

## 中国人「慰安婦」二次訴訟控訴審判決

(東京高裁 2005年3月18日判決)

[→日本戦後補償総覧 \(PDF\)](#)

[→日本戦後補償総覧 \(WEB\)](#)

[→HOME](#)

# 東京高等裁判所平成17年3月18日判決

平成14年(ネ)第2621号損害賠償等請求控訴事件

(原審・東京地方裁判所平成8年(ワ)第3316号)

## 目 次

判 決	1
第1 控訴の趣旨	3
第2 事案の概要	3
第3 当裁判所の判断	5
1 事実経過の認定及び国際法に基づく請求	5
2 国内法に基づく請求権の発生	5
3 請求権の放棄について	7
4 除斥期間について	15
5 立法不作為の責任について	16
6 控訴人らの主張について	16
第4 結論	18
控訴人らが当審において追加補足した主張	21
第1 控訴人らの被害	21
1 本件被害の歴史的背景	21
2 控訴人らの現在に続く被害	22
第2 国際私法の適用と準拠法の解釈適用	23
1 国際私法の適用	23
2 準拠法の解釈適用	27
第3 国家無答責－「公権力無責任の原則」について	28

1	「公権力無責任の原則」は合理性・正当性がない	28
2	本件性暴力は「公権力の行使」（権力的行為）に該当しない	31
3	「公権力無責任の原則」の「正義・公平の理念」による適用制限	33
4	日本国家自体の不法行為—民法709条及び同715条	34
第4	民法724条後段（除斥）について	35
1	民法724条後段の起算点について	35
2	民法724条後段の適用制限について	35
3	結論	43
第5	請求権放棄について	43
1	国家の賠償請求権のみを放棄した日中共同声明第5項	43
2	サン・フランシスコ平和条約14条（b）とオランダへの対応	44
3	個人の賠償請求権の放棄についての判例	44
第6	終わりに	45
	被控訴人が当審において追加補足した主張	48
第1	国家無答責の法理について	48
1	国家無答責の法理が基本的法政策として確立していたこと	48
2	現行民法は公法上の行為には適用されないものとして制定されたものであることについて	51
3	国家無答責の法理の存在が多数の裁判例で認められていることについて	53
4	結語	54
第2	民法724条後段の除斥期間について	54
1	民法724条後段の法的性格について	55
2	除斥期間の起算点について	55
3	除斥期間の適用制限について	55

第3 日中共同声明等について.....	58
1 はじめに .....	58
2 サン・フランシスコ平和条約について.....	58
3 日華平和条約について .....	60
4 日中共同声明について .....	62
5 小括.....	64

平成17年3月18日判決言渡同日原本領収裁判所書記官 吉田波佳

平成14年(ネ)第2621号損害賠償等請求控訴事件 (原審・東京地方裁判所平成  
8年(ワ)第3316号)

口頭弁論終結日・平成16年7月21日

判 決

中華人民共和国山西省 [REDACTED]

控 訴 人

郭 [REDACTED]

中華人民共和国山西省 [REDACTED]

控 訴 人

張 [REDACTED]

中華人民共和国山西省 [REDACTED]

控 訴 人

張 [REDACTED]

同所

控 訴 人

張 [REDACTED]

同所

控 訴 人

張 [REDACTED]

同所

控 訴 人

李 [REDACTED]

上記6名訴訟代理人弁護士

大 森 典 子

同

小 野 寺 利 孝

同

尾 山 宏

同

齊 藤 豊

同

環 直 弥

同

高 橋 早 苗

同

中 野 比 登 志

同

寺 沢 勝 子

同

元 永 佐 緒 里

同	三	木	惠美子
同	坂	口	禎彦
同	大	八木	葉子
同	鳥	海	準子
同	野	上	佳代子

控訴人ら訴訟代理人大森典子訴訟復代理人弁護士

	泉	澤		章
同	森	田	太	三
同	穂	積		剛
同	山	田	勝	彦
同	川	上	詩	朗
同	杉	浦	ひと	み

東京都千代田区霞が関1丁目1番1号

被 控 訴 人	国			
上記代表者法務大臣	南	野	知恵子	
上記指定代理人	宮	田	誠司	
同	石	川	さおり	
同	藤	澤	裕介	
同	峯	金	容子	
同	高	橋	一雄	
同	山	田		聡
同	原		克	好
同	松	島		晋

主 文

- 1 本件控訴をいずれも棄却する。
- 2 控訴費用は、控訴人らの負担とする。

## 事実及び理由

### 第1 控訴の趣旨

1 原判決を取り消す。

2 被控訴人は、控訴人郭■■■に対し2300万円、控訴人張■■■，同張■■■  
同張■■■，同張■■■及び同李■■■に対し、それぞれ460万円及びこれらに対する  
平成8年7月12日から各支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。

3 被控訴人は、控訴人らに対し、朝日新聞、毎日新聞、讀賣新聞及び産経新聞  
の各朝刊の全国版下段広告欄に、2段抜きで、別紙1「謝罪広告」記載の謝罪広告  
を、見出し及び被控訴人の名は4号活字をもって、その他は5号活字をもって1回  
掲載せよ。

### 第2 事案の概要（略語等は、原判決に従う。）

1 本件は、中華人民共和国国籍を有する女性である控訴人郭■■■及び侯■■■  
（控訴人郭ら）が、①第二次世界大戦当時、中華民国内において、我が国の軍隊  
（旧日本軍）の兵士らにより強制的に連行、監禁された上、継続的に暴行を受け、  
強姦され（本件加害行為）、著しい身体的・精神的苦痛を被ったとして、国である  
被控訴人に対し、それぞれ慰謝料2000万円及びこれに対する本件訴状送達の日  
の翌日である平成8年7月12日から支払済みまで年5分の割合による遅延損害金  
の支払並びに日本国内の数紙の新聞への謝罪広告の掲載を求めるとともに、②被控  
訴人が本件加害行為後長年にわたり控訴人郭ら被害者に対する救済立法をしないま  
ま放置したことにより著しい精神的苦痛を被ったとして、被控訴人に対し、それぞ  
れ慰謝料300万円及びこれに対する本件訴状送達の日翌日である平成8年7月  
12日から支払済みまで年5分の割合による遅延損害金の支払を求めた事案である。  
原審係属中の平成11年5月11日に侯が死亡し、子である控訴人張■■■、同張■■■  
■■■，同張■■■，同張■■■及び同李■■■は、侯を承継して、被控訴人に対し、上記①  
についてはそれぞれ400万円及び遅延損害金の支払を、上記②についてはそれぞ  
れ60万円及び遅延損害金の支払を求めた。

2 原審において、控訴人らは、本件加害行為についての上記①の請求の根拠としては、(1) 国際法（ヘーグ陸戦条約3条及びヘーグ陸戦規則、強制労働条約、婦女売買禁止条約、人道に対する罪並びに国際慣習法）、(2) 法例11条を介して準拠法となるべき当時の中華民法を、立法不作為についての上記②の請求の根拠としては、国家賠償法1条1項を主張した。

これに対し、被控訴人は、国際法に基づく請求については、個人の国際法上の法主体性を肯定することはできないと主張し、中華民法に基づく請求については、本件加害行為は、そもそも国際私法の規律の対象ではないか、対象であったとしても法例11条1項の「不法行為」に該当しないから、中国国内法が準拠法となることはない旨主張し、仮に中国国内法が準拠法となるとしても、権力的作用に基づく加害行為による国の損害賠償責任は認められないとの明治憲法下のいわゆる国家無答責の法理が法例11条2項により累積適用され、また、除斥期間を定めた日本国民法724条後段が法例11条3項により累積適用されることにより、被控訴人は損害賠償責任を負わないと主張し、立法不作為についての国家賠償法1条1項に基づく被控訴人の損害賠償義務についても争った。

原審は、控訴人らの請求をいずれも棄却した。

3 当審において、被控訴人は、原審における主張に加えて、本件加害行為についての控訴人郭らの被控訴人に対する損害賠償請求権は、日華平和条約によって放棄された旨を主張した。

当裁判所は、本件加害行為につき、控訴人郭らの被控訴人に対する国内法（中華民法又は日本民法）に基づく損害賠償請求権の発生を認めたが、同請求権は日華平和条約によって放棄されたと認め、その余の請求についても理由がないと判断し、原審と同様に、控訴人らの請求はいずれも棄却すべきものと判断した。

4 争点及び争点に対する当事者の主張は、当審において控訴人ら及び被控訴人がそれぞれ追加整理した主張を別紙2及び別紙3のとおり加えるほかは、原判決の事実及び理由の「第3 争点」及び「第4 争点に対する当事者の主張」（原判決



2頁13行目から3頁4行目まで)に記載のとおりであるから、これを引用する。

### 第3 当裁判所の判断

1 事実経過の認定及び国際法に基づく請求についての当裁判所の判断は、原判決の事実及び理由の「第5 当裁判所の判断」1及び2(原判決3頁6行目から23頁17行目まで)に記載のとおりであるから、これを引用する。

#### 2 国内法に基づく請求権の発生

##### (1) 中華民国民法に基づく請求権

本件加害行為が発生した地である中華民国の当時の民法(188条1項本文, 195条1項)によれば、被控訴人は、本件加害行為につき、加害者である旧日本軍兵士らの使用者として、控訴人郭らに対し、慰謝料支払義務を負ったと認められるが(甲1の1~2, 甲16, 弁論の全趣旨)、謝罪広告義務の発生までを認めるに足りない。

##### (2) 日本国民法に基づく請求権

###### ア いわゆる国家無答責の原則について

国の公権力の行使に関しては、当然には民法の適用はなく、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から、国家賠償法施行前には、公務員が違法な公権力の行使により他人に損害を与えたとしても、国は賠償責任を負わないこと(いわゆる国家無答責の原則)は、原判決の事実及び理由の「第5 当裁判所の判断」4(1)から(4)まで(原判決28頁5行目から31頁19行目まで)に記載のとおりであるから、これを引用する。

###### イ 本件加害行為への国家無答責の原則の適用

本件加害行為は、中国山西省北部山地の抗日勢力に対する前線基地として孟県に設けられた旧日本軍の拠点に置かれた北支那方面軍第一軍独立混成第四旅団独立歩兵第一四大隊第一中隊本部の、隊長を含む兵士らにより行われたものであるが、何らかの法令、規則又は軍の命令に基づいて行われたものではないし、非戦闘員(一般市民)であった控訴人郭らを連行して長期間監禁し、繰り返し性暴力を加えたと

いう残虐非道なもので、当時においてもヘーグ陸戦条約及びヘーグ陸戦規則等の国際法に反していたことが明らかであり、戦争行為・作戦活動自体又はこれに付随する行為とはいえ、国の公権力の行使に当たるとは認められない。

したがって、日本法が適用される場合においても、本件加害行為について、いわゆる国家無答責の原則は適用されず、民法の規定によって被控訴人の責任の有無を判断すべきである。

#### ウ 日本民法に基づく損害賠償責任

##### (ア) 民法709条

控訴人らは、被控訴人である国が、①当初の段階から中国侵略に際して、国際法を遵守する意図など全く無く、各支配地域において国際人道法違反の犯罪が行われているのを放置したこと、②国民に対する中国人蔑視教育や、初年兵教育を通じて、中国人に対する蔑視意識を醸成したこと、③「高度分散配置作戦」で監視監督が及ばない無法地域を作り出し、「晋中作戦」や「晋察冀辺区肅正作戦」といった徹底的な燼滅掃蕩作戦を実施して、中国人から物資を略奪し、村落を焼き払い、敵性ありと認める中国人はその場で殺戮してよいとの命令を下すことによって、必然的に兵隊達を異常な残虐行為に駆り立てたこと、④旅団の本部のある大都市や大隊の本部のある中都市では必ずといってよいほど「慰安所」を設置した一方、小隊や分遣隊の拠点には設置しなかったことが、前線の部隊の旧日本軍兵士が慰安所を模倣して自ら「強姦所」を作り上げ、中国人である控訴人郭らに対する残虐な性暴力を加えるという行為（本件加害行為）を必然的に生み出したのであり、被控訴人は、本件加害行為につき、日本国家自身の不法行為として、民法709条に基づく責任を負うべきであると主張する。

しかし、本件加害行為は、これに関与した旧日本軍兵士らが何らの権限ないし命令に基づかず、自らの性欲を満足させるために行ったと言わざるを得ず、控訴人らが指摘する上記のような被控訴人の政策等までも認めるに足りないが、日本国政府の意思決定に従って開始された戦闘が、旧日本軍兵士らが本件加害行為を犯す原因

となった面があるとしても、本件加害行為をもって、日本国家自体の組織的な不法行為とまで認めるには足りず、控訴人らの主張は採用し得ない。

#### (イ) 民法715条

本件加害行為は、上記のとおり、これに関与した旧日本軍兵士らの職務執行行為そのものに該当するとは認められないが、中国山西省孟県に進駐していた旧日本軍の軍服を着用し、武器を装備した兵士らが、軍の拠点であった孟県北部の進圭村からさほど遠くない孟県西潘郷宋庄村及び同郷峽掌村に居住していた控訴人郭ら（甲19の1～4）を、八路軍に対する協力活動をしていた中国人を連行するのと同じ機会に連行し、進圭村の軍の陣地の一角に監禁した上で、強姦や暴行を繰り返したもので、旧日本軍の戦闘行為と密接な関連を有すると認められ、これによって控訴人郭らが被った損害は、被控訴人の被用者である旧日本軍兵士らが事業の執行につき加えた損害にあたるというべきである。

よって、日本国民法によれば、旧日本軍兵士らの本件加害行為により控訴人郭らが被った著しい身体的・精神的損害につき、被控訴人の控訴人郭らに対する民法715条1項に基づく損害賠償義務の発生が認められる。

#### 3 請求権の放棄について

(1) 上記によれば、本件加害行為については、中華民国及び日本国のいずれの国内法の適用によっても、控訴人郭らの被控訴人に対する損害賠償請求権の発生が認められるところ、被控訴人は、第二次世界大戦後に連合国との間で締結された日本国との平和条約（サンフランシスコ平和条約）及びその後の日本・中国間の日華平和条約により、同請求権は放棄されて解決済みであると主張するので、この点につき検討するに、第二次世界大戦後の戦争被害に関する日本国と中国との条約締結等の経緯は、次のとおりである。（以下に掲記する証拠、当裁判所に顕著な事実、弁論の全趣旨）

ア 日本国は、昭和20年8月、ポツダム宣言を受諾して降伏し、これにより第二次世界大戦が終了した。

イ 昭和26年、サンフランシスコ講和会議が開かれ、アメリカ合衆国を中心とする連合国と日本国との間にサンフランシスコ平和条約が締結されて日本国が独立を回復した。

中華民国では、第二次世界大戦後、国民党と共産党の対立が表面化し、昭和24年には、中国大陸では共産党を中心として中華人民共和国の建国が宣言され、国民党政府は、台湾に移った。中華民国は、第二次世界大戦での日本に対する主要な交戦国ではあったが、サンフランシスコ講和会議には、中華民国政府及び中華人民共和国政府のいずれも招請されなかった。

サンフランシスコ平和条約は、次のような内容を含んでいた。

① 条約締結の目的

連合国及び日本国は、両者の関係が、今後、共通の福祉を増進し且つ国際の平和及び安全を維持するために主権を有する対等のものとして友好的な連携の下に協力する国家の関係でなければならないことを決意し、よって、両者の間の戦争状態の存在の結果として今なお未決である問題を解決する平和条約を締結することを希望する。(前文)

② 戦争状態の終了、日本国の主権承認

a 日本国と各連合国との間の戦争状態は、この条約が効力を生ずる日に終了する。(1条(a))

b 連合国は、日本国及びその領水に対する日本国民の完全な主権を承認する。(1条(b))

③ 領土権の放棄

日本国は、台湾及び澎湖諸島に対するすべての権利、権原及び請求権を放棄する。(2条(b))

④ 中国における権益の放棄

日本国は、1901年9月7日に北京で署名された最終議定書並びにこれを補足するすべての附属書、書簡及び文書の規定から生ずるすべての利得及び特権を含む

中国におけるすべての特殊の権利及び利益を放棄し、且つ、前記の議定書、附属書、書簡及び文書を日本国に関して廃棄することに同意する。(10条)

⑤ 賠償及び在外財産の処理

a 日本国は、戦争中に生じさせた損害及び苦痛に対して、連合国に賠償を支払うべきことが承認される。しかし、また、存立可能な経済を維持すべきものとすれば、日本国の資源は、日本国がすべての前記の損害及び苦痛に対して完全な賠償を行い且つ同時に他の債務を履行するためには現在充分でないことが承認される。

(14条(a))

b 日本国は、その領域が日本国軍隊によって占領され、且つ、日本国によって損害を与えられた連合国のうち、希望する国との間で、生産、沈船引揚げその他の作業における日本人の役務を提供すること(いわゆる役務賠償)によって、与えた損害を当該連合国に補償するために、すみやかに交渉を開始しなければならない。

(14条(a)1)

c 各連合国は、外交及び領事財産等、一定の例外を除き、その管轄下にある日本国及び日本国民等の財産、権利及び利益等を差し押え、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。(14条(a)2)

d この条約に別段の定めがある場合を除き、連合国は、連合国のすべての賠償請求権、戦争の遂行中に日本国及びその国民がとった行動から生じた連合国及びその国民の他の請求権並びに占領の直接軍事経費に関する連合国の請求権を放棄する。

(14条(b))

⑥ 非連合国にある日本資産

日本国の捕虜であった間に不当な苦難を被った連合国軍隊の構成員に償いをする願望の表現として、日本国は、戦争中中立であった国にある又は連合国のいずれかと戦争していた国にある日本国及びその国民の資産、又は、日本国が選択するときは、これらの資産と等価のものを赤十字国際委員会に引き渡すものとし、同委員会 は、これらの資産を清算し、且つ、その結果生ずる資金を、同委員会が衡平である

と決定する基礎において、捕虜であった者及びその家族のために、適当な国内機関に対して分配しなければならない。(16条)

⑦ 日本国による請求権の放棄

日本国は、戦争から生じ、又は戦争状態が存在したためにとられた行動から生じた連合国及びその国民に対する日本国及びその国民のすべての請求権を放棄する。

(19条(a))

⑧ 中国の受ける利益

中国は、10条及び14条(a)2の利益を受ける権利を有する。(21条)

ウ 中華民国は、昭和20年10月に、日僑財産処理弁法を公布して、その領域内にある日本人の財産を没収したが、サンフランシスコ平和条約21条により同条約14条(a)2の利益を得た結果、没収の措置が追認された。第二次世界大戦終戦当時、中国に存在した日本国及び日本国民の財産は、台湾425億4200万円、中華民国東北1465億3200万円、華北554億3700万円、華中及び華南367億1800万円であった。(乙39, 46)

また、中間賠償として、昭和25年5月までに日本国内の4万3919台(合計1億6515万8839円相当)の工場機械等が撤去され、そのうちの54.1%を中国が引き取った。(乙47)

エ 日本国と中華民国は、昭和27年4月、日本国と中華民国との間の平和条約(日華平和条約)に署名した。同条約は、次のような内容を含んでいた。(甲115)

① 戦争の終了

日本国と中華民国との間の戦争状態は、この条約が効力を生ずる日に終了する。

(1条)

② 領土権の放棄

日本国は、サンフランシスコ平和条約2条に基づき、台湾及び澎湖諸島並びに新南群島及び西沙群島に対するすべての権利、権原及び請求権を放棄した。(2条)

### ③ 資産の処理

日本国及びその国民の財産で台湾及び歩測諸島にあるもの並びに日本国及びその国民の請求権（債権を含む。）で台湾及び歩測諸島における中華民国の当局及びその住民に対するものの処理並びに日本国におけるこれらの当局及び住民の財産並びに日本国及びその国民に対するこれらの当局及び住民の請求権（債権を含む。）の処理は、日本国政府と中華民国政府との間の特別取極の主題とする。（3条）

### ④ サンフランシスコ平和条約の適用

この条約及びこれを補足する文書に別段の定がある場合を除く外、日本国と中華民国との間に戦争状態の存在の結果として生じた問題は、サンフランシスコ平和条約の相当規定に従って解決するものとする。（11条）

オ 日華平和条約の附属議定書では、中華民国は、サンフランシスコ平和条約14条（a）1に基づき日本国が提供すべき役務の利益を自発的に放棄する旨が規定された。

また、同条約の「同意された議事録」では、中華民国が役務賠償を自発的に放棄したので、サンフランシスコ条約14条（a）に基づいて中華民国に及ぼされるべき唯一の残りの利益は、同条約14条（a）2に規定された日本国の在外資産であることが確認された。（甲115）

カ 日華平和条約に付随して、日本国と中華民国の両国の全権委員が、相互に附属交換公文を交わした。同附属交換公文では、日華平和条約の条項が、中華民国に関しては、中華民国政府の支配下に現にあり、又は今後入るすべての領域に適用がある旨が確認されている。（甲115）

キ 日華平和条約が締結された当時、中華民国政府が支配していたのは、台湾、澎湖島等、限定された地域で、中国大陸を実効的に支配していたのは、中華人民共和国政府であった。

対外的には、昭和27年までに約35か国が中華民国政府を承認し、20か国が中華人民共和国政府を承認していたといわれ、日華平和条約締結当時、中華民国は、

国際連合における代表権を有し、国際連合加盟61か国のうち中華人民共和国政府を承認していた国は12か国にすぎなかった。

ク 国際連合においては、昭和46年10月、中華民国政府に代わって中華人民共和国政府が代表権を認められ、日本国政府と中華人民共和国政府は、昭和47年9月、次のような内容を含む日中共同声明に署名した。(甲121)

① 日本国と中華人民共和国との間のこれまでの不正常な状態は、この共同声明が発出される日に終了する。(1項)

② 日本国政府は、中華人民共和国が中国の唯一の合法政府であることを承認する。(2項)

③ 中華人民共和国政府は、日中両国民の友好のために、日本国に対する戦争賠償の請求を放棄することを宣言する。(5項)

ケ 日本国と中華人民共和国は、昭和53年8月、日中平和友好条約を調印した。(2) 以上によれば、日華平和条約11条は、同条約に別段の定めがある場合を除くほかは、日本国と中華民国との間に戦争状態の存在の結果として生じた問題は、サンフランシスコ平和条約の相当規定に従って解決する旨を規定し、日華平和条約には戦争被害の賠償問題について明記した条項は存しないため、その11条により、連合国による賠償請求権等の放棄を規定したサンフランシスコ平和条約14条

(b)の内容に従うべきことが日華平和条約の内容とされたことが認められる。

サンフランシスコ平和条約14条(b)は、「連合国は、連合国のすべての賠償請求権、戦争の遂行中に日本国及びその国民がとった行動から生じた連合国及びその国民の他の請求権並びに占領の直接軍事経費に関する連合国の請求権を放棄する」とし、明確に、連合国が「連合国及びその国民の」請求権を放棄すると規定されたこと(乙45)、サンフランシスコ平和条約が、戦争状態の存在の結果として未決の問題であった領域、政治、経済並びに請求権及び財産などの問題を最終的に解決するために締結されたものであること(前文、1条)、近代の戦争は互いに相手国の多数の国民に甚大な被害を与えるものであって、国民それぞれが戦争の相手



国に対して取得した戦争被害に関する賠償請求権を各自行使できる状態が続くとすれば、戦争状態が終了したとはいい難いこと、サンフランシスコ平和条約では、日本国は連合国に賠償を支払うべきであるものの、日本国が存立可能な経済を維持するには、完全な賠償をする能力がないことが承認された上で（14条（a））、連合国に対する損害の賠償は、いわゆる役務賠償及び在連合国の日本財産の処分によって行うことが決められたこと（14条（a）1、2）を総合すると、同条項は、各連合国が、日本国との戦争状態を終結させるため、自国民が戦争被害に関して日本国に対して取得した損害賠償請求権についても、外交保復権を放棄するにとどまらず、請求権自体を包括的に放棄する趣旨であったと解すべきである。

よって、中華民国がサンフランシスコ平和条約14条（b）をその内容に取り込んだ日華平和条約を締結したことによって、中国国民である控訴人郭らの、第二次世界大戦の遂行中に日本国国民である旧日本軍兵士らによる本件加害行為から生じた損害賠償請求権は放棄されたと認められる。

なお、被控訴人は、「請求権の放棄」とは、日本国及び日本国民が、連合国国民による国内法上の請求権に基づく請求に応ずる法律上の義務が消滅したものとして、これを拒絶することができる旨定められたもので、個人の請求権が消滅しないかのように主張するが、サンフランシスコ平和条約14条（b）に用いられた「放棄」（waive）（乙36）という文言に照らしても、同条項を内容に含む条約を中華民国が締結した以上、国内において、同国民に対し、権限のある機関による立法又は行政上の代償措置がとられるかどうかは別として、同国国民の日本国に対する請求権は消滅したと解せざるを得ない。

（3）控訴人らは、日華平和条約を締結した中華民国政府は、同条約締結当時、中国大陸を支配していたとはいえ、中華民国が日本国との間で上記のような条約を締結しても、中国大陸に居住していた控訴人郭らにその効力は及ばないと主張する。

確かに、昭和24年以降、中華民国政府と中華人民共和国政府が互いに中国を代表する政府として自己の正統性を主張しており、日華平和条約締結当時、中華民国

は中国大陸の実効的支配を失っており、我が国は、昭和47年には、中華人民共和国政府が唯一の合法政府であることを承認して日中共同声明を発出している。

しかし、日華平和条約締結当時、中華民国政府は、約35か国から承認され、国際連合における代表権を有していたのに対し、中華人民共和国政府を承認していたのは20か国で、国際連合加盟の61か国のうち中華人民共和国政府を承認していたのは12か国にすぎず、国際社会において、中国を代表する正統政府であると承認されていたのは中華民国政府であったと認めざるを得ず、中華民国政府が中国を代表し、中国国民の権利義務を条約によって処分する権能を有するものとして我が国との間で締結した平和条約は、国家としての中国と日本国との間で結ばれたものとしての効果を有し、当時中華民国が実際に支配していた範囲のみならず、大陸を含む中国全体に適用されると解するのが相当である。

控訴人らは、日華平和条約の附属交換公文をもって、同条約の適用範囲には「中華民国政府の支配下に現にあり、又は今後入るすべての領域」という制限があったことの根拠としているが、少なくとも、国家間の戦争を終結させ、領土権や領土戦争に関する賠償請求権の問題を処理する内容を有する条項については、国家の一部のみに適用することは想定し難く、中華民国政府が国を代表して平和条約を締結した以上、附属交換公文により適用範囲が制限されると解することはできない。

(4) 控訴人らは、日華平和条約が違法であり無効であるという見解を含む中華人民共和国政府の復交三原則を受け容れた上で、日本国政府が中華人民共和国政府と日中共同声明を発出したにもかかわらず、中国国民である控訴人らの権利が日華平和条約により消滅したと被控訴人が主張することは、条約の解釈として不当であるばかりか、国際信義にも著しく反すると主張する。

日本国政府は、日本国との国交を回復するための基本的原則として、復交三原則(①中華人民共和国政府は、中国を代表する唯一の合法政府である、②台湾は中華人民共和国の領土の不可分の一部であり、しかも既に中国に返還されたものである、③日華平和条約は不法であり、無効であって、破棄されなければならない)を明ら

かにしていた中華人民共和国政府との間で、昭和47年、日中共同声明を発出した。

(甲121)

日本国政府は、日中共同声明の発出にあたり、上記三原則のうち、中華人民共和国が中国を代表する唯一の合法政府であるという点は受け容れたが(2項)、その余については、「日本側は、中華人民共和国政府が提起した「復交三原則」を十分理解する立場に立って国交正常化の実現をはかるという見解を再確認する。」としたものの(前文)、「日本国と中華人民共和国との間のこれまでの不正常的な状態は、この共同声明が発出される日に終了する」(1項)、「台湾が中華人民共和国の領土の不可分の一部であるという同国政府の立場を日本国政府は十分に理解し、尊重し、ポツダム宣言8項に基づく立場を堅持する」(3項)と規定したにとどまり(甲115)、中華人民共和国政府の主張を受け容れたとは認められない(甲121)。

よって、日中共同声明が発出された事実は、日華平和条約が日本国と国家としての中国との間で有効に締結された条約であり、日本国と国家としての中国との間の戦争状態は日華平和条約によって終結したという上記判断と矛盾するものではなく、控訴人らの上記主張は採用することができない。

日中共同声明には、中華人民共和国政府が、日本国に対する戦争賠償の請求を放棄することを宣言するとの条項が含まれているが(5項)、上記のとおり、戦争によって中国の国家及び国民が日本国に対して取得した損害賠償請求権は、既に、日華平和条約によって放棄されており、日中共同声明中の戦争賠償に関する上記の条項は、既に生じている権利関係を改めて確認したものにすぎず、新たに法的効果を生じさせるものではないというべきである。

(5) よって、その余の点(法例11条の適用の可否、控訴人郭らが被った損害の額)につき判断するまでもなく、本件加害行為についての控訴人らの被控訴人に対する損害賠償請求は、理由がない。

#### 4 除斥期間について

除斥期間について付言するに、控訴人郭らの被控訴人に対する損害賠償請求権が日華平和条約後も存続していたとしても、同請求権は、控訴人らの主張する事実を前提としても、本件訴え提起に先立ち、除斥期間の経過により消滅したといわざるを得ない。控訴人らが主張する事情は、本件事案について除斥期間の適用を制限すべき事情として評価するに足りない。

#### 5 立法不作為の責任について

原判決の事実及び理由の「第5 当裁判所の判断」5（原判決31頁25行目から33頁13行目まで）に記載のとおりであるから、これを引用する。

#### 6 控訴人らの主張について

##### (1) 戦争について

ア 戦争は、21世紀の今も、なお、国際間の紛争を解決する究極の手段であることに本質的には変わりなく、古今、開始に当たり、正義を標榜されなかった戦争が存しないことは歴史の教えるところで、正義の戦争であったかどうかは、後世の歴史的判断の領域の問題であり、法的紛争の解決の基準となることはない。

近代の戦争は、民主主義国家（時の権力者に反対する者の意見を代表する政党が議会等、国の意思決定機関に存在することは、最低限の要請であろう。）においては、民意を代表する議会等の意思決定を経て開始され、今次の大戦も、民主主義国家は、国民の意思に基づいて参戦したと解して誤りないであろう。

イ 戦争は、古来、戦闘員間の戦闘により勝敗を決せられて来たが、今次の大戦においては、非戦闘員の大量殺戮も稀ではなくなった（非戦闘員を周到に避ける攻撃は、最近の電子技術の驚異的な進歩の結果に負うものである。）。

今次の大戦は、兵器の殺傷能力の劇的な向上とその使用による被害の甚大さのため、人類滅亡の危機への恐怖を呼び起こし、国際連合等、平和を維持する仕組みの設立等の成果を産んだものの、なお、地域的な紛争は絶えず、多様な態様により他国の主権を侵害する無法国家が存在することも、厳然たる事実である。

ウ 戦争は、これによって、すべての紛争が解決されるものでなく、新たな戦争

や、更なる惨禍の原因となることも稀ではない。戦争は、これを回避すべきものとする点において異論を見ないが、逆説的ながら、戦争をも辞さない不退転の決意と武力の備えを裏付けとして、初めて、これを回避することができる現実が存することも、否定することができない。

## (2) 戦争犯罪と正義、戦争被害について

ア 歴史上、正義の名において勝者が敗者を制裁する例が見られるが、力こそが正義であるという仮説を前提としても、早々に敗戦を宣した国や、中立条約を犯して戦端を開いた国までが、戦勝国の同盟国であるだけの理由により勝者に加わってする制裁に正義を見出すことには無理があろう。

イ 今次の大戦当時においても、戦闘行為としてであっても、非戦闘員の大量殺戮は、それが戦勝国によるものであれ、敗戦国によるものであれ、戦争犯罪であることは明白で、戦争遂行上の規範を逸脱する行為も、同様であらう。これらは、戦争の狂気の結果であらうが、これと異なり、民族を理由とする大量殺戮などは、戦争との関係を論ずる余地もない蛮行であり、単純明白な刑法犯罪にとどまる。

ウ 本件において控訴人らが受けた被害は、前記のとおり、我が国の政策によるとは認め難く（人民の離反を招く政策など、背理である。）、戦闘員の逸脱行為によるものである。しかしながら、翻って、被害者からみると、生命を奪われ、又は身体を害されることが、国策としてされる自国政府による行為、敵国の戦闘行為による大量殺戮、敵国による国際法上違法な戦後の使役の賦課、又は敵国の戦闘員の逸脱行為、のいずれによるかにより、被害の軽重に差を生じるものではなく、等しく理不尽極まりないものである。

## (3) 戦争被害に対する国の対処

ア 戦争は、勝者、敗者を問わず、これを担った国民に大きな犠牲を強いるもので、戦争の終結後、勝者は、敗者から得る賠償により、自国民の福利の回復と向上を図るのが歴史の常であった。第一次世界大戦の敗者の負った過酷な賠償も一因となった教訓をも踏まえ、今次の大戦後は、敗戦国の経済的な存立を可能とすること

を考慮して講和が図られたのであり、我が国と中華民国及び中華人民共和国間の条約も、上記の趣旨に従って締結されたサンフランシスコ条約の内容を前提とし、先に判断したとおり、控訴人らの損害賠償請求権も放棄された。

イ 各国は、戦争が終結し、講和が成立した後は、国民生活の維持と向上に努め、これにより、自国民の戦争被害の回復を図り、旧敵国との間にも新たな関係を築くのが通例で、新たな戦争に備える場合の外は、人類の叡智として、旧敵国への無用の敵愾心をあおることを避け、平和を維持して来たのも歴史の教えるところである。

ウ 控訴人らが受けた被害の甚大さには言葉を失うが、控訴人らは、その主張によれば、我が国と中華人民共和国間の戦争状態の終結後も、自国政府による戦争被害の回復の恩恵に浴さなかったと推認しうるものの、さればと云って、我が国に対して賠償を求めることが容認されるものではない。また、控訴人らは、提訴が遅れたことにつき、自国の法制度の整備の遅れを理由として除斥期間を定めた法条の適用除外を主張するが、控訴人ら主張の事由が他国における権利行使についての除斥期間を左右する事情となり得るものでないことは、多言を要しない。

#### (4) 裁判所の役割について

ア 控訴人ら代理人は、裁判所の役割についても説いて強く救済を遣る。確かに、従前、甚大な被害を前に、裁判所がそれまでの法理論を最大限に活用して救済する判断をしたと解せられる事案がない訳ではない。また、審理を通じて窺いうる控訴人ら訴訟代理人の活動は、十分な敬意を払い、尊重すべきものと考えている。

イ しかしながら、甚大な被害を前にしても、法的判断は、現行法の下で理由付けのできるものでなければ、恣意に墮し、裁判所の信頼を維持する所以ではない。現行法の解釈によっては救済ができないが、なお、救済に値するとする判断を実現するのは、裁判所の役割ではない。裁判所は、情に流されて恣意的な判断をすることこそ、最も戒めなければならない。

#### 第4 結論

よって、控訴人らの請求はいずれも理由がないから、これを棄却した原判決は相

当であり、本件控訴をいずれも棄却することとして、主文のとおり判決する。

東京高等裁判所第1民事部

裁判長裁判官 江 見 弘 武

裁判官 橋 本 昇 二

裁判官 市 川 多 美 子

(別紙1)

謝罪広告

日本国は、旧大日本帝国軍隊が、郭■■■氏、侯■■■氏を拉致監禁し、同氏らに性的奴隷として非人道的行為をくり返し、その心身に甚大な被害を与え、又、その名誉と尊厳を著しく傷つけたことを日本国の名において深くお詫びいたします。

日本国内閣総理大臣



(別紙2)

## 控訴人らが当審において追加補足した主張

### 第1 控訴人らの被害

#### 1 本件被害の歴史的背景

(1) 本件被害は、当時の日本軍の性格及び作戦自体から生じたものである。

日本は1937年(昭和12年)7月7日の盧溝橋事件を契機として中国全土に対する侵略を開始したが、この直後の8月5日、陸軍次官は通牒を發し、この戦争には戦時国際法の適用はしないと命じた。すなわち、当初から日本軍は国際法を無視するとの態度をとっていた。又日本軍の兵士1人1人も幼少から学校教育等を通じ、中国人に対する蔑視観を植えつけられ、又入隊後の初年兵教育の中で、中国人を人間と思わずに、殺すための訓練を受けていた。

こうした日本軍は37年7月から、主要鉄道線に沿って広汎な地域に侵入し、そこを占領支配したが、広大な土地の支配のために、小さな拠点を設け、少数の分遣隊で周辺地域を支配する「高度分散配置」という配置をとった。この分遣隊は憲兵も将校も管理しきれない略奪・強姦の軍と化した。

このよう力支配がほぼできあがった1940年8月、八路軍の大規模な総攻撃「百団大戦」をうけ、日本軍は深刻な被害を被った。特に被害の大きかった山西省の石太線を守備していた北支那方面軍第1軍は直ちに晋中作戦と称する報復作戦を開始し、翌年には北支那方面軍も晋察冀辺区肅正作戦に出た。これらの作戦において、日本軍は「敵性アリト認」めれば、住民の皆殺しや村落の焼毀等の、いわゆる三光(焼きつくし、奪いつくし、殺しつくす)作戦を行った。そして他方で抗日勢力を切りくずし、日本軍の傀儡による住民支配を徹底した。

このような状況下で本件加害行為はひきおこされているのであり、本件は個々の加害兵士の不法行為ではなく、このような状況を作り出した日本国の責任こそが問われなければならないのである。

(2) 日本軍の「慰安所」政策が本件加害行為を生んだもう1つの原因であった。

日本軍は1932年の第1次上海事変以来、占領地での兵士の強姦行為を防止するためと称して、「慰安所」を設置するようになった。そして、日本軍の組織に対応して、日本軍の大隊以上の司令部のおかれた中都市や大都市には必ず日本軍兵士用の「慰安所」がつけられた。しかしこうした公認の“強姦所”が一方に存在したことによって、山間の拠点に配置された将兵は自前で「慰安所」的な場所をつくり、女性たちを周辺の村々から拉致してきて監禁、輪姦することを何の問題も感じずに行うことになった。

本件はこの面からも、全軍に「慰安所」をくまなく作り、兵士に性暴力を公認した日本軍そのものの責任が問われなければならないのである。

## 2 控訴人らの現在に続く被害

### (1) 郭について

郭■は原判決の認定した被害をうけたが、最終的に解放された後も体が回復するのに5年ぐらいかかり、その後許嫁の周■に嫁いだが、夫からは望まぬ妻として冷たく扱われた。

郭は重度のPTSDの症状により、しばしば大声をあげたり走り出したりするので、村では狂人として蔑視され、又、日本兵のなぐさみものにされたということでも忌み嫌われた。又、子どもたちは郭が突然子共に見境のない暴力を振るうことにも耐えなければならなかった。郭のこうしたPTSDの症状は現在も続いている。

### (2) 侯■について

侯は数えの14才(満でいえば13才)の時に本件被害を受けた。侯はこのため深刻なPTSDの症状を残し、しばしば気が狂ったような行動をとるので、結婚相手はなかなか見つからなかった。ようやく姉の嫁ぎ先の高庄村の一番貧しい羊飼いの男と結婚した。そして、2男2女をもうけたが、夫が病気になって養えないというので離婚して、同じ高庄村の別の男と結婚し、さらに1男1女をもうけた。

侯も又、しばしば襲ってくるフラッシュバックで家を飛び出したり、スピーカー

の音に合わせて踊りながら家を飛び出したり、家事をしているときもボーッとして何をしているか忘れて、塩を入れ続けたり、鍋を空だきしたりした。又、侯は子どもに対して突然気が狂ったように殴り、長女は母親の暴力で気を失ったこともあり、次女も口を血だらけにしたことがある。

このような症状は侯■■■が1999年5月に亡くなるまで続き、侯■■■はこれらの後遺症に苦しみながら亡くなった。

(3) 以上のように控訴人らの被害は、被害後60年たった今日まで続いており、又その子どもの世代まで様々な形で深刻な被害を受け続けている。又、PTSDの症状として彼女たちは本件被害を被害として他人に告白することが極めて困難であったので、1990年代に入り、張双兵から控訴人らが悪いのではないということ説得されるまで、他人にこうした被害を語ることもできなかったのである。

## 第2 国際私法の適用と準拠法の解釈適用

### 1 国際私法の適用

#### (1) 国際私法の基本構造

##### ア 抵触法と実質法

国際私法とは、複数の国に関連する法律関係（渉外的法律関係）について、いずれの国の法（実質法）を適用すべきかを決定するための法律である。抵触法規たる国際私法は実質法の上位概念であり、その解釈は国際私法独自の視点からなされるべきであって、特定の実質法を根拠とした法解釈を行うことは、抵触法規の根本概念に反するもので絶対に許されない（国際私法独自説）。

##### イ 国際私法独自説

ここでいう「国際私法独自の視点」とは、我が国の国際私法上の「法政策」を意味しており、その法政策の根本理念は「主権的発想」から脱却した「内外法平等」の実現である。この内外法平等の概念を基礎に、抵触法的利益衡量とは、まず第一に当事者に対する当該法の密接関連性であり、第二に秩序利益の保護である。

##### ウ 不法行為地法主義の抵触法的意義

不法行為でいえば、一般の不法行為において、加害者と被害者は当該行為により初めて法律関係を有することになり、この場合加害者・被害者ともに、当該場所の法律に従って行動することが期待されている。すなわち、不法行為地法を準拠法とすることが、当事者双方の予測可能性・合理的な期待の保護という抵触法上の利益衡量においてもっとも合致する法律となる。

また、不法行為制度は各国ともに当該場所の社会保護を図ることを重要な目的としているから、不法行為がなされた場所の社会秩序が当該行為によって侵害されたとき、その回復に対して当該場所の法律を適用することは、当該国家における「公法」にも匹敵する重要な公益的要請である。

## (2) 本件でのあてはめ

### ア 本件での準拠法

法例11条1項の「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、社会共同生活において生じた損害の公平な分配を目的とするもの」であり、本件はまさにこれに該当する。本件で加害者と被害者は当該行為によって初めて法律関係に入ったから、行為地法は両当事者にとって予測可能な合理的な法規であった。さらに本件不法行為により侵害されたのは中華民國の社会秩序であった。したがって、本件では法例11条1項の規定により中華民國法が準拠法として指定されるべきである。

### イ 抵触法的処理の妥当性

本件のこうした処理は、渉外的な国家賠償請求の事案に対して適切妥当な解決をもたらす。すなわち「附従的連結の理論」によって、我が国の適正な「公権力の行使」に対しては我が国の法律が適用されることになり、国家の正当な公益の保護を蔑ろにするような結論とはならない。

もっとも本件においては、こうした附従的連結の理論を適用する前提を欠き、また本件の事実関係に対してはこれを「公権力の行使」と評価できないから、いずれにせよ日本法を適用することはできない。

### (3) 国際私法否定説と「公法の属地的適用の原則」

これに対して、国家に対して損害賠償を請求する関係は「公法的法律関係」であるから、我が国の国家賠償法が「公法」として適用されるべきであると国は主張する。

#### ア 抵触法上の「公法」「私法」の区別基準

国際私法における一般的な「公法」と「私法」の区別基準をみると、国家が能動的に私人に介入するものが公法、受動的に介入するものが私法であるとする折茂豊教授や道垣内正人教授の基準によっても、また当事者の利害関係の調整を目的とするものは私法であるとする横山潤教授、山田鍊一教授の基準によっても、本件は私法的法律関係であり国際私法が適用される。

#### イ 国家賠償請求の法律関係

さらに、国家賠償請求という法律関係に着目した場合でも、山内惟介教授、古崎慶永・鈴木康之両判事、下山瑛二教授、最判昭和46年11月30日などが指摘するとおり、国家に対して損害賠償を請求する関係は民法の不法行為法で損害を賠償すべき関係と同様であるから、国際私法の適用を肯定すべきである。これは、我が国の法規で国賠法が民法不法行為法の特別法とされており、国賠法が広範に民法の規定を準用している点とも合致する。

#### ウ 「公法の属地的適用の原則」

それにもかかわらず、国家賠償請求を「公法的法律関係」であるとして、我が国賠法が「公法」として適用されると解釈することは、「公法の属地的適用の原則」からみて許容され得ない。このような解釈は、他国の「公法」を押しつけての自国の「公法」の域外適用であり、他国の正当な主権に対する侵害となる。

### (4) その他の根拠に関する検討

#### ア 抵触法的利益の一方的切り捨て

これに対し、あくまで我が国の法律を適用すべしとする国の主張は、一方当事者の抵触法的利益を勝手に折り捨てるものであり著しく不当である。そのことは、逆

に日本人自身がこうした国家の不法行為の犠牲となった例，例えば北朝鮮による拉致問題を考察してみれば明らかである。

イ 相互の保証について

「相互の保証」の規定の存在は，こうした規定が知的財産法や船舶法等にも規定されている事実，またこうした規定の設けられた趣旨に照らして国際私法排除の根拠たり得ない。

ウ 他国法による国家責任判断の可否

さらに他国の法規による判断の妥当性を根拠とする見解もあるが，他国法規による判断を否定すべき法的根拠はないのみならず，これは本件のように相手国の同意も国際法上の根拠もない純然たる違法行為であるからこそ生じる事態であって，正当な権力行使であれば附従的連結の理論が適用され，また法例11条2・3項などで日本法上の秩序も維持されるので何ら問題はない。

(5) 法例11条2項3項の適用

ア 法例11条2項

法例11条1項の適用により，本件では中華民国法が準拠法として指定される。法例11条2項では不法行為の成立について日本法が全面適用となる。この点には当事者間に争いはない。

イ 法例11条3項の争点

法例11条3項は不法行為の効力についても日本法累積適用を規定するが，時効除斥の問題は累積適用の範囲に含まれず，日本民法724条後段の規定は本件に適用されない。これに対して国は，11条3項による累積適用は時効除斥の問題にまで及ぶとしている。

ウ 文言，規定形式，規定の趣旨及び制定時の議論

しかしながら，「損害賠償其他ノ処分」という文言，11条3項が11条2項とは別に規定されたこと（同じ全面累積適用なら2項と3項を分ける必要がない），そして法例の規定形式の法則性，さらに11条3項の規定設置の趣旨，制定時の議論内容等

に照らしたとき、法例11条3項の累積適用を時効除斥の問題にまで及ぶとさせる根拠はない。3項は、日本法が認めていない方法による損害回復手段（法廷での謝罪等）や額（懲罰的損害賠償等）を否定することにその立法根拠がある。

#### エ 債務不履行責任と累積適用の必要性不存在

債務不履行責任の時効について外国法が日本法と異なる時効期間を設けていたとしても、通説判例はこれを日本の公序則に反するとは解していない。そうだとすれば、不法行為債権の時効について外国法が日本法と異なる期間を設けていた場合に、これを日本法の累積的適用によって例外なく一律に制限すべきとする実質的根拠はない。

こうした見解は、山口弘一、山田錬一、江川英文教授らの見解によっても根拠づけられている。

### 2 準拠法の解釈適用

#### (1) 中華民法民法

本件では、中華民法184条（一般不法行為）及び同法188条（使用者責任）の規定によって、被控訴人国は損害賠償責任を負う。中華民法における不法行為責任の期間制限は長短問わず時効であると解されており、国が援用していない以上、現時点でも請求権が存在していることに疑問の余地はない。

#### (2) 日本法の累積適用

法例11条2項の日本法累積適用については、本件には公権力無責任原則が適用されないから、日本法上も不法行為が成立する。本件で請求しているのは単なる金銭債権と謝罪広告であるから、法例11条3項の累積適用によってもその請求は妨げられない。

#### (3) 慰謝料金額の算定

慰謝料金額については、本件のあまりの重大罪、被害の甚大さ、そして人生を破壊され現在に至るまで被害が続いていること等に鑑みて、控訴人らの請求額を下回することは到底考えられない。

### 第3 国家無答責—「公権力無責任の原則」について

#### 1 「公権力無責任の原則」は合理性・正当性がない

##### (1) 「公権力無責任の原則」は法令の解釈（判例）により形成されてきた

###### ア 戦前の法令の構造

国賠法附則6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。」と定めている。これは、同法の遡及適用を否定し、同法施行前の公務員の公権力の行使に起因する損害については、従前の法令によるとの意味である。

従前の法令を見るに、明治憲法61条を受けて行政裁判法16条は「行政裁判所ハ損害要償ノ訴訟ヲ受理セス」と定められている。したがって、国の賠償責任に関して行政裁判所が管轄権を有しないことは明白である。他方、司法裁判所の管轄権は明文で否定されていない。

実体法を見ると、一般的に賠償責任を認めた規定として民法709条以下の不法行為規定が存在する。これらの規定は国の賠償責任を明文で否定していない。他方、国の賠償責任を否定することを明記した特別法は存在しない。

###### イ 法令の解釈（判例）の集積により形成されてきた

このような当時の法令構造のもとで、権力的作用に起因する損害については、民法の不法行為規定が適用されるか否かという問題は司法裁判所の解釈に委ねられていた。そして、権力的作用に起因する損害には民法の適用を否定し、他方非権力的作用に起因する損害や私経済活動による損害については民法の適用を肯定するという解釈（判例）が集積し、「公権力無責任の原則」が形成されてきたのである。

東京強制連行二次訴訟判決（東京地裁平成15年3月11日判決）、アジア太平洋戦争韓国人犠牲者訴訟判決（東京高裁平成15年7月22日判決）、中国人強制連行福岡高裁判決（福岡高裁平成16年5月24日判決）も「公権力無責任の原則」は判例上確立されたものであることを明確に述べている。

##### (2) 「公権力無責任の原則」に合理性・正当性はない

では、「公権力の行使」（権力的作用）に起因する損害について民法の適用が否



定されるのはなぜか。すなわち、「公権力無責任の原則」はいかなる理由により認められていたのか。また、民法の不法行為規定の適用を制限する実体法上の根拠はあるのかという点について、以下のようにいうことができる。

ア 実体法上の根拠はない（正当化する理由はない）

「旧憲法下における事例であっても、すべての権力的作用に基づく行為について民法が適用されないという法理があったというのは相当でなく、戦前の判例法理を前提としても、特段の事情がある場合には、国は不法行為責任を負わなければならないと解釈する余地は残されていたと解するのが相当である。」（福岡高裁 前記判決）そして、「旧憲法下においても、個人の尊厳、人間的価値は否定されてよいものではない」「公権力無責任の原則」（国家無答責の法理）には合理性・正当性はなく、民法の適用を認めるべきである（同判決）。

イ 訴訟法上の理由

（ア）また、根拠はかならずしも明らかでないが、かろうじて根拠を見出し得るとするならば、それは訴訟法上の理由によるとの見解がある。

すなわち、行政裁判所と司法裁判所の二元的裁判制度を採用していた当時、いずれの裁判所の裁判事項かを区別しなければならないが、「公権力の行使」（権力的作用）に起因する損害についての賠償請求訴訟は、司法裁判所が扱う事項でないために、実体的根拠を論じるまでもなく、民法の不法行為規定が適用されなかったのであるという見解である。

（イ）では、なぜ司法裁判所は訴えを「却下」せずに「棄却」していたのか。

a そもそも、国家賠償責任の問題は「損害補填の観点」から捉えなければならない。すなわち、被害者にとってみれば、加害者が国であろうが私人であろうが、加害行為が公権力の行使であろうがなかろうが損害の補填という意味において違いはない。いずれにおいても、損害は補填されなければならないのであり、国の賠償請求権の性質も私法的性質を有するとされ、国家賠償請求事件は民事訴訟事件とされてきたのである。

b ところが、「公権力の行使」（権力的作用）に起因する損害賠償に関しては、民法709条以下の不法行為規定の適用が否定されてきた。その理由は、「公権力の行使」（権力的作用）という加害行為の性質にのみ目を奪われ、国の賠償責任の問題も填補責任の問題であるということを見失っていたからである。

このように、原因行為の性質を重視し、国の賠償責任を否定するというのは諸外国には見られず、日本国の「特殊性」の現れである。そして、その原因は、「わが国の特殊な政治構造・政治意識により、権力的作用の神聖性が担保されていた」という明治憲法下の法意識にある。この「権力的作用の神聖性」を重視することにより、「公権力の行使」（権力的作用）に起因する損害の賠償請求訴訟が、本来は私法上の性質を有し民事訴訟事件として取り上げることが可能であるにもかかわらずそのことを見失われ、公法上の訴訟として行政裁判所の裁判事項であり、司法裁判所の裁判事項としては適切ではないとの法意識を容易に生みだす結果になったのであり、それが戦前の判例を形成してきたのである。

(ウ) 「公権力無責任の原則」に合理性・正当性はない

そうだとすると、二元的裁判制度を採用していた戦前においては、かろうじて合理性を有していたといえるかもしれないが、二元的裁判制度が廃止され裁判制度が司法裁判所に一元化された現行憲法及び裁判所法の下では、同原則を維持すべき理由はない。それゆえ、現在においては、「公権力無責任の原則」は合理性・正当性を有しない（アジア太平洋戦争韓国人犠牲者訴訟判決・中国人強制連行新潟地裁判決参照）。

したがって、「公権力の行使」（権力的行為）に起因する損害について同原則は適用されず、民法709条以下の不法行為規定が適用されるべきである。

(3) 最高裁昭和25年判決に反しない

このように解しても、最高裁昭和25年判決に違反しない。

まず、最高裁昭和25年判決の事案と本件事案とは全く異なる事案である。

最高裁昭和25年判決は、本件のような残虐非道な非人道的行為による被害を想

定していなかった。したがって、最高裁昭和25年判決は、「当該事案限りの事例判決」であり、戦前において「同法理を採用した判例も、国賠法施行前の当該事案限りの解決を示した事例判決であったと解するのが相当である。」（前記福岡高裁判決122頁）。

2 本件性暴力は「公権力の行使」（権力的行為）に該当しない

(1) 本件性暴力は「公権力の行使」（権力的作用）に該当しない

ア 女性を拉致監禁して繰り返し性暴力（強姦行為）を加えることは、戦前においても、被害者女性の性的自由あるいは性的自己決定権を蹂躪する非道卑劣な行為であって、如何なる意味においても正当化できないことは明白である。したがって、女性を拉致監禁し性暴力を加えた行為について、国家の「公権力の行使」（権力的作用）であるということは、国家の「公権力の行使」（権力的作用）概念を歪めるものであり、国家の道義性や尊厳を損なう判断である。したがって、本件性暴力は「公権力の行使」（権力的行為）にあたらぬ。

イ また、本件は芝池義一教授が明らかにした「公権力の行使」（権力的作用）の3つの要件に照らしても「公権力の行使」（権力的作用）に該当しない。

すなわち、芝池教授は、「公権力の行使」（権力的作用）の要件として、第1に、加害行為が実質的に強制力ないし権力の行使といえる性質のものであること。すなわち、法行為であれば相手方である私人の権利・自由を一方的に制限したり、事実行為であれば身体・財産に強制を加える性質のものであること、第2に、法律の授權があること、第3に、加害行為が国の統治権乃至主権に服する者に対する行為であることという3つの要件が必要であることを明らかにした（芝池義一『意見書』7～9頁。同『平成14年9月12日付証人尋問調書』16頁）。

このうち、第1の要件については、伝統的に理解されていたものであり被控訴人も異論がない要件である。また、第2の要件は、法治主義から導かれる要件であり、その背後には保護されるべき公務の存在が当然に前提とされており、また、国際法規に照らして合法であることも当然に前提とされている。第3の要件は、日本の主

権乃至は統治権が、外国乃至は外国人に対して及ばないことから導かれる当然の要件である。

以上の3つの要件が総て満たされて初めて「公権力の行使」（権力的作用）に該当する。

ウ 本件性暴力が、実質的に強制力ないし権力の行使といえる性質のものであるといえるから、第1要件は満たす。本件では、中国人女性に暴行を加え、拉致監禁し、継続的に性暴力が加えられているが、「公権力」の名の下に、かかる性暴力にいたる一連の行為が正当化される権限を法律で授権することなど想定できない。したがって、第2要件は充たさない。本件は、日本国の統治権乃至は主権に服しない在外中国人の女性に対して加えられた性暴力であるから、第3要件を欠くことは自明なことである。

エ 以上から、本件性暴力は「公権力の行使」（権力的作用）に該当しない。したがって、「公権力無責任の原則」の適用はない。

(2) 民法709条又は民法715条の不法行為規定が適用されるべきである

「公権力無責任の原則」の適用制限が認められたとすれば、民法709条以下の不法行為規定が適用されるべきである。

ア 日本国家自身の不法行為として民法709条を適用すべきである

(ア) ここで留意すべきは、被害女性に暴力を加え、拉致監禁し、性暴力を繰り返し加えることは「公権力の行使」（権力的作用）には該当しないが、かかる本件性暴力に向けられた一連の行為は、日本国の行為であるという点である。

国家の行為には、「公権力の行使」（権力的作用）にあたるものと、それ以外の行為がある。したがって、「公権力の行使」（権力的作用）に該当しないからと言って、直ちに国家の行為に該当しないとはいえない。当該行為が日本国の行為といえるか否かについては、あらためて当該加害行為の実態を検討する必要がある。

(イ) そして、本年吐暴力は、当時の日本軍が組織的・継続的に行ったものであるが、日本軍のそのような加害行為は、日本国の中国侵略政策、差別醸成教育、「慰

安所」政策などが構造的に生み出したものである。そのため、本件性暴力は、単に一部の兵士や、あるいは一部の部隊の逸脱行為ではなく、日本軍に共通に認められるのであり、まさに日本国の一連の諸政策が必然的に生み出した戦争犯罪といえる。

したがって、本件は、日本国家自体の組織的な不法行為として、民法709条に基づき不法行為責任が問われるべき事案である。

イ 民法715条を適用すべきである。

仮に、本件加害行為が日本国自身の不法行為でないとしても、日本軍の兵士が、軍服を着用し拳銃等を装備するなど、外形上日本軍の兵士が行った行為であることは一目瞭然である。

したがって、外形理論により民法715条に基づき国の賠償責任が認められるべきである。

### 3 「公権力無責任の原則」の「正義・公平の理念」による適用制限

#### (1) 「正義公平の理念」

仮に、本件性暴力が「公権力の行使」（権力的作用）に該当し、「公権力無責任の原則」が妥当するとしても、本件のような残虐非道な非人道的行為たる加害行為により被害を被った場合についてまで、国が責任を免れるのは「正義公平の理念」に照らして許されない。したがって、本作事案の特徴に鑑み、本件については「正義公平の理念」に照らして「公権力無責任の原則」の適用は条理上制限されるべきである。

#### (2) 「正義公平の理念」による制限が認められるための要件

「正義公平の理念」に基づき除外の適用制限を認めた裁判例がいくつか存在する（最高裁平成10年6月12日判決，東京地裁平成13年7月12日判決，福岡地裁平成14年4月26日判決，東京地裁平成15年9月29日判決など）。これらの判決では、①加害行為の残虐性・悪質性，②被害の重大性，③証拠隠滅など権利不行使に対する加害者の関与等加害者側の要保護性が考慮されている。

「公権力無責任の原則」の適用が「正義公平の理念」に照らして適用制限すべき

か否かについても、基本的にこの除斥の適用制限で考慮された要素が同じように検討されるべきである。

(3) 「正義公平の理念」に基づき「公権力無責任の原則」の適用を制限すべきである。

ア 本件では、控訴人らに暴力を加え、拉致監禁し、性暴力を繰り返し加えるなどその加害行為は、当時の国際人道法に違反する残虐非道な非人道的な行為である(①)。また、被害の甚大性についても、控訴人らは現在もPTSDで精神的・身体的に苦しんでいることから認めることができる(②)。さらに、加害者の要保護性についても、除斥の章で指摘されている事情を考慮すると加害者の要保護性も認められない(③)。それに加え、「公権力無責任の原則」自体が現在合理性・正当性を持っていないことも考慮するならば、「公権力無責任の原則」は「正義公平の理念」に基づき適用を制限すべきである。

(4) 民法709条又は民法715条

「公権力無責任の原則」の適用制限が認められたとすれば、民法709条及び民法715条以下の不法行為規定が適用されるべきである。

4 日本国家自体の不法行為—民法709条及び同715条

(1) 民法709条の適用が認められるべきである。

まず、本件性暴力にいたる一連の行為は、一兵士乃至は兵士集団の行為ではなく、日本国自身の行為として民法709条以下の責任を負うべきである。

本件性暴力は、当時の日本軍が組織的・継続的に行ったものであるが、日本軍のそのような加害行為は、日本国の中国侵略政策、差別醸成教育、「慰安所」政策などから構造的に生み出されたものである。そのため、本件性暴力は、単に一部の兵士や、あるいは一部の部隊の逸脱行為ではなく、日本軍に共通に認められるのであり、まさに日本国の一連の諸政策が必然的に生み出した戦争犯罪といえる。したがって、本件は、日本国家自体の組織的な不法行為として、民法709条に基づき不法行為責任が問われるべき事案である。

(2) 民法715条の適用が認められるべきである。

仮に、日本国が民法709条による責任を負わないとしても、民法715条の使用者責任を負う。

民法715条の「事業ノ執行ニ付キ」の意義について、行為の外形が職務執行行為にあたる場合には「事業ノ執行ニ付キ」に該当するという、いわゆる外形理論が認められていた。したがって、外形理論により国の賠償責任を認めることは可能である。

本件では、軍服を着用し拳銃等を装備するなど、外形上日本軍の兵士であることは一目瞭然である。そして、その日本軍の兵士らが、組織的かつ継続的に、控訴人らに暴力を加え、拉致監禁し、繰り返し吐暴力を加えたというものであるから、その他の不法行為の要件も満たす。

よって、民法715条の使用者責任の適用が認められる。

#### 第4 民法724条後段（除斥）について

##### 1 民法724条後段の起算点について

PTSDによる後遺障害は、時の経過によって自然消滅せず、さらに持続的人格変化へ症状が進行することがあるなど、不法行為の時点から長いときを経て被害が継続累積する。したがって、PTSDが発症している場合には、累積進行被害として、各個別の被害を別々の損害として扱うべきではなく、一人の人間の健康被害として、全体として一個の損害を考えるのが合理的であり、被害が終了した時点で始めて消滅時効・除斥期間が進行すると考えるべきである。控訴人らのPTSDの被害は戦後も続き、提訴時においても障害が累積的に進行しうるのであるから、提訴時において未だ除斥期間は進行していなかったものである。

またPTSDが日本国内において損害として認識されたのは、前述の学会や行政庁によって示された時であるから、その時期である1995年から除斥期間は進行を開始すると考えるべきである。

##### 2 民法724条後段の適用制限について

(1) 除斥期間の適用は条理上その適用が制限される

本来民法724条後段は時効と解すべきである。仮に民法724条後段の20年の期回を除斥期間と解するとしても、不法行為の時から20年が経過しても、加害行為が悪質で被害が甚大であり、当該加害行為の特質からして、被害者に権利行使を期待することが困難であり、かつ、加害者が加害行為を隠蔽するなどして、被害者の権利行使を妨害するなど、加害者をして除斥期間制度による損害賠償義務の免責を受けさせることが正義・公平に著しく反する場合には、除斥期間の効果を制限すべきである。又そうすることが、条理にもかなうというべきである（平成10年6月12日最高裁第2小法廷判決（判時1644号42頁））。

(2) 本作事案については除斥の適用を制限すべきである

ア 加害行為の残虐性・悪質性

(ア) 日本軍による「強姦所」設置を助長した侵略戦争の構図

被控訴人国は、「交戦法規」に反して、中国大陸を侵略するに際し、さらに日本人に徹底した中国人蔑視教育を行って差別意識を助長させておきながら軍紀弛緩に対する対策を何ら採らなかった。

日本軍は中国大陸侵略後、「高度分散配置」という作戦をとり、憲兵も将校も監視できない状況下での残虐行為と性暴力が頻発する事態をもたらした。1940年8月の八路軍による「百団大戦」（大規模反撃作戦）で深刻な被害を受けた日本軍は、同年8月から12月まで「熾滅掃蕩」無差別作戦である「晋中作戦」を行った。また1941年8月から12月まで敵根拠地の「覆滅」・自給自活力の「破壊」・敵勢力の「消耗枯渇」を基本方針とした「晋察冀辺区肅正作戦」を行い、これらの作戦によって村民の無差別殺戮と女性に対する拉致監禁強姦が助長された。

1941年12月の太平洋戦争勃発により南方に軍隊を割いた日本軍は、山西省において、より少ない兵力で広大な占領地を維持する必要が生じ、そのため占領地を治安地区、准治安地区及び未治安地区に分類し、治安地区を増加していくという肅正三か年計画を行った。控訴人らの居住地は、未治安地区に最も近い位置にあ



り、敵性住民であると見なされ、何をやっても構わない「無法地帯」として、特に日本軍による犠牲が大きかった。また進圭社拠点周辺では、1942年4月に招撫作戦としての「党员大量向敵自首事件」が起これ、党员が大量に脱退し、現地における抵抗勢力が壊滅的な打撃を受けた。そのため村落の女性遣を守る最後の砦が失われ、大量の強姦・輪姦事件が発生した。本件や別件控訴人らの被害が、いずれもこの事件の直後から発生した。

#### (イ) 「強姦所」を作らせた背景—「慰安婦」制度

日本軍は中国各地に強姦防止を名目として「慰安所」を設置したが、かえって性暴力を公認し組織化した形となり、慰安所もない僻地に派遣された末端の兵士遣の不满を増大させ、軍自ら近隣の村々から婦女を拉致し、ヤオドン内に長期間監禁し、集団で強姦、輪姦するという「強姦所」を作った。このように被控訴人国の施策がまさに性暴力被害を発生させる要因となった。

#### (ウ) 加害の残虐性

このような日本軍の作戦と「慰安所」制度を背景に、進圭社拠点に駐屯した日本軍は「強姦所」を設置し、少女や女性に対して連日連夜の強姦を行った。

郭については、大勢の兵士の見ているところで陰部に裂傷を与えるような残虐行為を行い、侯■■■に対してもいやがる侯に踊りを強要し、又、顔に触ったりして大勢の日本兵が慰みものにしたのである。

#### イ 被害の重大性

##### (ア) 各人の被害事実

控訴人郭■■■は、満15歳のときに、亡侯■■■は、満13歳のときに、日本軍兵士らにより拉致され、ヤオドンに連れて行かれ、劣悪な環境の中で監禁され、長期間にわたり日本軍兵士に暴行を受けた上、強姦、輪姦されたものである。控訴人郭■■■は、3回にわたり拉致監禁を繰り返させられ、又亡侯■■■は、40日にも及ぶ長期間監禁され続けたものであり、同人らの恐怖と絶望感は想像を絶するものである。

### (イ) PTSDの被害

控訴人らは上記被害によって深刻なPTSDの障害をもつようになり、それは亡候は死ぬまで、控訴人郭は現在もなお続いているのである。

控訴人郭は、解放後5年間は完全に気が狂い、その後もいつも怯え、突然意味不明な文言を叫びながら走り出したりしていたため、同人の家族は村人からの冷たい視線に耐えねばならなかった。控訴人郭は自然に泣くこともできなくなり、奇声を発して苦しい気持ちを表現するのがやっとならなくなった。

亡候は、PTSDのために自分の子どもに対して理由なく突然狂ったように暴行を振るうことが頻繁にあった。長女が失神するまで殴りつけたり、長男を棒で殴りつけたりし、亡候は我に返ると自分の行いを恥じ、恐れ、また子ども達に謝る生活が続いた。さらに日常的に長い間ボーと我を忘れることや健忘が生じた。時に外を意味なく走り回り、裸で飛び出すこともあった。また緊張すると失神するようなこともあった。

控訴人郭は前述したとおり、1997年11月の時点において、桑山医師によりDSM-IVのクライテリアを完全に満たし、PTSDであることが診断された。また亡候は、1997年11月の時点において、同医師によりDSM-IVのクライテリアを完全に満たし、PTSDであることが診断された。これらの被害は戦後も続き、提訴時においても障害が進行していたことは明らかである。

ウ 加害者側の事情一証拠の隠滅などの権利不行使に対する義務者の関与

#### (ア) 終戦前後の証拠隠滅行為とその後の資料の隠蔽

日本国はポツダム宣言受諾決定前後から戦犯として訴追されないよう組織的な資料の隠蔽、隠置を行った。又、一度米軍に押収されて、その後返還された資料も様々な理由をつけて非公開とした。

#### (イ) 戦後の日本国による事実の否定と真相究明の不作為

日本政府は1990年代はじめまで「慰安婦」の事実そのものについて否定してきた。1992年1月11日、吉見義明中央大学教授が、日本軍が軍慰安所設置を

指示した公文書を発見し、新聞に発表するや、翌12日には当時の加藤紘一官房長官が初めて、日本軍の関与を正式に認め、13日には謝罪の談話を発表し、その後日本政府による「慰安所」の調査が行われた。その後、政府は1993年8月、日本軍の責任を認める調査結果を発表したが、十分な調査を行わなかったため、近隣諸国から批判された。吉見教授やその後政府が発見した「慰安婦」に関わる資料が一部残存していることから、本件に関わる資料・証拠もその多くが隠滅されていたと見るべきである。

#### (ウ) 教科書検定による事実の隠蔽

被控訴人国（文部省）は、教科書検定により、日本の侵略戦争や加害の事実のうちでもとりわけ性暴力については教科書からその記述を削除させ、日本政府の侵略戦争・戦争犯罪の事実をひた隠し、責任を負うことのないよう事実の隠蔽を図ってきた。

#### (エ) 日本政治家による加害事実の否定

「慰安婦」問題が国際社会において顕在化し、政府が日本軍の関与を認めた後においても、国会議員、大臣等が「慰安婦」に対する国の責任を否定し、あたかもそれが被害者自身の責任であるかのごとく「商行為」である等の発言を繰り返すことにより、被害者が自ら声を上げ、日本国の責任を追及することを阻害してきた。

エ 権利行使の客観的法的・事実的可能性の不存在－権利の上に眠る者という非難性の欠如（権利行使の期待可能性の欠如）

#### (ア) 性奴隷被害者のPTSDによる権利行使の期待可能性の欠如

a 日本においてPTSDが医学的に認知されたのは、平成7年（1995年）であり、それ以前においては、控訴人らのPTSDの被害が日本軍の性奴隷にされたことによる被害であるということは明確にはわからなかった。

b PTSDは、日々継続し、状態が多年にわたり慢性の経過を示し、持続的人格変化へ移行することがある。本件控訴人らはすでに多年にわたり慢性の経過を示し、治癒されるまでの間は症状が固定されず、その病態は日々変化・発展している。

また性暴力被害者は自らの被害を被害として客観化して語る事が難しいという特徴をもっている。このような精神障害を有する被害者が自ら真実を明らかにして提訴することができなかつたことは当然である。まして本件のように加害国が、加害の事実を否定し、前述のごとく日本国の公人があたかも被害者にも責任があると思われるような発言等を繰り返す隋況において、性暴力の被害者はより一層真実を語る事ができず、自らの被害を公にすることすら極めて困難である。

(イ) 中国人の戦争犯罪被害者の権利行使ができなかつたことについて

a 1978年10月23日の日中平和友好条約の締結までは、法的には日中両国は戦争状態にあり、国交は断絶したままだつた。

b 中華人民共和国においては、民法総則は1986年4月12日に採択され(1987年1月1日施行)、契約法は1999年3月、国家賠償法の制定は、1994年5月であり民事法の整備は遅れた。また、中国においては、民事紛争は、非司法機関である人民調停委員会による調停が優先されてきた。さらに中華人民共和国における弁護士制度は1996年5月15日「律師法」が制定されるまで、弁護士は公務員だったため、一般人が国家の意思に反して弁護士に業務を依頼することは困難であつた。

このようにごく最近まで、一般の中国人には法律に基づいて自己の権利を裁判を通じて主張・実現するなどという法意識は希薄であつたし、それを援助する法律実務家も存在しなかつた。

c 1978年12月から始まつた改革開放政策は、対外国との関係では人はすべて「公」としてしか接することはなく、海外から中国を訪れる者は、すべてしかるべき中国側の公的機関・組織の受け入れが必要であり、それ以外の訪中はできなかつた。

1985年に出境入境法(1986年2月1日に施行)が制定されたが、私事の原因によって出国することは実際上は不可能であつた。

現在でも控訴人らが日本に渡航するためには、日本からの招聘の証明、日本側の

資産のある身元保証人が必要であり、訴訟を提起しようとする段階において控訴人らがこのような条件を整えられないのは当然である。訴訟提起のための代理人を選任しようとしても、到底選任できない客観的な事情が存するのである。

一方、1980年代初めまでは、外国人が中国国内で行動することは「公」であり、公安局から旅行証の交付を受けることが必要であった。また本件控訴人らの居住している農村は「対外開放地区」でなく、外国人は受入機関の許可なく、その地域に入ることすらできなかった。したがって、日本人弁護士が訴訟のために現地に入り、被害者らと直接接合できるようになったのは、地域差も大きいですが、早くとも1995年3月の銭其●外相による個人の損害賠償を容認する見解が政府として示された時以降である。

d さらに控訴人らの居住地区は、中国山西省孟県であり、省都の大原から控訴人らの村や被害場所の進圭村は遠く、道路も整備されていない。村人は周囲の村との交流はあるが、方言は強く、山西省内の村々によってことばが通じないこともある。都市の人間が村へ行くのは特別な事情がなければあり得ず人的交流範囲は極めて狭い。まして海外へ渡航した村人などおらず、日中戦争後、外国人にあった村人はほとんどいない。控訴人らは字を読むことも書くこともできず、又、纏足のため行動範囲も自宅の周辺に限られ、他の世界の情報を得ることはほとんどない隔絶した村社会の中に暮らしてきた。又、経済的にもほとんど自給自足の生活であり、日々の生活をこえた出費を要する行動は取り得なかった。

e 1992年頃から張双兵は「慰安婦」被害者らから事実を調査した。張双兵は、聞き取りを行った後、「慰安婦」被害女性7人に関する要求書を童増に送付し、同年8月7日、童増により要求書は北京の日本大使館に手渡されたが、日本大使館はこれを黙殺した。

一方、本件控訴人らの代理人である弁護団は、1994年10月26日～1995年10月25日まで4回にわたり中国各地で被害調査を行った。これにより調査団は、多数の被害事実を確認し、各戦争被害者が日本政府からの謝罪と賠償を求め

ていることを知った。その際、童増を通じて張双兵の活動を弁護士が知り、控訴人らと知り合った。日本人弁護士に控訴人らが被害事実を語ることはきわめて困難であったが、時間をかけて日本人弁護士は控訴人らの被害事実を聞き取った。それらの調査を経てやっと控訴人らは提訴をすることができるようになったのである。

オ 救済の必要性～国際世論と「女性のためのアジア平和国民基金」

(ア) 2度の世界大戦と東西冷戦下での局地紛争が勃発した20世紀（「戦争と大量殺戮の世紀」）は、東西冷戦終結後、その責任問題が世界各地で噴出し、1990年代半ば以降、加害者と被害者が事実と向き合い、謝罪、賠償が行われる動きが世界的に顕在化し本格化し始めた。

(イ) 日本政府が初めて公式に謝罪した翌月（1992年8月）、国連人権小委員会（差別防止及び少数者保護小委）で特別報告官が「日本政府に資料提出を求める」など本格的な調査を開始した。その後クマラスワミが1996年2月6日、第二次大戦中、旧日本軍による「慰安婦」は「性奴隷」とであると定義し、その行為は人道に対する罪にあたるとして、日本政府にその法的責任を求めるなど六項目を日本政府へ「勧告」する最終報告書（クマラスワミ報告）を人権委員会に提出した。さらに、1998年8月国連人権小委員会（少数者保護小委員会）においてゲイ・J・マクドゥーガルは戦時・性奴隷制特別報告者として「武力紛争下の組織的強かん、性奴隷制および奴隷制類似慣行に関する最終報告書」を提出し、「慰安婦」問題で日本政府の法的責任を明らかにし、その責任者の処罰と被害女性への国家補償を勧告した。

日本政府は、1995（平成7）年7月19日、元「慰安婦」に対する償い金支給事業を民間の拠金に基づき行う「女性のためのアジア平和国民基金」を発足させた。しかし、日本が加害事実を積極的に解明せず、日本の法的責任を認めず、形式的な「調査」と「おわび」のみで「償い金」の支給にふみ切ったため、韓国の挺身隊問題対策協議会（挺対協）など内外43団体が基金発足に反対した。また国連人権委員会等でも「女性のためのアジア平和国民基金」は被害者に対する適切な措置と

は認めないとされた。

この「女性のためのアジア平和国民基金」は被害者、国内外の国民、政府から批判されながら十分な目的を達せず、2002（平成14）年5月「償い金」を支給する事業を終了した。しかし中国は当初からこの対象国とさえされず、最も深刻な被害を受けた中国人被害者らは、かかる不十分な補償すらないまま、日本政府から完全に無視されたまま今日に至っているのである。

### 3 結論

被控訴人国は、自ら慰安所を設置し、さらに日本軍において「強姦所」たる本件事件を生せしめ、拉致・監禁・強姦によって控訴人らに甚大な損害を与えたにもかかわらず、これら加害の事実調査すら行わずに放置して、関連する証拠を隠蔽し、国会内においても曖昧な答弁を繰り返して国の責任を回避し、ましてこれら性暴力被害者に対して内閣閣僚が「商行為」であった等と侮辱するなどして、被害の声を挙げることを阻止してきた。さらに日本政府は20世紀に起こった戦争と紛争の解決を求める国際的な動向により、国際世論が高まって日本への非難がなされてもこれを放置し、やむなく「国民基金」を設立したものの、中国人被害者に対して給付を行わずこれを放置することによって、真相究明及び被害者らの救済を怠ったものであり、そのような被控訴人国に対し、自ら制定した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、控訴人ら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ものである。このような重大な被害を被った控訴人らに対し、加害国たる日本国が、国家として損害の賠償に応ずることは、条理にもかなうというべきである。

よって、本件損害賠償請求権の行使に対する民法724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。

## 第5 請求権放棄について

### 1 国家の賠償請求権のみを放棄した日中共同声明第5項

#### (1) 日中共同声明第5項の解釈

1972年に日本政府（被控訴人）と中国政府との間に交わされた日中共同声明第5項には中国の日本国に対する賠償請求の放棄が宣言されている。

しかし、同項の「中華人民共和国政府は、中日両国国民の友好のために、日本に対する戦争賠償の請求を放棄することを宣言する。」という規定は、「中華人民共和国政府」が「日本国に対する戦争賠償の請求を放棄する」と規定しているに過ぎない。本条で放棄された請求権は中国政府のそれであり、そこには個人の請求を放棄することは一切規定されていない。

この点、被控訴人の主張するサン・フランシスコ平和条約14条（b）とは文言上も大きな違いがあるということについては重視する必要がある。

（2）また、日中共同声明のもう一方の当事国でかつ請求者側の中国は、当時から現在に至るまで、一度も「日華平和条約によって賠償問題は解決済み」などという日本政府の主張を認めていない。

むしろ、1995年3月7日、銭副首相兼外相（当時）は、「日中共同声明で放棄したのは国家間の賠償であって、個人の賠償は含まれず、補償請求は国民の権利であり、政府は干渉すべきではない」旨の見解を示し、個人の賠償請求権は未だ消滅していないということを確認している。

最近では、より具体的に、「慰安婦」問題や強制連行・強制労働問題、遺棄毒ガス弾問題等は、日中における「慰留問題」であると公式に表明し、未だ個人の賠償請求権が存在することを前提に戦後補償問題が解決していないことを明確に表明している。

## 2 サン・フランシスコ平和条約14条（b）とオランダへの対応

ところで、被控訴人は、日本の立場を説明し、サン・フランシスコ平和条約14条（b）により、賠償問題は「完全にかつ最終的に解決された」と主張する。

しかし、1956年3月13日、日本政府はオランダ政府に対し、オランダ国民に対する「見舞金」と称しつつ1000万ドルもの金員を支払っている。

## 3 個人の賠償請求権の放棄についての判例



(1) 被控訴人は、中国人個人の賠償請求権についても放棄されており、解決済みであるという主張を繰り返しているが、近時、中国人の被害賠償請求事件において判例は明確に被控訴人の主張を否定し、個人の賠償請求権を認めている。

(2) 本件と同種の山西省「戦時性暴力」被害賠償請求事件判決（東京地裁平成15年4月24日判決）や強制連行・強制労働新潟地裁判決では、それぞれ「中国国民個人が被った被害についての被告国に対する損害賠償請求権までが、日中共同声明によって放棄されたとは解しがたい。」と認定している。

(3) 最近では、強制連行・強制労働西松事件広島高裁判決（平成16年7月9日判決）も明確に個人の賠償請求権が放棄されていないことを認定した。

同判決によると、「日中共同声明第5項は、サン・フランシスコ平和条約14条(b)・・・の規定」とは「明らかに異なり、中国国民が請求権を放棄することは明記されていないし、中華人民共和国政府が放棄するとしたのは、『戦争賠償の請求』のみである。」と明確に断じた。

(4) 以上のように、中国人の戦争被害賠償請求事件について、近時の判例は、中国人の個人の賠償請求権の存在を明確に認めているのである。

## 第6 終わりに

本作事案は、①日中戦争中の日本軍による性暴力について②すでに60年もたった現在裁こうとする事案であり③それは日中関係はもとより④国連を中心とする世界からも注目されている、という特徴をもつ事案である。これらの点は、裁判所には「重い」負担感ないし司法権の限界を超えるのではないかとの印象を与えているかもしれない。

しかし、この裁判で最も重要なことは、加害と被害の事実が極めて明白であるにもかかわらず、控訴人らの被害回復が未だに一切なされていないということである。控訴人らは日中戦争中に日本軍によって強制的に拉致され、「強姦所」に監禁されて強姦され続けた。控訴人らは当時いずれも13才や15才の少女であったのであり、戦後から提訴に至るまでの50数年間、小さな山西省の村で被害事実を誰にも、

家族にすら話すことも出来ないまま、PTSDの被害に苦しみ続けてきた。まさに控訴人一人一人の人生が、日本軍の行為によって狂わされたのである。本訴訟で問題とされるべきは、控訴人らの苦痛のどん底にあった一生について、その損害をどのように分担させるべきか、という点にある。この損害について、日本は一切の責任を免れ、控訴人らだけがその負担を負わなければならない理由があるのか、が問われているのである。すなわち、問われているのは、ひとえに被害者の損害について日本の司法がそれを救済するのか、控訴人ら一人一人の人権を救済し、控訴人らの人間としての尊厳が回復できるのかという問題なのである。

確かに、本件のような歴史的社会的な背景をもつ事案において、判決が、その問題の政治的解決への道を開くことはしばしばある。しかし、そうした結果をもたらすことは当故事案についての判決の一効果であって、裁判所はそうした政治的解決の可能性や妥当性を第一に考えるのではなく、まずは法廷にある事実についての正義の実現をはかるべきである。

司法権はそうした事案の正義を明らかにすることを通して当該事案を超えて、裁判に訴える以外に救済の道がなかった数々の被害者の権利を救済してきたのである。水俣病、大気汚染、じん肺等をはじめとする公害事実、予防接種禍訴訟、クロロキン薬害訴訟、HIVを始めとする薬害訴訟、ハンセン病患者の国賠訴訟等個人の人権救済を行う最後の砦として、司法権の判断は個別事案を超えて少なからぬ被害者の救済を図ってきたのである。

本件のような今次15年戦争に於ける日本軍による性暴力被害者（いわゆる「慰安婦」）問題について、日本政府は1992年1月によりやく軍の関与を認め、ちょうど90年代に入って世界的潮流となった過去の不正義の克服と女性の人権の確立の動きの中で、「アジア女性基金」を創設した。

この「アジア女性基金」は日本政府の責任を認めないことを前提とするために、国際世論の非難を受ける極めて不適切なものであり、基金創設後も国連その他の国際世論は「慰安婦」に対する真摯な解決を日本政府に対して求め続けてきたが、日

本政府はそれを無視してきた。

しかし、本件控訴人ら中国人の被害者らは、この「アジア女性基金」の対象からさえ外され、日本政府より放置され続けているのである。本作事案は、まさに被害者らが裁判外の公私の紛争解決方式によって適切な権利の実現・救済がされないままにされているものであり、しかもこの被害について日本国は全ての責任を免れ、その一方で被害者のみはその負担を強いられなければならないというような「正義」などどこにも存在しないのである。

裁判所は基本的人権を尊重する最後の砦として、本件控訴人らの被害を救済しなければならないのである。

(別紙3)

## 被控訴人が当審において追加補足した主張

### 第1 国家無答責の法理について

1 国家無答責の法理が基本的法政策として確立していたこと

(1) 行政裁判法16条及び裁判所構成法について

ア 明治憲法は、行政裁判制度に関し、行政裁判を司法裁判より分離し、行政訴訟を審理するために別に行政裁判所を設けること及びその構成は法律をもって定むべきものとの原則を掲げた。

ところで、行政裁判法16条は「行政裁判所ハ損害要償ノ訴訟ヲ受理セス」と規定しているが、伊藤博文が編纂した「官制関係資料」所収の「行政裁判所設置ノ問題」と題する資料(乙第21号証)は、「要償ノ訴ハ一般ニ民事裁判ニ譲ルベキカ、又ハ或ル部分ニ限り行政裁判ニ於テ處分スベキヤ。」という問題点について、「君主ハ不善ヲ爲スコト能ハズ。故ニ政府ノ主權ニ依レル處置ハ要償ノ責ニ任ゼントハ一般ニ憲法學ノ是認スル所ナレバ、人民ハ一個人トシテ官吏ノ故造處置ヲ訴ヘ、民事裁判所ニ要償スルヲ除ク外、行政廳ヲ相手取り要償ノ訴ヲ爲スノ權アルコトナシ。但シ法律ニ依リ政府ハ賠償ノ責ニ任ズベキコトヲ明言シタル條件(徵發令ノ如シ)ニ於テハ、行政裁判所ハ要償ノ訴ヲ受理スルコトヲ得ベシ。又行政裁判所ニ於テ取消ス所ノ行政處分ニ依リ、直接ニ生ズベキ損害ノ賠償ハ行政廳ニ於テ之ヲ處分スベキモノトス。(但シ収用令ニ賠償ノ訴ヲ司法裁判所ノ權限ニ屬シタルガ如キ明文アル者ハ此ノ限ニ在ラズ)」としている。

すなわち、行政裁判法の制定過程において、政府の主権に基づく処置すなわち公権力の行使に該当する措置によって生じた損害については、憲法上当時一般には是認されていた国家無答責の法理により、個人は、原則として行政裁判所に対して損害賠償の訴えを提起できないとしたのである。

また、行政裁判法案の原案を作成したモッセは、公権力主体としての国家と私経

済主体としての国家を区別し、前者については無答責、後者については私人と同様の責任を負うという解釈を採っていたのである（宇賀克也・国家責任法の分析409, 419, 420ページ, 「モッセ氏國ノ民法上損害賠償義務ニ關スル意見」・乙第98号証474ないし477ページ）。

以上のように、行政裁判法16条は、国家無答責の法理を当然の前提として、行政裁判所の損害賠償請求事件に係る事物管轄の範囲を定めたものといえる。

イ また、国家無答責の法理は、明治23年に制定された裁判所構成法の制定の際にも貫徹されている。

すなわら、裁判所構成法は、明治20年5月にルドルフが中心となって草案を起草し、法律取調委員会で検討修正して、明治23年に法律とされたものであるが、その法律取調委員会案（帝国司法裁判所構成法草案）の33条で、「地方裁判所ハ民事訴訟ニ於テ左ノ事項ニ付裁判権ヲ有ス」として、「第一 第一審トシテ（イ）金額若クハ価額ニ拘ラス政府（中央政府ト其配下ノ官庁トヲ問ハス）ヨリ為シ又ハ之ニ対シテ為ス総テノ請求（ロ）金額若クハ価額ニ拘ハラス官吏ニ対シテ為ス総テノ請求但其請求公務ヨリ起リタル時ニ限ル（ハ）其他区裁判所若クハ特別裁判所ニ専属スルモノヲ除キ総テノ請求」とされていた（下山瑛二・人権と行政救済法68ページ）。

ところが、井上毅が意見書を提出し、上記のうら、国家責任に関する訴訟を受理する明文の規定が草案から削除されることとなった（田上穰治編・体系憲法事典365ページ以下）。

井上毅は、国家無答責の法理を根拠に、国家賠償請求訴訟を司法裁判所に提起できないとしたのであり、この井上の意見が客観的に通った形で裁判所構成法が制定されたのである（下山・前掲人権と行政救済法68, 69ページ。同旨東京高裁平成14年3月28日判決・訟務月報49巻12号3041ページ）。

ウ 以上述べたように、行政裁判法及び裁判所構成法は、国家無答責の法理を根拠として、行政裁判所及び司法裁判所は、いずれも国家賠償請求訴訟を受理しない

ものとした。このように、国に対する賠償請求は、基本的には、行政裁判所のみならず、司法裁判所においても否定する考えであったのであり、その基本的な法構造は、権力的作用に関する限り、以後、日本国憲法に至る約半世紀余の間継続したものと見える（下山・前掲人権と行政救済法69ページ）。

### （2）ボアソナード民法草案から国家責任規定を削除したことについて

上記のように、行政裁判法及び裁判所構成法の立法者意思は、国家無答責の法理を根拠として、行政裁判所及び司法裁判所は、いずれも国家賠償請求訴訟を受理しないとしていたのであるから、実体法である民法において、国の権力的作用について賠償責任を認める条文を規定することは矛盾である。

したがって、ボアソナード民法草案373条から国家賠償責任を認める文言が削除された（乙第26号証）が、これは、国家無答責の法理が採用されていたためであることは明らかである。

### （3）小括

以上から明らかなように、我が国の明治政府は、幕末に締結した不平等条約の改正を国家目標として、ボアソナードなど外国の様々な法律学者の意見を参考にしながら、近代国家としての法制度の整備を進めていた。

そして、その一環として、行政裁判法及び民法の制定を図ったが、近代法治国家として経験を有していない我が国としては、他国の法制度を参照しながら、法律の整備を図らざるを得なかった。

国家賠償責任の問題についても、当初、明治政府は、ボアソナードの意見に基づき、国家賠償責任を認める規定を民法の規定に置こうとしたが、ボアソナードの意見は、その前提としての比較法の実態認識に誤認があった。そして国家賠償責任に関する諸外国の法制度は、「君主ハ不善ヲ爲スコト能ハズ。」（乙第21号証370ページ）を理念として、国家賠償責任を否定したものであったこと、また、仮に、ボアソナードの意見のとおり、国家賠償責任の問題を「大胆ニモ國家ヲ一網ノ下ニ打儘シテ民法ノ範圍内ニ入レ」（井上毅の今村和郎宛書簡・乙第25号証323ペ

ージ) れば, 「此事将来國法上ニ關係シ, 一大問題ト相成可申候, 且條約改正之上ハ, 外國人民ト政府トノ爭議之論據ト相成ル事」 (井上毅の山田顕義司法大臣宛書簡・乙第25号証639ページ) を懸念したことから, 結局, 国家無答責の法理を採用し, ボアソナード民法草案から国家賠償責任の規定を削除したのであり, 行政裁判法と旧民法が公布された明治23年の時点で, 国家の権力的作用についての国家無答責の法理を採用するという基本的法政策が確立したものである (塩野宏・行政法Ⅱ (第二版) 222, 223ページ, 宇賀克也・国家責任法の分析409ないし411ページ)。

2 現行民法は公法上の行為には適用されないものとして制定されたものであることについて

(1) 現行民法草案の法典調査会での起草者の見解について

明治28年10月4日の法典調査会における現行民法715条 (草案では723条) の審議の際における, 民法典起草委員である穂積陳重らの発言を見ると (法務大臣官房司法法制調査部監修: 日本近代立法資料叢書5法典調査会民法議事速記録五第百十一回一第百三十六回・乙第75号証330ページ以下), 現行民法715条 (草案723条) の位置づけとして, 起草委員は, 政府の官吏がその職務執行による賠償責任について, その行為が私法上の行為である場合には, 本条の適用があるものと考えていたが, それ以外の公法上の行為である場合には, 本条の適用がなく, 特別法に譲るという考えをもっていたことが明らかである。

(2) 国家賠償法案の起草者の見解について

ア 次に, 公権力の行使による国家賠償の問題と民法の不法行為責任の問題とは性質が異なること, 国賠法1条は, 公権力の行使による損害につき国家賠償責任を創設した規定であることについては, 昭和22年7月16日の第1回国会衆議院司法委員会において, 国家賠償法案を審議する際に, 奥野政府委員により, 「従来国家公権力行使についての不法行爲の場合においては, 国家は賠償責任がないという理論が判例, 学説で大体確立されておりますので, 今度憲法の規定によって国家が

賠償責任があるというそういう立法をすべきことを憲法で要請されておりますので、すなわちこの法律によって初めて国家が賠償の義務あることを明らかにいたしましたものと考えております。」旨説明され、明確にされている。民法と国賠法の関係について、立法者は、一般法と特別法の関係ではなく、別個の法体系に属するものと考えて、国家賠償法案を作成したのである（国家賠償法研究会・我が国及び諸外国の国家賠償制度の概観(1)・法令解説資料総覧12号（1979年）124ページ（小澤文雄発言）参照）。

そして、さらに奥野政府委員は、昭和22年7月29日の同国会衆議院司法委員会において、「本法案が国家賠償の一般法になり、さらに特別法があればその特別法によるという建前が5條であります。」旨説明し、国家賠償法が、新たに創設された国家賠償の一般法であることも明言している。

イ また、国家賠償法案の国会への提出は、GHQの認可を経てなされたものであるが、国家賠償法案についてのGHQとの折衝は、昭和22年5月から6月にかけて、10回にわたって行われた。そのGHQとの折衝の際に、日本国政府は、①国又は公共団体の公権力の行使による損害については、民法上の責任はない、②国又は公共団体の純然たる私経済活動については、民法の規定で責任を負う、③その中間の場合、即ち、公権力の行使は伴わないが民法が働くか否か疑問の場合は2条で救済するという考えを示した。これに対し、公法私法二元論をとらない米国にとって、両者の区別を前提とした日本側の説明は理解に苦しむものであったようであるが、最終的には、日米画法制の基本的構造の相異ということで納得して、公権力の行使による損害について民法上の責任がないという日本国政府の説明を了承している（宇賀克也・国家賠償法案の立法過程・行政法の発展と変革下巻（塩野宏先生古希記念）所収・該当箇所318ページ、国家賠償法研究会・我が国及び諸外国の国家賠償制度の概観(1)・法令解説資料総覧12号（1979年）121ページ（小澤文雄発言）参照）。

ウ 以上の審議内容及びGHQとの折衝過程から明らかなように、戦前及び戦後



を通じて、公権力の行使による損害については、公法関係の問題として、私法関係を規律する民法の不法行為規定の適用がないことを前提に、戦前は、公権力の行使による損害については、賠償責任を認める一般的規定はなく、原則として賠償責任を認めず、個別の行政分野について、例外的に特別法によって賠償責任を認めるにとどめていた。これに対し、戦後は、国賠法の制定により、違法な公権力の行使による損害については、原則として賠償責任を負わせることしたが、国賠法5条により、個別の分野において、合理性がある限り、その例外をもうけたり、国賠法1条とは異なった要件をもうけることを許容した。

すなわら、戦前は、公権力の行使という公法関係の分野において、国家賠償責任を認める法律がなかったことがいねば一般法として位置づけられ、戦後は、逆に、一般的に国家賠償責任を認める国賠法がいねば一般法として位置づけられることとなった。

### (3) 小括

以上のような現行民法案の審議内容及び国家賠償法案の審議内容に照らせば、現行民法は、公法上の行為には適用されないとの理解の下に制定されたものであることは明らかであり、国家の権力的作用による損害賠償の問題について、一般法としての民法709条以下の不法行為法が原則として適用されるとの理解は誤りというほかない。

### 3 国家無答責の法理の存在が多数の裁判例で認められていることについて

(1) 最高裁昭和25年判決は、国家賠償法施行前に生じた警察官の防空法に基づく家屋破壊の不法を理由に提起した国家賠償請求事件に関し、「本件家屋の破壊行為が、国の私人と同様の関係に立つ経済的活動の性質を帯びるものでないことは言うまでもない。而して公権力の行使に関しては当然には民法の適用の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はなかつたのであるから、本件破壊行為について国が賠償責任を負う理由はない。」、「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。」と判示している。この判示から明らかなとおり、同判決は、国賠法附則第6項の「従前の例」とは、公権力の行使に関しては民法の適用がなく、その他国の賠償責任を認める規定がなかったことから、公権力の行使については国には賠償責任がないこと、すなわち国家無答責の法理を意味するとし、その法理に従って判断した原判決が正当であると判示しているのである。

そして、かかる判示内容は、近時においても、東京高等裁判所平成12年12月6日判決（判例時報1744号48ページ）、東京高等裁判所平成13年2月8日判決（乙第19号証）、同事件につき最高裁判所平成13年10月16日決定（上告棄却及び上告不受理決定）、東京高等裁判所平成14年3月28日判決（乙第88号証）及び東京高等裁判所平成16年2月9日判決（乙第89号証）等、多数の裁判例において踏襲されている。

(2) 以上のとおり、我が国の国賠法施行前において、国家の権力的作用については、民法の不法行為法（709条以下）の適用は排除され、国の損害賠償責任は否定されていた。そして、その後、日本国憲法17条に基づき制定された国賠法附則6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。」と定めたが、これが国家無答責の法理を指すことは、最高裁昭和25年判決以来、判例上一貫している（東京地方裁判所昭和59年10月30日判決・判例時報1137号29ページ、東京高等裁判所昭和63年3月24日判決・判例時報1268号15ページ）。

#### 4 結語

よって、国賠法施行前の国家の権力的作用に関する損害賠償請求は、国家無答責の法理により、その法的根拠を欠くものというほかなく、控訴人らの主張は明らかに失当である。

#### 第2 民法724条後段の除斥期間について

### 1 民法724条後段の法的性格について

最高裁判所は、一貫して、民法724条後段の法的性格を除斥期間であると判示している（最高裁平成元年判決，最高裁平成10年判決）。したがって、同条後段の法的性格が消滅時効ではなく、除斥期間であることは明らかである。

### 2 除斥期間の起算点について

(1) 民法724条後段の文理解釈及びその制度趣旨，すなわら，同条後段が「不法行為をめぐる法律関係の速やかな確定を意図する」ものであり，「被害者側の認識いかんを問わず一定の時の経過によって法律関係を確定させるため請求権の存続期間を画一的に定めたもの」（最高裁平成元年判決）であることにかんがみれば，民法724条後段にいう「不法行為ノ時」とは，原則として，損害発生の原因となる加害行為が行われた時と解すべきである。

この点，最高裁判所平成16年4月27日第三小法廷判決（乙第97号証）も，「民法724条後段所定の除斥期間の起算点は，「不法行為ノ時」と規定されており，加害行為が行われた時に損害が発生する不法行為の場合には，加害行為の時がその起算点となると考えられる。」と判示しており，同判決も，不法行為により発生する損害の性質上，加害行為が行われた時に損害の全部又は一部が発生する通常の場合には，加害行為の時を除斥期間の起算点とするものと解される。

(2) これを本件についてみるに，本件は，いわゆる日中戦争下において旧日本軍が組織的に控訴人らを拉致，監禁し，その間，強姦や傷害に及んだとして，被控訴人に対し，損害の賠償等を求める事案であり，当該不法行為により発生する損害の性質上，加害行為が行われた時に損害の全部又は一部が発生する場合に当たるから，除斥期間の起算点は，損害発生の原因となる加害行為が行われた時である。

控訴人らの請求は，その主張する加害行為時から50年間以上が経過した後になされたもので，その主張する損害賠償請求権が仮に発生したとしても既に消滅したことは明らかであるから，失当というほかない。

### 3 除斥期間の適用制限について

(1) 最高裁平成10年判決は、民法724条後段を除斥期間と判示した最高裁平成元年判決を引用して、「民法724条後段の規定は、不法行為による損害賠償請求権を除斥期間を定めたものであり、不法行為による損害賠償を求める訴えが除斥期間の経過後に提起された場合には、裁判所は、当事者からの主張がなくても、除斥期間の経過により右請求権が消滅したものと判断すべきであるから、除斥期間の主張が信義則違反又は権利濫用であるという主張は、主張自体失当であると解すべきである」と判示しつつ、時効の停止に関する民法158条を指摘した上、「不法行為の被害者が不法行為の時から20年を経過する前6箇月内において心神喪失の常況にあるのに後見人を有しない場合には」、「その心神喪失の常況が当該不法行為に起因する場合であっても、被害者は、およそ権利行使が不可能であるのに、単に20年が経過したということのみをもって一切の権利行使が許されないこととなる反面、心神喪失の原因を与えた加害者は、20年の経過によって損害賠償義務を免れる結果となり、著しく正義・公平の理念に反するものといわざるを得ない。そうすると、少なくとも右のような場合にあっては、当該被害者を保護する必要があることは、前記時効の場合と同様であり、その限度で民法724条後段の効果を制限することは条理にもかなうというべきである。」と判示した。

この判決は、「不法行為の時から20年を経過する前6箇月内において右不法行為を原因として心神喪失の常況にあるのに法定代理人を有しなかった場合において、その後当該被害者が禁治産宣告を受け、後見人に就職した者がその時から6箇月内に右損害賠償請求権を行使したなど特段の事情があるとき」という極めて限定された要件の下で、その効果においても、時効の停止と同様の所定の期間だけいわば除斥期間の経過を停止させるという限度において例外を認めたものであり、民法158条という時効の停止に関する既存の条項の法意を援用できるような極めて限定的な場合を例外として認めたものである。

最高裁調査官の判例解説でも、「本判決の射程は、極めて狭いものと思われる。民法724条後段の適用の効果を否定する場合としては、除斥期間内に権利を行使

しなかったことを是認することが本件の事案と同程度に著しく正義・公平に反する事情がある上、時効の停止等その根拠となるものがあることが必要であろう。河合裁判官の意見のように、除斥期間説に立らながら、幅広く例外を認めることは、平成元年判決に抵触することになり、大法廷における判例変更が必要となるであろう。」（春日通良・最高裁判所判例解説民事篇平成10年度（下）576及び577ページ）と述べられているとおりである。

したがって、最高裁平成10年判決が、一般的に、除斥期間の適用が「著しく正義・公平に反する」場合には、その適用を排除したものとする控訴人らの主張は、明らかに同判決の射程を誤ったものといわなければならない。

民法724条後段の除斥期間の適用が制限されるのは、他の法文に根拠を求めることができる極めて例外的な場合に限られるというのが、同判決の正当な理解であり、最高裁の確立した立場であるといわなければならない。

（2）そして、最高裁平成10年判決に照らしても、本件が、除斥期間の適用を制限すべき例外的な場合に該当しないことは明らかである。

すなわち、控訴人らは、被害の重大性・加害の悪質性等を根拠に、除斥期間の適用を制限すべき旨主張するが、これらの事情は、従来、信義則違反あるいは権利濫用による除斥期間の適用を制限する事情として主張されてきたものである。しかし、この点については、最高裁平成10年判決が「不法行為による損害賠償を求める訴えが除斥期間の経過後に提起された場合には、裁判所は、当事者からの主張がなくても、除斥期間の経過により右請求権が消滅したものと判断すべきであるから、除斥期間の主張が信義則違反又は権利濫用であるという主張は、主張自体失当である」として、除斥期間の適用を制限する事情に当たらないことを明確に判示した事情である。したがって、控訴人らの主張は、それ自体、最高裁平成10年判決に照らしても、除斥期間の適用を制限すべき例外的な場合に該当しない。

また、控訴人らは、「控訴人らが権利行使するためには、1994年の本件訴訟の弁護団との出会いが必要であった」などと主張するが、かかる事情が、最高裁平

成10年判決の判示する「心神喪失の常況にある」ため「およそ権利行使が不可能」な事情に該当しないことは一見して明らかである。

さらに、本件の場合、時効の停止等のような除斥期間の適用を制限する根拠となるものは何ら存しない。

(3) 以上のとおり、本件において民法724条後段の適用が制限されるべきであるとする控訴人らの主張は、確立した最高裁判例を正解しないものであって、失当である。

### 第3 日中共同声明等について

#### 1 はじめに

先の大戦に係る賠償並びに財産及び請求権の問題については、サン・フランシスコ平和条約その他二国間の平和条約及びその他関連する条約等の当事国との間では法的に解決済みであって、日本と中国との間の請求権の問題についても、日華平和条約によって解決済みというのが我が国の立場であり、そして、日中共同声明（同声明5項は、「中華人民共和国政府は、中日両国国民の友好のために、日本国に対する戦争賠償の請求を放棄することを宣言する。」とされている。）発出後、個人の請求権の問題も含めて存在していないことは、日中両国間で争いが無い。

したがって、控訴人らの損害賠償請求権は放棄されていないという主張には理由がなく、失当である。以下理由を述べる。

#### 2 サン・フランシスコ平和条約について

##### (1) サン・フランシスコ平和条約14条(b)の法的効果

連合国及びその国民と日本国及びその国民との相互の請求権は、サン・フランシスコ平和条約により、完全かつ最終的に解決されたものであるが、その法的効果の内容は次のとおりである。

##### ア 連合国の請求権に対する効力

連合国が日本国及び日本国民に有していた請求権は、同条項によって放棄された。この請求権には、戦時国際法違反等による国際法上の請求権のみならず、各国国内

法に基づく債権も含まれている（同条約4条（a）参照）。

#### イ 連合国民の請求権に対する効力

サン・フランシスコ平和条約14条（b）の文言上、連合国民の請求権（債権を含む。）も連合国によって「放棄」された。その法的意義は次のとおりである。

① まず、戦時国際法に基づくクレームについてみれば、連合国民が日本国の戦時国際法違反により損害を被ったとしても、国際法上、個人には法主体性が認められないのが原則であり、戦時国際法には例外的にこれを認める規定はないのであるから、連合国民は、戦時国際法違反を理由として、日本国に対して、もともと国際法上の請求を行うことはできない。

② 次に、各国国内法に基づく請求権ないし債権についてみれば、連合国民が各国国内法上日本国又は日本国民に対して有する請求権の平和条約による「放棄」がどのような意義を有するかは同条約の国内法的効力の問題であるが、我が国においては、平和条約の同条項によって、これらの請求権ないし債権に基づく請求に必ずべき法律上の義務が消滅したものとされたのであり、その結果、これらの請求権ないし債権に基づく請求がなされた場合には、救済が拒否されることになる。

#### （2）「請求権の放棄」について

サン・フランシスコ平和条約14条（b）にいう「請求権の放棄」とは、個人の請求権が消滅したとするものではないが、日本国及び日本国民が、連合国民による国内法上の請求権に基づく請求に応ずる法律上の義務が消滅したものとして、これを拒絶することができる旨定めたものである。

サン・フランシスコ平和条約は、第二次世界大戦の連合国と我が国の間の戦争状態を終了させ、連合国最高司令官の制限の下に置かれた我が国の主権を完全に回復するとともに、戦争状態の存在の結果として未決の問題であった領域、政治、経済並びに請求権及び財産などの問題を最終的に解決するために締結されたものであって（前文、1条）、同条約14条（b）も、連合国及びその国民の日本国及びその国民に対する請求権等の処理問題を完全かつ最終的に解決するための規定である。

サン・フランシスコ平和条約14条(b)によっても、連合国及びその国民に日本国及びその国民に対する請求権問題は解決しておらず、日本国及びその国民が連合国の国民の請求権に基づく請求に応じる法的義務があるとすれば、サン・フランシスコ平和条約は、戦争処理に伴う請求権問題という「未決である問題を解決する」(前文)ことにはならないこととなり、前記サン・フランシスコ平和条約締結の歴史的意義に照らして極めて不当な結論といわざるを得ず、そのような解釈を生ずる余地はない。

### 3 日華平和条約について

#### (1) 日華平和条約締結の経緯

我が国と中国との間の戦後処理については、1952年(昭和27年)4月28日、我が国は、中華民国との間で、日華平和条約に署名した。

第二次世界大戦後の中国において、一つの国家としての「中国(china)」を代表する政府として、中華民国政府と中華人民共和国政府が互いに自己の正統性を主張していたが、我が国は、中華民国政府をもって、中国を代表する正統政府であると承認して、国家としての中国と日本国との戦争状態の終結等の問題を解決するために日華平和条約を締結した。なお、昭和27年までに約35か国が中華民国政府を承認し、20か国が中華人民共和国政府を承認していたといわれ、日華平和条約締結当時の中華民国政府は、国際連合における代表権を有し、国連加盟61か国のうち、中華人民共和国政府を承認していた国は、12か国に過ぎなかったものである。

#### (2) 日華平和条約の意義等

日華平和条約は、その前文にあるように、「歴史的及び文化的のきずなど地理的の近さとにかんがみ、善隣関係を相互に希望することを考慮し、その共通の福祉の増進並びに国際の平和及び安全の維持のための緊密な協力が重要である」という認識の下に、両国間の戦争状態を終了させ、賠償及び戦争の結果として生じた諸問題を解決したものである。

すなわら、我が国に対する賠償請求権については、同条約の議定書1(b)で、



「中華民國は、日本国民に対する寛厚と善意の表徴として、サン・フランシスコ平和条約第14条(a)1に基き日本国が提供すべき役務の利益を自発的に放棄する。」と規定し、これにより、サン・フランシスコ平和条約14条(a)1に規定する賠償請求権を放棄した。

また、「中華民國」代表と日本国代表との間の「同意された議事録」4により、「中華民國は本条約の議定書第1項(b)において述べられているように、役務賠償を自発的に放棄したので、サン・フランシスコ平和条約第14条(a)に基き同国に及ぼされるべき唯一の残りの利益は、同条約第14条(a)2に規定された日本国の在外資産である」とされ、サン・フランシスコ平和条約21条に基づき、中国が、同条約14条(a)2の利益を受ける権利を有することについても確認された。

そして、日華平和条約11条は、「この条約及びこれを補足する文書に別段の定めがある場合を除く外、日本国と中華民國との間に戦争状態の存在の結果として生じた問題は、サン・フランシスコ平和条約の相当規定に従って解決するものとする。」と規定しているところ、この規定にいう「サン・フランシスコ平和条約の相当規定」には、14条(b)及び19条(a)も含まれるから、この規定に従って、日本国及びその国民と中国及びその国民との間の相互の請求権は、上記のサン・フランシスコ平和条約14条(a)1に基づく賠償請求権と併せて、同条約14条(b)及び19条(a)の規定により、すべてが放棄されたことになる。

その法的効果は、前記2(1)で述べたとおりである。すなわら、日華平和条約11条、サン・フランシスコ平和条約14条(b)により、日本国及び日本国民が中国国民による国内法上の権利に基づく請求に応ずる法律上の義務が消滅したものとして、これを拒絶することができるのであり、その内容を具体化する国内法を待つまでもなく、我が国の裁判所において直接的に適用が可能であるから、裁判上の請求は、同条項の適用によって認容されないこととなる。

### (3) 附属交換公文について

附属交換公文には、「この条約の条項が、中華民國に関しては、中華民國政府の

支配下に現にあり、又は今後入るすべての領域に適用がある」との規定があるところ、控訴人らは、日華平和条約を締結した1952年には、中華民国政府はすでに中国大陸に対する支配をほぼ完全に失っていたため、日華平和条約が控訴人らに適用される余地はなく、同条約は中国大陸には適用されない旨主張する。

しかしながら、戦争は、国家と国家との間の関係としてとらえられるべき事柄であり、戦争状態の終了、戦争の処理そのものである戦争に係る賠償並びに財産並びに財産及び請求権の問題は、国際法上の当事者としての国家間において最終的に処理されるべき事項である。すなわち、戦争状態の終結、賠償並びに財産及び請求権の問題の処理といった、国と国との間で最終的に解決すべき処分的な条項は、正に国家と国家の関係として定められるべきものであって、その性質上、適用地域を限定することができないものである。

したがって、当時中国を代表する正統政府であると承認されていた中華民国と日本との間で締結された日華平和条約は、戦争状態の終了と戦争に係る賠償並びに財産及び請求権の問題を、国家としての中国と日本との間で完全かつ最終的に解決したものである。

#### 4 日中共同声明について

##### (1) 日中共同声明の意義等

日華平和条約締結後20年を経て、日本国政府は1972年（昭和47年）に共同声明に署名した。

共同声明の交渉過程において問題となった点の中に、戦争状態の終了や賠償並びに財産及び請求権の問題がある。これらの問題は、日華平和条約についての両国の立場の違いに起因するものであるが、困難な交渉の結果、以下に述べるとおり、共同声明は、両国の立場それぞれと相いれるものとして作成されている。

##### (2) 日中共同声明の文言について

ア 第1項は、「日本国と中華人民共和国との間のこれまでの不正常な状態は、この共同声明が発出される日に終了する。」と規定するが、我が国政府の立場から

は、日中間の戦争状態は、日華平和条約により、国家としての中国との間で法的に終了しているため、ここでいう「不正常的な状態」とは、これまで日本と中華人民共和国との間に国交がなかったという状態を指すということであり、したがって、この「不正常的な状態は・・・終了する」とは、我が国が日華平和条約が不法かつ無効であるとの復交三原則の第3原則をそのまま受け入れたわけではなく、日中関係がいかなる意味においても正常化されたとの点についての日中双方の認識の一致を図ったものである。

イ 第2項は、「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する。」と規定するが、これはわが国が復文三原則の第1原則を受け入れたことを意味する。

ウ 第3項は、「中華人民共和国政府は、台湾が中華人民共和国の領土の不可分の一部であることを重ねて表明する。日本国政府は、この中華人民共和国政府の立場を十分に理解し、尊重し、ポツダム宣言第8項に基づく立場を堅持する。」と規定するが、これは、台湾の帰属についての双方の立場を明らかにしたものである。

エ 第5項は、「中華人民共和国政府は、日中両国国民の友好のために、日本国に対する戦争賠償の請求を放棄することを宣言する。」と規定する。

賠償並びに財産及び請求権の問題についても、戦争状態の終結と同様、このような一度限りの処分行為については、日華平和条約によって法的に処理済みであるというのが、我が国の立場であり、日華平和条約の有効性についての中華人民共和国との基本的立場の違いを解決する必要があった。この点についても、日中双方が交渉を重ねた結果、共同声明5項において、上記のとおり規定されている。

日中両国は、互いの立場の違いを十分理解した上で、実体としてこの問題の完全かつ最終的な解決を図るべく、このような規定ぶ引こつき一致したものであり、その結果は日華平和条約による処理と同じであることを意図したものである。すなわら、戦争の遂行中に日本国及びその国民がとった行動から生じた中国及びその国民の請求権は、法的には前述のとおり、日華平和条約により、国によって放棄されて

いるというのが我が国の立場であり、このような立場は共同声明によって変更されているわけではない。

したがって、共同声明5項は「戦争賠償の請求」のみに言及しているが、ここには先の大戦に係る中国国民の日本国及び日本国民に対する請求権の問題も処理済みであるとの認識が当然に含まれている。この点については、中国政府も同様の認識と承知している。

#### 5 小括

以上から明らかなように、日中間においては個人の請求権の問題が解決されていないと解するのは失当である。日華平和条約11条及びサン・フランシスコ平和条約14条(b)により、中国国民の日本国及びその国民に対する請求権は、国としての中国によって放棄されている。日中共同声明第5項にいう「戦争賠償の請求」は、中国国民の日本国及びその国民に対する請求権を含むものとして、中華人民共和国政府がその「放棄」を「宣言」したものである。したがって、このような請求権については、日本国及びその国民は、これに基づく請求に応ずるべき法律上の義務は消滅しているので救済が拒否され、裁判上の請求も、認容される余地がないことは明らかである。

控訴人らの請求は、かかる観点からも認容される余地がないことは明らかである。