

中国残留婦人国賠訴訟における 立法不作為違憲論

内 藤 光 博

[目 次]

序論

1. はじめに
 2. 事案の争点と2006年2月15日東京地裁判決の概要
 3. 東京地裁判決の評価
 - I. 戦後処理問題としての中国残留婦人国賠訴訟
 1. 戦後処理問題としての中国残留婦人問題
 2. 旧満州移民政策の帰結としての中国残留婦人問題
 - II. 残留婦人の被害状況と中国残留邦人支援法の問題点
 1. 残留婦人の被害状況
 2. 中国残留邦人支援法の問題点
 - III. 立法不作為違憲に基づく国家賠償責任成立をめぐる判例・学説の検討
 1. 1985年在宅投票制度復活訴訟最高裁判決
 2. 立法不作為違憲をめぐる下級審判決の検討
 3. 2005年在外選挙権剥奪違憲訴訟最高裁判決
 4. 立法不作為違憲判断に基づき国家賠償責任が認められる基準
 - IV. 残留婦人国賠訴訟における立法不作為違憲に基づく国家賠償責任の妥当性
 1. 立法不作為違憲論
 2. 戦後処理に関わる立法義務の憲法上の根拠についての検討
 3. 立法の必要性和救済手段の不存在についての検討
 4. 旧軍人・軍属への補償立法及び北朝鮮拉致被害者支援法との比較
 5. 立法不作為の始期と是正のための合理的期間
- 結論—国家補償に基づく包括的な自立支援政策の確立にむけて

序論

1. はじめに

2001（平成13）年12月7日、第2次大戦後、満蒙開拓団の人々の子女などで、中国東北部の旧満州国（以下「旧満州」とする）など中国国内に置き去りにされ、その後日本に帰国した、いわゆる中国残留婦人（以下、「残留婦人」とする¹⁾）3名が、日本政府の「早期帰国義務違反」（棄民責任）と、帰国後の「自立支援義務違反」（自立的な生活保障政策を講じなかったことに対する責任）に対して、国家賠償法1条1項に基づき国家賠償を求めて、東京地方裁判所に提起した（いわゆる「中国残留婦人国賠訴訟」²⁾）。

2006（平成18）年2月15日の東京地裁判決では、後に詳述するように、原告・残留婦人らは「自己の意思によらない残留」であったこと、「早期帰国義務違反」および「自立支援義務違反」について、日本政府の「政治的責務の懈怠」があったことは認めたが、国家賠償法に基づく国家賠償は認めなかった。

そこで原告・残留婦人らは、東京高裁に控訴し、現在審理中である。

本稿は、本件・中国残留婦人訴訟で、原告・残留婦人および弁護団の依頼に基づき、筆者が、2006年11月10日に東京高等裁判所民事16部に提出した意見書に加筆・修正を加えた論説である。

筆者の意見書では、本件訴訟に関連する原告（控訴人）らの主張のうち、①当時の日本帝国政府が国策に基づき旧満州に移民させた原告（控訴人）らを、第2次大戦終結後、日本国憲法が制定された後においても、日本政府は、長年にわたり祖国日本への帰還の措置をとらず、中国に遺棄し続けたこと、②その後帰国を果たした原告（控訴人）・残留婦人らに対し、定着自立・生活保障等の施策を講じないことは、国会の立法不作為に基づき違憲であり、国家賠償法1条1項による賠償責任を有するとの主張の部分

について、憲法学の視点より検討した。本稿においても、同様の問題点を論ずることとする。

2. 事案の争点と2006年2月15日東京地裁判決の概要

(1) 事案の争点

本件は、第2次世界大戦終盤の1945（昭和20）年8月9日以降、ソ連の参戦により日ソ両軍が戦闘状態に入り、旧満州において、日本帝国政府による国策移民として居住していた原告・残留婦人ら3名（それぞれ、当時16歳、13歳、11歳）が、8月15日の日本の敗戦にともなう混乱状態を経て後30年以上もの間、日本に帰国することができずに中国に残り残され、日本に帰国した後も原告らが日本政府による自立に対する十分な支援措置を受けられなかったことについて、日本政府が原告・残留婦人らの早期帰国を図る義務があるのにこれを怠ったこと（早期帰国義務違反）および帰国後の原告らに対して十分な自立支援措置を講ずべき法的義務があるのにこれを怠ったこと（自立支援義務違反）が、日本政府（具体的には、当時の厚生大臣）の「公務員の職務上の義務違反」であると主張し、日本政府に対して、国家賠償法に基づき、精神的損害の賠償（慰謝料）として総額6000万円（1人2000万円）を支払うことを求めて、東京地裁に提訴した国家賠償訴訟である。

これに対し、被告・国側は、「早期帰国義務違反」については、①公務員およびその義務違反の内容と法律上の根拠が不特定で失当である、②原告らを取り残された原因はソ連軍にある、③原告・残留婦人らは、終戦後永住帰国までの間帰国の意思がなかった、④国家賠償法施行前の行為についての請求は失当である、⑤消滅時効により権利が消滅した、などと主張した。また「自立支援義務違反」についても、⑥各行政機関が様々な支援策を講じている、⑦支援内容は立法府または行政府の合理的裁量に委ねられている、⑧本件請求は、憲法の予想しない戦争損害の補償請求であるに

すぎない、などと主張した。

(2) 2006年2月15日東京地裁判決の概要

この訴えについて、2006（平成18）年2月15日東京地方裁判所は、次のように判示し、原告・残留婦人らの請求を棄却した³。

①認定事実

1932（昭和7）年から1945（昭和20）年までの間、国策により、原告ら20万人以上の日本人が、関東軍の軍事補給確保の使命も帯びて、旧満州国に農業移民した。旧満州は、ソ連との緊張関係にある軍事的危険地帯であり、劣勢の戦乱となったときは、日本人居留民の難民化の危険性があった。外国人が多数を占める外地で日本人移民が難民化する場合の危険度は、内地で戦乱が生じる場合よりもはるかに高かった。政府は、危険性の事前告知も、危急時の国民保護策（避難計画等）の立案もせずに大量の移民を送り込み、兵力転用により関東軍が弱体化し、ソ連軍進攻の危険が高まった後も、移民の中止も国民保護策立案も行わなかった。

1945年8月9日の日ソ開戦により、移民は陸戦の混乱の中にじかに置かれ、難民となった。男性が根こそぎ召集されて移民は婦女子集団と化していたため、避難行動は困難で、ソ連軍や中国人匪賊の攻撃、飢餓、集団自決等により、多くの死者が出た。生き残った者らは、難民キャンプ（倉庫等）に収容され、氷点下30度以下にもなる気候の中、暖房、寝具及び医薬品もなく衣食が著しく不足する環境下で苛酷な越冬生活に入り、多数の病死者、衰弱死者が出た。残る女性や子どもらは、中国人の保護を受けるか（生命は助かるが中国に残されるリスクを負う）受けないか（生命を落とすリスクを負う）という運命の分岐点に立たされ、泣く泣く中国人の妻になった女性や中国人に託された子どもが多数出た。

原告らは、同様の運命の下で、集団引揚の情報も届かず、自らの意思によらずに中国に取り残されて長期未帰還者となったが、永住帰国（1978

年、1985年、または1988年)まで帰国意思を継続して持ち続けていた。1972(昭和47)年の日中国交回復後も、日本政府により残留婦人の所在確認、帰国希望調査等は実施されず、残留孤児の親族捜しが優先された。国内在住の親族の多くは傍系親族(兄弟甥等)で、物価高、住居費の高騰、核家族化の進んだ戦後日本においては、傍系親族による長期未帰還者の帰国受入は困難であった。さらに、帰国旅費国庫負担申請権者が国内在住の親族に限定されたため、親族に永住帰国許可権限を委ねたのと同様の状態になり、長期未帰還者の帰国の障害となった。

残留婦人は帰国後も、公的自立支援策は残留孤児のみを対象とするものが目立ち、十分な自立支援策を受けることはできなかった。福祉の現場では、1年で自立することがモデルとされ、帰国後1年間は日本語等の学習のために就労を猶予して生活保護を与えるが、その後の生活保護は不支給という基準が形成され、日本語をマスターできずに低収入の仕事につかざるを得ない帰国者が多かった。

②早期帰国義務違反に対する判断

自国民保護は政府の使命であり、外地の危険地帯への国策移民と危機発生時の国民保護策立案の懈怠という先行行為が原因で原告ら長期未帰還者を大量発生させたのであるから、被告・国は、条理上その早期帰国を実現すべき政治的責務を負う。日中国交回復直後に着手可能であった長期未帰還者の帰国のための環境整備作業は行われず、終戦直後の援護業務の継続にとどまっていた。在中国長期未帰還者に帰国旅費国庫負担制度の周知方策を採らず、国庫負担申請権者を、傍系親族であって国庫負担申請に消極的な者が多い国内の親族に限定したため、原告らは、親族に国庫負担申請をしてもらうのに何年も待たされた。2人の原告は、先に永住帰国した同じ境遇を知る姉妹(長期未帰還者)にしか国庫負担申請をしてもらえなかった。

申請権者の限定は、永住帰国許可権限を国内親族に委ねるに等しい運用

であって、多くの長期未帰還者の永住帰国を妨げ、又は遅延させるという機能を果たしたもので、そこには政治的責務の懈怠があった。政策立案及び実施の当否は、基本的には行政府の裁量的判断に委ねられ、国家賠償法上の違法を認めるためのハードルは高い。政治的責務は国民全体に対して負うもので、個々の国民に負うものではなく、個々の国民との関係で看過できないほどの著しい政治的責務の懈怠がない限り、国家賠償法上も違法であるとはいえない。原告らが1988（昭和63）年までに永住帰国したことも考えると、国家賠償法上の違法性を認めるには今一步足りない。

③自立支援義務違反に対する判断

中国に取り残された長期未帰還者（残留婦人・残留孤児）は、青少年期に日本社会から切り離され、周囲に日本人がおらず、日本語の文字情報も音声情報もない環境下に30年以上置かれ、成人として完成した日本語の能力と日本の社会習慣等を身につけることができず、日本社会における労働能力（収入獲得能力）を失った。これは、他の戦争被害者とは異なる特性である。

長期未帰還者は、日本語能力等の水準が原因で、標準的な日本人よりも日本国内における労働能力を喪失し、逸失利益が損害として発生している。日本語教育等により収入獲得能力を回復させるか、逸失利益を金銭により補填する支援が必要である。自己の怠慢によってではなく、外地の危険地帯に国策移民を送出し、危急時の国民保護策を講じなかった政府の施策が原因で労働能力を喪失したものであるから、政府には補償措置を行うべき政治的責務があった。帰国後1年たつと生活保護を支給しないという運用は、意欲ある長期未帰還者から逸失利益回復に資する高度な学習・職業訓練の機会を奪い、低賃金の単純労務就労を余儀なくする点で、問題がある。

日本語の音声情報及び文字情報に触れる機会がない環境下に長年いると、成人の日本人でも日本語能力が衰えることは、経験則上明らかである。帰国後の残留婦人に対する日本語教育施策はほとんど実施されていない。生

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。）の創設には立法が必要となる。国会議員の立法不作為が国家賠償法上違法となるには、当該立法をしないことが憲法の一義的な文言に違反していることが必要であるところ、長期未帰還者の生活保障のための特別法の制定を一義的に命ずる憲法の文言を捜し出すことは困難であり、国家賠償法上違法であるとまで断ずるには至らない。

危険性の事前告知も危急時の国民保護策の策定もないまま国策により原告らが外地の危険地帯に移住し、日ソ開戦後の混乱の中で中国に取り残され、日本国内における労働能力を喪失したことを考慮すると、生活保護運用上の問題や日本語教育の貧困さを、看過できない行政の執行の懈怠として、国家賠償法上も違法とすることも考えられる。政策立案及び実施の当否は、基本的には行政府の裁量的判断に委ねられ、国家賠償法上の違法を認めるためのハードルは高い。政治的責務は国民全体に対して負うもので、個々の国民に負うものではなく、個々の国民との関係で看過できないほどの著しい政治的責務の懈怠がない限り、国家賠償法上も違法であるとはいえない。陸地で国境を接する他国との陸戦や外地で他国軍の占領にあった場合の悲惨さの国家・国民的経験がなく、日本語教育のノウハウも不足していたという背景事情に加え、原告らに対しては都営住宅が提供され、不十分ながらも生活保護、年金特例措置の支給がされていることなどに照らすと、前記説示の行政府の責務の懈怠を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。

④結論

本件は、政策の立案形成の当否を争う訴訟であり、危険性の事前告知も危急時の国民保護策の立案もないまま外地の危険地帯へ国策により大量に移民を送出したという過去の政府の先行行為に起因して、苛酷な生死の境の難民体験を経て、異国に長期間取り残されるという想像を絶する苦難の人生を歩んだ原告らに対し、政府がさしのべた手が十分であったかが問わ

れる事案である。原告らが受けた被害の甚大さ、政治的責務の懈怠に起因する早期帰国の実現困難、日本国内における労働能力の未回復、生活保護水準以下の生活からの脱却困難などの実情をみると、問題点を積み上げていくと、裁量権行使の逸脱の可能性、国家賠償法上の違法性肯定の可能性も十分にあるところであった。最終的には、政策形成の可否の国家賠償法上の違法性肯定のハードルは非常に高く、そこに今一步届かなかったため、国家賠償請求訴訟としては、請求棄却とする。

3. 東京地裁判決の評価

この東京地裁の判決については、つぎのように評価できる⁴。

東京地裁の判決は、事実認定において、1945年8月9日以降の日ソ開戦で、移民女性たちが過酷な難民生活を送ったこと、生きるために中国人と暮らし始めたが帰国の意思は継続して持っていたことを認定し、日本政府による政治的怠慢による「遺棄事実」があったことは認めた。この事実認定については、日本政府が戦後処理責任である在留邦人の早期帰国義務を怠ったことを認めたことは評価に値する。しかし、国家賠償の認定における法的論理については、失当である。

第1に、東京地裁は、「早期帰国義務違反」に対する判断について、被告・国側の「残留婦人らは帰国の意思をもっていなかった」との主張を退け、原告・残留婦人らの過酷な被害と国の「政治的責務の怠慢」を認めたものの、原告らに対しては都営住宅が提供され、不十分ながらも生活保護費の支給、年金特例措置による年金の支給の支給がされていることなどに照らすと、「看過できない程の著しい怠慢はなく、国家賠償法上の違法性を認めるにはいま一步足りない」と述べ請求を棄却した。

第2に、「自立支援義務違反」に対する判断に関して、国会の立法的救済の責務についても、日本政府の「政治的責務の怠慢」により早期帰国の実現が困難だったこと、青少年期に日本社会から切り離されたために言葉

や習慣が身につかなかったため、日本で労働能力（収入獲得能力）をえることができなかったため、生活保護水準以下の生活から脱却することが困難であるが故に、「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。）の創設には立法が必要となる。」しかし「国会議員の立法不作為が国家賠償法上違法となるには、当該立法をしないことが憲法の一義的な文言に違反していることが必要であるところ、長期未帰還者の生活保障のための特別法の制定を一義的に命ずる憲法の文言を捜し出すことは困難であり、国家賠償法上違法であるとまで断ずるには至らない」とし、1985年の在宅投票制度復活訴訟最高裁判決が示した、立法不作為に基づく国家賠償法適用に関する違憲審査基準に則り、請求を棄却した。

また行政府の責務についても、「行政府の裁量権逸脱や違法性を認める可能性も十分にあった」として日本政府の対応を批判したものの、「政治的責務は国民全休に対して負うもので、個々の国民に負うものではなく、個々の国民との関係で看過できないほどの著しい政治的責務の懈怠がない限り、国家賠償法上も違法であるとはいえない。陸地で国境を接する他国との陸戦や外地で他国軍の占領にあった場合の悲惨さの国家・国民的経験がなく、日本語教育のノウハウも不足していたという背景事情に加え、原告らに対しては都営住宅が提供され、不十分ながらも生活保護、年金特例措置の支給がされていることなどに照らすと、前記説示の行政府の責務の懈怠を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。」とした。

これらの東京地裁の立論は、後述のように、戦後処理遂行の責務を求める日本国憲法前文の趣旨から考えて、きわめて不当なものである。

I. 戦後処理問題としての中国残留婦人国賠訴訟

1. 戦後処理問題としての中国残留婦人問題

日本国憲法前文1項は「日本国民は、…政府の行為によって再び戦争の

惨禍が起こることのないやうにすることを決意し」と定めている。ここにいう「戦争の惨禍」とは、わが国の歴史的な文脈から見た場合、直接的にはアジア太平洋戦争において、日本帝国政府の戦争政策により、国内外の人々が被った甚大な戦争被害のことをさすものと言える。

1990年代以降、日本のかつての植民地や軍事占領地域であった朝鮮半島、中国、台湾のほか広くアジア地域の国々の戦争被害者から、日本政府や企業に対し個人賠償と謝罪を求める裁判、いわゆる戦後補償裁判が数多く提起されている。これらの裁判により戦争被害者が究極的に求めていることは、日本の戦争責任の認定とそれに対する賠償および謝罪である。このことは、日本が行った戦争によってもたらされた「惨禍」により個人が被った被害の回復がなされておらず、戦後日本が責任をもって取り組まなければならなかった「戦後処理」が不十分であったことを物語るものである。

通常、日本政府の戦争責任には、①国際的責任としての被侵略国・被占領国の人々に対する責任、②国内的責任としての未曾有の甚大な被害を与えた日本国民に対する責任に分けられる⁵。①の国際的責任については、従軍慰安婦や強制連行・労働者などとして、生命・健康・自由を剥奪され、精神を蝕まれた旧植民地・占領地域の人々及びその遺族に対する責任であり、戦後補償裁判として、現在多くの裁判により日本政府の法的責任が問われている。②の国内的責任については、戦争により肉体的・精神的被害、および財産上の被害を受け、現在なお被害回復がなされないままに放置されている日本国民に対する責任である。

この国内的責任については、広島と長崎の被爆者が原爆投下の違法性の確認と国の戦争責任に基づく損害賠償を求めた、いわゆる東京原爆裁判で、1963（昭和38）年12月7日、東京地方裁判所は、原爆投下を国際法違反とする一方、被爆者の国に対する損害賠償請求は却下したが、つぎのように述べて、被爆者を放置し続けた国の戦争責任を認めた⁶。

「戦争被害に対しては当然に結果責任に基づく国家補償の問題が生ず

るであろう」,「国家は自らの権限と責任において開始した戦争により,国民の多くの人々を死に導き,傷害を負わせ,不安な生活に追い込んだのである。しかもその被害の甚大なことは,とうてい一般災害の比ではない」。

この判決により,軍人軍属のみならず,一般市民の戦争の被害者の被害回復について,日本政府の戦争責任に基づく国家補償の必要性がはじめて認められた。

これらの日本政府の戦争責任は,「被害と加害の重層性⁷⁾」という性質を有しており,いずれも第2次大戦敗戦後日本政府に課された「戦後処理」責任の履行問題と言いかえることができる。

中国残留婦人問題もまた,戦後処理問題のひとつである。なぜなら,原告(控訴人)残留婦人らは,日本政府の戦争政策により,旧満州に送出され,かつ敗戦後も放置され続け,帰国後も十分な自立的な定住の条件や生活保障が与えられずに,人間としての尊厳が著しく損なわれ,かつ経済的・精神的な損害を被ったにもかかわらず,その被害回復がいまだに図られていないからである⁸⁾。

2. 旧満州移民政策の帰結としての中国残留婦人問題

中国残留婦人問題は,日本帝国政府の旧満州移民政策によってもたらされたものである⁹⁾。その概略を本章末に年表にまとめたので¹⁰⁾,これを参照しつつ,概略を述べる。

1932(昭和7)年3月1日,満州国が建国宣言を行い,同年8月16日,拓務省による「満州試験移民案」が閣議決定された。1936(昭和11)年8月25日に,広田弘毅内閣は「七大重要国策要綱」において,「満州農業移民20ヵ年100万戸送出計画」を決定し,大量移民政策を打ち出した。1937(昭和12)年11月30日,「満州に対する青少年移民送出に関する件」が閣議決定され,いわゆる「満蒙開拓青少年義勇軍」が組織された。1939(昭和

14) 年には、日本帝国政府は「満州開拓政策基本要綱」を策定し、「満蒙開拓団」、「青少年義勇軍」、「報国農業隊」、「大陸の花嫁」、「分村・分郷移民」などが国策として推進されることになった。また、1942（昭和17）年1月6日、「満州開拓第2次5カ年計画」が策定された。この結果、1945（昭和20）年5月には、満州・内蒙古における開拓団員は19万492人、青少年義勇軍は2万2305人、報国農業隊員は4981人であったとされる¹¹。

1945（昭和20）年8月9日に、ソ連軍が旧満州に侵攻し、日本帝国政府・大本営・関東軍から情報をもたらされることなく、開拓民（ほぼ老幼婦女子）は、真夜中、多大の犠牲者が続出するなか、避難を開始した。8月14日、日本はポツダム宣言を受諾し、翌15日敗戦を迎えた。同年8月29日、満州および朝鮮在留邦人・軍人180万人について、大本営参謀本部が現地土着および日本国籍離脱方針を打ち出し（関東軍参謀長全面同意）、同年9月には、外務省が満州全域に「民間人は現地に定着させよ」との指令を出した。1946（昭和21）年5月から中華人民共和国が成立する1949（昭和24）年10月までに104万6600人が日本に引き揚げたものの、国共内戦による中国国内の混乱状況の中、現地中国人に貰われた幼少の子どもたち、中国人と結婚した婦人たち、その他の婦女子たちは、中国人家庭に入ることとなった。

中華人民共和国成立以降、日中政府間交渉が中断されたので、1956（昭和31）年に、中国紅十字会と日本赤十字社など民間三団体により、集団引き揚げのための「北京協定」（56年3月5日）及び「天津協定」（56年6月28日）により、帰国および一時帰国の道が開かれた。しかし、1958（昭和33）年には、岸信介内閣の中国敵視政策により日中交流が全面断絶され、引き揚げは中断した。

一方、国内では、1959（昭和34）年3月3日「未帰還者に関する特別措置法」が公布され、当時3万3000人にのぼるとされた戦時死亡確認がなされていない者に戦時死亡宣告がなされ、およそ1万3600余名の戸籍が抹消

された。日本の親族と連絡の取れなかった多くの残留婦人・残留孤児の戸籍も抹消された。

1972（昭和47）年9月29日の日中共同声明に基づき、ようやく国交正常化が実現した。1974（昭和49）年から、民間団体による中国残留邦人の肉親探しが始まり、翌1975（昭和50）年から、厚生省による「中国残留孤児」の公開調査が始められた（1981年1月13日まで計9回）。しかし、同年11月22日の法務省通知により「中国残留邦人は原則として外国人扱い」とされた。1981（昭和56）年からは、残留孤児の訪日調査が始まった。1984（昭和59）年、残留日本人孤児問題の解決に関する日中政府間の口上書によって、はじめて日本の親族の有無に拘わらず、日本への永住許可が認められ、残留孤児の帰国が実現したが、中国残留婦人については先送りとされた。

なぜなら、日本政府は、一貫して、終戦時13歳以上の邦人（すべて女性）は自己の意思で残った者としてきたため、残留婦人は、訪日調査の対象とされず、日本在住の親族からの申請と身元保証がなければ帰国ができなかったからである¹²。しかし、1986（昭和61）年10月に至り、ようやく残留婦人の訪日調査が始められた。

1989（平成元）年、それまで身元の判明した残留孤児は肉親が受け入れを拒否すると、帰国できなかったが、「特別身元引受人制度」により、未判明孤児についても受け入れが可能となった。1991（平成3）年から、残留婦人についても「特別身元引受人制度」が適用されるようになったが、1993（平成5）年には、残留婦人12人の「集団強行帰国」事件が起きた。

この事件が引き金となり、1994（平成6）年に、議員立法による「中国残留邦人等の円滑な帰国の促進及び永住帰国後の自立の支援に関する法律」（平成6年4月6日法律第30号、以下「中国残留邦人支援法」とよぶ）が成立した。それまで残留孤児および残留婦人に対する調査・帰国については、原則的には本人ないし肉親が自助努力で解決すべき問題とされ、政

府はできうる範囲でかつ必要な限りにおいて援助するとのスタンスがとられてきたが、中国残留邦人支援法の制定により、中国残留邦人に対する帰国・自立支援政策」がはじめて「国の責務」とされることになった。

中国残留邦人問題をめぐる年表

1932年 3 月 1 日 8 月16日	満州国建国宣言 拓務省「満州試験移民案」閣議決定。
1936年 8 月25日	広田弘毅内閣「七大重要国策要綱決定」による「満州開拓移民20ヵ年100万戸送出計画」。
1937年11月30日	「満州に対する青少年移民送出に関する件」閣議決定、「満蒙開拓青少年義勇軍」組織。
1939年	政府「満州開拓政策基本要綱」策定、「満蒙開拓団」、「青少年義勇軍」、「大陸の花嫁」、「分村・分郷移民」など国策として推進。
1942年 1 月 6 日	「満州開拓第二次5ヵ年計画」策定
1945年 5 月 1945年 8 月 9 日 8 月14日 15日 8 月29日 9 月18日 9 月24日	満州・内蒙古における開拓団員16万7091人、青少年義勇軍5万8494人。 ソ連軍が旧満州に侵攻。 日本政府、ポツダム宣言受諾。 日本敗戦。 大本営参謀本部（関東軍参謀長全面同意）満州および朝鮮在留邦人・軍人180万人につき、現地土着および日本国籍離脱方針を打ち出す。 サンフランシスコ講和条約調印 外務省、満州現地に「民間人は現地に定着よ」との指令。
1946年 5 月～ 49年10月	在留邦人約104万6600人が日本に引揚
1949年10月 1 日	中華人民共和国成立、日中政府間交渉が中断。
1956年 3 月 5 日 1956年 6 月28日	北京協定（集団引揚再開、10月までに2万8863名引揚） 天津協定（1368名引揚）

1958年 6 月 4 日	岸信介内閣，中国敵視政策により日中交流が全面断絶，引揚も中断。
1959年 3 月 3 日	「未帰還者に関する特別措置法」公布，中国残留邦人を含む日本国民 1 万3600人余名について戦時死亡宣告・戸籍抹消
1972年 9 月29日	日中共同声明，国交正常化。
1974年	民間団体による中国残留邦人の肉親探し開始。
1975年～ 1981年 1 月13日 3 月 2 日 11月22日	厚生省による「中国残留孤児」の公開調査が始められた（計 9 回）。 中国残留孤児の訪日調査開始。 法務省通知「中国残留邦人は原則として外国人扱い」とする。
1984年 3 月17日	中国残留日本人孤児問題の解決に関する日中政府間の口上書，日本の親族の有無に拘わらず，日本への永住許可が可能になり残留孤児の帰国が実現（中国残留婦人については先送り）。
1986年10月	中国残留邦人訪日調査開始。
1989年 7 月31日	「特別身元引受人制度」，未判明孤児についても受入れが可能。
1991年 6 月20日	中国残留婦人「特別身元引受人制度」創設。
1993年 9 月 5 日	中国残留婦人12人「集団強行帰国」事件。
1994年 4 月 6 日	「中国残留邦人等の円滑な帰国の促進及び永住帰国後の自立の支援に関する法律」（中国残留邦人支援法）公布。
1995年 2 月 1 日	身元引受人制度一本化。
1996年 4 月 1 日	中国残留邦人について国民年金特別措置施行
2001年12月 7 日	残留孤児国家賠償訴訟提訴（東京），以後2005年 6 月までに15地裁で継続中，残留婦人訴訟も2005年 4 月までに 3 地裁で継続。
2006年 2 月15日 12月 1 日	中国残留婦人国家賠償訴訟で，東京地裁が請求棄却判決。 中国残留孤児国家賠償訴訟で，神戸地裁が違憲判決。

Ⅱ．残留婦人の被害状況と中国残留邦人支援法の問題点

1．残留婦人の被害状況

以上のような日本帝国政府による国策により，中国に残留を余儀なくされた原告（控訴人）である残留婦人らの被害状況は，大別して，下記の(1)と(2)の政府による「早期帰国政策の懈怠」に基づく被害と，(3)と(4)の帰国後の「自立支援政策の懈怠」に基づく被害に分けることができる。

(1) 残留を余儀なくされたことによる被害

残留婦人たちは，敗戦の混乱期に，日本帝国政府・旧日本軍の救援を受けることができず，ソ連軍により，家族や肉親を奪われ，あるいは暴行を受け，精神的・身体的に大きな損害を被り，人間としての尊厳を大きく損なわれた。さらには，日本政府の怠慢が原因で帰国ができなかったことにより，居住の自由を奪われた。日本政策の「棄民政策」とも言いうる行為が行われなければ，残留婦人たちは，早期に日本に帰国し，幸福な生活を送ることができたであろうと考えるならば，彼女らの幸福追求の権利や自由が大きく損なわれたといえる。

(2) 国籍・身元保証人問題

法務省入国管理局の方針（1982年1月23日，法務省当管826）によると，中国からの帰国者は，中国旅券所持者はもちろんのことであるが，日本大使館から日本人に発給される渡航証明書を所持している者，戸籍に記載ある者も，法務局等で日本国籍の保有が確認されるまでは外国人として扱うとされている。その結果，帰国に際して，必要な身元保証人をたてなければならず，外国人登録を強いられてきた。

また中国帰国者の肉親は，身元引受人として，帰国手続・帰国旅費負担

・帰国後の生活等の世話のすべてを行うこととされており、身元未判明孤児については、ボランティアが身元引受人として、同様の世話をを行った。残留婦人らが、日本帝国政府の国策により、中国に残留を強いられたことを考えると、日本国民として取扱い、本来的には、国がその責任において、これら費用をまかなうべきであった。

(3) 生存権保障の問題

残留婦人らとその家族は、日本に帰国するまで、日本とは大きな経済的格差のある中国社会で生活してきた。それ故に、たとえ蓄えがあったとしても、日本での生活を行うには厳しいものがあった。さらには、言葉や教育の問題から、彼らの就労は容易ではなく、かつ就労のためには相当の教育を必要とする。そのためには、生活費の保障が不可欠となり、生活保護法により生活保護費の支給を受けることになった。たとえば国民年金についていえば、1994年「中国残留邦人支援法」13条により、国庫負担分3分の1相当額が支給されるようになり、最高額で年26万円が支給された。しかし、生活保護法4条の補足性の原則により、生活保護費が減額される。厚生年金も、残留婦人の多くは、1980年代半ば以降に帰国していることから月額3万円から5万円であり、生活保護費の減額の対象とされている。また、帰国時の年齢が50代後半であったことを考えると、老後の生活権保障をも視野に入れなければならないであろう。

残留婦人の生存権保障については、彼女らが中国に長期にわたり残留することを余儀なくされた経緯が、戦前・戦後の日本政府の政策に基因するものであることを考えると、国の政策により損害を被ったのであるから、彼女らの生存権保障は、社会福祉政策と捉えるべきではなく、国家補償として位置づけた上で、生活実態に応じたきめ細かい補償が必要とされるべきであった。

(4) 残留婦人の子どもたちの教育問題

残留婦人受け入れにあたり、彼女らの子どもたちの日本語教育などについて一貫した施策・システムが確立されていなかったために、子どもたちに、いじめ・差別、自殺、精神疾患などの深刻な問題が生ずるとともに、学校・地域社会からの疎外感からの反社会的行動が増加し、子どもたちの教育を受ける権利が侵害された。国には、その権利を、十分に保障すべき義務が求められていたというべきである。

2. 中国残留邦人支援法の問題点

1994年制定の中国残留邦人支援法は、その第1条で「この法律は、今次の大戦に起因して生じた混乱等により、本邦に引き揚げることができず引き続き本邦以外の地域に居住することを余儀なくされた中国残留邦人等の置かれている事情にかんがみ、これらの者の円滑な帰国を促進するとともに、永住帰国した者の自立の支援を行うことを目的とする」としている。また第3条は、「国は、本邦への帰国を希望する中国残留邦人等の円滑な帰国を促進するため、必要な施策を講ずるものとする」、第4条では「国及び地方公共団体は、永住帰国した中国残留邦人等の地域社会における早期の自立の促進及び生活の安定を図るため、必要な施策を講ずるものとする」、同条第2項は「国は、必要があると認めるときは、地方公共団体が講ずる前項の施策について、援助を行うものとする」、第5条は「国及び地方公共団体は、中国残留邦人等の円滑な帰国の促進及び永住帰国後の自立の支援のための施策を有機的連携の下に総合的に、策定し、及び実施するものとする」と規定し、中国残留邦人に対する帰国・自立支援政策を「国の責務」と認めたものの、それはあくまでも「帰国促進政策」と「自立支援政策」を促すという法的拘束力の弱い法律であるに過ぎない。

これらを受けて、第6条では「永住帰国旅費の支給」、第7条では「自立支度金の支給」、第8条は「中国残留孤児等への生活相談」、第9条は「住

宅の供給の促進への必要な施策」, 第10条は「雇用の機会の確保」, 第11条は「教育の機会の確保」, 第12条は「就職等の手続に係る便宜の供与」, 第13条は「国民年金の特例」(平六法九五・追加), 第14条は「一時帰国旅費の支給等」を規定している。

この中国残留邦人支援法は、前掲の第1条「今次の大戦に起因して生じた混乱等により、本邦に引き揚げることができず引き続き本邦以外の地域に居住することを余儀なくされた」(ルビは筆者による)という文言から明らかなように、残留婦人らが、あたかも不可抗力により日本に戻れなかったかのように位置づけており、国の政策として「引き続き本邦以外の地域に居住することを余儀なくされた」との考え方はとられていない。つまり、このことは、残留婦人らの帰国促進・自立支援は、国家責任に裏打ちされた国家補償の精神で行われるものではないということを意味する。さらに同法規定の諸施策も具体性を欠く抽象的な規定にとどまっている。これは日本政府自身の政策により、中国にとどまることを余儀なくされ、塗炭の苦しみを経験し、人間としての尊厳を大きく損なわれた原告(控訴人)ら残留婦人に対し、帰国後もあくまでも自己責任で生活を立てよとするきわめて無責任な対応といえる。

国会は、残留婦人の問題を、戦後処理の問題として位置づけ、国家補償の精神から、彼らの実情に合わせ、生活権保障(老後保障を含む)、教育を受ける権利の保障、就労の権利の保障、居住の権利(良好な住環境を享受する権利)などを核とする、包括的な補償立法を定立すべきであったし、現在でもそれは必要とされている。

以上述べたように、原告(控訴人)の残留婦人らは、日本帝国政府の旧満州移民政策に基づき、日本の敗戦とともに中国に居住することを余儀なくされ、彼の地で塗炭の苦しみを経験し、人間としての尊厳を大きく損なわれ、戦後も日本政府は、彼女らを当初外国人として位置づけ、その存在を知りながら、帰国させる努力を長い間怠ってきた。さらには彼女らの帰

国後も、社会保障法としての中国残留邦人支援法は制定されたものの、国家補償に基づく包括的補償法は制定されていない。

筆者は、日本国憲法前文の規範意味の解明を機軸として、国会はこのような補償立法の制定義務を負っているものと考え、立法不作為に基づく違憲状態にあると考える。こうした補償立法の制定を怠った国には国家賠償法に基づく国家賠償責任が存するといえる。

この見解を論証するに先立ち、まずは、判例・学説をもとに、立法不作為に基づく違憲論と国家賠償責任成立に関わる論点について検討する。

Ⅲ. 立法不作為違憲に基づく国家賠償責任成立をめぐる判例・学説の検討

1. 1985年在宅投票制度復活訴訟最高裁判決

立法不作為違憲に対する救済を求める訴訟形態に関するリーディング・ケースは、最高裁が1985（昭和60）年11月21日に下した、重度身障者の在宅投票制度を廃止したままその復活を怠ったことについて不作為の違憲が争われた国家賠償事件判決¹³（以下、「85年最高裁判決」とする）である。判決では、概要次のように述べている。

①「国会議員の立法行為（立法不作為を含む。以下同じ。）が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であって、当該立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反する廉があるとしても、その故に国会議員の立法行為が直ちに違法の評価を受けるものではない。」

②また、個別国民との関係で国会議員はどのような法的義務を負うかについて、「国会議員は、多様な国民の意向をくみつつ、国民全体の福祉の実現を目指して行動することが要請されているのであって、議会制民主主義が適正かつ効果的に機能することを期するためにも、国会議員の立法過

程における行動で、立法行為の内容にわたる実体的側面に係るものは、これを議員各自の政治的判断に任せ、その当否は終局的に国民の自由な言論及び選挙による政治的評価にゆだねるのを相当とする。」「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないというべきであって、国会議員の立法行為（不作為を含む）は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的場合でない限り、国家賠償法一条一項の規定の適用上、違法の評価を受けないものといわなければならない。」

③「憲法には在宅投票制度の設置を積極的に命ずる明文の規定が存しないばかりでなく、かえって、その四七条は選挙区、投票の方法その他両議院の議員の選挙に関する事項は、法律でこれを定める。」と規定しているのであって、これが投票の方法その他選挙に関する事項の具体的決定を原則として立法府である国会の裁量の権限に任せる趣旨であることは、当裁判所の判例とするところである（昭和三九年二月五日大法廷判決民集一八卷二号二七〇頁、昭和五一年四月一四日大法廷判決民集三〇卷三号二二三頁参照）。そうすると、在宅投票制度を廃止しその後前記八回の選挙までにこれを復活しなかった本件立法行為につき、これが前示の例外的場合に当たると解すべき余地はなく、結局、本件立法行為は国家賠償法一条一項の適用上違法の評価を受けるものではないといわざるを得ない。」

以上のように、この判決では、立法不作為違憲に基づく国家賠償請求について、「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないというべきであって、国会議員の立法行為（不作為を含む）は、立法の内容が一義的な憲法の文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難

いような例外的な場合」でない限り許されないという判断基準を示した。

この判決は、その後の立法不作為に関わる違憲性が争われた訴訟で継承されることになるが、憲法学・行政法学における学説の多くは、この85年最高裁判決に対して「一義的な憲法の文言の違反」「容易に想定し難いような例外的な場合」という厳しい基準から、「立法不作為の違憲審査を否認するにひとしいもの」、あるいは立法不作為違憲国賠訴訟の「死刑判決」と評するなど、強い批判が投げかけられた。しかし、下級審判決の中には、次に見るように、85年最高裁判決に依拠しつつも、その判断基準に一定の歯止めをかけ、克服しようとする試みがなされている。

2. 立法不作為違憲をめぐる下級審判決の検討

(1) 1998年関釜事件山口地裁下関支部判決

1998（平成10）年4月7日、関釜事件山口地裁下関支部判決¹⁴は、日本軍慰安婦事件に関する国家賠償請求について、国会の立法不作為を認め、国家賠償法に基づく過失責任を認定した。すなわち、判決では、1993年8月4日に河野洋平・内閣官房長官（当時）が、日本軍慰安婦の歴史的事実としての認定と謝罪を内容とする「談話」以降、日本政府は補償立法を制定する義務が生じた、そしてその準備期間としての合理的期間は少なくとも3年間であったが、日本政府はそれを怠ったので、その義務を履行しなかったことに基づき、精神的損害として原告である元慰安婦に、一人当たり30万円の損害賠償を命ずる、と判示した。

この判決は、日本軍慰安婦問題につき、裁判所が被害回復を認めた画期的な判決であり高く評価できるが、また、立法不作為違憲に基づく国家賠償についても、結論的には85年最高裁判決を支持するとしながら、その判断基準に限定解釈を加えることによって、国家賠償を容認する道を開いている点で、注目される¹⁵。その要点は以下の通りである。

- ①「積極的違憲立法の是正については、当該法令のその事案への適用を

拒否することによって簡明に果たされるのである」が、「消極的違憲の立法不作為についての是正権限」については、「その違憲確認訴訟を認めることに種々の難点があることから、国家賠償法を認めることがほとんど唯一の救済方法になるともいえるのであって、その意味でも、むしろ立法不作為にこそ違法と認める余地を広げる必要もある。」

②「立法不作為に関する限り、これが日本国憲法秩序の根幹的価値に関わる基本的人権の侵害をもたらしている場合にも、例外的に国家賠償法上の違法をいうことができる。」

③「人権侵害の重大性とその必要性が認められる場合であって」、「しかも、国会が立法の必要性を十分認識し、立法可能であったにもかかわらず、一定の合理的期間を経過してもなおこれを放置したなどの状況的要件、換言すれば、立法課題としての明確性と合理的是正期間の経過とがある場合」、立法不作為による国家賠償は認められる。

この判決は、85年最高裁判決が示した、立法不作為に基づく国家賠償の容認が「立法の内容が一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合」という憲法の文言上の解釈を基準とするきわめて厳しい要件に修正を加え、「日本国憲法秩序の根幹的価値に関わる基本的人権の侵害」という、立法行為の「結果の重大性の要件」に置き換えるものであり¹⁶、評価しうる。

(2) 2001年ハンセン病国家賠償事件熊本地裁判決

ハンセン病患者の強制隔離政策の違憲性について、2001（平成13）年5月11日の熊本地裁判決では、85年最高裁判決の基準に、関釜事件1審判決とは異なるアプローチから限定解釈を施し、次のように判示して、国会の立法不作為に基づく違憲性を認め、国家賠償を容認した¹⁷。

①ハンセン病患者は、強制隔離によって、「人として持っているはずの人生のありとあらゆる発展可能性が大きく損なわれるのであり」、「単に居

住・移転の自由の制限ということで正当には評価し尽くせず、より広く憲法13条に根拠を有する人格権そのものに対するものととらえるのが相当である」。

②国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法1条1項の裁定の適用上、違法の評価を受けない」とする85年最高裁判決は、「もともと立法裁量にゆだねられているところの国会議員の選挙の投票方法に関するものであり、患者の隔離という他に比類のないような極めて重大な自由の制限を課する新法の隔離規定に関する本件とは、全く事案を異にする」。

③『立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している』ことは、立法行為の国家賠償法上の違法性を定めるための絶対条件とは解されず、「極めて特殊で例外的な場合に限られるべきであることを強調しようとしたにすぎないものというべきである」。「新法の隔離政策が存続することによる人権侵害の重大性とこれに対する司法的救済の必要性にかんがみれば、他にはおよそ想定し難いような極めて特殊で例外的な場合として、遅くとも昭和40年以降に新法の隔離政策を改廃しなかった国会議員の不作为につき、国家賠償法上の違法性を認めるのが相当である。」

この判決では、第1に、85年最高裁判決で問題となった事案が、選挙制度という立法府の裁量を広く認める事柄であったのに対し、本件事案が重大な人権権侵害に関わる事柄であるので、本質的に事案の性質が異なり、後者の場合には司法は積極的に救済を行うべきこと、第2に、85年最高裁判決の打ち出した「憲法の一義的な文言に対する違反」を、「容易に想定し難いような例外的な場合」の例示としてみることにより、この基準を相対化している点に大きな特色がある。すなわち、「憲法の文言に一義的に反していること」を「違法性を認めるための絶対的条件ではない」とし、「重大な人権侵害」が立法不作为により生じた場合には、広く国家賠償を

認めようとする点で高く評価できる¹⁸。

(3) 2004年学生無年金訴訟東京地裁判決

1989年に国民年金法が改正されて強制加入の対象になるまでは任意加入だった国民年金の保険料を任意加盟当時に支払っていなかったことを理由に学生時代に事故や病気で重い障害を負った首都圏の元大学生4人が、障害基礎年金を不支給とされた処分の取消しと、1人当たり2000万円の賠償を国側に求めた、いわゆる「学生無年金訴訟」で、2004（平成16）年3月23日、東京地裁は、障害基礎年金制度が創設された85年の同法改正を重視して、障害を負った学生が保険給付を受けられるよう立法的措置を講じないまま放置したことについて、次のように述べ、国家賠償を認めた¹⁹。

①「学生に対し、障害に関する保険給付が容易に受けられるような措置を講じなかった点については、昭和34年法制定後に状況変化が生じており、昭和60年法制定時においては、何らの立法的手当をしないまま放置することは憲法14条に違反するものであったといわざるを得ない。」

②「すなわち、昭和34年法が違憲とはいえない理由の1つは、立法措置が講じられないことによって学生に生じる不利益は比較的軽微といわざるを得ないことにあったが、昭和60年法は、障害福祉年金を廃止し、20歳前に障害を負った者に対しては、従前障害福祉年金を受給していた者も含め、制度の根幹的給付である障害基礎年金を支給することとした。この結果、20歳前に障害を負った者と学生との間の格差は、量的に著しく拡大するとともに質的にも異なったものとなったと評価すべきである。」

③「昭和60年法制定時においては、昭和34年法の合憲性を辛くも支えていた事情は消滅しており、その不合理性のみが露呈するに至っていたと認められるから、これを是正すべき立法措置を講ずることなく放置することは、憲法14条に違反するものというべきであるし、昭和60年法が、従来障害福祉年金を受給していた者につき障害基礎年金を支給することとしながら、同法制定前に生じていた学生無年金者に対しては何らの措置をも講じ

ないことも憲法14条に違反していたものというべきである。」

④「その是正措置としては、複数のものが考えられる。すなわち、最も端的な措置は、学生に対しては、昭和60年法制定前に無年金者となっていた者も含め、障害基礎年金を支給するというものであるが、そのほか、学生も国民年金法の強制適用の対象に加えるといった措置や、障害福祉年金制度を存続させ、任意加入をせずに障害を負った学生に対しては、障害福祉年金を支給するなどといった措置も考えられ、これらには不十分な点もあるものの、憲法違反状態を解消させるに足りるものとの評価は可能である。その他にも、是正策は種々考えられるところであり、立法者としては、その裁量によって最も適切と考えられるものを採用すれば足りたものであるが、昭和60年法制定時においては、何の是正措置も採用されず、上記の差別がそのまま放置されたのであるから、この点において、同法は憲法に違反することとなるのである。」

⑤「昭和60年法は憲法14条に違反するものの、その是正措置としては様々なものがあり得たのであるから、特定の是正措置を前提として本件不支給処分の適否を判断することはできない。したがって、このような場合には、本件不支給処分を取り消すことはできず、原告らの救済は専ら立法不作為に基づく国家賠償請求によるべきものと考えられる。」

この判決では、権利侵害が存在し、それを是正すべき具体的な諸立法施策が存在し、それを制定することが可能であったにもかかわらず、国会の怠慢による立法不作為により権利行使の道が閉ざされたことは違憲であり、その是正措置として国家賠償による救済が図られるべきものとする点に特色がある。

3. 2005年在外選挙権剥奪違憲訴訟最高裁判決

この判決は、最高裁が、立法不作為に基づく違憲性を認め、国家賠償法に基づく損害賠償を命じた画期的な判決として注目される。この事件は、海

外に住む日本人（在外邦人）の選挙権を制限している公職選挙法の規定が「普通選挙を保障した憲法に反する」として、国を相手に、選挙権を行使できることなどの確認と、立法府である国会が在外邦人が国政選挙において選挙権を行使することができるように公職選挙法を改正することを怠ったために、衆議院議員の総選挙において投票をすることができず損害を被ったとして、国家賠償法に基づき1人当たり5万円の損害賠償及びこれに対する遅延損害金の支払を求めた事案である。

最高裁は、2005（平成17）年9月14日、次のように判示して、立法不作為に基づく違憲と国家賠償法に基づく損害賠償を認めた²⁰（以下、「05年最高裁判決」とする）。

①「憲法は国民主権の原理に基づき、両院議員の選挙で投票することで国の政治に参加することができる権利を国民固有の権利として保障し、投票する機会を平等に保障していると解するのが相当である。選挙権やその行使の制限は原則許されず、制限するには、やむを得ないと認められる事由がなければならない。制限なしには、選挙の公正を確保しつつ選挙権行使を認めることが事実上不能か著しく困難と認められる場合でない限り、やむを得ない事由があるとは言えない。このような事由なしに選挙権行使を制限するのは憲法15条1項、3項、43条1項、44条ただし書きに違反すると言わざるを得ない。このことは、国が国民の選挙権行使を可能にするための所要の措置を執らないという不作為によって国民が選挙権を行使できない場合についても同様である。」

「在外国民は選挙人名簿の登録で国内居住国民と同様の被登録資格を有しないため、そのままでは選挙権を行使できないが、憲法で選挙権を保障されていることに変わりはない。国が選挙の公正を確保しつつ選挙権行使を現実的に可能にするための所要の措置を執ることができない場合に限り、前記のやむを得ない事由があると言ふべきである。」

②「在外国民に選挙権の行使を認める際に、候補者に関する情報の適正

な伝達に解決されるべき問題があったとしても、既に84年時点でその解決が可能であることを前提に、在外投票制度の創設を内容とする公選法一部改正案を内閣が国会に提出している。そのことを考慮すると、同法案の廃案後、国会が10年以上も在外投票制度を創設せずに放置し、本件選挙（96年衆院選）での在外国民の投票を全く認めなかったことは、やむを得ない事由があったとは到底言うことができない。98年改正の前の公選法が憲法に違反するものであったというべきである。」

③「98年改正の後の公選法は、在外投票制度を設けたものの、その附則8項は、当分の間、衆参の比例代表選挙だけ投票を認め、選挙区選挙は投票を認めないこととしている。この点に関し、投票日前に選挙公報を在外国民に届けるのは事実上困難な状況のもとで、初の在外投票制度を設けるに当たり、候補者氏名を自書する必要がなく比較的問題の少ない比例代表選挙だけ投票を認めたことが、全く理由のないものであったとまで言うことはできない。」

「しかし、98年改正後に在外選挙が繰り返し実施され、通信手段も地球規模で発達しており、在外国民に候補者個人の情報を適正に伝達することが著しく困難であるとは言えなくなった。その後の公選法改正で、参院比例代表選挙で名簿登載者の氏名を自書することが原則とされ、既に01年および04年に在外国民もこの制度に基づく選挙権行使がなされている。」

このことからすると、「遅くとも本判決言い渡し後に初めて行われる衆院総選挙または参院通常選挙の時点では、衆参の選挙区選挙で在外国民に投票を認めないことにやむを得ない事由があると言うことはできない。公選法附則8項の規定のうち、在外選挙制度の対象選挙を当分の間、両院の比例代表選挙に限定する部分は、憲法に違反するものといわざるを得ない。」

④「前記の公選法附則8項の規定は違憲無効であって、在外国民である上告人らは、次回の衆参選挙区選挙で投票できる地位にあると言うべきで

ある。」

⑤「立法内容や立法不作為が、憲法上保障されている国民の権利を違法に侵害するものであることが明白な場合、憲法上保障されている権利行使の機会を確保する立法措置を執ることが必要不可欠であるにもかかわらず、国会が長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法行為または立法不作為は、国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けるものというべきである。」

⑥「上告人らの投票の機会を確保するには、立法措置が不可欠だったにもかかわらず、84年の法案提出・廃案後、96年に本件選挙が実施されるまで10年以上にわたり何らの立法措置もされなかったのであるから、このような著しい不作為は前記の例外的な（違法の評価を受ける）場合に当たる。」

この判決の意義として、85年最高裁判決に対する判例変更が行われたものと考えられる点である。判決では、85年最高裁判決において示された、国会の立法不作為が違憲の評価を与えられるためには、「立法の内容が一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合」であるとする基準に対し、「立法内容や不作為が憲法で保障された国民の権利を侵害することが明白な場合」や「権利行使の機会を確保するために不可欠な立法を国会が怠った場合」には、立法行為も例外的に違法となるとの新たな基準を示し、公選法改正を怠った立法不作為は違憲と評価されるのみならず、国家賠償法上の国家賠償の対象となるとする結論を導き出している。

4. 立法不作為違憲判断に基づき国家賠償責任が認められる基準

国家賠償法1条1項は、「国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が、その職務を行うについて、故意または過失によって違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる。」と

規定し、日本国憲法17条の国家賠償請求権を具体化している。

憲法学説によると、立法不作為違憲に基づく国家賠償請求訴訟という訴訟形態の憲法訴訟類型としての利点について、①訴えの利益等の訴訟上の難点なくして法律の違憲審査を求めることができること、②立法改廃を直接求めるものではないために立法府との摩擦が少ないこと、③他の訴訟によっては必ずしも救済をえられない国民に対して権利保護の道を確保する訴訟形態として、憲法訴訟における意義は大きいことあげられている²¹。

芦部信喜教授は、立法不作為に基づく違憲判断について、1985(昭和60)年5月8日に台湾人元日本兵戦死傷補償請求事件東京高裁判決²²が打ち出した3要件、すなわち、①行政庁ないし立法府において一定内容の作為をなすべきことが法律上二義を許さないほどに特定していて、行政庁ないし立法府の第一次的な判断権を重視する必要がある程度に明白であること、②事前の司法審査によらなければ回復し難い損害を生じ、事前の救済の必要性が顕著であること、③他に適切な救済方法がないことに加え、「相当の期間の経過の要件が存する場合には、立法不作為の違憲審査が認められる²³」としている。

また佐藤幸治教授は、立法行為ないし立法の不作為を理由とする国家賠償請求訴訟をあまりに容易に認めることは、付随的審査制ないし権力分立制との関係で一定の緊張関係をはらむことは否定し難いとしながらも、以下の要件が充たされた場合、立法不作為に基づく違憲性は認められるとする²⁴。

- ①憲法規範上一定の内容の立法をしない義務ないし立法義務が明確であること。
- ②憲法に違反する立法行為ないし違憲状態を放置する立法不作為が国民の具体的権利に直接影響を及ぼす処分的性格をもっていること。
- ③そのような立法行為ないし立法不作為と損害との間に具体的・実質的な関連性が認められること。

- ④立法不作為の場合には違憲状態の放置ということだけではならず、一定の「合理的期間」の経過という要素が必要であること。

したがって、これらの見解をまとめると、立法不作為が違憲と判断され、国家賠償法1条1項の不法行為にあたるとの評価を受けるためには、つぎの要件が必要とされるものと考えられる。

- 1) 憲法の明文上一定の立法を行うべき義務が存在すること（憲法上の根拠）
- 2) 立法行為（立法不作為を含む）が公権力行使に当ること。
- 3) 立法不作為を行うに当り国会議員の故意・過失に基づき立法不作為が違法と認定されること。
- 4) 立法制定のための合理的正期間を経過していること。

これらの要件について、以下で逐次検討する

1) の要件について、85年最高裁判決では、国会の立法不作為が違憲の評価を与えられるためには、「立法の内容が一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合」であると基準を示した。しかし05年大法廷判決では、85年最高裁判決の判例を踏襲しつつも、立法不作為違憲の認められる基準に限定をかけ「立法内容や不作為が憲法で保障された国民の権利を侵害することが明白な場合」で「権利行使の機会を確保するために不可欠な立法を国会が怠った場合」には、立法行為も例外的に違法となるとの新たな基準を示し、公選法改正を怠った立法不作為は違憲と評価されるのみならず、国家賠償法上の国家賠償の対象となるとする結論を導き出した。85年最高裁判決を踏襲しつつも、実質的には判例変更に近い効果がもたらされたといえる。

さらにこの05年大法廷判決に先立ち下された、上述の立法不作為に関わる下級審の諸判決が示した、「日本国憲法の根源的価値を揺るがす人権侵害行為が放置された場合」（98年関釜事件訴訟1審判決）、「新法の隔離政

策が存続することによる人権侵害の重大性とこれに対する司法的救済の必要性にかんがみれば、他にはおよそ想定し難いような極めて特殊で例外的な場合」(01年ハンセン病事件訴訟1審判決)、国会が立法の是正をしなかったことにより「その不合理性のみが露呈するに至っていたと認められ」、「これを是正すべき立法措置を講ずることなく放置」し、「是正策は種々考えられるところであり、立法者としては、その裁量によって最も適切と考えられるものを採用すれば足りたものであるが」、「何の是正措置も採用されず、…そのまま放置された」場合(04年学生無年金訴訟1審判決)もまた同様に85年最高裁判決に限定を加えたものと理解される。

2)の要件である、国会議員の規定された国会議員の立法行為が、「公権力の行使」にあたるという点については、学説・判例の一致した見解である²⁵。

3)の要件については、立法不作為による違憲性の判断と国家賠償法1条1項の違法性の判断との関連性が問題となる。つまり、両者は同一視されるのか否かという点である。国家賠償法1条1項は、国家賠償責任が成立する要件として、「国または公共団体による公権力行使」、「故意または過失」、「違法性」の3つをあげている。立法不作為の故意・過失の要件、および違法性の要件について、85年最高裁判決は、「国会議員の立法行為(立法不作為を含む。以下同じ。)が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であって、当該立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反する廉があるとしても、その故に国会議員の立法行為が直ちに違法の評価を受けるものではない」として、「立法行為の違憲性」と「国家賠償法上の違法性」とを区別し、国会議員の立法行為についての責任は、国民との関係で政治的責任であり、法的責任ではないとしている。

こうした国会議員の法的責任否定論の背景にあるものは、85年最高裁判

決が強調した「立法の政治的性格」であろう。これに対して、05年最高裁判決では、こうした国会議員の立法責任の政治性をことさら強調することなく、法的責任に服すべきものとしている点が特徴的である。確かに、立法の政治的性格は否定できず、広範な立法裁量の承認を要請するものであることは間違いない。しかし、そのことは、立法がおおよそ法的責任とあいられないことを意味するものではなく、立法裁量は憲法により限界づけられており、その逸脱は違憲となるのである²⁶。

4) の要件として、立法不作為違憲が認められるには、「相当の期間の経過」が必要とされる²⁷。議員定数不均衡訴訟では、諸判例を総合すると、定数不均衡が法の下の平等に違反した時点から、おおよそ5年と推測される。また関釜事件1審判決では、内閣官房長官が従軍慰安婦の存在を認め、謝罪した談話の時点から立法不作為の状態が生じたとし、それから3年を立法のための合理的期間としている。さらに、ハンセン病訴訟事件1審判決では、5年としている。05年最高裁判決では、10年と見ているようである。

この立法不作為による人権侵害が生じた始期を確定することはきわめて困難である。「合理的期間論」を容認する見解に立つとして、議員定数不均衡訴訟の場合には、立法義務の生じた始期は、定数の不均衡が生じた時点であり、物理的に確定できよう。また、98年関釜事件1審判決において、官房長官が被害事実を認めた時点を立法義務の始期としている。

しかしながら、議員定数不均衡のように客観的に被害が生じたことを確定することができる場合は別として、被害事実を政府が認めたかどうか、あるいは裁判が提起されかつ社会的に関心と呼んでいるか否かは、政府や社会の主観的価値判断に左右されることになる。したがって、それらは立法義務発生の基点とはならないと考える。なぜなら、被害事実は客観的に存在するのであり、政府が認めようが認めまいが、社会の認知を受けようが受けまいが、人権侵害は被害者個人にとって客観的に生起しているから

である。立法義務の始期は、立法措置がなされないことによって重大な人権侵害を生み出しているという客観的事実に基づいて決定されるべきであろう²⁸。

Ⅳ. 残留婦人国賠訴訟における立法不作為違憲に基づく国家賠償責任の妥当性

1. 立法不作為違憲論

前述のように、憲法学の有力学説では、立法不作為に基づく違憲を根拠とする国家賠償が認められる要件として、①立法をなすべき内容が明白であること、②事前救済の必要性が顕著であること、③他に救済手段が存在しないこと、④相当の期間を経過していることの4要件があげられる。これらは、換言すれば、立法不作為が違法となるためには、i 立法義務の成立（立法義務の成立要件・立法義務の法的根拠・立法の必要性）、ii 立法に要する合理的期間の経過が要件となるともいえる²⁹。

2. 戦後処理に関わる立法義務の憲法上の根拠についての検討

第1に、①の要件に基づき、国家補償の精神に基づく戦後処理立法としての包括的な残留婦人補償法の憲法上の根拠について検討する。

この点について、関釜事件第1審判決で打ち出された見解が注目される。この判決では、立法不作為に基づく違憲による国家賠償が認められるには、「日本国憲法秩序の根幹的価値に関わる基本的人権」の侵害をもたらしている場合にも、例外的に国家賠償法上の違法をいうことができるとされる。これは、従軍慰安婦という性的奴隷状態に置かれた被害状況は、日本国憲法がその基底に置く「個人の尊厳」を根本から踏みにじるものであり、いわば「憲法的条理」ともいえる憲法の根本価値に被害回復のための立法義務を導き出すものといえる。

これを本件の原告（控訴人）の残留婦人らの被害状況におきかえてみる

と、原告らは、日本帝国政府による戦争政策のもとに、旧満州に居住し、敗戦後は日本政府から帰国のための何らの支援を受けることなく、中国に居住することを強いられた。敗戦後の異国において生存をかけ逃げ惑い、肉親や家族を奪われ、凄惨な状況に置かれた。厚生省は13歳以上の残留者を「自らの意思で残留した」と言い切ったが、果たしてそれは事実であろうか。生活の糧を奪われ、生命の危機におびえながら路頭に迷い、帰国する術を持たない残留者たちにとって、唯一生き延びる手立ては、まさに彼の地に残留することであった。日本政府は、戦前においても、また戦後にいたってすら、日本国憲法13条が規定し、人権の基礎を成す「人間としての尊厳」を踏みにじり続けたといつてよい。まさに日本政府によりもたらされた根源的人権侵害であったといえる。

次に、戦後補償問題に関連し、補償立法の制定義務の憲法上の根拠について、日本国憲法前文にその根拠を求める見解が有力に説かれている。古川純教授は、憲法前文1段の「日本国民は、……政府の行為によって再び戦争の惨禍が起ることのないやうにすることを決意し」、「日本国民は、恒久の平和を念願し、人間相互の関係を支配する崇高な理想を深く自覚」し、「われらは、平和を維持し、専制と隷従、圧迫と偏狭を地上から永遠に除去しようと努めてゐる国際社会において、名誉ある地位を占めたいと思ふ」とする規定に着目し、これらの規定の文脈から、つぎのように述べている³⁰。

「過去の政府の行為によって『戦争の惨禍』が引き起こされたことを認識し、それを再び繰り返さないことを決意するとともに、過去の『専制と隷従、圧迫と偏狭』を永遠に除去しようとする国際社会に『名誉ある地位』を占める意思を表明している。まさしく憲法前文は、政府の行為による『戦争の惨禍』がもたらした過去のあらゆる損害に責任を認め、『人間相互の関係を支配する崇高な理想』に基づきそれらの損害に対する補償を誠実に行うことで『名誉ある地位』を占める意思を表明したと解釈でき、その意

味で国会は憲法前文の規範によって課された補償立法の責務を負っているのである。」

筆者も、日本国憲法前文を根拠として、国家補償を基礎とする、包括的な戦後補償立法を含む戦後処理のため諸立法の制定義務が導き出せるものと考えている。それは、以下の理由に基づく³¹。

法は、過去の過ちや不都合を是正し、国家や社会のあるべき未来像を提示しているものであり、その意味で、歴史的規範内容を踏まえたものである必要がある。日本政府は、すでに敗戦の段階で、中国残留邦人の存在を認識していたことは明らかである。1972年の日中国交正常化により、残留婦人および残留孤児の問題は、日本社会に大きく知らされ、その救済が強く求められるに至っている。さらに、1990年代以降、戦後補償裁判の提起により、極東国際軍事裁判（東京裁判）では裁かれることのなかった植民地支配および侵略戦争における反人道・反人権行為（人道に対する罪）が明らかにあるになるに従い、日本の戦争責任の不充分さと、戦後補償問題・戦後処理問題に対する日本の憲法学の視点の欠落が明瞭になった。

日本は敗戦により、明治憲法から日本国憲法に改正されるに際して、植民地主義及び侵略戦争という歴史的誤りを克服し、平和な社会を築くことが最大の課題とされたはずであった。このことは、日本国憲法前文が「人類普遍の原理」としての民主主義および自由の価値をうたい、憲法9条とともに平和の達成に最大の価値をおいている点に明瞭に表れている。そして同時に、前文は、植民地主義および侵略戦争という「過去の誤り」を克服し、恒久平和に基づく国際社会の未来像を提示しているものといえる。

このような視点から、日本国憲法の制定に至る歴史的過程をみると、つぎのような理解が可能であろう。

1945年8月14日、昭和天皇は連合国によるポツダム宣言を受け入れ、日本は敗戦を迎えた。これにより、主権者である天皇とその政府は、天皇主権の否定（国民主権の確立）、軍国主義の否定と武装解除、戦争犯罪者の

処罰、民主主義の復活、封建的諸制度の廃止とともに、植民地の解放を受け入れた。主権者の変更、民主主義の確立、領土問題は、憲法に定められる事柄であることから、日本の敗戦時点での実質的な憲法は、ポツダム宣言であったといつてよい³²。日本国憲法は、直接的にはポツダム宣言を実行するために、その趣旨にしたがって制定されているのである。

またポツダム宣言は、1943年のカイロ宣言の履行を義務づけている。カイロ宣言は、「1914年の第1次世界戦争の開始以後において日本が奪取し、または占領した太平洋における一切の島嶼を剥奪すること、並に満州、台湾及澎湖島のような、日本が中国人より盗取した一切の地域を中華民国に返還すること」、「また日本は、暴力及び貪欲により、日本の略取した他の一切の地域より駆逐せられるべきである」こと、さらに、「朝鮮の人民の奴隷状態に留意し、やがて朝鮮を自由かつ独立のものにする」こととしている。つまり、違法占領地の原状回復と植民地である朝鮮半島の人々の人身の解放を日本に義務づけているのである。

このことは、単に植民地や占領地域を解放し、手放せばよいということではない。そこに居留していた日本国民の安全な帰国と生活保障を含むものであったことは事の道理として明らかといえよう。

日本国憲法前文は、ポツダム宣言の主旨を履行し、日本の戦争責任を果たす義務と、平和な国際社会の構築の責務を明瞭にしたものであるといえる。このことはとくに、憲法前文のつぎの文言に表れている。

①日本国民は「政府の行為によって再び戦争の惨禍が起こることのないように決意し、」「この憲法を確定した。」(第1段)

②「専制と隷従、圧迫と偏狭を地上から永遠に除去しようと努めている国際社会において、名誉ある地位を占めたいと思ふ。」(第2段)

③「全世界の国民が、ひとしく恐怖と欠乏から免かれ、平和のうちに生存する権利を有することを確認する。」(第2段)

④「我らは、いづれの国家も、自国のことのみに専念して他国を無視し

てはならないのであって、政治道德の法則は、普遍的なものであり、この法則に従うことは、自国の主権を維持し、他国との対等関係に立とうとする各国の責務であると信ずる。」(第3段)

こうした前文の規範的内容は、当時の歴史状況に照らして考えると、歴史の連続面としての戦争責任(戦後処理)を果たすべき国家の責任と、将来的に二度と同じ誤りを繰り返さないための平和な国際社会の構築の責務を明瞭にしたものであるといえる。このことはとくに、「政府の行為によってもたらした「戦争の惨禍」、すなわち植民地支配による強圧政治やカイロ宣言にいう「朝鮮人民の奴隷状態」をはじめ、中国、台湾、その他のアジアの人々に対する奴隷的強制や専制的支配により、多くの人々の生命を奪い、身体を傷つけ、財産を奪い、多大な精神的苦痛をもたらしたことへの反省にたち、国家主権を超える「高次の法」として「普遍的な政治道德」を認めるものである³³。

これらの憲法前文の文言は、他国の主権あるいは民族の自決権を尊重すべきであるという、当時確立しつつあった国際法の原理を確認するものであるとともに、植民地支配・侵略戦争によるすべての被害者の被害回復につき、国家補償の精神にたち、すなわち賠償(補償)と謝罪を行うべきこと、すなわち「戦後処理の遂行義務」を要請しているものといえる。

日本国憲法前文が要請していることは、こうした「戦争の惨禍」がもたらした個人に対する「根源的な人権侵害=重大な人権侵害」に対し、補償を誠実に行うことであり、国会は日本国憲法前文にもとづき、戦後処理立法の制定および被害者の被害回復に対する責務を負っているものとする。

3. 立法の必要性和救済手段の不存在についての検討

第2に、立法の必要性和他に救済手段がありうるかという要件についてである。残留婦人たちが、国の政策により他国に遺棄され、長期間にわたり帰国のための措置や努力が払われず、帰国後も生活権保障や本人および

家族の教育や就労に対する措置がとられない状況は、戦後補償裁判における従軍慰安婦のような性奴隷的状況や強制連行・強制労働、あるいは軍事的占領地域における虐殺・強姦・人体実験行為などによる人権侵害、あるいはハンセン病隔離政策における人権侵害と同様に、通常の一般市民生活ではありえない「容易に想定しがたい例外的なケース」であるといえる。したがって、戦後補償裁判における人権侵害の事案は、85年最高裁判決が取り扱った事例とは根本的に異なるが故に、同判決の示した立法不作為に基づく国家賠償発生の基準を充たすものといえる³⁴。

また残留婦人らは、すでに高齢に達しており、一刻も早い被害回復の措置が求められている。

また国家補償の精神に基づく生活全般にわたる補償のためには、もはや立法によってしか残留婦人たちの被害回復は不可能であることから、立法による被害回復の必要性が高度に認められ、これを救済するための立法処置が緊急に求められているといえる。

4. 旧軍人・軍属への補償立法及び北朝鮮拉致被害者支援法との比較

さらに立法の必要性という点について、憲法14条1項の法の下での平等の視点から見てもその要件を充たしているといえる。

(1) 旧軍人・軍属の戦傷病者及びその遺族に対する補償立法との比較

第1に、旧軍人・軍属の戦傷病者およびその遺族に対する補償立法との関連である。旧軍人・軍属の補償については、恩給法による補償を受けつつ、1952（昭和27）年に、「国家補償の精神」に基づき制定された「戦傷病者戦没者遺族等援護法」、63（昭和38）年には「戦没者等の妻に対する特別給付金支給法」および「戦傷病者特別援護法」、65（昭和40）年には「戦没者の遺族等に対する特別給付金支給法」、66（昭和41）年には「戦没者等の妻に対する特別支給金法」、67（昭和42）年には「戦没者等の父

母等に対する特別給付金法」が制定されており、戦後比較的早い時期に、旧軍人・軍属の戦争被害者には厚い国家補償制度が完備され始めたことがわかる。

戦争末期、旧日本軍は、中国在留日本人を救済することなく、逃走を図っており、在留邦人に対する「棄民政策」の責任を負っている。日本政府による、残留邦人に対する帰国促進政策や自立支援政策がかなり遅れたことを考えると、残留婦人たちに対する包括的な補償立法を制定しないことは、旧軍人・軍属に対する補償政策と比較した場合、法の下での平等や正義公平の原則から見て、著しく不合理であり、その意味でも違憲状態といえる。

(2) 北朝鮮拉致被害者に対する補償立法との比較

第2に、北朝鮮拉致被害者に対する補償立法との関連である。2002（平成14）年9月17日、北朝鮮と日本政府の間で電撃的に日朝首脳会談が行われ、同年10月15日には、北朝鮮拉致被害者5名が帰国した。さらに、拉致被害者問題が公式に確認されてから3ヶ月も経ていない同年12月4日には、「北朝鮮当局によって拉致された被害者等の支援に関する法律」（法律第143号、以下「拉致被害者支援法」とする）が制定された。この拉致被害者支援法では、拉致被害者およびその家族に対して、帰国および自立支援として、生活保障、年金給付、就労支援、住宅支援、給付金等の支給、またその子女については日本語教育、教育支援など、きめ細かく具体的に施策が決められている。

残留邦人支援法と拉致被害者支援法を比べると、その制定の迅速性と補償の内容に大きな開きがある。拉致被害者と残留婦人たちの置かれた被害状況はきわめて類似したものと見える。拉致被害者が外国による国家犯罪であるのに対し、在留婦人の棄民問題は、日本政府自身の行った戦争政策に基づく重大な人権侵害であり、戦後日本政府が履行すべきであった戦後

処理責任の問題である。このことから考えると、残留婦人に対する補償法制定および諸施策の策定と履行に対する日本政府の責任はより重いといえる。残留婦人のための補償法が制定されていないことは、拉致被害者支援法の制定過程およびその内容と比較して、著しい不平等を招いており、国会の補償法制定の懈怠は、この点からも、法の下での平等に照らし合わせて違憲であるといえよう。

5. 立法不作為の始期と是正のための合理的期間

つぎに、立法の義務が生じた始期と立法に要する合理的期間の問題である。この期間については、前述のように、議員定数不均衡訴訟では5年であることが推測される。また関釜事件1審判決では、内閣官房長官が軍隊慰安婦の存在を認め、謝罪した談話の時期から立法不作為の状態が生じたとし、それから3年を立法のための合理的期間としている。またハンセン病訴訟事件1審判決では、5年としている³⁵。

本件の場合、立法不作為の始期は比較的容易に確定できる。敗戦直後すでに日本政府は残留邦人の存在を認識していたことは明らかであるので、戦後処理問題として位置づけ被害回復措置を講ずるべきであったといえるだろう。法理論的には、1947年5月3日の憲法施行日より、日本政府は、包括的な残留邦人の補償立法の制定を実行すべきであった。その後の冷戦状態の構造化により中国との国交回復が遅れた点を考慮しても、日中国交正常化が実現する1972年の段階で残留邦人の調査・帰国措置は行えたはずである。そして、どんなに遅くとも、被害回復の必要性を国会が認識して「中国残留邦人支援法」が制定された1994年の段階では、残留邦人に対する包括的な国家補償立法は制定できたはずである。

結論—国家補償に基づく包括的な自立支援政策の確立にむけて

以上考察してきたところにより、中国残留婦人国賠訴訟の問題は、日本の戦後処理の問題として位置づけられる。残留婦人の自立支援政策は、残留孤児の問題とともに、社会保障にもとづく生活保護法など諸立法を援用することで解決しえない問題である。

国家政策により中国残留を余儀なくされた残留婦人については、国家補償の視点より、包括的な自立支援政策が必要とされ、国家補償である以上、前述したように憲法前文の規範的意味から、立法府は包括的補償立法の制定義務を負っており、政府はかかる政策を遂行する法的義務を負っている。

こうした立法および施策を論ずるにあたり、その具体的内容が問題となるが、これは、前述の残留孤児たちの現実の被害状況からみると、その具体的内容は容易に確定できる。最後のこの問題について考察を加えておきたい。

国は、残留孤児および残留邦人の問題を、戦後処理の問題として位置づけ、国の「棄民政策」により奪われた人間の尊厳の回復を図る義務を負っているというべきである。そうであるなら、国家補償の精神から、彼らの被害実情をつぶさに分析した上で、次の憲法上の人権を実現するための施策が実行されるべきである。

- ① 経済的自立を促すための生活権の保障(老後保障を含む、憲法25条)
- ② 教育を受ける権利の保障(憲法26条)
- ③ 就労の権利の保障(憲法27条1項)
- ④ 居住の権利の保障³⁶(良好な住環境を享受する権利、憲法13条・25条)

そのためには国会は中国残留邦人の被害回復を図るための国家補償法として包括的自立支援立法を制定する必要がある。

註

- 1 後に見るように、残留婦人（および残留孤児など残留邦人）は、日本帝国政府の国策のもとで旧満州に送り出され、ソ連の侵攻後は、日本軍の方針により置き去りにされ、さらに戦後においても、日本の中国敵視政策による国交樹立の遅れにより、中国国内に居続けざるをえなかった。この意味で「残留」という言葉は、裁判の過程で日本政府が主張したように、「自らの意思で中国に残った」というニュアンスを持ち、日本政府の責任の所在を不透明・不明確にする効果を持つことから適切ではなく、まさに「日本政府により切り捨てられ、捨てられた」という現実から、「棄民」と呼ぶべきである（小川津根子『祖国よ―「中国残留婦人」の半世紀』、岩波新書、1995年、34頁）。しかし本稿では、「棄民」という意味を込めつつ、一般的に使われている「残留婦人」という言葉を使うことにする。
- 2 訴訟にいたる経緯と原告らの主張について、小川津根子・石井小夜子『国に棄てられるということ―「中国残留婦人」はなぜ国を訴えたか』（岩波ブックレット666号、2005年）、「中国帰国者の会」ホームページ<http://kikokusha.at.infoseek.co.jp/top-page.htm>参照。
- 3 東京地方裁判所（民事第13部）平成18年2月15日判決、平成13（ワ）26261、判例時報1920号（平成18年4月21日号）45頁以下、また最高裁のホームページhttp://www.courts.go.jp/search/jhsp0030?action_id=dspDetail&hanreiSrchKbn=04&hanreiNo=5440&hanreiKbn=03を参照。
- 4 本判決については、行政法学の視点から、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地裁判決について（上）（下）」判例時報1932号（平成18年8月11日号）17頁以下、同1933号（平成18年8月21日号）が、詳細な検討を加えているので、参照願いたい。
- 5 家永三郎『戦争責任』（岩波書店、1985年）37頁以下、文庫版として『戦争責任』（岩波現代文庫、2002年）51頁以下参照。
- 6 東京地方裁判所昭和38年12月7日判決、判例時報355頁（昭和39年1月1日号）17頁。この判決後、国は控訴せず、確定。
- 7 荒井信一『戦争責任論 現代史からの問い』（岩波現代文庫、2005年）251頁以下。
- 8 本稿では、もっぱら中国残留婦人の問題に限定して論じるが、もちろん中国残留孤児事件の問題も、同様に戦後処理問題として被害回復が求められている。残留孤児問題（訴訟）については、法と民主主義2006年11月号（通巻413号）の特集「日本は『美しい国』か？―裁かれる中国『残留孤児』政策」所収の諸論文とともに、同誌所収の拙稿「戦後処理問題としての中国残留孤児訴訟―憲法学の視点より」を参照いただきたい。
- 9 中国残留婦人の苦難の歴史と被害状況を知る上で、以下の文献が有益である。松原一枝『今はもう帰らない 中国残留日本人妻の四十年』（海竜社、1986年）、中島多鶴・NHK取材班『忘れられた女たち 中国残留婦人の昭和』（日本放送出版協

- 会, 1990年), 片岡稔恵『残留・病死・不明 中国残留婦人たちは今…』(あすなろ社, 1993年), 小川津根子『祖国よー「中国残留婦人」の半世紀』(岩波新書, 1995年), 良永勢伊子『忘れられた人々 中国残留婦人たちの苦闘と歲月』(新風舎, 1996年), 班忠義『近くて遠い祖国』(ゆまに書房, 1996年), 寺田ふさ子『黄沙が舞う日 満州残留婦人, 異国の五十年』(河出書房新社, 2002年), 牟田不作『念願叶って 中国滞在60年 残留婦人と違法入国』(文芸社, 2002年), 坂本龍彦『証言 冷たい祖国 国を被告とする中国残留婦人孤児たち』(岩波書店, 2003年), 井出孫六『終わりなき旅 「中国残留孤児」の歴史と現在』(岩波現代文庫, 2004年) など。
- 10 この年表は, 「日本の満州移民政策と戦後の日本政府の中国残留邦人への対応」(年表) 小川津根子・石井小夜子『国に棄てられるということー「中国残留婦人」はなぜ国を訴えたか』(岩波ブックレット666号, 2005年) 巻末, 藤沼敏子「年表・中国帰国者問題の歴史と援護政策の展開」<http://www.kikokusha-center.or.jp/resource/ronbun/kiyo/6/html/612.htm>などを参考にして, 筆者が作成した。
- 11 満州開拓史刊行会編『満州開拓史』(1966年) 465-66頁による。
- 12 厚生省の定義によると, 1945年8月9日のソ連参戦前後に旧満州に残された日本人を「残留日本人(残留邦人)」とよび, その中で, 以下の5つの条件を充たした者を「残留孤児」と呼ぶ。①日本人を両親として出生, ②中国東北地区で1945(昭和20)年8月9日以後の混乱により, 肉親と離別, ③離別当時年齢はおおむね13歳未満, ④身元を知らない, ⑤その当時から引き続き中国に残留。したがって, 当時13歳以上だった者, 12歳以下でも身元が分かっていた者や日本人父母と一緒に残った者は, 残留孤児とはみなされない。そのような残留日本人のうち, 女性を「残留婦人」と呼ぶ。彼女たちは「自分の意思で中国に残った」と解釈された。班忠義・前掲註9『近くて遠い祖国』10-11頁参照。
- 13 最高裁昭和60年11月21日第1小法廷判決, 民集39巻7号所収, 判例時報1177号(昭和61年3月1日) 3頁以下。
- 14 山口地裁下関支部平成10年4月27日判決, 判例時報1642号(平成10年8月21日) 24頁以下。
- 15 関釜事件一審判決の評価について, 拙稿『「従軍慰安婦」問題と平和憲法の原理ー関釜裁判一審(山口地裁下関支部)判決をめぐってー』専修大学法学研究所紀要25『公法の諸問題V』(2000年3月)を参照。
- 16 棟居快行『憲法解釈演習』(信山社, 2004年) 260頁。
- 17 熊本地裁平成13年5月11日判決, 判例時報1748号(平成13年7月21日号) 30頁以下, 判例タイムス1070号(2001年11月15日号) 51頁以下。その後, 国が控訴を断念して確定。
- 18 この判決を肯定的に評価するものとして, 棟居快行「立法不作為の違憲性を認めた熊本地裁判決の意義と政府見解」法と民主主義361号(2001年) 3頁以下, 小山剛「ハンセン病国家賠償訴訟熊本地裁判決」ジュリスト1210号(2001年10月15日号) 152-

- 56頁，土井真一「ハンセン病患者の強制隔離政策と国の責任」ジュリスト1224号（2002年6月10日号）『平成13年度重要判例解説』25-26頁参照。
- 19 東京地方裁判所平成16年3月23日判決，判例時報1852号（平成16年6月1日）3頁以下。
- 20 平成17年9月14日最高裁大法廷判決，判例時報1908号（平成17年12月21日）36頁以下。本判決の評釈について，拙稿「立法不作為に対する違憲判断の新しい基準—在外選挙権訴訟大法廷判決—」専修ロージャーナル創刊号（2006年2月）147頁以下参照。
- 21 戸波江二「立法の不作為の違憲確認」芦部信喜編『講座・憲法訴訟第1巻』（有斐閣，1987年）383頁。
- 22 東京高等裁判所昭和60年8月26日判決，判例時報1163号（昭和60年11月1日）41頁以下。
- 23 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法 第三版』（岩波書店，2002年）356頁。
- 24 佐藤幸治『憲法 [第三版]』（青林書院，1998年）350頁。
- 25 阿部泰隆『国家補償法』（有斐閣，1998年）12頁，宇賀克也『国家補償法』（有斐閣，1997年）30-31頁，西埜章「立法行為と国家責任」（園部逸夫・監修『注釈法律学全集7 国家賠償法』（青林書院，1997年）73頁など参照。
- 26 宇賀克也・前掲註25『国家補償法』106頁。
- 27 芦部・前掲註23『憲法 [第三版]』356頁，佐藤・前掲註24（青林書院，1995年）350頁。
- 28 拙稿「立法不作為に基づく違憲訴訟に関する一考察—戦後補償裁判における国家賠償責任の可能性—」専修法学論集第92号（2004年）104-105頁。
- 29 戸波・前掲註21「立法の不作為の違憲確認」362頁，棟居・前掲註18「立法不作為の違憲性を認めた熊本地裁判決の意義と政府見解」3頁，西埜・前掲註25「立法行為と国家責任」52-54頁など参照。
- 30 古川純「憲法と戦後補償」専修大学法学研究所紀要20『公法の諸問題Ⅳ』（1995年）54頁。
- 31 筆者の見解については，次の拙文を参照願いたい。「台湾人元日本兵戦死傷補償請求事件にみる日本の戦後補償問題—戦後責任と平和憲法の原理からの考察—」専修大学社会科学研究所月報418号（1998年4月20日）所収，前掲註15『「従軍慰安婦」問題と平和憲法の原理—関釜裁判一審（山口地裁下関支部）判決をめぐって—』，「戦後責任・戦後補償と日本國憲法—平和主義からの考察—」，「戦後補償裁判と日本國憲法」専修大学今村法律研究室報第39号（2003年3月10日）所収，「国際学術シンポジウム報告・日本の戦後補償裁判と植民地支配—日本國憲法と植民地主義—」専修法学論集第91号（2004年7月）所収。
- 32 この点について，江橋崇・中村睦男・長尾龍一（鼎談）「憲法とはどんな法律か？」法学セミナー365号（1985年5月号）24頁のボツダム宣言に関する三者の発言を参照。

- 33 日本国憲法制定当時の前文第3段に関する議論について、江橋崇「日本国憲法の国際協調主義と世界人権宣言」法学セミナー406号（1988年10月号）21-22頁参照。
- 34 この点に関連して、ハンセン病国賠訴訟熊本地裁判決が、85年最高裁判決の基準を巧妙に限定解釈した際、事案の性質が異なることを問題としたが、同様にハンセン病者の隔離政策に基づく人権侵害行為と、戦後補償問題における人権侵害の事例は事案の性質が異なるとの異論があるかもしれない。しかし、両者は、積極的な国家政策に基づく被害である点、人権の尊厳に反する具体的・個別的な重大人権侵害である点で、本質的共通性を有する事案であるといえる。
- 35 憲法学説では、立法不作為違憲に基づく「国家賠償訴訟で重要なのは、違法な公権力行使に対する賠償であり、そこで重視されるべきは、違憲状態と国民の被害との因果関係であるはずである。そうであるなら、個人が被害を受けた時点で違法な状態であれば、賠償の要件として合理的期間なるものが必要とされる必要性は、国民救済の視点からはないといえよう」とするものがある。後藤光男編著『憲法と行政救済法』（成文堂、2002年）162頁（三浦一郎執筆）。注目すべき見解であり、今後の検討課題としたい。
- 36 居住の権利については、拙稿『『居住の研究所』権利説』専修大学法学研究所所報25号（坂本重雄先生追悼号2000年）所収、参照。なお、ここにいう「居住の権利」とは、自由権・社会権双方にまたがる「良好な住環境を享受すべき権利」として構想する筆者の持論である。

【付言】

本稿脱稿直後の、2006（平成18）年12月1日、いわゆる中国残留孤児国家賠償請求訴訟において、神戸地方裁判所は、日本政府に帰国を妨げる違法な措置があったことを認めた上で、帰国後の支援も北朝鮮拉致被害者に比べて極めて貧弱であるなどとして、国の法的責任を一部認め、国家賠償法に基づき、計61名の原告・残留孤児らに総額4億6860万円の支払いを命じる画期的な判決を下した。また逆に、第1次東京訴訟で、2007（平成19）年1月30日、東京地方裁判所は、国の損害賠償責任を否定する判決を下した。これらの判決の検討については、他日を期したい。