

つぎに中国戦後補償裁判における原告側および被告側の主張を長々と引用した後、戦前の行為について国の損害賠償責任を否定した幾つかの戦後の判例を引用する。さらに戦前の通説判例が国家無答責の法理を認めていたことを確認した後、次のように述べている。⁽¹¹⁾

「しかし、このことは、戦前の日本軍の残虐非道行為による損害に対して現在においても国の賠償責任が否定されるべきである、ということを直ちに意味するものではない。現行憲法一七条は国の賠償責任を明文で定めているが、これはいわば時代の趨勢であり、これによつて国家無答責の原則は完全に否定された。原告らの損害賠償請求は、戦前において行われたのではなく、現在において行われているのである。従つて、原告らの損害賠償請求を斥けるために戦前の国家無答責の原則を持ち出すことが、現在において許されるか否かが問題とされなければならない」。

このように述べたうえで、同様の問題提起として、阿部泰隆・古川純・中国戦後補償弁護団の見解を引用するが、西埜論文は、同じ結論を支持するために、次のような理由づけを主張するのである。⁽¹²⁾

「戦前の権力的加害行為については当時の国家無答責の原則が適用されるべきであるというのは、法の解釈としては、きわめて当然なことのように見えないでもない。しかし、その行為が現行憲法の基本的人権尊重主義に違反するだけではなく、明治憲法の人権保障の精神にさえ明らかに違反するような残虐性の著しい非道行為に對して、現在の損害賠償請求訴訟において、国家無答責の原則を持ち出すことが許されるかどうかが問われなければならない」。

「結論からいえば、このような事案において国家無答責の原則を持ち出すことは、いわば『正義公平の原則』違反として許されないものと解すべきであろう。正義公平という一般的法原則に依拠することに対しては、このような発想は唐突であり、それは立法の際の法理念としては考慮されるべきではあるが、法の解釈の次元においては直ちに適用可能な基準とはいえない、との強い批判が予想される。しかし、正義公平の原則は、一般的法原則として条理法に位置づけられるものであり、単なる法の理念としてだけではなく、法の解釈の次元においても基本原理として重要な意義を有しているものと解すべきである」。

「戦争犠牲者訴訟ではないが、予防接種事故が発生してから二〇年を経過した後に損害賠償請求訴訟を提起したために、除外期間の経過を争われた事件において、最判平成一〇・六・一三（判時一六四四号四二頁）は、被害者が相手の不法行為によって心神喪失した場合にも加害者への一切の請求権が失われると解するのは『著しく正義・公平の理念に反する』として、民法一五八条の時効停止の規定を類推適用すべきであると判示している。これは、『特段の事情』がある場合に限定してではあるが、最高裁が一般的法原則の適用を認めたものとして高く評価することができる」。

「従軍慰安婦事件等においては、正義公平の原則により、国家無答責の原則の適用を主張することは許されないものと解すべきである。このような考え方は、中国人慰安婦訴訟等における原告側主張とほぼ同じであるが、次の点において若干相違している。すなわち、原告側主張が国家無答責原則の妥当する範囲を制限的に捉えようとするのに対して、

私見はその妥当範囲を制限せず、ただ、現在においてその原則を持ち出すことは正義公平の原則に反し許されないと主張するものである」。

このように西埜論文は、「正義公平の原則」にもとづき、「残虐性の著しい非道行為」については、国家無答責の法理を持ち出すことができないというのであるが、そこには幾つかの疑問が生じる。

第一に、西埜論文は、「現行憲法の基本的人権尊重主義に違反するだけではなく、明治憲法の人権保障の精神にさえ明らかに違反するような残虐性の著しい非道行為」と述べているところを見れば、どうやら「正義公平」の基準を現行憲法および明治憲法に求めているようである。しかし、あたかも現行憲法を遡及適用するような考え方については、前述の古川論文に対する疑問がそのまま当てはまる。また西埜論文は、明治憲法に対する違反をいうが、戦前において、裁判所の違憲立法審査権が認められていたのか、仮にこれが認められていたとしても、明治憲法のどの規定に対する違反があったのか、また外国人に対して憲法上の人権保障が及んでいたのか、等々の点を明らかにしていない。

第二に、西埜論文は、国家無答責の法理を「持ち出すことは…許されない」とか、「適用を主張することは許されない」と述べているが、その意味するところは必ずしも明らかでない。仮に、被告の国側が国家無答責の法理を援用できない、という意味であるとしたら、かような援用権としての構成には大いに疑問がある。あるいは西埜論文は、時効停止の規定を類推適用した最高裁判決を引用したために、時効と国家無答責の法理を混同してしまったのであろうか。国家無答責の法理については、裁判所は職権により、その適用の可否を判断すべきであり、当事者の主張に拘束されるわけではない。⁽¹⁴⁾

第三に、西埜論文の引用する最高裁判決の事案は、加害行為の時点では損害賠償請求権が成立しており、その後、除斥期間の経過によって請求権が消滅するか否か、という問題が争われたものであった。これに対して、一連の戦後補償

裁判においては、逆に加害行為の時点では国家無答責の法理により損害賠償請求権が存在していなかった、とされている。少なくとも西桢論文は、それを前提にしていると解される。

それでは、もともと存在していなかった損害賠償請求権が、なぜ現在においては存在するようになったのであろうか。そこには、西桢論文の引用する最高裁判決とは異なった理由づけが必要となるはずである。西桢論文は、最高裁判決と同様に「正義公平の原則」を挙げるが、そこでいう正義の観念は、全く異なった内容にならざるをえないのではないだろうか。⁽¹⁵⁾

また西桢論文は、前述のように、現行憲法が国家賠償責任を認めたことを「時代の趨勢」と評し、その直後に、原告らの損害賠償請求が戦前ではなく現在おこなわれていることを強調している。あるいは、これが西桢論文のいう正義の観念であるのかもしれない。しかし、そうであれば、まさに現行憲法の遡及適用であり、国家賠償法附則六項を完全に無視することになるのではないか、という疑問が生じるのである。

3 中国戦後補償弁護団の主張

中国戦後補償弁護団は、一連の戦後補償裁判のなかでは、比較的遅くに提起された中国民間人の訴訟のために結成されたものであり、七三一部隊・南京事件、従軍慰安婦事件、強制連行事件、毒ガス遺棄事件、平頂山事件などを扱っているが、⁽¹⁶⁾本稿の執筆時点(平成十三年一月)までに判決に至ったのは、七三一部隊・南京事件のみである。ここでは、その平成十一年九月二二日の東京地裁判決(以下では「南京判決」という)に記述された弁護団の主張を取り上げることにしたい。⁽¹⁷⁾

中国戦後補償弁護団の主張は、大きく分けて国際法上の請求権と国内法上の請求権からなる。前者は、一九〇七年の「陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約」(裁判所は、これを「ヘーグ陸戦条約」として引用する)三条ないし慣習国際法により、戦闘法規に違反する行為について、直接に個人が外国に対し損害賠償請求権を有するものであり、後者は、法例一一条の指定する不法行為準拠法である中華民國法により、損害賠償請求権を有するというものである。

筆者は、中国戦後補償弁護団の依頼により、後者の点に関する意見書を幾つか提出したが、弁護団は、とりわけ国家無答責の法理については、筆者の見解と異なる主張をおこなっている。まず国家無答責の法理が問題となる理由を説明すれば、次のとおりである。

法例一一条一項によれば、外国でなされた不法行為については、不法行為地法として外国法が適用されるのであるが、同条二項は、「日本ノ法律ニ依レハ不法ナラサルトキハ」前項の規定を適用しないとしている。すなわち、不法行為の成立要件については、不法行為地法と日本法が累積的に適用されるから、たとえ中華民國法により不法行為が成立したとしても、日本法の適用結果として、国の損害賠償責任が否定されるのであれば、結局のところ、不法行為は成立しないことになる。⁽¹⁹⁾

そこで、国家無答責の法理が問題となったのであるが、この点に関する弁護団の主張について、南京判決は、次のように判示している。

「なお、原告らが外国人に対し国家無答責の法理が適用されない一事例として指摘するパネー号事件は、前記のとおり、一九三七年二月二日に旧日本軍がアメリカ合衆国砲艦パネー号他の艦船を爆撃したことに対し、日本政府が、アメリカ合衆国政府に対し、約二二二ドルを支払ったというもので、国家間において解決が図られた事例であつて、被害者個人が民法の規定を根拠にして我が国に損害賠償を求めた事例ではないから、これをもって我が国が外国人に対し

て主権免責の原則を廃したものとすることはできない」。

「原告らは、国際慣習法としてのヘーグ陸戦条約三条が国内法的効力を有する結果、条約上の義務が国内法に優位するため、国家無答責は主張し得ないと主張する。しかし、ヘーグ陸戦条約三条の趣旨は前記のとおりであつて、国家無答責という以前に、原告ら個人の我が国に対する直接の損害賠償請求権を根拠付けるものとは認められない」。

まず前者において言及されたパネー号事件は、米国政府が自らの損害賠償請求権を行使したものであり、被害者個人の損害賠償請求権を代理人として行使したものではない。⁽²⁰⁾ たしかに二二二ドルという賠償金には、個人の損害が含まれているであろう。しかし、個人の損害は、米国政府の受けた損害の計算の手段として使われたにすぎない。現に米国政府は、国際法上、この賠償金を個人に支払う義務を負っていない。このように国家の請求権と個人の請求権は、明確に区別すべきであり、弁護団の主張が認められないのは当然である。⁽²¹⁾

つぎに後者は、全く理解に苦しむ。弁護団は、前述のように、ヘーグ陸戦条約三条ないし慣習国際法により、直接に個人が外国に対し損害賠償請求権を有する、と主張しているが、それは、国内裁判において主張するかぎり、これらの国際法規範が国内的効力を有していることを前提としている。そして、かような国際法上の請求権が肯定されるのであれば、もはや国家無答責の法理は問題とならずが⁽²²⁾ないし、また仮にそれが否定されるのであれば、なおかつ国家無答責の法理を制限する根拠になるとは考えられない。要するに、これもまた次元の異なる問題を混同した主張であつて、裁判所がこれを認めなかったのは当然である。

三 関連法規の立法経緯

1 立法経緯の研究の必要性

前述のように、古川論文は、国家無答責の法理が解釈学説によって発展させられたものであるかのようにいうが、このように立法経緯を軽視する傾向は、他の学説にも見られる。たとえば、宇賀克也教授は、その著書において、次のように述べている。²³⁾

「戦前のわが国では、なにゆえ公権力の違法な行使につき国が免責されるのかという国家無答責の根拠が、必ずしも十分に論じられることなく、とりわけ行政裁判法制定後は、殆ど自明の理と考えられてきたように思われる。これは、一つには、明治憲法下で、公法私法二元論が支配的となり、公権力の行使に関する事件は公法上の事件として、司法裁判所は管轄を有しないと考えられたが、行政裁判法も、一六条で、損害要償の訴訟に対する管轄をアンブロックに否定したため、実体的根拠を論ずるまでもなく、訴訟法上の理由で国家責任を追及する道が閉ざされていたことによるのであろう。違法な公権力の行使に基づく国家賠償請求が行政裁判所に提起されたときには、行政裁判所は、国家無答責を理由づける必要はなく、単に行政裁判法一六条を援用して請求を却下すれば足りたし、司法裁判所もまた、国家無答責根拠論に立ち入るまでもなく、公法上の責任には私法は適用されないと述べるだけで足りた。行政裁判所も司法裁判所も、自らの管轄権を越えておよそ一般に国家責任が認められるべきや否やにつき論ずる義務はないのであるから、当時の法制の下では、これはやむを得ないことであつたと思われる」。

このように宇賀教授は、戦前の法制度のもとでは、国家無答責の法理が「自明の理」であつたと主張するが、他方で「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つたのであり、これがなされなかつた点については、消極

的に評価されようが、他面で、英米型主権免責理論を採用する余地もあつたのであり、国の私経済的活動に基づく責任について民法を適用した点については、積極的に評価されよう」と述べている。⁽²⁴⁾

宇賀教授は、ここで「立法者意思がどうであれ」というが、その著書において、立法者意思を詳細に調査した形跡は見当たらないのであり、それゆえ明文の規定が置かれなかつた理由も明らかにされていない。それにもかかわらず、「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つた」と主張するのは、古川論文が解釈のやりなおしを主張するのと軌を一にしていると言えよう。⁽²⁵⁾

これに対して、関連法規の立法経緯を明らかにしようとする試みが全くなかつたわけではない。たとえば、ボアソナーの旧民法財産編草案三九三条は、権力的行為についても、国家の賠償責任を認めていたが、最終的に公布された旧民法財産編三七三条は、明文では国家の賠償責任について規定していない。近藤昭三「ボアソナーと行政上の不法行為責任」(以下では「近藤論文」という)は、その経緯を探ろうとした唯一の研究と言えよう。⁽²⁶⁾

まず近藤論文は、ボアソナーの民法草案として、「ボアソナー氏起稿民法草案財産篇講義第一部上巻人権之部」、「Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire par G. Boissonade t. II 1883」、「再閱日本民法草案」を取り上げている。そして、これらは次のように規定していた。⁽²⁷⁾

「家長、仕事師及ヒ運送其他ノ請負人、公私ノ管理所等ハ總テ其僕婢、職工、雇人其他使用ヲ受クル者ノ委託ヲ受ケタル事件ノ執行中又ハ事件ニ関シテ醸シタル損害ノ責ヲ擔當ス可シ」

「主人、親方、工事、運送その他の事業の企業者、公のおよび私的事業体はその召使、労務者、使用人または雇人が任ぜられた業務の執行において又は業務に際して生ぜしめた損害につき責任を負う」(近藤訳)。

「主人及ヒ棟梁、工業、運送若クハ其他ノ事業ノ起作人、公私ノ事務所ハ其僕婢、職工、屬員若クハ主管ニ依リ之二

委託シタル職掌ノ報行中若クハ其際ニ引起サレタル損害ノ責ニ任ス可シ」

これらの草案では、いずれも「公：ノ管理所」「公的：事業体」「公：ノ事務所」という文言が入っており、それぞれに若干のニュアンスの相違があるとはいえ、国家の損害賠償責任を認めていた。そして、「再閲日本民法草案」が確定稿とされているのである。

ところが、続いて近藤論文は、ポアソナードが依拠したと思われるフランスの判例を紹介した後、いきなり明治二三年公布の旧民法財産編三七三条を引用し、国家の損害賠償責任に関する文言が削除された経緯は明らかでないとしている。すなわち、旧民法財産編三七三条は、「主人、親方又ハ工事、運送等ノ營業人若クハ總テノ委託者ハ其雇人、使用人、職工又ハ受任者カ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實ニ任ス」と規定しており、近藤論文によれば、「問題の部分は、明治二二年一月に内閣が草案を元老院に付議してのち、元老院審議、政府修正・加除のいずれかの段階で削除されたであろうが、その間の経緯は明らかでない」とされている⁽²⁸⁾。

このように述べながらも、近藤論文は、たまたま梧桐文庫に残っていた井上毅の今村和郎宛の書簡を引用し、削除の経緯を憶測している。すなわち、この書簡において、井上毅は、国家賠償責任を認めるか否かは、「未来ノ大問題」であり、これを認めた旧民法三七三条は、「猶再議ノ機會ヲ待ツヘシ」と述べていたのである。近藤論文は、この書簡が明治二二年六月二二日付けであると推理したうえで、その背景について、次のような憶測を述べている⁽²⁹⁾。

「原案の三九三条は、全体的審査による修正削除の結果、すでに三七三条にくり上ったのであろうがその段階でもなお、国家責任の規定は依然として維持されており、今村和郎のような有力な支持を得ていたことが窺われる。今村和郎とポアソナードの関係や、法律取調委員会における栗村報告委員の発言が殆どポアソナードの口写しであることを考えあわせると、この審議過程におけるポアソナードの影響はかなり顕著といえよう」。

「しかし結局、国家責任に民法原則を適用する主張は、最後の段階で敗退した。井上毅がいかなる方法で『再議ノ機会』をとらえて『未来ノ大問題』に取り組んだかは詳らかにしえないが、旧民法三七三条から国家責任の規定は姿を消した」。

要するに、近藤論文は、井上毅の今村和郎宛の書簡から、両者の間に見解の対立があり、結局のところ、旧民法財産編三七三条は、国家賠償責任を規定しなかったのであるから、井上毅の主張が採用されたかのように述べているのである。しかし、筆者が入手しえた立法資料によれば、問題は、そのように単純なものではなかったことが窺われる。以下では、その資料の内容を紹介することにした。

2 旧民法財産編三七三条

近藤論文によれば、ボアソナードの旧民法財産編草案三九三条は、法律取調委員会の審議にかけられ、明治二十二年二月二日の第一回審議および同年一〇月二日の第二回審議において、原案どおり可決されたが、明治二十二年六月二日に井上毅が今村和郎宛に書簡を送ったのであるから、その後ボアソナード草案が修正されたことになる。その修正の経緯は、『日本近代立法資料叢書』に収められた資料により明らかとなる。

まず法律取調委員会「民法草案財産篇第三七三条ニ關スル意見」によれば、ボアソナード草案の修正を提案したのは、井上毅ではなく今村和郎であった。その時点で、ボアソナード草案は三七三条に繰り上がっていたが、今村和郎と思われる今村報告委員は、「公私ノ事務所」という文言から「公私ノ」の三文字を削除し、「國、府、縣、町、村ニモ本條ノ規定ヲ適用ス但法律ヲ以テ特ニ責任ヲ免除スル場合ハ此限ニ在ラス」という文言を追加する旨の修正案を提出したので

(30)
ある。

この今村修正案は、明治三二年九月四日に提出されたものであり、⁽³¹⁾ 国家および地方自治体の損害賠償責任について、民法の適用を原則としながら、例外的に特別法による免責がありうることを定めていた。今村報告委員は、この修正案の提出に際して、次のような意見を述べている（傍線・奥田）⁽³²⁾。

「第一問題ニ曰ク國家カ政ヲ行フニ當テ人民ノ權利ヲ毀損シタルトキハ賠償ヲ爲スノ責ニ任スルカ」

「按スルニ國家ノ性質ヲ講スル者ノ説種々アリト雖モ要スルニ其主タル目的ハ人民ノ權利ヲ保護シ及ヒ幸福ヲ増進スルニ在リテ人民ニ害ヲ加フル者ニ非ス故ニ或ル學者ハ曰ク國家ハ惡ヲ爲スコト能ハスト誠ニ然リ是ヲ以テ國家カ責ニ任スル場合ナシ且民法案第三百七十條ニモ國家カ責ニ任スルコトヲ規定セス因テ此問題ヲ起スコトナシ」

「然ルニ西國ノ學者ハ國家モ亦民法ニ依テ賠償ノ責ニ任スルコトアリト論スル者多シ……」

「按スルニ此等ノ學者ハ皆國家カ犯罪又ハ準犯罪ヲ爲スコトアリト豫想シテ説ヲ立ツルモノナリ國家ノ何者タルヲ深く研究セサルノ過チニ出ツルカ」

「國家ハ人民ノ權利ヲ保護シ其幸福ヲ増進スルヨリ以外ノ事ヲ爲サス故ニ人民ニ害ヲ加エス彼ノ國家カ權利ヲ害シタルカ如キ場合ニ於テハ實ニ加害者ハ國家ニ非スシテ國家ノ事ヲ行フ官吏ナリ而シテ其害ヲ加ヘタルトキハ必ス故意又ハ過失ニテ法律ニ背反スル處置ヲ爲シタルニ因ルナリ何トナレハ法律ハ權利ヲ保護スルコトヲ命令シ決シテ之ヲ害スルコトヲ命令セザレハナリ是故ニ國家ノ事ヲ行フ者ノ犯罪又ハ準犯罪ニ付テハ國家ハ間接ニ其責ニ任スルヤ否ノ問題ヲ惹起ス即チ下ニ掲クル第二問題ニシテ本論ノ最モ答議ニ苦ム所ナリ」

このように今村報告委員は、二つの問題を区別していた。第一に、国家が人民の権利を侵害した場合に、賠償責任を負うのかという問題であり、第二に、官吏が賠償責任を負う場合に、国家は間接的に責任を負うのかという問題である。

まず前者については、国家とは「人民」の権利を保護し、その幸福を増進するものであるから、そもそも悪をなさないとしてゐる。すなわち、国家は自ら不法行為をなすことはありえないから、不法行為の一般規定である民法草案三七〇条の適用を受けないのである。ここでは、自己責任としての国家の不法行為責任が否定されている。また今村報告委員は、「人民」に書を与えるのは国家ではなく、法律に違反する行為をした官吏であるという考え方も示しているが、ここでも国家ないし法律が「人民」の権利を保護するものであることを強調している。ただし、官吏が不法行為責任を負う場合に、国家が間接に責任を負うべきか否かは、別の問題であるとしている。

そこで今村報告委員は、まず立法者・行政者・司法官に分けて、官吏が不法行為責任を負うか否かを検討している。その結果、立法者および立法の事をなす行政者は責任を負わないが、純然たる行政者は不法行為責任を負い、また司法官は故意による損害について責任を負うとしている。そして今村報告委員は、国家の間接責任について、各国の学説および判例を分析した結果、次のように述べている（傍線・奥田³³）。

「要スルニ以上記スル所ノ學説及ヒ判決例ヲ大別スレハ二派アリ即チ國家ハ總テ責ニ任スト云フモノ及ヒ或ル場合ニ於テノミ責ニ任スト云フモノ是ナリ更ニ一説ヲ立テ國家ハ總テ責ニ任セスト云フコトヲ得可シ（英米ニ於テハ此説アリト果シテ信ナルカ）故ニ大抵三説アルナリ何ノ説ニ從ハンカ此問題ニ答フルニハ先ツ國家ノ事務ヲ研究ス可シ」

「凡ソ國家ノ事務ハ其種類極メテ多シ立法ノ大權ヨリ寮局ノ細事ニ至ルマテ國家ノ事務ニ非サルハナシ此百般ノ事務ヲ一言ニシテ區別セントスルハ決シテ爲シ能ハサルコトナリ今試ミニ其種類ヲ列記セン茲ニ一言シ置クノ必要アリ曰ク凡ソ主人カ其雇人ノ所爲ニ付キ間接ニ損害ノ賠償ニ任スルノ民法ノ原則ハ普通法ヨリ言ハハ變則ナリ何トナレハ凡ソ他人ノ所爲ニ付キテハ責ニ任セサルヲ本則トスレハナリ民法ノ間接ノ責任アリトスルニハ必ス主人タル者カ雇人ノ人選ニ於テ過失アルコト即チ悪人又ハ不熟練人ニ事ヲ任シタルノ過失アルコトヲ要ス」

このように今村報告委員は、国家の間接責任について、さらに国家の事務の分類を必要とし、かつ官吏の人選について過失があることを要件としている。そして、「尋常財産上ノ事」「尋常財産上ニ非サルコト」「官設工事」「警察衛生及ヒ兵卒」「租税徴収」「官ノ工業」については、各国の学説および判例によりながら、国家の間接責任を肯定している。さらに「尋常行政」についても、学説が分かれているとしたうえで、次のように述べている（傍線・奥田³⁴）。

「按スルニ此論點ニ付キ國家ニ責任ナシト云フ者大抵國權ヲ行フト云フヲ以テ其理由トスルカ如シ抑モ國權トハ何等ノモノソノ人民ノ權利國家ノ成立ヲ保護スル爲メノ權ナル可シ此權ハ人民ノ權利ヲ襲撃スルノ器具ニ非サルハ論ヲ俟タス或ル學者ハ之ヲ行政ノ原力ト云フ若シ國家ニ一種ノ原力ナルモノアリテ或人ノ言ヘル如ク之ヲ以テ人民ノ權利ヲ毀損シ利益ヲ侵害スルモノ可ナリトセハ原力ノ勢タル雷ノ如ク何時何人ノ頭上ニ墮落スルカヲ知ラス天下一日モ安ンスルコトヲ得ス秩序紊亂シテ國家ハ爲メニ崩壊セン而シテ知事カ道路ヲ廣メ又ハ火災ヲ防止セントスルモノ及ヒ築堤ノ適否ヲ判斷シテ許容スルモノハ皆公益ヲ目的トセサルハナシ此公益ヲ目的トスルニ當テ之ニ任スル者カ不熟練ナルトキハ則チ其人選ニ於テ過失ナシトセス即チ民法ノ原則ヲ適用ス可シ」

「之ヲ要スルニ國家ノ事務ハ極メテ多端ナリ故ニ或ル點ヨリ觀察スレハ之ヲ種々ニ區別スルコトヲ得ヘシト雖モ國家ノ間接ノ責任ヲ論スルニ當テハ區別スルコトヲ得ス是故ニ總テ國家ニ責任アルモノトス可シ」

「然レトモ此ノ如キ規則ハ實地ニ施シ難シ判官檢事ニ付テハ殊ニ困難ナリ故ニ除外例ナキヲ得ス」

このように今村報告委員は、「尋常行政」については、これが人民の権利を保護するために国権をおこなうものであり、行政の原力を行使するものであることを理由として、国家の責任を否定する見解があることを承知しながらも、国家の間接責任を肯定する。右の記述によれば、今村報告委員は、むしろ「尋常行政」が行政の原力を行使するものであり、かつ公益を目的とするからこそ、これが人民の権利を侵害することは、人民にとって予測しがたく、国家秩序の混

亂を招くことを危惧したのである。そこで、その実施にあたる者の人選に過失がある場合は、国家が賠償責任を負うべきであるとしたのである。

もつとも、その結果、今村報告委員によれば、すべての国家の事務について、国家の間接責任が肯定されることになるが、とりわけ司法官などについて、例外を設ける必要があるとして、前述のように、民法の適用を原則としながら、例外的に特別法による免責があることを定めた修正案を提出したのである。

かような今村修正案に対して、他の委員は、様々な意見を述べている。

まず井上毅と思われる井上報告委員は、ボアソナード草案の「公私ノ事務所」という文言をそのままにし、「但國府縣町村ニ付テハ法律ヲ以テ特ニ其責任ヲ免除スル場合ハ此限ニ在ラス」という但書を加えるのみで足りるとする。これは、実質的には今村報告委員の意見に賛成するものである。現に井上報告委員は、次のように述べている(傍線・奥田)⁽³⁵⁾。

「右第三百七十三條ノ規定ハ過失ニ因リ(人選ノ精密ナラサルニ因リ)他人ノ損害ヲ加ヘタル者ノ責任ヲ定ムルモノナリ然ルニ其過失カ國家ナルトキハ他人ニ損害ヲ與フルモ其責ニ任セストノ法理ハ之ヲ發見スルニ苦シム所ナリ如斯キ法理ハ之ヲ發見スルヲ苦シムノミナラス若シ過失ヲ爲シタル者カ國家ナレハ其過失ニ因リ他人ニ損害ヲ加フルモ責任ナシトスルトキハ國家ノ威嚴、國家ノ信用ヲ薄弱ナラシムルノ結果ニ歸センノミ何トナレハ行爲ノ責任アル者ニ非スシテ能ク威嚴ト信用トヲ保有スル者アラサレハナリ然レハ第三百七十三條ノ規則ノ如キハ國家ナレハトテ之ヲ適用セザルノ理ナシ」

「然レトモ場合ニ依リテハ法律ニ於テ例外ノ場合ヲ設ケサルヲ得ス既ニ我治罪法ニ於テ第十七條ノ規定アルカ如シ即チ『被告人無罪ノ言渡ヲ受ケタリト雖モ裁判官、檢察官、書記又ハ司法警察官ニ對シ要償ノ訴ヲ爲スコトヲ得ス云々』すなわち、井上報告委員は、官吏の人選について過失があるにもかかわらず、国家無答責を認めることは、国家の威

敵と信用を薄弱にするまで述べて、民法の適用を当然としている。ただし、今村報告委員と同様に、法律によって例外を設けざるをえないことがあり、その例として、治罪法一七条を挙げている。

つぎに磯部報告委員は、個人的見解としては、今村報告委員の見解に反対するが、各国の判例および学説ならびに従来の日本法に従って、結局のところ、今村修正案を支持している。すなわち、磯部報告委員は、最初に今村報告委員の意見を要約した後、次のような意見を述べている（傍線・奥田³⁶）。

「然レトモ目下ノ卑見ヲ述ヘンニ國家ハ直接間接ヲ問ハス總テ無責任ヲ原則トシ有責任ヲ例外トセサルヘカラスルモノトス他ナシ國家ハ無形ニシテ法人ナリ原意見者（今村報告委員・奥田注）ノ述フル如ク國家ハ惡ヲ爲スコト能ハサレハ善ヲ爲スコトモ亦自ラ能フモノニアラス國家ハ善惡邪正ヲ識別スル智能ヲ有スルモノニアラス國家其モノハ之ヲ無能力者ト同視シ國家ノ事ヲ行フ者ハ之ヲ無能力者ノ後見人ト同視シテ其當ヲ得ヘシト雖トモ國家ヲ普通人ト同視シ又其屬員ヲ普通人ノ使用人職工ノ如キ者ト同視スルコト能ハサルヘシ」

「國家ハ智能ヲ有セス智能ヲ有セサレハ人ヲ選定スルノ識別力モ亦國家ニアラサルナリ然ルニ國事ヲ託セラレタル者人民ニ害ヲ加フルニ際シ國家其選定ヲ誤リタルカ爲メナリ故ニ民事上其損害ヲ賠償スルノ責任アリト論スルハ後見人幼者ノ財産管理上職權ヲ濫用シテ第三者ヲ害スルニ方リ幼者ヲシテ其責ニ任セシムルト一般ナリ是レ能ハサルヲ國家ニ望ムモノト謂ハサルヘカラス」

このように磯部報告委員は、国家を無能力者として、官吏をその後見人と同一視すると共に、国家には官吏を選任する知能がないという独自の理論を展開する。しかし、自説について、さらに若干の論拠を加えた後、次のように立場を一変するのである（傍線・奥田³⁷）。

「加之一轉シテ國家ノ事ヲ行フ者社會ニ善事ヲ爲シタルトキハ其功績ハ論理ヨリ見レハ國家ニ歸スルモノノ如シト雖

モ實際ニ徴スレハ其人ニ歸スルコト多シ善事ノ功績ハ人ニ歸シ惡事ノ責任ハ國家ニ歸スルハ不都合ノ至リナラスヤ是レモ亦國家無責任ノ一證據ヲ組成スルモノトス其レ然リ然レトモ國家有責任ハ概シテ各國ノ許シテ學說裁判例ノ稍々一致スル所ナリ是レ小官ノ未タ一決スルコトヲ肯セサル所以ナリ或ハ其國ノ從來施行シ來リタル法律又ハ慣習ヲ維持スルヲ以テ得策ト爲スモノナランカ」

「我國從來ノ法律ニ於テハ猶ホ佛國等ニ於ケルカ如ク國家ノ有責任ヲ原則トシ無責任ヲ例外トセリ何ヲ以テ之ヲ識ルヤ法律ヲ以テ無責任ヲ布告セサリシ場合ニ於テ人民ヨリ行政官ヲ訴ヘ官モ亦之ニ應シタル實例尠カラス而シテ會々無責任ノ場合アレハ特別法ヲ設ケテ之ヲ豫告スルコトヲ怠ラサリシモノナレハナリ例ヘハ郵便規則ノ如キ是レナリ因テ原意見者ノ修正說ヲ採用セラレテ大過ナキモノト思考ス蓋シ修正說ハ法案第三百七十三條ニ優ルコト疑ヲ容レサルナリ」

以上の磯部報告委員の意見によれば、理論的には、國家は、官吏の行為について責任を負わないが、從來の内外の法律が國家の有責任を原則としているので、これを維持することを得策と考えて、今村修正案に賛成したようである。

ところが、西委員および松岡委員は、今村修正案を大きく変更する提案をおこなっている。まず西委員は、今村修正案の趣旨には賛成するが、原則と例外を入れ換えるべきであるとして、次のように述べている（傍線・奥田³⁸）。

「本月四日ヲ以テ垂示セラレシ國家ノ責任ニ關スル意見書（『今村報告委員の意見書・奥田注』ヲ通讀シ以テ其結尾ナル我カ民法案財産編第三百七十三條ニ修正ヲ加ヘント云ヘル考案ヲ觀ルニ及ヒテ深く立案者ノ調査周到一點ノ遺漏タモ無く且其論旨ノ精密ニシテ更ニ餘蘊ヲ留メサルニ感服ス然ルニ該案中ノ但書ヲ熟閱スルニ其所謂『法律ヲ以テ特ニ責任ヲ免除スル場合』トハ抑モ何如ナル場合ヲ暗指スル者ナル歟此ニ至リテ疑ヲ生セサルコトヲ得ス又前文ノ『原則ニ對スル除外例ナキヲ得ス』トアル項中ニ『判官檢事ニ付テハ殊ニ困難ナリ』ト言ヘルニ因リテ之ヲ觀レハ獨リ此兩職ノ關係ノミニ限ラスシテ廣ク諸職官ノ關係ヲ指言セルカ如シ然ラハ則チ他ニ何等ノ場合ヲ豫想セシ者ナル耶修正文案ノ上額

ニ朱書セル白耳義法案ノ旨趣タル實際ニ之ヲ施スハ至難ナル可キモ事理分明ニシテ善ク國家ノ責任ノ存否スル場合ヲ區別シ毫モ間然スル所無キニ似タリ若シ果シテ我カ除外法モ亦能ク國家ノ責任ヲ免除ス可キ至當ノ理由ヲ具スル彼レカ如ク判明ナルコトヲ得ハ本修正案ニ賛成ヲ表スニ躊躇セサル可キモ萬一社会ニ向ツテ其事理ヲ分明ニ貫徹セシムル能ハサルノ虞懼アリトセハ寧口修正案ノ旨趣ヲ顛倒シ民法中ニハ國家ノ責任ヲ定メス而シテ各特別法ヲ以テ其責任アル場合ヲ明示ス可キ旨ヲ掲記スルニ止ムルノ優レルニ若カサル可シト思考ス」

このように西委員によれば、国家の賠償責任が免除されるのは、裁判官および検事の職務の場合だけでなく、他の職務の場合もあるのだから、むしろ民法の条文としては、特別法によって国家の賠償責任が認められる場合がある旨を規定するに留めた方が妥当である、というのである。

つぎに松岡委員は、「第一 國家トハ上大政府ヨリ省府縣郡ノ如キ無形人ヲ總稱ス自治ノ團結亦同シ」として、次のように述べている（傍線・奥田）³⁹。

「人民ノ身體財産上ニ付キ有スル所ノ權利ハ國家ノ保護スヘキ所之ヲ換言スレハ國家トハ此等ヲ保護スル爲メニ設クル所ノ機關ナリ故ニ立法上ニ在テモ法律ヲ既往ニ遡及セシメテ既得ノ權利ヲ損害スルコトハ不正無道タリ況ンヤ行政上ニ於テ其權利ヲ損傷スルヤヤ」

このように松岡委員は、国家とは「人民」の権利を保護するものであると述べて、まさに今村報告委員と同様の論拠により、国家の自己責任を否定する。そして、「國家ノ行爲トハ主トシテ行政上ノ處分ヲ指ス」「立法、裁判ニ因ルモノハ別論に譲ル」として、次のように述べている（傍線・奥田）⁴⁰。

「國家ノ行爲トハ行政上ノ官吏ニ依テ生スル運爲ニシテ立法上ノ事ハ此ノ外ナリ立法上ノ事ハ民事上ノ責ニ任セス故ニ君主又ハ行政長官ニ法律上ヨリ委任セシ範圍内ニ於テ一般ノ規則ヲ設クルトキハ其規則假令法律ニ背違スルコトアル

トモ民事上ノ攻撃ハ之ヲ許サス法律ヲ以テ之ヲ改正スル歟或ハ議院彈劾ノ法ニ依リ之ヲ消滅セシムルノ外ナシ」

このように松岡委員は、国家の行為とは官吏の行為であるとして、かかる官吏の行為のうち、立法行為は民事上の責任を生じないのであるから、法律により委任された範囲内において行政規則を定めた場合も、たとえ当該規則が法律に違反していても、民事責任の追及はできないとする。松岡委員は、このように広い意味の立法行為（および司法行為）

を除外した後、その他の行為については、「第一 国家ノ行為中左ノ區別アリ」として、「甲 法律ノ命スル所許ス所ニ從ヒタルモノ」「乙 契約ニ依ルモノ」「丙 營業的ノ性質ニ係ルモノ」を挙げ、次のように述べている（傍線・奥田⁽⁴⁾）。

「由是國家ノ機關即官吏ニ依テ運爲スル中ニ於テ立法ニ屬スルモノヲ除クヘク更ニ第二ノ甲ニ於テモ亦猶些少ノ區別アリ一ハ一般又ハ一部ニ對スル命令ニハ一人ニ々々々對スル命令是ナリ」

「此二個ノモノハ法律ノ命スル所許ス所ニ出ツルモ其命令行為如シ法律ノ意ニ違背スレハ立法權ニ依リ規則ヲ制セシモノト同視スヘカラス」

「一ノ例官吏ノ其物ニ對シ租稅ヲ徵收スルハ法律ノ命スル所ナレハ官吏ハ徵收スルノ權利アルノミナラス義務アルナリ然レトモ之ヲ徵收スルニ一般ノ命令ヲ爲シ恣ニ二期節ヲ繰上ケ或ハ多餘ノ額ヲ徵收スレハ民事上ノ責ヲ免カレス」

「第二ノ乙ノ場合ハ官吏政府ノ事ノ爲ニスルモ賣買貸借ノ如キ本質契約上ニ成ルヘキモノハ始メヨリ民法ノ管轄タリ」

「丙ノ場合即チ鐵道運輸ノ業郵電通信ノ業ノ如キ代價物ニ應シテ爲ス所ノモノハ明約アルノ外ハ固ヨリ民法ノ規定ニ服從スルコトヲ要ス」

このように松岡委員は、国家の行為は官吏の行為のうち、法律にもとづく命令については、一般に對するものと個人に對するものを區別し、後者については、民事上の責任を認めている。また契約上の行為および營業的の行為については、当然に民法の適用を受けるとする。さらに松岡委員は、「第三 賠償ノ責ニ任スヘキ場合ノ區分」として、「甲ノ場合ハ

法律ニ違反シタル所爲即過失越權ニ係ルトキ」「乙 契約ニ反背シタルトキ」「丙 所爲ニ因テ損害ヲ匿起シタルトキ」を挙げ、次のように述べている（傍線・奥田⁽⁴²⁾）。

「第三純粹行政ノ行爲ニ依リ賠償ノ責ニ任スルニ付キ第二ノ甲ノ場合ハ第一其行爲ハ必法律ニ反背シタルコトヲ條件ト若シ法律ヨリ生スル自然結果ニシテ官吏ニ過失越權ノ點ナキトキハ何等ノ損害アルモ顧ルニ足ラス第二必人民ノ既得ノ權利ナルヲ要ス苟モ法律上ニ得タル正当ナル既得ノ權利ニ非サレハ侵犯セシモノトハ謂フヘカラス」

「第三ノ乙丙ハ純然民事上ノ法律ニ依ルノミ疑義ヲ容ルヘキ所ナシ」

このように松岡委員は、純粹行政行爲については、官吏に過失越權がある場合にのみ、賠償責任が生じるとし、契約違反および所爲による損害（純粹な不法行爲）については、当然に民法の適用があるとする。最後に松岡委員は、「第四 賠償ノ責ニ任スヘキ主者ノ區別」として、「國庫」「官吏」「受利者」を挙げ、次のように述べている。⁽⁴³⁾

「第四賠償ノ責ニ任スルニ一三三ノ區別アリ又相連絡スルモ前後ノ順序アルアリ」

「此ニ一事アリ官吏過テ甲者ヲ損シ乙者ヲ益セシトキハ甲ハ乙ヨリ不當ニ得タル利益ヲ取戻スノミ假令乙者資力足ラス或ハ他ノ事情ニ依リ甲者ヲ満足セシメサル第二ノ責ハ官吏ニ止テ官庫ハ之ニ與カラス」

「官吏ノ過失ニ依リ直ニ一人ニ不正ノ損害ヲ被ラシメ而シテ官吏死亡シ償フ能ハサル場合ハ國庫第二ノ義務者タル場合ナリ例ヘハ檢事不正二人ヲ勾留監禁セシトキノ如シ」

「官吏ヲ措キ直ニ國庫其責ニ當ルヘキ場合アリ例ヘハ官設鐵道ノ貨物車構造ノ不良ニ依リ商品ヲ毀壞セシトキノ如シ」このように松岡委員は、官吏の過失による損害について、受利者がある場合は、受利者が第一次的責任を負い、官吏が第二次的責任を負うが、国家は責任を負わないとする。これに対して、受利者がいない場合は、官吏が責任を負うが、当該官吏が死亡した場合は、国家が第二次的な責任を負う。さらに松岡委員は、国家が直接に賠償責任を負う例として、

官設鉄道の貨物車の構造不良により商品が損壊した場合を挙げており、これは營業的行為を意味しているものと思われる。

松岡委員は、以上のように、国家行為の性質による分類、賠償責任を生ずる場合の分類、賠償責任を負う者の分類をおこなった後、次のように述べている（傍点・原文）⁽⁴⁴⁾。

「以上略擧セシ如ク國庫責任ノ事ハ大ニ區別ヲ要スヘク決シテ一語一條ノ盡スヘキニ非ラス今草案ノ意ハ廣キニ似テ反テ狹シ何トナレハ屬員ノ語ハ專決權ナキコトヲ表セリ若シ民事ノ責ニ任スヘキ事ニ在テハ豈屬員ノ行為ニ止マラン乎長官自ラノ行為ニ在ルモ同一ナリ之ニ反シテ太々廣キノ失モアリ何トナレハ其行為ハ委任ノ事ニ非サルモ委任ノ事ヲ行フニ際シ他事ニ依リ損害ヲ爲スモ獨國庫ニ責ヲ歸ス此所謂己甚キモノヲ責ルナリ（際トハ時ヲ指スニ止ラス他事ニ及フコト原注ニ見ユ）」

「要スルニ民法中故ラニ佛法ニ駕ノ官府ヲ人民ニ同視スル文意ヲ挿入セシハ非ナリ寧口佛法ノ如ク明言ヲ爲サス一々法學上ノ問題ト爲シ事実ノミニ適用スルコトハ裁判官ノ識斷ニ委スヘシ」

このように松岡委員は、問題がボアソナード草案の「公私ノ事務所」だけではないとする。すなわち、「屬員」という文言は、決定権のない者だけを指している点で狭すぎるし、「之ニ委託シタル職掌ノ報行中若クハ其際ニ」という文言は、他事によって損害が発生した場合を含む点で広すぎると批判する。そして、国家の賠償責任については、フランス法にならつて明文の規定を置かず、裁判官の判断に任せるべきであると主張するのである。

その後、どのような議論があつたのかは明らかでないが、「民法編纂ニ關スル諸意見並雜書」中に収められた文書によれば、結局のところ、今村修正案は採択されず、ボアソナード草案のうち、「公私ノ事務所」を「總テノ委託者」とし、「屬員」を「受任者」と改める案が採択されたのである。これは、實質上、松岡委員の意見を採用したものであり、

最終的に公布された旧民法財産編三七三条と同じ文言であった。その規定の趣旨は、次のように説明されている(傍線・奥田⁽⁴⁵⁾)。

「民法報告委員ニ於テハ本條ノ『公私ノ事務所』ヲ削リ『總テノ委託者』ト改メ『屬員』ヲ削リ『授任者』(受任者の誤りか?・奥田注)ト改メ公私ノ事務所ノ責任アルコトヲ明言セス単ニ法理上委託者ハ授任者ノ授任ノ職務ニ付キ責任アルコトヲ規定シテ足レリト思考ス即チ佛國民法ノ規定ニ因レルナリ該法第三百八十四條第三項ニ曰ク(主人及ヒ委託者ハ雇人及ヒ受任者カ其受任ノ職務ヲ行フ爲メ加ヘタル損害ニ付キ其責ニ任ス)右ノ如ク本條ヲ修正スルニ於テハ政府官廳ノ責任ニ關スル問題ハ直接ニ斷定セス然レトモ政府官廳カ官吏屬員ニ對シ委託者タルノ資格ヲ有スル場合ニ於テハ官吏屬員ノ過失ノ責ニ任ス是レ白耳義新法ノ規定スル所ナリ而テ如何ナル場合ニ於テ政府官廳カ委託者ナルヤ否ノ問題ハ事實ノ問題トシテ司法官ノ判斷ニ委ス」

これによれば、旧民法の起草者は、一定の場合には国家の賠償責任を認めるが、その他の場合には国家無答責の法理を認めていたことになる。そして、いかなる場合に民法を適用して、国家の賠償責任を認めるかは、裁判官の判断に委ねたのである。すなわち、ボアソナード草案のように、民法の適用を全面的に認めるわけではなく、また今村修正案のように、民法の適用を原則として、特別法による免責を例外とするわけでもない。かような原則と例外という区別は廃止するが、一定の範囲では、国家無答責の法理を認めるのが起草者の意図であったと言つてよいであろう。

それでは、起草者は、完全に民法の適用・不適用を裁判官の判断に委ねたのかと言えは、そうではないと思われる。たとえば、松岡委員は、官設鉄道の貨物車の構造不良により商品が損壊した場合のように、営業行為による損害については、国の賠償責任を認めていたし、個人に対する命令行為については、官吏の民事責任を認めたいうえで、国を第二次的な責任者としていた。

一方、今村報告委員は、純然たる行法者について、官吏の責任を認めたくえで、その人選に過失がある場合には、国家の間接責任を認めていた。そして、「尋常財産上ノ事」「尋常財産上ニ非サルコト」「官設工事」「警察衛生及ヒ兵卒」「租税徴収」「官ノ工業」については、かかる間接責任をストレートに認めていたのに対して、「尋常行政」については、学説上争いがあるとしていた。すなわち、「尋常行政」は、国権（行政の原力）をおこなうものであり、国権とは人民の権利を保護するものであるから、国家は責任を負わないという見解があった。これは、国家の自己責任を否定したのと同様の理由により、間接責任をも否定しようというものである。

そして井上毅と思われる井上報告委員は、今村報告委員の意見に同調していたが、旧民法公布の翌年（明治二四年）に、井上毅は、この「尋常行政」について国家の賠償責任を否定する見解を支持する内容の意見を『国家学会雑誌』に掲載したのである。すなわち、井上毅は、ボアソナードの草案および注釈を引用し、これがフランス・ベルギー・ドイツ・イギリス・オーストリア・米国の判例学説と異なるとしたうえで、次のように述べている（傍線・奥田⁽⁴⁶⁾）。

「以上ノ例證ト學説トニ徴スレハ歐米諸國ニ於テ行政權ノ原力ヲ執行センカ爲メ職權アル官吏ノ實行シタル事件ニ付テハ設令一個人ノ權利ヲ毀損シ若クハ利益ヲ侵害スルコトアルモ國ハ其ノ處分ヲ更生スルニ止リ損害賠償ノ責ニ任セス唯賣買、貸貸ノ如キ私權上ノ行爲ニ屬スルトキ若クハ鐵道、郵便、電信ノ如キ特ニ條例ヲ以テ損害ヲ擔保シタル場合ニ非サレハ其責ニ任スルコトナシ」

「職權アル官吏カ行政權ノ原力ヲ執行センカ爲メ施行シタル事件ニシテ人民ノ權利ヲ毀損シ若クハ利益ヲ侵害シタルトキ私權上ノ所爲ト等シク民法上ノ原則ヲ適用シテ政府其ノ損害賠償ノ責ニ任スヘシトセハ社會ノ活動ニ從ヒ公共ノ安寧ヲ保持シ人民ノ幸福ヲ増進センカ爲メ便宜經理ヲ爲サル可カラサル行政機關ハ爲ニ其ノ運轉ヲ障礙セラレ危険ナル効果ヲ呈出スルニ至ラン、現行民法ニハ此ノ條ナシ」

このように井上毅は、行政権の原力を執行する場合と私権上の行為を区別して、前者については民法不適用、後者については民法適用という基準を示している。そして、民法不適用の理由としては、かかる行政権の執行が「人民」の幸福を増進するものであることを挙げているのである。

かような井上毅の意見は、はたして法律取調委員会全体の意見であったのか否かは明らかでないし、国家行為の多様性を考えれば、かような基準だけでは足りないであろう。しかし、このように行為の性質などによって、民法の適用・不適用を判断すべきであること、および一定の範囲では、民法の適用が否定されて、国家の賠償責任を生じないこと、すなわち国家無答責の法理が認められるべきであることは、明らかに旧民法の起草者の意図するところであった。古川論文のように、この点に関する明文の規定が置かれなかったからといって、国家無答責の法理がもっぱら判例学説によって発展させられたものであるかのように言うことはできないであろう。

3 現行民法七一五条

以上のように、旧民法の起草者は、一定の範囲では国家無答責の法理を認めていながら、あえて明文の規定を置かなかったのであるが、同様の議論は、現行民法の起草の際にもおこなわれていた。すなわち、明治二八年一〇月四日の「第一百二十回法典調査會議事速記録」によれば、現行民法七一五条とほとんど同じ文言の草案七二三条の審議において、穂積八束は、次のような質問をおこなったのである。⁽⁴⁷⁾

「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ガ當ルト云フ御考ヘデアリマスドウカト云フコトヲ確カメテ置キ

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
 兩斷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釋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様ナコトヲ言ヒマスト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爲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
 ガ必ズ問題ニナルト思フ尤モ政府ノ使用人ト言ヒマシテモ色々種類ガアリマス警察官其他ノ者モアリマセウ色々ナル關
 係モアリマセウガソレ等ノ委シイ所迄考ヘテ質問ヲスルノデアアリマセヌガ一寸其點ヲ御尋ネシタイ」

すなわち、穂積八束は、民法の使用責任に関する規定が官吏の行為についても適用され、政府が個人の損害を賠償
 する責任を負うのか否かを質問したのである。これに対して、穂積陳重は、次のように答えている（傍線・奥田⁴⁸）。

「本條ニ付テ第一ニハ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ガ當ルヤ否ヤト云フコトガ第
 一ノ御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キマシテ
 ハ本案ハ當ラナケレバナリマセヌカラ他ニ特別法ガナイ場合ニ於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」

まず穂積陳重は、政府の事業といえども、「私法的關係」については、特別法がなければ、本条が適用されると答え
 ている。これは、穂積八束が「色々ナル關係モアリマセウガソレ等ノ委シイ所迄考ヘテ質問ヲスルノデアアリマセヌ」
 と断つているにもかかわらず、その關係を区別しなければ、この問題に答えられないと考えたからである。また穂積
 陳重は、さらに官吏の職務執行の際に過失があつたときに責任を負わせるか否かを規定することも考えたが、これを民

法に置くことは不相当と判断した旨を答えている。

この回答に対して、横田國臣および都築聲六から再度の質問があつたが、かえつて混乱を招いたのか、高木豊三は、次のような質問をおこなつている（傍線・奥田⁽⁴⁹⁾）。

「私ハ此條ハ全ク疑問ハナイ積リデアリマシタガ色々御質問ガ出マシテ穂積君ノ御説明ヲ承ハリマシタガ今ノ御答ニ依ルト政府ト官吏トノ間ノ關係即チ官吏ノ過失行爲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サウハ解シ兼ル穂積君ノ御答ヘデハ政府ガ自ラ若シ民法デ所謂使用人ヲ使ツテ事業デモヤツテ居ルトキハ即チ監督者ト云フ者ガ請負人ノ取締トカ何ントカ云フ者ガ負フモノデアラウト解シテ居ツタノデアリマスガ若シサウデナクシテ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ハ大變趣意ガ違ヒマスノデ其問題ナラバ大ニ是ハ論ズベキ事モアリ研究スベキコトモアラウト思フ」

これに対して、穂積陳重および梅謙次郎から少し的外れの回答があつたので、高木豊三は、横田國臣の助け船を得て、再び次のような質問をおこなつている（傍線・奥田⁽⁵⁰⁾）。

「私ノ言ヒマシタノモ國ト云フ法人ガ民法上ノ事業ノ關係ニ付テ此條ガ當ルカ當ラヌカト云フコトニ付テ無論當ルト云フコトハ一點ノ疑ヒガナイ只私ノ先刻申シタ官吏ガ職務ヲ行フニ際シテ私法上ノ關係デナクシテ公權ノ作用ト言ヒマスカ詰リ裁判官ガ裁判ヲスル警察官ガ人ヲ捕ヘルト云フヤウナコトモ之ニ當ルト云フヤウナコトニ聞エテハ甚ダ困ル若シサウ云フ問題ガ之ニ籠ツテ居ルナラバ大問題タト云フノデアリマシテ勿論裁判官ト警察官計リテナイ地方官ノ如キモ矢張り人民ニ對シテ損害ヲ加ヘタト云フヤウナ場合モ此條ノ適用ガアルカト云フトソレ等ノ場合ニハ適用スルコトガ出

來ヌ即チ特別法ヲ以テ定メル民法ニハ之ヲ見テ居ラヌト云フコトノ起草者ノ御説明ヲ願ツテ置キタイサウデナイト縣令ガ斯ウ云フコトヲシテ人民ガ損害ヲ受ケタ此條ニ依テソレハ政府ノ使用人デアルカラ第三者ニ損害ヲ加ヘタナラバ罰金ヲ出セ損害ヲ出セト云フコトニナツテハ困ル

要するに、高木豊三は、「民法上ノ事業ノ關係」ないし「私法上ノ關係」ではなく「公權ノ作用」の場合にも、本條の適用があるのか否か、また特別法によつて定める内容は何か、という質問をしたのである。これに対して、穂積陳重は次のように答えている（傍線・奥田⁽⁵¹⁾）。

「斯ウ云フノデアリマス官吏ノ職務執行ノ場合ニ是レガ當ルガ宜イト我々ハ極メテ居ラヌノデア我々ガ研究シテ見ルト時トシテハ民法ニ書イテ居ル國モアリマスカラ是レモ書カウカト思フテ相談シテ見マシタガイヅレ特別法ガ出來ルダラウト思ヒマシタカラ止メタノデアリマス特別法ガ出來ヌト云フコトヲ豫想シテ是デ突キ通スト云フノデアハナイ若シ特別法ガ出來ナカッタラ是レ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ハ例ヘバ軍艦ガ一己人ノ商賣船ト衝突シテ其船ヲ沈メタトカ云フサウ云フ様ナ場合ニ賠償ヲ求メルト云フニハ此條ガ當リハシナイカト云フ御相談ヲシタノデア特別法ヲ作ラナイデ是レデ押通シテ仕舞ウト云フ丈ケノ決心ハ我々三人共ナカッタノデア爾併シ若シ特別法ガナカッタラ是レガ當ルジヤラウト云フ考ヘハ三人共持ツテ居ル」

これに対して、高木豊三は、「只今ノ御答デ能ク分リマシタ官吏ニ對シテ賠償ヲ求メルト云フコトヲ御書キニナラウカト云フコトデ獨逸ノ様ニシヤウト云フ御趣意デアリマスカ」と確認したところ、穂積陳重は「サウデス」と答えたので、高木豊三は、さらに次のように続けている⁽⁵²⁾。

「ソレナラバ宜イ、サウデアハナイ此場合ハドウカト言ヘバ或事業ノ爲メニ他人ヲ使用スル使用者ト被用人トニツアル場合被用人ガ第三者ニ害ヲ加ヘタトキハ如何ト云フ問題ヲ極メテアルト思フ夫故官吏ガ過失ニ依テ人民ニ損害ヲ及ボシ

タトキハ政府ガ損害ヲ賠償スルノ責任ガアルカドウカト云フ問題ガ起ツタノデアルガ巡查ガ誤ツテ人ヲ縛ツテ損害ヲ加ヘタト云フノニ損害賠償ヲ與ヘルト云フコトニナツテハ大變デアルサウ云フコトハ言ハレヌト云フコトデアリマスレバ私ハ一向差支ナイノデアリマス」

すなわち、特別法がないのであれば本条の適用がある、という穂積陳重の説明は、官吏の賠償責任を意味していたのである。そこで高木豊三が「獨逸ノ様」というのは、官吏の賠償責任に関するドイツ民法八三九条（当時の草案八二三条）を意味しているのであろう。⁽⁵³⁾ かような趣旨であるのならば、高木豊三も納得したのである。一方、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いう点でも、両者は最初から一致していたのであるから、前述の旧民法の起草者と同様の認識であったと言つてよいであらう。⁽⁵⁴⁾ そこでは、もはや国家無答責の根拠について特に説明がなされていないが、これは、すでに解決済みの問題であり、見解の対立もなかったからであらう。

4 行政裁判法一六条

以上のように、一定範囲の行為について、民法の適用を否定し、ひいては国の賠償責任を否定することは、旧民法および現行民法の起草者が意図していたところであり、その意味で、国家無答責の法理は、「民法の適用否定の法理」であつたと言えよう。

ところが、旧民法と同じく明治二三年に公布された行政裁判法一六条および裁判所構成法二六条の立法経緯によれば、国家無答責の法理は、国に対する損害賠償請求訴訟について裁判所の管轄を否定する「管轄否定の法理」であつたと解

説
する余地がある。

論

これらの法律の立法経緯は、民法の場合ほど明らかにはなっておらず、その草案の変遷から起草者の意思を推測するしかないが、関連の文書を参照しながら、その意味するところを再検討する必要がある。以下では、『行政裁判所五十年史』に掲載された行政裁判法の草案の変遷から見ていくことにする。

まず明治一七年のロエスラーの草案一三条は、次のように規定していた。⁽⁵⁵⁾

第一三條 行政訴訟ハ特ニ左ノ事件ニ付キ之ヲ爲スコトヲ得

第四 政府ト官有物買受人又ハ政府ト公業受負人トノ契約ニ付テ起ル争訟及ヒ國債其他行政上ニ於テ起ル政府トノ

争訟但民事裁判ヲ仰クヘキ特約アルモノハ此限ニアラズ

第六 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處分ニ付キ政府ニ對スル損害要償

第七 行政上ノ處置又ハ公業ノ實施及管理ニ因リ不法ニ加ヘラレタル損害ニ付キ官署又ハ公業受負人ニ對スル損害

要償

行政訴訟ヲ爲スコトハ民事訴訟ヲ爲スコトヲ得ス

この草案では、契約に関する争訟および國債などの争訟、さらに土地取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。

かような推測は、次のようなロエスラーの答議から可能となる（傍点・原文）⁽⁵⁶⁾。すなわち、ロエスラーは、「國王ハ非違ヲ爲サズトノ格言ハ、兩様ニ解釋セラルヘキカ如シ。何トナレハ、民法ニ於テハ、國王ハ裁判上賠償ノ責ニ任セズト

ノ意味ニ解釋サレ、政法ニ於テハ、國王、大臣、ハ國王ノ公行ニ付、其ノ責ニ任ストノ意味ニ解釋サルレハナリ。如何」という問いに対して、「之ヲ要スルニ、貴國ノ民法上賠償請求ニシテ、國王ノ純然タル財産上ノ契約ニ關セス、政務上ノ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」と回答している。

さらに言えば、草案一二三条のように、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、権力的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。したがって、かかる損害賠償請求訴訟に関する規定が行政裁判法の草案にない以上、かかる訴訟はそもそも許されず、いずれの裁判所の管轄も否定する趣旨であったと解される。

また、明治一九年ないし二〇年頃に法制局で起草されたと言われる草案は、次のように規定していた。⁽⁵⁷⁾

第二條 行政裁判院ハ官署ニ於テ其權限ヲ越エ又ハ法律命令ニ牴觸シタル行政處分ヲ爲シタルニ因リ自己ノ權利ヲ毀損セラレタリト思惟スル者該官署ニ係リ其處分ノ取消ヲ請求スル訴訟ヲ審判ス

第三條 賣買貸借其他民法上ニ於テ官署ノ處分ヲ一個人ノ行爲ト看做ス可キ事件ニ關スル訴訟ハ行政裁判院ノ權限内ニ屬セス

この草案は、売買貸借など民法の適用を受けるべき事件については、行政裁判所の管轄としない点で、ロエスラーの草案とは異なる立場にもとづいているのである。これに対して、行政処分については、取消訴訟のみを認めており、損害賠償請求訴訟を認めていない点では、ロエスラーと同じ立場であったと推測される。

『行政裁判所五十年史』は、その後の経過として、明治二一年四月頃には、井上毅が行政裁判および請願法の研究に着手し、同年夏には、一応これが纏められるところまで行ったようである、としている。そして、作成年月日は明らかでないが、「行政裁判所設置ノ問題」と題する文書を掲げている。この文書は、まず「行政裁判所ヲ設クルニハ左ノ類

項ノ問題ヲ決定スルヲ要ス」として、八つの問題を挙げているが、とりわけ「第三 要償ノ訴ハ一般ニ民事裁判ニ讓ルベキカ、又ハ或ル部分ニ限り行政裁判ニ於テ處分スベキヤ」という問題について、次のような回答をおこなっていた(傍線・奥田)⁽⁵⁸⁾。

「君主ハ不善ヲ爲スコト能ハズ。故ニ政府ノ主權ニ依レル處置ハ要償ノ責ニ任ゼントハ一般ニ憲法學ノ是認スル所ナレバ、人民ハ一個人トシテ官吏ノ故造處置ヲ訴ヘ、民事裁判所ニ要償スルヲ除ク外、行政廳ヲ相手取り要償ノ訴ヲ爲スノ權アルコトナシ。但シ法律ニ依リ政府ハ賠償ノ責ニ任ズベキコトヲ明言シタル條件(徵發令ノ如シ)ニ於テハ、行政裁判所ハ要償ノ訴ヲ受理スルコトヲ得ベシ。又行政裁判所ニ於テ取消ス所ノ行政處分ニ依リ、直接ニ生ズベキ損害ノ賠償ハ行政廳ニ於テ之ヲ處分スベキモノトス。(但シ收用令ニ賠償ノ訴ヲ司法裁判所ノ權限ニ屬シタルガ如キ明文アル者ハ此ノ限ニ在ラズ)」

この文書が明治二一年頃に作成されたものであるならば、すでに旧民法に関するポアソナード草案は、法律取調委員会の審議にかけられて、原案どおり可決されていた事実との関係が問題となるであろう。すなわち、この文書は、ポアソナード草案と異なり、主権による処置は賠償責任を生じないとし、損害賠償請求訴訟の管轄を否定しており、国家無答責の法理を「管轄否定の法理」として構成している。

そして、かような考察にもとづき、井上毅によって起草されたと言われる草案は、次のように規定していた。⁽⁵⁹⁾

第六條 凡ソ行政廳ノ處分ニ對スル訴訟ハ法律ニ反對ノ明文アルヲ除クノ外行政裁判所之ヲ裁判ス

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スニヨリ生スル所ノ直接

ノ補償ヲ除クノ外要償ノ訴ヲ受理セス

第九條 行政訴訟又左ノ事件ニ付之ヲ爲スコトヲ得

第一 官有財産ト人民トノ間ノ争訟

第三 政府ト官有物質受人又ハ政府ト工業受負人其ノ他諸般ノ契約ニ付テ起ル争訟又ハ國債ニ於ケル政府ト人民トノ間ノ争訟但シ民事裁判ニ付スヘキ特約アルモノハ此ノ限ニ在ラス

第十條 行政訴訟ヲ爲ストキハ民事訴訟ヲ爲スコトヲ得ス

この草案がいつ頃に作成されたのかは明らかでないが、『行政裁判所五十年史』は、「其後井上毅の手許では行政裁判法案を明治二十二年六月末頃上申の上夏季休暇前に枢密院の議に附したい希望を有して居た」として、この草案が明治二二年の前半までに作成されたことを示唆している。⁽⁶⁰⁾そして、これが前述の「行政裁判所設置ノ問題」に対する回答にもとづいて作成されたのであれば、その第七条は、主権による措置の賠償請求訴訟を原則として否定したものである、と解されることになるであろう。これに対して、第九条は、官有財産と人民との争訟および契約などに関する争訟について、行政訴訟をなすことを認めているから、実体法上は民法の適用を受ける行為による損害の賠償請求訴訟を行政裁判所の管轄とする立場を採用していたことになるであろう。

これに対して、明治二二年の後半頃に、モッセによって起草されたと言われる草案は、次のように規定していた。⁽⁶¹⁾

第十七條 民事ニ關スル訴訟ハ官有財産又ハ府縣郡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ヘ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

このモツセの草案一七条は、官有財産または公共団体と人民との民事に関する訴訟を司法裁判所の管轄としている点において、井上毅の草案九条の第一と異なっている。そして、おそらく井上毅の草案九条の第三およびロエスレルの草案一三条の第四・第六・第七とも異なっており、むしろ法制局の草案三条と同じ立場にもとづいているのであろう。一方、権力的行為による損害の賠償責任については、モツセの草案一八条は、官吏に対する訴訟のみを規定しており、それによれば、かかる訴訟は、まず行政裁判所において、権限の踰越または職務の怠慢により損害が生じたことを認定した後でなければ、司法裁判所において受理できないとしている。これに対して、国家に対する訴訟は否定する趣旨であったと推測される。以上の点は、モツセの「國ノ民法上損害賠償義務ニ關スル意見」が次のように述べていることから窺われる（傍点・原文）⁽⁶²⁾。

「(一) 國ハ民法上ノ事ヲ爲ス場合ニ限り法人其機關ノ處置ニ付負擔スル責任ヲ規定スル民法上原則ニ依テ其責ニ任ス」

「此責任ノ理由ハ民法ニ由テ生スルモノナレハ民事裁判所ノ權限ニ屬ス」

「前記ノ原則ハ特別ノ法律（郵便電信鐵道等ニ關スルモノ）ヲ以テ反對ノ規定ヲ設ケサルトキニ限り其効アリトス」

「(二) 國ハ其官吏國權ヲ執行スルニ際シ義務背反ノ處置若クハ怠慢ニ依リ第三者ニ加ヘタル損害ニ對シ財産權上其責ニ任セス但特別ノ法律上規定（違法ノ逮捕若ハ處刑等ニ關スルモノ）ヲ以テ之ヲ承認シタル場合ハ此限ニ在ラス」

続いて、モツセの草案に修正を加えたいわゆる「修正モツセ案」は、次のように規定していた。⁽⁶³⁾

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

第十六條 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

又ハ法律勅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

以前の草案一七条は、民事に関する訴訟を司法裁判所の管轄としていたが、修正案一五条では、司法裁判所の管轄を行政裁判法に規定するのは妥当でない、と考えられたのであろう。行政裁判所の管轄を否定する書き方に修正されている。同様に、官吏に対する損害賠償請求訴訟も、まず行政裁判所の管轄を否定したうえで、いわば先行判決の形で権限の踰越または職務の怠慢があつたか否かのみを判断する旨を規定している。

『行政裁判所五十年史』⁽⁶⁴⁾は、その後、修正モツ七条から確定案に至るまでの経緯を不明としているが、最終的に明治二三年に公布された行政裁判法一六条は、「行政裁判所ハ損害要償ノ訴訟ヲ受理セス」と規定した。ここで修正モツ七条一五条が削除されたのは、そもそも行政裁判法が「民事ニ関スル訴訟」を規定することは妥当でないと考えられたからであろう。また修正モツ七条一六条については、旧民法財産編三七三条の修正に関する議論の影響が伺われる。すなわち、単に権限の踰越または職務の怠慢があつたからといって、直ちに官吏が損害賠償責任を負うわけではなく、行為の性質などにより、場合分けが必要であるという認識が生まれたのであろう。

そして、実体法上は民法の適用を受ける「民事ニ関スル訴訟」は、司法裁判所の管轄とするが、権力的行為に関する訴訟は、行政訴訟として行政裁判所の管轄となるのであるから、損害賠償請求について、管轄を否定する旨の明文の規定が必要とされたのであろう。すなわち、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つた、と推測されるのである。

5 裁判所構成法二二六条

以上の点は、民事訴訟に関する司法裁判所の管轄を規定した裁判所構成法二六条の立法経緯も調査することによって、確認する必要があるが、こちらは、さらに資料が不足している。しかし、行政裁判法の草案の変遷と対比することによって、ある程度の推測は可能ではないか、と考えられる。

まず『日本近代立法資料叢書』に収められた明治二〇年一月一六日の「帝國司法裁判所構成法草案第三回議事速記」によれば、民事訴訟における地方裁判所の事項管轄を定めた三三条は、次のように規定していた。⁽⁶⁵⁾

第三十三條 地方裁判所ハ民事訴訟ニ於テ左ノ事項ニ付裁判權ヲ有ス

第一 第一審トシテ

(イ) 金額若クハ價額ニ拘ラス政府（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

(ハ) 其他區裁判所若クハ特別裁判所ノ權限ニ專屬スルモノヲ除キ總テノ請求

また同年同月三〇日の「裁判所構成法第十一回（二讀會）議事速記」によれば、この規定は、委員会において若干の修正がなされ、次のような帝國裁判所構成法草案三二条として提出されている。⁽⁶⁶⁾

第三十二條 地方裁判所ハ民事訴訟ニ於テ左ノ事項ニ付キ裁判權ヲ有ス

第一 第一審トシテ

(イ) 區裁判所若クハ特別裁判所ノ權限ニ屬スルモノヲ除キ總テノ請求

(ロ) 金額若クハ價額ニ拘ハラス政府又ハ官廳ヨリ爲シ又ハ之ニ對シテ爲ス總テノ請求

(ハ) 金額若クハ價額ニ拘ハラス官吏ニ對シテ爲ス總テノ請求但其請求公務ヨリ起リタル時ニ限ル

ところが、明治二三年に公布された裁判所構成法二六条は、次のように大幅な修正を経たものであった。

第二十六條 地方裁判所ハ民事訴訟ニ於テ左ノ事項ニ付裁判權ヲ有ス

第一 第一審トシテ

區裁判所ノ權限又ハ第三十八條ニ定メタル控訴院ノ權限ニ屬スルモノヲ除キ其ノ他ノ請求

『日本近代立法資料叢書』は、明治二〇年の段階における審議については、速記録を掲載しているが、その後、明治二三年までにいかなる議論があつて、かかる修正がなされたのかは明らかにしていない。⁽⁶⁷⁾ もつとも、下山瑛二教授は、次のような井上毅の「裁判所構成法案ニ對スル意見書類」の影響を示唆している（傍線および傍点・原文）。⁽⁶⁸⁾

「第一 國ニ對スル訴訟ノ事 ブラクストン氏王權論ニ云ハク、王ニ對スル訴訟ハ民事ト雖モ之レヲナスコト能ハズ、蓋何ノ法院モ國王ヲ裁判スルノ法權ナケレバナリト。故ニ英國ニ於テ君主及ビ政府ニ對スルノ訴訟ハ唯請願ニ由リテ恩惠ノ許可ヲ得タル後始メテ裁判ヲ受クルコトヲ得。普國千八百三十一年十二月四日ノ閣令ニ云ク、君主ノ資格ニ於テ臣民トノ間ニ裁決ヲ要スルノ權利ノ争ヲ生ズルノ理ナク、又之レヲ裁決スルノ權限アル裁判所ハ全國ニ一モ存スルコトナシト」。

「政府ニ對スル訴訟ハ獨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權内ニ歸シタルハ其ノ當ヲ得ザルノミナラズ、專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」。

「第三 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ハ國權ノ一部ニシテ國權ハ民法上ノ責任ナキ者ナレバナリ。官吏ニ對スルノ要償ハ其ノ官吏ノ私事トシテ訴フル者ニ限ルベシ。第三十二條（八）ノ場合ハ國法ノ大則ニ背ク事」。

下山教授は、この井上毅の意見書類を引用したうえで、その「影響によるものか否かは詳かになしえぬが、これらの意見が客観的に通った形で裁判所構成法が制定されたことは銘記されねばならない」と述べている。⁽⁶⁹⁾これは、明治二三年に公布された裁判所構成法二六条において、国および官吏に対する請求に関する規定が削除されたことを意味しているのである。筆者は、異なった見方が可能であると考ええる。

まず染野義信教授は、この井上毅の意見書類の作成年月日は明らかでないが、おそらく明治二二年三月一三日に草案が内閣に提出されてから発表されたものであると推測している。⁽⁷⁰⁾明治二二年といえ、前述のように、井上毅が行政裁判および請願法の研究に着手した頃である。

その後、井上毅によつて起草されたと言われる行政裁判法の草案は、その第九条において、官有財産と人民との争訟および契約などによる争訟を行政訴訟として行政裁判所の管轄とし、その第一〇条において、行政訴訟をする場合は民事訴訟をすることができないとしていた。また井上毅の草案七条は、原則として損害賠償請求訴訟の管轄を否定しているが、これは、「行政裁判所設置ノ問題」に対する回答にもとづいて作成されたのであれば、そもそも権力的行為による損害の賠償請求訴訟を一切認めない趣旨であつたと解される。すなわち、井上毅の意見書類は、かような行政裁判法の草案の内容を裁判所構成法の草案にも反映させるために提出されたものと推測される。

これに対して、モツセの行政裁判法草案は、国に対する民事訴訟を司法裁判所の管轄とし、また官吏に対する損害賠償請求訴訟についても、行政裁判所の先行判決を条件として、司法裁判所の管轄とした。すなわち、方針の変更があつたのである。そして、最終的に公布された行政裁判法は、権力的行為による損害の賠償請求訴訟を否定する趣旨で、損害賠償ノ訴訟ヲ受理セス」と規定したが、民法の適用を受ける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方針に変更はなかつたと考えられる。

おそらく裁判所構成法の方でも、民法の適用を受ける行為による損害の賠償請求訴訟は、たとえ国家または官吏を相手とするものであっても、司法裁判所の管轄となるが、「金額若クハ価額二拘ハラス」地方裁判所の管轄とする必要はなく、「金額若クハ価額」によつては区裁判所の管轄としてよいと判断した結果、裁判所構成法二六条から、とくに国および官吏に対する請求に関する規定を削除したのではないかと推測される。要するに、井上毅の意見書類は、この削除とは無関係であると考えるのである。

いずれにせよ、行政裁判法の立法経緯を考慮するならば、国に対する契約上の争訟は、行政裁判所の管轄とするか、それとも司法裁判所の管轄とするかについて、草案の変遷が見られるが、権力的行為による損害の賠償責任については、モッセの草案において、官吏に対する訴訟が司法裁判所の管轄とされた以外は、国に対する訴訟は、いずれの裁判所の管轄も否定されていたと推測される。したがって、裁判所構成法二六条にいう民事訴訟には、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考えられるのである。⁽⁷¹⁾

四 抵触法上の考察

1 論点の整理

ここでもう一度、論点を整理しておきたい。二の1と2で見たように、古川論文および西椋論文は、戦前の国家無答責の法理を現行憲法の観点から批判するものであり、国家賠償法附則六項を無視することになるのではないかと、という疑いがあった。おそらく両論文は、わが国の国家無答責の法理がもつぱら国家の利益のみを考慮した不合理なものであつ

た、という前提に立っているのであろう。

しかし、三の2で見たように、旧民法の起草者が国家無答責の法理を根拠づけるにあたり、国家の行為が「人民」の権利を保護し、幸福を増進させることを目的としているからこそ、国家を免責すべきであると考えていた点は注目してもよいのではないだろうか。また国家の行為のうちでも、私権上の行為については、当初より民法を適用して、国家の賠償責任を認めていた点も注目に値する。この点について、後の学説は、戦前の裁判所が独自に国家無答責の適用範囲を制限したものと解しているようであるが、⁽⁷²⁾かような行為の性質による区別は、当初より民法の起草者が意図していたことであり、その意味で、判例は起草者の意思に忠実であつたにすぎないと考えられる。

そうであれば、さらに起草者の意思を探究することにより、一連の戦後補償において問題となっている行為が民法の適用を排除するものであるか否かを精査する必要がある。なぜなら、起草者は、国家の行為であることだけを理由として、国家無答責の法理によるべきであると考えていたのではなく、それが「人民」の権利を保護し、幸福を増進させることを目的としているからこそ、⁽⁷³⁾国の賠償責任を否定していたからである。すなわち、かかる前提が成立しない場合には、たとえ権力的行為であっても、国の賠償責任を否定することが起草者の意思に合致しない、と解する余地がある。また国家賠償法附則六項の解釈も、もう一度見直す必要がある。それによれば、「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」とされているが、そこでいう「従前の例」とは、実体法だけを意味しており、手続法を含まないであろう。なぜなら、手続法上の問題は、訴訟が現在おこなわれているのであれば、現在の法に従うべきであり、たとえその旨の明文の規定がないとしても、これは自明のことであると解されるからである。⁽⁷⁴⁾

ところで、三の4および5で見たように、行政裁判法一六条および裁判所構成法二六条の立法経緯によれば、国家無答責の法理は、裁判所の管轄を否定する法理であると解することが可能であつた。そうであれば、国家無答責の法理は

手続法上の問題であり、国家賠償法附則六項にいう「従前の例」には含まれない可能性がある。⁽⁷⁵⁾

さらに国家無答責の法理が国家賠償法附則六項にいう「従前の例」に含まれ、またすべての権力的行為について、この法理が適用されるべきであるとしても、なお例外的に国家賠償法附則六項の適用を排除する可能性が検討されなければならぬ。

すなわち、この規定は法律不遡及の原則を定めているが、そもそも新法施行前の行為に旧法を適用する趣旨を考へてみる必要がある。そして具体的な個々の事件において、たとえ新法を遡及適用したとしても、この趣旨に反する結果とはならず、むしろ旧法を適用することによって、著しく実質的正義が損なわれる結果になるのであれば、きわめて例外的に国家賠償法附則六項の適用を排除することも視野に入れるべきであろう。⁽⁷⁶⁾

2 時際法および体系際法

以上のような論点は、筆者が専門とする国際私法と類似の時際法および体系際法上の区別をおこなえば、必然的に出てくるものである。すなわち、国際私法は、内外いずれの国の法を適用すべきかを定めるが、時際法および体系際法は、国際私法によって準拠法が定まった後に、準拠法内部において、具体的にどの実質法規定が適用されるべきかを定める。⁽⁷⁷⁾たとえば、法律が改正された場合に、新法と旧法のいずれを適用すべきであるかを決定するためには、時際法が必要となる。国家賠償法附則六項は、国の賠償責任について、これを定めた明文の時際法規定である。また成文法と慣習法、一般法と特別法など法源が異なる場合に、どの法源の法を適用すべきかを決定するためには、体系際法が必要となる。法例二条や商法一条などは明文の体系際法規定であるが、民法の起草者も、行為の性質などによって、民法を適用する

のか、それとも国家無答責の法理によるのかを区別していたのであるから、一種の体系私法上の考察をおこなっていたことなる。⁽⁷⁸⁾

ところで、国際私法上の判断が時際法および体系私法上の判断よりも先行するという意味では、両者は異なったレベルの法であるが、いずれも法の適用関係を規律する適用規範であるという意味では共通点もある。両者は、広い意味で抵触法と呼ばれているが、この抵触法上の考察が前述のような論点の考察には欠かせないであろう。

まず国際私法は、自国法と外国法を平等に適用するという内外法平等の原則を存立の基礎としているが、時際法においても、新法と旧法は原則として平等に取り扱われるべきである。すなわち、自国法からみて外国法が不合理であると主張することができないように、新法からみて旧法が不合理であると断罪することはできない。⁽⁸¹⁾そして、外国法の解釈が当該外国の裁判所と同じ立場でおこなわれるのと同様に、旧法の解釈も、当時の裁判所と同じ立場でおこなわれるべきであり、当時の裁判官が一連の戦後補償のような事件を扱ったら、どのような判断を下したかを見ることになる。ただし、現に同様の事件を扱ったことがない場合には、やはり関連法規の起草者の意思などから、当時としての合理的な解釈を導き出すことになるであろう。⁽⁸²⁾

また、内外いずれの法を適用すべきかを決定する国際私法について、大いに解釈の余地があるように、新旧いずれの法を適用すべきかを決定する時際法についても、解釈の余地がある。換言すれば、法例のいずれの規定によって準拠法を決定すべきかについて、法律関係の性質決定が問題となるように、国家賠償法附則六項を適用すべきか否かについても、当該問題が実体法上の問題であるか、それとも手続法上の問題であるかを区別する必要がある。⁽⁸³⁾

さらに内外法平等の原則の例外として、国際私法上の公序（法例三三条）が発動されるように、新法と旧法の平等原則の例外として、時際法上の公序が問題となる。ただし、前者があくまでも国際私法上の観点から判断されるように、

後者はあくまでも時際法上の観点から判断されるべきである。⁽⁸⁴⁾

以上のような考察の結果、筆者は、一連の戦後補償に関する事件においては、国家無答責の法理が適用されないと主張しているのである。すなわち、筆者は、現在の法観念からみて、国家無答責の法理が不合理であるから、これを適用すべきでないとして述べているわけではない。あくまでも時際法および体系際法上の観点からみて、個々の事件の事実関係のもとでは、国家無答責の法理の適用が論理的に否定される、と言いたいのである。以下では、この点をさらに詳しく述べていきたい。

3 体系際法上の区別

前述のように、旧民法の起草者は、国の損害賠償責任について、民法を適用すべき場合と、そうでない場合を区別していた。井上毅の表現を借りれば、行政権の原力を行使する場合と、私権上の行為に属する場合である。これは、行為の性質によって、民法の適用・不適用を決定するものであり、その意味で、起草者は一種の体系際法上の区別をおこなっていたことになる。そして、国家無答責の法理の側からみれば、その法理には事項的適用範囲の限界があつたことになる。

しかし、起草者は、さらに一定の類型に該当する国家の行為であるからといって、当然に国家無答責の法理によるべきであると考えていたのではない。その行為が「人民」の権利を保護し、幸福を増進させることを目的としているからこそ、国家を免責すべきであると考えていたのである。そうであれば、たとえ一定の類型に該当する行為であつたとしても、かような前提が成立しない場合には、むしろ国家無答責の法理を適用しないことが起草者の意思にかなうことに

なる。すなわち、その意思を尊重するのであれば、国家の行為が「人民」の権利を保護する関係にあるのは、どのような場合であるかを考える必要がある。そして、国家の行為と「人民」の間にかような関係が成立していない場合には、起草者は、国家を免責すべきであるとは言わなかったであろう、と推測されるのである。

おそらく起草者は、国家の行為が自国の領域内でなされる場合だけを想定していたのであろう。たしかに自国の領域内であれば、自国民であるか、外国人であるかを問わず、当時の考え方によれば、すべての「人民」は、国家の一定の行為によって権利を保護される関係にあったと言えるであろう。しかし、外国の領域内にいる「人民」については、ケースバイケースで考える必要がある。⁽⁸⁵⁾

たとえば、自国民が在外公館に保護を求めてきた場合や、外国人が査証の発給を申請してきた場合は、かかる「人民」は、国家の行為によって権利を保護される関係にあったと言える。これに対して、在外公館の職員が公務で公用車を運転していた時に、一般市民の車に追突し、乗員に怪我を負わせた場合は、かような関係が存在していなかった。その被害者がたまたま自国民であったとしても、同じである。⁽⁸⁶⁾

起草者は、そのような場合にまで、国家を免責すべきである、とは考えていなかったに違いない。むしろ国家無答責を正当化するための前提を欠いているから、民法の適用により国の賠償責任を判断すべきであると考えたであろう。すなわち、起草者の意思に従うのであれば、行為の性質だけでなく、行為のなされた場所や、当該行為と「人民」との関係によっても、体系際法上の区別がなされることになる。そして、これを国家無答責の法理からみれば、その法理には場所的な適用範囲の限界があったことになる。⁽⁸⁷⁾

以上のような体系際法上の考察によれば、中国大陸やフィリピンなどでなされた戦時中の行為は、まさしく民法の適用によって国の賠償責任を判断すべきことになる。すなわち、行為の性質をみた場合には、たしかに権力的行為ではあ

るが、行為のなされた場所は外国であった。しかも被害者である外国人は、日本の在外公館に査証の発給などを申請した際に損害を被ったのではなく、たまたま日本の公務員（兵士）の加害行為に遭遇したのである。

わが国の政府からみれば、わが国の公務員の行為は、わが国の「人民」の権利を保護し、その幸福を増進させる目的を有していたのであろうが、中国人やフィリピン人などの被害者からみれば、当該行為との間でかような関係は存在しておらず、それゆえ当該行為から生じた損害を甘受せよと求められる理由はない。したがって、起草者の意思を尊重するのであれば、中国大陸やフィリピンなどの戦後補償のケースは、国家無答責の根拠が妥当しないケースであり、むしろ民法によって国の賠償責任を判断すべきである。

4 国際法との関係

以上の考察では、行為のなされた場所が外国であったことや、当該行為と「人民」との間に権利保護の関係が存在しなかつたことを考慮すべきであると述べたが、これは、何も国家無答責の法理に国際法上の制限があつたことを主張するものではない。この点において、二の3で取り上げた中国戦後補償弁護団の主張と筆者の見解は、根本的に異なる。

たしかに、戦前の法体系においても、法規の性質を有する事項を内容とする条約の国内的効力は、政府の見解および判例により、一定の範囲で認められていた。⁽⁸⁸⁾ また前述のヘーグ陸戦条約三条は、「前記規則ノ条項ニ違反シタル交戦当事者ハ、損害アルトキハ、之カ賠償ノ責ヲ負フヘキモノトス。交戦当事者ハ、其ノ軍隊ヲ組成スル人員ノ一切ノ行為ニ付責任ヲ負フ」と規定しているが、これが個人の損害賠償請求権を認めたものであり、国内裁判所における権利行使を認めたものであるとしたら、それは、同条約がわが国の国内法体系に取り入れられることによって、実施されることに

しかし、この場合、ヘーグ陸戦条約三条は、一般法である民法に対する特別法として適用されるのであり、本稿が取り上げる民法の適用・不適用とはレベルの異なる問題であることは明らかである。すなわち、国内法体系におけるヘーグ陸戦条約Ⅱ特別法と民法Ⅰ一般法の適用関係も、体系際法を介して決定されるべきであるが、かような体系際法上の考察の結果、ヘーグ陸戦条約Ⅱ特別法の適用が決定されたならば、たとえその細目については、民法の不法行為規定を類推適用するとしても、条約自体は独自に解釈されるべきである。換言すれば、ヘーグ陸戦条約Ⅱ特別法は、民法Ⅰ一般法に優先するのであるから、前者の適用が認められる以上、後者の適用・不適用は問題となりえない。その限りで、国家無答責の適用範囲の問題は消滅することになる。⁽⁸⁹⁾

ところで、ヘーグ陸戦条約三条は、個人が国内裁判所において損害賠償請求の根拠として援用できる限りにおいて、法規の性質を有する事項を内容とする条約として、国内的効力を有する。かかる個人請求権が認められない場合にも、なお条約が国内的効力を有して、国家無答責の法理を制限するということはあり得ない。しかるに、中国戦後補償弁護団は、前述二の3のように、かかる無理な主張をおこなっているようであり、南京判決がこれを退けたのは当然と⁽⁹⁰⁾言える。

5 時際法上の法性決定

国家賠償法附則六項は、「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」と規定している。それゆえ、すべての実体法上の問題は、旧法によって判断されることになる。しかし、手続法上の問題は、訴訟が現在

おこなわれているのであれば、現在の法によるべきであり、たとえこの点に関する明文の規定がなくても、これは自明のことであろう。したがって、そもそも国家賠償法附則六項を適用すべきか否かについては、当該問題が実体法上の問題であるか、それとも手続法上の問題であるかを判断する必要がある。これは、時際法上、法律関係の性質決定（法性決定）が問題となることを示している⁽⁹⁾。

ところで、旧民法の起草者は、国家無答責の法理を民法の適用・不適用という実体法上の問題と解していたが、前述のように、行政裁判法一六条および裁判所構成法二六条の起草者は、これを裁判所の管轄に関する手続法上の問題と解していたようである。

かかる手続法上の問題について、新法と旧法のいずれが適用されるかは、国家賠償法附則六項ではなく、条理としての不文の時際法ルールにより決定されるべきである、と考えられる。それによれば、手続法上の問題については、原則として訴訟時点の法（より正確にいえば、口頭弁論終結時点の法）が適用されるべきであろう。そして、一連の戦後補償裁判は、戦後に提起されたものであり、現在の裁判所の事項管轄は、現行の裁判所法によつて決定されることになる。その裁判所法三条一項によれば、「裁判所は、日本国憲法に特別の定のある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判し、その他法律において特に定める権限を有する」とされている。ここでいう「一切の法律上の争訟」には、当然のことながら、権力的行為による損害の賠償請求訴訟が含まれるから、一連の戦後補償裁判において、現在の裁判所の管轄は肯定されることになる⁽⁹²⁾。

一方、実体法上の問題については、国家賠償法附則六項により、「従前の例」、すなわち旧法が適用されるから、現行の国家賠償法は適用されない。戦前の法体系において、国の賠償責任に適用されるべき実体法ルールとしては、民法以外に見当たらないのであるから、結局のところ、民法により国の賠償責任の存否が判断されることになる。

仮に国家無答責の法理が実体法上の制度であり、また国家の行為と被害者との間に権利保護の關係が存在しないケースについても、国家無答責の法理が適用されるとする。すなわち、国家賠償法附則六項にいう「従前の例」とは、戦後補償においても、国家無答責の法理を意味するという仮定に立てば、新法と旧法の平等を主張する筆者の立場からは、国家無答責の法理をそのまま適用すべきことになるであろう。

しかし、国際私法においても、内外法の平等を原則としながら、外国法の適用結果が著しく公序良俗に反する場合には、例外的に当該外国法の適用を排除することがあるように（法例三三三条）、時際法においても、旧法の適用結果が著しく公序良俗に反する場合には、例外的に旧法の適用が排除されるべきである。⁽⁹³⁾

これは、新法の観点からみて旧法が不合理であり、公序良俗に反すると言っているのではない。ただその適用結果が時際法の観点からみて著しく不当である場合にのみ、きわめて例外的に当該事案における旧法の適用を排除すべきであると言いたいのである。⁽⁹⁴⁾ また、この例外的措置は、明文の規定がなくても、時際法全体の趣旨および目的からみて、条理として認められるべきである。すなわち、形式的正義も重要であるが、実質的正義も、それに劣らず重要であることは、誰も否定することができないであろう。かような実質的正義を実現するためには、形式的正義によって導かれた結論を機械的に適用するのではなく、その結果が公序良俗に反することのないように、コントロールする必要がある。ただし、ここでは、あくまでも時際法上の正義が問題となっているのであるから、公序を発動する要件は、やはり時際法独自の観点から決定されなければならない。⁽⁹⁵⁾

そこで、まず国家賠償法附則六項の立法趣旨を考えてみる必要がある。この規定の立法趣旨は、国会の議事録などが

らは明らかでないが、そこで定められている法律不遡及の原則は、法的安定性の観点から、一旦成立した法律関係を覆すことによる混乱の回避に根拠を有するのであろう。すなわち、仮に国家賠償法附則六項にいう「従前の例」が国家無答責の法理を意味するとしたら、加害者である国家の側からみれば、当時の法により、賠償責任を負わないことを予測してしかるべきであり、かかる予測は保護に値する。一方、被害者にとつても、当時の法により認められていなかった損害賠償請求権が、新法の遡及適用により新たに認められるとしたら、期待以上の保護が与えられることになり、妥当とは思われない。要するに、行為時において一旦確定した法律関係は、よほどのことがない限り維持されるべきである。その意味で、法的安定性を重視するのであれば、法律不遡及の原則を定めた国家賠償法附則六項は、そのまま適用されるべきである⁽⁹⁷⁾。

しかし、具体的に一連の戦後補償裁判の事実関係をみた場合に、法律不遡及の原則が実質的正義をも満足させる結果を導くことになるのかは疑問である。これらの事件では、被害者の肉体的・精神的苦痛は、現在もまだ続いている状態であり、その意味では、今なお救済の必要性はきわめて大きい。また加害者である国の側からみても、内外の状況は、補償の必要性を忘れ去ることを許しておらず、平和と国際協調を標榜する戦後の憲法秩序全体に重大な影響を及ぼしている⁽⁹⁸⁾。

ただし、ここで「戦後の憲法秩序全体に重大な影響を及ぼしている」とは言っても、これは、現行憲法の遡及適用を意味しているわけではない。加害者である国にとつて、たとえ現行の国家賠償法の遡及適用により賠償責任を負わされることになったとしても、予見可能性を裏切られたことにはならないであろう、と言いたいのである。また被害者にとつても、まだ加害行為による苦痛は残っているのであるから、新法の遡及適用により期待以上の保護を与えられたことにはならない。換言すれば、一連の事件の原因事實は、たしかに戦前に起きたものであるが、「現在」との関連が極めて

密接であるから、時際法上の公序の発動が検討されるべきである。⁽⁹⁹⁾

さらに加害行為と被害の状況も、時際法上の公序の発動を促す要因として重要である。すなわち、戦後補償で問題となつている加害行為は、いずれも常軌を逸したものであり、到底正当な公権力の行使とは言えないものばかりである。かような加害行為でさえも、国家無答責の法理をそのまま適用するのであれば、損害賠償請求権を発生しないことになるが、たとえ戦争中のことであつたとはいえ、正当な戦闘行為を大きく外れたこれらの行為が、何らの損害賠償請求権も発生しないとするのは、正常な法感覚に著しく反するといえる。それは、被害の甚大さからみても首肯できる。⁽¹⁰⁰⁾

もつとも、かような加害行為と被害の状況のみによつて、時際法上の公序が発動されるわけではない。同時に、新法を遡及適用したとしても、加害者の予見可能性を裏切らず、かつ被害者に期待以上の保護を与えることにならない、という点が重要となる。すなわち、かような「現在」との関連および加害行為と被害の状況をすべて考慮したうえで、総合的な判断として、きわめて例外的に時際法上の公序が発動されるべきであろう。その結果、時際法上の公序の発動が肯定されたならば、一連の戦後補償裁判では、現行の国家賠償法が遡及適用されるべきであると考えられる。⁽¹⁰¹⁾

五 おわりに

最後に、以上の考察をまとめると共に、今後の課題を提起しておきたい。

まず国家賠償法附則六項は、「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」と規定しているが、ここでいう「従前の例」とは、昭和二十二年一月二七日の国家賠償法施行前のすべての旧法を意味する。したがつて、戦前の国家無答責の法理を「現在」からみて不合理であるとして適用を排除することはできないし、ましてや昭和

二二年五月三日に施行された日本國憲法を遡及適用するような解釈にも賛同しえない。ただし、國家賠償法附則六項にいう「従前の例」とは、必ずしも國家無答責の法理を意味するとは限らない。民法の起草者は、行為の性質など様々な要素によって、民法が適用されるべき場合とそうでない場合を區別していたのであり、その趣旨は解釈に反映させるべきであらう。

そこで筆者は、一つの試みとして、行為の性質だけでなく、行為のなされた場所や、当該行為と「人民」との關係を考慮して、中國大陸やフィリピンなどでなされた戦時中の行為については、民法を適用すべきであると主張したのである。さらに行為の性質による區別を探究すれば、あるいは強制連行・強制労働や従軍慰安所の營業などについては、これを一種の非権力的行為ないし私經濟作用とみることにより、民法の適用を肯定することが可能なケースもあると思われるが、この点については、筆者は専門外であるから、専門家の手に委ねることにしたい。⁽¹⁰⁾

また、もう一つの試みとして、行政裁判法および裁判所構成法の立法経緯にもとづき、國家無答責の法理は「管轄否定の法理」であるから、手続法上の問題であり、それゆえ國家賠償法附則六項にいう「従前の例」には含まれない、という主張もおこなった。かかる立法経緯の研究も、本来は筆者の専門外であり、思わぬ間違いがあるかもしれないが、ひとつだけ申し上げておきたいのは、「現在」の観点からの決めつけは禁物である、ということである。旧法は、あくまでも当時の法觀念および法体系全体から理解する必要がある。その意味では、外国法の適用解釈と共通する面がある。

最後に、筆者は、時際法上の公序の観点から、時際法における実質的正義の実現を試みた。たしかに時際法上の公序という概念は、わが国では、まだあまり知られていないが、戦後補償裁判のように、五十年以上も前の出来事について訴訟が提起され、その間に法制度の抜本的な改革がなされたという事態を考慮するならば、このように新しい視点で物

事を見る必要もあろう。

その意味において、一連の戦後補償に関する従来の判例は、わが国の教科書的な判例通説に頼りすぎているくらいがある。また一部の学説や弁護士も、新たな資料の発掘を怠り、安易に憲法や国際法に依拠する傾向が見受けられないでもない。たしかに戦前の判例や学説は、わが国の純粹国内事件だけを念頭に置いて展開されてきたのであるから、再度検証しなおす必要がある。しかし、その際には、実証的な裏付けが必要となってくるのではないだろうか。筆者が専門外であるにもかかわらず、あえて国家無答責の法理に関する立法経緯の研究を試みた次第である。今後は、専門家の手によって、さらに新たな資料の発掘および分析がおこなわれることを期待したい。⁽¹⁰³⁾

注

- (1) これらの判例および学説については、さしあたり宇賀克也『国家補償法』(一九九七年、有斐閣)一五頁以下参照。
- (2) 奥田安弘「国家賠償責任の準拠法に関する覚書―戦後補償のケースを中心として」北大法学論集四九卷四号一三〇頁以下(以下では「奥田(覚書)」として引用する)、同「国際私法からみた戦後補償」奥田安弘・川島真ほか『共同研究 戦後補償―歴史・法・裁判』(二〇〇〇年、明石書店)一五〇頁以下(以下では「奥田(共同研究)」として引用する)、同「戦後補償裁判とサヴィニーの国際私法理論(二・完)」北大法学論集五一卷四号三五五頁以下(以下では「奥田(サヴィニー・二)」として引用する)。
- (3) 古川純「日本国憲法と戦後補償―一五年戦争の国家責任をめぐって」法学セミナー四七七号三二頁、西塾章「戦争損害と国家無答責の原則」法政理論(新潟大学)三一巻二号一〇七頁。中国戦後補償弁護団の主張については、東京地判平一・一九・二二判タ一〇二八号九二頁。
- (4) 本稿の執筆にあたっては、小樽商科大学の秋山義昭教授(行政法)からご教示を頂いたが、内容に関する責任は、もち

ろん筆者のみが負うものである。

(5) 古川・前掲注(3)三四頁以下。なお古川論文が引用する阿部泰隆教授の見解は、同『国家補償法』(一九八八年、有斐閣)四一頁に掲載されたものである。本文の批判は、かかる阿部教授の見解にも当てはまる。

(6) 後述三の2参照。

(7) 宇賀克也「国家責任法の分析」(一九八八年、有斐閣)四一五頁は、渡辺宗太郎の見解について、同様の趣旨を述べているが、古川論文の引用する末広敏太郎・田中二郎・三宅正男の見解にも、同じことが当てはまるであろう。また田中二郎が後に立場を変えて、国家無答責の法理を支持するようになったことについては、同書四一六頁参照。これらの点については、秋山義昭「行政法からみた戦後補償」奥田川島ほか・前掲注(2)五九頁も参照。

(8) 古川・前掲注(3)三五頁。

(9) ちなみにフィリピン慰安婦事件の控訴審においても、国家賠償法附則六項が違憲である旨の主張がなされたが、裁判所は、「憲法施行前に行われた公務員の不法行為について遡及的に国等の賠償責任を認めることが憲法上要請されていたとする格別の根拠はないことからすれば」、かかる主張は認められないと判示した。東京高判平二二・二二・六(平成一〇年(ネ)第五一六七号各補償請求控訴事件)判例集未登載。この判決の入手については、中島光孝弁護士および中野比登志弁護士のお世話になった。ここに記して、謝意を表する。

(10) 西埜・前掲注(3)一一三頁。

(11) 西埜・前掲注(3)一二四頁。なお、同論文において引用された中国戦後補償弁護団の主張は、筆者が弁護団の依頼により意見書を提出する以前のものである。

(12) 西埜・前掲注(3)一二五頁以下。

(13) ちなみに、法律が明治憲法に違反するか否かに関する実質的審査権は、判例により否定されていた。清宮四郎『憲法I【新版】』(一九七一年、有斐閣)三六五頁参照。

(14) 西埜論文は、国家無答責の法理が現行法上廃止されたことから、旧法をあたかも外国法であるかのように扱っているきらいがある。しかし、外国法も法律である以上、裁判官は職権により外国法を適用解釈すべきであり(川又良也「外国法の内容の証明」国際私法の争点【新版】七〇頁以下参照)、ましてや国家無答責の法理は日本法の一部であるから、その適

用解釈が裁判所の職責に属することは、あまりにも当然である。

(15) ここでは、後述四の6のように、時際法上の正義の観点からの考察が必要があると考える。ちなみに、国際私法上の正義と実質法上の正義の違いについては、次のような例を挙げることができる。すなわち、平成元年改正前の法例は、離婚の準拠法として夫の本国法を指定していたが、改正後は、原則として夫婦の共通常居所地法を指定する(一六条)。これは、国際私法上の両性平等の觀念によるものである。具体的に指定された準拠法は、あるいは夫の地位を妻の地位よりも高くしているかもしれないが、これは、実質法上の正義の問題であり、国際私法上の正義とは無関係である。鳥居淳子「国際私法と両性平等」国際私法の争点(新版)三八頁以下参照。奥田安弘「戦後補償裁判とサヴィニーの国際私法理論(一)」北大法学論集五一巻三号二五〇頁以下(以下では「奥田(サヴィニー・一)」として引用する)も参照。

(16) 山田勝彦「裁判実務からみた戦後補償」奥田川島ほか・前掲注(2)二二七頁以下参照。

(17) 東京地判平一一・九・二二判タ一〇二八号九二頁。

(18) 前掲注(2)の奥田(覚書)および奥田(共同研究)は、南京判決以前に提出した意見書に加筆訂正したものである。これに対して、奥田(サヴィニー・一)前掲注(15)および奥田(サヴィニー・二)前掲注(2)は、南京判決を批判するために執筆した意見書をそのまま転載したものである。

(19) これに対して、南京判決は、そもそも本件については、法例によることなく、当然に日本法が適用されるが、仮に法例一条一項により外国法が適用されるとしても、「原告らの各請求は、最終的には、日本法の要件を充足しなければ成立せず、また、その効力についても日本法の適用を受けるとして、国家賠償法附則六項により、国家無答責の法理が適用される」とする。前者の国際私法不適用説に対する批判としては、奥田(サヴィニー・一)前掲注(15)二四九頁以下および奥田(サヴィニー・二)前掲注(2)三三五頁以下。なお河野俊行・ジュリスト一一七九号(平成二一年度重要判例解説)三〇二頁は、南京判決の結論に賛成するが、その理由として、「本件のような戦争状態下で行われた行為は法例の立法者の意図を超えた異常事態であったというのみであり、論評に値しない。その他の関連文献としては、フィリピンの従軍慰安婦事件に関する東京地判平一〇・一〇・九判時一六八三号五七頁を評釈した山内惟介・ジュリスト一一五七号(平成一〇年度重要判例解説)二八八頁があり、また同「ドイツ国際私法における戦後補償」問題について一強制労働者補償請求事件を素材として」法学新報一〇六巻九・一〇合併号三三三頁がある。

- (20) 「米國砲艦『パネー』」號事件ニ關スル外務省發表「外務省情報部『支那事變關係公表集(第三號)』(一九三八年)二四頁以下参照。
- (21) 奥田(サヴィニー・二)前掲注(2)三五三頁以下。ただし、南京判決は、他方で、「甲国家の乙国家に対する国家責任としての損害賠償責任を論じるに際して、いわば抽象的な乙国家それ自体の損害のみが問題とされ、乙国家の国民に関する損害が切り離されているとは容易に考えられない」とも述べている。これによれば、パネー号事件において、日本政府が米国政府に対して損害賠償を支払ったことは、国家無答責の法理を否定したとも解されることになる。このように南京判決では、随所に矛盾した判示が見受けられる。
- (22) 後述四の4参照。
- (23) 宇賀・前掲注(7)四一三頁。
- (24) 宇賀・前掲注(7)四一九頁。さらに同書四一八頁は、「ボアソナード草案では、公権力の行使の場合と私経済的活動の場合を区別することなしに民法を適用して国の責任を認めようとしていたのであるから、旧民法典から国家責任規定を削除した立法者の意図は、私経済的活動を含めて一切国家責任を否定することにあつたとみることも全くできないわけではない」としている。しかし、後述三の2で見るように、旧民法の起草者は、一定の範囲でのみ国家の賠償責任を否定する意図であつたから、この記述も明らかな誤りである。
- (25) 前述二の1参照。
- (26) 近藤昭三「ボアソナードと行政上の不法行為責任」法政研究(九州大学)四二卷二・三合併号一七九頁。
- (27) 近藤・前掲注(26)一九五頁以下。
- (28) 近藤・前掲注(26)二〇一頁。
- (29) 近藤・前掲注(26)二〇二頁以下。
- (30) 法務大臣官房司法法制調査部監修「法律取調委員會・民法草案財産編第三七三條ニ關スル意見(日本近代立法資料叢書16)」「一九八九年、商事法務研究会」三九頁以下(以下では「資料叢書16」として引用する)。
- (31) 「資料叢書16」前掲注(30)一八頁によれば、「西委員ノ意見」は明治二二年九月一〇日付けとなつており、そこにいう「本月四日ヲ以テ垂示セラレシ國家ノ責任ニ關スル意見書」とは、今村修正案を含む今村報告委員の意見書を意味している。

ると解される。

(32) 『資料叢書16』前掲注(30) 二九頁。

(33) 『資料叢書16』前掲注(30) 三七頁。

(34) 『資料叢書16』前掲注(30) 三九頁。

(35) 『資料叢書16』前掲注(30) 二二頁。この井上報告委員が本当に井上毅であるとしたら、ここで述べられた意見は、一見したところ、前述の今村和郎宛の書簡、後述の『国家学会雑誌』掲載の意見、後述三の4の行政裁判法草案、後述三の5の「裁判所構成法案ニ對スル意見書類」と矛盾していると思われるかもしれない。しかし、井上毅は、行為の性質によって、民法の適用・不適用を区別していたのであるから、いずれの行為に重点を置くかによって、民法の適用に賛成しているように見えるし、またこれに反対しているようにも見えるのではないだろうか。

(36) 『資料叢書16』前掲注(30) 二二頁。

(37) 『資料叢書16』前掲注(30) 二二頁以下。

(38) 『資料叢書16』前掲注(30) 一八頁。

(39) 『資料叢書16』前掲注(30) 一九頁。

(40) 『資料叢書16』前掲注(30) 一九頁。

(41) 『資料叢書16』前掲注(30) 一九頁。

(42) 『資料叢書16』前掲注(30) 一九頁以下。

(43) 『資料叢書16』前掲注(30) 二〇頁。

(44) 『資料叢書16』前掲注(30) 二〇頁。

(45) 法務大臣官房司法法制調査部監修『民法編纂ニ關スル諸意見並雜書(日本近代立法資料叢書10)』(一九八八年、商法務研究会) 三九八頁以下。なお、同所の冒頭に掲げられている起案者の説明とは、ボアソナードのことであり、修正案の起草者のことではない。続いて今村修正案を掲載した後、これに対する西委員・松岡委員・磯部報告委員・井上報告委員の意見を掲載しているが、これらは『資料叢書16』前掲注(30)に収録された意見の要約である。

(46) 井上毅「民法初稿第三百七十三條ニ對スル意見」『国家学会雑誌四卷五一号九七四頁以下』。

- (47) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会・民法議事速記録五（日本近代立法資料叢書5）』（一九八四年、商事法務研究会）三四二頁（以下では『資料叢書5』として引用する）。
- (48) 『資料叢書5』前掲注（47）三四三頁。
- (49) 『資料叢書5』前掲注（47）三四五頁以下。
- (50) 『資料叢書5』前掲注（47）三四七頁。
- (51) 『資料叢書5』前掲注（47）三四八頁。
- (52) 『資料叢書5』前掲注（47）三四八頁。
- (53) 官吏の賠償責任に関するドイツ民法八三九条の立法経緯については、宇賀・前掲注（7）一八頁以下参照。
- (54) 『注釈民法（19）債権（10）』（一九六五年、有斐閣）二七一頁（森島昭夫執筆）は、「公務員の職務執行中の不法行為について、国が責任を負うかどうかは、民法の起草当時から大きな問題になっていた。起草者は、特別の立法がないかぎり、民法七一五条が適用されると考えていたが、公法学者は、国家はなんらの責任も負わないという意見であった」として、法典調査会議事速記録を引用している。しかし、本文で述べたように、起草者は、私法的関係についてのみ、民法の適用を肯定していたのであり、この点は、公法学者と同じ意見であった。
- (55) 『行政裁判所五十年史』（一九四一年）一三頁（以下では『五十年史』として引用する）。なお、この規定の理由書は、國學院大學日本文化研究所編『近代日本法制史料集 第五—ロエスレル答議 五—』（一九八二年、國學院大學）一六四頁以下に収録されている。
- (56) 國學院大學日本文化研究所編『近代日本法制史料集 第一—ロエスレル答議 一—』（一九七九年、國學院大學）一〇三頁以下。『資料叢書16』前掲注（30）一三頁も参照。
- (57) 『五十年史』前掲注（55）二二頁。
- (58) 『五十年史』前掲注（55）二七頁以下。ただし、回答の原文は、「行政裁判所設置ノ問題」伊藤博文編『秘書類纂 官制制定資料 全』（一九三五年、秘書類纂刊行會）三七〇頁によった。
- (59) 『五十年史』前掲注（55）三〇頁以下。
- (60) 『五十年史』前掲注（55）二九頁。なお同年二月一日には、大日本帝国憲法が公布されており、その第六一条は、「行

政官廳ノ違法處分ニ由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」と規定していた。一方、井上毅の草案は、民法の適用を受ける行為による損害の賠償請求訴訟を行政裁判所の管轄としていたし、後述のモッセの草案は、権力的行為による損害の賠償責任について、官吏に対する訴訟を司法裁判所の管轄としていた。したがって、宇賀・前掲注(7)四二三頁が述べるように、「明治憲法下で、公法私法二元論が支配的となり、公権力の行使に関する事件は公法上の事件として、司法裁判所は管轄を有しないと考えられた」という論理は、明治憲法自体からは導き出せないように思われる。

(61) 『五十年史』前掲注(55)四五頁。草案の作成時点の推測については、同書五九頁参照。

(62) 『資料叢書16』前掲注(30)二八頁。さらに「國家損害賠償責任三關スルモッセ氏答議」「官吏ノ民法上責任ニ關スルモッセ氏答議」「國ニ對スル訴訟ニ關スルモッセ氏答議」「國學院大學日本文化研究所編『近代日本法制史料集 第十一』ボアソナー」ド答議三「モッセ答議」(一九八八年、國學院大學)一三五頁以下、一四七頁以下、一七四頁以下も参照。

(63) 『五十年史』前掲注(55)五四頁。

(64) 『五十年史』前掲注(55)六一頁以下。

(65) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法律取調委員會・帝國司法裁判所構成法案議事筆記(日本近代立法資料叢書25)』(一九八六年、商事法律務研究会)四〇頁(以下では『資料叢書25』として引用する)。

(66) 『資料叢書25』前掲注(65)二二七頁。

(67) 染野義信「司法制度」講座『日本近代法発達史2』(一九五八年、勁草書房)一五六頁も、「法律取調委員會より内閣に提出された帝國司法裁判所構成法案が内閣及び元老院を経て帝國裁判所構成法案として樞密院に送付されるまでの修正経過は明らかでない」としている。

(68) 井上毅「裁判所構成法案ニ對スル意見書類」伊藤博文編『秘書類纂 法制關係資料 上卷』(一九三四年、秘書類纂刊行會)八五頁以下。

(69) 下山瑛二「國家賠償」『日本國憲法体系 第六卷 統治の作用』(一九六五年、有斐閣)一三三五頁。同「人權と行政救済法」(一九七九年、三省堂)六九頁。

(70) 染野・前掲注(67)一五五頁。

(71) 戦前の国家賠償責任と裁判管轄の関係については、田中二郎『行政上の損害賠償及び損失補償』（一九五四年、酒井書店）八〇頁以下、高田敏二村上義弘『国家賠償責任の理論構成』（『現代損害賠償法講座6』（一九七四年、日本評論社）二二九頁以下、下山（国家賠償）前掲注（69）二三五頁以下）同（人権と行政救済法）前掲注（69）六九頁以下もあるが、これは、主に戦前の判例および学説を考察している。

(72) たとえば、宇賀・前掲注（7）四一八頁は、「立法者の意思がどうであれ、国の私経済的活動につき民法上の不法行為が成立する旨の明文の規定はなかったわけであるから、当時の判例学説がこれを肯定したことは、やはり一定の評価をすべきものと思われる」と述べている。

(73) 奥田（共同研究）前掲注（2）一五二頁以下では、宇賀・前掲注（7）一六頁以下などにもとづき、ホップスおよびルソーの見解に国家無答責の根拠を求めていたが、この点は訂正したい。すなわち、ホップスおよびルソーは、「支配者と被支配者の自同性」の論理によって、国家無答責を根拠づけていたが、同様の論理が明治憲法時代の日本に当てはまるとは思えない。むしろ支配者は被支配者の権利を保護する立場にあるから、悪をなしえない、という論理に国家無答責の根拠を求めるべきであろう。なお藤田宙靖『行政法学の思考形式』（一九七八年、木鐸社）五七頁によれば、穂積八束の官僚主義は「決してそれ自体が固有の価値を有するものであるのではなく、結局、国民の『福利』にこそ、明確にその根拠が求められている」とのことである。これも、当時の国家観を知るうえで参考になるであろう。

(74) たとえば、平成八年改正の民事訴訟法附則三条本文は、「新法の規定（罰則を除く。）は、この附則に特別の定めがある場合を除き、新法の施行前に生じた事項にも適用する」とし、また同四条一項は、「新法の施行の際現に係属している訴訟の管轄及び移送に関しては、…なお従前の例による」としている。これらの規定によれば、原因事実が新法の施行前に発生した事件についても、新法の施行後に係属した訴訟の管轄は、新法によることになる。なお現行の裁判所法の附則一項は、日本国憲法施行の日（昭和二年五月三日）から同法を施行し、同二項は、裁判所構成法および行政裁判法などを廃止するのみであり、平成八年改正の民事訴訟法附則のような規定を置いていないが、原因事実が裁判所法の施行前に発生した事件についても、同法の施行後に係属した裁判の事項管轄は、戦前の裁判所構成法および行政裁判法ではなく、現行の裁判所法によるべきであることは当然である。

(75) 国家無答責の法理を手続法上の問題とみる理由について、奥田（共同研究）前掲注（2）一五三頁以下は、宇賀・前掲

注(7) 四一三頁(注(23)の本文に引用した箇所)に依拠し、また奥田(サヴィニー・二)前掲注(2)三六二頁は、旧民法は、結局のところ施行されなかつたのであるから、国家賠償責任に関する規定が起草過程において削除されたことは、実定法上の根拠というわけにはいかない」としていたが、この点は訂正したい。

(76) 奥田(共同研究 前掲注(2)一五六頁以下。ただし、国家無答責の法理の根拠が「当時は合理的と考えられていた根拠であつても、今日の法観念からみて、あまりにも不合理である場合には、それは公序良俗違反である」とした点(一五五頁)は、ミスリーディングであるので撤回したい。筆者の見解は、国家無答責の法理自体ではなく、その適用結果が公序良俗に違反する場合を問題としているからである。後述注(94)の本文参照。

(77) 山田鐮一『国際私法』(一九九二年、有斐閣)八八頁以下、奥田安弘『国際取引法の理論』(一九九二年、有斐閣)四五頁参照。

(78) 「時際法」という名称は一般に知られているが、「体系際法」という名称は、山田鐮一教授の命名による仮称である。山田・前掲注(77)一一頁以下。しかし、時際法および人際法などの規範が準拠法内部における法の適用関係を決定するために存在するのであれば、体系際法の存在も論理的に導き出されるはずである。奥田・前掲注(77)一六頁も参照。

(79) 一般に狭義の抵触法とは、国際私法を意味している。ただし、抵触法という用語は誤解を招くことがあるので、注意を要する。溜池良夫『国際私法講義(第二版)』(一九九九年、有斐閣)四頁以下、山田・前掲注(77)一〇頁、奥田(共同研究)前掲注(2)一一九頁以下参照。

(80) たとえば、国際私法の基礎を築いたサヴィニーの学説が内外法の平等を出発点としていたことについては、溜池・前掲注(79)四六頁、奥田(サヴィニー・二)前掲注(15)二六一頁以下など参照。

(81) ただし、これは、法律不遡及の原則を前提としている。民法の親族編および相続編を全面的に改正した昭和二二年法律第二二二号の附則四条のように、新法の遡及適用を定めた明文の規定がある場合は、かような新法と旧法の平等原則は破られている。

(82) 外国法の解釈について同様の趣旨を述べたものとして、山田・前掲注(77)一三三頁、砂川恵伸「外国法の内容の不明」国際私法の争点(新版)七二頁。

(83) 国家賠償法は、国家賠償責任の実体法上の問題だけを規律しているから、国家賠償法附則六項にいう「従前の例」とは、

旧法のうち、実体法上の問題に適用される規範だけを意味すると解される。これに対して、手続法上の問題は、別途、手続法規によって規律されるから、新旧いずれの手続法規が適用されるのかは、国家賠償法附則六項ではなく、手続法規に關する時際法規定によって決定される。

(84) 時際法上の公序という観念は、わが国では、まだ広く知られていないが、たとえば、サーシーは、次のようなスイス民法最終章第二条を引用して、同様の見解を主張している。「公序良俗のために制定された民法の規定は、特段の定めがない限り、その施行の時から、すべての事実關係に適用される。それに伴い、新法によれば公序良俗に反する旧法の規定は、民法施行の時から、もはや適用することができない」。サーシーによれば、これは時際法における公序の発動を認めた規定である。たしかに時際法においては、新法と旧法の立法者は同一であるから、公序の発動は国際私法におけるよりも狭い範圍に留まるであろう。しかし、時際法における公序の発動を全く否定することはできないとする。すなわち、サーシーは、スイス民法のような規定がなくても、一般的に時際法における公序発動の可能性を認めている。Iszaky, *Conflict of Laws in the Western, Socialist and Developing Countries*, 1974, p.376.

(85) たとえば、山本草二『国際法（新版）』（一九九四年、有斐閣）一三三頁は、「国家が内外人の別なく他国の介入を排除して管轄権を行使できるのは、原則としてその領域（軍艦、軍用航空機もこれに準ずる）に対してだけである。いいかえれば、国際慣習法または条約に基づく別段の許容法規のない限り、国家は国際法上の主要な義務として他国の領域での権力行使（強制管轄権）をすべて禁止されるのであり、その意味で管轄権は属地的なものと、一応、推定される」と述べている。かような国際法上の制限がある以上、旧民法の起草者が自国内の権力的行為だけを想定したとしても不思議ではないであろう。ただし、在外公館による自国民の保護および査証の発給などは、慣習国際法ないし条約により許容された場合に当たる。

(86) 換言すれば、自国民が在外公館に保護を求めてきた場合や、外国人が査証の発給を申請してきた場合における公権力の行使は、国際法により許容されており、かつ当該個人が自発的に自国の管轄に服する場合であると言える。そこでは、法的な意味における権利保護の關係が存在しており、それを理由として、国家無答責の法理を適用することは、旧民法の起草者の意図したところと矛盾しないと思われる。これに対して、在外公館の公用車による事故の場合は、被害者は事故発生地国の管轄に服していたのであり、在外公館の本国との間に権利保護の關係があったとは言えないから、国家無答

責の法理の適用も否定すべきであらう。このように自国の管轄に服するか否かを基準として、国家無答責の場所的適用範囲を決定すべきであるという点では、奥田（共同研究）前掲注（2）一五二頁および奥田（サヴィニー・二）前掲注（2）三五八頁の記述を維持しておきたい。

(87) 前述三の2のように、旧民法の起草者は、民法の適用・不適用の基準を明確に定めることができなかつたから、明文の規定を置かなかつたのであり、様々な事情を考慮することを容認していたと言えよう。さらに一般的にも、渉外的な要素のある事件について、個々の法規範が純粋国内事件と異なつて解釈されることは、従来から学説上主張されてきたところであり、これを認めた裁判例もある。山田・前掲注（77）一三二頁、溜池・前掲注（79）一三九頁、東京家審昭四八・四・二〇家月二五卷一〇号一—三頁、奥田（サヴィニー・二）前掲注（2）三五六頁以下も参照。それゆえ、このように渉外的な要素を考慮して、民法の適用・不適用の基準ないし国家無答責の適用範囲の限界を決定することは、解釈論として十分に可能である。

(88) 岩沢雄司『条約の国内適用可能性』（一九八五年、有斐閣）二七頁以下参照。同書によれば、「条約ハ如何ナル方式ニ依テ其効力ヲ生ズルヤ」というオランダ政府の照会に対して、当時の日本政府は、「仮令法規ノ性質ヲ有スル事項ヲ内容トスルモノト雖モ議會ヲシテ之ニ協賛セシメサルモノニ有之而シテ此種ノ条約ハ国法ノ一部トシテ公布ニ依リ当然ニ一般ノ遵由力ヲ有スルモノト解シ法律命令ヲ制定シテ之ヲ国法中ニ編入スルカ如キコトナク又条約ノ規定ニ抵触スル法律命令ノ規定ハ当然變更セラレタルモノト解釈致居候；尤モ國際条約中締約國政府カ其内國法制ヲ修補スヘキ旨協約シタル場合ニ於テハ条約ノ目的ヲ達スルカ為ニ其規定ニ從ヒ立法上ノ措置ヲ採ルヘキコトハ勿論ノ義ニ有之候」と回答した（傍線・奥田）。また判例としては、山東縣案解決に関する条約について、「この条約」カ批准ヲ經テ条約トシテ完全ナル効力ヲ生スルト共ニ之ヲ国内ニ公布スルニ依リテ別段帝國議會ノ協賛ヲ經スシテ法律ト同一ノ効力ヲ有スルニ至ルモノト解スヘク我カ国内ノ從來ノ先例モ亦此ノ解釈ニ從ヒタリ」と判示した東京地判昭七・六・三〇法律新聞三四四六号七頁を紹介している（傍線・奥田）。なお前者によれば、条約は法律に優先すると解されていたようであるが、後者は、法律と同一の効力を有するとしている。清宮・前掲注（13）四四三頁も参照。ちなみに、一九一〇年九月二三日にブラッセルで署名された船舶衝突ニ付テノ規定ノ統一ニ関スル条約および海難ニ於ケル救援救助ニ付テノ規定ノ統一ニ関スル条約は、一九一四年一月二二日、わが国によつて批准され、同年二月一日、わが国について発効したが、条約文が公布されたのみであり、条約の内

容を取り入れた法律は制定されなかった。これは、これらの条約が公布のみで国内的効力を有することを前提としていたからであろう。戦後の判例ではあるが、海難救助条約を直接に適用した最判昭四九・九・二六民集二八巻六号一三三一頁がある。奥田・前掲注(77)九四頁も参照。

(89) ここでヘーグ陸戦条約三条は、一般法である民法に対する特別法であるとするが、明治憲法のもとで、条約が法律に優先する効力を有するのか、それとも法律と同一の効力を有するのかは、ひとまず不問に付することにする。ヘーグ陸戦条約は、一九〇七年に署名され、一九一二年一月一三日、わが国について発効したのであるから、いずれにせよ民法に対して後法に当たるとし、内容的にも特別法に当たることになる。ただし、これは、同条約三条が個人の損害賠償請求権を認めていることを前提としている。従来、戦後補償裁判では、この点は、一致して否定的に解されている。さしあたり申恵手「国際法からみた戦後補償」奥田・川島ほか・前掲注(2)一一〇頁以下参照。

(90) ただし、筆者は、ヘーグ陸戦条約三条が国内裁判所における個人の権利行使を認めたものでないとする従来判例には納得しかねる点がある。たとえば、オランダ領東インド(インドネシア)の元捕虜・民間抑留者の損害賠償請求事件に関する東京地判平一〇・一一・三〇判タ九九一号二六二頁は、ヘーグ陸戦条約三条の起草過程を検討した結果、「同条が損害を被った個人の救済をも目的としていたことについては認められる」としながらも、「当時、各国とも被害者個人の救済については、国際法の原則どおり外交保護権の行使によることを当然の前提としていたのではないかとの推測もできる」としているが、ヘーグ陸戦条約三条が個人の救済を目的としていたのであれば、外交保護権は全く救済手段にならない。なぜなら、国家は、(一)個人の要求にもとづいて外交保護権を行使するわけではないこと、(二)外交保護権を放棄する自由があること、(三)外交保護権の行使により受け取った金銭を個人に引き渡す義務がないこと等から、結局のところ、個人の救済は国際法上保障されないことになるからである。奥田(サヴィニー・二)前掲注(2)三五四頁以下参照。したがって、ヘーグ陸戦条約三条は、個人の救済という目的を達成するために、むしろ個人が国内裁判所において直接に加害国に対し損害賠償請求権を行使することを求めていた、と解するべきではないだろうか。

(91) 前述注(83)参照。

(92) 前述注(74)参照。

(93) 前述注(84)参照。

(94) たとえば、平成元年改正前の法例三〇条は、「外国法ニ依ルヘキ場合ニ於テ其規定カ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルトキハ之ヲ適用セス」と規定していたが、改正後の法例三三二条は、「其規定ノ適用」が公序良俗に反する場合は適用しないとされている。これは、国際私法上の公序が外国法の内容ではなく、具体的な事件における適用結果を発動の基準としていることを確認したものである。櫻田嘉章「公序則の適用」国際私法の争点(新版) 八六頁参照。さらに山田・前掲注(77) 一三一頁も参照。

(95) わが国の法律においては、法例三三三条以外に、憲法八二条二項、法例二条、民法九〇条、民事訴訟法一一八条三号においても、公序良俗の文言が使われているが、それぞれの規定の趣旨に応じ、発動の要件が異なる。たとえば、法例三三三条は、国際私法上の公序を規定したものであるから、わが国の強行法に反する外国法の適用がすべて排除されるわけではない。仮にこれを認めたとしたら、国際私法の存在意義はなくなるであろう。山田・前掲注(77) 一三〇頁参照。前述注(15)も参照。

(96) 奥田(サヴィニー・二)前掲注(2) 三二二頁参照。

(97) たとえば、我妻栄『新訂民法総則』(一九六五年、岩波書店) 一三三頁は、法律不遡及の原則について、「人がある行為をする場合には、その時の法律によって効果を生ずることを予期してなすものであり、行為の後の法律によって予期したと異なる効果を生じさせては、法律関係の紛糾を生じ、社会生活の安定を害するから、かような原則が認められる」と述べている。

(98) 奥田(共同研究)前掲注(2) 一五七頁。

(99) たとえば、国際私法上の公序についても、一般に内国との牽連関係が要件とされている。櫻田・前掲注(94) 八七頁によれば、かような内国牽連関係は、「必ずしも普遍性をもたない我が国固有の判断(≡国際私法上の公序の発動・奥田注)を対外的に主張し得るだけの正当な利害関係があることを示すものである」とされている。これに対して、時際法上の公序においては、法律不遡及の原則を定めた国家賠償法附則六項に反して、遡及適用の必要性を主張しうる事情として、現在のとの関連が重要になると思われる。

(100) たとえば、国際私法上の公序について、山田・前掲注(77) 一三一頁は、次のように述べている。「外国法の規定の内容が、これを純内国的な事案に適用しても内国の私法的秩序を害しない、内国からみても合理性を有し、相応する内国法の

効を定めたものと解されているから、援用権の濫用などの問題が生じる。鈴木賢「中国法からみた戦後補償」奥田川島ほか・前掲注(2)二〇〇頁以下参照。さらに、わが国の民法七二四条後段についても、なお解釈の余地があるが、この点は、専門家の手に委ねることにしたい。

追記

筆者は、一九九八年から中国戦後補償弁護団の依頼により意見書を提出し、また証言をおこなってきたが、二〇〇〇年一二月をもって、同弁護団との関係を解消した。その理由は様々であるが、今から思えば、南京判決に対する筆者の批判が部分的に同弁護団の主張にも当てはまるのが伏線となっていた。

すなわち、奥田(サヴィニー・一)前掲注(15)二四五頁以下で述べたように、南京判決は、裁判官の個人的な歴史認識にもとづき、法律論に入る前に、請求棄却という結論を出していたのであるが、原告弁護団の主張においても、弁護士の個人的な歴史認識ないし政治的な信条を請求の根拠にしている側面がある。とりわけ事件の背景を説明するためとはいえ、戦争全体に対する評価を主張している箇所は、請求全体が政治的なものであると解されても仕方のないものであった(国際法と国内法の混同という点で両者が共通していることは、前述二の3および注(21)のとおりである)。その意味で、南京判決が歴史認識を優先させたことの責任の半分は、原告弁護団にあり、残りの半分は、かような原告弁護団の主張に引きずられた裁判所の責任であろう。たしかに、弁護士が個人としてどのような歴史認識を持つのかは自由であると言えよう。しかし、裁判所に提出する準備書面などにおいては、法解釈論に専念すべきであったと考える。本来は法的な主張をおこなう場において、政治的な主張をされたのでは、裁判所としても、政治的な主張をもって答えるしかないであろう。それは、いずれの側にとつても不幸であったと言わざるをえない。

なお以上の点については、筆者は妥協するつもりでいたが、慰安婦弁護団の一部の弁護士から、意見書の一部削除という到底受け入れがたい要求をされたことが、中国戦後補償弁護団全体との関係解消にとつて、決定的な理由となった。この点は、弁護士と研究者の協力関係の今後を考えるうえで参考になるかもしれないので、あえて明記しておく。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 52 No. 1 (2001)
SUMMARY OF CONTENTS

**State Liability and Principle of Non-Retroactive
Application of Law**

Yasuhiro OKUDA*

The Second World War ended in 1945, while a chain of legal proceedings on governmental liability has not stopped since 1952 when the Treaty of Peace with Japan came into force. One may categorize these proceedings into three types. In the first type many Japanese individuals demanded damages contending that the Japanese government was liable for waiver of claims to damages and assets against foreign states through agreements after the Second World War. In the second type many Koreans and Taiwanese who had Japanese nationality as a result of the annexation of Korea and Taiwan and who had worked in the Japanese army pointed out the fact that they could not receive either old age pensions or disability pension. They claimed this was discriminatory because the laws for these pensions required one to maintain Japanese nationality and the plaintiffs had lost it automatically in 1952. In the third type many individuals of various nationalities demanded damages for violations of the law of warfare by the Japanese army during the Second World War, such as the holocaust in Nanking, the experiments on human beings by Unit 731, the forced prostitution of Chinese, Korean and Philippine women (so-called "comfort women"), the forced labour of Chinese and Korean men, the ill treatment of English, American, Australian, New Zealand and Dutch prisoners of war.

*Professor of Law, Hokkaido University

With regard to the cases of the third type, the acts of the Japanese army during the Second World War may violate not only the law of nations but also domestic law of the relevant states. Namely, the acts may constitute a tort because murder, rape, abduction, confinement, assault and so on all occurred. Generally speaking, acts of war do not constitute torts under domestic law if the acts were justified by the law of warfare. This rule does not apply, however, regarding the acts of the Japanese army that resulted in damage and injury to foreign civilians. Japanese law, however, had adopted a state immunity doctrine (*Kokka Mutôseki no Hôri*) at the time of the acts in question. According to this doctrine the Japanese government cannot be liable for *acta jure imperii*. Consequently, if Japanese law governs the acts of the Japanese army during the Second World War and the state immunity doctrine covers these acts, the rules of the Civil Code on tort liability are not applicable. This article is concerning a question as to whether the state immunity doctrine is applicable to these acts.

In the case on Philippine comfort women, the Tokyo District Court answered affirmatively on October 9, 1998 stating follows. Paragraph 6 of the supplementary provisions of the State Liability Act of 1947 provides that the antecedent law shall apply to damage arising from conduct committed before this Act came into force. At the time of the Second World War, during which the alleged offenses were committed, the state immunity doctrine was effective, so that with regard to *acta jure imperii*, the Civil Code was not applicable and the Japanese government was not liable to pay compensation. In other words, on the one hand, the administrative court dismissed the actions for compensation against the government under Article 16 of the Administrative Justice Act of 1890. On the other hand, the judicial court denied civil liability of the government for *acta jure imperii*, but applied Article 715 of the Civil Code, under which the government was liable as employer of the public servant, to *acta jure gestionis*. The alleged offenses accompanied the acts of war of the Japanese army and should be characterized as acts connected with *acta jure imperii* or as acts of a highly public character. Therefore, the liability of the Japanese government to pay compensation for the offenses shall be denied under the state immunity doctrine. The Court expressed a similar opinion in a decision of September 22, 1999 on the case of the holocaust in Nanking, the experiments on human beings by Unit 731, and the

bombing of the non-military area of a Chinese city.

There are several points at issue concerning the applicability of the state immunity doctrine to the case of the war victims. First, one may doubt that all the acts of the Japanese army during the Second World War were *acta jure imperii*. In a yet to be reported decision of November 30, 2000, the Court of Appeals of Tokyo held in the case of a Korean comfort woman as follows: From application *mutatis mutandis* of Article 715, paragraph 2 of the Civil Code, one may conclude that as manager of tortfeasors the Japanese government is liable for the unlawful acts of the employers of the comfort women and the Japanese soldiers, because the government was a party to the contracts with or a partner in business of the employers of the comfort women. The same rule may apply in the case of forced labour where the Japanese government acted as a party in the contract with or a partner in business of the Japanese companies which confined the foreign civilians and forced them to work in Japan.

Second, it is helpful to consider the purpose and objective of the state immunity doctrine. Boissonade, the French scholar who originally drafted the Japanese Civil Code, provided that public and private administrations were liable for damages caused by their servants or employees. Specially, his draft recognized state liability for all acts of a public servant. However, the wording of his draft was altered by the drafting committee of the Parliament, so that the final version of the Civil Code of 1890 was silent about the state liability. According to the dominant doctrinal opinion and case law, these circumstances justify that with regard to *acta jure imperii* the Civil Code is not applicable and the Japanese government was not liable to pay compensation until the enactment of the State Liability Act of 1947.

However, according to the preparatory work of the Parliamentary Drafting Committee, the members did not consider that the Japanese government was not liable simply because the acts of the public servant were *acta jure imperii*. They thought that the people should submit to the state immunity doctrine since the state was to protect the rights and property of the people by means of *acta jure imperii*. Thus the state immunity doctrine should be excluded when there was no such relationship between

the state and the people. As far as *acta jure imperii* is concerned, a public servant may act abroad only to the extent that a foreign state agrees beforehand or the law of nations authorizes it. This is true for the protection of ones own nationals and for the issuance of the visa to foreigners by the consuls. However, no such protective relationship arose between the Japanese army and the Chinese and Philippine victims. Simply the victims met the offenses of the army violating the law of warfare. In this case, the application of the state immunity doctrine does not conform with its purpose and objective. Thus, the Japanese government should be liable for compensation under the Civil Code.

Third, one should consider the preparatory work of the Administrative Justice Act of 1890. There were several drafts of the Act which provided variously for the subject matter jurisdiction of the administrative court. Some drafts provided that the administrative court had jurisdiction over compensation for *acta jure gestionis*, while others denied it or conferred it to the judicial court. With regard to *acta jure imperii*, some drafts did not provide for jurisdiction over compensation, while others denied it expressly. In any case, no draft recognized it expressly or conferred it to the judicial courts. The final version of the Act provided that the administrative courts should not accept the actions for compensation. This rule should be considered to deny jurisdiction of the administrative court over compensation for all the acts of the government. Where the judicial court is concerned, the Court Constitution Act of 1890 provided only that it had jurisdiction over "civil matters" and "criminal matters". From these circumstances one may conclude that the Japanese legal system at that time denied jurisdiction over compensation for *acta jure imperii* not only to the administrative court but also to the judicial court, so that as a result the government was not liable for compensation. Namely, the state immunity doctrine was of the nature of a procedural rule.

After the Second World War the Administrative Justice Act and the administrative court were abolished under Article 76, paragraph 2 of the Constitution and paragraph 2 of the supplementary provisions of the Court Act. Article 3, paragraph 1 of the Court Act provides that the judicial court has jurisdiction over all legal disputes, which includes, of course, actions for compensation for *acta jure imperii* against the

government. As a result the state immunity doctrine should not apply to the actions instituted after the Second World War. It is true that paragraph 6 of the supplementary provisions of the State Liability Act provides for the principle of non-retroactive application of *lex posterior*, but this provision applies to substantive rules and not to procedural rules. As a result, the judicial court has jurisdiction over the ongoing actions of the war victims under the existing Court Act and shall apply the Civil Code to the cases, because paragraph 6 of the supplementary provisions of the State Liability Act forbids retroactive application.

Finally, even if the state immunity doctrine should be a substantive rule and applicable also to the case where the government and foreign victims have no previous legal relations, there is a question as to whether the result of the application of the state immunity doctrine may be contrary to *ordre public* from the perspective of intertemporal law. The principle of non-retroactive application is based on the policy that we shall respect the legal relations already established between the parties. Namely, the Japanese government should expect that it will not be liable for compensation under the law in force at the time of the acts of its public servants, and the victims shall foresee that they may not claim compensation under the law. This policy is reasonable in most cases.

However, this is not true for the cases of the wrongs of the Japanese army during the Second World War. On the one hand, the war victims continue to suffer the physical and psychological pain even now sixty years after the offences of the Japanese army. On the other hand, the Japanese government has enacted laws that give remedies to Japanese ex-soldiers and families of deceased soldiers as well as victims of the atom bomb. This discrimination in remedies gives further pain to the foreign victims. Thus, it may be said that the wrongs of the Japanese government are not only of the past but also the present. Furthermore, the acts of the Japanese army, such as the holocaust in Nanking, the experiments on human beings by Unit 731, the forced prostitution of Chinese, Korean and Philippine women and the forced labour of Chinese and Korean men, were all clearly violations of humanitarian law that the Japanese government ordered or did not try to prevent. Under all these circumstances the principle of

non-retroactive application of *lex posterior* should be excluded exceptionally, so that the State Liability Act may apply to the cases of the war victims.

With regard to more questions of conflict of laws in the cases of war victims, see Yasuhiro Okuda, "Law Applicable to Governmental Liability for Damages to Foreign Individuals during Second World War: Questions of Private International Law in Ongoing Legal Proceedings before Japanese Courts", in: *Yearbook of Private International Law*, Vol.III, 2001 (forthcoming).