

国際私法と国家賠償法との関係

— 法例二一条の適用範囲をめぐって

住田裕子

目次

- 一 問題の所在
- 二 我が国の公務員の国外活動における不法行為の場合の適用関係の概観
- 三 法例二一条適用説に対する批判
- 四 一般的抵触法である国際私法の位置付け・性質、その適用範囲をめぐって
- 五 国家賠償法における法例の適用を排除する公法的色彩について
- 六 法例二一条を適用した場合の問題点
- 七 諸外国の立法例・判例法理等の概観
- 八 終わりに

一 問題の所在

国際化、国境等のボーダーレス化がいわれて久しい。また、冷戦構造の終結により、以前にも増して国際機関、特に国際連合の重要性は高まっている。このような状況を反映して我が国の公務員の国外における活動領域・活動の場が増え、今後も拡大するものとみられる。

それぞれの正規の活動については法令等が整備されているが、国外において、我が

国の公務員が職務行為に際して過失等により損害を与えてしまった場合の我が国の責任、すなわち、国家賠償責任の在り方については、これまであまり論じられてこなかった。幸いにも実際に問題となった例は、裁判例を含めて見当たらなかったが、前記のような情勢にかんがみると、今、法的にこの問題を検討しておくことも意味があると思われる。もともと、公法と私法との交錯する領域に関する国際私法上の解決方法

についてのものであり、国内法のみならず、国際法、外国法等にもまたがる学際的で困難な問題であるため、とりあえずの私見を提示するにとどめる。ここでは、問題の局面を公務員の私経済活動・非権力作用ではなく、国家公務員の公権力の行使の領域、すなわち国家賠償法二一条の適用場面に限局する（その意味で、「先決問題」として問題となる場面としても採り上げない）。

なお、文中における意見はすべて私見であることを予めお断りするとともに、読者

の御意見、御批判を仰ぐ次第である。

二 我が国の公務員の国外活動における不法行為の場合の適用関係の概観

公務員の国外における公権力行使に伴う不法行為責任に関し、いかなる法律を適用するかについては、いろいろな考え方があり得る。

まず、国際私法である法例二一条が適用され、その結果、不法行為地法である外国法が原則的な準拠法となるとする考え方が比較的なじみやすいであろう。これをとりあえず、「法例二一条適用説」ということとする。次の二例が代表的なものである。

「国家賠償責任は、伝統的に民事法の領域に属する。公務員の職務違反がたとえ国家の公法的または私法的な活動領域内で行われているとしても、そのことに変わりはない。それは、歴史的に、公務員関係を「私法的な委任契約」とみる理論が起点にあるからである。この点は、わが国家賠償

法が適用される場合も同様である。それゆえ、涉外事件における公務員の責任および公務員に代わる国家の責任は、国際私法、とくに国際不法行為法の中で取り扱われることとなる。したがって、わが国家賠償法の適用が問題とされるのも、日本法が不法行為準拠法に指定される場合に限られる。」（山内惟介「判例百選（第二版）、国家賠償法と相互の保証」二四〇頁）

「国家賠償法は私法法規とされているから、涉外事案では、まず不法行為に関する国際私法（抵触法）である法例二一条が適用され、それにより日本法が準拠法として指定されて初めて、国家賠償法が適用されることとなる。」（鈴木康之「裁判実務大系一八、国家賠償訴訟法、相互保証」七七頁）

このような考え方に対して、法例二一条によらず、国家賠償法が（直接的に、又は、別の解決基準の適用の結果により）適用されるとする考え方もあり得よう。このような考え方を明確に示したものは見当たらないが、これにくみすると見られるのは、次の見解である。

「国家賠償法は、わが国の違法行為に基づく損害の賠償について規定するものであるから、同法の予想する要件を充足するかぎり、それが適用されること、すなわち国際私法上の連結とは異なる理論的根拠を与えることが考えられる。」（澤木敬郎「涉外判例百選（増補版）」二〇五頁）

この考え方を、一応「法例二一条」非

適用説」ということとする。私見は、この見解を採ることを最初に明らかにし、以下、前者の適用説を批判しつつ、非適用説の論拠を述べることとする。

(1) この理由は、明確ではないが、「外国においてわが国の公務員が違法な公権力の行使をなした場合、……不法行為の準拠法は外国法であり、したがって国家賠償法の適用の余地はないことになる。そしてこの結果は不合理と考えられる。」として適用説を批判される。

三 法例一条適用説に対する批判

法例一条適用説に対しては、二つの側面からの批判ができる。

まず、一つめの側面であるが、国家賠償法の公法的色彩、公法的性格である。確かに国家賠償訴訟は通常の民事訴訟の一つではあるが、我が国の公務員の公権力の行使という公法的領域における不法行為の責任を問うものである。特に、本稿における問題は、国家賠償訴訟のうちでも、我が国の公務員の国外における行為の違法性・責任の有無・程度等を問うものであるから、国家権力の発動としての性格が正面に出てくるため、国家として極めて重大な利害を有することとなる。同訴訟は、優れて国益・公益に関するものとなるのである。

そこで、同訴訟を規律する我が国の国家賠償法をみてみるに、国外活動に関する明

文の条項は置いていない。もつとも、同法六条にいわゆる「外人法」(ただし、広義のもの)の規定があるところ、有力説は、右規定につき、法例一条の適用を排除して(直接的に)適用されるとしている(後記四(4)参照)。すなわち、同規定の公法的性格を認め、国際私法の観点からすると、「公法の範ちゅう」に属するものと性質づけているのである。このように、同法は、渉外的要素が入ると、その公法的色彩(主権国家としての自律性)があらわとなり、国際私法である法例の適用になじまないことが明白となる。

次の側面であるが、適用説においては、これを一般の不法行為と同様とみて法例一条を適用し、その結果、①行為地法である外国法の民法(不法行為法)を原則的準拠法として適用することとなる。また、②同条二・三項により、日本法が累積的に適用される可能性もある。

しかし、①の局面であれば、外国の国家賠償法ではなく同国の民法が適用されることとなり、現在の国際社会では、通常考えられない事態となる。すなわち、ある国の国家権力の発動場面の違法性等を、他国の私法や他国の司法裁判所で裁くことは、想定できないことなのである(外交問題とすることや国際機関の裁判所に委ねることとは別である)。その表れとして、国家免除の法理が国際慣習法上存する(後記(注10)参照)。この面において、国の私経済作用の場合とは全く異なるといえよう。な

お、適用の結果も、侵害行為の公法的な側面を顧慮しないおそれがある。

また、②の局面であれば、外国私法と我が国の国家賠償法の累積的適用となり、かなり異なるものを同等に適用するという結果となる。これは、抵触法による法の指定結果として妥当性、合理性に欠ける法律適用関係であろう。なお、適用の結果も、我が国の国家賠償法の制度趣旨・判例法理(公務員個人の免責、違法性につき職務行為基準説の採用等)についての配慮に欠ける結果となるおそれを内包するものである。

以上の各点につき、以下、敷衍して述べることとする。

(2) 国家賠償法六条「この法律は、外国人が被害者である場合には、相互の保証があるときに限り、これを適用する。」

「ひろく、外国人の私法上の地位に関する法律を外人法という場合には、……外国人の私権侵害に対する国家賠償規定……が含まれる。……これは、抵触法の仲介をまつことなく当該法規の予定する要件を充足する限り、直接に適用されると解するのが普通であるとされる。……この外人法は、いずれかといえば公法の範ちゅうに属すべきものである。」(山田録一「国際私法」(有斐閣刊)一六一頁、なお後記四(4)参照)

(3) この場合の「累積的適用」とは、外国民法不法行為法と我が国の国家賠償法とが重疊的に適用されることであり、損害賠償が認められるには、両者の要件を具備する必要があるのである。

の要件を具備する必要があるのである。

「法例は不法行為地法主義と法廷地法主義との折衷主義を採ったものである……折衷主義を採ったのは、一般に、内国法上不法行為を構成しない行為を不法行為と認めて、不法行為上の救済を与えなければならないとしたものと解すべきであろう。従って、法例の解釈としては、不法行為地法と日本法の一般的な累積的適用を認めたものとして、両者の要件をとにも具備しなければ不法行為が成立しないと解するのが正当ではなからうか。」(江川英文「国際私法」二四九頁)

四 一般的抵触法である国際私法の位置付け・性質、その適用範囲をめぐって

1 国際私法の適用範囲、その概要
国際私法とは、渉外的私法関係に適用するのにも適切な私法を指定する法則である。すなわち、行政法、刑法などを始めとする公法は、国際私法の範囲から除外される。この見解は、我が国ではおおむね通説といつてよいであろう。また、民法の特別法である労働契約法等の強行法規については、一般的抵触法である国際私法の適用を排除ないし制限する方向から種々の見解が提示されている。

(4) 「私法のいわゆる抵触問題の解決が国際私法の中心課題であることについて問題は無い。法律の抵触は単に私法についてのみ起るものではなく、公法の範囲についても生ずる。そして、これに関する問題をも国際私法の問題とすることが古くは行われたが、行政

法、刑事法等の公法の抵触問題と私法のそれとはその性質が大いにちがうものであるから、国際行政法、国際刑事法は国際私法の範囲から除外するのが妥当である。」(江川英文「国際私法」一七頁)

「本来国際私法の規律の対象は私人間の生活関係であつて、国家と国家、主権と主権の関係を対象にしているものではない。……刑事法的または行政法的な規律は、当然その範囲外となる。」(池原季雄「国際私法(総論)」一〇頁)

「公法、私法の区別は必ずしも明白ではなく、また国際社会が組織化されれば、公私法を問わず、一切の法律の抵触問題が同様に解決されることも考へることはできる。しかし、現在のところ、公法は私法と異なり、一国の公益と密接な関係を有する法であり、内国の裁判所において外国の公法を直接に適用することはない。公法の抵触問題の解決は、私法のそれとは全くその性質を異にする。したがつて、国際行政法、国際刑法等は理論上も便宜上も国際私法の範囲から除外するのが妥当である。」(山田録一「国際私法(有斐閣刊)」一五頁)

(5) その一つとして、「強行法規の特別連結」の理論が提唱されている。これを主唱したヴェングラーは、当事者自治の原則の承認を前提としながら、当該法律関係と十分に密接な関連にある外国法秩序上の強行法は、それが準拠法でない場合においても、特別な連結を通じて法廷地において顧慮しようとする。これは、当事者自治原則に対する外在的な制限のための理論と位置づけられる(桑田三郎「涉外判例百選」

当事者自治の原則」七六頁)。

我が国の裁判例としては、涉外労働契約に関して、法廷地法である日本法の強行法規を何らかの形で適用している傾向が認められる(山本敬三「国際私法の争点、強行法規の特別連結理論」二九頁)。

また、東京地裁昭和四〇年四月二六日決定(労民集一六卷二号三〇八頁)は、「準拠法選定自由の原則は属地的に限定された効力を有する公序としての労働法によつて制約を受ける。」と判示した(*ここにいう「公序」は、国際私法上の公序とは別の意味である)。

この裁判例につき、労務給付地及び法廷地という要件が競合した場合に、特別連結がなされ、法廷地強行法の適用を認めた画期的判決であるとの見解がある(澤木敬郎「立教法学九号、労働契約における当事者自治の原則と強行法規の連結問題」一四五頁)。

確かに、他にも同様の法廷地強行法の適用を認める結論を採つた裁判例も数例みられ(東京高判昭四九・八・二八本誌七五〇・二一など)、理由づけは明確ではないものも多いが、この分野において、(意識されていないかもしれないが)右の「特別連結」が採用されているとみることはできよう。

2 外国法の適用を正当化するもの

ところで、国際私法はいうまでもなく内法の一つであり、国際私法の適用の結果、外国法の適用の可能性が生じるが、その適用の根拠はどこに由来し、これが正当化されるのであろうか。これは、国際私法の適用範囲・適用領域の問題と密接にから

む。

そもそも、私経済作用は国際的互換性、一般性が強く、当然のことながら、これに適用される私法自体も同様の性格を有する。よつて、右の領域における私人間の渉外的法律関係を規律するには、当事者間にも密接な関係を有する法を適用することとして一般的に法を指定し(指定する規則が、一般的抵触法である国際私法である)、これによることが妥当である。それがあつても、当事者にとつて外国の私法であつても、その外国法の性格が前記のようなものである以上、その適用の結果は合理的なものと認められ、かつ、私法交通も促進されることとなる。換言すれば、このような私法分野の中でも私的自治に委ねられる場面である限りは、国家の介入の必要性はなく、自国の公益ないし政策が害されることもほぼないという立法政策的判断があり、そこで一般的抵触法に任せ得るのである。もつとも、例外的に、外国法の適用により自国の公益が害される場合には、公序規定により排除される。

国際私法である法例三条以下は、以上のような場面を想定して制定されているのである。一般法としての国際私法の適用の可能性が常にあるわけではなく、その適用に自ずから限界があることに留意すべきであらう。

3 国際私法の適用が不適切な領域

こうしてみると、一般的抵触法規である国際私法が適用される場面は、当事者自治

に委ねられており、国家の介入や規制の不要な私法分野が最も適当である。

これに対して、その反対の極に公法分野があるといえよう。すなわち、ここにおいては、関係国の政策がさまざまに独自性が強く、内外国法の個性を無視し、対等のものでして国際私法的な観点からの準拠法選択を考へる余地は乏しいのである。その帰結として、自国の裁判所である限り、自国法の適用が原理的に優先されるべきものといえるのである。

そして、その中間領域の分野として、一般的に私法に分類される領域であつても、国際私法の適用のふさわしくない分野があると見えよう。なぜならば、国際私法は、前記に述べたとおり、もつぱら国際的互換性の強い私的自治に委ねられた民法分野を念頭においたものであるからである。中間領域に該当するものとして、国家の政策的観点が強く入る強行法規の分野、国家の利害が強くからみ、公法的色彩の濃厚な分野、その一例としての国家賠償の分野などがあるといえるのではないだろうか(前記(注2)参照)。

4 右領域における解決基準

次に、このような国際私法の適用がふさわしくない中間領域について、どのような解決方法を探るべきか、その解決基準の在り方が問題となる。

(一) 「抵触的方法」による見解

まず、準拠法の選択・指定に関する準則を設ける抵触的方法が考えられる。分野

毎に個別に検討することとし、その分野に最もふさわしい特別の連結を認めるものである。例えば、前記(注5)のとおり、労働契約関係という強行法規の分野においては、「特別連結として法廷地強行法の適用をする」との特別連結の考え方を採用したと評価し得る裁判がある。また、一九四五年の国際通貨基金協定八条二項bの、「加盟国通貨に関する為替契約で、この協定に合致して存続され、又は設定される加盟国の為替管理に関する規制に違反するものは、いずれの加盟国の領域においても強制力を持たない。」との規定は、強行法規の特別連結論が実定法化されたものとす

る見解もある。⁽⁶⁾
このように、強行法規のある分野においては、強行法規の特別連結論が既に採用されているとみられる上、今後、別の分野においてもこれが採用されることが予想され、私法の強行法規化とともに世界的な趨勢にあるといえよう。

そして、本稿の問題である公務員の不法行為についての国家賠償の分野であるが、「公務員の属する国の法律による」との不文の抵触法があるとの見解がある。⁽⁷⁾ 特別な連結理論の一系列と評価することもできようか。⁽⁸⁾ これによると、国家賠償訴訟の国際裁判管轄及び主権免除・国家免除の法理から、法廷地国は被告の我が国となり、結局、内国法規が適用される結果となる。

実際、後記七に述べるとおり、諸外国の立法例・判例法理を概観すれば、いずれも

が、自国の国家賠償法を(直接)適用する法理を採用している。判明した限りでは、これに例外はなかった。各国が右法理を採用している理由につき調査がいきとどかなかつたため断定するに至らないが、世界各國は、既に不文法としての前記抵触法理論を採用している結果ともいえる。そうすると、我が国のみが、非適用説を採って国際的な歩調を合わせないとする理由は、格別ないように思われる。

(6) 山本敬三「国際私法の争点、強行法規の特別連結論」二九頁

(7) 「一切の外人法が抵触法の仲介を受け、抵触法の指定にもとづいて適用されるべきであるとする見解もある。すなわち、外国人の私権の享有に関する外人法以外の外人法も特別な連結を通じて適用されるとするものである。例えば、公務員の不法行為につき、……法例一条もしくは「公務員の不法行為はその公務員の属する国の法律による」との不文の抵触法の指定を受けて、準拠法が日本法である場合にはじめてわが国家賠償法が適用されることとなる。」(山田録一、国際私法(有斐閣刊)一六二頁)

(8) 旧西ドイツでは、ドイツ公務員の国外での職務違反は、西ドイツ国際不法行為法の一般原則にはなく、常に西ドイツ法によるとされておき、「付従的連結」と説明されている(注6)に掲げた山本論文)。

(9) 国際裁判管轄についての我が国の明文規定は、民訴法八条のみであり、特に財産関係について確立した判例法理もないことから、条理によることとなり、最も適正公平かつ能率的に行う

のに適していることから国内民事訴訟法の類推が認められ、その結果、本稿における問題については、民訴法二条一項(被告の住所地)により、我が国の国際管轄権が肯定される(後記五三参照)。

(10) 主権免除・国家免除・裁判権免除の法理とは、原則としていかなる国家も他国及びその国有財産に対して裁判権を行使することができないという、国際慣習法上のものである。これは、ある独立国家が自国の法廷・自国の法律により他の独立国家を裁くことは国際慣行として存しないこと由来するものである。

その結果、国際民事訴訟法上、内国裁判所の外国国家に対する裁判管轄権は認められないこととなる。我が国では、明文規定はないが、判例法理として定着している。本稿の問題の場合は、外国で裁判が提起されたとしても、同法理により免除される。

(二) 「直接適用」とする見解
次の考え方として、抵触法の適用はなく、涉外実質法の直接適用によるということもできよう。その代表的な見解は次のとおりである。

まず、「抵触法的方法が涉外的生活関係を規律するただ一つの可能な最も適切な方法であるとは限らない。それは単なる一つの方法に過ぎない。……実質法的規律方法に依ることが最適とされ、そのために設定せられた実施規定が存在するとき、それらが構成する体系を涉外実質法と呼ぶ。それは、当初より涉外的な生活関係・法律問題は、

に適用されることを目的として、制定せられた実質規定の集合体である。手続法規定(外国判決の承認・執行に関する民訴法二〇〇条など、国際的司法共助に関する規定等)では珍しいものではないが、実体法としては、労働基準法二四条一項、人身保護規則四条など、法規の性質に依り、抵触法の仲介なく直接に適用されるものであるとされ、その根拠、根源的思想は、外国法の適用可能性を排除してしまふ程度の強行性、必然性であり、これを支えるのは、我が国の社会的・経済的・政治的体制の保護・維持・発展への考慮であるとみられる。すなわち、内国法優先の政策が妥当する領域である。」(林場準一「国際私法の争点、涉外実質法・直接適用法」一九頁)。

また、山田録一名誉教授は、国家賠償法六条に関して、「私権の享有に関する外人法以外のものは、抵触法の仲介をまつことなく当該法規の予定する要件を充足する限り、直接に適用されると解するのが普通である。すなわち、右の外人法は、いずれかといえれば公法の範ちゅうに属すべきものである。」(「国際私法」(有斐閣刊)一六一頁、前記(注2)参照)として、「いずれかといえれば公法の範ちゅうに属すべきもの」につき、直接適用説を採られる。

なお、前記(注8)の「ドイツ公務員の国外での職務違反は常に西ドイツ法による」とする旧西ドイツの例は、抵触法的方法ではなく、自国法を直接適用するとの政策が採用されていたという見方もあろう。

(三) 両見解の妥当性等

以上のとおり、一般的抵触法である国際私法の法例が適用されない分野があり、その例として強行法規の分野、国家賠償の分野が挙げ得るところ、後者の国家賠償の分野については、第一に、特別の連結ないしは不文の抵触法としての「公務員の不法行為はその属する国の法律による」とする結果、我が国の国家賠償法が適用されるとするの考え方が成り立つ。第二に、「涉外実質法」(又は「公法の範ちゅうに入る外人法」)である国家賠償法が直接的に適用されるとするの考え方も成り立つ。いずれにせよ、本稿の問題においては、法例一一条の適用を排除し、我が国の国家賠償法が適用されることとなり、結論において差異はない。

非適用説においては、このように二つの考え方(第一の考え方はあくまで抵触法的手法を追及すること、第二の考え方は抵触法の考え方を排除すること)から理由づけが可能であり、そのいずれもがそれぞれに妥当性を有するものである。あえて、いずれによるべきかと決する必要性はさほど高くはないと思われるが、一応の検討を試みる。

今後の国際主義の進展を期待する場合、抵触的手法を排斥してしまう後者の見解を採用することに若干のちゅうちょを覚える。しかし、公法分野ないし公法的色彩の濃厚な分野において、各国の独自の立法政策が残ることは当然であり、「直接適用」

の類型が常に残ることはほばまちがいないであろう。また、前述のとおり、関係各国の合意により、個別分野の準拠法指定の条約等が締結され、それに基づいた特別抵触法規が国内法などとして逐次整備されていくであろう。よって、極めて不明確な形式の「不文の抵触法」をあえて設定、想定するより、後者の見解を採用した方が、簡明であり、法規範の形式としては妥当であると思われる。

五 国家賠償法における法例の適用を排除する公法的色彩について

1 請求権のレベルにおける私法説

国家賠償法が公法か私法であるかについては、行政法学者及び民法学者の間で種々論じられてきた。公法説は、賠償請求権発生の原因が公法上の作用に基づく点を重視し、私法説は、損害に対する同法による救済が民法の不法行為法の救済と同列におかれていること、すなわち、請求権のレベルでは変わりはないことを重視しているとみられる。今日では、後者の私法説が有力であるといえよう。

これによると、「国家や公共団体に対して不法行為による損害賠償請求の訴訟は、それが公権力の行使に起因し、国家賠償法に基づく場合も、なお民事訴訟の性質を有し公法上の当事者訴訟ではない。行政行為の効果とは直接の関係はなく、私益の保護が問題となるにとどまるからである。」(雄川

一郎「行政争訟法」一一三頁)とし、行政訴訟法の適用のある行政訴訟か、それとも同法の適用のない通常の民事訴訟かの観点から国家賠償訴訟を検討する。結局、通常の民事訴訟であるとして国家賠償法を私法であると結論づける。

裁判実務も、同様に私法説を採り、国家賠償請求事件を通常の民事訴訟事件としているが、その理由として、国家賠償訴訟は対等の当事者間で損害賠償請求権の存否を争うものであり、その原因となる公法上の行為を争うのではなく、そのため直接公益に重大な影響を及ぼさず、行訴法などの特別の取扱いをする必要がないことなどを挙げる。これも、訴訟上の請求権の観点からの理由づけである。

訴訟の態様として、行政訴訟ではなく、民事訴訟の一つであること、また、被害がもつばら私益であり、その保護を図るといふ性格を有し、私法上の請求権であることなどから、私法説が妥当であろう。

(11) この見解と同様に、行政訴訟ではないことから、私法説を採るものとして、次の見解がある。

「私法説をとるが、その手掛りを、行政事件訴訟法一三条一号(一六条ないし一九条)に求める。この規定は、行政事件訴訟特例法六条一項をそのまま引き継いだ規定であるが、行訴法のこの規定も、行訴法一三条一号も、違法な行政処分にもとづく損害賠償の請求は、通常の訴訟手続によるべきことを前提に、通常の民事事件を、特に異質な行政事件に併合することを許した

規定である。この損害賠償請求が、公法上のものであれば、実質上の行政事件として、行訴法がまず適用されるのであるから、行訴法一三条一号の規定は無意味なものでしかないことになるが、このような見解には到底賛成できない。このことから、法律は、国家賠償請求を、私法上の請求と解し、通常の訴訟手続によることを予定しているといえる。」(古崎慶長、国家賠償法一一頁)

(12) 「国又は公共団体が本法に基づき損害賠償責任を負う関係は、実質上、民法上の不法行為により損害を賠償すべき関係と性質を同じくするから、本法に基づく損害賠償請求権は私法上の金銭債権であつて、公法上の金銭債権ではない。」(最判昭四六・一一・三〇、民集二五・八・一三八九)

2 公法上の不法行為(発生原因行為の公法性)

しかし、請求権のレベルではなく、不法行為の発生原因行為の面から見ると、公務員の権力的作用の場面であることから、これが公法領域にあることに疑いはなく、「公法上の不法行為」と称することができよう。

ところで、日本国憲法一七条が国及び公共団体の賠償責任を規定し、その下に国家賠償法が制定され、五〇年の歴史を経た現在においては考え難いことであるが、明治憲法下においては、国家賠償法が制定されておらず、国家無責任の原則が貫かれていた。

これは、公法的不法行為については民法の適用はないとする考えであり、国家賠償法一条は、民法の特別法ではないとする発想につながる。その是非はともかく、国家賠償法一条一項による請求権は、人類普遍の基本的人權とまではいえず、立法政策にかんによるものである。これは、前記の沿革からして、また、他国の立法の動向等からしても否定し難いであろう。

他国の法制をみるに、現在においても、国家賠償訴訟制度を採用していない国があり、制度は存しているも、責任範囲・責任程度等につき何らかの限定を付している国は、数多い。すなわち、国家賠償責任の有無・程度等については、その国独自の優れて政策的なことがらなのである。いったんこれが制度として成立した場合に、国家賠償請求権が私法上のものとして色分けされるとしても、国家賠償制度・国家賠償法自体の公法的色彩は否定することはできないのである。

この点において、国家賠償制度は、国家補償制度と同じ性質を有するといえ、国際私法の解釈における「法律関係の性質決定」として、「国家賠償」は「不法行為」から外れ、それとは別のものであるとの論も成立し得よう。

(13) 明治憲法下において、国又は公共団体の権力作用に基づく損害につき、民法の適用はなく、他に根拠となる法令もないことから、その賠償責任は否定されてきた。「旧来の学説判例が権力作用による賠償責任を否定したのは、

公法上の不法行為については直ちに私法上の不法行為法の適用はなく、一方において公法上賠償責任を規定した一般的な法規がなかったからである。」(法務省訟務局「国家賠償法の諸問題」六頁)。

戦前の判例(大判昭二六・二・二七、民集二〇・二・一一八)は「按ズルニ凡ソ国家又ハ公共団体ノ行動ノ中統治権ニ基ク権力的行動ニツキテハ私法タル民法ノ規定ヲ適用スベキニハアラザルコトハ言ヲマタザルトコロ、……町税ノ滞納処分ハ公共団体タル町方国家ヨリ付与セラレタル統治権ニ基ク権力行動ナルヲ以テ之ニ関シテハ民法ヲ適用スベキニアラズ」などと判示し、最高裁判所判例もこれを踏襲している(最判昭二五・四・一一、法務省訟務局「国家賠償法の諸問題」五九頁など)。

当時、我が国のみならず他国も同様の制度を採用しており、多くの国で国家賠償制度を採用するに至ったのは、今世紀に入ってからである。

(14) 民法の特別法としたものとして、「国の責任には、……その特殊性を見出すことができる……けれども、それは、一般不法行為理論の発展の中で見出される特殊性なのであって、公法に特有の責任理論と見るべきではない。従って、国家賠償法も、私法制度の中で、民法の特別法の地位にあるものと認む。」(今村成和「国家補償法」八九頁)が挙げられよう。

次に、特別法ではないとする見解として、「国家賠償法一条の規定のないとき、当然一般法として民法が適用される関係にはなく、反対に民法の適用が否定された領域を、国家賠償法一条が規定したもので、民法はその補充的規

定にとどまるとしななければならない。」(古崎慶長、国家賠償法一三頁)が挙げられる。これは、明治憲法下では妥当しようが、現憲法下でも、そう説明する必要があるのかは、若干の疑問はある。もともと、公務員の個人責任については、国家賠償法上、明文がないため、民法の適用の可能性も否定し難いが、最高裁判例は民法の適用による公務員個人の責任を否定する(最初に最判昭三〇・四・一九民集九・五・五三がこの立場を採り、最判昭五三・一〇・二〇本誌九〇六・三は、「公権力の行使に当る国の公務員がその職務を行うに於て故意または過失によつて違法に他人に損害を与えた場合には、公務員個人はその責を負わない。」と判示した)。この点からすると、国家賠償法は民法の特別法としての色彩は薄く、民法とは別分野の公法的領域の不法行為を定めたものとする見解の根拠となり得よう。

3 国家賠償訴訟の法廷地(国家免除の法理・国際的裁判管轄権)

以上のとおり、国家賠償法が私法であるとしつつも、その公法的側面について論じてきたが、これが、渉外的要素を有する涉外事件となるとき、その公法的色彩がよりあらわとなる。

本稿における問題は、外国における我が国の国家権力の発動場面のものであることから、主権免除の法理により他国で裁判は行われぬ(前記(注10)参照)。

また、国際裁判管轄権については、一部を除き、国際的条理としての普遍的原則は

ない。よつて、各国の国際民事訴訟法によることとなるが、我が国においては、民事訴訟法八条しか規定されておらず、本稿における問題に関する判例法理もない。結局、条理によることとなるが、これについては、「国際裁判管轄の決定は裁判管轄権の国際的規模での場所的分配の問題であり、涉外事件についていかなる国で裁判を行うことが裁判を最も適正公平かつ能率的に行うのに適しているかを考慮して決定すべきであり、こうした見地からのみ国内民事訴訟の規定の類推も認められ、我が国に被告の住所(民訴法二条一項)……などがあるときには我が国に国際管轄権を肯定すべきである。」(池原季雄「経営法学全集二〇巻国際取引」三八四頁)とされており、本稿の問題の場合は、被告国である我が国が国際的裁判管轄権を有することとなる。

以上のように、国際的裁判管轄権は我が国に認められ、かつ、主権免除の法理からも法廷地は我が国となるほかはない。すなわち、国家賠償訴訟としての性質を有する限り、外国で訴訟が進行されることはない。このように、我が国が被告となり、法廷地も我が国である上、我が国の国家権力作用における行為が争点となることから、本訴訟が国益・公益に重大な影響を持ち、国家が重大な関心を有するものとなる。

これは、前記五2に述べたとおり、国家賠償制度が、主権国家の本質的権利である自律権の問題として観念される以上、当然のことであろう。

(15) 不動産に関する物上訴訟については、不動産所在地にあるとされる。

4 国家賠償法六条の性質、その法例適用の有無

(一) 学説

国家賠償法六条は、いわゆる「外人法」といわれるもの一つである。「外人法」とは、内国における外国人の地位を定める法律をいい、広義には、私法上の地位のみでなく公法上の地位をも含むが、私法上のものとして、①(最狭義・外国人の私権の享有に関する法律)外国人土地法、船舶法、鉱業法等、②(狭義・外国人の私法上の地位に関する法律)外国人の私権の取得に関する取締規定として外国為替及び外国貿易管理法、外国人の私権侵害に対する国家賠償規定として同法六条、外国人の私法的活動に対する国家的監督規定として外国人及び外国会社に関する民法・商法の規定、③(社会・経済法的规定)私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律、不正競争防止法等などに分類される(右分類は、山田謙一「国際私法」(青林書院刊)一五五頁による)。

ところで、同条の適用場面における法例一一一条の適用の有無についても両説があり得る。

本稿にいう法例適用説は、ここにおいても、法例一一一条を適用し、準拠法として指定された場合に初めて、国家賠償法の適用が認められることとなる。すなわち、国家賠償法は私法法規と解されているから、渉

外事案では、まず不法行為に関する国際私法である法例一一一条が適用され、それにより日本法が準拠法として指定された場合に初めて、国家賠償法が適用されることとなるのである。

これに対し、山田名譽教授は、外人法につき、前記の①の私権の享有に関するものは、抵触法の仲介により我が国の外人法が適用され、これに対して、②・③の私権の享有に関する外人法以外のものは、抵触法の仲介をまつことなく当該法規の予定する要件を充足する限り、直接に適用されると解するのが普通であるとされる。そして、直接適用される外人法は、「いずれかといえは公法の範ちゅうに属すべきものである。」と性質づけられるのである。このように、私法上の地位に関するものをさらに「私法」と「いずれかといえは公法の範ちゅうに属すべきもの」とに区別し、前者については国際私法の適用を認めるが、後者については国際私法の適用はなく、外人法が直接適用されるとする。

また、古崎判事も非適用説とみられる。(16) 「国又は公共団体の私経済作用について、外国人が被害者である場合は、法例一一一条による。従って、国家賠償法六条は、公権力作用又は公の営造物の設置・管理の瑕疵にもとづく損害について、相互保証主義を採用したものである。」(古崎慶長、国家賠償法二五六頁)もつとも、その理由は明らかではないが、私経済作用と区別することからして、国際私法の適用を排除し得るだけの公法的な要素があるとされるの

であろうか。

(二) 裁判例

国家賠償法六条が適用された事例については、裁判例もかなり集積されている。実際の裁判例を見ても、法例一一一条の適用を明示したものは、一例も見当たらない。いずれもが、属人法の決定のために原告の国籍を認定した上、その本国法に相互保証制度が存在することを確認して損害賠償請求につき判断しているが、法例一一一条の適用を明示していない。数多くの裁判例が軌を一にして同様の経過をたどっているのである。あるものは、国家賠償法六条の適用の前段階として必要な法例一一一条の適用を念頭に置きつつも、明示するまでもないとして落としたものもあるが(もつとも、民事判決とはいえず、法例の適用につき、当然の前提として摘示するまでもないとするのは、相当ではないと思われる)、それ以外は、おそらくは前記(注16)の古崎見解と同様に、法例の適用を不要とし、国家賠償法を直接適用する方法を採用しているであろう。

- (17) 東京地判昭三二・五・一四下民八・五・九三一、東京地判昭四四・一〇・二五訟務月報一五・一〇・一一八五、東京地判昭四七・六・二六判タ二八五・二六六、京都地判昭四八・七・一二本誌七五五・九七七、大津地判昭四九・五・八本誌七六八・九四、名古屋地判豊橋支部判昭五〇・一一・一五本誌八一・二・九〇、東京地判昭五一・五・三一本誌八四三・六七、名古屋高判昭五一・九・三〇本誌八三

六・六一、大阪高判昭五四・五・一五本誌九四二・五三など。

(三) 国家賠償法六条の立法趣旨、国家賠償法の性質

翻つて、同条の相互保証主義の立法趣旨についても、同条における法例非適用説の根拠とすることができよう。

この相互保証主義については、立法論的批判はあるが、在外の内国民の保護(与えるために与える……自国民の法的地位について平等の取扱いを要求する立場)にあるとされる。衡平上、日本人の被害について外国を相手に賠償請求ができない場合に、すすんで日本国が外国人の被害に対し賠償責任を負う必要はないとする思想である。

このような点において、我が国の同法上における立法政策はかなり明白であろう。すなわち、国家の利害が直接に表出する分野については、国際主義の理想はともかく、現実の国際社会(そこにはさまざまな政治体制、法体制の国があり、公権力の行使については、さまざまな状況がある。)を前提として、我が国は、国際主義を採用せず、相互保証主義を採用したのである。すなわち、内外法平等の原則を採る法例とは異なる世界であり、それ自体、その適用になじまない思想である。

以上のとおり、国家賠償法の性格は、涉外的要素が入った場合、主権国家としての性質が正面に出てくることとなり、他国の法制等になじまず、ひいては、国際私法た

る法例の適用になじまないことが明らかになる。結局、同条の立法趣旨にみられるとおり、国家賠償法自体が公法的色彩の濃厚な性質（主権国家の自律権に基づくもの）を本質的に有しているのである。このような法律は、内外法の平等の観念に立つて準拠法選択を考ふる手法になじまない。しかも、本稿の問題は、国家主権の発動面における争訟として自国の裁判所で裁判されることと決定しているのであるから、自国法の適用が原理的に優先されると考ふるべきであろう。

六 法例二一条を適用した場合の問題点

法廷地は、前記のとおり、我が国である。法例二一条適用説によると、まず同条一項により原則的準拠法は行為地法である外国法（実質法）となり、同条二項又は三項に該当する場合は我が国の法（実質法）が累積的に適用される。

1 原則的準拠法の問題

原則的準拠法である外国法は、同国の国家賠償法ではなく、通常の民法・不法行為法にならう。なぜならば、我が国の国家賠償法がそうであるように、当該外国の国家賠償法の責任主体は、同国以外を想定してはいないはずだからである。その結果、純然たる私法が適用されることにより、国家の権力的行為が私人による行為と同質のものとして、違法性等が判断されることとなる。

このような事態、すなわち、一国の国家権力の発動行為における違法性・法的責任の有無・程度等が、他国の法律、しかも、他国の私法によって裁かれるということが、想定できるであろうか。現在の国際社会において、そのようなことは予定されていないものというほかはない。その証左の一つとして、主権免除の法理が我が国では明文規定がないにもかかわらず、かつ、国際法上も当然のこととして認められているのである。また、現在、世界各国は、その法制上、後記七のとおり、明文又は判例法理によって一般抵触法である国際私法の適用を排除し、自国の国家賠償法等によることとしているのである。

なお、抵触法の適用の是非を検討するに当たって、本質的な問題ではないが、外国の私法が適用されるとした場合の問題点について、一点触れておく。このように外国私法が適用されると、違法性の判断において、国家機関としての、あるいは、国際機関等による公権力の行使としての正当性が正面から出てこず、その正当性等を顧慮しないまま判断されてしまうおそれがあり得るのである。後記2に述べるとおり、我が国においては、国家賠償法における違法性の判断につき、判例法理が種々形成されているが、これは、民法における不法行為の判断と異なる面がかなりある。そのため、国家賠償法によるのと民法によるのでは、違法性の有無・程度、ひいては損害賠償額等にかんする差異

が生じ得る。国家賠償法によらず、民法によるとすれば、不当な結果となるおそれが蓋然的にあると思われるのである。

2 同条二・三項の累積的適用の問題

もつとも、前記1のような場合、同条二・三項の適用の結果、日本法が累積的に適用されることで、そのようなおそれはないとされるかもしれない。しかし、そもそも、法例の採る累積的適用とは、両立し得る同質の法律同士における、各要件の比較可能性を前提としているのであり、異なる法律同士を累積的適用することは、法例の予定しない事態である。このような結果は、抵触法の指定方法として不合理で妥当ではないといふべきである。

国際私法という抵触法の適用を妥当とするか否かの判断においては、抵触法により指定された実質法の適用の結果をうんぬんする必要はなく、その前段階の、指定された実質法が何であるかという指定の結果の是非を問うべきである（国際私法上、実質法の適用の結果とされるのは、「公序」の適用場面程度である）。そこで、本稿の問題についてであるが、外国民法と我が国の国家賠償法との累積的適用となると、私法である外国民法と公法的色彩の濃厚な我が国の国家賠償法とを同質なものとして適用し、両者の要件につき判断することとなる。

これを、我が国の民法と国家賠償法とに置き換えて比較するとその問題性が明らかとならう。極めて大雑把でかつ若干乱暴な

分類ではあるが、両者には次のような差異がある。

まず、第一に、公務員個人の責任につき国家賠償法の場合は認められないが、民法では認められる¹⁸⁾。

次に、違法性については、考え方、その判断手法に大きな差異がある。国家賠償法の領域では、おおむね、公権力の行使は権利侵害をもつて直ちに違法とすることができず、「公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときに、国に又は公共団体がこれを賠償する責に任ずることを規定するものである。」（最判昭六〇・一一・二二民集三九・七・一五二二、本誌一一七七・三三）との判例法理が該当する。そして、行為類型ごとに、種々の判例法理が示されている¹⁹⁾。これらは、いわゆる「職務行為基準説」に立つものであり、「法的義務違背」という行為無価値の観点からのものである。違法性を判断するに当たっては、公権力行使（侵害行為）の態様、すなわち、その目的、手段の正当性・相当性はあるか、あるとしてどの程度のものかなどが重要とされる。そもそも、公権力の行使においては、その行為に及ぶにつき基本的に必要性・正当性等があることにかんがみ、違法性の判断にもその要素を採り入れようとするものである。

一方、民法の領域では、違法性の認定は、侵害された利益と侵害行為の態様の両面から考ふるべきであるとされるものの、

「侵害された利益が所有権その他の物権のように強い権利と認められたものなら、侵害行為は一般に不法行為となる。」(我妻栄「民法2債権法」(二粒社刊)四二五頁)とあるとおり、一般的に認められている被侵害利益の場合、結果無価値の側面が極めて強い。ここを比較するとき、国家賠償におけるものと際立った差がみられる。

そして、「損害賠償請求訴訟が民法に基づいてなされているか国家賠償法に基づいてなされているかは単なる原告の法律上の意見にすぎないから、裁判所が民法による請求を国家賠償法による請求にひきなおして判断することは差し支えなく、原告がその原因たる事実を主張している以上弁論主義に反するものではない。」(東京地判昭四三・一〇・二八訟務月報一五・二・一五八)とされているとおり、一つの事実については、国家賠償法が民法のいずれか一つしか適用されず(二律背反)、両法が両立・並立して適用ないしは検討されることはない。

また、前記五の二のとおり、国家賠償法は民法の特別法であるとの説についても、有力な異論がある。これは、公法領域と私法領域との異なる分野におけるものとする見解であり、前記(注(13)及び(14)掲記の各最高裁判例もその根拠となり得る。このように、両法律の性質、政策は異なるが、特に、涉外事件の場合、国家賠償法の公法的側面がより正面に出ることから、異質性もより高まる。

以上は、我が国の民法と国家賠償法との関係であるが、これが、外国民法と我が国の国家賠償法との関係になっても同程度、又はそれ以上の様相を呈することとなる。

以上述べたとおり、国家賠償法と民法の累積的適用とは、その要件・効果のみならず、判断手法も多く種類のかなり異なるばかりか、政策的にも質的にもかかなり異なる複数の法律間の問題である。これは、関係法律の同質性・両立性・互換性・比較可能性を前提とする累積的適用にはおおよそなじまない結果であり、法例の予定していない不合理な結果といわざるを得ない。このような事態は、内外法の平等及び互換性を前提とする抵触法的解決方法にそもそもなじまないものであるというのが正確であろう。

ところで、適用説の論拠の一つとして、法例二二条二・三項の適用の結果、日本法(実質法)が累積的に適用されることで、不当で不合理な結果は生まれないとされる点にあるようである。これは、外国実質法の適用の結果、不法でないとされればそれでよし、これが不法とされるときに日本実質法で不法でないとするればそれでもよいとする発想によっているのではないだろうか。また、これは、累積的適用というより、別個の法律をそれぞれ適用してその結果のみを比較するものといえよう。しかしながら、それは、抵触法的解決方法として妥当か否かを判断する発想とは異なるものであろう。なお、適用結果だけの側面から

みるために、あえて次のような例を設定してみる。すなわち、外国法で違法性が一〇、日本法で違法性が五であるときは、どのような解決方法とするのであろうか。これは、前者が結果無価値的判断で後者が行為無価値的判断である場合、すなわち、国家賠償請求で問題となり得る場面で、多く生じる現象であろう。適用説を採った場合に、累積的適用の余地がなく、日本法が適用されない結果となると、違法性一〇となる可能性が高いが、非適用説を採ると、日本法によることとなり、加害行為の正当性・必要性等を加味して違法性は五となる。前の適用説によるより、妥当な結果ではなからうか(日本法は、行為無価値的な判断に重点を置くが、行為地における侵害行為の結果の価値判断をも採り入れて全体としての行為の違法性を判断するものである)。

等によって損害を与えることがあるとしても、そこに制裁的意味合いを持たせることは相当でないとの判断が働いたものとみられる。

(19) 「法廷警察権の行使は、法廷警察権の目的、範囲を著しく逸脱し、又はその方法が甚だしく不当であるなどの特段の事情のない限り、本条一項にいう違法な公権力の行使というべきでない。」(最判平元・三・八民集四三・二・八九)

「行政庁の裁量的権限の不行使は、それが具体的事情の下で右権限付与の趣旨・目的に照して著しく不合理と認められるときでない限り、本条一項の適用上違法の評価を受けない。」(最判平元・一一・二四民集四三・一〇・一一六九)

七 諸外国の立法例・判例法理等の概観

この点については、力不足から、十分な調査ができなかったが、資料から判明している限りのものを挙げる。

アメリカ合衆国は、一九四六年八月に制定された連邦不法行為請求権法(Federal Tort Claims Act)において、国家の賠償責任を認めるに至ったが、なお、広範な例外を設けており、同法二六八〇条において、正当な注意を払った法令執行行為あるいは裁量権能の行使・不行使につき、責任を負わないとするほか、外国における事件についても責任を負わないとしている。

旧西ドイツでは、ドイツ公務員の国外での職務違反は、西ドイツ国際不法行為法の

一般原則ではなく、常に西ドイツ法によるとされていた。⁽²¹⁾

その他、フランス、イタリア、及びオーストリアの最高裁でも、同様とされる。⁽²²⁾

また、最新の法律として中華人民共和国の国家賠償法三三三条は、「①外国人、外国企業及び組織が中華人民共和国の領域内で中華人民共和国国家賠償を要求するときには、本法を適用する。②外国人、外国企業及び組織の所属国が中華人民共和国公民、法人及びその他組織が当該国に国家賠償の権利を保護せず、あるいは制限する場合、中華人民共和国と当該外国人、外国企業及び組織の所属国に相互主義の原則を実施する。」(仮訳)と規定し、法廷地法としての自国法を適用することを明記している(一九九四年五月一二日公布、一九九五年一月一日施行)。

以上のとおり、主要国において、判明した限りでは、法例一条非適用説と同様の政策を採っている。公権力発動場面の問題に対する各国の態度として、自国の国家賠償法ないしは自国の判例法理によるとしては、明白である。国家賠償法の性格が、公法的側面を有することから、当然の結果であろう。このような傾向をみると、比較法的観点からも、現段階では我が国においても非適用説を採ることが相当と考える。

また、これは、前記四に述べたとおり、各国が不文法としての「公務員の属する国の法律による」との抵触法理を採用し

ている結果ともいえるのである。さらには、国際的な法統一の理想からしても、我が国のみが、非適用説を採る理由はないといえよう。

(20) 植村栄治「国家補償法体系1、国家補償法の理論」一三五頁
(21) 山内惟介「涉外判例百選(第二版)、国家賠償法と相互の保証」二四〇頁

八 終わりに

以上に述べたとおり、法例一条非適用説を採ることとすると、本稿の問題の場合には、国家賠償法が(直接的に)適用される。

ところで、冒頭に述べたとおり、本稿においては問題点を明確にするために、国家公務員の公権力の行使の場面に限定したが、それ以外の国家賠償法二条一項の適用場面につき、別途検討する必要がある。この点については、同行為の性質(公法的色彩の濃度)、他国の法制・政策との比較などが必須であるが、紙数の関係で別の機会に譲ることとし、ここでは、二つの考え方の筋道のみを述べておく。

まず一つには、同法一条と同様に法例一条を適用しないとする考えがあり得る。簡明であり、国家賠償法全体として統一がとれるものといえよう。これは、同法六条につき、私経済作用のみを除外する考え(前記古崎見解(注16))と整合することもなる。

これに対して、非権力作用であるので、私経済作用と同様に、通常の民法不法行為法にゆだねるとする考えもある。我が国の戦前の国家無責任の原則下においても、この分野については民法上の不法行為責任が認められていたことにかんがみると(大判大正五・六・一民録三二・一〇八八)、これに沿うものであるといえよう。しかし、この区分・国家賠償法の適用領域は文理上では明らかでないという問題がある上、具体的事例の適用においても、同法一条と二条とが競合する場合、いずれに該当するかが不明確な場合等が多々あり、これらにつき、法律の適用関係が大きく異なるのは相当地ではないと思われることから、とりあえずは前説を採用したい。

以上の問題のほか、非適用説によると、被害者が外国人の場合は、不法行為地が国内であっても国外であっても、国家賠償法六条が適用されることとなる。近時、入国する外国人の増加、多国籍化が顕著となり、それとともに国家賠償法六条の適用事件も増加し、多種多様のものとなっている。そして、同条の立法論的当否、相互主義における実際上の問題点等につき、種々の問題が顕在化しているところであるが、これらの検討も、別の機会に譲ることとする。

(筆者・法務省訟務局付検事)

栗原平八郎・太田武男編 家事審判例の軌跡

A5判 上製カバー装

- (1)〔実体編〕 3600円
- (2)〔手続編〕 3980円

社会の変動・紛争の多様化を背景に個々の事件処理を通して新たな法解釈が示され、数多くの審判例が生まれた。本年が国際家族年に当るこの機に造詣の深い執筆陣が最近までの45年有余の家事審判例の軌跡を辿ることによって、実体法と手続法の両分野にまたがり積み重ねられた判例理論の生成発展の過程を分析、問題の所在を明らかにする。家事審判制度の実務と理論に資する新著。