

沖縄戦被害と公法上の危険責任

西 埜 章

[目次]

はじめに

I 公法上の危険責任論

- 1 公法上の危険責任の意義
- 2 公法上の危険責任論の機能
- 3 公法上の危険責任の法的根拠
- 4 特別の危険状態の形成

II 沖縄戦被害と公法上の危険責任

- 1 沖縄における特別の危険状態の形成
- 2 国の法的責任

III 那覇地裁判決の批判的検討

- 1 判旨
- 2 批判的検討

はじめに

沖縄戦被害国家責任訴訟における主要な争点としては、国家無答責の法理、立法不作為責任論、戦争損害受忍論、除斥期間論のほかに、公法上の危険責任論がある。公法上の危険責任論は、筆者の持論であるが、弁護団

が採用し、主張したために、一つの争点となったものである。

公法上の危険責任論に対して、被告国は、「原告らの被った戦争損害につき、条理、憲法13条又は14条1項を根拠として、公法上の危険責任論により直接被告に対し損害賠償請求又は補償請求ができるとする原告らの主張がいずれも失当であることは、明らかというべきである」と反論している。要するに、公法上の危険責任論は法的根拠を欠いている、ということである。

本稿においては、被告国の反論を批判的に検討し、沖縄戦被害に対して国は公法上の危険責任論に基づいて法的責任を負うべきことを論証する。

なお、本件訴訟においては、すでに那覇地判平成28・3・16が出ており、被告国の主張を全面的に容れて、原告らの請求を棄却している。本判決については、本稿の最後で改めて批判的に検討することにする。

I 公法上の危険責任論

1 公法上の危険責任の意義

公法上の危険責任とは、国・公共団体によって形成された特別の危険状態から生じた損失（損害）に対する填補責任の総称である。特別の危険状態とは、個別的で異常な状態を指している。沖縄戦被害は特別の危険状態の現実化として把握されるべきものである。

その責任の成立要件は、侵害行為の欠如と特別の危険状態の形成である。ここでいう侵害行為とは、意識的・意欲的に他人の法益へ向けられた行為をいい、公法上の危険責任の場合には、この意味での侵害行為が欠如している。しかし、損失（損害）は、国・公共団体によって形成された特別の危険状態から発生しているのであるから、この特別の危険状態を形成した者が責任を負わなければならない⁽¹⁾。

2 公法上の危険責任論の機能

公法上の危険責任論は、次のような機能を有している。

(1) 説明的機能 公法上の危険責任論は、すでに制定されている補償法律の性質を説明し、国家補償法体系における位置づけを適切に説明することができる。これを説明的機能と呼ぶことができる。例えば、刑事補償法に基づく刑事補償や予防接種法に基づく予防接種事故補償等の性質・位置づけを最も適切に説明することができるのは、この公法上の危険責任論である。

(2) 立法論的機能 新たに補償のための法律を制定しようとする場合には、それを支える補償法理が必要である。例えば、予防接種事故に対する補償給付を規定する予防接種法の改正を促したのは、公法上の危険責任論であった。

(3) 解釈論的機能 実定法上に明文の補償規定がない場合に、解釈論によって補償を導くことができるか否かについては、否定的な見解が圧倒的多数であると思われる。しかし、公法上の危険責任論に立てば、一定の要件を充足すれば、解釈論により国・公共団体の責任を導き出すことができる。このような考え方に対しては、被告国が厳しく批判しているところであるが、この点については、次に項を改めて説明することにする。

3 公法上の危険責任の法的根拠

(1) 明文の法的根拠の不存在 被告国の反論は、公法上の危険責任の法的根拠の不存在に集中している。訴状⁽²⁾が挙げている法的根拠は、①条理法としての正義公平の原則、②憲法上の根拠、の二つであるが、これらはいずれも法的根拠とはいえないということである。訴状が挙げている法的根拠は、私見に依拠するものであるから、被告国の主張は、私見に対する批判でもある。

公法上の危険責任の代表的事例である刑事補償や予防接種事故補償については、刑事補償法や予防接種法という明確な法的根拠がある。これに対して、戦争損害という被害類型については、従来、明確な法的根拠が存在していなかった。しかし、この種の被害類型について明確な法的根拠が存在しないことをもって補償責任を否定するのは、立法者意思とは思われない。立法者は、この種の被害に対する国の法的責任を意識しなかったために、明文の規定を設けなかっただけである。明文の法的根拠がないことをもって国の法的責任を否定するのが立法者意思である、と理解するのは、悪しき法実証主義に囚われた考え方であるというべきである。

(2) 条理法としての正義公平の原則 被告国は、条理法が法的根拠とはならないことの理由として、条理に基づき直接の損害賠償請求や損失補償請求を認めた最高裁判決は見当たらないし、特に本件のような戦争損害に関しては、そのような請求が認められる余地はない、と主張している。しかし、原告らが訴状で紹介しているように、水俣病お待たせ賃訴訟の最判平成3・4・26（民集45巻4号653頁）は、「救済法及び補償法の中に、認定申請者の右のような私的利益に直接向けられた作為義務の根拠を見だし難いとしても、一般に、処分庁が認定申請を相当期間内に処分すべきは当然であり、これにつき不当に長期間にわたって処分がされない場合には、早期の処分を期待していた申請者が不安感、焦燥感を抱かされ内心の静穏な感情を害されるに至るであろうことは容易に予測できることであるから、処分庁には、こうした結果を回避すべき条理上の作為義務があるということが出来る」と説示しているから、直接戦争損害に関するものではないにしても、全く判例・裁判例がないということではない。

下級審の裁判例であるが、戦後補償訴訟にやや近い事案において、条理を根拠に作為義務違反を認め、民法715条に基づいて国の損害賠償責任を肯定したものがある。事案は、鉄のスクラップ工場で、土地に埋設されていた旧海軍の爆雷を廃材として裁断処理した際に爆発事故が発生し、鉄くずが飛び散り、負傷者が出たほか、工場や周辺の民家等を損壊したという

ものである。横浜地横須賀支判平成15・12・15（判時1845号104頁）は、次のように判示している。「被告国は、国民の生命、身体及び財産を災害から保護する使命を負っており（災害対策基本法1条参照）、爆雷の所有者として、爆雷の爆発により生ずる国民の生命、身体及び財産に対する被害を未然に防止すべき条理上の作為義務を負っていると解すべきである。……被告国は、上記作為義務については法令上の根拠がないと論難するが、本件は、終戦直後の混乱のさ中に爆雷を本件土地中に埋設遺棄した、という特殊例外的な事象であり、このような事案を想定した法令の制定は期待し得ないこと、しかしながら、建築工事等に伴う土地の掘削により爆雷の爆発という危険が現実化するおそれがあることに照らせば、本件は、正に法の欠缺の場合として、災害対策基本法や火薬類取締法等の基底を貫く条理に作為義務の根拠を求めるほかないと考える。」そのほか、旧日本軍毒ガス兵器遺棄被害訴訟の東京地判平成15・9・29（判時1843号90頁）も、条理に基づいて法的作為義務を導いている（後述参照）。

(3) 憲法13条・14条1項等 被告国が指摘するように、現在のところ、憲法13条や14条1項等を直接根拠にして国の法的責任を認めた判例・裁判例は存在しない。ただ、いくらかこれに近い見解を述べている裁判例がないわけではない。中国残留孤児訴訟の神戸地判平成18・12・1（判時1968号18頁）は、「残留孤児の救済責任の実定法上の根拠を敢えて挙げるとすれば、援護法29条の規定を挙げることができるが、この責任は、実定法上の根拠規定の有無にかかわらず、端的に、国民の生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利は国政の上で最大限尊重しなければならないとする憲法13条の規定及び条理により当然に生ずると考えるのが相当である」と判示している。

また、戦後補償訴訟ではなくて予防接種事故補償訴訟においてではあるが、東京地判昭和59・5・18（判時1118号28頁）は、憲法29条3項類推適用説に立って、「憲法13条後段、25条1項の規定の趣旨に照らせば、財産上特別の犠牲が課せられた場合と生命、身体に対し特別の犠牲が課せら

れた場合とで、後者の方を不利に扱うことが許されるとする合理的理由は全くない。従って、生命、身体に対して特別の犠牲が課せられた場合においても、右憲法29条3項を類推適用し、かかる犠牲を強いられた者は、直接憲法29条3項に基づき、被告国に対し正当な補償を請求することができる」と解するのが相当である」と判示している。

さらに、少し古くなるし、傍論においてはあるが、最大判昭和43・11・27（刑集22巻12号1402頁）も、河川附近地制限令違反の刑事事件において、「（河川附近地制限令）4条2号による制限について同条に損失補償に関する規定がないからといって、同条があらゆる場合について一切の損失補償を全く否定する趣旨とまでは解されず、本件被告人も、その損失を具体的に主張立証して、別途、直接憲法29条3項を根拠にして、補償請求する余地が全くないわけではないから、……」と述べている。

（4）公法上の危険責任論が背後にある裁判例

公法上の危険責任を認めた判例・裁判例がないというのは、見方の相違によるものである。一見すると国家賠償法（国賠法）等の実定法上の規定を根拠としているようにみえながらも、その実質においては公法上の危険責任論に依拠している判例・裁判例が多数存在する。そのいくつかを次にみておくことにしよう。

① 中国残留孤児訴訟神戸地判 被告国は、答弁書等の中で、中国残留孤児訴訟で神戸地裁に提出した私の意見書⁽³⁾について、「公法上の危険責任論は採用されず、国賠法上の責任の有無についてのみ判示されている」と述べている。確かに、前掲神戸地判平成18・12・1は、表面上は、公法上の危険責任論について一切触れていない。しかし、仔細にみれば、早期帰国実現義務違反と自立支援義務違反を認めるに至った背後には、公法上の危険責任論的発想を垣間見ることができる。同判決は、「第1 帰国遅延に関する責任について」の中で、「政府は、静謐を装う方針を堅持することにし、開拓民に関東軍やソ連の動向に関する情報を伝えることも、開拓民を待避させる措置を講ずることもなかった。それどころか、昭

和20年7月には、弱体化した関東軍の人員補充のため、いわゆる根こそぎ動員を実施し、開拓団の構成員のほとんどを高齢者と婦女子としてしまい、開拓民をより一層無防備な状態に陥れた。開拓民以外の一般の在満邦人にとっても事態は似たようなものであり、彼らが、無防備な状態でソ連軍の侵攻とこれによる極度の混乱にさらされたことも自明である」と述べている。この説示部分は、被告国による「特別の危険状態」の形成に関わるものである。国賠法上の責任の有無を判断するにあたっては、被告国による特別の危険状態の形成という視点が深く影響しているものとみることができる。

② 旧日本軍毒ガス兵器遺棄被害訴訟東京地判 このことは、旧日本軍毒ガス兵器遺棄被害訴訟の前掲東京地判平成15・9・29にもみることができる。同判決は、放置行為は不作為による違法な公権力の行使であるとして被告国の責任を肯定したが、次のように判示していることに注目すべきである。「法令上に具体的な根拠規定がない場合であっても、条理により法的義務としての作為義務を認めなければならないことがある。本件の毒ガス兵器や砲弾の遺棄は、国の公権力の行使として実行されたものであり、これによって人の生命や身体に対する危険な状態を作り出したものである。このような先行行為があるにもかかわらず、公務員の職務上の義務を定めた根拠規定がないという理由で、国にはその危険な状態を解消するための作為義務はないと考えることは、正義、公平にかなうものではない。したがって、このような場合には、国に対し、一定の要件の下に、危険な状態を解消するための作為義務を認めなければならない。」ここでも、公法上の危険責任論から直接国の責任を導き出しているものではないが、背後に公法上の危険責任論的な発想があって、それが強く国の責任肯定に結び付いているのである。

③ 新島漂着砲弾爆発事故訴訟判決 このことは、さらに、新島漂着砲弾爆発事故訴訟の一審判決（東京地判昭和49・12・18判時766号76頁）、控訴審判決（東京高判昭和55・10・23判時986号54頁）、上告審判決（最

判昭和59・3・23民集38巻5号473頁）にもみることができる。一審判決は、「本件事故発生の当時、前浜海岸一帯においては、第二次世界大戦終結の際に海中に投棄された日本国陸軍の装備にかかる前記砲弾類の存在により、人身事故等の惨事の発生する危険性があったことは、前記説示のとおりであるところ、……このように大量かつ危険な砲弾類を右のような場所に投棄して危険性発生の原因を作り出した当事者としての被告国は、その後、海中に放置されている砲弾類が海岸に打ち上げられることのないように、また、打ち上げられたとしてもそれによる爆発事故が起らないように、これらの砲弾類を早急に回収して、事故の発生を未然に防止すべき法律上の作為義務を負っていたものというべきである」と述べて、民法709条に基づく国の損害賠償責任を肯定している。控訴審判決は、民法709条ではなくて715条に基づいて国の責任を肯定したが、理論的にはほぼ同趣旨である。国が上告しなかったため、上告審判決は、東京都の責任についてのみ判示しているが、基本的には同趣旨であるとみることができる。

これは、実質的には、公法上の危険責任ないし結果責任の考え方に強く影響されているものである。砲弾類の海中への投棄により、国はその近くの海岸に特別の危険状態を形成したのであるから、国はそこから生じた損害に対して填補責任を負うのは当然である。国が回収等の作為義務を負っていたか否かは、危険責任の成立に直接の関係はない。一応民法の不法行為規定を挙げてはいるが、これは他に実定法上の明確な根拠規定を見出せないということからであり、単に借用したにすぎないものと解すべきである。

4 特別の危険状態の形成

(1) 危険責任主義　公法上の危険責任論は、特別の危険状態を形成した者は、そこから生じた損害に対して責任を負わなければならない、故意・過失や違法性の要件を必要としないという考え方である。これは危険

責任主義に基づくものであり、民法717条の土地工作物責任や国賠法2条の营造物責任において採用されている。近代市民法の発展の成果であり、これを具体的に支えているのは条理法である。

(2) 特別の危険状態 特別の危険状態は、この責任が危険責任主義に基づくものあることから、一般的危険状態を超えるような高度の危険状態であることを必要とする。どのような危険状態がこれに当たるかについては、個別具体的に判断するほかはないが、公法上の危険責任を規定した刑事補償や予防接種事故補償からある程度推測することができる。後述するように、沖縄戦においては、国によって特別の危険状態が形成されていた。

II 沖縄戦被害と公法上の危険責任

1 沖縄における特別の危険状態の形成

(1) 被害類型 沖縄戦の被害類型としては、①「集団自決」、②壕追い出し、③年少者の強制労働による死亡・負傷、④栄養失調による死亡・餓死等が代表的なものである。それぞれについて、「特別の危険状態」が形成されたものである⁽⁴⁾。

①「集団自決」（強制集団死） 「集団自決」は、沖縄戦の悲劇の典型的ケースである。集団自決については、家永三郎『太平洋戦争』（岩波書店、1967年。岩波現代文庫、2002年）や大江健三郎『沖縄ノート』（岩波書店、岩波新書、1970年）が詳細に論じている。

上記の『太平洋戦争』『沖縄ノート』の中で住民の「集団自決」を命じたとされた隊長の元少佐Aと同じく隊長の元大尉B（故人）の弟の2人が、これは事実に反し、名誉を毀損するものであるなどとして、著作者の家永氏、大江氏と出版社の岩波書店を被告にして、不法行為に基づく損害賠償

等を請求した「沖縄『集団自決』裁判」においては、すでに、一審の大阪地判平成20・3・28（判時1999号3頁）、控訴審の大阪高判平成20・10・31（判時2057号24頁）、上告審の最決平成23・4・21（上告棄却、不受理決定）が出されており、被告側の勝訴判決が確定している⁽⁵⁾。一審判決は、「座間味島、渡嘉敷島を始め、慶留間島、沖縄本島中部、沖縄本島西側美里、伊江島、読谷村、沖縄本島東部の具志川グスクなどで集団自決という現象が発生した場所すべてに日本軍が駐屯しており、日本軍が駐屯しなかった渡嘉敷村の前島では、集団自決は発生しなかったことを考えると、集団自決については日本軍が深く関わったものと認めるのが相当であって……」と説示している。「集団自決」が軍の直接の命令に基づくものであるか否かはともかくとして、軍の何らかの強制・強要があったものと考えざるを得ないことは、多くの証言・文献が認めているところである。終戦時に軍令部員・大本営海軍参謀であった吉田俊雄氏の『最後の決戦・沖縄－鉄の暴風が打ちのめした90日間の死闘』139頁（潮書房光人社、2013年）さえも、3月28日に「住民の避難地に、防衛隊員が、赤松隊長の命令を持ってきた。非戦闘員は自決せよ……と。／（改行を示す。以下同じ）どうしてこんな命令が出されたのか、わからない。渡嘉敷の人たちは、たしかに戦隊長の命令がくだされたのだという。／事態は、ここでも極度に急迫していた。渡嘉敷村遺族会の記録によると、こう述べる。『事ここにいたっては、いかんともしがたく、全住民は、陛下の万歳と皇国の必勝を祈り、笑って死のうと、悲壮な決意を固めた。かねて防衛隊員に所持せしめられた手榴弾各2個が、唯一の頼りとなった。／おのおの親族が、ひとかたまりになり、一発の手榴弾に2、30名が集まった。瞬間、手榴弾がここに爆発したと思うと、轟然たる不気味な音が谷間を埋め、たちまち老幼男女の肉片が四散し、阿鼻叫喚の地獄が展開された」と記しているのである⁽⁶⁾。

「集団自決」が軍が駐屯していた地域において発生したということは、そこには軍の駐屯によって「特別の危険状態」が形成されたということを

意味している。軍の駐屯そのものの是非を問わずに、あるいは仮に駐屯が適法であるとしても、特別の危険状態が形成されたことは明らかである。

② 壕追い出し 訴状によれば、軍は壕に避難している住民を追い出して死に追いやったということである。家永三郎の前掲『太平洋戦争』が記述するところによれば、「住民が壕に避難していると、『作戦のためだ。壕を立ち退くように』と強制して彼らを壕から敵弾雨飛の中に追い出し……」となっている。文献においても、「首里の司令部が陥落してからは、大量の住民が避難していた本島南部の自然壕（ガマ）の中に軍がなだれ込んでくる形になった。壕を追い出された住民は砲弾の下をさまようことになる」と述べられている⁽⁷⁾。また、別の文献においては、「(日本軍の) 南部撤退によって、ガマに避難していた住民たちが日本軍から追いつけられたり食糧を強奪されたりした。あるいはガマにとどまることができたとしても、泣く子どもを殺されたり、投降しようとして殺されたりした。また南部に避難していた多くの住民が戦闘に巻き込まれて犠牲になった。住民の犠牲の多数はこの南部撤退後に生じている。もし日本軍が首里にとどまっていたならば、住民の多くは助かっていただろう」と説かれている⁽⁸⁾。そのほか、吉田・前掲309頁以下においてさえも、壕追い出しについての住民の証言を紹介している。

このような軍による壕追い出しは、特別の危険状態を形成したものと見てよい。壕を追い出された住民は、この特別の危険状態の現実化によって生命・身体への被害を被ったものである。

③ 年少者の強制労働による死亡・負傷 沖縄戦における被害の特色の一つとして、年少者が軍の命令によって強制労働に従事させられ、その際に死亡・負傷した事例が少なくない。当時の状況下では年少者といえども軍の方針・命令に従うのはやむを得なかったのかもしれないが、当時の状況下で年少者を働かせることが如何に危険であるかということを、軍は当然知っていたはずである。

このような軍による年少者の強制労働もまた、特別の危険状態を形成し

たものである。犠牲者は、この特別の危険状態の形成の下で被害に遭ったものである。

④ 栄養失調による死亡・餓死 訴状によれば、沖縄の狭い地域に多数の軍人が配属されてきたために、軍は食糧の調達に窮して住民から食糧を取り上げた、ということである。沖縄における栄養失調による死亡・餓死には、沖縄戦特有の事情があったのである。吉田・前掲317～318頁さえも、この間の事情について、次のように記している。「渡嘉敷村遺族会によると、赤松戦隊長は、『われわれ軍隊は、島に残ったすべての食糧を確保し、持久戦の準備を整え、上陸してくる敵と一戦を交えねばならない。事態は、この島の住民に死を要求している』と伝令にいわせ、それを監視する組織が必要になり、少尉を長とする監視員が、住民を監視する。スパイの嫌疑をかけ、住民を斬殺する。／本島でもそうであったが、慶良間でも、蘇鉄の切り干しに野菜をまぜた代用食で、露命をつなぐ。もともと蘇鉄の実は、災害の多い沖縄では備荒食とされていた。イモのような味の澱粉だが、実だけでは足りないのので、茎まで食べる。水に十分さらしたのちでないと、渋味がひどく、食べられたものではないが、そんなことはいってられない。／そのうち、軍は、住民の持つ非常食糧を供出させた。住民は、急激に栄養失調となる。』

このような軍による食糧の強制調達もまた、特別の危険状態を形成したものである。住民の栄養失調や餓死は、この特別の危険状態の形成の下で生じたものである。

⑤ その他の被害 その他の被害類型についても、ほぼ同様のことが当てはまる。戦争孤児の多くは、両親等が米軍の攻撃等によって死亡したために発生したものである。また、銃撃戦や艦砲射撃等による死亡・負傷は、直接的には米軍の攻撃によるものであるが、このような被害をもたらした原因は日本軍の側にもあるのである。訴状は、この点について、「いずれも軍隊が住民地区に侵出・侵入し軍事行動をしていた地域でもある。宜野湾、中城以南の住民は南へ南へと逃げ、南部の戦闘に巻き込まれて命

を落とした人が多い（各市町村史の調査に詳しい）。戦闘部隊のいた所ほど住民の犠牲者が多かったことを証明している。日本軍は住民を死の道連れとした」と述べている。文献の中には、「これらのいくつかは直接的には米軍の攻撃による犠牲者ではあるが、日本軍の迫害行為がきっかけとなったものであり、日本軍による強制死、あるいは間接的に日本軍に殺されたケースといえるだろう」と説くものもある⁽⁹⁾。

ここでもまた、軍は、住民を巻き添えにするような特別の危険状態を形成したものである。住民の死亡・負傷等の被害もまた、日本軍によって形成された特別の危険状態の下で生じたものといってよい。

(2) 沖縄戦被害の特殊性 上述のように原告らの被害類型は様々であるが、そこには共通するものを見出すことができる。訴状の第4章『『沖縄戦』被害の顕著な特徴と多岐にわたる被害類型』は、沖縄戦被害の特質を原爆や空襲と対比して、大城将保『改訂版 沖縄戦・民衆の眼でとらえる「戦争」』の中の1節を引用している。すなわち、「沖縄戦の体験が原爆や空襲のそれと決定的に異なるところは、それが3ヶ月以上におよぶ極限状況の体験だった点である。そこでは、死者も生者もひとしく人間としての悲劇を刻印されている。鉄の暴風が破壊したのは生命や財産だけではなく。女性の生理も枯渇してしまうほどの苛酷な条件の中で、人びとは人間らしい感性や理性をすりへらしていき、ついには母性の愛情や骨肉のきずなさえ断ち切られてしまった。壕の中で泣きわめくわが子を自分の手で絞めころした母親、動けなくなった老母を生き埋めにして逃げ去った息子……それが戦場の実相だったのだ。／要するに、人間性が完全に破壊され、狂気のうちに死に、狂気の中から生き返ってきたのである。原爆や空襲、あるいは組織的な戦闘で死んでいった人たちは、すくなくとも死の直前までは人間としての最低の尊厳は保持しえたはずである。沖縄の戦場ではそうではなかった。人間が人間でなくなったのだ。」

上記の大城将保の著書の引用に続いて、訴状は、「このような人間性が破壊される極限状況の中で原告らの肉親をはじめ多数の沖縄県民は敵の銃

弾に、あるいは味方の銃弾等等による無念の死を遂げざるを得なかった。また原告らは負傷するなど、重い後遺障害を負った」と述べている。

このような沖縄戦における被害の特殊性からすれば、そこに特別の危険状態が形成され、各種の被害はこの特別の危険状態の現実化によって生じたものであることは明らかである。戦争による危険状態は日本国民の生存するすべての地域において形成されていたが、沖縄において形成された危険状態は、それらをはるかに超える特別の危険状態であったのである。

(3) 特別の危険状態の形成 被告国は、B C級戦犯訴訟の最判平成11・12・20（訟月47巻7号1787頁）やシベリア抑留訴訟の最判平成9・3・13（民集51巻3号1233頁）を引用して、「原告らの被ったという戦争損害につき、条理、憲法13条又は14条1項を根拠として、公法上の危険責任論により直接被告に対し損害賠償請求又は補償請求ができるとする原告らの主張がいずれも失当であることは、明らかというべきである」と主張している。これらの最高裁判例は、いずれも「戦争損害受忍論」に立脚するものであり、「第二次世界大戦によりほとんどすべての国民が様々な被害を受けたこと、その態様は多種、多様であって、その程度において極めて深刻なものが少なくないこともまた公知のところである。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」という考え方を採用したものである。戦時においては、危険状態が形成されていたにしても、それは一般的な危険状態であつて、そこから生じた損失（損害）は国民すべてがひとしく受忍すべきものであり、明文の法的根拠なくして補償（賠償）を請求することができない、というわけである。

確かに、戦時においては日本全土にわたって一般的な危険状態が形成さ

れていた。しかし、沖縄戦における危険状態は、前述のように、一般的危険状態をはるかに超えて、まさに特別の危険状態が形成されたものであり、そこから生じた被害については、「戦争損害受忍論」は妥当しないものである。最高裁判例の射程は、本件原告らの被害には及ばないものというべきである。

2 国の法的責任

このような特別の危険状態は、直接的・間接的に日本軍（国）によって形成されたものである。前述したように、特別の危険状態を形成した者は、ここから生じた被害に対して無過失で補償責任を負わなければならない。被告国は、自ら形成した特別の危険状態から生じた被害に対して、違法性や過失がないことを理由にして責任を免れることはできないのである。

また、これに対する補償責任については、除斥期間制度の適用は制限されるべきである。正義公平の原則からすれば、不法行為の時から20年が経過したことによって補償責任が消滅すべきものではない。

Ⅲ 那覇地裁判決の批判的検討

本件訴訟については、すでに一審判決である那覇地判平成28・3・16⁽¹⁰⁾が出されている。本判決は、被告国の主張を全面的に容れて、原告らの請求を棄却した。しかし、本判決には、事実の認定においても法律の解釈適用においても、種々の疑問が見受けられる。ここでは、最後に、本判決の「公法上の危険責任」に関する部分に限定して、批判的に検討しておくことにしよう⁽¹¹⁾。

1 判旨

(1) 公法上の危険責任の法的根拠の不存在　本判決は、「原告らの主張する公法上の危険責任は、その主張によっても、危険状態を形成し、それを支配する者は、そこから生ずる損害に対して責任を負うべきであるとの法理にとどまり、実定法上の根拠を有するものとは認め難いから、このような法理のみに基づき、原告らが被告に対して損害賠償等を裁判上請求できると解することは困難である」と判示している。

(2) 条理は法的根拠にならないこと　また、本判決は、「原告らは、公法上の危険責任の法的根拠として正義公平の原則としての条理並びに憲法13条及び同法14条1項を挙げるが、条理とは、前記……のとおり、社会生活における根本理念であって、ものごとの道理、筋道、理法、合理性などをいい、社会通念、社会一般の正義の観念、公序良俗、信義誠実の原則等を表すものであるところ、本件において、そのような法の一般原則のみをもって被告に対して直接に損害賠償や謝罪を求めることのできる具体的権利を認めることは困難である。加えて、大日本帝国憲法下の法制度においては、被告は公権力の行使に関して法的責任を負わないものとされているのであるから、条理によって被告の責任を認めるとすれば、そのような法制度に反する結果となるのであって、成文法も慣習もないときに裁判上の規範となるとする条理の機能に整合しないものと考えられる」と判示している。

2 批判的検討

(1) 法的根拠の不存在について　沖縄戦による一般民間戦争被害者の救済について明文の法的根拠が存在しないことは、本判決の指摘するとおりである。それ故にこそ、原告らは訴訟を提起してまで争っているのである。

しかし、前述のように、明文の法的根拠がなければ国の法的責任が生じないというのは、悪しき法実証主義に基づく発想というべきである。本件訴訟に限っていえば、条理等に基づく国の法的責任が肯定されるべきである。沖縄戦による一般民間戦争被害者の救済については、いわゆる「法の欠缺」がみられるのである（事案は異なるが、前掲横浜地横須賀支判平成15・12・15参照）。

(2) 条理に基づく公法上の危険責任 条理に基づいて国の法的責任を認めた判例・裁判例があることは、前述したとおりである。本判決の判旨は、法の解釈における条理の地位を十分理解していないことからの帰結である。確かに、判旨の指摘するように、一般論としては、条理に基づいて具体的権利を認めることは、解釈論としては行き過ぎで、安易過ぎるものである。しかし、本件沖縄戦被害に限定してみれば、条理の働く余地は十分認められるべきである。沖縄戦被害と同種の戦後補償訴訟は、南洋戦被害を除いては存在せず、他の戦後補償訴訟と同列に論ずることはできない。本件訴訟こそ、まさに条理によって裁かれるべき事案であるというべきである。

(3) 沖縄戦被害の特異性と条理に基づく救済の必要性 判旨は、明文の法的根拠が存在しないとして、公法上の危険責任を否定する。しかし、明文の法的根拠がなければ救済されないことになれば、沖縄戦による一般民間戦争被害者は、救済立法がなされるまでは救済されないことになる。ひょっとすれば、永久に救済されないことになるかもしれない。

沖縄戦による一般民間人の犠牲は、国が形成した、未曾有の特別の危険状態が現実化したことによって発生したものである。判旨は、沖縄戦による一般民間人の被害を他の戦争損害とほぼ同列にみており、戦争史上類例のない犠牲であることを看過している。国は、沖縄県民が犠牲になることを暗黙の了解の下に、特別の、それも極めて特別の危険状態を沖縄に形成したものである。このような特別の危険状態を形成しておきながら、戦後になって明文の法的根拠がないことを理由に法的責任を免れる

ことになれば、条理は、さらには正義公平は、一体どこに存在するのだろうか。明文の救済立法の制定を怠っているのは、まさに特別の危険状態を形成した国自身なのである。

（4） 憲法13条・14条1項等 判旨は、また、憲法13条や14条1項を根拠として具体的権利を認めることはできない、という。しかし、それ以上に理由らしきものは何も述べていない。

確かに、現在のところ、憲法13条や14条1項等を直接の根拠にして国の法的責任を認めた判例・裁判例は存在しない。しかし、これに近い考え方を述べている裁判例が存在することは、前述したところである。中国残留孤児訴訟の前掲神戸地判平成18・12・1、予防接種事故訴訟の前掲東京地判昭和59・5・18、同じく予防接種事故訴訟の大阪地判昭和62・9・30（判時1255号45頁）、同じく予防接種事故訴訟の名古屋地判昭和60・10・31（判時1175号3頁）等である。文献をみても、予防接種事故補償についてのものではあるが、憲法13条や14条1項等に基づく具体的権利性を肯定するものが少なくない⁽¹²⁾。

<注>

- (1) 西埜『国家補償法概説』268頁以下（勁草書房、2008年）参照。
- (2) 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〔訴状編〕』35頁以下（高文研、2016年）参照。
- (3) 西埜「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343頁以下（2007年）。
- (4) 沖縄戦被害の実態については、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〕』50頁以下（高文研、2016年）参照。
- (5) この裁判については、岩波書店編『記録・沖縄「集団自決」裁判』251頁以下（岩波書店、2012年）参照。
- (6) 沖縄集団自決については、そのほか、謝花直美『証言沖縄「集団自決」—慶良間諸島で何が起きたか』（岩波新書、2008年）、森住卓『写真証言・沖縄戦「集団自決」を生きる』（高文社、2009年）、屋嘉比収『友軍とガマ』（社

- 会評論社、2008年）、林博史『沖縄戦・強制された「集団自決」』（吉川弘文館、2009年）、柏木俊道『定本沖縄戦—地上戦の実相』（彩流社、2012年）等参照。
- (7) 森住卓『沖縄戦「集団自決」を生きる一渡嘉敷島、座間味島の証言』122頁（高文社、2009年）。
- (8) 林博史『沖縄戦が問うもの』118頁（大月書店、2010年）。
- (9) 林・前掲注（8）125頁。
- (10) 瑞慶山編著・前掲注（4）480頁に収録。
- (11) 本判決の評釈については、西埜「那覇地裁請求棄却判決の批判的検討」瑞慶山編著・前掲注（4）43頁以下参照。
- (12) 広岡隆『公物法の理論』279～280頁（ミネルヴァ書房、1991年）、岡本博志「予防接種ワクチン禍訴訟東京地裁判決」法政論集（北九州大）12巻3・4合併号113頁（1985年）、戸波江二「予防接種事故と国家補償」法学セミナー380号115頁（1986年）等。

（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、原判決とほぼ同趣旨のことを述べて、原判決を是認している。）