



平成15年(ネ才)第236号 公式陳謝等請求上告事件

上告人 朴 一、外

被上告人 国



上告理由書

2003(平成15)年9月22日

最高裁判所 御中

上告人ら訴訟代理人弁護士

同

同

同

同

同

同

同

同

小野 誠

堀 和

山本 晴

松本 康

池上 哲

武田 信

金 京

新谷 正

中田 政

之

幸

太

之

朗

裕

富

敏

義



上告人1ないし4、6、9ないし12、15、18、20、21、
24ないし26、29ないし36、38ないし43、45ないし
48、50、51、53ないし56、58ないし61、63、6
5ないし68、70、73、75ないし82訴訟代理人

弁護士

戸田 洋平



原判決は、上告人らの請求をいずれも棄却したが、以下のとおり憲法の解釈の誤りその他憲法の違反があり、したがって破棄を免れない。

以下、詳述する。

第1 はじめに（平和憲法の再生を期して）

- 1 戦後民主主義のもとでの裁判所は、平和憲法という名称で象徴される戦後の日本国憲法によって成立し、その上に立って運用されるべきものであることは、言うまでもない。その憲法の権威ある解釈、適用者として、この浮島丸事件の裁判官の判断が問われている。

浮島丸事件は、アジアに植民地支配を行った日本国の敗戦、戦後処理の過程での爆沈事件であり、一般の遭難事故の責任を問う問題に矮小化してはならない。植民地化した地域から徴用して、日本の戦時体制に労働させた朝鮮人を、敗戦とともに無事に郷里に送りどけるべきことは、日本国の国家的義務であった。舞鶴湾において爆沈、死亡、重症の結果を与えたことについて、謝罪、賠償すべきであるとの本訴請求は、その爆沈事故を発生させたことの具体的責任の有無の問題にとどまるものではなく、植民地支配、そして戦争行為への徴用をした結果から生じた歴史的責任・反省の上にたつべき憲法上の課題である。

この裁判において、被害者（浮島丸乗船者、その遺族など）である上告人（原告）ら（以下「原告ら」という）は、被上告人日本国（以下「被告」という）の「道義的国家たるべき国家責任」「立法不作為の国家責任」「国家としての損失補償責任」「安全配慮義務違反の国家責任」など、いずれも日本国の国家責任を問う法的主張を行っている。この責任を認めさせるかどうかは、平和憲法を宣言して戦後を再出発することを宣言した戦後民主主義国家を構成するわれわれ日本人の課題である。

- 2 平和憲法は、今や「安楽死」されつつあると「在日」の学者、姜尚中氏が指摘している。1989年のベルリンの壁の崩壊とともに、冷戦の時代は終わった。世界の秩序は冷戦の緊張が解け、まさに平和憲法の理念が普遍的な原理として定着すると思われた。しかし、これに逆行するかのようになりつつある現在の日本の状況は、平和憲法が「ピンチの状態に至っている」との表現があてはまる（以下、「アジアから読む日本国憲法」姜尚中、かもがわブックレット、1993年5月より）。

姜氏は、その原因として、以下の通り、3つの分析をしている。

- ① 平和憲法のもとでの日本人は、過去の植民地支配の歴史を忘却し、歴史のアムネジア（健忘症）状態とも言うべき事態にあるという。

戦後日本は、憲法により、平和主義の国家に変わったとして、このことがそのまま歴史的な反省に代わり、東アジアに対して植民地支配を開始した明治にさかのぼる歴史認識の反省は忘却されたというものである。再出発した戦後日本は、アジアにおける植民地支配、戦争犯罪、戦争責任の清算をすることなく、50年余りを過ごしてしまった。平和憲法を積極的に実現する作業はなく、これを怠ってきた。そして、憲法は安楽死しつつあるというのである。

- ② また、平和憲法のもとでの戦後日本は、一方で安保体制・自衛隊と共存しつつ、アジアに日本の経済力と経済的利権を確立させるものでもあった。

平和主義の理念と経済的な巨人国家になることは本来的に原理を異にするものである。しかし日本は、経済的繁栄と平和主義とがワンセットとなっている。経済的利権の擁護・拡大のために平和主義の理念は危ういものとなっている。日本国民は、積極的に経済的正義、公正の実現する中で平和主義の具体的プランないしビジョンを創っていく課題を突きつけられている。

- ③ 日本の国連中心主義とは、その裏側において、日米安保のグローバリゼーションとセットになっているのであり、世界的規模に拡大させている。

国連総会における決議に異議を唱えてきた件数は、日本がアメリカについていることからみてもこのことは明らかである。

アメリカと主と従との関係のなかで、日本の軍事力の増大はすでにアジアの国に脅威を与えている。そして、いずれ、アメリカのコントロールが外れば、日本の舵取りは、再び大国主義、覇権主義の方向に進む。アジアのみならず、アメリカからも遊離したとき、日本には「安心できる友人」がいない国家となる。すでにその兆しを認識すべき時代にある。

- 3 姜氏の視点は、アジアにおける過去の植民地支配の歴史認識を欠いた平和憲法は、その生命を失いつつあるということであり、アジアにおける経済的利権を追求してきた戦後日本は、平和憲法を危うくしているということ、そして、いずれ、平和憲法がその生命を失ったときに、日本はアジアを含む世界の友人を失うということになるという警告として捉えるべきものである。

原告らは、浮島丸爆沈の責任、そして、現在に至るもその補償を行わないという二重の責任について、本件第一審以来、主張してきた（2001年1月2

5日原告ら準備書面、「第4、問われる日本の戦後賠償責任」参照)。国家責任を果たさないことは、アジア諸国に向かう日本の姿勢として、通用しないと強調した。

憲法解釈に最終責任を負う最高裁に向けて、改めて、植民地支配をしたアジア諸国への歴史認識、反省に立った憲法解釈、憲法の運用を行うことを避けるならば、われわれの平和憲法は死滅するものであることを確認しておかねばならない。

原判決の一文には、次のような箇所がある。

「憲法は、ポツダム宣言の趣旨を踏まえて制定されたものということができ、また、憲法が、我が国の過去の戦争及び植民地支配に対する反省を踏まえていることは憲法前文から読み取れるところである。」(原判決73頁)

原審の裁判官は、憲法の制定、前文の趣旨を学んでいるはずである。憲法が、過去の戦争及び植民地支配の認識・反省から生まれたものであることは自明のことであったはずである。

恰も解釈問題のごとく、「前文から読み取れる」とはどういうことか? 「読み取る」問題ではなく、憲法が生まれた歴史的由来、歴史的体験を基盤として、憲法を解釈し、運用するべきことは当然である。原審裁判官には、憲法の由来する歴史的認識をすでに欠いていたことは明らかである。

本件浮島丸事件は、日本国の戦後賠償事件のひとつとして、憲法の解釈・適用を問題とするものである。そして、裁判所がよって立つところの憲法がその原点を失うことなく再生することを期待する。

第2 前文及び9条についての憲法解釈の誤り

1 日本国憲法は侵略戦争と植民地支配の反省の上に立脚している。

日本国憲法草創期の注釈書である『注解日本国憲法』は「いずれの国家も、自国のことのみに専念して他国を無視してはならない」という憲法前文の文言について、「過去においてわが国がとったような、利己的・独善的な国家主義を排撃している。従来、わが国においては、わが国体の優越性を妄信し、他国を無視する偏狭な独善主義的な国家思想が広く行われてきたが、これらの思想は、ここに徹底的に打破しなければならぬ趣旨を示している。」(同書55頁)と解説し、「自国のことのみに専念して他国を無視」したのはほかならぬ大日本帝国であったこと、日本国憲法が大日本帝国の侵略と植民地支配に関して否定的な認識と反省を有し、かつ、その抜本的改革を図ろうとの意図のもとに存

立していることを明確に述べている。

原判決も「憲法はポツダム宣言の趣旨を踏まえて制定され、過去の戦争及び植民地支配に対する反省を踏まえていることは前文から読み取れる。」と認めている。

原告らも、この点について原判決や前掲書と認識を一にするものであるが、日本国憲法が否定した「帝国日本の軍国主義と植民地支配」とは、決して対米戦争の開始以後の大日本帝国の行動に限定されるものではなく、明治以来の大日本帝国の領土拡張、多民族支配の政策を指すということを、改めて指摘しておきたい。

すなわちカイロ宣言は「…台湾及び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」「…朝鮮の人民の奴隷状態に留意し、やがて朝鮮を独立自由のものにする…」と規定し、真珠湾攻撃（1941年）以降の太平洋戦争や満州事変（1931年）以降の15年戦争に限ることなく、台湾を植民地とした日清戦争（1894年）に始まり、韓国併合（1910年）へと続く、50年にわたる侵略と多民族支配の歴史を否定的に総括している。そしてそのカイロ宣言は「カイロ宣言の条項は遵守されるべく」との規定によりポツダム宣言にとりいれられ、そのポツダム宣言の受諾により明治憲法下の旧体制（天皇主権の原理及びその下に立つ統治機構）が否定され、日本国憲法の憲法制定権力が授権されたのである。したがって、カイロ宣言・ポツダム宣言は一体として日本国憲法の授権規範・根本規範である。

このように、日本国憲法は、ポツダム宣言の受諾によって日本が受け入れた軍国主義の除去、民主主義、自由権、基本的人権の確立という諸理念と、その背後にある近代国家原理（憲法97条にいう「人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果」）、明治以来50年の日本国家の侵略・植民地支配がかかる近代国家原理に違背していたという歴史認識を新たな根本規範として成立したのであり、憲法の解釈にあたっては、つねにこれらの根本規範が解釈基準とされるべきである。

2 日本国憲法第9条は侵略と植民地支配への反省を世界に対して誓約したものである

日本国憲法は前記反省を踏まえ、「恒久平和を念願」し、第9条において戦争放棄、戦力の不保持という不作為を命じた。前掲書によれば、第9条の目的のひとつは「過去のわが国の行動からして、日本は好戦国であって、将来再軍備をして再び世界の平和を脅かしはしないかと世界が疑惑をもつことを除去す

ること」であり、「とくに自衛のためにすら戦争ないし軍備を許さないとしたことは、過去においてわが国が自衛の名の下に侵略戦争を行っていたことからいって、この点に関するわが国に対する世界の疑惑を除去する趣旨を明らかにしようとするものであり、「本条の制定はポツダム宣言のもっとも重要な履行としての意味をも」つものであった（同書204頁）。すなわち、憲法第9条は侵略と植民地支配の反省の上に立脚した新生日本の世界に対する誓約にほかならないのである。

3 日本国憲法は平和を愛する諸国民との信頼関係の構築により日本の平和と安全を維持せよと命じている。

ところで、自国の安全は憲法自身の存立基盤であり、その維持のために憲法が不作為のみを命じているはずがない。憲法は第9条において不作為を命ずるとともに、前文2項において自国の安全を「平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼」し維持すると宣言し、平和を愛する諸国民との信頼関係の構築という作為を命じたのである（前掲書54頁）。

すなわち憲法は9条による戦争放棄、戦力不保持という不作為と前文2項の平和を愛する諸国民との信頼関係の構築という作為を日本の平和と安全の維持のための車の両輪として命じているのである。

ところで、日本の平和と安全のため信頼関係を構築すべき対象である以上、「平和を愛する諸国民」とは、第一義的に日本に隣接、近接する地域の人々を指しているはずである。そして日本に隣接、近接する地域の「平和を愛する諸国民」とは、まさに日本の植民地支配と侵略戦争の被害者にほかならないのである。すなわち、侵略戦争と植民地支配を行ってきた日本が、それを反省し、その被害者である諸国民との信頼関係を回復することを、憲法は日本国の平和と安全を維持するために命じているのである。

4 憲法の命ずる作為義務の内容（道義的国家たるべき義務）

憲法は「平和を愛する諸国民」との信頼関係の構築のための作為の内容まで明文で規定していない。

しかし、下記のように、憲法の文言及び条理により、作為の内容は十分に特定されているというべきである。

第1に、信頼関係を構築すべき対象は侵略戦争・植民地支配の被害を受けた国家だけではなく、被害者たる個人を含んでいる。

日本国憲法前文第2項は「われらは全世界の国民が、ひとしく恐怖と欠乏から免れ、平和のうちに生存する権利を有することを確認する」と規定し、平和

的生存権を「全世界の国民」に保障している。

一国の憲法に過ぎない日本国憲法が「全世界の国民」に平和的生存権を保証することは一見、背理とも思える。しかし、上記のように日本国憲法が大日本帝国の侵略と植民地支配に否定的な認識と反省を有し、その抜本的改革を図ろうととの意図のもとに存立しているとの観点から考察すると、上記文言の意味するところは明瞭である。

そもそも、「全世界の国民」といっても、日本の国家権力と過去において接したことがなく、将来において接する可能性もない人々の平和的生存権を日本国の憲法で保障することは本来不可能であり、無意味である。したがって、ここにいう「全世界の国民」とは日本の国家権力と何らかの接触をもち、あるいは将来接触する可能性のある人々を指していることは疑いがない。そうであれば、平和的生存権の内容である「ひとしく恐怖と欠乏から免れ」の「恐怖」は日本による侵略戦争や植民地支配による「恐怖」であり、「欠乏」とは侵略戦争や植民地支配による被害に起因する「欠乏」を意味することがあきらかである。

すなわち、前文2項に規定された平和的生存権は、日本の国家権力と接触する可能性のある全世界のすべての人々に、日本による侵略戦争と植民地支配の恐怖やそれに起因する欠乏に苦しめられることのない権利を保障し、日本国民に対しては「平和を愛する諸国民」との間に築き上げた信頼関係のもとで戦争の恐怖や予感に脅かされることなく、安んじて暮らして行くことができる権利を保障したものであって、「道義的国家たるべき義務」を、その義務の履行により利益を受ける人々の観点から、権利として確認したものである。

したがって、憲法が信頼関係を構築する対象として侵略戦争、植民地支配の被害者個人を想定していることは明らかであり、このことは、憲法が「平和を愛する諸国」ではなくあえて「平和を愛する諸国民」と規定したことからも裏付けられる。

第2に、国家ではなく侵略戦争や植民地支配の被害者個人との信頼関係を構築せよという以上、少なくとも、侵略戦争と植民地支配について被害者に何の謝罪も賠償もすることなくして信頼関係を回復することは不可能であり、憲法がこれを命じていることは条理上明らかである。

特に原告らについていえば、日本国憲法制定当時、原告らの国籍国である大韓民国は未成立であり、日本国政府自身の見解によれば、原告らは日本国憲法制定当時は日本国籍を有し、1951年のサンフランシスコ平和条約により日

本国籍を喪失したのである（1952年4月19日付法務省民事局長通達）。

したがって、原告らへの賠償を国家間条約によって行うことを日本国憲法が予定していたと解する余地はなく、まさに個人に対する謝罪と賠償を日本国憲法が命じていると解するほかはないのである。

5 道義的国家たるべき義務の名宛人

ところで、侵略戦争と植民地支配による被害への賠償、平和を愛する諸国民との信頼関係の回復は、憲法が自国の安全（すなわち憲法の存立）のために命じている唯一の作為である。

しかも、ポツダム宣言第11項は「日本国は、其の経済を支持し、且公正なる実物賠償の取立を可能ならしむるが如き産業を維持することを許さるべし」としている。日本国憲法の成立に法的根拠を与えたポツダム宣言は侵略戦争による被害への賠償を戦後の日本国家の存在目的そのものとみなしているのである。

すなわち、道義的国家たるべき義務は、これが懈怠されれば、憲法自身の存立も危うくなる程の重要性をもった作為であり、国家目的そのものと言っても過言ではない義務なのである。

したがって、この義務の名宛人は日本国の立法権・行政権・司法権であり、立法府がこれに違反すれば憲法上の立法不作為の違法をもたらし、立法が欠缺している場合には既存のあらゆる法を活用してこの義務を果たすことが司法府に求められている。

6 道義的国家たるべき義務の程度

憲法前文はこの義務の程度を「国家の名誉をかけ、全力をあげて」達成されなければならないと表現している。

もとより、憲法も不可能を強いるものではないが、「平和を維持し、専制と隷従、圧迫と偏狭を地上から永遠に除去しようと努めている国際社会において、名誉ある地位を占めたいと思う」と宣言している以上、戦争や圧制の被害者に対し、現在の国際社会において行われている謝罪や賠償の中で、先端的地位を占める水準のものを要求しているのである。

一審において原告らが主張したように、日本と同盟して戦争を遂行したドイツは、連邦補償法、連邦返済法等の法律や諸条約により、ユダヤ人等のナチス被害者に対し、充実した賠償をおこない、莫大な財政的負担をしている。また、アメリカ合衆国は、戦争中強制収容した日系人に対し「市民の自由法」を制定し、正式に謝罪するとともに一人当たり2万ドルの補償金を交付している。

したがって、憲法が「道義的国家たるべき義務」を課している日本は、侵略戦争と植民地支配の被害者に対し、少なくともこれらの例に劣らない謝罪と賠償を行う義務がある。

7 国家賠償法類推適用による賠償責任

上記のように、司法府も道義的国家たるべき義務の名宛人であり、謝罪と賠償のための立法が欠けていても、裁判所としては、立法裁量論に逃避するのではなく、類似法令の類推等を通じてこれを特定し、司法救済を実現すべきである。

そして、道義的国家たるべき義務の具体的履行方法を定めた法令が存在しない本件において、公務員による不法行為による損害の回復という点で共通の基礎をもつ国家賠償法を類推適用することは、本件の司法的解決としてきわめて妥当である。

なお、「道義的国家たるべき義務」は、現在の日本国が平和を愛する諸国民の信頼に値する国家でなければならず、その信頼関係の下に日本の平和と安全を維持しなければならないという現在の義務であるから、右の類推適用は国家賠償法を遡及させるものではなく、もとより除斥期間、時効等の規定は類推される余地がない。

また、「公正と信義に信頼」するのは、優れて精神的な領域にかかわることであり、謝罪のないまま物質的賠償を行ったのでは、とうてい「道義的国家たるべき義務」は果たし得ない。

そこで、精神的被害の回復という点で共通の基礎をもつ民法723条と国家賠償法4条を類推し、裁判所が政府に対し適当な方法で公式に謝罪することを命じることができると解される。

8 以上により、原告らは憲法前文及び第9条により、直接謝罪と賠償を請求することができるのであり、これを否定した原判決には憲法の違反がある。

第3 立法不作為についての憲法解釈の誤り

- 1 原判決は、1985年11月21日最高裁第一小法廷判決（以下「1985年小法廷判決」という）に依拠して、立法不作為による国家賠償を否定した。1985年小法廷判決が変更されるべきであることは、原告らが原審において詳細に主張したところである。しかし、原判決はこれらの主張に正面から答えることなく、ひたすら1985年小法廷判決にすぎり、原告らへの重大な人権侵害の放置を容認したのである。

そこで、原告らは、原審における主張を敷衍し、1985年小法廷判決を変更して、被告に対して立法不作為による国家賠償責任を認めるべきであることを主張する。

2 立法不作為による国家賠償請求の歴史

立法不作為による国家賠償を請求する訴訟は主に1970年代前半から1980年代前半にかけて下級審に現れた。それらは下記のような裁判例であった。

- ① 札幌地小樽支判1974・12・9「在宅投票制1次訴訟」(判時762号8頁)
- ② 札幌高判1978・5・24〔在宅投票制1次訴訟控訴審〕(判時888号26頁)
- ③ 札幌地判1980・1・17〔在宅投票制2次訴訟〕(判時953号18頁)
- ④ 東京地判1977・8・8〔定数配分千葉4区訴訟〕(判時859号3頁)
- ⑤ 東京地判1978・10・19〔定数配分東京7区訴訟〕(判時914号29頁)
- ⑥ 大阪地裁1980・5・15〔私学訴訟〕(判時972号79頁)

これらの裁判例や学説においては、一般論として立法行為や立法不作為の違憲性を国家賠償訴訟で争うことを認める立場が多数を占めてきた。そして、国会議員の立法行為や立法不作為も国家賠償の原因たる違法な公権力の行使となりうることを当然の前提とした上で、国家賠償の認められるための要件である国会議員の故意過失をどのようにとらえるべきか、ここでの国家賠償訴訟が抽象的違憲審査におちいらないようにするためには、いかなる要件の絞りかけをすべきかという形で議論がすすめられてきた。

例えば前記②の裁判例は、過失の存在を否定して請求自体は棄却するものであったが、立法不作為に対する国家賠償請求の要件についての判決要旨は次の通りであった。

- 『1 (1) 国会議員による立法行為又は立法不作為についても国家賠償法1条1項は適用される。
- (2) 国会議員の免責特権を定める憲法51条は、国会議員の違法行為についての国の賠償責任を否定する趣旨を含むものではない。
- 2 (1) 憲法上の選挙権の保障には、選挙権行使の平等な機会の保障も含まれる
- (2) 国会が、合理的と認められるやむを得ない事由のない限り、選挙権行

使の平等を確保するよう立法することは、憲法上の義務である。

3 国会が憲法によって義務付けられた立法をすることを故意に放置する場合、裁判所は国会の当該立法不作為の憲法適合性を判断しうる。

4 国家賠償法適用上、国会議員の故意・過失については、国会の意思が各国会議員の意思であると前提すれば足りる。』

ところが、前記②の上告審である1985年小法廷判決は、「国会議員の立法行為は、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を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法1条1項の規定上、違法の評価を受けない。」と判示した。

この判決は、当時から「下級審判決が今までに積み上げてきた成果を、いっきに根底からくつがえしてしまった」（野中俊彦・法律時報58巻2号・「在宅投票事件最高裁判決の検討」）と評価され、実際にその後13年間、立法不作為による国家賠償を（及びその可能性を）認める裁判例は姿を消したのである。

3 1985年小法廷判決の誤り

(1) 論理的誤り

1985年小法廷判決の理由づけについて、従来より次のような論理的な問題点が指摘されていた。

i 判決は立法行為の違法と立法内容の違法の問題は区別されるべきであるとして、前者は後者とは異なり、性質上法的規制の対象になじまず、特定個人に対する損害賠償責任の有無という観点から適否を法的に評価することは許されないとした。

しかし、刑事手続において逮捕・起訴・勾留などが独立の行為として国民の権利を制限するのとは異なり、国会議員の個々の行為は、法律案への賛成反対を問わず、総体的に法形成に向けられるのであり、独立の行為として直接個々の国民に法的効果を及ぼすことはありえないから、上記の区別が直ちに判決のこのような効果に結びつくとは考えられない。

むしろ、国会のような合議制の機関については、議員意思の集約されたものとしての立法に違憲性があれば、それに向けた立法行為は国家賠償法上違法と評価され、結局観念的には区別された違法性が再び重なりあうと解するのが妥当である。

ii 判決は憲法51条による国会議員の免責を、立法行為に対する国家賠償

請求を抑制する根拠として挙げているが、憲法51条は国会議員の立法活動について個人としての民事上の責任を問わないことを規定したものにすぎず、その違法な職務を国家賠償法上適法なものとなす趣旨ではない。

iii 判決は「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を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合」を立法行為に対する国家賠償請求が許される例外的場合として挙げているが、それ以前の理由づけと、この例外には全く論理的関係が見いだせない。

(2) 実質的誤り

しかし、1985年小法廷判決が最も厳しい批判を受けたのは、個々の論理的破綻によりも、判決が「人権が侵害された場合に裁判的救済を求める権利ないし憲法訴訟を提起する道を保障すべきことについての配慮がまったく感じられない」という点であった。

1976年4月14日最高裁大法廷判決（議員定数配分規定違憲訴訟、以下「1976年大法廷判決」という）が、公選法204条の選挙の効力に関する訴訟により議員定数配分規定そのものの違憲を理由として選挙の効力を争い得るのかについて疑問を呈しつつも、右の訴訟が現行法上選挙人が選挙の適否を争うことができる唯一の訴訟であり、これを措いては他に訴訟上公選法の違憲を主張してその是正を求める機会がないことに配慮し、「およそ国民の基本的権利を侵害する国権行為に対しては、できるだけその是正、救済の途が開かれるべきであるという憲法上の要請に照らして」これを認めたことと対比しても、1985年小法廷判決が小法廷の判断により無造作に立法行為に対する国家賠償請求を否定したことは理解困難というほかはなかった。

学説も、およそ憲法上の権利の侵害に対してできるだけ救済の道がひらかれなければならないという憲法上の要請に応えるためには「国家賠償法1条1項の解釈論として、立法行為や立法不作為にかかる国家賠償請求を肯定する説も否定する説もともに論理的に成立しうるとしたら、肯定説の方が選ばれるべきである」（内野正幸「在宅投票制廃止を争う道はいずこに」法学セミナー374号）り、「最高裁が…なにゆえに自らの違憲審査権の行使に必要以上の制約を課す論理を展開したのか、率直に言って理解に苦しむ」（野中俊彦 前掲）と評したのである。

(3) 一方で、1985年小法廷判決の文言を相対化して解釈し、この判例の枠

内でも立法不作為による国家賠償を認めうるとする学説も存在した。佐藤幸治は1985年小法廷判決は「国会の立法・立法不作為に対する国家賠償法の適用を實際上ほぼ否定」したものと評しながらも『『憲法の一義的な文言云々』ということにこだわって、国家賠償請求訴訟が憲法訴訟の1つの場として展開していく上で本判決が桎梏とならないよう望みたい」と主張した（「注釈日本国憲法（下巻）1247頁以下）。

4 関釜裁判一審判決

山口地裁下関支部1998年4月27日判決（関釜裁判一審判決）は、1985年小法廷判決の文言を相対化しようという試み優れた例であった。

同判決は1985年小法廷判決について「当裁判所もまた基本的には右最高裁判決と意見を同じくする」としながら、「しかし、右結論部分における『例外的な場合』についてはやや見解を異にし、立法不作為に関する限り、これが日本国憲法秩序の根幹的価値に関わる基本的人権の侵害をもたらしている場合にも、例外的に国家賠償法上の違法をいうことができるものと解する」とした。

確かに、1985年小法廷判決は理由部分の論理と例外の提示に論理的関係がなく、しかも、例外については、積極的立法の場合を例示するのみで、立法不作為の場合についての例示がない。そして、積極的違憲立法に比べ、立法不作為の場合に国家賠償によって争う必要性がより高いことを考慮すると、関釜裁判一審判決の判示のように、1985年小法廷判決を原則的に維持しつつ、例外の解釈を拡大することによって、本件について立法不作為の違法を認めたことは、最高裁判例に対する謙抑的な批判として十分に理解できるところである。

5 ハンセン病訴訟熊本判決

熊本地裁2001年5月11日判決（ハンセン病訴訟熊本判決、判例時報1748号30頁）も、極度の人権侵害とその放置を前にして、1985年小法廷判決の例外を拡大しようと努力した優れた判決であった。

同判決は、1985年小法廷判決は「もともと立法裁量にゆだねられているところの国会議員の選挙の投票方法に関するものであり、患者の隔離という他に比類のないような極めて重大な自由の制限を課する新法の隔離規定に関する本件とは、全く事案を異にする。右判決は、その論拠として、議会制民主主義や多数決原理を挙げるが、新法の隔離規定は、少数者であるハンセン病患者の犠牲の下に、多数者である一般国民の利益を擁護しようとするものであり、その適否を多数決原理にゆだねることには、もともと少数者の人権保障を脅かし

かねない危険性が内在されているのであって、右論拠は、本件に全く同じように妥当するとはいえない。」と指摘し、その後の最高裁判決の同旨判決も、その事案の性格上「本件に匹敵するようなものは全く見当たらない。」とした。そして、『立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している』ことは、立法行為の国家賠償法上の違法性を認めるための絶対条件とは解されない。右一連の最高裁判決が『立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している』との表現を用いたのも、立法行為が国家賠償法上違法と評価されるのが、極めて特殊で例外的な場合に限られるべきであることを強調しようとしたにすぎないものというべきである。」として、ハンセン病患者の隔離規定を改廃しなかった立法不作為に対して国家賠償を認めたのである。

6 少数者の人権保障の桎梏となった1985年小法廷判決

ところで、1985年小法廷判決は、個別事案の解決としては、1976年大法廷判決において、定数不均衡の場合に公選法上の無効訴訟を提起することが認められたのを受け、在宅投票制の問題についても行政訴訟によるべきであり、あえて立法不作為の国家賠償という道を認める必要はないとの判断があったものとも思われる。

しかし、1985年小法廷判決の当時には思い至らなかった戦後補償を求める訴訟が1989年以来本件を含めて60件近く提起され、1985年小法廷判決の弊害がますます明らかになった。すなわち、戦後補償の問題は、日本国民には恩給法・援護諸法を通じて膨大な予算を投じた戦後補償が行われたにもかかわらず、それらのほとんどすべてに国籍条項を設け、また戦争を遂行した人々への補償に厚く、戦争に巻き込まれた人々への補償に薄いという体系の立法がおこなわれたため、旧植民地出身者には全く補償・賠償の手が差し伸べられることがなかった故の問題であり、まさに立法不作為の問題だったのである。

しかし、これらの訴訟の前には1985年小法廷判決が立ちはだかり、しかも戦後補償の問題においては（在日韓国人への恩給法・援護法適用という限られた事例を除いては）行政訴訟によって争う余地がなく、まさに憲法上の人権が侵害されながら、その救済の道が見いだせないという困難を強いられたのである。

そのため、戦後補償に関する数多くの判決において、裁判所は現状が違憲であることを示唆したり、立法解決を望む旨判示しながら、主文においては原告の請求を棄却するという、無力な対応に終始せざるをえなかったのである。

そのような判決のうち数例を挙げれば、下記の如くである。

- ⑦ 大阪地裁1995年10月11日判決（元日本軍属在日韓国人援護法障害年金却下処分取消訴訟1審判決。判タ901号84頁）

『在日韓国人について、国籍条項、戸籍条項により、援護法の適用対象外として何らの補償給付を行わず、前記のように重大な差別を生じさせる取扱いは、憲法14条に違反する疑いがあるといわざるを得ない。』

- ⑧ 東京地裁1998年6月23日判決（元日本軍人韓国人損害賠償請求事件）

『原告のように、退役後は日本国から恩給が支給されると信じ、旧日本軍人として我が国のために最も危険な南方の最前線で戦闘に参加し、片腕を失うほどの重度の戦傷を受けたにもかかわらず、その後自己の意思によらず国籍を喪失したという一事をもって、被告である日本国から何らの補償も受けられないという事態は、いかにも不可解であるといわざるを得ず、何らかの立法措置が講ぜられてしかるべきである。』

- ⑨ 東京高裁1998年7月13日判決（元日本陸軍軍属韓国人BC級戦犯者国家補償等請求事件。判時1647号39頁）

『この問題によって、人道的、国家補償的見地からする戦後補償立法が我が国及び先進主要国においてみられる実情にかんがみるとき、…右の問題について適切な立法措置がとられるのが望ましいことは、明らかである。第2次世界大戦が終わり、戦犯者控訴人らが戦犯者とされ、戦犯裁判を受けてから既に50年余の歳月が経過し、戦犯者控訴人らはいずれも高齢となり、当審係属中にもそのうち2人が死亡している。国政関与者においてこの問題の早期解決を図るため適切な立法措置を講じることが期待される場所である。』

- ⑩ 東京地裁1998年7月31日判決（元日本軍人韓国人恩給請求棄却処分取消請求事件。判時1657号43頁）

『現在の繁栄が幾多の人々の犠牲の上に存すること、そして、その犠牲を被った者が日々生活を送る生身の人間であること、恩給法の適用のある軍務に服した者としては、当然に同法による恩給給付を期待して職務に当たったであろうこと、特に、増加恩給は公務の遂行において自己の心身という重要な法益に重篤な障害を生じた元公務員の稼働能力の減耗を補うものであることに思いを致せば、日本人として従軍しながら戦後の国際関係の間で日本国民としての国籍を喪失し、同一の立場にあった日本人とは異なる取扱いを受け、経済的にも著しい格差が生じていることは、平等・公正の観念に照らして疑義なしとしないところである。…国際社会において、国家の責任において引き起こされた損害について、その国家が内外国人を問わずに補償を行うこと

が望ましい…』

- ⑪ 東京高裁1998年9月29日判決（元日本軍属在日韓国人援護法障害年金却下処分取消訴訟。判時1659号35頁）

『…人道的な見地からしても、また国連の規約人権委員会から関心事項（懸念事項）として指摘されていることに照らしても、速やかに適切な対応を図ることが、我が国に課せられた政治的・行政的責務でもあるというべきである。

…援護法の国籍条項及び本件付則を改廃して、在日韓国人にも同法適用の途を開くなどの立法をすること、又は在日韓国人の戦傷病者についてこれに相応する行政上の特別措置を採ることが、強く望まれる。』

- ⑫ 東京地裁1998年12月21日判決（光州千人訴訟）

『日本の国会で何らかの直接的補償措置の検討がなされることが望まれることはいうまでもない』

これらの「付言」の意図するところには原告らも共感するところではあるが、かかる付言をしつつ、結局立法裁量論により請求を棄却するのでは、少数者の人権の最後の砦である裁判所として余りにも無力な対応であるといわざるを得ない。

そもそも、立法裁量論は立憲民主主義が健全に機能していることを前提とする議論である。ハンセン病訴訟熊本判決は「新法の隔離規定は、少数者であるハンセン病患者の犠牲の下に、多数者である一般国民の利益を擁護しようとするものであり、その適否を多数決原理にゆだねることには、もともと少数者の人権保障を脅かしかねない危険性が内在されている」と指摘した。本件を始めとする戦後補償訴訟は日本国民として戦争に協力させられ、深刻な被害を受けながら、戦後はその意思に関わらず日本国籍を喪失したされた結果、国籍条項により恩給法・援護法の体系から締め出されたばかりか、日本における選挙権・被選挙権も失った人々によって提起されている。したがって彼らは日本においては議会制民主主義や多数決原理から完全に疎外された絶対的少数者でありハンセン病訴訟熊本判決の事例以上に議会制民主主義や多数決原理が妥当せず裁判所による少数者の人権回復機能の発動がもとめられるケースである。

それにもかかわらず、上記の裁判例が現状の不正義を認めながら、弱々しく「付言」することしかできなかった理由のひとつは、1985年小法廷判決により最高裁が立法不作為による国家賠償という裁判所の武器を無造作に投げ捨ててしまったことにある。

上記のように、1985年小法廷判決後15年余りの経過は、同判決が裁判所の少数者の人権保障機能の桎梏となり、これ以上維持すべきでないことを明らかに物語っている。

7 ハンセン病訴訟熊本判決以降の動向

ハンセン病訴訟熊本判決後、政府は政府声明で、本判決が1985年小法廷判決に違反すると批判した。しかし一方で同日に出された小泉総理大臣談話では「わが国においてかつて採られたハンセン病患者に対する施設入所政策が、多くの患者の人権に対する大きな制限、制約となったこと、また、一般社会において極めて厳しい偏見、差別が存在してきた事実を深刻に受け止め、患者・元患者が強いられてきた苦痛と苦難に対し、政府として深く反省し、率直にお詫び申し上げる」と政府としての反省を明らかにし、結局控訴を断念してハンセン病訴訟熊本地裁判決は確定したのである。

そして、国会では同年6月15日に「ハンセン病療養所入所者等に対する補償金の支給等に関する法律」が可決成立した。

この法律には次の前文が付されている。

「ハンセン病の患者は、これまで、偏見と差別の中で多大の苦痛と苦難を強いられてきた。わが国においては、昭和28年制定の『らい予防法』においても引き続きハンセン病の患者に対する隔離政策がとられ、加えて、昭和30年代に至ってハンセン病に対するそれまでの認識の誤りが明白になったにもかかわらず、なお、依然としてハンセン病に対する過った認識が改められることなく隔離政策の変更も行われることなく、ハンセン病の患者であった者等にいたずらに耐え難い苦痛と苦難を継続せしめるままに経過し、ようやく『らい予防法の廃止に関する法律』が施行されたのは平成8年であった。

我らは、これらの悲惨な事実を悔悟と反省の念を込めて深刻に受け止め、深くおわびするとともに、ハンセン病の患者であった者等に対するいわれのない偏見を根絶する決意を新たにするものである。ここに、ハンセン病の患者であった者等のいやし難い心身の傷跡の回復と今後の生活の平穩に資することを希求して、ハンセン病療養所入所者等がこれまでに被った精神的苦痛を慰謝するとともに、ハンセン病の患者であった者等の名誉の回復及び福祉の増進を図り、あわせて、死没者に対する追悼の意を表するため、この法律を制定する。」

この前文はハンセン病熊本地裁判決の確定を受けて、国会自身が過去の立法不作為について深く反省し、被害者に対して明確に謝罪をするものであった。

このように、立法不作為に対する裁判所の違憲判断を行政府と立法府が受け

入れ、新たな立法により謝罪と補償を行い、侵害された人権の回復を実現したこの過程は、立法不作為に対する裁判所の違憲判断が立法府を適正に抑制し、少数者の人権保護の機能を営むことができることを証明した。そして注目すべきことは、国会においても、マスコミにおいても、上記の過程によって議会制民主主義が破壊されたと主張するものは1人もいなかったことである。

すなわち、議会自らが裁判所の違憲判断にもとづく立法不作為の是正を受け入れ、民主主義の主体である国民もそれを受け入れている現状のなかで、多くの裁判所のみが、なお立法不作為に対する司法審査を「議会制民主主義と多数決原理の尊重」の名のもとに躊躇しているのである。

ここにおいて、最高裁判所がなお1985年小法廷判決を維持するのであればそれは議会制民主主義に対する謙抑ではなく、少数者の人権保障を担うことへの怯懦であるといわなければならない。

したがって、原告らとしては、1985年小法廷判決の例外に関する判示のみ変更しようとする関釜裁判一審判決及びハンセン病訴訟熊本判決の英知に十分に敬意を表しながらも、1985年小法廷判決自体を変更し、同判決以前に下級審判例及び学説によって形成された要件により、立法不作為による国家賠償請求の道を再び開くことが正当であると考えられる。

8 立法不作為による国家賠償の要件

1985年小法廷判決以前の下級審及び学説により形成された立法不作為による国家賠償請求の要件は次のようなものと考えられる。

- (1) 立法者の立法義務が憲法上明示されているか、または解釈上導き出される場合に
- (2) 相当の期間を経過してもなお立法者が立法義務を怠っているときに、立法の不作為が違憲となり、
- (3) 国会議員の故意・過失が認められる場合には国家賠償が認められる。

憲法解釈上、本件原告らに対する国の賠償義務を導き出す事ができることは、一審以来原告らが主張してきた通りである。そして、戦後、戦後恩給法、援護法の立法によって日本人戦争被害者に対する補償を行いながら、あえてこれらの法の対象から原告らを排除し、原告らに対する賠償立法を怠ってきた立法者には、立法を行う十分な期間があり、立法の懈怠に故意があることも明らかである。

したがって、原告らには被告に対し立法不作為による賠償請求権がある。

9 仮に1985年小法廷判決自体を見直すべきであるとの主張が認められない

としても、少なくとも関釜裁判一審判決及びハンセン病熊本判決の立場から、1985年小法廷判決の例外に関する部分を緩和して解釈すべきである。

本件は、国が、朝鮮人がソ連軍と呼応して暴動を起こすという妄想にもとづいて多数の朝鮮人を危険な航海に駆り立て、死亡させたという、事件であり、例外的に立法不作為による国家賠償が認められる場合について関釜裁判一審判決と同様の立場をとれば、原告らのケースが例外に含まれることは明らかである。

また、ハンセン病訴訟熊本判決は「(1985年小法廷判決は)もともと立法裁量に委ねられているところの国会議員の選挙の投票方法に関するものであり、患者の隔離という他に比類のないような極めて重大な自由の制限を課する新法の隔離規定に関する本件とは全く事案を異にする。…その後の最高裁判決の事案も、一般民間人戦災者を対象とする援護立法をしないことに関するもの…、生糸の輸入制限に関するもの、民法733条の再婚禁止期間に関するもの…等であり、本件に匹敵するようなものは全く見当たらない。」として、ハンセン病患者に対する隔離規定が「極めて特殊で例外的」に立法行為が国家賠償法上違法と評価される場合であると認定した。多数の朝鮮人が国の行為により死亡した本件はまさに「本件に匹敵する」場合であり、ハンセン病訴訟熊本判決と同様の見解に立つとしても、原告らの場合が「極めて特殊で例外的」に立法不作為が国家賠償法上の違法と判断されることは明らかである。仮にそうでなければ、審理を差し戻して、原告らの被害事実が例外的な場合に該当するか否かをさらに審理すべきである。

第4 損失補償についての憲法解釈の誤り

1 原判決の誤り

原判決は、明治憲法27条(ないし憲法29条3項の類推適用)に基づく損失補償責任の主張について、76頁において「本件爆沈事件により朝鮮人乗船者やその親族らが被った損害ないし被害は、戦争犠牲ないし戦争損害に属するものである。しかるところ、戦争中から戦後にかけての国の存亡にかかわる非常事態にあっては、これらの戦争犠牲ないし戦争損害は、国民の等しく受忍しなければならなかったところであり、これに対する補償は、憲法29条、13条、25条等の全く予想しないところというべきであり、事柄の性質上、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を待って初めて決するものであって、憲法の各条項に基づいて一義的に決することは不可能である

というほかなく、これについては、国家財政、社会経済、損害の内容、程度等に関する資料を基礎とする立法府の裁量的判断に委ねられたものと解される。」と判示する。

しかしながら、原判決の認定は下記のとおり誤りである。

2 本件爆沈事件による損害は戦争被害に該当しないこと

原判決は、本件爆沈事件による損害は戦争犠牲ないし戦争損害であると認定するが失当である。

本件で、浮島丸が出港する以前に、天皇は、連合国に対する無条件降伏を主たる内容とするポツダム宣言受諾に関する詔書を8月14日に発布し、その旨連合国側に宛てて日本国政府の通告が発信するとともに、翌日の15日には上記詔書の内容が全国民に対しラジオで放送され終戦（敗戦）を迎えていたというのは公知の歴史的事実である。

従って、浮島丸が出航した時点では既に戦争は終了している以上、浮島丸の爆沈は戦争犠牲ないし戦争損害に該当するとは認められないと言うべきである。

3 仮に戦争犠牲ないし戦争損害に該当する余地があるとしても、浮島丸の日本軍乗組員の死傷者については、恩給法ないし戦没者戦傷病者等援護法に基づきその犠牲ないし損害は補償されている。

従って、当時は同じく日本国民でありながら、浮島丸の乗組員達は補償を受けているにもかかわらず、朝鮮人乗船者やその家族に対しては何らの補償もなされず放置され続けているという状態にあり、戦争犠牲ないし戦争損害である以上、「国民が等しく受忍しなければならなかったところである」という原判決の論理は前提において正しくなく、既に破綻していることは明らかである。

これまでいわゆる戦争犠牲ないし戦争損害として問題とされたのは、空襲被害等の補償を求めた場合であって、その場合には同じ立場で同様の被害を受けた者は等しくその補償を受けていないという状況にあったため、全員が受忍しなければならぬとの論理が通用したものと思われるが、本件では上記のとおり浮島丸という同じ船に乗って同じ被害を被りながら、一方は正当な補償を受け、他方は全く補償されていないという関係にあるのであるから、戦争犠牲ないし戦争損害論は妥当せず、補償を受けていない朝鮮人徴用工及びその家族らに対しても正当な補償がなされるべきである。

4 そして、以下に述べるとおり、本件においては、原告らは、被告に対し明治憲法第27条に基づく損失補償を請求できると解すべきである。

また、仮に、明治憲法第27条に基づく損失補償が認められないと仮定しても、本件には現行憲法29条3項が類推適用されるべきであり、いずれにせよ原告らは本件で被った損失の補償を請求できるものであり、原判決はこの点について憲法解釈を誤っていることが明らかであるから原判決は取り消されるべきである。

5 憲法の条項に基づく直接請求が認められること

原判決は、「明治憲法27条は「日本臣民ハ其ノ所有権ヲ侵サルコトナシ公益ノ為必要ナル処分ハ法律ノ定ムル所ニ依ル」とのみ規定し、そもそも損失補償に関する規定を欠いていたと指摘し、それが損失補償が認められない理由の一つとするようであるが、失当である。

確かに、明治憲法では、財産権に関する明文の補償規定はなかったこと及び、明治憲法と日本国憲法では、その構造や政体に関する基本原理などでは大きな相違点があるのは事実であるが、しかし財産権の保障の場面における私的財産権不可侵の理念は近代資本主義国家の最大の基本理念ともいうべきものであり、その理念は両者を通じて一貫している。

従って、少なくとも明治憲法27条と日本国憲法29条はその趣旨において合致していることは明らかであり、本件に関しては以下に述べるとおり、明治憲法27条の規定の趣旨を適用するか、あるいは憲法29条3項を類推適用することにより、損失補償が認められるべきであり、この点に関する原判決の誤りは明白である。

6 本件において損失補償が認められるべきこと

以上述べたとおり、本件については、明治憲法27条の適用ないし憲法29条3項の類推適用がなされるべきであるが、上記条項の適用が認められるとして、本件のような生命・身体に対する損害について損失補償責任の適用があること、及び戦争犠牲ないし戦争損害が特別の犠牲に該当するものであることは原告らの第一審における2001年1月25日付準備書面第3、(3)ないし(4)で詳述したとおりである。

そして、原判決は、本件の事実認定において浮島丸が出港した経緯につき、「大湊地区及びその周辺の朝鮮人徴用工らが連合軍の進駐やソ連軍の進撃と呼応して暴動等を起こすことを恐れた大湊警備府が、治安上の理由から、朝鮮人徴用工らを早急に帰還させる目的で浮島丸を運行したというのであるから、少なくとも日本側から見れば、原告らが浮島丸に乗船させられたのは、朝鮮人暴動の予防という「公共の用」のためであったことは原判決も認定するところ

である。

また、浮島丸に乗船させられた原告らが特定人ないし特定の範疇に属する人であり、かつ、原告らは本件によって被った損害が財産権に内在する制約として受忍すべき限度を超えており、財産権の本質的内容を侵すほど強度なものであることもまた、前記準備書面において詳述したとおりである。

よって、原告らの損失は特別の犠牲に基づくものであって、原告らは、被告日本国に対し、明治憲法27条に基づき、あるいは日本国憲法29条3項を類推適用して、その被った損失の補償を請求できるものであり、この点の判断を誤った原判決は、憲法に違反するものとして破棄されるべきである。

以 上