

序論 本件請求の原点は「細菌戦の非人道性」の告発と「人間の尊厳」の回復

- 1 最高裁判所の「731部隊と細菌戦」に関する事実認定
- 2 本件細菌戦の事実と国家責任の成立を認定した原判決
- 3 中国人細菌戦被害者の尊厳を否定した原判決
- 4 上告人らの正義の叫びとしての「謝罪と賠償」請求
- 5 被上告人の細菌戦に関する責任の重大性
- 6 細菌戦はホロコーストに比すべき残虐で非人道的な犯罪行為
- 7 本件細菌戦による衢州のペスト被害
- 8 本件細菌戦による義烏のペスト被害
- 9 本件細菌戦による東陽市のペスト被害
- 10 本件細菌戦による崇山村のペスト被害
- 11 本件細菌戦による塔下洲のペスト被害
- 12 本件細菌戦による寧波のペスト被害
- 13 本件細菌戦による湖南省常德のペスト被害
- 14 本件細菌戦による江山のコレラ被害

15 本件細菌戦による被害の重大性

16 結語

別紙「理由要旨」

- 1 上告人らは、中国の細菌戦被害者である。「細菌戦の非人道性」を告発し、「人間の尊厳」を回復するため、被上告人に対して謝罪と賠償を求めている。

そもそも旧日本軍が細菌戦で中国人を大量に殺害した事実は歴史の真実であるが、驚くべきことに99・9パーセントの日本人はこの事実を知らない。それは、日本政府が戦時中から戦後一貫して細菌戦部隊である731部隊の存在と活動内容を秘匿してきたことの必然的結果である。また1990年代後半以降、新たな史料が発掘され731部隊が中国で実際に細菌戦を行ったことが客観的根拠で裏付けられるようになってからも、日本政府が頑として細菌戦を行った事実を認めようとしてこなかった（否、逆に近時上記史料の「井本日誌」を非公開措置とした）ことの結末でもある。

しかし何人も真実から目をそむけてはならない。まして人間が犯した非人道的な戦争犯罪という国家の誤謬に目をつむることは許されない。なぜなら真実を認識しない人間はもっと悲惨な過ちを犯すからである。

1940年から1942年にかけて、旧日本軍731部隊や1644部隊等は、衢州(衢州)、義烏、東陽、崇山村、塔下洲、寧波、常德及び江山において、ペスト菌やコレラ菌を用いた細菌兵器の実戦使用(本件細菌戦)を強行した。その結果、衢州(衢州)、義烏、東陽、崇山村、塔下洲、寧波及び常德においてペスト患者が、江山においてコレラ患者が多発し、これによって上告人らの親族を含む多数の中国人が殺害された。

- 2 すでに当時において、細菌兵器の使用は、1925年のジュネーブ条約等の国際法に違反する明白な戦争犯罪であった。細菌戦の残虐さは、ドイツのナチズムが犯したユダヤ人虐殺と並ぶ人類史上類例のないものであった。

すなわち本件細菌戦は、細菌学的戦争手段の使用を禁止した1925年ジュネーブ・ガス議定書に違反する行為であり、ハーグ陸戦規則23条にいう「特別ノ条約ヲ以テ定メタル禁止」に該当し、ハーグ陸戦条約3条に基づきハーグ陸戦規則違反の行為として、日本国に国家責任が生じていたが、この点はすでに原判決も認定しているところである。

なお細菌戦の事実を裏付ける史料「井本日誌」は細菌戦のことを「ホ」

「ホ号」「保」の隠語で記載しているが、これは同規則23条の「特別ノ条約ヲ以テ定メタル禁止」がホ号にあたるのでこのような暗号を使用したもので国際法違反性を裏付けるものである。

- 3 ところで最高裁は、1997年に家永教科書裁判において、「731部隊と細菌戦」が1983年段階で社会的にも学会においても真実として認知されていたことを明確に認定した。

原判決は、上記1を全て認定した。しかし、原判決は、憲法に違反し、被上告人国の責任原因を否定し、上告人らの請求を退けた。

最高裁判所は、上告人らの「細菌戦の非人道性」の告発、「人間の尊厳」の回復の訴えに真剣に向き合い、上告人らの謝罪及び賠償請求を法的権利として認めるべきである。

- 4 原判決には、以下の憲法違反及び理由不備がある。

- (1) 上告理由の第1点。国家無答責の法理を適用して日本民法に基づく損害賠償請求を否定した原判決は、憲法13条及び同法17条に違反し、破棄されなければならない。

大日本帝国憲法、行政裁判法、裁判所構成法、旧民法、現行民法の制定の経緯とその趣旨から、国家賠償法施行前において、国家の権力的作用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は確立されていない。また、国家無答責の法理は、法律の規定ではないし、確定的な法理ではない。判例理論としても、国家無答責の法理の確立は認められない。

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、国の賠償責任を規定する。

憲法17条の下における国賠法附則6項の解釈は、国が公権力の行使（権力的行為、権力的作用）により国民に損害を与えた場合も一切責任を負わず、個人の尊厳を否定するような残虐非道な行為、「人道に対する罪」に該当するような行為による被害者の損害賠償請求まで否定する趣旨として解することはできない。

しかも、憲法13条は「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない

限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」と規定し、個人の尊厳と人格価値の尊重を宣言している。国家無答責の法理を理由に国際法違反の本件細菌戦という公権力の行使を免責することは、憲法13条に違反する誤った判断をしている。

したがって、残虐非道な行為、人間の尊厳的価値を否定するような行為を免責することはその限りで憲法13条、17条に違反するものというべきである。

仮に国の公権力の行使について国家無答責の法理が認められるとしても、本件細菌戦は、国家無答責の原則が前提とする「公権力の行使」には該当しないから、この原則は適用されない。

本件細菌戦は非権力的な公法上の行為（事業活動）なので、「国家無答責の法理」を本件細菌戦に適用されない。

「国家無答責の法理」は外国での外国人に対する権力作用には適用されない。

日本国憲法17条は、国の賠償責任を明記し、1法解釈にすぎない国家無答責の法理を完全に否定した。現在の裁判所は日本国憲法の価値原理（とくに憲法13条の個人の尊厳の尊重）に則って法令の解釈適用をすべきであり、過去の法令の解釈についても、現時点で当時の法令の解釈を直すべきである。

ところが、原判決は、本件に国家無答責の法理を適用して民法709条及び同法715条の適用を否定した。これは、日本国憲法13条、17条に違反する憲法違反の判断である。

(2) 第2点。国家無答責の法理を適用して日本民法に基づく損害賠償請求を否定した原判決は、憲法98条2項に違反し、破棄されなければならない。

日本国憲法98条2項は、「日本国が締結した条約及び確立した国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする」と定め、国際協調主義を宣言する。

ハーグ陸戦法規第3条、同陸戦規則第46条は、戦後も維持されており、日本国憲法98条2項に基づき「誠実に遵守する」ことが義務づけられている「条約」に該当する。

したがって、本件については、同法規及び同規則に基づき国家無答責の法理が制限を受け、適用が制限される。

ところが、原判決は、本件に国家無答責の法理を適用して民法709条及び同法715条の適用を否定した。これは、日本国憲法98条2項に違反する憲法違反の判断である。

- (3) 第3点。被上告人の立法不作為による損害賠償請求を否定した原判決は、憲法前文、9条、13条、17条、憲法9条、13条、14条、17条、29条1項、3項、98条2項、99条に違反し、破棄されなければならない。

憲法前文、憲法9条、13条、14条、17条、29条1項、3項は、国会に対し、本件細菌戦のような違法な戦争行為によって被害を受けた個人への損害賠償又は補償を行う立法をすべき義務を課している。

被上告人は、本件細菌戦によって悲惨な法益侵害をもたらしたのであるから、被害者に対し被害の増大をもたらさないよう配慮、保障すべき条理上の作為義務が課せられている。戦後補償立法に関する国内及び国際的潮流からすれば、違法な戦争行為の被害に対し賠償、補償をすることが国際慣習法として確立しているから、憲法98条2項の国会議員の国際法規の遵守義務からして、国会には本件に係る救済措置立法をすべき義務が課せられている。

国会質疑は、1949年12月から現在までに298件に及び、日本政府が早い時期から七三一部隊の活動について証言を得ていたもので、細菌戦は国会において周知の事実であった。

ところが、原判決は、被上告人の立法不作為による損害賠償請求を否定した。これは、日本国憲法前文、9条、13条、17条、憲法9条、13条、14条、17条、29条1項、3項、98条2項、99条に違反する憲法違反の判断である。

- (4) 第4点。原判決には、細菌戦隠蔽行為による損害賠償請求権の有無の判断について、理由の不備がある（民事訴訟法312条2項6号）ので、原判決は破棄されなければならない。

上告人らは、隠蔽という作為によって、上告人らが、細菌戦被害により生死をさまよった過去の悪夢に現在も悩まされる等の重大な精神的損害を受けている。細菌戦の被害者が周りの人々から災厄の原因とみなされ怨まれることにより、現在も名誉を侵害され深い精神的損害を受けている。現在も細菌戦によるペスト菌によって、再度のペスト流行の恐怖の中で暮

らさざるをえない精神的損害を受けているという不法行為が成立している点について控訴審で主張しているが、原判決はこの主張については一切の判断をしていない。

- (5) 第5点。ハーグ陸戦条約及び国際慣習法並びに国際人道法に基づく個人の賠償請求を否定した原判決は、憲法98条2項に違反し、破棄されなければならない。

ハーグ条約第3条は、その制定経過、その趣旨、交戦法規の一般的文脈に照らした文言解釈、準備作業、事後の実行、それらを総合的に勘案するに、上告人ら被害者に対しても、賠償請求を認める規定と解釈され得るのである。行為時の資格の如何にかかわらず軍隊構成員が引き起こした一切の陸戦規則違反について、当該軍隊構成員の所属国が被害者たる個人に対して賠償責任を負う、というのが国際法上の解釈規則にしたがって導き出されるのである。

また、国際慣習法及び国際人道法は、被害者個人の賠償請求を認める。

憲法98条2項を介して、上記のことが条約、国際慣習法、国際人道法として受容されている。

ところが、原判決は、上告人らに対して賠償請求を否定した。これは、日本国憲法98条2項に違反する憲法違反の判断である。

- (6) 第6点。条理に基づく損害賠償請求を否定した原判決は、憲法76条3項に違反し、破棄されなければならない。

条理に基づき被害者個人の賠償請求は認められる。ところが、原判決は条理法を不適用とした。これは、憲法76条3項に違反する。

司法は政治的配慮に把われてはならないが、司法消極論に陥り過ぎ、高度の政治的判断に関わる問題であると位置づけて統治行為論によって責任を回避するというのは、却って司法の独立、三権分立の精神を誤るものである。時の政府の意向や目先の「国益」などに把われず、断乎として正義を貫くのが真の司法でなければならない。

前述のような夥しい国際批判を黙殺し続ける日本政府の姿勢は、まさに鉄面皮と評し得る。加害国ドイツとの差の開きには驚くほかはない。これは国辱である。

- 5 上記1ないし3に踏まえ、上記4記載のとおり、被上告人の責任原因に関

する原判決は、憲法に違反しているので取消しを免れない。

被害者である上告人らは、高齢であり、速やかな被害の救済と正義の実現がはからなければならない。

なお、細菌戦の非人道性に鑑みれば、被上告人が主張する日華平和条約及び日中共同声明による戦争賠償の請求権の放棄および民法 724 条後段に基づく除斥期間の経過等の主張は公平の観点に照らし認められないことは勿論である。

以上

2005年(ネオ)第537号謝罪及び損害賠償請求上告事件

上告人 程 秀芝 外179名

被上告人 日本国

上告理由書

2005年12月21日

最高裁判所 御中

上告人ら訴訟代理人

弁護士	土	屋	公	献
同	一	瀬	敬	一 郎
同	鬼	束	忠	則
同	西	村	正	治
同	千	田		賢
同	椎	野	秀	之
同	萱	野	一	樹
同	多	田	敏	明子
同	池	田	利	子
同	丸	井	英	弘
同	荻	野		淳
同	山	本	健	一

ほか別紙上告人代理人目録記載の通り

序論 本件請求の原点は「細菌戦の非人道性」の告発と「人間の尊厳」の回復

1 最高裁判所の「731部隊と細菌戦」に関する事実認定

上告人らが本件訴訟を東京地方裁判所に提訴した直後（1997年8月）、最高裁判決は、家永教科書裁判において「731部隊と細菌戦」に関して重大な事実認定を行った。

すなわち、最高裁平成9年8月29日判決（判例時報1623号49頁）は、

「七三一部隊に関しては、本件検定当時既に多数の文献、資料が公刊され、中には昭和四三年に刊行された上告人の著作もあり、必ずしもすべてが本件検定の直前に公刊されたわけではないことが明らかである。そして、原審が、本件検定当時、七三一部隊の存在等を否定する見解があったことを認定していないことに照らせば、本件検定当時、これを否定する学説は存在しなかったか、少なくとも一般には知られていなかったものとみられる。

そうすると、本件検定当時において、七三一部隊の実態を明らかにした公刊物の中には、作家やジャーナリストといった専門の歴史研究者以外のものが多く含まれており、また、七三一部隊の全容が必ずしも解明されていたとはいえない面があるにしても、関東軍の中に細菌戦を行うことを目的とした『七三一部隊』と称する軍隊が存在し、生体実験をして多数の中国人等を殺害したとの大筋は、既に本件検定当時の学界において否定するものはないほどに定説化していたものというべきであり、これに本件検定時までには終戦から既に三八年も経過していることをも併せ考えれば、文部大臣が、七三一部隊に関する事柄を教科書に記述することは時期尚早として、原稿記述を全部削除する必要がある旨の修正意見を付したことには、その判断の過程に、検定当時の学説状況の認識及び旧検定基準に違反するとの評価に看過し難い過誤があり、裁量権の範囲を逸脱した違法があるというべきである。」（同59頁）

と判示した。

すなわち、最高裁判所は、1983年の教科書検定当時、関東軍の中に細菌戦を行うことを目的とした「七三一部隊」と称する軍隊組織が存在し細菌戦のための生体実験を繰り返して多数の中国人等を殺害したとの事実の大筋について、「既に本件検定当時の学界において否定するものはないほどに定説化していた」と認定し、「七三一部隊」に関する修正意見を違法とし、故家永三郎氏の求めた損害賠償を認容した。

上記判決は、最高裁判所が731部隊に関して事実認定を行って法的判断を下したという点で、本件裁判で細菌戦被害者らが求めている謝罪と賠償の請求に対する判断にとって極めて重大な意義をもつ司法判断である。

そもそも被上告人国（日本国）は、731部隊が行った細菌戦について、国際法違反として戦争犯罪の責任を問われることを回避するため、戦争中も戦後も秘密にして事実を隠蔽してきた。戦後の日本政府も、同じように731部隊とその活動内容を隠蔽してきたが故に、その必然的な結果として家永三郎氏執筆の教科書に対する検定で「731部隊」関連の記述を削除した。しかし、そのような「731部隊と細菌戦」に関する国や政府の姿勢は、最高裁判所が法的に許されないものであり、当該教科書検定は違法である旨認定されたのである。

従って、731部隊による細菌戦の被害者が謝罪と賠償を求めた本件訴訟においても、最高裁判所は、上記家永教科書検定判決を踏まえ上告人ら細菌戦被害者の請求を認容しなければ司法判断に矛盾を来し、また正義も実現されないのである。

このように最高裁判所が家永教科書裁判で「731部隊と細菌戦」に関して下した判断は、上告人らの謝罪と賠償の請求が法的な権利として認められるべき事を意味している点で重大な最高裁判例に他ならない。

2 本件細菌戦の事実と国家責任の成立を認定した原判決

731部隊や1644部隊等の細菌戦部隊は、侵略戦争中、中国の各地で細菌戦を実行した。例えば本訴訟で立証されたように日本軍は1940年浙江省の衢州・寧波に対し、又1941年湖南省の常德に対しペスト菌を使った細菌戦攻撃を実行し、ついで1942年浙江省の江山にはコレラ菌を使

った細菌戦を実行した。

この点について、原判決は、「当裁判所も、昭和 15 年(1940 年)から昭和 17 年(1942 年)にかけて、旧日本軍 731 部隊や 1644 部隊等によって、衢県(衢州)、義烏、東陽、崇山村、塔下洲、寧波、常德及び江山において、細菌兵器の実戦使用(本件細菌戦)が行われ、その結果、衢県(衢州)、義烏、東陽、崇山村、塔下洲、寧波及び常德においてペスト患者が、江山においてコレラ患者が多発し、これによって多数の者が死亡した事実が認められると判断する」と判示し被告による加害事実を認定した。

また、細菌兵器の使用は、ジュネーブ条約等の国際法にも違反するもので明白な戦争犯罪であった。細菌戦の残虐さは、ドイツのナチズムが犯したユダヤ人虐殺と並ぶ人類史上類例のないものであった。

この点について、原判決は、「本件細菌戦は、大正 14 年(1925 年)に署名され、昭和 3 年(1928 年)に発効したジュネーブ・ガス議定書(正式名称・窒息性ガス、毒性ガス又はこれらに類するガス及び細菌学的手段の戦争における使用の禁止に関する議定書)において禁止された『細菌学的戦争手段の使用』に当たり、ジュネーブ・ガス議定書に違反する行為であったと認められる。」と判示し国際法に違反した行為であると認定した。

さらに、原判決は、「本件細菌戦は、細菌学的戦争手段の使用を禁止したジュネーブ・ガス議定書に違反する行為であり、ヘーグ陸戦規則 23 条 1 項にいう『特別ノ条約ヲ以テ定メタル禁止』に該当し、ヘーグ陸戦条約 3 条に基づきヘーグ陸戦規則違反の行為として、国家責任が生じていたと認められる。」と判示し、被告に国家責任が生じていたことを一審判決に続き認定した。

このように原判決が、本件細菌戦の事実を認定し、細菌戦に関する被上告人の国家責任を認定したことは、731 部隊による細菌戦問題の重大性と深刻さを反映したものと言える。

3 中国人細菌戦被害者の尊厳を否定した原判決

原判決は、上記のような細菌戦被害の事実、被上告人に国家責任が生じていたことを認めたにもかかわらず、「本件細菌戦に関する被控訴人の責

任原因についての控訴人ら主張はいずれも失当である」として、上告人の謝罪及び損害賠償請求をいずれも棄却した。

日本は、敗戦から60年を経た現在まで、細菌戦の事実を一度も認めていない。そればかりか逆に日本は細菌戦の事実を徹頭徹尾隠蔽してきた。

このように細菌戦問題は、日本がアジア侵略と植民地支配を反省していない点で深刻であり、また同時に現在の日本の戦争政策に直結している点で重大なのである。

被上告人国のこのような極めて悪質な姿勢は、中国の細菌戦被害者の気持ちを踏みにじり続けてきた。上告人らは、日本政府への怒りを込め人間の尊厳の回復をかけて、日本の国家責任を迫及するため提訴した。

上告人らは、日本が細菌戦の事実を認め率先して謝罪と賠償を履行することが日中友好の実現に寄与すると信じ、裁判準備段階をふくめ10年間裁判闘争を闘ってきた。それだけに上告人らは、原判決の不当判決に腹の底からの怒りを爆発させている。日本政府が戦争犯罪を認めず逆に隠蔽して無法者のごとく振舞っているのに、裁判所が正義を実現できないという事態は司法の自殺行為にほかならない。

ところで本裁判で訴えている細菌戦被害地は浙江省と湖南省だけである。しかし、中国側の調査によれば、細菌戦被害地は、福建省、江西省、広東省、雲南省、山東省、河北省、山西省など、本訴訟の対象地以外の地域の方がもっと広範である【次頁地図参照】。日本軍が中国で行った細菌戦の被害地域は、実際には驚くほど広いのである。細菌戦は、これらの地域でペストやコレラ、さらに炭疽病などの疫病を流行させ、多数の犠牲者を出したと考えられる。中国側の研究者は、犠牲者の数を数十万人にのぼると推計している。また疫病の流行は、村落や家庭を破滅させ、人々から住む家を奪った。さらに細菌戦兵器に使用されたペスト菌や炭疽菌は、現在まで長期間にわたって村や都市の地域環境を破壊し続けている。このように細菌戦は、すさまじい被害を中国と中国民衆にもたらした。

本細菌戦裁判は、このように残虐な戦争被害をもたらした日本軍の細菌戦を、初めて司法の場で裁く裁判だった。だが被上告人国は、本件訴訟で一貫して事実認否を行わず、従って細菌戦の事実を何一つ認めなかった。

しかし周知のとおり、審判の真の基準は何よりも真理であり、根底においては正義である。法の理論と解釈は、かかる真理と正義を実現するために役立つものでなければならない。

かかる裁判の原点に立返って見れば、一審及び原審の裁判官たちが、自分の担当する裁判において731部隊等の細菌戦部隊が行った残虐無比な戦争犯罪が目の前で裁かれているのに細菌戦の事実すら認めない悪質な被上告人国の訴訟態度を容認してきたことは、まさに驚くべきことである。上告人らは、裁判所自身が細菌戦犯罪に加担しながら裁判を進めてきたことを強く批判している。最高裁判所は、中国人細菌戦被害者の尊厳を否定した原審の誤りを再び繰り返してはならない。

翻ってみれば、20世紀末葉からの湾岸戦争やユーゴ戦争、また21世紀に入ってからの米英が主軸となったアフガニスタン戦争やイラク戦争など、世界各地で戦争が引き起こされている。さらに米国は、イランや北朝鮮に対する帝国主義的侵略戦争を画策している。このような世界中で起こっている戦争の危機は、各国政府が戦争政策を推進しているゆえに生まれているものである。戦争犯罪を反省しない日本の政府もまた、世界に戦争の危機をまき散らしている張本人にほかならない。

今日、日本政府は、小泉首相の言動に象徴されるように、一方で靖国神社参拝を強行すると共に、テロ対策特別措置法（2001年）、イラク特別措置法（2003年）を制定し、海上自衛隊、陸上自衛隊、航空自衛隊をインド洋から中東にまで派遣し、米英軍の戦争に参戦している。また日本政府は、すでに何十もの有事立法を制定して本格的な全面侵略戦争への突入を準備している。

最高裁判所は、このような現実の状況の下で原判決が下された意味を慎重に考察するべきである。

原判決は、細菌戦の責任を何一つ取ろうとしない日本政府の姿勢を司法的に追認した。同時に原判決は、現在進められている9条破棄を頂点とする憲法改悪や、侵略戦争と天皇制を賛美する「つくる会教科書」運動など、侵略戦争に向かう一連の反動的な動きを全面的に容認してしまった。

こうして原判決は、ますます日本の国際的信用喪失を加速させたが、最

高裁判所は決してかかる司法の腐敗と形骸化を看過すべきではない。

4 上告人らの正義の叫びとしての「謝罪と賠償」請求

(1) 湖南省常德市の上告人熊善初の訴え

1942年当時、常德市及び石公橋一帯では、日本軍の攻撃によってペストが大流行していた。

上告人熊善初の家族は8人だったが、そのうち4人がわずか数日のうちに亡くなった。一番上の兄は薪を刈りに行く途中で立ち寄っていた石公橋の辺りの食堂かあるいは丁長発家の葬式に寄った際にペストに感染して、自宅に帰り死亡した。

当時のことを上告人熊善初は、次のように原審で陳述している。

「私の一番上の兄、熊用楠ですが、1942年10月ごろに、王茅嶺というところに1週間ぐらい往復で、葦を刈って薪として、船で運ぶような作業をしました。そのこの最後の日というのは丁長発の家に、人が亡くなったのを見に行きました。その人がペストで死んだということも知りませんでした。夜帰ると、頭痛、高熱、のどが渴くという症状が出て、次の早朝に亡くなってしまいました。そして2日後に、私の一番上の兄の甥が同じ症状で亡くなりました。そのまた3日後に、一番上の甥も亡くなりました。その2日後にさらに私の2番目の兄が亡くなりました。」

「家族はみんな泣き崩れていました。私も泣きました。ただ、そのときには細菌戦ということだとは知らずに、我々は皆、天災だと思いました。」

上告人熊善初は、一番上の兄が亡くなり、実家に戻ったがペストの感染を恐れ小学校の寄宿舍に早急に戻された。しかし、上告人熊善初自身もペストを発病することになった。その時の状況を以下のように述べている。

「私はすぐ学校に戻りました。その後、3人の家族が亡くなくても、私は家に戻らなかったんです。家に戻ると私も感染してしまうということを母が恐れて、私に知らせてくれなかったわけです。しかし、

私は学校に戻って約1週間後に症状が表れました。私と同時にクラスメイト6、7人が同じような症状で熱を出し、頭痛がし、そして無力なんです。先生が、私たちの様子がおかしいというのを見て、授業をやめて我々をそのときの国民党政府の検疫病院に連れていってくれました。そこで、ヨーロッパからの宣教師のお医者さんが検査してくれました。そして、私たち数人の学生が学校の一室に入れられて隔離されて治療を受けました。」

幸い治療が早かったので上告人熊善初は九死に一生を得たが、石公橋小学校の中で亡くなった生徒もいる。

「定かではありませんが、家から学校に通っていた学生の中で1人の女子学生が亡くなったと聞いています。」

こうして上告人熊善初の家族、熊川楠、熊美廷それから常德市から戻ってきた劉月英、これらの人がペストに感染して熊家橋村で発病し亡くなり、その人たちからさらに多くの人に感染していったのである。

最終的に、熊家橋村では120数世帯のうち、73世帯からペスト患者が出て、合計152人が死亡した。このように細菌戦による被害は、想像を絶する悲惨な結果を招来している。

(2) 浙江省寧波市の上告人胡賢忠の訴え

上告人胡賢忠は、両親と姉、弟をペストで失った。同人は間近にいて姉弟が全身発熱しリンパが腫れて苦しみのうちに死んでいった様子を法廷で陳述した。また両親は寧波市の開明街にあった甲部病院に隔離され、自らは別の乙部という隔離病院に隔離された。上告人胡賢忠は、乙部病院の病室の窓から開明街で防疫のために隔離壁に囲まれた自宅周辺の様子や両親が隔離されている甲部病院を見守り続けた。上告人胡賢忠は次のように原審で陳述している。

「当時私は隔離病院の乙部の2階に隔離されていました。そのとき私が窓から見たことなんですけれども、開明街、この町なんですけれども、その道路の上に白い粉がありまして、真っ白になりました。後で分かったんですけれども、それは消毒用の薬でした。」

「そのほかに5つか6つくらいのひつぎ、まあ木造のひつぎなんです

けれども、それが見えました。」

「当時はまあいろいろ考えました。で一番気になるのは、私の両親はそのひつぎの中にいるかどうかということを考えていました。というのは甲部に入った人はほとんど出てこなかったわけです。で当時は私は非常に心が苦しかったです。でしかも、非常に焦っていました。でもうほかのことも何もできずに涙、泣くだけでした。」

「両親の死去ということが分かったのは、私の隔離がすんでから、隔離病院を出てから、私の1人の年配の方から聞きました。」

「まあ私は泣きながら考えたんですけれども、両親も死にましたし、お姉さんと弟も死にました。私はもう両親がいなくて、そして家族もいない孤児になってしまいました。これからはどうやって生きていくのか、そしてだれを頼りにして食べていくのか、どこで住もうかということを考えていました。非常に悲しかった、で苦しかったです。」

以上のように上告人胡賢忠は、家族を失い家も防疫のために燃やされ、わずか9歳で孤児となり、伯母の家や更に北京の伯父を頼ったりしたが、いずれも生活苦から長居はできず再び寧波にもどった。結局、同上告人は細菌戦のために学校にも行くこともできず、13歳のころから開明街北側の革靴屋で働いて生きてきたのである。

上告人胡賢忠は、苦しかった当時を振り返って、次のように陳述している。

「私の家庭というのはもともと、やや裕福な家庭でしたけれども、その裕福な家庭から一転して両親ももちろん家族は全部亡くなり、私は孤児になりました。9歳の孤児として、その感情というのは本当に言葉で表せるものではないと思います。私として、私の運がなぜこんなに悪かったかということはずっと考えているんです。そういうことで、夜寝たときなんですけれども、まあそのときは大体床に寝たんですけれども、夜寝たときはもう知らず知らずに泣いてしまって、これから生きていけるかどうか、考えていました。13歳の子供が自力で生計を維持するということは非常に難しいことです。」

なので細菌戦が私に与えた悪い影響はもう私生涯でも忘れられないことです。」

「尊敬する裁判官の諸先生方、私は孤児から成長してきた者です。この一審の判決なんですけれども、まあ私たちは敗訴となりましたが、その結果というのは非常に不公平で非常に公正ではないと私は思います。今後戦争がないように、ずっと平和であるように、ほかの人々は幸せに生活できるように、世界に戦争がないように、平和のために、裁判官の諸先生方に対して私たちが勝訴であるように公正な判決を下すように強く求めます。」

以上のような細菌戦被害者の悲痛な叫びに日本の司法は誠実に向き合い、彼らの謝罪と賠償の請求が法的な権利であることを認めるべきである。

5 被上告人の細菌戦に関する責任の重大性

(1) 原判決が引用する一審判決は、本件加害行為を行った731部隊について、「同部隊は、昭和13年(1938年)ころ以降中国東北部のハルビン郊外の平房に広大な施設を建設してここに本部を置き、最盛期には他に支部を有していた。同部隊の主たる目的は、細菌兵器の研究、開発、製造であり、これらは平房の本部で行われていた。また、中国各地から抗日運動の関係者等が731部隊に送り込まれ、同部隊の細菌兵器の研究、開発の過程においてこれらの人々に各種の人体実験を行った。」と認定した。

被上告人国の責任原因について検討する意味でも、731部隊の設立及び活動内容について確認していきたい。

(2) 日本は、1931年9月、自ら南満州鉄道を爆破した柳条湖事件からいわゆる満州事変を起こし、敗戦まで中国侵略戦争を続けた。この14年間の中国侵略の中で、日本軍は、国際法を無視して細菌戦を研究し、実戦で細菌兵器を使用した。

これより先、日本は、日清戦争で中国から台湾等を割譲させ、日露戦争で租借地関東州(旅順・大連など)と南満州鉄道を獲得、以降、関東

軍を使って中国東北地方における日本の権益の確保・拡大をめざしていた。柳条湖事件後まもなく、関東軍は中国東北部（旧満州）のほぼ全域を占領し、翌32年3月には、日本の傀儡国家「満州国」が建国された。

その後日本は、中国の華北の一部を当時の中国国民政府（国民党政権）の支配から切り離そうとする「華北分離工作」を続け、37年7月、ついに北京近郊で中国軍との武力衝突を引き起こし（盧溝橋事件）、日中両国は全面戦争に突入した。ただちに日本軍は、華北では北京・天津を占領したのち鉄道線沿いに南下して諸都市を占領し、華中では8月に上海に上陸してこれを占領した。さらに12月には首都南京を陥落させ、このとき南京大虐殺事件を起こした。翌38年には5月に徐州を、10月には武漢をそれぞれ占領した。しかしこれ以降、中国は新たに重慶を首都とし、侵略に対する抵抗・反撃を強め、日中両軍は対峙段階に入った。1941年12月、日本軍は真珠湾攻撃とマレー半島上陸を行い、日中戦争はアジア太平洋戦争に発展した。これ以降も敗戦まで、日本は中国大陸に100万人規模の軍隊を配置して侵略戦争を継続したが、中国の抵抗は強く、ついに1945年8月、日本軍は中国に降伏した。

以下、日本軍における細菌戦部隊の創設の経過について、詳述する。

- (3) まず「満州国」が建国された32年、東京の陸軍軍医学校に防疫研究室がつくられた。翌33年、中国東北の黒龍江省5常県背陰河に防疫班（東郷部隊）が設置された。東郷部隊は、一時東京に戻ったのち、中国東北の^{ハルビン}哈尔滨市南崗に移転した。36年4月、関東軍参謀長板垣征四郎は、陸軍次官梅津美治郎あてに「細菌戦準備の為」の「関東軍防疫部」の新設を要求、その結果、同年8月、東郷部隊は「関東軍防疫部」として天皇の軍令にもとづく正規の部隊となり、^{ハルビン}哈尔滨市南東24キロ^{ビンファン}の平房に施設の建設を開始した【次頁地図】（甲3の11頁）。

右の部隊は、表看板としては軍隊における「防疫」や「給水」、すなわち伝染病の予防と浄水の供給を掲げていたが、実態は、細菌兵器の開発と実用化をめざす秘密機関だった。戦線が拡大するにつれ、兵員の消耗や物資の不足が深刻となり、とりわけ兵器の近代化の遅れが顕著になると、細菌兵器は、安価に製造でき、かつ敵国に無差別な大量被害を与

えることができるとして重視されたのである。

- (4) 1936年秋、関東軍防疫部のために囲い込まれたハルビン郊外平房の6平方キロメートルにわたる地域で、施設の建設が始まった。38年6月には、「関東軍参謀部命令第1539号」にもとづき「特別軍事区域」が設定され、部隊の周囲を「無人区」とするため、中国人農家546戸が強制的に立ち退かせられた。こうして日本の細菌戦の中核となる部隊の本部官舎、細菌製造工場、各種実験室、監獄、専用飛行場、隊員家族宿舎などが建設された（甲30の68頁以下、甲54、甲110、甲184）。

施設の中心は、約100メートル四方、3階建ての「口号棟」とよばれたビルであり、1940年に完成した（甲560。関東軍防疫部は1940年に「関東軍防疫給水部」と改称され、翌41年、「731部隊」の部隊番号をもつようになる）。

部隊の中核は4つの部から構成されていた（甲109）。その第1部の細菌研究部と第4部の細菌製造部はこの「口号棟」に置かれ、ペスト、コレラ、チフス、炭疽菌などが研究・製造された。別棟に置かれた第2部は、実戦研究を担当し、植物絶滅の研究班や昆虫（ノミなど）の研究班、さらに航空班などがあつた。ハルビン市南崗の陸軍病院に置かれた第3部は、部隊の正式名称にかかわる「防疫給水」のための濾水器の製造のほか、ペスト菌などを入れる細菌戦用の陶器製爆弾の容器を製造した（甲32の21頁）。

第4部では、「口号棟」の3棟、5棟で、細菌の大量生産が、石井式培養缶（甲87）を用いて行われた。

元731部隊員の証人篠塚良雄は、実際に大量生産された細菌の種類と特徴について、一審法廷で次のように供述する。

「私たちが教えられたのは、この石井式培養缶、これは3パーセントの普通寒天培地に増殖する通性好気性菌はすべて培養できるんだと。破傷風、結核菌を除けば、ほとんどのものができるんだと、このようなことも聞きました。実際、私どもが行ったのは、赤痢、チフス、パラチフス、コレラ、ペスト、脾脱疽菌。1941年以降は、特に

脾脱疽菌、ペスト菌、コレラ菌が多かったと、このように記憶しております。私どもは、この培養に当たっては、何の細菌を作るんだと、はっきりと言い渡されてはおりませんでした。しかし、私たちはかき取った細菌のにおい、形、濁り具合、これらによって判断したわけであります。赤痢菌は昔のキュウリのような、確かににおいがしました。チフス菌は、比較的きれいなものであります。培養したコロニーと言われている集落を見ると、真珠か何かのような感じすらしました。脾脱疽菌は、濁りが強いと、コレラ菌はガサガサしている、このようなことから、区別しました。また、ペスト菌、これは納豆をかき回して引っ張るような感じ、糸を引くと。ペストに感染して死んだ隊員が多くいます。恐らく、この糸が切れなくて感染したんだろうと、私はこのように思っております。このような特徴を、この中で知ることができました。」（篠塚調書 22頁）

「口号棟」の中庭には、400名を収容できる特殊監獄が建設された。この特殊監獄には、日本の支配に抵抗した、あるいは抵抗したとみなされて捕えられた中国人、ロシア人、朝鮮人、モンゴル人などが収容された。これらの人々は、名前を奪われて「マルタ（丸太）」と呼ばれ、1本、2本と数えられた。彼らは、「口号棟」の中の解剖室や野外の実験場で、人体実験に使われ次々に殺されていった（甲25の92頁）。

人体実験では、細菌を注射・塗布して観察する生体実験を始めとして、動物の血液との交換、人為的な凍傷、減圧実験などありとあらゆることが行われた。また平房から120キロ離れた安達^{アンダー}に設けられた野外実験場では、被験者を杭に縛り、飛行機からペスト菌弾や炭疽菌弾、毒ガス弾を投下・炸裂させ、効果を測定する実験などが行われた（甲131ないし甲137、甲142の91頁）。ハルビン市松花江の中州^{ソオンホアジャン}でも同様の野外実験が行われた。

細菌兵器のうち、もっとも殺傷力が高いと評価された「ペスト感染ノミ」を撒布する方法は、上記のような研究・実験から生み出された。ペスト感染ノミは、ペスト菌を注入したネズミにノミをたからせ、その血を吸わせて生産された。

ペスト感染ノミを使う方法は、ペスト菌を空中から撒布すれば菌は死滅するという当時の世界の生物学界の常識をはるかに越える独自のものであった。ペスト菌の場合も他の菌と同様に、特に上空から裸の菌を投下する場合、空気の抵抗や気温の変化によって菌が死滅するおそれがあるうえ、撒布作業をする人が菌に汚染される可能性が高かった。そこで考案されたのがペスト感染ノミを製造しそれを撒布するという方法である。ノミは、人間へのペスト感染を最も媒介しやすいうえ、裸の菌よりも空気の抵抗、気温の変化に比較的強いからであった（甲3）。

(5) 細菌戦部隊の創設には、軍医石井四郎の役割が大きかったが、細菌戦の研究と実戦という戦略的課題は、日本陸軍の中央部が認可し推進したものであった。

したがって、細菌戦部隊（東郷部隊、関東軍防疫部）が当初、日本陸軍が主敵と見なしていたソ連に近い中国東北に設置されたことは当然である。また同部隊の4支部（牡丹江、林口、孫呉、海拉尔）も、ソ連との国境線に沿って配置された。細菌戦が最初に行われたのは、1939年の関東軍とソ連軍が衝突したノモンハン事件においてのことであり、ハルハ河の上流ホルステン河にチフス菌が流された（甲86の11頁）。

他方、日中戦争は、国共合作を実現した国民党軍と共産党軍の頑強な抗戦により、戦線は膠着した。日本陸軍は、北支那方面軍、中支那派遣軍（のち支那派遣軍に拡充）などを編成して1938年の後半には中国戦線に100万の兵力（これは当時の日本軍の総兵力の約8割に相当する）を動員したが、同年の徐州作戦と漢口作戦では国民党軍の主力を捕捉することに失敗し、国民政府は四川省重慶に移転して抗戦を続けた。また共産党軍は、華北を中心に日本軍占領地の後方にゲリラ戦地区を建設して、日本軍を消耗させたのである【次頁地図】。

さらに1939年9月、ヨーロッパで第2次世界大戦が勃発した。日本の中国侵略戦争が継続・拡大し、日米間の対立が激化する中で、翌40年9月、日本は、日独伊3国同盟に調印した。ドイツのヨーロッパにおける軍事的勝利に期待をかけつつ、日本は、南方の東南アジア等を新たに侵略することによって、事態を一気に解決するという戦略を打ち出

したのである。

このような状況のもとで、日本軍は、細菌戦研究を強化し、細菌戦部隊の規模を拡張していった。すなわち、関東軍防疫給水部（731部隊、ハルビン）に加えて、中国では北支那防疫給水部（1855部隊、北京）、中支那防疫給水部（1644部隊、南京。甲57、甲58）、南支那防疫給水部（8604部隊、広州）が40年までに編成され、42年には南方軍防疫給水部（9420部隊、シンガポール）が編成された（括弧内は部隊番号と本部所在地、以下部隊番号も用いて表記する）。さらに、これらの各部隊には、数個から十数個の「支部」が設けられた（甲559）。

日本軍の細菌戦は、これらの諸部隊が直接間接に参加して、中国の各地に対して行われたのである。

- (6) 1940年、日本陸軍の中央部は、細菌兵器の使用を本格的に検討し、細菌作戦発動を命じた。天皇の命令たる「大陸命〔大本营陸軍部作戦命令〕」にもとづき陸軍参謀総長が出す作戦の具体的な指示である「大陸指〔大本营陸軍部作戦指令〕」の「第690号」が発令されたのである。

6月5日、陸軍参謀本部作戦課の荒尾興功、支那派遣軍参謀井本熊男、南京・1644部隊長代理の増田知貞の間で細菌戦実施についての協議が行われた。協議の結果、攻撃目標は浙江省の主要都市とすること、実施部隊は支那派遣軍総司令部直轄とし、部隊責任者は関東軍防疫部長石井四郎とすることなどが決定された。作戦方法は、飛行機による菌液撒布とペスト感染ノミの投下であった。

7月25日、関東軍は「関作命〔関東軍作戦命令〕丙第659号」（甲20の証拠書類保管文書830号）を発令した。この作戦命令は、浙江省への細菌戦のために731部隊員で臨時編成された「奈良部隊」の人員・器材の輸送を命じたものであった。同命令によってハルビンを出発した「投下爆弾700発、自動車20両」などの器材が、8月6日、前線基地とされた浙江省杭州^{ハンジョウ}に到着した。2日後には、1644部隊と731部隊からの総勢120名の隊員が杭州に集結した（甲88の14頁）。

元 7 3 1 部隊航空班の証人松本正一は、本法廷で、杭州から「寧波作戦」に航空班のパイロットの「ほとんど全員が参加した」（松本調書 3 2 頁）と供述している。

これ以後、具体的な攻撃目標の搜索が行われた。9 月上旬、細菌戦の攻撃目標に寧波ニンポと衢州チュジョウが決まり、金華ジンホアも候補にあげられた。このうち、寧波は中国東南部における重要な港湾都市であり、衢州・金華は浙江省から江西省に通じる浙ジアンシ・鉄道上の要地であった。9 月 1 8 日、攻撃目標の候補地に玉山ユイシャン、温州ウエンジョウ、台州タイジョウなどが加えられた上、浙江省への細菌戦が始まった。

9 月 1 8 日から 1 0 月 7 日までに、コレラ菌、チフス菌、ペスト菌による 6 回の細菌攻撃が行われた。この 6 回の攻撃では、菌液撒布とともに、1 0 月 4 日の衢州に対する攻撃の場合のようにペスト感染ノミが投下された（甲 1 1 3）。続いて 1 0 月下旬、寧波にやはりペスト感染ノミが投下された。1 1 月末、金華にペスト菌が投下された【次頁の井本日誌参照】。

攻撃対象となった地域のうち、少なくとも衢州と寧波の 2 カ所で大規模なペスト流行が発生した。

1 1 月 2 5 日に、陸軍参謀総長杉山元は、支那派遣軍と関東軍に対し「大陸指第 7 8 1 号」（甲 2 1）を発し、1 1 月末日をもって作戦を終了させることを指示した。

(7) 1 9 4 1 年の前半、日本陸軍の中央部や関東軍防疫給水部（7 3 1 部隊）、北支那防疫給水部（1 8 5 5 部隊）、中支那防疫給水部（1 6 4 4 部隊）は、前年の細菌戦実施の結果をふまえ、攻撃方法や細菌増産のための施設拡充などについて、さまざまな検討を行った。また、1 9 4 1 年 6 月のドイツ・ソ連間の戦争開始に伴って行われた陸軍の対ソ連戦争準備（同年 8 月中止）の期間、7 3 1 部隊は対ソ戦用のペスト感染ノミの増産をはかった。

細菌戦再開が決定され、陸軍参謀総長名の「大陸指〔大本営陸軍部作戦指令〕」が発令されたのは、9 月 1 6 日になってのことである。攻撃の対象に選ばれたのは、洞庭湖に近い湖南省西部の戦略要地常德フワンであ

り、目的はペストの流行による国民党軍の交通路遮断であった。今回の作戦の中心となったのも、前年と同様、731部隊と1644部隊であり、731部隊からは40ないし50名が派遣され、作戦参加者の総数は約100名であった(甲112)。

1941年11月4日、日本軍は、湖南省の常德市に対し、細菌戦を実行した。同日、731部隊の航空班増田美保^{よしやす}は、97式軽爆撃機を操縦して飛行場を午前5時30分に離陸し、常德に6時50分に到着した。ペスト感染ノミとそれを保護する綿・穀物など36キログラムが、常德の上空高度1000メートル以下から投下された。この常德に対する攻撃には江西省の南昌^{ジアンシイ ナンツァン}の飛行場が使われた。

井本日誌には同日の細菌作戦の報告が直接記載され、実行者(731部隊の増田美保)、攻撃機の型式や攻撃時間、投下時の高度、さらにペスト感染ノミを飛行機の機体の下に取り付けられた函に入れ、その函のフタを開けて投下させる方法をとったこと等がわかる【次頁の井本日誌参照】。

井本日誌に記載のある「ホ号」とは、日本軍内部では細菌作戦を意味していたが、細菌兵器の使用がジュネーブ・ガス議定書に違反する行為なので、「ホ」「ホ号」「保」の隠語で記載した。このことから、日本軍の細菌作戦が秘密作戦として行われたことを記している。また、「アワ 36 kg」とは、ペスト感染ノミ36キログラムのことで、これが常德に撒布された。しかも、細菌戦実行後の常德のペスト流行の報告がなされている。

増田美保は、薬剤将校で、731部隊で特別にパイロットに訓練された人物である(甲565)。

11月12日、最初のペスト患者が発見された。翌1942年にかけて常德の市街地・農村地区、および近隣の桃源県でペストが流行する。日本軍は、情報収集によって攻撃が成功したと判断し、ペスト感染ノミの空中投下という方法に自信を深めた。

なお、1941年12月8日、日本はアメリカとイギリスに対し宣戦を布告し、太平洋戦争の開戦にふみきった。かつての日清戦争の宣戦の

詔書には、「苟モ国際法ニ戻ラサル限り各々権能ニ応シテ一切ノ手段ヲ
尽スニ於テ必ス遺漏ナカラムコトヲ期セヨ」と国際法に準拠すべきこと
が明記されていた。日露戦争、第1次世界大戦の宣戦・開戦の詔書も同
様であった。しかし、この太平洋戦争の宣戦詔書には、こうした文言が
全く見られないことは、きわめて示唆的である。事実、日中戦争につづ
き、アジア太平洋戦争にあっても、日本軍は国際法違反の細菌戦を計画
し、実行するのである。

- (8) 1942年の細菌戦は、戦争があらたな事態を迎える中で実行された。
同年4月18日、太平洋上の空母を発進した米軍爆撃機が、初めて日本
本土を空襲し、日本の政府と軍に大きな衝撃を与えた。米軍機は中国浙
江省の都市を着陸予定地としていたため、同月30日、大本営は急遽浙
江省から江西省に通じる浙贛鉄道沿線の諸都市を攻撃し、飛行場を破壊
する作戦を決定し、「大陸命〔大本営陸軍部作戦命令〕第621号」を
発令した。この浙贛作戦（せ号作戦）は、第13軍の6個師団と第11
軍の2個師団、計8個師団を動員する大規模な作戦であった【次頁地図
参照】。

陸軍中央と石井四郎（当時軍医少将）は、この作戦の中で細菌攻撃を
実施することを決定した。だがこの細菌攻撃について、第13軍司令官
沢田茂中将は、陣中記録に、「石井部隊の使用、総軍〔支那派遣軍総司
令部〕よりも反対意見を開陳せしも大本営の容るる処とならず。大陸命
を拝したりとならば仕方なきも作戦は密なるを要す。」（6月25日の
項）、「石井少将連絡の為、来著す。其の報告を聞きても余り効果を期
待し得ざるが如し。効果なく弊害多き本作戦を何故続行せんとするや諒
解に苦しむ。」（7月11日の項）と記している。

すなわち、この時の細菌戦実施は、極秘作戦として大本営で決定され、
現地の支那派遣総軍や第13軍の実施反対は拒否されたのである。細菌
戦の陣頭指揮にあたったのは石井四郎である。

7月には、ハルビンの731部隊派遣隊が南京に到着、ここで南京・
1644部隊の部隊員と合流した。要員総数は150ないし60名であ
り、8月初めには作戦実施のための配備が終了した。今回の細菌戦は、

これまでの航空投下と異なり、主に地上撒布の手段が用いられた。すなわち、13軍など日本軍は所期の飛行場破壊の目的を達成し、同月中旬から1部の占領地を除いて撤退を始めたが、この撤退のさい、さまざまな方法で細菌が撒布されたのである。その目的は、日本軍撤退後に復帰する中国軍の行軍ルートや拠点都市に伝染病を流行させることによって、飛行場の再建を不可能にすることであった。

江西省の上饒シャンルアオ（旧称広信）や玉山では、ペスト感染ノミやペスト菌を注射した野ネズミが放たれ、同省の広豊グアンフォンでもペスト感染ノミが放たれた。さらに玉山では、ペストの乾燥菌を付着させた米を撒いて、その米を食べたネズミを感染させる方法も試みられた。

また浙江省の衢州リシヨイ・麗水では、ペスト感染ノミの他、チフス菌やパラチフス菌が撒布された。さらに同省の常山チャンシャンと江山では、コレラ菌を井戸に直接入れる、食物に付着させる、果物に注射する、などの方法が採られた【次頁の井本日誌参照】。これらの謀略的な細菌地上撒布により、前記諸都市ではコレラやペストをはじめ多数の伝染病患者が発生した【次々頁地図参照】。

さらに、この1942年には、日本軍は太平洋戦域でも細菌戦を実行しようとした。たとえば、フィリピンのバターン半島に立てこもったアメリカ・フィリピン軍に対する細菌戦が準備されたが、準備中にアメリカ軍らが降伏したため中止された。また、サモア、アラスカのダッチハーバーや、オーストラリアの主要都市、インドのカルカッタに対する細菌戦が検討されていた。

(9) 1943年、ソロモン諸島ガダルカナルからの撤退後、太平洋における日本軍の敗勢は明確なものとなった。中国での戦争も、本来の中国政府を屈服させるという目的を放棄し、占領確保のための作戦が中心になった。

こうした状況下に、ハルビンの731部隊、北京の1855部隊、南京の1644部隊、広州の8604部隊、シンガポールの9420部隊の日本軍細菌戦部隊は、ペスト感染ノミとネズミの増産に力を入れ、中国の他の地域に対してだけでなく、ビルマ、インド、ニューギニア、オ

ーオーストラリアなどに対する細菌攻撃も検討された。

なお、同年9月、日本軍第59師団防疫給水班は、中国山東省西部で、^{シャンドオン}コレラ菌撒布により、細菌兵器の効果を実験し、あわせて行軍中の日本軍部隊の防疫能力を試す細菌戦を実施している（甲2の44頁）。

(10) 1944年になると、日本軍は、太平洋の制海権・制空権を完全に奪われ、南太平洋の拠点を次々に失った。同年6月には、大本営が前年に設定した「絶対国防圏」の要域であるマリアナ諸島のサイパン島に、アメリカ軍が上陸した。陸軍参謀本部作戦課は、潜水艦を使ってシドニー、メルボルン、ハワイ、ミッドウェーを細菌攻撃する計画を立て、さらにサイパン島攻防戦では、実際に細菌攻撃部隊が船で派遣された。この部隊の1部はサイパン島で玉砕、1部はトラック島に向かう途中で米軍潜水艦により撃沈された。同年7月、サイパン島が陥落すると、これを奪回するための細菌攻撃が検討されている。

(11) 1945年1月、陸軍中央部は、細菌戦の戦略的实施を中止する決定を行った。太平洋戦線における戦況の悪化は、もはや大規模な細菌戦実施を不可能にしていたのである。

だが、中国東北では、事情が異なった。ソ連の参戦が確実となった2月以降、石井四郎が第三代部隊長に復帰し、弱体化した兵力を補うべく、関東軍とその細菌戦部隊である731部隊は、ペスト菌の大増産計画を立てた。「満州国」の行政権力を通して民衆から大量のペスト菌培養用のネズミ類（ハタリス）が集められ、設備も増強された。さらに、国境線に配置された731部隊の4支部は、関東軍の各軍の指揮下に置かれたのである。1945年6月当時の731部隊は、関東軍防疫給水部略歴によれば、3550名の人員を要した（甲555）。

こうした対ソ連細菌戦準備は、同年8月、日本の敗戦直前まで続けられた。

8月9日のソ連参戦後、731部隊はその細菌戦研究・細菌兵器製造等の一切の施設を破壊し、收容されていた「マルタ」を全員殺害して撤退した（甲31の14頁以下）。

だが、中国人に対する加害行為は、これだけでは終わらなかった。施

設跡から逃げたネズミやノミによって、周囲の村落およびハルビン市内にペストが発生した。少なくとも数百名の死者を出したこの流行は、1959年まで続いた（甲78）。

6 細菌戦はホロコーストに比すべき残虐で非人道的な犯罪行為

原判決が引用した一審判決は、「ペストは社会形態を介して伝播し、人々を次々に死に追いやることから、差別とお互いの疑心暗鬼を招き、地域社会の崩壊をもたらすとともに、人々の心理に深刻な傷跡を残す。」「ヒト間の流行が治まった後も、病原体が自然の生物界で保存され、ヒトの間に感染する可能性が長く残存する。その意味で、ペストは、地域社会を崩壊させるだけでなく、環境をも長期間に渡って汚染する病気である」と認定した。また「コレラは、伝染力が強く、次々と死者が出ると地域社会において差別やお互いの疑心暗鬼を招くことも多い。」（一審判決35頁、36頁）と認定した。

(1) 旧日本軍731部隊などの細菌戦部隊が中国各地で行った細菌戦は、戦争犯罪という言葉だけでは決して言い尽くせない、実におぞましい悪魔の所業というべきものであった。

細菌戦のために、軍医を集めて秘密部隊を創り、また日本中から有能な医学者、昆虫学者などを軍属として採用し、その細菌戦部隊の中でペスト菌を生産し、鼠をペストに感染させ、ペストに感染した昆虫のノミを大量生産し、空中から人の住む街や村に投下するという行為、戦闘とは全く無関係の一般住民を空中からペストやコレラなどの疫病に感染させ、その地域一帯に疫病を大流行させるという行為は、細菌兵器開発のための人体実験も含め、作家森村誠一が名付けたとおり、「悪魔の飽食」を彷彿とさせる。

明らかに日本が中国で行った細菌戦の残虐さ、非人道性は世界史的にみてドイツ・ナチスが行ったホロコーストにも比すべきものであった。

典型的なジェノサイドであり、中国の一般住民に対する大量無差別虐殺行為である。本質的に言うならば、まさに細菌戦は、ナチスが犯したアウシュヴィッツ等での毒ガス等によるユダヤ人・ポーランド人などの

民族抹殺的な大量虐殺行為と何ら異ならない、人類史上最も残虐な行為なのである。

- (2) 細菌戦部隊の本質は、日本帝国主義の中国東北部の植民地支配（傀儡「満州国」のでっち上げ）の残虐性と、中国侵略戦争の民族差別的特質にある。農地を強奪して細菌兵器製造施設を建設し、農民を勞工として強制労働させ、更には抗日派を含む中国人を特別監獄に投獄して生体実験の材料とした。これらは植民地支配の故に可能だった。また大量殺戮を企図した細菌戦の民族差別性は明白である。

実は、日本が細菌戦部隊の事実をいまだに認めない動機は、中国植民地支配の残虐な実態が暴露されることへの恐れ、国策として中国に対して民族抹殺を含む民族差別政策をとってきたことが暴露されることへの恐れにあったのである。

- (3) 731部隊は、細菌戦によって、明らかに軍事的拠点でもなく、また軍事的目標も存しない中国の普通の一地方都市や農村に対して、戦闘機からペスト感染ノミを投下せしめ、あるいは地上で謀略的な手口をもちいてコレラ菌入りの食物を食べさせるなどして、中国兵ではなく中国の民衆を大量に虐殺したのであった。

このような集団殺害行為は、当時から国際法上の人道に対する罪に該当し、また現在の国際法上の概念ではジェノサイドにも該当するものである。

細菌兵器は、少量が使用されても大きな破壊力を有する潜在力をもっている。その破壊作用は長期間にわたり、一度おさまっても、二度三度流行することもある。

細菌兵器の本格的な開発、製造、実戦使用を行ったのは日本軍の731部隊などの細菌戦部隊がはじめてである。

細菌兵器は、その開発過程において不可避免的に残虐な生体実験を内包する。

- (4) 731部隊は、日本が植民地支配を行っていた旧「満州国」ハルビン市郊外の平房に接收した610ヘクタールの広大な土地に本部を置き、各種細菌の培養・製造室、蚤・小動物（細菌媒体）の飼育室、特殊監獄、

専用飛行場、宿舎等の大規模施設を建設して、チフス、コレラ、赤痢、ペスト、炭疽、凍傷などの研究・培養を行った。その際、常時200人から400人の「マルタ」すなわち捕虜を生体実験に用いて前記各種の細菌を培養し、細菌兵器を開発・製造したのであった。

細菌戦がもたらす被害の特徴は、その無差別性と致死率の高さにある。731部隊の用いた細菌兵器は、致死性の高いペスト菌またはコレラ菌である。これらの細菌が引き起こす病気は激しく、長期間流行する。一家族、一地域の大半が全滅する例が多い。

さらに細菌戦のもたらす被害の特徴は、伝播により被害範囲がどんどん広がるということにある。被害範囲は、人や鼠のノミを介した病原菌の伝播により、直接の攻撃対象地区にとどまらず、周辺の地域にどんどん広がっていく。

日本軍は、平房などで行われた大量の捕虜を使った人体実験によって開発された細菌兵器を、戦争史上初めて、大規模に実戦使用したのであるが、生体実験の残虐さと、細菌戦の残虐さは、表裏一体をなすものである。

7 本件細菌戦による衢州のペスト被害

(1) 細菌兵器の投下直後の被害

1940年10月4日午前9時頃、日本軍機1機が衢州市（当時衢県、以下旧称を用いる）の上空に低空で飛来し、旋回の後、麦や粟などとともにペスト感染ノミを撒布した。日本軍機が飛び立った後、県城（市街地）内の柴家巷・羅漢井一帯の住民たちは屋根や地面のいたる所に散乱している投下物を発見した。同日、県の防護団及び衛生院は、投下物のサンプルを収集し、県知事に報告した。そして午後には県知事の指示で、住民を総動員して投下物の清掃と焼却が行われた（甲98、証人邱明軒作成「鑑定書」参照）。

日本軍の空襲の17日後、衢県県城では大量の死んだネズミが発見された。さらに20日後の11月12日、柴家巷3号の住民呉士英（女、12歳）が発病し、翌日、羅漢井巷5号の黄廖氏（女、40歳）、柴家

巷4号の鄭冬弟（女、12歳）が相次いで発病した。前記3名はいずれも発病後3、4日で死亡した。つづいて発見された患者にも高熱、頭痛、鼠径腺腫、嘔吐などの症状があり、県衛生院は20日、腺ペストと診断した。この診断は、のちに福建省から派遣された防疫専門官が行った顕微鏡検査、細菌培養、動物接種により確認された（甲56）。

衢県のペストは、日本軍機から投下されたペスト感染ノミが、まずネズミの間でペストを流行させ（当時、捕らえられたネズミ1588匹の8・4%にあたる133匹からペスト菌が発見された）、これが人間に感染し、流行が引き起こされたものである。

衢県では1940年以前にはペストが発生した歴史事実はなく、また同年のペストは、日本軍機によって穀物やノミが投下された地域に集中して発生した。

11月下旬以降もペスト発病者の数は増え、柴家巷、羅漢井巷、水亭街、美俗坊、上営街、寧紹巷など隣接する数カ所の通りでペスト感染者が続けて見つかった【次頁地図参照】。

11月22日、報告を受けた浙江省等を管轄する国民党軍第3戦区司令部は、ペスト流行地区をまず封鎖するように衢県駐屯の軍政部防疫部隊に命令した。同日、衢県の各界・各団体の緊急会議が開かれ、衢県ペスト防疫委員会設立を決定するとともに、流行地区の封鎖、医療従事者の組織、隔離病院・隔離所の設置を決定した。ペスト感染者は隔離病院に入れ、患者の家族や流行地区の住民は隔離検査のため、それぞれ流行地区内の隔離所と衢江に浮かぶ船に移転させるなどの措置がとられた。さらに防疫委員会は、ペスト予防についての宣伝活動、学校閉鎖、ペストワクチンの予防接種、ペスト患者の出た住宅の焼却などを行った。

1940年末までに関係当局に報告されたペストによる死者は、ペスト患者25名中、24名であった。ただし、ペスト患者の家族の多くは、家族全員が隔離され、家を焼かれることを恐れ、患者を別の所に隠して報告しなかったため、実際の患者・死者数はこの数値を上回る（甲3の176頁）。

別紙「上告人及び死亡親族一覧表」の上告人番号1、2、6の死亡者

欄記載の5名は、この1940年のペスト流行で死亡したものである。

例えば、上告人程秀芝の姉程鳳娜は、同年12月5日の深夜、突然頭が痛いと訴え、顔色を赤くし、高熱も出たので、医者に診断してもらい、その結果、ペストに感染していることが判明し、衢州の防疫部門の人によって、寧紹 薬皇殿の隔離室に送られた。同人は、隔離室の中で、何度も寝返りを打ち、苦しく呼び、意識不明になり、翌日亡くなった。発病から死亡までたった29時間だった。遺体は筵で結ばれて他の所に送られた。どこへ送られたかは今でもわからない。

(2) 2次被害

衢県でのペスト被害は1940年だけに止まらなかった。翌41年3月上旬、ペストは衢県城の坊門街で再発し、まもなく城内十数本の通りで同時に発生した。現地政府は即刻、衢県臨時防疫処を設立し、防疫隊を派遣したが、流行は次第に激しさを増していった。

41年6月、衢県のペスト撲滅のため、国民政府衛生署外国籍防疫専門官でペストの専門家であったポリッツァー（Robert Pollitzer）が派遣された。彼は臨時防疫処の検査科長を自ら担当し、防疫活動を指導した。

衢県でのペストは、県城内の58の街から郊外農村の13の郷鎮に広がった。衢県のペスト流行は同年の12月になってようやく終息した。

中国の統計によれば、41年に衢県県城地区で発生したペスト患者は281人、うち死者は274人である。

このほか、衢県でペストが流行していた間、日本軍の飛行機が頻繁に県城を空襲したため、城内の住民は農村に疎開し、ペストは近代的な医療体制が全くなかった農村に広く蔓延した【次頁地図参照】。県城地区とその周辺農村をあわせれば、ペストによる死者は、1940年10月から翌41年12月の間に、少なくとも2000人にのぼった。

別紙の上告人番号3ないし5、7、8、10ないし14の死亡者親族21名は、この1941年のペスト流行で死亡したものである。

例えば、上告人呉方根の父呉秋狗は、1941年4月初め、ペストに罹患し、頭痛を訴え、発熱して体温は40度余りに達し、顔が耳まで赤くなり、まもなく横になったきりで起きあがることが出来なくなった。

同人は、両腿のリンパ腺は卵大に大きく腫れ、しだいに舌が回らなくなり、言葉がはっきりしないようになり、お茶や水をひっきりなしに求め、苦しがり、両眼もぼんやりとして、氣息奄奄の状態で一昼夜苦しみ続け、遂に亡くなった。遺体は直ちに防疫係員によって運び去られ、身内による埋葬をすることは許されず、葬式もできなかった。

また、1941年5月初めのある日、上告人呉世根の弟陳小世根（9歳）が突然高熱を出した。同上告人の両親は、最初風邪を引いたのだらうと思いこみ、漢方薬を探し治療に与えたが、3日間が過ぎて病状はますます悪化し、1週間も経たないうちに亡くなった。

そして彼が死んで3日も経たないうちに、同上告人の妹陳四英もこの病気に罹り、わずか5日で他界した。発病したときの同人らの様子は、1日中泣き続け、顔色が紫になり、高熱を発し、リンパ腺は腫れあがり、辛さのあまりに両手で至る所を引っかいていた（甲161）。

(3) 防疫活動と義烏への伝播

民国政府が衢州に対し、11の医療防疫部門で1940年11月15日から1941年末までの間に合計489名もの医療人員を派遣し、防疫委員会を組織して各種の対策を講じた（甲510）。

だが衢県のペストの蔓延は、市街地及びその周辺農村に止まらなかった。それは義烏の市街地、さらに東陽市及び塔下洲を含む義烏周辺の農村にまで伝播することになる。

(4) 戦後に至る被害

ペスト等の流行は、衢州では1948年11月まで続く（証人邱明軒調書4頁）など、各地区の被害が戦後も続いた。

戦後においても細菌戦による衢州市のペスト流行の危険は存続し、12の医療防疫部門で1945年から1966年までに合計456名の医療人員が派遣されて専門治療にあたり、現在なおネズミの保菌調査等の監視と予防活動が続けられ、ペストの再流行を警戒している事実が明らかにされた（甲510、甲507、20頁）。

8 本件細菌戦による義烏のペスト被害

(1) 衢州から義烏への伝播

1941年9月に始まる義烏市（当時義烏県、以下旧称を用いる）のペスト流行は、その前年に日本軍が衢州に投下したペスト菌の伝播によるものである。これ以前に、義烏でペストが発生した歴史事実はない。

最初の発病者は、義烏県稠城鎮（県城）北門街に住む・冠明（男、36歳）であった。同人は、浙・線の義烏駅に勤める鉄道員であったが、41年9月2日、おりからペストが流行していた衢州で感染し、9月5日、列車で自宅へ戻り、9月6日死亡した【次頁地図参照】。これにより衢県で発生したペストは、義烏県に広がった。

(2) 義烏市街地でのペスト被害

1941年10月9日、義烏県衛生院は、県城北門第13保で急病による死者及び死者と同様の症状の患者が6人発生したこと、また病人の家や近隣で死んだネズミ数十匹が発見されたことを、県政府に報告した。これらの死者・患者の病状や死んだネズミの発見から、ペストである疑いが濃厚となった。

これを受けて県政府は、同日、現地稠城鎮の各機関と協議して防疫委員会を設置し、10月11日に義烏県防疫委員会緊急会議を開催した。そこでは委員会の構成を決定し、予防注射の要員配置、隔離病院の設立、浙江省衛生処への要員派遣の要請、さらに宣伝の展開などが決議された。

13日以降、義烏県衛生院の他に、軍政部防疫部隊、衛生署医療防疫隊、赤十字医療隊が稠城鎮に入り防疫活動に従事することになった。この中で10月半ば、軍政部防疫部隊が、細菌検査を行い、伝染病がペストであることを実証した。

11月上旬、義烏県防疫委員会医務班も「真性肺ペスト」の発生を確認した。ついで翌42年1月、患者・死者の血液や肝臓・脾臓に対する検査が行われたが、その検査結果もペスト「陽性」を示した。

1941年9月から42年2月にわたってペストが流行した県城では、1941年初頭にピークを迎えた。

例えば、当時北門に住んでいた上告人金祖池の家は、ペストのため封鎖された地区内にあった。その中で人々は皆、死の恐怖を感じて暮らし

ていた。外出を禁じられ、病人がでると、病人とその家族は隔離所に入れられ監禁状態に置かれた。そのため、祖母陳竹英が感染したときも公にすることはできず、こっそり医者を頼んだ。しかし、医者も感染を恐れて診療に来てはくれず、祖母は苦しみの中亡くなった。そして母吳才英と妹金宝釵も感染して亡くなった。その後母の実家に生き残った兄弟と共に避難したが、家族の中にペストに感染した者がいることを防疫機関の人に知られてしまい、感染していない父まで避難所に連れて行かれたのである。

また、上告人陳知法の兄陳知松（当時25歳）が1941年12月3日ペストに罹り死亡した。翌4日父の陳應奎（当時56歳）もペストで亡くなった。同上告人の家は、同上告人の父と兄が荷物を担いで得た収入で生計を建てていたため、その働き手の2人が死んだので、たちまち貧窮した。2人の死で同上告人の母が昼も夜も泣き続けたが、泣く事以外に何もできなかつた。戦争中だったため、同上告人の父と兄は、先祖代々の墓地に粗末に埋葬されただけだった。

(3) 義烏周辺農村部への伝播

しかし、義烏の防疫活動は、資金不足から患者発生地区の封鎖が遅れ、しかも部分的な封鎖しかできなかったこと、同じ時期により軍事的な要地である衢県にペストが流行し、そちらに防疫部隊がより多く投入されたこと、さらに赤十字医療中隊の隊長劉宗歆がペストに感染して12月30日に死亡したこと、などの諸事情から、困難をきわめた。このような状況のため、ペストは、県城北門一帯から、県前街、東門一帯などほぼ県城内全域に広がり、さらに小三里塘、嶺下、楊村など県城周辺や、同稠城鎮内の義駕山村、下付村、陳村、橋東村、岑頭村、沈村、大水畷村、そして蘇溪鎮の徐豊村や城西鎮の張村、稠関村、東河にまで波及した。翌1942年の3月までの流行の被害は、少なくとも死者230名にのぼる。

義駕山村では、1942年旧正月頃にペストが伝播し、流行した。例えば、上告人陳英芳の亡き父王六奶は、大晦日から正月にかけての2日間の間に父、母、兄弟姉妹、従兄弟の8人をペストで亡くした。わずか

2日の間に、8つもの新しい墓が並んだ。

また、沈村に住んでいた上告人朱桂蘭は、1941年10月から12月にかけて父、母、兄弟姉妹の5人をペストで亡くした。生き残ったのは、上告人朱桂蘭と克明、冬蘭、克文の子ども4人だけになったため、昼になると上告人朱桂蘭と克明は乞食に出かけ、暗くなってから帰る日を送った。ところが、雪が降ったある日、冬蘭と克文はペストに感染し亡くなった。

義烏県城のペストは、隣の東陽市（当時東陽県）に伝播して41年10月から翌42年4月までに、少なくとも113名の死者を出した。

さらに41年中に始まった義烏の農村地区の流行は42年に本格化し、佛堂、蘇溪、廿三里、平疇、青口、前洪、井頭山、官塘下、崇山などの鎮や村落に波及、44年4月に最後の死者が出るまで、2年8カ月にわたって流行が続いた。義烏県城と県城周辺の農村の被害を含めると、義烏県全体のペストの死者は、900名を越える（甲67、甲68、甲69）。

別紙の上告人番号47から59の死亡者欄記載の57名は、このペスト流行で死亡したものである。

9 本件細菌戦による東陽市のペスト被害

1941年9月に義烏県城に発生したペストは、前述したように防疫活動が困難をきわめ、流行地区は日々拡大していった。それに加えて、日本軍の飛行機は爆撃を重ね、城内の住民の多くが農村に疎開したので、12月末には流行は県城全域に及び、さらに郊外や隣接する東陽市（当時東陽県）に広がった。

東陽市は、浙江省中部に位置し、西を義烏と接している。同市の歴史上唯一のペスト流行は、1941年10月から42年4月上旬に発生した。

『浙江省鼠疫流行史』によれば、感染源は、義烏に働きに行った左官が、ペストに感染して八担頭村に帰ったもので、ペストは最初義烏市に近い八担頭村、ついで歌山村で発生し、急速に広がっていった。ペストはあわせて14の村で流行し、少なくとも117人が感染し、113名が死亡した。

別紙の上告人番号60から61の死亡者欄記載の9名は、このペスト流行で死亡したものである。

例えば、上告人趙有中の叔父趙法春（当時36歳）は、体が丈夫だったにも関わらず、ペストにかかり、3日もたたないうちに急に病状が悪化して、11月2日には死亡した。

その後、同人と接触した上告人趙有中の親族、友人および村人たちもペストに感染してしまった。ペストにかかった人の病状は、頭痛と高熱に見まわれ、目が赤くなり、のどが乾き、脇またはそけい部が腫れて、いらだって落ち着かない状況に陥った。病気にかかった人は医者に治療してもらったが効かず、全員死亡した。後には、ペスト感染者は隔離された。ペストで死んだ人は体が紫になり、口から血が出たり、白い泡が出たりした。死者は村の近くにある坂に埋葬された。

10 本件細菌戦による崇山村のペスト被害

(1) 崇山村への伝播と壊滅的なペスト被害

江湾郷の崇山村は、義烏県全体の中でも最大のペスト被害に見舞われた。崇山村は、北の上半分村と南の下半分村の2つに分れており、住宅は極度に密集して建てられていた。

同村のペストは、1942年10月から爆発的に流行した。

1942年10月14日、老哭皮（王煥章）が死亡した。その後の12日間に、王の嫁、息子、孫娘が死亡し、一家全滅となった。そして、王を看病した医師の王道生も死亡した（甲51の35頁）。彼は村で治療活動をしており、盛大な葬儀がとりおこなわれたが、葬儀に来た多数の人に感染した。そのため上半分村でペストによる死者が続出する事態となった（甲89）

ペストが蔓延した当時、上・下の区域を超えた人の交流はほとんどなかったため、上・下半分村との間には流行の時期に差がある。上半分村では11月中旬に猖獗を極めた後、徐々に死者の数が減少し始める。12月上旬にほぼ流行が終結したかに思えたものが、12月に入ると今度は下半分村で死者が多く出はじめたのである。

崇山村のペスト患者は、村はずれの林山寺や、あるいは同じく村はずれにある碑塘殿などに収容されたが、国民政府の防疫隊は全く活動できなかった。

流行が終息する翌1943年1月までに死者の総計は396名にのぼった。これは当時の崇山村の人口1200人の約3分の1に相当する【次頁地図参照】。

別紙上告人番号62から91の69名は、このペスト流行で死亡したものである。

例えば、上告人王麗君の家族の中では、兄（王煥興）と下の姉（王興妹）がペストに感染し、兄煥興は感染して5、6日後、姉興妹は3、4日後に亡くなった。上の姉と母も罹患したが、幸い2人は死に至らなかったが、大変苦しい思いをした。

その主な症状は、発熱とどのの湯き及びリンパ節の腫れであった。兄は脇の下、下の姉は鼠蹊部が腫れた。助かった上の姉はリンパ節は腫れなかったものの食欲不振になり衰弱した（上告人王麗君の陳述書）。

(2) 日本軍による調査と生体解剖

日本軍は、崇山村で流行した伝染病がペストであることを、その流行の当時、確定していた。

1942年5月に始まった浙・作戦により、日本軍は義烏を占領し、9月2日には第13軍22師団86連隊の本部を県城内に設置した。また浙・作戦に随行し細菌戦を展開した1644部隊の隊員10数名も義烏に駐屯していた（甲65）。

11月初旬、右の86連隊員と1644部隊員の調査班が、ペスト流行中の崇山村へ数次にわたり入村し「腺ペスト疑似症」と確認した。ついで近喰秀太大尉（甲59～甲64、甲67）ほかの1644部隊の調査班が、埋葬されたばかりのペスト感染者の遺体を掘り出し、その肝臓から顕微鏡標本を作製してペスト菌を発見した。さらに、11月16日、義烏でペスト調査にあたっていた南京の1644部隊の調査班が、正式にペストであると断定した。近喰の回想には、崇山村村民に対して治療を行ったという記述が全くない。ひたすら疫病に関する情報を収集し、

細菌学的検査の材料を採取しているだけであった。

日本軍の崇山村ペスト調査の目的は、2つあった。1つは自軍へのペスト波及を防ぐため、もう1つはペスト感染者を生きた実験材料とすることである。

前者の目的は、最終的に崇山村村民の家屋や財産を焼却することで達せられた。日本軍は、11月16日、ペストの断定を行ったその日に崇山村の家屋焼却を決定、2日後の18日、100名以上の兵員を派遣して同村を包囲し、村民に家屋から出るように命令した。そして午前9時頃火を放って、200余戸、400余室を焼却し、被災民は700余人を数えた。ペストによる死者は上半分村に多かったが、村の焼き払いの時には下半分村で患者が多く出始めていたために、放火された家屋は下半分村に多い。

後者の目的は崇山村のペスト感染者の生体解剖を行うことで達せられた。日本軍はペスト菌種を確認し、人体を通して強力となった強毒菌を取り出すため、崇山村の中心から2キロ離れた林山寺に拠点を構え、そこを隔離施設として調査を行った。そして村の治安係を通じて、林山寺で治療が受けられると宣伝していた。最初は村人も治療が受けられると思い、患者を運んだ。ところがそこで、1644部隊員たちにより生体解剖が行われたのである。日本軍はペストが崇山村で発生したとの情報を得ると、すぐに村に人を派遣して視察させ、感染者を村外に拉致し、解剖して内臓を取り出し、散布した細菌の効果を検査した。また、村人の聞き取り調査から生きたまま解剖された例も挙がっている。

(3) 戦後まで続く精神的経済的被害

1943年1月、ようやく崇山村のペストが終息したが、村の傷はすぐに癒えることはなかった。村は陰鬱な空気に包まれ、人々の表情からは生気が失われた。祠堂の1つである集奎堂には、家を焼き出された20家族が、1980年代前半までひしめいて住み続けざるを得なかった。こうした劣悪な住環境の中、崇山村の生産性は低く、蓄えもできず、いつまでたっても家を新築することができなかった。若者は陰気な村に嫌気がさして、機会があれば村を出ていく。こうして、生気を失った村は、

リーダーシップも育たず、この状況を打破する力も失うことになった。

11 本件細菌戦による塔下洲のペスト被害

1941年中に始まった義烏の農村地区のペスト流行は、1942年に入って本格化し、1944年4月に最後の死者が出るまで、2年8ヶ月にわたって流行が続いた。

塔下洲のペストは、1942年10月に崇山村から伝播した。

崇山村の上告人王晋華の叔父である王樟高がペストに罹り、酒の醸造のため塔下洲に勤めていた父親王樟流を頼って逃げてきた。王樟高は、村の外にある祠堂に入れられたが、翌日そこで死亡した。ここから塔下洲でのペスト流行が始まったと言われている【次頁地図参照】。

2ヶ月も経たないうちに、村全体で死者は103人（男40人、女63人）にのぼった。これは当時の村の人口の5分の1を占め、被害は全部で50世帯に及んだ。そのうち一家全滅したのが9世帯、母が死亡した家庭が13世帯、父が死亡した家庭が3世帯、妻が死亡した家庭が8世帯、夫が死亡した家庭が3世帯、孤児だけが残された家庭が2世帯、子供が死亡した家庭が10世帯、老人だけが残された家庭が2世帯になる（甲307周洪根『陳述書』）。

例えば、上告人周洪貴の母王小妹、妹周宝菊、弟周小弟は、1942年11月、ペストによって死亡した。

同上告人の母が亡くなったとき、子供は泣きじゃくった。ペストで死んだことを日本軍にかぎつけられたら家を焼かれ解剖されると同上告人の父が言ったので、その夜、ベッドの板に母の遺体を乗せて縄で縛り家族で担いで安山背に行き、ちりとりで顔を隠して鋤で埋めた。

別紙の上告人番号92から96の死亡者欄記載の21名は、このペスト流行で死亡したものである。

12 本件細菌戦による寧波のペスト被害

(1) ペスト感染ノミの投下

衢州、義烏（市街地）、同農村部及び東陽市と広がるペスト流行の原

因となった衢州への細菌攻撃と同じころ、同じく浙江省の港湾都市、寧波に対してもペスト感染ノミが投下された。このため、寧波には突発的なペスト流行が起こったが、これ以前、寧波でペストが発生した歴史事実はない。

1940年10月下旬、日本軍機は寧波市（旧称鄞県）開明街上空に飛来し、小麦などとともにペスト感染ノミを投下した。飛行機が飛び去ったあと開明街一帯の商店の庭、屋根、水瓶、路上には小麦などが散乱し、生きている多量のノミも住民によって目撃された。

10月29日、最初の患者が出た。開明街の入り口の滋泉豆汁店や、隣家の王順興大餅店、胡元興骨牌店及び中山東路（旧東大路）の元泰酒店、宝昌祥西服店、さらに東後街一帯で死者が相次いだ。

(2) ペスト被害の発生

患者及び死者は日本軍機がノミ等を投下した地域の住民に限られていた。汚染区の地域は、北は中山東路に沿って224番地から268番地、西は開明街に沿って64番地から98番地まで、南は開明巷に沿い、東は東後街から北太平巷に接して中山東路224号へ続く一帯である。汚染区内商店43戸、住宅69戸、僧庵1戸の計113戸、人口591人であった【次頁地図参照】。

11月2日、華美病院（現寧波第二病院）の丁立成院長が、東後街136号の患者王仁林（男、47歳、同日死亡）のリンパ腺を突刺し、染色液を使って標本をつくり顕微鏡検査によって桿菌を発見した。桿菌は典型的なペスト桿菌状を呈していた。翌日さらに患者俞元徳（男、16歳、11月6日死亡）の血液とリンパ腺突刺液が採取され、モルモットを使った動物実験が行なわれた。翌日死亡したモルモットのリンパ腺穿刺液と血液から、やはりペスト菌状の桿菌が発見され、さらに細菌培養でも陽性の結果が得られた。その後培養物は省衛生処に送られ、呉昌豊技師が培養桿菌を検査し、血清凝集反応を行うと再び陽性の結果が得られた。このほか病院に殺到した住民たちの臨床診断（リンパ腺の腫れ、高熱、昏睡、頭痛等）の結果、寧波市開明街一帯で流行している病気は、ペストであることが証明されたのである。

(3) ペスト患者の隔離

11月3日、ペスト撲滅臨時事務所が設置され、高熱、昏睡の病人を発見し次第、同事務所に送ることが市民によびかけられた。同事務所は診断のうえ、患者を県城南門外に設けられた臨時隔離病棟へ送り、他の病院ではペスト患者を受け入れないことになった。

しかし、この臨時隔離病棟は汚染区から遠く病人の搬送に不便なため、11月4日、改めて汚染区内に、重症者を収容する甲部隔離病院と感染の疑いがある者を収容する乙部隔離病院が設置された。なお、6日以降、甲部隔離病院には真正ペスト患者が、乙部隔離病院（のち汚染区外に移転）には、汚染区住民及び潜伏期間中と疑われた者が、さらに旧乙部に設置された丙部隔離病院には、汚染区外の感染を疑われた者が収容された（甲49）。

隔離病院には総計約250人が収容された。甲部隔離病院に収容された61名は、11月末の時点で、2名を除く59名が死亡した。また乙部隔離病院に収容された127名は、潜伏期間を過ぎ、退院許可証を受けたが、このうち約半数は帰る家がなく院内に留まり続けた。

例えば、上告人胡賢忠の家族の中で最初にペストに感染したのは同上告人の姉胡菊仙だった。11月の初め、同人は頭痛発熱し、顔が赤くなり、意識が朦朧とし、太股のリンパ節が腫れ、食欲がなくなり、水すら飲めなくなるほど体が衰弱した。同上告人の母が同人にいろいろな薬を飲ませたが、病状は回復せず、発病からまもなく死亡した。

しかし被害はそれだけでなく、同人の死から10日も経たない内に、同上告人の弟、父と母が次々とペストに感染した。同上告人の父は白い帽子と服に白い長靴を履いた防疫隊によって、重傷者だけ収容する甲部隔離病院に送られ、そこで死亡した。その後同上告人の母も発病し、同じように甲部隔離病院に収容され、そこで亡くなり、同上告人は瞬時にして孤児になってしまった。

(4) ペスト防疫活動

この間、防疫活動も活発に行なわれた。すでに11月2日には汚染地域が封鎖され、4日、県政府は同地区の嚴重封鎖を告示した。6日には、

鄞県防疫処が成立して防疫体制が整えられた。8日から、汚染区の周囲に高さ3・7メートルの壁をめぐらす工事が着手され、突貫工事によって11日に完成した。このほか排水土管の破壊、暗渠の埋立てなどの工事が行われ、汚染区域は硫黄の薫蒸などによって消毒された。中央政府や省政府から防疫隊、防疫担当官が到着し、ペストワクチンの予防注射も、本格的に行われるようになった。

だが、ペストの死者が出ると汚染地区内の住民は、伝染病を避け実家へ戻ったり、親戚友人を頼って区外へ出た。県防疫処は設立と同時に、伝染病の蔓延を防ぐため、汚染区外に出た住民や感染者を専門的に搜索する搜索隊を組織した。この搜索は成果をあげ、多くの患者や汚染地区の住民が県外で発見され、連れ戻されたが、それでも汚染区外での死者は32名にのぼった。

11月30日夜、開明街の汚染区のすべての家屋の焼却が断行された。消毒作業だけでは菌を撲滅できなかったからであった。焼却は夜7時に始まり、汚染区11カ所に同時に点火、4時間後汚染区内の建物はすべて燃え尽きた。焼却家屋は113戸、部屋数137室、面積約5000平方メートルであった。

こうした防疫活動が功を奏し、12月初めに最後の患者が死亡したのち、寧波のペスト流行は終息した。死者の合計は、少なくとも109名であった(甲50)。

別紙の上告人番号103から105の3名は、このペスト流行で死亡したものである。

この他、汚染区の住民約500人は、住む家や生業(商店経営)を失い、路頭に迷うものも多かった(甲3の169頁~176頁)。

(5) 周辺地区への被害の拡がり

本件控訴審の中で、寧波近郊93カ町村での調査の結果、細菌戦被害者112名の死亡地点がすべて判明し、細菌戦被害者らが開明街一帯の封鎖地区から逃亡・避難した先は、当初明らかにされていた地域よりはるかに広範囲であった事実が明らかにされた。

証人裘為衆は、鑑定書において、「突然のペストによる死者の出現後、

その地域の住民、または一部の感染者は、ペストから逃げるためにぞくぞくと本籍地へ戻り、又は他所へ避難したり、親戚や友人に助けを求めに行った。感染後に疫区から外へ逃げたのはろ桂生、汪応発、胡世貴の3世帯の他にも、たくさんあった。胡康宏、沈丹鳳のように、疫区の外に住んでいて、ペストに感染した人は数えきれない。『時事公報』によると、11月10日にペストでなくなった人のうち、名もない人は5人いた。その中には、中心地でなくなった乞食や流浪者は含まれていない。当時でも、死者全員の身分を断定することはできなかった。」（甲538の2の8頁）と調査結果を報告し、感染した患者が寧波市内各地及び郊外に逃亡した死亡した分布図を明らかにした【次頁地図参照】。

ペスト流行地区に住んでいた人たちは、感染を恐れて離散したが感染地区以外で発病し死亡した。これが流行地区以外でもペストでの死亡者を生み出したのである。細菌兵器の残虐性の特徴を示している。

(6) 戦後も続く被害

生存者・遺族らは、肉親を殺され家屋をはじめすべての財産を失って孤児生活を余儀なくされるなど悲惨な生活を強いられた事実、細菌戦によって受けた精神的・肉体的苦痛は被害当時のみのものではなく、今日なお苦痛を強く受けている。

また、寧波のペスト等の防疫活動は、ネズミの保菌調査等が現在まで続けられている（証人邱明軒調書10頁、証人黄可泰調書16頁）。

13 本件細菌戦による湖南省常德のペスト被害

(1) 細菌兵器の投下直後のペスト流行

1941年11月、湖南省常德市（当時常德県、以下旧称を用いる）でペストが発生し、翌年になって市街地（県城）のみならず、農村部と桃源県に波及した。1941年以前、これらの地域でペストが発生した歴史事実はない。

同年11月4日、731部隊の航空班増田美保少佐が操縦する97式軽爆撃機から、ペスト感染ノミとそれを保護する綿・穀物などが投下され、県城中心の関廟街・鷄鵝巷一帯、および県城東門付近に落下した

【次頁地図参照】。

投下されたノミが直接人間を噛んだことから、常德のペスト流行が始まった。ペストの潜伏期間を過ぎた11月11日から、ペスト患者が出始めた。関廟街に住む12歳の少女（蔡桃兒）が最初の犠牲者となった。同人は、広徳病院（長老派宣教病院）に運び込まれ、翌日死亡した。同院の医師譚学華と検査技師汪正宇は、すでに日本軍機から投下された綿や穀物を検査し、ペスト菌に形態学上類似している細菌を発見していたが、同人の解剖の結果、やはり同様の細菌が発見された（甲71、甲73～甲75）。

さらに、11月13日から14日にかけて4名の高熱、鼠径腺の腫れなどペストの症状を示す患者が死亡し、いずれも解剖の結果、ペスト菌に類似した細菌が発見された。

報告を受けた国民政府は、ペストの専門家である陳文貴らの調査隊を派遣した（同人は、1936年、国連衛生部の招きでインドのハッフキン研究所に赴きペスト研究をした細菌学者であった）。陳文貴は、11月25日、その前日に死亡した5番目の患者（男、28歳）を解剖し、細菌培養、動物接種などの実験を行い、同患者が真性腺ペストにかかり、ペスト菌のひき起こした敗血性感染によって死亡したことを医学的に証明した（甲70、甲72）。またこの頃には、常德防疫処が発足し、ペスト発生地区の封鎖、隔離病院や検査所の設置、予防注射の実施などが実施に移された（甲36の154頁）。

なおこの後、前出のペストの専門家で、国民政府衛生署外国籍防疫専門官であったポリツアーが、12月21日常徳に到着し、調査研究を開始した。ポリツアーも、12月30日付の衛生署長宛報告で、あらゆる観察と考察から、常德における最近のペストの流行が、11月4日の飛行機の攻撃と関連があることを疑う余地はない、と結論を下している（甲77の83頁、甲93の1）。

常德県城のペスト流行によって、1941年11月から翌42年1月までに少なくとも65名の死者が出た（1998年12月、調査委員会。甲92、証人聶莉莉作成「鑑定書」88頁）。

例えば、上告人朱九英は、1941年当時、夫と子供3人の一家5人で、日本軍731部隊がペスト菌を投下した常徳の鷄鵝巷に住んでいた。夫は川で水を汲んで売り歩き、朱九英は子供2人を連れて乞食をしていた。鷄鵝巷では、ペストによって多くの死者が出た。1941年11月中旬、2人の子供、高緒武と高緒文が発病した。翌日、常徳の河で船を借り、夫の実家である漢寿県の新興咀郷高家村へ行こうとしたが、途中で高緒武が死亡した。夫はすでに死んでしまっている高緒武と、死にひんする高緒文を背負い、朱九英は娘の手を引いて故郷に向かって歩いた。ようやく村に着いた時、2番目の子供高緒文も死亡した。

(2) 市街地での二次流行

1942年2月には患者は発見されず、この時点で終息したかに見えた。だが、同年から、常徳県城（市街地）内においてペスト感染ネズミが増大し始め、このネズミ間の流行が、第二次流行を引き起こした【次頁地図参照】。

同年3月から7月にかけて、常徳県城内で34名の患者、28名の死者が報告された。ただし、これらの数値は病院か隔離病院に収容されたものだけであり、実際の患者数のごく一部にすぎない。なぜなら、ペストによる死者が発生しても、家族は自分たちも病院に収容されることを恐れ、遺体を密かに埋葬したため、当局に報告されないことが多かったからである。

なお、第2次流行は、ネズミの調査から予想されたため、常徳防疫処は常徳から移出される物資の検査、交通の要所への検疫所の設置、戸別の予防注射などの措置をとり、国民政府はあらかじめ防疫部隊を派遣した。第2次流行が現実のものとなるや、防疫活動はさらに強化されたが、それでも農村部への波及は防げなかった。

例えば、上告人張礼忠の家族は、常徳市街の中心にある高山巷口長清街で印鑑彫刻店を営む裕福な一家であった。1942年4月、女中の毛妹子が発病し、続いて5人の息子のうち2人が発病した。医者に見せたところペストだろうということで、毛妹子は実家に送ったが、翌日死亡、2人の息子も翌日死亡した。さらに上告人の祖父は、韓公渡に住んでい

たが1943年に韓公渡で流行したペストに感染し、死亡した。こうした中で、上告人の父と祖母も傷心のあまり死亡するなど、雇人を含めて13人の大家族だった張一家は、上告人とその母、弟の3人だけとなり、乞食のような流浪生活を送るようになった。

証人中村明子は、これらの被害が二次流行であった点について、鑑定書（甲93の1）において、次のように指摘する。

「常德におけるペスト流行では、ヒトにおける一次発生に先立って、死亡したネズミが発見されたという記録がない。ネズミの死骸が発見されていないのは、自然流行としての発生形態をとっていない可能性を示すことになる。一方、1942年3月末からの二次流行では、ヒトにおけるペスト流行に先立って感染ネズミが大量に発見され、ヒトにおけるペストの流行に繋がっている（S.H.Wang、常德ペスト患者数とネズミの感染率の関係、図2参照）

常德において感染ネズミが初めて発見されたのは1942年2月4日で、その後、3月23日まで感染ネズミの数は増加の一途を辿っている。二次流行における初発患者は3月20日に発病しており、感染ネズミの発見から46日目である。感染ネズミの数は4月2日まで増えつづけ、4月2日をピークとして減少に転じ6月中旬まで減少傾向が続く。3月20日に初発患者が発病して以降、二次流行の患者も増えつづけ、4月13日に3名の発病、同14日に2名の発病など、4月中旬をピークとして患者発生は減少に転じ、6月13日発病の患者を最後に二次流行は一先ず終息した。その後も、常德・桃源地方においては詳細な疫学調査が続けられた。その結果、同地域での患者発生はみられていないが、ペスト感染ネズミは低率ではあるが引き続き検出されていることが判明した。

ペスト感染ネズミの存在は、ペスト流行の危険性が潜在していることを意味する。」（甲93の1の44頁）

(3) 農村部への伝播

1942年3月以降、常德の市街地で流行したペストは、農村部へと伝播し、広範な地域に被害を及ぼした。

市街地の近郊農村では、市内で働いていた者、商売で出入りしていた者、あるいは、市内に住む家族や親戚を訪問した者が感染した。国民党軍に徴用され、市内の駐屯地で感染した者もいる。彼らの多くは、農村に帰宅途中で発病したり、発病後農村に帰って死亡した。そのため、ペストは村の中に伝染し、さらに近接する農村に伝播していった。

市街地近郊の農村では、河伏鎮、南坪崗郷、芦荻山郷、東効郷、許家橋郷、斗姆湖鎮、徳山郷、石門橋鎮、漢寿县轟家橋など多くの村でペストが発生した。

河伏鎮合興村は、全世帯が李姓宗族によって占められている人口56人ほどの小さな集落であった。1942年9月に、酒の商売のため常德市街に出入していた李伯生が市内で感染し、村に戻ってまもなく死亡した。この地域では、病人が出ると、宗族の成員が見舞いや、看病を手伝い、また人が死ねば、みんなが葬式に参列する慣習があった。こうした宗族間の付き合いがペスト伝染のルートとなり、李伯生の家族が相次いで発病し死亡している最中、李伯生の葬式を熱心に手伝った李高生家にも死者が出始め、8人家族のうち6人が死亡した。合興村は、人口56人の小さな村であったが、ペストの流行で、1週間足らずの間に、17人が死亡した。

芦荻山郷伍家坪村は、別称「朱家大院」（朱家の大きな庭の意味）と呼ばれる朱氏宗族が聚居した村で、当時の人口は129戸600人ほどであった。

1942年5月（旧暦）に、常德の市内で下宿をし「挑河水」（水汲み労働者）をしていた朱唐児がペストに感染して倒れた。同じく常德市内で出稼ぎをしていた3人が朱唐児を担架で村まで運んできたが、村に着いた日の夜、朱唐児は死亡し、翌日、担架を運んだ出稼ぎの3人も死亡した。それから、ペストは急速に村全体に広がり、半月ほどの間に約200人が亡くなった。残った人も他の地域に逃げて行き、村の人口はわずか10数人になってしまった。

もともと伍家坪村は、朱家宗族の勢力がますます拡大する趨勢にあった村落だったが、ペストの発生による打撃は余りにも大きかった。周囲

の村は、娘をこの村に嫁がせたがらず、ペスト流行から20年経った1962年でも村の人口はわずか42人であった。それから36年経った1998年でも、戸数20戸人口130人である。

常德市街地の北西約30 km に位置する石公橋鎮を中心とする、洞庭湖の西に広がる平野地帯でも広範な地域でペストが発生した。

石公橋は、古い歴史をもつ町で、冲天湖という湖に囲まれた町は、長さ約1 km の通りを中心に南北に細長く広がり、通りの両側には300以上の商家が立ち並んでいた。1940年代初期、町の人口は2000人ほどであった。

石公橋は、当時、湖南省の北部、西部にまたがる地域に名が知られた物産の集散地で、各県からの商人が往来し、各地域の特産品を運んでくると同時に、常德の米や綿花、水産品を各地に運んでいた。

また石公橋はこの一帯の経済的な中心で、周辺農村からも多くの人が出入りした。そのため石公橋で発生したペストが、周家店、中河口、鎮徳橋、韓公渡などの周辺農村に伝播していった。

石公橋では、1942年10月、南北に走る街道沿いの商店、特に魚屋、肉屋、米屋、油屋、醤油屋、食品雑貨店などで大量のネズミの死骸が発見された。それから数日後にペストによる死者が出始めた。

石公橋でペストが発生すると、常德防疫所は医療隊と防疫部隊を派遣し、交通封鎖を実施した。医療隊の中にはポリツア－医師がおり、検査によって、ペスト菌を確認した。

しかし、ペストの伝播をくい止めることはできず、石公橋の町で発生したペストは、石公橋の農村部、さらに、周辺の広範な地域に拡大していった。

石公橋の街道沿いに南北に連なる街の、橋北街と呼ばれる北部で最初にペストが発生した。

上告人熊金枝の祖母の陳三元が最初に死亡し、まだ葬式も終わらないうちに、隣の花紗屋（綿花、綿糸、綿布）、米屋、魚屋をやっていた丁長発が発病し死亡した。続いて丁長発の家族が次々に発病し、奉公人も含めて一家のうち11人が死亡した。他の所でペストを避けていた息子

の丁旭章と嫁の李麗枝だけが、生き残った。

さらに隣接する多くの商家でペストが発生し、石公橋の橋北街全域で160人の死者が出た【次頁地図参照】。

石公橋の北約10 kmにある周家店は、米の産地であると共に、広大な湿地、沼地帯で魚を獲ったり、薪を採取して生計を立てている人が多かった。周家店の物産は、そのほとんどが石公橋に運ばれた。また、石公橋で働いている人もおり、こうしたルートを通じてペストは周家店全域に伝播した。

例えば、上告人呉光才の姉呉桂珍とその夫の王寿安と従姉妹の王叔蘭三人は、洞庭湖内・夾堤章・趙家当などで魚を獲って生活していた。獲った魚は石公橋の丁長発の魚屋に売っていた。1942年12月中旬、呉桂珍は魚を売って米を買うために石公橋に半日ほどいたところ、家に帰る途中発病し、翌日未明、死亡した。さらにその翌日、王寿安と王叔蘭も発病し死亡した。当時幼児であった上告人呉光才自身もペストに感染したが、両親が、常德の広徳医院（外国人経営）が派遣した医療隊が作った石公橋の臨時病院に運び、治療を受けたため一命をとりとめた。

周家店の沼地、湿地地域には、周囲の各県や遠くの地方からも貧しい農民が流入し、漁や芦の採取で生計をたてていた。この地域のペストは伝染のスピードが速く、大量の死者が出た。ペストが流行すると、帰る故郷がある者は逃げたが、帰る家がない者がペストにかかって死亡し、死体はそのまま放置された。荒沼で一時880もの放置された死体があった。

周家店の東部にある沼地地域だけでなく、西部の農村地域にもペストが伝播した。

石公橋に近い九嶺村では、上告人向家振の父向道同が搾油所を経営し、80人ほどの向氏宗族が暮らしていた。この周囲では搾油所がここ1軒だけだったので、周家店以外の地からの人の出入りも多かった。搾坊の奉公人向道伍が店の用事で石公橋に行き、帰ってくると発病し死亡したのが最初だった。それから向道同一家、さらに向氏宗族にペストは急速に伝染し、向氏宗族中47名が死亡した。

周家店の細菌戦被害調査委員会の報告によると、調査した周家店鎮の17の村落で、死亡者は1258名にのぼる。

常德の市街地近郊だけではなく、離れた農村でも、市街地に入ったりした者が感染することによってペストが伝播した。

黄土店鎮は、市街地の南約36 km にあり、水運の便利さもあって、常德と周辺の漢寿、桃源、安化、桃江などの県を結ぶ交通の要所であった。そのため行商人がよく往来したほか、前線から逃げてきた国民党軍隊の脱走兵、日本軍占領地からの難民、流浪する「要飯的」（乞食）などが往来した。これらの人々が常德市街地で感染し、ペスト菌をもちこんだ。

例えば、上告人梁在全が住んでいた青龍井村では、国民党軍の脱走兵が楊正栄の家でお茶をごちそうになった後、その日の夜ペストで死亡した。その後楊家でペストが発生し、子供4人が死亡した。それから多くの家にペストが広がり、上告人梁在全の父と妹も死亡した。

桃源県馬 嶺丘丘陵地帯の莫林郷李家湾村は、常德市街の北西20数 km に位置する山間の小さな集落で、10数家族の李氏宗族が聚居していた。

1942年の5月、豚の商売をしていた李佑生は、常德市街に行き、家に戻った翌日に倒れて、数日後に死亡した。それから李氏宗族にペストが広がり、15名が死亡した。

以上の他、大龍站、断港頭、白合山、肖伍鋪、錢家坪、瓦屋当、蒿子港、黒山嘴、黄珠洲、洲口、衝天湖、太平鋪、毛家灘、丹洲などでもペストが発生した。全体で約152の村に伝播し、その結果、常德市全体の細菌戦被害の死亡者は、2000年11月時点の調査で少なくとも7643人を下らない。

(4) 細菌戦の犠牲者（「7643人の常德細菌戦死亡者名簿」）

中国湖南省常德市において、被害者や遺族を中心とする市民団体「日本軍731部隊細菌戦被害常德調査委員会」（以下「常德調査委員会」）は、1998年3月から、細菌戦被害に関する本格的な調査を開始し、被害者の遺族から聞き取りをしたり、遺族自身に書いて貰ったり

して、約1万5000名の被害陳述書を作成し、死亡者名簿に7643名の死者を登録した。

この死者の登録数は、常德市档案馆に保存されている1万5000通の被害陳述書の約半分であるが、「被害者の遺族が生きており、かつ当時の隣人や友人などの第三者証人による証言を得られる人について、初めて被害者認定をする」という厳しい認定基準に従っている結果である。

たとえ被害当時の歴史記録に名前が被害者として記載されている場合でも、遺族が生存していない場合には、上記の認定要件を満たさないものとして調査委員会の被害者名簿からは除外されている。もちろん「幸存者」は死亡者名簿には含まれない。

原審裁判所において証言した聶莉莉教授（東京女子大学）は、2000年12月1日付鑑定書 湖南省常德地域における日本軍による細菌戦被害状況に関する研究 フィールドワーク等に基づいて文化人類学の観点から（甲92）の中で、「常德地域におけるペスト被害状況を明らかにし、死亡した被害者を登録することを主な目的とする調査委員会は、成立して以来、活動経費を提供する固定的なサポーターがなかったが、メンバーたちがいつも自費で調査に出かけた。2000年11月現在まで、彼らは、常德及び周辺地域の13県の70郷鎮、486行政村において、ペストによる被害調査を行い、ペスト被害死亡者合計6,491人と、ペスト被害を受けた生存者28名の名簿を整理した（第一冊、死亡者4,127名、感染した生存者28名、1998年12月。第二冊、死亡者2,364名、1999年11月。死亡者合計6,491名）。近いうちに、その後登録した名簿を新たに印刷する予定であるが、新しい名簿を加えると、被害死亡者登録数は合計7,643人となるという。」（甲92の80頁）と述べた。その後の調査委員会の死者名簿の策定および聶莉莉教授の点検作業を通して、2005年3月3日付意見書（甲570）に「7643人の常德細菌戦死亡者名簿」を添付して提出し、改めて常德細菌戦被害による死亡者数が少なくとも7643人であることを再確認している。

(5) 全住民に対するペスト死亡者数の割合の多さ

陳致遠教授は、常德都市部について、細菌戦が常德の無辜の住民に深刻な影響を与えたことについて、死亡率が186分の1から100分の1に達することを指摘する。

すなわち、1942年の常德都市部の人口が62,150人であったところ、調査によって判明したペスト死亡者297人に、公文書に記録された死亡者37人を合計するとペスト死亡者は334人にのぼり、日本軍のペスト攻撃による死亡率を計算すると186分の1となる。また、鄧一慧氏（常德防疫所副所長）が主張する死亡者は600人余りであるとする説に則って計算すると、死亡率は約1/100となるという。

(6) 遺族の受けた精神的苦痛

細菌戦は、ペスト被害者に多大な肉体的苦痛を与えただけではなく、上告人らを含む遺族に精神的な苦痛をももたらした。

陳致遠教授が、この点につき、鑑定書16頁以下で、死亡者との親族関係につき指摘するように、ある人は父または母を失い、またある人は子供を、祖父、祖母は孫を失い、妻は夫を、夫は妻を失った。人々はそれぞれの親族を失い、どれほど悲惨なめに遭い、どれほど残酷な精神的苦痛を被ったのか計り知れない。

ア 上告人方運勝の兄・方運登は1941年11月に8歳で、ペストに感染して死亡した後、祖母は精神障害になり、一年中、夜中に孫の名前を呼びながら町をぶらぶら歩き回った（上告人方運勝は、「兄は当時一家の唯一の男の子でした。祖母は彼の死を非常に悲しみ、精神を病んでしまいました。時々独りで孫の名前を口にしながら、一日中あちらこちら歩き回っていました。私がまだ子供の時に、祖母はよく私を連れて町のなかで兄の名前を呼んでいたことを覚えています。」と述べている）。

イ 上告人高緒官は、鷄鵝巷に住む5人家族の家庭であったが、1941年12月、2人の男の子を亡くした。13歳の高緒文と11歳の高緒武である。彼らの死に母親は昼夜すすり泣きつづけた。母親は両眼とも殆ど失明し、さらには、一時的に二ヶ月ほど精神に異常をきたしてしまった。

(7) ペストによる家庭・生活の破壊

細菌戦は、ペスト被害者に多大な肉体的苦痛を与えただけではなく、上告人らを含む遺族の家庭・生活を破壊した。陳致遠教授の聞き取り調査から、上告人の受けた家庭・生活の破壊の深刻さを指摘する。

ア 上告人劉開国の祖父・劉棟成は元々常德城内最大の味噌販売店2軒の内の1軒の経営者であり、豊かな中産階級に属していた。祖父がペストで亡くなったため、店は閉店を余儀なくされ、家族の暮らし向きは急速に悪くなった。

イ 上告人謝旋の父・謝行鈞は、常德城北にある「興盛祥南貨店」の経営者で豊かな生活を送っていた。しかし、1941年12月に5人の家族の内4人が7日間に死んでしまった。13歳だった上告人謝旋は、家を離れて勉強していたため生き残り、単身おじさんの家で養ってもらった。

ウ 上告人馬培成の祖父馬保宝林は、容啓栄報告書『常德鼠疫（ペスト）患者一覧表』中の第22号被害者に記載されているが、人々に「馬瓦匠（左官）」と呼ばれて、常德城東の五鋪街に住んでいた。1942年4月、夫人が先にペストに感染し、隔離病院で亡くなり、後に、彼も4月17日にペストに感染し、広徳病院で亡くなった。彼らの息子は14歳で孤児になったが、生活苦に耐えて成長していった。

(8) ペストの拡大と生活習慣

轟莉莉教授は、宗教や生活習慣がペストを伝播し被害が拡大していったことについて、ムスリムの葬式について、次のように指摘する。

事例 ムスリムの葬式とペストの伝播

ムスリムの葬儀は、漢民族以上に厳格な様式に従って行われ、「老師傳」（イスラムの教義によって礼拝や儀礼を司祭する人）が葬式の全体を司った。

ムスリム特有の儀式である「守霊」（通夜）、「洗屍」（遺体を水で洗って清める）、「包紮」（遺体を白い布で包む）、「入棺」（教会にある公用の棺に遺体を入れる）、「喪儀」（経を読んで死者と分かれる儀式）などが行われる。

墓地に棺を運ぶ「出葬」では、通常親戚や隣人、地域の若者が棺を担ぐが、彼らは「喪夫」と呼ばれた。イスラム教の葬式で共通の棺桶が使われたり、死者の体を触ったりする習慣があることは、ペストが伝播する原因となった。許家橋郷民族村の被害者は全部で61人だったが、村の9人の「老師傳」のうち6人が亡くなり、「喪夫」をした人も8人が亡くなった（李光府陳述書25号）。

（甲508聶莉莉教授「鑑定書」の21頁）

また、火葬を嫌う世界観が、ペストの伝播を広げる結果になったことを次のように指摘する。

他の地域の漢民族と同様、常德人も「完屍」、即ち死者の身体が必ず保全されなければならず、「入土為安」即ち土葬された死者は安楽であるという観念が非常に強かった。

中国人の世界観の中樞は儒教であった。身体の保全は、儒教の中心的教えの一つである「孝」とつながった。「身体髮膚、受之父母、安敢毀傷」（身体、髪、皮膚などは父母が授けたもので、敢えて毀傷することができない）という訓戒は、儒教の経典『孝経』に記載されている。儒教の影響を受けた中国の人々にとって、死者の身体を解剖することは受け入れがたいことであった。

また、仏教の影響により、遺体が解剖されると、死者の身体が完全でなくなり、「陰間」（あの世）においても安らかにできないし、輪廻転生もできなくなると思われていた。それは、死者にとって大変気の毒なことであり、生きている親族にとっては、亡人を守れず失格だということとなる。

一方、「入土為安」の観念は、中国人の世界観にある風水思想とも密接に関連している。大地の偉大なエネルギーである「気」が、そこに埋葬された祖先の骨を經由して子孫に流れ込み、子孫の繁栄や出世、財力の蓄積、一族の隆盛など様々な恩恵を与える。この世の人々の富貴栄華、没落退廃などの運命は、祖先の墓に握られていると解釈する人々にとって、逝去した祖先を土葬するのは、「天経地義」（至極当たり前の道理）であった。

「完屍」や「入土為安」という観念や慣習があるために、政府が実施した死体解剖や火葬などの措置は強く反感を持たれ、家にペストによる死者が出ても、防疫隊や政府に報告せずにこっそりと埋葬した家がたくさんあった（甲508 聶莉莉教授「鑑定書」の21頁）。

(9) 現在まで続くペストの脅威の継続

常德市疫病予防制御センター（元常德市衛生防疫センター）は1984年から毎年、1940年代にペストが大流行した常德都市部と常德石公橋鎮、それから桃源城関鎮の3つの地区の鼠に対して、ペスト検査を実施している。1990年には常德都市部で2例、1991年には桃源城関鎮で1例のペスト抗体に陽性反応を示した鼠の血清が見つかった。これは今後常德市でまだペスト発生の可能性があることを示している。

「常德市は今日でもペストの潜在的脅威に直面している

筆者は常德市疫病予防制御センター（元常德市衛生防疫センター。）を訪問した。当該部門の主任である鐘發勝は次のように述べた。彼らは1984年から毎年、1940年代にペストが大流行した常德都市部と常德石公橋鎮、それから桃源城関鎮の3つの地区の鼠に対して、ペスト検査を実施している。1990年には常德都市部で2例、1991年には桃源城関鎮で1例のペスト抗体に陽性反応を示した鼠の血清が見つかった。これは今後常德市でまだペスト発生の可能性があることを示している。彼らが検査した3例の陽性を示したサンプルは1991年に、中国ペストブルセラ症防治基地である、「吉林省地方病第一防治研究所」へ送られ、再検査された。その結果も陽性であった。以下に『再検査結果通知書』のコピーを付録した。また、湖南省常德市ペスト連合監督観測組の『湖南省1991～2000年ネズミ間ペストの監測報告』をも添付した。鐘發勝主任は最後に筆者にこのように話した。『上述した検査結果は、常德市で今日でもペスト再発の可能性があり、常德の人民は今なお1941年の日本軍隊が投下したペストの危害に直面していること示している。』」（甲536の2、31頁、32頁、甲507、3頁、10頁）

14 本件細菌戦による江山のコレラ被害

江山市（旧称江山県）は、浙江省が江西省と境を接する付近、つまり浙江省では最奥の都市であり、江西省の玉山市とは浙・鉄道で近接している。同地に対し、日本軍は、1942年、浙・作戦の際に、細菌攻撃を行った。

すなわち日本軍は、浙・作戦で1942年6月11日、江山県城を占領し、8月21日に撤退した。この時、日本軍は、県城近くの清湖から県城にいたるまでの一帯に、細菌を撒布し、多数の被害者を出した【次頁地図参照】。

撒かれた菌は常山と同じくコレラ菌であり、やはり 井戸に直接入れる、食物に付着させる、果物に注射する、という3つの方法が用いられた。このうち、 の食物とは餅状のものであった。江山の人々は、日本軍の細菌戦とは思ってもせず、これを拾って食し、被害に遭っている。

たとえば、県城近郊の蔡家山村の鄭蓮妹（女、1933年生まれ）の養母（52歳）は、隣人が持って来てくれた餅状の食物を食べ、腹痛を起こした。さらに、嘔吐と下痢が始まり、下痢は水様のものに変化して脱水症状を起こし、青黒い顔になって翌日夜に死亡した。症状は典型的なコレラのそれであった。

このコレラ流行で、江山では少なくとも約100名が死亡した。別紙の上告人番号172から180の13名は、このコレラ流行の被害者である。

当時の州の医療防疫機構と施設は、日本軍によって致命的に破壊されていた。医者不足と薬の欠乏が甚だしく、しばしば防疫治療の仕事は断念せざるを得なかった。このため、短期間に伝染病が大流行したのである。

15 本件細菌戦による被害の重大性

各地域での上告人らの被害は前述したとおりであるが、細菌戦被害の重大性を総括すると、次のとおりである。

(1) 細菌戦による都市、村での疫病の流行

日本軍は、細菌戦の実行で、生体移植により毒性を強めたペスト菌、コレラ菌等を大量に生物兵器として生産・使用し、中国全土の村や都市

の住民間にペストなどの疫病を流行させた。狙いは非戦闘員たる住民の大量虐殺にあった。このような日本軍による細菌戦は、中国民衆に対する徹底した民族差別と排外主義に基づくものであった。

日本軍による本件細菌戦が行われている最中、1942年3月に関東軍軍医・牧讓軍医中佐は、「細菌戦について」という講演の中で、「一般的には兵站に絡んでいることになる都市を攻撃して、都市をひどい目に遭わす。これは将来相当やられる問題であります。軍隊関係のものには、直接しないで大きな都市に伝染病を流行らしてゆく」「細菌戦の狙い所の一つは、後方を混乱せしめて精神上に困ったことになったと言うような観念を敵に与えることで、大きな都市をうんとひどい目に遭わすということがある訳であります」と述べている。

牧はこの他に攻撃対象として、軍隊、物資の兵站補給地、軍事要塞、水道水源地、軍需工場、牧畜や農産物扱い所をあげている。

細菌兵器は、人間、家畜、農産物など、生命あるものだけを殺傷する、最も残虐な大量殺戮兵器である。

(2) 被害者は一般住民である

上告人らの肉親たちは、都市あるいは農村の住民であったが、731部隊の細菌兵器により、ペスト、コレラなどに感染し、あるいは汚染地区からの伝搬により感染したことにより、もがき苦しんだ後死亡した。あるいは上告人ら自身が罹患した。

また、ペスト流行地域は、寧波などの例に明らかなように、疫区として封鎖され外出禁止となり、1人でも病人が出ると家族全員が隔離の対象となった。いったん隔離所に入ると生還する望みを絶たれるも同然であった。罹患すると医師すら恐れて治療を拒否した。患者は脇の下や鼠径部のリンパ腺が腫れ上がり高熱と乾きに苦しめぬいて短期間のうちに死亡した。

さらに、彼らの家屋は、衢州、義烏、崇山村、寧波の例のように、防疫のため焼燬・破壊された。

また細菌戦部隊は、作戦後、被害地区に「防疫」の名目で入り込み、その疫病に苦しむ住民を生体解剖して、細菌戦の効果を確認するなどし

た。

このように、細菌戦の被害を被った中国民衆は、筆舌に尽くしがたい苦しみを受けたのである。

(3) 高い致死率と鼠、蚤、人を介しての強い感染力

細菌兵器に使用されるペスト菌は、感染経路によって、腺ペストや肺ペストなどの症状を呈する、非常に強烈な病原体である。

腺ペストは、蚤などを通して菌が人体に入り発病する。熱と悪寒がして虚脱状態を呈する。そして炎症性のはれものがリンパ腺にできる。とくに足に菌が入ることが多いので鼠けい部のリンパ腺にできる。

肺ペストは、泡沫伝染で菌が呼吸器官に入って、肺炎に似た症状を起こす。泡沫喀痰に大量の菌がある。

ペストにかかると、2、3日で死亡する。出血がひどく、死体は黒色を呈するので黒死病といわれる。どんどん伝染し、伝染が始まると、これを撲滅するのが難しい病気である。伝染病の中では死亡率が最も大きい。

コレラは、消化器官を冒す病気である。おう吐・下痢の非常に激しいもので、腹痛、けいれん、虚脱を引き起こすといった特徴がある。コレラ菌は、水や食物から口に入ってくる。とくに魚介類が汚染されて伝播するが多い。

コレラも死亡率が高いうえ感染力も非常に強い病気である。

(4) 治療など防御方法の困難さ

細菌兵器は、爆弾のように、いつどこに何が使用されたかということがすぐには判明しない。病気が流行しても、細菌兵器によるものか否かが直ちに判明するわけではない。

しかも、細菌兵器に用いられた病原菌は、人に感染しても潜伏期間があるため、原因究明が遅れる。病気が発生しても、個体差があるため、使用された病原菌の特定が容易ではない。

寧波においては、1940年10月27日、日本軍の飛行機が大量の小麦粉や麦粒を投下した後、市内でこれまで見たこともない真っ赤な蚤が大量に飛び跳ねているのが発見された。10月30日初めての死者が

出た後、患者が続々と病院に駆けつけたが、最初、悪性マラリアか横根と誤診された。

最悪の伝染病であるペストの確実な診断とその公表は、いかなる医者も事の重大性を認識しているがゆえに、慎重のうえにも慎重を期す。最初にペスト菌が発見されたのは、11月2日になってからであった。

同日、県政府と予防委員会は、汚染地域の封鎖を決定したが、それほど嚴重なものではなく、汚染地域からは逃亡者が続出した。その後消毒作業が行われたが、11月末に汚染地域の建物は焼却された。

例えペスト菌が発見されたとしても、感染を防ぐことは難しい。ペストの被害は直接に撒布された地域に限定されず、人や鼠を媒体として各地に広がった。

例えば、上告人らのうち義烏、東陽、崇山村、塔下州のペスト被害は、衢州に投下されたペスト被害が拡大したものであり、また、常德の場合も、市街地から、周辺農村地区へペスト流行は伝播している。

しかも、ペスト菌は、1回病気の流行が下火になっても、感染した鼠がいると再流行する。鼠に付着した蚤の行動する時期になると、再度、流行することになる。感染した鼠を撲滅するのは困難で、何十年と長期化する。

(5) 自然環境の破壊

このように病気が発生すると、治療が困難で、感染した人を隔離して、感染を拡げないようにしたり、家屋、建物類を焼却することが、最善の防御方法になる。

しかし、感染を防いだり、病原菌を完全に撲滅することは不可能で、一度被害にあうと、その影響は長期間にわたって、人間社会のあらゆる側面に及ぶ。

細菌戦による被害は、人間の命を奪い、衣食住の環境を汚染し、さらに、人間が生きるための条件である広範な地域の自然環境の汚染となって、地域住民に影響を与える。

(6) 地域社会を破壊

こうした環境破壊とともに、細菌戦の被害は、人間の社会的関係の破

壊となって影響を与える。隔離されたり、封鎖された地域の人々は、例えば病気が治癒したとしても生活の手段を奪われる。また、伝染病が流行した地域は、長期間にわたって、不潔で危険な地域とみなされて、差別される原因になる。

伝染病は、人々を隔離したり疎開させたりすることによって、人と人の交流を困難化させ、生き残った人の生活をも破壊していくのである。

細菌学者の一審証人中村明子は、この点について、鑑定書（甲93の1）において、的確に指摘するので、以下引用する。

「細菌を兵器として用いる場合は、その形式の如何にかかわらず、細菌の散布後直ちに人が感染・発症するのでなく、使用した病原微生物に固有の潜伏期間の後発病する。したがって「原因」となる攻撃と、「結果」としての被害の関係は、攻撃後直ちに表われることはない。

病原微生物を攻撃に使用した場合には、攻撃に引き続いて伝染病が発生する。伝染病は現代社会でも忌み嫌われ、病気に罹った人を隠そうとする心理が働く。隠匿された患者は感染源となり伝染病を周辺地域に拡散し、長期間にわたって被害を広げることになる。

伝染病の対策にとって最も厄介なのは患者の隠匿である。

1994年インド西部のスラートで発生し、世界中を震撼させた肺ペストの流行では、感染者も含まれている可能性のある住民の逃亡であった。当局は患者の発見と治療に全力を傾注し流行の制圧に成功したのである。

常德におけるペスト流行は、日本軍によるペスト菌で汚染された投下物によって引き起こされた疑いが濃厚であり、投下物はペスト感染ノミの可能性が高いことが、ペスト発生時の調査資料と、資料に基づいて書かれた各種報告書、および加害の証拠ともいふべき「井本日誌」の解析から明らかになった。

1941年から1942年当時の常德および近郊におけるペストの流行では、届けられた患者は流行の一部であり、隠匿された患者が数多く存在していたに違いない。当時のペスト流行の防疫対策の

一つは、汚染家屋の焼却である。嘗々として築きあげてきた先祖代々の家を守るためには、患者を隠すことに罪の意識はないはずである。

ペストの流行では、人への感染経路にネズミなど小齧歯類のペスト流行が加わるため、感染経路がさらに複雑になり、細菌戦との因果関係の特定を難しくする。

しかし、前述した桃源県莫林郷での肺ペストによる流行は、ペストの二次流行が起こっている最中の常德から莫林郷に戻ってきた男性が初発患者で、周囲のひとびとにペストを移し、16人が死亡した。常德県新徳郷石公橋・広徳郷鎮徳橋におけるペスト流行は、1942年11月に発生し、判明しているだけでも36名がペストで死亡した。いずれの流行も、常德での流行後防疫対策の手薄であった農村部へ流行が波及したものと考えられる。

ペストを細菌戦に使用することの残虐性は、致死率の高いペストに罹患した個人の肉体的・精神的苦痛はもとより、感染の危険に曝されながら看病する家族の恐れであり、地域住民の恐れである。患者の発生した家では、地域社会からの孤立感をもたらすことにもなる。伝染病の流行では、加害と被害の因果関係が明確に示されにくいため、ペスト流行によって地域住民の間に疑心暗鬼が醸成され、人々の生活が破壊される。

細菌戦の最大の残虐性は、地域社会の崩壊をもたらすことにあるのかもしれない。」(甲93の1の57頁)

細菌戦の残虐性は、伝染病によって人々を殺傷し、パニック状態に落とし込めるというだけでなく、長期間にわたって、地域社会を根底から破壊していくという点にある。上告人ら、細菌戦の被害地住民にとって、細菌戦による被害は、戦争一般による被害には解消できないものである。上告人ら被害者にとって、何十年経とうと、その受けた被害を癒されることはないのである。

(7) 以上の通り、日本軍による細菌兵器を使ったジェノサイドの被害は、ナチスによるアウシュビッツでの民族抹殺と同罪であり、過去に例がな

いほどの残虐なものであった。

16 結語

本件上告人らは、細菌戦の非人道性を告発し、細菌戦被害者の人間の尊厳の回復を求めて本件裁判を提訴した。

件細菌戦が人類史上最も残虐で卑劣なジェノサイドであり、上告人ら被害者の被った被害は甚大である。

よって本件上告人らは、原判決が細菌戦の事実を認定し且つ被上告人の国家責任を認めながら、結論で上告人らの請求を退けたことの違憲性および絶対的上告理由（理由不備）を主張する。以下、詳述する。

第5点 ハーグ陸戦条約及び国際慣習法並びに国際人道法に基づく個人の賠償請求を否定した原判決は、憲法98条2項に違反し、破棄されなければならない。

第1 原判決の判示と問題の所在

1 原判決の判示

原判決は、「ハーグ陸戦条約2条には、同条約及びこれに附属するハーグ陸戦規則の規定は交戦国がすべてハーグ陸戦条約の当事者であるときに限り締約国間についてのみ適用するという、いわゆる総加入条項が規定されているが、第二次世界大戦の交戦国中には同条約の締約国でない国も存在していたから、同条約は第二次世界大戦については直接適用されず、また、ハーグ陸戦条約3条は、ハーグ陸戦規則に違反した加害国の被害国に対する国家の国際責任を明らかにした規定にすぎず、被害者個人が直接加害国に対し損害賠償請求権を行使できることを定めた規定ではない」（原判決4頁）と判示し、ハーグ（ハーグ）陸戦条約3条による個人の賠償請求に関して、同条項は個人に対して国際法上の実体的な損害賠償請求権を付与する趣旨を含むと解することはできないし、また「同条約3条に基づき、被害者が加害国に対し直接損害賠償請求権を有するという国際慣習法が成立していたとは認められず、本件細菌戦当時においても、現時点においても、ハーグ陸戦条約とは別に戦争による被害を受けた個人が加害国に対し直接損害賠償請求権を有するという国際人道法が成立していたとも認めることもできない」（原判決5頁）旨判示し、直接損害賠償請求権を有するという国際慣習法及び国際人道法が成立を否定した。

2 問題の所在

原判決の判断は、憲法解釈を巡って重大な誤りがあると言わなければならない。

すなわち、第1に、憲法98条2項が、戦前の日本国が国際法を無視し、戦争を起こしたことの反省の上に立って、国際法規の遵守義務を定め、国

際法を国内法化したことの趣旨について誤った判断をしていること、

第2に、憲法98条2項により国内法化されたハーグ陸戦法規のなかにある賠償責任規定の解釈に誤りが存することである。

この点について、以下で詳述する。

第2 憲法98条2項の趣旨について

1 憲法98条2項の意義

国際法は、戦争被害の甚大さを目の当たりにし、その被害を出来るだけ少なくするため、そして、如何にして戦争を防ぐかと観点から発展してきた。人類に多大なる惨禍をもたらした第2次世界大戦後成立した国連憲章は、国際法の発展段階のひとつの到達点を示している。

日本国憲法は、このような国際法の発展段階を踏まえて、「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする。」(98条2項)と定め、条約の国内法的効力を認めているのである。

2 憲法98条2項の下における国際法の受容実績

典型的な例として「市民的及び政治的権利に関する国際規約」(以下「自由権規約」と略す。)にかかわる裁判をあげることができる。自由権規約は、生命に対する権利をはじめとする個人の実体的権利について広範な定めをおくだけでなく、第一選択議定書を通じ、権利侵害を受けた被害者からの救済申立てを処理する特別の制度(個人通報制度)を設けている。

自由権規約が批准された1979年以降こんにちまで、日本の裁判実務において、国際法主体性の欠落を理由に自由権規約の援用が認められなかった例は一件もない。

例えば、徳島地裁平成8年3月15日判決(判例時報1597号115頁)は、受刑者接見妨害国家賠償請求事件において、

「憲法98条2項は、『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。』と規定するが、これ

は、わが国において、条約は批准・公布によりそのまま国法の一形式として受け入れられ、特段の立法措置を待つまでもなく国内法関係に適用され、かつ、条約が一般の法律に優位する効力を有することを定めているものと解される。……B規約は、自由権的な基本権を内容とし、当該権利が人類社会の全ての構成員によって享受されるべきであるとの考え方に立脚し、個人を主体として当該権利が保障されるという規定形式を採用しているものであり、このような自由権規定としての性格と規定形式からすれば、これが抽象的・一般的な原則等の宣言にとどまるものとは解されず、したがって、国内法としての直接的効力、しかも法律に優位する効力を有するものというべきである。」

(判例時報1597号123頁)

と判示し、個人を主体とした自由権規定は、国内法としての直接的効力、しかも法律に優位する効力を有する旨認定した。高松高裁は、第一審の徳島地裁判決(判時1597号115頁)を支持し、同様の認識を示している(平成9年11月25日判例集未掲載)。

また裁判所は、国際法主体性の有無にかかわらず数多くの判決・決定において自由権規約の実体審査に踏み込み、なかには規約違反の認定を明瞭に導いたものもある(日本の裁判実務における自由権規約の取扱いについては、斉藤功高「国際人権規約B規約の我が国裁判所における適用 B規約の国内的効力と直接適用可能性について」住吉良人編『現代国際社会と人権の諸相』(成文堂、1996年)所収、参照)。

他方で、実際に利用できるかどうかは別にして、個人が自らの名において権利を主張しうる国際的手続が(選択議定書を通じて)現に用意されていることをもって、自由権規約の文脈における個人の国際法主体性を一律に承認する向きもあるかもしれない。

「女子に対するあらゆる形態の差別撤廃に関する条約」(以下「女性差別撤廃条約」と略す。)には個人通報制度が備わっていない。にもかかわらず、日本ではこの条約が個人によって援用され、その実体規定についての司法判断が示されている(たとえば、広島地判平成3年1月28日訟月37巻7号1166頁)。また、「難民の地位に関する条約」(以下「難

民条約」と略す。)は政府報告制度すら設けていないが、それでも、裁判所は、個人の主張を受けて躊躇なくこの条約の実体解釈を行ってきている(たとえば、東京高判平成2年3月26日行裁集41巻3号757頁、東京高決平成2年4月20日高刑集43巻1号27頁、大阪地決平成5年4月1日判タ837号242頁)。

大阪高裁も指紋押捺制度にかかる損害賠償請求控訴事件において「[自由権]規約はその内容に鑑みると、原則として自力執行的性格を有し、国内での直接適用が可能であると解せられる」と明言している(平成6年10月28日判タ868号59頁)。

国際法学の立場から裁判における条約の取扱いについて詳細な研究を続けてきている東京大学の岩沢雄司教授は、自動執行性(直接適用可能性)の判断基準を締約国の意思(「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」意思)に求めることについて、経験則上「不適切である」と断じている(Iwasawa、前掲論文、p.351)。また、憲法学の立場からこの問題を分析する九州大学の横田耕一教授も、「締約国の意思なる『主観的要件』...を判定基準とする...必要はないように思われる」と指摘する(「『国際人権』と日本国憲法」『国際人権』5号10-11頁)。明らかなことは、「主観的要件」と「客観的要件」という二つの要件、ことに前者の充足を求める主張は、日本のこれまでの圧倒的な裁判実務と適合せず、さらに、国際法学においても憲法学においても必ずしも支持されているわけではないということである。ちなみに最高裁判所も、大法廷においてILO八七号条約の解釈を行った際、その前提として上記の「主観的要件」の具備を問題にするようなことはなかった(昭和44年4月2日最刑集23巻305頁)。

3 憲法98条2項の下における国際法の位置づけ 国内法としての国際法

(1) 国際法の国内的効力

日本の裁判例が国際法によって豊かに彩られてきたのは、国の基本法たる憲法が、国際法をそのまま国内法に迎え入れる「一般的受容」体制

を採用してきたからである。裁判所が取扱う条約は、国際法として成立したものではあるが、憲法を通じて日本の法制下に導かれたことにより、国内化するに至っている。したがって裁判所は、条約規定を、国家間の関係を規律する特殊な法として認識するのではなく、基本的に、憲法や法律などを取扱う場合と同じ認識をもって取扱えばよい。それが、憲法の要請にほかならない。

日本国憲法は98条2項で「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」と規定している。この規定により、条約はそのままの形で国内法としての効力を有するものと解されている。こうした理解は、憲法学、国際法学の通説にとどまらず、政府や裁判所によっても広く共有されている（岩沢雄司『条約の国内適用可能性』（有斐閣、1985年）283頁）。

国内法の下に導かれた国際法の形式的効力は、一般に、法律よりも上位ではあるが、憲法よりも下位とされている。もっとも、国際法遵守義務の淵源が憲法（98条2項）自体にあることから、国際法と憲法を効力において同列にみることも不可能ではない。いずれにせよ、裁判官は、憲法76条3項および99条により、憲法を通じて日本の国内法となった国際法に拘束され、その尊重を義務づけられている。

国際法に国内法としての効力を認めることは、大日本帝国憲法の下でも慣行として行われていたが、日本国憲法は、第二次世界大戦に至る歴史的経緯を踏まえ、前文で国際協調主義を打ち出し、その精神を98条2項で特に具現化した。この規定が単に対外関係における国家の国際法遵守義務を謳うにとどまらず、「国際法の国内法化」をも指示しているということの本質的意味合いは、国内法の実現を担う司法府に、国際法の履行確保の役割を委ねたところにあると解される。つまり、国際法が国内法化されているのは、裁判所の司法的営みを通じて国際法の遵守を確保し、もって国際協調主義の実現をはかるということにほかならない。裁判官には、国際法違反の事態を回避または排除する責務が憲法上の要請として課せられているわけである。ちなみに、日本と同じように国際法を国内法化しているドイツやアメリカの裁判所なども、国際法に関し

て、同様の役割・責務を担うものとされている（たとえば、齋藤正彰「国際人権訴訟と違憲審査」『北大法学論集』四七巻五号、Carlos Manuel Vazquez、"Treaty-Based Rights and Remedies of Individuals、" COLUMBIA LAW REVIEW、Vol.92(1992)、p.1082 参照）。

憲法 98 条 2 項が国際法を国内法化するとみなされるようになったのは、国家と市民の間を規律する、つまり個人に権利を付与する国際法規が増加してからのことではない。憲法制定当初からすでにそう解されていた（さらにいえば、大日本帝国憲法の時代からそうであった。）。国際法が今以上に国家間の関係を規律するものと認識されていた時点においてすでに、国際法の国内法化が認められていたのである。むろん今でも国際法は第一義的には国家間の権利義務関係にかかわるものであるが、そうした法規に日本国が違背した場合であっても、それによって不利益を被った個人からの訴訟提起を受け、国内裁判を通じて違法状態の解消をはかる、そのことが憲法 98 条 2 項の下で可能とされているのであり、また、そのように求められてもいるのである。

(2) 国際法の国内適用

日本を拘束する国際法が国内法としての効力をもつからといって、そのすべてを個人が裁判の場で援用できるわけではない。自動執行力の具備が典型的に問題になるのは、この局面においてである。もっともこれは、国際法に固有の問題ではなく、憲法以下国内法令を裁判で援用する場合にもまったく同じ種類の問題が提起される。つまり、国際法にもとづく訴えを適法に提起できるのかという問いと、憲法や特定の法律にもとづく訴えを適法に提起できるのかという問いとは、日本国憲法の下では、本質的にまったく同じものなのである。

しかし、日本において自由権規約が自動執行的とされるのは、厳密には、実定的権利の設定により、法律上保護された利益あるいは当事者としての適格の確認に有利な条件が生み出されているからにほかならない。これを敷衍すれば、国際法によって個人の権利が明確な形で設定されていないからといって、直ちにそれを非自動執行的と断定することはいささか性急にすぎる。現に、条約規定が国家間の権利義務関係を定めるも

のであったとしても、日本国が当該規定に違反し個人が損害を被った場合、その事実をもって、保護すべき利益の侵害（「権利」の侵害とは限らない）が認められ、当該個人の提起する訴訟が司法審査の対象になる可能性は排除されない。この点は、国に一定の行為を義務づける（しかし個人の権利については沈黙している）国内法令の場合と基本的に変わらない。個人が国際法に依拠して訴訟を提起できるかどうかは、個人の権利を定める条約規定があるかどうかとは別に考えることができる。もちろん、条約によって設定された権利を侵害されたことを理由に個人が提起する訴えであれば、ほぼ問題なく適法な訴えとして司法判断の対象になりうることはいうまでもない。

ところで、国際法の侵害を根拠に国に損害賠償を求める場合、その法的根拠となりうるのが国家賠償法であることはよく知られている。しかし、国家賠償法によらずとも、個人は、日本国憲法の下では、国際法にもとづいて直接、損害賠償を請求することができる。

一般国際法によれば、国家による国際義務の違反は国家責任を生じさせるが、その解除形態には原状回復や陳謝などともに金銭賠償が含まれている。義務違反を犯した国家は、金銭賠償の支払いなどにより国家責任を解除しなくてはならない。責任の解除を求める権利たる「第二次的権利」の行使は、第一次的権利を侵害された当事者によって担われるわけだが、第一次的権利が個人について発生している場合、当該個人は本来、第二次的権利を行使する資格も有するはずである。もっとも、これまでの国際法は個人が第二次的権利を行使するための回路をほとんど用意しておらず、したがって、第二次的権利の行使は事実上国家によって独占されてきたといつてよい。

一方、日本国憲法は、日本国を拘束する国際法に国内法としての効力を与えているが、その場合の国際法に、第一次ルール、第二次ルールの区別はつけられていない。つまり憲法は、国家責任追及にかかる第二次ルールであっても、国内法としての効力発生を妨げていないのである。したがって国家の責任解除義務も国内法化し、他方で個人は、国際的手続の不存在ゆえに実現しえなかった第二次的権利の行使を、日本の裁判

所において行うことが可能となる。第二次的権利は国際法上明文化されないことが多いとはいえ、その旨が条約によって法定されることもある。実際の訴訟においてはこうした国際法上の第二次的権利は国家賠償法のなかに解消されてしまうことも少なくないが、いずれかの事情で同法が適用できない場合には、損害賠償請求の直接の法的根拠となりうるものである。

第3 ハーグ陸戦法規および同陸戦規則（ハーグ条約）による個人への賠償責任の発生

1 原判決

原判決は、個人の賠償主体性を論じるなかで、「個人がその属する国家以外の国から受けた戦争被害については、所属国の外交保護権の行使によって当該国家間において処理されるのが原則であり、特別の国際法規範が存在しない限り、個人が加害国に対し直接に損害賠償請求権を行使することはできないというべきである。

ところで、ハーグ陸戦条約には、国家が責任を負うべき相手方が個人であることを明記した規定はなく、個人が国家に対して権利内容を実現する方法又は手続についても一切言及していないのであるから、ハーグ陸戦条約3条が交戦国に対して課した損害賠償責任は、ハーグ陸戦規則の違反行為を行った軍隊構成員の所属する国家が、その違反行為により被害を被った個人の所属する国家に対して負担する国家間の賠償責任を規定したものであって、戦争により被害を受けた個人が加害国に対し直接損害賠償請求権を有することを認めた規定ではないと解される。」（原判決6頁）と判示し、ハーグ条約3条が個人の加害国に対する直接損害賠償請求権を認めたものではないと否定する。

しかし、これはハーグ条約3条の解釈を誤ったものである。以下、詳述する。

2 国際人道法の発展の歴史の中でのハーグ条約の位置づけ

フランス革命戦争を通じて、新しい国際法、戦争法の諸原則がうち立てられた（捕虜に対する扱いが、人権思想の高まりのなかで、捕虜もまた人道的に待遇されなければならいと観念が生まれた）。

戦争一般の法典化ないし条約化の企ては、1874年ブリュッセル宣言案として示された。これは、またロシアの招請により開催された会議に同国の付帯した「戦争の法規慣例に関する条約案」に若干の修正を加えて採択されたもので、当時の陸戦において起こりうる多くの事項を網羅する56カ条に及ぶ条約案であった。この会議で同じく採択された最終議定書は、1868年のサンクト・ペテルスブルク宣言の趣旨を繰り返し、戦争の法規慣例の改正による一步前進を確認し、この条約案を1864年ジュネーブ条約や上記宣言の諸規定の発展のために各政府に付託することを宣言している。

会議に参加したヨーロッパの15カ国が条約案に署名したが、批准するには至らなかった。しかしこのブリュッセル宣言案は、国際法学会の採択した1880年「戦争の法規慣例」を経て、1899年「戦争の法規慣例に関する条約」の付属規則の基礎として生かされることとなった。

1899年ハーグ平和会議もロシア皇帝のイニシアチブのもと「真のかつ恒久平和の利益をすべての人民に保証する最も効果的な手段を求め、そしてなかならず現存の軍備の漸進的発達を制限する目的をもって」招集され、ヨーロッパ諸国を中心とする26カ国政府が代表を派遣した。会議の目的の1つは1874年のブリュッセル宣言案の改正であった。採択された3つの条約と3つの宣言は、一条約（国際紛争の平和的处理条約）を除き、すべて戦争法に関するものであった。すなわち、「陸戦の法規慣例に関する条約」とその付属規則、「ジュネーブ条約の原則を海戦に適用する条約」「軽気球より又はこれに類似したる新たなる他の方法により投射物及び爆発物を投下することの禁止」宣言、「窒息性ガス又は有毒ガスの散布を唯一の目的とする投射物の使用禁止」宣言、「外包硬固なる弾丸にしてその外包中心の全部を蓋包せず若しくはその外包に載刻を施したるもの如き人体内に入り容易に開展し若しくは扁平となるべき弾丸の使用禁止」宣言である（この1907年署名されたハーグ条約の内容については

後に詳述する)。

上記条約は、捕虜の保護についても規定するが、そこでは、捕虜に国際法上の主体としての地位が明確に承認されている(広瀬「捕虜の国際的地位」20頁)。

以上のように戦争法(交戦法規)の展開は、近代国際法の実定法化という一般的傾向に沿い、19世紀後半以来数多くの条約としてあらわれ、その最も大きな成果が2度のハーグ平和会議で採択された条約や宣言のなかに結実したのである。

第一次大戦においては、それまでの戦争被害と比べものにならないような戦争被害がでた。戦後、第一次世界大戦の講和条約においては、ドイツ及びその余国は、その攻撃によって強いられた戦争の結果、連合国及びその国民に与えた「一切の損失及び損害」に対して責任があると断定され、かつこれを承認した。陸戦の法規慣例に違反した交戦国は、よって与えた損害に対して、賠償を支払わなければならない(ハーグ条約3条)とされた。この大戦で交戦国の個人が敵国政府の押収、挑発等の措置によって被った損害について、損害賠償請求の訴えを被害者(個人)の本国政府の仲介を経ずに直接に、ヴェルサイユ条約に基づいて設置された混合仲裁裁判所に提起することを認めた。裁判所はこの訴えを受理して査定した賠償額は被告政府を拘束すべことを同条約は定めている。

これは、条約に基づくものとは言え、戦争犯罪の被害者に対して国際法上の法主体性が認められたものと考えられる。このような条約が出来た背景には、戦争犯罪による被害者はその損害の賠償が認められるべきとのそれまでの交戦法規についての考えを前提とし、個人の賠償請求についての具体的救済手続きを条約で定めたものと解するのが相当である。

第一次大戦での従来戦争法の不備・不適切に対する反省の上に立って、空襲、毒ガスさらに潜水艦の規制という作業から始まった。まず、毒ガス問題については、ヴェルサイユ条約がその製造禁止をドイツに対して一方的に義務づけたが、1922年「潜水艦及び毒ガスに関する5カ国条約」(ワシントン条約)はガス使用の一般的禁止に関する1条文を挿入した。しかし同条約が批准されなかったため、1922年ジュネーブでの武器取

引取締会議において再び同様の文言（さらに細菌学的戦争法の禁止も追加）を盛り込んだものが議定書として採択された。

他方、1922年軍備制限のためのワシントン会議で、新しい攻撃・防御方法に対して国際法の現行規則にどのような修正が必要かについて検討する委員会の設置が要請され、これに応じて同年末ハーグに設立された法律家委員会は空戦に関する規則及び戦時における無線電信使用に関する規則についての報告書を作成した。後者については既存条約にも規定があるためそれに関する特別の条文は準備されなかったが、前者についてはアメリカ代表の提出した草案を基礎に62カ条に及ぶ詳細な「空戦規則」が作成された。この空戦規則案は結局条約としては批准を得るところまでいかずに草案にとどまったが、以後武力戦争において空戦が極めて重要な地位を占めるにつれて、諸国の実践における指針として取り入れられた。

毒ガスや空襲といった新しい害敵手段・方法の問題は、さらに連盟の軍縮会議でも取り上げられ、軍備規制ないし縮小の一環としても取り上げられた。すでに軍縮会議準備委員会の段階で、化学兵器、細菌学兵器のほか、焼夷兵器の生産・所有の規制と並んでそれらの使用禁止問題が討議され、軍縮会議における軍縮条約案中にもそれらの点が明記された。

また同会議で、空襲に対する一般住民保護措置の問題が取り上げられ、その一般委員会の決議は将来の紛争の場合に空襲が文明にこうむらしめる危険を十分認識して「一般住民に対するあらゆる空襲は絶対に禁止されなければならない」と述べ、この決議に従って空軍の制限が検討された。軍縮条約案も「締約国は、空襲の完全な禁止を受け入れる」ことをはじめ、軍用機の廃止・制限を含む措置を定めていた。

このように、兵器や空襲に関する軍縮会議での審議はガス議定書やハーグ空戦規則の文言を確認し、あるいはそれをこえて対象範囲においても内容においても禁止の方向に一層進んだものであった。

また、すでに明文上一定の保護が与えられていた傷病兵、捕虜についても改正条約がこの時に作成されている。1929年「戦場における軍隊中の傷者および病者の状態改善に関するジュネーブ条約」（第3回赤十字条約）及び「捕虜の状態改善に関するジュネーブ条約」がそれである。両条

約とも当時の世界における圧倒的多数の国の批准・加入を得た。

第二次世界大戦後、1946年赤十字国際委員会の招集した各国赤十字予備会議において、1929年の傷病者条約、ジュネーブ条約の原則を海戦に適用する条約（1907年ハーグ第10条約）、1929年の捕虜条約の改正ならびに文民に関する新条約の作成研究の問題が提起された。ついでこの問題を審議する1947年政府専門家会議、翌年の第17回赤十字国際会議を経て、1949年ジュネーブ外交会議が開催され、それには59ヶ国政府代表のほか、赤十字国際委員会と赤十字社連盟の専門家、さらには12団体のオブザーバーが参加した。外交会議は次の4つの条約を採択した。「戦地にある軍隊の傷者及び病者の状態の改善に関する条約」（第1条条約）、「海上にある軍隊の傷者、病者及び難船者の状態の改善に関する条約」（第2条条約）、「捕虜の待遇に関する条約」（第3条条約）、「戦時における文民の保護に関する条約」（第4条条約）である。総計429カ条に及ぶこれらの戦争犠牲者保護条約は、事実上の戦争にもその適用範囲を拡大することによって、戦争違法化のもとでなお発生する武力紛争への対応の姿勢を示した。

3 ハーグ条約締結の意義とその内容について

わが国は、1907年に署名されたハーグ条約を、1911年1月16日に批准し、1912年2月11日に批准書の寄託を行っている。

国際人道法の1つであるこのハーグ条約は、その前文において、次のように規定している。

「避クルコト能ハザル事件ノ為兵力ニ訴フルコトアルベキ・・・場合ニ於テモ尚能ク人類ノ駸駸トシテ止ムコトナキ要求トニ副ハムコトヲ希望シ、之カ為戦争ニ関スル一般ノ法規慣習ハ一層之ヲ精確ナラシムルコトヲ目的トシ、・・・締約国ハ・・・人民及び交戦者カ依然文明国間ノ間ニ存立スル慣習、人道ノ法則及公共良心ノ要求ヨリ生スル国際法ノ原則ノ保護及支配ノ下ニ立ツルコトヲ確認スルヲ以テ適当ト認ム」

すなわち、同条約と付属規則は、人類の福利と文明の「駸駸として」

(進歩して)止むことのない要請、人道の法則、良心の要求するところとして、戦時における私権の尊重、略奪の禁止、捕虜の保護等について定めたのである。

この条約及び付属規則が制定された背景は、前項の戦争に関する国際法の発展、とりわけ交戦法規の展開の項で述べたとおりである。

そこには、産業革命を経て、戦争における兵器の性能の向上により、戦争被害も甚大になってきたこと、また、フランス等における市民革命を経るなかで各国間においても人権思想もまた高まってきていたのである。

同条約第3条は、「前記規則(注 条約第一条記の「本条約ニ附属スル陸戦ノ法規慣例ニ関スル規則」をさす)ノ条項ニ違反シタル交戦当事者」は、「其ノ軍隊ヲ組成スル人員ノ一切ノ行為」について責任を負うものと規定している。

上記規定は、戦争(人道)法違反についての国家の責任を規定したものであり、戦争(人道)法違反の国家の行為により被害を受けた個人は、その国家に対して損害賠償することができるかと解するのが相当である。

この点については、『ファン・ボーベン国連最終報告書』、『R・クマラスワミ国連報告書』、国際法律家委員会(ICJ)『国際法からみた従軍慰安婦問題』、ICJ国際セミナー東京委員会編『裁かれる日本』、『カレン・パーカー鑑定書』、カレン・パーカー、ジェニファー・チュー『日本軍戦時強姦制度被害者への補償』、ロンドン大学のグリーンウッド教授、ベルギー自由大学のダビッド教授、さらにニューヨーク大学のテオドア・メロン教授といった、国際人道法の世界的権威によって支持されている。赤十字国際委員会も同様の見解である。

これらの文書は、今日、国際的には、第二次世界大戦中ないし十五年戦争中の日本軍の残虐行為が、戦争犯罪、国際人道違法違反ないしは重大人権侵害として国際法上違法であること、それは日本国の国家責任に属すること、並びに被害者ないしはその遺族等は国際法上個人として日本国に対する賠償請求権を有することを明らかにしている。上記の各文書は、直接には従軍慰安婦に関するものであるが、そこで述べられている一般法理

は、本件における七三一部隊の人体実験による殺害、南京大虐殺、無差別爆撃による一般市民の殺傷にもそのまま妥当するものである。

また、上記の国際人道法の権威とされる研究者の研究内容は、いずれも前述したような戦争法、交戦法規等の国際法の発展を踏まえてなされたものである。裁判所におかれては、これらの研究成果を十分踏まえて本件の解釈をする必要があると解される。

4 ハーグ条約は十五年戦争当時、国際慣習法化していたこと

ハーグ条約は、総加入条項（2条）により第2次大戦中には適用されなかったが、少なくとも大戦時までに慣習法化していたと解される。それは、ハーグ条約を作成する時点でそれまでの国家間で慣習として行われていた交戦法規を法文化したものであったこと、また実務上も、ニュールンベルグ・東京の両国際軍事裁判や各戦争犯罪法廷、さらに後にも触れる1997年11月5日のボン地方裁判所判決（Ramat-Gan 対 ドイツ連邦共和国（10 134/92））などで、そうした見解がとられている（同判決文、A・3）。日本政府も1951年に署名した「日本国との平和条約」11条により「極東国際軍事裁判所並びに日本国内及び国外の他の連合国戦争犯罪法廷の裁判を受諾し」たことで、ハーグ条約が慣習法化されていたとの見解を公的に受け入れているものと解される。

5 条約の意味内容の解釈方法について（条約に基づく解釈の必要性）

ハーグ条約の意味内容を確定するにあたっては、国際法それ自体が設けている条約の解釈規則に従って行うべきである。条約解釈にかかる一般規則は「条約法に関するウィーン条約」31条および32条に精練された形で規定されているが、本件に関していえば、本訴の請求原因となる事実が生じたとされる時点において有効であった解釈規則が採用されるべきである。それはウィーン条約に体现されているものと本質的に変わらない。要するに、文脈などを考慮しながら用語の通常の意味にしたがって解釈するのが原則とし、それを補足するものとして準備作業などを参照するというものである。もっとも、用語の通常の意味それ自体が争われるから争訟に

なるのであって、実際には、解釈作業にあたって準備作業を截然と切り離してしまうことは難しい。なお、条約の解釈にあたり「事後の実行」にも重要な役割が与えられるが、事後の実行とは、条約解釈をめぐるその後の発展の軌跡を確認するためのものではなく、本件事件が生起した時点において有効であった条約解釈を確認するために参照されるべきである。

6 ハーグ条約第3条の解釈 個人の賠償責任を認めたこと

ハーグ条約3条の文言は、軍隊構成員が引き起こした一切の陸戦規則違反について、当該軍隊構成員の所属国が賠償責任を負うことを明らかにしている。

ハーグ条約3条は、一般国際法の枠を超えた規定になっている。交戦当事者は、「其ノ軍隊ヲ組成スル人員ノ一切ノ行為」について責任を負うものとされている。軍隊構成員の行為は、どのような資格において行われたものであっても、すべて国家に帰属するとされているのである。一般国際法上、私人の行為を契機として国家に責任が発生するのは、当該行為を防止する「相当な注意(due diligence)」が国家によって払われなかったときだが、ハーグ条約3条は、そのような注意義務を要求するものではない。国家の側に「過失」があることも求められていない。軍隊を構成する者が、いかなる資格においてであれ、陸戦法規違反を犯したならば、当該軍隊構成員の所属国に責任が帰属する。

このような第3条の解釈はニューヨーク大学ロースクールのテオドア・メロン教授を含め、多くの論者によって支持されてきているものである。実際のところ、戦場において頻発する蛮行が軍隊構成員の資格において行われたものなのかどうかについて截然と判別することは難しい。ハーグ条約3条は、そのような場合に、資格の有無を問わず、もっぱら行為の実行者が軍隊の構成員であるかどうかに着目して、責任の帰属を決定しているのである。

ハーグ条約3条にもとづく賠償請求主体には個人も含まれると解される。同条は、軍隊構成員による陸戦規則違反を治癒する態様として、締約国に「賠償(compensation)」の支払いを要求している。そこでは、原状回復や

陳謝・責任者処罰などをも射程に入れた「reparation」という国家責任解除のための伝統的な用語は用いられていない。また同条は、行為時の資格の如何にかかわらず軍隊構成員の一切の行為を国家に帰属させることで、きわめて広範な責任帰属の範囲を設定してもいる。そのいずれもが、ハーグ条約3条の背後に、国家責任法理一般ではなく、個人の保護を念頭に入れた交戦法規の法理が控えていることを指し示している。

原判決は、ハーグ条約第3条が「ヘーグ陸戦規則の違反行為を行った軍隊構成員の所属する国家が、その違反行為により被害を被った個人の所属する国家に対して負担する国家間の賠償責任を規定した」と判示する。

しかしながら、既に述べたとおり、「賠償すべき相手」については、その条項が作成された背景を検討すれば、被害者個人が含まれ、賠償は制裁の意味よりも、国際人道法の発展のなかで、被害の救済に重きが置かれていることに鑑みれば、個人を排除するものでないことは明らかである。

国際法上の法主体性の問題についても、本条約が交戦法規としての性格を有することに鑑みれば、被害者個人に法主体性が認められて何ら問題がないといわなければならない。また、被害者個人に法主体性が認められた場合、損害賠償請求をする手続き規定は別個の問題として検討されるべきことである。具体的には、条約などで損害賠償請求に関する手続きを規定する場合もあるし、また、条約が憲法を通じて、国内法に受容されているような場合は、その国内裁判所に提訴することも可能と考えられるのである。

モーリス・グリーンSPAN教授は、陸戦法規を詳細に分析した著書において、占領軍が陸戦規則48条あるいは52条の定める条件を逸脱して取立金を命じたり徴発を行ったような場合、その被害者たる個人がハーグ条約3条にもとづき占領国に損害賠償を請求できる旨を明らかにしている。同教授はこの点を中立国民との関連で述べているが、ハーグ条約の構造上、この指摘は敵国民についても当然妥当する。また、ハーグ条約3条に連動する陸戦規則違反が右48、52条違反に限定されないこともいうまでもない。

なお、入江啓四郎教授は、ハーグ条約3条について、「これは戦時不法

行為損害に関するものであるから、正に損害賠償に属する。賠償請求権の主体は、原則として国家である。けれども陸戦規則が国内戦時法令体系に吸収されれば、被害者は、国内法令に基づき、直接請求権を行使し得よう。」と述べており、実質上、被害者個人が、損害賠償請求権の主体となることを認めている（「国際法上の賠償補償処理」27頁）。

ハーグ条約は、その前文に「締約国ハ、其ノ採用シタル条規ニ含マレサル場合ニ於テモ、人民及交戦者カ依然文明国ノ間ニ存立スル慣習、人道ノ法則及公共良心ノ要求ヨリ生スル国際法ノ原則ノ保護及支配ノ下ニ立ツコトヲ確認スル」とするマルテンス条項を置いており、第3条の陸戦の法規慣例違反の判断にあたっては上記条項を踏まえて判断しなければならないと解される。

個人の賠償主体性が認められることは、以下に述べるように、ハーグ条約の交戦法規としての性質、制定のための準備作業、事後の実行例からも明らかである。

(1) 交戦法規としての性質

ハーグ条約は陸戦の法規慣例を扱うものである以上、その3条も、伝統的な国家責任法理一般によって彩られているというよりは、むしろ、国際法の一分野として特殊な法制度を発展させてきた交戦法規の法理を体現していると見るほうが適切である。

原判決は、ハーグ条約が交戦法規としての性質を有することについての十分な認識を欠いている。

交戦法規は国家と国家の関係のみならず、国家と個人の間にも規律の対象に取り込み、その長い伝統のなかで個人の権利の保障に資する豊かな足跡を描いてきた。ハーグ条約が「交戦者相互間ノ関係及人民トノ関係」（前文2段）を念頭において作成されたのはまさしくそのためである。むろん、国際法上、権利が個人に認められても、それを行使するための手続が用意されなければ、当該権利は観念のレベルにとどまってしまう。だが、そうした権利の存在をそのまま国内法に迎え入れる法制を採用している国では、裁判においてその実現をはかることが可能である。

たとえば日本と同じように国際法を一般的に受容するアメリカでは、多くの事例において交戦法規が直接適用されてきており、連邦最高裁自身、1942年の時点でつぎのように言明している。「当裁判所は、設立当初から、交戦中の個人の地位、権利および義務について規定する国際法の分野として、戦争法を承認し、適用してきた」（317 U.S. at 27-28）。

交戦法規のなかでは、パケット・ハバナ号事件（175 U.S. 677（1900））に代表される戦時捕獲に関する慣習法規が、慣習法を受容する諸国の裁判所において頻繁に援用されてきたが、陸戦規則についても徴発や動産押収にかかる賠償支払いなどにおいて、国際法が直接、国家（占領軍）と個人（住民）との関係に及び、各国の裁判を通じて個人の保護がはかられてきた。

たとえば、1912年当時トルコ領であったイピロスにおいてギリシャ軍が行った徴発について、アテネ控訴裁判所は、ハーグ陸戦規則46条および53条に具現化された国際法規則が当該徴発に直接適用されるとの判断を示し、住民の請求を認容している。ギリシャでは日本と同じように国際法が国内法化されており、そのような法制のもとで陸戦規則の直接適用が可能とされたわけである。

また、第一次世界大戦時にドイツ軍が占領地において領収証の発給なく行った徴発の法的帰結が問題とされた事件において、ベルギー破棄院（1921年3月3日判決）、ポーランド最高裁判所（1921年2月15日判決）、ハンガリー最高裁判所（1922年3月22日決定）も、ハーグ陸戦規則五二条の体現する国際法規則を直接適用して事案の処理にあたっている。

(2) 準備作業

個人の請求主体性を認める解釈は、ハーグ条約の起草過程の検討によっていっそう強く裏付けられる。ハーグ条約の起草者たちは、交戦法規が個人にも権利を付与してきた特殊な国際法分野であるという認識に立って、第二次ルールにかかわる同条約3条について個人の請求権を明瞭に認めていたのである。

1907年の第2回国際平和会議において、ハーグ条約および附属陸戦規則の改正作業が行われたが、同条約3条はその際に提案、審議され、修正のうえ採択されたものである。

まずドイツ提案は、明確に「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」と述べ、賠償責任が個人に向けられることを認めていた。提案理由のなかでも、陸戦規則の違反による一切の不法行為責任につき「損害を受けた者が政府に対して賠償を請求すること」ができるよう企図していたことが述べられている。もっともドイツ提案は「中立の者」と「交戦相手側の者」との間に賠償の支払い方法に区別を設けていたことから、提案の原則については反対がなかったものの、「いずれの場合においても、権利の侵害があり、少なくとも規則上その救済は同一であるべきである」との批判がなされた。この批判を受けてドイツ代表は、両者の間に「権利の違いを設けようとの意図は毛頭な[い]」と改めて説明し直している。

なお、原判決が引用する一審判決は、ドイツの提案について、各国代表から賛否の表明がなかったと判示している。しかしながら、上記の述べた議論の経過、及び、後に述べる議論の経過からすれば、個人の賠償請求についても、十分視野にいれて議論をしていたと読むのが自然と言わなければならない。

審議の場となった第二委員会第一小委員会では、スイス代表も、中立国と交戦国という「2つのカテゴリーの被害者」を「即ち権利保有者」という語で言い換え、「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じる」と述べている。

さらにイギリス代表も、ドイツ提案の「第一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、第二条では、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」ことの問題点を指摘していた。

同委員会第四会合での議長の冒頭発言でも、「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。そこには権利も義務もあるが、『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」ので、提案に修正の必要があることが指摘された。

このほかにも、ロシア代表は「第一条[の損害賠償請求権]は中立の者のみではなく敵国の者にもかかわるのが望ましい」と述べ、さらにフランス代表も「中立の者を」という語を「何人かを」という語で置き換え一つの規定に統合するよう提案している。

こうした審議経緯から明らかになることは、第3条が、個人の請求権の法定を目的として提案され、支持されたものであったということである。

1907年の国際平和会議では、ハーグ陸戦規則52条についても若干の修正が行われた。新たに付加されたのは「成ルヘク速ニ之ニ対スル金額ノ支払ヲ履行スヘキモノトス」という文言であったが、その趣旨は、イギリスの陸軍マニュアルが述べるように「即金での支払いが不能な場合、徴発に相当する金員はなるべく速やかに、また、なるべく敵対行為中に支払わなければならない」ということを明らかにすることにあつた。交戦国民との関係においても当然にこの規則の遵守は求められた。ハーグ条約3条は、そうした第一次ルールの実現を担保するための規定であり、ここからも、国家の賠償責任が個人に向けられていたことがうかがえる。

こうした起草経緯は、これまでほとんど論じられてこなかった。カルスホーベン博士が1991年に公にした論文においてはじめてその詳細が広められたとあって過言でない。カルスホーベン博士は日本の法廷に提出した意見書でも起草過程にかかる自己の見解を開陳し、その見解は、ロンドン大学国際法教授クリストファー・グリーンウッド氏やブリュッセル自由大学国際法教授エリック・ダビッド氏の明確な支持を受けるに至っている。

ハーグ条約3条が個人の請求権を設定するものであっても、当該請求権を行使する国際的手続が設置されていない以上、その実現は国際的には不可能である。

しかし、それは請求権が存在しないということの意味するわけではな

い。ハーグ条約3条の実施が戦後にもつれこんだ場合には、国際法をそのまま受容する国において権利の実現をはかることが可能である。国際法を受容する体制にない国の裁判所では当該請求権をそのままの形で援用することはできないが、その違いは、結局のところ、国際法をどのように実施するかの違いに帰着する。国際法は条約の履行方法までは立ち入らないのが一般的であり、この点はハーグ条約も変わらない。

第3条によって設定された請求権はある国の裁判所では行使しえないだろうが、別の国の裁判所では行使しうる。日本は後者である。それは、日本国憲法がそれを可能とする法制度を採用しているからにほかならない。既に述べたように、人道法違反の刑事責任についてはこのような考えに基づいて、処罰がなされている（アイヒマンの例等）。

日本国憲法は、国際的手続を欠いた個人の権利の実現のために司法の扉を開いているのである。本件で争われているのは、開いた扉に入ってくるだけの権利をハーグ条約3条が設定しているかどうかなのであり、それが肯定されることはこれまで明らかにしたとおりである。

(3) 事後の実行

1997年11月5日、ドイツのボン地方裁判所は、「侵略者の責任は、既に両大戦の間に国際法の要素となった。捕虜と占領地の一般住民を殺害したり奴隷化したりしてはならないという原則も国際法の一般規則に属しているということについて意見が一致している。この一般原則は、1907年10月18日の陸戦の法規慣例に関するハーグ第四条約にも表現されている。

ドイツ帝国は、ハーグ第四条約を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税は占領軍の需要のためにするのでなければ要求することはできないし、住民が母国に対する戦闘行為に従事する義務も含めなくてはならない。その上、46条によると、住民の名誉、生命、信仰・宗教は尊重されなくてはならない。

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」旨

述べ、さらに、ヘーグ陸戦条約が相互主義のもとで損害賠償責任を課しているわけでないこと、しかも連邦憲法 25 条によってヘーグ陸戦条約が国内法化されていること、しかも同条約の効力順位が法律よりも上位におかれていることも根拠として、ヘーグ陸戦条約により帝国公務員法の求める相互主義の適用も排除することも併せて判示し、ヘーグ陸戦規則違反の行為に起因する損害賠償責任が個人のために援用されることを明らかにした。上記判決は、ヘーグ条約第 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である。

原判決が引用する一審判決は、上記判決について、ヘーグ条約を根拠としてでなく、ドイツ国内法を根拠として、個人の国家に対する賠償請求を認めたものと指摘している。しかし、ドイツにおいても、連邦憲法によって条約が国内法化されているのであり、その意味からすれば、条約に基づいて請求を認めたと言って何ら問題ないと言わなければならない。

ヘーグ条約 3 条は、1977 年の第一追加議定書 9 1 条に若干の修正をほどこしながらほぼそのままの形で再現されたが、同条に注釈を加える 1987 年の赤十字国際委員会コンメンタールは、「賠償を受ける権利を有する者は、通常は、紛争当事国またはその国民である」と述べ、個人の賠償請求資格をはっきりと認めている。

また、同コンメンタールは、ヘーグ条約 3 条と第一追加議定書 9 1 条が、1949 年ジュネーブ諸条約において共通に定められた「締約国は、前条に掲げる違反行為に関し、自己が負うべき責任を免れ、又は他の締約国をしてその国が負うべき責任から免れさせてはならない」という規定（「戦地にある軍隊の傷者及び病者の状態の改善に関するジュネーブ条約」5 1 条、「海上にある軍隊の傷者及び病者の状態の改善に関するジュネーブ条約」5 2 条、「捕虜の待遇に関するジュネーブ条約」1 3 1 条、「戦時における文民の保護に関するジュネーブ条約」1 4 8 条）と同じ原則に立脚していることを明らかにしている（3649 項）が、その趣旨は、「締約国は...ジュネーブ諸条約及びこの議定書の規則の違反の被害者が賠償を受ける権利を否定することはできない」（3651

項)というものとされており、ここでも個人が固有の賠償請求資格を有する旨が確認されている。

占領地における個人の請求権処理がじつは行政手続を通じて日常的にひんぱんに行われていたのである(カルスホーベン意見書15頁)。

1952年4月9日のドイツ・ミュンスター行政控訴裁判所判決(International Law Report、Vol.19、Case No.147)は、ハーグ条約3条が個人の損害賠償請求権を設定したものであることをつぎのように明瞭に述べている。「原告の損害賠償請求権は、国内公法のみならず、国際法からも生じる。1907年のハーグ条約第3条により、国家は、自国の軍隊を組成する人員の一切の行為(ハーグ規則の違反)につき責任を負う。文民の保護のため広範な文言が選択された第3条によれば、損害をもたらした者の過失は責任の要件ではない。第3条が軍隊構成員の行為にかかわる占領国の絶対責任について規定しているということは、国際法の疑いなき原則である。国際法の定めるこの絶対責任の枠内で...国家は『無形的』損害についても賠償する義務を負う」と判示している。同判決は、加害国イギリスに対するものでないが、その判示内容は、ハーグ条約3条が個人に損害賠償請求権が存すると判示しているのである。なお、原判決は、自国民を相手にするものであるから、個人の請求主体性を認めたものでないと判示するが、自国民であっても、上記判示内容は、個人の請求主体性を認めたものと言わなければならない。

1997年10月30日、ギリシャの裁判所は、第2次世界大戦中、ナチスドイツに支配されたギリシャにおいて強制労働させられた被害者が、ハーグ条約3条を根拠としてドイツを相手に損害賠償請求をした事件について、ハーグ条約3条に基づく請求を認め、損害を賠償すべき判決を下している。

個人の賠償請求権については、1990年から同1991年のクウェート侵攻・占領に対するイラクの賠償義務を確認した国連安全保障理事会決議687に次のような文言が挿入されている。

「イラクは、・・・外国の政府、国民及び企業に対するいかなる直接的損失、損害または被害についても国際法上の責任を有する」(16

項)。同決議は、1990年の安保理決議674「侵攻と不法な占領でクウェート、第三国、その国民、会社に与えた損失、損害、毀損に対し、国際法の下に責任がある」を再述したものである。決議687の19項は、イラクに対する請求を処理する国際制度の設計を国連事務総長に委ねたが、当該要請を受けて作成した報告書のなかで事務総長は、個人から請求が何万件にも及ぶであろうとの見込みにたって、制度運営の便宜を図るため、原則として「政府」によって提出される請求を取り扱う旨を明らかにしている。その際、政府は、自らのためのみならず、自国民（個人）の代理として請求を提出するものとされた。ちなみに、請求処理のために賠償を支払う基金を監督するために新設された国連賠償委員会の決定も、戦争法規違反の被害者である個人の請求権の存在を認めている。基金の管理評議会は、「政府によって請求を提出してもらう地位にない人々に代わって適当な人、権威者、機関に請求を提出するよう要請することができる。」とした。ここでは個人が固有の賠償請求権を有していること自体は、所与の前提とされているのである。

なお、1992年3月に開かれたマーストリヒト会議においても、個人が賠償請求の主体となることに関して次のような決議がなされている。

「原則として、すべての国は人権侵害を填補し、かつ被害者が損害賠償を求める権利を行使出来るようにする責任がある。国に誠実に、人権の国際的、地域的、国内的な規範を適用しなければならない。同様に、すべての国は、重大な人権侵害が起こらないよう常時監視する法律、機関、政策、プログラムを設けておくべきである。」

このように事後の実行例が存するのである。一審判決は、裁判所が把握し得た事後の実行例の少なさを余りに過大視しているといわざるをえない。

7 「締約国間にのみ」条約を適用するとしたハーグ条約2条の趣旨

- (1) 原判決は、「ハーグ条約2条には……いわゆる総加入条項が規定されているが、第二次世界大戦の交戦国中には同条約の締約国でない国も存在していたから、同条約は第二次世界大戦については直接適用されず」

と判示する。

- (2) 本条約 2 条は、交戦国が条約締約国である場合にのみ締約国間に条約を適用することを定めた、いわゆる「総加入条項」である（国際法学会編『国際関係法辞典』三省堂、1995年、505頁）。総加入条項は19世紀後半から第一次大戦までの間に締結された戦争法規に関する条約の多くに含まれ、ハーグ条約も 2 条でこれを規定していた。

このように、本条はあくまで「非締約国」との関係で「締約国」としているにとどまり、人民との関係における適用の問題とはレベルの異なる内容の規定である。したがって、2 条の規定は、3 条によって個人が損害賠償請求権を有するかどうかの問題とは直接関係がなく、原判決は根拠を欠くものである。

- (3) 本条約はむしろ、前文第 2 段落において「交戦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」（these provisions、... are intended to serve as a general rule of conduct for the belligerents in their mutual relations and in their relations with the inhabitants）としているのであり、全体として、締約国と他の交戦国のみならず締約国と人民との関係で適用があることが明らかに意図されている条約なのである。

8 徴発にかかる住民等への金員の支払を規定したハーグ条約 5 2 条 3 項について

- (1) 原判決が引用する一審判決は、ハーグ規則 5 2 条・5 3 条の規定の下では占領軍が金員の支払をしない場合に住民がその救済を求めるための国際法的手段はなく、これらの規定は、同条所定の行為を国家間で合意したものと解するのが妥当であって、これらの規定をもって個人が相手国に対し直接何らかの請求をしようことを認めたものと解することはできないとした。
- (2) しかしながら、「国際法上その救済を求める手段・制度が設けられていない」との一審判決は、国際法上の救済は、国際司法裁判所のような国際法上の争いのみを審理する裁判所においてしかなしえないとする誤

った理解から主張されるものであって明らかに失当である。

国際法上の紛争は、理論的にも国内の通常裁判所において審理、判断することは当然可能であり、通常の裁判所を通じて救済を求めることが許されるのである。また実際にも、戦時占領下の財産権等に関する訴訟は、国際法では伝統的に国内裁判所において行われてきたのであって、原判決や被上告人の主張は、国内裁判所が国際法を解釈・適用してきた長い歴史を看過したものである。

(3) ハーグ条約は、占領軍による住民等からの現品徴発及び課役、並びに押収について、同規則 5 2 条・5 3 条で以下のように定めている。

5 2 条 Requisitions in kind and services shall not be demanded from municipalities or inhabitants except for the needs of the army of occupation. They shall be in proportion to the resources of the country, and of such a nature as not to involve the inhabitants in the obligation of taking part in military operations against their own country.

Such requisitions and services shall only be demanded on the authority of the commander in the locality occupied.

Contributions in kind shall as far as possible be paid for in cash; if not, a receipt shall be given and the payment of the amount due shall be made as soon as possible.

「現品徴発及課役ハ、占領軍ノ需要ノ為ニスルニ非サレハ、市区町村又ハ住民ニ対シテ之ヲ要求スルコトヲ得ス。徴発及課役ハ、地方ノ資力ニ相応シ、且人民ヲシテ其ノ本国ニ対スル作戦動作ニ加ルノ義務ヲ負ハシメサル性質ノモノタルコトヲ要ス。右徴発及課役ハ、占領地方ニ於ケル指揮官ノ許可ヲ得ルニ非サレハ、之ヲ要求スルコトヲ得ス。現品ノ供給ニ対シテハ、成ルヘク即金ニテ支払ヒ、然ラサレハ領収証ヲ以テ之ヲ証明スヘク、且成ルヘク速ニ之ニ対スル金額ノ支払ヲ履行スヘキモノトス。」

5 3 条 An army of occupation can only take possession of cash, funds, and realizable securities which are strictly the property of the State, depots of arms, means of transport, stores and supplies, and,

generally、 all movable property belonging to the State which may be used for military operations.

All appliances、 whether on land、 at sea、 or in the air、 adapted for the transmission of news、 or for the transport of persons or things、 exclusive of cases of governed by naval law、 depots of arms、 and、 generally、 all kinds of munition of war、 may be seized、 even if they belong to private individuals、 but they must be restored and compensation fixed when peace is made.

「一地方ヲ占領シタル軍ハ、 国ノ所有ニ属スル現金、 基金及有価証券、 貯蔵兵器、 輸送材料、 在庫品及糧秣其ノ他總テ作戦動作ニ供スルコトヲ 得ヘキ国有動産ノ外、 之ヲ押収スルコトヲ得ス。 海上法ニ依リ支配セラ ルル場合ヲ除クノ外、 陸上、 海上及空中ニ於テ報道ノ伝送又ハ人若ハ物 ノ輸送ノ用ニ供セラルル一切ノ機関、 貯蔵兵器其ノ他各種ノ軍需品ハ、 私人ニ属スルモノト雖モ、 之ヲ押収スル事ヲ得。 但シ、 平和克復ニ至リ、 之ヲ還付シ、 且之カ賠償ヲ決定スヘキモノトス。

- (4) 占領下の徴発や押収に関する上記のハーグ規則 5 2・5 3 条に交戦国が違反したとして財産所有者たる私人がその還付や賠償を求め、 裁判所がこれを認めた主要国裁判所の事例は多数存在し、 日本でも東京大学はじめ多数の大学が所蔵する国際法の代表的な判例集 Annual Digest of Public International Law Cases (後に改名して International Law Reports. 各国の国内裁判所が国際法を適用した判例を含む多数の国際法判例を毎年掲載する) に収録されている(なお、 財産を徴発・押収した交戦国が後にこれを売却したこと等により、 訴訟の形式が私人対私人ないし他国になっているものもある)。 例として、 以下のものが挙げられる。

ドイツ軍により貨物自動車を押収され、 対価の支払いも領収証の発行もなされなかった事案につき、 フランスのルーアン控訴裁判所は 1947年、 次のように判示して、 元の所有者であるローレへの返還を認めた。「ドイツの行為は徴発ではなく、 ハーグ条約 5 3 条にいう押収であった。 本条は、 私人に属する輸送手段の押収は、 戦争法によつ

て認められる場合には、これらの個人から所有権を奪うものではなく、単に押収された財産の使用権を奪うのみであると定めている。当該財産は、交戦の終了後、還付されなければならない」(Mortier v. Lauret, H. Lauterpacht ed., Annual Digest of Public International Law Cases, Year 1947, 1951, pp.274-275)。

ドイツ占領軍のために貸した馬が、その後も返還されず、その後イギリス占領軍、次いでデンマーク政府へと引渡されたため、元の所有者が所有権を主張した事案で、デンマークの西控訴裁判所は1947年、訴えを認め馬の返還を命ずる判決を下した。「ハーグでの第2回国際平和会議で採択された陸戦規則は、53条第2段において、占領軍は、私人に属するものであっても、とりわけ輸送手段を押収することができる」と定めている。しかし、本条は、そのように押収された財産は、和平の締結時には還付され、また損害賠償が定められなければならないと付け加えている。ドイツ占領軍による馬の処分が、上述の規則に従って行われた押収といえるかどうかは別にして、控訴人の所有権がそれによって失われたとみることはできない」(Andersen v. Christensen and the State Committee for Small Allotments, Annual Digest of Public International Law Cases, Year 1947, 1951, pp.275-276.)。

ドイツ軍がオランダを占領中、ドイツの国境税関監視員が、現金支払いも領収証の発行もせず2台のオートバイを押収した事案につき、オランダの特別破毀院は1950年、たとえ輸送手段として押収の対象になるとしても、ハーグ条約53条第2段が遵守されなければならないとして、押収を違法と認める判決を下した(In re Hinrechen, H.Lauterpacht ed., Annual Digest of Public International Law Cases, Year 1949, 1955, pp.486-487)。

ドイツ軍がノルウェーを占領中、ドイツ当局が原告所有の自動車を徴発し、領収証の発行も賠償の支払いもなされなかった事案につき、ノルウェーの控訴裁判所は1948年、ハーグ条約52条による徴発が有効であるためには現金の支払いが領収証の発行がなければならな

いとして、原告の所有権を認めた(Johansen v. Gross、 Annual Digest of Public International Law Cases、 Year1949、 1955、 pp.481-482)。

ドイツによるデンマークの占領中に代金の支払いなく徴発され、戦後イギリス軍からデンマーク政府の手に渡った2頭の馬につき、元の所有者が所有権を主張した事案で、デンマークのコペンハーゲン東地方裁判所は1947年、次のように述べて原告の主張を認めた。「第2回ハーグ平和会議で採択された陸戦規則の53条第2段は、他国を占領した軍隊はとりわけ、私人に属するものであっても、輸送手段を押収することができる」と定めている。しかし、同条は、押収された財産は『和平の締結時に還付され、賠償が決定されなければならない』と付け加えている。このことに照らせば、控訴人の所有権が消滅したと推定することはできない」(Statens Jordlovsudvalg v. Petersen、 H.Lauterpacht ed.、 Annual Digest of Public International Law Cases、 Year 1949、 1955、 pp.506-507.後にデンマーク最高裁もこれを支持)。

イギリス占領軍の命令により徴発されたオートバイがその後、以前に徴発を受けた者に対して賠償として渡され、元の持主がハーグ条約53条第2段を根拠に所有権を主張した事案で、オーストリア最高裁は1951年、1907年ハーグ条約とほぼ同内容の1899年ハーグ条約を援用して、原告の主張を認めた。「ハーグ規則の53条第1段によれば、占領軍は、被占領国の所有に属する一定の財産を徴発することができる。かかる財産はそれにより占領国の財産になる一方、同様の規則は、53条第2段に言及された人や物の輸送手段を含む私有財産にはあてはまらない。なぜならば、かかる私有財産は、和平の締結時に返還され、また賠償の問題も決定されなければならないからである。．．．オートバイは私人の財産であったから、占領国は、ハーグ規則に従い、徴発によってその所有権を取得してはいない．．．従って原告は、徴発及びその後の移転の結果として、オートバイに対する権利を失っていない」(Requisitioned Property (Austria)(No.1) Case、 H. Lauterpacht ed.、 International Law Reports、 Year 1951、 1957、 pp.694-695)。

米国によるドイツの占領中、米軍によって徴発された自動車が、別の者の使用に割り当てられ、その者が使用している間に盗難にあい紛失したため、所有者が財産の逸失について損害賠償を求めた事案で、西ドイツ連邦最高裁は1952年、使用者が賠償責任を負うことを認める判決を下した。裁判所は、ハーグ規則53条に言及して以下のように述べている。「米軍のとった措置にもかかわらず原告がなお車の所有者であったかどうかの問題は、肯定的に答えられなければならない。．．．ハーグ規則の53条第2段に従い、私人の所有になる輸送手段で、占領軍により徴発されたものは、和平の締結時に還付されなければならない。従って、かかる財産の徴発は収用目的に供してはならず、使用者のためにのみ供しうるものであり、結果として、これにより影響を受けた個人はその所有権を失わない」。そして、車を使用していた被告はその保護のための措置を怠ったとして、賠償責任を認めた(Loss of Requisitioned Motor Car (Germany) Case、 H. Lauterpacht ed.、 International Law Reports 1952、 1957、 pp.621-622)。

ドイツ軍がフランスを占領中、フランスの会社である原告から、きわめて不十分な額の支払いをもって軍用物資が押収され、後にフランス政府機関により敵国財産として没収され売却されたため、原告が代金の払い戻しを求めた事案で、フランス破産院は1957年、ドイツの行為は略奪として違法であり、原告は合法的な所有者として完全な賠償を得る権利があると判示した(Etablissements Bracq Laurent S.A. v. Service Central des Domaines、 International Law Reports 1957、 1961、 pp.978-979)。

- (5) このような多数の国内裁判所の判例の存在に鑑みると、ハーグ規則52条・53条は住民等の支払請求権を定めたものではなく住民等にはその侵害に対して国際法上その救済を求める手段がないとする原判決が引用する一審判決は根拠がないことが分かる。

国家間の条約で仲裁裁判所を作りそこへの個人請求を認めた第一次大戦後のベルサイユ条約のような例を除けば、戦時国際法に違反する違法な徴発・押収に対する個人の返還・賠償請求は、伝統的に、ほとんど専

ら国内裁判所において提起されてきたのである。

現に各国の国内裁判所は、上記の判例のように、ハーグ規則 5 2 条・5 3 条を適用して、所有者への財産の返還や賠償を命じる判決を下している。

国際法の解釈・適用は、今日、国際司法裁判所のような「国際裁判所」のみが行うものでなくなって久しいことはいうまでもない。

日本を含め多くの国では、国際法が国内法としての効力を認められ、国内裁判所でしばしば解釈・適用されてきているが、そこでは、個人の権利にかかわる内容を含む国際法を裁判所が解釈・適用して個人に権利救済を与えることも決して珍しくなくなっている。とするならば、国際法上の個人の法主体性を、「国際裁判所」における国際的手続が存在する場合にのみ限定することは明らかに妥当でない。

山本草二教授（国際法学会元理事長、現在、国連海洋法裁判所判事）が述べるように、国際法上の問題に対する管轄権は「必ずしも国際裁判所その他の国際機関に専属するわけではなく、「いずれかの国の国内裁判所であっても、その国内法により国際法上の問題（たとえば、戦争犯罪または集団殺害罪に対する刑事責任の追及）に対する管轄権が与えられ、かつ国際法に準拠してこの管轄権を行使している限りは、国際管轄権の行使を分担しているとみなすことができる」（山本草二『国際法（新版）』有斐閣、1994年、166頁）からである。「したがってこの場合には、国内裁判所によっても個人の国際法上の権利義務の実現と執行を担保できることとなり、個人の権利能力取得の条件を充たすのである」（同）。

(6) 上にみたハーグ規則 5 2 条・5 3 条に関する国内裁判所の多くの判例はまさに、国際法上の個人の権利が、国内裁判所によって実現され担保された典型的な例というべきだろう。ハーグ規則 5 2 条・5 3 条を適用して個人の財産の返還・賠償を命じた上記の各国裁判所の判例は、ハーグ条約が個人の権利救済のために国内裁判所で援用されてきていることを明確に示しており、原判決は誤りである。

9 ハーグ条約3条の起草当時の国際法理論について

(1) ハーグ条約については上記のように同規則52条・53条を適用して個人に権利救済を与えた多くの国内判例が存在するほか、規則に違反した国家に賠償責任を負わせた3条の規定については、当時から、これが損害を受けた個人に賠償を与えることも認める趣旨の規定であるとする見解も有力であった。例として、3条についてフランスの戦前の著名な国際法学者であるメリニヤック及びフォーシーユが述べた見解を引く。

「原則として、訴えを起こす唯一の資格を有しているのは、損害を与えた行為の被害者である」(A. Merignhac, "De la sanction des infractions au droit des gens commises, au cours de la guerre europeenne, par les empires du centre", 24 Revue general de droit international public (1917), pp.8-9)

(2) 「陸戦の法規慣例に違反した交戦当事国に対し、その不法行為の被害者に対し賠償する(indemniser les victimes)義務を課した、1907年10月18日のハーグ条約3条の国際責任は、個人の財産に対して加えられた損害と同様、身体に対して加えられた損害にも適用される」(P. Fauchille, Traite de droit international public, tome II, 1921, p.314)

この点、日本の主要な国際法学者では、1931年の上海事変に関連して、信夫淳平は、「支那側及び第三国人の蒙りたる、又は蒙りたると称する、財産損害」につき次のように論じている。

「1907年の陸戦法規慣例条約第3条には、『前記規則ノ條項ニ違反シタル交戦当事者ハ損害アルトキハ之ガ賠償ノ責ヲ負フベキモノトス。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』とある。前記規則とは同条約に附属する所の陸戦法規慣例規則を指す。故に損害あるに方りて賠償の責を負ひ、將た交戦國政府がその軍隊の組成員の行為に付責任を負ふのは、専ら陸戦法規慣例規則の規定する諸事項の違反行為である。けれども、その故を以て同規則以外の交戦法規の違反に就ては全然責任を負ふに及ばずして可なりといふ結論を伴ふものではない。凡そ國際法たると国内法たるとを問はず、苟も社會の掟則に違反すれば、之に就て責を負ふべきものたることは總ての場合を通じて一

貫する原則である。交戦法規はその陸戦に係ると、海戦に係ると、將た空戦に係るとを問はず、総てその違反者に對して之が責任の負擔を要求する。たゞ陸戦法規慣例條約は、その凡例として同條約附屬の陸戦法規慣例規則の違反に關し特に責任の歸着を明指したまでである」（信夫淳平『上海戦と国際法』1932年、丸善、357 - 358頁）。

「交戦國の違法行為に由りて損害を受けたと認むる私人は、その交戦が如何なる原因に基して起つたものにもせよ、當然救済を求むるの権利がある。．．．殊に交戦國の違法行為（が暇にありとして）に因る損害賠償問題に關しては、如何に加害國が獨自の強硬なる見解を執るとした所で、賠償請求権者は不満足と思ふ場合には、自國政府に訴へて之を彼我政府間の外交問題と為し得るの道もある」（同、364頁）。

ハーグ条約が採択された当時から、いわゆる戦間期においてさえ、同条約3条について、このような有力な見解が内外に存在していた。まして、個人の国際法主体性に関する国際法理論が整序され、国内裁判所において個人が国際法を援用して権利救済を受けることが「個人の国際法主体性」の一般的な実現形態であることが明確にされている今日、個人は国際法の客体であるという理解を前提とした判断を行うのは誤りである。

(3) ハーグ条約3条については、当時でさえ上記のように個人への賠償を認める有力な見解があったばかりでなく、第二次大戦後から今日に至っては、そうした見方はより一般的になっている。

例えば、国際法・国際人道法の世界的権威であり、現在は旧ユーゴ国際刑事裁判所判事であるメロンも、「[ハーグ条約] 3条は、賠償に關するいかなる議論にとっても非常に重要である。というのは、實際、この規定は、被害者に対し、直接に國家に対する原告適格を与えるように解釈されてきたからである」と言う見解を示している(Th.Meron, "Discussion", A. Randelzhofer and Ch.Tomuschat eds, State Responsibility and the Individual, 1999, p.142)。また、国際人道法の遵守を監視する機關である赤十字国際委員会も今日、明らかにそのような立場をとっている(後述)。

(4) 日本の判例でも、オランダ人捕虜の補償請求に関する1998（平成10）年11月30日東京地裁判決（判タ991号262頁）は、ハーグ条約3条の起草過程を詳細に検討した結果、同条は被害者個人の救済をも目的とするものであったことは認められる、という認定を行っている。

10 ハーグ条約3条の解釈に関する赤十字国際委員会の見解について

(1) 原判決は、赤十字国際委員会の上記の見解の存在を認めた上で、認定を左右するものではないと理由を明確に示さずに否定する（原判決6頁）が、これは重大な誤りである。

(2) 1977年に採択された、1949年ジュネーブ条約の第一追加議定書91条は、ハーグ陸戦条約3条を踏襲した、これとほぼ同一の規定であり、次のように規定する。

第一追加議定書91条

A Party to the conflict which violates the provisions of the Conventions or of this Protocol shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces.

「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。」

そして、本条につき、この追加議定書について赤十字国際委員会が発行した注釈書は、以下のように記述している。

「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。．．．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者は、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立てを提出することになる。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」（Y. Sandoz、Ch. Swinarski

et al. eds., Commentary on the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), International Committee of the Red Cross, Geneva, 1987 [hereinafter: Commentary], pp.1056-1057)。

また、同じ注釈書は、保護された者の状況に不利に影響するような別の取決めを締約国が締結することを禁止した1949年ジュネーブ4条約の規定(第一～第四条約のそれぞれ6/6/6/7条)について、以下のように述べている。

「平和条約の締結にあたっては、当事国は原則として、戦争被害一般に関する問題及び戦争開始に対する責任に関する問題を、適当と考える方法で処理することができる。他方で、当事国は、戦争犯罪人の訴追を控えることや、ジュネーブ諸条約及びこの議定書の規則の違反の被害者が賠償を受ける権利を否定することはできない」(Commentary, p.1055)。

- (3) さらに、国連人権委員会では1990年代以降、国際人権法及び人道法違反の被害者が救済を受ける権利について、特別報告者を任命して研究が続けられ、2000年には、「国際人権法及び人道法違反の被害者が救済及び補償を受ける権利についての基本原則及びガイドライン (Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of violations of international rights and humanitarian law)」が人権委員会に提出されたが(E/CN.4/2000/62、Annex)、これについて国連人権高等弁務官事務所が開催した検討会議で、赤十字国際委員会の代表は、ハーグ条約3条は被害者への賠償を国家に要求するものである、との発言を行っている(E/CN.4/2003/63、paras.50、118)。
- (4) 1987年発行の前掲の注釈書は、締約国は平和条約の締結にあたってはジュネーブ諸条約及び追加議定書の違反の被害者が賠償を受ける権利を否定することはできないとするとともに、ハーグ条約3条とほぼ同内容の第一追加議定書91条について、賠償を受ける権利を有する者は当事国の国民でもありうること、個人にそのような権利を認める傾向が

第二次大戦以降は強まっていることを述べている。

また、より最近では、国際人権法及び人道法違反の被害者が救済を受ける権利に関連して、赤十字国際委員会の代表は国連の会議で、ハーグ条約3条は被害者への賠償を国家に要求するものであるとの明確な立場を示しているのである。

そして、本件は、被害事実は第二次大戦中に発生したものであるにせよ、現時点において法を解釈・適用するものであるから、国際法の解釈・適用についても、現行の国際法について現在通用・妥当している法解釈こそを十分に踏まえた判断がなされるべきである。

第4 国際人道法違反の被害者の損害賠償請求権

- 1 既に述べたとおり、原判決が本件細菌戦を 1925 年のジュネーブ・ガス議定書に違反すると認定していることに鑑み、ここでは、そのような国際人道法違反の被害者たる上告人らがハーグ条約3条に基づいて、国際法違反の国家責任を負う被上告人国に対し損害賠償をする権利を有していることについて明らかにする。
- 2 国際人道法における私権尊重の原則の確立
 - (1) ハーグ条約のような戦時国際法ないし交戦法規(jus in bello ; 侵略の有無のように戦争・武力行使の開始における合法性にかかわる jus ad bellum と異なり、交戦当事国双方を等しく拘束する戦闘行為中の規則。なお近年は、戦争を含む武力行使の一般的違法化、及び個人の保護のための人道的規則の増加から、「戦時国際法」の代わりに「国際人道法」の語が用いられることが多い。)の歴史は古いが、中でも、陸戦における占領時の、住民の私権(私人の生命、身体及び財産)尊重については、18世紀、欧米諸国における自由主義経済の発展や啓蒙思想の登場を背景に、最も早期から国際法の規則が確立した(申教授意見書【甲503】10頁以下)
 - (2) そしてハーグ条約こそは、この国際人道法における私権尊重の原則が

明確に盛り込まれた条約なのである。

ア すなわち、まず1899年ハーグ条約は、次のような規定をおいている。

規則46条 家（家族）の名誉及び権利、個人の生命及び財産、並びに個人の宗教的信念及び自由は、尊重されなければならない。私有財産は、没収され得ない。

52条 現品徴発及び課役は、占領軍の必要のためを除いては、市町村又は住民に対して要求することができない。徴発及び課役は、地方の資力に相応し、かつ人民にその本国に対する軍事作戦に加わる義務を負わせない性質のものであることを要する。右の徴発及び課役は、占領地方における指揮官の許可を得なければ、要求することができない。現品の供給に対しては、なるべく即金で支払い、そうでなければ領収証が発行されるものとする。

53条 一地方を占領した軍は、国の所有に属する現金、基金及び有価証券、貯蔵兵器、輸送材料、在庫品及び部品その他軍事作戦に用いられうる国有動産以外は、押収することができない。

海事法によって規律される場合を除き、鉄道施設、陸上電信、電話、蒸気船その他の船、貯蔵兵器並びに、すべての種類の軍需品は、会社又は私人に属するものであっても、軍事作戦のために用いられうる同様の物資である。但し、和平の締結時に還付され、かつ賠償が支払われなければならない。

イ 次に、1907年ハーグ条約は、以下の通りの規定を設けている。

規則46条 家〔家族〕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。

52条 現品徴発及課役ハ、占領軍ノ需要ノ為ニスルニ非サレハ、市区町村 又ハ住民ニ対シテ之ヲ要求スルコトヲ得ス。徴発及課役ハ、地方ノ資力ニ相応シ、且人民ヲシテ其ノ本国ニ対スル作戦動作ニ加ルノ義務ヲ負ハシメサル性質ノモノタルコトヲ要ス。右徴発及課役ハ、占領地方ニ於ケル指揮官ノ許可ヲ得ルニ非サレハ、

之ヲ要求スルコトヲ得ス。現品ノ供給ニ対シテハ、成ルヘク即金ニテ支払ヒ、然ラサレハ領収証ヲ以テ之ヲ証明スヘク、且成ルヘク速ニ之ニ対スル金額ノ支払ヲ履行スヘキモノトス。

53条 一地方ヲ占領シタル軍ハ、国ノ所有ニ属スル現金、基金及有価証券、貯蔵兵器、輸送材料、在庫品及糧秣其ノ他総テ作戦動作ニ供スルコトヲ得ヘキ国有動産ノ外、之ヲ押収スルコトヲ得ス。海上法ニ依リ支配セララルル場合ヲ除クノ外、陸上、海上及空中ニ於テ報道ノ伝送又ハ人若ハ物ノ輸送ノ用ニ供セラルル一切ノ機関、貯蔵兵器其ノ他各種ノ軍需品ハ、私人ニ属スルモノトイエドモ、之ヲ押収スル事ヲ得。但シ、平和克復ニ至リ、之ヲ還付シ、且之カ賠償ヲ決定スヘキモノトス。

ウ こうして、1907年ハーグ規則によれば、占領地の軍の権力は私権を尊重する義務を負い(46条)、略奪は厳禁される(47条)。報道の伝達又は人もしくは物の輸送の用に供される一切の交通機関、貯蔵兵器その他の軍需品は、私人に属する場合であっても押収することができるが、平和回復後に返還及び賠償がなされなければならない(53条第2段)。

他方で、占領軍は、占領軍の需要のために現品徴発及び課役を住民に要求することができ、これに対してはなるべく即金で支払うとともに、不可能な場合には領収証を発行し速やかに対価を支払うものとされる(52条)。すなわち、この52条及び53条第2段による徴発・押収は、46条に定められた私権の不可侵の明示的な例外であり、46条を補完するものとして位置づけられる(G.Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, vol.II, 1968, p.266)。

このような、ハーグ条約に体现された私権尊重の原則は、前世紀末から今世紀初頭以降、主要国によって受け入れられ広く承認されるようになる。例えば、ギリシャは1830年の独立以来19・20世紀を通して周辺国との占領・被占領の関係を繰返してきた国であるが、ギリシャは慣習法としての1907年ハーグ条約に拘束され(ギリシ

ヤは1899年条約は批准したが1907年条約は批准していない)、同国裁判所も、慣習法たるハーグ条約の適用に躊躇してこなかったとされる(G.Tenekides、"L'occupation pour cause de guerre et la recente jurisprudence grecque"、81 Journal de droit international (1954)822、pp.828-831)。

テネキデスによれば、違法な私有財産への侵害に対する補償については、ギリシャの裁判所は明示的に金銭賠償を認めている。テネキデスの引用するアテネ控訴裁判所判決によれば、もし戦争の必要上私有財産に損害を与えた場合には、占領国は十分な賠償を払わなければならない(ibid.、pp.858-859、fn.72)。

エ また、米国は1943年、米国が占領した地域における軍政及び民事管理に関して包括的な行動指針を採択し、その中で、占領地で軍事要員が住民に与えた損害に対して提起される賠償請求の処理についても詳細な規定をおいた。

それによると、「賠償請求を迅速に調査、決定するため、軍政長官は彼の管轄地域に一人の士官が監査する損害賠償部を設置しなければならず、その長は同調査部の運営に責任を負う(『米国陸海軍軍政/民事マニュアル 1943年12月22日 FM27 - 5 NAV50E - 3』(竹前栄治・尾崎毅訳、みすず書房、1998年、65頁)。

賠償請求の処理手続については、陸軍の場合、「陸軍規則25 - 90あるいは陸軍規則25 - 25の規定に基づいて審理される財産の損害、もしくは損失または破壊、個人の傷害または死亡に対する賠償請求のすべては、このような規則及び陸軍規則25 - 20の規定に従い完全に調査および処理されなければならない」とされた(同、67頁)。

オ 他ならぬ日本自身、19世紀末に開国し国際社会に参加するようになってからというもの、こうした私権尊重の原則を含む戦時国際法を当然のこととして受け入れてきた。特に、開国後の19世紀末から20世紀にかけては、文明国として欧米列強に伍することを意識して、戦時国際法の厳格な遵守を旨としていた時期である。

日清戦争当時帝国海軍学校教授であり、海軍将官の法律顧問でもあった高橋作衛博士は、英文の著書『Cases of International Law during the Chino-Japanese War (日清戦争中の国際法事例)』(1899年)において、日本が日清戦争の際、ヨーロッパ諸国からの影響をも受けつつ、現地徴発について文明的な方法をとるよう努めた旨詳細に記述している。

それによると、日本の遼東半島上陸後間もなく発布された徴発規則の基礎にある原則は、「敵国内の平和的住民は、侵攻軍の維持のため又は軍事能力の促進のため不可欠なもの以外の使役を要求されてはならず、また、かかる徴発のもとで人々によりなされた使役は正当に補償されねばならないこと」であった(S. Takahashi, Cases of International Law during the Chino-Japanese War, 1899, p.158)。

カ 1899年ハーグ条約の成立後となる1904年の日露戦争については、高橋博士(当時、東京帝国大学教授、外務省法律委員会委員)は、日本軍のサハリン占領時に同条約規則の47条から56条までが適用され(S.Takahashi, International Law Applied to the Russo-Japanese War, with the Decisions of the Japanese Prize Courts, 1908, p.225 ff)、中国満州地方の占領についても、中立国領土であるための一定の例外を除いては日本はハーグ条約の規則に拘束されるとしている(ibid., pp.250-251)。

また、今世紀前半の代表的な国際法学者の一人であった立作太郎博士は、「昔時に於て敵國の私有財産が没収し得べきを認められたることあるも、今日に於ては斬の如き説を唱ふる者は無いのである」として、1907年ハーグ条約の規則46条・47条にふれつつ、「私有財産の没収の行はれ得ざるの原則の慣習国際法上有効なることは、今日に於ては疑を容れざる所である」としていた(立作太郎『戦時国際法論』日本評論社、1944年、271頁)。

キ このように、戦時における私権尊重の原則は各国により広く認められてきたが、例外としての押収や徴発を受ける際には対価の支払い(又は領収証の発行と事後の還付・補償)が不可欠であること、及び

また、それを受けるのは、財産の所有者たる個人（場合によっては市町村）だということもまた、広く認められてきた（以下、強調筆者）。

立博士によれば、取立金及び徴発に関する制限は明確さを欠いていたところ、ハーグ条約によってその制限が明確に規定され、「取立金又は徴発の制度の濫用に因る私人の苦痛を減ぜんとし、特に徴発に関しては、補償を求むるの道を私人又は市町村に確むるの趣旨の規定を設けたるより、取立金及徴発の制度は其奮態を改めたのである」（立前掲書、279頁）。

フェランは、ハーグ条約52条において領収証の発行が求められていることについて、その目的は、事後に賠償金の支払いを受ける住民の権利を確実にするためであるとしている（G. Ferrand、*Des requisitions en matiere de droit international public*、1917、p.207）。シュバルツエンバーガーは徴発について、「完全な支払いがなされなければ、徴発される財産の私的所有者(private owner)は領収証を得る権利を有する」とし（Schwarzenberger、*op.cit.*、p.273）、違法な徴発は「補償を行う義務を伴い、これには、個々の事例の状況に従い、徴発された財産の所有者に対し原状回復を行う義務を含みうる」としている（*ibid.*、p.282）。

ク よって、徴発や押収の場合には、財産の所有者たる個人（ないし法人、場合によって市町村）に事後の還付や損害賠償を受ける権利があることは広く認められていたが、この決定は多くの場合、戦争の終結後、国内的手続（国内裁判所への出訴）によってなされてきた。

比較的良好に知られた事例としては、1912年に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エピルス事件判決がある。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、アテネ控訴裁判所は、ギリシャ法の適用により請求が排除されると主張したギリシャの主張を退け、軍事占領の事実が占領国の法を占領地に及ぼすものではないとした。

そして、国際法はギリシャ法の一部をなすという一般原則に則り、「私有財産の不可侵を認める国際法の原則すなわちハーグ第4条約

[1907年のハーグ条約をさす] 附属ハーグ規則 46条及び53条に体现されている原則が適用されるべきである」として、ギリシャ政府を敗訴させ住民の請求を認めたのである (Requisitions in Epirus Case、 A.McNair and H.Lauterpacht eds.、 Annual Digest of Public International Law Cases、 Years 1925-1926、 1929、 pp.481-482)。

ケ このように国を直接に相手取った訴えのほかにも、押収や徴発に関するハーグ規則に交戦国が違反し、その結果、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、非常に多く存在している。

こうして、国際人道法においてはすでに早期から、私権の尊重の原則が確立し、ハーグ条約によってさらに明確にその範囲や制限が明らかにされた。そこでは、徴発の際の領収証の発行や賠償において、財産の所有者個人を直接に権利主体とした扱いが広く承認されている。そして、これらの賠償の支払いの決定は、各国の国内裁判所において、現に頻繁に行われてきているのである。

3 ハーグ条約 3 条の意義

(1) ハーグ条約 3 条は、附属のハーグ規則を受けて、「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、之ガ賠償ノ責ヲ負フベキモノトス。交戦当事者ハ、其ノ軍隊ヲ組織スル人員ノ一切ノ行為ニツキ責任ヲ負フ」と定める。軍隊構成員による違法行為について国が国際的な責任を負うことは確立された国際法の原則であるが (Ch.Rousseau、Droit international public、1983、 p.41)、ハーグ条約 3 条は交戦当事国が軍隊構成員の「一切の行為につき」責任を負うと無条件に規定し、構成員の資格、過失の存在等の要件なしに構成員のすべての行為の責任を国に負わしめている。

そして、交戦法規すなわちハーグ規則の違反にあたる軍隊構成員の行為について、国家の責任及び、違反行為に由来する損害に対する金銭賠償を定める (藤田久一『国際人道法 (新版)』有信堂、1993年、194頁)。戦勝国が一方向的に要求する「償金」と異なり、違法行為によ

る損害の発生を前提とする本来の「損害賠償」といえる規定である（入江啓四郎『国際法上の賠償補償問題』成文堂、1974年、27頁）。

- (2) 本件を含む多くの戦後補償裁判における論点は、本条が、ハーグ規則の違反の被害者たる個人への賠償を含みうるかという点に存する。

この点について、まず、国際法の中でも国際人道法が、旧くから戦時における私人の権利を確立させてきたという特徴をもち、上にみたように、私権尊重の原則に基づく損害賠償や財産還付という実行が国際社会において綿々と行われてきたことに照らせば、違法行為による損害賠償の相手方は「被害者」であると言わなければならない。

戦時国際法に関する浩瀚な著書を多く残した前掲のフランスの国際法学者メリニヤックが、国内法における不法行為の損害賠償義務を想起しつつ、先に引用したようにハーグ条約3条について「原則として、訴えを起こす唯一の資格を有しているのは、損害を与えた行為の被害者である」（A. Merignhac、loc.cit.、強調筆者、以下同じ）と述べ、同じくフランスの著名な国際法学者フォーシーユも、「陸戦の法規慣例に違反した交戦当事国に対し、その不法行為の被害者に対し賠償する(indemniser les victimes)義務を課した、1907年10月18日のハーグ条約3条の国際責任は、個人の財産に対して加えられた損害と同様、身体に対して加えられた損害にも適用される」と解説している（P. Fauchille、loc.cit.）のは、国際人道法の解釈としてむしろ自然であるともいえよう。

- (3) さらに、条約解釈の補的手段として、同条の起草過程を検討すれば、その提案趣旨は本来、被害者個人に賠償を与えることであったことが明らかになる。

本条は、第2回ハーグ平和会議において、ドイツの代表ギュンデルによって提案されたものであるが、当初のドイツ提案の条文は、以下の通りであった(E.Lemonon、La Seconde Conference de la Paix、La Haye (juin-octobre 1907)、1912、pp.299-300)。

「第1条 本規則の規定に違反し、中立の者(personnes neutres)に損害を与えた交戦国は、彼らに生じさせた不法行為につき、彼らに賠償する(dedommager ces personnes)義務を負う。当該交戦国は、その

軍隊を構成する人員によって行われたすべての行為について責任を負う。生じた損害及び支払われる賠償の決定は、即金による支払いがなされなければ、交戦国がその決定が当面の間軍事行動と両立しないと考える場合には、後日に延期することができる。」

「第2条 敵対国の者(personne de la Partie adverse)に損害を与えた違反の場合は、賠償(indemnisation)の問題は和平の締結時に解決されるものとする。」

この提案は、1907年7月31日に初めて会議で検討され、全体としては各国の支持を受けた。但しその際、イギリスやフランス等の代表から指摘されたのは、中立国国民と交戦国国民との間に区別をおいている点が容認できないということであった。そのため、当初のドイツ提案は、第1条の「中立の者」という部分を「いずれかの者(personnes quelconques)」とする修正を加えられた後、最終的に現在の形で採択に至ったのである(ibid., pp.300-301)。こうしたハーグ条約3条の起草過程については、国際人道法の世界的権威であるオランダのカルスホーヴェン博士がその詳細な研究において明らかにしたところでもある。

すなわち本条は、ハーグ条約の違反により損害を受けた個人が賠償を得られることを目的として提案され、これに対しては、中立国民と交戦国国民との間で扱いを異にしていた点以外は特に他国の批判はなかった。つまり、本条の提案趣旨は被害者個人に賠償を与えることであり、その基本的な趣旨自体については、他の代表からも疑念は提示されなかったのである(F. Kalshoven, "State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces", 40 International and Comparative Law Quarterly (1991), pp.827-858)。

カルスホーヴェン博士が詳細に明らかにしたハーグ条約3条の起草時の趣旨は、オランダ人捕虜による補償請求に関する事案で同博士が鑑定意見書を提出した証人として出廷したこと等を通じて、日本の判例においてもすでに一部受け入れられるところとなっている。先にもふれた通り、1998(平成10)年11月30日の東京地裁判決(判タ991号262頁)は、同博士の主張を受けてハーグ条約3条の起草過程を

詳細に検討した結果、同条は被害者個人の救済「をも」目的とするものであったことは認められる、と認定するに至っている。

4 ハーグ条約3条の適用 国際的手法と国内的手法

(1) こうして、被害者に対する賠償も含める趣旨で違反国に賠償の責任を課す一方で、ハーグ条約3条は、その履行について一定の手続を定めてはいない。国際法規範の大多数のものがそうであるように、国家に対して義務を課しつつ、義務の具体的な履行方法については、特に定めをおいていない。

(2) この点について考えるに、ハーグ条約3条の場合、現実には、戦闘行為が終結し講和条約が締結される際に、国家間で適当な取決めにより処理することが圧倒的に多くなるであろう。

メリニヤックも認めているように、個人が戦時中に自ら責任追及の手続をとることは現実問題として難しく、それに比して国家が、事後に多数の個人の請求を一括して国家間で交渉すれば、一個人が行うよりははるかに効果的かつ経済的に補償問題を処理しうることになる (Merignhac、 loc.cit.)。

そのように国家間で個人の賠償問題も合わせて戦後処理がなされる場合、それは、国家が個人の請求を取り上げて国家間で交渉するという外交保護権の行使に類似した解決ということになる (厳密には、外交保護権は、平時において自発的意思で外国に所在・居住している自国民が不当な扱いを受け効果的救済を得られなかった場合に行使される国家の権利であり、戦時において国民が外国軍から被った被害の請求を国家が取り上げるという場合に適合する概念ではない)。

但し、多くの場合、国家間の賠償の算定は、違法行為に基づく損害の額というよりも、戦勝国が戦争のために被ったすべての損害に対する包括的支払いという形をとり、個人の救済のため十分な額が配分されとは限らないのが実態である。また、しばしば指摘される問題点として、本条にいう責任は本来、勝敗にかかわらず交戦当事国それぞれが自国の規則違反について負うべきものであるにもかかわらず、戦争終結時の圧

倒的な力関係から、事実上、敗戦国の責任のみが追及されてきたことも否定できない（藤田前掲書、194 - 195頁）。

- (3) ハーグ条約が採択された1907年以降の大規模な戦後処理として、第一次大戦後のヴェルサイユ条約体制は、ハーグ条約3条が定める「損害賠償」の趣旨を取り込みつつ、国家間の条約で、国民の受けた損害に対する賠償請求のための国際的な手続を設けた例である。戦争の結果、戦勝国が敗戦国に要求する賠償の内容は、伝統的には「償金」(indemnité; indemnity)、すなわち、戦争にかかった戦費の償還であった（例えば、1870 - 1871年の普仏戦争後のフランクフルト条約。入江前掲書、12頁）。

日本の例でいえば、日清戦争後の下関条約で清が日本に支払った償金がかこれにあたる。これに対し、民間人の被害がかつてなく大規模になった第一次大戦においては、戦後処理にあたり、戦勝国が敗戦国に対し償金を求めるという旧来の戦争賠償の方法に加え、新たに、与えた損害に対する「損害賠償(reparation des dommages; compensation)」という考え方が取り入れられるようになる。それが、第一次大戦後のヴェルサイユ平和条約等の一連の平和条約である。

- (4) 第一次大戦後、ドイツとその同盟国が連合国と締結した平和条約では、ドイツ及び同盟国は、その侵略によって強いた戦争の結果、「連合国及び協同国政府、並びにその国民が被った一切の損失及び損害」に対して責任があるとされた（ドイツとの間のヴェルサイユ条約231条、及びそれぞれの平和条約の該当規定）。

そして、ドイツ等同盟国は、交戦中に陸、海、空からの侵略によって「連合及び協同国の民間人並びにその財産に対して加えられた一切の損害に対して、また一般に本[第8編第1]部への第一附属書に規定されるすべての損害に対して、賠償を行う」と定められた（ヴェルサイユ条約232条第2段、及びそれぞれの平和条約の該当規定。第一附属書とは、戦闘行為の直接的結果として、民間人の身体を傷害させた損害、又は、死亡させたときにはその扶養家族に与えた損害（1項）、民間人に対して行った残虐行為、暴力行為、虐待行為（2項）、占領ないし侵

略地域における民間人の健康、労働能力、名誉に対する侵害行為（3項）、捕虜の虐待によって引き起こされた損害（4項）、強制労働を課された民間人の受けた損害（8項）、民間人に課した罰金、賦課金その他の強制徴収による損害（10項）等10項目の事項について、ドイツに対し請求できることと定めたものである）。

さらに、連合国及び協同国の国民は、戦時中に敵国の領土内にあった各自の財産、権利又は利益につき受けた損害に対し、ドイツ等旧敵国政府を相手取って、条約で設ける混合仲裁裁判所に直接、損害賠償の訴えを提起する権利を認められた（ヴェルサイユ平和条約297条（e）及び他の平和条約の該当規定）。

(5) ベルサイユ条約等の一連の平和条約でこうした規定が設けられたのは、第一次大戦が、それまでの戦争と比較できない多大な犠牲を民間人に加えるものであったことによるところが大きい。

ドイツがベルギーやフランスで大規模な破壊行為を展開し、民間人の財産にも甚大な被害を与えた事態を受けて、連合国首脳は、すでに1916年頃までには、民間人の受けた被害に対する損害賠償をドイツに要求する政策を決定していたとされるが、当時のイギリス首相であったロイド・ジョージはこれにつき次のように述べている。「不法行為者によって与えられた損害について賠償(compensation)を支払う責任は...すべての文明化された社会における中核的な法原則の一つである。

国家は、この基本的な法原理の適用から免れることはできない」（D.Lloyd George、The Truth about the Peace Treaties、vol.I、1938、pp.436-437）。「賠償は、ヴェルサイユ条約によって発明されたわけではない。...19世紀の初めには、和平条件として支払われた償金が、[略奪などの]粗野で野蛮な方法の代わりになった。...当時は、戦争には現代の戦争のような莫大な金額はかからず、被った被害も、世界大戦で行われた破壊に比較すればわずかなものであった」（ibid.、pp.439-440）。「この時までの戦闘の歴史全体の中で、[第一次大戦が]伴った費用及びそれがもたらした破壊の程度と徹底性に比しうるものはなかった。...1916年までには、賠償の問題は、1914年には考

えられていなかったほどの大きさをなしてきた (ibid.、 pp.29-30)。

(6) ここに明らかにされているように、ヴェルサイユ条約で連合国の国民への補償を定めたことの根本にあったのは、損害に対する賠償という一般原則であり、ハーグ条約3条の要求している損害賠償そのものといえる法理であった。フォーシーユは、不法行為に対する損害賠償の原則がヴェルサイユ条約に適用された旨を次のように述べている。

「戦争損害の被害者である個人は、又は彼らの利益を負っている国家は、損害を引き起こした交戦国に対して、救済を求めることができるのか、またどの範囲でできるのか。また、もし救済手段があるとすれば、その根拠は何か。 - 衡平に基づき、またいづれにせよすべての国の実定法に定められている争いえない自然法の規則は、『他人に損害を生じさせる人の行為はすべて、その者に対し、それを賠償する義務を負わせる』ということである (フランス民法1328条)。不法行為の観念を含意するこの規則は、個人と同様、共同体にもあてはまる。 . . . 1914 - 1918年の世界大戦の終わりの平和条約において中央の帝国 [= ドイツ・オーストリア] に課したのは、連合国が上記の考えに示唆を得たことによる。かくして、1919年6月28日のドイツとのヴェルサイユ条約は、ドイツが行った戦争が不正なものであったという原則を述べた後、231条と232条において、ドイツ帝国は『連合国及びその国民が戦争の結果被ったすべての損失及び損害に対して』補償の義務を負うと宣言した...」 (Fauchille、 op.cit.、 pp. 309-310)。

さらに直截には、ガーナーは、ヴェルサイユ条約における個人補償とハーグ条約3条の関係について、以下のように評価している。

「第2回ハーグ会議は、陸戦の法規慣例に関するハーグ条約の禁止に違反して個人に与えられた損害に対し、個人に賠償する (indemnify individuals) 交戦国の義務を確立することによって、民事制裁の一形態を規定した。

この責任は、損害を受けた個人直接にではなく、その本国に対してのものであるようにも見える。...この規定に従って、平和条約はドイツに

対し、戦争法の違反によって行われた損害に対してのみでなく、「連合国の民間人とその財産に対して与えられたすべての損害」に対しても賠償(compensation)を要求した。

これは、上記のハーグ条約の規則を執行するための試みがなされた最初の例である」(J.W.、Garner、International Law and the World Order、vol.I、1920、pp.469-470)。

- (7) こうしてヴェルサイユ条約により、被害を受けた個人には国際的手続で賠償を求める道が開かれたが、同時に、各国ではこれに前後して、個人が賠償を得ることを確保するため、ドイツ人財産の清算による賠償への充当等に関する国内法の制定が行われた。

フォーシーユは、「[第一次大戦の破壊的性格によって]陸海軍のために『賠償を受ける権利』を宣言するだけでは十分でなかった...完全な賠償を確保するためには、侵略又は占領された国において戦争により損害を受けた住民(habitants)に対し、彼ら個人自らに(dans leur personne meme)、救済を求める権利を認めなければならなかった」(強調原文)とし、これはとりわけフランスで、国内法を制定し個人の「権利」を明示して実施されたと述べている(Fauchille、op.cit.、pp.312-313)。

ヴェルサイユ条約における個人への賠償は、従来、個人に国際的な請求手続へのアクセスを認めたという点で注目されることがほとんどであった。しかし、ヴェルサイユ条約は、個人による直接的な請求を条約で認めた一例であるが、それは単に国際的手続の創設という面でのみ評価されるべきものではなく、その基礎として個人の実体的権利及び損害賠償の一般原則があることが忘れられてはならない。

「損害あるところに賠償あり」という損害賠償の法理がハーグ条約3条の趣旨なのであり、国際的手続が創られて初めて、個人の实体的権利も同時に発生したわけではない。ヴェルサイユ条約は、ハーグ条約3条の趣旨を条約という形で実現させた一つの例であって、あくまでも個人の实体的権利を前提としていたとみるべきである。

- (8) なお、第一次大戦後のヴェルサイユ条約体制のほか、第二次大戦後の多くの諸平和条約においても、民間人の受けた被害について被害者個人

への賠償が認められていることも付記すべきであろう。

第一次世界大戦が初の世界的な全面戦争であったとすれば、第二次大戦はさらにそれを上回る規模の壊滅的な戦争であった。それゆえ、第二次大戦後の平和条約は、全面戦争としての性格、民間人に加えられた前代未聞の被害の大きさを反映して、それまでの条約よりもさらに広い権利を私人に与えている（Rousseau、*Le droit des conflits armes*、*op.cit.*、p.518）。

すなわち、1947年に、イタリア、ブルガリア、ハンガリー、ルーマニア、フィンランドと連合国との間に結ばれた平和条約は、それぞれの国（イタリア等）は、その領土内における連合国国民の財産への被害について、同等の財産を購入するのに必要な額の三分の二の賠償を支払う義務を負うと定めた。

そしてこれに伴い、連合国各国は国内法で、現金支払い、財産の再建又は代替のための便益などの方法での賠償方式を規定した（A.Fraleigh、"Compensation for War Damages to American Property in Allied Countries"、41 *American Journal of International Law* 748（1947）、pp.748-749）。

(9) 日本の場合は、サンフランシスコ平和条約において連合国側が賠償を放棄し、賠償を求める国は個別に交渉することとされたが、このように政府間で賠償を放棄し、かつ私人への賠償措置も定めないという例は決して通例ではなかったことに注意しなければならない。

日本は1931年から中国との戦闘を開始し、民間人にも甚大な被害を与えたが、すでに1931年の上海事変に関して、信夫淳平博士が、「支那側及び第三人の蒙りたる、又は蒙りたると称する、財産損害」につき、先にも一部ふれた通り、次のように論じていたことも銘記されるべきであろう。

「違法のものであってみれば、賠償の責任が當然之に伴ふことはこれ亦論なき所である。尤も戦時の賠償は妙なもので、必しも加害國が之を行ふべきものとは限らず、勝者は敗者たる敵の政府をして之が賠償の責に當らしむることもある。講和談判に於て戦勝者は戦敗者に向つて多くは償金を課するが、その償金額は戦敗國の私人の財産

損害に対する戦勝国の賠償責任額を控除して要求することもある。この場合には、損害賠償は戦敗国の政府がその人民に向つてすればするといふことに結局なるのである。けれども、これは強者が銃剣の鋒先でやる所の特殊の責任転嫁法である。しかも斯かる異例あればとて、違法の行為には必然責任が伴ふといふ根本の原則は動かない」(信夫前掲書、357頁)。

「1907年の陸戦法規慣例条約第3条には、『前記規則ノ條項ニ違反シタル交戦當事者ハ損害アルトキハ之ガ賠償ノ責ヲ負フベキモノトス。交戦當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』とある。前記規則とは同條約に附属する所の陸戦法規慣例規則を指す。故に損害あるに方りて賠償の責を負ひ、將た交戦國政府がその軍隊の組成員の行為に付責任を負ふのは、専ら陸戦法規慣例規則の規定する諸事項の違反行為である。けれども、その故を以て同規則以外の交戦法規の違反に就ては全然責任を負ふに及ばずして可なりといふ結論を伴ふものではない。凡そ國際法たと国内法たとを問はず、苟も社會の掟則に違反すれば、之に就て責を負ふべきものたることは總ての場合を通じて一貫する原則である。交戦法規はその陸戦に係ると、海戦に係ると、將た空戦に係るとを問はず、總てその違反者に対して之が責任の負擔を要求する。たゞ陸戦法規慣例条約は、その凡例として同條約附属の陸戦法規慣例規則の違反に関し特に責任の歸着を明指したまでである」(同、357-358頁)。

「交戦國の違法行為に由りて損害を受けたと認むる私人は、その交戦が如何なる原因に基して起つたものにもせよ、當然救済を求むるの権利がある。．．．殊に交戦國の違法行為(が暇にありとして)に因る損害賠償問題に関しては、如何に加害國が独自の強硬なる見解を執るとした所で、賠償請求権者は不満足と思ふ場合には、自國政府に訴へて之を彼我政府間の外交問題と為し得るの道もある」(同、364頁)。

(10) このように、第一次大戦の民間人の被害とその補償について当時の

政治指導者及び国際法学者が述べ、また第二次大戦の民間人の被害についてもサンフランシスコ条約以外の多くの条約で定められていたように、民間人の身体・財産への被害が甚大となった現代の戦争においては、民間人個人の受けた被害に対する損害賠償は戦後処理のきわめて重要な一環として取り扱われてきた。

このような取扱いは、現代の戦争において民間人の被害が増大したということのほか、そもそも、ルソーの思想の系譜を受け継ぐ 18 世紀末以来の国際人道法の発展において、私権尊重の原則が確固として確立してきたことを前提とするものであることはいうまでもない。

現代の戦後処理は、ハーグ条約に体现されている私権尊重の原則を踏まえつつ、その侵害に対する損害賠償として、場合に依り国際的及び国内的手法を重ね用いて対処してきているのである。

ヴェルサイユ条約及びそれを受けたフランス国内法のような個人賠償の体制は、決して、それをもって初めて個人の実体的権利をも創設したものとみることにはできない。それは、国際法上確立した私権尊重の原則を踏まえ、私権を侵害された個人に救済を受ける権利があることを前提として、その実現の手段として国際的及び国内的手段を設けたものとみるべきである。信夫博士も上に引用した最後の部分で、あくまで被害者個人が救済を受ける権利を前提としつつ、その実現手段として自国政府に訴えて外交問題とする道について述べている。

第5 二国間協定と個人請求権の関係

- 1 そこで、次に検討されなければならない重要な論点は、個人が受けた損害に関して、個人の本国と加害国との間で協定が締結されており、そこで一定の解決が図られているかあるいは賠償が放棄されている場合に、個人がなお加害国に対する請求権を主張することができるかということである。
- 2 従来、日韓請求権協定や日中共同声明等との関係で日本政府がとってきた見解は、自国民が違法行為により損害を被った場合に本国国家が放棄で

きるのは外交保護権の行使だけであって、被害者個人の一身に専属する権利を消滅させるものではない、というものであった（「いわゆる日韓請求権協定におきまして両国間の請求権の問題は最終かつ完全に解決したわけでございます。その意味するところでございますが．．．これは日韓両国が国家として持っております外交保護権を相互に放棄したということでございます」（1991年8月27日参議院予算委員会会議録第3号10頁）。

しかし昨今の、本件のようないわゆる戦後補償裁判においては、政府は一転して、個人賠償の問題は国家間の協定ですべて解決済みであるとの見解をとることが多くなった。これに対し、外国政府の側、例えば中国は1995年、日中共同宣言において中国が行った賠償放棄は個人の請求権の放棄を含むものでないとの見解を提示するに至っている。

- 3 この点については、国家が外交的に解決を図ったことにより、結果的に被害者個人に十分な救済が与えられた場合を別として、救済が十分でないか、あるいは最初から賠償が放棄されてしまっている場合には、国際人道法で保護されている個人の権利が国家間の協定ですべて消滅したものとみることができない、というべきである。

第一に、ハーグ条約は個人の私権尊重を明確に規定し、またその3条は、違法な行為によって被害を受けた個人の救済を重要な目的の一つとして規定されたものであったことに鑑みれば、違反国が3条の趣旨に従った賠償を行わず、救済されない被害がある限り、3条の義務は履行されておらず、個人自らが加害国に請求する等の適当な方法でその履行を求める可能性は排除されないものと考えべきである。

ハーグ条約3条は、専ら個人の権利を定めたものとまではいえず、多くの場合は国家間で履行されることを予定したものであるとしても、少なくとも、3条の定める義務の履行が果たされていない限りは、国家と並んで個人にも、適当な手続による賠償請求権が並行して存在すると考えられる。

国家の権利と個人の権利の並存というこうした「請求権の並行性

(Anspruchsparallelitat)」は、最近では、1996年5月13日のドイツ連邦憲法裁判所判決が、戦時中のユダヤ人の強制労働に関する事件をめぐるボン地方裁判所の審査要請に対して出した判断で明らかにしたところでもある。

それによると、ポーランドの賠償放棄宣言やドイツ・イスラエル間の政府間協定によって個人の国内法上の請求権は消滅せず、個人の請求権は国際法上の請求権と並行して存在し、国家間の解決によって個人の請求権を認める国内手続の設定が妨げられるわけではない(BVersG、2BvL33/93、EuGRZ(1996)407、S.411.広渡清吾「近代主義・戦後補償・法化論」法律時報68巻11号、1997年も参照)。

本判決は、国家間の賠償(Reparation)と、個人が求めうる賠償(Entschädigung)とを明確に区別し、国家間協定における賠償の放棄によって個人の請求権まで放棄されうるものではないと判示した。

第二に、国際人道法違反の被害者の権利に関しては、今日、国際人道法自体が明示的な規定をおいている。1949年のジュネーブ4条約はそれぞれ6/6/6/7条で、保護された者の地位に不利な影響を及ぼしたそれらの者の権利を制限するような別の特別協定を締結することを禁止している。そして、赤十字国際委員会発行書の注釈はこれらの条項につき、「平和条約の締結にあたっては、当事国は原則として、戦争被害一般に関する問題及び戦争開始に対する責任に関する問題を、適当と考える方法で処理することができる。

他方で、当事国は、戦争犯罪人の訴追を控えることや、ジュネーブ諸条約及びこの議定書の規則の違反の被害者が賠償を受ける権利を否定することはできない」(Commentary、p.1055.強調筆者)としているのである。従って、国際人道法の規則の違反に対する賠償請求を放棄することは、現在では、このような国際人道法の明示的な禁止に反するものになっている(M.Sassoli、"State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law"、84 International Review of the Red Cross 401(2002)、p.419.)

4 日本の判例では、これまで例えば、オランダ人捕虜の損害賠償請求事件

における前掲の東京地裁判決は、ハーグ条約3条が個人の救済「をも」目的としていたことは認められる、としつつ、その一方で、個人の請求には外交保護権が「前提とされていたと推測される」、と述べるにとどまっていた。しかし、これを論理的に考えれば、個人の請求は外交保護権を前提とするということはすなわち、外交保護権の行使が国によって放棄されたか現実に不可能な場合、又は外交保護権の行使によっても被害が救済されない場合には、個人が自ら請求できるはずだ、という論理が成り立つともいえる。

しかし、より最近では、とりわけ、中国政府が上記のような見解を示している日中共同宣言（及び同宣言を確認した日中平和有効条約）をめぐって、それをもって個人の請求権をも放棄したものとはいえないとの見解を明確に示すものも増えてきている。

例えば、福岡地方裁判所は、中国人の強制連行・強制労働をめぐる損害賠償請求事件における2002（平成14）年4月26日の判決で、「サンフランシスコ平和条約締結当時、中国は、中国国民が、日本政府に対して、日中戦争において被った損害の賠償を請求し得るとの立場を採っていたこと、また、昭和62年ころから、中国国内では、日本政府に対して上記損害の賠償を行い得るとの見解が支持されるようになり、当時の銭其深首相兼外相は、平成7年3月9日、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れず、補償請求は国民の権利であり、政府は干渉すべきでない旨の見解を示したことなどの事情を考慮すると、日中共同声明及び日中平和友好条約により、中国国民固有の損害賠償請求権が、中国政府によって放棄されたかについては、法的にも疑義が残されていたものといわざるを得ない。したがって、原告らの損害賠償請求権が、日中共同声明及び日中平和友好条約により、直ちに放棄されたものと認めることはできない。」としている。

さらに、東京地裁は、性暴力を受けた中国人女性の損害賠償請求事件における2003（平成15）年4月24日の判決で、上記のドイツ連邦憲法裁判所の見解と実質的に同じ立場にたって、条約によって解決済みとの日本政府の主張を退けている。それによると、「被告〔国〕は、日中共同

声明をもって、被害者個人の我が国に対する損害賠償請求権も放棄されたと主張するが、同声明も、国際法の基本的枠組みのなかで解釈されるべきであって、日中戦争における加害国である我が国に対し、その相手国である中華人民共和国（戦争当時は中華民国）が損害賠償請求、いわゆる『戦争賠償』を放棄したにとどまり、相手国の国民である被害者個人の我が国に対する損害賠償請求、いわゆる『被害賠償』まで放棄したものではない。被害を受けた国民が個人として加害者に対して損害賠償を求めることは、当該国民固有の権利であって、その加害者が被害者の属する国家とは別の国家であったとしても、その属する国家が他の国家との間で締結した条約をもって被害者の相手国に対する損害賠償請求権を放棄させ得るのは、自国民である被害者に自ら損害賠償義務を履行する場合など、その代償措置が講じられているときに限られるべきところ、中華人民共和国においては、日中共同声明を調印することによって、自国民に対して日中戦争に係る被害を自ら賠償することとして、我が国に対する損害賠償請求権を放棄させたという形跡はなく、被告の主張は採用し得ない。」と判示している。

この判決では、「この点は、そもそも、我が国においても、例えば、日ソ共同宣言についても、日韓請求権協定についても、政府見解は、国民である被害者の相手国に対する損害賠償請求権まで放棄したものではないとして、これを否定していることから裏付けられるというべきである。」として、日本政府の解釈の矛盾を指摘していることも重要である。

- 5 本件細菌戦の事案は、これらの事案と同様に日中共同声明及び日中平和友好条約における賠償放棄が関係してくるものであるが、この点については、上記の東京地裁判決が判示している通り、日中共同声明及び日中平和友好条約で放棄された賠償はあくまで国家間のものであって、被害者たる中国国民の固有の権利まで放棄したものではないとみるのが妥当である。

そのような見方は、中国政府の見解とも、また、日本政府が従来とってきた見解とも一致し、かつ、現在の国際法の原則とも合致するものである。国家間で賠償が放棄されているとしても、被害者個人の損害が救済されずに残っている限り、個人自らが利用しうる国内的手段によって損害の救済

を求めることは何ら妨げられず、国内裁判所がそうした個人の訴えを審理して個人に適切な救済を与えることには、何らの法的な問題も存在しないというべきである。

第6 国際人道法違反の被害者が救済を受ける権利

1 最後に、本件で損害賠償を求めている被害者は国際人道法に違反する細菌戦によって重大な損害を被った者であることに鑑み、国際人道法違反の被害者が救済を受ける権利をめぐる国際法の展開について言及する。

2 まず、国際法を含む法によって保護された権利の侵害に対して、個人が国内裁判所に救済を求める権利は、それ自体、第二次大戦後、慣習国際法として確立している。世界人権宣言は第8条で「すべての者は、憲法又は法律によって与えられた基本的権利を侵害する行為に対して、権限のある国内裁判所による実効的な救済を受ける権利を有する。」とし、市民的及び政治的権利に関する国際規約第2条3項、ヨーロッパ人権条約13条などの人権条約も効果的救済に関する規定をおいているが、今日、裁判所へのアクセス権と、それに付随する、効果的救済を受ける権利は、慣習国際法に基づく基本的人権であることが広く認められている（J.Paust, *International Law as law of the United States*, 1996, p.199）

3 さらに、近年、とりわけ1980年代末から1990年代以降の国際社会では、世界各国における体制変更（中南米諸国における軍制から民政への移行、旧社会主義国の体制崩壊と民主制への移行等）に伴い、過去の人権侵害への対処が問題となってきたことから、重大な人権侵害の被害者が救済を受ける権利について国際法上の原則を集大成する動きが急速に高まった。

国連人権委員会の下部機関である人権小委員会は1989年、重大人権侵害の被害者の救済に関する問題について特別報告者ファン・ボーヴェンを任命して研究を行わせることとし、1993年には、ファン・ボーヴェ

ンにより、人権及び基本的自由の重大な侵害の被害者が救済を受ける権利についての原則草案が提出された（1996、1997年改訂）。

続いて、1998年には、人権小委員会は、ファン・ボーヴェンの原則草案について、国及び非政府団体からのコメント、並びに人権侵害の加害者の不処罰に関する特別報告者ジョワネの作業を考慮に入れて改訂する作業の任にバシオーニを任命した。

その結果、2000年に、「国際人権法及び人道法違反の被害者が救済及び補償を受ける権利についての基本原則及びガイドライン」が人権委員会に提出されたが（E/CN.4/2000/62、Annex）、同原則・ガイドラインは、すべての国家は国際人権及び人道法規範を尊重、尊重を確保、執行する義務があり、それには違反の防止、違反の調査、被害者に対する適切な救済が含まれるとするとともに、被害者が補償（原状回復、賠償、サティスファクション及び再発防止（事実の公的開示、遺体の捜索・埋葬、被害者の尊厳を回復する公的宣言、謝罪、国際人権・人道法の訓練や教材における事実の正確な記述のような再発防止策を含む））を受ける権利を明示している。これは、条約ではないものの、各国から寄せられるコメントも取り込みつつ作成されており、この問題に関する現段階の国際法の発展を示す重要な文書である。

そして、先にもふれたように、国連人権高等弁務官事務所が開催した本原則の検討会議で、赤十字国際委員会代表は、ハーグ条約3条は被害者への賠償を国家に要求するものであるとの立場を明確に発言しているのである（E/CN.4/2003/63、paras.50、118）。

4 このように、重大な人権侵害の被害者が賠償を受けるべきであるという原則の国際法的な承認は、国際刑事裁判の側面にも影響を与えている。

1998年に採択された国際刑事裁判所規程は75条で、被害者への賠償に関する諸原則を定めること、裁判所が有罪判決を受けた者に対して被害者への賠償を直接命じられることを定め、手続証拠規則では、被害者が直接に又は代理人を通して賠償を申立てる権利を認めているが、これらは、人権侵害の被害者の権利に関する国連人権委員会での議論を反映して挿入

されたものである。

また、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所の裁判官団は2000年、「被害者の賠償と参加」と題する報告書で、被害者が賠償を受ける権利は国際法上認められる傾向にあり、裁判所の管轄に属する人道に対する罪等の被害者には賠償を受ける権利があると述べ、国際請求委員会のような機構の設置を提言している（Victims' compensation and participation、Letter dated 2 November 2000 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council、Appendix、S/2000/1063）

5 本件事案における被害者は、細菌戦の被害自体は戦時中に発生したものであるが、加害国である日本が何ら被害者の救済を行わないまま60数年も放置し、現在において裁判所に救済を求めているものであるから、その救済は、国際人道法の違反による重大かつ継続的な人権侵害を救済するという観点から、今日の国際法における発展をも考慮に入れてなされるべきである。

すなわち、当初の細菌戦による被害はさることながら、何ら措置をとることなくそれを放置してきたことによる被害者の苦しみも、合わせて救済の対象とされるべきであり、その具体的な内容は、損害賠償のほか、速やかな謝罪、事実の公的開示等、老齢の被害者にふさわしい適切な内容のものであるべきである。

第7 結語 憲法98条2項により国内法化されたハーグ条約3条の解釈の誤り

以上述べたことから明らかなように、ハーグ条約第3条は、その制定経過、その趣旨、交戦法規の一般的文脈に照らした文言解釈、準備作業、事後の実行、それらを総合的に勘案するに、上告人ら被害者に対しても、賠償請求を認める規定と解釈され得るのである。行為時の資格の如何にかかわらず軍隊構成員が引き起こした一切の陸戦規則違反について、当該軍隊構成員の所属国が被害者たる個人に対して賠償責任を負う、というのが国際法上の解釈規

則にしたがって導き出されるのである。

既に述べたように、わが国の場合、憲法 98 条 2 項を介して、上記のことが条約、国際慣習法、国際人道法として受容されている。それにもかかわらず、上告人らに対して賠償請求を認めなかったことは、憲法 98 条 2 項の解釈を誤り、違憲と言わなければならない。

第2点 条理に基づき被害者個人の賠償請求は認められる。しかるに、条理に基づく損害賠償請求を否定した原判決は、憲法76条3項に違反しているので、原判決は破棄されなければならない。

第1 条理の適用

- 1 原判決は、憲法第76条第3項に違反し、又は同項の解釈を誤っている。同項にいう「法律」には、いわゆる「条理」が含まれるという点については、殆ど異論がない。裁判が客観的法規範に準拠して行われるべきものとの趣旨である以上、不文法たる慣習法や条理がこれに含まれることは明らかであるからである（青林書院「注釈日本国憲法」下巻1147頁）。ところが原判決が成文の立法の欠缺を条理で補うことなしに上告人らの請求権を否定したことは、憲法と同条文に違反しているといえる。
- 2 原判決は、上告人らの立法不作為による賠償請求権の主張に対し、「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判断に任せられ」といい、更に「憲法前文、憲法9条、13条、14条、17条、29条1項、3項が国会に対し、違法な戦争行為によって被害を受けた個人への損害賠償又は補償を行う立法をすべき義務を課していると到底いうことはできない」という。
しかし、原判決自体が認めるとおり、「本件細菌戦は、細菌学的戦争手段の使用を禁止したジュネーブ・ガス議定書に違反する行為であり、ヘーグ陸戦規則23条1項にいう『特別ノ条約ヲ以テ定メタル禁止』に該当し、ヘーグ陸戦条約3条に基づきヘーグ陸戦規則違反の行為として、国家責任が生じていたと認められる。」のである。国家責任を認めたからには、その責任を果すのが当然の義務であり、これが条理に適うものであることはいうまでもない。

第2 被害者個人への直接賠償に関して度重なる国際機関等からの勧告

1 まして、本細菌戦は、人権侵害の重大性と、その救済の高度の必要性に鑑み、被害者個人への直接賠償に関して度々国際機関等からの勧告が次のとおり繰返されている現状にあっては、その賠償立法の要否を、単に国会や個々の国会議員の「広範な裁量に委ねられている」などという悠長な見解は許されないというべきである。

(1) 国際法律家委員会（ICJ）勧告（1994年11月22日採択）

「日本は戦争犯罪を犯しており、個人補償すべき。二国間条約では解決していない。まず、高齢の被害者個人に、一時金4万ドルを支払った上で、日本政府は 立法措置 行政機関の設置 第三者への仲裁委託、などの解決策を講ずべき。」

(2) 国連北京女性会議行動綱領（1995年9月5日採択）

「政府や国際機関などは、戦争下での強姦、特に組織的強姦、強制売春や暴行、性的奴隷制を含む女性へのあらゆる暴力行為に対して十分に調査し、犯罪者を訴追し、被害者に対して完全な補償を行うこと。」

(3) 国連人権委員会クマラスワミ勧告（1996年2月6日採択）

「『慰安婦』制度は性的奴隷制で『人道に対する罪』にあたる。二国間条約など国家間条約では未解決で、日本政府には法的責任がある。日本政府への勧告は、次の6項目。 国際法違反として法的責任を果たすべき 被害者に個人補償すべき 政府保管の全資料公開 書面による公式謝罪 歴史教育 関与者の特定・処罰」

(4) ILO条約勧告適用専門家委員会年次報告（1996年3月4日、1997年3月4日採択）

「1996、1997年のILO条約勧告適用専門家委員会の年次報告でとりあげられ、『慰安婦はILO条約が禁止する『強制労働』に当たる。日本政府は速やかに適切な配慮をすべき』と意見。」

(5) 韓国政府声明（1998年4月21日採択）

「『国民基金』の支給に反対して韓国の生存被害者に約300万円の支援金を贈ることで、日本政府に誠意ある謝罪と責任ある措置を取るよう促した。」

(6) 国連人権小委員会マクドゥーガル報告（1998年2月11日）

「日本政府は法的責任を認め、賠償のための措置を早急にするように具体的に以下を提案・勧告。 国連人権高等弁務官が日本政府と協力して、犯行者を訴追するための機構を確立 被害者に対する法的賠償を支払うための機構確立 犯罪の重大性と被害の深刻性を十分に考慮し賠償額を算定する 日本政府は国連事務長に年2度報告し、それを公表する。」

(7) フィリピン下院人権小委決議 (1999年2月11日採択)

「日本政府に『慰安婦』への補償法制定を求める決議。被害国での対日決議としては初めてで、被害者から公聴会を経て採択。」

(8) ILO条約勧告適用専門家委員会年次報告 (1999年3月11日採択)

「『慰安婦』問題では1996年、1997年に続く3度目の勧告。『国民基金』は被害者の期待に答えておらず、被害者が高齢であることを考慮し、早急に被害者に個人補償すべきと勧告。」

(9) 米カリフォルニア州議会決議 (1999年8月23日(下院)、8月24日(上院)採択)

「第2次大戦中に日本軍が起こした戦争犯罪に明確な謝罪と被害者への早急な補償を求めたもの。米国大統領、連邦議会にも適切な行動を取るよう要請。(マイク・ホンダ下院議員提案)」

(10) 国連人権小委員会武力紛争下の性暴力についての決議 (1999年8月26日採択)

「1907年ハーグ条約を国際慣習法として承認し、権利および国家と個人の責任は平和協定・条約、恩赦などでは消滅しないことを確認。国際刑事法の国内法導入のための立法や国際刑事裁判所活用を促している。サンフランシスコ条約・二国間条約で解決済みとする日本政府見解を真っ向から否定。」

(11) 香港立法会決議 (2000年1月12日採択)

「中国・香港への侵略戦争犯罪に関して、日本政府に 中国人民に謝罪 南京大虐殺・731部隊・『慰安婦』・強制労働・などの被害者・遺族に謝罪と賠償 的魚合列島返還 非公開資料・極秘文献の公開 正しい歴史教育、を要求する内容。」

(12) 米国務省人権報告者 (2000年2月2001年3月採択)

「世界各国の人権状況について米国務省が毎年発行している人権報告書の日本の項（全24頁）で『慰安婦』問題と強制労働について、日本政府は1995年に『国民基金』設立し頑なに謝罪と補償を拒否、下関判決や国連人権小委員会、ILO専門家委員会が繰り返し国家補償を勧告していることを報告。」

(13) 国連人権小委員会、マクドゥーガル最新報告歓迎決議（2000年8月17日採択）

「タイ・マクドゥーガル特別報告追加最新報告（Update）を歓迎する『戦時下における奴隷制』に関する決議（E/CN.4/Sub.2/2000/L.15）を全会一致で採択。報告書は1996年に続いて『慰安所制度は人道に対する罪だが、日本政府は法的責任を認めず、被害者に賠償を行わず、国際法上の義務を果たしていない』と明確に批判。」

(14) 米「日本帝国政府に関する情報公開法」（2000年10月2日（上院）10月12日（下院）12月27日（大統領署名））

「ソジアン・ビルフレイ下院議員（共和党）、ウィリアム・リビンスキー下院議員（民主党）、ダイアン・ファインスタイン上院議員（民主党）らが提案した1931年9月から1948年12月までの間に起きた『人種、宗教、国籍、政治的信条を理由とした日本軍による人体実験や迫害に関する』すべての資料の公開を求める内容。」

(15) ILO専門家委員会年次報告勧告（4度目）（2001年3月12日採択）

「29号条約（日本も1932年に批准）違反を再度指摘。多くの被害者が『国民基金』の償いを受入れられないと考えている現実から、日本政府が被害者や関係団体と協議し、補償のための他の方法を見出すよう求めている。1996、97、99年につぐ4回目の報告。」

(16) 「慰安婦」訴訟を支持する英国議会決議（2001年3月21日採択）

「アラン・シンプソン議員とアリス・マホン議員が提案。20万以上の女性を『慰安婦』として強姦・拷問した歴史に留意し、生存者の日本政府への正義の要求を下院は歓迎する。日本政府は法的責任の回避のために『主権免除』を主張すべきでない。」

(17) 国連人権委員会クマラスワミ報告（2001年4月2日採択）

「日本政府は道義的責任を認めたにもかかわらず、法的責任を受け入れ被害者に賠償を支払うことを拒否している。特別報告者の 96 年の勧告を実施する試みもなければ、人権小委員会の特別報告者の勧告を実施する試みもないと厳しく日本政府を批判。」

(18) 国連人権小委員会 2001 年勧告 (2001 年 8 月 16 日採択)

「戦時性暴力について責任者処罰と被害者賠償、トラウマ問題の解決、歴史教育で正確な記述をするよう教育課程を見直すことを勧告。」

(19) 国連社会権規約委員会勧告 (2001 年 8 月 31 日採択)

「『国民基金』は当事者から受け入れ可能な措置と認められていないと指摘、早急な補償を勧告。」

(20) フィリピン下院決議 (2001 年 12 月 3 日採択)

「『慰安婦』問題を下院女性委員会で調査する決議を採択。」

(21) 台湾立法院決議 (2002 年 10 月 15 日採択)

「台湾立法院として『戦時性的強制被害者問題解決促進法案』の支持を決議。」

(22) 国連人権委員会クマラスワミ最終勧告 (2003 年 1 月 6 日採択)

「国連人権委員会『女性への暴力』特別報告者クマラスワミ最終報告で、法的責任を否定してきた日本政府を名指しして強く批判。」

(23) 韓国国会決議 (2003 年 2 月 26 日採択)

「日本の国会に 真相究明と資料の公開、被害者への公式謝罪と賠償等の名誉回復のために必要な措置を講じるとした『戦時性的強制被害者問題解決促進法案』の速やかな制定、『慰安婦』問題が国際法上の非人道的犯罪であることを認め、教科書に反映させるなど後世に正しく伝えることを求める決議。」

(24) ILO 専門家委員会年次報告勧告 (5 度目) (2003 年 3 月 1 日採択)

「条約違反の被害者が高齡に達し、他機関の公的見解などにもかかわらず、日本政府が被害者の期待に応えないことを憂慮。日本は被害者に応えよと繰り返し勧告。」

(25) 国連女性差別撤廃委員会 29 会期日本レポート審議最終コメント
(2003 年 7 月 18 日)

「日本政府の情報提供を評価するものの、この問題についての懸念が引き続き存在することに留意し、『慰安婦』問題についての永続的な解決策を見つけるよう努力することを勧告する。

(26) フィリピン下院外交委員会決議（2005年1月25日採択）

「日本の『戦時性的強制被害者問題解決促進法案』を全面的に支持し、フィリピン政府にもフィリピン人元『慰安婦』の名誉と尊厳回復への支援を促す。」

(27) アムネスティ・インターナショナル報告・勧告（2005年10月28日採択）

「元『慰安婦』への謝罪は適切とは言えず、あいまいで、被害者にとっては受け入れられない。『国民基金』は、賠償に関する国際基準を満たしておらず、被害者にとっては彼女たちを金でだまらせる手段だと受け止められていると批判。」

以上の諸例は主としていわゆる「慰安婦」問題に関するものであるが、当然本件細菌戦被害問題にもそのまま当てはまる。

第3 条理法の不適用は憲法76条3項に違反する。

- 1 従って、国会の立法不作為の国家責任が問われるのは当然であるうえ、立法を怠っているために成文法が存在しない現状にあっては、裁判官は、大政官布告第103号「裁判事務心得」第3条【条理法】「民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ習慣ニ依リ習慣ナキモノハ条理ヲ推考シテ裁判スヘシ」に従い、国家無答責の法理などに惑わされることなく、国家賠償法の立法の前後を問わず、被害者個人の救済のための正義の条理を用いて判決を下すべきであり、これが裁判官の良心というものである。
- 2 現に、個人に対する賠償請求事件に関する下級審のいくつかの判決では、国会の立法不作為責任を認めたり（山口地裁下関支部平成10年4月27日判決）、立法的、行政的解決を図ることは十分可能とし、被害者に何らかの慰謝をもたらす方向で解決されることが望まれる旨を判示したり（東

京地裁平成15年4月24日判決)、更に、「この問題については何らの立法措置が講じられていないことが立法府の裁量の範囲を逸脱しているとはまではいえないとしても、適切な立法措置がとられるのが望ましいことは、明らかである。」とし、「・・・既に50年余の歳月が経過し、・・・控訴人らがいずれも高齢となり、当審継係属中にも、そのうち2人が死亡している。国政関与者において、この問題の早期解決を図るため適切な立法措置を講じることが期待される。」と判示したり(東京高裁平成10年7月13日判決)している。

そして、最高裁判所第一小法廷は、同事件の上告に対し、「上告人らが被った犠牲ないし被害の深刻さにかんがみると、これに対する補償を可能とする立法措置が講じられていないことについて不満を抱く上告人らの心情は理解し得ないではないが、このような犠牲ないし損害について立法を待たずに戦争遂行主体であった国に対して国家補償を請求できるという条理はいまだに存在しない。立法府の裁量的判断にゆだねられたものと解するのが相当である。」との判決を下した(平成11年12月20日判決)。

- 3 しかし、「条理はいまだに存在しない。」という理屈自体条理に反する。条理というのは慣習法と異り、ある時期までは存在しなかったり、ある時期からは存在したりするものではなく、古今東西を通じた事物の本質的法則であって、誰にも肯定し得る道理、社会通念である。これを用いて判決することを躊躇し、ひたすら立法府に責任を転嫁するというのが従来 of 裁判所の姿勢であった。これを酷評すれば「司法不作為」ということになる。

司法は政治的配慮に把われてはならないが、司法消極論に陥り過ぎ、高度の政治的判断に関わる問題であると位置づけて統治行為論によって責任を回避するというのは、却って司法の独立、三権分立の精神を誤るものである。時の政府の意向や目先の「国益」などに把われず、断乎として正義を貫くのが真の司法でなければならない。

前述のような夥しい国際批判を黙殺し続ける日本政府の姿勢は、まさに鉄面皮と評し得る。加害国ドイツとの差の開きには驚くほかはない。これは国辱である。

第3点 国際法違反の本件細菌戦には国家無答責の法理は適用できない。しかるに国家無答責の法理を適用して日本民法に基づく損害賠償請求を否定した原判決は、憲法13条及び同法17条に違反しているので、原判決は破棄されなければならない。

第1 原判決の判示と問題の所在

1 原判決の判示

原判決は、「控訴人らが問題とする被控訴人の行為は、戦争行為そのものであり、被控訴人の公権力の行使として行われたものであるから、国家賠償法(昭和22年〔1947年〕10月27日施行)の適用の有無が検討されるべきところ、同法附則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。』と定めているので、昭和15年から昭和17年までに実行された本件細菌戦について被控訴人が損害賠償責任を負うか否かは、国家賠償法施行前の法令である大日本帝国憲法下の法制度によって判断すべきことになる。」(原判決9頁)と判示する。

そして、原判決は、大日本帝国憲法61条、行政裁判所法16条、旧民法、現行民法、国家賠償法の各審議過程、2つの大審院判例を縷々指摘した上で、「大日本帝国憲法、行政裁判法及び裁判所構成法の制定経過をみると、国は公権力の行使に基づく権利侵害について損害賠償責任を負わないとの前提で、行政裁判所も司法裁判所も上記の損害賠償請求訴訟について受理せず、あるいは管轄を持たないと定められ、また、実体法である旧民法も、行政権による公権力の行使に起因する国の損害賠償責任を否定する趣旨で定められ(なお、このような法制度は、我が国固有のものではなく、『王は悪をなし得ず(Rex non potest peccare.)』の法諺があるように、かつては一般的なものであったとみられる。)、現行民法にも、国の公権力の行使により与えた損害の賠償責任については規定を設けず、この点に関する特別法も制定されず、民法の不法行為規定は公権力行使による権利侵害については適用されないと考えられていたのであり、国家賠償法の制定によって初めて国の公権力の行使による損害について国の賠償責任を認

める法律が成立したと認められるのである。」と認定した上で、「国家賠償法施行前においては、国の公権力の行使による損害について国の賠償責任を認める法制度は存在せず、判例上も上記について国の賠償責任は認められていなかったのであり、公権力の行使による損害について国は賠償責任を負わないとの趣旨の国家無答責の法理を採用するという基本的法政策がとられていた」（原判決14頁）と判示して、国家無答責の法理により上告人らの請求を否定した。

2 問題の所在

しかし、上記判決の判断は、憲法解釈を巡って重大な誤りがあると言わねばならない。

第1に、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、その賠償を求むることができる。」と規定し、国の賠償責任を規定するが、国家無答責の法理を理由に国際法違反の本件細菌戦という公権力の行使を免責することは、憲法17条に違反する誤った判断をしている。

憲法17条の下における国賠法附則6項の解釈は、国が公権力の行使（権力的行為、権力的作用）により国民に損害を与えた場合も一切責任を負わず、個人の尊厳を否定するような残虐非道な行為、「人道に対する罪」に該当するような行為による被害者の損害賠償請求まで否定する趣旨として解することはできない。

第2に、憲法13条が「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」と規定し、個人の尊厳と人格価値の尊重を宣言しているが、国家無答責の法理を理由に国際法違反の本件細菌戦という公権力の行使を免責することは、憲法13条に違反する誤った判断をしている。

以下、詳述する。

第2 国家無答責の法理を「従前の例」とすることは憲法17条に違反する

1 最高裁平成14年9月11日大法廷判決

最高裁平成14年9月11日大法廷判決（民集56巻7号1439頁）は、郵便法68条、73条の規定のうち、書留郵便物について、郵便業務事業者の故意または重大な過失によって損害が生じた場合に、不法行為に基づく国の損害賠償責任を免除し、又は制限している部分は、憲法17条が立法府に付与した裁量の範囲を逸脱し、違憲無効であると判示した。この判決は、「公務員の不法行為による国又は公共団体の損害賠償責任を免除し、又は制限する法律の規定が同条に適合するものとして是認されるものであるかどうかは、当該行為の態様、これによって侵害される法的利益の種類及び侵害の程度、免責又は責任制限の範囲及び程度等に応じ、当該規定の目的の正当性並びにその目的達成の手段として免責又は責任制限を認めることの合理性及び必要性を総合的に考慮して判断すべきである。」という違憲審査基準を示している。

2 同判決滝井裁判官補足意見

また、滝井裁判官は、補足意見において、上記多数意見の意味について、「憲法17条の趣旨は、国家無答責の考えを廃し、被害者の救済を全うするために国又は公共団体が賠償責任を負うべきことを前提にし、国又は公共団体の責任は、基本的には私人の不法行為責任と異なるものではないという考え方に立ちつつ、具体的な責任の範囲について、それぞれの行為が行われた具体的状況を勘案して、一定の政策目的によって例外的に加重若しくは軽減し、又は免除することのあり得ることを認めたものと解することができる」と説明している。

このように、最高裁平成14年9月11日大法廷判決は、憲法17条の「法律に定めるところにより」の意義について、法律の定めによって国の賠償責任を免除又は制限することには、立法裁量に限界があることを明らかにしている。

3 当該行為の態様、これによって侵害される法的利益の種類及び侵害の程度並びに免責又は責任制限の範囲及び程度

国による不法行為が現憲法施行前に行われたとしても、現憲法下で行われる裁判所による訴訟である限り、現憲法下での憲法原理（たとえば憲法13条の個人の尊厳の尊重など）に即した解釈適用が必要である。前述のドイツのボン地裁判決が「人間の尊厳を損なう過去の行為について、『現在の法が何の反応を示さずに過去の違反を見過ごすことなどありえない』」としたことが参考となる。

これを上記最高裁平成14年大法廷判決の違憲審査基準に即していうならば、本件における強制連行強制労働は原判決が認定するように人間の尊厳を否定するような残虐非道な行為であり、当該行為の態様は極めて悪質であり、また、これによって侵害される法的利益の種類及び侵害の程度が極めて重大である。

また、免責又は責任制限の範囲、程度についていうと、国家無答責の法理の適用は、国の権力的行為ないし権力的作用について、全面的な免責を認める不当な結果になるものである。

4 目的の正当性並びにその目的達成の手段として免責又は責任制限を認めることの合理性及び必要性

国家無答責の法理を人間の尊厳を否定するような残虐非道な行為に適用することを含めて国賠法附則6項の「従前の例」に含めることの目的の正当性並びにその目的達成の手段として免責又は責任制限を認めることの合理性及び必要性は存在しない。

重要なことは、立法沿革的にも民法の不法行為規定自体を適用できないと考えられておらず、権力的作用について民法を適用しないという判例法理すなわち大審院による民法の解釈の集積であったことである。

民法の文言上は不法行為規定を官吏のなした権力的作用に適用することができたことである。現に戦前の下級審判決の中には民法715条を適用して国の賠償責任を認めている裁判例もある。

憲法17条は、法律の定めるところにより、公務員の不法行為に対する

賠償請求権を保障している。したがって、憲法施行前の公務員の不法行為について、法律の定め方によっては賠償責任を認めることができたはずである。

すなわち、国家賠償法制定の際「民法の不法行為の規定による」と規定し、国家賠償法制定前の行為についても国家無答責の法理を排除することを明確にすれば足りたと考えられる。そのように規定せず、「従前の例による」としたことにより、国家無答責の法理の適用という問題が生じたのである。

国家無答責の原則が民法の解釈・適用の問題であるが、新しい憲法が制定されたことによって新憲法の価値原理を民法の解釈指針とするために制定されたのが民法1条ノ2である。

国家無答責の法理が民法の解釈・適用における判例法理であるから、この判例法理は新憲法の施行に伴い、民法1条ノ2という「法律」によって解釈・適用が変更されたのである。

5 行為時適法であった行為が事後法により違法となるとの批判はあたらない

問題は、そのような規定の仕方をする、行為時に適法であった行為が事後法によって賠償責任が認められてしまうのではないかという点にある。

立法沿革的にも、民法715条などの不法行為規定を適用することが予定されており、民法の文言上も適用することの障害がなかったことや民法の不法行為規定を適用しないとしてきたのは大審院判例による所産にすぎなかったのであるから、事後法による変更とはいえないものである。むしろ、民法1条ノ2という解釈指針を制定することによって判例法を法律で明示的に変更するだけに過ぎないものである。

また、判例法である以上、民法の解釈が判例変更されることで賠償責任が認められるということは多々あるのであり、そのこと自体は何ら問題となるものではない。

国家無答責の法理についての判例変更がされて不法行為責任が認められることによって不利益を受けるのは、基本的人権の被害を受けた国民を救

済すべき責務を負っている国自身であり、そのような責務を負っている国が自己の責任を免除するための理由として事後法云々を主張すること自体、自らの責務を放棄するものといえる。新憲法の施行に伴って、民法の解釈・適用も憲法が保障する個人の尊厳など憲法の基礎原理に制約されるのであり、民法1条ノ2の解釈指針に反するような旧憲法下の解釈・適用はできないのである。

第3 「国家無答責の法理」は確立されておらず、国賠法附則6条の「従前の例」とすることは憲法17条に違反する

第1 「国家無答責の法理」の確立は認められない

1 原判決の判示

一審判決は、「行政裁判法と旧民法（財産編）とが公布された明治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うべきである。」（一審判決23頁）と判示して、明治23年の時点で国家無答責の法理が確立されたという判断をしていた。

これに対し、原判決は、国家無答責の法理の確立時期を変更し、「国家賠償法施行前においては、国の公権力の行使による損害について国の賠償責任を認める法制度は存在せず、判例上も上記について国の賠償責任は認められていなかったのであり、公権力の行使による損害について国は賠償責任を負わないとの趣旨の国家無答責の法理を採用するという基本的法政策がとられていた」（原判決14頁）として、「国家賠償法施行前」に国家無答責の法理がとられていたと判示する。

この変更のため、原判決は、大日本帝国憲法61条、行政裁判所法16条、裁判所構成法、旧民法、現行民法、国家賠償法の各審議過程、2つの大審院判例を縷々指摘し一審判決の認定を変更する。

2 原判決の誤り

原判決は、次のような論理から成り立っている。(i) 国家賠償法附則6

項にいう「従前の例」とは同法施行前の法令を指す、(ii)大日本帝国憲法 61条と行政裁判法 16条によれば国の賠償責任は司法裁判所により民法等が認める範囲内で認められる可能性があるが、裁判所構成法は国家責任に関する請求を地方裁判所の管轄から削除されて制定された、(iii)旧民法 373条から国家責任に関する字句が削除されたことは公権力の行使に基づく国家責任を否定する立法者意思の表れであり、現行民法にもそれは継承された、(iv)国家賠償法の審議過程で従来公権力行使による権利侵害については民法の適用がなく国の賠償責任がないと考えられていた、(v)大審院判例は昭和16年、昭和18年の判例でも一貫して国の不法行為を否定していた、(vi)したがって国家賠償法施行前においては、国家無答責の法理を採用するという基本的法政策がとられていた。

しかし、このような原判決には、次のような疑問を持たざるをえない。

第一に、立法関係者の指針に過ぎない「基本的法政策」を実定法と同視して裁判規範として適用できるのかという疑問である。現代日本の裁判所は、明瞭な実定法である憲法規範でさえも「プログラムに過ぎない」として裁判規範性を否定しているのであるから、まして不文の「基本的法政策」を裁判規範とみなすことはできない。

第二に、ある特定の人物の見解を立法者意思とみなすことができるのかという疑問である。とくに、「明文の規定を設けない」という消極的態度を立法者が選択した場合、通常、対立する多様な見解がまとまらなかった結果だと推測されること、現実に旧民法の立案を担当した法律取調委員会は最終的なまとめにおいて改訂案に対して多様な解釈を示していること、および現行民法の制定過程においても国の賠償責任に関する議論が継続されている。

原判決は、一審判決の「明治23年の時点で」確立したという説を変更したが、確立した時期はいつかを特定していない。むしろ極めて曖昧な認定にして、一審判決の明白な誤りを回避しようとしたに過ぎない。

第三に、仮に「基本的法政策が確立した」としても、それは政府の内部にとどまるものであって、裁判所を含む法制度全体の中で確立していたとはいえないのではないか、という疑問である。実際に、当時の裁判所は立

法者意思をまったく忖度することなく判断を下していたし、また学説も立法者意思を援用するような議論を行っていない。要するに、「従前の例」に従っているはずの戦前の判例・学説においては、立法者意思はまったく無視されていたのである。それゆえ、この程度の「確立」をもって「従前の例」とみなすことはできない。

このように「国家無答責の法理」は確立されておらず、憲法17条の趣旨からして、一法解釈にすぎない「国家無答責の法理」を国賠法附則6条の「従前の例」とすることは、全くの誤りであり、原判決は憲法17条に違反する。

3 国家賠償法施行前において、国家の権力的作用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は確立されていない。

以下で、大日本帝国憲法、行政裁判法、裁判所構成法、旧民法、現行民法の制定の経緯とその趣旨を検討し、国家賠償法施行前において国家の権力的作用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されていなかったことを論ずる。

(1) 大日本帝国憲法（1889年）の制定

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」と定めたが、ここにいう「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」は、今日でいう損失補償を念頭に置いたものであった。

それは、同憲法27条1項が「日本臣民ハ其ノ所有権ヲ侵サル、コトナシ」、第2項が「公益ノ為必要ナル処分ハ法律ノ定ムル所ニ依ル」と定めていることに対応している。すなわち、財産の収容や公用制限に対して「正当な補償」は保障されず、「法律ノ定ムル所」に委ねられたのである。このため補償は個別法により立法政策的に配慮されるに過ぎないこととされた。

(2) 行政裁判法（1890年）の制定と立法者意思

ア 行政裁判法の草案段階で、立法者は、第6条で、違法・適法を問わずすべての処分に関連する訴訟は行政裁判所で扱うこととし、第7条で、個別法によって国の賠償義務が定められている対象者と処分の変更ないし取消しにより補償の対象者とされている者に限って、行政裁判所での救済を与えることとした。

ここで注意を要するのは、処分により生じる損害だけが取り扱われているのであって、官吏の違法な活動により生じる損害の問題はまったく度外視されている点である。ここでの規定の対象はあくまでも今日でいう損失補償の問題なのである。

結局、1890年6月に成立した行政裁判法は、行政処分のうち法律勅令が許容した事件だけを行政裁判所が管轄するものとし、「損害要償ノ訴訟」については、16条で「行政裁判所ハ損害要償ノ訴訟ヲ受理セス」と規定し、結局、私法上の債権か公法上の債権かを問わずすべての訴訟を行政裁判所の管轄外とした。

「損害要償ノ訴訟」のすべてを管轄外としたのは、補償額等の算定について行政裁判所が信頼されていなかったからであった（甲502岡田正則教授「鑑定書」9頁参照）。

イ しかし、法典調査会の行政裁判法改正案にもみられるように、その後も一定の「損害要償ノ訴訟」を行政裁判所で処理させようという方向が追求された。他方、土地収用の損失補償額に関する裁判は民事裁判所で行われていた。

以上のことから、損害要償の訴訟の排除は行政裁判の本質にかかわるものではないし、行政処分に関わる損害要償の訴訟を民事裁判所が管轄しないとすることも裁判制度の本質にかかわる事柄とは考えられていなかった。

行政裁判法16条は、このように、行政処分に関わる損失補償・損害賠償訴訟および公法上の債権に関する訴訟についての暫定的な裁判管轄配分の規定にすぎなかった。

ウ むしろ行政裁判法16条「行政裁判所ハ損害要償ノ訴訟ヲ受理セ

ス」の規定は、実体法上は、公権力の行使に違法があった場合に国に損害賠償請求権が成立することを前提としており、行政裁判法16条の存在は、逆に、国家無答責の法理が認められなかったことの表れと考えるべきである。

国家無答責の法理が存在し確立していたのであるとすると、実体法上、国家に対する不法行為に基づく損害賠償請求権は存在しないことになる。そうであれば、行政裁判所の構成及び訴訟手続等を定めた行政裁判所法において、敢えて訴訟を受理しない旨を定めるまでもないし、定めることは立法技術上不適切である。

逆に、実体法上は国家無答責の法理は認められず行政作用においても国が損害賠償責任を負うのであれば、組織法・手続法においてそれに触れ、行政裁判所が受理しない旨を定めることは、何ら不自然ではない。

エ 美濃部達吉は、「違法なる行政作用に因り、又は公物の設置若は保存に瑕疵あるに因り、第三者の権利を侵害したる場合に於て、国家又は公法人の負うべき損害賠償の責任は、其の原因が行政権の行動に基づくものなることに於て行政事件の性質を有すると共に、専ら被害者の経済上の利益の為にし、民事上の賠償責任と法律上の性質を同じくするものなることに於て民事事件の性質を有す。之を行政裁判所又は民事裁判所の何れの権限に属せしむべきかは立法政策の問題なり。我が国法は総ての損害要償の訴を似て行政裁判所の権限外に置き之を民事事件として民事裁判所の管轄に属せしむ。法律が『行政裁判所は損害要償の訴訟を受理せず』（16条）と曰へるは此の意を示すものなり」（美濃部達吉『行政法撮要』上巻534頁、有斐閣。下線は引用者）と述べ、国家又は公法人の負うべき損害賠償に関しては司法裁判所の管轄とした意味であることを解説している。

すなわち、美濃部達吉が論述するように、明治憲法61条の「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」という規定は、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ことを定めたものであって、ここでは、行政裁判所に属することが法律で定められたものではない訴訟は、司法裁判所で受理することができるものとされている。

行政裁判法16条の「行政裁判所ハ損害要償ノ訴訟ヲ受理セス」という規定は、司法裁判所による私法的処理を否定したわけではないから、解釈上は、公権力による不法行為も民法の不法行為の規定により国の不法行為（709条ないし711条）及び使用者責任（715条）を問うものであったにすぎない。

すなわち、行政裁判所が民事上の損害賠償請求訴訟を受け付けないからといっても、司法裁判所が、損害賠償請求訴訟を受理するのであって、行政裁判所法16条は、国家無答責の法理とは全く何の関係もなく、その存在をもって、国家無答責の法理の論拠とすることはそもそもできないのである。

オ よって、立法史的にも論理的にも、国家無答責の法理の実定法上の根拠を行政裁判法16条に求めることはできない（甲502岡田鑑定書8頁以下、甲527岡田鑑定書（補充）12頁以下、甲545岡田鑑定書（補充2）8頁以下参照）。

(3) 裁判所構成法の制定と立法者意思

ア 原判決は、「裁判所構成法は、国家責任に関する請求を地方裁判所の事物管轄としていた規定部分が削除されて上記のとおり制定されるに至った」（原判決10頁）と判示し、裁判所構成法制定の過程で、国家責任に関する訴訟を受理する旨の明文の規定が草案から削除されたことは、国家無答責の法理が基本的法政策として採用された根拠の一つにしている。

しかし、但書で特別裁判所の管轄が指示されていない事件は、民事事件である限り国や官吏を被告とする事件も含めて、司法裁判所の管轄に属すると考えられていた。

イ なぜ民事裁判所の管轄事項を裁判所構成法で定めるのかの目的は、

特別裁判所である行政裁判所と司法裁判所との間で権限紛争が起きないようにするためだった。この点は、法律取調委員会における関係条文の審議をみても、また井上が問題視した条文が帝国裁判所構成法案5条「通常裁判所ノ裁判権ハ官吏又ハ国ニ対スル訴訟ニ付テモ之ヲ行フ但特別法ニ依テ裁判スヘキモノハ此限ニ在ラス」であったことから明らかである。

同条は、枢密院での修正を経て、裁判所構成法第2条「通常裁判所ニ於テハ民事刑事ヲ裁判スルモノトス但シ法律ヲ以テ特別裁判所ノ管轄ニ属セシメタルモノハ此限ニ在ラス」という条文となった。

ここでの立法者の考え方は、国に対する民事訴訟も原則として司法裁判所の管轄に属するが、法律で特別裁判所の管轄に属する旨を定めている事件については、例外的に司法裁判所の管轄から外れる、ということだった。

したがって、裁判所構成法第2条については、「地方裁判所の民事訴訟についての管轄に属するものの中、国より為し又は国に対してなすすべての請求と官吏に対してなすすべての請求を除いたのであるが、これは、民事訴訟において特に国をその他の個人と区別する必要がないものとみたからであろう」（染野義信「司法制度（法体制確立期）」鵜飼信成ほか（編）『講座日本近代法発達史2』勁草書房、1958年、158頁。）。

ウ そして大審院も、裁判所構成法や行政裁判所法の制定直後の時期には、特別の管轄規定がない事件はすべて司法裁判所の管轄に属するという解釈を採用していた。

要するに、司法裁判所の権限に関する規定から「官吏又ハ国ニ対スル訴訟」という文言が削除された趣旨は、国や官吏に対する賠償請求訴訟を司法裁判所の管轄外とすることにあつたのではなく、特別裁判所（とくに行政裁判所）との間の裁判管轄を明確にすることにあつたのである。

井上毅も、国や官吏に対する訴訟のすべてを司法裁判所から排除しようとしてはいなかった。井上も法律取調委員会も国の財産上の活動

(郵便、鉄道等の事業活動)に関する賠償訴訟を司法裁判所が管轄することでは一致していた。井上は、この範囲での司法裁判所への国家賠償訴訟の提起を認めていたのであって、いっさいの国家賠償訴訟を司法裁判所は受理してはならないと主張してはいなかった。

そして、後述の大審院判例の検討によって明らかなように、大審院は、国の権力的行為に関する損害賠償事件も含めてすべての民事事件を受理していた。立法者の意図はどうあれ、裁判所構成法はこのように運用されていた。

エ 以上のところから、裁判所構成法制定の過程で国に対する民事裁判の包括的管轄規定が削除されたことは、国家無答責の法理が実定法上で確立されたということの根拠にはならない。

(甲502岡田鑑定書11頁以下、甲527岡田鑑定書(補充)13頁以下、甲545岡田鑑定書(補充2)14頁以下参照、)

(4) 旧民法の制定過程と立法者意思

ア 原判決は、「井上毅は、旧民法公布の翌年に発表した論文『民法初稿第三百七十三条二對スル意見』において、公権力の行使による権利侵害について損害賠償を認めると行政機関の機能に支障が生じるとして、ボアソナード民法草案393条の国家責任を認めた条項を削除し、旧民法373条が、行政権による公権力の行使に起因する損害賠償責任を否定する趣旨で定められた旨を述べている」と判示し、旧民法の審議経過を国家無答責の法理が基本的法政策として採用された根拠の一つにしている。

しかし、旧民法373条において立法者が「公ノ事務所」規定を削除した趣旨は、国の賠償責任の範囲を実定法上で画定できないため、これを判例に委ねるということであり、公権力の行使に基づく国家責任を否定する立法者意思の表れであるとみることはできない。

イ この点についての立法者意思は、実はきわめて明確であり、原判決の認定は誤りである。

旧民法財産編の立案にあたった司法省法律取調委員会は、損害賠償

の規定について、1888年10月の時点ではボアソナード草案に案を決定していた。

第393条 主人、親方又ハ工事、運送等ノ営業人若クハ公私ノ事務所
ハ其使用人、職工、又ハ属員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

委員会の審議では「公私ノ事務所ノ責任」の意義についてかなりの議論が交わされた。「公ノ事務所」の責任について、起案者である今村報告委員は、「官吏ノ非行ヨリ生シタル損害ノ責」は国が負うべきだと主張した。このほか、官吏の非行について国家は責任を負わないとする見解をとる委員、特別法によって国家の賠償責任の範囲を確定すべきだとする委員、その詳細は学術上の問題に譲り、実際の事柄は裁判官の判断に委ねるべきだとする委員に分かれていた。

ウ 「公ノ事務所」という文言の削除を委員会で提案したのは、井上らから批判された今村報告委員であった。

民法案第三百七十三条条中「公私ノ」ノ三字ヲ削除シ新タニ左ノ一項ヲ
設ク可シ

国、府、県、町、村ニモ本条ノ規定ヲ適用ス但法律ヲ以テ特ニ責任ヲ免
除スル場合ハ此限ニ在ラス

修正案の根拠を説示した今村の「国家ノ責任ニ関スル意見」は、ボアソナードの説にも適宜批判を加えながら各国の学説・判例を示し、行政事務を分類して各事務について国の使用者責任を分析した上で、判検事のような例を除き原則としてすべての国の活動について国は賠償責任を負うべきものとした（今村の見解によれば、国家の公有・私有財産の管理、郵便・電信等の事業、官設工事、警察・衛生・兵卒の行為、租税徴収、官営の工業といった行政分野について国家は賠償責任を負い、尋常行政については、その中の「国権ヲ行フモノ」「行政ノ原力」について国家は責任を負わないという説もあるが、官吏に非行があった場合には人選において国に過失があったのであるから、原則として民法が適用される）。

「公私ノ」という三文字を削除した理由は、国家も原則としてすべ

での活動について民法の適用を受けるのであるから、「公私ノ」と表示する必要がなくなったという点にあった。「公私」の区別ではなく、「公」の内部で実定法によって免責される場合に該当するか否かという区別が重要だと判断したわけである。

エ 今村の修正案に対して、各委員が意見書を提出した。西委員は、民法では国家の責任を明示せずに特別法をもって明示すべきだとする意見、松岡委員は、「公私ノ事務所」という文言を掲げず、国の責任についての詳細は学術上の問題に譲り、実際には裁判官の判断に委ねるべきだという意見、磯部委員は、官吏の非行について国家に責任が生じない場合がありうるがその場合については特別法を定めて予告すべきであるから、今村修正案に賛成するという意見、井上報告委員は、官吏の非行について国家に責任は生じないという法理を見出すことはできないので、373条は原案のままにして「特ニ其責任ヲ免除スル場合は此限ニ在ラス」との但書を加えるべきだという意見であった。国の賠償責任を全面的に排除すべきだという意見がないことはもちろん、「国権」や「行政ノ原力」を根拠とする国の免責論も主張されてはいなかった。

オ これらを総括して、委員会は最終案を次のようにまとめた。

第373条 主人、親方又ハ工事、運送等ノ営業人若クハ総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

ここで「公ノ事務所」という文言が草案から正式に削除されたのである。そしてこの最終案がそのまま裁可され、1890年4月に公布された。

同委員会自身は、「公ノ事務所」という文言の削除の趣旨を次のように説明している。

民法報告委員ニ於テハ本条ノ「公私ノ事務所」ヲ削リ「総テノ委託者」ト改メ「属員」ヲ削リ「授〔受？〕任者」ト改メ公私ノ事務所ノ責任アルコトヲ明言セス単ニ法理上委託者ハ授〔受？〕任者ノ授〔受？〕任ノ職務ニ付キ責任アルコトヲ規定シテ足レリト思考ス即チ仏国民法ノ規定ニ因レルナリ...

…右ノ如ク本条ヲ修正スルニ於テハ政府官庁ノ責任ニ関スル問題ハ直接ニ断定セス然レトモ政府官庁カ官吏属員ニ対シ委託者タルノ資格ヲ有スル場合ニ於テハ官吏属員ノ過失ノ責ニ任ス……如何ナル場合ニ於テ政府官庁カ委託者ナルヤ否ノ問題ハ事実ノ問題トシテ司法官ノ判断ニ委ス

つまり、(i)「公ノ事務所」の責任については明言せず、単に委託者は受託者の受託職務について責任を負うと規定するにとどめる、(ii)官吏が受託者として過失ある行為を行った場合には、政府・官庁は賠償責任を負う、(iii)いかなる場合に政府・官庁が委託者に該当するかという問題は裁判官の判断に委ねる、としたのである。

すなわち、旧民法の立案者である法律取調委員会の中には、「官吏ノ非行」について原則として国が民法上の使用者責任（賠償責任）を負うべきだという見解から免責される場合がかなりあるという見解まで種々存在したが、免責の範囲について明確な基準を立てることができず、また、「公ノ事務所」という文言がそのために有効に機能するわけではないという共通認識の下で、この文言が削除された。

したがって、「公ノ事務所」という文言を削除した趣旨は、立案者の意識に即していえば、官吏の不法行為について国は賠償責任を負わなくていい場合があるが、どのような場合がそれに該当するかは実定法では明示せずに、判例に委ねるという趣旨であって、けっして「公権力の行使」といった特定の行政活動が存在することを前提として当該活動について賠償責任を否定するという趣旨ではなかったのである。

カ 以上から、旧民法373条において立法者が「公ノ事務所」規定を削除した趣旨は、国の賠償責任の範囲を実定法上で画定できないため、これを判例に委ねるということである（甲502岡田鑑定書14頁以下、甲527岡田鑑定書（補充）11頁以下、甲545岡田鑑定書（補充2）18頁以下参照）。

(5) 現行民法（715条）の制定と立法者意思について

ア 原判決は、「旧民法は施行されず、明治29年4月27日、新たに起

草された草案に基づき現行民法(第一編から第三編まで)が公布され、明治31年7月16日から施行された。現行民法にも、旧民法と同様、国の公権力の行使により与えた損害の賠償責任を定めた規定はなく、この点に関する特別法も制定されなかった。」と判示し、現行民法の審議及び規定を国家無答責の法理が基本的法政策として採用された根拠の一つにしている。

しかし、国家無答責の法理に関わる問題は現行民法の制定作業の中でも継続して議論されていたが未決着のままであり、「公権力の行使に基づく国家責任を否定する立法者意思」といえるものは存在しなかった。

イ 旧民法は施行延期とされ、結局日の目を見なかった。1893年3月には法典調査会が設置され、新規の民法編纂作業が始められることとなった。

国の不法行為責任に関しては、まず、1894年(明治27年)1月の第8回總會審議で、法人の不法行為責任との関係が議論された。

第46条 法人ハ理事其他ノ代理人カ職務ヲ行フニ際シテ他人ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス

審議において、官吏が国家を代表して職務を行う際に犯罪を行った場合に国家が賠償責任を負うのかという質問に対して、原案作成者である穂積陳重は、特別法がない限りここにいう法人の中には国家を含めない趣旨だと答えた。つづいて、府県・郡・市町村・水利組合・区・部落なども本条の対象とならないのか、たとえば市制町村制2条によれば市町村は個人と同じように財産権の主体となるが、このような市町村は本条の法人に該当しないのか、また寄付行為によって成立した中学校や小学校の場合はどうかという質問が提起された。穂積は、それが公法人であればここに入らないが、市制町村制2条が市町村を通常の法人や自然人と同じように位置づけているということであれば、本条の法人に該当する可能性もある、と答えた。

以上のように、国家や公共団体は自動的に民法上の法人には含まれないと位置づけられ、国の不法行為責任の問題は後述の使用者責任の

条項に関連して検討されることとなった。とはいえ、後の大審院判決では、民法の類推適用という方法で公法人にも本条（後の 44 条）が適用されることになる。

ウ　かくして国の不法行為責任の問題は、草案 723 条の審議において本格的に検討されることになった。

第723条　或事業ノ為メニ他人ヲ使用スル者ハ被用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス但使用者カ被用者ノ選任及ヒ其事業ノ監督ニ付キ相当ノ注意ヲ加フルモ損害カ生スヘカリシトキハ此限ニ在ラス使用者ニ代ハリテ事業ヲ監督スル者モ亦前項ノ責ニ任ス前二項ノ規定ハ使用者又ハ監督者ヨリ被用者ニ対スル求償権ノ行使ヲ妨ケス

翌 1895 年 10 月の法典調査会において、原案作成者の穂積陳重は、趣旨説明の中で、旧民法 373 条と本条との違いを次のように説明している。

「三百七十三條ニ於テハ……主人ガ……ナンデモ其責ニ任ズル總テ其例外ヲ認メナイ之ニ付テばあそなード氏ノ説明ヲ讀ンデ見ルト矢張り選任ノ義務ニ歸スルト思ヒマス……其之〔受任ノ職務〕ヲ行フニ際シテ損害ヲ生ジタラ悉ク其責ニ任ジナケレバナラヌト云フコトニナツテ居ル本案ニ於テハ苟モ其自分ノ為スベキ事業ヲ他人ニサセルトカ他人ニ頼ンデサセルト云フ者ハ其事業ガ適當ニセラルルト云フコトヲ注意スル義務ガアル其義務ヲ怠リ又選任ニ付テモ過失ト稱スベキモノガアルトキハ其責ニ任ズルガ注意ヲ加ヘテ選任シタトキハ其責ニ任ジナイト云フ点ハ既成法典トハ余程其主義ヲ異ニシテ居ルノデアリマス」

この説明によれば、旧民法 373 条との大きな違いは、使用者の免責事由を但書きで挿入した点にある。また、旧民法 373 条の立法者意思としてボアソナードが引用されていることにも注目すべきだろう。新民法作成者の意識においては、同条も含めて立法者の背後にいたのはボアソナードであって、井上毅ではなかったのである。

エ　さて、穂積陳重による趣旨説明の直後に、穂積八束が「此使用人ト使用者ニ代リテ監督スル人トノ關係ノ規則ト云フ者ハ政府ト政府ノ使

ウ所ノ官吏其他ノ使用人ニモ此原則ガ当ルト云フ御考ヘデアリマスカドウカト云フコトヲ確カメテ置キタイ……解釈次第デ政府ト一己人トノ間デモ政府ヲ法人ト見レバ矢張り民法ノ規則ヲ適用サレルト云フ議論モ出来ヤウト思フ」と質問し、さっそく本条によって政府も賠償責任を負うことになるのか否かという問題が俎上にのせられた。穂積陳重は次のように答えた。

「穂積陳重君 本条ニ付テ第一ニハ政府ノ官吏ガ其職務ヲ行フニ際シテ第三者ニ加ヘタ損害賠償ニ之ガ当ルヤ否ヤト云フコトガ第一ノ御質問デゴザイマスソレニ対シマシテハ一ノ明文ガアリマセネバ固ヨリ政府ノ事業ト雖私法的關係ニ付キマシテハ本案ハ当ラナケレバナリマセヌカラ他ニ特別法ガナイ場合ニ於テハ本案ハ当ルト御答ヘシナケレバナリマセヌガ併シ本案ガ当ルガ良イカ悪ルイカハ第二ノ問題デアリマスガ此案ヲ立テマストキニモ政府ノ官吏ガ其職務執行ニ付テ過失ガアツタトキニハ其責ニ任ズルヤ否ヤト云フ箇条ヲ置カウカト思ヒマシタガ併シ之ヲ民法ニ置キマスノハ不適當ノ場所デアルト考ヘマス一般ノ賠償ノ通則トシマスレバ公ケノコトデアルカラ夫故ニ一己人ニ其職務ノ執行ニ付テ非常ニ損害ガ生ジテモ是ハ御上ノコトデアルカラト言ツテソレハ償ナハヌ斯ウ云フノハ憲法ノ精神ニモ余程戾ルモノデアラウト思フ……官吏ノ職務上ノコトデアルカラ過失ガアツテモソレハ賠償ヲサセヌ方ガ宜イト云フコトハ是レハ例外デアツテ一ツノ特別法ヲ以テ定ムベキ事柄デアル……特別法……ガナケレバ本条ノ規定ガ当ルト云フコトデソレハ尚ホ勘考スベキコトデアル」

すなわち、政府の賠償責任については現在明文の規定はないが、まず、特別法がない限り私法的関係については本条が適用になり、次に、政府の官吏が職務執行について過失があったときについては、賠償を免責するのはやはり例外であって、特別法（官吏個人の賠償責任法など）がなければ本条の規定が該当する、というのが提案者（穂積陳重）の考えであった。

オ この答えをめぐって若干の意見交換や賛成論があった後、次のような反対論が表明された。

「高木豊三君 ……穂積君ノ御説明ヲ承ハリマシタガ今ノ御答ニ依ルト

政府ト官吏トノ間ノ關係即チ官吏ノ過失行為ハ政府ガ代ツテ賠償スルカドウカト云フ問題モ本条ニ含ムカノ如キ御答ニナツタヤウデアリマスガ私ハサウハ解シ兼ル……政府ノ官吏ト云フモノガ職務執行ニ付テ第三者即チ人民ニ対シテ損害ヲ加ヘタ場合ニ此原則ニ依テ政府ガ其賠償ノ責ニ任ズルヤ否ヤト云フ問題ヲ此条デ暗ニ極メタモノト云フコトデアルナラバ私共ノ解釈シテ居ルモノトハ大變趣意ガ違ヒマスノデ其問題ナラバ大ニ是ハ論ズベキ事モアリ研究スベキコトモアラウト思フ」

高木は、官吏の職務執行に関わる政府の賠償責任は本条の対象外だという見解を表明した。これに対し穂積陳重は「若シ官吏ノ職務執行ニ対スル云々ト云フコトガ必要デアルナラバソレハ特別法ヲ出サレル方ガ宜カラウ本案デ是非サウシナケレバナラヌト云フコトデハナイ併シ特別法ガ出ナケレバ裁判官ハ本条ニ依テ裁判ナサレルデアラウト思フ」と述べて、特別法が制定されない限り官吏の職務執行上の過失についても本条が適用されるべきことを主張し、梅謙次郎も、特別法の必要性を指摘しながらも「若シ特別法ガナケレバ此七百二十三条ガ当ルノデアラウト思フ又当ラナケレバ不都合ト思フ……私モ穂積〔陳重〕君ト同意見デアリマス」と穂積に同調した。高木はこれらの議論に納得せず、次のような質問を続けた。

「高木豊三君 私ノ言ヒマシタノモ国ト云フ法人ガ民法上ノ事業ノ關係ニ付テ此条ガ当ルカ当ラヌカト云フコトニ付テ無論当ルト云フコトハ一点ノ疑ヒガナイ只私ノ先刻申シタ官吏ガ職務ヲ行フニ際シテ私法上ノ關係デナクシテ公権ノ作用ト云ヒマスカ詰リ裁判官ガ裁判ヲスル警察官ガ人ヲ捕ヘルト云フヤウナコトモ之ニ当ルト云フヤウナコトニ聞エテハ甚ダ困ル若シサウ云フ問題ガ之ニ籠ツテ居ルナラバ大問題ダト云フノデアリマシテ……日本ニハ是ハ極マツテ居ラヌノミナラズ欧羅巴ノ法律ニ於テモ未決ノ大問題ト言ツテモ宜イト思フ日本デハ判決例ガ僅ニ一ニアルダケデソレモ大審院迄来テ政府ノ官吏ガ職務執行ノ場合ニ人民ニ損害ヲ及ボシタト云フトキハ政府ガ其責任ヲ負フト云フコトノ明カナ判決例ハナイ一般ノ場合ハ官吏ノ職務上ノ過失ハ政府ガ責ヲ負ハナイト云フヤウナ今日ハ傾キニナツテ居リマス只誤ツテ県令ガ人民ニ損害ヲ加ヘタ場合ニ賠償ヲ

シタト云フヤウナーニ取除ケノコトガアルニ過ギヌノデアリマス」

ここで高木は、はっきりと「公権ノ作用」について政府がその賠償責任を負うのか否かという問題に焦点を合わせ、これを否定すべきだと主張した。そしてこの問題についての結論は日本ではまだ出ていないし、ヨーロッパ諸国の法律でも未解決の大問題だとし、この点についての大審院判例は少ないが政府が賠償責任を負うと判断した判決例はなく、また政府の責任を否定するのが一般的傾向だと紹介した。議論は次のように続く。

「穂積陳重君 斯ウ云フノデアリマス官吏ノ職務執行ノ場合ニ是レガ当ルガ宜イト我々ハ極メテ

居ラヌノデ我々が研究シテ見ルト時トシテハ民法ニ書イテ居ル国モアリマスカラ是レモ書カウカト思フテ相談シテ見マシタガイツレ特別法ガ出来ルダラウト思ヒマシタカラ止メタノデアリマス.....特別法ガナイ以上八例ヘバ軍艦ガー己人ノ商売船ト衝突シテ其船ヲ沈メタトカ云フサウ云フ様ナ場合ニ賠償ヲ求メルト云フニハ此条ガ当リハシナイカト云フ御相談ヲシタノデ特別法ヲ作ラナイデ是レデ押通シテ仕舞ウト云フ丈ケノ決心ハ我々三人共ナカツタノデアアル併シ若シ特別法ガナカツタラバ是レガ当ルジヤラウト云フ考ヘハ三人共持ツテ居ル

高木豊三君 只今ノ御答デ能ク分リマシタ官吏ニ対シテ賠償ヲ求メルト云フコトヲ御書キニナラ

ウカト云フコトデ独逸ノ様ニシヤウト云フ御趣意デアリマスカ

穂積陳重君 サウデス

高木豊三君 ソレナラバ宜イ、サウデハナイ此場合ハドウカト言ヘバ...
... 巡査ガ誤ツテ人ヲ縛

ツテ損害ヲ加ヘタト云フノニ損害賠償ヲ与ヘルト云フコトニナツテハ大變デアアルサウ云フコトハ言ハレヌト云フコトデアリマスレバ私ハ一向差支ナイノデアリマス」

穂積は、どのような政府の事業が本条に該当するか否かは条文上明確にしていないが、該当しない場合を特別法（おそらくは官吏個人の賠償責任法）で定める方向が望ましいとしている。それが無い段階で

は「軍艦ガ一己人ノ商売船ト衝突シテ其船ヲ沈メタトカ云フサウ云フ様ナ場合」も本条の適用対象になりうることを示唆している。

この説明を受けて、高木は、ドイツでのように官吏の賠償責任に関する立法を行うことが国の「公権ノ作用」に関する賠償責任の免除につながるものと理解して、了解したわけである。

しかし、穂積が示した軍艦の例のほか、土地収用に関連する損害賠償問題は従来明らかに「公権ノ作用」とされてきた問題であり、いかなる場合に国が免責されるのかという論点はペンディングにされたのである。

審議の中では、「公権ノ作用」について国が免責される根拠として、「慣習法になっている」（都筑委員）、「判決例で公法上の職務執行の過失による損害の賠償は行わないという例になっている」（同）、「公法と私法の区別」（横田委員）、「政府の賠償責任を認めた大審院判例はなく、これを認めないのが一般的傾向」（高木委員）、「法律違反の行為は一個人の行為であって国の為にやる行為ではない」（同）などの点が挙げられている。けっして「明治 23 年の旧民法制定時に決着済み」という態度はとられていないし、誰もこれを援用していない。

オ 以上の審議経過から理解できるように、官吏の職務執行に関わる国の賠償責任について、一方では本条の原則的な適用が主張され、他方では民法上の事業に限るべきだとする主張が行われ、一定の場合に国が免責される場合がありうるということが想定されていたが、いずれにしても国家無答責の問題はまだ未決着のままであり、大審院の方針も不明確なままであり、将来的に特別法をもって対処すべき問題だという点では一致をみていた、とあってよいだろう。

したがって、国家無答責の法理に関わる問題は現行民法の制定作業の中でも継続して議論されていたが未決着のままであり、公権力の行使に基づく国家責任を否定する立法者意思といえるものは存在しなかった（甲 5 0 2 岡田鑑定書 1 7 頁以下、甲 5 4 5 岡田鑑定書（補充 2） 2 3 頁以下参照）。

カ 原判決は、民法典起草委員として草案の作成に当たった穂積陳重、梅謙次郎及び富井正章の民法715条についての意見を引用し、「官吏の職務上の不法行為に基づく権利侵害については民法715条の対象としておらず、国家には賠償の義務がないとの見解を示している。」と判示する。

しかし、前述した穂積陳重、梅謙次郎、富井政章の法典調査会での答弁及びその後の著作を検討しても、起草委員は、政府の官吏がその職務執行による賠償責任について、その行為が私法上の行為である場合には、本条の適用があるものと考えていたが、それ以外の公法上の行為については、民法の715条を適用するのではなく、後日制定されるであろう特別法に委ねるという意思を有していたもので、国が損害賠償責任を有することを前提にしていたと思われる。

しかも、すでに引用したが、穂積陳重は、「官吏の職務執行の場合に、本条が適用されるのがよいと我々は決めていない。我々が研究してみると、時として民法に書いている国もありますから、これも書こうかと思って相談してみましたが、特別法ができるだろうと思いましたが止めたのであります。特別法が出来ぬということを予想してこれで突き通すというのではない。もし、特別法が出来なかったら、本条がどう解釈されるかということをお問われましますから、特別法がない以上、例えば軍艦が一個人の商売船と衝突してその船を沈めたとかいうような場合に、賠償を求めるといふには本条があたりはしないかというご相談をしたので、特別法を作らないでこれで押し通してしまうというだけの決心は我々3人ともなかったのである。しかしもし特別法がなかったならば、本条が当たるだろうという考えは3人とも持っている。」と答弁しているように、起草者らは、特別法が制定されない場合には民法715条を国にも適用すべきであると考えていたことが明白である。

また、原判決は、民法起草委員であった梅謙次郎と富井政章が、官吏の職務上の不法行為に関しては民法715条の適用がないことを1910年ごろの論文等で明言していることを示して、現行民法が国家

無答責の法理を前提にしている旨を主張しているが、これも論拠にはならない。なぜなら、梅は 1895 年の法典調査会の席では、土地収用事業での損害を例として「若シ特別法ガナケレバ此七百二十三条ガ当ルノデアラウト思フ」と述べて、「私モ穂積君ト同意見デアリマス」と穂積（陳）に同調していたし、富井も、1890 年に校閲した旧民法の注釈書で「公ノ事務所」規定の削除が国の賠償責任免除とは無関係である旨の解説を示していた（ボアソナード訓定・富井政章校閲・本野一郎・城数馬・森順正・寺尾亨『日本民法〔明治 23 年〕義解 財産編第 4 卷人權及ヒ義務（下）』712□713 頁参照）。後年の見解によって、立法当時の見解を否定するのは無理な試みである。

また、梅謙次郎の見解は、「官吏力職務執行ニヨリ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキノ民事上ノ責任ニ付キ学説、判例等区々ニシテ未タ帰一セス」という質問に対する答えであったが、ここからも分かるように、1908 年（明治 41 年）の時点でも、学説・判例とも官吏の職務執行に関する賠償責任の問題は「未タ帰一セス」という状態にあったのであり、国家無答責の法理の確立とはほど遠い状態にあった。

(6) まとめ

以上の通りであるから、現行民法が成立した明治 29 年 4 月の時点で、国家の権力的作用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は確立されていたとはいえ、原判決の認定は誤りである。

4 判例理論として、国家無答責の法理の確立は認められない

国家無答責の法理は、法律の規定ではないし、確定的な法理ではない。

この点、原判決は、「大審院判例は、一貫して公権力行使による権利侵害について民法の不法行為規定の適用がないとして国の損害賠償責任を否定していた（大審院昭和 16 年 2 月 27 日判決・民集 20 卷 2 号 118 頁、大審院昭和 18 年 9 月 30 日判決・大審院判決全集第 10 輯 470 頁）。」（原判決 14 頁）と、判例理論として国家無答責が成立していたかのように判示する。

しかし、判例は個別の事例に即した解釈に過ぎない。そもそも、国家責任を肯定した判例の中で、本件細菌戦のような国際法違反の権力作用に関する個別事例は存在しないのである。

そもそも国家無答責の根拠は、明治憲法 61 条で権力行政については司法裁判所の管轄を否定し、行政裁判法 16 条で損害賠償事件を受理できないとしたことによる。

しかし、民法の規定中に、国の賠償責任を否定した規定はどこにもないし、実定法上は、国家無答責の法理を明記した成文法（実定法）は存在していない。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。戦前においても国家無答責が確定した法理として成立していたわけではないのである。

行政上の不法行為責任に関する裁判例は、明治 22 年に明治憲法が制定されてから、裁判所の判例を積み重ねる中で、様々な分野で国及び公共団体の損害賠償責任を認めてきた。

以下、裁判例の概要を述べるが、判例は行政上の不法行為責任を認める分野を拡大し、公権力の行使（権力的作用）による損害についても、民法を適用して損害賠償責任を認める判決があり、国及び公共団体の賠償責任を否定する国家無答責の法理が確立されていたとは到底言えない。

またそもそも、行政上の不法行為責任を認めない判例において、国家無答責の法理で損害賠償を否定する根拠が曖昧である。国家無答責の法理は、公権力の行使が天皇の主権の行使で神聖にして侵すべからずというところから論拠づけられた解釈理論の一つにすぎず、その正当性、合理性は見いだしがたい。

裁判例についての詳細は、当時の判例分析の論文である「判例より見たる行政上の不法行為責任」（昭和 12 年発表。田中二郎『行政上の損害賠償及び損失補償』29 頁、酒井書店）及び「行政上の損害賠償責任」（昭和 21 年発表。前同書 87 頁）並びに岡田鑑定書（甲 502 岡田鑑定書 24 頁以下、甲 545 岡田鑑定書（補充 2）27 頁以下参照）を参照されたい。

(1) 明治期から、国等の私経済的活動に関する賠償責任を認めていた

明治憲法成立後の早い段階から、国の私経済的活動である鉄道、電車、自動車については、営利事業としてとらえ、国または公共団体の不法行為責任を認めていた。

鉄道工事の瑕疵に基づく責任については、大審院明治31年5月27日判決（民録4輯5巻91頁）等で、多数認められている。

河川改修工事（大審院明治29年4月30日判決、民録2輯4巻117頁）、道路改修工事（大審院明治40年2月22日判決、民録13巻148頁）については、国が公共の利益と安全のためにする権力行為であるから不法行為にはならないとしていたが、必ずしも一致していたわけではない。

水利組合が隧道を設けた際に、その工事が完全ではなかったため寺院本堂の地盤を亀裂させ損害を与えた事案につき損害賠償責任を認めた（大審院明治39年7月9日判決、民録12輯1096頁）。

(2) 大正5年判決以降、国等の施設の設置管理等に関する賠償責任を認めた

大正5年、徳島市立小学校の腐朽した遊動円棒で遊戯中の児童が墜落して死亡したことに係る小学校の管理作用について、大審院判決（大審院大正5年6月1日判決、民録1088頁）は、従来の「公法上の行為」を権力的作用と非権力的作用に分類し、非権力的作用には民法を類推適用するという新しい方向を示した。

その後、鹿児島市の水道工事に関する大審院大正7年6月29日判決（民録1306頁）、鹿児島市の下水道設備の瑕疵に基づく損害に関する大審院大正13年6月19日判決（民集3巻295頁）、国の築港工事において人工石に汽船が乗り上げて破壊沈没する事件に関する大審院大正7年10月25日判決（民録2062頁）、税関倉庫の設置の瑕疵による死亡事件に関する東京控訴院大正5年2月28日判決（評論6巻民467頁）、水利組合の灌漑排水の設備が個人の水利権を侵害した事件に関する大審院大正14年12月11日判決（民集4巻706頁）は、国又は公共団体に対する賠償責任を肯定した。

これらの判例の積み重ねにより、公の工作物の設置または保存の瑕疵

に基づく損害については、大審院は民法の賠償責任を肯定するようになる。

(3) 大正末から昭和の初め、軍施設、学校等に関する賠償または賠償責任等を認めた

軍艦の修復工事中に職工の墜落工事につき工事監督者の重大な過失を理由として遺族が国に対して損害賠償を請求した事件に関する広島地裁呉支部大正13年6月5日判決（新聞2282号）、国策会社の満鉄附属地の小学校のスケート指導の過失により死亡した事件につき満鉄に対して損害賠償を請求した関東高院上告部昭和7年7月20日判決（新聞3539号）は、満鉄の使用者責任を認めた。

このように、軍施設軍艦修復工事監督者、小学校の指導者等の使用者責任を認めた。

また、陸軍傷病兵療養所用鑿井工事により温泉の利用権侵害されたことを理由に妨害排除仮処分を申請し認容され、国が、鑿井工事は国家の公法的行為であり、かつ正常の権利行使であり不法行為を構成しないとして上告した事件につき、大審院昭和7年8月10日判決（新聞3453号）は、「違法なる行政作用により第三者の権利を侵害したる場合なるとにより異なる所なし。蓋し不法行為の責任は其の行為者の何人なるやにより之を区別せざるを以てなり」と判示し上告を排斥した。

これは、不法行為者が国家であろうが私人であろうが区別されないとして、民法の不法行為責任を認め妨害排除請求処分を認容したものである。

軍施設、学校等に関する行為は、当時は公権力の行使（権力的作用）といえるものであり、公権力の行使（権力的作用）による損害についても、民法を適用して損害賠償責任を認めるようになった。

(4) 昭和10年代、権力的作用に関する賠償責任を認めた

昭和10年代になると、財政権の公権力行使である出納事務に関する賠償責任を認める判決が出てくる。

すなわち、町村収入役が水利組合の金銭出納事務中、権限なくして借用証書を作成し金員を受領し銀行に損害を与えた事件に関する大審院昭

和11年4月15日判決（新聞3979号）、収入役が村長名義の借用証書等を偽造して金銭を詐取した事件に関する大審院昭和12年10月5日判決（全集4輯19号5頁）、町長のなした不正借入に関する大審院昭和15年2月27日判決（民集19巻6号441頁）は、水利組合または町村の賠償責任を認めた。

(5) 昭和15年及び16年、千住町流しタクシー差押事件大審院判決

a こうした中で、公権力の行使（権力的作用）そのものである徴税滞納処分についても、大審院判決は、千住町流しタクシー差押事件において損害賠償責任を認めている。

滞納処分として自動車を差押え安値で処分したところ、その自動車は第三者の自動車であり損害を与えたとして、自動車の所有者が東京市及び担当吏員、元町長を被告にして損害賠償を請求した事件につき、第二審裁判所は、「徴税滞納処分が公法上の国権行為なる以上民法不法行為の規定の適用なく、しかもかかる行為に因る損害につき当該吏員に賠償責任を負担せしめたる法規なきをもって」請求を失当とした。

しかし、昭和15年1月、大審院は、「差押並びに公売は滞納税金の徴収に必要な限度に於て之を実施すべく、特別の理由なくして其の必要以上に出で著しく多額の財産を差押え並びに公売するが如きは、徒に滞納者に苦痛を与えんが為めの行為と目するの外なく、滞納処分として之を許容すべき理由を発見せず。故に町村吏員が滞納処分の際之等の行為に出でたりとせば、名は滞納処分なれども実は職権濫用にして寧ろ職権行為に非ざるものと謂うべく、従って不法行為上の責任を免れざるもの」（大審院昭和15年1月16日判決、民集19巻1号20頁。下線は引用者）と判示して破棄差戻の判決をした。

これは、権力的作用について、損害賠償責任を認めたものである。

b 差戻しを受けた第二審裁判所は、大審院の判例に沿って被告3名の責任を肯定した。すなわち、吏員に対し、「名は滞納処分なるも実は不法行為と認むるに妨げなし」と判示し、東京市及び元町長に対し、吏員の「本行為は外形上町税滞納処分の形式をもって為されたるのみならず主観的にも町税徴収の目的を似て為されたるが故に、本件損害

は民法715条に所謂事業の執行に付第三者に加えたる損害と謂うに何等妨げなし」（下線は引用者）と判示し、権力的作用における市、元町長の損害賠償責任を認めた。

これに対し、東京市は、本件滞納処分は権力的公権行為であり、かかる公権行為に対しては民法不法行為法の規定の適用がないことは従来の大審院判例とするところと主張して上告した。

- c 大審院は、吏員の上告を棄却し賠償責任を認める一方、原判決中、東京市、元町長敗訴の部分を破棄し、東京市、元町長に対する賠償請求を棄却した。

すなわち判決は、「官吏又は公吏が国家又は公共団体の機関として職務を執行するに当たり不法に私人の権利を侵害し之に損害を蒙らしめたる場合に於て」（大審院昭和16年2月27日判決、大民集20巻2号118頁）、担当吏員には不法行為責任が認定されるとして、吏員の上告を棄却し損害賠償を認容した。

一方、同判決は、「吏員に不法行為上の責任あればとて、公共団体たる千住町には不法行為上の責任を生ずることなく」と判示し、公共団体に民法715条を適用しない理由を述べることなく、原判決中、東京市及び元町長に敗訴を命じた部分を破棄し兩名に対する原告請求を棄却した。

このように、権力的作用について官吏の賠償責任を認めながら、公共団体には民法を適用しない合理的理由は、判決は「その職務行為が統治権に基づく権力行動に属するものなるときは、国家又は公共団体として被害者に対し民法不法行為上の責任を負うことなきものと解せざるべからず」と述べるだけで具体的には明らかにされなかった。このように、国家無答責の法理で損害賠償を否定する判決は、その根拠が極めて曖昧である。

- d これに対し、上記差戻し大審院判決につき、学会からの強い批判があった。すなわち、三宅正男は、「判旨は……その結果は必ずしも我々の法感情を満足せしむるものではない。」「私権の侵害が違法に為された場合に私法規定に従って公法人に対する賠償請求を許すことが

権力的作用の本質をどれだけ害するものであろうか」「権力的作用に依る公法人の賠償責任を - 非権力的な公行政の場合と区別して - 私法の範囲から排斥せねばならぬ実質的理由は存しない」（民法判例研究会『判例民事法（昭和16年度）』37頁）と批判した。

e このように、徴税滞納処分という権力的作用についても、第二審裁判所 大審院 差戻後第二審裁判所 大審院と、公法人の損害賠償責任を認め、また否定するなど、判例の姿勢は、「一貫して国の賠償責任を否定」しているとは到底言えない。しかも、最終の大審院判決においても、吏員に対する損害賠償責任は認めているのである。

(6) また、原判決が引用する大審院昭和18年9月30日判決は、滞納処分に基づく公売とその後の転売によって自動車を取得した原告が、当該公売処分の取消しを理由として吏員が自動車を持ち去った後にこれを廃車としたために損害を被ったとして、東京市（後に東京都）に対して民法709条に基づく損害賠償を請求した事件である。同判決は、公売処分の取消し等がいずれも「国税徴収法二係ル滞納処分」として行われたものであり、「統治権ニ基ク権力行動」に属するとして、旧東京市の不法行為責任を否定した。判例として、大審院昭和16年2月27日判決を挙げているが、国家無答責の法理の適用対象を「統治権ニ基ク権力行動」という文言で示し、同法理が判例法理であることを確認し、その変更可能性にも言及した例であり、国家無答責の法理の確定的な判例とはいえない。

(7) 以上の判例を概観したが、次の諸点を大審院の「判例」とみなすことができる。

第1に、損害賠償事件については、たとえ権力的行為に起因する場合であっても司法裁判所がこれを管轄する、ということである。司法裁判所が行政行為の効力について審理することができ、無効の判断を下すことができる。

第2に、国の使用者責任（民法715条）や不法行為責任（同44条）を認めている点である。そして、この責任が成立するのは、純粹な私法上の関係にとどまらず、従前は「公法関係」とみられていた領域にまで

広がっていた。

第3に、大審院がいくつかの解釈方法の変更を通して、権力的行為の範囲を限定してきたこと、逆にいえば国の行為に対する民法の適用範囲を広げてきたことも理解できたであろう。すなわち、(a)大審院は、権力的行為を統治権（主権ないし支配権）に由来する権限の行使および講学上の行政行為ないし行政処分に限定するようになった。国の免責される範囲が国賠法1条1項にいう「公権力の行使」よりもかなり狭いことは明らかである。(b)判断基準を行為の目的から法的根拠（とくに権限規範）へと移すことによって「権力」性の認定を厳格に審査するようになったことである。職権濫用に該当するか否かについても、権限規範に基づいて判断されていた。(c)全体としての法関係が「公法関係」だとされる場合でも損害の原因となった個別的な法関係を析出し、これが対等当事者間の関係と同質だとみなせる場合には民法を適用するという方法を採用した。(d)工作物の場合だけでなく官吏等の行為に起因する損害についても国の賠償責任を認めるようになってきた。

第4に、いずれの事件においても国・公共団体の行為態様および被害事実等に関する事実認定は省略されていない。

第5に、大審院の自己認識によれば、「国の権力的行為に係る損害について国は賠償責任を負わない」という意味の国の免責法理が「従前の例」と位置づけることのできる程度にまで概念的に確立されたのはせいぜい昭和16年2月27日判決以降である。この点は、昭和18年9月30日判決が、このような法理が「当院ノ判例トスル所」としたうえで、その変更可能性を認めながらも「其ノ必要ナキモノト認ム」と、この法理を判例法として維持すべきものと判断している。

また、この法理の適用対象とされるべき行為が「統治権ニ基ク権力行動」と定まった用語で表現されるようになったことも、この法理の「確立」を示す指標だといえる。

ここから次のことを確認できる。大審院自身は、国家無答責の法理について、判例法説を採用している。判例の内容は、(i)国や公共団体の権力的行為に関する損害賠償事件も司法裁判所の管轄に属する、(ii)非

権力的な関係においては国の不法行為責任（民法 715 条、同 44 条等の適用）が認められる、(iii)国が免責される活動は「統治権ニ基ク権力行動」ないし「行政行為」に限定され、しかもこれに該当するか否かは実定法規定を基準として審査される、(iv)国家無答責の法理を適用する場合であっても事実認定は不可欠である。

- (8) 以上のとおり、明治憲法下の判例は、判例の集積の中で、様々な分野で国及び公共団体の損害賠償責任を拡大してきたのであり、原判決が述べるような「大審院判例は、一貫して公権力行使による権利侵害について民法の不法行為規定の適用がないとして国の損害賠償責任を否定していた」（原判決 14 頁）とは全くいえないのである。

むしろ、権力的作用も含め、国家無答責の適用の基準は曖昧であり、公権力の行使による損害について明確な基準をもって国及び公共団体の賠償責任を否定する国家無答責の法理が確立されていたとは到底言えない状況であった。

国家無答責の法理は、天皇主権の明治憲法下での一法解釈にすぎない。そもそも判例は、国家無答責の法理の根拠を明確に示したことはなく、判例にその正当性、合理性は全く見いだしがたい。

- (9) 最高裁昭和 25 年 4 月 11 日判決は判例にはならない

原判決は、「最高裁昭和 25 年 4 月 11 日第三小法廷判決(裁判集民事 3 号 225 頁)は、……『国家賠償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つ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。』と判示し、上記の事柄を明らかにしている。」（原判決 15 頁）して、国家無答責の法理が最高裁判例でも確認されていると判示する。

しかし、原判決が引用する最高裁昭和 25 年 4 月 11 日判決は、警察官の防空法に基づく家屋破壊の不法を理由とする国家賠償請求事件に関し、戦前の判例をふまえていない。

まず、家屋の破壊行為の法的性質（権力性）が根拠法規に基づいて審査されていない点、次に、「公権力の行使に関しては、当然には民法の

適用のないこと」はその通りだとしても、国賠法1条にいう「公権力の行使」にあたる行為のすべてが「民法の適用のないこと」とされていたわけではなく、判例ではこのうちの権力的行為が「民法の適用のないこと」とされていたにすぎない点、さらに、「経済的活動」以外の国の行為も民法の適用対象とされていたわけであり、「経済的活動の性質を帯びるものでないこと」（事業活動）のゆえに「民法の適用のないこと」となるわけではない点（いうまでもないが、経済的活動だけでなく非権力的公行政についても国の賠償責任を認めるのが判例であった）、などである。

したがって、「大審院も公務員の違法な公権力の行使に関して、常に国に賠償責任がないことを判示して来た」（同最判）というのは、明らかに誤った一般化であり、恣意的な論断だといわざるをえない。

5 当時の学説としても国家無答責の法理の確立は認められない

(1) 美濃部達吉説

戦前の学説の状況をみると、行政の不法行為責任に関して、私法である民法の適用がないという見解を採っていなかった。

民権学派の美濃部達吉は、国民の権利救済を確保するためには、私法の領域を拡張しようと主張していた。

大正13年発行の『行政法撮要』で、「公益の為にする事業に付ては公益上の必要ある限度に於て民法の適用を排除すと雖も、少くとも不法行為に基く損害賠償の問題に関しては国家又は公法人の事業に付ても之を私人の事業と区別して其の適用の法律を異にすべき理由なく、此等の事業の施行に関し不法に他人に損害を加へたる場合に於ては国家又は公法人は当然民法に依り損害賠償の責に任ずべきものなり」（美濃部達吉『行政法撮要』上巻150頁、有斐閣。下線は引用者）と述べ、国家の事業についても、経済的関係を主眼とするものについて、損害賠償を認めることを主張していた。

前述した徳島市遊動円棒事件の大審院大正5年6月1日判決は、かねてからの民権学派の主張が取り入れられたものであった（鵜飼信成『行

政法の歴史的展開』有斐閣 114 頁)。

(2) 田中二郎説

田中二郎は、昭和 8 年に、国家賠償責任について、「惟ふに、従来、国家の名に於て又は公共の利益の名に於て、法律上国家責任に付て特殊の理論構成を与へんとする傾向は一応理由ある所ではあらう。併しながら問題は、結局国民全体の負担に於て具体的個人の特別の犠牲を償ふべきか、それとも個人の特別の犠牲を国民全体の利益の爲めに、已むを得ざる犠牲として之を甘受せしむべきかの選択の問題であり、その何れがより正義なるかの利益衡量的の問題に帰することを考へねばならぬのである。」「その損害が公権力の作用に基くものなりとする理由のみを以て、国家の賠償義務を否定し去ることが果して正当なりや疑はざるを得ない。」「其の損害が権力的作用に基づくか、非権力的作用に基づくかは公平負担の原則からは、特に区別する必要を見ないのである。」「私は、公法上の特別の規定なき限り、経済生活に関する基礎規律たる民法に於ける原則が、公法の領域にも類推適用さるべきものと解するのが正当ではないかと憶測する。」(法事時報 5 巻 7 号、田中二郎『行政上の損害賠償及び損失補償』酒井書店 24、25 頁。下線は引用者)と述べ、個人の損害が公権力の作用に基づくものとする理由だけで、国家の賠償義務を否定することを批判していた。

(3) 渡邊宗太郎説

京都帝国大学教授の渡邊宗太郎は、昭和 10 年発行の『日本行政法』上で、「公務上の過失は公務の性質上その存在を否認し得ないものであるとすれば、国家行為が自然人の行為以外に存し得ない限り、かかる過失に因る違法行為は尚機関行為としての品質を否認せらるべきものでなく、従ってその行為の効果が国家に帰属せられるべきものであることは違法なる機関行為における場合と異なるところはない。」「国家が自己の違法行為に依って私人に財産上の損害を加えたる場合には固より国家はそれを賠償する義務を負担する。私人の利益が法に依って権利として

保護される以上、その違法の侵害あるときにはその行為者の何びとであるを問わず原則として私人はその損害の賠償を請求し得べく、行為者は之を賠償すべき義務を負う。特別の法の規定なき限り国家と雖も当然にこの義務から免除せられると為すを得ないのである。而してこのことは国家の違法行為が公法行為たると私法行為たるとに依って、また権力行為たると対等行為たるとに依って異なるところはない。唯かかる違法行為が国家の公法行為に属するときには、当該行為主体たる行政官庁が国家の賠償義務を履行しない場合に現行法上尚之に対して義務の履行を強制する救済手段が存しない。併しかかる救済手段の存しないことは理論上賠償義務の存在を否認することの根拠となり得るものではない。」

「私人が官吏の個人的行為に依って権利を侵害せられる関係は私法関係に属するが故に、官吏たる個人が義務を履行しない場合には、私人は民事訴訟手続に依ってその救済を求むることを得る。私人は官吏自身の資力を以てしては完全にその損害を賠償せられ得ないことがあり得る。かかる場合には私人は虞らく当該官吏の監督官庁を通じて国家に対してその不足額の賠償を請求することを得る。而してこの場合の国家の賠償義務の根拠は当該官吏の行為が国家自身の行為と看做されることに在るのではなくして、かかる違法行為を行う者を国家が官吏として選任したること、及びかかる官吏の執務の監督を国家が怠りたることに在るのである。而かも右の国家の賠償義務が不足額を限度とする補充的性質のものであること、及び国家と官吏との関係そのものは常に公法関係を構成するものであることから、右の理論が民法第715条の適用であり得ないことはいうを俟たない。又国家が右の補充的賠償義務を履行したる場合に官吏自身に対して求償権を行使し得るものではないことは、これが自己の行為に対する責任であることから明らかである。」（渡邊宗太郎『日本行政法』158～162頁。下線は引用者）と述べて、国民の損害が権力的作用に基づくか、非権力作用に基づくかは区別する必要がないので損害賠償を認めるべきと論じた。

(4) 三宅正男説

三宅正男は、「私権の侵害が違法になされた場合に私法規定に従って公法人に対する損害賠償を許すことが権力的作用の本質をどれだけ害するものであろうか。」「国家の賠償責任を認めることは損害を国民に分配する結果となり、通常の場合の不法行為による損害賠償と異なる性質をもつが、だからといって、不法行為による国家の責任を排斥する必要は存しない。要するに権力的作用による公法人の賠償責任を - 非権力的な公行政の場合と区別して - 私法の範囲から排斥せねばならぬ実質的理由は存しないと思う。」「以上述べたように官公吏の行為が公法人の権力的作用である場合にも、公法人が違法な権力的作用により私法上の損害賠償責任を負うことを正面から認めたいと思うが、もしそれが許されぬとしても私法上の責任が全然考えられぬわけではない。」「違法な権力的作用により、官公吏が不法行為責任を負うのはそれが同時に彼の個人としての有責違法であるからである。……従って、それは私法的性質のものである。而して公法人は彼の行為としての法律上の効果をもつ機関の行為によって責任を負わぬとしても、官公吏が個人として不法行為を為したことにつき使用者として私法上の責任を負わせねばならぬ。ここでは公法人の権力的作用としての法律上の効果は問題ではなく私法上の不法行為者たる官公吏の使用者であることによって715条の適用を受けるのである。公法人と官公吏との関係が715条にいう使用関係に該らぬならば、営利的事業や非権力公行政における官公吏の職務行為につき使用者として公法人が責任を負うことも否定される結果になる」（民事判例研究会『判例民事法（昭和16年度）』37頁以下。下線は引用者）と述べ、権力的作用による公法人の賠償責任を排斥する理由はないと批判した。

- (5) 上記の美濃部達吉、田中二郎を含め、学説は、判例を指導する形で、明治期、大正期、昭和期の時代の進行と共に、国民の権利救済を拡張する理論を展開してきた。

大正期には、非権力作用及び工作物の設置、管理に関する行政の不法行為については、民法不法行為法により損害賠償責任を認めるのが通説

になった。これらの学説は、判例の検討を踏まえ、あるいは憲法や国家理論として成立してきた「機関理論」の視点から、さらには「使用者責任論」等を踏まえて、その考察の上に理論化されている。

さらに昭和10年代には、権力的作用に関する行政の不法行為について、非権力作用と区別する必要がなく、民法不法行為法を適用し損害賠償責任を認めるべきとするのが通説になりつつあったと思料される。

しかも、昭和10年代という治安維持法下の学問、思想に対する弾圧が最も激しかった時期に、実社会における市民感情（法的正義の実現）や具体的衡平性、損害の社会経済的衡平分担などの視点をも十分に踏まえて発表されたことを考慮に入れると、渡邊宗太郎、三宅正男の各学説は、学会の通説になっていたと思料される。

こうした学説の存在をみれば、国家無答責の法理は確立されていないことは明らかである。

6 まとめ

以上に述べたとおり、第1に、当時の立法者は、国の賠償責任については司法裁判所の判断にゆだねていたこと、実際にも、国の賠償責任について、司法裁判所の管轄権が否定されることはなかったこと、第2に、司法裁判所は国の賠償責任について、動揺を重ねながら民法の適用範囲を拡大する方向で変遷し、昭和10年代には権力的行為についても民法の適用を肯定する裁判例が存在していたし、逆に権力的行為について民法の適用を否定する裁判例においてその実質的根拠は全く示されていなかったこと、第3に学説上でも、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が採られていたこと、がそもそも明白である。

したがって、国家無答責の法理なるものの実体は、要するに民法の適用範囲をめぐる裁判例の集積途上の法理ではあっても、昭和10年代には否定されつつあったのであり、「判例法」というほど法的安定性を有してはいないし、確立された法理とは全く言えない。

少なくとも、原判決の「国家賠償法施行前においては、国の公権力の行使による損害について国の賠償責任を認める法制度は存在せず、判例上も

上記について国の賠償責任は認められていなかったのであり、公権力の行使による損害について国は賠償責任を負わないとの趣旨の国家無答責の法理を採用するという基本的法政策がとられていた」（原判決14頁）と断定できるような状況は全く存在していなかったのである。

むしろ、明治憲法下の裁判所は、具体的事案を通じ、国ないし公共団体に賠償責任を認めないことの不合理を自覚せざるを得なかったと思われる。そのため、「損害の公平な分担」という不法行為制度の大原則を遵守すべく、様々な論理立てをして公法・私法二元論を排除しようとしてきたのである。

このように「国家無答責の法理」は確立されていない。しかも、憲法17条の趣旨からして、一法解釈にすぎない「国家無答責の法理」を国賠法附則6条の「従前の例」とすることは、全くの誤りであり、原判決は憲法17条に違反する。

このようにみえてくると、「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はなく、当時の法例の解釈を現時点でやりなおすべきであろう。」（阿部泰隆『国家補償法』41頁）との指摘が妥当であることが一層明らかである。

第4 国家無答責の法理の適用は、「個人の尊厳」を著しく否定し憲法13条に違反する

1 本件細菌戦の事案について

本件のような細菌兵器の実践使用による加害行為は、人間の尊厳的価値を否定するような残虐非道な行為であり、しかもそれが国策として明確な国家の意思としてなされたものである。

これによって侵害される法益は生命・身体であり、健康に生きる人間として扱われるという人間の尊厳である。このような不法行為について、単に憲法施行前の行為であるとか、権力的作用によるものであるというだけで、それによって被る損害が非権力的行為によって被る損害と差異がない。

むしろ、日本軍による細菌兵器の実践使用によるものであるが故に、その被害と加害行為の態様は残虐なものである。このような行為による国の賠償責任について、民法の不法行為規定がありながら、憲法施行前と同様に適用せずに国の責任を免除すること自体、何ら合理性も正当性もないといえる。

このような残虐非道な行為、人間の尊厳的価値を否定するような行為を免責することはその限りで憲法 17 条に違反するものというべきである。民法 1 条ノ 2 に反する民法の解釈・適用である。

後述するように、仮に、人間の尊厳という旧憲法の下でも保障されていた憲法の基礎となるような人権が侵害されるような場合まで、国の賠償責任を免除する趣旨で、国家賠償法附則 6 項の「従前の例による」という規定が定められているとするならば、それは加害の態様、侵害される法的利益、責任を免除する目的と合理性及びその正当性を総合的に考えても、憲法 17 条に反するものといえる。

2 旧憲法と「個人の尊厳」

前述したように、個人の尊厳の見地から、国家賠償法の制定にあたって、少なくとも個人の尊厳を否定するような残虐非道な行為、「人道に対する罪」に該当するような行為による被害者の損害賠償請求まで否定する趣旨として、国家無答責の法理の適用を認めることは、著しく合理性を欠くものであるというべきである。

旧憲法下においても、「法律の留保」のもとではあるが基本的人権は保障されており、人間の尊厳の尊重が基本原理であったとすることができる。人間の尊厳の価値を損なうような残虐非人道的な行為について、国家の賠償責任を否定することは、旧憲法下においても基本的人権の保障と相いれないものであった。

そのことは、旧憲法下での大審院判例の中にも見ることができる。すなわち、大審院昭和 16 年 11 月 26 日判決（大審院判決全集 9 巻 11 号 6 頁）は公権力の行使が「其の範囲を逸脱し行政処分又は行政執行と目し難き程度に至りて他人の権利を侵害したときには」、国や地方公共団体に民

法上の不法行為責任が認められることを判示している。

権限の逸脱の程度がひどい加害態様によって他人の権利を侵害した場合にはこの大審院判決でも民法の不法行為規定が適用されるとしているのである。

3 普遍的な原理としての「個人の尊厳」

個人の尊厳の尊重が普遍的な原理であることは、福岡高裁平成 16 年 5 月 24 日判決も詳細に判示している。

福岡高裁平成 16 年 5 月 24 日判決は、中国人強制連行・強制労働について、「外国において、外国人に対し、・・・戦闘員でない平穏な暮らしをしている一般の市民に対して行われた行為である」と加害行為の悪質性を指摘し、原告らを「家族のもとから離れさせた目的は、敵国で働かせることであり、人間の尊厳に反するばかりか、たまたま一審原告らは、日本国の敗戦という出来事によって、いわば辛うじて生き残って祖国に帰ることはできたものの、多くの仲間は、連行の途中又は労働の過程で命まで失っており、そこには個人の生命、身体を尊重するという姿勢は全くといってよいほどかいま見ることができない。一審原告らが被った被害は甚大である」と被害の甚大性を指摘し、そのうえで、次のように判示した。

「ア 確かに、違法か否か、公序に反するか否かは、行為当時の法令と公序に照らして判断すべきものである。

イ しかし、旧憲法下においても、個人の尊厳、人間的価値は否定されてよいものではない。

ウ 平穏な暮らしをしている日本国の主権に服しない中国人を、いわば故意に暴力や欺罔を用いて家族のもとから切り離し、敵国に連行して強制的に労働に従事させることは、個人の尊厳、人間的価値を否定する、甚だしく人倫にもとる行為である。旧憲法の基礎をなす自然法に違背し、著しく正義・公平に反している。

エ してみると、本件強制連行・強制労働は、公務員の権力的作用に基づく行為であるが、正義・公平の理念に著しく反し、行為当時の法令と公序に照らしても許されない違法行為である。国家無答責の法理を適用して責

任がないというのは不当であり、民法により不法行為責任が認められるべきものである。」（判決書121頁）。

4 人間の尊厳を損なう行為と「国家無答責の法理」

この問題は、結局は、前述したように国家無答責の法理という、戦前の軍隊や国家が行った行為について個人への賠償責任を否定するという法理を適用して被害者個人からの賠償請求を否定することが、戦争賠償のあり方としてよいかどうかということに尽きるといえる。

この点については、人間の尊厳を否定するような「過去の行為」を「過去の行為」として現在の憲法体系の中で葬り去ることを許さないことが正義であるというべきである。個人の尊厳を旨として民法を解釈すべしとする民法1条ノ2の規定にも合致する解釈である。

人間の尊厳を損なう過去の行為について、日本国憲法の制定前の行為であるという理由で、国家の不法行為責任を否定する（民法の適用を排除する）ことは、憲法13条の人間の尊厳の尊重の原理に反し、憲法17条の保障する基本的人権を否定することになる。やはり過去の行為（憲法施行前の行為）であっても細菌戦のような人間の尊厳を損なうような行為（「人道に対する罪」に相当するような残虐な行為）の賠償責任を否定することは、「当該行為の態様、これによって侵害される法的利益の種類及び侵害の程度」と「国家無答責によって賠償責任を認めないことの正当性並びにその目的達成の手段として免責又は責任制限を認めることの合理性及び必要性」を総合的に考慮しても、立法府の裁量を逸脱し、違憲となる。これが正義・公平の具体的な内容といえる。

「人道に対する罪」に該当する行為は、国際法上も特別なもの（刑事責任についての時効不適用条約）とされ、このような行為を行った個人を各国が処罰することが認められていること、戦時だけでなく平時における残虐行為も含まれ、外国人だけでなく自国民に対する残虐行為も「人道に対する罪」として処罰の対象となることなどの特別なものとされている。このような行為について、加害者である国を免責することが正義・公平に反することは明らかである。

第5 本件細菌戦は、国際法に違反した違法行為であり、「適法な公権力行使権限」に基づかないので、「国家無答責の法理」を本件細菌戦に適用することは憲法17条、13条に違反する

1 原判決は、本件細菌戦に対し、国家無答責を適用しうるものであるという判断を下すにあたって、「控訴人らは被控訴人の旧日本軍が昭和15年から昭和17年にかけて第二次世界大戦において行った細菌兵器を使用した戦争犯罪行為について加害行為としての違法性を問うものであり、控訴人らが問題とする被控訴人の行為は、戦争行為そのものであり、被控訴人の公権力の行使として行われたものである」（原判決8頁）と判示する。

原判決は、公権力の行使であれば例外なしに国家無答責が適用されるという見解にたち、本件細菌戦は「戦争行為そのもの」であるから、国家無答責の適用される公権力の行使であるとしている。

2 しかし、仮に国の公権力の行使について国家無答責の法理が認められるとしても、本件細菌戦は、国家無答責の原則が前提とする「公権力の行使」には該当しないから、この原則は適用されない。

国家無答責の法理は、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ぬ場合には、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。国家が行う行為が不法行為である場合には、保護すべき権力作用ではなく、国家無答責は適用されない。

本件細菌戦が、国家無答責の原則が適用されるための要件としての「公権力の行使」に該当するためには、本件細菌戦が、「適法な公権力の行使」と評価されるような権限によって行われた行為であることが必要である。

なぜなら、本件当時においても、国が国民に対し一定の行為を命令又は禁止し強制を加えるという一方的な優越的支配が合法化されるためには、

法律によって制定された権限に基づくことが必要とされたからである。

原判決は、「井上毅は、……公権力の行使による権利侵害について損害賠償を認めると行政機関の機能に支障が生じる」と指摘している。「行政機関の機能」とは、法に基づいた行政を意味することは、法治主義の原理から当然に導かれることである。法に基づいた行政権の円滑な運用が、国家無答責の法理の根拠であるとするならば、「適法な公権力行使権限」を欠いた国家の行為は、国家無答責を適用しうる根拠を失うのである。

- 3 これを本件細菌戦について見ると、戦争行為による相手国の人間に対する殺傷が公法関係として認められたとしても、それは「適法な公権力を行使する権限」の範囲内に限定されるのであり、戦争行為だから何をやってもよいということではない。「適法な公権力を行使する権限」を欠いた行為は、公務としての戦争行為にはならないのである。

本件細菌戦は、原判決が認定するように、「ジュネーブ・ガス議定書違反する行為」であり、「ハーグ陸戦条約3条に基づきハーグ陸戦規則違反の行為として、国家責任が生じていた」のである。

したがって、このような強度の違法性を帯びた本件細菌戦は、「適法な公権力を行使する権限」を欠いた行為であることは明白であり、国家無答責を適用する根拠がない。

- 4 本件細菌戦の違法性の強さ、悪質さを示す第1点は、本件細菌戦は、被上告人自身が違法な戦争行為であることを十分に自覚し、承知しながら、被上告人による組織的、計画的行為として行われた大規模な戦争行為だという点にある。本件細菌戦当時から、被上告人は、細菌戦がジュネーブ・ガス議定書に違反し、同議定書を内容とする国際慣習法に違反し、かつ賠償責任を定めたハーグ陸戦条約第3条に違反することを熟知していた。

そのため、日本軍は細菌戦部隊の創設にあたって、表向きは軍隊における「防疫」や「給水」、すなわち伝染病の予防と浄水の供給を掲げる「関東軍防疫部」として創設し、その実態は、細菌兵器の開発と実用化をめざす秘密部隊を創った。また実際に細菌戦を実行するにあたっては、徹底し

た秘密作戦として行った。

また、被上告人は、ソ連参戦に直面し敗色が濃厚となった時点で直ちに平房の731部隊の建物を爆破し、捕虜を全員虐殺する等の証拠隠滅を図った。この証拠隠滅は、陸軍中央の指示により行われた。

さらに、被上告人は、戦後もこの違法行為を反省もせず、今日にいたるまで、事実を隠蔽し続けている。

- 5 本件細菌戦の違法性の強さ、悪質さを示す第2点は、本件細菌戦が、大量破壊兵器による非戦闘員たる一般住民に対する無差別な殺傷だという点にある。細菌戦がジュネーブ・ガス議定書及びハーグ陸戦条約第3条に違反する理由はこの点にある。

日本軍による本件細菌戦が行われている最中、1942年3月に関東軍軍医・牧讓軍医中佐は、「細菌戦について」という講演の中で次のように語っている。

「全般的には兵站に絡んでいることになる都市を攻撃して、都市をひどい目に遭わす。これは将来相当やられる問題であります。軍隊関係のものには、直接しないで大きな都市に伝染病を流行らしてゆく」「細菌戦の狙い所の1つは、後方を混乱せしめて精神上に困ったことになったと言うような観念を敵に与えることで、大きな都市をうんとひどい目に遭わすということがある訳であります」（満州帝国軍医団『軍医団雑誌』。甲29の198頁）。

このように、被上告人が、最初から一般住民の大量殺戮を目的として細菌兵器を開発したことは明らかである。

実際、本件細菌戦は、1940年浙江省各都市へのコレラ菌、チフス菌、ペスト菌の菌液撒布、ペスト感染ノミの投下、1941年湖南省常德へのペストノミの投下、1942年江西省、浙江省での、ペスト菌付着の米、ペストノミ、鼠の地上からの散布、井戸や食物へのコレラ菌注入など、その実行態様は、相手国の軍事施設や軍隊とはまったく関係のない一般住民の殺傷を目的としたものであった。本件上告人らも、市民、農民など非戦闘員の住民である。

6 本件細菌戦の違法性の強さ、悪質さを示す第3点は、本件細菌兵器の研究、開発が生体実験等の違法行為を伴うことによって、世界で初めて本格的な細菌兵器の開発を可能とし、実戦使用したことである。

731部隊は、平房の本部でチフス、コレラ、赤痢、ペスト、炭疽、凍傷などの研究・培養を行ったが、その際、常時200人から400人の捕虜を生体実験に用いた。捕虜は「マルタ（丸太）」と呼ばれ、1本、2本と数えられた。彼らは、「口号棟」の中の解剖室や野外の実験場で、人体実験に使われ次々に殺されていった。

また、本件被害地である崇山村などでは、日本軍が、細菌戦を実施した地域に「防疫隊」として入り、罹患した被害者を生体解剖して細菌戦の「成果」を検証する活動を行うなど、細菌戦の実行による被害者をも研究材料として大量殺戮兵器をつくりあげたのである。

7 以上のように、本件細菌戦は、国際法に違反するうえに、その違法性は極めて強く、悪質であり、いかなる意味でも正当化されない残虐行為である。本件細菌戦は、「適法な公権力行使権限」に基づく行為ということではできず、国家無答責の法理は適用されない。

したがって、本件細菌戦につき、国家無答責の法理を適用した原判決は、憲法17条及び13条に違反する。

第6 本件細菌戦は非権力的な公法上の行為（事業活動）なので、「国家無答責の法理」を本件細菌戦に適用することは憲法17条、13条に違反する

1 本件細菌戦において損害の原因となった行為の性格

本件細菌戦において損害の原因となった行為を実施した主体は、関東軍防疫給水部（通称731部隊）である。731部隊は、表看板としては防疫や給水を掲げていたが、実態は細菌兵器の開発と実用化を目指す秘密機関であった。

731部隊がペスト菌・コレラ菌等を兵器として製造し、浙江省衢州

市（1940年10月）、浙江省寧波市（1940年10月）、湖南省常德市（1941年11月）、浙江省江山市（1942年8月）において散布したこと、および、これらの地域またはその周辺地域に住んでいた上告人らが上記の散布行為によって被害を受けた。

また、この機関の主たる目的が細菌兵器の研究・開発・製造にあったこと、および細菌兵器の投下後にこの機関が感染地域を封鎖し、兵器の威力を確かめるために感染者の一部を人体実験の犠牲にし、標本やデータを収集した。

以上の事実を前提にすれば、第1に、この機関による上記の細菌散布等の行為（本件細菌戦）の基本的性質は兵器製造のための開発・実験行為であったといえることができる。この機関の設置趣旨からみても、このようにすることは妥当である。また、本件行為が日中戦争における軍事行動の一環として行われたとしても、それが兵器製造のための開発・実験という性質を併有していたことは否定できない。

第2に、この機関が上記各地およびその周辺地域の住民を疫病に罹患させ死亡させる意図をもって本件細菌戦を遂行した。したがって、本件細菌戦は国の機関の故意に基づく行為だといえることができる。

第3に、本件細菌戦が大本営陸軍部の命令に基づいて行われたものであり、本件細菌戦は国の機関の組織的行為であって、個人にその責任を負わせることのできない行為だといえることができる。

2 本件行為の法的性質と責任の帰属主体

(1) 兵器製造のための開発・実験行為の法的性質

国の機関が行う兵器製造のための開発・実験行為は、大審院判例によれば事業活動であった。このことは、大判1910（明治43）・3・2（民録16輯174頁、板橋火薬製造所賠償請求事件）をみれば明らかである。

この事件において、原審（東京控訴院）は、火薬製造が「権力ノ主体トシテ行動スヘキモノ」に該当するという理由で、工場爆発による被害に対して民法の適用を否定した。

しかし、大審院はこのような原審の理由づけを排斥して、次のように

判示した。

「国家ノ行為ニシテ主トシテ国家ノ財産上ノ利益ノ為メニスルモノハ乃チ国家ノ私經濟的動作ニシテ私法的行為トシテ私法ノ適用ヲ受クヘク之ニ反シテ国家ノ行為ニシテ主トシテ公共ノ利益ノ為メニスルモノハ公法上ノ行為トシテ公法ノ適用ヲ受クヘキモノト謂フヘキナリ彼ノ煙草官営、藍専売ノ如キハ前者ニ属シ郵便電信ノ事業ノ如キハ後者ニ属ス是等ノ事業ハ皆孰モ国家ノ專業ニ属シ国家力独占スルノ点ニ於テハ彼是同一ナリトスルモ前者ハ主トシテ国家財政上ノ収利ヲ目的トシ国家ノ私經濟的利益ノ為メニスルモノニシテ後者ハ直接ニ公益ノ為メニスルモノナレハ之ヲ同一視スヘキニ非サルナリ」「火薬製造ノ如キハ……所謂軍事的行動ノ一部ニ属スルモノト認ムヘク之ヲ以テ公共ノ利益ノ為メニスルモノト看做スヘクシテ単ニ国家力財政上ノ利益ノ為メニスルモノニ非サルヤ明ケシ」

大審院は、まず、郵便・電信事業などと同様に、火薬製造（軍事的行動の一部に属するもの）も権力的作用ではないものと位置づけた。被害者たる周辺の住民に対して命令や強制の契機が存在しないのだから当然であろう。その上で、大審院は、行為が「国家ノ財産上ノ利益ノ為ニスルモノ」か「公共ノ利益ノ為ニスルモノ」かという行為の目的を基準として私法的行為か公法的行為かを区別すべきだという判断基準を示し、郵便・電信事業や火薬製造が公共の利益を目的とする国家独占事業であるという理由で、これを私法の適用を受けない行為（民法に基づく損害賠償責任を負わない行為）だと判断したのである。

このような解釈、つまり兵器の製造を非権力的な行為とみなす解釈は、この後の判例によって否定されることはなかったし、学説もこれを支持していた。それゆえ、同判決のこの部分については判例とみなすことができる（なお、後の判例と学説は、板橋火薬製造所事件判決の結論—公共事業に関わる行為は公法上の行為であるという理由で民法を適用しないという結論—は支持せず、これを是正した）。

本件行為の基本的性質は、兵器製造のための開発・実験行為であった。したがって、大審院の見解に基づけば、本件行為は非権力的な公法上の

行為（事業活動）だということができる。

(2) 本件細菌戦において不法行為責任を負うべき者

本件細菌戦が国の機関の故意に基づくこと、上告人らに損害をもたらした行為であること、行為当時においても民法および国際法上で違法な行為であったことは原判決の通り明白である。

本件行為が違法行為に該当するという認識を国の機関自身も持っていたことは、敗戦前後の時期に、本件行為の発覚を阻止する為に組織的な証拠隠滅・隠蔽行為を国の機関が行ったことからして、疑問の余地はない。

したがって、本件行為が不法行為に該当することは間違いない。また、本件の行為が大本営陸軍部の命令に基づく組織的行為であったことは明らかである。

以上のことから、本件の行為は国の機関による組織的な不法行為だということができる。

では、誰がこのような組織的な不法行為の責任を負うべきなのか。実行者個人か、命令を出した陸軍の幹部か、それとも行為を実施した機関の帰属主体である国か。

大審院判例によれば、国や公共団体の代表者が権限行使を装って違法な行為をおこなった場合には、民法44条を類推適用して当該公法人が不法行為責任を負うものとされている。

本件の場合には、幹部個人の違法行為ではなく組織的な違法行為であるので、法人そのものの行為として、民法709条を公法人に適用するのが妥当である。

今日においても、後述のように、国公立病院の医療活動に関する不法行為事件については、当該病院が属する公法人の不法行為として民法709条が適用されている。

(3) 小括

以上のとおり、大審院判例によれば、本件行為が非権力的作用に該当し、これに起因する損害賠償責任は民法に基づいて国が負うべきことになる。

3 本件行為についての国の責任と免責可能性

(1) 大審院判例

大判1916(大正5)・6・1(民録22輯1088頁、徳島市立小学校遊動円棒事故賠償請求事件)以降の大審院は、国や公共団体の活動全般によってではなく、被害を直接に及ぼした行為の性質を分析して権力性の有無を判定している。

この事件では、小学校の管理を「行政[権]ノ発動」としながらも、その管理権に包含される設備の占有権を公法上の権力関係ではなく、私法上の占有権と同様のものだと位置づけることによって、当該設備に起因する損害について民法717条を適用した。

この後、学校の備品(梯子)の管理も、注意標識掲示の懈怠も、水門の閉鎖も、同様の解釈方法によって民法が適用される行為とみなされることになった。上記大判が「損害の原因を為す事実又は法律関係の認定に付て、見解の変遷を来したものと」評価される所以である。

以上のようにみれば、原判決が戦争行為全般を「公権力の行使」と認定したことは誤りであったといわなければならない。

このことは、現代の国家賠償法にいう「公権力の行使」に自衛隊の活動一般をあてはめることができないのと同様である。

当然のことながら、そこには、私法上の活動(各種の契約など)も、広義の「公権力の行使」(自衛隊施設の管理など)も、狭義の「公権力の行使」(防衛出動時の権限行使など)も含まれる。

要するに、裁判所が行為の性質を特定するためには、被害者らに損害を及ぼした個別具体的な行為の性質を分析しなければならないのである。

本件行為が非権力的行為であることは、すでに分析したとおりである。

一方、本件行為は戦争行為の一環であるから公法上の行為であって、それゆえ非権力的行為であっても国家無答責の法理の援用が可能だ、という主張がなされうるかも知れない。

その例として、前述の大判1910・3・2(板橋火薬製造所賠償請求事件)を挙げることができる。しかし、このような主張が成り立たな

いことは、前述の大判1916・6・1（徳島市立小学校遊動円棒事故賠償請求事件）以降の判例で明確にされた。

大審院は、学校の備品管理、標識掲示の懈怠、水門閉鎖といった行為を私法上の行為ではなく、むしろ公法上の行為とみなしたにもかかわらず、これらの行為に起因する損害の賠償請求を認容することとしたのである。

したがって、仮に本件行為が公法上の行為とみなされることになるとしても、そのことは、民法の適用を排除する理由にも、国の賠償責任を免除する理由にもなりえないのであって、本件行為が兵器製造のための開発・実験行為である限り、国は民法上の責任を免れないのである。

(2) 学説

学説は、上記のような判例の動向を肯定的に評価していた。たとえば、美濃部達吉は、前述の大判1910・3・2（板橋火薬製造所賠償請求事件）の解釈方法を次のように批判している。

「併しながら、此の如き判決の甚だ不当であることは、論ずる迄も無く明瞭である。其の根本的の誤謬は或る事業の全体を公法的のものと私法的のものとの区別し、公法的の事業には全然民法の適用の無いものとして居ることに在る。国家の行為に公法的行為と私法的行為とを区別するのは、唯法律的行為言ひ換ふれば意思表示又は之に準ずべき精神作用の発現を主たる構成要素となし之に依りて或る法律的效果を発生するものに付いてのみ、適用あるもので、之に依って行政処分又は司法判決と民法上の法律行為との区別を生ずるのである。事業の全体に関しては公法的と私法的との区別は全く存在しないもので、況んや公益事業に関して全然民法の適用の無いものと解するが如きは甚だしき誤謬である」。

つまり、一定の国家の活動全体について公法的・私法的といった区別を行うことはできず、その全体を公法的なものみなして民法の適用ができないものとして扱うことは「甚だしき誤謬」なのである。さらに美濃部は、前述の大判1916・6・1（徳島市立小学校遊動円棒事故賠償請求事件）の評釈で次のように述べる。

「法律が国家又は公法人に権威を認め、其の権威に対しては人民は訴願行政訴訟等の手段に依って之を争ひ得るの外之に服従しなければならぬものとせられて居る場合に於いては、其の権威の及ぶ限りは、仮令誤って人民の権利を侵害することが有っても、民法の意義に於いての不法行為と見るべきものではないが、此の如き権威の認められて居らぬ作用に在りては、公の行政権の作用と雖も、若し之に依って人民の権利を侵害することが有れば、民法に依り一般に不法行為として賠償責任を負はねばならぬのである」。

美濃部によれば、法律が国等に対して権力行使を認めている場合については訴願や行政訴訟によって争うべきのもとされ、国民に対する権利侵害が有ってもそれは民法の不法行為には該当しないが、法律がこのような権力行使を認めていない場合には、行政権の作用であっても、国等は民法上の不法行為として損害賠償責任を負わなければならないのである。

田中二郎も、国等の行為を安易に権力行使とみなすことを戒め、大判1916・6・1（徳島市立小学校遊動円棒事故賠償請求事件）以降の判例の動向を次のように論評している。

「右の諸判例にいつて居るやうに市の小学校の管理とか水利組合の工作物の管理作用の中に権力的行為と民法上の占有権とを分別して理解することは恐らく正当な法の解釈方法ではない。寧ろそれ等の工作物は一個の公の管理権の対象となつて居るものと解すべきである……。而も之に付て不法行為責任の認められることの正当なる所以は、仮令公の管理権の対象となつて居るものであつても、實質的には私の工作物の設置管理と格別の差異なく、類似の法律関係には同一の規定を類推適用することが法の精神に合し、衡平の原理に副ふ所以であるからに外ならぬ」。

田中によれば、公の管理権の下で行われる行為も、広く非権力的作用とみなされるべきであり、不法行為責任を認めることが法の精神に合致し、衡平の理念に沿つたとされているのである。

(3) 本件行為の場合

以上のとおり、戦前の判例と通説によれば、戦争行為のような国家活動を包括的に権力的作用・非権力的作用、あるいは公法上の行為・私法上の行為といった分類にあてはめることは許されず、裁判所は、被害者らに損害を及ぼした個別具体的な行為の性質を究明しなければならないのである。

本件行為の基本的性質は兵器製造のための開発・実験行為なのであるから、本件行為は、兵器製造という事業活動の一種として把握されるべきであって、「統治権ニ基ク権力行動」とは本質的に異なる行為である。

したがって、国賠法附則 6 項にいう「従前の例」に判例法理も含まれるとし、かつ、国家無答責の法理の適用を肯定する説を採用したとしても、本件行為に国家無答責の法理を適用することは判例法違反となるので、現代の裁判所はこれを適用できないのである。

付言すると、国公立病院の医療活動に関する事件には、今日でも、国家賠償法ではなく民法が適用されている。裁判実務において、この種の活動は「公権力の行使」に該当しないと解されているからである。

そして、いわゆる人体実験とみなされうるような行為についても「公権力の行使」に該当しないものとして扱われている。たとえば、国立大学病院の医師らによる人体実験的治療は、国の不法行為として、709 条が適用され、損害賠償請求が認められるのである（金沢地判平成 15・2・17。判時 1841 号 123 頁など）。

したがって、本件細菌戦につき、国家無答責の法理を適用した原判決は、憲法 17 条及び 13 条に違反する。

第 4 「国家無答責の法理」は外国での外国人に対する権力作用には適用されない

1 原判決の誤り

原判決は、「国家無答責の法理が確立していた国家賠償法施行前において、公権力の行使により損害を被った者が外国人である場合にはその者に損害賠償請求権を付与していたとの法律の規定、判例等は何ら認められ

ないのであり、国家無答責の法理の根拠を行政権の円滑な運用に求めていたことからしても、日本人も外国人も等しく国家無答責の法理の適用を受けるべきものと考えられる」（原判決16頁）とする。

しかし、国家無答責の法理は、本件細菌戦の行われた日中戦争の最中においてさえ、既に破綻を来している。

即ち、1937年日本軍の南京攻略戦に際し、揚子江下流に碇泊中の米砲艦パナイ号と米スタンダードオイル社商船3隻に対し、日本の軍機が誤爆を加え、3名の死者、数十名の負傷者を出した事件（パナイ号事件）に当り、日本政府はこれら被害者各人の受けた損害につき、直ちに謝罪し、それぞれ厳密な計算によって算出した金額の賠償をその翌年に行ったのである。

原判決が引用する一審判決はこの件につき、国と国との間で解釈された事例であって被害者の個人請求権が認められた例に当たらないというが、少なくとも個人の国際法上の主体性が認められたというべく、それ以上に、先ず、国家無答責の法理などは彼我共に一顧だにされなかったことを明らかに示している。凡そ、米国人被害者（うち5名は中国人）に対しては主張しない国家無答責の法理を、中国人に対しては主張するという矛盾、差別を如何に説明するというのか。

実際には個人ごとに民事的な損害賠償請求の手順とやり方で補償額を算定し決定していることが分かる。

また算定にあたっては「利用できる先例」として各種の判例が参照されているが、参照された54例はすべて個人の被害（戦争、内乱、官憲の不法行為などによる）に対し、加害外国政府に損害賠償を求めたケースである。以下、詳述する。

2 パナイ号事件では、個人賠償請求に応じている

(1) パナイ号事件に対し事件発生から2日後の12月14日、日本の広田外相は、アメリカのグルー駐日大使に対し、事件の責任を陳謝し、「一切の損害にたいする補償」、責任者の処罰、再発防止措置を申し入れ、26日アメリカ政府もこれを受け入れて一応の決着をみた（「グルー米

国大使宛広田外相公文」1937年12月14日付、外務省調査局『米国軍艦パナイ号事件』昭和21年1月、41～43頁）。

パナイ号事件の損害賠償について、翌1938年3月21日付に、アメリカ大使を通じて総額221万4007ドル36セントが要求され、日本政府は4月22日、この賠償額を小切手で支払った。

(2) 賠償額の内訳は、財産損害額、194万5670ドル1セント、死傷事件賠償額、26万8337ドル36セントである。

賠償の対象となった損害として日本の外務省が確認したのは、

沈没艦船（砲艦「パナイ」号、「スタンダード・ヴァキューム」会社船5隻）、

損壊船舶（「スタンダード・ヴァキューム」会社船2隻）、

死者（「パナイ号」乗組員2名他1名）、傷者（艦船乗船者74名）、

他（郵政省及び国務省並びに個人財産被害）である。

被害者個人だけでなく個人財産被害まで賠償の対象になった（前出『米国軍艦パナイ号事件』、31～32頁）。

当時どのように補償額を算定したかは、アメリカの国立公文書館所蔵の資料（「1937年12月12日、日本による合衆国軍艦パナイ号及びスタンダード・ヴァキューム・オイル社船の攻撃と沈没から発生した損失と損害」と題する「法律顧問覚書」（文書番号394.115 PANAY/408）で末尾に国務長官代理の署名があることから、国務省に提出されたものと思われる。日付は1938年2月16日付である）によって賠償額の算出がどのようにおこなわれたかをみることができる。

(3) まず海軍の部では、損害は、

a 艦船の損失（45万5727ドル87セント）

b 装備及び供給品の損失（9万7766ドル48セント）、

c 個人

に分けて考察されている。

覚書の大部分が「c個人」に宛てられていて、被害者個人に対する損害賠償が中心になっている。

「c個人」はさらに死者（2人）、負傷者（重傷11名、軽傷32名）、ショックおよび放置に依る被害（14人）に分けて算定され、総額14万2000ドルである。

査定にあたっては被害者一人ずつについて「利用できる事実」（障害の態様、負傷の場合には事後の経過、医療に要した経費、後遺症の有無、給与、家族の生計維持に果たす役割など）、「利用できる先例」、「海軍省の勧告」、「結論」の順に詳細に算定の根拠が示され、賠償額が決定されている。

海軍の次に郵政省の損失が計算されているが、之は切手、秤、日付印などの物損ばかりである。

パナイ号に乗船して被害を受けて大使館員（負傷4名）についても同様に個別に詳しく検討されて補償額が決定された。そしてそれとは別個に被害を受けた個人の所持品についても検討の対象とされ、補償額が算定された。

(4) スタンダード・オイル社の商船の被害についても同様な手順で算定がおこなわれた。乗組員の人的被害は8人であったが、そのうち軽傷を負った5人の中国人が含まれている。軍人の場合と比べて検討は簡略におこなわれたが、中国人5人（月給は最高15ドル、最低8ドル25セント）には一人あたり100ドルの補償額が決定された。さらにスタンダード社は乗組員、社員の所持品や家庭用品についても弁償として3万6034ドルを請求した。

その他のケースでは、民間人、民間企業に対する13件の補償が算定されているが、そのなかには乗船中の中国民間企業（中国輸出入公社、Yee Tsoong 煙草配給社）の社員も含まれている。

取材中の通信社、映画会社の社員も被害にあったが、彼らの持ち物、映写機、レンズ、ネガフィルムなどに付いてもいちいち損害額が算出されている。

(5) 先例とし参照されたもののうち民間人の戦争被害に対する請求権処理に関わるものを一例だけ紹介しておこう。事例としては前に述べたが、第一次大戦中の1916年3月23日、乗船中のイギリス汽船サセックスがドイツの潜水艦の魚雷攻撃を受けた際、数人のアメリカ人乗客が負傷し、戦後ドイツから損害賠償を受けたケースである。

若い医者（インターン）ワイルダー・グレイプス・ペンフィールドの受けた障害は、持続的な神経障害と膝関節を含む左脛骨骨折及び右くるぶしの捻挫である。入院1ヶ月、松葉杖での歩行3ヶ月、杖による歩行約4ヶ月、独米による混合請求権委員会が1万5000ドルの付与を裁定したときにまだ膝の機能は回復していなかった。

未婚で24歳であったが、一人前にピアニストであったエリザベス・フォード・スチムソンは数週間昏睡状態におちいった。肩に永久的な損傷、左の臀部関節は慢性的破砕状態（"mushroom fracture"）でそのため障害を受け職業の遂行が不可能になった。4万ドルを付与された（荒井信一「日本の加害行為被害者の個人賠償請求権についての歴史的考察」参照）。

3 日本国の管轄に服さない外国人に対する国家無答責の不適用

そもそもの国家無答責の法理論的根拠は、第1に、主権者は何ものにも拘束されずに法を作成することができるのであるから、主権者は常に法に違反することはない、という主権無答責の考え方が、近代国家においては、主権者である国民＝国家は法を侵犯し得ないし、法を侵犯することは考えられないとされ、国家の不法行為責任が否定される「支配者と被支配者の自同性」の論理である。

第2に、違法な国家機関の行為は、国家意思たる法規に違反するが故に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ずるのに止まり、国家の法的責任は生じないという、違法行為の国家帰属を否認する「国家と法秩序の自同性」の論理である。

これらの国家無答責の法理論上根拠から、国家無答責の適用には明らかに場所的限界があるといわざるをえない。

「支配者と被支配者の自同性」は、その国家の管轄（統治権）に服する者の範囲での議論であって、統治権の及ばない外国での外国人との関係において成立しえないものであることは当然である。当該国家は自国の管轄外にある他国の国民の意思により行動するのではないから、その関係に「支配者と被支配者の自同性」など存在するはずもないのである。

また、「国家と法秩序の自同性」についても、国家の行為を適法化する法は、主権の及ぶ自国の管轄内に限られるのであるから、自国の管轄範囲内においてのみ妥当するものであり、適法化の及ばない外国での外国人に対する行為において成立しないのは当然である。

本件細菌戦は、被上告人の統治権が及ばない外国での外国人に対する行為であり、国家無答責が適用されうる範囲からはずれているのである。

4 前例のない本件細菌戦

本件細菌戦は、「日本の統治権の及ばない外国での外国人に対する行為」であるが、それにとどまらず、戦争行為であり、また違法な戦争犯罪行為である。仮に「行政権の円滑の運用」が、外国での外国人に対する行為として存在したとしても、それは何らかの統治行為としてのみありうるのであって、本件細菌戦のような戦争行為、まして敵国の住民を無差別に殺傷するという前例のない戦争犯罪行為が、「行政権の円滑な運用」と呼べるものではないことは明白である。本件細菌戦に国家無答責を適用しうる余地はまったくないのである。

5 日本における立法者意思

ところで、原判決が引用する一審判決は、『支配者と被支配者の自同性』や『国家と法秩序の自同性』の法理論が、欧米において国家無答責の理論的根拠となっていることを認めながら、日本においては、「行政権の円滑な運用」という立法者意思が国家無答責の根拠となったと判示している。

しかし、これも事実と異なっている。

「法律取調委員会・民法草案財産編第373条に関する意見」によれば、法律取調委員の今村委員は、国家が「人民ノ権利」を侵害した場合に、賠償責任を負うかという問題を取り上げて、次のように述べている。

「按するに国家の性質を講ずる者は説種々ありと雖も要するに其の主たる目的は人民の権利を保護し及び幸福を増進するに在りて人民に害を加うる者に非ず故に或る学者は曰く国家は悪を為すこと能はずと誠に然り是を似て国家が責に任ずる場合なし」（日本近代立法叢書29頁以下）。

この考えは他の委員にも共通であった。このように、国家無答責の根拠は、旧民法制定当時の立法者の見解によっても、「国家とは人民の権利を保護し、幸福を増進させるものである」という前提のもとに、国家無答責が論じられているのであり、国家無答責の根拠は、やはり、「支配者と被支配者の自同性」「国家と法秩序の自同性」ないし利害の一致に求められていたのである。

ここで言う「人民」とは、国家がその権利を保護し、その幸福を増進する対象となる者であり、それは自国の管轄に服する「人民」であって、外国の管轄に服する人民を含まない。外国の管轄に服する人民に対しては、国家がその権利を保護したり、その幸福を増進することは想定されていないからである。

本件細菌戦において、被上告人である日本国と、上告人ら中国人民との関係においては、国家が「人民の権利を保護し及び幸福を増進する」という関係にないどころか、被上告人は、無差別大量殺戮という巨大な悪、害を上告人らに加えているのであり、国家無答責の前提を欠いているのである。

以上のように、国家無答責の法理論上の根拠からも、日本の立法者意思からも、日本国の管轄に服さない外国人に対して国家無答責は適用されない。

6 まとめ

前述のとおり、国の権力作用によって生じた被害に対しては国は賠償責

任を負わないというのが国家無答責論であるが、権力作用とは、国家が個人に対して命令し服従を強制する作用である。そうであれば、命令、強制権の及ばない他国に在住する他国民、しかも、占領、支配下にあるともいえない他国民にまで、無答責の抗弁が通用するなどということがありよう筈がない。

本件を含み凡そどのような残虐、非道な行為でも権力作用の名において全て責任を問われないなどという理不尽が古今東西に通用する筈もない。日本の司法だけが、このように国際社会に通用しない「切り捨て御免」の愚論を今に至ってなお後生大事に維持している現状は、まことに恥ずべく嘆かわしい限りである。日本を国際人権社会から孤立せしめる所以である。

たとえ、国家無答責の法理が確立していたとしても、本件のような外国での外国人に対する権力作用殊に本件のごとく、戦争の相手国国民との間で、戦争行為による損害賠償請求に関しては、適用されるものではない。

戦争において、戦争相手国の国民に対する戦闘行為が、その被害者に対する関係で統治権による行為であると説明することは不可能である。上告人らは、日本人ではなく、大日本帝国の統治権に服していた者ではない。

したがって、たとえ国家無答責の法理が確立していたとしても、本件では、同法理が適用される余地はない。

よって、本件細菌戦につき、国家無答責の法理を適用した原判決は、憲法17条及び13条に違反する。

第5 まとめ 憲法13条の個人の尊厳の尊重の見地から憲法17条に照らして本件細菌戦には「国家無答責の法理」は適用されない

1 「正義公平の原則」により国家無答責を否定した最近の諸判例

日本国憲法17条は、国の賠償責任を明記し、国家無答責の法理を否定した。現在の裁判所は日本国憲法の価値原理（とくに憲法13条の個人の尊厳の尊重）に則って法令の解釈適用をすべきであり、過去の法令の解釈についても、現時点で当時の法令の解釈をし直すべきである。

現行の憲法や裁判制度の下ではこの法理には正当性・合理性を見出し難

いという理由や、この法理は正義・公平の理念に反するので適用できないといった理由を挙げて、この法理の判例法としての妥当性を否定する説を採る裁判例が、最近では増えている。以下、引用する。

(1) 東京地方裁判所民事第25部2003年3月11日判決

東京地方裁判所民事第25部2003年3月11日判決は、中国人強制連行第二次東京訴訟判決に関して、「国家賠償法附則6条において、『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。』と規定され、同法の規定の遡及適用が否定された以上、同法施行前の公務員の公権力の行使の違法を理由とする国の損害賠償責任に関しては、民法の不法行為に関する規定が公務員の公権力の行使についても適用があるか否かという民法の解釈にゆだねられていたと解するよりほかはない」としたうえで、「戦前の裁判例及び学説に照らすと、『国家無答責』なる不文の『法理』が確立しているとの理解を背景として、上記のような解釈が採られていたことがうかがわれるものの、現時点においては、『国家無答責の法理』に正当性ないし合理性を見だし難いことも、原告らが主張するとおりである。当裁判所が国家賠償法が施行される以前の法体系の下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だし難い」と、「従前の例による」ことが、国家無答責を適用しうる根拠とならないことを鮮明に判示し、「そして、民法715条の文言上は、公務員の公権力の行使が同条の適用から排除されているとはいえないこと、行政裁判所法16条が『行政裁判所八損害要償ノ訴訟ヲ受理セス』と規定しており、同条の規定は、実体法上は、公権力の行使に違法があった場合に国に対する損害賠償請求権が成立することを前提としながら、行政裁判所が損害賠償請求訴訟を受理しないという訴訟法上の定めを置いたものと解する余地もあることを考慮すると、国家賠償法施行前における、公務員の公権力の行使の違法を理由とする国の責任についても、民法715条の規律にゆだねられて

いたものと解する余地がないとはいえない。」と判示する（判決37頁）。

(2) 東京高等裁判所民事第16民事部2003年7月22日判決

東京高等裁判所民事第16民事部2003年7月22日判決は、アジア太平洋戦争韓国人犠牲者補償請求控訴事件に関して、「戦前において、上記のような解釈が採られていた根拠は必ずしも明らかではなく、結局、国の権力作用に伴う不法行為に基づく損害賠償請求訴訟については司法裁判所において民事裁判事項と認めず行政裁判所においても行政裁判事項として認めず、ともにその訴訟を受理しなかったため、その種の損害賠償請求を法的に実現する方法が閉ざされていただけのことであり、国の権力作用による加害行為が実体的に違法性を欠くとか有責性を免除されているものではなかったと解すべきである。いわゆる『国家無答責の法理』は、上記のような訴訟要件としての権利保護適格を否定する解釈が採られていたことによるものにすぎず、行政裁判所が廃止され、公法、私法関係の訴訟を司法裁判所において審理されることが認められる現行憲法及び裁判所法の下においては『国家無答責の原理』に正当性ないし合理性を見出し難い。もともと国家賠償法は民法709条以下の不法行為法の特別法である性格も有し、国家賠償法の制定がなければ賠償請求権の実定法上の根拠がなかったと解すべきではなく、一般法としての民法709条以下の不法行為法が原則として適用されると解すべき余地が十分にあり得たものであり、民法715条の文言上は、公務員の公権力の行使が同条の適用から排除されているとはいえないこと、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、同条の規定は、実体法上は、公権力の行使に違法があった場合に国に損害賠償請求権が成立することを前提としながら、行政裁判所が損害賠償請求訴訟を受理しないという訴訟法上の規定を置いたにすぎないものと解され、他方、司法裁判所も前提問題として行政処分等公権力の行使の適否、瑕疵を判断しなければならない時は、行政裁判所による行政裁判手続きを設けた趣旨にかんがみ、結局司法裁判所が判断し得る司法上の

民事裁判事項ではないとして権利保護適格を認めなかったにすぎないと解されるから、現行憲法及び裁判所法の下において裁判所が国家賠償法が施行される以前の法体系の下における民法の不法行為の規定の解釈・適用を行うに当たっては、訴訟手続き上の制約が解止されたものと考えるのが相当である」と、戦前における行政作用に関する損害賠償請求訴訟について、民法による損害賠償法理の適用があることを判示している（判決79頁）。

(3) 新潟地方裁判所2004年3月26日判決

新潟地裁2004年3月26日判決（甲501）は、新潟強制連行事件に関して、「戦前においては、行政裁判所法が『行政裁判所八損害要償ノ訴訟ヲ受理セス』と定め（同法16条）、司法裁判所も国による公権力の行使に関連する行為については民法の不法行為に関する規定を適用しないとしており、司法裁判所及び行政裁判所ともに国の公権力の行使に関連する不法行為に基づく損害賠償請求を受理しなかったため、そのような請求を行うことはできなかった。しかし、このようにして、国に対する損害賠償請求を否定する考え方自体が、行政裁判所が廃止され、公法関係及び私法関係の訴訟の全てが司法裁判所で審理されることとなった現行法下においては、合理性・正当性を見出し難い。また、国の公権力の行使が、人間性を無視するような方法（例えば、奴隷的扱い）で行われ、それによって損害が生じたような場合にまで、日本国憲法施行前、国家賠償法施行前の損害であるという一事をもって、国に対して民事責任を追及できないとする解釈・運用は、著しく正義・公平に反するものといわなければならない。」と国家無答責の適用が著しく正義・公平に反すると指摘した。

さらに、同判決は、「本件は、被告国が政策として、法律上・人道上およそ許されない強制連行・強制労働を実施したという悪質な事案であり、これに従事した日本兵らの行為については微塵の要保護性も存在しない。また、前記認定事実8のとおり、被告国は、強制連行・強制労働の事実を隠蔽するために、外務省報告書等を焼却するなど極めて悪質な

行為を行っているのである。

このような事情を総合すると、現行の憲法及び法律下において、本件強制連行・強制労働のような重大な人権侵害が行われた事案について、裁判所が国家賠償法施行前の法体系下における民法の不法行為の規定の解釈・適用を行うにあたって、公権力の行使には民法の適用がないという戦前の法理を適用することは、正義・公平の観点から著しく相当性を欠くといわなければならない。」と判示し、強制連行・強制労働のような重大な人権侵害が行われた事案について、正義・公平の観点から、国家無答責の適用を否定した（甲501判決87頁以下）。

(4) 福岡高等裁判所2004年5月24日判決

福岡高等裁判所2004年5月24日判決は、福岡三井鉱山強制連行控訴事件に関して、「旧憲法下における事例であっても、すべての権力的作用に基づく行為について民法が適用されないとする法理があったというのは相当でなく、戦前の判例法理を前提としても、特段の事情がある場合には、国は不法行為責任を負わなければならないと解釈する余地は残されていたと解するのが相当である。」と国家無答責の法理が全てに適用されたわけではないと判示し、「平穏な暮らしをしている日本国の主権に服しない中国人を、いわば故意に暴力や欺罔を用いて家族のもとから切り離し、敵国に連行して強制的に労働に従事させることは、個人の尊厳、人間的価値を否定する、甚だしく人倫にもとる行為である。旧憲法の基礎をなす自然法に違背し、著しく正義・公平に反している。

してみると、本件強制連行・強制労働は、公務員の権力的作用に基づく行為ではあるが、正義・公平の理念に著しく反し、行為当時の法令と公序に照らしても許されない違法行為である。国家無答責の法理を適用して責任がないというのは不当であり、民法により不法行為責任が認められるべきものである。」と判示して、強制連行・強制労働は正義・公平の理念に著しく反した違法行為であるから、民法により不法行為責任が認められるべきであると認定する。

さらに、同判決は、大審院判例を分析して、「判例といっても、同種

の事実、事件に対して事実上拘束力を持つにすぎないことに想到すれば、民法715条が公務員の権力的作用に基づく行為を文理上排斥せず、ほかにこれを否定する実定法がない以上、いわゆる国家無答責の法理は、実定法上の根拠に基づくものではなく、同法理を採用した判例も、国賠法施行前の当該事案限りの解決を示した事例判決であったと解するのが相当である。

しかして、本件事案は、過去の国家無答責の法理の適用事例とされた事案とは全く異なっている。」と判示し、過去の国家無答責の法理の適用事例と事案を異にするとして、国家無答責の法理の適用を否定した（判決118頁以下）。

(5) 広島高等裁判所2005年1月19日判決

広島高等裁判所2005年1月19日判決（甲549）は、三菱広島元徴用工控訴事件に関して、「実定法上、国家無答責といった法理が明文で規定されていたわけではない。また、権力的作用に伴う行為による損害について、国の賠償責任を否定する法規も、反対に現在の国家賠償法のようにこれを認める旨の特別な法規も存在しなかった。そして、行政裁判所では損害賠償請求訴訟を受理しないことが行政裁判法の明文で定められていたことから、問題は、司法裁判所において、このような権力的作用に伴う行為に関する損害賠償請求が受容されるかどうかの判断にかかることとなった。しかるに、上記のとおり、このような損害賠償請求については、肯定、否定、いずれの法規も存在しなかったのであるから、その判断は、このような行為について民法の不法行為規定の適用を認め得るかどうかによることとなり、司法裁判所は、その多くの裁判例においてこれを否定して、損害賠償請求を棄却する判断を重ねていたということなのである。したがって、実定法上、国に損害賠償責任が存在しないことが確定していたわけではなく、単に、損害賠償請求を実現する法的な手段が認められていなかったにすぎないものといえることができる。」と判示し、国家無答責の法理が実定法上確定したわけではないと認定する。

そして、同判決は、「明治憲法下での裁判例においても、当初は国に対する損害賠償請求は全く認められていなかったものが、私経済作用に伴う不法行為については民法の不法行為規定の適用が認められるようになり、次いで非権力的作用に伴う不法行為についても拡張されていったのである。したがって、上記の国家賠償法の附則 6 項にいう従前の例というのも、司法裁判所における民法の不法行為規定適用の有無の判断にかかっているという状態を指すものと解するのが相当であり、同項が、同法施行前の行為に関して国家無答責の法理が適用されることまでも明らかにしたものである」と明治憲法下での裁判例の変遷から、国家賠償法の附則 6 項にいう従前の例が国家無答責の法理を意味するとはいえないと判示する。

そして、同判決は、「当裁判所は、このような意味合いにおいて、本件強制連行にかかる国の行為に関して民法の不法行為規定の適用が認められるかどうかを判断すべきものとする。そして、行政裁判所が廃止されて司法裁判所に一元化されたことや、国家賠償法のような特別法が存在しない状態においては、民法の不法行為規定は、公務員の公権力の行使に伴う不法行為をも含めて不法行為に関する一般法ともいえる存在であると解すべきこと、明治憲法下においても限定された範囲内ではあっても個人の尊厳は尊重されていたものであり、少なくともこれを否定することは許されないこと、そして、国家無答責という考え方に一般的な正当性を認めることはできないこと等からすれば、本件強制連行にかかる国の不法行為については、民法に基づいて不法行為による損害賠償責任が認められるべきものと判断する。よって、被控訴人国の国家無答責を内容とする上記主張は採用することができない。」と判示し、強制連行にかかる国の不法行為については、国家無答責の法理を排斥した（甲 5 4 9 判決 1 3 3 ~ 1 3 6 頁）。

2 現憲法下における「正義公平の原則」の本件細菌戦への適用

本件細菌戦は、原判決が認定するように、ジュネーブ・ガス議定書に違反し、かつ賠償責任を定めたハーグ陸戦条約第 3 条に違反する戦争犯罪の

中でも特別な残虐性をもっている。

細菌兵器の特徴は、その被害の範囲を予測することも限定することもできないこと、非戦闘員である一般市民の大量殺戮を狙うものであること、戦闘行為終了後においてもその潜在的破壊力ゆえに2次流行、3次流行を引き起こし、長期間にわたって地域社会全体が伝染病の発生・蔓延の危険にさらされることにある。

本件細菌戦の被害地の内、浙江省の義烏市、東陽市、義烏市の崇山村、義烏市塔下洲は、日本軍が衢州市に投下した細菌によって発生したペストが伝播し、多大の犠牲者を生んだものである。衢州市では戦後にいたるまでペストの流行が続いたのである。

このような前例のない残虐な非人道的行為が、国家無答責の法理をによってその責任が問われず、被害者が救済されないことは、「正義公平の原則」に著しく違背する。

戦前の法的、時代的制約の下でも、法の正義の見地から民法の適用範囲を拡大して、「国、公共団体の損害賠償責任追求の道」を切り開いた戦前判決例の努力の過程があることは、すでに述べた。原判決が国家賠償法の「従前の例」という規定をもって、国家無答責を適用し、上告人らの賠償請求の道を閉ざしてしまうことは、上記戦前からの努力の過程に逆行するものであり、これもまた正義公平の原則に反するものである。

本件細菌戦のように、加害行為時と裁判時で、国の賠償責任についての価値原理は大きく転換しており、しかも、加害行為時において、国の賠償責任を否定する国家無答責の法理が、確定した法理として確立していたわけではなく、一法解釈にすぎないものでしかない場合、さらに、その加害行為が史上類例のない残虐な戦争犯罪である場合、結果として日本国憲法の価値原理と真っ向から反する結論を導くことは、法の解釈適用として許されることではない。裁判所は、現在の日本国憲法の価値原理に基づいて法解釈を為し、現時点の法原理に適合する結論を導かなければならない。

3 本件細菌戦に国家無答責の法理を適用することは、憲法13条、17条に違反する

憲法 13 条の個人の尊厳の尊重の見地から憲法 17 条に照らして判断するならば、少なくとも本件細菌戦のような国際法に違反した「人道に反する罪」に国家無答責の法理を適用して国の賠償責任を否定することは、前述の最高裁平成 14 年 9 月 11 日大法廷判決の趣旨に照らしても憲法 17 条に違反するものである。

さらに、国家無答責の法理は、民法の解釈である。現行憲法下では、民法の解釈を憲法適合的に変更することに何の支障もない。むしろ、憲法施行によって下位規範である民法の解釈を憲法 17 条の趣旨に適合するように変更すべきであるというべきである。民法 1 条ノ 2 の民法の解釈指針にも合致するものである。

第4点 ハーグ陸戦法規等の国内法への受容により国家無答責の法理は適用できない。しかるに国家無答責の法理を適用して日本民法に基づく損害賠償請求を否定した原判決は、憲法98条2項に違反しているので、原判決は破棄されなければならない。

1 原判決の判示と問題の所在

原判決は、上述したとおり国家無答責の法理を適用して国の不法行為責任を否定した。これは、日本国憲法98条2項違反の判断である。以下、理由を述べる。

2 ハーグ陸戦法規及び同陸戦規則による賠償責任の発生

「陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約」（ハーグ陸戦法規）は、1907（明治40）年10月18日に署名され、1910（明治43）年1月26日に効力が発生し、日本国は、1911（明治44）年11月6日批准、同年12月13日批准書寄託、1912（明治45）年1月13日公布（約4号）、同年2月12日発効した。

同条約第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。」と規定する。また、同法規1条に基づき制定された条約付属書「陸戦ノ法規慣例ニ関スル規則」第46条には、「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。」と定められている。

本件のように、731事件においては、中国人を細菌戦により殺傷し、これにより上告人らの親族が死亡しまたは上告人本人が障害をこうむった。これらは、いずれも、同規則第46条の「個人ノ生命」を侵害し、あるいは侵害する危険性を有するものであり、それにより被った精神的及び肉体的苦痛に関する損害については、同法規第3条により、「交戦当事者」である日本国は、賠償の責任を負う（なお、同法規第3条は、「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。」と規定して

いることからしても、日本国は、一兵士の責任であるとの理由で責任を免れることはできない。また、ここでの主張は、個人の国家に対する賠償請求権の主体性について論じているわけではない。賠償請求権の主体は誰かという問題は別にして、国が賠償責任を負うことは争いのない事実である)。

3 ハーグ陸戦法規等の国内法への受容と国家無答責の法理の変容

明治憲法下においても、条約は公布されれば直ちに国内法としての効力を生じ、国民を拘束し、あらためて立法手続を要しないと解されていた(法学協会『注解日本国憲法下巻』1473頁)。そして、国内法に変容された条約等は、法律の上位にあるとして条約等が法律に優位するとされてきた(美濃部達吉『逐条憲法精義』278頁・594頁)。そもそも、国家無答責の法理は、それを支える実定法上の根拠はなく、民法の不法行為規定の解釈適用の問題であるとして、大審院の判例の変遷を経て形成されてきたものである。国家無答責の法理は、原則として権力的作用に起因する損害については、民法の不法行為規定の適用はなく国は賠償責任を負わないが、それはいかなる例外的取り扱いも認めないほど確固不動のものではなく、大審院判例においても変更が可能なものであった。法律の方が国際法(条約)よりも効力が低い、さらに実定法上の根拠を欠く国家無答責の法理が上記陸戦法規及び陸戦規則よりも効力において勝ることはない。したがって、日本国が上記条約により本件各事件について賠償責任を負担した以上、その時点で、日本国が国家無答責の法理を主張して免責を求めることは許されないのであり、国内法上かかる限度において、国家無答責の法理は変容したといえる。

4 ハーグ陸戦法規等を誠実に遵守しないことは憲法98条2項違反である。

(1) 日本国憲法98条2項

日本国憲法98条2項は、「日本国が締結した条約及び確立した国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする」と定め、国際協調主義を宣言する。条約とは、国家間の文書による合意を意味し、条約とい

う名称であると否とは問わない。また、「確立された国際法規」とは、一般に承認され実施されている国際慣習法を意味する（清宮四郎『憲法』第三版449頁乃至450頁）が、不文法としての国際慣習法や成文の条約等の形式を問わない（辻村みよ子『憲法』第一版60頁）。

(2) ハーグ陸戦法規第3条、同陸戦規則第46条

ハーグ陸戦法規第3条、同陸戦規則第46条は、戦後も維持されており、日本国憲法98条2項に基づき「誠実に遵守する」ことが義務づけられている「条約」に該当する。「誠実に遵守する」とは、単なる政治的・道徳的意味ではなく法的意味をもつものである（辻村みよ子『憲法』第1版60頁）。したがって、本件については、同法規及び同規則に基づき国家無答責の法理が制限を受ける、すなわち、本件各事件については、国家無答責の法理が本件各事件に限って適用が制限されている。そのような制限を受けた状態、すなわち、民法の不法行為規定の適用が認められる状態である。それは、上記ハーグ陸戦法規等により国内法的に生じたものである。その効力については、「誠実に遵守」しなければならない。

(3) 小括

ところが、原判決は、本件に国家無答責の法理を適用して民法709条及び同法715条の適用を否定した。これは、日本国憲法98条2項に違反する憲法違反の判断である。

5 結論

以上の理由により、国家無答責の法理を本件に適用したことは、憲法98条2項に違反している。

第5点 憲法前文、憲法9条、13条、14条、17条、29条1項、3項は、国会に対し、本件細菌戦のような違法な戦争行為によって被害を受けた個人への損害賠償又は補償を行う立法をすべき義務を課している。しかるに被上告人の立法不作為による損害賠償請求を否定した原判決は、憲法前文、9条、13条、17条、憲法9条、13条、14条、17条、29条1項、3項、98条2項、99条に違反しているので、原判決は破棄されなければならない。

第1 原判決の判示と問題の所在

1 原判決の判示

原判決は、「第二次世界大戦によって生じた戦争犠牲ないし戦争損害に属するものに対する補償は、憲法の全く予想しないところであり、このような戦争犠牲ないし戦争損害に対しては、単に政策的見地からの配慮をするかどうかが考えられるにすぎない(最高裁昭和43年11月27日大法廷判決・民集22巻12号2808頁参照)から、憲法前文、憲法9条、13条、14条、17条、29条1項、3項が、国会に対し、違法な戦争行為によって被害を受けた個人への損害賠償又は補償を行う立法をすべき義務を課していると到底いうことはできない。」(原判決19頁)と判示する。

また、原判決は、「国会に本件に係る賠償ないし補償措置立法をすべき義務が課せられているということとはできず、本件細菌戦による戦争損害に対して個人の損害賠償又は補償を行う立法をするかどうかは、政治的ないし外交的判断や政策的見地からの配慮に基づく国会の広範な裁量に委ねられているものというべきである。」「国会に本件細菌戦被害者に係る救済措置立法をしなかった不作為の違法があるとはいえないから、立法不作為に基づく控訴人らの請求は理由がない。」と判示する。

2 問題の所在

まず原判決が引用する最高裁昭和43年11月27日大法廷判決は、在外資産を喪失した者が、国に対しその喪失による損害について補償を請求し

た事案に対する判決であって、本件細菌戦被害とは全く事案を異にする。

本件細菌戦被害に対するハーグ条約3条に基づく被上告人国の国家責任（損害賠償責任）は、法的にはすでに本件細菌戦が行われた1940年乃至1942年の時点で発生していた。被上告人国の国家責任は、それ以来現在まで実に60年以上にわたって不履行状態が続いているのである。

このような被上告人国の国家責任不履行という異常な状態のゆえに、上告人らは、現在心身ともに癒すことのできない深刻な苦痛を受け続けている。

憲法前文、憲法9条、13条、14条、17条、29条1項、3項は、国会に対し、本件細菌戦のような違法な戦争行為によって被害を受けた個人への損害賠償又は補償を行う立法をすべき義務を課している。

被上告人は、本件細菌戦によって悲惨な法益侵害をもたらしたのであるから、被害者に対し被害の増大をもたらさないよう配慮、保障すべき条理上の作為義務が課せられている。戦後補償立法に関する国内及び国際的潮流からすれば、違法な戦争行為の被害に対し賠償、補償をすることが国際慣習法として確立しているから、憲法98条2項の国会議員の国際法規の遵守義務からして、国会には本件に係る救済措置立法をすべき義務が課せられている。

上告人らがあじわっている苦しみは、もちろん根底においては本件細菌戦という加害行為に起因するものである。しかし、上告人らの現在の苦痛は、それに加えて、被上告人国がハーグ条約3条に基づく損害賠償義務を課せられているにも拘わらず、自ら実行した細菌戦の事実を認めず、謝罪も賠償もせずに、戦後も半世紀以上にわたって細菌戦被害を被った上告人らを全く救済せず放置してきたことによって生じた「倍加された苦痛」である。

以下、詳述する。

第2 ハーグ条約第3条に基づく被上告人国の国家責任の成立とその性質論

1 被上告人国による本件細菌戦の実行と被害の発生

1940年から1942年にかけて、731部隊等を実行部隊とする日本軍は、ペスト菌やコレラ菌などを用いた細菌戦により、上告人らが居住する中国各地において、ペスト等の疫病を発生流行させ、さらに周辺地域にもその疫病を伝播させた。その結果、上告人ら及びその親族らは、ペスト等に罹患し、いずれも筆舌に尽くしがたい重篤な症状に襲われ、死亡ないし長期間病床に伏すことを余儀なくさせられた。

さらに上告人らは、長期間に渡って感染症の恐怖のもとに生活することを強いられてきた。

以上の本件細菌戦の事実については、原判決が全面的に認定したものである。

2 被上告人国に細菌戦被害につき賠償すべき国家責任が発生

本件細菌戦は、ジュネーブ・ガス議定書で禁止されていた「細菌学的戦争手段の使用」にあたり、明白な国際戦争法規に対する違反行為である。

ハーグ条約第3条は、国際戦争法規に違反する行為によって損害を蒙った個人を救済するために、損害賠償の責任を定めたものであり、本件細菌戦によって、被上告人国には、上告人ら被害者に対する賠償責任が発生した。

この点は、原判決も、「本件細菌戦は……ハーグ陸戦条約第3条に基づきハーグ陸戦規則違反の行為として、国家責任が生じていた」（原判決4頁）と、本件細菌戦が国際法違反の行為であり、被上告人国には細菌戦によって生じた被害に対する賠償責任が発生したことを認定した。

3 ハーグ条約第3条に基づく国家責任の性質と賠償請求権の主体について

ハーグ条約第3条は、同条約が1899年制定の旧ハーグ条約及びその附属規則を修正して制定された際に、新たに創設された規定である。1907年の第2回ハーグ平和会議で、ドイツ代表が、占領地域内外において自国軍隊の構成員がハーグ条約の附属規則違反行為をなした場合、その国が有責であることを認め、その規則違反行為により損害を受けた個人に対して当該交戦国が賠償をすることを要求して提案された条文を基に制定さ

れた。

この条約の作成過程に照らしても明らかなように、ハーグ条約第3条の目的趣旨は、違法な戦争行為によって個人が受けた損害を救済することにあった。

ところで、ハーグ条約第3条に基づく賠償責任に対して、賠償請求する主体が、個人にあるのか、国家にあるのかという問題が存在している。

ハーグ条約第3条は、軍隊構成員が戦争法規に違反する行為をした場合に、その被害者個人が、加害国に直接に損害賠償を請求する権利を定めたものである。

しかしながら、ハーグ条約第3条に基づく賠償請求権は個人にあり、被上告人国が上告人ら被害者に対して、何らの救済措置も履行していないのであるから、本件細菌戦に関して生じた被上告人国の賠償責任は果たされていない。

また、仮に原判決が判示するように、ハーグ条約第3条に基づく賠償請求権が国家にあるとしても、被上告人国の国家責任はいまだ果たされていない。

第3 被上告人国には被害者個人に対して立法上の救済義務が発生する

1 被上告人国の国家責任が存続している以上、被害者救済は立法義務として課せられている

ハーグ条約第3条に基づく被上告人国の国家責任に対する請求権が、上告人ら被害者個人にあるにせよ、あるいは、原判決が判示するように、国家にあるにせよ、いずれにせよ被上告人国の国家責任は存続しており、被上告人国の賠償義務は不履行のまま続いている。

一方、被上告人国による何らかの手段による上告人ら被害者の救済は行われていない。それどころか、被上告人国による加害事実の認定すら行われていない。

上告人ら被害者の救済措置が必要であることは、原判決が引用する一審判決も「本件細菌戦による被害は誠に悲惨かつ甚大であり、旧日本軍によ

る当該戦闘行為は非人道的なものであったとの評価を免れないと解される」と認めるところである。

ところが、原判決は、「国会に本件に係る賠償ないし補償措置立法をすべき義務が課せられているということはできず、本件細菌戦による戦争損害に対して個人の損害賠償又は補償を行う立法をするかどうかは、政治的ないし外交的判断や政策的見地からの配慮に基づく国会の広範な裁量に委ねられているものというべきである。」（原判決19頁）として立法義務を負うものではないという判断を示している。

しかし、この原判決の判断は、被上告人国のハーグ条約第3条に基づく国家責任がすでに決着がついているという前提でのことであり、被上告人国の国家責任が存続している状態のもとでは、上告人ら被害者の救済は、立法義務として課せられるといえる。

2 国際法の義務違反の解消は国会の責務

本件細菌戦に関するハーグ条約第3条に基づく賠償問題は、前述したとおり、ハーグ条約第3条の目的は個人の救済にある。被上告人国はハーグ条約第3条に基づく国家責任を果たしておらず、上告人ら被害者の救済はいまだに実行されていない。

ハーグ条約3条は、同条に基づく加害国の国家責任の履行のためにいかなる手続的な可能性も排除していない。したがって、加害国が、救済措置を実現するための新たな立法によって救済を実現することは可能であり、また適切な方法である。

一方に、被上告人国の側の国際義務の不履行状態の継続があり、他方に、被害者の側の救済されない状態の継続があり、外交によってはその解決が図れない場合、現状を解消する唯一の方法は、被上告人国の国会が何らかの立法措置によって、被害者個人に対する賠償責任を果たすことである。

そして、それがなされない以上、被上告人国における国際義務の不履行は解消されないのであるから、国会には立法義務が生じているといわなければならない。

3 中国国民固有の損害賠償請求権の存在と被上告人国の被害者救済の立法義務

原判決によれば本件細菌戦の被害は誠に悲惨かつ甚大であり、旧日本軍による当該戦闘行為は非人間的なものだったとの評価は免れず、かつ日本にはハーグ陸戦条約第3条に基づきハーグ陸戦規則違反の行為として国家責任が成立したというのである。

したがって、原判決の言う判断基準に従ったとしても、基本的人権の尊重を旨とし、かつ国際協調主義に立つ日本国憲法においては、このような重大な人権侵害により国家責任を負うような状態を放置することは到底許されないのであるから、本件において、立法行為の国家賠償法上の違法性が認められるべき「容易に想定し難いような例外的な場合」であると評価できることは明白である。

しかしながら、原判決は、細菌戦は国際慣習法に違反し、被上告人国が国家責任を負うと認めながら、違法な戦争行為の被害に対し賠償、補償をすることが国際慣習法として確立されていないし、第二次世界大戦によって生じた戦争犠牲ないし戦争損害に属するものに対する補償は、憲法の全く予想していないと述べて、国会に本件に係る賠償ないし補償措置立法をすべき義務が課せられているということとはできないと判示する。

しかし、このような原判決は、被上告人国の国家責任の有無について判断を回避した違法をも犯している。

一審判決は、日中共同声明及び日中平和友好条約によって中国及び中国国民の損害賠償請求権が共に放棄されているので、国際法上、被上告人の国家責任については決着した旨判示していたが、控訴審で縷々批判されたため、原判決では被上告人の国家責任の存否に関する判断を意図的に回避した。

そもそも、一審判決は、被上告人国の国家責任は、日中共同声明（1972年）及び日中平和友好条約（1978年）によって既に決着しているとの理解を前提に、立法不作為の違法性について消極的に判断している。これは、日中共同声明及び日中平和友好条約によって中国及び中国国民の損害賠償請求権が共に放棄されていると理解したものと解される。

しかし、この原判決の理解は誤っている。すなわち、中国政府が放棄したのは、国家間の賠償であり、中国国民固有の損害賠償請求権は、中国政府によって放棄されたものではない。したがって、被上告人国には、被害者個人に対して立法上の救済義務が発生する。

また、意一審判決は、日本にはハーグ陸戦条約第3条の規定を内容とする国際慣習法による国家責任が成立したというのであるが、そもそもこのような国家責任は、細菌戦という、通常の戦争において想定できない異常な行為に関する国家責任である。日中共同声明等において放棄されたのは、通常の賠償請求であると考えられるから、このような異常な行為による国家責任に関する中国国民が有する賠償請求権については、中国政府においても、日中共同声明等によって放棄したということとはできない。

したがって、仮に原判決が判断するように、本件被上告人国の国家責任が「国家間関係において処理されるべき」ものだとしても、被上告人国の国家責任は何ら履行されておらず、決着はついていないのである。

加えて、ハーグ陸戦条約第3条の規定の究極の趣旨・目的は、原判決の言うように個人の保護にあるから、仮に被上告人国による立法が、国家間関係を通じた処理の形をとるとしても、その目的は被害者個人の救済であり、この中国国民が有する賠償請求権を実行する為の適切な立法がなされないことにより、上告人ら被害者が新たな苦痛を受けることもまた明らかである。

4 最高裁判例（昭和60年11月21日）の基準について

(1) 原判決の判示する判断基準

原判決は、立法不作為による損害賠償はいかなる場合に認められるかという点について最高裁昭和60年11月21日第一小法廷判決（民集39巻7号1521ページ）を引いたうえで、「国会議員の立法行為（立法をする行為又は立法をしない行為）は、その内容が憲法の一義的な文言に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と評価されることは

ないといわなければならない」(原判決18頁)と判示し、この基準を本件にあてはめて立法不作為の違法性を否定した。

(2) 本件細菌戦の被害は「容易に想定し難いような例外的な場合」に相当する

ア そもそも原判決が引用する上記の最高裁昭和60年11月21日判決は、もともと立法裁量にゆだねられているところの国会議員の選挙の投票方法に関するものであり、細菌兵器の使用という明らかに違法でかつ他に比類のないような極めて重大な生命身体等への侵害に関する本件とは、全く事案を異にする。また、その後の最高裁判決の事案も、一般民間人戦災者を対象とする擁護立法をしないことに関するもの(昭和62年6月26日第2小法廷判決・裁判集民事151号147頁)、生糸の輸入制限に関するもの(平成2年2月6日第3小法廷判決・訟務月報36巻12号2242頁)、民法733条の再婚禁止期間に関するもの(平成7年12月5日第3小法廷判決・裁判集民集177号243頁)等であり、本件に匹敵するようなものは全く見当たらない。

イ もっとも、上記一連の最高裁判決は、立法行為が国家賠償法上違憲と評価されるのは、容易に想定し難いような例外的な場合に限られるべきである旨判示している。ただ、最高裁判所昭和60年11月21日判決等の上記一連の最高裁判決の文言からも明かなように、「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している」ことは、立法行為の国家賠償法上の違法性を認めるための絶対条件とは解されない。上記一連の最高裁判決が「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している」との表現を用いたのも、立法行為が国家賠償法上違法と評価されるのが、極めて特殊で例外的な場合に限られるべきであることを強調しようとしたにすぎないものというべきである(上記についてはハンセン病に関する熊本地方裁判所平成13年5月11日判決を参照)。

ウ また、最高裁判所昭和60年11月21日判決は、単純に議会制民主主義を理由とするのみならず、選挙権に関する立法府の裁量を強調していることから分かるように、「立法の内容が憲法の一義的な文言

に違反している」場合を一つの例として、「容易に想定し難いような例外的な場合」には、立法行為の国家賠償法上の違法性を認める趣旨であることは、明らかである。

この点、原判決が、最高裁昭和60年11月21日判決を引いた上で、「憲法上一義的に国会に特定内容の立法をする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ような」「例外的な場合」には、国会の立法不作為が国家賠償法上違法と評価されると判示しているのは、「憲法上一義的に国会に特定内容の立法をする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ような」場合を一つの例として「例外的な場合」には立法不作為が国家賠償法上違法と評価されるとしているのであり、上記最高裁昭和60年11月21日判決の理解として、上告人の理解と同様であると解される。

(3) 先行法益侵害に基づく救済義務

本件細菌戦のように、明白な国際法違反行為によって、上告人らにおいて憲法秩序の根源に関わる人権侵害が現に起きており、さらに国際法に基づく国際義務の不履行状態が現に続いているような場合は、国会議員の政治的責任に解消できない領域において、立法不作為を理由とする国家賠償の問題が生ずる。

そして、重大な人権侵害と救済の高度の必要性が認められ、そのうえで、国会や内閣がその必要性を十分に認識し、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等の場合には、広く立法不作為による国家賠償が認められるべきである。

この点、法の解釈原理として、あるいは条理として、先行法益侵害に基づくその後の保護義務を法益侵害者に課すべきことが一般に許容されていると考えるべきである。日本国憲法制定前の帝国日本の国家行為によるものであっても、これと同一性のある国家である被上告人国には、その法益侵害が真に重大である限り、被害者に対し、より以上の被害の増大をもたらさないよう配慮、保証すべき条理上の法的義務が課せられているというべきであり、特に、個人の尊重、人格の尊厳に根幹的価値

をおき、かつ、帝国日本の軍国主義等に関して否定的認識と反省を有する日本国憲法制定後は、ますますその義務が重くなり、被害者に対する何らかの損害回復措置を採らなければならないはずである。

すなわち「先行法益侵害」が憲法的秩序の根源に関わる侵害として行われた場合、「保護義務」が発生する。被害者がその後も際限のない苦しみに陥っていること、加害者側の救済作為義務が果たされず不作為のまま放置したことによって、立法不作為は被害者の人間としての尊厳を傷つける新たな侵害行為になるのである。

本件細菌戦に関しては、「先行法益侵害」である細菌戦の実行による損害が、まさに憲法秩序の根源に関わる侵害であると共に、先行法益侵害における加害行為の違法性が極めて顕著であること、国際法に基づく義務の不履行が続いていることが加わるのであって、立法不作為の違法性は明らかである。

(4) 本件細菌戦における救済立法義務

本件細菌戦において、上告人らが被った肉体的・精神的苦痛は極めて過酷なものであったが、戦後においても、被上告人国によって、なんら被害の救済措置を受けることなく放置されてきたため、上告人らは今もなお心身ともに癒すことのできない苦痛のうちにある。

さらに、細菌兵器は、細菌のもつ強力な毒力と感染性により、広範かつ長期にわたって悪質な伝染病を蔓延させて苦痛をもたらすものであるため、上告人らは現在においても、これら細菌による疾病の流行を恐れている。本件細菌戦は、その残虐性、被害の広範さ等から考えて、到底想像し難い特別なものといえる。

本件細菌戦が国際法に違反する行為であることは、すでに原判決も認定しているところであるが、そのうえで、本件細菌戦は、一般住民を無差別大量に殺傷する目的をもって実行された犯罪行為であり、上告人の親族ら多くの非戦闘員の命が奪われた。また上告人ら生き残った人々に対しても、細菌戦の与えた恐怖は、想像を絶するものがある。

上告人らが細菌戦によって強いられた恐怖は、まず、ペストおよびコレラに感染した人間が非常に高い比率で死亡するという恐怖である。ま

た、ひとたび感染者が発生するとその家族や近親者、さらにその地域に強い伝染をもって急速に流行することが恐怖を倍加させた。

さらに、ペストやコレラに感染した人間や地域は、他から隔離されたり偏見を持ってみられ、総じて徹底した社会的な差別を受ける。社会の中で生きる人間にとって、ペストやコレラのゆえに受ける差別の恐怖は、死の恐怖と等しいか、それ以上に残酷なものである。そのうえ、再発、再流行の恐ろしさがある。特にペストは、野生の齧歯類の中での流行が何十年も続いた後で、昆虫のノミを介して人間に感染する危険性を持っている。したがってペストはひとたび流行すると、その流行地域と周辺地区に対して、防疫活動として何十年もペスト菌が生き続けているか否かを観察しなければならないのである。

日本軍による細菌戦は、ペストやコレラが、まさに以上に述べたような脅威を中国の住民や地域社会に及ぼすことを狙って、実行されたものである。細菌戦の実行は、上告人らに甚大な被害を与えたばかりか、上告人らのその後の人生に多大な影響を与え、言い知れぬ恐怖と不安、屈辱の中で生きることを強いたのである。

このような上告人らの苦痛は、一刻も早く立法によって救済が図られるべき性質のものであって、その必要性は高度である。

また、本件細菌戦は極めて特異な違法行為である。医学という本来、命を救うために用いられる方法が、大量の人間を殺傷するために用いられたのである。感染症が日本軍によって人為的に引き起こされたものであることを知った時の上告人ら被害者の受けた衝撃、恐怖もまた、想像を絶するものがある。加害者である被上告人国が、加害事実すら認めず、謝罪せず、賠償せず、何の救済措置をとることもせず被害者を放置し続けていることによって、上告人らは未だに闇の中にいる。

被上告人国による救済義務の不履行は、日本国憲法の根源的価値に関わる基本的な人権侵害をもたらす、新たな不法行為として、上告人らの人間としての尊厳を傷つけているのである。

従って、本件は、明らかに違法かつ想像し難い極めて重大な侵害行為による被害が長期間放置されてきた事案で、人権侵害の重大性とその救

済の高度の必要性が明らかに認められるから、立法不作為が国家賠償法上違法と評価される「容易に想定し難いような例外的な場合」（最高裁昭和60年11月21日判決）に該当する。

(5) 原判決の誤り

ところが、原判決は、立法不作為が国家賠償法上違法と評価されるところの「例外的な場合」に該当しないと判示している。しかし、これは、常識的な判断として全く理解できない。

原判決は、本件細菌戦の被害は誠に悲惨かつ甚大であり、旧日本軍による当該戦闘行為は非人間的なものだったとの評価は免れないと判示し、加えて日本にはハーグ陸戦条約第3条に基づきハーグ陸戦規則違反の行為として国家責任が成立したとまで判示しているのであるから、人権侵害の重大性とその救済の高度の必要性が明らかに認められる。加えて、先に検討したように、このような国家責任に関して中国国及び中国国民の日本国に対する賠償請求権は放棄されていないのであるから、憲法の国際協調主義の規定(憲法98条2項)から考えて、国が国際慣習法上の国家責任を負う以上その是正の立法義務を負うことは一義的に明らかであるから、立法不作為が国家賠償法上違法と評価されるところの「例外的な場合」に該当することは明らかである。

このような場合でさえも、立法不作為が国家賠償法上違法と評価されるところの「例外的な場合」に該当しないとするのであれば、原判決が言う「例外的な場合」というケースは存在しないと言うべきであり、原判決は、論理が破綻しているといわざるを得ない。

(6) 本件立法不作為は憲法98条2項に反する

仮に、立法不作為が、原判決の判示する「憲法の一義的な文言に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、容易に想定し難いような例外的な場合」に違法となるとしても、本件立法不作為の違法性は明白である。

被上告人国が、本件細菌戦に関するハーグ条約第3条に基づく国家責任をはたさず、国際義務の不履行を続けていることは、憲法98条2項の「条約及び確立された国際法規」の遵守義務に違反している。

ハーグ条約が憲法 98 条 2 項の規定する「条約及び確立された国際法規」に入ることは明白である。そして、この憲法 98 条 2 項は、日本国が締結した「条約」や「確立された国際法規」は、国の機関および国民が遵守すべき国内法上の義務を負うことを定めたものである。また、国際法を遵守し、その実をあげるために、必要ならば国内において実施に必要な措置が講じられなければならないことを定めたものである。この条項によって、国会には、ハーグ条約第 3 条を遵守するために必要な立法等措置を行うことが義務づけられているのである。

また被上告人国の本件細菌戦に関する国際義務の不履行は、日中共同声明の「過去において日本国が戦争を通じて中国民に重大な損害を与えたことについての責任を痛感し、深く反省する」（前文）に反するものである。たしかに日中共同声明における「責任を痛感し、深く反省する」という文言には、賠償義務は含まれていない。

しかし、本件細菌戦に関するハーグ条約第 3 条に基づく国家責任の遂行には、当然の前提として被上告人国が加害事実を認め、謝罪することが含まれている。被上告人国は、事実を認めることさえしないのであるから、「責任を痛感し、深く反省する」に反する行為を行っていることは明白である。

また 1978 年の日中平和友好条約では、「共同声明に示された諸原則が厳格に遵守されるべきことを確認」しているのだから、被上告人国の国際義務不履行は、日中平和友好条約の遵守義務にも違反していることになる。国会は、日中共同声明及び日中平和友好条約を遵守するために、本件細菌戦に関する国家責任を果たすべく立法等措置を行う義務を負っているのである。

以上のように、国会が本件細菌戦に関する国家責任を果たすべく何らかの立法措置をとらなかったことにより、条約及び国際法の遵守義務に反する状態が長きにわたって続いたことは、原判決の判示する基準に従っても、立法不作為の違法と評価されるものである。

第4 立法義務の不履行による立法不作為の成立

1 本件細菌戦において、上告人らが被った肉体的・精神的苦痛は極めて過酷なものであったが、戦後においても、被上告人国によって、なんら被害の救済措置を受けることなく放置されてきたため、上告人らは今もなお心身ともに癒すことのできない苦痛のうちにある。

このような上告人らの苦痛は、一刻も早く立法によって解決すべき性質のものであって、その必要性は高度であり、これを放置することは、さらに、日本国憲法が保障する根幹的な上告人らの人権を侵害しつづけることになる。

2 国会で細菌戦の問題が初めて取り上げられたのは、1949年の12月である。

国会の答弁記録をインターネットを通じて検索した結果、七三一部隊などに言及したものは、298件に及ぶ（主だった国会質疑119件につき、次頁の一覧表参照）。この記録からは、国会における答弁を通じて、日本政府が早い時期から七三一部隊の活動について証言を得ていたこと、また公職追放となった七三一部隊関係者を、政府自身が監視していたことなどを確認でき、同時に、国会において周知の事実であったことが明白である（甲506 児嶋俊郎鑑定書参照）。

はじめて七三一部隊が取り上げられたのは、1949年12月23日の参議院「在外同胞に関する特別委員会」であり、以後引き上げ問題と、ハバロフスク軍事裁判との関係で七三一部隊が取り上げられた。引揚者の中に七三一部隊関係者がいること、また彼らの一部がハバロフスク軍事裁判で裁かれているといった実情が引き上げてきた関係者によって証言されている。

例えば同年12月23日の参議院「在外同胞に関する特別委員会」では、高山秀夫が帰還の問題、あるいはハバロフスク裁判の対象者の状況についてふれた中で次のように述べている。

「まず前職者と規定されるものは連合軍の一員であるソ同盟に対する直接の攻撃に参加したものを言います。これは特務機関、それから憲兵、警

察・・・国内の治安に当たっていたものはこれに該当いたしません、ソ
ヴィエトに対する直接の攻撃に参加したものの、それから特殊部隊、例えば
さつき御説明申し上げました防疫給水部、いわゆる細菌戦部隊、石井中将
を長とする東条の直接の指揮下にあった恐るべき細菌戦部隊・・・それか
ら三四五、それからパルチザン部隊、これらのものが前職者として現在取
調べを受けておる筈であります。」

そして七三一部隊そのものについても次のように述べている。

「・・・それから防疫給水部、特に石井中将を長といたしますハルビン
の香坊の郊外にありました石井部隊、これは大体ちょっと概要を御説明申
上げますと、これら、ペスト、発疹チフス、このような恐るべき細菌を
培養いたしまして、これをソヴィエト、あるいは中国の人民にばら撒いて
そうして人民を惨憺たる戦火の中に巻き込んでいくという恐るべき部隊で
あったわけであります。」

以上のように、1949年12月の時点で、すでに国会に於いて防疫給水部
の存在と、その活動の一端が報告されていたことを確認できる。

- 3 1949年12月、ソ連・ハバロフスクで行われた裁判は、日本兵捕虜
の中で、細菌兵器の準備と使用に関わった12名に対する細菌戦裁判とし
て行われた。731部隊の本部・支部の責任ある立場にあった者として、
川島清、柄沢十三夫、西俊英、尾上正男等が裁かれ、証人尋問では12名
が証言した。

細菌戦に関する多くの事実が明らかにされた公判記録は、翌1950年
に日本語版も出版された。このハバロフスク裁判で明らかになった細菌戦
の事実を基に、国会質問が行われた。

1950年3月1日衆議院外務委員会で、聴濤議員が細菌戦の事実につ
いて問いただしたのに対し被上告人国（政府）は、「日本人の戦争犯罪人
に対する裁判は、ポツダム宣言の受諾により連合国によって行われるから、
政府は戦争犯罪人の問題に関与すべきではない。政府は調査する権能も持
たず、また調査する必要もない。」（殖田俊吉法務総裁。甲37）等と答
弁した。

- 4 次に七三一部隊が注目されたのは、朝鮮戦争におけるアメリカ軍による細菌戦実施との関係である。1952年3月20日と4月2日の両日にわたり、衆議院の外務委員会で林百郎委員によって質問が行われた(対応したのは吉橋政府委員)。

その際林議員は、七三一部隊と一 部隊(長春にあった関東軍軍馬防疫廠をさす)の活動の一端を紹介した後、朝鮮戦争でアメリカ軍によって細菌戦が実施されているとの報道などがあること、さらに七三一幹部であった、石井四郎、北野正次、若松有次郎がこの件に関与していると、朝鮮民主主義共和国の朴憲永外相が声明の中で述べているとした。そして、これら三人に対するソ連政府の引き渡し要求(戦犯としての)を日本政府が拒んでいることに言及した上で、日本政府が戦争犯罪・戦犯を追及するという観点からこれら三人に対してどのような対応を取っているかを問題とした。

1952年3月20日と4月2日の両日にわたり、衆議院の外務委員会で林百郎委員によって質問が行われた(対応したのは吉橋政府委員)。

その際、林議員は、七三一部隊と一 部隊(長春にあった関東軍軍馬防疫廠をさす)の活動の一端を紹介した後、朝鮮戦争でアメリカ軍によって細菌戦が実施されているとの報道などがあること、さらに七三一幹部であった、石井四郎、北野正次、若松有次郎がこの件に関与していると、朝鮮民主主義共和国の朴憲永外相が声明の中で述べているとした。そして、これら三人に対するソ連政府の引き渡し要求(戦犯としての)を日本政府が拒んでいることに言及した上で、日本政府が戦争犯罪・戦犯を追及するという観点からこれら三人に対してどのような対応を取っているかを問題とした。

七三一部隊の活動と細菌戦

林議員は、七三一部隊の活動と細菌戦に関して、次のように質問して、政府に質問正した。

「私はこの前岡崎国務大臣に質問いたしました、今朝鮮の戦線で問題になつております細菌戦の問題につきまして、日本人がこれに関興してい

るといふことが国際的に報道されておりますので、この点について政府から明確な答弁を求めたいと思ふのであります。大体細菌戦につきましては旧日本の関東軍が元祖であつて、これが昭和十年、十一年に天皇の秘密軍令のもとにハルビン付近で第七三一部隊、部隊長は石井四郎中将、それから第一〇〇部隊、これは新京附近であります、部隊長は若松、後に少将になつた人であります。そして第七三一部隊の方では人間に、第一〇〇部隊の方では家畜に対する攻撃を準備しておつて、しかもこの実験のために毎年六百人が犠牲にされた、五年間に大体三千人の生体実験が行われたといふことは、これはソ連の細菌戦に対する公判の過程並びに日本の雑誌においてすら、すでに公知の事実として発表されているところでありませう。しかもこの日本の関東軍のつくりました細菌戦の細菌は、昭和十五年には上海の南方にこれが散布されまして、井戸や野菜、家畜、植物を細菌で汚染させて、病気が流行した。さらに昭和十七年にソ満国境のデルブル川に細菌を流して、それが本流のソ連領のアルグン川に流れ込んだといふことが、やはり同公判で明確にされておるのであります。そうしてこのペスト菌、コレラ菌は陶器でつくつた爆弾に入れて、この陶器の爆弾が発射されといふことが明らかになつているのであります。これは旧関東軍の当時の実験であります、最近朝鮮で行われました細菌戦によりますと、これが、はえ、蚊、のみ、だに、あるいはくもなどに、ペスト、コレラ菌がつけられたまま砲弾の中に入れて発射されている。二月二十七日の朝鮮の新聞並びに中国人民日報の特派員の現地報告によりますと、筒が二つに割れて、中からはえや、のみや、くもや、ちようちようなどの昆虫が出て来た、これらの中に明らかにペスト菌、コレラ菌があるために、至急火焰放射器でこれを焼き払ふ処置をとつたといふ記事が出て、目下国際連合でも問題になつているのであります。」

このように 1952 年の 4 月 2 日という段階で、朝鮮戦争における米軍の細菌戦実施との関連において、七三一部隊の活動の内容、そしてその一部として、上海南方方面などにおける細菌戦実施についてまで、国会において指摘がなされていたのである。

公職追放者に対する対応

吉橋政府委員は、公職追放者に対する対応に関する答弁の中で三人の所在を正確に把握していることを確認している。石井に関しては以下の通りである。

「・・・石井四郎元陸軍中將は昭和十七年七月以降関東軍防疫部長として勤務しておりましたが、終戦後昭和二十年十二月一日復員いたしまして、爾来東京都新宿区若松町七十七番地に居住いたしておりまして、同地において同人は、博愛病院という医院を開業しており、また同人の妻は同じく同所で旅館若松荘というのを経営いたしておりましたが、その後いずれも業務不振のため、昨年両者ともこの営業を廃業いたしまして現在石井本人は医学に関する執筆をいたしておりまして、特異の動向はありません。なお本人は本年三月二十四日付で公職追放を解除せられておりますし、戦犯の指定を受けたことはありません。」

次に一時石井に代わって七三一部隊長を勤めた北野政次に関して以下のように述べている。

「北野正次(ママ)元陸軍中將は、昭和十六年十月以降関東軍防疫給水部に所属しておりましたが、終戦後昭和二十一年三月三十一日に復員いたしまして、爾来東京都世田谷区代田一の六五二の五に居住いたしておりまして、今日に至っております。その間豊島区駒込六丁目八百二十二番地所在の中村滝という製薬会社の公衆衛生研究所に勤務いたしておりまして、現在も引き続き研究に従事しております。なお同人は本年二月二十五日付で公職追放解除になっておりまして、また戦犯の指定は受けておりません。」

最後に若松有次郎については以下のとおりである。

「若松有次郎元陸軍獣医少將は、昭和十七年七月以降関東軍軍馬防疫廠長として勤務しておりましたが、終戦後昭和二十五年十二月三十日復員いたしまして、静岡県庵原郡袖師町横須那二千二百十八番地に居住いたしておりまして、爾来居住地袖師町にあります東亜燃料工場というもののなかで日本医薬会社工場長として製薬に従事してお

ります。なお本人は本年三月十九日付で公職追放解除になりました。
なお本人も戦犯の指定は受けていないのであります。」

以上のとおり、七三一部隊と軍馬防疫廠幹部という、日本の細菌戦の中枢を担った人物に関して、日本政府は特別審査局の監視下におき、その国会は、この時点で細菌戦の事実を知り、被害者に対する救済義務が発生することを知り得たのである。仮に、政府の答弁に従って、占領下において政府が、戦争犯罪について「調査する権能をもたない」としても、国会が何らかの立法措置をとりうる余地は存在したし、仮に国会においても占領下であることの制約が存在したとしても、1952年のサンフランシスコ平和条約の発効によって、その制約はまったくなくなったのである。

- 5 1982年4月6日、榊議員は衆議院内閣委員会において、恩給問題に関連して七三一部隊を取り上げた。これに対する森山説明員の答弁により、政府が所持する原資料によって七三一部隊の規模などが確認された。それを以下にあげる。

「関東軍防疫給水部、・・・でございますが、この部隊の復員者・・・のうちで恩給公務員の数、・・・と申しましても普通恩給の年限の資格があるかどうか分かりませんが、一応身分的に恩給公務員となるという人の数を申し上げます。

私どもで保管しております留守名簿という名簿がございますが、これは昭和二十年一月一日現在で外地にあった部隊の所属者の名簿でございます。これは終戦後も残務整理で復員の記録などを書き込んだものでございます。これによりますと、将校が百三十三名、准士官、下士官、兵これが千五百五十二名、それから文官と申しますが、これは技師とか技手それから属官でございますが、これが二百六十五名、合計千五百五十名です。それから恩給公務員でない人、つまり雇傭人が主体でございますが、この方々が二千九名。以上でございます。」

1982年4月9日の衆議院大蔵委員会でも取り上げられている。榊議員は衆議院大蔵委員会で1945年8月15日付陸軍省軍事課「特殊研究處理要領」に基づいて、陸軍が七三一部隊の隠蔽を図っていたことを示し

た。以下がその資料の当該箇所である。

「『一、方針 敵に証拠ヲ得ラルルノコトヲ不利トスル特殊研究八全テ証拠ヲ陰滅スル如ク至急處置ス』という、その中の 2 のところに『関東軍、七三一部隊及一 部隊ノ件 関東軍藤井参謀ニ電話ニテ連絡處置ス』というふうに記されているわけです」

このように述べた後で、榊議員は七三一の問題が国際的に大きな反響を呼んでいること、そして明らかに非人道的な戦争犯罪であることにかんがみ、歴史の事実を明らかにするため資料調査を行うべきだと追求した。

これに対して当時の鈴木首相は、「政府としては、こういう問題を隠蔽しようなどという考え方は毛頭ございません。何分古い、そして終戦のあ
あいう混乱の中でございますから、どの程度の資料が集められますか、や
らしてみたい、こう思っております。」と答弁している。

ここで何より重要なことは、内閣総理大臣自らが、「こういう問題の隠蔽を仕様などという考え方は毛頭ございません。」と答え、その上で資料の収集について、問題はあっても、「やらしてみたい、こう思っております」と回答したことである。

- 6 さらに、1993年からの井本日誌の発見とその内容の公表、及びこれと時期的に前後する細菌戦部隊の旧部隊員や中国人被害者らの体験供述などや1994年及び95年のいくつかの教科書の中で細菌兵器の実戦使用が明らかになった。

その後1997年8月の家永教科書裁判における最高裁判決において、細菌戦の事実について国会でもより明確に認識されることになった。

すなわち、最高裁平成9年8月29日判決（判例時報1623号49頁）は、「七三一部隊に関しては、本件検定当時既に多数の文献、資料が公刊され、中には昭和四三年に刊行された上告人の著作もあり、必ずしもすべてが本件検定の直前に公刊されたわけではないことが明らかである。そして、原審が、本件検定当時、七三一部隊の存在等を否定する見解があったことを認定していないことに照らせば、本件検定当時、これを否定する学説は存在しなかったか、少なくとも一般には知られていなかったもの

とみられる。そうすると、本件検定当時において、七三一部隊の実態を明らかにした公刊物の中には、作家やジャーナリストといった専門の歴史研究者以外のものが多く含まれており、また、七三一部隊の全容が必ずしも解明されていたとはいえない面があるにしても、関東軍の中に細菌戦を行うことを目的とした「七三一部隊」と称する軍隊が存在し、生体実験をして多数の中国人等を殺害したとの大筋は、既に本件検定当時の学界において否定するものはないほどに定説化していたものというべきであり、これに本件検定時までには終戦から既に三八年も経過していることをも併せ考えれば、文部大臣が、七三一部隊に関する事柄を教科書に記述することは時期尚早として、原稿記述を全部削除する必要がある旨の修正意見を付したことには、その判断の過程に、検定当時の学説状況の認識及び旧検定基準に違反するとの評価に看過し難い過誤があり、裁量権の範囲を逸脱した違法があるというべきである。」(同59頁)と判示して、関東軍の中に細菌戦を行うことを目的とした「七三一部隊」と称する軍隊が存在し、生体実験をして多数の中国人等を殺害したとの大筋は、既に本件検定当時の学界において否定するものはないほどに定説化していたと認定し、「七三一部隊」に関する修正意見を違法とした。これは大々的に報道され、国会においてもより明確に認識された。

1995年6月9日、国会は「戦後50年国会決議」を採択した。この決議は、「世界の近代史上における数々の植民地支配や侵略的行為に思いをいたし、わが国が過去におこなったこうした行為や他国民とくにアジアの諸国民に与えた苦痛を認識し、深い反省の念を表明する」と述べている。

また同年8月15日、「戦後50周年の終戦記念日にあたって」の村山総理大臣の談話が発表され、この中で村山首相は、「わが国は、遠くない過去の一時期、国策を誤り、戦争への道を歩んで国民を存亡の危機に陥れ、植民地支配と侵略によって、多くの国、とりわけアジア諸国の人々に対して多大の損害と苦痛を与えました」「疑うべくもないこの歴史の事実を謙虚に受け止め、ここにあらためて痛切な反省の意を表し、心からのお詫びの気持ちを表明いたします。また、この歴史がもたらした内外すべての犠牲者に深い哀悼の念を捧げます」と述べ、「現在取り組んでいる戦後処理

問題についても、わが国とこれらの国との信頼関係を一層強化するため、私は、ひき続き誠実に対応してまいります」と述べている。

この国会決議及び村山談話によって「戦後処理問題への誠実な対応」の一環としての細菌戦被害者に対する救済は、国会においても明確に認識されたはずであると考えられる。

- 7 以上の経過によって、遅くとも上記最高裁判決から2年を経過した1999年8月には合理的期間も経過していたといえるから、立法不作為が国家賠償法上も違法となったといえる。

第5 結論

以上のとおりであるから、被上告人の立法不作為による損害賠償請求を否定した原判決は、憲法前文、9条、13条、17条、憲法9条、13条、14条、17条、29条1項、3項、98条2項、99条に違反する。

第6点 原判決には、細菌戦隠蔽行為による損害賠償請求権の有無の判断について、理由の不備がある（民事訴訟法312条2項6号）ので、原判決は破棄されなければならない。

- 1 原判決の20頁から21頁は、細菌戦隠蔽行為による損害賠償請求権の有無の判断について、第1審判決の43頁6行目から44頁21行目を引用する。
- 2 しかしながら、控訴審における控訴人第7準備書面400頁から403頁において、上告人らは、隠蔽という作為によって、上告人らが、細菌戦被害により生死をさまよった過去の悪夢に現在も悩まされる等の重大な精神的損害を受けている。細菌戦の被害者が周りの人々から災厄の原因とみなされ怨まれることにより、現在も名誉を侵害され深い精神的損害を受けている。現在も細菌戦によるペスト菌によって、再度のペスト流行の恐怖の中で暮らさざるをえない精神的損害を受けているという不法行為が成立している点についても主張しているが、第一審判決の43頁6行目から44頁21行目は、この主張については一切の判断をしていない。
- 3 上告人らの上記「ないし」の精神的損害の発生は、第一に、細菌戦行為によって発生している。この精神的損害は、細菌戦の被害の甚大さ、広範さ、残虐性、非人道性、国際法に対する明白な違反性など、その特質と、損害の継続的発生を放置し、更には、積極的に隠蔽をしていることを考えれば、細菌戦実施から現在に至る隠蔽行為は、現在まで継続した一連の不法行為と、評価できることである。

したがって、現在の不法行為でもあるのだから、国家無答責論や除斥期間論などは、その是非自体が問題であるにしても、そもそも全く適用の余地がないといえるのである。

第二に、被上告人は、現在におけるこのような精神的損害の発生を認識しており、少なくとも認識しうるのにもかかわらず、細菌戦の事実を隠蔽している。これらの精神的損害の新たな発生をくい止め、かつ、既に発生

した精神的損害を取り除くためには、被上告人が自ら積極的に細菌戦の真相を明らかにし、被害に対する賠償を行い、現在に続く再流行の危険を除去し、責任者を処罰するなどを行うことが必須である。しかし、被上告人が、このような行為を行わず、逆に細菌戦の事実を隠蔽するということは、現在日々精神的損害が発生している状況を積極的に利用して、上告人らに精神的損害を与えようとしていると認識せざるを得ない。

このような不法行為によって、被上告人は、上告人の精神的損害を、さらに、現在も日々発生させ、かつ、倍加させているのである。

- 4 このように、細菌戦による被害は、現在においてもその被害が継続し、日々新たに精神的損害が発生していること、そして、被上告人国による、細菌戦の事実隠蔽によって、上告人らの精神的損害が、現在も日々発生し、倍加されていることを、被上告人国は直視しなくてはならない。

これらの精神的損害は、具体的損害であり、生命・身体・名誉に対する損害として典型的に精神的な損害が発生させているケースである(「身体や名誉などの侵害には、精神的損害が伴うのが普通である。」我妻栄・有泉亨著、水本浩補訂、『新版民法2』66ページ、一粒社)。

この具体的かつ典型的な精神的損害を、被上告人が、隠蔽行為を行うことにより、現在も、日々発生させ、かつ、倍加させているのであるから、被上告人の隠蔽行為は、第一に、細菌戦実施から現在に至る隠蔽行為であり、現在まで継続した一連の不法行為として、第二に、隠蔽行為それ自体として、国家賠償法上の違法な行為であることは、火を見るより明らかである。

- 5 従って、このような重大な主張についての、判断・理由を欠いており、いかなる論理過程で、主文の結論に達したか不明であるから、理由不備があることは明らかである(民事訴訟法312条2項6号)。

最高裁判所の自判のために――請求権問題、時効・除斥問題について

1 以上のとおり、被上告人の責任原因に関する原判決は、憲法に違反しているので取消しを免れない。そうすると、原判決では、「被控訴人が主張する日華平和条約及び日中共同声明による戦争賠償の請求権の放棄、民法724条後段に基づく除斥期間の経過等の論点について判断するまでもなく」本件請求を棄却しているため、控訴審に差し戻しをすることになる。しかし、被害者である上告人らは、高齢のため早急な救済が必要である。

そこで、最高裁判所の自判のために、「日華平和条約及び日中共同声明による戦争賠償の請求権の放棄」及び「民法724条後段に基づく除斥期間の経過」の論点につき、上告人らの主張を述べる。

2 戦争賠償の請求権問題、「日中共同声明等による解決」論

(1) 一審判決の判断

一審判決は、日中共同声明等が上告人らの請求にいかなる法的影響を及ぼすかという点について、「被告には本件細菌戦に関しヘーグ陸戦条約3条の規定を内容とする国際慣習法による国家責任が生じていた」ことを認めたとうえで、本件細菌戦に係る被上告人の国家責任は、日中共同声明で「中日両国国民の友好のために、日本国に対する戦争賠償の請求を放棄することを宣言」したこと、日中平和友好条約により「(日中)共同声明に示された諸原則が厳格に遵守されるべきことを確認」したことによって、「国際法上はこれをもって被告の国家責任については決着したものとわざるを得ない」と判示している。

(2) 被上告人国の控訴審での追加主張

被上告人国は、控訴審において、「日華平和条約11条及びサンフランシスコ平和条約14条(b)により、中国国民の日本国及びその国民に対する請求権は、国によって放棄されている。日中共同声明5項にいう『戦争賠償の請求』は、中国国民の日本国及びその国民に対する請求権も含むものとして、中華人民共和国政府がその『放棄』を宣言したものである」(被上告人控訴審第1準備書面124頁)と新たに主張を追

加した。

(3) 上告人らの主張の骨子

しかしながら、日中共同声明では、国民個人の損害賠償請求権まで放棄したとは言えない。

第1に、日中共同声明の中で戦争賠償に関して述べている5項は、「中華人民共和国政府は、中日両国国民の友好のために、日本国に対する戦争賠償の請求を放棄することを宣言する。」と規定しており、文言自体からして、中華人民共和国政府の日本国に対する、いわゆる「戦争賠償」の請求を放棄しただけであり、中華人民共和国の国民個人の日本国に対する請求権を放棄したのではない。

これは、日ソ共同声明、日韓請求権協定などの二国間条約等で「国及びその国民」と規定されていることと比較すれば、国民の請求権を意識的に除外したことが明らかであり、中華人民共和国が国民個人の日本国に対する請求権を放棄したのではない。

この日中共同声明の文言は、日中間の国交正常化交渉の不正常な結果の産物である。

1949年に中華人民共和国が成立し、国民党政権が台湾だけしか実行支配していないにもかかわらず、日本は国民党政権との間で、1952年に日華条約を締結し、国民党政権を中国の唯一の正当政府として外交関係を続けていた。

日中共同声明で、日本政府は、前文で「日本側は、中華人民共和国政府が提起した「復交三原則」を十分理解する立場に立って国交正常化の実現をはかるという見解を再確認する。」とし、2項で、「日本国政府は、中華人民共和国が中国の唯一の合法政府であることを承認する。」と約束しながら、日華条約有効説を採り続けることは国際法上許されない姿勢を続けている。

また日中共同声明の文言からは、国家の戦争賠償の請求権（請求の権利）すら放棄していないと解されるのである。日本側は請求権の「権」を抜いたことについて日華条約で請求権はすでに放棄されているので二度放棄できないためであるなどと説明するが、実際の国交正常化交渉の

過程とは正反対の説明であり合理的な説明にはなっていない。

第2に、被上告人国は、そもそも日華条約と同条約で準用するサンフランシスコ条約の相当規定において個人の賠償請求権は放棄されたことになることを主張するが、上告人らは中国大陸の住民であるので、サンフランシスコ条約及び日華条約の締結の際、中国大陸を実行支配をしていたのは中華人民共和国政府であり、中華民国政府ではない。その他、サンフランシスコ条約及び日華条約において、上告人らの賠償請求権を放棄したという議論は、無益な為にする議論といわざるをえない。

第3に、戦争被害の実態に応じた賠償は全くなされていない。

第4に、そもそも国家は、国民個人の外国政府に対する損害賠償請求権を自国政府の代償措置なしに、放棄することはできない。しかし、日中共同声明に際し、中国政府が被害国民に補償措置をとった事実はない。したがって、中国政府は被害国民の請求権を放棄することを想定していないといわねばならない。

第5に、上告人らの被害は、ジュネーブ・ガス議定書で明示的に使用が禁止された細菌兵器の実戦使用という国際法違反の悪質な戦争犯罪によって引き起こされたものであり、ジュネーブ第4条条約の「非人道的待遇（生物学的実験を含む）等の重大違反行為の賠償請求の免責禁止」条項により、政府が国民の権利を放棄することはできない。

第6に、日韓請求権協定第2条【財産・請求権 問題の解決】で、「両締結国及びその国民の間の請求権に関する問題が、完全かつ最終的に解決されたことになることを確認する。」と規定し、「国民の請求権」を含めて規定しているが、この場合でも、日本政府は、個人の請求権を放棄したものではなく、外交保護権を放棄したにすぎないと国会答弁しているとおり、日本が当事者となった国家間の合意で、日本人の外国等に対する請求権の場合と外国人の日本国に対する請求権のいずれも、国民個人の請求権放棄ではなく、外交保護権の放棄にとどまるという見解を表明している。

第7に、中国の政府高官は、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れず、国民個人の権利であることを

表明しており、日中共同声明の当事者である中国政府が個人の賠償請求を日中共同声明で放棄したと理解しているとは到底考えられない。

第8に、最近の裁判例を検討して、いかなる意味でも、日中共同声明等で個人の賠償請求を放棄したと解する余地がないことを確認する。

(4) 日中共同声明の文言から、個人の賠償請求権を放棄していないこと

日中共同声明5項の文言は、前述したとおりであるが、日本国と各国との平和友好条約等では、国家と国民の請求権を分けて規定している。

ア 1949年のサンフランシスコ平和条約14条(b)は、「連合国は、連合国すべての賠償請求権、戦争の遂行中に日本国及びその国民がとった行動から生じた連合国及びその国民の他の請求権並びに占領の直接軍事経費に関する連合国の請求権を放棄する。」と国家と国民の請求権を分けて規定している。

これと明らかに異なり、日中共同声明第5項には、中国国民の請求権を放棄することは明記されていないし、中華人民共和国政府が放棄するとしたのは国家の「戦争賠償の請求」のみである。

イ 1956年10月19日にソヴィエトと日本国間で締結された

《日本国とソヴィエト社会主義共和国連邦との共同宣言》の中にも、既に国家賠償と民間賠償を区別した先例がある。(甲504菅建強「鑑定書」37頁以下参照)

この宣言の第六条に、「ソヴィエト社会主義共和国連邦は、日本国に対し一切の賠償請求権を放棄する。日本国及びソヴィエト社会主義共和国連邦は、1945年8月9日以来の戦争の結果として生じたそれぞれの国、その団体及び国民のそれぞれ他方の国、その団体及び国民に対するすべての請求権を、相互に放棄する。」と規定している。

このほかに、日本国とアジア国家の締結した平和条約あるいは協定でも、更にこの問題を説明することができる。

ウ ビルマはサン・フランシスコ講和会議に参加しなかったが、日本国とビルマ連邦は単独で平和条約を締結し、1954年(昭和29年)11月5日、日本・ビルマ両国は「日本国とビルマ連邦との間の平和条約」及び「日本国とビルマ連邦との間の賠償及び経済協力に関する

協定」に調印した。日本国は、ビルマ連邦に対し、賠償と借款をすることとなった。日本・ビルマ平和条約第五条第二項に、「ビルマ連邦は、この条約に別段の定がある場合を除くほか、戦争の遂行中に日本国及びその国民が執った行動から生じたビルマ連邦及びその国民のすべての請求権を放棄する。」と規定されている。

エ 1958年1月20日、ジャカルタで平和賠償条約、即ち《日本国とインドネシア共和国との間の平和条約》が調印された。その第四条第二項に、「インドネシア共和国は、前項に別段の定がある場合を除くほか、インドネシア共和国のすべての賠償請求権並びに戦争の遂行中に日本国及びその国民が執った行動から生じたインドネシア共和国及びその国民のすべての他の請求権を放棄する。」と規定されている。

オ 1965年6月22日、日韓両国政府は《日本国と大韓民国との間の基本関係に関する条約》及び4つの協定に調印した。《財産及び請求権に関する問題の解決並びに経済協力に関する日本国と大韓民国との間の協定》の第一条第一項に、「日本国は、大韓民国に対し、三億合衆国ドルを無償供与し、二億合衆国ドルを政府へ長期低利で借款するものとする。」

第二条第一項に、「両締約国は、両締約国及びその国民の財産、権利及び利益並びに両締約国及びその国民の間の請求権に関する問題が、完全且つ最終的に解決されたこととなることを確認する。」と規定されている。

カ 《日本とシンガポール共和国との間の1967年9月21日の協定》は、事実上、日本国のシンガポール国家及び国民に対する無償供与に関する協定であり、“「血債」協定”との名称がある。この協定の第一条第一項に、「日本国は、二十九億四千万三千円の価値を有する日本国の生産物及び日本人の役務をシンガポール共和国に無償で供与するものとする。」第二条に、「シンガポール共和国は、第二次世界大戦の存在から生ずる問題が完全かつ最終的に解決されたことを確認し、かつ、同国及びその国民がこの問題に関していかなる請求をも日本国に対して提起しないことを約束する。」と規定されている。

キ 《日本とマレーシアとの間の1967年9月21日の協定》も、事実上“「血債」協定”である。この協定の第一条第一項に、「日本国は、二十九億四千万三千円の価値を有する日本国の生産物及び日本人の役務をマレーシアに無償で供与するものとする。」第二条に、「マレーシア政府は、両国間に存在する良好な関係に影響を及ぼす第二次世界大戦の間の不幸な事件から生ずるすべての問題がここに完全かつ最終的に解決されたことに同意する。」と規定されている。

ク 1951年のサン・フランシスコ講和条約会議以後、日本とタイとの国交が回復し、1955年7月9日、バンコクで、《特別円問題の解決に関する日本国とタイとの間の協定》が調印された。この協定の第一条第一項に、「日本国は、五十四億円に相当するスターリング・ポンドを、五年に分割してタイに支払うものとする。」第二条に、「日本国は、九十六億円を限度額とする投資及びクレジットの形式で、日本国の資本財及び日本人の役務をタイに供給することに同意する。」第三条に、「タイ政府は、次の請求権を含む「特別円問題」に関する日本国の政府及び国民に対するすべての請求権を、タイ政府及び国民に代って、放棄する。」と規定されている。

ケ ミクロネシアのパラオ共和国は、第二次世界大戦後、国際連合憲章および信託統治協定により米国の施政下に置かれていた。

1969年4月18日、《サン・フランシスコ平和条約》第十四条(a)を基礎とし、日米間で《太平洋諸島信託統治地域に関する日本国とアメリカ合衆国との間の協定》(アメリカとミクロネシア協定)が締結された。この協定の前文に述べられているように、太平洋地域の住人が第二次世界大戦中、日米間の敵対行為によってこうむった苦痛に対し同情の念を表明しつつ、日本国及びその国民に関する請求権、施政当局及び住民の財産・請求権の処理の問題についての両国間の特別取り決めの最終的解決を確認することにつき合意に達した。

日本国は施政者であるアメリカ合衆国に対し、三年間、五百万米ドル(日本円十八億円)相当額の生産物及び日本人の役務を無償で供与し、アメリカ政府もこの地域の住民のために、五百万米ドルを拠出す

る。第三条に、請求権問題に関しては、既に完全にかつ最終的に解決されたことに双方同意することを調印する、と規定されている。

コ 第二次世界大戦で中立国であったスイス、デンマーク、スウェーデン、スペインなどの国は、大戦中、日本軍が南方地域及び中国で、上記の国民の人的・物質的損害に対して、国際法の原則に基づき賠償請求する権利を有する。

日本とスイスの間では、1955年1月に協定が調印され、日本はスイスに対し、1350万スイスフラン（約11億日本円）を支払った。スペインとの間では、1957年1月、公文書が交換され、日本はスペインに対し、550万米ドル（約20億日本円）を支払った。

スウェーデンとの間では、1958年5月に協定が調印され、725万クローネ（約5億日本円）を支払った。

デンマークとの間では、1955年9月及び1959年5月に協定が調印され、日本は30万英ポンド（約三億日本円）と117万5千米ドル（約4億2300万日本円）を支払った。

サ 日本とスイスの協定の第三条第二項に、「スイス連邦政府は、第一条に掲げる金額が日本側から支払われた際、即、この条及び第二条に掲げる政府の一切の要求を放棄し、スイス国民は、この問題に関して、いかなる請求をも日本政府に対して提起しないことを約束する。」と規定されている。

シ 日本とスペインの協定の第三項に、「第一項に規定する金額の支払い後、日本国政府は、この条項に述べる損害及び苦痛に関する一切の賠償請求の責任を、完全かつ最終的に免除される。」と規定されている。

ス 日本とスウェーデン政府間の協定の第四条に、「スウェーデン政府は、第一条に掲げる金額をひとたび日本政府が支払った場合、この条項に述べる一切の請求権は、完全かつ最終的な解決を得たと見なすことを承諾する。スウェーデン政府は、日本政府がこの条項に掲げる金額の支払い後、前述の請求以外のいかなる賠償・支払いも請求しないことを保証することを併せて約束する。」と規定している。

セ 日本とデンマークの協定の第三条に、「第一条に掲げる金額をひとたび支払った場合、第二次世界大戦（1937年7月7日のシナ事変の発端を含む）期間、日本国の政府機関がデンマークの政府機関及び国民と法人に与えた損害及び苦痛に対する、一切の相関する損害賠償請求の責任に関して、完全かつ最終的な免除を得る。」と規定している。

以上をまとめると、1972年に日中間で《日中共同声明》が締結される以前に、多くの国際外交法の実践により、既に十分、国際習慣法上での国家と国民の戦争賠償請求権に関する明確な区別が存在していたことが説明できる。

日中両国の指導者が《日中共同声明》に署名した際、日本とアジアの被害国が結んだ協定について、収集し研究し対比しなかったと考えることは不可能である。

日本とアジア被害国国家が調印した協定の中に、国家と国民二種類の損害賠償の権利がある、との明らかな前提の下で、《日中共同声明》の中では、中国政府は日本国に対する戦争賠償の請求を放棄するとの条文を使用したのであり、その意図は明らかである。よって、共同声明の中で放棄したのは、中国の国家の請求のみである。

(5) 日中国交正常化交渉における賠償請求権問題

ア 日中国交正常化と日中共同声明締結の背景

米国政府は、1971年7月にキッシンジャー大統領特別補佐官を秘密裡に中国に派遣した。キッシンジャーは周恩来首相と会談し（7月9～11日）、15日にニクソン大統領が翌年5月までに北京を訪問すると発表した。

同年10月25日には、国連総会で、中華人民共和国の代表権を認め、台湾の中華民国政府（国民政府）を追放するという第2758号（アルバニア案）が圧倒的多数で可決された（賛成76、反対35、棄権17）。

中国の国連加盟問題は、1949年の中華人民共和国の成立とともに起こり、翌1950年にはソ連が安保理に提出したが否決され、同

年インドが国連総会に提出した決議案も否決された。中華人民共和国の加盟に反対したアメリカは、アジア・アフリカの新興国の国連加盟が急増すると、1961年に中国の加盟問題を重要事項（可決には3分の2以上の賛成が必要）にすることを提案して可決された。

1971年のキッシンジャーの訪中以後、アメリカは従来の政策を転換し、中華人民共和国の国連加盟は支持するが、台湾の中華民国政府の追放には反対するとの方針をとり、同年9月に中華民国政府の追放を重要事項とする逆重要事項指定決議案と、中華人民共和国と中華民国政府の二重代表制案を国連に提出し、日本も共同提案国となった。

しかし、10月に開かれた国連総会では、逆重要事項指定決議案は否決され（賛成55、反対59、棄権15）、中華人民共和国の代表権を認め、中華民国政府を追放するというアルバニア案が可決された。

1972年2月21日、ニクソン大統領は、アメリカの大統領としては初めて中国を訪問し、2月27日に共同声明が発表された。米中共同声明で、アメリカは平和五原則を承認し、これによって長い間敵視してきた中華人民共和国を事実上承認した。

ニクソン訪中後、社会党、民社党、公明党各政党は代表団を中国に派遣し、日中国交正常化に関する原則を協議した。1972年4月13日、民社党訪中代表団と中日友好協会代表団とが共同声明を出し、次に挙げる復交三原則を発表した。

世界には一つの中国しかなく、それは中華人民共和国である。中華人民共和国は中国人民を代表する唯一の合法政府である。「二つの中国」、「一つの中国、一つの台湾」、「一つの中国、二つの政府」など荒唐無稽な主張に断固反対する。

台湾は中華人民共和国の領土の不可分の一部であり、しかもすでに中国に返還されたものである。台湾問題は、純然たる中国の内政問題であり、外国の干渉を許さない。「台湾地位未定」論と「台湾独立」を画策する陰謀に断固反対する。

『日華条約』は不法であり、無効であって、破棄されなければならない。

イ 『日中共同声明』と復交三原則に関する問題

1972年9月25日、日本国首相・田中角栄が政府代表団を率いて訪中した。同年9月29日、中国政府を代表した中国首相・周恩来と中国外務部長・姬鵬飛並びに日本政府を代表した首相・田中角栄及び外務大臣・大平正芳が署名したことにより、ここに日中両国の共同声明が発表されたのである。

日中国交が樹立されたのに伴い、日本と台湾との政府当局間の関係はすべてその法律的效果を失い、民間でのみ台湾との関係が保持されたのである。

『日中共同声明』では、次のように言及している。

「日本側は、中華人民共和国政府が提起した「復交三原則」を十分理解する立場に立って国交正常化の実現をはかるという見解を再確認する。中国側は、これを歓迎するものである。」（前文）

この記載は、日本政府は中国政府が提出した復交三原則が日中国交正常化の前提条件であることを十分に理解し、日本国が十分な理解に基づいて中国政府との共同声明を発表したと、言い換えることができる（甲504菅建強「鑑定書」24頁以下参照）。

よって、この声明の発表によって、日本政府が中国政府と同じ立場に立つこと、即ち、『日華平和条約』は無効な条約であるとする立場に立つことを承認したといえる。

『日中共同声明』のみならず、その後発表された『日中平和友好条約』においても、「前記の共同声明が両国間の平和友好関係の基礎となるものであること及び前記の共同声明に示された諸原則が厳格に遵守されるべきこと」を重ねて確認している。

『復交三原則』の第一原則は、「中華人民共和国政府が中国の唯一の合法政府であることを承認する」（『日中共同声明』二項）ことである。

『復交三原則』の第二原則は、「台湾は中華人民共和国の領土の不可分の一部であり、しかもすでに中国に返還されたものである。台湾問題は、純然たる中国の内政問題であり、外国の干渉を許さない」

(『復交三原則』第二項) ことである。この問題に関しては、『日中共同声明』三項の形式により問題の解決が図られているのだが、即ち、「中華人民共和国政府は、台湾が中華人民共和国の領土の不可分の一部であることを重ねて表明する。日本国政府は、この中華人民共和国政府の立場を十分理解し、尊重し、ポツダム宣言第八項に基づく立場を堅持する」のである。『ポツダム宣言』第八項には「カイロ」宣言ノ条項八履行セラルベクとあり、『カイロ宣言』では、次のように規定されている。

「同盟国の目的は、...中略...並びに満洲、台湾及び澎湖島のような日本国が清国人から盗取したすべての地域を中華民国に返還することにある。」

『カイロ宣言』でいう“中華民国”は実際の国土としての中国大陸を意味しており、それ故に、中華人民共和国政府は台湾島が中国の領土であると主張するのである。『復交三原則』の第三原則は、「『日華条約』は不法であり、無効であって、破棄されなければならない。」と言うものである。

ウ 国交正常化3原則と日華条約の取り扱い

国交正常化3原則の第3項には日華条約は不法であり、破棄しなければならないとなっているが、中国政府は、日本政府の「困難」を考慮した形で、日本側の自発的な処理に任せた(甲505殷燕軍「鑑定書」18頁以下参照)。

1972年9月28日第四回目の首脳会談で田中角栄総理は「台湾は日中国交正常化後は戦争状態に戻るといっているから、日本の総理としては困っている」と言った。周総理は「今回の共同声明につき、中国側で、戦争状態の問題につき、表現を考えたのは、その点に配慮したからである」と双方の妥協を説明した。

つまり、日本側は、日華条約の破棄による効果は十分覚悟しており、「平和条約」破棄なら戦争に等しいことであるのは、十分承知している。また中国側は、日本側の「困難」を配慮し、「不正常的な状態」に換えたのである。

結局、日本側は、言葉的には、日華条約を破棄したのではなく、終了したという言い方で日華条約の無効化をさせたことにより、三原則の第三項の要求に応じたのである。

また三原則の第一項は、共同声明第二項「中華人民共和国政府は中国の唯一の合法政府であることを承認する」と、三原則第二項は、共同声明第三項、中華人民共和国政府は、台湾が中華人民共和国の領土の不可分の一部であることを重ねて表明する。

日本国政府は、この中華人民共和国政府の立場を十分理解し、尊重し、「ポツダム宣言第8項に基づく立場を堅持する」と書き加え、台湾政権と国交を断交することで、中国側の正常化3条件を満たしたのである。

エ 周恩来首相の日華条約に対する態度と請求権に関する中国側提案の趣旨

周恩来首相は、日中国交正常化に向けた田中角栄首相との第2回首脳会談（1972年9月26日）において、「日華条約につき明確にしたい。これは蒋介石の問題である。蔣が賠償を放棄したから、中国はこれを放棄する必要がないという外務省の考え方を聞いて驚いた。蔣は台湾に逃げて行った後で、しかも桑港条約（引用者・サンフランシスコ条約）の後で、日本に賠償放棄を行った。他人の物で、自分の面子を立てることはできない。戦争の損害は大陸が受けたものである。我々は賠償の苦しみを知っている。この苦しみを日本人民になめさせたくない。我々は田中首相が訪中し、国交正常化問題を解決すると言ったので、日中両国人民の友好のために、賠償放棄を考えた。しかし、蒋介石が放棄したから、もういいのだという考え方は我々には受け入れられない。これは我々に対する侮辱である。田中・大平両首脳の考え方を尊重するが日本外務省（引用者・高島条約局長）の発言は両首脳の考えに背くものではないか。」（甲540『日中国交正常化・日中平和友好条約締結交渉』の56頁）と述べ、日華条約で賠償を放棄しているから二度放棄する必要がないという外務省高島条約局長の発言を批判し、日中共同声明5項に結実される戦争賠償放棄の提案の趣

旨を説明している。

これに対し、田中角栄首相は、「大筋において周総理の話はよく理解できる。日本側においては、国交正常化にあたり、現実問題として処理しなければならない問題が沢山ある。しかし、訪中の目的は国交正常化を実現し、新しい友好のスタートを切ることである。」「賠償放棄についての発言を大変ありがたく拝聴した。これに感謝する。中国側の立場は恩讐を超えてであることに感銘を覚えた。」（甲540の58頁）と応じ、日本政府として日華条約を実質的に無効にすることを約束した。

なお、そこで想定された賠償の内容は、戦闘行為に伴い中国国家が支出した戦費や、通常の戦闘行為に伴う中国国家が被った物的損害などを念頭に置いたものであり、中国の民間人が被った個別の特別な損害などはもともと含まれていない。

まして、明白な戦争犯罪によって中国民間人が被った損害についてまで、賠償請求を放棄して犯罪行為を宥恕するなどということは、論外のはずであって、それまで放棄の対象に含めるなどという考えは毛頭ないものというほかない。

オ 日中共同声明5項では、請求権という法的権利を放棄していない

中国の戦争賠償請求放棄は法的表現ではなく、その請求「権」は放棄できなかった（甲505殷燕軍「鑑定書」21頁以下参照）。

日中間の公式交渉会談で日本側が、賠償問題はすでに日華条約の段階で解決済みと主張し、「一国に二度の賠償放棄を認められない」と、中国側の賠償請求権放棄を「受け付けない」立場を表明した。共同声明での文言をめぐって、日本側は依然として日華条約が有効性をもつというこれまでの法律論を主張し、中国側からの「二度目」（台湾側が一回目）の賠償請求権の放棄に難色を示した。その結果、「戦争賠償請求の放棄、といった文言は、中国側の強い要求で共同声明に入れられたが、賠償請求権の「権」については、日本側の強い要望により文章から削除させられた（1972年9月30日の大平外相の自民党両院議員会議での発言）。

ところで日本政府案と中国側の声明案とは、賠償条項の内容に違いが見られた。賠償条項について、日本政府案の第7項としながらも、全項に括弧をつけたのである。その括弧について日本の「対中説明」には次のように記している。「賠償の問題に関する第7項は、本来我が方から提案すべき性質の事項ではないので、…日本側提案のような法律的ではない表現であれば、日中双方の基本的立場を害することなく、問題を処理しうると考える」と。それにしたがって日本政府案には、「中華人民共和国政府は、日中両国国民の友好のため、日本国に対して、両国間の戦争に関連したいかなる賠償の請求も行なわないことを宣言する」と書かれていた。ここに二つの問題が浮き彫りされている。

一つは、日本政府は、「解決済み」とする賠償問題についても、「いかなる」賠償の請求ということで戦争賠償問題の「完全」解決を求めようとしたのである。もう一つは、戦争賠償請求権の放棄ではなく、「賠償の請求を行なわないことを宣言する」という形で、中国側の戦争賠償請求権の存在を認めること自体を避けようとした。つまり日本側はそもそも中国側の賠償請求権さえ認めようとしなかったのである。

結局、日中共同声明第五項には「中華人民共和国政府は、日中両国国民の友好のために、日本国に対する戦争賠償の請求を放棄することを宣言する」と書かれた。「戦争賠償請求を放棄する」といった請求権の“権”をとったことにより、それが法的表現ではないことを意味した。そのため日中間においては、戦争処理や賠償問題が法的に解決される文書が存在しているのかも問題になった。

つまり日本側が堅持した通り、この記述は法的表現ではない。「賠償請求は放棄したとはいっても、請求権は放棄していない」。またその権利はまだあることはもちろん、今回は請求しない。その請求の権利を日本側の強い要請で、留保させられたか、中国側がその請求の権利を放棄できなかったか、と解釈するしかないのである。逆にもし「賠償請求を放棄する」と「賠償請求権を放棄する」とは同じことだ

と解釈するならば、なぜ当初「賠償請求」の権をわざわざ日本政府が取らなければならないであろうか、と問わざるを得ないのである。

この経緯は、日本側にとって、“日華条約の整合性”のため、好都合のように見えるが、実際に新しい問題を発生させた。つまり、日本側の認識として「法律的ではない表現」しか賠償問題の言及を認めないという立場により、せっかく合意された共同声明にある戦争処理に関する文言は、いずれも「法律的ではない表現」になることを、日本政府が認めたことを意味するからである。言い換えれば、中国側が日華条約の法的合法性を否定し、日本側が日中共同声明の法的意味を否定する解釈をすることにより、日中間の戦争処理問題は、今日になっても依然として法的には未解決のままにあり、双方の合意ができていない状態なのである。

この問題に関する毎度の政府見解のなかで、必ずといっていいほど、「中国が賠償請求権を放棄した」と断言しているのであるが、それは日本政府が「うっかり」したためかどうか、日本政府が自ら求めた結果として請求の「権」を文書から取ったことを忘れてしまったのである。その結果、中国側がその「権利」を放棄した法的な根拠は、日中共同声明を含め、何処にもないはずである。

(6) 日華条約によっては賠償請求権は放棄されていない

ア 日華条約締結の経緯

中華人民共和国政府と中華民国政府の不参加にもかかわらず、日本は『サン・フランシスコ平和条約』に調印した（甲504菅建強助教授「鑑定書」16頁以下参照）。

日本の国会では野党が、サン・フランシスコ条約の締結に関する審議の過程において、中華人民共和国政府と平和条約を締結すべきだ、との主張をした。それに対し、吉田茂首相は、台湾の国民政府は地方政権の一つに過ぎないと回答していた。

1951年12月、アメリカは再度ダレス国務長官を特使として日本に派遣した。同月8日に挙行された吉田・ダレス会談の結果、日本は24日にダレス特使に渡した“吉田書簡”の中で、アメリカに次の

ように伝えた。「中華民國の国民政府が望むのであれば、日本は『サン・フランシスコ平和条約』の原則に従って、国民政府と日中国交正常化に関する条約を締結し、中国共産党政権とは締結しない。」

日本が唯一恐れたのは、米国上院が『サン・フランシスコ平和条約』を批准しないことであり、それ故にアメリカが支持する中華民國と平和条約を締結する決定を下したのである。

しかし、吉田茂首相は、「二つの中国」政策を採っており、サンフランシスコ平和条約第26条にいう「二国間平和条約」は、国連における中国代表権問題が国際的に解決されるまで延ばしたいと考えていた。中国との平和条約締結は将来の課題として、とりあえず国民党政権との間で、「正常な関係を再開する条約」を結び、その条約の適用範囲を台湾政権が実効支配している地域に限定しようとした。

日本政府は、台湾政権の「中華民國」を全中国の代表政府として承認したのではなく、日華条約はあくまでも中国との全面的関係のワンステップと見て、台湾政権に対する全面承認はしない政策を取っていた。

1952年2月17日、日本国全権委員・河田烈が台北に赴き、1952年2月20日から正式に会談を開始し、4月28日に『日華平和条約』に署名、調印した。この間に行われた公式会談は3回、非公式会談は18回にものぼる。

当初、中華民國は賠償を強硬に要求していたが、それは日本に対して賠償を要求しないと、中国大陸の“国民感情”を抑えることができないと考えたからである。この要求に対し、日本政府は、一度は会談を中止し、代表団を日本に呼び戻そうとすら考えていた。台湾の国民政府がこのような強硬な態度を採ったのは、米国上院の議員の一部を中心とする国民政府支持者たちの支持を期待していたからである。

だが、米国上院が『サン・フランシスコ平和条約』を批准したため、国民政府の期待は外れ、賠償の要求を取り下げざるを得なくなった。

このような背景があるが、形式上は、国民政府が自発的に賠償の要求を放棄する決定をしたことになっており、議定書上には、「中華民

国は、日本国民に対する寛厚と善意の表徴として、サン・フランシスコ条約第十四条（a）1に基づき日本国が提供すべき役務の利益を自発的に放棄する。」（『日華平和条約議定書』1（b）引用）と記載されたのである。このようにして、『日本国と中華民国との間の平和条約』（略称は『日華平和条約』である）は1952年4月28日に署名され、8月5日から効力を発することになった。この条約は十四の条文から構成され、この他に議定書、交換文書がある。その中でも、“議定書”は、「（日華平和）条約の不可分の一部を」なしている。

日華条約の交渉経過と結果から考察すると、中国大陆から台湾に後退せざるを得なかった中華民国政府の国際的な地位は著しく低下し、会談において弱い立場に立たざるを得ず、問題を円満に解決し且つ本来の意図に反しないため、自発的に賠償請求権を放棄したように演じ、これを以って日本が台湾政権を承認するように図ったのである。

一方、中華人民共和国政府は、日本に対して、賠償金額は少なくとも500億米ドル（1946年当時の貨幣価値に基づいて日本円に換算すると、18兆円に達する）に相当するとして、賠償を要求する態度をとり続けていた。

敗戦国たる日本は、アメリカが台湾を積極的に支持している背景の下、自国の優勢な地位を充分に利用し、地位的に弱い台湾政権を条約締結者として選択し、賠償請求権の放棄を強いたのである。

イ 日華条約は中国大陆を代表する政府との講和条約ではない

(ア) 中華民国政府が中国という国家を代表して平和条約を締結していない

1949年10月1日の中華人民共和国の成立で、「中華民国」の消滅を宣言され、中国に関する「中華民国」のすべての主権、権限などが消滅してしまった。

この段階で「中華民国」の中国代表性がすでになくなり、中華人民共和国はそのすべての主権、権限などを継承した。一国の主権は分割することはできないことが国際法上の重要な原理である。

中華民国から中華人民共和国へと政権の移行と法的継承（194

9年10月)はあった。つまり政体の変化が、その代表する国家を変えることはなく、継承されたのである。

被上告人国の主張の根本的な誤りは、1949年に成立した毛沢東を主席とする中華人民共和国政府は中国民衆から支持された政権であり、蒋介石を総統とする台湾政府は中国民衆の支持を失った政権であるという歴史的事実を無視していることである。この点は、サンフランシスコ条約 日華条約 日中友好条約の解釈に当たり極めて重要なことなので、次章で項を改めて詳述する。

(イ) 台湾にだけ適用されることを確認した適用範囲制限の交換公文

日華条約は、交換公文第一号で、「この条約の条項が、中華民国に関しては、中華民国政府の支配下に現にあり、又は今後入るすべての領域に適用がある」旨の了解を行い、日華条約が台湾にだけ適用されることを確認した。

日華条約締結交渉にあたり、日本が強く求めていたのは、この条約適用範囲の限定であった。

最初、蒋介石の中華民国政府(以下では、「台湾政権」ともいう)は、全中国の「代表政府」である政治的主張から強く拒否し抵抗し続けたが、日本と条約を結ぶためには、このような「侮辱的」ともいえる限定条項を受け入れざるを得なかった。

日本政府はこの吉田書簡に書かれた「条約適用範囲」に基づき、台湾政権との条約締結交渉に臨んだ。締結交渉の中、日本側全権委員は、吉田書簡の内容、つまり後の条約交換公文第一号の内容について一文字の修正も応じないという強い姿勢を示し、最後まで日台間の大きな紛争点であった。

周知のように、台湾政権は、日華条約の発効から「終了」まで、台湾・澎湖地域しか支配しておらず、中国本土への支配はなかった。

(ウ) 日華条約が中国本土には適用できない

『ウィーン条約法公約』第29条には、次のような規定がある。「条約は、別段の意図が条約自体から明らかである場合及びこの意図が他の方法によって確認される場合を除くほか、各当事国をその

領域全体について拘束する。」

この条文は、公約が規定する条約の適用地域に関する基本原則の一つである。一般的には、条約は締結する当事国の領土全域に適用されるものである。条約締結国が条約の適用地域を締結国の領土、領空の一部のみに制限できるとは言え、国家間における戦争状態の終結、特に、日中戦争のように日本・中国両国の間で行われた戦争の終結問題に関して、平和条約を締結することは、双方の国家の全領域に条約が適用されることを前提にして条約を締結するのであり、一国の一部領域にのみ条約の効力が及ぶことなどありえない。

仮に、締結した平和条約の効力がその当時において一国の一部領域及び一部の住民にだけ及ぶのであるならば、交換公文で述べられているように「中華民国政府の支配下に現にあり、又は今後入るすべての領域に適用がある」ならば、このようにその効力が将来にまで約束された条文は、現在の戦争状態を終了させる目的で締結される平和条約に、根本的に違反しているのである。

それ故に、このように“平和条約”と名づけられた条約は、締結国全域と交戦国との交戦状態を今すぐ終了させるために締結されたものではないばかりか、交戦状態にある当事国ですらいつになったら戦争状態が最終的な終結を迎えるのか、見当がついていないことを証明している。

『日華平和条約』が無効な条約であることの根拠は、結局のところ、日本国との『日華平和条約』締結は台湾国民政府の越権行為であり、日本国は国民政府が中国全土を代表して交戦状態を終了させる平和条約を締結する権利能力を持ち得ないことを知っていたにも拘らず、尚且つ国民政府と平和条約を締結したことにある。

(I) 日本政府の国会答弁

日華条約の批准に関する国会において、日本政府は、日華条約の適用範囲が中国大陸に及ばないことを明確に答弁していた。

- a 1952年5月30日、衆議院外務委員会において、林百郎（共産）議員の「サンフランシスコ講和条約第14条（a）に基

づき日本国の提供する役務賠償はこれを放棄するとあなた方の言う中華民国はいつているのでありますが、これは中国大陆全部に対する役務賠償を放棄するということを言っているのですか」との質問に対し、石原幹市郎外務次官は「重ねて申し上げますが、この条約には林委員が言われたような予見と予定とかというようなことは何らいたしておりません」と答え、倭島英二条約局長は「いまご指摘の議定書1の(b)の関係でございますが、これは中華民国に関する限りこういう合意に達したということでありませ

- b 1952年6月18日、参議院外務委員会で、曾弥益(社会党右派)議員が、日本と中華民国との間の戦争状態の終了がどれほどの効力をどの地域に対して持つかについて、「もう一遍全部を包括したはっきりした説明をして頂きたい」と質問したのに対し、倭島局長は「日本国と中華民国との間の戦争状態は、この条約が効力を生ずる日に終了する」ということでございますけれども、実際問題として、(中略)そういうことを言い放しでは、甚だ現実の状態と離れてしまう。」「中華民国政府は例えばこの戦争状態を終了して平和な恰好になつて来た。ところが日本と中華民国政府の支配下でない地方との関係において行われたこと、或いは起つた事件ということについて中華民国政府が責任をとらなきやならんというようなことが生ずるかも知れない。それは実際支配下でないところについては酷だという気持ちがするわけであります。従つてその支配下でない地域で起つたこと、それは戦争状態を終了してしまつたということであつてもそれについては責任がとれない。やはりそういう問題について中華民国の関係においては現実の事態に引戻しておかなければいけないということでありまして、で適用範囲のところ、交換公文にありますように中華民国に関する限りそれは現実の事態というものに即応する意味において現にその支配下にあり、又将来その支配下にあるべき地方ということに限定されたというようなふうに解釈をしております。」

(同委員会会議録 15頁)と答えた。

さらに岡崎勝男外相は「今回の条約におきましては、相手国はリパブリック・オブ・チャイナというも、交換公文の第二段にあるのはチャイナである。こういう違いは我々も認めております。これがどういうふうに発展して行くかは、これは一つの政治情勢によると思いますけれども、要するにこの吉田書簡の趣旨によりまして、チャイナとの間には究極においては全面的な関係を打ち立てたい。そこで現在可能なのはリパブリック・オブ・チャイナとかかる関係に入ることである」と台湾政権への限定承認を認めた(前同)。

- c 同年6月26日、参議院外務委員会において、日華条約について、曾弥議員は、「この条約によって日本政府は、この中華民国国民政府というものを全面的な中国の主人として承認したのではない。(中略)その点は総理のはっきりしたお考えを、イエス・オア・ノーでお答え願いたい」と質問したところ、吉田は「これは条約にもはっきり書いてありますが、現に中華民国政権の支配しておる土地をもつ中華民国との間に条約関係に入る。将来は将来であります。併して目的は終わりに一中国全体との条約関係に入ることを希望して止まないのであります」と答えた。曾弥は「総理、ずばりと言え、全面的な承認ではないということをございましょう」と詰め、吉田「そういうことです」と「誤解の余地のない言葉」で台湾政権への限定承認を認めている(同委員会会議録8頁)。

つまり、日華条約調印当初から日本政府は台湾政権に対する全面承認ではなく、限定承認であることや日華条約の限定性も認めていたのである。また台湾政権(中華民国)は日本政府からみても最初から国際法上の当事者としても不適切だったのであった。

(オ) 中華人民共和国政府の日華条約に対する態度

1952年5月5日、即ち日華条約署名1週間めにあたる日に、周恩来首相は中華人民共和国政府を代表し、次のような声明を発表

した。

「アメリカが宣布し、効力を発した全ての対日単独平和条約は、絶対的に承認することはできない。中国人民を公の場で侮辱すると同時に敵視した吉田・蒋介石平和条約に対し、断固として反対する。」

同時に、蒋介石の行った“賠償要求の放棄”の承諾を「他人の物で自分の面子を立てる」ものとして激しく非難し、中国政府と中国人民は、蒋介石の承諾を絶対に承認しないと述べた。周恩来は、日華条約は違法且つ無効の条約であると厳しく表明した。

(カ) 中華民国政府の国際的地位

サン・フランシスコ講和会議は、戦時下において最大の損害を受け、且つポツダム宣言の構成国であり調印国である中国の参加を招請しなかった。

その当時、ポツダム宣言の署名国家4ヶ国の中では旧ソ連とイギリスが、中華人民共和国政府が中国における唯一の合法政府であることを承認済みであった。そのためアメリカが台湾の国民党政府に講和会議へ出席する代表権を与えることができなかった。

アメリカは台湾政権を引き止めるため、日本政府に対し、サンフランシスコ平和条約の発効までに、日本が台湾政権と『日華平和条約』を締結することを要求した。

(キ) 国際法の原則から、日華条約は平和条約としての効力を有さない

国際法の原則によると、内戦状態の時に革命によって樹立された革命政府の実際的支配が確立する以前に、旧政府と他国とが締結した条約などは、新しく樹立された革命政府に対しても拘束力をもつ。

だが、革命政府が国内において実際的な支配を揺るぎないものとして確立した後は、旧政府と他国が締結したあらゆる条約は革命政府に対しての拘束力を失う。

『日華平和条約』が締結された当時、新中国政府は中華民国政府が過去に支配していた地域のうち、台湾、澎湖諸島、金門そして馬祖二島の計四箇所を除いて、既に中国の全領域を支配しており、す

で支配地域における有効な支配期間は2年半にも及んでいた。

前述した国際法の原則に基づいて考えると、日華条約は中華人民共和国政府に代表される中国大陸に対しては、拘束力がないのである。

当時、台湾に追いやられた国民党政府は、限られた領域を占拠していた或いはその住民を支配していたにすぎず、中国本土に反撃する或いは本土を支配することは実質不可能であった。過去の歴史上かつては中国全土を代表する合法政府であったとしても、人民の武装蜂起により、その法的地位は交戦団体の地位にまで下がってしまった。

一国にはその国の代表としての政府は一つしか存在しないことは、当然のことである。内政の動乱の時期には複数の政府が樹立される可能性はあるが、それは暫時のことに過ぎない。中華民国の憲法の効力は中国の全領土にまで及び、既に台湾国民党政府は中国大陸の全領土と住民に対する支配力を完全に失っていた。

エ 日華条約により、国民個人の請求権の放棄が入るか

日華条約には、国民個人の請求権放棄が明文にはなっていない。

被上告人国は、日華条約11条は、「この条約及びこれを補足する文書に別段の定めがある場合を除く外、日本国と中華民国との間に戦争状態の存在の結果として生じた問題は、サン・フランシスコ条約の相当規定に従って解決するものとする。」と規定し、「サン・フランシスコ条約の相当規定」の中に、14条(b)も入り、中国国民はこのサン・フランシスコ条約14条(b)の「国民の他の請求権を放棄する」という条項が適用を受けると主張する。

しかし、サン・フランシスコ条約に招請もされていない中華人民共和国の国民に、重大な不利益規定が適用される理由はない。何故なら、「条約法に関するウィーン条約」第34条で、「第三国の義務又は権利を当該第三国の同意なしに創設することはない」と規定しており、中華人民共和国の国民に適用されない。

(7) 中華人民共和国の発足と蒋介石らの台湾逃亡の歴史的意義

ア 1951年のサンフランシスコ平和条約や1952年の日華平和条約について議論する際には、1949年10月の中華人民共和国の発足と同年の蒋介石ら旧国民政府集団の台湾逃亡の歴史的意義について正確に認識しておくことが不可欠である。

被上告人は、1949年10月の中華人民共和国の建国の意義をことさら相対化してとらえ、あたかも国民政府も中国を代表する資格があり得るかのように主張している。

イ しかし、この間の被上告人の主張は歴史の厳粛な事実を無視するもので全く間違っている。以下において、被上告人の主張が間違っている根拠を歴史事実の中から指摘しておく。

第1に、1949年10月に中国共産党が中核的な政治勢力となって推し進めた中華人民共和国の発足は、約半世紀にわたる中国の政治体制のあり方をめぐる中国国民党と中国共産党で間の抗争に最終的決着をつけた大事件であり、その決着の仕方は中国共産党が中国大陸全部を支配するという完全なものであった。従って、1949年に中国で起こった事件は単なる政治的な出来事の一つではなく、まさに中国革命と呼ばれるに相応しいものであったのである。

この意味から、1949年以降、台湾を支配した蒋介石の「政権」を従来の中華民国を引き継ぐ政権ないし中国を代表する政権と見る余地が全く無いことは明らかである。

ウ 第2に、上記の中国革命は、中国の民衆自身が中国共産党の方針で中国の政治が運営されることを支持した結果であって、民衆自身による政治選択があってはじめて可能なものであった。その意味で極めて民主的な性格を持っていた。

上記の点は具体的な歴史的経緯を少しでも重視すれば明白なことである。だが、上述した通り被上告人の主張の根幹に歴史の無視がある以上、本件細菌戦裁判において最小限度必要な歴史把握のために1945年から1949年の間の中国国内での政治的な状況について、以下に既に公知の域に達した歴史事実の中から若干述べておくものである。

エ 日本の本格的な中国侵略に対して、もともと中国においては1937年以降第二次国共合作が成立し中国国民党と中国共産党が両軸を形成して日本軍と闘ってきた。中国の抗日戦争勝利の原動力は国共両党が日本の侵略に対して軍事的、政治的に闘って初めて可能だった。従って、戦後の政権構想の中軸を担う政治勢力は中国では中国国民党と中国共産党という二つの政党をおいてなかった。そこで1945年の日本敗戦後、同年8月に蒋介石と毛沢東が43日間に及ぶ重慶会談を行い、同年10月に両党の間で双十協定が調印された。同協定では、翌46年1月に政治協商会議を開くことが取り決められ、内戦の回避、平和的・民主的な中国の統一が合意された。

オ 両党の合意は日本敗戦後の中国の新しい政権構想を提起するものとして決定的に重要な意味をもっていた。1946年1月、上記双十協定にそって国共停戦協定が結ばれ、さらに重慶で中国国民党、中国共産党および民主同盟・青年党などの民主党派が参加して国共政治協商会議が開催された。同会議では今後の政治構想について国民党が提案した国民党一党独裁的色彩が濃厚な提案が退けられ、国民政府の改組、国民大会の開催、共産党が骨子を提案した『和平建国綱領』の実施、憲法制定などが合意された。

しかし、その後同年3月、中国国民党は一党独裁に固執して同党の会議で上記の政治協商会議の決定を拒否する態度をとり、6月以降国共内戦が本格化した。

国共内戦では、当初は軍事力に優る中国国民党側が優勢であったが、次第に国民党支配区では中国国民党への内戦中止を求める民衆の声が上がるようになり、これに国民党が血の弾圧を加えたことで中国国民党に対する民衆の支持は急速に低下していった。他方、中国共産党の支配する地区では、農民に対する土地改革が積極的に行われはじめ中国共産党への支持が急速に増していった。また中国国民党は内戦の諸条件を有利に運ぶためにアメリカへの依存度を強め、他方、米国は中国に対する経済侵略を狙い、1946年11月には「中米友好通商条約」を結ぶなどして中国の権益を米国に売り渡すまでにいった。この

ため翌1947年初めからは上海の労働者の「米国製品ボイコット」運動が発生する事態となった。

カ 1947年が国共内戦の転換点だった。中国国民党は大地主の権利を擁護し米国の中国侵略を容認するなどの腐敗した政治を進めていき、この必然的な結果として民衆の中国国民党への大衆的な反発が表面化していった。同年2月には台湾省の台北で民衆の大規模な暴動が発生し、国民党の軍隊が残酷な大弾圧で3万人以上の民衆が虐殺された。5月には南京・天津・上海などで内戦反対、迫害反対の運動が起こり、これに対しても国民党の軍隊が残虐な弾圧を強行した。中国国民党は一層政治的に追い込まれて、民主同盟なども非合法団体に指定して解散を強制し、他の民主党派の反発を強めていった。

キ 1947年10月、中国共産党は地主からの土地の没収と耕作者への分配を定めた「中国土地法大綱」を制定して、従前以上に活発に土地改革を実行していったが、その過程で中国共産党への政治的な支持が一挙に強まり、共産党の軍隊の勢力も増強されるようになった。

その後、1948年9月から翌1949年1月にかけて有名な遼瀋戦役、淮海戦役、平津戦役という三大戦役で共産党軍が勝利した。1949年1月には蒋介石は総統を退き、4月には国共両党間で「国内和平協定最終修正案」が合意され、4月20日には和平協定の調印が予定されていたが、蒋介石がこれを拒否させたため、中国共産党は長江を渡って南京を占領した。

ク 上記の共産党軍の南京支配をもって、22年間におよんだ国民党が支配した中華民国政府は消滅した。その後、同年9月に北京で中国人民政治協商会議が開かれ、中国共産党、各民主党派、無党派民主人士、人民解放軍、各人民団体、各地区・各民族さらに海外華僑などの代表が参加した。

同会議で、新中国創立の問題が議論され、「中国人民政治協商会議共同綱領」が制定された。同綱領では、中華人民共和国は労働者階級の指導する労農同盟を基礎とする人民民主国家であること、中華人民共和国中央人民政府の主席を毛沢東とすること、複数の副主席をおく

こと、北京を首都にすること、その他国旗国歌などを定めた。

その後も中華人民共和国中央人民政府は国内統一の軍事行動を継続し、ようやく1950年6月ころまでに中国大陸内の旧国民党グループは軍事的にも政治的にも平定された。

ケ 以上のような中国の民衆自身の政治選択の結果として、1949年10月の中華人民共和国の発足が実現したのである。かかる新中国建国にいたる歴史事実とその民主的性格に照らせば明白なとおり、台湾の蒋介石「政権」なるものは、本質的には中国の民意を全く反映しておらず、違法に台湾省を武力で制圧している武装集団にすぎない（因みに蒋介石らは1949年5月に台湾に戒厳令を施行した）。このような違法集団が中国を代表しているという主張は全くのたわごとにすぎない。

コ 第3に、アメリカは第二次世界大戦の終了後間もなく対ソ連敵視政策を推し進め、1949年の中国革命に至る過程でも蒋介石の国民党軍を援助するなど、資本主義体制の護持を最優先させて、世界政策でも反共産主義を基準にした対外政策を取り続けたが、1949年10月に発足した中華人民共和国を承認せず、台湾に逃げ延びた蒋介石らの武装集団を強力にバックアップした。

アメリカは、以上に述べたようなソ連および新中国を敵視した世界政策を絶対的な価値基準にして対中国政策を進めた結果、実際には何人にも明白な中国では中華人民共和国が新政権を担っている事実を無視し、逆に旧国民政府の残存武装集団として台湾省を違法に軍事制圧し続けている蒋介石集団を中国の正式の政権と見なすという、明かな誤りを犯している。台湾を中国と承認した諸国は、アメリカの意向を受けた国か、あるいは米国と同様の利害から中国敵視政策に立場に立つ国にほかならないのが実態である。いずれにしても米国およびその同調国の蒋介石「政権」を中国として承認するという国家判断は、自国の利害のために中国という他国の主権を無視するものであり、国際法を無視した完全な謬見にほかならないものであった。

サ 第4に、その後の世界の諸国の認識は、中華人民共和国が中国を代

表する政権であることを認識する諸国が増えて、最終的には国際社会でも多数派となり、真実が証明された。

この経緯を国連の場合について簡単にふり返ると次の通りである。国連においても当初の段階では、アメリカは1950年代には審議棚上げ案で対処しようとし、次いで60年代に入ると総会の3分の2の多数を必要とする重要事項に指定して中国を国連から排除し続けた。しかし1970年になるとアルバニアやアルジェリアなど中国支持派の共同決議案が総会で多数を占めるに至った。これに対して米日両国は、中台両国政府の二重代表制や台湾の追放を重要事項に指定する逆重要事項指定方式による決議案を提案したりしたが、結局否決され、アルバニア案が76対35の大差で可決された。こうして中国すなわち中華人民共和国が国連に復帰することとなった。

シ 以上の経過は、もちろん中華人民共和国が中国を代表する政権であるという真実が国際的にも明らかにされた意義を持っている。

しかし、実は、1949年10月の時点から中華人民共和国が中国大陸を実行支配していたのであり、1970年までの時点で中国における政治体制には本質的に何らの変化もなかったのである。従って、上記での述べた国際社会における中国承認国が多数派となり国連に復帰した経緯は、そもそも1949年の時点でも中国として国家承認されるべきは中華人民共和国であった事実を証明しているのである。

以上に述べたことは、今や公知の歴史的事実であると言っても過言ではない。何ら特異な見解ではないし、誰でも入手できる年表や辞典などで確認できる歴史的な出来事ばかりである。

被上告人は、このように明白な歴史的事実を今も無視して裁判所で主張している事実を上告人らは驚きを禁じ得ないとともに、これを上告人らの請求を退ける理由に挙げていることに怒りを禁じ得ない。

(8) 日華条約の前提にするサンフランシスコ条約について

ア サンフランシスコ平和条約の締結とその背景

1949年10月、中華人民共和国が成立した。1950年2月に中ソ友好同盟相互援助条約が締結され、6月25日に朝鮮戦争が勃発

した。

1950年9月、米国は対日講話を急ぎ、対日平和7原則を極東委員会構成国に伝達し、賠償放棄を含め寛大な講話を主張した。10月25日、中国義勇軍が朝鮮戦争に参戦した。

米国は1951年7月20日、対日講和草案を起草し、日本国と交戦関係にあるその他の連合国に講和会議への招請を行った。

しかし、戦争犠牲者数の最も多い被害国である、中華人民共和国政府或いは中華民国政府には、対日講和会議の招請状さえ送られなかった。これは中華人民共和国政府を承認していた英国と中華民国政府を承認していた米国との意見対立のため中国抜きでの対日講和会議の開催になった。また朝鮮の代表も招請されなかった。

そもそも連合国が第二次世界大戦中の1943年11月にカイロ宣言（米国、英国、中国による対日宣言）で明らかにした対日戦争の目的は「日本の侵略を制止し罰すること」であり、中国については日本が「盗取」した「満州・台湾および澎湖諸島」の返還が約束され、朝鮮についても、「朝鮮人民の奴隷状態に留意し、やがて朝鮮を自由独立のものにする決意」が表明されていた。カイロ宣言の条項の実施は、日本の降伏条件を定めたポツダム宣言の第8条でも規定されて、日本が無条件降伏の際に受諾したものである。

こうした対日戦争の目的にもかかわらず、その講和会議に中国・朝鮮の代表が招請されないで開催されるという異例の事態になったのである。

サン・フランシスコ講和会議は、1951年9月4日からサン・フランシスコにおいて開催され、9月8日、日本国とのサン・フランシスコ平和条約が調印された。

ソ連、ポーランド、チェコの三国は会議に出席したが、調印に参加しなかった。インド、ミャンマーは招待されたが、会議に出席しなかった。その結果、連合国側の署名国は僅か48か国であり、それに戦敗国の日本国を加えて49か国であった。

翌年、1952年4月28日、サン・フランシスコ平和条約が発効

された。

イ サン・フランシスコ平和条約は中国に対する拘束力を有しない

サン・フランシスコ条約に照らし合わせると、中国は“ 連合国 ”ではなかった。但し、同条約第 25 条には「この条約の適用上、連合国とは、日本国と戦争していた国又は以前に第 23 条に列記する国の領域の一部をなしていたものをいう、但し、各場合に当該国がこの条約に署名し且つこれを批准したことを条件とする。」とある。中国の民国政府或いは人民共和国政府両方とも署名、批准しなかった。よって、中国はサン・フランシスコ条約の“ 連合国 ”ではないのである。

同条約第 25 条の後段には、「この条約のいかなる規定によっても前記のとおり定義された連合国の一国ではない国の為に減損され、又は害さるものとみなしてはならない」と規定された。この規定はサン・フランシスコ条約が第三国に対しいかなる拘束も法律上の影響も与えられないことを表明したものである。

サン・フランシスコ条約の第 21 条は中国及び朝鮮に関する特別であり、「中国は第十条及び第十四条 (a) 2 の利益を受ける権利を有する」と規定した。

よって、中国はサン・フランシスコ条約による全ての利益を受ける権利を有するのではなく、当該条約に規定された範囲内において利益を受ける権利を認められただけに過ぎない。

ウ 中華人民共和国政府の態度

1950 年 12 月 4 日、周恩来首相兼外相は、対日講和問題について、中華人民共和国政府の立場を次のように公表した。中華人民共和国政府こそが中国における唯一の合法政府であり、対日講和条約の参加権を有しているのである。それ故に、台湾の国民政府には中国の代表者たる権利はない。講和条約の基礎となるのはカイロ宣言、ヤルタ協定、ポツダム宣言及び無条件降伏後の日本の基本政策である。

カイロ宣言に基づくと、台湾及び澎湖 (ポンス) 列島は中華人民共和国政府に帰属する。そして、「対日講和条約は、その内容の如何に拘わらず、講和条項を擬定する準備過程に中国政府が参加し得ないと

無効になる。」（石志夫主編、徐副主編「中華人民共和国対外関係史」北京大学出版社、1994年6月版、197頁）と指摘した。

サン・フランシスコの対日講和会議が開催される前の1951年8月15日、周恩来総理は対日賠償請求権を保留する声明を発表した。1951年9月15日、サン・フランシスコ条約に対する反対声明を発表した。

同年9月18日、中国政府総理周恩来は再度中国政府を代表して、講和条約については、「中国はその講和条約を絶対的に承認しない」との声明を発表した。1952年4月28日、講和条約が発効した時、周恩来総理は再び中国政府を代表して、以下のような声明を発表した。「対日講和条約は米国政府の操縦により作られたものにすぎず、決して日本の主権回復や、独立、占領された日本国の地位を改変するものではない。逆に、それは日本国が米国の軍事基地及び付属国として戦備を整えることを約束させられた条約である。」

1952年5月5日、中国政府は再び「中国はサン・フランシスコ条約を絶対に承認しない。そして、中国国民を敵視する日華条約に対し徹底的に反対する」声明を発表した。

エ 中国は、サンフランシスコ平和条約により利益を得ていない

サン・フランシスコ条約21条は、「この条約の第25条の規定に拘らず、中国は、第10条及び第14条(a)2の利益を受ける権利を有」するものと規定し、条約の当時国とならなかった中国が、中国領域内にある日本国及び日本国民の資産の処分をすることを認められた。

すでに中国は、1945年10月、「日僑財産処理弁法」を公布して、その領域内にある日本人の財産を没収したのであるが、これを追認したにすぎない。

オ サンフランシスコ平和条約の「請求権の放棄」は個人の請求権放棄を含まない

サン・フランシスコ条約第5章（14条から21条まで）に「請求権及び財産」の問題に関する規定がある。その14(a)により、

日本国が戦争中に与えた損害及び苦痛に対して、連合国に賠償を支払うべきことが承認された。しかし、また、存立可能な経済を維持すべきものであるならば、日本国の資源は、日本国が前述したすべての損害及び苦痛に対して完全な賠償を行い、且つ同時に他の債務を履行するためには、充分でないことが承認されている。

よって、1、日本国は、現在の領域が日本国軍隊によって占領され、且つ、日本国によって損害を与えられた連合国が希望するときは、日本人を生産、沈没船引揚げその他の作業につかせることによって、その作業にかかる費用を被害国に対する補償費用に資するため、連合国における該当国と速やかに交渉を開始するものとする…。2、各連合国は次に掲げるもの（日本国又は日本国民が所有し、又は支配した団体等）のすべての財産、権利及び利益の中でこの条約の最初の効力発生時にその管轄の下にあるものを差し押え、留置し、清算し、その他何らかの方法で処分する権利を有する…。

14条（b）は、「この条約に別段の定めがある場合を除き、連合国は、連合国のすべての賠償請求権、戦争の遂行中に日本国及びその国民がとった行動から生じた連合国及びその国民の他の請求権並びに占領の直接軍事費に関する連合国の請求権を放棄する。」と規定する。

しかし、「その国民の他の請求権」という規定は、外交保護権の放棄に止まり、被害者個人の請求権まで放棄したものではない。

(9) 戦争被害の実態に応じた賠償は全くなされていない

ア 植民地帝国日本のアジア・太平洋戦争

(ア) 日清戦争で台湾を獲得して以来、日本は対外戦争をくりかえすごとに新領土や勢力圏をひろげ、アジア唯一の植民地帝国として、諸民族の上に覇権をふるった。

アジア・太平洋戦争の開始の時点で日本が支配していた領域は、次の5種類にわけられる。

領土 = 台湾、朝鮮、樺太（サハリン島南部）、委任統治領 = 南洋群島（マリアナ、カロリン、マーシャル諸島）、租借地 = 関東州（中国遼寧省南部）、満州事変で中国から奪取した「満州

国」(中国東北四省)、日中戦争で占領した中国本土(内蒙古、海南島などをふくむ)。

アジア・太平洋戦争期にはさらに、軍隊の進駐を強要した独立国＝タイ、軍隊の進駐を強要した他国の植民地＝フランス領インドシナ(仏印、現ベトナム、ラオス、カンボジア)、太平洋戦争で占領した他国の植民地＝米領フィリピン、英領マラヤ(現マレーシア、シンガポール)、ビルマ、オランダ領東インド(蘭印、現インドネシア)、オーストラリア領ニューギニア(現パプアニューギニア)などがこれに加わった。

このうち～は欧米列強の承認をとりつけ、国際法がみとめた植民地であるが、十五年戦争期の膨脹政策にともなう以下の地域は、日本が一方向的に支配権をふるった非合法の存在であった。

- (イ) 歴史的・文化的に長い伝統をもつ中国人や朝鮮人を支配することになった日本は、台湾・朝鮮の獲得でそれぞれ住民の武装抵抗に直面したこともあって、本国の軍隊を駐屯させ、軍人を総督にするなど、きわめて軍事的な支配政策をとった。

植民地には憲法は適用されず、議会も開設されなかった。住民の政治的・経済的・社会的権利は、日本国民にくらべて大きく制限された。民族運動、社会主義・共産主義運動、農民や労働者の社会運動はしばしば厳しく弾圧された。高圧的な差別主義の植民地統治であった。

- (ウ) 1945年8月15日の敗戦時に、日本軍は、中国に約200万人(中国本土約112万人、「満州」約67万人、台湾約19万人)の兵力を配置していた。日本軍の総数が約788万人のうち、日本の約440万人を除く348万人の57%を中国に配置していたのである【次頁地図参照】。

これは、戦争の中心が日中戦争であったことを示している。

イ 中国の戦争被害

日本が行った戦争でもっとも大きな被害を受けたのは中国であるが、日中戦争期の死者は軍人380万人以上、民間人1800万人以上と

というのが中国政府の見解である。この数字には、台湾、満州は含まれていない。

財産被害は、直接の損失が約600億ドル、戦争消耗は400億ドルで、間接の経済損失は5000億ドルと中国政府では算定されている。

1946年12月、国民政府は行政院に賠償委員会を設置し、この委員会は、戦時中に中国の被った損害は以下の通りであると計算した。1、中国・台湾、フィリピンを除く東南アジアの損害は20億ドル、台湾の損害は60億円である。2、日本の在華資産を3億8千万米ドルと評価し、その中75%は中国からの侵奪財産である。3、中国の直接的な損害は金銀・交通設備・道路・船舶・農林・商工・水利・発電・公共家屋・個人財産を合わせて313.42億米ドルで、間接的な損失も200億米ドル以上ある。（殷燕軍著「中日戦争賠償問題」御茶水書房、115頁）

1994年末に中国軍事科学院歴史研究部は「中国抗戦史」を発表し、その戦争被害について、再び調査し、その結果を次の通り公表した。「尚、近年の調査により、完全ではない統計で、抗日戦争中、中国軍隊死傷者は380万人余り、中国人民の犠牲者は2000万人余り、中国軍民死傷の総数は3500万人以上であった。中国の財産損失は600億米ドル余り（1937年米ドルとのレートで計算）、戦争消耗は400億米ドルで、間接の経済損失は5000億ドルにも達した。」（中国人民解放軍軍事科学院軍事歴史研究部著、王道平主編、羅煥章、支紹曾副編、「中国抗日戦争史」、解放軍出版社、下巻625頁）

これらの財産損失には、民間人の生命、財産の損害は含まれていない。

ウ 戦争賠償

(ア) 中国内にある在外資産の接収

15年にわたる侵略において日本の軍事に補充する為に中国東北に存在した工業基地、産業は、ソ連に押収されるか、又は破壊され

た。

中国の華北、華中、及び華南地域は中日両国の軍事戦場であった。これらの地域における一部分の個人財産を除き、日本側の主な財産は軍事武器であった。

また中国政府に押収された日本側の財産のうち、75パーセントが中国において中国国民の財産を略奪したものであった。

(1) 中間賠償

- a ポツダム宣言に「実物賠償の取立」が明記されていた。大戦後における対日賠償問題は、国際情勢によって大きく変化していった。まず最初のアメリカ対日賠償政策は、1945年12月7日の真珠湾記念日（アメリカ時間）に発表されたポーレー使節団の中間報告であった。

賠償の目的は日本の軍国主義復活を不可能とすることであり、最低限の国民の需要をみたした以上の余剰の工場整備はすべて撤去することとされた。このため、陸海軍工廠・航空機・軽金属・ベアリング工場の全部と、鉄鋼・工作機械・造船所・火力発電所・硫酸・ソーダ工場の約半分を撤去し、とくに財閥企業の設備から優先的に撤去することとした。

この撤去した産業設備は日本の侵略をうけたアジア諸国に分配して、その経済復興にやくだてようとした。このときの日本の民需充足とはアジア諸国民を上まわる生活水準であってはならず、日本の復興はその他のアジア諸国に比べ最後になされるべきとした、たいへん厳しいものであった。

ポーレー最終報告は1946年11月に公表されるが、それはいっそう厳しいものであった。鋼材や工作機械の残置能力はさらに削減され、逆に日本がアジア諸国から鉄鋼の供給をあおぐべきであるとした。

- b しかし、GHQは日本経済復興のためにはポーレーのこの早期大幅撤去論は厳しすぎるとして批判的であり、ワシントンの国務・陸軍・海軍三省調整委員会（SWNCC）でも不合理であると

して、1947年4月にアメリカはマッカーサーにたいして、つぎのような中間指令を発した。

「ポーレー中間報告にもとづき極東委員会（FEC）が先に賠償用に指定した産業施設の30%を退治撤去して、中国に15%、フィリピン、オランダ（蘭印）・イギリス（ビルマ、マレー、極東イギリス植民地）の三国に各5%をわりあて前渡しすることとした」この日本の産業施設撤去と四カ国への引き渡しは1950年5月までにすべて完了した。

- c ポーレー報告に不満なアメリカ陸軍省は1947年1月に再度ストライクに調査を依頼した。ストライク報告はポーレー報告に反対した。

1948年3月に公表した第二次ストライク報告では、1953年までに日本経済を戦前水準までに復興させ、撤去は軍需施設に限定し、ごくわずかなものにすべきと勧告した。

また、アメリカは1948年3月にふたたびジョンソン＝ドレーバー調査団を派遣し日本の経済能力を調査し、1948年4月に賠償撤去をポーレー報告の4分の1にきりさげる報告書をアメリカ陸軍長官に提出し、これをうけて5月には極東委員会でマッコイ・アメリカ代表は中間賠償とりたて停止と従来の賠償政策の破棄を表明した。すなわち、この二つの報告書はソ連や中国などアジアにおける共産主義国への対抗とアメリカの財政負担の軽減のために日本経済の自立政策をすすめ、賠償放棄の方針をとったのである。

- c アメリカが無賠償原則に政策転換したからといって、日本の侵略の犠牲となったアジア諸国が同意したわけではなかった。

その後、連合国、インド、中華民国（台湾）がすべての賠償請求権を放棄したが、フィリピンが強力に反対しアメリカの無賠償原則は修正された。その後フィリピン、インドネシア、ビルマ、ベトナム、ラオス、カンボジアの6カ国にたいしてドルと現物支給で賠償がおこなわれた。また、ソ連、中国は国交回復時に請求

権を放棄し、韓国にたいしては1965年の日韓条約で賠償をおこない、1967年には戦時下日本軍による中国系住民虐殺事件の補償（血債問題）でシンガポール、マレーシアに無償供与がおこなわれた。1972年にはモンゴルに工業建設の贈与がおこなわれた【次頁統計資料参照】。

日本が支払った賠償贈額は21年間に10億1200万ドル、無償経済協力は4億9600万ドル、合計15億800万ドルであった。国民一人あたり5000円の負担で、一般会計予算の1～2%であった。

日本の賠償は、冷戦激化によるアメリカの政策転換によって連合国は請求権を放棄し、アジア諸国も高度成長期まで賠償をひきのばされた。しかもアジア諸国の支配層の利権とむすびついた工場プラント・建設資材・各種機械の贈与や電源開発・鉄道・道路など日本資本による経済協力がかなりの額をしめたことによって、賠償はかえって日本の経済成長に利用された。

エ アジア諸国への役務賠償

東南アジアの賠償協定は、次頁表にみる通り実施された。ビルマは、さらに平和条約の賠償再検討条項（第5条）に従い、追加の借款供与をみた。フィリピン、インドネシアさらにベトナム（南ベトナム）で賠償が実施された。

但し、カンボジアは1954年11月、ラオスは1956年12月それぞれサンフランシスコ条約の対日賠償請求権を放棄する意図の声明を行い、経済協力協定による援助が実施された。

マレーシア・シンガポール両国はサンフランシスコ条約締結当時は英国植民地で、英国は同条約第14条aに基づき賠償請求を提起しないまま経過した。1962年2月シンガポール郊外で戦時中に日本軍により殺害された多数の華僑の遺骨が発見され、いわゆる血債問題が起こった。

日本は、両国が賠償請求権を有していない（1957年8月マラヤ独立、1965年8月シンガポール独立）との前提で、日本は協力協

定の形式で役務・生産物供与を行った。

オ 被害者個人への賠償

戦争被害に比して、中国に対する賠償は全く行われていないと言わなければならない。在外資産の接收、中間賠償は被害の程度に比したら僅かに過ぎる。

民間人被害は全く賠償されていない。本件細菌戦によって、家族を失い、孤児になったりした上告人ら被害者は、いかなる形での賠償も受けていない。

(10) 国家が国民個人の損害賠償請求権を放棄することはできない

上告人らの損害賠償請求権は、上告人らが国籍を有する中華人民共和国と被上告人国の合意によって放棄したり、剥奪したりすることのできない上告人ら固有の私的請求権である。

ア 本件細菌戦の特徴と上告人らの個人賠償請求権の存在

(ア) 本件細菌戦が国際法上許されない非人道的で悪質な事案であること

原判決が認定するとおり、本件細菌戦は、当時、細菌兵器の実戦使用を禁止したジュネーブ・ガス議定書を内容とする国際慣習法に違反した悪質な事案である。

すなわち、旧日本軍731部隊などの細菌戦部隊は、細菌戦によって、明らかに軍事的拠点でもなく、また軍事的目標も存しない中国の普通の一地方都市や農村に対して、戦闘機からペスト感染蚤を投下せしめ、あるいは地上で謀略的な手口をもちいてコレラ菌入りの食物を食べさせるなどして、平穩に暮らす中国の民衆を大量に虐殺したのであった。

このような集団殺害行為は、当時から国際法上の人道に対する罪に該当し、また現在の国際法上の概念ではジェノサイドにも該当するものである。

細菌兵器は、少量が使用されても大きな破壊力を有する潜在力をもっている。その破壊作用は長期間にわたり、一度おさまっても、再び三度流行することもある。

細菌兵器がこうした大量破壊兵器であるため、当時から、国際法上禁止されていたのである。

(イ) 国家の組織的関与による実行と証拠隠滅

本件細菌戦は、陸軍中央の指令により行われた。しかも、極めて軍隊という組織的計画的行為として実行されたものである。

すなわち、本件細菌戦を行った日本軍731部隊等の細菌戦部隊は、陸軍中央の指令により、軍医を集めて秘密部隊として中国各地に創設された。かつ、国家予算を与えられ、細菌兵器の製造施設を建設し、長期にわたり日本の憲兵隊が連行した中国人等を生体実験の材料とし細菌兵器を開発製造し、中国各地で細菌兵器を実戦使用した。

こうした、一連の行為は、国家の組織的関与によって初めて実現したものである。

細菌の大量培養による細菌兵器は、第一次世界大戦中、ドイツで開発が着手されたが、細菌兵器の本格的な開発、製造、実戦使用を行ったのは日本軍の731部隊などの細菌戦部隊がはじめてである。それだけ、被上告人国の国家責任は重大である。

しかも、被上告人国が自ら作成した731部隊関係文書を廃棄処分して証拠と事実の隠蔽を図り、国会等公の場においても細菌戦の事実を認めない。細菌戦の生証拠である井本日誌も、裁判でも開示しないという徹底した証拠隠しを行った。

(ウ) 本件細菌戦の被害の重大性

細菌戦がもたらす被害の特徴は、その無差別性と致死率の高さにある。731部隊の用いた細菌兵器は、致死性の高いペスト菌またはコレラ菌である。これらの細菌が引き起こす病気は激しく、長期間流行する。一家族、一地域の大半が全滅する例が多い。

さらに細菌戦のもたらす被害の特徴は、伝播により被害範囲がどんどん広がるということにある。被害範囲は、人や鼠の蚤を介した病原菌の伝播により、直接の攻撃対象地区にとどまらず、周辺地域にどんどん拡がり、戦闘とは全く無関係の一般住民をペストや

コレラなどの疫病に感染させ、その地域一帯に疫病を大流行させた。

(I) まとめ

以上(ア)ないし(ウ)のとおり、本件細菌戦が国際法に違反し、かつ人道上許されない悪質な事案であり、被上告人国が組織的関与して細菌戦を行い、戦後は徹底的に証拠隠滅をはかった他に例をみない事案である。

- イ 基本的人権の侵害による損害賠償請求権の主体とその処分権の帰属
生命と健康に生存する権利は人道上最も尊重されなければならない。国際法に違反し人道上許されない行為によって引き起こされた権利侵害の結果発生した損害賠償請求等の私的請求権は、侵害された個人に帰属し、侵害された個人の意思によってのみ私的請求権である損害賠償請求権の処分が認められ、侵害した者や第三者による処分は許されない。

その請求権の処分については、侵害された個人の帰属する団体の多数決原理が働く余地がなく、また個人の帰属する国家がその構成員である国民個人の私権たる損害賠償請求権を放棄したり剥奪する等の処分することができるという余地もない。

本来、外国人の加害行為によって被害を受けた国民が個人として加害者に対して損害賠償を求めることは、当該国民固有の権利であって、その加害者が被害者の属する国家とは別の国家であったとしても、その属する国家が他の国家との間で締結した条約をもって、被害者に加害者に対する損害賠償請求権を放棄させることは原則としてできないというべきである。

- ウ ジュネーブ第4条条約【非人道的待遇（生物学的実験を含む）等の重大違反行為の賠償請求の免責禁止】による解釈

日本は、1953年に1949年ジュネーブ第4条条約に加入し、中華人民共和国も1956年に同条約を批准しているので、1972年の日中共同声明の当時には両国共に1949年ジュネーブ第4条条約の拘束を受けている。

同条約第147条は、「殺人、拷問若しくは非人道的待遇（生物学

的実験を含む)、身体若しくは健康に対して故意に重い苦痛を与え、若しくは重大な傷害を加えること」と重大な違反行為を規定し、同条約148条は、「締約国は前条に掲げる違反行為に関し、自国が負うべき責任を免れ、又は他の締約国をしてその国が負うべき責任から免れさせてはならない。」と規定して、生物学的実験を含む非人道的待遇等の重大な違反行為に対して、賠償請求の免責を禁止した。

また、7条では、「いかなる特別協定も、この条約で定める被保護者の地位に不利益な影響を及ぼし、又はこの条約で定める被保護者に与える権利を制限するものであってはならない。」と規定する。

よって、1949年ジュネーブ第4条条約の拘束を受け、本件細菌戦のような「重大な違反行為」については、請求権を放棄できないのである。

したがって、日中共同声明が上告人らの請求権を放棄する内容のものであれば、被保護者の地位に不利益な影響を及ぼし、被保護者に与える権利を制限することになり、1949年ジュネーブ第4条条約に違反するものとなるから、日中共同声明によって放棄されたのは、国家間の賠償請求権であると解するのが相当である。

エ しかも、日中共同声明および日中平和友好条約によって、中国国民は戦争被害について何らの補償、代償措置を受けていない。

したがって、中国国民個人が被った損害についての被上告人国に対する損害賠償請求権、特に、国際法違反でかつ非人道的待遇(生物学的実験を含む)等の重大違反行為に関する損害賠償請求権までが、日中共同声明によって放棄されたとは解することはできない。

オ まとめ

上告人らの被上告人らに対する損害賠償請求権は、上告人らの固有の私的請求権であり、上告人らの属する中華人民共和国と被上告人である日本国の政府の合意によって放棄したり、奪ったりすることのできない上告人ら固有の権利である。

(11) 被上告人国の控訴審での従前の一審主張(外交保護権の放棄)との食い違い

ア 被上告人国は、本件控訴審において、日華条約と日中共同声明、サンフランシスコ平和条約等により、上告人らの損害賠償請求権が放棄されたものであると主張している。

イ しかし、従前、被上告人国は、以下のような答弁、主張等をしている。

(ア) サンフランシスコ平和条約第14条(b)に関する吉田首相の書簡サンフランシスコ平和条約14条(b)について、当時の日本国の全権大使の吉田首相は、オランダの全権大使スティッカー外相に対し、「わが政府の見解としては、第14条b項は、正確なる解釈上、各連合政府が自国民の私的請求権を剥奪することを包含しておらず、従って本条約発効後、この種請求権が消滅することにはならないものと考えます」との書簡を送り(乙32号証)、個人の請求権が14条(b)によって放棄されていないことを表明していた。

(イ) 2002年11月12日、参議院内閣委員会において、吉川春子議員の質問に答えて、林景一外務省条約局長は、「御指摘の吉田・スティッカー書簡におきまして、当時の吉田全権が表明いたしましたこの請求権についての考え方というのは、これは単にオランダとの関係ということだけではございませんで、平和条約についての我が国の立場を表明したものである」と答弁した(同委員会会議録20頁)。

(ウ) 1991年8月27日、外務省柳井俊二条約局長は、参議院予算委員会において、清水澄子議員の質問に答えて、「いわゆる日韓請求権協定におきまして、両国間の請求権の問題は最終かつ完全に解決したわけでございます。その意味するところでございますが、日韓両国間において存在しておりましたそれぞれの国民の請求権を含めて解決したということでございますけれども、これは日韓両国が国家として持っております外交保護権を相互に放棄したということでございます。したがって、いわゆる個人の請求権そのものを国内法的な意味で消滅させたというものではございません。日韓両国間で政府としてこれを外交保護権の行使として取り上げることは

できない、という意味でございます。」と答弁した（同委員会会議録10頁）。

- (I) 1992年4月7日、加藤紘一内閣官房長官は、参議院内閣委員会で、いとう正敏議員の質問に答えて、「1972年に日中共同声明によりまして、いわゆる政府対政府、国家間の請求権、国家間の賠償に関する請求権は中国側が放棄された。」「個人の訴権、訴える権利というものは存在するけれども、それを政府が外交保護権をもって日本側に要求する権利は中国側が放棄してくれたというふうに理解しております。」、「訴権は存在する。したがって、日本の司法当局にそれを訴える権利は有するけれども、しかしそれは日本国内法上によって処理されていく。」と答弁し、中国政府が放棄したのは、国家間の賠償だけであり、外交保護権は行為しないと理解していること、被害者個人が日本の裁判所に訴える権利を有していることを明言した（乙45の5頁）。

加藤紘一内閣官房長官は、外務官僚出身であり、日中共同声明の前年の1971（昭和46）年12月に外務省アジア局中国課次席事務官を最後に外務省を退官して自民党代議士になったもので、政府答弁として重要な意味を有する。

- (オ) 被上告人は、サンフランシスコ平和条約請求権放棄賠償請求訴訟第2審（東京高等裁判所昭和34年4月8日判決）において、サンフランシスコ平和条約第19条（a）項によって放棄された請求権は、「日本国が国際法上外国に対して有する前示いわゆる外交保護権に関するものであり、被害者たる日本国民が本国政府を通じないで、これとは独立して直接に賠償を求める国際法上の請求権あるいは私法上の損害賠償請求権の如きはこれを含まないと解すべきである。即ち後者の権利は本来国家のもつ権利ではないから、国家が外国との条約によってどんな約束をしようとそれによって直接に個人がこの権利を失う結果を生ずるものではない。尤も日本国がその国民の連合国及びその国民に対して個人的請求権を行使することを禁止するため必要な立法的及び行政的措置をとることを連合国に対し

て約束することは、理論上可能なことであるが、対日平和条約は請求権の放棄条項を規定するに止まり、イタリアその他五カ国の平和条約に規定せられているような請求権の消滅条項と共に補償条項を何ら規定していないのであるから、右平和条項第19条により個人の請求権が消滅したものと論壇することは困難であり、また個人の請求権行使を禁止する約束をしたものとも解することはできない。」と主張した。

(カ) 被上告人は、原爆訴訟（東京地裁昭和38年12月7日判決）において、サンフランシスコ平和条約第19条（a）の規定によって、日本国はその国民個人の米国及びトルーマンに対する損害賠償請求権を放棄したことにはならないと主張し、その理由として、(1) 国家が個人の国際法上の賠償請求権を基礎として外国と交渉するのは国家の権利であり、この権利を国家が外国との合意によって放棄できることは疑いないが、個人がその本国政府を通じないでこれとは独立して直接に賠償を求める権利は、国家の権利とは異なるから、国家が外国との条約によってどういう約束をしようと、それによって直接これに影響は及ばない。(2) 従ってサンフランシスコ平和条約第19条（a）にいう「日本国民の権利」は、国民自身の請求権を基礎とする日本の賠償請求権、すなわちいわゆる外交的保護権のみを指すものと解すべきである。日本はその国民が連合国及び連合国国民に対し請求権を行使することを禁止するために、必要な立法、行政措置をとることを相手国との間で約束することは可能である。しかし、イタリアほか五カ国との平和条約に規定されているような請求権の消滅条項及びこれに対する補償条項は、対日平和条約には規定されていないから、このような個人の請求権まで放棄したものとはいえない。仮にこれを含む趣旨であると解されるとしても、それは放棄できないものを放棄したと記載しているにとどまり、国民自身の請求権はこれによって消滅しない。従って、仮に原告等に請求権があるものとするれば、対日兵務条約により放棄されたものではないから、何ら原告らが権利を侵害されたことにはならない。」と

主張した。

ウ 禁反言の法理に違反

被上告人の一連の上記主張は、政府の正式見解に従って主張されたものであり、本件上告人らの損害賠償請求権は、国民である個人に帰属し国家の有する権利ではないので、国家が条約等で外国とどのような合意をしても国民の私的な請求権を失わせることはできないこと、また仮に国が他の国との間で個人の私的な請求権を放棄する合意をしたとしても、それは放棄できないものを放棄したと合意しただけであり、国民個人の私的請求権は消滅しないことを主張していたものである。

被上告人の本件訴訟における日中共同声明、日華条約等で請求権が放棄されたとして上告人らの被上告人に対する損害賠償請求権が消滅したとの主張は、禁反言の法理に違反し、そのような主張をすることは正義・公平の観点から許されない。

(12) 中国政府は、個人の被害賠償まで放棄したと認識していないこと

ア 被上告人は、中国政府の見解について、「中国政府の認識も、先の戦争に係る日中間の請求権の問題は、中国国民及びその財産に関するものも含めて、日中共同声明発出後存在していないという我が国政府と同様のものであることは明らか」と主張する。

しかしながら上記は、戦中・戦後を通じて一貫した被上告人の中国に対する偏見に貫かれており、中国政府の考えをまったく正解していない主張というほかはない。

中国政府の見解は、1972年の日中共同声明や1978年の日中平和条約によって解決したのは、戦争賠償問題の一部であって全部ではない、ということである。

この事実は、被上告人自身が提出した証拠によって中国政府高官らの一連の発言を確認すれば一目瞭然である。以下、被上告人の記述に従って証拠を確認していく。

イ 被上告人は、中国政府の見解を説明するに乙69の記載を引用して、1995年（平成7年）5月3日、陳健中国外交部新聞司長が、記者

から「国交正常化以来、中国政府は、日本に対する賠償請求を正式に放棄したが、最近民間組織が賠償請求を提起している。これに対する見解如何。」と問われたのに対し、「賠償問題は既に解決している。この問題におけるわれわれの立場に変化はない。」旨発言していると記載している。

ところが、陳健中国外交部新聞司長の発言はまだこれに続いて、「もちろん日本の中国侵略戦争は未だ問題を残しており、これら問題は今に至っても関係する中国人に精神的損害を残している。これら問題について日本側は真剣に対応し、適切に処理し、必要なことを行うよう希望する。」旨述べた部分があるのである（乙69）。

被上告人は、この部分を意図的に無視し、あたかも陳健中国外交部新聞司長発言は「賠償問題は既に解決している。この問題におけるわれわれの立場に変化はない。」という言葉だけであったかのように歪曲的に紹介しているのである。

陳健氏の発言の全体から明らかなように、「この問題におけるわれわれの立場」とは、戦争被害の賠償問題について、国家の戦争賠償請求権と戦争被害者である個々の中国人が持っている日本に対する賠償請求権を区別し、後者については何ら制限されないとの認識である。そしてこの立場をはっきり確認したものが日中共同声明なのである。したがって、「この問題におけるわれわれの立場に変化はない。」との結論は当然なのである。

そして日中共同声明で処理されたのは、中国の国家としての戦争賠償問題だけであって、中国人戦争被害者が個人として持っている日本政府に対する損害賠償請求権は、日中共同声明によっても何ら影響を受けていないのである。

ウ 被上告人は、乙70を引用して、「錢其琛外交部長自身、1992年（平成4年）3月の記者会見において、記者より民間賠償請求の動きについての考え方を問われたのに対し、『戦争によってもたらされた幾つかの複雑な問題に対し、日本側は適切に処理を行うべきである。』と述べつつ、戦争賠償の問題については、『中国政府は、19

72年の日中共同声明の中で明確に表明を行っており、かかる立場に変化はない。』と表明している」旨記載している。

ところが被上告人は、乙70の引用においても前記乙69と同様に、上記引用部分に続く以下の発言を欠落させている。すなわち、「人民代表は、議案と建議を提出する権利を有しており、人民代表大会書記局が議案に責任を有する機構であって、規定に従って議案と建議を処理することとなろう。」との部分である。

この発言は、中国政府が手続に則って戦争賠償問題を議会の議案・建議として処理することを明らかにしたものと言える。

被上告人は、日本側には「適切に処理を行うべき」課題があることを引用しているが、前記陳健中国外交部新聞司長の「賠償問題は既に解決している。」との発言との整合性をどのように説明するのであろうか。

エ なお被上告人の主張には触れられていないものの、銭其琛副首相兼外交部長（当時）は、1995年3月9日、全国人民代表大会の開催期間中、各省別の討議での発言において、対日戦争賠償問題について、銭其琛副首相兼外交部長は、日中共同声明で放棄したのは国家間の賠償であって、個人の補償請求は含まれず、補償の請求は国民の権利であり政府は干渉できないとの見解を示した（甲501・新潟地裁判決及び福岡地裁1992年4月26日判決、判例時報1809号111頁）。

当然の道理であるが、この銭其琛副首相兼外交部長の発言によって、個人請求権がいささかも放棄されていないことは確定していると考えてよい。

オ また被上告人は、乙71を引用して、「1998年（平成10年）12月の香港における報道によれば、唐家璇外交部長が、記者から、中国政府の民間人の対日賠償請求について質問された際、『中国の対日賠償請求問題は、既に解決済みであり、国家と民間（国民）は一つの統一体であるので、民間（国民）の立場は、国家の立場と同じであるべきである。』と述べている」旨述べている。

しかし、上記の記述は、乙71の一部分のみの引用にとどまるものできわめて不完全なものとなっている。実際の上記報道記事は、乙71の邦訳にもあるとおり、「しかし、日本における唐家璇外交部長の発言は、江沢民の態度と一致していなかった。」として、前段の江沢民及び中国共産党中央指導部の歴史問題に対する毅然とした態度と対比させて唐家璇外交部長の発言を紹介しているのである。

以上にかんがみれば、日本の中国侵略戦争に係る日中間の請求権の問題についての日中間の認識は、まったく異なるものであると考えるべきである。

カ 結語

以上のとおり、中国政府は、日中共同声明及び日中平和友好条約により、上告人ら中国国民固有の私的請求権は放棄されていないという立場であることは明白である。

(13) 最近の戦後補償をめぐる裁判所の請求権問題に関する判断

ア 最近の戦後補償をめぐる裁判において、日中共同声明により中国国民である被害者個人の損害賠償請求権まで放棄されたとは解することができないという裁判所の判断が多数なされている。これらの裁判所の判決は、充分説得力のあるものなので、紹介し検討する。

イ 福岡地裁平成14年4月26日判決（判時1809号111頁）は、三井鉱山強制連行事件において中国人の炭鉱経営者に対する不法行為に基づく損害賠償を認めたが、その事案の中で、

「日中共同声明の第5においては、『中華人民共和国政府は、日中両国民の友好のために、日本国に対する損害（注・戦争の誤記）賠償の請求を放棄することを宣言する。』とされていること、日中平和友好条約においては、日中共同声明の第5の上記宣言が厳格に遵守されるべきことが確認された」と認定する一方、「サンフランシスコ平和条約締結当時、中国は、中国国民が、日本政府に対して、日中戦争において被った損害の賠償を請求し得るとの立場を採っていたこと、また、昭和62年ころから、中国国内では、日本政府に対して上記損害の賠償を行い得るとの見解が支持されるようになり、当時の銭其琛副首相

兼外相は、平成7年3月9日、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れず、補償請求は国民の権利であり、政府は干渉すべきではない旨の見解を示したこと」などの中国政府の認識を根拠にして、「日中共同声明及び日中平和友好条約により、中国国民固有の損害賠償請求権が、中国政府によって放棄されたかについては、法的にも疑義が残されていたものといわざるを得ない。」と述べ、結論として「原告らの損害賠償請求権が、日中共同声明及び日中平和友好条約により、直ちに放棄されたものと認めることはできない。」と認定する。

また、同判決は、国家と国民の請求権の関係について、「損害賠償について国家間での合意が成立した場合、これに基づき、国民に対して、何らかの措置が採られることにより、国民が直接相手国に対して、損害賠償を請求できなくなることは考えられるとしても、このことから直ちに、すべての場合に、国民個人が、相手国に対して、戦争において被った損害の賠償を請求し得ないと解することはできない」と述べて、国家間の合意が成立した場合でも代償措置なしに賠償請求を放棄させられることはないと判示する。

ウ 東京地裁平成15年4月24日判決（判時1823号61頁）は、中国山西省元慰安婦訴訟において、

「被告は、日中共同声明をもって、被害者個人の我が国に対する損害賠償請求権も放棄されたと主張するが、同声明も、国際法の基本的な枠組みのなかで解釈されるべきものであって、日中戦争における加害国である我が国に対し、その相手国である中華人民共和国（戦争当時は中華民国）が被害者個人の我が国に対する損害賠償請求、いわゆる『被害賠償』まで放棄したものではない。」と述べ、日中共同声明により賠償請求を放棄したものではないと認定する。

同判決は、続けて、その根拠として、「被害を受けた国民が個人として加害者に対して損害賠償を求めることは、当該国民固有の権利であって、その加害者が被害者の属する国家とは別の国家であったとしても、その属する国家が他の国家との間で締結した条約をもって被害

者の相手国に対する損害賠償請求権を放棄させ得るのは、自国民である被害者に自ら損害賠償義務を履行する場合など、その代償措置が講じられているときに限られる」と代償措置なしには放棄させることは出来ないと判示する。

そして、「中華人民共和国においては、日中共同声明を調印することによって、自国民に対して日中戦争に係る被害を自ら賠償することとして、我が国に対する損害賠償請求権を放棄させたという形跡はなく」と代償措置は執られていないと認定して、被告の主張を排斥する。同判決は、「我が国においても、たとえば日ソ共同宣言についても、日韓請求権協定についても、政府見解は、国民である被害者の相手国に対する損害賠償請求権まで放棄したものである」として、これを否定していることから裏付けられるというべきである。」と述べ、政府見解で賠償請求権を放棄したものであることを指摘する。

エ 新潟地裁2004年3月26日判決(甲501)は、強制連行強制労働新潟訴訟において、

「安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求権を含め、原告らの請求権は、日華平和条約11条、サンフランシスコ平和条約14条(b)及び日中共同声明5項によって、中華人民共和国により放棄され、消滅した」という被告国の主張について、「中華人民共和国と中華民国との関係からして、両国との間の問題は、明確に分けて別個に検討されなければならないこと、『日本国に対する戦争賠償の請求を放棄することを宣言する。』という日中共同声明5項の文言上、中華人民共和国が個人の被害賠償まで放棄したとは直ちには解し難いこと、戦争による国民個人の被害についての損害賠償請求権という権利の性質上、当該個人が所属する国家がこれを放棄し得るかどうかにつき疑義が残る上、日中共同声明の署名にもかかわらず、中国国民は戦争被害について何らの補償、代償措置を受けていないこと、前記認定事実9(2)のとおり、中国要人が、日中共同声明により中国が個人の被害賠償まで放棄したと認識しているとは必ずしもいえないこと(特に、認定事実9(2)オ(ア)bの銭外交部長〔当時〕の発言)などに鑑み

れば、」と4点を指摘して、「日本政府の認識の如何にかかわらず、中国国民個人が被った損害についての被告国に対する損害賠償請求権、特に、安全配慮義務違反という債務不履行に基づく損害賠償請求権までが、日中共同声明によって放棄されたとは解し難い。」(104頁)と判示し、個人賠償請求権が日中共同声明により放棄されたという主張を明快に否定する。

オ 広島高等裁判所平成16年7月9日判決(甲519)は、西松建設強制連行・強制労働控訴事件において、

「日中共同声明第5項は、サンフランシスコ平和条約14条(b)が『連合国は、連合国すべての賠償請求権、戦争の遂行中に日本国及びその国民がとった行動から生じた連合国及びその国民の他の請求権並びに占領の直接軍事経費に関する連合国の請求権を放棄する。』と規定しているのと明らかに異なり、中国国民が請求権を放棄することは明記されていないし、中華人民共和国政府が放棄するとしたのは『戦争賠償の請求』のみである。」と述べ、サンフランシスコ平和条約の文言との比較から国民の請求権まで放棄されていないと判示する。

また、同判決は、「本来、外国人の加害行為によって被害を受けた国民が個人として加害者に対して損害賠償を求めることは、当該国民固有の権利であって、その加害者が被害者の属する国家とは別の国家であったとしても、その属する国家が他の国家との間で締結した条約をもって、被害者に加害者に対する損害賠償請求権を放棄させることは原則としてできない」という基準からして、当時の日本政府側の意図はともかく、日中共同声明第5項に、明記されていない中国国民の加害者に対する損害(被害)賠償請求権の放棄までも当然に含まれているものと解することは困難である。」と述べて、条約を持って自国民の賠償請求を放棄させることはできないと判示する。

また同判決は、「サンフランシスコ講和会議に中華人民共和国が招待されず、サンフランシスコ平和条約の締結当事者になっていないことに照らせば、なお一層明らかである」「日華平和条約は、日本と中華民国との間で締結された条約であって、これをそのまま中華人民共

和国国民である控訴人らに適用できるのかもまた疑問である。」「日本は中華人民共和国との国交を回復し、政治的な判断から日中共同声明に署名し、同国と日中平和友好条約を締結している。ここにおける日本の立場はともかく、少なくとも、中華人民共和国政府が復交三原則で明らかにしている見解、すなわち、同国政府が中国を代表する唯一の合法政府であり、台湾は中華人民共和国の領土の一部であるとの見解を堅持していることは、現在の国際情勢においても明白なことである。」と述べて、日華条約の効力が及ぶことを否定する。

さらに、同判決は、「同国政府高官の発言にしても、日中共同声明により国家の賠償請求権のみならず中国国民の損害賠償請求権も放棄したものとする見解や日中共同声明は国家間の戦争賠償請求権を放棄したもので個人の補償請求は含まれないとする見解（銭其茵外交部長の発言として報道されたものであるところ、被控訴人は中国政府により確認されていない旨主張するが、仮にそうであるからといって、直ちに同発言がなかったということにはならないのはいうまでもない。）などがあり、政府高官の発言がすべて一致しているわけでもない。」と述べて、中国政府高官の見解が一致していないと認定し、「日中共同声明第5項により、日本及び日本国民は、中国国民個人による損害賠償請求に応じる法律上の義務が消滅した旨の被控訴人の主張は採用することはできない。」と判示し、個人賠償請求権が中華人民共和国により放棄され、消滅したという被上告人の主張を明快に否定する。

カ 東京高等裁判所第5民事部平成16年12月15日判決（乙115）は、中国人「慰安婦」第1次訴訟において、「日中共同声明5項が中国国民個人の賠償請求権をも放棄したと解することできない。」と判示し、その理由として、「日中共同声明5項の文言上、中華人民共和国が個人の被害賠償まで放棄したとは直ちに解し難いこと」をあげ、また、「戦争による国民個人の被害についての損害賠償請求権という権利の性質上、当該個人が所属する国家がこれを放棄し得るかどうかにについては疑問が残る上、この声明によっ

ても中国国民は戦争被害について何らの補償、代償措置を受けていないこと」を摘出して、「日本政府の認識がどうであるかにかかわらず、中国国民個人が被った損害についての被控訴人に対する損害賠償請求権が日中共同声明によって放棄されたとは解しがたいというべきである。」と結論づけ、個人賠償請求権が中華人民共和国により放棄され、消滅したという被上告人の主張を否定する。

キ まとめ

本件細菌戦は、国際法に違反し、かつ人道上許されない悪質な事案であり、被上告人国が組織的関与し、戦後は徹底的に証拠隠滅をはかったことに着目すると、上記判決の論旨にしたがえば、日中共同声明等によって個人賠償請求権まで放棄したとは考えられないことは明白である。

(14) 結語

以上、見てきたように、「日華平和条約 11 条及びサンフランシスコ平和条約 14 条 (b) により、中国国民の日本国及びその国民に対する請求権は、国によって放棄されている。日中共同声明 5 項にいう『戦争賠償の請求』は、中国国民の日本国及びその国民に対する請求権も含むものとして、中華人民共和国政府がその『放棄』を宣言したものである」(被上告人控訴審第 1 準備書面 124 頁)という被上告人の主張は、いかなる意味でも成り立たない暴論である。

日中共同声明自体によっては、中国国民の賠償請求権を否定するいかなる根拠も見いだすことはできず、中国国民の請求権が存在していることは明白である。

また中国国民の請求権を否定する根拠をサンフランシスコ平和条約と日華条約に求める被上告人国の立場は、1972 年以降の日中友好関係の発展を逆行させかねない極めて危険なものであるといわなければならない。

3 時効・除斥の不適用

(1) 時効は未だ完成していない

ア 民法724条後段の法的性格について

被上告人は、最高裁判所平成元年12月21日第一小法廷判決（民集43巻12号2209ページ、以下「最高裁平成元年判決」という。）および最高裁判所平成10年6月12日第二小法廷判決（民集52巻4号1087ページ、以下「最高裁平成10年判決」という。）を引用し、「民法724条後段の規定は、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するのが相当である旨主張する。

しかしながら、724条後段は、いわゆる除斥期間を定めたものではなく、消滅時効を定めたものと考えべきである。

すなわち、民法724条後段の20年の期間の法的性格は、その立法の沿革、立法趣旨、法文の文言、不法行為責任について時効として二重の期間制限を設けている諸外国の立法例、及び被害者の権利行使は予期しない外部的事実により妨げられることが多いことを考慮すると、時効期間を定めたものと解すべきである。

そして、民法724条前段に定める3年の時効期間は、権利者の権利行使の現実かつ具体的な可能性の存在という特殊な状況に対応する特殊な短期時効であるのに対して、同条後段に定める20年の時効期間は、そのような特殊な事情の有無とは無関係に、請求権の成立時から進行を開始し、20年の経過により完成する通常の時効であって、不法行為責任は、原則として通常20年の時効にかかり、特に被害者において損害及び加害者を知り、権利行使の現実的可能性がある場合に限り、通常20年の時効の完成を待たずに3年の時効の完成を認めるということにすぎないと解すべきである。

そもそも、除斥期間という概念は、実定法上明らかなものではなく、講学上の概念に過ぎない。法律の規定を、そのように実定法に定められていない概念を前提として解釈することは、そうする必要がある場合を除いては、するべきではない。

724条後段について考えると、これを除斥期間を定めたものと解する必要性は全くない。

同条の趣旨が、短期間で法律関係を確定することにあることは、明らかである。その趣旨から、前段においては3年という短期消滅時効を規定した。しかし、その起算点は「被害者又ハ其法定代理人カ損害及ヒ加害者ヲ知リタル時」である。これは、損害及び加害者を知らなければ損害賠償請求権を行使することが事実上不可能であるためである。しかし、その結果として、そもそも、時効期間が長期間にわたって進行を開始しないことが考えられる。そのために、時効の起算点を別途定めた消滅時効を設けて、これによって法律関係を確定することを図ったのである。ここでは、724条後段を、消滅時効とは異なる除斥期間を定めたものと解する必要性はないのである。

したがって、724条後段は、消滅時効を定めたと理解するのが、民法の解釈として合理的で自然である。

よって、後に述べる事情のもとでは、時効は未だ完成していないというべきである。

イ 民法724条の定める除斥期間の起算点について

(ア) 総論

被上告人は、民法724条後段の定める除斥期間の起算点は、その文言上不法行為の時であることは明らかとし、法の趣旨からしても、「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。」として、「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、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」と主張する。

しかしながら消滅時効の起算点は、「権利ヲ行使スルコトヲ得ル時」（民法166条1項）であり、不法行為についてはそれを「被害者又ハ其法定代理人カ損害及ヒ加害者ヲ知リタル時」及び「不法行為ノ時」と規定する。

損害及び加害者を知りたる時とは、「加害者に対する賠償が事実上可能な状況のもとに、その可能な程度にこれを知ったときを意味する」と解されている（最二小判昭48・11・16）。

この解釈が出される以前、民法166条1項の「権利ヲ行使スルコトヲ得ル時」という用件の解釈について、最高裁は、従前取られていた、「法律上の障害がないとき」という解釈を捨て、「債権者において権利を行使しない必要性がなくなったとき」という解釈を採用した（最大判昭和45年7月15日）。そして、この解釈は、最三小判平成13年11月27日においても維持されている。

この一連の最高裁判例からすれば、最高裁が、消滅時効の起算点として、債権者において事実上債権を行使することができたか否かという点に注目していることは明らかである。

判例解説においても、最高裁の考えは、権利行使の可能性を現実知りながら請求しなかった加害者の態度に対する賠償義務者の正当な信頼を保護することにその本旨があると説明されている（柴田保幸・昭48最判解説（民）136頁）。

このような判例を受け、債務不履行ないしは不法行為に基づく損害賠償請求権の消滅時効の起算点について、下級審裁判所においても、債権者が事実上権利を行使することが可能であったかという観点から、同様の判断がなされている。

まず、静岡地浜松支判昭和61年6月30日（遠州じん肺訴訟・判時1196号20頁）は、安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求権の消滅時効の起算点について、訴訟代理人となった弁護士らによる損害賠償請求訴訟の説明会が開かれた日であるとした。その理由として同判決は、じん肺の特殊性を上げると同時に、「従業員又は従業員であった者から会社に対して損害賠償請求権を行使するようなことは全く思いも及ばない環境にあった」ことを上げている。

次に、東京高判平成8年9月30日（報徳会宇都宮病院訴訟・

判時1589号32頁)は、不法行為に基づく損害賠償請求権の消滅時効の起算点について、不法行為が精神障害者である原告らと精神病院との間の事件であること、原告らは損害賠償請求等の手続きを執ったときには病院に再び連れ戻されるものと信じていたこと等を理由として、原告らが退院した後である、新聞で同病院で生じたいわゆるリンチ殺人事件が一斉に報道されるに至った時点をもって、起算点とした。

さらに、東京高判平成16年7月21日(水戸事件)は、不法行為に基づく損害賠償請求権の消滅時効の起算点について、不法行為が原告を雇用していた会社の社長によるものであること、原告らが知的障害者であることを考慮して、原告らが会社を退社した時点を以て起算点とした原審判決を是認した。

「不法行為ノ時」に関しても、同様に解釈するべきである。すなわち、常に不法行為時より直ちに時効期間が進行を開始するのではなく、被害者らが権利を行使することが実質的に可能な状況になった時点から、時効期間は進行を開始すると解するべきである。

(1) 本件における民法724条前段の時効期間の起算点

本件においては、上告人らは、中華人民共和国の国民であり、元来は日本と国交のない国の国民であった。国交回復後も、中華人民共和国が外国人と私的に交流を持つことは困難であり、日本に來訪することも資力的に困難であった。このため、中華人民共和国人が日本国に対して訴訟を提起することは、事実上あり得ない状況であった。

早くとも1997(平成9)年7月頃までは、上告人らが損害賠償請求権を行使することは事実上不可能な状況であったのであるから、20年間の期間の起算点は、この頃と考えるべきである。

a 中華人民共和国は、1949(昭和24)年に成立し、中国本土を実効的に支配していたにもかかわらず、1952(昭和27)年に締結されたサンフランシスコ平和条約の締約国から外さ

れたため、日本と中国は、国交断絶の状態が続いた。

その後、1972（昭和47）年の日本政府と中国政府の共同声明（以下「日中共同声明」という。）によって、国交が正常化され、さらに、1978（昭和53）年10月23日、日中平和友好条約の締結によって、初めて本格的かつ正常な国家関係の基礎が確立された。

日本に対する中国民間人の損害賠償請求の問題は、1991（平成3）年3月、第7期全国人民代表大会第4回会議において、国家間の戦争賠償と民間の被害賠償を区別し、前者は日中共同声明で放棄されたものの、後者は、中国の民間人被害者及びその遺族は、日本に対して損害賠償請求ができる旨の科学工業部幹部管理学院法学部教員の意見書により、初めて公の場で取り上げられた。

その後、江沢民国家主席は、1992（平成4）年4月、日中戦争時の民間被害については、相互に協議して条理にかなう形で妥当に解決すべきであることを主張してきた旨の発言を行った。さらに、銭其琛外相は、1995（平成7）年3月9日、対日戦争賠償問題について、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れず、賠償の請求は国民の権利であり、中国政府は干渉すべきでない旨発言した。

このように、上告人らが、被上告人に対し、本訴を提起することが政治的社会的に可能となったのは、上記銭其琛外相の1995（平成7）年3月の発言以降であり、それ以前に上告人らが本訴を提起することは不可能であったというべきである。

- b 上告人らが本訴を提起するには、更に本件細菌戦の具体的な事実関係を明らかにし、これを裏付ける資料が必要であったが、被上告人は戦後一貫して細菌戦の事実を隠蔽してきた。専ら加害者である被上告人の責により、上告人らは本件提訴を阻害されていたのである。

1993年に、吉見義明教授らが防衛庁防衛研究所図書館が公

開した井本日誌など、陸軍中央の中堅将校の井本熊男大佐等の業務日誌から、細菌兵器の実戦使用が陸軍中央の指導で行われたことが判明し、その内容が1995（平成7）年12月に岩波ブックレット『731部隊と天皇・陸軍中央』として出版され、細菌兵器の実戦使用が明らかになった。

それまでは、日本国内では、731部隊が細菌兵器の研究を生体実験で行っていることは周知の事実になっていたが、細菌戦は周知の事実になっていなかった。被上告人は、細菌戦の事実が日本国民に知られるようになってからも、事実が確認できないとして、その責任を否定し続けた。

そのような被上告人の態度に疑問を呈した日本人弁護士らが、1995（平成7）年12月以降、僅かな手がかりをもとに本件細菌戦の被害者らを訪ね、事実の有無を確かめるため聞き込みなど現地調査を繰り返した。その結果、本件細菌戦の事実を確認した。

細菌戦被害者らから本件訴訟について協力を求められた日本の弁護士らは、本件訴訟に伴う法的な問題点や諸費用の負担等を検討した上、1997（平成9）年ころ本件訴訟を受任することを決め、正式な委任を受け、1997（平成9）年8月11日に第一次提訴を提起した。その後、中国各地に調査委員会が設置され、細菌戦被害の実態調査が行われ、1999（平成11）年12月9日に第2次提訴を提起するに至った。

c このような経過に照らせば、細菌戦被害者らが、本件細菌戦の具体的事実に基づいて細菌戦被害者らに対する被上告人の不法行為を特定することができ、被上告人に対する損害賠償請求権の行使が可能となったのは、中国と日本の弁護士の支援、協力を取り付けることができた1997（平成9）年の時点である。

したがって、民法724条前段の3年の時効期間の起算点は、1997（平成9）年の時点であり、本件第1次訴訟の提起は同年8月11日、第2次訴訟の提起は1999（平成11）年12

月9日であるから、いずれにおいても時効は完成していないというべきである。

(ア) 本件における民法724条後段の時効期間の起算点

- a 1978(昭和53)年10月23日の日中平和友好条約締結まで日中両国は法的に戦争状態にあった。

サンフランシスコ平和条約の付属議定書「B 時効期間」の第1項には「人又は財産に影響する関係で、戦争状態のために自己の権利を保全するのに必要な訴訟行為又は手続をすることができなかったこの議定書の署名国の国民に係るものについて訴の提起又は保存措置をする権利に関するすべての時効期間又は制限期間は、この期間が戦争の発生の前に進行し始めたか又は後に進行したかを問わず、一方日本国の領域において、戦争の継続中その進行を停止されたものとみなす。これらの期間は、本日署名された平和条約の効力発生の日から再び進行し始める。」と規定されている。

これは、戦争状態にある間は、その当事国の国民が相手国側に対し自己の請求権を行使することは不可能なので、戦争の継続中(即ち平和条約発効までの間)は時効又は制限期間が進行しないという法理を確認的に規定したものである。中国はサンフランシスコ講和条約の当事者ではないが、この時効規定の法理は、中国との平和条約締結においても援用されうるのであり、少なくとも日中両国が法的に戦争継続状態にあった1978(昭和53)年10月23日までは、時効は進行しなかった。

- b また、前述したように、20年の期間の起算点は、不法行為の構成要件が充足されたとき、すなわち、加害行為のみならず、損害が発生して被害者の権利行使が客観的、一般的に期待できる状況になったときと解すべきである。

その点で、上告人らは自分らの責に帰さない理由により、本件提訴が不可能な状況におかれていた。すなわち、被上告人の隠蔽行為によって、前記井本日誌の発見される1993年までは、上

告人らは本件提訴の可能性を阻害されており、また、前記上記銭其琛外相の1995（平成7）年3月の発言までは、上告人らが本訴を提起することは政治的社会的に不可能であった。したがって、20年の期間の起算点は、上告人らの権利行使が客観的に可能になった1995年におくべきである。

- c さらに、本件細菌戦は、国際法に違反する戦争犯罪行為であり、加害者たる被上告人は、上告人ら被害者に対し、被害の継続・拡大を防ぐべき保護義務を負っていたのであり、本件細菌戦により生じた被害の回復を図る措置を採るべきであった。しかし、被上告人は、これらの保護義務を果たさなかったばかりか、戦後、自ら作成した731部隊関係文書を廃棄処分して証拠と事実の隠蔽を図り、国会等公の場においても細菌戦の事実を認めず、中国に対する戦争責任も否定し続けてきたのであって、上告人らに対し、一切の賠償、謝罪も行っていない。

被上告人のこれらの行為により、細菌戦被害者らは多くの家族を失い、戦後において幸い生き残った細菌戦被害者らも差別、偏見や、精神的ないし身体的苦痛に苦しめられ、その被害はいまだ継続している。

したがって、上告人らの主張する被上告人の加害行為は、現在も継続しているのであって、被上告人に対する損害賠償請求権については、未だ時効は進行していないといえることができる。

(2) 本件細菌戦において時効・除斥期間の適用を制限すべきである

ア 被上告人の権利濫用

不法行為について、消滅時効の特則が定められ、消滅時効に関する本則よりも早期に消滅することが規定されているのは、不法行為というのはそれまでは接触がなかった当事者間で突然債権債務関係を発生させるものであり、契約等の当事者間に元来接触があった場合よりも、証拠が散逸しやすく、ある程度の期間が経過することにより当事者が最早賠償を請求されることがないと信頼する可能性が高いからである。

しかし、本件においては、上告人らは、中華人民共和国籍を有する一私人に過ぎない。これに対して被上告人は、日本国であり、証拠収集能力においては圧倒的な差がある。また、本件細菌戦は日本国の軍隊が作戦行動として行ったものであり、その全てを日本国が把握していたと言える。そして、日本国は終戦後に、戦史の編纂等を通じて、その資料を可能な限り収集して、実情を把握していた。したがって、上記のような立法趣旨からすれば、短期での権利消滅を認める理由は存在しない。また、認めないことが、正義公平の観点にかなうものである。

上告人らが早期に損害賠償を請求しなかったのは、上告人らに責任があるのではなく、国交等の上告人らには如何ともしがたかった理由から請求できなかったからである。そして、被上告人は、上告人らがそのような状況におかれていたことを熟知していた。

したがって、本件において被上告人が、時効・除斥期間による債権消滅の抗弁を主張することは、権利濫用であり許されないと解する。

なお、被上告人は、724条後段を除斥期間を定めたものと解し、除斥期間については債務者による援用の必要はないので、権利濫用の余地はないと主張するが、たとえこれがいわゆる除斥期間を定めたものとしても、そのような主張には理由がない。そもそも、除斥期間については援用が必要ではないとする実定法上の根拠はない。消滅時効と類似するという性質からすれば、可能な限りその規定が類推適用されると解するべきであり、そうであれば、実体法上も援用が必要であると理解する余地もある。また、たとえ実体法上は援用の必要はないとしても、訴訟上の主張として、被上告人により除斥期間の抗弁の主張が必要であるはずである。これを不要と解する根拠は、まったくない。被上告人が訴訟上の主張として、除斥期間による債務消滅の抗弁を主張することが権利濫用であるとするのは、可能である。

イ 時効・除斥期間の制度における正義と公平の要請

加害者による民法724条の時効援用及びその結果が、著しく正義、

公平に反するとき、その時効援用は権利の濫用に当たるものとして排斥されるべきである。

また、仮に、同条後段所定の20年の期間が除斥期間であるとしても、その適用が著しく正義、公平に反し、条理にもとるときは、同条後段の規定は適用されるべきではない。

そして、民法724条の適用が著しく正義、公平に反するか否かは、具体的には、被害者の権利不行使に対する加害者の加担、権利者の権利不行使に対する非難性の欠如、時効による加害者保護の不適格性、時効・除斥期間がもたらす結果の著しい不正義・不公正といった諸事情を考慮して判断すべきである。

ウ 本件における時効・除斥期間の適用の制限

(ア) 被害者の権利不行使に対する加害者の加担について

被上告人の本件不法行為は、日本の中国侵略戦争における細菌戦の実行という、史上類例のない残虐な行為である。このことは、民法724条後段の適用に当たって十分斟酌されなければならない要素である。

被上告人の本件不法行為は、非戦闘員たる一般住民を無差別大量に殺戮することを狙った違法性の極度に高い残虐行為である。細菌戦がもたらした感染症によって犠牲者、被害者となった上告人らには何の落度もなく、ある日突然原因不明の疫病によって苦しめられ、犠牲となったのである。その被害者がなんら救済されずに数十年間放置され、一方、その加害者である被上告人が何の責任も果たさずに今日に至っているという現状において、時の経過は、被害者の権利消滅をもたらすものではなく、一刻も早く被上告人が被害を償い、上告人ら被害者を救済すべきことを迫るものである。

さらに本件細菌戦の違法行為において、極めて顕著な特徴は、被上告人が、戦後において細菌戦の事実を隠蔽し、国際的国内的に日本軍の細菌戦が周知の事実となっている現在においても、その事実すら認めていないという点である。

被上告人は、敗戦直前に、中国では731部隊本部等の施設を破

壊し、人体実験のために収容していた捕虜の「マルタ」を全員殺害し、731部隊をいち早く撤退させた。日本では、敗戦と同時に、陸軍省軍事課等の命令により細菌戦関係等の日本軍公式文書の焼却・隠匿した。

また、1947年、被上告人は、隠匿していた731部隊関係の文書を免責と引き換えに米国政府に交付し、戦争犯罪の責任追及を逃れた。

1980年代に入り、細菌戦の事実が暴露され始めると、被上告人は、本件細菌戦に対する責任を追及されることを恐れ、井本日誌などの防衛庁及び米国からの返還資料の保管資料を隠匿し、本件細菌戦の事実確認と証明を困難にした。

1993年、吉見義明教授らが防衛庁防衛研究所図書館が公開した井本日誌などから細菌戦の記述を発見し、1995年12月に岩波ブックレットとして発表し、細菌戦の事実が社会的に明らかになると、被上告人は、井本日誌を非公開にする措置をとった。

井本日誌は、井本熊男が大本営参謀本部員などの立場で、731部隊からの直接の連絡を業務日誌として、本件細菌戦の計画、準備、実行及びその効果について詳細に記載したもので、例えば常德細菌戦の実行の日時、場所、実行メンバー、使用細菌の種別等の内容は正確であり、この井本日誌などの被上告人が保管する文書を用いれば、本件細菌戦の実態は、より一層解明されるはずである。

しかし、被上告人は、原審においても、井本日誌が井本熊男個人の防備録にすぎないなどと認めるにとどまり、事実解明を行うことを全くしない。

また、被上告人は、1950（昭和25）年3月の衆議院法務委員会における聴濤議員の質問、1982年4月の衆議院内閣委員会の榊原議員の質問、1997年から1998年の参議院決算委員会等での栗原君子議員の質問、1999年2月の衆議院予算委員会での田中甲議員の質問で、再三、事実調査につき促されているにもかかわらず、かかる調査を一切怠っている。

未だに、被上告人は、「資料が存在しない」等と事実と異なる答弁で、本件細菌戦の事実を正式に認めていない。

このような被上告人の隠蔽行為は、上告人らの権利行使を著しく妨害してきた。実際に存在している資料を開示せず、井本日誌等の存在をつきつけられても、なお「資料が存在しない」等と言い逃れようとする本件細菌戦の隠蔽行為は、極めて悪質で、上告人らの権利行使を意図的に妨害する新たな不法行為である。

本件上告人らの権利不行使は、被上告人が一国の権力をもって上告人らの権利行使を妨害し、不可能にしてきた結果なのである。

(1) 上告人らの権利不行使に対する非難性の欠如

上告人らの戦後の生活は、非常に苦しいものであった。日本の侵略戦争と、その後の内戦による都市、農村の荒廃に加えて、上告人らは、細菌戦の被害者であることによる苦しみを受けねばならなかった。本件細菌戦被害地において、上告人らの多くは、一般流行の疫病にかかった者として扱われ、戦争の被害者としての正当な評価を受けることができなかった。

本件細菌戦による被害地住民は、戦後も長期にわたって疫病の恐怖から逃れることができず、地域社会としての復興は困難となった。また、疫病発生地として社会的な差別を受け、経済的かつ社会的不利益を蒙らざるえなかった。

このように、前記被上告人による隠蔽行為、1972年まで断絶していた日中関係、日中共同声明における中国政府の賠償問題への対応などの客観的社会的状況に加え、上告人らのおかれた生活状況からも、1995年頃までは、被上告人に対する損害賠償請求権を行使することは事実上不可能であった。

さらに、上告人らが本件訴訟を提起するためには、中国と日本に、これを支援し、代理人となって活動する弁護士が必要不可欠であったのであり、そのような弁護士の活動が日本で具体化したのは第1次訴訟の上告人らは1995年12月以降であり、第2次訴訟の上告人らにとっては第1次訴訟を提起した1997年8月以降である。

以上のとおり、上告人らが本件提訴に至るまで権利行使ができなかつたことについて、上告人らには全く責がなく、上告人らが権利の上に眠ってその権利行使を長期間怠っていたという事実はない。上告人らは、訴訟提起が可能となるや、速やかに本件訴訟の提起に及んだのである。

(ウ) 時効による被上告人保護の不適合性

原判決が認定するように、本件裁判の被害地 8 ヶ所全体の細菌戦による死亡者の数は 1 万人を超える。しかしこの数字は、細菌戦による犠牲者の一部にすぎない。

細菌兵器は、戦闘の目的と比較して不相当な性格のものであるとの共通認識を前提にジュネーブ・ガス議定書で明示的に使用が禁止された国際法違反の兵器である。現在では、1972年4月10日に署名され1982年6月に日本が批准し効力が発生した細菌兵器禁止条約により、使用のみならず開発、生産、貯蔵も、国際法上も禁止されている。

細菌戦は、本来命を救う目的を持つ医学的手段を、無差別大量の殺戮手段として使うという、いかなる意味でも許されざる行為である。それは、生命の尊厳に対する侮辱であり、その根底には、中国の人たちを人間として見ない被上告人の民族差別があった。

このことは、被上告人が、中国ハルピン市平房に創設された 731 部隊等の細菌戦部隊において、陸軍中央の計画、指揮の下で、抗日運動の関係者等に対し各種の人体実験を行うなどして、細菌兵器の研究、開発、製造を行ったことにも示されている。

こうして人体実験によって開発された細菌兵器を使い、被上告人は、中国住民に対し、史上初めて本格的な細菌戦を実行したのである。

したがって、本件細菌戦が、当時の国際法はもちろん日本の法規に照らしても違法なものであることは明白である。また、被上告人は、ポツダム宣言受諾によって、本件細菌戦について調査及び救済義務を負ったが、これを履行することなく現在に至っている。

また、本件訴訟において、上告人らは、井本日誌及び井本熊男の証拠保全を申立て吉見義明教授の人証及び同教授の著作の岩波ブックレットを書証として提出した。主張立証が困難な事情は存しないにもかかわらず、被上告人は、上告人らの主張にかかる事実に対して認否及び具体的な主張を一切行わない。

本件違法行為は、比較しうる類例がないほど悪質な違法行為である。時効による被上告人保護の理由はまったくない。また、時効制度の存在理由を、真の権利者を保護し、弁済者の二重弁済を避けるための制度と解したとしても、また、証拠散逸による証明困難を救済するための制度と解したとしても、被上告人の責任は明白であり、被上告人が損害賠償責任を果たしていないことが明白である本件においては、時効又は除斥期間により被上告人を保護する理由は全くないというべきである。

(I) 時効・除斥期間がもたらす結果の著しい不正義・不公正

本件細菌戦は、長期にわたって上告人らの人間としての尊厳を踏みにじり、心身にわたる苦痛と被害を与えた悪質極まりない加害行為である。

しかも、被上告人は、戦後においても上告人らに対して一切の謝罪も補償もせず、本件細菌戦の事実さえ認めようとせず、上告人らの感情を著しく傷つけ、苦痛を増大させている。

上告人らは、いずれも年老いており、残された人生は短い。被上告人が上告人ら被害者に謝罪し、その損害を償い、被害者を救済する必要は火急の課題となっている。

これらの事情を考慮すると、時効又は除斥期間により、被上告人がその責任を免れることは、著しく正義、公平に反し、その結果は条理にも反するものである。

エ 以上のとおり、時効によって被上告人が賠償責任を免れることは、著しく正義、公平に反し、条理にもとることは明らかである。

本件細菌戦の違法行為が、時効の適用によってその責任を免れることは、日本国憲法の国際協調主義、平和主義にも反するものである。

国際法によって生じた国家責任には、時効も除斥もない。被上告人の国際的義務の不履行は消えることがないのである。

「平和を維持し、専制と隷従、圧迫と偏狭を地上から永遠に除去しようと努めている国際社会において、名誉ある地位を占めたいと思ふ」（日本国憲法前文）と誓った日本国憲法の法意に照らすならば、被上告人が、一刻も早く謝罪し償い、国際義務を履行することが必要なものであり、本件不法行為に、民法724条は適用されるべきではない。

また、本件細菌戦による被害は、時の経過と共に忘れられ、癒されるものではない。むしろ時の経過は、恐怖と苦しみの継続であり、上告人らの損害は甚大なものになっていくのである。

原判決も認めるように、戦争の惨害は最終的には個人に帰するものであるから、ハーグ条約及び同規則の究極の趣旨・目的は、陸戦の過程における非戦闘員を含めた個人の保護にある。本件細菌戦のような一般住民を大量殺戮する戦争犯罪が、時効の適用によってその責任を免れることは、戦争の惨害から個人を守る国際法の意図に反するものであり、個人の尊厳、人権の尊重を根源的な価値原理とする日本国憲法の法意に照らし、本件への民法724条の適用は排除されるべきである。

(3) 除斥期間を適用しない近時の判例

ア 最高裁平成10年判決について

(ア) 最高裁平成10年判決（いわゆる予防接種事故の国家賠償請求訴訟）は、除斥期間についても、客観的な期間経過後にも権利を主張することを認めた。

すなわち同判決は、「その心神喪失の常況が当該不法行為に起因する場合であっても、被害者は、およそ権利行使が不可能であるのに、単に20年が経過したということのみをもって一切の権利行使が許されないこととなる反面、心神喪失の原因を与えた加害者は、20年の経過によって損害賠償義務を免れる結果となり、著しく正

義・公平の理念に反するものといわざるを得ない。そうすると、少なくとも右のような場合にあっては、当該被害者を保護する必要があることは、前記時効の場合と同様であり、その限度で民法724条後段の効果を制限することは条理にもかなうというべきである。」と判示している。

上記最高裁平成10年判決は、国の過失によって被害者が心神喪失に陥り権利行使が不可能であったことを奇貨として、国が法的責任を免れるものとするれば、それは著しく正義公平の原則に反するという考え方に立脚するものと解される。

- (イ) この判例について、被上告人は、適用制限が認められるが、最高裁平成10年判決の具体的事例に限定する趣旨と解するとして、本件上告人らにとって「権利行使が不可能」だったとはいえない。訴訟代理人の協力が得られなかったとか、訴訟準備が整わなかったとかいうことは、権利行使が不可能という理由にはならないことから、本件には当てはまらぬと主張する。

しかしながら被上告人の上記主張は、次の理由により誤りであると言わねばならない。

- a その理由の第1は、東京地裁平成15年9月29日判決が除斥期間の画一的・機械的適用において「著しく正義・公平の理念に反する」場合にその適用を「制限することは条理にもかなう」と述べ、さらに「特段の事情があるときは・・・724条後段の効果は生じないものと解するのが相当である。」と述べていることである。

すなわち、「正義・公平」「条理」「特段の事情がある場合」といった一般原則が要請する限り、除斥期間の適用を制限する趣旨と解すべきだからである。

- b その理由の第2は、民法158条が類推適用できる場合あるいは権利行使不能の原因を作ったのが加害者自身である場合に限定する趣旨だとすると、従来型の硬直的な除斥論がかかえていた欠

陥を是正するという、平成10年判決の目的は達し得ないからである。すなわち、様々な複雑な構造を有する現代の不法行為に柔軟に対応して、事件の特性に適合した具体的妥当性を有する解決を追求してこそ、従来型の判決が露呈していた欠陥・不合理性を解消することができるからである。その場合に初めて正義・公平という法の基本理念が実現されるのである。

- c その理由の第3は、文言上にも「少なくとも右のような場合にあっては、……その限度で民法724条後段の効果を制限することは条理にもかなうというべきである」と述べており、「少なくとも右のような場合に限って」とは明示していないのであるから、除斥期間の適用制限の例示をしたのであって、限定した趣旨と解すべきではない。

平成10年判決の多数意見は、「除斥期間の主張が信義則違反又は権利濫用であるという主張」を排斥し、それに代えて「著しく正義・公平則の理念に反するもの」や「条理」にかなう解釈を唱えている。「著しく正義・公平の理念」違反・「条理」にしても、さほどの懸隔があるとは考えられないからである。

具体的な考慮要素については、以上のような裁判例を踏まえ、かつ時効・除斥期間制度の存在理由とされる 権利の上に眠る者は保護に値しない、 時の経過による立証・採証の困難、 法的安定性という公益、を考慮して時効の援用ないし除斥期間の適用制限の一般的要件論を示せば次のとおりである。

すなわち、権利不行使につき権利の上に眠る者との評価が妥当せず、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、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い場合には、むしろ積極的に時効援用、除斥期間の適用制限をすべきということになる。

この判例は、民法158条の法意にも照らし724条後段の適

用を否定したものであり、その趣旨は、たとえ形式的には724条後段が適用されるべき場合であっても、正義公平の見地から、その適用が不相当である場合には適用せず、権利行使が可能になった後に適正な期間内に権利行使することを認めるというものであると解される。

本件上告人らにとっては正に客観的に「権利行使が不可能」であった。訴訟代理人不在とか訴訟準備困難とかは、権利行使不可能の理由の主なものではない。被害者らはいずれも中国に住む中国人（外国人）なのであり、中国の国内事情や国際的な諸事情の推移を考えれば、到底権利行使が不可能であったことは明白である。被上告人が、被害発生後20年以内に行使が可能であったというのであれば、どのような方法があったのか明らかにされたい。

なお、東京地裁平成15年9月29日判決（甲491）は、中国遺棄毒ガス被害事件に関して、「原告ら中国の国民は、1986年2月に中華人民共和国公民出国入国管理法が施行されるまでは、私事で出国することは制度的に不可能であった（甲203）。原告らが被告に対して権利行使をすることは、1974年10月の事故の時から法の施行までの11年余りの間は、客観的に不可能であったといえる。」として、1986年2月に中華人民共和国公民出国入国管理法が施行されるまでは、自ら訴状を携えて日本国の裁判所を訪れることは制度的に不可能であったとし、被害者らが権利行使することは客観的に不可能であったと判示している。極めて貴重な見解である。

さらに上記東京地裁判決は、「原告らが訴えを提起したのは、事故から20年が経過した時点から、約2年後である。それにもかかわらず20年が経過したということだけで権利行使を許さないとするのは、衡平を欠く（外国にいるために客観的に権利が行使できない期間という意味では、その期間について時効の停止を認める公訴時効の停止の考え方（刑事訴訟法255条1項）に

合理性があり、参考になる)。」とし、正義公平の理念を法理に貫くものとして、刑事訴訟法255条1項の公訴時効停止の考え方を示している。

また被上告人は、不法行為の悪質性や被害の重大さを理由とする除斥期間適用制限は最高裁平成10年判決の射程を超えると主張するが、不法行為の悪質性・被害の重大性こそが本件において最大に重視されるべきであり、これが正義公平の理念に関する判断にとって決定的な要因になることはいうを待たない。本件は人類史上類を見ない悪質・残虐な国家行為であり、そのために奪われた無数の罪なき人々の生命、人間の尊厳、名誉の重大性は、測り知れないのである。自己が作った法で自己を守ることは、恰も「家法」を他人に強制するに等しい。

イ 東京地方裁判所平成15年9月29日判決

東京地裁平成15年9月判決は、民法724条後段の規定を、除斥期間を定めたものとしながら、前記のように、除斥期間制度の適用の結果が、著しく正義、公平の理念に反し、その適用を制限することが条理にもかなうと認められる場合には、除斥期間の適用を制限することができる」と解して、原告らの請求について除斥期間の適用を制限したものである。

これに対し被上告人は、東京地裁平成15年9月判決は、民法724条後段の適用を制限することを例外的に許容した最高裁平成10年判決の射程を超え、最高裁平成元年判決及び最高裁平成10年判決に反し、実定法の解釈を超えるものであって失当である旨主張する。

しかしながら、除斥期間の適用制限について、前記東京地裁判決は、「ア この除斥期間の適用の有無は、不法行為をめぐる法律関係を一定期間の経過によって確定させるという趣旨から考えれば、20年の経過という明確な基準で決すべきものではある。

しかし、このような除斥期間制度の趣旨を前提としても、その適用によって被害者の損害賠償請求権が消滅することになる反面で、加害者は損害賠償義務を免れる結果となるのであるから、そ

のような結果が著しく正義、公平の理念に反し、その適用を制限することが条理にもかなうと認められる場合には、除斥期間の適用を制限することができる应考虑すべきである。

イ 本件においては、除斥期間の対象とされるのは国家賠償法上の請求権であって、その効果を受けるのは除斥期間の制度を創設した被告自身である。ところが、被告が行った行為は、国際法的に禁止されていた毒ガス兵器を中国に配備して使用していた旧日本軍が、国際的非難を避けるためポツダム宣言にも違反して、終戦前後に組織的にそれを遺棄・隠匿したという違法な行為につき、戦後になっても被害の発生を防止するための情報収集や中国への情報提供をせず、1972年に中国との国交が回復された後も積極的な対応をしないで遺棄された毒ガス兵器を放置していたというものである。その行為には、わずかの正当性も認めることができない。」と被告国の違法行為を断罪している。さらに「これらの事情を考慮すると、本件において被告が除斥期間の適用によって損害賠償義務を免れるという利益を受けることは、著しく正義、公平の理念に反し、その適用を制限することが条理にかなうというべきである。」

として除斥期間の適用制限を相当と判示している。

まさに上記判示の法理は、本件細菌戦にこそあてはまるものであるといわねばならない。

ウ 福岡地方裁判所平成14年4月26日判決（三井鉱山強制連行・強制労働事件）

福岡地方裁判所平成14年4月26日判決（判例タイムズ1098号267頁）は、「本件に除斥期間の適用を認めた場合、本件損害賠償請求権の消滅という効果を導くものであることから明らかなとおり、本件における除斥期間の制度の適用が、直接、いったん発生した訴訟上認定できる権利の消滅と言う効果に結びつくのであり、取引安全の要請が存しない本件においては、加害者である被告会社に本件損害賠償責任を免れさせ、ひいては、正義に反した法律関係を早期に安

定させるのみの結果に帰着しかねない点を考慮すると、その適用に当たっては、正義、衡平の理念を念頭において判断する必要があるというべきである。

すなわち、除斥期間制度の趣旨を前提としても、なお、除斥期間制度の適用の結果が、著しく正義、衡平の理念に反し、その適用を制限することが条理にもかなうと認められる場合には、除斥期間の適用を制限することができる」と判示した。

除斥制度の適用が、「加害者である被告会社に本件損害賠償責任を免れさせ、ひいては、正義に反した法律関係を早期に安定させるのみの結果に帰着しかねない」と認定し、除斥制度の適用を制限したのである。

エ 東京地方裁判所平成13年7月12日判決

東京地方裁判所平成13年7月12日判決（判例タイムズ1067号119ページ、以下「東京地裁平成13年判決」という。）は、いわゆる劉連仁事件判決である。まさしく、正義公平の原則に反するとして、除斥期間の適用を制限する判断を下した。

すなわち上記判決は、「このような除斥期間制度の趣旨の存在を前提としても、本件に除斥期間の適用を認めた場合、すでに認定した劉連仁の被告に対する国家賠償法上の損害賠償請求権の消滅という効果を導くものであることから明らかなとおり、本件における除斥期間の制度の適用が、いったん発生したと訴訟上認定できる権利の消滅という効果に直接結び付くものであり、しかも消滅の対象とされるのが国家賠償法上の請求権であって、その効果を受けるのが除斥期間の制度創設の主体である国であるという点も考慮すると、その適用に当たっては、国家賠償法及び民法を貫く法の大原則である正義、公平の理念を念頭に置いた検討をする必要があるというべきである。すなわち、除斥期間制度の趣旨を前提としてもなお、除斥期間制度の適用の結果が、著しく正義、公平の理念に反し、その適用を制限することが条理にもかなうと認められる場合には、除斥期間の適用を制限することができる」と判示した。

「そのような被告に対し、国家制度としての除斥期間の制度を適用して、その責任を免れさせることは、劉連仁の被った被害の重大さを考慮すると、正義公平の理念に著しく反していると言わざるを得ないし、また、このような重大な被害を被った劉連仁に対し、国家として損害の賠償に応じることは、条理にもかなうというべきである。よって、本件損害賠償請求権の行使に対する民法724条後段の除斥期間の適用はこれを制限するのが相当である。」と判示した。

(4) まとめ

このように、近時の判決の流れは除斥期間の適用排除の方向へと大きく風向きを変えていることは明らかである。

したがって、裁判所は本件事案においても除斥期間の適用を排除し、速やかに上告人らの損害賠償請求を認めるべきである。

以 上