

東京地裁 2007年1月30日

原告数 1,092人(原告数出所は、中国「残留孤児」国家賠償訴訟弁護団全国連絡会編『政策形成訴訟』2009年)

判決要旨

- 主 文
- 1 原告らの請求をいずれも棄却する。
 - 2 訴訟費用は原告らの負担とする。

〔事実及び理由の要旨〕

1 原告らの主張の要旨

- (1) 国は、原告ら(中国残留孤児)に対し、早期に原告らの帰国を実現する義務(早期帰国実現義務)と、帰国後に原告らが自立して生活できるように支援する義務(自立支援義務)を負っていた。この早期帰国実現義務と自立支援義務は、早期帰国実現と自立支援のために必要な総合的な政策を立案し、財政的措置をとってその政策を実行すべき作為義務であり、その作為義務を怠って政策を立案・実行しなかった又はしないという不作為が、国家賠償法1条1項の公務員の違法な行為に該当する。
- (2) 国がこの早期帰国実現義務と自立支援義務を怠ったことにより、原告らは、「普通の日本人として人間らしく生きる権利」を侵害され、様々な被害・損害を受けた。この「普通の日本人として人間らしく生きる権利」は、自立した人格を持つ日本人として成長・発達するとともに、自立した人格者として処遇されることを内容とするが、その核心は、①母国語としての日本語を獲得すること、②親を中心とする家族の庇護の下に成長・発展すること、③中国文化を内面化した人格者として尊重されることにある。
- (3) 国が早期帰国実現義務と自立支援義務を怠った結果として原告らが受けた被害・損害は、多岐にわたるが、すべての原告らに共通する性質があり(被害の共通性)、その共通の被害は過去から現在まで累積・継続し、かつ、拡大し続け(被害の累積性・現在性・拡大性)、また、精神面・経済面・生活面全般にわたる全面的かつ包括的なもの(包括性・全面性)である。したがって、個別的に財産的損害として構成することになじみ難く、個別的項目ごとに損害を分割することはむしろ被害の本質にそぐわないから、いずれの原告についても、その原告の受けた全部の損害(帰国の自由を侵害されたり、家族関係や家族生活が破壊されたり、日本での社会生活への不適合による精神的苦痛、日本での経済的諸活動への不適合や不能により生じた逸失利益等)に対する包括的な慰謝料請求が認められるべきである。
各原告が請求している3000万円の慰謝料は、すべての原告らに共通して原告らの間に全く差異がない損害に対する賠償である。
- (4) 原告らが国から受けた被害・損害は、次のようなものである。
 - ① 中国に置き去りにされ、帰国する手段が与えられず、帰国の自由が侵害された。
 - ② 中国社会で差別や迫害を受け、長期間にわたり幸福を追求する権利を侵害された。

- ③ 戦時死亡宣告，身元保証制度，身元引受制度などにより，原告らの帰国を困難にした。
- ④ 中国で孤児となり，肉親と暮らすことができず，日本語を身につける機会を奪われ又は既に身につけていた日本語能力を使用する機会を奪われて，日本語能力を失った。
- ⑤ 自己の正確な出自を知り，日本人としてのアイデンティティーの基礎を早期に築く機会を奪われた。
- ⑥ より早期の帰国及びより早期の身元判明の機会を奪われた。
- ⑦ 原告らは，中国で「侵略者の子」としてあらゆる迫害と差別を受け，自らの責に帰さない罪を背負わされて苦しみ，その結果，日本人として誇りを持って生きることには大きな抑圧を受け，中国社会に対しても日本社会に対しても完全な信頼感を持ち得ず，日本語獲得の統合的動機付けを持つに至らなかったか又は至らない。
- ⑧ 原告らの中で戦時死亡宣告を受けた者は，自分が死者として扱われ，自己の存在・人格が全く尊重されていなかったことを知り大きな精神的ショックを受けた。
- ⑨ 戸籍回復について，その手段を日本政府から周知されず，原告らへの配慮もなかったため，戸籍回復の過程で様々な困難・苦難に遭った。
- ⑩ 帰国が遅れたため，日本にいる家族・親族との関係が変質し，帰国した原告らを受け入れる家族環境が失われた。
- ⑪ 身元未判明の原告らは，昭和60年（1985年）ころまで，身元が判明しなければ帰国できないという状況に置かれた。帰国や肉親捜しを希望して日本政府に手紙を出しても放置され続けた。この間，中国において，日本政府に対する怨恨と祖国に対する思慕との葛藤を抱え，帰国できない孤独などの精神的苦痛を受けた。
- ⑫ 身元判明の原告らは，親族の協力がないために帰国できないという状況に置かれた。親族の協力を切望する原告らと協力しない親族との間で葛藤や軋轢を生じて，精神的苦痛を受けた。
- ⑬ 家族の一部を中国に残して帰国せざるを得ない状況におかれた原告らは，家族と離れて暮らすこと自体が苦痛であり，そのことを躊躇したこと，帰国後に家族呼寄せのために昼夜を問わず労働を強要されたこと，生活保護を受けながら家族呼寄せのための資金を調達しなければならなかったこと等から精神的苦痛を受けた。
- ⑭ 原告らの多くは，帰国後，年齢が高かったことや日本語を習得する機会が不十分であったことから，日本語による十分な自己表現が困難な状態であり，生活上最低限必要なコミュニケーションにすら困難をきたし，社会の中で孤立化し，新たな「孤児」となっている。
- ⑮ 原告らは，帰国後，日本語が習得できないために，就職できなかつたり，就職できても中国での職歴を生かすことができず，単純労務作業にしか従事できなかったりした。日本語能力が比較的問題にならない職業に就いた場合でも，日本語ができないことを理由にいじめに遭ったり，不当な差別待遇を受けた。
- ⑯ 日本政府によって原告らの住所が身元引受人と同じ都道府県と指定されたため，原告らの中には希望の場所に住めなかった者がいた。また，日本政府によ

る住居のあっせんや援助がなかった者が極めて多く、生活に支障をきたすほどの狭隘な住居で無理な生活をしていた原告も複数いる。

- ⑰ 原告の中には日本に行くことに難色を示す家族（特に配偶者）を説得して帰国した者が多いが、高齢化した配偶者等が日本の生活になじめず経済的に困窮し、原告らとの間に軋轢を生じることが少なくない。
- ⑱ 原告らは、現在、高齢化が進み、日本語能力の不足や発病などにより、就労できない状態にある者が多いが、これから老後の生活資金を蓄える余裕も手段もなく、日本政府による原告とその配偶者に対する老後保障策が何も用意されていないことから、将来に大きな不安を抱いている。
- ⑲ 本件の40名の原告らのうち25名（62.75%）が生活保護を受けていて、欲しいものも買えず、子供の進学にも支障があるひどい生活実態である。
- ⑳ 原告らは、日本語ができないため、周囲の日本人と意思疎通を図る術がなく、自宅に閉じこもるのみの日々を過ごさざるを得ない状況、日本社会における自らの存在意義を見出し得ない状況におかれ続けてきた。原告の中には、日本に心の通じることのできる友人もできず、自分の孫ともコミュニケーションをとれず、閉じこもる生活をする者も多い。

(5) 早期帰国実現義務と自立支援義務の法的根拠

国が早期帰国実現義務と自立支援義務を負担する法的な根拠は、①憲法13条、22条1項、2項、25条1項、26条、②国際法・条約（戦時における文民の保護に関するジュネーブ条約、日本国との平和条約、世界人権宣言、市民的及び政治的権利に関する国際規約、経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約、児童の権利に関する条約）、③法令（厚生省（厚生労働省）設置法及び外務省設置法、未帰還者留守家族等援護法、未帰還者特別措置法）、④先行行為に基づく条理上の作為義務、⑤条理がある。

このうち、④の先行行為に基づく条理上の作為義務についての主張は、次のとおりである。

原告ら（中国残留孤児）は、日本政府の先行行為、すなわち、①満州国の建国、②国策としての満州国への大量移民政策、③関東軍による遺棄、すなわち昭和20年には関東軍の戦闘能力が極めて低下し、日ソ開戦の事態となれば大きな被害が出るのが予想されたのに、開拓民その他の邦人を保護又は避難させる措置をとらず、むしろ、安全であるとして民間人が戦火から逃れる途を積極的に妨害し、開戦後は民間人を置き去りにして率先して敗走したこと、④終戦直後の現地土着政策によって、中国で孤児となって中国人養父母に引き取られ、これを放置すれば、前記の「普通の日本人として人間らしく生きる権利」が侵害される危険な状態となったから、日本政府は、条理上、この危険な状態から前記のような被害・損害が発生しないような措置（作為）すなわち早期帰国を実現する義務を負うに至った。

そして、国がこの早期帰国実現義務を怠った結果、原告らは早期に帰国することができず、日本語能力を失い、帰国時に高齢となっていたため、帰国後の生活において「普通の日本人として人間らしく生きる権利」を侵害される可能性のある危険な状態となったのであるから、国は、条理上、原告らに被害・損害が生じないように自立支援（日本語修得、就労、生活保障その他）の措置をとるべき義務がある。仮に、国が早期帰国実現義務を怠ったとは認められない場合において

も、原告らが帰国した時点で、国の自立支援措置が必要な状態になっていたのは、国の先行行為に基づくのであるから、国は、条理上、自立支援の措置をとるべき義務がある。

2 被告の反論

(1) 原告らの主張する早期帰国実現義務及び自立支援義務について

原告らが主張する早期帰国実現義務の内容は、具体性を欠き、義務の内容を特定することができない。日中国交回復前に、具体的にどのような方法で中国残留孤児の所在調査、帰国意思の確認を行うべきであったのか、中国政府等に対して、具体的にどのような内容の提案又は要請をすべきであったのか、帰国を容易にする財政的その他の措置とは何を指すのか、全く不明であるし、何をもって総合的な政策というのかも不明である。また、日中国交回復後に、具体的にどのような方法で残留孤児の調査と肉親の捜索を行うべきであったのか、どのような永住帰国のための措置をとるべきであったのか、全く不明である。

帰国後の自立支援義務についても、日本人として日本で社会生活を営んでいくために必要かつ十分な支援とは具体的にどのようなレベルをいい、かつ、そのレベルの日本語習得、就業その他の支援をするには、具体的にどのような措置をとるべきであったのか、全く不明であるし、何をもって総合的な政策というのかも不明である。したがって、国家賠償法上の早期帰国実現義務、自立支援義務というものを観念することができない。

(2) 原告らが主張する「普通の日本人として人間らしく生きる権利」は、概念そのものが抽象的かつ不明確であるばかりでなく、具体的な権利内容、根拠規定、主体、成立要件等のどの点をとってみても一義性に欠け、その外延を画することさえできない。原告らの措定する「通常の日本人が当然に享受する日本人としてのごく当たり前の生活」なるものについて、確定した一定の意味内容を観念すること自体不可能であり、原告らの主張する「普通の日本人として人間らしく生きる権利」の内実を確定することは不可能である。したがって、普通の日本人として人間らしく生きる権利は、国家賠償法上保護された利益と認めることはできない。

(3) 原告らが主張する共通の損害というものは存在しない。

原告らの主張は、「死別又は生き別れ」、「原告らの中には」、「多くの原告らは」、「日本人であることを隠していた原告も多かった」、「苦労した者もいた」、「悲しむ者もいた」などという文言から明らかなどおり、主張それ自体から、原告ら全員に共通するものではない。そして、原告らの主張する被害のうち、原告ら全員に共通しない部分を控除していくと、原告ら全員に共通する被害として残るものがあるのか極めて疑わしく、結局、原告ら全員が共通して侵害された権利利益を想定することは困難である。したがって、原告ら全員に共通する被侵害利益として「普通の日本人として人間らしく生きる権利」なるものを措定し、原告ら全員に共通してその侵害があったとする余地はない。その他の損害の性質に関する主張も、争う。

(4) 原告らの請求の実質は、戦争損害に対する補償を求めるものであり、憲法の予想しないところである。

原告らの主張は、日本政府が原告らに対して行った何らかの作為から直接発生した被害をもって損害とするのではなく、終戦時に中国にいた原告らが、帰国で

きずに長期間にわたり中国で生活せざるを得ない状態になったということから直接発生し、又は、その間日本で生活できなかったことに伴って発生した各種の不利益を挙げ、これを除去する内容の政策を被告が立案、実施すべきであったというのである。この原告らの主張は、先の大戦により中国に残留を余儀なくされたという異常な事態に起因する戦争損害に対して、広範な補償措置を講ずべきであったのにこれをしなかったことをもって、国家賠償法上の違法とするものと解することができる。しかし、中国に留め置かれることにより各種の不利益が発生したとしても、先の大戦によりほとんどすべての国民が様々な被害を受けたこと、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また公知のところである。戦争中から戦後にかけての国の存亡にかかわる非常事態にあつては、国民のすべてが多かれ少なかれ、その生命、身体、財産の犠牲を堪え忍ぶことを余儀なくされていたのであり、原告らのみが犠牲を強いられたのではない。

そして、このような犠牲は、いずれも戦争犠牲又は戦争損害として、国民がひとしく受忍しなければならなかったところであり、これに対する補償は憲法の予想するところではなく、その補償措置の要否及び在り方は、事柄の性質上、財政、経済、社会政策等の国政全般にわたる総合的政策判断を待つて初めて決し得るものであって、原告らの主張するように、これを一義的に決することは不可能であるというほかない。結局、このような補償措置の要否及び在り方については、国家財政、社会経済、戦争によって国民が受けた被害の内容、程度等に関する資料を基礎とする立法府又は行政府の広範な裁量的判断に委ねられているというべきである。

- (5) 原告らが主張する早期帰国実現義務及び自立支援義務の根拠は、いずれも争う。

原告らが早期帰国実現義務の根拠として挙げる、憲法、国際法・条約等、法令、先行行為に基づく条理上の作為義務、条理は、いずれも早期帰国実現義務や自立支援義務の根拠とはならない。

先行行為に基づく条理上の作為義務について、原告らが被害と主張するものの中核部分（法益侵害状態）は、日本政府の戦前の国家政策の実施等、原告らが先行行為として掲げる行為によって直ちに発生しているものであり、既に法益侵害が発生した後、自己の行為によりその法益侵害状態を作出した者に、条理上その法益侵害状態を回復する義務があるとの考え方は妥当しない。

仮に、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論ずるにしても、①公務員の作為義務ではなく、国家賠償法上、国自体の作為義務というものを認めることはできない、②原告らの主張する先行行為（国の政策等）と原告らが孤児となったこととの間に相当因果関係がなく、先行行為として挙げられている現地土着政策も実際にそれが実行されたことはない、③原告らが孤児となった直接の原因は、国の政策や関東軍の遺棄あるいは敗戦後に国が保護策をとらなかつたことなどではなく、ソ連軍の参戦とその後の戦闘及び終戦後の混乱状態におけるソ連兵や現地住民による暴行、掠奪行為であり、これを国が予防する措置をとることは不可能であつた。

原告らが先行行為として主張する日本政府の国家政策は、いずれも国家賠償法が施行された昭和22年10月27日より前の事実であり、同法施行前は、国又

は公共団体の権力的作用については、私法たる民法の適用は否定されていたから（国家無答責の法理）、国家政策が原因となって原告らに被害が生じたとしても、国が損害賠償義務を負う法的根拠はなかったのであり、仮に民法の不法行為法の適用を想定しても、その法的効果は金銭賠償義務のみであり、一定の作為義務（原告らの被害を回復する措置をとる義務）が発生するということはできない。

3 裁判所の判断の要旨

(1) 早期帰国実現義務の成否について

国が、原告らの早期帰国を実現する法的義務を負うと認めることはできない。

ア 原告らが早期帰国実現義務の根拠と主張する憲法、国際法・条約、法令は、いずれも、国に早期帰国実現義務を認める根拠とはならない。

イ 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の成否

(ア) 原告らの主張する先行行為の検討

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て養育されるに至った原因について、原告らの主張する先行行為がその原因であると判断することができるのか、またそのように判断することが相当であるといえるかを検討する。

a 満州国の建国が先行行為の1つであるとの主張については、満州国の建国は昭和7年3月1日で、原告らが実親と離別して孤児となったのが昭和20年8月9日以降のことであり、その間に約13年5か月という期間が経過しているが、歴史的な事実として、満州国が建国されなければ原告らの両親が日本から満州に渡ることはまずあり得なかったと考えられ、その意味で満州国の建国と原告らが満州の地で孤児となったこととの間に原因と結果の関係があるといえるが、満州国の建国という一種の意思表示ないし政策決定そのこと自体から、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と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。

満州国が我が国の実質的な植民地であり、日本人が満州国を軍事的、政治的、経済的に支配したことにより、中国人の反感・反発を買ったことや、満州国がソ連の南下政策の対象地として日ソ間の領土争いの最前線となる地域にあったことから、満州国は二重の危険をはらむ地域であったとの原告ら主張の事実については、仮に原告らの主張するように危険性の高い地域であったとしても、前記の因果関係に関する判断を左右するものではないと考えられる。

b 国策としての満州国への移民政策とその実施が先行行為であるとの主張についても、歴史的な事実としては、そのような移民政策が決定・実施されて、一部の原告らの両親がその国策に応じて（協力して）開拓民（農民）として満州国に赴き、それが原因の一つとなって、開拓民の子である一部の原告らが孤児となったとみることができるのであるが、やはり、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とはできないのであり、満州への移民政策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。

開拓民が入植した開拓地の多くが現地の中国人から取り上げたものであり、これにより現地中国人から強い反感・反発を受けただけでなく、入植地が国土防衛線の構築、兵站確保の必要からソ連との国境沿い等の緊張度の高い危険地域であったとの主張については、これらの事実を特に否定する事情も見当たらないが、これによって上記の因果関係についての判断は左右されない。

- c 太平洋戦争開始後、関東軍の南方方面への転用等により満州における十分な防衛力がなくなり、移民団入植地に対してソ戦や反滿抗日部隊が攻撃してきた場合の危険性が飛躍的に高まったにもかかわらず、移民に対する何らの保護策をとらず、危険を隠蔽したまま移民を送り続け、あえて民間人を危険な状態においたこと、昭和19年以降、対ソ戦勃発の具体的危険が高まり、昭和20年5月には関東軍が対ソ持久戦の戦場を満州南東部に限定し、満州の南東部以外のほぼ4分の3を放棄する作戦を採用し、これにより移民団はソ連軍の侵攻に無防備でさらされることが必定となったが、関東軍がこれらの移民団の保護策を何もとらず、「静謐作戦」の名の下に、危険な状態にあることを一切知らせず、むしろ、虚偽の事実を宣伝して民間人が戦火から逃れる途を積極的に妨害したこと、さらに、同年7月にはいわゆる根こそぎ動員をして移民団は老人、女性、子供だけの無防備な状態になったが、これに対しても何らの措置も講じなかったこと、これらが先行行為であるとの主張についても、前示したところと同様に、歴史的な事実経過として、このような一連の政策決定とその実行のいわば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、やはり、紛争の法的解決を目的とする民事裁判における争点としての因果関係の存否という問題において、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（必ずしもすべてを厳密に特定しなければならないというものではない。）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、その間に法的な因果関係を肯定することは躊躇される。

なお、関東軍のソ連軍に対する戦闘力・防衛力の低下、日ソ開戦の危険性増大、持久戦の防御線についての作戦変更や根こそぎ動員による開戦した場合の危険性増大等に対して、軍や国が移民や民間人の保護に関して何らの措置もとらなかったという不作為を先行行為とすることについては疑問がある。不作為の行為性は、作為義務を前提とするものであり、作為義務は、法律的な思考としては、期待されるその作為が現実的に可能であることを前提として成立するものであるが、当時の状況において、移民や民間人に対してどのような保護策をとること（作為）が現実的に可能であったのか、この点を判断するのに必要かつ確な証拠はない。もし、関東軍の戦闘能力の増強が不可能であったのであれば、開戦前に移民や民間人を国境地域からできるだけ遠い地域へ予め避難させるほかないと考えられ

るが、数十万人という人々を、どの時期に、満州のどの地域に、どのように避難させるべきであったのか具体的な主張がない。原告らが孤児となったのは国境付近においてだけではなく、むしろ、逃避行の末にたどり着いた主要都市において多くの人々が死亡し、子供が孤児となっていること（北朝鮮や関東州でも同様の事態が発生していたが、旅順・大連などでは凍死した旨の報告がないから、関東州に避難させることは考えられたのかかもしれないが、これを認定するに足りる証拠はない。）を考えると、日ソ開戦前に、満州に居留していた100万人を超える日本人の全て又は多くの部分を日本に帰国させるべきであったということにもなりそうであるが、仮にそうであるとして、そのような政策を決定して現実に実行することがあり得たことを認めるに足りる証拠は見当たらない。

そうすると、原告らが先行行為として主張する不作為については、結局、作為義務の成立・存在が証拠上明らかであるとはいえないから、それを前提とする不作為があったと認めることもできないこととなり、その不作為が原因となって孤児が発生したという因果関係も肯定することができない結果となる。

d 日ソ開戦後、関東軍が国民を守る任務を遂行せず、率先して民間人を戦場に置き去りにして敗走し、民間人の犠牲を最大限まで増大させたことが先行行為であるとの主張については、にわかにこれを採用することはできない。関東軍がソ連軍を国境で防ぐことがほとんどできず、反撃と退却を繰り返し、ほとんどの部隊で敗走したことは事実であるが、軍隊は兵員と指揮命令系統が維持されなければ軍隊としての機能を維持し続けることができないことは当然であって、停戦に至るまでは戦闘継続のために軍隊組織を維持することが最優先事項になることから、戦場において民間人の保護を最優先に行動するのを期待することは不可能であると考えられる。軍隊は、原則として、個々の民間人を直接に保護するものではなく、敵国との外交交渉を有利に行うことを目的として、敵の軍隊と戦闘行為を行っていわば間接的に民間人の生命・身体その他の利益を守るものであるから、日ソ開戦後の関東軍の行動全体に関して、上記のような評価をすることはできず、また、停戦に至るまでの各方面における関東軍の戦闘状況や総司令部の行動から、むしろ、終戦の詔勅が出された後は、できる限り早期の停戦協定の締結を試みていたことが窺われ、関東軍の行動が直接の原因となって民間人の犠牲を増やしたとすることはできないし、関東軍の戦闘中の行動によって原告らが孤児となる事態が生じたとも認め難いというべきである。

e 敗戦後、大本営がいわゆる現地土着方針をとって民間人に現地に留まるように指示し、邦人の犠牲を防ぐ方策をとらず、また、軍が民間人を保護しなかったことが先行行為にあるとの主張については、大本営が敗戦から当初約1か月間はいわゆる現地土着方針をとっていたことが認められるが、満州にいた民間人に対してこれを指示した事実については、これを認めるに足りる証拠はなく、また、現地土着方針によって原告らが孤児となる事態を招いたとの因果関係もこれを認めるに足りる証拠はない。さらに、大本営が邦人の犠牲を防ぐ方策をとらなかったこと（日本政府は、満州の

悲惨な状況に対して、様々な外交努力をしたが、有効な措置をとることはできず、結局、昭和21年4月にソ連軍が撤退して満州が国民党の支配下に入るまでは、GHQも満州からの引揚げについて具体的な行動をとることはできなかった又はとらなかったことが明らかである。)及び軍が民間人を保護しなかったということは、事実としてはそのとおりであるが、連合国に対する日本の無条件降伏により満州はソ連軍の排他的に管理する占領地域となり、関東軍は武装解除されただけでなく、指揮命令系統もすべて破壊されて軍隊としての機能を全く果たせなくなり、司令部を構成していた将官や佐官をはじめとして、すべての軍人がソ連軍によって作業大隊に編成されるなどしてソ連領内に移送され、いわば存在しなくなったのであり、また、日系満州官吏、同協和会役員、朝鮮総督府等の官吏、警察官、重要な職域の幹部らもソ連軍によって逐次逮捕されてしまい、その後、まったくの無警察状態になった状況において(満州国の警察や軍隊が秩序維持にあたった形跡は窺われず、むしろ、率先して邦人からの掠奪を行ったものと認められる。)、どのような方法でソ連兵や現地住民の犯罪行為から邦人を保護すべきであったのか不明であり、このような状況において、大本営が犠牲を防ぐ何の方策もとらなかったとか、軍が民間人を保護しなかったことが孤児を発生させる原因となったと主張しても、にわかこれを採用することはできないというほかない。すなわち、大本営が何の策もとらなかったことについては、もともと何らの方策もとりに得ない状況であるから作為義務を認める前提が存在しないし、軍についてはそもそも存在しなくなっているから作為義務の主体がなく、不作為ということも観念し難いのである。

(イ) 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

a 原告らが孤児となった直接的な原因は、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)であったと認められ、親が死亡して孤児となった子が中国人に引き取られ、また、凍死や餓死に直面した親が子の生命を守るために子を中国人に預け、また、衰弱した親が目を離した際に子が連れ去られて中国人に売られるなどにより、原告らは帰国の可能性を奪われたものと認められる。

ソ連軍が満州から撤退した後、いわゆる前期引揚げ期間中に、日本政府が中国人養父母に引き取られた原告らを一人一人捜し出し、その養父母を説得して原告らを手放させ、帰国させることが現実に可能であったと認めることも到底困難である。

b 原告らは、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原告らが孤児となった原因であると主張している。事実として、これらの政策や作戦が孤児発生の原因となっていることは間違いのないところであり、他方、原告らが孤児となったという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ものと思われる。しかし、裁判

所が行う法的な判断に関しては、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とはならないものと考えられ、このことは戦前の国策等についても例外ではないと考えられる（戦前の国策は例外であるとするべき理由が思い浮かばない。）。国家賠償法上の国の義務の存否を判断するための法律要件の1つとして、そのような司法審査の対象外とされるべき国の政策を、国の作為義務を発生させる先行行為として取り上げ、それと原告らが孤児となったこととの間の因果関係の有無について法的判断を加えることが果たして相当であるのか疑問の念を禁じ得ない。また、仮にそれが許容されるとしても、先行行為の存在を認めることは、一定の作為義務（原告らは早期帰国実現義務と自立支援義務を主張するが、原告らが中国で孤児となった状態から国にどのような作為義務を発生させるかは、何を損害として構成するかにかかり、一義的に確定するものではない。）が成立する余地を認めることとなるから、国家賠償を認める法的根拠となり得るのであり、このことは、原告らの主張する先行行為がいずれも国家賠償法施行前の行為であることを考慮すると、国家賠償法附則6項の趣旨に沿わないこととなる。

以上検討したところと、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等を、先行行為として認めることは相当ではないというべきである。

- c 原告らは、中国残留孤児が発生した原因としてソ連軍の侵攻とそれによって発生した極度の混乱及びそれに引き続く越冬であると被告が主張することについて、①そのような事実があったことは否定しないが、被告が指摘する事実は原告らが主張する一連の先行行為全体との関連で把握すべき歴史的事実にすぎないもので、これをその前提となっている他の歴史的事実から分断し、そのみを恣意的に取り出して評価を加えることは許されない、②被告がこのような主張をするのは、結局のところ、国策に基づき傀儡国家「満州国」を建国し、その地に国家の総力を挙げて原告らの親・親族を送り込み、最終的に国が彼らを「遺棄」したという歴史的事実を覆い隠すことを目的とするものである、③原告らが主張する先行行為は、それぞれが原因・結果の関係を有する一連の歴史の流れを前提とするものであり、相互の行為が密接に関連し合っているものであり、個々の事件を分断して先行行為と被害の関係を直接結びつけるのは適切ではない、と反論する。

上記の反論①③については、法的な因果関係の有無は、それが認められると強制執行を伴う法的責任の発生につながる関係上、その存否の判断に恣意的要素が入らないように、できる限り価値的な評価を排除した単純な事実として原因・結果の関係があるかどうか、その関係がどの程度直接的なものであるか、また、その原因事実と結果事実との間に人の規範的判断や規範的評価の対象となり得る行為（故意や過失）が介在しないか否か等を考慮して決定されるべきものであり、歴史的事実として一連のものであるという一定の歴史観・価値観に基づいた歴史的な評価を優先することに

は問題があるから、直ちに採用することはできない。②については、まさにその歴史観・価値観の問題であると考えられるが、戦前の国策の誤りを強調したい歴史観（原告らは訴状において戦前の国策を違法であると主張していた。）に基づいて、ソ連兵やソ連軍の行為が原因であるとの見解（これは法的因果関係として主張されたものであると考えられ、一定の立場からの歴史の見解として主張されているかどうかは判断できない。）を批判するものであり、法的議論として考慮することは躊躇される。以上から、原告らの上記の反論は、いずれも採用することができない。

(ウ) 結果予見可能性（原告らが普通の日本人として成長していくことができないであろうことの見込み可能性）について

先行行為に基づく作為義務としての早期帰国実現義務が成立するための要件として、先行行為によって発生した危険状態（中国東北地方において原告らが中国人養父母に引き取られた状態）から被害が発生することを日本政府が予見することが可能であったことが求められる。この予見可能性は、認められる。

(エ) 結果回避可能性（原告らが普通の日本人として成長・発展するために、被告において原告らを早期に日本に帰国させることができたか）について

先行行為に基づく作為義務としての早期帰国実現義務が成立するための要件として、先行行為によって発生した危険状態（中国東北地方において原告らが中国人養父母に引き取られた状態）から被害が発生することを日本政府が回避・防止することができたことが求められる。当時の中国の国内状況を考えれば、帰国させること以外には、原告らが主張する損害の発生を回避する現実的な方法はなかったものと判断される。

a 日中国交回復前について

日中国交回復前において、原告らの早期帰国実現に向けた施策を国として立案・実行することは現実には不可能であったというほかない。

b 日中国交回復後について

(a) 日中国交回復によって、国は、原告ら中国残留孤児の帰国について国交回復前よりは格段と中国政府と交渉し、協力を得やすくなったことは否定できないところといえるであろうし、その限りで、原告らが主張する被害の発生を回避する可能性が生じてきたと一応いうことができるものとも考えられる。

(b) しかし、日中国交回復がされた時点において、原告らが孤児となって既に26年以上が経過しており、その間、原告らは中国語を母国語として習得し（日本語を話すことができた者はほとんど日本語を忘れ）、中国文化を内面化しながら成長して成人し、多くは中国人配偶者と婚姻して子をもうけ、独立した家族を形成し、中国社会の構成員として一定の地位を得ていた。その限りで、原告らが主張する普通の日本人として人間らしく成長・発展する権利、特にその核心部分を形成すると考えられる母国語としての日本語を獲得し、親を中心とする家族の庇護の下に成長・発展するという部分については、既に侵害されてしまっている状態すなわち損害の発生という結果が生じてしまっている状態となっていたということもできる。

(c) 以上から、日中国交回復後において、原告らが主張する結果回避可能性は存在するといえるが、その回避可能性は、損害本体の発生を防ぐというより、既に発生してしまった損害本体から更に派生的に生じる損害の発生を防ぐ可能性であると考えられる。

(d) まとめ

これまで検討してきたところから、国の戦前の政策を先行行為と認めることはできず、原告らが主張する損害の発生について日中国交回復前にはこれを回避することはできなかつたと認められることや、日中国交回復後においても原告らの主張する損害の発生を回避するという自体について一部疑問があることを総合的に考慮すると、原告らの主張する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が成立するということはできない。

ウ 条理について

原告らは、憲法、条約及び法令等の目的、行政機関として日本政府に期待される施策の内容、原告らが置かれた境遇並びに原告らの日本政府に対する期待の正当性等の事情にかんがみした場合、日本政府は、原告らに対して、条理上、原告らを探索して早期に帰国を実現する方策をとる義務を負担していたと主張する。

前示のとおり、いわゆる国の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認めることはできないけれども、原告らが満州で孤児となった原因について、戦前の国の政策がその前提となる事実として存在していたこと、すなわち、歴史的には国の政策によって原告らが孤児となったという見方も成り立ち得ることは明らかであること、原告らは、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・価値観によって否定的に評価すべきであるとして、それに基づくところの反省の意味をこめて（あるいは、原告らの両親は戦前の国策に対するかなり積極的な協力者であったともいえるから、国がそれに報いるという意味合いもあるのかもしれないが、この点は不明である。）、条理を根拠として、国家賠償法上の義務として国の早期帰国実現義務を認めるべきであると主張しているものと解されること、国は、人道上の責務として、現在に至るまで、原告らの帰国や帰国後の生活に対する様々な支援を立案・実施してきており、本件訴訟は実質的には国の更なる支援を求めるものとも解されることを考慮すると、これを肯定することも全く考えられないことではないのかもしれない。しかし、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いう以外になく、また、現行憲法が施行された後である昭和22年10月27日に成立・公布・施行された国家賠償法がその附則6項において「この法律施行前の行為に基づく損害については、なお従前の例による。」と規定し、旧憲法下においては国家無答責の理論が確立してい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例はあり得なかつたことや、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（確かに、原告らの主張するように特殊な形をとった戦争損害であるとはいえるが、国民のひとしく受忍しなければならない損害の程度を超えていると認めることができるかは、損害の程度を他の戦争損害といわれて

いるものと比較するための客観的な基準が明らかではなく、例えば母国語を失ったことをどのように評価するかも立場や評者によってかなりの違いがあるものと考えられ、それが死にもまさる特別に重大な損害であるともいかに認め難く、国家賠償との関係では、原告らの損害を特別扱いをすべき合理的理由は見出し難い。)を考慮すると、明確な法律上の根拠がないのに、条理を理由として被告に国家賠償義務の前提としての早期帰国実現義務を認めるのは、法的判断の枠を超えるものであり、相当ではないといわざるを得ない。

エ 以上から、国に早期帰国実現義務があるとすることはできない。

(2) 原告らの帰国が遅れたとの主張に関して、国に何らかの違法又は著しく不当な行為があるかを検討する。

国が中国残留孤児の帰国に関してとった主な措置及びその経過を時系列にそってみると、国は、世論や国内の親族、中国政府の意向を考慮しながら、孤児とその家族の帰国希望にできる限り沿い、帰国後の日本社会への円滑な適応のために順次制度を整備し、定着促進センターの定員等を考慮しながら、現実に自立支援が可能な限度を考慮しながら必要な措置を講じているものと評価することができる。国以外には帰国者に対する基本的かつ有効な自立支援措置を継続的かつ安定的に提供するものがない状況においては、仮に一定の入国条件の設定も行わないで(入国を認めるか否かは入国管理法の定めるところに従って厳格に審査すべきものであるが、どのような入国条件を設定するかは入国管理法の趣旨に基づいて定められるのであり、特定の者に関して入国条件を緩和すべきであるかは行政裁量に属する事柄であるから、直ちに入国条件を緩和しなかったからといって、それを理由に違法であると評価することはできない。)、現実に国によって何の支援措置もとることのできない状況において、日本語もまったくできず、日本の文化や生活習慣にも慣れない帰国者及びその家族が一举に大量に入国することになれば、かえって帰国者とその家族が日本社会に円滑に定着することが困難になり、国内で混乱と厳しい批判の生じるおそれもあり、他方、そのような急激かつ大量の帰国者の受入れとそれに必要な財政的措置をとる政策を他の多くの政策に優先してとることが当時の世論の支持を得られたか疑問の余地がないではなく(中国側がそのような一時に大量の帰国＝出国を認めたと断言できるかも極めて疑問である。)、結局、現実に行われた入国審査や帰国支援策が行政の裁量の範囲を著しく逸脱した違法又は著しく不当な政策であると断定することは困難である。なお、日本政府による帰国妨害があったとの主張については、これを認めるに足りる証拠はない。

(3) 自立支援義務違反の主張について

ア 国が原告らに対して法的な自立支援義務を負っているものと認めることはできない。

原告らが自立支援義務の根拠として主張する憲法、国際法・条約、法令、先行行為に基づく条理上の作為義務は、いずれも法的な自立支援義務の根拠とはならない。

イ 先行行為に基づく条理上の作為義務としての自立支援義務については、早期帰国実現義務が認められないとすると、原告らの帰国時に日本語能力を失っていることと高齢になっていることについて、国が責任を負う理由がなくなり、国のどのような行為を先行行為としてとらえるのか明らかでなくなる。日中国

交回復後の中国政府との外交交渉については、政治的判断として司法審査の対象となるのか疑問であり、入国審査についても行政裁量が認められていて、裁量権の逸脱とすべきものは見当たらないから、条理上の作為義務を発生させる根拠として、何が先行行為であるのか不明である。結局、先行行為に基づく条理上の作為義務としての自立支援義務が成立すると認めることはできない。

ウ 国が現実に立案して実施した帰国者及びその家族に対する様々な自立支援策については、原告らに多くの不満があることは理解できる。しかし、国は原告らに対して法的には自立支援義務を負っていないので、これらの政策は、人道上必要かつ実行可能なものとして行われたものと考えられる。原告らが生活保護の支給を受けられることを考慮すると、これらの施策の立案・実行が、著しく合理性を欠き、それによって原告らに看過できないほどの損害が生じているとまでは認められず、国の自立支援に関する施策について、それを違法又は著しく不当と評価することはできない。

(4) 原告らの主張する共通損害について

原告らは、原告らの被害・損害にはすべての原告らに共通するものがあるというが、原告らの各陳述書及びアンケート調査の結果によれば、原告らすべてに共通しているのは、①中国で孤児となって中国人養父母に養育されたこと、②日本人の両親と暮らすことができず、日本語を母語とすることができなかったこと、③37歳前に帰国できなかったこと（永住帰国時に最も若かったのは原告〇〇〇〇（原告番号33）の37歳3か月である。）ということのみであり、他の事情については、それに該当する原告と該当しない原告が存在することが明らかである。

そして、既に検討したとおり、上記①②③の原因が国の違法行為であると認めることはできないから、この共通損害については、損害賠償を請求することはできない。

(以下余白)