

NATO ユーゴ空爆被害者の 対独損害賠償請求訴訟（１）

ドイツ国内裁判所のヴァルヴァリン事件判決

山 手 治 之

- . はじめに
- . ボン地際判決（2003.12.10）
- . ケルン高裁判決（2005.7.28）（以上本号）
- . 連邦最高裁判決
- . 若干の考察
- . おわりに

. はじめに

1. わが国において争われている戦後補償訴訟は、すべて第二次世界大戦期の行為に係る事件であるが、近時ヨーロッパにおいては、現在の戦争または武力紛争において生じた損害に対する救済を求める訴訟が発生している。すなわち、いわゆるコソボヴォ紛争の際に行われた NATO のユーゴ空爆の被害者（ユーゴスラヴィア国籍）が、ヨーロッパ人権裁判所および NATO 加盟国の裁判所に対して訴えを提起しているのである。NATO のユーゴ空爆作戦“Operation Allied Force”は、13カ国の NATO 航空機が参加して1999年3月24日から6月10日まで行われ（公式終了声明は6月20日）、その間の出撃飛行回数3万8400回、うち攻撃出撃1万484回、爆弾投下2万6614個と報告されている（攻撃出撃の80%以上が米国の担当）。この作戦で NATO 側は有人機5機、無人機22機を失ったが戦死者は皆無

であった。ユーゴ側は軍および軍事施設の甚大な損害のほか、約500人の民間人が死亡し多くの民間施設が破壊された(これでも、軍事専門家の間では、軍事史上最も正確で民間人への付随的被害が最も少ない空爆作戦であったと評価されている)。

ヨーロッパ人権裁判所に対する申立てについては、すでに2001年12月12日不受理の決定が下された¹⁾。1999年4月23日、ベオグラードの「セルビヤ・テレビ・ラジオ放送」(Radio Televizije Srbije, RTS。この国営放送局は、一般的な民生用放送とともに、軍の指令・通信用としても使用されていた)の建物がNATO軍の飛行機から発射されたミサイルによって破壊され、6人が死亡、16人が重傷を負った。死亡者の家族と負傷者の6人(Banković and others)が、1999年10月20日、NATO加盟国かつヨーロッパ人権条約の締約国であるベルギーその他16カ国を相手どって、ヨーロッパ人権条約2条(生命に対する権利)、10条(表現の自由)、13条(効果的救済に対する権利)に基づく権利の侵害を裁判所に申し立てた。裁判所は、裁判所長 L. Wildhaber 以下17名による大法廷を開き(30条にもとづき小法廷より移管された)、締約国は「その管轄内にある」(within their jurisdiction)すべての者に対して条約上の権利を保障しなければならないが(1条)、この「管轄」は第一次的には領域的管轄を意味し、領域外でもたとえば占領などのように主権の全部または一部の行使により実効的支配をしている場合は含まれる。本件の申立人らは、このような管轄内にある者とはいえないから、ヨーロッパ人権条約の適用を受けず、したがって本件は受理できないとした。

このヨーロッパ人権裁判所の決定は、結論そのものの当否は別として、推論の内容は戦争損害に対する個人的請求権というわれわれの問題意識からすれば肩透かしをくったというか期待外れの感は否めない。これに対して本稿では、ドイツにおける訴訟を対象とする。判決は現在まだ高裁段階までしか出されていないが、われわれの問題意識からはすでにして手応え十分で、最初から核心にふれた議論が展開されている²⁾³⁾。

あらためていうまでもなく、第二次世界大戦期の事件では、当時適用されていた国際法および国内法が問題になるのに対して、現在の戦争または武力紛争に関する事件においては、現在適用されている国際法および国内法が問題となる（ただし、この場合も適用されるべき法ではなく、実際に適用されている法すなわち実定法である。今後いかになすべきかという立法論も、これと別に議論する必要があり、現にILAの「戦争被害者に対する補償に関する委員会」において討議されている）。すなわち、第二次世界大戦後の半世紀における法の発展 それは国際法においても国内法においても、個人の人権の保障に関して最大の発展がみられた がまさに俎上に載せられる。その発展がいかなるものであったか、その真価が試されているのである。

2. 1999年5月30日（日曜日、東方正教会の三位一体の祭りの日）の正午過ぎ、セルビア中部の小都市ヴァルヴァリン（Varvarin、人口約4000人）のモラヴァ川（die “Morava”）にかかる橋を、NATO 軍の戦闘機2機が攻撃して誘導弾4発を発射した。最初の2発で橋が破壊され、3人が死亡し、5人が重傷を負った。数分後、ちょうど彼らを助けようと市民が駆けつけたときに、あとの2発が発射され、さらに7人の死者と12人の重傷者が発生した（軽傷者を含めると負傷者は総計30人）。

被害者およびその家族（ユーゴスラヴィア国民）が、国際人道法（戦争法規）違反の攻撃による被害に対して、ドイツに損害賠償と慰謝料を求める訴訟を起こした。彼らは、ドイツの飛行機もパイロットも直接攻撃に参加していないが、ドイツはNATOのメンバーとしてこの攻撃に責任があると主張した。

NATOは、この橋はコソヴォでアルバニア人武装勢力と戦っているユーゴ軍に人員・武器・弾薬を輸送する通路として使用されるから、正当な軍事目標であるとして攻撃を正当化した。しかし、この橋は最大限12トンの重量にしか耐えず、軍需物資を輸送するには小さすぎるといわれている。それに、ベオグラードから南東180キロ、コソヴォ自治州から200キロ

離れたこの田舎町の付近には、軍事施設はまったく存在していなかった。しかし、私自身は、この橋は12トン以下なら輸送可能であるから、少なくとも他の幹線道路の橋が破壊された場合の代替の補給ルートとして意味があり、今回の攻撃の具体的態様の是非は別として、選定自体は周到な軍事作戦として攻撃目標に含められることは十分ありうると考える。

第一審のボン地方裁判所第1民事部会は、2003年12月10日、今日の現行法の下において、国際法上もドイツ国内法上も被害者個人は損害賠償請求権を有しないととして請求を棄却した⁴⁾。

ケルン高等裁判所第7民事部は、2005年7月28日、国際法上の請求権についてはボン地裁の判決を支持したが、ドイツ国内法に基く請求権については、ドイツの裁判所では始めてその可能性を認めた。ただし、実際には適用不成立としたが。その点のケルン高裁判決の論旨は次のとおりである。

武力紛争の場合においても、国家が国際法の遵守を求める個人の一次法上の請求権を国際法に違反する方法で侵害する限り、国家責任法の一般規定は基本的に適用される。

しかし、ドイツ職務責任法による評価の枠組みにおいて、賠償責任は侵害の具体的帰責が可能である場合にのみ認められる。

外交上および防衛上の決定に当たっては、ドイツ連邦共和国の権限ある国家機関に、広範な判断および裁量の余地が与えられる。その決定が明白に恣意的または国際法違反であって、まともな見方ではもはや理解できないような場合を除いて、それは原則として司法判断に服さない⁵⁾。

3. ヴァルヴァリン事件のこれら二つの判決は、ドイツの最近の戦争損害に対する個人の賠償・補償請求訴訟判決の論理の展開に則って下されている。したがって、判決の論理を理解するためには、他でもすでに述べたが⁶⁾、少なくとも1996年5月13日の連邦憲法裁判所の第二次大戦期強制労

働事件判決⁷⁾以後の判例の流れを把握しておく必要がある。

連邦憲法裁判所第 2 小法廷は、この1996年の判決において、国際違法行為に対して国際法上の賠償請求権は被害国にしか認められないが、加害国が自国の国内法に基いて被害者個人に損害賠償請求権を認めることを国際法が禁止しているわけではないと判示した。

この判旨に沿って、連邦最高裁判所第 3 民事部は、2003年 6 月26日のディストモ村事件判決⁸⁾において、原告たちのドイツ国内法（この場合ドイツ国家責任法（Staatshaftungsrecht））に基く請求権が認められるか否かについて検討し、第二次世界大戦当時の国際法の一般的考え方およびとくにドイツ国内法の一般的考え方と個々の法律の詳細な検討を行ったうえで、国内の国家責任法は戦時には適用が停止され、特別の戦時国際法によってとって代わられることを論証した。

その翌年の2004年 6 月28日、連邦憲法裁判所第 2 小法廷第 1 部会（Kammer）は、イタリア兵抑留者事件判決⁹⁾において、個人は国際人道法に基く一次法上の実体的権利（遵守を要求する権利）を有するが、その侵害に対して賠償を請求する二次法上の請求権は、条約義務の違反に対する責任が関係国家間にしかない国際法の一般原則からみて存在しないと、一次法・二次法概念を用いて国際法上の個人的請求権が存在しないことをわかりやすく説明した。そして、国際法によって禁止されていない（ただし国際法はただ禁止しないだけで、それを命じているわけではない）加害国の国内法に基く損害賠償請求権については、上記2003年 6 月26日の連邦最高裁判所ディストモ村判決を援用して、ドイツ国内法によって請求権は与えられていないと判示した。

ところが、その翌年の2005年 7 月28日、ケルン高等裁判所第 7 民事部は、従来の戦後補償事件と異なって今日の事件、すなわち1999年のコソヴォ紛争時の NATO 軍によるユーゴ空爆の被害者が提起したヴァルヴァリン事件判決 すなわち本稿 3 章で邦訳する判決 において、ドイツ国内法の Amtshaftungsrecht（職務責任法）は第二次世界大戦後ドイツ基本法の下

で発展しており、今日では平時のみでなく戦時においても適用されると判示したのである(ただし、ケルン高等裁判所は、連邦政府はNATOの攻撃目標の決定が国際人道法に合致していると信ずる完全な権利を有するから、ヴァルヴァリンの橋に対する空爆に責任はないとして請求を棄却した)。

実は、以上を踏まえて、そのまた翌年にあたる2006年2月15日、連邦憲法裁判所第2小法廷第1部会は、そのディストモ村判決¹⁰⁾において、このケルン高裁判決と自身(第2小法廷第1部会)のイタリア兵抑留者事件判決とを参照するよう指示したうえで、人道法遵守を確実にするために国内法における平行した制裁の可能性(parallele Sanktionsmöglichkeit)が適当か否かの問題はここで決定しなくてもよい、なぜならばいずれにしろ以前の法律の相互補償の要件によって否定されるから、と述べた。

この判決の表現については、連邦憲法裁判所が今後ケルン高裁の立場、すなわち国内の国家責任法がドイツ軍の戦争または武力紛争における行為に対して適用されることを認める用意があることを示唆している、と解釈する人もある¹¹⁾。第二次世界大戦期の事件に関しては、連邦憲法裁判所がドイツ国内法の国家責任法の適用を否定した2003年6月26日の連邦最高裁判所の判決を支持する立場を維持することは間違いないであろうが(仮にそうでない場合も、いずれにしろ相互主義の規定により請求は棄却される)、ヴァルヴァリン事件のように現在または将来の事件に関しては、たしかにケルン高裁の立場を支持する可能性は皆無とはいえないであろう。現在の事件であれば、第二次世界大戦期の事件と反対に現行法が問題であるから、もちろん第二次世界大戦後の国内法および国際法に生じた大きな発展を考慮に入れなければならないし、また相互補償の原則は1992年の法改正(Auslandsverwendungsgesetz(海外服務規律法), 28 Juli 1993, BGBl. S. 1394, 1398, Art. 6)によって援用が困難な事情にあるからである。私自身は連邦憲法裁判所がそこまで踏み切る可能性はきわめて小さいと考えるが、それはともかく、もし連邦最高裁判所が係属中のヴァルヴァリン事件でケルン高裁判決のドイツ国家責任法適用可能の判旨を否定する決定を下した場合には、

原告側が憲法異議の申立てををすると思われるから、今度は連邦憲法裁判所がこの問題について判断を下すことになる。ここしばらくドイツの裁判所の動向から目を離すことはできない。

それでは話をもとにもどして、本稿⁽¹⁾では、2003年12月10日のボン地裁判決と2005年7月28日のケルン高裁判決を翻訳のかたちで紹介する。近い将来連邦最高裁判所の判決が出されたらそれも邦訳し、さらに将来連邦憲法裁判所の判決が出されるような事態になったら、もちろんそれも邦訳するつもりである。

・ボン地裁判決（2003.12.10）

「 事 実：

原告らはユーゴスラヴィア国民である。

彼らは、ユーゴスラヴィアにおける戦争の際、1999年5月30日に行われたセルビアの町ヴァルヴァリンの橋に対する NATO 空爆作戦の結果に対して、被告ドイツを相手どって訴訟を起こした。橋の破壊の際、10人が命を失い、30人が負傷し、そのうち17人が重傷を負った。

今日の構成共和国セルビアに属するユーゴスラヴィアの小都市ヴァルヴァリンは人口約4000人の町である。それはベオグラードの南西約180キロに位置し、コソヴォから約200キロ隔たっている。ヴァルヴァリンは鉄道網から離れており、公共交通機関としてはバスでしか行けない。

この地方は農業地帯で特記すべき産業は存在しない。ヴァルヴァリンの最大の商工業活動は市^{いち}（マーケット）で、それは周辺地域の住民にとってはもっとも重要な買い物先であり、地方の商人にとっては農産物やあらゆる種類の日用品を売りに出す場所を意味した。

ヴァルヴァリンの市内にもその近辺にも軍事施設は存在しなかったし今も存在しない。ユーゴスラヴィア陸軍の最も近い兵舎は、約22キロメートル隔たっている。町は、ユーゴスラヴィア内戦の全期間中、部隊の駐屯、

兵員輸送等々をまぬかれた。町はユーゴスラヴィア住民のもと戦争行為の恐れのない場所とみられていた。

ヴァルヴァリンの町は、南北の方向に流れる小さな川「モラヴァ川」が東側の境をなしている。東西の方向に一本の橋がこの川にかかっていた。それは同時に東の方角からの唯一の出入路であった。橋は全長180メートル、幅員は1.50メートルの歩行者専用路を含めて4.50メートルあった。ユーゴスラヴィア連邦共和国で適用されている交通法規によれば、この橋は一般の道路交通にしか許されていなかった。すなわち、最高12トンの許容重量が重量輸送等のための利用を排除していた。

1998年10月8日の NATO 加盟国の決定に関連して、ドイツ連邦議会は、1998年10月16日の決議によって、1998年10月12日の連邦政府の提案(BT-Drs. 13/11469)「コソヴォ紛争の人的悲劇を回避するために NATO が計画し、限定し、各段階で実施すべき空爆作戦(NATO の指揮下に NATO 加盟国構成の干渉部隊が遂行する)に対する1998年12月12日に連邦政府が決定したドイツの貢献にふさわしい兵力の投入」に賛成した。

1999年2月25日の追加決議によって、ドイツ連邦議会は、連邦政府の提案(BT-Drs. 14/397)(...)に従って、緊急軍の枠組みにおける NATO 作戦へのコソヴォに関するランブイエ協定の軍事的展開に対する1999年2月22日に連邦政府が決定した貢献にふさわしいドイツ兵力の投入」に賛成した。

1999年3月24日から6月10日までの期間、ドイツ軍の参加のもと、ユーゴスラヴィア連邦共和国において空爆作戦が遂行された。

ドイツの飛行機は、空中偵察および援護作戦用のトルネード RECCE およびトルネード ECR が、空爆作戦“Allied Force”に参加した。

1999年5月30日(日曜日)、橋の市側の袂まで続く本通りとその横町は、いつもの日曜日と同じように8時から約16時の間市が立った。市はよく晴れた日には全部で355の屋台が記録された。さらに屋台のない商人が加わった。その上、5月30日は教会の祝日(聖三位一体の祝日)だったから、教会は午前中伝統的な市の行列を行った。そのあと、橋の近くの空地で祝

宴が催された。昼頃教会の敷地と市場には、約3000人から3500人の人々がいた。

このとき、NATO の戦闘機が低空飛行でヴァルヴァリンを攻撃した。全部で4発のロケット弾が発射された。被告らは全員この攻撃の負傷者が、または死亡者の権利承継者である。

この戦闘機に関して、それがドイツの飛行機でないことについては問題がないが、ドイツの飛行機がこの出撃を支援したか否かについて当事者の間で意見の対立がある。

いわゆるユーゴスラヴィア法廷（ICTY, 旧ユーゴ国際刑事裁判所）が設置したユーゴスラヴィア連邦共和国に対する NATO 空爆作戦の調査のための委員会は、2000年6月8日に作成した最終報告書において、国際法違反について基本的な疑いがないから捜査手続の開始を思いとどまるよう勧告した。

西側国際社会および EU は、ユーゴスラヴィア連邦共和国に数十億ユーロの経済・復興援助を供与した。ドイツ連邦政府は、それに加えて、NATO 空爆作戦が終わってから、ユーゴスラヴィア連邦共和国に二国間関係の枠組みで約2億ユーロの復興援助を自由使用に供した。さらに、人道的援助ならびにセルビア・モンテネグロの民主化のために、連邦政府の数百万ユーロの直接的財政援助が行われた。追加の金が、連邦の州および私的団体から出された。

原告らは、被告はヴァルヴァリンに対する NATO 軍の攻撃の結果に責任を有するという意見である。

攻撃は、国際人道法に違反して、およびドイツに関しては基本法の基本権に違反して行われた。個々の空爆作戦 とくにいわゆる目標策定およびそれに基づくヴァルヴァリン攻撃 は、NATO 加盟国が共同して（gemeinschaftlich）かつ一致して（einvernehmlich）決定し実行した。被告は他の NATO 加盟国と同様に なかんずくヴァルヴァリンの橋の攻

撃に関して、NATO 理事会において具体的な攻撃目標設定について自己の拒否権を行使することを怠った。当時の国防大臣 W の個人的日誌によれば少なくとも1999年5月初めから、記録される民間の被害に直面してさらに慎重な目標選定をめざしていたにもかかわらず。

そのうえ、被告は、護衛飛行の任務に応じて、1999年5月30日のヴァルヴァリンの橋に対する攻撃をドイツの飛行機によって援護した。

原告らの見解によれば、NATO 全加盟国の共同の違法行為責任、およびそれに関連してドイツ法の連帯債務者原則による賠償責任が存在する。

1999年5月の攻撃の経過について、原告らは13.00時から13.25時の間に2回波状攻撃が行われたと主張する。第一回目の攻撃によって、3人が死亡し5人が重傷を負った。彼らは橋の上または橋のすぐ近くにいた。第一回目の波状攻撃のあと、市場および教会の敷地にいた人々の間にパニックが起きた。橋の周辺約1キロメートル内の建物は、損傷をうけるかまたは破壊された。橋もすでにこの攻撃で完全に破壊された。残部は川の中に横たわった。1ダースほどの人々が救助のために橋に急いだ。彼らが到着したちょうどそのとき、飛行機が戻ってきて、さらに2発のロケット弾を橋に発射した。これによってさらに救援者の7人が死亡し、12人が重傷を負った。

二つの波状攻撃の間隔は、3分ないし6分より長くはなかった。

原告2番、3番、6番、7番、8番、9番、12番、13番、15番、17番、18番、19番、22番、23番、25番、26番および27番は重傷を負い、慰謝料の支払い、および確認の訴えの方法で将来の損害の賠償を要求する。彼らの傷害の詳細、あとに残る持続的な被害、および健康上の予後に関しては、訴状の説明参照。

その他の原告は、この攻撃によって命を落とした親族のために、承継した権利に基いて慰謝料を主張する。

原告らは、まず1人当たり最低20万 DM、したがって全部で最低540万 DM の「補償金」(„Entschädigung“)の支払を請求した。それに加えて、娘

の死を直接体験した原告（女性）1.1番は、2万 DM の慰謝料を彼女 1 人に支払うよう訴えた。さらに、原告 2 番、3 番、6 番、7 番、8 番、9 番、12 番、13 番、15 番、17 番、18 番、19 番、22 番、23 番、25 番、26 番および 27 番は、将来の物質的・精神的損害に対する被告の賠償義務の確認を求めた。

原告 1 番から 10 番までならびに 12 番から 27 番までは、訴答書面によって、要求した補償金に関して訴えを一部撤回し、さらに口頭弁論で、番号を付した請求申立てによって慰謝料の支払を求めることを明らかにした。

（以下、番号を付した各原告の請求を説明した一覧表（justiz.nrw サイト版 5-10 頁）は省略する）

被告は、訴えを棄却するよう要求する。

被告は、第一に、あらためて NATO の作戦“Allied Force”は差し迫った人道的悲劇を阻止するために行われたことを強調する。

被告は、国際人道法違反に対するあるいはあるかもしれない請求権は、現在の状況では、ユーゴスラヴィア連邦共和国のみが主張することができ、個人として原告が主張することはできない、という意見である。

その点は別としても、被告は出撃全体および目標選定に対して限定的にしか影響を及ぼすことができなかつたか、ないしこれらを限定的にしかコントロールすることができなかった。NATO 内部の“need to know”（「知る必要」）の原則にしたがって、各加盟国 それゆえ被告も はそのつどの作戦への自己の参加に必要な情報を手中にするだけである。それゆえ、被告は、1999年5月30日のヴァルヴァリンに対する攻撃に関してくわしい知識をもっておらず、1999年5月30日の橋の破壊について具体的に主張された経過に対して、無知をもってしか反論できない。

そのうえ、ヴァルヴァリンの橋の破壊は被告に帰責されない。ドイツの飛行機は直接的にも間接的にもヴァルヴァリンの橋の破壊に参加しなかつた。その点では、ドイツのトルネードの偵察飛行も護衛飛行もなかつた。1999年5月30日、ドイツの軍用機はヴァルヴァリンの空にまったく出動し

なかった。

ドイツの国家責任法に依拠する原告らの請求も成立しない。阻止効果が戦争法規にあるから、ドイツの国家責任法はすでに適用されない。

当事者の申立てのその他の細目に関しては、取り替えられた訴答書面および添付物参照。

判決理由：

訴えは受理される。しかし、訴えには理由がない。

ドイツの公務員の義務違反行為に依拠する訴えについては、ドイツの裁判管轄権 (Gerichtsbareit) が与えられる。ボン地方裁判所の土地管轄 (örtliche Zuständigkeit) は、ベルリン地方裁判所の指示決定からしてすでに明らかであるが、さらに民事訴訟法18条〔訳注：国庫の普通裁判籍は、訴訟について国庫を代表する権限ある官庁の所在地によって定まる〕からも明らかである。

しかし、訴えには理由がない。

被告に対する損害賠償請求権および慰謝料請求権は、原告らに帰属しない。

主張されている請求権は、国際法においてもドイツ国家責任法においても法的根拠がない。

それゆえ、一つには、事実についてこれ以上解明する必要はない。また、原告らの説明が、国際人道法の原則を被告が犯したという推定、または賠償義務を生じさせる義務違反があったという推定を正当化するかどうか、およびどの程度まで正当化するかどうか、についても決定しなくてよい。

1. 国際法上の違法行為についての損害賠償請求権または慰謝料請求権は、被告を相手として原告らに帰属しない。

かかる請求権は、国際法から直接にも、また基本法25条と関連づけても、生じない。

a) 1999年5月30日の NATO の攻撃の結果について、被告に対して主張しうる損害賠償請求権または慰謝料請求権を、個人としての原告らに認める国際法の規定は存在しない。すでにこの点において訴えは成立しない。

国家間の法としての国際法の伝統的概念は、個人を国際法主体として解さず、個人にはただ間接的な国際的保護を与えるだけである。外国の国民に対する行為による国際法上の違法行為の場合に、請求権は個人の被害者自身には帰属しないで、ただ彼の本国に帰属するだけである。本国は、外交的保護の方法で、国際法が自国民の身において遵守されることを求める自分自身の権利を主張する。個人はただ国家の「媒介物」(“Medium”)を通じて国際法に連結されるだけで、自らが国際法の主体ではない(BVerfG〔連邦憲法裁判所〕, 1996年5月13日の決定, Az: 2 BvL 33/93, とりわけ BVerfGE〔連邦憲法裁判所判例集〕94, 315, 334および NJW 1996, 2717 f. に掲載, その他; Ipsen, Völkerrecht, 4. Auflage, § 7, S. 80 f 参照)。

国家による個人のこの支配〔訳注: 原文は Mediatisierung で、皇帝直属の地位を剥奪し、地方領主に隷属させること〕は、基本的には継続している。個人はそれゆえ基本的に不法行為の確認も不法行為の補償も求めることができない。もっとも国家による人間の支配〔訳注: 上記参照〕は、国際的人権保護の法典化によって変化を受けた。諸国家がふさわしい国際法規範を創設する限り、諸国家はこれによって個人に一定の権利または義務を付与または配分することができ、かくして個人に部分的な 各場合の規定内容および個々の場合に関与する国家に関連する 国際法主体性を認めることができる。諸国家が、個人に対して、彼らが創設した条約による保護システムにおいて、さらに個人が自己に配分された権利を直接ある国家に対し

て主張することができる国際法上の手続を用意するならば、その場合には個人の真の国際法上の権利が存在する(BVerfG, aaO 参照)。そうでない場合には、条約上の規定は個人の単なる優遇措置——それは国家の権利義務の反射として生じ、個人に他の国家に主張することができる権利を与えない——に終わる(たとえば Ipsen, aaO 参照)。

人権および基本的自由の保護のための条約〔訳注：ヨーロッパ人権条約〕は、国家による個人支配〔メディアティジールング, 上記注参照〕に対する重要な突破口を意味する。それは個人に明文をもって種々の権利、なかんずく生命についての権利(EMRK〔ヨーロッパ人権条約〕2条)を認め、一定の違反に対しては個人の損害賠償請求権を予定し(EMRK5条5項)、そしてそれに加えて、EMRK34条により個人にヨーロッパ人権裁判所に苦情を申し立てる可能性を開いた。しかしながら、本件では、原告らは被告に対してこの条約に依拠することはできない。なぜならば、彼らは EMRK1条の意味において被告の統治権〔Hoheitsgewalt, 英語条文では Jurisdiction (管轄)〕のもとになかったからである(なおこの点について、2001年12月12日の EGMR〔ヨーロッパ人権裁判所〕の決定, EuGRZ〔ヨーロッパ基本権雑誌〕2002, 133参照)。原告らもそう判断している。

本件のような武力紛争の結果について、他の国家に対して主張することのできる損害賠償請求権または慰謝料請求権を個人に認める、〔ヨーロッパ〕人権条約に匹敵する国際法上の規定は存在しない。対応した個人的権利を原告らに認め、そしてその権利を実現するための手続を彼らに自由に使用させる、条約による保護システムが欠けている。

1907年10月18日の陸戦の法規慣例に関する条約(ハーグ陸戦規則, HLKO)¹²⁾の規定は、「締約国間においてのみ適用〔される〕」と定められている(ハーグ陸戦条約2条)。ハーグ陸戦条約3条は、「交戦国」の損害賠償義務(他の交戦国に対する)のみを予定する(なお, BGH〔連邦最高裁判所〕, 2003年6月26日の判決, AZ: ZR 245/98, 「ディストモ判決」参照)。

原告の側から援用された戦時における文民の保護に関する1949年8月12

日のジュネーヴ条約(ジュネーヴ第4条約)では、1条において同じく「締約国」のみがその遵守と確保の義務を負っている。同じことが、戦争犠牲者の保護に関するジュネーヴ諸条約を補完する(1条3項)、1949年8月12日のジュネーヴ諸条約に追加される国際的武力紛争の犠牲者の保護に関する議定書 に関していえる。すなわち、その1条1項によって締約国のみが義務を負う。個々の文民は「保護を享有する」(51条)が、自分自身の権利は与えられない。91条に定められた賠償責任規定も、個人に有利になるように規定されていない。それ以外に、ジュネーヴ条約もその追加議定書も、場合によってはあるかもしれない個人的請求権の実現を個人に可能にする手続を定めていない。

軍隊の地位に関する北大西洋条約締約国間の協定(NATO 軍地位協定)の規定からも、原告らは自己に有利なものは何も引き出すことはできない。この協定は8条3項 e, iii¹³⁾に損害発生 of 責任の所在が特定できない場合 of 特別の帰責規定を含んでいるが(この点について、たとえば、BGH, 1993年5月27日の判決, Az: ZR 59/92, とりわけ BGHZ [連邦最高裁判所民事判例集] 122, 363 f. に掲載, および1981年12月1日の判決, AZ: ZR 111/80, とりわけ VersR [保険私法] 1982, 243 f. に掲載, 参照), 同協定は締約国の間でのみ適用されることから(1条2項, 20条)¹⁴⁾, すでに本件ではその適用可能性は問題にならない。

b) 国際法上の固有の請求権は、基本法25条と連関づけても原告らに帰属しない。

たしかに、憲法のこの規定によれば、国際法の一般的規則は「連邦法の構成部分」であり、かつ「連邦領域の居住者に直接権利義務を発生させる。」しかしながら、ここで決定的な国際法は 上記a)でくわしく述べたように 個人に請求権を認めておらず、それゆえ個人の請求権のための根拠を提供しない。

2. ドイツ国家責任法に依拠する被告に対する請求権も、原告らに帰属しない。

たしかに、国際法上の外交的保護の原則は、ある国家〔訳注：加害国〕の国内法が、被害者に、国際法上の義務の範囲外で、被害者の本国の国際法上の請求権とは別に一つの〔加害国の国内法上の〕請求権を認めることを排除しない（BVerfG aaO；BGH 2003年6月26日の判決、前掲）。

しかし、ドイツ法は、現在の法的状態によってもかかる請求権を認めていない。本件においても、今日までに限る限り請求権の根拠は存在しない。

基本権の保障は法律効果として損害賠償請求権をあらかじめ前提とするものではないから、原告らは基本権のみに依拠して損害賠償請求権等を主張することはできない。たしかに、とくに原告らが援用する民法典823条、およびドイツ国家責任法の考えうる請求根拠が、原告らの請求権を根拠づける規定かどうか問題になりうる。しかし、民法典823条は 本件のように責任の原因として公務員の特定の行動のみが問題になる場合 すでにして関係がない（適用の境界について、たとえば BGH, 1996年6月13日の判決, AZ: ZR 40/95, とりわけ NJW 1996, 3208 f に掲載, 参照¹⁵⁾）。ドイツ国家責任法は、武力紛争の事件には適用されない。それは戦時国際法の規定にとって代わられる。武力紛争は、今日でも（1944年の法的状態の判断については、2003年6月26日のBGHの判決、前掲、 2 bb, 参照）、平時に適用されていた法秩序が広範囲に停止される国際法の例外状態とみなされなければならない。紛争の開始および暴力行使の結果に対する責任は、原則的に国際法のレベルで規律されるべきである。発生した損害に対して国際法に基いて生じるかもしれない国家の責任は、当該国家に属するすべての国民の行為に対する責任を含む。

国内的レベルにおいては 国際法におけると同様に、武力紛争の結果の規制のためにむしろ特別の補償規範の法典化が必要である（犠牲請求権については、Ossenbuhl Staatshaftungsrecht, 5. Auflage S. 127 参照）。立法者

が種々の法領域に関して基本法74条〔訳注：連邦のラントとの競合的立法権限に関する条文〕1項に規定した具体的な特殊化が、これを保証する。基本法74条1項1号には「民法」があげられており、これに対して「戦傷者および戦没者遺族の援護」が同10号に 他の分野と並んで あげられている。したがって、立法者も、武力紛争の結果はドイツ民法に基いて判断されるべきではなく、そのために別個の特別法が必要であるという考えから出発している。基本法74条1項10号の権限規定は、過去の戦争の犠牲者を把握するだけでなく、平和維持に従事する行為を含む将来の軍事行動の人的損害にも及ぶ（Stettner in GG-Kommentar, Hrsg. von Dreier, Art. 74 Rz. 49; v.Mangold/Klein/Pestalozza, Das Bonner Grundgesetz, 3. Auflage, Bd. 8, Art. 74 Rz. 438）。

それゆえ、ドイツ国家責任法（基本法34条と関連づけた民法典839条）からも、一般的犠牲請求権の法制度からも、外国において武力紛争中に傷害を受けた個々の人間のドイツに対する個人的請求権は発生しない。

1999年5月30日の NATO 攻撃に関連して原告側が非難した被告の作為または不作為が、職務責任請求権または補償請求権のドイツ法上必要な要件を満たしているかどうかは、決定する重要性がなく以上に照らして決定する必要がない。」（justiz.nrw サイト版 1 -15頁）

・ケルン高裁判決（2005.7.28）

「
理 由

原告らは、彼らまたはその家族が1999年5月30日セルビアにあるヴァルヴァリンの橋の空襲による破壊の際に被った殺人・傷害について、ドイツ連邦共和国に慰謝料を要求している。

NATO 加盟国は、1998年10月8日の決議に基いて、1999年3月24日か

ら1999年6月10日まで、ユーゴスラヴィア連邦共和国に対する空爆作戦を遂行した。ドイツ連邦議会の賛成により、ドイツ空軍もこれに参加した。この空爆作戦の明確な目的は、当時発生したコソヴォ紛争にかんがみて人道的悲劇を防止することであった。さまざまな種類の目標の爆撃が中心のこの空爆作戦の枠内で、1999年5月30日 NATO の戦闘機が、モラヴァ川にかかるヴァルヴァリンの橋を攻撃しロケット弾で破壊した。場所の詳細および攻撃当日の状況については、取り消した原審判決の事実の部分引用する。橋の破壊の際10人が死亡し、30人が負傷、うち17人が重傷を負った。犠牲者全員が一般市民である。

被告の空軍はこの橋の破壊に直接参加しなかった。とくにロケット弾攻撃はドイツの飛行機によって行われのではない。被告の戦闘機が偵察、援護飛行ないし空中護衛によって支援活動を行ったかどうかまたはどの程度行ったかが、被告の当局がどのような形で事前の目標選定に参加したかという問題とともに当事者の間で争われている。(以下、ケルン高裁サイト版で、約7頁分省略)

原告1番より10番および12番より27番は、控訴の理由開示の期限の遅滞に関して、条件が備わっているため民事訴訟法233条^{ff}¹⁶⁾に従って原状への回復が認められる。期間超過は弁護士事務所の一職員の間違いが原因であるから、上記の原告らは、自己の過失でなく、および訴訟代理人の過失でなく、控訴理由開示期間を守ることを妨げられた。

その他の点では問題なく受理される控訴は、しかし理由がない。

１．

訴えの受理可能性

被告の見解に反して、訴えの受理可能性（Zulässigkeit）についてはたしかに疑問は存在しない。被告が、GVG 20条¹⁷⁾を援用して、ドイツの裁判管轄権は他の国家の主権行為に及ばないから、ドイツの裁判管轄権の欠如により訴えは受理不可能であると主張する限り、それに従うことはできない。本件においては、他の国家は訴えられておらず、ドイツ共和国のみが訴えられている。それゆえ、その限り外国の主権免除は問題にならない。議論になっているのは外国または国際機関の責任ではなく、もっぱらドイツ連邦共和国の責任である。他の諸国または NATO の行為と完全に切り離して判断される被告の責任を 少なくとも理論的可能性として 考えることができる以上、それだけですでに訴えは受理可能である。

しかし、訴訟手続の枠組みにおいて、たとえそれを超えて場合によっては基礎的な問題として、ヴァルヴァリンの橋に対する攻撃が（国際）法違反であるか否か判断しなければならないとしても、そしてそれにより明らかにドイツ連邦共和国の戦闘機は少なくともみずからは攻撃を行っていないから 必然的に NATO または他の（不明の）国家の行為が視野に入ってくるとしても、受理可能性を否定することはできない。なぜならば、その場合、国際法問題はただ付随的に検討されるにすぎず、それは賠償責任法にかかわるような、ないしは何らかの責任を理由づけるような他の国家に対する具体的な関係を指摘することなく、単に攻撃をそれ自体として考察するにすぎないからである。その際、不可避的な反射として場合によっては NATO または他の国家が（国際）法違反の行為を犯したという認識が生じる限りでいえば、これもとくに外国の免除に具体的に触れるほどのことではないから、GVG 20条によって障害とはならない。この場合も、ドイツ連邦共和国として他の国家または国際機関について判断するわけではない。

2 .

国際法に基く請求権

原告らが、彼らの一部異なる額の請求の根拠を、直接国際(人道)法に、なかんずくハーグ条約(HLKO¹⁸⁾)3条およびジュネーヴ条約第1追加議定書(ZP)91条に、それぞれ国際人道法の文民保護のための規定と関連づけて、かつ部分的には基本法25条とも関連づけて求める限り、取り消した原審判決のその点に関する適切な論述を援用することができる。それは国際法上の支配的な意見に一致している(少なくとも今日なお)。そして、この点に関して連邦共和国で今日支配的な法観念について、連邦憲法裁判所はごく最近、最も新しい2004年6月28日の決定¹⁹⁾(NJW 2004, 3257. これはBVerfGE 94, 315²⁰⁾を追認したもの。この意味でまた第二次世界大戦の時期に関してBGH NJW 2003, 3488²¹⁾参照)によって次のように確認した。国家間の法としての国際法の伝統的概念は、個人を国際法の主体としてみなさず、ただ間接的な国際的保護を与えるにすぎなかった。外国の国民に対する行為による国際法上の違法行為の場合、請求権は被害者個人には帰属せず、ただ彼の本国にのみ帰属する。国家は、外交的保護の方法で、国際法が自国の国民について遵守されることを求める国家自身の権利を主張する。連邦憲法裁判所は、この問題に関する最新の判決(NJW 2004, 3257)[訳注:上記の判決と同じ]において、ハーグ陸戦条約²²⁾3条は原則上個人的補償請求権を基礎づけるものではなく、ただ締約国間の賠償義務の一般的国際法原則を規定しているにすぎない、と明示的に判示した。この損害賠償請求権は、関係国の間の国際法関係においてのみ存在する。この原則は第1追加議定書91条の対応した規定にも妥当する。

連邦憲法裁判所は、BVerfGE 94, 315〔上記参照〕において、たしかに人權の拡大された保護のより新たな発展のなかで国際法は場合によって個人に固有の権利を与え、かつ、個人が自己の請求権をみずから追求することができる条約上の保護システムが発展してきている、と補足して説明した。

しかし、かかる条約上の保護システムは、本件で請求の根拠として主張されているハーグ陸戦条約〔上記注（22）参照〕3条および第 追加議定書91条には存在しない。より新しい発展のなかで個人の直接請求権が根拠づけられた限りでいえば、たとえば人権および基本的自由の保護のための条約（EMRK. ヨーロッパ人権条約）の枠組みにおいて、ヨーロッパ人権裁判所が「バンコヴィッチ」決定（EuGRZ 2002, 133）で確認したように、ヨーロッパ人権条約は本件で議論されている NATO 空爆には適用がない法的状況の確な承認について当事者間に争いの余地はない。それゆえ、国際（人道）法に基く直接請求権は存在しない。

3 .

国内法に基く請求権

a) 基本権に基く請求権

とくに女性原告11番は、控訴の際あらたに直接基本権に基く請求権を主張している。その論述は、内容からいえば、基本権について多くの点で当たっているかもしれない。しかし、そのことは、一般的な見解によれば基本権自身は請求の根拠とならない。基本権の侵害があった場合にもことを何ら変更しない。基本権については第一に防禦権（Abwehrrecht）が問題となる。この権利は、たしかにさまざまな形のその評価命題について具体的な請求根拠によってその機能を発揮する。しかし、ある請求権を作動させるには、請求を根拠づけるそのような具体的な規範が必要である。もっぱら直接基本権に依拠することは、これに当たらない。このことは、女性原告11番によって例として言及された一般的人格権についてもいえる。一般的人格権はたしかに基本権に照らして判断される。しかし、違反があった場合請求根拠は 特別法の定めがない限り 不法行為法のなかに見出される。直接基本権自身に基づいて賠償責任を根拠づける請求権は考えられない。

b) 基本法34条と関連づけた BGB 839 条に基く請求権
職務義務違反に基く請求権も結論として成立しない。

aa) 民法上の国家責任法の適用可能性²³⁾

この点については第一に、国内法に基く被害者個人の民法上の個人的賠償請求権が、彼の本国の国際法上の可能な請求権と並んで存在することが排除されないことを確認しなければならない。一部の文献 (BGH NJW 2003, 3488 [前掲, 注(8) 参照] に掲出の文献参照) によって主張された個人的請求権を国家間の賠償請求権 (Reparationsansprüche) に吸収するという意味の国際法による独占 (völkerrechtliche Exklusivität) の原則に対して、この間に固められたとみられる判決 (BVerfG NJW 2004, 3257 [前掲, 注(9) 参照], BVerfGE 94, 315 [前掲注(7) 参照], BGH NJW 2003, 3488 [前掲, 注(8) 参照]) は、戦争中の事件に起因する国内法に基く請求権は個人的に実現することができなくて、国家間のレベルにおいてのみ主張することができるという国際法の一般的規則は存在しないことを確認した。連邦憲法裁判所は、その判決 BVerfGE 94, 315 [前掲, 注(7) 参照] において、国際法と国内法の請求権の並存は、国内の請求権が戦争結果に関する特別法ではなくて、一般公法上の償還請求権 (Erstattungsanspruch) から生じる場合に一層よく存在しうることを強調した。かかる償還請求権は、戦争結果の規制といかなる特殊な関係も有しないからである。そして基本法34条と関連づけた民法典839条もこの意味でかかる償還請求権にかかわる問題である。

連邦憲法裁判所は、最も新しい判決 (BVerfG NJW 2004, 3257. [前掲, 注(9) 参照]) でそれを補足して、しかし排除の関係がないということから、国際法に違反した国家は自国の国内法に基いて被害者個人に請求権を与えなければならないという趣旨の規則または推測が導き出されるわけではないと説明した。その限りでは、むしろ国内法秩序の具体的な規定が決定的である。したがって、この場合、ここで関連のある基本法34条と関連づけた民法典839条の規定が決定的であり、それによって請求権の条件が判断

される。

この点についてさらに、この一般的国家責任請求権は、本件の事件がドイツ連邦共和国内でなく外国において発生したために排除されないことを確認しなければならない。本法廷（OLG Köln OLGR 1999, 5 und 1999, 27）そして連邦最高裁判所（NJW 2003, 3488〔注（８）参照〕）も、類似の事件において、外国で行われた職務責任違反行為に対しても、ドイツ法、くわしくいえばその問題に関係する民法典839条 上に引用した判例によれば当時有効であったワイマール憲法131条と連関づけた民法典839条、今日では基本法34条と連関づけた民法典839条 が適用されることに何らの疑いも抱いていない。

決定的な問題は、ここで問題の出来事が武力紛争の枠内で発生したために民法典839条がこの事件に適用されないか否かである。第二次世界大戦までの期間に関しては、連邦最高裁判所は「ディストモ」判決（NJW 2003, 3488〔注（８）参照〕）において、当時の支配的な考え方によれば、戦争はその本質上武力行使によって遂行され、そして平時に有効な法秩序は広範囲に停止される国際法的例外状態とみなされたことを論証した。戦争の開始に対する責任、戦争に不可避的にとまなう集团的暴力行使の結果に対する責任、ならびに軍隊の構成員の個々の戦争犯罪に対する賠償責任は、交戦国のレベルで規律された。何よりもまず集团的暴力行為 それは「国家から国家に対する関係」と理解された として考えるこの戦争観からして、戦争を遂行する国家が外国における戦争中の自国軍隊の違法行為によって、犠牲者に対して（も）直接的損害賠償義務を自ら負うことがありうるという考えは、当時思いもよらないことであった。

連邦最高裁判所は、このような理解が今日の職務責任法の枠組みにおいてもなお正しいかどうかについては、明示的に未決定とした。本法廷の見解では、この考え方は 少なくともその絶対的な形において 今日の戦争行為または武力紛争に関しては古くさくなっており、この間の国際法および国内法の発展にかんがみてもはや正当と認めることはできない。以

下,くわしく見ていこう。

戦争または武力紛争が,国際法上も,また国際的および国内的私法/民法との関連においても,特別の規定が適用される例外状態であることは今日でもたしかに正しい。「戦争法規」(“ius in bello”)が,そのさまざまな形態,一部は国際法的形態,一部は国内的に調整された形態において,平時に適用される規定にとって代わる。それはいつもは有効な法秩序を広範囲に停止させる。

この停止効果が一般にどれだけの範囲に及ぶのか,そしてどの分野が影響を受けるのか,それはいま確定しなくてもよい。ここで関心があるのは,国家責任の問題,それが基本法34条と関連づけた民法典839条にどのように現れているかという問題だけである。この規定のなかに標準化されている国家責任の考えが,個々の個人的権利主体 他国家ではなく に主権的に加えられた「違法行為」(“Unrecht”)に対して,全体的に停止されると考えることはできない。なぜならば,それは国家行為についての今日のわれわれの理解と明らかに矛盾するからである。戦時においても,あるいは武力紛争への関与の場合においても,国家は法なかつく国際法に拘束される。とりわけ,国家が条約上の拘束によって,またはかかる法の承認によって,この義務を特別の方法で引き受けた限りそうである。「戦争法規」(“ius in bello”)を守ることは国家の義務である。なぜならば,戦争法規はまさしく本来適用されていた国家および国家間の法秩序の代わりにその働きをするという目的に仕えるものであり,そしてまさにこの目的のために適用を必要とするからである。

しかし,戦時においてこれらの規定が適用される必要がある限り,その実効性を確保するための制裁が必要である。なぜならば,制裁がなければ,これらの規定は空文となる危険にさらされるからである。国際法上の規定に関する限り,この目的のために請求権と手続とが存在したしかつ存在する。しかし,それは従来考えによれば国家間性格しか有しなくて,個人は外交的保護の方法でしかそれにかかわることができなかった。このよ

うな考えは、この間の発展によって今日ではもはや支持することはできない。

根本的な違いは、第一に、国内法において、ドイツ連邦共和国の設立以来、すべての国家行為は基本法に照らして考察しなければならないという事実である。基本法の中に具体化された価値秩序　個人に対してそれはとりわけ基本権にはっきり現れている　は、人間の尊厳と保護を第一位におき、かかるものとしての個人に基本法の制定以前と異なる地位を認めた。個人の国家に対する個人権的請求権（Individualrechtliche Ansprüche）

防禦請求権および給付請求権（Abwehr- und Leistungsansprüche）

が、今日のわが国の全法秩序のあらゆるところに現れており、基本権の価値秩序によって刻印されている^{23a)}。それゆえ、基本法34条に関連づけた民法典839条の戦時または武力的軍事行動における全面的停止から出発することはありえない。なぜならば、この規定は国家に対する一般的な賠償責任請求権の規定であり、そして主権行為によって損害を受けた個人に対する国家責任の中心的規定であるからである。この規定の停止　特別法上の規定は例外とされる、ただし本件のような場合には存在しない　は、あらゆる重大な国家の違法行為に対する個人のあらゆる請求権を否定し、彼にあらゆる個人的権利付与を拒否し、そして彼に外交的保護の（保証のない）方法を指示することを意味する。これは基本法の人間観および基本法の権利付与に基く請求権と一致しない。

したがって、基本法34条と関連づけた民法典839条の保護が、戦時または武力紛争の枠内においてどの範囲まで及ぶかという問題は立てられるが、いずれにしても原則上保護が与えられなければならないことは争われぬ。Ossenbühl（Staatshaftungsrecht, 5. Ahfl., S. 127）が一般的犠牲請求権の法制度について述べた考え　この請求権は「通常の場合」（“Normalfall”）についてのみ考えられ、とくに戦争のような国家的大災害（Katastrophenfälle）はその影響からして補償法上一般的犠牲請求権に基いて規制することはできず特別法を必要とするという考え　を、基本法34条と関連づけた民法

典839条の職務責任請求権に転用することは許されない。犠牲請求権は、第三者に関係した職務義務の違反が必要でなく、とりわけ違法性も過失も必要としないから、基本法34条と関連づけた民法典839条に基く請求権と比較できないことは別にしても、この説の転用は、なかんずく、個人に対する一般的な国家責任を国家行為の「通常の場合」に制限し、損害がとくに発生しやすい国家的大災害の場合に特別法の規定が存在しないのに国家の違法有責の行為を原則的に排除することを弁護すべき何ものもないから問題にならない。

この見解は、とりわけ、連邦憲法裁判所によって認められた上述の、一方本国にのみ帰属する国際法上の請求権と、他方これと並んで考慮される国内の個人的請求権の付与との請求権並存の原則 (Grundsatz der Anspruchsparallelität) によっても擁護される。この原則を連邦憲法裁判所は特別規定に限定されるものとは考えず、償還請求権 (Erstattungsanspruch) 一般について適用されると考えた。しかし、人々は、特別規定がないのに一般国家責任法の適用を逆に原則上停止されたものとして排除するような請求権の並存に賛成する。人々は、連邦憲法裁判所が決定的とみなした国内法秩序の具体的形態を正当に評価せず、承認された請求権の並存は中身の無い外被にとどまっている。基本法34条と関連づけた民法典839条の文言に根拠が見出されず、また体系的または歴史的考察からも導き出されないこのような排除は、基本法による評価に照らして、説明された論拠から(もはや)可能とは思われない。

このことは、第二次世界大戦後に発生した、個人の保護に基本法と同じ高い地位を認める多数の国際法規定によってさらに強められる。この点については、第二次世界大戦の終了以後、国際人道法(戦時国際法)の発展は個人の権利と保護がどんどん前面に出てきた旨記録しなければならないことが確認される。明示的に個人とりわけ文民の保護を対象とする多数の協定が締結された。ドイツ連邦共和国はそれに加入し、それは共和国の現行法となっている。国際法の刑法典の作成と国際刑事裁判所の設立による

刑法の分野における今や最新の発展と並んで、とりわけ1949年の戦時における文民の保護に関するジュネーヴ条約、1977年のその追加議定書、および1950年のヨーロッパ人権条約をあげなければならない。その際、ヨーロッパ人権条約は、それが規定する個人の権利にそれに対応した個人的実施手続も用立てる限り、個人の権利の保護を明白にかつ断固として企図している。このように明示的に規定された個人の権利と個人の訴訟手続は、たしかに他の国際人道法には見られない。しかし、国際人道法の規定それはたとえば第1追加議定書48条以下において、くりかえし「文民個人」（“*einzelne Zivilperson*”）を対象としているが、抽象的に一般市民全体の保護に役立つだけでなく、具体的に個人の保護にも役立つべきであることは疑いをいれない。国際人道法の基礎をなす人権の領域で、個人の保護を強調し強化する絶え間のない傾向があることは明白である。連邦憲法裁判所は、最新の判決（NJW 2004, 3257〔前掲、注（9）参照〕）で、ハーグ陸戦規則（しかもすでに1907年以来存在する）にかかわるこの個人の保護を「国際人道法の禁止の遵守を求める被害者個人の一次法上の請求権」と呼んだ。この請求権は 人々は判決をこのように理解しなければならない それから生じる二次法上の損害賠償請求権と異なって、関係国家間の国際法関係において存在するのではなく、加害国家に対して個人に帰属する。

ドイツ連邦共和国は、この権利〔訳注：一次法上の請求権〕を遵守し考慮することを国際法上条約により義務づけられている。この権利は基本法25条により直接的に適用される権利として共和国を拘束する。この権利から直接生じ、そしてハーグ陸戦規則〔これは正しくはハーグ陸戦条約〕3条、第1追加議定書91条に規定されている二次法上の損害賠償請求権は国家間においてしか適用することはできないが、しかし一般的に認められている請求権の並存の枠内において基本法34条と関連づけた民法典839条の適用を否定することはできない。なぜならば、国際人道法の遵守を求める一次法上の請求権が肯定される以上、違法行為があった場合にその被害者に対

して、それに対応する国内の賠償請求件をも認めないことは、その請求権の前提が満たされている限り、近時国内のおよび国際的に生成した価値秩序、人間の保護とその配慮を全体のためだけでなく個々の人間のためにも中心的任務とするに矛盾するからである。関連する責任法規の停止を理由に国内請求権を原理的に否定し、外交的保護の方法をとるよう指示することは、しばしば国際人道法の遵守を求める請求権を空転させ、かくてその違反を無制裁のままに放置することになる。とりわけ、敗戦国は、国際人道法の違反について、戦勝国に対して外交的保護の方法で自国民を守る可能性を普通有しないし、しばしばその意思も有していないであろう。

したがって、本法廷は、国家責任法の一般規定は、武力紛争の場合においても、少なくともその際国家が国際人道法の遵守を求める個人の一次的請求権を国際法違反の方法で侵害する限り、原則的に適用可能であると考ええる。

bb) 基本法34条と関連づけた民法典839条の実際の適用不成立

基本法34条と関連づけた民法典839条の国家責任請求権の保護が、戦争または武力紛争においてどこまで及ぶかという問題は、一般的的解答を必要としない。この保護が、武力紛争のゆえに停止される法秩序の分野に及ばないことは自明のことである。同じく、それが“*ius in bello*”により代わって規制される分野に少なくとも原則として及ばなければならないことも自明である。なぜならば、これらの規制が、この場合国家行為の基準であるからである。その際基本法34条と関連づけた民法典839条の保護範囲がどこまで及ぶかは、ここでは未決定のままにしておいてよい。たしかに、いずれにしても、“*ius in bello*”の枠内で適用される国際法上の規定、個々の個人に具体的な権利を認め、そしてたとえば国際法違反行為・戦争犯罪的行為（それは国家責任法の意味において職権乱用として現れる）の場合に、国家の行為に対してこれらの権利の顧慮と遵守を要求する請求権を彼に与

える国際法上の規定　　は、職務責任請求権がカバーするであろう。しかし、賠償責任法上被告に帰責しうる行為が確認できないのである。

問題の橋を攻撃したのは間違いなく被告ではなかった。賠償責任法上被告に責任を負わせることは、被告が NATO の空爆作戦に全体的に参加したという理由だけでは問題にならない。どの NATO 加盟国が損害を生じさせたか確定できない場合におけるそのように一般化された連帯債務責任は、たしかに NATO 法にとっては未知ではない　この点に関して、本件には適用がない NATO 軍地位協定 8 条 5 項 e, iii 参照²⁴⁾　。しかし、ドイツ職務責任法に基く判断の枠内においては、損害付与の具体的な帰責が可能な場合にしか責任は認められない。

本件においては、自らの加害行為がないから、そのような帰責は、被告が少なくとも民法典 830 条²⁵⁾ による責任を共同行為者としてであれ幫助者としてであれ負わせられる場合のみである。しかも、その際、幫助者または共同行為者たることの根拠となる被告の行為が、職務義務違反として非難されうるものが前提となる。

この点に関しては、被告が問題の橋の攻撃のために偵察および援護飛行・空中護衛を行った限り、被告はこの攻撃の実行に参加したことになるという原告らの主張にかんがみて、被告の賠償責任が問題となりうる。コソヴォ戦争で被告が分業による NATO の行動の枠内において、自国の飛行機によって偵察および空中護衛を原則として引き受けたことは、当事者間に争いが無い。被告は、攻撃の当日ドイツの飛行機はヴァルヴァリン周辺の上空にはいなかったと説明した。もっとも、攻撃当日 2 機の戦闘機が空中護衛のためにコソヴォに出動し、90 分間にわたって他の飛行機を援護したことは認めた。ヴァルヴァリンの橋までの飛行機にとってはわずかな距離にかんがみて、被告が与えた援護措置が攻撃を実行した飛行機にも関係があった場合は　被告は否定しているが　、被告が認めている空中護衛による攻撃への支援参加が問題になる。

しかし、本件はその点についてこれ以上の説明を必要としない。なぜな

らば、仮に空中護衛措置が橋を攻撃する飛行機に対してそのコソヴォ上空飛行(可能性としての)の際に行われたとしても、非難しうる職務義務違反は認めることができないからである。もし空中護衛措置が非難しうる行為 橋の破壊 に対する有責の支援行為であることが判明すれば、その際支援の対象である行為の非難可能性について積極的認識または少なくとも不注意による不認識が必要である、その場合には非難しうる支援行為として問題になりえよう。しかし、支援した行為の非難可能性についてのそのような認識または不注意による不認識については、何も陳述されていないし、またその他に何もわかっていない。

犠牲をともなったこの橋の破壊の非難可能性は、攻撃の具体的状況が国際法違反ないしは戦争犯罪的ですらあったことから明らかになったといえよう。しかし、原告らがとくにジュネーヴ条約第1追加議定書48条以下 軍事行動に関して定めた文民たる住民または個々の文民の保護のための規則を内容とする に関して主張したようなことが、本件にあてはまるかどうかはここでは決定する必要はない。なぜならば、被告または被告のために行われた機関および人員が、攻撃の時点までにこの状況を知っていたかまたは不注意で知っていなかったことを示すものは何もないからである。そもそもヴァルヴァリンの橋が当日攻撃される予定であることを被告が知っていたということは、主張すらされていないし明らかになっていない。

なぜならば、被告によってくわしく説明されたユーゴスラヴィア連邦共和国に対する空爆作戦中 NATO 内部で全体の活動に関して適用されていた“need to know”の原則によれば、各加盟国は個々の作戦に関しては彼が自国の任務の遂行のためにもっていなければならない知識しか手中にしていなかったからである。被告の兵力は橋の破壊には参加しなかったから、被告はそれについてくわしい知識はもっていなかったし、ましてや場合によっては非難すべき国際法違反の根拠となりうる攻撃の具体的状況についてはまったく知らなかった。被告は、彼が問題の時刻に援護すべきコソ

ヴォ上空でいかなる飛行活動が行われたかについての知識を、それなくしては空中護衛活動を有効に遂行し得ないからもっていたのではないかと疑問視された。しかし、被告が援護すべき飛行機の目標についてそもそも情報を提供されたということ、あるいはヴァルヴァリンの橋に対する攻撃の状況または方式についての十分な知識をもっていたということは、原告らによって主張されていないし、また当時適用されていた“need to know”の原則からしてはじめてから明白ではない。それゆえ、発生した結果の賠償責任法上の帰責は、具体的実行の場合によってはありうる非難可能性についての認識または有責の不認識が欠如しているからありえない。

最後に、被告の責任は、ヴァルヴァリンの橋が当時の空爆作戦の目標リストに加えられた限りで考慮される。原告らは、この点について、NATO委員会の枠内において被告の参加のもとに空爆作戦のすべての個々の攻撃目標が確定された。そして、その際参加した NATO の各パートナーに、選定される目標の確定に拒否権を行使する権利が認められた。拒否権が行使された場合には、その目標は計画案に加えられなかった、と主張する。

たとえわれわれがこの主張について原告らに有利に考え、当時被告がそのような拒否権をもっていたと仮定しても、被告の責任は問題にならない。

かかる拒否権は、NATO 内部での被告と他の加盟国（同盟国）との協力の眼目をなし、そして、ドイツ連邦共和国の兵力とその他の同盟国の兵力との協力に関係するから、なかんずく政治的性格 本件では圧倒的に防衛政策的性格 をもっていた。かかる拒否権行使の決定が所管の NATO 委員会のどのレベルで行われるかに関係なく、かかる措置はいずれにしても政治的または軍事的決定に関する問題であって、その基礎に一つの政治的または軍事的な判断または評価があるに違いない。

かかる外交政策的および防衛政策的性格の判断または評価に関して、連邦憲法裁判所はそれがもっぱら連邦政府の責任であることを確認した。基本法は、連邦政府にその限りで属する判断権に、明白な恣意の限界を定めるにすぎない。この最大限の範囲内においては、裁判所は、連邦政府の判

断または評価が適切かそれとも不適切か、その限りでは法的な基準を欠くから審査してはならない。それらは政治的に責任を負うべきである(BVerfGE 68, 1)。他の場所で、連邦憲法裁判所は、このような問題に関しては連邦政府に広範な裁量が認められること、そして裁判所はそれゆえ連邦政府の作為・不作為の裁量の誤りを審査することに限定されることを説明した。なかんずく外交政策の分野においては、連邦政府は、政治的事項のために任命された他のすべての国家機関と同じく、一般的に広範な政治的裁量が認められている。対外的分野における裁量の幅が広いことは、対外的な諸関係および事件展開の形成は、ドイツ連邦共和国の意思によってのみ決定することはできず、その決定の外にある諸事情にも依存することに理由がある。ドイツ連邦共和国のそのつどの政治目標を、国際法および憲法の許す範囲内において達成することを可能にするために、基本法は外交権限を有する諸機関に、対外政策上の重大な事態の判断に際して可能な行動が目的にかなうように極めて広範な裁量の余地を与えている。この点にかんがみて、これらの機関の場合によってはあるかもしれない国際法上の瑕疵のある法解釈を裁量の誤りとして判定することには、最大の自己抑制をすることが裁判所の義務である。このことは、問題のある法解釈の採用が恣意であると思われ、したがって理性的な観点では外交政策上の観点でももはや理解しえないような場合でも、あるいは考慮に入れなければならないかもしれない(BVerfGE 55, 349)。さらに連邦憲法裁判所は

ドイツの国際法的地位の判断に関連して、ドイツ連邦共和国の権限ある国家機関によるかかる国際法上の判断については、それが明白に国際法に違反する場合にしか反対することができないことを確認した(BVerfGE 77, 137)。最後に、連邦最高裁判所も、連邦国防軍の国家主権にもとづく防衛任務の遂行に何が絶対に必要であるかの判断に際しては、連邦国防大臣は、防衛政策上の判断の自由裁量それは司法判断に適さないを有すると判決した(BGHZ 122, 363)。

以上要約すれば、次のことを確認することができる。被告は、ここで問

題になっているたぐいの決定に際しては、判断および裁量の余地をもって
いる。それは原則的に司法判断に適さない。ただし、決定が明白に恣意的
であるかまたは明白に国際法に違反するものであって、理性的な観点では
もはや理解できない場合は別である。しかし、本件はそうではない。

本件においてヴァルヴァリンでモラヴァ川にかかるような橋は、戦略的
考慮にもとづくにしろ、戦術的考慮にもとづくにしろ、いつも一番最初に
概念的に潜在的軍事目標と判断される。すでにこのことからして、目標リ
ストへの採用に対する被告の拒否権不行使が、明白に恣意的でいかなる観
点からももはや支持できないと考えることはできない。それに加えて、問
題の橋は、たしかに明らかに主要交通路ではなかったが、しかしとくに南
へ通じる道路網と接続するその橋を渡れば、それほど遠くないコソヴォに
容易に到達することができた。それゆえ、その橋は、他のとりわけ優
先的に利用される交通路が破壊された場合、少なくとも比較的小規模
の部隊および物資をコソヴォへ輸送するのに潜在的に適していた。した
がって、この観点においても、万一を考えて目標リストに加えることを恣
意的でまったく支持できないものということとはできない。

かかる目標リストへの採択または拒否権の不行使は、また、明らかに国
際法違反とはいえない。すでに述べたように実際の破壊行為が国際法に一
致するか否かはここで決定しなくてよい。目標リストへの採択自体は、橋
は少なくとも原則的に軍事目標とみなされたから、必要な周知のやり方で
たしかに（戦時）国際法に違反しなかった。その橋の攻撃の具体的状況は、
目標選定の場合には明らかに話題にされなかった。少なくとも原告らは話
題にされたと主張しなかったし、話題にすることは“need to know”の原
則にも矛盾する。原則として被告は目標選定に同意する際、その他の根拠
はないから、“ius in bello”に拘束されている NATO または加盟国の攻撃
が国際法に一致して行われることを信賴することが許される。

ヴァルヴァリンまたはその橋は、原告らの見解に反して、第 1 追加議定
書59条の「無防備地区」（“unverteidigter Ort”）でなかったことは、同上 2

項以下からわけなく判明する²⁶⁾。それゆえ、第1追加議定書59条が個人を保護する性格を有するか否かは問題にならない。

訴訟上の付随効果は、民事訴訟法97条1項〔訳注：無益の訴えの費用は、これを提起した当事者の負担とする〕、100条1項〔敗訴した側が数人よりなるときは、費用の弁償につき平等に負担する〕および2項〔訴訟に対する関与に著しい差異あるときは、裁判所の裁量によりその関与を基準にすることができる〕、708条10号〔財産権上の訴訟における控訴審判決は、担保の提供なしに仮執行しうることを宣言することができる〕、711条〔708条4号～11号の場合には、裁判所は、債権者が執行前に担保を提供しないときは、債務者は担保の提供または供託により執行をまぬかれうることを言い渡さなければならない〕から明らかである。

上告は許容される。なぜならば、今日の国家責任法に基いて判断されるべき武力紛争時または戦争時の行為に対する、基本法34条と関連づけた民法典839条の適用可能性の問題については、これまで最高裁判所の決定が下されていないからである。」(ケルン高裁サイト版、1-27頁)

- 1) Banković and others v. Belgium and others. Application no. 52207/99. 41 ILM 517 (2002). 決定文は、HUDOC の ECHR Portal (<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>) から入手可能 (Decisions 指定)。なお、判例紹介に、富田麻里「バンコビッチ他対ベルギー他16カ国」『国際人権』15号(2004年)111-112頁がある。
- 2) NATO のユーゴ空爆については、被害者個人の損害賠償請求訴訟とは別に、周知のごとく、ユーゴスラヴィア政府自身が、1999年4月26日に国際司法裁判所(ICJ)の管轄権受諾宣言をして、その3日後の4月29日にベルギーおよびその他9カ国を相手どって同裁判所に武力行使の違法性を訴えた。これは結局、2004年12月15日、管轄権なしとの先決的抗弁を認める判決が下された(判決文は <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/iybe/iybeframe.htm> より入手可能)。

また、ユーゴスラヴィアの主張も考慮して旧ユーゴ国際刑事裁判所(ICTY)の検察官が、1999年5月検察局内部に委員会を設けて、NATOの空爆作戦の調査(空爆を命令した者、実施した者をICTY規程3条(戦争法規違反)、5条(人道に対する犯罪)等で捜査・起訴できるか否かの問題の検討を含む)を託したが、同委員会は最終報告書("Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia")において検察官に同作戦に対す

る捜査（investigation）を開始しないよう勧告した。したがって、検察官は捜査不開始の決定をした（この委員会の最終報告書は2000年6月8日に公表され、現在は同裁判所のサイト <http://www.un.org/icty/latest-e/index.htm> で、Press Release Archive 2000 June と進んで、13 June 2000 の欄で検察局のプレス・リリースとともに入手可能）。この報告書について、たとえば以下の諸文献は厳しくこれを批判している。P. Benvenuti, “The ICTY Prosecutor and the Review of the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia”, 12 *European Journal of International Law* (2001) 503-529; M. Bothe, “The Protection of the Civilian Population and NATO Bombing on Yugoslavia: Comments on a Report to the Prosecutor of the ICTY”, *ibid.*, 531-535; W. J. Fenrick, “Targeting and Proportionality during the NATO Bombing Campaign against Yugoslavia”, *ibid.*, 489-502. なお、94 *AJIL* (2000), 690 ff. NATO Air Campaign Against Serbia and the Laws of War (Contemporary Practice of the United States) も参照。

なお、元 ICTY 判事の多谷千香子法政大学教授は、近著において、「ICTY については、NATO 爆撃による民間被害を不問に付したのは、ヒロシマ、ナガサキを不問に付した東京裁判と同じようなものではないか、所詮、勝者の裁判（Victor's Justice）ではないか」といふ批判がある」とみずから問題提起して、この報告書の内容をかなりくわしく紹介されている（『戦争犯罪と法』岩波書店、2006年、26-32頁）。

しかし、これらは本稿のテーマを外れるので、ここではこれ以上触れないことにする。

なお、被害者個人（ユーゴ国民）の損害賠償請求訴訟について、ドイツ以外の国に関してはくわしい情報を私はもたない。ただ手元にある資料で見る限り、イタリアでドイツと同様の訴訟が提起され、それについてイタリアの裁判所は管轄権を有しないとして、本案の審理は行われないで却下されている。それから、オランダではやや異様なかたちの訴訟、すなわち国連憲章 2 条 4 項違反を理由として、オランダの空爆作戦への参加差止め命令および損害賠償を求めるユーゴ軍人等の訴えが提起された。この場合は、本稿のテーマである戦争損害（*jus in bello* 違反により生じた）に対する個人的賠償請求権の問題と異なり、武力行使の国連憲章 2 条 4 項違反すなわち *bellum justum*（正戦論）にかかわる問題を理由として個人が国内裁判所に訴訟（その武力行使を差し止めたり、その武力行使から発生するまたは発生する可能性のある損害の賠償を求めたりする）を提起することができるか否かが争点になる。これは逆説的な意味で興味のある事例というか、個人の人權擁護を楯にまたは口実にして国家のあらゆる国際法違反（と称される）行為を国内裁判所にもち込もうとする、一部の人の行過ぎた風潮の問題点を戯画的または風刺的に示した事件として多くの教訓を含有している。しかし、ここでこれ以上この問題に深入りすることはできない。ともかく、以下にイタリアとオランダの判例について、一応その概要を紹介しておくことにする。

Micaela Frulli フィレンツェ大学国際法講師によると、イタリアでは、2002年2月8日、イタリア最高裁判所（破毀院）が、1999年4月23日の NATO の「セルビア・テレビ・ラジオ放送」（RTS）爆撃の被害者およびその家族（Dusko Marković and others）が損害賠償をイタリア政府に求めた訴えを却下した。訴えはローマ第一審裁判所に提訴されたが、イタリア政府の請求により直ちに受理可能性の先決判断のために最高裁判所に移送された。

最高裁判所は、イタリアの裁判所は本件に関して裁判管轄権を有しないと判示した。

ローマ第一審裁判所に提出された訴状は、1977年の第1追加議定書35条〔戦闘の方法および手段の基本原則〕、48条〔文民たる住民の保護の基本原則〕、51条〔文民たる住民および個々の文民を攻撃の対象としてはならない等具体的保護規定〕および79条〔報道関係者のための特別の保護規定〕違反を指摘し、91条〔ハーグ陸戦条約3条と同じ規定〕を賠償請求の根拠として援用した。また、RTSを攻撃した飛行機の国籍は不明であるが、イタリア政府は、RTSを攻撃目標とするNATOの決定および空爆作戦にイタリアの軍事基地を使用するNATOの決定に参加したことにより、損害に対する賠償責任を負うとした。

最高裁の決定は、被告が裁判管轄権の欠如を主張する事件の受理可能性は先決問題で本案に関する争点ではないから、イタリア民事訴訟法によれば最高裁判所自身が判断する権限を有すると述べる(Frulliによると、これは従来からの判例と異なっているという)。ついで、イタリアの裁判所がなぜ管轄権を有しないかについて、ごく簡潔に、戦争の手段および方法の選択は政府の政治的任務の行使である「統治行為」(“acts of government”)に属し、したがってその性質上「司法判断に適さない」(non-justiciable)と論じた。そして、次のようにつけ加える。戦闘行為を規制し文民を保護する国際法の規定は、国家間の関係においてのみその役割を演じる。とくに、第1議定書およびヨーロッパ人権条約は、国際的な裁判所がこれらの条約の規定の違反に対する国家責任の問題を審理する適当な機関であると定めている(この叙述は一部不正確で、Frulliが要約しすぎているのかもしれない)。したがって、これらの条約をイタリアの法体系において実施する法律は、個人に、イタリア国家による国際人道法違反の結果被った損害の賠償を求める訴訟を提起する権利を付与しないし、また、特別の個人的な申立て手続を規定しない。いずれにしても、そのような規定は、政治的任務の行使は本来個人の権利または利益の侵害を起しえないという概念と矛盾する(以上、Micaela Frulli, “When Are States Liable Towards Individuals for Serious Violations of Humanitarian Law? The Marković Case, 1 Journal of International Criminal Justice (2003), 406-427, 407-409 参照)。

オランダに関しては、Netherlands Yearbook of International Law, Vol. 35 (2004) に、次の二つの判決が収録されている。(1) Daniković and 6 others v. the State of the Netherlands, Supreme Court, 29 November 2002 (同上, 522-542頁)。第一審(ハーグ地方裁判所)および第二審(ハーグ高等裁判所)の判決文も再録されている。(2) L. Dedović and 28 others v. W. Kok, F. H. de Grave and J. J. van Aartsen, Court of Appeal of Amsterdam, 6 July 2000 (同上, 508-522頁)。本件は最高裁に上訴されなかった。なお、第一審(アムステルダム地裁)の判決文再録なし。

(1) ダニコヴィッチその他6人対オランダ国家(オランダ最高裁, 2002.11.29)

【事実】 NATOのユーゴ空爆が1999年3月24日に始まったあと、7人のユーゴ軍人(ユーゴ内で動員され勤務中)が、ハーグ地方裁判所に、ユーゴスラヴィア共和国に対するこれ以上の戦争行為に従事または参加することを即時的効果をもってオランダ国家に差し控えさせ、かつ、オランダ国家がユーゴスラヴィア共和国に対しこれ以上武力を行使することを差し控えることをNATO同盟国に直ちに通報するようオランダ国家に命じる、暫定的差し止め命令(interim injunction)を求める訴えを提起した。ハーグ地裁

所長は、1999年4月7日の判決で請求を棄却し、原告らに訴訟費用を負担するよう命じた。原告らはハーグ高等裁判所に控訴した。彼らは、要求した差止め命令が、国連安全保障理事会の決議がユーゴスラヴィア共和国に対する武力行使を命令または授權した期間継続するように請求を変更した（請求 ）。そして、オランダ国家による彼らに対する違法な武力行使および武力による威嚇の結果彼らがさらされた強い緊張に起因する被害（暫定の、かつ当面非金銭的な）に対して、各自に1,000オランダ・ギルダーの損害賠償金の支払いを求める請求をつけ加えた（請求 ）。ハーグ高等裁判所は、2000年11月23日、二つの請求を棄却し、ハーグ地裁所長の判決を支持した。原告らは最高裁判所に上告し、9点の上告理由を提出した。第1の上告理由は請求 の棄却に対するもので、第2～8の上告理由は請求 の棄却に対するものである。最高裁判所は上告を棄却した。

なお、第 審判決文の事実経過の説明とところで、本件より前に、二つのオランダの団体および the Tribunal for Peace Foundation により、ならびにいろいろな国（セルビア共和国を含む）の139人により、なかんずく、オランダ国家にユーゴスラヴィア共和国に対する武力による威嚇または武力の行使を差し控えさせ、かかる武力の威嚇または行使に NATO 内で協力することを差し控えさせ、および武力行使を政治的軍事的に支持することを差し控えさせる暫定的差止め命令を求める訴えが提起され、1999年3月18日のハーグ地裁所長の判決により棄却されたこと、棄却はなかんずく原告らがオランダ国家に対して国連憲章2条4項を援用することはできないことを理由としたこと、この判決に対して原告らは控訴したことが述べられている。また、そこに付されている脚注には、この訴えに関しては召喚令状がオランダ国家に対してのみならず、Kok 首相および J. van Nieuwenhoven 下院議員を含む数人の個人にも発出された。そして、地裁所長は、国家に対してなされた命令はその機関に及ぶから個人を訴えるべき理由はないと判示した。それから、ハーグ高等裁判所は、2004年3月25日、地裁判決を支持したが、その際その理由はダニコヴィッチ事件の最高裁判決に完全に依拠したから、高裁は Kok 首相および J. van Nieuwenhoven 下院議員等に対する訴えについては言及していないことになる。さらに、同日、高裁は、C. Tijsterman その他39人による1999年5月28日のハーグ地裁判決（オランダ国家に軍事的行動へのこれ以上の参加を差し控えさせる差止め命令を求めた彼らの請求を棄却した判決）に対する控訴を、事実上同一の理由にもとづいて棄却した、などのことが補足説明されている。

【判決理由】 第1審、第2審（これはとくに詳細かつ長文）、最高裁の各判決理由をくわしく紹介することはできないので、重要な論点についての最高裁判所の判断だけを最高裁判決冒頭の要約にしたがって示しておく。

ハーグ高裁は、空爆はすでに終了したから原告らは緊急の利益（urgent interest）を欠くという理由で請求を棄却した。しかし、ハーグ地裁が請求を正しく棄却したか否かの検討はなお、地裁が下した裁判費用負担命令に関連して必要である〔山手注：地裁の判決の時点では空爆は継続中であった〕。

民事裁判所は、本件のような種類の請求、すなわち外交政策および防衛の分野における政治的決定を実施する行為が違法でそれゆえ禁止されるべきであるとする請求を判断するに当たっては、そしてとくに暫定的差止め命令手続においては、大な

る程度の自己抑制を守るべきである。

すべてのユーゴスラヴィア軍人が戦闘行為にさらされていると単純に仮定することはできない。原告らが空爆の対象になっているユーゴスラヴィア陸軍の一部であるという単なる事実は、それだけではとくに彼らの生命および健康に対する権利が損なわれたまたは損なわれる恐れがあるという結論を保証しない。

国連憲章2条4項違反のケースにおいても、また同一内容の(強制的)慣習国際法規違反のケースにおいても、民事裁判所に、それらの行為の終了を求める請求を暫定的差止め命令手続において提起することはできない。これは、この種類の国際法規は国家に関係するもので、原則的に国家間においてのみ法的効果を有するからである。

ヨーロッパ人権裁判所の2001年12月12日のバンコヴィッチその他4人〔注：バンコヴィッチ夫妻が原告になっており、バンコヴィッチの名でどちらか一人を指せばその他は5人になる〕対ベルギーその他16カ国事件の判決は、原告らは軍事行動の時点においてオランダの管轄権内にいなかった、そしてオランダ国家は空爆が行われた地域に対して実行的支配を行っていなかった、という見解を確認する。したがって、原告らはヨーロッパ人権条約1条に規定されている管轄権内にある者ではない。

同じく、ニュルンベルク国際軍事裁判所条例6条〔注：極東国際軍事裁判所条例5条に相当する規定で、裁判所の管轄に属する平和に対する罪、通例の戦争犯罪および人道に対する罪を定める〕の原則の適用を求める請求は、個人によって民事裁判所に暫定的差止め命令手続において提起することはできない。

戦時刑法8条〔注：オランダの国内法。8条は、「戦争の法規および慣例に違反する何人も、10年を超えない禁固またはカテゴリー5の罰金に処す」と定める〕に基く議論は、同条は武力行使禁止の違反を処罰する旨の規定ではないから成立しない。

武力行使の禁止に違反して行われた戦争の過程でなされたすべての行為は定義上“*jus in bello*”に違反するという主張は、法の誤った解釈に基いている。“*jus in bello*”は、戦争を行う権利があったか否かに関係なく、戦闘行為において遵守しなければならない法規に関するものである。

- (2) デドヴィッチその他28人対コック、デ・グラヴェおよびヴァン・アーツエン(アムステルダム高裁, 2000.7.6)

【事実】 ユーゴスラヴィア共和国に対する NATO の空爆に対して、Dedović その他28人のユーゴスラヴィア人(Dedović とその他24人はユーゴスラヴィアに住んでおり、うち2人は現役の軍人である)は、1999年5月11日、Kok 首相、De Grave 国防相および Van Aartsen 外相に対する暫定的差止め命令を求める訴訟をアムステルダム地方裁判所に提起した。彼らは、(1) Kok 等が各原告に1,000オランダ・ギルダーの暫定的損害賠償金を支払うことの命令、(2) Kok 等にユーゴスラヴィア共和国における戦闘行為へのオランダの参加の継続を目的とする何らかの行為を行うことまたは何らかの声明を発することを差し控えさせる命令、を裁判所に請求した。アムステルダム地裁所長は、1999

年6月3日、請求を棄却した。彼は、1999年5月28日のハーグ地方裁判所の判決（上記（1）の説明で言及した Tijstermann その他39人の申請を却下した判決）に依拠して、さしあたってユーゴスラヴィア共和国における活動へのオランダ国家の参加は Dedovic 等に関して違法ではない、そしてそれゆえ正規の方法で意思決定に加わった Kok 等に個人的賠償責任はありえない、と判示した。原告らはこの判決に対してアムステルダム高等裁判所に控訴した。高裁もまた請求を棄却し、地裁所長の判決を支持した。

【判決理由】 NATO 空爆への参加の継続の差止めを求める請求は、すでにかかり前に空爆は終了したから、原告らはこれ以上請求に利益を有しない。

非金銭的損害賠償の請求に関しては、政府の大臣でありしたがって国家の機関である被告らは、国家の犯した違法行為に対して、その行為に対する彼らの有責性（culpability）のゆえに当該違法行為の責任を彼らに個人的に負わせることができる場合にのみ、すなわち彼らがその事件の状況において個人的に非難されうる場合にのみ、個人的に賠償責任を負うというのが基本原則である。

被告らが彼らの法律上の権限を逸脱しなかったとしても、それは彼らが個人的に賠償責任を負うことがありえないことを必ずしも意味しない。

国際司法裁判所は、武力行使禁止の違反に関するオランダ国家とユーゴスラヴィア共和国との間の紛争を審理する管轄権を一応（prima facie）有しないという見解であるから〔注：国際司法裁判所は1999年6月2日、管轄権の欠如を理由にユーゴスラヴィア共和国の空爆中止の仮保全措置申請を却下した〕、国際司法裁判所が実体的判断を行うことはおそらくないと考えられる。したがって、この暫定的差止め命令手続において、国際司法裁判所の判決を待つよう原告らに命令することは正しくないであろう。

人道的干渉のための正当化理由（または人道的干渉の決定手続の正当化理由）が現行国際（慣習）法に基いて見出されうるか否か、および見出されるとすればいかなる事実的・法的条件が満たされなければならないか、という問題についてはコンセンサスがない。

ユーゴスラヴィア共和国に対する空爆へのオランダの参加が国際法の規則または規範に違反しかつそれゆえ違法であるということは、十分な程度の確率をもって前もって予測することはできないから、オランダ国家が原告らに賠償責任があるか否かを決定することは、この理由だけで不可能であるということになる。国家の賠償責任が確立されていないのであるから、被告らが彼らの決定によって原告らに対して違法に行動したか否かもまた確定することはできない。

その上、たとえユーゴスラヴィア共和国に対する空爆への参加（または参加するという国家の決定）が違法であったとしても、そのことはそれ自体としては被告らが個人的に有責であることを意味しない。さしあたって、このような行動の正当性に関する国際法的な討議がまだ固まっていない事実を前提とすれば、そのような決定を促した、そしてNATO および下院（または下院の多数）もともにする極めて深刻な人道的懸念、およびその決定が準備され採択された際の配慮は、当然十分な免責理由を構成すると思えなければならない。

原告らが、オランダ国家を(または被告らを、個人的に)、たとえ国際人道法の定める制限が武力行使の結果越えられていなくても、生命、安全その他の尊重および保護の基本的な原則および規範の違反を理由に賠償責任があると主張することができるか否かを決定する必要はない。それらの原則および規範は、適用されるそして武力紛争時の法からこの点について推定することが可能な意味において、絶対的性格のものではない。

国際人道法違反の主張の正確さについて意見を述べる必要はない。なぜならば、これらの規範は、空爆の結果である緊張または恐怖から人々を保護すること、またはこれらの規則および規範がその人に関して破られていない人々を保護することまで含まないからである。

たとえそうでないとしても、被告らが個人的に有責であると主張することができるかどうか疑問である。これは結局、本人がこの点に関して与えた命令、彼が決定的時点において有していた知識および当該行為の認識とその実現に対する支配の程度といった状況にかかっている。原告らはこれらの状況について何ら意見を具していない。

これらすべては、非金銭的損害の賠償を求める請求が棄却されなければならないことを意味する。

- 3) 本稿のテーマに関する邦語の参考文献はないが、背景を理解する上で、コソヴォ紛争および NATO のユーゴ軍事干渉(人道的干渉)について国際政治、軍事学および国際法の観点から論じた次の諸文献が有益である。佐瀬昌盛「『コソヴォ戦争』の国際法上の性格」『防衛大学校紀要・社会科学分冊』80号(2000年)17-51頁(この論文のみ右開き);三井三夫「NATOによるユーゴ空爆(コソヴォ紛争)の全容 軍事的視点からの分析」『防衛研究所紀要』4巻2号(2001年)32-65頁;猪熊政憲「ユーゴ空爆に見る NATO 軍の運用規則」『鷹友』(航空自衛隊幹部学校幹部会)26巻6号(2001年)51-71頁;定形衛「コソヴォの NATO 空爆と人道的介入」『名古屋大学法政論集』202号(2004年)353-386頁;黒川修司「人道的介入と国際政治 コソヴォ紛争の事例を中心に」『横浜市立大学論叢人文科学系列』56巻3号(2004年)43-70頁;松井芳郎「NATOによるユーゴ空爆と国際法」『国際問題』493号(2001年)33-47頁;村瀬信也「武力不行使に関する国連憲章と一般国際法との適用関係 NATOのユーゴ空爆をめぐる議論を手掛かりとして」『上智法学論集』43巻3号(1999年)1-41頁;王志安「コソボ紛争のジレンマ 国際干渉の法的枠組みをどう構築するか」『法学論集』(駒澤大学)61巻1号(2000年)1-81頁;瀬岡直「国連集団安全保障体制における秩序と正義の相克 NATOの Kosovo空爆を素材として」『同志社法学』57巻1号(2005年)203-313頁。
- 4) Az. [Aktenzeichen. ファイル番号]: 1 O 361/02. NJW 2004, 525. 判決文はまたノルトライン=ヴェストファーレン州司法省の判例データベース・サイト Rechtsprechung NRW (<http://www.justiz.nrw.de/RB/nrwe2/index.php>)からも入手可能。
- 5) Az.: 7 U 8/04. NJW 2005, 2860. 判決文は、ケルン高等裁判所のサイト (<http://www.olg-koeln.nrw.de/home/index.htm>)(presse archiv とクリック)、およびノルトライン=ヴェストファーレン州司法省の Rechtsprechung NRW (<http://www.justiz.nrw.de/RB/>

nrwe2/index.php)からも入手可能。

- 6) 山手治之「ドイツ占領軍の違法行為に対するギリシャ国民の損害賠償請求訴訟(2)」『京都学園法学』52号(2007)47-107, 70-72頁参照。
- 7) Az.: 2 BvL 33/93. BVerfGE 94,315. この判決については、すでに重要部分の翻訳を含めて、かなり詳細な紹介・分析を行った。山手, 同上, 『京都学園法学』52号(2007)85-96頁(注(12)(13))参照。
- 8) Az.: ZR 245/98. BGHZ. 155, 279; NJW 2003, 3488. また、ドイツ連邦最高裁判所のサイト(<http://www.bundesgerichtshof.de/>)からも入手可能。さらに, ILM, Vol. 42 (2003), 1027-1055 に, Elisabeth C. Handl による解説と英訳が, ドイツ語原文とともに掲載されている。この判決もすでに全文を邦訳した。山手, 同上, 47-69頁参照。
- 9) Az.: 2 BvR 1379/01. NJW 2004, 3257. また、ドイツ連邦憲法裁判所のサイト(<http://www.bundesverfassungsgericht.de/>)からも入手可能。内容については、山手, 同上, 100-101頁(注(17b)), 106-107頁(注(17d))参照。
- 10) Az.: 2 BvR 1476/03. ドイツ連邦憲法裁判所のサイト(<http://www.bundesverfassungsgericht.de/>)から入手可能。その全文の邦訳を、山手, 同上, 69-82頁に掲載した。
- 11) Markus Rau, "State Liability for Violations of International Humanitarian Law- The Distomo Case Before the German Federal Constitutional Court", German Law Journal, Vol. 7, No. 7 (July 2006), pp. 701-720, 713-714 参照。
- 12) ハーグ陸戦条約の略称としてハーグ陸戦規則(HLKO)を示すこの記述は間違い。後者は前者の付属規定で、条文が違う。それゆえ、この後で出てくる Art. 2 HLKO, Art. 3 HLKO は訂正してハーグ陸戦条約2条、ハーグ陸戦条約3条とした。
- 13) この3項は5項の誤植である。NATO 軍地位協定8条5項e, iiiは、損害が締約国の武装部隊によって生じ、かつその損害をこれらの武装部隊のいずれかの責任として特定することができない場合には、仲裁人により裁定された、または裁判により決定された額は、関係締約国が均等に分担するという規定である。なお、NATO 軍地位協定は、英文(および仏文、露文)が NATO の公式ホームページから入手可能(<http://www.nato.int/docu/basicxt/b510619a.htm>)。
- 14) 1条2項は、本協定は、締約国の中央当局に適用されると同じく、協定が20条により適用または拡大適用される領域の政治的サブ・ディヴィジョンの当局にも適用されるという規定である。20条の1項は、2項、3項に従うことを条件として、締約国の本土にのみ適用されると規定し、2項はしかしいずれの締約国も当該締約国が国際関係に責任をもっている領域(北大西洋条約地域内の)に対して適用されることを宣言することができる規定し、3項は2項の宣言をした締約国はその拡大適用した領域に関して協定の適用を終了させることができる旨の規定である。
- 15) ここに引用されている判例は道路増設工事中の排水計画に問題ありとして浸水被害者が市と州に損害賠償を求めた事件(テニスホール事件)の判決である。判決は、まずHaftpflichtgesetz(雇用賠償責任法)2条1項1文に基く溢水被害に対する危険責任はこの場合要件が合致しないとして退け、次の争点の BGB 823条(故意または過失により、

他人の生命,身体,健康,自由,所有権またはその他の権利を違法に侵害した者は,その他人に対しこれにより生じた損害を賠償する義務を負う)に基く不法行為責任と,基本法34条と関連づけた BGB 839条(官吏が故意または過失によりその第三者に対して負担する職務に違反したときは,第三者に対しこれによって生じた損害を賠償しなければならない)に基く国家・公共体賠償責任の問題を論じた個所で,「公務員の特定の行為が,本件で考慮されているように例外的に同時に,公的職務の執行において行われた職務義務違反ならびに公的雇用者の民法上の業務範囲内の不法行為として現れる場合は,823条は適用されない」と述べている(3209頁の(cc)の項)。

- 16) 民事訴訟法233条は,天災その他避けることのできない災難により,不変期間,控訴・上訴の理由開示の期間等の遵守を妨げられた当事者は,申立てによって現状への回復が認められる(懈怠した訴訟行為の追完をなしうる)旨規定する。234条は,原状回復はその障碍がなくなってから2週間内に申し立てなければならない旨規定する。

- 17) GVG (Gerichtsverfassungsgesetz, 裁判所組織法)は,ドイツ連邦司法省の法律データベースのサイト Gesetze im Internet (<http://bundesrecht.juris.de/>)から入手可能。ここで関係のある裁判権免除に関する条文を以下に訳出しておく。

18条 この法律の適用範囲に設置される外交使節団の構成員,彼の家族の構成員および彼の個人的家事使用人は,1961年4月18日の外交関係に関するウイーン条約(Bundesgesetzbl. 1964 S. 957 ff.)に準拠してドイツの裁判管轄権から免除される。このことは彼の派遣国がこの条約の締約国でない場合にも適用される。すなわち,この場合には,外交関係に関する1961年4月18日のウイーン条約のための1964年8月6日の法律(Bundesgesetzbl. 1964 S. 957)の2条が対応した適用を定めている。

19条 (1) この法律の適用範囲に設置される領事機関の構成員は,名誉領事官を含み,1963年4月24日の領事関係に関するウイーン条約(Bundesgesetzbl. 1969 S. 1585 ff.)に準拠してドイツの裁判管轄権から免除される。このことは彼の派遣国がこの条約の締約国でない場合にも適用される。すなわち,この場合には,領事関係に関する1963年4月24日のウイーン条約のための1969年8月26日の法律(Bundesgesetzbl. 1969 S. 1585)の2条が対応した適用を定めている。

(2) 1項において言及した者のドイツの裁判管轄権からの免除に関する特別の国際法上の協定は,そのまま効力を維持する。

20条 (1) ドイツの裁判管轄権は,ドイツ連邦共和国の公の招待によりこの法律の適用範囲に滞在する,他の国家の代表者およびその随行者には及ばない。

(2) その他,ドイツの裁判管轄権は,1項ならびに18条および19条において言及した者以外の者にも,彼らが国際法の一般的規定により,国際法上の協定に基きまたはその他の法的規則に基きドイツから免除される限り及ばない。

- 18) この略称の間違いについては,前掲注(12)参照。
19) イタリア兵抑留者事件。前掲(9)参照。
20) 1996年5月13日の連邦憲法裁判所の第二次世界大戦期強制労働事件判決。前掲(7)参照。
21) 2003年6月26日の連邦最高裁判所のデストモ村判決。前掲(8)参照。
22) こども原文に HLKO とあるのは間違い。前掲注(12)参照。

- 23) この「aa) 民法上の国家責任法の適用可能性」の部分は、すでに『京都学園法学』52号(2007)101頁注(17c)(101-106頁)に掲載したものである。ただし、若干誤訳や不的確な訳を発見し今回訂正した。
- 23a) ドイツの通説では、基本法の基本権は、主観的権利としての基本権と客観的秩序の要素としての基本権(基本権が価値秩序を形成している)の二重の機能・性格を有するものとして理解されている。そして、^(a)まず第一に、個人の自由領域を公権力の侵害から守る権利、すなわち国家に対する市民の防禦権(Abwehrrechte)(*status negativus*)があり、さらに^(b)選挙権などのように国家共同体の中で能動的に自由を行使する参加権ないし協働権(Mitwirkungsrechte)(*status activus*)、および^(c)既存の給付制度の中で基本法3条の平等権をテコに派生する給付を求める基本権(Leistungsgrundrechte)ないし分与請求権(Teilhaberechte)(*status positivus*)がある。以上について、Grundrechte: in Deutsches Rechts-Lexikon. Hrsg. von Horst Tilch und Frank Arloth, 3. Aufl., B. 1 (C. H. Beck, 2001) SS. 2089-2095, 2091-2092; コンラート・ヘッセ著、初宿正典・赤坂幸一訳『ドイツ憲法の基本的特質』(成文堂, 2006年)182-196頁; ボード・ピエロート&ベルンハルト・シュリンク著、永田秀樹・松本和彦・倉田原志訳『現代ドイツ基本権』(法律文化社, 2001年)23-40頁, 参照。
- 24) 前掲注(13)参照。
- 25) 民法典830条は、「数人が共同して行った不法行為によって損害を生じさせたときは、各自がその損害に対して責任を負う。数人の関与者のうち、だれが自己の行為によって損害を生じさせたか確かめられないときまた同じ。教唆者および助助者は共同行為者に準ず。」と定める。
- 26) 第1追加議定書59条
- 1 紛争当事者が無防備地区を攻撃することは、手段のいかんを問わず禁止する。
 - 2 紛争当事者の適当な当局は、軍隊が接触している地帯の付近またはその中にある居住地区であって敵対する紛争当事者による占領に対して解放されるものを、無防備地区として宣言することができる。無謀備地区は、次のすべての条件を満たしたものとす。(以下省略)

(未完)