

大審院判例からみた「国家無答責の法理」の再検討(二)・完

——朝鮮女子勤労挺身隊の動員を例として——

岡 田 正 則

一 本稿の課題

二 判例としての国家無答責の法理

——国家賠償法附則六項にいう「従前の例」との關係——

- (一) 国家無答責の法理の概要と検討の方法
- (二) 近年の判決等における国家無答責の法理の適用
- (三) これまでの判決・学説等における概念的混乱
- (四) 大審院の判例における「権力的行為」の解釈
- (五) 学説の状況
- (六) 小 括

(以上、前号)

三 朝鮮女子勤労挺身隊の動員と国家無答責の法理

(一) 検討の課題と方法

- (二) 幹 旋
- (三) 連行(引率)

- (四) 労務管理
- (五) 徴 用
- (六) 小 括

——国家無答責の法理の適用可能性——

四 結 語

(以上、本号)

訴人の関与は、挺身勤労を命じることにとどまり、実際の挺身勤労は、当該事業場の事業主の指揮命令下において行われ、被控訴人が、実際の挺身勤労を指揮命令するなどこれに直接関与するわけではない（女子挺身勤労令〔等〕は、女子挺身隊員保護等の観点から、その勤労条件について一般的な規制を行うことを予定したものであって、これらの規定から、女子挺身隊員が被控訴人の直接の指揮命令下において挺身勤労に従事したことになるものではない）。したがって、……雇用主としての安全配慮義務違反を問題としている……控訴人らの主張は……採用することはできない⁽⁴³⁾。

この東京高判は、一方で、女子挺身隊員と国との法関係は権力的な関係であるという理由から国家無答責の法理を援用して国の不法行為責任を否定し、他方で、不对等な関係の下では「労働者派遣契約類似の契約」の成立を認めることはできないという理由から契約責任も否定し、あわせて、動員先の労働現場における被害については、国の指揮命令権が及ばないという理由を示して、国の安全配慮義務違反も成立しないと判断した。

しかし、前節で明らかになった大審院判例をふまえれば、ここには見すごすことのできない過誤がある。

第一に、判決文を一瞥すれば理解できるように、「権力的な関係」といえるのは「挺身勤労を命じる」場面に限られるのであって、国と女子挺身隊員との間の法関係全体が「権力的な関係」であるわけではない。したがって、国の行為全体について「国家賠償責任を追及することはできない」という論断の根拠を見出すことはできない。大審院判例は、命令行為そのものと命令によって形成される法関係とを区別して、後者においても個別に国の権力的行為が存在するの可否かを検討しているにもかかわらず、この東京高判はこうした判例の態度を完全に黙殺している。

第二に、「一方的な命令」の存否についても検討が必要である。後述のように、そもそも朝鮮女子挺身隊員らは「国民登録者たる女子」でも「志願に基づいて女子挺身隊員となる者」でもなかったから、「挺身勤労命令」を受けてはいなかった。東京高判はこの点を取り繕うために、朝鮮女子挺身隊員についても「事実上、女子挺身勤労令の

定めと同様の形態で、女子挺身隊員が選抜、決定され、挺身勤労に従事していたものと解する余地がある」（後述）と、両者の類似性を強調して、朝鮮女子挺身隊員の場合にも「一方的な命令」があつたものと認定した。しかし、大審院判例をふまえれば、いかに類似性を強調しても、このような認定はできないのであつて、裁判所は、法的な根拠に照らして「一方的な命令」の存否や国の行為の権力性を検証しなければならぬはずである。東京高判が示した「事実上、女子挺身勤労令の定めと同様の形態」云々という根拠は、判例とは無関係の恣意的なものだといわざるをえない。そして付言すれば、朝鮮女子挺身隊員の動員は国による「就職の勧奨」またはその延長上の行為に基づくものであつて、「一方的な命令に基づいて行われるもの」ではないのである（本節②）。

第三に、女子挺身勤労令および関連の要綱だけに基づいて「実際の挺身勤労は、……被控訴人が、実際の挺身勤労を指揮命令するなどこれに直接関与するわけではない」と認定するのは、早計であり、明らかに誤りである。女子挺身隊の動員先は軍需会社の工場だったのであるから、ここでは軍需会社法が適用され、さらに、隊員が現員徴用された場合（一九四四年末ごろと推定される）には国民徴用令も適用された。とくに後者の場合、隊員は法令上明白に国の指揮命令下に置かれていた。右のような認定が基本的な事実をふまえていないことは明らかであろう（本節④および⑤参照）。また、この種の雇用関係がすべて「権力的な関係」というわけではないことは後にみるとおりである。いずれにしても、大審院判例に示されているように、「一方的な命令」や「実際の挺身勤労」について事実認定を行うことなしに「権力的な関係」の存否や国の責任の有無を判断することはできないのであつて、事実認定を欠落させたままでこれらの点について判断しようとすれば、必然的にこの判決のような誤りを犯すことになるのである。

右の東京高判は、国家無答責の法理に関連する国の行為の権力性を比較的詳細に取り扱った例であるが、それにもかかわらず、瞥見したところから理解できたように、その事実認定および法律判断はきわめて杜撰で恣意的であ

るといわざるをえない。この原因は、大審院判例に関する理解が欠けていることと並んで、女子挺身隊員の動員に関する多様な法関係が整理されないままで判断が下されていることにある（近年の諸判決における国家無答責の法理に関する判断は、いずれも同様の問題点を有しているが、ここでは女子挺身隊の動員に限定して論じることにする）。そこで本節では、この法関係を、幹旋・連行（引率）・徴用・労務管理という四つの局面に分けて検討を進める。国の行為の実態を確かめた上で、根拠法規を検討し、国の行為における「権力的行為」性を析出することとしたい。

(二) 幹 旋

(1) 行為の実態

第二次世界大戦下での「強制連行」では、労働力を集める手段として、募集・官幹旋・徴用という三つの方式が用いられたとされている。第一段階が「募集」方式であり、一九三九年ごろから行われるようになった。これは、厚生省から割り当ての雇用認可を受けた事業主が、朝鮮総督府から募集許可を受け、指定された地域で割り当て人数の募集を行い、集団渡航させる、という方式である。第二段階が「官幹旋」方式であり、内務省・厚生省・朝鮮総督府間で作成された「労務動員実施計画ニ依ル朝鮮人労務者ノ内地移入要領」（四二年一月）等に基づき四二年二月から実施された。これは、日本内地で雇用認可を受けた事業主から提出された幹旋申請に対し、朝鮮総督府が査定・承認した人数を道別に割り振り、その通知を受けた道が、郡庁・職業紹介所等を通じて末端行政組織である邑・面に人数を割り振り、邑・面の責任で割り当て動員人員を調達する、というものである。第三段階が「徴用」の導入である（右の二方式も併用された）。これは国民徴用令に基づく強制的な動員であるが、日本内地への「送出」に同令が適用されたのは四四年九月だとされる⁽⁴⁾。

一方、朝鮮女子挺身隊については、官幹旋、募集・志願（行政機関による募集や勸奨）、学校・団体を通じての動員（校長や担任教員の勧誘、および国民総力朝鮮連盟と関係が深い愛国班・婦人団体による動員）、そして強制（都市や農村で何の手続もなしに官吏や警察によって行われた動員）という四つの形態があつたとされる。⁽⁴⁵⁾ 男子の場合と比べると、徴用という方式が用いられなかったことが特徴である。訴訟事件で示された資料などによれば、女子挺身隊の場合には、担任教師・校長らによる勧誘の例が多く、その際には憲兵が立ち会うなど、国の強い関与があつた、とされている。これまでの判決では、「労務者の選定、取りまとめをし、これを右〔朝鮮総督府に幹旋申請書を提出した〕事業主にゆだねるまでが総督府の幹旋業務であつたことが窺われる」⁽⁴⁶⁾とも認定されている。また、「日本に行つて仕事をすれば女学校に進学できるし、高い給与が得られる」等の欺罔・甘言ないし脅迫に基づく動員であつたこと、そして欺罔等が総督府の幹旋業務全体で組織的に行われたことも確実だと考えられる。⁽⁴⁷⁾

(2) 根拠法規の検討

〔表17〕事件第一審判決は、朝鮮女子挺身隊関係の法制度を次のように要約している。

「帝国日本政府は、昭和一二年（一九三七年）の日中戦争の開始以後、戦争遂行のための軍需生産の拡大に迫られ、そのなかで労働力は恒常的な不足状態に陥つた。そのため、同政府は、昭和一三年（一九三八年）四月に国家総動員法を制定し、翌一四年（一九三九年）には国民徴用令が公布されたが、朝鮮については「募集」形式による労務動員計画を策定して労働力の統制と総動員体制の確立が図られ、さらに昭和一六年（一九四一年）の戦局の拡大とともに国民動員協力令が施行され、翌一七年（一九四二年）には国民動員計画が立てられていくなか、次第に女子も総動員体制に組み込まれるようになった。そして、昭和一八年（一九四三年）九月の次官会議で女子勤労働員の促進に関する件が決定され、「女子遊休労力の解消を期」し、「勤労要員を確

保する」ために一四歳以上の未婚の女子を動員の対象とし、行政、婦人団体等の協力で勤勞挺身隊を自主的に結成させ、団体で行動させようとした。また、同月の閣議決定、国内態勢強化方策では、「女子動員の強化」がうたわれた。さらに昭和一九年（一九四四年）二月の閣議決定、決戦非常措置要綱では、「女子の女子挺身隊強制加入の途を拓く」ことが決められ、翌月には女子挺身隊制度強化方策要綱が閣議決定され、国民登録者である女子を強制的に挺身隊に組織し、必要業務の協力を命令できることが可能になった。そして、同年八月には、挺身隊制度に国家総動員法に基づく法的根拠を与えるために女子挺身隊勤勞令が公布施行されたが、昭和二〇年（一九四五年）三月、総合的、計画的、機動的な動員体制確立のために国民勤勞動員令が制定されるとともに、女子挺身勤勞令もこれに包摂されて廃止された⁽⁴⁸⁾。

しかし、以上のような法制度は、朝鮮半島から内地へ「移出」された朝鮮女子挺身隊には直接適用されなかった。この挺身隊は、女子挺身勤勞令等が定める正規の女子勤勞挺身隊ではなく、「女子報国隊」⁽⁴⁹⁾など諸々の名称・形態で集められ、後に「女子勤勞挺身隊」と呼ばれるようになったというのが実情だと考えられる。たとえば、右の法制度では動員の対象が一六歳以上または一四歳以上とされているのに対し、朝鮮女子挺身隊の場合は一歳ないし一六歳という低年齢である点、前者では挺身勤勞期間が原則一年とされているのに対し、後者の場合は「満期は二年」とされている点などをみれば、このような理解は当を得たものといえるであろう。⁽⁵¹⁾ おそらくはこのような適用関係を意識して、「表38」事件第二審判決（前掲の東京高判）は、朝鮮女子挺身隊員の場合も「事実上、女子挺身勤勞令の定めと同様の形態で」動員されたという——本稿の理解によれば、法的根拠のない——解釈を採って、国の諸行為を根拠づけようとしたのである。

「女子挺身勤勞令（昭和一九年八月二三日勅令五一九号）第二条は、国民職業能力申告令による国民登録者たる女子（一項）、又はそれ以外の女子であつて志願をした者（二項）を挺身勤勞をすべき者（以下「女子挺身

隊員」という。)と定め、地方長官は、挺身勤勞を受けようとする者の請求又は申請があつた場合には、市町村長に命じて女子挺身隊員となるべき者を選ばせ(五条、六条)、市町村長によつて選抜された者の中から女子挺身隊員となるべき者を決定して本人にその旨を挺身勤勞令書によつて通知し、挺身勤勞に關し必要な事項を指示するものとし(八条)、上記通知を受けた者は、八条の規定による指示に従つて挺身勤勞をすべきものと定めている(九条)。……昭和一九年春ころ……には、未だ女子挺身勤勞令は制定されてはいなかつたものの、女子挺身隊制度強化方策要綱(昭和一九年三月一八日閣議決定)第二、一、(二)、(四)が、国民登録者たる女子又はそれ以外の女子で志願した者を女子挺身隊により勤勞に従事させるべき者と定め、同(三)が、選定された女子挺身隊員に対しては、必要に応じて挺身隊組織により必要業務に挺身協力すべきことを命じうるものとする旨を定めていることからすれば、上記当時においても、事実上、女子挺身勤勞令の定めと同様の形態で、女子挺身隊員が選抜、決定され、挺身勤勞に従事していたものと解する余地がある⁽⁵²⁾。

この判決によれば、まず、朝鮮女子挺身隊の隊員は、女子挺身勤勞令の定めと同様の形態で、その前身である女子挺身隊制度強化方策要綱に基づいて志願し、選抜・決定された者と理解されている。そして、このような挺身勤勞は「地方的な關係」とみなされている⁽⁵³⁾。の一方的な命令に基づいて行われる」という理由で、隊員と国との關係は「権力的な關係」とみなされている。

さて、国の機關によるこのような斡旋業務は、大審院判例に照らしてみても、権力的行為とみなせるであろうか。検討に先立つて、当事者間で争ひのない点を確認しておこう。

「官斡旋・隊組織による動員とは、事業主が府県知事に雇用願を提出して承認を得た後、朝鮮総督府に斡旋申請書を提出し、その承認と地域決定を経て、道が職業紹介所及び府、郡等を通じて労働者を選定、取りまとめさせる方式であり、送り出しに当たっては、右事業主が隊組織に編成された労働者を引率、渡航したことが認

められる⁽⁵⁴⁾。

この動員に関する業務は、国家総動員法の制定（一九三九年）と同時に改正された職業紹介法⁽⁵⁵⁾または一般的な職務権限——「朝鮮人労働者募集要綱」（一九三九年制定）などに基づく企業の労働者募集への援助ないし取締り⁽⁵⁶⁾——を根拠としていると解される。女子挺身隊の動員に関して命令の要素が入ってくるのは一九四四年三月一八日の「女子挺身隊制度強化方策要綱」⁽⁵⁷⁾からだが、これ以前は「就職ノ勸奨」⁽⁵⁸⁾にとどまっていた。また、これ以降の女子挺身隊労働令などの女子挺身隊関連法令は、国家総動員法五条（総動員業務への協力）に基づくものであつて（同令一条、強制的動員手段である徴用——国民徴用令は総動員法四条（徴用による総動員業務への従事）に基づく——という方式を採用してはいなかった。

以上の点を前提として、検討を進めてみよう。

第一に、四四年三月の「強化方策要綱」実施以前の時期について、職業紹介法等を根拠とする募集・斡旋・「就職ノ勸奨」業務の遂行は権力的行為といえるであろうか。同法をみれば、三九年改正によつて斡旋等の業務は官営事業とされたが、私人も行いうる事業であつたから、この業務の遂行は本質的には対等当事者間において行われるものと解される。また、女性の動員については、政府も命令による強制ではなく、自発的就労を方針としていた⁽⁵⁹⁾。したがつて、大審院判例をふまえれば、私人が行う行為と本質的に同じである右のような行為については、基本的には私法上の関係とみなされることになる。そしてそれゆえ、この時期に斡旋等の業務の遂行過程で行われた欺罔・甘言・脅迫の行為を権力的行為に含めることはできないのであつて、むしろこれらは、民法上の不法行為を構成しうると考えるのが素直な解釈であろう。なお、これらの行為にともなつて脅迫等の「事実上の強制」が行われたとしても、そのことのゆえに当該行為が権力的行為になるわけではない（前掲⁽³⁸⁾判決参照）。他方、これらの行為は一応法令上の職務権限——私人と対等の当事者として行使しうる権限——に基づくものであるので個々の学校

長や警察官などの職権濫用に該当しないことは明らかである。国の機関として朝鮮総督府や地方長官（朝鮮の場合は道知事）等が幹旋を推進したことをふまえれば、その過程において行われた非権力的かつ非私的な行為についての責任は、民法四四条に基づいて法人としての国が負うべきことになる。

第二に、同要綱の実施以後の時期における欺罔等の行為は、「事実上、女子挺身勤労令の定めと同様の形態で、女子挺身隊員が選抜、決定され、挺身勤労に従事していた」という理由で、権力的行為とみなせるであろうか。前節で確かめたように、大審院判例が権力的行為とみなしていたのは個別の行為であつて、一連の事業全体を「権力的な関係」とみなすことを否定していた（とくに〔16〕判決参照）。一方、本稿が対象としている朝鮮女子挺身隊⁽⁶⁰⁾の動員の経緯をみれば、志願に基づく場合であつても挺身勤労令書による通知（女子挺身勤労令八条）は行われておらず、権力的行為とみなしうる個別の行為を抽出することはできない。隊員の選抜・決定および挺身勤労への従事といった事業の全体を漫然と「権力的関係」とみなすことは、判例を基準とすれば許されない認定であろう。むしろここでは、女子挺身勤労令一八条が「第一三条ノ規定ハ地方長官又ハ国民勤勞動員署長ノ為ス指導又ハ勸奨ニ基キ女子ガ女子挺身隊ニ依リ第二条ノ規定ニ依ル總動員業務ニ付工場、事業場其ノ他ノ場所ニ於テ従業スル場合ニ之ヲ準用ス」と規定していることに注目しなければならない。すなわち、これによれば、二条に基づく正規の女子挺身隊以外に「地方長官又ハ国民勤勞動員署長ノ為ス指導又ハ勸奨」に基づく女子挺身隊が存在し、後者は原則として同令の対象外だが、例外的に一三条（従業条件に関する厚生大臣等の命令）の準用を受けるものと位置づけられているのである。したがつて、同令の適用をほとんど受けない後者の動員を、同令によつて命令による勤勞協力（同令二条）と「事実上、同様の形態」であつて「一方的な命令に基づいて行われるもの」だとみなして両者を同一視することは、法令解釈としても許されないであろう。

第三に、仮に「事実上、女子挺身勤勞令の定めと同様の形態で、女子挺身隊員が選抜、決定され、挺身勤勞に従

事していた」としても、挺身勤勞の期間全体が「権力的な関係」の下に置かれていたといえるであろうか。同令四條二項の「隊員ヲシテ引続キ一年ヲ超エ挺身勤勞ヲ為サシムル場合ニ於テハ隊員ノ同意アルコトヲ要ス」という定めから理解できるように、命令による勤勞協力は一年が限度であった。したがって、少なくとも二年目以降の挺身勤勞については、「地方長官の一方的な命令に基づいて行われるもの」⁽⁶¹⁾とか「一般私法上の権利義務関係を内容とする合意が介在する余地はない」ということはできず、「同意」が介在して成立するものだといわざるをえないであろう。なお、国民勤勞報国協力令による動員の場合も同様である(四條二項)。

以上、前掲の東京高判が大審院判例も当時の法令もまったくふまえていないことは明らかであろう。ここでの結論を要約すれば、大審院判例の基準に照らしてみると、四四年三月の「強化方策要綱」実施以前の時期についてはもちろん、それ以後の時期においても、権力的行為とみなしうる国の行為を摘出することはできず、むしろ法的にみれば、国の斡旋業務は本質的に対等当事者間の法関係において遂行されていると考えられるのであり、したがって、国は当該業務の瑕疵について民法上の不法行為責任を負うものと解される、ということになる。

(三) 連行(引率)

(1) 行為の実態

朝鮮人勞務者の「内地移入」の形態が、募集、官斡旋、徴用と強化されるにしたがって、移動の形態も、事業者任せから行政機関の直接管理の下での引率に変更された。一九四二年二月二〇日実施の「勞務動員実施計画ニ依ル朝鮮人勞務者ノ内地移入斡旋要綱」および一九四四年一〇月一二日付の「朝鮮人勞務者内地送出改善強化概要」による引率方法の変化をみてみよう。⁽⁶²⁾前者は、官斡旋の開始(四二年二月)を考慮したものと思われるが、それまで受

入事業主に委ねられていた労務者の移動を総督府の指揮監督下に置くために、許認可や事業主の義務等の詳細を定めたものである。その主な内容は、引継・引率手続を詳細に規定したこと、「隊編成」を義務化したこと、各手続の経過および完了について事業主に報告義務を課したことなどである。引率者は労務者五〇人につき一人とされた。後者ではこの傾向がさらに強化され、「引卒者ハ概ネ三十人ニ付一人ノ割合トシ、道府郡島邑面職員之ニ当ルモノナルコト」と定められた(同「概要」六(1))。すなわち、被徴用者のほか、官斡旋による動員についても行政機関が直接引率を管理すべきことが明記されたのである。この背景には、被徴用者の「送出」の割合が多くなったことのほか、移動途中での逃走防止という事情があつたものと考えられる。⁽⁶⁴⁾

女子挺身隊の移動についても同様の推移をみることができるところである。これまでの訴訟記録等で示されているところは、四四年の初めごろまでは引率が事業主に委ねられていたが、次第に、斡旋を行った学校の教師や憲兵などが直接または付き添いとして引率を担当するようになっていく。一般労務者の官斡旋に準じて、行政機関による直接管理の傾向が強まったものと考えられる。

(2) 根拠法規の検討

学校の教師や憲兵などによる引率の根拠規定は不明だが、これに要する経費の負担が受入事業者とされていることからすると、その法的特徴は、基本的には、職業紹介に関する業務の延長ないし事業者の代理だと考えられる。移動途中の逃走を防止するための監督という役割を教師等が担っていたとしても、法的にみれば、その責任は受入事業者が負うべきものであつて、被徴用者についての監督責任とは質的に異なる。⁽⁶⁵⁾したがって、女子挺身隊の連行(引率)に関する国の行為も私法上のものまたはこれと同質の対等当事者間の行為と解される。ただし、これまでの女子挺身隊関係訴訟においては、連行(引率)に関してどのような個別の違法行為があつたのかは明らかではない。

(四) 労務管理

(1) 行為の実態

訴訟に現れた資料を参照する限り、女子挺身隊員らは、就業場所（不二越鋼材工業株式会社富山工場、東京麻糸紡績株式会社沼津工場、三菱重工名古屋航空機製作所道徳工場など）に到着した後、苛酷な労働・生活条件の下に置かれた。具体的には、劣悪な労働条件ないし虐待・暴力行為に起因する身体的被害、差別等による精神的被害、職場への実質上の監禁、賃金の不払い、帰郷措置を反故にされて放置されたことなど、諸種の損害を被つたといえる。勧誘の際の「日本に行つて仕事をすれば女学校に進学できるし、高い給与が得られる」等の言葉は、詐欺的なものであつたといわざるをえない。工場によつては、初等工学や婦人向けの道徳などに関する若干の教育訓練が行われたが、これは彼女たちの勉学要求に応えたものではなく、国の指導下で行われた「女子挺身隊受入側措置要綱」に基づく措置であつたと推測される。⁽⁶⁶⁾ また、就業場所たる工場においては配属将校等による監督や監視、あるいは軍事教練などが行われていたところからすると、国の強力な関与の下での就業であつたことが窺われる。

(2) 根拠法規の検討

女子挺身隊員らの従業条件については、国家総動員法六条（政府による従業条件の命令）、前述の女子挺身隊受入側措置要綱および女子挺身勤労令のほか、現員徴用が行われた後は国民徴用令が、また四五年三月以降は国民勤労動員令が適用されていたものと解される。現員徴用後の法関係については本節(五)で述べることとし、ここではそれ以前の法関係の検討をしておく。

隊員らの雇用契約が国を相手とするものではなく就業先の会社との間で締結されたものであることは間違いない。したがって、この法関係が権力的関係でないことは明らかである。国の関与は「厚生大臣（軍需省所管企業ニ於ケル勤勞管理及給与ニ関スル事項ニ付テハ軍需大臣）又ハ地方長官必要アリト認ムルトキハ國家總動員法第六條ノ規定ニ基キ挺身勤勞ヲ受クル事業主ニ対シ隊員ノ使用又ハ給与其ノ他ノ従業条件ニ関シ必要ナル命令ヲ為スコトヲ得」（女子挺身勤勞令二三條）というように、後見的な監督者という立場での命令権が定められていたにすぎない。

とはいえ、国の関与はこのような間接的なものとどまつていたわけではなかった。隊員らの就業場所は軍需会社の工場であつたが、その運営のあり方は軍需会社法（四三年一〇月公布、同年二月施行）によつて規定されていた。同法は、政府に対して生産責任者（社長等）をはじめとする会社幹部の任免権、業務全般についての指揮・命令・監督権、従業員に対する懲戒権などの権限を付与し、軍需会社を政府（とくに陸軍大臣・海軍大臣・軍需大臣の下にある軍組織）の全面的な管理下に置くこととした。配属将校等による日常的な監督や監視は同法を根拠とするものと考えられる。この点をふまえるならば、前述の東京高裁判決における「實際の挺身勤勞は、……被控訴人（国）が、實際の挺身勤勞を指揮命令するなどこれに直接関与するわけではない」といつた認定が誤りであることは、即座に理解できよう。

それゆえ問題は、右のような国の関与と隊員らの雇用契約との関係如何ということになる。すなわち、国の関与が権力的行為に該当すれば、国家無答責の法理に基づいて国は官吏の行為について不法行為責任を負わない、ということになるし、国の関与が私法的なものないしはこれと同等のものであることであれば不法行為責任が成立する可能性が生じる、ということになるのである。以下、この点を検討してみよう。

第一に、国は、国家総動員法六条などに基づいて、隊員らの雇用のあり方について会社に対する一般的な監督権を有している。では、劣悪な労働条件等に起因する隊員の損害は国の監督権の不行使に起因するものであり、当該

不作為は民法上の不法行為を構成する、といえるであろうか。大審院判例を基準とすれば、これを否定せざるをえないと思われる。この種の損害は、事業主に対する賠償請求によつて解決されるべきであろう。

第二に、軍需会社法に基づく国の関与についてはどうであろうか。同法所定の関与権限の行使が権力的行為に該当することは間違いない。しかし、国の官吏（配属将校等）の直接的な監督・指導の下で従業員らの被害が生じたとすれば、国の不法行為責任が問題となりうる余地がある。というのは、前節で明らかにしたように、全体として権力的関係とか公法上の関係とみなしうる法関係の下でも、私法上の権利は独立して存在するものとされ、⁽⁶⁸⁾ 損害の原因となった工作物や行為と被害者との関係が私法的なものまたは対等当事者間のものとして解することができるならば、民法による損害賠償を認める、⁽⁶⁹⁾ というのが大審院の態度だったからである。そこでまず、軍需会社法の諸規定をみれば、国の官吏は従業員に対する直接的な命令権を有してはいないので、国と従業員たる隊員との関係が権力的関係に該当するとはいえない。それゆえ、この両者の関係について国家無答責の法理を適用することによつて国の不法行為責任を否定することはできないと解される。次に、国の官吏が会社に対する監督行為の過程で、軍需会社法所定の行為以外で従業員に損害を与えた場合であつて、当該官吏が国の代理人として職務を行っているという外観を備えていた場合には、⁽⁷⁰⁾ 隊員らに対して事業主と同様の——対等当事者としての——立場で国が関与していることができる。したがつてこの場合には、国の不法行為責任が成立する可能性を否定できないと考えられる。さらに、事業主が軍需会社法に基づいて国の機関（生産責任者等の被徴用者）^(70a) として行動し、この過程で従業員たる隊員に損害を与えた場合——安全配慮義務違反など——にも、国の不法行為責任が認められうるであろう。法的にみて、軍需事業が公営事業と同質になっていると考えられるからである（ただし、軍需事業については大審院判例が存在せず、またその態度は必ずしも確定的ではないので、ここでは解釈の可能性を示すにとどめたい）。

以上、要するに、隊員らの従業について国は関与していないということはできず、むしろ、軍需会社法所定の権

限行使用以外の行為によつて隊員らに損害を与えた場合には、国の不法行為責任が成立する可能性がある、ということである。

(五) 徴用

(1) 行為の実態

「強制連行」された朝鮮人労働者に対して国民徴用令が次のように適用されたことについては、争いが無い。

「国家総動員法（昭和一三年法律第五号）は、昭和一三年五月から朝鮮においても施行され（「国家総動員法ヲ朝鮮、台湾及樺太ニ施行スルノ件」（昭和一三年五月三日勅令第三一六号）、同法四条の規定に基づく国民の徴用に関し、国民徴用令（昭和一四年七月七日勅令第四五一号）が昭和一四年七月に施行された（ただし、朝鮮においては、同年一〇月施行）。朝鮮においては、その全面的発動は避けられていたが、昭和一六年には、軍要員関係に適用し、昭和一九年二月に至り、朝鮮内の重要工場、事業場の現員徴用を行い、同年九月以降、朝鮮から内地へ送り出される労務者にも、一般徴用が実施された⁽⁷¹⁾」。

こうして一九四四年九月以降、軍需会社法六条に基づいて、軍需会社の朝鮮人男子従業員は徴用されたものとみなされることになったのである。徴用形態の導入は、彼らの逃走や争議行為に対して権力的に対処するためであったとされる⁽⁷²⁾。

女子従業員については、軍需会社法施行時（一九四三年二月）の軍需会社徴用規則（厚生省令）四条一三号が「女子ハ除ク」としていたため、この時点に至つても国民徴用令は適用されていなかった。しかし、四四年一月一〇日、同規則の改正においてこの一三号は削除され、このような除外措置はなくなった。したがつて、四四年末ごろ

には女子挺身隊員と会社との間の雇用契約も徴用形態に切り替えられた可能性があると考えられる。⁽⁷⁵⁾

法関係がこのように変化したにもかかわらず、訴訟資料等に示されている限りでは、上記(四)(1)で述べたような就業の実態は変わらなかったものと思われる。

(2) 根拠法規の検討

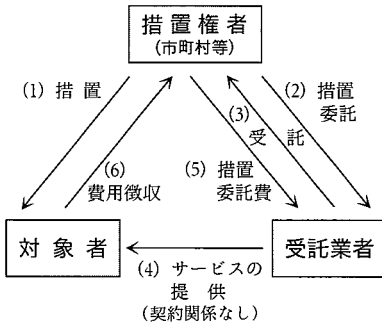
女子挺身勤労令は国家総動員法五条を根拠とし、総動員業務への「協力」を定めたものであって、罰則の適用はなかつた。⁽⁷⁴⁾ 上記のように四四年末ごろに朝鮮女子挺身隊員の雇用形態が徴用に切り替えられたとすると、この隊員らは、女子挺身勤労令に基づく正規の女子挺身隊の隊員とは異なつて、国民徴用令および国民勤労動員令中の徴用関係規定の下に置かれたことになる。⁽⁷⁵⁾ この切り替えは、おそらく軍需会社法六条に基づくものと思われる。⁽⁷⁶⁾

国民徴用令等によれば、厚生大臣が発した徴用命令を受けて地方長官が被徴用者に対して徴用令書を交付する(同令四条ノ九条)。被徴用者が徴用や従事を拒否した場合には、一年以下の懲役または千円以下の罰金に処せられる(国家総動員法三六条)。出頭に要する旅費等は原則として国が支給し、就業先が管理工場・指定工場の場合には事業主が後日その額を国庫に納入する(国民徴用令一九条)。被徴用者が業務上の傷痍や疾病によつて生活困難に陥つた場合またはその死亡によつて遺族が生活困難に陥つた場合、国はこれらの者に対して扶助できるものとしている(同令一九条の三)。

さて、ここに定められている国と被徴用者との法的な関係はいかなる性質のものであろうか。以下、この点を検討する。

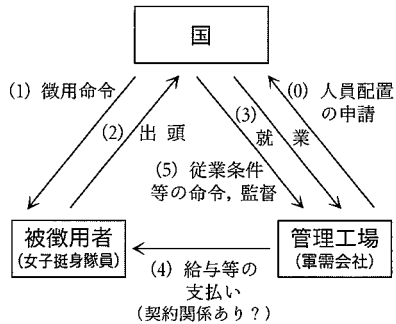
第一に、徴用命令(およびその法効果としての就業の強制)が、大審院判例のいう「行政行為」(38)判決)ないし「統治権ニ基ク権力的行動」(43)判決)——本稿のいう権力的行為——に該当することは明白であろう。法令に基づい

《図1》 措置制度



(出典) 厚生省編『厚生白書(平成12年版)』
(大蔵省印刷局, 2000年) 137頁。

《図2》 徴用制度



(出典) 国民徴用令に基づいて筆者が作成。

て一方的に国民の権利・義務を変動させる行為だからである。しかし、第二に、大審院判例をふまえるならば、このような命令自体と総動員業務への従事に関する法関係とは区別されなければならない。まず、従事の目的が軍事目的だからといって、そこでの法関係が権力的関係になるわけではない(26)判決など。次に、個々の業務への従事について諸種の強制力がともなうとしても、そのことのゆえにこの関係が権力的なものとなされるわけではない(38)判決。そして、国の一方的行為によって形成された法関係だからといって、それが権力的関係だともみなされることにもならない。この点は、たとえば、社会福祉法制における措置が一方的な法関係の形成行為だとしても、その結果として形成される法関係が権力的関係とはみなされないのと同様である。むしろ、上掲の《図1》と《図2》とを比べてみると、両者の近似性がよく理解できる。

周知のように、措置によって社会福祉施設に入所している者がその職員の行為によって死亡や傷害等の損害を受けた場合、委託者たる国・公共団体の損害賠償責任も問われることになる。大多数の学説と裁判例は、この場合、少なくとも国・公共団体が具体的な指揮監督をしていたケースについては、その賠償責任を肯定している。(28)

べれば、国民徴用令に基づく会社・事業主に対する国の指揮監督は強力

でかつ細部に及ぶものである。ここにおける指揮監督行為は、軍需会社法に基づく権限行使の場合のように権力的行為といふこともできず、また、雇用契約に対する国家総動員法六条に基づく一般的監督行為のように単なる後見的なものといふこともできない。したがって、被徴用者が就業先の管理工場において、業務上または関係職員の不法行為によつて損害を受けた場合、国の賠償責任が成立する可能性は否定できないと考えられる。さらに、次のような戦前の裁判例も参考にならう。

「国家ノ軍事行政ノ行動ハ権力関係ニ属スト雖モ国家カ其ノ工事ニ関シ公ノ機関ヲ任設シ之ニ工事ノ施行ヲ命シ又ハ工事施行ニ付私人ニ対シ或ル制限ヲ為スカ如キ行為ト職工人夫ヲ雇入レ之ヲ使用シテ工事ヲ施行スル行為及工事ニ必要ナル諸種ノ材料ヲ購入スルカ如キ行為トハ全然區別シテ考ヘサルヘカラス即チ前者ハ軍艦ノ顛覆復旧工事遂行ノ為メ公ノ権力ヲ行使シ私人ニ対シ其ノ権力ニ服従セシムルモノナレハ公法的行為ニ属スレトモ後者ハ私人ト対等ノ関係ニ於テ為スモノナレハ私法的行為ニ属スルモノト云ハサルヘカラス……軍艦ノ顛覆復旧工事ヲ為スニ付国家カ其ノ他私人ヲ使役シ其ノ工事ヲ施行スルカ如キ行為カ権力行為ニ属セスシテ私法的行為ナルコトハ其ノ行為ノ性質上明白ナル所ナリ……被告(國)ハ其ノ被用者カ官吏タルト否トニ拘ラス其ノ事業ノ執行上他人ニ被ラシメタル損害ノ賠償責任アルヤ勿論ナルニ付右被告抗弁ハ之ヲ排斥ス」⁽⁷⁹⁾

本件は、軍艦の復旧工事中にワイヤーロープが切れたために、職工が工事用盤木の下敷きになつて死亡した事件である。職工の遺族である原告らが、雇用主である国を相手として損害賠償を請求したところ、判決は、軍事目的を有するとしても本件工事の施行のような行為は私法上の行為であるという理由で、民法七一五条に基づく国の損害賠償責任を認めた。現員徴用の下での国と女子挺身隊員らとの間の法関係は、海軍工廠における国と職工との関係と比べれば——私企業の事業への従事であるから——私法的性質が強く認められることは明らかであろう。この点をふまえれば、国は軍需工場の管理・監督に関する法人としての責任(民法四四条)および配属将校等の行為に対

する使用者責任（民法七二五条）を負う、と解しても不自然ではなからう。

第三に、国民徴用令一九条の三は、被徴用者の被害に関する損失補償について国が第一次的責任を負う旨を定めていた。このことから明らかなように、現員徴用の下での国と女子挺身隊員らとの間には一定の法関係が存在し、しかも業務という非権力的な関係の下で損害が生じることが法制上も前提とされていたのである。この種の補償責任を国がどの程度果たしていたのかは不明だが、同規定は国の行為が適法に行われていた場合を定めているわけであるから、国の違法行為が被害の原因である場合には、当然国に賠償責任が生じるものと解される。

以上、要するに、徴用命令（およびこれに基づく就業の強制）は権力的行為だといえるが、当該命令によって形成された法関係が権力的関係だということはできず、したがって挺身隊員らが業務遂行の過程で受けた被害について国は賠償責任を負うものと解される、ということである。

(六) 小 括 —— 国家無答責法理の適用可能性 ——

本節における検討の結果を要約すれば、次のとおりである。

第一に、朝鮮女子挺身隊員の動員に関する国の行為のうち明確に権力的行為とみなしうるのは、徴用命令および軍需会社法所定の権限行使に限られる。第二に、斡旋および連行（引率）に関する国の行為は明らかに私法上の行為でないし対等当事者間で行われる非権力的行為に該当する。第三に、現員徴用が行われる以前の時期における労務管理については、軍需会社法所定の権限行使以外の行為によつて官吏または国の機関が隊員らに損害を与えた場合には、対等当事者間で行われる非権力的行為とみなしうる可能性がある。第四に、徴用命令によつて形成される法関係も非権力的関係と解することができる。以上のところから、国による一連の行為のうち国家無答責の法理に

よつて国が免責されるのは徵用命令および軍需会社法所定の権限行使に関する違法行為に限られ、他の諸行為についてはおおむね民法の賠償責任規定が適用される、という結論が得られる。

注

(42) 「表17」事件第一審判決・第二審判決、「表38」事件第一審判決・第二審判決参照。なお、「表15」事件は元朝鮮女子挺身隊員が原告であるが国を被告としていない。

(43) 東京高判二〇〇二(平成一四)・一・二五(表38)事件第二審判決 八一九頁(東京麻糸紡績(株)沼津工場朝鮮人女子勤労挺身隊訴訟を支援する会(編)『朝鮮人女子勤労挺身隊 公式謝罪等請求訴訟 控訴審判決』(同会、二〇〇二年)所収)。山口地下関支判一九九八(平成一〇)・四・二七(表17)事件第一審判決 判時一六四二号四二頁も同様である。すなわち「挺身隊」原告らは、……「甘言に基づく」「志願」の形式をとつて帝国内の総動員体制に組み込まれたものである。したがつて、原告らと帝国内との関係は、すべて右「国家総動員法および女子挺身勤労令等の」動員法規によつて規律される公法関係といふべきであり、この間に、原告らが主張するような一般私法上の権利義務関係を内容とする合意が介在する余地はない。したがつて、右「挺身勤労契約」なる契約関係が成立していたことを認めることはできない」と判断している。総動員体制を包括的に「公法関係」とみなし、これを私法の適用がない関係と理解し、「挺身勤労契約」の成立を否定しているのである。これに対し、広島高判二〇〇一・三・二九・前掲注(8)五二―五三頁は同様の認定をしながらも、「公法関係」に言及せず、単に「各女子(隊員)と二審被告(国)との間に私法上の契約関係の存在は予定されていなかった」と判断するにとどまっている。

(44) 以上のような「強制連行」については、海野福寿「朝鮮の労働動員」岩波講座『近代日本と植民地5』(岩波書店、一九九三年)一〇三頁以下、同「朝鮮植民地における農業政策の展開」明治大学人文科学研究所紀要三三冊(一九九二年)二五五頁、朝鮮人強制連行実態調査報告書編集委員会(編)『北海道と朝鮮人労働者』(札幌学院大学生活協同組合、一九九九年)四二頁以下、吉田・前掲注(5)一〇四―一〇五頁参照。関係法令については、長澤秀編『戦時下朝鮮人・中国人・連合軍俘虜強制連行資料集(第二巻)』(緑蔭書房、一九九二年)参照。

(45) 山田昭次「朝鮮女子勤労挺身隊の歴史的位置」(東京高裁平成二二年(ホ)第九七五号(表38)事件)・二〇〇一年四月二日付意見書 東京麻糸紡績(株)沼津工場朝鮮人女子勤労挺身隊訴訟を支援する会(編)『朝鮮人女子勤労挺身隊 公式謝罪等請求訴訟 高裁編・山田昭次意見書』(同会、二〇〇一年)所収六三頁など参照。

- (46) 山口地下関支判一九九八・四・二七・前掲注(43)四二頁。
- (47) 山田・前掲注(45)六三頁以下および同書・添付資料3参照。
- (48) 山口地下関支判一九九八・四・二七・前掲注(43)三〇―三二頁。
- (49) この場合でも、国民勤労報国協力令(一九四一年制定)に基づく動員とはいえないだろう。同令四条が「国民勤労報国隊ニ依ル協力ヲ為サシムル期間ハ……一年ニ付三〇日以内トス」と定めていることをふまえれば、短期間の動員が同令の趣旨だったと理解できるからである。
- (50) 高崎・前掲注(2)四六頁などの指摘を参照。
- (51) 小池善之「戦時下朝鮮人女性の労働動員——東京麻糸紡績沼津工場の朝鮮人女子挺身隊を手がかりとして——」静岡県近代史研究二二号(一九九六年)一一七頁、高崎・前掲注(2)五六頁など参照。なお、国民勤労報国協力令の定める年齢は「年齢十四年以上二十五年未満ノ女子」(三条)、期間は「一年ニ付三十日以内」(四条)、国民職業能力申告令(四一年改正後)による女子の登録対象年齢は「年齢十六年以上二十五年未満ノ女子」(二条)である。
- (52) 東京高判二〇〇二・一・一五・前掲注(43)六一七頁。
- (53) 同判決・前掲注(43)の引用部分を参照。
- (54) 山口地下関支判一九九八・四・二七・前掲注(43)四二頁。国側は、同訴訟のほか、朝鮮人強制連行関係の訴訟でも同趣旨の主張をし、原告側もこの点を争っていない。
- (55) 一九二一年(大正一〇年)制定の職業紹介法は、市町村による職業紹介所の設置や事業者による有料・無料の職業紹介事業に関する規制措置などを定めていたが、一九三九年四月、国家総動員法の制定にもなつて抜本的に改正された。改正法は、政府がこの事業を管掌するものとし(一条)、原則として私人による事業を禁止した(二条)。
- (56) 市原博「戦時期日本企業の朝鮮人管理の実態」土地制度史学一五七号(一九九七年)一八頁以下参照。実務上の主な根拠規定は、朝鮮人労働者募集要綱(一九四二年)、労働動員実施計画ニ依ル朝鮮人労働者ノ内地移入斡旋要綱(同年)、朝鮮人労働者内地送出改善強化概要(一九四四年)であつたと思われる。長澤編・前掲注(44)二八五頁、二九〇頁、二〇一頁。
- (57) 前掲注(48)の引用部分を参照。
- (58) 女子勤労働員の促進に関する件(一九四三年九月一三日、次官會議決定)四(一)。
- (59) 東条英機首相の「女子の徴用は行わない」旨の発言(高崎・前掲注(2)四六頁)にみられるように、四四年二月ごろまではこのような方針を維持していた。

- (60) 前掲注(2)および前掲注(50)参照。
- (61) 東京高判二〇〇二・一・一五・前掲注(43)八頁。
- (62) 前掲注(48)の引用部分を参照。
- (63) 規定については長澤編・前掲注(44)三〇〇頁以下および二〇九頁以下所載のものを参照。
- (64) 朝鮮人労務者内地送出ノ強化ニ就テ・別途打合事項(長澤編・前掲注(44)二三四―二三六頁)参照。
- (65) 移動の経費負担については、国民勤労報国協力令九条、女子挺身隊受入措置要綱(四四年六月)第二、四(二)(三)、女子挺身勤労令二条、国民勤労員令三九条などを参照。徴用の場合(国民徴用令一九条)以外はすべて、事業者負担とされていた。また、官幹旋と徴用との法的性質の差異については、長澤編・前掲注(44)所載の「内地送出」関係諸規定を参照。これらによれば、官幹旋による送出はできる限り徴用の場合と同様に取り扱うという位置づけであつて、両者間には法的性質において――強制力・罰則の適用・権利義務・費用負担等の面で――根本的な差異がある。
- (66) 同要綱第二、三参照。訓練および指導の内容として、(三)では二週間以上の予備訓練期間を設けて生活指導や初期作業訓練等を実施すること、(四)では「予備訓練修了後モ成ルベク一週二回程度安全教育、保健教育、初等工学、機械学等ニ付教育スル外別ニ一週二時間以上女子ノ特性ノ伸張、婦徳ノ涵養ニ必要ナル教養ヲ授クルコト」が定められている。
- (67) 東京高判二〇〇二・一・一五・前掲注(43)の引用部分を参照。
- (68) たとえば大審院の(17)判決を参照。私権そのものの制限である(27)判決の場合と比較すれば、この点は明瞭であろう。
- (69) 大審院(12)判決、(26)判決、(28)判決など参照。
- (70) 大審院(35)判決、(41)判決など参照。ただし、国庫に関する事件という点は異なる。
- (70a) 後掲注(76)参照。
- (71) 東京地判一九九九(平成一一)・三・二四訟月四五卷一〇号一八六七頁。これは国の主張の要約部分である。判決理由におけるはば同旨の認定は同一八八一頁(表27)事件第一審判決)。
- (72) 市原・前掲注(56)二七頁以下、朝鮮人強制連行実態調査報告書編集委員会(編)・前掲注(44)七二頁以下など。
- (73) 名古屋三菱・朝鮮女子勤労挺身隊訴訟弁護団等編「訴状」(一九九九年)七六頁および同「訴状(第二次訴訟)」(二〇〇〇年)七二頁は、「監督責任者は、旧三菱重工株式会社社員であつたが、一九四四年当時すでに同社との雇用契約は徴用形態に切り替えられていた(これを「現員徴用」という)としている。
- (74) 総動員法三六条によつて処罰の対象となるのは、徴用(四条)の拒否および就業先の従業条件に関する命令(六条)に対する

違反に限られる。同法六条を通じて勤労協力(五条)の拒否に対しても罰則が適用された形跡があるが(女子挺身隊制度強化方策要綱・備考(一)、高崎・前掲注(二)五三頁など)、これは女子挺身勤労令一七条が国家総動員法六条に基づくと称して——同条の「従業条件ニ付必要ナル命令」という限定を逸脱して——勤労協力命令と同等の命令を地方長官が下せるようにしたためではないかと思われる。

(75) 一九四五年三月公布・施行の国民勤労動員令三五条以下およびその施行規則四七条以下によれば、女子挺身勤労令に基づく女子挺身隊の総動員業務への従事は、徴用ではなく、以前と同様に勤労協力として扱われている。

(76) 軍需会社法六条「命令ノ定ムル所ニ依リ生産責任者及生産担当者並ニ軍需会社ノ営ム軍需事業ニ従事スル者ハ国家総動員法ニ依リ徴用セラレタルモノト看做ス」。生産責任者とは「政府ニ対シ軍需会社ノ責務遂行ニ関シ会社ヲ代表シテ其ノ責ヲ任ズル」者であり(四条)、生産担当者とは「政府ニ対シ生産責任者ノ指揮ニ従ヒテ担当業務ヲ遂行スルノ責ニ任ズル」者である(五条)。

(77) 本稿(四)のまとめを参照。

(78) 裁判例も含めて、堀勝洋『動向 社会保障判例』季刊社会保障研究二九卷二号(一九九三年)一八九頁以下、橋本宏子『福祉行政と法』(尚学社、一九九五年)二五頁以下参照。

(79) 広島地裁支判一九二四(大正一三)・六・五、法律新聞二二八二号二頁。

四 結 語

最後に、結論を要約して、本稿の結びとしたい。

第一に、国家無答責の法理に関する大審院判例の主要な内容は、次の四点である。すなわち、① 国の権力的行為に起因する損害の賠償請求訴訟は司法裁判所の管轄に属する、② 権力的行為は「統治権に基づく行為」と「行政処分」に限定され、しかも権力的行為に該当するか否かについては、実定法上の権限規範を基準として審査される、③ 国の非権力的行為に起因する損害については、国が民法上の不法行為責任を負う、④ 事実認定を行わない

で国家無答責の法理を適用した判決は破棄され、原審に差し戻される、ということである。

第二に、国家無答責の法理に基づいて請求を棄却ないし却下した近年の諸判決は、国家賠償法附則六項にいう「従前の例」に該ると裁判所自身がみなした大審院判例をまったくふまえておらず、国家無答責の法理について判断を下すための前提条件を欠いている。またそれらは、事実認定を省略したり、同法理とは無関係の大審院判決や判例としての扱いが否定された判決を援用するなど、形式的にみても杜撰である。したがって、これらの判決は、今後、上級審において破棄されるべきである。

第三に、国家賠償法一条にいう「公権力の行使」と国家無答責の法理の適用対象となる「権力的行為」とはまったく別の概念であり、厳密に区別されなければならない。それゆえ、国の一定の行為が「公権力の行使」に該当するという理由で同法理を適用することは許されない。したがって、最三小判一九五〇(昭和三五)・四・一一のほか、同最判を援用した近年の判決は、このような基本的な概念を誤用しているので、訂正されなければならない。

第四に、朝鮮女子勤労挺身隊の動員に関する国と隊員との法関係は、権力的関係・非権力的関係・私法的関係に三分でき、徴用命令および軍需会社法上の権限行使は権力的関係の下での行為だといえるが、これ以外の国の行為は後二者に属する。したがって、この動員に関する国の行為の多くについては、国家無答責の法理を適用できない。またそれゆえ、元隊員らが提起している戦後補償請求訴訟においては、国の違法行為に起因する損害のほとんどについて、民法を適用して救済を図ることが可能である。

〔付記〕 本稿は、元朝鮮女子勤労挺身隊員に対する損害賠償等請求事件(一九九九〔平成一一〕年(初)第七六四号および二〇〇〇〔平成一二〕年(初)第五三三・四一号)について私が名古屋地方裁判所民事第四部に提出した意見書「大審院判例からみた『国家無答責の法理』の再検討——朝鮮女子勤労挺身隊の動員を例として——」を補訂して作成したものである。また本稿は、二〇〇一年度南山大学パツヘ研究奨励金Ⅰ-Aによる研究成果の一部である。

《資料》 女子挺身勤勞令（昭和一九年八月二三日 勅令第五一九号）

第一条 勤勞常時要員トシテノ女子（学徒勤勞令ノ適用ヲ受クベキ者ヲ除ク）ノ隊組織（以下女子挺身隊ト称ス）ニ依ル勤勞強力ニ関スル命令ニシテ國家總動員法第五條ノ規定ニ基クモノ並ニ当該命令ニ依ル勤勞協力ヲ為スベキ者及女子挺身隊ニ依ル從業ヲ為ス者ノ雇入、使用、就職、從業又ハ給与其ノ他ノ從業条件ニ関スル命令ニシテ同法第六條ノ規定ニ基クモノニ関シテハ当分ノ内本令ノ定ムル所ニ依ル

第二条 國家總動員法第五條ノ規定ニ依ル命令ニ依リ女子ガ女子挺身隊ニ依リ為ス勤勞協力（以下挺身勤勞ト称ス）ハ國、地方公共団体又ハ厚生大臣若ハ地方長官（東京都ニアリテハ警視總監以下同ジ）ノ指定スル者ノ行フ命令ヲ以テ定ムル總動員業務ニ付之ヲ為サシムルモノトス

第三条 挺身勤勞ヲ為スベキ者（以下隊員ト称ス）ハ國民職業能力申告令ニ依ル國民登錄者タル女子トス
前項該当者以外ノ女子ハ志願ヲ為シタル場合ニ限り隊員ト為スコトヲ得ルモノトス

第四条 引続キ挺身勤勞ヲ為サシムル期間ハ特別ノ事情アル場合ヲ除クノ外概ネ一年トス

隊員ヲシテ引続キ一年ヲ超エ挺身勤勞ヲ為サシムル場合ニ於テハ隊員ノ同意アルコトヲ要ス

第五条 挺身勤勞ヲ受ケントスル者ハ命令ノ定ムル所ニ依リ地方長官ニ之ヲ請求又ハ申請スベシ

第六条 地方長官前條ノ規定ニ依ル請求又ハ申請アリタル場合ニ於テ女子挺身隊ヲ出動セシムル必要アリト認ムルトキハ命令ノ定ムル所ニ依リ市町村長（市町村長ニ進ズベキモノヲ含ミ東京都ノ区ノ存スル区域並ニ京都市、大阪市、名古屋市、横浜市及神戸市ニ在リテハ区長トス以下同ジ）其ノ他ノ団体ノ長又ハ學校長ニ對シ隊員ト為ルベキ者ヲ選抜スベキコトヲ命ズルモノトス

第七条 前條ノ命令ヲ受ケタル者ハ本人ノ年令、身体ノ状態、家庭ノ狀況等ヲ斟酌シ隊員ト為ルベキ者ヲ選抜シ之ヲ地方長官ニ報告スベシ

第八条 地方長官ハ前條ノ規定ニ依ル報告アリタル者ノ中ヨリ隊員ヲ決定シ本人ニ其ノ旨ヲ挺身勤勞令書ニ依リ通知シ挺身勤勞ニ関シ必要ナル事項ヲ指示スルモノトス

第九条 前条ノ規定ニ依ル通知ヲ受ケタル者ハ同条ノ規定ニ依ル指示ニ従ヒ挺身勤勞ヲ為スベシ

第十条 挺身勤勞ヲ為ス場合ノ女子挺身隊ノ組織及運営並ニ其ノ隊員ノ規律ニ関シ必要ナル事項ハ命令ヲ以テ之ヲ定ム

第十一条 地方長官ハ命令ノ定ムル所ニ依リ特別ノ事情アル場合ニ於テハ挺身勤勞ノ全部又ハ一部ノ停止ニ関シ必要ナル措置ヲ為スコトヲ得

第十二条 挺身勤勞ニ要スル經費ハ命令ノ定ムル所ニ依リ特別ノ事情アル場合ヲ除クノ外挺身勤勞ヲ受クル者之ヲ負担スルモノトス

第十三条 厚生大臣(軍需省所管企業ニ於ケル勤勞管理及給与ニ関スル事項ニ付テハ軍需大臣)又ハ地方長官必要アリト認ムルトキハ国家総動員法第六条ノ規定ニ基キ挺身勤勞ヲ受クル事業主ニ対シ隊員ノ使用又ハ給与其ノ他ノ従業条件ニ関シ必要ナル命令ヲ為スコトヲ得

隊員ガ業務上負傷シ、疾病ニ罹リ又ハ死亡シタル場合ニ於ケル本人又ハ其ノ遺族ノ扶助ニ関シ必要ナル事項ハ命令ヲ以テ之ヲ定ム

第十四条 左ノ各号ノ一ニ該当スル者ハ隊員ト為サザルモノトス但シ隊員ニシテ第一号又ハ第二号ニ該当スルニ至リタルモノハ此ノ限ニ在ラズ

一 陸海軍軍屬

二 陸軍大臣若ハ海軍大臣ノ所管ニ属スル官衙(部隊及学校ヲ含ム)又ハ厚生大臣ノ指定スル工場、事業場其ノ他ノ場所ニ於テ軍事上必要ナル総動員業務ニ従事スル者

三 法令ニ依リ拘禁中ノ者

第十五条 左ノ各号ノ一ニ該当スル者ハ志願ニ依ル場合ヲ除クノ外隊員ト為サザルモノトス

一 厚生大臣ノ指定スル総動員業務ニ従事スル者

二 家庭生活ノ根軸タル者

三 其ノ他厚生大臣ノ指定スル者

第十六条 厚生大臣又ハ地方長官ハ命令ノ定ムル所ニ依リ挺身勤勞ニ関シ市町村長其ノ他ノ団体ノ長若ハ学校長又ハ隊員若ハ挺身勤勞ヲ受クル事業主ヲ監督ス

第十七条 地方長官必要アリト認ムル場合ニ於テハ国家総動員法第六条ノ規定ニ基キ挺身勤勞ヲ為サザル者ニ対シ第五条

ノ規定ニ依ル請求又ハ申請ニ係ル工場事業場其ノ他ノ場所ニ就職スルコトヲ命ズルコトヲ得

前項ノ工場、事業場其ノ他ノ場所ノ事業主ハ国家総動員法第六条ノ規定ニ基キ同項ノ規定ニ依ル命令ヲ受ケタル者ヨリ就職申出ヲ受ケタルトキハ之ヲ雇入ルルコトヲ要ス

厚生大臣（軍需省所管企業ニ於ケル勤勞管理及給与ニ関スル事項ニ付テハ軍需大臣）又ハ地方長官必要アリト認ムルトキハ国家総動員法第六条ノ規定ニ基キ第一項ノ規定ニ依ル命令ヲ受ケタル者又ハ前項ノ事業主ニ対シ第一項ノ規定ニ依ル命令ヲ受ケタル者ノ使用、従業又ハ給与其ノ他ノ従業条件ニ関シ必要ナル命令ヲ為スコトヲ得

第十三条第二項ノ規定ハ第一項ノ規定ニ依ル命令ヲ受ケタル者又ハ其ノ遺族ノ扶助ニ之ヲ準用ス

第十八条 第十三条ノ規定ハ地方長官又ハ国民勤勞動員署長ノ為ス指導又ハ勸奨ニ基キ女子ガ女子挺身隊ニ依リ第二条ノ

規定ニ依ル総動員業務ニ付工場、事業場其ノ他ノ場所ニ於テ従業スル場合ニ之ヲ準用ス

第十九条 地方長官必要アリト認ムルトキハ本令ニ規定スル職權ノ一部ヲ国民勤勞動員署長ヲシテ分掌セシムルコトヲ得

第二十条 第十三条（第十七条第四項及第十八条ニ於テ準用スル場合ヲ含ム）、第十六条並ニ第十七条第二項及第三項ノ

規定ハ事業主タル国及都道府県ニハ之ヲ適用セズ

第二十一条 本令中厚生大臣トアルハ朝鮮ニ在リテハ朝鮮總督、台湾ニ在リテハ台湾總督トシ地方長官ト在ルハ朝鮮ニ在リテハ道知事、台湾ニ在リテハ州知事又ハ庁長トシ市町村長トアルハ朝鮮ニ在リテハ府尹（京城府ニ在リテハ区長）又ハ邑面長、台湾ニ在リテハ市長又ハ郡守（澎湖庁ニ在リテハ庁長）トシ国民勤勞動員署長トアルハ朝鮮ニ在リテハ府尹、郡守又ハ島司、台湾ニ在リテハ市長又ハ郡守（澎湖庁ニ在リテハ庁長）トシ都道府県トアルハ朝鮮ニ在リテハ道、

台湾ニ在リテハ州又ハ庁トス

第二十二条 挺身勤勞ニハ国民勤勞報国協力令ハ之ヲ適用セズ

第二十三条 本令ニ規定スルモノノ外挺身勤勞ニ関シ必要ナル事項ハ命令ヲ以テ之ヲ定ム

附 則

本令ハ公布ノ日ヨリ之ヲ施行ス

〈Thesen〉

1. Die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichtshofs in Bezug auf die „Doktrin von der Staatsimmunität“ besteht aus vier Elementen: (a) Die Zuständigkeit für Schadenersatzklagen wegen Handlungen der Staatsgewalt liegt bei der ordentlichen Gerichtsbarkeit, (b) zu Handlungen der Staatsgewalt gehören Hoheitsakte und Verwaltungsakt; ob eine Handlung hierzu zu rechnen ist oder nicht, ist aufgrund der positiven Kompetenzvorschriften zu beurteilen, (c) Schäden verursacht durch Handlungen des Staates, die nicht als Handlungen der Staatsgewalt einzuordnen sind, hat der Staat auf Grundlage der zivilrechtlichen Delikthaftung zu ersetzen, und (d), die Entscheidungen, in denen diese Doktrin angewendet worden ist ohne Feststellung der erforderlichen Tatsachen, sollen aufgehoben werden.
2. Die meisten Gerichtsentscheidungen, die aufgrund der „Doktrin von der Staatsimmunität“ die Klage abgewiesen oder zurückgewiesen haben, müssen aufgehoben werden, weil sie die Reichsgerichtshofsentscheidungen, die zum „bisherigen Beispiel“ im Sinne von § 6 der Ergänzungsvorschrift des Staatsentschädigungsgesetzes gehören, ignorieren und von ihnen abweichen.
3. Man darf diese Doktrin nicht auf Grundlage des Begriffs „der Ausübung öffentlicher Gewalt“ im Sinne von § 1 Staatsentschädigungsgesetz anwenden, weil dieser Begriff viel weiter ist als der Begriff der „Handlungen der Staatsgewalt“.
4. Die Rechtsverhältnisse zwischen dem japanischen Staat und den koreanischen Mädchen, die in der Kriegszeit dienstverpflichtet wurden, muss man in die drei Gruppen einteilen: Rechtsverhältnisse im Zusammenhang mit Handlungen der Staatsgewalt, solche nicht im Zusammenhang zu Handlungen der Staatsgewalt und rein privatrechtlich zu beurteilende Rechtsverhältnisse. Außer der Verpflichtung zum Hilfsdienst gehören die Tätigkeit des Staates in Bezug auf die Dienstverpflichtung entweder zu Fällen, die keine Handlungen der Staatsgewalt betreffen, oder zu Fällen zivilrechtlicher Natur. Folglich ist die „Doktrin von der Staatsimmunität“ auf diese Fälle auch nicht anwendbar, und ob den Opfern wegen rechtswidriger Handlungen des Staates ein Anspruch auf Entschädigung zusteht oder nicht, kann bei den Gerichtsverfahren der Nachkriegszeit zumeist nach den Vorschriften des Zivilrechts beurteilt werden.

Die „Doktrin von der Staatsimmunität“
des Reichsgerichtshofes und die Gerichtsentscheidungen
zur Wiedergutmachung in der Nachkriegszeit;
dargestellt am Beispiel der Mobilmachung
koreanischer Mädchen in der Kriegszeit

Prof. Masanori OKADA

〈Inhalt〉

1. Einleitung
2. Die „Doktrin von der Staatsimmunität“ in der Anwendung durch den japanischen Reichsgerichtshof; im Zusammenhang mit dem Wortlaut „nach bisherigem Beispiel“ im Sinne von § 6 der Ergänzungsvorschriften des Staatsentschädigungsgesetzes
 - (1) Ein Überblick über die „Doktrin von der Staatsimmunität“ und die Methode ihrer Analyse
 - (2) Die heutige Situation bei der Anwendung dieser Doktrin anhand von Gerichtsentscheidungen
 - (3) Zum Verständnis dieser Doktrin in Theorie und Rechtspraxis
 - (4) Zur Auslegung des Begriffs „Handlungen der Staatsgewalt“ in den Entscheidungen des Reichsgerichtshofs
 - (5) Zur Auslegung durch die Lehre
 - (6) Zusammenfassung
3. Die Mobilmachung koreanischer Mädchen in der Kriegszeit und die „Doktrin von der Staatsimmunität“
 - (1) Die Aufgabe und die Methode der Analyse
 - (2) Die Vermittlung
 - (3) Das Abführen (bzw. die Führung)
 - (4) Aufsicht über die Arbeit
 - (5) Zwang zum Hilfsdienst
 - (6) Zusammenfassung
4. Schlußbemerkung