

論  
説

戦後補償をめぐる行政法上の諸問題

西 埜 章

はじめに

戦後補償（戦争犠牲者補償）をめぐる法的問題点は、きわめて多岐に及んでいる。本稿においては、それらのうち、主として、行政法上の諸問題について考察することにする。

行政法上の諸問題は、国家補償上の諸問題と行政訴訟上の諸問題に分けられる。前者には国の損害賠償責任や損失補償責任等があり、後者には立法不作為違憲確認訴訟の可否や援護法の戸籍条項・国籍条項の憲法適合性等がある。

戦後補償訴訟には、多種多様なものがある。在外資産喪失訴訟、一般民間人戦災訴訟、台湾人元日本兵訴訟、シベリア抑留訴訟のように、すでに最高裁判決が出ているものがあるが、大部分の訴訟は、地裁・高裁に係属中であり、さらに、最近になってようやく提訴されたものも少なくない。後掲の関釜訴訟判決が、立法不作為の違法を理由に、元従軍慰安婦の賠償請求について国の責任を認めたとを除けば、裁判上では、これまでいずれも原告敗訴となっているが、各訴訟が提起した法律問題は、その大半がこれまでほとんど論議の対象になっていなかったものがある。

秋田周先生と熊田道彦先生が新潟大学に赴任されるのと一緒に、私も新潟大学に赴任した。それ以来、両先生からは、教育・研究に関して種々のご指導をいただいた。長年にわたってご指導いただいたことに深謝の意を表す。としては、本稿はあまりにもささやかなものであるが、お許しいただきたいと思う。

## 一 国家補償上の諸問題

### 1 国家補償責任の法的構成の類型

国家補償責任の法的構成には多様なものがあるが、これを原告側主張に従って類型化すれば、次のようになる。<sup>①</sup> 実際には、ほとんどの訴訟において、複数にまたがって主張されている。

- ① 憲法二九条三項を根拠とするもの——在外資産喪失訴訟、シベリア抑留訴訟、台湾人元日本兵訴訟等がある。
- ② 憲法一四条一項を根拠とするもの——台湾人元日本兵訴訟、一般民間人戦災訴訟、シベリア抑留訴訟等がある。

る。

- ③ 明治憲法二七条を根拠とするもの——韓国人強制徴兵訴訟、下関元従軍慰安婦・女子勤労艇身隊訴訟、静岡女子勤労艇身隊訴訟等がある。
  - ④ 民法不法行為法を根拠とするもの——韓国人原状回復義務確認訴訟、上敷香朝鮮人虐殺訴訟等がある。
  - ⑤ 安全配慮義務違反を根拠とするもの——シベリア抑留訴訟、台湾人元日本兵訴訟、下関女子勤労艇身隊訴訟、韓国・朝鮮人B・C級戦犯訴訟、強制連行・強制労働訴訟、韓国人強制徴兵訴訟等がある。
  - ⑥ 法例一一条による不法行為地法(当時の中国民法等)を根拠とするもの——中国人元慰安婦訴訟、七三一部隊・南京虐殺訴訟、満州国民殺害訴訟等がある。
  - ⑦ 立法の不作為(国賠法一条一項)を根拠とするもの——シベリア抑留訴訟、一般民間人戦災訴訟、韓国人援護法地位確認訴訟、韓国人強制徴兵訴訟、下関元従軍慰安婦・女子勤労艇身隊訴訟、静岡女子勤労艇身隊訴訟、韓国人元日本海軍軍属訴訟等がある。
  - ⑧ 条理を根拠とするもの——韓国・朝鮮人B・C級戦犯訴訟がある。
  - ⑨ 道義的国家たるべき義務を根拠とするもの——下関元従軍慰安婦・女子勤労艇身隊訴訟、韓国人元軍人軍属訴訟(光州千人訴訟)がある。
- これらの国家補償責任の法的構成のうち、以下においては、①と⑦の構成を中心に検討することにする。

## 2 憲法二一九条三項の適用

(1) 在外資産喪失訴訟・シベリア抑留訴訟 これらの事件においては、損害の発生は戦後であり、そのために、憲法二九条三項の適用が争点となった。しかし、在外資産喪失訴訟の上告審判決（最判昭和四三・一一・二七民集二二卷二二号二八〇九頁）は、「このような戦争損害は、他の種類の戦争損害と同様、多かれ少なかれ、国民のひとしく耐え忍ばなければならぬやむを得ない犠牲なのであって、その補償のごときは、憲法二九条三項の全く予想しないところで、同条項の適用の余地のない問題といわなければならない」と判示しており、シベリア抑留訴訟の上告審判決（最判平成九・三・一三民集五一卷三号一二三三頁）もほぼ同趣旨である。

(2) 台湾人元日本兵訴訟 在外資産喪失訴訟等とは異なり、台湾人元日本兵訴訟においては損害の発生原因は戦前であるから、憲法二九条三項については、その遡及適用の可否が問題となった。すなわち、原告側は、憲法の各規定は、憲法施行前の国家行為による損失についても補償をなすべき旨を定めたものであり、仮に、そうでないとしても、施行前の国家行為により施行後も継続的に損失が生起する場合には当然に適用があるものであるところ、原告らの損失はその性質上、日々新たに発生継続しているものである、と主張した。

しかし、一審判決（東京地判昭和五七・二・二六判時一〇三三三二頁）は、「遡及効の規定がない以上、本件原告らの場合にも、その適用については不遡及の原則が妥当するものと解するのが相当である。そうすると、本件の死傷の時期は憲法の施行前であるから、憲法の適用をみないことが明らかであって、これが適用を前提とする原告らの主張は、この点においてすでに失当である」と判示し、控訴審判決（東京高判昭和六〇・八・二六判時一六三三号四一頁）も、「憲法施行前に生じた原因に基づく損失に対して憲法二九条三項等が適用されると解しうるのは、憲法に遡及効を定めた規定がある場合か、旧憲法自体に損失補償の規定があつて、条理上それが憲法に引き継

がれていると解することができる場合であることを要し、単に損失が現存することのみでは補償の要件をみたすことにはならない」と判示した。上告審判決(最判平成四・四・二八判時一四二二号九一頁)は、「戦争損害は国民の等しく受忍しなければならなかったところである」として、在外資産喪失訴訟の最判昭和四三年を引用して、結論において原審判断を是認しており、二九条三項の遡及適用の可否については触れていないが、不遡及を当然の前提にしているものと思われる。

(3) 学説の動向 財外資産喪失訴訟やシベリア抑留訴訟においては、損害が「特別の犠牲」に該当するか否かが問題となる。しかし、この点については、すでに別稿で論じたことがあるので、ここではもっぱら二九条三項の遡及適用の可否について考察することにする。

学説は、遡及適用否定説と遡及適用肯定説に大別される。遡及適用否定説が通説であり、前述のように、判例もこの立場に立っている。遡及適用否定説の論拠は格別示されていないが、不遡及の原則が妥当するのは自明の理であるということであろう。

しかし、遡及適用を肯定する立場もないわけではない。戸波説と萩野説である。戸波江二教授は、台湾人元日本兵訴訟の一審判決の評釈において、「仮に、明治憲法の解釈として損失補償請求権が認められないとしても、日本国憲法の解釈として、憲法施行前の財産的制限に対して二九条三項を遡及的に適用することは肯定されるべきではなからうか。主権無答責の原則が支配していた国家賠償の分野においてはともかく……損失補償請求の場合には、財産権保障の趣旨を尊重し、公用収用における負担の公平な分配を考慮し、しかも、明治憲法においても財産権の保障規定が存在していたことも考えあわせれば、憲法二九条三項に基づく損失補償請求は遡及すると解するのが妥

当であると思われる」と説かれている<sup>(3)</sup>。また、萩野芳夫教授も、台湾人元日本兵訴訟の一審判決の評釈において、「たしかに、日本国憲法には遡及効の明文規定を欠く。しかし、少なくとも憲法施行後も継続している社会的事実を立法事実として立法を行うばあいには、その立法に憲法の制限が加えられるのはとうぜんである。一九五二年(昭和二十七年)の援護法の立法事実は、戦死傷病者、過去の戦争で国に殉じたものであること、戦傷病者、戦没者の遺族等を援護する必要があることであつた」と説かれている<sup>(4)</sup>。

(4) 判例・学説の検討 法律不遡及の原則は、戦争犠牲者の有利に遡及適用させることを必ずしも禁ずるものではない。しかし、補償請求事件においては、一方の利益は他方の不利益になるから、明文の規定なしに遡及適用させることには躊躇せざるを得ない。ただ、戦争損害の中には現行憲法二九条三項の適用余地があるものが若干存在する。香港軍票訴訟や女子勤労艇身隊訴訟がその適例であり、これらの場合におけるように、本来支払われるべきものが支払われていない状態が現行憲法施行後も継続している場合には、直接憲法二九条三項または民法の規定を適用する余地があるのではないかと思われる。

これに対して、損害が生命・身体等の侵害である場合には、そもそも憲法二九条三項の適用は問題とならない<sup>(5)</sup>。憲法二九条は財産権保障の規定であるからである。この場合には、憲法一三条や一四条一項等に基づいて補償請求できるか否かが検討されるべきであろう<sup>(6)</sup>。

### 3 立法の不作為責任

(1) 判例の動向 戦後補償訴訟において、原告側は、これまでしばしば立法の不作為の違法を理由にして国の

責任を追及してきた。例えば、一般民間人戦災訴訟においては、原告側は、「国会議員は、憲法に違反する法律が存在し、現に右差別取扱がなされている場合には、違憲の援護法を改廃し、あるいは別個に民間被災者をも援護する趣旨の立法をなして、違憲状態の解消に努めるべきである。……少なくとも昭和五十一年以降においては、国会議員は、民間被災者に対する援護法を立案し制定する職責を有していたというべきであり、右職責に反する立法の不作為は、国会議員としての違法な職務行為を構成し、かつ、右不作為には故意又は重大な過失が存した」と主張していた。シベリア抑留訴訟においても、韓国人強制徴兵訴訟においても、原告側は同趣旨の主張をしている。

しかし、戦後補償訴訟の裁判例は、平成一〇年四月二十七日の関釜訴訟判決(後掲)までは、一致して、立法不作為の違法性を否定していた。一般民間人戦災訴訟の一審判決(名古屋地判昭和五五・八・二九判時一〇〇六号八六頁)は、援護法は憲法一四一条一項、一一条、一三条に違反しないとしたが、「原告らが被告国に対して援護法が憲法一四一条一項、一一条、一三条に違反し、ひいては原告らに対し援護法と同様な補償措置を立法上講じないことが違法であるとして慰籍料の支払及び謝罪を求める本訴請求はその前提を欠き、結局被告国の機関たる国会、国会議員、内閣総理大臣及び国務大臣が援護法を改廃しない行為及び同法と同等な補償を民間被災者に与えることと内容とする法律を発案しない行為又は制定しない行為は、何ら違法な職務行為を構成しないこととなるから、国家賠償の成立の余地はないといわなければならない」と判示しており、その控訴審判決(名古屋高判昭和五八・七・七判時一〇八六号一一一頁)も、ほぼ同趣旨である。その上告審判決(最判昭和六二・六・二六判時一二六二号一〇〇頁)は、後掲の最判昭和六〇年(在宅投票制度廃止等違憲訴訟上告審判決)を引用したうえで、「上告人らの前記主張にそう立法をしなかった国会ないし国会議員の立法不作為につき、これが前示の例外的場合に当たると解

すべき余地はないものといふべきであるから、結局、右立法不作為は、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ふべきである」と判示している。

また、シベリア抑留訴訟の一審判決(東京地判平成元・四・一八判時一三二九号三六頁)は、「立法上の不作為も国家賠償法適用の対象となりうると解されるけれども、不作為が違法となるためには作為義務の存在が必要であつて、国会は全国民を代表するところの国権の最高機関として立法権を有し、立法権の行使には裁量が伴うから、国会が特定の立法をしないことが違法とされるためには、右の作為義務が憲法上明文をもつて定められているか又は憲法解釈上その義務の存在が明白な場合でなければならぬと解される。しかるところ、前叙のとおり、原告らが被つた本件損害は戦争損害に外ならず、これに対する補償は憲法の予定しないところと解されるから、憲法上又は憲法解釈上原告ら被抑留者に対する補償立法義務が存在するといへないといわなければならない」と判示しており、その控訴審判決(東京高判平成五・三・五判時一四六六号四〇頁)、上告審判決(最判平成九・三・一三民集五一卷三号一二三三頁)も、これを是認している。

さらに、韓国人強制徴兵訴訟の一審判決(東京地判平成八・一一・二二訟月四四卷四号五〇七頁)は、「国会がいつ、いかなる立法をなすべきか、あるいは立法しないかの判断は、国会の裁量事項に属するのであつて、仮に国会議員の立法不作為又は内閣の法律案の不提出が国家賠償法上違法であると評価される場合があるとしても、日本国憲法の一義的な文言に違反している場合に限られるところ、憲法上はもとより憲法解釈上もこのような補償立法義務が存在するといへないことは、右に述べたとおりである」と判示している。

- (2) 在宅投票制度廃止等違憲訴訟最高裁判決 戦後補償訴訟における立法不作為責任の追及に大きな影響を与

えたのは、在宅投票制度廃止等違憲訴訟の上告審判決(最判昭和六〇・一一・二二民集三九卷七号一五二二頁)である。同判決は、立法の不作為が違法となるための判断基準について、「国会議員の立法行為(立法不作為を含む。以下同じ)が同項(国賠法一条一項、筆者注)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。……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」と判示した。この最判昭和六〇年は、立法内容の違憲性と国賠法上の違法性を区別したものであり、一般に、職務行為基準説の中の違法性限定説に立つものと説明されている。

その後の裁判例は、議員定数不均衡違憲訴訟判決をはじめとして、大体右の最判昭和六〇年に従っている。戦後補償訴訟判決についていえば、一般民間人戦災訴訟上告審判決(前掲)、シベリア抑留訴訟一審・二審・上告審判決(各前掲)、韓国人強制徴兵訴訟訴訟一審判決(前掲)等である。次に紹介する関釜訴訟判決も、最判昭和六〇年を引用している。しかし、学説は、大半が最判昭和六〇年に批判的であり、その多くは違憲即違法説に立っている。<sup>⑦</sup>

(3) 下関元従軍慰安婦訴訟判決(関釜訴訟判決) このような判例動向の中で、関釜訴訟判決(山口地下関支判平成一〇・四・二七)は、原告らの主張を容れて、立法不作為の違法を理由に元従軍慰安婦三名の賠償請求を認

容した。

この訴訟において、原告らは、日本国憲法前文、九条、一四条、一七条、二九条一項・三項、四〇条及び九八条二項の各規定を総合すれば、憲法解釈上、国会議員らに戦後賠償ないし補償の立法制定義務が課されていることが明らかであるにもかかわらず、戦後五〇年を経た今日に至るまで立法をしないまま放置してきたのであるから、右の立法をなすべき合理的期間を十分徒過しており、少なくともこのことにつき過失があったものというべきであると主張した。

この点について、関釜訴訟判決は、前掲最判昭和六〇年を引用したうえで、「しかし、右結論部分における『例外的な場合』についてはやや見解を異にし、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ものと解する。」「これが国家賠償法上違法となるのは、単に、『立法（不作為）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えて当該立法を行う（行わない）というごとき』場合に限られず、次のような場合、すなわち、前記の意味での当該人権侵害の重大性とその救済の高度の必要性が認められる場合であつて（その場合に、憲法上の立法義務が生じる。）、しかも、国会が立法の必要性を十分認識し、立法可能であつたにもかかわらず、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にも、立法不作為による国家賠償を認めることができるかと解するのが相当である。」「遅くとも右内閣官房長官談話が出された平成五年（一九九三年）八月四日以降の早い段階で、先の作為義務は、慰安婦原告らの被った損害を回復するための特別の賠償立法をなすべき日本国憲法上の義務に転化し、その旨明確に国会

に対する立法課題を提起したといふべきである。そして、右の談話から遅くとも三年を経過した平成八年末には、右立法をなすべき合理的期間を経過したといえるから、当該立法不作為が国家賠償法上も違法となったと認められる。なお、国会議員も、右の談話から右立法義務を立法課題として認識することは容易であったといえるから、当該立法をしなかったことにつき過失があることは明白である。」と判示して、立法不作為の違法を理由に元従軍慰安婦三名につき国の責任(各三〇万円)を肯定した。

(4) 下関元従軍慰安婦訴訟判決の検討 本判決は、戦争犠牲者を何らかの形で法的に救済しようとするものであり、その姿勢において積極的に評価することができる。しかし、「例外的な場合」をゆるやかに解している点において、これが最判昭和六〇年と整合性を有するか否かが問題となる。また、本判決の射程距離(元従軍慰安婦訴訟以外の場合にも妥当することがあるのか)も問題となるところであろう。

本判決は、立法不作為が違法となるための要件として、憲法上の「立法義務の成立」と立法に要する「合理的期間の経過」を挙げている。そして、前者の要件について、日本国憲法秩序の根幹的価値にかかわる基本的人権の侵害と救済の高度の必要性が認められる場合には、その要件が充足されるものと解している。このような考え方自体には賛意が表されるべきであるが、これを最判昭和六〇年の理論に従って導き出すというのは困難ではないかと思われる。<sup>8)</sup> 最判昭和六〇年に依拠するのであれば、①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救済の高度の必要性が存在するにもかかわらず立法を行わないことは、憲法の一義的な文言に違反するものである、と考えるか、あるいは、②そのような状況であつても、未だ憲法の一義的な文言に違反するに至っていない、と考えるかの、いずれかであろう。最判昭和六〇年の基本的趣旨からすれば、おそらく、②がその帰結ではないかと思わ

れる。本判決は、最判昭和六〇年に一応従いなながらも、実質的には違憲即違法説に立脚して結論を導き出した苦心の作といふべきであろう。

違憲即違法説によれば、憲法に違反する立法の作為・不作為は国賠法上も違法と評価されることになる。国会議員といえども立法を行うについては憲法の規定に拘束されるのであるから、憲法に違反する立法の作為・不作為は、職務行為基準説の立場からしても、直ちに違法と評価されるべきである。<sup>(9)</sup>

いずれにしても、戦争損害について、立法の不作為の違法を理由にして国の責任が肯定される場合があるということになる。ただ、問題は、その射程距離と損害額である。関釜訴訟判決は、元従軍慰安婦については立法の不作為の違法性を肯定したが、女子勤労挺身隊については、「原告らの当時の年齢を十分考慮に入れても、なおその被害が格別のものであり、これを放置することが日本国憲法上黙視し得ない重大な人権侵害をもたらしている」とまで認められない。要するに、挺身隊原告らの被った被害は、戦後賠償、戦後補償の一環としてとらえられるべき問題として、政治部門である立法院、政府の裁量のもとにあり、原告らの救済を目的とする特別法の制定が日本国憲法上義務づけられているとは認められない」として、立法の不作為の違法性を否定している。両者の区別の基準とされているのは、「日本国憲法上黙視し得ない重大な人権侵害」が認められるか否かである。

しかし、女子挺身隊事件で「日本国憲法上黙視し得ない重大な人権侵害」が認められないということになると、戦後補償事件で立法義務の成立が認められるのは、元従軍慰安婦事件以外にはどのようなものが考えられるのが問題となる。従軍慰安婦事件に類するほどの重大な人権侵害事件としては、その範囲はきわめて狭く限定されることにならざるを得ない。立法不作為の違法性を理由に国の責任を追及できるようにしても、それは戦後補償訴訟のすべ

てにあてはまるわけではなく、むしろごく一部にあてはまるにすぎないということになる。

憲法上の「立法義務の成立」の要件については、学説は、一般に、違憲状態の放置が明らかに基本的人権保障規定に違反する場合には立法義務が発生する、と解している。<sup>10)</sup> 裁判例においても、例えば、衆議院議員定数配分規定違憲国家賠償請求訴訟において、東京地判昭和六一・一二・一六(判時一二二〇号四七頁)は、「昭和五八年一月七日の時点において、本件議員定数配分規定が憲法の選挙権の平等の要求に反するものとして、憲法の一義的な文言に違反することが明白となった」と述べて、このような場合の立法義務の成立を認めている。立法義務の成立要件については、関釜訴訟判決の方がやや厳しいように思われる。

次に、立法のための「合理的期間の経過」の要件については、衆議院議員定数不均衡是正訴訟の最(大)判昭和五一・四・一四(民集三〇巻三号二二三頁)と最(大)判昭和五八・一一・七(民集三七巻九号一二四三頁)が、「合理的期間」として採用して以来、裁判例はこれに従っている。最判昭和五八年は、「制定又は改正の当時合憲であった議員定数配分規定の下における選挙区間の議員一人当たりの選挙人数又は人口の較差が、その後の人口の異動によって拡大し、憲法の選挙権の平等の要求に反する程度に至った場合には、そのことよって直ちに当該議員定数配分規定の憲法違反までもたらすものと解すべきではなく、人口の異動の状態をも考慮して合理的期間内における是正が憲法上要求されているにもかかわらずそれが行われないうちに、初めて右規定が憲法に違反するものと断定すべきである」と判示している。この判例理論は、学説においても、一般に支持されているところである。<sup>11)</sup> 問題は、この合理的期間が具体的にどの程度の期間を意味するものであるかということであるが、議員定数不均衡是正訴訟の判例動向では、この期間は五年と捉えられているようである。<sup>12)</sup>

この点について、関釜訴訟判決は、「(内閣官房長官) 談話から遅くとも三年を経過した平成八年八月末には、右立法をなすべき合理的期間を経過したといえるから、当該立法不作為が国家賠償法上も違法となったと認められる」として、合理的期間を三年としている。合理的期間は個々の事例に応じて個別的に検討されるべきであるから、元従軍慰安婦についての救済立法制定の合理的期間を三年と短縮したことについてはあまり異論はないものと思われる。ただ、違憲状態の時間的始期を内閣官房長官談話(平成五年八月四日)の時点に求めたことについては、いくらかの疑問がないわけではない。

立法不作為の違法を理由に国の責任が肯定されたとしても、その損害額をどのようにして算定するかという問題が残っている。関釜訴訟判決は、「慰安婦原告らは、被告に対し、国家賠償法一条一項に基づき、被告国会議員が右特別の賠償立法をなすべき義務を違法に怠ったことによる精神的損害の賠償を求める権利があるといふべきところ、その額については、将来の立法により被害回復がなされることを考慮し、各金三〇万円と算定するのが相当である」と判示している。立法不作為の違法を理由とする国の責任は、あくまでも立法の遅延による精神的苦痛に対する慰謝料であり、いわば暫定的なものであつて、最終的には賠償立法の制定により完全に救済されるべきものである、ということである。三〇万円の算定根拠は別段示されていないが、精神的苦痛に対する慰謝料の算定は難問であり、ましてや戦後補償事件での算定は一層困難であろうから、これは今後の裁判例の積み重ねに待つべきものであろう。因に、立法行為(法律の改正)の違法を理由に国の責任を認め在宅投票制度廃止等違憲訴訟の一審判決(札幌地小樽支判昭和四九・一二・九判時七六二号八頁)は、諸般の事情を考慮して、慰謝料額を一〇万円としている。

## 二 行政訴訟上の諸問題

### 1 戦後補償と行政訴訟

戦後補償訴訟としては、前述の国家補償請求訴訟のほかに、行政訴訟がある。同一の訴訟で両者が併合して提起されることも少なくない。行政訴訟としては、次のような類型があるが、複数にまたがって主張されているものもある。

① 立法不作為違憲(違法)確認訴訟——これは、補償立法を制定しないことが違憲(違法)であることの確認を求める訴訟である。台湾人元日本兵訴訟、韓国・朝鮮人BC級戦犯訴訟等がある。台湾人元日本兵訴訟については、すでに上告審判決が出ている。韓国・朝鮮人BC級戦犯訴訟については、一審判決と控訴審判決が出ており、現在最高裁に係属中である。

② 援護法障害年金請求却下処分取消請求訴訟——これは、在日韓国人元軍属からの戦傷病者戦没者遺族等援護法(援護法)に基づく障害年金の請求に対する厚生大臣の却下処分の取消しを求める訴訟である。東京地裁に提起されたものと大阪地裁に提起されたものがある。それぞれ一審判決が出ており、現在控訴審に係属中である。

③ 援護法の援護を受ける地位確認訴訟——これは、在日韓国人元軍属からの援護法に基づく援護を受ける地位にあることの確認を求める訴訟である。一審判決(大阪地判平成七・一〇・一一訟月四二卷八号一九九三頁)が出ており、現在控訴審に係属中である。

④ 原状回復義務等存在確認訴訟——これは、韓国民個人が将来日本国に対して具体的な賠償請求をするために、あらかじめ日本国が韓国民全体に対して原状回復義務を負っていることの確認を求める訴訟である。一審判決 (東京地判平成八・三・二五訟月四四卷四号四四一頁) が出ており、現在控訴審に係属中である。これらのうち、以下においては、①と②を中心にして、その判例動向を整理し、検討することにする。

## 2 立法不作為違憲 (違法) 確認訴訟

(1) 台湾人元日本兵訴訟 台湾人元日本兵訴訟の控訴審において、控訴人 (一審原告) らは、予備的請求として、被控訴人 (国) が台湾人元日本軍人軍属の戦死傷に関して日本人に対するのと同等の補償をなすべき補償立法を制定しないことは違憲・違法であることの確認を求めた。そして、その理由として、立法の不作為の違憲確認は、行政事件訴訟法三条五項に規定する「不作為の違法確認の訴え」を類推することによって十分に可能である、と主張した。これに対して、被控訴人 (国) は、本件予備的新訴は、無名抗告訴訟の一類型である義務確認訴訟と解されるどころ、作為義務確認訴訟は義務づけ訴訟と同様に、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、行政庁ないし立法府の第一次的判断権を重視する必要があること、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ずるといふ緊急の必要があること、③他に適切な救済方法がないこと、の各要件が満たされている場合に限って許容されること、本件予備的新訴は、請求の内容が一義的でなく不特定であるのみならず、前記②、③の要件をも欠いているので不適法である、と主張したほか、本件は高度な政策的判断を必要とするから、裁判所の司法審査になじまないこと、当該訴訟の被告適格

を有するのは国ではなく、国会あるいは衆議院・参議院であることなどを合わせて主張した。

東京高判昭和六〇・八・二六(判時一一六三号四一頁)は、被控訴人の主張を容れて、「国会の右立法の不作為を違法違憲というためには、国会に当該立法をなすべき作為義務があることを当然の前提とするから、右訴訟は、実質において国会に右のような立法義務があることの確認を求めるものにはかならず、講学上の無名抗告訴訟の一類型である義務確認訴訟に属するものと解される。この種訴訟が許容されるには、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ない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、の各要件が満たされることが必要である」としたうえで、これを本件について検討して、補償立法を行うには国民感情、社会・経済・財政事情、さらには外環境等をも考慮して、受給範囲、支給金額、支給時期、支払方法を国会において決定しなければならぬが、これらについて憲法上一義的に特定しているとはいえないから、本件予備的新訴は前記要件を欠き不適法である、と判示した。上告審判決(最判平成四・四・二八判時一四二二号九一頁)は、「本件国籍条項を違憲ということはできないから、その違憲であることを前提として、違憲状態を解消すべき立法の不作為の違憲確認を求める上告人らの予備的請求に係る訴えは、その適否いかんにかかわらず、理由のないことが明らかである」として、本件訴えの適法性の問題については直接判断していない。

(2) 韓国・朝鮮人B C級戦犯訴訟 韓国・朝鮮人B C級戦犯訴訟において、原告らは、第二次的請求として、戦犯者原告らが被った刑死・長期拘禁による生命・身体に関する損失について被告(国)が補償立法を制定

しないことは違法であることの確認を求めた。これに対して、被告（国）は、原告らの第二次的請求は無名抗告訴訟の一類型である作為義務確認訴訟であると理解したうえで、作為義務確認訴訟は、義務づけ訴訟と同様に、少なくとも①行政庁ないし立法府において一定内容の作為をすべきことが法律上二義を許さないほどに特定して、行政庁ないし立法府の第一次的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るといふ緊急の必要がある場合であること、③他に適切な救済方法がないこと、などの各要件が満たされている場合に限って許されると解すべきであるとして、本件においては、①の要件を欠いていること、当該訴訟の被告は国ではなく、内閣、国会あるいは衆議院・参議院でなければならぬこと、行政事件訴訟法三条五項の不作為の違法確認の訴えは、行政庁が特定の申請に対して何らかの処分または裁決をすべき応答義務を負うにもかかわらず、これをしない場合に、申請人が救済を求める方法として特に認められた抗告訴訟の一類型であり、本件の場合には、原告らが内閣あるいは国会に対して立法に関する申請をしたとしても、応答を要求する権利までも認めた規定は全く存在しないから、本件においては行政事件訴訟法三条五項の類推適用はできないことなどから、第二次的請求は不適法である、と主張した。

一審判決（東京地判平成八・九・九判時一六〇〇号三頁）は、在宅投票制度廃止等違憲訴訟の最判昭和六〇年を引用したうえで、「確認の訴えにおける確認の利益は、判決をもって法律関係の存否を確定することが、その法律関係に関する法律上の紛争を直接的かつ抜本的に解決するために適切かつ必要である場合に認められるものであるが、制定すべき法律の内容が憲法上一義的に特定されない場合には、裁判所が判決をもって立法義務の不履行を違法である旨宣言したとしても、これにより立法府に対して実際に立法を義務づけることはできないのであるから、

結局のところ、右判決はなんらかの立法をしないことが違法であるという裁判所の単なる意見表明としての効果しかもたないことになる。そうすると、その内容が憲法上一義的に特定されない立法については、立法不作為の違法確認判決による権利救済、すなわち、右立法の不存在による具体的な不利益状態の解消は到底期待することができないのであるから、右判決を求める訴えは、「当事者間の紛争の直接的かつ抜本的な解決のため適切かつ必要とはいえず、確認の利益を欠くものと解すべきである」と述べて、本件においては、違法確認判決は原告らと被告(国)との間の紛争を直接的かつ抜本的に解決するために適切かつ必要であるとはいえないとして、第二次的請求に係る訴えを不合法として却下した。その控訴審判決(東京高判平成一〇・七・一三判時一六四七号三九頁)も、これを是認している。

(3) 訴訟の類型と訴訟要件 台湾人元日本兵訴訟の東京高判昭和六〇年は、立法不作為違憲確認訴訟が無名抗告訴訟の一類型である義務確認訴訟に属することを認めたものである。同判決は、きわめて厳格な要件の下にはあるが、この種の訴訟が許容され得ることを認めたものとして、文献において積極的に評価されている。<sup>14)</sup> 文献は、これまでにも生存権保障に関連して立法不作為の違憲確認訴訟について論じてきたが、それは少数にとどまっていた。同判決を契機にして、この問題に言及するものが多くなっている。

同判決のいう「義務確認訴訟」とは、義務づけ訴訟を指しているものと思われる。そのことは、義務確認訴訟が許容されるための要件として挙げているものを見れば明らかであり、それは、義務づけ訴訟の要件として学説や下級裁判所の裁判例において説かれているものとはほぼ同じである。<sup>15)</sup> 同判決が挙げているのは、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特定していて、行政庁ないし立法府の第一

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(立法内容の明白性)、②事前の司法審査によらなければ回復し難い損害が生じ、事前の救済の必要性が顕著であること(事前救済の必要性)、③他に適切な救済方法がないこと(補充性)、の三要件である。

右の三要件については、文献においては、これを緩和すべきであるとの批判的見解が有力である。内野正幸教授は、行政庁に対する義務確認訴訟と立法府に対する義務確認訴訟とは同列に扱うべきではないとして、三要件のうち②については、これは義務確認訴訟を事前訴訟と同視する発想に基づくものとして疑問であり、当該立法不作為に基づき自己の人権が侵害されているとの主張がなされていることを要求すれば十分であるとされ、また、①については、本案の問題として処理すれば足りる、と説かれている。これに対して、③については、これは立法義務確認訴訟の訴訟要件として必要なものであり、通常の訴訟(補償を求める給付訴訟)が実質上立法不作為違憲確認訴訟としての機能を必ず営む場合、すなわち当該訴訟において立法不作為をめぐる憲法判断が確実になされる場合には、「他に適切な救済方法」があるものとして、従って、補充性の要件を満たさないものとして却下されるべきである、と説かれている。<sup>16)</sup>

また、戸波江二教授も、立法の不作為の違憲確認訴訟は義務づけ訴訟とは訴訟の構造、特質を異にしているから、その類推は不適當であるとして、前記要件の①については、立法の不作為の違憲確認訴訟では、制定されるべき立法の内容が憲法上明確になっているには及ばないとされ、②については、事前・事後というより現時点での(継続的な)違憲状態の確認を求める立法の不作為の違憲確認訴訟では必要条件とはいえない、と説かれている。さらに、③については、訴えの本来の請求内容との整合性、立法の不作為の違憲状態を確実に解消する必要性という観点か

らして、他の訴訟方法が存在したとしても、独自に立法の不作為の違憲確認訴訟を提起することが否定されるべきではない、と説かれている。<sup>17)</sup>

このような三要件についての見解の対立は、結局、立法不作為の違憲確認訴訟をどのような訴訟として理解するかについての相違に起因している。すなわち、東京高判昭和六〇年が「義務確認訴訟」(義務づけ訴訟)として理解するのに対して、文献の中にはこれを「立法不作為の違憲確認訴訟」であるとして、立法の義務づけ訴訟とは区別しているものがあるからである。例えば、内野教授が、立法不作為違憲確認訴訟・立法義務確認訴訟・立法義務づけ訴訟の三者を同視されるのに対して、戸波教授らは、立法不作為違憲確認訴訟と立法義務づけ訴訟を区別されているのである。<sup>19)</sup>

立法不作為違憲確認訴訟を立法義務づけ訴訟として理解すれば、行政処分義務づけ訴訟の場合以上に、その訴訟要件は厳しくならざるを得ない。<sup>20)</sup>これに対して、立法不作為の違憲確認にとどまる訴訟として理解すれば、その訴訟要件は比較的緩やかなものとなる。<sup>21)</sup>ただ、訴訟要件を緩やかに解するとしても、台湾人元日本兵訴訟におけるように、援護法等の補償給付と同等のものを請求するのであれば、援護法等による申請の却下処分の取消訴訟を提起して争う方がより直截的で有効であるから、<sup>22)</sup>補充性の要件が満たされておらず、また、次に述べる確認の利益も認められないであろう。

(4) 確認の利益 韓国・朝鮮人B C級戦犯訴訟の一審判決は、立法内容が憲法上一義的に特定されない場合は、実際に立法を義務づけることはできず、立法の不存在による具体的な不利益状態の解消は期待できないから、確認の利益を欠いているとして、訴えを不適法として却下した。その控訴審判決もこれを是認している。文献において

も、立法不作為の違法確認は「裁判所の意見表明という以上の意味を持たない」ことから、確認の利益には否定的な見解が有力である。<sup>23</sup>しかし、このような考え方に対しては、以前から異論も少なくなかった。野中俊彦教授は、生存権の法的性格をめぐる座談会において、「違憲が確認されたことについて立法府が何もしないという状態は、法治国家では許されないといい前提に立てば、必ず何らかの措置はとるはずだから、それがすなわち利益だという考え方もあるのじゃないでしょうか」と発言されている。<sup>24</sup>戸波教授も、「裁判所による立法の不作為の違憲確認判決は立法を促す法的効果を有すると解されるので、そこに確認の利益を認めることができる」と説かれている。<sup>25</sup>

戦後補償については、前述のように、立法不作為の違法を理由に国家賠償請求訴訟を提起する方法がある。しかし、最判昭和六〇年の出現により、立法不作為の違法は狭く限定された例外的な場合にしか認められないようになっていた。このような判例動向の下においては、立法不作為の違憲確認訴訟には、比較的狭く限定されることにはなるが、なお確認の利益が認められる場合もあるであろう。韓国・朝鮮人B C級戦犯訴訟の事例は、このような場合に該当するのではないかと思われる。

(5) 被告適格 立法不作為違憲確認訴訟の被告適格を有するのは、国であるか国会であるか、必ずしも明確でない。台湾人元日本兵訴訟においても韓国・朝鮮人B C級戦犯訴訟においても、原告らは国を被告にした。しかし、被告（国）は、これに対して、行政事件訴訟法三八条一項と一一一条一項を根拠にして、当該訴訟の名宛人は権利義務の帰属主体たる国ではなく、立法行為を行う国家機関（国会あるいは衆議院及び参議院）でなければならぬとして、国を名宛人とする本件予備的新訴は被告を誤るものであると主張した。前掲裁判例は、義務確認訴訟の三要件を欠くこと、あるいは確認の利益を欠くことを理由に訴えを却下しており、被告適格については格別触れていな

い。  
被告適格の問題については、三〇年ほど前にすでに、生存権の侵害についてであるが、高田敏教授の「国を被告とする不作為の違憲性確認訴訟を特殊な無名抗告訴訟と構成すべきであろう」との説と、大須賀明教授の「被告適格者は国会または地方議会の議長である」との説が対立していた。理論的に考えれば、立法行為を行う国会が被告とされるべきであるが、国を被告とする訴えを不適法と解するほどのこともないように思われる。<sup>26)</sup>

### 3 援護法障害年金請求却下処分取消請求訴訟

(1) 訴訟の概要 本件各訴訟は、在日韓国人元軍属である原告らが援護法に基づいて障害年金を請求したところ、厚生大臣が援護法附則二項(戸籍条項)により請求を却下する裁定(却下処分)をしたため、行政不服審査法に基づく異議申立てを経たうえで、厚生大臣を被告にして却下処分の取消しを求めたものである。本件における争点はいくつか存在するが、その中心をなしているのは援護法上の戸籍条項・国籍条項の憲法一四一条一項適合性である。

東京訴訟においても大阪訴訟においても、原告側は、戸籍法の適用を受けていないことを理由に援護対象者から除外することは、法の下での平等を定める憲法一四一条一項に違反し、許されないと主張した。これに対して、被告側は、戦争犠牲または戦争損害は国民がやむを得ず等しく受忍しなければならなかったものであり、戦争犠牲または戦争損害について、国がこれを補償すべきか否か、補償すべきであるとした場合に、いかなる範囲、内容及び程度の補償をするかは、高度の政治的判断を要する立法政策の問題であること、憲法一四一条一項は

絶対的な法の下の平等を保障したのではなく、法規の制定またはその適用において異なる取扱いがなされたとしても、一般社会観念上それが合理的な根拠に基づいて必要と認められる場合には、法の下の平等に反しないことなどを理由に、戸籍条項は憲法一四条一項に違反しない、と主張した。

(2) 戸籍条項・国籍条項の制定経緯 援護法は、その本則において国籍条項を設け（一一条二号、一四条一項二号、二四条等）、さらに、その附則二項において、「戸籍法の適用を受けない者については、当分の間、この法律を適用しない」と規定している（戸籍条項）。本件各訴訟において、原告側は、韓国・朝鮮人は戦争被害を受けた時点において日本国籍を有しており、昭和二十七年四月二八日に発効した日本国との平和条約（サンフランシスコ平和条約）に伴う国籍喪失は、自らの意思にかかわらない国籍喪失である以上、援護法一四条等の国籍条項にいう国籍喪失には該当しないから、原告らに援護法が適用されないのは本件附則が存在することだけを理由とするものであるとしたうえで、本件附則は憲法一四条一項に違反し、無効であると主張している。これに対して、被告（厚生大臣）側は、援護法の国籍条項は、単に「日本の国籍を失ったもの」と規定するのみであるから、原告が主張するように、これには自己の意思によらない国籍喪失は含まれないと解すべき合理的根拠はなく、平和条約により日本の国籍を喪失した者についても国籍条項は適用されるとしたうえで、援護法は昭和二十七年四月二五日に成立し、同月三〇日公布・施行されたが、同月一日に遡って適用することとされていたところ、援護法では、国籍条項で、日本国籍を有しない者は適用対象から除外されていたが、同法の適用開始当時、朝鮮半島、台湾等旧植民地出身者の国籍の帰属が必ずしも明らかでなかったため、援護法の適用開始当初からこれらの者については援護法による給付の対象としないという政策的判断を明らかにするために、公職選挙法等の立法例に倣い戸籍条項が設けられたので

あり、従って、戸籍条項は、国籍条項と趣旨を同じくし、これと相まって、旧植民地出身者を援護法の適用対象外とすることを明らかにしたものである、と主張した。

このような対立点について、東京地判平成六・七・一五(訟月四一卷一二号二九八七頁)は、「本件附則が設けられた趣旨についてみると、前記認定の援護法の制定経緯及び〈証拠略〉に照らせば、援護法制定当時既に署名されていたサンフランシスコ平和条約四条(a)において、分離独立地域における施政当局及びその住民の財産、請求権の処理が日本国と施政当局との特別取極の主題とされ、朝鮮半島及び台湾出身者である軍人軍属等に対する補償問題は、関係二国間の外交交渉によって解決されることが予定されていたことから、援護法においては、援護対象者を日本国籍を有する者に限る趣旨で、前記のとおり、その本則で、障害年金等の支給を受けることができない者として障害の状態となった日において日本国籍を有しないもの等を掲げ、日本国籍の喪失をもって権利消滅事由と定めるとともに、同法制定当時、朝鮮半島及び台湾出身者の国籍の帰属が必ずしも分明でなかったため、右の国籍条項に加えて、戸籍法の適用を受けない者については援護法の適用をしない旨の本件附則を設けて、朝鮮半島及び台湾出身者に対する援護法の適用除外を明確にしたものであると解される」と説明している。<sup>(29)</sup>大阪地判平成七・一〇・一一(訟月四二巻八号一九九三頁)も、ほぼ同趣旨である。<sup>(30)</sup>これは被告の主張をほぼ認めたものであるが、このような理解は、すでに、台湾人元日本兵訴訟の一番・控訴審・上告審の各判決(前掲)においても示されていたところである。

援護法の国籍条項が平和条約の発効という自己の意思によらない国籍喪失の場合には適用されないと解する立場に立てば、戸籍条項が憲法一四一条一項等に違反して無効であれば、原告らは援護法上の援護を受けることが可能と

なる。しかし、いずれにしても、結局、問題となるのは、戸籍条項・国籍条項の憲法一四條一項適合性である。

(3) 判例の動向　前掲東京地判平成六年は、戦争犠牲または戦争損害または戦争損害は国民の等しく受忍しなければならなかったところであつて、戦争犠牲または戦争損害について、国が、いかなる範圍の者に対して、いかなる程度の補償を行うかは、基本的には、国民感情や社会・経済・財政事情、さらには、外交政策、国際情勢等を考慮した政治的判断を要する立法政策に属する問題であるとの最(大)判昭和四三・一一・二七(民集二二卷二二号二八〇八頁)を引用したうえで、次のように判示している。「軍人軍属等の戦死傷による障害等も、右にいう戦争犠牲又は戦争損害に当たるとは明らかである。また、援護法は、基本的には国家補償の精神に基づいて制定されたものであるが、一面において、軍人軍属等であつた者又はその遺族に対する生活援助法的側面をも有するものであることは否定できないところ、この種の援助は、当該援助の対象者の属する国家の責任においてなされることが現在国際間で基本的に認容されている実状にあると解されるところである。」「このような戦争犠牲又は戦争損害のもつ特殊性、援護法の性格等をも考慮すれば、援護法の制定に当たつて、朝鮮半島及び台湾出身者に対する補償問題は、施政当局、本件に即していえば、韓国政府と日本政府との特別取極によつて解決することを予定する一方、援護法自体においては、自国民のみを援護の対象とする趣旨で、前記のような国籍に関する条項を設けるとともに、朝鮮半島及び台湾出身者に対する援護法の適用を排除するとの本件附則を設けるという立法政策をとつたことには、十分な合理性があるといふべきであり、本件附則によつて、戸籍法の適用のある軍人軍属と戸籍法の適用を受けない朝鮮半島及び台湾出身者の軍人軍属等との間で、その取扱いに差異が生じているとしても、その立法政策の当否はともかく、これをもつて直ちに、本件附則が憲法一四條一項に違反することになるといふことはできない(最高裁平成四

年四月二八日第三小法廷判決・集民一六四号二九五頁参照)。したがって、戦争被害に対する補償について日本国籍の有無や戸籍法適用の有無は何ら本質的な要素ではなく、まして、韓国・朝鮮人が日本の植民地統治において日本国籍を有していたことを理由に、本件附則が憲法一四条一項に違反するとの原告らの主張は、結局、援護法が朝鮮半島及び台湾出身者の戦争犠牲又は戦争損害については同法によつては救済しないとの立法政策をとつたこと自体に対し論難することに帰することになるから、採用することができない。「援護法自体によつて朝鮮半島出身者等に対する補償を行うかどうかは立法政策に属する問題である以上、仮に右特別取極によつて補償問題についての何らかの解決が図られたとしても、そのことから直ちにかつ一義的に日本国籍を有しない者とこれを有する者とを全く同等に補償すべきとの結論が導かれることになるわけではないことを考慮すれば、右の特別取極に相当する日韓請求権協定が締結された後、別途他の補償立法措置をとらない場合でも、そのことから当然に本件附則を廃止して援護法を適用すべきということにはならないのであつて、なお本件附則を存続させたとしても、そのような立法政策をとつたことの当否、あるいは、朝鮮半島出身者等の戦争犠牲又は戦争損害に対し何らの補償立法措置をとらないという立法の不作為についての議論が生じる余地があることはともかく、そのこと故に、日韓請求権協定締結以後当然に本件附則が憲法一四条一項に違反することになるといふことはできないから、右原告らの主張を採用することはできないといふべきである。」

前掲大阪地判平成七年は、戦争被害の特殊性、援護法の国家補償的かつ社会保障的性格について述べたうえで、次のように判示している。「日韓請求権・経済協力協定締結後においては、在日韓国人について、国籍条項、戸籍条項により、援護法の適用対象外として何らの補償給付を行わず、前記のように重大な差別を生じさせる取扱いは、

憲法一四条に違反する疑いがあるといわざるを得ない。」原告らが在日韓国人の軍人軍属に対し援護法による補償給付を何ら行わない取扱いが違法であるとしても、前記……に述べたような援護法による援護の特殊性に鑑みると、そのことから直ちに、これらの者についても日本国民に対するのと同様の援護が与えられるべきであるとはいいい難く、これらの者に対する具体的援護の程度、内容を決定するについては、国民感情や社会・経済・財政・国際・政治事情等を考慮した立法府の一定の幅をもった政治的裁量判断に委ねられた面があることは否定できないところである。従って、援護内容を定めるについて、国籍条項、戸籍条項を廃止することによるのか、他の立法によるのか、また、具体的な援護の内容をどのようなものにするのかに関しては、立法府の決定を待たざるを得ないのであって、立法政策に属する問題であり、憲法一四条違反を理由として本件却下処分取消を求め原告の請求は理由がない。」

(4) 判例の検討 前掲東京地判平成六年は、立法時においても日韓請求権協定の締結後においても、朝鮮半島出身者等に対して援護法上の補償を行うかどうかは立法政策の問題であるとして、戸籍条項の憲法一四条一項違反性を否定した。そして、そのうえで、原告らのような在日韓国人については、依然として、日韓両国から何らの補償も受けられない状態となっていることを認めて、「原告らが極めて同情すべき状況にあることは明らかではあるが、原告らのような戦争被害者に対し、何らかの補償措置をとるのか否か、どの範囲の人を救済の対象とするのか、日本国籍を有する者との関係で救済の程度をどのようなものにするのか等については、これまでの関係国間の外交交渉の経緯、その後の外交関係、国際情勢の変化、日本国内の社会・経済情勢等を考慮した上で、日本政府及び立法機関である国会において論議されるべき問題である」と述べている。前掲大阪地判平成七年も、結論におい

て同じく立法政策の問題としているが、日韓請求権協定締結後においては、戸籍条項・国籍条項により在日韓国人について援護法の適用対象外とすることは「憲法一四一条に違反する疑いがあるといわざるを得ない」ことを強調している。<sup>31)</sup>

東京地判と大阪地判は、結論においてはともに請求棄却であるが、両判決間において考え方に微妙な差異を認めることができる。すなわち、援護法の性格について、東京地判が援護法の国家補償的性格と社会保障的性格をほぼ同列に位置づけているのに対して、大阪地判は、援護法の社会保障的性格を説きながらも、「しかし、援護法は、一面で社会保障的側面を有するが、また、前記のとおり国家補償的性格をその重要な側面として有することも事実であるから、右の理由によって原告らに在日韓国人に対する援護法の援護を全面的に拒み、前記のように重大な差別を生じさせる合理的理由とはなし難いといわざるを得ない」と判示しているからである。援護法の法的性格を国家補償的なものと理解すれば、国籍要件は援護を受けるための必須の要件とはいえないから、援護法の法的性格の検討が必要となる。

この点については、被爆者健康手帳交付申請却下処分取消請求事件の上告審判決(最判昭和五三・三・三〇民集三三卷二号四三五頁)が参考になる。同判決は、「原爆医療法は、被爆者の健康面に着目して公費により必要な医療の給付を中心とするものであつて、その点からみると、いわゆる社会保障法としての他の公的医療給付立法と同様の性格をもつものであるといふことができる。しかしながら、……原爆医療法は、このような特殊の戦争被害について戦争遂行主体であつた国が自らの責任によりその救済をはかるという一面をも有するものであり、その点では実質的に国家補償的配慮が制度の根底にあることは、これを否定することができないのである。例えば、

同法が被爆者の収入ないし資産状態のいかんを問わず常に全額公費負担と定めていることなどは、単なる社会保障としては合理的に説明しがたいところであり、右の国家補償的配慮の一端を示すものであると認められる。また、わが国の戦争被害に関する他の補償立法は、補償対象者を日本国籍を有する者に限定し、日本国籍の喪失をもって権利消滅事由と定めているのが通例であるが……原爆医療法があえてこの種の規定を設けず、外国人に対しても同法を適用することとしているのは、被爆による健康上の障害の特異性と重大性のゆえに、その救済について内外人を区別すべきではないとしたものにほかならず、同法が国家補償の趣旨を併せもつものと解することと矛盾するものではない」と述べている。援護法についてのものではないが、同判決の考え方は、援護法についても推し及ぼすことができるであろう。

韓国・朝鮮人元軍属は、日本の植民地支配の下で、日本国籍を強制され、徴用されて戦地に連行されたものである。これによる損害については、戦争遂行主体であった国が自らの責任によりその救済を図るべきであり、この点において、被爆者の場合とそれほど相違するものではない。現に、援護法は、その一条（この法律の目的）において、「国家補償の精神に基づき、……援護することを目的とする」と規定しているのである。援護法の国家補償的側面を考慮すれば、戸籍条項・国籍条項の存在理由を適切に説明することは困難である。援護法の国家補償的性格からすれば、戸籍条項・国籍条項には合理的理由はなく、少なくとも日韓国人元軍属に同法の適用を拒否する限りにおいて、違憲であると解すべきであろう。<sup>②</sup>

- (1) 法務省訟務局「訟務の概況(平成一〇年)」一頁以下(一九九八年) 参照。
- (2) 西埜「戦争犠牲者補償序説」法政理論二六卷四号二四四～二四五頁(一九九四年)。
- (3) 戸波江二「台湾人元日本兵・軍属の戦死傷について国家補償が認められなかった事例」判評二九八号二〇頁(一九九三年)。
- (4) 萩野芳夫「台湾人元日本兵の補償請求事件」をめぐって」ジュリスト七七八号六一頁(一九八二年)。なお、今井威「台湾人元日本兵・軍属の戦死傷について国家補償が認められなかった事例」法學論集(西南学院大学)一五卷四号一七九頁(一九八三年) 参照。
- (5) 韓国人強制徴兵訴訟の東京地判平成八・一一・二二(訟月四四卷四号五〇七頁) 参照。
- (6) 西埜・前掲注(2)二四五頁参照。
- (7) その代表的なものとして、阿部泰隆「国家補償法」一三八頁以下(一九八八年)、佐藤幸治「憲法(第三版)」三五〇頁(一九九五年) 参照。
- (8) しかし、本判決の評釈においては、本判決は最昭昭和六〇年の判例理論に沿っているとの見方がなされている(岡田正則「戦後補償問題における国の立法的解決義務」法学セミナー五二五号二八頁(一九九八年)、戸塚悦郎「関釜裁判で元「慰安婦」に勝訴判決」法学セミナー五二三号三八頁(一九九八年) 参照)。
- (9) 但し、棟居快行「在宅投票制度国賠訴訟上告審判決」判評三三〇号四二頁(一九八六年)、内野正幸「立法行為・司法行為と国家賠償責任」西村宏一ほか編「国家補償法大系二巻」八頁(一九八七年)は、違憲即違法説は結果違法説的であると理解している。

- (10) 古崎慶長「立法活動と国家賠償責任」同『国家賠償法研究』三二頁(一九八五年)。初出一九八四年、中村睦男「立法の不作為に対する違憲審査」法学教室一三八号一四頁(一九九二年)、原田尚彦「立法の不作為と国家賠償責任」昭和六二年度重要判例解説・ジュリスト九一〇号三八頁(一九八八年)、阿部・前掲注(7)一四一頁等参照。
- (11) 戸波江二「立法の不作為の違憲確認」若部信喜編『憲法訴訟(第一巻)』三六八頁以下(一九八七年)及びそこに掲記されている文献参照。
- (12) 戸波・前掲注(11)三七四―三七五頁参照。
- (13) 戸波・前掲注(11)三六九頁参照。
- (14) 内野「台湾人元日本軍人・軍属の戦死傷につき損失補償の請求および立法不作為違憲確認訴訟が認められなかった事例」自治研究六二巻二二八頁以下(一九八六年)、戸波・前掲注(11)三八五頁、中村・前掲注(10)一二頁、佐藤・前掲注(7)三四八頁等参照。
- (15) 内野・前掲注(14)一二九頁、阿部「義務づけ訴訟論」同『行政訴訟改革論』二二三頁以下(一九九三年)。初出一九七七年)、塩野宏「無名抗告訴訟の問題点」同『行政過程とその統制』三一八頁(一九八九年)。初出一九八三年)、同『行政法Ⅱ(第二版)』一八八頁(一九九四年)等参照。
- (16) 内野・前掲注(14)一三二頁。
- (17) 戸波・前掲注(11)三八五頁。
- (18) 内野・前掲注(14)一三三―一三三頁。
- (19) 戸波・前掲注(11)三九七頁、古川純「平等原則違反の救済と立法不作為の違憲確認訴訟のあり方——台湾人元日本

兵士訴訟」法学教室六四号七五頁(一九八六頁)等参照。

(20) 阿部「義務づけ訴訟論再考」同・前掲注(15)三五五頁参照。

(21) 佐藤・前掲注(7)三四七頁参照。

(22) 江橋崇「台湾人軍人軍属の戦死傷と国家補償」ジュリスト八四七号四七頁(一九八五年)、棟居「戦後補償・不当利得の構成の可能性を探る」法学セミナー四六九号六頁(一九九四年)参照。

(23) 浦部法穂「社会権の裁判手続による実現」野中江橋浦部戸波「ゼミナール」憲法裁判」七五〜七六頁(一九八六年)、佐藤・前掲注(7)三四七頁等参照。

(24) 野中江橋浦部戸波・前掲注(23)八一頁。

(25) 戸波・前掲注(11)三九六頁。なお、先駆的なものとして、大須賀明「社会権の法理」公法研究三四号一一九頁(一九七二年)参照。

(26) 高田敏「現代における法治行政の構造」渡辺宗太郎先生古稀記念「行政救済の諸問題」五三頁(一九七〇年)。

(27) 大須賀・前掲注(25)一一九頁。

(28) 内野・前掲注(14)一三四頁参照。

(29) 本判決については、池本壽美子「在日韓国人軍属の戦傷病者戦没者遺族等援護法による障害年金訴訟(一審判決)」法律のひろば四八巻一号六七頁(一九九五年)、山本裕史「在日韓国人への適用を排除する戦傷病者戦没者遺族等援護法附則二項の合憲性・有効性」平成六年行政関係判例解説一六七頁(一九九五年)参照。

(30) 本判決については、山田知司「在日韓国人元軍属からの援護法障害年金請求却下処分取消等請求訴訟」平成七年行政

関係判例解説二四三頁（一九九六年）参照。

(31) 大阪地判が「違憲の疑いがある」と判示したことについては、「援護法の取扱いにつき『違憲の疑い』と判示した意味が問題となる。法令は合憲違憲のいずれかであるから、『違憲の疑い』ということは格別意味を持たず、心証の途中の状態を示す言葉にすぎない。傍論としてもこのような意味を持たない判示をすることについては議論があると思われるが、本判決は、援護法の国家補償的性格を重視する立場から、在日韓国人に対する国籍条項等の適用が合憲性の限界線にあることを表現しなかったのであろうか」との見方がある（山田・前掲注（30）二五二頁）。しかし、他方では、

「そこに平等違反の状態が存在しないのではないことが注意されるべきである。平等違反が存在するが、裁判所がその除去を図ることができず、当事者の権利を具体的に救済できないのである。そして、その場合には、おそらく、裁判所は、判決理由において、平等違反の存在を明示する必要があると解される。それは、違憲状態の存在とその除去の必要とを立法院に指摘し、それによって当事者の権利保護の確実な実現を図るよう促すことが必要であると認められるからである」との見解（戸波・前掲注（3）二三頁。ただし、これは台湾人元日本兵訴訟一審判決の評釈において説かれたもの）に従ったものと理解することもできるであろう。

(32) 台湾人元日本兵についてであるが、戸波・前掲注（3）二二頁、萩野・前掲注（3）六一頁、内野・前掲注（14）二七頁参照。