



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	戦後補償裁判とサヴィニーの国際私法理論（2・完）
Author(s)	奥田, 安弘; OKUDA, Yasuhiro
Citation	北大法学論集, 51(4), 335-367
Issue Date	2000-11-10
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15040
Type	departmental bulletin paper
File Information	51(4)_p335-367.pdf



戦後補償裁判とサヴィニーの国際私法理論（二・完）

奥田安弘

三 奥田意見書

第三 国際私法不適用説

5 本件の国際私法的処理

（一）国際私法の適用・不適用を決定する基準

それでは、本件の国際私法的な処理、とりわけ本件において国際私法が適用されるべきか否かという問題は、どのように考えればよいのであろうか。この点を私見により具体的に提示することにしたい。

まず国際私法が適用されるべきか否かを判断する基準が問題となるが、これは、国際私法自体の立場から考えるべきである。

すなわち、何が私法的法律関係であり、何が公法的法律関係であるのかを抽象的に議論すべきではない。たとえば本件のように、法例二一条の適用が問題となっているのであれば、その法例二一条自体がどのような法律関係を対象としているのかを考察すべきである。また公法的法律関係については、前述3のよう、公法の属地的適用の原則が主張されているのであるから、この原則がどのような法律関係を対象としているのかも考察すべきであろう。

これは、コインの表と裏の関係のようなものである。すなわち、本件については、法例二一条の趣旨から、その対象たる私法的法律関係であることを確認すると共に、公法の属地的適用の原則の趣旨から、その対象たる公法的法律関係ではないことを確認すれば、国際私法が適用されるべきことが明らかになる。

(2) 法例二一条の適用対象

まず法例二一条がどのような法律関係を対象としているのかを考察するために、その立法経緯から見ておくことにする。

法務大臣官房司立法制調査部監修「法典調査会、法例議事速記録（日本近代立法資料叢書26）」二二四頁によると、法例二一条は「所謂法律ニ定メテ原因ノミカラ生ジマスル債権ノ規定デアリマス其主義ハ旧法例第七條ニ採リマシタ所ト違フテ居ラ

ナイ、ソレ故ニ其根本マデニ立入ツテ説明ハ致シマセヌ」とされている。すなわち、旧法例七条は、「不当ノ利益不正ノ損害及ヒ法律上ノ管理ハ其原因ノ生シタル地ノ法律ニ従フ」と規定しており、これは、現行の法例二一条一項と同じであるから、その基本的な趣旨については説明しないというのである。

ところが、その旧法例の制定経緯は明らかとなっていないから（川上太郎『日本国における国際私法の生成発展』三〇頁）、さらにさかのほり、旧民法草案人事編の中に規定されていた法例二二条（以下では「人事編法例」という）をみると、不当利得については共通本国法主義を採用し、これがない場合にのみ原因発生地法によっていたり、また事務管理についても、本人の本国法主義を採用していたが、不法行為については、現行法例と同様に、不法行為地法主義を採用していた。すなわち、「不正ノ損害ハ有意ナルト無意ナルトヲ問ハス其事実ノ生シタル国ノ法律ヲ以テ之ヲ支配ス」と規定していた。そして、この旧民法草案人事編については、理由書が残っている。それによると、この人事編法例二二条三項の立法趣旨は、次のとおりであった（『明治文化資料叢書第三巻法律編上』二二五頁）。

「第三項ハ不正ノ損害即チ民法上ノ犯罪及ヒ准犯罪ニ付規定スルモノニシテ前二項ノ義務トハ大二其性質ヲ異ニス犯罪及ヒ

准犯罪ニ付テハ加害者其被害者ニ損害賠償ノ訴権ヲ与フル為メ
 犯罪ヲ犯シタルモノト想像スルヲ得ス此訴権ハ法律カ被害者ノ
 利益等ニ公益ノ為メ設定スルモノナリ民法上ノ犯罪ハ公訴ヲ生
 セサルノ点ヨリ觀察スレハ公益ニ関セサルカ如シト雖モ決シテ
 然ラサルナリ公訴ヲ生スル程ノ公益ナシト雖モ之ヲ以テ純然タ
 ル私益上ノモノトナスヲ得ス不正ノ損害ハ其過失又ハ懈怠ノ如
 何ニ些細ナリト雖モ損害賠償ノ訴権ヲ生スルモノハ為メニ他人
 ノ生命ヲ損スルニ至ルヲ以テナリ法律ハ其責任ヲ嚴重ニシ以テ
 輕率ノ所為ヨリ他人ニ殺傷ノ禍ヲ来サ、ルコトニ深ク注意セシ
 メント欲スレハナリ是レ双方ノ意思ニ関スルニ非スシテ立法官
 其責任ヲ定ムルモノナレハ其事実ノ生シタル土地ノ法律ヲ適用
 スルヲ以テ至当トス此責任ハ警察上ノ利益ニ関スルモノニシテ
 此種ノ法律ハ必ス内外人ニ適用スルモノナリ」(傍線一奥田)。
 すなわち、人事編法例二二条三項は、不法行為が単なる私益
 のためのものではなく、公益のためのものであり、(契約と異
 なり)双方の意思によらないで債権を発生させるものであるこ
 とを考慮して、不法行為が地法主義を採用したのである。このよ
 うに不法行為による損害賠償請求権が公益に関わるという場合、
 それは法廷地(日本)の公益ではなく、不法行為地の公益を意
 味している点が注目される。

すなわち、国家賠償責任もまた、個人に損害賠償請求権を与
 えるという点では、私益に関するものであるが、同時に公権力
 の行使を慎重ならしめるという点では、公益に関するものとい
 える。しかし、これは法廷地の公益ではなく、ましてや加害者
 が国家権力であるからといって、加害国の公益であるというわ
 けでもなく、まさに不法行為地の公益に関するものということ
 になる。

さらに不法行為に関する各国の実質法を比較法的にみた場合、
 「強制連行意見書」第四の2で述べたように、不法行為とは、
 結局のところ、「違法な行為によって他人に損害を与えた者を
 してその損害を賠償せしめる制度であつて、社会共同生活にお
 いて生じた損害の公平な分配を目的とするもの」と定義するこ
 とができる(山田録一「国際私法」三一七頁)。

ここでは、「違法な行為によつて」といい、また「損害を賠
 償せしめる」というが、当該行為(作為・不作為)が違法であ
 るか否か、損害の発生との間に因果関係があるか否か、そして
 損害賠償責任を生ぜしめるか否かは、実質法レベルの問題であ
 る。国際私法の観点からは、何らかの行為(作為・不作為)が
 あり、他人に損害が起きて、損害賠償責任を負わせるか否かと
 いう問題が発生した場合、それを解決するために、どの国の実

料 質法を適用すべきかを決定することが、その任務となる（当然

資 して損害賠償責任の存否を決定するわけではない）。

かような観点からみれば、本件は、まさしく国際私法上の不法行為の定義に当てはまる。すなわち、本件では、日本軍による強姦や傷害などの行為があり、中国人女性に損害が発生したので、日本国に損害賠償責任を負わせるか否かという問題が生じているのである。かような法律関係が問題となっているという点が重要なのであり、中国法ないし日本法を適用した結果、その準拠法内部でどのような個別の法規が適用され、違法性、因果関係、そして損害賠償責任の存否がどのように決定されるのかという問題は、国際私法の対象ではない。

同様に、先の定義によると、不法行為は「社会共同生活において生じた損害の公平な分配を目的とするもの」であるが、何が「公平な分配」であるのかも、実質法レベルの問題である。そもそも損害賠償責任の肯定は、加害者が損害を負担することを意味し、また損害賠償責任の否定は、被害者が損害を負担することを意味している。このように何らかの損害の分配が問題となる法律関係が、国際私法の対象である。実質法のレベルにおいて、どのような理由から、損害賠償責任を肯定したり、否

定しているのかは、国際私法の対象の決定には影響しない。

(3) 南京判決の理解

以上の国際私法における不法行為の定義は、より簡略な形であるが、「強制連行意見書」第四の2でも述べた。ほぼ同じ内容の意見書は、南京事件の法廷にも提出したが、裁判官は、これを十分に理解せずに、次のとおり述べている。

「奥田意見中に、『ある問題が公法的な性質のものであるか、それとも私法的な性質のものであるかは、法律関係の側から決定されるべきであり』とした上で、『法律関係の側から見ると、国家賠償は、まさしく、違法な行為によって他人に損害を与えた者をしてその損害を賠償せしめる制度であつて、社会共同生活において生じた損害の公平な分配を目的とするものという不法行為の定義に当てはまる。』との記述がある。しかし、国家賠償問題の歴史的経緯や実定法としての国家賠償法に表れた国家賠償問題に対する国家の強い利害関係を鑑みると、本件のように日本国の軍人が中国領土における戦争行為に伴い中国国民に損害を与えたことが違法であつたか否か、それについて日本国が賠償責任を負うべきかどうかという問題は、『社会共同生活において生じた損害の公平な分配』に関わる問題とは到底いえず、市民社会のルールではなく、まさに、『権力』

対「人民」との関係といふべきであつて、それぞれの国家の主権の発動としての戦争行為の当否、許否等の判断が関わる、国家の維持、存亡等にすら影響のある問題でもあるといふべきであるから、一般的には外国法の私法を適用することが考えられない分野(サヴィニー型国際私法の予定する普遍的な価値共同体が成立しない分野)に属する(二三の4、傍線―奥田)。

ここには、多数の誤りが見いだされるが、それらは、すでに指摘したところから明らかである。すなわち、「国家賠償問題の歴史的経緯や実定法としての国家賠償法に表れた国家賠償問題に対する国家の強い利害関係」というが、南京判決は、わずかに戦前の日本における国家無答責の法理しか見ていないのであつて、あらゆる国のあらゆる時代の法を前提とする国際私法の本質を理解していない。また国家賠償問題の歴史的経緯というが、戦前のわが国において国家無答責の法理が採用されていたことは、国際私法の適用を否定する根拠とはならない。前述のように、損害賠償責任の有無が問題となつているからこそ、その法律関係が国際私法の対象となるのであり、具体的な責任の有無は実質法レベルの問題にすぎないからである。

また「本件のように日本国の軍人が中国領土における戦争行為に伴い中国国民に損害を与えたこと」といい、「それぞれの

国家の主権の発動としての戦争行為の当否、許否等の判断が関わる、国家の維持、存亡等にすら影響のある問題でもある」というが、戦争行為は、国際法上合法であつた場合に、違法性が阻却されるにすぎず、国際私法における準拠法の決定には影響を及ぼさない(戦争全体の違法性と個々の戦闘行為の違法性を区別すべきであることも、前述のとおりである)。いずれにせよ本件の加害行為が国際法上違法であつたことは、南京判決自体が認めているのであるから、通常の公権力の行使による不法行為と区別する必要は全くない。

さらに「サヴィニー型国際私法の予定する普遍的な価値共同体が成立しない分野」というが、南京判決がいかにサヴィニーの国際私法理論を理解していなかつたのかは、すでに見たとおりである。

以上のように、南京判決の反論にもかかわらず、本件のような法律関係は、まさに国際私法の対象となるものであり、それゆえ国際私法が適用されるべきことになる。

(4) 公法の属地的適用の原則

つぎに本件のような法律関係は、公法の属地的適用の原則が適用されるべき公法的法律関係であるか否かを考察する。

前述3のように、公法の属地的適用の原則によれば、日本の

国家賠償法は、原則として日本における日本の公務員の不法行為にのみ適用されることになる。しかし、日本の在外公館の職員が自国民の保護を怠ったり、外国人からの査証の申請を不当に却下した場合は、日本の国家賠償法を適用しないことが不当と思われる。もつとも、この点については、国家賠償法の立法趣旨から、例外的に外国における日本の公務員の不法行為にも適用される場合がある、という条理を導き出すことは可能であろう。

しかし、公法の属地的適用の原則には、さらに外国の公法を適用しないという意味もあり、これに例外を認めることは困難である。また日本の裁判所は、自国の公法の適用範囲を超えた事件については、外国の公法を適用することはできないから、結局のところ、かような事件については、裁判管轄がないことになる。この外国公法不適用の原則については、すでに「強制連行意見書」第四の3において詳細に述べたところであるが、ここでは、次の点を補足しておきたい。

すなわち、国家賠償責任について、外国公法不適用の原則を当てはめることは、不都合な結果を生じる。たとえば、日本に駐在する外国の大使館職員が自国民の保護を怠ったり、日本人からの査証の申請を不当に却下したとする。これは、日本にお

ける行為であるが、行為主体が外国の公務員であるから、日本の国家賠償法を適用することはできない。これは、国家賠償法の趣旨から明らかであろう。しかし、外国公法不適用の原則によるならば、外国の国家賠償に関する規定も適用することはできず、結局のところ、日本の裁判所において損害賠償請求訴訟を提起したとしても、裁判管轄が否定されるであろう。

むろん訴訟の被告は、もともと外国政府であるから、外国国家としての裁判権免除を主張するであろう。しかし、かような裁判権免除は、当該外国政府が自ら放棄することもありうる。

その場合であっても、日本の裁判所としては、外国公法不適用の原則により、裁判管轄を否定すべきであろうか。かような裁判管轄の否定は、承服しがたい。この訴訟で求められているのは、刑罰や行政処分取消ではなく、単なる金銭賠償にすぎない。かような金銭賠償などを命じることが、たとえばその準拠法が外国法であっても、日本の裁判所がなしうることであり、その管轄を否定すべき理由はない。

また日本の公務員が外国でした行為についても、在外公館の職員が自国民の保護を怠ったり、外国人からの査証の申請を不当に却下した場合とは異なり、かような関係を持たない者に対する行為により損害が発生した場合には、日本の国家賠償法を

適用するわけにはいかない。公法の屬地的適用の原則に例外を認めるとしても、やはり一定の限界があるものと言わなければならぬ。しかし、日本の裁判所は、事件が日本の国家賠償法の適用外であることを理由として、裁判管轄を否定すべきであろうか。

たとえば、日本の公務員が外国における公務中に交通事故を起し、被害者が日本国に対する損害賠償請求訴訟を日本の裁判所に提起したとする。この場合、裁判所は日本の国家賠償法を適用するわけにはいかないであろう。事故地は外国であり、しかも原告は、たまたま日本の公務員の公務中に、交通事故の被害者となっただけである。加害者の側からみれば、公権力の行使であるかもしれないが、被害者の側にとっては、単なる交通事故故にすぎない。

それでは、日本の国家賠償法が適用されないからといって、日本の裁判所は、管轄を否定すべきであろうか。これもまた妥当とは思われない。この訴訟で求められているのは、刑罰や行政処分取消ではなく、単なる損害賠償である。日本の裁判所は、たとえ日本法の適用範囲外であったとしても、外国法にもとづいて損害賠償を命じるべきであり、その管轄を否定すべき理由はない。

(5) 外国法の適用

以上のように、外国法の適用を必要かつ可能とする法律関係であるということは、まさにそれが国際私法の対象である涉外的私法関係であることを意味している。すなわち、本件において求められているのは、違法な行政処分の取消や刑罰権の行使ではなく、損害の賠償（金銭賠償など）である。これが具体的に認められるべきであるか否かは、実質法レベルの問題である。国際私法の観点からは、かような損害賠償の有無が問題となっている法律関係であることが重要なのである。

むしろ外国法における損害賠償の方法は様々なものがあり、場合によっては、日本の裁判所で認められないような損害賠償の方法があるかもしれない（だからこそ、法例一条三項が設けられたのである）。しかし、通常の金銭賠償などであれば、それは、世界中いずれの裁判所でも命じることが可能であろう。日本の裁判所に提起された訴訟が金銭賠償を求めるものであった場合、準拠法が外国法であることを理由として、裁判管轄を否定するわけにはいかない（これが刑罰や行政処分の取消を求める訴訟であれば、日本法の適用範囲外であることを理由として、裁判管轄を否定することになる）。

かような損害賠償請求権の存否が問題となる法律関係は、世

界中いずれの裁判所でも審理することが可能であり、むろん日本の裁判所でも、それが日本法の適用範囲外の事件であること理由として、裁判管轄を否定するわけにはいかないのである。このように法律関係が普遍的なものであれば、それは国際私法の対象であると言わなければならない。

あるいは、国家賠償訴訟においては、被告が国家であることを理由として、外国法により責任を負わされることはないという反論があるかもしれない。たとえば、南京判決も、「国家が外国法に基づく法的責任を問われるということは、…現在の主権国家システムでは考えられない」と述べている（三の七）。

しかし、これは国際私法に対する理解の欠如によるものである。まず外国法の適用対象は、本件でいえば、日本軍による強姦や傷害であり、その意味では、外国法は行為に対して適用されるのである。南京判決は、あたかも加害者である国家に対して、属人的に外国法が適用されるかのようにいうが、そうではない。本件では、たまたま加害者が国家であったというだけであり、問題となっているのは、不法行為自体である。

また南京判決は、外国法の適用を当該外国の主権の発動と理解して、国家が外国の主権に服することはないと考えたようである。「現在の主権国家システムでは考えられない」という記

述がこれを表している。しかし、前述4のように、サヴィニーは、まさにこの主権的発想からの脱却を主張していたのである。すなわち、外国法の適用を当該外国の主権の発動と考えるならば、主権独立の原則により外国法の適用は否定されることになる。しかし、涉外事件においては、国際的な判決の調和という国際社会全体の利益のために、内外法は平等に適用されるべきである。これがサヴィニーの理論の核心だったわけである。

南京判決は、このサヴィニーの国際私法理論の核心を理解していなかったことになる。本件は、外国の裁判所において、日本が被告として訴えられたわけではない。日本の裁判所において、日本国が被告となり、当該事件について、外国法の適用が主張されているだけである。日本の裁判所は、当該法律関係と最も密接な関連を有する法として、いずれの国の法が準拠法になるかを審理すべきであり、たとえそれが外国法であったからといって、その適用が当該外国国家の主権の発動ということにはならない。繰り返しになるが、本件で外国法を適用するのは、外国の裁判所ではなく、日本の裁判所なのである。

以上のように、本件は、外国法の適用も可能とする涉外私法関係であり、外国法の適用を否定する公法的法律関係でないことが確認された。そこで裁判所は、国際私法により、いずれ

の国の法が準拠法になるかを審理すべきことになる。

(6) 法例一一條適用説と公務員所属国法説

国際私法が適用されるべき法律関係であるからといって、直ちに国家賠償責任について、法例一一條により準拠法を決定すべきである、ということにはならない。たしかに国家賠償責任は、前述のように、法例一一條にいう「不法行為」に該当する法律関係といえる。しかし、国際私法的な利益衡量の結果、法例一一條一項の不法行為地法主義をそのまま適用することが妥当でない場合は、法例一一條の適用を受けない特殊な不法行為と考えられる。この点は、すでに「強制連行意見書」第四の5で述べたところであるが、さらに次のように補足しておく。

すなわち、法例一一條一項の不法行為地法主義によるならば、外国における日本の公務員の不法行為には、つねに当該不法行為地法である外国法が適用され、逆に日本における外国の公務員の不法行為には、つねに日本法が不法行為地法として適用されることになる。しかし、公務員の外国における不法行為には、たとえば在外公館の職員が自国民の保護を怠ったり、また外国人からの査証の申請を不当に却下した場合のように、不法行為地法によることが適用でないことがある。これらの場合には、むしろ加害者と被害者の間に特別な法律関係があったことを理

由として、不法行為についても、その法律関係の準拠法を適用することが妥当であると思われる。

この特別な法律関係の準拠法としては、当該公務員の所属する国の法、すなわち公務員所属国法が適用されるべきである。しかし、これは、法例一一條の不法行為地法主義からみれば、例外的なケースである。不法行為の当事者間には、特別な法律関係が存在しない方が普通であり、このように特別な法律関係が存在する当事者間で不法行為が発生するのは、むしろ例外に属するであろう。この点を詳述すれば、次のようになる。

一般の不法行為においては、加害者と被害者は、不法行為の発生によって、初めて債権債務関係に入る。この場合、不法行為地法は、両当事者にとって中立的な法として適用される。すなわち、加害者にとっては、自己の行動から生じる責任の存否および範囲を予測することができるし、また被害者にとっても、自己が受けるべき賠償の有無および範囲を期待することができる。かような予測可能性ないし正当な期待保護の要請を満たすからこそ、不法行為地法主義が採用されたのである。

これに対して、不法行為の発生以前から、加害者と被害者の間に特別な法律関係があり、この法律関係と不法行為との間に密接な関連がある場合には、事情が異なる。かような場合には、

料 不法行為についても、むしろこの特別な法律関係の準拠法を適用した方が、両当事者の予測可能性ないし正当な期待保護の要請を満たすことになるであろう。

たとえば、列車や航空機などの旅客運送契約において、乗客が運送中の事故によって負傷した場合に、不法行為地法である事故地の法によることは適当ではないであろう。乗客と運送業者との間には、契約関係があったのであるから、乗客の損害賠償請求権は、すべて契約準拠法によらせることが妥当であると思われる。その契約準拠法によれば、当該請求権が契約債権として構成されるのか、それとも不法行為債権として構成されるのかは、準拠法の決定に影響を及ぼさない実質法上の問題にすぎない。このように不法行為の準拠法も当事者間の法律関係の準拠法によらせることを、一般に「付従的連結」ないし「従属的連結」と呼んでいる。

国家賠償責任における付従的連結については、「強制連行意見書」第三の5において、一九八二年二月一七日のオーストリア最高裁判決を紹介したが、ここで改めてこの判決を見ておきたい。そこでは、ユーゴスラビア大統領主催の狩りにおいて、オーストリア大使が誤ってフランス大使を射殺してしまったという事件が審理されたのであるが、オーストリア最高裁は、国

際私法の解釈として、次のように判断したのである。

「たとえば、外国で自国の大使に助けを求めたり、オーストリア法にもとづく権利の主張を行ったオーストリア人が、その際になされた法律違反を理由として賠償を請求する場合、：（オーストリア・奥田）連邦は、常にオーストリア法によってのみ責任を負うであろう。また外国人がその本国に駐在するオーストリア大使館において、オーストリア法の執行、たとえば査証の発給などを求めた場合も、これに関連して生じた損害については、オーストリア法上の責任だけを問うことができるであろう」。

「本件では、たしかにオーストリア法の執行の際に加害行為がなされたが、フランスの大使は、オーストリア共和国と公法的な関係になかった。彼は、むしろ自らの職務の執行に際して、この点でむしろ任意図しない接触により、オーストリアの機関の加害行為の効力範囲内に入ったのである。かような場合、行為地国以外の国の法とのより密接な関連は存在しない」（傍線―奥田）。

すなわち、オーストリア最高裁も、オーストリア大使が自国民の保護を怠ったり、外国人からの査証の申請を不当に却下したような場合には、オーストリア法の適用が妥当であると判断

している。ここでは、両当事者間に「公法的な関係」があったことが理由とされているが、これは、国際私法の適用を否定するという意味での公法的な関係ではない（この点は、オーストリア最高裁が同国の国際私法四八条一項後段の解釈として述べていることから明らかである）。逆にオーストリア駐在の外国の大使が自国民の保護を怠ったり、オーストリア人からの査証の申請を不当に却下した場合にも、やはり両当事者間に公法的な関係があったことを理由として、当該大使が所属する国の法が準拠法になるであろう。そこで国際私法では、これを双方向的に考えて、公法的な関係がある場合は、公務員所属国法によるという解釈になるのである。

その意味で、公法的な関係があるというだけでは、国際私法の適用を否定する理由とはならない。ここでは、損害賠償責任という私法的法律関係の前提として、公法的法律関係が問題となっているのである。いわば先決問題にすぎないといえる。それゆえ、自国民の保護を怠ったことや査証の申請却下に違法性があるか否かは、外国法を適用して判断することが可能であり、準拠外国法の内部において、その問題については公法（在外公館の職務の根拠法令など）が適用されるのであれば、当該外国の公法を適用すべきことになる。

つぎにオーストリア最高裁によると、当該事件においても、オーストリア大使の行為は、オーストリア法の執行（オーストリアの公権力の行使）の際になされたと判断されている。それゆえ、当該事件の被告は、オーストリア大使個人ではなく、オーストリア政府なのである。しかし、その行為は、オーストリア大使にとっては、公権力の行使であったが、フランスの大使は、オーストリアと公法的な関係になかったのであるから、オーストリア法の適用は妥当でないとされた。すなわち、前述の付従的連結の要件を満たしていなかったのである。

フランス大使は、自己の側ではフランス法の執行（フランスの公権力の行使）を行ったのであり、自らオーストリア大使の公権力の行使を求めたのではない。この点が、自国民の保護や査証の申請と異なる点である。判決は、これを「意図しない接触」と述べ、この場合は、不法行為地法以外に密接な関連を有する法は存在しないと判断したのである。

本件も同じである。原告の中国人は、中国において、日本の公務員に公権力の行使を求めたわけではない。日本軍にとつては、公権力の行使であったが、原告の中国人は、日本政府と公法的な関係になかった。たとえば、査証の申請の場合のように、自ら公権力の行使を求めたのであれば、日本政府との間に公法

料 的法律關係があつたのであるから、そこから生じた損害につい

ては、日本法が適用されるべきであるといえよう。しかし、本
資 件は、まさに「意図しない接触」により、日本軍の加害行為に
巻き込まれたのであり、かような場合には、不法行為地法以外
に両当事者にとって中立的な法は存在しない。

本件では、この不法行為地が中国であるから、結果的に、原
告である中国人に有利な法が準拠法になつたかのような印象を
与えるかもしれない。しかし、仮にタイやフィリピンにおいて、
中国の民間人が日本軍から被害を受けたとすれば、両当事者に
とつて最も中立的な法は、タイ法ないしフィリピン法というこ
とになる。ここでは、日本法の適用が不当であるのと同様に、
中国法の適用も不当である。このように国際私法独自の当事者
利益を衡量した結果、本件では、不法行為地法である中国法が
適用されるべきである、という結論になるのである。

以上の点は、「強制進行意見書」でも述べたところであり、
これとほぼ同じ内容の意見書は、南京事件の法廷にも提出した。
ところが、裁判官は、これを正確に理解せずに、次のようなこ
とを述べている。

「奥田意見は、法例一一条が適用されるべきことを積極的に
根拠付けるのではなく、国際私法の不適用を明確に根拠付けた

見解は見当たらないから、本件では、原則に戻つて法例一一条
が適用されるべきであるというのであるが、私法的法律問題と
公法的法律問題とは法の適用に関するルールが異なつてい
るという現状の下で、いずれが原則でいずれが例外ともいえない
というべきである」(二二の4)。

法例一一条適用説の積極的な根拠づけは、従来の意見書にお
いて十分に示したはずであり、単に裁判官がそれを理解しなかつ
たにすぎない。しかも、ここでは国際私法不適用説が例外であ
るとは、一言も述べていない。おそらく裁判官は、国際私法不
適用説と公務員所属国法説の区別ができなかつたのであろう。

前述のように、同じく公法的法律關係といつても、国際私法
不適用説の場合と公務員所属国法説の場合とは、その意味が
異なつてゐる。国際私法不適用説では、涉外事件の処理の仕方
が私法的法律關係と異なるものとして、公法的法律關係が問題
となつていたのである。これに対して、公務員所属国法説では、
損害賠償責任という私法的法律關係の前提として、公法的法律
關係が問題となるのである。後者は、むしろ国際私法により準
拠法を決定するプロセスの中で、当事者間に公法的法律關係が
あつたことを考慮し、その法律關係の準拠法と損害賠償責任の
準拠法を同一の法(公務員所属国法)によらしめるものである。

しかし、不法行為一般に関していえば、当事者間に特別な法律関係が存在していることは、むしろ例外に属するであろう。

そこで、公務員所属国法説は、法例一条の不法行為地法主義に対して例外であると述べたのである。この点でも、裁判官は、私の意見書および原告側の主張を理解しないままに、判決を書くという誤りを犯している。

6 国際法と国際私法の違い

以上が南京判決の国際私法に関わる判示であるが、その内容は、裁判官の国際私法に対する無理解を示すものにすぎなかった。そもそも南京判決を書いた裁判官は、国際法と国際私法の区別すらも十分に行っていなかったものであり、その意味では、国際私法の最も基本的な部分を理解していなかったことになる。

(1) 国際私法の法源

たとえば、南京判決は、「国際法上(それを国際私法というか、国際公法というかにかかわらず)、原告らの主張に係る日本軍の加害行為について、それが当時の中華民国民法における不法行為に該当することをもって、原告らが、我が国に対して直接個別の損害賠償を求めることができる権利を有するもの

であること自体、一般的に認められていなかった」(傍線・奥田)と述べている(三の1)。

このように南京判決は、あたかも国際法という大集合の中に、国際私法と国際公法という小集合が包摂されているかのよう¹⁾に述べている。しかし、国際私法は、その法源が国内法たる「法例」であることから分かるように、国際法ではなく国内法である。たしかに日本は、「遺言の方式に関する法律の抵触に関する条約」、「扶養義務の準拠法に関する条約」などを批准しているが、これらは、各国不統一の国内法たる国際私法を統一するための条約にすぎず、しかも世界の一部の国によって批准されているにすぎない。これらの条約は、決して慣習国際法を法典化したものではないし、ましてや条約が発効することによって、その内容が慣習国際法化するわけでもない。

山田・前掲一〇頁は、「国際私法」という名称は、国際公法とともにいわゆる国際法として国際社会に妥当する私法という意味に誤解されるおそれがある²⁾と述べているが、まさに南京判決を書いた裁判官は、かような誤解をしたのである。

南京判決は、さらに「原告らの主張に係る日本軍の加害行為について、それが当時の中華民国民法における不法行為に該当することをもって、原告らが、我が国に対して直接個別の損害

賠償を求めることができる権利を有するものであること自体、一般的に認められていなかった」というが、前半は国際私法の問題であり、後半は国際法の問題である。

すなわち、国際私法と国際法をきちんと区別すれば、次のように言うべきであった。「原告らの主張に係る日本軍の加害行為について、国際私法上、不法行為地法たる中華民國法を適用して、不法行為が成立するか否かは、法例の解釈の問題であるが、国際法上、原告らがわが国に対して直接個人賠償を求めることができるか否かは、ハーグ陸戦条約の解釈の問題であり、後者については、すでに二において検討した」。

このように国際私法の問題と国際法の問題は、明確に区別して論じるべきであり、南京判決のように、両者を混同して、国際法での議論を国際私法にそのまま持ち込むことは許されない。

(2) 先例の存在

南京判決は、また別の箇所においても、次のように述べている(二三の4)。

「ここでは、国家の主権の発動としての外国における戦争行為に伴う外国人の損害についての賠償問題が、国際私法の分野に属し、法例が適用されるべきものであるというのが、本件当時及び現在における一般的理解であるかどうかについて見てい

るものであり、そのような国際的理解は、少なくとも本件当時までほとんど全く成立していなかったというべきであり、かつ、現在においても、そのような取扱いをしている国家は見当たらないことをいうものである。原告らや、阿部意見が掲げる事例中に、右のような取扱いを肯認させるものがあつたとしても、膨大な戦争被害からすれば、余りにも僅かな例しかないことを示すのみである。一方、当該国家の外国における戦争行為に関わる個人の戦争被害につき、右外国の私法上の不法行為(ママ)を適用して賠償責任を負うべきことを標榜している国家は全く見当たらないのである。すなわち、今後はどうあるべきかという点を除くとき、市民的ルールと最もかけ離れた戦争行為につき、市民法によつて裁くのが相当であるという国際的な理解が成立していると認めさせるに足りる的確な証拠は全く見当たらないのである」(傍線―奥田)。

ここで「阿部意見」というのは、国際法上、個人が直接加害国に対して損害賠償請求をすることができるか否かという問題に関する阿部浩己助教授の意見書のことであり、それは、前述のようにハーグ陸戦条約の解釈の問題である。「阿部意見」は、国際私法上の問題を全く取り扱っておらず、そこに掲げる事例も、もっぱら国際法上の個人の直接請求権に関するものであつ

た。これに対して、右の引用箇所を含む項目三で問題としているのは、国内法たる国際私法の解釈であり、この点でも、南京判決は、国際私法と国際法を混同している。

そもそも国際私法の適用の可否を判断する際に、他の諸国において、本件のような事案に対し、不法行為地法たる外国法を適用し、不法行為責任を認めた例が存在するか否か、さらには、かような国際的理解が成立しているか否かは、決定的な要因となるのであろうか。

たしかに国際私法は、国内法であるとはいえ、渉外的法律関係における準拠法の決定という任務からみれば、他の諸国の動向に全く無関心であるわけにはいかない。だからこそ、国際私法の解釈においては、比較法的考察が必要不可欠とされるのである(「強制連行意見書」第三の1参照)。しかし、ここでいう比較法的考察とは、仮に本件のような事案について、国際私法の適用を肯定または否定した先例が多数存在するのであれば、それを考慮するということであって、いずれの先例も存在しない場合、当然に国際私法不適用説を採用するということにはならない。この場合、わが国の裁判所は、独自に国際私法を解釈して、その適用の可否を判断すべきであり、南京判決のように、他の諸国において同様の事例がないことを理由として、国際私

法不適用説を採用することは、およそ国際私法の常識に反すると言わざるをえない。

そもそも国際私法の法源は、国内法であって、国際法ではないから、当然のことながら、慣習国際法として成立している国際私法の規則というものも存在しない。それゆえ、国際私法の解釈は、最終的には、各国独自の立場からなされるべきであり、最近では、比較法的考察以外に、とりわけ国際私法上の利益衡量が重視されているのである(山田・前掲四二頁以下参照)。

前述の第三の5は、まさにかような国際私法上の利益衡量の観点から、本件について、法例一条による不法行為地法の適用を導き出したのであり、その点で、国際私法の通常の解釈方法を使ったにすぎない。

(3) 国家責任条約との関係

さらに南京判決は、国際私法と国際法を混同して、次のように「国家責任条約に言及している(三の7)。

「主権国家がいかなる場合に責任を問われるかは、国家責任条約の作成という形で国連国際法委員会が長い時間をかけて議論をしている大問題であり、その国の同意があればともかく、そうでない限り、特に主権の発動行為については、国家が外国法に基づく法的責任を問われるということは、本件当時を合

めて現在の主権国家システムでは考えられない（：現時点においてすら、国際法上の議論が右のようなレベルにとどまるものであり、それゆえヘーグ陸戦条約三条の趣旨も前記のとおりといわざるを得ない。）」。

この判示の意味するところは、必ずしも明らかではないが、おそらく次の二つのことを言いたいのであろう。第一に、国家責任については、国家責任条約の作成において、長い時間をかけて議論されており、いまだ決着がつかないというのである。とりわけ括弧内の記述は、この趣旨を述べたものと思われる。第二に、国際法上の議論がかような状況にあるのだから、ましてや国家が外国法にもとづく法的責任を問われることは、その国の同意がない限り、およそ考えられないというのである。しかし、前者は、国際法に対する無理解にもとづくものであり、後者は、国際法と国際私法との混同にもとづくものである。以下に順次、これらの点を取り上げる。

まず国家責任条約は、たしかに一九四九年の国連国際法委員会（の第一会期において、十四のテーマのひとつとして取り上げられて以来、今日まで成立には至っていない。しかし、それは、国家責任条約がきわめて広い範囲の問題（国家責任の淵源、救済、紛争解決など）を扱っているために、細部において見解が

分かれているからであり、基本原則については争いが無い（ちなみに、条文案は六〇か条に及び、さらに二つの附属書がある）。

たとえば、国家責任条文案一条は、「国家によるすべての国際違法行為は、当該国家の国際責任を生ぜしめる」と定めているが、国連国際法委員会の注釈によれば、国際法上の違法行為により、国家が責任を問われることは、国際裁判所の判例・国家慣行・学説のいずれもが一致して認めるところである。そこでは、戦前の常設国際司法裁判所のウインブルドン号事件判決・ホルジョウ工場事件判決・モロッコ燐酸塩事件判決、戦後の国際司法裁判所のコルフ海峡事件判決、国連の公務中に被った損害に対する賠償事件ならびにブルガリア、ハンガリーおよびルーマニアと締結された諸平和条約の解釈に関する事件に対する勧告的意見が挙げられており、また国際仲裁裁判の判決も、繰り返しこの原則を確認してきたとされている（村瀬信也監訳『『国家責任』に関する条文草案注釈（一）』立教法学二二三号一六七頁参照）。

すでに南京判決は、「本件加害行為は、それが戦争に付随するものであるからといって、許されるものではなく、いずれも、本件当時既に国際慣習法化していた右戦争規則等に違反するも

のであった」(二の二)として、国際法上の違法行為があったことを認めているのであるから、少なくとも本件について、国際法上の国家責任が問われることは、何ら疑いの余地がない(たとえば、右に掲げた常設国際司法裁判所のホルジョウ工場事件判決も、「条約の違反が損害賠償の義務を惹起することは国際法上の原則であり、法の一般概念ですらある」と述べている)。

もつとも、南京判決は、また別の箇所において、「本件当時、国際法上、戦争行為、軍事行動、これらに付随する各種の残虐行為、卑劣行為等についての損害賠償問題は、基本的に、戦後の国家間の平和条約の締結等によって処理するほかない外交問題、政治問題として観念されていた」(傍線―奥田)と述べているから(三の1)、本件についても、国際法上の国家責任が生じないと考えていたのかもしれない。

しかし、国内法上の不法行為(たとえば交通事故など)について和解交渉(示談)が行われたからといって、法的責任が否定されるわけではないように、国際法上の不法行為についても、国家間の外交交渉によって決着が図られたからといって、国家責任が否定されるわけではない。むしろ国際法上の国家責任を前提として、かような外交交渉が行われるわけであり、この点

は、国家責任条文案においても、紛争解決の手段として、「交渉」(五四条)が挙げられていることから明らかである。

また戦時賠償の問題は、すべて外交交渉によって解決されているわけではなく、仲裁裁判所の仲裁や調停によつた例が多数あることは、波多野里望¹¹・東壽太郎編著『国際判例研究・国家責任』の中で紹介されている。たとえば、日本と連合国との間においても、次のように、財産上の損失については、「財産委員会」が設立され、そこでの仲裁によつて解決されている(同書八四五頁・筒井若水執筆)。

「一九五一年の日本と連合国との平和条約は、従来の平和条約の例にならない、連合国民の財産の返還、および、それが不能な場合における損害補償の義務を日本側に課した(一五五条)。平和条約第一五五(a)によれば、返還されるべき連合国および連合国民の財産は、『一九四一年二月七日から一九四五年九月二日までの間のいずれかの時に日本国内にあった』『有体財産及び無体財産並びに種類のいかなるを問わずすべての権利又は利益』である。平和条約は、この補償が、一九五一年七月一三日の日本内閣決定の連合国財産補償法案の条件によりなされることを定めており、平和条約により補償されるべき損害の原因は、平和条約の規定の後に制定された連合国財産補償法において、

列記されている。それによれば、対象となる損失の原因には、日本側の責に帰するものだけでなく、連合国の側の行為、例えば、アメリカ軍の空襲によるものも含まれる。事実、両国間の仲裁裁判に付された補償事案は、空襲による損害の補償が大部分を占めた」(南京判決は随所において、敗戦国のみが賠償責任を負ってきたというので、それが真実でないことを示す箇所は傍線を付した)。

この委員会では、裁判の対象が財産損害に限定されていたが、むしろ人身損害についても、かような裁判がなされた例はある(第一次世界大戦の事案として、同書二二六頁、二八八頁、九九九頁、七五〇頁参照)。したがって、あたかも戦時賠償が外交渉のみによって解決されていたかのようにいう南京判決は、国際法の運用実態を正確に表したものとは言えない。

つぎに南京判決は、国際法上の議論がかような状況にあるのだから、ましてや国家が外国法にもとづく法的責任を問われることは、その国の同意がない限り、およそ考えられないという趣旨のことを述べている。これが国家責任に関する国際法の未成熟をいうのであれば、その誤りは以上の説明から明らかである。

さらにいえば、国際法上の国家責任と国際私法における外国法の適用は、全く無関係の問題であり、ましてや国家が外国法

により不法行為責任を問われることが、その国の同意がない限り許されないというようなルールは、前述5の(5)のように、国際私法の基本的理解(とりわけサヴィニーの国際私法理論)とは全く相いれない。

ところが、国際法上の国家責任と国際私法上の不法行為責任との違いについて、南京判決は、全く理解していないようであり、右の引用箇所括弧内において、次のように述べている。

「奥田意見」は、法例二一条の適用の可否を論じるに際して、右のような『国家責任条約の作成』に言及するのは、一般に『国家責任条文案』なるものが国家間の関係だけを規律するものであり、例えば損害賠償も『国家責任の解除』として加害国が被害国に対して支払うべきものであるから、本件のように加害者は国であるが、被害者は私人であるというときには、国家責任条約(案)が適用されるはずがないので、この点に関する道垣内意見は、国際法上の問題と国内法の問題を混同しており、全くの誤りであると批判する。しかし、：甲国家の乙国家に対する国家責任としての損害賠償責任を論じるに際して、いわば抽象的な乙国家それ自体の損害のみが問題とされ、乙国家の国民に関する損害が切り離されているとは容易に考えられないところであり、右『国家責任条約の作成』における議論は、その

ような『国民個人の損害』をも含んだ前記クレイムに対応する国家の損害賠償責任が論じられているものとしか考えられず、そうであれば、甲国家の主権の発動としての戦争行為に関わる国家責任の問題は、基本的に国際私法の領域に属さず、外国の私法の適用によって解決することが当初から想定されていない分野であるとするに際して、右国際法上の議論を参考とすることは何ら間違いいではないというべきであろう」（傍線―奥田）。

右の判旨は、南京判決を書いた裁判官の国際法に対する無理解を示すものに他ならない。国際法上の国家責任の追及は、たとえ私人の損害を理由とする場合であっても、国内法上の私人の損害賠償請求権と区別すべきであることは、すでに一九二八年のホルジョウ工場事件判決（常設国際司法裁判所）によって明らかにされている。

この事件は、上部シレジアのホルジョウに所在するドイツ人経営の窒素工場をポーランドが接収したことについて、これをドイツ・ポーランド間の条約違反と認定した一九二六年の同裁判所の判決を受けて、ドイツがポーランドに損害賠償を求めたものである（国際法学会編『国際関係法辞典』七三四頁参照）。これに対して、常設国際司法裁判所は、ドイツ側の請求を認容

する判決の中で、次のように述べた。

「国家の不法行為に対する賠償が不法行為の結果として被害国の国民の受けた損害に該当する補償から成り立つことがあるのは国際法上の一つの原則である。それは賠償の最も通常の形式ですらある。…一つの国家が他の国家に対して負う賠償は、それが損害賠償の形式をとり、私人の受けた損害をその計算の手段とすることによって、性質を変更しない。賠償を規律する法規は二国家の間の関係を規律する国際法規である。不法行為を行つた国家と損害を受けた私人の間の関係を規律する法ではない。損害を受けた私人の権利や利益は、同一の行為によって権利を侵害された国家の権利に対して、常に異なつた平面にある。従つて、私人の受けた損害は国家の受けたそれと性質において決して同一ではない。前者は単に後者の賠償の金額の計算のために便宜的の標準を提供するにすぎない」（横田喜三郎『国際判例研究一卷』一三一頁以下、傍線―奥田）。

すなわち、国際法上の国家の賠償請求権は、あくまでも国際法にもとづくものであり、国内法にもとづく私人の損害賠償請求権とは性質が異なる。右のホルジョウ工場事件判決は、これを明らかにしたものである。すなわち、南京判決の挙げる例を借りれば、甲国家の乙国家に対する損害賠償責任を論じる場合

に、乙国家の国民の受けた損害は、乙国家自体の受けた損害と性質を異にする。なぜなら、前者は、国内法により、損害賠償責任の存否および賠償額が決定されるのに対して、後者は、国際法により、これらが判断されるからである。そして、まさに乙国家自体の受けた損害は、乙国家の国民の受けた損害を単なる計算の手段としてにすぎないのである。

これを分かりやすく説明するために、個人が外国において、その外国政府から身体または財産に損害を被った場合に、個人の本国が加害国に対し適当な救済（損害賠償請求など）を求め「外交的保護権」を例にとってみよう。この外交的保護権は、国家責任追及の一態様として認められているが、国内的救済完了の原則を満たす必要がある（国家責任条文案二三条）。すなわち、まず当該加害国において、個人が国内法上の救済手段を求めたうえで、救済が否定されたり、また救済が十分でない場合に初めて、個人の本国が国際法上の外交的保護権を行使できることになる。

この場合、国内的救済は、当該加害国の国内法（国際私法を含む）によって判断されるが、これが否定された場合の本国の外交的保護権は、国際法によって判断される。そのゆえ、個人の請求権が否定されても、本国の請求権が肯定されることがあつ

たり、個人に対する賠償額と本国に対する賠償額が異なることが起こりうるのである。

ところで、外交的保護権は、その行使が国際法上認められる場合、「個人のものではなく国家のものとなる。つまり国家は、被害者個人の代理人として行動するのでもなければ、個人の利益のために行動する義務もたない。第一に、個人の要求を外交的保護の対象として取り上げるか否かは、完全に国家の任意に委ねられている。逆に、個人の要求がなくなるとも、請求することができ。第二に、国家は、この請求の実現の過程を終始完全に支配する。どのような方法で請求を提出し解決するかは、国家の自由である。第三に、国家には、国際法上、受け取った金銭賠償を被害者に交付する義務がない。このように、外交的保護の国家的性格は明らかである」（国際法学会編『国際関係法辞典』一〇四頁）。

この点で、南京判決が「本件に関する基本的な事実関係」のまとめの箇所述べていることは、国際法の常識に反している。すなわち、「個人が国家間の外交交渉によることなく、外国に対して過去の戦争被害につき損害賠償を求めることができるといふ権利を是認することは、…有害無益と考へざるを得ない」というのが（一の15）、それでは、個人が外交交渉によって損害

賠償を求める権利があるとしても言うのであろうか。

外交交渉は、あくまでも国家が自己の権利の行使として行うものであり、個人がそれを請求する権利を有するわけではない。右の外交的保護権に関する説明に沿っていえば、第一に、国家は、個人の要求があつたからといって、外交交渉を行う義務を負っているわけではないし、第二に、国家は、外交交渉において、結局のところ、損害賠償請求権を放棄することも選択できるわけであるし、第三に、国家は、仮に賠償金を受け取つたとしても、国際法上は、これを被害者に渡す義務を負っていない。南京判決は、個人が外国に対し損害賠償を求めたいのであれば、国家間の外交交渉に任せるべきであるかのようにいうが、それが国際法の常識を反することは、以上の説明から明らかである（なお念のために付け加えれば、個人の本国が外交交渉をしなかつたり、損害賠償請求権を放棄したからといって、個人に対し補償義務を負うことはないであらう。なぜなら、国家は自己の権利を行使しなかつたり、放棄したにすぎないからである）。

第四 法例一一条二項による日本法の累積適用

以上により、国際私法不適用説を主張する南京判決の理由づけは、国際私法に対する無理解ないし国際法との混同にもとづくことが明らかになったと思われる。そして、本件では、国際私法上の条理としての公務員所属国法説ではなく、法例一一条を適用すべきであることも、前述のとおりである。

そこで法例一一条の解釈に移るが、南京判決は、同条一項については、とくに詳しい検討をすることなく、また同条二項・三項についても、「原告らの各請求は、最終的には、日本法の要件を充足しなければ成立せず、また、その効力についても日本法の適用を受ける」とだけ述べている。そして、「本件各加害行為は我が国の国家賠償法の成立前の行為であり、国家賠償法附則六項が『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。』と定めていることから、当然に国家無答責の法理によるべきであると結論づけている（三の3）。

しかし、「強制連行意見書」第五の2および3ならびに第七の2および3で述べたように、法例一一条二項は、不法行為の成立要件について日本法を累積適用しているが、直ちに国家無

答責の法理によることは疑問であるし、また同条三項は、不法行為の効力の一部についてのみ、日本法を累積適用したものと解される。

これに対して、南京判決は、国家無答責の場所的適用範囲の限界および時間的適用範囲の限界の一部に言及し、かような限界はないとしている。そこで以下では、まず一般論として「準拠法内部における個別法規の指定規則」について述べた後に、「国家無答責の場所的適用範囲の限界」および「国家無答責の時間的適用範囲の限界」を明らかにしたい。

1 準拠法内部における個別法規の指定規則

前述（第三の1）のように、国際私法により準拠法が決まった後も、当該準拠法内部において、いずれの個別法規が適用されるべきかという問題が生じる。すなわち、新法と旧法のいずれを適用すべきかを決定する時際法（国家賠償法附則六項など）の問題、および成文法と慣習法、一般法と特別法などの法源の異なる法規のいずれを適用すべきかを決定する体系際法（法例二条、商法一条など）の問題である。

これらの時際法や体系際法の問題は、それぞれの準拠法内部

において解決されるべきであり、たとえば、法例一一條一項により、中華民国法が適用されるのであれば、その中華民国法の内部において、いずれの個別法規が適用されるべきかは、当該中華民国法自体が決定すべきである。

ここでは、法例一一條二項により、中華民国法と共に累積的に適用される日本法の内部において、どのような時際法および体系際法の問題が生じるのかを見ていくことにする。その際に、とりわけ法例一一條二項において評価の対象となっているのが、「外国ニ於テ發生シタル事実」であることに注意する必要がある。すなわち、日本法は、純粋な国内事件ではなく、涉外事件に適用されるのであるから、その解釈は、自ずから純粋な国内事件の場合と異なる可能性がある。

たとえば、明治三二年の「外国人ノ署名捺印及無資力証明ニ関スル法律」によると、法令において署名・捺印すべき場合、外国人は署名だけで足りるし、また捺印すべき場合、外国人は署名をもって捺印に代えることができる（一一條）。そこで自筆証書遺言の作成および変更には、遺言者の署名・捺印が必要であるが（民法九六八条）、外国人が日本法により自筆証書遺言をする場合は、署名のみで足りる。これは、明文の規定によるものであるが、さらに自筆証書遺言では、遺言者が全文を自書

する必要があるところ、英国人が作成した遺言書がタイプライターによるものであったにもかかわらず、日本法上の自筆証書遺言の要件を満たしているとした審判例がある(東京家審昭四八・四・二〇家月二五卷一〇号一三三頁)。

このように涉外的な要素のある事件について、個別の法規が純粹国内事件の場合と異なつて解釈されることは、従来から学説によつて主張されてきたところであり(外国法の適用について、山田・前掲一二二頁、溜池・前掲二二九頁)、国家賠償責任についても、明文の規定があるか否かを問わず、本件への適用については、十分に注意を要するところである。

以下では、国家無答責の場所的適用範囲および時間的適用範囲の限界を取り上げるが、前者は体系際法の問題であり、後者は時際法の問題である。いずれも、国家賠償責任全体における位置づけをした後に、南京判決の問題点を明らかにする。

2 国家無答責の場所的適用範囲の限界

(一) 全体的な位置づけ

国家賠償法附則六項は、「この法律施行前の行為に基づく損害については、なお従前の例による」と規定している。いわゆる

新法不遡及の原則である。しかし、旧法における国家賠償責任は、すべて国家無答責の法理によつて規律されていたわけではない。

周知のように、私経済作用については、民法の適用により、国家賠償責任は肯定されていた。すなわち、旧法においても、国家賠償責任は、国家無答責の法理によるべき場合と、民法によるべき場合が区別されていたのであり、いずれによるべきかは、体系際法によつて決定されていたことになる。

かような旧法の国家賠償責任に関する体系際法は、たしかに明文で規定されていたわけではないが、司法裁判所の判例により、私経済作用と公権力の行使との間で区別がなされていたことは明らかである。これは、国家無答責の法理の側からみれば、その法理に事項的な適用範囲の限界があったことになる。すなわち、国家無答責の法理の趣旨によれば、その適用範囲は、私経済作用にまで及ぶべきではないという解釈がなされていたのである。

同様に、公権力の行使についても、国家無答責の法理の趣旨により、その適用範囲は、日本国の管轄に服する者に対する場合と、その管轄に服さない者に対する場合とで区別する必要がある。すなわち、日本国の管轄に服する者に対する公権力の行

料 使については、たしかに国家無答責の法理が適用されるが、その管轄に服さない者に対する公権力の行使は、そもそも許されないものであるから、国家無答責の法理は適用されないという解釈がなされるべきである。いわゆる場所的な適用範囲の限界である。

たとえば、日本の居住者に対する公権力の行使は、その領土管轄に服する者に対するものであるから、対象者が日本人であるか外国人であるかを問わず許されるべきであり、国家無答責の法理が適用されるべきケースといえる。これに対して、外国

の居住者に対する公権力の行使は、在外公館の職員が自国民を保護する場合や、外国人に対して査証を発給する場合のように、当該外国の同意があったり、国際法上の根拠があり、かつ個人が日本国の公権力の行使を求めてきた場合に限定されるであろう。かような場合に該当すれば、自国の管轄に服する者に対する公権力の行使として、そこから生じた損害については、国家無答責の法理が適用されるが、その他の場合にまで、国家無答責の法理を適用すべきではない。

なぜなら、自国の管轄に服さない者に対する公権力の行使は、たとえ日本国の側からみれば公権力の行使であったとしても、個人の側からみれば公権力の行使としての意味を持たず、単な

る違法行為として評価されるべきだからである。これは、次の二つの意味を持つ。すなわち、日本国の側からみれば公権力の行使であるから、その公務員の行為については、国家の責任が問われることになる。しかし、個人の側からみれば単なる違法行為であるから、国家無答責の法理が適用されるべきではない。先程の体系際法上の理解によれば、かような場合は、民法が適用されることになり、国家は不法行為責任を問われることになる。

(2) 南京判決の理解

以上に述べたことは、「強制連行意見書」第五の2の記述と若干異なっているが、結論的には同じである。そこでは、国家無答責の法理は「支配者と被支配者の自同性」を根拠としているのであり、この自同性が妥当するのは、国家とその管轄に服する者との関係についてだけであるから、その他の者に対する行為については、国家無答責の法理を適用すべきではない、と述べたのである。

同様の意見書は、南京事件の法廷にも提出し、原告側の主張も、これに沿ったものであったが、南京判決は、かような原告側の主張を十分に理解しないまま反駁を試みている(二三の3)。

「原告らは、国家無答責の法理は、もともと国王の不可謬論

に基づくものであり、王制下でない国家においては、『治者と被治者の自同性』『国家と法秩序の自同性』の考え方が根底にあるから、我が国の統治権に服しない外国人に対しては国家無答責の法理は妥当しないと主張する」。

「しかし、それは国家無答責の法理なるもの(ママ)不合理性を指摘するものとしては理解できても、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されるとされてき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」

(傍線―奥田)。

右の引用箇所によると、南京判決は、二つの点で原告側の主張を誤って理解していたことが分かる。第一に、原告側が「国家無答責の法理は、…『治者と被治者の自同性』『国家と法秩序の自同性』の考え方が根底にある」と主張したことについて、南京判決は、「それは国家無答責の法理なるもの(ママ)不合理性を指摘するもの」と解している。

しかし、「強制連行意見書」第五の2をよく読めば分かるよ

うに、「治者と被治者の自同性」云々は、国家無答責の不合理性ではなく、当時は合理的と考えられていた「根拠」を述べたものである。すなわち、国家無答責の法理は、現在の法観念からみれば、不合理きわまりないものかもしれないが、当時の法観念によれば、それなりの合理的な根拠があったはずである。いかなる法制度であっても、何の根拠もなく実定法化されていたとは考えられない。このように法制度のよってたつ根拠を探究することによつてのみ、正しい解釈が可能となるのであり、そして、この根拠から、適用範囲の限界が論理的に導き出されると言いたいのである。

たとえば、法例三三条の国際私法上の公序に反する典型例として、しばしば挙げられる一夫多妻制でさえ、イスラム社会では合理的な根拠を有するものであった。真田芳憲「イスラム法の精神」二二五頁以下は、それを次のように述べている。

「戦死者の家族を、いかにして養うべきか。これこそ、ムスリムの時代環境と社会が求めてやまなかつた緊急の問題であった。イスラームはこの問題を(一夫多妻制度)で解決しようとしたのである。すなわち、妻たちを、精神的にも経済的にも完全に「公平」に取り扱う余裕のある者のみが、寡婦や孤児たちと結婚することができる」と定めたのである。…このように、イ

スラムの一夫多妻制は、ウフドの戦役による戦死者の家族、とくに寡婦や孤児をいかに救済するかという社会福祉制度の環境であつた。：しかも、この制度を認めるにあつては、宗教信仰上の高い倫理的要請の裏付けがあつたこともまた看過してはならない。ただ肉欲的な性的快楽を満足させるための四人妻制度では決してなかつた。四人までの妻を持つためには、その前提条件として、複数の妻を『公正に取り扱う』、『公正を維持する』という、ムスリムとしての倫理的行為の履行が必要とされていたのである。：したがつて、高潔な、そして強盛な信仰心を持つ者のみが、この一夫多妻制度をその目的に照らして正しく用いることができるのであり、この条件を欠く者には、一夫多妻制度は手の及ばない、遠い彼方にあるということになる』(傍線―奥田)。

すなわち、イスラム社会における一夫多妻制は、寡婦や孤児たちの生活を守る社会保障的役割を果たしていたのであり、このように四人までの妻を持つためには、イスラム教に対する強い信仰心が要求されていた。かような一夫多妻制の根拠から、必然的に、この制度はイスラム教徒にのみ適用されるべきである、という人的適用範囲の限界が導き出される。その結果、イスラム教徒以外に他の宗教を信仰する者も国民とするアジア・

アフリカ諸国(インドなど)は、その者が信仰する宗教によつて適用されるべき法(とりわけ家族法)を異にする人的不統一法国となつたのである(岡本善八「国際私法と人際法」『国際私法の争点(新版)』一二頁以下参照。かような人的不統一法国に属する者の本国法などの決定については、法例三一条参照)。

同様のことは、国家無答責の法理にも当てはまる。すなわち、国家無答責の法理は、「治者と被治者の自同性」という、当時は合理的と考えられていた根拠を有していたのであり、これによると、治者と被治者の利益は完全に一致するのであるから、国家無答責の法理は、被治者の利益でもありと考えられていたのである。しかし、かような国家無答責の根拠によるならば、その法理は、治者と被治者の間でのみ適用されるべきである。それゆえ、「我が国の統治権に服しない外国人に対しては国家無答責の法理は妥当しない」という場所的適用範囲の限界が論理的に導き出されるのである(ただし、より正確には、日本の管轄に服さない者に対しては国家無答責の法理は妥当しない、というべきであらう)。

ところが、南京判決は、ここで第二の誤解をしている。すなわち、南京判決は、「被害者が日本人であろうと外国人である

うと、同じく国家無答責の対象としていた」と反駁しているが、右の「我が国の統治権に服しない外国人」とは、すべての外国人を含んでいるわけではない。南京判決の理解によると、原告側の主張は、そもそも外国人は日本の統治権に服しないから、国家無答責の法理が妥当しない、というように受け止められたのであろう。しかし、原告側は、日本の統治権に服する外国人と、そうでない外国人を明確に区別していたのである(ここでも、より正確には、日本の管轄に服する外国人と、そうでない外国人を区別していた、というべきである)。

たとえば、日本に居住する外国人は、日本の領土管轄に服するし、また日本の在外公館に査証の申請などを行う外国人も、自ら日本の公権力の行使を求めているのであるから、当該行為については、日本の管轄に服しているといえる。かような外国人は、日本の管轄に服する外国人であるから、日本の公務員による不法行為は、国家無答責の適用を受ける(かような不法行為の準拠法が日本法になることは、前述第三の5のとおりである)。

これに対して、当該事件の原告らは、日本における居住などによって、自ら日本の管轄に服していたわけではない。すなわち、日本の管轄に服さない外国人であるから、日本の公務員による不法行為は、国家無答責の場所的適用範囲から外れるので

ある。

前述のように、戦前の日本においても、私経済作用については、わが国の民法を適用して、不法行為責任の成立を認めていたように(国家無答責の事項的適用範囲の限界)、右のケースについては、法例二二条二項による日本法の累積適用に際し、わが国の民法により不法行為が成立するか否かを判断すべきことになる。そして本件では、おそらく日本民法によっても、不法行為が成立しているので、法例二二条一項による不法行為地法(中華民国法)の適用は妨げられないのである。

3 国家無答責の時間的適用範囲の限界

(1) 全体的な位置づけ

つぎに、国家賠償法附則六項にいう「従前の例」という文言の意味が問題となる。すなわち、この規定は、時際法として、新法と旧法の適用関係を規律するが、かような時際法も、準拠法内部の問題であるから、当該準拠実質法の立場から解釈されるべきである。

ところで、国家賠償法附則六項については、その立法趣旨は、あまり明らかになっていない。第一回国会衆議院会議録、参議

院会議録、衆議院司法委員會議録、参議院司法委員會議録をすべて精査したが、わずかに「本法施行前の行為に基き施行後に発生した損害に対する処置いかんとの質疑がなされたのに対し、国または公共団体に賠償責任なしとの政府の答弁でありました」という報告がなされているにすぎない（官報号外昭和二二年八月八日衆議院會議録第二二号二四八頁、第一回国会制定法審議要録一七九頁）。

おそらく新法不遡及の原則は、一般に承認されているから、ある意味で当然のこととして規定されたのであろう。しかし、国家賠償法附則六項にいう「従前の例」という文言の意味は、もう一度検討しなす必要がある。すなわち、右の国会審議における政府答弁のように、「従前の例」とは、当然に国家無答責を意味すると解するのは疑問である。

国家無答責の実定法上の根拠を考え直してみれば、むしろ「従前の例」という中には、国家無答責の法理は入らないという解釈が出てくるのである。すなわち、戦前の大日本帝国憲法六一条は、「行政官庁ノ違法処分ニ由リ權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屬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、また行政裁判法一六条は、「行政裁判所ハ損害要償ノ訴

訟ヲ受理セス」と定めていた。要するに、前者は、行政訴訟について司法裁判所の管轄を否定し、後者は、国家賠償請求について行政裁判所の管轄を否定していたのである。

国家無答責の法理の実定法上の根拠は、これら二つの手続規定に求める以外にない。たしかに旧民法の制定過程において国家賠償責任に関する規定が削除されたことも、根拠として挙げられることがある。しかし、旧民法は、結局のところ施行されなかったのであるから、国家賠償責任に関する規定が起草過程において削除されたことは、実定法上の根拠というわけにはいかない。

また戦前の司法裁判所が訴えを却下せずに、民法の不適用を理由として、請求を棄却していたことも、論理的に考えてみれば、むしろ管轄の不存在を理由として、訴えを却下するのが正しい解釈であつたといえる。すなわち、これもまた、実定法上の根拠を十分に考えないで、誤った解釈をした結果といえるのであるから、ここでは参考にならない（これに対して、普通水利組合の灌漑排水設備に対する所有権または占有権の不当行使によつて権利を侵害されたとする損害賠償請求訴訟について、司法裁判所の管轄を否定した下級審判例がある。その上告審である大判大一四・一二・一一大審院民事判例集四卷七〇六頁参

照)。

このように国家無答責の法理が手続規定に実定法上の根拠を有するのであれば、国家賠償法附則六項にいう「従前の例」にこれを含めることは妥当でない。なぜなら、訴訟の原因となった事実がたとえ戦前に起きたものであっても、訴訟が現在行われるのであれば、その管轄は現行法によって判断されるべきだからである。

たとえば、平成八年改正の民事訴訟法附則三条本文は、「新法の規定(罰則を除く)は、この附則に特別の定めがある場合を除き、新法の施行前に生じた事項にも適用する」と定め、また同附則四条一項は、「新法の施行の際現に係属している訴訟の管轄及び移送に関しては、管轄裁判所を定める合意及び送達に関する事項並びに附則第二十一条に定める事項を除き、なお従前の例による」とする。すなわち、すでに係属している訴訟の管轄は、旧法によるが、新法施行後に係属した訴訟の管轄は、たとえ原因事実が新法の施行前に発生したものであっても、新法によって判断されるというのである。

同じことは、明文の規定がなくても、国家賠償訴訟にも当てはまる。すなわち、戦後は行政裁判所と司法裁判所の区別がなくなり、公権力の行使に関する事件も司法裁判所において審理

されるようになった(憲法七六条)。ましてや損害賠償の訴えに対する管轄を否定した行政裁判法一六条は、適用されるはずがない。現在の裁判所の権限および管轄は、裁判所法および民事訴訟法によって判断されるべきであり、それによれば、当該事件の管轄は肯定されていた。

ただし、実体法については、国家賠償法附則六項により、現行の国家賠償法を遡及適用することができないので、結局、民法が適用されることになる。このように国家賠償法附則六項にいう「従前の例」とは、手続法を含まず、実体法だけを含むと解するべきである。

(2) 南京判決の理解

以上に述べたことは、「強制連行意見書」第五の2の記述とほぼ同じであり、それと同じ内容の意見書は、南京事件の法廷にも提出した。ところが、南京判決がまとめているように(三の6)、原告側の主張は、それと若干異なるニュアンスでなされたようである。

「原告らは、被告主張の国家無答責の法理につき、公法私法二元論を前提とした上で、公法関係については、行政裁判所の管轄に属し、司法裁判所の管轄に属さないとする訴訟上の救済手続の欠如を意味するにすぎず、実体法上の根拠を有するもの

ではないとし、行政裁判所制度が廃止された日本国憲法の下では、右訴訟上の障害が除去されたため、国の賠償責任を認めることが可能となったと主張する」(傍線―奥田)。

このように戦前は訴訟上の救済手続の欠如があり、戦後は訴訟上の障害が除去されたというのは、若干ミスリーディングである。戦前は、公権力の行使による損害の賠償請求訴訟については、司法裁判所および行政裁判所の管轄が否定されていたのであり、その結果、訴えが却下されることになっていたにすぎない。これに対して、戦後は、かような損害賠償請求訴訟についても、裁判所の管轄が肯定されたので、国家賠償法施行後の行為にもとづく損害については、現行の国家賠償法を適用し、また同法施行前の行為にもとづく損害については、民法を適用して、請求権の存否を審理することができるようになった、と言うべきであろう。

このように若干のニュアンスの違いがあるとはいえ、かかる原告側の主張に対して、南京判決は、次のように反駁している(三の6)。

「そのような解釈が論理的には可能であり、通常の『国家賠償法』に係る損害賠償が基本的に『私法』の領域に属するとしても、国家賠償法の施行以前の公権力の行使に関わる国家の損

害賠償責任については一般的にはそのように解釈されていないのであって、前記のとおり、行政裁判所制度が廃止された後の日本国憲法下の裁判においても、従来の『国家無答責の法理』を採用し民法の適用を排斥しており(前記最高裁判所昭和二五年四月一日第三小法廷判決等)、我が国の当時の法体系として、公権力の行使に係る行為については、実体法である私法ないし民法の適用自体を否定していたものと解するのが一般的な理解である。そして、これによれば、国家賠償法附則六項が同法施行前の行為に基づく損害について『なお従前の例による』と定めている趣旨は、本件当時の公権力の行使に係る行為については国の損害賠償責任は認めないことをも含んでいるといわざるを得ないのである。すなわち、右の一般的理解とは、明治憲法下では、我が国は国家無答責の原則を採用し、国に対する損害賠償請求は一切認めないとしていたのを、第二次大戦後の現在の憲法一七条によつて変更し、国及び地方公共団体の公務員の不法行為による賠償責任を明記し、これを受けて、国家賠償法が制定されたというべきである。このような経緯自体に国家賠償の問題をどのように取り扱うかという問題が国家政策と深く関係していることが表れており、ひいては、一般論として、国家賠償の問題は国際私法によつて準拠法を定めるような問題で

はなく、我が国における国家賠償責任は我が国のみが定めるべきことであり、それは国家賠償法の適用によってのみ定められる、というべきである」(傍線・奥田)。

右の引用箇所によると、南京判決は、原告側の主張が「論理的には可能」であることを認めるにもかかわらず、従来の「一般的な理解」によると、これが認められないというのである。

しかし、原告側は新しい論点を指摘したのであり、従来の「一般的な理解」はこの論点を知らなかったにすぎない。たとえば、右の箇所引用された昭和二五年四月一日の最高裁判決(裁判集民事三号二二五頁)も、国家賠償法附則六項を实体と手続の区別の観点から解釈するという作業はしていないのであり、かような論点を見落とした判決が先例になるとは思えない。そもそも裁判所は、新しい論点の指摘があった場合には、これに正面から答えるべきである。さもなければ法学の発展や新たな判例の展開はないであろう。しかるに南京判決を書いた裁判官は、この新しい論点から意図的に目をそらし、従来の「一般的な理解」の結論だけを採用したのであり、およそ裁判官の職責を果たしているとは言えない。

あるいは裁判官は、原告側の主張を正確に理解しなかったのかもしれない。たとえば、右の引用箇所では、ここでの論点と

は無関係の国際私法不適用説を述べている。「通常の『国家賠償法』に係る損害賠償が基本的に『私法』の領域に属するとしても」とか、「一般論として、国家賠償の問題は国際私法によって準拠法を定めるような問題ではなく、我が国における国家賠償責任は我が国のみが定めるべきことであり、それは国家賠償法の適用によってのみ定められる」という記述がそれである。

しかし、ここでは法例二二条により、不法行為の成立要件については、日本法が累積適用され、わが国の実質法の解釈が問題となるから、その一環として、時際法たる国家賠償法附則六項の解釈をしているのである。そして、原告側は、この国家賠償法附則六項の解釈を实体と手続の区別の観点から行うべきであると主張しているのであって、国際私法の適用の可否を問題としているのではない。このように南京判決は、「論点のすり替え」さえも行っているのである。

なお南京判決は、戦前の国家無答責が現行の憲法一七条によって変更され、これを受けて、国家賠償法が制定されたのであるから、「このような経緯自体に国家賠償の問題をどのように取り扱うかという問題が国家政策と深く関係していることが表れており、ひいては、一般論として」国際私法不適用説が妥当すると述べている。

しかし、たとえば、戦前の「家制度」も現行の憲法二四条によつて変更され、これを受けて、民法が改正されたのであるから、南京判決の論理によるならば、家族制度をどのように取り扱うのかも、国家政策と深く関係しており、国際私法不適用説が妥当することになる（現在も夫婦別姓を認めるか否かは、重要な政治問題であり、国家の利益に深く関わる問題として議論が続けられている）。それでは、婚姻、離婚、親子関係、相続などの問題が国際私法の適用を受けないのかといえば、これらの問題について、国際私法不適用説を主張するものは誰もいないであろう。この点でも南京判決は、国際私法に対する無理解にもとづくものである。

第五 おわりに

以上により、南京判決の国際私法に関する判示は、およそ妥当性を有しないものであることが明らかとなった。第一に、ここでは法解釈よりも裁判官の個人的な歴史認識を優先させ、あらかじめ超法規的な判断が下されていた。第二に、その国際私法不適用説は、もっぱら国際私法に対する理解の欠如によるものであり、また国際私法と国際法の区別さえも十分に行つてい

ないものであった。第三に、法例一一条二項による日本法の累積適用については、原告側の主張を正確に理解しないで、的外な批判を行ったものであった。

それでは、かような南京判決の轍を踏まないためには、どのような点に留意すべきかを最後に述べたい。

まず両当事者は、法律論を主張しているのであるから、裁判官も法律論でこれに答えて頂きたい。すなわち、裁判官は、個人的な歴史認識のいかんにかかわらず、プロフェッショナルの法律家として、法解釈を行つて頂きたいことである。

たとえば、過去の戦争の歴史において残虐な行為が行われた事実や、外交交渉において決着が図られたことも、すべて法的な評価が可能である。すなわち、前者は、国際法上合法である場合には、違法性が阻却されるが、本件のように国際法上も違法である場合には、たとえ戦争に付随するものであつても、違法性阻却は認められない。また後者は、国際法上の国家責任を前提として、紛争解決手段のひとつとして行われるものであり、決して国家責任を否定するものではない。

つぎに本件で争われている国際私法問題は、まさに国際私法の本質に関わるものであり、それゆえ法の適用関係全体を正確に理解する必要がある。たとえば、国際私法は、国際法ではな

く国内法であるから、国際法に関する議論は当てはまらない。南京判決は、先例の不存在を強調するが、それは、慣習国際法の成立に関する議論には当てはまるとしても、国内法たる国際私法の解釈では通用しない。

また国際私法の指定の対象は、各国の全実質法秩序であるから、わが国の特定の時代の実質法のみを前提として、国際私法を解釈することは許されない。国際私法により準拠法が指定された後に初めて、新法が適用されるのか、それとも旧法が適用されるのか(時際法)、国家無答責の法理ないし国家賠償法が適用されるのか、それとも民法が適用されるのか(体系際法)などの問題が生じるのであり、これらは、すべて準拠実質法の解釈問題である。

さらに裁判官は、新しい論点の提起に対して、実定法の解釈として採用しうるか否かを客観的に判断して頂きたい。南京判決のように、従来の議論において取り上げられていなかったことを理由として、新しい論点を無視するようなことは許されない。旧来の解釈は、その時点までに提起された論点を前提として築き上げられたものにすぎないのであるから、新しい論点の指摘があった場合には、これを最初から見直す必要がある。その際に手掛かりとなるような判例や学説は、むろんほとんど見

当たらないであろう。しかし、裁判官は、新たに法を発見する責務を負っているものであり、まさにプロフェッショナルの法律家として、後世の批判に耐えうるような法解釈論を展開すべきである。単に従来の議論において取り上げられてこなかったことを理由として、新しい論点を無視するようでは、裁判官としての職責を果たしているとはいえない。

以上の三点を強く要望して、本意見書を終えることにする。

付記

脱稿後に、本判決の掲載誌として判例タイムズ一〇二八号九二頁、および本判決の評釈として河野俊行・ジュリスト一一七九号(平成一一年度重要判例解説)三〇二頁に接した。