

## 学位申請論文審査報告

## 岡田正則氏博士学位申請論文審査報告書

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

## I 本論文の目的と構成（省略）

## II 本論文の内容（省略）

## III 本論文の評価

## 1. 「1890年確立テーゼ」への批判

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

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

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

ついで、「1890年確立テーゼ」が参照していない膨大な歴史資料に目を向けて精査し、明治期の行政救済法制の成立時の内容は「井上毅」の圧倒的影響力のもとにあり、その結果によって立法されたとの、これまでの公法学の通説的理解を

揺るがず主張を、豊富な資料を使って論証している。この論証部分は本論文の圧巻であるといえ、本論文に掲載された論文が公表されるまで行政法学の通説であった「1890年確立テーゼ」の信頼性に重大な疑念をよびおこすに十分な検討が展開されている。

以上のような作業と関連して、「1890年確立テーゼ」が、その実定法的根拠とした帝国憲法や行政裁判法、さらには裁判所構成法や民法の関係条文の当時の議論を、豊富な資料を基礎に精査し、少なくとも、この確立テーゼを根拠づけうる立法過程での議論は存在しないことを明快に論証するとともに、現在でいう国家賠償にかかわる戦前の膨大な数の大審院判決を検討して、「1890年確立テーゼ」が1890年の段階で判例として成立していないことも確認し、その後の判例の展開のなかで、判例理論として国家無答責の法理が成立してゆく過程を論証している。これらの精緻な検討作業も、従来は存在しなかったものである。従来 of 学説が参照しなかった歴史的資料の精査にもとづいて進められた本論文の研究は、裁判実務にも重大な影響を与えている「1890年確立テーゼ」の歴史的根拠を根本的に動揺させるものであり、本論文において最大の評価がなされてよい部分である。少なくとも「1890年確立テーゼ」を支持する学説や判例は、本論文での論証をくつがえすことなくして、もはや当該テーゼを主張することは許されないのである。「1890年確立テーゼ」を批判する本論文の論稿が公表されてのち、行政法テキストの国家賠償の章での「1890年確立テーゼ」の位置づけは慎重になされるところとなっており、また戦後補償裁判においても「1890年確立テーゼ」の採用を回避する傾向が見られる。これらの現象は、まさしく本論文による影響といえる部分があり、本論文での論証の水準の高さを証明するものである。

## 2. 行政法学のアポリア（難問）

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

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

点を提示しているといえる。

### 3. 問題点

もっとも、このように評価される本論文にも、問題がないわけではない。

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

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

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

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

## IV 結 論

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

2014年3月27日

審査委員

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