
論 説

明治憲法体制確立期における 国の不法行為責任 (3)

—— 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, 29 卷 2 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
(以上, 本号)
- (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 〔承前〕

(4) 裁判所構成法 (1890 年)

1) 裁判所構成法と国家無答責の法理

1890 年 (明治 23 年) 制定の裁判所構成法は, 草案の段階では国に対する民事訴訟を司法裁判所が管轄する旨の規定を有していたが, 成案に至る過程でこれが削除された。前述のように, 下山瑛二論文は, この削除が井上毅の意見書の影響によるものか否かは不明だが, 国に対する賠償請求を司法裁判所においても否定する考えがこの削除に現れたものと推定している¹⁵³⁾。また, 近年の戦後補償請求訴訟において, 被告・国側は, 井上が裁判所構成法の制定に携わったとか, 井上の意見書によって上記削除が行われたといった断定を根拠として, 上記削除が国家無答責の法理を法令上で表明したものであると主張し, 最近のいくつかの判決はこの主張に追随している¹⁵⁴⁾。

しかし, これらの見解は, 井上意見書を唯一の手がかりとするだけで, 裁

判所構成法の実際の制定経過をまったく跡づけることなく、またそれゆえ井上意見書の内容も影響も確かめることなく、推測だけによって結論を導いている。井上が国家無答責の法理の主張者であったか否かはここでは措くとして¹⁵⁵⁾、後述のように、同法の起草作業を担当していた法律取調委員会も上記削除を行った枢密院も井上意見書の主張を受け容れたわけではないし、国に対する民事訴訟を否定する理解に基づいて立法作業を進めたわけでもない(後述のように、そもそも同年制定の民事訴訟法 14 条をみれば、国に対する民事訴訟は当然に認められていた)。また井上自身も国に対する賠償請求訴訟を否定していたわけではない。したがって、上記の見解の推測には歴史的事実の裏づけがないだけでなく、その結論もきわめて疑わしいものといわざるをえない。以下、同法の制定経過を跡づけた上で、上記見解の誤謬を確認したい。

2) 国に対する損害賠償請求訴訟関係規定の制定経過

政府や官庁を被告とする訴訟について、1887 年(明治 20 年)11 月 14 日と 16 日の法律取調委員会の草案審議で提案された関係条項は次のとおりであった。

① 1887 年 11 月 14 日および 16 日・法律取調委員会審議時の帝国司法裁判所構成法草案¹⁵⁶⁾

第 8 条 通常裁判所及ヒ特別裁判所ノ裁判権ハ官吏官庁又ハ政府ニ対スル訴訟ニ付キテモ之ヲ行フ但特別法ニ依テ裁判スヘキモノハ此限ニ在ラス

右訴訟ヲ裁判スルニ付此等ノ裁判所ノ権限ニ係ル争ハ権限裁判所之ヲ判決ス
第 33 条 地方裁判所ハ民事訴訟ニ於テ左ノ事項ニ付裁判権ヲ有ス

第一 第一審トシテ

(イ) 金額若クハ価額ニ拘ラス政府(中央政府ト其配下ノ官庁トヲ問ハス)ヨリ為シ又ハ之ニ対シテ為ス総テノ請求

(ロ) 金額若クハ価額ニ拘ラス官吏ニ対シテ為ス総テノ請求但其請求公務ヨリ起ソタル時ニ限ル

(ハ) 其他区裁判所若クハ特別裁判所ノ権限ニ専属スルモノヲ除キ総テノ請求

第二 [省略]

上記 8 条については、33 条で政府が官庁を含む意味で用いられているの

で、用語の整合性を図るべきことが指摘されただけで、内容に関する異論は出されなかった。一方、33条については、「(委員長) ……当然権力ヲ以テシタニ当人ガ権力ヲ害セラレタモノハ行政裁判官デナケレバナランガ、唯ダ其者ガ誤テ公務ノ上カラ為スベカラザル事ヲシタト云フ様ナル事ハ矢張単純ナル裁判所ヘ出テ裁判スル」, 「(委員長) 官庁ヲ相手取ルハ「イ」ノ方デ官庁ニ向テ為シ, 又「ロ」ノ方ハ私ガ失策スルトカ或ハ司法省参事官ガ失策スルトカ云フ人ニ対シテノ事」と、政府または官庁に対する損害賠償請求等の民事訴訟が司法裁判所(通常裁判所)の管轄に属することが確認されている¹⁵⁷⁾。この後の審議で、字句修正と各号の順序の入れ替えを内容とする修正案が採用され、その結果を受けて同月30日の審議では、次の32条の文案が提示された。

② 1887年11月30日・法律取調委員会審議時の帝国裁判所構成法草案¹⁵⁸⁾

第8条 通常裁判所及ヒ特別裁判所ノ裁判権ハ官吏官庁又ハ政府ニ対スル訴訟ニ付テモ之ヲ行フ但特別法ニ依テ裁判スヘキモノハ此限ニ在ラス

右訴訟ヲ裁判スルニ付キ此等ノ裁判所ノ権限ニ係ル争ハ権限裁判所之ヲ判決ス

第32条 地方裁判所ハ民事訴訟ニ於テ左ノ事項ニ付裁判権ヲ有ス

第一 第一審トシテ

(イ) 区裁判所若クハ特別裁判所ノ権限ニ属スルモノヲ除キ総テノ請求

(ロ) 金額若クハ価額ニ拘ハラズ政府又ハ官庁ヨリ為シ又ハ之ニ対シテ為ス総テノ請求

(ハ) 金額若クハ価額ニ拘ハラズ官吏ニ対シテ為ス総テノ請求但其請求公務ヨリ起リタル時ニ限ル

第二 第二審トシテ [省略]

②案8条に関しては、「(鶴田委員) 政府カラ人民ニ対シテヤルノカ (南部委員) 又ハ之ニ対シテ為スノデス [中略] (尾崎委員) 此処ノ旨意ハ行政モ這入りマスカ (小松報告委員) 勿論這入りマス、然ウデナケレバ第二項ガ生レル訳ガアリマセヌ」と、政府に対する民事訴訟も行政訴訟も成立することを前提として、権限裁判所設置の意義が説かれている。また32条に関しては、字句について若干の指摘がなされただけであった。

この後、梧陰文庫にある井上毅の「定本」によれば、次のように修正が行

われた。

③ 1887年12月・帝国裁判所構成法草案 (定本 井上)¹⁵⁹⁾

第8条 通常裁判所及ヒ特別裁判所ノ裁判権ハ官吏又ハ国ニ対スル訴ニ付テモ之ヲ行フ但特別法ニ依テ裁判スヘキモノハ此限ニ在ラス

右訴ヲ裁判スルニ付キ此等ノ裁判所ノ権限ニ係ル争訟ハ権限裁判所之ヲ裁判ス

第32条 地方裁判所ハ民事訴訟ニ於テ左ノ事項ニ付キ裁判権ヲ有ス

第一 第一審トシテ

(イ) 区裁判所若クハ特別裁判所ノ権限ニ属スルモノヲ除キ総テノ請求

(ロ) 金額若クハ価額ニ拘ハラス国ヨリ為シ又ハ之ニ対シテ為ス総テノ請求

(ハ) 金額若クハ価額ニ拘ハラス官吏ニ対シテ為ス総テノ請求但其請求公務ヨリ起リタルトキニ限ル

第二 第二審トシテ [省略]

この③案で「国ニ対スル訴」という文言が登場した。同案に対し、枢密院書記官長として帝国憲法作成作業にあっていた井上毅は、これを批判する意見書を提出した。

④ 1887年12月・井上毅「裁判所構成法案ニ対スル意見書類」¹⁶⁰⁾

第一 国ニ対スル訴訟ノ事 ブラクストン氏王権論ニ云ハク、王ニ対スル訴訟ハ民事ト雖モ之レヲナスコト能ハズ、蓋何ノ法院モ国王ヲ裁判スルノ法権ナケレバナリト。故ニ英国ニ於テ君主及ビ政府ニ対スルノ訴訟ハ唯請願ニ由リテ恩恵ノ許可ヲ得タル後始メテ裁判ヲ受クルコトヲ得。普国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権利ノ争ヲ生ズルノ理ナク、又之レヲ裁決スルノ権限アル裁判所ハ全国ニ一モ存スルコトナシト。

政府ニ対スル訴訟ハ独逸ニ於テ国権ト區別シタル財産上ノ訴訟ヲ許シタルノミニシテ、単純ニ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。今本案ニ国ニ対スル訴訟ヲ以テ裁判所ノ権内ニ帰シタルハ其ノ当ヲ得ザルノミナラズ、専ラ居留外国人ノ日本政府ニ対スル訴訟ノ為ニ地ヲ為ス者ナリ。

第二 国民ノ服従義務ハ一般ノ官民ニ通ジテ絶対 (アブソリュート) ノ大則 (プリンシプル) ニシテ、裁判官モ独リ此レヲ逃ルハコト能ハザルベシ。(第六十五条ノ宣誓ヲ以テ証スベシ) 然ルニ本案第二条ニ「裁判所ハ独立ニシテ法律以外ノ権力ニ服従スルコトナシ」ト云ヘルハ翻訳ヨリ生ジタル誤謬ナルベシ「裁判所ハ法律ノ外、他ノ権力ニ羈属スルコトナシ」ト云フベシ。服従スルコトナシトハ云ベカラズ。此ノ条裁判構成法ニ於テ不要ナリ。

第三 官吏ノ公務ニ対シテハ要償スルコトヲ得ズ。何トナレバ其ノ公務ハ国権ノ一部ニシテ国権ハ民法上ノ責任ナキ者ナレバナリ。官吏ニ対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。第三十二条(ハ)ノ場合ハ国法ノ大則ニ背ク事。

第四 〔後略〕

すなわち、政府に対する訴訟を単純に国に対する訴訟として許した国は存在しないから、国に対する訴訟を単純に司法裁判所の権限に帰属させるのは当を得ないこと（④第一）、③案2条の「裁判所ハ独立ニシテ法律以外ノ権力ニ服従スルコトナシ」という文章は誤訳に起因する誤謬であり、裁判所構成法では不要であること（④第二）、官吏の公務は国権の一部であって国権は民法上の責任のないものであるから官吏に対して公務に起因する損害の要償を求めることはできないのであり、したがって第32条(ハ)は国法の大則に背くものであること（④第三）、というのがこの意見書の趣旨である。注意しておくべきは、この意見書において、国に対する損害賠償訴訟に関する司法裁判所の管轄権を井上が全面的に否定しているわけではない、ということである。井上がこの規定を非難した理由は、上記8条・法案32条の解釈によっては、行政処分に起因する損害賠償請求事件や損失補償請求事件——行政裁判法の規定に基づいて行政裁判所の管轄事件とすべきことを井上が想定していた事件——を司法裁判所が管轄することになりうる点にあった¹⁶¹⁾。井上が後述の⑦意見や⑩意見などで表明しているように、この種の事件以外の国に対する民事訴訟を司法裁判所が管轄すべきことは、井上も当然に承認していたのである。

なお井上のこの④意見書の影響力について付言すると、法律取調委員会が行った後述⑤の反論がある以外、草案の審議過程ではいずれの機関もこれを顧みたる形跡がない。たとえば、④意見書・第二の訂正提案はまったく取り上げられることなく、井上が誤りだとみなした文章が枢密院御下附案まで維持されている。それどころか、井上の実質上の上司にあたる司法大臣・山田顕義は、枢密院において当該文章の復活さえ強硬に主張していたのである¹⁶²⁾。

さて、上記の井上意見書を受けて、法律取調委員会は、1888年2月に法制

局長官となった井上に対して、原案の正当性を釈明する反論書を公表した。

⑤ 1888年・法律取調委員会「井上法制局長官ノ意見ニ対スル弁明」¹⁶³⁾

第一 国ニ対スル訴訟ノ事

帝国裁判所構成法第五条ニ官吏ニ対スルト云ヒ国ニ対スルト云フモ其訴訟ハ皆ナ財産権上ノ民事訴訟ノミ同法第二十九条第一号ノ(ロ)(ハ)ヲ一閱セハ疑団ハ必ラス氷解セン抑第五条ニ於通常裁判所ノ有スル権限ハ一己人相互間ニ止ラス無形人ト雖モ苟モ事物ノ性質民事ニ関スルモノハ原告被告ノ身分ニ拘ハラズ皆ナ之ヲ同等視スルナリ

国ノ字ニ対シ直チニ國王又ハ政府(主トシテ行政上ヲ指ス)ト解スルハ本法ノ意ニアラス皇族ニ対スル民事訴訟スラ既ニ特種ノ管轄ヲ設ク此ヨリ以上ハ此法律ノ及フ所ニアラサルコト知ルヘシ

本条ノ国トハ各省府県等ノ無形人即チ国ノ代表トシテ財産ヲ処分スル権アル官署ノ謂ナリ

第二 [省略]

第三 官吏ノ公務ニ対シ云々ノ事

帝国裁判所構成法第二十九条ノ主旨タルモノ職務上ノ権限ヲ越ヘ又ハ職務上ノ義務ヲ怠リタルカ為メニ損害ヲ被ムリタル人民ヨリ財産上ノ訴訟ヲ為ス場合ナリ苟モ当然ノ行政事務上ヨリ国民タルモノ損害ヲ被ルモ訴権ノ無キコトハ言ヲ待タス今本条ヲ例スルニ某官吏道路敷地ヲ買取スルニ法律ニ違ヘル点アリトセンカ人民ハ請求ノ手続ヲ為シ猶止ムヲ得サレハ行政裁判ヲ求ム行政裁判ハ唯其官吏ノ行為ハ法律ニ違フ乎否ヲ判決スルノミ果シテ之ヲ法律ニ違ヘリトセハ此ニ於テ人民ハ損害ノ訴ヲ司法裁判所ニ起スコトヲ得此際行政裁判所ハ金銭上ニ付テハ裁判ヲ為スヘキモノニ非ス故ニ本法ハ決シテ行政事務ヲ毀損スルモノニ非ス

第四 [以下省略]

すなわち、後掲⑥案5条(③案8条に対応)にいう「国ニ対スル訴訟」とは財産権にかかわる民事訴訟の意味であって、この種の訴訟では当然に国(國王または政府ではなく、財産を処分する権限のある官署を指す)も被告となることを29条1号(ロ)(ハ)の規定から理解するならば井上の疑念は氷解するであろうし、また、官吏個人に対する賠償請求は、権限踰越の場合や行政裁判所で違法が確定した場合であって、適法な行政活動に起因する損害についての補償請求は司法裁判所の対象外であるから、行政事務に支障をもたらすものではない、と反論したのである。皇室に対する民事訴訟について付言しておく

と、この訴訟は⑥案 42 条、⑩の裁判所構成法 38 条等によって東京控訴院の専属管轄に属するものと位置づけられていたが、これと同様に、国を被告とする民事訴訟も特別の規定があれば司法裁判所の管轄外になるという見解を法律取調委員会は表明しているのである。⑤の弁明は、民事訴訟に関する井上の共通理解に訴えようとしたものといえるだろう。なお、上記弁明が言及している第 5 条と第 29 条は、この時点では次の通りである。

⑥ 1888 年 1 月ごろ・法律取調委員会審議時の帝国裁判所構成法草案¹⁶⁴⁾

第 5 条 通常裁判所ノ裁判権ハ官吏又ハ国ニ対スル訴訟ニ付テモ之ヲ行フ但特別法ニ依テ裁判スヘキモノハ此限ニ在ラス

第 29 条 地方裁判所ハ民事訴訟ニ於テ左ノ事項ニ付キ裁判権ヲ有ス

第一 第一審トシテ

(イ) 区裁判所ノ権限又ハ第四十二条ニ定メタル控訴院ノ権限ニ属スルモノヲ除キ総テノ請求

(ロ) 金額若クハ価額ニ拘ハラス国ヨリ為シ又ハ之ニ対シテ為ス総テノ請求

(ハ) 金額若クハ価額ニ拘ハラス官吏ニ対シテ為ス総テノ請求

第二 第二審トシテ [省略]

⑥案において、裁判所構成法の規律対象が司法裁判所に限定され、その対象から特別裁判所が除外されたことがわかる。これらの条文は、結局、上記④の井上意見書に左右されることなく、枢密院での修正に至るまで維持された。

ところで、上記④をよく読めば理解できることだが、井上毅自身は、国に対する損害賠償請求事件を司法裁判所が管轄することに反対していたわけではないし、国に対する民事訴訟に関する規定の削除を要求していたわけではない。この点は、彼が行政裁判法草案の「井上案」(前掲 4(3)2)の④案) 7 条に対する批判において示した帝国裁判所構成法草案(上記⑥案) 29 条に関する次の評価をみれば、明瞭である。

⑦ 1888 年・井上毅「行政裁判法外三法案ニ対スル意見」¹⁶⁵⁾

行政裁判法外三法案ヲ熟閲スルニ孰レモ文意明瞭ナラサルカ為メ其精神ヲ了解スルニ苦ムナリ故ニ今之ニ対シ意見ヲ陳フルハ早計ニ失スルカ如シト雖モ試ニ殊ニ了解シ難キ重要ノ例ヲ挙論スヘシ [中略]

第七条「法律ニ抛リ政府ニ賠償ノ義務ヲ負フ者又ハ行政処分ヲ改正シ若クハ取

明治憲法体制確立期における国の不法行為責任 (3)

消スニ因リ生スル所ノ直接ノ補償ヲ除ク」トアレハ此分ハ行政裁判所ノ管轄ト定ムルモノ、如シ〔中略〕行政裁判所ハ行政官ノ処分カ法律ニ相背馳シタル為メ或人既得ノ權利ヲ毀損セラレタリトシテ訴フルヲ裁判スルニ在ルナレハ唯其行政処分ノ違法ト否トヲ裁判スレハ即チ可ナリ)トセンカ之ニ依テ生スル損害賠償ハ行政裁判ヲ受ケタル後更ニ通常裁判所ニ訴フヘシ是レ帝國裁判所構成法草案第二十九条(ロ)ニ「金額若クハ価額ニ拘ハラス国ヨリ為シ又ハ之ニ対シテ為ス総テノ請求」ト規定シテ地方裁判所ノ管轄ト為シタルハ(中ノ一部分ナリ)本文上段ニ「法律ニ拠リ政府ニ賠償ノ義務ヲ負フ者」トアリテ其法律ハ如何ノモノナルヤハ予知セザレトモ文字上通常裁判所ノ管轄ニ帰セシメテ当然ノ事件ナルヘキヲ推知スルニ足ルヘシ〔中略〕

第九条ノ第一第三ノ上半段ノ如キ〔官有財産・官有物買受等に関する訴訟〕ハ断シテ通常裁判所ノ管轄スヘキ所ノモノナリ〔後略〕

この⑦意見において、井上は、いわゆる「井上案」を批判して、違法処分等に起因する損害賠償請求訴訟は、行政裁判所の管轄に服すべきものではなく、行政裁判所の違法判断を経た後に通常(司法)裁判所に出訴すべきものであって、このことは帝國裁判所構成法草案(上記⑥案)29条(ロ)から明らかだ、と主張している。すなわち井上は、同草案29条を根拠として、国に対する損害賠償請求訴訟を司法裁判所が管轄すべきだという見解を示しているのである。国に対する民事訴訟の規定の削除を井上が要求していないこと、むしろ当該規定を支持していることを確認できよう。

上記⑥案は、法律取調委員会から司法省を通じて内閣に提出され、1889年3月1日から23日まで元老院の審議に付された後¹⁶⁶⁾、4月26日に枢密院に諮詢された。この時点での草案である枢密院御下附案においては、上記の5条も29条も、結局そのままの文言で枢密院に審議に付された。井上④意見書は結局顧慮されなかったのである。同案における国に対する損害賠償請求訴訟関係規定は次の通りであった。

⑧ 1889年4月・帝國裁判所構成法・枢密院御下附案¹⁶⁷⁾

第5条 通常裁判所ノ裁判権ハ官吏又ハ国ニ対スル訴訟ニ付テモ之ヲ行フ但特別法ニ依テ裁判スヘキモノハ此限ニ在ラス

第29条 地方裁判所ハ民事訴訟ニ於テ左ノ事項ニ付キ裁判権ヲ有ス

第一 第一審トシテ

(イ) 区裁判所ノ権限又ハ第四十二条ニ定メタル控訴院ノ権限ニ属スルモノ

ヲ除キ総テノ請求

(ロ) 金額若クハ価額ニ拘ハラス国ヨリ為シ又ハ之ニ対シテ為ス総テノ請求

(ハ) 金額若クハ価額ニ拘ハラス官吏ニ対シテ為ス総テノ請求

第二 第二審トシテ 〔省略〕

枢密院では、各条項の審議に入る前に、4名の委員によって御下附案に対する修正が施された。主要な修正は、帝国憲法（1889年2月11日公布）が裁判制度関連規定を設けたことにもなつて不要となつた総括的規定（第1章・裁判権）の整除である。第二読会の冒頭（同年6月13日午前の審議）で、この修正案が原案として採択された。同案において、⑧案5条は削除されて、⑨案2条にまとめられるとともに、⑧案29条が⑨案26条に修正された¹⁶⁸⁾。

⑨ 1889年6月・枢密院審議時の帝国裁判所構成法草案¹⁶⁹⁾

第2条 通常裁判所ニ於テハ民事刑事ヲ裁判スルモノトス但シ法律ヲ以テ行政裁判所及特別裁判所ノ司法権ニ属セシメタルモノハ此ノ限ニ在ラス

第2-9-6条 地方裁判所ハ民事訴訟ニ於テ左ノ事項ニ付キ 裁判 司法権ヲ有ス

第一 第一審トシテ

(イ) 区裁判所ノ権限又ハ第一四十一—三十八条ニ定メタル控訴院ノ権限ニ属スルモノヲ除キ 総テ 其ノ他ノ請求

(ロ) 金額若クハ価額ニ拘ハラス国ヨリ為シ又ハ之ニ対シテ為ス総テノ請求

(ハ) 金額若クハ価額ニ拘ハラス官吏ニ対シテ為ス総テノ請求

第二 第二審トシテ 〔省略〕

枢密院がいかなる趣旨で旧草案5条における国に対する民事訴訟規定を削除して成案2条にまとめたのか、および、旧草案29条を成案26条に修正したのかについては、『枢密院会議議事録』に基づいて後に検討することにしよう。

上記⑨案は、この後、若干の字句修正を経て、1890年2月10日公布（11月1日施行）の裁判所構成法2条および26条となつた。

⑩ 1890年2月・裁判所構成法

第2条 通常裁判所ニ於テハ民事刑事ヲ裁判スルモノトス但シ法律ヲ以テ特別裁判所ノ管轄ニ属セシメタルモノハ此ノ限ニ在ラス

第26条 地方裁判所ハ民事訴訟ニ於テ左ノ事項ニ付裁判権ヲ有ス

第一 第一審トシテ

区裁判所ノ権限又ハ第三十八条ニ定メタル控訴院ノ権限ニ属スルモノヲ除キ

其ノ他ノ請求

第二 第二審トシテ〔省略〕

同法に基づく司法裁判所の管轄事件と行政裁判法に基づく行政裁判所の管轄事件との関係について、井上毅は次のように解説している。

⑩ 1890 年末ごろ・井上毅「行政裁判所ノ裁判権ニ関スル意見」¹⁷⁰⁾

憲法第六十一条行政官庁ノ処分ニ依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トハ直接ニハ消極的ニ司法裁判所ハ行政裁判所ノ権限ニ属スル事件ヲ受理スヘカラスト云フニ過キス止タ間接ニ行政官庁ノ違法処分ニ因レル権利傷害ノ訴訟ハ行政裁判所ニ出訴スルヲ得ルコトヲ顯ハシタルマテナリ然レトモ司法裁判所ノ権限ニ属スヘキ事件ト行政裁判所ノ権限ニ属スヘキ事件ノ分界ハ別ニ法律ヲ以テ之ヲ規定スルヲ要スルコトハ「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云々」ノ明文ニ依テ明カナリ本年法律第百六号〔行政官庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件〕ハ行政裁判法ニ基ツキ発シタルモノニシテ該法律ニ列記セサル所ノ純然タル民事上ノ事件ニ付テハ仮令相手人ハ官庁タルニ拘ラス普通民事裁判所ニ出訴スルヲ得ルコト論ヲ待タス〔中略〕

之ヲ再言スレハ行政裁判所ノ裁判権ニ属セサルモノハ司法裁判所ノ裁判権ニ属スル事件、行政官庁ノ職権内ニ於テ適宜処分ニ委シタル事件及各個ノ行政法ニ於テ行政訴訟ヲ明許セラレサル事件ナリトス〔後略〕

すなわち、帝国憲法 61 条は、司法裁判所が行政裁判所の権限に属する事件を受理してはならない旨を定めるとともに、司法裁判所の管轄事件と行政裁判所の管轄事件との境界を法律によって規定すべき旨を明示しており、当該法律として「行政官庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」が行政裁判法に基づいて制定されたのであるが、ここに列記されていない純然たる民事事件については、たとえ被告が官庁であったとしても当然に民事裁判所に出訴できることになる、というのが 1890 年末時点での井上の見解である。

以上の制定経過の概観から、次の 3 点を確認することができる。

第一に、国に対する民事訴訟を司法裁判所（地方裁判所）が管轄する旨の規定は、井上毅の意見書（上記④）に基づいて削除されたのではない、ということである。井上意見書の提出があつたにもかかわらず、立案を担当していた法律取調委員会をはじめとして、内閣も元老院もこれを参酌することな

く、原案を維持していた。

第二に、上記規定を削除したのは枢密院であった、ということである。そしてここでも、後述のように、井上意見書の影響を看取することはできない。

第三に、そもそも、井上の④意見書自体が上記規定の削除を求めていたわけではなかった、ということである。上記④⑦⑩で示されている井上の見解から明らかなように、彼は国の民事上の賠償責任を否定してはいなかったし、この種の事件に対する司法裁判所の管轄権を排斥してもいなかった。彼は単に、「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」等の法律・勅令で列記された事件、「行政官庁ノ職権内ニ於テ適宜処分ニ委シタル事件」および「各個ノ行政法ニ於テ行政訴訟ヲ明許セラレサル事件」を司法裁判所の管轄事件から除外すべきことを求めていたのであって、けっして国に対する賠償請求を司法裁判所においても否定することを主張してはいなかったのである。

これらの点をふまえれば、「憲法起草者〔井上毅〕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った¹⁷¹⁾という所見が誤解であること、あるいは井上意見書を典拠とする「井上は、国家無答責の法理を根拠に国家賠償訴訟を司法裁判所に提起できないとした」といった類の主張¹⁷²⁾が誤りであることは、もはや明白であろう。

3) 枢密院が国に対する民事訴訟規定を削除した趣旨

さて、枢密院はいかなる理解に基づいて、国に対する民事訴訟規定を削除したのであろうか。そして、上記のような修正経過を経て成立した裁判所構成法2条と26条は、国家無答責の法理の実定法上の根拠ということができるであろうか。

まず、問題の発端として、なぜ司法裁判所の管轄事項を裁判所構成法で規定する必要があったのかを、ここで確かめることにしたい。この答えは、上記①案・②案などに関する法律取調委員会の審議内容および上記④⑦⑩における井上の主張を参照すれば、容易に得ることができる。行政裁判所と司法裁判所との間で権限紛争が起きないようにすることが、その制定目的だった

のである。つまり、私人の場合と同じように国についても損害賠償責任が存在することを前提として、損害賠償請求等の民事訴訟を司法裁判所の管轄に属する旨を明定しようとしたのが、帝国裁判所構成法草案(⑧案)5条・29条等の国に対する民事訴訟規定だったのであり、成案(⑨案および⑩)2条・26条も同様の目的で制定されたのである¹⁷³⁾。この点に異論の余地はないであろう。

次に、枢密院がいかなる趣旨で国に対する民事訴訟規定を削除したのかを確かめる。

前述のように、1889年6月13日午前の審議の冒頭で、⑧案に対する大幅な修正案が提案され、第二読会の原案として採択された。この修正によって、⑧案5条は⑨案2条に統合され、⑧案29条は⑨案26条となった。つまり、ここで国に対する民事訴訟の規定が削除されたのである。修正案は寺島副議長および佐野・河野・野村顧問官の4委員が作成した。この修正をめぐって山田司法大臣と4委員との間で次のような議論が交わされた¹⁷⁴⁾。

「十二番(山田) 最初ノ案ハ憲法制定前ニ起草シタルモノニシテ其ノ案ニ於テハ第一編ニ憲法ニ於テ定ムヘキ諸条ヲ悉ク載セタリ然ルニ憲法既ニ制定セラレタルニ依リ其ノ憲法ト重複スルモノハ悉ク之ヲ削リ独リ憲法ヲ補フニ足ルト思考スル諸条ノミヲ存セリ司法省提案〔⑧案〕第一条乃至第五条是ナリ今其ノ各条ハ委員ニ於テ削除セラレタリ其ノ第二条以下ハ本官異議ナシ第一条ハ是非トモ旧ニ復セラレタシ〔中略〕

二十四番(佐野) 主務省草案第一条ヲ存スルト否トハ委員会ニ於テモ多少議論アリシ所ナリ而シテ其ノ遂ニ之ヲ削除シタルハ既ニ憲法ニアル以上ハ重複シテ構成法ニ載スルノ必要ナシト云フニアリ」

すなわち、司法省は⑧案を提案した時点で、帝国憲法の司法権に関する規定と重複しないように整除を済ませていたのであるが、4委員は、⑧案の総則規定(1条から5条まで)がなお憲法と重複するとしてこれを削除したのである。山田は、法律の体裁からして、裁判所の独立を謳う1条の復活が必要である旨を説いたが、容れられなかった。

続いて、同日午後の審議では、同じく山田が上記⑨案2条但書き中の「行政裁判所」という文言の削除を求める修正案を提出した。このため、政府を

被告とする民事事件と行政事件との関係が議論されることになった¹⁷⁵⁾。

「二十一番（鳥尾） ……民事トハ人民ニ関係スト云フ義ニ非スシテ訴訟ノ性質ヲ指シ政府ニ関係スル訴訟ニモ此ノ性質ニ出ルモノナシトハ言ヒ難シ故ニ矢張り明言スルガ宜シ

〔中略〕

二十八番（河野） ……民事ト云ヘハ一個人ノ権利ヲ侵シタル場合ニシテ政府モ亦之ヲ侵スコトナシト言ヒ難シ然レハ行政事件モ実ハ民事ノ一種ニ非ラスヤ此ノ區別ハ六ヶ敷ケレトモ要スルニ刑事ニ非サル者ハ皆民事ト見テ宜シ即各国ニ於テモ近頃ニ至リ始メテ區別ヲ立テ民事中ヨリ行政事件ノ範圍ヲ切り出シタルナリ権限ヲ誤リタルヤ否ヤヲ裁判スルハ純然タル公事ナレド中ニハ区域判然セザル事件モ多カラシサレハ行政裁判ヲ除ク旨ヲ此ニ明言スルニ如カサルヘシ又司法権ハ管轄トスルニ如カス」

ここでの議論は、議長（伊藤博文）の「憲法ニ於テ特別裁判所ト云フハ行政裁判所ヲ含蓄セス」という見解を多数が支持したため、原案を可決して落着したが（後に「行政裁判所及」の文言は削除された）、注目しておくべきは、政府を被告とする民事訴訟の位置づけである。上記議事録の引用から理解できるように、国に対する民事訴訟規定の削除を行った委員らの理解によれば、司法裁判所が管轄すべき民事事件には、政府による権利侵害事件も当然含まれるのであって、そのうちの行政事件（行政権限の違法な行使に関する事件）が行政裁判所の管轄事件となる、のである。すなわち、国や官吏を被告とする事件も含めて、民事事件である限り原則として司法裁判所の管轄に属するが、法律で特別裁判所の管轄に属する旨を定めている事件については、例外的に司法裁判所の管轄から外れる、というのがこの規定の立法者の理解なのである。井上毅の見解（行政処分に起因する損害賠償請求事件や損失補償事件など、法令で行政裁判所の管轄事件とはされていない事件についても司法裁判所の管轄外とすべきだという見解¹⁷⁶⁾）と比べると、裁判所構成法の立法者は、国に対する損害賠償請求訴訟のほぼすべてが司法裁判所の管轄に属するという理解に立っており、両者の違いは明白である。井上の④意見書が上記の枢密院の審議にまったく影響を与えていないこと、ましてや立法者が国家無答責の法理に基づいて国に対する民事訴訟の規定を削除したのでないことが確認できよう。

以上のように、裁判所構成法の立法者は、国に対する損害賠償請求訴訟が当然に司法裁判所の管轄に属することを前提として、総則規定の簡明化を図るために、⑧案の5条と26条における国に対する民事訴訟の規定を削除したのである¹⁷⁷⁾。したがって、同法立法者の法意識において、「国にたいする賠償請求賠償請求は、基本的には、司法裁判所においても否定する考えであった¹⁷⁸⁾」ということとはできず、むしろ逆に、基本的にはこれを肯定する考えであったことが理解できる。この削除については、従前より、「地方裁判所の民事訴訟についての管轄に属するものの中、国より為し又は国に対してなすすべての請求と官吏に対してなすすべての請求を除いたのであるが、これは、民事訴訟において特に国をその他の個人と区別する必要がないものとみたからであろう¹⁷⁹⁾」という所見があったが、以上の検討結果に基づけば、この所見はおおむね妥当だといえる。

4) 裁判所構成法原案作成者・民事訴訟法制定者・大審院の理解

国に対する民事訴訟規定の削除の趣旨が以上のとおりであることは、裁判所構成法の原案を作成したオットー・ルードルフによる同法の注釈、旧民事訴訟法14条制定の経緯、および大審院による裁判所構成法の解釈からも、その確証を得ることができる。

ルードルフは、裁判所構成法制定直後に著した『日本裁判所構成法（明治23年2月10日法律第6号）注釈』での同法2条の注釈において、行政官庁の権利侵害に起因する損害賠償請求訴訟の裁判管轄を次のように解説している¹⁸⁰⁾。

「帝国憲法〔61条〕は、行政官庁の処分による法令違反を理由とする一切の訴については、通常裁判所の権限を否認して之を行政裁判所に付託して居るのである。行政法規、組織法規はそれが訴願方法 *Beschwerdeweg* に対して訴訟方法 *Klageweg* を界限することに依つてのみ分化して居るに過ぎないのであるが、是は現在では明治23年6月28日の法律第48号行政裁判法に依つて、一般的に行はれて居る所である。所でかくの如き行政官庁の権利傷害に由る損害賠償請求の訴も、帝国憲法の此の規定に依り、行政裁判所の管轄に属するものであるかどうかは問題である。伊藤伯の憲法義解が、「権利を傷害せられたりとする」と云ふ字句は利益の単なる傷害、例へば鉄

道路線が実際に敷設されたとは別様に敷設されない為に生ずる利益の傷害は、官庁に対する請願の理由とはなるけれども、行政裁判所に訴を提起する理由とはならないと云ふ、明瞭な論結に到達せしめると論じて居るのは、行政官庁の権利傷害に由る損害賠償請求の訴が、行政裁判所の管轄に属するものであると云ふ意見のやうに思はれる。蓋し伊藤伯の此の所論は、かくの如き利益の傷害が権利の傷害に基いて居る場合に於ては、行政裁判所は此の訴につき管轄権を有するものであるとする、別個の論結を包蔵して居るやうに考へられるからである。けれどもかかる見解は、行政裁判所の制度も目的とする所を超越するものであつて、通常裁判所の管轄を侵害するものと謂つて差支あるまい。蓋し利益の傷害を判断するのは全然一般的问题であつて、決して行政上の争議たるものではなく、日本語の字句に依ると、事実上「権利を傷害せられたりとするの訴訟」についての裁判のみが、行政裁判所に付託されてあるに止まり、損害賠償の訴をも併せ包含するであらう所の権利傷害に因る訴が、一般的に行政官庁に付託される次第ではないやうに思われる。けれども例へば市町村制は、市町村吏員に対する直接損害賠償請求の訴をも許して居るのであつて、従つてかくの如く法律を以て明示的に挙示して居る場合に於ては、行政裁判所の管轄が此の点についても承認されてあるものと認むべきであらう。

だが、明治 23 年 6 月 28 日の法律第 48 号行政裁判法は 16 条に於て、一切の損害賠償請求の訴を明示的に行政裁判所の権限から除外して居るのであつて、即ち是等の訴は絶対的に通常裁判所の管轄に属するものである。」

この注釈においてルードルフは、枢密院での上記の議論と同様に、行政裁判所の管轄外となる国家賠償請求訴訟が司法裁判所の管轄に属する旨を確認している。すなわち彼は、「行政官庁の権利傷害に由る損害賠償請求の訴」について、『憲法義解』がこの種の訴訟を行政裁判所の管轄に含める見解である可能性を指摘しつつ、かかる見解は行政裁判制度の目的を逸脱しているという理由でこれをしりぞけた上で¹⁸¹⁾、この種の訴訟が「行政上の争議」ではなく利益侵害の判断の対象となるものであること、そして帝国憲法 61 条および行政裁判法 16 条によつて行政裁判所の管轄から除外されていることからして、当然に通常裁判所（司法裁判所）の管轄に属するものだ、と解説している。彼の見解によれば、行政処分起因する損害の賠償請求訴訟は、当然に司法裁判所の管轄に属することになる。これが裁判所構成法制定直後における同法原案作成者の解釈である。

次に、1890 年制定の旧民事訴訟法 14 条（1926 年改正法の 4 条 2 項に対応）も上記の趣旨で制定されたことを確認しておく。この規定は国の普通裁判籍を

定めるものであるが、1887年12月17日の法律取調委員会での同法草案の審議において、帝国司法裁判所構成法草案33条（上記①案）との関係が問題となった¹⁸²⁾。

「第十四条朗読ス

第十四条 国ノ普通裁判籍ハ争訟ニ付キ国ヲ代理スルノ任アル官庁ノ所在地ニ依テ定マル民事争訟ニ付キ国ヲ代理スルニ付テノ規定ハ閣令ヲ以テ之ヲ定ム

〔中略〕

（三好） 構成法第三十三条デ御座イマスガ元トハ政庫ト云フ一字デアツタノヲ茲ノ修正デ政府又ハ官庁トナリマシタ第八条ノ処ニ官吏官庁ト云フハ元トカラアツタノデスルト国ト官庁ト銘々ニナツテ居リマスソウスルト訴訟法ノ十四条デハ官庁ハ国ノ代理ヲスルモノト云フ事ニナツテ居ル官庁ト国ト別デハナイ国即チ官庁トナリマス

〔中略〕

（委員長） 国ト官庁トハ違フ

（三好） 官庁ハ国ヲ代表シテ居ルノデス

（委員長） 字ガ違ツテ居レバ同ジモノデナイ必ラス區別ガアル

〔中略〕

（南部） 国ニ対シテ為シマス其国ハ何処ガ代理スルカト云フト官庁ガ代理シマス本人ガ即チ国デアリマスカラ国ニ対シテ為スト云ツテ差支アリマセン

（委員長） 併シ国ノ中ニ區別ガアリマシヨウ

（渡辺） ソレハ官庁ノ區別ガアルト云ハナケレバナリマセン

（箕作） 訴訟法ニ依レバ無形人ノ頭ヘ国其他郡区町村ト云ツテ官庁ガナイ処ガ構成法ニハ国モ官庁モ訴訟ヲ為ス様ニナツテ居ル

（委員長） ソンナラ何方デモーツニシヨウ

（村田） 構成法ノ官庁ヲ削ル方ガ宜シイ

（委員長） 構成法ノ八条ハドウシマスカ

（箕作） 仮令バ東京府知事ガ国ノ代表者トシテ訴ヘラレタトキニハ府ノ所在地官庁ト云フトキハ事務所ノ所在地トナル

（委員長） 構成法ノ第八条ハドウシマスカ

（三好） 官吏又ハ国トナレバ宜シウ御座イマス

（西） ソレデ宜シイ

（委員長） 第三十三条ハ国ヨリ為シ之ニ対スルトナリマスカ

（三好） ソウデス

（委員長） ソレデハ直シマス十四条ノ一項ハ是レデ良イノカ

（三好） ソレデ合ウ様ニナリマス」

法律取調委員会・民事訴訟法担当部会は、ここで、民事訴訟において当事

者適格を有するのは国であつて官庁（行政庁）ではないことを確認し、裁判所構成法草案②案の訂正を指示したのであり、そして、この議論を受けて同草案②案は③案に修正され、「国ニ対スル訴」という文言が登場したわけである。一方、旧民事訴訟法 14 条 1 項は、1890 年にこのままの文言で「国ノ普通裁判籍ハ訴訟ニ付キ国ヲ代表スル官庁ノ所在地ニ依テ定マル但訴訟ニ付キ国ヲ代表スルニ付テノ規定ハ勅令ヲ以テ之ヲ定ム」と定められた（大正 15 年改正法 4 条 2 項に対応）。

以上、要するに、井上毅が批判の対象とした裁判所構成法③案における「国ニ対スル訴」という文言は法律取調委員会・民事訴訟法担当部会で発案され、かつ、旧民事訴訟法 14 条はこの時点での「国ニ対スル訴」の理解に基づいて制定されたのである。井上毅の④意見書がこの時期の裁判法制・損害賠償法制の立法作業に影響を及ぼしていないことの証左の一つといえよう。

第三に、大審院をはじめとする司法裁判所による裁判所構成法の解釈も、国に対する損害賠償請求訴訟が当然に司法裁判所の管轄に属するという認識を共有していた。後述の大審院判例の検討において明らかになるように、大審院は、裁判所構成法や行政裁判所法の制定直後の時期には、特別の管轄規定がない事件はすべて司法裁判所の管轄に属するという解釈を採用していた¹⁸³⁾。列記されていない行政処分事件について司法裁判所が管轄権を有しない旨を判示した後でも、大審院は、国の権力的行為に関する損害賠償事件も含めてすべての民事事件を受理していた。大審院が裁判所構成法 2 条を根拠として管轄を否定したのは、徴発物に関する賠償請求事件のような損失補償関連の「損害要償ノ訴訟」だけであり、後年になって、必ずしも根拠法令を示すことなく「公法事件」だとして管轄外を理由に却下したのは、公法人に関する事件と公法上の債権債務に関する事件である¹⁸⁴⁾。これが「従前の例」なのである。仮に国家無答責の法理が「司法裁判所は国家賠償請求を受理しないもの」とする法理であるとすれば、それは大審院によって否定された法理であるから、そもそも「従前の例」に該当しないことになる。

このように大審院等の司法裁判所も、裁判所構成法 2 条を「司法裁判所に

において、国家賠償請求訴訟を受理しない」旨を定めた規定だとは解釈していなかった。大審院等は、条文に忠実に、行政処分事件については——請求の趣旨が損害賠償請求であるか否かにかかわらず——司法裁判所の管轄外とし、その他の損害賠償請求訴訟については、司法裁判所の管轄に属する民事事件として処理していたのである（この点の詳細については、5(2)で再述する）。

5) まとめ

以上のとおり、第一に、裁判所構成法の立法者が司法裁判所の権限に関する規定から「官吏又ハ国ニ対スル訴訟」という文言を削除した趣旨は、国や官吏に対する損害賠償請求訴訟を司法裁判所の管轄外とすることにあったのではなく、この種の訴訟を司法裁判所が管轄することを当然の前提とした上で、司法裁判所の裁判管轄に関する規定を簡明化することにあった、ということができる。

第二に、立法の経緯をみても、その後の解釈と運用をみても、井上意見書が裁判所構成法の民事事件の裁判管轄規定に対して影響を与えたということとはできない。またそれゆえ、井上意見書の存在を根拠として、同法2条・26条について、「立法者は、権力的作用に基づく損害についての国家の賠償責任は特に法律で定めた場合を除いてはこれを認めないとの統一した意思に基づきこれらの法律を制定したもの」¹⁸⁵⁾と評価するのは、誤りである。

したがって、裁判所構成法制定の過程で国に対する民事裁判の包括的管轄規定が削除されたことは、国家無答責の法理とは無関係であって、この削除を実定法上での同法理の確立の根拠とみなすことは、明らかに誤りだといえる。むしろ、この時期にはまだ同法理が未確立であったことが裁判所構成法の制定過程から確認できたであろう。

(5) 旧民法 373 条 (1890 年)

1) 旧民法 373 条と国家無答責の法理

前述のように、近年の裁判例は、1890年に制定された旧民法 373 条を国家無答責の法理の実定法上の根拠とみなしている。すなわち、(i) 同条の成立過程において立法者は国家無答責の法理に基づいて国の賠償責任に関する文言を削除した、(ii) このことは、旧民法の立案過程に参加した井上毅が削除の趣旨を「行政権による公権力の行使に起因する損害賠償責任を否定する趣旨である」と解説している点によっても裏づけられる、(iii) 1896年制定の現行民法においても国の賠償責任を認める規定は定められなかった、(iv) したがって、現行民法は旧民法の立法者意思を引き継ぐ形で国家無答責の法理を採用しているので、同法理は実定法上の根拠を有する、という理解を示しているのである¹⁸⁶⁾。

しかし、このような理解を示す裁判例や主張は、推測に基づくだけで史料による根拠を示してはいない。むしろ、史料を一瞥すれば確認できることであるが、この時期の立法者は国の賠償責任を原則として認めていたし、「公権力」という観念を用いてもいなかった。加えて、井上毅の論文は、同規定を解説したものでなく、旧民法草案の「初稿」に対する修正の要望書であったし、現行民法の制定者の認識も国の公権力的行為に関する賠償責任を免除するものではなかった。ここでは、まず上記(i)の点を検討する。

2) ボアソナード草案における国の損害賠償責任規定

最初に、国の損害賠償責任の問題について旧民法制定時に立法者がいかなる認識をもっていたのかを確かめておく。1887年(明治20年)10月、外務省の法律取調委員会が司法省に移管されて、司法省法律取調委員会が発足し、民法・商法・民事訴訟法等の編纂事業は最終段階を迎える。1888年2月の法律取調委員会での旧民法草案 393 条は次の通りである。

① 1888年2月・法律取調委員会審議時の旧民法草案393条

第393条 主人及ヒ親方、工事、運送又ハ其他ノ給務ノ企作人公私ノ事務所ハ其
召使人、職工、使用人又ハ属員カ己レニ委任セラレタル職務ヲ行フニ付キ又ハ
之ヲ行フニ際シテ加ヘタル損害ノ責ニ任ス

この条文案に対して、同月21日の法律取調委員会で次のような議論が交
わされた¹⁸⁷⁾。

- 〔尾崎委員〕 官庁ノ役人杯ガ仕出シテ損害ヲ掛ケレバ官庁ガ償ウカ
〔南部委員〕 小使ガ損害ヲ掛ケレバ司法ガ償ウ
〔中略〕
〔尾崎委員〕 役人が御用デ旅行シテ損害ヲ与ヘタトキハ
〔鶴田委員〕 職務ト云フ見分ケガ付ケバ宜シイ
〔南部委員〕 一般ノ職務ヲ以テヤルノハ別デシヨウ、仮令バ会計ノ役人が普請ヲ
スル様ナトキハ
〔鶴田委員〕 戸長ガ奥印ヲシテ失錯ヲシテ自分ガ損害ヲ蒙リタルトカ、良シ故意
ニシテモ戸長ノ名誉ガアルカラ職務上デ為シタルモノト見ナケレバナリマセン、損
害賠償ヲ云テ来モノガ沢山アル、其レハ政府カラ出スカ、戸長カラ出スカト云フ論
ガアル、種種論ジマシタガ出シ切レスカラ出サスコトニ裁判ヲシマシタガ、據ナイ
ノガアルカラ内閣ニ迫テ到底出サナケレバナラヌト云タガ、出ソウトモ云ハズ、今
以テ出サナイ
〔南部委員〕 行政ノコトハ別デ御座イマシヨウ
〔尾崎委員〕 司法カラ頼マシテ過ツテ損害ヲ掛ケタトキハ官庁ガ償ウノハ困ル
〔栗塚報告委員〕 兵隊ガ過ツテ人ニ怪我ヲサセタノハ
〔鶴田委員〕 林謹一ナドハ兵隊ニ茶畑ヲ荒サレタ
〔栗塚報告委員〕 尤モ適用スルニ困難モアルガ、原則ハドウシテモ之ガ本統ダロ
ウト思ヒマス
〔鶴田委員〕 道理カラ云ヘバ之ガ原則ダロウ
〔栗塚報告委員〕 困難ニモセヨ、此裏ヲ考ヘテ見レバ職務ヲ行ウトキダカラ知ラ
ヌト云フコトハ出来マセン
〔尾崎委員〕 其レハ役人が償ウ、役人ナドハ知識モ具ヘテ居ルカラ自分デ悪ルイ
コトヲシテ損害ヲ掛ケレバ自分デ償テ宜シイト思フ
〔南部委員〕 官ガ償ウ、役人が償ウト云フコトハ別ニ細カイ法律ガ出来ナケレバ
ナラヌト思ヒマス
〔栗塚報告委員〕 唯箇様ナ原則ニ定メテ置クト云フノデ足リルト思ヒマス
〔清岡委員〕 司法省ノ普請ヲスルトキ怪我ヲシタ者ニ業代デモヤルノハ今日デモ
ヤツテ居ル

(渡委員) 仮令バ兵隊ガ調練ヲスルトカ、或ハ野外演習トカデ、畑ヲ踏荒シタトキハ皆軍馬局カラ償テヤルカラ理ニ於テハ同一ナル訳デアル

〔中略〕

(委員長) ……親方ガ子分ノ為シタ責ニ任ズルカラ役所ガ役人ノ責ヲ負ハナケレバナルマイ、之ハ原案トシテ先キヘ行キマシヨウ]

官吏の職務に起因する損害の賠償請求について、栗塚報告委員と鶴田委員は原則として国が賠償責任を負うべきだとする立場、清岡委員と渡委員は(実際に賠償類似の支給が行われていることをふまえて)これに同調する立場、尾崎(忠治)委員は官吏の個人賠償を主張する立場、南部委員は賠償責任を国が負うべき場合と官吏個人が負うべき場合について詳細な法律が必要だとする立場である。要するに、この時点では、国は当然に損害賠償責任を負うべきであり、従前の賠償の実務を見てもそれが当然だという考え方が支配的だったのである。このようにして、旧民法財産編の立案にあたった法律取調委員会は、損害賠償の規定について、1888年10月、ボアソナード草案に若干の字句修正を加えた下記の原案を決定した¹⁸⁸⁾。

② 1888年10月・法律取調委員会審議時の旧民法草案 393条

第393条 主人、親方又ハ工事、運送等ノ營業人若クハ公私ノ事務所ハ其使用人、職工、又ハ属員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責ニ任ス

旧民法草案は、日本社会において直ちに適用することの妥当性について疑義が出されたために、1889年5月ごろから再調査に付されたが、上記393条は原案のままとされた¹⁸⁹⁾。

3) 井上毅の今村和郎宛書簡と法律取調委員会での再審議

さて、この民法再調査による修正とは独立に、上記の草案393条は再審議に付されることになる。

まず、当時法制局長官の職にあった井上毅は、モッセに対して、草案393条がボアソナードのいうようにヨーロッパ各国で受け容れられつつある法理に基づいているのか否かを尋ねていたところ、同年5月、事態はまったく逆

である旨の答議をモッセから受け取った¹⁹⁰⁾。これによって確信を得た井上は、法律取調委員会でこの条項の起草を担当していた今村和郎に対する書簡の中で、同条(修正案 373 条=これが井上の 1891 年の国家学会雑誌論文にいう「民法初稿三百七十三條」である)見直しの必要性に言及した。

③ 1889 年 6 月 22 日付・井上毅の今村和郎宛書簡¹⁹¹⁾

「昨日、貴下ノ寄贈を忝クシタル決議取消ノ要求書ハ、獨行政裁判ノ争ナルノミナラス、即民法三百七十三條ニ就テノ未来ノ大問題ナルベシ、

〔中略〕国権ヲ執行スル官吏ノ処置及怠慢ニ付テハ、甲ノ学者ハ(スタイン、ザルウエー、ロスレル氏)何等ノ場合モ、民法上ノ責任ナシト謂ヒ、乙ノ学者ハ(ゲルベル、マイエル、ツヨーフル氏等)或場合ニ於テ責任賠償スヘシト謂フ、而シテ實際ノ裁判例ニ於テハ、特別ノ法律ノ正文ニ明記シタル場合ヲ除ク外、判然ニ国家ノ民事賠償ヲ認メズ、

夫レ各国ノ国法論ニ於テ如此異同アリテ未タ婦一ノ中点ヲ得ザルニ拘ラズ、我民法草案ハ大胆ニモ国家ヲ一網ノ下ニ打尽シテ民法ノ範圍内ニ入レント試ミタルハ、小生ハ慨嘆ニ堪ヘサル所ナリ、

此件ハ、猶再議ノ機会ヲ待ツヘシト雖、前陳ノ理由ニ因リ、小生ハ前ノ決議ヲ無効トスルノ要求ニ応スルコト能ハサルノ遺憾ヲ抱クノミナラス、且、民法上ノ問題ニ関シ、全ク貴下ト反対ノ位地ニ立ツノ不幸ヲ得タルコトヲ痛嘆セズンハアラス」

すなわち、「国権ヲ執行スル官吏ノ処置及怠慢」にかかわる国の賠償責任については、各国の裁判例では認められておらず、また各国の学説は一致をみていないにもかかわらず、「我民法草案ハ大胆ニモ国家ヲ一網ノ下ニ打尽シテ民法ノ範圍内ニ入レント試ミ」ていることは承服できない、という見解を示したのである。

上記の井上書簡に対して今村は、反論の書簡を井上宛に送った。

④ 1889 年 6 月 24 日付・今村和郎の井上毅宛返書¹⁹²⁾

「肅啓、過日行政裁判法案大体例之引続ヨリシテ終ニ大問題ヲ惹起スルニ至リ申候、〔中略〕此ノ如クシテ行政裁判ヲ許スヘキ事件ヲ定メ、扱其中ニ就テ又損害賠償ヲ官庁ニ於テ任スヘキモノト、官吏ニ於テ任スヘキモノト総テ任セサルモノトノ區別ヲ為スコト肝要ニ可有之、此モ亦始ヨリ原則ヲ以テ區別ヲ為シ難シト相考申候、故ニ先ツ事実ヲ集拾シタル上ニ決スルヲ可然ト相考申候〔後略〕

今村は、国の賠償責任は、官庁が負うべき場合と官吏が負うべき場合と誰

も責任を負わない場合とを区別することが重要だが、始めから法律で一律にこれを定めることは不可能である、として、事例を収集した上で将来的にこの区別をつけていくべき旨を説いている。

この後、井上は、モッセの上記「国ノ民法上損害賠償義務ニ関スル意見」を添えて、司法大臣・山田顕義宛に民法草案 393 条（修正案 373 条）の見直しを求める書簡を送った。

⑤ 1889 年 6 月 29 日付・井上毅の山田顕義宛書簡¹⁹³⁾

「民法三百九十三条（修正案三百七十三条）ニ付而者、異議ハ別冊モッセ氏意見ニ相見候、此事将来国法上ニ関係シ、一大問題と相成可申候、且条約改正ハ、外国人民と政府との争議之論拠と相成ル事ニ候ヘハ、更ニ御取しらへ相成度冀望奉存候、猶仏国ニおいてすら判決例ハボアソナド氏之説と矛盾いたし居候、訳文其他之反対之証憑追々ニ可奉呈覽候」

山田顕義は、上記の書簡を受けてから比較的速やかに、外国人法律顧問らに対して、旧民法草案 393 条または国家の賠償責任と官吏個人の賠償責任の問題について意見を（ボアソナドの説明を付して）求めた。彼らの意見の大勢は、国の責任を広範囲にわたって認める 393 条に対して批判的であった。すなわち、官吏の職務遂行が違法行為であった場合には国家と官吏とは囑託の関係にないので官吏は個人として責任を負うものとすべき（パテルノストロー）、官吏の行為が主権担当者としての行為か民法上の行為かで判別すべき（ロエスレル）、大権政権の主持者たる国家としての行為か国庫としての行為かで判別すべき（ルードルフ）、イギリスの場合と同様に君主の特許によって司法裁判所への損害賠償請求訴訟の提起を認める制度とすべき（カルクード）、といった所見が示されたのである。またモッセは、上記の答議において、国権の執行については違法行為の法効果は国に帰属しないので国に賠償責任は生じない、といった見解を示していた¹⁹⁴⁾。

同時期に、今村和郎も国の賠償責任問題に関する意見書「国家ノ責任ニ関スル意見」を作成した。法律取調委員会の民法財産法関係の担当委員に対しては、9 月 4 日、今村の意見書および修正案について意見が求められた¹⁹⁵⁾。この意見書は、立法・行政（行法）・司法による権利毀損から、諸々の行政事

務についてまで分析を加えた浩瀚なものであるが、結論としては、原則として国の損害賠償責任を認めつつ、個別の実定法規定による免責を図ろうとするものであった。そしてここにおいて「公私ノ事務所」という文言の削除が提案されたのである。末尾の一文が今村の修正案である。意見書を通読すれば、この修正案は井上の批判を受容して行われたものではなく、彼の持論を進展させた結果であったことがわかる。かなり長文であるので、適宜抜粋して要点を確認しよう。

⑥ 今村和郎「国家ノ責任ニ関スル意見」(373条修正案)¹⁹⁶⁾

第二問題ニ曰ク国家ノ事ヲ行フ者カ犯罪又ハ準犯罪ニ付キ責ニ任スル場合ニ於テ国家ハ間接ニ民事上其責ニ任スルカ

是レ本論ノ主眼ナリ

我カ民法案ハ其第三百七十三條ニ於テ之ニ答テ曰ク公ノ事務所ハ其属員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責ニ任スト

此規定ハ是カ非カ

按スルニ我民法案第三百七十三條ハ仏国民法第千三百八十四條ヲ模倣シタルモノナリ……

「ボアソナード」ハ我カ民法案第三百七十三條ニ説明ヲ付シテ曰ク主人カ其被雇者ノ所為ニ付キ責ニ任スルト同ク国家府県町村モ亦民法ノ規定ニ從ヒ同様ノ責ニ任ス可シ此説ニ付テハ仏国其他ノ諸国ニ於テモ未タ曾テ異論ヲ為ササル所ナリ日本ニ於テモ亦必ス同カラン故ニ国家ハ郵便、電信、鉄道運送ノ如キ質ヲ取テ事ヲ行フ場合ニ於テ其使用スル者ノ犯罪又ハ準犯罪ニ付キ民事上責ニ任スヘキノミナラス官ノ水夫又ハ発射ヲ為ス兵卒又ハ親書ヲ送達スル騎卒ノ過失ヨリ生スル損害及ヒ行政官吏ノ職權濫用ニ因ル損害ニ付テモ亦同シク其責ニ任ス可シト……

[中略]

第三 官設工事

[中略]

按スルニ鉄道局郵便局ノ吏員カ其配達運送ノ事業ヲ為スニ当リ過失又ハ故意ニテ人民ノ財産又ハ生命ニ損害ヲ加ヘタルト公共工事ニ任スル吏員カ工事ヲ施行スルニ当リ過失又ハ故意ニテ人民ノ財産又ハ生命ニ損害ヲ加ヘタルトハ差引ヲ為シ難シ何トナレハ工事モ公益ナリ郵便モ公益ナリ又害ヲ受ケタルモノハ同シク財産生命ナリ而シテ其原因ハ国家ノ使役スル吏員ノ過失又ハ故意ナリ故ニ前例ニ照ストキハ均シク国家ニ間接ノ責任アリト断言スルコトヲ得ヘシ

第四 警察衛生及ヒ兵卒

既ニ公共工事ニ付キ右ノ如ク断言スルコトヲ得ルトセハ例ヘハ警察官、衛生吏

カ過失又ハ故意ニテ人民ノ生命財産ヲ毀損シタルトキモ亦同様國家ニ間接ノ責任アリト謂フ可シ

発火演習ヲ為ス兵卒カ過失又ハ故意ニテ人ヲ殺傷シ若クハ家屋ニ放火シタルトキモ國家ノ責任ヲ免ルノ理由ヲ得難シ仏國ニ於テハ既ニ判決例アリテ國家ノ責任アリトセリ

警察官ニ付テハ白國ノ判決例ハ國家ノ責任アルコトヲ示ス

第五 租税徴収

租税ノ徴収ニ付テハ人民ノ権利ヲ毀損スルコト多シ例ヘハ徴収吏カ過テ不当ノ租税ヲ徴収シタルトキハ其徴収ノ金員ヲ以テ國庫ヲ富マシタルト否トヲ問ハス之ヲ返還スルノ責任任ス可シ

[中略]

第六 官ノ工業

製紙局製絨局印刷局造幣局造船局ノ類ハ民法ノ原則ニ従フヘキコト學者ニ於テ異論ナシ

第七 尋常行政

尋常行政行為ハ大臣知事等ノ命令指令ノ類ナリ例ヘハ知事カ火災ヲ予防セントシテ家屋構造ノ変更ヲ命スルカ如シ又築堤ノ願ニ對シ聞届ケスト指令スヘキヲ過テ聞届クト指令シ後ニ其指令ノ取消ヲ命令シテ既成ノ工事ヲ毀壞セシメ又ハ其聞届クト指令シタル為メ隣傍ノ土地ヲ害スルノ類許多アリ

「ロエスレル」ハ之ヲ國權ヲ行フモノトシ國家ニ責任ナシト論セリ學者ノ最モ立説ニ苦ム所ノモノハ此点ナリ……知事カ道路ヲ広メ又ハ火災ヲ防止セントスルモノ及ヒ築堤ノ適否ヲ判断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ズ則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点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

[中略]

右ノ主旨ニ従フトキハ民法案第三百七十三條中「公私ノ」ノ三字ヲ削除シ新タニ左ノ一項ヲ設ク可シ

國、府、県、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

今村の見解によれば、國家の公有・私有財産の管理、郵便・電信等の事業、官設工事、警察・衛生・兵卒の行為、租税徴収、官營の工業といった行

政分野において国が賠償責任を負うことはもちろん、尋常行政についても、——その中の「国権ヲ行フモノ」「行政ノ原力」について国家は責任を負わないという説もあるが——官吏に非行があった場合には人選において国に過失があったのであるから、原則として民法が適用され、国が賠償責任を負う、とされる。「公私ノ」という三文字を削除した理由は、国家も原則としてすべての活動について民法の適用を受けるのであるから、「公私ノ」と表示する必要がなくなったという点にあった。「公私」の区別ではなく、「公」の内部で実定法によって免責される場合に該当するか否かという区別が重要だと判断したわけである。

今村の修正案（意見書）に対して法律取調委員会の民法財産法担当委員が意見を表明した。西委員は、民法では国家の責任を明示せずに特別法をもって明示すべきだとする意見、松岡委員は、「公私ノ事務所」という文言を掲げず、国の責任についての詳細は学術上の問題に譲り、実際には裁判官の判断に委ねるべきだという意見、磯部委員は、官吏の非行について国家に責任が生じない場合がありうるがその場合については特別法を定めて予告すべきであるから、今村修正案に賛成するという意見、井上（正一）報告委員は、官吏の非行について国家に責任は生じないという法理を見出すことはできないので、373条は原案のままにして「特ニ其責任ヲ免除スル場合ハ此限ニ在ラス」との但書を加えるべきだという意見であった。井上毅と同趣旨の意見がないことはもちろん、井上に言及した委員は誰もいなかった。これをまとめたのが「民法編纂ニ関スル諸意見並雑書」中の「民法財産編第三百七十三條」の項である¹⁹⁷⁾。そこでは、最初に修正済みの条文が示され、つぎに、「該条中公ノ事務所ノ責任ノコトニ付起案者ハ説明ヲ付シテ曰ク……」とポアソナードが付した説明の要約が提示され、さらに、今村報告委員、西委員、松岡委員、磯部報告委員、井上報告委員の意見が要約され、最後に、次の文章が置かれている。

「民法報告委員ニ於テハ本条ノ「公私ノ事務所」ヲ削リ「総テノ委託者」ト改メ「属員」ヲ削リ「授〔受?〕任者」ト改メ公私ノ事務所ノ責任アルコトヲ明言セス単ニ民法

理上委託者ハ授〔受?〕任者ノ授〔受?〕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仏国民法ノ規定ニ因レルナリ……右ノ如ク本条ヲ修正スルニ於テハ政府官庁ノ責任ニ関スル問題ハ直接ニ断定セス然レトモ政府官庁カ官吏属員ニ対シ委託者タルノ資格ヲ有スル場合ニ於テハ官吏属員ノ過失ノ責ニ任ス……如何ナル場合ニ於テ政府官庁カ委託者ナルヤ否ノ問題ハ事実ノ問題トシテ司法官ノ判断ニ委ス」。

つまり、(i)「公ノ事務所」の責任については明言せず、単に委託者は受任者の受任職務について責任を負うと規定するにとどめる、(ii) 官吏が受任者として過失ある行為を行った場合には、政府・官庁は賠償責任を負う、(iii) いかなる場合に政府・官庁が委託者に該当するかという問題は裁判官の判断に委ねる、としたのである。ここから、次のようにいうことができるだろう。すなわち、旧民法の立案者である法律取調委員会の中には、「官吏ノ非行」について原則として国が民法上の使用者責任（賠償責任）を負うべきだという見解から免責される場合がかなりあるという見解まで種々存在したが、免責の範囲について明確な基準を立てることができず、また、「公ノ事務所」という文言がそのために有効に機能するわけではないという共通認識の下で、この文言が削除されたのだ、と。したがって、「公ノ事務所」という文言を削除した趣旨は、立案者の意識に即していえば、官吏の不法行為について国は賠償責任を負わなくていい場合があるが、どのような場合がそれに該当するかは実定法では明示せずに、判例に委ねるという趣旨であって、けっして「公権力の行使」といった特定の行政活動が存在することを前提として当該活動について賠償責任を否定するという趣旨ではなかったのである¹⁹⁸⁾。国の賠償責任を全面的に排除すべきだという意見がないことはもちろん、「国権」や「行政ノ原力」を根拠とする国の免責論も主張されてはいなかった。

これらを総括して、起草責任者である民法報告委員は最終案を次のようにまとめた。

⑦ 1889年9月・法律取調委員会民法報告委員修正案¹⁹⁹⁾

第373条 主人、親方又ハ工事、運送等ノ營業人若クハ総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責ニ任ス

ここで「公ノ事務所」という文言が草案から正式に削除された。上記のような議論に基づいて，民法報告委員が，本条の「公私ノ事務所」という文言を削って「総テノ委託者」と改め，「属員」を削って「受任者」と改めた上で，政府・官庁が「委託者」に該当する場合には損害賠償責任を負うことを前提として，いかなる場合がこれにあたるのかについては裁判官の判断に委ねるとする趣旨で，修正案を決定したのである。

さて，上記の民法報告委員修正案は，同年10月10日の法律取調委員会の会議に諮られ，同委員会の案として決定された。

⑧ 1889年10月10日・法律取調委員会における373条修正案の決定²⁰⁰⁾

第373条 主人，親方又ハ工事，運送等ノ營業人若クハ総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責ニ任ス

（栗塚） 公ノ事務所ト云フハ或ル説ニハ官庁ヲ包含スルカ否ノ点ニ付テ郵便電信局ノ如キ迄ハ之ヲ包含スルモ官庁ヲ包含セズト云ヘリ然ルニ民法草案ノ注解ニハ官庁ヲ指スノミナラス国家モ其責ニ任ゼザルベカラズト云フ於是国家ノ責任論ヲ紬起シタル所以ナリ国家責任ノ有無ニ就テハ既ニ今村報告委員ノ詳細ニ調査シタル所アルモ吾々報告委員ハ為以ラク国家ト人民トノ關係ハ民法上ニ明定セザルヲ可トス単純ノ觀察ニテハ国家ト雖ドモ曲事為シタルトキハ其責ニ任ゼザルベカラザルハ勿論ナリト雖ドモ国家ト人民トノ關係ハ人民相互ノ關係ト均シカラザレバ国家ト人民トノ關係ハ行政上ニ於テ別ニ規定スルヲ可トス行政上ノ關係ヲ民法中ニ不易ノ規定トスルヲ得ザレバ之ヲ明定セザルヲ妙味アリトス（元尾崎）国家モ人民ニ対シテ損害ヲ及ボシタルトキハ其責ニ任ゼザルベカラズ依テ本員ハ今村報告委員ノ説ニ賛成スベシ（松岡）国家ノ事務ハ国家自ラ最大漏ラスナク其責任アルモノニアラズ今責任ヲ受クベキ部分ヲ拵ゲントスルモ到底拵ゲ尽スコトヲ得ザルベシ（箕作）国家モ委託者ト認メラルトキハ責任アリトスルヤ（栗塚）然リ即チ公私ノ事務所ハトアルヲ総テノ委託者ハトシ属員ヲ受任者トスルニ決ス

修正案の説明者である栗塚委員は，国が不法行為責任を負うべきことは当然だが，国と人民との間の行政上の関係は民事上の関係とは異なる場合もあるので，行政上の関係を民法で明定しないこととしたという修正の趣旨を述べたのに対し，尾崎(三良)委員は，むしろ国の賠償責任を明定する⑥の今村

案に賛成する旨、松岡委員は、国の責任に関する定めを実定法で規定し尽くすことは不可能である旨などの意見を表明した。結局、同委員会は、民法報告委員と同じ認識の下で原案（民法報告委員修正案）を採択したのである。

このように、373条の文言を最終的に確定した法律取調委員会の議論において、行政上の事件に関する政府の賠償責任を制限しようとする見解があったことは認められるものの（そしてこの見解は必ずしも国家無答責の法理に基づいてはいなかった）、その点での意思一致があつて立法化されたわけではないことを確認できよう。立法者は、国の損害賠償責任には免責される場合がありうることを考慮しながら、その範囲が不明であるため、これを判例に委ねたのである。

4) 「公私ノ事務所」という文言を削除した立法者意思

さて、上記の最終案はこれ以降修正されることなく、枢密院への諮詢を経て1890年3月27日に裁可され、同年4月に公布された（旧民法は1893年1月施行予定であつたが、周知のように、結局施行されなかった）。

立法者が「公私ノ事務所」という文言を削除した意図は、上記の経過から明確に理解することができる。すなわち、1889年9月の法律取調委員会民法報告委員修正案とこれを受けて同年10月に開催された法律取調委員会の審議経過に示されているように、国も損害賠償責任を当然負うことを前提として、官吏等が国の委託者として活動した結果として損害を発生させた場合には、民法を適用して国家賠償事件を解決することとしたのである。「行政権による公権力の行使に起因する損害賠償責任を否定する趣旨である」（前掲・東京地判2002・8・27）といえないことは明らかである。

立法者の意図が上記のとおりであつたことの確認は、法律取調委員会の事務担当者であつた城数馬や森順正らが富井政章の校閲を経て1890年（明治23年）に公刊した旧民法の注釈書からも得ることができる。同書における373条の注釈を引用してみよう²⁰¹⁾。

「本条草案ニハ公私ノ事務所ハ其属員ノ加ヘタル損害ニ付キ其實ニ任スル旨ヲ明言

明治憲法体制確立期における国の不法行為責任（3）

シタリシニ修正ノ際之ヲ削除シタリ然リト雖モ其意決シテ官署ヲシテ無責任タラシムルニ在ラス此事タル法文ヲ待タスシテ自カラ明カナリト看做シタルニ因リ遂ニ削除ニ至リタルナリ蓋シ国府県其他官庁モ義務成立ノ事ニ関シテハ普通法ニ従ハサルヘカラス其属員カ受任ノ事ヲ行フニ際シ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ之ヲ賠償スルノ義務ヲ免ル可カラサルヤ論者ノ普ネク認フ為メメタル所ナリ唯實際加害者ヲ以テ官署ノ受任者其受任ノ職務ヲ行又ハ之ヲ行フニ際シテ損害ヲ加ヘタルモノナルヤ否ヤヲ判別スルニ付キ多少困難アルヘキカ」

すなわち、旧民法 373 条の草案には「公私ノ事務所」の賠償責任に関する規定があり、草案修正の際にこの規定を削除したが、その趣旨はけっして官署の免責のためではなく、法文で定めなくても自明だったから削除に至った——なぜなら、国や府県等の官庁も義務の成立に関しては民法等に従わなければならないのであって、官吏が受任の仕事を行う際に他人に損害を与えたときは、官公庁が賠償責任を負うということは誰もが認めているところだからだ（ただし実際問題としては、受任者がその職務を行う際に加えた損害なのか、職務とは無関係の損害だったのかの判定については、多少の困難があるだろう）——というのが、立法作業を進めていた者たち自身による「公私ノ事務所」の削除の経緯に関する説明である。

以上のとおり、旧民法 373 条の原案から「公私ノ事務所」という文言が削除された理由は、井上毅の意見によるものではなく、あえて明定する必要がないとの判断に基づいて、起草作業の担当者がこれを削除したのである。

5) まとめ

以上から次のことを確認できる。

旧民法 373 条において立法者が「公私ノ事務所」という文言を削除したのは、国の賠償責任を免除する趣旨ではなく、行政上の関係においては免除されうる場合があるという認識を有しつつも、その免除の範囲を実定法上で画定できないため、これを判例に委ねるとする趣旨である。立法過程のいずれの時点においても、「国権ノ執行」（または「公権力の行使」）に該当する国の行為について損害賠償責任を否定するという旨の合意は存在しなかった。した

が、²⁰¹「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、少なくとも公権力の行使に基づく国家責任を否定する立法者意思の表れである」(前掲・東京地判 2002・8・27) という認定が無根拠かつ誤謬であることは明らかである。

(6) 旧民法 373 条の立案過程における井上毅の役割

1) 旧民法の立法者と井上毅

ここで、「旧民法の立案過程に参加した」(前掲・東京地判 2002・8・27) などと位置づけられている井上毅の役割を確かめておこう。

法律取調委員会で報告委員として旧民法の立案作業に当たっていたのは、井上正一報告委員であって井上毅ではない²⁰²)。戦後補償請求訴訟における国側の主張や判決の中には、「この立法過程に参加した井上毅」とか「旧民法の起草者」などと、両者を同一視する誤解があるが²⁰³)、前掲・東京地判もその例だといえる。この種の事実誤認に基づく主張はあまりにも軽率であって、許されないといえよう。

さて、では井上毅と旧民法とはどのような位置関係にあったのであろうか。

井上は当時、法制局長官として外部から意見を述べていたが、起草過程には参加していない。また、法律取調委員会が旧民法 373 条の起草過程で「公私ノ事務所」という文言を削除した趣旨は、上述のようにけっして井上毅の見解に沿ったものではなかった。したがって、彼の見解をもって「立法者意思」ということはできず、むしろ法律取調委員会の見解こそが「立法者意思」とみなされるべきことに異論はないであろう。

一方、井上毅が国の不法行為責任を否定する際に例示していたのは、今日私たちが結果責任として考えているような事例や損失補償に該当する事例であった。また彼は、主権(統治権)を根拠とする賠償責任の免除論や政策判断の適否(法的判断ではないこと)を理由とする免除論なども主張してい

た²⁰⁴）。要するに、彼は、国家に対する損害賠償請求が認められない場合がありうることを、種々雑多な例で示していたのである。したがって、このような井上の国家賠償責任の免除論を国家無答責の法理に基づく主張だとみなすことは、とうてい不可能なのである。

2) 近藤昭三の推測に関する検討

旧民法 373 条の起草過程で「公私ノ事務所」という文言が削除されたことが、国家無答責の法理の実定法上の現われだという主張がある。その根拠としてしばしば援用されるのが、近藤昭三の次の記述である²⁰⁵）。

「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条ニ対スル意見』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」。しかし、この記述は次の諸点において明らかに誤りである。

第一に、前述(5)で確認したように、上記文言の削除は、国の賠償責任の範囲を実定法上で画定できないため、これを判例に委ねるという趣旨で行われたのであって、「国家責任に民法原則を適用する主張」が「敗退」した結果ではない。後述(7)において概観することになるが、現行民法の制定作業の中においても「国家責任に民法原則を適用する主張」の是非は、引き続き検討されていたのである。「敗退」という評価は事実誤認である。

第二に、井上の主張によって「旧民法 373 条から国家責任の規定は姿を消した」わけではない。井上の上記③今村和郎宛書簡での主張が立法者に受け入れられたわけでもないし、井上が主張したような理由で「公ノ事務所」規定が削除されたわけでもないのである（旧民法 373 条草案修正の趣旨は上述のとおりである）。近藤は、あたかも井上が「再議ノ機会」をとらえて「未来ノ大問題」に取り組んだ結果として上記削除が行われたかのように推測している

が、以上のように、これは誤解である。

第三に、井上を立法者のひとりに数えることは、前述のように、論外の誤りであるが、井上の1891年の論文をあたかも立法者の解説のように位置付けているのも誤解に基づくものである。繰り返しになるが、井上は法律取調委員会のメンバーではなかったし、彼らとはかなり異なった見解を持っていたわけであるから、けっして「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」立場にはなかったのである。

第四に、そもそも1891年の国家学会雑誌論文「民法初稿第三百七十三條ニ対スル意見」は、その表題からして理解できるように、旧民法373条の制定経過を解説したもので、趣旨説明をしたものでもない。まさしく「民法初稿第三百七十三條」——つまり393条から373条に移されたばかりの時点で、「公私ノ事務所」という文言を有している条文——に対して井上が修正意見を提示した文書なのである。

「民法初稿第三百七十三條ニ対スル意見 井上 毅

行政権ハ国家生存ノ原力ヲ施行スルモノナリ故ニ其原力ヲ実行スルニ当リ仮令一私人ノ權利ヲ毀損シ利益ヲ侵害スルコトアルモ權利裁判若クハ訴訟ニ依リ之ヲ更正スルニ止リ国家ハ其損害賠償ノ責ニ任スルモノニ非ス〔中略〕

今之ヲ各国ノ学説ニ考フルニ民法起草者〔ボアソナード〕ノ説ク所ト大ニ異ナルモノアリ其ノ証左ノ如シ

〔中略——フランス、ベルギー、ドイツ、イギリス、オーストリア、アメリカの国家賠償法制・学説・判例の紹介〕

以上ノ例証ト学説トニ徴スレハ欧米諸國ニ於テ行政権ノ原力ヲ執行センカ為メ職權アル官吏ノ実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処分ヲ更正スルニ止リ損害賠償ノ責ニ任セス唯売買、賃貸ノ如キ私權上ノ行為ニ属スルトキ若クハ鉄道、郵便、電信ノ如キ特ニ條例ヲ以テ損害ヲ担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権ノ原力ヲ執行センカ為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為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会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為メ便宜經理ヲ為サル可カラサル行政機關ハ為ニ其ノ運転ヲ障礙セラレ危険ナル効果ヲ呈出スルニ至ラン、現行民法ニハ此ノ条ナシ

この文書を一読すれば理解できるように、その内容は、前記のモッセの答議などを抜粋・要約しながら、ボアソナードの原案(1889年6月時点の改訂案初稿373条)について修正を主張するものである。実は、この論文は、もともと「民法三百七十三条ノ修正ヲ望ム意見」という題名で執筆されていた²⁰⁶⁾。提出先は不明だが、ボアソナード原案の修正を要望する同一文面の文書である。両者の実質的な相違は、上記「修正ヲ望ム意見」末尾の「故ニ民法草案三百七十三条ハ適当ノ修正アランコトヲ望ム」という文章が削除され、国家学会雑誌論文では「現行民法ニハ此ノ条ナシ」という文章に差し替えられている点だけである。以上のような「民法初稿第三百七十三条ニ対スル意見」という論文の内容と作成の経緯をふまえれば、この論文が旧民法373条の成立過程を解説した論文ではないこと、ましてや「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」論文でありえないことは明白である。

3) まとめ

以上から次のことを確認できる。

井上毅の見解を旧民法373条の立法者意思とみなすことはできない。つまり、井上毅の書簡類が同条草案の修正のきっかけになった可能性は認められるが、井上の意図がその修正内容に反映されたということとはできない。また、「井上『意見』に定式化された主張に基づく旧民法」²⁰⁷⁾という近藤昭三の説は、旧民法373条の評価としても、歴史的事実の認識としても、誤りである。

注

153) 下山・前掲注63)参照。

154) 国側の主張として、たとえば訟月49巻11号91頁(東京地判2002・6・28・前掲注3)の別紙3(被告の主張)は「明治23年に制定された裁判所構成法の制定の際にも、司法裁判所においてかかる訴訟〔公権力の行使に該当する措置によって生じた損害についての損害要償の訴え〕を受理する明文の規定(帝国司法裁判所構成法草案33条)が草案から削除された。この点、同法の制定に携わった井上毅の提出した意見書にお

いて、「第一 国ニ対スル訴訟ノ事 …… [中略]」（ここで三十二条とは、帝国司法裁判所構成法草案 33 条に相当する。）とされており、これによれば、井上は、国家無答責の法理を根拠に国家賠償訴訟を司法裁判所に提起できないとしたのであり、この意見書が客観的に通った形で裁判所構成法が制定されたのである」としている。他の訴訟でも国側はほぼ同様の主張を行っている。判決として、前掲注 3) のほか、たとえば東京高判 2005・5・13（判例集未掲載、平頂山虐殺訴訟）72 頁は、「井上毅の上記意見書……が出されたのは明治 20 年ころと思われ、井上毅が法制局長官に就任する前ではあるが、その影響力は強かったものと思われ、結果的に、地方裁判所の権限から国又は公共団体に対する賠償請求訴訟が削除される形で裁判所構成法が制定された」と推測した上で、「そうすると、行政裁判法、裁判所構成法及び旧民法が公布された明治 23 年当時、立法者は、権力的作用に基づく損害についての国家の賠償責任は特に法律で定めた場合を除いてはこれを認めないとの統一した意思に基づきこれらの法律を制定したものとわがざるを得ない」と認定している。

- 155) 前述 3(9)および後述 4(6)参照。
- 156) 法律取調委員会「帝国司法裁判所構成法草案議事筆記」法務大臣官房司法法制調査部(編)『日本近代立法資料叢書 25』商事法務研究会、1986 年、8 頁、40-42 頁。
- 157) 同上 41-42 頁参照。
- 158) 同上 216 頁、227 頁。
- 159) 梧陰文庫 B-2232。活字印刷の草案に、手書きで「国」を「国庫」と修正するなどの書き込みがある。ただしこれらの書き込みは、この後の草案修正に反映されていない。なお、②案の「官吏官庁又ハ政府ニ対スル訴訟」が③案において「官吏又ハ国ニ対スル訴」に修正された主たる要因は、旧民事訴訟法（1890 年制定）14 条との平仄を整えることにあった。この点については、後述(4)4)参照。
- 160) 井上・前掲注 53)。下線は原文傍線。作成年月は、木野主計『井上毅研究』続群書類従完成会、1995 年所収の「井上毅年譜」（481 頁）による。
- 161) 前掲注 26)・129)および 4(3)2)における⑥案の検討を参照。
- 162) 後述(4)3)参照。なお、④案第一が後続の審議に影響を及ぼさなかったことについては、(4)3)の枢密院での審議および 4)の民事訴訟法 14 条に関する審議、第三については、官吏の個人賠償責任に関する後述(7)の法典調査会等での審議および 5(4)の大審院判決（1906 年）の見解を参照。
- 163) 法律取調委員会「井上法制局長官ノ意見ニ対スル弁明」法務大臣官房司法法制調査部(編)『日本近代立法資料叢書 12』商事法務研究会、1988 年、57 頁。
- 164) 梧陰文庫 B-2233（帝国裁判所構成法草案）による。この草案は、③案の修正であり、また井上の法制局長官就任以前のものと考えられる（表紙に他筆で「書記官長」と記されている）ので、1888 年 1 月ごろの案だと推定できる。
- 165) 梧陰文庫 B-1985。
- 166) 元老院での審議については、『元老院会議筆記 後期第 34 巻』元老院会議筆記刊行

会，1989年，307-313頁参照。“大体ノ可否”を論じ，原案を可決した。

- 167) アジア歴史資料センター・帝国裁判所構成法（枢密院御下附案），<http://www.jacar.go.jp> 掲載。
- 168) 『枢密院会議議事録 三』東京大学出版会，1984年，144頁以下。染野義信「司法制度（法体制確立期）」鶴飼信成ほか編『講座日本近代法発達史 2』勁草書房，1958年，156頁以下（染野『近代的転換における裁判制度』勁草書房，1988年，145頁以下）によれば，枢密院は，帝国憲法の裁判権関連の規定を受けて，法案中の総括的な規定をすべて削除し，これとの調和をとるために2条を設けた，とされている。
- 169) 前掲注 168) 『枢密院会議議事録 三』155頁，188頁。
- 170) 梧陰文庫 B-2065。
- 171) 下山・前掲注 62) 69頁。
- 172) 前掲注 154) 掲記の国側の主張を参照。
- 173) 上記①案・②案の8条2項が権限裁判所の設置を定めていたことも，これらの条項の制定目的が管轄問題の処理にあったことを示している。なお，権限裁判所に関する規定は，最終的には，一般法たる裁判所構成法の中ではなく，特別法たる行政裁判法（20条2項）に委ねられた。
- 174) 前掲注 168) 『枢密院会議議事録 三』145-152頁。
- 175) 同上 155-157頁。
- 176) 井上がこの種の事件の救済の途として訴願を想定していたことについては，前掲注 26) および 4(3)2) の各所にみられる井上の見解を参照。
- 177) たとえば，法案起草作業にあたっていた法律取調委員会は，上記⑤「弁明」にあるように，「国ノ字ニ対シ直チニ国王又ハ政府（主トシテ行政上ヲ指ス）ト解スルハ本法ノ意ニアラス皇族ニ対スル民事訴訟スラ既ニ特種ノ管轄ヲ設ク此ヨリ以上ハ此法律ノ及フ所ニアラサルコト知ルヘシ」と述べて，特別法による管轄の例外規定がない限り国に対する民事訴訟は司法裁判所の管轄に属する旨を確認していた。また，旧民法の立法作業担当であった大審院判事の磯部四郎も，同条の注釈として「〔民事裁判所と刑事裁判所が〕両ツナカラ唯一ノ裁判所ニ於テ之ヲ裁判スルコトヲ得ハ事簡ニシテ遺憾ナキヲ保テハナリ然リト雖モ種々ノ理由アリテ或ル事件ニ限リ特別裁判所ヲシテ裁判セシムルコトヲ要スルモノアリ例ヘハ陸海軍裁判行政裁判高等法院裁判ノ如キ是ナリ……是レ皆ナ特別裁判所ノ設立ヲ要スル理由ナリトス本条ノ但書ハ即チ此等ノ場合ヲ指示シタルモノト知ルヘシ」（『裁判所構成法注釋』〔1889年〕信山社，日本立法資料全集別巻 181，2000年，12-13頁）と述べている。
- 178) 下山・前掲注 62) 69頁。
- 179) 染野・前掲注 168) 158頁。
- 180) ルドルフ「裁判所構成法注釈」司法資料 259号（裁判所構成法実施 50周年記念号，1939年）14-15頁。裁判所構成法に対するルドルフの関与については，「オットー・ルドルフに就て」同誌 1-5頁。前掲の②案の解説として，ルドルフ「裁判所構成

法修正理由書」法律取調委員会・前掲注 156) 256 頁がある。

- 181) なお、『憲法義解』自体は、上記の鉄道路線敷設の例によって損害賠償訴訟が行政裁判所の管轄に属する旨を主張しているわけではない。上記ルードルフの引用からも理解できるように、『憲法義解』は、政策の適否（適法な手続を経て行われた鉄道路線選択決定の不当性）を理由とする訴訟の提起が許されないことの例証としてこの例を挙げているであって、損害賠償請求訴訟の例として挙げているわけではないのである（伊藤・前掲注 15) 100 頁参照）。この種の紛争が訴訟ではなく請願によって解決されるべきことは、井上毅がくり返し主張していた事柄であった（前掲注 89)・129) など参照）。以上をふまえると、『憲法義解』の意図から外れるにもかかわらずルードルフが上記部分を引用した趣旨は、行政裁判所の管轄事件を最大限に見積もる解釈を例示することにあつたといえるだろう。市町村吏員に対する損害賠償請求事件が行政裁判所の管轄に属することについては、前掲注 140) 参照。
- 182) 法律取調委員会「民事訴訟法草案議事筆記」法務大臣官房司法法制調査部(編)『日本近代立法資料叢書 22』商事法務研究会, 1985 年, 49-54 頁。
- 183) 本節(2)および 5(2), とくに大判 1891 (明治 24)・4・7 裁判粹誌・民事集 6 卷 135 頁 (長野県知事違法処分取消請求事件), 大判 1897 (明治 30)・3・26 民録 3 輯 3 卷 178 頁 (鉄道路線決壊損害賠償請求事件) など参照。
- 184) 損失補償請求事件の却下判決の例として 1907 (明治 40)・5・6 民録 13 輯 476 頁 (徴発賠償金請求事件), 公法人に対する請求である事を理由とする却下判決の例として 1899 (明治 32)・6・28 民録 5 輯 6 卷 89 頁 (水路工事取除復旧請求事件), 1914 (大正 3)・11・9 民録 20 輯 762 頁 (商業会議所滞納経費請求事件), 公法上の債権であることを理由とする却下判決の例として 1900 (明治 33)・6・14 民録 6 輯 6 卷 64 頁 (官吏俸給金請求事件), 1904 (明治 37)・5・10 民録 10 輯 641 頁 (競売代金配当請求事件) など。
- 185) 前掲注 154) の東京高判 2005・5・13 参照。
- 186) 前述 2(1) 参照。
- 187) 法律取調委員会「民法草案財産編人權ノ部議事筆記 1 自第 23 回至第 34 回」法務大臣官房司法法制調査部(編)『日本近代立法資料叢書 8』商事法務研究会, 1987 年, 177 頁。松本・前掲注 7) 『『国家無答責の法理』と民法典』358-359 頁も参照。
- 188) 法律取調委員会「民法草案財産編再調査案議事筆記」法務大臣官房司法法制調査部(編)『日本近代立法資料叢書 11』商事法務研究会, 1988 年, 216 頁 (第 8 回・1888 年〔明治 21 年〕10 月 2 日)。
- 189) 法律取調委員会「民法草案再調査案議事筆記」法務大臣官房司法法制調査部(編)『日本近代立法資料叢書 15』商事法務研究会, 1988 年, 67 頁。
- 190) モッセ・前掲注 37) 「国ノ民法上損害賠償義務ニ関スル意見」。
- 191) 井上毅「1889 年 6 月 22 日付今村和郎宛書簡」井上毅伝記編纂委員会(編)『井上毅伝 史料編第四』国学院大学図書館, 1971 年, 323 頁。

- 192) 前掲注 19)『井上毅伝 史料編第五』80頁。
- 193) 前掲注 191)『井上毅伝 史料編第四』639頁。
- 194) 外国人法律顧問および法律取調委員会の各委員の意見は、「民法草案財産編第三七三条 国家ノ責任ニ関スル意見（完）」（法律取調委員会「民法草案財産編第三七三条ニ関スル意見」）法務大臣官房司法法制調査部（編）『日本近代立法資料叢書 16』商事法務，1988年，1頁以下に掲載されている。
- 195) 前掲注 74)「民法草案財産編第三百七十三條」および前掲注 194)参照。9月4日という日付は西委員の意見による。また，今村意見に関する意見聴取であったことは，各委員の意見から明らかである。
- 196) 今村和郎報告委員意見「国家ノ責任ニ関スル意見」法律取調委員会・前掲注 194) 29頁以下。
- 197) 委員会の最終案については，法律取調委員会・前掲注 74)「民法財産編第三百七十三條」398-399頁。最終案作成直前の各委員の見解については法律取調委員会・前掲注 194) 18頁以下。
- 198) したがって，「結局，国家責任に民法原則を適用する主張は，最終段階で敗退した」，「井上『意見書』に定式化された主張にもとづく旧民法」（近藤・224頁，226頁）という評価は事実誤認に基づくものであって，「その間の〔373条の修正に至る〕経過は明らかでない」状態の下で行った推測によって井上の意見書を過大評価し，その結果として生じた誤解だといえよう。詳細については，(6)2)参照。
- 199) 前掲注 74)「民法財産編第三百七十三條」398頁。
- 200) 当日の審議の様子は法律取調委員であった尾崎三良の『尾崎三良日記』からも知ることができる。なお，尾崎は井上毅の後任（第3代）の法制局長官である（在任期間は，1891年6月10日から1892年8月20日まで）。
- 「十月十日 木 雨
- 例刻司法省出仕。民法會議。今朝會議ノ始ニ於テ，民法財産編第三百七十三條ノ修正ニ付會議アリ。此事タル，政府ガ官吏ノ行政上ノ事ニ付ル人民ニ損害ヲ被ラシメタルモ，其責ニ任ゼズトスルノ論ナリ。予ハ之ニ不同意ヲ唱ヘ，仮令ヘ政府トイヘドモ人民ノ權利ヲ害シタルトキハ，相応ノ償ヲ為サマルベカラズ，若シ官吏法ニ背キ処分シタル事柄ニ付テハ，当該官吏其責ニ任ズベシト主張シタレドモ，皆曰ク，法理ニ於テハ其通りナリトイヘドモ今日之ヲ実施スルハ難シ，故ニ法文中公私ノ事務所ト云フ事ヲ改メテ事務ノ委託者ト為シ，政府ガ委託者ト為ル場合ト否トハ時ノ裁判官ノ心証ニ任スル事ニ決ス。〔後略〕伊藤隆・尾崎春盛（編）・前掲注 74)『尾崎三良日記・中巻』319-320頁。
- 201) ボアソナード訓定・富井政章校閲・本野一郎ほか・前掲注 74) 712-713頁。なお，本野一郎は法典調査会の委員として現行民法 715条の制定作業にも関与した。寺尾亨は当時，東京大学助教授である。
- 202) 法律取調委員会の名簿は，「法典（民法商法）ノ編纂及其公布」伊藤博文（編）『秘

書類纂 法制関係史料上巻』原書房，1969年（原本1934年），282頁に掲載されている。

- 203) 東京地判 2002・6・28 訟務月報 49 卷 11 号 31 頁。ほかに，前掲注 70)・75) など参照。
- 204) 以上のような井上の見解については，前掲注 18)・25)・26)・47)・181) など参照。
- 205) 近藤・前掲注 64) 224-225 頁。
- 206) 梧陰文庫 B-2300。
- 207) 近藤・前掲注 65) 参照。

〔付記〕本研究は，2004-2005 年度科学研究費補助金（基盤研究 C）および 2006 年度早稲田大学特定課題研究助成費による研究成果の一部である。