

〈論 説〉

## 戦後補償裁判の現状と憲法学の課題

馬奈木 巖太郎

“裁判において勝訴の見込みはないかもしれない。しかし裁判所で証言し、日本の市民に私の体験を話したときから、私は勝利を確信している。判決は敗訴だったが、私は決して悲観していない。歴史の真実を覆そうとする人たちに、真実を知らしめることは有意義であり、それが私の人生そのものである” — 高熊飛（731部隊・南京虐殺・無差別爆撃訴訟原告）

### 目 次

1. はじめに
2. 戦後補償裁判の概要  
本稿の対象としての戦後補償裁判  
なぜいま戦後補償裁判が提起されているのか  
裁判の位置づけ
3. 裁判上の争点に対する近時の裁判所の判断  
裁判上の争点  
近時の判決とその特徴  
時効・除斥について
4. 戦後補償裁判にかかわる憲法学の課題  
再出発の条件と日本国憲法の前提  
先の体制を否定し戦争放棄したことの意味  
戦争責任と国内法次元における国家責任
5. おわりに

## 1. はじめに

2005年の本年は、第二次世界大戦終結から60年の年にあたる。その節目の年に際し、世界各地では記念式典など各種の行事が催された<sup>1</sup>。また本年の行事に先んじて、昨年にはノルマンディー上陸作戦60周年記念式典が開催されたが、その際には、フランスのシラク大統領がドイツ首相を初めて公式招待し、「フランスの人々はあなたを友人として招待する」と述べ、両国の信頼と友情を表明するといったこともあった。

ところで、ドイツとともに当事者であった日本に目を転じると、ヨーロッパとは異なり、東北アジアの政府間関係については、本年に入ってからだけでも、日韓・日中・日朝のいずれにおいても、ますます両国政府の外交関係は冷めたものになっているように見受けられる。そしてその背景には、先の大戦と植民地支配をめぐる歴史認識の問題が横たわっていることは疑いようがない。たとえば、本年の3・1記念節の際、韓国の盧武鉉大統領は演説を行い、「韓日二国は、東北アジアの未来を共に開くべき運命共同体です。お互いが協力して平和政策と共同繁栄の道を歩まずには、国民の安全と幸福を保障できないという条件の上に立っています。法的、政治的関係の進展だけで両国の未来を保障することは出来ません。もしそういう考え方を探るとすれば、やるべきことをやり尽くしたとは言えません。もっと実質的な和解と協力の努力が必要なのです。真実と正義によって、両国国民を隔てている心の障壁を崩し、本当の隣人として生まれ変わらなければなりません」、「二つの国の関係発展には、日本政府と国民の真摯な努力が必要です。過去の真実を究明して心から謝罪し、賠償することがあれば賠償し、そして和解しなければなりません。それが全世界が行っている、過去の歴史清算の普遍的なやり

---

<sup>1</sup> たとえば、2005年1月24日に、国連総会は、アウシュビッツ解放60周年を記念した特別会合を開き、1月27日には、アウシュビッツ解放60周年記念式典が、ポーランドのクワシニエフスキ大統領はじめ欧米各国から約40人の首脳らが参加して現地で開催された。また5月9日には、国連総会において、第二次世界大戦終結60周年記念の特別会合も開催されている。

方です」とし、「日本の知性にもう一度訴えます」と述べている<sup>2</sup>。そしてその後、韓国政府は、対日外交政策に変更を加え、歴史問題に関する真相究明や謝罪、補償といった内容を日本政府に対して提起している<sup>3</sup>。また、5月9日には、第二次世界大戦終結60周年を記念する国連総会特別会合において、韓国および中国の国連大使が、「歴史の償いは行動で」といった趣旨の発言をそれぞれ行い、名指しこそ行わなかったものの暗に日本政府を批判することもあった。

このような近時の状況に対する日本政府の対応については、1990年代以降の「応答の失敗」のツケといった評価もすでに存するが<sup>4</sup>、一方で国内においては、靖国参拝や中学校社会科教科書に関する教科書検定とその採択などをめぐって、内向きと解される言説も少なくない。また、戦後補償問題についても、「解決済み」ないしは「戦後60年もたっていまさら」といった声も根強いところである。

そこで本稿では、このような現下の状況もふまえつつ、現在、全国各地の裁判所において係属している戦後補償裁判<sup>5</sup>について、その特徴を概観するとともに、憲法学の課題について整理することとしたい。なおその際、本稿は、戦後日本の出発点にかかわる規範内容について重視することにしてはいるが、このことは、戦後補償裁判の投げかけている内容が、日本国憲法の立脚点、すなわち日本の戦後体制の原点にかかわる問題であるところからしても、単に憲法学にのみ妥当する議論として解されるべきものでもないと考えている。

<sup>2</sup> 盧武鉉大統領の演説全文(日本語)は、韓国大使館のサイトで入手可能である。  
[http://www.mofat.go.kr/fe/e\\_a001/e\\_jpjp/e\\_jpjp\\_a05/1180913\\_21871.html](http://www.mofat.go.kr/fe/e_a001/e_jpjp/e_jpjp_a05/1180913_21871.html)

<sup>3</sup> 韓国政府の対日政策については、参照、  
[http://www.mofat.go.kr/fe/e\\_a001/e\\_jpjp/e\\_jpjp\\_a05/1180921\\_21871.html](http://www.mofat.go.kr/fe/e_a001/e_jpjp/e_jpjp_a05/1180921_21871.html)

<sup>4</sup> 高橋哲哉「応答の失敗」現代思想2005年6月号、46頁以下。

<sup>5</sup> いわゆる戦後補償裁判は、実際には損害賠償請求事件の場合が多く、その意味でも「補償」と呼称することは正確ではないが、すでにメディアなどを通じて広範に流布され、こうした表現が定着していることから、本稿でも戦後補償裁判と表記することにする。

以下、具体的な構成としては、まずは戦後補償裁判の特徴を紹介し(2)、次いで裁判上の争点に対する近時の裁判所の判断を概観し(3)、それらをふまえたうえで、憲法学の観点から課題を提示することとしたい(4)。ただし、筆者の時間的および能力的な限界から、本稿においては、あくまでも課題を整理し、提示するまでの作業にとどまっており、個々の課題についての具体的な検討に立ち入ることはできていない。その意味では、本稿は、個々の課題を検討するための予備的作業として位置づけられるものでもある。個々の課題の検討については、他日を期すこととしたい。

## 2. 戦後補償裁判の概要

### 本稿の対象としての戦後補償裁判

戦後補償裁判と一口にいっても、その定義は多様に存する。およそあらゆる日本の戦争にかかわる損失の補償ないし賠償を求める裁判と最広義にとることも可能であるが、こうした定義づけは、本稿の問題意識に即するものではなく、また現実の訴訟状況に照らしても、実務的に有意とも解されない。

そこで本稿においては、先のアジア・太平洋戦争<sup>6</sup> およびそれに至る植民地支配を含む一連の経過のなかで、わが国が直接・間接に関与した戦争ないし戦争類似の行為によって損害を被ったとして損害賠償請求などを行う被害回復型の訴訟を対象とすることとしたい。なお、ここでの「損害」とは、行政法学の成果に依拠して、その性質上、賠償として把握されるべき損害、すなわち国の違法(国際法を含む)な行為を指す<sup>7</sup>。また、原告についても、本来であれば、戦後補償を求める当事者は、日本国民

<sup>6</sup> アジア・太平洋戦争という呼称については、参照、木坂順一郎「アジア・太平洋戦争の呼称と性格」龍谷法学 25 卷 4 号 (1993 年) 386-434 頁。太平洋戦争という表記では、日中戦争や東南アジアでの占領の側面が抜け落ちてしまうというのが、アジア・太平洋戦争と表す主要な理由である。

<sup>7</sup> 本稿が対象とする損害の法的性質とは、西莚章の分類に従えば、損害賠償説として理解されるべきものである。参照、西莚章「戦争犠牲者補償序説」法政理論 26 卷 4 号 (1994 年) 248 頁。

をも含むものであるが、本稿では、今日において日本国籍を有さない者を原告とする訴訟に対象を限定する<sup>8</sup>。

以上のような限定を付したうえで、対象となる訴訟は、これまでに提訴されたものの数で80件以上にのぼり、提訴地も東京に限らず、札幌から宮崎まで全国各地に及んでいる。また、請求原因も多種であり、被害態様に即して分類するならば、さしあたり、「従軍慰安婦」、強制連行・強制労働被害者<sup>9</sup>、人体実験被害者、遺棄毒ガス・砲弾被害者<sup>10</sup>、虐殺事件被害者、無差別爆撃被害者などが存する。

この間の訴訟経過としては、在日コリアンや韓国人、フィリピン人、オランダ人などを原告とする訴訟が先行していたが、1995年以降、中国人を原告とする訴訟も提起され、今日では中国人を原告とする訴訟が中心となっている。審級状況としても、ほぼ半数の訴訟についてはすでに確定しており、中国人を原告とする後発訴訟においても、2003年から2005年にかけて続々と高裁レベルでの判決が示され、上告段階へと移行しつつある<sup>11</sup>。

### なぜいま戦後補償裁判が提起されているのか

ここでは、なぜ戦後60年も経過した今日において戦後補償裁判が行わ

<sup>8</sup> したがって、この間のいわゆる原爆訴訟やシベリア長期抑留等補償請求事件、さらには現在、2000人以上を原告として全国15カ所において提訴されている中国「残留孤児」訴訟などは、本稿の対象としては含まれない。

<sup>9</sup> 強制連行訴訟については、参照、馬奈木厳太郎「強連行新潟訴訟判決が問いかけるもの」世界727号(2004年)20-24頁。

<sup>10</sup> 遺棄毒ガス・砲弾訴訟については、参照、馬奈木厳太郎『遺棄毒ガス兵器・砲弾訴訟』の意義とは何か」世界721号(2003年)25-29頁、馬奈木厳太郎「遺棄毒ガス・砲弾一次訴訟判決の意義」法学セミナー589号(2004年)104-107頁。

<sup>11</sup> もっとも、強制連行訴訟などでは昨年に提訴されたものもあり、また遺棄毒ガス被害についても、現在、2003年8月に起きた中国・黒龍江省チチハル市の被害者が国と交渉中であり、その帰結次第では提訴を念頭においていることから、今後も提訴件数は増えていく可能性が高い。チチハルでの遺棄毒ガス事故とその被害については、参照、馬奈木厳太郎「チチハル遺棄毒ガス被害者と戦後補償裁判」法と民主主義402号(2005年)18-23頁。

れているのかについて、その歴史的背景を整理しておく。しばしば、「60年も経っていまさら」といったような、時間的経過があたかも過去の事実にかかわる一切の責任を消失させるかのような主張もなされるが、戦後60年という年月を単純にのっぺりとした推移として把握することは、日本国という現行体制の立脚点における国家責任の意味を見失わせるとともに、戦後も毎日がある種の被害体験の連続であったという被害者個人の視点をも見落とすものでもある。その意味では、被害者としては、「60年も経っていまさら」なのではなく、「60年も経ってなお」と称すべき事柄であろう。ここでは、その歴史的背景を扱う。

第二次世界大戦終結後、それまでの植民地や占領地だった地域の多くは、1950年代以降、宗主国との独立戦争などを通じて、独立国としての歩みを踏みだし始めた。しかし、こうした独立国においては、周知のように、軍事政権や開発独裁型の政権の国が少なくなかった。また、こうした国々では、当時、法律の整備なども十分ではなく、基本的人権といった観念なども必ずしも浸透・定着してはいなかった。

さらに、東西冷戦という時代状況のなかにあつては、自国経済を発展させるためにも日本などからの経済支援が不可欠だという判断や、あるいは日本帝国主義と日本人民とは区別すべきであるという「寛容」論など、様々な外交的・政治的判断が国際政治の力学の下で働き、1950年代以降、日本と講和条約を締結していった外国政府のなかには、政府として日本に対して戦争にかかわる賠償請求権を放棄するとしたところも少なくなかった<sup>12</sup>。そして、何よりもこうした政策は、日本の負担を増やすよりも経済復興を優先させるべきだとする、東西冷戦という大状況の下でのアメリカのイニシアティブによるものでもあった<sup>13</sup>。

他方、これらの国々にあつて、戦争によって被害を受けた人々やその家族などにとっては、依然として「戦後」を迎えることはできず、生活支援や日本に対する謝罪などを求めて自国政府に働きかけ、あるいは現地の日本大使館などに謝罪や賠償を要求するような人々もいた<sup>14</sup>。また、戦後も日本国内に定住せざるを得なかった人々（いわゆる在日コリ

アンなど)は、戦後直後、すなわち、彼らにとっては解放直後から、自国の歴史や文化、言語などを新しい世代に伝えることが始められた。そのときのスローガンとしては、「力のある者は力を出そう、知恵のある者は知恵を出そう、金のある者は金を出そう」というものが著名であったが、同胞の互助の精神が強調されていた。あわせて、日本政府に対しても、謝罪や賠償、生活保障など様々な権利要求がだされていた<sup>15</sup>。しかし、以上のような国内外の取り組みは、多くの日本人の間に広がるまでには至らなかった。

<sup>12</sup> 賠償請求権を放棄した国としては、アメリカ、イギリス、フランス、オランダ、オーストラリア、インド、中華民国、カンボジア、ラオス、ソ連、中華人民共和国がある。他方、日本が賠償を行った国は、フィリピン、南ヴェトナム、インドネシア、ビルマの4カ国であり、通産省『経済協力の現状と問題点』(1980年版)によれば、フィリピンに約1902億円、インドネシアに約800億円、ビルマに約720億円、南ヴェトナムに約140億円を支払っている。賠償・準賠償(賠償請求権を放棄した国などに対して賠償に準じて支払ったもの。ただし、準賠償という表現の妥当性には疑問があるが、ここでは一般的に流通している表記に従った)の総額は、約6018億円(そのうち12%は有償)であり、支払いは1977年までに完了した。なお、この総額は、ドイツと比較しても明らかに「安価」であるが、加えて賠償・準賠償が、現地のダムや橋などの公共事業といった経済支援策となっている点も、そもそもの発想として問題がないわけではない。

<sup>13</sup> この点について、たとえば、荒井信一は、「講和条約本来の目的である戦争の後始末よりも、アメリカのアジア冷戦戦略のなかに日本を経済的軍事的にどう組み込むかが、講和問題をめぐるアメリカの外交課題であった」と述べている。荒井信一『戦争責任論』(岩波書店、2005年)210-211頁。

<sup>14</sup> 筆者が直接ヒアリングした被害者のなかには、1945年の中国政府が行った軍事法廷に証人として参加した者や、1950年代から地元の役所に賠償請求できないかを相談していた者、提訴前から来日し市民集会などで日本政府を告発していた者などがいた。この点は、後述する時効・除斥に関する論点にもかかわるが、多くの原告は「権利のうえに眠る者」と即断できるような人々ともいえないと解される。参照、馬奈木厳太郎「中国人戦争犠牲者の証言記録」法律時報76巻1号(2004年)60-63頁、馬奈木厳太郎「中国人戦争被害者との出会いと補償立法」季刊中帰連29号(2004年)56-60頁。

<sup>15</sup> 在日コリアンの様々な権利要求のうちでも、参政権と戦後補償問題のかかわりに関する私見については、参照、馬奈木厳太郎「政治の主体たること」在日コリアン研究会編『となりのコリアン』(日本評論社、2004年)90-101頁。

1980年代に入り、韓国での元「従軍慰安婦」の告発や家永教科書訴訟の経験、歴史学などの研究の進展、NGOの取り組みの拡大などを背景として、ようやく日本国内でも歴史認識や戦争責任の問題が——とくに加害責任の観点から——広範に意識されるようになってきた。さらに、1990年代に入ると、東西冷戦も終わり、戦争被害を受けた国々での権利意識の高揚や、被害者の属する国の政府が、個人による賠償請求を許容する態度を取り始めたことなどもあり<sup>16</sup>、日本政府の無作為に業を煮やした被害者やその家族が、もちろんそれ以前から提訴されていたものも存するが、戦後50年にあたる1995年に前後して、日本の弁護士や支援者などの協力も受けつつ、次々と日本の裁判所に提訴するようになっていった<sup>17</sup>。

### 裁判の位置づけ

この間の戦後補償裁判については、被害事実を司法府という権力機関によって認定させることと、政府や企業に謝罪・賠償させることの2点が、訴訟目的として共通しているものといえる。また、より実践的には、被害者に対する「補償立法」を求めることと、世論への働きかけを通じて、ある種の歴史教育の機会としていくことなども位置づけられている<sup>18</sup>。このように、裁判を通じて日本人の歴史認識に訴え、「補償立法」を要求するという戦略も加味された戦後補償裁判は、裁判での勝訴と「補償立法」の実現を目指す一連の取り組みとして、法廷内外におけるいわば車の両輪として位置づけられている<sup>19</sup>。

<sup>16</sup> なお、この点について、冷戦の終結とともに、国内的な側面として、①一連の国際人権条約の批准、②昭和天皇の死去、③細川内閣の誕生を挙げるものとして、参照、石村修「戦争犯罪と戦後補償」憲法問題10号（1999年）123-135頁。

<sup>17</sup> 原告弁護団の原告との出会いや弁護団結成の経緯については、自由法曹団編『自由法曹団物語 下』（日本評論社、2002年）332頁以下が詳しい。

<sup>18</sup> こうした訴訟当事者による訴訟の位置づけなどについては、たとえば、参照、中国人戦争被害者賠償請求事件弁護団編『砂上の障壁』（日本評論社、2005年）、「特集戦争犯罪を問い直す」法と民主主義399号（1999年）所収論文。



なお、「補償立法」に関しては、いわゆる関釜訴訟一審判決（山口地下関支判1998年4月27日、判例時報1642号24頁）が、国会議員の立法不作為を認定したことも受けて、「従軍慰安婦」の尊厳の回復と補償などを内容とした法案が、判決以後、数度にわたり議員立法の形で国会に提出されている<sup>20</sup>。また、国連人権委員会や国際労働機関（ILO）、国際法学家委員会（ICJ）などからも、毎年のように「従軍慰安婦」や強制連行被害者などへの被害者救済を求める勧告がだされ<sup>21</sup>、韓国の国会や台湾の立法院においても同様の決議がなされるなど、国際的にも要請されているところである<sup>22</sup>。

さらに、事実上、この間の戦後補償裁判は、被害者のうちでもごく一部の者のみが原告となっている状況からしても、いわゆる代表訴訟としての機能も担うものとなっている。すなわち、それぞれの訴訟において、原告は同種の戦争犠牲者の請求を代表し、全体としての侵略戦争被害者の請求を代表するものと位置づけられている。

### 3. 裁判上の争点に対する近時の裁判所の判断

#### 裁判上の争点

この間の一連の訴訟では、原告側は、被害事実にかかわる認定を求め

<sup>19</sup> このような訴訟当事者による裁判の位置づけから距離をとるものとして、参照、奥田安弘「日本政府の優位は崩せるのか？」奥田安弘＝山口二郎編『グローバル化する戦後補償裁判』（信山社、2002年）42頁以下。

<sup>20</sup> あわせて、「補償立法」とは趣旨は異なるが、法的な「過去の克服」の1つの具体化として位置づけられるものに、真相究明のために国立国会図書館に調査部局を設置することを目的とする法案が、野党三会派（民主・共産・社民）によって提出されている。

<sup>21</sup> たとえば、1996年の国連人権委員会で採択されたクマラスワミ報告書や、1998年の国連人権小委員会で採択されたマクドゥーガル報告書、ILO専門家委員会年次報告書など。参照、戸塚悦郎『日本が知らない戦争責任』（日本評論社、1999年）。

<sup>22</sup> 「補償立法」の動向については、参照、馬奈木徹太郎「戦後補償裁判の概要と賠償立法の動向」水島朝穂編著『未来創造としての「戦後補償」』（現代人文社、2003年）30-55頁、水島朝穂＝馬奈木徹太郎「戦争犠牲者に対する賠償立法の法理に関する試論」法律時報76巻1号（2004年）55-59頁。

るとともに、法的争点としては、①公権力無責任原則（国家無答責の法理）<sup>23</sup>、②時効・除斥の適用（民法724条）、③国際法（ハーグ条約3条など）における個人の賠償請求権についての権利主体性、④立法不作為、⑤準拠法（たとえば、中華民国民法の適用の主張）としての法例11条1項などを争っている。

これに対して、被告国は、一貫して事実認否については態度を保留し、戦争被害についての歴史認識を明らかにすることを回避し続けてきた<sup>24</sup>。被告国は、法律論だけが争点であると主張し、たとえば、「本件請求は、いずれも主張自体失当であることが明らかであることから、被告は、現在のところ、本訴の請求原因事実についての認否の必要を認めない」（「731部隊・南京虐殺・無差別爆撃訴訟」答弁書）などとして、法的判断のみでの請求棄却を求めている。

以上のような法的争点のうちから、ここではとくに重要な争点の1つとなっている公権力無責任原則の論点を中心に、近時の判決例を整理し、その特徴を検討することとしたい。この作業は、後に憲法学の課題について検討することを予定しているが、その前提を形づくるものである。

### 近時の判決とその特徴

公権力無責任原則は、一連の戦後補償裁判においては、時効・除斥と

<sup>23</sup> 本稿では、「国家無責任原則という表現は、無責任原則の妥当する範囲が明治憲法のもとで変化し限定されたという事実を見えなくする」という芝池義一の指摘もふまえて、公権力無責任原則と表記する。芝池義一「戦後補償訴訟と公権力無責任原則」法律時報76巻1号（2004年）24頁。

<sup>24</sup> 国は、一連の戦後補償裁判においては、一貫して加害と被害の事実について認否を行ってこなかった。これ自体、応訴態度としては極めて異例のことである。もともと、近時、一審判決において国が敗訴する事案が増えるにつれ、国は遂に遺棄毒ガス・砲弾訴訟の控訴審において事実について争う姿勢を示し始めた。しかし、控訴審段階から突如として事実を争うという姿勢自体、これまた応訴態度としては極めて異例であり、時機に後れた攻撃防御方法（民事訴訟法157条）に該たる疑いがあるとも解される。こうした訴訟方針の変更は、国の追い詰められた状況を物語っているといえなくもない。

ならんで「絶対の壁」といわれてきたものである。公権力無責任原則とは、戦前の明治憲法の下においては、行政裁判所が設けられており、1890年に制定された行政裁判法によって、「〔行政裁判所は〕損害要償ノ訴訟ヲ受理セス」と定めていたことから(16条)、その結果として、国家の権力的作用については、国家は責任を負わないとする原則が採用されていたとする見解であるが<sup>25</sup>、従来、裁判所もこうした見解を支持してきた。たとえば、戦後補償裁判については、次のような判示が典型的である。

「法例は明治三十一年に制定施行された法律であるところ、行政裁判所法及び旧民法が公布されたのは明治二三年であって、その法制上、公権力の行使による不法行為については損害賠償を求めることはできない(国家無答責)とされており、そのような国家無答責が採用された理由が定かでないとしても、右法例の制定当時、既に我が国において国家無答責の原理が採用されていたと見るのが相当であると解される。そうであれば、その原因が外国で発生した場合においても、それが公権力の行使によるものである限り、法例一一条一項の『不法行為』には当たらないものとして制定されたものと見るのが相当である。加えて、右明治三十一年当時、少なくとも我が国が外国を戦地とする戦争行為については、それが当該外国の『不法行為』に当たることをもって、法例一一条一項を介してわが国の損害賠償請求を肯定させ得るなどということは全く想定されていなかったものというほかない」<sup>25</sup>「本件当時の我が国の法体系においては、軍隊の行為は被告の戦争行為の一作用として権力作用に属し、権力作用については民法の適用が排除

<sup>25</sup> この点については、参照、宇賀克也『国家責任法の分析』(有斐閣、1988年)412頁、同『国家補償法』(有斐閣、1997年)7頁以下、芝池義一、前掲註23、24-31頁。また、たとえば、塩野宏は、次のように述べている。「行政裁判法と旧民法が公布された1890年の時点で公権力行使についての主権無答責の法理を採用するという基本的法政策は確立した」。塩野宏『行政法II 3版』(有斐閣、2004年)248頁。

されるとされていたことは疑う余地がないことである。しかも、それが戦争ないし軍事行為ないしこれに付随する行為であれば、被害者が日本人であろうと外国人であろうと、同じく国家無答責の対象としていたものであることも明らかというほかない」（731部隊・南京虐殺・無差別爆撃訴訟、東京地判1999年9月22日、判例タイムズ1028号92頁）。

こうした裁判所の姿勢に対して、原告側は、一連の訴訟において、被害者が日本の統治権に服さない外国人であっても公権力無責任原則が妥当するののかという新しい主張を行っていた。この主張は、仮に公権力無責任原則の妥当する範囲があるにしても、それは治者と被治者の自同性から導かれるものであり、それに含まれない外国人で、しかも行為地も主権の範囲外である外国であることからすれば、少なくとも当該原告にはこの原則は及ばないはずであるというものであった。しかし、たとえば、上記判決は、これらの点をとくに検討した跡を残すこともなく、「被害者が日本人であろうと外国人であろうと、同じく国家無答責の対象としていたものであることも明らか」と判示した。ただし、それほどまでに「明らか」なのかについては疑問も残る。公権力無責任原則が妥当する範囲については、そもそも戦前においても確固とした原則ではなく絶対的なものでなかったことからしても<sup>26</sup>、①主権の及ぶ範囲内に限定される、②法律の授權が必要である、③保護されるべき公益が存するなどの要件が求められると原告側も学説をふまえて主張していたのであり、裁判所が、単に戦争行為であるとか権力的作用であるというだけで

<sup>26</sup> 参照、芝池義一、前掲註23、24-31頁。また、田中二郎も、「権力的作用は、民法その他私法規定の親しまない領域として、それに基づく損害に対する賠償責任は原則的に否定され、公物营造物の設置管理の瑕疵に基づく損害に対する賠償責任についても、初期の段階においては、民法の適用が否定され、後に大正5年の徳島小学校事件（大正5・6・16民録221088頁）を境として、漸次、民法の規定が適用されるようになったが、判例の態度は必ずしも一貫しているともいえなかった」としている。田中二郎『新版 行政法 上巻 全訂2版』（弘文堂、1974年）203頁。

公権力無責任原則が妥当するというのは、その内容が多種多様であることからしても合理的でもなく正当性もないと解される。

現に、上記判決以降の事案においては、京都・大江山訴訟一審判決(京都地判 2003 年 1 月 15 日)や、強制連行二次訴訟一審判決(東京地判 2003 年 3 月 11 日)、アジア太平洋戦争韓国人犠牲者補償請求事件控訴審判決(東京高判 2003 年 7 月 22 日)、強制連行新潟訴訟一審判決(新潟地判 2004 年 3 月 26 日)、強制連行福岡訴訟控訴審判決(福岡高判 2004 年 5 月 24 日)において、たとえば、「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いだしがたいことも原告らが主張するとおりである」としたり、「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、奴隸的扱い)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」として、公権力無責任原則を排斥する判決が続いた。とくに、上記の東京高裁判決は、「〔戦前は〕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任を免除されるものではなかった」とする認識を示したうえで、「現行憲法及び裁判所法の下においては、『国家無答責の法理』に正当性ないし合理性を見出し難い」とした。この判決は、裁判所が判例としてきた 1950 年 4 月 11 日最高裁判決とのかかわりという点では難を有するが、初の控訴審レベルのものであり、また公権力無責任原則を排斥する理由づけとしても極めて妥当なものと解され、その意味でも重要である。

こうして、公権力無責任原則を排斥する流れが、控訴審段階における 2 つの排斥例もあり、2003 年から 2004 年の判決において確立するかの

ように思われた。ところが、2004年12月15日の判決以来、こうした傾向は一変する。再び、公権力無責任原則を肯定する控訴審判決が続くことになったのである。近時の判決は、公権力無責任原則について、次のような判示を行っている。

「『従前の例』に相当する大日本帝国憲法下の法制度においては、前記のとおり、そもそも国家の賠償責任を肯定すべき実体法上の根拠法令がなかったのであるから、憲法及び国家賠償法が制定された現時点における解釈としても、同法の施行前である本件各行為が当時においては、国が民法の規定によってその権力的作用による損害について損害賠償責任を負担すると解することは困難である」「国家無答責の法理の実質は、損害賠償の規定の根拠となる実体法の規定を欠くというものである」（「従軍慰安婦」一次訴訟、東京高判2004年12月15日）。

「立法過程、学説及び判例のいずれの点から考察しても、日本国憲法17条の下で国家賠償法が制定される前においては、国の権力的作用に基づく損害について国の賠償責任を定める法令は存在せず、国の権力的作用については民法の適用はないものとされていたのであり、国家賠償法によって初めて国の権力的作用に基づく損害について国に賠償の義務あるとする法制度が成立したことが明らかである。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頁も、警察官の家屋破壊の不法を理由とする損害賠償請求事件に関し、『……本件家屋の破壊行為が、国の私人と同様の関係に立つ経済的活動の性質を帯びるものでないことはいうまでもない。而して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原判決の説明するとおりであつて、旧憲法下においては、一般的に国の賠償責任を認めた法律もなかつたのであるから、本件破壊行為について国が賠償責任を負う理由はない。』と判示し

て、大日本帝国憲法下において、国の権力的作用（公権力の行使）については民法の適用はなく、国の権力的作用に基づく損害について国の賠償責任を根拠付ける一般的規定は実体法上存在しなかったとの上記説示と同旨のことを明らかにした。そして、この法事象につき、国の権力的作用（公権力の行使）に基づく損害について国が賠償責任を負わないという国家無答責の法理が基本的法政策として確立したといわれるのである」（731 部隊・南京虐殺・無差別爆撃訴訟、東京高判 2005 年 4 月 19 日）。

「行政裁判法、裁判所構成法、旧民法の立法経緯をみると、これらの法律が公布された明治 23 年当時、立法者は、欧米諸国においても少なくとも権力的作用に基づく損害についての国家又は公共団体の賠償責任はこれを認めていないとの認識に立ち、我が国においてこれを認めると外国人と我が国政府との間に紛争が起こることが危惧されるとして、行政裁判法 16 条に『行政裁判所ハ損害要償ノ訴訟ヲ受理セス』とし、地方裁判所の権限から原案が認めていた国又は公共団体に対する賠償請求訴訟を削除して裁判所構成法を制定し、旧民法 373 条の原案から国家責任の規定を削除して旧民法を制定したものと考えられる。すなわち、立法者は、当時の欧米各国において認められていた国家無答責の法理に倣って上記各法を立法したものといえる。そうすると、行政裁判所法、裁判所構成法及び旧民法が公布された明治 23 年当時、立法者は、権力的作用に基づく損害についての国家の賠償責任は特に法律で定めた場合を除いてはこれを認めないとの統一した意思に基づきこれらの法律を制定したものといわざるを得ない。行政裁判所法 16 条の『行政裁判所ハ損害要償ノ訴訟ヲ受理セス』との規定は、単に行政裁判所は国家賠償の訴訟を受理しないということを意味するだけでなく、裁判所構成法及び旧民法の規定と相まって、権力的作用に基づく損害についての国家の賠償責任を否定した規

定と解すべきである。そして、大審院判例が権力的作用についての国の責任を一貫して否定していたことは、原判決の説示のとおりであり、控訴人らも認めるところである。したがって、国家賠償法施行前における我が国の法制度では、権力的作用に基づく損害について国又は公共団体は賠償責任を負わないとする国家無答責の法理が採用されていたものといえる」（平頂山虐殺事件訴訟、東京高判 2005 年 5 月 13 日）。

近時の判決の特徴は、いずれも公権力無責任原則の実質について、損害賠償を根拠づける実体法の規定を欠くという認識を示していることである。従来、裁判所は、公権力無責任原則について、権力的作用に民法の不法行為規定を適用しないことであり、大審院判例がその立場であるという理解を示してきた。近時の一連の判決は、こうした裁判所の理解を変更し、あたかも公権力無責任原則が実体法上の法理であり、国の損害賠償を認める法令がなかったことから、国に賠償責任は存しないという立場に変わったかのように見受けられる。

もっとも、731 部隊・南京虐殺・無差別爆撃訴訟控訴審判決が引用する 1950 年 4 月 11 日最高裁判決は、「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」（傍点筆者）としているのであり、この「当然には」という表現は、民法の適用が例外的に認められる余地の存することが示唆されている。この一事をもってしても、国の権力的作用に関しては損害賠償を認める法令はなかったとする近時の判決は、同最高裁判決を誤読している。むしろ、同最高裁判決は、公権力無責任原則についての一般論を述べたにとどまっておき、その例外については、その存在を示唆しつつも、具体的な範囲や基準については何らの判断も示していないと解するべきであろう。とするならば、問題となるのは、やはり例外の範囲と基準をどのように考えるかということになる（この点は、4 で後述する）。

また、そもそも公権力無責任原則が、戦後、日本国憲法 17 条と国家賠



償法の制定により、公権力無責任原則が否定され、国家責任の原則が明確にされたと一般に解されている今日においても、なお裁判所において維持されるべき原則なのかについても多大な疑問がある。日本の場合、西欧における公権力無責任原則が制定法によって根拠づけられていたのに対して、「わが国の特殊な政治構造・政治意識によって、その権力的作用の神聖性が担保されていた<sup>27</sup>」、「公権力の行使は、天皇の主権の行使で神聖にして侵すべからず、臣民が損害賠償を求めるとはおそれ多いという考えを背景にしていたと思われる。……公権力は、その発動のみならず、被害の填補の問題にまで国民に対して優越しているというドグマがあったというべきであろう<sup>28</sup>」とする指摘も存するように、行為の性格ないし性質を根拠とするものであり、そうであるならば、まさにその行為の性格ないし性質が、日本国憲法の制定によって否定された以上、この原則を維持する根拠が失われただけでなく、積極的に日本国憲法の観点からは是正していく姿勢が、現憲法下の裁判所には要請されているのではないだろうか。ここでは、否定の意味が問われることになる(この点も、4で後述する)。

### 時効・除斥について

公権力無責任原則が排斥されると、国の不法行為に関する責任は民法によって判断されることになるが、戦後補償裁判の場合、民法 724 条後段が次の問題となる。判例では、この規定は「除斥期間」を定めたものとしているが、一連の戦後補償裁判の場合、不法行為のときから 20 年を超えての提訴が少なくない。そこで、不法行為の起算点をどこに見いだすのかという問題と、除斥期間の適用を制限できるかという問題が生ずる。この点、近年の戦後補償裁判においては、公権力無責任原則は排斥されても、除斥期間の経過によって原告の請求を棄却するという判決が

<sup>27</sup> 下山瑛二『人権と行政救済法』(三省堂、1979年) 72頁。

<sup>28</sup> 阿部泰隆『国家補償法』(有斐閣、1988年) 40頁。

続いていた。そうしたなかでも、とくに近時の強制連行福岡訴訟控訴審判決（福岡高判 2004 年 5 月 24 日）は、やはり同様に公権力無責任原則を排斥したうえで、除斥期間の経過によって原告の請求を棄却するという結論を導いたが、その際に、除斥期間の適用を制限するか否かを考慮する要素の 1 つとして、1986 年の「中国公民出国入国管理法」に着目し、同法制定から 14 年も経過した 2000 年の提訴について、権利行使が可能となってから速やかに権利を行使したものとは認められないと判断した。

もっとも、戦後補償裁判の原告たちは、2 でも記したように個人的な理由を越えた国内外の様々な事情から提訴ができなかったのであり、とくに後発訴訟である中国人を原告とする訴訟に関しては、1986 年の「中国公民出国入国管理法」の制定までは私事で出国することができず、提訴することなど客観的に不可能な状態だった。そして、1986 年の同法制定以降といえども、同法が制定されたことで直ちに日本へ渡航することが可能となったわけではなかった。1995 年 3 月、当時の銭其琛外務大臣が、全人代において、「中国政府は個人の賠償請求は阻止しない」との公式見解を公表してから、ようやく個人による提訴は現実的なものとなったと評価しうるが、それにしても来日するためには、インビテーションや身元保証人、保証金などが必要であり、それらを用意すること自体容易なことではなかった。こうした事情からすれば、被害者は単純に「権利のうえに眠っていた者」ともいえないはずであり、これらの点を「中国国内の事情にすぎない」とする強制連行福岡訴訟控訴審判決は、あまりにも実態を見ていないといわざるをえない。他方で、遺棄毒ガス・砲弾訴訟一次訴訟一審判決（2003 年 9 月 29 日）のように事案によっては、裁判所は、国が毒ガスや砲弾を遺棄・隠匿してきたという違法な先行行為もあり、除斥期間を適用することについて、「著しく正義・公平の理念に反する」としてその適用を制限したりもしている。したがって、今日では、原告側としては、公権力無責任原則の排斥と除斥期間の適用制限を同時に認める判決を導くことが課題となっている。ここでも、時効・

除斥制度を単純に戦争犠牲者に対して適用することが許容されるのか否か、時効・除斥制度の制度目的を日本国憲法の観点から改めて検討する必要性が存するだろう<sup>29</sup>。

#### 4. 戦後補償裁判にかかわる憲法学の課題

上述の検討もふまえて、ここでは、戦後補償裁判にかかわる憲法学の課題として、戦後日本の再出発という憲法制定の前提に関する観点からのものと、憲法解釈論に関する観点からのものという2つの観点を設定する。前者は、ポツダム宣言を受諾し敗戦を迎えた日本が、戦後の再出発に際して、その規範的方向性についてどのような条件が存したのかがポイントとなる。後者は、戦後補償裁判の現状も受けつつ、日本国憲法が戦争犠牲者に対してどのような態度をとっているのかについて、国家責任の観点から検討することになる。

##### 再出発の条件と日本国憲法の前提

戦後日本のあり方を基底的に方向づける文書の1つとして、ポツダム宣言を挙げることができる。1945年7月26日にだされたポツダム宣言は、「無分別なる打算に依り日本帝国を滅亡の淵に陥れたる我侭なる軍国主義的助言者に依り日本国が引続き統御せられるべきか、又は理性の経路を日本国が履むべきかを日本国が決定すべき時期は、到来せり」(4項)としたうえで、「我等は、無責任なる軍国主義が世界より駆逐せらるるに至る迄は、平和、安全及正義の新秩序が生じ得ざることを主張するなるものを以て、日本国国民を欺瞞し、之をして世界制服の拳に出づるの過誤を犯させめたる者の権力及勢力は、永久に除去せられざるべからず」(6項)、「吾等は、日本人を民族として奴隷化せんとし、又は国民として

<sup>29</sup> 時効・除斥制度について、日本国憲法13条にいう個人の尊重や「正義・公平」の観点から検討したものとして、参照、松本克美『時効と正義』(日本評論社、2002年)、同「民法1条の2の可能性」法の科学34号(2004年)155頁、同「戦後補償裁判と〈時の壁〉」法律時報76巻11号(2004年)1-3頁。

滅亡せしめんとするの意図を有するものに非ざるも、吾等の俘虜を虐待せる者を含む一切の戦争犯罪人に対しては、嚴重なる処罰を加へらるべし。日本国政府は、日本国国民の間に於ける民主主義的傾向の復活強化に対する一切の障礙を除去すべし。言論、宗教及思想の自由並びに基本的人権の尊重は、確立せらるべし」（10 項）などの日本政府の降伏条件を定めているが、日本政府は、「天皇ノ国家統治ノ大権ヲ変更スルノ要求ヲ包含シ居ラサルコトノ了解ノ下」という解釈の下、8 月 10 日、これを受諾し、戦争終結の詔勅においても「国体ヲ護持シ得テ」と述べ、敗戦を迎えた。

敗戦し、占領下におかれた日本では、その後、連合国、とくにアメリカ軍を中心としてポツダム宣言の具体化が様々な分野でなされる。戦争責任に関しては、国内では、極東国際軍事裁判（東京裁判）<sup>30</sup> や、捕虜虐待についての BC 級戦犯を裁いた横浜裁判などがあった<sup>31</sup>。そして、日本国憲法の制定も、このポツダム宣言の具体化の 1 つとして着手された<sup>32</sup>。ポツダム宣言の内容からもすでに明確なように、日本国憲法は、単なる敗戦の結果としてのみならず、事実認識としては、先の植民地支配および大戦が誤りであったことを前提として成立している。また、このことは法的に戦争状態および占領状態を終了させ、沖縄などを除き主権を回復させたサンフランシスコ講和条約において、「日本国は、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、且つ、日本国で拘禁されている日本国民にこれらの法廷が課した刑を執行するものとする」（11 条）と定められていることから確認されている。先の植民地支配および大戦が誤りだったとする前提は、戦後日本

<sup>30</sup> 極東国際軍事裁判は、裁判の射程を 1928 年から 1945 年までとし、単に太平洋戦争のみならず、それに先行する山東出兵や「満州事変」なども対象としていた。

<sup>31</sup> 戦争裁判については、さしあたり、参照、法務大臣官房司法法制調査部『戦争犯罪裁判概史要』（1973 年）。

<sup>32</sup> 日本国憲法の制定過程に関する私見については、参照、馬奈木 徹太郎「憲法制定過程を診る」水島朝穂編著『改憲論を診る』（法律文化社、2005 年）15-32 頁。

の再出発に際してもっとも基本的な要素だったのであり、これは日本政府も受け容れた、いわば対外的な公約とも呼べるものであった。日本の戦後は、決して無色透明のところから始まったわけではないのである。

日本国憲法は、このような事実認識に基づいて、「政府の行為によつて再び戦争の惨禍が起ることのないやうにすることを決意し、ここに主権が国民に存することを確認し、この憲法を確定する」とあるように、先の大戦が天皇主権の下での政府の行為によって始められたことへの反省として、主権原理の転換をはじめとする一連の価値原理の転換によって、先の体制を否定している。この一連の価値原理転換については、「日本国憲法制定に先立つ大日本帝国下の体験からして、神権天皇の名において国外への侵略と国内での自由の抑圧を強行してきたのが『皇軍』であったから、天皇制（憲法第一章）と戦争放棄（第二章）——そして政教分離（憲法第三章）——が最大の憲法問題として意識されたのは、当然であった<sup>33</sup>」、「一九四五—四六年の日本にとっては、主権原理の転換と政教分離の導入によって神権天皇制の存立根拠を否定することとならんで、神権天皇制と結合した皇軍そのものを解体することなしに、立憲主義を再出発させることは不可能だった。その意味で、そこでは、近代立憲主義にとって非武装平和は必然的であった<sup>34</sup>」（傍点原著者）と、その背景について分析する見解も存するが、この一連の制度変更はまた、「国体ノ護持」を最大目標とする日本政府と、天皇を利用した間接統治を企図していたGHQにとっては、天皇の位置づけを変えるにせよ人的には連続させる以上、他の連合国や極東委員会、被侵略国を納得させるためにも必要最小限の措置だったはずである。

さらに、憲法学においては、日本国憲法の制定は、明治憲法の基本原理を否定したもの、あるいは明治憲法の基本的価値原理を転換させたも

<sup>33</sup> 樋口陽一『憲法I』（青林書院、1998年）417頁。

<sup>34</sup> 樋口陽一「立憲主義展開史にとっての一九四六年平和主義憲法」深瀬忠一＝杉原泰雄＝樋口陽一＝浦田賢治編『恒久世界平和のために』（勁草書房、1998年）138-139頁。

のと理解してきた。たとえば、法學協會編『註解日本國憲法 上』は、「新憲法は、……わが國の徹底的な敗戦に起因し、ポツダム宣言の受諾を契機として、その制定を必要とすることになったのであり、従つてまた舊憲法の基本的立場ないし基本原理は、これを根本的に變革することとなつた<sup>35</sup>」と述べている。また、宮澤俊義も、「太平洋戦争の降伏は、日本憲法（實質の意味において）に對して、獨立の消滅・領土の縮小・國民主權の確立などの數々の變革をもたらしたと見なくてはならないが、これらの變革は、多くは、大日本帝國憲法の下では、合法的には許されなかつた性質のものであり、その意味で、降伏がもたらした憲法的變革は、法律的にいえば、ひとつの超法的變革、すなわち、革命であつたと考えなくてはならない。かような革命によつて、降伏とともに、大日本帝國憲法は、形の上では、別に變わらなかつたが、内容においては、根本的な變革を経験した。とりわけ、そこで、これまでの天皇主權が否定されて、國民主權の原理が確立された。日本國憲法は、したがつて、この原理にもとづいて制定されなくてはならなかつたのである<sup>36</sup>」とし、さらに小林直樹も、『憲法講義 上』の「体制と価値の轉換」という節において、「ポツダム宣言（7・26）の受諾によつて、日本の統治權は、連合国最高司令官の手に移行し、そのかぎりて明治憲法の根本規範は、妥当性を失ひ、ひきつづく占領行政の下で、明治体制の主要な構築物も、廃止もしくは改革を蒙り、全面的な価値轉換が開始されたのである<sup>37</sup>」と述べたうえで、「日本國憲法の意義は何よりも、ふるい『閉じた』絶対主義的体制を變革し、『開いた』民主主義と平和主義に立脚して人權の価値を全制度の中心に置いたところにある<sup>38</sup>」としていた。そして、こうした明治憲法の否定ないし明治憲法からの轉換を説く主張は、日本國憲法施行後という将来に向けられた制度變更を帰結するという効果をもたらし

<sup>35</sup> 法學協會編『註解日本國憲法 上』（有斐閣、1953年）41頁。

<sup>36</sup> 宮澤俊義『日本國憲法』（日本評論新社、1955年）25頁。

<sup>37</sup> 小林直樹『新版 憲法講義 上』（東京大学出版会、1980年）110頁。

<sup>38</sup> 同書、123頁。

てきた。

一方、日本国憲法は、上記の事実認識を受けたくうえで制定されているが、規範内容としては、さらに踏み込んだ形で、先の植民地支配および大戦のみが誤っているのではなく、およそあらゆる戦争が誤っている、すなわち正戦の否定という認識にたっているのが特徴である。この点については、従来、憲法学においては、国連憲章起草と日本国憲法制定の間に核兵器使用という事実が存することを根拠に、核戦争を絶対悪とする立場からあらゆる戦争を否定していると理解するのが一般的だったが、憲法制定経過に照らすならば、「非武装はもっぱら日本の侵略に対する連合諸国の安全保障として構想されており、日本の安全保障としての非武装と言う側面は少なくとも第一義ではなかった<sup>39)</sup>」(傍点原著者)との指摘もあるように、権力抑制原理として権力担当者を拘束するという一般的な憲法命題以上に、連合国との関係では、日本を再び軍国主義に陥らせないようにするという、連合国にとっての安全保障意識が何よりも強かった点は看過されるべきではない。また、樋口陽一は、「大日本帝国をねじ伏せた戦争が『正しい戦争』であったことを日本国自身が承認したことは、対日平和条約一一条により、日本国が極東軍事裁判所の裁判を受諾したことによって、法的に確認されている。自分がひきおこした戦争に対抗して向けられたのが『正しい戦争』だったことを承認しながら、その『正しい戦争』の可能性をみずからは否定する、というパラドックスは、どのように説明可能なのであろうか。『正しい戦争』の勝利があったからこそ生まれたはずの日本国憲法が、『正しい戦争』の可能性を否定することは、自分自身の出自と矛盾しないのだろうか<sup>40)</sup>と提起したうえで、核兵器による「正しい戦争」はもはやないという説明について、「たしかにひとつの説明となるだろう」としつつ、「とはいえ、それだけでは、十分でない」として<sup>41)</sup>、「一九四五年を、『正しい戦争』を担っ

<sup>39)</sup> 渡辺治『日本国憲法「改正」史』(日本評論社、1987年)89頁。

<sup>40)</sup> 樋口陽一、前掲註34、140頁。

<sup>41)</sup> 同書、140頁。

た連合国の勝利と見るオプティミズムではなく、『聖戦』の虚偽性が暴露されたとしてうけとめるペシミズムとリアリズムが、非武装平和という選択の基礎にある。このペシミズムとリアリズムは、権力への徹底的な懐疑のうえに成り立つという意味で、近代立憲主義をいちばん深いところで継承する。しかしまた、それは、民主主義社会で結局のところ権力を支える自分自身への懐疑までを含んでいるという意味で、近代立憲主義の健康な信念と断絶し、信念なきニヒリズムと紙一重のきわどい場所に位置を占めている<sup>42</sup>と理解する。

先の植民地支配および大戦のみならず、あらゆる戦争が誤っているとする規範内容について、どう考えるべきであろうか。確かに、憲法学の従来の理解は、戦後——とくに戦後直後——の日本国民の「戦争はもうコリゴリ」という厭戦感情にも合致したものであるが、反面で、こうした国民感情については、被害者意識規定的な歴史認識・平和意識の側面が少なくないのであり<sup>43</sup>、和田進によれば、「紛争巻き込まれ拒否」あるいは「私生活中心主義」と特徴づけられる平和意識につながるものであり<sup>44</sup>、戦争責任に関していえば、赤澤史朗が指摘するように、まずは、「もともと『戦争責任』」ということの理解が、戦時中の支配的価値観からの一定の転換を抜きにしてはありえなかったとすれば、敗戦の惨状を前にして、戦争が罪悪であるという認識が広く承認されたことが、この時点での『戦争責任』の理解を生みだしていたのであり、『戦争責任』は専ら『平和』と結びつけられて理解されていた。……『戦争責任』が、専ら『平

<sup>42</sup> 同書、141-142頁。

<sup>43</sup> もちろん、浦田一郎が指摘するように、天皇制の受容や靖国参拝などに対する国民の対応を鑑みるならば、「被害者は、責任追及をすることによって、初めて本当の意味で被害者になる。……日本の平和主義は被害者的平和主義だとよく言われるが、責任を追求せず、問題を曖昧にしている。したがってそれは、本当の意味での被害者としての自覚が足りないところに成立している」ということができるものであり、本質的には状況はより深刻である。浦田一郎「平和的生存権」樋口陽一編著『講座・憲法学 2』(日本評論社、1994年)150-151頁。

<sup>44</sup> 和田進『戦後日本の平和意識』(青木書店、1997年)95-97頁。



和』と結びつけられて理解されたということは、逆にいえば日本人の関心が、もう一種類の『戦争責任』である、日本軍などの残虐事件の罪(「通例の戦争犯罪」および「人道に対する罪」)には向けられず、それを『平和に対する罪』から独立した、一箇の課題として意識していなかったことを意味していた<sup>45)</sup>のであり、講和後には、「『戦争責任』は過去の罪の問題であるとともに、その過去の軍国主義の再現に抵抗する、平和擁護の責任として自覚されたのである。再軍備を呼号する追放解除者と元戦犯の政治的復権はその逆コースの象徴であり、『戦争責任』は、再び国家の起こした戦争に協力することを拒否する思想的課題として理解された<sup>46)</sup>ものであるが、冷戦構造の下での経済大国化の過程においては、「過去の日本の戦争と軍国主義を、現在の苦痛の根元として位置づけるものではなく、また将来への警告として受け止める意識でもなく、その意味でいかなる『戦争責任』の自覚とも結びつくものではなかった」ところの“現状肯定的な平和意識”と称されるものであった<sup>47)</sup>。そして、とくに政府の戦争責任に対する認識については、吉田裕も指摘するように、「対外的には講和条約の第一条で東京裁判の判決を受諾するという形で必要最小限度の戦争責任を認めることによってアメリカの同盟者としての地位を獲得する、しかし、国内においては戦争責任の問題を事実上、否定する、あるいは不問に付す<sup>48)</sup>」といった、対外的と対内的とで姿勢を区別する“ダブル・スタンダード”が、講和条約の時期に成立したことも軽視されるべきではない。

加害責任を固有の課題としてなかなか意識することがなかった国民的気分あるいは被害者意識規定的な歴史認識・平和意識とでもいうべきものをふまえるならば、渡辺治の指摘する日本の再軍国主義化の防止と

<sup>45)</sup> 赤澤史朗「東京裁判と戦争責任」歴史学研究会＝日本史研究会編『日本史講座 10』46-47頁。

<sup>46)</sup> 同書、51頁。

<sup>47)</sup> 同書、54頁。

<sup>48)</sup> 吉田裕『日本人の戦争観』(岩波書店、2005年)91頁。

いう観点は、戦後日本の再出発の条件が何であったのかを喚起する意味でも、今日より強調される必要があるだろう。そのうえで、樋口陽一の指摘するところの「虚偽性」が、規範内容を理解するうえでは重要になってくるはずである。樋口自身は、1991年のバグダッドと、1948年および1968年のプラハ、1956年のブダペストを例に引きつつ、「正しい戦争」の二重基準を指摘し、その「虚偽性」を強調している<sup>49</sup>。私見によれば、この二重基準をめぐる「虚偽性」とは、戦争に内在する経済的動因と無関係ではない。日本国憲法が、先の植民地支配および大戦のみならず、あらゆる戦争を誤っているとす規範内容を確認するためには、およそあらゆる戦争に貫徹する何らかの要因を誤っていると評価することが前提として必要であるが、その何らかの要因が経済的動因であると確認することは、今日の時点で無意味ではないだろう。すなわち、日本国憲法は、先の植民地支配および大戦に至る一連の経過について、海外に資源・労働力・市場を確保・獲得しようとした膨張主義的な政策の帰結であり、つまり経済的利益の追求のための手段として植民地支配と戦争が遂行されたのであり、そのためにアジアで2000万人以上、国内でも300万人以上の人命が犠牲になったことに関して、これほどの人命を上まわる経済的利益など存しないとする評価が基底に存していることができるだろう。言い換えれば、日本国憲法の平和主義が、戦争放棄を平和の達成のための手段として位置づけているのは、先の植民地支配および大戦の性格を、資源・労働力・資源の確保・獲得を目的とする覇権主義の帰結だと評価したうえで、あわせておよそあらゆる戦争には経済的利益が内在し、そうした経済的利益が人命の犠牲に優位するとする発想を不正義だとみなす歴史的確信に支えられていると解されるのである。このことは、戦後直後の段階で、現憲法の戦争放棄条項について、「侵略戦争の危険を培養する基礎、戦争を挑発する社会的経済的基盤そのものが、憲法的に除去され、禁止されずしては、平和国家の完成はない<sup>50</sup>」とその限

<sup>49</sup> 樋口陽一、前掲註34、141頁。

界を指摘していた鈴木安蔵の問題意識にも通ずるはずである。日本国憲法が、先の植民地支配および大戦のみならず、あらゆる戦争を誤っているとするためには、筆者にはこのような経済的利益の追求のための手段としての戦争を放棄するとする評価が不可欠のように思われる。そしてまたこうした立場は、過去の植民地主義的政策を否定するのみならず、将来に対する植民地主義的政策の否定としての意義も有すると解されるのである。

### 先の体制を否定し戦争放棄したことの意味

以上のことから、戦後日本は、その再出発に際して、先の植民地支配および大戦が誤りであったと認識することを条件とし、さらに憲法規範的には、先の植民地支配および大戦が誤りであったことを前提にして、一連の価値原理転換を図ることによって先の体制を否定することを明らかにし、加えて戦争放棄条項を設けることによって、あらゆる戦争が誤りであるとする立場を明確にしたことが確認される。

それでは、一連の価値原理転換を図ることによって先の体制を否定し戦争放棄したという事実は、具体的にはいかなる効果をもたらしたのだろうか。従来、憲法学においては、すでに紹介したように、日本国憲法の制定を通じて、価値原理転換が図られ、先の体制を否定した点に現憲法の特徴はあるとしている。先の体制を否定することになった根拠については、これもまた先にみたとおり、先の植民地支配および大戦を反省し、ポツダム宣言の内容を具体化することを承認していたからであるが、問題は、こうした規範を創出したところの国民意識である。

ポツダム宣言の具体化として日本国憲法の制定があり、そして日本国憲法が先の体制を否定し、価値原理の転換を伴うものであったとするのなら、否定されるべき体制の行き着いた先でもある戦争についての加害責任は、憲法制定過程の歴史的な文脈からしても、本来的には憲法上ど

<sup>50</sup> 鈴木安蔵『民主憲法の構想』(光文社、1946年)167頁。

うでもよい事柄ではなかったはずである。ましてや、位置づけに変更が与えられたとはいえ、戦争の最高責任者と目されていた天皇をそのまま人的には維持する以上、なおさら戦争責任に対する自覚は敏感であることが求められていたといえる。

もっとも、日本国内では、当時の世論調査などをみても<sup>51</sup>、戦争放棄条項は歓迎されていたが、それは上述したような「戦争はもうコリゴリ」という自身の原爆や空襲、疎開といった被害体験に基づく受容意識に支えられた傾向の強いものであった。そして、そうした平和意識の浸透のなかでは、戦争責任について自覚することは困難なことでもあった。そうして、本来であれば後継体制を枠づけ正当化する（はずの）日本国憲法ではあったが、こうした規範と国民意識とのギャップのなかで、実際には、価値原理転換を謳い、戦争放棄条項を設け国際協調を掲げるという将来に対する方向性を示しさえすれば、それによって先の体制の「負債」を「チャラ」にすることができるといった程度の柔な前提で出発することになってしまった。このことは、先の体制から離れた所に自らが身を置くことができれば、それだけで後は良しとする姿勢であり、端的に言えば、当時の国民の戦争責任に関する自覚の弱さを意味していた。

しかしながら、戦争責任の問題とは、本来であれば、戦後日本の再出発とあわせて解決されていなければならなかった性質のものであり、その意味で、戦争責任に関する問題とは、日本国憲法が成立し、その価値が妥当するにあたって前提とすべき立脚点にかかわる論点を鋭く照射している。また、後継体制を正当化するのであれば、そのためにも先の体制を単に否定するだけでなく、否定し続けていく営為が要求されるはずである。そしてそうであるならば、そこには先の体制に起因する被害についても、正面から向き合い責任を負うという姿勢が、当然に含まれることになるのではないだろうか。

<sup>51</sup> 戦争放棄に対する国民意識は、毎日新聞1946年5月27日付の世論調査によれば、次の通りであった。

賛成 - 70% 反対 - 28% その他 - 2%

## 戦争責任と国内法次元における国家責任

上述したように、先の体制を否定したとされるのが日本国憲法であるが、それははたして憲法制定によって否定を確認するという一回性の行為によって否定しつくされることになるのであろうか。あるいは、否定するということは、何らかの否定し続ける営為を必要とするのだろうか。この点、日本国憲法は、繰り返し述べているように、先の植民地支配および戦争が誤ったものであることを前提にしている。また、そうした前提をふまえたうえで、将来の国際社会とのかかわりについては、憲法前文において、「日本国民は、恒久の平和を念願し、人間相互の関係を支配する崇高な理想を深く自覚するのであって、平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼して、われらの安全と生存を保持しようと決意した。われらは、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ゐる国際社会において、名誉ある地位を占めたいと思ふ。われらは、全世界の国民が、ひとしく恐怖と欠乏から免かれ、平和のうちに生存する権利を有することを確認する」としている。こうした過去および将来に対する憲法前文の規範内容からしても、誤った戦争であることを憲法制定によって単に確認するだけで、過去の行為に対するあらゆる国家責任から解放されたとしてしまうのは、あまりにも安易な発想だと解される。実際、日本政府は、多国間条約や二国間条約の締結によって、政府間レベルでの戦争責任については一定の解決を図ってきているが、この事実自体が、後継体制における戦争責任の存在を物語っているだろう。もっとも、それでは、この戦争にかかわる国家責任は政府関係という対国家（政府）に向けられたものにとどまるのであろうか。対個人の国家責任は、日本国憲法の下では生じないのだろうか。その意味では、対個人の国家責任を争っているのが、まさに戦後補償裁判ということになるが、一連の裁判においては、個人の戦争被害にかかわる請求を民法レベルで認容する判決もだされており、対個人の国家責任を必ずしも否定しているとはいえない。また、日本国憲法の前文は、将来に対する安全保障の担保として“信頼”という文言を用いているが、その対象

は政府ではなく“平和を愛する諸国民”となっている。とするならば、この“信頼”関係が自明のごとく横たわっているものではなく、まさにそうした関係を構築していく自覚と姿勢を喚起するものだというところからしても、何よりも戦争犠牲者との関係での“信頼”の回復こそは、憲法制定の歴史的経緯に照らしても優先されるべき事柄の1つなのではないだろうか。

従来、一般に国家責任については、憲法レベルでは、17条の問題として理解されてきたが、憲法学においては、この間、17条は必ずしもホットイシューとして扱われてきたわけではない。通常、教科書レベルやコンメンタールにおいても、17条の制定経緯と国家賠償法の意義を解説する程度である。そして確かに、憲法17条に関しては、立法者意思や議会での審議状況に照らしても、戦争犠牲者個人に対する国家責任という観点は、制定時に有されていたわけではなかった。同様に学説にしても、たとえば、「絶対主義的天皇制を克服し、基本的人権の尊重を主要原理の一つとした現行憲法が、権力的作用における国家無責任の原則を放棄し、国の賠償責任を明文でもって規定したことは、自然の成り行きであった<sup>52</sup>」、「本条〔17条—執筆者〕は、明治憲法下で妥当していた『国家無答責の原則』を廃棄し、被害者救済を十分にするために『国又は公共団体』の責任を明確にしたものである<sup>53</sup>」と解するのが一般的であり、憲法学および行政法学レベルでは、国家無答責の否定ないし克服を企図したものと理解してきたにすぎず、こうした見解は、憲法17条規定を創設規定としてとらえ、将来に向けて効力を有するものとして扱ってきた。

しかしながら、従来の憲法17条理解では、一連の戦後補償裁判が投げかけている問題を検討するには不十分である。たとえば、憲法17条が創設規定だとするのであれば、3でも紹介した公権力無責任原則を排斥する高裁判決は、どのように理解されるべきなのだろうか。また、日本国

<sup>52</sup> 西埜章「第17条 国および公共団体の賠償責任」有倉遼吉＝小林孝輔編『基本法コンメンタール憲法 3版』（日本評論社、1994年）75頁。

<sup>53</sup> 佐藤幸治『憲法 3版』（青林書院、1995年）614頁。

憲法が妥当する今日において、憲法施行前の権力的作用に基づく個人の損害に対する国家責任はどのように解されるべきなのだろうか。国家賠償法附則6項は、「従前の例」と規定するが、この含意について憲法学は正当な意識を払ってきたといえるであろうか。憲法施行前という一事でもって、検討の枠外に放置されてきてしまったということはないだろうか。本稿で問題としている戦後補償裁判では、これらのことがすべて課題となりうる。とりわけ、日本国憲法が先の体制を否定し価値原理転換をもたらしていることが、戦争犠牲者との関係でいかなる国家責任を生じせしめるのか否か、具体的には、過去と将来に対する憲法前文の規範内容を指導原理としたうえでの憲法17条にいう国家責任の射程ということになるだろうが、こうした点の検討は極めて重要なはずである。なお、この点については、郵便法違憲最高裁判決が1つの参考となるだろう。郵便法違憲最高裁判決（最大判2002年9月11日、民集56巻7号1439頁、判例タイムズ1106号64頁）は、憲法17条について、次のように述べる。

「憲法一七条は、『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、その補償する国又は公共団体に対し損害賠償を求め権利については、法律による具体化を予定している。これは、公務員の行為が権力的な作用に属するものから非権力的な作用に属するものにまで及び、公務員の行為の国民へのかかわり方には種々多様なものがあり得ることから、国又は公共団体が公務員の行為による不法行為責任を負うことを原則とした上、公務員のどのような行為によりいかなる要件で損害賠償責任を負うかを立法府の政策判断にゆだねたものであって、立法府に無制限の裁量権を付与するといった法律に対する白紙委任を認めているものではない。そして、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統性並びにその目的達成の手段としての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」

また、滝井繁男裁判官の補足意見は、次のように述べている。

「憲法一七条の趣旨は、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の考えに立ちつつ、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」

上記判決は、国家責任に関する立法裁量の限界とその判断基準を明らかにしたものであるが、この基準に照らして、公権力無責任原則を国家賠償法附則6項の「従前の例」によるとする見解がなお維持しうるのか否か、すなわち3でも検討した公権力無責任原則を排斥し民法の適用が例外的に認められる際の範囲および基準として応用が利くのか否か、あるいは応用が利くとして戦後補償裁判で問題となっているような被害とのかかわりでどのように当てはめていくのかといった点などは、今後速やかに検討されるべき課題であろう。いずれにせよ、憲法学の立場からするならば、公権力無責任原則の克服についても、時効・除斥制度の制度目的についても、憲法学の観点からの検討は、まだその緒にさえついていない現状である。



## 5. おわりに

家永三郎は、1968年に、「文筆人は文章の形で、言論人は言論の形で、その他すべての国民はそれぞれの生活の場所で、機会があるごとに審判を行うことができる。その成果が国民的な総括まで高められることが可能となるとき、はじめて勝者の敗者に対する裁判ではない、日本人自らの手による日本の国際法・国内法の両面にわたる、換言すれば対外対内双方の戦争責任に対する審判が、もっとも良心的かつ理性的な形で結実するであろう。それだけの努力を尽くさないかぎり、日本国民は、戦後に生れ戦争に直接関与していない世代の人々をもふくめ、全体として、自分たちの支配者および自分をふくめた同世代の同胞が、世界ならびに同胞相互に対して犯した重大な罪を贖うことができないばかりでなく、外国の犯した、あるいは犯しつつある戦争犯罪を糾弾する道義的資格をも薄弱ならしめることにもなり、ひいてはふたたび人類の悲劇を阻止するための有効なたたかいを進めることにも困難を感じるので免れないのではあるまいか。日本国憲法の前文にいうところの『政府の行為によつて再び戦争の惨禍が起ることのないやうにすることを決意し』、その決意を効果的に実現するためにも、右のような課題はぜひとも完遂せられねばならない、と信じるのである<sup>54</sup>」と述べ、自らの手で戦争責任を追及することがない日本国民の歴史認識・平和意識の限界を説いた。この課題は今日も続いており、憲法学もこの例外ではない。

筆者は、かつて戦争犠牲者に対する賠償立法について検討した際、戦争責任に対する憲法上の条文の不存在を「憲法不作為」と呼び、その根拠を制定者および国民の加害責任に対する自覚の弱さに求めていた<sup>55</sup>。もっとも、その後、日本国憲法が、先の体制を否定し、戦争放棄を定め、将来の安全と生存を政府ではなく“平和を愛する諸国民”との“信頼”関係に求めていることなどを検討することによって、すなわち憲法制定

<sup>54</sup> 家永三郎「極東裁判についての試論」思想530号(1968年)10頁。

<sup>55</sup> 水島朝穂=馬奈木徹太郎、前掲註22、58頁。

経緯と憲法前文の規範内容を理解することを通じて、戦争犠牲者個人に対する国家責任についても、「憲法不作為」なのではなく、国家責任を規定する憲法 17 条に読み込まれるべき規範的要請なのではないかと、今日では考えるに至っている。この点については、体制移行に伴う正義の転換という観点から、別稿においてさらに検討を続けることとしたい。

最後に、本稿における筆者の問題意識は、日本国憲法は、否定されるべき先の体制の核心にかかわる被害者に対して何らの応答も示していないのか、といったものであった。筆者も含め戦後憲法学は、おそらくこの問いに対する明確な解答をなお持ちあわせていない。しかし、戦後憲法学が「戦後」憲法学であるためにも、解答は見出されなければならないはずである。それとも、戦争犠牲者は不可能を戦後憲法学に期待しているのだろうか。

[付記]本稿を執筆するにあたって、中国人戦争犠牲者賠償請求事件弁護団（尾山宏弁護士団長）に判決や準備書面を提供していただいた。記して謝意を表す。