
論 説

明治憲法体制確立期における 国の不法行為責任 (2)

— 国家無答責の法理と公権力概念 —

岡 田 正 則

1. はじめに
2. 裁判例にみられる実定法説
 - (1) 実定法説の例
 - (2) 実定法説の問題点
3. 国家活動の免責理論と国家無答責の法理
 - (1) 国の賠償責任を免除するための雑多な根拠づけ
 - (2) 主権 (統治権) を根拠とする免責論
 - (3) 権力分立 (行政権の自立性) を根拠とする免責論
 - (4) 公法私法二分論に基づく免責論
 - (5) 法治主義による免責論
 - (6) 「結果責任」免責論
 - (7) 過失または職務義務違反の不存在を理由とする免責論
 - (8) 「損失補償」免責論
 - (9) King can do no wrong 法理と国家無答責の法理
 - (10) 小 括

(以上, 28 卷 4 号)
4. 明治憲法体制確立期の立法過程における国家無答責の法理の位置
 - (1) この時期の立法作業と国家無答責の法理
 - (2) 大日本帝国憲法 (1889 年)
 - (3) 行政裁判法 (1890 年)

(以上, 本号)

 - (4) 裁判所構成法 (1890 年)

- (5) 旧民法 373 条 (1890 年)
- (6) 旧民法 373 条の立案過程における井上毅の役割
- (7) 民法 715 条等の不法行為関係規定 (1896 年)
- (8) 小 括
5. 明治憲法体制確立期の大審院判例における国家無答責の法理の未確立
 - (1) 大審院判例と国家無答責の法理
 - (2) 司法裁判所における行政事件管轄の変遷
 - (3) 国に対する賠償請求事件における実体判断の変遷
 - (4) 国家無答責の法理について大審院が示した実定法上の根拠
—— 1903 年・1906 年の二判決
 - (5) 小 括
6. 国家無答責の法理と公権力概念——結論と今後の課題

4. 明治憲法体制確立期の立法過程における 国家無答責の法理の位置

(1) この時期の立法作業と国家無答責の法理

1) 国家無答責の法理に関連するこの時期の立法

1883 年 (明治 16 年) 8 月, 伊藤博文はヨーロッパでの立憲制度の調査を終えて帰国し, 翌年 3 月に設置された制度取調局長官に就任した。行政裁判所を設置する方針はこの時点で固まっていたとされる⁵⁹⁾。85 年 12 月, 制度取調局は法制局に改組されたが, 不平等条約改正のための法整備という課題は, 翌 86 年 8 月に設置された外務省法律取調委員会に引き継がれた。同委員会は 87 年 11 月に司法省に移管され, 旧民法や裁判所構成法など, この時期の主要法令の策定作業を担うことになる⁶⁰⁾。

59) 制度取調局は設置直後に, ヘルマン・ロエスレルとオットー・ルードルフに対して行政裁判制度に関する事項を諮問した。ロエスレルはこれに応じて 84 年 11 月に行政裁判法草案を起草している。前掲注 16) 『行政裁判所五十年史』9-18 頁参照。

60) 法律取調委員会の設置から旧民法などの制定作業を経て解散に至るまでの経緯については, 大久保泰甫・高橋良彰『ボアソナード民法典の編纂』雄松堂出版, 1999 年,

さて、こうした立法作業の中で国の不法行為責任はどのように位置づけられていたのでしょうか。そして、「行政裁判法と旧民法が公布された明治23年〔1890年〕の時点で、公権力行使についての国家無答責の法理を採用するという基本的法政策が確立した」⁶¹⁾という命題は妥当性を持つのでしょうか。

この問題に答えるためには、関連立法に即して、次元を異にする二つの論点を解明しなければならない。すなわち、国に対する損害賠償請求訴訟が行政裁判所の管轄に属するのか司法裁判所に属するのか、それともこれらのいずれにも属さないのかという訴訟法上の論点と、国の不法行為は民法の不法行為規定の適用対象になりうるのか、なりうるとすればそれはいかなる範囲かという実体法上の論点である。前者に関する定めが、大日本帝国憲法、行政裁判法、裁判所構成法の中の裁判管轄規定であり、後者に関する定めが、新旧民法の不法行為関係規定である。

2) 従来の研究の状況

この時期の立法と国の不法行為責任との関係を解明しようとしたおそらく最初の研究が、下山瑛二「国家賠償」⁶²⁾である。下山論文は、行政裁判法16条について、「この規定が設けられるに至った経過については詳かになしえぬが、この規定制定にかんして主要な役割を演じたのは井上毅およびRoesler, Mosse等の外人法律顧問であったというる」とする一方で、帝国憲法61条からでは「国にたいする賠償請求の管轄を、司法裁判所が一般的にいつて有していたか否かという点」が明らかにならないという理由で、裁

第二部が詳しい。

61) 宇賀・前掲注8)および塩野・前掲注9)参照。なお、宇賀・同412頁は「行政裁判法16条と司法裁判所の判例があいまって、わが国においても、高権的活動における国家無答責の法理が確立したのである」と述べて、判例法による確立という理解を示している。

62) 下山瑛二「国家賠償」(初出・1965年)下山『人権と行政救済法』三省堂、1979年、67頁以下。

判所構成法草案におけるこれらの起草者の法意識を手がかりとして、上記の点を明らかにしようとする。そして、同法草案の中には、政府に対する民事訴訟を地方裁判所が管轄する旨の規定があつたにもかかわらず、成案の段階ではこれがなくなったこと、およびその過程で井上毅が「単純二国ニ対スル訴訟トシテ之レヲ許シタルノ国アルコトナシ」といった意見を法律取調委員会宛に提出していることを指摘して、次の結論に至る。「この井上意見書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つ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」、「したがって、憲法起草者の法意識としては、国にたいする賠償請求は、基本的には、司法裁判所においても否定する考えであつたといふことができるであろう。そして、この基本的な法構造は、権力作用に関する限り、日本国憲法（昭和22年・1947年）に至る約半世紀余の間継続したものと（い）うる」⁶³⁾。さて、このような下山論文に対して、以下の問題点を指摘できるだろう。第一に、裁判所構成法の制定経過が不明な状態のままで、推測によって結論が導かれていること、第二に、井上意見書に対して法律取調委員会は反論書を出して修正の方針と意図を説明し、また成案を確定した枢密院は井上意見書とは異なる見解に基づいて修正を行ったのであるが、このような経過が看過されていること、第三に、井上毅の考えだけをもって「基本的な法構造」と捉えるのは、他の立法関係者の意思をあまりにも無視しているのではないかと考えられること、である。

次に、梧陰文庫（井上毅所蔵の文書類）を活用しながらこの問題を解明しようとしたのが、近藤昭三「ボアソナードと行政上の不法行為責任」である⁶⁴⁾。

63) 下山・前掲注62)67-69頁。傍点原文。下山「国または地方公共団体に対する損害賠償請求権」田上稷治編『体系憲法事典』青林書院新社、1968年、365頁にも「明治23年に制定された裁判所構成法の制定の際にも、井上毅の意見書が採択され、司法裁判所において、かかる訴訟〔国等に対する損害賠償請求訴訟〕を受理する明文の規定を草案から削除した」という記述があるが、井上意見書が採択された事実はない。裁判所構成法の制定経過および井上意見書に関する問題については、後述4(4)参照。

64) 近藤昭三「ボアソナードと行政上の不法行為責任」（初出・1975年）同『フランス行政法研究』信山社、1993年、208頁。

近藤論文は、行政裁判法 16 条が「損害要償ノ訴訟」を行政裁判所の管轄外としたことは「行政権限の否定即司法権限の肯定と解しうるのであろうか」——つまり、国に対する損害賠償請求訴訟を司法裁判所の管轄に委ねる趣旨か——と問い、「この問いの解答は、権限問題を離れて、行政上の不法行為に関していかなる実体法が構想されていたかに係る」として、官吏責任賠償法案（1882～83 年ごろ）と旧民法草案（1889 年ごろ）の関係規定からその答えを得ようとする。そして、上記三法案における井上毅の影響力を跡づけた後、ボアソナード民法草案 393 条の使用者責任規定から「公ノ事務所」という文言が削除された要因は井上の意見にあると推定し、その根拠として、行政裁判法審議中の今村和郎宛の書簡（1889 年）と国家学会雑誌の井上の論文（1891 年）を挙げる。近藤論文は結論として、「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』にとり組んだかは詳らかにしえないが、旧民法 373 条から国家責任の規定は姿を消した。井上毅は、旧民法公布の翌年、国家学会雑誌に『民法初稿三百七十三條ニ対スル意見』を發表し、国家責任の成立を認めるべきでない所以を公に定式化し、国家責任肯定論の敗退を確認するのである」と述べて、「井上『意見』に定式化された主張に基づく旧民法は、その〔官吏の過失責任の成立と国家責任の成立の〕いずれをも否定するものであった」と断定している⁶⁵⁾。この近藤論文は、第一次資料を用いて当時の立法者の意図に迫ろうとした点では画期的であったが、しかし、次のような重大な問題点を有している。第一に、旧民法 373 条の立案責任者であった今村和郎は上記の井上の書簡に対して反論の書簡を出し、また、法律取調委員会は井上の主張とはまったく異なる見解で合意に達し、修正案を確定したにもかかわらず、近藤論文は、同条の直接の立案担当者のこのような反論や対応を看過している上、旧民法 373 条の修正経過をまったく検討していない結果、立法者意思を示すと考えられる法律取調委員会の見

65) 近藤・前掲注 64)218-226 頁。

解を無視し、立法者意思を取り違えている点、第二に、行政裁判法に対する井上毅の関与を正確に捉えていないため、彼の果たした役割を過大評価し、そして行政裁判法 16 条と旧民法 373 条の立法趣旨を見誤っている点である。

宇賀克也「比較法的にみた戦前の日本の国家責任法の特徴」⁶⁶⁾も、近藤論文と同様に、国に対する損害賠償請求訴訟について、行政裁判法 16 条が「行政裁判所の管轄を否定はしても、司法裁判所の管轄まで明文で否定しているわけではない」という理由で、民法の不法行為関連規定における国の責任の位置づけから上記の問題に対する答えを得ようとする。そこで宇賀論文は、この時期にフランスにおいて権限裁判所のブランコ判決（1873 年）によって国の不法行為事件に対する民事裁判所の管轄が否定されたこと、またドイツにおいて国の不法行為責任を私人と同様に民法で規律しようとする民法典草案修正案（1889 年）が否決されたことに照らして、日本の旧民法 373 条において「公ノ事務所」の文言が削除されたこともこれらと軌を一にするものと捉えた上で、「このように、日独仏のいずれにおいても、前世紀 [19 世紀]、国家責任一般に民法を適用しようとする試みがあり、かつ、結局は、そうした動きが否定される結果となったわけである」と論定する。そして「旧民法 373 条から国家責任に関する字句が削除されたことは、少なくとも高権的活動に対しては民法に基づく国家責任を否定しようとする立法者意思のあらわれとみることができる」と推定し、「したがって、行政裁判法と旧民法が公布された明治 23 年の時点で、公権力行使についての国家無答責の法理を採用するという基本的法政策が確立した」という結論を導いている⁶⁷⁾。宇賀論文は、比較法的な知見を援用して問題の解明を企図した点では画期的であったが、しかし、旧民法 373 条の修正経過を検討することなく、性急に上記の結論を導き出し、また、何をもって立法者意思とみなしたのかは不明なままであるなど、近藤論文と同様の問題点を有しているという

66) 宇賀・前掲注 8)405 頁。

67) 宇賀・前掲注 8)409-411 頁。

ことができる⁶⁸⁾。

これらの論文に対して、奥田安弘「国家賠償責任と法律不遡及の原則」⁶⁹⁾は、旧民法373条、現行民法715条、行政裁判法16条、裁判所構成法26条の立法資料を踏まえることによって、上記の問題を解明しようとする。そして検討の結果、旧民法については「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ってよいであろう」とし、現行民法については「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、すでに決着済みの問題であり、見解の対立もなかったからであろう」とし、行政裁判法については「権力的行為による損害の賠償請求訴訟については、司法裁判所および行政裁判所いずれの管轄も否定する考えであった、と推測されるのである」とし、裁判所構成法については「裁判所構成法26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」とし、全体としてこの時期の立法によって——少なくとも一定の範囲で——国家無答責の法理が確立していたという見解を示している。しかし、奥田論文については、次の問題点を指摘せざるをえない。第一に、国の活動に関するさまざまな免責論と国家無答責の法理を区別していないため、立法作業における多種多様な国の免責論の表出をすべて国家無答責の法理の言明だと誤解している点、第二に、従前の

68) 宇賀論文は、行政裁判法案の原案作成を担当したモッセについて、「司法裁判所のみならず、行政裁判所においても、国家責任を問えないとするのが彼の考え方であったとみてよいと思われる」と述べているが、第一に、彼の国の不法行為責任免責論は、前掲3(5)で示したように(そして宇賀論文も認めるように)、法治主義に基づく免責論であって、日本における国家無答責の法理に結びつくものではない。第二に、モッセは免責対象となる国の行為に刑事補償等の対象となるような行為も含めているので、この点でも、日本における国家無答責の法理を表明した者としてモッセを扱うことは妥当ではない(前述3(6)も参照)。すなわち彼は、「国ハ其官吏国権ヲ執行スルニ際シ義務背反ノ処置若クハ怠慢ニ依リ第三者ニ加ヘタル損害ニ対シ財産権上其責ニ任セス但特別ノ法律上規定(違法ノ逮捕若ハ処刑等ニ関スルモノ)ヲ以テ之ヲ承認シタル場合ハ此限ニ在ラス」(前掲28頁)と述べて、「国権」行使の例に「違法ノ逮捕若ハ処刑等ニ関スルモノ」を含めているのである。

69) 奥田・前掲注7)1頁。

研究に比べれば立法資料に即した実証的な検討になっているものの、やはり資料的な制約がある下での推測によって結論を導いている点、第三に、法律取調委員会の井上報告委員を井上毅だと誤認するなど⁷⁰⁾、立法過程における井上の役割を過大視したため、立法者意思の所在を誤解している点である⁷¹⁾。

上記諸論文の問題点をかなりの程度克服しているのが、松本克美『『国家無答責の法理』と民法典』⁷²⁾である。松本論文は、諸立法の制定経過の検討に基づいて、大日本帝国憲法の規定においては「公権力の行使によって生じた損害についての損害賠償請求訴訟は行政裁判所に属するのか、それとも司法裁判所に属するのかが不明確である」こと、行政裁判法16条については、「国家や官吏個人に対する損害賠償請求権が成立し、かつその場合の訴訟管轄は通常裁判所である……と解する余地が残っている」こと、旧民法373条において「公ノ事務所」の文言が削除された趣旨については「特別な規定を設けなくても、国家への使用者責任の適用が可能と考えて、削除したと考えることも可能」であること、現行民法の不法行為関連規定については、「民法典起草者の考えは、……〈国にも一般法である民法が適用されるから、国が責任を負わないためには特別法が必要だ〉と理解していた」こと、を明らかにしている⁷³⁾。とくに、法典調査会における民法草案の審議過程につ

70) 奥田・前掲注7)20頁、28頁では「井上毅と思われる井上報告委員」としている。しかしこれは井上正一報告委員（後の大審院判事）であり、井上毅は法律取調委員会のメンバーではない。法律取調委員会の構成については、「法典（民法・商法）ノ編纂及其公布」伊藤（編）・前掲注18)282頁以下参照。奥田論文は、旧民法373条の修正が今村和郎の提案を契機として法律取調委員会自身によって行われたことをせっかく確認しながら、このような事実誤認によって、立法者意思の所在を見誤ってしまったのである。なお、この点については、4(6)で詳述する。

71) もっとも、奥田論文の真意は、国家無答責の法理がこの時期に確立していたとしても、時際法上の公序（現行法の下で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こと）からみて一連の戦後補償請求訴訟においてこの法理を適用することは論理的に否定されるという点にあると考えられるので（奥田・前掲46-47頁）、上記の問題点は、いわば「瑕瑾」といえよう。

72) 松本・前掲注7)317頁。

73) 松本・前掲注7)343-371頁。傍点原文。

いての検討は圧巻である。私見によれば、松本論文の所見はおおむね正しいが、資料的な制約のゆえに、いくつかの重要な点で不明確さを残している⁷⁴⁾。また、戦後補償請求訴訟の判決等において井上毅が当時の立法者意思を体現するかのように扱われていることを考慮すれば、諸立法の制定過程の中で井上が果たした役割を松本論文が析出していないことにも不満が残る。

3) 本節の課題

以上のように、明治憲法体制確立期の立法作業において国の不法行為責任がどのように位置づけられていたのか、したがってまた、この時期に国家無答責の法理がどのような状態にあったのかは、まだ正確に解明されているとはいえない。本節では、大日本帝国憲法、行政裁判法、裁判所構成法の裁判管轄規定、および、旧民法、現行民法の不法行為関係規定の立法過程をたどることによって、まず立法作業の面からこの点を解明する。

なお、検討結果に不明確さを残さないようにするために、本節では、次の方法を用いる。

第一に、「立法者意思」を確かめる際には、できる限り立法過程全体を見

74) 旧民法 373 条を例としていえば、後述 4(5)のように、同条の成案を確定したのは 1889 年 10 月 10 日の法律取調委員会であること、同委員会においては、国の不法行為責任を否定する主張も出されたが、この主張はしりぞけられ、最終的に、国は官吏の「委託者」として不法行為責任を負うとされたこと、国の責任の範囲については判例に委ねる趣旨であること、以上の点は、史料上明白である。たとえば、法律取調委員会・民法報告委員による修正経過と結果の要約である「民法財産編第三百七十三条」法務大臣官房司法法制調査部(編)『日本近代立法資料叢書 10』商事法務研究会、1988 年、398-399 頁を参照。この結論部分の要約が同日の法律取調委員会の議論に基づいていることは、伊藤隆・尾崎春盛(編)『尾崎三良日記・中巻』中央公論社、1991 年、319-320 頁による同日の議論の要約からみても、明らかである。また、法律取調委員会の事務取扱担当者らによる注釈書であるボアソナード訓定・富井政章校閲・本野一郎・城数馬・森順正・寺尾亨『日本民法〔明治 23 年〕義解 財産編第 4 巻人権及義務・下』(日本立法資料全集別巻 114) 信山社、1998 年、712 頁でも、同趣旨の説明が行われている(この注釈書については、松本論文の引用によってその存在を知ることができた)。

渡した上で、成案がどのようにして具体化され、どのような合意の下で確定されたのかを資料によって明らかにすることとし、そこでの合意を「立法者意思」とみなすことにする。立法関係者のうちのひとりの見解や立法担当委員会に意見書を提出した有力者の見解をもって「立法者意思」とみなす方法は、学問的な検証に耐えられる方法ではなく、また往々にして誤った結論を導く方法であるので、本稿はこれを採用しない。

第二に、上記の方法によって「立法者意思」が確定できない場合、立法の趣旨に関する同時代人の「立法者意思」理解をもって、これに代える。

第三に、各立法過程における井上毅の役割をできる限り正確に素描することにしたい。井上が帝国憲法の制定過程において主導的な役割を果たしたことはよく知られているが、だからといって、この時期の他の立法についても彼が同じような役割を果たしたわけではない。当時法制局長官であったから各立法について強い影響を与えたはずだといった認定は⁷⁵⁾、根拠のない憶測にすぎない。

第四に、基本用語の意味を確認しておく。

まず、「国の不法行為」（「行政上の不法行為」もほぼ同義である）には、行政処分起因する場合とそうでない場合の双方が含まれている（この整理については、後述4(2)3・4および4(3)1を参照）。この点が不明確であったために、従来の研究は、帝国憲法61条および行政裁判法15条における「行政事件」（違法処分起因する事件）の概念を的確に理解できず、またそれゆえ、「行政事件」とは無関係に行政裁判法16条が「損害要償の訴訟に対する〔司法裁判所の〕管轄をアンブロックに否定した」⁷⁶⁾かのような誤解に陥り、その結果、裁判管轄に関する規定である同法16条を推測によって実体法理である国家無答責の法理に結びつける理解に至ってしまったのである。大審院判例

75) 前掲2(1)の東京地判2002・8・27や最近の東京高判2005・5・13（判例集未登載、平頂山虐殺損害賠償請求訴訟）などの実定法説に基づく判決、および、上記の下山論文・近藤論文・宇賀論文・奥田論文は、明示的または黙示的にこのような認定を行った上で、立論されている。

76) 宇賀・前掲注8)413頁。この点については、後述、4(3)5)参照。

をたどれば明らかのように、司法裁判所は行政裁判法 16 条が自分たちの管轄権を制約する規定だとは解していなかった。1890 年代半ば以降、司法裁判所は、実質上「行政事件」に該当する国の不法行為事件を帝国憲法 61 条と行政裁判法 15 条に基づいて却下していたのであって、それ以外の国の不法行為事件は受理し、審理していたのである⁷⁷⁾。決して、本来司法裁判所の管轄外であった事件を任意に受理して棄却していたわけではない。したがって、「実際には、司法裁判所は、公権力の違法な行使に基づく損害賠償請求がなされた場合、管轄外とし請求を却下することなく、民法不法行為法の不適用を理由として、請求を斥けた」⁷⁸⁾という説明は、行政裁判法 16 条は司法裁判所の管轄権を制約する規定であったはずだという誤解を前提にしていることが理解できよう。

次に、「損害要償」という用語は損失補償と損害賠償の双方を含む。この点は、行政裁判法の立法作業をみても、戦前の学説をみても明白である⁷⁹⁾。従来の研究はこの点を正確に理解していなかったために、行政裁判法 16 条を、もっぱら損害賠償請求訴訟を排除するための規定であるかのように誤解してきた。この結果、従来の研究は、同条の中に国の不法行為責任を免除する思想が隠されているに違いないと考えて、その思想を無理に読み取るという試みをくり返すことになった。井上毅も、当時の立法者も、大審院も、戦前の学説も、戦後の最高裁も、行政裁判法 16 条を国の不法行為責任の免除規定だとは位置づけていなかったにもかかわらず、近年の学説がこのような思い違いをした背景には、戦前の法制の不合理性を強調することによって日本国憲法下の法制の進歩性を際立たせたいという意図があったと思われる。

77) 詳細については、後述 5(2)および(3)。

78) 宇賀・前掲 420 頁(同書の注(15))。同種の主張の先例である下山・前掲注 62)69-70 頁がミスリーディングであったとすることができる。

79) 後述 4(3)および美濃部達吉『行政裁判法』千倉書房, 1929 年, 252-253 頁, 美濃部「行政裁判法改正綱領」(前掲書・付録) 33 頁, 田中二郎「公法上の損失補償制度に就て」(初出・1937 年)同『行政上の損害賠償及び損失補償』酒井書店, 1954 年, 242-243 頁, 田中「民事事件と行政事件——判例の総合的研究——」(初出・1937 年)同『公法と私法』有斐閣, 1950 年, 280 頁以下参照。

しかしいずれにしても、後に明らかにするように、行政裁判法 16 条は、同法 15 条によって行政裁判所の管轄対象になりうる行政事件の中の損害賠償事件（行政処分起因する損失補償・損害賠償請求訴訟など）を暫定的にその対象から除外した規定にすぎないのである。

(2) 大日本帝国憲法（1889 年）

1) 国の損失補償責任と損害賠償責任

主要法令の礎石として、1889 年 2 月に大日本帝国憲法が制定された。国の不法行為責任に関連する規定としては 27 条（所有権の保障）と 61 条（行政裁判所の設置）がある。

まず、帝国憲法 27 条 1 項は「日本臣民ハ其ノ所有権ヲ侵サルハコトナシ」と定めて私的所有権の絶対的な保障を謳い、同条 2 項は「公益ノ為必要ナル処分ハ法律ノ定ムル所ニ依ル」と定めて、公益目的であれば法律に基づいてその侵害・制約を行いうることとしていた。憲法制定者は 2 項を国の損失補償責任に関する定めだと考えていた。たとえば『憲法義解』によれば、「公共利益の為に必要るときは各個人人民の意向に反して其の私産を収用し以て需要に應ぜしむ。此れ即ち全国統治の最高主権に根拠する者にして、而して其の条則の制定は之を法律に属したり。蓋〔し〕公益収用処分の要件は其の私産に対し相当の補償を付するに在り。而して必〔ず〕法律を以て制定するを要し、命令の範囲の外に在るは、又憲法の証明する所なり」⁸⁰⁾、すなわち、本条は国家の主権を根拠として私有財産を収用できると定めたのであるが、公用収用等は必ず法律に基づくべきものであり、その際には「相当の補償」を与えることが要件になる、という理解が示されている。ただし、補償

80) 伊藤・前掲注 15)58 頁。〔 〕内は同書による。ここでは、法律と命令（勅令など）を厳格に区別している点に、とくに注意を払う必要がある。『憲法義解』の原案作成者が井上毅であることはよく知られているが、井上は、権利の基本に関わる事項は法律に留保されるべきことを一貫して主張していた。行政裁判法 15 条の「法律勅令」規定に対する井上のきびしい批判（後掲注 141）も参照。

の請求は権利として保障されるものとは考えられていなかった。後年に至っても、「若し法律に別段の規定が無ければ、それは正当の権限に基づく適法な公法的行為に因って生じた損失であるから、人民は其の損失を受忍する義務があるものと解するの外なく、法律の規定あるを待たずして当然に損失補償を請求する権利あるものとは認むるを得ない」⁸¹⁾と解釈されていた。つまり、財産権の侵害があっても補償請求権が生じることはなく、むしろ補償請求権は法律によって創設されるものだというのが通説の見解だったのである。一方、前述のように、この時期においては適法・違法判断の基準となるべき実体法規定が未整備であったため、損失補償と損害賠償とが理論上あまり明確に区別されていなかった⁸²⁾。かくして、官吏等の違法行為によって生じた損害についても、法律上で賠償を認める規定がない限り国は賠償責任を負わない、という理解が流布することになったのである⁸³⁾。行政裁判法16条中にある「損害要償」という文言は損失補償と損害賠償の双方を含む意味で用いられているが、このような用語法は以上の理論状況を反映しているといえることができる。

次に、帝国憲法61条は「行政官庁ノ違法処分ニ由リ権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属スヘキモノハ司法裁判所ニ於テ受理スルノ限ニ在ラス」と定めて、行政裁判所と司法裁判所との間の管轄配分を示した。しかし、ここにいう「違法処分ニ由リ権利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟」に損害賠償請求訴訟が含まれるか否か

81) 美濃部達吉『日本行政法 上巻』有斐閣、1936年、357頁。これに対して、田中二郎・前掲注79)「公法上の損失補償に就いて」226頁以下は、「補償に関する規定の欠缺は、当然に、之を否定する趣旨と解し去ることは必ずしも穏当でない」として、「明文の規定の有無に拘らず、条理上補償の与へらるべき場合の存在すること」を主張する(228-229頁)。

82) 前述3(8)参照。この点については、行政裁判法改正と民法改正の審議に即して詳述する(後述の4(3)4)および4(7)参照)。

83) 後掲注90)および105)(第三問題)など参照。ただし、行政裁判法・民法改正審議などにおいては、法律中に補償・賠償を認める規定が存在するか否かにかかわらず帝国憲法27条などから直接に補償請求権が生じる、という見解も主張されていた(後述4(3)4)および4(7)における穂積八束や穂積陳重の見解など)。

が不明であったため、行政裁判法などの立法過程においても訴訟実務においても混乱が生じることになった。その詳細は後に検討することにして⁸⁴⁾、ここでは、同条の策定過程において国の違法行為と訴訟との関係がどのように理解されていたかを詳しく見ておくことにする。

2) 帝国憲法 61 条における国の損害賠償責任の位置づけ

帝国憲法 61 条は、おおむね以下のような草案を経て成立した⁸⁵⁾。

① 1887 年 (明治 20 年) 5 月・甲案⁸⁶⁾

第 52 条 行政上ノ処分又ハ指令ニ対シ行政官吏ヲ訴フル者ハ司法上ノ訴ト分別シ行政裁判所ニ於テ之ヲ受理ス

行政裁判所ノ組織権限及訴訟手続ハ別段ノ法律ヲ以テ之ヲ定ム

② 1887 年 7 月・ロエスレルの日本帝国憲法草案

第 79 条 行政庁ノ違法ノ裁決及処分ニ対スル権利ノ防護ハ行政裁判院ニ出訴スルノ權ヲ与フルニ依テ之ヲ安全ニス

此裁判院ニ於ケル裁判手続ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム

③ 1887 年 8 月・夏島草案 (八月草案)

第 68 条 行政庁ノ処分又ハ命令ニ対スルノ訴訟ハ特ニ行政裁判所ノ裁判ニ属ス其構成権限及訴訟規則ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム

④ 1887 年 10 月・十月草案

第 63 条 行政庁ノ違法ノ処分ニ由リ権理ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟ハ特ニ行政裁判所ノ裁判ニ属ス其構成権限及訴訟規則ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム

⑤ 1888 年 (明治 21 年) 2 月・二月草案

第 62 条 行政官庁ノ違法ノ処分ニ由リ権理ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟ハ行政

84) 後述 4(3) および 5(2) 参照。

85) 以下の草案の変遷については、稲田・前掲注 14) 第 18 章以下参照。

86) この草案は、同年 4 月に井上毅が作成した原案 (乙案) についてロエスレルとモッセの答議を得た後に、井上がこれを修正して作成したものだとなっている。稲田・前掲注 14) 65-66 頁。甲案試草・乙案試草・甲案試草正文については、伊藤博文(編)『秘書類纂 憲法資料上巻』1935 年、476-477 頁、621 頁、668 頁。なお、甲案 52 条・乙案 55 条の文面は同一である。甲案・乙案と井上毅の関係についての研究として、高橋康昌「明治憲法制定前後における制度改変の考察——井上毅を中心として——」法学新報 77 巻 1・2・3 号 (1970 年) 187 頁がある。

裁判所ノ裁判ニ属ス其構成権限及訴訟規則ハ別ニ法律ヲ以テ之ヲ定ム

⑥ 1888年3月・最終草案

第62条 行政官庁ノ違法ノ処分ニ由リ権理ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟ニシテ
行政裁判所ノ裁判ニ属スヘキ者ハ司法裁判所ニ於テ受理スルノ限ニ在ラス

⑦ 1888年6月・枢密院諮詢案

第61条 行政官庁ノ違法ノ処分ニ由リ権理ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟ニシテ
行政裁判所ノ裁判ニ属スヘキ者ハ司法裁判所ニ於テ受理スルノ限ニ在ラス

⑧ 1888年7月・枢密院修正案

第61条 特別裁判所ノ管轄ニ属スヘキモノハ別ニ法律ヲ以テ之ヲ定ム

第62条 行政官庁ノ違法ノ処分ニ由リ権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属スヘキ者ハ司法裁判所ニ於テ受
理スルノ限ニ在ラス

⑨ 1889年(明治22年)2月・帝国憲法

第60条 特別裁判所ノ管轄ニ属スヘキモノハ別ニ法律ヲ以テ之ヲ定ム

第61条 行政官庁ノ違法処分ニ由リ権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属スヘキモノハ司法裁判所ニ於テ受
理スルノ限ニ在ラス

行政裁判法の制定者は、前述のように、行政事件と民事事件との判別について、ドイツ流の公法・私法という基準ではなく、フランス流の「行政処分」に該当するか否かという基準を用いることとした⁸⁷⁾。①案をみると、憲法の制定作業においては、比較的早い時期からこの方針をとっていたことがわかる。しかし、①案にいう行政官吏に対する「訴」が処分等の是正を求める訴訟を指すのか、それとも官吏個人に対する賠償請求訴訟を指すのかは不明である。

②案はこの「訴」が前者であることを明確にした。同案の作成者であるロエスレルは、井上毅の求めに応じて行った同条についての説明の中で、次の点を強調している。第一に、同条の訴訟が「違法ノ」処分に対する訴訟だということである。「行政権ノ施行ニ対シテ人民ノ権利ヲ安全ナラシムルハ、

87) 前述3(4)。後述4(3)2)③も参照。

同時ニ行政官ノ処置ヲシテ固ク法律ニ遵拠セシメ、政府自家ノ利益トナルノ理由ヨリシテモ亦之ヲ賞用ス」、すなわち、行政裁判所が行政権の一機関として行政官の違法の処置を是正すること自体が政府の利益になるがゆえに、重要なのである。第二に、概括主義を採用することである。「行政官カ権利ヲ侵犯シタル場合ニ於テハ〔総テ〕行政裁判ヲ起スコトヲ得セシムヘシ。権利ノ種類ニ由テ行政裁判ヲ起〔シ〕得ルノ場合ヲ限定シ其〔他ノ〕場合ヲ除去スルノ制ハ穩当ナラス」、すなわち行政官が権利を侵害した事件については、すべて出訴を認めるべきことを強調している⁸⁸⁾。

③案 68 条は、「行政庁ノ処分」に対する訴訟を行政裁判所の管轄事件とする旨の規定となった。同案を批判して、井上毅は訴訟の対象を、「処分」に代えて「違法ノ処分」にすべきことを強く主張した。「行政処分ニ由テ其利益ヲ損害セラレタル者ハ其損害ヲ理由トシテ訴訟スルコトヲ得ス特ニ行政官ノ違法ノ処分ニ由テ其権理ヲ傷害サレタル者ニ限り訴訟スルコトヲ得、之ヲ略言スレバ利益ノ訟ヲ受理セズシテ権理ノ訟ヲ受理スルナリ此レ其民事裁判ト殊異アル所タリ」、すなわち行政訴訟の場合には損害が生じたという理由で訴訟を提起することは許されず、ただ違法な処分によって権利を侵害された場合に限って訴訟の提起は許されるのであって、この点に民事訴訟との際立った違いがあるのだ、と述べて、修正を迫っている⁸⁹⁾。適法な処分に起因する損害については法律で認められていない限り訴訟で救済を求めることはできないという主張は、井上以外の者にもみられるところであり、行政裁判法の制定作業などにおいても同趣旨の主張がくり返し行われている⁹⁰⁾。

88) 「ロエスレル憲法草案中行政裁判条説明」国学院大学日本文化研究所(編)『近代日本法制史料集・第六』国学院大学、1983年、70頁以下。〔〕内は同書による。

89) 井上毅「憲法逐条意見(第三)」(1887年9月)井上毅伝記編纂委員会(編)『井上毅伝 史料編第一』国学院大学図書館、1966年、593頁。帝国議会でも同趣旨の説明が行われている(稲田・前掲注14)720頁)。この説明は、ロエスレルの解説、つまり「行政裁判ハ独リ権利ニ関スル事件ニ限り之ヲ起スコトヲ許シ、法律ノ適用ニ関スル一切ノ問題ニ広ク之ヲ許スヘカラス」(前掲注88)「ロエスレル憲法草案中行政裁判条説明」72頁)などとして自由裁量処分に対する訴訟が許されない旨の解説を下敷きしていると思われる。

90) 後述4(3)4)のほか、後年の理解として、田中・前掲注79)『行政上の損害賠償及

④案以降はすべて「違法ノ処分」または「違法処分」の文言が採用されているところから考えると、井上の主張が取り入れられたということができよう。ただしここでは、「違法処分」事件と損失補償・損害賠償事件との関係に注意を払っておく必要がある。すなわち、井上は、行政裁判所の管轄事件を「違法処分」事件に限定することを意図していたが、「違法処分」に起因する「損害要償ノ訴訟」を行政裁判所の管轄事件から一律に排除することを意図してはいなかった、ということである。むしろ井上は、「損害要償ノ訴訟」を行政裁判所の管轄事件に取り込もうとしていた⁹¹⁾。また、井上は行政裁判法の立案段階でも行政裁判所の管轄事件を「違法処分」事件とすべきことを強く主張したが、彼がこの点に執拗にこだわった理由は、ロエスレルと同様に、行政裁判所の適法性維持機能を重視していたことにある⁹²⁾。

⑤案では63条に「行政官庁ト通常裁判所ト又ハ通常裁判所ト行政裁判所トノ権限争議ハ特別ノ裁判ヲ開キ之ヲ裁決ス其裁判所ノ構成権限ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム」という規定が置かれていたが、⑥案では削除された。これにともなって、行政裁判所の設置に関する規定とともに、行政裁判所と司法裁判所との関係に関する規定を同一条文で定めるべきこととなった。⑥案62条がその条文であり、行政裁判所の管轄外の事件は司法裁判所の管轄に属する趣旨に読むことができる規定となった⁹³⁾。⑦案も同一の文面である。

⑧案では、行政裁判所以外の特別裁判所を創設できるようにするために、新たに61条(成案60条)が付加され、62条(成案61条)には、行政裁判法の制定を視野に入れて「別ニ法律ヲ以テ定メタル」という文言が挿入された⁹⁴⁾。この後、若干の語句修正を経た上で、⑨の条文となって成立した。

ひ損失補償』242-243頁、田中・前掲注79)『公法と私法』280頁以下。

91) 後述4(3)2)⑥『井上案』に対する井上毅の修正意見など参照。

92) 後掲注127)および後述4(3)3)参照。

93) 実際に、帝国憲法・行政裁判法制定直後の大審院判例と有力説はこのように理解していたし(前掲注24)および31)参照)、行政裁判法や裁判所構成法の立法者は、少なくとも民事事件に関してはこのような理解であった(後述4(3)および4(4))。

94) 1888年7月4日枢密院会議での修正である。『枢密院会議議事録・1』東京大学出版会、1984年、292頁以下。

憲法制定者の説明によれば、61条の制定理由は、第一に、司法権からの行政権の独立を確保することによって行政権が職責を尽くせるようにすること、第二に、行政処分の公益性を適切に判断できるようにするために、行政処分に対する訴訟は司法官ではなく行政官に委ねる必要があること、にあった⁹⁵⁾。そして、行政訴訟を提起できるのは「行政官庁ノ違法処分」に対してだけであって、「憲法上統治権ニ依ル大政ノ処分」や「法律又ハ法律上効力アル命令ニ依ルノ処分」に対しては出訴できない旨が強調されている⁹⁶⁾。帝国憲法の制定者が61条において行政裁判所の管轄事件として想定していたのは「公法」事件ではなく「違法処分」事件であったことを確認できよう。

3) 帝国憲法 27 条・61 条と「損害要償ノ訴訟」

ここで帝国憲法 27 条の所有権（財産権）保障と同 61 条の行政裁判所・司法裁判所の裁判管轄と「損害要償ノ訴訟」との関係を整理しておく。

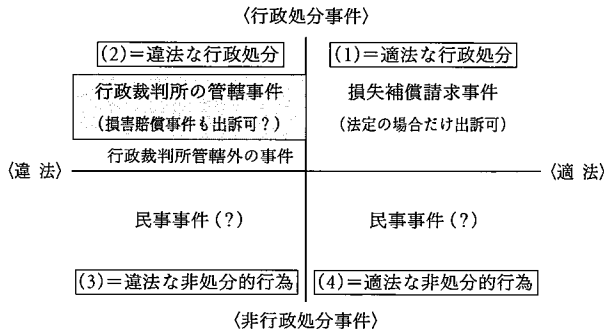
【図 1】は、横軸に行政活動の法的評価（適法か違法か）を、縦軸に行政活動の性質（行政処分か非行政処分か）をとったものである。この座標によって、(1) 適法な行政処分、(2) 違法な行政処分、(3) 違法な非処分的行為、(4) 適法な非処分的行為、の 4 つに行政活動を区分することが可能になる（以下、(1) 事件と(2) 事件をあわせて「行政処分事件」、(3) 事件と(4) 事件をあわせて「非行政処分事件」と呼ぶ）。

まず、帝国憲法 27 条 2 項にいう「公益ノ為必要ナル処分」（適法な行政処分）に対して損害の填補を求める「損害要償ノ訴訟」、つまり損失補償請求

95) 伊藤・前掲注 15)98-99 頁。この経緯の解説として、和田英夫「行政裁判（法体制確立期）」鶴飼信成ほか編『講座日本近代法発達史 3』勁草書房、1958 年、120-121 頁、帝国議会での趣旨説明について、松本・前掲注 7)345-347 頁を参照。

96) 稲田・前掲注 14)720 頁。なお、前掲注 14)を付した本文では「行政官庁ノ違法処分」が他の 2 つの「処分」を含む旨を説明したが、そこでの要点は、上記 3 つの「処分」の包含関係ではなく、これらの「処分」がいずれも主権の行使から演繹されることを理由として司法裁判所の管轄外に置かれていることにあった。後二者の「処分」は、いずれの裁判所にも出訴できないこととされたわけである。

【図1】 行政活動の性質と裁判管轄との関係



訴訟は、(1)に位置づけることができる。ただしこの訴訟は、法律が許容した場合にだけ認められると解されていた⁹⁷⁾。行政裁判法の立案担当者らは、損失補償請求訴訟は行政処分に関する事件の一種であるから本来行政裁判所が管轄すべきだと考え、法律でこれを許容すべく起草作業を進めていたが、後述のように、最終段階で行政裁判法16条が設けられたことにより、この種の訴訟は行政裁判所の管轄外とされた。その後の行政裁判法の改正作業では、再び行政裁判所において損失補償請求訴訟を管轄する方向が模索されることになる。また、この種の改正案が日の目を見ない状況の下で、損害を受けながら補償を得られなかった者らは、どこにも救済の途を見出せないとして、間欠的に司法裁判所に訴訟を提起した。

次に、帝国憲法61条にいう「行政官庁ノ違法処分ニ由リ権利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟」は、(2)に位置づけることができる。とはいえ、同条は「別ニ法律ヲ以テ定メタル行政裁判所ノ裁判ニ属スヘキモノ」を行政裁判所の管轄事件とし、司法裁判所はこれを受理できないこととした(【図1】(2)の網かけ部分)。したがって、(2)に属する事件の中には、行政裁判所の管轄事件には属さないものも含まれることになった。この結果、第一に、行政裁判所の管轄に属さない行政処分事件を司法裁判所が審理・判断できるか否か、

97) 美濃部・前掲注81)参照。

という問題が生じた。学説の一方はこれを肯定し、1891年の大審院判決も、帝国憲法24条が保障する裁判を受ける権利と本条の規定とをあわせて考えると行政裁判所の管轄外とされた処分取消訴訟は司法裁判所の管轄に属する、と判示していた⁹⁸⁾。とはいえ、1890年代半ばには、このような解釈は姿を消すことになった⁹⁹⁾。第二に、「違法処分」に起因する損害の填補を求める「損害要償ノ訴訟」を行政裁判所が管轄すべきかどうか、という問題も生じた。この点は、損失補償請求訴訟の場合と同じく、行政裁判法16条でいったん決着がつけられたが、その後の改正作業で改めて検討されることになり、また司法裁判所に多数の損害賠償請求訴訟が提起されることになった(司法裁判所での対応の変転については、後述5(2)および(3)参照)。

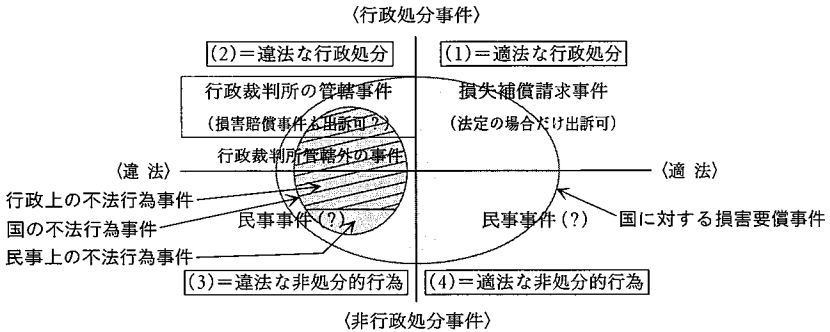
そして、行政処分以外の違法な行政活動に起因する権利侵害に対して救済を求める「損害要償ノ訴訟」(国に対する損害賠償請求訴訟、妨害排除請求訴訟など)は、(3)に位置づけることができる。ここに属する事件の一部を行政裁判所の管轄事件に取り込むべきか否かが、行政裁判法の起草作業で問題とされ、また、その後の訴訟においては、この種の訴訟を「民事事件」と解するか否かが問題とされた。

最後に、諸種の支給金のように、行政処分が介在することなく私人の側に発生する請求権について、これが拒絶または放置された場合に救済を求める訴訟も存在する。この種の訴訟が(4)である。これらについても、行政裁判法の起草作業でその一部を「行政事件」に取り込むことが検討され、また、後の訴訟において、この種の訴訟を「民事事件」と解するか否か、あるい

98) 大判1891(明治24)・4・7, 長野県知事違法処分取消請求事件(裁判粹誌・民事集6巻135頁)。当時の学説・判例の状況も含めて、後述5(2)参照。

99) 大判1892(明治25)・12・17, 警察官違法処分取消・要償請求事件(大審院判決録・明治25年386頁, 裁判粹誌・民事集7巻634頁)は、「憲法六十一条ハ行政裁判所ニ属スル訴訟ハ司法裁判所カ受理ス可カラサルコトヲ限定シタルニ止マリ其他ノ訴件ハ性質如何ニ拘ハラズ総テ之ヲ受理ス可シトノコトヲ規定シタルモノニ非ス」と判示し、本件が行政事件であることを理由として、原審における請求却下の判断を是認した。前掲の大判1891・4・7が示した憲法24条および61条についての判例を変更したものともみることができる。学説については、後述5(2)および(4)参照。

【図2】 行政裁判所の管轄事件と「損害要償ノ訴訟」・「行政上の不法行為事件」との関係



はそもそも国の側に債務が生じないという理由で争訟性を否認できるか否か、といった点が争われた。

4) 行政裁判所の管轄事件と「損害要償ノ訴訟」・「行政上の不法行為事件」

さて、国に関わる諸種の訴訟事件の中で「損害要償ノ訴訟」や「行政上の不法行為事件」はどのような位置を占めるのであろうか。【図1】に「損害要償ノ訴訟」に関わる訴訟事件を加えたのが【図2】である。

(1)の適法な行政処分に対する訴訟のほとんどは損失補償請求事件であるから、「損害要償ノ訴訟」に属することになる(なお、これに属さない事件としては、残地取用請求事件などがある)。先に言及したように、行政裁判法の起草作業において、この種の「損害要償ノ訴訟」の多くを行政裁判所の管轄事件に取り込むことが試みられたが、同法16条によりいったん断念された。

(2)の違法な行政処分に対する訴訟には、帝国憲法制定の時点では損害要償事件も含まれるものと考えられていた¹⁰⁰⁾。違法な行政処分に起因する「損害要償ノ訴訟」は国の行政上の不法行為に対する訴訟となる。

(3)の違法な非処分的行為に起因する訴訟の中で、「損害要償ノ訴訟」は、

100) 後述4(3)2)の④案および⑥案参照。

国の行政上の不法行為に対する訴訟（後に、公法事件に分類される訴訟）と国の純私法上の不法行為に対する訴訟（後に、私法事件に分類される訴訟）に区分される。このうちの国の行政上の不法行為に対する訴訟が、国家無答責の法理の適用対象とされる訴訟である。

(4)の適法な非行政処分的行為に起因する「損害要償ノ訴訟」のうちいくつかも、行政裁判法の起草作業の過程で、行政裁判所の管轄事件に取り入れることが検討されたが、同法 16 条によりいったん断念された。

以上のように、国に対する損害要償事件は(1)から(4)までの全体に関わるが、国の不法行為に対する損害要償事件は(2)と(3)に関わる。後者のうち、国の純私法上の不法行為に対する損害要償事件を除いた部分（【図2】の斜線部分）が、行政上の不法行為に対する損害要償事件である。国家無答責の法理が問題となるのは、この種の事件である。

行政事件と民事事件の区分について、井上毅とロエスレルは、基本的には行政処分事件か否かを指針にすることを考えていたが、モッセは、公法事件か私法事件かという基準を保持しつづけた。井上らによれば、【図2】の(3)に属する行政上の不法行為事件は、行政裁判所による概括主義的な統制の対象から外れる事件であったのに対し、モッセによれば、それは公法事件であるがゆえに違法性の有無や責任の所在について行政裁判所の判断を介在させた上で、民事裁判所に賠償の判断を委ねるべきものであった。そして行政裁判法は、後述のように、いずれの見解も採用しなかった。すなわち、概括主義を否定して列記主義を採用する一方で、公法事件という概念もモッセ型の裁判手続も採らなかったのである¹⁰¹⁾。その帰趨については、行政裁判法の立法過程を概観した後に検討することにしよう。

101) 以上について、ロエスレル・前掲注 89)72 頁以下、モッセ「国ニ対スル訴訟ニ関スルモッセ氏答議」国学院大学日本文化研究所(編)『近代日本法制史料集・第十』国学院大学、1988 年、174 頁以下およびモッセ「行政裁判法第十三条修正案ニ対スルモッセ氏意見」同書 213 頁など。詳しくは、4(3)2)および3)参照。

5) まとめ

帝国憲法 61 条は、第一に、行政裁判所の管轄事件の性質を、行政処分事件とすることで【図 2】の(3)から(2)を区別するとともに、違法事件とすることで(1)から(2)を区別しようとした。しかし第二に、同条は、行政裁判所の管轄事件の範囲を法律に委ねる趣旨に解釈できる文言を付加したために、(1)や(3)に属する損害要償事件を法律によって行政裁判所の管轄事件に取り込む余地を残した。そして第三に、同条にいう「行政官庁ノ違法処分ニ由リ権利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟」と、国家無答責の法理の適用が問題となる行政上の不法行為事件とは、まったく対象を異にするカテゴリーであった。

したがって、帝国憲法 61 条は、国家無答責の法理について何らかの指針を与えるような規定ではなかった、ということが出来る。

(3) 行政裁判法 (1890 年)

1) 行政裁判法の制定と行政事件

前述のように、1884 年に制度取調局が一連の立法作業に取り組み始めた段階で、行政裁判所設置の方針はすでに定まっていたといわれている。この点は、憲法草案の当初から行政裁判所に関する条項が盛り込まれていたことから確認できる。

行政裁判所が 1941 年に編集した『行政裁判所五十年史』によれば、最初の体系的な草案は、H. ロessler によって 1884 年 11 月に起草され、以後、——継承関係は不明であるが——法制局を中心に草案作成作業が進められることとなり、最終段階では A. モッセが作成した草案が若干の修正を経た後、1890 年 4 月に枢密院に諮詢され、同年 6 月にその審査を終了し、閣議を経て、同年 6 月 30 日に公布された、とされている (同年 10 月に、関係法令である「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」とともに施行された)¹⁰²⁾。こうして成立し

102) 行政裁判所・前掲注 16)1-62 頁。執筆者は杉村章三郎、宮沢俊義、田中二郎、林茂である。なお、同法の成立過程と井上毅との関係についての研究として、轟明「明治行

た行政裁判法であったが、制定直後から諸種の問題点が指摘され、後年に至るまで改正論議が続けられることになる¹⁰³⁾。

ここでは、行政裁判法の制定経過に即して、立法作業の中で国の不法行為責任はどのように位置づけられていたのか、および、1890年の時点で国家無答責の法理を採用するという基本的法政策が確立したとみなすことができるのか否か、という本節の課題を究明することにしたい。そこで、まず、行政裁判所の管轄対象となる事件がどのように構想されていたのかを、同法15条・16条の起草作業に即して整理し、次に、同法の射程を確かめるために1900年ごろにまとめられた改正案である「行政裁判及行政裁判権限法」案と行政裁判法を比較対照し、その上で、行政裁判法16条の意義と同法における行政上の不法行為事件の位置づけを示すことにする。

2) 行政裁判法15条・16条制定の経緯

前述の『行政裁判所五十年史』を適宜参照しながら、起草作業の過程で行政裁判所の管轄対象となる事件がどのように位置づけられていたのかを概観してみよう。

① 1884年11月・「ロエスレル草案」¹⁰⁴⁾

第12条 行政訴訟ハ何人タリトモ行政庁ノ違法ノ裁決及処分ニ依テ自己ノ権利ヲ
毀損セラレタルトキ其事件ニ付キ願訴ノ手續ヲ経尽シタル後之ヲスルコトヲ得

第13条 行政訴訟ハ特ニ左ノ事件ニ付キ之ヲ為スコトヲ得

第一 貴族ノ族籍及其権利義務其他公然ノ爵位及榮譽表章ヲ以テ事件トスル

政裁判制度成立史に関する一考察——行政裁判法の成立過程と井上毅——」本郷法政紀要1号(1993年)223頁がある。

103) 行政裁判法制定までの経緯については、行政裁判所・前掲注16)第1編、改正問題の審議および改正案については、同書第3編。

104) 「ロエスレル氏起稿行政裁判法草案」国学院大学日本文化研究所(編)『近代日本法制史料集・第五』国学院大学、1982年、141頁。関連研究として、木野主計「行政裁判法制定過程の研究——ロエスレル案を中心として——」大倉山論集27号(1990年)249頁、同「訴訟法成立過程の研究——ロエスレル案を中心として——」梧陰文庫研究会編『井上毅とその周辺』木鐸社、2000年、239頁以下。

争訟

第二 公吏ノ俸給及退隠料ノ請求

第三 公税及公然ノ手数料ノ免除又ハ減少ノ請求

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
ヒ国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
モノハ此限リニアラズ

第五 行政上ニ於テ政府ノ付与シタル免許ニ付テ起ル争訟

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担スル処分ニ付キ
政府ニ対スル損害要償

第七 行政上ノ処置又ハ公業ノ実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対スル損害要償

行政訴訟ヲ為ストキハ民事訴訟ヲ為スコトヲ得ス

本条ニ記載シタル場合ノ行政訴訟ハ未タ行政処分及裁決ヲ為サ、ル内ニ政府
ヨリ之ヲ提起スルコトヲ得

② 1887 年ごろ・「法制局案」

第 2 条 行政裁判院ハ官署ニ於テ其権限ヲ越エ又ハ法律命令ニ抵触シタル行政処
分ヲ為シタルニ因リ自己ノ権利ヲ毀損セラレタリト思惟スル者該官署ニ係リ其
処分ヲ取消ヲ請求スル訴訟ヲ審判ス

第 3 条 売買貸借其他民法上ニ於テ官署ノ処分ヲ一個人ノ行為ト看做ス可キ事件
ニ関スル訴訟ハ行政裁判院ノ権限内ニ属セス

③ 1888 年 4 月ごろ・行政裁判所設置ノ問題¹⁰⁵⁾

(二) 行政裁判ノ権限ヲ民事裁判ト區別スルニハ独逸各国ニ依リ公法私法ヲ以テ
分別スベキヤ又ハ仏国ニ依リ行政上ノ処分ニ対スル訴訟ト云フヲ以テ行政裁判
ノ権限ト為スベキヤ

(三) 要償ノ訴ハ一般ニ民事裁判所ニ譲ルヘキカ又ハ或ル部分ニ限り行政裁判ニ
於テ処分スヘキヤ

(四) 官府ノ人民ニ対スル売買貸借其他ノ契約ハ民事トシテ取扱フヘキヤ又ハ行
政処分トシテ行政裁判ノ管轄ニ属スヘキヤ

(五) 官吏ニ対スル賠償ノ訴ハ直チニ之ヲ司法裁判所ニ提出スルコトヲ得セシム
ベキ乎又ハ先ヅ行政裁判所ニ提出シ行政裁判所ハ其ノ違法又ハ越権タルコトヲ
判定シタル後ニ始メテ賠償ノ訴ヲ司法裁判所ニ為サシムヘキ乎

解答

(二) 後者が採られる。蓋し前者は理論も難しく實際に於ても錯雑を免れない。

105) 行政裁判所・前掲注 16)26-28 頁。(三)の括弧内の追補は伊藤(編)・前掲注 30)367-
369 頁所載の原典である。(三)については、前掲注 55)も参照。

- (三) 法律に明文あるものは出訴を許し又は行政裁判所が取消す行政処分に依り直接に生ずべき損害の賠償は行政庁に於て処分する外、一般に行政訴訟を許さない(君主ハ不善ヲ為スコト能ハズ。故ニ政府ノ主權ニ依レル処置ハ要償ノ責ニ任ゼントハ一般ニ憲法学ノ是認スル所ナレバ、人民ハ一個人トシテ官吏ノ故造処置ヲ訴へ、民事裁判所ニ要償スルヲ除ク外、行政庁ヲ相手取り要償ノ訴ヲ為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条件(徵発令ノ如シ)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処分ニ依リ、直接ニ生ズベキ損害ノ賠償ハ行政庁ニ於テ之ヲ処分スベキモノトス(但シ取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)。
- (四) 此等を以て行政裁判に属せしむるフランスの制度に対して一は理論上から反対し一は實際上から賛成する。
- (五) 此处では後説が採られる。

④ 1888年・「井上案」¹⁰⁶⁾

- 第1条 凡ソ行政上ニ於テ起リタル權利ノ争訟ハ行政裁判所之ヲ裁判ス
- 第6条 凡ソ行政庁ノ処分ニ対スル訴訟ハ法律ニ反対ノ明文アルヲ除クノ外行政裁判所之ヲ裁判ス
- 第7条 行政裁判所ハ法律ニ拠リ政府ニ賠償ノ義務ヲ負フ者又ハ行政処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8条 何人タリトモ行政庁ノ違法又ハ越權ノ処分ニ依テ既得ノ權利ヲ毀損セラレタリトスル者ハ高等行政庁ニ向テ訴願ノ手續ヲ經タル後行政訴訟ヲ為スコトヲ得〔後略〕
- 第9条 行政訴訟又左ノ事件ニ付之ヲ為スコトヲ得
- 第一 官有財産ト人民トノ間ノ争訟
- 第二 租税及手数料ノ減免ヲ得ヘキ特別ノ理由ヲ主張スルノ要求
- 第三 政府ト官有物買受人又ハ政府ト工業〔公業?〕請負人其ノ他諸般ノ契約ニ付テ起ル争訟又ハ国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ベキ特約アルモノハ此ノ限ニ在ラス
- 第10条 行政訴訟ヲ為スコトハ民事訴訟ヲ為スコトヲ得ス

⑤ 1888年・政府及官吏賠償準則(案)¹⁰⁷⁾

- 第一 凡ソ臣民ハ国ノ公益ヲ助クル為ニ其ノ財産及權利ヲ放棄スルノ義務アリ但

106) 行政裁判所・前掲注16)30頁以下。

107) 伊東伯爵家文書『行政裁判法草案・其一(附訴願法、政府及官吏賠償準則、行政裁判内規)』国立国会図書館憲政資料室所蔵による(「行政裁判法草案・其一」は上記④案と同文である)。なお作成年については、モッセ・後掲注126)および井上毅「行政

シ国庫ハ公益ノ為ニ臣民ノ財産ヲ供給セシメタルトキハ相当ノ賠償ヲ与フヘシ
(普国普通法典ニ依ル)

第二 公益ノ為ニ私産ヲ供給セシムルノ処分ニ対シテハ臣民ハ行政裁判所又ハ司法裁判所ニ告訴スルコトヲ許サス但シ其ノ賠償ノ要求ニ係リテハ行政裁判所ニ告訴スルコトヲ得

第三 戦権及外交ノ主権ニヨリ臣民ノ放棄セシメタルモノハ特別ノ明文アルノ外国庫ハ賠償ノ責ニ任セス

第四 臣民ハ既得権利ノ名義ニ依ラスシテ私益ノ損失ヲ以テ政府又ハ官吏ノ処置ヲ行政裁判所又ハ司法裁判所ニ告訴スルコトヲ得ス

第五 凡ソ官吏ノ職権ニ依レル処置ハ民法上ノ責任ヲ有セス但シ行政官吏其ノ職務ヲ行フニ当リ法律ニ違ヒ又ハ法律ニ掲ケタル義務ヲ怠リ若クハ権限ヲ侵シタルトキハ行政裁判所ニ於テ不正トシテ裁判サレ其ノ官吏ヲ被告トシテ司法裁判所ニ賠償ノ訴ヲナスコトヲ得

第六 行政裁判所ニ於テ官庁ノ処置ヲ取消シタル結果ニ因リ直接補償ノ義務ヲ生スルトキハ行政庁ニ於テ之ヲ処分スヘシ

第七 第四条ノ場合ニ於テ官吏ノ賠償ヲ許可スルハ官吏ノ故意ノ違法越権又ハ重大ナル過失ニ止マルヘシ良意ニ出タル過誤ハ通常賠償ニ任セシメス

第八 凡ソ行政官庁ノ普通ニ宣布スル命令ハ上司ヨリノ之ヲ取消サレタルモ賠償ノ責ヲ負フコトナシ故ニ第五第六ニ掲ケタル者ハ其ノ各個ニ係ル処分又ハ指令ニ限ル

第九 行政庁ニ対スル告訴ヲ除クノ外凡ソ官吏ノ故造ヲ以テ職権ヲ濫用シ他人ノ権利ヲ傷害シタル所為ニ対シ(賄賂枉法誣罔ノ類)其ノ私事トシテ告訴スル者ハ司法裁判所ニ於テスルヘシ但シ本属官庁ハ其ノ事行政処分ニ属スルノ理由ヲ以テ司法裁判所ニ対シ権限ノ争議ヲ起スコトヲ得

第十 所属行政官吏本属長官ノ命令ヲ以テ施行セシ事件ハ其ノ責ニ任セス然レトモ其ノ事件法律上禁止ノ明文ヲ犯ストキハ長官ノ命令ヲ以テ施行セシ者ト雖トモ仍其ノ責ヲ負フヘシ

第十一 前条ノ場合ニ於テ所属行政官吏本属長官ノ命令ヲ以テ施行シタル事件ニ就キ被害者ニ対スル賠償ノ責ヲ免レサルトキハ其ノ官吏ハ更ニ本属長官ニ対シテ賠償ヲ求ムルコトヲ得

第十二 官吏自己固有ノ職掌又ハ特ニ其ノ本属長官ヨリ委任ヲ受ケタル職務ニシテ専ラ其ノ責ニ任スヘキ者ニ就テハ訓令指令ヲ以テ責ヲ逃ルハノ辞トナスコトヲ得ス

第十三 所属行政官吏本属長官ヨリ受タル命令ノ区域ヲ踰越シタルトキハ其ノ踰

裁判法外三法案ニ対スル意見」(梧陰文庫 B-1985)における⑤案への言及に基づいて推定した。

越ノ部分ニ対シ責ヲ負フヘシ

第十四 長官又ハ監督ノ任ニ当ル者ニシテ其ノ監督ヲ怠リ所属官吏ヲシテ過失アルニ至ラシメ又ハ所属官吏ノ違法ヲ制止スルノ任ニ在リテ其ノ制止シ得ヘキ場合ニ当リ之ヲ制止セサル者ハ命令ト均シク其ノ責ヲ負フヘシ

第十五 法律ニ於テ禁止シタル事件ノ施行ヲ命令シタルトキハ本属長官ニ限ラス其ノ官吏ノ同列タリトモ其ノ命ヲ為シタル者ハ命ヲ行ヒタル者ニ先ダチ主トシテ其ノ責ニ当ルヘシ

第十六 官吏ノ相続人ハ其ノ官吏ノ不正ナル所為ノ為ニ遺産ヲ増殖シタル証憑アル場合ニ限り前人ノ賠償ニ任スヘシ

第十七 被害人ハ已ニ退職セル官吏ノ在職中ニ履行セシ事件ニ付キ要償ノ訴ヲナスコトヲ得

第十八 官吏ノ故造又ハ大ナル過失ニ因レル違法又ハ越権ノ処置ハ僚員其ノ局ニ当ル者均シク連帯シテ責ニ任スヘシ其ノ不用意ノ過誤ハ各員相当ノ部分ヲ以テ分割シテ責ニ任スヘシ

第十九 集議体ノ官吏ニシテ一員又ハ数員同僚ノ決議ニ相違セル文書ヲ記シ又ハ職権外ノ事ヲ為シ又ハ怠惰ノ故ヲ以テ過失ヲ犯セシトキハ本人主トシテ其ノ責ニ任スヘシ但シ職務上監督ノ任アル者ハ仍其ノ責ヲ免ルハコトヲ得ス

第二十 凡ソ被害人民ニ対シ官庫ヨリ賠償スル者ハ官庫ハ其ノ主任官吏ニ向テ之ヲ徵償スヘシ但シ事情憫諒スヘキ者又ハ既ニ死亡シ若ハ産ヲ失ヒタル者ハ行政裁判所ノ議ヲ経テ其ノ徵償ヲ免ルハコトヲ得

⑥ 1889年・「井上案」に対する井上毅の修正意見¹⁰⁸⁾

第1条 (削除)

第6条 行政裁判所ハ、行政訴訟ヲ審理裁判ス、但シ法律ニ反対ノ規定アルトキハ、此限ニ存ラス

第7条 (第9条中ニ之ヲ入ルヘシ)

第8条 行政訴訟ハ何人タリトモ行政ノ違法、又ハ越権ノ処分ニ依リ、自己ノ権利ヲ毀損セラレタリトスルトキ、訴願ノ手續ヲ経タル後之ヲ為スコトヲ得
〔後略〕

108) 井上毅「行政裁判法案修正意見」井上毅伝記編纂委員会(編)・前掲注19)713頁以下。④「井上案」に対する全面的な修正案であるが、行政裁判所の管轄事件に関係する条項のみを抜粋・整理した。なお、年代について、同書は「明治23年」(1890年)としているが、第9条の修正理由において、井上が「帝国裁判所構成法草案第三十二条(ロ)ニ於テハ……」と説明しているところから考えれば、執筆時期は1888年から1889年前半の時期であることは確実である。③の方針を反映して④案が作成されており、その④案に対する修正意見が⑤であることから推察すれば、⑤は1888年後半から1889年前半に執筆されたものと考えられるが、ここでは1889年としておく。

第9条 行政訴訟ハ又左ノ事件ニ付之ヲ為スコトヲ得

第一 官吏ノ俸給及退職料ニ付テノ請求

第二 租税及手数料ノ減免ニ付テノ請求

第三 土地買上其他法律上政府ニ於テ、損害賠償ノ義務ヲ負担スル処分ニ対スル損害要償

第四 行政上ノ処分ニ依リ加ヘラレタル直接ノ損害要償

第10条 (削除)

⑦ 1889年・「モッセ案」¹⁰⁹⁾

第13条 行政裁判所ハ法律又ハ勅令ニ依リ行政裁判所ニ出訴ヲ許シ又ハ将来許サル、事件ヲ裁判スルノ職權ヲ有スルモノトス

第14条 國務大臣ハ行政庁ノ違法処分又ハ裁決ニ依リ權利ヲ毀損セラレタリトスル場合ニ於テ人民ヨリ提出シタル訴願ヲ行政裁判所ノ判決ニ付スルコトヲ得

第18条 民事ニ関スル訴訟ハ官有財産又ハ府県郡市町村其他ノ自治団体ト人民トノ間ニ起ルモノト雖モ通常裁判所ノ管轄ニ属ス

第19条 行政官吏ノ職務上ノ処分又ハ職務ヲ執行スル為メニ為サレタル処分ニ対シ若クハ職務上為スヘキ処分ノ怠慢ニ対シテ提起スル損害要償ノ民事訴訟ハ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属スル職務上ノ処分ヲ怠リタルカ為メニ損害ヲ与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

第20条 行政訴訟 (第13条) 又ハ民事訴訟 (第18条及第19条) ヲ許シタル場合ヲ除クノ外行政上ノ処分及裁決ニ対シテハ単ニ訴願ニ依ルコトヲ得ルモノトス

⑧ 1890年初めごろ・「修正モッセ案」¹¹⁰⁾

第14条 行政裁判院ハ左ノ事件ニ付行政庁ノ違法処分ニ由リ權利ヲ毀損セラレタリトスルノ訴訟ヲ審判ス

109) 「モッセ氏行政裁判法案」前掲注101)『近代日本法制史料集・第十』201頁。行政裁判所・前掲注16)39頁によれば、上記の「井上案」とこの「モッセ案」との関係が併存的であったか継起的であったかは不明であるが、後者は修正を経て「行政裁判法」に成長したとされている。行政裁判法とモッセの関係については、木野主計「行政裁判法成立過程の研究——モッセ案を中心として——」大倉山論集11号(1972年)171頁がある。

110) 井上毅による「行政裁判法案修正意見」および「行政裁判所編成修正意見」がいずれも1889年に提出されたものとされており(前掲注19)『井上毅伝 史料編第五』713頁,723頁),これらの意見の内容が(直接の影響があったか否かは不明であるが)「修正モッセ案」に反映されていることからすると、同案は、1889年1月から同年3月25日(⑨案の諮詢日)までの間に作成されたものと推定される。

- 一 海関税ヲ除ク外租税及手数料ノ各個賦課ニ関スル事件
- 二 租税滞納公売処分ニ関スル事件
- 三 営業免許ノ拒否又ハ取消ニ関スル事件
- 四 水利土功ニ関スル事件

其他法律ニ依リ行政裁判院ニ出訴ヲ許シタル事件ヲ審判ス

第15条 行政庁ト一個人トノ間ニ起リタル民事ニ関スル訴訟ハ行政裁判院ノ管轄ニ属セス

第16条 行政裁判院ハ行政官吏ニ対スル損害要償ノ訴訟ヲ受理セス
行政官吏ニ対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処分ノ越権ナルヤ又ハ法律勅令ニ掲ケタル責任ニ属スル職務上ノ処分ヲ怠リタルヤ否ノ判決ヲ受クヘシ

第21条 行政訴訟又ハ民事訴訟ヲ許シタル場合ヲ除クノ外行政上ノ処分ニ対シテハ単ニ訴願ヲ為スコトヲ得

㊦ 1890年3月・枢密院御下附案¹¹¹⁾

第12条 行政裁判院ハ法律ニ依リ行政裁判院ニ出訴ヲ許シタル事件ヲ審判ス

第13条 行政庁ト一個人トノ間ニ起リタル通常民事ニ関スル訴訟ハ行政裁判院ノ管轄ニ属セス

第14条 行政裁判院ハ行政官吏ニ対スル損害要償ノ訴訟ヲ受理セス
行政官吏ニ対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処分ノ越権ナルヤ又ハ法律勅令ニ掲ケタル責任ニ属スル職務上ノ処分ヲ怠リタルヤ否ノ判決ヲ受クヘシ

第21条 行政訴訟又ハ民事訴訟ヲ許シタル場合ヲ除クノ外行政上ノ処分ニ対シテハ単ニ訴願ヲ為スコトヲ得

㊧ 1890年5月・枢密院議定案¹¹²⁾

第1-25条 行政裁判院一所ハ法律勅令ニ依リ行政裁判院一所ニ出訴ヲ許シタル事件ヲ審判ス

第13条 行政庁ト一個人トノ間ニ起リタル通常民事ニ関スル訴訟ハ行政裁判院ノ管轄ニ属セス

第1-46条 行政裁判院一所ハ行政官吏ニ対スル損害要償ノ訴訟ヲ受理セス
行政官吏ニ対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

111) アジア歴史資料センター・行政裁判法（枢密院御下附案，明治23年3月25日），<http://www.jacar.go.jp> 掲載。

112) アジア歴史資料センター・行政裁判法（枢密院決議・一，明治23年5月1日決議），<http://www.jacar.go.jp> 掲載。本案における16条（原案14条）の修正については，近藤・前掲注64)228頁，宇賀・前掲注8)427頁も言及している。

【図3】 訴訟事件の性質と裁判管轄との関係

〈行政処分事件〉	
(2)＝違法な行政処分	(1)＝適法な行政処分
(a) 抗告訴訟・非列記事件 〈行政裁判所管轄事件〉	
(b) 抗告訴訟・非列記事件	(イ) 法定の補償請求事件(司法裁判管轄事件)
(c) 処分取消後の賠償請求事件	(ロ) 法定の補償請求事件
(d) 直接賠償請求事件	(ハ) 非法定の補償請求事件
(違 法)	(適 法)
(e) 権力的事実行為に対する賠償事件	(ニ) 法定の補償請求事件
(f) 非権力的事実行為に対する賠償事件	(ホ) 非法定の補償請求事件
(g) 公営事業の不法行為に対する賠償事件	(ヘ) 公営事業の支給金等の請求事件
(h) 公法上の債権に基づく請求事件(違法)	(ト) 公法上の財産権・契約に関する事件
(i) 私法上の不法行為に対する賠償事件	(チ) 私法上の請求に対する賠償事件
(3)＝違法な非処分的行為	(4)＝適法な非処分的行為
〈非行政処分事件〉	

裁判所ニ出訴シテ其処分ノ越権ナルヤ又ハ法律勅令ニ掲ケタル責任ニ屬スル職務上ノ処分ヲ怠リタルヤ否ノ判決ヲ受クヘシ

第18条 行政訴訟又ハ民事訴訟ヲ許シタル場合ヲ除ク外行政上ノ処分ニ對シテハ単ニ訴願ヲ為スコトヲ得

⑪ 1890年6月・行政裁判法

第15条 行政裁判所ハ法律勅令ニ依リ行政裁判所ニ出訴ヲ許シタル事件ヲ審判ス

第16条 行政裁判所ハ損害要償ノ訴訟ヲ受理セス

⑫ 1890年10月・行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件

法律勅令ニ別段ノ規程アルモノヲ除ク外左ニ掲ケル事件ニ付行政庁ノ違法処分ニ由リ權利ヲ毀損セラレタリトスル者ハ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ得

- 一 海關稅ヲ除ク外租稅及手数料ノ賦課ニ関スル事件
- 二 租稅滯納処分ニ関スル事件
- 三 營業免許ノ拒否又ハ取消ニ関スル事件
- 四 水利及土木ニ関スル事件
- 五 土地ノ官民有区分ノ査定ニ関スル事件

諸案の検討を行う前に、行政裁判所の管轄対象になりうると考えられていた事件を概観しておく。【図3】は、【図1】を詳細化したものである。【図3】中の(a)は、行政裁判法15条に基づき法律・勅令によって行政裁判所への出訴

を許容された行政事件である。(b)は、「行政官庁ノ違法処分」(帝国憲法 61条)に対する不服事件のうち、法律・勅令で出訴を許容されていない事件で、かつ非要償事件である。(c)(d)は、「行政官庁ノ違法処分」に対する不服事件で、「損害要償ノ訴訟」に該当する事件である。(e)(f)(g)(h)は、行政処分以外の行政活動によってもたらされた損害についての「損害要償ノ訴訟」に該当する事件である。(c)(d)(e)(f)(g)(h)については、後に、司法裁判所に出訴できるか否かに関する争いが生じた。(i)は私法上の事件であり、司法裁判所の管轄対象となる事件である。右側の(イ)(ロ)(ハ)は、行政処分に起因する損害についての補償請求訴訟である。(イ)の例としては、土地収用法 47条以下の土地収用、河川法 39条の土地使用に対する補償などがある¹¹³⁾。(ロ)(ハ)(ニ)(ホ)(ヘ)(ト)については、民事事件として司法裁判所の救済を求めうるか否かが後年の訴訟で争われた。(チ)は、純然たる民事事件である。

さて、以下、各案について、概括主義か列記主義か、損害賠償請求と損失補償請求などの事件をどのように位置づけているか、行政裁判所と司法裁判所との関係をどのように捉えているか、という三つの視点から、検討を進めてみよう(各案において行政裁判所への訴訟提起が認められている請求類型が上記(a)から(i)および(イ)から(チ)に完全に一対一で対応するわけではないが、各案の中で多様な「損害要償ノ訴訟」が考慮に入れられていることを確かめるために、できる限りこれらの対応関係を示すことにしたい)。

①について。

ロエスレル自身の説明によれば、12条は1875年のオーストリア行政裁判所法 2条と同じく概括主義を採用し、13条は民事訴訟の範囲に対して行政訴訟の範囲を区別した規定(つまり私権か公権かという権利の性質による区分では裁判管轄に疑問の余地が生じるので、あらかじめ法律をもって管轄を明示した規定)である¹¹⁴⁾。そこでまず12条をみると、上記の説明のとおり、違法処分に対する

113) 公法上の損失補償の実例を網羅的に挙げている文献として、田中・前掲注 79)『行政上の損害賠償及び損失補償』229頁以下。

114) 「行政裁判法草案理由及説明ロエスレル起稿」前掲注 104)『近代日本法制史料集・

救済を——願訴(訴願)を経ることを条件として——概括的に認めていることを確認できる。したがって、(a)(b)のいずれについても出訴が認められる。次に、13条各号をみると、損害賠償事件としては、第七=(d)または(e)および(g)、損失補償としては、第六=(ロ)、その他として、第二=(i)、第四=(ト)なども行政裁判所の管轄事件とされている。そして、13条2項をみると、行政裁判所と民事裁判所の管轄は競合的に認められ、原告の選択に委ねられていることがわかる。

②について。

まず2条をみると、①案と同様に、概括主義を採用していることが理解できる。(a)(b)の区別をすることなく、出訴が可能なのである。次に3条をみると、(i)と(チ)が民事訴訟として、行政裁判所の管轄外に置かれていることがわかる。損害賠償請求訴訟や損失補償請求訴訟が司法裁判所の管轄に含まれるのか、行政裁判所の管轄に含まれるのか、それともいずれにも含まれないのかは、不明である。また、行政裁判所と司法裁判所との関係についても、行政官庁の違法処分事件が行政裁判所、民法上の事件が司法裁判所であることは理解できるが、その中間にある諸事件に対する両裁判所の管轄権は、不明である。

③について。

まず(二)の問いと答えをみると、行政裁判法の立法者は、公法私法二分論による行政事件・民事事件の区別ではなく、行政処分事件か否かを基準とする行政事件・民事事件の区別を選択したことが理解できる。この点は、前述の帝国憲法61条の制定経過にも符合する。とはいえ、ここから、概括主義を採用するのかそれとも列記主義かという方針を読み取ることはできない。

次に、(三)の問いと答えをみると、損害賠償事件については、「第三 要償ノ訴ハ一般ニ民事訴訟ニ譲ルベキカ、又ハ或ル部分ニ限り行政裁判ニ於テ

処分すべきヤ」という問題を立て、まず、「政府ノ主権ニ依レル処置」については、原則として、国は損失補償責任も損害賠償責任も負わないこととした。ここにいう「主権ニ依レル処置」がいかなる国の活動を指すのかは必ずしも明らかではないが、(二)で行政処分事件を行政裁判所の管轄事件とする方針を定めていること、および、徴発令に基づく物資の徴発や収用令に基づく財産等の収用がその例——原則から外れる例——として挙げられていることに照らしてみれば、ここにいう「主権ニ依レル処置」は行政処分を指すものと考えられる¹¹⁵⁾。行政裁判所で受理すべき「損害要償ノ訴訟」としては、「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条件」、つまり法律が政府の損失補償責任を明定している(ロ)(ニ)(ヘ)のような場合が挙げられ、(c)については、行政庁において対応すべきこととし、(ト)の場合については、(四)の答えで、行政裁判所の管轄に含めるべきこととしている。

そして、行政裁判所と司法裁判所との関係については、行政処分事件で「要償ノ訴」であるもののうち、法律が政府の賠償・補償責任を認めている場合(【図3】の(ロ))は行政裁判所、法律が司法裁判所への出訴を認めている場合(同(イ)など)および官吏個人の賠償責任事件の場合は司法裁判所、処分取消にともなう損害(同(c))の場合は行政庁、という管轄の分担が示された。ただしこのような管轄の分担は、以後の起草作業において貫徹されたわけではない。

なお、(三)の冒頭で「君主ハ不善ヲ為スコト能ハズ」と宣言したことをもって、これを、行政裁判法の立法者が国家無答責の法理を採用したことの徴表だ、とみることは正しくない。なぜなら、当時この格言は、国の不法行為についての賠償責任を免責するものだとは理解されていなかったからである。たとえば、国の賠償責任との関連でこの格言の「民法」上の意味と「政法」上の意味を質問した井上毅に対して、ロエスレルは、この格言は国王の不可侵性を示しており、国の不法行為責任は大臣が負うべきものであって、

115) 行政処分を主権の行使と同一視する考え方については、前述3(2)および前掲注96)参照。

大臣弾劾法を制定しない限り政府の責任になる、と答えている¹¹⁶⁾。またモッセも、井上の質問に答えて、「国ニ対スル訴訟」を「国王ニ対スル訴訟」と理解すべきではなく、国家の財産に関する訴訟であれば「国庫ニ対スル訴訟」とし、国家機関の処置が適法か否かに関する訴訟は「官庁ニ対スル訴訟」という用語を用いるべきだと説いている¹¹⁷⁾。付言すれば、③におけるこの格言の援用は、かなり恣意的であり（前述3(9)参照）、また、徴発令や取用令に言及していることから明らかなように、損失補償も含めて国の「要償ノ責」が限定的だということを言い表しているにすぎない。後者について敷衍すると、内容的にみて③に強い影響を与えたと考えられる井上毅は、国が賠償責任を免除されるべき場合について、「鉄道、郵便、電信ノ如キ、特ニ条例ヲ以テ損害ヲ担保シタル場合ニ非レハ、其責ニ任スルコトナシ」と述べて、鉄道・郵便・電信といった公営事業——国家無答責の法理によれば私経済活動として民法が適用されるべき事業——も原則として賠償責任を免除すべきだという見解を示しているし¹¹⁸⁾、また同じく、モッセも、賠償責任を

116) 「ロエスレル氏答議 王権部 22」国学院大学日本文化研究所(編)『近代日本法制史料集・第一』国学院大学、1979年、103-105頁。イギリスとドイツ各邦の制度と現状を説明した後、結論として、「総テ政務上処置ノ責任ハ、拳ケテ之ニ副署シタル大臣ノ一身ニ帰スルモノニシテ、而シテ其責任ヤ、独リ国法上ノモノニ止マラス、正当ノ理由アルニ於テハ、又、民法上ノモノニ延及スレハナリ。然レトモ、予ハ既ニ他ノ意見ニ於テ論述シタル如ク、裁判上、此責任ヲ実行スルニハ、必ス大臣弾劾法ヲ制定セサル可ラス。若此法ナカリセハ、元来、有効ナル政務上処置ニ関スル責ハ、之ヲ大臣ノ身ニ帰スルヲ得ス。到底、政府ノ負担タルヲ免カレサルナリ」と説いている。

117) 「国ニ対スル訴訟ニ関スルモッセ氏答議」前掲注101)『近代日本法制史料集・第十』174-176頁。

118) ここで井上は、売買や賃貸のような私権上の行為に属するものとは区別して鉄道・郵便・電信事業にかかわる賠償の問題を位置づけ、特別の法令がある場合に限ってその賠償を認めるべきものとしている。この点について、宇賀・前掲注8)422頁は「鉄道、郵便、電信のような私経済的活動についても、特別の法律の定めがないときには国は責任を負わないという趣旨とも読めるが、『行政権ノ原力』の執行は公権力の行使を意味し、これについてのみ国を免責するのが井上の真意であったようにもとれる」と述べているが、これは「鉄道・郵便・電信事業＝私経済的活動」という後年の枠組を遡及させて理解しようとするものであって、井上の真意を誤解していると思われる。当時はむしろ、この種の公営事業は国策事業であるがゆえに賠償責任を免除されるとする考えが有力であった。たとえば、国鉄工事業要償請求事件（大判1898・5・27

免除すべき国権の執行の例として「違法ノ逮捕若ハ処刑等ニ関スルモノ」を挙げるとともに¹¹⁹⁾、違法行為の国家帰属否定論（法治主義による免責論）を主張しているのである¹²⁰⁾。以上、要するに、③における「君主ハ不善ヲ為スコト能ハズ」という格言の援用について、後の国家無答責の法理につながる考え方の一部分がここに現れていると評価することは可能であるが、この援用をもって一定の法理が採用されたとみなすことは不可能だ、ということである。

④について。

この④案は、『行政裁判所五十年史』が「主として井上毅に依って作られたものではなからうかと思ふ」¹²¹⁾と推定したために、従来「井上案」と呼ばれてきたが、⑥案において井上毅が④案に対する全面的な修正案を提出していることから考えれば、④案は井上が関与していないところで作成された案だと位置づけるのが妥当であろう¹²²⁾。

さて、まず、1条と6条から、④案も概括主義を採用していることがわかる。したがって【図3】の(a)(b)が行政裁判所の管轄事件になるが、6条が「行政官庁ノ違法処分」（帝国憲法61条）に対する訴訟に限らず「凡ソ行政庁ノ処分ニ対スル訴訟」を行政裁判所の管轄事件としているので、(ロ)(ハ)もそこに含まれるものと考えられる。次に、損害賠償・損失補償事件の位置づ

民録4輯5巻91頁)において被告・国側は鉄道事業が国家権能の作用の一つであるという理由で賠償責任の免除を主張していたし、板橋火薬製造所賠償請求事件(大判1910・3・2民録16輯174頁)において大審院は、火薬製造事業を郵便・電信事業とともに「公法上ノ行為」(つまり「私経済的利益ノ為ニスルモノ」ではない行為)であるという理由で国の賠償責任を免除する判断を下したのである。

119) モッセが挙げている例は、いうまでもなく「結果責任」の例であって、国家無答責の法理の根拠となるものではない。前述3(6)も参照。

120) 前述3(5)参照。

121) 前掲注16)29頁。

122) したがって、④の「井上案」が井上毅の意図を示すものであることを前提として、行政裁判法の立法者意思を推測しようとした、下山・前掲注62)63頁、近藤・前掲注64)210-212頁、宇賀・前掲注8)408-409頁などの見解は、見直しが必要だといえよう。

けをみると、④案は、第7条で、行政処分事件について、個別法によって国の賠償（補償）義務が定められている対象者と処分の変更ないし取消しにより補償（賠償）の対象者とされている者に限って、行政裁判所での救済を与えることとしている。つまり、(ロ)法定の補償請求と(c)処分取消後の賠償請求が行政裁判所の管轄事件とされている。第9条では、(ト)官有財産や公法上の契約に関する訴訟、(ハ)租税・手数料の減免や国債に関する訴訟もその管轄事件に加えられている。そして、行政裁判所と司法裁判所との関係については、行政裁判所の管轄事件は、行政処分事件と法定事件とし（6条ないし9条）、他方で、10条が行政訴訟と民事訴訟とを択一的な関係で定めているところからすると、行政処分事件・法定事件以外の「要償ノ訴」は、民事訴訟として司法裁判所の管轄に委ねる趣旨だと考えられる。

ところで、前述の宇賀論文は、④「井上案」の1条・6条と7条とを根拠として、「行政上の不法行為についても、特別の定めがないかぎり、司法裁判所の管轄は認められない趣旨と解することもでき、であるとすれば、結局、行政処分の取消変更により生ずる損害以外は、原則として、裁判により国家賠償を求めることはできないことになる」¹²³⁾と述べている。しかし、このような解釈は成り立たないといわざるをえない。第一に、「井上案」は、「行政上の不法行為」というカテゴリーを用いずに、第6条が行政裁判所の管轄に属するものとした「行政庁ノ処分ニ対スル訴訟」のうちの「要償ノ訴」について規定したのであって、「要償ノ訴」一般を規定していたわけではない。したがって、これらの規定から司法裁判所での国家賠償事件の扱いを読み取ることは不可能である。第二に、10条をみれば、非行政処分事件の不法行為事件については、原則として司法裁判所に民事訴訟を提起することが想定されていたといえる（非行政処分事件のうち行政裁判所が例外的に管轄す

123) これらの条項について、宇賀・前掲注8)409頁。その注記で「もっとも、『行政上ニ於テ起リタル権利ノ争訟』『行政庁ノ処分ニ対スル訴訟』に国家賠償が含まれないとする解釈の成立する余地が全くないわけではなく、この解釈をとれば、本草案は、司法裁判所が国家賠償訴訟につき管轄を有するか否かについては中立的であるということになる」と述べている。

べき事件を列記したのが9条である)。当然のことではあるが、行政裁判法の立法作業は、司法裁判所の権限について十分な考慮を払いながら進められていたのであって、黙示的に司法裁判所の権限を制約する趣旨の条項を設けることは、立法技術的にみて、当時においてもありえないことであった。この点は、④案とほぼ同時期に検討されたと考えられる⑤において、政府および官吏の不法行為に関する賠償責任の範囲と裁判管轄が仔細に検討されているところからみても明白であろう。以上のとおり、「行政裁判法ハ……要償ノ訴ヲ受理セス」と規定したからといって、それを「司法裁判所の管轄は認められない趣旨と解すること」は不可能なのである¹²⁴⁾。

⑤について。

この政府及官吏賠償準則(案)に先立つ法案として、官吏責任賠償法案があった¹²⁵⁾。両案を比べると、共通点として、違法行為の国家帰属否定を前提としていること、この考え方に基づいて官吏個人の賠償責任によって被害者に対する救済を図ろうとしていること、上司・同僚等の組織的關係も賠償責任に組み入れていること、を挙げることができる。一方、相違点として、⑤案は、冒頭の数条に損失補償事件の原則的な免責を掲げ¹²⁶⁾、賠償責任の範囲を故意・越権・重過失に限定し、賠償訴訟の出訴先を司法裁判所とするなど争訟手続を整備している。

124) この点については、後述4(3)3も参照。

125) 近藤・前掲注64)213-218頁および228-230頁に紹介と条文がある。なお、近藤論文は、ロエスレルがこの法案に否定的であったことをもって「行政上の不法行為責任を原則的に否定する」主張をしていたものとみなしているが(214頁)、彼の主張の要点が、官吏の賠償責任を権限踰越の場合に限定すべきだという点にあり、行政上の不法行為責任にないことを考えると、近藤論文の要約はミスリーディングだと思われる。ロエスレル「官吏責任法ニ関スル答議」国学院大学日本文化研究所(編)『近代日本法制史料集・第四』国学院大学、264号文書参照(むしろ⑤案の第五・第七における官吏の賠償責任の限定にロエスレル意見の影響を見出すことができる)。

126) この部分について答議を求められたモッセは、いずれの条文についても重大な理論的混乱があることを指摘して反対の意見を述べ、「以上ノ議論ハ、約シテ言ヘハ、貴案ヲ不可トスルモノニシテ、……現情ニ適スル法律案ハ、予ニ於テ起草スルニ道ナキナリ」と、法案作成の要請を断っている(「国家損害賠償責任ニ関スルモッセ氏答議」前掲注101)『近代日本法制史料集・第十』135頁)。

さて、⑤案の第一から第五本文までは、おもに損失補償に関する規定であるが、第五但書部分以下が、行政上の不法行為に関する規定となる。違法な官庁の処置（行政処分等）については、行政裁判所の判決後に行政庁の責任で賠償が行われるが（第六）、その他の違法活動については官吏個人が賠償責任を負うべきこととされている（第五但書、第九）。長官に対する官吏の求償権（第十一）、監督責任者の共同責任（第十四）、違法命令者の責任（第十五）、同僚官吏の連帯責任（第十八）、官庫の求償権行使手続（第二十）などによって、組織的な賠償責任が追及される仕組みとなっている。

詳細は省略するが、⑤案を概観すれば、少なくとも、行政上の不法行為責任に関する規定は行政裁判法とは別建てで構想されていたこと——換言すれば、帝国憲法 61 条にいう「行政官庁ノ違法処分」に関わる損害賠償については行政裁判法の守備範囲だと意識されていたが、その他の違法活動に起因する損害賠償に関しては行政裁判法の範囲外だと考えられていたこと——は、確実であろう。

⑥について。

前述のように、井上毅は④「井上案」に対してほぼ全面的な修正意見を提出したが、そのうちの行政裁判所の管轄事件に関する規定案が⑥である。

まず、この修正意見によれば、井上が行政訴訟として考えていたのは、「行政庁ノ違法、又ハ越権ノ処分ニ依リ、自己ノ権利ヲ毀損セラレタリトスルトキ」の訴訟であり（8条）、井上も——訴願手続を経ることを条件として——概括主義を採用していたことがわかる。行政処分一般に対する訴訟ではなく、違法処分に対する救済の訴訟が井上の考える「行政訴訟」である¹²⁷⁾。概括主義は井上の一貫した主張であって、この点ではモッセと見解を異にしている。

次に、損害賠償・損失補償事件の位置づけをみると、「損害要償ノ訴訟」

127) 井上は④案に対し、「凡ソ行政庁ノ処分ニ対シテハ其違法ト否トヲ問ス、総テ行政訴訟ヲ起スコトヲ得ルヤノ問ヲ喚起スルノ弊アリ」（井上・前掲注 108）713 頁）と批判して、自らの修正意見を説き起こしている。

を積極的に行政裁判所の管轄事件に含める考えであったことを確認できる。すなわち、第一に、井上は、④案7条の「行政裁判法ハ……要償ノ訴ヲ受理セス」という規定を削除し、そこに含まれていた賠償事件を⑥案9条第三・第四に配置した。【図3】の(c)のほか、(d)も包括的に行政裁判所の管轄事件としたのである。第二に、9条において、(h)公法上の債権と(ロ)(ニ)法定の補償事件を行政裁判所の管轄事件に含めている。第三に、④案9条第一・第三は司法裁判所に委ねるべきものとした。「此二件ハ、政府カ公権ヲ行フニ依リ生スル争訟ニアラスシテ、全ク民法上一個人ノ資格ヲ以テ人民ニ対スルトキニ生スルモノナレハ、民事裁判所ノ裁判ニ任シテ可ナリ」¹²⁸⁾というのがその理由である。このように、井上の構想では、基本的には、「損害要償ノ訴訟」も含めて、違法な行政処分を是正して権利救済を図ることが行政訴訟の役割だと——少なくともこの時点では——考えられていたのである。

そして、行政裁判所と司法裁判所との関係については、④案10条の削除を提案していることに注目する必要がある。井上によれば、「元来民事訴訟ニ属スヘキ事件」に関しては、行政裁判法で規定されている限りにおいて行政訴訟となり、その他は司法裁判所の管轄事件となるのである¹²⁹⁾。

⑦について。

まず13条をみると、ここで列記主義を採用したことがわかる。これまでの諸案では、行政処分事件については概括主義を採るとともに、非行政処分事件について列挙的に行政事件に加えることとしていたが、⑦案で、全面的な列記主義に転換したわけである¹³⁰⁾。ただし14条で、例外として、行政処

128) 井上・前掲注108)714頁。

129) 同715頁。付言すれば、この時点での井上の考えによれば、行政事件とは、行政処分事件、法定の損失補償事件、公法上の債権に関する事件は行政訴訟とする一方で、対等当事者としての国と私人との間で生じた紛争は「元来民事訴訟ニ属スヘキ事件」ということになる。しかし問題は、「政府カ公権ヲ行フニ依リ生スル争訟」(同714頁)が行政事件と同義に用いられていると読めるので、【図2】(e)の権力的事実行為に対する賠償事件もここに含まれるとも考えられることである。この点については、後述4(3)5参照。

130) 行政裁判所・前掲注16)41頁は⑥案について、「行政訴訟事項に付て列記主義を採

分事件（違法処分事件）について出訴の途を広げることとした。すなわち、国務大臣は自らに対する訴願をその判断によって行政訴訟に変更する余地も認めたのである。

次に、損害賠償・損失補償事件の位置づけをみると、18条で、非行政処分事件（つまり(e)から(i)および(ニ)から(チ)に関する事件）のうち「民事ニ関スル訴訟」とみなされる事件は通常裁判所（司法裁判所）の管轄に属するものとされている。一方、13条によれば、行政処分事件の性質を有する損害賠償・損失補償事件のうち法律・勅令で出訴が許された事件が、また14条によれば、国務大臣の判断で訴願から行政訴訟に変更された行政処分事件（【図3】の(b)(c)(d)事件および(ロ)(ハ)事件）が、行政裁判所での救済を得られることになる。補償規定が存在すれば出訴を認めようとしていた従来の諸案と比べると、出訴の途は極端に狭められたといえる。

そして、行政裁判所と司法裁判所との関係については、20条をみると、法律・勅令（または国務大臣の判断）が出訴を認めている行政処分事件は行政裁判所による救済、その他の行政処分事件は訴願による救済、民事事件（取用事件等を含む）は司法裁判所による救済、という管轄配分であることがわかる。また⑦案ではじめて、官吏個人に対する損害賠償請求訴訟の規定（19条）が登場した。官吏個人に対する損害賠償の請求について、行政裁判所で違法の確認を得た後に司法裁判所に出訴すべき旨を定めた規定であるが、この規定が行政裁判法の成案において16条に変貌することになるのである。

⑧について。

まず14条をみると、この案において成案に近い形の列記主義の条文になったことがわかる。⑧案14条は、⑦案13条が原則のみを掲げたのに対して、1項で具体的事件を列記し、2項において法律で出訴が許容されている

ることは前諸案及『行政裁判法』とも同じである」と述べているが、これは粗雑な整理であって、①から⑤までの案で列記主義的な定めを設けていたのは、上述のように、非行政処分事件に限られている。行政処分事件について概括主義を採用すべきだという主張は、ロエスレル、井上などがくり返し行ってきたところである。

事件も行政裁判所の管轄事件となることを定めた（ただし、⑧案では勅令が除外されている）。また⑧案は、⑦案 14 条を削除したため、例外のない列記主義になった。原則として【図 3】の(a)が行政裁判所の管轄事件とされたわけであるが、法律の規定次第で、(b)ないし(d)事件および(ロ)事件もそこに含まれる可能性はあった。

次に、損害賠償・損失補償事件の位置づけをみると、15 条が⑦案 18 条と同趣旨の規定であることから、非行政処分事件のうち「民事ニ関スル訴訟」は司法裁判所の管轄に属することを定めたものといえる。ただし⑦案 18 条で「通常裁判所ノ管轄ニ属ス」としていた文言を、⑧案 15 条は「行政裁判院ノ管轄ニ属セス」と改めて、行政裁判所の権限規定としての平仄を整えた。⑧案において、【図 3】の(e)から(i)および(ニ)から(チ)に関する事件のうちいかなる訴訟が「民事ニ関スル訴訟」とみなされうるのかは不明である。

そして、行政裁判所と司法裁判所との関係については、21 条で、行政処分事件について、⑦案と同様の管轄配分を示している。16 条は⑦案 19 条と同様に、違法な行政処分についての官吏個人に対する損害賠償請求訴訟の規定であり、その趣旨は同じであるが、「行政官吏ニ対スル損害要償ノ訴訟」を行政裁判所が受理しない旨を明示した。

なお、⑧案 14 条の列記事項はこの後、11 種類の事件に拡大されるが、これに対してモッセは 4 点の批判を行っている。すなわち、修正案は列記法を誤解していること（列記事項を個別法に譲るべきこと）、列記事項から重要事件を漏らしていること（国民身分の得喪事件など）、列記事項が不明瞭であること（司法裁判所の管轄に属すべき事件も列記事項に少なからず含まれていること）、公法事件と民法事件を混同していること（修正案中には「許多ノ純然タル民法事件アリ」である¹³¹⁾。列記事項を個別法に譲るべきだとする主張は次案で採用されるが、公法事件と民法事件という区別は受け入れられなかった。

131) 「行政裁判法第十三条修正案ニ対スルモッセ氏意見」前掲注 101)『近代日本法制史料集・第十』212-213 頁。

⑨について。

枢密院への諮詢に際して⑧案を修正したものが⑨案である。列記主義を補足する定めであった⑧案 14 条 2 項の規定が、⑨案では行政裁判所の管轄事件の原則を定める規定へと変更された。⑦案 13 条と同様に、行政裁判法の本文では列記主義の原則を掲げるにとどめて、出訴可能事件を個別法に委ねたのである。行政裁判法中に列記したのでは出訴事項が固定化してしまい、将来発展する行政法の領域に対応できない、というのがその理由である¹³²⁾。また、この時点で⑩が準備されたものと考えられる。

損害賠償・損失補償事件の位置づけおよび行政裁判所と司法裁判所との関係については、⑧案と⑨案の間に変更はない。

⑩について。

枢密院での審議による修正結果が⑩案である。列記事件の根拠法として勅令が復活した (15 条)。各種の行政法をすべて法律で規定することはとうてい不可能であり、命令で行われるものも多いので、出訴事項についても勅令を加えて権利保護を図ることにした、というのがその理由である¹³³⁾。とはいえ、修正全体をみれば、行政裁判所の権限に関する規定の削除や訴願法における列挙主義の採用などによって、行政裁判所の救済機能は⑨案よりもさらに縮小されることになった。

次に、損害賠償・損失補償事件の位置づけをみると、⑨案 14 条では官吏個人に対する損害賠償請求訴訟に関する規定であったものが、⑩案 16 条で「損害要償ノ訴訟ヲ受理セス」という規定になった。「全く異なった内容を持つ規定に変質させられてしまった」¹³⁴⁾わけである。この規定の射程はもはや

132) 伊東伯爵家文書『行政裁判法草案・其三』国立国会図書館憲政資料室所蔵、第十四条に付記された解説による。

133) 伊東伯爵家文書・前掲注 132) の解説による。

134) 宇賀・前掲注 8) 427 頁の「もともとは、官吏に対する賠償請求については、行政裁判所ではなく通常裁判所が管轄権を有することを示した規定が、『行政官吏ニ対スル』という部分が削除されたことによって、行政裁判所は、国を被告とする場合を含めて、およそ一切の損害要償の訴訟を受理しないという全く異なった内容を持つ規定に変質させられてしまったわけである」という評価からの引用である。なお、もともと

明らかであろう。⑨までの諸案において行政裁判所が「損害要償ノ訴訟」を管轄する可能性は、列記された行政処分事件と法律で行政裁判所に出訴が許された事件において存在した。また、官吏の「職務上ノ処分」事件についても上記に関連する行政処分事件として行政裁判所で官吏個人の賠償責任を追及する訴訟が提起される可能性があった。これら二種類の「損害要償ノ訴訟」に対して、後者を民事訴訟に位置づけた上で行政裁判所での違法判断を介在させようとしたのが、モッセによる⑦案 19 条と⑧案 16 条・⑨案 14 条であり、両者について行政裁判所への出訴の途を否定したのが⑩案 16 条なのである。したがって、国に対する損害賠償請求訴訟のうち、法定の行政処分事件に関わる「損害要償ノ訴訟」はこの規定によって行政裁判所の管轄事件から排除されたということが出来るが、それ以外の「損害要償ノ訴訟」はこの規定の射程外だったのである。

そして、行政裁判所と司法裁判所との関係については、⑨案 13 条と 21 条に対応する条文が削除されたことに注目する必要がある。まず、21 条の削除は、⑩案 17 条において訴願前置主義が採用されたことへの対応だと考えられるが、この削除によって行政処分に対する救済の途の全体像が不明確にされてしまった。次に、⑨案 13 条において想定されていた「行政庁ト一個人トノ間ニ起リタル通常民事ニ関スル訴訟」とは、「国(庫)」ではなく「行政庁」が被告になると考えられていた訴訟であるから、列記された行政処分事件等に関わる「損害要償ノ訴」——つまり、法定の補償請求事件、処分取消後の賠償請求事件、公営事業の支給金等の請求事件など¹³⁵⁾——だと想定できる。同条の削除と 16 条の修正（「行政裁判所ハ損害要償ノ訴訟ヲ受理セス」と

国等を被告とする民事訴訟の損害要償の訴訟は、司法裁判所の管轄に属するものとされていたのであり（⑦案 18 条・⑧案 15 条参照）、またこの 16 条の修正によって排除されたのは、次に述べる程度のわずかな「損害要償ノ訴訟」の可能性を排除しただけなのであるから、枢密院の修正によって「およそ一切の損害要償の訴訟を受理しない」旨の規定になったわけではない。

135) ④案 7 条・9 条第三、⑥案 9 条第三・第四、⑦案 18 条・20 条のほか、モッセ・前掲注 126)147 頁参照。

いう規定の登場) がいわばワンセットであったことを考えると、上記の削除と修正によって排除されたのはこの種の事件であったことが理解できよう。この点からも上述の⑩案 16 条の射程が裏づけられる。

⑪と⑫について。

枢密院での修正に基づいて、行政裁判法 15 条は行政裁判所の管轄事件を法律と勅令に委ね、同法 16 条は「損害要償ノ訴訟」を受理しないこととした。主要な列記事件を定めたのが⑫であるが、⑩案 14 条と比べてみると、「五 土地ノ官民有区分ノ査定ニ関スル事件」がつけ加えられている。この種の事件は、上記諸案では【図 3】の(ト)と考えられていた。査定という手続を置くことによって行政処分事件に取り込んだものといえる。

3) 中間的なまとめ——行政裁判法 15 条・16 条の制定過程における 井上毅とモッセと伊東巳代治の役割について——

以上を要約すると、次のようにいえよう。

まず、行政訴訟事項について、井上毅とロエスレルが企図していた概括主義の採用は、モッセ案によって阻止され、結局、モッセが指示したような個別法による出訴の許容という方法での列記主義が採用された。井上によれば、概括主義を採用すべき理由は、第一に、「行政才判ハ憲法上大臣責任ヲ実行スルノ一ノ機関タル者」であること、つまり中央政府の法的な責任をあらゆる面から追及して権利救済を図れるようにすること、第二に、地方行政の場合とは異なり、中央行政（つまり大臣の処分）の場合には明文の法律がないことが多いので、法律による出訴の列記的許容という方法を採用すると、中央行政に対する訴訟は起こせなくなってしまうこと、そして第三に、行政訴訟の途を狭めると、かえって司法裁判所に官吏を告訴する途を広める結果がもたらされること（つまり、官吏にとって苛酷な制度になってしまうこと）、にあった¹³⁶⁾。しかし結局、「行政裁判を行政の作用と解する内務省側の主張した行

136) 「治外法権行政裁判等井上毅意見書」日本大学大学史編纂室(編)『山田伯爵家文書 巻 21・22・23・24』日本大学, 1992 年, 17 頁。

政争訟制度となり、井上の意図した制度は敢えなく潰れ¹³⁷⁾てしまったのである。したがって、行政裁判法 15 条については、立法者意思をモッセに見出すことは可能であるが、井上毅を立法者として位置づけることはできない。

次に、「損害要償ノ訴訟」のうちの損失補償事件について、井上毅は、これを行政裁判所の管轄から除外するのではなく、むしろ積極的に行政事件に取り込もうとしていた(⑥案参照)。これに対してモッセは、これらの事件を原則として司法裁判所の管轄に属すべきものとした¹³⁸⁾。枢密院の修正によってモッセの方向も否定された結果、この種の事件の救済の途はまったく不明なまま放置された。一方、「損害要償ノ訴訟」のうちの行政上の不法行為事件については、官吏個人の賠償責任を通して救済することがモッセの意図だったと考えることができ(⑦案 19 条)、また井上も行政裁判所または司法裁判所を通じて一定の救済を図ろうとしていたが(⑥案など参照)、枢密院の修正では、彼らのこのような意図は無視されて、「損害要償ノ訴訟」を行政裁判所の管轄外とするだけの規定にされた。したがって、行政裁判法 16 条については、井上もモッセも、立法者と位置づけることはできないし、彼らの意図を立法者意思と位置づけることもできない。

付言すれば、くり返しになるが、⑩案 16 条は、15 条によって行政裁判所の管轄対象になりうる「損害要償ノ訴訟」(列記された行政処分等に関わる損害賠償・損失補償などの請求)を排除した規定であって、非行政処分事件の「損害要償ノ訴訟」は、当初から行政裁判所の管轄対象とは考えられていなかった。それゆえ、枢密院における⑩案 16 条の修正は、突然にすべての「損害要償ノ訴訟」を行政裁判所の管轄対象外にしたわけでもないし、ましてや「損害

137) 木野・前掲注 104)「訴訟法成立過程の研究」287 頁。なお、「行政裁判を行政の作用と解する」点についてはモッセも井上・ロesslerも同様であったが、両者の違いは、裁判形式による行政のコントロールについて前者が消極的で後者が積極的、という点にあった。

138) ⑦案 18 条・20 条およびモッセ・前掲注 126)146-147 頁、モッセ「国ノ民法上損害賠償義務ニ関スル意見」前掲注 126)134 頁参照。

要償の訴訟に対する〔司法裁判所の〕管轄をアンブロックに否定した¹³⁹⁾わけでもない。結局のところ、「損害要償ノ訴訟」は、例外的に他の法律で行政裁判所の管轄事件とされた場合¹⁴⁰⁾以外は、行政裁判法 16 条の規定とは無関係に、民事事件と考えられた場合には司法裁判所の管轄に属するものとされ、非行政処分事件かつ非民事事件と考えられた場合（【図 3】の(e)ないし(h)事件および(ニ)ないし(ト)事件）には、救済の途が不明なままで放置されたのである。

さて、上記⑩案の修正において主要な役割を演じたのが枢密院書記官長の伊東巳代治である。井上毅はこの修正方針を知ると、「言フニ忍ヒサルノ結果ヲ成セリ」と述べて、枢密院の大木議長・寺島副議長宛に「行政裁判法ニ於ケル枢府ノ修正ニ対スル卑見敬呈」と題するきびしい批判文書を提出した。批判の要点は、(1) 行政裁判法 15 条などが勅令による変更の余地を認めていること（憲法違反）、(2) 行政裁判官に司法官任用を認めるなど権力分立制違反（『憲法義解』違反）、(3) 列記主義の採用（市制町村制違反——この時点ではもはや行政裁判法ではなく、訴願法が問題とされている）、である¹⁴¹⁾。井上の批判に対して、伊東は、「仮構妄想ヲ以テ弁難ヲ恣マ、ニシタルモ如何セン皆其ノ正鵠ヲ失シーモ適中スルモノナシ」^{〔ママ〕}、「井上氏ノ批難スル所ノ本院ノ成案ハ潜考凝思ノ結果ナルヲ以テ実ニ一点一画ノ欠所ナキヲ信セリ」として、これを全面的にしりぞけながら、「氏ハ一旦激昂シテ虚気平心事物ヲ察識スルノ明ヲ失ヒ其ノ標準ヲ誤ルニ似タリ氏若法案ノ精神ヲ剖判セント欲セハ須ク满腔ノ熱血ヲ冷ニシ徐ニ考慮ヲ費サルヘカラス」などとする、半ば侮蔑的な返答を議長・副議長宛に送っている¹⁴²⁾。これとほぼ同時期に、司法大臣

139) 宇賀・前掲注 76) 参照。

140) たとえば、市町村に対する市町村吏員の賠償責任について、市制 125 条と町村制 129 条は、府県・郡参事会の裁決に不服がある吏員は訴願を経て行政裁判所に出訴できる旨を定めている。

141) 井上毅「行政裁判法ニ於ケル枢府ノ修正ニ対スル卑見敬呈」『枢密院会議議事録 四』東京大学出版会、1979 年、121 頁（井上毅伝記編纂委員会（編）『井上毅伝 史料編第二』国学院大学図書館、1968 年、222 頁にも採録）。

142) 伊東巳代治「井上毅氏ノ書片に対する意見」前掲注 141) 『枢密院議事録 四』127 頁。

山田顕義も訴願法について枢密院で概括主義の修正案を提案し、意見書を提出したが¹⁴³⁾、伊東は「列記主義ハ我カ立法既定ノ方針ナリ」として、これを一蹴した¹⁴⁴⁾。

以上の経過に照らすと、少なくとも行政裁判法 16 条について、その主要な立法者として位置づけうるのは伊東巳代治であって、井上毅もモッセも立法者意思を云々できるほどの影響を与えていない、ということができる。

4) 行政裁判法制定後の改正作業における「損害要償ノ訴訟」の位置づけ

行政裁判法の制定後、帝国議会などで改正の必要が強く主張されるようになったため、政府は抜本的な改正作業を開始することとし、1900 年から 1902 年にかけて法典調査会の行政裁判法及行政裁判権限法委員会が「行政裁決及行政裁判権限法」案・「行政裁判所構成及行政裁判手続法」案・「権限裁判法」案を作成した¹⁴⁵⁾。政府の法案提出理由によれば、改正の趣旨は、行政裁判法が出訴事項をあまりにも狭くしすぎているという問題、各種の法律・勅令における出訴に関する規定の定め方が不明確であり、また一貫性がないという問題、および、これらの結果生じている「行政裁判所ノ権限ニ属スベキ事項ノ範囲ガ余ホド明瞭ヲ欠イテ居ル」という問題を解決することにあつた¹⁴⁶⁾。

⑬ 1902 年・「行政裁決及行政裁判権限法」案

第 3 章 訴願及ヒ行政訴訟

先任書記官長であつた井上に対する伊東のこのような対応は、他の法案でも行われている。小嶋和司「明治 23 年法律第 84 号の制定をめぐる——井上毅と伊東巳代治——」芦部信喜・清水睦(編)『日本国憲法の理論』有斐閣、1986 年、475 頁参照。

143) 「山田司法大臣意見書」前掲注 141)『枢密院議事録 四』107 頁。

144) 伊東巳代治「司法大臣ノ提案ニ対スル意見」前掲注 141)『枢密院議事録 四』111 頁。

145) これらの法案および戦前の一連の改正作業については、行政裁判所・前掲注 18) 337 頁以下(田中二郎「行政裁判制度の改正案及改正意見」田中『行政争訟の法理』有斐閣、1954 年所収)参照。

146) 田中・前掲注 145)421-422 頁(貴族院特別委員会における政府委員一木喜徳郎の説明)。

第 16 条～第 66 条〔訴願または行政裁判所への出訴許容事件を列記〕

第 67 条 左ニ掲グル補償又ハ賠償ヲ受クヘキ者其全部又ハ一部ヲ拒否スル処分ニ不服ナルトキハ訴願ヲ提起スルコトヲ得其拒否ヲ違法ナリトスルトキハ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得

- 一 土地収用法又ハ東京市区改正土地建物処分規則ニ依ル補償
- 二 河川法及ヒ砂防法ニ依リ行政庁ノ処分ニ対シテ受クルコトヲ得ヘキ補償及ヒ賠償
- 三 水利組合条例ニ依リ出水ノ為メ危険アルトキ収用シタル現品ニ対スル賠償
- 四 保安林ノ買上又ハ保安林編入ニ対スル補償
- 五 古社寺保存法ニ依ル国宝出陳ノ命ニ対スル補償金
- 六 阿片又ハ葉煙草納付ニ対スル賠償
- 七 戦時若クハ事変ニ際スル場合ヲ除ク外徴発ニ対スル賠償
- 八 獣疫予防法及ヒ畜牛結核予防法ニ依リ下付スヘキ手当金
- 九 航海奨励法ニ依リ船舶ヲ公用ノ為ニ使用シタル場合ニ於ケル給与金
- 十 北海道国有未開地貸付地ヲ公用又ハ公益事業ノ為メニ返還セシムル場合ニ於テ其土地又ハ建築物其他ノ物件ニ関スル給与金
- 十一 電信法郵便法及ヒ鉄道船舶郵便法ニ依ル賠償報酬其他ノ支給金額
- 十二 私設鉄道法ニ依ル鉄道及ヒ付属物件ノ買上価格
- 十三 其他法令ニ依リ行政庁ノ処分ニ対シテ受クルコトヲ得ヘキ補償及ヒ賠償前項ノ補償又ハ賠償ニ関スル行政庁ノ決定ニ対シテハ補償又ハ賠償義務者ト決定セラレタル者ヨリモ訴願又ハ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得

以上、⑬案についても、概括主義か列記主義か、損害賠償・損失補償事件の位置づけ、行政裁判所と司法裁判所との関係を検討してみよう。

まず、この改正案（行政裁決及行政裁判権限法案）は、行政裁判法の列記主義を維持しながら、かなり網羅的に出訴許容事項を定めた。したがって、出訴の余地を広げるとともに、その許否について一定の整合性を図った改正案だといえることができる。

次に、損害賠償・損失補償事件の位置づけをみると、67 条の各号によって【図 3】の(イ)ないし(ト)事件のほぼすべてと(d)事件が行政裁判所に出訴できる事件とされている。本来非行政処分事件であった補償請求についても、処分を介在させ、そしてここで法定することによって「行政官庁ノ違法処分」事件に取り込んだわけである。問題は、ここから漏れた補償・賠償事件

の救済をどのように考えるかであった。同案の立案を担当した委員会では、法案審議の冒頭から、この問題に関心が集まった。

「河村委員 大体論トシテ行政訴訟ト民事訴訟ノ関係ヲ論ズルコトハ極メテ必要ナリ……他ノ法律命令ニ規定ナキモノハ補償又ハ賠償ハ受ケ難シ然ルニ或裁判官若クハ検事等ガ人民ニ損害ヲ被ラシメシトキハ其間ニ争ヒテ生ズベシ今日ハ民事裁判所ガ之ヲ裁判スル権限ヲ有シ通常ノ賠償トシテ民事裁判所ニ権限ヲ付与シタリ然ルニ本案ノ結果トシテ民事裁判所ニ訴ヲ提起シ難キニ至ルベシ……

一木主査委員 余輩ノ答弁セシ趣意ハ行政庁ノ処分ニ対スル賠償ハ行政訴訟ヲ以テシ行政庁ノ処分ニアラザルモノハ民事裁判所ノ裁判ヲ受クベキモノトス……本案66条〔成案67条〕ニ於テ列記セシ事項ハ行政訴訟ニ属スルコトハ既ニ明ナルモノナリ行政庁ノ処分トハ如何ナルモノナルヤトノコトハ此事項ニ依リテ決セラレタシ」¹⁴⁷⁾

河村讓三郎委員は、この問題について、裁判官や検事が人民に損害を与えた場合には民事裁判所が通常の損害賠償事件としてこれを裁判しているが、本案の結果、この種の事件を民事裁判所に提起できなくなるのではないかと疑問を呈した。これに対して、起草責任者の一木喜徳郎主査委員は、行政処分に対する賠償・補償事件は行政訴訟によって、行政処分とは無関係の事件は民事訴訟によって裁判を受けられるようにする、というのが改正案の趣旨であり、66条（上記成案67条）において列記した事項は前者に属することが明らかな事件であって、これによって行政庁の処分とはいかなるものかが理解できる、と答えた。この種の疑問は委員会の審議の中でくり返し出されるが、ここでは、本法案の審議の時点ではまだ公法私法二分論はそれほど浸透してはおらず、むしろ帝国憲法61条を重視して、行政処分事件か否かによって行政裁判所の管轄事件か民事裁判所の管轄事件かを判定していることに注意を払っておく必要がある。

この条項の審議の中では、次のような議論が交わされている。

穂積〔八束〕主査委員 行政処分ニ対スル賠償ノ訴ハ行政裁判所ニ訴ヲ提起セシメ其他ハ何レノ裁判所ヘ行クベキカハ極メテ曖昧ナリ余輩ハ民事裁判所ニ訴ヲ提起シ得ザル理由ヲ知ルニ苦ムベシ

147) 法典調査会・前掲注21)50-51頁。

道家委員 此所ニ列記シタル以上ハ一方ノモノハ賠償ニテ行クトナレバ列記シテ置クベキモノトナラザルカ

穂積主査委員 其場合ハ民事裁判所ノ職権ニ属スベキモノトナルベシ

もうひとりの起草責任者であった穂積八束主査委員は、非行政処分事件の賠償請求訴訟がどちらの裁判所に出訴できるのかはきわめて曖昧だが、自分の見解ではその種の訴訟は民事裁判所の管轄に属するはずだという所見を示している¹⁴⁸⁾。国権学派と呼ばれる穂積八束であってもこのような認識もっていたことは銘記されてよいだろう。

翌6月の審議では、法理学者の穂積重陳委員が同条13号の概括規定を問題視した。「本案行政庁ニ対スル賠償ハ民法ノ賠償ニ対スル特別法ニナリテ行政庁ノ不法行為ニ対スル賠償ハ特別法ニ定メタル場合ニ非ザレバ許サヌコトトナルベシ然ルニ憲法27条……ハ行政処分ニ対スル賠償ヲ許サザル場合ハ特別法ヲ以テ定ムト解釈セザルベカラズ出来損ヒトシテモ憲法ハ憲法ナレバ今日之ヲ如何トモサレヌ然ルニ本案ハ賠償ヲ許ス特別法ト為リテ憲法第27条ト抵触スベシ」、つまり憲法27条は特別法がなければ補償請求を排除できないと解釈せざるをえないが、13号は特別法が定める場合に限って賠償請求を許すという規定であるから憲法27条に違反する、と主張した。これに対し、憲法学者の一木主査委員は「現今ハ行政処分ニ依リ公権ヲ侵サレタル場合ニ賠償ヲ与フト云フ一般ノ法則ナク各場合ニ於テ特別ノ法令ニ於テ之ヲ定メテ居ル」と応じたが、穂積重陳は「特別ノ法規ナケレバ賠償ヲ与フルコトヲ得ザルニ於テハ不都合ナリト思フ」と反論した¹⁴⁹⁾。結局、13号の概括規定は、行政裁判所に出訴が許されないと解されていた補償請求事件についても裁判的救済の途を拡大する趣旨の規定だという理解の下で、原案通

148) 同上217頁。

149) 後述のように、一木は、補償額の算定が過少である場合を「違法ノ処分」と理解して、憲法61条との整合性を図ろうとしていた。したがって、一木は、本条各号の請求をすべて損害賠償請求だと位置づけていた。これに対して、多くの委員は、上記の請求を、適法な処分ないし決定における評価額の不足分の請求であり、したがって損失補償の請求だと理解していた。

り可決された¹⁵⁰⁾。

以上のところから、⑬案については、次の点を確認できる。まず、出訴事項に関しては、列記主義を維持したこと、次に、損害賠償・損失補償事件に関しては、①案から⑥案にみられたような「損害要償ノ訴訟」を法定事件として行政裁判所の管轄事件の中に取り込む試みが、⑬案において拡大して復活したこと、および、これに対応して、行政裁判法 16 条のような「損害要償ノ訴訟」を行政裁判所の管轄事件から除外する規定は⑬案においては完全に姿を消していること、である。そして、行政裁判所と司法裁判所（民事裁判所）との関係に関しては、第一に、両裁判所の管轄事件を区別する一線は行政処分事件か否かに置かれていること、第二に、行政処分に起因する賠償・補償請求については、法定の場合にのみ行政裁判所への出訴が許されるとする説と出訴否定が法定されていない限り帝国憲法 27 条や民法に基づいて一般的に民事裁判所への出訴が許されるとする説があり、両説については必ずしも明確な決着がつけられていなかったこと、第三に、行政処分以外の活動に起因する損害の賠償・補償請求については、ほとんどの委員が司法裁判所での救済を認めていたこと、である。

5) 行政裁判法における 16 条の位置

以上の①案から⑬案までの経過を通覧したとき、行政裁判法 16 条の規定はどのように位置づけられるであろうか。

まず、①案・④案・⑥案においては、「損害要償ノ訴訟」を排除するのではなく、むしろ積極的に行政裁判所の管轄事件に取り込もうとしていた。これに対して、モッセによる⑦案と⑧案は行政処分事件（違法処分事件）のすべてを行政裁判所の管轄事件にするのではなく、列記主義を採ることによって管轄事件を縮小する方向をとったため、「損害要償ノ訴訟」の余地は、列記された行政処分事件と法律で行政裁判所に出訴が許された事件に限られるこ

150) 法典調査会・前掲注 21)222 頁以下。

とになった。このような余地と官吏個人に対する行政裁判所での賠償請求訴訟の可能性とを封じたのが㊶案 16 条であり、成案 16 条であった。したがって、非行政処分事件の「損害要償ノ訴訟」はこの規定の射程外であったことを確認できる。

次に、行政裁判法の改正案である㊶案は、「損害要償ノ訴訟」を積極的に行政裁判所の管轄事件に取り込む方向を復活させた。その際、行政裁判法 16 条はまったくかえりみられることなく、姿を消した。仮に、行政裁判法 16 条が国家無答責の法理の確立の証しだとするならば、㊶案の扱いは国家無答責の法理の消滅の証しであることになってしまうだろう。いずれにしても、当時の立法作業においては、行政裁判法 16 条は行政事件にとって本質的な意味を持たない規定であり、国の——少なくとも非行政処分事件における——不法行為責任の免除に関連しない規定だったのである。

では、どうして行政裁判法の成案（前掲㊶）において行政処分事件に関する「損害要償ノ訴訟」を排除する規定が設けられたのであろうか。この点について、上記の一木喜徳郎は、次のように説明している。「要スルニ此権利ハ公法上ノ権利ト看做スモノナリト信ズ果シテ然ラバ何故従来行政裁判所ニ救済ヲ求メシメザルカト云フニ一方ニ於テハ未ダ行政裁判所ニ信ヲ措キ難キモノアルガ為メナラン故ニ今行政裁判ノ方法並組織ヲ改メテ整理ヲ加フルコトト為シタリ又行政処分ニ関スル金銭上ノ救済ハ民事ニ譲ラズシテ行政裁判所ニ移シ現行法ノ賠償ニ之ガ救済ノ道ヲ与ヘタルニ過ギズ」¹⁵¹⁾、すなわち、この種の補償・賠償請求権は公法上の権利であるので本来行政裁判所で扱うべきものだが、補償額等の算定については行政裁判所が信頼されていなかったために民事裁判所の管轄にされてきたのであり、今回の改正法における行政裁判の方法と組織の改善によってこのような問題点は解決されるので、行政処分に関する金銭上の救済も民事裁判所から行政裁判所に移すのだ、と。

151) 同上 91 頁。

以上のとおり、行政裁判法 16 条は、行政処分事件における「損害要償ノ訴訟」、しかも主として損失補償請求訴訟を行政裁判所の管轄事件から暫定的に除外する規定であったとすることができる。したがって、行政裁判法 16 条は、国家無答責の法理とはまったく無関係の規定だったのである¹⁵²⁾。

6) まとめ

第一に、行政裁判法 16 条は、「行政官庁ノ違法処分」に関する「損害要償ノ訴訟」（損失補償請求訴訟、損害賠償請求訴訟）を行政裁判所の管轄から暫定的

152) 宇賀・前掲注 8)413 頁は、「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、16 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」と述べているが、ここにはいくつかの誤解がある。第一に、「公法私法二元論が支配的」となる時期と行政裁判法制定時期の時間的順序が逆である。行政裁判法制定当時は、まだ公法私法二元論は支配的ではなく、立法者も司法裁判所も、「公法上の事件」という考え方をうけなかった（むしろ否定的であったことについては、前掲注 30)参照)。第二に、「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」のは、学説・判例ともほぼ 1900 年以降のことであるが、このように解された理由は、「行政事件＝公法事件」と考えられたからであり、その際の根拠規定は、帝国憲法 61 条と裁判所構成法 2 条（通常裁判所ニ於テハ民事刑事ヲ裁判スルモノトス）であった。このような理由から、損失補償請求訴訟や公法上の債権に関する訴訟は司法裁判所の管轄外とされていたのであって、「行政裁判法…… 16 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」ではない（美濃部・前掲注 81)25-31 頁、田中・前掲注 145)214-215 頁、大判 1899・5・10 民録 5 巻 60 頁〔道路管理権侵害を理由とする村の権利回復請求事件〕、大判 1900・6・11 民録 6 巻 64 頁〔台湾総督府官吏俸給請求事件〕、大判 1907・5・6 民録 13 輯 476 頁〔徴発令損失補償請求事件〕以降の大審院判例を参照)。したがって、行政裁判法 16 条によって司法裁判所で国家責任を追及する道が閉ざされた、というのは誤解である。第三に、行政裁判法が行政裁判所の管轄外とした「損害要償ノ訴訟」は行政処分事件の「損害要償ノ訴訟」であって、「損害要償ノ訴訟」一般ではない。くり返しになるが、戦前の司法裁判所は、前者については帝国憲法 61 条と行政裁判法 15 条に基づいて却下していたのであって、その他の「損害要償ノ訴訟」は受理し、審理していたのである。決して、本来司法裁判所の管轄外に属する事件を任意に受理して棄却していたわけではないのである。

に除外した規定である。したがって、国家無答責の法理の対象となる「損害要償ノ訴訟」(つまり非行政処分事件に関する損害賠償請求訴訟)は、行政裁判法 16 条の射程外である。

第二に、「行政官庁ノ違法処分」以外の国の不法行為に係る損害賠償については、立法者内部においても、損失補償の場合と一体として考え、特別法がある場合に限り認められるとする説と、特別法の有無にかかわらず憲法 27 条や民法によって概括的に認められるとする説とがあった。したがって、国家無答責の法理の対象となる「損害要償ノ訴訟」が一律に司法裁判所の管轄外だという理解が成立したことはなく、また、当該訴訟において一律に国が免責されるという見解が支配的になっていたわけでもない。

第三に、行政裁判法 16 条は、井上毅および A. モッセの意図とはまったく異なった脈絡で起案され、成立した。したがって、行政裁判法 16 条の立法者意思として井上毅および A. モッセの見解を挙げることは誤りである。

以上から次の結論を得ることができる。

立法史的にも論理的にも、行政裁判法 16 条は、国家無答責の法理を前提として定められた規定ではない。したがって、国家無答責の法理の実定法上の根拠を行政裁判法 16 条に求めることはできない。

〔付記〕本研究は、2004-2005 年度科学研究費補助金(基礎研究 C) および南山大学パッヘ研究奨励金 I-A-2 による成果の一部である。