

## 中国「残留孤児」国賠訴訟における「先行行為」論 について（続）

中京大学法科大学院客員教授

小栗孝夫

### 目次

- 1 はじめに
- 2 東京地裁の「加藤判決」
- 3 徳島地裁の「阿部判決」
- 4 名古屋地裁の「渡辺判決」
- 5 広島地裁の「坂本判決」
- 6 高知地裁の「新谷判決」  
以上、本号
- 7 札幌地裁の「笠井判決」
- 8 東京高裁の「宗宮判決」 残留婦人らによる先行訴訟
- 9 総括的検討
- 10 まとめ

### 1 はじめに

前稿（本誌 Vol. 6）は、東京地裁の「関東訴訟」の判決を前にして執筆した。そして、「おわりに 残された課題」において、《三つの裁判例を検討してきたが、「先行行為」論に関する判例理論は一筋の道ではないものの着実に歩を進めてきた》ことを指摘したうえ、《残された最大の課題は、国交正常化前の時期において「結果回避可能性」をどう判断するかである。》と述べて、近く予定されていた東京地裁の判決にこの課題の解決を期待した。

しかし、2007（平成19）年1月30日の東京地裁（加藤判決）は、この期待に全く応えなかったのみならず、「先行行為」論に関する裁判例の歩みを逆行させるものであった。

このような東京地裁の加藤判決にもかかわらず、判決当日の安倍総理大臣の柳沢厚生労働大臣への指示によって、「新しい支援策」の策定へと動き始めた。

その後、同年3月23日徳島地裁、3月30日名古屋地裁判決、4月25日広島地裁判決、6月15日高

知地裁及び札幌地裁判決と原告側の敗訴が続いた。また、残留婦人らによる先行訴訟について、東京高裁は同年6月21日残留婦人らの控訴を棄却する判決を言渡した。

同年7月9日与党プロジェクトチームの新しい支援策が確定し、原告団・弁護団の全国連絡会がこれを受入れて、訴訟終結へ向かうこととなった。

本稿は、前稿に引き続き「先行行為に基づく条理上の作為義務」の問題（「先行行為」論）が、上記の7つの裁判例でどう取り扱われているかを検討しようとするものである。

最後に、前稿の3つの裁判例を含めて総括的な検討を加えたい。

## 2 東京地裁の「加藤判決」

東京地裁平成19年1月30日判決

### (1) 概要

判決は、早期帰国実現義務について、「原告がいわゆる中国残留孤児となった原因として、戦前の国の満州政策が存在していることは間違いなく、一つの歴史認識として、その国家政策が中国残留孤児発生の原因であるということはいえるが、それを法的責任の発生根拠としての孤児発生の原因とすることはできない。」として国の戦前の政策を先行行為と認めること自体を否定した。

原告が主張する先行行為を次のように項目に分けて検討を進めている。

「a 満州国の建国」の項では、満州国の建国という一種の意思表示ないし政策決定自体から、直ちに、原告らが実親と離別して孤児となり中国人養父母に引き取られる事態が生じたということではできないのであり、満州国の建国と原告らが孤児となったこととの間に、法的な賠償義務の発生の根拠となる、事実としての因果関係があると断定することは躊躇される。」と判示している。

「b 国策としての満州移民政策とその実施」の項でも、上記政策の決定・実施そのこと自体から、直ちに、原告らが孤児となる事態が生じたということではできないとして、ほぼ同様に判示している。

「c 関東軍南方方面への転用等……」の項では、更に次のように敷衍している。「このような一連の政策決定とその実行の延長線上に原告らが孤児となる事態が発生していることが認められるが、……先行行為は、端的に、原告らが孤児となった事態と直接結び付けることのできる、行為者、時期、場所、態様等を具体的に一定程度特定することのできる価値中立的な事実として存在することが必要ではないかと考えられ、上記のような政策決定、作戦変更から結果として原告らが孤児となる事態が発生したとしても、その間に法的な因果関係を肯定することは躊躇されるのである。」

判決は、「原告らが実親と離別して孤児となるに至った原因」について、直接的な原因はソ連軍との戦闘行為、逃避行中又は越冬期間中におけるソ連兵や土匪や現地住民による日本人に対する殺人、強盗、強姦、略取・誘拐等の犯罪行為及びそれらを防止し取り締まるものがないことから生じる危険な状態（そこから生じる親の危機感）であった」と指摘している。

そして、原告らの主張する「満州国の建国、開拓民の移民政策、日ソ開戦が迫った状況においての国や関東軍のいわゆる静謐作戦等」が孤児発生の原因となっていることは間違いがないとしながら、「結果発生により近い直接的な原因たる事実としてソ連兵や現地住民等の行為が存在するので

あり、歴史的な認識としてどちらを重視し強調するかについては様々な立場があり得る」との認識を示している。

「国の実質的な植民地政策や戦争政策（個々の作戦や戦闘行為も含まれるであろう。）は高度の政治的判断に基づくものであり、本来司法審査の対象にはならない」と考えられるから、それを先行行為として因果関係について法的判断を加えるのが相当かと疑問を提示し、更に、先行行為の存在を認めることは国家賠償を認める法的根拠となり得るから、先行行為が国賠法施行前であることを考慮すると国賠法附則6項の趣旨に沿わないとも述べている。

そして、最後に「原告らが孤児となった原因としてより直接的な事実としてソ連兵や現地住民等の行為が存在することを考慮すると、原告らが主張する国の戦前の政策を先行行為として認めることは相当ではない」と結論づけている。

更に、結果予見可能性を認めた上で、結果回避可能性について検討を加え、日中国交回復前は、現実に行っていた以上に中国側の協力を得て調査究明及び帰国促進の施策を立案・実行し、原告らを帰国させることはできたとは認められなかった。日中国交回復後は、回避可能性が生じてきたと一応いえるが、中国人養父母に引き取られてから既に26年を経過しており、原告らが主張する人間らしく成長・発達する権利は侵害されてしまっている状態になっているから、回避可能性は既に発生した損害から派生的に生ずる損害の発生であるとの疑問を提起している。これらのことも総合的に考慮して、先行行為に基づく条理上の義務としての早期帰国実現義務の成立を認めなかった。

判決は、自立支援義務については、「戦前の国策や戦後の日中国交回復までの間の対中国の外交政策を先行行為とするのであれば、それは一つの歴史的認識としては否定し難いが、既に述べたところ（戦後の外交政策については高度の政治的判断に関わることであり、司法審査の対象とすることはできないというべきである。）と同様に、原告らが帰国した時点で自立支援が必要な危険な状態にあったこととの間に法的因果関係を認めることは相当でないとし、日中国交回復後の対中国の「政策や措置に関して特に非難に値するところは見当たらず」としたほか、早期帰国の現実的可能性への疑問、裁量が許される政策は違法又は著しく不当でなければ根拠とできないのではないかの疑問を挙げて、先行行為の存在を否定した。

## （2）検討

この「加藤判決」の最大の問題点は、従前の三つの判決（大鷹・野山・橋詰）がその表現に差異はあるものの共通して「先行行為」性を認めてきた旧満州に関する「一連の政策決定とその実行」について、その「先行行為」性を否定したことである。

原告らの主張する「一連の政策決定とその実行」について、上記のa・b・cなど5つの項目に恣意的に分断して、これら分断された事実と「原告らが孤児となった事態」との間に「法的な因果関係」があるかないかを検討して、項目別に否定的な結論（「躊躇」という特異な表現）を導いている。このような検討の手法がそれ自体不適切であることは明らかであろう。

重要な問題は、「先行行為」たる事実と「原告らが孤児となった事態」との間に「法的な因果関係」すなわち「法的な賠償義務の発生の根拠となる、事実としての因果関係」が必要だとしていることである。あたかも原告らが孤児となったこと自体を損害として、その賠償請求をしている場合

と同様に、「先行行為」性を認めるための要件として、上記の「法的な因果関係」の存在を要求している。

しかし、「先行行為」は、条理上の作為義務を発生させる根拠として評価される先行する諸事実である。「不法行為」法における「加害行為」とは異なる。判決は、「先行行為」論を十分理解していないと言わねばならない。

判決は、「c 関東軍南方方面への転用等……」の項で、「先行行為は、端的に、原告らが孤児となった事態と直接結び付けることのできる、行為者、時期、場所、態様等を具体的に一定程度特定することのできる価値中立的な事実として存在することが必要ではないかと考えられると判示している。しかし、先行行為にこのような「直接性」「特定性」「価値中立性」を要求する根拠は明確にされていない。この判示は先行行為を不法行為における加害行為と同視していることがその前提になっており、また、これから述べる孤児発生<sup>1</sup>の直接原因に関する議論の布石ともなっている。

さて、加藤判決は、孤児発生<sup>1</sup>の直接的な原因は、ソ連兵や「土匪」(ママ)や現地住民による殺人等の「犯罪行為及びそれらを防止し取り締まるものがないことから生じる危険な状態(そこから生じる親の危機感)であった」と指摘している。

原告らの主張する先行行為(旧満州に関する「一連の政策決定とその実行」と、この「ソ連兵や現地住民等の行為」について、「歴史的な認識としてどちらを重視し強調するかについては様々な立場があり得る」と判示している。「法的な因果関係」の議論に突如「歴史的な認識」が登場する。

原告らの主張が「戦前の国策の誤りを強調したい歴史観」に基づくものとするが、この判断自体に判決自身の歴史的な認識の偏りを感じさせる。(判決の詳細な事実認定を読むと、判決自身の歴史的な認識の偏りが随所に登場する。)

法的な因果関係論で先行行為性を否定するのであれば、その後の判断は不要である筈だが、戦前の国策は本来司法審査の対象とはならないとか、国賠法附則6項の趣旨に沿わないことを付け加えたうえ、更には、結果回避可能性についても言及し、日中国交回復時点では26年を経過して既に発生した損害から派生的に生ずる損害の可能性であることに疑問を提起して、最終的に先行行為に基づく条理上の早期帰国実現義務を否定している。

加藤判決は、事実認定における「歴史的な認識の偏り」と論理構成における「明晰さの欠如」が著しい。

条理を理由とする主張について、「裁判所が、旧憲法下における国の戦前の国家政策を現行憲法が表明する国家観・価値観によって評価し、その評価に基づいて法的判断をするということは、やはり差し控えるべきである」としている。

神戸地裁の「橋詰判決」が、「戦後の憲法が立脚する価値感に立って見たとき」、在満邦人を無防備な状態においた政策は、「自国民の生命・身体を著しく軽視する無慈悲な政策であった」と述べたのとは大きな違いがある。

加藤判決は、上記に続いて、国賠法附則6項に言及し、「旧憲法下においては国家無答責の理論が確立して国家政策が前提となって発生した事態について、その国家政策を違法として国家賠償請求権を認めることはあり得なかったことや、原告らの受けた被害はいわゆる戦争損害の範疇に

含まれるとみる余地があること」を指摘し、条理を理由とする主張を排斥している。

西埜教授は、原告弁護団の依頼で神戸地方裁判所、東京地方裁判所に意見書を提出し、その後これを論文として発表されたが、加藤判決が法的因果関係を否定し、価値観による評価を差し控えるべきだとしたことなどを指摘して、「きわめて後退した内容になっている」と評している。

\* 西埜章「中国残留孤児訴訟における国の不作為責任」法律論叢第79巻第4・5号

この論文は、先行行為論ではなく、「先行行為を含めた全体を危険責任として把握して」考察をしている。

### 3 徳島地裁の「阿部判決」

徳島地裁平成19年3月23日判決

#### (1) 概要

##### ア 早期帰国実現義務について

判決は、先行行為に基づく条理上の作為義務として、日中国交正常化後については原告らに対する早期帰国実現義務を負ったと認めたが、義務違反までは認めなかった。

先行行為の内容は、国策による満州への移民政策、開拓団に対する保護策の欠如、満州防衛の放棄、満州の戦局悪化についての情報の不提供・虚偽の情報提供、根こそぎ動員等といった一連の政策の実施ないし不実施であり、それ自体が難民・孤児を発生させる危険性を有する行為だとしている。

日本語等を習得して生活することが困難になる危険につき予見可能性を認め、日中国交正常化前は帰国の遅れという不利益の重大性に鑑みればあらゆる手段を継続的に試みる政治的責務を負っていたことは否定できないが、法的義務までは負わないとした。

日中国交正常化以後は原告らの被害の発生・拡大を回避する可能性があったので、法的義務があると認めた。しかし、事後的・結果的にみて不適切ないし不十分なものであったとしても、直ちに違反と評価できないとし、不合理、不当遅延と評価し得る場合に国賠法上違法となるとの判断基準のもとに、次のとおり判断している。

あらゆる条件の孤児らを想定した上で、速やかに帰国し得る基本方針を策定し、より早期により規模の大きい訪日調査を実現し、身元未判明の孤児についても帰国が可能となる措置をとるのがより適切であった。しかし、国内の世論、懇談会の提言などの諸般の事情を考慮しながら、必要な施策の立案・実行を順次、段階を踏んで行ってきたといえるので、不合理とはいえない。

##### イ 自立支援義務違反について

判決は、原告らの帰国後の困難な状況は極めて長い期間帰国できなかったことによるが、これは終戦後の中国国内の状況、日中間の外交関係の不存在、日本政府による引揚援護業務の状況等、国内外の諸情勢を要因として生じたとし、原告らは終戦前後には予想し得なかったその後の国内外の諸情勢の犠牲となったと指摘する。

前記移民政策の実施等は、その後長期間帰国できなかったこととの間には、自立支援義務を発生させるだけの密接な関連性はないとして、先行行為とはなり得ないとした。

また、中国との外交関係を樹立しない外交政策を採用したことは、原告らに向けられたものでは

なく、それ自体が帰国の遅延を生じさせるようなものとはいえないとした。

判決は、自立支援義務を否定する一方で、政府の責務について次のように述べている。

政府は孤児らが発生する原因の一つに関与した立場にあることに思いを致すとともに、人道上の観点にも配慮して、困難な状況から脱することができるようにできる限りの配慮をすることが強く望まれる。基本的には政治的責務にとどまるが、著しく合理性を欠き、困難な状況が看過し得ないほど長期間放置されている場合には、条理上の法的義務に違反したとして、国賠法上違法と評価し得る。

そして、政府がとってきた自立支援策を検討して、国賠法上違法であるとはいえないとしているが、以下の指摘が注目される。

「原告らが帰国した時点で稼働年数が限られていたことからすると、現時点から適切と思われる手厚い自立支援策を実施していたとしても、老後の生活に不安を抱かないだけの生活基盤を築くことができたとは考え難い。結局のところ、年金制度等について特別な立法措置が必要とならざるを得ない。」

## (2) 検討

阿部判決が日本政府の一連の政策の実施等が難民・孤児を発生させる危険性を有する行為だということを明確に指摘していることは評価できる。その内容を略述すると、以下のとおりである。

満州への移民政策は、「日本国外の、ソ連との軍事的緊張関係等が残る満州地域に移民を送出したものであることから、情勢次第では、ソ連軍の侵攻等により、多数の開拓団民が満州で難民・孤児となり、日本に帰国することができない事態」も予想し得たとする。また、1943年（昭和18年）後半ころからの関東軍の他戦線への転用、1945年（昭和20年）3月の在来の常設師団全部の本土転用の一方で、1944年（昭和19年）10月ころからソ連との緊張が高まり、1945年（昭和20年）2月ころには東ソ連でのソ連軍の兵力増強が確認されたことなどを指摘し、「日ソ中立条約の不延長の通告がされたころには、ソ連軍の満州侵攻の可能性が極めて高く」なったとする。ところが、「日本政府は、開拓団を避難させるなどの保護策を講じないまま、満州の防衛を放棄し、開拓団を放置した上、静謐確保の方針の下、開拓団に危険状態にあることを知らせず、かえって、危険状態にないなどの虚偽の情報を提供し」たのである。

阿部判決の問題点は、前記の移民等の政策の実施等は、その後長期間帰国できなかったことを理由とする自立支援義務の発生根拠たる先行行為とはなり得ないとしたことにある。

上述の「終戦前後には予期し得なかった、その後の国内外の諸情勢の犠牲」という指摘は、注目すべきものである。しかし、判決は、この事実を前記の移民等の政策の実施等が先行行為であることを否定する根拠としている。「移民等政策の実施等」のみを対象として「密接な関連性」を要求しているのは、「その後の国内外の諸情勢」は「終戦前後には予期し得なかった」ものであることから対象から除外したのであろうが、「その後の国内外の諸情勢の犠牲」ということを含めて総合的に判断すべきである。

また、中国との外交関係を樹立しない外交政策を採用したことは、原告らに向けられたものではなく、それ自体が帰国の遅延を生じさせるようなものとはいえないとしたことも理解しがたい。外

交関係がなくても帰国を実現することは不可能ではないが、外交関係がないことは帰国の遅延につながる危険を内包している。

外交政策の採用は原告らに向けられたものではないというが、外交関係を樹立しない外交政策は外交の重要な役割である自国民の保護を果たすことができず、在外の自国民である原告らにとって密接な利害関係のある事柄である。

「当該行為それ自体が、上記の長期間にわたる帰国の遅延の危険を生じさせるものでなければならぬ」というが、戦後の日本の対中国政策はまさにそのような危険を生じさせるものであったというべきである。民間3団体による帰国事業が実施されたことによって、このような危険が全面的に解消されたとは言えない。

早期帰国実現義務違反と言えないから、原告らの「日本に帰国することができない状態に関与したとはいうことができず」といい、先行行為が義務違反あるいは違法であること要求しているかに見える。日中国交回復前においても早期帰国実現の政治的責務を負っていることを認めているのであるから、その責務が極めて長期間履行し得なかったことが自立支援義務を発生させる先行行為となり得る筈である。

阿部判決の特色は、政治的責務の強調にある。早期帰国実現（日中国交回復の前後）や自立支援の各場面で政治的責務に言及している。

最後に、請求の棄却の結論の後に、次のように付言しているのが注目される。

「被告が講じてきた施策にもかかわらず、原告らの多くが今なお困難な状況にあることからみて、上記の責務を既に十分尽くしているとは言い難い。当裁判所は、被告において、上記政治的責務を果たすべく、引き続き、更なる努力を尽くすことを望むものである。」

#### 4 名古屋地裁の「渡辺判決」

名古屋地裁平成19年3月29日判決

##### (1) 概要

##### ア 早期帰国実現義務違反について

判決は、「原告らが終戦後もその意に反して中国に残留を余儀なくされたという事態は、政府による大量の日本人の満州移民政策と、開戦必至と目された対ソ戦の新作戦計画下における開拓民保護策の欠如という国策に起因して創出されたものであった」と認められるとし、戦後の国家機能を回復した政府においては、「具体的な状況下において可能な限度で実効的な原告らの帰国実現のための施策を立案・実施すべきことが、条理に基づく法的義務」として課せられたと判示している。

そして、政府が在外自国民保護を講じるためには、政府自らの判断・権限で関係国と交渉し得る対外的地位が必要不可欠だとして、昭和27年4月8日に日本が主権を回復し、外交機能が正常化するまでの間は、この義務はまだ現実化していなかったとした。

この義務違反の判断基準としては、義務の内容の抽象性・相対性、国際的側面の大きさから、行政の広範な裁量を認め、とった措置などが当時の具体的状況の下で著しく不合理でない限り国賠法上違法ではないと述べ、特に日中国交回復前においては日中間に国交がなかったという外交的事情

を念頭においた上で違法性の判断をすべきだとした。

そして、日中国交回復前については、主権回復後集団引揚終了まで（S27.4～S33.7）は国交のない中国政府との間で、相当の外交的努力を払ったとし、集団引揚終了後日中国交回復まで（S33.7～S47.9）は未帰還者調査や戦時死亡宣告制度の運用等は不合理であったとはいえないとした。

日中国交回復後については、「より早期の段階で大規模な訪日調査の実施が相当であったが……」と言いながら、訪日調査などが著しく不合理であったとは認められないとした。帰国手続について、外国人としての入国手続も不合理とはいえず、身元引受人制度等の施策に著しく不合理な点もないとし、身元引受人制度の創設（S60）までの13年間、未判明孤児は帰国不能だったが、著しく遅延したと言い難いとした。

#### イ 自立支援義務違反について

判決は、早期帰国実現義務に違反したとまでは認められないから、同義務の懈怠を自立支援義務の根拠とはできないとしたが、次のごとく論じて自立支援が法的義務であることを認めた。

「原告らが実際に永住帰国を実現するまでには、終戦時から数えて32年ないし55年、……という、人によっては全人生の半分以上にも及ぶ長い年月が経過しているのもあって、これを国家賠償法上違法とまでは評価し得ないとしても、原告ら孤児の早期帰国を実現させるべき立場にあった政府が、その実現過程で様々な困難はあったにせよ、實際上、非常に長期間にわたって原告ら孤児の帰国を実現し得なかったことは否定し得ない。」

「原告らに対する早期実現義務を負っていた被告において、實際上、原告らの帰国を実現するまでの間に、終戦時から数えて約30年以上に及ぶ年月が経過しており、同事実と上記孤児の置かれた状況から、原告らが帰国した際に、無施策のままでは、原告らが社会的に自立した生活を営む上で多大の困難を伴うことを具体的に予見し得たのであるから、被告には、条理に基づき、具体的状況下において可能な限度で、原告らの自立を支援する施策を立案・実施すべき義務が課せられたと解する。」

この義務違反の判断基準としては、義務の内容の高度の抽象性・相対性、国家財政・社会福祉水準などの政策判断と関連することから、行政の裁量に委ねられるところが多いし、個別施策・施策総体が著しく不合理でない限り、国賠法上違法ではないとした。義務履行の到達点は「孤児の社会的自立」であり、早期帰国実現より一層抽象的・相対的であることも指摘している。

そして、日本語教育について、施策不十分であったが、著しく不合理とはいえないとし、孤児問題懇談会報告書（S57・60）を援用して、支援施策は側面的に援助する性質のものとの基本的考え方を示している。

就労支援や施策全体についても、この側面的援助として不合理かの視点を加味して判断して、不十分な点があっても、著しく不合理とはいえないと結論付けている。

#### （2）検討

渡辺判決は、早期帰国実現義務と自立支援義務について、いずれも条理上の法的義務を認めた初めての判決である。

注意すべきは、判決は「条理上の法的義務」であることを明言しているが、「先行行為」という表現を一切使用していないことである。

判決は、まず、「自国民がその意に反して自国からの離脱を強制させられたり、あるいは在外自国民にとって不可抗力というべき事態の発生により、その意に反して国外に残留を余儀なくされたりした場合において、国家が自国民保護のための措置を講じるべき責務を負うことは、近代国家の本質上、当然の理である」とする。

そして、「このような在外自国民の境遇が、ほかならない国家自身の政策に起因して創出された場合においては、国家には、条理に基づき、国策に起因して生じた自国民の危難や意に沿わない国外残留の事態をできるだけ速やかに解消するために……施策を立案・実施すべきことが、当該在外自国民との関係における法的義務として課せられたもの」と解し、本件において、原告らが「戦後中国に長期間残留することを余儀なくされたのは、……戦時中の歴史的経緯と残留孤児発生に至った状況に照らせば、正しく国策に起因したものであった」とした。

判決は、自立支援義務の関係でも、「原告らのように、長期間日本の社会・文化から隔絶され、日本社会での生活基盤を持たない者に対し、日本社会において「健康で文化的な最低限度の生活」を営み得るようにすべきことは当然の責務であり、そのような原告らの境遇・生活条件が被告の国策と早期帰国の不実現……に起因して生じた以上、被告には条理に基づく自立支援義務が法的義務として課せられたもの」としている。

「先行行為論」は「自ら蒔いた種を刈り取る責任が公の側にある」（宇賀克也教授）という考え方であるから、渡辺判決は事実上「先行行為論」を認めたといえることができる。

ところで、渡辺判決は、日中間の国交の不存在につき、「当時の厳しい冷戦体制の中で、時の政府が国益に適合するとの判断の下に、共産圏である中国と対峙する路線を選択した政治的判断の結果であって、これによって中国との間で孤児の帰国実現に向けた外交交渉を行なう余地が狭まり、結果的には孤児の早期帰国実現が困難となった側面があるとしても、その法的責任を国交を開かなかった上記政治的判断に帰する結果を認めるのは相当ではない」としている。

政治的判断に法的な責任を帰することは適当ではないとしながら、政治的判断の結果としての「早期帰国の不実現」を事実上「先行行為」と認めたことは、原告ら孤児達の損害が戦後の対中国政策の「特別の犠牲」であることを認めたと評価できよう。

なお、付言しておきたいのは、判決の歴史的経過に関する叙述は概して簡潔であるが、「ジュネーブ交渉」に関する記述のみは往復書簡の内容を詳細に引用して、「政府として相当な外交的努力を尽くしていたものと評価できる」としたことである。この判断は誤っているが、この点を的確に反論するためには、往復書簡だけでなく公開された外務省の内部文書などによって「ジュネーブ交渉」の実像を明らかにする必要がある。

渡辺判決の条理上の法的義務を認める論理は極めて明晰である。しかし、義務の内容の定め方が「具体的な状況下において可能な限度で」というように抽象的、相対的であり、そのために自ら判断基準として行政の広範な裁量を認めることとなった。実際の判断においても行政に対する批判的な見方の弱い判決であった。

特に、指摘しておきたいのは、自立支援における「側面的援助」という考え方である。孤児問題懇談会の第一回提言（1982年）は、政府の対策は「あくまでも側面的な援助であって、最終的には孤児自らが努力して困難を克服していかねばならない。……孤児も、帰国を決意する以上は、多くの困難を乗り越えていくだけの覚悟が必要であろう」と述べている。判決はこの「側面的援助」という考え方に全面的に依拠している。

この考え方を克服することが今後の課題である。浅野慎一教授は、日本政府は長年、残留孤児の身元確認・永住帰国を「私事」とみなし、個々の残留孤児の努力に任せてきたが、帰国後の残留孤児の生活も自己責任・「私事」とみなし、あるいは生活保護・年金等、既存の制度の枠内で対処してきたと指摘している。

\* 浅野慎一「中国残留孤児の労働・生活と国家賠償訴訟」労働法律旬報 1633-2006.10.10

## 5 広島地裁の「坂本判決」

広島地裁平成19年4月23日判決

### (1) 概要

判決は、「原告らが、爾後辛酸をなめることになったのは、被告が、大量の日本人を満州へ国策として入植させた上、戦局の悪化により重大な危害が及ぶおそれがあることを熟知しながらも、満州の日本人に一切実情を伝えないばかりか虚偽の情報を流布するなどして保護策を講じなかったことによるものというべく、作為義務を基礎付ける一要素たる被告の先行行為があったものと認める」とした。

#### ア 早期帰国実現義務違反について

##### (ア) 後期集団引揚終了前について

判決は、政治的責務は認められるとしたが、作為義務を肯定するには、当該危険の予見可能性及び結果回避可能性が必要不可欠だとし、「被害の重大さ、切迫性等から判断される危険の程度と当該危険の予見可能性の度合い及び結果回避可能性の程度や補充性・期待可能性等との相関関係をも加味して決すべきもの」とした。そして、「付与された権限の目的、性質等に照らし、その許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められるか否かを判断することなくして、直ちに法的義務ないし義務違反があるとはいえない」と論じている。

残留孤児の所在を把握すること自体が極めて困難であり、現地からの通信を厚生省が把握していた原告4名がいるが、「通信可能な程度に特定されたものとして所在等を把握できた」としても、「必要に応じた連絡を行ったり、国交のない中国側の安定的・継続的な協力を得たりすることも極めて難しかった」と指摘して、義務ないし義務違反を認めることはできないとしている。

##### (イ) 日中国交正常化前について

判決は、原告らのうち6名については通信の往復がなされていたが、それでも国交のない中国側の協力を得るなどして、個別に所在等を把握すること自体が困難というほかないとしている。香港ルート等による個別引揚げは現実的な帰国を保証するものとは言い難いこと、留守家族の協力が得られることが予定できたことなどを考慮すると、被告において、中国残留孤児に帰国手続の教示等

の措置を採りさえすれば確実に早期永住帰国することができたといった特段の事情がある場合は格別、そうでなければ義務ないし義務違反があったとはいえないという。

個別に検討しても、可能な限りの対処がされているとする。

#### (ウ) 日中国交正常化後について

判決は、調査を行なうための環境は大きく好転したとし、高度の政治的責務を負っていたとしながら、戦後約27年が経過したこの頃では中国で新たな生活の基盤を築いていたし、生命、身体等に対する切迫した危険はなかったことも指摘している。

そして、調査究明ないし早期帰国の実現のため、どのような手段を選択するかについては、「具体的事情の下での技術面、財政面、外交面等の制約を考慮に入れた政策的判断も必要である」といわざるを得ず、その意味で相応の裁量が認められるとした。

事後的にみてより優れた方途があったといえるかは格別、厚生大臣が、一般的に要求されかつ客観的に可能な調査を通常必要とされる期間内に実施しなかったり、裁量を著しく逸脱した不合理な調査を実施したとは認められないとし、国の実施した政策を挙げて、義務違反を否定した。

#### イ 生活自立援助義務違反について

判決は、孤児の苦しい状況について「(国の) 先行行為や、多くの原告ら戦後35年余りを経過した訪日調査の開始後に永住帰国することになったことが、その大きな要因となっている」ことを指摘している。

これが第二次大戦及びその敗戦から直接的にもたらされた損害ないし犠牲といえるか否かについては議論の余地があるが、少なくとも法的な意味で被告に早期帰国実現義務違反がなく、被告が不法行為法上の責任を負わない以上、敗戦等を最大の要因としてもたらされたことは明白で、戦争損害ないし戦争犠牲の範疇に属するというべきだとする。

これに対する補償は総合的政策判断によるべきであり、立法府の裁量的判断にゆだねられたものと解するのが相当であり、この理は行政府の採る施策についても妥当するとしている。

また、生活保障という観点からも検討を加え、同様に国家の広い裁量を認めている。

更に、法的な義務として生じ得るとしても、政府の広い裁量にゆだねられていることに変わり無く、政府の施策はその時々状況に応じ、日本における生活を支援するために必要と考えられた措置が採られているとし、それが著しく合理性を欠いたり明らかに裁量を逸脱・濫用したりしているものとは認められず、法的な義務に違反し違法の瑕疵を帯びるものではないと結論付けている。

#### (2) 検討

広島訴訟では、原告の個別事情の主張・立証が手厚く行なわれた。これに対する裁判所の判断が注目されたが、坂本判決はその所在等を把握していた原告についても、「帰国手続の教示等の措置を採りさえすれば確実に早期永住帰国することができたといった特段の事情がない限り」義務違反とはいえないという、立証責任を逆にするような高いハードルを作り上げて、請求を認容しようとしなかった。

坂本判決は、「原告らが戦争中から戦後にかけて経験した辛苦は筆舌に尽くし難いものであったが、第二次世界大戦によりほとんどすべての国民が様々な被害を受け、その態様は多種、多様であっ

て、その程度において極めて深刻なものが少なくないことも公知のところである。」と述べた上、「原告らの本訴請求は、国家賠償法上の損害賠償請求という形がとられているが、結局のところ、戦争損害ないし戦争犠牲の補償を求めるに等しいものである。」と断じている。この訴訟の意義に関する認識が上記の結果を導いたと言えよう。

問題となっているのは、「国賠法施行後の不作為だから国賠法附則6項の趣旨に反しない。」とした一方で、上記のように判示しており、整合性に疑問を感じる。

早期帰国実現義務を論ずるにあたって、「日中国交正常化前について」の前に、「後期集団引揚終了前について」という段階を設けて検討している。この時期に、現地からの通信を厚生省が把握していた原告4名がいたという事情があるからであろうか。

検討の冒頭に、作為義務を肯定するには、当該危険の予見可能性及び結果回避可能性が必要不可欠とし、「被害の重大さ、切迫性等から判断される危険の程度と当該危険の予見可能性の度合い及び結果回避可能性の程度や補充性・期待可能性等との相関関係をも加味して決すべきもの」との一般論を展開している。これがその後の「差し迫った危険の不存在」を説き、ハードルを高くする伏線となっている。

## 6 高知地裁の「新谷判決」

高知地裁平成19年6月15日判決

高知訴訟の原告らには残留孤児だけではなく、残留婦人を含んでいるので、原告ら「中国残留邦人」と言う表現が用いられていることに留意されたい。

### (1) 概要

#### ア 早期帰国実現義務

判決は、早期帰国実現義務として、「召還義務」（中国残留邦人を日本へ帰国させる義務）とその前提となる「所在調査義務」（所在不明となった中国残留邦人の所在を調査し、それを明らかにすべき義務）という2つの義務を取り上げている。そして、「召還義務」に付随する義務として、「国籍調査義務」と「新家族の処遇についての配慮義務」の2つを取り上げている。

まず、召還義務の「先行行為」について、被告による満州への農業移民の送の実態は「満州の有事の際に国防の一翼を担う者、いわば潜在的な軍人としての使命を負わせて邦人を満州へ送出した」とする。そして、農業移民の家族や「大陸の花嫁」も同様に「国防の一翼を担う者またはそれを支える者として満州へ送出した」として、これらの送出行為を先行行為としている。

そして、戦後、軍人軍属を日本へ帰国させたのと同様に、送出行為という先行行為に対応した法的義務として日本へ帰国させる義務：召還義務が条理上導かれるとし、この召還義務は先行行為の目的が消滅した時点、遅くともポツダム宣言を受諾した時点で具体的に発生したとする。

この召還義務の具体的内容は、現在地から日本までの輸送手段を直接提供するか、これに代え現在地から日本までの旅費を提供して、日本へ帰国させることだとする。

国籍調査義務については、判決は国交正常化後中国旅券を所持して入国しようとした残留邦人に対し、被告が入管法に従って、身元保証人を要求した措置を問題として、召還義務を妨げる事情が

あればこれを解消すべき法的義務があるとし、入管法上の障害は残留邦人が日本国籍を有していることが判明すれば解消可能であるとする。

そして、国籍不明という事情はソ連参戦を契機とした混乱や敗戦後長期間を経過した中での身上関係の変動に起因しており、混乱を助長したり、中国に対する政策選択などこれらの事情に一定の関与が認められる被告としては積極的に日本国籍の有無を調査し、入管法上の制約なしに召還義務を履行できるよう努めるべき義務を負うとした。

なお、原告らが中国残留邦人になった後に生じた家族を「新家族」と呼び、その処遇に配慮すべき義務も考えられるとしながら、法的義務としては認めなかった。

次に、所在調査義務の「先行行為」について、前述の農業移民を送出したことと、ソ連参戦が窺われても危険地域から避難させる方策をとらず、根こそぎ動員を行なったこと、情報を正確に伝達せず、錯誤に陥ることが容易に予想される内容のラジオ放送を行なったことなど被告の一連の行為がなければ、所在不明とならなかつた可能性も否定できず、少なくともその混乱を助長したとし、所在不明という事態を惹起したことに寄与したこれらの先行行為に対応して、条理上、所在調査義務を負ったと判示している。

召還義務について、昭和37年6月1日までの間、現在地から出境地までの旅費を提供していなかったこと、平成5年12月までの間、留守家族を通じて旅費の申請をさせ、自ら申請できるように講じなかったことは義務違反だと認めている。しかし、義務違反による原告らの帰国の遅延は認められないとした。

国籍調査義務については、昭和48年10月6日以降、中華人民共和国の旅券で入国する者に対し身元保証人を要求し、昭和50年11月22日には帰国時に一旦外国人登録をさせ、その後の調査により無効措置を取る等した（外国人扱い）のは違法だとした。

このため、原告17名の帰国が遅延したとする。

しかし、永住帰国した日を起算点として、時効の成立を認めた。

所在調査義務については、国内では種々の方法で情報収集、所在調査をおこない、国外も可能な範囲で所在調査を行ってきたので、義務違反はないとした。

イ 外国人として取扱い、入管法及び外国人登録法を適用したことについて

判決は、直ちに違法であるとは言えないが、国籍調査義務を尽くしていれば、帰国する際に日本国籍を有することが判明していたといえる場合（所在を把握してから、実際に帰国するまでの期間が帰国してから日本国籍が判明するまでの期間を越えている場合）は違法であるとし、原告41名につき違法だとした。

しかし、外国人登録された日や永住帰国をした日を起算点として、時効の成立を認めた。

ウ 自立支援義務

判決は、原告らが自立支援義務とするものは、召還義務違反、国籍調査義務違反によって惹起された結果から原状への回復を求める方途を列挙していると解した上、不法行為に基づく損害賠償は金銭賠償によることが原則であり、原状回復の遅滞自体が当然新たな作為義務違反による別途の不法行為を構成するものではないとした。

仮に、原告らの主張する義務が永住帰国時に既に侵害された法的利益の回復ではなく、その後現時点でなんらかの法的利益が侵害されていて、これを回避すべく、なんらかの先行行為に基づいて条理上生じる法的義務としての作為義務であるとしても、自立支援義務の内容は不明確で、一義性を欠くから法的義務としての作為義務を認めることはできないという。

## (2) 検討

新谷判決が時効の援用を認めたことはさておき、早期帰国実現義務違反について国に違法な行為があったことを認めたことは評価できる。

新谷判決の特色は、早期帰国実現義務の内容を自ら分類して、「召還義務」と召還義務の前提となる「所在調査義務」と召還義務に付随する「国籍調査義務」等について各別に検討を加えたことである。このため、先行行為についても義務毎に論じている。裁判所が自ら問題に取り組もうとした積極的な姿勢を感じさせる。

しかし、召還義務は早期帰国実現義務の中核をなすものであり、他の義務はその前提あるいは付随するものであるというのであれば、召還義務を含む早期帰国実現義務の先行行為を論ずることが適切であったと考える。

判決は、召還義務の先行行為について、満州への農業移民の送出の実態から「満州の有事の際に国防の一翼を担う者またはそれを支える者として満州へ送出した行為」とした。

先行行為をこのような送出行為と捉えることは一つの卓見とも言える。このように捉えた結果、この先行行為に対応した法的義務として召還義務を導き出し、義務の発生時期も先行行為の目的が消滅した時点（遅くともポツダム宣言を受諾した時点）とするなど極めて明晰な論理を展開している。

新谷判決は、自立支援義務の内容が召還義務違反、国籍調査義務違反によって惹起こされた結果から原状への回復を求める方を列挙していると解している。自立支援が必要となったのは、長期間中国に残留を余儀なくされたためであって、判決が義務違反の成立を認めた召還義務違反、国籍調査義務違反によって惹起こされた結果だけに止まらないから、このような理解は誤っている。

判決は、国籍調査義務を論ずる中で、「戦後、所在不明の中国残留邦人の所在調査に困難を来たしたことについても、その重大な要因である中華人民共和国に対する被告の政策選択がその是非はともかく影響していることは否定できない。」と言及しているが、この問題には正面から取り組んでいない。義務を各別に検討したため、原状回復という理解を生んだおそれもある。

結局、新谷判決が損害賠償請求権の発生を認めたのは、身元保証人を要求した帰国遅延（国籍調査義務違反）と帰国に際し外国人として扱われたことだけであった。

時効の援用を認め、その損害額の算定は行なわれていないが、損害額としては損害の本体である長期間、中国に残留を余儀なくされたことは対象ではないので、比較的小額に止まらざるを得ない。

このようによく認められた損害賠償請求権について、判決は不法行為の3年という時効の援用を認めた。積極的に問題に取り組みながら、時効の壁を乗り越えることができなかったのである。

(未完)