

平成14年3月29日判決言渡平成8年(ワ)第3316号 損害賠償等請求事件  
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

- 1 被告は、原告Aに対し2300万円、原告B、原告C、原告D、原告E及び原告Fに対しそれぞれ460万円及びこれらに対する平成8年7月12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。
- 2 被告は、原告らに対し、朝日新聞、毎日新聞、讀賣新聞及び産経新聞の各朝刊の全国版下段広告欄に2段抜きで、別紙2「謝罪広告」記載の謝罪広告を、見出し及び被告の名は4号活字をもって、その他は5号活字をもって1回掲載せよ。

#### 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A（以下「原告A」という。）及び亡G（この2名を、以下「原告Aら」という。）が、被告である国に対し、第2次世界大戦中、当時の中華民国山西省孟県に進駐した旧日本軍の兵士らに強制的に連行、監禁された上、継続的に暴行、強姦され（以下、原告Aらに対するこれらの加害行為を「本件加害行為」という。）、著しい身体的・精神的苦痛を被ったとして、それぞれ慰謝料2000万円及び謝罪広告の掲載を請求するとともに、被告が本件加害行為後長年にわたり原告Aら被害者に対する救済措置立法をせず放置したことにより著しい精神的苦痛を被ったとして、それぞれ慰謝料300万円を請求した事案である。なお、Gは本訴係属中の平成11年5月11日に死亡し、相続人である原告B、同C、同D、同E及び同Fが訴訟手続を受継した（以下、原告Aを含む原告ら6名を総称して「原告ら」という。）。

原告らは、本件請求の根拠として、①陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約（以下「ヘーグ陸戦条約」という。）3条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。）、強制労働ニ関スル条約（以下「強制労働条約」という。）、醜業ヲ行ハシムル爲ノ婦女賣買禁止ニ關スル國際條約（以下「婦女売買禁止条約」という。）、人道に対する罪並びに國際慣習法、②法例11条1項に基づき準拠法となる当時の中華民法、③日本の民法、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 國際法ないし國際慣習法に基づく損害賠償請求権等の有無
  - (1) ヘーグ陸戦条約に基づく請求権の有無
  - (2) 強制労働条約に基づく請求権の有無
  - (3) 婦女売買禁止条約に基づく請求権の有無
  - (4) 人道に対する罪に基づく請求権の有無
  - (5) 國際慣習法の存否
- 2 中国民法に基づく損害賠償請求権等の有無
  - (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等の有無
- 4 立法不作為に基づく国家賠償請求権の有無

#### 第4 争点に対する当事者の主張

- (原告らの主張)  
別紙3「原告らの主張」記載のとおりである。
- (被告の主張)  
別紙4「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) 日中戦争と中国山西省における旧日本軍の行動

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3月1日の満州国の建国宣言をもってこれを事実上の支配下に置いた。旧日本軍は、1937年7月7日の盧溝橋事件をきっかけ

けに中国と交戦状態に入り、同年11月に上海、同年12月に首都南京を占領したが、並行して華北地方全域に戦線を拡大した。これに対し蒋介石を首班とする当時の中華民国政府（国民政府）は、同年9月に毛沢東の率いる中国共産党と第2次国共合作を成立させて抗日民族統一戦線を形成し、旧日本軍の南京占領後は武漢へ、さらには重慶へと首都を移して抗戦を継続した（公知の事実）。

旧日本軍の北支那方面軍は、同年10月始めころから山西省に侵入し、同年11月8日に省都である太原を占領したが、同年12月、太原の東北東に位置する同省孟県への侵入を開始し、1938年1月に孟県県城を占領した。その後、旧日本軍は、孟県全域に拠点を立てて兵力を分散配置するとともに、旧日本軍に協力的な住民らに維持会と呼ばれる統治機構を組織させるなどして、占領地域の支配に当たった（甲30, 34）。

1940年8月、中国共産党指揮下の八路軍が山西省を含めた華北地方全域で「百团大戦」と称する大規模な反撃作戦に出たため、旧日本軍は少なからぬ損害を被るとともに、多くの拠点を失った。北支那方面軍は、直ちに大規模な反攻に転じたが、孟県においては、軍事作戦の進行に伴い、山西省北部山地の抗日勢力に対する前線基地として、1941年9月、孟県北部の進圭村に旧日本軍の拠点が設けられ、その後同所に北支那方面軍第一軍独立混成第四旅団独立歩兵第一四大隊第一中隊本部が置かれた（甲30, 34）。

(2) 原告Aの被害事実（甲17, 31, 80, 原告A本人）

ア 原告Aは、1927年、山西省孟県西藩郷a村で出生し、西藩郷b村で育った。原告Aの姉は、最初の夫が日本兵に殺害されたため、c村に住む男性と再婚したが、原告Aは、1941年ころから、c村の姉夫婦と同居して子守や家事の手伝いをしていた。

イ 1942年旧暦7月のある日、日本兵と清郷隊（地元の住民により組織され、旧日本軍に協力した武装組織）がc村に来た。原告Aの姉の夫が八路軍に対する協力活動をしていたことが旧日本軍に密告されたことから、翌日の未明ころ、武装した日本兵と清郷隊員が姉の家を襲い、原告A、姉夫婦及びその3人の子を捕らえ、c村から進圭村の旧日本軍の拠点に連行した。この当時、15歳であった原告Aには両親の決めた許嫁がいたが、まだ婚姻しておらず、性交渉の経験はなく、初潮も迎えていなかった。

進圭村に到着後、姉の夫は、旧日本軍の情報隊長によって、棒で何度も殴り倒されるなどの拷問を受けた。その後、原告A、姉及び3人の子は、拷問の行われた中庭に面した建物の部屋に監禁された。姉の夫は別の場所に監禁されたが、後に日本兵と清郷隊により殺害された。

ウ 原告Aは、その夜、清郷隊員によって、監禁されている場所から旧日本軍の隊長がいる建物に連れて行かれた。隊長は、原告Aの衣服を剥ぎ取るなどした上、原告Aを2度強姦した。そのため、原告Aは陰部から出血し、その夜は痛みと恐怖心から眠ることができなかった。夜が明けると、清郷隊員が原告Aを姉らが監禁されている場所に連れ戻した。

原告Aの姉とその子供3名は、監禁された翌日に解放されたが、原告Aは、引き続き監禁され、日中は複数の日本兵又は清郷隊員に輪姦され、その際日本兵によって陰部を切断されたこともあり、夜から未明にかけては、隊長や清郷隊の幹部らに強姦された。

原告Aは、度重なる強姦と監禁により衰弱し、陰部を切断された後は何の治療も受けなかったために切断された部位が化膿し、発熱したり浮腫が全身に広がるなどした。

エ 連行されてから約半月後、原告Aは動くこともできないほど衰弱し、家族が清郷隊に銀50元を支払って原告Aを解放するよう懇請したこともあって、解放された。原告Aは、衰弱のため驢馬の背に横たわる状態で帰宅し、帰宅後も衰弱から寝たり起きたりの状態が続いた。

1週間も経たないうちに、原告Aを最初に強姦した隊長が原告Aの所在を確認するため姉の家に来た。その翌日、進圭村の農民が原告Aを同村に連れ戻しに来たが、原告Aは、自分が逃げると日本兵に監禁されている義兄が殺害されるのではないかと考え、義兄の身を案じてこの農民に従い、再び進圭村に行った。そして、原告Aは最初に監禁されたのと同じ場所に再び監禁され、隊長ら日本兵に強姦された。その後、原告Aは、健康状態の悪化により解放され、c村に帰った。

その後、原告Aは三たび進圭村に連行され、従前と同様に監禁、強姦、輪姦の被害に遭った。

オ 原告Aは、同年旧暦9月中旬ころ解放され、c村に戻ったが、原告Aの父は、原告Aが身体的にも精神的にも極度に衰弱していたことから、原告Aをa村に住む母方の祖母に匿わせ、原告Aの母がa村に住み込んで看病をした。

原告Aは、解放から5年後、許嫁と婚姻し、5人の子をもうけたが、現在、戦時中の監禁・強姦等に起因すると思われる重度の心的外傷後ストレス障害（PTSD）の症状が認められる。

(3) Gの被害事実（甲17、18、G本人及び弁論の全趣旨）

ア Gは、1929年、山西省孟県西藩郷d村で生まれ、同村で育った。

1942年旧暦3月のある日の朝、多数の日本兵がd村に侵入し、日本兵と清郷隊によって、d村の住民が1か所に集められた。Gの父は当時d村の村長を務めていたが、八路軍への協力活動をしていたことから、村人の中から引きずり出され、太い丸太棒で何度も殴られるなどの拷問を受けた。その後Gとその父は、村の5人の女性とともに捕らえられ、進圭村に連行された。

Gらは、その日の夕刻ころ、進圭村に到着し、他の女性5名と一緒に1つの部屋に監禁され、Gの父親は、別の建物に監禁された。Gは、その当時13歳で性交渉の経験はなく、初潮も迎えていなかった。

イ その夜、父の知人の中国人が、いやがるGを棒で殴るなどして、監禁場所からあるヤオドン（石造りの建物）に無理矢理連れて行った。Gは逃げようとしたが、複数の日本兵に捕らえられ、殴る蹴るの暴行を受けた。Gは、余りの痛みと恐ろしさから大声で叫ぶなどしたが、日本兵は数人がかりでGを押さえ込み、彼女の口の中に布を押し込んで声を出せなくした上、1人がGを抱え込み奥の部屋に連れ戻した。

そして、裸になった日本兵が近づいてきてGの服を無理矢理脱がせ、Gを布団の上に押し倒し強姦した。その直後、すぐに2人目の日本兵が入ってきて、Gを強姦した。Gは、下半身からひどく出血した。

連行された6人の女性のうち、4人は数日後に解放されたが、Gはその後も監禁され、夜になると監禁場所からヤオドンまで連れていかれて日本兵に強姦された。Gは、やがて血尿が出るようになり、10日後には身体がむくみ、歩くことも困難になった。すると、日本兵は、Gが監禁されている部屋に来てGを強姦するようになった。

ウ Gの母が金策に奔走して集めた銀700元を旧日本軍に支払ったため、Gとその父は、連行されてから約40日後に解放された。

帰宅時、Gは極度に衰弱しており、その後も長い間寝たきりの状態が続いた。

Gは、17歳の時、b村在住の男性と婚姻して4人の子をもうけ、その後再婚して1人の子をもうけたが、平成11年5月11日、死亡した（この5人の子が原告Aを除くその余の原告らである。再婚相手は死亡している。）。

Gには、生前、戦時中の監禁・強姦等に起因すると思われる重度の心的外傷後ストレス障害（PTSD）の症状が認められた。

## 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を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)当事国の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、ヘーグ陸戦条約等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、ヘーグ陸戦条約等につき検討する。

## (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、交戦国力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。

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)）。

### 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、締約国に附属規則遵守を義務付けるだけでなく、附属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、本件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74)

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16)

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図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17)

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』、実体的な行為規範を定め、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、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64)

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の意味する。」、「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。

#### (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61）。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らの請求を認容したも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60）。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、ハーグ第4条約を1919年10月7日に批准したので、その規則を遵守しなければならなかった。この条約の付属書52条によると、占領地の住民への課役は占領軍の需要の為にするのでなければ要求することはできないし、住民が母国に対する戦闘行為に従事する義務も含めてはならない。したがって、交戦中のドイツ帝国は、ユダヤ系住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69）。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48）、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65、67、68）からも裏付けられるものである。

#### 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14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、以下のように指摘した。「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。かかる状況にあっては、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て負う。』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損害賠償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と区別をし、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。」

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。ドイツ代表団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。」と謝意を表明した。

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付き責任を負う。」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った。

(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、それは従来の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意を表明している。

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・目的及び条約作成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。

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ことができるが、このことが個人の当該外国に対する何らかの請求権が存在することを当然に意味するものではない。また、損害を受けた個人の属する国が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尽くし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。

また、ヘーグ陸戦条約は、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。

原告らは我が国の裁判所は概して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。

(4) その他の条約等について

ア 強制労働条約（1930年採択。我が国は1932年批准登録）は、強制労働（2条が定義規定）の廃止（1条1項、4条2項）、強制労働に対する報酬の支払（14条）、強制労働の不法な強要に対する刑事処罰（25条）等を定めたものであり、同条約には個人の国家に対する請求権を認めた規定はない。

イ 婦女売買禁止条約（1910年採択。我が国は1925年加入）は、他人の情欲を満足させるため醜行を目的として婦女を勧誘する行為等を犯罪として処罰し（1条、2条）、締約国は処罰するため必要な措置をとること（3条）を定めたものであり、同条約には個人の国家に対する損害賠償請求権を認めた規定はない。

ウ 人道に対する罪とは、「戦前又ハ戦時中爲サレタル殺人、殲滅、奴隷的虐使、追放其ノ他ノ非人道的行爲、若ハ犯行地ノ国内法違反タルト否トフ問ハズ本裁判所ノ管轄ニ屬スル犯罪ノ遂行トシテ又ハ之ニ關聯シテ爲サレタル政治的又ハ人種的理由ニ基ク迫害行爲」（極東国際軍事裁判所条例5条2項（ハ））と定義され、かかる行為を行った個人が刑事責任を負うものであるが、このことが被害者個人の加害者が属する国家に対する損害賠償請求権の存在の根拠となるものではなく、極東国際軍事裁判所条例にも個人の国家に対する損害賠償請求権を認めた規定はない。

エ したがって、原告ら主張のこれらの条約等はいずれも個人の国家に対する損害賠償請求権を認めたものではないから、これらの条約等に基づく原告らの請求は、

理由がない。

(5) 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。

(6) 以上のとおりであるから、原告らのヘーグ陸戦条約やその他の条約及び国際慣習法に基づく請求は、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涉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、涉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、涉外性を有するものに限ら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。

(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。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。

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、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、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。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。

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）、行為能力に関する法例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、公権力の行使を原因とする国の損害賠償責任の問題は、涉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によるのではなく、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、涉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・作戦活動の維持遂行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61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、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21年に起草された民法草案(いわゆるボアソナード草案)393条に「主人及ヒ棟梁、工業、運送若クハ其他ノ事業ノ起作人、公私ノ事務所ハ其僕婢、職工、属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」との規定があったが、その後審理の過程で「公私ノ事務所」という文言が削除され、明治23年に公布された旧民法373条は「主人、親方又ハ工事、運送等ノ営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為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。この間の経緯について、立法過程に参画した井上毅は、明治24年、「民法初稿第三百七十三條ニ對スル意見」(国家学会雑誌4巻51号969頁)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権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」、「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権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サ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、国の行政權の執行に起因する損害賠償責任を否定する趣旨である旨説明していた。

この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、国の公權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權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)、公權力の行使(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巻11号6頁)。これは、国の公權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、本件加害行為が行われ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く、公権力の行使を行う国の権限の有無によって影響を受けるものでもない。なお、ヘーグ陸戦条約が国内法に優先するとしても、ヘーグ陸戦条約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、当時の国内法制がヘーグ陸戦条約に抵触するものではない。

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、原告らは、本件においては時際法上の公序の法理により国家無答責の法理の適用を排除すべきである旨主張するが、独自の見解であり採用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・作戦活動の維持遂行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、原告Aらは本件加害行為により筆舌に尽くしがたい性的被害を受けたから、かかる原告Aらに対して謝罪しそ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A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

（最高裁第1小法廷昭和

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、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）、基本的人権の尊重（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

以上のとおりであり、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

別紙2

## 謝罪広告

日本国は、旧大日本帝国軍隊が、A氏、G氏を拉致監禁し、同氏らに性的奴隷として非人道的行為をくり返し、その心身に甚大な被害を与え、又、その名誉と尊厳を著しく傷つけたことを日本国の名において深くお詫びいたします。

日本国内閣総理大臣・

別紙3

## 原告らの主張

### 第1 国際法ないし国際慣習法に基づく請求について

#### 1 原告らの請求権の根拠

##### (1) ヘーグ陸戦条約・同附属規則

原告Aらは、山西省に駐留していた日本軍兵士らにより組織的に拉致、監禁された上、継続的に強姦、輪姦されたものであり、原告Aらに対してされたこれらの加害行為は、ヘーグ陸戦規則43条の占領地の法律の尊重義務及び同規則46条の私権尊重義務に違反するところ、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、本件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A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。仮に同条約2条の総加入条項によって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いたから、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ことは争う余地がない。

#### (2) 強制労働条約（ILO第29号条約）

原告Aらに対する継続した監禁・暴行・組織的強姦行為は、強制労働条約が禁止する強制労働にほかならない。同条約違反により被告が国際社会全体に対して負う国家責任に対応して、被害者である原告Aらは、被告に対し、効果的な救済と正当な賠償を求める権利を有する。

#### (3) 婦女売買禁止条約

婦女売買禁止条約は、他人の情欲を満足させるため醜行を目的として婦女を勧誘・誘引・拐去した者の処罰を定めている（1条、2条）ところ、原告Aらはいずれも、日本軍兵士らにより、醜行目的で強制的な手段により拐去されたものであり、かかる行為は、婦女売買禁止条約1条・2条に違反する。この条約違反の国際不法行為が被告に対する個人の損害賠償請求権行使の対象となることは、強制労働条約違反の場合と同様である。

#### (4) 人道に対する罪

極東国際軍事裁判所条例5条2項は、被占領下にある交戦国の一般住民に対する奴隷的虐待又はそれに匹敵する非人道的行為及びそれらの行為を犯そうとする計画・謀議の立案又は実行への関与のすべてを、人道に対する罪違反としての戦争犯罪に当たると規定している。原告Aらに対する本件加害行為に関与しこれを実行したすべての者が、上記人道に対する罪違反の行為を犯したことになる。その結果生じた損害については、これらの者に対する刑事責任だけでなく、その使用者としての地位にある被告には当然に損害賠償責任が生ずる。

### 2 個人の国際法上の法主体性について

#### (1) 原告らの主張

侵略戦争やその遂行の過程で行われた交戦法規その他の条約・国際慣習法に違反した行為は、国際違法行為として当該国家の国家責任を発生させる一方、当該行為の犠牲者である個人は、単に国際法上の保護の対象として扱われるだけではなく、これらの条約・国際慣習法に基づいて、加害国家に対して直接被害の回復を求める固有の権利を有するのであり、このような意味で国際法上権利能力を取得する、すなわち法主体性が認められると解すべきである。

すなわち、いわゆる戦時国際法又は交戦法規と呼ばれる国際法の領域においては、伝統的に、個人が国際法上も権利義務の享有主体となることが当然と考えられてきた。このことは、「戦争の法は、常に、軍隊の個人構成員の行為を規制することを主眼としてきた」ことから明らかであるし、ニュルンベルク国際軍事法廷など、過去の戦争犯罪に関する裁判でも確認されている。このような原則は、戦争犯罪だけに限られるものではなく、占領地その他における非戦闘員や中立国の国民等の私権尊重原則にも当然及ぶものであった。

ヘーグ陸戦条約は、戦時国際法の一般原則として確立していた戦時における私権尊重の原則を、当時の主要国家の大部分の参加の下、法典化したものであり、同条約が個人を単なる保護の対象ではなく権利義務の主体と考えていることは、その条文及び附属規則の各規定（規則46条、47条、52条、53条第2段等）からも明らかである。

したがって、原告らが、上記のとおり戦時国際法の領域に属するヘーグ陸戦条約やこれと同旨の国際慣習法に基づき、直接に被害の回復を求める固有の権利を有し、かかる意味で国際法上の法主体性を有しているのは明らかである。

なお、被害者個人が交戦法規の違反者の所属する国家に対して損害賠償請求権を有するとの基本原理は、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おり、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8項、同年決議687号16項）は、その一例である。

#### (2) 被告の立論の誤り

被告は、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のみ個人が国際法上の権利主体となり得ると主張する。

しかし、国際法上の権利の実現は、現実には各国の国内法により担保され、国内機関の定める手続に依存していることが少なくないのであるから、被告の見解

は、個人の国際法上の権利行使が認められる場合を極めて限定するものであり、妥当でない。

我が国は、憲法98条2項において条約及び確立された国際法規を誠実に遵守する旨規定し、国際法を一般的に受容する体制を採っているから、条約ないし国際慣習法が個人の権利の保護を規定し権利侵害を受けた個人の被害回復のための請求権を認めている場合は、我が国の裁判所がその国際法の解釈適用を通じて、国際法上認められた個人の権利の執行を担保することは当然である。

### 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ヘーグ陸戦条約3条を解釈すると、同条は、ヘーグ陸戦規則違反行為により被害を被った個人に、違反行為を行った者の所属する交戦当事国に対する直接の損害賠償請求権を創設し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、31条1項において、「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、この一般原則による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を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諸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がなく、この点は我が国の判例上も問題なく認められている。

#### (3) 一般的解釈方法によるヘーグ陸戦条約3条の解釈

##### ア ヘーグ陸戦条約及び附属規則の規定内容

##### (ア) 条約前文

ヘーグ陸戦条約前文は、「締約国ノ所見ニ依レハ、右条規ハ、軍事上ノ必要ノ許ス限、努メテ戦争ノ惨害ヲ軽減スルノ希望ヲ以テ定メラレタルモノニシテ、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。」と定めており、この条約及び附属規則の目的が「戦争ノ惨害ヲ軽減スル」ことであり、この目的のために「交戦者相互間ノ関係」及び「人民トノ関係」を定めたものであることを明言している。

##### (イ) ヘーグ陸戦規則

ヘーグ陸戦規則43条は占領地における法律の尊重を規定し、46条で「家ノ名誉及権利、個人ノ生命、私有財産並宗教ノ信仰及其ノ遵行ハ、之ヲ尊重スヘシ。私有財産ハ、之ヲ没収スルコトヲ得ス。」と、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。46条によって法的保護を受けるのは占領地の一般住民であるから、この規定の違反によって被害を受け、損害を被るのも被害者である一般住民である。また、52条3項では徴発と課役に関する制限中に徴発の物資の対価の支払に関する規定を、53条2項では私有財産の押収に対する還付及び賠償の規定を置いている。

このように、ヘーグ陸戦規則は、一般住民が個人として私権の尊重を受ける法的地位を認められ、徴発、課役に対する対価の請求権を認められ、押収された私有財産に対する還付請求権及び損害賠償請求権が認められることを明らかにしている。

##### (ウ) 条約3条

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"indemnit-"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者を特定することは不可能である。また、条約正文の英文訳では、"indemnit-"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。

そうすると、同条には、ヘーグ陸戦規則違反によって被害を受けた個人に損害賠償請求権が帰属せず、その個人の帰属する国家の権利となるといった解釈を示唆する文言は一切存在しない。



#### イ 「用語の通常の意味」の解釈

以上を前提として、同条約の趣旨目的に照らして目的論的解釈を行い、条約3条が規定する「用語の通常の意味」を解釈すると、同条は、陸戦規則の規定に違反した行為者の所属する国家に対し、その過失の有無を問わず、被害の回復のための損害賠償請求権の行使を認めた趣旨の規定であるとするのが条約文言の通常の意味となる。そして、この条文は、損害賠償請求権の帰属する法主体が個人ではなくその帰属する国家である旨を明示的に述べていない以上、被害者である個人と賠償義務を負う加害当事国との法的関係を創設したと解するほかない。

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、同条には、国家が損害賠償請求権を行使する時期・方法（例えば、平和条約締結時等）についても同様に何の言及もないから、個人の請求権を実現する方法について規定がないからといって、損害賠償請求を行う主体が被害者個人ではなく、その帰属する国家であると即断することはできない。

#### (4) 原告の主張を裏付ける実行例など

以上のような原告らの解釈は、以下の事実によってもその正当性が裏付けられている。

ア ジュネーブ諸条約追加第1議定書91条によるヘーグ陸戦条約3条の再確認  
(ア) 第2次世界大戦後、ジュネーブにおける「戦争犠牲者保護のための国際条約作成のための外交会議」で採択された4つの条約は、ヘーグ陸戦条約が確認した戦時国際法に関する慣習国際法による保護の範囲を質的・量的にさらに拡大した。このジュネーブ諸条約をさらに補充し、現代社会に生起する様々な国際・非国際軍事紛争に対応させるため、ジュネーブ諸条約追加第1・第2議定書が採択されている。1977年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者は、必要な場合には賠償を支払う義務を負わなければならない。紛争当事者はその軍隊を構成する者が行ったいっさい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、ヘーグ陸戦条約3条を踏襲し、交戦規則違反

の行為に関して交戦当事国が賠償責任を負うとする一般原則を改めて承認した。  
(イ) この追加議定書91条の解釈について、1987年発行の赤十字国際委員会が編集した解説書は、91条が文字どおりヘーグ陸戦条約3条を再確認したものであり、いかなる意味でも同条を廃止する趣旨を含まないと述べた上、「当事国は、原則として、戦争によって生じた損害一般に関する問題と、戦争を開始した者の責任に関連する問題を、平和条約の締結時に、当事国の意思によって決めることができる。他方、当事国は、戦争犯罪人を起訴することを控えたり、諸条約及び追加議定書に定められた規則違反の行為の犠牲者が請求できる損害賠償を否定することはできない。」として、国家間における賠償問題（一括協定の賠償による国家責任の解除の問題）と戦争犠牲者の損害賠償問題とがあくまでも別の問題であることを明確にしている。

さらに、この解説書は、「損害賠償を請求できるものは、通常は、紛争当事国（当事者）若しくはその国民である。しかし、中立性の原則に対する違反若しくは紛争当事国の領土にいる中立国の国民に関して違法な行為がなされたような場合には、中立国もこれにあてはまるだろう。」、「例外的な場合を除いて、ある紛争当事国の不法な行為によって権利を侵害された外国人は、自身の政府に対して申し入れを行うべきであり、その政府はその請求を違反を犯した紛争当事国に提出することになるだろう。しかしながら、1945年以降は、個人によりその権利を行使することを認知するという傾向が出現した。」と述べ、91条すなわちヘーグ陸戦条約3条が保障する権利は、国家間の戦争賠償ではなく被害者個人の損害賠償請求権であり、第2次世界大戦後はこの請求権の行使が個人によって行われる傾向があることを認めているのである。

#### イ ヘーグ陸戦条約・同附属規則の実行例

ヘーグ陸戦条約が個人の権利義務の直接の根拠規定である当然の帰結として、各国の国内裁判所において、個人によって援用された同条約の適用を認める裁判例が多数蓄積されている。

#### (ア) 違法な押収・徴発に関する事例

ギリシャがトルコ領エピルス島の占領時に行った住民からの徴発をめぐる1912年のエピルス事件判決は、占領下における徴発の問題にヘーグ陸戦規則46条・53条の適用を認めた事例として著名である。住民がギリシャ政府を相手取

り、徴発に対する損害賠償を求めたのに対し、アテネ控訴審裁判所は、国際法はギリシャ法の一部を構成するという一般原則を適用し、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して、ギリシャ政府の控訴を棄却した。

エピルス事件と同様に、押収や徴発に関する戦時国際法に交戦国が違反した場合に、ヘーグ陸戦条約の直接適用により財産の所有者である私人への財産の還付や賠償を認めた国内裁判所の判例は、第1次、第2次世界大戦を通じて枚挙にいとまがない。

#### (イ) 混合仲裁裁判所の事例

ヘーグ陸戦条約3条による個人の損害賠償請求権を前提とした賠償事例の典型的な例は、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き設立された混合仲裁裁判所による個人の賠償請求権の処理の例である。この例は、条約により賠償請求権の処理を扱う国際機関が設置された事例ではあるが、条約自体が規定したのは処理機関であり実体的な規定である損害賠償請求権の根拠規定はヘーグ陸戦条約3条以外にはない。本件での原告らの請求は、国際法上の実体的な規定が我が国憲法下においては国内法と同一の効力を有することを前提として、これを我が国裁判所で行っているのであるから、混合仲裁裁判所のような特別な裁判機関の創設は問題とならない。

#### (ウ) 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も少なからず存在する。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、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等がそれである。特に、レイバディア地裁判決は、ヘーグ陸戦条約3条に基づきナチスドイツ占領軍による戦争犯罪の犠牲者となった地域住民個人の損害賠償を認めた裁判例として、本件での原告らの主張の正当性を証明するものである。

#### (5) 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条がヘーグ陸戦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、条約の制定過程の議論や締約国の意思を検討・確認すると、原告らの主張する解釈が正しいことは一層明確になる。

##### 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った。そこで、1907年の第2回ヘーグ平和会議では、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) 新たな条文案を提案したのは、ドイツ代表であった。その内容は、自国軍隊が犯した附属規則違反行為のすべてについて交戦国が有責であることを定めるとともに、「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。」などとして、規則違反行為により損害を被った私人に対して当該交戦国が賠償することを明記するよう要求するものであった。また、支払の手段と時期については、中立国国民(即時賠償)と敵国国民(平和回復時に解決)の間に区別を設けていた。

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」と考える。」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」と考える」などと述べ、イギリス代表は「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の締結時に解決するとしている。」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。」などと述べ、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) 結局、このような区別については敵国国民に対し中立国国民の優遇という受け入れがたい要素の導入を示唆するとの理由から、平和会議においては最終的に両者の間に原則的差異を設けない案文が採択された。

これに対して、ヘーグ陸戦規則違反の行為に対する交戦当事者の責任及び同行為の犠牲者個人に対する賠償という2つの原則は、ヘーグ平和会議において論争の対象とはならず、最終的に採択された3条は、これらの原則を取り入れた。

#### ウ 検討

以上のような起草過程の議論を検討すると、ヘーグ陸戦条約3条が、使用者責任や無過失責任といった私法原理を戦争法規違反の行為にも当然に当てはめようとした起草者の意思の下に創られたものであり、占領地域の住民を含む私人の賠償請求権を条約本文中に明示したものであることは明らかである。そして、起草者は、当初から、国家間の関係を規律する国家責任ではなく、個人が被った損害又は被害のみを念頭に置いていたと考えられる(もっともこのことは、3条の第2文が、同時に国家責任をカバーするほどに広範であることを否定するものではない。国家責任に関する一般国際法の理論の下で国家間の請求権を発生させる国際不法行為は、同時に、個人の法的利益の侵害をも構成し得るからである。)

なお、ヘーグ陸戦条約3条は、権利行使の手続について何ら言及しておらず、平和会議での起草過程の議論でも、この点については、当初のドイツ代表の提案にあった交戦国の国民と中立国の国民についての区別をめぐる点を除いては、何も議論はされていないが、少なくとも、ヘーグ陸戦条約3条が、占領下で被害を受けた被害者個人が占領終了後に相手国裁判所に賠償請求を提起する可能性を排除するいかなる根拠をも提供していないことは明らかである。むしろ、同条は、戦争法違反の被害者個人に奉仕するものであり、したがって、それら個人は技術的障害に遭わずにその請求を認知する国内裁判手続を利用することができるということが起草者の意図であったことは、制定過程からも言えることである。

#### 4 条約の国内的効力及び直接適用可能性について

我が国では条約に国内的効力が認められ、また、ヘーグ陸戦条約は自動執行性を有するから、我が国の国内裁判所において同条約を裁判規範として直接適用して原告らの請求について判断することができる。

##### (1) 条約の国内的効力

大日本帝国憲法には、条約の国内的効力に関して何らの規定もなかったが、政府は慣行上「法規の性質を有する事項を内容とする条約」に国内的効力を認めており、判例上も、山東懸案解決に関する条約について、「(この条約)カ批准ヲ経テ条約トシテ完全ナル効力ヲ生スルト共ニ之ヲ国内ニ公布スルニ依リテ別段帝国議會ノ協賛ヲ経スシテ法律ト同一ノ効力ヲ有スルニ至ルモノト解スヘク我カ国ノ従来ノ先例モ亦比ノ解釈ニ従ヒタリ」と述べて条約の国内的効力をはっきり認めていた

(東京地判昭和7年6月30日・法律新聞3446号7頁、東京控判昭和10年2月20日・法律新聞3834号5頁)。

日本国憲法98条2項も、「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。」と規定しており、国際法(条約)

に国内的効力を与えている。

## (2) 条約の直接適用可能性

ア 我が国が批准、公布した条約は、内容上明確に締約国に対して条約の実現のための立法又は行政措置が必要であると明記している場合、規定の文言上その実施について国内立法又は行政措置を明らかに予定している場合、又は条約の文言上に現れた締約国の意思から直接適用が否定されていると考えられる場合以外は、原則として他の法令と同様に、裁判所において直接適用が可能であると考えべきである。そうすると、ヘーグ陸戦条約3条が裁判規範として直接適用可能であることは明らかであり、原告らは当然に我が国の国内裁判所において同条を国内法として援用して救済を求めることができることになる。

イ 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。

しかし、被告の主張は、国際法の国内的効力を無条件で認める我が国憲法の国際法受容体制と根本的に矛盾するものである。また、ヘーグ陸戦条約を始めとする多数国間条約においては、加盟当事国の直接適用に関する意思が条約中に明示されることはほとんどないから、上記のような「主観的要件」を厳格に要求するべきではない。「客観的要件」についても、当該規定が直接適用可能な程度に客観的に明確かどうかという問題は、等しく国内的効力を有する法体系の中で条約のみに固有の問題ではないから、その判断は、憲法以下の国内法の解釈において要求される明確性と同程度以上のものである必要はない。そうすると、条約の直接適用性を肯定するために「主観的要件」や「客観的要件」を要求することは合理的ではない。

我が国の裁判所も、概して、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、条約が直接適用可能か否かということはほとんど問題にしておらず、条約規定の直接適用性を判定する基準として「主観的要件」及び「客観的要件」を要求していないのは明らかである。

## 5 外交保護権について

### (1) 国家の請求権と個人の請求権の競合

被告は、仮に日本国に原告らが損害賠償請求権の根拠としている条約及び国際慣習法の規定に違反する行為があったとしても、個人は所属する国家の外交保護権の行使により損害の回復を間接的に得ることができるのみであり、加害国家を直接に相手取って損害賠償を請求することは、特別な規定がない限りできないと結論付けている。しかし、戦争という大量かつ広範囲に権利侵害が頻発するような事態に対処する法的救済措置として、およそ個人による加害国家に対する請求権の行使が考えられないと結論付けるべきではない。

確かに、外国人個人に対する国際違法行為があった場合、国際法上の平面における当該個人の損害の回復は、その所属する国家の外交保護権の行使により実現されると説明されるのが一般的な理解である。しかし、外交保護権の行使は個人の請求権の存在を理論的な前提とするものであり、国家が外交保護権を行使する場合も個人の請求権が国家の請求権に吸収・同化されるわけではなく、所属国家の行使する請求権と個人の請求権とは併存し得る。外交保護権の行使の要件として、個人が加害国家の国内救済手続を事前に尽くさなければならないとする原則が要求されるのは、かかる議論を当然の前提とするものである。

よって、国家が外交保護権を有する以上、被害者個人はこれと併存する加害国家に対する請求権を有する。そして、原告らの請求はかかる請求権の行使と位置付けられるのであるから、認められるのが当然であり、被告の主張は失当である。

この点に関し、1996年5月13日のドイツ連邦憲法裁判所の決定は、戦争により被害を受けた個人の加害国への損害賠償請求権が、国家間の補償請求とは別個に併存し得ることを明確に認めている。すなわち、この決定は、戦争賠償の問題も外交保護権の行使の対象となるが、それは個人の請求権と併存し、これを排除するものではなく、また戦争賠償の問題が外交保護権の行使の方法によってのみ解決されるという国際法上の原則もないことを明らかにするとともに、個人の請求が加害国で認められるかどうかは、国際法を侵害する側の国家の裁量に委ねられていると結論付けている。我が国は憲法98条2項により国際法の国内的効力を認める制

度をとっており、戦争被害者に我が国国内法体系の枠内で救済を求める途を認めているのであるから、この決定が言うところの、個人の請求権の実現が加害国で認められる例に該当することは言うまでもない。

## (2) 国内的救済の原則について

仮に、原告らが請求の根拠とする条約ないし国際慣習法が、被害を被った個人の救済をその者が所属する国家の外交保護権の行使に委ねるものであるとしても、当該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（国内的救済の原則）。原告らの本件訴訟における請求は、まさにこの国内的救済手続を実行しているものであるから、認められるのが当然である。

## 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 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、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の山西省においてであるから、同項により、本件においては中華民法が準拠法となる。

そして、中華民法は、故意又は過失により他人の権利を不法に侵害した者は損害賠償責任を負い（184条）、共同不法行為者が連帯して損害賠償責任を負い（185条）、公務員が故意に職務の執行について第三者に損害を与えた時は損害賠償責任を負い（186条）、使用者が連帯して損害賠償責任を負い（188条）、他人の身体、健康を不法に侵害した者は労働能力の喪失、減少、生活上の需要の増加に対して損害賠償責任を負い（193条）、他人の身体、健康、名誉、自由を不法に侵害した場合には被害者は財産上の損害がない場合でも相当金額の損害賠償を請求することができ、名誉を侵害された場合には名誉を回復するに相当の処分を求めることができる（195条）旨を定めている。

したがって、原告らは、中華民法の上記各規定に基づき、被告に対して、損害賠償請求権及び名誉を回復するための処分を求める権利を有する。

(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義務の問題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国家無答責の法理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) 国際私法における公法的法律関係と私法的法律関係

ある法律関係が国際私法の対象とならない公法的法律関係か、国際私法の対象となる私法的法律関係かを判断するに当たっては、①公法の属地的適用の原則が妥当する法律関係であるかどうかを検討し（この原則が妥当する法律関係であれば公法的法律関係として処理される。）、かかる原則が妥当しない法律関係である場合に、②当該法律関係と最も密接な関連を有する法域の法を探索する、という方法によるべきである。

#### (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

仮に国家賠償請求の問題が公法的法律関係であるとする、公法の属地的適用の原則が妥当する法律関係であるはずである。

ところで、公法の属地的適用の原則によれば、①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とともに、②日本の裁判所は外国の公法（国家賠償法）を適用しないという意味もあり、後者について例外を認めることは困難である。ところが、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。この場合、国家賠償請求の問題が公法上の問題であるとすれば、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ず、また、先の外国公法不適用の原則から当該外国の国家賠償法を適用することもできない。

しかしながら、この場合原告（被害者）からすれば単なる交通事故にすぎず、たまたま加害者が日本の公務員でその公務中であつたにすぎない。このような場合には当該外国法に基づく賠償請求を封じることはまったく不当であることは明らか

である。

結局のところ、本件のような国家賠償責任の問題を公法的法律関係と考えるとすれば、このような不都合な結果を放置せざるを得ないこととなる。このことは、逆に国家賠償責任の問題が、「公法の属地的適用」の原則が妥当する法律関係ではないこと、すなわち公法的法律関係ではないことを意味するのである。

(3) 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。

そして、法例11条の対象たる「不法行為」という法律関係は、違法な行為により他人に損害を与えた者をしてその損害を賠償せしめる制度であって、社会共同生活において生じた損害の公平な分担を目的とするものであるところ、本件のように私人が国家に対して賠償を請求している場合であっても、国家による賠償制度自体が加害者である国と被害者である私人との利害関係の調整を専ら目的としているのであるから、本件の法律関係が同条の対象たる法律関係に該当することは明らかである。

イ また、各国の実質法を比較法的にみた場合、結局、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（損害を加害者と被害者のいずれに分担させるか）、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、日本軍の軍事行動に関連して原告Aらが性暴力被害を被ったことによつて発生した損害を被告に負わせるか否か、いかなる要件のもとにどの程度の負担を負わせるかが問題とされているものである以上、まさに法例11条1項の「不法行為」の問題である。

(4) 被告の主張に対する反論

ア 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いから、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、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つて、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）として、私法上の請求権であるとの見解を採用している。

イ 被告は、我が国の国家賠償制度について検討を加えた上、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ると主張する。

しかし、国家による賠償制度自体は、加害者である国と被害者である私人との利害関係の調整を専ら目的としているのである。そして、国家賠償法は、2条1項のようにその制定前には民法が適用されてきた法律関係も規定の中に取り込んでいること、独占禁止法とは異なり刑罰や行政処分を救済手段とする規定はなく専ら私人による損害賠償請求を認めているだけであること、国家賠償法4条で民法を準用していることに照らせば、国家賠償法は民法の特別法と位置付けられるのであり、民法と異質のものではない。相互保証の規定や公務員個人に対する求償権の制限についても、なお損害賠償制度としての国家賠償法の基本的性格を変容させるものではない。

また、今日においては全く合理的な根拠を見出すことができず歴史的に死滅した国家無答責の法理をもって、国家賠償制度の性格を論ずることは許されない。

ウ 被告は、仮に本件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については、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。

一般に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、また被害者にとっても、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1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。

これを本件についてみると、日本軍は一方的に中国を侵略し、一般市民である原告Aらに対して本件加害行為を行ったのであり、加害者である被告と被害者である原告Aらとの間には、本件加害行為以外には何らの接点もなかった。原告Aらにとって、日本法の適用は到底予測の範囲外であり、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存した。他方、加害者たる被告及び日本軍人らにとっては、自らが一方的に侵略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。

したがって、かかる観点からも、本件不法行為についての準拠法は中華民国法が指定されるべきである。

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むしろ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、加害者である被告と被害者である原告Aらとの間には、従前何らの特別な法律関係はなかったから、公務員による不法行為といえども、本件に従属的連結の理論を適用することはできない。

#### (5) 欧米諸国における裁判例

国家公務員による渉外的不法行為事件についての欧米諸国における裁判例では、国家に対する損害賠償請求であることのみを理由に当該公務員の所属国法によるとの扱いをせず、これを国際私法の対象分野として一般抵触規定に従い不法行為地法主義によるのを原則とし、公務員と被害者との間に特別な法的ないし事実的關係が従前存在しておりその特別な関係と不法行為との間に内的関連がある場合には、例外的にその特別な関係の準拠法が適用されるとしている。

1982年2月17日のオーストリア最高裁判所判決は、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、まさに原告らが主張するとおりの法律論を展開したものとして重要である。

#### (6) 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つても、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。

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、本件では被害者の権利を侵害することについて加害行為者に故意があったことは明らかであるし、国家無答責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「不法」と言える。したがって、不法行為地法たる中華民国民法の適用により被告が損害賠償義務を負うのは当然である。

(2) 仮に法例11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たとしても、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 法例11条3項による日本法の累積適用について

(1) 被告は、「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11条3項により日本民法724条後段が適用されるから、本件加害行為に基づく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、法例11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ないと解すべきであるから、被告の主張は失当である。

##### ア 文理解釈

法例11条1項は、不法行為債権の「成立及ヒ効力」について不法行為地法主義を採用し、不法行為債権の効力の全ての問題について消滅時効制度も含めて不法行為地における実質法が適用されるとしている。これに対して、同条3項は、「損害賠償其他ノ処分」について日本法を累積適用するとしており、文言を明らかに区別して用いている。また、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。

そうすると、「損害賠償其他ノ処分」という文言は、不法行為制度自体の効果である損害賠償の額などの救済方法の問題のみを意味し、時効や除斥期間という債権の消滅に関する問題を含まないと解するべきである。同項が債権の消滅に関する問題も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、文字通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にあり、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。

##### ウ 時効と公序の関係

契約債権に関しては、立法者及びその後の判例・学説は、「法律行為ノ成立及ヒ効力」について規定する法例7条があるにもかかわらず、債権の効力の問題である時効を同条の「効力」に含めず、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。

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的適用を定めたも



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と考えられる。

#### エ 結論

したがって、時効・除斥期間については、法例11条1項により不法行為地法たる中華民国法のみが適用され、同条3項による日本民法724条後段の累積適用はない。そして、被告は、中華国民民法144条の定める消滅時効の抗弁を提出していないから、裁判所は、原告らの請求権が消滅したものと判断することはできない。

(2) 仮に本件に日本民法724条が累積適用されるとしても、同条後段の20年は被害の救済を一律に否定する結果となる除斥期間ではなく時効期間と解釈されるべきである。そして、日本と中国との国交が長い間断絶状態にあり、国交回復後も様々な事情から原告Aらの権利行使が困難であったという事情に照らすと、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る。

さらに、仮に除斥期間であるとしても、原告Aらが日本の侵略戦争の下で言語に絶する残虐行為を受け、それにより50年を超える長期にわたり筆舌に尽くしがたい肉体的・精神的苦痛を被り続けてきたこと、原告Aらが今般になってようやく日本の裁判所に救済を求めることができるに至ったことなどの事案の特殊性に鑑みると、同条後段の適用は制限されるべきである。

#### ア 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、立法の沿革、法解釈、比較法のいずれの見地から考察しても、時効と考えるのが相当である。

最高裁判所平成元年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、明文で除斥期間と定められているわけでもないのにあえて権利者の権利行使を抑制すべき積極的の必要はなく、とりわけ公害や労災など構造的・潜在的な被害発生の多発する今日において、除斥期間による画一的処理はいたずらに被害者を切り捨てる機能を果たすだけである。そもそも判例が挙げる権利関係の速やかな確定という要請も政策的判断の一つにすぎず、事案によってはそれよりも被害者の救済という要請の方が強く働くべき場合も存するから、そのような場合も含めて、一律に被害の救済を否定する除斥期間と解することは誤りである。

#### イ 起算点としての「不法行為ノ時」の解釈について

##### (ア) 権利行使可能性説

民法724条後段の「不法行為ノ時」の解釈について、原因行為時を時効の起算点とする解釈は、いまだ発生もしていない損害賠償請求権について、その時効が進行することを認めざるを得ないという原理的な矛盾を孕むのみならず、現実の具体的な損害の発生過程は、多くの行為や事実が関連し、複雑な経路をたどるものであるから、果たして何が原因行為で何がその発端か、終焉かということは、實際上判定が困難であって、その決定は、おのずから恣意的なものとならざるを得ない。他方、起算点を損害の発生時に求める立場でも、損害は因果の流れに沿って無限に展開するゆえに、その確定は、必ずしも容易ではない。

むしろ、被害者にとって権利行使が客観的に一般的に期待され得る状況がなければ、原因行為や損害発生の時点から期間を進行させることは被害者救済の趣旨に悖ることになるから、724条後段の「不法行為ノ時」とは「損害賠償請求権の行使が客観的に一般的に期待され得る状況になった時」すなわち権利行使可能時と解すべきである。

##### (イ) 原告らの権利行使可能性について

被告と中国は戦後長らく国交断絶の状態が続き、本格的かつ正常な国家関係の基礎が法的に打ち固められたのは1978年の日中平和友好条約の締結によってであったこと、1995年3月9日、銭其-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するまでは、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こと、原告A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、前記銭外相発言のあった1995年3月になって初めて、原告らが権利行使をする客観的条件が具備される

に至った。よって、その時に、事実上も原告らの権利行使が可能になったというべ

きであり、この時点をもって起算点とすべきである。

本件訴訟は1996年2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しめ、他方、被害者たる原告らの権利を喪失せしめることはできない。

(ウ) 損害発生時説に立った場合の検討

仮に724条後段の起算点を損害発生時と解するとしても、本件においては、原告Aらは現在に至るまで、本件加害行為に起因するフラッシュバックその他の心的外傷後ストレス障害（PTSD）の症状に苦しめられているから、損害は現在も継続して発生しているといわざるを得ない。このように、日々損害が発生していると考えられる以上、時効期間は経過していないというべきである。

ウ 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、その制度趣旨である法律関係の画一的確定という要請のみを唯一絶対視し、各事案の様々な内実や特殊性を全て無視して論理必然的に信義則や権利濫用の法理の適用を排除するという硬直したドクマが許容されてはならない。除斥期間の適用が法における正義に反し、著しく公平を欠く特段の事情のあるときには、当然にその適用が制限され又は排除されるものと言わねばならない。

そして、民法724条後段の趣旨が、法律関係の速やかな確定、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、①権利の性質や加害者と被害者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く、②義務の不履行が明白で時の経過による攻撃防御・採証上の困難がなく、③被害者の権利不行使につき権利の上に眠る者との評価が妥当しない場合には、上記特段の事情が認められ、民法724条後段の適用を制限すべきである。

判例も、一定の場合に除斥期間の適用が制限されることを示している。すなわち、除斥期間説を採りながらその適用を回避した最高裁第二小法廷平成10年6月12日判決・民集52巻4号1087頁は、事案の特殊性に応じて除斥期間の適用を条理により制限することを認める趣旨であると解されるのであり、原告らの主張に沿うものと位置付けられる。

(イ) 本件の場合、被告は、原告Aらに対し、極めて重大かつ明白な人権侵害行為を行った。原告Aらは、この加害行為のゆえに言い尽くせない肉体的・精神的被害を受け今日に至るまでその被害は継続している。そして、被告は、戦争中はもとより、戦後においても、中国に対する敵視政策をとって国交を長期にわたり断絶した状態に置き、また、賠償問題は解決済みであり責任を負わない旨を公言して、原告らの権利行使を事実上阻害してきた。よって、本件では、責任実現の必要度が高く、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く、また、人権侵害は明白で採証上の困難はない。

また、本件では、原告らの権利不行使を何ら責めることはできず、権利の上に眠る者との評価が妥当しない。前記イ(イ)のとおり原告らが本件損害賠償請求権を行使することは、客観的にみて、ごく近年（1995年3月）に至るまで不可能であり、主観的には、原告らが1995年に原告訴訟代理人弁護士らと出会うことによって初めて本件訴訟が可能となったからである。

このような特段の事情があるにもかかわらず、民法724条後段を適用して被害者の権利を剥奪し加害者の義務を免れしめることは、平成10年最高裁判決の事案と比較しても著しく正義・公平に反するというべきであって、同条後段の適用は制限されるべきである。

第3 国家無答責の法理について

1 被告は、国の権力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（国家無答責の法理）から、本件においてもこの法理により被告は損害賠償責任を負わないと主張する。

しかし、本件加害行為について国家無答責の法理を適用することは、以下のとおり誤りであり、被告の主張は失当である。

2 判例法理としての国家無答責の法理

国家無答責の法理は法令・法制度ではなく、戦前の裁判例の集積を経て形成されてきた法令の解釈にすぎない上、その内容は動揺・変遷を重ねており、権力行為

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。

#### (1) 立法者意思

ア 旧民法の立案の際、司法省においてボアソナード民法草案について審議したところ、使用者責任の責任主体からボアソナード草案393条にあった「公私ノ事務所」は削除されたものの、旧民法及びその後制定・施行された現行民法には国の賠償責任を否定した規定はなく、また他に国の賠償責任を否定する特別の法律はなかった。

大日本帝国憲法61条は、別に法律をもって定めた行政裁判所の裁判に属すべきものは司法裁判所において受理しない旨定めていたが、行政裁判所に属することを法律で定めたものでない訴訟は司法裁判所で受理することができると解することができた。また、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」と規定していたが、単に行政裁判所に損害賠償の訴訟を提起することはできない旨を定めていたにすぎず、司法裁判所については何も触れていなかった。そして、実際にも、国の賠償責任について司法裁判所の管轄権は否定されなかった。

イ 以上の経緯に照らせば、当時の立法者の意思としては、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いが、例外的に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いといえる。したがって、被告が主張するように、行政裁判法の公布された明治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ないことは明らかである。

#### (2) 戦前の国の賠償責任に関する裁判例・学説

国の賠償責任に関しては、民法の不法行為規定に基づき司法裁判所に訴えが提起されるようになり、司法裁判所において国の賠償責任に関する裁判例が集積され、それにより徐々に国家無答責の法理が形成されてきた。

すなわち、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。

他方、権力作用については、民法の適用を否定して国の賠償責任を否定する多くの裁判例が集積された。ただし、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ヲ區別セサル」と明言した大審院昭和7年8月10日判決・法律新聞3453號、「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。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・公共団体に対する損害賠償請求権を正面から認めようとする有力説が存在していた。

### 3 国家無答責法理の場所的限界

#### (1) 主権無責任の理論的背景・根拠

権力的行為について国の賠償責任を否定する法理論上の根拠としては、主権無答責の法理及び国家と法秩序の自同性の法理が挙げられる。

主権無答責の法理とは、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）は同視され（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して、国家の不法行為責任を否定する法理である。

国家と法秩序の自同性とは、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どとまり、国家の法的責任は生じないという法理である。

#### (2) 国家無答責の法理の場所的限界

以上の国家無答責の法理論上の根拠に照らせば、この法理には日本国の管轄に服さない外国人には適用されないという場所的適用範囲の限界があることになる。なぜなら、「支配者と被支配者の自同性」が妥当するのはその国家の管轄（統治権）に服する者の範囲においてのみであり、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（被拘束性）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が主権の及ぶ自国の管轄内に限られる以上、「国家と法秩序の自同性」が自国の管轄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ぶことはないからである。

本件加害行為は、当時の中華民国国内に侵攻した日本軍の兵士らによって、日本国ではなく中華民国の統治権に服していた原告A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、本件は、国家無答責の法理の法理論上の根拠を欠き、同法理の適用範囲外の事案であると言わざるを得ない。

### (3) 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」

国家無答責の法理により被告の賠償責任を否定するためには、被告の違法行為が「公権力の行使」に該当することが前提となるが、外国に住む外国人である原告Aらに対する本件加害行為はこの要件を充足せず、かかる点からも本件には国家無答責の法理の適用はない。

すなわち、当該加害行為が上記「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加害行為が我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。②が要求されるのは、「適法な公権力を行使する権限」なくして行われた公務員の実力行使は、単なる「裸の暴力」にすぎず、国家無答責の法理が妥当する前提を欠くし、③が要求されるのは、我が国の公務員は、前記のとおり、外国ないし外国に居住する外国人に対して、我が国の統治権ないし主権を行使することはできないからである。

本件加害行為は、①の要件を満たすものの、②及び③の要件は満たさない。なぜなら、本件加害行為を行った者らは、組織的強姦行為を行うこと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權されていたとはいえないし、被害者である原告Aらが日本国の統治権ないし主権に服していないことは前記のとおり明白だからである。よって、本件加害行為は、国家無答責の法理が妥当する「公権力の行使」には当たらない。

### (4) 原告らの主張を裏付ける事実

1937年に日本海軍機がアメリカ砲艦パナイ号を撃沈したいわゆるパナイ号事件において、日本政府は、同艦の沈没による損害のみならず、民間会社や個人の財産損害についても賠償に応じている。このことは、大日本帝国憲法下においても、日本が統治権に服しない外国人に対して損害賠償責任を負うことを当然の前提としていたことを示すものである。

当時の判例や学説も、国家が統治権に服する者に対して行った権力的作用により個人に損害が発生した場合に国家無答責の法理の適用を肯定してきたのであり、同法理が国家とその統治権に服する者との間においてのみ妥当することを当然の前提にしていた。

### 4 国家無答責の法理のヘーグ陸戦条約による変容

(1) 大日本帝国憲法下の日本においても、条約は批准・公布によって国内法化され、条約に抵触する国内法は抵触する限りで変更されたものと解釈されていたから、ヘーグ陸戦条約が我が国で批准・公布されたことにより、同条約は国内法化され、同条約3条に抵触する限りで国家無答責の法理は変容したというべきである。すなわち、日本国の統治下にある日本国民及び外国人に対しては国家無答責の法理を主張し得るが、日本国の統治下でない外国人に対しては国家無答責の法理を主張し得なくなつたのである。

したがって、被告は、占領地域の住民にすぎず我が国の統治権に服しない原告Aらに対して国家無答責の法理を主張して責任を免れることはできない。

(2) また、本件加害行為当時、国際慣習法として承認されていた条約法条約27条は、「当事国は、条約の不履行を正当化する根拠として自国の国内法を援用することができない。」と定めているのであるから、ヘーグ陸戦条約3条の定める国家の賠償責任の不履行を国家無答責の法理という国内法の援用によって正当化することはできない。よって、被告が、原告らの請求に対して国家無答責の法理を主張することは明らかに誤りである。

### 5 非人道的行為と国家無答責法理

(1) もともと大日本帝国憲法下で判例上国家無答責の法理が肯定されたのは、例えば払下げ山林の所有名義切替えの際の官吏の過失、誤った滞納処分、誤った特許の付与、郵便事務取扱吏員が偽造文書に基づき恩給を誤って他人に支払った行為などであり、この法理の妥当性は加害行為の違法性がこれらの事例に見られる程度のも

のであったことを前提としていた。また、この法理は、法令上一定の権限を与えられた官吏がその権限の行使に当たり違法行為を犯した場合に問題となるものであり、その権限は近代国家・現代国家として許容される範囲内のものであることが前提であった。

しかるに、本件加害行為は、少女らを性的奴隷として組織的、継続的に輪姦、強姦したというものであり、極限的に強度の違法性を有し、近代国家・現代国家の保持し得る権能の限界を遙かに超えるものであるから、国家無答責の法理を主張し得る基盤を欠くものである。よって、この法理の適用を排除し、「職務権限の著しい逸脱、濫用」として民法上の不法行為責任を肯定するべきである。

(2) また、仮に原告Aらが被害を被った時点で国家無答責の法理が妥当していたとしても、本件提訴時には日本国憲法17条を具体化した国家賠償法によって違法な権力的行為に対する被告の損害賠償責任が認められていたのであり、このように加害行為時と裁判時とで被告の賠償責任についての価値原理が180度変更している場合に、従前の価値原理に基づく解釈を踏襲し、結果的に日本国憲法の価値原理に相反する結論を導くことは法の解釈適用として許されない。

すなわち、本件のような現行憲法の基本的人権尊重主義に違反するだけではなく、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ような残虐性の著しい非人道的行為に対して、現在の損害賠償請求訴訟において、国家無答責の法理を持ち出すことは、正義公平の理念に反し許されないのであり、本件については、この理念に照らして、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。

#### 6 現憲法下での解釈の在り方

前記のとおり、国家無答責が法令の解釈の所産である以上、国家賠償法附則6項の「従前の例」には当たらないから、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、国家無答責の法理を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」とは法令を意味し、裁判例は含まれないから、この規定を根拠に本件について判例の所産である国家無答責の法理を適用することはできない。そして、「従前の例」とは、国家賠償法が存在しない従前の法状態（実体法）によるべきことを意味するが、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。この点、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、公権力の行使については、現行憲法下で人権意識の発展に伴い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と考えられるから、現時点での解釈によれば、本件についても民法の不法行為規定が適用あるいは類推適用されるべきことになる。したがって、仮に本件に中華民国民法の適用がなく日本法が適用されるとしても、国家無答責の法理の適用はなく、被告は、民法の使用者責任に基づき原告らに対し損害賠償責任を負う。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。

#### 7 訴訟法上の救済手続の欠如としての国家無答責の法理

大日本帝国憲法61条の起草者は、少なくとも権力的作用による国の賠償責任について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、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、国家無答責の法理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の問題であることを根拠に適用法条を欠くと宣言してきたにすぎない。

以上に照らすと、国家無答責の法理の実態は、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手続法上の法理にすぎないものであったというべきである。

過去の事件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則って裁判を行うべきであるところ、今日では行政裁判所制度は廃止されて司法裁判所に一元化され、日本国憲法により国家無答責の法理が否定されたことと相俟って、裁判所法3条で「一切の法律上の争訟」は司法裁判所の管轄に属することになった。したがって、上記のような訴訟法上の障害は除去されたのであるから、原告らの請求を棄却すべき根拠はもはや何ら存在しない。

#### 8 時際法の観点から見た国家無答責の法理

時際法とは、法律の変更があった場合に新旧どちらの法を適用すべきかを定め

る抵触法の一つであるが、抵触法である以上、公序の要請が働き、規定上旧法によるべき場合であってもその適用が公序良俗に反する場合には、時際法上の公序が発動され、結局旧法は適用されないと解すべきである。

これを本件についてみると、確かに国家賠償法附則6項は「この法律施行前の行為に基づく損害については、なお従前の例による。」と規定している。しかし、国家無答責の法理は現在からみれば公序良俗に反する不当な法制度である上、本件では、被害者の肉体的、精神的苦痛は現在もまだ続いており今なお救済の必要性は大きいし、加害者である被告の側から見ても、内外の状況は、補償の必要性を忘れさせることを許しておらず、平和と国際協調を標榜する戦後の憲法秩序全体に大きな影響を及ぼしている。さらに、本件加害行為は、いずれも常軌を逸したものであり、到底正当な権限の行使とはいえず、かかる加害行為を戦後の法秩序において免責することは正常な法感覚に著しく反する。

そうすると、国家賠償法附則6項により、本件加害行為及び損害の発生が新法施行前の出来事であったことを理由に旧法の国家無答責の法理を適用することは、法的安定性、当事者の予見及び期待可能性を考慮してもなお、抵触法の一つである時際法上の公序に反するから、国家賠償法附則6項の解釈において、国家無答責の法理の適用を肯定すべきではない。そうすると、本件の場合、国家賠償法の遡及適用が否定されている以上、民法の不法行為規定が適用又は類推適用されることとなるのであり、国家無答責の法理により原告らの請求を棄却することは許されない。

#### 第4 立法不作為に基づく国家賠償請求について

原告Aらは、中国を侵略した日本軍により強制的に拉致・監禁され様々な暴行脅迫下に継続的に強姦され筆舌に尽くしがたい被害を受けたのであり、個人の尊厳を根底から否定し人間性の根幹を否定する極めて重大な人権侵害を被った。かかる原告Aらに謝罪しその被害の回復を図り賠償をすることは、個人の尊厳と人間性の回復のため不可欠のものであり、憲法上の責務として被告に求められている。にもかかわらず、被告は、原告A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であるから、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) 国会議員は、公務員として国家の最高法規である憲法を尊重し擁護する義務を負っているが（憲法97条、98条1項、99条）、憲法の目的は個人の尊厳を図り基本的人権を保障することにある。そして、国会が唯一の立法機関とされている（憲法41条）のは、主権の存する国民により選出された国民代表たる議員により構成されている両議院からなる国会に立法権限を与え、法治主義を徹底し、よって国民及び個人の自由を保障するところに意義がある。それゆえ、国会議員は立法行為（立法不作為も含む。）に際し、発言無答責が認められ自由な議論を保障され個人の法的責任を追及されないことは自明であるが、いかなる立法を行うかについては全くの自由裁量が認められているのではなく、憲法の理念に沿って行動することが求められているのである。

そうすると、国会議員の立法行為（立法不作為も含む。）も、憲法の明文上ないしは解釈上明白に立法義務が課され、当該立法が憲法の根幹ないしは個人の重要な基本的人権に関わるものである場合、当該立法義務に違背する行為は違憲となり、国家賠償法上も違法となると解すべきである。

何となれば、当該立法義務が憲法の根幹ないしは個人の重要な基本的人権に関わるもので、かつ当該立法不作為が基本的人権を侵害し又は侵害された基本的人権の回復を回避している場合には、これを違憲と解することが憲法の究極的目的たる基本的人権の保障を全うすることになるからである。そして、かかる場合には、法令審査権を憲法上の権限として有する裁判所は、人権保障の見地からも憲法保障の見地からも積極的に司法判断を行うべきである。

(2) 最高裁第1小法廷昭和60年11月21日判決・民集39巻7号1512頁（以下「最高裁昭和60年判決」という。）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」としているが、このように、立法不作為が違憲・違法となる場合を極めて限定的に解するのは妥当ではない。

確かに、上記判決が述べるとおり、国会がいつ、いかなる立法をするかは、代表民主制を採用している我が国においては国会にその裁量があり、国会議員の行動

も基本的に政治過程においてのみ統制されるのは当然のことである。その意味で国会議員の立法過程における行動は、原則として国家賠償法上違法とされるものではないとするのも然りである。

しかし、我が国は、代表民主制と同時に権力分立制も採用している。この権力分立制の目的は、単に国家権力を三権に分立しただけではなく、その三権が相互に抑制・均衡を図ることにより国民の権利・自由を保障しようとするところにある。そして、政治的過程を通じた国民の権利・自由の保障が図られない場合、例えば、国会の多数を占める国会議員が立法行為（立法不作為も含む。）を通して憲法の目的・理念に反して個人の基本的な人権を侵害した場合には、少数者の基本的な人権を保障するために司法府たる裁判所がその是正手続をすることが求められる。しかも、本件のように長年にわたって立法不作為により何らの救済措置もなく放置されてきたという事実がある場合には、もはや政治的解決を図ることはできずと解すべきであり、徹底した法

治主義の立場から、当該立法不作為を違憲とし救済を図ることが強く求められているのである。

## 2 憲法上の立法義務の発生

被告は、憲法の以下の各規定によって、戦争被害者に対する具体的な賠償ないしは補償を憲法解釈上明白に義務付けられている。

### (1) 憲法前文及び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。この事実は、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。これらは、まさに憲法の賠償義務の具体化なのである。

### (2) 13条

個人の尊厳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藉され、将来の幸福な生活を送るべき環境を整えられ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。

### (3) 14条

平等原理は、その性質上前国家的なものであり、国民はもとより個人は平等に扱われることを国家に要請している。被告は、国民の被害については、数々の戦後補償立法を制定救済してきているのであるから、侵略の被害者である外国人に対してはより一層の賠償ないし補償をすることが14条によって義務付けられているといえる。

### (4) 17条、29条1項及び同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、国家が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、国家が公共のために特別の犠牲を強い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な人権の中核となる生命や身体についてはなおさら国家の正当な補償が求められる。かかる事実を総合すると、これらの規定は、生命、身体への侵害については、財産的侵害に比してより一層具体的な賠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。

### (5) 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。いわんや、本件原告らのような戦争犯罪被害者においては、国家自らが行った侵略戦争行為により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、立法義務が被告に課されている。

### (6) 98条2項

前記のとおり、原告Aらの人権侵害は、ヘーグ陸戦条約及び同附属規則、強制労働条約、婦女売買禁止条約等々の国際法規に明らかに違反する行為によるものであるが、先の大戦において侵略をした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せず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、我が国においても戦争被害者に対する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る。

そして、国家及び個人に対する賠償義務については、具体的な免責が条約によって明示されて初めて賠償義務を免れることになるが、少なくとも本件原告らとの関係においては免責の合意はない。

### 3 立法不作為の違法と合理的期間の経過

(1) 立法不作為が違憲・違法となり得るとしても単に立法義務に違背しているのみではその法的責任を問うことはできず、当該立法不作為が憲法の根幹に関わる基本的人権又は個人の重大な人権侵害に関わる場合で、その人権侵害の重大性と高度の救済の必要性が国会議員に認識されるに至って初めてその法的責任を問うことになる。

すなわち、国会が立法の必要性を十分認識し、立法可能であったにもかかわらず、一定の合理的期間を経過してもなおこれを放置したなどの状況、換言すれば、立法課題としての明確性と合理的是正期間の経過とがある場合に、立法不作為による国家賠償を求めることができるということになる。

(2) 本件においては、テオ・ファン・ボーベン氏による「人権と基本的自由の重大な侵害を受けた被害者の原状回復、賠償及び更生を求める権利についての研究」と題する最終報告書（1993年）、ラディカ・クマラスワミ氏による戦時の軍事的性奴隷制問題に関する報告書（1996年）、ゲイ・J・マクドゥーガル氏による「武力紛争下の組織的強姦、性奴隷制及び奴隷制類似慣行に関する最終報告書」（1998年）などにより、いわゆる従軍慰安婦とされた被害者らの被害事実や、そのような重大な人権侵害を受けた被害者が被害回復のために有する様々な権利について明らかにされた。

日本政府も、1993（平成5）年8月4日、当時の河野洋平内閣官房長官談話とともに、「いわゆる慰安婦問題について」と題する調査報告書が公表され、「従軍慰安婦」問題について、帝国日本政府と旧日本軍の関与と強制の事実及びそれが女性の尊厳と名誉を損なう「重大な人権侵害」であったことを認めるに至った。そして、被告は、1995年7月、法的責任・道義的責任は認めないものの、この問題の解決のためには少なくとも被害者に対し補償をしなければならないとの立場から、「女性のためのアジア平和国民基金」を発足させた。

(3) 以上の事実を総合すると、少なくとも上記内閣官房長官談話が出された1993（平成5）年8月頃には、既に国会においては「慰安婦」被害について論議され、国会議員も事実を知り得た状況にあった。しかるに、それから遅くとも3年を経過した1996（平成8）年8月末頃には、国会議員が慰安婦とされた戦争被害者の被害賠償のための法律を制定し解決を図るべきことを十分に認識していたにもかかわらず、何らの立法的解決も行われぬまま合理的期間が経過したのであるから、かかる立法不作為は国家賠償法上違法となったと解される。

別紙4

### 被告の主張

#### 第1 国際法ないし国際慣習法に基づく請求について

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際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。

(2) 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、すなわち、個人



が国家に対して特定の行為を行うよう国際法上の手続により要求できる権能を与えら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。

(3) かかる観点から検討すると、原告が請求の根拠として主張する①ヘーグ陸戦条約及び同附属規則、②強制労働条約、③婦女売買禁止条約、④人道に対する罪は、いずれも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 原告らが主張する条約等について

### (1) ヘーグ陸戦条約

条約法条約に定める一般的解釈方法、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。

ア 一般的解釈方法による解釈について

#### (ア) 文理解釈

ヘーグ陸戦条約3条は、ヘーグ陸戦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、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。

#### (イ) 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る。

したがって、同条約3条やヘーグ陸戦規則53条等が個人を保護の対象とし、個人と国家との関係を規定しているからといって、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。

#### (ウ) 実行例等

a 原告らは、ヘーグ陸戦条約3条の趣旨を文字どおり踏襲するジュネーブ諸条約追加第1議定書91条は、同条によって保障される権利、したがってヘーグ陸戦条約3条によって明示された賠償請求権が、交戦当事国の権利ではなく、被害者個人の権利であることを当然の前提としていると主張し、その根拠として、赤十字国際委員会の解説書の記載を挙げる。

しかしながら、この解説書には、「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る。」とも記述されており、赤十字国際委員会の見解としては、上記第1追加議定書91条について、個人が賠償請求の主体になるとは解釈していないものと考えられるから、原告らの主張を根拠付けるものとは言い難い。

b 原告らは、個人の賠償請求権に関する国際慣習法やヘーグ陸戦条約3条の事後の実行例として、混合仲裁裁判所による処理やドイツ・ミュンスター行政控訴院判決など近時の外国における裁判例等を指摘している。

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。また、混合仲裁裁判所等において個人の損害が処理された事例については、国家責任の処理方法として、加害国及び被害国がそのような方式を選んだものにすぎないと考えられる。

結局、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る。

c かえって、米国の裁判例においては、ヘーグ陸戦条約3条が個人に賠償請求権を付与したものでないとされている。

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への監禁時の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。

そうすると、原告らの主張のような事例をもって、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。

イ 起草過程からの解釈について

(ア) 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等を検討する必要はない。

(イ) 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、個人に加害国に対する国際法上の損害賠償請求権を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から、ヘーグ陸戦条約3条が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することはできない。

(2) その他の条約等について

ア 強制労働条約

原告らの主張が同条約に基づく国際法上の請求権を主張するというのであれば、前記のとおり、国際法上原告ら個人が違反国に対し直接損害賠償請求等を求めることはできないから、原告らの上記請求は、主張自体失当である。

また、この条約が国内法的効力を有するとしても、同条約には金銭給付請求権、謝罪請求権等についての規定を欠いているから、原告らの請求の根拠たり得ない。

イ 婦女売買禁止条約

この条約には、個人の加害国に対する損害賠償請求権を根拠付ける規定はないから、原告らの請求は、それ自体失当である。

ウ 人道に対する罪

原告らが請求の根拠として主張する「人道に対する罪」は、違反行為者の所属国の民事責任を基礎付けるものではないし、その違反行為につき、個人が加害国家に対し、直接損害賠償、謝罪等を求め得るとする国際慣習法が成立しているということもできない。

3 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、我が国は憲法98条2項により国際法をそのまま受容する法体系を採っているから、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し、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に至っても、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、具体的場合に依り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) 前述のとおり、ヘーグ陸戦条約3条等や国際慣習法は、個人の国家に対する損害賠償請求権を定めているとは解されない。そうすると、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言うこともできない。

したがって、ヘーグ陸戦条約等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等の根拠規定として適用することはできず、原告らのこの点に関する主張も、失当である。

#### 4 外交保護権及び国内的救済の原則について

(1) 原告は、戦争被害による個人の損害賠償請求権が所属国による外交保護権の対象となるということは、これに対応する個人の加害国に対する請求権が存在することを意味すると主張する。

しかし、外交保護権は法的権利に基づかない単なるクレームについても行使できるものであるから、外交保護権の行使が可能であるからといって、そこに個人の法的権利が存在するということとはできない。

原告らは、被害を受けた個人の加害国への損害賠償請求権が国家間の補償請求とは別個に併存し得ることを認めた裁判例として、1996年5月13日のドイツ連邦憲法裁判所の決定を挙げる。

しかし、この決定は、「侵害された者に対し自らの国内法に基づいて請求権を認めるかどうかは、国際法を侵害する側の国家の裁量に委ねられていることである。」と述べ、加害国の国内法に基づく請求権と被害者が所属する国家が加害国に対して有する国際法上の請求権とが併存すると述べているにすぎず、被害者個人に国際法上の損害賠償請求権を認めているわけではないから、原告らの主張を裏付けるものではない。

(2) また、原告らは、国際法違反行為により被害を被った個人の所属する国家が相手国に対して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相手国における国内的救済手続が完了していなければならないところ、原告らの本件訴訟における請求は、この国内的救済手続を実行していると主張する。

しかし、国内的救済の原則は、被害者が加害国内の制度上実効的救済が得られるのであればまずその手段によるべきであるとするものにすぎず、被害者が必ず国内法によって救済されることを意味しないから、この原則は被害者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。

### 第2 中国民法に基づく請求について

#### 1 被告の主張

(1) 原告らが主張する本件加害行為は、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、本件加害行為当時の日本法においては、国又は公共団体の権力作用については、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きた（国家無答責の法理）。本件加害行為も国の権力作用に属するから、この法理によって、原告Aらが被った損害について被告に賠償責任は存しない。

(2) 仮に本件加害行為について法例11条の適用があるとしても、同条2項により、不法行為の成立について不法行為地法と法廷地法が累積的に適用されるどころ、本件加害行為当時、法廷地である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作用について国の賠償責任は否定されていた。よって、法廷地法である日本法を累積適用すると、本件加害行為について被告に賠償責任は存しない。

(3) さらに、法例11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724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11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、私法の領域においては、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、国家賠償法が相互保証主義を採用したということは、公権力の行使に基づく損害賠償責任の領域は、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、本件加害行為時の大日本帝国憲法下においては、後記のとおり、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る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する

のが相当である。

#### 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またず、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り、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加害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・民集25巻8号1389頁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もの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) さらに、原告らは、不法行為に関する各国の実質法を比較法的に見た場合における法例11条の不法行為とは、「違法な行為によって他人に損害を与えた者をしてその損害を賠償せしめる制度であって、社会生活における損害の公平な分配を目的とするもの」と定義でき、本件加害行為により発生する原告らと被告との間の法律関係は、この定義にいう不法行為に該当すると主張する。

しかし、もともと公務員の不法行為について国家が責任を負うか、どのような場合に責任を負うかは、前記のとおり、様々な立法例があり、本件当時においては「損害の公平な分配」という見地を全く否定し、国家は責任を負わないという立法政策を採用している国家も多かったこと、現在の国家賠償法を見ても、相互保証主義(同法6条)を採用し、当該被害者との「損害の公平な分配」よりも国家間の衡平という国家的利益を優先させていること、国家賠償法における違法性とは、単に保護法益の侵害があっただけでは認められず、当該公務員が負っている職務上の注意義務に違反したことが必要と解され、所属国法上の職務上の義務違反がない限り、「損害の公平な分配」が損なわれてもやむを得ないとの考慮があることに照らすと、国家賠償という

法律分野は、「損害の公平な分配」を目的とするものではなく、かかる法律関係は、法例11条にいう「不法行為」概念に包摂されないものと解するのが相当である。

(エ) 加えて、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、被害者たる原告Aらは「意図しない接触」により日本軍の加害行為に巻き込まれたのであり、加害者たる被告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、原告らが主張する被告の行為については、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 法例11条2項による国家無答責の法理の適用について

### (1) 国家無答責の法理について

ア 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。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た。

イ 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つて、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日第3小法廷判決・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 立法者意思について

(ア) 原告らは、明治23年当時の立法者の意思としては、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、例外的に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ものであり、被告が主張するように、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ないことは明らかであると主張する。

(イ) しかし、国家無答責の法理は、国又は公共団体の権力的作用の行使につき、その行為の性質から、実体法である私法の適用自体を排除し、そのほかに国又は公共団体の賠償責任を認める法令上の根拠がなかったことに基づくものである。

すなわち、明治23年6月30日に公布された行政裁判法16条が「行政裁判所ハ損害要償ノ訴訟ヲ受理セス」と規定しており、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、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が草案から削除された。その結果、当時、これらの事案は司法裁判所においても受理すべからざるものと考えられていた。

さらに、「公ケ及ヒ私ノ管理所ハ彼レ等ノ僕婢、職工、傭員又ハ使用人ニ因リ引起サレタル損害ノ責ニ任スヘクアル、彼レ等ニ委託セラレテアル所ノ職務ノ執行ニ於テ又ハ其効果ニ於テ」と規定するボアソナードの民法草案393条の国家責任規定は、旧民法373条において削除された。

(ウ) この点に関する立法者の考え方を窺わせる資料として、旧民法公布の翌年に立案過程に参加した井上毅が発表した論文によれば、「以上ノ例証ト学説トニ徴スレハ欧米諸国ニ於イテ行政権ノ原力ヲ執行センカ為メ職権アル官吏ノ実行シタル事件ニ付テハ設令一個人ノ権利ヲ毀損シ若クハ利益ヲ侵害スルコトアルモ国ハ其ノ処分ヲ更生スルニ止リ損害賠償ノ責ニ任セス唯売買、賃貸ノ如キ私権上ノ行為ニ属スルトキ若クハ鉄道、郵便、電信ノ如キ特ニ条例ヲ以テ損害ヲ担保シタル場合ニ非サレハ其責ニ任スルコトナシ」とし、行政権の執行と私権上の行為とを区別して、前者については民法不適用、後者については民法適用という基準を示し、さらに、国家無答責の法理の根拠について、「職権アル官吏カ行政権ノ原力ヲ執行センカ為メ施行シタル事件ニシ

テ人民ノ権利ヲ損シ若クハ利益ヲ侵害シタルトキ私権上ノ所為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会ノ活動ニ従ヒ公共ノ安寧ヲ保持シ人民ノ幸福ヲ増進センカ為メ便宜經理ヲ為サル可カラサル行政機関ハ為メニ其ノ運転ヲ障害セラレ危険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、行政運営の円滑性の確保をその根拠としている。

(エ) 以上によれば、立法者は、国の権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の国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。

イ 判例・学説について

(ア) 原告らは、大審院の判例は国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、権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経済的作用、すなわち非権力的作用に基づく損害については、いわゆる徳島市立小学校遊動円木事件についての判例大正5年6月1日判決・民録22輯1088頁を契機に、私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が、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基づく損害については、一貫して国の損害賠償責任を否定していたのである。

(イ) 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 国家無答責の法理の場所的適用範囲に関する主張について

原告らは、国家無答責の法理は日本国の統治権に服する者との関係において適用されるのであり、統治権に服しない外国人に対しては適用されない旨主張する。

しかし、原告らが主張する被告の行為については、これが権力的作用に属する以上、被害者が日本人であると外国人であることを問わず民法の適用がなかったのであり、これによる損害については外国人も民法に基づき賠償を請求することはできなかったという他はない。実質的に考えても、国家無答責の法理という法政策を採用した我が国の法制において、権力的作用について、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のみに国家無答責となるという立場を採っていたとは到底考えられない。

原告らは、自らの主張の裏付けとしてパナイ号事件を挙げるが、この事件は、被害者たる個人の属する国家が加害国に対して外交保護権を行使した結果、国が国に対して賠償したものであり、国際法の一般的な原則に基づいて処理された事案にすぎず、原告らの主張を裏付けるものではない。

エ 国家無答責の法理の法的性格に関する主張について

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主張する。

しかしながら、国家無答責の法理は、公権力の行使については国の損害賠償責任を認める法律がないという実体法上の法理であり、司法裁判所の訴訟法上の制約を根拠とするものではない。このことは、前掲最高裁昭和25年4月11日判決からも明らかである。また、国家賠償法の立法者意思を検討しても、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。

オ 時際法上の公序に関する主張について

原告らは、国家賠償法附則6項を時際法とし、旧法によるべき場合であってもその適用が公序良俗に反するときは、時際法上の公序が発動され、結局旧法は適用されないことになるとした上で、本件において、原告らの請求を国家無答責によって否定することになれば、その結果が明らかに不当であるから、時際法上の公序によって、国家賠償法附則6項は国家無答責の法理が適用される限りにおいて排除されるべきである旨主張する。

しかしながら、国家賠償法附則6項は、明確に「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、同法施行前の行為について国家無答責の法理により国の損害賠償責任は認めないことを明らかにしている。したがって、時際法上の公序なる不明確な概念を根拠として同項の例外を認めることはできない。

カ その他の原告らの主張について

(ア) 原告らは、本件のような残虐非道な非人間的行為は、職務権限の著しい濫用、逸脱行為であり、国家無答責の法理を主張することはできないと主張する。

しかしながら、国家無答責の法理には何らの留保も附されておらず、加害行為が権力的行為であることのみを要件とするものであるから、当該行為の違法性の程度いかんによりこの法理の例外が認められるものではない。



(イ) また、原告らは、ヘーグ陸戦条約の国内法化によって、国家無答責の法理は適用されないと主張する。

しかしながら、前記のとおり、ヘーグ陸戦条約には個人の加害国に対する損害賠償請求権を根拠付ける規定はないから、国家無答責の法理を議論するまでもなく、原告らの主張は、それ自体失当である。

(ウ) さらに、原告らは、現憲法下において、国家無答責の法理を解釈し直すべきである旨主張する。

しかしながら、国家賠償法附則6項は、「この法律施行前の行為に基づく損害については、なお従前の例による。」と規定し、国家無答責の法理によるべきことを規定しているから、原告らの主張には理由がない。

#### 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、第2次世界大戦中の事実を加害行為として主張して、この不法行為があったとする時点から20年が経過した後の平成8年に至って本件訴訟を提起した。

そうすると、原告らの主張する加害行為に係る請求権は、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るものと解すべきであるとし、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項の規定は、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、同規定により、不法行為の成立及び効果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る。そして、不法行為の効力に関する問題としては、損害賠償請求権を取得する者の範囲、損害賠償の範囲及び方法といった事項はもとより、発生した損害賠償請求権の譲渡性、相続性、時効等の問題があり、除斥期間も損害賠償請求権の消滅に関する問題として不法行為の効力に関する問題に含まれ、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

(最高裁平成元年12月21日判決・民集43巻12号2209頁及び最高裁平成10年6月12日判決・民集52巻4号1087頁)。

###### ウ 民法724条後段の期間の起算点及び停止規定準用の可否について

原告らは、被告を相手に訴訟を起こすことが可能となったのは1995年3月の時点からであったから、この権利行使可能時を起算点とすべきと主張する。また、原告Aらには本件加害行為によって生じた後遺障害による精神的損害が現在まで日々発生していることから、加害事実のときから除斥期間を起算することは許されない旨主張する。

しかしながら、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る。そして、「損害及ヒ加害者ヲ知りタル時」を起算点とする同条前段の規定と対比すれば、原告らが主張するように権利行使可能性の観点から同条後段の「不法行為ノ時」を解釈する余地はない。法律関係の早期確定を図るとする法の趣旨からも、当然のことである。

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政策的な事情はもとより、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、

このような事情をもって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。

#### エ 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、本件においては、事案の特殊性から、信義則や権利濫用の法理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、不法行為をめぐる権利関係を長く不確定の状態に置くのは法律関係の早期確定という法の意図との関係で重大な問題である。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。

なお、原告らは、自らの主張の根拠として最高裁平成10年6月12日判決を挙げるが、この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すぎず、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せず放置してきたという立法不作為に関し、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ものであると主張する。

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日第1小法廷判決・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。

2 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ものというべきである（前掲最高裁昭和60年11月21日判決参照）。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、憲法の一義的な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、上記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、文字どお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、特定の立法義務を一義的に定めているものとはいえず、それらの各規定に反映されている憲法の平和主義、国際社会の尊重、基本的人権の擁護、国の賠償責任、財産権の保障と正当な補償、刑事補償、条約・確立された国際法規の遵守等の趣旨及び目的を総合してみても、原告らが主張するような、戦争被害者に対する具体的な賠償ないし補償のための立法が憲法解釈上明白に義務付けられていると解することはできない。