

令和 5 年（ネ）第 2 0 8 3 号 損害賠償請求控訴事件

控訴人 アンビカ・ブダ・シン

被控訴人 東京都 ほか 1 名

一審原告第 5 準備書面

2 0 2 4 年 7 月 1 7 日

東京高等裁判所第 9 民事部 御中

控訴人訴訟代理人弁護士	鬼 束 忠 則
同	小 川 隆太郎
同	橘 真理夫
同 (主任)	川 上 資 人
控訴人訴訟復代理人弁護士	海 渡 雄 一



目次

はじめに	2
第 1 岡田正則教授の国賠法 6 条についての見解	3
1 鑑定事項と結論	3
2 鑑定意見書の概説	4
3 国家賠償法 6 条は、憲法 1 7 条に適合するように解釈するのであれば、どのように解釈されるのか	6
4 そもそも国家賠償法 6 条は、憲法 1 7 条に違反しているのではないか ..	25
5 国賠法 6 条についての東京地判 2 0 2 3（令和 5）・3・1 7（ネパール人	

身体拘束死亡国家賠償請求事件)の判示部分は、上記鑑定事項第1・第2の結論からどのように評価されるのか	32
6 岡田教授による早稲田法学論文(甲59)における国賠法6条の違憲論の補強について	38
第2 戦後の国賠法6条に関する判例の参照	40
1 作業の経緯	40
2 相互保証の有無が争われているのは、ほぼフィリピンのみ	40
3 損害賠償の範囲、判決認容額を相互保証を理由に制限した判決例は原判決以外に皆無である	41
第3 拷問等禁止委員会から2度にわたって国家賠償法6条を見直すべきであることが勧告されている	41
1 はじめに	41
2 2007年の第一回審査に基づく総括所見(甲60号証)	41
3 2013年の第二回審査に基づく総括所見(甲61号証)	42
4 原判決は拷問等禁止条約14条に反する	43
第4 結論	43

はじめに

本準備書面は第一に、岡田正則早稲田大学大学院法務研究科教授が作成された、本件の国賠法六条に関する鑑定意見書、また、同じテーマについて最近あらわされた論文「国家賠償法6条の違憲性ーあるいは相互保証主義の合憲限定解釈の限界」の内容を紹介する。

岡田教授がわが国の行政法学界における第一人者であることは、明らかであるが、同教授は、佐藤英善『逐条国家賠償法』における国賠法 6 条の執筆を担当するなど、国家賠償法とりわけ相互保証主義について長年にわたって解釈されてきた行政法研究者である。

第二に、戦後の判例検索できる国家賠償法 6 条のキーワードでヒットする全ての判例を、一審原告代理人らの手によって調査し、国家賠償法 6 条の解釈において、判例は相互保証主義を緩やかに解釈してきたこと、とりわけ、同項にもとづいて、損害賠償の範囲を限定した、原判決のような判断事例は皆無であることを論証する。

第三に、国連人権条約の一つである拷問禁止条約に基づいて設立された拷問等禁止委員会が、日本政府に対して、この相互保証主義の見直しを、勧告していることを紹介する。

第 1 岡田正則教授の国賠法 6 条についての見解

1 鑑定事項と結論

2024（令和 6）年 1 月 13 日付で作成された岡田正則教授の鑑定意見書（甲 152 号証）は、本件の原判決について以下の内容の鑑定意見を提出した。

（1）鑑定事項

第 1 国家賠償法 6 条は、憲法 17 条に適合するように解釈するのであれば、どのように解釈されるのか

第 2 そもそも国家賠償法 6 条は、憲法 17 条に違反しているのではないか

第 3 国賠法 6 条についての東京地判 2023（令和 5）・3・17（ネパール人身体拘束死亡国家賠償請求事件）（以下「本件地裁判決」と

いう)の判示部分は、上記鑑定事項第1・第2の結論からどのように評価されるのか

(2) 結論

第1 国家賠償法6条を憲法17条に適合するように解釈するのであれば、相互保証の存在が否定されるのは、賠償請求者たる外国人の出身国において狭義の公権力の行使によって生じた損害について国・公共団体による賠償が明らかに認められない場合か、または、日本人による当該国の国家賠償制度の利用が明らかに不可能である場合に限られるのであって、その他の場合には相互保証が認められる、と解釈しなければならない。

第2 国賠法6条は、仮に1947年の制定時において合憲限定解釈を施すことによって合憲であると解釈できたとしても、今日の時点では違憲状態になっている

第3 国家賠償法6条についての本件地裁判決(東京地判2023(令和5)・3・17)の判示部分は、国家賠償法6条にも憲法17条にも違反する。

2 鑑定意見書の概説

「国家賠償法6条は「この法律は、外国人が被害者である場合には、相互の保証があるときに限り、これを適用する」と定める。この趣旨は、同法1条または2条の要件に該当する損害を受けた者が外国人である場合には、同法の適用が日本人の場合とは異なる、という点にある。多数説や実務では、当該外国人の本国の法制度が日本人に対して国家賠償を認めているときに限って、同法の規定を適用するという相互保証主

義を定めた規定だと解されている¹。

この規定については、制定当初から憲法 17 条違反の疑いが示されてきた。たとえば、GHQ は国賠法 6 条に対する違憲論が存在することに注目し、国賠法施行直後の時期に相互保障主義の合憲性について法務庁に照会をした。これに対して、法務庁は同条を合憲だとしつつも、「法律問題を離れて、実際上の問題としては、格別この条文を存置しなければならない必要性に乏しいから、法務庁としては、次の通常国会に、この条文を削除する法律案を提出する心算である」と回答していた²。また学説も、「国家賠償法 6 条が、……相互保証主義を採用し、外国人の賠償請求権を相互の保証のある場合にかぎっているのは、本条〔憲法 17 条〕の趣旨に適合しないきらいがある」（宮澤俊義）³、「自然人にかんしてはその請求権をいずれの国籍たるを問わず認めるのが合理的であり、その制限は違憲の疑いが濃いと言わざるをえない」（下山瑛二）⁴などと指摘してきた⁵。実務においては、外国人の賠償請求権を否定しない程度に相互保証主義を緩やかに解することで、国賠法 6 条の合憲性を説明してきたのが実情である⁶。

しかし、近年の裁判例において、国賠法 6 条を用いて外国人の賠償請求権の全部または一部を否定する判断がみられるようになっている⁷。「実

¹ 本稿では、漢字の旧字体を新字体にあらためた表記とした。また、日本国憲法・国家賠償法などの法令の名称については「憲法」「国賠法」等の略称を適宜用いている。

² 「国家賠償法 6 条の問題（昭和 23 年 10 月 14 日）」（佐藤達夫関係文書）宇賀克也編『日本立法資料全集 42 国家賠償法〔昭和 22 年〕』（信山社、2015 年）391 頁、宇賀克也「国家賠償法案の立法過程」宇賀編・同書 20 頁。

³ 宮澤俊義（芦部信喜補訂）『全訂日本国憲法〔第 2 版（全訂版）〕』（日本評論社、1981 年）230 頁。

⁴ 下山瑛二『国家補償法』（筑摩書房、1973 年）34 頁。

⁵ 学説の概観として、下山・前掲注（4）21 頁以下、古崎慶長『国家賠償法の理論』（有斐閣、1980 年）231 頁以下、西埜章『国家賠償法コンメンタール〔第 3 版〕』（勁草書房、2020 年）1389-1392 頁など。

⁶ 裁判例等での解釈の状況については、後述 3（1）（2）のほか、佐藤英善編『逐条国家賠償法』（三協法規出版、2008 年）298-302 頁〔岡田正則〕、宇賀克也・小幡純子編『条解国家賠償法』（弘文堂、2019 年）669-672 頁〔渡井理佳子〕参照。

⁷ 東京高判 2005（平成 17）・6・23 判時 1904 号 83 頁（上告審では、戦後補償について

務上は相互保証を広く認めているため、大きな不都合はない」⁸とされてきた状況が変わりつつあるといえる。上記の鑑定事項の背景にこのような状況の変化があることは明らかである。そこで、本鑑定意見書は、まず、「第1」において、憲法17条と国賠法6条の制定の意義を確かめた後、国賠法6条の解釈と適用の現状を明らかにし、同条を憲法適合的に解釈する場合の解釈の限界を提示する。次に、「第2」において、国賠法6条が違憲状態になっていることを示す。ここまでの考察により、国賠法6条を適用することの無意味さまたは違憲性を明らかにしたい。その上で、「第3」において、その具体例として、東京地判2023（令和5）・3・17（本件地裁判決、ネパール人身体拘束死亡国家賠償事件）の国賠法6条に関する判示部分について所見を述べることとする。」

3 国家賠償法6条は、憲法17条に適合するように解釈するのであれば、どのように解釈されるのか

（1）憲法17条・国賠法制定の意義と国賠法6条

ア 戦前期にも国などの非権力的活動については損害賠償が認められていた

国・公共団体の公権力の行使に起因する損害について、戦前の日本においては、民法を適用せず、賠償責任を免除するという法解釈（国家無答責の法理）が判例法として採用されていた。大判1941（昭和1

外国人には裁判上訴求する権能がないとする最判2007（平成19）・4・27民集61巻3号1188頁）に基づいて、同最判と同日に上告棄却・上告不受理とされた）、那覇地判2017（平成29）・2・23判時2340号3頁、東京高判2019（令和元）・6・6LEX/DB25563827（米軍基地の騒音訴訟におけるフィリピン人の賠償請求権を否定した判断が上告不受理等で確定している）、東京地判2023（令和5）・3・17裁判所Web（後述3（2）参照）など。後述4（1）参照。

⁸ 渡辺康行ほか『憲法I 基本権〔第2版〕』（日本評論社、2023年）475頁〔渡辺康行〕。

6)・2・27民集20巻2号118頁(東京市等滞納処分賠償請求事件)がその判例であるが、そこで免責の対象とされていたのは「統治権ニ基ク権力行動」という狭義の公権力の行使(この事案では町税の滞納処分)であって、その他の活動に関して国・公共団体は民法に基づく損害賠償責任を負うものと解されていた。すなわち、学校事故等の非権力的活動における不法行為や公共施設の設置管理の瑕疵などについての損害賠償責任である⁹。

民法に基づく国・公共団体に対する賠償請求については、当然に内外人平等の原則が採られており(民法3条2項、旧2条)、相互主義の適用はなかった¹⁰。一連の戦後補償請求訴訟において外国人原告による日本国に対する損害賠償請求について《賠償請求権は国籍——相互主義——によって制限される》等の主張が国側からされることはなかったが¹¹、このこともその例証といえる。

もし国家賠償法の施行以前に認められていた外国人の損害賠償請求権が国家賠償法の制定によって制限されることになるのであれば、それは、憲法17条にも国家賠償法制定の趣旨にも反することになるだろう。なぜなら、憲法17条と国家賠償法は、以下で述べるとおり、従前における国家賠償制度の欠落部分(国家無答責の法理によって国・公共団体の賠償責任が免除されていた部分)を是正する趣旨で定められたのであり、外国人の賠償請求権を縮小させることはその趣旨には含まれていないからである。そしてこれらの立法は、国・公共団体の公権力の行使についても民法が適用されることを前提としていた。最高裁も、戦後の国賠法施

⁹ 判例の推移については、田中二郎「判例より見たる行政上の不法行為責任」同『行政上の損害賠償及び損失補償』(酒井書店、1954年)80頁、佐藤編・前掲注(6)5-9頁[岡田]、岡田正則『国の不法行為責任と公権力の概念史——国家賠償制度史研究』(弘文堂、2013年)239-274頁参照。

¹⁰ 戦前の民法における内外人平等と相互主義については、たとえば我妻栄『新訂 民法総則』(岩波書店、1965年)56-59頁。

¹¹ 戦後補償請求訴訟の概観として、岡田・前掲注(9)60-70頁。

行以前の時期における公権力の行使に起因する損害について民法に基づく賠償請求を認めていたのである¹²。

イ 憲法 17 条制定の意義

日本国憲法 17 条は、「何人も、公務員の不法行為により、損害を受けたときは、法律の定めるところにより、国又は公共団体に、その賠償を求めることができる」と定めている。同条は、よく知られているように、当初の案にはなかったが、衆議院の審議の中で挿入された。

国賠法の制定作業では、憲法 17 条の意義は、「従来におきましては、国又は公共団体がその公権力の行使によりまして、損害を生ぜしめた場合におきましては、国家に賠償責任がないという学説、判例になっておったのでありますが、いわゆる民主的な思想から言いますと、国家権力の行使といえども、その公務員の不法行為によって損害を受けた者は、国家に賠償を求めるべきであるというところから、……憲法の 17 条ができたのであります」¹³と理解されていた。

以上から、第 1 に、憲法 17 条は狭義の公権力の行使に起因する損害について賠償請求権を保障するために定められたこと、第 2 に、この賠償請求権は民事上の請求権と考えられていたこと、第 3 に、その他の損害は民法に基づいて請求すべきであり、またそれは可能だと考えられていたこと、第 4 に、同条を具体化するための法律によって国・公共団体の賠償責任を否定することは憲法上で許されなくなったこと、を確認することができる。

¹² 最判 1956 (昭和 31)・4・10 集民 21 号 665 頁 (筑豊トンネル爆弾処理暴発損害賠償請求事件)。

¹³ 「参議院司法委員会会議録第 4 号 (昭和 22 年 7 月 26 日)」宇賀編・前掲注 (2) 242 頁。

ウ 国賠法制定の意義と同法 6 条の挿入

国会での国賠法案の提案理由として、1 条については、「従来現行民法の解釈として、民法の不法行為に関する規定は、国又は公共団体の公権力の行使による損害には適用がないもの」とされていたことから、「この点に関する国又は公共団体の賠償責任を明かにするため、……国又は公共団体が、これ〔公務員の公権力の行使による損害〕を賠償する責に任ずることを規定しました」と、また 2 条については、「〔公の営造物の設置・管理に関して〕国又は公共団体に賠償責任があるか否かは法律上明かでなく、学説、判例も区々でありますから、今回この法律案に第 2 条を設けて、かような場合には国又は公共団体に損害賠償責任のあることを明かにしました」と説明された¹⁴。

審議では、国賠法 1 条にいう「公権力の行使」の解釈は「私人相互間には見られない支配権の発動（例えば、違法の租税賦課の如く）となるかどうかによって決すべきこと」とされ、非権力的な活動は民法に任せるものとされた¹⁵。つまり民法と国賠法の役割分担は、「一般公権力以外の場合は、すべて国家といえども、民法不法行為の適用で、公権力の発動の場合だけこれ〔国賠法 1 条〕で行く」ということであり、「〔国賠法を定める〕実益は、公権力行使の場合にやはり国家が責任があるということをおいえば、これで目的を達するので、それ以外の点におきましては民法の規定が働くということ」であった¹⁶。

一方、国賠法 6 条は法制審議会の起草の過程で挿入された¹⁷。国会での法案提案理由では「国又は公共団体の損害賠償責任につきましては、国

¹⁴ 宇賀編・前掲注（2）82 頁。同書 121 頁（衆議院）、226 頁（同）、242 頁（参議院）も同趣旨。

¹⁵ 宇賀編・前掲注（2）84 頁、126 頁。

¹⁶ 宇賀編・前掲注（2）271 頁、306 頁（いずれも奥野健一政府委員による説明）。

¹⁷ 昭和 21（1946）年 9 月 19 日「法律案要綱」宇賀編・前掲注（2）36-37 頁〔資料 4〕と同年 10 月 15 日「国家賠償法案」同書 37-38 頁〔資料 5〕の間での挿入である。

により立法例が必ずしも一様でありませんので、外国人が被害者である場合には、第6条により相互の保証があるときに限り、この法律を適用することにいたしました」と説明されている。「差別、憲法違反ではないか」との問に対しては、「憲法14条は、……国籍による差別を否定してはいない」、「憲法17条は、……法律の定めるところにより……と規定し〔ているので〕、所謂相互保証も〔法律が定める〕一の消極的な要件と見得るから憲法違反ではない」という答えが準備されていた¹⁸。衆議院司法委員会の審議では、「相互主義という……国家主義に立脚したところのものを清算して、……日本は日本として独自の責任規定を設けて臨んだ方が国家のこれから行くべき途に合致するものではなかろうか」との疑義に対し、政府側は「そういう考え方も実は成立し得るかと思いますが、……外国相手に損害賠償ができないようになっておる国の外国人までも、進んで日本の国が賠償の責に任じなければならぬというほどのことも必要ではないのではないか」、「こちらが進んで救済を与えるというほどの国際主義を貫く必要もないのではないか、憲法ではすべてということになっておりますが、これは法律の定むるところによつて、そのくらいの制限を加えても憲法違反ではないという考えからこの条文をつくったのであります」と応答している¹⁹。参議院司法委員会の審議でも同様の疑義が出されたが、本会議では「〔国賠法6条は〕国際法上少くとも国家主義の色彩が濃厚であるのであります。いわゆる相互主義に基ずくところの規定であるのであります。今日の東洋方面における国際情勢から考えますれば、この相互主義を採ることも又止むなき次第である」といった委員会報告がなされた後²⁰、国賠法案は可決され成立した。

¹⁸ 宇賀編・前掲注(2) 122頁(衆議院)での説明(参議院は239頁)。疑義に対する答えは85-86頁。

¹⁹ 宇賀編・前掲注(2) 169頁。衆議院本会議での「相互主義が現在妥当である」とする委員会報告は同書234頁。

²⁰ 宇賀編・前掲注(2) 358頁。「東洋方面」は中国・朝鮮半島地域での不安定な政治的

以上から、第1に、国賠法は、狭義の公権力の行使に起因する損害について賠償請求権を保障するため（1条）および公の営造物の設置・管理の瑕疵に起因する損害について賠償請求権を明確にするため（2条）に制定されたこと、第2に、国賠法が適用されない国・公共団体の不法行為には民法が適用されること、第3に、国賠法6条は、相互保証がない外国人に対して国・公共団体は損害賠償責任を負わないという解釈および憲法17条の「何人も」という規定に違反しないという解釈に基づいて定められたこと、を確認することができる。なお、上記のような国賠法6条の解釈が外国人について国家無答責の法理を存続させる解釈になっていること、および、それが狭義の公権力の行使に起因する損害に関する事案以外の事案には適用できない解釈であることも、確認しておく必要がある。

エ 小括

これまでの考察から、まず、憲法17条および国賠法を制定したことの意義は、旧来の判例法理である国家無答責の法理を否定して民事上の損害賠償請求権を国・公共団体の公権力の行使についても認める点にあったことが確認できた。これらの制定によって、国家賠償請求権は国民としての地位に基づく権利（その意味での国務請求権）ではなく、すべての者が有する民事上の権利であることが明らかにされたのである。

次に、国賠法の制定は従前の民事上の損害賠償請求権を縮小するものであってはならないこと、換言すれば、国賠法が国・公共団体の従前の損害賠償義務を——一部分であっても——否定する内容を定めるならば、それは憲法17条違反になることも確認できたであろう。したがって、学校事故のような非権力的な「公権力の行使」の事件や国賠法2条

状況を指すものと推測されるが、詳細は不明である。

の適用対象となる種類の事件は、国賠法 6 条の適用対象としてはならない事件なのである（これらの事件に国賠法 6 条を適用すれば違憲となる）。

さらに、憲法制定者と国賠法制定者との間に齟齬があることも確認することができる。すなわち、憲法 17 条の制定者は、公権力の行使に関する事件について後の立法者が国・公共団体の賠償責任を免除する類の規定を法律で挿入することを想定していなかったが、国賠法の制定者は、《進んで外国人に対してまで国が賠償責任を負うことまでは必要ない》という程度の理解で国賠法 6 条を挿入したのである。しかし、この挿入は、外国人については国家無答責の法理を存続させるという効果をもたらすことになる点で、やはり憲法 17 条に反するといわざるをえないであろう。

（２） 国賠法 6 条の合憲的解釈の現状とその限界

ア 国賠法 6 条の解釈の現状

ここで、岡田教授は国賠法 6 条の解釈の主要な点の現状は次のとおりであるとされる。

- ・ 同条にいう「外国人」とは外国籍の者をいう。無国籍者については、相互保証の可能性がないこと、あるいは本条が前提とする国家相互の関係において賠償上の利益・不利益を考えようがないことなどの理由から、日本人と同様に国家賠償法が適用される。

- ・ 日本国と外国との二重国籍者については日本人とみなされ、外国国籍の二重国籍者については、そのうちの一方の国に相互保証があれば足りる、とされている²¹。特別永住者のような歴史的経緯により特別の保護が

²¹ 京都地判 1973（昭和 48）・7・12 判時 755 号 97 頁（在日朝鮮人中学校プール溺死事

与えられるべき外国人については、相互保証主義を適用せず、日本国民と同様の保護を与えるべきだとする指摘もある²²。難民については、難民条約 7 条 2 項を根拠として、日本に 3 年間居住した後に国家賠償法の適用を受けることができるとするのが法務省の見解である²³。

・相互保証の有無については、外国人の本国において国家賠償が認められるとする場合に、その根拠は法律の明文の規定に限られず、法律に代わる条約・協定、あるいは法律の解釈ないし判例によって認められていればよい、とするのが通説・判例である。また、相互保証の有無を判断するにあたっては規定の同質性の程度について、当該外国法が定める要件の範囲内でのみ本法の適用を認める説と外国における要件の範囲を緩和して判断する説とが対立している。裁判例にはどちらもみられるが、実際問題として、係争案件と同一の事案に関する判断が当該外国法の解釈や判例において確立していない場合も多いので、不明な部分は後説を採らざるをえないであろう。

・当該外国の制度が賠償義務の範囲を限定している場合²⁴、賠償額の限定を設けている場合²⁵も、同様であり、国家賠償法を適用してきた²⁶。

外国法において日本の国賠法よりも厳しい要件が定められている場合に相互保証が認められるか否かに関して、国賠法 6 条適用の要件論として、3 つの考え方がありとされる。包括的形式相互保証主義（外国人の本国において、日本人が内国人と同じく損害賠償請求権を行使できる

件、後述（2）の 2）など。

²² 宇賀・前掲注（19）362 頁。

²³ 南敏文「難民条約と国際私法」民事月報 36 卷 11 号（1981 年）20 頁。後述（2）の 10）のミャンマー人難民の事案がその例だと考えられる。

²⁴ 東京地判 1976（昭和 51）・5・31 判時 843 号 67 頁（ドイツ法人特許権審判国賠請求事件、後述（2）の 6））。

²⁵ 名古屋地豊橋支判 1975（昭和 50）・12・15 判時 812 号 90 頁（韓国人浜名港道路管理国賠請求事件）、名古屋高判 1976（昭和 51）・9・30 判時 836 号 61 頁（上記事件の控訴審）など。これに対して、その限定を日本で適用したのが後述（2）の 24）の裁判例である。

²⁶ 以上について、佐藤編・前掲注（6）303-305 頁〔岡田〕。

のであれば、相互保証主義を全面的に認めるという考え方)、個別的形式的相互保証主義(外国人の本国において、国家賠償法よりも狭い範囲でしか損害賠償請求権を行使できない場合には、日本においても当該外国の国民に同じ程度において損害賠償請求権の行使を認めれば足りるという考え方)、実質的相互保証主義(外国人の本国において、日本人に与えられる損害賠償請求権が、国家賠償法と実質的に同等以上のときに限って、相互保証を認めるという考え方)である²⁷。裁判例では、個別的形式的保証主義の説明を用いながら、外国における法定の要件の存在やその解釈が不明である場合が多いことから、実際の適用にあたっては包括的形式的相互保証主義と同様の処理をしているものがほとんどである(後述(2)の裁判例を参照)²⁸。

なお、立証責任については、国賠法6条の性質に関する権利根拠規定説(相互保証の存在を外国人の賠償請求権の取得要件と解する説)と権利障害規定説(本条によって外国人の損害賠償請求権が制限されると解する説)の対立がある。前者によれば原告側が相互保証の存在を立証すべきであり、後者によれば被告側がその立証責任を負うべきものとされる。かつては前者が多数であったが、近年の例では後者が有力になっている²⁹。前述のように外国における法定の要件の存在やその解釈が不明である場合が多いことからすると、権利根拠規定説に基づいて相互保証の

²⁷ 宇賀・前掲注(19)363-365頁。なお、これらの説は国賠法6条の「相互の保証がある」か否かを判断するに当たっての考え方を示すものであり、その範囲を制限するか否かを問題にするものではない。

²⁸ このほか相互保証の時期をめぐる論点もある。請求権行使時説と不法行為時説との対立があり、裁判例では両説がみられる。不法行為時説が多数説といえるが、学説では、被害の性質や衡平の観念を考慮に入れた弾力的な運用の必要性が指摘されている。西埜章「国家賠償法上の相互保証主義をめぐる諸問題」法律論叢79巻2・3号(2007年)373頁参照。

²⁹ 札幌地判2009(平成21)・1・16判時2095号100頁(後述(2)の13))、那覇地沖縄支判2016(平成28)・11・17判時2341号3頁(普天間基地爆音差止等請求訴訟)、仙台高判2020(令和2)・9・30判時2484号185頁(福島第一原発事故避難者訴訟(福島県、隣接県)、後述(2)の21)・22))など。

存在に関する立証責任を原告の負担とする解釈を採ることは不合理である。2020年の仙台高裁判決は、この趣旨を次のように判示しており、説得力がある³⁰。

「国賠法6条は、我が国の国民に国家賠償による救済を与えない国の国民に対し、我が国が積極的に救済を与える必要はないという衡平の観念に基づくものであるところ、涉外生活関係が著しく発展拡大している今日、我が国の国民に外国に対する国家賠償による権利救済を図る必要や、外国人に我が国に対する国家賠償による権利救済を図る必要が増大している一方、各国の法制度は多様であり、我が国と法制度の異なる外国の法制度との同一性を厳密に要求することは、権利救済が認められる範囲を不当に制限することとなりかねず、また、同一性を厳密に要求できないことから仮に我が国より寛大な制度であることを要求することとすると、我が国より寛大な国家賠償制度を採用する外国が相互の保証を要求する場合、我が国はその外国からみればより厳格な制度を採用していることになるため当該国は我が国の国民からの国家賠償を認めないこととなり、その結果、我が国にとっても相互の保証を欠く結果となるという論理的破綻（いわゆる「両すくみ」）を来すため、これを防ぐ必要があることなどからすれば、相互の保証がないというためには、我が国と当該国の国家賠償請求に係る制度（要件及び効果等）が重要な点において同一ではなく、相互の保証を認めることによって国賠法6条の依拠する上記のような衡平の観念に反することとなることについて立証を要すると解するのが相当である」。

（2）裁判例における国賠法6条の適用の現状

³⁰ 仙台高判 2020（令和2）・9・30・前掲注（36）。

「裁判例における国賠法 6 条の解釈と適用の現状を概観すると、《同条は合憲だが、できる限り適用すべきではない》という共通の姿勢を見て取ることができる。そして近年、それにもかかわらず同条を適用して外国人の損害賠償請求権を否定する判断が出されるようになったことも確認できる。また、国賠法 6 条の適用対象とされている裁判例をみると、国賠法 1 条の事件のうち学校事故のような非権力的な「公権力の行使」事件および国賠法 2 条の事件が一定数存在する。前述 1（4）で確認したように、これらの事件は、仮に国賠法 6 条が合憲だとしても同条の適用対象とはならないはずの事件である。合憲限定解釈をするのであれば、憲法 17 条制定の前提をふまえた解釈をしなければならないであろう。なお今日では、外国人が原告となっている著名な国賠請求事件については、被告の国・公共団体は相互保証の存在を争わなくなっているようである³¹。」

以下、岡田教授は、各外国について相互保証の存在に関する解釈を行った代表的な裁判例をみていくことにすると、以下の各国の国民について、国家賠償法が適用されているかどうかを子細に検討されている。この部分は、引用を省略することとするが、各国の制度が正確に判明しない場合にも、何らかの賠償制度が確認できる場合には、相互の保証があるとした裁判例が多数に及ぶことが確認することができる。。

1) 大韓民国

2) 朝鮮民主主義人民共和国

³¹ 韓国籍原告の最大判 2005（平成 17）・1・26 民集 59 卷 1 号 128 頁（東京都管理職選考試験受験拒否事件）や最判 2007（平成 19）・11・1 民集 61 卷 8 号 2733 頁（在韓被爆者健康管理手当国賠訴訟）、朝鮮国籍原告の最判 1998（平成 10）・11・10 判自 187 号 96 頁（指紋押捺拒否国賠訴訟）、中華民国（台湾）籍原告の最判 2004（平成 16）・1・15 民集 58 卷 1 号 226 頁（不法滞在外国人国民健康保険証不交付事件）、アメリカ国籍原告の最大判 1989（平成元）・3・8 民集 43 卷 2 号 89 頁（法廷メモ不許可事件）など。他方で国は、各地の基地訴訟や福島原発事故避難者訴訟などの集団訴訟において、これらの国を含めて、繰り返し相互保証の存在を争っている（後述（3））。

- 3) 中華民国（台湾）
- 4) 中華人民共和国
- 5) ノルウェー王国
- 6) ドイツ連邦共和国
- 7) イギリス（連合王国）
- 8) アメリカ合衆国
- 9) トルコ共和国
- 10) ミャンマー連邦共和国
- 11) チュニジア共和国
- 12) ナイジェリア連邦共和国
- 13) ロシア連邦
- 14) モロッコ王国

14) から16) は、イスラム教徒に対する監視・情報収集等の警察活動に対する国賠法1条に基づく損害賠償請求事件である。

- 15) イラン・イスラム共和国
- 16) アルジェリア民主人民共和国
- 17) ベトナム社会主義共和国

17) から20) の事件および21) の最初の事件は、厚木基地の騒音等の被害についての国賠法2条に基づく損害賠償請求事件である。

- 18) パキスタン・イスラム共和国
- 19) スリランカ民主社会主義共和国
- 20) カナダ
- 21) フィリピン共和国

「フィリピンでは国家無答責の法理が実定法上規定されているものの、その適用範囲は国の同意や裁判所の判断により限定される場合もあり、同法理の存在を絶対視することは相当でない。また、公務

員個人に対する訴えも認められ、その結果として国が財政負担をすることもある。国又は公務員の責任については一般法である民法等が適用されるところ、民法では、物に欠陥のある場合の所有者の賠償責任が規定されており、国がその設置・管理する営造物の瑕疵を理由に私人に対する賠償義務を負う可能性は排除されていない。また、民法では、精神的損害も賠償の対象となり、外国人が被害者の場合に相互保証は条件となっていない」。「そうすると、フィリピンで日本人が被害者として本件と同種の損害賠償請求をした場合、我が国の国家賠償法所定の要件と重要な点で異なる要件の下にその請求が認められるとみることができるので、フィリピン人第一審原告らは国家賠償法6条の要件を満たす」（東京高判2015（平成27）・7・30判時2277号84頁）。

本件は、17）と同一の基地騒音被害についての国賠請求事件である。本判決は、フィリピンにおける国家無答責の法理の適用を理由として相互保証を否定した第1審の判断³²を覆し、民法に基づく損害賠償請求の可能性のあることを理由として、相互保証の存在を認めた。

「一審原告らの指摘するフィリピン環境法及びフィリピン民法の生活妨害に関する規定が、国家無答責の例外を定めるものとは認められない」。「国賠法の相互保証の要件について、……本件訴訟に提出された証拠上、日本人が、フィリピンにおいてフィリピン政府を相手に同様の訴訟を提起した場合に、訴えの提起自体を否定されることになる」と解され、本件のような事案において国家賠償による救済については、フィリピンの法制上は相互保証がないといわざるを得ない」。（東京高判2019（令和元）・6・6LEX／DB25563827）。

³² 横浜地判2014（平成26）・5・21判時2277号123頁（厚木基地第4次国賠訴訟）。

本件は、厚木基地の事案と同じく基地騒音等による被害の賠償請求事件であるが、横田基地は米軍管理の基地であることから、賠償請求の根拠法は国賠法 2 条ではなく日米地位協定の実施に伴う民事特別法 2 条に基づく賠償請求事件となっている。本判決は、国賠法と同じく相互保証が適用されると解した上で、フィリピン政府を相手とする騒音被害の訴訟について国家無答責の法理が適用されるとして、相互保証の存在を否定した。しかし、国賠法 2 条を適用する種類の事案はもともと国賠法 6 条の適用対象とはならない事案であるから、この判決は出発点において誤っている。また、上記の民事特別法は国賠法を準用してはならず、民法 717 条の特別法であるから、法形式の上でも国賠法 6 条を適用することは誤りである³³。

「フィリピンにおいては、我が国の国賠法に相当する特別の法律は存在せず、国については主権免責が適用されるものの、国が訴えられることを許可することが特別法又は一般法に明示されていれば、特別機関（特定の作業を行うために特別に委託されなければならない機関）が公的な権能を行使する際に故意または過失で行った作為又は不作為により損害が生じたときにはフィリピン民法により損害賠償請求が可能とされていること、その場合、慰謝料等の請求も可能とされていること、フィリピン民法は外国人にも適用があることが認められるから、フィリピンとの間には相互の保証がないとは認められない」（仙台高判 2020（令和 2）・9・30 判時 2484 号 185 頁（福島地判 2017（平成 29）・10・10 判時 2356 号 3 頁も参照）。

この事件と 22）の事件は、原発事故被害に関する国の権限不行使の

³³ 那覇地判 2017（平成 29）・2・23 判時 2340 号 3 頁（嘉手納基地爆音差止等請求訴訟）も同様の誤りを犯している。

違法を理由とする国賠法 1 条に基づく損害賠償請求事件である。国を被告とする損害賠償請求訴訟は民法の適用によって可能だとされていることを根拠として、相互保証の存在を認めた。」

フィリピンについては、判例の判断が分かれている。しかし、ここで注目されることは、国家無答責が規定されているものの、民法によって救済される可能性があることなどを理由に相互の保証の存在を認めた判決例が複数認められることである。

2 2) ウクライナ

2 3) ペルー

(3) 原判決の内容とその評価

2 4) ネパール連邦民主共和国

この事件は本件である。本件の一審判決は、次のように紹介・批評されている。

「ネパールにおいては、ヤータナ賠償法が存在し、同法 4 条及び 5 条は、ネパール政府公務員が何人に対しても「ヤータナ」を加えた」とみなされた場合は、被害者はネパール政府に対して賠償請求できる旨を規定していることが認められる」。「ヤータナ賠償法 6 条

(1) は賠償額の上限を 10 万ルピーと規定しているところ、……相互保証の判断において、当該外国と我が国の賠償制度に関し厳密な同一性を要求するのは相当ではない。しかしながら、当該外国における賠償額が定額であり、かつ、その金額が我が国の賠償額に比して著しく低いことが明らかである場合には、当該外国において日本人が効果の点において実質的に同程度の賠償を受け得るとは認められない。したがって、かかる場合には、前記国賠法 6 条の制度趣旨に照らし、当該外国人に対する我が国の国家賠償責任も、当該外国において認められる定額賠償の範囲に限定されると解するのが相

当である」。「もっとも、ヤータナ賠償法第6条（1）の上限額は10万ルピーであるものの、2007年ネパール暫定憲法第107条（2）は、最高裁判所は、救済手段が定められていてもなお不適當若しくは効果がないと思われる法律上の問題の解決のため、必要かつ適当な命令を発する特別の権限を有する旨を定めており……、実際に、最高裁判所は、同法第100条及び第107条（2）に基づき、治安当局による加害行為について被害者に20万ルピーの支払を命じていることが認められる（……）。また、治安当局による加害行為について政府による賠償が行われた事例においては、複数の事例で100万ルピーの支払が行われている」。「以上によれば、ネパールにおける賠償は、我が国に比して著しく低い金額の定額賠償となっていることから、相互保証の制度趣旨に基づきこれを上限とせざるを得ないものの、定額の上限については、実務的取扱いとして100万ルピーまでの賠償を認めた先例が複数あることを踏まえ、これを限度とすることが相当である」（東京地判2023（令和5）・3・17裁判所Web）。

本件について岡田教授は、次のように評価されている。

「本件は、警察署での身体拘束等による損害について国賠法1条に基づいて賠償請求がされた事件である。本判決は、ネパールではヤータナ（拘禁中の者に対して加えられた身体的又は精神的に重い苦痛等）について政府に損害賠償を請求できる制度があることから、相互保証の存在を認めた。その上で、この制度が定額賠償であることを理由として日本での賠償額もその範囲だとしながら、定額の上限については、憲法に基づく最高裁判所命令で定額を超える修正が可能であることに着目し、その実績の最高額を上限とみなして賠償額を判断した。しかし、賠償額の修正の実績は必ずしもその上限を確定するものではなく、また修正の上

限を定める規定は存在しないのであるから、この判決の賠償額に関する判断には根拠がないといわざるをえないであろう。」

(4) 判例理論の総括

これらの判決例の子細な検討にもとづいて、岡田教授は次のように述べている。

「以上の概観からいえることは、まず、かつては定住外国人の事件が多かったが、近年では、出入国管理に関わる外国人の事件が増えるとともに、対象となる国の数も増えつつある。さらに、基地訴訟・原発避難者訴訟のような集団訴訟やイスラム教徒に対する監視・情報収集活動のような外国人に対する行政機関の活動も考慮すると、外国人が原告となる国賠訴訟は今後ますます増加すると想定される。

次に、かつては、国賠法6条を適用しないことがその合憲性の証しともいえる状況であったが、近年では、同条を適用して外国人の損害賠償請求権を否定する判断が出されるようになってきていることに注意しなければならない。中国人（中国国賠法の1995年施行以前の事件）、フィリピン人（下級審での判断が分かれている）、ネパール人（定額賠償を理由とする一部否定）の事案である³⁴。この背後には、外国籍の原告について、被告国はほとんど常に国賠法6条を用いて相互保証の存在を否定する主張を行っていることがある。たとえば、前述（2）の23）の事件では、中国・韓国・北朝鮮・フィリピン・ペルー・アメリカ合衆国について相互保証を否定する主張を行っている。政府の公式見解として相互保証の存在を否定しているのであるから、国によるこうした訴訟活動は、当該外国において日本人が国家賠償を請求する事案において日本人原告の賠償請求権を否定する口実を提供することになってしまう。訴訟

³⁴ 東京高判 2005（平成 17）・6・23・前掲注（7）、前述（2）の 21）、同 24）。

において国側が国賠法 6 条の立法目的としてしばしば主張する“外国における日本国人の救済の拡充”とはまったく逆の訴訟活動を国は行っているのである。《適用しない程度に緩く解釈するから合憲だ》といった類の合憲限定解釈がもはや許されない状況にあることが理解できよう。

第 3 に、学校事故のような非権力的な「公権力の行使」事件や国賠法 2 条の事件に国賠法 6 条を適用することは、憲法 17 条に反するし、国賠法の制定趣旨にも反する。明らかに、違憲・違法な適用となっているのである。外国人原告らに無用な負担を課している状況は即刻是正されなければならないであろう。

第 4 に、当該外国の国家賠償に関する状況が定かではないにもかかわらず、実質的相互保証主義（前述（1）参照）を賠償額の算定にまで拡大して用いて事案を処理しようとする判断もみられた。ネパール人に関する上述 24）の裁判例である。従前の裁判例では、定額賠償制度の国についても当該国においてその上限を超えて日本人が賠償を受けられる可能性が認められれば、原告外国人に対しても日本人の場合と同じ賠償額を認めてきたのであるが、そうした可能性があるにもかかわらず、過去の実績をもって賠償額の上限とみなすことは、法解釈としても誤りだといえよう。また、実質的相互保証主義を含む国賠法 6 条適用の要件論は、賠償額の算定に関するものではない。日本で起こった不法行為事件なのであるから、相互保証の存在が認められれば、その後は日本の法律に基づいて処理されなければならないのであって、被害者がどこの国籍の者であっても、通常の民事賠償事件と同じように、国籍に関わりなく賠償額の算定がなされなければならないのである。

上記に関連して、民事訴訟における相互保証の解釈——外国裁判所の確定判決の効力に関する民事訴訟法 118 条 4 号の解釈——についてつけ加えれば、最高裁は、1980 年代にこの解釈を変更している。すな

わち、最高裁は、かつての判例である《外国と日本の条件を比較して、相等しいか、少なくとも外国での要件が日本のそれよりも緩い条件であることが必要である》という解釈³⁵を変更して、《外国の判決が重要な点で日本の裁判所の判決と異ならない条件のもとに効力を有するものとされていれば足りる》という解釈を採ることにしたのである。その理由は、「判決国が相互の保証を条件とし、しかも、その国の外国判決の承認の条件が我が国の条件よりも寛大である場合には、その国にとっては我が国の条件がより厳しいものとなるから、我が国の裁判所の判決を承認しえないことに帰し、その結果、我が国にとつても相互の保証を欠くという不合理な結果を招来しかねないから」ということにある³⁶。同様の矛盾は国賠法 6 条でも生じる。国家賠償について相互保証を採用している当該国が日本よりも緩い条件で賠償を認めている場合、当該国にとって日本は厳しい条件でしか賠償を認めない国ということになってしまい、当該国における日本人の国家賠償請求が否定されてしまうという不合理な結果を招来することになるのである。

（５）合憲的に解釈した国家賠償法 6 条の規範

以上の考察に基づいて、岡田教授は、国家賠償法 6 条を合憲的に解釈するとすれば、次のような規範に基づいて判断すべきであると提案された。

「以上のとおり、国家賠償法 6 条は、違憲の疑いが濃厚である（この点については、次の項で論じる）。仮に国賠法 6 条を憲法 17 条に適合す

³⁵ 大判 1933（昭和 8）・12・5 法律新聞 3670 号 16 頁（カリフォルニア州裁判所判決事件）。

³⁶ 最判 1983（昭和 58）・6・7 民集 37 卷 5 号 611 頁（ワシントン D.C.裁判所判決事件）。引用は同最判の判示の一部。解説として、加藤和夫「判解」最判解民事篇昭和 58 年度 232 頁、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅱ〔第 3 版〕』（日本評論社、2022 年）567-568 頁など参照。

るように解釈するならば、国賠法 6 条は、被害外国人の出身国において公権力の行使により生じた損害について国家賠償制度が存在するか否かを形式的に点検すること、および、当該国における日本人の損害賠償による救済可能性を点検することにより、当該国における日本人の権利救済を促す点に限って、その意義を認めることができよう（国・公共団体の賠償責任の免除や負担軽減は、国賠法 6 条の立法目的ではない）。

（２）で示した裁判例のほとんどがこの種の点検作業にとどまっていたのは、このためである。そうすると、国家賠償法 6 条を憲法 17 条に適合するように解釈するのであれば、相互保証の存在が否定されるのは、賠償請求者たる外国人の出身国において狭義の公権力の行使によって生じた損害について国・公共団体による賠償が明らかに認められない場合か、または、日本人による当該国の国家賠償制度の利用が明らかに不可能である場合に限られるのであって、その他の場合には相互保証が認められる、と解釈しなければならない。」

4 そもそも国家賠償法 6 条は、憲法 17 条に違反しているのではないか

続いて、岡田教授は、国家賠償法 6 条の憲法 17 条適合性について論を進める。

（１） 違憲論と合憲論

国賠法 6 条については、「はじめに」で述べたように、国家賠償請求権の否定という観点から憲法 17 条違反の疑いが、そして外国人差別という観点から憲法 14 条違反の疑いが示されてきた³⁷。しかし、「多数説は

³⁷ 宮澤・前掲注（３）、下山・前掲注（４）のほか、近年のものとして、奥平康弘『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』（有斐閣、1993 年）393 頁の「国家の不法行為により損害を受けた市民がたまたま外国籍の持主であり、その出身国では、発展途上国であったり旧社会主義国であったりした事情のために、日本の国家賠償法に類似した法律を欠い

本条の権利がいわゆる前国家的権利ではないことも考慮して、国家賠償法6条の規定はやむを得ない合理的規制として合憲であると解している」³⁸とされている。裁判例では、「国家賠償法6条の立法趣旨は、我が国の国民に保護を与えない国の国民に我が国が積極的に保護を与える必要がないという衡平の観念に基づくものであるから（昭和22年7月28日第1回国会衆議院司法委員会会議録第6号87頁）、その限りにおいて、被害を受けた外国人の国家賠償請求権を制限する結果が生じたとしても、やむを得ないものと解すべきであり、それをもって違憲とはいえない（最高裁昭和53年10月4日大法廷判決・民集32巻7号1223頁参照）」³⁹といった見解で原告側の違憲論がしりぞけられている。

（２） 合憲論に関する若干の検討

ところで、郵便法違憲判決を参照すると、憲法17条は法律による具体化の内容を立法府に白紙委任したわけではないし、また、国・公共団体の賠償責任の免除が許されるか否かは、「当該行為の態様、これによって侵害される法的利益の種類及び侵害の程度、免責又は責任制限の範囲及び程度等に応じ、当該規定の目的の正当性並びにその目的達成の手段として免責又は責任制限を認めることの合理性及び必要性を総合的に考慮して判断すべきである」とされている⁴⁰。これを国賠法6条にあてはめ

ているという理由で、なぜ日本政府の免責が許されているのだろうか。当該市民は、本国法の不備のゆえに、現実には日本政府から蒙った損害を、なぜ自分の負担として甘受しなければならないのか。こうした疑念が、納得のゆく論理で解消されないかぎりには、私は、国家賠償法6条は、憲法17条に違反し違憲だと思い続けるであろう」という見解、渋谷秀樹『憲法〔第3版〕』（有斐閣、2017年）491頁の「〔国賠法6条の〕限定に合理的な根拠はなく、もはや現時点においては違憲と解すべきである」という見解などがある。

³⁸ 長谷部恭男ほか編『注釈日本国憲法（2）』（有斐閣、2017年）250頁〔穴戸常寿〕。

³⁹ 東京高判2007（平成19）・7・18判時1994号36頁（旧日本軍毒ガス兵器遺棄国賠訴訟）。

⁴⁰ 最大判2002（平成14）・9・11民集56巻7号1439頁（郵便法違憲訴訟）。

てみれば、次のようにいえよう。

まず、国賠法 6 条の目的の正当性であるが、前述のとおり制定時の国会での説明では、「進んで日本の国が賠償の責に任じなければならぬというほどのことも必要ではない」といった消極的な目的、すなわち国民の権利利益の保障ではなく国の賠償責任を免除するということが同条制定の目的であった。そうすると、同条については実現すべき公共的な目的が存在せず、目的自体の正当性が疑わしいといわざるをえない。

次に、仮に、訴訟における被告国側の主張にみられる「国賠法 6 条の趣旨は、我が国の国民に対し国家賠償による救済を認めていない国の国民に対し、我が国が積極的に救済を与える必要がないとの衡平の観念に基づき、相互の保証を必要とすることにより、外国における我が国の国民の救済を拡充するところにある」⁴¹といった見解に基づいて、“外国における日本国民の救済の拡充”を国賠法 6 条の立法目的だと解してみよう。国・公共団体に対する外国人の賠償請求権を否定するという措置が諸外国における国家賠償制度の拡充を進める手段として有効に作用しているであろうか。おそらくその例は皆無であるし、逆に、賠償請求権を否定する判断が当該国の相互保証主義によってかえって日本人に対する当該国の賠償責任の否定を導くという“負のスパイラル”の手段になってしまうことすら懸念される。国賠法 6 条に手段としての有効性・合理性を見出すことはおよそ不可能なのである。また、“外国における日本国民の救済の拡充”という目的を実現するためには外交的なルートで働きかけることが有効な手段であるが、日本政府においてそうした目的を追求した形跡がみられないことからすると、政府にとってこの目的は追求する必要性のない目的という位置づけになっていると解される。そうす

⁴¹ 東京地判 2023（令和 5）・3・17 裁判所 Web（ネパール人身体拘束死国賠訴訟、前述 3（2）の 24）。

ると、立法目的実現手段としての国賠法 6 条の合理性・必要性は否定されざるをえないであろう。

以上のように、国賠法 6 条については、目的の正当性はきわめて疑わしく、またその目的達成の手段としての合理性・必要性を論証することはおよそ不可能なのである。したがって、郵便法違憲判決の判断基準に基づくならば、国賠法 6 条は違憲の評価に行きつかざるをえないと思われる。

(3) 国際社会の動向

前述のように、国賠法 6 条のモデルになったと考えられるドイツのライヒ官吏責任法 7 条は 1993 年に改正され、内外人平等原則を採用した。

ドイツでは、19 世紀において法治国家原理の形式的な理解に基づいて《違法行為の法効果は国家に帰属せず、違法行為者個人に帰属する》とする考え方、つまり官吏の個人賠償責任の考え方が採られていた⁴²。ドイツ民法典（1900 年施行）839 条もこの考え方を踏襲した。1910 年に至って、ライヒ官吏責任法 (Reichsbeamtenhaftungsgesetz, RBHG——正式の法令名は Gesetz über die Haftung des Reichs für seine Beamten) が制定され、ライヒの賠償責任について代位責任説に基づく国の賠償責任原則が採用された。同法の 7 条で相互保証主義が定められ、この規定が日本の国賠法 6 条の淵源になったと考えられる⁴³。1919 年制定のヴァイマル憲法 131 条が国・公共団体の賠償責任を定

⁴² 1981 年国家責任法の成立に至る過程について、宇賀克也『国家責任法の分析』（有斐閣、1988 年）第 1 部、1993 年ライヒ官吏責任法 7 条改正に至る経緯について、F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6., neubearbeitete Auflage, 2013, S. 99-101、S. Kaiser, Die Staatshaftung gegen über Ausländern, 1996, S. 41-68, 192-194 など。

⁴³ 宇賀・前掲注（55）450 頁など。

めたことから、ラントを含めた国家責任の原則が確立した。1949年制定の基本法（西ドイツの憲法）34条の下でも相互保証主義は維持されたが、裁判実務において批判が強く、政府は告示によりつつ適用しない処理をしてきた⁴⁴。1981年国家責任法35条1項での限定を経て、1993年のライヒ官吏責任法7条が改正された（同時にラントのレベルでの改正も進められた）。改正法によれば、国家責任法上の地位に関し、ドイツに居住権・永住権を有する外国籍の者およびEU市民をドイツ国民と完全に平等に扱うこととし、その他の外国人についても内外人平等とする一方、例外的に、外国における相互保証の確立を促す必要がある場合に連邦政府は当該外国人に対する賠償責任の除外を法規命令で定めることができる、という制度となった（EU加盟国についてはこの除外の対象にすることもできない）。従前とは、原則と例外が逆になったのである。

1947年に日本国憲法と国賠法が制定された後の国際社会の状況も大きく変わっている。1948年に世界人権宣言が採択され、その8条では「すべて人は、憲法又は法律によって与えられた基本的権利を侵害する行為に対し、権限を有する国内裁判所による効果的な救済を受ける権利を有する」と定められている。また1966年には国際人権規約（社会権規約／A規約、自由権規約／B規約）が採択され、日本はこれを1979年に批准した。自力執行性・裁判規範性を有すると解される自由権規約の2条1項は、「この規約の各締約国は、その領域内にあり、かつ、その管轄の下にあるすべての個人に対し、人種、皮膚の色、性、言語、宗教、政治的意見その他の意見、国民的若しくは社会的出身、財産、出生又は他の地位等によるいかなる差別もなしにこの規約において認められる権利を尊重し及び確保することを約束する」と定め、同条3

⁴⁴ 日本については、Bekanntmachung v. 5. September 1961, BGBl. I S. 1655.

項（a）は、「この規約において認められる権利又は自由を侵害された者が、公的資格で行動する者によりその侵害が行われた場合にも、効果的な救済措置を受けることを確保すること」とを各締約国は約束する、と定めている。さらに、1951年に採択された難民条約に日本は1981年に加入し、1984年に採択された拷問等禁止条約に日本は1999年に加入した。

こうした国際的な動向を考慮して、学説では、国賠法6条について、「相互保証主義が實際上形式的なものにとどまらざるを得ないこと、6条の適用例がきわめて少なく、財政的負担を懸念するに及ばないこと、6条の適用が問題となる事件の原告の大半は定住外国人であろうこと等に鑑みると、立法政策としては、相互保証主義を廃止し、外国人も日本人と平等に扱うことが望ましい」⁴⁵、「国際社会における個人の人権尊重の要請が高まっている今日、わが国が率先して、内外平等主義を採用すべきではないか」⁴⁶、「在来の国際慣行に即した立法であるとはいえ、国際化が進み人権保障の理念が普遍的となった現代社会ではいささか時代遅れの感があり必ずしも好ましくない」⁴⁷、「[相互保証主義の]妥当性については、現在においては疑問視する文献が大半であり、わが国が率先して立法的改革を行うことが望ましい」⁴⁸などと説かれている。また実務においても、「相互主義は、そもそも国家主義的な思想に基づくものとされており、また、外国人個人には過酷な条件となりうるものである（外国人への不利益な差別であり、外国人間でも国籍により待遇に差が生じ得るが、外国人は、個人ではさしあたり本国の法律状態を変えようがない）」といった点において、それ自体の合理性、更には、わが国憲法の採

⁴⁵ 宇賀・前掲注（55）451頁。

⁴⁶ 宇賀・前掲注（19）358頁。

⁴⁷ 原田尚彦『行政法要論〔全訂第7版（補訂第2版）〕』（学陽書房、2012年）316頁。

⁴⁸ 西埜・前掲注（5）1392頁。

用する国際（協調）主義の理念及び国際社会での個人の基本的人権尊重の発展状況（世界人権宣言、国際人権 A、B 規約の成立等）との整合性が問題になるであろう」⁴⁹といった所見が示されている。裁判例では、国際人権規約等による保障が日本国憲法の人権保障と同趣旨であるとして、憲法解釈と同じ線でわりきる判断が示されているが、裁判所は今日の国際人権法の水準を満たす法解釈をしなければならないはずである⁵⁰。

（４） 結論

以上の検討によれば、今日、国賠法 6 条の目的の正当性はきわめて疑わしく、またその目的達成の手段としての合理性・必要性を論証することはおよそ不可能だということであり、また、日本社会を取り巻く国際環境に鑑みれば国賠法 6 条は廃棄されるべきだ、ということは明らかであろう。国賠法 6 条は、仮に 1947 年の制定時において合憲限定解釈を施すことによって合憲であると解釈できたとしても、今日の時点では違憲状態になっているのである。

⁴⁹ 鈴木康之「相互保証」村重慶一編『裁判実務大系 18 卷（国家賠償訴訟）』（青林書院、1987 年）76 頁。

⁵⁰ 裁判例の態度に対する批判として、伊藤正己「国際人権法と裁判所」芹田健太郎ほか編『講座国際人権法 1 国際人権法と憲法』（信山社、2006 年）14-15 頁。伊藤は、「日本国憲法制定の 20 年後に採択された規約は、その 20 年間の世界における人権の発展（わが国においても新しい人権が生み出されている）という実態の面から、その論証をすることができなくはない」、「規約に反する公権力の行使が違法の段階から憲法の領域にさかのぼり、適用違憲であると考えられることもできるように思われる」、「このようにして、……なお裁判規範として国際人権規約を活用する道を探求すべきであろう」と述べている。

5 国賠法6条についての東京地判2023（令和5）・3・17（ネパール人身体拘束死亡国家賠償請求事件）の判示部分は、上記鑑定事項第1・第2の結論からどのように評価されるのか

（1） 東京地判2023（令和5）・3・17における国賠法6条の解釈・適用の実情

国賠法6条について、東京地判2023（令和5）・3・17裁判所Web（以下「原判決」という）は「争点6（相互保証の有無）」において、以下のとおり判示した。

（1）相互保証の判断基準

「国賠法6条1項の趣旨は、……衡平の見地に基づくものであるが、各国の法制のあり方は様々であり、我が国と全く同一の要件・効果を期待することは困難である上、同一性を厳格に要求するといわずらに権利救済を困難にするおそれがあることから、「相互の保証」とは、我が国の国賠法と全く同一の規定であることを求めるものではなく、要件及び効果の点から見て実質的に同程度の賠償を受け得ることをもって足りるというべきである」。

（2）ネパールにおける賠償法の存否

「ネパールにおいては、ヤータナ賠償法が存在し、同法4条及び5条は、ネパール政府公務員が何人に対しても「ヤータナ」を加えたとみなされた場合は、被害者はネパール政府に対して賠償請求できる旨を規定していることが認められる。また、実際にも、ネパールの治安当局が私人に対し加害行為をした事件について、裁判所が賠償命令を発したり政府が賠償を行ったりした事例が複数存在する…。以上からすると、ネパールでは、ヤータナ賠償法の規定に該当

する範囲において、政府から損害賠償金の支払を受けることができる法令ないし事例が存していると認められる」。

（３）ヤータナ賠償法の適用対象

「本件における留置担当官による病院搬送義務違反が、被拘禁者に対して身体的に重い苦痛を与えるものであることは明らかである。したがって、ネパールでは、本件と同一の事実関係において、我が国の国民が要件の点から見て同程度の賠償を受け得ると認められる」。

（４）賠償の性質

「同法８条によれば、賠償額は、（あ）被害者に加えられた身体的、または精神的な苦痛とその程度（被害者固有の精神的苦痛に関する損害と解される。）、（い）身体的、または精神的な傷害による被害者の逸失利益を補償する額（被害者の逸失利益に相当する損害と解される。）なども考慮して決定されるから、死亡者の収入によって生活する者の生活扶助を一定額に限って認めたものとは解し得ない」。

（５）定額賠償限定の要否

「ヤータナ賠償法６条（１）は賠償額の上限を１０万ルピーと規定しているところ、前記（１）に説示したところによれば、相互保証の判断において、当該外国と我が国の賠償制度に関し厳密な同一性を要求するのは相当ではない。しかしながら、当該外国における賠償額が定額であり、かつ、その金額が我が国の賠償額に比して著しく低いことが明らかである場合には、当該外国において日本人が効果の点において実質的に同程度の賠償を受け得るとは認められない。したがって、かかる場合には、前記国賠法６条の制度趣旨に照らし、当該外国人に対する我が国の国家賠償責任も、当該外国にお

いて認められる定額賠償の範囲に限定されると解するのが相当である」。「もっとも、ヤータナ賠償法第6条（1）の上限額は10万ルピーであるものの、2007年ネパール暫定憲法第107条

（2）は、最高裁判所は、救済手段が定められていてもなお不適當若しくは効果がないと思われる法律上の問題の解決のため、必要かつ適当な命令を発する特別の権限を有する旨を定めており（……）、実際に、最高裁判所は、同法第100条及び第107条

（2）に基づき、治安当局による加害行為について被害者に20万ルピーの支払を命じていることが認められる……。また、治安当局による加害行為について政府による賠償が行われた事例においては、複数の事例で100万ルピーの支払が行われている」。「以上によれば、ネパールにおける賠償は、我が国に比して著しく低い金額の定額賠償となっていることから、相互保証の制度趣旨に基づきこれを上限とせざるを得ないものの、定額の上限については、実務的取扱いとして100万ルピーまでの賠償を認めた先例が複数あることを踏まえ、これを限度とすることが相当である」。

（2）ヤータナ賠償法と2007年ネパール暫定憲法107条（2）の適用関係

原判決は、相互保証の有無の判断基準について、「我が国の国賠法と全く同一の規定であることを求めるものではなく、要件及び効果の点から見て実質的に同程度の賠償を受け得ることをもって足りる」として、ヤータナ賠償法の存在を根拠として相互保証があるものと認めている。また、賠償額の算定について、同法が定額賠償の制度を採っているとはいえ、その例外として、その上限を超える賠償額の支払いを命じる権限

を最高裁判所が有する旨を 2007 年ネパール暫定憲法 107 条（2）が定めていること、当該権限の行使によってその上限を超える賠償額の支払いの実例があること、および、100 万ルピーまでの賠償を認めた先例が複数あることを認めている。

すなわち、ヤータナ賠償法の定額賠償の制度は賠償責任の出発点にあたる制度にすぎず、本件の賠償額の算定にあたって参照されるべきは、2007 年ネパール暫定憲法 107 条（2）が定めている賠償額支払い命令の制度なのである。そして後者の賠償額支払い命令の制度には、上限は設けられていない。

（３）検討

以上のような、国賠法 6 条に関する、立法の経緯、判例、学説の状況をふまえて、岡田教授は、本件の一審判決の解釈について、次のとおり見解を明らかにしている。重要な部分であるから、全文を本準備書面に引用する。

「本鑑定意見書は、「国賠法 6 条は憲法 17 条・14 条に違反する状態となっており、したがって、本件について国賠法 6 条を適用することは許されない、という見解を有している。とはいえ、前述 3 の結論で述べたとおり、「国家賠償法 6 条を憲法 17 条に適合するように解釈するのであれば、相互保証の存在が否定されるのは、賠償請求者たる外国人の出身国において狭義の公権力の行使によって生じた損害について国・公共団体による賠償が明らかに認められない場合か、または、日本人による当該国の国家賠償制度の利用が明らかに不可能である場合に限られるのであって、その他の場合には相互保証が認められる、と解釈しなければならない」という法解釈上の見解も示したところである。

この法解釈上の見解に基づいて、原判決における国賠法 6 条の解釈と

適用に関する所見を述べれば次のとおりである。

第1に、賠償額の算定についてまで相互保証主義を及ぼした原判決の判断には、法的な根拠がない。すなわち、上述2で確かめたとおり、相互保証の存在が認められる下で原判決が参照することとしたのは2007年ネパール暫定憲法107条(2)が定めている賠償額支払い命令の制度であって、この制度には定額賠償や賠償額の上限といった限定が存在しないにもかかわらず、原判決はこの制度に定額賠償の考えを持ち込んで賠償額の上限を設定した。したがって、この点に関する原判決の判断に法的な根拠がないことは明らかである。

第2に、原判決は相互保証主義の適用範囲を誤解している。前述・第1の1(3)で示したとおり、国賠法6条の立法者はこの条項を“相互保証の有無”の点検のために挿入したのであって、賠償額の算定に用いるために挿入したのではない。また、前述・第1の2(2)で示したとおり、これまでのすべての裁判例は、相互保証主義が賠償額の算定にまで及ぶとは解してこなかった。その理由は、日本で起こった不法行為事件なのであるから、相互保証の存在が認められれば、その後は日本の法律に基づいて処理されなければならないからである。損害賠償額の算定を外国法に基づいて行うことはおよそ不可能であって、それを無理に行おうとしたのが原判決なのである。

いうまでもなく、損害賠償制度は、加害者が被害者に対してその損害分の埋め合わせをする制度であり、その損害額の算定は、経済的な損害と精神的な損害とに基づいて行われる。その算定は、不法行為地である日本における損害の評価が基本となる。この点に関し、1997年の最高裁判決は、外国人被害者の損害額の算定について次のように判示している。

「財産上の損害としての逸失利益は、事故がなかったら存したであ

ろう利益の喪失分として評価算定されるものであり、その性質上、種々の証拠資料に基づき相当程度の蓋然性をもって推定される当該被害者の将来の収入等の状況を基礎として算定せざるを得ない。損害の填補、すなわち、あるべき状態への回復という損害賠償の目的からして、右算定は、被害者個々人の具体的事情を考慮して行うのが相当である。こうした逸失利益算定の方法については、被害者が日本人であると否とによって異なるべき理由はない」（最判 1997（平成9）・1・28民集51巻1号78頁、改進黨事件）。

これは不法残留外国人の労災事故による逸失利益の算定に関する判断基準を最高裁が示したものであるが、こうした算定方法の代わりに、外国人の出身国の法律に基づく算定方法を日本の裁判所が用いるとすれば、その算定方法の適用には日本法の根拠がないものになってしまう。原判決の賠償額の算定には日本法の根拠がないのである。そしてこれは、原判決が相互保証主義の適用範囲を誤解した結果である。

第3に、そもそも、外国の損害賠償制度を日本の裁判所が適用しようとするのが不可能なのである。法の適用は、各国の法制度、判例、裁判例、社会制度、慣習、慣行、慣例、実務上の取扱い、文化、歴史等に依拠するものであるから、日本の裁判所が当該外国におけるこれらの実態を把握することは極めて困難である。そして、諸外国の損害賠償制度は千差万別であり、所得比例で賠償する国もあれば、不法行為の種類によって賠償の有無や程度が異なる国もある。したがって、国賠法6条の解釈における相互保証の解釈に賠償の範囲の相互性をも読み込んで、賠償額を算定することはおよそ不可能なのである。」

（4）結論

岡田教授は、原判決の判断が国賠法6条に違反するものであるこ

と、国賠法 6 条の解釈を用いて賠償額に限定を加えることは、憲法 17 条にも違反するとの判断を示されている。

「以上のとおり、原判決における国賠法 6 条に関する判断は、法的な論理の点でも、法的な根拠の点でも、さらには法の適用の実際に照らしても、成り立たないものである。したがって、原判決における上記の判断は国賠法 6 条に違反する。また、国賠法 6 条の解釈を用いて賠償額に限定を加えることは、憲法 17 条にも違反する。」

6 岡田教授による早稲田法学論文（甲 59）における国賠法 6 条の違憲論の補強について

岡田教授による早稲田法学論文は、この鑑定意見書をもとに、より一般的に、国賠法 6 条の解釈、さらにはその合憲性を突き詰めて考えられた論稿である。

同論文は、結論部分において、「主権国家間の相互主義の考え方が国家賠償制度に取り入れられてしまった理由は、この制度が主権免責にかかわるものと捉えられたことにあると考えられる。このため、外国籍の人々に対しては原則として国家無答責の法理が妥当することになっているにもかかわらず、疑問視されないのである。国賠法 6 条を合憲だと解している多数説や実務は、今日なおこの圏内に囚われている。外国籍の人々に対する国家賠償責任は、主権国家による外国人の処遇としてではなく、国際的な人権保障あるいは民事的権利の保障として履行されなければならない。また、このように解することによって、前述・・・の諸事例にみられたような司法エネルギーの浪費も回避できるであろう。」と述べている。

さらに、同論文の「結語」において、次のように述べて、国賠法6条が憲法違反であるという司法判断が強く求められている趣旨を補強されている。

「ここからいえることは、もはや国賠法6条を維持することは憲法の観点からも法解釈の観点からも不可能だ、ということである。そして・・・、郵便法違憲判決や近年の国際社会の動向に照らして同条の合憲性を検討した。

これによれば、今日、国賠法6条の目的の正当性はきわめて疑わしく、またその目的達成の手段としての合理性・必要性を論証することはおよそ不可能だということであり、さらに、日本社会を取り巻く国際環境に鑑みれば国賠法6条は廃棄されるべきだ、ということである。以上から、国賠法6条は制定時において違憲であったと評価しなければならないが、仮に同条が1947年の制定時において合憲限定解釈を施すことによって合憲であると解釈できたとしても、今日の時点で、は違憲状態になっている、ということを明らかにできたと思われる。」

「国際社会の動向との関連について付け加えると、日本の最高裁は、この間、国際社会の変化や諸外国における法制改正の動向に照らして、日本の法制度を違憲とする判断を示してきた。国籍法違憲判決、婚外子相続分差別違憲判決、再婚禁止期間違憲判決、性同一性障害者特例法違憲判決などである。そこでは、国際人権規約等における今日的な人権保障の水準が参照され、日本社会の国際化にともなう家族生活等の変化が考慮され、既存の規範の合理性が検証されている。最高裁は、このような観点から国賠法6条についても違憲の判断を示すべきであろう。」

第2 戦後の国賠法6条に関する判例の参照

1 作業の経緯

甲59号証は、判例秘書とTKC、D1-Law、WestLawの4つの判例検索システムにおいて、国家賠償法6条というキーワード・条文で検索した全ての裁判例について、原告代理人らが、国家賠償法6条に関する判示の内容を確認したものである。

半数ほどの判例は、岡田教授の鑑定意見書にも紹介されていたものであるが、同意見書には紹介されていないものも存在する。

2 相互保証の有無が争われているのは、ほぼフィリピンのみ

この調査から判明した結論は、国家賠償法6条の相互保証が認められないと判断された例は極めて少なく、甲58号証のリストの通し番号「33」の中国のケース、番号「54」のケースの中のフィリピンのみ（この判断は高裁の番号「57」の判断で取り消されている）、番号「62」のケースの中のフィリピンのみ、番号「66」のケース（フィリピン）、番号「75」のケース（フィリピン）のみである。中国については、相互保証があるとした判決例も多い。フィリピンについても、判決の判断は分かれているが、高裁レベルでは認められる傾向にある（番号「57」の東京高裁判決、番号「79」の仙台高裁判決）。

多くの国籍の外国人が日本の裁判所で裁判を提起するようになってい
る中で、ほとんどのケースで相互の保証があると判断されてきたこと
は、岡田意見書にも述べられているところであるが、重要な前提として
確認する必要がある。

3 損害賠償の範囲、判決認容額を相互保証を理由に制限した判決例は原判決以外に皆無である

この調査から判明した第二の結論は、国家賠償法6条の相互保証が認められた場合であって、その損害賠償の範囲について相互保証を根拠に制限をした判決例は、本件の一審判決を除いて皆無だということである。

この点は、原判決を批判する、岡田教授の鑑定意見が正当なものであることを裏付けており、原判決を見直すべき大きな根拠となる。

第3 拷問等禁止委員会から2度にわたって国家賠償法6条を見直すべきであることが勧告されている

1 はじめに

岡田意見書においても、国際的な人権保障の進展が、国賠法6条の違憲性を基礎づける事情の一つとして言及されていた。

2 2007年の第一回審査に基づく総括所見（甲60号証）

2007年の拷問等禁止委員会による日本政府報告書の第一回審査の後に発出された総括所見では、次のように述べられている。

「補償及びリハビリテーション

23. 委員会は、虐待の被害者が救済及び適切な補償を得る上で困難に直面しているとの報告を懸念する。委員会はまた、時効や外国人入国者に適用される相互主義などが、補償の権利に対する制限となっていることも懸念しており、委員会は、拷問又は不当な取扱いの被害者が請求し与えられた補償に関する情報がないことを遺憾とする。

締約国は、拷問又は不当な取扱いに当たる行為のすべての被害者が、補償及びリハビリテーションを含め、救済の権利を完全に行使することができるよう確保するため、すべての必要な措置を採るべきである。締約国は、同国内に、リハビリテーション・サービスを提供するための措置を採るべきである。締約国は、被害者に提供された補償又はリハビリテーションに関する情報を委員会に提供すべきである。」

いうまでもなく、外国人入国者に適用される相互主義とは国賠法 6 条の定めであり、全ての被害者とは、全ての外国人を含むものである。

3 2013 年の第二回審査に基づく総括所見（甲 61 号証）

続いて、2013 年の拷問禁止委員会による日本政府報告書の第回審査の後に発出された総括所見においても、次のように述べられている。

「補償及びリハビリテーションを含む救済

18. 国家賠償法第 1 条は被害者が国又は公共団体に対して損害賠償を求めることができると定めているにもかかわらず、委員会は、以下の事項について引き続き懸念を有する：

（a）. 拷問や虐待行為の被害者が、救済及び適切な補償を得ようとする際に直面する困難についての報告、

（b）. 時効や外国人に対する相互主義規定など補償を受ける権利についての制限、

（c）. 拷問または虐待の被害者が要求し、支払われた補償に関する情報の欠如（第 14 条）。

締約国が拷問の被害者に対して提供すべき完全な救済を行う義務の内容と範囲を明確にした条約第 14 条についての一般的意見 3（201

2) を参照しつつ、委員会は、締約国に対し、拷問または虐待の行為のすべての被害者が、公正かつ適切な補償を含む救済を受ける権利、できるだけ完全なリハビリテーションを受ける権利、及び真実への権利を完全に行使することができるよう確保するための努力を強化するよう勧告する。」

条約第 14 条についての一般的意見 3 (2012) は、「14 条は差別を一切することなく、拷問及び他の残虐な、非人道的な又は品位を傷つける取扱い又は刑罰（以下「不当な取扱い」）を受けた被害者すべてに適用されると考える。」としている。

4 原判決は拷問等禁止条約 14 条に反する

このような総括所見によれば、原判決は明らかに全ての拷問被害者に対して一切の差別なく、公正かつ適切な補償を求める権利を保障している拷問禁止条約 14 条に違反する判断を行ったものといわなければならない。

第 4 結論

国賠法 6 条については、目的の正当性はきわめて疑わしく、またその目的達成の手段としての合理性・必要性を論証することはおよそ不可能なのである。したがって、郵便法違憲判決の判断基準に基づくならば、国賠法 6 条は違憲である。

仮に、国家賠償法 6 条を憲法 17 条に適合するように解釈するのであれば、相互保証の存在が否定されるのは、賠償請求者たる外国人の出身国において狭義の公権力の行使によって生じた損害について国・公共団体による賠償が明らかに認められない場合か、または、日本人による当

該国の国家賠償制度の利用が明らかに不可能である場合に限られるのであって、その他の場合には相互保証が認められる、と解釈しなければならない。

よって、いずれにしても、原判決は違憲な国賠法 6 条を適用して賠償範囲を制限したこと、もしくは、国賠法 6 条の解釈適用を誤り、損害賠償範囲を限定したものであり、破棄をまぬかれないものである。

以上