

平頂山事件訴訟控訴審判決

(東京高裁 2005年5月13日判決)

[→日本戦後補償総覧 \(PDF\)](#)

[→日本戦後補償総覧 \(WEB\)](#)

[→HOME](#)

平成17年5月13日判決言渡 同日原本領収 裁判所書記官 佐藤志津子

平成14年(ネ)第4160号 損害賠償請求控訴事件

(原審・東京地方裁判所平成8年(ワ)第15770号)

平成17年2月18日口頭弁論終結

判 決

中華人民共和国遼寧省撫順市望花区新民街3委21組11棟4樓1号

控 訴 人 莫 德 勝

中華人民共和国遼寧省撫順市新撫区將軍街29委35組303号

同 楊 宝 山

中華人民共和国雲南省昆明市江岸小区14幢2單元201号

同 方 素 榮

上記3名訴訟代理人弁護士 別紙1の控訴人ら訴訟代理人
目録記載のとおり(訴訟復代理人を含む。)

東京都千代田区霞が関一丁目1番1号

被 控 訴 人 国

同代表者法務大臣 南 野 知 恵 子

同 指 定 代 理 人 別紙2の被控訴人指定代理人
目録記載のとおり

主 文

- 1 本件各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 当事者の求めた裁判

1 控訴の趣旨

(i) 原判決を取り消す。

(2) 被控訴人は、控訴人らに対し、それぞれ2000万円及びこれに対する平成8年10月29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) 訴訟費用は、第1、2審とも、被控訴人の負担とする。

(4) 仮執行の宣言

2 控訴の趣旨に対する答弁

主文と同旨。

第2 事案の概要

1 本件は、中華人民共和国国籍を有する控訴人らが、旧日本軍が昭和7年（1932年）9月16日に当時の中華民国遼寧省撫順市近郊にある平頂山村において住民を無差別に虐殺したいわゆる平頂山事件（以下「本件事件」という。）を起こした際に、家族全員を殺害され自らも受傷したとして、被控訴人である日本国に対し、主位的に本件事件の際旧日本軍による加害行為（以下「本件加害行為」という。）によって被った著しい身体的・精神的苦痛に対する慰謝料として、それぞれ2000万円及びこれに対する訴状送達の日翌日から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を請求し、予備的に被控訴人が本件事件後長年にわたり控訴人ら本件事件の被害者に対する救済措置の立法をせずに放置した立法不作為により被った精神的苦痛に対する慰謝料として同額の金員の支払を請求した事案である。

2 控訴人らは、主位的請求の法律上の根拠として①陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約（以下「ヘーグ陸戦条約」という。）3条、陸戦ノ法規慣例ニ関スル規則（以下「ヘーグ陸戦規則」という。）及び国際慣習法、②本件加害行為当時の中華民国民法、③日本民法を主張し、予備的請求の法律上の根拠として④国家賠償法1条1項を主張したが、原審が控訴人らの主張をいずれも排斥し、その請求をいずれも棄却したため、控訴人らが不服を申し

立てた。

- 3 本件の争点及び争点に関する当事者双方の主張は、次の第3及び第4のとおり当審における当事者双方の主張（要旨）があるほかは、原判決の事実及び理由欄の「第3 争点」、「第4 争点に対する当事者の主張」に記載のとおりであるから、これをここに引用する。

第3 当審における控訴人らの主張（要旨）

1 国際法に基づく請求についての主張の補充

- (1) 控訴人らの国際法に基づく請求は、第1にヘーグ陸戦条約3条に、第2に国際慣習法にそれぞれ基づくものであるが、原判決は、本件加害行為が極めて重大、かつ残酷な国際法違反行為であることを看過している点で大きな誤りを犯している。20世紀の国際法は、正に本件加害行為のような残酷な行為が発生することのない世界を目指して発展してきたのである。また、控訴人らは、原審でも指摘したように、国際法上の請求をしているのではなく、国内法として受容された国際法（ヘーグ陸戦条約3条及び国際慣習法）に基づいて請求しているのである。

(2) ヘーグ陸戦条約3条について

原判決は、①同条には加害国が損害賠償を行う相手方についての文言がないこと、②個人が損害賠償請求権を行使する場合の方法や手続についての規定がないこと、③同条約2条には締約国間の権利義務を定めることを前提とする規定があること、④ヘーグ陸戦条約が制定された当時は個人の国際法主体性の意識が弱かったことを理由に、同条約3条が個人の損害賠償請求権を規定していることを否定した。しかし、ヘーグ陸戦条約3条の文言上加害国が損害賠償を行う相手方を国家だけに限定するとはされていない。また、②の損害賠償請求権を行使する方法や手続は各国の国内法に依拠すればよいのであるから、行使する方法や手続の規定がないことは個人の損害賠償請求権を否定する理由とはならない。

③については、条約である以上同条約2条のような規定があるのは当然であり、この規定があることから個人の損害賠償請求権を否定することは正に「木を見て森を見ない」暴論である。ヘーグ陸戦条約はヘーグ陸戦規則を前提としているところ、同規則には52条、53条のように、明らかに個人に対する金銭の支払義務を定めた条文もあるのである。上記④の当時個人の国際法主体性の意識が弱かったとの点についていえば、当時の一般的な考えではなく、ヘーグ陸戦条約3条が何を述べているかを具体的に検討する方が先になるべきである。法文解釈上、ヘーグ陸戦条約3条は個人の損害賠償請求権を認めたものと解すべきである。原判決は、ヘーグ陸戦条約3条の国家実行例として、ギリシャのレイバディア地裁判決を控訴人らの主張に沿うものと認めながら、特に理由も付せず米国第4巡回区控訴裁判所判決と米国コロンビア特別区地裁判決の二つを特に重視し、国家実行例を否定したが、これは不当である。原判決が国家実行例として否定したミュンスター行政控訴裁判所判決やアテネ控訴裁判所判決も、ヘーグ陸戦条約3条等が損害賠償請求権の根拠や違法性判断の根拠となることを認めているのである。また、原判決は、条約作成過程における各国代表の発言をとらえて、ヘーグ陸戦条約3条が個人の損害賠償請求権を認めたものではないと結論付けたが、原判決が認定した各国代表の発言からはむしろ上記条約はヘーグ陸戦規則違反行為によって被害を受けた個人の利益保護を図り、その被害者に加害者の属する国家に対する損害賠償請求権を与えることを目的としていたことは明らかといえる。原判決は、各国代表者の発言中には手続に関する議論がないということをもってヘーグ陸戦条約3条が個人の損害賠償請求権を認めたのではないとしているのであるが、これは本末転倒の議論である。各国にはそれぞれ損害賠償の手続を定めた国内法があるのであるから、手続についてはあえて議論の必要がなかったのである。以上の

とおりであるから、ヘーグ陸戦条約3条は個人の損害賠償請求権を認め
たものというべきである。

(3) 国際慣習法について

原判決は、個人の損害賠償請求権を認めた国際慣行はないと簡単に判
断しているが、国際法における18世紀以来の私権尊重の歴史、我が国
における穂川新（1905年『明治38年』）の論考などは国際慣習法
として個人の加害国に対する損害賠償請求権が存在していることを裏付
けているのである。

2 中国民法（中華民法）に基づく請求についての主張の補充

(1) はじめに

原判決は、本件のような「国家の公権力行使」に基づく損害賠償とい
う法律関係については国際私法は適用にならないとした。すなわち、原
判決を要約すれば、国際私法がその適用対象とするのは民商法が規定す
る「対等当事者間の私法関係」に限られるところ、①国家に対する賠償
請求には国家という存在による公的要素があり、これには対等当事者間
の私法的関係とは異なる要素がある、②戦前の我が国にはいわゆる国家
無答責の法理が採用されていたし、現行の国家賠償法でも通常の私法関
係とは異なる取扱いがされているのであって、これらの要素は国家の公
益と密接に関連している、③国家の公権力行使の適否が他国の法律によ
って判断されることは現行法制上予定されていない、というのである。

しかし、原判決の根本的な誤りは、既に指摘したように、本件事案の
事実を正面から認識していないところにある。裁判の基本は事実であり、
事実に適した解決を図るのが裁判の役割であり、法の探求、すなわち法
律解釈であるはずである。しかるに、原判決の判断は、形式的な事実認
定を行ったのみで、その後は事実に立脚しない机上の空論を積み重ねて
いるだけとしか評価し得ない。抵触法的利益が奪われるという事象がど

れほど不合理であるのか、特に本件事案の事実関係に照らしていかによりそれが不当なことかを原判決は理解していないから、生じた事実に対応した法律解釈がされない結果となる。原判決の判示は、事実と法律解釈が完全に乖離しているのであり、事実を反映しないこうした法律解釈は、それ自体理論的に誤っているものというはかはない。これでは裁判所の役割を放棄したものとしてしか評価し得ず、著しく不当である。

(2) 不法行為に関する抵触法の解釈原理

国際私法の役割は、渉外的法律関係について、どこの国の法律を適用すべきかを定めるところにある。この場合に考慮されるのは、まず第一に当事者に対する当該法の密接関連性であり、第二に秩序利益であるとされる。

国際私法の解釈原理の基本について、例えば法例11条1項に規定する不法行為地法主義に照らしていうと、次のように説明されている。すなわち、一般の不法行為において、加害者と被害者は当該不法行為によって初めて法律関係を有することになるところ、加害者、被害者は、共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から、当事者双方にとって当該場所の法律が適用されることに対して合理的な予測と期待を有しており、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にもっとも合致する法律になる、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が目的の一つとされており、渉外的不法行為においてもこれは同様であり、不法行為がされた場所の社会秩序が当該不法行為によって違法に破られたとき、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社会の秩序利益にも合致する、国際私法は、以上のような理由から、不法行為という単位法律関係の準拠法として不法行為地法主義を採用したものであると。上記の説明は非常に合理的であり、それゆえ我が国だけでなく、世界各

国の国際私法規定においても原則として不法行為地法主義が採用されているのである。

原判決は、本件については国際私法は適用とならず、直接的に我が国の法律が適用になるとしたが、本件は、何ら罪のない中国の一般市民に対して旧日本軍が集団虐殺等を行ったというものであり、それまで被害者らと旧日本軍との間には何らの法律関係も存在していなかったのであるから、控訴人ら中国人にとっては中華民国法が適用されることに対して合理的な予測と期待利益を有していたといえるし、一方の旧日本軍にとっても、行動の場所が中華民国の領土内であることは当然認識していたはずであるから自分たちを規律する法が中華民国法であることを熟知していたといえるのであって、双方ともに中華民国法の適用に対して合理的な予測可能性と期待利益を有していたのである。しかも、本件加害行為によって蹂躪されたのは明らかに中華民国の秩序利益だったのである。したがって、本件についても、国際私法を適用し、中華民国法を準拠法として解決を図ることには十分な合理性がある。

ところが原判決は本件事案に関しても日本法を適用すべきだとして、控訴人ら被害者の抵触法的利益が一方的に奪われてよいと結論付けたのである。これでは被害に遭った被害者が納得することは絶対にあり得ない。そのことは、逆に日本人が「公権力行使」の犠牲者になった場合を考えれば首肯し得るであろう。例えば、近時間題になっている北朝鮮（朝鮮民主主義人民共和国）による拉致問題を考えれば明らかである。拉致の被害者は、日本国内で平穏に生活していたときに突然北朝鮮の工作員によって身柄を拘束され強引に拉致されたという。このような拉致行為が仮に北朝鮮の公権力行使によって行われたとしても、日本法を不法行為地法として適用するのは当然である。北朝鮮の法律が適用されるとはだれも考えないであろう。原判決の考え方が非常識なものであるこ

とは明らかといえよう。

(3) 原判決の法解釈論の誤り

原判決は、まず、国際私法の適用対象について「対等当事者間の私法関係」に限られるように説示しているが、なぜそのように限定して考えるべきなのかの論証はない。適用対象が「対等当事者間の私法関係」に限られるのかどうかこそ争点になっていたのである。

原判決は、次に、控訴人ら被害者が有する抵触法上の利益と被控訴人である日本国が有する抵触法上の利益に触れ、被害者からみれば加害者が国家であるか否か、公権力行使であるかどうかは無関係だとしておきながら、加害者である国家からすれば公権力行使は根拠法令に基づいて行われるべきであり、公権力行使の適否が問題になるという意味で「異質な要素」があるから「対等当事者間の私法関係」とは異なるとする。あたかも控訴人らと被控訴人との関係が「対等当事者」ではないかのようであるが、これは明白な誤りである。旧日本軍が本件加害行為を行うまで控訴人ら被害者と被控訴人との間には公的私的を含め何一つ法律関係はなかったのであり、旧日本軍が控訴人らに優先・優越すべき関係はなかった、すなわち、旧日本軍が控訴人らに対し「公権力の行使」を行う根拠はなかったのである。本件は、正に私人が別の私人に虐殺行為を働いたとしか評価し得ないのである。そして、控訴人らと被控訴人とが「対等当事者」であるとすれば、本件加害行為による損害賠償という関係は、「対等当事者間の私法関係」というべきである。

また、原判決は、国家無答責の法理と国家賠償法を持ち出して論述しているが、抵触法の議論の中で特定の国家の実質法を持ち出すこと自体が抵触法の解釈論としては誤りである。原判決は、単に特定の国家の実質法の議論を抵触法の議論に混同させているだけでなく、国家無答責なる特定の一時点での実質法をも混同させているのである。その点は措

(お) くとしても、我が国の国家賠償法の特性を種々論述し、それらの特性が公務の円滑な遂行や自国民保護の要請に基づく特殊なものであり、通常の不法行為とは異なる法的処理が予定されているとする原判決は、国家に対する賠償請求権が私法上の請求であるとする判例通説の考え方に明らかに反するものである。いうまでもなく我が国の判例通説は、特殊性も考慮に入れた上で、国家賠償請求権を私法上の権利としているのである。国家賠償の特殊性をいうのであれば、同じ不法行為の範疇に入るものでも名誉毀損による特殊性や製造物責任法の特異性、独占禁止法その他の損害賠償請求権の特異性など、様々なものがあるのであるが、そのような特殊性があるにもかかわらず国際私法が適用となることは疑問の余地はないのである。そうであれば、国家賠償だけを別異に取り扱わなければならない合理的根拠は見出し難いのである。

原判決は、国家の公権力行使の適否が他国法によって判断される不合理をいう。しかし、国際法上は、裁判権免除や執行権免除は認められていても、国家の公権力の行使の適否について、他国法による判断を排斥する法理はどこにも存在しない。のみならず、本件では旧日本軍は相手国の同意も国際法上の根拠もなく他国の国民に対して残虐行為を行ったのであるから、その行為は単なる私人による暴力と何ら変わるところはない。このような行為が他国法によって判断されることはむしろ当然というべきである。逆に当該行為が何らかの根拠に基づくものである場合、例えば大使館や領事館でのビザの発給に関して不法行為が行われた場合には附従的連結の理論によって当該国家の法が適用されることになり、何らの不都合もない。のみならず、我が国の法例11条2項は不法行為の成立について日本法の累積適用主義を採用しており、我が国の国内法により不法行為が成立しない限り損害賠償が認められることはないのであるから不合理な結論にはならないし、法例33条は公序則を導入して

いるから、具体的結論における不合理は個別に排除することも可能なのである。

原判決は、他国法の改正により我が国公権力の適否が左右されたり、同一行為が複数国で行われた場合に国によって適法となったり不適法となったりするのは不当ともいう。しかし、これは原判決が国際私法を理解していないがゆえの誤りである。そもそも本件事案は公権力の行使ではなく単なる事実行為としての暴力であるとしか評価し得ないものであり、そうである以上、法の改正によって適法違法の評価が変わったり、複数国によってその評価が異なったりするのは当然のことである。

原判決は、本件事案に関しては国際私法が適用にならず、日本法が直接的に適用になるとした結果、控訴人らの不法行為地法に対する予測可能性・合理的期待の保護や侵害された中国社会の秩序利益は犠牲になっても構わないとした。しかし、当事者双方があるときに一方の抵触法的利益を無視することはいかなる理由があろうとも許されないというべきである。原判決は、国家に対する賠償請求の問題は国家の公益と密接に関連しているというが、被害者である控訴人らにとっても不法行為地法が密接に関連しているのである。

3 日本法（日本民法）による請求についての補充（国家無答責の法理に対する批判）

(1) はじめに

原判決は、国家無答責の法理（公権力無責任の原則）を適用することによって本件については民法の不法行為の適用はないとした。本項では、国家無答責の法理を採った原判決は誤りであることを論証するものであるが、ここで強調しておきたいことの第1は、国家無答責の法理は実体法上の法理ではなく、法令の解釈の所産であると正しく認識してもらいたいということであり、その第2は、権力的行為に起因する損害につい

て民法709条以下の不法行為規定の適用を否定する実体法上の根拠も訴訟上の理由も存在しないということであり、その第3は、本件事件における住民虐殺行為はいかなる意味においても国家無答責の法理が適用される公権力の行使には該当しないということであり、その第4は、国家無答責の法理を肯定したとしても、本件については民法709条以下の不法行為規定の適用ないし類推適用が可能であるということである。

(2) 国家無答責の法理について

原判決は、国家賠償法施行前においては、国の公権力の行使については対等当事者間の私法上の法律関係を規律する民法の適用はなく、また、特別法もなかったから国の損害賠償責任の根拠となる法律が存在せず、国は損害賠償責任を負わないとした。しかし、なぜ国の公権力の行使については対等当事者間の私法上の法律関係を規律する民法の適用がないのかについては全く理由が示されていない。推測するに、原判決の論法は「対等当事者間の私法上の法律関係」と「それ以外の法律関係」を区別し、公権力の行使による損害賠償請求事件は後者の事件であり、かつ、民法は後者には適用されないという、いわゆる「公法私法区別論」を前提とした解釈論であると思われる。しかし、戦前においてさえも公権力の行使に民法の適用ないし類推適用を認める解釈が存在していたのであるから、「公法私法区別論」による上記解釈はどんな場面でも不変に維持されるべき唯一の解釈ではない。被害者の救済という損害賠償制度の根本理念に立脚すれば国家無答責の法理を排除する解釈をすることは十分可能である。従来「公法私法区別論」には、①行政法学の対象の画定ないし性格付け、②行政法上の法律関係ないし行政活動への適用法規の決定、③訴訟手続の決定の三つの意義があると論じられている。このうち本件で問題になるのは②であり、適用すべき行政法規が差し当たって見当たらない場合に民法の不法行為規定の適用が問題になっている。そ

して、今日では、「公法私法区別論」から演繹的に結論を導き出すのではなく、個別の問題に即して考えていくべきであるとの見解が定着している。戦前においては「公法私法区別論」から演繹的に解釈する方法が有力に存在していたが、戦前においてもかかる解釈論に対しては批判も含めて様々な議論が繰り広げられてきたのである。ましてや、現時点において、当時の法令を解釈するに当たり、「公法私法区別論」に立脚して国家無答責の法理を適用して被害者の救済を避けるような解釈をすべきではない。

個別の問題に即して考えるということは、事件の合理的な解決を目標理念とし、民事不法行為法の適用の必要性（救済の必要性）とそれによる公権力行使の阻害の可能性とを比較衡量して判断するということである。本件事案の残虐非道性や被害の重大性に照らせば救済の必要性が高いことはいうまでもない。他方、公権力行使の阻害の可能性については、本件はそもそも公権力の行使には該当しないが、その点は措（お）くとしても、その背景にある公益性については、老若男女、幼児を含む非戦闘員が虐殺されたことを正当化し得る公益性など想定することはできない。

原判決は、「民法が対等当事者間の私法上の法律関係を規律する」ということを根拠に公権力の行使による損害に対して民法の適用を否定したが、「民法が対等当事者間の私法上の法律関係を規律する」ということをドグマティックにとらえるべきではない。戦前の判例をみると、明治期には今でいうところの非権力的作用についても「権力作用」と理解して民法の適用を排除していたが、大正5年の徳島市遊動円木事件を契機に非権力的作用について民法を適用して被害者を救済するようになった。すなわち、従前は権力作用ないし公法上の関係と理解されていた事案についても民法を適用して被害者の救済を図るようにならされたのである。

り、「民法が対等当事者間の私法上の法律関係を規律する」ということをドグマティックにとらえて民法の適用を限定するという姿勢は戦前の判例にも反する態度である。仮に「公法私法区別論」に立ち、「民法が対等当事者間の私法上の法律関係を規律するものである」との前提に立ったとしても、民法の適用は可能である。そもそも国家賠償請求権の法的性質については、戦前戦後を通じて私法上の請求権であると理解されてきた。しかし、戦前においては、原因行為の性質に着目して民法の適用が制限されてきたが、原因行為に着目して民法の適用を制限するのは唯一絶対の解釈ではない。むしろ、国家賠償も損害の填補のためのものであって原因行為の性質とは区別して理解すべきであるとの現在の通説判例の立場に立つなら、国家賠償も対等の当事者間で損害賠償請求権の存否を争う事件ということになるから、仮に「公法私法区別論」に立ち、「民法が対等当事者間の私法上の法律関係を規律するものである」との前提に立ったとしても、民法の適用は可能なのである。そして、本件事件当時においても、適用可能な法令として民法が存在していたと解し得るのであるから、国の賠償責任を認める法律上の根拠は存在していたというべきである。そして、権力的作用について戦前の判例が国の責任を否定してきたことは事実であるが、それは戦前における民法解釈の結果にすぎず、国の責任を否定する法令があったわけではない。現在においては国家無答責の法理を合理化する根拠は全くなく、民法の不法行為の規定上も国の不法行為責任が認められるべきである。

なお、原判決は、国家賠償法附則6項の「なお従前の例による」の従前の例には「法例の解釈」も含まれるとしたが、これは先例のない解釈である。

(3) 「公権力の行使」について

本来、損害賠償制度の理念に照らすならば、原因行為の性質に着目す

べきではないが、仮に戦前の判例を前提にしても「行為の権力性」とは何かを考えなければならない。行為の権力性が認められるためには、①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、②適法に行使すれば適法な公権力の行使と評価されるような権限が与えられていること、③加害行為が国の統治権ないしは主権に服する者に対する行為であることの3要件が必要と解される。原判決は、「国がこれから公権力の行使に当たる行為をしようという場合」と「国が既にした行為がいわゆる国家無答責の法理の適用上『公権力の行使』に当たるか否かを判断する場合」とを区別し、前者については上記3要件が必要と認めたが、後者については「行為の権力性という行為の性格自体により判断されるべき問題である」と判示し、上記3要件は不要とした。しかし、なぜ、前者と後者を区別し、前者では必要とする上記3要件が後者では不要とされるのか、その理由は全く示されていない。前者の場面で3要件が必要とされるのなら後者の場面でも3要件が必要なはずである。そして、これら3要件を欠く行為は、公権力の行使に該当しないものというべきであるから、国家無答責の法理の適用対象とはならず、民法の不法行為の規定が適用になるものというべきである。そして、本件加害行為による住民虐殺行為には法的根拠がないことは明らかであり、したがって、本件加害行為が「公務として保護すべき権力作用」に当たらないことも明らかであり、本件について、国家無答責の法理を適用することは誤りである。また、仮に本件加害行為が公権力の行使に当たるとしても、本件加害行為には権限の濫用ないし逸脱があったことは明らかであり、このような場合には、国家無答責の法理は適用されず、民法の不法行為の規定が適用されると解すべきである。

原判決は、国の賠償責任を認める法律上の根拠がないという判断は違法性の程度や被害の甚大さいかんにより内容を具にするものではないと

いう。しかし、本件加害行為の残虐性、被害者の悲惨性、被害の甚大性などにかんがみると、本件加害行為の被害者に対して国家無答責の法理を適用してその救済を放棄することが正義公平の理念に照らして許されるであろうか。むしろ、本件事案において国家無答責の法理を持ち出すことは、正義公平の原則違反として許されないというべきであろう。違法性の程度や被害の甚大性を考慮しない原判決は、正義公平の理念に反した不正義の判決といわざるを得ない。

(4) 国家無答責の法理を否定した判決について

ア 京都地裁平成15年1月15日判決（以下「京都地裁1月判決」という。）及び東京地裁同年3月11日判決（以下「東京地裁3月判決」という。）は、国家無答責の法理の適用を否定した。この二つの判決内容を踏まえて、①本件については民法の不法行為の規定を適用すべきである、②本件には国家無答責の法理を適用して保護すべき公益はないという2点について主張を補充する。

イ 東京地裁3月判決は、「同法（国家賠償法）施行前の公務員の公権力行使の違法を理由とする国の損害賠償責任に関しては、民法の不法行為に関する規定が公務員の公権力の行使についても適用があるか否かという民法の解釈に委ねられていたと解するよりほかはない。」とし、戦前における判例通説は、民法の不法行為に関する規定は公務員の権力的作用に適用がないという「解釈」を採っていたことは裁判所に顕著であるとした後、「戦前において、上記のような解釈が採られていた根拠は必ずしも明らかでないことは原告らが主張するとおりであり、戦前の裁判例及び学説に照らすと、『国家無答責』なる不文の『法理』が確立しているとの理解の背景として、上記のような解釈が採られていたことはうかがえるものの、現時点においては、『国家無答責の法理』に正当性ないし合理性を見出し難いことも、原告らが主

張すとおりである。当裁判所が国家賠償法が施行される以前の法体系の下における民法の不法行為の規定の解釈を行うに当たり、実定法上明文の根拠を有するものではない上記不文の法理によって実定法によるのと同様の拘束を受け、その拘束の下に民法の解釈を行わなければならない理由は見出し難い。そして、民法715条の文言上は、公務員の公権力の行使が同条の適用から排除されているとはいえないこと、行政裁判法16条が『行政裁判所ハ損害要償ノ訴訟ヲ受理セス』と規定しており、同条の規定は、実体法上は、公権力の行使に違法があった場合に国に対する損害賠償請求権が成立することを前提として認めながら、行政裁判所が損害賠償請求訴訟を受理しないという訴訟法上の定めを置いたものと解する余地もあることを考慮すると、国家賠償法施行前における、公務員の公権力の行使の違法を理由とする国の責任についても、民法715条の規律にゆだねられていたものと解する余地がないとはいえない」とした。すなわち、この判決は、権力作用に起因する損害についても民法の解釈にゆだねられていたのであり、その解釈（判例）の集積が日本の「国家無答責の法理」を形成してきたとの認識に立ち、「国家無答責の法理」が判例の所産であることを明確にした。そして、民法の適用を否定した戦前の判例に根拠があるか否かを検討し、民法の適用を肯定すべきであると結論付けたのである。

旧民法の起草者の意思がどうであれ、実体法の解釈として、「国の行政権の執行に起因する損害賠償責任」に民法の適用があるか否か、民法の適用を否定する根拠があるのか否かが端的に問われなければならないのであり、上記判決の論旨は、控訴人らの主張と一致するものである。そして、「国の行政権の執行に起因する損害賠償責任」に民法の適用を否定する根拠がないことは、現行民法の制定過程における

議論の中でも明らかにされている。

ウ 京都地裁1月判決は、国家無答責の法理は公務を保護すべきであることから認められたものであるとし、「保護すべき（公務としての）権力作用」に当たらなければ国家無答責の法理の適用は否定されると判断した。すなわち、この判決は、国家無答責の法理の存在は認めた上で、その適用範囲を画するという論旨になっている。控訴人らは、上記(3)のように、国家無答責の法理の適用範囲を画する「公権力の行使」といえるためには三つの要件を充たす必要があると主張してきたが、上記京都地裁1月判決も、同様の考え方によっている。

京都地裁1月判決は、強制連行の根拠となった移入政策の内容を検討し、当該移入政策は強制的に連行させることを構想しているのではなく、非権力的方法によって政策を実現しようとしたものであると認定し、当該強制連行は移入政策が予定していた移入すべき中国人労働者の選定方法あるいは選抜態様、更にはそこで定められていた労働契約の締結等の法的手続などに則ることなくされたものとして、国家の権力作用の行使としてされた行為であったと認めることはできないとした。すなわち、上記判決は、強制連行の法的根拠を検討し、法的根拠もなく旧日本軍が組織的に強制力を行使しても、それは権力作用とはいえないとしたのである。そして、国家無答責の法理は、国家の行為が公務のための権力作用である場合に、当該公務を保護するためのものであって当該公務が権力作用に当たらない場合には国の行為についても民法上の不法行為責任が成立するとし、当該強制連行行為は保護すべき権力作用ではなかったから国家無答責の法理は適用されないとしたのである。

(5) 民法による不法行為の成立

ア 本件加害行為については、民法709条による不法行為が成立する。

すなわち、本件加害行為は、平頂山住民らに対する虐殺行為であり、このため、控訴人らは、いずれも家族全員の命を奪われ、自らも深手を負わされた。そして、本件加害行為の主体は、我が国の正式な軍隊である関東軍独立守備隊第2大隊第2中隊であり、同中隊隊長である川上精一大尉の命令の下、機関銃や小銃で武装した旧日本軍兵士によって敢行された。したがって、本件加害行為は、被控訴人の行為と同一視され、民法709条が適用される。そして、本件事件は、撫順炭坑を襲撃した遼寧民衆自衛軍と撫順炭坑を守備していた関東軍独立守備隊の戦闘行為が終わった後、川上大尉らの謀議に基づき遼寧民衆自衛軍の攻撃に対する報復として行われたものであって、戦闘時に起こった突発的な事件でもなければ、偶発的な事件でもない。故意による加害行為であることは明らかである。また、本件加害行為が何の罪もない控訴人らを含む全く無抵抗の老若男女を一斉に機関銃や銃剣で殺傷しているものであって、違法行為であることは明らかである。控訴人らが、いずれも家族全員を殺害され、自らも重傷を負わされ、住居等の財産をすべて滅失させられたことを考えれば、控訴人らの慰謝料は2000万円を下るものではない。

イ 仮に本件加害行為を被控訴人の行為といえないとしても、被控訴人には民法715条に基づく使用者責任がある。当時の旧日本軍においても、戦闘が行われていない状況の下で非戦闘員を殺傷することは認められていなかった。したがって、本件事件における旧日本軍の加害行為は、許された権限の範囲を逸脱した違法行為であるといわなければならないが、その外形からみれば、正規の軍隊の組織的行為であって、国の事業を執行するについての行為といえる。よって、本件加害行為については、民法715条の適用により被控訴人が損害賠償義務を負うことになる。

4 立法不作為を理由とする国家賠償請求についての補充

(1) 原判決の誤り

原判決は、最高裁昭和60年11月21日第一小法廷判決（民集39巻7号1512頁、以下「最高裁昭和60年判決」という。）を唯一の根拠として、控訴人らの請求を否定したが、これは誤りである。すなわち、裁判の基本は事実であり、事実から出発して当該事実に対応した法的解決の途を探るのが本来の法の解釈であり、司法の任務である。しかるに、原判決は本件事案における事実を正面から受け止めることを故意に避けて、事実を基礎に据えない、形式的、恣意的な法の解釈により控訴人らの請求を棄却した。控訴人らは、本件加害行為が無辜（むこ）の何千人という乳幼児を含めた一般市民を一瞬のうちに殺戮（きつりく）した虐殺行為であり、その計画性、組織性、規模、執拗性とも他に例を見ない悪質極まりない残虐な加害行為であること、さらには、事件直後から戦後長きにわたり執拗に証拠隠滅行為を行い、控訴人らの要求を無視し放置してきた被控訴人の行為（作為・不作為）によって控訴人らの被害が時を追ってますます深まるばかりであることを主張・立証してきた。しかるに、原判決は、本件加害行為の概要的な事実関係については一応認定したものの、本件加害行為が違法か否かについての言及を避け、被控訴人の数々の証拠隠滅行為、戦後長きにわたり被害者を放置した行為、今も続く控訴人らの被害の事実も一切言及しなかった。本来であれば被控訴人の立法不作為が法的に違法と評価し得るかどうかにつき判断をする前に認定しなければならない前提事実の認定をことごとく怠ったのである。

(2) 最高裁昭和60年判決について

そもそも最高裁昭和60年判決の論旨には論理的に矛盾した点が見られ、日本国憲法と相容れない点が見受けられる。すなわち、最高裁昭

和60年判決は、立法行為も国家賠償法1条1項の対象となることを前提としながら、結局、立法行為については同条項の適用を否定しているに等しい論旨となっている。これは立法権についても国家賠償法の適用を肯定する通説・判例の流れに反するだけでなく、立法行為、立法不作為による権利侵害に対し国家賠償請求訴訟で争う途を閉ざすことに通じるもので憲法17条に違反し、憲法32条の精神にも違反する。国会議員の免責特権（憲法51条）が国又は公共団体の賠償責任規定（憲法17条）を排除する趣旨まで含んでいるかのような解釈は誤りである。他方、国会議員の免責特権を立法行為について国家賠償法が適用されない理由とするなら、限定的とはいえ例外的場合を認めるのは矛盾である。最高裁昭和60年判決のように、国家賠償法上の違法を「職務上の法的義務違反」と狭くとらえた場合、違憲の法律執行は、一般に行政担当の公務員には違憲審査権がないことから、違法と評価し得ないとされるおそれがある。そうなっては、違憲の法律を損害賠償で争う途は行政府・立法府いずれに対しても全く閉ざされることになり、不当である。また、仮に最高裁昭和60年判決の趣旨が「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法行為を行う」ような、いわば内容違憲に関する「故意・重過失」の立法過誤については国家賠償法上の法的責任を問い得るというのであれば、立法行為については国家賠償法の責任を文理を超えて故意・重過失に限定したことになる。

上記のように、最高裁昭和60年判決は内在的な論理矛盾を多々含んでいるだけでなく、憲法解釈上も看過し得ない重大な問題を抱えているのであるから、その射程範囲は厳格に絞って解釈されるべきである。したがって、個人の重要な基本的人権が立法の不作為ないし不備によって実際に侵害されていることが明確になった場合などには射程は及ばないと解すべきであり、本件事案については、最高裁昭和60年判決は妥当

しないと解すべきである。

5 民法724条後段について

(1) はじめに

戦前における国の加害行為による責任については、これまで国家無答責と除斥期間の経過の2点が大きな争点となってきた。国家無答責の法理による免責が認められるべきでないことは、前記3で論じたとおりであり、実際の裁判例でも克服されてきた。民法724条後段の規定を仮に除斥期間の趣旨であると解しても、最高裁判所自ら条理に基づき除斥期間の適用を制限するに至っており（最高裁平成10年6月12日第二小法廷判決・民集52巻4号1087頁。以下「最高裁平成10年判決」という。）、本件については、除斥期間が経過したとして被控訴人を免責することは許されない。

(2) 民法724条後段の規定の解釈

そもそも民法724条後段の「20年」も、前段の「3年」と同様に時効期間を定めたものと解すべきである。すなわち、同条後段は、同条前段末尾の「時効ニ因リテ消滅ス」の文言を受けて、「不法行為ノ時ヨリ二十年ヲ経過シタルトキ亦同シ」としているのであって、文理解釈上も同条後段が時効消滅を規定したものと解するのが素直である。民法典の制定に際して、起草者である穂積陳重も「本案ハ即チ此通常ノ場合ハ三年其他ハ消滅時効ノ規定ニ従フト云フノデアリマス」と説明しており、立法者もこれを時効期間と解していた。また、民法724条の期間について参考とされたドイツ民法の規定は、長期（30年）のものについても時効期間であることを明示している。以上のように、民法724条の文言、立法経過や法継受の系譜、立法者意思からみて、同条後段の20年が時効期間であることは明らかである。

しかるに、最高裁平成元年12月21日第一小法廷判決・民集43巻

12号2209頁（以下「最高裁平成元年判決」という。）は、民法724条後段の規定を除斥期間を定めたものとした上、裁判所は当事者の主張がなくても除斥期間経過により請求権が当然に消滅したものと判断すべきであるから、これについて信義則違反又は権利濫用の主張は主張自体失当である旨判示した。この判決に対しては、かつて例を見ないほど厳しい学説の批判が集中した。批判に共通することは、かかる硬直的な除斥期間説は当然に救済されるべき被害者の請求権をいわれなく一律機械的に切り捨ててしまい、事案の内容に応じた柔軟な解決を不可能にするものであり、被害者に過酷な結果を強いるとともに、他方で加害者の義務を不当に免脱させて法の正義と公平の理念に反する結果を招来するという重大な欠陥を内包するものであり、到底是認されるものではない、ということである。例えば、澤井裕教授は、「民事紛争において私人の権利を裁判官の職権で消滅させ、しかも信義則、権利濫用則も認めないというようなことは到底賛成できない。」とし、半田吉信教授は、「本判決が、民法724条後段の20年の期間が除斥期間であるから、・・・時効の援用について認められる時効援用権の濫用についてまったく問題とする余地がないと機械的に判示した点は、除斥期間に名を借りて被害者の救済を公権的に一方的に切り捨てるものであって寒心に堪えない。」としている。また、清水誠教授も、最高裁平成元年判決ほど「疑問の多い最高裁判決はめったにないと思われる」とされ、松久三四郎教授は、最高裁平成元年判決を「維持し続けるか否かは、司法の信が問われる近年まれに見る重い試金石に見える」とされている。また、松本克美教授は、「第1に、このように除斥期間であるという性質から信義則・権利濫用論の一律的排斥を導くことは余りにも形式的な議論であって首肯しがたい。第2に、結論としてもこのような法解釈は、個別事案における法の形式的適用から生ずる不正義を回避し、当該法制度射程

距離を制度趣旨との関係で明らかにし、そのことによって個別事案の妥当な解決をもたらすための調整的機能を求められている信義則・権利濫用の法理を死文化させるものであって疑問である。」とし（甲18）、内池慶四郎教授も、「不法行為の時より20年の期間経過によって、被害者側の事情を一切考慮せず、一律機械的に損害賠償請求権を切り捨てるといった除斥期間説は、被害者の権利保護の上で重大な懸念があり、損害の公平な分担を図るといった不法行為制度の究極の目的にも反し、到底その解釈論的合理性を首肯することはできない。かかる硬直的な除斥期間説は、当然に救済されるべき被害者の請求をいわれなく一律機械的に切り捨ててしまい、事案の内容に応じた柔軟な解決を不可能にするものであり、一方で被害者に過酷な結果を強いるとともに、他方で加害者の義務を不当に逸脱させて法の正義と公平の理念に反する結果を招来するという重大な欠陥を内包しているのである。」として（甲16）、厳しく批判するところである。

民法724条後段を除斥期間と解する見解の最大の論拠は「法律関係の速やかな確定」という点にあり、最高裁平成元年判決もまた同様である。しかしながら、「法律関係の速やかな確定」の要請は、時効、除斥という期間制限制度に共通する指標であり、この一般的指標から直ちに民法724条後段の規定をもって画一的絶対的に権利を消滅させる除斥期間を定めたものと断定することは論理の飛躍である。最高裁平成10年判決の中で、河合裁判官が「いずれの立場を採るにしても、その理由が示されなければならない。しかるに、平成元年判決の判示するところは、除斥期間の概念を中間的に用いてはいるけれども、結局、常に期間の経過の一事をもって画一的に権利行使を許さないと解するのが相当であるからそう解するというに尽きるのであって、問題の核心について十分な理由を示しているとは思われない。」と批判されるとおりである。

問題は、「法律関係の速やかな確定」の中身である。いかなる期間経過をもっていかなる期間制度に基づき私権を消滅させることが「法律関係の速やかな確定」といえるかは、契約、不当利得、不法行為等それぞれの法律関係の特質や権利の性質から定まるものであり、一律、拘子定規に決められるものではない。さらには、時効であれ、除斥期間であれ、それが法制度としての期間制限、つまり権利を規範的に消滅させる制度である以上、権利を消滅させて「速やかな確定」を図ることが法的正義に合致したものでなければならない。そうでなければ、法が不正義に手を貸し、不正義状態の速やかな確定を目的とすることになるからである。不法行為の被害者を「権利の上に眠る者」としてその権利を消滅させることが法的正義にかなうとするためには、その前提として、その権利実現の機会を十分に保障すべきである。ドイツ民法が長期30年という時効期間を設けている理由も正にこの点にある。この意味で民法724条後段が長期時効を定めたものと解することは十分な合理性があるというべきである。なお、最高裁昭和51年3月4日第一小法廷判決（民集30巻2号48頁）は、「注文者が請負人に対して有する仕事の瑕疵の修補に代わる損害賠償請求権は、注文者が目的物の引渡を受けた時から1年以内にこれを行使するを要することは、民法637条1項の規定するところであり、この期間がいわゆる除斥期間であることは所論の通りであるが、右期間経過前に請負人の注文者に対する請負代金請求権と右損害賠償請求権とが相殺適状に達していたときは、同法508条の類推適用により、右期間経過後であっても、注文者は、右損害賠償請求権を自働債権とし請負代金請求権を受働債権として相殺をなしうるものと解すべきである。けだし、請負契約における注文者の請負代金支払義務と請負人の仕事の目的物引渡義務とは対価的牽連関係に立つものであり、目的物に瑕疵がある場合における注文者の瑕疵修補に代わる損害賠償請求

権は、実質的、経済的には、請負代金額を減額し、請負契約の当事者が相互に負う義務につきその間に等価関係をもたらす機能をも有するものであるから、瑕疵ある目的物の引渡を受けた注文者が請負人に対し取得する右損害賠償請求権と請負人の注文者に対する請負代金請求権とが同法637条1項所定の期間経過前に相殺適状に達したときには、注文者において右請負代金請求権と右損害賠償請求権とが対当額で消滅したものと信じ、損害賠償請求権を行使しないままに右期間が経過したとしても、そのために注文者に不利益を与えることは酷であり、公平の見地からかかる注文者の信頼は保護されるべきものであって、このことは右期間が時効期間であると除斥期間であることによりその結論を異にすべき合理的理由はないからである。」とし、この解釈となる大審院判例を変更した。この最高裁判決は、除斥期間の経過による権利消滅の効果は絶対的なものではなく、当事者間の公平の原理によって効果が制限されることを示しているのであり、最高裁判成元年判決の判示は、除斥期間経過による権利消滅の効果は絶対的なものではないとした最高裁判所の上記昭和51年判決と矛盾しているのである。

民法724条が3年と20年という長短の期間を併記していることは、20年を除斥期間と解する根拠とはならない。民法における長短の二つの期間の定めをみると、「行為ノ時ヨリ」と定めた民法426条後段、「相続開始の時から」と定めた同884条後段のように長期の20年が客観的な事由を起算点として消滅時効における原則的な定めとなっており、短期の定めは、「覚知シタル時」と定めた民法426条前段、「侵害された事実を知った時」と定めた同法884条前段のように権利者の主観的な事情が存在することで原則的な時効期間である20年が短縮されているのである。所有権の取得時効を定めた民法162条も1項が占有という客観的な事実があった時から20年と定め、2項で占有者の無

過失という主観的事実がある場合に10年に短縮しているのである。なお、民法167条は、その1項で債権の消滅時効期間を10年とし、その2項でその他の財産権の消滅時効期間を20年としているが、この消滅時効も20年が原則である。すなわち、現行民法典の原案では取引上の債権も20年とされていたが、第9回帝国議会において、取引上の債権について特別の短期時効を定めていた旧法（特に明治6年太政官布告362号「出訴期限規則」は5年の期間を定めていた。）との隔たりの差を考慮して、特に取引上の債権については10年に短縮して修正したのである。このように、時効期間を原則20年とするのが立法者の意思であった。

民法724条後段の規定するところも、「不法行為ノ時」という「被害者側の認識のいかんを問わず」に存在する客観的な事由を時効の起算点として時効を進行させ、20年という期間が経過することで消滅時効が完成するということにし、権利者の認識という主観的事実の存在によりこの期間が短縮されて短期が適用されることになるのである。すなわち、民法724条前段は、被害者に現実かつ具体的な権利行使の可能性についての認識があったという個別具体的事情に着目して、現実には権利行使が期待され得る状況にあるにもかかわらず、権利を行使しなかった被害者は「権利の上に眠る者は権利を失ってもやむを得ない。」との評価の上に立って、その限りで加害者の利益との調整を図ったものであり、同条後段は、通常であれば20年の間に権利行使が可能ならばであるから、被害者の認識という個別的具体的浮動的要素を抽象して、20年間権利行使をしなかったことに対して時効の援用を容易にし、加害者の利益との調整を図ったのである。前段と後段との関係は、以上のようなものであり、そこに共通する時効の存在理由は、被害者の権利行使可能性・権利行使の期待可能性を前提とする権利不行使への弁済である。

以上のとおりであるから、民法724条後段の期間は時効期間を規定したものと解すべきである。そして、被控訴人が時効を援用していない以上、控訴人らの権利は消滅していないのである。

(3) 最高裁平成10年判決について

仮に民法724条後段の規定を除斥期間を定めた規定と解しても、最高裁平成10年判決は、適用を制限すべき場合があることを認めた。この判決は、被害者の心神喪失の常況が不法行為に起因する場合であって、後見人が選任されておらず、そのため被害者が権利行使をすることができないという事情の下では、民法158条の法意に照らし、同法724条後段の効果は生じないとしたものであるが、このような事情がある場合まで、単に期間経過の一事をもって損害賠償の実現を遮断することは、司法が不法行為制度の究極の目的を放棄するに等しいといえる。同判決における河合裁判官の意見は正に正論（せいこく）を得ているというべきである。

そして、最高裁平成10年判決以降、条理に基づいて除斥期間の適用制限を正面から認める判決が相次いでいる。すなわち、劉連仁国家賠償請求事件における東京地裁平成13年7月12日判決、福岡中国人強制連行労働事件における福岡地裁平成14年4月26日判決などである。さらには、最高裁平成16年4月27日第三小法廷判決（民集58巻4号1032頁。以下「最高裁平成16年判決」という。）は、「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。しかし、身体に蓄積した場合に人の健康を害することとなる物質による損害や、一定の潜伏期間が経過した後に症状が現れる損害のように、当該不法行為により発生する損害の性質上、加害行為が終了してから相当の期間が経過した後に損

害が発生する場合には、当該損害の全部又は一部が発生した時が除斥期間の起算点となるべきである。なぜなら、このような場合に損害の発生を待たずに除斥期間の進行を認めることは、被害者にとって著しく酷であるし、また、加害者としても、自己の行為により生じ得る損害の性質からみて、相当の期間が経過した後に被害者が現れて、損害賠償の請求を受けることを予期すべきであると考えられるからである。」とした。この最高裁平成16年判決は、単に不法行為時から20年が経過したという一事により一律機械的に権利を消滅させることが「被害者にとって著しく酷」であり不当であることから、損害の一部又は全部が発生して権利行使が可能となった時、すなわち権利行使の期待可能性が生じた時として、被害者と加害者の利益の調整つまり損害の公平な分担を図ったのである。

もっとも、除斥期間を適用して原告側の請求を棄却した判決もある。広島地裁平成14年7月9日判決（西松建設強制連行強制労働訴訟判決）、前記の京都地裁1月判決、東京地裁3月判決であるが、これらの判決は、最高裁平成10年判決を正解せず、批判が集中した最高裁平成元年判決に戻ってしまったものであり、不当であるとともに判例違反があるというべきである。除斥期間を適用したこれらの判決に共通することは、実定法の根拠なしの除斥期間論ドグマから出発し、適用制限につき狭い判断枠組みを設定していることにある。このような判断が最高裁平成10年判決に反することは明らかであり、民法724条後段を除斥期間の規定とすることについての問題点がそのまま現れる結果となっている。権利者の権利行使可能性こそが時の経過による権利の消滅を正当化するための前提であり、基本原理である。権利行使の可能性がなかった、あるいは権利行使を期待することができなかった、それゆえ権利の上に眠る者との非難が当たらない特別の事情がある場合にまで当然に権

利を消滅させるものではない。民法724条後段もまた権利を消滅させるにはその前提として権利者の権利行使可能性を前提にしているのである。最高裁平成10年判決は、除斥期間の適用制限の例示をしたものによらず、適用制限を同判決のような事例に限定したものではない。除斥期間を適用した上記3件の判決は、加害者の利益のみを考慮しており、被害の実態、加害行為の性質等を一切考慮していないのである。被害者の権利を消滅させることが正義公平の理念に反するか否かは、加害行為の悪質性、被害の重大性、権利行使が遅れたことについての被害者の非難性、除斥期間を適用することによって得られる加害者の利益等を総合して判断すべきものなのである。上記3件の判決事例では、いずれも加害行為が残虐非道なものであり、被害が甚大であるし、その加害行為に含まれる証拠隠滅行為によって提訴が困難にさせられたというだけでなく、国交問題などから提訴したくてもできない事情があったのである。

本件においてみると、本件加害行為は、日本国が戦前、中国東北部を侵略する過程で引き起こした大虐殺事件である。住民皆殺しであるから生存者がもともとわずかであるし、他国を相手に訴訟をせざるを得ないという特殊性があった。また、戦争状態が終結し、日中の国交が回復されるまでは訴訟の提起が絶対的に不可能であったし、中国国内にいる控訴人らが訴訟を提起するには中国国内のあらゆる政治的、法的、経済的事情が障害となった。また、中国の一般市民に海外渡航の途が開かれたのは、中華人民共和国の公民出境入境管理法が施行された1986年（昭和61年）2月1日であり、それまでは控訴人らは日本に渡航することは不可能であった。さらには、日本国は、国際的非難と責任追及を免れるために事件直後から徹底した証拠隠滅を図ったのであり、正しく提訴を妨害する行為を行ったのである。上記のことを考慮すれば、控訴人らが「権利の上に眠る者」に当たらないことは明らかである。にもか

かわらず、被控訴人は、一貫して責任を認めようとしないう態度をとり続けているのである。これらのことを考えれば、本件について、除斥期間を適用して控訴人らの請求を排斥することは、正義公平の理念にもとるといわざるを得ないのである。本件事件の特質を始めとする具体的な諸事情を総合的に考察するならば、本件においては、単に20年が経過したということのみをもって、権利者の一切の権利行使を許さないとし、反面、加害者が損害賠償義務を免れる結果となることは、著しく正義・公平の理念に反すると認められる特段の事情があるというべきであり、民法724条後段の適用を制限することこそが条理にかなうといえる。

また、仮に民法724条後段の期間を除斥期間とみても、最高裁平成16年判決の趣旨に照らせば、その起算点は、控訴人らが来日して権利を行使することが可能になった1986年（昭和61年）2月1日（公民出境入境管理法の施行日）とみるべきである。なぜなら、それまでは控訴人らが権利行使をすることは、客観的・法的・制度的におよそ不可能であったのであり、権利行使が不可能であるにもかかわらず、権利行使せよと求めることは被害者である控訴人らにとって著しく酷だからである。

6 請求権放棄についての反論

(1) はじめに

被控訴人は、サン・フランシスコ平和条約、日華平和条約について語る論じた上、日中共同声明にいう「戦争賠償の請求」は控訴人らの請求権を含むものであると主張している。

しかし、被控訴人の論理には飛躍があることは明らかである。そもそも中国は、サン・フランシスコ平和条約の当事国でもなければ、サン・フランシスコ平和条約の請求権条項を引き継いだ日華平和条約の当事国でもない。日中共同声明には、サン・フランシスコ平和条約や日華平和

条約の基本精神を受け継ぐとか、戦後処理問題について特に受け継ぐとかいった文言は一切存在しない。条約の当事国でもなく、その条約を受け継いでもいない中国との問題で、サン・フランシスコ平和条約や日華平和条約の解釈を長々と記述しても何の意味もない。日中共同声明によって、中国人の個人賠償請求権が放棄されたのかという点について解釈すれば足りるのである。

(2) 日中共同声明の解釈

日中共同声明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的な状態は、この共同声明が発出される日に終了する。」と規定している。この規定は、「両国国民は、両国間にこれまで存在していた不正常的な状態に終止符を打つことを切望している。戦争状態の終結と日中国交の正常化という両国国民の願望の実現は、両国関係の歴史に新たな一頁を開くこととなろう。」という前文とともに、日中国の戦争状態が初めて正式に終了したことを表している。つまり、日中共同声明以前に日本が台湾政府と結んだ日華平和条約では日中両国間の戦争状態が終了していなかったことが確認されているのである。したがって、これらの文言からも、日華平和条約による架構論が妥当しないことが明らかである。

そして、日中共同声明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。」と規定した。この条項以外に、日中共同声明はもとより、日中政府間において戦争賠償問題について取り決めた合意は存在しない。したがって、控訴人ら中国人の日本国に対する個人賠償請求権が放棄されたか否かという問題は、日中共同声明5項をいかに解釈するかということに尽きるのである。ここで注目すべきは、同条項の文言は、戦後処理問題を規定したサン・フランシスコ平和条約や日ソ共同宣言、日韓諸

求権協定の規定の文言と際違った違いがあるということである。すなわち、サン・フランシスコ平和条約14条(b)は「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」を放棄すると規定し、日ソ共同宣言6項は「それぞれの国、その団体及び国民のそれぞれ他方の国、その団体及び国民に対するすべての請求権」を相互に放棄すると規定している。また、日韓請求権協定2条は「両締約国及びその国民(法人を含む)の財産、権利及び利益並びに両締約国及びその国民の間の請求権に関する問題」が完全かつ最終的に解決されたと規定している。ところが、日中共同声明はこれら先行する条約において用いられた「国民の」という文言や「請求権」という文言をあえて使用していない。日中共同声明は、「国民の」何らかの「請求権」を消滅させ、解決しようとは最初から企図していなかったのである。その5項の規定の文言は、中国政府は日本に対して戦争賠償の請求はしないとしか読みようがない。条約の規定は、規定された文言を客観的に解釈すべきである。

なお、日本は1953年に「1949年ジュネーブ第4条約」に加入し、中華人民共和国も1956年に同条約を批准しているが、同条約147条は「身体若しくは健康に対して故意に重い苦痛を与え、若しくは重大な傷害を与えること」などを重大違反行為と定義し、148条で「締約国は前条に掲げる違反行為に関し、自国が負うべき責任を免れ、又は他の締約国をしてその国が負うべき責任から免れさせてはならない。」と規定している。また、同条約7条では「いかなる特別協定も、この条約で定める被保護者の地位に不利な影響を及ぼし、又はこの条約で定める被保護者に与える権利を制限するものであってはならない。」とも規定している。仮に日中共同声明が被控訴人の主張するように控訴人らの請求権を放棄したものとすれば、日中両国は、上記条約に違反し

たことになる。

日中両国当局者も、日中共同声明が国民個人の賠償請求権を放棄した
ものではないという見解を採っており、東京地裁平成15年4月24日
判決（山西省慰安婦裁判、甲123）も、被控訴人の主張を明確に排斥
している。

(3) 日華平和条約による架橋論の誤り

被控訴人は、台湾政府との間で締結した日華平和条約を架橋として日
中共同声明の「戦争賠償の請求」を個人の請求権に結びつけようとして
いるが、これは誤りである。そもそも日華平和条約が締結された195
2年当時、台湾政府は中国大陸の実効支配を完全に失っており、事実上
の地方政権にすぎなかったのである。このような政権が締結した条約が
中国大陸の全土を実効的に支配していた中国政府の下にある控訴人らの
権利を左右することなどできようはずはない。

中国政府は、日華平和条約が締結された直後からこの条約が違法であ
り、無効であると主張してきた。日中共同声明も、その前文で「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。中国側は、
これを歓迎するものである。」としているが、この「復交三原則」の第
3項は、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
ならないというものである。したがって、日華平和条約を受けて日中共同
声明が締結されたという解釈は成り立ち得ない。

(4) 条約による個人請求権の放棄

そもそも、国家が他の国家に対して有する賠償請求権や自国民の権利
に関する外交保護権を放棄することは可能であっても、個人が自国政府
を通じることなく直接外国に賠償請求する権利は本来的に個人固有のもの
であって、国家が条約によって放棄することは不可能である。サン・

フランシスコ平和条約14条(b)も、外交保護権放棄の意味に解釈すべきなのであって、同条項によって被害者個人の日本国に対する賠償請求権が消滅することなどあり得ない。このような解釈は、かつて、広島原爆訴訟やシベリヤ抑留者が起こした訴訟の中で被控訴人自身が力説していたのである。また、国会答弁の中でも、日本政府当局者は、繰り返して同旨の答弁をしているのである。そして、外交保護権とは、私人が他国の国際違法行為によって損害を受けた場合に、その属する本国がこれを保護する国際法上の権利であり、したがって、ある国家が外交保護権を放棄しても、自国民が受けた損害についてその国が相手国に救済を要求することができなくなるだけであり、外交保護権の放棄により、当該私人の損害賠償請求権が消滅したり、相手国や相手国の国民がその請求に応ずる義務がなくなるものではない。

(5) 賠償解決論の誤り

被控訴人は、サン・フランシスコ平和条約等に基づいて我が国の在外資産の放棄が巨額であったことを主張するが、もともと在外資産といわれるものの多くは、日本の侵略の結果、日本の企業や個人が取得したものである。1943年のカイロ宣言は、「同盟国の目的は、・・・満洲、台湾、澎湖島のような日本国が清国人から盗取したすべての地域を中華民国に返還することにある。」として、1894年の日清戦争以来50年間の日本の領土拡張が不正な侵略であったことを明記した。そして、そのカイロ宣言の遵守をうたったポツダム宣言を受諾することによって新たな憲法制定権が授けられ、日本国憲法が制定されるに至ったのである。すなわち、満州鉄道の存在を象徴とする日本の領土拡張が不法であることを確認し、その反省の上で立って平和な国家を樹立することが日本国憲法の依拠する根本的な歴史認識であり、その意味では、明文はなくとも、日本の在外資産の存在そのものが日本国憲法の下においては不

正な資産というべきものであって、このような在外資産を放棄したからといって、それによって戦後補償が解決したという主張は暴論というべきである。

日本の同盟国であったドイツは、1952年にイスラエルとの間で成立したルクセンブルク協定に基づきユダヤ人被害者のために34億5000マルクを支払い、1956年に成立した連邦補償法によって人種的、信教的、政治的理由により迫害を受けた人々に対して696億マルクを支払った。さらに、ヨーロッパ22か国との包括的協定によってそれらの国のナチス被害者のために10億マルクが支払われた。そのほかに、元ドイツ兵の遺族に現在の国籍を問わず約1000億マルクが支払われている。戦勝国のアメリカにおいても、1988年に市民的自由法が制定され、第二次大戦中に内陸部の収容所に強制収容された日系人に対して、現在の国籍や居住地を問わず補償が行われた。カナダにおいても、カナダ政府と日系カナダ人補償全国連合との協定の形式により、アメリカと類似の補償が行われた。また、アメリカ、イギリス、フランス、イタリア、ドイツは、旧植民地・軍事占領地出身の外国人元兵士に対して、自国民とほぼ同様の一時金又は年金を支給している。フランスでは、1975年以降、セネガル国籍の元軍人の年金にスライド制を適用せず、フランス国籍を有する元軍人よりも低額の年金を支給する措置を執ったが、この措置は、国連の規約人権委員会によって市民的及び政治的権利に関する国際規約B規約26条に違反すると指摘され、フランス政府は是正措置を執った。このように、少なくとも先進工業国による戦後補償の潮流は、「個人に対し」、「国籍を問わず」である。

これに対して、日本の戦後補償は、明らかにこの潮流から大きく立ち後れており、被害者や国際社会からの理解を得られていない。すなわち、日本は、独立を回復すると、恩給法や各種保護法を整備し、日本国民の

戦争被害を平厚く補償した。これらの制度による支払額は現在までに約50兆円に達しており、現在も支払が続けられている。援護立法においては国家総動員法による被徴用者も「準軍属」として援護の対象になったが、すべての援護立法には国籍条項、戸籍条項が設けられ、旧植民地出身者や軍事占領地住民に対する補償は特別立法などによる極めて例外的なものに限定された。韓国では1965年に「対日民間請求権補償に関する法律」等が制定され、日韓基本条約による無償援助3億ドル（当時の為替相場で1080億円）のうち58億円を原資として個人補償を行ったが、この補償の対象となったのは日本に徴用されて死亡した軍人・軍属・労務者の直系の遺族のみであり、被害者一人当たり30万ウォン（3万円）が支給された。中国に対する個人補償は、1987年の特別立法により台湾人軍人軍属の戦没者遺族及び重度戦傷病者合計3万人に各200万円、総額600億円を支給したのが唯一の例外である。これらの措置により、韓国人被害者に対して支払われた個人補償の総額は日本人被害者に対する個人補償の総額の約1万分の1、台湾人被害者に対して支払われた個人補償の総額は日本人被害者に対する個人補償の総額の1000分の1にすぎない。これでは、被害者や国際社会から十分な賠償をしたと理解されないのは当然である。

(6) 結論

以上のように、請求権放棄という被控訴人の主張は、論理性、合理性を欠いた空疎な主張であり、失当である。

被控訴人がこのような空疎な主張をあえて控訴審においてするようになったのは、近時の戦後補償裁判の中でこれまで被控訴人が主張してきた国家無答責の主張を排斥する裁判例が出てきたことや、時効・除斥の論点を突破して損害賠償を認める裁判例が出てきたことによるものである。本件についても、被控訴人の主張に感わされることなく、控訴人ら

の被った被害が今日も回復されていないという事実そのものを重視し、正義公平の原則に立ち返って判断すべきである。

第4 当審における被控訴人の主張（要旨）

1 請求権の放棄について

(1) はじめに

仮に控訴人らが主張する本件事件につき控訴人らに何らかの請求権が成立したとしても、日本国と中華民国との間の平和条約（以下「日華平和条約」という。）11条及び日本国との平和条約（以下「サン・フランシスコ平和条約」という。）14条（b）により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国民の請求権は、国によって「放棄」されている。日本国政府と中華人民共和国政府の共同声明（以下「日中共同声明」という。）5項にいう「戦争賠償の請求」は、かかる「請求権」を含むものとして、中華人民共和国がその「放棄」を宣言したものである。したがって、このような請求権は、サン・フランシスコ平和条約の当事国たる連合国の国民の請求権と同様に、国によって放棄されており、これに基づく請求に必ずべき法律上の義務は消滅している。控訴人らが主張する損害賠償請求は、国際法上も国内法上も法的根拠を有しないことは被控訴人がこれまで一貫して主張するとおりであるが、予備的に請求権の放棄を主張する。

(2) サン・フランシスコ平和条約による戦後処理

ア そもそも戦争による被害は、戦争の勝敗とは無関係に、戦争当事国のみならず、その当事国相互の国民の広範囲に発生するものであり、特に第一次世界大戦後の近代戦争は、国家間の全面戦争の形態となり、その被害は全国民が被る結果となっている。かかる戦争行為によって生じた被害の賠償問題は、戦後の講和条約によって解決が図られるが、一般的に賠償その他戦争関係から生じた請求権の主体は、国際法上の

他の行為により生じた請求権の主体と同様、常に国であり、例外的に条約で被害者である国民個人に対して請求権者として直接的な措置をとる方法を設けた場合以外は、国民個人が受けた被害は、国際法的には国家の被害であり、国家が相手国に対して固有の請求権を行使することになる。

第一次世界大戦後に締結されたベルサイユ条約においては、ドイツは、交戦期間内に陸上、海上及び空中の攻撃により同盟・連合国の国民やその財産に対して加えられた一切の損害を補償すべきものとされ、国家間の賠償責任が認められたほか、混合仲裁裁判所の制度を規定し、国民個人がドイツに対して、混合仲裁裁判所に提訴することにより個人的な物的損害の賠償請求をすることを認めた。しかし、同条約による賠償責任は、ドイツの経済能力などを無視したものであったため、賠償額は巨額となり、ドイツ経済の破綻、ヒットラーの出現を招き、ベルサイユ条約そのものが紛争の火種をその後に残す結果となった。

第二次世界大戦後においては、このようなベルサイユ条約における失敗の反省から、戦後賠償問題の解決に当たって、当事国内部の利害を調整した上で、当事国が国家及びその国民が被った被害を一体としてとらえ、相手国と統一的に交渉することとして賠償問題に最終的な決着を図ることとし、その交渉の結果、締結に至る講和条約等は戦後の国際的枠組みを構築する上で適正かつ妥当な解決を目指すものと位置付けられ、当事国及び相互の国民の友好関係の基礎となることを目的とした。そのため、このような講和条約の枠組みの下では、賠償問題は、原則として国家間の直接処理、又は求償国内の旧敵国資産による満足の方法によることとして解決が図られ、個々の国民の被害については、原則として、賠償を受けた当該当事国の国内問題として、各国がその国の財政事情等を考慮し、救済立法を行うなどして解決が図

られている。

イ 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る。

このうち、請求権及び財産に関する条項（第5章）において、戦争中に生じさせた損害及び苦痛に対して、日本国が連合国に賠償を支払うべきことが承認されたが、同時に、すべての損害及び苦痛に対して完全な賠償を行いかつ同時に他の債務を履行するためには日本の資源は十分ではないことが承認された（14条（a）柱書）。このため、我が国は、自国が戦争中に生じさせたすべての損害及び苦痛に正確に対応する完全な賠償を行うことまでは求められず、①日本国は、その領域が日本軍隊によって占領され、かつ、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、速やかに交渉しなければならない（14条（a）1）、②日本国は、外交及び領事財産等、一定の例外を除き、各連合国がその管轄下に有す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さえ、留置し、清算し、その他何らかの方法で処分することを認めなければならない（14条（a）2）、③日本国は、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対する償いをする願望の表現として、中立国又は連合国と戦争状態にあった国にある日本国及びその国民の資産又はこれらと等価のものを赤十字国際委員会に引き渡さなければならない（16条）、などとされた。

そして、これらの規定によって、我が国は、連合国に対して、多額の支払をした。まず、14条(a)1の役務賠償についていえば、我が国は、フィリピン及びベトナムとの間で賠償協定交渉をし、1956年(昭和31年)5月にフィリピンとの間で、1959年(昭和34年)5月にはベトナムとの間でも賠償協定の署名に至り、これらの協定に従って、フィリピンに対しては5億5000万ドル、ベトナムに対しては3900万ドル相当の役務及び生産物を提供した。他方、米国、英国及びオランダ等、本条に基づいて賠償請求をなし得る連合国は、賠償請求権を放棄した。14条(a)2に基づく連合国内に所在した財産の放棄については、連合国領域内にある約40億ドルの日本人資産が連合国政府に没収され、その収益は各国の国内法に従って連合国の国民に分配された。米国の場合は、米国領域内において差し押さえられた約9000万ドルの日本資産のうち、約2000万ドルが戦争請求権法に基づく救済制度によって勾留者、市民及び戦争捕虜の請求権を処理するために使用された。また、16条に基づくものとしては、我が国政府は、中立国及び連合国の敵国にある日本財産の等価の資金として、総額450万ポンドの現金を赤十字国際委員会に引き渡し、これは同委員会を通じて、オーストラリア、ベルギー、カンボディア、カナダ、チリ、フランス、ノルウェー、ニュージーランド、パキスタン、オランダ、フィリピン、イギリス、シリア、ベトナムの14か国の計約20万人の元捕虜に分配された。さらに、サン・フランシスコ平和条約の当事国とならなかった中国も、14条(a)2の利益を得るものとされたことから、中国領域内にある日本国及び日本国民の資産の処分が認められた(21条)。

朝鮮については、同条約2条(a)において、「日本国は、朝鮮の独立を承認して、濟州島、巨文島及び鬱陵島を含む朝鮮に対するすべ

ての権利、権原及び請求権を放棄する。」と規定し、同条約4条(a)は、「日本国及びその国民の財産で第2条に掲げる地域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。)で現にこれらの地域の施政を行っている当局及びその住民(法人を含む。)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、日本国とこれらの当局との間の特別取極の主題とする。」と規定していた。これより前、在韓米軍政府は、1945年(昭和20年)12月6日付け軍令第33号2条により、朝鮮半島にあった日本国及び日本国民の財産のうち、38度線以南のすべての日本国及び日本国民の財産を取得し、その後、この取得した財産を1948年(昭和23年)9月11日付けの「財政及び財産に関する米韓間の最初の取極」5条によって韓国政府に引き渡していた。そして、我が国は、サン・フランシスコ平和条約4条(b)により、朝鮮半島内にあり、米軍政府の指令に従って行われた日本国及び日本国民の財産についての処理の効力を承認しなければならないことになった。

上記のように、連合国のみならず中立国及び連合国の敵国の領域内にある日本資産の連合国による処分を容認し、更に同様な処分の権利を中国に与えるとともに、朝鮮については米軍政府が日本財産について行った処理の効力を承認しなければならないというのは、過去の同種の条約には例を見ない厳しい内容の規定であるが、日本国政府としては、日本国が連合国軍による占領から一日でも早く独立し、主権国家として国際社会に復帰した上、連合国と友好提携関係に入るためには、かかる過酷な条件を受け容れることもやむを得ないと考え、サン・フランシスコ平和条約を締結するに至ったのである。

ウ　そして、サン・フランシスコ平和条約14条（b）において、「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。」とされたのである。

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、同条約14条（b）による法的効果は、以下のとおりである。

まず、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た（4条（a）参照）。

次に、サン・フランシスコ平和条約14条（b）の文言上、連合国国民の請求権（債権も含む。）も連合国によって「放棄」されたが、その法的意義は、次のとおりである。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。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同条約による「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、同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応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、連合国民の救済が拒否されることになる。すなわち、同条約が各国国内法に基づく債権を含む請求権（4条（a））及び財産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からすれば、上記請求権ないし債権について何らの処理をしなかったとは考えられず、オランダ代表と日本代表の交渉の中で、我が国はオランダ政府に、条約の結果国民は請求権を日本国政府又は日本国民に対して追求してくることはできないとの解釈を提示し、これに対するオランダ代表の意見を踏まえ、最終的には「日本国政府が自発的に処置することを希望するであろう連合国民のあるタイプの私的請求権」が残るとしても、同条約の効果として「かかる請求権につき満足を得ることができない」との解釈で決着し、ダレス米国代表も「救済なき権利」として問題を整理したのである。このような同条約締結当時の経過からすれば、同条約14条（b）にいう「請求権の放棄」とは、日本国及び日本国民が連合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旨が定められたものと解すべきである。そして、オランダ代表と日本代表との交渉過程やダレス米国代表の発言などからすると、締約国が各国内において14条（b）により連合国民が日本国及び日本国民に対する請求を拒絶し得るものとする意思であったことが明らかであり、文言上も「放棄」という言葉を用いているのであって規定内容が明らかであるから、その内容を具体化する国内法を持つまでもなく、我が国の裁判所において、14条（b）の規定を直接的に適用することが可能なのである。このような解釈は、元米国軍人らが日本企業を被告として米国内の裁判所に提訴した多数の損害賠償請求訴訟において、米国政府及び日本国政府が示した見解によっても明らかである（乙36、43）。

エ 我が国は、サン・フランシスコ平和条約の締約当事国以外の国との間においても、サン・フランシスコ平和条約に基づく戦後処理の枠組みに従い、概略以下のとおり対応してきた。

ビルマ連邦とは、1954年（昭和29年）11月5日、平和条約及び「日本国とビルマ連邦との間の賠償及び経済協力に関する協定」が署名され、我が国は賠償金の支払及び借款の供与を行ったが、その平和条約5条2において、「ビルマ連邦は、この条約に別段の定めがある場合を除くほか、戦争の遂行中に日本国及びその国民が執った行動から生じたビルマ連邦及びその国民のすべての請求権を放棄する。」と規定された。

インドネシア共和国は、サン・フランシスコ平和条約に署名したが、同条約の賠償条項に国内で反対が広がったことなどから同条約を批准しなかった。そこで、1958年（昭和33）1月、両国間で「日本国とインドネシア共和国との平和条約」、「日本国とインドネシア共和国との間の賠償協定」、「経済開発借款に関する日本国政府とインドネシア共和国政府との間の交換公文」等が署名されたが、この平和条約4条2においても、「インドネシア共和国は、前項の定めがある場合を除くほか、インドネシア共和国のすべての賠償請求権並びに戦争の遂行中に日本国及びその国民が執った行動から生じたインドネシア共和国及びその国民のすべての他の請求権を放棄する。」とされた。

旧インドシナ3国中、カンボディアは1954年（昭和29年）11月に、ラオスは1956年（昭和31年）12月にそれぞれサン・フランシスコ平和条約に規定された対日賠償請求権を放棄する旨の意思表示を行った。

旧ソヴィエト社会主義共和国連邦との間では、1956年（昭和31年）10月19日、「日本国とソヴィエト社会主義共和国連邦との

共同宣言」が署名され、同宣言6において、「ソヴィエト社会主義共和国連邦は、日本国に対し一切の賠償請求権を放棄する。日本国及びソヴィエト社会主義共和国連邦は、1945年8月9日以来の戦争の結果として生じたそれぞれの国、その団体及び国民のそれぞれ他方の国、その団体及び国民に対するすべての請求権を相互に放棄する。」とした。

インドは、1952年（昭和27年）6月に締結された平和条約6条（a）により賠償請求権を放棄した。

第二次世界大戦中に中立国であったスイス、デンマーク、スウェーデン、スペイン等の国は、戦争中、日本軍が南方地域及び中国において、その国民及び法人に人的物的損害を与えたことが国際法の原則を侵すものとして我が国に補償を請求した。そこで、スイスとの間では1955年（昭和30年）1月、スペインとの間では1957年（昭和32年）1月、スウェーデンとの間では1958年（昭和33年）5月、デンマークとの間では1955年（昭和30年）9月及び1959年（昭和34年）5月、それぞれ協定や交換公文の署名を行い、それぞれの国に賠償金を支払ったが、スイス政府との取極3条2においては「スイス連邦政府は、第1条に掲げる金額の支払が行われたときは、同条及び第2条に掲げる損害の賠償に関する同政府のすべての要求を放棄するものとし、また、スイス国民は、その事項に関する要求をいかなる方法によっても日本国政府に提起することができないものとする。」とされ、スペイン政府との取極3条においては「1に定める金額の支払により、日本国政府は、同項にいう損害及び苦痛のすべての賠償請求に関するすべての責任を完全かつ最終的に免れる。」とされ、スウェーデン政府との取極4条においては「スウェーデン政府は、第1条に掲げた金額の日本国政府による支払を同条にいうすべ

ての請求権の完全かつ最終的な解決として受諾する。スウェーデン政府は、日本国政府が同条に掲げた金額の支払の後は、前記の請求に対するこれ以上のいかなる賠償も支払う必要はないことを保証することを約束する。」とされた。また、デンマーク政府との取極3条においては、「第1条に掲げた金額の支払により、日本国政府は、第二次世界大戦（1937年7月7日からの支那事変を含む。）の間に日本国政府の機関がデンマーク政府の機関並びにデンマークの自然人及び法人に与えた損害及び苦痛のすべての賠償請求にかかるすべての責任を完全かつ最終的に免れる。」と規定された。

(3) 我が国と中国との間の戦後処理

ア 中国は、連合国の一員として、サン・フランシスコ講和会議に招かれるべきであったが、昭和24年の中華人民共和国政府の成立や昭和25年の朝鮮戦争の勃発など当時の政治的及び国際状況のために、中華人民共和国政府、中華民国政府のいずれも講和会議に招かれなかった。しかし、サン・フランシスコ平和条約21条は、「この条約の第25条の規定にかかわらず、中国は、第10条及び第14条(a)2の利益を受ける権利を有」するものとされ、条約の当事国にならなかった中国も、中国領域内にある日本国及び日本国民の資産の処分が認められた。中国は、1945年（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。

イ 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、中華民国政府との間で日華平和条約が締結された。この条約の議定書1(b)で、「中華民国は、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。」と規定した。また、日華平和条約11条は、「この条約及びこれを補足する

文書に別設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。」と規定された。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、この規定によって、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、すべて放棄されたことになる。

ウ 我が国は、1972年（昭和47年）に日中共同声明に署名したが、その交渉過程において問題となった点の中に、賠償並びに財産及び請求権の問題があった。戦争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、法的には日華平和条約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、日華平和条約は無効であるとする中華人民共和国政府との見解が対立し、交渉を複雑にしたが、交渉努力の結果、賠償並びに財産及び請求権の問題については、同共同声明5項において「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」旨規定された。日中両国が互いの立場の違いを十分に理解した上で、この問題の完全かつ最終的な解決を図るべく、このような規定ぶりに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。したがって、日中共同声明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。

エ 中国政府の認識も、先の戦争に係る日中間の請求権問題は、中国国民及びその財産に関するものも含めて、日中共同声明発出後存在していないという。我が国政府と同様のものである。すなわち、1995

年（平成7年）5月3日、陳健中国外交部新聞司長は、記者から「国交正常化以来、中国政府は、日本に対する賠償請求を正式に放棄したが、最近民間組織が賠償請求を提起している。これに対する見解如何。」と問われたのに対し、「賠償問題は解決している。この問題におけるわれわれの立場に変化はない。」と発言し（乙50）。銭其琛外交部長自身、1992年（平成4年）3月の記者会見において、記者より民間賠償請求の動きについての考え方を問われたのに対し、「戦争によってもたらされた幾つかの複雑な問題に対し、日本側は適切に処理を行うべきである。」と述べつつ、戦争賠償の問題については、「中国政府は、1972年の日中共同声明の中で明確に表明を行っており、かかる立場に変化はない。」と表明した（乙51）。さらに、1998年（平成10年）12月の香港における報道によれば、唐家璇外交部長は、記者から、中国政府の民間人の対日賠償請求について質問された際、「中国の対日賠償請求問題は、既に解決済みであり、国家と民間（国民）は一つの統一体であるので、民間（国民）の立場は、国家の立場と同じであるべきである。」と述べている（乙52）。

(4) 結語

以上のように、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、国によって放棄されている。日中共同声明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も含むものとして、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、控訴人らの請求権は、仮に存するとしても、サン・フランシスコ平和条約の当事国たる連合国の国民の請求権と同様、国によって「放棄」されており、これに基づく請求に必ずべき法律上の義務は消

據しているので、救済が拒否されることになるのであるから、控訴人らの主位的請求は、かかる観点からも認容される余地はない。

2 国家無答責の法理についての補充（控訴人らの主張に対する反論）

(1) はじめに

控訴人らは、東京地裁3月判決及び京都地裁1月判決の各判示に依拠しつつ、国家無答責の法理を適用した原判決を不当とするが、原判決は正当であるので、被控訴人の主張を補充する。

(2) 東京地裁3月判決について

ア 東京地裁3月判決は、日本国の中国人に対する強制連行・強制労働政策自体が違法であり、また、同政策に基づき中国人に対する強制連行・強制労働に関与した個々の旧日本軍人等が行った行為が違法であるとして、国に対して損害賠償を請求した事案につき、同事件の原告らが法例11条1項の適用による中華民法に基づき国に対して損害賠償請求を主張したのに対し、かかる国家賠償請求権の存否に関する法律関係が国際私法の適用対象に含まれると解することはできないと判示して法例11条1項の適用を否定した上、おおむね、控訴人らが前記第3、3(4)イで主張するような判示をした。しかし、当該判示部分は、①明治23年に国家無答責の法理が当時の法政策として採られた根拠及び行政裁判法16条、旧民法等の立法経緯についての理解不足から国家無答責の法理の理解を誤り、②国家賠償法附則6項の解釈を誤り、最高裁昭和25年4月11日第三小法廷判決・裁判集民事3号225頁（以下「最高裁昭和25年判決」という。）に違反し、③法例11条1項の適用を否定した理由とも矛盾しているといわざるを得ない。以下詳述する。

イ 国家無答責の法理は、行政裁判法と旧民法が公布された明治23年の時点で、国家の権力作用について国は賠償責任を負わないとする国

家無答責の法理が基本的法政策として確立しており、これに基づき行政裁判法16条、旧民法等の規定が設けられたのである。

まず、行政裁判法16条についてみるに、大日本帝国憲法は、行政裁判制度に関し、「行政官庁ノ違法処分ニ由リ権利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟ニシテ別ニ法律ヲ以テ定メタル行政裁判所ノ裁判ニ属スヘキモノハ司法裁判所ニ於テ受理スルノ限ニ在ラス」と規定し(61条)、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。そして、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」と規定しているが、この行政裁判法案を作成するに当たり、先決に解決すべき問題として、いかなる問題が検討され、かつ解決されたかについては、伊藤博文が編纂した「官制關係資料」所収の「行政裁判所設置ノ問題」と題する資料(乙25)に見ることができる。それによると、「行政裁判所ヲ設クルニハ左ノ類項ノ問題ヲ決定スルヲ要ス」とし、問題点を列挙しているが、第3項の「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処分スベキヤ」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違處置ヲ訴ヘ、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処分ニ依リ、直接ニ生ズベキ損害ノ賠償ハ行政廳ニ於テ之ヲ処分スベキモノトス。(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ス)」としている。これによれば、

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、憲法学上当時一般に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し得ないとしたのである。行政裁判法の原案を作成したモッセも、国の不法行為責任を否定し、司法裁判所のみならず、行政裁判所においても、国家責任を問い得ないとしていた。すなわち、モッセは、「国ノ民法上損害賠償義務ニ関スル意見」と題する答議において、国が民事上の活動を行う場合には、国は民法に従って責任を負い、民事裁判所に損害賠償請求訴訟を提起することができるとするが、官吏が国権を執行するに際し、義務違反の処置若しくは怠慢により第三者に加えた損害に対し財産上責任を負わないと述べている。

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。すなわち、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され、明治23年に法律とされたものであるが、法律取調委員会案の33条は「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間ハス)ヨリ爲シ又ハ之ニ対シテ爲ス總テノ請求 (ロ)金額若クハ価額ニ拘ラス官吏ニ対シテ爲ス總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總テノ請求」とし、地方裁判所の扱う民事訴訟の事項の中に国家責任に関する訴訟が明記されていた。これに対して井上毅が意見書を提出し、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になった。井上毅の意見書には、「第一 國ニ對スル訴訟ノ事 プラクストン氏王權篇云ハク王ニ對ス

ル訴訟ハ民事ト雖モ之レヲナスコト能ハス蓋シ何ノ法院モ國王ヲ裁判スルノ法權ナケレハナリト故ニ英國ニ於テ君主及ヒ政府ニ對スルノ訴訟ハ唯々請願ニ由リテ恩惠ノ許可ヲ得タル後始メテ裁判ヲ受クルコトヲ得 普國千八百三十一年十二月四日ノ閣令云ハク君主ノ資格ニ於テ臣民トノ間ニ裁決ヲ要スルノ權利ノ争ヲ生スルノ理ナク又之レヲ裁決スルノ權限アル裁判所ハ全國ニ一モ存スルコトナシト 政府ニ對スル訴訟ハ獨逸ニ於テ國權ト區別シタル財産上ノ訴ヲ許シタルノミニシテ單純ニ國ニ對スル訴訟トシテ之レヲ許シタル『ノ』國アルコトナシ今本案ニ國ニ對スル訴訟ヲ以テ裁判所ノ權内ニ販シタルハ其ノ當ヲ得ザルノミナラズ專ラ居留外國人ノ日本政府ニ對スル訴訟ノ爲ニ地ヲ爲ス者ナリ」。「第三 官吏ノ公務ニ對シテハ要償スルコトヲ得ス何トナレハ其ノ公務ハ國權ノ一部ニシテ國權ハ民法上ノ責任ナキ者ナレハナリ官吏ニ對スルノ要償ハ其ノ官吏ノ私事トシテ訴フル者ニ限ルヘシ第三十二條（ハ）ノ場合ハ國法ノ大則ニ資ク事」（引用者注 上記第三十二條とは裁判所構成法案33條に相当する。）とあつた。

このように、行政裁判法及び裁判所構成法は、国家無答責の法理を根柢として、行政裁判所及び司法裁判所のいずれも国家賠償請求訴訟を受理しないものとしたのであるが、このような立法者意思は、実体法である民法を定めるに当たって、ポ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を削除するという形でも現れた。すなわち、ポアソナードは、国又は公共団体の権力的作用にも民法を適用すべきことはフランスその他の諸国においても異論のないところであるから日本も同様にすべきであるとした。この提案を受けて、今村和郎報告委員は、法律に責任を免除する規定を置く以外は、国又は公共団体は賠償責任を負うべしとする修正案を示した。しかし、当時の法制局長官であつた井上毅は、明治22年6月22日に今村和郎に宛てた

書簡。同月29日に山田顯義司法大臣に宛てた書簡で、それぞれポアソナードの見解が誤りであることを指摘し、様々に議論されたが、最終的に、国家責任に民法原則を適用するとの主張は最後の段階で敗退し、旧373条から国家責任の規定が削除されたのである。

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、ポ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た。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、ポ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中に置こうとしたが、ポ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り、当時の諸外国の制度は、むしろ「君主ハ不善ヲ爲スコト能ハス。」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などから、結局、国家無答責の法理を採用し、ポ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る。

ウ 東京地裁3月判決は、国家賠償法「施行前の公務員の公権力行使の違法を理由とする国の損害賠償責任に関しては、民法の不法行為に関する規定が公務員の公権力の行使についても適用があるか否かという民法の解釈にゆだねられていた」と判示したが、国家賠償法施行前において、国家無答責の法理は、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国は賠償責任を負わないという基本的法政策として確立したものであり、したがって、国の権力的作用について国が賠償責任を負う旨の法規は制定せず、また、民法の不法行為の規定はこれに適用しないという法政策が採用されたのである。民法の解釈問題とした上記判示は誤りである。なお、国家賠

償法施行前において、国家の権力的作用について国の損害賠償責任が否定されるのは、民法の解釈のみによるものでないことは上記のとおりであるが、民法の不法行為規定の解釈についてみたとしても、国家賠償法施行後においても、公務員の公権力の行使によって生じた損害の賠償責任の成否は、もっぱら国家賠償法1条1項によってその成否が判断されたものであり、民法の不法行為規定の適用は排除されているのであるから、国家の権力的作用による損害賠償責任の成否を民法の不法行為規定の解釈にゆだねたとする考え方は誤りである。国家賠償法1条1項の違法の判断には、民法709条のように権利侵害が直ちに違法であるという結果不法だけでとらえるのではなく、行為不法の観点から、公務員が個々の国民に対して負っている職務上の法的義務に違反したことをもって違法とされる（最高裁昭和60年11月21日第一小法廷判決・民集39巻7号1512頁）。このことは、公務員の職務上の法的義務に違反するか否かに、一般私法ではとらえきれない行為の正当性の判断が要求されることを示しているのである。

現行の国家賠償法の立法に当たっても、当初民法中の不法行為編を改正して国家賠償に関する規定を挿入するとする案が提示されたところ、国・公共団体の公権力行使の関係は私法的法律関係ではなく、民法に入れるのは不相当とされ、結局、国家賠償法という独自の法律が制定された経緯がある。国家賠償請求権の存否が、一般私法の観点から規律し得べき関係ではなく、特に一般私人が行い得ない権力的作用については、その行使の正当性の観点から検証を要する公法的法律関係であると考えられたことに基づくといえる。

また、国家賠償法附則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。」と規定しているところ、この「従前の例による。」との法令用語は、法例を改正又は廃止した場合

に、改廃直前の法令を含めた法制度をそのままの状態で適用することを意味する。すなわち、同項は、国家賠償法の濫及的適用を否定するのみならず、それまで採用されていた国家無答責の法理をそのまま適用することを明らかにしたのである。東京地裁3月判決は、「現時点においては、『国家無答責の法理』に正当性ないし合理性を見いだすこと」をもって、国家賠償法施行前の民法の解釈として、国の権力的作用に民法715条を適用し得るとする根拠にしているようであるが、国家無答責の法理を基本的法政策として確立した明治憲法の下では、その正当性ないし合理性が認められていたことは明らかである。また、国家無答責の法理は、我が国のみが採用した特異な法理ではないのである。すなわち、米国では、「王は悪をなさず。」というコモン・ローの原則を引き継ぎ、1946年に連邦不法行為責任法を制定するまでは国家無答責の法理が採用されており、また、英国でも、1947年の国王訴追法が制定されるまでは同様であり、ドイツ及びフランスでも、19世紀後半に、国家責任一般に民法を適用しようという試みがあったが、結局、その動きが否定される結果となったのであって、当時の各国の立法例の趨勢は、国家無答責の法理によるものであった。したがって、日本国憲法を前提とする現在の価値観からみて国家無答責の法理の合理性を否定するのは全く根拠がないことである。なお、この点については、法律行為の後の経緯によって公序の内容が変化した場合であっても、法律行為が有効であるか否かは、その行為がされた当時の公序に照らして判断すべきであるとした最高裁平成15年4月18日第二小法廷判決（民集57巻4号366頁）がある。

日本国憲法17条に基づき国家賠償法が制定されたが、立法者の価値判断も、同法施行前の行為については同法施行後においても、国は賠償責任を負わないこととしたのであり、同法の濫及的適用を否定す

べく、附則6項を規定したのである。

最高裁昭和25年判決は、国家賠償法附則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と判示しているのである。このような最高裁判所の判断は、その後も一貫している。

エ 東京地裁3月判決は、当該事件の国家賠償請求権の存否に関する法律関係が国際私法の対象となる法律関係に該当するかという問題につき、国家の公益と密接に関係し、極めて強い公法的色彩を持つことなどを指摘し、私法的法律関係ではなく、公法的法律関係であると正当に判示した。国際私法の場面では公法的法律関係であるといいながら、実体法の場面では民法の適用の余地があるとしているのであり、上記判決の判断には矛盾があるといわざるを得ない。

(3) 京都地裁1月判決について

ア 京都地裁1月判決は、中国国内で旧日本軍がした強制連行行為について法例11条の適用の有無を判断をするに当たり、「当時の日本政府は、戦時下における労働力確保の要請に応える目的で、私経済政策である労働政策の一つとして本件移入政策を立案、実行した。ところが日本政府は、その実効性を確保するために、優越的地位に基づいた権力作用（公務遂行作用）を発動して強制連行ができる制度がないのに、実力行使を目的とする旧日本軍の優越的実力に基づいた強制力をなんらの法的根拠もないまま組織的に行使して、原告ら6名の中国人農民を有無をいわずに強制連行したものである。」とした上で、「本件強制連行が権力作用に基づく行為であるとは認められないから、これを前提とする被告国の国際私法に関する上記主張は認められな

い。」と判示し、法例の適用を認め、その11条1項により、準拠法として中国民法を適用した。要するに、公務員のした実力行使に法的根拠がないことをもって国家の権力的作用ではないとし、国際私法の対象となるとしたのである。

しかしながら、国際私法は、渉外的私法関係に適用すべき私法を指定する法則、適用規範であり、国際的共通性の高い渉外的私法関係に適用されるものであって、私法の抵触問題の解決を中心課題とする。これに対し、公法は、私法とは異なり、一国の公益と密接な関係を有する法であって、公法の抵触問題の解決は、私法のそれとは異にすることから、刑法や行政法規等の公法の抵触問題は、国際私法の適用範囲外とされている。すなわち、私法の領域における法律関係は、直接又は密接に国家の利益に関係することがなく、連結点を介して準拠法を指定することに合理性を認めることができるのに対し、国家の利益に直接又は密接に関係する公法の領域において、当該国家の利益を全く考慮しないで他国の公法を適用することの合理性を肯定することはできないのである。そして、ある法律関係が国際私法の適用範囲に属する私法的法律関係に属するか、その適用範囲外にある公法的法律関係に属するのかが問題は、法廷地における国際私法の解釈問題に帰するが、この解釈には、当該法律関係が当該国家の利益（公益）とどれほど密接な関係を有しているのかが検討が必要となるのである。また、国際私法の適用対象として使用される「法律関係」という用語は、「法律上問題とされる関係、すなわち法律の規律の対象となる生活関係」を意味するにすぎず、「いずれかの法律の適用によって法律関係として成立した関係」をいうのではない。

したがって、準拠法を指定する段階では、我が国の国内実質法を適用すべきか否かは未定であるから、当該公務員のした行為に実質法で

ある我が国の国内法上その法的根拠があるか否かを問題にする余地はないのであり、旧日本軍が強制力を行使する法的根拠がないことを理由に公法的法律関係ではないとしたのは誤りである。また、京都地裁1月判決は、当該強制連行行為が我が国の公益に密接に関係しているか否かという点を全く判断していない。京都地裁1月判決の事案においては、その原告らの主張によっても、大東亜共栄圏という当時の我が国最大の国家目標を達成するために、敵国であった中国などと国家の存立をかけて戦うためにされた国家総動員の戦時体制に基づき、戦争遂行という目的の達成を支える公務としてされた公務員（旧日本軍）の行為が損害賠償の対象とされているのである。正に我が国の公益にかかわり、我が国として行為の正当性を問うべき事案なのである。

イ 京都地裁1月判決は、国家無答責の法理の内容につき、「そこで問題とされる国家の行為が公務のための権力作用である場合に、当該公務を保護するためのものであって、当該行為が公務のための権力作用にあたらぬ場合には、国の行為についても民法上の不法行為責任が成立することを当然のこととしているものである。したがって、国家無答責の法理が適用される国家の権力行為がかつて存在したことを、一般論としては肯定できるとしても、少なくとも原告ら6名に対する強制行為は、既に検討したとおり不法行為であって、保護すべき権力作用ではなかった」と判示した。

しかし、国家無答責の法理は、国の賠償責任を認めた規定が存在しないがゆえに国が賠償義務を負わないというものであり、問題とされている権力的作用に法的根拠があるか否かは全く問題とならない。そもそも、不法行為は、法により許されない行為であり、法によって保護すべき行為とはいえず、通常は、民事及び刑事責任を発生させるものである。しかし、明治憲法下では、その違法行為が国家の権力作用

である限り、民法の不法行為規定の適用を排除し、他に国に賠償責任を認める規定がなかったことから国の賠償責任が否定されたのである。その上、仮に公務員がした行為が法的根拠を有し、法的に保護されるものであれば、それは適法行為であって損害賠償の問題は生じない。公務員が職務に関して行った行為につき国家無答責の法理が適用されるか否かは、その行為に法的根拠があるか否かによって決せられるのではなく、その行為の性質が権力的作用であるか否かによって決せられるのである。このことは最高裁昭和25年判決が指摘するところである。また、京都地裁1月判決は、「当該行為が公務のための権力作用にあたらぬ場合には、国の行為についても民法上の不法行為責任が成立することを当然のこととしている」と判示するが、公務員が行った行為が公務のための権力的作用に当たらなければもはや国の行為とはいえないのであって、公務員個人の行為として当該公務員が個人責任を負えば足りるのである。京都地裁1月判決は、国家無答責の法理につき基本的な理解を欠落させているといわざるを得ない。

第5 当裁判所の判断

1 本件の事実経過

本件の事実経過に係る事実の認定については、原判決2頁21行目の「認めることができる。」の次に「この認定に反する証拠は何ら提出されない。」を加え、同8頁4行目の次に行を改めて次のとおり加えるほかは、原判決2頁20行目冒頭から同8頁4行目末尾までのとおりであるから、これをここに引用する。

〔5〕 その後の控訴人らの生活

控訴人らは、本件事件後、祖父母等に引き取られたが、本件事件で肉親を失った精神的な恐怖や自らの受傷に加えて生活苦の中で幼少時代を送り、教育を受ける機会にも余り恵まれず、十代半ば前後から生

活のために働き、同時に平頂山事件の生存者であることを秘匿し続けなければならなかった。控訴人らは、その後それぞれ平穏な家庭生活を築いたものの、本件事件で受けた精神的な傷跡を引きずりながら生活を送らざるを得なかった。」

上記認定の本件事実経過によれば、本件事件の概要は、以下のとおりである。すなわち、1931年（昭和6年）9月18日のいわゆる満州事変を契機に旧日本軍は中国満州地方への軍事侵攻を開始し、翌1932年（昭和7年）には満州の主要部を占領し、日本は、清朝最後の皇帝だった愛新覺羅溥儀を首班として同年3月に建国宣言をした満州国との間で同年9月15日に日満議定書を締結し、満州国を国家として承認した。しかし、旧日本軍の軍事侵攻に対しては、中国各地でこれに抵抗する武装組織が結成され、中国東北部の遼寧省においても、満州国の建国直後に結成された遼寧民衆自衛軍を始めとするいくつかの抗日武装組織が結成され、活発な抗日活動を繰り広げていた。日本は、1905年（明治38年）に遼寧省撫順市所在の撫順炭坑の権益を獲得していたところ、この撫順炭坑は、翌1906年（明治39年）に設立された南満州鉄道株式会社の管理下に置かれ、中国随一の採炭量を誇っていた。遼寧民衆自衛軍は、1932年（昭和7年）9月16日未明、撫順市の南方に位置する平頂山村を通過して撫順炭坑を襲撃し、撫順炭坑を守備していた関東軍独立守備隊第二大隊第二中隊などで構成される旧日本軍守備隊と交戦した。旧日本軍守備隊は、遼寧民衆自衛軍を撃退したが、死傷者を出したほか、採炭施設等を破壊され、採炭作業を15日間停止せざるを得ないなどの損害を被った。旧日本軍守備隊は、遼寧民衆自衛軍の進軍経路上にあった平頂山村の住民が遼寧民衆自衛軍と通じていたとして同村の住民を掃討することを決定し、同日朝、同村に進入し、同村住民のほぼ全員を同村南西側の崖下に集めて包囲し、周囲から機関銃などで一斉に銃撃し、また、生存者を銃剣で刺殺する

などして住民の大半を殺害した。本件事件当時、満7歳の控訴人莫は両親、妹、母方の祖父母と共に、満9歳の控訴人楊は両親及び弟と共に、満4歳の控訴人方は両親、二人の弟、父方の祖父母及び叔母と共にいずれも平頂山村に居住していたが、控訴人らの家族はいずれも本件事件で控訴人らの目の前で旧日本軍によって殺害され、控訴人ら自身も銃弾、銃剣によって傷害を負わされた。本件事件後、旧日本軍守備隊や撫順炭坑関係者らは、殺害された住民の遺体を崖下に集めて焼却した上、崖を爆破して遺体を埋め、その周囲に鉄条網を張るなどして立ち入ることができないようにした。

そして、本件の控訴人らの主位的請求は、本件事件の旧日本軍の上記行為（本件加害行為）により家族が殺害され、控訴人ら自身も傷害を負わされ、平頂山事件の生存者であることを秘匿し続け、生活苦の中で幼少時代を過ごさざるを得なかったことなどによって被った控訴人らの精神的苦痛に対する賠償を求めるものである。

2 国際法に基づく請求について

控訴人らの国際法に基づく請求はいずれも理由がないものというべきである。その理由は、下記のとおり当裁判所の判断を付加するほかは、原判決8頁5行目冒頭から同24頁7行目末尾までのとおりであるから、これをここに引用する。

(1) 控訴人らの国際法に基づく請求は、本件事件の際旧日本軍の行為はヘーグ陸戦規則25条、43条、46条の各規定に違反するのであるから被控訴人は「前記規則ノ条項ニ違反シタル交戦当事者ハ、損害アルトキハ、之カ賠償ノ責ヲ負フヘキモノトス。交戦当事者ハ、其ノ軍隊ヲ組成スル人員ノ一切ノ行為ニ付責任ヲ負フ。」と定めたヘーグ陸戦条約3条に基づいて控訴人らに対して損害賠償の義務を負う、また、仮に同条約3条が控訴人らの請求の根拠とならないとしても、第二次世界大戦当時ヘーグ陸戦規則に違反する軍隊の行為により被害を受けた個々人は当

該軍隊の所属する国家に対して賠償請求権を行使し得るとする国際慣習法があったとの主張に基づくものである。

- (2) ところで、国際法は、沿革的には国家と国家又は国際機関等との法律関係に関するものとして生成発展してきたものであるから、国際法の規律は、原則として国家又は国際機関等と国家を拘束するものであり、国際法上の法主体性も、原則として国家又は国際機関等に認められるものである。国際法の法源となる条約中に締約国の国民個人の権利が規定されることはあるが、その場合であっても、そのことから直ちに国民個人が国際法上の法主体になるとはいえない。国家が締結する条約の反射的効果として国民個人が受益となる場合もあるからである。このような場合実際に国民の権利義務に消長を来したとしても国際法上の権利義務の主体となるのは国家であり、直接個人に国際法上の権利義務が帰属するわけではなく、このような権利を侵害された個人は、相手国の国内法に基づき訴訟を提起し得るにとどまるものである。

そして、上記のような国際法の原則にもかかわらず、個人が国際法上の法主体であるといい得るためには、そのことが条約に明記されるとともに、権利行使のための国際的な手続が定められ、外交保護権を介することなく、個人が直接権利を実現し得る途が設けられていることを要するといふべきである。

- (3) しかるところ、ヘーグ陸戦規則には個人の権利や生命に関する規定が存し、これを受けたヘーグ陸戦条約3条は、その文言に照らし、交戦国はヘーグ陸戦規則違反によって生じた個人の損害についても賠償責任を負うべきものと規定したものと解されるものの、同条約には、個人からの請求を認めるような明文の規定はなく、個人が権利行使をするための手続も定められておらず、もちろん、手続は各国の国内法によるもの規定もない。

この点について、控訴人らは、同条約には個人の権利行使を否定する文言はないし、手続は各国に国内法に依頼すればよいのであるから手続の定めがないことはヘーグ陸戦条約3条が個人の請求権を否定したことにはならない旨主張する。しかし、上記のように条約の法主体は、原則として条約を締結する国家又は国際機関等なのであるから、ヘーグ陸戦条約に個人の権利行使を否定する規定が設けられていないからといって、同条約が個人に法主体性を認め、個人が直接相手国に対し権利行使することを認めたということとはできない。また、手続は各国の国内法によるとするのが条約制定者の意思であったとしたら、その旨の規定が設けられたはずと思われるが、上記のようにそのような規定はないのであり、また、制定の過程でそのような議論があった形跡もない。個人の権利行使の手続が定められていない以上、個人の受けた損害の回復は、国家の受けた損害の回復の場合と同様に、外交交渉によるほかはないと解さざるを得ない。

したがって、ヘーグ陸戦条約3条は、被害を受けた個人が直接相手国に対して損害賠償を請求し得ることを認めたものではないといわざるを得ない。また、第二次世界大戦当時、戦争被害を受けた個人は直接相手国に対して損害賠償の請求をすることができるとの国際慣習法が存したと認め難いことは原判決が説示するとおりである。

- (4) 控訴人らは、控訴人らの請求が国内法として受容された国際法に基づくものであると主張する。

その趣旨は、判然としないが、国際法の講学上の用語としての「受容」という意味であれば、我が国の憲法上、我が国は、政府が締結した条約は国会の承認と公布を経ることによって別に国内法の制定を待つまでもなく、そのまま国内的に効力を生ずるといふ、いわゆる「受容」方式を採用しているものと解され（憲法98条2項参照）、ヘーグ陸戦条約

も我が国が批准しているところであるから、同条約も受容された国際法ということとはできる。したがって、仮にヘーグ陸戦条約3条が戦争被害を受けた個人に対し直接相手国に対して請求を認めるものであるとしたら、別に国内法の制定を待つまでもなく、国内的にもその規定が効力を有することになると解されないではない。しかしながら、ヘーグ陸戦条約3条自体が上記のように被害を受けた個人に直接相手国への損害賠償を請求し得ることを認めた規定ではないのであるから、我が国が条約について受容方式を採っているからといって、控訴人らはヘーグ陸戦条約3条に基づいて被控訴人に賠償請求をすることはできない。また、控訴人らの主張する「受容」の意味がヘーグ陸戦条約やその前提となるヘーグ陸戦規則が国内法の規範的内容になるという意味であれば、それは我が国の国家賠償法1条1項や民法709条に基づく損害賠償請求の責任を判断する上での規準になるということとはできる。しかし、その場合であっても請求の根拠となるのはあくまで国家賠償法1条1項や民法709条であって、ヘーグ陸戦条約3条そのものでない。

- (5) したがって、ヘーグ陸戦条約3条、国際慣習法に基づく控訴人らの請求は、その余について判断するまでもなく、理由がないものとせざるを得ない。

3 中国民法（中華民国民法）に基づく請求について

本件につき法例11条1項が適用されることを前提とする控訴人らの中国民法（中華民国民法）に基づく請求はいずれも理由がないものというべきである。その理由は、下記のとおり当裁判所の判断を付加するほかは、原判決24頁8行目冒頭から同28頁21行目末尾までのとおりであるから、これをここに引用する。

- (1) 本件は、旧日本軍の中国における戦争行為、作戦活動に付随する行為が違法であったことを理由とする損害賠償請求であるところ、控訴人ら

は、本件については法例11条1項が適用されるので準私法は不法行為地である中国の法であるとして、当時の中華民法を適用すべきであると主張する。

(2) ところで、法例（明治31年法律第10号）は、最初の2か条を除き、国際私法に関する定めをしているところ、国際私法とは、国際的私法関係に適用すべき法律を内外の私法の中から選択指定する法律である。そして、ここでいう国際的私法関係とは、いずれかの私法の適用によって成立した私法関係をいうのではなく、私法上問題とされる関係、すなわち私法の規律の対象となる生活関係を意味するものである。

(3) そこで、旧日本軍が中国人である控訴人らに損害を被らせた関係が国際的私法関係、特に私法関係といえるかが問題になるが、本件は、私法関係には当たらないというべきである。

なるほど、控訴人らが損害を受けたという面からみれば、控訴人らが主張するように、本件も一般の不法行為と異なるところはないといえる。しかしながら、その加害行為の性質からみると、当該行為は旧日本軍の戦争行為、作戦活動として行われたものであって、我が国の軍事力行使の一環としてされたものであることは否定し難いところである。そして、軍事力の行使は、国家の権力的作用の最たるものであり、国家主権と極めて密接な関係を有するものであって、それゆえ、その責任の有無の判断は、当該行為それ自体の正当性の存否のみならず、国家主権行使の正当性の存否にもかかわることが明らかである。このような軍事力行使の結果については、その相手国及びその国民との関係でいえば、一般には国際法の規律ないし国家間の意思（条約）に基づき解決されるべき問題である。そして、軍事力の行使の違法を主張して被害者が軍事力を行使した国家に対して賠償を求めるには、当該国家においても当該行為が違法と評価されることを要するほか、違法である場合には賠償請求をし

得るものであることを要するものというべきである。この軍事力の行使の適否については、市民社会に共通して適用される私法の規律に懸からしめることができないことは明らかである。

したがって、控訴人らの主張する本件加害行為に関する賠償問題は私法関係とはいえず、国際私法の対象となるものではない。

- (4) 控訴人らは、原判決が国家無答責の法理や国家賠償法を例に挙げて国際私法の適用を否定したことを不当と主張する。

しかし、国際私法は、各国の国際私法に内容的に共通する部分があるとはいえ、あくまで各国の国内法であることに変わりはない。そして、本件につき国際私法を適用すべきか否かの判断は、我が国の国内法である法例の11条1項が規定する「不法行為」の中に国家の権力的作用に基づく賠償問題が含まれるか否かという同条項の解釈問題である。したがって、法例11条1項の解釈に当たって、我が国の他の国内法の在り方を参照することは当然許されるものといわなければならない。更にいうなら、法例が戦争行為など国家の権力的作用を私法関係にとらえた上でその11条1項を規定したものは到底考えられない。なぜならば、現行の法例が制定された明治31年当時、我が国では国家の権力的作用については賠償責任がないと一般的に考えられていたのであり、それにもかかわらず、国家の権力的作用による賠償問題を他の不法行為と同様にとらえ、この責任の成否等の判断を「其原因タル事実ノ発生シタル地（その行為が行われた地）」である他国の法律にゆだねることを当時の我が国の立法者が是認した上で11条1項を設けたとは考え難いからである。

- (5) 控訴人らは、中国人である控訴人らが旧日本軍の公権力を行使すべき相手ではなく、旧日本軍が本件加害行為を行うにつき何ら法的根拠もなかったから旧日本軍の当該行為は公権力の行使たる権力的作用に当たら

ず、単なる私人の暴力と異ならない旨主張する。そして、本件事件の当時、我が国と中国は戦争状態にあったのであり、もちろん、旧日本軍と中国人との間に何らかの法律関係があったわけではないから、法律的に言えば控訴人らが旧日本軍に公権力を行使されるいわれはなかったといえる。

しかしながら、国家のある行為が権力的作用に当たるか否かは、その行為が法的根拠を有していたか否かによって決めるのではなく、その行為の性格、性質によるべきものである。ある行為が法的根拠を有していたか否かは、当該行為が実質法に照らし違法であったか否かに懸かるものにすぎない。そして、軍事力の行使は、国家の権力的作用の最たるものであることは前記のとおりである。

- (6) 控訴人らは、被控訴人の公益を理由に控訴人らの抵触法的利益ないし国際私法上の利益（不法行為地法に対する予測可能性・合理的期待の保護や中国社会の秩序利益）が否定されるのは不当である旨主張する。

しかしながら、控訴人らの上記主張は、本件が国際的私法関係であることを前提とするものであり、国際的私法関係といえない以上、国際私法の適用が否定され、その結果国際的私法関係であるならば得られたはずの利益、本件に即していえば中華民国民法を適用されることの利益が否定されたとしてもやむを得ないことである。

- (7) 本件は、国際的私法関係に当たらず、国際私法の適用の対象にはならないものというべきであるから、法例11条1項の適用を前提に中華民国民法を適用すべきである旨の控訴人らの主張は、採用することができない。

なお、仮に本件加害行為につき法例11条1項が適用され、被控訴人の責任の有無が中華民国民法の規定に基づいて判断されるとしても、後述のとおり、本件加害行為がされた当時の我が国においては国家無答責

の法理により権力的作用によって生じた損害については国は損害賠償責任を負わないとされていたから、法例11条2項、3項によって、控訴人らは被控訴人に損害賠償請求をすることはできないことになる。

4 日本法（日本民法）に基づく請求について

控訴人らの日本法（日本民法）に基づく請求も理由がないというべきである。その理由は、下記のとおり当裁判所の判断を付加するほかは、原判決28頁22行目冒頭から同34頁7行目末尾までのとおりであるから、これをここに引用する。

(1) 日本法（日本民法）に基づく請求に係る控訴人らの主張は、旧日本軍がした本件加害行為については民法709条、715条が適用され、被控訴人は、控訴人らに対して損害賠償義務を負うというにある。

これに対して、被控訴人は、本件加害行為がされた1932年（昭和7年）当時、我が国においては国家の権力的作用による損害については国は賠償責任を負わないとする国家無答責の法理があったから本件加害行為には民法の適用はないと主張する。

(2) 日本国憲法17条は、「何人も、公務員の不法行為により、損害を受けたときは、法律の定めるところにより、国又は公共団体に、その賠償を求めることができる。」と規定し、これに基づき国家賠償法（昭和22年法律第125号）が制定され、同法1条1項は、「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によって違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる。」と規定した。同法は、昭和22年10月27日の公布と同時に施行されたところ、同法の附則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。」と規定したため、同法は遡及的に適用されないこと、同法施行前の損害については同法施行前の法制度によることが明らかであるが、ここにいう「従前

の例」なる法制度がいかなるものを指すかが問題になっている。

- (3) 国家賠償法施行前の法制度についてみると、明治22年2月11日に制定され、明治23年11月29日に施行された大日本帝国憲法は、その61条で「行政官庁ノ違法処分ニ由リ権利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟ニシテ別ニ法律ヲ以テ定メタル行政裁判所ノ裁判ニ属スヘキモノハ司法裁判所ニ於テ受理スルノ限ニ在ラス」と規定し、明治23年6月30日に公布された行政裁判法（明治23年法律第48号）は、その16条で「行政裁判所ハ損害要償ノ訴訟ヲ受理セス」と規定しているところ、このほかに、国家の権力的作用に係る賠償責任に関する法令の明文の規定は見当たらない。

そこで、当時の立法状況をみるに、証拠（乙24ないし28、54）及び弁論の全趣旨によれば、以下の事実を認めることができる。

ア 当時我が国は、江戸幕府が諸外国との間で締結した不平等条約を改めるため、法制度、特に裁判制度を諸外国並みに整備するための作業を外国人の意見を聴きながら進めていたが、その一つの問題として、行政裁判所をどのように位置付けるかが問題とされた。行政裁判制度については、ロエスラーやモッセなどがそれぞれ意見を出し、ヨーロッパから帰朝し、明治17年3月に制度取調局長官に就任した伊藤博文、明治21年2月に法制局長官に就任した井上毅らも積極的に関与したほか、内務省や大蔵省からも意見書が出された。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」（乙25）によれば、「行政裁判所ヲ設クルニハ左ノ類項ノ問題ヲ決定スルヲ要ス」として問題点が列挙されたが、その第3項の「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は、「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） 獨逸ニ於テハ行政處分ヲ兩分シ、其主權及ビ警察權ニ屬スル行政處分ハ一般ニ賠償ノ責ニ任ゼズ、而シテ國庫財産ニ係ル處分ハ民事トシテ賠償ニ任ズベキコトヲ定メタリ。是亦彼ノ普國ノ千八百八年ノ勅令ニ起因セル歷史上ノ慣例ヨリシテ、一ノ學術上ノ解釋トナレルモノニシテ、其實ハ却テ錯雜ナル問題ヲ生ズルコトヲ免レズ。今ロスレール氏ノ說ニ據リ警察ト國庫トヲ分タズ、行政上ノ處分ハ總テ行政法ヲ以テ論ズルヲ至當トス。」との解決策が取りまとめられた。これは、政府の主權に基づく処分に対しては、法律に明文で賠償責任を認めたもの以外は出訴を許さないというものである。この解決策は、具体的にどのような人物、あるいはどのような機関によって取りまとめられたのかは必ずしも定かではないが、伊藤博文が編纂したというその出典からみて、政府部内、特に伊藤博文自身かその周辺で取りまとめられたものと思われる。また、モッセは、後述のポアソナードの民法草案について意見を求められた際、「國ノ民法上損害賠償義務ニ關スル意見」と題する答義（乙54）において、ヨーロッパ各国の法制を論じた上で、「(一) 國ハ民法上ノ事ヲ爲ス場合ニ限り法人其機關ノ處置ニ付負擔スル責任ヲ規定スル民法上原則ニ依テ其責ニ任ス此責任ノ理由ハ民法ニ由テ生スルモノナレハ民事裁判所ノ權限ニ屬ス前記ノ原則ハ特別ノ法律（郵便電信鐵道等ニ關スルモノ）ヲ以

テ反對ノ規定ヲ設ケタルトキニ限り其効アリトス (二) 國ハ其官吏國權ヲ執行スルニ關シ義務背反ノ處置若クハ怠慢ニ依リ第三者ニ加ヘタル損害ニ對シ財産權上其責ニ任セス但特別ノ法律上規定(違法ノ逮捕若ハ處刑等ニ關スルモノ)ヲ以テ承認シタル場合ハ此限ニ在ラス (三)

第一ノ場合ノ外國ノ責任ヲ承認シタルモノハ民法ニ由テ生スルニ非スシテ公法ニ起因ス故ニ民事裁判所ノ權限ニ屬セスト雖賠償額ノ査定ハ何レノ場合ニ於テモ民事裁判所ニ放任スルヲ得可シ國ノ公法上責任ハ必ス補助(スブシヂエール)ノ性質タル可シ」とし、國が民事上の活動を行う場合には、國は民法の規定に従って責任を負うが、官吏が國權を執行するに際して第三者に加えた損害については責任を負わないとの意見を述べた。

- イ 明治23年2月8日法律第6号として公布された裁判所構成法は、明治20年5月にルドルフが中心になって起草したものを法律取調委員会で検討修正したものに基ついているが、当初の法律取調委員会案33条は、「地方裁判所ハ民事訴訟ニ於テ左ノ事項ニ付裁判權ヲ有ス」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)ヨリ爲シ又ハ之ニ對シテ爲ス總テノ請求 (ロ)金額若クハ価額ニ拘ラス官吏ニ對シテ爲ス總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屬スルモノヲ除キ總テノ請求」とし、地方裁判所の扱う民事訴訟の事項の中に国家責任に関する訴訟が明記されていた。これに対して井上毅が13箇条から成る意見書を提出したが、これには、「第一 國ニ對スル訴訟ノ事 ブラクストン氏王權篇云ハク王ニ對スル訴訟ハ民事ト雖モ之レヲナスコト能ハス蓋シ何ノ法院モ國王ヲ裁判スルノ法權ナケレハナリト故ニ英國ニ於テ君主及ヒ政府ニ對スルノ訴訟ハ唯々請願ニ由リテ恩惠ノ許可ヲ得タル後始メテ裁判ヲ受クルコトヲ得

普國千八百三十一年十二月四日ノ國令云ハク君主ノ資格ニ於テ臣民トノ間ニ裁決ヲ要スルノ權利ノ争ヲ生スルノ理ナク又之レヲ裁決スルノ權限アル裁判所ハ全國ニ一モ存スルコトナシト 政府ニ對スル訴訟ハ獨逸ニ於テ國權ト區別シタル財産上ノ訴ヲ許シタルノミニシテ單純ニ國ニ對スル訴訟トシテ之レヲ許シタル『ノ』國アルコトナシ今本案ニ國ニ對スル訴訟ヲ以テ裁判所ノ權内ニ販シタルハ其ノ當ヲ得ザルノミナラズ專ラ居留外國人ノ日本政府ニ對スル訴訟ノ爲ニ地ヲ爲ス者ナリ」, 「第三 官吏ノ公務ニ對シテハ要償スルコトヲ得ス何トナレハ其ノ公務ハ國權ノ一部ニシテ國權ハ民法上ノ責任ナキ者ナレハナリ官吏ニ對スルノ要償ハ其ノ官吏ノ私事トシテ訴フル者ニ限ルヘシ第三十二條（ハ）ノ場合ハ國法ノ大則ニ背ク事（ここにいう「第三十二條」は法律取調委員会案33条を指す。）」とあった。井上毅の上記意見書は、諸外国でも国の主権に基づく権力的作用については賠償責任は認めていない。これを我が国で認めれば我が国に対して訴訟を提起する居留外國人に利益を与えるにすぎないというものである。この意見書が出されたのは明治20年ころと思われ、井上毅が法制局長官に就任する前ではあるが、その影響力は強かったものと思われ、結果的に、地方裁判所の権限から国又は公共団体に対する賠償請求訴訟が削除される形で裁判所構成法が制定された。

ウ 一方、実体法である民法典についてみると、ポアソナードが旧民法法案を起草したが、その373条（ポアソナード原案393条）に「主人及ヒ棟梁、工業運送若クハ其他ノ事業ノ起作人、公私ノ事務所ハ其僕婢、職行、員員若クハ主管ニ因リ之ニ委託シタル職掌ノ執行中若クハ其職ニ引起サレタル損害ノ責ニ任ス可シ」と規定し、国の責任を何らの制限なしに認めていた。ポアソナードは、「公ノ事務所ノ責任」について、「主人カ其被雇者ノ所爲ニ付キ責ニ任スルト同ク國家

府縣町村モ亦民法ノ規定ニ從ヒ同様ノ責ニ任ス可シ此說ニ付テハ德國
其他ノ諸國ニ於テモ未タ舊ノ異論ヲ爲ササル所ナリ日本ニ於テモ亦必
ス同カラン故ニ國家ハ郵便、電信、鐵道運送ノ如キ貨ヲ取テ事ヲ行フ
場合ニ於テ其使用スル者ノ犯罪又ハ準犯罪ニ付キ民事上責ニ任スヘキ
ノミナラス官ノ水夫又ハ發射ヲ爲ス兵卒又ハ親書ヲ送達スル騎卒ノ過
失ヨリ生スル損害及ヒ行政官吏ノ職權濫用ニ因ル損害ニ付テモ亦同シ
フ其實ニ任ス可シ」と説明した。この草案によれば、國は、私人と同
様、民法に基づき使用者責任を負うことになる。これを今村和郎委員
を通じて知った井上毅法制局長官は、明治22年6月22日に今村和
郎委員に宛てた書簡（乙27）の中で、「昨日、貴下ノ書贈ヲ悉クシ
タル決議取消ノ要求書ハ、獨行政裁判ノ争ナルノミナラズ、即民法三
百七十三條ニ就テノ未來ノ大問題ナルベシ、（因ニ問、民法三百七十
三條ニ公私ノ事務所トアルハ文意明瞭ナラサレモ、仍ボ氏原案三百九
十三條ニ謂ヘルアドミニストラシヨノ意ナルカ乞示）抑民三百七十
三條ハ、佛民法千三百八十四條ニ基クモノナルヘシト雖、佛民法千三
百八十四條ハ、斯クマテニ明言セズ、故ニ學者ノ説ハ之ヲ國家ニマテ
適用スルノ傾向アル、誠ニ貴下ノ明教ノ如シト雖、權限裁判所ノ判決
ハ、全ク反對ノ主義ニ出、國家ハ『官吏ノ處置ニ付テ全ク其ノ責ニ任
セズ』トノ元則ヲ取リタルハ、貴下ノ素ヨリ熟知セル所ナリ、英國及
米國ニテハ、公法上官吏ノ使用ハ、民法ノ代理ト全ク其ノ原由ヲ同ク
セズトノ主義ヲ取リタルハ、是亦佛前ノ説法ヲ煩ハサズ、（米人スト
リー氏代理法三百十九節）獨乙ニテハ買賣貸借ノ類、純然ノ民法事件
ニ就テハ國家ハ國庫ノ性質（即權利義務ヲ有スル一法人）トシテ、
民法上ノ賠償責任アルコトニ就テハ、各派ノ學者間異議ナシト雖、國
權ヲ執行スル官吏ノ處置及怠慢ニ付テハ、甲ノ學者ハ（スタイン、ザ
ルウエー、ロスレル氏）何等ノ場合モ、民法上ノ責任ナシト謂ヒ、乙

ノ學者ハ（グルベル、マイエル、フヨーフル氏等）或場合ニ於テ責任賠償スヘシト謂フ、而シテ實際ノ裁判例ニ於テハ、特別ノ法律ニ正文ニ明記シタル場合ヲ除ク外、判然ニ國家ノ民事賠償ヲ認メズ、夫レ各國ノ國法論ニ於テ如此異同アリテ未タ歸一ノ中點ヲ得ザルニ拘ラズ、我民法草案ハ大胆ニモ國家ヲ一網ノ下ニ打盡シテ民法ノ範圍内ニ入レント試ミタルハ、小生ハ慄慄ニ耐ヘサル所ナリ、此件ハ、猶再議ノ機會ヲ待ツヘシト雖、前陳ノ理由ニ因リ、小生ハ前ノ決議ヲ無効トスルノ要求ニ應スルコト能ハサルノ遺憾ヲ抱クノミナラス、且、民法上ノ問題ニ關シ、全ク貴下ト反對ノ位地ニ立ツノ不幸ヲ得タルコトヲ痛嘆セズンハアラズ、頓首」と強く反対意見を述べ、また、同月29日に山田顯義司法大臣に宛てた書簡の中でも、「民法三百九十三條ニ付而者、異議ハ別冊モスセ氏意見ニ相見候。此事將來國法上ニ關係シ、一大問題と相成可申候、且條約改正之上ハ、外國人民と政府との爭議之論據と相成ル事ニ候へハ、更ニ御取しらへ相成度冀望奉存候、猶佛國ニおいてすら判決例ハボアソナド氏之説と矛盾いたし居候、譯文其他之反對之證據追々ニ可奉呈覽候、頓首」と反対意見を述べた。モッセがボアソナード原案に対して意見書を提出していたことは前述のとおりである。そして、373条については様々な意見が出され、議論がされたが、結果的には、同条は、「主人、親方又ハ工事、運送等ノ營業人若クハ總テノ委託者ハ其雇人、使用人、職工又ハ受任者カ受任ノ職務ヲ行フ爲メ又ハ之ヲ行フニ際シテ加ヘタル損害ニ付キ其實ニ任ス」となり、当初の案文から国家責任の規定が削除される形で旧民法が制定され、明治23年に公布された。井上毅は、明治24年に発表した「民法初稿第三百七十三條ニ對スル意見」（乙28）の中で原判決説示（原判決30頁19行目冒頭から同31頁6行目末尾まで）のおりの見解を示している。旧民法は、施行されず、明治29年、新

たに起草された草案に基づいて現行民法が公布され、明治31年7月16日から施行されたが、現行民法にも旧民法と同様、国の公権力の行使の執行に起因する損害賠償責任の規定は設けられなかった。

- (4) 前項でみたような行政裁判法、裁判所構成法、旧民法の立法経緯をみると、これらの法律が公布された明治23年当時、立法者は、欧米諸国においても少なくとも権力的作用に基づく損害についての国家又は公共団体の賠償責任はこれを認めていないとの認識に立ち、我が国においてこれを認めると外国人と我が国政府との間に紛争が起こることが危惧されるとして、行政裁判法16条に「行政裁判所ハ損害要償ノ訴訟ヲ受理セス」とし、地方裁判所の権限から原案が認めていた国又は公共団体に対する賠償請求訴訟を削除して裁判所構成法を制定し、旧民法373条の原案から国家責任の規定を削除して旧民法を制定したものと考えられる。すなわち、立法者は、当時の欧米各国において認められていた国家無答責の法理に倣って上記各法を立法したものと見える。

そうすると、行政裁判法、裁判所構成法及び旧民法が公布された明治23年当時、立法者は、権力的作用に基づく損害についての国家の賠償責任は特に法律で定めた場合を除いてはこれを認めないとの統一した意思に基づきこれらの法律を制定したものとわがざるを得ない。行政裁判法16条の「行政裁判所ハ損害要償ノ訴訟ヲ受理セス」との規定は、単に行政裁判所は国家賠償の訴訟を受理しないということの意味するだけでなく、裁判所構成法及び旧民法の規定と相まって、権力的作用に基づく損害についての国家の賠償責任を否定した規定と解すべきである。そして、大審院判例が権力的作用についての国の責任を一貫して否定していたことは、原判決の説示のとおりであり、控訴人らも認めるところである。

したがって、国家賠償法施行前における我が国の法制度では、権力的

作用に基づく損害について国又は公共団体は賠償責任を負わないとする国家無答責の法理が採用されていたものといえる。

- (5) 控訴人らは、行為の権力性が認められるためには、①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、②適法に行使すれば適法な公権力の行使と評価されるような権限が与えられていること、③加害行為が国の統治権ないしは主権に服する者に対する行為であることの3要件が必要と解されるころ、本件加害行為には②と③の要件が欠けているから保護すべき公務としての権力的作用には当たらず、民法が適用されるべきである旨主張する。そして、少なくとも中国人である控訴人らが我が国の統治権ないし主権に服する者でなかったことは明らかである。

しかしながら、ある行為が権力的作用に当たるか否かは、その行為に法的根拠があるか否か、あるいはその相手方が我が国の主権に服する者か否かによって判断されるべきものではなく、その行為の性格ないし性質によって判断されるべきものである。賠償責任が問題になる行為については適法性を欠く、すなわち法的根拠を欠く場合が多いであろうし、国家主権の発露たる軍事力の行使についていえばその相手方は我が国の主権に服さないのがむしろ通常である。

本件加害行為は、上記1でみたとおり、幼少時代の控訴人らに極めて悲惨な体験をさせたものといえるが、この加害行為が我が国の軍事力行使の一環としてされたものであることは否定し難い。そして、軍事力の行使はその性質上非人道的で残虐な側面を不可避的に伴うものであり、それがゆえに、日本国憲法は前文において「日本国民は、恒久の平和を念願」するとして平和主義を宣言しているが、軍事力の行使は、上記3(3)でみたように、国家主権と極めて密接な関係を有するものであって、それゆえ、その責任の有無の判断は、当該行為それ自体の正当性の存否

のみならず、国家主権行使の正当性の存否にもかかわることが明らかであって、国家の権力的作用の最たるものといわざるを得ないのである。

本件加害行為の実態に照らして旧日本軍の所為が権力的作用ないし公権力の行使には当たらないとする控訴人らの上記主張は、採用することができない。

5 立法不作為を理由とする国家賠償請求について

控訴人らの立法不作為を理由とする国家賠償請求は理由がないものと判断する。その理由は、下記のとおり当裁判所の判断を付加するほかは、原判決34頁8行目冒頭から同35頁20行目末尾までのとおりであるから、これをここに引用する。

(1) 先の戦争は、国の内外を問わず多くの生命、財産が失われる悲惨な結果を招き、国の内外に未曾有の損害をもたらしたことは公知の事実である。そのため、我が国は、戦争被害をもたらした各国との間で、サン・フランシスコ平和条約や個別の国ごとの平和条約によって、戦後の賠償問題を処理してきたのであるが、サン・フランシスコ平和条約では、その14条(a)の柱書きにあるように、「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」、その領域が日本軍隊によって占領され、かつ、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によって、与えた損害を当該連合国に補償するために、速やかに交渉すること(14条(a)1項)、外交及び領事財産等、一定の例外を除き、各連合国がその管轄下に有す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さえ、留置し、清算し、その他何らかの方法で処分することを認めること(14条(a)2項)、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対

する償いをする願望の表現として、日本国は、中立国又は連合国のいずれかと戦争状態にあった国にある日本国及びその国民の資産又はこれらと等価のものを赤十字国際委員会に引き渡さなければならないこと（16条）などを承認することにより、14条（b）によって、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等の賠償請求権の放棄を得たのであるから、もとよりサン・フランシスコ平和条約による我が国の賠償は完全なものでなかったといえる。また、日中共同声明においては、我が国が賠償を行うことなく、中華人民共和国政府は戦争賠償の請求を放棄しているのである。したがって、先の戦争で諸外国及びその国民にもたらした被害に対して我が国が十分な賠償を行ったとはいえないであろう。

したがって、本件加害行為によって大きな精神的苦痛を受けたであろう控訴人らが我が国に対して賠償を求める本件訴訟を提起したことには無理からぬところがあるといえなくはない。

- (2) しかしながら、戦争による賠償問題は、本来的には関係国政府の間で取り決められるべき外交問題であり、加害国が戦争被害を受けた相手国の国民に対して直接救済措置を図ることは、もともと予定されていないというべきである。戦争被害を受けた各国が、外交交渉の結果を受けて、あるいは外交交渉とは関係なく、自国民に対してどのような救済措置を採るかは、それぞれの国の内政問題というべきである。

したがって、我が国の国民を代表する国会において、戦争被害を受けた国の人々に対して、控訴人らが主張する諸国家のごとく一定の賠償責任を果たすべく何らかの立法措置を執ることはあり得るとしても、そのような立法措置を執るか否かは、事柄の性質上、外交関係や変動する国際情勢のほか、我が国の財政、経済、社会政策等の国政全般にわたった

総合的政策判断に基づく立法府の高度な裁量にゆだねられているというべきであって、当然に何らかの立法措置を講ずる法的義務があるとまではいえない。それゆえ、我が国の国会が旧日本軍の軍事行動による戦争被害を受けた中華人民共和国の国民を救済するための立法をしなかったからといって、上記のような立法府の裁量の範囲を逸脱したとまではいふことができず、国家賠償法1条1項の違法があるということとはできない。我が国の国会が本件事件の被害者らに対する救済措置の立法をしなかったことが、控訴人らが指摘する憲法の規定（前文、9条、13条、14条、29条、40条、98条2項）に違反しているということとはできない。

- (3) したがって、控訴人らの立法不作為を理由とする国家賠償請求も理由がないといわざるを得ないのである。

6 結論

以上の次第であるから、控訴人らの請求は、その余について判断するまでもなく、いずれも理由がないからこれを棄却すべきものであり、これと同旨の原判決は相当であって、控訴人らの本件各控訴はいずれも理由がない。

よって、主文のとおり判決する。

東京高等裁判所第20民事部

裁判長裁判官 官 崎 公 男

裁判官 大 橋 弘

之 務 原 上 官 判 裁

別紙1

控訴人ら訴訟代理人目録

尾山 宏	小野寺 利孝	渡辺 彰 悟
及川 信夫	高 和 直司	坂口 植彦
澤藤 統一郎	織 直 舞	徳岡 宏一朗
渡辺 春己	泉 澤 章	川上 詩朗
山田 勝彦	大江 京子	青木 正芳
青木 護	青木 佳史	赤松 岳
秋月 慎一	浅井 淳郎	浅野 晋
浅野 則明	荒木 和男	荒牧 啓一
安藤 朝規	安藤 友也	池永 満義
石川 智太郎	石川 元 徹	石田 明幸
石田 法一	石塚 幹郎	市川 幸子
出田 健一	伊藤 村晴夫	伊藤 生義
稲村 鈴代	稲村 城 満	稲上 柳敏郎
今井 敬弥	岩井 賢二	内田 信也
鶴川 隆一	太田 森典子	大橋 昭夫
大久保 賢三郎	大森 村正淳彦	大矢 和徳子
大森 敬剛	岡村 村一 匡	小笠原 彰 東
岡原 剛象	奥村 林 芳 也	小野寺 照 夫
小野寺 義 夫	尾林 藤 文 龍太郎	鎌谷 恒 雅 友
門井 節 裕	加藤 西 龍太郎	加藤 田 繁 幸
加藤 西 裕子	河 辺 真 史	川 久保井 撰

會 古 小 奇 奇 佐 佐 鹿 酒 下 菅 杉 高 高 滝 田 田 土 寺 富 鳥 長 中 繩 仁 龍	内 波 倉 官 藤 藤 藤 藤 又 水 東 沼 山 野 橋 本 中 原 田 沢 岡 海 野 村 田 比 勢	節 正 一 正 欣 博 喜 信 友 茂 孝 輝 太 秀 裕 庄 勝 惠 真 和 浩 聰 英	子 偉 學 好 俊 哉 文 治 聰 三 子 種 治 雄 郎 雄 之 一 子 美 一 郎 雄 孝 平 樹	銀 小 今 奇 奇 佐 佐 嶋 清 庄 杉 高 高 高 藤 田 田 津 土 富 水 中 中 二 沼 野	田 林 藤 藤 藤 藤 田 水 司 井 木 橋 橋 沼 島 村 留 井 森 尾 野 村 上 澤 田	萬 重 道 大 義 久 善 捷 敏 健 一 雅 雅 啓 廣 比 博 達 底	雄 勝 一 洋 俊 志 雄 夫 訓 彦 一 康 敬 融 郎 浩 徹 昭 之 児 久 志 則 護 雄 吾	小 小 近 斎 佐 佐 塩 島 下 城 杉 高 高 鷺 田 谷 津 寺 徳 鳥 長 仲 仲 西 野 剛	関 林 藤 藤 田 藤 沢 田 林 塚 浦 崎 橋 見 中 脇 田 沢 満 生 野 松 山 嶋 上 武	傳 將 幸 參 哲 忠 浩 秀 健 龍 敬 和 貴 和 玄 連 泰 忠 源 正 忠 勝 佳 世	六 啓 夫 豊 三 之 和 孝 人 之 至 暢 幸 人 文 仁 児 夫 彦 佑 信 人 克 彦 子 透
--	---	---	--	--	---	---	--	--	--	--	--

配	川	壽	好	羽	柴	修	長	谷	川	一	裕
畑		純	一	花	田	啓	林		和	男	三
林		健	郎	林		良	原	山	剛	治	德
廣	谷	陸	男	福	地	給	藤	浦	龍	憲	義
藤	本		明	前	田		前	田	忠	篤	周
馬	奈	昭	雄	松	井	繁	松	井	惠	美	子
松	岡		肇	松	村	文	三	木	彬	学	
松	山	秀	夫	三	浦	邦	三	橋	弘	康	里
水	谷	英	男	水	野	邦	宮	田	佐	緒	三
南		典	一	宮	崎	昭	村	松	太	健	一
宮	本	平	晃	村	松	正	元	永	大	万	里
村	山		明	毛	利	文	森	田	健	山	紀
森	川	彌	一	森	上	益	山	口	万	山	行
谷	萩	綾	子	山	田	忠	山	田	山	高	明
山	下	安	郎	山	田		山	田	本	正	人
山	下		潔	山	下	登	山	本	井	麗	二
山	本		勉	山	本	政	吉	田	田	伸	潤
吉	岡	良	治	吉	田	隆	吉	辺	本	明	佳
吉	野	高	幸	渡	辺		波	木	崎	達	剛
渡	部	吉	泰	小	林	早	笹	崎	積	直	雄
塩	田	三	紀	高	橋	博	官	積	馬	直	樹
山	森	良	一	坂	本		穂	穂	地	健	矢
鈴	木		周	中	川		相	馬	見		
山	崎	雅	彦	柳	沢		福	地			
大	八	葉	子	岸	川		須	見			

守井雄一郎	下中奈美	三好泰裕
村上晃	榮枝明典	畑中和夫
立木豊地	安田耕治	
(訴訟復代理人)		
中村洋二郎	土屋俊幸	

別紙 2

被控訴人指定代理人日録

中 井 隆 司	中 園 浩一郎	細 野 隆 司
黒 川 裕 正	小 澤 清寿男	関 口 正 木
八木下 孝 義	武 藤 政 男	前 田 武 志
宮 田 誠 司	石 川 さおり	藤 澤 裕 介
峯 金 容 子	高 橋 一 雄	山 田 聡
原 克 好	松 島 晋	大 平 真 嗣