

## 公法判例研究

永山, 茂樹  
東亜大学法学部

<https://doi.org/10.15017/3864>

---

出版情報 : 法政研究. 70 (3), pp.189-201, 2003-12-18. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :



## 公法判例研究

## 九州公法判例研究会

戦時中の中国人強制連行に国家無答責の法理の適用が認められなかった事例—大江山訴訟—審判決—

京都地方裁判所二〇〇三（平成一五）年三月四日判決、

平成一〇年（ワ）第二二二九号 損害賠償請求、棄却

永山茂樹

## 【事件の概要】

原告六名は日本政府の政策に基づき、一九四四年八月ころ中国から日本国内に強制連行され、四五年八月一五日まで被告会社・大江山ニッケル鉱山で強制労働をさせられた上、今日まで損害を回復する措置がされてないこと等を理由とし、①国に対し(1)中国民法に基づく不法行為による損害賠償、(2)民法上の不法行為あるいは安全配慮義務違反ま

たは保護義務違反に基づく損害賠償、(3)ハーグ陸戦条約あるいは国際慣習法に基づく損害賠償を、②会社に対し(1)民法上の不法行為あるいは安全配慮義務違反または保護義務違反に基づく損害賠償、(3)賃金支払あるいは不当利得返還を、③国と会社に対し中国民法に基づく謝罪広告の掲載を求めた。

## 【判旨】

① (1)について。「本件移入政策は、当時の日本政府が統治権に基づく権力作用を行使して、特定の中国人を移入労働者として選定し、強制的に日本国内まで連行して労働させることを構想しているものではなく、非権力的方法によって政策を実現しようとしているというべきであり、「本件強制連行は、本件移入政策が予定していた移入すべき中国人労働者の選定方法あるいは選抜態様、さらにはそこで定められていた労働契約の締結等の法的手続などに則ることなく、なされたものであったといわなければならない」から、「本件強制連行が本件移入政策の事実上の実行行為であったことの一事をもって、それが国家の権力作用の行使としてなされた行為であったと認めるわけにはいかない」。「当時の日本政府は、戦時下における労働力確保の

要請に應える目的で、私経済政策である労働政策の一つとして本件移入政策を立案、実行した。ところが日本政府は、その実効性を確保するために、優越的地位に基づいた権力作用（公務遂行作用）を発動して強制連行ができる制度がないのに、実力行使を目的とする旧日本軍の優越的実力に基づいた強制力をなんらの法的根拠もないまま組織的に行使して「強制連行したものである。」

① (2)について。「被告国は、被告会社が原告ら六名に強制労働をさせることについて、違法な拘束をして身柄の確保を開始し、終戦によってその拘束を解除したものであるから、被告国は被告会社とともに本件強制労働についても不法行為を共同実行していたものといわなければならない。」

① (3)について。被告国は「当時の日本法で認められていた国家無答責の法理が、本件強制行為全体に適用されることになり、この法理によって、被告国の不法行為責任は成立しないと主張する。」しかし「上記法理の内容は、そこで問題とされる国家の行為が公務のための権力作用である場合に、当該公務を保護するためのものであって、当該行為が公務のための権力作用にあたらない場合には、国の行為についても民法上の不法行為責任が成立することを当

然のこととしているものである。したがって、国家無答責の法理が適用される国家の権力行為がかつて存在していたことを、一般論としては肯定できるとしても、少なくとも原告ら六名に対する強制行為は、既に検討したとおり不法行為であつて、保護すべき権力作用ではなかったから、被告国の主張は、その前提を欠き失当であるといわなければならない。」

#### 【評釈】

「大江山訴訟」は、戦後補償裁判の一つである。日本の戦後補償のあり方については批判も多く、近年、数多くの訴訟が提起されているのは周知のことである。侵略戦争に伴う権利侵害を今日遡って精算することは、たんに被害者の権利回復に必須であるのみならず、「国際社会で名誉ある地位を占め」るためにも、重要な課題であろう。

本件は国・ニッケル採掘会社双方を被告として、日本法・中国法・国際法の各次元でその責任を問うものである。本論は判決が国家無答責の法理を適用しなかった点について、憲法学の立場から考察を加えることを課題とし、他の論点（時効、準拠法、国賠法の解釈、不作為の違憲性など）は割愛させていただく。

## 一、国家無答責と国民主権

公務員の不法行為に因る損害に対し国家は賠償責任を負わないという、国家無答責の法理は、神格化された国王の無謬性から正当化される。無謬は国王自身から、国王が任命する公務員のそれに類推拡張される（カントロヴィチ）。また別に国王・行政権の国民・司法権に対する優位性に、法理の起源を求めるところもできる。国王（行政裁判所）と司法裁判所の分離、二元的裁判制度が優位を担保した<sup>1</sup>。だが国家理性化と司法権伸張がこの優位性を侵し、前近代的観念が支えた国家無答責の法理は、基盤を失った。

さらに天皇制特有の事情をいえば、ポツダム宣言は天皇の神格性と絶対的政治権力性を否定し、国家の徹底した理性化を日本に義務づけていた。こうして戦後日本は、明治憲法的に正当化された国家無答責を維持することは（国賠条項の導入如何にかかわらず）不可能となったのである。西欧諸国で国家無答責の法理の残滓があるのに対し、日本でその断絶が明瞭なのは、前世紀中葉の意識的全面的な国家理性化過程との関係で理解できよう<sup>2</sup>。

近代国家は、前近代的な正当化に代えて国民主権原理に基き、再び無答責とされる<sup>3</sup>。国家無答責が国民主権原理、換言すれば「支配者と被支配者の同一性」に支えられた法

理である点に着目し、たとえば宇賀克也は、近代法治国家が「法治国家として自己規定する以上、国家権力は、法の枠内に羈束されねばならない。そこから、国家行為と適法性が結合され、違法行為を行う国家意思が否定されたのである」<sup>4</sup>とする。

また川上詩朗は述べる。国家無答責の原則が「『支配者の被支配者の自同性』という根拠により支えられているとすれば、この原則は、ある国家とその統治権に服する者との間においてのみ妥当し、その統治権に服していない外国人には妥当しないという限界を本来的に内包していたといわざるをえない。なぜなら、ある国家とその統治権に服していない者との間には、『支配者と被支配者の自同性』の関係が認められないからである」<sup>5</sup>と。この理解に基づき、強制連行された中国人と日本の間には同一性がないから、国家無答責の法理は適用されないと、法理適用を否定する根拠を見いだす。

しかし権力と代表制が存在する限り、この自同性は仮構である。そして現代国家はこの仮構を現実化することを不断に強いらられるので、権利侵害についても、人権理念からの逸脱に加え、あるべき国民主権原理から逸脱したかどで告発される。国民主権原理は国家無答責を正当化し、つい

で国家無答責を否定するのである。

川上の議論は国家無答責の法理の「射程」を限る根拠とはなるが、前近代国家における法理の「成立」を排除するものではない。なぜなら統治者（天皇）と被統治者（臣民）の非自同性は、元来、明治憲法に織り込み済みの価値だからである。だが統治者・被統治者の自同性が国民主権原理の基本属性であることから、中国人と日本の間に国家無答責の法理の成立を否認する視角は、国民主権と国家無答責の法理の関係を軽視し、後者になお依拠する判決の問題点を浮き彫りにする。ここに戦後補償裁判における国民主権、自同性の論理強調の意義がある。

ポツダム宣言という分水嶺の強調は、明治憲法下の問題について、国家無答責の法理がなお有効だと結論に直結するものではない。国家無答責の法理がかつて存在したとと、現行裁判所がどのような判決を下すべきかという問題は、分けて論じなければならぬ。ポツダム宣言受諾で主権原理が転換したという「八月革命説」に依れば、現行憲法および国家賠償法の制定施行までの間に生じた賠償責任について、国家無答責の法理を適用する根拠は失われていたのではないか。<sup>6)</sup>

八丈島老女殺し国賠事件（七一年一月二五日）で東京

高裁は「わが国がポツダム宣言を受諾し、ないしは憲法一七条の規定が設けられたという理由だけで、公権力の発動たる行為（権力的作用）に当然に私法の不法行為の規定の適用が認められるに至ったと解するのは妥当ではなく、憲法一七条に基づき国又は公共団体の不法行為責任を定める法律、すなわち国家賠償法が制定施行されるまでは、国又は公共団体の賠償責任は認められないと解するのが相当とする」と判示した。だがこれは国賠条項の規範性を軽視するのみならず、国家無答責は国家原理と無関係に存立するという誤解に基づく。さらに立憲主義の原則からすれば、司法裁判権は現行憲法が創設したのだから、憲法制定以前の事案についても、自己のよって立つ憲法原理と矛盾した判決を下す権限がないことを指摘できよう。

他方、国家無答責の法理は戦前の国家原理と密接に関係したことは否定できない。戦前における効力を縮減させたり存在を無視することは―被害者の救済という目的との関係上、窮余の解釈だとしても―十分に説得的とはいえないだろう。また「主権」「公権力の行使」など国家権力についての認識としても、問題があるのではないか。

国家無答責が通用した時代、大審院はその存在を前提としつつ、適用範囲を限定するため解釈上の工夫を凝らした

(徳島市立小学校遊動円棒事件判決および町長不正借入事件大審院判決を参照)。学界でもたとえば美濃部達吉は、統治権の作用に関して、国家に損害賠償を請求し得べきものではないと、国家無答責の法理を支持する一方、例外的に「第一に、法律関係の性質上、①単純な経済的内容の關係であること、②国家が支配権者として優越なる意思の力を発動する場合でないこと、③私法の規律に服することを不相当とする公益上の理由の無いこと、の三つの要件が満たされれば、国家は統治権の主体たる地位には無く、その關係は私法によって規律される」と論じた。これらは、国家行為を私法の枠中で理解することで、国家無答責の射程を限定し、国民の権利を救済する試みである。

たしかに国家と社会を截然と分断し、前者を全面的に優越させる「国家／社会」観は、今日支持しがたい。国家権力を民主的に統制するため、法から相対的に自由な行政権の行使を正当化した、かつてのような法の二元性が批判されるのは当然である。しかしだからといってわれわれもまた大審院・美濃部ラインをなぞり、私法への接近によって二元性を克服するしか道筋はないのだろうか。①公法への接近による二元性の克服による権力の民主的統制、あるいは②社会権力以上に厳格な統制を国家権力に課すことによ

る権力の民主的統制、という可能性もあると思われる。いずれにせよ、法学的技巧を重ね公と私の権力行使を同視せずとも、過去の公権力行使について妥当な判断を下すことはできよう。公法による救済に可能性があるからこそ、現行の国賠法一条の解釈において、国家権力の行使を広く捉え、そこに非権力行政も含める「広義説」が通説として支持されるのである。

二、国家無答責の法理の法的根拠と遡及的否認の可能性

国家無答責は実定法の用語ではないが、①行政裁判所法一六条が「行政裁判所ハ損害賠償ノ訴訟ヲ受理セス」と規定したこと、②ポアソナード草案三九三条が権力的行為について国家賠償を定めたのに対し、旧民法及び民法ではそのような規定が欠けたこと、③明治憲法六一条が司法裁判所の管轄権を制限したこと、これらが実定法上の根拠とされる。その法理は手続的法、実体的法いずれにあたるかについて議論は分かれる。

手続法説として岡田正則は「戦前の判例においては、実体法上の根拠が示されることなく、もっぱら訴訟手続上の理由で権力的作用に関する賠償請求が否定されていたのであるから、二元的裁判制度が消滅し、司法裁判所が『一切

の法律上の争訟を裁判』する制度に変更されたことをふま  
えれば、同法理は今日でも妥当すべき判例とはいえないの  
である<sup>(8)</sup>とし、手続法上のものだから、戦後の裁判では継  
承されないと論じる。また宇賀は「わが国の場合、行政裁  
判所法一六条と、公法・私法二元論を基礎とした権力行政  
についての司法裁判所の管轄の否定により、実体的根拠を  
論ずるまでもなく、訴訟上の理由で高権的活動に対する国  
家賠償請求の途が閉ざされていた<sup>(9)</sup>」と述べる。

対する実体法説としてたとえば劉連仁訴訟一審判決（東  
京地判〇一年七月一二日）は、国家無答責の法理の実態は  
「国の権力的作用による損害については国の損害賠償を認  
めるという実体法上の根拠を欠くというものであり」訴訟  
法上の理由とはいえないとする（同旨・中国人従軍慰安婦  
訴訟一審判決（東京地判〇二年三月二九日））。

両説は結論こそ異なるが、法理の性質如何が適用の是非  
を結論づけるという前提を共有する。しかし一般にある法  
理が手続法上のものか実体法上のものか、判然としない場  
合もある。挙証責任規定が実体法に規定されたり、訴訟費  
用が手続法に規定されるのは、根拠となる実定法の性質か  
ら、個々の法理や権利の性質を自動的に演繹できないこと  
を示している。じつさい国家無答責の根拠も、行政裁判所

法・民法の両法にまたがり、行政裁判所法等の規定からは  
管轄権制限規定とも読めるが、法理の歴史的淵源を遡れば、  
国王の実体法上の権利と解することもあながち無理ではな  
い。

したがって法理性質への拘泥は避けたい。むしろ（遡及  
処罰禁止のような憲法上の根拠がある場合を除き）、手続  
法・実体法いずれにかかわらず遡及適用を原則として排  
しながら、国民の権利保障に望ましいとされる場合に限り、  
遡及適用を認めるのが妥当であろう<sup>(10)</sup>。そして①で述べた  
ように、立憲主義の立場からすると、旧主権原理に適合的  
な国家無答責の法理を、主権原理転換後の現行裁判所は適  
用できないこと、②国家無答責は実定法上の用語ではなく、  
法解釈の中で確立した概念であること、③国家無答責を否  
定した場合の法律関係変動により、関係私人に不利益の生  
じることが一般に想定しにくいこと、これらの点から国家  
無答責否認の法理を遡及的に適用することが正当化されよ  
う<sup>(11)</sup>。

### 三、国家無答責の法理の射程

では国家無答責の法理は、戦後補償裁判においてどう  
いった射程を持つべきであるか。前述のように美濃部は

「単純な経済的内容」を、問題が国家無答責の及ばぬ私法関係に帰属する際の一基準として挙げた。「単純な経済的内容」概念を広く解し「公権力の行使」から除外することは——現代行政国家においては経済行政に内在する権力的契機を見逃したものと批判を免れないが——明治憲法下では一定の有効性をもったかもしれない。しかし国家総動員法が施行され戦時統制が社会を貫く三八年以降、経済行政の分析概念としてどれほどの使い道がありえたのだろうか。

同じく美濃部は「私法の規律に服することを不相当とする公益上の理由のないこと」をあげる。これが私法の規律に服するという推定を意味するのか、あるいは私法の規律に服することを例外的事態に抑えるのかは、ひとえに「公益上の理由」の内容にかかるとは。しかし「公益」——パブリックなものを実体化するには、国家から自立する社会の存在が前提となるから、権威主義的国家での「公益」概念は客観的内容をもちにくい。美濃部の私法的統一戦略は、戦時経済体制下での有効性は限られ、基準の客観性には疑問なしとしないし、総じて戦後補償裁判において採用しづらいつ思われる。

戦後補償関係の裁判では「公権力の行使」による権利侵害だとした例が多い（前述・劉連仁訴訟一審判決、三菱重

工長崎造船所徴用工訴訟地裁判決（長崎地判九七年一二月二日）、同控訴審判決（福岡高判九九年一〇月一日）、三井鉱山訴訟一審判決（福岡地判〇二年四月二六日）など。中国人慰安婦訴訟では、地裁（東京地判〇二年三月二九日）は「公権力の行使」であると認めたとに対し、高裁（東京高判〇〇年一月三〇日）は現実の慰安行為にまで公権力が及んでいたとは認められないと、判断を分けた事例もある。

その中で「公権力の行使」の成立条件を比較的詳しく展開した上記・長崎地裁判決に注目しよう。同判決は「権力作用に際して行われた公務員の違法行為であっても、それが公権力の活動の目的達成とは何の関係もなく、外形上も単なる私的な違法行為と評価できるような場合には、その公務員の違法行為は権力作用とは評価し得ないものの、本件において：これは徴用という右に見たように権力作用の中核に該当する行為に際し、その目的達成のための手段として客観的に職務執行の延長上にある行為であるから：権力作用にあたりと評価するのが相当である」とする。

③「公権力活動の目的達成との関連性」、④「外形上の評価」という基準から「公権力の行使」に該当するか否かを判断する長崎地裁判決は、職務外の行為や職権濫用によ

り国民の私権を侵害した場合にそれを私人の行為とみなし、公務員個人の賠償責任を肯定した明治憲法下の判例とも合致するところであろう。

本件判決は①国は中国人労働者移入政策を非権力的方法によつて実現しようとしており、旧日本軍の戦闘行為や作戦活動あるいはこれに付随する行動としてなされたものではなく（目的の非権力性）、かつ②強制行為は国が想定していた選定方法、選抜態様、労働契約の締結等の法的手段等に則ることなくなされたこと（手段の違法性）をもつて、「公権力の行使」には当たらないとした。強制の契機を全く欠いた行為や、法によらない裸の権力を「公権力の行使」から除外することは当然であろう。本件判決の①目的の非権力性、②手段の違法性は、長崎地裁判決のそれぞれ③④に相当するものと読める。

だが本件判決は続けて「優越的地位に基づいた権力作用（公務遂行作用）を発動して強制連行ができる制度がないのに、実力行使を目的とする旧日本軍の優越的实力に基づいた強制力をなんらの法的根拠もなまま組織的に行使し」たことを、「公権力の行使」から強制連行を除外する理由として挙げた。「強制連行の法的根拠」が存在しないから国の権力作用の行使に該当しないとの判旨に対しては、

当時の国際法等に照らし、そのような法的根拠はそもそも存立しえたかとの疑問が指摘される。<sup>(12)</sup>

また一般的優越的地位に基いて、職務行為の外形をともなつた行為は、個々の権力行使について法律の根拠がない場合も「公権力の（違法な）行使」として把握すべきだろう。したがつて判決中「強制連行ができる制度がないのに」云々は妥当でないと思われる。

四、本件強制連行は国の「公権力の行使」にあたるか

上記基準に従い、本件判決は本件強制行為を「公権力の行使」に当たらないとした。この点を評価するために、同じく中国人労働者の強制連行・労働に関して国を相手に提訴した①劉連仁訴訟一審判決、および②三井鉱山訴訟一審判決と比較したい。

①判決は、北海道の作業場に連行され過酷な労働を強いられた中国人が、終戦直前に作業場から逃走し、北海道山中で一三年間の逃走生活を送つたことに関し、その間被つた精神的損害の賠償を国に命じたものである。判決から読みとるところ、原告は連行の根拠となる閣議決定と強制連行・労働を切り離し、前者を国の権力的作用、後者を私的経済行為であるとし、募集と使役は、それ自体、全く私人

と対等の関係においてなす私的経済活動による行為であると主張した。だが判決は「これは一連一体の行為と見るべきであつて、これを切り離して評価すること自体に無理があると言わざるを得ない」と批判し、強制連行・労働は「日本政府が太平洋戦争の遂行に当たつて採つた国策」であり、「国の権力作用に基づく行為にほかならないのである。そうであるとすれば：（国賠法施行以前の）侵害行為について被告に損害賠償責任が生じると解することは困難である」と判断した。

原告側主張にみられた閣議決定—強制行為分離説は、明らかに、強制行為に国家無答責の法理を援用させないための論理構成であつたが、しかし説得的とはいひ難い。

②判決は、三井鉱山等で強制労働を課せられた中国人が、国と三井鉱山を相手に、損害賠償を求めた訴訟である。判決は、強制連行・労働は国と企業とが共同で計画・実行したものだとしても、国家無答責の法理を前提にすると「日本国の軍隊による戦争行為という権力的作用に付随するものとして、国の権力的作用に該当すると考えられることに照らせば」国は賠償責任を負わないとした。国の行為を公権力行使とみなす理由としては、「権力をもって特定人に対して、一方的に公法上の勤務義務を命じる行政処分と解

される国民徴用令による強制連行と、運用の実態において同様に解されるべきものである」ことがあげられている。

韓国人徴用については、日本鋼管事件判決（東京地判九七年五月二六日）が、動員は強制連行ではなかつたとしたが、浮島丸事件一審（京都地判〇一年八月二三日）は、日本政府は強制連行・労働の被害者を母国に安全に送り届ける義務があつたと判示するなど強制の契機をみることも多い。中国人連行を韓国人徴用と「実態において」同視する②判決は、本件判決中の「法制度がなかつたから」云々の箇所と決定的に対立した認識といえよう。

以上比較から第一に閣議決定・連行・労働は分離せず一体として捉えるべきで、第二に「公権力の行使」に該当するかは、根拠となる法制度の有無だけではなく実態も考慮し判断すべきではないかと思われる。

その上でまず権力的目的との関連を検討する。たしかに閣議決定された中国人移入政策は、強制を伴わず、その意味では形式的に私経済に分類することも可能であろう。しかし移入を必要とした直接の原因は戦争と、「戦争…ニ際シ国防目的達成ノ為メ国ノ全力ヲ最モ有効ニ發揮セシムル様ニ人的及物的資源ヲ統制運用スル（国家総動員法一条）」国家総動員である。さらに戦争権限は天皇専属の大権に属

し、戦時経済体制をすすめる閣議決定は、天皇を補弼する国務大臣の職務であつたことに鑑みれば、本閣議決定は戦争という権力的目的と一体化しているといえよう。

なるほど軍療養所用鑿井工事事件判決（大審院判三二年八月一〇日）が、軍療養所用の鑿井工事による温泉利用権の侵害は公物の設置・管理の瑕疵にあたるかと判断し、国の賠償責任を認めたように、「軍のための行為でも、公益目的から判断されることはなくなったといえる」<sup>(13)</sup>が、これは国家総動員体制以前の例であり、本稿議論にとり決定的ではない。

次に手段の合法性を検討しよう。国家総動員法四条は「帝国臣民ヲ徴用シテ総動員業務ニ従事セシムルコトヲ得」と規定したが、中国人労働者の移入については四二年一月閣議決定「華人労働者内地移入ニ関スル件」及び企画院「実施要領」を端緒とする<sup>(14)</sup>。この要領には強制や徴用の観念は直接現れないが、連行される中国人の尊厳をかえりみず、ただ一方的に労働力を搾取しようとする要領の中では、対等な当事者の自由意思に基づいて合意を形成するという市民社会の基本は実質的に否定されていたといえる。また四四年二月次官会議「華人労働者内地移入ノ促進ニ関スル件」が中国人労働者の「防諜並ニ逃亡」に特段の配慮をす

るよう各工場に求めるなど、国は率先して強制を強化したのである（あわせて警察の関与については、花岡事件判決（横浜軍事裁判四八年三月）を参照）。強制行為は法的規則等の定め完全に則つて進められたわけではないが、当時の政府の意思と矛盾することなく実施されたとはいえよう。本件判決は本件強制行為を「公権力の行使」に該当しないと判断したが、こうしてみるとそれは「公権力の行使」に該当するとみて間違いはない。

## 五、結論

かりに本件強制行為が「公権力の行使」に該当するならば、国家無答責の法理といかに対峙するかが問われる。国家無答責の適用を肯定する諸判決は先に紹介したので、ここでは適用に消極的な議論を概観しながら、結論にかえたい。

①主権免責否定説（適用違憲説）として次の説がある。

(1) 松岡肇説 「新憲法は、この憲法の新しい理念（条規）に反する法律や命令、詔勅、国家行為（国務に関するその他の行為）は無効と宣言している（第九八条）。だとすれば、国家の権力行使に基づく不法行為責任を戦前の法理や判例に基づいて解釈し、免責することは憲法の理念に反し許されないはずである」<sup>(15)</sup>

(2) 阿部泰隆説 「過去の法律の解釈は、過去の時点の解釈に従うべきか、現時点で当時の法令の解釈をすべきかが論点であるが、明治憲法時代でさえ、『公権力の行使』について民法を適用する解釈があったことに照らすと、理論的には、今日の裁判所としては、当時の判例に従えば足りるのでなく、当時の法令の解釈を現時点でやりなおすべきであろう<sup>16)</sup>。(ただし阿部は当時の法令の解釈を現時点でやりなおした結果、国家無答責の法理はどう扱われるべきかについて、明言をしていない。戦後補償への適用についても同様である)。

(3) 判決例 本件判決直後、東京地裁は中国人強制連行・労働事件について「当裁判所が国家賠償法が施行される以前の法体系における民法の不法行為の規定の解釈を行うに当たり、実定法上明文の根拠を有するものではない上記不文の法理によって実定法によるのと同様の拘束を受け、その拘束の下に民法の解釈を行わなければならない理由は見いだし難い」とし、国家無答責の法理の適用を正面から否定した(東京地判〇三年三月一日)。その評価については別の機会に譲る。

②主権免責の限定的適用説として、以下の諸説がある。

(1) 西埜章説 「その行為が現行憲法の基本的人権尊重主義に違反するだけでなく、明治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道行為に対して、現在の損害賠償請求訴訟において、国家無答責の原則を持ち出すことが許されるかどうか」。(慰安婦訴訟の)原告側主張が国家無答責の妥当する範囲を制限的に捉えようとするのに対して、私見はその妥当範囲を制限せず、ただ、現在においてその原則を持ち出すことは正義公平の原則に反して許されない<sup>17)</sup>(正義公平違反説)。

(2) 古川純説 古川は憲法前文の平和的生存権および九条の無軍備平和主義は「過去の日本国家の引き起こした戦争被害への補償を今日の国が引き受ける媒介的・法的意義」をもつとし、さらに阿部を引きながら、「戦後補償裁判において裁判所は、国側主張の国家無責任の法理に安易にもたれかかることなく、強制連行等の国家の権力的行動の不法行為については、法律の特別の規定がない限り民法の適用を原則とする解釈学説に依拠して、『当時の法令の解釈を現時点でやりなおす』べきであろう<sup>18)</sup>とする(平和主義違反説)。また立法院に対しては「憲法前文の規範によって課され

た補償立法の責務<sup>(19)</sup>」を認めた。

- (3) 奥田安弘説「(民法) 起草者は、国家の行為であることだけを理由として、国家無答責の法理によるべきであると考えていたのではなく、それが『人民』の権利を保護し、幸福を増進させることを目的としているからこそ、国の賠償責任を否定していた。かかる前提が成立しない場合には、たとえ権力的行為であっても、国の賠償責任を否定することが起草者の意思に合致し得ない、と解する余地がある」。旧法を適用することによって、著しく実質的正義が損なわれる結果になるのであれば、きわめて例外的に(遡及適用を排除した) 国家賠償法附則六項の適用を排除することも視野に入れるべきであろう<sup>(20)</sup>。(民法違反説)

本論は、国家無答責の射程をことさら限定しない立場を取る。ただ現行裁判所がそれを適用することは立憲主義の立場から認められないと考え、またそれは法解釈上の概念であり、否定したとしても関係私人に不利益の生じること一般に想定しにくいということをもって、不適用の優位性を補強したつもりである。残虐な行為・平和主義に反する行為に限定して適用を排除する西埜・古川説については(本件に関する限り) 結論に異論はない。しかし法解釈論

の必要性から法認識を演繹することには一定の限界があるのではないだろうか。その点では適用を全面的に排除する(あるいはその可能性をもつ、というべきか) 松岡・阿部説が適切であると考ええる。

他方、筆者の議論には、上記諸説が苦心した現行法といかにすりあわせるかという視点が乏しい点を認めざるを得ない。もつともそれは憲法論としてのあり方を意識的に前面に出した末のことである。

- (1) 国家無答責の歴史などについてはたとえば山下瑛二『人権と行政救済法』(三省堂七九年) 四六頁以下参照
- (2) 秋山義昭「行政法からみた戦後補償」奥田安弘ほか『共同研究中国戦後補償』(明石書店〇〇年) 五四頁参照
- (3) ただしフィリピン女性性奴隷訴訟控訴審判決(東京高判〇〇年二月二六日) は国家無答責は「国家と被害者の同質性にその根拠を有するものではない」と、関連性を否定。
- (4) 宇賀克也「国家責任法の分析」(有斐閣八八年) 一七頁
- (5) 川上詩朗「国家無答責の原則について」法と民主主義三三九号二三頁
- (6) ただし判例は否定。横浜事件第三次再審請求事件決定

- (横浜地決)〇三年四月一五日)もポツダム宣言受諾により治安維持法などは実施的に失効したが「受諾をもって天皇を主権とする国家体制が革命的に転換されるような国内状態は生じてはいなかった」とする。
- (7) 美濃部達吉の議論については塩野宏『公法と私法』(有斐閣八九年)三九頁以下による。
- (8) 岡田正則「戦後補償請求訴訟における国家無答責法理の検討」法学三一号一二九〜一三〇頁
- (9) 宇賀克也「国家補償法」(有斐閣九七年)八頁
- (10) なお民事上の問題であれば、後の手続法を遡及的に適用することが可能だというのが最高裁の立場である(最大判四九年五月一八日)
- (11) 遡及適用については加藤幸嗣「行政法規の遡及適用」ジュリ行政法の争点(新版)四四頁以下参照
- (12) 高木喜孝・大江山訴訟評釈・季刊戦争責任四〇号
- (13) 岡田正則「大審院判例からみた『国家無答責の法理』の再検討(一)」南山法学二五巻四号一一八頁
- (14) 西成田豊『中国人強制連行』(東大出版会〇二年)四二頁
- (15) 松岡肇「中国人強制連行・強制労働事件―福岡訴訟判決(評釈)―季刊戦争責任三七号三八頁以下
- (16) 阿部泰隆『国家補償法』(有斐閣八八年)四二頁
- (17) 西埜章「戦争損害と国家無答責の原則」法政理論三一巻二号一二六〜一二七頁
- (18) 古川純「日本国憲法と戦後補償」法学セミナー四七七号三五頁
- (19) 古川純「戦後補償の課題―『過去の克服』のために―」深瀬忠一ほか「恒久平和のために」(勁草書房九八年)七四二頁
- (20) 奥田安弘「国家賠償と法律不遡及の原則」北大法学五二巻一号四四〜四五頁