The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	憲法解釈の応用局面（五）
Author(s)	棟居，快行
Citation	阪大法学. 2012, 62(1), p. 165-196
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/60119
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

研究ノート

憲法解釈の応用局面（五）

棟居快行

一～四　第六一巻第一号二四〇頁以下
五～六　第六一巻第二号二五三頁以下
七～九　第六一巻第五号一七一頁以下
一〇～一一　第六一巻第六号一八七頁以下
一二　相続税課税の憲法上の限界（本号一六五頁以下）
一三　中国国民のいわゆる細菌戦被害に対する損害賠償請求の可否（本号一七七頁以下）

一二　相続税課税の憲法上の限界

以下は、ある相続税物納財産変更要求通知処分等取消請求上告事件及び同上告受理申立事件（原審：東京高等裁判所平成一五年（行コ）第一七六号、第一審：東京地方裁判所平成一二年（行ウ）第一七号。いずれも公式判例集

への登載はない。判決年月日不詳）の各理由書に添付して最高裁に提出するとのことで、担当弁護士に二〇〇四年一月に託した「意見書」である（事実審ではない最高裁段階では、言うまでもなく書証としての意見書の提出ということはないので、上告理由ないし上告受理申立ての添付書類としての提出がなされたと理解している）。

1　課税権力の憲法上の限界――一般原則

国民は、法律の定めるところにより、納税の義務を負う（憲法三〇条）。しかしながら、当然のことであるが、この規定があることをもって国家の国民に対する課税権力が無制約に許されるなどと解されるべきではない。以下の要請が、課税権力に対する憲法上の制約をなす。

第一に、租税法律主義（憲法三〇条、八四条）の原則に則り、課税は課税要件の明確な法律に基づく必要がある（課税要件明確主義）。

第二に、租税は刑罰などと並んで、国家の国民に対する直接かつ重大な権力の行使であるから、その立法ならびに租税立法の執行に際しては、憲法一三条の趣旨からも、国民の自由と財産に不必要過大な制約を及ぼすことがあってはならない（比例原則）。

第三に、租税負担は国民の財産権保障（憲法二九条一項）にいわば織り込みずみであると解されるものの、具体的な租税負担が私有財産制度の本質部分を侵害するまでに至ることは許されない（私有財産制度の制度的保障）。

さらに第四に、相続税については、憲法二四条二項は、「……相続……に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない」とするところであり、家族生活における「個人の尊厳」を損なうような相続税は許されない（相続における個人の尊厳の保護）。

以上の要請が担保されていない課税権力の行使は、立法権によるものであれ、行政権によるものであれ、憲法上の要請に反し、違憲とされるべきである。

なお、租税立法については立法府による広範な立法裁量の余地を認めた、いわゆるサラリーマン税金訴訟最高裁大法廷判決（昭和六〇年三月二七日民集三九巻二号二四七頁）は、租税立法については上記の諸要請を無視してよいという趣旨までをも含むとは解されない。また、租税立法については立法府の裁量を広範に認めたものであるが、そのことの故に、法律の執行（個別の課税処分）までもが自由裁量に委ねられることとならないことは、もとより当然である。

以下に、上記諸点につき、本件に即して分説する。

2　課税要件明確主義――憲法三〇条、八四条

（1）意　義

まず、第一の原則である課税要件明確主義は、納税義務を負う国民に対して、将来の納税額・納税方法等、具体的負担内容についての予測可能性を保障するものである。この予測可能性は、もとより、法文の合理的解釈によって獲得しうるものであれば足りるのであるが、しかしながら、租税立法それ自体の法文の要件が明確であることが、あくまで原則である。

（2）原判決の問題点

上記の点に鑑みれば、原審判決がいうように、「そもそも、相続税法二二条は、……時価によるものと定めるが、

このような時価は、必ずしも一義的に確定することができるものではない」のであれば、そのことだけで相続税法二二条の合憲性が問われなければならないというべきである。しかしながら、原審判決はこの点には意を介することなく、評価基本通達による財産評価の一般的基準の定立を、納税者の法的安定性、予測可能性の観点から肯定的に位置づける。ところがさらに原審判決は、「評価基本通達をそのまま形式的、画一的に適用して、取引相場のない株式等の評価に当たり法人税額等相当額を控除して課税標準を算出することは、……他の納税者との間での実質的な租税負担の公平を著しく害することが明らかである」とするのである。

要するに原審判決は、法律でなく通達による予測可能性で足りるとする点において、租税法律主義の本義をあっさりと没却しながら、租税負担の公平というマジックワードにより、評価基本通達6の「特別の事情」のフリーハンドの認定を課税当局に許すものである。これでは納税者は、通達課税という点においてすでに租税法律主義の要請を裏切られているのに加えて、通達課税自体における画一性、予測可能性をも裏切られることになる。

このような課税行政の運用を追認するならば、租税法律主義の要請、およびそこから導かれる課税要件明確主義の要請は、形式的にも実質的にも、完全に没却されることとなってしまうのである。

(3) パチンコ遊球器事件最判

なお、いわゆる通達課税を結果として合憲とした、いわゆるパチンコ遊球器事件最高裁第二小法廷判決（昭和三三年三月二八日民集一二巻四号六二四頁）は、「通達の内容が正しい解釈に合致するものである以上、本件課税処分は法の根拠に基く処分と解するに妨げがな」い、としている。この判示は、租税法律主義の本義である予測可能性の保障に十分に配慮していないうらみはあるが、その点は措く。同最判は、通達課税に広くお墨付きを与えたも

のではなく、あくまで租税立法の「正しい解釈」に基づく課税であることを前提としている点が重要である。およそ法律上の課税要件が明確でない場合（法の合理的な解釈によっても明確化しえない場合を含む）には、「正しい解釈」なるものも成立しえないのである。

（4）最判と本件との事案の相違

原審判決は、「実質的な租税負担の公平」を理由として、評価基本通達の原則からの逸脱（「特別の事情」）を正当化しようとしているのみであって、相続税法二二条の正しい解釈としてそれを説明しようとしているわけではない。そのような同条の解釈は、そのあまりの曖昧さのゆえに、本来不可能なのである。それゆえ、本件の通達課税の状況は、上記最判の事案の状況とは根本的に異なっている。

3　比例原則――憲法一三条

（1）意　義

次に、第二の要請として上記に挙げた「比例原則」が、本件においてどのように考慮されるべきであったかを見る。

もとより、「比例原則」という表現を憲法が用いているわけではない。しかしながら、同一三条は、「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」とすることから、租税立法や課税行政においても、国民の幸福追求権に対して「最大の尊重」をすべきであることになる。「最大の尊重」とは、換言すれば、同一の効果を挙げる手法のなかで最も国民の幸福追求

権に対する犠牲の少ない手法を選択すべきことであると解される。これは、講学上のいわゆる過量禁止原則、あるいは比例原則といわれるものに相当する。

（2）「公共の福祉」による制約が最小限であるべきこと

なお、「公共の福祉に反しない限り」という留保がついているからといって、「公共の福祉」を実現するための立法・行政であれば比例原則を免れるというわけではない。「公共の福祉」による制約の範囲を最小限にとどめることもまた、比例原則の要請するところである。なぜなら、「公共の福祉」という概念自体が、幸福追求権に代表される国民の人権を最大限に確保しつつ行政目的等を実現する、というバランスを要求するものと解されるからである。

（3）納税者側のコストが不合理に過大であってはならないこと

徴税はもとより国の財政を確保するという「公共の福祉」に合致するが、国民から取れば取っただけ「公共の福祉」が増大するわけではない。また、同一額を徴税する場合であっても、どのような手法で徴収するかにより、課税庁側のコストも異なるが、納税者である国民の側のコストも異なりうる。課税庁の側としては、最小限のコストで同一額を徴収することが、国の財政収入を最大化することとなるが、国民の側からすれば、同一額を課税される場合であっても、現実の生活におよぼす変化が最小限であるような手法が望ましいことは言うまでもない。

このような手法が望ましいというだけではない。「税負担」とは、単純に課税処分によって示された金額と同義ではない。個人の嗜好や愛着までは考慮しえないものの、課税により個人の生活環境が客観的に被るダメージもま

た、税そのものではないにしても「税に伴う負担」の内容をなすと言うべきであろう。課税目的を実現しつつも、このような国民の負担を不合理に過大にしないためにきめの細かい個別の処分を行うことが、課税庁の裁量権行使に際して要請されるのである。

以上の意味での「比例原則」を、本件課税庁は遵守していたであろうか。一方では換価できないことを理由に物納を認めず、他方で、換価しうることを前提として高額の課税処分をするという状況は、全体として、国の徴税の実を挙げることのみを「公共の福祉」の内容であるかのごとくに誤解し、比例原則を没却するものと言わざるを得ないのである。

4　私有財産制度の制度的保障――憲法二九条

（1）課税と財産権保障の関係

国民は納税の義務を有するが、税は国民に経済的負担を及ぼすから、ゆきすぎた課税立法ならびに課税行政は、憲法二九条一項が「侵してはならない」とする財産権保障に反する場合がありうると考えられる。

この点、わが国では学説にも乏しいが、ドイツでは連邦憲法裁判所第二法廷一九九五年六月二二日判決が、財産権保障（ドイツ基本法一四条）を根拠に、収益税に加えて財産税を課す場合に、税率がおよそ五〇パーセント以下に止まるべきことを憲法上の要請として説いているところである（参照、栗城寿夫・戸波江二編・ドイツの最新憲法判例二八九頁―二九四頁。とりわけ二九〇、二九一頁（一九九九年、信山社））。すなわち、かの国では、税が財産権保障とぶつかり合う可能性が認められているのであり、この見方にはわが国も従うに妨げはない。

なお、同憲法裁判所判決は、財産権保障が私的効用に奉仕すると同時に、税負担を通じて公共の福祉に奉仕する

ものでなければならない、というドイツに特有の財産権の社会的機能論を前提としているため、より財産権保障につき自然権的な人権としての性格を認めると解される日本国憲法の解釈としては、全面的に取り入れることは、あるいは適切でないかもしれない。しかしながら、財産権の社会的機能のゆえに、その制約が広範に許容されるドイツ基本法の財産権保障においてすら、国の課税権が財産権保障が守るところの個人の人格や生活を破壊しないように、一定の歯止めが認められているのである。

（2）制度的保障説

日本国憲法の解釈としては、財産権保障が個人の人格的自律（憲法一三条参照）に物理的基盤を提供するものであることに加えて、私有財産制度が二九条一項において保障されていると解されていることから（参照、森林法違憲最高裁大法廷判決（昭和六二年四月二二日民集四一巻三号四〇八頁））、課税立法・課税行政に対する財産権保障からの限界を導き出すことができる。このうち、財産権保障と個人の自律との関係については、先に比例原則について検討した内容がほぼそのまま当てはまる。すなわち、国は徴税コストを最小化することのみを指向するあまり、国民の個人の自律に重大な制約を及ぼす結果となる徴税方法を安易に選択することがあってはならないのである。

制度的保障説とはそもそも、（イ）当該憲法規範が制度自体の客観的保障であって主観的権利の保障ではないということと、（ロ）当該制度の核心部分は立法による侵害から保護されているが周辺的部分はそうではないということを、主張する見解である。財産権保障については、客観的制度の保障に加えて、個々の国民が現に有している個別の財産権もまた、二九条一項によって保障されているとされる（参照、前掲森林法判決）から、理論としての制度的保障説が財産権保障において完全な形で採用されうるわけではない。

しかしながら、制度的保障説が、制度の核心部分を立法による侵害からも阻止しようとする点は、本件との関係でも重要である。立法による私有財産制度の核心部分の侵害を阻止するということは、課税行政による核心部分の侵害をも阻止するものであることは、言をまたない。

（3）積極規制論に依拠すべきでないこと

なお、憲法二九条二項は、「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」と規定し、財産権の内容についての立法裁量を広く認めるかに見える。さきの森林法判決も「社会政策及び経済政策上の積極的なもの」（いわゆる積極規制）をも規制目的として許されるとしている。この点だけを見れば、二九条は結局のところ、国の税収増を図るという観点からの立法ならびにその執行を、合憲なものとして許容しているかのごとくである。

しかしながら、積極規制とは、弱者保護のために強者の経済的自由を制約することであって（いわゆる小売市場事件最高裁大法廷判決（昭和四七年一一月二二日刑集二六巻九号五八六頁））、国の税収を増大させることが直ちにそれに該当するわけではない。いわゆる酒類販売免許規制事件最高裁第三小法廷判決（民集四六巻九号二八二九頁）において、園部逸夫裁判官の補足意見も指摘するように、税収確保という目的はむしろ、いわゆる積極規制とは異なるというべきであり、そうであればより慎重な取扱いが求められるというべきであろう。

（4）私有財産制度の核心部分――個人の自律および資本主義

さきに見たように、一項の私有財産制度の制度的保障により、二項の立法ならびにその執行は制約される。

それでは、私有財産制度の制度的保障としての核心部分とは、何か。それは私有財産制度が、歴史的沿革に照らして、ないし社会通念によって有するに至っているところの、私有財産制度の本質的な部分のことである。換言すれば、このような制約を許すのであれば、もはや私有財産制度がわが国で取られているとは言い難い、という制度上の境界のことである。私有財産制度のこのような核心については、なかなか語りがたいものがあるが、私有財産制度とは、一つには個人の自律に物理的な基礎を提供するための制度であり、いま一つには、端的に資本主義制度とほぼ重なると言いうるように思われる。

（5）核心の侵害の場合

以上のように私有財産制度の制度的保障を捉えることができるとすれば、次の二点の場合に当該侵害行為が二九条一項に反する違憲の侵害ということになろう。

第一に、当該侵害行為が個人の自律にとって不可逆的なダメージを及ぼす場合である。第二に、当該侵害行為が資本主義の歴史や社会通念から見て、その核心を侵害するといいうる場合である。

まず第一の点については、個人の自律と密接不可分に結びついた財産を国が取り上げるなど、その使用を不可能にする場合、当該個人は自律の基盤を否定され、個人の自律そのものを侵害されたに等しい結果となる。ただ、個人が自由に自己決定しうることが保障されていれば、必ずしも特定の財産をもはや有しなくとも、そのことだけで個人の自律がまるごと否定されることとはならないのが通常である。

そこで、第二の点が重要となる。資本主義が、人から一夜にして全財産を奪い本人を家族もろとも路頭に迷わせるほどの冷徹さを持つことは周知のとおりであるが、そこで国家の役割は、資本主義制度が公平かつスムースに運

用されるように民商法や証券取引法、金融法などのルールを制定すること、および弱者に一定の保護を与えるために積極的に介入する（積極規制）こと、さらに敗者のためのセーフティネットを設けておくことである。国家がこのような自らの役割を果たさないばかりか、かえってそのような資本主義制度の健全な進行にとって必要不可欠な施策の逆の効果をもたらす施策を行うとすれば、それは資本主義の核心を侵害するものといってよい。

（6）本件課税は私有財産制度の核心部分を侵害している

以上を踏まえれば、本件課税については、それが私有財産制度ないし資本主義制度の核心（歴史的、社会的に資本主義の重要な要素と考えられてきた部分）を侵害するものであるかを検討すべきであることとなる。

相続という名義人の死に伴う事態の発生により、相続財産がその名義人を変更しつつ、資本主義のなかで投資や貯蓄に回され続ける状態が維持されていれば、相続税を課税されたからといって、資本主義の核心が侵害されたとまではいえないであろう。しかしながら、相続という、法人が主要なアクターである資本主義にとっては非本質的な事態の結果として、資本そのものが国家によって没収されたに等しい結果となる場合には、資本主義制度の核心にまで国家の侵害が及んでいると見なしうるであろう。

本件では、法人に出資しながら、その持ち分の換価ができないということなのであるから、被相続人も相続人も、資本主義の冷徹な論理においては敗者の側に立たされているのである。前記のように、国家の資本主義制度に対するスタンスとしては、敗者にセーフティネットを提供することが求められこそすれ、敗者をさらに追いつめ、いわば敗者の投資分をまるごと没収し、いわんや現有財産以上を課税するなどは、およそ論外である。上告人らにとって本件処分は資本主義のシステムの核心を破壊する蛮行と言わざるを得ない。

5　相続における個人の尊厳の保護――憲法二四条

(1) 意　義

最後に、憲法二四条が個人の尊厳を基軸とする個人主義的家族観をとり、その一環として相続にも言及していることに触れておきたい。

戦前までの家制度的な相続観を転換し、日本国憲法においては、あくまで対等の個人の人格の結びつきとして家族が捉えられている。そこでは、相続もあくまで被相続人から相続人へという、個人と個人との間の財産の移転であり、個人の死に伴ってこのような効果が発生することを、憲法二四条は個人の尊厳と結びつけて捉えているのである。このように相続も、個人から個人への財産の移転として、個人主義的に把握される必要があるのである。

(2) 非嫡出子相続分規定事件最高裁決定

いわゆる非嫡出子相続分規定事件最高裁大法廷決定（平成七年七月五日民集四九巻七号一七八九頁）も、結論としては民法九〇〇条四号但書を合憲としたが、「家」の財産を外に出さないという説明によってでないことは、言うまでもない。

むしろ同決定は、非嫡出子に相続分があることを当然の前提としながら、法律婚の保護と非嫡出子の保護という二つの要請のバランスをとった結果が同条但書である、としている。

(3) 個人主義的相続観から見た本件

以上のように、憲法二四条に個人主義的相続観が示されていることから、相続制度にどのような要請が帰結され

るか。いうまでもなく、相続税の有り様は、相続制度の一部を形成する。相続税の法制ないしその運用が、人の死を起因とする個人から個人への財産の移転という相続の本質を曲げるものとなる場合には、憲法が示した個人主義的相続観は損なわれていることとなる。

ところが本件では、莫大な相続財産を残したはずの父たる個人が、子たる個人に相続放棄されるという珍事が生じている。被相続人から相続人という、個人から個人への財産の移転が、国の相続税の物納を認めないという一方的に課税庁の都合だけによる措置の結果として、完全に損なわれたのである。

これは、相続を奇貨として国家が個人の財産を没収したに等しく、別の比喩を用いれば、国家が唯一の相続人となり仰せたに等しい。

相続の発生を前提として、その担税力に着眼した課税であるはずが、相続そのものを否定する結果となっているのである。これは相続制度の否定であり、二四条の個人の尊厳を損なうと同時に、前述の私有財産制度（相続制度もそこに含まれる）の核心の侵害に他ならない。

一三　中国国民のいわゆる細菌戦被害に対する損害賠償請求の可否

以下は、第二次大戦中に旧日本軍のいわゆる七三一部隊により中国本土でなされた細菌散布の被害者中国人が、日本国を相手取り提起した国家賠償訴訟の原告側弁護団の求めにより、二〇〇一年夏、東京地方裁判所第一八民事部に提出した意見書である。東京地裁平成一四年八月二七日判決（公式判例集未登載。TKC 28072758）は、請求をことごとく退けたが、各論点を丁寧に検討しており、熟読玩味に値する。

1　はじめに

第二次大戦中に中国本土で行われたとされる、わが国のいわゆる七三一部隊による細菌散布作戦（以下、「本件加害行為」という）は、その加害行為の特性ゆえに、今日まで後遺症等の被害を被害者中国国民に及ぼしているといわれる。

このような特殊な戦争被害につき、当時の加害行為を原因行為として、あるいは（予備的に）戦後の日本国における救済立法の不制定（立法不作為）、ないしは戦後の日本政府による事実関係の積極的隠蔽行為を原因行為として、被害者中国国民によって損害賠償請求訴訟が提起されているところである。

このような、戦争当時の加害行為、ないしは戦後の立法不作為、積極的隠蔽行為を原因行為として、被害者本人がわが国を相手どり損害賠償を請求する、いわゆる戦後補償裁判には、いくつもの法的な課題が存在する。

そこで本意見書は、七三一部隊の上記細菌散布作戦をめぐる訴訟（以下、「本件訴訟」という）を例として、戦後補償裁判の諸論点を憲法学の観点から論じることとする。

2　論点の所在

このような観点から、本件訴訟などの戦後補償裁判で具体的に問題となる諸点をつぎに列挙し、それらに対してしばしばなされる法的議論も付すこととする。

（1）戦争被害と損害賠償責任の有無

戦時中の加害行為は戦争遂行行為の一環としてなされたものであり、戦争被害に対して国は自国民に対しても相

手国国民に対しても損害賠償を負わないことから、細菌散布作戦による被害についても、同様にわが国は損害賠償責任を負わないのではないか。

（2）主権無答責の法理

戦前・戦時中までは、公権力行使の結果について、国は国家賠償責任を基本的に負わないものとされていた。そのような法制を理論的に支えたのが、国は法創造主体であることから、その主権的行為は違法の評価を受けることはない、という「主権無答責」の法理であった。

この法理は、国の公権力行使につき、不法行為の成立要件である違法性要件の充足をおよそ否定するものであるから、相手国国民が提起する損害賠償請求についても、日本法に基づく請求であるかぎり、妥当することになる。そうであれば、本件加害行為に基づく本件被害につき、日本国は当時も今日も、損害賠償責任を負わないこととなるのではないか。

（3）除斥期間の経過

かりに加害行為当時には責任が成立したとしても、二〇年という除斥期間は時効とは異なり絶対的なものであり、中断もなく援用の必要すらない。すでに除斥期間を経過した本件では、いずれにせよ日本国には損害賠償責任はないのではないか。

（4）戦後の立法不作為

（イ）また、戦時中にわが国に帰責される加害行為が存在したとして、戦後に当該被害を救済すべき立法義務は、一義的には発生しておらず、したがって、救済制度にかかる立法不作為は違憲違法とはいえないのではないか。

（ロ）さらに、いわゆる在宅投票制事件の最高裁第一小法廷昭和六〇年一一月二一日判決（民集三九巻七号一五一二頁）は、しばしば引用されるように、「国会議員の立法行為［立法不作為を含む。筆者注］は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法一条一項の規定の適用上、違法の評価を受けない」としているが、本件などのいわゆる戦後補償裁判では、救済立法の立法不作為が憲法の一義的な文言に違反するとはいえないのではないか。

（ハ）仮に立法不作為が国賠法一条一項の適用において、違憲違法であるとしても、当該立法不作為は、本件で主張されている細菌散布行為による被害の原因行為ではないから、被害と立法不作為の間には因果関係が存在しないのではないか。

（5）戦後の内閣による隠蔽

さらに、戦後において内閣が戦時中の当該加害行為の存在を知りながら、その存在を隠蔽してきた、という主張が仮に肯定できるものであるとしても、当該隠蔽行為は、戦時中の細菌散布という加害行為とはまったく別個の行為であるから、上記（4）（ハ）と同様に、内閣による隠蔽行為と当初の細菌散布による被害との間には、因果関係が存在しないのではないか。

本意見書は、以上に挙げた論点につき、そこで記した議論を批判することを目的とする。以下、節を改めて順説する。

3　細菌散布行為は通常の戦争遂行行為ではないこと

（1）七三一部隊による細菌散布が通常の戦争遂行行為とは大きく異なること

第二次大戦中に、旧日本軍のいわゆる七三一部隊によって引き起こされたとされるペスト菌散布等による中国国民の殺傷行為は、通常の戦争被害とはその様相を大きく異にしているように見受けられる。標的がもっぱら民間人であったらしいこと、占領後に日本兵の側にも被害が生じうることなどを考えると、戦争遂行行為としての合理性は外形的にもきわめて疑わしく、このことも通常の戦争遂行行為との異質さを印象づけている。

（2）通常の戦争被害の場合の国の損害賠償責任

およそ戦争が、相手国ないし相手国国民の武力による制圧を目的とする以上、非戦闘要員である一般国民に対しても、その生命健康に相当の危害が及ぶことは、戦争遂行行為そのものに含まれる。

そして、戦争遂行行為がもたらす、これらの戦争被害については、当事国間での賠償請求はありうるところであるが、被害を受けた当事国国民が相手国政府を相手どり、戦争被害の回復を求める請求をなしうるとは、一般には考えられていない。

その主要な理由は、戦争遂行行為は当事国の国家主権に属する行為であり、国家の主権的行為を違法と評価しうるのは、当事国をも拘束しうる確立された国際法規、ないしは当事国が批准した不可侵条約、不戦条約等が存在す

る場合にかぎられることに求められる。すなわち、通常の戦争遂行行為によってもたらされた生命健康にかかわる被害は、国家間の国際法上の違法行為との評価をもたらすものではあっても、個々の被害者が相手国を相手どり、損害賠償請求訴訟を提起して金銭的に回復しうるものではないのである。

以上のように、通常の戦争被害については、主権者の主権的行為は不法行為責任を負わないという意味における「主権無答責の法理」が、自国民と自国政府の関係においてのみならず、相手国国民と加害国との間においても成立する、とされるところである。

（3）細菌の実験的散布による被害と損害賠償責任

これに対して、いわゆる七三一部隊がペスト菌等を中国各地に散布した行為は、さきに述べたように、通常の戦争遂行行為の範疇からは逸脱したものであったことが推察される。

仮にこのような推測が当を得ているとすれば、当該細菌戦の遂行は、上記の通常の戦争被害の場合とは異なり、被害者本人から加害国を相手取る損害賠償請求を妨げられる性質のものではないことになる。

4　主権無答責の法理の不適用

（1）国が主権無答責の法理を援用することの意味

前節での指摘はもとより、細菌戦が通常の戦争遂行行為に含まれない、という前提をとった場合にのみ成り立つ。しかし、このことは逆に、個々の被害者からのわが国に対する損害賠償請求に際して、国が主権無答責の法理を援用する場合には、国は細菌戦が通常の戦争遂行行為に含まれていた、ということを論証せねばならないことを示し

ている。

このことは更に、第二次大戦中のわが国の主権者が、天皇を主権者（統治権の総攬者）と規定した大日本帝国憲法（四条）の下にあって、まさに天皇であったことと併せると、以下のことを意味する。すなわち、被告国が主権無答責の法理を細菌戦の被害者による損害賠償請求に対して援用する場合には、被告はそのことによって、細菌戦が通常の戦争遂行行為であり、主権者天皇に帰属する行為であることを認めたこととなるのである。

換言すれば、七三一部隊による細菌散布行為のような、通常の戦争遂行行為とはいいがたい行為については、主権無答責の法理に依拠して損害賠償責任の不存在を漫然と帰結することは、多くの論証すべき前提を省略しているとの批判を免れないものと考えられる。

（2）主権的行為でない場合の国の責任――徳島市小学校事件

以上から、主権無答責の法理によって、当該損害賠償請求を退けるのは、基本的に困難であると考えられる。細菌散布行為が、かくして国の主権的行為ではなかったと仮定すれば、当該散布行為は軍部の指揮命令系統を尽くした上のものではなく、七三一部隊か、あるいはより上位のレベルが、指揮命令系統の外で独断的に行ったものというほかはない。

それでは、このように主権的行為から逸脱してなされた細菌散布の被害について、わが国は損害賠償責任を負うか。

この点につき、戦前の通説は、国の作用を権力作用、管理作用、私的作用に三分し、権力作用によって引き起こされた被害については国の損害賠償責任を否定したが、国の非権力的管理作用ならびに私人と同等の私的作用につ

いては、国の責任と通常裁判所の管轄を肯定していた。

いわゆる管理作用による被害につき、国や地方公共団体の管理責任を認め、損害賠償を認容した著名な大審院判決として、徳島小学校遊動円棒事件判決（大正五年六月一日民録二二輯一〇八八頁）がある。同判決は、小学校の校庭に設置された遊具の瑕疵に基づく児童の事故に対して、はじめて民法七一七条の適用を認め、地方公共団体の損害賠償責任を肯定した。

その要点は、小学校の管理は行政権の発動であるものの、その管理権に包含される小学校施設に対する占有権は公法上の権力関係に属するものではなく、純然たる私法上の占有であり、さらに、私人とまったく対等の関係における占有であるのだから、それによって生じた損害には、民法七一七条が適用される、というものであった（阿部泰隆・国家補償法［一九八八年、有斐閣］三七頁の整理をも参照した）。

（3）本件への当てはめ

このような考え方を本件に当てはめれば、仮に本件被害が七三一部隊の細菌保管上の過失によってもたらされたものであれば、同部隊による細菌保管行為自体は権力作用であるとしても、国はその被害に対して民法七一七条の責任を負うこととなろう。

このように、過失による細菌の伝染の場合ですら国の責任が、戦争当時の判例においても肯定されたとすれば、ましてや現場の部隊による故意の細菌散布については、国の責任は当然に肯定されたはずであろう。

すなわち、細菌散布行為が、指揮命令系統を尽くさない、七三一部隊など軍部の一部による逸脱行動であったとしても、国（主権者天皇）は軍部を指揮監督する権限を有したのであるから、国による当該権限の不行使は、それ

自体、管理作用に属したのである。国の当該管理作用（権限不行使という不作為）によって、被害の発生が阻止しえなかったのであるから、当該被害につき当時の国は、上記判例を当てはめると、その損害賠償責任を肯定する余地が生じるものと考えられる。

（4）管理作用は主権的行為か

なお、以上の立論に対しては、上記の管理作用（権限不行使）は、それ自体は主権的行為であって、やはり主権無答責の法理が妥当するのではないか、という疑念も生じうるところである。

しかしながら、主権無答責の法理をこのように拡張するとすれば、およそ管理作用についての国の責任が成立する余地はなくなる。すべての管理作用は、それ自体としては国の公権力の発動そのもの、ないしそれと密接不可分の作為・不作為であるから、管理作用による国の責任を肯定する以上、管理作用そのものについては主権無答責の法理は適用されない、と解するほかはない。

たとえば、小学校のブランコなどの遊具の管理行為そのものは、学校が教育主体として生徒に対して公権力を行使することと密接不可分の行為というべきであろう。にもかかわらず前出の大審院判決は、遊具の管理行為については主権無答責の法理を適用せず、国の管理責任を肯定したのである。

このことからすれば、いわゆる七三一部隊の細菌戦遂行が同部隊等の逸脱行動であったとしても、同部隊等に対する規律に失敗した国には、細菌戦の技術を有する同部隊についての適切な管理を怠ったという管理作用上の不作為責任がある。この責任は、上記のように、戦時中に妥当していた国の不法行為責任の法理に照らしても成立するものと考えられる。

5　除斥期間の規定を適用すべきでないこと

いわゆる戦後補償裁判で、最大の法的争点となるのは、除斥期間であろう。

この点については、次の理由から、本件には除斥期間の規定は適用されるべきでない、と考える。

（1）予防接種事故の場合との比較においても、除斥期間を適用すべきでない

いわゆる予防接種事故の国家賠償請求訴訟において、最高裁第二小法廷平成一〇年六月一二日判決（民集五二巻四号一〇八七頁）は、次のように述べ、除斥期間の適用を排除した。

「しかし、これによれば、その心神喪失の常況が当該不法行為に起因する場合であっても、被害者は、およそ権利行使が不可能であるのに、単に二〇年が経過したということのみをもって一切の権利行使が許されないこととなる反面、心神喪失の原因を与えた加害者は、二〇年の経過によって損害賠償義務を免れる結果となり、著しく正義・公平の理念に反するものといわざるを得ない。そうすると、少なくとも右のような場合にあっては、当該被害者を保護する必要があることは、前記時効の場合と同様であり、その限度で民法七二四条後段の効果を制限することは条理にもかなうというべきである」。

もとより、除斥期間の例外を広く認めたのでは、除斥期間たることの意味――すなわち、個別の事情を捨象して、権利関係の強制的確定を図る――が没却され、妥当でないことはいうまでもない。

しかしながら、上記最判が重要な要素として考慮しているところの、予防接種被害者が心神喪失状態にあることによって、およそ権利行使が不可能であった、という事情は、本件の事情に類似するように思われる。

すなわち、上記最判は、国の過失によって被害者が心神喪失に陥り権利行使を果たし得なかったことを奇貨とし

て、国が法的責任を免れるものとすれば、それは著しく正義公平の原則に反する、という考え方に立脚するものと解される。

このような考え方は、本件にも当てはまるというべきである。なぜなら、本件原告らは、一九七二年の日中国交回復以前の段階では、どのように考えても、本件訴訟を提起することは不可能であった。実際には、中国の経済成長に伴いいわゆる一党独裁体制が緩和されだした九〇年代に入ってから、ようやくこのような訴訟が可能になったのであると考えられる。

（2）除斥期間という国法の恩恵をわが国が受けることは妥当でない

さらに、後述するように、内閣は、戦後一貫して七三一部隊による細菌戦の遂行に対して否定的な態度をとってきており、少なくとも真相究明のための積極的作為を行ってきたとはいいがたい。

このように、加害者と名指される側の非協力により、この種の被害の立証はなおさら困難なものとなるのであるから、原告らの訴訟提起前の長年の逡巡は、半ばはわが国がその原因をなしていると言わざるを得ない。

すると、国は一方では事実関係の隠蔽によって原告らの出訴を困難なものとし、他方では自国の法である民法七二四条後段によって、法的責任を免れる、という評価も、あながち的はずれではないことになろう。仮に内閣が事実関係について、ことさらに隠蔽を行ってきたのであるとすれば、そのような事実関係の下で、なお民法七二四条後段により国が責任を免れることは、文字通り正義公平の原則に反するものと考えられる。

6　戦後の立法不作為の違憲性

以上のように、本件では、細菌散布行為という当初の加害行為につき、国の不法行為責任を今日なお問いうると考えるが、それと併せて、戦後の国会が救済立法を制定してこなかった、という立法不作為についても、国家賠償法一条一項の適用が認められると思われる。

もっとも、この点を肯定するためには、以下の若干の論点についての考察が不可欠である。

（1）立法義務の存在

およそ刑法の不作為犯の成立が、作為義務の存在を要件とするように、立法不作為という不作為が「公権力の違法な行使」と評価されるためには、具体的な立法義務が存在するにもかかわらず、国会が当該義務に反して不作為状態を維持した、と言いうることが必要である。

さらに、国会が当該立法義務に反して不作為状態を維持した、と言いうるためには、一定の合理的期間の徒過が要件となる。この法理は、いわゆる一票の重みの格差をめぐる最高裁大法廷昭和五八年一一月七日判決（民集三七巻九号一二四三頁）が、「憲法上要求される合理的期間内における是正」という、法改正のいわば猶予期間を認めていることのうちにも、現れている。

それでは、本件で問題となる、戦後の救済立法の不作為（以下、「本件立法不作為」という）は、上記の具体的立法義務の存在、合理的期間の徒過、という二つの要件を満たすといえるであろうか。

（イ）具体的立法義務の存在

まず、救済立法を制定すべき具体的立法義務の存在という点であるが、一般的には、国会は広範な立法裁量を有

するから、その反面として、具体的立法義務が国会に課される、ということは稀である。

しかしながら、裁量権も場合によってはその範囲が収縮し、一義的な義務へと転化しうる（いわゆる裁量収縮論）。

救済立法については、国会は、いかなる手順ないし方法で救済を実現するかについては立法裁量を保持していると考えられるが、およそ救済立法を制定するかしないかという点については、裁量の余地はそもそも存在しないと考えられる。

なぜなら、当該被害は、旧日本軍に属する七三一部隊によって引き起こされたものと考えられ、前述のように、当該細菌散布行為は当時のわが国の主権的行為から逸脱したものと思われるのであるが、にもかかわらずわが国は民法七一七条の責任を免れない。そうであれば、わが国は被害に対する損害賠償責任を履行する法的義務を有することになる。

ところで、本件原告らは、長く自らわが国の裁判所に出訴することが事実上不可能な状態に置かれていたのであるから、当該損害賠償額を裁判所が具体的に算定する機会も存在しなかった。また、被害が単なる金銭賠償のみではなく、肉体的・精神的な後遺症に対する医学的治療措置を動員することで、初めて実効的に救済されうる性質のものであるならば、そもそも裁判上の救済には限度があることになる。

このように、本件被害が多角的な観点からの救済措置を必要とするものであるとすれば、被害の補塡につき民法七一七条の責任を負うわが国としては、当該責任を具体的救済立法ないし行政上の救済措置によって果たすことが一義的に求められてきた、ということになる。さらに、法治主義の観点からは、国民の自由や財産に侵害的な作用を及ぼす場合のみならず、授益的な国家作用にもやはり法律の根拠が必要である、と考えられる（社会留保説）。

以上からすれば、本件被害の救済を目的とする具体的法律の制定が、国会の一義的な作為義務であり続けたというべきなのである。

（ロ）合理的期間の徒過

以上から、本件被害については、立法による救済以外には適切な救済措置はあり得ないと言いうるにもかかわらず、国会は何らかの適切な立法措置を講じるという意味での一義的な立法義務を果たすことなく、漫然と不作為状態を続けてきた。

その結果、被害者の多くが適切な救済措置を受けることなく死亡していることからも明らかであるように、すでにとうに合理的な猶予期間も徒過してしまっている。

このように、具体的立法義務の存在も肯定され、合理的期間も徒過した、といいうる本件においては、立法不作為が具体的立法義務に違反し、国賠法一条一項の「公権力の違法な行使」といいうる段階に立ち至っていることになる。

（2）在宅投票制最判の解釈

立法不作為が国賠法一条一項の「公権力の違法な行使」と言いうるためには、上記のように具体的立法義務違反と合理的期間の徒過が言えれば十分であると考えられる。

この点につき、前出のいわゆる在宅投票制事件最判は、一見異なる命題を提示しているようであるので、この判例の意義を次に検討する。

再度引用すれば、最判は、「国会議員の立法行為［立法不作為を含む。筆者注］は、立法の内容が憲法の一義的

な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法一条一項の規定の適用上、違法の評価を受けない」、と言う。

（イ）「立法内容」「立法行為」区分論

ここで最判は、「立法（の）内容」と「立法行為［立法不作為を含む。以下同じ］」との区別を論じているのである。すなわち、裁判所は憲法八一条により、憲法と法令等の整合性についての司法審査権を有しているのであるが、当該権限は、もっぱら「立法内容」に向けられたものである。すなわち、裁判所が司法審査の対象とするのは、立法の内容であって、立法行為そのものではない。これに対して、国家賠償請求訴訟で立法行為による損害の賠償が求められるときには、当然ながら、立法行為そのものの違憲違法性が争われるのである。

このように、「立法内容」の違憲性と、「立法行為」の国賠法上の違憲違法性は、概念上も区別されるべきである。このことを別の観点から言い表せば、次のようになろう。すなわち、裁判所が法律の中身を法律制定後に違憲と判断するとしても、そのことは、国会議員による当該法律の立法行為を直ちに違憲違法となすものではない、ということである。

このような最判の観点の背後には、いわゆる検察国賠事件で確立されているような、職務行為基準時説（検察官の公訴提起の国賠法上の適法違法は、公訴提起時を基準として判定するとする説）と同様の発想があろう。立法者もまた、立法行為の時点を基準として、立法行為自体の合憲違憲・適法違法を論ずべきだ、というのである。

さらに、最判も明示するように、個々の国会議員が全国民の代表（憲法四三条）として、己れの政治信条に従って自由な投票行動をすることを憲法は期待しており、その集積である法律の内容が、事後的に裁判所によって違憲であると司法審査されるとしても、だからといって当初の立法行為までが国賠法上違法となるものではない、とい

う観点も見受けられる。

（ロ）最判の「一義性」の意味

以上の観点に立つ最判の論法は、十分な説得力を持つものであると言いうる。しかしながら、そう解するからといって、上記最判により、立法行為（立法不作為を含む）を国賠法上違憲違法であるとする余地がおよそなくなる、などということはない。

まず第一に、上記最判にいう「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき」、という部分は、要するに、国会に憲法上一義的な立法回避義務（立法不作為が問題とされている場合には憲法上一義的な立法義務）が課されているにもかかわらず、国会が当該義務をあえて果たさない場合を指すものと解される。そして、憲法上の一義的義務の存否は、最判の「一義的な文言」という表現にもかかわらず、実際には憲法解釈によってしか判明しない。

例を挙げれば、さきの刑法改正で削除された旧二〇〇条は、いわゆる尊属殺人罪を定めていたが、かつて最高裁で違憲判決が下された同規定を国会が将来復活させることがあるとすれば、その時点ですでに、「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している」と言いうるであろう。その場合に問題となる憲法規定は、一四条一項の「法の下（の）平等」であるが、このような抽象的な文言はそれ自体としてはおよそ国語的に見て一義性を有さないにもかかわらず、尊属殺人罪の復活立法に際しては、「憲法の一義的な文言に違反している」、といいうるのである。

さらに、文言として憲法条文が一義的である、という場合は、統治機構の一部の規定をのぞけば、ほとんど存在しないといってよい。憲法九条は憲法典のなかではかなり一義性の高い部類であるが、あの規定についてさえ、さまざまの解釈が入り乱れていることは、周知の事柄である。

このように、憲法条文の「一義性」とは、大なり小なり解釈に依存したそれなのであって、上記の最判も、文字どおり文言解釈に一切の余地がない、という厳格な意味で「一義性」を言ったものではないと考えられる。

このように、最判の「一義性」の意味を若干緩やかに解することは、最判の意図に反するものではない。最判は、あのような立論の根拠として、前述のように、個々の議員が自由な投票行動を保障されるべきことを説いていたが、その自由も、すでに確立された最高裁の違憲判決などを踏まえ、その範囲内のものであるべきであり、そのように解しても、国会議員の政治信条の自由を不当に損なうものではない。

なぜなら、最高裁による法令違憲判決の効力は、それ自体は当該法令の廃止という客観的対世的効力（いわゆる違憲判決の一般的効力）を有するものではないが、将来同種の立法が再度なされた場合には、判例として再度の違憲判決をもたらすことを高い確率で予想させるものである。にもかかわらず、違憲判決を覚悟であえて再度立法する場合には、このような挑戦的な国会議員の政治信条の自由を尊重するよりも、立法によって被害を受ける国民に対する国の賠償を肯定すべきであるからである。

（ハ）最判の「ごとき」の解釈

さらに注目されるべきは、最判が立法行為の違憲性についての「一義性」を要求しているように見える部分は、文脈全体としては、例示にすぎないと解する余地がある、ということである。「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合」という最判の言い回しは、要するに、「容易に想定し難いような例外的な場合」に力点があり、「ごとき」の前の部分（「一義性」を言う部分）は、実は後半部分のための例示にすぎないと解しうるのである。

このように捉えれば、上記の最判の一節は、換言すれば、「憲法の一義的内容に照らして違憲であるにもかかわ

らず、あえて立法するといった場合に匹敵するような、容易に想定し難いような例外的な場合」という意味となる。すなわち、憲法の文言上の「一義性」を、最判それ自身も必須のものであると考えていないということになる。

このような、最判の一義性うんぬんの部分を例示と捉える見解は、すでにさきの高名なハンセン病国賠訴訟熊本判決においても、採用されていたように思われる。

なお、同判決については、控訴を国が断念した際に特に発表された「政府声明」において、最高裁判例との齟齬が厳しく批判されている。しかしながら、最判自体に上記のような解釈の余地が十分にある上に、そもそもこのような政府による判決批判は、当事者として裁判の場でなされるものを除いては、司法権の独立を脅かすものとなりかねないことに留意されるべきであろう。

（3）細菌散布行為と戦後の立法不作為との関係

以上から、立法不作為の違憲違法は、本件においても言いうると考えるが、それとは別個の問題として、当初の細菌散布行為による損害に対して、戦後の立法不作為は因果関係を有するか、という問題がある。

この点については、次のように考える。すなわち、戦後の日本国は、新憲法の下で再出発したが、戦時中に発生した国家としての法的責任については、当然ながら同一人格として戦後も承継している。このことは、戦後の国会が、損害賠償責任および他の具体的救済措置を、適切な立法によって実現すべきであったことを意味するが、同時に、このような立法を行わないことによって、当初の被害を固定化し、その回復を妨げたのである。

このことは、単なる概念論としてそのように言いうるだけではなく、事柄の性質からもそのように言いうる。なぜなら、細菌散布といった特殊な加害行為については、その防疫や治癒方法などの研究をも尽くしていた七三一部

隊をかつて擁したわが国が、もっとも被害の回復措置を容易に計りうる位置にいたからである。

以上から、当初の被害に対して、戦後の立法不作為も、その被害を固定化し回復を妨げた、という点において因果関係を有する。当初の加害行為と、戦後の立法不作為とは、いわば時間を隔てた共同不法行為的な関係に立つと解する。

7　戦後の隠蔽の違法性

本意見書は、もっぱら法律論についてのものであるから、実際に戦後わが国政府が七三一部隊関係の事実について、ことさらな隠蔽を行ってきたものであるか否かについては、詳かにしない。

ここでは、前節末尾に立法不作為と当該被害との因果関係について記したことが、内閣による隠蔽についても、同様に成り立つことだけを確認しておきたい。

8　おわりに

以上に本件被害の司法的救済を妨げる多々の法的論点につき、それらを乗り越えるべく立論を重ねた。

本件でも主たる争点の一つに立法不作為という論点が挙がっているように、本来はこうした戦後補償の事案は立法的に解決されるべきものである。しかしながら、立法過程においては司法過程におけるように、争点の整理と中立的な議論がなされる仕組みが整備されているわけではなく、いわば、さまざまの政治的な駆け引きや思惑の積み重ねが、果敢な立法を産むこともあれば、不自然な逡巡をもたらすこともある。

とりわけ、戦後補償という重いテーマについては、被害の救済の要否を客観的に論じるよりもむしろ、道義的な

意味での戦争責任の負罪を避けたいという潜在的多数意見に沿って、立法も停滞しがちであろう。

このように、事柄が政治的であるにもかかわらず、政治過程が必ずしも事案の解決にとって有利な場ではない、という場合が、少数ながら存在するのであり、戦後補償はまさにそうした場合の典型例であるように思われる。

このような場面では、事柄の政治性を理由に立法過程にすべてを委ねる、という裁判所の姿勢は適切とはいえない。むしろ、政治過程が適切な救済立法を淡々と制定しうるような環境づくりの一助として、司法は当面の具体的事案について、司法としての通常の判断過程を尽くしてゆくことが望ましい。

このような限られた当事者に対する具体的救済こそが、司法から立法への問題の投げ返しとして有効なのであって、近時まま見受けられるところの、原告敗訴判決に「なお書き」を付して立法的解決を特に望むという手法は、ことに戦後補償事件については、そのねらいを達成することは困難であると推察される。