

南洋戦における一般戦争被害者の国に対する損害賠償請求が棄却された事例**【文 献 種 別】** 判決／福岡高等裁判所那覇支部**【裁判年月日】** 平成 31 年 3 月 7 日**【事 件 番 号】** 平成 30 年（ネ）第 70 号**【事 件 名】** 「南洋戦」被害・謝罪及び損害賠償請求控訴事件**【裁 判 結 果】** 棄却**【参 照 法 令】** 日本国憲法 14 条 1 項、国家賠償法附則 6 項、戦傷病者戦没者遺族等援護法 2 条**【掲 載 誌】** 裁判所ウェブサイト

LEX/DB 文献番号 25570156

事実の概要

旧日本軍は、1943～1945 年にかけて、南洋群島及びフィリピン諸島において、連合軍と戦闘行為を繰り広げた（南洋戦）。

当時、南洋群島等には、沖縄県出身者を中心に、日本から多数の移民が渡っていた。

X ら（原告・控訴人）の多くは、幼少期に一般住民として南洋戦に巻き込まれ、爆撃等による負傷や難聴等の直接的な被害を受けた他、凄惨な戦争体験により、近年になって心的外傷後ストレス障害（PTSD）を生ずる等の被害を受けた。

そこで、X らは、①主位的請求として、Y（国。被告・被控訴人）の被用者であった旧日本軍の南洋戦における戦闘行為等が、一般住民の生命、身体等への危険発生を未然に防止すべき Y の国民保護義務等に違反すると主張し、民法 709 条、715 条等に基づき、②第一次予備的請求として、条理及び日本国憲法 13 条等に基づく公法上の危険責任に基づき、③第二次予備的請求として、国会議員が、長期間にわたり、X らの被害を救済する立法をすることなく漫然と放置し続けた立法不作為は違法であると主張し、国家賠償法（以下、「国賠法」という）1 条 1 項に基づき、それぞれ、Y に対し、損害賠償の支払い等を求める訴えを提起した。

第一審判決¹⁾（那覇地判平 30・1・23 判時 2042 号 51 頁）は、X らの請求をいずれも棄却したため、X らが控訴した。

判決の要旨

棄却。

1 原判決の引用

「X らの請求はいずれも理由がない」。その理由は、おおむね「原判決……のとおりであるから、これを引用する。」²⁾

2 X らの補充的主張に対する判断**(1) 国家無答責の法理の適用制限**

仮に国家無答責の法理の適用が制限される余地があるとしても、「大日本帝国憲法下における国家の権力的作用ないし統治権に係る行為について、国に民法上の不法行為責任を生じさせる法的根拠」は「ない」。

「日本国憲法下において妥当する正義公平の理念や条理を根拠に、国に民法上の不法行為責任があると解することは、結果的に、日本国憲法及び国賠法の遡及適用を認めるに等しい。このような解釈は、昭和 18 年当時の確立した判例法理に背理するものであって、国賠法附則 6 条の規定に明らかに反する」。

(2) 公法上の危険責任

「大日本帝国憲法下における国家の権力的作用について、国家無答責の法理の適用を否定又は制限して国の責任を認めるべきであるとする X らの主張」は、「採用することができない」。

また、「公法上の危険責任なる概念」は、「X らに対する損害賠償責任等を生じさせる法的根拠となるものと認められない」。

(3) 立法不作為に係る国賠法上の責任

戦傷病者戦没者遺族等援護法（以下、「援護法」という）が「南洋戦を含む、戦争遂行という国家意思の実現に協力した者に対する補償を拡充していくこと自体不合理であるとはいえず、その結果生じた X らとの差異が不合理な差別であるとはいえない。」

(当事者の記載は、修正してある。)

判例の解説

一 国家無答責の法理

1 「従前の例」

本件で問題となる加害行為は、国賠法の施行前に行われた旧日本軍の行為であり、それによる損害の賠償について、同法附則 6 項は「なお従前の例による」と定めている（法律不遡及の原則）。

ここにいう「従前の例」とは、一般に、「国家無答責の法理³⁾」、すなわち、国は、私経済活動及び非権力的活動については、民法上の不法行為責任を負うが、権力的活動については、これを負わないとする法理（以下、「無答責法理」という）を指すと解されている⁴⁾。

2 実定法説と判例法説

無答責法理をめぐるのは、その根拠が問題となる。

初期の判例は、根拠として、大審院判例や行政裁判法等の関連規定を簡単に挙げるにとどめ、無答責法理の適用を「自明の理」のごとくに論じるものが多かった（最三小判昭 25・4・11 集民 3 号 225 頁、東京地判平 8・11・22 訟月 44 巻 4 号 507 頁等）。

しかし、2002 年頃を境に、無答責法理は実定法に根拠を持つ法理であるとする判例が多数を占めるようになる（実定法説。東京高判平 14・3・28 訟月 49 巻 12 号 3041 頁、東京地判平 18・8・30 訟月 54 巻 7 号 1455 頁等）。その趣旨は大略、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」と定め、旧民法 373 条（使用者責任）から「公私ノ事務所」という文言が削除されたのは、無答責法理を採用する立法者意思の表れであり、その方針の下でこれらの法律が立法されたというものである。これは、行政裁判法と旧民法が公布された時点で無答責法理を採用するという「基本的法政策」が確立したとする学説⁵⁾に依拠した国側の主張を容れたものである。

しかし、その後、学説において、これら旧法の立法史研究が進展し、実定法説に対して異議が唱えられるようになる。中でも、岡田正則は、立法資料を丹念に探索し、旧法の立法者は無答責法理を前提に立法してはならず、むしろ、免責されるべき国の活動の範囲を判例に委ねる考えであり、

無答責法理はその後の大審院判例によって徐々に形成されてきた判例法理であることを緻密に論証した（判例法説⁶⁾）。

こうした学説の展開を受け、2007 年（岡田論文⁷⁾の初出年）以降の判例には、判例法説を採るものが増えつつある⁸⁾（名古屋高金沢支判平 22・3・10 訟月 57 巻 5 号 1361 頁、宮崎地判平 19・3・26 訟月 56 巻 4 号 1486 頁等）。

本判決も、立法資料の詳細な検討の上で判例法説に立つ旨を判示しており（判決の要旨 1）、こうした近時の学説・判例の展開に沿うものといえる。

3 国家賠償法附則 6 項の解釈

判例法説を受け、実定法説からは、上記「基本的法政策」は、旧法制定時点で「明確に定められたのではなく、その後の解釈・立法指針であって、……その具体化は判例ないしは個別立法に委ねられるという趣旨」であるとの補足説明がなされ⁹⁾、他方、判例法説を採る岡田も、無答責法理の「制度的基礎を 1890 年の諸法律が与えた」ことは認めており¹⁰⁾、実質的には、両説の内容に大差はないともいえる¹¹⁾。

しかし、両説の理論構成の違いは、国賠法附則 6 項の適用において異なる帰結をもたらす。すなわち、同項の「従前の例」に「判例」は含まれるかという論点があり、含まれないと解する場合（山形地判平 20・2・12 訟月 57 巻 5 号 1083 頁等）¹²⁾、判例法説に立つならば、判例法理である無答責法理は適用されないこととなるからである。本件を含む一連の戦後補償訴訟では、原告側から、しばしばこのような立論がなされている。

ただ、このように解して、権力的活動にも国の民法上の不法行為責任を認めるならば、旧法下で現になされてきた事案処理とは正反対の帰結を生じることとなり、「従前の例」の文理及び趣旨に反するとの批判が成り立つ（上記東京地判平 18・8・30 参照）¹³⁾。

そのため、多くの判例は、「従前の例による」とは、国賠法施行直前の法制度をそのまま包括的に適用することを意味し、そこには判例法理も含まれると解している（名古屋高金沢支判平 22・3・8LEX/DB25442112、東京地判平 14・3・29 判時 1804 号 50 頁等）¹⁴⁾。本判決も同様であり、無答責法理を判例法理としつつも、その適用を認めている（判決の要旨 1）。

なお、無答責法理を判例法理と捉えた場合、判例が法源でないことを前提に、裁判所がなぜ法規範でないものから拘束されるのかとの疑問が生じるが(東京地判平15・3・11 訟月50巻2号439頁参照)、国賠法附則6項が適用される場合、判例を含む旧法が直接適用されるわけではなく、裁判規範はあくまで国賠法附則6項であるから¹⁵⁾、非法的なものが裁判所を拘束していることにはならない。

4 適用制限論

かくして、無答責法理の適用を全面的に否定するのは難しい。そのため、一般論としては同法理の適用を認めつつも、戦時行為については、その特殊性ゆえに、例外的に同法理の適用は制限(排除)されるとする様々な理論構成が提案されてきた¹⁶⁾。

本件でも、Xらは様々な主張をしているが、主として、旧日本軍の残虐非道行為についてまで無答責法理を適用することは、条理及び日本国憲法に基づく「正義公平の理念」に照らし許されず、無答責法理の適用が制限される結果、国は民法上の不法行為責任を負うとの主張をしている。学説では、西埜章が主唱する見解であり¹⁷⁾、これを採用した判例もある(福岡高判平16・5・24 判時1875号62頁、新潟地判平16・3・26 訟月50巻12号3444頁)。

しかし、これに対しては、現在の日本国憲法下の価値基準を遡及適用するに等しく、「従前の例による」との明文に反するとの批判があり¹⁸⁾、判例においても一般的に受け入れられるには至っていない(東京高判平17・7・19 訟月53巻1号138頁、長野地判平18・3・10 判時1931号109頁等)。

本判決も、同様の趣旨でXらの主張を排斥するとともに、仮に無答責法理の適用が制限されたとしても、民法上の不法行為責任を生じさせる積極的な法的根拠もないことを指摘し、本件への無答責法理の適用を認めている(判決の要旨2(1))。

二 公法上の危険責任論

Xらは、第一次予備的請求として、公法上の危険責任に基づく損害賠償等を求めている。

危険責任論とは、自らの先行行為により相手方を危険状態に置いた者は、条理上、損害防止義務や損害賠償義務を負うとするものである¹⁹⁾。

たしかに、Xらが受けた被害(特にPTSD)は、

特定の加害行為と1対1で対応しているわけではなく、戦争という包括的な危険状態に巻き込まれ、そこでの様々な体験の累積・総和により生じたという側面を有しており、本件は危険責任論と親和的な構造を有している。

一連の戦後補償訴訟の中にも、危険責任論を採用し、先行行為、危険性、予見・回避可能性等の要件²⁰⁾を独自に設定した上で、条理上の作為義務の存否を検討しているものが少なからずある(東京高判平19・3・13 訟月53巻8号2251頁、東京地判平15・9・29 判時1843号90頁等)。

しかし、これらの判例は、国賠法施行前の先行行為(例:化学兵器の遺棄)と同法施行後の後行行為(例:化学兵器の放置)を法的に分離して評価し、後者について国賠法及び日本国憲法下での条理を適用しえた事案である。本件においては、「今日に至るまでXらの損害を放置し続けたこと」を後行行為として構成することができるが、これは結局、立法不作為の違法の問題(下記三)に帰着する。他に後行行為がないとすれば、本件では、国賠法施行前の先行行為について危険責任を問えるか、言い換えれば、無答責法理の例外として危険責任に基づき損害賠償を認めることが「従前の例」といえるかが問題となり、そのような例がない以上、この点は消極的に解さざるをえない。判決の要旨2(2)前段は、このような趣旨をいうものと解される。

また、本判決は、法概念としての具体性の欠如等から、そもそも危険責任は損害賠償の法的根拠とはなりえないとしている(判決の要旨2(2)後段)。Xらの主張の仕方にもよるのであろうが、本判決は、上記の判例に比べ、危険責任論に対して厳格な立場を採っている。

三 立法不作為の違法

かくして、無答責法理が適用される戦争被害については、立法による救済に頼むところが大きく、Xらも、第二次予備的請求において、特に援護法における補償対象者(一部の一般戦争被害者を含む)と対象外となっているXらとの間で著しい不平等が生じているとして、これを是正しない立法不作為の違法を主張している²¹⁾。

戦時下では、全国民が大なり小なりの被害を受けたという意味で、一般戦争被害者の外延は全国民にまで及ぶ。したがって、補償対象者の選別に

係る立法裁量は、被害の大量性・多様性や、財政・社会政策等に係る高度な政策的判断の必要等により、相当に広範なものとならざるをえない(東京地判平 21・12・14 判時 2156 号 60 頁、大阪地判平 23・12・7 判時 2176 号 52 頁等参照)。さらには、戦時という非常事態下での被害については、全国民が「等しく受忍」しなければならないという「戦争被害受忍論」さえ成り立つ(最二小判昭 62・6・26 判時 1262 号 100 頁等)。

本判決は、戦争被害受忍論こそ明示してはいないものの、広範な立法裁量に言及した上で、何らかのかたちで「戦争遂行という国家意思の実現に協力した」といえる援護法の補償対象者と X らとの間に明らかな平等原則違反はないとして、X らの主張を斥けている(判決の要旨 2(3))。

しかし、当該判示部分からは、沖縄戦において壕を提供した者(補償対象者)と南洋戦において旧日本軍によって壕を追い出された X ら(補償対象外)との間に、いかなる違いがあるのかは判然としない²²⁾。にもかかわらず、平等原則に反しないというからには、本判決の背景には、一般戦争被害者に対する補償は政策的補償に過ぎないとする戦争被害受忍論に限りなく近い思考が存在すると考えざるをえない。

戦争被害受忍論を明示するか否かにかかわらず、広範な立法裁量を認める傾向は、他の一般戦争被害者に係る国賠判決でも見られたところであり(東京高判平 24・4・25 判時 2156 号 54 頁、大阪高判平 25・1・16 訟月 59 卷 12 号 3046 頁、福岡高判平 29・11・30LEX/DB25549114、上記東京地判平 21・12・14、上記大阪地判平 23・12・7、那覇地判平 28・3・16 訟月 62 卷 12 号 2031 頁参照)、とりわけ本判決の上記判示にあつては、立法不作為国賠訴訟による一般戦争被害者の救済は、ほぼ閉ざされたかのような印象を受ける。本判決から遡って見れば、本判決と同様の思考は、これらの類似判決に既に潜在しており、本判決によりそれが際立った帰結として顕在化したに過ぎないとも考えられ、そうであるとすれば、本判決を含む一連の戦後補償訴訟は、改めて戦後補償という立法課題の存在を浮き彫りにしたともいえる。

●——注

- 1) 評釈として、西埜章「一審・那覇地裁判決の批判的検討」瑞慶山茂編著『法廷で裁かれる南洋戦・フィリピン戦(被害編)』(高文研、2018 年) 43 頁以下がある。

- 2) 本判決は、軽微な訂正等を加えた他は、原判決を全面的に引用しているため、本稿における「本判決」は、引用された原判決も含む趣旨である。
- 3) 「主権無答責の法理」(塩野宏『行政法Ⅱ行政救済法〔第 6 版〕』(有斐閣、2019 年) 307 頁以下) や「公権力無責任原則」(芝池義一「戦後補償訴訟と公権力無責任原則」法時 76 卷 1 号 24 頁以下) 等とも呼ばれる。
- 4) 宇賀克也ら編著『条解国家賠償法』(弘文堂、2019 年) 674 頁以下[松戸浩] 参照。
- 5) 宇賀克也『国家責任法の分析』(有斐閣、1988 年) 411 頁、塩野・前掲注 3) 308 頁参照。
- 6) 岡田正則『国の立法不作為責任と公権力の概念史』(弘文堂、2013 年) 参照。その他、立法史研究として、宇賀・前掲注 5) 405 頁以下、奥田安弘「国家賠償責任と法律不遡及の原則」北法 52 卷 1 号 1 頁以下、松本克美『「国家無答責の法理」と民法典」立命 292 号 317 頁以下、芝池・法時 76 卷 1 号 24 頁以下等がある。
- 7) 岡田・前掲注 6) 第 2 部。
- 8) 判例における判例法説の萌芽は、福岡高判平 16・5・24 判時 1875 号 62 頁に見られる。
- 9) 塩野・前掲注 3) 312 頁。
- 10) 岡田・前掲注 6) 276 頁。
- 11) 西埜章「国家無答責法理の歴史の変遷と戦後補償」公法 73 号 122 頁参照。
- 12) 岡田・前掲注 6) 70 頁参照。
- 13) 宇賀ら・前掲注 4) 675～676 頁[松戸浩] 参照。やや文脈は異なるが、古崎慶長『国家賠償法』(有斐閣、1971 年) 261 頁も参照。
- 14) 仲野武志『法治国原理と公法学の課題』(弘文堂、2018 年) 352 頁によれば、「従前の例」とは「同時代の最上級審が終局的に確定した解釈による従前の法令に基づく取扱いの例」を意味する。
- 15) 高橋和之ら編『法律学小辞典〔第 5 版〕』(有斐閣、2016 年) 1386 頁参照。
- 16) 詳しくは、西埜章『国家賠償法コンメンタール〔第 2 版〕』(勁草書房、2014 年) 41 頁以下を参照。
- 17) 西埜章「強制連行・強制労働訴訟と国家無答責の原則」法論 77 卷 2 = 3 号 125 頁以下等。
- 18) 奥田・北法 52 卷 1 号 9 頁参照。
- 19) 今村成和『国家補償法』(有斐閣、1957 年) 130 頁以下参照。
- 20) 要件については、人見剛「戦後補償裁判中の不作為国家賠償訴訟における作為義務(結果回避義務)について」法時 76 卷 1 号 44 頁以下が有益である。
- 21) 戦後補償と立法不作為の問題について詳しくは、西埜・前掲注 16) 320 頁以下を参照。
- 22) 西埜・前掲注 1) 68～69 頁も同旨。