

「元徴用工の韓国大法院判決に対する弁護士有志声明」

追加説明資料

資料6	韓国憲法前文	1 頁
資料7	元徴用工韓国大法院判決（2012 年）	3 頁
資料8	「慰安婦」韓国憲法裁判所決定（2011 年）	1 4 頁

【大韓民国憲法前文】

悠久の歴史と伝統に輝く我が大韓国民は、三・一運動によって建立された大韓民国臨時政府の法統と不義に抗拒した四・一九民主理念を継承して、祖国の民主改革と平和的統一の使命に立脚し、正義、人道及び同胞愛をもって民族の団結を強固にして、すべての社会的弊習と不義を打破するとともに、自律と調和を基礎として自由民主的基本秩序をさらに確固にし、政治、経済、社会、文化のすべての領域において各人の機会を均等にして、能力を最高度に発揮させるとともに、自由と権利に伴う責任と義務を完遂させ、内には国民生活の均等な向上を期し、外には恒久的な世界平和と人類共栄に貢献することにより、われらとわれらの子孫の安全と自由と幸福を永遠に確保することを誓いつつ、1948 年 7 月 12 日に制定され、8 次によって改正された憲法を、ここに国会の議決を経て国民投票により改正する。

新日鉄事件大法院第1部判決

仮訳

2012年5月24日 判決宣告

主文

原審判決を破棄し、事件をソウル高等法院に差し戻す。

理由

上告理由を判断する

1 基本的事実関係

原審判決の理由と原審が適法に採択した証拠によれば次の事実を認めることができる。

ア 原告らは1923年から1929年までに韓半島で生まれ、平壤、保寧、群山等に居住していた者であり、日本製鐵株式会社(以下「旧日本製鐵」という)は1934年1月頃に日本で設立され、日本の釜石、八幡、大阪等で製鐵所を運営していた会社である。

イ 日本は中日戦争と太平洋戦争を遂行して軍需物資生産に労働力が不足するようになると、これを解決するため1938年4月1日に国家総動員法を制定・公布し、1942年に朝鮮人内地移入斡旋要綱を制定・実施し、韓半島各地域で官斡旋を通じて人力を募集し、1944年10月頃からは国民徴用令により一般韓国人に対する徴用を実施した。一方、旧日本製鐵を始めとする日本の鉄鋼生産者らを総括指導する日本政府直属機構である鉄鋼統制会が1941年4月26日に設立されたが、鉄鋼統制会では我が国からの労働者を積極補充することに決め、日本政府と協力して労働者を動員し、旧日本製鐵は社長が鉄鋼統制会の会長を兼任する等、鉄鋼統制会で主導的な役割を果たした。

ウ 旧日本製鐵は1943年平壤で大阪製鐵所の工員募集広告を出したが、その広告には大阪製鐵所で2年間訓練を受ければ、技術を習得することができ、訓練終了後に韓半島の製鐵所で技術者として就職できると記載されていた。原告X1、X2は1943年9月頃、上記広告を見て、技術を習得し韓半島に帰って就職できるという点に惹かれて応募した後、平壤で旧日本製鐵の募集担当者と面接をして合格し、上記担当者の引率下に旧日本製鐵の大阪製鐵所に行き、訓練工として労役に従事した。

大阪製鐵所では原告X1、X2は一日8時間の三交代制で働き、月1、2回帰国外川が許され、月に2、3回程度の小遣いの支給されるだけで、旧日本製鐵は賃金全額を支給すれば浪費する憂慮があるという理由を挙げて、原告X1・X2の同意を受けないまま上記原告ら名義の口座に賃金の大部分を一方的に入金し、その貯金通帳と印鑑を寄宿舎の舎監に保管させた。上記原告らは火炉に石炭を入れて碎いて混ぜたり、鉄パイプの中に入って石炭滓を除去するなど火傷の危険があり技術習得とは何の関係もない非

常に過酷な労役に従事したが、提供される食事はその量が非常に少なかった。また警察官が頻繁に立ち寄り、上記原告らに「逃亡してもすぐ捕まえることができる」と言い、寄宿舎にも監視する人がいたので、上記原告らは逃亡する考えをもつことはできなかったが、原告X2は逃げ出したいと言ったことが発覚して寄宿舎舎監から殴打される体罰を受けた。

こうした中、日本は1944年2月頃、訓練工らを強制的に徴用し、原告X1、X2は徴用以後には小遣の支給も全く受けられなかった。大阪製鐵所の工場は1945年3月頃アメリカ合衆国軍の空襲で破壊され、この時訓練工のうち一部が死亡し、原告X1、X2を含む残りの訓練工らは1945年6月頃咸鏡道清津に建設中であった製鐵所に配置され清津に移動した。原告X1・X2は寄宿舎の舎監に賃金が入金されていた貯金通帳と印鑑を渡せと要求したが、舎監は清津に到着した後も上記通帳と印鑑を返してくれず、原告X1、X2は清津で一日12時間工場建設のため土木工事をしたが、賃金を全くもらえなかった。原告X1・X2は1945年8月頃、清津工場がソ連軍の攻撃で破壊されると、ソ連軍を避けてソウルに逃げ、日帝から解放された事実を知ることになった。

エ 原告X3は1941年大田市長の推薦を受けて報国隊に動員され、保寧から旧日本製鐵募集担当官の引率で日本に渡り、旧日本製鐵の釜石製鐵所で労役に従事したが、賃金を貯金してやるという言葉を聞いただけで、賃金を全く受け取ることができなかった。原告X4は1943年1月頃、群山府(現在の群山市)の指示を受けて募集され、旧日本製鐵の引率者にしたがって日本に渡り、旧日本製鐵の八幡製鐵所で労役に従事したが、賃金を全く受け取ることができず、逃走して発覚し、約5日間殴打を受けたこともあった。原告X3、X4は各製鐵所が空襲で破壊され、日本が敗戦し、旧日本製鐵でこれ以上強制労働をさせることができなくなると、1945年8月頃から同年12月頃までにそれぞれ故郷に帰ってきた。

オ 旧日本製鐵は日本の会社経理応急措置法(1946年8月15日法律第7号)、企業再建整備法(1946年10月19日法律第40号)の制定・施行にともない、上記各法で定められた特別経理会社、特別経理株式会社に指定され、

1950年4月1日に解散し、旧日本製鐵の資産出資で八幡製鐵株式会社、富士製鐵株式会社、日鐵汽船株式会社、播磨耐火煉瓦株式会社(上記4社を以下「第二会社」という)が設立された。八幡製鐵株式会社は1970年3月31日に日本製鐵株式会社に商号を変更し、1970年5月29日に富士製鐵株式会社を合併し、現在の被告となった。

会社経理応急措置法は「特別経理会社に該当する場合、その会社は指定時(1946年8月11日午前零時を言う。第1条第1号)に新勘定と旧勘定を設け(第7条第1項)、財産目録上の動産、不動産、債権その他の財産は「会社の目的たる現に行っている事業の継続及び戦後産業の回復振興に必要なもの」に限って指定時に新勘定に所属させ、その他は原則的に指定時に旧勘定に所属させ(第7条第2項)、指定時以後の原因に基いて生じた収入及び支出は新勘定の収入及び支出、指定時以前の原因に基いて生じた収入及び支

出は旧勘定の収入及び支出として経理処理し(第11条第1、2項)、旧債権に対しては弁済などの消滅行為を禁止するが、例外的に弁済を認める場合にも旧勘定として弁済しなければならず、新勘定として弁済する場合は特別管理人の承認など一定の要件を備えた場合に一定の金額の限度においてのみ可能(第14条)」であると規定している。

旧日本製鐵は会社経理応急措置法、企業再建整備法により1946年8月11日午前零時を基準にして新勘定と旧勘定に区分経理し、その後の企業活動は専ら新勘定で行い、事業の継続及び戦後産業の回復振興に必要な既存財産を新勘定に所属させた後、新勘定に所属する財産を第二会社に現物出資したり財産と営業を譲渡して1950年4月1日に第二会社を設立し、その他のその時までに発生した債務を中心にした旧勘定上の債務は旧日本製鐵の解散及び清算手続に委ねた。その結果、旧日本製鐵が保有してきた八幡、輪西、釜石、富士、広畑の各製鉄所資産のうち八幡製鉄所の資産と営業、役員及び従業員は第二会社である八幡製鐵株式会社、その余の4か所の製鉄所の資産と営業、役員及び従業員は他の第二会社である富士製鐵株式会社がそれぞれ承継した。

カ 大韓民国政府と日本国政府は1951年末ころから国交正常化及び戦後補償問題を論議し、ついに1965年6月22日、「国交正常化のための大韓民国と日本国間の基本関係に関する条約」と、その付属協定の一つとして「大韓民国と日本国間の財産及び請求権に関する問題の解決と経済協力に関する協定」(以下「請求権協定」という)が締結されたが、請求権協定は第1条で日本国が大韓民国に10年間にわたって3億ドルを無償で提供し2億ドルの借款を行うこととすると定めるとともに第2条で次のように定めた。

1 両締約国は、両締約国及びその国民(法人を含む。)の財産、権利および利益並びに両締約国及びその国民の間の請求権に関する問題が1951年9月8日にサンフランシスコ市で署名された日本国との平和条約第四条(a)に規定されたものを含めて、完全かつ最終的に解決されたことになることを確認する。

3 2の規定に従うことを条件として、一方の締約国及びその国民の財産、権利および利益であってこの協定の署名の日他方の締約国の管轄の下にあるものに対する措置並びに一方の締約国及びその国民他方の締約国及びその国民に対するすべての請求権であって同日以前に生じた事由に基づくものに関しては、いかなる主張もすることができないものとする。

また、請求権協定に対する合意議事録(I)は、上記第2条に関して次のように定めている。

(a)「財産、権利および利益」とは、法律上の根拠に基づき財産的価値が認められるすべての種類の実体的権利をいうことが了解された。

(b) 同条3により執られる措置は、同条1にいう両国及びその国民の財産、権利および利益並びに両国及びその国民の間の請求権に関する問題の解決のために執られるべきそれぞれの国の国内措置ということに意見の一致をみた。

(c) 同条1にいう完全にかつ最終的に解決されたこととなる両国及びその国民の財産、権

利および利益並びに両国及びその国民の間の請求権に関する問題には、韓日会談で韓国側から提出された「韓国の対日請求要綱」(いわゆる8項目)の範囲に属するすべての請求が含まれており、したがって同対日請求要綱に関しては、いかなる主張もなせないこととなることを確認した。

そして、上記合意議事録に指摘されている対日請求8項目には、被徴用韓国人の未収金、補償金その他請求権の弁済請求、韓国人の日本国または日本人に対する請求が含まれていた。

請求権協定の締結にともない日本は1965年12月17日「財産及び請求権に関する問題の解決と経済協力に関する日本国と大韓民国間の協定第2条の実施にともなう大韓民国等の財産権に対する措置に関する法律」(法律第144号。以下「財産権措置法」という)を制定・施行したが、その内容は「大韓民国又はその国民の日本国またはその国民に対する債権または担保権で協定第2条の財産、利益に該当するものは1965年6月22日に消滅したものとする」というものである。

キ 原告X1、X2は1997年12月24日、日本の大阪地方裁判所に被告と日本国に対して国際法違反及び不法行為等を理由とする損害賠償金と強制労働期間に支給されなかった賃金等の支給を求める訴訟を提起し、2001年3月27日に原告請求棄却判決を宣告され、大阪高等裁判所に控訴したが2002年11月19日に控訴棄却判決を宣告され、2003年10月9日、最高裁判所の上告棄却及び上告不受理決定で上記判決が確定した(このような日本での訴訟を以下「日本訴訟」と言い、その判決を「日本判決」と言う)。一方、原告らは原告X1、X2の日本訴訟が終了した後の2005年2月28日、大韓民国の裁判所であるソウル中央地方法院に被告に対して国際法違反及び不法行為を理由とする損害賠償金の支払いを求めて本訴を提起したが、原告X1、X2は日本訴訟で主張した請求原因と同一の内容を本訴の請求原因とした。

ク 大韓民国政府は原告らが本訴を提起する直前に請求権協定に関する一部文書を公開した後、本訴が提起された後の2005年8月26日、「韓日会談文書公開後統対策関連民官共同委員会」(以下「民官共同委員会」という)を開催して、「請求権協定は日本の植民地支配の賠償を請求するための協商ではなく、サンフランシスコ条約第4条に基いて韓日両国間の財政的・民事的債権・債務関係を解決するためのものであり、日本軍慰安婦問題等日本政府と軍隊等日本の国家権力が関与した反人道的不法行為については請求権協定で解決したとみることはできず、日本政府の法的責任は残っており、サハリンの同胞問題と原爆被害者問題も請求権協定の対象に含まれなかった」という趣旨の公式意見を表明した。

2 国際裁判管轄の存否に関する判断

国際裁判管轄を決定するにあたっては、当事者間の公平、裁判の適正、迅速及び経済を期するという基本理念に従うべきであり、具体的には訴訟当事者らの公平、便宜とし

て予測可能性のような個人的な利益のみならず、裁判の適正、迅速、効率及び判決の実効性等のような裁判所ないし国家の利益も共に考慮しなければならないが、このような多様な利益中のいかなる利益を保護する必要があるかについては、個別事件において在庭地と当事者との実質的な関連性及び法廷地と紛争になった事案との実質的な関連性を客観的な基準にして合理的に判断しなければならない(大法院2005年1月27日宣告2002タ59788判決など参照)。

原審判決理由及び記録によれば、本件不法行為による損害賠償請求は、旧日本製鐵が日本国と共に原告らを強制労働に従事させる目的で欺罔や強制により動員し、こうして動員された原告らを強制労働に従事させた一連の行為が不法行為であり、被告は旧日本製鐵の原告らに対する法的責任をそのまま負担すると主張するものであるところ、大韓民国は日本国とともに上記のような一連の不法行為中の一部が行われた不法行為地である点、被害者である原告らが全て大韓民国に居住しており、事案の内容が大韓民国の歴史及び政治的変動状況などと密接な関係がある点等を認めることができる。

先にみた法理に上記の事情を照らして検討すると、大韓民国は本件当事者及び紛争にわたった事案と実質的な関連性があると言うことができ、従って大韓民国の裁判所は本件に対し国際裁判管轄権を有する。

3 原告 X1、X2 の上告理由に対する判断

民事訴訟法第 217 条第 3 号は外国裁判所の確定判決の効力を認定することが大韓民国の善良な風俗やその他の社会秩序に反してはならないということを外国判決承認要件のひとつとして規定しているが、ここで外国判決の効力を認定すること、すなわち外国判決を承認した結果が大韓民国の善良な風俗やその他の社会秩序に反するか否かは、その承認の可否を判断する時点で外国判決の承認が我が国の国内法秩序が保護しようとする基本的な道徳的信念と社会秩序に及ぼす影響を、外国判決が扱った事案と我が国の関連性の程度に照らして判断すべきであり、このとき当該外国判決の主義のみならず理由及び外国判決を承認する場合に発生する結果まで総合して検討しなければならない。

原審が適法に採択した証拠によれば、日本判決は原告 X1、X2 が主張する請求権発生当時の上記原告らを日本人とみなし、上記原告らが居住していた韓半島を日本領土の構成部分とみることによって上記原告らの請求に適用される韓民法を外国的要素を考慮した国際私法的観点から決定せずに初めから日本法を適用したが、日本の韓国併合の経緯に因し、「朝鮮は 1910 年韓日合併条約が締結された後、日本国の統治下にあった」と前提し、上記原告らに対する慣用の経緯について「当時の日本国政府、朝鮮總督府等が戦時下の労働動員のための積極的な政策を遂行していたことが認められるとしても」上記原告らは全て労働者募集当時の説明に及びその意思により応募したことにより日本製鐵所で労働するにいたったものであり、彼らの意思に反して強制連行したものではない」として、「上記原告らが応募した 1943 年 9 月頃にはすでに『朝鮮人内地移住施設要綱』に

より事業主の補導員が地方行政機関、警察、そして朝鮮労働協会等の連携した協力を受けて短期間に目的の人員数を確保し、確保された朝鮮人労働者は事業主の補導員によって引率され日本の事業所に連行される『官斡旋方式』により徴用が実施されたが、これは日本国政府が厚生省と朝鮮總督府の統制下に朝鮮人労働力を重要企業に導入し生産機構に編入しようという計画下に進行了たものであり、実質的な強制連行や強制徴用であった」という上記原告らの主張を受け入れなかった事実、また日本判決は旧日本製鐵が事前の説明と異なり上記原告らを大阪製鐵所で自由が制約された状態で違法に強制労働に従事させた点、実質的な雇用主として上記原告らに対し一部の賃金を支給せず、安全配慮義務を尽くさなかった点など、上記原告らの請求原因に関する一節主張を認めたにもかかわらず、旧日本製鐵の上記原告らに対する債務は旧日本製鐵と別個の法人格を有している被告に承継されなかったと判断するにとどまらず、仮にそうでなくとも 1965 年韓日請求権協定と日本の財産権措置法により消滅したという理由で結局上記原告らの被告に対する請求を棄却した事実等を認めることができる。

このように日本判決の理由には日本の韓半島と韓国人に対する植民支配が合法であるという規範的認識を前提とし、日帝の国家総動員法と国民徴用令を上記原告らに適用することが有効であると評価した部分が含まれている。

しかし、大韓民国制憲法はその前文で「悠久の歴史と伝統に輝く我々大韓国民は己未三一運動により大韓民国を建立し、世の中に宣布した偉大な独立精神を継承し、いま民主独立国家を再建するにおいて」と述べ、附則第 100 条では「現行法令はこの憲法に抵触しない限り効力を有する」と規定し、附則第 101 条は「この憲法を制定した国会は憲法 4278 年 8 月 15 日以前の悪質な反民族行為を処罰する特別法を制定することができると規定した。また現行憲法もその前文で「悠久の歴史と伝統に輝くわが大韓国民は 3・1 運動により建立された大韓民国臨時政府の法統と不義に抗拒した 4・19 民主理念を継承し」と規定している。このような大韓民国憲法の法統と不義に抗拒してみると、日帝強占期の日本の韓半島支配は規範的観点から不法な強占に過ぎず、日本の不法な支配による法律関係のうち、大韓民国の憲法精神と両立しえないものはその効力が排斥されると解さなければならない。そうであれば、日本判決の理由は日帝強占期の強制動員自体を不法であると解している大韓民国憲法の核心的価値と正面から衝突するものであり、このような判決理由が含まれる日本判決をそのまま承認する結果はそれ自体として大韓民国の善良な風俗やその他の社会秩序に違反するものであることは明らかである。したがってわが国で日本判決を承認し、その効力を認定することはできない。

然るに原審はこれと異なり、日本判決の効力を大韓民国の裁判所が承認する結果が大韓民国の善良な風俗やその他の社会秩序に反するとはいえないから承認された日本判決の裁判力により上記原告らの請求について日本判決と矛盾する判断をすることができないという理由で上記原告らの請求を直ちに棄却し、大韓民国裁判所の独自の観点から上記原告らの請求を直接判断しなかった。このような原審判決には外国判決の承認に関する法

損害を賠償し判決結果に影響を及ぼした違法がある。この点を指摘する上記原告らのこの部分の上告理由の主張は理由がある。

4 原告 X3、X4 の上告理由に対する判断

ア 旧日本製鐵と被告の法的同一性の有無

原告は旧日本製鐵が日本国と共に組織的な欺罔により原告 X3、X4 を動員し強制労働に従事させる不法行為を行ったと判断しながら、旧日本製鐵と被告の法人格が同一であるや旧日本製鐵の上記原告らに対する債務を被告が承継した事を認めることはできないという理由で上記原告らの請求を棄却した。

しかし、原告のこのような判断は次のような理由により、そのまま首肯することはできない。

旧日本製鐵の解散及び分割に伴い法人格が消滅したか否か、第二会社及び被告が旧日本製鐵の債務を継承するか否かを判断する基準になる準拠法は、法廷地である大韓民国において外国的要素がある法律関係に適用される準拠法の決定に関する規範以下、「抵触規範」という)によって決定されねばならないが、その法律関係が発生した時点は、旧涉外私法(1962 年 1 月 15 日法律第 998 号として制定されたもの)が施行された 1962 年 1 月 15 日以前からそれ以後にわたっている。そのうち 1962 年 1 月 15 日以前に発生した法律関係に適用される大韓民国の抵触規範は 1912 年 3 月 28 日から日王の勅令第 21 号により我が国に採用されて来た後、軍政法令第 21 号を経て大韓民国制憲憲法付則第 100 条により「現行法令」として大韓民国の法秩序に導入された日本の「法例」(1898 年 6 月 21 日法律第 10 号)である。上記「法例」は旧日本製鐵と第二会社及び被告の法的同一性の有無を判断する法人の風入法について明文の規定を置いてはいなかったが、法人の設立準拠地法や本拠地法によりこれを判断すると解釈されていたところ、旧日本製鐵と第二会社及び被告の設立準拠地と本拠地はすべて日本なので、旧日本製鐵の解散及び分割による法人格の消滅いかん、債務承継の有無を判断する準拠法はひとまず日本法となるであろうが、これに会社経理緊急措置法と企業再建整備法が含まれるのは当然である。しかし、方で、上記「法例」第 30 条は「外国法による場合にその規定が公共の秩序または善良な風俗に反する時にはこれを適用しない」と規定していたので、大韓民国の抵触規範にしたがって準拠法に指定された日本法を適用した結果が大韓民国の公序良俗に違反する場合には日本法の適用を排除して法廷地である大韓民国の法律を適用しなければならぬ。また 1962 年 1 月 15 日以後に発生した法律関係に適用される旧涉外私法においてもこのような法理と同様である。

本件で外国法である日本法を適用することになれば、上記原告らは旧日本製鐵に対する債権を被告に対して主張できなくなるが、上記 1、オで見たように旧日本製鐵が被告に変更される過程で被告が旧日本製鐵の営業財産、役員、従業員を実質的に承継し、会社の人的、物的構成には基本的な変化がなかったにもかかわらず、戦後処理及び賠

償債務解決のための日本国内の特別な目的の下に制定された技術的立法に過ぎない会社経理緊急措置法と企業再建整備法等の日本の国内法を理由に旧日本製鐵の大韓民国国民に対する債務が免脱される結果になることは、大韓民国の公序良俗に照らして容認することはできない。

日本法の適用を排除して当時の大韓民国の法律を適用してみると、旧日本製鐵が上記 1、オでみたように責任財産になる資産と営業、人力を第二会社に移転して同一の事業を継続した点等に照らして旧日本製鐵と被告はその実質において同一性をそのまま維持しているものと見るのが相当であり、法的には同一の会社と評価するに充分であり、日本国の法律が定めるところによって旧日本製鐵が解散し第二会社が設立された後、吸収合併の過程を経て被告に変更される等の手続きを経たからといって、これと異なる評価をすることはできない。

したがって上記原告らは旧日本製鐵に対する請求権を被告に対しても行使できる。

結局原告のこの部分の判断は抵触規範に於ける公序規定に関する法理を誤解し判決結果に影響を及ぼす違法を犯したものである。この点を指摘する上記原告らのこの部分の上告理由の主張は理由がある。

イ 請求権協定による上記原告らの請求権の消滅の当否

① 原告は上記の判断に付加して、上記原告らの国内法上の不法行為による損害賠償請求権は時効の完成によって全て消滅したとの趣旨の判示を行い、これに対し上記原告らは原告が消滅時刻に関する法理を誤解したとの趣旨の上告理由を主張している。このような上告理由を判断するにおいてはその先決問題として請求権協定により上記原告らの請求権が消滅したか否かに対する判断をまず行わなければならない。

② 請求権協定は日本の植民支配賠償を請求するためのものではなく、サンフランシスコ条約第 4 条に基づき韓日両国間の財政的・民事的債権債務関係を政治的合意により解決するためのものであり、請求権協定第 1 条により日本政府が大韓民国政府に支給した経済協力資金は第 2 条による権利問題の解決と法的対価関係があるとはみられない点、請求権協定の交渉過程で日本政府は植民支配の不法性を認めないまま、強制動員被害者の法的賠償を根本的に否定し、このため韓日両国政府は日帝の韓半島支配の性格について合意に至ることができなかったが、このような状況で日本の国家権力が関与した反人道的不法行為や植民支配と直結した不法行為による損害賠償請求権が請求権協定の適用対象に含まれていたと解することは困難である点などに照らしてみると、上記原告らの損害賠償請求権については、請求権協定で個人請求権が消滅しなかったのはもちろん、大韓民国の外交的保護権も放棄しなかったと解するのが相当である。

その上、国家が条約を締結して外交的保護権を放棄するにとどまらず、国家とは別個の法人格を有する国民個人の同意なく国民の個人請求権を直接的に消滅させることができるかと解するのは近代法の原理と相いれない点、国家が条約を通して国民の

個人請求権を消滅させることが国際法上許容されずとも国家と国民個人が別個の法的主体であることを考慮すれば条約に明瞭な根拠がない限り条約締結で国家の外交的保護権以外に国民の個人請求権まで消滅したと解することはできないが、請求権協定では個人請求権の消滅に関して韓日両国政府の意思の合致があったと解するだけの充分な根拠がない点、日本が請求権協定直後日本国内で大韓民国国民の日本国及びその国民に対する権利を消滅させる内容の財産権措置法を制定・施行した措置は請求権協定だけでは大韓民国国民個人の請求権が請求権協定の適用対象に初めて理解できる点等を考慮すれば、上記原告らの請求権が請求権協定の適用対象に含まれていたとしても、その個人請求権自体は請求権協定のみによって当然に消滅したと解することはできず、ただ請求権協定によりその請求権に関する大韓民国の外交的保護権が放棄されたことにより、日本の国内措置で当該請求権が日本国内で消滅したとしても大韓民国がこれを外交的に保護する手段を喪失することになるだけである。

㉑) したがって、上記原告らの被告に対する請求権は請求権協定により消滅しなかったものであり、上記原告らは被告に対してこのような請求権を行使することができる。

ウ 被告の消滅時効の完成の抗弁の可否

(1) 弾劾法

原告らの請求権が発生した時点で適用される大韓民国の弾劾規範に該当する上記「法例」によれば、不法行為に因る損害賠償請求権の成立と効力は不法行為の発生地の法律によることになるが(第11条)、本件の不法行為地は大韓民国と日本にわたっているので、不法行為による損害賠償請求権に関して判断する準拠法は大韓民国法若しくは日本法になるであろうが、既に共同原告 X1、X2 が日本法が適用された日本訴訟で敗訴した点に照らして、原告 X3、X4 は自己により有利な準拠法として大韓民国法を選択しようという意思を持っていると推認されるので、大韓民国の裁判所は大韓民国法を準拠法にして判断すべきである。さらに刑定民法が施行された1960年1月1日以前に発生した事件が不法行為に該当するか否か、その損害賠償請求権が時効で消滅したか否かの判断に適用される大韓民国法は制定民法附則第2条本文に従い、「旧民法(旧民法)」ではなく「現行民法」である。

㉒) 消滅時効完成の抗弁の成否

消滅時効は客観的に権利が発生してその権利を行使できる時から進行しその権利を行使できない間は進行しないが、ここで「権利を行使できない」場合というのは、その権利行使に法律上の障害事由、例えば期間の未到来や条件不成就等がある場合をいうのであり、事実上権利の存在や権利行使の可能性を知ることができず、知ることができなかったことに過失がないとしても、このような事由は法律上の障害事由に該当しない(大法院2006年4月27日宣告、2006タ1381判決等参照)。

一方、債務者の消滅時効による抗弁権の行使も民法の大原則である信義誠実の原則と

権利濫用禁止の原則の支配を受けるものであり、債務者が時効完成前に債権者の権利行使や時効中断を不可能または著しく困難にさせたり、そのような措置が不要だと信じさせるような行動をしたり、客観的に債権者が権利を行使することができない障害事由があったり、またはいったん時効が完成した後には債務者が時効を援出しないような態度をとり権利者をそのようなように信ぜさせたり、債権者保護の必要性が大きく、同じ条件の他の債権者が債務の弁済を受領するなどの事情があり債務履行の拒絶を認めるのが著しく不当であるとか不公平である等の特別な事情がある場合には、債務者が消滅時効の完成を主張することは信義誠実の原則に反し権利濫用として許容されない(大法院2011年6月30日宣告2009タ72599決定等参照)。

原審判決の理由と原審が適法に採択した証拠によれば、旧日本製鐵の不法行為の後1965年6月22日に韓日間の国交が樹立されるまでは日本国と大韓民国間の国交が断絶しており、したがって、原告らが被告に対して大韓民国で判決を受けたとしてもこれを執行することができなかった事実、1965年韓日間の国交が正常化したのが、韓日請求権協定関連文書がすべて公開されない状況の中で、請求権協定第2条及びその合意議事録の規定と関連し請求権協定により大韓民国国民の日本国または日本国民に対する個人請求権が包括的に解決されたものであるという見解が大韓民国内で一般的に受け入れられてきた事実、日本で請求権協定の後続措置として財産権措置法を制定し原告らの請求権を日本の国内的に消滅させる措置をとり、共同原告である原告 X1、X2 が提起した日本訴訟で請求権協定と財産権措置法が原告らの請求を棄却する付加的な根拠として明かされたという事実、一方で原告らの個人請求権、その中でも特に日本の国家権力が関与した反人道的不法行為や植民支配と直結した不法行為による損害賠償請求権は請求権協定で消滅しなかったという見解が、原告 X1、X2 が強制動員被害者らが日本で訴訟を提起した1990年代後半以後になって徐々に浮き彫りになり、ついに2005年1月に韓四で韓日請求権協定関連文書が公開された後、2005年8月26日に日本の国家権力が関与した反人道的不法行為や植民支配と直結した不法行為による損害賠償請求権は請求権協定により解決されたものと解することはできないという民営共同委員会の公式見解が示された事実等を認めることができる。

これに、前記のように旧日本製鐵と被告の同一性の有無についても疑問を持たざるを得なくするような日本での法的措置があった点も勘案すると、少なくとも原告らが本訴を提起する時点である2000年5月1日までは原告らが大韓民国で客観的に権利を事実上行使できない障害事由があったとみるのが相当である。

このような点を前記の法理に照らししてみると、旧日本製鐵と実質的に同一の法的地位にある被告が消滅時効の完成を主張し原告らに対する不法行為による損害賠償債務または資金支給債務の履行を拒絶することは著しく不当であり、信義誠実の原則に反する権利濫用であって、許容することができない。

然るに原審がその判示のような事情のみによって被告が消滅時効の完成を主張するこ

とが信義則違反による権利濫用に該当しないと判断したのは、消滅時効主張の信義則による期限の法理を誤解して判決結果に影響を及ぼす違法をおかしたものである。この点を指摘する上記原告らのこの部分の上告理由の主張にもまた理由がある。

5 結論

したがって、原審判決を破棄し(原告らは各国国際法違反と国内法違反を本件損害賠償請求の原因として主張したところ、原審はこれを別個の訴訟物と解するがことと判示をしたが、これは別個の訴訟物というより不法行為による損害賠償請求における攻撃方法を異にしたものに過ぎないと解するのが相当であるので、原審判決全部を破棄する)、事件を再度審理・判断するために原審裁判所に差し戻すことにして、関与大法官の一致した意見により主文のとおり判決する。

憲法裁判所決定(日本軍慰安婦)

仮訳

2011 年 8 月 30 日 宣告

大韓民国と日本国間の財産及び請求権に関する問題の解決と経済協力に関する協定第 3 条
不作為違憲確認

請求人 日本軍慰安婦被害者 64 名

被請求人 大韓民国外交通商部長官

主文

請求人らが日本国に対して有する日本軍慰安婦としての賠償請求権が「大韓民国と日本国間の財産及び請求権に関する問題の解決と経済協力に関する協定」第 2 条第 1 項により消滅したか否かに関する韓日両国間の解釈上の紛争を、上記協定第 3 条が定める手続に従い解決せずにいる被請求人の不作為は違憲であることを確認する。

理由

1 事件の概要及び審判対象

ア 事件の概要

- ① 請求人らは日帝により強制動員され性的虐待を受け慰安婦としての生活を強要された「日本軍慰安婦被害者」らである。被請求人は外交、外国との通商交渉及びそれに関する総括・調整、国際関係業務に関する調整、条約その他国際協定、在外国民の保護・支援、在外同胞政策の樹立、並びに国際情勢の調査・分析に関する事務を管掌する国家機関である。
- ② 大韓民国は 1965 年 6 月 22 日、日本国との間に「大韓民国と日本国間の財産及び請求権に関する問題の解決と経済協力に関する協定」(条約第 172 号、以下「本件協定」という)を締結した。
- ③ 請求人らは、請求人らが日本国に対して有する日本軍慰安婦としての賠償請求権が本件協定第 2 条第 1 項により消滅したか否かについて、日本国は上記請求権が上記規定によりすべて消滅したと主張して請求人らに対する賠償を拒否しており、大韓民国政府は請求人らの上記請求権は本件協定により解決したものではないという立場であり、韓日両国間にこれに関する解釈上の紛争が存在するのであるから、被請求人としては本件協定第 3 条が定める手続により上記の解釈上の紛争を解決するための措置をとる義務があるが、これを全く履行していないと主張し、2006 年 7 月 5 日、このような被請求人の不作為が請求人らの基本的人権を侵害し違憲であるとの確認を求める本件憲法訴訟審判を請求した。

イ 審判の対象

本件の審判対象は、請求人らが日本国に対して有する日本軍慰安婦としての賠償請求権が「大韓民国と日本国間の財産及び請求権に関する問題の解決と経済協力に関する協定」第 2 条第 1 項により消滅したか否かについての韓日両国間の解釈上の紛争を、上記協定第 3 条に定める手続によって解決せずにいる被請求人の不作為が請求人らの基本的人権を侵害するか否かである。

これに関連する上記協定の内容は次のとおりである。

〔関連規定〕

○大韓民国と日本国間の財産及び請求権に関する問題の解決と経済協力に関する協定(条約 172 号、1965 年 6 月 22 日締結、1965 年 12 月 18 日発効)

大韓民国と日本国は 両国及びその国民の財産並びに両国及びその国民の間の請求権に関する問題を解決することを希望し、両国間の経済協力を増進することを希望して、次のとおり合意した。

第 1 条

1 日本国は、大韓民国に対し、

- a) 現在において 1 千 80 億日本円(108,000,000,000 円)に換算される 3 億アメリカ合衆国ドル(300,000,000 ドル)と同等の日本円の価値を有する日本国の生産物及び日本人の労務を、この協定の効力発生の日から 10 年の期間にわたって無償で提供する。各年における生産物及び労務の供与は、現在において 108 億日本円(10,800,000,000 円)に換算される 3 千万アメリカ合衆国ドル(30,000,000 ドル)と同等の日本円の額を限度とし、各年における提供がこの額に達しなかったときは、その残額は、次年以降の提供額に加算される。ただし、各年の提供の限度額は、両締約国政府の合意により増額されることができる。
- b) 現在において 7 百 20 億円(72,000,000,000 円)に換算される 2 億合衆国ドル(20,000,000,000 ドル)に等しい円の額に達するまでの長期低利の貸付けで、大韓民国政府が要請し、かつ、3 の規定に基づいて締結される取極に従って決定される事業の実施に必要な日本国の生産物及び日本人の労務の大韓民国による調達に充てられるものをこの協定の効力発生の日から十年の期間にわたって行なうものとする。この貸付けは、日本国の海外経済協力基金により行なわれるものとし、日本国政府は、同基金がこの貸付けを各年において均等に行ないうるために必要とする資金を確保することができるように、必要な措置を執るものとする。

前記の供与及び貸付けは、大韓民国の経済の発展に役立つものでなければならぬ。

2 両締約国政府は、この条の規定の実施に関する事項について勧告を行なう権限を有する両政府間の協議機関として、両政府の代表者で構成される合同委員会を設置する。

3 両締約国政府は、この条の規定の実施のため、必要な取極を締結するものとする、

第2条

1 両締約国は、両締約国及びその国民(法人を含む。)の財産、権利及び利益並びに両締約国及びその国民の間の請求権に関する問題が、1951年9月8日にサンフランシスコ市で署名された日本国との平和条約第4条(a)に規定されたものを含めて、完全かつ最終的に解決されたこととなることを確認する。

2 この条の規定は、次のもの(この協定の署名の日までにそれぞれの締約国が執った特別の措置の対象となったものを除く。)に影響を及ぼすものではない。

(a) 一方の締約国の国民で1947年8月15日からこの協定の署名の日までの間に他方の締約国に居住したことがあるものの財産、権利及び利益

(b) 一方の締約国及びその国民の財産、権利及び利益であって1945年8月15日以後における通常の接触の過程において取得され又は他方の締約国の管轄の下に入つたもの

3 2項の規定に従うことを条件として、一方の締約国及びその国民の財産、権利及び利益であってこの協定の署名の日に他方の締約国の管轄の下にあるものに対する措置並びに一方の締約国及びその国民の他方の締約国及びその国民に対するすべての請求権であって同日以前に生じた事実に基づくものに関しては、いかなる主張もすることができないものとする。

第3条

1 この協定の解釈及び実施に関する両締約国の紛争は、まず、外交上の経路を通じて解決するものとする。

2 1項の規定により解決することができなかった紛争は、いずれか一方の締約国の政府が他方の締約国の政府から紛争の仲裁を要請する公文を受領した日から30日の期間内に各締約国政府が任命する各1人の仲裁委員と、こうして選定された2人の仲裁委員が当該期間の後の30日の期間内に合意する第3の仲裁委員又は当該期間内にその2人の仲裁委員が合意する第3国の政府が指名する第3の仲裁委員との3人の仲裁委員からなる仲裁委員会に決定のため付託するものとする。ただし、第3の仲裁委員は、両締約国のうちいずれかの国民であってはならない。

3 いずれか一方の締約国の政府が当該期間内に仲裁委員を任命しなかったとき、又は第3の仲裁委員若しくは第3国について当該期間内に合意されなかったときは、仲裁委員会は、両締約国政府のそれぞれが30日の期間内に選定する国の政府が指名する各1人の仲裁委員とそれらの政府が協議により決定する第3国の政府が指名する第3の仲裁委員をもつて構成されるものとする。

4 両締約国政府は、この条の規定に基づく仲裁委員会の決定に服するものとする。

第4条

この協定は、批准されなければならない。批准書は、できる限りすみやかにソウルで交換されるものとする。この協定は、批准書の交換の日に効力を生ずる。

2 当事者らの主張

ア 請求人らの主張要旨

(1) 日本国が請求人らを性奴隷にして加えた人権蹂躞行為は「醜業を行う為の婦女子売買禁止に関する条約」「強制労働禁止協約(国際労働機構ILO)第29号条約)」などの国際条約に违背するものであり、本件協定に包含されるものではない。本件協定により妥結したのはわが政府の国民に対する外交的保護権のみであり、わが国民の日本国に対する個人的損害賠償請求権は放棄されていない。

ところで、日本国は本件協定第2条第1項により日本国に対する損害賠償請求権が消滅したと主張して請求人らに対する法的な損害賠償責任を否定しているが、これに反してわが政府は2005年8月26日、日本軍慰安婦問題に関し、日本国の法的責任が本件協定第2条第1項により消滅せずそのまま残っているという事実を認定し、韓日両国間にこの問題に関する解釈上の紛争が存在する。

(2) 本件協定第3条は、協定の解釈及び実施に関する韓日両国間の紛争がある場合には外交上の経路や仲裁手続による解決方法を規定し、締約国に上記協定の解釈に関する紛争解決義務を負担させており、わが政府には上記のような本件協定の解釈に関する紛争の解決のための作為義務があると解すべきである。

(3) また、わが政府としては、大韓民国臨時政府の法統を継承することを明示している憲法前文、人間の尊厳と価値及び国家の基本的人権保障義務を宣言している憲法第10条、財産権の保障に関する憲法第23条、並びに本件協定の締結当事者として行政上保護の原則に立脚した作為義務があり、憲法第37条第1項所定の列挙されない基本的人権である外交的保護権に対応した外交的保護義務がある。

(4) しかるに、わが政府は請求人らの基本的人権を実効的に保障し得る外交的保護措置又は紛争解決手段の選択等の具体的な措置をとっていないが、かかる行政権力の不作為は上記の憲法規定等に违背するものである。

イ 被請求人の意見要旨

(1) 行政権力の不作為に対する憲法訴願は、公権力の主体に憲法に由来する作為義務が特別に具体的に規定され、これに依拠して基本的人権の主体が行政行為を請求できるにもかかわらず公権力の主体がその義務を懈怠する場合に許容されるものであるが、請求人らは被請求人の不作為により侵害された自身らの基本的人権が何であるかを摘示していない。請求人らに対する不法行為とその責任の主体は日本政府であってわが政府ではなく、政府の外交行為は広範な裁量が許容されるので、本件協定による紛争解決のための国家の具体的作為義務を認定することができない。

また、わが政府は請求人らの福祉のため力の及ぶ限り努力し、国際社会でこの問

題を持続的に提起しており、本件協定第3条第1項による作為義務の不履行があるということとはできない。

② 請求人らが主張する外交的保護権は、国際法上他国の不法行為により自国民が被った被害について、その国民のために国家が自身の固有の権限として行う外交的行為又はその他の平和的解決方式をいうものであり、その帰属主体は「国家」のみであり「個人」が自国政府に対して主張することができる権利ではなく、憲法上の基本的人権ということとはできない。

その上、このような外交的保護権の行使の是非及び行使方法については国家の広範な裁量権が認められ、本件協定第3条の解釈上においても一方締約国が協定の解釈と実施に関する紛争を必ず仲裁委員会に付託すべき義務を負担するものではなく、本件協定による紛争解決手段の選択は国家が国益を考慮して外交的に判断する問題であり、具体的な外交的措置をとるべき法的義務があるとはいえない。

3 本件の背景

本件について判断するための前提として、本件の背景及び全体的経緯をまず俯瞰することにする。

ア 本件協定の締結経緯及びその後の補償処理過程

(1) 解放後韓国に進駐したアメリカ軍政当局は、1945年12月6日に公布した軍政法令第33号により在韓口日本財産をその国有・私有を問わずアメリカ軍政庁に帰属させ、これらの旧日本財産は大韓民国樹立後の1948年9月20日に発効した「韓米間の財政及び財産協定」により韓国政府に移譲された。

(2) 一方1951年9月8日、サンフランシスコで締結された連合国と日本国との平和条約では、韓国に日本に対して賠償を請求できる権利は認定されず、ただ、上記条約第4条a項に、日本の統治から離脱した地域の施政当局及び住民と日本及び日本国民間の財産上の債権・債務関係は、これらの当局と日本間の特別約定により処理されること、第4条b項に日本は前記地域でアメリカ軍政当局が日本及び日本人の財産を処分したことを有効であると認めることを各々規定した。

(3) 上記条約第4条a項の趣旨に従い、大韓民国及び大韓民国国民と日本国及び日本国民間の財産上の債権・債務関係を解決するため、1951年10月21日の予備会談に続き、1952年2月15日に第1次韓日会談本会議が開かれてわが国と日本の国交正常化のための会談が本格的に開始され、その後7回の本会議とこれに伴う数十回の予備会談、政治会談及び各分科委員会別会議等を経て、1965年6月22日、本件協定と、漁業に関する協定、在日韓胞の法的地位及び待遇に関する協定、文化財及び文化協力に関する協定等4つの付属協定が締結されるに至った。

(4) 被請求人が提出した「請求権関係解説資料」によれば、第1次韓日会談時(1952年2月15日～25日)、わが政府は「韓日間財産及び請求権協定要項8ケ項(以下「8項

日」という))を提示したが、これは、1.韓国から搬出された古書籍、美術品、骨董品その他国宝、地図原版及び地金、地銀を返還すること、2.1945年8月9日現在の日本政府の対朝鮮総府債務を弁済すること、3.1945年8月9日以降韓国から振替又は送金された金額を返還すること、4.1945年8月9日現在韓国に本社又は主事務所がある法人の在日財産を返還すること、5.韓国法人又は自然人の日本及び日本国民に対する日本国債、公債、日本銀行券、被徴用韓国人の未収金、その他韓国人の請求権を弁済すること、6.韓国法人又は韓国自然人所有の日本法人株式又はその他証券を法的に認めること、7.前記財産又は請求権から発生した果実を返還すること、8.前記返還及び決済は協定成立後直ちに開始し、遅くとも6ヶ月以内に終了すること、の8項目である。

(5) しかし第1次会談は上記8項目の請求権主張に対応した日本側の対韓日本人財産請求権の主張により決裂し、以後独島問題及び平和線問題(※添注 日本という「李承晩ライン」問題)に対する見解の相違、「日本による36年間の韓国統治は韓国に有益なものであった」という日本側首席代表久保田実言及び両国の政治的状況等により第4次韓日会談までは請求権問題に関する実質的論議が行われなかった。

(6) その後8項目に対する実質的討議が行われたのは第5次韓日会談(1960年10月25日～1961年5月15日)であったが、8項目各項に対する日本側の立場の概要は、第1項に関しては、地金及び地銀は合法的な手続によって搬出したものであり返還の法的根拠がない、第2、3、4、項に関しては、韓国が所有権を主張できるのはアメリカ軍政法令第33号が公布された1945年12月6日以降のものに限られる、第5項に関しては、韓国側が個人の被害者に対する補償問題を持ち出すことに強く反発し、韓国側に徹底した根拠の提示を要求、即ち具体的な徴川・徴兵の人数や証拠資料を要求するものであった。このように第5次会談の請求権委員会では1961年5月16日軍事政変により会談が中断されるまで8項目の第1項から第5項までの討議が進行了が、根本的な認識の差異を確認したのみで、実質的な歩み寄りには失敗した。

(7) このため1961年10月20日の第6次韓日会談の再開後は、請求権に関する細部の論議は時間を空費するばかりで解決が遙遠となるとの判断の下に、政治的側面の歩み寄りが模索された、1961年11月22日の朴正熙・池田会談以後、1962年3月の外相会談では韓国側の支払要求額と日本側の支払準備額を非公式的に提示することとなり、その結果韓国側の純弁済7億ドルに対し日本側の純弁済7万4千ドル及び借款2億ドルという差異が確認された。

(8) このような状況で、日本側は当初から請求権に対する純弁済とすると法律関係と事実関係を厳格に解明する必要があるだけでなく、38度線以南に局限しなければならず、金額が減少して韓国側が受諾できなくなるため、有償と無償の経済協力の形式をとって金額を相当程度増額し、その代わりに請求権を放棄することを提案した。これに対して韓国側は請求権に対する純弁済として受領すべきであるという立場で

はあるが、問題を大局的見地から解決するため、請求権解決の枠内で純弁済と無償としての支払の2名目で解決することを最初に主張し、その後さらに譲歩して請求権解決の枠内で純弁済及び無償としての支払の2名目とした上でその金額を各々区分表示せず総額だけを表示する方法で解決することを提議した。

⑨ この後、金鍾泌当時中央情報部長は日本で池田日本首相と1回、大平日本外相と前後2回にわたり会談し、大平外相との1962年11月12日の第2次会談時に請求権問題の金額、支払細目及び条件等に関して両国政府に建議する妥結案について原則的に合意し、具体的調整過程を経て、第7次韓日会談が進行中の1965年4月3日、当時外務部長官であった李東元と日本の外務大臣であった椎名の間に「韓日間の請求権問題解決及び経済協力に関する合意」が成立し、1965年6月22日、名目を区分表示せず日本が大韓民国に一定金額を無償及び借貸として支払い、両締約国及びその国民(法人を含む)の財産、権利及び利益と両締約国及びその国民間の請求権に関する問題を完全かつ最終的に解決することを内容とする本件協定が締結された。

⑩ その後わが政府は1966年2月19日、「請求権資金の運用及び管理に関する法律」(1982年12月31日法律第3613号で廃止)を制定し、無償資金中の民間補償の法律的根拠を整備し、その後1971年1月19日「対日民間請求権申告に関する法律」(1982年12月31日法律第3614号で廃止)を制定し補償申請を受付けたが、その対象は日帝により強制的に徴用徴兵された者のうちの死亡者と、上記会談の過程で対日民間請求権者として議論され、周知されていた民事債権又は銀行預金債権等を有する民事請求権保有者に限定され、その後1974年12月21日、「対日民間請求権補償に関する法律」(1982年12月31日法律第3614号で廃止)を制定し、1975年7月1日から1977年6月30日まで合計91億8769万3千ウォンを支給した。

⑪ 日本軍慰安婦問題は本件協定締結のための韓日国交正常化会談が進行する間、全く論議されず、8項目請求権にも含まれず、本件協定締結後の立法措置による補償対象にも含まれなかった。

イ 日本軍慰安婦問題の提起と進行

① 1990年11月16日韓国挺身隊問題対策協議会の発足と1991年8月日本軍慰安婦被害者である金学順(1997年12月死亡)の公開記者会見を通じて日本軍慰安婦被害者問題が本格的に提起された。

② 日本政府はこれに関する責任を完全に否定し、軍慰安婦を民間接客業者が軍の後に連れて来いた「売春婦」であると認識していることを示唆する発言をしていたが、当時中央大学教授であった吉見義明が1992年1月日本防衛庁防衛研究所図書館で日本軍が軍慰安婦招集に直接関与した関係公文書6点を探し出すと、その立場を大幅に修正せざるを得なくなった。

③ 被害者の出現と関連資料の発掘及び内外の世論に押され、真相調査に着手した日本政府は1992年7月、慰安婦問題に対する政府の関与は認定したものの、強制連行を

立証する資料はないという一調査結果を公表したが、1993年8月4日第2次政府調査結果とともに日本軍及び官憲の関与と招集・使役での強制を認め、問題の本質が重大な人権侵害であったことを承認し謝罪する内容の河野官房長官の談話を発表した。

④ 慰安所は1932年上海事変時に旧日本軍兵士による強姦事件が多発し、現地人たちの反発と性病等の問題が続いたことから、その防止策として日本海軍が設置したのが始まりであった。日本軍は1937年7月からの中日戦争で兵力を中国に多数送出すると、占領地に軍慰安所を設置したが、1937年12月、南京人屠殺以後その数を増加させた。これには軍人たちに「精神的慰安」を提供することによって、いつ終わるとも知れない戦争から離脱しようという軍人たちの士気を落ち着かせ不満を融和させ、特に日本語を使えない植民地女性たちを「慰安婦」として「雇用」することによって軍の機密が漏れ出る可能性を減少させようという意図も含まれていた。

1941年からのアジア太平洋戦争中、日本軍は東南アジア、太平洋地域の占領地域にも軍慰安所を設置した。公文書により確認された軍慰安所設置地域は朝鮮、中国、香港、マカオ、フィリピンなど日本が侵略した地域である。日本軍慰安婦の数は8万から10万あるいは20万程度とまで推定されており、そのうちの80%は朝鮮女性であり、その他の日本軍慰安婦被害者の国籍はフィリピン、中国、台湾、オランダなどである。

⑤ これに対しわが政府は1993年6月11日に「日帝下日本軍慰安婦に対する生活安定支援法(法律第4565号)」を制定し、日本軍慰安婦被害者らに対する生活支援金の支給を開始したが、日本政府は日本軍慰安婦被害者に対する補償は本件協定ですでに全て解決済みであって、新たな法的措置はとり得ないとの立場を固守し、1994年8月31日、軍慰安婦被害者らの名誉と尊厳毀損に対する道義的責任として、人道的見地から個別に慰労金や定着金を支給することができる、政府レベルではなく民間レベルのアジア女性発展基金の助成等を模索するという立場を表明した。

⑥ 韓国、台湾等の日本軍慰安婦被害者らと支援団体らは、アジア女性発展基金の本質が日本政府の責任回避にあると判断し、日本軍慰安婦被害者らを正当な賠償の対象ではなく、人道主義的慈善事業の対象とみる基金に全面的に反対の立場を表明し、わが政府は日本政府に対しアジア女性基金の活動を中断することを要求したが、受け入れられず、「上記基金から金を受け取らないという条件で、政府予算と民間募金額を合わせて上記基金が支給しようとする4300万ウォンを被害者らに一時金として支給した。

⑦ 一方、金学順をはじめとする9名の日本軍慰安婦被害者らは、1991年12月6日、日本を相手にアジア太平洋戦争犠牲者補償請求をしたが、2004年11月29日、最高裁判所で上告が棄却されて敗訴で幕を閉じた。上記の訴訟の過程で控訴審の東京高等裁判所は原告らが安全配慮義務及び不法行為を根拠とする損害賠償債権を取得し

た可能性があるが、これは本件協定第 2 条第 3 項の財産、権利及び利益に該当し、すべて消滅したと判示した。また 1992 年 12 月 25 日提起された釜山軍隊性奴隷女子勤労挺身隊公式謝罪等請求訴訟でも 1 審で一部勝訴したが、控訴審で破棄され、最高級判所で 2003 年 3 月 25 日上告不受理決定が下された。さらに在日韓国人労神連らが 1993 年 4 月 5 日提起した軍隊性奴隷謝罪補償訴訟も 2003 年 3 月 28 日最高裁判所で最終棄却されることで終結した。

⑧ これに対しわが政府は 2004 年 2 月 13 日、韓日全韓関連文書の公開を命じる判決に従い関連文書が公開されると、国務総理を共同委員長、被請求人を政府委員とする「民官共同委員会」を 2005 年 8 月 26 日に結成し、本件協定はサンフランシスコ条約第 4 条を根拠とする韓日両国間の財政的民事的債権・債務関係を解決するためのものであり、日本軍慰安婦問題等のような日本政府等の国家権力が関与した「反人道的不法行為」については本件協定により解決されたものとはみることではできないので、日本政府の法的責任が認められるという立場を表明した。

しかし日本政府は下記のアメリカ下院の決議案採択、2008 年国連人権理事会定期検討会議の「慰安婦」問題の解決を求める各国の勧告と質疑を掲載した実務グループ報告書の正式採択に対して、①河野談話を通じた謝罪、②本件協定を通じた法的問題の解決、③アジア女性基金の活動等を通じて、日本軍慰安婦問題が完結したと主張した。

⑨ 上記のような一連の日本政府の措置及び態度は、被害者らはもちろん、国際社会からも受け入れられなかった。

国連人権小委員会は日本軍慰安婦問題について持続的な研究活動を行って来たが、その最初の報告書である 1996 年 1 月 4 日付「クマラスワミ報告書」では、2 次大戦時に強制連行された日本軍慰安婦に対する日本国の人権侵害は明白に国際法違反である点を確認し、日本に対し国家レベルの損害賠償、責任者処罰、政府が保管中であるすべての資料の公開、書面を通じた公式謝罪、教科書改定等を勧告する 6 項目の勧告案を提示し、1996 年 4 月 19 日第 52 次国連人権委員会で上記報告書の採択決議が行われた。

また 1998 年 8 月 12 日国連人権小委員会（差別防止少数者保護小委員会）では、上記クマラスワミ報告書の内容を補強した特別報告官ゲイ・マクドゥーガルの日本政府の法的賠償責任、責任者処罰を骨子とする報告書が発表され、採択された。[「マクドゥーガル報告書」では①慰安婦制度が性奴隷制であることを明らかにし、慰安所を強姦センター（rape center, rape cam p）と規定して強制性を突き影りにし、②日本の責任者処罰問題を強調し、生存戦犯の折出を主張し、③国連事務総長は日本政府から最小額年 2 回以上進行事項の報告を受け、国連人権委員会高等弁務官は日本政府と協力して責任者の処罰及び適当な賠償のための委員会を構成する等、国連の積極的な介入を要求し、④生存者らが高齢である点を考慮し、緊急で迅速な日

本政府の賠償が実現されるべきである点を強調した。

⑩ その後、小泉、安倍政権等日本の保守右傾化により日本軍慰安婦問題を教科書から削除し、河野談話まで修正しようという動きが起こると、下記のような個別国家でもこれに対する断固とした対処が始まった。

アメリカ下院は 2007 年 7 月 30 日、満場一致で日本軍慰安婦決議案を採択したが、その主要内容は①日本政府は、1930 年代から第 2 次世界大戦終戦にいたるまでアジア国家と太平洋諸島を植民地化又は戦時占領する過程で日本帝国主義軍隊が強制により若い女性らを慰安婦として知られる性奴隷とした事実を、確実で明確な態度で公式認定して謝罪し歴史的責任を負わねばならない。②日本政府は、日本軍が慰安婦を性奴隷として扱い人身売買をした事実が存在しないといかない主眼に對しても、明確に公開的に反駁しなければならぬ。③日本政府は、国際社会が提示した慰安婦勧告に従い現世代と未来の世代を対象として酷たらしい犯罪に関する教育をしなければならぬということ等である。

その後、オランダ下院 2007 年 11 月 8 日）、カナダ連邦議会下院 2007 年 11 月 28 日）、欧州議会 2007 年 12 月 13 日）が、20 名以上の女性らを慰安婦として強制動員した旅行に対する日本政府の公式謝罪と歴史的法的責任の認定、被害者らに対する補償、慰安婦強制動員の事実を現在と未来の世代に教育すること等を含む決議案を水々に採択した。

⑪ 国連人権理事会は 2008 年 6 月 12 日、日本人権状況定期検討会を通じ、日本軍慰安婦問題に対する各国の勧告と質疑を載せた実務グループ報告書を正式に採択し、国連 B 規約人権委員会は 2008 年 10 月 30 日ジュネーブで日本の人権に関する審査報告書を発表し、日本政府に対し、初めて日本軍慰安婦問題の法的責任を認定し被害者多数が受け入れることのできる形態で謝罪することを勧告した。

⑫ わが国でも 2008 年 10 月 27 日日本軍慰安婦被害者名誉回復のための公式謝罪及び賠償促進決議案が全議員 261 名中 260 名の賛成で国会本会議を通過し、2009 年 7 月人取広城市議会をはじめとして 2011 年 3 月現在 46 に及ぶ全国基礎広域議会で日本軍慰安婦問題解決を求める決議を採択した。また大韓弁護士協会と日本弁護士連合会は 2010 年 12 月 11 日、日本軍慰安婦問題に因し① 本件協定の完全最終解決案項の内容と範囲に関して向国政府の一貫性のない解釈・対応が被害者らの正当な権利救済を妨害し、被害者らの不信感を助長してきたということを確認し、②謝罪及び金銭補償を含む日本軍慰安婦問題の解決のための立法が日本政府及び国会により迅速に行われねばならないことを確認する内容の共同声明を発表した。これらの決議及び声明は、被害者が一人でも生きているうちに日本政府が立法を通じて問題を解決することを求めている。韓国政府にもより積極的な外交政策をとること等を要求している。

4 適法要件に対する判断

ア 行政不作為に対する憲法訴訟

行政権力の不作為に対する憲法訴訟は、公権力の主体に憲法に由来する作為義務が特別に具体的に規定され、これに依拠して基本的人権の主体が行政行為ないし公権力の行使を請求できるにもかかわらず、公権力の主体がその義務を懈怠する場合にだけ許容される憲法裁判所 2000 年 3 月 30 日 1998 年憲判206 号、判例集 12-1、393、393-393)

上記にいう「公権力の主体に憲法に由来する作為義務が特別に具体的に規定され」が意味するところは、第 1 に憲法上明文で公権力の主体の作為義務が規定されている場合、第 2 に憲法の解釈上公権力の主体の作為義務が導かれる場合、第 3 に公権力の主体の作為義務が法令に具体的に規定されている場合などを包括しているものと解することができ、憲法裁判所 2004 年 10 月 28 日 2003 年憲判898 号、判例集 16-2 下、212、219)

イ 被請求人の作為義務

仮に公権力の主体に上記のような作為義務がないとすれば憲法訴訟は不適法となるから、本件で被請求人に上記のような作為義務が存在するか否かを検討する。

本件協定は憲法により締結公布された条約であり、憲法第 6 条第 1 項により国内法と同様の効力を有する。そして上記協定第 3 条第 1 項は「本協定の解釈及び実施に関する阿拉伯国間の紛争はまず外交上の経路を通じて解決する」同条第 2 項は「1 項の規定により解決することができなかった紛争は、いずれか一方の締約国の政府が他方の締約国の政府から紛争の仲裁を要請する公文を受領した日から 30 日の期間内に各締約国政府が任命する各 1 人の仲裁委員と、こうして選定された 2 人の仲裁委員が当該期間の後の 30 日の期間内に合意する第 3 の仲裁委員又は当該期間内にその 2 人の仲裁委員が合意する第 3 国の政府が指名する第 3 の仲裁委員との 3 人の仲裁委員からなる仲裁委員会に決定のため付託するものとする。」と各規定している。

上記紛争解決条項によれば、本件協定の解釈に関するわが国と日本間の紛争が発生した場合、政府はこれに従い一次的には外交上の経路を通じ、二次的には仲裁により解決することとされているが、これが前記の「公権力の主体の作為義務が法令に具体的に規定されている場合」に該当するか否かを検討する。

請求人らは口帝により強制動員され性的虐待を受け慰安婦としての生活を強要された「日本軍慰安婦被害者」として日本国に対し損害賠償を請求したが、日本国は本件協定により賠償請求権が全て消滅したとして請求人らに対する賠償を拒否している反面、わが政府は前記のように請求人らの上記賠償請求権は本件協定により解決されたものでなく、今でも存続するという立場であり、結局本件協定の解釈に関し毎日新聞が発表した状態である。

わが憲法は第 10 条で「すべての国民は人間としての尊厳と価値を有し、幸福を追求

する権利を有する。国家は個人が有する不可侵の基本権を尊重し、これを保障する義務を負う」と規定しているが、これは人間の尊厳性は最高の憲法的価値であり国家目標規範としてすべての国家機関を拘束し、そして国家は人間尊厳性を実現すべき義務と課題を負っていることを意味する。したがって人間の尊厳性は「国家権力の限界」として国家による侵害から保護される個人の防壁であるだけでなく、「国家権力の課題」として国民が第三者により人間の尊厳性を危うくされるとき、国家はこれを保護する義務を負う。

また憲法第 2 条第 2 項は「国家は法律が定めるところにより在外国民を保護する義務を負う」と規定しているが、このような在外国民保護義務について憲法裁判所は「憲法第 2 条第 2 項に規定された在外国民を保護する国家の義務により在外国民は居留国に在る間受ける保護は、条約その他一般的に承認された国際法規と当該居留国の法令により享受することのできる全ての分野での正当な待遇を受けるよう居留国との関係で国家がする外交的保護と、国外居住国民に対し政治的な考慮から特別に法律として定めて享受させる法律・文化・教育その他諸般の領域で支那を意味する」と判示しており憲法裁判所 1993 年 12 月 23 日 1989 年憲判189 号、判例集 5-2 646)、国家の在外国民に対する保護義務が憲法から導かれるものであることを認めている。

一方、わが憲法は前文で「3・1 運動で建立された大韓民国臨時政府の統統」の継承を宣言しているが、例えばわが憲法が制定される前の事といえども、国家が国民の安全と生命を保護すべきであるという最も基本的な義務を遂行できなかった日帝強制占領期に、日本軍慰安婦として強制動員され、人間の尊厳と価値が抹殺された状態で長期間悲劇的な生活を営まざるを得なかった被害者らの毀損された人間の尊厳と価値を回復させる義務は、大韓民国臨時政府の法統を継承した現在の政府が国民に対して負う最も根本的な保護義務に属するものである。

上記の憲法規定及び本件協定第 3 条の文言に照らせば、被請求人が上記第 3 条により紛争解決の手続を行う義務は、日本国により行われた組織的で持続的な不法行為により人間の尊厳と価値を深刻に毀損された自国民らの賠償請求権の実現に協力し保護すべきであるという憲法的要請によるものであるから、その義務の履行がなければ請求人らの基本的人権が重大な侵害を受ける可能性があり、被請求人の作為義務は憲法に由来する作為義務として法令に具体的に規定されている場合であるということができる。

その上、特にわが政府が直接日本軍慰安婦被害者らの基本的人権を侵害する行為をしたものではないが、上記被害者らの日本国に対する賠償請求権の実現及び人間としての尊厳と価値の回復をするにあたって現在の賠賠状態が招来されたのは、わが政府が請求権の内容を明白にせずに「すべての請求権」という包括的概念を使用し本件協定を締結したことにも責任があるという点に注目すれば、被請求人らにその賠賠状態を除くする行為を行うべき具体的作為義務があることは否定しがたい。

ウ 公権力の不行使

被請求人は、わが政府がまず「外交上の経路」を通じて紛争を解決することとして、各種の外交上の方式の中で、日本政府に対する金銭的な賠償責任は問わない代わりに、わが政府が慰安婦被害者らに対して経済的支援及び補償を行う一方、日本政府に対してはより重要で根本的問題である徹底した真相究明、公式的な謝罪と反省及び正しい歴史教育実施等を持続的に要求し国際社会で持続的に慰安婦に関する問題を提起する方式を選択したのであって、これはわが政府に幅広く認められている外交的裁量権を正当に行使するものであり、本件協定第3条第1項の「外交上の経路」を通じた紛争解決措置に当然に含まれるものであるから、公権力の不行使ではないと主張する。

しかし、本件で問題にされている公権力の不行使とは、本件協定により日本軍慰安婦被害者らの日本に対する賠償請求権が消滅したか否かに関する解釈上の紛争を解決するために本件協定第3条の紛争解決手続を行う義務の不履行を指すのであって、日本に対する上記被害者らの賠償請求権問題を度外視した外交的措置は本件作為義務の履行に含まれない。また、請求人らの人間としての尊厳と価値を回復させるという観点からみると、加害者である日本国が過ちを認め法的責任を負うことと、わが政府が慰安婦被害者らに社会保障的な趣旨の金銭を提供することは全く次元の異なる問題であるから、わが政府が被害者らに一部生活支援などをしていたとしても、上記の作為義務の履行とみることはできない。

被請求人の主張によっても、わが政府は1990年代から、日本政府に対して金銭的な賠償責任を問わないという方針を定め、韓日協定関連文書の全面公開が行われた後にも、2006年4月10日、「日本側と消耗的な法的論争に発展する可能性が大きい」とこれに関して日本政府を相手として問題解決のための措置をとらないことにすると関連団体に回答しており、本件請求が提起された後に提出した書面でも、本件協定の解釈に関する紛争に対してはいかなる措置もとらないことにするという意思を重ねて表明している。

一方、わが政府は前記のとおり2005年8月26日「民官共同委員会」の決定を通じて、日本軍慰安婦問題は本件協定により解決されたとはいえないと宣言しているが、これが本件協定第3条の外交上の経路を通じた紛争解決措置に該当するとは解しがたく、仮に該当するとしてもこのような紛争解決努力は持続的に推進すべきであり、これ以上外交上の経路を通じて紛争を解決する方法がない場合には本件協定第3条により仲裁付託の手続を行うべきであって、被請求人は2008年以後日本軍慰安婦問題に直接的に言及すらしないばかりか、これを解決するためのいかなる計画も存在せず、いかなる観点からみても作為義務を履行したということとはできない。

エ 小結

そうであれば、被請求人は憲法に由来する作為義務があるにもかかわらず、これを履行せず、請求人らの基本的人権を侵害した可能性がある。

したがって、以下では本案に入り、被請求人が上記の作為義務の履行を拒否又は懈怠していることが請求人らの基本的人権を侵害し逸憲であるか否かを検討する。

5 本案に対する判断

ア 本件協定に解する解釈上の紛争の存在

(1) 本件協定第2条第1項は「両締約国は両締約国及びその国民(法人を含む)の財産、権利及び利益と両締約国及びその国民間の請求権に関する問題が1951年9月8日にサンフランシスコ市で署名された日本国との平和条約第4条(6)に規定されたものを含み完全かつ最終的に解決されたものであることを確認する。」と規定している。これと関連して合意議事録第2条(6)項は上記第2条第1項にいう「完全かつ最終的に解決されたことになる両国及びその国民の財産、権利及び利益と両国及びその国民間の請求権に関する問題には韓日会談で韓国側から提出された『韓国の対日請求要綱』(いわゆる8項目)の範囲に属するすべての請求が含まれており、したがって同対日請求要綱に関してはいかなる主張もできなくなることを確認した」と記載されている。

(2) 本件協定第2条第1項の解釈に関し、前記のように日本国政府及び裁判所の立場は、日本軍慰安婦被害者を含むわが国民の日本国に対する賠償請求権は全て包括的に本件協定に包含されており、本件協定の締結及びその履行により放棄され、又はその賠償が終了したというものであり、反面、わが政府は2005年8月26日「民官共同委員会」の決定を通じ、日本軍慰安婦問題等のような日本政府等国家権力が関与した「反人道的不法行為」については本件協定により解決されたものとみることはできないから、日本政府の法的責任が認められるという立場を表明している。

(3) 被請求人は本件憲法訴訟審判過程でも、日本は本件協定により日本軍慰安婦被害者の日本に対する賠償請求権が消滅したという立場である反面、わが政府の立場は日本軍慰安婦被害者の賠償請求権は本件協定に含まれていなかったというものであり、これに対しては両国の立場に差異があり、これは本件協定第3条の「紛争」に該当するものであると繰り返し確認した。

また、本件弁論後提出された2009年6月19日付参考書面でも、「わが政府がまず『外交上の経路』を通じて紛争を解決することとして、各種の外交上の方式の中から……方式を選択したことはわが政府に幅広く認められている裁量権を正当に行使したものであり、これもやはり本件協定第3条第1項の『外交上の経路』を通じた紛争解決に当然に含まれるもの」であるとして、本件協定の解釈上の紛争が存在することを前提に主張を展開した。

(4) したがって本件協定第2条第1項の対日請求権に日本軍慰安婦被害者の賠償請求権が含まれる否かに関し韓日両国間に解釈の差異が存在し、それが上記協定第3条の「紛争」に該当するということは明白である。

イ 紛争の解決手続

本件協定第 3 条第 1 項は「本協定の解釈及び実施に関する同締約国の紛争はまず外交的な経路を通じて解決する」と規定し、第 2 項は第 1 項の規定により解決できない紛争は仲裁により解決する事を規定している。すなわち、上記規定は協定締結当時の解釈に照準する紛争の発生を予想し、その解決の主体を協定締結当事者である各国国家と定め、紛争解決の原則及び手続を定めたものである。

そうであれば、被請求人は上記紛争が発生した以上、協定第 3 条による紛争解決手続に従って外交的経路を通して解決すべきであり、そのような解決の努力が尽くされた場合には、これを仲裁に付託すべきであることが原則である。

したがって、このような紛争解決手続を行わない被請求人の不作為が請求人らの基本的人権を侵害し違憲であるかを検討することにする。

ウ 被請求人の不作為の基本的人権侵害の有無

① 先例との区別

憲法裁判所は本件協定第 3 条第 2 項による仲裁要請をしない不作為が違憲であると主張した事件(憲法裁判所 2000 年 3 月 30 日 1998 年(憲)206 仲裁要請不履行違憲確認事件)において、「本件協定第 3 条の形式と内容からみても、外交的問題の特性からみても、協定の解釈及び実施に関する紛争を解決するため外交上の経路を通じるか又は仲裁に付託するのかが国政府の裁量範囲は相当に広いと解する他はなく、したがって本件協定当事者である両国間の外交的交渉が長期間効果をあげていなくとも、在日韓国人被徴用負傷者及びその遺族らである請求人らとの関係で政府が必ず仲裁に付託すべき義務を負担するとは解しがたく、同様に仲裁付託せよとわが国政府に請求できる権利が請求人らに生じたとも解しがたく、国家の在外国民保護義務(憲法第 2 条第 2 項)や個人の基本的人権に対する保護義務(憲法第 10 条)によっても、やはり本件協定の解釈及び実施に関する毎日両国間の紛争を仲裁という特定手段に付託して解決すべきであるという政府の具体的作為義務と、請求人らこれを請求する権利が認められるとはいえない。」と判示したことがある。

上記決定は被請求人が本件協定第 3 条第 2 項の「仲裁付託による紛争解決」方式をとる義務があるか否かに関するものであり、第 3 条第 1 項で優先的に外交上の経路を通じて問題解決を模索しているにもかかわらず、これを差し置いて第 3 条第 2 項の「仲裁付託による紛争解決」を同被請求人の義務を直ちに導くことができるかという問題であった。

しかし、本件での争点は被請求人が本件協定第 3 条第 1 項、第 2 項による紛争解決に乗り出すべき義務を負うかという点であり、特に第 3 条第 1 項では特定方式ではない広範囲の外交上の経路を通じて解決を規定しているから、本件協定の解釈に関する毎日両国間の紛争が発生した現時点で被請求人が本件協定の解釈に関する紛争を解決するため優先的に外交上の経路を通じて解決を模索し、外交上の経路を通

じて解決できない場合には仲裁付託に乗り出すべき憲法的作為義務があるか否かである。

すなわち、本件の争点は被請求人が本件協定の解釈に関する紛争を解決するため多様な方法中「特定方法をとる作為義務」があるか否かではなく、「本件協定の解釈に関する紛争を解決するため上記協定の規定に従った外交行為等をする作為義務」があるか否かであるから、上記先例の事実とは区別されるものである。

② 被請求人の裁量

外交行為は価値と法律を共有するひとつの国家内に存在する国家と国民との関係を超え、価値と法律が互いに異なる国際環境で国家と国家間の関係を扱うものであるから、政府が紛争の状況と性質、国内の情勢、国際法と普遍的に適用する慣行等を勘案して政策決定を行うことについて幅広い裁量が許容される領域であることは否定できない。

しかし、憲法上の基本的人権は全ての国家権力を源泉するから、行政権力もやはりこのような基本的人権保護義務に従い基本的人権が実効的に保障されるように行使すべきであり、外交行為という領域も司法審査の対象から完全に除外されると解することはできない。特定国民の基本的人権に関連する外交行為において、前記のような法令に規定された具体的作為義務の不履行が憲法上基本的人権保護義務に対する明白な違反であると判断される場合には、基本的人権侵害行為として違憲であると宣言されなければならない。結局、被請求人の裁量は、侵害される基本的人権の重大性、基本的人権侵害の危険の切迫性、基本的人権の救済可能性、真正な公益に反するか否か等を総合的に考慮し、国家機関の基本的人権尊重性に適合する範囲内に制限されるしかない。

③ 不作為による基本的人権侵害の有無

(ア) 侵害される基本的人権の重大性

日本軍慰安婦被害は、日本国と日本軍により強制動員されその監視下で日本軍の性奴隷を強要されたことに起因するものであり、他に例をみることができない特殊な被害である。

日本軍慰安婦被害の特殊性は、国際社会はもちろん、日本の裁判所によっても確認された。1994 年 9 月 2 日発表された国連の NGO 国際法律家委員会の報告書と 1996 年 2 月 6 日公表された国連人権委員会「女性に対する暴力特別報告者」クマラスワミの報告書はこれを「軍事的性奴隷」と定義した。1998 年 8 月 12 日公表された国連人権小委「臨時性奴隷制特別報告者」ゲイ・マクドゥーガルの報告書は、日本軍慰安婦を強要した行為は「人道に対する罪」に該当する犯罪行為であると断言した。2007 年 7 月アメリカ下院が採択した日本軍慰安婦決議案も日本軍慰安婦を「日本政府による強制軍隊売春制度であり、残酷性と規模面で 20 世紀最大の人身売買犯罪」と規定した。そして 1998 年 4 月 27 日、日本軍慰安婦問題

に関する立法不作為責任を認定し損害賠償を命じた日本の山口地方裁判所下関支部判決は、その被害を「徹底した女性差別・民族差別思想の表現であり、女性の人格の尊厳を根底から侵害し、民族の誇りを蹂躪するもの」であると判断した。

日本国により広範固に実行された反人道的犯罪行為に対して日本軍慰安婦被害者らが日本に対して有する賠償請求権は憲法上保障される財産権であるばかりか、その賠償請求権の実現は無慈悲に持続的に侵害された人間としての尊厳と価値及び身体的自由を争後的に回復するという意味をもつものであるから、その賠償請求権の実現を妨げることは憲法上財産権問題に局限されるものではなく、根源的な人間としての尊厳と価値の侵害と直接関連がある。(憲法裁判所 2008 年 7 月 31 日 2004 年憲バ81 号 判例集 20-2 上、91 100-101 参照)

(イ) 基本的人権侵害救済の切迫性

1991 年ころから最近まで日本軍慰安婦被害者らが日本の法廷で進めてきた 3 次の訴訟は日本軍慰安婦被害者らの賠償請求権が本件協定により消滅した等の理由で敗訴確定した。今や日本の法廷を通した日本軍慰安婦被害者の司法的救済、又は日本政府の自発的謝罪及び救済措置を期待することは事実上不可能になった。日本軍により軍閥性奴隷として駆り立てられた 2 次世界大戦が終わってからも 60 年をはるかに超えた。被害者らが日本を相手とした訴訟を始めてからも 20 余年りが過ぎた。

一方 2006 年 3 月 13 日には「日帝下日本軍慰安婦に対する生活安定支援法」の適用対象者 225 名中生存者は 125 名であったが、本件審判請求の審理中にも次々と死亡し、2011 年 3 月現在政府に登録している日本軍慰安婦被害生存者は 75 名に過ぎず、本件請求人らは本米 109 名であったが、その間に 45 名が死亡し、64 名だけが生存している。さらに、現在生存している日本軍慰安婦被害者らもすべて高齢であり、これ以上時間が経過した場合には日本軍慰安婦被害者の賠償請求権を実現して歴史的正義を確立し、侵害された人間の尊厳と価値を回復することは永遠に不可能となりかねない。

(ウ) 基本的人権の救済可能性

被請求人は仲裁付託手続に乗り出す場合の結果の不確実性等を考慮して、わが政府が日本軍慰安婦被害者らに対して経済的支援及び補償をする代わりに日本に金銭的な賠償責任を問わないことにしたのだと主張する。

侵害される基本的人権が重く、その侵害の位相が急迫しているとしても、救済可能性が全くない場合には被請求人の作為義務は認めがたい。しかし救済が完全に保障された場合にのみ作為義務が認められるのではなく、救済可能性が存在することと足りるのであり、被害者らが日本政府に対する賠償請求が最終的に否定される結論がでる危険性も進んで甘受するというのであれば、被請求人としては被害者らの意思を充分に考慮しなければならない。

2006 年国連国際法委員会により採択され総会に提出された「外交的保護に関する条文案案」の第 19 条でも、外交的保護を行使する権利を有する国家は、重大な被害が発生した場合に特に外交的保護の行使可能性を適切に考慮せねばならず、可能なすべての場合において、外交的保護への訴え及び請求された賠償に関する被害者らの見解を考慮すべきであることを勧告的慣行として明示している。

ところで、請求人らは本件審判請求を通じて被請求人の作為義務の履行を求めているから、被害者である請求人らの意思は明確であると言えるし、すでに検討した本件協定の締結経緯及びその前後の状況、女性たちに対する繰り返しの人権侵害に驚愕しながら、日本に対し公式的事実認定と謝罪、賠償を要求している一連の国内外的な動きを総合してみると、被請求人が本件協定第 3 条による紛争解決手続に乗り出す場合、日本国による賠償が実現する可能性をあらかじめ排除することはできない。

(エ) 真正で重要な国益に反するか否か

被請求人は本件協定第 3 条による紛争解決措置により日本政府の金銭賠償責任を主張する場合、日本側との消極的な法的競争や外交関係への悪影響を招来する可能性があることを理由に、請求人らが主張する具体的作為義務の履行が困難であると主張する。しかし、国際情勢に対する理解を土台とした戦略的選択が要求される外交行為の特性を考慮したとしても、「消極的な法的競争への発展可能性」又は「外交関係に悪影響」というきわめて不分明で抽象的な事由を挙げ、それが基本的人権侵害の重大な危険に直面した請求人らに対する救済に背を向けるような事由になるとか、又は真摯に考慮されるべき国益であるとは言いがたい。

むしろ、過去の歴史的事実認識の共有に向けた努力を通じて、日本政府をして被害者に対する法的責任を尽くさせてこそ、韓日両国及び両国民の相互理解と相互信頼が深まり、これを歴史的教訓にして再びこのような悲劇的状況が演出されないようすることが真正な韓日関係の未来をうち固める方向であると同時に、真正で重要な国益に合致するものということができる。

(オ) 被請求人の本件不作為は請求人らの重大な憲法上の基本的人権を侵害しているということができる。

エ 小結論

憲法第 10 条、第 2 条第 2 項及び前文と本件協定第 3 条の文言等に照らしみてみると、被請求人が本件協定第 3 条による紛争解決の手続に乗り出す義務は憲法に由来する作為義務としてそれが法令に具体的に規定されている場合であるといえることができ、請求人らの人間としての尊厳と価値及び財産権等基本的人権の重大な侵害可能性、救済の切迫性と可能性等を広く考慮するとき、被請求人にこのような作為義務を履行しない裁量があるとは言えず、被請求人が現在まで本件協定第 3 条による紛争解決手続を履行する作為義務を履行したと解することもできない。

また、ここにいう「公権力の主体に憲法に由来する作為義務が特別に具体的に規定され」が意味するところは、憲法上明文で作為義務を規定しているか、憲法の解釈上作為義務が導かれるか、法令に具体的に作為義務が規定されているかの3つの場合を包括したものであることも、やはり当裁判所の確立された判例である(憲法裁判所 2004 年 10 月 28 日 2003 年(憲マ)898 号 判例集 16-2 下,212,219 参照)。

ところで、ここで注意すべきことは、憲法の明文規定上、憲法解釈上又は法令上導かれる公権力主体の具体的作為義務は「基本的人権の主体である国民に対する」義務でなければならないということである。そうであってこそ「これに依拠して基本的人権の主体が行政行為ないし公権力の行使を請求することができるにもかかわらず、公権力の主体がその義務を懈怠したために憲法上保障された基本的人権を侵害された者」としてその侵害の原因になっている行政権力の不作為を対象に憲法訴訟を請求することができるからである。

多数意見は憲法第 10 条、第 2 条第 2 項、憲法前文中「3・1 運動で建立された大韓民国臨時政府の法統を継承」するという部分、本件協定第 3 条の文言を総合して本件被請求人の作為義務が「憲法に由来する作為義務としてそれが法令に具体的に規定されている場合」に該当すると判断し、さらに被請求人が負担する具体的作為義務の内容を「本件協定第 3 条による紛争解決手続に乗り出す義務」と解したが、果たしてこのような解釈が妥当であるのか、以下、具体的に検討する。

イ まず、憲法第 10 条、第 2 条第 2 項、前文の規定自体又はその解釈により「憲法に由来する具体的作為義務」が導かれることはない。

国家と国民の権利と義務関係を規定する憲法の条項中には具体的に明白な意味で国民の基本的人権その他権利を付与する条項もあるが、開放的・抽象的・宣言的な文言で規定し、憲法解釈や具体的法令等が媒介してはじめて国家と国民間の拘束的な権利義務を発生させる条項もある。ところで「国民の不可侵の人権を確認しこれを保障する義務」を規定する憲法第 10 条、「法律の定めるところに従い在外国民を保護する義務」を規定する憲法第 2 条第 2 項は後者の場合に該当し、国家が国民に対して基本的人権保障及び保護義務を負担する国家の一般的・抽象的義務を規定したに過ぎず、その条項自体から国民のために何らかの具体的行為をなすべき国家の作為義務が導かれるものではない。「3・1 運動で建立された大韓民国臨時政府の法統を継承」するとの憲法前文の文言も同様である。たとえ憲法前文が国家的課題と国家的秩序形成に関する指導理念・指導原理を規定し、国家の基本的価値秩序に関する国民的合意を規範化したものとして最高規範性を有し、法令解釈と立法の指針になる規範的効力を有するとはいえず、それ自体から国家の国民に対する具体的な作為義務が導かれるとはいえない。

このように憲法第 10 条、第 2 条第 2 項、憲法前文から国家の具体的作為義務とそのような作為義務を請求する国民の権利が導かれなないことは、当裁判所の確立した判例でもある(憲法第 10 条、第 2 条第 2 項については憲法裁判所 2000 年 3 月 30 日

1998 年(憲マ)206 号判例集 12-1、393,402-403、1998 年 5 月 28 日 1997 年(憲マ)282 号判例集 10-1、705,710、憲法前文については憲法裁判所 2005 年 6 月 30 日 2004 年(憲マ)859 号判例集 17-1、1016,1020-1021 参照)。

したがって、いかに本件請求人らの基本的人権侵害状態が重大で切迫しているとしても、憲法第 10 条、第 2 条第 2 項、憲法前文のみに基づいて、請求人らに対して国家が何らかの行為をすべき具体的作為義務を導き出すことはできず、結局「具体的な作為義務が規定されている法令」が存在してはじめてこれを媒介として国家の請求人らに対する具体的作為義務を認定することができるのである。

ウ そこで、次に本件協定第 3 条に規定された紛争解決手続に関する条項が上記にいう「法令に具体的に作為義務が規定されている」場合に該当し「憲法に由来する作為義務」を導くことができるかについて検討する。

① まず、法令に具体的に作為義務が規定されている場合における「法令に規定された具体的作為義務」とは「国家が国民に対して特定の作為義務を負担する」という内容が法令に記載された場合を意味すると解さなければならない。なぜなら、行政権力の不作為に対する憲法訴訟を請求するためには、規定された作為義務に依拠して「基本的人権の主体が行政行為ないし公権力の行使を請求できるにもかかわらず、公権力の主体がその義務を懈怠する場合」に限り許容されるのであるから(憲法裁判所 2000 年 3 月 30 日 1998 年(憲マ)206 号判例集 12-1,393)、法令に規定される具体的作為義務は「基本的人権の主体である国民に国家に対して特定の作為義務の履行を要求する権利を付与する内容」でなければならないからである。これは国家が上記のような具体的作為義務を履行しないことによって基本的人権を侵害されたと主張する憲法訴訟において、基本的人権侵害可能性ないし因果関係を認定するために当然に要求される前提ということができる。

基本的に国会が制定する法律や、国民に対して拘束力をもつ行政法規に具体的に権利を国民に付与する内容があれば、これは「法令に具体的に作為義務が規定された場合」に該当すると解することができる。現在まで当裁判所に提起された行政権力の不作為に対する憲法訴訟審判は、ほとんど全てが国内法令に国家の請求人に対する具体的作為義務が規定されているのか、その義務に対する不作為があるのかが争点となる事件であり、当該法令に問題にされた具体的作為義務が行政権力の国民に対する羁束行為として規定され、又は裁量行為として規定されているが公権力不行使の結果請求人に対する基本的人権侵害の程度が顕著であるという等の事由で羁束行為と解釈すべき場合には具体的作為義務が認定され(前者については憲法裁判所 1998 年 7 月 16 日 1996 年(憲マ)246 号判例集 10-2,283、2004 年 5 月 27 日 2003 年(憲マ)851 号判例集 16-1,699、後者については憲法裁判所 1995 年 7 月 21 日 1994 年(憲マ)136 号判例集 7-2,169 参照)、反対に純粋な行政庁の裁量行為として規定されている場合には請求人に対する具体的作為義務が認定されないと判示された(憲法裁

結局、被請求人のこのような不作為は憲法に違反し請求人らの基本的人権を侵害するものである。

6 結論

そうであれば、本件裁判請求は理由があるからこれを認容し、下記 7 の通りの裁判官・デヒョンの認容補充意見、下記 8 の通りの裁判官・カングク、裁判官・ミン・ヒョンギ、裁判官・ドンフアの反対意見を除外した残る関与裁判官全員の一致した意見により本文の通り決定する。

7 裁判官・デヒョンの認容補充意見

請求人らは日帝により強制動員され、日本軍慰安婦生活を強要された被害者として日本国に対し損害賠償請求権を有するが、韓日請求権協約により損害賠償請求権を行使することが困難になったと主張する。そのような損害賠償請求権の存否と範囲が裁判所の裁判手続により確定されなかったという理由で、請求人らの損害賠償請求権の侵害を主張する憲法訴訟審査を拒否することはできない。

国家は日本軍慰安婦らが日本国に対して有する損害賠償請求権を確立し、基本的人権として保障しなければならない(憲法第 10 条後文)。ところが大韓民国政府は 1965 年 6 月 22 日、韓日請求権協定を締結し、日本国から 3 億ドルを無償で受け取り、両国及びその国民間の請求権に関する問題が完全かつ最終的に解決されたことを確立し、そのような請求権に關していかなる主張もすることができないと約定した。

そして、日本国裁判所はこのような韓日請求権協定により請求人らは日本国に日本軍慰安婦に關する損害賠償を請求することができなくなったと判断している。

このような協定により請求人らの日本国に對する損害賠償請求権が消滅したか否かに對しては見解が分かれている。一方、韓日請求権協定が請求人らの日本国に對する損害賠償請求権を消滅させるものであれば、請求人らの財産権を保障する義務を負う国家が請求人らの財産権を消滅させる条約を締結したことになる。そして韓日請求権協定が請求人らの日本国に對する損害賠償請求権を消滅させるものでないとしても、請求人らが日本国に對する損害賠償請求権を行使することが韓日請求権協定により阻止されている。

そうであれば、大韓民国は請求人らの日本国に對する損害賠償請求権行使が韓日請求権協定により妨害される違憲的な事態を解消するため、韓日請求権協定第 3 条により、日本国に對して外交的交渉や仲裁手続を推進する義務を負うと解するのが相当である。

そして、このように大韓民国が日本国と締結した韓日請求権協定が請求人らの日本国に對する損害賠償請求権の行使を妨けている以上、そのような条約は請求人らの基本的人権を侵害するものとみることができ、日本国の植民地統治により大韓民国国民らが日本国に對して有する請求権を一括的に妥結するため大韓民国政府が日本国から 3 億ドルを受け取り、国民らの日本国に對する請求権を代わりに補償しようとしたものだと

理解するとすれば、そのような条約が憲法第 37 条第 2 項に違反するとも断定しがたい。ただし、そのように善解したとしても、大韓民国政府は韓日請求権協定を締結して日本国から無償資金 3 億ドルを受け取り、国民らが日本国に對して損害賠償請求権を行使できないように協定したのであるから、日本国に對して損害賠償請求権を行使できなくなった国民らに對してその損害を補償する義務を負うとみる外はない。

大韓民国は日本国から無償資金 3 億ドルを受け取った翌年の 1966 年 2 月 19 日、「請求権資金の運用及び管理に關する法律」を制定したが、被徵用死亡者に補償したのみで請求人らのような日本軍慰安婦は補償対象に含まれなかった。そして 1993 年 6 月 11 日、「日帝下日本軍慰安婦に對する生活安定支援法」を制定して日本軍慰安婦に生活安定支援のための一時金と月支援助金を支給し、賃貸住宅の優先賃貸、生計給付、医療給付、病人等の支援をしてきたが、請求人らの日本国に對する損害賠償請求権を完全に満足させる程度に十分に補償したとは言いがたい。

したがって、大韓民国は韓日請求権協定第 3 条により日本国に對して外交的交渉又は仲裁手続を推進し、韓日請求権協定の違憲性を除去する義務があるだけでなく、韓日請求権協定により請求人らが日本国に對する損害賠償請求権を行使できなくなった損害を完全に補償する責任を負うと宣言しなければならぬ。

そして、日本国との外交的交渉や仲裁手続により請求人らの日本国に對する損害賠償請求権行使の障礙が解消される可能性は希薄であり、請求人らに盛しい希望とそれらもたらす挫折と絶望の苦痛のみを抱かせる憂慮が大きいので、大韓民国が請求人らの日本国に對する損害賠償請求権を完全に補償する義務があることをさらに強調する必要がある。しかも、請求人らはすべて高齢であるから、請求人らに對する国家の補償措置は速やかに実施される必要がある。

8 裁判官・カングク、裁判官・ミン・ヒョンギ、裁判官・ドンフアの反対意見

我々は多数意見とは異なり、わが国の憲法上の明文規定やいかなる憲法的法理によっても「請求人らに對し被請求人が本件協定第 3 条に定めた紛争解決手続に乗り出すべき作為義務」があるとは言えず、請求人らの本件憲法訴訟は不適法だと考えるので、以下のとおり反対意見を開陳する。

ア 憲法裁判所法第 68 条第 1 項によれば、公権力の行使のみならず公権力の不行使も憲法訴訟の対象となりうるが、その公権力の不行使により基本的人権を侵害された者に上記憲法訴訟を提起する資格があるから、行政権力の不作為に對する憲法訴訟は公権力の主体に憲法に由來する作為義務が特別に具体的に規定され、これに依拠して基本的人権の主体が行政行為ないし公権力の行使を請求できるにもかかわらず、公権力の主体がその義務を懈怠する場合に限り評察される(憲法裁判所 1991 年 9 月 16 日 1989 年憲判163 号判例集 3,505,513,2000 年 3 月 30 日 1998 年憲判206 判例集 12-1,393,401 等参照)。

判所 2005 年 6 月 30 日 2004 年(憲)859 号,判例集 17-1)。

しかしながら、本件協定のような条約その他の外交文書で締約国が互いにどのような方法で紛争を解決しようという内容と手続が規定されていれば、これは基本的に締約国当事者間で締約相手方に対して負担することを前提に規定されたものであるから、一定の義務事項が記載されているとしても締約国当事者が相手方国家に対して要求することができるだけである。したがって、「条約に基づき自国が相手方の国家に対してとり得る条約上の権利義務を履行せよ」と自国政府に要求できるというためには、「そのような要求をなし得る権利を自国民に付与する内容」の具体的な文言が当該条約に記載されていなければならない。条約にかかる内容の明示的文言がない以上、当該条約が国民の権利関係を対象にするという理由のみで、条約上定められた手続上の措置をとることを自国政府に要求する権利は発生しないと解すべきである。

本件協定は両国間又は一国政府と他国の国民間、両国国民相互間の「財産、権利、利益、請求権」に関する問題を対象にしたものであるが(本件協定第 2 条第 1 項)、本件請求人らのような慰安婦被害者らに対する日本国の賠償責任問題は上記協定の対象に含まれたのか否かが明確でない程度に一般的で抽象的な文言で記載されており、その結果実際に両国間の立場の相違により請求人らの権利問題について本件協定の解釈及び実施に関する「紛争」が発生した状態であるとみることができる。しかし、さらに本件協定から関連国国民に本件協定第 3 条上の紛争解決手続に乗り出すことを要求し得る権利を付与していない以上、請求人らの基本的人権が関連しているという理由だけでは上記条約上の紛争解決手続を履行せよと自国政府に対して要求する具体的権利は認められないというべきである。

したがって、本件協定の内容に基づき多数意見が認定したような国家の具体的作為義務を導き出すことはできない。本件協定第 3 条の紛争解決手続に乗り出せと自国政府に対して要求し得る権利を当該国国民に付与する内容の文言が本件協定のどこにも規定されていないからである。そして憲法第 10 条、第 2 条第 2 項、憲法前文により上記のような具体的作為義務を直接認定することもできないから、結局本件協定と上記憲法規定を総合しても本件請求人らに対する国家の具体的作為義務を導くことはできない。

② 次に、本件協定第 3 条が規定している内容自体に照らしてみると、多数意見のいう「本件協定の解釈に関する紛争を解決するため第 3 条による外交行為をする作為義務」というものが「具体的な」行為をなすべき「義務」であると解することもできない。

(ア) 本件協定第 3 条は「本協定の解釈及び実施に関する両締約国間の紛争はまず外交上の経路を通じて解決する」(第 1 項)、「1 項の規定により解決することができなかった紛争はある一方締約国の政府が他方締約国の政府から紛争の仲裁を要請

する公文を受け取った日から……で構成される仲裁委員会に決定のために付託する」(第 2 項)と規定している。いかなる条項にも、紛争があれば「必ず」申請すべきであるとか、外交的解決が膠着状態に陥った場合に「必ず」仲裁手続を申請すべきであるとの「義務的」内容は記載されていない。「外交上の経路を通じて解決する」という文句は外交的に解決しようという両締約国間の外交的約束以上を意味するものと解釈することはできない。「仲裁委員会に決定のために付託する」というのもやはり「仲裁を要請する公文を受け取れば」付託するのであり、いかなる文言にも仲裁を要請すべきであるという「義務的」要素が入っていると解釈するに足る根拠は発見できない。結局、第 3 条第 1 項、第 2 項のどこからも外交上の手続に乗り出すべき「義務」、外交的解決ができなければ仲裁手続に乗り出すべき「義務」があると解釈することはできない。

ところで、多数意見はこのような解釈上の問題点に対して何の旨もなく、侵害された請求人らの基本的人権の重大性、基本的人権侵害救済の切迫性のみを根拠として「被請求人にこのような作為義務を履行しない裁量があるということとはできない」と判示しているが、国家間条約に記載された義務性さえない文言を、それによって事実上影響を受ける国民が切迫した事情に置かれているという理由のみで、一方締約国の政府である被請求人に対して条約上の行為を強制することができる「義務」条項であると解釈してしまうことは、度はずれた論理の飛躍であると言わざるを得ない。

むしろ本件協定第 3 条に記載された紛争解決手続に乗り出す行為は規定の形式と内容からみると、両締約国の「裁量行為」と解するのが妥当である。本件協定第 3 条を根拠として、在日韓国人被徴用負傷者らが日本国に対する補償請求権に関する争いを仲裁に付託すべき具体的作為義務が国家にあると主張して請求した憲法訴訟事件では、当裁判所もやはりこれを裁量行為と解釈したのであり、その内容は下記のとおりである。

「本件協定第 3 条は本件協定の解釈及び実施に関する両国間の紛争はまず外交上の経路を通じて解決し、外交上の経路を通じて解決できなかった紛争は一方締約国の政府が相手国政府に仲裁を要請し仲裁委員会の決定によって解決するように規定しているが『上記規定の形式と内容からみても、外交的問題の特性からみても、本件協定の解釈及び実施に関する紛争を解決するため外交上の経路を通じるのか、又は仲裁に付託するのかに関するわが国政府の裁量範囲は相当に広いものと解する外はない』、したがって本件協定当事者である両国間の外交的交渉が長期間効果をあげられずにいるとしても在日韓国人被徴用負傷者及びその遺族である請求人らの関係で、政府が必ず仲裁に付託すべき義務を負担するとは解しがたく、同様の理由で、請求人らに仲裁付託をせよとわが国の政府に請求できる権利が生じたとも解しがたい。」(憲法裁判所 2000 年 3 月 30 日 1998 年(憲)206 号,判

多数意見は、上記判例は第 3 条第 1 項の「外交的解決義務」を差し置いて第 2 項の「仲裁手続付託義務」を履行しないことを根拠に憲法訴訟を提起したものであるから「第 3 条全体による紛争解決履行義務」を問題としている本件とは結論が異なるという前提から、上記先例と本件は区別されるとした。しかしこれは上記先例の趣旨を誤解するものである。上記先例で具体的作為義務を認定しなかった主な根拠は前記のように本件協定第 3 条による「外交的解決」や「仲裁手続付託」すべてが「義務事項」ではなくわが国の外交的「裁量事項」だということにあると解するのが妥当である。

(イ) その上、本件協定第 3 条が規定している「外交的解決」「仲裁付託」に何らかの義務性があると解するとしても、それが「具体的な」作為を内容とするものとは解し難い。

「外交上の経路を通じて解決する義務」とは国家の基本的人権保障義務、在外国民保護義務、伝統文化の継承・発展と民族文化の発達に努力する国家の義務、身体障がい者等の福祉向上のため努力すべき国家の義務、保健に関する国家の保護義務と同様に国家の一般的、抽象的義務のレベルに過ぎないものである。このような国家の一般的、抽象的義務とはそれ自身が「具体的」作為義務ではないから、たとえ憲法に明示的な文句で記載されているとしても国民が国家に対してその義務の履行を直接求めることができる「具体的な」作為義務に変換することはできない。国民と国家の規範的關係を規律する根本規範である「憲法」に明示していてもこれを根拠として国家に対してその義務の履行を求めることができないのに、まして憲法より下位規範である「条約」に明示されているのみでこれを根拠として条約の当事者でもない国民が国家に対して義務の履行を求めることのできる「具体的な」作為義務に変換すると解釈することはできないのである。

また「外交的解決をする義務」とはその履行の主体や方式、履行程度、履行の完結の成否を判断できる客観的判断基準を設けしなくては、その義務が不履行であるか否かの事実認定が困難な高度の政治行為領域に該当するから、憲法裁判所の司法審査の対象にはなっても、権力分立原則上、司法の口制が要求される分野である。本件協定だけをみても、国内慰安婦被害者問題の深刻性と、一方で韓日間交流と協力を持続すべき韓日間の微妙な外交関係に照らし、どの程度外交的努力を尽くせば履行したといえるのか、本件協定が締結されて現在まで 40 余年が経過し、初期に外交的解決努力をしたが現在努力をしていないとか、請求人らが満足するだけの努力をしていないとして外交的解決義務が不履行だとか、第 2 項の仲裁手続付託義務は、それではいつごろ発生したと解すべきなのかなど、その履行の有無を判断するいかなる明確な基準も見出すことができない。果たしてこのような実質をもつ「外交上の義務」を国民が国家に対して履行を要求する

ことができる「具体的な」作為義務だということができるであろうか。そして履行内容が具体的であるか否かは不問にして、条約に記載されているという理由だけで憲法裁判所が政府に課然と「外交的努力をせよ」という義務を強制的に賦課することは、憲法が政治的外交的行為に関する政策判断、政策樹立及び執行に関する権限を担担している行政府に付与している権力分立原則に反する要案もあるという点から、さらに問題があると云わざるを得ない。

エ 小結

したがって、憲法第 10 条、第 2 条第 2 項、憲法前文の規定、本件協定第 3 条によっては本件請求人らに対して国家が本件協定第 3 条に定める紛争解決手続に乗り出すべき具体的な作為義務が発生したと解することはできないから、故請求人が上記紛争解決手続に乗り出さないという不作為により請求人らの基本的人権が侵害されたと主張する本件憲法訴訟原告は不適法であり却下すべきである。

日本により強制的に慰安婦として動員された後、人間としての生活をまると剥奪され、その加害者である日本国から人間的謝罪さえ受けることができないにいたる本件請求人らの切迫した心情を思えば、大韓民国国民として誰もが共感を禁じ得ず、どうかしてわが国の政府が国家的努力を尽くしてくれたいという願いは我々すべてにとつて切実である。しかし憲法裁判所は基本的に憲法と法律により裁判を行うべきであるから、裁判当事者が置かれている状況がいかに国家的に重大であり個人的に切迫しているとしても、憲法と法律の規定及びそれに関する憲法的法理を飛び越えることはできない。本件請求人らが置かれている基本的人権救済の重要性及び切迫性を解決することができ法的的手段を憲法、法令又はその他憲法的法理によって発見できなければ、結局これらの法的地位を解決する問題は政治権力に委ねられているという他はなく、憲法、法律及び憲法解釈の限界を超えてまで憲法裁判所が被請求人にこの問題解決を強制することはできない。それが権力分立の原則上憲法裁判所が守らねばならない憲法的限界なのである。