論説

戦争損害と国家無答責の原則

西　埜　章

はじめに

戦争損害をめぐる訴訟には種々のものがある。従軍慰安婦訴訟や七三一部隊訴訟のように、被害者が外国人であり、国の加害行為が戦前に行われているものが大半であるが、在外資産喪失訴訟やシベリア抑留訴訟のように、被害者が日本人であり、賠償または補償の原因とされる国の行為が戦後に行われているものもある。また、国の責任の法的根拠とされているものも、訴訟ごとに異なっており、国際法を根拠とするもの、国内法を根拠とするもの、両方を根拠とするものなどがあり、国内法については、さらに、現行憲法二九条三項を根拠とするもの、一四条一

項を根拠とするもの、国家賠償法（国賠法）を根拠とするもの、安全配慮義務違反を根拠とするもの、民法不法行為法を根拠とするものなど、さまざまなものがある。従軍慰安婦訴訟だけをみても、関釜訴訟（後掲）、韓国人従軍慰安婦訴訟（東京地裁）、フィリピン人従軍慰安婦訴訟（東京地判平成一〇・一〇・九）、中国人慰安婦訴訟（東京地裁）が提起されており、[1] 国の損害賠償責任の理論構成はそれぞれ異なっている。

従軍慰安婦訴訟や七三一部隊訴訟等は、戦前における国の不法行為責任を追及するものである。国内法上は、直接的には法例一一条や民法七一五条等を根拠とするにしても、最終的には明治憲法下の権力的作用における国家無答責（国家無責任）の原則に逢着することになる。[2] 明治憲法下の通説・判例は、権力的作用においては、特別の定めがない限り、国は損害賠償責任を負わないものと解していた。従って、戦前に行われた従軍慰安婦に対する不法行為や七三一部隊による不法行為は、これが権力的作用に該当することになれば、国は損害賠償責任を負わなくてもよいことになる。現に、三菱重工業訴訟において、長崎地判平成九・一二・二（判時一六四一号一二四頁）は、国家無答責の原則を採用して国の責任を否定している。しかし、戦前の明治憲法下で訴訟を提起したのであればともかく、現在、現行憲法下において国の損害賠償責任を追及している場合に、このような考え方が妥当であるか否かは、なお再検討を要するように思われる。

一　国の損害賠償責任の構成方法

戦争損害に対する国の損害賠償責任を追及するについては、これまでの訴訟や文献を一瞥すると、きわめて多様

な方法が考えられている。ここでは、そのうち、①新しい救済立法を定立する方法、②立法の不作為責任を肯定する方法、③民法を適用する方法、について簡単に説明し、本稿における主題について考察する際の出発点とすることにしたい。

1　立法による解決

(1)　立法による解決は、新しい法律を制定して被害者を救済するという方法である。例えば、「個人に対する賠償は……、立法なしに解決することが困難である。……国会がリーダーシップを発揮し、行政府がこれに協力するなら、解決の道が開けてくるであろう」という見解がその代表的なものである。[3] 日本弁護士連合会も、平成七（一九九五）年一月二〇日に、「その被害が明らかになった『従軍慰安婦』被害者に対しては、早期に個別立法による被害補償を実施すべきである。その他の戦争被害については、戦後補償法を制定し、賠償を行う必要がある。戦後補償立法については、戦後補償は、日本が真に人権を保障し擁護する国家となるためにも、国際的信頼を得ていくためにも、日本人全体が主体的に解決すべき問題であるとの認識に立って、早急に国民的合意を形成し、立法を行うべきである」と提言している。

(2)　裁判例も、しばしば立法の必要性に触れている。例えば、台湾人元日本兵戦死傷補償請求訴訟の控訴審判決（東京高判昭和六〇・八・二六判時一一六三号四一頁）は、国の補償責任を否定したものの、「ただ現実には、控訴人らはほぼ同様の境遇にある日本人と比較して著しい不利益をうけていることは明らかであり、しかも戦死傷の日からすでに四〇年以上の歳月が経過しているのであるから、予測される外交上、財政上、法技術上の困難を克服

して、早急にこの不利益を払拭し、国際信用を高めるよう尽力することが、国政関与者に対する期待であることを特に付言する」と判示している。この東京高判の影響もあってか、昭和六二（一九八七）年九月二九日に、「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」が制定された。[4] また、最近では、韓国・朝鮮人BC級戦犯訴訟の控訴審判決（東京高判平成一〇・七・一三判例集未登載）も、国の責任は否定したが、「戦争裁判を受けてから既に五〇年余の歳月が経過し、戦犯者控訴人らはいずれも高齢となり、当審係属中にも、そのうちの二人が死亡している。国政関与者においてこの問題の早期解決を図るため適切な立法措置を講じることが期待される」と判示している。

(3) 立法による解決は、国家無答責の原則や時効・除斥期間等の理論的問題にそれほど深入りしなくても可能である。しかし、国会が立法するまで待たなければならないのであるから、現時点での解決方法としては、劣位に置かれざるを得ない。また、立法による解決の場合は、概して補償額が低く押さえられる傾向にあるから、不足額について再び訴訟で争われることも予想できないではない。

2　立法の不作為責任

(1) 立法の不作為責任は、被害者救済のための法律を制定しないことが違法であるとして、国家賠償請求訴訟を提起して国の責任を追及する方法である。[5] これまでに立法の不作為責任を追及した訴訟は少なくないが、例えば、戦傷病者戦没者遺族等援護法上の援護の対象に民間人被災者を含めるような立法をしないのは違法であるとの訴訟において、原告側は、「少なくとも昭和五一年以降においては、国会議員は、民間被災者に対する援護法を立案し

制定する職責を有していたというべきであり、右職責に反する立法の不作為は、国会議員としての違法な職務行為を構成し、かつ、右不作為には故意又は重大な過失が存した」と主張していた。しかし、一審判決（名古屋地判昭和五五・八・二九判時一〇〇六号八六頁）、控訴審判決（名古屋高判昭和五八・七・七判時一〇八六号一一一頁）、上告審判決（最判昭和六二・六・二六訟月三四巻一号二五頁）は、いずれも立法の不作為責任を否定した。また、シベリア抑留訴訟においても、原告側は、補償措置を講じないという不作為の違法を主張していたが、一審判決（東京地判平成元・四・一八判時一三二九号三六頁）は、国会が特定の立法をしないことが違法とされるのは「作為義務が憲法上明文をもって定められているか憲法解釈上その義務の存在が明白な場合」であるとして、当該事件においては「憲法上又は憲法解釈上原告ら被抑留者に対する補償立法義務が存在するとはいえない」と判示しており、控訴審判決（東京高判平成五・三・五判時一四六六号四〇頁）、上告審判決（最判平成九・三・一三民集五一巻三号一二三三頁）も、これを是認している。

(2)　このような判例動向の中で、従軍慰安婦・女子勤労艇身隊員訴訟（関釜訴訟）における山口地下関支判平成一〇・四・二七（判例集未登載）は、立法の不作為責任を肯定して、「遅くとも右内閣官房長官談話が出された平成五年（一九九三年）八月四日以降の早い段階で、先の作為義務は、慰安婦原告らの被った損害を回復するための特別の賠償立法をなすべき日本国憲法上の義務に転化し、その旨明確に国会に対する立法課題を提起したというべきである。そして、右の談話から遅くとも三年を経過した平成八年八月末には、右立法をなすべき合理的期間を経過したといえるから、当該立法不作為が国家賠償法上も違法となったと認められる」と判示しており、注目されている。同判決は、在宅投票制度廃止等違憲訴訟の最判昭和六〇・一一・二一（民集三九巻七号一五一二頁）を引用

したうえで、最判昭和六〇年のいう「例外的な場合」を緩やかに解して、「立法不作為に関する限り、これが日本国憲法秩序の根幹的価値に関わる基本的人権の侵害をもたらしている場合にも、例外的に国家賠償法上の違法をいうことができるものと解する」と述べている。[6]

関釜訴訟判決が立法の不作為責任を肯定したことは、戦争犠牲者を何らかの形で法的に救済しようとする姿勢において、積極的に評価されるべきである。ただ、最判昭和六〇年の理論に依拠しながら、「例外的な場合」を緩やかに解釈するというのは、最判昭和六〇年の理論的趣旨に適合しているのか否か、疑問がないわけではない。[7] 同判決は、最判昭和六〇年の理論からややはずれているのであり、むしろ、実質的には、「憲法に違反することは国賠法上も違法となる」との考え方（違憲即違法説）に立脚しているものと理解することも可能であろう。

(3) 立法の不作為責任を認めたことは、戦争犠牲者補償にとっては大きな前進である。しかし、それは、あくまでも立法府の怠慢を責めたものにすぎず、根本的な解決でないことはいうまでもない。関釜訴訟判決は、直接には触れていないが、同判決の背後にも、通説・判例と同様に、戦前の権力的作用についての国家無答責の原則が横たわっているように思われる。

3　民法の適用

(1) これは、民法の不法行為の規定を適用して戦争犠牲者を救済するという解決方法である。戦前においても、少数ではあるが、権力的作用による損害に対して民法の適用を説く見解があった。また、戦後、現行憲法施行後で国賠法施行前の権力的作用による損害に対して、民法の適用を主張する見解がある。訴訟においても、終戦直後の

日本の憲兵による朝鮮人虐殺事件において、原告側は被告国に対して民法七一五条に基づいて損害賠償の請求をしているし（東京地判平成七・七・二七判時一五六三号一二一頁参照）、三菱重工業訴訟においても、被告国に対して民法七〇九条、七一五条、七一九条に基づいて損害賠償の請求をしている（前掲長崎地判平成九・一二・二参照）。また、戦争損害ではないが、名古屋予防接種事故集団訴訟においては、昭和一三年に種痘の予防接種を受けた被害者について、原告側は民法七〇九条、七一五条を責任根拠の一つにしていた（名古屋地判昭和六〇・一〇・三一判時一一七五号三頁参照）。

(2)　後述するように、中国人慰安婦訴訟等においては、原告側は、戦前における国家無答責の原則の妥当範囲を限定し、この原則は従軍慰安婦事件や七三一部隊事件のような残虐非道の行為には妥当性を有しない、と主張している。同訴訟においては、法例一一条により、当時の中国民法に基づいて請求しているが、そうでなければ、民法不法行為法の規定に基づいて請求することになるものと思われる。[8]

(3)　しかし、戦前においては、権力的作用による損害について国家無答責の原則が支配していたから、戦前の戦争損害に対して民法を適用することにはきわめて強い抵抗が予想される。従って、ここではまず、現在の訴訟であっても、戦前の権力的加害行為に対して国家無答責の原則が妥当するものか否かという基本的問題が解決されなければならない。

二　中国人慰安婦訴訟等における原告・被告の主張

1　訴訟の概要

ここでは、主として、中国人慰安婦損害賠償等請求事件と七三一・南京虐殺等損害賠償請求事件における原告・被告双方の主張を摘記して、国家無答責の原則が直面している具体的問題状況を概観することにする。

中国人慰安婦損害賠償等請求事件（中国人慰安婦訴訟）は、戦前に中国において従軍慰安婦として日本軍に強制的に連行された中国人五人が、平成七（一九九五）年八月に、日本国に対して、国際法・国際慣習法違反に基づく損害賠償と法例一一条一項により中国民法に基づく損害賠償（総額一億円）、それに加えて原告らの名誉を回復するための謝罪を求めたものである。

七三一部隊・南京虐殺等損害賠償請求訴訟（七三一・南京訴訟）は、一九三七年から一九四五年にかけて、中国において七三一部隊（関東軍防疫給水部。石井部隊）による人体実験や細菌兵器により多数の中国人が殺戮され、また、一九三七年の南京事件において多数の中国人が虐殺されたが、その被害者または遺族が、平成七（一九九五）年八月に、日本国に対して、国際法・国際慣習法違反に基づく損害賠償と法例一一条一項により中国民法に基づく損害賠償（総額一億円）を求めたものである。

原告側の主張は、中国人慰安婦訴訟と七三一・南京訴訟とで基本的には同じである。両訴訟において、原告側は、国際法上は国際違法行為を理由とする日本国の損害賠償を、国内法上は法例一一条一項による中国民法に基づく損害賠償等を求めている。ここでは、もっぱら、後者の国内法上の損害賠償責任の問題に限定して、原告・被告双方

の主張を要約しておくことにしよう。

2　原告らの主張

法例一一条一項は、「不法行為ニ因リテ生スル債権ノ成立及ヒ効力ハ其原因タル事実ノ発生シタル地ノ法律ニ依ル」と定めている。そこで、原告側は、被告が前記不法行為を行った地も原告らに損害が発生した地も、ともに中国の山西省であるから、被告は当時の中国民法一八四条、一八五条、一八八条、一九三条に基づいて損害賠償責任を負う、と主張している。

3　被告の主張

これに対して、被告準備書面（平成七年一一月二九日）によれば、被告側は、まず、①旧日本軍による加害行為は権力的作用であり、公法的色彩がきわめて高いから、法例は適用されず、日本法が適用されると考えるべきであり、明治憲法下においては、権力的作用については民法の適用はなく、特別の規定のない限り、国の損害賠償責任は否定されていた（国家無答責の原則）のであるから、本件においても国の損害賠償責任は存しない、と主張し、次いで、②仮に法例一一条の適用があるとしても、同条二項は「前項ノ規定ハ不法行為ニ付テハ外国ニ於テ発生シタル事実カ日本ノ法律ニ依レハ不法ナラサルトキハ之ヲ適用セス」と規定しているから、日本法も累積的に適用されるところ、当時の日本法では、公権力の行使については民法が適用されず、国の損害賠償責任が認められなかったのであるから、本件においても国の損害賠償責任は否定されることになる、と主張している。(9)

4　原告らの反論

(1)　被告の前記主張に対する原告側の反論は、原告準備書面（平成八年三月六日）によれば、次のとおりである。まず、被告主張の基本的論拠は「国家無答責の原則」であるとして、これを批判するが、その際の基本的視点は、「いかに日本軍による残虐行為が明治憲法下でなされたものであるとはいえ、原告ら中国人の裁判上の損害賠償請求は日本国憲法下の現時点でなされているのであり、今日の時点において、被告国がどこまで明治憲法下の無答責原則を援用して、国の賠償責任を免脱することが法的に許容されうるかは、十分に検討すべき余地があり、今日の日本の司法に課せられた全く新たな検討課題なのであって、自明の理では決してない」ということである。そして、この基本的視点に立って、①明治憲法下の判例・学説によって形成された国家無答責の原則は、日本軍の中国人に対する残虐非道な加害行為のような、極限の違法性を有する権力行為を想定しておらず、国家無答責の原則の対象外であり、このような残虐非道な加害行為については法理・法解釈論の完全な空白領域であったこと、②国の権力行為につき無答責の原則が妥当するについては、それが何らかの「公益目的」実現のために行われたことを必要とするところ、日本軍の加害行為は公益目的とはおよそ無縁のものであり、国家無答責の原則を主張し得る基盤を欠くこと、を主張している。

(2)　原告側の反論のその二は、原因たる行為が公務員の公権力の行使に伴う違法行為であっても、それによって生じた損害の賠償に関する問題は私法関係に属する問題であり、国際私法の適用を受ける問題であるから、法例一一条一項によって不法行為地の当時の中国民法が適用されることは明らかである、ということである。また、被告が「仮に法例一一条の適用があるとしても、同条二項により、被告は賠償責任を負わない」と主張していることに

対しては、原告側は、本件においては行為者に被害者の権利侵害について故意があったことは明らかであるから、同条項により被告の賠償責任を否定することはできないとし、百歩譲って日本法の累積的適用がなされるとしても、本件行為が「不法」であることは確かであるから、結局、中国民法の適用を妨げる理由にはならない、としている。

5　被告の反論

(1)　被告準備書面（平成八年六月一九日）によれば、国家無答責の原則は極限の違法性を有する権力的行為には妥当しないとの原告側の反論に対して、被告は、当時の判例・通説においては、国家無答責の原則は何らの留保も付されておらず、加害行為とされるものが権力的行為であることのみを要件としていたのであって、当該行為の違法性の程度いかんによりこの原則の例外を認めていたものではない、と反論している。

(2)　次に、違法な公権力の行使による損害を賠償するという法律関係は私法関係と性質を同じくするものであるから、法例一一条一項により不法行為地法の中国民法が適用されるとの原告らの反論に対して、比較法的あるいは実質法的な観点からみると、原告らが主張する本件加害行為が一般民事法における不法行為とは区別された領域に属することは明らかであり、本件法律関係のような公権力の発動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、法律関係性質決定の問題として、本件法律関係は法例一一条一項にいう「不法行為」概念には包摂されず、原告らが主張する本件加害行為について同項が適用される余地はない、と反論している。

(3)　さらに、法例一一条二項の適用については、この条項の趣旨は、内国公序の立場から、日本法に照らして不

法行為でない行為は、これを不法行為として救済する必要がないとするものであり、従って、不法行為地法と日本法との一般的な累積的適用を認めたものとして、両者の不法行為の成立要件をすべて具備しなければ不法行為が成立しない旨を定めたものであるところ、国家無答責の原則は、明治憲法下において、国の権力的行為に関する限り、不法行為による救済の対象としない趣旨であり、この原則の適用については、行為の違法性の程度を論ずる必要はないし、責任阻却事由とする根拠もない、と反論している。

三　戦争損害と国家無答責の原則

1　現行憲法施行前の国の損害賠償責任

(1)　文献においては、国賠法の時間的適用範囲をめぐって、現行憲法施行後で国賠法施行前の国の損害賠償責任の有無については論議されてきたが、現行憲法施行前の権力的作用における国の損害賠償責任についてはほとんど論議されてこなかった。これは、現行憲法施行前の権力的作用については国家無答責の原則が適用されることは自明である、と考えられていたためである。[10] せいぜい、ポツダム宣言の受諾により民法の適用が可能となったとの見解があるだけである。[11][12]

(2)　判例においても、現行憲法施行前の国の損害賠償責任は否定されている。警察官の防空法に基づく家屋破壊の不法を理由とする国家賠償請求事件において、最判昭和二五・四・一一（国家賠償法の諸問題五九頁）は、「本件家屋の破壊は日本国憲法施行以前に行われたものであって、国家賠償法の適用される理由もなく、原判決が同法

附則によって従前の例により国に賠償責任なしとし、上告人の請求を容れなかったのは至当であって、論旨に理由はない」として、上告を棄却している。そのほか、八丈島老女殺し事件国賠請求事件において、東京高判昭和四六・一一・二五（高民二四巻四号四一九頁）は、「昭和二二年一〇月二七日施行の国家賠償法附則六項によれば、同法施行以前の行為に基づく損害については、同法によってその賠償を請求することはできないと解すべきところ、前記争いのない事実に徴すれば、控訴人が違法であると主張する……警察官吏、検事および予審判事の各行為はいずれも国家賠償法および新憲法施行前になされたことが認められるのでこれらの行為に基づく損害につき国家賠償法によってその賠償を求める控訴人の第一次的請求は、その余の判断を加えるまでもなく失当であるといわなければならない」と判示している。名古屋予防接種事故集団訴訟において、名古屋地判昭和六〇・一〇・三一（前掲）は、「原告Mに関する民法七〇九条、七一五条の適用の有無につき検討すると、同人は昭和一三年四月一〇日、旧憲法下の種痘法に基づく種痘を受けたものであるから、右接種に基づく民事上の賠償責任の有無は、原則として接種当時における解釈によるべきところ、接種の強制とその義務履行は国の優越的地位に基づく公権力行使と観念されること、旧憲法下においては、原則として右のような公権力の行使に該当する国の行為につき民法七〇九条の適用が否定されていたことに照らすと、同人の民法七〇九条、七一五条に基づく請求はその余の点につき判断するまでもなく理由がない」と判示している。関釜訴訟判決（前掲）も、前述のように立法不作為による責任を肯定したものの、「従軍慰安婦制度は、日本国憲法の個人の尊重、人格の尊厳原理を根本から侵すものであるが、これがいかに非人道的行為であったにせよ、同憲法制定前の侵害行為につき、なんらの媒介を経ることなく、直ちに右原理を適用、妥当させて違法性を導くことにはどうしても論理的飛躍が残る」と述べて、現行憲法施行前の権力的加害

行為については国の責任を否定している。

2　国家無答責の原則と現在におけるその意義

前述の中国人慰安婦訴訟等における原告・被告の主張の対立点は、法例一一条の適用の可否にあるが、そのことは、結局、国家無答責の原則の妥当性の問題にも関連してくる。

(1)　戦前においては、権力的作用における国の損害賠償責任については、責任否定説（国家無答責）が通説・判例であった。[13] 当時の通説を代表するのは、美濃部達吉博士の所説である。博士は、「国家又ハ公共団体ガ優越ナル支配権ノ主体トシテ人民ニ対スル場合ニ於テハ其ノ作用ハ民法第七百十五条ノ意義ニ於テノ『事業』ト認ムルコトヲ得ズ。民法ノ規定ハ之ニ適用セラルルコトナシ。……総テ公の権力ノ作用トシテ行ハルル場合ニ於テハ、官吏又ハ公吏ノ故意又ハ過失ニ因リ其ノ権力ヲ違法ニ行使シ他人ノ権利ヲ侵害スルコトアルモ、官吏又ハ公吏ガ個人トシテ賠償責任ヲ負フハ格別、国家又ハ公法人ハ損害賠償ノ責ニ任ズルコトナシ。例ヘバ、警察官吏ガ違法ニ権力ヲ濫用シテ暴行又ハ凌虐ノ行為ヲ為シ人ヲ死傷ニ致シタルトキ、収税官吏ガ家宅ヲ捜索スルニ際シ違法ニ他人ノ物件ヲ損害シタルトキノ如キ、何レモ被害者ハ官吏個人ニ対シ損害賠償ヲ求ムルコトヲ得ルニ止マリ、事業主トシテノ国家ニ対シテ其ノ賠償責任ヲ求ムルヲ得ベキニ非ズ」と説かれていた。[14]

(2)　当時の判例を代表するのは、大審院昭和一六年二月二七日判決（民集二〇巻二号一一八頁）である。同判決は、公吏の町税滞納処分による損害につき民法七一五条に基づいて賠償請求がなされた事件において、「按ズルニ凡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アラザルコ

トハ言ヲ俟タザルトコロナルヲ以テ、官吏又ハ公吏ガ国家又ハ公共団体ノ機関トシテ職務ヲ執行スルニ当リ不法ニ私人ノ権利ヲ侵害シ之ニ損害ヲ蒙ラシメタル場合ニ於テ、ソノ職務行為ガ統治権ニ基ク権力行動ニ属スルモノナルトキハ、国家又ハ公共団体トシテ被害者ニ対シ民法不法行為上ノ責任ヲ負フコトナキモノト解セザルベカラズ」と判示していた。

(3)　しかし、他方で、少数ではあるが、国の損害賠償責任を肯定する立場も存在していた。肯定説としては、渡辺宗太郎博士と三宅正男教授の所説を挙げることができる。渡辺博士は、「国家が違法行為に依つて私人に財産上の損害を加えたる場合には固より国家はそれを賠償すべき義務を負担する。私人の利益が法に依つて権利として保護せられる以上、それの違法の侵害あるときにはその行為者の何びとであるかを問わず原則として私人はその損害の賠償を請求し得べく、行為者は之を賠償すべき義務を負う。特別の法の規定なき限り国家と雖も当然にこの義務から免除せられると為すを得ないのである。而してこのことは国家の違法行為が公法行為たると私法行為たるとに依つて、又権力行為たると対等行為たるとに依つて異なるところはない。唯かかる違法行為が国家の公法行為に属するときには、当該行為主体たる行政官庁が国家の賠償義務を履行しない場合に現行法上尚之に対して義務の履行を強制する救済手段が存しない。併しかかる救済手段の存しないことは理論上賠償義務の存在を否認することの根拠となり得るものではない」と説かれていた。[15] これは、フランス法的な公負担平等の原理を基礎にして、権力的作用における国の責任を理論化したものであり、当時としてはきわめて進歩的なものであった。

また、三宅正男教授は、大審院昭和一六年二月二七日判決（前掲）の評釈の中で通説・判例を批判されて、「私権の侵害が違法に為された場合に私法規定に従つて公法人に対する賠償請求を許すことが権力的作用の本質をどれ

だけ害するものであらうか。……国家の賠償責任を認めることは損害を国民に分配する結果となり、通常の場合の不法行為による損害賠償と異なる性質をもつが、だからと云つて、不法行為に依る国家の責任を排斥する必要は存しない。要するに権力的作用に依る公法人の賠償責任を――非権力的な公行政の場合と区別して――私法の範囲から排斥せねばならなぬ実質的理由は存しないと思ふ」と説かれていた。[16] これは、民事法的な観点から国の責任を認めようとしたものである。

(4)　田中二郎博士は、昭和八（一九三三）年に発表された論文において、通説・判例を批判されて、「我が国の法制が実際の制度として妥当なりや否やは疑はしいのみならず、解釈論的にも当然に上の結論に達すべきものなりや否やは疑の余地がないではない。兎も角、現在の実際の制度が、正義公平の理想から、甚だしくかけ離れたものであることだけは事実で（ある）」としたうえで、「問題は、結局国民全体の負担に於て具体的の個人の特別の犠牲を償ふべきか、それとも個人の特別の犠牲を国民全体の利益の為めに、已むを得ざる犠牲として之を甘受せしむべきかの選択の問題であり、その何れがより正義なるかの利益衡量の問題に帰することを考へねばならぬのである。問題は経済的価値の分配に在り、其処に支配すべきものは正義公平の原則でなければならぬ。若しかかる見解が是認されるならば、その損害が公権力の作用に基くものなりとする理由のみを以て、国家の賠償義務を否定し去ることが果して正当なりやを疑はざるを得ない。其の損害が権力的作用に基くか、非権力的作用に基くかは、公平負担の原則からは、特に区別する必要を見ないのである。……私は、公法上の特別の規定なき限り、経済生活に関する基礎規律たる民法に於ける原則が公法の領域にも類推適用さるべきものと解するのが正当ではないかと憶測する」と主張されていた。[17] しかし、博士は、その後、この主張を後退されて、前記の三宅説を批判されて、「本件の如き

場合にも国又は公共団体の賠償責任を認めようとしてその理論構成を試みて居るものがある（三宅・前掲三八頁）。そこに示された理論構成には将来立法論的に又は判例法の具体的形成に当つて参考とせらるべきものがあるが、現行法制の解釈として直ちにこれを認め得るやは疑問とせねばならぬ。元来民法は対等の個人（又は個人的立場に立つ国又は公法人）間の利害調整を目的として定められて居るものであるから、それをそのままに、全くその地盤を異にする国又は公共団体の権力的作用に適用することは許されぬと見るべきである」と説かれている。[18]

(5)　このように、国の損害賠償責任を肯定する見解も説かれてはいたが、通説・判例は否定説に立っていた。そこで、原告側は、前述のように、国家無答責の原則が支配的であったことを認めたうえで、国家無答責の原則の妥当範囲を限定し、日本軍の残虐非道の行為には同原則は及ばないと主張する。[19] 確かに、戦前の判例には、日本軍の残虐非道の行為を対象とするものはなかったし、通説も、そのような不法行為までを念頭において論じていたとはいえないであろう。原告側のこのような主張は、これまでに説かれていなかったものであり、注目すべき見解であるといってよい。しかし、判例は、国家無答責の原則の妥当範囲を限定していたわけではなく、そのような事件が訴訟として提起されなかっただけであり、もし提起されていれば、職務外の行為として官吏個人の責任の問題として処理するか、あるいは、職務行為であるとしても、国家無答責の原則を適用して、国に対する請求を棄却したのではないかとも考えられる。被告準備書面（平成八年六月一九日）は、「右の判例及び通説においても、右原則に何らの留保も付されていなかったことから明らかなように、国家無答責の原則は、加害行為とされるものが権力的行為であることのみを要件とするものであって、当該行為の違法性の程度いかんにより右原則の例外を承認することはなかった」と述べている。

(6)　しかし、このことは、戦前の日本軍の残虐非道行為による損害に対して現在においても国の賠償責任が否定されるべきである、ということを直ちに意味するものではない。現行憲法一七条は国の賠償責任を明文で定めているが、これはいわば時代の趨勢であり、これによって国家無答責の原則は完全に否定された。原告らの損害賠償請求は、戦前において行われたのではなく、現在において行われているのである。従って、原告らの損害賠償請求を斥けるために戦前の国家無答責の原則を持ち出すことが、現在において許されるか否かが問題とされなければならない。

国賠法の附則六項は、「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」と規定している。立法者意思としては、従前の例とは、おそらく、権力的作用についての国家無答責の原則を指すものであろう。しかし、「従前の例」という文言は、国家無答責の例によると解するほかに解釈余地がないわけではない。現行憲法施行後で国賠法施行前の行為については、民法の適用ないし類推適用が認められるようになったと解して、このような法状態を「従前の例」として理解することも可能であろう。[20]

(7)　ただ、このように解しても、これは現行憲法施行後の行為についてであるから、それ以前の行為についても同じようにいえるか否かは、改めて検討しなければならない。先に紹介したように、明治憲法下においても、学説の中には官吏の権力的作用における不法行為について民法七一五条の適用を肯定する見解もあったのであるが、これはきわめて少数にとどまっていた。当時の判例・通説は、権力的作用における国の損害賠償責任否定説で固まっていたのである。現在の訴訟においてであっても、戦前の加害行為を対象にする以上は、当時の国家無答責の原則を適用せざるを得ないというのが支配的な見解ではないかと思われる。

(8)　しかし、このような通説的立場に批判的な見解もないわけではない。阿部泰隆教授は、戦前の種痘法に基づく種痘事故（昭和一三年）の被害者が民法七〇九条、七一五条に基づいて損害賠償請求した事案において、名古屋地判昭和六〇・一〇・三一（前掲）が国家無答責の法理を適用して本訴請求を失当と判断したことについて、「過去の法律の解釈は、過去の時点の解釈に従うべきか、現時点で当時の法令の解釈をすべきかが論点であるが、明治憲法時代でさえ、公権力の行使について民法を適用する解釈があったことに照らすと、理論的には、今日の裁判所としては、当時の判例に従えば足りるのでなく、当時の法令の解釈を現時点でやりなおすべきであろう」と説かれている。[21] 古川純教授も、阿部説に依拠しつつ、「戦後補償裁判において裁判所は、国側主張の国家無責任の法理に安易にもたれかかることなく、強制連行等の国家の権力的行動の不法行為については、法律の特別の規定がない限り民法の適用を原則とする解釈学説に依拠して、『当時の法令の解釈を現時点でやりなおす』べきであろう」と説かれている。[22] 先に紹介したように、原告らが、準備書面（平成八年三月六日）において、「いかに日本軍による残虐行為が明治憲法下でなされたものであるとはいえ、原告ら中国人の裁判上の損害賠償請求は日本国憲法下の現時点でなされているのであり、今日の時点において、被告国がどこまで明治憲法下の無答責原則を援用して、国の賠償責任を免脱することが法的に許容されうるかは、十分に検討すべき余地があり、今日の日本の司法に課せられた全く新たな検討課題なのであって、自明の理では決してない」と主張しているのも、このような解釈方法に基づくものである。[23]

(9)　戦前の権力的加害行為については当時の国家無答責の原則が適用されるべきであるというのは、法の解釈としては、きわめて当然なことのように見えないでもない。しかし、その行為が現行憲法の基本的人権尊重主義に違

反するだけではなく、明治憲法の人権保障の精神にさえ明らかに違反するような残虐性の著しい非道行為に対して、現在の損害賠償請求訴訟において、国家無答責の原則を持ち出すことが許されるかどうかが問われなければならない。

結論からいえば、このような事案において国家無答責の原則を持ち出すことは、いわば「正義公平の原則」違反として許されないものと解すべきであろう。正義公平という一般的法原則に依拠することに対しては、このような発想は唐突であり、それは立法の際の法理念としては考慮されるべきではあるが、法の解釈の次元においては直ちに適用可能な基準とはいえない、との強い批判が予想される。しかし、正義公平の原則は、一般的法原則として条理法に位置づけられるものであり、単なる法の理念としてだけではなくて、法の解釈の次元においても基本原理として重要な意義を有しているものと解すべきである。(24)

戦争犠牲者訴訟ではないが、予防接種事故が発生してから二〇年を経過した後に損害賠償請求訴訟を提起したために、除斥期間の経過が争われた事件において、最判平成一〇・六・一三（判時一六四四号四二頁）は、被害者が相手の不法行為によって心神喪失した場合にも加害者への一切の請求権が失われると解するのは「著しく正義・公平の理念に反する」として、民法一五八条の時効停止の規定を類推適用すべきであると判示している。これは、「特段の事情」がある場合に限定してではあるが、最高裁が一般的法原則の適用を認めたものとして高く評価することができる。

従軍慰安婦事件等においては、正義公平の原則により、国家無答責の原則の適用を主張することは許されないものと解すべきである。このような考え方は、中国人慰安婦訴訟等における原告側主張とほぼ同じであるが、次の点

において若干相違している。すなわち、原告側主張が国家無答責原則の妥当する範囲を制限的に捉えようとするのに対して、私見はその妥当範囲を制限せず、ただ、現在においてその原則を持ち出すことは正義公平の原則に反し許されない、と主張するものである。

(10)　そこで、国家無答責の原則を持ち出すことが許されないとすれば、どのような法規が適用されるべきかが問題となる。現行憲法施行以前の行為については民法のほかに適用可能な法規が存在しなかったから、日本軍の加害行為については、民法不法行為法（または法例一一条一項による不法行為地の民法）の適用が検討されるべきこととなる。そして、この意味での正義公平原則の違反が認められる場合には、通常、消滅時効の援用ないし除斥期間経過の主張も許されないものと解すべきであろう。それもまた、正義公平の原則（あるいは信義則）に違反するからである。

ただ、このように説くと、それでは戦前の権力的作用についてはすべて民法の規定が適用されることにり、当時の不法行為に対して一斉に損害賠償請求訴訟が提起されてくることになるのではないか、との危惧が指摘されるかもしれない。しかし、戦前の加害行為について国家無答責の原則が排除されるのは、国家無答責の原則を持ち出すことが正義公平の原則に反することとなるような残虐非道行為に限定されるのであり、このような場合に該当する事例はそれほど多くはないであろう。[25] また、戦前の加害行為については、加害行為時からすでに五〇年以上が過ぎ去っているから、現実に訴訟を提起しようとする者がそれほど多いとは思われない。

(11)　立法的な解決が遅れている現在、戦争犠牲者の救済は、裁判所に期待せざるを得ない状況にある。前述のように、国内法上に法的根拠を見出すことが不可能ではないとすれば、現行法の枠内で裁判所の解釈による救済が図

られるべきである。かつて、大阪空港騒音公害訴訟の上告審判決（最（大）判昭和五六・一二・一六民集三五巻一〇号一三六九頁）の中で、団藤重光裁判官の反対意見は、「わが国においては、新しい事態に対する立法的対処がきわめて緩慢であり、ばあいによってはむしろ怠慢でさえもあるということである。……したがって、わが国においては、おなじ成文法国であっても立法的対応が機敏におこなわれる国におけるよりは、裁判所が法形成の上で担うべき役割はいっそう大きいといわなければならない。……もちろん、……司法権が過大の任務を引き受けることは司法の本質そのものからいっても許されないことである。しかし、このことと、裁判所が司法の本来の任務の範囲内において、法の解釈適用に創意工夫を凝らしてあたらしい事態に対処して行くこととは、全く別のことである」と述べているが、このことは、戦争犠牲者補償についてもそのまま当てはまるものといってよい。

（1）藍谷邦雄「戦後補償裁判とその争点」法学セミナー四六六号五九頁（一九九三年）、内田雅敏『「戦後補償」を考える』巻末資料（一九九四年）参照。

（2）国家無答責の原則については、さしあたり、秋山義昭『国家補償法』二四頁（一九八五年）、阿部泰隆『国家補償法』三四頁以下（一九八七年）、宇賀克也『国家責任法の分析』四〇五頁以下（一九八八年）、法務省訟務局内国賠訴訟実務研究会編『国家賠償訴訟の理論と実際』一頁（一九九六年）参照。

（3）戸塚悦朗「日本が知らない戦争責任（19）」法学セミナー四八八号三一頁（一九九五年）。立法的解決については、なお、同「日本が知らない戦争責任（23）」法学セミナー四九二号四六頁（一九九五年）、戦後補償立法を準備する弁護士の会「外国人戦後補償法（試案）について」法学セミナー四八九号二四～二七頁（一九九五年）、岡田正則「戦後補償

問題における国の立法的解決義務」法学セミナー五二五号二六頁以下（一九九八年）等参照。

(4)　この法律の制定については、夜久仁「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」法令解説資料総覧七二号二八頁以下（一九八七年）、柏熊治「台湾戦没者遺族弔慰金支給法制定」ジュリスト八九八号七六頁以下（一九八七年）参照。

(5)　日本弁護士連合会編『日本の戦後補償』二七九頁（一九九四年）参照。

(6)　同判決の評価については、戸塚「関釜裁判で元『慰安婦』に勝訴判決」法学セミナー五二三号三七頁以下（一九九八年）、岡田・前掲注（3）二六頁以下参照。

(7)　しかし、岡田・前掲注（3）二八頁は、「違法性限定説（最判昭和六〇年の考え方、筆者注）をとったとしても本判決のような理解は十分成り立つだろう」と説いている。また、戸塚・前掲注（6）三八頁は、「最高裁判例の流れに沿っており（許容されるべき拡張解釈であろう）、……」と述べている。

(8)　日本弁護士連合会編・前掲注（5）二七八～二七九頁参照。因みに、満州国民殺害訴訟においては、原告は、満州国民法及び日本民法に基づいて使用者責任を追及している（東京地判平成一〇・七・一六判例集未登載）。

(9)　同趣旨の主張は、例えば、満州国民殺害訴訟においても行われている（前掲東京地判平成一〇・七・一六）。

(10)　古崎慶長『国家賠償法』二六一頁（一九七一年）、原田尚彦「国家賠償法施行前になされた違法な有罪判決に基づく刑の執行が同法施行後に及んでいる場合と国家賠償請求の可否――金森事件国家賠償第一審判決」判評一八〇号一九頁（一九七四年）、宇賀・前掲注（2）一五～一六頁等参照。

(11)　下山瑛二『国家補償法』四〇頁（一九七三年）。

(12)　しかし、東京高判昭和四六・一一・二五（高民二四巻四号四一九頁）は、「わが国がポツダム宣言を受諾し、憲法一七条、七六条二項の規定が設けられたというだけの理由で国家の権力的作用に当然に私法である不法行為法の規定が適用されるに至ったとは解されない」と判示している。また、上敷香韓国人虐殺事件において、原告らは、「本件行為は、ポツダム宣言受諾後の同月一七日ないし一八日に起こったもので、右の考え方は既に失効している時期であり、それに拘束される余地はなく、民法の適用が認められる」と主張したが、東京地判平成七・七・二七（判時一五六三号一二一頁）は、民法の適用の有無に直接触れずに、民法七二四条後段の除斥期間経過を理由に民法に基づく請求を斥けている（満州国民殺害訴訟の前掲東京地判平成一〇・七・一六も同趣旨）。

(13)　当時の学説・判例の動向については、田中二郎「判例より見たる行政上の不法行為責任」「行政上の損害賠償責任について」同『行政上の損害賠償及び損失補償』二七頁以下、八五頁以下（一九五四年。初出一九三七年、一九四六年）、長浜勇吉『官、公吏、国家、公法人の不法行為責任に就て』五九頁以下（一九三九年）、下山瑛二『国家賠償（法学理論篇）』一一〇頁以下（一九五四年）、田中舘照橘「各国の国家補償法の歴史的発展と動向——日本」西村宏一ほか編『国家補償法大系一巻』一六四頁以下（一九八七年）、宇賀・前掲注（2）四一二頁以下、法務省訟務局内国賠訴訟実務研究会編・前掲注（2）二頁以下等参照。

(14)　美濃部達吉『行政法撮要上巻』二三一頁（一九三三年）。

(15)　渡辺宗太郎『日本行政法上』一六〇頁（一九三五年）。渡辺説の評価については、下山・前掲注（13）一二三～一二五頁、同「国家賠償」宮沢先生還暦記念『日本国憲法体系六巻』二三九頁（一九六五年）参照。

(16)　三宅正男「国家又は公共団体の責任」民事判例研究会『判例民事法（昭和一六年度）』三八頁（一九四四年）。

(17) 田中「不法行為に基く国家の賠償責任」同・前掲注(13)一七頁、二四～二五頁。

(18) 田中・前掲注(13)九一～九二頁。

(19) なお、日本弁護士連合会編・前掲注(5)二七九頁参照。

(20) 鈴木潔・水沼宏「その他の問題点」中川善之助ほか監修『実務法律大系五巻』四一八頁(一九七三年)、阿部・前掲注(2)四五頁、古川純「日本国憲法と戦後補償」法学セミナー四七七号三五頁(一九九四年)参照。

(21) 阿部・前掲注(2)四一頁。

(22) 古川・前掲注(20)三四～三五頁。

(23) そのほか、韓国人強制徴兵訴訟(東京地判平成八・一一・二二訟月四四巻四号五〇七頁)においても、原告側は同趣旨の主張をしている。

(24) 田中二郎『新版行政法上巻(全訂第二版)』六四頁(一九七四年)、原田尚彦『行政法要論(全訂第三版)』三六頁(一九九四年)、兼子仁『行政法学』三四～三五頁(一九九七年)参照。

(25) 原告準備書面(平成八年三月六日)は、「このような残虐非道の限りをつくしたような公権力の行使は、当然のことながら、明治憲法下においても日本国内では存在しなかった」と述べている。

(関釜訴訟判決及び中国人慰安婦訴訟の準備書面等の入手については、尾山宏弁護士、山田勝彦弁護士、笹本潤弁護士のお世話になった。厚くお礼を申し上げる。)