

平成14年6月28日判決言渡 同日原本領収 裁判所書記官

平成8年(ワ)第15770号 損害賠償請求事件

口頭弁論終結日 平成14年2月22日

判 決

当事者の表示

別紙1「当事者目録」記載のとおり

主

文

- 1 原告らの請求をいずれも棄却する。
- 2 訴訟費用は原告らの負担とする。

事 実 及 び 理 由

第1 請求

被告は、原告らに対し、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。

第2 事案の概要

本件は、中華人民共和国国籍を有する原告莫徳勝（以下「原告莫」という。）、原告楊宝山（以下「原告楊」という。）及び原告方素榮（以下「原告方」という。）が、旧日本軍が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際に家族を殺害され自らも受傷した（以下「本件事件」という。）として、被告である日本国に対し、主位的に、本件事件の際の旧日本軍兵士による加害行為（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、被告が本件事件後長年にわたり原告ら被害者に対する救済措置立法をせず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。

原告らは、本件請求の根拠として、主位的に、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条及び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。また、単に「附属規則」ということもある。）、②法例11条1項に基づき準拠法となる当時の中華民国民法、③日本の民法、予備的に、④立法不作為につき国家賠償法1条1項を主張し、被告は、これらの主張はいずれも理由がないと争っている。

第3 争点

- 1 国際法に基づく損害賠償請求権の有無
- 2 中国民法に基づく損害賠償請求権の有無
 - (1) 法例11条の適用の有無
 - (2) 法例11条2項による国家無答責の法理の適用の有無
 - (3) 法例11条3項による民法724条後段の適用の有無
- 3 日本法に基づく損害賠償請求権の有無
- 4 立法不作為に基づく損害賠償請求権の有無

第4 争点に対する当事者の主張

（原告らの主張）

別紙2「原告らの主張」記載のとおりである。

（被告の主張）

別紙3「被告の主張」記載のとおりである。

第5 当裁判所の判断

- 1 本件の事実経過（一部に公知の事実を含むほか、括弧書内に掲げた各証拠によって認めることができる。）
 - (1) 撫順炭坑襲撃事件と本件事件の発生（甲24, 25, 32, 33, 47の1・2, 53ないし57）
 - ア 旧日本軍は、1931年9月18日のいわゆる満州事変を契機に、中国満州地方への軍事侵攻を開始し1932年には満州の主要部を占領した。
日本は、清朝最後の皇帝だった愛新覚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。旧日本軍の軍事侵攻に伴い、中国各地でこれに抵抗するための武装組織が結成されたが、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初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。

イ 1905年に日本が獲得した遼寧省撫順市所在の撫順炭坑は、1906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、日満議定書が調印された翌日である1932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の楊柏堡採炭事務所などを襲撃し、関東軍独立守備隊第二大隊第二中隊などで構成される日本側の守備隊と交戦した。日本側守備隊は、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たことにより採炭作業を15日間停止せざるを得ないなどの損害を被った。

ウ この襲撃事件の直後、日本側守備隊は、中国側自衛軍の進軍経路上にあった平頂山村の住民が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、独立守備隊第二大隊第二中隊等の部隊が平頂山村に侵入した。旧日本兵らは、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て殺傷した後、生存者を銃剣で刺突するなどして、その大半を殺害し、同時に村の住家に放火して焼き払った。翌17日、旧日本軍兵士や日本側炭坑関係者らは、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。

本件事件による死者の数は、諸説あって確定できないが、旧日本軍関係者によると約700から800名、中国側の発表によると約3000名に上るとされる。また、本件事件の生存者は、約30から40名程度といわれている。

エ 終戦直後、中国国民党政府の指導の下に行われた戦犯裁判において、本件事件に関与したとされる日本人炭坑関係者らの裁判が行われ、有罪とされ死刑を宣告された7名が1948年4月に処刑された。

現地では、1951年に「平頂山殉難同胞記念碑」が建立され、1970年に「平頂山殉難同胞遺骨館」（後に「平頂山惨案遺址記念館」と改名）が建立されている。

(2) 原告莫の被害事実（甲41，原告莫徳勝本人）

ア 原告莫は、1925年7月3日に平頂山村で出生し、本件事件当時、満7歳であり、両親、妹及び母方の祖父母とともに暮らしていた。原告莫の父は撫順炭坑で、母は日本人の経営する火薬工場でそれぞれ働いており、祖父は薬局を経営する漢方医であった。

イ 1932年9月16日朝、原告莫は、戸外で遊んでいると、トラック4台に分乗した旧日本兵が村の北側にあった牛舎の前で車を下りてくるのを見た。原告莫が自宅に戻り母に日本兵が来たことを告げたが、まもなく、3人の旧日本兵が入り口を叩き壊して屋内に侵入し、匪賊（抗日武装組織の日本側の呼称）が来るから守ってやると言って外に出るよう命じた。原告莫の父はこれを拒否したが、旧日本兵は銃床で父を殴打するなどして原告莫を含む一家6名全員を屋外に追い出した。原告莫とその家族は、他の住民とともに、村の南西にある崖の麓の窪地に追い立てられた。その場所には既に大勢の住民が集められており、旧日本兵が包囲していた。

まもなく、旧日本兵が機関銃で住民に一斉掃射を開始し、住民は次々に被弾して倒れた。原告莫の父は原告莫を地面に伏せさせ、家族の他の者も地面に伏せたが、原告莫以外の者はこの銃撃の間に被弾して死亡した。

銃撃が止んだ後、一列に並んだ旧日本兵が倒れている住民の体を銃剣で刺しながら近づいてきたが、その際、原告莫は、旧日本兵が泣き叫ぶ子供を銃剣で突き刺して殺害するのを見た。一人の旧日本兵が地面に横たわっ

ていた原告莫の体を足蹴にして仰向けにさせた上、左肩を銃剣で突き刺したが、原告莫がその痛みを耐えて身動きをしないで死んだ振りをしていたため、その旧日本兵は、それ以上何もせず過ぎ去っていった。

ウ 周囲が静かになり、早く逃げるよう促す声が聞こえたため、原告莫は、左肩の痛みを耐えつつ起きあがり、傍らにいた父に声を掛け、その手を噛んでみたりしたが、父は血を流したまま動かなかった。原告莫は、母や妹、祖父母も皆死んでしまったことに気付く、しばらく茫然としていたが、早く逃げるよう促す声が再度聞こえたため、その場を離れ、平頂山村の南にある隣村に向かい、その後、父の祖父母に引き取られて養育を受けた。

エ 原告莫は、1948年以降、撫順市の製鋼所に勤務し、1980年から同所の工場長を務めた後、1986年に退職した。また、1944年に結婚し、2男6女をもうけた。

(3) 原告楊の被害事実（甲26、原告楊宝山本人）

ア 原告楊は、1922年9月21日に山東省で出生した後、父が撫順炭坑で坑夫として就労するため、平頂山村に転居した。原告楊は、本件事件当時、満9歳であり、両親及び弟とともに、村の北西部に住んでいた。

イ 1932年9月16日朝、原告楊は、戸外で遊んでいると、旧日本兵を乗せたトラック4台が北方から村に近づいてきて、うち3台が村の北側で停車した。これを見た原告楊は、直ちに帰宅して母に報告したが、まもなく、中国服を着た男が原告楊の自宅を訪れ、原告楊とその家族に、前夜に抗日義勇軍が平頂山を通過したため旧日本兵が射撃訓練をするので住民は避難すべきこと、避難先で写真撮影をすること等を告げた。この男の話に信用した原告楊の一家は、自宅を出て、他の住民とともに村の南西にある崖下の平地に向かって歩いていった。原告楊らが到着したときには、既に大勢の住民が崖を背にして集まっており、銃を持った旧日本兵がその周囲を取り囲むように立っていた。原告楊は、旧日本兵の近くに黒い布で覆わ

れたものが置かれているのを見つけ、写真機だと思った。

まもなく、軍刀を持った旧日本兵の合図で、写真機らしきものを覆っていた黒い布が外され、旧日本兵が布の下にあった機関銃で住民に一斉掃射を始めた。父は弟とともに背後の崖の方向に逃げようとし、母は原告楊を抱きかかえるようにして地面に伏せさせた。旧日本兵がいったん中断した掃射を再開した際、地面に伏せていた母に銃弾が命中し、さらに原告楊も右腰に被弾した。

その後、旧日本兵が近づいてきて、横たわっていた原告楊の体を銃剣でつつくなどした後、原告楊の頭を蹴るように踏みつけて過ぎ去っていったが、しばらくの間、原告楊は、住民の悲鳴を聞いた。

ウ さらにしばらくした後、旧日本兵がトラックに乗って引き上げていく音が聞こえたため、原告楊は、逃げようとして起き上がり、母やその傍らにいた父、弟がいずれも血だらけになって死亡しているのに気付いた。原告楊は、その後、平頂山村の南の方角に逃げ、抗日義勇軍の兵士らとしばらく生活を共にするなどした後、母の兄夫婦の下に身を寄せた。

エ 原告楊は、終戦直後の1945年8月、撫順市に戻り、1946年以降石油会社などで就労し、1981年に退職した。また、1945年に結婚し、2男2女をもうけた。

(4) 原告方の被害事実(甲27, 原告方素榮本人)

ア 原告方は、元の実名を韓曉鐘といい、1928年6月2日に平頂山村で出生した。本件事件当時、原告方は、満4歳であり、両親、2人の弟、父方の祖父母及び叔母の8人で暮らしていた。父は時計の修理屋を、祖父は雑貨店を営んでいた。

イ 1932年9月16日朝、原告方は、自宅前で遊んでいたところ、トラックが何台かやってきて停車し、多数の旧日本兵が降りて村の方に走ってくるのを見た。原告方が怖くなって祖父を呼ぶと、祖父は旧日本兵を見て

直ちに玄関の扉を閉め、家族全員が祖父の部屋に籠もった。旧日本兵に強制的に連行されることを恐れた父は、逃げようとして裏庭の方向に走っていったが、その直後に旧日本兵2名が玄関の扉をこじ開けて屋内に侵入し、そのうち1名が裏庭の塀をよじ登っていた父を銃で射殺した。さらに、旧日本兵は、原告方らに対し、中国語で「写真を撮る。」などと言いながら銃を突きつけ、外に出るよう命じた。原告方を含む一家全員が屋外に追い出され、他の住民と共に旧日本兵に追い立てられるようにして村の南にある丘の麓に集められた。そこには、既に多数の住民が雑然と集められていた。

原告方は、黒い布に覆われたものを見つけ、写真機だと思ったが、まもなく黒い布が取り払われ、旧日本兵が布の下にあった機関銃で住民に向けて発砲した。この時、原告方の家族は一団となっていて、母が下の弟を、叔母が上の弟を抱いていたが、原告と手をつないでいた祖父に銃弾が命中し、祖父は原告を両腕で抱えるようにして倒れ、祖父の体が原告方の上に覆い被さる状態になった。この時、原告方も首と左腕に被弾し、他にも傷を負い、痛みのため気を失った。原告方は、意識を取り戻した際、母を求めて泣き叫ぶ上の弟を旧日本兵が銃剣で突き刺し、そのまま上に放り投げるのを見た。

ウ 旧日本兵が過ぎ去ってしばらくして、原告方は、祖父の体の下から這い出したが、母、祖父母、弟はいずれも動かなくなっていた。原告方は、自宅に戻ろうとしたが、自宅が焼けているのに気付いて家族の下に戻り、祖父の遺体の傍らで一夜を明かした。原告方は、翌日、炭鉱労働者の宿舎に一晩匿われ、次の日、母方の祖父母宅に送り届けられた。祖父母は、原告方が旧日本兵に見つからないよう、数日後に祖父の親戚の下にしばらく身を寄せ、傷の治療をした。また、祖父母は、原告方が本件事件の生存者であることが発覚するのを恐れ、原告方の名前を現在の方素榮に改めさせた。

エ 原告方は、1958年以降、幼稚園の園長、労働組合の女性部部長や副主席を勤めた後、1984年に退職した。また、1945年に結婚した前夫（後に病死）との間に1女、1952年に再婚した現在の夫との間に2男1女をもうけた。

2 国際法に基づく請求について

(1) 国際法の基本的な性格

条約その他の国際法は、元来、国家と国家との間の権利義務を定めたものであり、条約についていえば、その締約国が他の締約国に対し条約が定めた権利を有し義務を負うものである。条約が締約国の国民その他の個人の権利や利益の保護増進を目的とする規定を定めている場合であっても、個人の保護は、一般には、締約国が条約の規定に従って行動することにより他の締約国に対し条約上の義務を遵守することによって間接的に実現されるものであり、個人は、締約国が条約上の義務を果たすことによりその結果として利益を受けるものである。締約国が条約の定めに従って違反した結果他の締約国の個人の権利利益が侵害されて損害を受けたときは、その個人の属する締約国が他の締約国に対し条約違反を理由に外交保護権を行使して損害（国民個人が損害を受けたことを基礎とする国家自体の損害）回復のための相応の措置を講ずべきことを求めることができ、個人は、このような国家による外交保護権の行使により間接的に保護が図られるにすぎない。これが条約の伝統的な基本的枠組みである。

したがって、条約が個人の権利利益保護のための規定を設けているからといって、条約上当然に個人が締約国に対する請求権を有するわけではない。個人が他国に対する国際法上の請求権を有するためには、条約その他の国際法規範によりその旨が特別に認められていることが必要である。そして、近年、個人の国際交流の活発化、国際社会における人権尊重意識の高まり等を反映して、個人に国際法上の一定の権利行使を認める条約が作成されるよう

になってきているが、その数はさほど多くはなく、その内容や権利行使の方法も限定されていることが一般的である。これは、多数の対等な主権国家が併存している現実の国際社会の実情を反映しているものと考えられる。

(2) 条約の解釈方法

条約法に関するウィーン条約（以下「条約法条約」という。）31条1項は、条約の解釈に関する一般的な規則として、「条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するものとする。」と規定し、同条3項は、「文脈とともに、次のものを考慮する。(a)条約の解釈又は適用につき当事国の間で後にされた合意 (b)条約の適用につき後に生じた慣行であって、条約の解釈についての当事国の合意を確立するもの (c)当事国間の関係において適用される国際法の関連規則」と規定している。また、32条は、解釈の補足的な手段として、「前条の規定の適用により得られた意味を確認するため又は次の場合における意味を決定するため、解釈の補足的な手段、特に条約の準備作業及び条約の締結の際の事情に依拠することができる。(a)前条の規定による解釈によっては意味があいまい又は不明確である場合 (b)前条の規定による解釈により明らかに常識に反した又は不合理な結果がもたらされる場合」と規定している。

条約法条約は1969年（昭和44年）に採択されたものであるが、条約解釈についての規定は長年の慣行の積み重ねにより国際慣習法として形成されてきた諸原則を明文化、法典化したものであるから、ヘーグ陸戦条約の解釈も条約法条約に定められた上記解釈方法に準じて行うのが相当である。

そこで、この解釈方法に従い、ヘーグ陸戦条約につき検討する。

(3) ヘーグ陸戦条約について

ア 条約の用語

ヘーグ陸戦条約（1907年作成。我が国は1911年批准）3条は、
附属「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。」と規定し、附属規則に違反した締約国に損害賠償責任を課しているが、その相手方（損害賠償請求権を有する者）についての文言はない。そして、ヘーグ陸戦条約には、個人が損害賠償請求権を行使する方法や手続など、個人に請求権があることを窺わせる規定は一切ない。かえって、ヘーグ陸戦条約2条は、「規則及本条約ノ規定ハ、交戦国カ悉ク本条約ノ当事者ナルトキニ限、締約国間ニノミ之ヲ適用ス。」と規定しており、締約国間の権利義務を定めるものであることを前提とする規定がある。前記(1)の条約の基本的な性格やヘーグ陸戦条約作成当時は現在よりも個人の国際法主体性の意識が弱く伝統的な考え方が支配的であったと考えられることを考慮すると、ヘーグ陸戦条約が個人に請求権を認める趣旨であったなら、その旨の明文規定を設けたはずである。したがって、ヘーグ陸戦条約は、その文理上、個人の請求権を認めたものと解することは困難である。

原告らは、ヘーグ陸戦条約3条は損害賠償請求権を有する者がだれかについての文言がないが被害を受けた個人が請求権を有することは当然である旨主張する。しかし、同条約は、国際法規範を定めた条約である以上、前記(1)の国際法の基本的な性格を考えると、当然に個人の請求権を認めたものと解することはできず、かえって請求権を有する者についての文言がないことは、国際法の伝統的な考え方、すなわち国家と国家との間の権利義務を定めることを前提とする趣旨と考えられるところである。

なお、"compensation"という英語（ヘーグ陸戦条約の正文ではない。）は国家の他国に対する国際法上の損害賠償を意味しないとの証拠はなく、かえって、アメリカ合衆国ではヘーグ陸戦条約3条は個人の請求権を認めたものではない旨の裁判所の判断が示されているところである（後記ウ(イ)及びウ(ウ)）。

イ 条約の趣旨・目的

ヘーグ陸戦条約は、戦争の惨害を軽減するため、陸戦において守るべき規則を定めることによって個人の権利利益を保護することを目的とし、締約国に規則遵守を義務付けるだけでなく、規則に違反した締約国に対し損害賠償責任を課すことによって（3条）、この目的の実効性を高めようとしたものと解される。このように、同条約の究極的な趣旨・目的は、陸戦の過程における非戦闘員その他の個人を保護することにあるが、前記(1)の条約の基本的な性格を考えると、ヘーグ陸戦条約の究極的な趣旨・目的が個人の保護にあることから、直ちに同条約3条が個人の請求権を認めたものと解することはできない。

ウ 国家実行例

ヘーグ陸戦条約3条の適用についての国家実行例は、次のとおりである。これによれば、個人の国家に対する損害賠償請求権を認めた国家実行例は1例だけであり（ア）、逆に個人の請求権を明確に否定した国家実行例も存在している（イ、ウ）。したがって、国家実行例を考慮しても、ヘーグ陸戦条約3条が個人の国家に対する損害賠償請求権を認めたものと解釈することはできない。

（ア）ギリシャのレイバディア地方裁判所判決（甲65の1・2）

第2次世界大戦中にギリシャを占領中のドイツ軍が行った残虐行為により被害を被ったギリシャ人が旧西ドイツに対し損害賠償を請求した。旧西ドイツは同国の主権を侵害するとの理由で訴状の受領を拒否したが、ギリシャのレイバディア地方裁判所は、1997年10月30日、旧西ドイツの主張を排斥して同国に対する裁判管轄権を肯定した上、ヘーグ陸戦条約はギリシャによって批准されていないが同条約の内容はギリシャ及びドイツを拘束する国際慣習法の一部となっている、原告らの請求は、ヘーグ陸戦条約及び附属規則、とりわけ同条約3条及び同規則

46条により合法的である、これらの請求は主権国家によって行われる必要はなく個人の資格で行うことも可能である、なぜなら、いかなる国際法の原則もこれを排斥していないからであると判示して、原告の請求を認容した。

この判決は、被告に訴状が送達されていないのに本案判決をし、また、主権国家の他国占領中の行為につき他国の裁判権からの免除を否定することを前提としたものではあるが、ヘーグ陸戦条約3条に基づく個人の国家に対する損害賠償請求権を認めたものであり、原告らの主張に沿う国家実行例であるといえる。

(イ) アメリカ合衆国（以下「米国」という。）第4巡回区控訴裁判所判決（乙18）

米国のパナマ侵攻後の略奪及び暴動の結果、資産に損害を被ったパナマ企業が、米国に対し、ヘーグ陸戦条約3条に基づき損害賠償を請求した事案について、米国第4巡回区控訴裁判所は、1992年6月16日、「国際条約は個人的に行使する権利を創設するものとは推定されない。」、「裁判所は、条約が個人の出訴権を付与する意思を全体として明示している場合に限り、自動執行性をもつと解する。」、「ヘーグ条約は、個人が行使する訴権を明確に規定していない。我々は、同条約を全体として合理的に解釈しても、締約国がそのような権利を付与する意思があったという結論には達しない。」と判示した。

(ウ) 米国コロンビア特別区地方裁判所判決に対する控訴審判決（乙19）

米国国民がナチスの強制収容所での監禁時の負傷及び強制労働に対する金銭賠償を旧西ドイツに請求した事案について、米国コロンビア特別区地方裁判所判決に対する1994年7月1日の控訴裁判所判決は、「アメラダ・ヘスの訴訟において、最高裁は外国主権免除法における例外規定は、『国際協定が明確に同法の免除条項と矛盾する場合に適用され』、

実体的な行動規範を定め、特定の不正行為に対して賠償が支払われるべき旨の規定があるだけの国際条約は、(必ずしも)個人の請求権を創設するものではないとの判断を下した。しかしながら、ヘーグ条約のいかなる条項も同条約の違反に対して個人に損害賠償請求権を付与することを示唆すらしていないとの見解では、訴訟の結論は一致している。」と判示した。

(イ)及び(ウ)の判決は、いずれも、国家が裁判権から免除されるか否かが争われた事案であるが、その判文上ヘーグ陸戦条約3条が個人の国家に対する損害賠償請求権を認めているとの解釈を否定したものであることは明らかであり、その趣旨の国家実行例であるといえる。

(エ) ジュネーブ諸条約追加第1議定書91条に関する国際赤十字委員会発行の解説書(甲69の1・2)

1977年6月8日に採択されたジュネーブ諸条約追加第1議定書91条は、「諸条約又はこの議定書の規定に違反した紛争当事国は、必要な場合には、賠償を支払う義務を負う。紛争当事国は、自国の軍隊の一部を構成する者が行ったすべての行為について責任を負わなければならない。」と規定しているところ、同追加議定書に関して国際赤十字委員会が1987年に発行した解説書は、「第91条は、陸戦の法規慣例に関する1907年ヘーグ陸戦条約第3条を文字通り再規定したもので、これをまったく廃棄していない。これは、これがすべての国にとって慣習法であり続けるということを意味する。」「賠償を受ける権利を有する者は、通常は、紛争当事国又はその国民である。」との記述に引き続き、「例外的な場合を除いて、紛争当事国の違法行為によって損害を受けた外国籍の人は、自ら、自国政府に訴えを行うべきであり、それによって当該政府が違反を行った当事国に対してそれらの者の申し立てを提出することとなろう。しかし、1945年以来、個人の権利行使を認め

る傾向が現れてきている。」、ヘーグ陸戦条約3条「がヘーグで採択されたとき、これは、陸戦の法規慣例に関する規則に必要な制裁規定をなすものとして提出された。(中略)さらに、違反を受けた人が法に依拠することは、それを自国の政府を通して違反者の政府に対して行使することができなければ幻想的なものになると考えられた。」と記述している。この解説書は、その内容からみて、ヘーグ陸戦条約3条が個人の国家に対する損害賠償請求権を認めているとの解釈を採用したものと断定することはできない。

(オ) 混合仲裁裁判所等における処理

第1次世界大戦後のヴェルサイユ条約その他の平和条約に基づいて設立された混合仲裁裁判所においては、個人の国家に対する損害賠償請求が認められていたが、これは、特別に設立された国際機関を通じて個人が国家に対して損害賠償請求権を行使することをこれらの条約が認めた(条約の締約国である加害国と被害国とがかかる処理を合意した。)ことに根拠があるものであり(ヴェルサイユ条約については297条、298条及び304条)(乙12)、ヘーグ陸戦条約3条に基づく個人の国家に対する請求権行使の実行例となるものではない。

米国とメキシコとの間の一般請求委員会における処理や1907年の中米司法裁判所設置条約に基づく中米司法裁判所における処理についても、上記混合仲裁裁判所と同様の根拠に基づくものと認められる(甲5, 6参照)。

(カ) その他

ギリシャに占領されていたトルコ領エピラス島の住民がギリシャを相手として徴発により被った損害の賠償を請求した事案において、アテネ控訴裁判所は、ヘーグ陸戦規則46条及び53条に体现された私的財産の不可侵性を認める国際法の原則が本件にも適用されると述べ、原告の

請求を認容した第1審判決を支持した（甲66の1・2）。しかし、この事例は、ヘーグ陸戦規則46条及び53条を援用しているものの、ヘーグ陸戦条約3条を請求権の根拠として原告の請求を認容したのかどうか明らかではない。

第2次世界大戦後ドイツが英国に占領されていた時期に英国占領軍構成員の起こした交通事故の被害者が損害賠償を旧西ドイツに求めた事案において、旧西ドイツのミュンスター行政控訴裁判所は、1952年4月9日、「原告の損害賠償の請求は、国内公法からだけでなく、国際法からも導き出されるものである。1907年ヘーグ規則3条により、国家はその軍隊に属するすべての人員が犯したすべての行為〔すなわち、規則の違反行為〕について責任を負う。」と判示して、原告の請求を認容した（甲64の1・2）。しかし、この事例は、加害行為をした者が属する英国の損害賠償責任を認めたものではないから、ヘーグ陸戦条約3条の実行例となるものではない。

第2次世界大戦中に強制収容所において強制労働に従事させられたユダヤ人が賃金の支払をドイツに請求した事案について、1997年11月5日、ドイツのボン地方裁判所は、「ドイツ帝国は、ヘーグ第4条約を1919年10月7日に批准したため、その規則を遵守しなければならなかった。この条約の附属規則52条によると、占領地の市民による課役は占領軍の需要のためにするのでなければ要求することができないし、市民が母国に対する戦闘行為に参加する義務も含めてはならない。

（中略）したがって、交戦中のドイツ帝国にとっては、ユダヤ系の市民を軍事工場で、殲滅を目的として、非人間的条件下で強制労働させることも禁じられていた。」と判示して、原告の請求を認容した（甲68の1・2）。しかし、この事例は、国内法を根拠にして請求を認容したものであったから（甲73, 74）、ヘーグ陸戦条約3条の実行例となる

ものではない。

なお、このことは、この判決に先立ちボン地方裁判所から当該事案の移送を受けた連邦憲法裁判所が、1996年5月13日、戦争被害についての賠償請求は国際法に基づいて国家間でのみ主張し得ることであり個人には請求権はないということを根拠付ける国際法上の一般的規律が基本法の構成部分として存在するのかどうかという問題に関し、国際法は国家間の法であり個人は国際法の主体とならず国際的不法行為があった場合でも請求権を有するのは当該個人ではなく出身国であり、このような国家だけに権利を認めた原則は1943年から1945年にかけては人権侵害にも適用され、個人は出身国に外交保護権を行使することを請求する権利も有していなかった、しかし、外交保護という基本的原則は、侵害を犯す側の国家の国内法が国際法上の義務以外のものとして、それと並んで、侵害された者に請求権を認めることを排除するものではない、侵害国がその国内法により、被害者の出身国が国際法上有する請求権とは別に個人の請求権を付与することは当該国家の裁量で自由に行い得る、当該請求をドイツ国内法（連邦補償法）の定める補償請求と位置付けるのであれば、当該請求は国際法の影響を受けない旨述べていること（甲67）からも裏付けられるものである。

原告らは、これらのほか、本件事件後被告が損害賠償金支払の公告をしたことや、イラクに関する国連決議を指摘するが、前者は、本件事件後撫順市民に不安と混乱が広がったのでこれを收拾するため本件事件にも関与した撫順炭坑の幹部である日本人が平頂山村民に見舞金を配布することにしたものであり（甲24）、後者もヘーグ陸戦条約3条に基づき国家が個人に損害賠償金を支払った事実は認められないから、いずれも原告らの主張に沿う実行例とはいえない。

エ 条約の作成過程

ヘーグ陸戦条約の作成過程（補足的解釈手段）をみても、次のとおり、同条約が個人に損害賠償請求権を認めたものであるとの解釈を裏付けることはできない。

(ア) 乙17によれば、ヘーグ陸戦条約3条の作成過程は、以下のとおりであったと認められる。

a ヘーグ陸戦条約3条は、ヘーグ陸戦条約及び附属規則の前身として1899年の第1回ヘーグ平和会議において採択された陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約及び陸戦ノ法規慣例ニ関スル規則の修正として、1907年の第2回ヘーグ平和会議の全体会合及び第2委員会で検討された。まず、ドイツ代表が、以下のような規定を新たに設けることを提案した。

第1条 この規則の条項に違反して中立の者を侵害した交戦当事者は、その者に対して生じた損害をその者に対して賠償する責任を負う。交戦当事者は、その軍隊を組成する人員の一切の行為に付き責任を負う。

現金による即時の賠償が予定されていない場合において、交戦当事者が生じた損害及び支払うべき賠償額を決定することが、当面交戦行為と両立しないと交戦当事者が認めるときは、右決定を延期することができる。

第2条 （同規則の）違反行為により交戦相手側を侵害したときは、賠償の問題は、和平の締結時に解決するものとする。

b 第2委員会第1小委員会議長は、この提案に対して、以下のよう
指摘した。

「現在の規定に欠けている制裁条項を加えようという大変興味深いこの提案は、2つの部分からなっている。第1は中立の者に関する部

分であり、ある交戦当事国の軍隊を組成する者により中立の者に対し生ぜしめられた損害はその者に対して賠償して然るべしとしている。そこには権利があり義務があるが、『交戦相手側の者に対して』生ぜしめられた損害については、如何なる権利も規定されていない。単に、交戦相手側の者に関する『(賠償の)問題』は、和平達成時に解決されるべきである旨述べられているのみである。」

c ドイツ代表は、提案理由を、以下のとおり説明した。

「陸戦の法規慣例に関する条約によれば、各国政府は、同条約附属の規則の規定に従った指令をその軍隊に対して出す以外の義務を負わない。これらの規定が軍隊に対する指令の一部になることにかんがみれば、その違反行為は、軍の規律を守る刑法により処断される。しかし、この刑事罰則（だけ）では、あらゆる個人の違反行為の予防措置とはならないことは明らかである。同規則の規定に従わなければならないのは、軍の指揮官だけではない。士官、下士官、一兵卒にも適用されなければならない。したがって、政府は、自らが合意に従って発した訓令が、戦時中、例外なく遵守されることを保障することはできないであろう。かかる状況にあつては、同規則の規定の違反行為による結果について、検討しておくべきである。『故意によるか又は過失によるかを問わず、違法行為により他者の権利を侵害した者は、それにより生じた損害を賠償する義務を右他者に対し負う。』との私法の原則は、万民法の、現在議論している分野においても妥当する。しかし、国家はその管理・監督の過失が立証されない限り責任を負わないという過失責任の法理によることとするのでは不十分である。（このような法理を採ると）政府自身には何の過失もないというのがほとんどであろうから、同規則の違反により損害を受けた者が政府に対して賠償を請求することができないし、有責の士官又は兵卒に対し賠償請

求をすべきであるとしても、多くの場合は賠償を得ることができないであろう。したがって、我々は、軍隊を組成する者が行った規則違反による一切の不法行為責任は、その者の属する（軍隊を保有する）国の政府が負うべきであると考え。その責任、損害の程度、賠償の支払方法の決定に当たっては、中立の者と敵国の者で区別をし、中立の者が損害を受けた場合は、交戦行為と両立する最も迅速な救済を確保するために必要な措置を講じるべきであろう。一方、敵国の者については、賠償の問題の解決を和平の回復の時まで延期することが必要不可欠である。」

d ロシア代表は、ドイツ代表の提案を支持し、以下のとおり述べた。

「我々は、先程この会議に提案を行った際、戦時における平和市民の利益を念頭に置いていたが、ドイツ提案はその同じ利益に合致するものであると考える。我々の提案は、1899年条約の実施にあたりこれら市民に課せられる苦痛を和らげることを目指すものであった。ドイツ提案は、この条約の違反によりこれら市民に対し生ずる損害を想定したものである。これら2つの提案の根底にある懸念は正当なものであり、それ自体として国際的合意の対象となって然るべきであると考え。」

e ドイツ代表の提案に対しては、中立国の市民と交戦国の市民とで扱いを異にしている点に疑問が提起され、フランス代表は以下のように述べた。

「この主張は、中立国の国民と侵略地又は占領地に居住する交戦国の国民とを区別し、前者に有利な地位を与え、彼らにいわゆる中立の配当を認めんとするものである。私はここで、仏代表団は如何なる意味においてもこの考え方を受け入れることはできず、個人のためにとられる保護措置は『中立の者』か『交戦相手側の者』かにより区別を

設けることなく、全ての者に対し同様に適用されるべきであると考え
る旨繰り返したい。ドイツ代表团により提案された文案は、まさにこ
の区別を確立せんとしているようである。なぜなら、その第1条にお
いては『中立の者』に対する損害についてしか語られず、『交戦相手
側の者』は第2条においてしか扱われていないからである。」

「現代の戦時規則により徐々に支配的となりつつある考え方、即ち、
保護的措置であれ抑圧的措置であれ、敵対行為に参加しない全ての個
人を完全に平等に扱おうとする考え方に従えば、保護的措置が中立の
者に限定されるのは受け入れられない。」

f スイス代表は、フランス代表の疑問に対し、以下のように反論して
ドイツ代表の提案を支持した。

「ドイツ提案の内容そのものについては、これが中立の者に許し難
い特権を与えるというのは誤りである。この提案が提示している原則
は、損害を受けた全ての個人に対し、敵国の国民であるか、中立国の
国民であるかを問わず、適用可能である。これら2つのカテゴリーの
被害者、すなわち権利保有者の間に設けられた唯一の区別は、賠償の
支払に関するものであり、この点に関する両者間の違いは、物事の性
質そのものにある。中立の者に対する賠償の支払は、責任ある交戦国
が被害者の国とは平時にあり、また、平和な関係を維持しており、両
国はあらゆるケースを容易にかつ遅滞なく解決し得る状態にあるた
め、大抵の場合、即時に行い得るであろう。このような容易さないし
可能性は、戦争という一事により、交戦国同士の間では存在しない。
賠償請求権は中立の者と同様各々の交戦国の者についても生ずるが、
交戦国同士の間での賠償の支払は、和平を達成してからでなければ決
定し実施することはできないであろう。」

ドイツ代表は、この発言について、「自分自身もできない最高の弁

明をしていただいた。」と感謝した。

- g イギリス代表は、フランス代表の懸念を共有する、ドイツ案においては、中立の者に対し特権的地位が与えられているが、これを受け入れることはできないとして、「第1条が中立の者に対し、受けた損害の賠償を交戦当事者に要求する権利を与えているのに比べ、第2条では、交戦相手側の者については賠償は和平締結時に解決するとしている。したがって交戦相手側の者にとっては、賠償は、平和条約に盛り込まれる条件次第、交戦国間の交渉の結果としての条件次第ということになる。私は、(陸)戦の法規慣例の違反の被害者に対し交戦当事国が賠償をなすべき責任を否定するものではなく、英国は如何なる意味においてもこの責任を免れようとしているわけではない。ただ、このような違反及び生じた損害の範囲を確定することが、しばしば非常に困難であることを指摘したい。」と述べた。

ドイツ代表は、フランス代表及びイギリス代表の発言に対し、ドイツ提案の第2条の解釈に誤解があるとし、この条文が「中立の者」と「交戦相手側の者」との間に設けている唯一の差異は、賠償の支払方法についてであると述べた。

- h 以上のような議論を踏まえ、検討委員会は、ドイツ提案を「本規則の条項に違反する交戦当事者は、損害が生じたときは、損害賠償の責任を負う。交戦当事者は、その軍隊を組成する人員の一切の行為につき責任を負う。」との規定にまとめ、この規定が全体会合において全会一致で採択された。

なお、この規定の起草過程においてされた発言の中には、ヘーグ陸戦規則違反の被害者個人が加害者の属する国家に対して直接損害賠償請求権を行使することができることを明確に述べたものではなく、また、個人が損害賠償請求権を行使する手続や制度に関する発言もなかつ

た。

(イ) 以上に認定したところによると、ヘーグ陸戦条約3条の起草過程における各国代表の発言の中に、同条がヘーグ陸戦規則違反の被害者個人が加害者の属する国家に対して直接損害賠償請求権を行使することができることにする趣旨である旨を明言したものはない。仮に各国代表が個人の国家に対する請求権の創設を意図していたとすれば、それは従来 of 国際法上の国家責任の原則の大きな例外となるものであるから、その是非や個人が請求権を行使し実現する具体的な手続などについても議論されたはずであるが、そのような議論は何らされていない。また、ドイツ代表が提案した当初の案文にあった「その者に対して」との文言は、最終的に採択されたヘーグ陸戦条約3条においては削除されている。

さらに、スイス代表は、中立国との関係では両国はあらゆるケースを容易にかつ遅滞なく解決し得る状態にあるが、交戦国同士の間での賠償の支払は和平を達成してからでなければ決定実施することはできないと述べ、賠償の支払は国家間で行われることを前提とする発言をし、提案者のドイツ代表もこれに対し謝辞を述べている。

これらの事情に照らせば、ヘーグ陸戦条約3条の起草過程において各国代表が意図していたのは、ヘーグ陸戦規則の実効性を確保するため、軍隊構成員が同規則違反行為を行った場合に当該軍隊構成員の所属する国家に被害者の属する国家に対する損害賠償責任を負わせることにあり、当時の伝統的な国際法の枠組みの例外として、個人の国家に対する損害賠償請求権を創設することまで意図していたとは認められない。

オ まとめ

以上のとおりであるから、ヘーグ陸戦条約3条は、その用語、趣旨・目的及び条約成立後の国家実行例からみて、個人の損害賠償請求権を認めたものと解釈することはできず、解釈の補足的手段である条約の作成過程を

考慮しても同様である。したがって、原告らのヘーグ陸戦条約3条に基づく請求は、理由がない。

原告らは国内法として受容されたヘーグ陸戦条約3条に基づく国内法上の請求権を有する旨主張するが、同条は、個人の国家に対する請求権を認めたものではないから、我が国がヘーグ陸戦条約を締結したことにより仮に同条約が我が国で国内法としての効力を有するに至ったとしても、そのことによってヘーグ陸戦条約の内容が変わるわけではなく個人の請求権が発生するものではない。

また、原告らは我が国の裁判所は条約の国内的効力を認めこれを裁判規範の1つとして事案を判断している旨主張する。しかし、一般に国内的効力を有すると認められる条約に違反する行為は国内法上も違法と評価されることがあるが、このことと被害者が違法と評価される行為をした国家に対し損害賠償請求権その他の請求権を有することとは別の問題である。条約が実体的な請求権を認めていない場合には、国家賠償法、民法等の国内法が請求権の根拠となり、条約違反の点は、国内法上の請求権の発生原因の1つである違法性を基礎付けるにとどまる。

なお、個人が外国で損害を受けた場合、その個人の属する国が当該外国に対し国際法違反を理由に外交保護権を行使するには、あらかじめその個人が当該外国において利用することができる国内裁判その他の国内法上の救済手続を採ったことが必要であると国際法上考えられている。これが国内的救済の原則であるが、これは、当該外国の既存の国内救済手続を前提とするものであり、新たな国内救済手続の整備を要求するものではなく、すべての場合に国内救済手続が存在していることを義務付けるものでもない。

(4) 国際慣習法の存否

ヘーグ陸戦条約3条の国家実行例（前記(3)ウ）をみても、交戦相手国の行

為により損害を受けた個人が当該交戦相手国に対し損害賠償請求権を有することを示す相当数の国家実行例の積み重ねによる国際慣行があるとは認められず、このほかに、個人の請求権を認めた個別の条約（ヴェルサイユ平和条約等）の履行とは無関係に個人の請求権を認めた相当数の国家実行例の積み重ねによる国際慣行があるとの証拠もない。

したがって、原告ら主張の国際慣習法の存在を認めることはできない。

(5) 以上のとおりであるから、原告らの国際法に基づく請求は、理由がない。

3 中国民法に基づく請求について

原告らは、本件は法例 11 条 1 項により原因たる事実の発生した地である中国の民法が準拠法となる旨主張するので、まずこの点について判断する。

- (1) 対等当事者間の私法上の法律関係のうち当事者の国籍や住所、行為地、目的物の所在地、原因となる事実の発生地、法廷地等が複数の国にある渉外的私法関係については、当然に日本の民法、商法その他の私法が適用されるわけではなく、国際私法規定である法例の定める国の法律（準拠法）が適用される。法例は、渉外的私法関係に適用される準拠法を定めた法律であり、行為能力、債権的法律行為、物権、不法行為などの単位法律関係ごとにその準拠法を定めている。この単位法律関係で表現されている事象（対等当事者間の生活関係）は、渉外性を有するものに限定されている点を除けば、民商法等の実質私法が前提としている事象と必ずしも同一ではないものの本質的に異なることはない。不法行為についていえば、対等当事者間において一方の違法な行為により他方に損害を与えたという事象であり、この事象を前提に当事者間の利害の調整を図り損害を公平に分担するという法律関係が不法行為の問題である。そして、法例は、この不法行為の成立要件及び効力につき原因たる事実の発生した地の法律を準拠法と定めている（同法 11 条 1 項）。
- (2) 我が国が公権力の行使により他人に損害を与えた場合における国の被害者に対する損害賠償責任の有無・内容という法律関係は、被害者からみれば、

加害者がだれであっても、また、加害者の行為の法的性格がどのようなものであっても、受けた被害の回復の必要性に変わりはないが、加害者である国からみれば、その公権力の行使が違法であるかどうかの問題となり、国家主権の在り方に影響を及ぼすものである。そして、国の公権力の行使は、法律による行政の原則上、その根拠となる我が国の法律に基づいて行われるべきものである。このように、国の公権力の行使に起因する損害賠償責任という法律関係は、被害者の救済、損害の公平な分担という効力の面では法例11条1項の「不法行為」と同様であるが、これに加えて国の公権力の行使の適否が問題となるという成立要件の面では異質な要素があり、この異質な要素は国の公益と密接な関係を有するという意味で決して無視することはできないものである。したがって、このような法律関係は、「不法行為」と共通の要素もあるが、国の公益と密接な関係を有するという意味で無視することのできない異質な公法的要素を含んでいるから、対等当事者間の純然たる私法関係とは異なるものである。

- (3) 民法は、対等当事者間の法律関係を対象とするものであるから、国の公権力の行使を原因とする損害賠償責任の問題には適用されない。そして、法例制定当時は、国家賠償法に相当する法律はなかったから、国は公権力の行使による損害賠償責任を負わないとの法制（いわゆる国家無答責）が採られていた（後記4）。

憲法の施行に伴い国家賠償法が制定され、従前の国家無答責という法制が廃止されて、国の公権力の行使に当たる公務員が故意過失によって違法に他人に損害を加えたときは国が損害賠償責任を負うこととされた（1条1項）。この国家賠償の問題は、公権力の行使自体の法的効力を左右するものではないから行政事件訴訟法ではなく民事訴訟法により通常の民事訴訟手続で訴訟が行われ、また、損害賠償の範囲、過失相殺、消滅時効等については民法の規定によることとされている（4条）。

しかし、他方、民法以外の他の法律に別段の定めがあるときはその定めるところによることとされており（5条）、他の法律の別段の定めとして公益上の配慮から損害賠償額の軽減又は定型化を図っているもの、無過失責任を定めているもの、損害賠償の免責を定めているものなどが存在している（郵便法68条、国税徴収法112条2項、警察官の職務に協力援助した者の災害給付に関する法律7条等）。また、違法な行為をした公務員個人は、故意又は重大な過失があったときに限り国に対する求償義務を負うが（1条2項）、被害者に対しては損害賠償責任を負わないとの判例法理が確立している（最高裁昭和30年4月19日判決・民集9巻5号534頁、最高裁昭和53年10月20日判決・民集32巻7号1367頁等）。さらに、国家賠償法は、被害者が外国人である場合には、相互の保証があるときに限り、適用される（6条）。

このように、国家賠償の問題は、民法上の不法行為と共通する面もあるが、公務の円滑な遂行、自国民保護等の考慮から不法行為とは異なる法的処理が予定されており、対等当事者間の純然たる私法関係とは異なり、国の公益と密接な関係を有するという意味で公法的要素を残した法律関係とされている。

- (4) 国の公権力の行使を原因とする損害賠償責任の問題は、我が国の公権力の行使の適否が重要な争点の1つになるが、公権力の行使はそれぞれその根拠となる我が国の法律に基づいて行われるべきものであるのに、その適否が他国の法律で判断されるのは、相当でない。我が国の法律上適法な公権力の行使が他国の法律で違法とされることが不合理であることは、明らかである（このような事態は、現行法制上は、内閣が国会の制定した法律を誠実に執行するとの我が国の憲法体制と整合しない。）。また、他国がその法律を改正することにより我が国の公権力の行使の適否が左右されることや、同一の性格の公権力の行使が複数の国で行われた場合において、ある国の法律では適法

とされ、他の国の法律では違法とされることも不合理である。

このような事態が法制上予定されていると解することはできない。

- (5) 以上のとおり、私法上の不法行為と国の公権力の行使に伴う損害賠償責任の問題とは法的性格が異なり、また、後者については、かつては国は一切損害賠償責任を負わないとの法制が採用され法的な取扱いも全く異なっており、現行法においても法的な取扱いを異にしている。さらに、我が国の公権力の行使の適否が他国の法律で判断されるということは法制上予定されていない不合理な事態である。

したがって、国が公権力の行使によって他人に損害を与えたという法律関係は、行為地が外国であり、また、被害者が外国籍又は外国に住所を有する者であって涉外的要素を有しているとしても、法例が対象としている涉外的私法関係には当たらないと解するのが相当である。そうすると、公権力の行使を原因とする国の損害賠償責任の問題は、法例の対象にはならないから、法例11条1項の「不法行為」という単位法律関係には当たらず同項の適用を受けるものではない。

なお、当時のいわゆる国家無答責という法制や国家賠償法の内容は、実質法の問題であり、法例の解釈は法例自体の立場から行うべきものであるが、法例も我が国の法律の1つであり、それぞれの法律は相互に整合性を保って制定されるものであるから、法例の解釈に当たってその判断要素の1つとして我が国の実質私法の基本法である民法その他の実質法を含む全法律秩序をも考慮に入れることが許されないとの理由はない。

ちなみに、法例は、民法（第四編及び第五編）と同じ明治31年6月21日に公布され、民法に合わせて同年7月16日から施行されている。その後も、法例は、民法の改正に合わせて、18条1項の「私生児認知」を「子ノ認知」に改め（昭和17年改正）、入夫婚姻等に関する特則を定めていた14条2項及び15条2項を削り（昭和22年改正）、行為能力に関する4条、

5条が改正されている（平成11年改正）。このように法例は、我が国の実質私法の基本法である民法と常時整合性が保たれるように配慮されているところである。

- (6) そうすると、公権力の行使に起因する国の損害賠償責任の問題は、渉外的要素を有するものであっても、法例11条1項が定める不法行為の準拠法ではなく、当該問題の性質、内容自体から適用されるべき法律を定めるべきである。

そして、上記(4)の点を考えると、渉外的要素を有する国家賠償の問題についても、法例の規定を介さず、直接我が国の法律（現在は国家賠償法）が適用されるものと解するのが相当である。

なお、公権力の行使に起因する国の損害賠償責任の問題が公法的要素を有するといっても、ここで問題となるのは、我が国の法律が我が国の裁判所における損害賠償請求訴訟において裁判規範となることを意味するにすぎず、我が国が外国で公権力・国家主権を行使することを意味するわけではないから、公法の属地的適用に関する問題（国家主権を他国の領域内で行使するという問題）は生じない。

- (7) したがって、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違法な行為を原因とする損害賠償請求であり、この行為は我が国の公権力の行使に当たる事実上の行為であるから、本件に法例11条1項の規定が適用されることを前提とする原告らの中国民法に基づく請求は、その余の点につき判断するまでもなく、理由がない。

4 日本法に基づく請求について

- (1) 本件には我が国の法律が適用されることは、前記3で判断したとおりである。そして、国家賠償法は、「この法律施行前の行為に基づく損害については、なお従前の例による。」と定めている（附則6項）。これは、国家賠償法の制定に伴う経過規定であり、同法施行前の行為に基づく損害に関する法

律関係については、同法施行前の法令をそのまま包括的に適用するという意味である。

そこで、国家賠償法施行前における関係法令について検討する。

- (2) 大日本帝国憲法 6 1 条は、「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」と規定していた。そして、行政裁判法 1 6 条は、「行政裁判所ハ損害要償ノ訴訟ヲ受理セス」と規定し、国の損害賠償責任は、当時は、司法裁判所により民法その他の法律が認める範囲で認められるにすぎなかった。

司法裁判所において裁判規範となる民法については、明治 2 1 年に起草された民法草案（いわゆるポアソナード草案） 3 9 3 条には「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，職工，屬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際ニ引起サレタル損害ノ責ニ任ス可シ」との規定があり、国の責任を何らの制限なしに認めていた。この規定は、明治 2 1 年 2 月 2 1 日及び同年 1 0 月 2 日の法律取調委員会の審議においては原案どおり可決された（甲 8 0， 8 2）が、その後の法案作成過程で「公私ノ事務所」という文言が削除され、明治 2 3 年に公布された旧民法 3 7 3 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責ニ任ス」と規定していた。この経緯について、「民法編纂ニ關スル諸意見並雜書」（甲 8 1）によると、同条について、起案者が「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」などと説明したのに対し、国や公共団体の責任に制限を加えることを前提に、同条の「公私ノ」を削った上「國，府，縣，町，村ニモ本條ノ規定ヲ適用ス但法律ヲ以テ特ニ責任ヲ免除スル場合ハ此限ニ在ラス」との規定を設けるべきであるとの意見，国が責

任を負うべき場合を明確に区別するのは困難であるから「民法中國家ノ責任ヲ明示セス特別法ヲ以テ明示スヘシ」であるとの意見、「國庫ハ官吏ノ所爲ニ責任ヲ有スル場合アリ又有セサル場合アリ個ハ其事柄ニ因リ大ニ區別ヲ要ス一語一條ノ能ク盡クスヘキ所ニ非ラス我民法カ佛民法ノ上ニ出テ財産編第三百七十三條ニ公私ノ事務所ハ云々官府ヲ以テ一概ニ人民ト同視スルノ明文ヲ掲ケタルハ非ナリ寧ロ佛民法ノ如ク右等ノ名言ヲ爲サス其詳細ハ學術上ノ問題ニ譲リ實際事柄ノ生スルニ當テハ裁判官ノ判斷ニ委ス可シ」との意見などが出され、最終的に、「民法報告委員ニ於テハ本條ノ『公私ノ事務所』ヲ削リ『總テノ委託者』ト改メ『屬員』ヲ削リ『授任者』ト改メ公私ノ事務所ノ責任アルコトヲ明言セス單ニ法理上委託者ハ授任者ノ授任ノ職務ニ付キ責任アルコトヲ規定シテ足レリト思考ス即チ佛國民民法ノ規定ニ因レルナリ該法第千三百八十四條第三項ニ曰ク（主人及ヒ委託者ハ雇人及ヒ受任者カ其受任ノ職務ヲ行フ爲メ加ヘタル損害ニ付キ其責ニ任ス）右ノ如ク本條ヲ修正スルニ於テハ政府官廳ノ責任ニ關スル問題ハ直接ニ斷定セス然レトモ政府官廳カ官吏屬員ニ對シ委託者タルノ資格ヲ有スル場合ニ於テハ官吏屬員ノ過失ノ責ニ任ス是レ白耳義新法ノ規定スル所ナリ而テ如何ナル場合ニ於テ政府官廳カ委託者ナルヤ否ノ問題ハ事實ノ問題トシテ司法官ノ判斷ニ委ス」こととなった。

この立法過程に参加した井上毅は、旧民法公布後の明治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）において、「行政權ハ國家生存ノ原力ヲ施行スルモノナリ故ニ其原力ヲ實行スルニ當リ假令一私人ノ權利ヲ毀損シ利益ヲ侵害スルコトアルモ權利裁判若クハ訴願ニ依リ之ヲ更正スルニ止リ國家ハ其損害賠償ノ責ニ任スルモノニ非ス」、フランスでは「國ハ私權上ノ關係ヲ除ク外第（千）三百八十四條ニ云ヘル授任者ニアラス故ニ官吏ノ過失ニ付民法上ノ責ニ任セストノ主義ニ依リ判決ヲ爲セリ」、「職權アル官吏カ行政權ノ原力ヲ執行センカ爲メ施行シタル事件ニシテ人民ノ權利

ヲ毀損シ若クハ利益ヲ侵害シタルトキ私權上ノ所爲ト等シク民法上ノ原則ヲ適用シテ政府其ノ損害賠償ノ責ニ任スヘシトセハ社會ノ活動ニ從ヒ公共ノ安寧ヲ保持シ人民ノ幸福ヲ増進センカ爲メ便宜經理ヲ爲サトル可カラサル行政機關ハ爲ニ其ノ運轉ヲ障礙セラレ危險ナル効果ヲ呈出スルニ至ラン、現行民法ニハ此ノ條ナシ」と述べ、旧民法は国の行政権の執行に起因する損害賠償責任を否定する趣旨であり、フランスの判例も同旨である旨説明した。

以上に照らすと、旧民法の起草者は、国の行政権の執行に起因する損害賠償責任を否定することを前提に、いかなる場合が「行政権の執行」に当たるかについては裁判所の判断に委ねるという考えであったと解される。

しかし、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き民法（第一編ないし第三編）が公布され、明治31年7月16日から施行された。これが現行民法であるが、旧民法と同様、現行民法にも、国の公権力の行使により他人に与えた損害の賠償責任を定めた明文規定はなかった。そして、当時は、この点に関する特別法も制定されていなかった。

- (3) 国の損害賠償責任につき、大審院は、国が私人と同様の立場で行う私経済的行為や非私経済的行為であっても公権力の行使に当たらないものについては、民法の適用により損害賠償責任を認めたものが少なくないが（例えば、明治31年5月27日判決・民録4輯5巻91頁、明治39年7月9日判決・民録12輯1096頁、大正5年6月1日判決・民録22輯1088頁）、公権力の行使（権力的作用）による損害については一貫して国の賠償責任を否定していた（特許附與処分につき昭和4年10月24日判決・法律新聞3073号9頁、租税の徴収又は滞納処分につき昭和7年9月14日判決・法律新聞3461号10頁及び昭和16年2月27日判決・民集20巻2号118頁、滞納処分の取消しにつき昭和18年9月30日判決・判決全集10輯25号2頁、消防自動車の試運転につき昭和8年4月28日判決・民集12巻11号1025頁及び昭和10年8月31日判決・法律新聞3886号

7頁，印鑑証明事務につき昭和13年12月23日判決・民集17巻24号2689頁，行政代執行につき昭和16年11月26日判決・判決全集9輯11号6頁)。これは，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，当時は特別法もなかったから，国の損害賠償責任の法律上の根拠が存在していなかったことを理由とするものであった。そして，当時の法令がこのようなものであったことは，国家賠償法制定後においても，判例により確認されているところである（最高裁昭和25年4月11日判決・集民3号225頁）。当時の法令に関する当裁判所の解釈も同様である。

なお，一般に同一の法律であっても時代の変遷によりその解釈が深化し又は変更されることもあり得るが，本件で問題になるのは，本件事件が発生した当時の我が国の法令そのものであり，憲法17条や国家賠償法が存在しなかった当時の法令について，国家賠償法の存在や同法の考え方を前提とした解釈をすることはできない。

- (4) したがって，国家賠償法施行前においては，国は，違法な公権力の行使によって他人に損害を与えたとしても，損害賠償責任の根拠となる法律が存在していなかったから，損害賠償責任を負わないものと解される（いわゆる国家無答責の法理）。

このような当時の法令の解釈は，国の責任の法律上の根拠が存在していなかったことを理由とするものであり，国の統治権ないし主権が被害者に及んでいることを根拠とするものではなく，また，裁判所の管轄という手続的な制約を根拠とするものでもない。そして，この法解釈は，国の行為のうち公権力の行使については損害賠償責任を定めた法令がなかったというその根拠から考えて，違法性の程度や被害の甚大さいかんにより内容を異にするものではない。

原告らは，「公権力の行使」は適法と評価される権限の存在と主権に服す

る者を対象とするものであることが必要である旨主張する。しかし、当時の法令の解釈は、国の行為を権力性を有する公権力の行使と権力性を有しない私経済的行為やその他の行為に分けて、前者については損害賠償責任を負わないというものであり、これは行為の権力性という行為の性格自体に着目したものであった。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には、法律上の根拠が必要であり、また、国家主権の及ぶ人的・場所的範囲に限り公権力の行使をすることができるが、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」に当たるか否かは、これから公権力の行使をしてその対象者に一定の義務を課し又は不利益を受忍させようとする場合とは異なり、このような条件にかかわらず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。権力性を有する国の行為がその権限の有無や対象者いかんによって非権力的行為となるわけではない。

また、原告らは、国家賠償法附則6項の「従前の例」は判例を含まない旨主張する。しかし、「なお従前の例による」という法令用語は、改正前の特定の法令の規定が「なおその効力を有する」という法令用語とは異なり、特定の法令の規定だけが適用されるのではなく、一定の法律関係について関係する従前の法令すべてが包括的に適用されることを意味するものであり、これは、改正前に存在していた特定の法令の規定を適用することのほか、一定の法律関係に関する法令の規定が存在していなかったことを理由とする法的取扱いに従うことも含むものである。そして、いわゆる国家無答責の法理は、法令の根拠がないから国は損害賠償責任を負わないというものであり、このことは、法令の公権的解釈を示す大審院の判例により繰り返し確認されていたところである。したがって、「従前の例」には当時の法令の解釈としてのいわゆる国家無答責の法理も含まれるものである。

なお、当時の法令の解釈から考えて、国の公権力の行使に起因する損害賠

償責任の問題に民法の不法行為に関する規定が類推適用されていたと解することはできない。

- (5) そうすると、本件加害行為は、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であり、この行為は我が国の公権力の行使に当たる事実上の行為であるから、被告は、当時のいわゆる国家無答責の法理により損害賠償責任を負わないものと解するほかない。

したがって、原告らの日本法に基づく請求は、理由がない。

5 立法不作為を原因とする国家賠償請求について

- (1) 原告らは、本件加害行為により現在まで継続する深刻な被害を受けたから、かかる原告らの被害の回復を図り賠償をするなどの救済措置を講ずることが憲法上の責務として被告に課されているのであり、それにもかかわらず被告が原告ら被害者の救済のための立法措置を何ら講じることなく戦後半世紀以上も放置してきたのは国家賠償法上違法であると主張する。

- (2) しかし、憲法が採用する議会制民主主義の下での国会議員の立法過程における行動は、国会議員各自の政治的な判断に任せられ、その当否は最終的には国民の自由な言論や選挙を通じての政治的評価に委ねられているから、国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民その他の者の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないというべきであって、国会議員の立法行為又は立法をしない行為は、それ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い又は立法をせず放置したというように、容易に想定し難い例外的な場合でない限り、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法と評価されることはないものといわなければならない（最高裁昭和60年11月21日判決・民集39巻7号1512頁）。

そうすると、国会の立法不作為に対して国家賠償法上違法と評価されるのは、憲法上一義的に国会に特定内容の立法義務が課されているにもかかわらず

ず、国会がその立法を懈怠したという例外的な場合に限られる。

- (3) 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、国の賠償責任の内容を法律に委ねているところであり、その内容が憲法上一義的に定まっているとはいえず、また、憲法施行前の公務員の不法行為について特定の内容の立法をすべきことを一義的に定めているともいえない。

原告らが指摘する憲法のその他の規定は、平和主義・戦争放棄（前文、9条）、個人の尊厳（13条）、法の下での平等（14条）、財産権の保障と正当な補償（29条）、刑事補償（40条）、条約等の遵守（98条2項）を定めたものであり、これらはいずれも戦争被害者に対する国の損害賠償責任についての立法措置を講じるべき義務を一義的に定めたものではなく、これら各規定を総合的に考慮しても、このような立法措置を講じるべき義務が憲法上一義的に存在すると解することはできない。

したがって、原告ら主張の立法不作為を違法と評価することはできないから、立法不作為を原因とする国家賠償請求は、理由がない。なお、戦争被害者に対する国の賠償や補償、その他の措置の問題は、事柄の性格上、全体の被害の実情、我が国の社会経済情勢や財政状況、我が国と被害者の所属国との関係、国際情勢や外交政策その他諸般の事情を総合的に考慮した上で国会の広範かつ合理的な裁量に基づく判断に委ねられているところである。

6 結論

以上のとおりであるから、原告らの本訴請求はいずれも理由がないからこれを棄却することとし、主文のとおり判決する。

東京地方裁判所民事第10部

裁判長裁判官 菊 池 洋 一

裁判官 藤 原 俊 二

裁判官 田 中 正 哉

当 事 者 目 録

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楼1号

原 告 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单元204号

同 方 素 榮

原告ら訴訟代理人弁護士 尾 山 宏

同 小 野 寺 利 孝

同 渡 辺 彰 悟

同 及 川 信 夫

同 高 和 直 司

同 坂 口 禎 彦

同 澤 藤 統 一 郎

同 環 直 彌

同 徳 岡 宏 一 朗

同 兵 頭 進

同 渡 辺 春 巳

同 泉 澤 章

同 川 上 詩 朗

同 山 田 勝 彦

同 大 江 京 子

原告莫徳勝及び同楊宝山訴訟代理人弁護士

青 木 正 芳

| | | | |
|---|---|---|---|
| 同 | 青 | 木 | 護 |
| 同 | 青 | 木 | 史 |
| 同 | 赤 | 松 | 岳 |
| 同 | 秋 | 月 | 一 |
| 同 | 淺 | 井 | 郎 |
| 同 | 淺 | 野 | 晋 |
| 同 | 淺 | 野 | 明 |
| 同 | 荒 | 木 | 男 |
| 同 | 荒 | 牧 | 一 |
| 同 | 安 | 藤 | 規 |
| 同 | 安 | 藤 | 人 |
| 同 | 池 | 永 | 滿 |
| 同 | 石 | 川 | 郎 |
| 同 | 石 | 川 | 也 |
| 同 | 石 | 田 | 義 |
| 同 | 石 | 田 | 子 |
| 同 | 石 | 塚 | 徹 |
| 同 | 市 | 川 | 水 |
| 同 | 出 | 田 | 一 |
| 同 | 伊 | 藤 | 郎 |
| 同 | 伊 | 藤 | 子 |
| 同 | 稻 | 村 | 代 |
| 同 | 稻 | 村 | 夫 |
| 同 | 稻 | 生 | 隆 |
| 同 | 今 | 井 | 弥 |
| 同 | 岩 | 城 | 穰 |

佳 慎 淳 則 和 啓 朝 友 智 元 明 法 幸 健 幹 み 鈴 晴 義 敬

太 さ

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| 同 | 上 | 柳 | 敏 | 郎 |
| 同 | 鷓 | 川 | 隆 | 明 |
| 同 | 臼 | 井 | | 滿 |
| 同 | 内 | 田 | 信 | 也 |
| 同 | 大 | 保 | 賢 | 一 |
| 同 | 太 | 田 | 賢 | 二 |
| 同 | 大 | 橋 | 昭 | 夫 |
| 同 | 大 | 森 | 鋼 | 郎 |
| 同 | 大 | 森 | 典 | 子 |
| 同 | 大 | 矢 | 和 | 德 |
| 同 | 岡 | 崎 | | 敬 |
| 同 | 岡 | 村 | 正 | 淳 |
| 同 | 小 | 原 | 彩 | 子 |
| 同 | 小 | 原 | | 剛 |
| 同 | 小 | 村 | 一 | 彦 |
| 同 | 小 | 寺 | 照 | 東 |
| 同 | 小 | 寺 | 義 | 象 |
| 同 | 小 | 林 | 芳 | 匡 |
| 同 | 尾 | 谷 | 恒 | 夫 |
| 同 | 鍵 | 井 | 節 | 夫 |
| 同 | 門 | 藤 | 文 | 也 |
| 同 | 加 | 藤 | 雅 | 友 |
| 同 | 加 | 藤 | | 裕 |
| 同 | 加 | 藤 | | 郎 |
| 同 | 河 | 西 | 龍 | 幸 |
| 同 | 川 | 田 | 繁 | 子 |
| 同 | 川 | 西 | 渥 | |

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| 同 | 清 | 水 | 善 | 朗 |
| 同 | 下 | 林 | 秀 | 人 |
| 同 | 下 | 東 | 信 | 三 |
| 同 | 庄 | 司 | 捷 | 彦 |
| 同 | 城 | 塚 | 健 | 之 |
| 同 | 菅 | 沼 | 友 | 子 |
| 同 | 杉 | 井 | 嚴 | 一 |
| 同 | 杉 | 浦 | 龍 | 至 |
| 同 | 杉 | 山 | 茂 | 雅 |
| 同 | 高 | 木 | 健 | 康 |
| 同 | 高 | 崎 | | 暢 |
| 同 | 高 | 野 | 孝 | 治 |
| 同 | 高 | 橋 | | 敬 |
| 同 | 高 | 橋 | 敬 | 幸 |
| 同 | 高 | 橋 | 輝 | 雄 |
| 同 | 高 | 橋 | | 融 |
| 同 | 高 | 見 | 和 | 人 |
| 同 | 鷲 | 本 | 太 | 郎 |
| 同 | 滝 | 沼 | 一 | 郎 |
| 同 | 蓼 | 中 | 貴 | 文 |
| 同 | 田 | 中 | 秀 | 雄 |
| 同 | 田 | 島 | | 浩 |
| 同 | 田 | 脇 | 和 | 仁 |
| 同 | 谷 | 原 | 裕 | 之 |
| 同 | 口 | 村 | | 徹 |
| 同 | 田 | 田 | 玄 | 児 |
| 同 | 津 | 田 | | |

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| 同 | 土 | 田 | 庄 | 一 |
| 同 | 津 | 留 | 雅 | 昭 |
| 同 | 寺 | 沢 | 達 | 夫 |
| 同 | 寺 | 沢 | 勝 | 子 |
| 同 | 土 | 井 | 浩 | 之 |
| 同 | 德 | 滿 | 春 | 彦 |
| 同 | 富 | 岡 | 恵 | 子 |
| 同 | 富 | 森 | 啓 | 児 |
| 同 | 鳥 | 生 | 忠 | 佑 |
| 同 | 鳥 | 海 | | 準 |
| 同 | 永 | 尾 | 廣 | 久 |
| 同 | 長 | 野 | 源 | 信 |
| 同 | 長 | 野 | 真 | 郎 |
| 同 | 中 | 野 | 比 | 志 |
| 同 | 仲 | 松 | 正 | 人 |
| 同 | 中 | 村 | 和 | 雄 |
| 同 | 中 | 村 | 博 | 則 |
| 同 | 仲 | 山 | 忠 | 克 |
| 同 | 繩 | 田 | 浩 | 孝 |
| 同 | 二 | 上 | | 護 |
| 同 | 西 | 嶋 | 勝 | 彦 |
| 同 | 仁 | 比 | 聰 | 平 |
| 同 | 沼 | 澤 | 達 | 雄 |
| 同 | 野 | 上 | 佳 | 子 |
| 同 | 能 | 勢 | 英 | 樹 |
| 同 | 野 | 田 | 底 | 吾 |

| | | | | |
|---|---|-----|---|---|
| 同 | 水 | 野 | 邦 | 夫 |
| 同 | 三 | 津 橋 | | 彬 |
| 同 | 南 | | 典 | 男 |
| 同 | 宮 | 崎 | 定 | 邦 |
| 同 | 宮 | 田 | | 学 |
| 同 | 宮 | 本 | 平 | 一 |
| 同 | 村 | 松 | 昭 | 夫 |
| 同 | 村 | 松 | 弘 | 康 |
| 同 | 村 | 山 | | 晃 |
| 同 | 毛 | 利 | 正 | 道 |
| 同 | 元 | 永 | 佐 | 里 |
| 同 | 森 | 川 | 緒 | 明 |
| 同 | 森 | 川 | 文 | 人 |
| 同 | 森 | 田 | 太 | 三 |
| 同 | 谷 | 萩 | 陽 | 一 |
| 同 | 山 | 上 | 益 | 朗 |
| 同 | 山 | 口 | 健 | 一 |
| 同 | 山 | 下 | 綾 | 子 |
| 同 | 山 | 田 | 忠 | 行 |
| 同 | 山 | 田 | 万 | 子 |
| 同 | 山 | 田 | 安 | 郎 |
| 同 | 山 | 田 | | 博 |
| 同 | 山 | 田 | 由 | 子 |
| 同 | 山 | 下 | 紀 | 潔 |
| 同 | 山 | 下 | 司 | 夫 |
| 同 | 山 | 本 | 登 | 行 |
| 同 | 山 | | 高 | |

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| 同 | 山 | 本 | | 勉 |
| 同 | 山 | 本 | 政 | 明 |
| 同 | 吉 | 井 | 正 | 明 |
| 同 | 吉 | 岡 | 良 | 治 |
| 同 | 吉 | 田 | 隆 | 行 |
| 同 | 吉 | 田 | 麗 | 人 |
| 同 | 吉 | 野 | 高 | 幸 |
| 同 | 渡 | 辺 | | 昭 |
| 同 | 渡 | 辺 | 伸 | 二 |
| 同 | 渡 | 部 | 吉 | 泰 |
| 同 | 小 | 林 | | 務 |
| 同 | 笹 | 本 | | 潤 |
| 同 | 塩 | 田 | 三 | 紀 |
| 同 | 高 | 橋 | 早 | 苗 |
| 同 | 宮 | 崎 | 明 | 佳 |
| 同 | 山 | 森 | 良 | 一 |

原告ら訴訟代理人環直彌訴訟復代理人弁護士

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| | 坂 | 本 | 博 | 之 |
| 同 | 穂 | 積 | | 剛 |

原告ら訴訟代理人泉澤章訴訟復代理人弁護士

| | | | | |
|--|---|---|---|---|
| | 西 | 田 | 美 | 樹 |
|--|---|---|---|---|

東京都千代田区霞が関1丁目1番1号

| | | | | |
|---|-------|---|---|---|
| 被 | 告 | 国 | | |
| 同 | 代表者 | 森 | 山 | 眞 |
| 同 | 指定代理人 | 野 | 本 | 昌 |
| 同 | | 藤 | 谷 | 俊 |
| | | | | 弓 |
| | | | | 城 |
| | | | | 之 |

| | | | |
|---|---|---|---|
| 同 | 佐 | 藤 | 武 |
| 同 | 関 | 口 | 木 |
| 同 | 福 | 田 | 史 |
| 同 | 松 | 村 | 子 |
| 同 | 茂 | 木 | 樹 |
| 同 | 日 | 景 | 聡 |
| 同 | 川 | 崎 | 夫 |
| 同 | 鈴 | 木 | 幸 |
| 同 | 向 | 山 | 明 |
| 同 | 岡 | 村 | 彦 |
| 同 | 巢 | 山 | 美 |
| | | | 須 |
| | | | 真 |
| | | | 敏 |
| | | | 秀 |
| | | | 利 |
| | | | 善 |
| | | | 篤 |
| | | | 正 |

原告らの主張

第 1 国際法に基づく損害賠償請求について

1 原告らの請求権の根拠

本件において旧日本軍兵士らによって原告ら平頂山住民に対して加えられた加害行為は、ヘーグ陸戦規則 25 条が禁止する防守せざる都市、村落、住宅又は建物に対する攻撃に当たるとともに、同規則 43 条の占領地の法律の尊重義務及び 46 条の個人の生命・私有財産の尊重義務に違反する。また、この行為は、1928 年戦争抛棄ニ関スル条約に違反し、極東国際軍事裁判所条例 5 条に規定する「平和に対する罪」及び「人道に対する罪」にも該当する国際法上違法性の高いものである。

ヘーグ陸戦条約 3 条は、「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。」と定めているから、加害行為を行った兵士の所属国である被告は、被害者である原告らに対し、その被った損害の賠償責任を負う。

なお、第 2 次世界大戦への参戦国の中には、ヘーグ陸戦条約未締結の国があったが、仮に同条約 2 条の総加入条項により同条約を批准した被告に対しても同条約の拘束力が発生しないとしても、ヘーグ陸戦条約全体が第 2 次世界大戦当時国際慣習法として承認されており、被告に対しても国際慣習法としての法的拘束力を有していた。

2 国内法としてのヘーグ陸戦条約に基づく請求

原告らによるヘーグ陸戦条約 3 条に基づく損害賠償請求は、国内法として受容されたヘーグ陸戦条約に基づき、国内法上の権利主体である原告らが、国内法上の救済機関たる裁判所に対して行うものである。

(1) ヘーグ陸戦条約の国内法としての効力

大日本帝国憲法下において、政府は、「仮令法規ノ性質ヲ有スル事項ヲ内容トスルモノト雖モ議會ヲシテ之ニ協賛セシメサルモノニ有之而シテ此種ノ条約ハ国法ノ一部トシテ公布ニ依リ当然ニ一般ノ遵由力ヲ有スルモノト解シ法律命令ヲ制定シテ之ヲ国法中ニ編入スルカ如キコトナク又条約ノ規定ニ抵触スル法律命令ノ規定ハ当然変更セラレタルモノト解釈致居候」として、条約が天皇の公布によって国内法としての効力を持つことになることと解していた。実際上もそのような扱いがされていた。

日本国憲法も、98条2項において、「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする。」と定め、条約の締結について73条3号で国会の承認を必要とし、法律などと同様、7条1号で天皇により公布されるものと定めている。これらの規定によれば、条約や国際慣習法がそのままの形で国内法としての効力を有することは明らかである。かかる理解は、現在の我が国の圧倒的多数の学説が支持し、かつ判例の採用するところであり、このような理解が正しいことは憲法制定過程に徴しても明らかである。

以上のとおり、条約や国際慣習法は、我が国の憲法上、特段の法律や命令等の制定を待たずに国内法としての効力を有するのであり、ヘーグ陸戦条約についてもそれと異なる取り扱いがされるべき理由はない。

(2) ヘーグ陸戦条約の国内適用可能性（自動執行力）

上記のような大日本帝国憲法及び日本国憲法の解釈及び慣行は、国内的効力のみならず自動執行力についてもそのまま当てはまるから、条約は、原則として自動執行力があると解すべきであり、何らかの法的措置を講ずる必要なく直接適用可能なものとして裁判所等の国家機関を拘束する。

条約の中には、国家間の権利義務を定めたにすぎないもの、プログラム規定にすぎないもの、抽象的な個人の権利義務を定めたにとどまりその具体化

は各国の国内法の制定等に任せるような内容のものもあり、このように、条約自体が国内立法又は行政措置が必要であることを明記している場合、又は、条約の解釈上、その適用につき国内立法又は行政措置を明らかに予定していると認められる場合にのみ、例外的に条約の自動執行力は否定されるのである。

ヘーグ陸戦条約3条は、条約自体が、国内立法又は行政措置が必要であることを明記している場合に当たらないことは明白である。そして、その内容が個人の権利義務を定めたいわゆる「法規」を規定したものであること、戦争法違反の犠牲者個人の救済を目的として同条が起草されたというその制定過程、条約本文中に位置していること（同条約には附属規則があり、同条約1条の規定により、附属規則に適合する訓令を軍隊に対して発することが各国に要請されているが、3条はこの1条の規制下に置かれていない。）などの事情を考慮すると、ヘーグ陸戦条約は、直接適用されるにつき国内立法又は行政措置を予定しているとは到底認められない。

したがって、同条約に自動執行力があることは明らかであり、同条約3条は、我が国内において裁判上の請求をする場合に直接適用することが可能である。

なお、我が国の裁判所は、憲法上条約は国内的効力を有するということから直ちに条約を解釈・適用していて、条約が直接適用可能か否かということほとんど問題にしていない。判例のかかる取扱いは、原告らの主張を裏付けるものである。

(3) 個人の国際法上の法主体性についての被告の主張の誤り

ア 被告の主張

被告は、国際法は第一義的には国家間の権利義務関係を定める法規範であるから、国際法が個人の生活関係・権利義務を対象とする規定を置いているとしても、このことから直ちに個人の国際法上の権利義務や国際法上

の請求の主体性，すなわち法主体性を肯定することはできず，国際機関その他の特別の国際制度による救済手続が存在する場合にのみ，個人が国際法上の権利主体となり得る，ヘーグ陸戦条約3条は交戦当事者がその損害を賠償する責任を負う旨規定しているが，責任を負う相手方やその実現方法に関する具体的な定めは一切なく，国家に対する損害賠償請求権を個人に付与することを示唆する規定も文言もないから，同条は国家間の権利義務を規定したものにはすぎないと主張する。

イ 個人の国際法主体性と国内法主体性との峻別の必要性

確かに，国際法は，原則として国家間の関係を規律する法であるという側面が大きい，これは国際法が国際法として機能している側面についての問題である。国内法として受容された国際法は，国内法に転化し，個人と国家ないしは個人と個人の関係をも規律することになる。原告らの請求は，国内法として受容され国内法に転化したヘーグ陸戦条約に基づく，国内手続に則った国内法上の請求であるから，個人の国際法主体性の有無についての論点は全く無関係である。

被告の主張は，国際法上の法主体性の問題と国内法化した国際法上の法主体性（すなわち国内法上の法主体性）の問題とを混同したことによる誤った理解に基づくものである。

ウ 国際法上の権利実現の手続がなくとも，国内法上の法主体と認められることに支障はないこと

国際法上に個人の権利義務が規定され，その権利の実現あるいは義務の追及の手続が国内法に委ねられている例は，多数存在する。

例えば，19世紀以来，海賊はどこの国の軍艦もこれを公海上で捕らえ，軍艦の本国で処罰することが国際慣習法で認められてきた。また，戦争の場合に，戦争法規に違反した軍人は，交戦相手国の軍隊に捕らえられ，戦争犯罪人として処罰されることになる。国際法は，個人の海賊行為や戦

争犯罪行為を違法行為であると規定しているが、国際法上は、これらの違反を行った個人を処罰する権限をそれら個人を捕らえた国家に与えているにすぎない。そして、海賊行為あるいは戦争犯罪を行った個人の処罰は国際法上の手続によるのではなく、海賊を捕らえた国あるいは戦争犯罪人を捕らえた交戦相手国の国内法に基づいてその追及が行われるのである。

また、特に第2次世界大戦後、個人の権利を認める条約が多数締結されている。その最も端的な例が、市民的及び政治的権利に関する国際規約である。同規約には、個人の権利が多数列挙されているが、個人がその権利を実現するための国際法上の手続（国際裁判所への出訴権や規約人権委員会への請願権など）は用意されていない。国際法の次元で考えたとき、この規約の締約当事国は、そこに定められた個人の人権を尊重すべき義務を他の締約当事国に対して負うにすぎないが、これらの条約が国内法として受容され、しかも国内法に変容する手続を経ることなく直接国内での適用が可能な国内法制が存在する国においては、同規約に列挙された権利を個人は直接国内裁判所において援用することが可能となる。そのような法制の存在する我が国では、裁判所において同規約を個人の人権の根拠として援用してきている。

したがって、個人に国際法上の法主体性が認められなくても、国内法上は十分に権利義務の主体たり得るのである。

エ 外交保護権について

被告は、国際法が個人の生命・身体・財産等の個人的法益を保護しようとする場合、国家に対し個人の権利・利益を侵害してはならないとの義務を課した上、その義務違反に対しては被害を受けた国民の属する国家が外交保護権を行使して加害国家に対してその個人の損害賠償請求をするという方法によって、間接的に被害者の救済を図ることが予定されていると主張する。

国家が外交保護権を行使するためには、その前提として当該個人による加害国における国内救済手続が完了していなければならないという原則が、第2次世界大戦以前から国際慣習法上確立されている（国内的救済の原則）。この原則が国際慣習法上確立されたものとして理解されているという事実は、個人が国家による国際法違反の行為によって何らかの損害を被ったときは、当該加害国の国内手続によって損害賠償が認められる途が広汎に存在していたことを示している。むしろ、第2次世界大戦以前は国内においては公権力無責任の原則を採用していた国家が多かったと考えられるにもかかわらずこのような原則が存在したということは、国家が少なくとも外国人に対しては公権力無責任の原則を援用して自己の責任を免れることができなかつたこと、国家は国際違法行為に基づく個人に対する損害賠償義務を一般に負うことが国際慣習法上確立していたことを雄弁に物語っているというべきである。

原告らの本件訴訟における請求は、まさにこの国内救済手続を実行しているものであるから、外交保護権の存在はむしろ原告らの主張を裏付けるものといえる。

(4) 条約の直接適用可能性についての被告の主張の誤り

ア 被告の主張

被告は、国民に権利を与え義務を課すことを目的とする条約が国内措置による補完を要せずに私人相互間又は私人と国家間に適用可能なものとして裁判所等の国家機関を拘束するためには、私人の権利義務を定め直接に国内裁判所で適用可能な内容のものにするという締約国の意思が確認できること（主観的要件）、私人の権利義務が明白・確定的・完全かつ詳細に定められて、その内容を具体化する法令に待つまでもなく国内適用が可能であること（客観的要件）が必要であると主張する。

イ 主観的要件について

国際法をどのような方法で国内法として受容するかは本来各国の国内法の問題であって国際法上の問題ではないから、国際法の直接適用可能性を検討するに当たり当該国際法に被告の主張するような主観的要件を要求するのは誤りである。

また、ヘーグ陸戦条約のような多数国間条約の場合、各締約国の国内法の定めは千差万別であり国内的効力や自動執行力についての各締約国の意思は同一ではないから、条約成立の際における条約の直接適用可能性についての締約国の意思は確認できず、条約の中で自動執行力を肯定する積極的な当事国の意思が明示されることはない。よって、少なくとも多数国間条約については、条約も国内法に受容され国内において法としての効力が承認された以上は国内法と同じように直接適用可能であることが推定されると考えるべきであり、被告の主張する「主観的要件」の議論は当てはまらない。

仮に条約の自動執行力を認める場合に主観的要件が必要であるとしても、ヘーグ陸戦条約3条は戦争法違反の犠牲者個人の救済を目的として起草されたという制定過程、この条約が採択された1907年のヘーグ会議には我が国の全権使節が参加していたこと、我が国がこの条約を批准したという事実からすると、我が国に主観的要件が具備されていることは明らかである。

ウ 客観的要件について

被告の主張する客観的要件は、条約の解釈を通じてしか明らかにし得ないものであるが、ヘーグ陸戦条約3条は、後記のとおり、私人の権利を明白、確定的、完全かつ詳細に定めており、その内容を具体化する法令に待つまでもなく国内適用が可能である。

さらに、ヘーグ陸戦条約は、同条約制定以前から通例の戦争犯罪として処罰されてきた慣習規則を明文化したものであり、その内容は十分に具体

的な法規と言える。同条約3条の内容を見ても、我が国の民法709条や国家賠償法1条（これらの規定が具体的な個人の権利を定めたものであることに異論はない。）の規定と対比しても十分に具体的に個人の権利を定めている。

被告は、国家に一定の作為義務を課したり、国費の支出を伴うような場合には、権利の発生等に関する実体的要件、権利の行使等に関する手続的要件が明確である必要があると主張する。しかし、ヘーグ陸戦条約そのものは国家に対して格別作為義務を課しているわけではないし、民法709条や国家賠償法と比較しても、国費の支出を伴うことが規定の明確性との関係で特別の意味を有するものではない。また、ヘーグ陸戦条約に3条の権利を実現するための手続規定がないのは、個人の加害国に対する請求の手続を当該加害国の国内制度に委ねたためと見るのが妥当である。すなわち、各締約国に国内裁判所で裁判を行う場合の手続法があるため条約中にあえて手続規定を設ける必要がなかったのであり、手続規定を欠くのはむしろ当然である。

以上に照らせば、ヘーグ陸戦条約3条は、被告の主張する客観的要件を十分に具備している。

3 ヘーグ陸戦条約3条の解釈

(1) 原告らの主張

国際慣習法として承認された解釈原則を用いて解釈すると、ヘーグ陸戦条約3条は、単なる交戦当事国間の国家責任を定めた規定ではなく、ヘーグ陸戦規則違反行為の被害者個人に、加害行為を行った交戦当事国に対する損害賠償請求権を認めた規定であると解される。

(2) 条約の解釈方法

条約法条約は、条約の解釈に関する一般的な規則として、「条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従

い、誠実に解釈するものとする。」(31条1項)とし、この一般原則によつては条約規定の意味があいまい又は不明確であるか常識に反し不合理な結果がもたらされる場合は、補足的な解釈手段として、条約の準備作業及び条約締結時の事情を援用することを認めている(32条)。

ヘーグ陸戦条約は、条約法条約発効前の条約であるが、条約法条約で認められた解釈原則は、国際判例等により従来から認められ、国際慣習法として成立していた原則を確認し、明確化したものであるから、これをヘーグ陸戦条約の解釈に適用することには問題はない。

(3) 一般的解釈方法によるヘーグ陸戦条約3条の解釈

ア ヘーグ陸戦条約3条の規定は、「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。」というものであり、交戦当事国の軍隊を組成する人員の附属規則違反行為により損害が発生したときは、損害を被った者が国家であれ個人であれ、当該交戦当事国に対して損害賠償請求権を有するものと解するのが同条の素直な読み方である。損害賠償請求権を有する者が被害者であることは、極めて当然のことである。

また、ヘーグ陸戦条約3条の正文(フランス語)では、賠償の責任を負う主体が交戦当事者であることは明記されている一方、賠償の相手方について言及する用語はなく、日本語訳文で「賠償」と訳されている"indemnité"という単語自体には国家間の賠償を意味するという限定的な用法は存在しないので、この語自体から賠償の相手を特定することは不可能である。また、条約正文の英語訳では、"indemnité"は"compensation"と訳されているが、この"compensation"という語は、通常、国家間の賠償(この場合は通常"reparation")ではなく、主として個人間の不法行為・契約違反等によって生じた損害の金銭賠償・補償を意味する。

イ ヘーグ陸戦条約前文は、同条約によって確認された戦争に関する法規慣例は「交戦者相互間ノ関係及人民トノ関係ニ於テ、交戦者ノ行動ノ一般ノ準繩タルヘキモノトス。」としており、同条約及び附属規則が、交戦当事国間のみならずむしろ戦闘に巻き込まれる人民との関係においても準則を定める点に主眼を置いていることを宣明している。

そして、この前文を受けて、ヘーグ陸戦規則は占領地における法律の尊重（43条）、私権の尊重（46条）をうたい、占領地における占領軍による一般住民の権利の保護尊重義務の存在を明示している。さらに、占領地の住民に対する徴発と課役に関する制限を定め（52条）、私有財産の押収に対する還付及び賠償の規定（53条）を置いている。これらの規定は、いずれも、交戦当事国とその占領地の住民との関係を定めたものであり、一般住民がこれらの条項により、個人として私権の尊重を受ける法的地位を認められたことを意味している。ヘーグ陸戦条約3条の解釈に当たっては、これらの規定との整合性に留意しなければならない。

ウ 以上によれば、ヘーグ陸戦条約3条は、交戦当事国の附属規則違反行為により損害を被った個人に、当該交戦当事国に対する損害賠償請求権を認めたものであるとの文理解釈が正当であることは明らかである。

なお、3条には、個人が取得する損害賠償請求権の行使の方法、手続に関しては何の言及もないが、この点を捉えて、同条が個人の損害賠償請求権を認めたものではないと断定するのは、甚だしい論理の飛躍である。同条には、国家が損害賠償請求権を行使する時期・方法についても同様に何の言及もないし、また、違反行為者の所属する国家の国内手続法があるため手続規定を欠くことに何らの不都合もないからである。

エ 被告は、国際法が国家間の事柄を規律する法であること、ヘーグ陸戦条約2条が「締約国間ニノミ之ヲ適用ス。」としていること、同条約3条には国家が責任を負うべき相手方が個人であることや権利の実現方法につい

て何も言及していないことから、同条は個人に加害国家に対する損害賠償請求権を認めたものとは解釈できないと主張する。

しかし、そもそも原告らの本件請求は、国際法上の救済手続に依拠した請求ではないから、国際法が国家間の事柄を規律する法であるという立論は全く的外れであるし、ヘーグ陸戦条約2条の総加入条項は3条とは何の関係もない。また、損害賠償請求権の主体は、その損害を被った個人であることは当然のことである。このことは、我が民法709条が「故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ権利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス」と規定し損害賠償請求権を行使できる主体を明示していないにもかかわらず、損害を受けた被害者自身がその主体であることに何の異論もないことから明らかである。権利の実現方法については、ヘーグ陸戦条約は実体法規であり手続を定めたものではないと理解することは何ら不自然でない。ヘーグ陸戦条約上の請求権の実現は各締約国の国内手続によるとされていたのであり、各国によって千差万別である国内法上の救済手続について条約に規定することはそもそも不可能だからである。

(4) ヘーグ陸戦条約の交戦法規としての性格

ヘーグ陸戦条約を初めとする交戦法規は、国際法の特殊な分野として、一般の平時における事柄を規律する国際法とは異なり、国家と国家の関係のみならず、国家と個人との関係をもその規律の対象としてきた。ヘーグ陸戦条約前文に同条約が「交戦者相互間ノ関係及人民トノ関係ニ於テ、交戦者ノ行動ノ一般ノ準繩タルヘキモノトス。」とあるのは、このことを念頭に置いたものである。そして、交戦法規は、これまでも、国際法の国内における直接適用を認めている国家において直接適用されてきており、我が国の裁判例においても、私有財産尊重にかかるヘーグ陸戦規則の直接適用可能性が認められてきた。

このような交戦法規としてのヘーグ陸戦条約の性質を考えると、同条約3

条に規定された損害賠償請求権は交戦当事国のヘーグ陸戦規則違反によって損害を被った被害者個人に帰属すると理解すべきことは当然のことである。

(5) ヘーグ陸戦条約・附属規則の実行例について

ア 国際裁判所への出訴の例

第1次世界大戦後のヴェルサイユ条約は「私人がその所属する国家の意向に沿わずとも、ドイツに対して損害賠償請求を提起できる」と規定し、それに基づいて、ドイツのヘーグ陸戦規則違反行為によって損害を被った私人がドイツに対し損害賠償を請求することが認められた（ヴェルサイユ条約296条以下の規定に基づく混合仲裁裁判所に対する出訴）。また、1926年にメキシコとアメリカとの間に設置された一般請求委員会は、アメリカ兵士により殺害されたメキシコ人少女の両親に対して、補償を認めた（ガルシア対米国事件）。さらに、ヘーグ陸戦規則に限らず広く条約違反その他の国際法的性質を有する事項に関する損害賠償請求につき管轄権を有した中米司法裁判所の例もある。

これらは、全て個人が国際裁判所に対して出訴を認められた例であり、個人の加害国に対する損害賠償請求権を認める国際慣習法が成立していたことの例証であると言える。

イ ヘーグ陸戦条約3条に基づいて国内裁判所が個人の損害賠償請求を認めた事例

国内裁判所でヘーグ陸戦条約3条により個人の損害賠償請求権が認められた例として、エピラス徴発事件に関する1912年のギリシャのアテネ控訴審裁判所判決、1952年4月9日の旧西ドイツのミュンスター行政控訴裁判所判決、1996年5月13日のドイツ連邦憲法裁判所決定、1997年11月5日のドイツのボン地方裁判所判決、1997年10月30日のギリシャのレイバディア地方裁判所判決を挙げることができる。

さらに、本件事件の後、被告が本件事件の生存者に対して損害賠償金を

支払うべき旨の公告を出したことも、同条約の実践例の一つとして挙げる
ことができる。

ウ その他

戦争被害者個人が加害国家に対して損害賠償請求を提起し得るという原則は、第2次世界大戦後も、数々の国際紛争の処理の中で再確認されてきている。1990年から1991年のイラクのクウェート侵攻によるクウェート国民の損害に対するイラクの国際法上の責任を認めた国連決議（1991年決議674号、同年決議687号）はその一例である。

エ 以上に述べてきたところから明らかなように、ヘーグ陸戦条約3条は、十分な事後の実践を有している。

それでもなお、何千、何万という実行例が存在しないのは、ヘーグ陸戦条約自体が周知のものではないこと、戦争被害者や侵略者から虐待を受けた者が、その加害国に赴いて裁判所に救済を申し立てるという行為が、現実には極めて困難なことによる。しかしながら、ヘーグ陸戦条約は条約として締結されたものである以上法として存在するから、その法を公平適正に解釈し、適用するのが裁判所の責務である。

(6) 補足的解釈方法によるヘーグ陸戦条約3条の解釈

ア 補足的解釈方法の有用性

前記(3)のとおり、一般的解釈方法によって、ヘーグ陸戦条約3条が附属規則違反行為により被害を被った個人による加害者の所属国に対する損害賠償請求権を基礎付けたものであるとする解釈が導き出されるのであるが、同条が個人の損害賠償請求権を基礎付けたものであることは、その制定過程に徴すると、さらに明らかになる。

イ 制定過程における議論の内容

(ア) 1899年の陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約には、軍隊構成員が犯した附属規則違反の行為に対する交戦当事国の責任を規定した条文はなかつ

た。そこで、1907年の第2回ヘーグ平和会議では、ドイツ代表の提案に基づき非戦闘員に対する交戦当事国の損害賠償責任が会議の主要テーマとなり、この点についての交戦当事国の責任を条約上明示することが検討され、最終的にはヘーグ陸戦条約3条の追加挿入という形で決着した。

(イ) ドイツ代表の提案した新たな条文案は、以下のようなものだった。

第1条 この規則の条項に違反して中立の者を侵害した交戦当事者は、その者に対して生じた損害をその者に対して賠償する責任を負う。交戦当事者は、その軍隊を組成する人員の一切の行為に付き責任を負う。

現金による即時の賠償が予定されていない場合において、交戦当事者が生じた損害及び支払うべき賠償額を決定することが、当面交戦行為と両立しないと交戦当事者が認めるときは、右決定を延期することができる。

第2条 (同規則の) 違反行為により交戦相手側を侵害したときは、賠償の問題は、和平の締結時に解決するものとする。

ドイツ代表は、提案理由として、『故意によるか又は過失によるかを問わず、違法行為により他者の権利を侵害した者は、それにより生じた損害を賠償する義務を右他者に対して負う。』との私法の原則は、万民法（国際法の意）の、現在議論している分野においても妥当する。しかし、国家はその管理・監督の過失が立証されない限り責任を負わないという過失責任の法理によることとするのでは不十分である。（このような法理を採ると）政府自身には何の過失もないというのがほとんどであろうから、同規則の違反により損害を受けた者が政府に対して賠償を請求することができないし、有責の士官又は兵卒に対し賠償請求をすべきであるとしても、多くの場合は賠償を得ることができないであろう。

したがって、我々は、軍隊を組成する者が行った規則違反による一切の不法行為責任は、その者の属する（軍隊を保有する）国の政府が負うべきであると考え。」と説明した。

(ウ) ドイツ代表の提案については、ヘーグ陸戦規則違反の行為によって損害を被った個人に対し、加害国が無過失の損害賠償責任を負うべきであるとする点に対しては異論がなかった。しかし、ドイツ代表の提案が中立国の市民と交戦国の市民とで扱いを異にしていた点に疑問が提起された。

フランス代表は、「個人のためにとられる保護措置は、『中立の者』か『交戦相手側の者』かにより区別を設けることなく、全ての者に対し同様に適用されるべきであると考え」などと述べた。イギリス代表も、フランス代表の懸念を共有するとし、「第1条が中立の者に対し受けた損害の賠償を交戦当事国に要求する権利を与えているのに比べ、第2条では交戦相手側の者については賠償は和平の締結時に解決するとしている。したがって交戦相手側の者にとっては、賠償は、平和条約に盛り込まれる条件次第、交戦国間の交渉の結果としての条件次第ということになる。」などと述べた。

(エ) これに対し、スイス代表は、ドイツ代表の提案を支持し、「この提案が提示している原則は、損害を受けた全ての個人に対し、敵国の国民であるか中立国の国民であるかを問わず、適用可能である。これら2つのカテゴリーの被害者、即ち権利保有者の間に設けられた唯一の区別は、賠償の支払に関するものであり、この点に関する両者間の違いは、物事の性質そのものにある。中立の者に対する賠償の支払は、責任ある交戦国が被害者の国とは平時にあり、また、平和な関係を維持しており、両国はあらゆるケースを容易にかつ遅滞なく解決し得る状態にあるため、大抵の場合、即時に行い得るであろう。このような容易さないし可能性

は、戦争という一事により、交戦国同士の間では存在しない。賠償請求権は中立の者と同様各々の交戦国の者についても生ずるが、交戦国同士の間での賠償の支払は、和平を達成してからでなければ決定し実施することはできないであろう。」と述べ、ドイツ代表も、中立の者と交戦相手側の者との間に設けている唯一の差異は、賠償の支払方法についてであると述べた。

(オ) 以上の議論を踏まえ、ドイツ代表は、2つの条文を1つにまとめ、中立の者とその他の者の間に原則的相違を設けない案文に賛同した。その案文は、「本規則の条項に違反する交戦当事者は、損害が生じたときは、損害賠償の責任を負う。交戦当事者は、その軍隊を組成する人員の一切の行為に付き責任を負う。」というものであり、平和会議においてはこの案文が採択された。

ウ 検討

以上のような審議経過に徴すれば、ドイツ代表の提案は、当初からヘーグ陸戦規則違反の行為により損害を被った個人に対し損害賠償請求権を認める趣旨であったことは明らかであるし、ヘーグ陸戦条約3条を審議した会議そのものが個人の損害賠償請求権をいかに成文化するかという点に焦点を当てていたことは明らかである。すなわち、同条約の当事国の意思という「文脈」においても、同条約3条が交戦当事国の附属規則違反行為により被害を被った個人に、当該交戦当事国に対する損害賠償請求権を認められたものであると解することは、極めて妥当な解釈と言える。

なお、起草過程における各国代表の発言に、個人に生じた損害の救済をいかなる方法で具体化し実現していくかについての発言がなかったのは、会議の列席者にとっては個人が加害国の国内手続に訴えることが可能なことは自明でありあえて手続について議論する必要がなかったことによるものであり、何ら不自然な点はない。

第2 法例11条により準拠法となる中国民法に基づく損害賠償請求について

1 原告らの主張と国際私法上の争点

(1) 法例11条1項は、不法行為の成立及び効力に関する準拠法について、その原因たる事実の発生した地の法律によると定めるが、旧日本軍兵士が本件加害行為を行ったのは当時の中華民国国内においてであるから、同項により、本件においては中華民国民法が準拠法となる。

そして、中華民国民法は、被用者が職務の執行によって不法に他人の権利を侵害したときは使用者は行為者と連帯して損害賠償責任を負い（188条）、不法に他人を侵害して死亡させた者に対して被害者の一定の近親者が財産的損害以外の損害についても相当金額の賠償を請求することができ（194条）、他人の身体、健康、名誉又は自由を不法に侵害した場合には被害者は財産的損害以外の損害についても相当金額の賠償を請求することができる（195条）と定めている。

原告らは、旧日本軍による加害行為により自ら負傷するとともに家族を殺害され、著しい身体的・精神的苦痛を被ったから、中華民国民法の上記各規定に基づき、旧日本軍兵士らの使用者である被告に対して慰謝料請求権を有する。

(2) 本件における国際私法上の争点は、①公務員の違法行為による損害の賠償という法律関係が国際私法による規律の対象となるか、これが肯定されたとしても本件加害行為が法例11条1項の「不法行為」に当たるか、②法例11条1項の適用により本件について当時の中華民国民法が準拠法になるとしても、法例11条2項により当時のいわゆる公権力無責任の原則が本件に累積適用され、被告は責任を免れ得るか、③さらに法例11条3項により日本民法724条後段が累積適用され、被告は責任を免れ得るか、である。

2 本件における法例11条の適用可能性について

(1) 法例11条1項の「不法行為」概念について

ア 国際私法上の法律関係の性質決定は、各国実質法の公法・私法の区別にとらわれることなく、国際私法全体の構造や関係する諸抵触規定の目的・精神に照らして国際私法独自の観点から行われるべきであり、本件のように法例11条の適用が問題となっているのであれば、その法例11条自体がどのような法律関係を対象としているのかを具体的に考察すべきである。

各国の実質法を比較法的にみた場合、法例11条1項の「不法行為」概念は「何らかの行為（作為・不作為）があり、他人に損害が起きた場合に損害賠償責任を負わせるか否か、いかなる要件のもとにどの程度の損害を加害者と被害者のどちらに分担させるかという問題」を意味すると考えることができる。そうすると、この「不法行為」概念は当然に国家ないし国家行為の職務上の担当者の行為をも包含することになる。

本件では、旧日本軍兵士の殺人や傷害などの行為があり原告らに損害が発生したので被告に損害賠償責任を負わせるか否かという問題が生じているのであるから、法例11条1項の「不法行為」概念の問題であり、国際私法の適用を可能とする法律関係であるといえる。

イ 一方、国際私法上の不法行為概念におけるもう一つの重要な要素として、行為地の公益の確保がある。すなわち、当該場所で不法行為が行われたということは、当該場所において維持されるべき秩序利益に当該行為が違反したことを意味し、その違反状態を当該場所の法律によって統制することでその秩序違反状態を回復させるという公益保障の観点からも不法行為地法主義には合理性がある。

本件においても、中国国内で維持されるべき秩序利益を旧日本軍が侵害したのであるから、これを中国法によって回復させるという公益の存在を肯定することができ、したがって、この意味においても法例11条の適用を必要とする事案であるといえることができる。

ウ 被告は、本件加害行為は、国家の権力的作用であり、公法的色彩が極め

て強く、国家的利益との結び付きが強固であり公法的法律関係に属するから、一般抵触法規である法例は適用されず、直接日本法が適用されると主張する。

しかし、そもそも抵触法の観点における公法と私法の区分を国家的利益との結び付きの強弱によって行うという主張自体何らの根拠もない。むしろ、賠償義務の発生原因が公権力の行使に基づくものであっても、その救済の面については私益を保護するためのものであり、個人相互間における損害賠償請求と同質であるから、国家の行為による権利侵害に対する損害賠償請求権の本質は、公法上ではなく私法上の請求権であると解すべきである。

判例も、「国または公共団体が国家賠償法に基づき損害賠償責任を負う関係は、実質上、民法上の不法行為により損害を賠償すべき関係と性質を同じくするものであるから、国家賠償法に基づく普通地方公共団体に対する損害賠償請求権は、私法上の金銭債権であって、公法上の金銭債権ではなく」（最高裁昭和46年11月30日判決・民集25巻8号1389頁）と判示している。

エ 被告は、我が国の国家賠償制度について検討を加えた上、現行国家賠償法には公務員に対する求償制限制度や相互保証の原則があり、国家賠償法制定以前は公権力の行使によって発生した損害についての賠償責任を否定するという法政策が採用されていたことに照らすと、公権力の行使に伴う不法行為という法律関係については、我が国の法政策上国家利益が直接反映され、「損害の公平な分担」を目的とする法例11条1項の「不法行為」概念に包摂されないと主張する。

しかし、実質法全ての上位規範である国際私法の解釈においては、適用すべき準拠法の選択は抵触法の次元において行うべきであり、特定の時点における特定の实質法体系や法政策の内容を先取りして抵触法の解釈に反

映させることは根本的な誤りである。抵触法は、各国実質法の不統一を前提として、いずれの国の実質法を適用すべきかを決定する規則であり、各国実質法の内容に拘束されるとすれば、準拠法の決定を行うことは不可能になるからである。

また、被告は、公権力行使に基づく損害賠償が問題となる法律関係において法例11条を適用すると、我が国の公権力の発動の違法性について、我が国を単なる一私人として他国の私法で裁くことを意味することになるから不当だと主張する。しかし、外国法の適用対象は不法行為自体であって加害者の属性は無関係であるし、被告が外国法の適用を当該外国の主権の発動と考えた上で上記のような主張をしているのであれば、現在の国際私法の最大の理念が、このような主権的発想を否定して国際的な判決の調和という国際社会全体の利益のために内外法を平等に適用すべきとしていることを看過している。

(2) 国家賠償請求の問題に公法の属地的適用の原則が妥当するか

国家賠償責任が公法的法律関係であるとするれば、公法の属地的適用の原則（公法は問題となった行為が自国の領域内で行われた場合にのみ適用されるべきであり、外国で行われた行為には適用されないという原則）により、日本の国家賠償法は、原則として日本における日本の公務員の不法行為にのみ適用されることになるはずである。また、公法の属地的適用の原則には、日本の裁判所は外国の公法を適用しないという意味もあり、これについて例外を認めることは困難である。

そうすると、例えば日本に駐在する外国大使館職員が自国民の保護を怠ったり、日本人からの査証申請を不当に却下した場合、行為主体が外国公務員であるから日本の国家賠償法を適用することはできず、外国公法不適用の原則により外国の国家賠償法も適用できず、日本の裁判所に損害賠償請求訴訟を提起したとしても裁判管轄が否定されることになる。しかし、この訴訟で求められて

いるのは、当該外国国家による刑罰や行政処分の取消しではなく単なる金銭賠償にすぎず、その管轄を否定すべき理由はない。また、例えば日本の公務員が外国における公務中に交通事故を起こし、被害者が日本国に対する損害賠償請求訴訟を日本の裁判所に提起したとすると、日本の裁判所は、事故地が外国であるため日本の国家賠償法を適用することはできないことになる。しかし、この訴訟で求められているのも刑罰や行政処分の取消しではなく、単なる損害賠償であるから、日本の裁判所は外国法に基づいて損害賠償を命じるべきであり、その管轄を否定すべき理由はない。

以上のように、外国法の適用を必要かつ可能とする法律関係であるということは、まさにそれが国際私法の対象である涉外的私法関係であるということの意味しているのである。

(3) 附従的連結について

ア 被告は、仮に本件の法律関係が国際私法の妥当分野であったとしても、公務員による不法行為は当該公務員の所属する国の公益・政策と密接不可分の関係にあるから、当該国家の法律が条理による特別連結により準拠法に指定されると主張する。

しかし、被告の主張は、国際私法における準拠法の指定に当たって一方当事者である被告の利益のみを考慮する一方、他方当事者である原告らの利益を何ら考慮しておらず、国際私法の解釈として到底認められるものではない。

不法行為において不法行為地法主義が採られたのは、不法行為の発生によって初めて加害者と被害者の双方が債権債務関係に入るため、不法行為地法を指定することが両当事者の予測可能性ないし正当な期待保護の要請を満たすからである。つまり、加害者にとっては、自己の行動から生じる責任の存否及び範囲を予測することができるし、被害者にとっても、自己が受けるべき賠償の有無及び範囲を期待することができるのである。

このように、国際私法における準拠法の解釈原理は、第一に密接関連性の確保にあり、両当事者がその法が適用されることにつき正当な期待を持ち、それが予測可能である場合に初めて、当該準拠法の指定が国際私法上正当化されるのである。

本件においては、旧日本軍が一方的に中国に侵入し、一般市民である原告らに対して本件加害行為を加えたのであり、加害者である被告と被害者である原告らとの間には、従前何らの接点もなかった。被害者である原告らにとって、日本法の適用は到底予測の範囲外であるし、逆に不法行為地法である中華民国法が適用されることに正当な期待があったと解することができる。他方、加害者たる被告及び旧日本軍兵士らにとっては、自らが一方的に侵入した中華民国の法律が適用されることは、十分に予測可能であった。かかる観点からも、本件不法行為については中華民国法が準拠法となる。

イ 確かに、公務員の外国人に対する不法行為について、一定の場合に当該外国人の所属国法が準拠法として指定されるべき場合がある。すなわち、不法行為の発生以前から、加害者と被害者との間に特別な法律関係があり、この法律関係と不法行為との間に密接な関連がある場合には、不法行為についてもこの特別な法律関係の準拠法を適用したほうが両当事者の予測可能性ないし正当な期待保護の要請を満たすことになる（附従的連結・従属的連結）。

しかるに、本件においては、被害者である原告らと旧日本軍兵士との間には従前何らの特別な法律関係はなく、被告の軍隊が平頂山を強襲して住民を虐殺し部落を焼き払うことで原告らと被告との間に債権債務関係が生じたのであり、本件について最も密接な関連を有する法律は当該行為の行われた地の法律である中華民国法である。よって、本件に附従的連結の理論を適用して公務員所属国法を準拠法とすることはできない。

(4) 比較法的考察について

ア 比較法的考察の重要性

国際私法とは、各国実質法の不統一を前提にどこの国の実質法を適用すべきかを律する抵触法であり、どこの国で裁判が係属するか、どこの国でその事案が問題とされるかを問わず、当該事案に最も適切な法を準拠法として指定しようとするところにその存在意義がある。そうすると、国際私法は、法的安定性の見地から、究極的には各国国際私法の統一、すなわちどこの国で裁判が起こされようと指定される準拠法は同一になるようにすることが重要であるとされる。そこで、諸外国の国際私法に関する判例や学説を参考にする比較法的考察が、国際私法の解釈に当たり必要不可欠となる。

イ 諸外国の裁判例について

欧米諸国の判例では、公権力行使による不法行為に対する損害賠償請求の問題について、以下のとおり、これを国際私法の適用対象として処理しているから、渉外的私法関係について法的安定性を保障するという国際私法の使命に照らすと、日本においてもこれを国際私法の対象として扱うことが正当である。

(ア) ドイツ連邦裁判所1981年10月22日判決は、ドイツ国外における事故につきドイツ政府を被告として損害賠償請求がされた事案において、加害者と被害者の双方がドイツ人である場合には不法行為地が外国であっても共通本国法であるドイツ法を適用すると規定する「1942年12月7日のドイツ領域外におけるドイツ国民の損害における法適用に関する規則」により、ドイツ国家賠償法の適用を認めた。この規定は、一般的な不法行為の準拠法に関するものであるから、公権力の行使に基づく国家の賠償責任の問題を国際私法の適用対象として扱ったものといえる。このように、ドイツでは、国家に対する損害賠償請求を一般国際

私法の適用対象とすることで一貫している（ドイツ連邦裁判所1962年6月14日判決，同裁判所1961年7月13日判決）。

- (イ) オーストリア最高裁判所1982年2月17日判決は，ユーゴスラビア大統領主催の狩りにおいてオーストリア大使が誤ってフランス大使を射殺したとしてフランス大使の遺族がオーストリア本国に対して慰謝料等の損害賠償を請求した事案において，①国家賠償の準拠法も，原則として国際私法により決定されるべきであり，したがって外国法の適用もあり得る，②本件のような国家の不法行為責任についても，通常不法行為の準拠法に関する国際的ルールが適用され，それによると，原則は不法行為地法主義であるが，例外的に加害者と被害者との間に特別な法律関係があり，これが不法行為と内的関連を有する場合には，当該法律関係の準拠法が優先する，③本件では，加害者と被害者との間に，そのような特別な法律関係はなかったから，原則どおり不法行為地法主義による，と判示した。

この判決は国際私法の適用を明言したのみならず，附従的連結の理論を前提に，この事件ではそれを適用できないことを明らかにした上，不法行為地法主義による準拠法選択を行ったという点で，まさに原告らが主張するとおりの解釈論を展開した裁判例として重要である。

- (ウ) チェコスロヴァキア政府公務員が職務の執行に際して同国人である原告に対して不法行為を行ったとして原告が当該公務員個人を被告としてイギリスの裁判所に損害賠償請求をした事案において，イギリス控訴院は，事件がイギリス国内で起こったことを理由に，不法行為地法主義の原則に従い，チェコ国民間の不法行為であってもイギリス法が適用されるとした。このように，イギリスの判例も，国家の公権力行使に基づく損害賠償請求の問題を国際私法の適用対象としている。

ウ 諸外国の立法例に関する被告の主張について

被告は、諸外国の立法例からも、公権力行使に伴う国家賠償という法律関係を国際私法の適用対象として取り扱っていないと主張するが、ドイツ及びイギリスの実例は上記のとおりであり、また、その他の国における実例についての被告の主張も、以下のとおり、誤りである。

さらに被告は、諸外国において各国独自の国家利益を反映した法制度が採用されているというが、相互保証主義や責任の限定・緩和は国家賠償責任に特有のものではないし、被告が主張する諸制度は、いずれも「自国の軍隊が海外にて何ら権限のない侵害行為を行う」という異常な事態を前提としたものではない。

(ア) アメリカ合衆国

アメリカ法においては、救済手段 (remedy) は法廷地法によるが実体的な請求権の成立は当該権利の準拠法によると定められているから、救済手段を法廷地法によって制限したとしても不法行為請求権の成立そのものはあくまで不法行為地法によることになる。連邦不法行為請求権法 2680 条も、同法の適用が排除される場合を列挙しているのみであり国家賠償責任そのものを否定しているわけではなく、しかも同条は「外国で生じた請求権」について適用がないとしているのであり、外国法による不法行為請求権の成立そのものは否定していない。同法 1346 条 (b) も、連邦政府職員が職務執行に際して加えた損害の賠償責任について、請求権の成立そのものは不法行為地法によるとしている。

さらに、アメリカでは、外国におけるアメリカ軍の不法行為については、請求権委員会を設置して損害賠償を支払うことが認められており、外国において不法行為請求権が成立することを前提に、その救済手段をアメリカ法自身が用意しているのである。

(イ) 中華人民共和国・大韓民国

中華人民共和国国家賠償法 33 条 1 項は、中国に対する国家賠償請求

に関して外国人や外国企業も同等に扱うという趣旨の規定であり、中国に対する国家賠償請求について全て中国法を適用すると規定したのではない。また、大韓民国国家賠償法が賠償審査会前置主義を採用しているからといって、国家に対する損害賠償請求の法律関係について国際私法不適用説を採用していると結論付けることはできない。

(5) 結論

以上のとおり、原因たる行為が公務員の公権力行使に伴う違法行為であっても、その結果、第三者に与えた損害を賠償し、その被害を回復するという法律関係は、対等な当事者間における事案とその性質を異にするものではないから、私法的法律関係に属する問題であるとともに、かかる行為は、法例11条1項の「不法行為」に該当する。そうすると、本件においても、不法行為地法である中華民国法が準拠法となる。

3 法例11条2項による日本法の累積適用について

- (1) 被告は、仮に本件に法例11条1項の適用があるとしても、同条2項により不法行為の要件について日本法が全面的に累積適用されるのであり、当時の日本法の内容となっていた国家無答責の法理により被告は責任を負わないと主張する。
- (2) 法例11条2項は、不法行為の成立について不法行為地法と法廷地法たる日本法との累積的適用を定めているが、ここにいう「不法」について、日本法の不法行為の成立要件である①故意・過失、②権利侵害（違法性）、③損害の発生をすべて満たすことが必要であると解釈するのは、不法行為の準拠法につき不法行為地法主義を採用した意義を全く失わせるものであり妥当ではない。よって、不法行為法主義の基本的指導理念である被害者救済と国際私法交通の法的安定性の観点から目的論的解釈を行い、「不法」とは主観的違法性すなわち①のみを意味すると解するか、①及び②のみを意味すると解するのが妥当である。

そうすると、国家無答責（公権力無責任）の法理は公務員の公権力の行使に伴う不法行為についての責任阻却事由と考えられ、それが違法性を有することは否定されていなかったから、いずれの見解によっても、本件加害行為は日本法上「不法」であると言える。

(3) 仮に法例 1 1 条 2 項が不法行為の成立要件について日本法を全面的に累積適用するものであると解されるとしても、本件について国家無答責の法理を適用することは、後記第 3 のとおり、誤りである。

(4) 以上によれば、法例 1 1 条 2 項により不法行為の成否について日本法が累積適用されるとしても、国家無答責の法理により被告の責任が否定されることはなく民法ないし現行の国家賠償法により不法行為の成否が判断されることになるが、本件加害行為について日本法上不法行為の成立は明らかであるから、不法行為地法である中華民国法の適用は妨げられない。

4 法例 1 1 条 3 項による日本法の累積適用について

(1) 法例 1 1 条 3 項の解釈について

被告は、法例 1 1 条 1 項により中華民法が適用され原告らの主張する損害賠償請求権が成立・発生するとしても、「損害賠償其他ノ処分」について日本法の累積適用を定める法例 1 1 条 3 項により除斥期間を定める日本民法 7 2 4 条後段が適用されるから、原告らの損害賠償請求権は、本件加害行為から 20 年の経過により法律上画一的に消滅すると主張する。しかし、以下のとおり、法例 1 1 条 3 項の「損害賠償其他ノ処分」には時効や除斥期間の問題は含まれず、時効や除斥期間については同法 1 1 条 1 項により不法行為地法たる中華民国法だけが適用され、日本民法 7 2 4 条後段の累積適用はない。

ア 文理解釈

不法行為の効力は、損害賠償の方法及びその程度以外に、時効・除斥期間、不法行為債権の譲渡性・相続性、共同不法行為における責任の分担な

ど様々な事項を含んでおり、損害賠償の方法及び程度は不法行為の効力の一部にすぎない。用語の通常の意味に従えば、「損害賠償其他ノ処分」とは、損害賠償の問題とそれに類似した問題だけを含むはずであるし、また「処分」というからには、何らかの権利実現の手段を指しているものと考えられるが、時効や除斥期間は「損害賠償」そのものの問題でもなければ「其他ノ処分」の問題でもないから、この文言に含まれると解することは困難である。

したがって、「損害賠償其他ノ処分」という文言は、時効や除斥期間の問題を含まないと解すべきであり、法例11条3項がこれらを含め日本法の累積適用を全面的に認めたものであると結論付けることは、明らかに文理とかけ離れている。

イ 立法経緯

法例11条3項の制定経緯を検討すると、同項は、不法行為の救済方法について各国の法に不統一があり、外国法の救済方法と日本法の救済方法が異なることがあるから、日本法が認めない救済方法は与えない趣旨であると説明されていた。したがって、法例11条3項の立法趣旨は、文字どおり損害賠償の方法及び程度についてのみ日本法を累積適用することであり、そこに時効や除斥期間などのその他の事柄を含める意図はなかった。このことは、法例の母法であるドイツ民法施行法の制定経緯からも明らかである。

ウ 時効と公序の関係

契約債権の準拠法を定めた法例7条に関連して、法例の起草段階では、時効に関する規定を債権の効力に関する規定とは別に置くことも検討されたものの実現せず、立法者及びその後の判例・学説は、準拠外国法が日本法より長い時効期間を定めているからといって必ずしも公序違反となるとは考えず、法例33条の「公ノ秩序」の解釈に委ねている。このような処

理は、契約債権のみならず不法行為債権についても当てはまるというべきである。なぜなら、消滅時効は、一定期間行使しない権利を消滅させる制度であり、その趣旨は、契約債権であると不法行為債権であるとを問わず、共通であると考えられるからである。すなわち、時効・除斥期間の問題は、法例11条3項によるのではなく、一般公序規定である法例33条に委ねるとするのが、法例の趣旨であると解すべきである。そして、債権の時効・除斥期間については、時効期間が極端に長い場合か全く債権の消滅時効を認めないという場合でない限り、日本社会の公序に反するものではないというべきである。

要するに、同じく不法行為の効力とはいっても、損害賠償の方法及び程度と時効・除斥期間は、同列に考えることはできず、前者を日本法の累積適用に服させたからといって、後者も同様に扱う必然性は、もともとなかった。それゆえ法例11条3項が損害賠償の方法及び程度についてのみ日本法の累積適用を定めたものと解することは、立法者意思に合致するだけでなく、客観的にみても合理性がある。

そもそも法例は、他の債権については約定債権のみならず法定債権である事務管理や不当利得でさえ、その消滅時効・除斥期間を日本法の制限にかからしめておらず、法定債権の中でも特に不法行為だけについて、その消滅時効・除斥期間を日本法の認める範囲に限定しなければならない合理的理由は全く認められない。

(2) 民法724条後段の解釈について

ア 原告らの主張

仮に本件に日本民法724条が累積適用されるとしても、同条後段は除斥期間ではなく消滅時効を定めたものと解釈されるべきであり、被告が時効を援用しない以上原告らの損害賠償請求権は消滅することなくなお存続している。

仮に同条後段は除斥期間を定めたものと解釈するとしても、本件事案の特殊性に鑑みると、同条後段の20年の期間は未だ満了していないというべきであり、また、本件において除斥期間を適用して原告らの請求権が消滅したものと結論付けることは著しく正義公平の理念に反するから、時効停止規定の準用ないし類推適用により、あるいは信義則・権利濫用法理や条理に基づき、同条後段の適用を制限すべきである。

イ 民法724条後段の法的性格

民法724条後段の法的性格については、その文言、立法の沿革、法継受の経緯、比較法、法解釈の妥当性のいずれの見地から考察しても、時効と解釈されるべきである。

最高裁平成元年12月21日判決・民集43巻12号2209頁は、民法724条後段の法的性質について、不法行為によって発生した損害賠償請求権の除斥期間を定めたものと解している。しかし、かかる硬直的な解釈は、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、一方で被害者に苛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。

724条後段を時効と解釈することにより、時効の停止・中断規定、信義則・権利濫用法理等、法の明文あるいは確立された判例法理を活用して不法行為をめぐる複雑で多様な法律紛争の各事案に応じた正義にかなう解決が可能となるのであり、かかる解釈は、損害の公平な分担を図るという不法行為制度の究極の目的に合致し、法解釈の客観性・実質的合理性にかなうものといえる。

ウ 民法724条後段の期間の起算点について

(ア) 民法724条後段の20年の期間の起算点に関しては、権利者の主観

的個人的事情を離れて、客観的にいわば制度的に権利行使を妨げる事情が存在した場合には、除斥期間は進行しないと解すべきである。

- (イ) 本件においては、1978年10月に日中平和友好条約が締結されるまで日中両国は法的には戦争状態にあり、被告と中国は戦後長らく国交断絶の状態が続いた。1995年3月9日、中華人民共和国の銭其琛外相(当時)が、対日戦争賠償問題について、1972年の日中共同声明で放棄したのは国家間の賠償であって個人の賠償請求は含まないとの見解を示すとともに補償の請求は国民の権利であり政府は干渉すべきでないと述べるまでは、対日関係を配慮する中国政府の意図と影響の下で一般の中国人が被告に対して損害賠償を求めて提訴する可能性を考える余地は皆無であった。さらに、原告らの希薄な法意識や経済状態などの諸般の事情に照らすと、銭外相発言のあった1995年3月になって初めて、原告らの権利行使が客観的に可能となる必要最低限の条件が具備されたのであり、それ以前には原告らに権利行使可能性はなかった。

よって、民法724条後段の期間は1995年3月以前には進行せず、この時点をもって上記期間の起算点と解するのが相当である。仮にしかからずといえども、1978年10月の日中平和友好条約の締結までは期間の進行は停止すると解すべきであることは否定の余地がない。

本件訴訟は1996年8月に提起されたのであり、20年の期間は満了していないから、本件に民法724条後段を適用して、加害者たる被告の義務を免れさせ、他方、被害者たる原告らの権利を喪失させることはできない。

エ 民法724条後段の適用制限について

- (ア) 民法724条後段を除斥期間と解するとしても、およそ権利行使が不可能であるにもかかわらず単に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が著しく正義・公平の理念に反すると認められる場合、その適用は条理上制限されるべきである。すなわち、民法724条後段の趣旨が、法律関係の速やかな確定による法的安定性、攻撃防御・採証上の困難からの加害者の保護、権利の上に眠る者は保護しないことなどにあることを考慮すると、権利行使につき権利に眠る者との評価が妥当せず、義務違反が明白で時の経過による攻撃防御・採証上の困難がなく、権利の性質や加害者と被害者との関係などから時の経過の一事によって権利を消滅させる公益性に乏しいときは、民法724条後段の適用を制限するべきである。

下級審の裁判例は、前記最高裁平成元年12月21日判決以降、除斥期間の利益の放棄論、信義則違反・権利濫用論、時効期間停止規定の類推適用などにより、この判決の射程範囲を限定し、事案の内容や特殊性を実質的に考慮して被害者の権利が不当に否定されることのないよう、法の正義公平の観点から実質的に除斥期間の適用制限を認め、具体的妥当性ある判断と解決を図ってきた。こうした一連の流れの中その趨勢に沿う形で被害者の救済を図った判決である最高裁平成10年6月12日判決・民集52巻4号1087頁は、硬直的な除斥期間適用制限否定論を葬り去り、条理を根拠に除斥期間の適用制限を正面から認めたものであり、原告らの主張に沿うものと位置付けられる。その後も、下級審の戦後補償裁判において、除斥期間の適用を排斥した画期的な判決が出されている。

- (イ) 本件においては、①加害行為の残虐性・悪質性、被害の重大性等から、被告の責任を明確に実現する必要性が極めて高いこと、②被告の義務違反の明白性、③被告が徹頭徹尾証拠隠滅工作を図り原告らの権利行使の実現を妨げたこと、すなわち、原告らの権利不行使に関する被告の積極的関与の事実、④被告が本件加害行為につき、その事実関係と違法性に

ついて事件直後から明確に認識していた事実と行為後の不誠実な対応など被告の保護適格性の欠如，⑤原告らの権利行使の客観的・法的・事実に可能性は前記ウ(イ)のとおり銭外相発言のあった1995年3月まで存在せず，原告らに権利に眠っていた者という評価は妥当しないことなどの諸事情が認められる。

以上の特段の事情に照らすと，本件において20年が経過したということのみをもって原告らの権利行使を許さないとするは，著しく正義・公平の理念に反することは明白であり，民法724条後段の適用を制限しなければ条理に沿わないことは明らかというべきである。

第3 公権力無責任の原則について

1 原告らの主張

(1) 被告は，国の権力的作用である本件加害行為について一般抵触法規である法例は適用されず日本法が直接適用され，また，仮に法例11条の適用があるとしても同条2項により日本法が累積的に適用されるどころ，大日本帝国憲法下においては，国の権力的作用については，これに起因する損害の賠償責任は否定されていた（公権力無責任の原則。なお，戦前の日本においては，国の賠償責任は権力的行為については否定されていたが，私経済活動及び非権力的行為については肯定されていたから，「国家無答責の法理」との用語は適切ではない。）から，本件においてもこの原則により被告は損害賠償責任を負わないと主張する。

(2) しかし，本件加害行為については下記のとおり公権力無責任の原則の適用はないから，法例11条2項により日本法が累積適用され，又は仮に法例を介さず本件に日本法が直接適用されるとしても，被告は，日本民法709条又は715条により，原告らに対し日本法上不法行為責任を負う。なお，民法724条後段と本件の関係については，前記第2の4(2)のとおりである。

第1に，本件加害行為は公権力無責任の原則が前提とする「公権力の行使」

には該当しないから、この原則は適用されない。

第2に、仮に「公権力の行使」に該当するとしても、公権力無責任の原則は実体法上明記されたものではなく民法の不法行為規定の解釈により生み出された判例の所産であるから、現時点においては民法の不法行為規定について最新の解釈を行うことにより、本件について同原則の適用を否定し被告の賠償責任を肯定する結論を導くべきである。

第3に、仮に公権力無責任の原則が実体法上の原理であるとしても、同原則を正当化していた根拠である主権無答責の法理や違法行為の国家帰属を否定する法理に照らすと、同原則は日本国の統治権に服しない在外外国人には適用されない。

第4に、公権力無責任の原則が専ら司法裁判所の管轄の範囲外の問題であるとの訴訟上の理由を根拠とするのであれば、行政裁判所が廃止され司法裁判所に一元化された現行憲法下においては、同原則を適用する必要はなく被告の賠償責任を否定する理由はない。

第5に、本件においては、正義公平の理念に照らして公権力無責任の原則の適用を条理上否定すべきである。

2 公権力無責任の原則の適用のための要件としての「公権力の行使」

- (1) 公権力無責任の原則により被告の賠償責任を否定するためには、被告の行為が「公権力の行使」に該当することが前提となるが、この「公権力の行使」に当たるためには、次の3つの要件を充足する必要がある。

第1に、加害行為が実質的に強制力ないし権力の行使といえる性質のものであること、すなわち、法行為であれば相手方である私人の権利・自由を一方的に制限するもの、事実行為であれば身体・財産に強制を加える性質のものでなければならない。

第2に、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を与えられていることが必要である。なぜなら、国が優越的に支配する立場に

立って国民に対し一定の行為を命令又は禁止し強制を加えるという一方的な優越的支配が合法化されるためには、国民の代表者により構成される議会によって制定された法律によって当該官吏に対して一定の権限が付与されていることが必要だからであり、このことは法治主義・法律による行政の原理から当然に導かれるのである。「適法な公権力を行使する権限」なく行われた公務員の実力行使は単なる「裸の暴力」にすぎず、上記「公権力の行使」には当たらない。

第3に、加害行為が国の統治権ないし主権に服する者に対する行為であることが必要である。なぜなら、日本国の統治権ないし主権は外国に及ばないため、外国ないし外国に住むその国の国民らは日本国の統治権ないし主権に服しないからである。仮に日本国の法律で日本国の公務員に対して他国での「公権力の行使」を授権することが認められるとすれば、日本国が他国の主権を侵害することになるし、他国ないし他国の国民が日本国の「公権力の行使」に従わなければならないということになるが、そのようなことを理論的に根拠付けることはおよそ不可能である。

- (2) 本件加害行為は、第1の要件を満たすものの、第2及び第3の要件を満たさない。なぜなら、本件加害行為を行った者は、平穏な生活を送っている無事の市民である平頂山住民を老人や子供らを含め殺傷し、あるいは住民の有する家屋等物的施設を破壊する権限を「適法な公権力の行使」と認められるような権限として授権されていたとはいえないし、本件事件の被害者らが日本国の統治権ないし主権に服していないことも明白だからである。

よって、本件加害行為は、公権力無責任の原則が妥当する「公権力の行使」には当たらない。

3 公権力無責任の原則の法的性質と現時点でのあるべき解釈

(1) 判例法理としての公権力無責任の原則

ア ポアソナード民法草案の審議状況等

使用者責任を負う主体に「公私ノ事務所」を含めて国の賠償責任を認めていたボアソナード民法草案393条は、司法省の法律取調委員会の議論で原案どおり可決され、その後の議論においては、国の賠償責任は認められるべきであるとの前提で、それを民法で規定するか、特別法によるか、司法判断の集積に待つかという点につき意見が分かれた。最終的には、元老院審議、政府修正・加除のいずれかの段階で「公私ノ事務所」の文言が削除され「總テノ委託者」という文言になったが、その理由について、「民法編纂ニ關スル諸意見並雜書」には、「右ノ如ク本條ヲ修正スルニ於テハ政府官廳ノ責任ニ關スル問題ハ直接ニ斷定セス然レトモ政府官廳カ官吏屬員ニ對シ委託者タルノ資格ヲ有スル場合ニ於テハ官吏屬員ノ過失ノ責ニ任ス是レ白耳義新法ノ規定スル所ナリ而テ如何ナル場合ニ於テ政府官廳カ委託者ナルヤ否ノ問題ハ事實ノ問題トシテ司法官ノ判斷ニ委ス」と記載されている。

すなわち、ボアソナード民法草案の審議に参加した委員らの中には公権力無責任の原則を主張をした者はおらず、むしろ、国の賠償責任について民法の不法行為規定が適用されるべきことを前提とした上で、具体的な適用場面については司法裁判所の判断に委ねるとというのが委員らの法意識だったのである。

大日本帝国憲法61条は「行政官庁ノ違法処分ニ由リ權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屬スヘキモノハ司法裁判所ニ於テ受理スルノ限ニ在ラス」と定め、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」と規定していたため、国の賠償責任をめぐる訴訟に関して行政裁判所が管轄権を有しないことは明白であった。しかし、司法裁判所の管轄権は明確に否定されておらず、国の賠償責任の否定を明記した実体法規もなく、民法の不法行為規定の解釈を通じて国の賠償責任を認める余地が残されていた。そこで、民法の不

法行為規定に基づき国の賠償責任を追及する訴えが司法裁判所に提起され、下記イのような司法裁判所の判例の集積を通じて、国の「公権力の行使」（権力的行為）に起因する損害については国の賠償責任を否定し、国の非権力的行為又は私経済活動に起因する損害については国の賠償責任を認めるとの判例が集積され、しかも、被害者救済の範囲を拡大する方向に変遷しながら、徐々に公権力無責任の原則が形成されてきたのである。

イ 国の賠償責任をめぐる判例の変遷

国の私経済活動については、当初から一貫して民法の不法行為規定の適用が認められ、公企業の経営や公物の管理のような非権力的行為であるが公行政に属する作用についても、大審院大正5年6月1日判決・民録22輯1088頁（徳島市小学校遊動円木事件）を契機に、国の賠償責任が認められるようになっていったが、注目すべきは、この判決は、裁判所が非権力的行為の分野に関して様々な論理構成により民法の適用を認める努力を積み重ねた（鉄道・電車・自動車事業は民間が行う事業と異ならないとして国の不法行為責任を認めた大審院明治31年5月27日判決・民録4輯5巻91頁や、公物営造物の設置管理などの瑕疵に基づく損害について水利組合がその目的のために設置した「工作物ノ占有ハ私法上ノ関係」であるとして民法の適用を認めた大審院明治39年7月9日民録12輯1096頁など。）結果、導き出されたという点である。

他方、権力的作用については、多くの裁判例が民法の適用を否定して国の賠償責任を否定していたが、これについても、民法の適用を認める傾向を示す判決や、民法が適用されることを前提としたと受け取れる判決も存在したのであり（「不法行為ノ責任ハ其ノ行為者ノ何人ナルヤニヨリ之レヲ区別セサル」と判示した大審院昭和7年8月10日判決・法律新聞3453号、「蓋行政処分又ハ其ノ執行カ民法上ノ不法行為ヲ構成スル為メニハ其ノ範囲ヲ逸脱シ行政処分又ハ行政執行ト目シ難キ程度ニ至リ以テ他人

ノ権利ヲ侵害シタルコトヲ要スト解スヘキヲ以テ」と判示した大審院昭和16年11月26日判決・判決全集9輯11号6頁など。), 判例上, 権力的行為についても国家賠償責任を認める解釈の余地が残されていた。

このように, 国の賠償責任に関する裁判例は動揺しつつも民法の適用範囲を拡大する方向で徐々に形成されたのであるが, その拡大の傾向は権力的作用に対する責任の分野にも及び得る可能性を秘めており, 公権力無責任の原則も確固不動の原則ではなく時代とともに発展する契機を含んでいた。もともと戦前の段階では, 特殊な政治構造・政治意識が障害となり被害者救済の見地が貫徹されずに公権力の行使に起因する損害にまでは救済が及ばなかったが, 戦前の裁判所は, 国の賠償責任を認めないことの不合理性を自覚した上で, 具体的事案に応じて妥当な結論を導くために様々な論理を駆使して被害者の救済を図ろうとしてきた。

また, 学説上も, 国家の権力的行為に関して民法の適用がないとする通説に対し, 国や公共団体に対する損害賠償請求を正面から認めようとする有力説が存在していた。

(2) 現憲法下での解釈の在り方

以上のとおり, 公権力無責任の原則は法令により明定されていたものではなく民法の不法行為規定の解釈に関する判例の所産にすぎず, 国家賠償法附則6項の「従前の例」には当たらない。そこで, 裁判所は, 本件について, 現時点での解釈すなわち憲法の人権思想に合致した最新の解釈により, 公権力無責任の原則の適用を排除すべきである。

すなわち, 国家賠償法附則6項の「従前の例」とは国家賠償法制定前の法令を意味するのであって裁判例を含まないから, この規定を根拠に本件について判例の所産である公権力無責任の原則を適用することはできない。そうすると, 戦前においては国の賠償責任を認めた特別の規定がない以上, 民法の不法行為規定を「従前の例」として適用できるかどうかの問題となるが,

同法の解釈をするに当たっては、解釈の時点である現時点での、憲法の人権思想に合致した最新の解釈に基づくべきである。

そうすると、仮に国家賠償法が制定されていなかったとすれば、現行憲法下で人権意識の発展に伴い公権力の行使に起因する損害について民法の規定による救済が次第に広げられ、現在では国の賠償責任が認められていたはずである。加えて、本件は、戦闘状態になく平穏な生活を送っていた非戦闘員である一般市民に対し執拗かつ残虐な虐殺行為が行われたという事案であり、日本国憲法の人権保障の観点から被告の賠償責任を認め救済すべき必要性は極めて高い。本件については、現時点における最新の解釈として、民法の不法行為規定を適用あるいは類推適用すべきである。

4 公権力無責任の原則の内在的制約

(1) 公権力無責任の原則の法理論上の根拠

権力的行為について国の賠償責任を否定する理論的根拠としては、主権無答責の法理及び違法行為の国家帰属を否認する法理が挙げられる。

主権無答責の法理とは、主権者は何ものにも拘束されずに法を作成することができるのであるから主権者は常に法に違反することはないという考え方であるが、近代国家においては、主権者である国民（被支配者）と国家（支配者）を同視して（支配者と被支配者の自同性）、主権者である国民すなわち国家は法を侵犯し得ないと考えることがこの法理を貫徹するため必要不可欠であった。

違法行為の国家帰属を否認する法理とは、違法な国家機関の行為は、国家意思たる法規に違反するため法律上国家を代表する機関行為とは認められず、国家機関を構成する個人の個人的責任の問題を生じるにとどまり、国家の法的責任は生じないという法理であり、近代国家においては、国家と法秩序の自同性として発現した。

(2) 公権力無責任の原則の内在的制約

以上の公権力無責任の原則の理論的根拠に照らせば、この原則には日本国の統治権に服しない外国に存する外国人には妥当しないという内在的制約があることになる。なぜなら、主権者は自ら法を創造できることから法に拘束されないという考え方は、あくまでも主権の絶対性（非拘束性）が認められる範囲において妥当する法理であり、自国の主権の及ぶ範囲を超えて他国さらには他国の国民に対してまで自国の主権の絶対性を主張し得ないのは当然であるし、国家の行為を適法化する法の妥当する範囲が主権の及ぶ自国の管轄内に限られる以上、違法行為の国家帰属を否認する考え方も自国の範囲内においてのみ妥当し、他国ないし他国の国民に対してまで及ぼすことはできないからである。

そうすると、旧日本軍兵士らによる本件加害行為は、日本国ではなく中華民国の統治権に服していた原告らに対して、中華民国国内において行われたものであるから、本件には公権力無責任の原則は適用されない。

5 訴訟法上の法理としての公権力無責任の原則

大日本帝国憲法61条の起草者は、公法私法二元論を基礎に、少なくとも権力的作用による国の賠償責任については司法裁判所の管轄権を否定することにより民法の適用を排除しようと考えていたと窺われる。また、行政裁判法16条は、行政裁判所が国の賠償責任訴訟の管轄権を有しないことを明記している。そして、大日本帝国憲法下における裁判例は、公権力無責任の原則の実体法上の根拠を全く述べることなく、専ら司法裁判所の管轄外であるため適用法条を欠くという訴訟法上の理由により、権力的行為に起因する損害に対する国の賠償責任を否定してきた。

以上に照らすと、公権力無責任の原則の実態は、実体法上の根拠に基づくものではなく、むしろ単に司法裁判所の管轄外であるため司法裁判所としては適用法条を欠くという訴訟法上の法理にすぎないものであったというべきである。

過去の事実について訴訟法上の障害が除去された場合には現行訴訟制度に従って裁判を行うべきであるところ、今日では日本国憲法により国の賠償責任が認められ、裁判制度も行政裁判所制度が廃止されて司法裁判所に一元化された。したがって、公権力無責任の原則を支えてきた管轄という訴訟上の障害は既に除去されたから、公権力の行使に対して民法の適用を拒むべき理由は全く存在しない。

6 非人道的行為と公権力無責任の法理

本件事件は、非戦闘員であり無辜の市民である平頂山住民を老人や子供も含めて虐殺したという他に類がない事件であり、本件当時4歳から9歳の子供であったにもかかわらず目の前で一瞬のうちに父母、祖父母、兄弟姉妹らを殺され自らも負傷した原告らの被った被害は、極めて重大である。そして、本件事件は旧日本軍によって周到に計画された上、その態様も1か所に集められた平頂山の住民に対し一斉に機銃掃射した後生存者を探索して銃剣で刺殺するなど、他に類のない残虐な行為が執拗かつ徹底的に繰り返され、その違法性は甚大である。さらに、その後行われた徹底的な隠蔽工作は極めて悪質であり強く非難されるべきである。

以上の特徴に照らせば、本件事件は、当時においても国際法上違法であることは明白であり、日本国憲法の基本的人権尊重主義に違反するだけでなく大日本帝国憲法の人権保障の精神にさえ明らかに違反する残虐性の著しい非人道的行為といえる。このような特徴を有する本件に公権力無責任の原則を適用して被告の賠償責任を否定するのは、正義公平の理念に照らして許されず、本件については、この理念に照らし、国家賠償法附則6項の適用は条理上制限されるべきである。

第4 立法不作為に基づく被告の国家賠償責任について

原告らは、旧日本軍の行った本件事件により深刻な被害を受け、その被害は現在に至るまで継続している。被告は、かかる原告ら本件事件の被害者に対し

て賠償又は補償すべき憲法上の立法義務を負っているにもかかわらず、被害者に対する救済措置を一切講じることなく、戦後半世紀以上も放置してきたから、かかる立法不作為について国家賠償法1条により損害賠償義務を負う。

1 憲法上の立法義務について

(1) 被告は、憲法の以下の各規定によって、先の大戦の犠牲者に対し謝罪と補償を行うべきことを憲法上義務付けられている。

ア 前文及び9条

憲法前文には、先の大戦の惨禍を受けて平和のうちに生存する権利が設けられ、その具体的規定として9条により国際紛争解決の手段としての戦争を放棄している。このことは、憲法が戦争による被害を誠実に賠償することを前提にしていると解され、現に国民については、1952年の戦傷病者戦没者遺族等援護法制定に始まる様々な立法により救済されてきている。いわんや、旧日本軍の軍隊が非戦闘時に無辜の住民を虐殺した場合、その生存被害者に賠償すべきは当然であるから、憲法のこれらの規定は原告らに対する賠償を被告に義務付けている。

イ 13条

個人の尊厳の原理をうたった本条は、個人の生命、身体、幸福追求権を包括的権利として保障している。これには、本件の被害者が踏みにじられた人権を回復し、精神的、肉体的苦痛を癒され慰謝され、将来の幸福な生活を送るべき環境も整えることも予定されているから、本条も被害回復を図り賠償をすることを被告に義務付けている。

ウ 14条

平等原理は、その性質上前国家的なものであり、我が国民だけでなく外国人もすべて平等に扱われることを国家に要請している。14条によって、被告は、国民の戦争被害に対して賠償・補償措置を講ずるだけでなく侵略の被害者である外国人に対しても同様の賠償ないし補償をすることを義務

付けられているといえる。

エ 17条, 29条1項及び3項

憲法は、国家権力により生命、身体等を侵害された場合には、国家は賠償すべきことを義務付けている。加えて財産権に対する侵害については、公共のために特別の犠牲を強いられたときには正当な補償を具体的に義務付けているところ、財産権以上に基本的人権の中核となる生命身体においてはなおさら国家の正当な補償が求められる。そうすると、これらの規定は、生命、身体の侵害については、財産的侵害に比してより一層具体的な補償ないしは賠償規定を設けることを被告に要求しているものといわざるを得ない。

オ 40条

刑事補償規定は、国家権力が誤って国家の刑罰権を発動したときに、それが明らかとなったときには補償することを義務付けているが、原告らのような虐殺行為の生存被害者については、被告自らが計画的に著しい人権侵害をした場合であり、なおさら補償を要するというべきである。したがって、同条により、原告らに対する補償立法を行う義務が被告に課されている。

カ 98条2項

第2次世界大戦における侵略国家であるドイツやイタリアは、戦後補償立法を制定するとともに、戦争犯罪については時効を適用しないなど、徹底した戦後処理をしている。これが確立された国際法規である。それゆえ、我が国においても、原告らのように非戦闘時に大量虐殺の被害を受けた非武装の一般住民に対し、賠償や補償をすることが国際的にも義務付けられているといえ、こうした解釈は98条2項の国際協調主義の精神にも適うものである。

(2) 以上に加え、法の解釈原理として、あるいは条理として、先行法益侵害に

基づくその後の保護義務を法益侵害者に課すべきことが一般に許容されている。そうであれば、日本国憲法制定前の我が国の国家行為によるものであっても、これと同一性ある国家である被告には、その法益侵害が重大である限り、被害者に対して被害の増大をもたらさないように配慮、保障すべき条理上の法的作為義務が課せられているというべきである。

2 立法不作為の違憲違法性について

国会議員も国家賠償法1条にいう公務員であるから、憲法上の立法義務に反する立法不作為は違憲となり、国家賠償法上も違法と評価される。

ただし、国家がいついかなる立法をすべきか、あるいは立法をしないかの判断は、一般的に国家の裁量によると解されるので、いかなる場合に立法不作為が違憲違法となるかが問題となる。

この点、被告は、「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項の規定の適用上、違法の評価を受けない」とする最高裁昭和60年11月21日判決・民集39巻7号1512頁を引用した上、本件は最高裁の判示する「例外的な場合」には該当しないとす。しかし、この判例は多数決原理に基づく議会制民主主義と密接に関わる選挙制度の事案についての判断基準であるにすぎず、このように立法不作為が違憲違法となる場合を一般的に極めて限定的に解するのは妥当ではない。

違憲立法審査権は、多数決原理の誤りを前提として、違憲の法令の個別的な修正手段として司法に付与されたもので、こうした権力相互間の抑制原理こそ三権分立の真骨頂といえる。同時に、違憲立法審査権は、多数決原理に上位する憲法理念の存在、すなわち基本的人権の保障を示している。だとすれば、立法府の過誤ないし怠慢による違憲法令の制定存続ないし救済立法の懈怠などによって基本的人権が現に侵害されているにもかかわらず、立法府自らが違憲法令を廃止せずあるいは救済立法を制定しない以上、司法が個別具体的な争訟の

場で人権回復の救済策を講ずることは、むしろ基本的人権の保障を国政の至上命題と位置付けた日本国憲法が要請するところである。

立法作用による人権侵害形態を分類すれば、①少数者の人権を侵害する法律が、多数決原理すなわち議会制民主主義の名の下に制定された場合（この場合、違憲法令の制定という立法府の作為による違法の問題となる。）、②違憲法令が、その存続中、人権を侵害し続ける場合（この場合、立法府が制定された違憲法令を廃止しないことによる不作為の違法が問題となる。）、③人権侵害の被害者を救済するためには立法化が必要であるのに、当該救済立法が制定されない場合（この場合、立法府の不作為による違法が問題となる。）などに分類される。憲法81条に規定された違憲立法審査権は、現に存在する違憲法令を具体的争訟の場で適用しないことで被害者を救済しようという限られた範囲（上記①及び②のうち限られた場合）でしか機能しないが、かかる範囲のみ救済対象とし、その適用外（上記①及び②のうち違憲立法審査権の行使だけでは救済されない場合並びに③の場合）については放置するのでは、憲法14条の平等原則に反するだけではなく、人権保障を至上命題とする憲法理念を没却していると言わざるを得ない。

したがって、当該人権侵害の重大性とその救済の高度の必要性が認められる場合であって、国会が立法の必要性を認識し得た状況にあり立法が可能であったにもかかわらず合理的期間が経過したかあるいは救済が手遅れになる可能性があるのになおこれを放置した場合、そのような立法不作為は国家賠償法上違法となると解すべきである。

3 本件への当てはめ

当時幼子であった原告らは、旧日本軍兵士らにより行われた極めて残忍非道な本件事件に巻き込まれて甚大な被害を受けたばかりか、その後被告が本件事件の存在を知っていたにもかかわらず原告ら被害者を黙殺・放置したことにより、新たに人格の尊厳を著しく傷つけられており、人権侵害の重大性と救済の

高度の必要性が認められる。

そして、1972年に朝日新聞紙上に連載された「中国の旅」という記事によって、本件事件の概要と生存被害者の存在が多くの日本国民に広く知られるようになり、遅くともこの時点で、国会が本件事件の生存者の救済立法の必要性を認識し得た状況があったと容易にみなすことができる。そして、現在なお生存する本件事件の被害者は原告らを含め10名に満たないと思われるから、被告はかかる生存被害者に対する救済立法の制定を国家財政的にも容易に行うことができた。さらに本件では、原告らは高齢化し救済立法の必要性は切迫しているから、合理的期間の経過についてことさら検討する必要性はなく、仮に合理的期間の経過が必要であったとしても、遅くとも1972年に国会に立法義務が生じてから3ないし5年の合理的期間が優に経過したにもかかわらず、被告は何らの救済立法も講じなかった。

以上によれば、原告らを救済する立法措置を講じない被告の立法不作為は国家賠償法上違法である。

被告の主張

第1 国際法に基づく損害賠償請求について

原告らは、国際法違反に基づく損害賠償請求をしているが、国際法上の権利主体ではない個人が、国際法上の救済機関ではない我が国の裁判所に対し、国際法の適用を求めて出訴することは認められないから、原告らの請求は失当である。

1 個人の国際法上の法主体性について

- (1) 国際法は、国家間の関係を規律し、国家の権利義務を定めるものであるから、原則として個人は国際法上の法主体とはなり得ない。国際法が個人の生活関係・権利義務関係を規律の対象にしたとしても、それは、国家が他の国家に対し、そのような権利を個人に認めること、あるいは、そのような義務を個人に課すことを約するものであって、そこに規定されているのは、直接的には国家と他の国家との間の国際法上の権利義務であるから、これによって直ちに個人に国際法上の権利義務が認められるわけではなく、また、これによって個人が直接国際法上何らかの請求の主体となることが認められるものでもない。

国際法が原則として国家間の権利義務を規律するものである以上、ある国家が国際法違反行為により国家責任を負う場合、その国家に対して国家責任を追及できる主体が国家であることは当然である。このことは、相手国から直接被害を受けたのが個人であったとしても同様であり、被害者の救済は当該国家による外交保護権の行使によって図られるにすぎない。

このように、国際法の法主体は原則として国家であるから、個人の国際法上の権利主体性が認められるためには、国際機関その他の特別の国際制度により個人が直接自己の権利を主張する国際法上の手続が保障されていること

が必要である。例えば、今世紀に入って、国際法違反行為により権利を侵害された個人が直接国際法上の手続によって救済を図り得るような制度、すなわち国際裁判所に個人の出訴権を認めることなどを内容とする条約が締結された例がある。このような場合においては、個人が国家に対し特定の行為を行うことを国際法上の手続により要求できる地位を当該条約自身が与えているとみることができるのである。

そうすると、本件のように国際法を根拠として個人が加害国に対し加害国の裁判所において損害賠償請求権を行使することができるというためには、当該国際法規にその旨の特別の制度が存在することが不可欠である。

かかる観点から検討すると、原告らが請求の根拠として主張するヘーグ陸戦条約及び附属規則は、個人の請求を認める特別の制度について何ら規定していないから、これらの条約等に基づき個人の国際法上の法主体性を肯定することはできない。また、国際慣習法上も、個人に係る請求であってもこれを国際的に提起する資格を持つのは国家であるとの原則は、今日でも維持されており、個人の国際法上の法主体性を肯定する国際慣習法の成立は認められない。

- (2) 原告らは、ヘーグ陸戦条約が国際法であることを認めながら、本件においては同条約が国内法として受容される以上、同条約を根拠として国内手続に則った国内法上の訴訟を行う場合には、あくまで原告らは国内法上の法主体として行動しているのであるから、国際法主体性という議論は意味がないと主張する。

しかし、ヘーグ陸戦条約3条が国際法である以上、その解釈が国際法の一般原則に従って行われるべきであることは当然であり、原告らの理解が誤りであることは明らかである。

なお、この点について原告らは、外交保護権の行使に際して国内的救済の原則が国際慣習法上確立していたということは、国家が国際違法行為に基づ

く個人に対する損害賠償義務を一般に負うことが国際慣習法上確立していたことを示すものであると主張する。

しかし、国内的救済の原則とは、被害者の国籍国が外交保護権を行使するためには、その前に被害者自身が加害国の国内実体法に基づく国内的救済を尽くすべきであるとする原則である。この原則は、加害国の国内法上救済規定が存在し国内的救済が受けられる場合にはまずそれを求めるべきであるとするものにすぎず、被害者個人が加害国に対して何らかの実体的な請求権を有することの根拠となるものではない。

(3) 原告らは、交戦法規としてのヘーグ陸戦条約の性質を考えるならば、同条約3条に規定された損害賠償請求権は、交戦当事国の陸戦規則違反によって損害を被った被害者個人にも帰属するものと理解すべきことは当然であると主張する。

しかし、戦時国際法は平時国際法に比して特別の性格を有するものではなく、むしろ戦時国際法こそが国際法の出発点というべきであり、国際法の基本原則は戦時国際法のそれと異なるものではない。したがって、ヘーグ陸戦条約3条が個人に損害賠償請求権を認めたものかどうかを判断する上では、平時及び戦時を含めた国際法において、個人に法主体性が認められるのはいかなる場合かを検討し、その上で、ヘーグ陸戦条約3条がその要件を具備するかどうかを検討すべきである。ヘーグ陸戦条約が交戦法規であることのみをもって、同条約3条が個人に損害賠償請求権を認めたものと解すべきであるという原告らの主張は失当である。

2 ヘーグ陸戦条約の国内的効力及び自動執行力について

(1) 原告らは、国際法をそのまま受容する法体系を採っている我が国においては、原告らが損害賠償請求権の根拠として主張する条約や国際慣習法は国内的効力を有するとともに、我が国の国内裁判所はこれらを直接適用して原告らの請求を認めることができると主張する。

しかし、仮に条約が国内法としての効力を持つとしても、個々の国民が国際法を直接の法的根拠として当然に具体的な権利ないし法的地位を主張したり、国内の司法裁判所が、国家と国民あるいは国民相互間の法的紛争を解決するに当たり、国際法を直接適用して結論を導くことが可能であるかどうかという国際法の国内適用可能性の有無の問題は、別途検討する必要がある。

すなわち、条約は、国家によって締結され、国家間の権利義務関係を定立することを主眼とするから、条約が直接国内法上の効果を期待し、国民に権利を与え義務を課すことをも目的とする場合には、原則として、立法機関が法律を制定し、また、行政機関が法令に基づきその権限内にある事項について行政措置を採ることが必要である。

例外的に条約の規定がそのままの形で国内法として直接適用可能である場合があり得るとしても、いかなる規定がこれに該当するかは、当該条約の個々の規定の目的、内容及び文言並びに関連する諸法規の内容等を勘案しながら、具体的場合に依じて判断されなければならないのであり、第1に「主観的要件」として、私人の権利義務を定め、直接に国内裁判所で適用可能な内容のものにするという締約国の意思が確認できること、第2に「客観的要件」として、私人の権利義務が明白、確定的、完全かつ詳細に定められていて、その内容を具体化する法令を待つまでもなく、国内での直接適用が可能であることが必要である。

とりわけ、国家に一定の作為義務を課したり、国費の支出を伴うような場合には、事柄の性質上、権利の発生等に関する実体的要件、権利の行使等に関する手続的要件等が明確であることが強く要請される。

- (2) 後記3のとおり、ヘーグ陸戦条約3条又はこれと同旨の国際慣習法は、国家間の賠償責任を定めたものと解するほかなく、個人の国家に対する損害賠償請求権を定めたものとは解されないから、このような規定に国内的効力が認められたからといって個人の権利が創設されることはあり得ない。国家責

任に関する規定が国内的効力を有していることを根拠に原告ら個人の賠償請求権を認めることは、解釈に名を借りた立法に他ならない。

よって、本件においては直接適用の有無を検討するまでもなく原告らの主張は失当であるが、上記のような「主観的要件」及び「客観的要件」の具備の有無という観点から検討しても、私人の権利義務を定め、直接に国内裁判所で適用可能なものにするという締約国の意思は確認できないし、その内容を具体化する法令に待つまでもなく国内的適用が可能であるほど私人の権利義務が明白、確定的、完全かつ詳細に定められているということもできない。

したがって、ヘーグ陸戦条約や国際慣習法に国内的効力が認められたとしても、我が国の裁判所がこれらを具体的な請求権の根拠規定として適用することはできない。

3 ヘーグ陸戦条約の解釈について

条約法条約に定める一般的解釈方法及び補足的解釈方法のいずれによっても、ヘーグ陸戦条約3条は、交戦当事国たる国家が、自国の軍隊の構成員によるヘーグ陸戦規則違反の行為に基づく損害につき、相手国に対し損害賠償責任を負うという国家間の権利義務関係を定立したものと解釈されるのであり、その行為により損害を被った被害者個人が加害国に対して直接損害賠償請求をすることができることを認めたものではない。

(1) 一般的解釈方法による解釈について

ア 趣旨及び目的

ヘーグ陸戦条約1条は「締約国ハ、其ノ陸軍軍隊ニ対シ、本条約ニ附属スル陸戦ノ法規慣例ニ関スル規則ニ適合スル訓令ヲ発スヘシ。」と規定しており、締約国において自国の陸軍に訓令を発する義務を課することによってヘーグ陸戦規則の内容を実現する方式を採用しているから、国際法の一般原則どおり、国家間に相互に義務を課し、国家間の権利義務を定めることによって条約の実現を図ろうとしているものと解すべきであり、また、

個人の救済という観点からも、国家間の義務を定めるという国際法の基本形態に沿って個人の利益の保護を図ろうとした国際法規であるとみるほかはない。このことは、国家が同条約や附属規則の規定を履行しない場合に、個人が救済を求めるための国際法上の手段・制度が設けられていないことから窺われるところである。

したがって、ヘーグ陸戦条約が交戦法規としての性格を有することや、同条約3条や附属規則52条等が個人を保護の対象としていることから、直ちに、ヘーグ陸戦条約3条が個人の損害賠償請求権を定めていると解釈することはできない。

イ 文理解釈

ヘーグ陸戦条約3条は、附属規則の規定に違反した交戦当事者がその損害を賠償する責任を負う旨を規定するものであるが、責任を負うべき相手方やその実現方法に関する具体的な定めは一切なく、同条約中には国家に対する損害賠償請求権を個人に付与することを示唆する規定や文言も全く存しない。すなわち、ヘーグ陸戦条約3条は、その条約の文言上、個人が直接自己の権利を主張する国際法上の手続を保障していないばかりではなく、そもそも個人の権利一般について何ら規定していない。

したがって、同条は、その文理に照らしても、国家間の国家責任を規定したものにすぎず、交戦当事者が個人に対して賠償責任を負うことを定めたものではない。

このような解釈は、1952年当時の赤十字国際委員会の見解によっても支持されているところである。

ウ 実行例等

原告らは、「国家の国際法違反行為によって損害を被った私人による、当該国家に対する損害賠償請求が認められた事例」ないし「ヘーグ陸戦条約3条に基づく個人の国家に対する請求権が認められた事例」として、外

国における裁判例等を挙げる。

しかし、ヘーグ陸戦条約3条が個人の損害賠償請求権を定めたことを根拠付ける国家実行を挙げるのであれば、ヘーグ陸戦規則違反の行為によって被害を被った個人が、交戦国に対し、ヘーグ陸戦条約3条に基づき直接に損害賠償請求権を行使し、当該国家がその義務の履行として賠償金を支払ったことを内容とする実行例でなければならないが、そのような実行例はない。そして、原告らが挙げる裁判例等についても、それらが個人の国際法上の損害賠償請求権の存在を前提としたものであるか否かは全く論証されておらず、原告らの主張を前提としても、それらがヘーグ陸戦条約3条が個人の損害賠償請求権を認めたことを示す実行例であるということはいくつかできない。

そうすると、原告らが事後の実行として主張している裁判例は、いずれも、原告らの主張を根拠付ける事後の実行というには不十分なものであり、また、これらをもって、条約法条約31条3項の「後からの実行」に当たるような条約の解釈・適用についての慣行と認めることは到底できない。

かえって、米国の裁判例においては、ヘーグ陸戦条約3条は個人に賠償請求権を付与したものでないとされている。すなわち、米国第4巡回区控訴裁判所1992年6月16日判決は、米国のパナマ侵攻後の略奪及び暴動の結果、資産に損害を被ったとするパナマの企業が、占領領土の住民を守る義務を有する米国はヘーグ陸戦条約に違反していると主張した事案につき、同条約3条は、個人に加害国に対する直接の損害賠償請求権を与えた規定ではないと判示した。米国コロンビア特別区地方裁判所判決に対する1994年7月1日控訴審判決も、ナチスの強制収容所の監禁時に負傷及び労働を強いられたことによる賠償金を旧西ドイツに求めた事案につき、同様の判断をしている。

(2) 起草過程からの解釈について

原告らは、ヘーグ陸戦条約の起草過程を根拠に、同条約3条が個人に損害賠償請求権を認めたものであると主張する。しかし、前記のとおり、一般的解釈方法により同条が国家間の権利義務を定めていると明らかに解釈できるから、条約文があいまい又は不明確等の場合に補足的な解釈手段として例外的に利用されるにすぎない起草過程を検討する必要はない。

なお、ヘーグ陸戦条約3条の起草過程を検討しても、起草者が、単に個人の救済を図る目的を有していただけでなく加害国に対する国際法上の損害賠償請求権を個人に認めるという例外的な法政策を採用しようとしていたことを裏付けるに足りる発言等はなく、むしろ、各国代表は、明らかに賠償の支払が国家間で行われること、すなわち外交保護権の行使によって解決されるべきことを前提とする発言をしていた。さらに、審議経過においては、個人に生じた損害の救済をいかなる方法で具体化し実現していくかについての発言は全くなかった。以上に照らすと、ヘーグ陸戦条約3条の作成に当たり個人の損害賠償請求権を認める趣旨で審議されていたとみることはできない。

第2 法例11条により準拠法となる中国民法に基づく請求について

1 被告の主張

- (1) 原告らが主張する旧日本軍兵士らの行為は、日本国の国家権力の発動たる旧日本軍の戦争行為に付随する行為であるから国家の権力的作用であり極めて公法的色彩の強い行為である。そして、本件のような公権力行使に伴う国家賠償という法律関係は、我が国の国家利益が直接反映される法律関係であるから、私法規定の抵触の問題として一般抵触法規である法例を適用することはできず何らの抵触法規の介在を受けずに直接に日本法が適用されると考えるか、又は、仮に準拠法の指定が問題になるとしても、「公務員の権力活動に際しての国家の責任については当該公務員の属する国の法律による。」との不文の抵触法により日本法が準拠法となると考えるべきである。

そして、当時の日本法においては、国又は公共団体の権力的作用について

は、私法たる民法の適用は排除され、他に根拠となる法令もなかったから、これに起因する損害の賠償責任は否定されていた（国家無答責の法理）。本件も国の権力的作用に属するから、この法理によって、原告らが被った損害について被告に賠償責任は存しない。

(2) 仮に本件に法例 1 1 条の適用があるとしても、同条 2 項が、内国公序の立場から法廷地法である日本法に照らして不法行為でない行為を不法行為として救済を与える必要がないとして、不法行為地法と日本法との一般的な累積適用を定めているから、両者の要件を共に具備しなければ不法行為は成立しない。この点、当時、我が国においては国家無答責の法理が存在し、これにより国の権力的作用について国の賠償責任は否定されていた。よって、日本法を累積適用すると、本件について被告に賠償責任は存しない。

(3) さらに、法例 1 1 条 3 項により、不法行為の効力については不法行為地法と法廷地法とが累積的に適用されるどころ、原告らの請求は、その主張に係る不法行為の時から 20 年以上が経過した後に提起されたものであるから、法廷地法である我が国の民法 7 2 4 条後段によりその請求権は消滅した。

2 本件における法例 1 1 条の適用可能性について

(1) 私法的法律関係と公法的法律関係

現代の国際私法においては、国家と市民社会とは切り離すことが可能であり、市民社会には特定の国家法を超えた普遍的な価値に基づく私法が妥当しており、これはどこの国でも相互に適用可能なものであるとの考えが前提にある。すなわち、私法の領域は、国家利益に直接関係しないため、一般に法の互換性が高く、この私法の領域では連結点を介して準拠法を定めることに合理性がある。

これに対して、国家の利益が直接反映され、場合によっては処罰で裏打ちされることもある公法の領域については、国家間の利益が相対立し、特定の国家利益を超えた普遍的価値に基づく国家法なるものを想定することが困難

であるため、特定の国家法を相互に適用可能とすることはできない。法の抵触という問題は、公法の領域についても生ずるが、一般的な法の互換性を前提とする私法の領域とは、その性質が全く異なることから、公法の領域は国際私法の守備範囲から除外される。

つまり、国際私法が対象とする法律関係は、一般に法の互換性が高く、国家の利益に直接関係しない領域に属する私法的法律関係にとどまる。そして、国家の利益が直接反映される領域に属する公法的法律関係は、国際私法の観点からは、公法の領域に属し、その対象外に置かれるのである。

(2) 我が国及び諸外国の国家賠償制度の検討

ア 我が国の国家賠償制度について

国家の権力的作用に適用される我が国の国家賠償法を検討すると、同法は、公務員による公権力の行使を萎縮させないように公務員個人に対し求償できる場合を限定し（1条2項）、外国人が被害者である場合は相互保証のあるときに限って賠償するとし（6条）、私法の領域とは異なる特別の法政策が採られている。これらは、国家賠償の問題が国家の利害そのものと深く関係していることの証左である。特に、国家賠償法の相互保証主義の規定は、国家と国家との間における国家賠償制度の内容（公権力行使の抑制の在り方）の均衡を図り、併せて他国に対して日本人被害者を救済する立法をさせようという法政策に基づくものであり、国家賠償の領域が民法の予定する損害賠償責任の領域とは異なり、国の利害に直接関係する領域を構成することを示すものである。

これに加え、国家賠償法制定前の我が国の法体系をも考慮に入れる必要がある。すなわち、大日本帝国憲法下においては、後記3のとおり、国又は公共団体の権力的作用について、私法である民法の適用はなく、これに基づく国の損害賠償責任は否定されていた（国家無答責の法理）。

このように、国の権力的作用について一般私法である民法の適用が否定

されんとする当時の法制度をみても、公権力の行使に伴う不法行為については、我が国の法政策上、国家利益が直接反映され、一般私法と異なる領域に属する法律関係として理解されていたことが明らかであり、渉外的事件に限り法例の規定を通じて私法的解決を図ることは予定されていなかったと解される。

そうすると、公権力行使に伴う国家賠償という法律関係については、我が国の国家利益が直接反映される公法的法律関係ということができ、国際私法の適用対象とはならないと解される。国家賠償法1条1項において定められた国の賠償責任は、このような公法的法律関係についての国の責任を創設的に認めたものと考えるのが相当である。

このような国家賠償法の公法的側面は、その立法過程にも端的に表れている。すなわち、国家賠償法の立法に当たっては、当初、民法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案が提示されたが、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であるとされて、民法への編入はされず、国家賠償法という独自の法律が制定されたのである。こうした立法の経過に照らしても、国家賠償法の予定する法律関係が民法上のそれと異なることは明らかである。

イ 諸外国の立法例・裁判例等

公権力行使に伴う国家賠償という法律関係が国際私法の適用対象とならないことは、以下のとおり、諸外国の立法例・裁判例等をもみても明らかである。

(ア) アメリカ合衆国では、1946年に連邦不法行為請求権法が成立するまでは主権免責の法理により連邦が責任を負うことはなく、それ以降も、同法2680条において、「正当な注意を払った法令執行行為あるいは裁量権の行使・不行使、郵便関係、租税・関税の賦課徴収、海事事件、敵国通商規制、検疫、暴行・殴打・違法拘禁・違法逮捕・悪意ある訴追

・訴訟手続の濫用（以上の6種については警察官等によるものを除く。）及び名誉毀損・不当表示・詐欺・契約上の権利に対する干渉等，国庫の運営あるいは金融機関の規制，戦時の軍隊の戦闘行為，外国における事件，テネシー溪谷公社の活動，パナマ運河会社の活動，連邦土地銀行等の活動については，（中略）連邦政府は責任を負わない。」とされている。

- (イ) 旧西ドイツでは，ドイツ公務員の国外における職務違反については，常に西ドイツ法が適用されるとされており，その他，フランス，イタリア及びオーストリアでも同様とされている。
- (ウ) 中華人民共和国国家賠償法（1994年5月12日公布，1995年1月1日施行）33条は，①「外国人，外国企業及び組織が中華人民共和国の領域内において中華人民共和国の国家賠償（同法7条によれば，正確には国ではなく賠償義務機関となる。）を請求する場合は，この法律を適用する。」②「外国人，外国企業及び組織の所属国が中華人民共和国の公民，法人その他の組織の当該国の国家賠償請求の権利につきこれを保護せず，又は制限している場合は，中華人民共和国は，当該外国人，外国企業及び組織の所属国と対等原則を実行する。」と規定し，自国法の適用を明記している上，相互保証主義を採用している。
- (エ) 大韓民国の国家賠償法（1967年法律第1899号）は，9条において，賠償審議会の賠償金支給の決定を経た後でなければ損害賠償の訴訟を提起することができないとして，賠償審議会前置主義を採用している。
- (オ) イギリスの1947年国王訴追法においては（それ以前は主権免責の法理により国は責任を負わなかった。），司法権の行使による損害については責任を負わず，軍隊の行動による損害については，責任を負う場合が極めて制限されているほか，国王大権としての免責があるとされ，

また、国に対し損害賠償認容判決は執行できないとされている。

(カ) スイスの連邦責任法においては、軍隊に所属する者による損害には同法の適用はなく、損害が平時の軍事演習中又は現役の時に生じた限りにおいて別の法令の定めに従って連邦が責任を負うとされているほか、連邦責任法上の請求は公法上の請求とされ、まず、大蔵関税省へ請求するものとされ、同省が請求を却下するか3か月以内に処理しない場合、行政庁の却下宣言から6か月以内に行政裁判所としての連邦裁判所に提訴できるとされている。

以上のように、諸外国においても、公権力行使に伴う国家賠償責任については、外国における事件についても抵触法の介入を待たず自国の法を適用していると考えられる上、国家責任の限定（軍隊の行動による損害については多くの国で何らかの制限がある。）、相互保証主義、行政機関への前置主義等各国独自の国家利益を反映した法制度が採用されており、一般の私法と異なる取扱いがされていることは明らかである。

ウ 検討

(ア) 前記アの我が国の公権力行使に起因する損害賠償に関する法体系に前記イの比較法的視点をも併せ検討すれば、渉外的私法関係に適用すべき私法を指定する法則である国際私法（我が国では法例）が公務員の権力的作用に起因する国家賠償という法律関係に適用されるとは考えられず、仮に国際私法の規律が問題になるとしても、当該公務員の所属する我が国の法律が準拠法として指定されるべきである。

すなわち、本件のような外国における国家の権力的作用に起因する賠償責任という法律関係は、公権力の行使に伴う国家の責任の有無・程度を問題とするものであり、当該国家の公益・政策と密接不可分の関係にあるため、これに最も密接に関係している当該公務員の所属国法が適用されるべきであって、外国法の適用を必要かつ可能とする法律関係であ

ると解することはできない。このように、公法的法律関係と私法的法律関係との区分は、国家利益との結びつきの有無及びその程度から判断されるべきであるが、原告らの主張はかかる視点を無視するものであり妥当でない。

仮に法例11条の適用を肯定して本件のような法律関係について不法行為地である当該外国の民法の適用を肯定すると、我が国の国家権力の発動の違法性等について、我が国を単なる一私人として、他国の私法で裁くことになるが、このような結論は、前記のとおり公権力の行使に伴う行為について一般不法行為と異なる取扱いをしている我が国の法体系の在り方及び前述の比較法的視点に照らすと、到底考えられないことである。

(イ) 原告らは、国家賠償法に基づく損害賠償請求権を私法上の金銭債権であると判示した最高裁昭和46年11月30日判決を引用するなどして、国家の行為による権利侵害に対する損害賠償の問題は、公法関係ではなく、私法関係に属する問題であると主張する。

しかし、原告らの主張は、ある法律の適用の結果として発生する権利義務関係の法的性質と、法律の規律の対象となる生活関係自体の法的性質とを混同するものであり、失当である。原告らの引用する最高裁判決は、国家賠償法適用の「結果」として発生した損害賠償請求権の消滅時効について私法的規律に服するとしたものであって、その責任原因を規律する国家賠償法が公法であるか私法であるかについて判断したものではないから、原告の主張の根拠となるものではない。

(ウ) 原告らは、比較法的考察の重要性を強調する。確かに、国際私法は世界的に同一のルールであることが望ましいものであるが、それはあくまでも理想であって、国際私法の現実の姿はそのようなものではなく、個々の涉外事件の具体的な解決は、各国においてそれぞれ解釈適用がされ

ている抵触規定（我が国では法例）の解釈問題に帰着するというほかない。被告も、一般論として、国際私法の解釈に当たり比較法的考察の重要性を否定するものではないが、それは、我が国の国際私法に関する実定法である法例の解釈という枠内において、あくまでもその参考となるものにすぎない。本件でいえば、自国軍隊の外国領土での行為によって生じたとされる損害の賠償あるいは公権力の行使に伴う損害の賠償という法律関係が、諸外国において、当該国の国際私法の対象とされ、かつ一般の不法行為と同様に性質決定されているかという観点から外国法を検討することにおいてのみ、意味を持つものというべきである。

しかるに、原告らが比較法的考察の対象とした各国の裁判例・立法例は、いずれも公権力の行使に伴う損害の賠償という法律関係が当該国の国際私法の対象に当たるとしたものとはいえず、また、これを一般の不法行為と同様の法律関係であると性質決定をした例とはいえない。

(エ) 原告らは、特定の国の実質法上の概念を基準として抵触法である国際私法上の法律概念を解釈しようとする自体が誤りであり、ある法律関係が抵触法上において公法に分類されるか私法に分類されるかの問題は抵触法独自の観点から定められなければならないとする。

しかし、抵触法の観点における公法・私法の区分は、国家利益との結び付き及びその程度からする視点をもって決すべきであり、これを判断するためには、あくまで国内の実質法を検討せざるを得ない。また、法律関係の性質決定の問題は、法廷地の国際私法、すなわち我が国の国際私法たる法例の解釈に帰着するのであり、その際我が国の法政策と矛盾がない解釈がされるべきことは当然のことであるから、我が国の実質法の検討を無視することはできない。

法例は明治31年に制定施行されたものであるが、公権力の行使につき民法の規定に基づく国家責任を否定する国家無答責の法理が確立した

のは、行政裁判法及び旧民法が公布された明治23年の時点である。そうすると、法例制定時の立法者意思として、民法の適用がない法律関係についてあえて国際私法の対象になるものとして不法行為地法の適用に服させることを念頭に置いていたとは到底考えられない。

(オ) 原告らは、公務員所属国の法が準拠法として指定されるべきであるとの被告の主張に対し、本件においては加害者たる被告と被害者たる原告らとの間に準拠法として公務員所属国法の適用を肯定すべき特別の法律関係はなく、当事者の合理的期待の保護や予測可能性の確保という国際私法独自の当事者利益を考慮すると、不法行為地法以外に両当事者にとって中立的な法はないと主張する。

しかし、原告らの主張は、本件のような国家賠償の問題について国家が有する国家利益を全く無視するものであって妥当ではない。前記のとおり、国家賠償という法律分野は、当該国家の公益・政策と密接不可分の関係にあり、国家利益との関連性こそが重視されるべきである。このような観点からすれば、公務員の公権力の行使に伴う不法行為については、公務員と被害者との間にあらかじめ一定の関係が存在するか否かにより異なる取扱いをすべき十分な根拠は見い出せず、当事者間にそのような関係が存する場合についてのみ公務員所属国法が適用され得るとする原告らの主張には理由がない。

(3) 小括

以上のとおり、原告らが主張する旧日本軍の行為については、そもそも国際私法の規律の対象ではないか、仮に国際私法の規律の対象であったとしても法例11条1項の「不法行為」に該当しないから、法例11条1項により中国国内法が準拠法となることはない。

3 国家無答責の法理について

(1) 国家無答責の法理の法的根拠

大日本帝国憲法下においては、行政裁判法16条が「行政裁判所ハ損害賠償ノ訴訟ヲ受理セス」と規定しており、行政裁判所へ国家賠償請求訴訟を提起する途はなかった。また、旧民法の制定の際に、国の権力的活動については民法に基づく国家責任が否定され、司法裁判所に対し国家賠償請求訴訟を提起する途も否定された。すなわち、行政裁判法及び旧民法が公布された明治23年に、公権力の行使については国は損害賠償責任を負わないという法政策が確立し、国又は公共団体の権力的作用については、民法の適用はなく、他に根拠となる法令もないことから、これに起因する損害の賠償請求が否定されたのである。

大審院の判例も、権力的な作用に関する事項については、国の損害賠償責任を否定するという態度で一貫している。代表的な判例である大審院昭和16年2月27日判決・民集20巻2号118頁が、「按ズルニ凡ソ国家又ハ公共団体ノ行動ノ中統治権ニ基ク権力的行動ニツキテハ私法タル民法ノ規定ヲ適用スベキニアラザルハ言ヲ俟タザルトコロ（中略）町税ノ滞納処分ハ公共団体タル町ガ国家ヨリ付与セラレタル統治権ニ基ク権力行動ナルヲ以テ、之ニ関シテハ民法ヲ適用スベキ限りニアラザレバ」と判示するとおりである。

最高裁判所も、「国家賠償法施行以前においては、一般的に国に賠償責任を認める法令上の根拠のなかったことは前述のとおりであって、大審院も公務員の違法な公権力の行使に関して、常に国に賠償責任のないことを判示して来たのである。」（最高裁昭和25年4月11日判決・集民3号225頁）と判示している。

このように、大日本帝国憲法下では、権力的作用に基づく加害行為による国の損害賠償責任は認められていなかった。

よって、本件でも、この法理（国家無答責の法理。なお、原告らの主張する「公権力無責任の原則」と同義である。）により、被告に原告らに対する損害賠償責任は存しない。

(2) 原告らの主張に対する反論

ア 国家無答責の法理の適用のための要件としての「公権力の行使」について

原告らは、公務員の違法行為が国家無答責の法理の適用の前提となる違法な公権力の行使といえるためには、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を与えられていること、③加害行為が国の統治権ないし主権に服する者に対する行為であること、が必要であり、本件における旧日本軍の行為は②及び③の要件を満たさず「公権力の行使」には当たらないから、国家無答責の法理の適用はないと主張する。

しかし、ある行為が「公権力の行使」に当たるかどうかは、当該行為に対して民法715条が適用されるのか国家賠償法1条の領域となるのかを示す要件であるから、①を要求すること自体は当然であるとしても、②及び③の要件は公務員の活動一般に係る問題であって民法と国家賠償法とのいずれを適用するについても差異はないから、これらを「公権力の行使」の要件として要求することは誤りである。

すなわち、②の要件については、仮に原告らの主張する加害行為が当該公務員の権限に基づかずにされたものであれば、それが公権力の行使かどうかにかかわらず、その公務員の私事による行為として公務員個人の賠償責任の有無が問題になるとどまり、国家賠償法1条によっても民法の使用者責任によっても、国が賠償責任を負うことはない。また、③の要件についても、我が国の法律の人的・場所的適用範囲の問題と変わるところがなく、これを「公権力の行使」に特有の要件として要求するのは誤りである。

なお、国がいかなる者に対して権力的作用を及ぼし得るかという問題と、外国にいる外国人に対して権力的作用を及ぼした場合に国がその国内法上

損害賠償義務を負うか否かという問題とは、全く別個の問題である。不法行為に基づく損害賠償請求権が問題とされる訴訟において、問題となる行為が公権力の行使であるかどうか（国家賠償法の領域か、あるいは民法の使用者責任の領域か。）は、端的にその行為の性質自体が権力的作用といえるか、すなわち、それが一般私人には行い得ない実力行使を国家が行ったものであったかどうかを判断すれば足りるはずである。

イ 国家無答責の法理の法的性質等について

原告らは、明治23年の時点で国家無答責の法理が立法政策として確立したとはいえ、国の賠償責任をめぐる問題については民法が適用されることを認めた上で国が免責される場合について司法裁判所の判断に委ねたというのが立法者の意思であり、国家無答責の法理は確固不動の法原則ではなくその後の裁判例の積み重ねにより形成されてきた民法の不法行為規定の解釈に関する判例法理にすぎないこと、国家賠償法附則6項の「従前の例」とは従前の法令を意味し裁判例は含まれず、判例の所産にすぎない国家無答責の法理は適用されないことから、本件における被告の行為について適用可能な法令として民法の不法行為規定が適用ないしは類推適用されると主張する。

また、原告らは、国家無答責の法理は、司法裁判所の管轄外であるという訴訟法上の理由を根拠とするものであり、裁判所法3条により「一切の法律上の争訟」が司法裁判所の管轄に属することになった現在においては、そのような訴訟法上の障害は除去されたから、国家無答責の法理により国の賠償責任を免れさせる根拠はないとも主張する。

しかし、以下のとおり、国家賠償法の施行まで、権力的行為に起因する国家賠償についてはこれを肯定する実体法上の根拠規定がなかったのであって、国家無答責の法理は実体法上の法理であり、単に判例の積み重ねや訴訟手続上の制約を根拠とするものではないから、原告らの主張はいずれ

も理由がない。

(ア) 立法者意思について

起草者の法意識としては、国に対する賠償請求は、基本的には行政裁判所のみならず司法裁判所においても否定する考えであったのであり、その基本的な法構造は、権力的作用に関する限り、以後、日本国憲法に至る約半世紀余の間継続した。

明治23年6月30日に公布された行政裁判法16条は、「行政裁判所ハ損害要償ノ訴訟ヲ受理セス」と規定しており、行政裁判所へ国家賠償請求訴訟を提起する途はなかった。伊藤博文編纂の「官制關係資料」によると、この行政裁判法案を作成するに当たり検討された「要償ノ訴ハ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)」とされており、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要償の訴えを提起できないこととしたのである。

また、同じく明治23年に制定された裁判所構成法の制定の際にも、

司法裁判所においてかかる訴訟を受理する明文の規定（帝国司法裁判所構成法草案33条）が草案から削除された。この点、同法の制定に携わった井上毅の提出した意見書において、「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背ク事」（ここで第三十二條とは、帝国司法裁判所構成法草案33条に相当する。）とされており、これによれば、井上は、国家無答責の法理を根拠に国家賠償請求訴訟を司法裁判所に提起できないとしたのであり、この意見が客観的に通った形で裁判所構成法が制定されたのである。

さらに、旧民法の制定過程において、ボアソナード民法草案373条から国家責任を認める文言が削除された。この点について立案過程に参加した井上毅が発表した論文によれば、「以上ノ例證ト學說トニ徴スレハ歐米諸國ニ於テ行政權ノ原力ヲ執行センカ爲メ職權アル官吏ノ實行シタル事件ニ付テハ設令一個人ノ權利ヲ毀損シ若クハ利益ヲ侵害スルコト

アルモ國ハ其ノ處分ヲ更生スルニ止リ損害賠償ノ責ニ任セス唯賣買，貨貸ノ如キ私權上ノ行爲ニ屬スルトキ若クハ鐵道，郵便，電信ノ如キ特ニ條例ヲ以テ損害ヲ擔保シタル場合ニ非サレハ其責ニ任スルコトナシ」とし，歐米諸國は行政權の執行と私權上の行爲とを區別して，前者については民法不適用，後者については民法適用としているとし，さらに，「職權アル官吏カ行政權ノ原力ヲ執行センカ爲メ施行シタル事件ニシテ人民ノ權利ヲ毀損シ若クハ利益ヲ侵害シタルトキ私權上ノ所爲ト等シク民法上ノ原則ヲ適用シテ政府其ノ損害賠償ノ責ニ任スヘシトセハ社會ノ活動ニ從ヒ公共ノ安寧ヲ保持シ人民ノ幸福ヲ増進センカ爲メ便宜經理ヲ爲サハル可カラサル行政機關ハ爲ニ其ノ運轉ヲ障礙セラレ危險ナル効果ヲ呈出スルニ至ラン，現行民法ニハ此ノ條ナシ」として，國家無答責の法理を根拠に，國家責任を認めていたボアソナード民法草案の規定を削除したものであると明確に述べている。

以上によれば，立法者は，國の權力的作用について民法の適用はないと考えていたことは明らかであり，行政裁判法と旧民法が公布された明治23年の時点で，公権力行使について國家無答責の法理を採用するという基本的法政策が確立したといえるのである。そして，司法裁判所は，公権力の違法な行使に基づく損害賠償請求がされた場合，管轄外として訴えを却下することなく，民法の不法行為法の適用がないことを理由に請求を斥けていたのである。

(イ) 判例・学説について

原告らは，大審院の判例は國の損害賠償責任を否定する態度で一貫していたとは言えず，むしろ変遷していたとする。確かに，大審院の判例は，權力的作用以外の公行政作用及び私人と同様の立場においてされる經濟的作用，すなわち非權力的作用に起因する損害については，いわゆる徳島市立小学校遊動円木事件についての大審院大正5年6月1日判決

を契機に、民法の不法行為法の適用範囲を拡大し、国の責任を肯定していた。しかし、国の統治権に基づく優越的な意思の発動としての強制的・命令的作用である権力的作用に起因する損害については、一貫して国の賠償責任を否定していたのである。

また、国家賠償法施行前において、国家無答責の法理が認められることは、学説上も通説であった。権力的行為について民法の適用ないし類推適用を認める見解は少数説であり、しかも、日本国憲法下の判例（前記最高裁昭和25年4月11日判決）においても、そのような見解は明確に否定されている。

(ウ) 国家賠償法附則6項の解釈について

戦前の国家無答責の法理を判示した判例によって国家無答責の法理が確立したわけではなく、明治23年の時点において国家無答責の法理が確立し、その後の判例によってそれが確認されたものであることは、前記(ア)及び(イ)のとおりである。

そして、国家賠償法附則6項の「なお従前の例による。」との法令用語は、法令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に適用することを意味するものであり、同項は、国家賠償法施行前の公権力の行使に伴う損害賠償が問題とされる事例については、国家賠償法それ自体の遡及適用を否定するのみならず、それまでに採用されていた国家無答責の法理という法制度がそのまま適用されることにより国又は公共団体が責任を負わないことを明らかにしたものである。国家賠償法の立法者意思としても、同法施行前の公権力の行使については、その損害の発生が同法施行前か施行後かにかかわらず、一律に国又は公共団体は賠償責任を負わないとしていることは明らかである。

よって、「従前の例」が、国家賠償法施行前の行為に基づく損害につ

いては同法施行後も国は賠償責任を負わないという国家無答責の法理を意味することは明らかである。

ウ 国家無答責の法理の適用範囲について

原告らは、国家無答責の法理は国の統治権に服しない外国人に対しては適用されないと主張する。

しかし、国又は公共団体の権力的作用については損害賠償請求権の権利根拠規定がなかった以上、外国人が国の権力的作用により損害を被っても国に対し民法の不法行為を根拠として損害賠償を求めることができないことは明らかである。また、当時の我が国の国内法制において、権力的作用につき、外国人が被害者である場合には国家責任を肯定し、日本人が被害者である場合には国家無答責になるといった異なる結果を導くことを許容していたとは到底考えられないところである。

エ 非人道的行為と国家無答責の法理について

原告らは、本件のような著しく残虐な非人道的行為について被告が国家無答責の法理を主張して責任を免れることは正義公平の理念に照らして許されないから、国家賠償法附則6項の適用は条理上制限されるべきであると主張する。

しかし、仮に職務権限の著しい濫用、逸脱行為があるとしても、国家の権力的作用について妥当する国家無答責の法理が排除されなければならない理由はなく、また国家賠償法附則6項の適用を制限すべき事情もないから、原告らの主張は失当である。

4 法例11条3項による民法724条後段の適用について

(1) 被告の主張

ア 法例11条3項は、「被害者ハ日本ノ法律カ認メタル損害賠償其他ノ処分ニ非サレハ之ヲ請求スルコトヲ得ス」と規定し、不法行為の効力の問題全般について、日本法を累積的に適用するとしている。したがって、仮に

中国民法に基づいて不法行為に基づく損害賠償請求権が成立・発生したとしても、日本法においてこの請求権が消滅している場合には、法例11条3項によって、原告らの損害賠償請求は認められない。

イ 原告らは、1932年9月16日に旧日本軍により行われたとされる行為を不法行為と主張して、この不法行為があった時点から20年が経過した後の平成8年に本件訴訟を提起した。

そうすると、原告らの主張する不法行為に係る請求権は、除斥期間を規定した民法724条後段の適用により、既に法律上消滅したものであることは明らかである。

(2) 原告らの主張に対する反論

ア 民法724条後段の累積適用について

原告らは、法例11条1項が不法行為「債権ノ成立及ヒ効力」について不法行為地法の適用を定めているのに対し、同条3項は「損害賠償其他ノ処分」についてのみ日本法の累積適用を認めていること及び同項の立法経緯からすれば、同項により日本法の累積適用が認められるのは、不法行為制度それ自体の効果である損害賠償の額及び方法の問題にとどまり、消滅時効や除斥期間の問題にまで累積適用は及ばないと主張する。

しかし、法例11条2項及び3項は、日本法上不法行為とされないものについてまで不法行為による救済を認める必要がないことを示したものであるから、これらの規定により、不法行為の成立及び効力の全面にわたって日本法が累積適用されるとするのが通説であり、債権の効力の一事項である債権の消滅に係る事項についても、法例11条3項による累積適用の対象となるのである。

イ 民法724条後段の法的性格について

原告らは、民法724条後段は時効を定めたものであると主張する。

しかしながら、この規定が除斥期間を定めたものであることは明らかで

ある。

ウ 民法724条後段の期間の起算点及び除斥期間の適用制限について

原告らは、仮に民法724条後段が除斥期間を定めたものであるとしても、被告を相手に訴訟を起こすことが可能となった1995年3月の時点を超算点とすべきであるとか、事案の特殊性から条理等により除斥期間の適用制限が認められるべきであると主張する。

しかし、民法724条後段の除斥期間の起算点が不法行為の時であることはその文言上明らかであり、法律関係の早期確定を図る法の趣旨からも当然のことである。

また、不法行為に基づく損害賠償請求権は、除斥期間の経過により当然消滅するものであって、この請求権が消滅した旨の主張は、民法724条後段の適用に関し実体法上も手続法上も要件とされるものではなく、その期間の経過やこれによる請求権消滅を指摘することが信義則違反や権利濫用となることはない。そして、除斥期間の性質とその法意に照らせば、原告らの法意識、経済状況、あるいは中国国内における事情はもとより、国交正常化がされていなかった等の事情についても、除斥期間の進行を妨げる理由になるものではない。仮に、このような事情が除斥期間の進行を妨げる事由たり得るとすれば、このような事情が継続する限り権利が消滅することはないという結論になるが、そのような結論は、法律関係の早期確定という法の要請に反するものといわなければならない。

原告らが指摘する最高裁平成10年6月12日判決は、不法行為の被害者であって不法行為を原因として心神喪失の常況にある者について、民法158条の法意を援用して限定的に除斥期間の適用制限を認めたものにとすぎず、原告らの主張するように条理等に基づく除斥期間の適用制限を広く認めたものではない。

第3 立法不作為による国家賠償請求について

1 原告らは、被告が原告ら被害者に対する救済措置立法を放置してきたという立法不作為について、被告は国家賠償法1条1項に基づく損害賠償義務を負うと主張する。

しかし、原告らの主張は、立法不作為が国家賠償法上違法となる場合に関する確立した判例（最高裁昭和60年11月21日判決・民集39巻7号1512頁）に違背しているのみならず、国会議員の立法義務を導く論拠に飛躍があり、失当である。

国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないというべきであって、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項の規定の適用上、違法の評価を受けない。そして、国家賠償法上違法の問題が生ずることがあり得る例外的な場合とは、国会議員の立法過程における行動が一義的に確定される場合であり、これを言い換えれば、憲法の一義的文言に反する場合か、あるいは憲法に違反することが一見して明白である場合、すなわち憲法上具体的な法律を立法すべき作為義務がその内容のみならず立法の時期を含めて明文をもって定められている場合や、憲法解釈上、作為義務の存在が一義的に明白な場合等誰の目から見ても違憲であることが明らかであるにもかかわらずあえて立法を行うというような場合であり、文字通り容易に想定し難い場合に限られるというべきである。

しかるに、原告らが指摘する憲法前文、9条、13条、14条、17条、29条1項及び3項、40条並びに98条2項の各規定をみても、原告らに対する補償立法義務を一義的明白に認めることはできない。よって、救済立法をしなかった国会議員の行為につき国家賠償法1条1項の違法を問われる余地はない。

2 原告らは、立法不作為が国家賠償法上違法となる場合の違法性判断基準として、当該人権侵害の重大性とその救済の高度の必要性を挙げているが、このような場合に立法不作為が国家賠償法上違法となる根拠が明らかではなく、いかなる場合を想定しているのかも明確ではない。また、原告らが違法性判断基準の前提としている「重大な人権侵害」とは具体的にどのような問題をいうのか不明であるが、現行憲法下においてそのような人権侵害行為がされながらこれを救済するための立法措置がされていないという事態は、現実には容易には想定することができない。原告らは、本件において原告らが主張するような損害を想定しているものと思われるが、それは現行憲法が効力を生じる以前の公権力の行使による権利侵害についても現行憲法上その損害回復が要求されているという誤った前提に立つからに他ならない。