

事件番号 平成18年(ワ)第8280号 霊璽簿等からの氏名抹消等請求事件

次回期日 2007年8月28日午前11時

原告 菅原龍憲 外8名

被告 靖國神社 外1名

原告第14準備書面

(被告国第2準備書面の国家無答責論及び除斥期間の主張に対する反論)

2007年8月16日

大阪地方裁判所 第24民事部 合議1係 御中

原告ら訴訟代理人

弁護士 井上二郎 (代表)

弁護士 加島宏 (事務局)

(記名捺印欄 別紙)

第1 被告国の「国家無答責」論の誤り

- 1 国家無答責の法理は、旧憲法下においても実定実体法上の制度として確立していたものではない。

この点について、松本克美は、わが国における「国家無答責」の法理と民法との関連を、民法典の制定過程の詳細な分析・検討を踏まえて、適切な指摘を行っており、これを要約して述べると次のとおりである。

「戦前の立法政策として国の権力作用について生じた被害について国の賠償責任を認めないという国家無答責の法理が法制度として確立していたとか、この場合国の賠償責任を認める一般法がなかったというような捉え方は、はなはだ不正確である。」なぜならば、行政裁判所は損害要償を受理せずとの規定が明文で設けられていたが（行政裁判法16条）、逆に国に対する損害賠償請求は通常裁判所では受理しないとの規定はおかれていなかった。

「民法典の起草過程では、官吏の違法行為について使用者たる国が民法の使用者責任規定に基づき賠償責任を負うことが前提とされ、それが民法の原則の適用の当然の結果であり、逆に国に賠償責任がないとすることが『憲法ニモ戻ル』（悖る一代理人）とされていたこと、この場合の国の責任は、私法上の関係については責任を負うが、公法上の責任については責任を負わないというような二元説的な捉え方ではなく、両者とも民法の責任が国に生ずるのであって、後者について責任がないというような考え方については「如何ハシイ主義」（いかがわしい主義一代理人）だと痛切な批判がなされている」。民法起草者も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特別法が必要だと理解していたのである（松本克美「『国家無答責』の法理と民法」・立命館法学2003年6月号370頁以下—なお、本書面での参照・引用文献は主としてこの松本論文に依

った)。

さらに、今村成和は次のとおり述べている。

違法行為に基づく損害の賠償には、絶対主義的天皇制に強められた、国家無責任の原則が立ちはだかっていた。明治憲法時代を通じて、国の賠償責任を一般的に認めた法規は存在しなかった。・・・行政裁判所は、損害要償の訴えを受理しなかったから、公法上の責任論の発展の余地はなかった。かくて、明治憲法下における国の賠償責任は、民事事件として、通常裁判所が私法法規の適用を承認する限度においてのみ一判例法的に一成立し得たに止まった。」(今村成和「国家補償法」1957年・有斐閣)。

また、下山瑛二は、次のとおり指摘する。

わが国の国家無答責の法理が近代資本主義国のそれと「根本的に異なるのは、西欧の場合においては、国家機関＝人民という政治理念のうえに構成されたのに反して、日本の場合には、国家の絶対性から出発している。したがって、西欧の場合の政治責任を負うがゆえに法的責任を負うことなしということは、日本においては、天皇の絶対的不可誤謬性に基礎づけられている。したがって、この無責任の法理は、近代法の根本である権利概念に裏付けられているのではなく、かえって、絶対主義国家体制の権力服従関係に依存していたところに根本的な差異が見出される。」(下山瑛二「国家賠償」『法律学大系第2部法学理論篇』1954年・日本評論新社)。

- 2 以上の研究者の各指摘に見られるとおり、わが国における「国家無答責」の法理とされていたものは、これを定めた法規があったわけではなく、実定実体法に根拠づけられていたものではなかったのである。民法起草過程においては、官吏の違法な行為も当然民法の使用者責任規定によって律せられると考えられていたにも拘わらず、民法制定後国家無答責があたかも「法理」であるがごとくまかり通ったのは、それが、「神聖不可侵」天皇の絶対的無謬性という神話的要因にのみ依拠していたからである。そこには、

実定法制度を支える国家機関＝人民という近代法的理念・要因は微塵も見られな
か っ た 。

このように、国家無答責の「法理」は、決して実体法上の法理ではなかったの
である。

- 3 被告国は、国家無答責の法理は合理性ある実体法上の法理であった旨主張するが（被告第2準備書面12頁以下）、同主張は次に述べるとおり、事実に照らして失当であることは明らかである。なお被告国は、民法制定過程においてボアソナード草案393条の国家責任規定が旧民法373条において削除されたことを挙げて、同主張の根拠としている。しかし、その削除された条文（現行民法の使用者責任規定715条に該る）中の文言は「主人及び親方、工事、運送人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ニ委任セラレタル職務ヲ行ウニ際シテ加エタル損害ノ責ニ任ズ」中の「公私ノ事務所」である。この「公ノ事務所」には国や公共団体を含むというのがボアソナードの起草趣旨であった。この「公私ノ事務所」が削除されたのは、国家等にも「普通法」が適用されるので、この文言がなくとも国家、公共団体が責任を負うのは当然だから削除したものであると、当時から言われていたのである。起草者である穂積陳重は、国家の賠償責任に民法が適用されることが原則であることを当然視し、もし、国が責任を負わないとするなら特別法が必要であるとし、特別法がない限り官吏の違法行為について民法が適用される旨明言しているのである（松本前掲論文 3 6 1 頁 以 下 ）。
- なお、被告国が掲記する塩野宏「行政法Ⅱ（第4版）261，262頁」には国の権力的活動については「主権無答責の法理を採用するという基本的政策が確立したのである」との記載がある。だが、確立したのは基本的「政策」であって、決して実定実体法ではない。わが国は成文法国家である。したがって、政策があっても実体法が制定されない限り、国家無答責をもって実体法上の法理

であったということは到底できない。

- 4 東京高判平成15年7月22日・判時1843-32は、国家無答責の法理を排斥する注目すべき判示をしている。すなわち、「戦前において、上記のような解釈（戦前における、判例が公務員の権力作用について国の賠償責任を否定していた解釈－代理人注）がとられていた根拠は必ずしも明らかではなく、結局、国の権力作用に伴う不法行為に基づく損害賠償請求訴訟については司法裁判所において民事裁判事項と認めず、行政裁判所においても行政裁判事項として認めず、共にその訴訟を受理しなかったため、その種の損害賠償請求を法的に実現する方法が閉ざされていただけのことであり、国の権力的作用による加害行為が実体的に違法性を欠くとか有責性を免除されているものではなかったと解すべきである。いわゆる『国家無答責の法理』は、上記のような訴訟要件としての権利保護適格を否定する解釈が採られていたことによるものにすぎず、行政裁判所が廃止され、公法、私法関係の訴訟を司法裁判所において審理されることが認められる現行憲法及び裁判所法の下においては『国家無答責の法理』に正当性ないし合理性を見出し難い。」・・・「もともと国家賠償法は民法709条以下の不法行為法の特別法である性格も有し、国家賠償法の制定がなければ賠償請求権の実定法の根拠がなかったと解すべきではなく、一般法としての民法709条以下の不法行為法が適用されると解すべき余地が十分あり得たのものであり、民法709条の文言上は、公務員の公権力の行使が同条の適用から排除されているとはいえない」・・・「現行憲法及び裁判所法の下において裁判所が国家賠償法が施行される以前の法体系の下における民法の不法行為の規定の解釈・適用を行うにあたっては、訴訟手続上の制約が廃止されたものと解するのが相当である。」・・・「もっとも、国家賠償法施行前においては、公務員の権力的作用による損害については、同法附則6項により、『従前の例による』ものと解されていたから、権利保護適格が認められないため訴えが不適法となると解される余地もあ

るが、同法附則 6 項が民事裁判事項であることを依然として否定する訴訟手続規定であると解するには疑問がある。」 上

記判示はきわめて合理的かつ論旨明快である。そして、この判決は「裁判を受ける権利」の趣旨にも適うものである（憲法 32 条—明治憲法 24 条においても裁判を受ける権利は保障されていた）。これによれば、日本国憲法下においては、まして訴訟要件の制約がないのであるから、裁判所は戦前の「国家無答責の法理」の判例に拘束されるべきものではない。

- 5 なお、最判 1950 年（昭和 25 年）4 月 11 日裁判集民事 3 号 225 頁は、太平洋戦争終了直前の昭和 20 年 7 月に国が疎開先として買収した家屋を、その後所有者 X（上告人）が同年 7 月末までに自ら解体退去することを条件として県知事から買い戻し許可を受けたが、X がこれを解体しなかったため、警察官が同年 10 月その家屋を違法に破壊してとして、X が国を相手として損害賠償を請求した事案に関するものであるが、次のとおり判示している。

「公権力の行使に関しては当然に民法の適用がないこと原判決の説明するとおりであって、旧憲法下においては、一般的に国の賠償責任を認めた法律もなかったものであるから、本件破壊行為について国が賠償責任を負う理由はない。」

・・・「大審院も公務員の違法な公権力の行使に関して、常に国に責任がないことを判示してきたのである。」

しかしながら、この最判は論理的にも甚だ粗雑であり、なにゆえ国家無答責が公権力の行使一般に妥当するというのか明らかではなく、また、大審院が常に判示してきたことがなぜ国家無答責を正当化する理論的根拠となるのかも不明である。したがって、この最判に先例としての価値を認めることはできない。

加えて、この最判の事案が家屋の破壊という物的損害に関するものであり、その射程が被侵害利益が「敬愛追慕の情を基軸とした人格権」という人権の本質に対する深刻な侵害の事案である本件には及ばないと解するのが相当である。

まして、この最判が出された 1950 年（昭和 25 年）といえ、国家賠償法

が制定、施行された1947年10月から3年も経っていない時期であり、国家賠償をめぐる論議も未だ進んでいない時期のものであるから、なおさらである。

- 6 なお国家賠償法附則6項が「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。」とする「従前の例による」とは従前の法律の適用を意味するが、これを国家無答責の法理の適用によると解することはできない。なぜならば、前記のとおり国家無答責の法理は、実定法ではなく、神権天皇の絶対無謬性神話を要因とする「政策」にすぎないものであったからである。すなわち、国家無答責を裏付ける法律はなかったのであるから、国家賠償法制定以前の行為に国家無答責の法理を適用することはできない。そして、国家無答責の法理は、前記下山瑛二が指摘するとおり、近代の権利概念に裏付けられたものではなく、絶対主義国家体制における権力服従関係に依存するものであり、明らかに不合理かつ不条理なものである。このような不条理・不合理な国家無答責の法理という名の「政策」があるからといって、現在、従前の実定法がある場合と同様の拘束を国家無答責の法理によってうける理由はない。

したがって、「従前の」行為、すなわち、本件では原告西山の父西山政勇の合祀についても、国家無答責の拘束を受けることなく、これを現時点の視点で、評価・解釈することになる。

- 7 以上述べたところから明らかなとおり、1942年（昭和17年）10月14日に行われた西山政勇の合祀については、国家無答責の法理の適用はなく、民法の不法行為法が適用されることになる。当時、合祀は国家（軍）によって行われたのであるから、当時の合祀行為担当公務員の民法709条該当行為により、同法715条により被告国が賠償責任を負う。または、国自体の不法行為として被告国が直接民法709条により責任を負うものである。

- 8 被告国は、印鑑証明事務に基づく損害に関する大審院1938年（昭和13

年) 12月23日判決・大審院民集17-2689を挙げて、印鑑証明事務のような強制力を伴わない事務についても経済的活動でないことを理由に、権力作用であるとして国家無答責の法理により民法の適用を否定しており、西山政勇を合祀した行為も経済的活動ではないから、国家無答責の法理によるのである、民法の不法行為規定を適用する余地はないと主張する。しかし、同主張は明らかに失当である。なぜならば、上記大審院判例は、印鑑証明の事務は「公証行為の一種に属しその本質は公共団体の支配権に基づく作用即ち権力作用たる行政行為にして専ら市の公法的活動の範囲に属し、・・・強制力を伴うことは権力的作用の必然的要素にあらず公証行為の如き単に人民に利益を供与するにすぎざる行為も亦権力作用たり得べきもの」としているのであって、公証行為を公権力（公共団体の支配権）に基づく権力作用と定義づけている以上、当時としては国家無答責の法理が適用されたのは当然であり、これをもって、公証行為とはおよそ無縁の西山政勇についての合祀と同視することはできない。加えて、当時国による靖國神社への合祀も宗教的行為となされたものである。したがって、これに宗教的行為とは無縁かつまったく事案を異にする印鑑証明事務に関する上記大審院判例を援用するのは到底適切とはいえない。

- 9 よって被告国は、直接民法709条に基づき、または、当時の国による合祀を担当した公務員に民法709条が適用され、その結果、同法715条に基づき被告国は同担当公務員の使用者として、原告西山の「敬愛追慕を基軸とする人格権」侵害につき、損害賠償の責めに任ずべきものである。

第2 除斥期間について

- 1 原告が、被告国による除斥期間の主張に対してなした権利濫用の主張は、予備的主張である（原告第3準備書面11頁5項）。この予備的主張につき、被告国は最判平成元年12月21日判決・民集43-

12-2209（「平成元年最判」という）及び最判平成10年6月12日民
集52-4-108（「平成10年最判」という）を挙げて、権利濫用の主張
は主張自体失当である旨述べている。
平成元年最判は、学説上時効説と除斥期間説など諸説があった民法724条後
段の期間20年の意味につき、これを除斥期間と解したものであるが、この判
示については、同条後段の立法経過や立法趣旨に反するとの強い批判が多くな
されていることは周知のとおりである。
上掲平成10年最判は、時効の停止に関する民法158条の趣旨を容れて除斥
期間の効果が一定の場合に制限されることを認めたものである。
さらに、「不法行為の時」の解釈にあたり損害の発生時が20年の起算点にな
り得ることを示した筑豊じん肺訴訟最判平成16年4月27日判時1860-
152は、もっぱら法律関係の「画一的処理」を目指した平成元年最判をみず
から緩和して、個別的事情に即して起算点を解釈することに途を開いたもので
ある。
これら平成10年及び平成16年両最判は、時効説の論者により「除斥期間説
の終わりの始まり」（すなわち時効説への始まり）と評されている（前掲松本
克美論文）。
このように、最判自身がはじめは「画一的処理」を唱えて除斥期間説に立ちなが
ら、その後個別的事情に即して期間の起算点を判断していることに注目しなけ
ればならない。

- 2 そこで、本件についてこれを見ると、原告らは自己の肉親が靖國神社に合祀
された時に直ちに損害を受けたというものではない。また、合祀の事実を知っ
たときに損害を受けたというものでもない。このことは、例えば原告西山誠一
の場合をみると明らかである。すなわち、原告西山誠一の父政勇が合祀され、
それを原告西山誠一が知ったのは戦時中であり、そのころ原告西山誠一は、当
時の青少年殆どすべてがそうであったように、やはり「軍国少年」であったか

ら、亡父が靖國神社 に合祀されたことになんら嫌悪感などは持ち得なかったの
で あ る 。

肉親が合祀されていることを知った後、そのことに怒りや激しい嫌悪を覚え、
被告靖國神社に合祀の取消しを文書で要求したが、被告靖國神社がこの要求を
拒否する態度を文書で明確に示した時に、原告らは、合祀されている自己の肉
親に対する敬愛追慕の情を基軸とする人格権が侵害されたと認識したのであ
る。この時が損害発生時点である。すなわち、この認識の時が民法724条後
段 の 期 間 の 起 算 点 と な る 。

したがって、民法724条後段の期間が時効であれ、除斥期間であれ、原告ら
に民法724条を適用する余地はない。

3 原告らの主位的主張（原告第13準備書面第4項1ないし4－行為の関連共同性の効果）について

被告国が被告靖國神社に氏名等を提供した行為と被告靖國神社の合祀行為は
明らかに関連共同するものであり（民法719条），したがって、両者は連帯
責 任 を 負 う こ と に 疑 う 余 地 が な い 。

そして、共同者の一方である被告靖國神社の不法行為は、原告らの亡父、亡兄
ら肉親を祭神として合祀し、原告らの明示の意思に反して、神、英霊として合
祀し続けており継続的不法行為を構成している。継続的不法行為にあつては日
々損害が発生し続けており、したがって、除斥期間または消滅時効の起算点は
早くとも継続的加害行為が終了した時、即ち合祀を止めた時であるから、被告
靖國神社の不法行為については未だ消滅時効や除斥期間の満了を論じる余地は
な い 。

共同不法行為の本質・特質は、その関連共同性（客観的関連共同性で足りる）
が存在するがゆえに、各人につき民法709条が要求する各人の行為と損害と
の個別的因果関係の存在を要求しないこと、そして、民法719条前段の場合
は加害者らは共同不法行為と相当因果関係にある全損害について賠償責任を負

い、加害者のいずれも免責の主張が許されないことにある。
これは、刑法における共謀共同正犯論を想起させるものであり、共同者間の「関連共同」を共同正犯における「共謀」に譬えることができる。刑法においては共謀共同正犯論に学説上異論なしとしないが、民法における共同不法行為論は、被害者救済の見地から共同不法行為の特色として当然のこととされ、そこに異論をみないことは周知のとおりである。

したがって、加害者らの一方当事者である被告国について、仮に百歩譲って除斥期間が満了していると仮定しても、そこに関連共同性が明らかに認められる本件において、被告国が免責の主張をすることは許されないものである。

3 以上のとおりであるから、被告国の除斥期間の主張は理由がない。

以上