

戦争損害受忍論の批判的検討

西 埜 章

[目次]

- I 判例にみる戦争損害受忍論
 - 1 最高裁判例にみる戦争損害受忍論
 - 2 下級審裁判例にみる戦争損害受忍論
- II 戦争損害受忍論の批判的検討
 - 1 文献にみる戦争損害受忍論批判
 - 2 戦争損害受忍論の批判的検討

はじめに

戦争損害受忍論とは、「戦争損害は国民のひとしく受忍しなければならないものであって、これに対する補償は、憲法の全く予想しないものである」との考え方をいう。これは判例法理であるが、戦後補償訴訟において、被告国は、しばしばこの法理に基づいて国に法的責任がないことを主張してきた。

最近の訴訟でみると、沖縄戦被害国家責任訴訟において、被告国は、答弁書や準備書面においてこの法理を引用して、「戦争損害受忍論は、……最高裁昭和43年判決を初めとして、名古屋空襲に関する最高裁昭和62年判決以降も、最高裁平成4年判決、最高裁平成9年判決、最高裁平成11年

判決、最高裁平成13年4月判決、最高裁平成13年11月16日判決、最高裁平成13年11月22日判決、最高裁平成14年判決及び最高裁平成16年判決において、表現に若干の差異はあるものの、繰り返し判示されているものであり、この点に関する最高裁判例は既に確立したものであるというべきである」と主張している。

しかし、戦争損害受忍論が「確立した判例」であるといえるか否か、また、たとえそうであるとしても、その判例法理に問題がないのかどうか、疑問点が少なくない。本稿においては、沖縄戦被害国家責任訴訟を素材にして、戦争損害受忍論について批判的に検討することにする。

I 判例にみる戦争損害受忍論

1 最高裁判例にみる戦争損害受忍論

(1) 最大判昭和43年 在外資産喪失訴訟において、最大判昭和43・11・27（民集22巻12号2808頁。以下、「最大判昭和43年」という）は、「戦争中から戦後占領時代にかけての国の存亡にかかわる非常事態にあっては、国民のすべてが、多かれ少なかれ、その生命・身体・財産の犠牲を堪え忍ぶべく余儀なくされていたのであって、これらの犠牲は、いずれも、戦争犠牲または戦争損害として、国民のひとしく受忍しなければならなかったところであり、右の在外資産の賠償への充当による損害のごときも、一種の戦争損害として、これに対する補償は、憲法の全く予想しないところというべきである。……／（改行を示す。以下同じ）ところで、平和条約14条（a）項2（1）には、各連合国は、日本国民の在外資産を『差し押え、留置し、清算し、その他何らかの方法で処分する権利を有する』旨規定している。この規定の趣旨とするところは、もともと外国の主権に基づき当該国の法制の支配下におかれ、戦争中から戦後にかけて敵産として接収管理されてきたわが国民の所有に属する在外資産を右規定に基づい

て当該国が処分し得べきものとするにあって、さきに述べた平和条約締結の経緯からいって、わが国が自主的な公権力の行使に基づいて、日本国民の所有に属する在外資産を戦争賠償に充当する処分をしたものということではできず、この場合、わが国は、日本国民の右資産が当該外国において不利益な取扱いを受けないようにするために有するいわゆる異議権ないし外交保護権を行使しないことを約せしめられたにすぎないものといわなければならない。平和条約は、もとより、日本国政府の責任において締結したものであるが、同条約中の右条項のごときは、上述の経緯に基づき不可避的に承認せざるを得なかったところであって、その結果として上告人らが被った在外資産の喪失による損害も、敗戦という事実に基づいて生じた一種の戦争損害とみるほかはないのである。／これを要するに、このような戦争損害は、他の種々の戦争損害と同様、多かれ少なかれ、国民のひとしく堪え忍ばなければならないやむを得ない犠牲なのであって、その補償のごときは、さきに説示したように、憲法29条3項の全く予想しないところで、同条項の適用の余地のない問題といわなければならない。したがって、これら在外資産の喪失による損害に対し、国が、政策的に何らかの配慮をするかどうかは別問題として、憲法29条3項を適用してその補償を求める所論主張は、その前提を欠くに帰するものであって、所論の憲法29条3項の意義・性質等について判断するまでもなく、本件上告は排斥を免れない」と判示している。これは、戦争損害受忍論を説いた最初の最高裁判決である。

(2) 最判昭和62年 名古屋空襲訴訟において、最判昭和62・6・26（訟月34卷1号25頁。以下、「最判昭和62年」という）は、在宅投票制度廃止等違憲国賠訴訟の最判昭和60・11・21（民集39卷7号1512頁。以下、「最判昭和60年」という）を引用した上で、「憲法には前記主張のような立法を積極的に命ずる明文の規定が存しないばかりでなく、かえって、上告人らの主張するような戦争犠牲ないし戦争損害は、国の存亡にかかわる非常事態のもとでは、国民のひとしく受忍しなければならなかったところで

あって、これに対する補償は憲法の全く予想しないところというべきであり、したがって、右のような戦争犠牲ないし戦争損害に対しては単に政策的見地からの配慮が考えられるにすぎないもの、すなわち、補償のために適宜の立法措置を講ずるか否かの判断は国会の裁量的権限に委ねられるものと解すべきことは、当裁判所の判例の趣旨に徴し明らかというべきである（昭和40年（オ）第417号同43年11月27日大法廷判決・民集22巻12号2808頁参照）」と判示している。

（3）最判平成4年 台湾人元日本兵訴訟において、最判平成4・4・28（訟月38巻12号2579頁。以下、「最判平成4年」という）は、「上告人らが主張するような戦争犠牲ないし戦争損害は、国の存亡に係わる非常事態の下では、国民の等しく受忍しなければならなかったところであって、これに対する補償は憲法の全く予想しないところというべきであり、右のような戦争犠牲ないし戦争損害に対しては単に政策的見地からの配慮が考えられるにすぎないものと解すべきことは、当裁判所の判例の趣旨に徴し明らかである（昭和40年（オ）第417号同43年11月27日大法廷判決・民集22巻12号2808頁参照）」、「以上の経緯に照らせば、台湾住民である軍人軍属が援護法及び恩給法の適用から除外されたのは、台湾住民の請求権の処理は日本国との平和条約及び日華平和条約により日本国政府と中華民国政府との特別取極の主題とされたことから、台湾住民である軍人軍属に対する補償問題もまた両国政府の外交交渉によって解決されることが予定されたことに基づくものと解されるのであり、そのことには十分な合理的根拠があるものというべきである。したがって、本件国籍条項により、日本の国籍を有する軍人軍属と台湾住民である軍人軍属との間に差別が生じているとしても、それは右のような根拠に基づくものである以上、本件国籍条項は、憲法14条に関する前記大法廷判例の趣旨に徴して同条に違反するものとはいえない。ところで、日華平和条約に基づく特別取極については、その成立をみることなく右条約締結後20年近くを推移するうち、昭和47年9月29日、日本国政府と中華人民共和国政府の共同声明が発せられ、日

本国政府は中華人民共和国政府が中国の唯一の合法政府であることを承認した結果、右特別取極についての協議が行われることは事実上不可能な状態にある。しかしながら、そのことのゆえに本件国籍条項が違憲となるべき理由はなく、右のような現実を考慮して、我が国が台湾住民である軍人軍属に対していかなる措置を講ずべきかは、立法政策に属する問題というべきである」と判示している。

(4) 最判平成9年 シベリア抑留訴訟において、最判平成9・3・13（民集51巻3号1233頁。以下、「最判平成9年」という）は、最大判昭和43年を引用した上で、「戦争中から戦後にかけての国の存亡にかかわる非常事態にあっては、国民のすべてが、多かれ少なかれ、その生命、身体、財産の犠牲を堪え忍ぶことを余儀なくされていたのであって、これらの犠牲は、いずれも戦争犠牲ないし戦争損害として、国民のひとしく受忍しなければならなかったところであり、これらの戦争損害に対する補償は憲法の右各条項の予想しないところというべきである。その補償の要否及び在り方は、事柄の性質上、財政、経済、社会政策等の国政全般にわたった総合的政策判断を待って初めて決し得るものであって、憲法の右各条項に基づいて一義的に決することは不可能であるというほかはなく、これについては、国家財政、社会経済、戦争によって国民が被った被害の内容、程度等に関する資料を基礎とする立法府の裁量的判断にゆだねられたものと解するのが相当である。以上のこともまた、前記大法廷判決の趣旨に徴して明らかである（最高裁昭和58年（オ）第1337号同62年6月26日第二小法廷判決・裁判集民事151号147頁参照）。シベリア抑留者が長期間にわたる抑留と強制労働によって受けた損害が深刻かつ甚大なものであったことを考慮しても、他の戦争損害と区別して、所論主張の憲法の右各条項に基づき、その補償を認めることはできないものといわざるを得ない」と判示している。

(5) 最判平成13年 韓国人元日本兵恩給法国籍条項訴訟において、最判平成13・11・16（判時1770号86頁）は、高度に政治的な事項に関する考慮を必要とする立法政策上の問題であるとした上で、「恩給法が恩給

の対象とする旧軍人の公務上の負傷若しくは疾病又は死亡のような戦争犠牲ないし戦争損害は、国の存亡にかかわる非常事態の下では、国民の等しく受忍しなければならなかったところであって、これに対する補償は憲法の全く予想しないところというべきであり、このような戦争犠牲ないし戦争損害に対しては、単に政策的見地からの配慮をするかどうかを考えられるにすぎないとするのが、当裁判所の判例の趣旨とするところである（最高裁昭和40年（オ）第417号同43年11月27日大法廷判決・民集22巻12号2808頁）。したがって、憲法13条、29条違反を主張する論旨は、その前提を欠き、採用することができない」と判示している。

2 下級審裁判例にみる戦争損害受忍論

(1) 大阪地判平成17年 中国残留孤児訴訟において、大阪地判平成17・7・6（訟月52巻5号1307頁）は、「原告らが孤児となったことは、国家政策による満州への入植・国防政策の遂行という国の行為に起因するものの、その帰国後の社会復帰の過程において生じた不利益に対する支援の要否及び在り方については、戦争損害に対する補償の問題に帰着するものと解される。／ところで、戦中及び戦後において、国民のすべては多かれ少なかれその生命、身体、財産上の犠牲を耐え忍ぶことを余儀なくされていたのであるから、国民のひとしく受忍しなければならないものであり、このことは、その被害の発生した場所が国内又は国外のいずれであっても異なるものではないというべきである。／そして、戦争損害に対する補償の要否及び在り方は、事柄の性質上、財政、経済、社会政策等の国政全般にわたった総合的政策判断を待って初めて決し得るものであって、これについては、国家財政、社会経済、当該被害（損害）の内容、程度等に関する資料を基礎とする立法府の裁量的判断に委ねられているものと解される（最高裁昭和43年11月27日大法廷判決・民集22巻12号2808頁、最高裁平成9年3月13日第一小法廷判決・民集51巻3号1233頁参照）」と判示している。

(2) 大阪地判平成22年 戦没者等の妻に対する特別給付金訴訟において、大阪地判平成22・10・15（判タ1343号12頁）は、在外邦人選挙権訴訟の最大判平成17・9・14（民集59巻7号2087頁）を引用した上で、「特別給付金は、第二次世界大戦において、一心同体ともいべき夫が戦没したことによって、大きな心の痛手を受けた戦没者等の妻の精神的苦痛を慰謝するために設けられた給付金である。／戦争中から戦後占領時代にかけての国の存亡にかかわる非常事態にあつては、国民のすべてが、多かれ少なかれ、その生命・身体・財産の犠牲を堪え忍ぶことを余儀なくされていた。これらの犠牲は、いずれも、戦争犠牲又は戦争損害として、基本的に、国民が等しく受忍しなければならないところであり、これに対する補償等は、憲法の全く予想しないところというべきである。（最大判昭和43年11月27日民集22巻12号2808頁参照）」として、特別給付金は憲法によって保障された権利ではなく、「したがって、特別給付金の消滅時効の定めをさかのぼって撤廃しない立法不作為が憲法14条1項に違反するとはいえない」と判示している。

(3) 東京地判平成21年・東京高判平成24年 東京大空襲訴訟において、東京地判平成21・12・14（判時2156号60頁）は、在外邦人選挙権訴訟の前掲最大判平成17・9・14を引用した上で、「原告らのような一般戦争被害者に対しても、旧軍人軍属等と同様に、救済や援護を与えることが被告の義務であったとする原告らの主張も、心情的には理解できないわけではない」としながらも、「当時の日本国民のほとんどが、何らかの形で戦争被害を負っていたとの結論に到達せざるを得ない。そして、その被害の原因、態様、程度は様々なものであることが予想されるとはいえ、裁判所が、なんらかの基準を定立し、その基準に達したかどうかで、救済、援助の要否を区別し、一般戦争被害者の中から救済、援助の対象となるのが相当である者と、そうではない者とを選別するなどということは到底困難であるといわざるを得ないところである……。このように考えていくと、一般戦争被害者を含めた戦争被害者に対して救済、援助を与えるべきかど

うか、与えるとしてどのような救済、援助を与えるべきかなどといった問題は、一定の原理原則に基づいた判断をする裁判所が解決するのにふさわしい問題ではなく、様々な事情を考慮した上で、国民自身が、自らの意思に基づいて結論を出すべき問題、すなわち、国会が、様々な政治的配慮に基づき、立法を通じて解決すべき問題であるといわざるを得ないし、このような国会の立法に関しては、上記のような事柄の性質上、極めて広汎な裁量を認めざるを得ないものと考えられる」と判示している。

控訴審の東京高判平成24・4・25（判時2156号54頁）は、一審判決とほぼ同趣旨であるが、「戦争損害に対する補償は憲法29条3項の予想しないところといわざるを得ず、その補償のために適宜の立法措置を講ずるか否かの判断は、国家財政、社会経済、戦争によって国民が被った損害の内容、程度等に関する資料を基礎とする立法府の裁量的権限に委ねられるものというべきであって、控訴人らが戦争によって被害を受けたという事実や被控訴人が平和条約において上記被害に関して請求権放棄条項を定めたという事実のみに基づいて、国会議員にその補償のための立法措置を講ずべき義務が生ずるということとはできない（前掲最高裁昭和43年11月27日大法廷判決、前掲最高裁昭和44年7月4日第二小法廷判決、最高裁昭和58年（オ）第1337号同62年6月26日第二小法廷判決・裁判集民事151号147頁）」と判示した上で、「原告らが、戦後の立法により各種の援護措置を受けている旧軍人軍属との間に不公平感を感じ、原告らのような一般戦争被害者に対しても、救済や援護を与えるのが国の責務であるとする原告らの主張には、心情的には理解できるものがある」ことを付加している。

（4）大阪地判平成23年・大阪高判平成25年　大阪空襲訴訟において、大阪地判平成23・12・7（判時2176号52頁）は、在外邦人選挙権訴訟の前掲最大判平成17・9・14を引用した上で、「太平洋戦争当時の国民の大多数は戦争によって何らかの形で被害を受けている上、戦争の被害を受けた者といっても、軍人として戦地に赴き、戦地において戦闘の末に命が尽きた者、軍人ではないが、軍の関係者として戦争に関与し、その過程で死

に至り、又は不利益を被った者、原告らのように、日本国内において空襲を受け、自らの肉体に傷を負い、肉親を失い、又は財産を失った者、戦争による荒廃の結果、十分な栄養を受けることができずに死に至った者、居住地が戦場となり、戦闘行為やその関連の果てに死亡し、又は受傷した者、原子爆弾の投下という未曾有の破壊行為により肉親を失い、又は重い後遺症に苦しむ者などを総称した概念であって、原告ら一人一人をみても正にそうであるように、被害を受けた時点やそのいきさつ、被害の内容、程度等は、各個人ごとに様々である。／立法をするかどうかは、多数決原理を有する国会に向けられた国民の意思、立法する場合における立法の内容、立法化を実現するに至る過程で生じる問題の分析、実行するにあたっての社会情勢、立法措置に伴う予算措置を含めた国家の財政状況等の政治的状況を総合的に考慮して、国会の広い裁量に基づいて判断されるべきものといえる」と判示している。

控訴審の大阪高判平成25・1・16（判例集未登載）は、一審判決とほぼ同趣旨であるが、次の点においていくらか相違している。すなわち、「戦争中から戦後にかけての国の存亡にかかわる非常事態にあつては、国民の全てが多かれ少なかれ、その生命、身体、財産の犠牲を堪え忍ぶことを余儀なくされていたものであって、これらの犠牲は、いずれも戦争犠牲ないし戦争損害として、国民の等しく受忍しなければならなかったところであり、これらの戦争損害に関する補償は憲法の各条項の全く予想しないところというべきである。その補償の要否及び在り方は、事柄の性質上、財政、経済、社会政策等の国政全般にわたった総合的政策判断を待って初めて決し得るものであって、憲法の各条項に基づいて一義的に決することは不可能であるというほかはなく、これについては、国家財政、社会経済、戦争によって国民が被った被害の内容、程度等に関する資料を基礎とする立法府の裁量的判断に委ねられたものと解するのが相当である（最高裁昭和40年（オ）第417号同43年11月27日大法廷判決・民集22卷12号2808頁、昭和58年（オ）第1337号同62年6月26日第二小法廷判決・裁判集民事

151号147頁、平成5年（オ）第1751号同9年3月13日第一小法廷判決・民集51巻3号1233頁、平成10年（行ツ）第313号同13年4月5日第一小法廷判決・裁判集民事202号1頁、平成15年（オ）第1895号同16年11月29日第二小法廷判決・裁判集民事215号789頁等参照）」と判示している。

II 戦争損害受忍論の批判的検討

1 文献にみる戦争損害受忍論批判

(1) 戦争損害受忍論の系譜

(i) 被爆者対策基本問題懇談会の意見書 戦争損害受忍論を最初に説いた最大判昭和43年については、賛否両論がある（武田真一郎「判批」行政判例百選Ⅱ〔第7版〕521頁（2017年）参照）。この戦争損害受忍論を強固にしたのは、昭和55年12月11日の「原爆被爆者対策基本問題懇談会」（厚生大臣の私的諮問機関。以下「基本懇」という）の意見書であった。この基本懇は、韓国人被爆者健康手帳交付請求事件の最判昭和53・3・30（民集32巻2号435頁）を受けて設置されたものであるが、意見書の中で次のように述べていた。すなわち、「およそ戦争という国の存亡をかけての非常事態のもとにおいては、国民がその生命・身体・財産等について、その戦争によって何らかの犠牲を余儀なくされたとしても、それは、国をあげての戦争による『一般の犠牲』として、すべての国民はがひとしく受忍しなければならないところであって、政治論として、国の戦争責任等を云々するのはともかく、法律論として、開戦、講和というような、いわゆる政治行為（統治行為）について、国の不法行為責任など法律上の責任を追及し、その法律的救済を求める途は開かれていないというほかはない。」この基本懇意見書は、戦後補償問題を統治行為であるとして国の法的責任を否定しようとするものであり、最大判昭和43年とは微妙に相違している（内藤光博・後掲論文22頁参照）。

(ii) 親和的な文献　最近の文献の中には、戦争損害について、「具体的な個人に注目すればこうむった損害には軽重があるにせよ、特別の犠牲としからざるものを司法的に弁別することは實際上不可能であるし、また、その災害をどのように填補していくかはすぐれて立法的、行政的判断になじむものといえよう」として、最大判昭和43年、最判平成9年、最判平成13・4・5（判時1751号68頁）等を引用しているものがある（塩野宏『行政法Ⅱ〔第5版補訂版〕』386頁（有斐閣、2013年））。この見解は、最判昭和43年等について直接評価しているわけではないが、前後の脈絡からすれば、最大判昭和43年等の戦争損害受忍論にやや親和的ではないかと思われる。

(2) 文献にみる戦争損害受忍論批判　しかし、文献の多くは、最高裁判例の「戦争損害受忍論」に批判的である。以下、そのうちの主要なものをいくつか紹介することにしよう。

(i) 永田秀樹説　最も精緻に批判的検討を行っている論稿は、永田秀樹「『戦争損害論』と日本国憲法－最高裁判例の批判的検討－」（阿部照哉先生喜寿記念『現代社会における国家と法』161頁以下（成文堂、2007年））である。この論稿は、「戦争損害〔補償不要〕論」について、「あらゆる戦争被害補償請求を拒否する、その意味で一見万能なこの『戦争損害論』が、実は日本国憲法上の根拠が薄弱で、違憲審査基準としての客観性に欠けるものであり、また最高裁判所自身もこの理論を一貫性をもって適用してきてはおらず、14条解釈など他の憲法解釈との組み合わせにおいてかなり恣意的な運用を行ってきたことを明らかにしたい」との意図の下に、批判論を展開したものである。

まず、最大判昭和43年については、「最高裁は、原審の29条3項の解釈（補償する法律が存在しないから救済できないとする）が正しいかどうかという問題には正面から答えず、それ以前の問題として、非常事態下の戦争損害だから憲法の予想外だという理由で、いわば超憲法的な事件として憲法判断（29条3項に関する憲法解釈）を回避し、結論として原審が正当

であると判断している。すなわち、戦争損害論は憲法解釈回避のための逃げ口上として使われている。……しかし、ここで問題となっている非常事態と戦争犠牲は、日本国憲法制定の直前に発生したものである。この事件の場合は犠牲の具体的な発生時期は制定後であるが戦争犠牲一般についていえば制定直前である。それなのに、日本国憲法が戦争犠牲の補償を全く予想していないなどといえるであろうか。日本国憲法は、他ならぬアジア太平洋戦争の反省をふまえて制定されたものである。戦争犠牲・戦争損害なくして日本国憲法は生まれなかったといっても過言ではない。政府の行為によって二度と戦争の惨禍が起こらないようにすることを誓っている憲法が、そのもととなった戦争犠牲に対してあっけらかんと『全く予想しないところ』などという態度をとっていられるはずがない。むしろ、新しい憲法原理である平和主義を定着させるためにも、さまざまな戦争防止策が立法および行政を通じて具体化されることを憲法は予定していると考えるのが自然ではないか。その戦争防止策の中には、将来に向かっての立法政策だけでなく過去の戦後処理の立法政策も含まれるだろう。すなわち、平和国家建設にあたって、侵略戦争を指導した者や加害者を処罰するだけでなく（戦後の立法者はこの点もないがしろにしているが、これも憲法平和主義原則から導かれる要請であることを確認しておきたい）その犠牲となった者について、補償したり保護を与えたりすることも、平和政策としては有効であると考えられる。……憲法による直接補償の余地を認めた有名な河川附近地制限令事件判決（最大判昭和43・11・27刑集22-12-1402）は本判決と同日に言い渡されている。仮に29条3項の解釈に踏み込んだ場合、河川附近地制限令判決との整合性を問われることになったであろう。ひょっとするとそれが、最高裁が『戦争損害論』という荒削りな議論を案出した本当の理由かもしれない」と説いている（164～167頁）。

また、最判昭和62年については、この判決が最大判昭和43年を引用しながらも、最大判昭和43年には存在しなかった立法裁量論を登場させたのは、在宅投票制度廃止等違憲国賠訴訟の最判昭和60年が先例としての意

味を持ち始めたためであり、補償を不要とする戦争損害論を補強するためであると思われるとした上で、「しかし、理論的に考えて立法裁量論は『補償は憲法の全く予想しないところ』という判断と原理的に矛盾する。立法裁量とは憲法を具体化・執行する際に立法者に許容されている形成の自由のことであり、憲法規範を離れて立法裁量はあり得ない。憲法が許容していないにもかかわらず、立法行為が行われたのであれば、それは憲法の枠外の立法であり、違憲の立法ということになる。……憲法上全く予想されていないにもかかわらず、なにゆえに『戦傷病者戦没者遺族等援護法』という法律が存在するのか。国会は、憲法に反してそのような法律を作ったのか。そうではあるまい。憲法が戦争犠牲に対して補償することをむしろ要請していると考えたがゆえに、立法者はそのような法律をつくったのではないのか。裁量の幅がどの程度のものかは議論の余地があるにせよ、日本国憲法は、戦争犠牲に対する補償を予定しかつ立法者に対してそのことを要請していると考えなければ、不十分ながらもさまざまな形で存在する戦争被害関連の補償法は説明できないはずである」と説いている（172～174頁）。

さらに、最判平成9年については、「上告人が主張した『特別な損害』に該当するかどうかを一応検討していること、立法府の裁量だとしつつも『国家財政、社会経済、戦争によって国民が被った被害の内容、程度等に関する資料を基礎とする立法府の裁量的判断にゆだねられたものと解するのが相当である』という表現で、被害の内容、程度等を問題にしているところにこの判決の特徴がある」とした上で、この判決では最判昭和62年に残っていた「憲法の全く予想しない」という表現が消えて、「憲法29条3項の予想しない」に取り換えられていることに着目して、「補償を要する『特別の犠牲』は戦争に起因するものについては容易に認めることはできないが、しかし、絶対に認められないというものではなく、場合によっては『特別の犠牲』として裁判所によって認められる余地があるという立場に立ったと見ることができる」と説いている（179～180頁）。

(ii) 青井美帆説 青井美帆「特別犠牲を強制されない権利——一般戦災者への補償と戦争被害受忍論について」戸松秀典＝野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』175頁以下（有斐閣、2012年）も、戦争被害受忍論（戦争損害受忍論）を批判的に検討している。

まず、最大判昭和43年については、「戦争被害は受忍しなければならない」という命題は、法的議論の成立自体を端から否定するものであり、論証されることなく「議論の前提」たる位置に据えられている、と批判している（177頁）。

また、最判昭和62年については、最大判昭和43年とは異なり、明文の規定の存否を検討した上で、「かえって」として受忍論を打ち出しているが、もし「戦争被害は受忍しなければならない」という命題が議論の前提とされ得る真理のごときのものであるとすれば、「援護法を改正して一般被災者も適用対象者に含めることを積極的に命ずる明文の規定が憲法に存しない」と説示する箇所は不要だったはずである、と批判している（182頁）。

さらに、判例を批判的に検討した上で、「戦争という国の行為がもたらした戦争被害について、国家が損失の填補に負う責務の大きさを今一度確認しなくてはならない。先の大戦において、国民は防空活動をなすよう動員されていたのであり、公のために犠牲を負ったのだといえる。一人ひとりが個人として尊重されることを謳う13条よりすれば、全体のために犠牲を受忍させられることのない権利の侵害が、一般戦災者についても問われる」と主張している（184～185頁）。

別稿の青井「立法不作為の違憲と『人権』侵害の救済——大阪空襲訴訟大阪地裁判決をめぐって——」学習院大学法学会雑誌48巻1号3頁以下（2012年）においても、戦争被害受忍論は法的議論の成立可能性を端から否定するものであるとしつつ、正当にも東京大空襲訴訟一審判決や控訴審判決では受忍論は用いられておらず、「もはや今日では、判例の理解や議論も非・法的な議論から立法裁量論という法的な議論へと、移っているというべきであろう」と説いている（10～11頁）。

(iii) 内藤光博説 内藤光博「戦争被害受忍論と平和主義の原理—戦争被害に対する憲法的補償に関する一考察—」専修法学論集114号1頁以下（2012年）も、戦争損害受忍を厳しく批判している。

まず、最大判昭和43年の戦争損害受忍論の疑問点として、①「前文で、平和主義を基本原理として、平和的生存権を保障し、9条で戦争の放棄と軍備の不保持を規定し、憲法の全構造から戦争を行うことが認められていない仕組みを持つ日本国憲法の中で、一般市民に戦争被害を受忍すべき義務を課す論拠となるべき原理ないし具体的規定は存在しない」こと、②「『非常事態』という言葉を用いることにより、『戦争』とその後引き続く『戦後占領』を、あたかも自然災害のような不可抗力であるかのように没価値的に評価することにより、原告らの在外資産喪失が、日本国政府の政策により起こされた侵略戦争に起因するものであったという事実をあいまいにする効果をもたらしている」こと、③「日本国憲法は、制定直前に、日本帝国政府の戦争政策によりもたらされた『戦争の惨禍』による反省の上に制定され、制定当時においては、明治憲法下で起こされた侵略戦争による内外人の人的および物的損害の権利回復は、日本政府に迅速に実行されるべき現実的な緊要の政策課題であったといえる。そうであるとするならば、このような戦争損害の補償は『全く憲法の予想しないところ』どころではなく、まさに戦争被害者の戦争損害の補償を含めた戦後処理・戦後補償の遂行を見据えた上で日本国憲法は制定されたと見ることがきわめて自然なのではないだろうか。こうした戦争被害受忍論は、戦前と戦後の法的断絶を強調することにより、戦後の政府に課せられた戦後処理・戦後補償責任の回避を引き出すことになる」こと、④戦争被害をいわば「超憲法的」事件であるとして憲法判断回避の法理として使用しているが、「日本国憲法上戦争被害受忍論を正当化する根拠は存在しないのみならず、条理的にみても、政府の先行行為としての戦争政策に基づく権利侵害状況が現に継続しているにもかかわらず、救済を行わないことは、国家賠償請求権や損失補償を規定している日本国憲法の条理上（基本的な憲法原理からみ

て)許されることではない」こと、を挙げている(9~11頁)。

内藤論文は、また、最判昭和62年、最判平成9年等を順次検討し、戦争被害受忍論に加えて、あるいはセットとなって立法裁量論が登場しているとした上で、「しかし、立法裁量論は、戦争被害に対する『補償は憲法の全く予想しないところ』とする戦争被害受忍論とは相容れないものである」として、一方で「憲法の全く予想しないところ」といいながら、他方で「補償の要否及び在り方」を論ずる立法裁量論は、「本質的に矛盾する」ことを強調している(15~16頁)。

(iv) その他の批判的な所説　その他の批判的な文献を紹介すれば、阿部泰隆『国家補償法』329頁(有斐閣、1988年)は、最大判昭和43年と最判昭和62年について、「つまり戦争による犠牲は特別の犠牲ではなく一般の犠牲であるというのである。しかし、在外資産ならともかく、命までがなぜ一般の犠牲として正当化できるのか(特攻隊を想定せよ)。戦争による生命の犠牲は、天災というより国家起因性の犠牲であり、国家防衛という公共の利益の犠牲者としてあるいは無謀な戦争の開始決定ないし終結遅延による犠牲者として本来なら全体の負担において救済すべきもので、救済措置は戦後すぐより完全になされるべきであった」と説いている(なお、同『行政法再入門〔下〕〔第2版〕』329頁(有斐閣、2016年)参照)。

また、宇賀克也『国家補償法』413頁(有斐閣、1997年)は、「ひとくちに戦争損害に対する損失補償といっても、戦争を開始したことにつき国に責任がある場合と、そうでなく、侵略に抵抗するため、やむなく応戦した場合とでは、必ずしも、同一に論ずることはできないであろう。／後者の場合には、侵略国に対する損害賠償は問題となりえても、自国に対して、戦争損害に関する損失補償を請求することは、一般的にいて困難と思われる。しかし、前者の場合には、国民に危険を強いたことを理由とする補償を論ずる余地が皆無ではなかろう。もっとも、個別の侵害行為ではなく、危険な状況においたことを理由として、憲法29条3項に基づく補償を請求しうるかについては、議論がありうるであろう。／前掲最大判

昭和43・11・27も指摘するように、戦争損害は、通常、国民全体に及ぶものであり、その意味では、一般的犠牲である。しかし、戦争損害にも軽重があり、その原因も多様であるから、この判例のように、すべてを一律に、無補償とすることが妥当か否かについては、議論の余地がありうると思われる」と説いている。

さらに、中島茂樹「憲法を規準とした財産権の内容形成—戦後補償問題の立法的解決によせて—」立命館法学287号23頁以下（2003年）は、在宅投票制度廃止等違憲国賠訴訟の最判平成60年、最判昭和62年、最判平成4年、最判平成9年を順次考察した後に、「このようにして、戦後補償請求訴訟にかかる裁判例は、戦争損害は国民のひとしく受忍すべきもので、これに対する補償は憲法も予想していないから、本来的に立法不作為の違法や憲法29条3項の適用の余地はなく、したがって、戦後補償に関する法令については違憲・違法の問題は生じない、とする論理で、すべてを立法裁量に丸投げする点で一貫している。／しかし、ひとくちに戦争損害に対する補償といっても、その態様にはさまざまなものがある。その原因となった国の行為についての適法・違法の区別、日本人と外国籍の者の区別、損害の軽重（たとえば、一般人と原爆被爆者や従軍慰安婦）など、きわめて多様なものがあるところから、これらの裁判例のごとく、すべてを一律に無補償で甘受すべきものとするのが妥当であるか否かについては、大きな疑問が提示されている。とりわけ、日本国の他民族に対する戦前・戦中における植民地支配の歴史的責任と日本軍の国際法違反の違法行為に照らしてみると、これらの行為に起因する虐殺、従軍慰安婦や女子勤労挺身隊、強制連行・強制労働などに伴う精神的・身体的・肉体的に著しく大きな犠牲は、上記判例がいうところの一般戦争犠牲ないし一般戦争損害とは異質の特別の犠牲として類型化することが可能というべきであろう」と説いている。

そのほか、直野章子『「被爆者援護に関する法律」と戦争被害受忍論』被爆者問題研究13号34頁（2009年）も、ほぼ同様の視点に立って、戦争

損害受忍論を批判的に検討している。

2 戦争損害受忍論の批判的検討

(1) これまでの拙稿における私見　私は、かつて拙稿において次のように説いたことがある。すなわち、『戦争損害は憲法29条3項の予想しないところである』、あるいは、『戦争損害に対しては憲法29条3項は適用の余地がない』というのは、種々の戦争損害を十把一絡にしたものであって、やや粗雑な把握の仕方であるというべきであろう。戦争損害の中には種々のものがあるのであるから、その損害の性質・程度等が具体的に検討されなければならない。すなわち、当該戦争損害が『特別の犠牲』に該当するか否かを事案に即して検討することが必要なのである」（「戦争犠牲者補償序説」法政理論26巻4号244頁（1994年）、「戦争損害と一口にいても、その中には、質と量において様々なものがある。それらをすべて『国民がひとしく受忍すべきもの』とするのは、戦争損害を十把一絡げにする考え方であって、思考方法としては極めて杜撰なものというべきである」（「中国残留孤児訴訟における国の不作為責任」法律論叢79巻4＝5合併号382頁（2007年））。

上記の拙稿は、幸いにして、多くの文献において引用されている（例えば、前記の永田秀樹論文、中島茂樹論文等）。しかし、不十分なものであったことは否定できないので、ここで改めて検討することにしたい。

(2) 戦争損害受忍論についての判例・裁判例の変遷　上記の文献が指摘しているように、最大判昭和43年の戦争損害受忍論は、その後の判例・裁判例において変遷してきており、典型的な形としての戦争損害受忍論は、現在においては破綻したものというべきである（永田・前掲174頁、内藤・前掲17頁等参照）。大阪地判平成13年や大阪地判平成22年の戦争損害受忍論も、結局は立法府の裁量的判断に委ねられるべきことを補強しようとしているにすぎず、ほとんど意味のない枕詞のようなものになっている（永田・前掲182頁参照）。したがって、被告国が主張する「戦争損

害受忍論」が典型的な形としてのものであるのであれば、それについてはもはや批判する必要性のないものである。しかし、被告国が、「国会に極めて広範な立法裁量が認められる」と主張していることからすれば、立法裁量論に移行したことを認めた上で、それを補強するために戦争損害受忍論を持ち出しているのではないかとも思われる。

(3) 基本懇意見書の批判的検討 前記の基本懇の意見書は、「特別の犠牲」と「一般の犠牲」を区別し、特別の犠牲には補償が必要であるが、一般の犠牲には補償は不要であるとの枠組みを設けて、原爆被害を特別の犠牲として補償し、一般戦争被害を一般の犠牲として補償を否定しようとするものである。補償要否の基準を特別の犠牲と一般の犠牲に区別して判断するという考え方は、当時基本懇の副座長であった田中二郎博士の持論であるが、この考え方は一般的な判断枠組みとしては、それなりに有効なものである。しかし、何が特別の犠牲であり、何が一般の犠牲であるかは、これだけでは判然としない。原爆被害に補償が必要であることには異論がないとしても、それ以外の一般民間人の戦争被害が何故に一般の犠牲として補償不要となるのか、この判断枠組みからは説明困難である。

特別の犠牲と一般の犠牲という判断枠組みは、現在における通常の財産権制限の補償要否の基準としては有効である。しかし、戦争損害についての補償要否の基準としては、その機能を果たすことは困難である。一般民間人戦争被災者がいかに多数とはいっても、国民全体からすれば少数である。現に、私個人についていえば、私の親族には戦争被害者は一人もいないのである。国民全体の数からすれば、東京大空襲等の空襲被害者も沖縄戦における一般民間人戦争被害者も、すべて特別の犠牲を受けた者というべきである。

(4) 沖縄戦の一般民間人戦争被害と特別の犠牲 一般戦争被害とされている中にも、原爆被害に匹敵する被害が少なくない。あるいは一般の犠牲とは到底いえないような戦争被害が少なくない。本件の沖縄戦での一般民間人戦争被害をみれば、これをもって一般の犠牲ということは、沖縄戦

被害の実態から目をそむけて、机上の論を展開しようとするにひとしいものというべきである。沖縄戦による一民間人般戦争被害をもって一般の犠牲というのであれば、それはあまりにも被害の実態を無視した発想というべきである。

沖縄戦における一般民間人戦争被害の特異性について、家永教科書検定第三次訴訟の上告審判決（最判平成9・8・29民集51巻7号2921頁）は、次のように説示している。すなわち、「本件検定当時の学界においては、地上戦が行われた沖縄では他の日本本土における戦争被害とは異なった態様の住民被害があったが、その中には交戦に巻き込まれたことによる直接的な被害のほか、日本軍によって多数の県民が死に追いやられ、また、集団自決によって多数の県民が死亡したという特異な事象があり、これをもって沖縄戦の大きな特徴とするのが一般的な見解であったことができる。」

また、沖縄「集団自決」裁判の一審判決（大阪地判平成20・3・29判時1999号3頁）、控訴審判決（大阪高判平成20・10・31判時2057号24頁）も、「日本軍による住民加害」を認定しており、上告審の最決平成22・4・21では、上告棄却、不受理決定となっている。

(5) 形を変えた戦争損害受忍論　最近の下級審の裁判例の中には、結論において請求を棄却したが、戦争損害受忍論に触れていないものが散見される。東京地判平成21年と大阪地判平成23年である。いずれも最判昭和62年を引用していない。

しかし、訟務検事の判例解説によれば、東京地判平成21年については、「しかし、このことから、戦争損害に対する評価及びこれに対する救済・援助立法の不作为に関する判断の枠組みについて、上記昭和62年判決と異なる考え方を採っていると直ちに評価することはできないというべきである。／なぜなら、本判決は、『一般戦争被害者にまで視野を広げた場合、被害を受けたのが、原告ら東京大空襲の一般被災者だけではないことは明らかであり、(中略)当時の日本国民のほとんどすべてが、何らかの形で

戦争被害を負っていた』として、一般戦争被害者のうち、どのような者が、救済、援助の対象となるか裁判所が判断するのは困難であるとし、一般戦争被害者を含めた戦争被害者に対して救済、援助を与えるべきかなどといった問題は、国会の極めて広範な裁量を認めざるを得ないものと考えられ、この問題について、平等原則を適用することそのものにも極めて困難なところがあるといわざるを得ないとしているところ、昭和62年判決（「国民のひとしく受忍しなければならぬ」のもの）も、本判決（「当時の日本国民のほとんどすべてが、何らかの形で戦争被害を負っていた」）も、表現こそ異なるものの、特定の国民のみが被害を受けたものではなく国民すべてがこれを受けたものであり、その損害に対する救済は、そもそも憲法の予定している諸原則を適用するのは困難であり、戦争被害者に救済・援助を与えるかどうかについては広範な立法裁量が認められる旨判示している点では共通といえるからである。／したがって、本判決が戦争損害について『受忍』という表現を用いていないからといって、本判決が、戦争損害に対する評価及びこれに対する救済・援助立法の不作为に関する判断の枠組みについて、昭和62年判決と異なる考え方を採っていると直ちに評価することはできないというべきである」ということである（山下真「空襲被害に関する外交保護義務違反及び救済立法不作为を理由とする国家賠償責任が否定された事例—東京大空襲訴訟第一審判決」平成21年行政関係判例解説256～257頁（2011年））。

また、大阪地判平成23年については、「本判決は、原告らが主張する被害について、『国民のひとしく受忍しなければならない』もの、『これに対する補償は憲法の全く予想しないところ』というような表現は用いられておらず、上記の最高裁昭和62年判決も引用していない。／しかしながら、このことから、本判決が、戦争損害に対する評価及びこれに対する救済・援助立法の不作为に関する判断の枠組みについて、最高裁昭和62年判決と異なる考え方を採っていると直ちに評価することはできないというべきである。／なぜなら、……最高裁昭和62年判決（「国民のひとしく受忍し

なければならぬ」ものも、本判決（「太平洋戦争当時の国民の大多数は戦争によって何らかの形で被害を受けている」）も、表現こそ若干異なるものの、いわゆる戦争損害につき、特定の国民のみが被害を受けたものではなく国民全てがこれを受けたものであり、その損害に対する救済は、そもそも憲法の予定している諸原則を適用するのは困難であり、戦争被害者に救済・援助を与える立法措置を執るかどうかについては国会に極めて広範な立法裁量が認められる旨判示している点では共通といえるからである」ということである（宮川広臣「空襲被害に関する救済立法の不作为を理由とする国家賠償請求が否定された事例—大阪空襲訴訟第一審判決」平成23年行政関係判例解説265～266頁（2012年））。

東京地判平成21年と大阪地判昭和23年についての上記のような理解によれば、判例・裁判例は依然として戦争損害受忍論に立脚していることになる。そして、被告国の答弁書もまた、このような理解に基づくものである。被告国の主張からすれば、大阪高判平成25年は、これを再確認しただけということになるであろう。

しかし、仮に東京地判平成21年と大阪地判平成23年がそのように理解できるとしても、最判昭和62年自体が立法裁量に逃げ込んでしまっている以上、本来の意味での戦争損害受忍論が破綻していることは、前記諸論文が指摘しているとおりである。

(6) 大阪高判平成25年の批判的検討 前述のように、大阪空襲訴訟の大阪高判平成25年は、その一審判決や東京大空襲訴訟の一審判決・控訴審判決が触れていなかった戦争損害受忍論を再び明文で採用している。再度引用すれば、「戦争中から戦後にかけての国の存亡にかかわる非常事態にあっては、国民の全てが多かれ少なかれ、その生命、身体、財産の犠牲を堪え忍ぶことを余儀なくされていたのであって、これらの犠牲は、いずれも戦争犠牲ないし戦争損害として、国民の等しく受忍しなければならなかったところであり、これらの戦争損害に関する補償は憲法の各条項の全く予想しないところというべきである」と説示している。しかし、この

説示部分は、「憲法14条に基づく立法義務等」という見出しの下で述べられているものであり、上記引用部分に続いて、「その補償の要否及び在り方は、事柄の性質上、財政、経済、社会政策等の国政全般にわたった総合的政策判断を待って初めて決し得るものであって、憲法の各条項に基づいて一義的に決することは不可能であるというほかはなく、これについては、国家財政、社会経済、戦争によって国民が被った被害の内容、程度等に関する資料を基礎とする立法府の裁量的判断に委ねられたものと解するのが相当である」として、最大判昭和43年、最判昭和62年、最判平成9年等を引用している。

これをみれば、大阪高判平成25年で採用されている戦争損害受忍論は、立法裁量論を補強するために持ち出されていることは明瞭であり、戦争損害受忍論は、それ自体としてはほとんど意味を有していない。そこでの戦争損害受忍論は、いわば枕詞としての意味しか持っていないのである。

(7) 立法裁量の限界　このように、判例・裁判例は、現在においては、本来の戦争損害受忍論に立脚しておらず、立法裁量論へ移行しているものといってよい。それ故、次に問題とすべきは、立法行為又は立法不作為の違法性であり、本件訴訟との関係でいえば、とりわけ立法不作為の違法性である。

本件訴訟における立法不作為の違法性については、いかに国会に立法裁量があるとはいえ、少なくとも沖縄戦における一般民間被害者を無補償で放置するという裁量までがあるわけではない。裁量が認められるのは、せいぜい細かな内容・手続等に関する部分についてであって、補償要否という基本的な部分についてまで及ぶものではない。

被告国が、あえて戦争損害受忍論を主張するのであれば、軍人・軍属や戦闘参加者をも含めて、すべての戦争被害者が無補償でよいことになる。しかし、それが成り立ち得ないのであれば、甚大な被害を受けた沖縄戦での一般民間被災者にも補償されている者と同等の救済が与えられなければならない。

(8)「徴する判決」の意義　前掲最判平成9年は、「このことは、最高裁昭和40年（オ）第417号同43年11月27日大法廷判決・民集22巻12号2808頁の趣旨に徴して明らかである（最高裁昭和41年（オ）第831号同44年7月4日第2小法廷判決・民集23巻8号1321頁参照）」と判示している。これは「徴する判決」と呼ばれているものであるが、これについては、藤田宙靖・元最高裁判所判事の『最高裁回想録—学者判事の7年半』156頁（有斐閣、2012年）が、次のように述べていることに留意すべきであろう。すなわち、「最高裁がしばしば先例を引用して上告人の主張を斥けることは、右にも見たように、それなりの理由があるか、少なくともやむを得ないところがあるが、ただその引用の仕方には、なお大きな問題が残されているように思われる。それは何よりも、『以上は、当審のこれこれの判例の趣旨に徴して明らかである』と述べるいわゆる『徴する判決』についてである。このような引用の仕方は、恐らく、その判断を権威付けるために、できるだけ引用判例を多くして説得力を増そうという意図に立つものであるが、しかし、『徴された』判決の中には、しばしば、理論的に見て、一体何故それが当該事件の先例となり得るのか、甚だ怪しいものが無いではない。私には、こういった引用の仕方は、むしろ当該判決延いては最高裁の判例全体に対する不信感を増しこそすれ、決して権威付けることにはならないように思われるのである。」

このような視点から前掲最判平成9年が先例として引用している最大判昭和43年をみると、この最高裁大法廷判決は、平和条約14条（a）項2（1）による在外資産喪失の補償請求訴訟におけるものである（参照判例として掲記されている最判昭和44・7・4も、平和条約19条（a）項による損害賠償請求権喪失の補償請求訴訟におけるものである）。シベリア抑留訴訟と「徴する判決」として挙げられている在外資産喪失訴訟等とは、戦後補償訴訟としては共通するにしても、事案そのものとしては、両者は全く性質の異なるものである。

このように、最高裁判例といえども基本的には事例判決であり、「徴す

る判決」として引用されている判決も事案の異なるものであることを考慮すれば、国がしばしば「最高裁の確立した判例法理」であるとして強調しているのも、極めて論拠の弱いものということになる。

(9) 那覇地裁判決について 沖縄戦被害国家責任訴訟については、すでに那覇地判平成28・3・16（瑞慶山茂編著『法廷で裁かれる沖縄戦—初めて問う日本軍の国家賠償責任〔被害編〕』480頁（高文研、2016年））が出されている。同判決は、戦争損害受忍論には触れないで、立法不作為の問題として扱っており、立法府に広範な裁量を認めて、原告らの請求を棄却している（同判決の評釈として、西埜「那覇地裁請求棄却判決の批判的検討」瑞慶山編著・前掲43頁以下）。

(10) 結語 被告国の依拠する戦争損害受忍論は、現在では、理論的に破綻している。文献における批判的見解に何らの考慮をも払わないような立論は、著しく説得力を欠くものというべきである。

判例・裁判例の採る立法裁量論は、沖縄戦被害の実態をみれば通用しない考え方である。これをも立法裁量論で立法不作為の違法性を否定することになれば、日本国憲法の前文等の趣旨は全く考慮されず、国の戦後補償責任が簡単に否定されることになりかねない。それは、形を変えた戦争損害受忍論の復活であり、憲法を踏みにじるものというべきである。

沖縄戦における一般民間人の戦争被害は、本土における空襲被害と共通する面もないわけではないが、それとは異なる顕著な特異性を有している（沖縄戦における一般民間人の被害の実態については、瑞慶山編著・前掲75頁以下参照）。仮に戦争損害受忍論に成立余地があるとしても、少なくとも沖縄戦による一般戦争被害には及ばないものと解するべきである。

（本稿は、沖縄戦被害国家責任訴訟の弁護団から依頼された「意見書」を基礎にして、論説として形を改めたものである。）

本稿脱稿後、平成29年11月30日に、本件の控訴審判決が福岡高裁那覇支部において言い渡された。同判決は、基本的には原判決を是認したもの

であるが、原判決と若干異なり、最判昭和62年を引用して戦争損害受忍論を説いている。）