



平成13年(ネ)第3260号

控訴人(一審被告) 国

被控訴人(一審原告) 金■天 ほか14名

準備書面(1)

平成13年10月23日

大阪高等裁判所第3民事部 御中

控訴人指定代理人

- 野 本 昌 
- 藤 谷 俊 
- 佐 藤 武 
- 関 口 正 
- 福 田 篤 
- 下 野 恭 裕 
- 天 野 智 子 
- 柳 昌 仁 
- 松 田 代
- 今 村 代

第1	はじめに	1
1	事案の概要	1
2	原判決の判断骨子	1
3	控訴理由の骨子	3
	(1) 本件訴訟において認められる事実関係の評価に関する誤り	4
	(2) 「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」が成立するとした誤り	4
	ア 「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」が成立する法律上の根拠がないこと	4
	イ 「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」の成立が認められる事実関係が存在しないこと	5
	(3) 安全配慮義務違反の主張に対する判断の誤り	5
	ア 安全配慮義務違反について判断すべきであったこと	6
	(ア) 原判決の誤り	6
	(イ) 安全配慮義務違反の主張について	6
	イ 安全配慮義務違反がないこと	7
4	当審における予備的主張	8
	(1) いわゆる日韓協定による解決について	8
	(2) 消滅時効の援用について	9
第2	本件訴訟において認められる事実関係の評価に関する誤り	9
1	はじめに	9
2	大湊警備府と舞鶴鎮守府の位置づけ	10
	(1) 明治憲法下における軍事制度について	10
	(2) 大湊警備府及び舞鶴鎮守府について	13
	ア 舞鶴鎮守府について	13
	イ 大湊警備府について	14
3	ポツダム宣言受諾から降伏文書調印までの状況等	14

4	昭和20年8月当時の大湊警備府管内の戦局	17
	(1) 米・英機動部隊による空襲等	17
	(2) ソ連軍による南樺太・千島列島への侵攻	17
	(3) ポツダム宣言受諾後の樺太引揚船に対するソ連軍の攻撃について	19
5	浮島丸爆沈に至る経緯等	21
	(1) 浮島丸の概要	21
	(2) 浮島丸爆沈までの経緯	21
6	まとめ	25
第3	本件運送行為に「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」が成立すると判断した誤り	26
1	原判決の判示	26
2	「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」が成立する法律上の根拠がないこと	26
3	「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」の成立が認められる事実関係が存在しないこと	29
	(1) 本件運送行為に関する事実関係について	29
	(2) 裁判例について	31
	(3) まとめ	32
第4	安全配慮義務違反の主張に対する判断の誤り	32
1	原判決の判示	32
2	安全配慮義務違反の主張について判断すべきであったこと	33
	(1) 原判決の誤り	33
	(2) 本件における安全配慮義務の成否について	34
	ア 被控訴人らの主張	34
	イ 具体的義務内容の特定を欠くことについて	35
	ウ 安全配慮義務の前提となる「特別な社会的接触」を欠くことに	

控訴人は、本書面において控訴理由を明らかにする。

なお、略語等は、本書面において新たに用いるもののほか、原判決の例による。

第1 はじめに

1 事案の概要

本件は、昭和20年8月24日、京都府舞鶴湾内において沈没した旧海軍の特設運送艦浮島丸に乗船していた朝鮮人生存者又は死没者の遺族らが、控訴人に対し、①道義的国家たるべき義務違反に基づく国賠法1条の類推適用による損害賠償及び公式陳謝、②明治憲法27条あるいは現憲法29条の類推適用に基づく損失補償、③安全配慮義務違反に基づく損害賠償、④救済立法の不作为に基づく国賠法1条による損害賠償及び公式陳謝、⑤所有権に基づく遺骨の返還をそれぞれ請求した事案である（損害賠償又は損失補償は、自己の固有の損害又は損失につき請求するもの。）。

2 原判決の判断骨子

原判決は、上記①、②、④及び⑤に係る請求はいずれも排斥したが、上記③に関連する判断において、大要以下のとおり判示して、自ら浮島丸に乗船して本件爆沈による被害に遭ったと認めた被控訴人ら（原判決の別紙(1)当事者目録記載の番号38ないし40、42、45、46、63ないし67、69、70、72及び77）の請求を一部認容した。

(1) 被控訴人らは、いずれも海軍の軍属であるところ、海軍の徴用軍属については、昭和20年8月20日に海軍大臣から、徴用解除の指示が出されているから、事実上は大湊警備府の指示によって浮島丸に乗船したとしても、出航直前の同月22日の時点では、既に徴用を解除された上で、朝鮮に帰還するために乗船していたというべきであって、乗船までには徴用に基づく関係は終了していたと解される。そうすると、控訴人と被控訴人らとの間では、昭和20年8月22日の出航までの間に、私法上の旅客運送契約に類似した

法律関係（以下「本件法律関係」という。）が成立したと解するのが相当である。

なお、番号69の被控訴人が民間徴用工であったとしても、民間徴用工についても、徴用の結果生ずる使用関係は、被徴用者と事業主との間に発生していたものと解されるから（国民徴用令17条、18条1項）、浮島丸に乗船した民間徴用工と控訴人との間にも、同様の法律関係が成立したものと解される（原判決21、22ページ）。

(2) そして、控訴人は、本件法律関係に基づき、浮島丸に乗船した被控訴人らに対し、釜山港又はその近辺の朝鮮の港まで安全に運送する義務、朝鮮の港まで到達することが不可能な場合には、安全に最寄りの港まで運送し、又は出発港に還送すべき義務を負っていたというべきである。この被控訴人らを安全に運送する義務は、本件法律関係に基づく本来的な義務であって、付随的なものではないから、かかる義務の違反を理由とする損害賠償を請求する者は、それ以上に具体的な義務の内容を主張立証する必要はなく、控訴人において、義務を履行し得なかったこと（本件爆沈）が不可抗力によるものであることを主張立証しなければ、損害賠償責任を免れることはできない（原判決22ページ）。

(3) 控訴人の履行補助者である鳥海艦長や大湊警備府司令長官等は日本海側の主要港が機雷の敷設によって危険であることを知っていたのであるから、乗船者の安全を第一とし、鳥海艦長においては、海軍運輸本部長からの命令（8月24日18時までに目的港に到達するよう努力すること、到達の見込みのないものは最寄りの軍港又は港湾に入港することを命じる緊急電報による命令、原判決16ページ）が出航前に発せられていた場合には、大湊からの出航を見合わせ、命令が出航後発せられた場合には、機雷が敷設されておらず、浮島丸の乗組員も勝手を知った大湊に戻るという選択肢があった。

また、前記緊急電報による命令を通報されている大湊警備府司令長官等に

においては、鳥海艦長に対し、出航を見合わせるか、大湊に戻ることを命じることも可能であった（24日午後6時までに目的地に到達するよう努力することを命じられている鳥海艦長としては、かかる選択が困難であったとしても、大湊警備府司令官等が同様の選択をすることを妨げる事情は見当たらない。）。

ところが、鳥海艦長は、24日午後6時までに釜山ないし近辺の朝鮮の港に到達できる見込みもないのに、本州日本海沿岸を南下し続け、大湊警備府司令長官等も浮島丸が航海するにまかせた結果、舞鶴港に入港することになり、本件爆沈に至ったものであるから、本件爆沈が不可抗力によるものということはできない（原判決24ページ）。

以上の検討の結果によれば、控訴人は、浮島丸乗船者との間に成立していた本件法律関係に基づく前記安全に運送する義務に違反したものであるというべきであり、浮島丸乗船者である被控訴人らに対し、本件法律関係に基づく義務の不履行（債務不履行）を理由として、被控訴人らがそれによって被った損害を賠償する責任がある（原判決24、25ページ）。

3 控訴理由の骨子

以上のように、原判決は、旧海軍が朝鮮人元徴用軍属らを浮島丸により大湊から釜山へ運送する行為（以下「本件運送行為」という。）につき、①控訴人と被控訴人らとの間に「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」が成立したとし、②この法律関係に基づく「本来的な義務」として、控訴人は被控訴人ら乗船者に対し、「釜山港又はその近辺の朝鮮の港まで安全に運送する義務」、「朝鮮の港まで到達することが不可能な場合には、安全に最寄りの港まで運送し、又は出発港に還送すべき義務」を負っていたとした上、③本件爆沈については、不可抗力といえず、その義務違反があったと認定したものである。

しかしながら、以下に述べるとおり、原判決の判断は、法的観点からみて誤りであるのみならず、その判断の前提とすべき事実の評価についても誤りがあ

り、到底その結論を維持することはできない。

(1) 本件訴訟において認められる事実関係の評価に関する誤り

浮島丸が出航した時期は、ポツダム宣言受諾から1週間後であるが、当時、ソ連軍は、我が国のポツダム宣言受諾とは関係なく、北海道の北部を占領する計画の下、南樺太及び千島列島に侵攻して、日本軍との激戦を繰り広げており、また、大湊警備府が警備を管轄する海域においては、我が国の引揚船に対しても、ソ連軍の攻撃がされるなど、状況は戦争状態そのものというべきものであった。浮島丸による元軍属・徴用工の朝鮮人の運送は、このような状況下で大湊警備府司令長官が浮島丸船長に対してした海軍の命令に基づくものであるから、行政上の措置として計画され、実行されたことが明らかである。

本件当時の状況については、後記第2で述べるが、原判決の認定判断は、このような状況を十分踏まえたものといえず、事実の評価を誤ったものであって、到底その結論を維持することはできない。

(2) 「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」が成立するとした誤り

原判決は、本件運送行為につき、控訴人と被控訴人らとの間に、「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」が成立したとする。

しかし、本件運送行為につき、原判決が「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」の成立を認めたことは、次のとおり、明らかに誤りである。

ア 「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」が成立する法律上の根拠がないこと

(ア) 原判決には、「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」が成立したとする根拠は全く示されていない。また、そもそも本件運送行為がなぜ「私法上の」行為であるのかさえ説明されていない。

被控訴人らも、本件運送行為を旧海軍の軍務であるとして（原判決別紙(3)の2ないし6ページ）、その付随的義務としての安全配慮義務を主

張するのであって、「私法上の」関係を前提とするものではない。

(イ) また、本件運送行為は、本件訴訟において認められる事実関係によれば、海軍の命令として実施された行政上の措置であり、公法上の行為であることが明らかであるところ、実定法上、当時の船舶法35条、商法第4編の規定に照らせば、控訴人と被控訴人らとの間に「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」が成立する余地はない。

これらの点については、後記第3の2において述べる。

イ 「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」の成立が認められる事実関係が存在しないこと

本件運送行為について、控訴人と被控訴人らとが、私法上の法律関係(契約関係)を成立させたと認めるべき事実関係は何ら存在しない。

事実として存在するのは、前記のとおり、大湊警備府司令長官が、軍務として、浮島丸海艦長に対し、浮島丸によって、被控訴人らを釜山に運送することを命じたことであり、したがって、旧海軍が浮島丸に命じた本件運送行為は、朝鮮人元徴用軍属らに対する行政上の措置として実施されたものである。

原判決は、いかなる事実関係をもって、契約関係の成立を認めたのか全く明らかでない。

この点については、後記第2の事実関係を踏まえ、第3の3において述べる。

(3) 安全配慮義務違反の主張に対する判断の誤り

原判決は、「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」に基づく「本来的な義務」として、「釜山港又はその近辺の朝鮮の港まで安全に運送する義務」、「朝鮮の港まで到達することが不可能な場合には、安全に最寄りの港まで運送し、又は出発港に還送すべき義務」があるとし、「被告において義務を履行し得なかったこと(本件爆沈)が不可抗力によるものであることを

主張立証しなければ損害賠償責任を免れることはできない。」(原判決22ページ)とした上、その義務違反があると認定した。

しかし、上記(2)のとおり、原判決のいう「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」は成立し得ないから、いずれにしてもこの判示部分は全部誤りというほかないが、安全配慮義務として検討しても、本件において認められる事実関係の下では、安全配慮義務違反を問われる余地はない。

ア 安全配慮義務違反について判断すべきであったこと

(ア) 原判決の誤り

原判決の上記判断は、被控訴人らの安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求に関するものとしてされている。

しかし、被控訴人らの主張は、本件運送行為が旧海軍の軍務であることを前提にし、その運送行為に付随する安全配慮義務をいうものであり、これを説明するために、その基本となる特別の社会的接触を、「旅客運送契約類似の法律関係」と述べていたにすぎない(原判決別紙(3)の68ページ)。

原判決の判断は、控訴人に対して、反論の機会を奪う不意打ち的判断であって、釈明義務に反する不当なものであり、弁論主義に反する結果をもたらしている。

原判決は、端的に被控訴人らの安全配慮義務違反の主張について判断すべきであった。

(イ) 安全配慮義務違反の主張について

被控訴人らは、本件において、安全配慮義務違反を主張している(原判決別紙(3)の67ないし74ページ)。

控訴人は、これに対し、概要、原判決別紙(4)の12ないし20, 27, 28ページのとおり反論した。すなわち、安全配慮義務違反に関しては、まず被控訴人らにおいて、控訴人が採るべき具体的な義務内容を特定し、

主張立証すべきものである。また、「特別の社会的接触」関係にあることが明らかにされるべきである。

しかし、被控訴人らの主張は、これらの特定等を欠くものである上、本件では「特別の社会的接触」関係も認められないから、失当である。この点については、後記第4の2で述べる。

イ 安全配慮義務違反がないこと

原判決は、「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」に基づく「本来的な義務」としての「安全に運送する義務」の存在とその義務違反について判示した。しかし、上記アのとおり、本件は、安全配慮義務違反について判断すべきものである。

(ア) 安全配慮義務の具体的内容は、それが問題となる具体的状況によって異なるものである。本件当時は、ポツダム宣言を受諾したとほいうものの、大湊警備府管内は、戦争状態が継続していた。したがって、原判決のように、戦争状態が終了し平時と同様であったと考えるのは誤りであり、本件運送行為については、戦時下の運送行為に準じて判断しなければならない。

この点は、原判決のいう「安全に運送する義務」を考える場合であっても同様である。しかるに、原判決は、これをあたかも全く平時の旅客運送と変わらない義務内容で、「安全に運送する義務」を想定した。

浮島丸の出航から本件爆沈に至る経緯において、控訴人において、原判決のいうような義務を負担すべき事情はないというべきである。

(イ) また、後記第2で認められる本件当時の状況下においては、本件運送行為に関して安全配慮に欠けることはなかったというべきである。

艦長らは乗船者の運送上の安全に関して十分な対応をしたことが認められ、運送に関し注意を怠らなかつたことあるいは責に帰すべき事由のないことは明らかである（なお、原判決は、控訴人が「不可抗力」を主

張しているとしてこれにつき判示する（原判決23ページ）が、控訴人は、艦長の対応を説明するに際して本件爆沈を不可抗力と表現したにすぎず、原判決がどのような私法上の契約の義務履行について、不可抗力の抗弁を主張したものではない。）。

これらの点については、後記第2の事実関係を踏まえ、第4の3において述べる。

4 当審における予備的主張

(1) いわゆる日韓協定による解決について

仮に原判決が認定するとおり、控訴人と被控訴人らとの間に「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」があり、被控訴人らが控訴人に対して、債務不履行に基づく損害賠償請求権を有するとしても、控訴人は、「財産及び請求権に関する問題の解決並びに経済協力に関する日本国と大韓民国との間の協定」（昭和40年12月18日条約第27号、以下「日韓協定」という。）2条1及び3により、被控訴人らの請求に応じる法的義務はない。

すなわち、同協定2条1は、「両締約国は、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こととなることを確認する。」と規定し、同条3は、「2の規定に従うことを条件として、一方の締約国及びその国民の財産、権利及び利益であつてこの協定の署名の日に他方の締約国の管轄の下にあるものに対する措置並びに一方の締約国及びその国民の他方の締約国及びその国民に対するすべての請求権であつて同日以前に生じた事由に基づくものに関しては、いかなる主張もすることができないものとする。」と規定する。これらの規定により、日韓協定で特に定められる場合を除き、日韓協定の処理の対象となった財産、権利及び利益並びに請求権については、裁判所に訴えを提起しても、救済が拒否されることとなる。

そして、本件において、「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」の

債務不履行に基づく損害賠償請求権があるとすれば、同協定にいう「請求権」に該当する。

したがって、被控訴人らが、かかる「請求権」に基づく請求をしても、我が国はそれに応じる法的義務はないのであり、被控訴人らの請求は認容されるべきではない。

この点については、後記第5の1において述べる。

(2) 消滅時効の援用について

仮に、控訴人と被控訴人らとの間に、原判決のいうような「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」があるというのであれば、それは純粋な私法上の契約関係であると考えられ、その債務不履行に基づく損害賠償請求権は、これを行行使し得る時から遅くとも10年を経過することにより時効により消滅する（民法167条1項、166条1項）。

本件の損害賠償請求権は、本件爆沈の時から行使し得るから、昭和30年8月24日の経過により、時効によって消滅したので、控訴人は、本訴において、上記消滅時効を援用する。

この点については、後記第5の2において述べる。

第2 本件訴訟において認められる事実関係の評価に関する誤り

1 はじめに

浮島丸の出航は、ポツダム宣言受諾からわずか1週間後のことである。

そのころ、ソ連軍は、日本国のポツダム宣言受諾後もそれには関係なく、北海道の北部を占領する計画の下、当時日本国領土であった南樺太及び千島列島に侵攻して、日本軍との激戦を繰り広げていた。ソ連の南下進軍については、原判決も公知の事実としている（原判決18ページ）。しかし、その詳細やこれに対する大湊警備府の対応が具体的に認定されているわけではない。

本件の事実関係については必ずしも十分な資料がないが、現在参照し得る公

刊物や若干の資料に照らしても、大湊警備府の管轄する北洋の海域では、ソ連軍による引揚船への攻撃がされているなど、本件運送行為当時は、正に戦争状態そのものというべき状況にあった。浮島丸による元軍属・徴用工の朝鮮人の移動は、このような状況下で計画され、実行に移されたことになる。

したがって、本件は、正に戦争状態における海軍の軍務としての航行であることを前提にしなければ、正しい判断はできない。原判決は、あたかも平時と同様の「安全に運送する義務」を想定しているが、浮島丸による本件運送行為は、今日の海外旅行とは到底比較することができない。

以下においては、本件運送行為当時の我が国の状況を理解するため、大湊警備府及び舞鶴鎮守府の位置づけ（後記2）、ポツダム宣言受諾前後から9月2日の降伏文書調印に至るまでの戦局等（後記3、4）、浮島丸の出航から爆沈に至る経緯（後記5）に関して、参照し得る文献や資料等に記載されている事実を指摘する。

2 大湊警備府と舞鶴鎮守府の位置づけ

本件運送行為は、日本国の海軍の軍事組織がまだ健在な時期において、軍の指令としてされたものである。そこで、まず、当時の海軍の軍事組織における大湊警備府と舞鶴鎮守府の位置づけについて、みることにする。

(1) 明治憲法下における軍事制度について

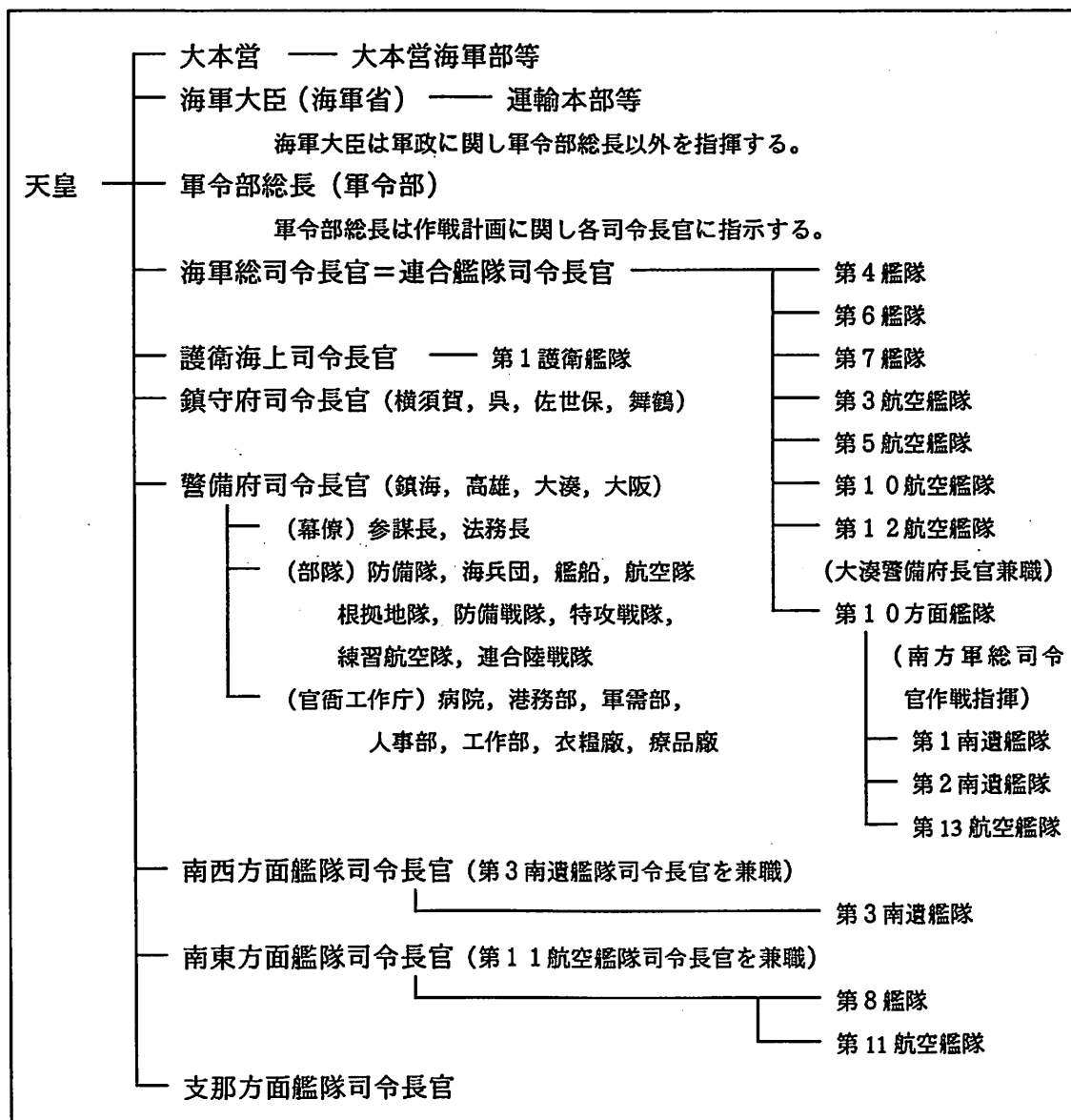
ア 明治憲法下における軍事組織は、軍事最高機関である天皇の下、天皇の直属機関とその隷属機関によって成り立っていた（乙第10号証369、393ページ）。

これを昭和20年8月当時の海軍について見ると、その概要は次ページの図のようになる。

すなわち、天皇の下、その直属機関として、大本営、海軍大臣、軍令部総長、海軍総司令長官、護衛海上司令長官、鎮守府司令長官、警備府司令長官及び各艦隊司令長官があり、その下に隷属機関があった（乙第10号

証460, 518ないし532, 主として520, 522, 526, 527ページ)。

(昭和20年8月における海軍の隷属・指揮・指示系統概要)



イ ところで、軍事に関する事項は、軍政事項と軍令事項に分かれる。軍政とは、明治憲法12条(「天皇ハ陸海軍ノ編制及常備兵額ヲ定ム」)の規

定による軍事に関する国務であって、軍隊の設立（軍隊行動命令権の所在及び範囲の指定を含む）・維持・管理，そして軍令の統制（軍隊行動の基本方針に関する監督であり，その専門技術に関する監督ではない。）を内容とする。これに対し，軍令とは，明治憲法11条（「天皇ハ陸海軍ヲ統帥ス」）に規定する軍の統帥すなわち作戦用兵を中心とする事項及びこれと密接に関係ある事項である（乙第10号証339，340ページ，乙第11号証17ページ）。

軍政権も軍令権（統帥権）も天皇大権の一つであるが，軍政事項と軍令事項では，指揮命令系統が異なり，軍政面では，海軍・陸軍大臣が指揮するが，軍令面では，軍事計画機関である陸軍参謀総長・海軍軍令部総長が指示をする（乙第11号証38，56ページ）。

ウ 明治憲法下では，戦時又は事変に際して，天皇が軍事権限を行使するために臨時に設置する最高統率機関である「大本営」が設置され，大本営は軍事最高機関である天皇の下，軍事計画機関である参謀総長及び軍令部総長と，軍事行政機関である陸軍大臣及び海軍大臣とを，前者を主体として統合していた（乙第11号証96ページ）。

参謀総長及び軍令部総長は，天皇の軍事権限の行使を補佐し，参謀本部及び海軍軍令部の長として国防及び用兵の計画を担当したが，軍隊行動命令権を持たず，天皇の委任により一定の指示権を有していたにすぎない（乙第11号証56ページ）。

この軍隊行動命令は，「統帥命令」ないし「作戦命令」と呼ばれ，「奉勅命令」，「指示命令」，「各級指揮官命令」の三段階があった。

「奉勅命令」は，天皇が発し参謀総長や軍令部総長，大本営が伝達するものであり，これには，陸軍の「参命」「作命」「臨参命」「大陸命」や，海軍の「命」「海総」「大海令」があった。「指示命令」は，天皇の委任により参謀総長や軍令部総長が奉勅命令の細項を指示するものであり，これ

には、陸軍の「命」「臨命」「大陸指」などや、海軍の「大海訓」「大海指」などがあった（乙第11号証29ページ）。

(2) 大湊警備府及び舞鶴鎮守府について

ア 舞鶴鎮守府について

昭和20年8月当時、海軍の軍港として、日本国内には、横須賀、呉、佐世保及び舞鶴の4つがあり、また、朝鮮半島では鎮海が軍港とされていた（乙第10号証520ないし523ページ、乙第12号証240ページ）。

鎮守府は、横須賀、呉、佐世保及び舞鶴の4軍港に設けられ、完備した水陸の軍事施設を持ち、定められた海軍区内の防御と警備を担当し、かつ作戦部隊の重要な後方策源地として出師準備に関する事務を掌っていた（乙第12号証207ページ）。

鎮守府は、軍政実施機関であると同時に内戦作戦（軍令）を担当する作戦部隊である。

鎮守府の長である司令長官は、海軍大（中）将をもって親補され天皇に直属しており、軍政に関しては海軍大臣の指揮を受け、作戦計画に関しては軍令部総長の指示を受け、部下の艦隊・部隊・各庁を統率して所管海軍区の防御及び警備に任じ、所管の出師準備に関する事項を掌理し、所属各部を監督していた。

その組織としては、鎮守府司令長官の下、幕僚（参謀長、機関長、軍医長、主計長、人事長、法務長など）、部隊、官衙工作庁がある。

部隊としては、警備戦隊、防備戦隊、航空隊、海兵団、防備隊及び通信隊等が置かれ、官衙工作庁としては、人事部、経理部、建築部、軍需部、艦船部、港務部、海軍工廠、燃料廠、火薬廠等の機関があり、その他砲術学校、水雷学校などの各種術科学校が置かれた（乙第10号証520ないし522ページ）。

舞鶴鎮守府は、昭和14年12月1日舞鶴要港部を改めたもので、京都

府舞鶴に位置し、日本海方面の警備、作戦、海上交通保護を担当していた日本海唯一の軍港である（乙第10号証531ページ）。昭和20年8月15日時における人員は、士官1923名、特務士官・准士官1238名、下士官兵5万1453名の合計5万4614名であった（乙第13号証）。

イ 大湊警備府について

警備府は、終戦当時、軍港であった鎮海（朝鮮）のほか、大湊、大阪及び高雄（台湾）の3つの要港に設けられていた。

警備府の前身は、明治29年1月に設置された要港部であり、昭和16年11月に警備府と改称されたもので、所管警備区の防御と警備を行い、兼ねて軍需品の配給を行い、必要に応じて船舶・部隊を配属され軍政実施と内戦作戦を行っており、いわば鎮守府の組織、任務を小型化した軍令・軍政機関である（乙第12号証207、208ページ）。

警備府の長である司令長官は、海軍中（少）将をもって補職され天皇に直属しており、軍政に関しては海軍大臣の指揮を受け、作戦計画に関しては軍令部総長の指示を受け、所属各部を統督して出師準備に関する事項を掌理した（乙第10号証522ページ）。

大湊警備府は、昭和16年11月に大湊要港部から改称された組織であり、津軽海峡、北海道方面、千島列島方面海域の警備、海上交通保護を担当していた（乙第10号証532ページ）。昭和20年8月15日時における人員は、士官1279名、特務士官・准士官1016名、下士官兵4万9231名の合計5万1526名であった（乙第13号証）。

3 ポツダム宣言受諾から降伏文書調印までの状況等

- (1) 昭和20年7月26日（以下、特に断らない限り、年時は、昭和20年のことである。）、米国トルーマン大統領、中華民国政府蒋介石主席及び英国チャーチル総理大臣は、いわゆるポツダム宣言により、日本国政府に対して、直ちに全日本国軍隊の無条件降伏を宣言するなどの要求をした（その後、ソ

ビエト連邦が同宣言に加盟した。)

これに対し、日本国政府は、8月14日、日本国の利益代表国であるスイスを通じて、上記4か国に対して、その要求を受諾する意思を通告した(乙第14号証13ページ)。

そして、翌15日、終戦の詔書が發布され、その内容は昭和天皇自らがラジオで放送した。また、天皇は、参謀総長を通じて、同日、陸軍の各方面司令官に対して、「各軍ハ別ニ命令スル迄各々現任務ヲ續行スヘシ但シ積極進攻作戦ヲ中止スヘシ」とし、「軍紀ヲ振肅シ團結ヲ鞏固ニシテ一途ノ行動ニ出テ且内地、朝鮮、樺太及台湾ニ在リテハ治安ノ動揺防止ニ努ムヘシ」との命令を発し(大陸命第1381号・乙第15号証)、敗戦後の治安維持のための作戦行動を命じた。

- (2) 8月16日、米国政府及び連合国最高司令官から日本軍の戦闘行動停止を命ずる通告がされ、天皇は、全陸海軍部隊に対し、やむを得ざる自衛のための戦闘行動以外の戦闘行動を停止することを命ずる停戦命令を発令した(大陸命第1382号・乙第16号証、大海令第48号・乙第17号証、乙第18号証952ページ・)。
- (3) また、天皇は、8月17日には軍令部総長を通じ、翌18日には参謀総長を通じ、それぞれ全陸海軍の司令官に対し、別に示す「時機」以降の各部隊の「作戦任務ヲ解ク」、「同時機以降一切ノ武力行使ヲ停止スヘシ」との命令を発した(大陸命第1385号・乙第19号証、大海令第49号・乙第20号証)。さらに、海軍については、同月19日に、軍令部総長を通じて奉勅命令を発し、上記大海令第49号で命令された戦闘行為を停止すべき「時機」を、海軍総司令長官指揮下部隊においては同月22日午前零時とした(大海令第50号・乙第21号証)。
- (4) 8月19日、米国政府の要求により、降伏条件実施に必要な諸要求を受理する権限を有する日本政府使節団が派遣され、進駐の準備及び降伏調印の打

合せ等がされた（乙第18号証959ページ）。

- (5) 8月21日、天皇は、参謀総長を通じ、第1及び第2総軍司令官並びに航空総軍司令官らに対し、連合軍が最初の進駐地域として指定した東京湾地区及び鹿屋地区から、陸軍戦闘兵力の迅速なる移動を命じた（なお、所要の部隊及び一部兵力が残置せしめ得るとされた。）（大陸命第1387号・乙第22号証）。

また、同日、天皇は、軍令部総長を通じ、連合艦隊司令長官及び横須賀鎮守府司令長官らに対し、「武装ヲ解キ」、連合軍の進駐地域外に移駐し、「移動後ノ治安維持」並びに兵器、軍需品及び軍事施設等の監視保管のために、最小限の兵力に「憲兵的任務ヲ与ヘ」残置せしめ得ると命じた（大海令第52号第5項・甲A第3号証）。

- (6) 8月27日、連合軍の進駐が開始され、米海軍第3艦隊が相模湾に進入、翌28日には米陸軍部隊が厚木飛行場に飛行機にて到着し、同月30日にはマッカーサー連合軍最高司令官が同飛行場に到着した（乙第18号証961ページ）。

- (7) 9月2日、東京湾内の戦艦ミズーリ艦上にて、天皇及び日本国政府を代表して重光葵が、大本営を代表して参謀総長梅津美治郎が、それぞれ米・英・中・ソ連を含む9カ国の代表及び連合軍最高司令官との間で、降伏文書に調印した。これにより、日本軍と連合軍との戦闘行為は正式に終息した。

政府及び大本営は、降伏文書調印に伴い、日本陸海軍の降伏、情報提供、兵器及び軍事施設等の処理に関し、一般命令第1号を発令し（乙第23号証）、これを受けて、陸海軍は、それぞれ対応を指示した（大陸参命特第1号・乙第24号証、大海指特第1号・乙第25号証）。

ちなみに、米国は、9月2日を「対日戦勝利の日（VJデー）」としており、また天皇は、9月3日、宮中三殿において、「戦争終熄親告の儀」を執り行った（乙第14号証15、16ページ）。

4 昭和20年8月当時の大湊警備府管内の戦局

(1) 米・英機動部隊による空襲等

ア 昭和20年8月9日と10日の両日、米・英機動部隊（米海軍：空母・軽空母15隻、英海軍：空母4隻）は、北部本州方面（北緯37度以北）の空襲を行い、空母部隊としては、史上最大規模の航空機（約3500機）により関東以北から津軽海峡までの間連続して空襲を敢行し、各地に甚大な被害を与えた。

この両日、大湊湾には、空襲回数7回、延べ171機の航空機が来襲した（乙第26号証798, 799ページ）。

イ 当時、大湊湾には、津軽海峡西口の対潜機雷敷設作戦を準備中の「常磐」などの敷設艦が在泊していたが、艦載機85機の銃爆撃により、大破した。

その他、地上では、飛行場、ドック、対空砲台等が同時に攻撃され、艦船多数の沈没の他、各航空基地では航空機の分散、秘匿に失敗したため、約680機の航空機が地上で大破し、また重要施設である各地の生産工場、輸送機関等が壊滅的な被害を受けた（乙第26号証799, 800ページ）。

(2) ソ連軍による南樺太・千島列島への侵攻

ア 北緯50度以南の南樺太は、日本国の領土であったが、その広さは、南北約456キロメートル、東西27.5ないし157キロメートル、面積は約3.6万平方キロメートルで四国の約2倍に当たる。

行政は樺太庁が統轄する豊原（南東部）、真岡（南西部）、敷香（北東部）、恵須取（北西部）の4支庁で、終戦時の在住人口は季節労務者等を加えて約40万人であった。都市は人口5万の豊原が唯一の市で、恵須取が3万、人口2万を超える町は大泊、真岡、落合、敷香のみで、その他は2万未満であった（乙第27号証66ページ）。

イ 日本政府は、日ソ中立条約（昭和21年4月まで有効）に基づき、日本国との交戦国ではなかったソ連に連合国との和平仲介を依頼していたが、

ソ連は、モスクワ時間8月8日午後11時、日ソ中立条約を破棄し、佐藤駐ソ大使に対して宣戦布告文を手渡した（乙第27号証36ページ）。

ウ ソ連軍は、8月9日朝から、樺太の北緯50度の国境線を超えて、武意加警察等に対する散発的な砲撃を行い、小部隊が越境して偵察活動を開始したが、本格的な侵攻は行わず、翌10日から南樺太への本格的な侵攻を開始した（乙第27号証81ページ以下、その後のソ連軍の侵攻状況は、乙第14号証19ページ（別紙図面）参照）。

ソ連軍の主力部隊は、戦車95両、航空機100機を持つ第56狙撃軍団で、10日、国境近くの小集落半田を攻撃したが、日本陸軍2個小隊と国境警察隊が防戦し、その後、ソ連軍は日本軍の主防御地帯へ攻撃をしたが、日本軍の歩兵第125連隊約3000人が防戦したため、ソ連軍は足踏み状態となった（乙第27号証66ないし162ページ）。

エ 日本国政府が、8月14日、ポツダム宣言を受諾する旨の通告をしたため、米国は、受諾を確認した15日に、即時に全軍に戦闘停止命令を発したが、極東ソ連軍総司令官ワシレフスキー元帥は、第二極東方面軍司令官に対して、樺太南西岸の真岡及び千島列島北部の占領を命令した。

ソ連軍は、18日午前2時半過ぎ、千島列島の占守島に対する攻撃を開始した。同島には、陸軍第91師団（師団長堤不夾貴中将）所属の6個大隊（8480人）が配属されていたが、ソ連軍の攻撃に対し、北東部に配属されていた歩兵第282大隊（大隊長村上則重少佐）は直ちに応戦した。陸軍が交戦状態に入ったという情報を受けた大湊警部府部隊所属の占守海軍通信隊の司令伊藤春樹中佐は、北東空の艦攻隊（指揮官喜多和平大尉）に出動命令を下し、午前7時過ぎ、艦攻2機が輸送艦2隻を大破するなどし、その後の戦闘により、ソ連軍駆逐艦2隻などを撃破した。現地の戦闘状況は、札幌と大湊に打電され、第5方面軍司令官（樋口季一郎中将）は、速やかに停戦交渉をするように指示した（乙第26号証840、841ペ

ージ)。

オ しかし、その後も、上陸しようとするソ連軍に対して、第51警備隊が攻撃し、結局、21日に双方の代表によって、休戦交渉が成立し、23日に、ソ連軍による占守島の占領が完了した(乙第26号証840, 841ページ)。その後、ソ連軍は、千島列島を南下して、9月2日のミズリー号での降伏文書調印以後も南下を続け、歯舞諸島の占領が終了したのは、9月5日であった(乙第14号証19ページ)。

カ 他方、ソ連軍は、8月20日、大泊に次ぐ南樺太第2の港である真岡への攻撃を開始した。日本軍は、停戦を求めるために、軍使を派遣したが、白旗を掲げているにも関わらず、射撃を受け、8人が死亡し3人が行方不明となった。その他、豊原、大泊などでも停戦のためにソ連軍に赴いた日本軍の非武装の軍使が射殺される事件が続発した。

ソ連軍の侵攻により、民間人の被害者も続出し、迫りくるソ連軍を前にして妻子を殺害し、自ら自決する例が多数あり、また太平洋炭鉱病院の看護婦の集団自決が起こった。さらに、真岡では、20日、執務中の電話交換手の女性9名(17ないし24歳)が、電話局で、ソ連軍の侵攻後も職場を離れず、ソ連軍が近づくと、ヘッドホーンをつけたまま、最後の連絡とともに自決した(乙第28号証96ないし133ページ, 198ないし248ページ)。

また、満州、樺太、北朝鮮などでは、日本人に対するソ連軍の略奪、強姦、暴行、射殺などが広範に行われた(乙第28号証121ないし133ページ)。

(3) ポツダム宣言受諾後の樺太引揚船に対するソ連軍の攻撃について

ア ソ連海軍は、当初から、日本国のポツダム宣言の受諾に関わりなく、以下の対日作戦計画を進めていた。

すなわち、①第1極東戦線の軍隊の任務は、北海道の北部を占領するこ

と、②その中で海軍の任務は、8月24日の夜明けに、北海道北西部にある留萌港に上陸部隊を上陸させることを計画し、そのため、ソ連海軍の第1潜水艦隊の任務として、8月23日午後9時までに留萌港の接近と留萌港の偵察をし、同時刻以降の日本軍艦の撃沈及び航行中の日本の艦船をすべて撃沈するように命令した（乙第26号証844、845ページ）。

イ 樺太在住の日本国民は、樺太の南端にある大泊港を目指して避難を開始し、8月13日から北海道への緊急疎開を開始し、同方面所在の第104戦隊と第11海防隊等の海軍戦艦、官民船、機帆船等の動ける船を総動員して、避難民の緊急輸送を行っていた（この間の帰国者は約8万7000人と推定されている。）。

(ア) 8月20日、約1500人の引揚者を乗せて、大泊港を出港した運輸通信省所属の「小笠原丸」は、稚内で引揚者の一部を下船させ、21日、小樽経由で秋田県船川港に向かうため、約600人の引揚者を乗せて、稚内港を出港し、22日午前4時20分、北海道増毛沖を航行中に、ソ連軍の潜水艦の雷撃を受けて沈没し、乗員及び引揚者約700名のうち、約650名が行方不明となった。

(イ) また、「第2号新興丸」は、大泊で約3500人の疎開者を乗せ、21日午前9時ころに稚内に向けて出港したが、途中で小樽に行先を変更して航行し、22日午前5時ころ、留萌沖を航行中に、ソ連軍の潜水艦の雷撃を受け、留萌港に入港するも、約400人が行方不明となり、また約100人が重軽傷を負った。

(ウ) さらに、民間船「泰東丸」は、軍の命令により、大泊に直行し、引揚げ業務に従事していたが、21日午前1時、最後の引揚者約780人を乗せて、小樽に向けて大泊を出港したが、22日午前10時ころ、増毛沖でソ連軍の潜水艦の雷撃を受けて沈没し、約670名が行方不明となった。

このように、ポツダム宣言受諾通告後に、同じ海域で3隻の引揚船が相次いで攻撃を受け、約1700人の死亡者、行方不明者が出たことから、大本営は、24日、連合国最高司令官に抗議電報を打ったが、連合国司令部から回答はなく、またソ連政府は沈黙したままであった（乙第26号証842ないし845ページ）。

ウ 以上は、北方戦局の一部にすぎないが、8月15日以降も、大湊警備府が管轄している地域は、正に戦争状態そのものであり、かかる状況の下で、浮島丸は、元朝鮮人軍属・徴用工を乗船させて、大湊港を出航したのである。

5 浮島丸爆沈に至る経緯等

(1) 浮島丸の概要

浮島丸は、4730総トンであり（原判決は、4321総トンと認定しているが、乙第29号証，甲A第60，第61号証からすると、4730総トンが正しいものと思われる。）、全長・114.8メートル，深さ・9.7メートル，喫水・7.0メートルのディーゼルエンジンで航行し，最高速力・17.4ノット，航海速力・16ノットの貨客船で，昭和12年3月に竣工した。

同船は，民間航路に用いられていたが（船客定員は合計845名，乗組員数は89名），海軍に徴用され，特設砲艦として改装され，終戦直前には青函連絡船の代替船として青函航路に就航していた。青函航路に就航していたころには，旅客最大搭載人員数は1300名，乗組員数は150名であり，青森函館間を5時間で運行するとされ，載貨1300トン，乗客2000名で喫水平均6.2メートルであった（甲A第71号証，原判決14ページ）。

(2) 浮島丸爆沈までの経緯

ア 日本国政府がポツダム宣言受諾後，日本本土に動員された朝鮮人軍属及び徴用工を帰還させるため，海軍当局は，8月15日，各鎮守府，警備府

に対し「戦争状態終結ニ伴ウ緊急措置」として「作業庁ノ徴用者ハナルベク速ヤカニ解傭転業セシメル如ク措置スル」ことを指示し、さらに海軍省は同月20日、部内一般、内地朝鮮関東州満州国所在各所属長官関係各所轄長に対し、官銜及び作業庁雇員傭人工礦員の整理について「速ヤカニ徴用ヲ解除ス。半島人、本島人、中華人、工礦員ニツイテハ（略）各所属長官所定ニヨリ帰郷セシム。」ことを指示した（海軍省・機密第202134番電・乙第30号証）。

イ 大湊警備府では、8月18日、海軍運輸本部（昭和18年6月25日に新設された海軍大臣直隸の機関）に対し電報を発信し、浮島丸による朝鮮人搬送行為の許可を求め、同月19日ころ、海軍運輸本部が「浮島丸使用差支ナシ」との電報を返信し、上記につき了承した（甲A第61号証88ページ，原判決15ページ）。

ウ 大湊警備府は、19日ころ、浮島丸艦長らに対し、本件搬送行為を命じたが、浮島丸の乗組員の間には、航海の危険、燃料の不十分、ソ連軍の侵攻に対する不安から、下士官らを中心に出航に反対する機運が高まり、浮島丸の鳥海艦長も、大湊警備府に対し、出航が無理である旨申し出た。

しかし、大湊警備府の参謀らは、21日、浮島丸乗組員らに対し、「負けたといえどもまだ司令部という体系があるんだから、命令には従ってもらおう。」などと説得した（平成10年10月29日付け検証調書別紙「検甲A第1号証反訳文」（以下「反訳文」という。）15ページ）。また、質疑応答の末、ついには、軍刀を抜いて「天皇陛下の命令だ。」などと威嚇したため（甲A第61号証96ページ），乗組員らもその命令に従うこととした（甲A第61号証58ないし60ページ，同号証90ないし101ページ，反訳文3ないし6ページ，原判決15ページ）。

エ ポツダム宣言受諾直後の大湊は、警備府の一部の軍人が徹底抗戦を主張する檄文を飛行機からまいたり、本土決戦用の大量の軍事物資の放出を求

めて市民が殺到する騒動が起こり、大湊警備府内も将校は全員捕虜となる
との噂や士官以上は全員死刑となるなどの噂が乱れ飛ぶなど相当の混乱状
態にあった（甲A第61号証75ないし77ページ）。

これに加えて、青森県は昭和に入って最大の凶作であり、その中で、特
攻隊の自決、10日後に予告された連合軍の上陸などによりパニック状態
となっていた（反訳文8ページ）。一方、朝鮮人らは、日本の敗戦と自ら
の解放を喜び、町では「マンセー」（万歳）という喚声も聞こえた（甲A
第61号証102，144ページ，原判決15ページ）。

一方、前記のとおり、8月20日前後には、ソ連軍が、南樺太や千島列
島に侵攻して、日本軍との間で激戦を繰り広げていた。

オ 大湊警備府では、連合軍の進駐を予想して、軍需物資を急ぎよ民間に
放出したり、隠匿したり、進駐が予想される区域の住民を他所に避難させ
るなどの対策を採り、終戦前後、内務省警保局保安課長は各県知事、警察
部長に対し、ソ連の対日参戦、敗戦等を契機に、朝鮮人の間で不穏策動が
起こることを警戒し、朝鮮人に対する指導取締りを強化することを指示す
る通達を何度となく発した（甲A第56号証，同A第62号証，原判決1
8ページ）。

カ 8月19日ころから、大湊周辺の朝鮮人民間徴用工には、雇用先から、
浮島丸に乗船するよう指示された。徴用工の中には、浮島丸で朝鮮に帰ら
なければ、今後は配給は受けられないとか、その後は帰国船は出ないなど
と言われた者もあり、また、一般在住朝鮮人にも同様の話が伝えられ、朝
鮮人徴用軍属に対しても浮島丸に乗船するよう指示された（甲A第61号
証144，145ページ，原判決16ページ）。

キ そして、20日ころから乗船が開始されたが、上記のように乗組員が反
対したことなどから出航が遅れ、乗船はいったん中断した。

集合場所には帰れることを喜ぶ大勢の朝鮮人が大声で歌を歌い、「マン

セー」「マンセー」と何度も叫んでいた。結局、22日に出航が決定し、野宿しながら待機していた朝鮮人らに、急いで乗船するようにとの命令が下った。軍用の舢舨などで30ないし50人位ずつ浮島丸に乗り込んだ。「乗らなければ永久に帰れない」というデマも流れ、浮島丸まで泳いだ人もいた(甲A第46号証の2, 同A第61号証112ないし114ページ, 121ページ)。

浮島丸に乗船したのは、乗組員255名、朝鮮人3735名(徴用工2838名, 民間人897名)であり、他に正規の手続を終了せずに、殆ど乱入乗り込みともいうべき者が少数あった(甲A第34号証の1, 同A第60号証2丁目, 原判決4ページ)。

ク 21日, 天皇は, 軍令部総長を通じ, 連合艦隊, 各鎮守府等の司令長官に対し, 同月24日18時以降, 特に定めるもののほか, 航行中以外の艦船の航行を禁止するなどの命令をした(大海令52号・甲A第3号証)。

さらに, 軍令部総長は, 22日, 「8月24日以降, 現ニ航行中ノモノノ外, 艦船ノ航行ヲ禁止ス」との指示をした(大海指533号・乙第31号証)(原判決16ページ)。

ケ 海軍運輸本部長は, 浮島丸のほか, 聖川丸, 長運丸の各艦長に対し, 同月22日19時20分, 上記大海指533号と同内容を指示する至急電報を発した(甲A第1号証)。すなわち, 24日18時以降は, 現に航行中のものを除き船舶の航行を禁止した。

コ 浮島丸は, 22日午後10時ころ, 大湊港を出航した(甲A第59号証, 原判決16ページ)。

サ 海軍運輸本部長は, 浮島丸及び長運丸の艦長に対し, 更に23日午前0時40分に発電した緊急電報により, ①8月24日18時以降, 100総トン以上の船舶は航行を禁止されたので, その時刻までに目的地に到達するように努力すること, ②到達の見込みのなきものは, 最寄りの軍港又は

湾港に入港することを命じた（以下「機密第221935番電」という。

甲A第2号証，乙第32，33号証）。

シ 23日夜，子供にお菓子を配っていた乗組員が，「釜山に行くのは難しいので，舞鶴に行く」と乗船者に話した（甲A第46号証の1）。

ス 浮島丸は，本州の沿岸に沿って，南西に進み，同月24日午後5時ころに，舞鶴湾内に入った。

当時，舞鶴港には毎日のように浮島丸と同じ航路を通って船舶が入港していた。特に24日は，同日午後6時までに入港するように入港命令がでていたので，入港する船舶は多かった（甲A第61号証145ページ）。

セ 浮島丸は，同日午後5時10分過ぎころ，下佐波賀沖に差し掛かったところ，突然船底付近で爆発が起こり，沈没した（なお，甲A第59号証，原判決17ページは，爆発を5時20分ころとしているが，乙第34号証では，艦長が5時10分として打電している。）。

ソ 浮島丸艦長は，24日午後9時31分に，運輸本部長，大湊警備府司令長官及び横須賀鎮守府司令長官宛に，「本艦二十四日舞鶴入港ノ際一七一〇戸島及び蛇島間水路ニ於テ第4番船倉付近ニ触雷船體中央部ヨリ切断沈没セリ死傷者目下調査中尚便乗者ハ鉄道ニテ門司ニ輸送方御手配願度」との電報を発した（乙第34号証，なお，この電報は，舞鶴通信隊から発電され，右端に記載されている時刻は不鮮明であるが，「〇一二五」と判読できるから，運輸本部が受信した時刻は，25日午前1時25分と考えられる。）。

タ これに対し，運輸本部長は，機密第251754号番電により，舞鶴鎮守府気付で，浮島丸艦長に対し，「関釜連絡船ハ航行禁止中ニ付貴地ニ於テ便宜処置セラレ度」と指示している（乙第35号証）。

6 まとめ

以上のとおり，現在参照し得る公刊物や若干の資料に照らすと，浮島丸が出

航した時期は、ポツダム宣言受諾から1週間後であるが、当時、ソ連軍は、我が国のポツダム宣言受諾とは関係なく、北海道の北部を占領する計画の下、南樺太及び千島列島に侵攻して、日本軍との激戦を繰り広げていた。そして、大湊警備府が警備を管轄する海域では、我が国の引揚船に対しても、ソ連軍の攻撃がされるなど、状況は戦争状態そのものというべきものであった。

したがって、ポツダム宣言受諾後というだけで、あたかも平時のような前提で本件運送行為を評価するのは誤りである。

そして、浮島丸による元軍属・徴用工の朝鮮人の運送は、このような状況の下で、大湊警備府司令長官が浮島丸船長に対してした海軍の命令に基づくものであるから、行政上の措置として計画され、実行されたことが明らかである。

第3 本件運送行為に「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」が成立すると判断した誤り

1 原判決の判示

原判決は、被控訴人らにつき、出航直前の22日の時点では、既に徴用を解除され、朝鮮に帰還するために乗船したものであって、乗船までに徴用に基づく関係は終了していたのであるから、控訴人と被控訴人らとの間では、22日の出航までの間に、私法上の旅客運送契約に類似した法律関係が成立し、また、仮に番号69の被控訴人が民間徴用工であったとしても、控訴人との間で同様の法律関係が成立したものと判示した（原判決21, 22ページ）。

しかしながら、以下に述べるように、原判決が「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」の成立を認めたことには、法律上も事実上も根拠がない。

2 「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」が成立する法律上の根拠がないこと

(1) まず、原判決は、本件運送行為を「私法上」の関係としているが、その根拠は不明である。

また、原判決は、控訴人と被控訴人らとの間で、徴用に基づく関係が終了していたことを指摘し（原判決21ページ）、これを理由に民間徴用工でも同様の法律関係が成立するとしている（原判決22ページ）が、徴用後の身分や徴用解除の有無と、本件運送行為の法的性質とがどのように関係するのかも明らかでない。

原判決には、本件において、「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」が成立したと解する根拠について、上記の点以外に何らの根拠も示されていない。そうすると、原判決は、被控訴人ら乗船者には一般人としての身分しかないことを根拠として、本件運送行為が私法上の行為になると考えた可能性がある。しかし、被控訴人らは、原判決の事実整理によっても、浮島丸は、旧海軍の軍務（公務）として、本件の運送を実施したと主張しているのであって、そのこと自体当事者間に争いが無いところである上、本件の運送行為が軍の命令としてされたことからすれば、その性質が公法上の行為であることは容易に理解されるところであって、原判決のいう乗船者の身分は、本件運送行為の性質を左右するものではなく、他に私法上の契約等を導くべき根拠となるものはない。

結局のところ、原判決は、本件運送行為を私法上の契約関係と考えることについて、何らの説明もしていないというほかない。

(2) 次に、実定法上も、旧海軍の任務で航行する船舶について、私法上の契約規定の適用される余地はない。

ア 原判決は、「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」の内容については、特段の説明をしないが、「旅客運送契約」という契約名を掲げていることから、商法上の旅客運送契約（昭和22年法律第61号による改正前の商法第4編第3章第2節）を念頭に置くものと推測される。そして、これによって、商法786条、590条の規定に照らして、立証責任に関する判示に至ったものと考えることができる。

原判決が「商法上の」としなかったのは、乗船者が対価を支払っていないことについて、原判決が説明しているように、本件が商行為としてされたものでないことが明らかであるためと思われる。

しかし、以下に述べるように、そもそも、本件運送行為には、原判決の判示するような私法上の法律関係は成立しない。

イ 本件当時、船舶を利用して行う海上運送については、商法第4編「海商」において規定され、その対象となる「船舶」とは、「本法ニ於テ船舶トハ商行為ヲ為ス目的ヲ以テ航海ノ用ニ供スルモノヲ謂フ」（684条1項）とされていた。したがって、海商法の規定の適用を受けるのは、いわゆる「商船」であった。もっとも、船舶法（明治32年法律第46号、昭和22年法律第24号による改正前のもの）35条本文は、「商法第四編ノ規定ハ商行為ヲ為ス目的ヲ以テセサルモ航海ノ用ニ供スル船舶ニ之ヲ準用ス」と規定していたので、結局、商船、非商船を問わず、海上運送契約は商法の規定によって律せられることになっていた。しかし、船舶法35条ただし書は、更に「但官廳又ハ公署ノ所有ニ屬スル船舶ニ付テハ此限ニ在ラス」と規定していた。

すなわち、船舶法35条本文の規定によって、海商法の適用範囲は著しく拡大されていた（商行為主義の破綻ともいわれる。）が、官公庁の所有船舶は、その適用を除外されていた。これは、官公庁の所有船舶は公用に供されることが通常であることから、公用の目的を達成させるために置かれた規定であり、民有船を官公署が賃借して公用に供する場合なども商法の規定の適用若しくは準用がないと解されている（田中誠二・海商法（再訂版）（昭和28年）96ページ、小町谷操三＝窪田宏・現代法学全集海商法上巻（昭和34年）23、25ページ）。

ウ このような規定から明らかなように、船舶による運送に関する我が国の法律においては、商行為か否かを問わず、広く海商法の規定によってこれ

を規律することを原則としているが、これはあくまでも私法の領域においてであって、当該運送が公用の目的を達するためにされる場合には、私法規定の適用（私法上の契約の締結）が予定されていないことは明らかである。このように、公用船舶による公用の運送行為は、公法上の行為として、私法関係から明らかにしゅん別されている。

そして、公用船舶において航海中に事故が生じた場合などには、国賠法ないし不法行為の規定の適用の有無が問題とされる余地があるにすぎないと解されている（田中・前掲書96, 97ページ）。本件についていえば、本件運送行為は国賠法施行前の行為に係るものであるから、いわゆる国家無答責の法理により、国が責任を負うことはない（同法附則6項）。また、仮に、本件運送行為が権力的行為に当たらないとして、民法715条、709条の適用を考えるとしても、本件は、既に民法724条後段に規定する20年の除斥期間を経過した後の提訴であることは明らかである。

エ 前記のとおり、被控訴人らは、浮島丸による朝鮮への帰還は、軍務として行われたものである旨主張しているものであり、本件運送行為が公用船舶により公用として行われたこと自体は、当事者間に争いの余地がないものである。

したがって、本件運送行為に私法上の法律関係が成立することは、実定法上予定されていないものというほかなく、原判決の判断は誤りである。

3 「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」の成立が認められる事実関係が存在しないこと

(1) 本件運送行為に関する事実関係について

前記第2において述べた、文献や資料から指摘できる当時の状況に照らすと、浮島丸が出航し沈没した昭和20年8月22日から24日までの間は、ポツダム宣言は受諾したものの、なお、戦争状態は継続している上、軍の組織はなお従前どおり保たれており、かつ、ソ連軍が南樺太、千島に侵攻し、

北海道の沖合では大泊からの引揚者輸送船を雷撃し沈没させるなど、大湊警備府の管轄区域は極めて緊迫した状態に置かれていたといえることができる。

このような中で、大湊警備府司令長官は、海軍の命令として、浮島丸艦長に対し、徴用解除となった多数の朝鮮人に対する措置として、釜山までの運送を命じたものである。原判決は、出航に際して、その後配給が受けられなくなるとか、その後は帰国船が出ないなどという心理的な強制を受けて乗船した朝鮮人乗船者があること（原判決16ページ）、また、日本人乗組員も、朝鮮半島到着後には、ソ連の捕虜になるかもしれないと恐れ、出航をためらったことなどを認定している（原判決18ページ）。そして、原判決は、日本海軍の北部主要基地である大湊警備府が朝鮮人らを帰還させようとした目的につき、原判決が「朝鮮人らが連合軍の進駐やソ連軍の進軍と呼応して暴動等を起こすことを恐れ、急いでこれを帰還させようとした」（原判決17ページ）と推認している。本件運送行為の目的自体を直接証明し得る資料はないが、前記の事実関係からすれば、原判決がというような面があったと推認することは必ずしも不合理・不自然ということもできない。原判決のような認定を前提とすれば、浮島丸の出航は、軍事的、政治的色彩の濃いもので、治安維持的な目的を伴って行われた措置ということになる。しかし、一方、強制的な側面はあったとしても、多くの朝鮮人徴用解除者にとって、浮島丸の出航はその意に反するものではなかったことも、また推認し得るものと思われる。いずれにしても、本件運送行為が、海軍の命令により、徴用解除者に対して行政上の措置としてされたものであることは明らかである。したがって、本件運送行為に関して、私法上の関係を想定することはできない。

そもそも、被控訴人らと控訴人との私法上の契約関係が成立するためには、その効果を控訴人に帰属させるための契約締結権限を有する公務員の存在が必要である（この点は黙示の合意を考えてみても同様である。）。しかし、本件において、そのような立場の者は存在しないし、私法上の運送契約を無

償のものとして締結し得る権限が与えられた者も想定もできない。また、浮島丸と同一の航路がその後も継続される予定もなく、商業航路の開設に類似する点もない。

原判決は、本件運送行為が「私法上旅客運送契約に類似した法律関係」であるというが、結局、類似しているというのは、船舶で人を運ぶという点のみであって、そのことが私法上の法律関係であることの根拠にはならないことは明らかである。

(2) 裁判例について

ア 東京地方裁判所昭和25年5月11日判決（下級民集1巻5号716ページ）は、昭和20年9月23日、釜山港において、日本国有鉄道職員に対し、手荷物を常磐線水戸駅まで運送するように委託したところ、目的地に到着しなかったため、日本国有鉄道に対し、損害賠償を請求した事案において、「国の運輸機関が行う引揚者及びその荷物の輸送は国の行政上の措置であって、国と引揚者個人との間の私法上の契約に基づく（ママ）ものではないと解すべきである。このことは釜山における鉄道職員の荷物送還についても同様であり、たゞ国が一般引揚者の荷物よりも優先的に送還するというだけのことである。前記手荷物合符を荷物送還を求めた職員に交付したのも人と荷物とが別々に送還される関係で、便宜上既製の合符を使用したにすぎないのであつて、私法上の契約の成立を認めた趣旨と解することはできない。右のように解すれば、国が今井から、原告の荷物を送還荷物として引渡を受けたという事実によつても、原告と国との間に、右荷物について私法上の契約ができたということとはできないのである。なお、原告は、国との間に運送契約がないとしても、送還荷物として国が引とつた以上は、條理上商法の規定を準用すべきであると主張するが、前記のように、原告と国との間には商法上の運送契約が存しないのみならず、廣く私法上の契約関係も認められないのであつて、国の営利をともなはな

い行政上の処置とみるべき引揚荷物の送還に、商法の規定を準用する根拠は、とうてい見出だすことはできない。」と判示している。

イ このように、単なる手荷物運送の事案においても、明確な根拠がない限り、国との間における契約の成立は認められていない。したがって、より権力的な行為である本件運送行為について、私法上の契約関係が成立すると見る余地はなく、旧海軍による行政上の処置としてされたものであることは明らかである。

(3) まとめ

以上のとおり、本件運送契約が私法上の契約として成立する余地はない。したがって、原判決は既にその前提を誤っており、この法律関係を前提とした判断はいずれも維持することができない。

第4 安全配慮義務違反の主張に対する判断の誤り

1 原判決の判示

原判決は、控訴人と被控訴人らとの間に「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」があるとした上、その法律関係に基づき、浮島丸に乗船した被控訴人らに対して、釜山港又はその近辺の朝鮮の港まで安全に運送する義務、朝鮮の港まで到達することが不可能な場合には、安全に最寄りの港まで運送し、又は出発港に還送すべき義務を負っていたと判示した（原判決22ページ）。そして、鳥海艦長においては、大湊からの出航を見合わせるか、機雷が敷設されておらず、浮島丸の乗務員も勝手を知った大湊に戻るべきであったとし、また、鳥海艦長は、24日午後6時までに釜山ないしその近辺の朝鮮の港に到達できる見込みもないのに、本州日本海沿岸を南下し続け、大湊警備府司令長官等も浮島丸が航海するにまかせた結果、舞鶴港に入港することとなり、本件爆沈に至ったものであるから、本件爆沈が不可抗力によるものとはいうことができないと判示した（原判決24ページ）。

しかし、前記第3で述べたとおり、原判決のいう「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」は成立し得ないから、いずれにしてもこの判示部分は全部誤りというべきであるが、以下に述べるとおり、一般の安全配慮義務の問題と考えても、本件において認められる事実関係の下においては、安全配慮義務違反を問われる余地はない。

2 安全配慮義務違反の主張について判断すべきであったこと

(1) 原判決の誤り

本件運送行為に「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」が成立するとした原判決の判断は、被控訴人らの安全配慮義務違反の主張を前提にされている。

しかし、被控訴人らの主張は、本件運送行為が旧海軍の軍務であることを前提にし、その運送行為に付随する安全配慮義務をいうものである。被控訴人らは、本件運送行為が安全配慮義務の前提となる特別の社会的接触に当たることを主張するために、「旅客運送契約類似の法律関係」と述べたものであって、本件運送行為自体が「私法上の」法律関係（契約関係）であるなどと主張してはいない（原判決別紙(3)の67ページ以下）。

原判決は、被控訴人らの主張を、「結局は、本件法律関係に基づく本来の義務である前記義務を主張するものと解される。」（原判決22ページ）として上記の判断をしたが、この判断は、原判決が、本件爆沈に関する注意義務違反の立証責任を控訴人に転嫁するため、私法上の契約関係として説明する必要があったことを示すものともいえる。なぜなら、安全配慮義務は特別の社会的接触に付随する信義則上の義務であって、その義務違反については、控訴人の主張（原判決別紙(4)の13ないし15ページ）のとおり、まず被控訴人らにおいて、控訴人が採るべき具体的な措置の内容を特定し、主張立証すべきものであるのに対し、これを私法上の契約としてとらえ、その「本来的な義務」と説明すれば、義務違反がなかったことの立証責任を控訴人に負

担させることができるからである。

しかし、そのような法律構成が成り立たないことは既に第3で述べたとおりであるし、このような認定判断は、「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」の成否に関して、控訴人の反論の機会を奪う不意打ち的判断であって、釈明義務に反するものであり、また、弁論主義に反する結果をもたらしている。

原判決は、端的に安全配慮義務に関する主張について判断すべきであった。

(2) 本件における安全配慮義務の成否について

被控訴人らは、本件において、安全配慮義務違反を主張している（原判決別紙(3)の67ないし74ページ）。

控訴人は、これに対し、概要、原判決別紙(4)の12ないし20、27、28ページのとおり反論した。これを要約すれば、次のとおりである。

ア 被控訴人らの主張

被控訴人らは、最高裁判所昭和50年2月25日第3小法廷判決（民集29巻2号143ページ）、同昭和59年4月10日第3小法廷判決（民集38巻6号562ページ）、同平成3年4月11日第1小法廷判決（判例時報1391号3ページ）を引用し、ある法律関係に基づいて特別な社会的接触関係に入った当事者間においては、その特別な社会的接触関係に入ることにより、その法律関係に伴う危険の現実化によって相手方の法益を侵害しないように配慮する義務を負うとした上で、①控訴人と被控訴人らとの間には旅客運送契約類似の法律関係が成立したとみるべきであるから、控訴人は被控訴人らに対して、浮島丸の運行に伴う安全配慮義務を負い、さらに、②被控訴人らのうち徴用工として徴用された者は、日本国により募集・あっせん・徴用という名目で強制連行され、強制労働させられたから、雇用契約関係が認められなくても安全配慮義務が生じ、また被控訴人らのうち軍属として徴用された者は日本国に雇用されたから、公務遂

行過程における安全配慮義務が生じ、しかもその各安全配慮義務は軍属、徴用工を元の居場所に連れ帰るまで継続した旨主張し、控訴人の過失によって浮島丸は沈没し、被控訴人らは多大な損害を被ったのであるから、控訴人にはその損害を賠償する責任があると主張する（原判決別紙(3)の67ないし74ページ）。

しかし、以下に述べるように、被控訴人らの主張は、控訴人が採るべき具体的な義務内容を特定するに至っておらず、また、安全配慮義務の成立の前提となる「特別の社会的接触関係」が存在しないことは明らかである。

イ 具体的義務内容の特定を欠くことについて

(ア) 安全配慮義務は、ある法律関係に基づいて特別の社会的接触の関係に入った当事者間において、当該法律関係の付随的義務として当事者の一方ないし双方が相手方に対して信義則上負う義務である（前掲最高裁昭和50年2月25日第3小法廷判決）が、その法的性質は、広い意味での不完全履行の一種と解されている。不完全履行とは、履行遅滞や履行不能と異なり、一応債務の履行はされたが、その内容に債務の本旨に従わない不完全さ（瑕疵）がある場合を指すから、瑕疵があるために履行の完全でないことが損害賠償債権の発生要件となる。そうすると、債権者は、まず履行が不完全であった事実（履行過程に関連する付随的義務の存在）を主張・立証しなければならない（吉井直昭・最高裁判所判例解説民事篇昭和56年度56ページ）。

判例も、「国が国家公務員に対して負担する安全配慮義務に違反し、上記公務員の生命、健康等を侵害し、同人に損害を与えたことを理由として損害賠償を請求する訴訟において、上記義務の内容を特定し、かつ、義務違反に該当する事実を主張・立証する責任は、国の義務違反を主張する原告にある」（最高裁昭和56年2月16日第2小法廷判決・民集35巻1号56ページ）として、このことを明らかにしている。

(イ) 安全配慮義務違反の成立が問題とされる法律関係は一様ではなく、事故の種類・態様も千差万別であって、その具体的内容は、公務員の職種、地位及び安全配慮義務が問題となる当該具体的状況等によって異なるものである（前掲最高裁昭和50年2月26日第3小法廷判決）。そして、安全配慮義務違反を理由として損害賠償を請求するについては、事故発生の具体的状況等を踏まえて、上記義務の内容を特定し、かつ、義務違反に該当する事実を主張・立証しなければならない（吉井・前掲書67ページ、後藤勇「安全配慮義務と証明責任」現代民事裁判の課題⑧883ページ）。

すなわち、安全配慮義務違反の主張に当たっては、生命、健康等を侵害されたとされる者ごとに、その結果が発生した具体的状況を明らかにした上で、発生した結果との関係から、義務者がそのような結果を予見できたか（予見可能性）、どのような措置を講じていれば結果の発生を回避できたか（結果の回避可能性）、そして、義務者と被害者との法律関係及び当時の技術やその他社会的な諸事情に照らし、義務者に対し、上記結果の発生の防止措置を採ることを義務づけるのが相当であるかといった点を判断するに足りる具体的な事実を明らかにして主張する必要がある。

本件訴訟において、生命、健康等の侵害に対する安全配慮義務が問題となるのは、本件爆沈との関係以外にないのであるから、本件当時の状況を踏まえて、本件爆沈自体について、より直接的、具体的に義務内容が特定されなければならない。

(ウ) 上記Y5の観点から、被控訴人らの主張を検討すると、被控訴人らは、具体的に義務の内容を特定しておらず、控訴人が採るべき具体的な措置の内容が明確にされていない。そうすると、被控訴人らの安全配慮義務違反の主張は、そもそも安全配慮義務違反を問うに当たり不可欠な要件

事実の主張を欠くから、主張自体失当として棄却を免れないものというほかない。

戦後補償関係訴訟における安全配慮義務違反の主張につき、安全配慮義務の特定を欠くとして請求を棄却した裁判例として、東京地方裁判所平成8年11月22日判決（訟務月報44巻4号507ページ）、東京地方裁判所平成10年12月21日判決（乙第7号証）及びその控訴審である東京高等裁判所平成11年12月21日判決（乙第8号証）がある。

ウ 安全配慮義務の前提となる「特別な社会的接触」を欠くことについて
安全配慮義務違反は、前述したとおり、「ある法律関係に基づき特別な社会的接触に入った」当事者間において、当該法律関係の付随義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上負担する義務である。

そこで、まず、各被控訴人と控訴人がどのような法律関係にあったのかが問題とされなければならない。すなわち、上記の「特別な社会的接触の関係」とは、不法行為規範が妥当する無限定な社会的な接触関係を意味するものでないことは当然であって、以下のような要件が必要である。

(ア) まず、第一に、安全配慮義務は債務不履行を理由とする賠償責任であるから、契約関係ないしこれに準ずる法律関係の介在することが必要であり、このような関係が認められない場合には、上記義務が成立する余地はない（星野雅紀「安全配慮義務とその適用領域について」下森定編・安全配慮義務法理の形成と展開50ページ）。

最高裁判所昭和55年12月18日第1小法廷判決（民集34巻7号892ページ）も、安全配慮義務が成立するためには「雇用契約ないしこれに準ずる法律関係」が存することが必要であるとしている。

(イ) 次に、安全配慮義務は、労務ないし公務遂行に当たって支配管理する人的及び物的環境から生じ得べき危険の防止について信義則上負担

するものである（最高裁昭和58年5月27日第2小法廷判決・民集37巻4号477ページ）。したがって、その成立が認められるためには、当事者間に事実上の使用関係、支配従属関係、指揮監督関係が成立しており、使用者の設置ないし提供する場所・施設・器具等が用いられ、これらの物的側面ないし労務の性質が、労務者の生命・健康に危険を及ぼす可能性がある場合等当該労務に対する直接具体的な支配管理性が認められることが必要である（奥田昌道「船長の窒息事故と受託海運会社の安全配慮義務」私法判例リマークス1992（上）32ページ）。

最高裁判所平成2年11月8日第1小法廷判決（判例時報1370号52ページ）、最高裁判所平成3年4月11日第1小法廷判決（判例時報1391号3ページ）は、いずれもその前提とする事実関係につき、上記のような諸事情を考慮するものである。

そうすると、安全配慮義務の成立の前提となる「特別の社会的接触関係」とは、当事者間に「雇用契約ないしこれに準ずる法律関係」が存在し、かつ、当事者間に「直接具体的な労務の支配管理性が存在する法律関係」に限定されるというべきである。

(ウ) しかし、以上の観点から、被控訴人らと控訴人との間に、「特別の社会的接触関係」が存在するか否かを検討してみても、被控訴人らの主張する①及び②の事実からでは、控訴人と被控訴人らとの間に「雇用契約ないしこれに準ずる法律関係」があるとも、「直接具体的な労務の支配管理性が存在する法律関係」があるとも認められない。

なお、被控訴人らは、徴用により雇用関係が生じたと主張するが、国民徴用令に基づく徴用においては、戦争という緊急事態における国民に対する一方的な処分が存するにすぎないし、念のため、国家総動員法に基づく国民の徴用に関する法令を検討しても、被控訴人らと控

訴人との間に「特別な社会的接触」の関係を基礎づけることはできない（原判決別紙(4)の18, 19ページ参照）。

したがって、被控訴人ら控訴人との間には、安全配慮義務の前提となる「特別の社会的接触」関係は存在しない。

エ 小括

以上のとおり、被控訴人らの安全配慮義務違反の主張は、いずれも安全配慮義務が具体的に特定されていないのみならず、その前提となる特別の社会的接触についても認められないから、失当というほかない。

3 安全配慮義務違反がないこと

(1) 安全配慮義務の基準について

ア 被控訴人らの安全配慮義務に係る主張は、それ自体失当というべきであるが、仮に、本件運送行為について安全配慮義務を想定するとしても、安全配慮義務は、特別の社会的接触関係にある者の間において、その関係に付随して認められる信義則上の義務であるから、その義務内容は、前提となる社会的接触関係に関する具体的な状況等によって、異なるものである。

前記第2でみたように、本件当時、我が国は、ポツダム宣言を受諾したとはいうものの、戦争状態が完全に終了したというものではなく、本件の大湊警備府の管内においては、戦争状態が継続していたというべき状況であった。

したがって、本件運送行為を社会的接触関係として安全配慮義務を考えるのであれば、このような当時の状況を踏まえて、戦時下の運送行為に準じた判断をしなければならない（東京高裁平成10年7月13日判決・判例時報1647号50, 51ページ）。

なお、このことは、原判決のように、「本来的な義務」を考えてみても変わることはないというべきである。

ところが、原判決は、浮島丸の出航に至る事情を認定しておきながら、

あたかも大湊に帰ることが自由であるかのように述べたり、機雷の敷設があれば入港しないのが当然であるかのように判示するなど、これをあたかも現在のような平時の旅客運送と同様の注意義務を前提に「安全に運送する義務」を判断したものであって、本件における注意義務の判断基準そのものを誤っているというべきである。

イ そして、前記第2で認められる本件当時の状況に照らしてみると、当時の状況においては、鳥海艦長らは乗船者の安全配慮について、必要な措置は採っており、本件運送に関して注意を怠ったことはなく、また、責に帰すべき事由もなかったというべきである。

以下においては、原判決の指摘する点について、前記第2の事実関係に照らして、原判決の判示が理由のないことを述べる。

(2) 出航中止義務が前提を欠くこと

ア 原判決は、前記緊急電報、すなわち機密第221935番電による緊急命令が出航前に発せられていた場合には、出航を見合わせる義務があると判示する（原判決24ページ）。

ところで、この緊急電報の「221935」は、22日19時35分に文書番号を取ったことを示すものであるから、その直前に運輸本部長の決裁を受けたことが分かる。

しかし、原審に提出されていた甲A第2号証の写しでは、その発電時刻の記載されている部分（右端部分）が複写されておらず、いつ発電されたかが判明しない。今般、防衛庁防衛研究所戦史部において、控訴人指定代理人らが改めてその原本を確認したところ、同緊急電報の右端部分の「発電日時」欄に「八月廿三日〇〇四〇」と判読し得る記載があることから、前記第2の5(2)サのとおり、23日午前0時40分に発電されたものであると認められた（乙第32，第33号証）。なお、上記「八月廿三日〇〇四〇」の記載中、日付は、「8月廿二」の赤インクの押印のうち「二」の

文字が鉛筆と思われるもので「三」に修正されている。また、「〇〇四〇」のうち、冒頭の「〇」は赤インクで押印によるものと認められるが、その余は鉛筆による記載と思われる。発電時刻が午前零時を過ぎたので日付を訂正したものと推測されるがその経緯は不明である（なお、時間部分の記入は、甲A第1号証を見ても鉛筆で記入されている。（乙第32号証。))。

そうすると、この緊急電報が浮島丸に着信したのは、23日午前0時40分より後であるから、いずれにしても、浮島丸が大湊港を出航した後ということになる。

以上によれば、原判決の「鳥海艦長においては、大湊からの出航を見合わせるか（前記緊急電報による命令が出航前に発せられていた場合）」という判示部分（原判決24ページ）は、その前提を欠くものであることが明らかである。

したがって、原判決がいう出航中止義務はそもそも問題にならない。

イ なお、この機密電報からは、次のような事実を把握することができる。

(ア) この電報の発信者は運輸本部長（東京通信隊）であり、宛先は浮島丸と長運丸の艦長である。

したがって、この電報は、浮島丸だけでなく、おそらく当時航行中であつた長運丸という船舶に対しても発せられたものである。また、鎮海警備府司令長官（朝鮮）、大湊警備府司令長官にも通報されている。

(イ) また、この機密電報の受報者として、「大通、鎮通、室蘭武官、新潟武官」が記されている。受報者とは、この電報を発したことを通知する先である。この電報は、大湊通信隊、鎮海通信隊のほか、室蘭武官及び新潟武官にも通知されたが、舞鶴鎮守府は通知先としていない。

このことは、運輸本部は、この機密電報を発した段階では、浮島丸が舞鶴港に寄港することまで想定していなかったことが推測される。

そうすると、浮島丸が出航当初から舞鶴に向かう予定でなかったこと

は明らかと思われる。

(3) 大湊に戻るべき事情は見当たらないこと

そこで、出航後に、上記緊急電報を受信した浮島丸艦長が舞鶴港に入港すべきでなかった（大湊に戻るべきであった）かどうかが問題となる。

ア 原判決は、鳥海艦長としては、機雷が敷設されておらず、浮島丸の乗務員も勝手に知った大湊に戻るという選択肢があり、また鳥海艦長がかかる選択が困難であったとしても、大湊警備府司令官等がかかる選択をすることを妨げる事情は見当たらないとする（原判決24ページ）。

しかし、以下に述べるように、原判決のこのような選択肢はなかったというべきである。

すなわち、本件運送行為は、当時の大湊警備府の状況の下で、「朝鮮人らが連合軍の進駐やソ連軍の進軍と呼応して暴動等を起こすことを恐れ、急いでこれを帰還させようとした」（原判決17ページ）という面がある。そして、徴用を解除され、ようやく乗船して、帰朝できると考えている多数の朝鮮人が、大湊への帰港を承知するはずもない。海軍としても、4000人近い朝鮮人元徴用者を大湊に連れ戻した場合の対応を考えずに帰港を命ずることはできない。

当時の状況を考えれば、原判決のように、何らの受け入れ準備をすることもなく、ただ戻るといような選択肢は、単に混乱を助長するだけであって、実際にはあり得ないということは容易に理解し得るところである。

なお、機密第221935号電では、8月24日午後6時までに最寄りの軍港又は湾港に入港するように命じられているにすぎないから、その時期まで可能な限り任務を継続するのは当然のことである。

朝鮮人乗船者らは、いずれにしても帰朝させようとしている者なのであるから、できるだけ近くまで運送を継続することは、何ら不合理な選択ではない。

イ 乗船した多数の朝鮮人を収容し、食糧等を用意するためには、相当規模の施設と人員が必要であるから、緊急電報の指示のとおり、軍港に寄港するのが最も合理的である。そして、日本海側では舞鶴港が唯一の軍港であり、相当の規模を有することは前記のとおりである。そして、前記経過からすると、23日夜までの時点で、舞鶴港に入港することが決められ、乗組員にも知らされ、これが一部の朝鮮人乗船者にも伝わったことになるが、緊急電報を受けた浮島丸艦長が、舞鶴港への入港を決断したのは合理的な選択であったというべきである。

なお、本件当時、日本海側の主要な港湾には、米国が敷設した機雷が多数あった（甲A第61号証105ページ）が、機雷が敷設してある港には入港しないというような行動基準はなかった。本件爆沈当日も、舞鶴港には多数の船舶が入港していたのである（甲A第61号証145ページ）。

原判決は、機雷があれば入港すべきでないという前提に立つようであるが、明らかに当時の行動基準の把握を誤ったものである。機雷が敷設された場合には、必要な対応や注意を払って入港するというのが、当時の艦長に必要とされていた注意義務（安全配慮義務）であったというべきである。

ウ そうすると、大湊に戻るという選択肢があり、これを選択しなかったことが誤りであるとする原判決の認定判断は、失当というほかない。

(4) 浮島丸は舞鶴港入港に際して十分な注意を払ったこと

以上のように、浮島丸艦長が出航目的を達成するためには、舞鶴港に入港するという行動が最も合理的であった。

そして、現に舞鶴港に入港するに際しても、当時、必要とされる注意義務は尽くされた。

すなわち、舞鶴港に入港するに際して、「浮島丸は舞鶴湾の入口にある舞鶴防備隊の信号所と、手旗で交信を交した。信号所からは『水路、掃海ズミニテ安全ナリ』という返事が返ってきた。浮島丸の前方を、二隻の海防艦が

ゆっくりと入港していった。」(甲A第61号証143ページ)というのである。

この点について、航海長である倭島定雄元大尉は、「舞鶴入港時、掃海ずみという信号を受けて入港を開始したのですが、私は舞鶴は初めての港であったから、前に入港していく二隻の海防艦の後を忠実に航行したんですよ。」

(甲A第61号証146ページ)と述べ、また、航海士田寺伸彦元中尉も前方300メートル位のところを海防艦が進んでおり、その航路と全く同じところに指針をとり、ゆっくり進んでいたと述べている(同号証同ページ)。

そうすると、浮島丸は、入港前に舞鶴港が掃海済みであることを確認した上、先行する2隻の海防艦の後を追うように入港しているのであって、浮島丸艦長としては、当時の状況において、機雷に対してもなし得る安全確認をした上で入港したものといえる。決して、被控訴人らの主張するように「無防備に」入港したのではないし、他に特段の落ち度があったことも認められない。

浮島丸艦長は、当時の艦長としてなすべき注意義務を果たしたというべきであって、帰責事由は認められないことは明らかである。

(5) まとめ

前記第2の5(2)ソのとおり、本件爆沈後に浮島丸艦長が発した電報(乙第34号証)においても、沈没の原因が明確に「触雷」であると記載されている。のみならず、浮島丸艦長は、便乗者である朝鮮人を朝鮮に帰還させるために、門司までの鉄道運送の手配を運輸本部に依頼していたことが判明する(なお、「便乗」の意味は確認できないが、軍務で乗船する乗組員以外の乗船者を「便乗者」と称したものと思われる。)。この記載からみても、当時、浮島丸艦長が朝鮮人乗船者を帰朝させるために尽力したことは容易に推測できる。また、この電報は、朝鮮の鎮海警備府長官及び釜山在勤武官が報告先とされている。したがって、浮島丸が、朝鮮に向かっていたことも明らかであ

る。

本件爆沈は、原判決認定のとおり、触雷による事故と認められる。なお、本件爆沈の原因について、原審において被控訴人らの弁護団が示した検討内容（原判決別紙(3)の39ないし43ページ）は、「自爆説」の矛盾を指摘するものとなっていて、説得的である。

朝鮮人乗船者は、帰朝途上において、不幸な結果となったものであるが、本件運送行為について、当時としては、運送に関し必要な注意は怠らなかったものであり、控訴人において、責に帰すべき事由はなかったというべきである。

第5 当審における予備的主張

1 いわゆる日韓協定による解決について

(1) はじめに

仮に原判決が認定するとおり、控訴人と被控訴人らとの間に「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」があり、被控訴人らが控訴人に対して、債務不履行に基づく損害賠償請求権を有するとしても、控訴人は、日韓協定2条1及び3により、被控訴人らの請求に応じる法的義務はない。

すなわち、日韓協定2条1は、「両締約国は、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こととなることを確認する。」と規定し、同条3は、「2の規定に従うことを条件として、一方の締約国及びその国民の財産、権利及び利益であつてこの協定の署名の日に他方の締約国の管轄の下にあるものに対する措置並びに一方の締約国及びその国民の他方の締約国及びその国民に対するすべての請求権であつて同日以前に生じた事由に基づくものに関しては、いかなる主張もすることができないものとする。」と規定する。これらの規定により、日韓協定で特に定められ

る場合を除き、日韓協定の処理の対象となった財産、権利及び利益並びに請求権については、裁判所に訴えを提起しても、救済が拒否されることとなる。

日韓協定については、我が国の戦後処理に関して、原審においても触れたところであるが（原判決別紙(4)の28, 29ページ）、以下においては、更にふえんして、その法的効果についても主張する。

(2) 日韓協定締結に至る経緯について

ア 我が国は、連合国との間において、我が国と連合国との間の戦争状態を終了させ、また、戦争状態の存在の結果、存在していた問題を解決するために、日本国との平和条約（昭和27年4月28日条約第5号、以下「サン・フランシスコ平和条約」という。）を締結した。同条約2条[・]は、「日本国は、朝鮮の独立を承認して、済州島、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。」とし、同条約4条[・]は、「日本国及びその国民の財産で第二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つ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。」としていた。

イ 我が国は、このサン・フランシスコ平和条約の署名に先立って、昭和26年10月20日に韓国政府と予備会談を開催し、その翌年である昭和27年2月15日から、同平和条約発効までに交渉を妥結することを、双方の当事国が共通の目標として第1次会談を開いた。ところが、韓国政府がその直前にいわゆる「李ライン宣言」なるものを発表し、また同会談において、韓国側が請求権を始めとする多くの問題について、日本側の立場と相いれない主張をするに至って、短期交渉の見通しは完全に失われるに至った。その後、我が国は、韓国政府と何度も会談を行い、予備会談開始以

来13年8か月を経て、昭和40年12月に、日韓基本条約、日韓協定を始めとする1条約、4協定、1交換公文を締結するに至った（乙第36号証3ないし5ページ）。

ウ このうち請求権問題が日韓両国が国交を正常化するに当たって解決すべき諸懸案のうちで、最も重要かつ困難な交渉案件であった。韓国政府は、日韓交渉の第1次会談からこの問題を提起し、その後も、我が国は、韓国政府と交渉し、当初は請求権の法的根拠や事実関係について交渉が行われていたが、法的根拠についての理解の対立、証拠資料の散逸等の問題から個々の問題の積み上げ方式による解決が不可能であることが判明するに至った。

しかし、請求権問題のために、日韓両国間の友好関係の確立をいつまでも遅らせることは、大局的見地からみて適当でなく、また、将来における両国間の友好関係の発展という見地からも、この際韓国の民生の安定、経済の発展に貢献することを目的として、我が国の財政事情や韓国の経済開発計画のための資金の必要性をも勘案した上、我が国が韓国に対して、3億ドルの無償供与及び2億ドルの長期低利の貸付という膨大な金額の資金供与を行うこととし（昭和40年12月当時、我が国の外貨準備高は約21億ドル・財政金融統計月報176号〔大蔵省編〕）、これと並行して請求権問題を最終的に解決することとして、日韓協定が締結されたのである（乙第36号証60ないし63ページ）。

エ この全体的な問題解決の方法の一つとして、日韓協定2条1において、「両締約国は、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、1951年9月8日にサン・フランシスコ市で署名された日本国との平和条約第4条・に規定されたものを含めて、完全かつ最終的に解決されたこととなることを確認する。」と規定されたのである。

韓国では、これを受けて、1966年2月に、「請求権資金の運用及び管理に関する法律」を、1971年1月には、「対日民間請求権申告に関する法律」を、そして、1974年12月には、「対日民間請求権補償に関する法律」をそれぞれ制定し、補償を実施した。

(3) 日韓協定2条による「財産、権利及び利益」と「請求権」の処理について
ア 「財産、権利及び利益」と「請求権」の意義について

日韓協定2条にいう「財産、権利及び利益」と「請求権」の意義に関しては、「財産及び請求権に関する問題の解決並びに経済協力に関する日本国と大韓民国との間の協定についての合意された議事録」（昭和40年12月18日外務省告示第256号、以下「合意議事録」という。）2(a)、(g)に規定されている。

すなわち、日韓協定及び合意議事録は、「財産、権利及び利益」（日韓協定2条2(a)、合意議事録2(a)(g)）とそれ以外の「請求権」（合意議事録2(g)）とを分けて規定しているところ、「財産、権利及び利益」とは、合意議事録2により、法律上の根拠に基づき財産的価値を認められるすべての種類の実体的権利をいうものとされている。したがって、「請求権」とは、これに当たらないあらゆる権利又は請求を含む概念であると解される。

イ 「財産、権利及び利益」と「請求権」の各処理について

(ア) 日韓協定では、「財産、権利及び利益」については、一定の分類を行い、その内容に応じて処理方法を定めた。

すなわち、日韓協定2条2は、在日韓国人の財産等及び終戦後の「通常の接触の過程」において取得された財産等には、日韓協定2条の規定の影響が及ばないことを規定し、これを処理の対象から除外した。

次に、これ以外の「財産、権利及び利益」については、日韓協定2条3において、これらに対する措置についていかなる主張もすることがで

きないとしている。この規定を受けて、我が国では、韓国国民の財産、権利及び利益を処理するために、「財産及び請求権に関する問題の解決並びに経済協力に関する日本国と大韓民国との間の協定第2条の実施に伴う大韓民国等の財産権に対する措置に関する法律」（以下「措置法」という。）が制定され、日韓協定に明記される一部の例外を除き、韓国国民の日本国又は日本国民に対する債権、担保権は消滅させられ、韓国国民の物（動産又は不動産）は保管者に帰属したものとされた。

(イ) これに対し、「財産、権利及び利益」に当たらない日韓協定2条の「請求権」については、日韓協定2条3において、一律に「いかなる主張もすることができないものとする」とされており、同協定2条1において、「請求権に関する問題が完全かつ最終的に解決されたこととなる。」ことが確認されている。

この「財産、権利及び利益」に対する措置及びその他の「請求権」について、いかなる主張もすることができず、完全かつ最終的に解決したとは、韓国及びその国民が、どのような根拠に基づいて、日本国及びその国民に請求しようとも、日本国及びその国民はこれに応じる法的義務はないという意味である。

(ウ) ところで、措置法によって消滅させられた韓国国民の日本国又は日本国民に対する債権等は、日韓協定の署名の時点で、法律上の根拠に基づき財産的価値を認められている実体的権利である。換言すれば、措置法では韓国及び韓国国民の財産権のうち、既に権利関係が明確になっていた「実体的権利」が対象とされた（措置法の対象となっている主な財産権につき、乙第36号証110ページ以下参照）。これに対し、当時権利関係が明確でなかったもの、例えば、判決によって確定されていない不法行為に基づく損害賠償請求権等は、日韓協定の署名の時点では法律上の根拠に基づき財産的価値が認められる実体的権利とはなっておら

ず、措置法制定の段階では処分の対象とすることができなかった。しかし、このような権利は、日韓協定上は、すべて「請求権」に含まれることとなる。

したがって、韓国国民がこの「請求権」に基づいて、我が国に請求をしたとしても、我が国はそれに応じる法的義務がないこととなる。

ウ 裁判規範性について

次に、同条項が我が国内の裁判所において直接適用できるかが問題となる。

(ア) 条約の規定が我が国の裁判所において直接的に適用できるというためには、主観的要件として、条約締約国が国内において直接適用を認める意思を有していることが必要であり、客観的要件として、規定内容が明確であることが必要であるとされている（東京高裁平成5年3月5日判決・判例時報1466号53ページ参照）。

そこで、この点を日韓協定2条について見ると、「財産、権利及び利益」は国内法上の「措置」をとることを予定しているのに対し、「請求権」については、そのような文言を置かずして、「請求権についてはいかなる主張もすることができない」（2条3）と規定され、「請求権に関する問題が完全かつ最終的に解決されることとなる」ことが確認されている。

(イ) このことから、日韓両国は、「請求権」については、日韓協定の内容を具体化する国内法を制定せずして、日韓協定の規定を直接適用する意思であったことは明らかであり、また上記のような協定上の客観的な文言上も、当該請求を拒絶し得る法的効果を規定したことが明白かつ確定的に認められる。よって、同条項については、前記要件が充たされており、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ことは明らかである。

したがって、我が国において、これに該当する裁判上の請求は、同条項の適用によって認容されないこととなる。

(4) 被控訴人らが主張する損害賠償請求権と日韓協定上の「請求権」との関係について

ア 仮に原判決が認定するとおり、控訴人と被控訴人らとの間に「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」があり、被控訴人らが控訴人に対して、その債務不履行に基づく損害賠償請求権を有するとした場合、かかる損害賠償請求権が日韓協定において影響を及ぼさないものとした「千九百四十五年八月十五日以後における通常の接触の過程において取得され又は他方の締約国の管轄の下にはいったもの」(日韓協定2条2(b))に該当するかが一応問題になり得る。

イ しかしながら、この点についても、合意議事録2(d)に、「通常の接触」に関する規定を置くことによって、そのような疑念を封じている。すなわち、合意議事録2(d)は、「通常の接触」には、第二次世界大戦の戦闘状態の終結の結果として一方の国の国民で他方の国から引き揚げたもの・ ・ ・の引揚げの時までの間の他方の国の国民との取引等、終戦時に生じた特殊な状態の下における接触を含まないことが了解された。」と定めた。

ウ 本件の対象となっている請求権を仮に私法上の契約類似の法律関係に基づくものとして構成し直したとしても、これが1945年8月24日という「終戦時に生じた特殊な状態の下における接触」(合意議事録2(d))によって生じたものであったことは明らかである。

したがって、仮に被控訴人らが控訴人に対して債務不履行に基づく損害賠償請求権を有するとしても、かかる損害賠償請求権が日韓協定2条2(b)の「千九百四十五年八月十五日以後における通常の接触の過程において取得され」たものとは認めらず、韓国及びその国民が日本国に対していかなる主張もなしえず、完全かつ最終的に解決されたと確認された日韓協定2

条1及び同3の「請求権」であることは明らかである。

(5) 結論

以上により、仮に原判決が認定するとおり、控訴人と被控訴人らとの間に私法上の旅客運送契約類似の法律関係があり、被控訴人らが控訴人に対して、債務不履行に基づく損害賠償請求権を有するとしても、当該請求権は、日韓協定2条にいう「請求権」に該当することは明らかである。

したがって、被控訴人らが、かかる「請求権」に基づく請求をしても、我が国はそれに応じる法的義務はないのであり、この点からも、被控訴人らの請求は認容されるべきではない。

2 消滅時効の援用について

仮に、控訴人と被控訴人らとの間に、原判決のいうような「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」があるというのであれば、それは純粋な私法上の契約関係であることになる。その契約関係の内容は必ずしも明らかでなく、控訴人においても詳細に認識することはできないが、原判決のように、その債務不履行に基づき損害賠償請求権が成立すると解するのであれば、その請求権は、これを行行使し得る時から遅くとも10年を経過することにより時効により消滅する（民法167条1項、166条1項）。

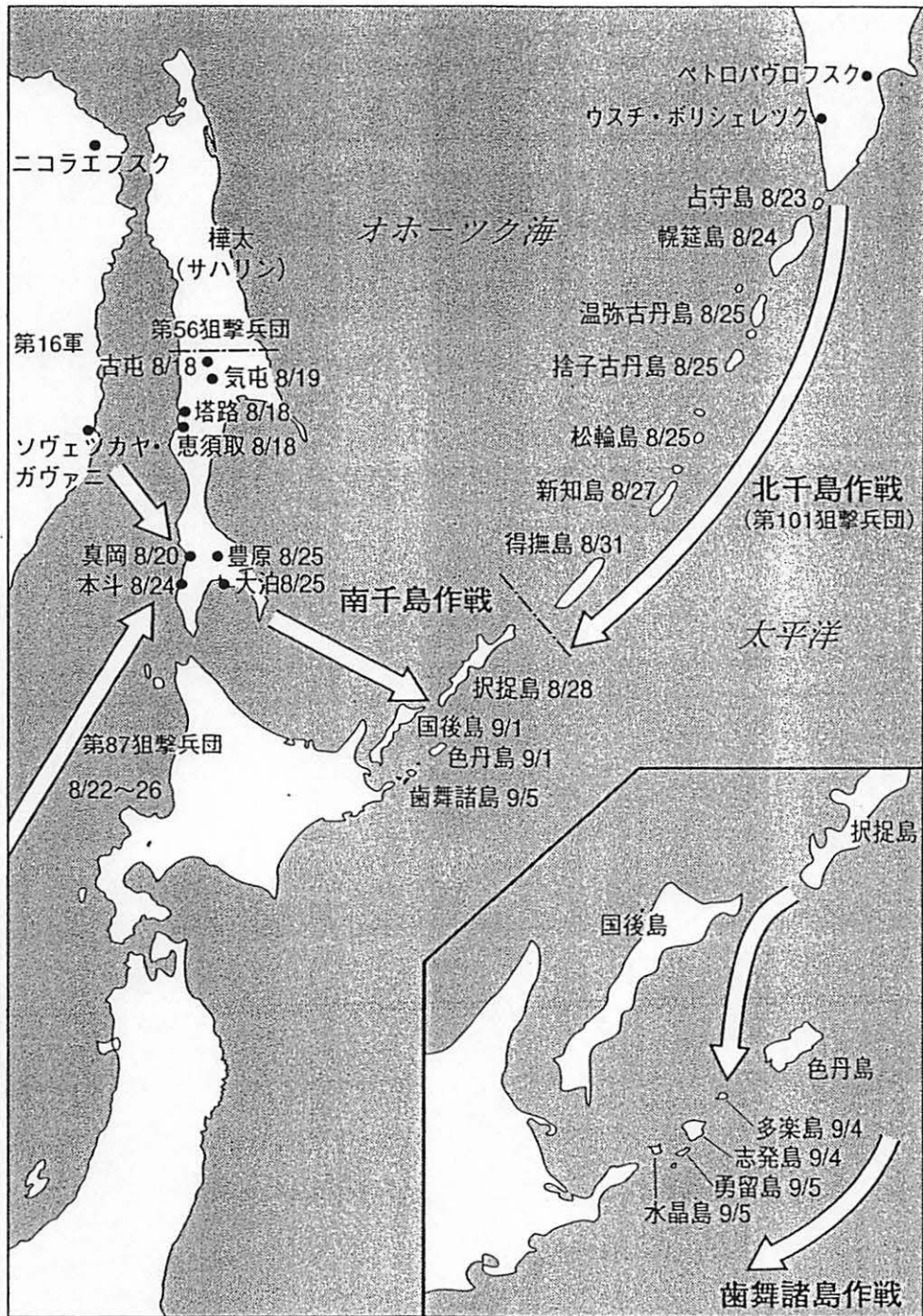
そして、本件の損害賠償請求権は、本件爆沈の時から行使し得るから、昭和30年8月24日の経過により、時効によって消滅した。

控訴人は、本訴において、上記消滅時効を援用する。

第6 結語

以上述べたように、被控訴人らの請求を認めた原判決は、事実認定及び法令の解釈適用を誤ったものであり、被控訴人らの請求は、法的根拠がないものである。速やかに原判決を取り消し、本件請求を棄却すべきである。

■ソ連による千島列島の占領



参考：ボリス・スラヴィンスキー著、加藤幸廣訳『日ソ戦争への道』（共同通信社）