

東京高等裁判所平成22年（ネ）第622号 損害賠償等請求控訴事件

控訴人（原審原告） 星野 弘ほか112名

被控訴人（原審被告） 国

東京大空襲訴訟

2011年1月12日

第2回口頭弁論 資料集 2

意見陳述

1	意見陳述		
1	準備書面2	代理人弁護士	中山武敏
2	準備書面3	代理人弁護士	柿沼真利
3	求釈明	代理人弁護士	児玉勇二
4	立法活動の到達点	代理人弁護士	原田敬三
2	証拠弁論		
5	青井意見書・宍戸意見書	代理人弁護士	内藤雅義
6	藤田意見書	代理人弁護士	黒岩哲彦
3	証拠決定にあたって	代理人弁護士	黒岩哲彦

平成22年（ネ）第622号 損害賠償等請求控訴事件

控訴人（原審原告） 星野 弘ほか112名

被控訴人（原審被告） 国

2011年1月12日

東京高等裁判所第23民事部 御 中

控訴人ら訴訟代理人

弁護士 中山 武 敏

同 黒 岩 哲 彦

ほか

上 申 書（第2回口頭弁論）

第2回口頭弁論での控訴人予定は次のとおりです。

1 意見陳述

- | | | |
|--------------|--------|------|
| (1) 準備書面2 | 代理人弁護士 | 中山武敏 |
| (2) 準備書面3 | 代理人弁護士 | 柿沼真利 |
| (3) 求釈明 | 代理人弁護士 | 児玉勇二 |
| (4) 立法活動の到達点 | 代理人弁護士 | 原田敬三 |

2 証拠弁論

- | | | |
|-----------------|--------|------|
| (6) 青井意見書・宍戸意見書 | 代理人弁護士 | 内藤雅義 |
| (7) 藤田意見書 | 代理人弁護士 | 黒岩哲彦 |

3 証拠決定について

- | | | |
|------------------|--------|------|
| (8) 証拠決定にあたっての意見 | 代理人弁護士 | 黒岩哲彦 |
|------------------|--------|------|

平成22年（ネ）第622号 損害賠償等請求控訴事件

控訴人（原審原告） 星野 弘ほか112名

被控訴人（原審被告） 国

2011年1月12日

東京高等裁判所第23民事部 御 中

控訴人ら訴訟代理人

弁護士 中山 武 敏

意 見 陳 述 （準備書面2）

1 国際人権法規範（国際人権法及び国際人道法）違反について

当審においては、東京空襲が国際法に違反するものであるのかどうか、ハーグ法規、ジュネーブ法規などの国際人権法規範からも被控訴人の法的救済義務が根拠づけられるのかどうかについての審理と判断は不可欠である。

2 国際人権法規範に無理解

ジュネーブの国際人権（自由権）規約委員会において、日本における人権状況に関する日本政府の第5回報告書の審査で、規約委員会は、2008年10月30日に34項目に及ぶ総括所見を公表し、「慰安婦」に対する法的責任の承認などについて、現状の懸念事項を指摘し、規約に適合するよう改善することを勧告している。同所見7項では、「締約国は、規約の適用と解釈が、裁判官、検察官および弁護士のための専門的教育の一部に組み込まれること、および規約に関する情報が下級審も含めすべてのレベルの司法機関に普及されることを確保すべきである。」と勧告している。

国連からの上記勧告にもあるように、原判決は歴史的に形成されてきた国際人権法規範に無理解であり、東京空襲は、人道に対する犯罪にも該当するものであるにもかかわらず、その違法性を認定していないのである。

3 東京空襲は国際法（国際人権法、国際人道法）に違反

国際人道法についての現在の主要な条約は1949年ジュネーブ4条約及び1977年追加議定書であり、1949年ジュネーブ諸条約が慣習法化していることは広く認められている。

準備書面(2)で詳述しているように、原爆投下に匹敵する東京大空襲が同条約147

条の「重大な違反行為」に該当することは明白であり、日本政府は補償責任を免れない。ジュネーブ人道法条約の規定のように、国際法上で個人が実体的権利を保障されている限り、関係国内法システムの下での国内裁判所による救済が可能とされるべきことは当然の公理である。

4 国会に対しての救済立法の付言

西松建設中国人強制連行・強制労働事件は、最高裁判決（平成19年4月27日第二小法廷）末尾の被害の重大さを考えるとき関係者間で自主的解決することが望まれる旨の付言に基づいて2009年10月23日和解が成立している。

同事件の高裁段階で原告中国人側勝訴の判決を裁判長としてなされた元広島高等裁判所判事が同事件の支援団体が発行する機関誌に一文を寄せられている。

「筆者らの判決は、あの破棄理由の点を除いて、事実認定についても理由付けについても、最高裁によってことごとく支持して頂いたものと自負しています。それが単なる筆者らの強がりといったものでないことは、あのような『付言』（寡聞にしてこのような内容の最高裁判決を知りません。）がなされたことから明かではないでしょうか。そして、『付言』を契機として、和解に向けた地道な努力が継続され、ついに成立に漕ぎ着けたものであることがその後の資料で知ることができましたが、そこに至るまでの関係者のご努力、ご尽力には頭が下がります。和解条項等も拝見致しましたが、周到な配慮がなされた素晴らしい内容のものであることに感銘を受けました。」「つい先日には、同じく西松建設新潟信濃川ケースでも同様の和解が成立したようです。戦後補償問題の解決が更に一步前進したことを喜ぶとともに、歴史的な事件の裁判に関わることができたことを誇りに思うこの頃です。」と書かれている。

人権擁護の最後の砦としての司法は生きている。同事件を担当された裁判官に心から敬意を表したい。本件東京大空襲訴訟も歴史的な事件の裁判である。

控訴人らは、このままでは死に切れないとの思いで本控訴審に望みを託している。控訴人らに残された時間は少ない。原判決の誤りを正されるとともに、軍人、軍属と差別され、何らの補償もなく放置、切り捨てられている全ての民間人空襲被害者の早期の救済のためにも、当審判決において、国会に対しての救済立法制定の付言がなされるべきことを求めるものである。

以上。

受忍論批判意見陳述

2011年1月12日

柿沼真利

私からは、今回、2010年12月6日付けで提出致しました第3準備書面のテーマである、いわゆる「戦争被害受忍論」について、意見を述べさせていただきます。

戦争被害受忍論（以下、「受忍論」）とは、「戦争犠牲ないし戦争損害は、国の存亡にかかわる非常事態のもとでは、国民のひとしく受忍しなければならなかつたところであって、これに対する補償は憲法の全く予想しないところというべきである」とするもの（1987年名古屋空襲訴訟最高裁判決）で、国民の戦争被害の救済と、日本国憲法を完全に分離させる考え方です。本件訴訟においても被控訴人国は、第1審においてこれを引用し、控訴人らの請求の棄却を主張していました。

しかし、ここで、一つ注意しなければならないことがあります。それは、原判決が、受忍論を「全く採用しなかった」ということです。

まず、原判決の理由中では、受忍論は全く触れられていません。

また、原判決は、その理由中で、控訴人が、国の一般戦争被災者救済の立法の不作为の違憲性を基礎付けるために主張した、憲法の各条項について、これらを個別的に解釈しながら検討しています。

さらに、原判決は、控訴人らの憲法14条の平等原則違反の主張に対し、「例外的な事情が認められる場合」であれば、国が戦争被害の救済を怠ってきたことについて、憲法違反となりうることを認めました。

即ち、原判決は、国民の戦争被害の救済について、憲法による救済の土俵に乗せたのであり、受忍論のように「憲法の全く予想しないところ」とはしなかったのです。

以上から、原判決が受忍論を採用しなかったことが明かです。

では、なぜ、原判決は、受忍論を採用しなかった、いや、採用できなかったのか、以下お話しさせていただきます。

この点については、次の3点が上げられると思われます。

- ①控訴人らの空襲による被害の深刻かつ重大な実態
- ②受忍論の反憲法的性格
- ③受忍論が実態として既に破綻していること

まず①の東京大空襲の被害の実態について、原判決は「原告らの受けた苦痛や労苦には計り知れないものがあつたことは明かである」と認定し、さらに「原告らのような一般戦争被害者に対しても、旧軍人軍属等と同様に、救済や援護を与えることが被告の義務であつたとする原告らの主張も、心情的には理解できないわけではない。」と述べています。これは、原判決が、控訴人ら東京大空襲被災者及び遺族の深刻な被害実態を目の当たりにし、もはや受忍論によって判示することができなかつたことを示すものです。

次に②の受忍論の反憲法的性格ですが、受忍論は、その根拠について、「戦争犠牲ないし戦争損害は、国の存亡にかかわる非常事態のもとでは、国民のひとしく受忍しなければならなかつた」などとするだけで、何ら憲法上の解釈を行つていません。受忍論は、憲法上の根拠を欠くものと言わざるを得ません。また、その前文において、全世界の国民の平和的生存権を保障し、9条において徹底した反戦平和主義を規定し、さらに、過去の悲惨な戦争体験から、もう2度と戦争による惨禍を起こさないことを目指して制定された日本国憲法は、むしろ、国民の戦争被害の救済を求めていると考えるべきであつて、「これを予想しないところ」などと解釈するのは、間違つています。

最後に、受忍論が破綻している実態についてですが、この点は、さらに i) 旧軍人軍属

との格差、ii) 戦争被害救済の拡大、iii) 受忍論最高裁判決の破綻の3点に分けられると思います。

まず、旧軍人軍属との格差についてですが、受忍論は、戦争被害について国民に対し「ひとしく受忍」することを求めています。しかし、わが国においては1952年に軍人軍属等を援護対象とする戦傷病者戦没者遺族等援護法を制定して以降、旧軍人軍属に対して手厚い戦争被害救済を行っています。その一方で、一般空襲被害者は放置され続け、87年判決から23年以上が経過した今日、その不平等は圧倒的格差となり、さらに拡大しています。まさしく「戦争被害をひとしく受忍する」という実態は破綻しているのです。

次に、戦争被害救済の拡大という点については、戦後、軍人軍属以外の一般国民の戦争被害者の救済も少しずつ行われてきました。原爆の放射線による後遺障害のある者、沖縄戦における戦争参加者などが救済の対象とされ、戦争被害者の救済は拡大してきたのです。これは、戦後、憲法の理念を実現しようとする国民の運動の流れなどによって作られてきたものです。このように、民間人の戦争被害についても救済の対象は拡大されてきており、もはや受忍論の述べるように「ひとしく受忍する」という実態は破綻したのです。

最後に、受忍論を採用する最高裁の判決の破綻という点ですが、そもそも、受忍論が初めて最高裁判決に登場したのは、1968年11月27日在外資産喪失に関する国家賠償請求事件に関する判決でした。その判決中では、受忍論が論証不要な真理であるかのように断定的に述べられていました。しかし、その後の名古屋空襲訴訟における1987年最高裁判決は、「憲法には前記主張のような立法を積極的に命ずる明文の規定が存しないばかりでなく」という、「立法を積極的に求める憲法の明文の規定」の存否を検討する一文を入れ、検討を行っており、もはや、受忍論が論証不要なものでないことをにおわせ始めました。さらに1997年3月13日のシベリア抑留補償請求事件最高裁判決では、「補償の要否及び在り方は、事柄の性質上、財政、経済、社会政策等の国政全般にわたった総合的政策判断を待つて初めて決し得る」、「これについては、国家財政、社会経済、戦争によって国民が被った被害の内容、程度等に関する資料を基礎とする立法府の裁量的判断」と立法

裁量の行使についての指針を示し、立法府の裁量権の逸脱濫用を問いうる余地、すなわち立法行為を憲法的に評価する余地を認めているのです。

以上のように、受忍論を述べる最高裁判決も、時代の推移により、その内容は一貫できず、崩壊しているのです。

このようなことから、原判決は、もはや受忍論によって判断することはできないと認識し、受忍論を採用できなかったことが明らかです。

また、原判決以降の新聞報道の内容からすれば、社会一般は、戦争被害の受忍等求めていないことが明かであり、当裁判所においても、既に破綻してしまっている受忍論を完全に破棄することを求めます。

求釈明書意見陳述

2011年1月12日

児玉勇二

私からは、2010年12月6日付けで提出いたしました求釈明書について、以下の通り意見を述べさせていただきます。

原審でも、また、当審で控訴理由書第5章で戦後の援護の歴史的経過を述べましたが、これをふまえて、控訴人らには未だ、軍人軍属や他の被害者と比べても、全く補償がされていないのは、被告国に立法・行政不作為の違憲・違法があることを述べてきました。ところが被控訴人国は、原審から今まで、その歴史的事実について、認否および反論もしていません。また、原審で、控訴人らは被控訴人国に対して、2009年8月22日付けで、民間被害の実態調査について釈明をしましたが、これに対する被控訴人国の回答として、「釈明の用を認めない」とし、「但し、求釈明事項に関し、控訴人ら代理人において、すでに把握されている文献も含まれているのではないかと思われるが、念のためとして」「総務省のホームページの一般戦災ホームページでの、先の大戦において、空襲などによって被害を受けた都市及び犠牲となった人たちの数などを公開している情報」しか回答し得ないでいます。前述した戦後の援護の歴史的事実をふまえた、被控訴人国の立法・行政不作為による、違憲違法の控訴人らの主張をふまえてみますと、被控訴人国にしか、それに関する情報、資料、記録が残っていないことから、控訴人らが求めた今回の求釈明

- 1 被控訴人国が戦後、軍人・軍属・準軍属
 - 2 被爆者、シベリア関係、中国残留孤児、無帰還者、引揚者、阿波丸・対馬丸に対して行った
- 1, 2の「援護」の現在までの換算人数と、その支払い総額

3 先の大戦における一般国民の非戦闘員の死傷被害について、公式に認定しているか、公式に認定している場合、各人数と認定方法、昭和24年3月10日の東京大空襲による死亡者及び負傷者数は、公式に認定していない場合、死亡者数及び負傷者数を推定しているのか、その資料は、

戦災孤児の調査結果について、昭和58年3月発行の社団法人日本戦災遺族会の昭和57年度「全国戦災史実調査報告書（乙第12号証）の昭和23年2月の孤児の全国一斉調査の結果は、どのように扱われ活用されたか。これは、この報告書まで公表されたことはないのか、

これらについての求釈明事項については、控訴人らのこれらの戦後の歴史的
事実に関連する、「①軍人軍属、準軍属への具体的な援護内容 ②民間空襲被害者についての被控訴人国の調査及び事実の認識」として重要で、被告国は、これらについて、認否および反論も、また明らかにしていない部分もあるので、なおさらこれら求釈明にたいする回答を明らかにすべきです。もし、これに対する回答がないとすると、控訴人らは、全く被控訴人国はこれらを調査しなかった、あるいは、これら重要な事実を隠蔽、公表しなかったと、被控訴人国の立法不作為、行政不作為の違憲違法性を高めるものとして、今後の控訴人ら立法不作為、行政不作為の主張を補強するつもりでもあります。

被控訴人国の誠実な回答を期待し、これを求める次第です。

立法活動の到達点

弁護士 原田敬三

1 空襲等被害者援護法立法運動の軌跡

(1) 1972年の8月12日、杉山千佐子は、全国の空襲を記録する会の東京集会に出席し、戦災傷病者に対する国家補償を訴え、同会に協力を要請し、ほどなく一人で同年10月29日名古屋で全国戦災傷害者連絡会（全傷連）を旗揚げした。杉山は国会衆参両議員に対するアンケート調査を始め、空襲による全国に散らばる戦災傷害者の実態調査とこれに対する援護実施を求めた。250名の議員から回答がよせられ、杉山はこれをもとに請願書を衆参両院議長に提出した。杉山は1973年9月全国戦災傷病者連絡会を発足させ、74年8月第1回全国大会で、全国の約30の戦災傷害者の会がこれに加盟し、第1に一般空襲犠牲者（傷害者・死亡遺族）に対する援護立法化を国に要請すること、第2にその目的達成の為、一般戦災傷害者の実態調査実施を国と地方自治体に要請することを決めた（以上控訴理由書。122頁～127頁）。

(2) この動きを受け、1973年に参議院社会労働委員会で愛知県選出の須原昭二社会党議員が、戦災傷病者の補償を内容とする「戦時災害援護法案」を国会に提出し、これをはじめとして、同法案は同年の第71回国会から1989年の114回まで、16年半にわたって、計14回国会に提出された。第94回国会（1980年12月～1981年6月）では、社会党・公明党国民会議・共産党・民社党国民連合・新政クラブ・一の会の4党2会派の全野党からの共同提案となった。

その間、名古屋空襲訴訟による傷害者による訴訟が、軍人と同じ補償を求めて提訴され、1987年（昭和62年）6月26日、国との雇用関係の有無による差別は許される等の理由から最高裁判決で排斥されたことは、周知の通りである。

しかしながら、今日本件控訴人らの構成から明らかなおおりに、同じ空襲による民間被害者である戦災孤児と戦災傷害者とが力を合わせ、憲法に基づく人権回復請求の運動が今大きく起こり、立法運動が展開されている。

2 裁判所の今日的課題

(1) 2010年、「全国空襲被害者連絡会」が発足し、同年11月19日、その主催する国会内集

会（いわゆる院内集会）で、空襲被害者等の救済と補償を内容とする法案骨子が発表された。

その内容の全文は、別に掲げるところであり、空襲による身体被害により現在も苦しむ傷害者と、1945年以来66年にわたり、保護者を失い孤児として人生を歩んできた戦災被害者の切実な思いを法的な救済内容として反映させ、人生の尊厳と回復を求めるものとなっている。

法案では、死者に対する給付は遺族給付であり、子どもら遺族への給付金又は弔慰金を支給するもの、また傷害者には重傷度に応じて、区分し、補償し、年金を支給するというもの、特に孤児はその人生苦を慰謝するべく加給する内容になっている。

これら財政措置を伴う施策を求める一方、東京都慰霊堂他に仮埋葬されたままの被災者の身元調査と本埋葬を行う事など、国にその意志さえあれば行うことが可能なものに及ぶ。

- (2) 1973年から今日まで38年間に及ぶ立法運動が続いている根本には、回復されるべき被害が現存するのに、被控訴人国が今日に至るも、民間市民の戦争被害に一貫して向き合わない姿勢にある。

しかし、現政権を支える議員らを中心に、軍人優遇、軍民差別の戦後補償体系を変え、その国家施策を抜本的に改善すべきことに理解と共感を示し、現施策の非人道性と反尊厳性との決別に足を踏み出そうとしている。

- (3) 本件訴訟は、その当事者が空襲被災者とその家族であるという性格を有する。しかし、民間被害者救済立法は現在の課題でもある。

現在、戦争事態に遭遇した場合の、国民の法的救済対応制度の法律としては「国民保護法」（武力攻撃事態等における国民の保護の為の措置に関する法律。平成16年6月）が存在している。

そこでは、国民がテロや戦争状態に巻き込まれた場合の被害救済は、国の指令で軍役に動員指令され、なんらかの職務に従事した場合に限り救済対象にされ、それ以外の一般民間人は、本件被害者と同様、その救済対象外におかれる制度とされている（第159条 損失補償、第160条 損害填補）。

当裁判所が、このような非常識な「国民保護法制」が問題なく国会を通過成立するこの国のあり方（体制）について、その前憲法性・反人権性を否定し、行政と立法に自覚を促す事はそ

の重大な責務である。

その責務を果たす最も確かな司法のあり方は、空襲被災者を救済対象外にしてきた国家の無責任体制を公的に明らかにして憲法に照らして救済すべきことを謳うことにある。

当控訴審が、平和と人権の憲法的理念、法的理念を正面から取り上げ、控訴人らの被害に向き合い、その救済義務のあることを被控訴人に命じ、現在の立法運動を励ます役割を果たすことを切望する次第である。

空襲等被害者援護法案の前文

平成22年11月19日

先の第2次世界大戦では、国家総力戦が展開され、各国で多くの民間人の被害が生じた。日本では、1945年3月の東京大空襲、同年8月の広島・長崎への原爆投下をはじめとする全国主要都市に対する空襲空爆や、沖縄等で艦砲射撃が行われた。その結果、主要都市は廃墟となり、国籍を問わず、多くの非戦闘員被災者が生じるに至った。

歴史上未曾有の被害を蒙った日本国民は、廃墟の中から、「政府の行為によって再び戦争の惨禍が起こることのないように決意して」現行日本国憲法を制定した。これは主権者たる日本国民が日本国政府の行為により、戦争による被害が起こらぬよう誓ったものであり、戦闘員非戦闘員を問わず、戦争の直接的影響による被害者に対する国の責任を自覚し、援護することを含むものであった。

歴史的には、国は、平和条約発効後、戦傷病者戦没者遺族等援護法（昭和27年法律第127号）により、国家補償の精神に基づき軍人軍属等が軍務ないしは戦闘中に負傷又は死亡したとき等について、その援護を行ってきたのをはじめ、戦闘員を中心に戦争の被害者に対する救済施策を順次拡大してきた。

しかしながら、非戦闘員被災者の被害については、国は戦後65年余にわたってその救済と援護を放置し続けてきた。

我が国は、このことを深く反省し、平和国家建設の誓いを新たにし、ここに非戦闘員死没者を追悼し、国家補償の精神に基づき、その遺族と、現在も戦争被害に苦しむ被災者に対する援護措置を講じ、さらには戦争による民間被害実態調査を行う目的をもってこの法律を制定する。

(本文骨子は次のページ)

(本文の骨子)

1 補償対象の範囲

- ① 期間的には1941年12月8日からいわゆる太平洋戦争終結まで
- ② 地域的には日本全土（沖縄から北海道）
- ③ 戦争行為に起因する焼夷弾他の爆弾、砲弾、兵器による被害

2 補償対象たる被災者

- ① 戦災死者（1①が原因で、1945年12月末日までに亡くなった者）
- ② 身体損傷による重度戦傷者
- ③ 保護者を失った未成年孤児

但し、上記の内、以下を除く。

- ・ 戦傷病者戦没者遺族援護法による補償又は給付を受けた者
- ・ 原子爆弾被害者に対する援護に関する法律による手当を受けている者等については、今後調整を行う。

※本法の適用対象は、約55万人の死没者規模（東京空襲10万人、その他空襲20万人、広島14万人、長崎7万人、沖縄4万人 合計55万人）を前提とする。

3 給付内容

- ① 死者に対する給付（遺族給付）

配偶者、父母、子、孫、兄弟姉妹の順で遺族給付金又は弔慰金を支給する。

- ② 障害者

重傷度に応じて、2～3区分して、補償し、年金を支給する。

- ③ 孤児加給

父母を失い、孤児となった者に対し、親一人につき相当額の補償金を支給する。その他の保護者たる親族を失い、孤児となった者もこれに準じる。

4 調査義務

東京都慰霊堂他に仮埋葬されたままの被災者の身元調査と本埋葬を行い、更に家屋焼失・一家全滅を含む空襲被害および地上戦被害全般について、国は主務官庁を定め、その実態を調査することとし、調査の為の予算措置を講じる。調査結果についてはこれを保存・公表し、調査結果に応じて必要な措置を講じる。

5 恒久的追悼施設の建立

空襲の被害を歴史にとどめる為、追悼碑及び国立の追悼祈念施設を建立する。

青井意見書（甲D）と宍戸意見書（甲D51）についての証拠弁論

内藤雅義

第1、まず、青井意見書について述べます。

- 1、青井意見書は、空襲被災者が戦争による生命、身体に対する犠牲を補償立法がないままに放置されることは、憲法13条から導かれる「特別の犠牲を強いられない権利」の要請に反し、日本の戦後補償立法の経過からみれば、立法不作為に関する平成17年判決にいう国家賠償訴訟における憲法判断に踏み込む要件である「国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合」に該当し、国は被災者を立法措置しないまま放置したことについての慰謝料支払い義務があるとします。
- 2、意見書では、1章において、国会の立法行為に対する国家賠償の役割について述べています。そして、国家賠償では、あらゆる問題が違憲判断対象となってしまう等の批判に留意をしながら、国家賠償を立法不作為の違憲確認ための訴訟形式として積極的に位置づけて、平成17年最高裁判決を分析しています。
 - (1) 平成17年判決では、その文言上、立法行為ないし立法不作為の国賠法の適用は、行政行為と同様の個別の国民に対する職務上の義務違背の問題である点が、違憲性の判断基準とその国家賠償上の違法性の判断基準との相違点であるようにも読めます。しかし、青井意見書では、平成17年判決において、国会議員の立法行為ないし立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法の評価を受けるとされる二つの場合を、裁判所が「違憲判断に踏み込むための要件」として意味づけ、この点で、違憲性そのものの判断基準と区別しています。
 - (2) 青井意見書は、最高裁判決をこのように解釈する根拠として以下のような点を指摘しています。

- ①まず、平成17年判決が示す国賠法上違法の評価を受ける二つの場合について、行政行為と同様な意味での具体的個人を想定した具体的な権限違反を想定することは困難であることを指摘します。
- ②その反面で、憲法上違法でありながら、国賠法上合法であるという枠組を広く持ちもちこむことの法体系の整合性から、違憲の場合は、原則的に国賠法上違法とすべきであるとしします。
- ③これらを踏まえて、立法、とりわけ立法不作為をめぐる憲法上の訴えを提起する訴訟形式の貧困性、また、裁判所と政治部門、市民との憲法秩序のダイナミズムから、最高裁が国家賠償を違憲確認のための訴訟形式として用いていることを積極的に評価します。
- (3)そして、国権の最高機関としての国会の自律性に留意しながらも、人権の砦としての裁判所の役割への考慮から「合違憲性のそのもの要件・基準」と「裁判所が憲法判断に踏み込むか否かの要件・基準」とを分け、国家賠償訴訟という形式を違憲確認訴訟のための有効な訴訟形態とみるものです。

2、このような国賠法上の位置づけを踏まえて、青井意見書では、第Ⅱ章(34頁以下)において、空襲被災者に対する補償立法の不存在に関する合違憲性についての判断基準として、憲法13条から導かれる「特別犠牲を強いられない権利」があることを指摘します。

この特別犠牲という考え方そのものは、国家行為による国民の被害や犠牲に対して国家、つまり税金による負担の範囲を定めるものとして、行政法の分野で戦前から存在し、田中二郎元最高裁判事が述べたように「国民全体の負担において、個人の特別の犠牲を償うべきなのか、それとも、個人の特別の犠牲を国民全体の利益のためにやむを得ざる犠牲としてこれを甘受せしむべきかの選択の問題」であって、「その何れがより正義なるか」が判断基準であるとされてきました。

本件で問われているのは、まさに、このような根本的価値判断としての正義の問題です。

日本国憲法はすべての国民が個人として尊重されることを基本理念としています。一人一人が人格において、平等な価値を持つとされる以上、誰も共同体である国家のために「特別の犠牲」つまり、我慢できないような犠牲を強いられることがあってはなりません。青井意見書はこの視点から個人の尊重を謳った憲法13条には「負担の平等」と「特別の犠牲を強いられない権利が」内在しているとするのです。そして、国家賠償を定めた憲法17条、損失補償を定めた29条3項、刑事補償を定めた40条もその具体的現れであるとしします。

更に意見書は、憲法13条に定める個人の尊重は国家以前の天賦のものであるとされる以上「特別犠牲を強いられない権利」は戦前の戦争による被害にも及ぶとし、国会の立法権限を制約し、その制約を超えるときは、無補償という状態では、憲法上の要請を満たさないことになるとしします。

3、意見書は、これを前提に、空襲被災者に対する補償立法の不存在が最高裁平成17年判決にいう、憲法判断に踏み込む要件に該当するか否かを検討しています。

青井意見書はこの部分で、戦後、戦傷病者戦没者遺族等援護法以来、戦後我が国では、様々な戦後補償立法が今日までなされてきた経過を詳しく述べています。そして、いくら国が古い国家観に基づき軍人軍属を優遇し「戦後処理についてもはや国に何もすることはない」と強弁しても、「必要不可欠」であるからこそ、戦後補償立法が拡大してきたのであり、憲法14条も合わせて考えれば、空襲被災者が、生命・身体が犠牲を強いられ、かつ無補償の置かれることはあってはならないにもかかわらず、その運動にもかかわらず、長期にわたって空襲被災者補償立法を怠ってきたことは、平成17年判決にいう憲法判断に踏み込む場合に該当し、生命・身体に被害を受けた空襲被災

者には、国家賠償法により慰謝料請求権があるとします。

第2に、宍戸意見書について述べます。

青井意見書が指摘したように、問われているのは、戦争被害の補償を考える上で何が憲法価値から見て正義なのかという点です。

この点で、欧米各国の立法やその基本理念を紹介し、日本の戦後処理の歪みを指摘しているのが、宍戸意見書です。在外資産補償最高裁判決や、名古屋空襲最高裁判決当時、最高裁の裁判官は、欧米の戦後補償の状況を知らず、戦争被害受忍論が世界共通の有り方だと思ってしまったのかも知れません。しかし、宍戸意見書が指摘するように、戦争被害補償において、軍人（戦闘員）と民間人（非戦闘員）とを区別しない国民（軍民）平等主義、そして国籍による差別をしない内外平等主義は、既に第1次世界大戦後に導入されているのです。宍戸意見書では、既に第2次世界大戦中に戦争被害補償が「国家の感謝にとしての軍役に対する恩賞」から「社会連帯に基づく救済」「犠牲の平等の回復のための補償」「国家行為による損害に対する国の補償責任」へと戦争被害補償が進んできており、結論として、「財政的な条件によって、国の補償責任の実現が制約されることはあっても、それを否定されてはならないと見るべき」であるとしています。

藤田久一「東京大空襲訴訟についての意見書『東京大空襲に適用される国際法』（甲C第34号証）について証拠弁論

代理人弁護士 黒岩哲彦

1 藤田久一名誉教授は国際人道法（戦争法）の大家

藤田久一名誉教授の紹介について、坂元茂樹編『藤田久一名誉教授古希記念・国際立法の最前線』（有信堂、2009年）「はしがき」で坂元茂樹教授は次のように述べられています。一部を紹介します。

「藤田先生は、1961年に京都大学法学部を卒業された。その後、大学院を経て、1966年に金沢大学法文学部に助手として採用され、講師、助教授と経て、1974年に関西大学法学部教授に着任された。その間、パリ大学法学部、ジュネーブ大学国際高等研究所に留学された。1991年に東京大学大学院法学政治学研究科教授に迎えられ、東京大学定年後は神戸大学法学部に移られ、2001年より再び関西大学法学部教授となり、2008年3月をもって退職された（関西大学名誉教授）。

藤田先生はこの間、1992年から2006年まで財団法人国際法学会理事を務められ、2002年には世界法学会理事長に、2007年には世界の著名な国際法学者によって構成さえる万国国際法学会（アンスティチュ）の正会員に選出されるなど国の内外で日本を代表する国際法学者として活躍しておられる。

藤田先生は国際人道法の大家であることは周知の通りである。」

2 「東京大空襲訴訟についての意見書『東京大空襲に適用される国際法』（甲C第34号証）の結論

意見書は全文71頁にわたるが、67頁以下において「結論—東京大空襲は空爆国際法に違反した」が述べられています。

「III. 結論 東京大空襲は空爆国際法に違反した

1. 以上に検討した第二次世界大戦当時に適用されえた空爆をめぐる国際法に照らして見れば、米爆撃機の焼夷弾による無差別爆撃であった東京大空襲は、明らかに違法であり、かつ、東京裁判で認められた戦争犯罪に該当する行為であったとさえいえる。⁽¹⁰²⁾

以下に、その違法性（ないし犯罪性）について、上述の分析から得れた結論を事項毎に纏めておきたい。

1. 第二次世界大戦時の実定国際法は条約と慣習法であるが、空爆については、条約は陸戦規則や海戦砲撃条約で空戦（空爆）への（類推）適用は可能としても、ともに総加入条項が挿入されていたから、同大戦当時条約としては適用されなかったとみななければならない。また、1915年予定の第三次ハーグ平和会議まで有効とみなされた空爆禁止宣言は、第二次世界大戦時にはもはや有効とは見做されず、交戦国（締約国）はもはや守る意思を有していなかった。しかし、特にハーグ陸戦規則の内容（攻撃・砲撃に関する規則）は慣習法化していると考えられ、第一次世界大戦においてもその適用が求められた経験がある。したがって、第二次世界大戦において慣習法とみなされる陸戦規則は適用されねばならなかった。さらに、1923年空戦規則案は、未批准ではあったが、諸国はそれらの規則を軍事提要に規定し、あるいは、声明においてその規則「とくに軍事目標主義、すなわち、平和的人民への無差別空爆の禁止」の尊重を求めるなど国家実行や国際連盟決議に反映され、慣習法規則と考えられた。したがって、第二次世界大戦において、すべての交戦国が適用すべき空爆の国際法規則は存在したのである。

2. 米軍の東京大空襲は、国際武力紛争としての太平洋戦争に行われた敵対行為であり、そこには、当時の実定国際法たる戦争法「ここではとくに空爆に関する規則」は適用されねばならないものであった。この戦争の開始について、満州事件以後の日本の行動や真珠湾の奇襲攻撃が開戦条約違反であり、また、当時の国際法（*jus ad bellum*）上違法行為（1928年不戦条約（日本も締約国）違反）ないし侵略行為と認められたとしても（東京裁判での「平和に対する罪」の認定）、当時の戦争法は交戦国間で平等に適用されるべきものとみなされていた。米国も開戦当初日本に対して、日本が批准していない1929年

ジュネーブ捕虜条約の相互主義による適用を（赤十字国際法委員会を通じて）要請し、日本も必要な変更を加えて（*mutatis mutandis*）準用する旨回答したのである。

なお、太平洋戦争、少なくとも日中戦争（満州事変以後）はお互いにいわゆる「戦意の表明」のないままの「事実上の戦争」として推移したが、そこにおいても日本側は必ずしも戦争法の不適用を意図していたのではなく、日中のみならず国際連盟においても空爆規則の適用を肯定していたのである。したがって、空爆に関する国際法規則の違反は双方から非難された。つまり、事実上の戦争であれ、宣言された（戦意の表明のある）戦争であれ、第二次世界大戦の交戦国間に戦争法は平等に適用されねばならないという共通した認識が存在した。

3. 戦争法の基本原則、戦闘員と非戦闘員（軍事物）の区別原則および不必要の苦痛を与える害敵手段の禁止原則は、慣習法として第二次世界大戦において適用されるべき最も基本的な原則であった。これらの原則から引き出される特定の規則として、とくに陸戦規則中に規定されたもの、すなわち、いかなる手段（つまり、空爆という手段を含む）によるも無防衛都市に対する攻撃・砲撃の禁止（25条）、攻囲・砲撃の際の特定非軍事物の保護（27条）がある。さらに、これを空戦に応用したものとして、軍事目標主義 文民たる住民を威嚇し、私有財産を破壊し、非戦闘員を損傷する空襲の禁止（空戦規則案22条、25条）、軍事目標主義（同24条1、2項）、陸上部隊の作戦行動の直近地域でない都市の爆撃禁止（同24条3、4項）¹⁰³が規定されている。

第二次世界大戦中、東京は、上記の意味における「防衛されざる」都市であり、また、都市中に軍事目標は点在していたとしても、敵陸上部隊の直地地域ではなく、進入軍に抗敵する都市でもなかった。立説のいう相対的防衛説から見ても、当時の東京は、敵爆撃機を撃墜するための高射砲さえあまり機能せず、防空戦闘機は皆無であり（結果論ではあるが、米報告書『米国陸軍航空部隊史』によれば、B29の損害は軽微であった。¹⁰³）、防衛都市とはみなされなかった。したがって、米軍戦略爆撃機B29の多数が、夜間に低空から東京の主に住民居住区域に対して焼夷弾により繰り返し絨毯爆撃するという方法をとった。このような空襲は、戦闘員と非戦闘員の区別原則および不必要の苦痛を与える害敵手段の禁止という戦争法の基本原則そのものに違反し、それに基づく具体的規則ともい

える軍事目標主義に違反したのである。この空襲による文民の死傷者数と非軍事物の破壊がそれを証明している。また、このような空襲は、敵（日本）の戦争遂行（継続）能力に重要な経済能力を破壊することを目指すものであり、敵戦争能力（軍隊および軍事物）の破壊という伝統的な戦争の目的を逸脱するものであった。また、国民の抵抗する精神力を挫くという心理的効果をも狙っていた。しかし、そのために行われる無差別破壊は戦争法の基本原則に反するのである。戦後の1977年追加議定書51条で明文化された文民たる住民に対する無差別爆撃の禁止と軍事目標主義の実行の条件として、上述の均衡性原則の基準のある解釈によれば、軍事行動の目的としての敵経済力の破壊、さらには経費のかかる戦争の早期終結や自国兵士の犠牲の削減をあげることを軍事的利益の基準として認めるとしても、東京大空襲は当時の状況からして日本の経済力の破壊と戦争の早期終結に寄与するものであったと認定することは難しいかも知れない。たとえ均衡性原則の基準についてのこのような解釈が認められるとしても、この大空襲はすでに見たように、軍事目標主義に従った空爆ではなかったのであるから、そもそもこの均衡性原則に従ってその合法性を判断すべきものではなかった。

4. 東京大空襲におけるB29爆撃機による住宅地木造家屋への焼夷弾の大量投下により一帯は火の海となり、そこに居住していた無数の文民たる住民の無差別的殺傷のみならず、その一帯の家屋の焼失をもたらした。このことから分かるように、焼夷弾の使用が無差別攻撃による被害を一層拡大したのであり、この意味において、この空襲は不必要な苦痛を与える害敵手段の使用禁止原則にも反したことは明らかである。もともと、焼夷弾の使用そのものが当時の戦争法上禁止されていたかどうかについては、上述のように、戦間期の連盟主催の軍縮会議における軍縮案をめぐる議論において、平和的人民（文民たる住民）に対する化学兵器（毒ガス）および細菌兵器と並んで焼夷兵器の使用を禁止する条文に同会議参加諸国の賛同を得ていたものの、同会議の中止により軍縮条約が未完に終わった。化学兵器および細菌兵器については使用禁止条約（1925年毒ガス議定書 但し、日米とも第二次世界大戦の時期にもなお未批准であった）が締結されていたが、焼夷兵器については、かかる条約はなかった。そのため、不必要の苦痛を与える害敵手段として焼夷兵器の使用禁止が、当時（第二次世界大戦時）すでに慣習法化していたかどうかは問わ

れるが、そのためには（交戦）諸国の意思（法的信念）および慣行（不使用の実行）が証明されねばならない。ところが、それは十分になされていないのみならず、主要交戦国である米国が焼夷兵器を木造建築に効果的な兵器として使用したのであるから、同兵器そのものが同大戦中の慣習法として使用禁止されていたと認定することは困難である。もっとも、日本政府抗議文は東京大空襲を始め日本の諸都市に対する焼夷弾投下の空襲を違法と断定して非難したのであり、右軍縮会議での日本の態度（平和的人民に対する焼夷兵器使用禁止に賛成）から見ても、日本はその使用を慣習法上違法と見なしていたということはできよう。

第二次世界大戦後に起草された特定通常条約の焼夷兵器議定書が住民たる文民に対する焼夷兵器の使用禁止を規定しているのは、同大戦やベトナム戦争での焼夷弾ないしナバムの対人使用を念頭においていることは明らかである。さらに、国際刑事裁判所（ICC）規程における戦争犯罪の構成要件の規定中に焼夷兵器使用への言及はないが、毒ガスやダムダム弾とならんで、「武力紛争に関する国際法に違反して、その性質上過度の障害若しくは無用の苦痛を与え、又は本質的に無差別な兵器、投射物及び物質並びに戦闘の方法を用いること」（8条2（b）（XX））が含まれており、これには焼夷弾兵器使用も含まれるとすれば、国際刑事裁判所の管轄下に入る戦争犯罪とも見なすことさえ可能である。もっとも、ICC規程は遡及適用されえず、東京大空襲での焼夷弾使用をICC規程のいう戦争犯罪と見なすことは困難であろう。

なお、原子爆弾（核兵器）については、焼夷弾と同じように、第二次世界大戦中明文の禁止規定はなく（原子爆弾は同大戦中まだ存在しなかったから禁止規定のないのは当然ではあるが、秘密に開発・製造が進められたためか将来の兵器としても想定されていなかった。）、また、慣習法上も核兵器を名指してその使用を禁止する規定もなかったが、いわゆる原爆判決において、日本の裁判所は、広島・長崎に投下された原子爆弾は、戦闘員と非戦闘員（文民）の区別原則に違反したのみならず、不必要の苦痛を与える害敵手段の禁止規定に違反するとして、その使用を国際法上違法と判示した。¹⁰⁴

5. 以上のまとめから分かるように、東京大空襲は、当時の実定国際法上、戦争法の基本原則たる戦闘員と非戦闘員の区別原則および不必要の苦痛を与える害敵手段禁止原則に違

反する違法な戦闘行為であったと言わねばならない。国家の国際責任法上も、違法行為は違法行為国の国際責任を生ぜしめるから、違法な加害行為国である米国は、被害国である日本に対して被害の回復（責任解除）の方法（たとえば損害賠償）をとる義務を負うことは明らかである。米国は、東京大空襲の違法性が確認されれば、それに対する損害賠償義務を負うことを否定しなかったと思われる。¹⁰⁵ なお、この国際違法行為による直接の被害者である東京の住民個人も、加害国の対する賠償請求権を国際法上有するかどうか、および、当時、それを実現するいかなる方法が国際法上存在したかについては、本意見書の検討外である。）」

3 本意見書の意義—東京大空襲が国際法に違反したことを明記した判決を

藤田久一名誉教授は日本を代表する国際法学者であり、国際人道法（戦争法）の大家です。本意見書は、国際法学者が東京大空襲について本格的に研究した歴史的な意義がある意見書です。

いわゆる原爆訴訟下田事件東京地方裁判所判決（東京地方裁判所昭和38年12月7日判決）は核兵器使用の国際法上の合法性を正面から扱った世界で唯一のものであり、しかも、3人の代表的法学者（安井郁、田畑茂二郎、高田雄一）の鑑定書やそれを取り入れた判決理由は、世界の国際法学界で注目され、高い評価を得ました（藤田久一「広島・長崎原爆投下事件 松井芳郎編集代表『判例国際法第2版』613頁以下 東信堂2006年5月20日」）

貴裁判所が、下田事件判決のふまえ、代表的国際法学者による藤田意見書を取り入れ、判決理由において、東京大空襲が国際法に違反したことを明記されることを求めるものです。

証拠決定にあたっての意見

代理人弁護士 黒岩哲彦

本日証拠決定がなされるにあたり、控訴人の意見を述べます

1 控訴人らは証人3人及び控訴人本人4人に厳選しました

控訴人は、憲法学や国際法学など法的問題についての専門家証人を証拠申出をする予定でした。しかし、裁判長の訴訟進行についての意向を尊重して、証人3人及び控訴人本人4人に厳選して証拠申出を行った。これ以上に絞ることはできません。

2 多くの国民が証人3人と控訴人4人の採用を望んでいます

控訴人「本件の審理にあたって事実確定は不要である」とした被控訴人国の12月15日付意見書が提出される事態を重視し、年末年始という困難な条件の中で団体署名をとりくみ、短期間に913団体に団体におよぶ団体署名が集まりました。多くの国民が「東京高等裁判所は証人と原告の生の声を聞いて下さい」と強く望んでいます。

3 被控訴人の「本件の審理に当たって事実関係の確定は不要である」との意見の不当です

被控訴人国は一審段階から一貫して事実関係についての答弁を頑なに拒み、また控訴人の①民間被害の実態調査をしたか、②その結果についての求釈明に釈明を拒否しています。

司法の場においてまで、事実の解明を拒否して、事実から逃げる被控訴人国の不誠実な対応は強く非難をされるべきである。

3 控訴人らは65年間の期間を立法府の救済から見過されてきました。

控訴人らの悲痛な思いと願いは残念ながら原審裁判官の心には届きませんでした。

貴裁判所が、法と正義の立場から正確な事実認定を行うために、証人3人及び控訴人本人4人の証拠決定をされることを心から求めるものです。

以上