

平成13年（ネ）第3260号 公式陳謝等請求控訴事件

一審原告 朴 ■ 一 外79名

一審被告 国

## 準 備 書 面 ( 3 )

2002年（平成14年）6月19日

大阪高等裁判所 第3民事部 御中

一審原告ら訴訟代理人

弁 護 士	小 野	誠 之
同	堀	和 幸
同	山 本	晴 太
同	松 本	康 之
同	池 上	哲 朗
同	武 田	信 裕
同	金 京	富
同	新 谷	正 敏
同	中 田	政 義
同	戸 田	洋 平

第1 本件運送行為に関し「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」が成立すること

- 1 原判決は、本件運送行為につき「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」が成立すると判示しており、妥当な判断である。

これに対し、一審被告は、本件運送行為については、実定法の規定上、私法上の法律関係が適用される余地がないとか、あるいは本件訴訟において認められる事実関係によれば、本件運送行為は海軍の命令として実施された行政上の措置であり、私法上の契約関係が成立する事実関係が存在しないと主張して原判決を非難するが、失当である。

以下順に理由を述べる。

- 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ことを基礎づけるに足りる事実関係が存在すること

1) 一審被告は、浮島丸が出航した昭和20年8月22日から24日の当時は、①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いたこと、②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から、本件運送行為は海軍の命令により、徴用解除者に対して行政上の措置としてなされたものであると主張するが、誤りである。

2) まず、上記①の点であるが、一審被告も自認しているとおり、日本国は、昭和20年8月14日に直ちに全日本国軍隊が無条件降伏することを内容とするポツダム宣言を受諾する旨を表明し、翌8月15日に終戦の詔書が發布されたものであり、これをもって戦争は終了し、全日本国軍隊は連合国の管理下に入ったものである。

一審被告は、8月22日当時もなお戦争状態は継続していたと主張する（戦争状態なるものがいかなる意味を持つのかそもそも不明である）が、法的には戦争は終結していることは明らかであり、一審被告の主張はそれ自体失当である。

また、ポツダム宣言を受諾した結果、全日本国軍隊は無条件降伏したのであるから、一審被告が言う軍政権及び軍令権も全て連合国に委譲されたことも明らかであり、存在としての日本国軍隊はなお存在するものの、組織としての実体を有しないものであり、軍の組織が従前どおり保たれていたなどという一審被告の主張はこの点でも誤りである。

- 3) 次に②の点であるが、まず前提となる事実関係を確定すれば、浮島丸出航時には、同船に乗り込んだ朝鮮半島出身者らに関しては、既に軍属としての徴用が解除されていたことは争いがない。また、浮島丸乗船者には多数の民間企業の徴用工が乗船していたことも争いがない。

一審被告は、本件運送行為が軍の命令としてなされたと主張するが、確かに日本国軍隊に属していた浮島丸艦長及び乗船員については、浮島丸の出航は軍の命令としてなされたものかもしれないが、徴用を解除された軍属及び民間徴用工については、軍の指揮監督下になく、軍の命令権など及ばないことは明らかであり、これら乗船者らが浮島丸に乗り込んだことを軍の命令に基づくものであると根拠づけるのは論理的に不可能である。

また、一審被告は、大湊警備府が8月18日に海軍運輸本部に対し電報を発信し、浮島丸による朝鮮人搬送の許可を求め、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（甲A第61号証88頁）を返信したことを自らの主張の根拠とするようである。

しかし、海軍運輸本部の所管は、軍令でなく軍政事項であり、軍隊の維持・管理に関する事柄である。従って、大湊警備府と海軍運輸本部との電報のやりとりも海軍に所属していた浮島丸という船舶を「使用しても良いか」どうかという点を確認したものに過ぎず、浮島丸をどのような作戦行動に使うのかという軍令面の命令は一切存在していない（逆に、前述のとおり8月19日の時点では17日付大海令49号により「作戦任務を解く。一切の武力行使を停止する」旨の命令がなされている）。

以上をまとめれば、浮島丸に関しては、要するに何らかの軍の作戦行動として浮島丸に出航が命じられた訳ではないし、浮島丸に乗船した朝鮮半島出身者らに対しても浮島丸に乗船する旨の命令が下った訳でもない（そもそも乗船者に対し、軍がそのような命令を行う権限などないことは前述のとおりである）。

- 4) 従って、本件の事実関係及び証拠を詳細に検討しても、本件運送行為が海軍の命令として実施されたと認定することは不可能であり、一審被告の主張は失当である。

一審被告が指摘する証拠及び事実経過からは、要するに、大湊警備府からの要請に基づき、浮島丸という船舶を使用することを海軍運輸本部が了承したということが証明されるに過ぎず、ではこの海軍が用意した浮島丸という船舶に実際に乗船した者らと、海軍ないし日本国との間でいかなる法律関係が成立するのかということはまた別の問題である。

- 5) そして、この点については、商法上の旅客運送契約が成立すると解するこ

とは困難であるが、軍の命令として乗船したと認定することも不可能であることは前述したとおりである。

本件の実態は、要するに国が朝鮮半島出身者を速やかに帰還させるための便宜として、浮島丸という船舶を用意し、希望すれば軍属として徴用された者であるか、民間徴用工であるかを問わず、無料で乗船しても良いということをも認めたものであり、乗船者らが乗船するか否かは各人の自由に任されていたとまとめることができる。

そのような前提において、乗船者らが浮島丸に乗船したという事実が存在する以上、乗船者と国との間では何らかの法律関係が成立したものと見ざるを得ない（全く何の法律関係も成立しないということはありません）し、ではどのような法律関係が成立したのかと考えた場合、浮島丸の目的は、専ら朝鮮半島出身者を釜山まで帰還させるという点にある以上、その法律関係は原判決が指摘するように「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」とであると認定するのが最も適切であるし、そのような認定以外は考えられないというべきである。

よって、原判決の認定は妥当なものであり、これを論難する一審被告の主張は明らかに失当である。

### 3 本件に私法上の規定が適用されること

- 1) 一審被告は、船舶法35条ただし書が、官公庁の所有に属する船舶については商法の規定を準用することを除外しているのであり、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から本件運送行為に私法上の法律関係が成立するとした原判決の判断は誤りであると主張する。
- 2) しかし、公法と私法は明確に峻別されている訳ではない。そもそも公法上の行為なる概念が、いかなる範疇の行為を指すものか明確でないし、仮に公法上の行為なるものを観念するとしても、それに対しては一切私法が適用されないということはありません。

何故なら、我が国の法制度上、私法関係と、公法関係は必ずしも明確に区別されておらず、公法関係のみに適用される法体系なるものが用意されている訳ではない。言い換えれば、一審被告がいうように公法と私法とが明確に峻別され、公法上の行為には私法上の法律関係が成立しないというのであれば、法制度として、私法制度である民法、商法、手形小切手法、民事訴訟法その他広汎な私法は一切公法関係には適用されないのであるから、公法関係を規律する公法関係用民法、公法関係用商法、公法関係用手形小切手法及び

民事訴訟法等の法律（そういう名称になるか否かは別として）が用意されていないからではないが、そのような法制度になっていないことは公知の事実である。

- 3) 要するに、我が国の法体系は、私法関係と公法関係を明確に峻別せず、公法関係のみに適用される特別法が存在する場合は別として、一般法としての私法を公法関係にも適用することを当然の前提としているのである。

従って、本件において、仮に船舶法35条ただし書によって、官公庁の所有に属する船舶について商法の規定の準用が除外されているとしても、一般私法上の契約関係に関する規定（民法等）が適用され得るのは当然のことなのである。

なお、一審被告は、浮島丸の場合に「不法行為法の規定の適用が問題とされる余地がある」と述べており、私法関係である不法行為法が適用されることを自認しているのもであって、その主張は自己矛盾を来していると言わざるを得ない。

このように、一審被告の当該主張は、我が国の法体系に反する主張であることは一見して明らかであって、主張自体失当である。

4 一審被告の引用する判決が先例としての価値がないこと

- 1) 一審被告は、本件運送行為は海軍の命令に基づく行政上の措置としてなされたものであり、私法上の規定が適用される余地はないと主張し、東京地裁昭和25年5月11日判決を援用する。

しかし、一審被告が援用する上記判決は、本件と事案を異にし、先例としての価値はないものというべきである。

- 2) 上記判決が証拠により認定した事実によれば、その事案は、終戦直後の昭和20年9月に釜山から引き揚げようとした原告が、引揚者は携行していた荷物の全部を持って引き揚げ船に乗船するのが禁止されていると聞いたため、荷物を内地に送るため国有鉄道職員に対し、国有鉄道職員のみ認められていた内地に荷物を優先的に送還してもらえろという便宜に乗じて自己の荷物を送還してもらおうよう「個人的に」依頼をしたというものである。

さらに、認定した前提事実として、原告は国有鉄道職員に対し、謝礼の意味の金員を支払ったものの正規の運賃の支払はしていないし、原告自身も正規の運送委託手続きであるとは考えていなかったし、当時我が国はポツダム宣言を受諾して、朝鮮に対する統治権を失い朝鮮にあった国の機関が従前もっていた機能も停止しており、運輸省広島鉄道局釜山営業所も閉鎖されており、営業としての運送の引き受けはしていないという状態であったという判

示がなされているものである。

- 3) このような事実認定を前提として、判決では、国有鉄道職員は、「運送業者としての国の運送営業上の職務に従事する鉄道職員として、原告から前記荷物10個の運送を引き受けたとみることはできないのであって、ただ、国が鉄道職員の引き揚げ荷物について与えた優先的な送還の処置を、原告にも利用させることを個人として原告に対し引き受けた」に過ぎないと認定しているのである。

すなわち、当該判決の事案は、従前の運送事業が停止されていた中で、鉄道職員が個人として荷物を引き受けている事案であるところ、他方浮島丸の場合は一審被告自身が認めるとおり、浮島丸の艦長が個人として乗船者を乗船させたわけでは決してないのであるから、本件とは全く事案を異にしている。

- 4) 更に、東京地裁の判決は、前記のような事実関係を前提にした上で、鉄道職員が原告の荷物を引き取り、送還荷物として埠頭の所定の位置に置いたという「事実」から、国の運輸機関が鉄道職員から荷物の占有を移転されたということが考えられるから、かかる事実によって原告と国との間にいかなる法律関係が生ずるか、という問題について、「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ものではないと解すべきである。」と述べているに過ぎないのである。

つまり、事実として国が当該荷物の占有を取得したという一事によって、私法上の契約関係が認められることにはならないと判示しているのであり、それは至極当然のことである。

言い換えれば、契約に基づかず何らかの理由でたまたま荷物の占有を取得したからと言って国が契約上の責任を負うことはないということを言っているに過ぎない。

- 5) これが浮島丸の場合も、乗船者らが国の関知しないところで知らない間に勝手に船に乗り込んでいたのであれば、単に船に乗っていたという事実のみで私法上の契約関係が成立したとは認められないであろうが、既に詳述したように本件では乗船者らは勝手に乗船した訳ではなく、事実関係を詳細に検討すれば私法上の運送契約に類似した法律関係が成立したいたものと言わざるを得ないのであるから、その点でも東京地裁の判例の事案とは全く事案を異にするとするべきである。

以上より、上記東京地裁判決を援用して本件について私法上の契約関係が認められないとする一審被告の主張は明らかに失当である。

## 第2 原判決の安全配慮義務違反の主張に対する判断に誤りがないこと

### 1 原判決の判示

原判決は、一審被告と一審原告らとの間に私法上の旅客運送契約（以下、「本件法律関係」という）に類似した法律関係があるとした上で、「被告は、本件法律関係に基づき、浮島丸に乗船した上記原告らに対し、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り（原判決22頁）、「被告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、大湊からの出港を見合わせるか、機雷が敷設されておらず、浮島丸の乗組員も勝手に知った大湊に戻るという選択肢もあったのであり、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官等においては、鳥海艦長に、出港を見合わせるか、大湊に戻ることを命じることも可能であった」（原判決24頁）として、一審被告の本件法律関係に基づく義務の不履行（債務不履行）を認めた。

上記原判決の判示は、極めて常識的かつ正当な判断というべきである。

ところが、一審被告は、仮に本件法律関係が成立する場合でも、本件事実関係の下では安全配慮義務違反は認められないなどとして縷々主張しているので、以下順に反論する。

### 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との主張について

1) まず一審被告は、原判決が本件運送行為につき「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」の成立を認めた点について、一審原告らは本件運送行為が軍務であることを前提にその運送行為に付随する安全配慮義務を主張しており、本件運送行為自体が「私法上の」法律関係（契約関係）であると主張していないのに、これを「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頁）としたのは一審被告の反論の機会を奪う不意打ち的判断であって弁論主義に反するなど主張している。

しかしながら、原判決の事実摘示にあるとおり、一審原告らは、確かに本件運送行為が軍務であるとの主張も行ったが（原判決別紙(3)2頁以下）、他方、安全配慮義務違反を主張する場面においては、本件運送行為について旅

客運送契約類似の法律関係が成立し、当該法律関係に基づいて一審被告は安全配慮義務を負うと主張していたものである（原判決別紙(3)68頁「浮島丸乗船に基づく安全配慮義務」の項）。そして、一審原告らが主張していた上記旅客運送契約類似の法律関係とは、当然のことながら私法上の契約関係を意味しており、一審原告らが一審被告の上記法律関係に基づく契約責任（債務不履行責任）を主張していたことは原審事実摘示及び弁論の全趣旨から明らかである。

従って、原判決の事実整理は何ら弁論主義を逸脱するものではなく、この点に関する一審被告の主張は失当である。

- 2) 次に、一審被告は、一審原告の安全配慮義務違反の主張が、具体的義務内容の特定を欠くとか、その前提となる「特別な社会的接触」を欠くなどとして縷々主張している。

しかしながら、まず第一に、原判決が認定したとおり、本件における一審被告の義務は、「旅客運送契約に類似した法律関係」における本来的義務であるから、具体的義務内容の特定を欠くとする一審被告の主張は失当である。仮にしからずとも、一審原告らは、原審において、本件で要求される安全配慮義務の具体的義務内容を十分に特定して主張している（原判決別紙(3)69～74頁）。従って、いずれにせよ一審原告らの安全配慮義務違反の主張が具体的義務内容の特定を欠くとする一審被告の主張は失当である。

次に、一審被告は、安全配慮義務の成立には「特別な社会的接触関係」が必要であり、この「特別な社会的接触関係」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、「直接具体的な労務の支配管理性が存在する法律関係」に限定されるとし、本件においては、そのような「特別な社会的接触関係」は存在しないなどと主張している。

しかしながら、まず第一に、原判決が認定した一審被告の義務違反の内容は、「旅客運送契約に類似した法律関係」に基づく本来的義務の違反であるから、安全配慮義務の成立の前提となる「特別な社会的接触関係」を欠くなどとする一審被告の批判は全く的外れというほかない。また、仮に本件における安全配慮義務が「旅客運送契約に類似した法律関係」に基づく本来的義務ではなく付随的義務であるとした場合でも、そのような旅客運送契約類似の法律関係（契約関係）が成立している以上、その当事者間に「特別な社会的接触関係」が存在することは明らかと言うべきであり、いずれにせよ一審被告の主張は失当である。一審被告の主張は、安全配慮義務の一例である雇用契約上（公務遂行上）の安全配慮義務に拘泥するあまり、その発生要件を他の法律関係における安全配慮義務にまで一般化するという誤りをおかして

いると言うべきである。

### 3 安全配慮義務違反がなかったとの主張について

#### 1) 安全配慮義務の基準について

一審被告は、安全配慮義務の内容は、その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から、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、戦時下の運送行為に準じた判断をしなければならぬとし、原判決は平時の旅客運送と同様の注意義務を前提に判断しているから、注意義務の判断基準を誤っていると主張している。

しかしながら、原判決の判断が平時の旅客運送の注意義務を前提にしていると主張には何ら根拠がなく、原判決は事故当時の状況下においてもなお注意義務違反が存すると判断したものと解されるから、一審被告の主張には理由がないと言うべきである。

#### 2) 出港中止義務が前提を欠くとの主張について

一審被告は、浮島丸等に宛てた機密第221935番電による緊急電報（甲A第2号証）は、昭和45年8月23日午前0時40分に発電されたものと認められるから（乙第32、33号証）、この緊急電報が浮島丸に着信したのは、浮島丸が大湊港を出港した後ということになり、原判決が述べる「鳥海艦長は大湊からの出港を見合わせるべき」との出港中止義務はその前提を欠き、本件では問題にならないなどと主張する。

しかしながら、上記緊急電報の発電時刻については、乙第32、33号証の記載が極めて不自然であり、真に上記緊急電報が一審被告が主張するとおり「8月廿三日〇〇四〇」に発電されたかは疑問である（上記緊急電報の発電日時が当初「8月廿二日」と記載されており、その後「廿二」の部分が「廿三」と改竄されていることは明らかであり、その経緯が不明である以上、改竄後の発電時刻の信用性には疑問が残る）。また、その点をおくとしても、上記緊急電報に先立ち、「8月24日18時以降、現二航行中ノモノノ外、船舶ノ航行禁止」との内容の機密第221605番電による至急電報（甲A第1号証）が浮島丸艦長宛に発電されており、その発電時刻は同月22日午後7時20分とされていることから、この至急電報は浮島丸の出港（同日午後10時頃）前に着信していたと推認される。従って、仮に上記緊急電報が浮島丸出航前に着信していなくても、機密第221605番電による至急電報が着信している以上、鳥海艦長等は浮島丸の出港を見合わせるべき義務があったと言うべきであり（原判決23～24頁が述べるとおり、8月22日午後10時頃に大湊を出航した浮島丸が8月24日午後6時までに釜山に到

達することは不可能である)、いずれにせよ一審被告の主張は失当である。

また、百歩譲って仮に本件では出港中止義務が問題とならないとしても、鳥海艦長等には次に述べる大湊港に戻るべき注意義務違反が認められるから、いずれにせよその責任を免れ得ない。

なお、一審被告は上記緊急電報の受報者に舞鶴鎮守府が記載されていないことから、浮島丸が出港当初から舞鶴に向かう予定でなかったことは明らかであるなどと主張しているが、当初から舞鶴を目指していたか否かはともかく、釜山を目指して出港したとする一審被告の主張に疑問が存することに変わりはない。

3) 大湊に戻るべき事情は見当たらないとの主張について

一審被告は、鳥海艦長等には原判決が言うような大湊に戻るという選択肢はなかったとして、以下の主張をしている。

- ① 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。当時の状況を考えれば、何らの受け入れ準備をすることもなく、ただ戻るという選択肢は、単に混乱を助長するだけである。
- ② 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、軍港に帰港するのが最も合理的である。
- ③ 当時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く、本件爆沈当日も舞鶴湾には多数の船舶が入港していた。

しかしながら、上記一審被告の主張は、いずれも鳥海艦長等が大湊に戻らず舞鶴に入港したことを正当化する理由とはなり得ないと言うべきである。

まず、①の点であるが、そもそも大湊へ戻るという選択肢が単に混乱を助長するだけであるとの一審被告の主張は全くの憶測に過ぎず、触雷の危険を犯して舞鶴湾に入港することを正当化する理由にはなり得ない。仮に、一審被告が述べるとおり、帰朝できると考えていた朝鮮人が大湊への帰港を承知しないとすれば、舞鶴へ入港することも承知するはずはないからどちらにせよ同じことである。また、一審被告は、機密第221935号電では、8月24日午後6時まで最寄りの軍港又は港湾に入港するように命じられているに過ぎないから、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とも述べる。しかし、同緊急電報は「最寄りの」軍港又は港湾に入港することを命じており、仮に同緊急電報が浮島丸に着電したのが浮島丸出航後であったとしても、出航後それほど時間は経っていなかったはずであるから(乙第32、33号証を前提としても、浮島丸出航後約2時間40分後に

緊急電報が発電されたことになる）、同緊急電報が着電した時点における「最寄りの」軍港又は港湾は大湊であった（少なくとも舞鶴ではなかった）ことは明らかである。そうすると、浮島丸の行動は、同緊急電報による命令に明らかに違反しており、上記一審被告の主張は失当である。以上のとおり、上記①の点は浮島丸が舞鶴へ入港したことを正当化する根拠とはなり得ない。

次に、②の点であるが、人員の収容と食糧等の用意が軍港でないとできないなどというのは何の根拠もない主張である。むしろ、前記緊急電報でも知らせを受けていない舞鶴湾に緊急入港するよりも、勝手知ったる大湊の方が受け入れ態勢は取りやすかったとも考えられる。また、一審被告は、緊急電報の指示が「軍港」への入港であったかのように主張しているが、前記緊急電報は、「軍港又は港湾」への入港を命じており、一審被告の主張は事実を歪曲する不当な主張である。以上より、上記②の点も浮島丸が舞鶴へ入港したことを正当化する根拠とはなり得ない。

次に、③の点であるが、仮に当時舞鶴湾に多数の船舶が入港していたとしても、それは入港の必要性があるからこそ相当の注意を払って入港していたに過ぎず、本件のように舞鶴湾に入港しないという選択肢がある場合に当て嵌まる話ではない。一審被告は、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）であったと主張するが、それはやむにやまれぬ理由で（多数の機雷が敷設されている）舞鶴湾に入港せざるを得ない必要性があった場合が前提の話である。原判決が認定するのとおり、本件では、大湊を出航したこと若しくは出航後大湊へ戻らず舞鶴湾へ入港したこと自体が注意義務（安全配慮義務）違反の内容になっているのであるから、一審被告が主張するような注意義務は問題とならないと言うべきである。

以上より、一審被告の上記①～③の主張はいずれも失当であり、原判決が認定したとおり、本件において一審被告に債務不履行が認められることは明らかである。

#### 4) 浮島丸は舞鶴港入港に際して十分な注意を払ったとの主張について

一審被告は、甲A第61号証（「浮島丸釜山港へ向かわず」金贊汀）を引いて浮島丸は舞鶴入港に際して必要とされる注意義務を尽くしたと主張している。

しかしながら、前記のとおり、そもそも本件では、多数の機雷が敷設されている舞鶴湾へ入港するという選択肢を採ったこと自体に注意義務違反が認められるのであるから、一審被告が述べる注意義務は本件では問題とならない。従って、浮島丸が舞鶴港入港に際して必要な注意を払ったか否かにかか

ならず、本件では一審被告の債務不履行責任が認められる。

なお、一審被告は甲A第61号証の記述から浮島丸の舞鶴港への入港の経過を主張しているが、甲A第61号証のみからその記述通りの入港経過が認定できるかは極めて疑問があり、仮に一審被告の主張を前提としてもいまだ浮島丸が舞鶴港入港に際して十分な注意を払ったとの立証はなされていないと言うべきである。

以 上