

論  
説

## 日本軍毒ガス・砲弾遺棄被害と国の責任

西  
埜  
章は  
じ  
め  
に

一口に戦後補償訴訟といっても、その中には、従軍慰安婦訴訟、韓国・朝鮮人B C級戦犯訴訟、七三一部隊・南京虐殺訴訟、軍票訴訟等、その事案においても法的問題点においても、さまざまなものがある。訴訟件数は、きわめて多数にのぼっているが、関釜訴訟一審判決が立法の不作為を理由にして元従軍慰安婦三人に各三〇万円の賠償を認容したのを除けば、これまでの裁判例はいずれも国の責任を否定してきた。

このような動向の中で、最近、いくらかの変化が生じている。その一は、不二越訴訟（韓国人女子勤労挺身隊員訴訟）や花岡事件訴訟（中国人強制連行・強制労働訴訟）等において、被害者と企業との間で和解が成立し出しているということである。これらは民間企業を被告にするものであつて、国を被告にするものではないが、国の責任についてもいくらか影響するところはあるであろう。その二は、昭和六二年（一九八七年）の「台湾住民である戦没者の遺族等に対する弔慰金等に関する法律」に続いて、平成一二年（二〇〇〇年）に「平和条約国籍離脱者である戦没者遺族等に対する弔慰金等の支給に関する法律」が制定されたということである。このような救済立法は、人道的精神に基づくものであつて、戦後補償責任を正面から認めたものとはいえないが、今後の包括的な国家補償立法に対する契機とはなり得るであろう。その三は、平成一三年七月一二日の東京地裁判決が、中国人強制連行・強制労働訴訟において、戦前に中国から強制連行され、強制労働させられた後、作業所から逃走し、北海道内の山中で終戦を知らずに一三年間にわたつて逃亡生活を送つていた劉連仁氏の遺族に対して、保護作為義務違反を理由に国に二〇〇〇万円の賠償を命じた、ということである。国が控訴したとはいへ、これまで国の責任を肯定したのが関釜訴訟一審判決のみであつたことを思えば、大きな前進であると評価することができる。同じことは、終戦直後に強制連行先の日本から祖国に帰る朝鮮人らを乗せた旧海軍の輸送船「浮島丸」が舞鶴湾で爆発・沈没し、五〇〇人以上が死亡した事件で、乗船が立証された生存者一五人について、安全配慮義務違反を理由に総額四五〇万円を支払うように国に命じた京都地裁平成一三年八月二三日判決についてもいふことができる。

日本軍毒ガス・砲弾遺棄被害賠償請求訴訟は、これまでの戦後補償訴訟と共通する面を有すると同時に、異なる面も少なくない。最も顕著な相違点は、被害発生が戦後であり、しかも最近でも被害が発生しているということだ

ある。<sup>②</sup>このために、本件訴訟においては、現行国家賠償法（国賠法）の一条責任（被害回避の作為義務違反）と二条責任（公の営造物の設置管理の瑕疵）の成否等が新たな争点として登場することになる。本稿においては、本件訴訟での法的争点を検討したうえで、本件のような被害の補償理論はむしろ公法上の危険責任の範疇に属するのではないかとの視点に立って、若干の私見を付加することにした。

## 一 事案の概要と法的問題点

### 1 事案の概要

(1) 事案の概要 本件訴訟は、旧日本軍が敗戦時に中国各地に遺棄した毒ガス・砲弾等によって傷害を受けた被害者及びそれによって死亡した人々の遺族らが原告となって、日本国に対して損害賠償を請求したものである。第一次提訴と第二次提訴があるが、本稿では第一次提訴（以下、「本件訴訟」という）を中心にして考察することにする。

訴状によれば、本件訴訟の原告らは一三名にすぎないが、背後には二〇〇〇人を超える被害者が存在しており、いずれも、第二次世界大戦終結以前においても国際法上その使用が違法とされていた毒ガス弾・缶によって傷害を受け、または死亡したものである。具体的には、①一九七四年一〇月、黒龍江省の松花江で浚渫作業船が川底に沈んでいた毒ガス弾を吸い上げたところ、毒ガスが流れ出し、船内にいた者が液体の刺激臭とそれに接触したことにより傷害を受けた事件（松花江紅旗〇九号毒ガス事件）、②一九八二年七月、黒龍江省牡丹江市で下水道工事作業

中に毒ガス缶が発見されたが、作業員が毒ガス兵器とは知らずに蓋を開けたところ、中から液体が流れ出して身体に付着し、それにより傷害を受けた事件（牡丹江市光華街毒ガス事件）、③一九九五年八月、黒龍江省周家鎮東前村三家屯で道路修理作業中に砲弾が発見され、作業員がそれを近くの池で処理しようとしたところ、突然爆発し、死傷者が出た事件（周家鎮東前村砲弾被害事件）、である。死傷した被害者の被害状況は、いずれもきわめて悲惨なものであった。<sup>③</sup>

(2) 損害賠償請求権の法的根拠 原告らは、平成八年（一九九六年）二月九日に訴状を東京地裁に提出した（第一次提訴）。原告らが本件における違法行為として取り上げたものは、被告国が敗戦時に中国国内に毒ガス・砲弾を遺棄してきたという違法行為、戦後被告国が遺棄行為を知りながら毒ガス・砲弾の回収をせずに放置してきたという不作為による違法行為、の二点である。原告らは、被告国に対する損害賠償請求権の法的根拠として、訴状において、①国際法に基づく損害賠償請求権、②国際私法上の不法行為に基づく損害賠償請求権、の二つを挙げている。国際法上の違法性については、毒ガス弾の遺棄・放置は国際人道法や国際人権法に違反すると主張し、国際私法上の違法性については、毒ガス・砲弾の遺棄・放置行為は中国国内で行われたのであるから、法例一一条一項により本件不法行為の成立及び効力は不法行為地法（中華人民共和国民法または中華人民共和國民法通則）が準拠法となるが、遺棄・放置行為はいずれもこれらの法令による不法行為に該当する、と主張している。

## 2 法的問題点

(1) 国際法上の問題点と国内法上の問題点 本件訴訟においては、法的根拠として、国際法違反と法例一一条

一項による不法行為が地法違反が挙げられている。国際法上の問題点は、被害者個人が国際法違反を理由として加害国に対して損害賠償請求をすることができると否かということである。<sup>④</sup> 否定説がこれまでの通説であるが、肯定説も有力になってきている。肯定説に立てば問題はほぼ解決したことになるが、それほど容易とは思われないし、また、筆者はこれについて判断するだけの能力を持ち合わせていないので、以下においては、国内法上の問題点に限定して考察することにする。

(2) 国内法上の問題点 国内法上の問題点のその一としては、法例二一条一項の適用可能性が問題となる。被告国は、「答弁書」において、国際私法は涉外的私法関係に適用すべき私法を指定する法則であるが、本件での毒ガス・砲弾遺棄行為は戦争行為に付随する国家の権力作用であり、きわめて公法的色彩が強いから、これを国際私法上の問題として一般抵触法規である法例を適用すること自体に疑問があり、また、本件のような公権力の行使に伴う国家の責任の有無・程度は当該国家の公益・政策と密接不可分の関係にあるから、法律関係の性質決定の問題として、本件の法律関係は法例二一条にいう「不法行為」概念には包摂されないと反論した。さらに、仮に法例二一条の適用があるとしても、不法行為の成立及び効力には同条二項、三項により、日本法が累積適用されることになるが、国賠法施行前の遺棄行為については国家無答責の原則が適用され、国賠法施行後の放置行為については、毒ガス・砲弾を回収すべき個別具体的な作為義務が明らかにされなければならず、いずれにしても、国賠法四条、民法七二四条後段により、不法行為の時からすでに二〇年が経過しているから、賠償請求権は消滅している、と反論した。従って、ここでは除斥期間または消滅時効も問題となる。

国内法上の問題点のその二としては、原告らは平成二二年に入ってから日本の国賠法一条及び二条、民法七〇九

条、七一五条、七一七条の適用を選択的に主張したので、これらの適用の可否も争点となっている。ここでは、回収(被害回避)すべき作為義務の存否、遺棄行為と放置行為の関係、公の営造物該当性等が問題となる。

このように、本件訴訟における法的問題点は多岐にわたるが、以下においては、①放置行為と被害回避の作為義務、②遺棄行為と放置行為の一体性、③国家無答責の原則、の三点にしばって原告・被告双方の主張を検討し、最後に、本件を公法上の危険責任の観点から考察することにした。

## 二 放置行為と被害回避の作為義務

### 1 原告側主張

原告側は、毒ガス・砲弾の放置行為に伴い、被害回避のための作為義務が発生するとして、次のように主張している。

- ① 公務員の特定は不要であり、作為義務を負う国家机关の特定も不要である。
- ② 本件事案は、国自身が加害者であり、「規制権限不行使」の事例ではない。国には被害を回避すべき条理上の作為義務がある。国の被害防止義務は、具体的には、毒ガス弾等を撤去し、あるいは遺棄した毒ガス兵器の種類・人体に与える影響・毒ガス兵器の中国国内への配備等に関する事実を徹底的に調査し、あらゆる情報で中国政府・国民に知らせるなどの措置を講ずべき義務である。
- ③ 放置を継続すれば被害が発生することは、容易に予見可能であった。

④ 被告は毒ガス兵器の種類と人体に与える影響等について認識しており、あるいは調査によって認識可能であったのであるから、あらゆる情報を中国政府等に知らせることは可能であったのであり、損害発生についての回避可能性がある。

## 2 被告側主張

これに対して、被告国は次のように主張している。

- ① 本件は「規制権限不行使」の事案であると主張しているものではない。
- ② 不作為が国賠法上違法と評価されるためには、作為義務が必要であり、そのような作為義務が認められるためには、その前提として、当該公務員に当該行為を行うことのできる権限が認められなければならない。
- ③ 不作為の違法が問題となる類型には三つあり、本件は第三類型（公務員の作為権限が法令によって具体的に規定されていない場合）に属するから、原則的には損害賠償責任はない。原告側が主張するような行為を行う職務権限を被告国の公務員に付与するような法令上の規定は、見当たらない。
- ④ 国賠法一条は、国または公共団体の公権力の行使に当たる公務員が、個別の国民等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等に損害を与えたときに、国また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（最判昭和六〇・一一・二二民集三九卷七号一五二二頁）。公権力の行使に当たる公務員の行為が同条の適用上違法と評価されるためには、当該公務員が損害賠償を求めている国民等に対して個別具体的な職務上の法的義務を負担し、かつ、当該行為が右職務上の法的義務に違反してされた場合でなければ

ならない。従って、同条に基づいて損害賠償責任を負うためには、公務員が当該国民等に対して個別具体的な職務上の法的義務を負担しているか否かについて判断する必要がある。そのためには、公務員の氏名まで特定する必要はないとしても、その所属する組織上の地位ないし所属する部署程度は明らかにする必要がある。そうでなければ、公務員に職務上の法的義務違反があったか否かの判断が行えないからである。

- ⑤ 先行行為による作為義務を認めるとしても、作為義務が成立するために必要な予見可能性、回避可能性を原告らは具体的事実に基づいて主張していない。

### 3 検 討

後述するように、筆者は、本件は作為義務の存在を明確にしなければ国の責任が肯定されないという事案ではないと考えるものであるが、ここではとりあえず、原告・被告双方の主張に沿って検討を進めることにする。

被告国の主張は、不作為が国賠法上違法と評価されるためには作為義務の存在が必要であり、そのような作為義務が認められるためには、その前提として当該公務員に当該行為を行って得る権限が認められることが必要であるところ、そのような行為を行う職務権限を公務員に付与するような法令上の規定は存在しない、というものである。これは、不作為の違法が問題となる類型を古崎説<sup>(5)</sup>に従って三類型に分けて、本件は第三類型(公務員の作為義務が法令によって具体的に規定されていない場合)に該当するとして、この類型に属する場合は原則として損害賠償責任を負わないとの基本的立場に立つものである。しかし、古崎説にあっても、第三類型の場合でも例外的に国家賠償責任が発生することが認められている。本件が仮に第三類型に属するとしても、この例外的場合に該当する余地



がないわけではない。すなわち、古崎説に於て例外的場合とは、「国民の生命、身体、財産に対する差し迫った重大な危険状態が発生したとき、国とくに行政機関が、超法規的、一次的にその危険排除に当たらなければ国民に保護が与えられないような場合」であるが、このような場合には、「国がそれに当たるのが、国の本来の使命である。したがって、このような場合には、緊急事態に対処するため適切な手段を講ずべく、国に対し、全法律秩序の明示又は黙示の命令（条理）による作為義務を生ぜしめる必要がある」ということである。<sup>6)</sup>

第三類型においても、例外的に条理に基づいて作為義務が生ずることもあるとすれば、本件はまさにそのような場合であると解することも可能である。原告側が、「本件のように、毒ガス・砲弾の危険性を十分に知っている被告国が、敗戦後中国国内にこれを秘密裏に遺棄し回収義務や危険防止措置をとらなかつた、という不作為にまで右の一般論を当てはめるわけにはいかない。本件は被告国自身が違法な遺棄行為をした後の不作為責任を問うている事案なのであって、被告国自身に作為義務が生じているのである」と述べているのも、この趣旨であろう。予見可能性・回避可能性がなかつたことについて、被告国側は縷縷主張しているが、旧日本軍が遺棄したことが原因となつて以上、このような主張にはあまり説得力は認められない。もともと、後述するように、筆者は、本件における国の責任を肯定するについては、予見可能性や回避可能性は不可欠の要件ではないと考えているから、この点については詳論しないことにする。

被告国は、また、公権力の行使に当たる公務員の行為が国賠法一条の適用上違法と評価されるためには、当該公務員が損害賠償を求めている国民等に対して個別具体的な職務上の法的義務を負担し、かつ、当該行為が右職務上の法的義務に違反してなされた場合でなければならず、とも主張している。しかし、最判昭和六〇年一月二一

日(民集三九巻七号一五二頁)に依拠したこのような考え方は、最判昭和六〇年に対する学説上の批判は別にしても、少なくとも本件訴訟には当てはまらないであろう。本件のような場合にまで厳密な意味での「個別具体的な職務上の法的義務」の存在に固執することは、本件事故の本質を適切に把握していないことを推測させるものである。

## 遺棄行為と放置行為の一体性

### 1 原告側主張

原告側は、遺棄行為と放置行為との関係について、次のように主張している。

① 放置行為に国賠法一条が適用されるのは当然であるが、これに加えて、遺棄と放置は一体となった行為であり、これにも国賠法一条が適用される。

② 仮に、遺棄行為と放置行為を分離して遺棄行為のみを評価せざるを得ないとしても、損害の発生は国賠法施行後であり、附則六項の「この法律の施行前の」という文言は、「行為」ではなく、「行為に基づく損害」にかかると読むべきである。損害発生時点を基準に国家無答責原則の適用を判断すべきである。

③ 消滅時効(除斥期間)の起算点は、最終的な損害が発生した時点である。

### 2 被告側主張

これに対して、被告国は次のように主張している。

① 遺棄行為と放置行為は、行為の主体が異なるから、国賠法上同一の行為とみることが不可能である。遺棄行為については国家無答責原則によるべきであるのに対し、放置行為については国賠法一条の要件該当性が問題となるから、これらを一つと解した場合には、いずれの法が適用されるか定まらないことになる。また、遺棄行為は作為であるが、放置行為は不作為であり、このような作為と不作為を一体化して一つの行為と観念することはできない。

② 附則六項の文言からすれば、本法施行前の行為に基づき同法施行後に発生した損害についても、国家無答責の法理によるべきである。

③ 除斥期間の起算点については、法の趣旨は法律関係の速やかな確定にあるから、加害行為時説によるべきである。

### 3 検 討

遺棄行為がなければ放置行為もないわけであるから、両者が密接な関係にあることはいうまでもない。問題は、両者を一体として捉えることができるか否か、一体として捉えることにどのような意味があるか、ということである。原告側としては、放置行為だけではなくて、遺棄行為についても国の法的責任を追及するために、両者の一体的行為という考え方を提起したものと思われる。両者を分離して、遺棄行為について単独で国の責任を追及することになれば、遺棄行為は国賠法の施行前であるから、国家無答責の原則によって阻まれることを危惧したのである。

そのために、遺棄行為についても、「附則六項の『この法律施行前の』』という文言は、『行為』ではなく『行為に基づく損害』にかかると読むべきであり、行為が法律施行前であっても、損害が法律施行後であれば、附則六項の適用はないと解釈すべきである」と主張することになったのである。しかし、附則六項のこの解釈は、被告国が反論しているように、解釈論として無理があることは否めない。附則六項を素直に読む限り、国賠法施行前の「行為」を中心にした規定であると理解せざるを得ないであろう。

遺棄行為が放置行為に先行し、本件の元凶であることからすれば、まず遺棄行為に対する責任を追及したいと考えるのは当然のことである。しかし、通説・判例によれば、国賠法の附則六項は旧法主義を採用したものであるから、同法施行前の行為である遺棄行為については従前の例（国家無答責の原則）によることになり、国の責任を追及することができないことになる。このような理論的障害を除去するために、原告側は法例一条の適用と、遺棄・放置一体行為論を主張するのであるが、いずれにしても国家無答責原則の適用を克服しなければならないことになる。そこで、次に項を改めて、この問題について検討することにした。

#### 四 国家無答責の原則

原告側は、国際私法上の不法行為に基づく損害賠償請求権については法例一条一項が適用されるとして、不法行為地法が準拠法であると主張している。これに対して、被告国は、法例の適用に反対し、仮に法例一条の適用があるとしても同条二項、三項が適用されるから、国賠法施行前の行為については国家無答責の原則により国の責

任は否定される、と主張している。遺棄・放置一体行為についても、被告国は両者を分離し、遺棄行為は国賠法施行前の行為であるから国家無答責の原則が適用されると反論している。従って、いずれにしても、国家無答責の問題が解明されなければならない。

## 1 原告側主張

① 国際私法における不法行為とは、違法な行為によって他人に損害を与えた者をしてその損害を賠償せしめる制度であつて、社会共同生活において生じた損害の公正な分配を目的とするものであるところ、本件においては旧日本軍の行為及び日本政府の行為により外国たる中国国内において、中国国民に対して被害を与えたものであつて、一般の国家と国民との関係により生じた被害ではないから、本来的に公法的性質のものではなく、一般の不法行為として一般抵触法の適用が認められる。

② 本件の対象である中国大陸への侵略行為は当時の国際法に照らし、いかなる意味でも違法であつて、客観的に職務権限のある公権的行為とはいえない。しかも、国家無答責の法理なるものは、王権神授説に由来した理論であり、国家と当該国家の国民との関係のみに該当するものであり、日本が外国における外国人に行った違法行為については適用外である。

③ 仮に、当時、行政裁判法一六条により請求が認められなかったとしても、同条項は単なる手続規定であり、現在の法体系の下では、法的にも請求が可能となつている。

## 2 被告側主張

- ① 比較法的視点からも、我が国の国家賠償に関する法体系からも、法律関係の性質決定の問題として、本件の法律関係は法例二一条にいう「不法行為」概念に包摂されないものといわざるを得ず、これに最も密接に関係している我が国の法律が適用されるべきであるから、法例二一条が適用される余地はない。
- ② 仮に、原告らの主張するように法例二一条の適用があるとしても、不法行為の成立及びその効力には同条二項、三項により、日本法が累積適用されるから、いずれにしても、日本法の要件事実の主張、立証を欠くことはできない。
- ③ 本件各請求は、いずれにしても、日本法の要件を充足しなければならない。原告らが主張する遺棄行為は、我が国の国賠法施行前の行為である。大日本帝国憲法下においては、軍隊の行為は被告の戦争行為の一作用として権力作用に属し、権力作用については民法の適用がなかった。そのことは、当該行為が権力作用である以上、被害者が日本人であるか外国人であるかを問わない。これによる損害については、外国人も民法に基づきその賠償を請求することができなかった。
- ④ 国家無答責の原則は、実体法である私法ないし民法の適用自体を否定しているのであり、単に手続上の制約から責任を追及する途がなかったことを意味するものではない。

## 3 検 討

(1) 遺棄行為の権力的作用性 被告国は、これまで戦後補償訴訟の多くにおいて、国家無答責の原則を適用して国の責任を否定してきた。原告側としては、法例一条の適用を主張するにしても国賠法一条の適用を主張するにしても、国家無答責の原則が大きな障害となっていることを認めざるを得ない。ここでは、遺棄・放置行為が権力的作用であるか否か、遺棄行為が権力的作用であるとした場合に国家無答責の原則が適用されるか否か、が問題となる。

遺棄・放置行為を一体的行為とみるか否かはともかくとして、これが権力的作用であることを否定することは困難である。また、国に対する損害賠償請求権の性質が私法上の金銭債権であるか否か、国賠法が私法であるか否かは、国家無答責の原則や国賠法の適用にとって本質的な問題ではない。いずれであっても、権力的作用については、戦前においては国家無答責の原則が優先的に適用され、国賠法施行後においては国賠法一条が優先的に適用されるのである。この点についての原告側主張は、私法上の請求権であることに拘泥したものであり、被告国側の反論もそれに引きずられたものであるといふべきであろう。

遺棄行為が権力的作用であるとすれば、遺棄行為は国賠法施行前の行為であるから、国家無答責の原則が適用されることになる。しかし、この点については、次の二点が問題となる。その一は、現在の訴訟において、戦前の国家無答責の原則を持ち出すことが正義公平の原則に照らして許されるか否かということであり、その二は、日本が外国において外国人に行った違法行為についても、国家無答責の原則が適用され得るか否かということである。

(2) 国家無答責原則の現時点での適用制限 戦前においては、権力的作用に国家無答責の原則が適用されるといふのが判例・通説であった。しかし、このことは、現在の訴訟においても国家無答責の原則が無制限に適用され

てよい、ということにはならない。国家無答責原則の適用が現在では正義公平の原則に違反すると思われるような事案においては、国家無答責の原則を持ち出して国の責任を否定することは許されないと解すべきである。本件における毒ガス・砲弾遺棄被害の重大性等を考慮すれば、正義公平の原則は国家無答責原則の適用を主張することを許さない、との結論に至らざるを得ないように思われる。

このような考え方は、奥田安弘教授の次の所説の中にも見出すことができる。「当時は合理的と考えられていた根拠であつても、今日の法観念からみて、あまりにも不合理である場合には、それは公序良俗違反であるといわざるをえない。たしかに国家賠償法附則六項は、新法不遡及の原則を定めているが、新旧いずれの法が適用されるかを定める時際法も、一種の抵触法である以上、これを全く機械的に適用してよいとは思われない。現在の法秩序からみて、旧法の内容が公序良俗違反である場合には、一定の範囲で旧法の適用を排除することが例外的に認められるべきであろう。……戦後補償において問題となっている加害行為は、いずれも常軌を逸したものであり、到底正当な公権力の行使とはいえないものばかりである。かような加害行為でさえも、戦前は国家無答責の法理によつて損害賠償請求権を発生させなかったのかもしいないが、戦後の法秩序において、同じ結論を導き出すことは、正常な法感覚に著しく反するといえる。それは、被害の甚大さからみても首肯できる。そうであれば、これらの加害行為および損害の発生が新法施行前の出来事であつたことを理由として、旧法の国家無答責の法理を適用することは、法的安定性、当事者の予見および期待可能性を考慮してもなお、時際法上の公序良俗に反するといわざるをえない。すなわち、これらの出来事は、戦前に起きたとはいえ、現在との関連が極めて密接であるから、時際法上の公序良俗を発動すべきであると考えられる。……時際法上の公序が発動された場合には、新法および旧法はいずれも同一



の法秩序に属するから、新法をそのまま適用して差し支えないであろう。」<sup>⑦</sup>

奥田説と私見は、現時点において国家無答責原則の適用を制限しようとする点において共通しているが、次の二点において相違している。その一は、奥田説が法例の時際法上の公序良俗違反から導いているのに対して、私見は一般的法原則（条理法）から導いているということである。奥田説は、時際法上の公序良俗を発動すべきことを説いたものであり、理論的にも精緻なものであるが、それに比較すれば、私見はきわめて単純で、理論的な検証に耐え得ないとの批判が予想される。しかし、現在の訴訟において国家無答責の原則の適用を制限しようとすることは、正義公平という一般的法原則からして当然のことであつて、それ以上に詳細な理由づけを必要としないであろう。この点について、前記の中国人強制連行・強制労働訴訟（劉連仁訴訟）の東京地判平成一三・七・一二が、「被告に対し、国家制度としての除斥期間の制度を適用して、その責任を免れさせることは、劉連仁の被った被害の重大さを考慮すると、正義公平の理念に著しく反していると言わざるを得ないし、また、このような重大な被害を被った劉連仁に対し、国家として損害の賠償に応ずることは、条理にもかたうというべきである。よつて、本件損害賠償請求権の行使に対する民法七二四条後段の除斥期間の適用はこれを制限するのが相当である」と判示していることに注目すべきである。これは、除斥期間制度の適用についてのものであるが、その趣旨は、そのまま国家無答責原則の適用についても当てはまるものというべきである。正義公平の原則を多用してはならないが、少なくとも戦後補償訴訟に対して正義公平の原則が適用されなければ、一体どのような場合にこれが適用されることになるのか、疑問とならざるを得ない。

相違点のその二は、奥田説が新法（国賠法）の適用を認めるのに対して、私見は国賠法附則六項の旧法主義を認

めたうえで、現在の訴訟での国家無答責原則の主張を正義公平原則違反であると解し、民法または不法行為地法の適用を肯定するということである。奥田説は、前述のように、時際法上の公序良俗を発動すべきであると主張するのであるから、新法(国賠法)の適用を認めることはその当然の帰結ということになる。しかし、国賠法附則六項を素直に読む限り、戦前の権力的加害行為について国賠法を適用しようとする試みは、より多くの抵抗に逢着するのではないかと思われる。

(3) 国家無答責原則の場所的適用制限 日本が外国において外国人に対して行った違法行為にも国家無答責の原則が適用されるか否かについては、最近の戦後補償訴訟までは、論議されることがなかった。戦前においてはもちろんのこと、戦後においても、論議の対象とされなかったのであり、もっぱら「権力的作用については国家無答責の原則が適用されるというのが判例・通説であった」との教科書的説明に終始していた。このため、この問題点については、現在のところ、肯定説と否定説が対立し、原告側は否定説に立ち、被告国側は肯定説に立つて主張することになったのである。

この点の対立例を別の戦後補償訴訟の準備書面でみることにしよう。強制連行・強制労働新潟訴訟においても、原告側は、「公権力の行使についても、国家無答責の法理の趣旨により、その適用範囲は、日本の管轄に服する者に対する場合と、その管轄に服さない者に対する場合とで区別する必要がある。すなわち、日本国の管轄に服する者に対する公権力の行使については、確かに国家無答責の法理が適用されるが、その管轄に服さない者に対する公権力の行使は、そもそも許されないのであるから、国家無答責の法理は適用されないといい解釈がなされるべきである」と主張している。これに対して、被告国は、「当時の我が国の法体系においては、軍隊の行為は被告の戦争

行為の一作用として権力作用に属し、権力作用については、民法の適用がなかったことは明らかである。当該行為が権力作用である以上、そのことは被害者が日本人であると外国人であるとを問わないのであつて、これによる損害については外国人も民法に基づきその賠償を請求することができない」と反論している。

裁判例をみると、七三一部隊・南京虐殺訴訟においても、原告側は同趣旨の主張をしていたが、東京地判平成一年九月二二日（判タ一〇二八号九二頁）は、次のように判示して、これを否定している。すなわち、「本件当時の我が国の法体系においては、軍隊の行為は被告の戦争行為の一作用として権力作用に属し、権力作用については民法の適用が排除されるとされていたことは疑う余地がないことである。しかも、それが戦争ないし軍事行為でないしこれに付随する行為であれば、被害者が日本人であろうと外国人であろうと、同じく国家無答責の対象としていたものであることも明らかというほかない（本件の全証拠によつても、本件当時における我が国の法体系がそれと異なるものであると認められない。）」。

本件訴訟における原告側の前記主張及び強制連行・強制労働新潟訴訟の原告側の前記主張は、奥田教授の所説から強く影響を受けたものである。奥田教授は、この点については国家無答責の法理がいかなる根拠に基づいていたのかを検討する必要があるとされて、「支配者と被支配者の自同性」や「国家と法秩序の自同性」等を検討されたうえで、次のように説かれている。「このように国家無答責の法理は、決して国家の利益のみを考慮して認められていたわけではなかった。むしろ国家イコール国民であるから、自己に対する不法行為はありえない、仮に何らかの損害が発生したとしても、自分が自分に対して損害を与えたことになる、という觀念にもとづいていた。すなわち、国家と国民の利益は完全に一致するのであるから、国家無答責の法理は、同時に国民の利益でもあると考えら

れていたのである。しかし、このような利益の一致を擬制することができるのは、当該国家の国民との関係および自発的に当該国家の管轄に服する外国人との関係に限定されるであろう。これに対して、自発的に当該国家の管轄に服していない外国人に対して、国家無答責の法理を適用することは、この法理の趣旨に反することになる。<sup>8)</sup>

国家無答責の原則が日本軍の外国における外国人に対する加害行為をも対象としていたか否かについては、それが問題となるような事案がなかったため、当時の判例でその点に触れたものは見当たらない。文献もまた、そのような問題があることを意識しておらず、言及したものは存在しない。従って、この問題の解答を当時の判例・学説から直接引き出すことができないから、奥田説や原告側主張は、国家無答責原則の理論的根拠である「支配者と被支配者の自同性」「国家と法秩序の自同性」等を検討し、そこから国家無答責原則の内在的制約を導き出して、国家無答責の原則は日本軍の外国における外国人に対する加害行為には及ばなかったと主張することになる。我が国における国家無答責の原則がこのような理論的根拠に基づいていたのであれば、そこからの内在的制約として、国家無答責の原則の及ぶ範囲は当該国家の国民及び自発的に当該国家の管轄に服する外国人に限定されるという見解は、相当の説得力を有していると評価することができる。しかし、当時の文献が国家無答責原則の理論的根拠にはほとんど言及していなかったことは事実であり、また、文献が日本の外国における外国人に対する権力的加害行為について触れていなかったにしても、そのことは、国家無答責の原則がそれにも及ぶことを当然の前提にしていたからであると考えられることも不可能ではない。日本の外国における外国人に対する加害行為にまで我が国の国家無答責の原則が適用されるというのは、現在の時点では誰が考えても奇妙なことであり、納得できるものではないが、戦前においてはそれほど不合理であるとは考えられていなかったのかもしれない。

## 五 公法上の危険責任

本件訴訟における原告側の主張は多岐にわたっている。訴訟上の主張であるから、多くの法的根拠を挙げることはやむを得ない。しかし、理論的に考えれば、本件は「結果責任」あるいは「公法上の危険責任」の一例として説明するのが妥当である。

### 1 結果責任

結果責任に基づく国家補償という類型をはじめて考え出されたのは、今村成和博士である。今村説によれば、国家補償は、原因行為における適法と違法、結果の発生における合法と不法、の組合せにより、①適法行為に基づく損失の補償、②違法行為に基づく損害の賠償、③結果責任に基づく国家補償、の三つの類型に区分される。今村説の特色は、③の類型に着目し、その重要性を指摘した点にある。③の類型は、原因行為に対する非難に基づかない点では①の類型と同様であるが、結果の不法に基づいて賠償責任が生ずる点では②の類型と同様の関係にあり、「不法な結果の発生のみに着目して、賠償責任が認められる場合」を指している。<sup>⑨</sup>

今村説においては、戦争災害補償は結果責任の事例として説明されている。<sup>⑩</sup> もっとも、そこで戦争災害という場合に、戦争損害のすべてを指しているわけではないであろうから、どのようなものがそこに含まれているかを吟味する必要がある。戦後補償訴訟の多くは、今村博士が逝去された後に提訴されたものであり、ましてや本件訴訟はごく最近のものであるから、今村博士が本件のような戦争損害をも結果責任に含めて考えられていたとは思われな

い。しかし、今村説の結果責任論を応用することはできるであろう。すなわち、今村説においては、結果責任の類型はさらに、①適法行為に基づいて不法な結果を生じさせた場合、②違法行為に基づいて不法な結果を生じさせた場合、③原因行為の適法性の如何を問わない場合、の三つに区分されるが、この③の場合は「危険責任」と呼ばれて、この中に戦争災害補償が位置づけられている<sup>11)</sup>。危険責任とは、今村説によれば、「相手方を危険状態において、こと、又は、自己の作り出した危険状態に基いて相手方に損害を生ぜしめたことを帰責事由とするもので、故意過失はもとより、行為の違法性をも、責任要件とするものではない」という類型である<sup>12)</sup>。従って、本件の事案を考慮すれば、この危険責任の中で説明することは可能であろう。

## 2 公法上の危険責任

公法上の危険責任とは、損害が国・公共団体の形成した特別の危険状態から生じたものである場合は、その危険状態を形成した国・公共団体が損害填補の責任を負う、との責任類型である<sup>13)</sup>。国家補償の三類型(損害賠償、損失補償、結果責任)においては、前述のように、危険責任は第三類型の一つとして位置づけられているが、筆者は第三類型を危険責任として純化すべきであると考えている<sup>14)</sup>。従って、危険責任という場合には、結果責任の中の危険責任を指す場合と第三類型としての危険責任(公法上の危険責任)を指す場合とがあることになる。しかし、いずれにしても、本件がこの危険責任のいずれかに該当することになれば、こちらの側面から国の責任が肯定される余地が出てくることになる。

危険責任に該当するか否かは、危険責任の要件を充足しているか否かにかかっている。今村説における危険責任

の要件は、「相手方を危険状態においたこと、又は、自己の作り出した危険状態に基いて相手方に損害を生ぜしめたこと」であり、故意過失や行為の違法性は責任要件とされていない。<sup>(15)</sup>これに対して、公法上の危険責任の要件は、侵害行為の欠如と特別の危険状態の形成である。責任要件に関する限り、両者間でそれほど大きな相違は認められない。以下においては、侵害行為の欠如と特別の危険状態の形成に分けて、検討することにする。

### 3 侵害行為の欠如

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う。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。<sup>(16)</sup>この点において、危険責任は損失補償から区別される。損失補償は、意識的・意欲的な侵害行為を前提にするものである。毒ガス兵器等の遺棄・放置行為に基づく被害は、国によって意識的・意欲的に惹起されたものではない。ここでは侵害行為が欠如していることは明らかである。

### 4 特別の危険状態の形成

成立要件のその二は、国による特別の危険状態の形成である。本件においては、毒ガス兵器等の遺棄・放置によって特別の危険状態が形成され、損害がそこから発生したことは明らかである。問題は、この特別の危険状態の形成が適法であるか否かである。これまで危険責任の例として挙げられてきた刑事補償や予防接種事故補償をみればわかるように、危険責任に該当するのは、特別の危険状態の形成が適法な場合である。しかし、原告側は、終始一貫して、毒ガス兵器等の遺棄・放置は違法であると主張してきたのであるから、特別の危険状態の形成を適法であ

ると考えることは困難であろう。

特別の危険状態の形成が適法でなければならぬというのは、危険責任の通常の場合を想定した要件設定である。全く例外を認めないような要件設定であるか否かについては一考を要するところである。危険責任という類型は、ドイツの文献において説かれていたものを我が国に導入したものであるが、ドイツの文献は、特別の危険状態形成の適法・違法についてはあまり触れていない。<sup>17</sup> 文献は、一般に適法性を前提にしているものと思われるが、危険責任の主唱者であるフォルストホフは、危険状態の形成が違法である場合をすべて危険責任から排除するものではない、と説いている。<sup>19</sup> 我が国においても、今村説では、「原因行為の適法性の如何を問わない場合」とされている。<sup>20</sup> 特別の危険状態の形成が適法であるか違法であるかを問題にしないで、そこから損害が発生していることに着目して、国の損害填補責任を導くという「結果責任」の発想からすれば、本件をこれに該当するものと判断することは、それほど困難ではない。ただ、特別の危険状態の形成が明らかに違法である場合をも危険責任に分類してしまうと、損害賠償との区別が不鮮明となるから、そこには一定の限界を設けざるを得ないであろう。

毒ガス兵器等の遺棄・放置行為は、個別的にみれば、原告側が主張しているように、違法なものであると考えざるを得ない。しかし、全体的にみれば、当時の異常な状況の下では、遺棄・放置行為はやむを得ない措置であったと考えることもできないわけではない。もしこのように考えることができるのであれば、特別の危険状態形成の適法性という要件も一応は充たされていることになる。また、そこまで譲歩できないとしても、本件のような場合を公法上の危険責任に「準ずるもの」として位置づけることも可能であろう。たとえそれが違法であるにしても、特別の危険状態が形成され、そこから損害が発生していることは確かであるからである。筆者は、これまで、公法上の危



危険責任に該当するのは特別の危険状態の形成が適法な場合であると説いてきたが、本件のような事件に限定して、従前の私見を修正することにした。従って、本件は、私見によれば、準公法上の危険責任として位置づけられることになる。

## 5 法的根拠

危険責任の根拠は、「危険状態を形成し、支配し、それによって利益を得る者は、そこから生じる損害に対して責任を負うのが公平である」という危険責任法理である。ただ、これはいわば合理的根拠にすぎないから、さらにその法的根拠が問題となる。ドイツの文献においては、平等原則、財産的価値及び個人の自由の保障、社会国家原理等が挙げられている。<sup>24</sup> 我が国においても、これらの憲法上の根拠について検討することが必要である。本件において考えられるのは、憲法一三条と一四条一項、さらにこれらに加えて、基本的人権保障の基礎にある正義公平の原則（条理）であろう。

今村博士は、危険責任の法的根拠について、かつて次のように説かれた。「この種の危険責任が、立法をまたずして裁判上成立しうる見込は、甚だうすいといわなくてはならぬ。しかし、それというのも、わが国においては、人権保障の根本を為す、個人主義的権利観が十分に確立していない為めであって、問題はむしろ、法解釈以前にある。しかし、それは又、現行憲法の精神に隔ること遠いものであって、われわれはむしろ勇敢に、立法をまたずしてかかる危険責任を認むべきことを、強く主張すべきであると思う。」<sup>25</sup> これは、四〇年以上前に説かれたものであるが、その後まだ立法化がなされていない領域については、依然として妥当する見解である。

本件においては、国が特別の危険状態を形成し、そこから損害が発生している。危険状態形成の国家起因性と被害の重大性からすれば、国の責任は正義公平の要請するところである。正義公平の原則は、不文の法ではあるが、一般的法原則として広く承認されているものであり、本件のような場合にこそ、その出番があるものと考えられるべきである。

本件に国賠法二条一項が適用されるか否かについては、原告・被告間で争いがある。仮に本件のような事故が我が国で発生した場合に国賠法二条の責任を免れないとすれば、外国における外国人が同種の被害に遭った場合にも国が責任を負う、というのが少なくとも正義公平の要請するところであろう。

## 6 新島漂着砲弾爆発事故訴訟判決の検討

本件のような訴訟ははじめてであるから、先例となる判例はないが、新島漂着砲弾爆発事故訴訟の一審・二審・上告審の各判決が参考になる。原告・被告双方はこれを作為義務の根拠に関連して引用しているのであるが、この事例は、むしろ、危険責任の類型に属するものと理解すべきである。

一審の東京地判昭和四九・一二・一八(判時七六六号七六頁)は、「本件事故発生の時、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、民法七〇九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（東京高判昭和五五・一〇・二三判時九八六号五四頁）は、民法七〇九条ではなくて七一五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。国が上告しなかつたため、上告審判決（最判昭和五九・三・二三民集三八巻五号四七五頁）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といえる。

これは、実質的には、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といつてよい。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るか否かは、危険責任の成立に直接の関係はない。前述したように、特別の危険状態形成の適法・違法が若干問題とはなるが、砲弾類の海中投棄が連合国軍の指令に基づく武装解除の一環としてなされたという点からすれば、特別の危険状態の形成は一応適法ということになる。ただ、投棄場所が前浜海岸沖と指示されたにもかかわらず、それが徹底せず、監督も不十分であったために、その大部分は前浜海岸から数十メートル離れたにすぎない海中に、しかも信管を除去することなく投棄されたというのであるから、特別の危険状態の形成は違法であるという見方も成り立ち得るであろう。しかし、いずれにしても、前述のように、特別の危険状態形成の適法・違法の判断は、危険責任の成立にとつては必ずしも必要なものではない。

損害填補責任の性質からすれば、この場合の国の責任を危険責任として説明することの方が理解しやすいものである。一審判決は民法七〇九条に基づいて、控訴審判決は民法七一五条に基づいて国の責任を肯定しているが、こ

れは他に実定法上の根拠を見出せないということからであろう。しかし、実定法上の明確な根拠がないという点では、民法からアプローチしても国賠法からアプローチしても、あるいはまた直接憲法一三条等からアプローチしても、大同小異ではないかと思われる。

## 7 まとめ

新島漂着砲弾爆発事故訴訟における右判例を参考にすれば、本件毒ガス兵器の遺棄は特別の危険状態の形成であるから、その後の作為義務、予見可能性、回避可能性の有無、過失の有無等を問題にするまでもなく、国の責任が肯定されるべきこととなる。特別の危険状態を形成した者が責任を負うべきことは、まさに条理法の内容として是認されるべきであり、あえてその法的根拠を求めるとすれば、憲法一三条と一四条一項を挙げることができる。

(1) しかし、その控訴審判決(広島高判平成一三・三・二九)は、「憲法上、元慰安婦らへの謝罪・補償について、立法義務が明白に存在するとは言えない」として、一審判決を取り消し、請求を棄却している。

(2) 因みに、本件訴訟とは別個に、日本国政府は、現在、「化学兵器の開発、生産、貯蔵及び使用の禁止並びに廃棄に関する条約」(一九九二年。日本は一九九五年に批准)に基づき、旧日本軍が中国に遺棄した化学兵器の廃棄処理を義務づけられている。

(3) 山田勝彦「日本軍毒ガス・砲弾遺棄被害賠償請求事件」法と民主主義三二八号四六頁(一九九八年)、高曉燕(山辺悠喜子・宮崎教四郎訳)『日本軍の遺棄毒ガス兵器——中国人被害者は訴える』一五頁以下(一九九六年)参照。

- (4) この対立点については、さしあたり、藤田久一＝鈴木五十三＝永野貴太郎編『戦争と個人の権利』八頁以下（一九九九年）参照。
- (5) 古崎慶長「公務員の不作為と国家賠償責任」古崎『国家賠償法の理論』七八頁以下（一九八〇年。初出一九七八年）。
- (6) 古崎・前掲注（5）一〇二頁。
- (7) 奥田安弘「国際私法からみた戦後補償」奥田ほか『共同研究中国戦後補償——歴史・法・裁判』一五五～一五八頁（二〇〇〇年）。
- (8) 奥田・前掲注（7）一五二頁。
- (9) 今村成和『国家補償法』二～三頁（一九五七年）、今村成和＝畠山武道補訂『行政法入門（第六版補訂版）』二〇二頁以下（二〇〇〇年）。
- (10) 今村・前掲注（9）一三一頁、今村＝畠山補訂・前掲注（9）二〇五～二〇六頁。
- (11) 今村・前掲注（9）三頁、一二八頁以下。
- (12) 今村・前掲注（9）一三〇～一三一頁。なお、秋山義昭『国家補償法』二二九頁（一九八五年）参照。
- (13) 西埜「国家補償の概念と機能」法政理論三三卷二号一四頁（一九九九年）。
- (14) 西埜・前掲注（13）一四頁以下参照。
- (15) 今村・前掲注（9）一三〇頁。
- (16) 西埜「公法上の危険責任論」一三四頁以下（一九七五年）参照。
- (17) 西埜・前掲注（16）一二二頁以下参照。

- (18) 西埜「西ドイツ国家責任法体系における公法上の危険責任について」公法研究四二号一七四頁以下(一九八〇年)参照。

(19) Forsthoft, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 10. Aufl., 1973, S. 363.

(20) 今村・前掲注(9)三頁。

(21) 西埜・前掲注(18)一七六頁。

(22) 今村・前掲注(9)一三四頁。

(訴状、準備書面等の入手については、尾山宏弁護士、南典男弁護士、山田勝彦弁護士らのお世話になった。厚くお礼を申し上げます。)