



Title	国家賠償責任の準拠法に関する覚書 ー戦後補償のケースを中心としてー
Author(s)	奥田, 安弘; OKUDA, Yasuhiro
Citation	北大法学論集, 49(4), 107-138
Issue Date	1998-11-10
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15793
Type	departmental bulletin paper
File Information	49(4)_p107-138.pdf



国家賠償責任の準拠法に関する覚書

——戦後補償のケースを中心として——

奥田安弘

目次

- 一 問題の所在
- 二 比較法的考察
- 三 日本の学説
- 四 戦後補償ケースにおける法例二一条の適用

一 問題の所在

国家賠償責任の準拠法について、わが国では、これを正面から取り上げた判例は見当たらないし、また学説においても、十分な議論がなされているとは言い難い。これは、そもそも公務員が外国において公権力を行使して、私人に損害を与えたいう事態が極めて稀にしか起こりえない、と考えられているためである。

しかし、諸外国では、在外公館の職務執行などによる損害賠償責任に関する判例が幾つか見られる。またわが国でも、戦後補償裁判において、国家賠償責任の準拠法が争点になりつつある（ただし、従来下された判決において、これを取り上げたものは見当たらない）。すなわち、外国において日本軍が外国の民間人を殺傷したことによる損害賠償責任は、どこの国の法によって判断されるべきか、という問題である。

とりわけ戦前は、一般に国家無答責の理論が認められていたもので、日本法が準拠法になる場合には、この理論により、日本の賠償責任が否定される可能性がある（ただし、後述のように、国家無答責の理論には、場所的な適用範囲の限界があるから、たとえ日本法が準拠法になったとしても、この理論が必ず

しも適用されるとは限らない）。これに対して、外国法が準拠法になる場合、当該外国の国家無答責の理論は、日本国の賠償責任まで免除するとは考えられないから、当該外国法上の一般不法行為法の規定によって、賠償責任が認められる可能性がある。ところで、かような国家賠償責任の準拠法については、大きく分けて三つの考え方が主張されている。

第一に、国家の公権力の行使による損害賠償責任であることを理由として、国際私法は適用されないとする説がある（以下では「国際私法不適用説」という）。この説によると、わが国の国家賠償法や戦前の国家無答責の理論は、国際私法の仲介によらず、涉外事件に直接適用されることになるであろう。

第二に、たとえ国際私法の適用があるとしても、国家賠償責任は、独自の単位法律関係であるとして、公務員の所属する国の法が準拠法になるとする説がある（以下では「公務員所属国法説」という）。この説によっても、日本の公務員の職務執行による損害賠償責任には、わが国の国家賠償法や戦前の国家無答責の理論が適用されることになる。しかし、これは直接適用ではなく、公務員所属国法として日本法が準拠法になるからにほかならない。

第三に、国家の公権力の行使による損害賠償責任であっても、

その法的性質は、一般の不法行為責任と同じであるとして、法例一条によって準拠法を決定すべきであるとする説がある（以下では「法例一条適用説」という）。この説によると、国家賠償責任は、法例一条一項により、不法行為地法によるが、同条二項および三項により、一定の範囲で日本法が累積適用されることになる。

結論からいえば、たしかに、国家賠償責任については、公務員所属国法説を妥当とする場合があることは否めない。しかし、国家賠償責任であるからといって、つねに公務員所属国法説が妥当するわけではない。そこには、一定の限界がある。たとえば、在外公館の職務執行による損害賠償責任については、当事者間に特別の（公法的な）法律関係があらかじめ存在しているからこそ、公務員所属国法説が妥当するといえる。しかし、かような特別の法律関係が存在しない場合、たとえば戦後補償のようなケースでは、むしろ法例一条によって準拠法を決定すべきであろう。

以下では、まず在外公館のケースを中心とした欧米諸国の判例を紹介し、そこに共通する論点を提示したい。つぎに在外公館のケースにおいて、公務員所属国法説を妥当とする根拠としては、いわゆる「付従的連結の理論」が見いだされるが、かよ

うな付従的連結を認めたヨーロッパ諸国の立法および立法草案を紹介して、この理論が妥当する範囲を考える。さらに、国家賠償責任の準拠法に関する日本の学説を紹介して、その問題点を探る。そして最後に、もっぱら戦後補償のケースを念頭において、法例一条を適用する際の解釈上の問題点を明らかにしたい。

なお、国家賠償責任の定義については、実質法の分野において、さまざまな議論があると思うが、本稿では、不法行為の準拠法との関係を問題とするため、さしあたり公務員の職務執行に伴う不法行為による国家の賠償責任だけを対象としたい。

二 比較法的考察

1 はじめに

欧米諸国の判例においても、国家賠償責任の準拠法を正面から取り上げたものは少なく、わずかに、後述のオーストリアの判例において、詳しく述べたものが見られるにすぎない。しかし、事案には共通点が見られる。すなわち、在外公館の職務執行に伴う損害賠償責任のケースが多いことである。しかも被害者は、自国民であると推測される。ここに戦後補償のケースと

の違いが見いだされる。

すなわち、自国民が在外公館に保護を求めたり、また在外公館が自国民に対して公権力を行使する場合、そこには特別な法律関係が存在しており、不法行為は、この法律関係に付随して発生したこととなる。この法律関係の準拠法は、当事者の共通本国法であるとともに、公務員所属国法でもある自国法になるであろう。そして、当該不法行為は、それがなされた地（外国）よりも、この当事者間に存在する特別な法律関係との間に、圧倒的に密接な関連があるので、不法行為地法ではなく、この特別な法律関係の準拠法である自国法によるべきことになる。

かような付従的連結の理論は、後述のオーストリアの判例以外には、明確に述べたものが見当たらないが、いずれの判例でも暗黙の前提になっているものと考えられる。そこで、まずオーストリアの判例を紹介した後に、ドイツ・フランス・イタリアの判例についても、事案を中心として紹介することにした。これに対して、英米の判例は、異なった状況にあるが、幾つか本稿のテーマに関連するものがあるので、参考までに紹介しておきたい。さらに、在外公館ケースの説明のために、付従的連結の理論を認めたヨーロッパ諸国の立法および立法草案を紹介し、どのような要件を満たせば、付従的連結が行われるのか、

という問題を考えてみたい。

2 オーストリア

まず、一九五八年九月一〇日のオーストリア最高裁判決は、オーストリア法が不法行為地法たる外国法に優先することを明言しているが、その事案は、次のようなものであった。

ルーマニア在住のオーストリア人技師である原告は、当地の公使館参事官 (Legationsrat) から繰り返し電話で一般的な質問を受けたが、この電話の内容がルーマニアの公安警察に盗聴されていたために、スパイ容疑で逮捕され、一一五一日間拘禁された後、国外追放になった。そこで原告は、オーストリアの公使館参事官が盗聴の事実を知っていたにもかかわらず、電話をかけてきたうえ、原告の身の安全を確保する措置を怠ったとして、オーストリア政府に対して、逸失利益などの損害賠償請求の訴えを提起した。

これに対して、オーストリア最高裁判所は、次のように判示した。「たしかにオーストリアの学説および判例によると、一般に、不法行為債権については、不法行為地法が適用されると考えられているが〔引用文献略〕、オーストリア共和国に対する請求権が公務員の職務違反から生じる場合に、もっぱらオーストリア法だけを適用することは、疑いの余地がない。オース

トリアの公務員の職務義務を外国法により判断することは、自己矛盾であろう」。

しかし、この事案は、オーストリアの在外公館の職員が自国民を保護する義務を怠ったことの責任が問われたものであった。したがって、当事者間には一定の特別な法律関係が存在しており、その法律関係の準拠法はオーストリア法であると解されるから、オーストリア政府に対する損害賠償請求権の準拠法が不法行為地法ではなく、オーストリア法になることは、付従的連結の理論によって説明がつくことになる。

この点は、その後、一九八二年二月一七日のオーストリア最高法院判決⁽²⁾によって明らかにされた。この判決は、まさに国家賠償責任の準拠法を付従的連結によって説明したものであり、それゆえ本稿のテーマとの関連では、きわめて重要であるから、少し詳しく紹介したい。

事案は、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ので、フランス大使の遺族がオーストリア政府に対して、扶養の喪失および慰謝料などの損害賠償請求の訴えを提起した、というものである。これに対して、オーストリア最高裁判所は、次のように判示した（以下、引用文献は省略する）。

「当裁判所の見解によると、明白な反対の規定がないかぎり、国家賠償請求をその他の民法と異なって取り扱うことは、妥当とは思われない。国家責任法一条によると、むしろ国は、原則として『民法の諸規定により』責任を負う。法律上の『民法の』適用が制限されるのは、財産または人身の損害賠償：および金銭賠償にかぎる、という点だけである。抵触法もこの民法の一部であり、それゆえ国家賠償請求の範囲について適用されるべきである」。

「オーストリア」一般民法典三三三條ないし三七七條が適用されていた頃、不法行為による損害賠償請求権については、判例上の次のルールが承認されていた。すなわち、原則として、不法行為地法が適用されるが、事案の特別な事情が他の連結を求めている場合には、例外が認められるべきである。たとえば加害者と被害者の間に存する特別の法律関係の枠内で、不法行為がなされ、これらに内的な関連 (*innere Beziehung*) があるときは、この特別な事情が常に存在するであろう。この場合、不法行為が行為地と被害者を結び付ける事実上の関連は、それ以前に存在していた当事者間の別の関係によって、法律上の重要性を喪失する。「オーストリア」国際私法典四八條一項後段は、このルールを次のように成文化化した。すなわち、当事者間に、他

の一の国の法とのより強い関係がある場合には、この国の法が適用され、損害を惹起した行為がなされた国の法は適用されない」。

「このルールは、とくに国家責任法にとつても重要である。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、たしかに不法行為地の行政的な取締規定を考慮することはあるが、連邦は、常にオーストリア法によつ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の大使館において、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係は存在しえない。それゆえに、国家責任法が明白に別段の規定をしていないかぎり、責任

を問われた「オーストリア」政府は、その機関が仮に法の執行として行動していないかつたら賠償すべきであつたものを、賠償しなければならぬ。したがつて、被告は、オーストリアの民事法に規定された不法行為準拠法としての行為地法の指定により、当地で施行され、かつ証明されるはずの損害賠償規定の枠内で責任を負う」。

この判決は、国家賠償責任の準拠法を最も詳しくかつ最も慎重に検討している。その意義は、次の三点に求められる。

第一に、国家賠償責任の準拠法も、原則として国際私法によつて決定されるべきである。したがつて、外国法の適用もありうる。第二に、公務員の不法行為についても、通常の不法行為の準拠法に関する国際私法ルールが適用される。それによると、原則は、不法行為地法主義であるが、例外的に加害者と被害者の間に特別な法律関係があり、これが不法行為と内的関連を有する場合には、当該法律関係の準拠法が優先する。

第三に、本判決は、この点をさらに具体的に述べている。すなわち、自国民が在外公館の保護を求める場合や、外国人が査証の発給などを求める場合には、これに関連して不法行為が生じても、不法行為地法ではなく、当該在外公館の職員が所属する国の法（公務員所属国法）が適用される。しかし、本件で

は、加害者と被害者の間に、かような特別の法律関係がなかったのだから、不法行為地法主義の原則に戻るべきである。

これは、まさに付従的連結を国家賠償責任について認めた判決であり、その先例的価値は大きい。しかも、その他の国の判例も、ほとんどは在外公館の職務に関するケースであるから、公務員所属国法が準拠法とされた理由も、この判決によって説明できることになる。かような付従的連結については、後により詳しく説明したい。

3 ドイツ

つぎに、ドイツの国家賠償責任の事案において、ドイツ法の適用を明示したものとしては、一九八一年一〇月二二日の連邦裁判所判決がある。しかし、この判決は、外国におけるドイツ人間の不法行為については、共通本国法であるドイツ法を適用する、というドイツの実定法上の明文規定を根拠とするものであった。その事案は、次のとおりである。

一九七六年四月一日、当時八歳のドイツ人女兒がオランダの学校における水泳の授業中に事故に遇った。この学校は、ドイツを含む若干のNATO諸国によって設立されたオランダ法人であった。学校自体の監督官庁は、ドイツ各州の文部省の常設委員会であり、職員は監督官庁は、防衛大臣であった。この学

校のプールは、NATOが設置し、費用を負担していたが、ドイツは、その管理に係わっていなかった。

水泳の授業は、プールの管理者が一九七五年八月一三日に締結した契約にもとづいて行われていた。この契約は、とくに児童の水泳中には、二人の教師が立ち会うことを定めていた。事故があった日、そのうちの一人は、NATO本部のドイツ連隊においてスポーツ下士官として任命されていた者であった。そこで被害者は、監督不行き届きの職務違反があったとして、ドイツ政府を相手に、一万マルク以上の慰謝料を請求した。

これに対して、ドイツ連邦裁判所は、次のような判決を下した。「控訴裁判所が被告に対する国家賠償請求の審査にあたりドイツの国家賠償法を適用したのは、妥当であった。ドイツ国民に対するドイツ政府の不法行為責任については、ドイツ法を適用することは、一九四二年一月七日の帝国領域外のドイツ国民の加害行為における法適用に関する規則から導き出される」。

この判決が援用した一九四二年一月七日の「帝国領域外のドイツ国民の加害行為における法適用に関する規則」⁽⁴⁾ 一条一項は、次のように規定している。「ドイツ国民が帝国の領域外で行った作為または不作為による契約外の損害賠償請求権については、ドイツ国民が被害者であるかぎり、ドイツ法を適用す

る」。

すなわち、加害者と被害者の双方がドイツ人である場合には、不法行為地が外国であっても、共通本国法であるドイツ法を適用するものである。この規定は、明らかに一般的な不法行為の準拠法に関するものである。そして裁判所は、この規定によって準拠法を判断したのであるから、国際私法上、国家賠償責任を一般の不法行為責任と区別していないことになる。

ところで、この一九八一年の判決以前にも、ドイツの在外公館の職務に伴って生じた損害の賠償責任を判断した判例がないわけではない。しかし、これらの判決は、準拠法に関する判断を全く示しておらず、直ちにドイツ法を適用している。そこで、以下では事案だけを紹介しておきたい。

まず、一九六二年六月一四日の連邦裁判所判決は、次のような事案に関するものであった。

原告所有の船舶・M号は、一九五七年六月上旬にチッタゴン（東パキスタン・現バングラデシュ）向けの米を積み込むために、カラチ（パキスタン）港に到着したが、同年六月九日、乗組員二名が上陸したまま戻らなかつた。そこで、M号の船長は、カラチの原告代理人に対し、二名の乗組員の行方不明を伝え、パキスタン政府およびドイツ大使に報告するように頼んだ。六

月一日、船長は、ドイツ大使に電話して、これらの乗組員を見つけた次第、船に連れ戻すように頼んだ。M号がチッタゴンに向けて出航する日、すなわち六月二日、船長は、大使に手紙を書き、これらの乗組員をチッタゴンに連れて来るように頼んだ。

六月三日、これらの乗組員は、ドイツ大使に名乗り出た。しかし、これらの乗組員は、チッタゴンに行くことを拒否した。なぜなら、彼らの船は、もう一年以上も、ドイツに戻っておらず、しかもチッタゴンからは、中国に向かうと聞いていたからである。六月四日、大使は、原告の代理人のところへ赴き、両名を飛行機でドイツに帰すよう勧めた。代理人は、これを原告に伝えたが、原告は、これらの乗組員をチッタゴンに連れていき、船に戻すことが大使の務めであり、ドイツへの帰国に同意できないと答えた。この回答は、六月五日、代理人から大使へ伝えられた。

大使は、その日、以下のような返信を書いた。すなわち、ドイツ法上、これらの乗組員をその意思に反して船に連れ戻す理由がなく、パキスタン法上、原告の代理人がその連れ戻しの責任を負っている、というのである。六月二日、ついに原告の代理人は諦めた。なぜなら、大使の意見およびパキスタンの入国事務所の要求から、これらの乗組員を飛行機でドイツへ送り

返すしかないと考えたからである。代理人が立て替えた乗組員の帰国費用は、原告が負担した。そこで原告は、この費用の償還および電報の費用償還を求めて、ドイツ政府に対し訴えを提起したのである。

つぎに、一九六一年七月一三日の連邦裁判所判決⁽⁶⁾は、次のような事案に関するものであった。

一九五三年一〇月二日、ベルギー駐在のドイツ大使館勤務の領事職員Xは、大使館職員Yの依頼を受けて、ベルギー植民地省およびベルギー外事警察に対して、以下の通知を行った。それによると、一九五三年九月にベルギーに赴いた原告らは、ドイツ検察庁から指名手配を受けており、ベルギー植民地省に対しては、事件の解明まで、原告らから申請のあったベルギー領コンゴ行き⁽⁷⁾の査証を与えないこと、警察に対しては、原告らのコンゴへの出国を阻止するために、ベルギーにおける原告らの所在をなるべく早く大使館に知らせることが求められていた。この通知のものは、一九五三年九月二十八日付けのZの書面が同年九月三〇日に大使館へ届いたことであった。

この書面によると、Zは、二つの企業の買収において、原告らから詐欺に会い、家族ともども貧困に陥れられた。そこで、訴訟救助を受けて、原告らに対して、二万七〇〇〇マルク分の

差押えを行ったが、その強制執行の際に、原告らが逃亡のために家を売ろうとしていることを知った。そして、Zが訪れたフランス駐在のベルギー総領事は、ベルギーに滞在している原告らが、フランスにおいて、ベルギー領コンゴへの入国査証を申請したが、まだ取得していないことを告げた。総領事は、さらにベルギー駐在のドイツ大使館と連絡をとり、ドイツ大使館がベルギーの植民地省にかけあい、入国許可を取得させないよう⁽⁸⁾にすることを勧めた。

以上の状況を説明した後、Zは、大使館の援助を要請し、次のように書いた。すなわち、原告らは、おそらくコンゴへの入国許可を却下されたとしても、フランスには戻らないであろう。なぜなら、ここでは、詐欺などを理由とした刑事手続が係属しているからである。また原告らは、Zの知るかぎり、ドイツからフランスを経由して違法に取得した数一〇万マルクをおそらく所持しているであろう。

ドイツ大使館が行った措置にもとづいて、ベルギーの警察は、一九五三年一〇月七日、原告らがちょうどコンゴへ向かって出発しようとしていた時に、ベルギーの飛行場において、原告らからパスポートを取り上げた。その結果、原告らの出国は不可能となった。原告らは、すでに必要な査証をベルギーの官庁か

ら交付されていたが、自らに対して行われていた捜査手続については、ベルギーの官庁に告げていなかった。

一九五四年五月二八日、ドイツ検察庁は、原告らを詐欺により起訴した。しかし、本案訴訟開始の申立ては、証拠不十分として、一九五七年一月一八日の判決により却下された。そこで、原告らは、ドイツ政府に対して、ベルギー領コンゴへの旅行が不可能となったことによる損害賠償請求の訴えを提起したのである。

これらの二つの事案では、原告の国籍は、必ずしも明らかでないが、事実関係からは、ドイツ人であったと推測される。そして被告は、むしろドイツ政府であるから、ドイツ法が準拠法になることは、前述の一九四二年二月七日の規則から導き出される。

また仮に、原告がドイツ人でなかったとしても、これらの事案は、いずれも在外公館の職務に関するものである。したがって、後述のように、付従的連結の理論によって、ドイツ法の適用を導くことが可能であった。いずれにせよ、これらは、戦後補償のケースとは、大きく異なる事案であったことに注意する必要がある。

4 フランス

フランスでは、フランスの在外公館の職務に伴って生じた損害賠償責任を判断したものとして、一九四一年五月一六日のコンセイユ・デタの判決がある⁽⁷⁾。しかし、この判決も、準拠法に関する判断を全く示しておらず、直ちにフランス法を適用しているのが、以下では事案だけを紹介する。

コンスタンチノーブルのロシア軍基地に対して債権を有しているフランス人に対し、フランス政府は、少なくとも相当額の内金が支払われるまでは、ロシア船の出航禁止を維持すると保証していた。しかし、このロシア軍基地が振り出した小切手を見せられたフランス大使館の海軍武官は、小切手が債権者に対して交付されるかどうかを確認しないで、船舶の出航禁止を解除してしまった。そして実際に、この小切手は、債権者に交付されなかった。そこで、このフランス人債権者は、債権回収の可能性がなくなつたとして、フランス政府に対して損害賠償請求の訴えを提起したのである。

この事件でも、在外公館の職務が問題となっている。したがって、後述のように、付従的連結の理論によって、フランス法の適用を導くことが可能であった。

5 イタリア

さらにイタリアでも、在外公館の職務に伴って生じた損害賠

賠償責任を判断したものととして、一九五九年五月二十五日の破棄院判決⁽⁸⁾がある。しかし、この判決も、準拠法に関する判断を全く示しておらず、直ちにイタリア法を適用している。

本件では、事案の詳細があまり明らかではないが、イタリア社会共和国 (repubblica sociale) ムソリーニが作ったイタリアの全体主義国家) により任命された領事の行為が問題となった。すなわち、第二次世界大戦中に、在外イタリア国民が財産を領事に預託したところ、それらが滅失したために、損害賠償を求めた訴訟であったようである。

国側は、(1) イタリア社会共和国の行為による損害の賠償請求を認めた一九四四年一〇月五日の勅令 (regio decreto legge) 第二四九号は、領域内における行為だけを規律し、外国の領域における行為を規律の対象外としていること、(2) 領事館の開設および領事の任命は、政治的行為であり、本勅令第一条および第二条により無効であること、(3) イタリアの正当政府は、ドイツとの戦争が勃発し、それにより領事館の業務を停止したとき、自国民の保護を中立国の領事に委ねるつもりであったことを主張した。

これに対して、裁判所は、(1) 領事の職務は、国民の利益のためになされる行政行為であり、本勅令第四条により、有効とさ

れること、(2) イタリア国民の保護を中立国の領事に委ねるといふ正当政府の決定は、本件に無関係であること、(3) 一八六六年六月七日の領事規則第一一四号の諸規定を総合的に考慮すると、原告とイタリア政府との間には、預託契約が成立しており、国家は、預託物の消滅について責任を負うこと、これらを理由として、原告の請求を認容したのである。

この事件でも、在外公館の職務が問題となっている。しかも原告(イタリア人と推測される)とイタリア政府との間に預託契約が成立していたことを認定したのであるから、まさに付従的連結によって、イタリア法の適用を導くことが可能であった。

6 アメリカ合衆国

アメリカ合衆国では、連邦政府の賠償責任を認めた法律として、「連邦不法行為請求権法」(Federal Tort Claims Act, 28 U.S.C.A.)が一九四六年に制定されているが、その第二六八〇条が同法の適用除外を定めているので、この規定の解釈が問題となる。それによると、「本編本章および一三四六条(b)の規定は、以下の請求権には適用しない。(中略)(k) 外国で生じた請求権」と規定されている。

しかし、この規定は、連邦不法行為請求権法の適用が排除される場合を列挙しているだけであり、必ずしも国家賠償責任そ

のものを否定しているわけではない。しかも同条(k)は、「外国で生じた請求権」(Any claim arising in a foreign country)と述べており、外国法による不法行為請求権の成立そのものを否定していない。

この点は、同法一三四六条(b)からも明らかである。それによると、「連邦政府の職員がその職務の範囲内で行動している際に、ネグリジェンスまたは違法な作為もしくは不作為により、財産・人体・生命に損害を与え、合衆国がもし私人であれば、作為または不作為があつた地の法により、賠償責任を負う場合には、合衆国を被告とする一九四五年一月一日以降に生じた金銭賠償請求に関する民事の訴訟については、本編第一七一章の規定により、連邦地方裁判所³が専属管轄を有する」(傍線筆者)。

この規定は、連邦不法行為請求権法による訴訟について、連邦地方裁判所の専属管轄を定めただけであり、請求権の成立そのものは、不法行為地法によるとしている。これは、もともと不法行為法が州法の管轄に入っており、原則として州の裁判所により審理されるべきであるが、連邦が被告になる場合に、州の裁判所の管轄を否定することを目的としている。また、アメリカ法では、救済手段(remedy)は、法廷地法によるが、実体的な請求権の成立は、当該権利の準拠法によることが認められている⁽⁹⁾。したがって、救済手段を法廷地法によって制限したとしても、不法行為請求権の成立そのものは、あくまで不法行為地法によることとなる。

この点については、さらに連邦控訴裁判所の判決を見ておきたい。すなわち、Meredith v. United States, 330 F.2d 9 (9th Cir.1964)は、タイのバンコック駐在のアメリカ大使館でなされた作為または不作為による損害の賠償請求事件について、次のように判示した。

「立法経緯によると、議会は、以下のような理由から、『外国』で生じた請求権を(連邦不法行為請求権法の適用範囲から)排除した。すなわち、連邦不法行為請求権法による責任は、『作為または不作為があつた地の法により』判断されるべきであるが(28 U.S.C.A. §1346(b))、議会は、『合衆国を外国政府の法による責任に服せしめたくなかった』からである。」

「控訴人の主張は、また次のようなルールにも反する。すなわち、特段の定めがないかぎり、(合衆国の)立法は、『合衆国の領域管轄権の範囲内でのみ』適用を意図している。」

「最後に、網羅的なカタログや詳しい分析は省略するが、多数の他の制定法の規定(10 U.S.C.A. §§2734 and 2734 (a); 5

U.S.C.A. §170g (b) and (f); 42 U.S.C.A. §2473 (b)(3); 22 U.S.C.A. §2509 (b)) は、次のような議会の意図を示している。すなわち、外国における合衆国の軍隊およびその他の公務員の活動から生じた財産・人体・生命に対する損害の賠償請求は、連邦不法行為請求権法による訴訟ではなく、むしろ行政的もしくは外交的な手段、または特別の立法によって処理されるべきである…」。

判旨の第一段落は、一見したところ、外国法による請求権の成立そのものを否定しているかのように読める。しかし、判旨は、外国法による責任 (liabilities) に服することを否定しているだけであり、外国法による請求権の成立そのものまで否定しているわけではない。

判旨の第二段落は、連邦不法行為請求権法というアメリカ合衆国の立法が、その領域内でなされた行為にしか適用されないことを述べている。いわゆる域外適用の制限である。すなわち、議会が明白に領域外の行為への適用を認めないかぎり、立法の適用範囲は属地主義の原則に服するというのである。かような属地主義の原則⁽¹⁰⁾そのものがアメリカ法独自のものであることは、明らかである。いずれにせよ、議会が領域外の行為への適用を明らかに認めている場合には、かような属地主義の原則は適用されない。

判旨の第三段落は、アメリカの公務員の外国における不法行為について、その他の立法が連邦政府の責任を定めている可能性を示唆している。たとえば、アメリカ軍の外国における不法行為について、連邦政府が責任を負う旨を定めた立法が存在していることは、連邦裁判所の判例からも明らかである。この Ford v. United States, 88 F.Supp.263 (Ct.Cl.1950) は、次のような事案に関するものであった。

イギリス駐在のアメリカ陸軍所属の原告は、あるイギリス人から三五〇ポンドを盗んだ。この金銭は、イギリスのリンカン市にある映画館のスーツケースから盗まれた。原告は、数カ月後に逮捕され、三五三ポンドを取り上げられた。しかし、この金銭は、彼が盗んだものと同じではなかった。原告は有罪とされ、懲役刑を命じられた。

一九四四年二月一日、被害者のイギリス人は、合衆国政府に対して、原告が盗んだ金銭の賠償を求める訴訟を提起した。この請求は認容され、イギリス人は、アメリカの通貨で同額の一一四二ドル二五セントを受け取った。請求認容の根拠となったのは、一九四三年四月二二日の法律第六十七章第一条 (3) U.S.C.A. §224d) であつた。

それによると、「根拠のある請求の迅速な解決により友好関

係を促進し、維持するために、軍事長官 (Secretary of War) は、… 外国居住者の財産・人体・生命に対する損害の賠償請求… について、かかる損害が陸軍、海軍、海兵隊、またはこれらの構成員… により惹起された場合、これを審査・認定・算定・決定・支払… を行うための請求権委員会 (Claims Commission) … を任命する権限を有する」。

原告が有罪判決を受けた後、逮捕の時に取り上げられた金銭と同額の一四二六ドル九九セントについて、合衆国財務省の小切手が振り出された。この小切手を受け取った合衆国陸軍士官は、原告のもとに赴き、これを合衆国財務省あてに裏書きするように求めた。原告がこれを拒否したので、小切手は取り消され、金銭は、現在、合衆国財務省にある。原告は、この金銭の支払を求めたが、被告である合衆国側は、原告の窃盗によりイギリス人に支払った一四二二ドル二五セントとの相殺を主張した。連邦請求権裁判所は、次のような理由から、この相殺を認めた。

「被告は、イギリス人に対する原告の債務を〔代位〕弁済するにあたり、ボランテアとして、それを行ったとは考えられない。わが国は、戦争中に占領した友好国との友好的な関係を促進するために、わが軍隊の構成員の一定の行為について責任

を負うことにした。これは、これらの国との友好的な関係を促進するためだけでなく、武器の保管・食料などの補給・通信について好意的な環境を作ることにより、われわれの軍隊および後方支援部隊の安全のためにも行われた。これは、われわれの軍隊の構成員が犯した略奪行為の責任を負うこと、ならびに原告を含めて、われわれの軍隊の安全および効率を維持することという両方の道義的義務を履行するために課せられた法的責任であった。かかる状況においては、原告の債務を〔代位〕弁済した被告が、単なるボランテアとして行動したとは考えられない」。

以上の事案から分かるように、アメリカ合衆国は、外国におけるアメリカ軍の不法行為について、請求権委員会を設置して、損害賠償を支払うことを認めている。すなわち、外国において成立した不法行為請求権について、救済手段は、アメリカ法によって用意されていたのである。

しかも、一九五〇年の請求権裁判所の判決は、これが法的責任 (legal liability) であることを明らかにしている。ほぼ同じ頃 (一九四六年) に制定された連邦不法行為請求権法一三四六条 (b) によると、これは、不法行為地法により成立した損害賠償請求権に対する責任を意味していると解される。

7 イギリス

イギリスの判例も、公務員による不法行為責任の準拠法について、不法行為地法主義を採用している。Szalabay-Stacho v. Fink [1947] 1 K.B. 1 (C.A.) がそれである。事案は、次のとおりであった。

チェコスロバキア政府は、第二次世界大戦中、本国がドイツに占領されていたので、ロンドンに亡命していた。その最中の一九四一年十一月、上級軍事法廷検事総長 (General Prosecutor of the Military Court of Appeal) である被告は、外交使節としてカイロにいた原告を誹謗する文書を、大統領の軍事部 (Military Office of the President) へてに送った。そこで、原告が被告を名誉棄損により訴えたが、被告は、絶対的または制限的な免責 (privilege) を主張した。

原審の高等法院は、国家間の礼讓 (comity of nations) により、チェコ法の適用が求められるとして、絶対的免責を認めた。しかし、控訴院は、事件がイギリス国内で起こったことを理由として、チェコ国民間の不法行為であっても、イギリス法が適用されるとした。もっとも、被告は、チェコの公務員として、当該文書を送付したのであり、現実の害意 (actual malice) が証明されなかったから、イギリス法上の制限的免責の要件を満た

しているとして、結局、請求は棄却された。

8 在外公館ケースの説明——付従的連結の立法および立法草案

以上のように、公務員の外国における不法行為が問題となる場合、在外公館のケースがきわめて多いことが分かる。そして、かようなケースでは、公務員所属国法の適用が半ば当然のことと考えられているようである。しかし、その理論的な裏付けとして、在外公館のケースでは、加害者と被害者の間に特別な法律関係があり、かつこの法律関係と不法行為の間に内的な関連があるからこそ、この法律関係の準拠法が不法行為地法に優先する、という付従的連結の理論が見出される。すなわち、不法行為の準拠法は、特別な法律関係の準拠法に従属(ないし劣後)するといっているのである。以下では、付従的連結を認めた立法および立法草案を示すことによつて、どのような要件を満たせば、この理論が適用されるのかを明らかにしたい。

まず一九七二年の「EECの契約及び契約外債務の準拠法に関する条約案」第一〇条は、次のように規定している。「1 侵害行為により生じた契約外債務は、その行為がなされた国の法による。2 ただし、一方で、侵害行為により発生した結果と行為地国との間に顕著な牽連関係が存在せず、他方で、この

結果が他の国とより強固な関係を有する場合には、この他国の法が適用される。3 かかる関係は、原則として、被害者と加害者の双方にとって共通の連結点に基づくものであるか、または加害者の代わりに第三者の責任が問われているときは、この第三者と被害者の双方にとって共通の連結点に基づくものでなければならぬ。

この条約案第一〇条は、第一項において、不法行為地法主義を定めているが、第二項および第三項において、例外を認めていゝ。とくに加害者および被害者の双方にとって共通の連結点にもとづく関係が存在する場合には、例外が認められる、というのであるから、これは、まさに付従的連結を認めたものである。ここでいう「共通の連結点」について、網羅的なリストを作ることは不可能であるが、たとえば、当事者間の契約などの法律関係がこれに当たる、と言われている⁽¹¹⁾。

また、前述の一九八二年のオーストリア最高裁判決で援用された一九七八年のオーストリア国際私法典第四八条第一項は、次のように規定している。「契約外の損害賠償請求権は、損害の原因たる行為がなされた国の法による。ただし、双方の当事者にとつて、より強固な関係が他の一の国の法との間に存するときは、この法による」。

この規定も、本文では、不法行為地法主義を定めているが、但書では、例外を認めている。そして、但書にいう「より強固な関係」としては、契約または法律によつて当事者間に存する特別の法律関係が考えられている。したがつて、この規定も、付従的連結を認めたものと解される⁽¹²⁾。

さらに、一九八二年の「ドイツ国際私法会議による契約外債務の国際私法改正案」も、第三条第一項において、不法行為地法主義を定めながら、第四条第二項において、次のように規定する。「責任を負うべき者と被害者が、損害発生時に法的または事実的な特別関係によつて結ばれており、かつその損害発生がこの特別関係と実質的な関連を有するときは、…この特別関係の準拠法が契約外責任に適用される」。

この規定は、加害者と被害者の間の特別な法律関係だけでなく、好意的同乗者のように、事実的な特別関係も考慮している。いづれによせ、この規定も、付従的連結を認めたものである⁽¹³⁾。

同様に、一九八四年の「国際私法（契約外債務及び物権）を補充するための参事官草案」も、第四〇条第一項において、不法行為地法主義を定めた後、第四一條において、次のような例外を規定している。「1…第四〇条により適用されるべき法よりも、他の国の法とより密接な結合があるときは、その国の

法による。2 より本質的に密接な結合は、とりわけ法的に重要な事実が生じた時点における当事者間の法的または事実的な関係：から生じるものとする」。この規定も付従的連結を認めものであることは、言うまでもない。⁽¹⁴⁾

最後に、一九八七年のスイス国際私法典第一二三条第三項は、次のように規定している。「第一項および第二項の規定（共通常居所地法または不法行為地法の適用―訳注）にかかわらず、不法行為が加害者と被害者の間に存する法律関係を侵害するときは、不法行為に関する請求は、かかる法律関係の準拠法による」。

政府草案の理由書によると、この規定も、付従的連結を認めたものである。理由書は、とくに次のように述べている。すなわち、不法行為と法律関係との間には「密接な実質的関連、すなわち内的関連」が必要である。したがって、単に契約関係の存続中またはその機会における不法行為は除外される。たとえば、ある事業のパートナー同士が事業に関する会議の時に、たまたま日帰り旅行を行い、その際に一方の過失によって他方が負傷した場合には、当該不法行為は、当事者間の契約と関係がないから、付従的連結は生じない。⁽¹⁵⁾

9 まとめ

以上のように、欧米諸国の判例は、公務員の外国における不法行為について、決して単純に公務員所属国法説を採用してゐるとは考えられない。すなわち、一九八二年のオーストリア最高裁判決が述べているように、自国民が在外公館に対して保護を求めたり、外国人が査証の申請などを行う場合には、たしかに当事者間の（公法的な）法律関係の方が不法行為地よりも密接な関連性を示しているといえるから、公務員所属国法の適用も許されるであろう。しかし、当事者間に、かような公法的な関係が存在しない場合には、不法行為地法の原則に戻らなければならない。

以上の点は、不法行為地法主義の根拠からも明らかである。すなわち、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ことになる。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できるし、また被害者にとつても、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ぎり、不法行為地法主義は維持されなければならない。⁽¹⁶⁾

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の間に内的関連がある場合には、事情が異なる。かような場合には、不法行為責任についても、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。そこで、付従的連結が認められるのである。

すなわち、付従的連結を行うためには、(1)当事者間に特別な法律関係が存在していること、および(2)この法律関係と不法行為との間に内的な関連があること、という二つの要件を満たさなければならぬ。そして、たしかに在外公館の職務執行に伴う不法行為のケースは、かような付従的連結の要件を満たすから、公務員所属国法が適用される結果になることが多いであろう。しかし、外国において日本軍が外国の民間人を殺傷したというような戦後補償のケースは、この要件を満たしていない。したがって、不法行為地法の原則に戻ることが国際私法上の正義にかなうといえよう。

三 日本の学説

1 はじめに

わが国の国家賠償法をみても分かるように、国家賠償責任の問題は、たしかに形式的には、行政法の分野に属しているので一見したところ、国際私法の適用範囲外であると思われるかもしれない。しかし、そもそも抵触法における公法と私法の区別は、抵触法独自の観点から行われるべきであり、各国実質法の区別に拘束され⁽¹⁷⁾ない。なぜなら、抵触法は、各国実質法の不一を前提として、いずれの国の実質法を適用すべきかを決定する規則であり、各国実質法の区別に拘束されるとしたら、準拠法の決定を行うことが不可能になるからである。

また、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、かような法律関係の側からのアプローチは、抵触法における法律関係の性質決定（法性決定）の基本とされている⁽¹⁸⁾。そして、法律関係の側からみるならば、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って、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。

それにもかかわらず、わが国の学説では、冒頭に述べたよう

に、国家賠償責任について、国際私法不適用説・公務員所属国法説・法例一一条適用説という三つの見解が対立している。そこで、以下では、国際私法および行政法の幾つかの学説を取り上げ、その問題点を探りたい。

2 山田説

まず山田録一教授は、「内国における外国人の地位を定める法律」を外人法と称し、これらの外人法を私権の享有に関するもの（たとえば、外国人土地法、船舶法・鉱業法の一部の規定）とその他のもの（たとえば、外為法・独禁法の一部の規定、国家賠償法六条、外国法人・外国会社に関する民商法の規定）に分ける。⁽²⁰⁾

そして、前者については「抵触法の適用が外人法の適用に先行」するが、後者は「いずれかといえば公法の範ちゆうに属すべきもの」であり、「抵触法の仲介をまつことなく当該法規の予定する要件を充足する限り直接に適用されると解するのが普通である」とする。⁽²¹⁾

これによると、山田説は、あたかも国家賠償について、国際私法不適用説を支持しているかのように読める。しかし、山田教授は、これに続いて、「一切の外人法が、抵触法の仲介を受け抵触法の指定にもとづいて適用されるべきであるとする見解」

を紹介している。そして、この見解によると、公務員の不法行為については、「法例一一条もしくは『公務員の不法行為はその公務員の属する国の法律による』との不文の抵触法の指定を受けて、準拠法が日本法である場合にはじめてわが国家賠償法が適用されることになる」と述べ、かような解釈の可能性を否定していない。⁽²²⁾

すなわち、山田説は、国家賠償について、国際私法不適用説・公務員所属国法説・法例一一条適用説という三つの解釈の可能性を示しただけであり、自らがいずれの説を採用するかは明らかにしていない。したがって、山田説をいずれかの根拠として引用することはできない。

3 住田説

続いて、住田裕子氏は、国家賠償について国際私法不適用説を強く主張している⁽²³⁾ので、これを取り上げる。

住田説は、まず山田説を引用しながら、国家賠償法の公法的色彩を強調する。ただし、国家賠償法の性質に関する私法説にも配慮して、「渉外的要素が入ると」公法的色彩があらわになるとする。⁽²⁴⁾しかし、国家賠償は、その原因となった行為が領土内で行われたか、領土外で行われたか、また被害者が自国民であるか、外国人であるかによって、その性質が異なるとは思え

ない。国内事件であれば私法の領域に属し、涉外事件であれば公法の領域に属する、というのであろうか。住田説は、この点で論理の一貫性を欠いている⁽²⁵⁾。

住田説は、つぎに法例一条を適用した場合の不都合として、(1)外国法の適用および(2)二項・三項による日本法との累積適用を問題とする。そして、(1)については、「国家免除の法理が国際慣習法上存する」ことを理由として、「通常考えられない事態となる」と主張する⁽²⁶⁾。しかし、国際法上、国家免除とは、裁判権免除ないし(国有財産に対する)執行免除を意味するだけであり、外国法の適用免除を意味するわけではない⁽²⁷⁾。すなわち、国家が国外における不法行為について、不法行為地法たる外国法により責任を問われることは、いかなる意味でも国際法違反とはいえない。

また(2)について、住田説は、法例一条二項・三項によると、外国私法と日本の国家賠償法という「かなり異質なものを同等に適用するという結果となる」と主張する⁽²⁸⁾。しかし、外国法と日本法は、もともと異質なものであり、公法と私法の区別も相対的なものであるから(たとえば、労働法なども、公法的色彩の強い国と私法的色彩の強い国がある)、住田説に従えば、累積適用は、ほとんどの場合に不可能になってしまう。したがっ

て、住田説のいう累積適用の困難は、国際私法不適用の理由にならない。

ちなみに、住田説によると、「国際私法は、…もっぱら国際的互換性の強い私的自治に委ねられた民法分野を念頭においてのもの」とされているが、これは、明らかな誤りである。なぜなら、私的自治は、契約の分野を中心として、そのほかには遺言自由や社団設立の自由など、民法のごく一部の分野に当てはまるにすぎず、物権・不法行為・親族法など、その他の圧倒的多数の分野は、強行法とされているからである。そして国際私法は、当然のことながら、これらの強行法の分野についても、準拠法を定めている。

また住田説は、国家賠償法六条に関する判例のうち、「法例一条の適用を明示したものは、一例も見当たらなかった」として、これを国際私法不適用説の根拠としている⁽³⁰⁾。しかし、涉外事件であるにもかかわらず、法例の解釈を述べていない判例は多数あり、住田説のような議論が通用するのであれば、財産法および家族法の全分野において、国際私法不適用説が跋扈していることになる⁽³¹⁾。おそらく、わが国の判例が国家賠償について準拠法判断を示さなかったのは、不法行為地が日本であるから、日本法の適用を当然と考えたことによるのであろう。

以上のように、住田説は、その前提を誤っており、国際私法不適用説を十分に根拠づけているとはいえない。

4 沢木説

さらに、沢木敬郎教授は、国家賠償の準拠法について、二つの考え方が可能であるとする。⁽³²⁾「まず国家賠償法は、一般の私法と異なるところはないから、国際私法的処理の対象となるものであり、したがって、日本法が準拠法とされる場合に、民法とともに適用されると考えることができる。この考え方に立つと、あるいはありえない事態かもしれないが、外国においてわが国の公務員が違法な公権力の行使をなし、又は日本国所有の営造物が外国において瑕疵によって倒壊した場合、その不法行為の準拠法は外国法であり、したがって国家賠償法の適用の余地はないことになる。そしてこの結果は不合理と考えられる。」

「そこで次に、国家賠償法は、わが国の違法行為に基づく損害の賠償について規定するものであるから、同法の予想する要件を充足するかぎり、それが適用されるとすること、すなわち国際私法上の連結とは異なる理論的根拠を与えることが考えられる。しかしこの場合には、不法行為の準拠法が外国法であるとき、国家賠償法四条による民法の適用をどのように考えるかがさらに問題として残る」。

以上のように、沢木説も、自らの見解を確定的に述べたものではなく、法例一一条適用説および国際私法不適用説の二つの可能性を示したものにすぎない。もともと、法例一一条適用説の理解には、疑問がある。すなわち、ここで「国家賠償法の適用の余地はない」と述べているのは、明らかに日本の国家賠償法を指している。そして、法例一一条適用説によると、日本の国家賠償法は、不法行為地が日本である場合にかぎり適用されるから、不法行為地が外国である場合には、不合理な結果が生じるとする。⁽³³⁾

しかし、沢木説は、日本国が日本の国家賠償法によってのみ責任を負うことを前提としており、この点で疑問がある。そもそも国家賠償責任が私法的性質を有するのであれば、国家賠償法の適用がない場合には、国家は一般私法によって責任を負うべきである。この一般私法の適用を排除するのが国家無答責の理論であるが、後述のように、国家無答責の理論は、当該国家と自国民（ないし当該国家の管轄に服する外国人）の關係についてのみに適用される。したがって、不法行為地法たる外国法は、日本の公務員の不法行為について、国家無答責の理論を適用することはありえないから、一般の不法行為法によって、日本国の責任を問うことになるであろう。

5 宇賀説

一方、行政法の立場からは、宇賀克也教授の見解がある。⁽³⁴⁾

宇賀説は、在外外国人に対して「わが国の公務員が外国で公権力を行使することは、そもそも原則として認められないが、当該外国の同意がある場合や国際法上の根拠に基づいて、例外的に、わが国の公権力が外国で行使される事態も全く想定されないわけではない」としたうえで、「公権力の行使に起因する国家賠償の領域がそもそも法例の適用に馴染むといえるかについては、将来的にはともかく、現時点においては、肯定説をとることになお若干の躊躇を感じざるをえない」とする。しかし、「在外外国人に対する不法行為に関する法例の適用が実際上重要な意味をもつのは、いわゆる戦後賠償問題」であるとして、この点については、法例一条一項の適用の可否が論議になっているとする。

かような宇賀説は、在外外国人に対する日本の公務員の不法行為を二つの種類に分けている点に特徴がある。すなわち、当該外国の同意がある場合や国際法上の根拠がある、という例外的な場合については、法例の適用に疑問があるとする。しかし、戦後補償については、法例一条の適用の可能性を否定しない。これは、戦時中の日本軍の行為が当該外国の同意や必ずしも国

際法上の根拠に基づいていない点に着目したものであり、一般の不法行為との区別がつけがたいことを考慮した結果であると思われる。

6 下山説

行政法の立場からは、さらに下山瑛二教授の見解がある。⁽³⁵⁾

下山説は、国家賠償法の地域的適用範囲として、「国の損害賠償請求事件を、一般私法上の損害賠償請求事件と同一範囲において取り扱うならば、その適用規準にしたがい、したがって、前記諸問題の多くは一般国際私法上の諸原則（「法例一条など・引用者注」）によって処理されうるものと考え。これにたいして、国賠法全体あるいは国賠法一条を公法上の規定と考えるならば、その限度において、その適用範囲は嚴格に主権の及ぶ範囲に限定され、かつまた、その限度において、不法行為法一般の請求権の発生を阻止することになるであろう」と述べる。そして、下山説自体は、前者の立場を合理的と考える。

ここで注目すべきであるのは、下山説によると、国際私法不適用説によった場合、国家賠償法の適用が主権の及ぶ範囲に限定され、その限度のみ、一般不法行為法の適用が排除される点である。すなわち、戦後補償のケースでは、事件は、いずれにせよ日本国の主権が及ばない範囲で行われたのである

から、一般不法行為法が適用されることになる。そして、法例
 一一条適用説によっても、当該不法行為地の国家賠償法ないし
 国家無答責の理論は、当該外国国家の不法行為にのみ適用され
 るから、日本国の不法行為責任は、不法行為地法たる外国の一
 般不法行為法によって規律されることになる。したがって、戦
 後補償についていえば、国際私法不適用説および法例一一条適
 用説は、同じ結論になる。

7 まとめ

以上のように、日本の学説では、国際私法不適用説を明確に
 根拠づけた見解は見当たらない。すなわち、住田説は、その前
 提を誤っているし、山田説および沢木説は、国際私法不適用説
 を一つの可能性として示しているにすぎない。宇賀説も、いず
 れかといえば態度を保留したものとみることができると、また
 戦後補償の場合は区別している。さらに下山説によると、国際
 私法不適用説を採用した場合でも、日本の国家賠償法は、日本
 の主権が及ぶ範囲にしか適用されないから、その範囲を越えた
 事件では、一般不法行為法が適用される。

つきに公務員所属国法説は、山田説において、一つの可能性
 として挙げられているだけである。したがって、その論拠は十
 分に示されていないが、ヨーロッパの国際私法における付従的

連結の理論は、日本の法例の解釈としても採用することが可能
 であろう。すなわち、日本の公務員の日本における不法行為は、
 法例一一条によっても、日本法が準拠法になるが、外国におけ
 る不法行為については、たとえば日本人が在外公館の保護を求
 めたり、外国人が査証の申請を行った場合のように、被害者と
 の間に（公法的な）法律関係が存在していた場合にかぎり、当
 該法律関係の準拠法として、公務員所属国法が適用される（か
 ような公法的な法律関係が公務員所属国法によるものとは、
 不文の抵触法ないし法例上の条理による）。

しかし、戦後補償のケースのように、加害者と被害者の間に
 特別な法律関係が存在せず、不法行為の発生により初めて当事
 者間に債権債務関係が発生する場合には、かような付従的連結
 を認めるわけにはいかない。なぜなら、公務員所属国法は、不
 法行為の発生より前に存在していた（公法的な）法律関係の準
 拠法としてのみ適用が許されるからである。また、かような特
 別の法律関係が存在しない場合にまで、公務員所属国法を適用
 することは、前述のような不法行為地法主義の根拠、さらには
 国際私法上の正義に反する。したがって、戦後補償のケースで
 は、原則に戻って、法例一一条が適用されるべきである。

四 戦後補償ケースにおける法例二一条の適用

1 はじめに

外国において日本軍が外国の民間人を殺傷したという戦後補償のケースにおいて、法例二一条を適用する場合には、さまざまな解釈上の問題が生じる。

たとえば、事件当時は、国家無答責の理論が支配的であったから、不法行為地法たる外国法によっても、日本国の賠償責任は否定されるべきではないか、という問題がある。また、仮に不法行為地法によつて、日本国の賠償責任が肯定されたとしても、法例二一条二項により、不法行為の成立については、日本法が累積適用されるから、当時の日本における国家無答責の理論によつて、結局、日本国の賠償責任は否定されると考えられる。さらに、仮に不法行為の成立が認められるとしても、法例二一条三項により、不法行為の効力についても、日本法が累積適用されるから、不法行為が債権は、わが国の民法七二四条後段の除斥期間によつて消滅しているのではないか、という問題も生じる。

そこで以下では、もっぱら戦後補償のケースにおいて、法例二一条を適用する場合の問題点を明らかにしたい。

2 不法行為地法の適用

法例二一条一項は、「不法行為ニ因リテ生スル債権ノ成立及ヒ効力ハ其原因タル事実ノ發生シタル地ノ法律ニ依ル」と規定している。したがつて、不法行為債権の成立および効力は、すべて原因事実発生地法、すなわち不法行為地法による。

ところで、外国において日本軍が現地地の民間人を殺傷したという戦後補償のケースでは、前述のように、不法行為地たる外国の国家賠償法ないし国家無答責の理論が日本国に適用されるか否か、という問題が生じる。しかし、この問題は、次のように解決することができる。すなわち、外国の国家賠償法は、当該外国政府の賠償責任だけを定めたものであり、日本国の賠償責任には適用されない。また、当該外国において、国家無答責の理論が認められていたとしても、この理論もまた、当該外国政府だけを対象としたものであり、日本国の免責まで認めたものと解することはできない。この解釈は、次のような国家無答責の理論の根拠から導き出される。³⁹⁾

国家無答責の理論は、もともと絶対主義時代に、王権神授説の影響を受けた国王不可謬の法理として現れた。すなわち、「国家（国王）は違法（悪）をなしえず」というのである。その後、王権神授説を否定し、君主主権を原始契約説によつて根

扱つたホップズも、支配者の無謬性を争うものではなかった。それどころか、ホップズは、神から与えられた主権を、人民から与えられたものと説明し直しただけであり、「支配者と被支配者の自同性」の論理によつて、国家無答責を根拠づけていた。さらにルソーの社会契約説においては、主権は、国民に留保されたままであったが、支配者と被支配者の同一化は行われていた。すなわち、ルソーもまた、「何人も自己自身に対しては不正でありえない」とか、「一般意思は常に正しい」と主張していたのである。その後、国家無答責の理論は、「国家と法秩序の自同性」によつて根拠づけられることになる。すなわち、近代国家は、法治国家として自己規定する以上、法の枠内においてのみ国家権力が行使されることを前提としていた。

以上のように、「国家（国王）は違法（悪）をなしえず」といい、「支配者と被支配者の自同性」ないし「国家と法秩序の自同性」といつても、これは、すべて国家と自国民（ないし当該国家の管轄に服する外国人）の間の関係だけを前提としており、外国国家の不法行為には当てはまらない。すなわち、外国国家は、悪をなしうるし、また国家無答責の適用を受ける前提としての「自同性」を欠いている。したがつて、国家無答責の理論は、外国国家には適用されないと考えられる。

さらにいえば、戦後補償のケースのように、外国において日本軍が外国の民間人を殺傷した場合には、たとえ不法行為地たる外国法において、国家無答責の理論が認められていたとしても、それは適用されず、むしろ当該外国の一般不法行為法の規定によつて、日本国の賠償責任が判断されるべきであると解される。

3 不法行為の成立要件における日本法の累積適用

法例一一条二項は、第一項の適用を制限して、「前項ノ規定ハ不法行為ニ付テハ外国ニ於テ発生シタル事実カ日本ノ法律ニ依レハ不法ナラサルトキハ之ヲ適用セス」と規定している。すなわち、不法行為の成立要件については、不法行為地法に加えて、日本法が累積的に適用される。

これによると、戦後補償のケースでは、事件当時の日本法上、国家無答責の理論が認められていたから、結局、日本国の賠償責任は否定されるべきである、と考えられるかもしれない。しかし、ここで日本法の評価の対象となるのは、外国において日本軍が外国の民間人を殺傷した、という事実であることに留意しなければならない。

この点については、昭和二八年六月一二日の東京地裁判決を批判した山田鎌一教授の見解が参照されるべきである。この東

京地裁判決は、満州国で登録された特許権の侵害について、損害賠償請求の訴えを日本の裁判所に提起した、という事件に関するものであった。これに対して、東京地裁は、次のような理由から、請求を棄却した。⁽³⁸⁾

すなわち、法例一一条二項は、「たとえ、行為地たる外国の法律により不法行為を構成してもそれが日本の法律（法廷地法）によって不法行為を構成しない場合には、不法行為による債権を成立せしめて被害者に救済を与える必要がないとしたものと解すべきである。換言すれば、当該事実につき行為地法と日本法とを累積的に適用し、両者の要件とともに具備した場合に限り、不法行為として日本の裁判所においてこれによって蒙った損害の賠償を請求しうるものとしたのである」。

「さて、特許権については、いわゆる特許独立の原則が行われ、日本国内においては、日本の特許権のみが権利として認められ、外国特許権は何ら権利としての存在を有しない（従って日本国内において外国特許権を侵害するも不法行為が成立しない）ことは多言を要しないところで、この理は満州国と満州国の特許権についても何ら異るところがない」。

「従って外国特許権を外国において侵害した行為は、日本の法律によって外国特許権が認められない以上法例第十一条第二

項の規定によって不法行為とならないのである。けだし、外国法（行為地法）によって不法行為たる事実につき、日本法（法廷地法）を累積的に適用するということは、その行為が法廷地において行われたならば法廷地法によって不法行為となるか否かを論ずることである。法廷地において行われた場合において不法行為を構成しないにかかわらず、行為地において認められる権利だからといって、その侵害を不法行為なりとすれば、外国法による不法行為を内国において裁判上主張せしむるにつき、法廷地法たる内国法の干渉を認めた法例第十一条第二項の規定の趣旨を没却するにいたるであろう」（傍線引用者）。

山田説によると、ここでは、法例一一条二項における累積適用の意味が問いなおされなければならない。すなわち、累積適用とは、そもそも「相異なつた複数の法律の角度から同一の事実を評価することである」。そして、この評価の対象となる同一の事実とは、法例一一条二項では、「外国ニ於テ発生シタル事実」である。しかるに、東京地裁判決は、「その行為が法廷地において行われたならば法廷地法によって不法行為となるか」と述べている。すなわち、この判決では、不法行為地法による評価の対象は、「満州国で登録された特許権を満州国において侵害する」という事実であるが、日本法による評価の対象は、

「満州国で登録された特許権を日本において侵害する」という事実に至りかかっている。したがって、この判決は、同一の事実を評価の対象としていないから、「累積適用の正しい適用の仕方を示したものとすることはできない。かかる誤りは、まさに法例第一一条第二項を勝手にモディファイして、条件命題的な解釈をなした結果にほかならない」⁽³⁹⁾。

また、この事件では、特許権の違法な侵害が問題となつていたので、山田説は、「つぎに不法行為たる事実そのものと区別せられた意味における権利自体」について検討する。すなわち、不法行為の対象となりうる権利の種類は、法例第一一条一項では、むしろ不法行為地法によって判断されるが、法例第一一条二項の累積適用においては、日本法によつても不法行為の対象となりうる権利でなければならない。そして、不法行為の対象となりうる「権利自体の存否は、不法行為の成立という本問題に対し、いわゆる先決問題として、その権利自体の準拠法によるべきことが一般に認められている」。この事件では、特許権が問題となつており、その準拠法については、法例に規定がないが、権利付与国（登録国）の法律が準拠法になると解される⁽⁴⁰⁾。

ところで、満州国の特許権が日本において侵害された場合には、特許独立の原則から、日本法（民法七〇九条）によつても

不法行為は成立しない。しかし、法例第一一条二項において、日本法による評価の対象となるのは、満州国の特許権が満州国において侵害されたという事実である。そして、日本法（民法七〇九条）にいう権利とは、必ずしも日本法によつて成立したものに限らない。「わが国際私法の立場から管轄権のある法律によつて成立したものである以上は、民法第七〇九条における侵害の対象たる権利と認めるべきである」。したがって、この事件では、法例第一一条二項の適用上、日本法によつても不法行為が成立する⁽⁴¹⁾。

以上のように、この判決では、不法行為地法による評価の対象は、「満州国において満州国特許権を侵害する」という事実であるが、日本法による評価の対象は、「日本において満州国特許権を侵害する」という事実にかかわっている点で誤りがある。「もし、強いて『日本において……』というようなことをいいたいのであれば、後者は『日本において日本国特許権を侵害する』という事実といわねばならないであろう。すなわち、満州国で満州国特許権を侵害する行為は不法行為を構成するが、日本でも日本国特許権を侵害する行為は不法行為を構成するから、法例第一一条第二項の適用上、不法行為の成立を認めるべきであるというべきであろう」⁽⁴²⁾。

以上の山田説による批判は、他の学説によっても広く支持されている。⁽⁴⁹⁾したがって、戦後補償のケースにおける法例一一条二項の適用についても、この山田説が参照されるべきである。

まず戦後補償のケースにおいて、日本法による評価の対象となるのは、「外国において日本軍が外国の民間人を殺傷した」という事実である。そして、当時の日本法では、国家無答責の理論が認められていた。しかし、前述のように、国家無答責の理論は、国家と自国民(ないし当該国家の管轄に服する外国人)の間の関係にだけ適用される。すなわち、国家無答責の理論には、自ずから適用範囲の制限があり、日本国に対する国家賠償請求であるからといって、無制限に適用されると解することはできない。

戦後補償のケースでは、「外国において日本軍が外国の民間人を殺傷した」という事実が評価の対象となっているのであり、日本国と日本国民(ないし日本国の管轄に服する外国人)の間の関係が問題となっているわけではない。したがって、日本国の国家無答責の理論を戦後補償のケースに適用することはできない。

また、仮に日本法の適用であるから、日本において発生した事実を評価の対象とすべきであったとしても、これは「日本に

おいて外国の軍隊が日本の民間人を殺傷した」という事実ならざるをえない。さもなくば、同一の事実を評価したことになるからである。しかし、そうであれば、国家賠償責任を問われるのは、外国の国家ということになるので、この場合にも、日本の国家無答責の理論は適用されない。したがって、いづれにせよ、日本民法七〇九条以下により、不法行為が成立する。

4 不法行為の効力に関する日本法の累積適用

法例一一条三項は、さらに一項の適用を制限して、「外国ニ於テ発生シタル事実カ日本ノ法律ニ依リテ不法ナルトキト雖モ被害者ハ日本ノ法律カ認メタル損害賠償其他ノ処分ニ非サレハ之ヲ請求スルコトヲ得ス」と規定している。すなわち、不法行為の効力の一部については、不法行為地法に加えて、日本法が累積的に適用される。

しかし、戦後補償のケースにおいて問題となっているような時効ないし除斥期間については、日本法の累積適用はないものと解される。これは、わが国の学説を子細にみれば、直ちに明らかとなる。

たとえば、山田鎌一教授は、法例一一条一項にいう不法行為の効力について、「いかなる者が損害賠償請求権を有するか、損害賠償の範囲および方法、損害賠償請求権の時効、不法行為

債権の譲渡性・相続性の有無、共同不法行為の場合における責任の分担など、不法行為の効力に関するすべての問題は不法行為地法による」とする。⁽⁴⁴⁾しかし、法例一条三項については、損害賠償の方法だけを制限したとする説、名誉侵害の賠償方法のみに関するものであるとする説、損害賠償の方法だけでなく損害賠償の額も制限しているとする説の三つを紹介して、結局、最後の説が妥当であるとしている。⁽⁴⁵⁾

すなわち、山田説は、不法行為の効力としては、さまざまなものを挙げているが、法例一条三項の適用範囲は、損害賠償の範囲および方法に限定している。したがって、時効および除斥期間は、そこに含まれない。同じことは、その他の学説にも当てはまる。⁽⁴⁶⁾また一部の有力な学説は、法例一条三項の適用範囲を損害賠償の方法のみに制限するが、いずれにせよ時効および除斥期間を含めていない。⁽⁴⁷⁾

したがって、不法行為地が外国である場合、不法行為債権の消滅時効等に関する日本民法七二四条は適用されない。すなわち、不法行為債権の消滅が時効によるものか、それとも除斥期間によるものか、またその際に、権利の濫用ないし信義則違反の主張が許されるか否か、という問題は、すべて不法行為地法たる外国法によって、判断されるべきである。

* 本稿は、平成七年(ワ)第一五六三六号「七三一・南京虐殺等損害賠償請求事件」について、私が東京地裁民事第二四部に提出した意見書をもとに、加筆修正したものである。

(1) OGH 10.9.1958, JBl.1959, 599. この判決の入手については、大阪大学の野村美明教授のご協力を得た。

(2) OGH 17.2.1982, OIZ 1982, 462.

(3) BGH 22.10.1981, VersR 1982, 185.

(4) RGBL 706.

(5) BGH 14.6.1962, NJW 1962, 2100.

(6) BGH 13.7.1961, VersR 1961, 996.

(7) Conseil d'Etat 16.5.1941, Sirey 1942 III 21.

(8) Cass.15.5.1959, Foro amministrativo 1959, II, 188. この判決の入手については、東京大学の織田有基子助手のご協力を得た。

(9) 奥田安弘「船主責任制限の準拠法」香川法学四巻二号一八七頁。

(10) 奥田安弘『国際取引法の理論』(一九九二年、有斐閣)一六〇頁以下、同「アメリカ抵触法におけるジュリスディクションの概念」北大法学論集四一卷五・六合併号二一

七頁以下。

- (11) 国友明彦「契約と不法行為の抵触規則の競合問題」(二) 法学雑誌(大阪市大) 三三卷一号五六頁。
- (12) 国友・前掲注(11) 五九頁。
- (13) 国友明彦「契約と不法行為の抵触規則の競合問題」(三・完) 法学雑誌(大阪市大) 三三卷四号二五頁、同「契約外債務に関するドイツ国際私法の改正準備」(三) 法学雑誌(大阪市大) 三八卷三〇四合併号七九頁以下。
- (14) 国友「改正準備」前掲注(13) 八三頁。
- (15) 国友「競合問題」前掲注(13) 二二頁、佐野寛「スイス国際私法における不法行為の準拠法」(二) 岡山大学法学会雑誌四二卷一号八四頁。
- (16) 折茂豊「涉外不法行為法論」(一九七六年、有斐閣) 九五頁以下も参照。
- (17) 横山潤「国際私法における公法」国際私法の争点(新版) 二二頁。
- (18) 山田録一「法律関係の性質決定」国際私法の争点(新版) 六六頁以下。
- (19) 山田録一「国際私法」(一九九二年、有斐閣) 三二七頁。
- (20) 山田・前掲注(19) 一六〇頁以下。
- (21) 山田・前掲注(19) 一六二頁。
- (22) 山田・前掲注(19) 一六三頁。しかも、国際私法不適用説を紹介した箇所は、まさに外人法といえる国家賠償法六条だけに関するものであるが、公務員所属国法説ないし法例一条適用説を紹介した箇所は、国家賠償法全体に関するものであるように読める。
- (23) 住田裕子「国際私法と国家賠償法との関係」判時一五三九号二〇頁以下。
- (24) 住田・前掲注(23) 二二頁。
- (25) なお、前述の山田説も、国家賠償法の性質について、私法説が有力であることを考慮していない。私法説については、さしあたり住田・前掲注(23) 二四頁参照。
- (26) 住田・前掲注(23) 二二頁。
- (27) 広部和也「裁判免除と執行免除」国際私法の争点(新版) 二二〇頁以下参照。
- (28) 住田・前掲注(23) 二二頁。
- (29) 住田・前掲注(23) 二二頁。
- (30) 住田・前掲注(23) 二六頁。
- (31) 契約の分野において、準拠法判断を示さずに、日本法を適用した判例については、奥田安弘「わが国の判例に

おける契約準拠法の決定」北大法学論集四五巻五号一頁以下参照。

(32) 沢木敬郎「国家賠償法と相互の保証」涉外判例百選〔増補版〕二〇五頁。

(33) さらに山田・前掲注(19)一六六頁注(5)も同旨か。

(34) 宇賀克也『国家補償法』(一九九七年、有斐閣)三六五頁以下。

(35) 下山瑛二『国家補償法』(一九七三年、筑摩書房)三五頁。

(36) 以下の叙述は、宇賀克也『国家責任法の分析』(一九八八年、有斐閣)一六頁以下、真柄久雄「公務員の不法行為責任」『現代行政法大系第六巻』(一九八三年、有斐閣)一七八頁によった。

(37) 山田録一「法例第一一条第二項の適用について」同『国際私法の研究』(一九六九年、有斐閣)一四二頁以下。さらに山田・前掲注(19)三三三頁も参照。

(38) 下民集四巻六号八四七頁。

(39) 以上、山田・前掲(37)一五〇頁以下。

(40) 以上、山田・前掲(37)一五一頁以下。ただし、山田説は、法例一一条二項の適用において、日本民法七〇九条という「権利」の存否を先決問題として処理する通説

に対して、疑問を提起している。すなわち、この通説によると、日本民法七〇九条にいう「権利」とは、その存在が日本の国際私法の立場から管轄のある法律(権利自体の準拠法)によって認められ、かつその種類が日本の国内法の立場からも不法行為における侵害の対象となるものでなければならぬ。しかし、その存在が日本の国際私法の立場から認められた権利ではあるが、その種類が日本の国内法の立場から認められない場合であっても、不法行為の成立を認めてよいのではないかと主張する(以上、一五四頁)。かような権利として、山田説は、「英法上の特殊の物権とか、外国の特殊な身分法上の権利等」を挙げる(一五八頁注(3))。山田説は、かような権利も保護する根拠として、日本民法七〇九条にいう権利について、「わが学説・判例は次第に権利の観念を広く解釈し、厳格な権利は必要ではなく、単なる法益があれば足り、さらに結局違法な行為であればよいという理論を確立している」という点を挙げる。また法例一一条二項も、なら「権利」という文言を使っておらず、「外国に於て発生シタル事実」と定めている点を指摘している(以上、一五五頁)。

- (41) 以上、山田・前掲(37)一五二頁以下。
 (42) 以上、山田・前掲(37)一五三頁以下。
 (43) たとえば、江川英文「不法行為に関する法例の折衷主義について」『損害賠償責任の研究(我妻還暦)下巻』(一九六五年、有斐閣)七五頁、折茂豊『国際私法(各論)(新版)』(一九七二年、有斐閣)一八七頁注(四)、田中徹「不法行為―法例―一条二項」涉外判例百選(第三版)一〇一頁など多数。
 (44) 山田・前掲注(19)三三二頁。
 (45) 山田・前掲注(19)三三四頁。
 (46) 江川英文『国際私法(改訂増補版)』(一九七〇年、有斐閣)二三七頁以下、櫻田嘉章『国際私法』(一九九四年、有斐閣)二二二頁。
 (47) 折茂・前掲注(43)一八六頁、沢木敬郎「不法行為」山田録一||沢木敬郎編『国際私法演習』(一九七三年、有斐閣)八五頁、丸岡松雄「法定債権」山田録一||沢木敬郎編『国際私法講義』(一九七〇年、青林書院新社)一五六頁。