

中国「残留孤児」国賠訴訟における「先行行為」論について

中京大学法科大学院教授

小 栗 孝 夫

目次

- 1 はじめに
- 2 中国「残留孤児」問題の概要
- 3 原告弁護団の「先行行為」論
- 4 大阪地裁の「大鷹判決」
- 5 東京地裁の「野山判決」 残留婦人らによる先行訴訟
- 6 神戸地裁の「橋詰判決」
- 7 おわりに 残された課題

1 はじめに

関東地区の中国「残留孤児」達が国を被告として国家賠償法に基づく損害賠償を求めて東京地裁に提訴したのは、2002（平成14）年12月であった。この関東訴訟を「先達」として「燎原の火の如く」鹿児島から札幌まで15の地裁で訴訟が提起され、原告総数は帰国した「残留孤児」の8割を超える約2200人に達した。

全国に先駆けて、大阪地裁の2005（平成17）年7月6日判決（以下、裁判長の名を冠して「大鷹判決」という）が言渡された。東京地裁では上述の提訴に先立って「残留婦人」ら3人による国賠訴訟が提起されており、「残留孤児」達による上記各訴訟の側からみて「先行訴訟」と呼ばれていたが、この先行訴訟で2006（平成18）年2月15日判決（以下、同様「野山判決」という）が言渡された。いずれも請求を全面的に棄却する判決であった。

2006（平成18）年12月1日神戸地裁ははじめて国の責任を認める判決（以下、同様「橋詰判決」という）を言渡した。

東京地裁の「関東訴訟」は、2007（平成19）年1月30日に判決言渡しが予定されている。名古屋地裁の「東海訴訟」ほかいくつかの訴訟も既に結審し、同年3月以降には相次いで判決言渡しが行なわれる状況にある。

本稿は、原告弁護団が被告国の責任を認めさせる論拠として重視して来た「先行行為に基づく条理上の作為義務」の問題（以下、これを「先行行為」論という）が、上記の3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。

2 中国「残留孤児」問題の概要

(1) 「残留孤児」の発生原因

1936年8月の「七大国策要綱」に基づく満州開拓政策は、日本の満州支配の重要な柱であった。国防の生命線とされた旧満州の地に多数の開拓団民を家族単位で送り込んだのである。

1943年9月から行われた関東軍の兵力の「南方戦線への転用」は、対ソ静謐を確保するため秘密裏に行われ、居留民の国境線からの引き下げは行われなかった。1945年1月関東軍は兵力の後方配置に着手し、5月30日の「満鮮方面対ソ作戦計画要綱」は開拓団民の多く居住する満州の4分の3に及ぶ地域の防衛と邦人保護を放棄した。7月10日の「根こそぎ動員」によって開拓団には高齢者・女性・子どもしか残らなかった。

開拓団民は、8月9日深夜突然のソ連侵攻により混乱のなかで避難を開始したが、殺戮・集団自決・餓死・病死など多くの犠牲者を出したうえに、都市部に辿り着いた者も越冬する間に相次いで餓死・凍死・病死する状況に追い込まれた。

原告らの多くは、この避難と越冬の過程で親と離別し、中国人に引き取られた。

(2) 早期に帰国を実現させる義務の懈怠

1946年5月から始まった旧満州からの前期集団引揚げによって1948年までに約104万5000人が帰国した。国共内戦の激化や国府軍の敗退によって上記集団引揚げは事実上中断したが、1949年10月中国全土（台湾を除く）を実効的に支配する中華人民共和国の成立によって、集団引揚げを再開する可能性は増大した。

しかし、政府は積極的な方策をとらず、1953年の民間レベルの引揚げの再開（後期集団引揚げ）に対しても十分な支援を行わず、かえって1958年には岸内閣の対応によって、それまで積み重ねられた諸交流は断絶し、後期集団引揚げも終了したが、1959年3月「未帰還者に対する特別措置法」（戦時死亡宣告制度）を制定して、未帰還者の帰国問題の終息を図ろうとした。

その後は、L T貿易など経済交流は復活したが、田中内閣による日中国交回復交渉の過程でも「残留孤児」の帰国問題は俎上に載せられることはなかった。1972年に国交回復が実現しても帰国問題への取組みは直ちになされず、政府が「残留孤児」を日本に招いて初めて「訪日調査」を行なったのは1981年であった。

(3) 帰国後の生活・自立支援施策の懈怠

残留孤児は、中国社会で長年生活し、現地の言葉や生活習慣を身につけており、引揚げてきても生活の基盤はなく、日本語を十分使用できず、中国での職業資格も通用しない状況にあった。

しかし、政府はわずかな一時金（帰還手当、後に自立支度金）を支給しただけで、その生活を継続的に支援する施策はなく、日本語習得も不十分なまま早期就労を優先させ、生活保護を打ち切った。

1994年に「自立支援法」が制定されたが、支援の内容を抜本的に変えるものではなく、「生活支援」（拉致被害者支援法、参照）という考え方は希薄であった。

実態調査の結果従来の施策の失敗が明らかとなったが、2000年の「帰国者支援検討会」は日本語習得、就労の継続支援の必要を認める一方で、今後の課題である年金の支給を認めず、専ら生活保護の活用を指導する方針を打ち出した。

残留孤児達は老後の生活保障を中心とする総合的な施策を求めて国会請願を行なったが、この請願は採択されなかった。

その後も、残留孤児達の高齢化は進み、離職者は増加の一途をたどり、原告ら孤児の過半数が生活保護により生活をしている状況にある。

3 原告弁護団の「先行行為」論

(1) 関東訴訟での「先行行為」論の採用

関東訴訟では、中国「残留孤児」の国賠訴訟を提訴するにあたって、早期帰国実現義務の法的根拠を憲法、国際法（戦後制定されたジュネーブ文民条約などの戦時国際法や国際人権規約、子どもの権利条約等の人権条約を含む）、法令（未帰還者留守家族援護法、厚生省、外務省設置法）に求めたほか、条理を主張している。この条理が「先行行為に基づく作為義務」である。

斉藤豊弁護士によれば、「孤児らの被害救済には他の戦争被害者とは異なる救済の法的枠組みを作ることが可能ではないか」と考え、「先行行為に基づく作為義務論に着目した」が、それは「同じく戦後補償裁判の範疇にある中国人の強制連行事件（劉連仁）の東京地裁判決（平成13年7月12日判タ1067号119頁）……等がこの論理を採用していたから」であった。

そして、「本件においても、国は……満州国殖民という国策を推進実行し、戦況の進展によりこの地域が戦場となる可能性があることを十分承知の上で、無防備な民間人をソ満国境地帯という戦略上極めて危険な地域に送り出した。そして、敗戦の直前のソ連の満州侵攻にあたってはその事実を秘匿して軍が率先して逃げ出したことによって、民間人を極度の混乱下に置き、多くの避難民を生み出した。これら一連の国の「先行行為」を前提とすれば、終戦直後から、戦況不安定な外地に置き去られ、自力では帰国できないことが明らかであった残留孤児らを探検し、救出し、故国に帰還させることが国家としての条理上の義務として存在する」と主張した。

また、義務違反の始期としては、1959年の戦時死亡宣告制度の成立時を設定しているが、「歴史的にみると、まさにこの戦時死亡宣告の時期を境として、これまで細々として行われていた中国残留孤児に対する引揚援護事業はほとんど皆無となったという実態があり、この事実に着目した」としている。

* 斉藤豊「残留孤児訴訟の法的枠組み 救済のための新たな法理論の構築」(法と民主主義2006年11月 413、21頁)

その後に続いた各地の訴訟では、基本的にこの関東訴訟の採用した法的枠組を援用している。東海訴訟も同様であるが、ポツダム宣言の受諾で早期帰国実現義務を負い、中国本土を実効的に支配する中華人民共和国が成立した1949年10月を義務違反の始期とし、単独講和に続く日華平和条約の締結という不幸な選択、鳩山内閣時代のジュネーブ交渉における「中国不承認」政策に基づく対応、岸内閣時代の中国敵視政策による諸交流断絶のなかで未帰還者特別措置法により帰国問題の終息を

図ったことによって、その義務違反が深まったとしている。

提訴段階では、先行行為としては 国策としての満州移民、 軍による保護の放棄、 現地定着方針の3つを挙げていたが、 は客観的には実現する条件がなく、政策と呼ぶに値しないものであった。

これらの先行行為は、早期帰国実現義務と自立・生活支援義務との両義務に共通のもと考えられていたが、提訴後の段階で自立・生活支援義務についての先行行為として「早期帰国実現義務」の違反が追加された。

(2) 参考裁判例と作為義務の成立要件

「先行行為」論を認めた2つ裁判例を紹介する。前者は関東訴訟提訴前のものであり、後者は提訴後のものである。

劉連仁事件：東京地裁平成13年7月12日判決は、太平洋戦争中の1944年9月に日本に強制連行されたうえ、強制労働に従事していた中国人が1945年7月これに耐えかねて逃走し、その後13年間にわたって北海道内の山中での逃走生活を余儀なくされた事案である。

判決は、国は「降伏文書の調印とそれに伴う強制連行の目的の消滅によって、事柄の性質上当然の原状回復義務として、強制連行された者に対し、これらの者を保護する一般的な作為義務を確定的に負ったもの」と認めている。この保護義務は、本国への送還の希望の確認ないし帰国の援護の当然の前提であり、このような救済業務は被告が国策として行った強制連行、強制労働の目的消滅と降伏文書の受諾によって条理上当然に生じた義務であるとも判示している。

そして、被害者が「逃走を余儀なくされた結果、その生命、身体の安全が脅かされる事態に陥っているであろうことは相当の蓋然性をもって予測できた」とした。

また、保護義務の懈怠と被害との相当因果関係を検討し、被害者と共に逃走した4名が1946年4月までに次々と発見され、中国に送還されたことから、これらの者からの事情聴取や警察力等の援助を得ることによって、「早期に被害者を保護することができた可能性を否定できない」として相当因果関係を肯定している。

日本軍遺棄毒ガス弾・砲弾事件（第1次）：東京地裁平成15年9月29日判決は、旧日本軍が中国国内に遺棄した毒ガス兵器や砲弾のガス漏れや爆発によって中国人の作業員（浚渫・下水道敷設・道路工事）に死傷の被害が生じた事案である。

判決は、「条理により法的義務としての作為義務を認めるということは、その作為義務が履行されない場合に、その不作為を違法と評価するのが物事の道理であると考えらるることである。」と判示し、その要件として 人の生命身体などに対する差し迫った重大な危険があり（危険の存在）、国としてその結果の発生を具体的に予見することができ（予見可能性）、かつ、 作為に出ることにより結果の発生を防止することが可能であること（結果回避可能性）を挙げている。

そして、被告には、被害発生を防止するために、条理により、 終戦時における日本軍の部隊の配置や毒ガス兵器の配備状況、弾薬倉庫の場所、毒ガス兵器や砲弾の遺棄状況、各兵器の特徴や処理方法などについて可能な限りの情報を収集したうえで、中国政府に対して遺棄兵器に関する調査

や回収の申出をするという作為義務、あるいは少なくとも遺棄された毒ガス兵器や砲弾が存在する可能性が高い場所、実際に配備されていた兵器の形状や性質、その処理方法などの情報を提供し、中国政府に被害発生の防止のための措置を委ねるといった作為義務があったとしている。

なお、人見教授は、国家賠償訴訟における不作為責任事案について、単純不作為の事案、規制権限不行使の事案、作為起因性の不作為事案の3分類をあげた上で、上記2判決および日本軍遺棄毒ガス弾・砲弾事件（第2次）：東京地裁平成15年5月15日判決の特色が、の作為起因性の不作為事案であるとし、この事案の特性に応じた作為義務の成立要件という観点からこれらの判決を検討している。

劉連仁事件の判決は、「強制連行・労働の目的消滅と降伏文書の受諾によって条理上当然に作為義務が生ずる」とした上で、別に被害発生の予見可能性と不作為と被害との相当因果関係を検討し、結論としての予見可能性、の相当因果関係を肯定しているが、の問題は遺棄毒ガス弾・砲弾事件では、結果回避可能性の問題として作為義務の成立要件に取り込まれて論じられている。

遺棄毒ガス弾・砲弾事件の2つ判決では、先行行為に基づく作為義務の成立について、一般的な要件が提示されているが、かかる一般論、とりわけ遺棄毒ガス弾・砲弾（第2次）事件判決のそれは妥当ではない。危険管理責任の事案で説かれてきた作為義務の成立要件が挙げられているが、「被侵害法益の重大性」と「危険性の切迫」が必要であるか大いに疑わしい。「先行行為の違法性」も必須ではないというのである。

* 人見剛「戦後補償裁判中の不作為国家賠償訴訟」における作為義務（結果回避義務）について」（法律時報・特集「戦後補償問題の現状と展望」所収76巻1号44頁）

4 大阪地裁の「大鷹判決」

大阪地裁平成17年7月6日判決（判タ1202号125頁）

（1）概要

判決は、「国策による旧満州への入植・国防政策の遂行」という先行行為を根拠に、日中国交正常化以降に限定して、引揚援護に関する施策を立案・実行すべき条理上の作為義務を認めたが、義務違反の成立を否定した。

判決は、まず、「満州国の建国に至る経緯等」「満州国への移民の送出」「ソ連の参戦から残留孤児の発生に至るまでの経緯等」の事実を認定し、「原告らが孤児となったのは、国策による旧満州国への入植・国防政策の遂行という日本政府の先行行為に起因するものであるから、被告は、このような先行行為に基づき、帰国を希望する孤児に対し、できるだけ早期に帰国を実現できる措置をとるべき責務を負ったものと認められる」と判示している。

しかし、日中国交正常化前については、外交交渉を通じて中国政府の協力がなければ「孤児の存在の調査及びその帰国意思の確認は困難」であるなどとして、「中国政府から協力を得られる状況が整わなければ」上記責務を果たせない（結果回避可能性の欠如）から、条理上の作為義務を確定的に負ったとは認められないとする。

日中国交正常化以後については、「多数の残留孤児の存在を認識し、残留孤児の永住帰国までの

期間が長期化すれば言葉と文化の違いから残留孤児が日本社会において遭遇する困難が一層増大するおそれがあることを予見することができ、しかも、このような結果を回避するため……中国政府の協力を得て残留孤児の早期帰国の実現に向けた具体的な施策のをとり得る状況になったというべきであるから……日本政府の先行行為に基づいて帰国を希望する残留孤児のために早期帰国を実現させる施策を立案・実行すべき条理上の作為義務を負ったもの」と認めている。

そして、この義務に違反したというためには「客観的に……帰国を実現させる具体的な施策を立案・実行することが可能となった時期から長期にわたり遅延が続いたこと、その間、……通常期待される努力によって遅延を解消することができたのに、これを回避するための努力を尽くさなかったことが必要である」として、訪日調査が開始されるまで8年以上経過していることにつき、「事後的にみれば、より早期に訪日調査を導入した方が望ましかったといえるにしても、より前の段階で可能であったのにその導入をしなかった事情は認められない」などと述べて、義務違反の成立を否定した。また、帰国妨害の主張もすべて排斥している。

自立支援義務違反については、原告は先行行為として 残留孤児を発生させた根本的原因となる行為を行なったこと、 早期帰国実現義務違反及び帰国妨害により残留孤児の永住帰国が大幅に遅れたことを主張していたが、判決は の事實は認められないとし、 は「国家政策による満州への入植・国防政策の遂行」を意味するから、原告らが帰国後社会生活上の様々な場面で受けている不利益の「出発点は原告らが敗戦前後の混乱の中で孤児となったことによるものであるから、……戦争損害ないし戦争犠牲に属する」と述べている。

そして、戦争損害に関する補償の要否及び在り方は、総合的な政策判断をまって決し得るもので立法府の裁量的な判断に委ねられており、行政府が政策を立案・実行する場合も同様に裁量的判断に委ねられているとし、被告の権限の行使・不行使が著しく合理性を欠いたとは認められないとした。

(2) 検討

判決は、先行行為に基づく条理上の作為義務という枠組で判断をしていることを明示している。

人見教授は、この点につき、後述の東京地裁判決と対比して、大阪地裁判決の方がむしろこれまでの判例、学説を踏まえていると言える」と評価し、判決では原因を創出した「先行行為」を自ら行い、被害者を認識して被害を予見することができ、結果回避措置をとることができた行政には、そうした措置をとる条理上の作為義務が生ずると論じられていることを指摘した上で、被害を生じさせる危険をはらんだ原因行為たる先行行為、 予見可能性、 結果回避可能性、この3要件を「先行行為に基づく条理上の作為義務」の成立要件と考えることは妥当であろうと述べている。

* 人見剛「中国残留孤児・中国残留婦人が提起した国家賠償訴訟に係る最近の二つの判決について(上)(下)」判例時報1932号17頁・1933号23頁、特に1932号31頁

判決は、第1段階として先行行為から早期帰国を実現できる措置をとるべき「責務」の存在を認めたとうえで、第2段階として「予見可能性」「結果回避可能性」の存否を検討して、これらの要件の存在が是認されれば、先行行為に基づく条理上の作為義務を負ったことを認めている。行政上の「責務」という中間項を使って法的な「義務」の成立を考察するという手法が注目される。

日中国交回復前においては、「中国政府の協力」が得られないとして「結果回避可能性の欠如」を結論付けている。しかし、国交がなくても経済的・文化的な交流が存在し得たし、国際機関や第三国を仲介とした政府間交渉も可能である。民間レベルでの引揚げに関する協力関係は維持され、中国政府もこれを積極的に推進する姿勢を持っていたと見られる。日本の対中国政策が政府間交渉を困難にしてきたことは否定し難いが、そのような政治的選択をした以上、一層その困難を克服するための「最大限の努力」が必要であった。

日中国交回復後においては、判決は予見可能性や結果回避可能性を否定できず、条理上の作為義務の成立を認めた。それまでできなかった政府間交渉が可能になったのであるから、可能な限り迅速に帰国実現のため最大限の努力をすることが要請される筈である。

ところが、判決は、水俣病認定遅延損害賠償請求事件の最高裁（二小）平成3年4月26日判決（判例時報1385号3頁）を援用して、義務違反の成立要件なるものを持ち出して、被告の不十分な施策を羅列したうえ、訪日調査の開始の遅延の正当化をはかった。この事案の被侵害利益は、法に基づき水俣病患者認定申請をした者が「相当期間内に応答処分されることにより焦燥・不安の気持ちを抱かされない利益」という特異なものであり、このような事案についての要件を本件にもあてはめようとしたものであった。判例の射程距離を不当に広げて、義務違反の成立を否定したのである。

判決は、自立支援義務違反に係る「先行行為」のうち、の早期帰国実現義務違反等が認められないので、原告らが帰国後社会生活上受けている不利益は戦争損害ないし戦争犠牲に属すると判示して、自立支援義務を否定した。

しかし、早期帰国実現義務や「義務違反」が成立しなくても、早期帰国実現の責務がありながら早期帰国を実現し得なかった歴史的経緯自体を「先行行為」と捉えることができる。主権回復後も外交関係がなく、日中国交回復まで早期帰国を実現し得なかったのは被告国の中国政策の結果だからである。

5 東京地裁の「野山判決」 残留婦人らによる先行訴訟

東京地裁平成18年2月15日判決（判時1920号45頁）

（1）概要

判決は、孤児の発生については正しい歴史認識の上立って、原告らの苦難の人生を考え、国家の政策形成上の問題点の検討に真摯に取り組んでいるが、最終的には「政策形成の当否の国家賠償法上の違法をいうためのハードルは非常に高く、……今一步届かなかった」として請求棄却の結論に至っている。

判決は、「国策による外地の危険地帯への移民の送付と危機発生時の有効な国民保護策の立案実行の懈怠」を先行行為としている。

そして、このような先行行為があり、これが長期未帰還者の大量発生の原因になっている以上は、日本政府としては、条理上、可能な限り、長期未帰還者について、その中国に取り残された事情並びに中国における生活史及び家族関係を直接調査し、また、日本への帰国意思を直接確認し、帰国

希望者については、中国において新たに形成された家族、親族の関係も含めてどのようにすれば円滑な帰国ができるかを総合的に調査検討すべき政治的責務があったというべきである」と判示している。

しかし、「その政治的責務の懈怠が、ただちに国家賠償法上の（損害賠償義務を発生させる）職務上の義務違反となるものではなく、その懈怠が看過することのできないほど甚だしいものである場合には国家賠償法上も違法の評価を受けるものであるというべきである」とした。

日中国交回復前については、「個別的な未帰還者調査の依頼、未帰還者からの帰国希望の表明があっても、身元等の調査、帰国意思の確認及び実際の中国出国手続について、中国政府から協力を得ることは困難」であるから、被告が原告らを含む「長期未帰還者に対し、先行行為に基づく条理上の作為義務としての早期帰国実現義務を負っていたものとはいえない」とした。

日中国交回復後については、「身元の判明している長期未帰還者について、その中国に取り残された事情、中国における生活史、家族関係及び帰国の意思確認等の調査の実施並びに帰国のための環境調整等の企画立案を自ら積極的に行うべき政治的責任を負っていた。また、日本国内における調査によっても生存が確認されていない行方不明者についても、可能な限り捜し出していくべき政治的責務を負っている」とした上、「原告らのような身元の判明している日本人に対して、積極的かつ直接的な調査、意向確認を実施しようとした努力の形跡」も、「中国政府の理解を得ようとした努力の形跡も」、「目にみえてはうかがわれないことは、人道主義的観点からも、自国民保護の観点からも、遺憾なことである」と判示し、政治的責務の懈怠の程度が決して小さいものではないことを認めている。しかし、基本的には行政府の裁量的判断に委ねられた事項であり、「その国家賠償法上の違法をいうためのハードルは高い。」と述べて、賠償責任を否定した。

自立支援義務違反について、原告らが「第2次世界大戦前の日本政府の施策が原因で、戦後も中国国内に取り残され、その結果日本国内における労働能力を喪失したものであるから、このような補償措置を強力に政策立案していくべき政治的責務が日本政府にはあったものと考えられる。」とした。

そして、生活保護制度の帰国者に対する運用状況、日本語教育の必要性と施策の不十分さ、職業訓練、就職指導、引揚者生活指導員・自立支援通訳、特別身元引受人等の問題、更には老後施策の必要性と施策の貧困の問題へと検討を進め、「これが、原告らを始めとする長期未帰還者たちの憲法的価値を有する権利、利益の侵害であることを考慮すると、生活保護とは別の援助金支給制度（年金制度の特例を含む。）を構築する立法をせずに長期未帰還者に生じた逸失利益損害を放置することは、看過できない立法の懈怠として、これを国家賠償法上も違法とすることも考えられるところである」と判示しながら、「立法不作為が国家賠償法上も違法であるとまで断定するには至らない」としている。

また、法律を伴わないで実施できる施策について言及し、「原告らに対する日本語教育の貧困は目をおおうばかりか」、「生活保護の硬直的運用も、政府の先行行為に起因して長期未帰還者となった帰国者の環境を考えると、非常に問題がある」などとしているが、結局、「国家賠償法上も違法であると評価するには、今一步足りないところである」としている。

(2) 検討

「先行行為」論の観点からはその先行行為が原告らの被った損害を惹起する危険性をはらんだものであることが重要であるが、判決はその危険性を明確に認定しているのが特徴である。

移民送出開始時から国民保護策が講じられていなかったことの指摘は注目すべきものであり、この国民保護策の欠如が移民政策の遂行という先行行為の危険性をより高いものとしていたと言うことができる。

人見教授は、野山判決が先行行為を「国策による外地の危険地帯への移民送出」と「危機発生時の有効な国民保護策の立案実行の懈怠」としたことについて、後者を先行行為に含めて挙げているのは、「先行行為に作為のみならず不作為も含まれるという趣旨ではなく、作為としての先行行為の危険性を高める事由としての不作為が認定されていると理解するべきであろう。」と指摘している。(人見剛、前掲、判例時報1933号23頁)

そもそも、「先行行為」論は条理上の作為義務を導く法理であるのに、判決は先行行為の存在と長期未帰還者の大量発生との因果関係を認めながら、政府がとるべき総合的な調査検討という対応について、「政治的責務」のレベルに止めている。

このため、違法評価の基準として「政治的責務の懈怠が看過することのできないほど甚だしい」という誤ったハードルを自ら作り上げ、裁量権行使の逸脱の有無を検討することとなった。

この判決も「先行行為に基づく条理上の作為義務」を一般論としては認めたとされている。(人見剛、前掲、判例時報1932号17頁)しかし、その実質は裁量権濫用論ではないかという疑問がある。

日中国交正常化前については、「中国政府から協力を得ることは困難」だという断定的な結論のみが示され、歴史的事実について全く検討を加えないまま、帰国の遅延につき「看過することのできないほどの甚だしい」懈怠の存在を否定している。

日中国交回復後については、政治的責務の懈怠の程度が決して小さいものではないことを認めている。更に「帰国旅費国庫負担申請権を日本国内在住の親族に限定して長期未帰還者本人などにはこれを認めなかったこと」については、「合理性を甚だしく欠く措置であり、政治的責務の著しい懈怠としてこれを国家賠償法上違法とみる余地もあるところである」などと判示している。

しかし、結局は「国家賠償法上の違法をいうためには越えなければならないハードルは高い」とか「国家賠償法上も違法であると評価するには、今一步足りない」と述べて、義務違反を認めなかった。

自立支援義務違反に関する判断も、早期帰国実現義務の場合と同様な判断の仕方である。

判決は、国交回復後や原告らの帰国後の国の対応の実態に迫りながら、結局、裁量権濫用論で自らが作り上げたハードルを越えることができなかった。

6 神戸地裁の「橋詰判決」

神戸地裁平成18年12月1日判決

(1) 概要

判決は、65名の原告の内17名について帰国の妨げとなる違法な措置で永住帰国を遅延させた責任

を認め、原告ら全員について自立支援義務懈怠の責任を認めたが、早期帰国支援義務（原告側の主張では「早期帰国実現義務」）については具体的な法的義務として認定することが困難だとした。

判決は、まず、孤児を発生させた「国策として行なわれた移民、関東軍の大幅な転用、静謐確保の優先、満州防衛の放棄といった一連の政策」について、「戦後の憲法が立脚する価値観に立って見たとき」、戦闘員でない一般の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、「戦後の政府としては、可能な限り、無慈悲な政策によってもたらされた自国民の被害を救済すべき高度の政治的責任を負う」と判示している。

次に、帰国に向けた政府の責任を論じて、政府自身、残留孤児が中国内で生存していることを認識していたのであって、後期集団引揚げが終了した昭和33年7月以降も、残留孤児の消息を確かめ、自国民の救済という観点からその早期帰国を実現すべき政治的責任を負っていたとした。

日中国交正常化までは、残留孤児救済責任を果たすための具体的な政策の実行は困難であったとしたが、日中国交正常化によって具体的な政策を実行に移すことができるようになったから、特段の合理的な根拠なしに、帰国を制限する行政行為をしたとすれば違法な職務行為となるとして、そのような行為として 入国する際、留守家族の身元保証を要求する措置、 帰国旅費の支給申請は留守家族が孤児の戸籍謄本を提出して行うものとした措置、 （昭和61年10月以降）身元判明孤児について、留守家族の招へい理由書の提出、特別身元引受人による身元保証といった手続きの履践を求める措置の3類型を挙げている。

この帰国制限（原告側の主張では「帰国妨害」）以外に、早期帰国支援義務の存否や懈怠の有無を検討することは、政府がすみやかに政策を実施していれば、原告らが実際の永住帰国よりどの程度早く永住帰国することができたかを問うことだが、原告ら個人についてどの時期にどのような措置が可能であり、その措置によりどの程度早く帰国できたかを認定することは困難であり、その点の事実認定ができない以上、原告ら個人との関係での早期帰国支援義務の存否や懈怠の有無というものを論じることは不可能であるとした。

また、自立支援に向けた政府の責任を論じて、「残留孤児の大半が日本社会での適応に困難を来た状態での永住帰国を余儀なくされたのは」、前述の無慈悲な政策に加え、「日中国交正常化後も孤児救済に向けた政治的責任を果たそうとしなかった政府の姿勢」、「帰国制限という政府関係者による違法な措置が積み重なった結果」だと指摘し、政府は、条理上の義務として、日本社会で自立して生活するために必要な支援策を実施すべき法的義務（自立支援義務）を負っていたと判断している。

そして、北朝鮮の拉致被害者に対し政府が行なった自立支援策を参考にしながら、自立支援を要する状態となったのが政府の行為の積み重ねの結果である残留孤児に対する自立支援策は、「拉致被害者との関係におけるそれよりも貧弱で良いわけがない」と判断し、残留孤児に対する自立支援策の懈怠を結論付けている。

（2）検討

判決が、孤児を発生させた一連の政策について、「戦後の政府としては、可能な限り、無慈悲な政策によってもたらされた自国民の被害を救済すべき高度の政治的責任を負う」と判断したことは、

その後の被告国の法的責任を検討する前提となっている。この判決は「先行行為」という表現を一切用いていないが、上記の一連の政策を「先行行為」と把握したものとすることができる。

帰国に向けた政府の責任について、政府は残留孤児が中国内で生存していることを認識していた（予見可能性）として先行行為に基づく政治的責任を認めながら、日中国交正常化までは残留孤児救済責任を果たすための具体的な政策の実行は困難であったとしたのは、回避可能性を否定したものと考えられる。

ところが、日中国交正常化後については、「具体的な政策を実行に移すことができるようになった」としながら、回避可能性を認めて法的義務を肯定する道をとらなかった。

判決は、一方で「政府が、歴史的経緯から自己に課せられた政治的責任の重みを自覚し、早急に適宜に帰国支援策を実行していれば、永住帰国を希望する残留孤児の大半が、昭和50年代の前半には概ね30歳代で永住帰国ができた」と述べている。

そうであるならば、孤児に対する消息調査や帰国支援など帰国政策全体を検討してその懈怠の違法性を肯定することは十分に可能であった。

判決は、原告ら個々人の帰国遅延との因果関係に関する事実認定の問題を考察して、早期帰国実現義務も原告ら個々人との関係で設定することが必要だという見解をとっている。

不作為と被害との相当因果関係が結果回避可能性の問題として作為義務の成立要件に取り込まれて論じられているとされる前述の遺棄毒ガス弾・砲弾事件判決と軌を一にしていると見るべきであろうか。しかし、遺棄毒ガス弾・砲弾事件判決では、結果回避可能性はもっと抽象的なレベルで認められている。

政策・施策の違法が問題なのであるから、義務設定が原告ら個々人との関係で必要だとしても、一般的・抽象的なレベルで結果回避可能性が是認されれば足りる。その上で、原告らの個別的・具体的な帰国遅延との相当因果関係は別途考察するのが適切である。

判決が「帰国制限」政策の影響を受けた原告らに限定して政府の責任を認めたことは、「先行行為」論の枠組自体を否定したのではない。多くの訴訟で原告らが「帰国妨害」について主張したのも、早期帰国実現に向けての政策の懈怠の一環としてであった。判決も残留孤児救済責任と矛盾する行政行為として「帰国制限」政策を問題としている。

判決は、自立支援に向けた政府の責任を論じる場面では、「条理上の義務として」自立支援義務を認めており、「先行行為」論を採用していることは明らかである。

そこで先行行為として挙げられているのは、前述の無慈悲な政策に加え、「日中国交正常化後も孤児救済に向けた政治的責任を果たそうとしなかった政府の姿勢」であり、帰国実現に向けての政策の懈怠を帰国後の自立支援義務発生の根拠としている。帰国実現政策の懈怠を自立支援義務の先行行為としたのである。

一般的に行政的な施策の取捨選択に関する行政裁量は広いと考えられているが、判決は自立支援義務にかかる積極的な施策については、孤児の発生及び帰国遅延に関する特殊事情に照らせば、「政府は人道的見地から最善を尽くすべきであったというべきであり、施策の取捨選択の裁量は狭い。」とした。この施策の裁量の幅に関する注目すべき判示が、北朝鮮拉致被害者に対する自立支

援措置を自立支援義務の内容設定の基準とすることにつながったと考えられる。

7 おわりに 残された課題

大阪地裁の「大鷹判決」、東京地裁の「野山判決」、神戸地裁の「橋詰判決」の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と考える。

残された最大の課題は、国交正常化前の早期帰国実現義務の成否にある。「先行行為」論の枠組で言えば、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。

「橋詰判決」は、「主権回復（昭和27年）後の政府としては、たとえ日中間に国交がなかったとしても、残留孤児をできるだけ早期に帰国させるための帰国支援政策を遂行すべき道義的責任ないし政治的責任を負っていた」が、「国交正常化以前の段階で、中国内に領事館さえ設置していない政府が、外交ルートを通じて行うことができる中国政府への働きかけというものは、きわめて限られたものでしかなかった」としている。

原告側弁護団では、大鷹判決以降この問題を中心に主張立証の強化に取り組んできた。関東訴訟では、2006年2月にあらためて証人調べも実施された。

古川万太郎氏は、その著作で、鳩山内閣時代のジュネーブ交渉において、中国側が両国関係の正常化を促進するという前提で交渉すべきだと提案したが、日本政府はこの提案に応じなかったとし、「もしこの時期に、何らかの形で政府間による協議の機会が持たれていたならば、中国残留孤児についても、身元確認の上でいまよりはるかに多くの資料や手がかりをつかめたであろうし、帰国を促進できたかも知れない。今日の孤児問題の悲劇は、中国との対話を拒み続けた日本政府の責任である。」と述べている（古川万太郎「日中戦後関係史ノート」73～97頁）。

また、「中国と日本の外交政策 1950年代を中心にみた国交正常化へのプロセス」（ミネルヴァ書房）という著書のある王偉彬教授は、岸内閣時代の両国関係断絶後も、政府はこの問題を続けて追求する責任があったとして、50年代にできた民間組織を通しての送還、外交ルートの方法は60年代にも利用できたし、中国文化大革命も継続的な混乱ではなく、ピークの混乱期を除いて中国と交渉する可能性もあったと指摘している。（王偉彬「在中国日本人の引き揚げに関する一考察」修道法学第27巻2号所収、157～174頁）

基本的には、国の「対中国政策」が残留孤児の早期帰国の実現という政策課題への取組みを阻んできた。「対中国政策」は時の政府の政治的選択の結果ではある。しかし、政治選択の結果とは言え、これほどまでに長期にわたって早期帰国が実現されない不利益な状態を原告らに受忍させることは正当な根拠に欠ける。

人見教授が指摘しているように、「中国に残留している孤児・婦人の帰国を支援する義務は、国策として彼ら彼女らを危険にさらした国の法的義務なのであり、右のような政治的選択をしたからといってそれを免れるものではない」のである。（人見剛、前掲、判時1933号28頁）

(完)