

야스쿠니신사 합사 절지 (合祀絶止) 2 차소송 3 심판결

(최고재판소 제 2 소법정 2 0 2 5. 1. 17 판결)

[→HOME](#)

2024(受)제 275 호

상고인 A,B,C,D

피상고인 일본국

위 당사자 간의 도쿄고등재판소 2023(ネ) 제 2783 호 제 2 차세계대전 전몰자 합사절지(絶止) 등 청구사건에 대하여 동 법원이 2023 년 5 월 26 일에 선고한 판결에 대해 상고인들로부터 상고가 제기되었다. 이에 이 법원은 다음과 같이 판결한다.

주 문

이 사건 상고를 기각한다.

상고비용은 상고인들의 부담으로 한다.

이 유

상고대리인 우치다 마사토시(内田雅敏) 위의 상고수리신청이유(단, 배제된 부분은 제외한다.)에 대하여

1 야스쿠니신사는 피상고인으로부터 제 2 차세계대전에서 전사한 군인 및 군속의 이름 등의 정보를 제공받아 그들을 합사(合祀)하고 있었다. 이 사건은 대한민국 국적을 가진 상고인들이 피상고인에 대해 피상고인이 상고인들의 승낙을 얻지 않고 야스쿠니신사에 상고인들의 각 부친의 정보를 제공한 행위(이하 '이 사건 정보제공행위'라 한다)는 위법이라고 등 주장하며 국가배상법 제 1 조 제 1 항에 따른 위자료 지급 등을 청구하는 사안이다.

2 소론은 이 사건 정보제공행위는 야스쿠니신사에 의한 위 각 부친의 합사(이하 '이 사건 각 합사'라 한다.)를 위해 필요한 것이고, 상고인들의 신앙생활의 평온이나 유족으로서의 자기결정권 등 불법행위법상의 보호를 받아야 할 권리 또는 법적 이익을 침해하는 위법한 것임에도 이를 부정한 원심의 판단에는 법령해석의 오류 및 판례위반이 있다는 것이다.

3 원심이 적법하게 확정한 사실관계에 의하면, 이 사건 각 합사는 1959.10.17 까지 이루어진 반면, 이 사건 소송 제기는 2013.10.22 에 이루어졌다. 그렇다면 이 사건 정보제공행위가 위법한지 여부에 대해서는 판단할 필요도 없이, 상고인들이 청구하는 손해배상청구권에 대해서는 2017 년 법률 제 44 호에 의한 개정전 민법 제 724 조 후단의 제척기간(除斥期間)이 경과한 것이 명백하다. 그리고, 원심이 적법하게 확정한 사실 및 상고인들의 주장을 살펴봐도 피상고인이 위 제척기간을 주장하는 것이 신의칙에 반하거나 권리남용으로서 허용되지 않는다고 판단할 만한 사정이 있다고 볼 수 없다.

4 따라서 이 사건 정보제공행위에 관한 상고인들의 손해배상청구를 기각해야 한다고 한 원심의 결론은 수긍할 수 있다. 논지는 원심판결의 결론에 영향을 미치지 않은 사항에 대한 위법성을 말하는 것으로 귀결되어 채택할 수 없다.

또한, 그 밖의 청구에 관한 상고에 대해서는 상고수리신청사유가 상고수리 결정에 있어서

배제되었다.

따라서 재판관 미우라 마모루(三浦守)의 반대의견이 있는 외, 재판관 전원일치 의견으로 주문과 같이 판결한다. 또한, 재판관 오지마 아키라(尾島明)의 보충의견이 있다.

재판관 오지마 아키라의 보충의견은 다음과 같다.

나는 피상고인의 이 사건 정보제공행위가 설령 상고인들이 주장하는 바와 같이 국가배상법 상 불법이라고 하더라도, 이는 제척기간 규정(2017 법률 제 44 호에 의한 개정 민법 제 724 조 후단)의 적용으로 원심판결의 결론에 영향을 미치지 않는다고 할 것이므로, 논지에 대한 판단을 하지 않고 이 사건 상고를 기각하는 것이 타당하다고 생각한다. 미우라 판사의 반대의견이 상고인들의 손해배상청구권에 대해 제척기간이 경과한 것이 명백하다고 할 수 없다고 하고 있는 것에 비추어, 이 점에 관한 나의 의견을 보충하여 언급하고자 한다.

1 최고재판소 2023(受) 제 1319 호 2023.7.3 대법정판결·민집 78 권 3 호 게재 예정은 ‘(불법행위에 의해 발생한 손해배상)청구권이 제척기간 경과로 소멸한 것으로 보는 것이 현저하게 정의·공평의 이념에 반하여 도저히 용납할 수 없는 경우에는 법원은 제척기간의 주장이 신의칙에 반하거나 권리남용으로 허용되지 않는다고 판단할 수 있다.’고 하고 있는바, 피상고인은 원심에서 설령 상고인들의 피상고인에 대한 손해배상청구권이 성립한다고 하더라도 이 청구권은 제척기간 경과로 소멸하였다고 주장하고 있다. 그렇다면, 설령 이 청구권이 인정된다는 경우에는 이 청구권의 소멸이 현저하게 정의·공평의 이념에 반하여 도저히 용납할 수 없고, 제척기간의 주장이 신의칙에 반하거나 권리남용으로서 허용되지 않는지 여부가 문제된다.

원심판결은 이 사건 정보제공행위에 의해 법적 보호의 대상이 되는 상고인들의 권리가 침해되었다고 볼 수 없다는 취지의 판단을 하였고, 제척기간 주장에 대해서는 언급하지 않았다. 그러나 원심이 적법하게 확정된 사실관계에 기초하여 기록으로 알 수 있는 상고인들이 주장하는 사실을 최대한 고려하더라도 피상고인이 제척기간의 주장을 하는 것이 신의칙에 반하거나 권리남용에 해당한다고 볼 수 없다는 것은, 앞으로 살펴보는 바와 같이 더 나아가 심리할 필요도 없이 명백한 것으로 보인다.

2 먼저 이 사건 정보제공행위로 인하여 상고인들이 입은 것으로 보이는 피해의 정도에 대하여 살펴본다.

야스쿠니신사가 상고인들의 각 부친에 대해 행한 이 사건 각 합사는 종교의 자유가 보장된 하나의 종교단체가 행한 종교적 행위 그 자체이며, 비록 상고인들의 동의를 얻지 않고 행해진 것이라 하더라도, 상고인들에 대한 불법행위를 구성한다고 평가하기 어렵다(어떤 종교단체가 관계없는 타인을 해당 타인이나 그 관계자의 승낙을 얻지 않고 교조나 제신으로 숭배하는 경우가 있다고 할 때, 해당 타인 등이 불쾌감을 느끼거나 또는 해당 타인 등이 다른 종교의 경건한 신자라면 그 종교적 감정을 현저하게 해칠 수 있을 것이다. 그러나 종교단체가 그 교의 등에 근거하여 누군가를 교조 또는 제신으로 숭배하고 있는 것 자체에 대해 타인이 손해배상을 청구하는 것은 해당 종교단체의 행위가 별도로 해당 타인의 사회적 평가, 신용, 명예감정 등을 해친다고 볼 수 있는 경우는 그만두고, 일반적으로는 인정되지 않을 것으로

보인다.) 이렇게 생각하면, 야스쿠니신사가 상고인들의 각 부친을 합사하여 제신으로 모시고 있는 것 자체를 거론하여, 이로 인해 상고인들의 권리와 이익이 침해되고 있다고는 보기 어렵다고 볼 수밖에 없다.

다만, 피상고인의 책임에 관해서는 헌법 제 20 조 3 항의 정교분리규정이 있기 때문에 위 야스쿠니신사의 배상책임의 유무와는 다른 점이 있다. 정교분리 규정은 이른바 제도적 보장의 규정이지, 사인(私人)에 대해 신교의 자유 그 자체를 직접적으로 보장하는 것은 아니다(최고재판소 1982(才)제 902 호 1988.6.1 대법정판결·민집 42 권 5 호 277 페이지 참조)고 하더라도 국가가 감히 정경분리규정에 반하는 행위를 하여 개인의 경건한 감정을 해치는 일은 하지 않을 것이라고 사인이 기대하는 것은 합리적이라고 볼 여지가 있다. 이러한 정교분리규정에 반하는 국가의 행위로 인하여 개인이 손해를 입는다는 식의 불법행위 주장의 당부는 더욱 검토해 볼 필요가 있다고 하더라도, 국가가 사인의 합리적 기대에 반하는 행위를 함으로써 입게 되는 것이 예상되는 정신적 손해의 정도는 해당 사인의 종교적 신념의 깊이에 따라 달라질 수 있지만, 그렇다고 해도 배상책임을 인정할 수 있는 손해라는 관점에서는 개인의 생명이나 신체에 대한 중대한 침해에 비하면 상당히 경미한 것이라고 할 수 밖에 없다.

또한 이 사건에서 피상고인이 상고인들이 권리행사를 하는 것을 특별히 방해한 사정은 찾아볼 수 없다.

그렇다면 더 이상의 심리를 할 필요도 없이 이 사건 정보제공행위에 의해 손해배상청구권이 설령 발생하였다고 하더라도 그 제척기간 경과로 인한 소멸이 현저하게 정의·공평의 원칙에 반하여 도저히 용납할 수 없을 정도라고는 할 수 없고, 제척기간의 주장이 신의칙에 반하거나 권리남용이라고 할 수 없음이 명백하다고 할 것이다.

3 또한 위와 같이 야스쿠니신사가 자유롭게 행할 수 있는 합사 자체 또는 합사된 상태의 계속이 상고인들과의 관계에서 불법행위가 되지 않는 것이 원칙인 이상, 피상고인이 그 공동불법행위자가 되는 것도 아니다. 따라서 위 2 와 같이 피상고인의 불법행위를 관념하더라도 피상고인이 이 사건 각 합사를 위해 상고인들의 부친마다 행한 한번만의 정보제공행위가 정교분리규정에 위배되는 것을 근거로 하는 것으로 볼 수밖에 없고, 설령 이로 인하여 손해배상청구권이 발생한다고 하더라도 그 발생 시점은 각 이 사건 정보제공행위에 근거한 이 사건 각 합사가 행해진 때라고 할 수 있기 때문에 이 사건에서는 늦어도 1959년 10월 17일이라고 볼 수 있다.

4 앞에서 본 바와 같이, 원심은 제척기간의 주장에 대하여 심리판단을 하지 않았지만 원심이 인정한 사실을 전제로 상고인들의 주장을 검토하여 상고인들이 청구할 수 있는 손해배상청구권의 존재를 가정하더라도 이것이 제척기간의 경과로 소멸한 것이 명백하므로, 논지는 결국 원심판결의 결론에 영향을 미치지 않는 것이라고 할 수 밖에 없고, 이 사건 상고를 기각해야 한다.

재판관 미우라 마모루의 반대의견은 다음과 같다.

나는 다수의견과 달리 원심판결이 피상고인의 손해배상책임을 부정한 판단은 국가배상법

제 1 조 제 1 항의 해석 적용을 잘못하여 필요한 심리를 다하지 않은 위법이 있고, 원심판결을 파기하고 사건을 원심법원에 환송하는 것이 타당하다고 생각한다. 이하, 그 이유를 설명한다.

1 이 사건은 대한민국 국적을 가진 상고인들이 피상고인의 이 사건 정보제공행위 및 이를 바탕으로 야스쿠니신사가 상고인들의 각 부친(이하 '이 사건 각 피합사자'라 한다.)을 합사한 행위(이하 '이 사건 각 합사행위'라 한다) 및 이를 계속하고 있는 행위(이하 이 행위를 '이 사건 각 합사계속행위'라 하고, 이와 이 사건 각 합사행위를 합하여 '이 사건 각 합사행위등'이라고 한다.)가 상고인들의 인격권 등을 침해하는 것이며, 피상고인과 야스쿠니신사와의 공동불법행위 또는 각각 단독의 불법행위에 해당한다고 해서 피상고인에 대해 국가배상법 제 1 조 제 1 항에 근거한 위자료의 지급 등을 요구하는 사안이다.

2 원심이 적법하게 확정된 사실관계 등의 개요는 다음과 같다.

(1) 야스쿠니신사는 1869 년에 태정관포고(太政官布告)에 의해 창립된 도쿄초혼사(東京招魂社)를 전신으로 하여 1879 년에 야스쿠니신사로 개칭되어 별격관폐사(別格官幣社)에 들고 있었는데, 제 2 차세계대전 종전 후 연합국군 최고사령관 총사령부(이하 'GHQ'라 한다) 가 이른바 신도 지령(神道指令)을 내린 것 등으로 인해 1946 년 종교법인이 되었고, 1952 년 종교법인법에 근거한 종교법인이 되었다.

(2) 야스쿠니신사의 합사는 국사에 순(殉)한 사람을 제신(祭神)으로 모시는 제사이고, 제신부에 따라 피합사자의 제신명을 묵서(墨書)한 영새부(靈璽簿)에 대해 영새부봉안제, 합사제 등이 행해지고, 영새부 등은 야스쿠니 신사에서 보관 관리된다.

전몰자의 합사에 대해서는 일정한 기준에 해당하는 자를 합사하고 있으며, 각 피합사자의 유족의 동의를 얻지 않고 있다. 합사를 할 때, 야스쿠니신사는 파악된 유족에게 합사 통지를 하고 유족으로부터 문의가 있을 때는 합사에 관한 정보를 답변한다.

(3) 제 2 차세계대전에서 전사한 군인 등의 합사에 대해 종전 이전에는 육군성 또는 해군성이 일정한 기준을 정하고 개별 심사를 한 후, 육군대신 또는 해군대신이 천황에게 상정하여 그 재가를 거쳐 결정되어 집행되었다.

1946 년 GHQ 는 야스쿠니신사에 대해 합사제 등을 금지하는 등의 조치를 취했으나, 1948 년 피상고인은 야스쿠니신사에 대하여 피상고인이 소유하고 보관하고 있는 전몰자 정보에 관한 자료 등을 인도하고, 야스쿠니신사는 피상고인으로부터 제공받은 정보를 바탕으로 합사를 실시하였다.

(4) 1952 년 4 월, 연합국군에 의한 점령이 종료되어 피상고인과 야스쿠니신사는 1956 년 1 월 및 2 월, 협의회에서 그 후의 사무의 흐름으로서 야스쿠니신사는 이미 합사된 자의 명단을 각 도도부현(都道府縣)에 송부하고, 각 도도부현은 합사 기준에 해당하는 전몰자에 대하여 제신명표를 작성하여 후생성 인양원호국(引揚援護局)에 송부하고, 후생성 인양원호국은 제신명부를 야스쿠니신사에 보내고, 야스쿠니신사는 이를 바탕으로 제신부 및 영새부를 작성하면서 합사 통지서를 작성하여 각 도도부현에 송부하고, 각 도도부현은 이를 각 유족에게 송부하는 것을 확인했다.

후생성 인양원호국장은 1956 년 4 월, 각 도도부현에 대하여 '야스쿠니신사 합사 사무에

대한 협력에 대하여' (4.19 援兇제 3025 호 후생성 인양원호국장 통지. 이하 '1956 년 국장통지'라 한다.)를 발령하고, 위 사무의 흐름에 따라 '야스쿠니신사 합사 사무 협력 요강' 을 제시하는 등 야스쿠니신사의 합사 사무에 대한 협조를 요청함과 함께 해당 사무처리의 비용은 국비 부담으로 한다는 취지 등을 통지했다.

피상고인과 야스쿠니신사는 1956 년 1 월부터 1970 년 6 월까지 위 협의회를 포함하여 총 21 차례에 걸쳐 야스쿠니신사 내에서 협의회를 가졌는데, 그 때 피상고인으로부터 야스쿠니신사에 대해 향후 합사 기준이나 합사 대상자에 관한 제안이나 의견 등을 진술하는 등 합사 기준 등에 대해서도 협의를 했다.

그 사이에 후생성 원호국으로부터 각 도도부현에 대해 야스쿠니신사의 합사 사무에 대한 협조에 관한 복수의 통지가 발포되었다.

(5)피상고인은 1956 년 국장통지 등에 따라 도도부현의 협력을 얻어 야스쿠니신사에 대해 제 2 차세계대전에서 전사한 군인 등의 성명 등의 정보를 제공하였다(이하,이 제공 행위 전체를 '전몰자정보제공행위'라고 한다). 위 정보를 바탕으로 야스쿠니신사에서 다수의 전몰자 합사가 이루어졌는데, 1957 년부터 1972 년 만으로도 피합사자 수는 총 100 만 명을 넘는다. 이러한 정보의 제공은 1986 년경까지 이루어졌다.

(6) 전몰자정보제공행위는 개별 전몰자에 대해 성명 외에 계급, 소속부대, 사망일시, 장소 및 원인 등의 사항을 기재한 제신명표를 송부하여 이루어졌다.야스쿠니신사에서는 합사 기준에 해당하는 것으로 확인된 전몰자에 관한 제신명표의 성명 등의 사항을 필사하여 제신부를 작성하고, 이를 바탕으로 피합사자의 제신명을 목서하여 영새부를 작성하였다. 제신명표는 제신부 및 영새부의 원표로 취급되어 영새부 등과 함께 야스쿠니신사에서 보관 관리되고 있다.

(7) 피상고인은 야스쿠니신사 이외의 단체 등이 제 2 차세계대전의 군대 등에 관한 명부나 서적 등을 발행하는 경우 전몰자 등의 정보를 제공하고 있었다.

(8) 상고인들은 대한민국 국적을 가진 자이고, 상고인들의 각 부친인 이 사건 각 피합사자는 제 2 차세계대전 당시 일본군대 밑에서 행동하면서 전사 또는 전병사하였는데, 이 사건 정보제공행위에 따라 1959 년 4 월 6 일 또는 같은 해 10 월 17 일 창씨개명에 의한 일본식 이름에 따라 이 사건 각 합사행위가 이루어졌고, 야스쿠니신사가 소유하고 관리하는 영새부 등에 기재되어 있다.

3 원심판결은 위 사실관계 등에 따라 대략 다음과 같이 판단하고, 상고인 등의 청구를 기각해야 한다고 하였다.

이 사건 각 합사행위 등은 종교법인인 야스쿠니신사에 보장된 종교의 자유에 따라 할 수 있는 종교적 행위이고, 그러한 행위가 최고재판소 1982(才)제 902 호 1988.6.1 대법정판결·민집 42 권 5 호 277 페이지(이하'1988 년 대법원판결'이라 한다.)에서 말하는 강제나 불이익의 부여를 수반하는 것으로 인정하기 어려우므로, 그로 인해 이 사건 각 피합사자를 경애추모(敬愛追慕)하는 인격권 등이 침해되었다는 상고인들의 주장을 채택할 수 없다. 이 사건 각 합사행위 등이 상고인들의 위 인격권 등을 침해하는 것이라고 할 수 없는 이상, 이

사건 정보제공행위에 의해 이러한 권리 등이 침해되었다고 볼 수도 없다.

4 하지만 원심의 위 판단은 시인할 수 없다. 그 이유는 다음과 같다.

(1) 사인 간의 법률관계에 있어서는 종교의 자유를 가진 사인 상호간의 권리의익의 조정 문제로서 개인이 타인의 종교적 행위로 인해 조용한 신앙생활을 보내는 이익 등을 해친 것을 이유로 해당 타인과의 관계에서 곧 손해배상을 청구 또는 금지청구 등 법적 구제를 요구할 수 없다고 해석된다. 그러나 국가에는 종교의 자유가 없고 오히려 종교활동이 금지되어 있기 때문에 개인과 국가의 법률관계는 사인간의 그것과는 다른 것이다.

한편, 개인이 사망한 근친자를 경애추모하는 것은 종교상, 습속상 기타 인간으로서의 기본적인 정신적 행위이며, 이를 위해 평온한 정신생활을 유지하는 것은 개인의 존엄성 및 행복추구와 깊이 관련하는 것으로서 정당한 이유 없이 공권력에 의해 방해받아서는 아니하는 인격적 이익으로서 헌법 제 13 조 및 제 20 조 제 1 항의 취지에 비추어 존중받을 가치가 있다고 하여야 한다.

국가가 헌법 제 20 조 제 3 항의 정교분리규정을 위반하여 사인의 종교행위를 원조하고 조장하는 등 종교적 활동을 하고, 이로 인하여 타자의 위 인격적 이익이 침해되었다고 평가할 수 있는 경우, 그것이 강제나 불이익의 부여를 수반하는 것이 아니더라도 국가와의 관계에 있어서는 해당 타자의 법적 이익이 침해된 것으로 볼 수 있다고 해석된다. 이러한 경우에 해당 사인의 신교의 자유를 이유로 국가가 손해배상책임을 면하는 것은 불합리하다. 이는 해당 타자가 해당 사인에게 곧 법적 구제를 요구할 수 있음을 의미하지 않으며, 해당 사인의 신교의 자유를 부당하게 제한하는 것도 아니다.

또한, 1988 년 대법정판결은 헌법 제 20 조 제 3 항의 규정이 제도적 보장의 규정으로서 사인에 대하여 신교의 자유 자체를 보장하는 것이 아니므로, 이 조항을 위반하는 국가의 종교활동도 그것이 동조 제 1 항 전단 또는 제 2 항을 위반하여 신교의 자유를 직접적으로 침해하는 데에 이르지 않는 한, 사인에 대한 관계에서 당연히 위법한 것으로 평가될 것은 아니라고 하고 있지만, 신교의 자유의 보장 및 그 침해가 동조 제 1 항 전단 또는 제 2 항의 문제라고 하더라도 동조 제 3 항을 위반한 국가의 종교적 활동에 대하여 국가배상법 제 1 조 제 1 항의 적용상 일정한 법률상 이익을 침해하는 위법으로 평가하는 것이 부정되는 것이 아니라고 해석된다.

(2)가. 헌법 제 20 조 제 3 항의 정교분리 규정은 국가와 종교의 관계가 우리나라의 사회적 문화적 제반 조건에 비추어 신교의 자유 보장의 확보라는 제도의 근본목적과의 관계에서 상당하다고 인정되는 한도를 넘는 것으로 인정되는 경우에는 이를 허용하지 아니한다고 하는 것이다. 국가가 사인의 종교행위에 필요한 정보를 조사하여 제공하는 경우, 해당 종교행위의 성격이나 해당 정보를 조사하여 제공하게 된 경위 등에는 여러 가지가 있을 수 있고, 해당 정보의 조사 및 제공이 위 제반 조건에 비추어 신교의 자유 보장의 확보라는 제도의 근본 목적과의 관계에서 상당하다고 인정되는 한도를 넘어 정경분리 규정에 위반되는지 여부를 판단함에 있어서는 해당 종교적 행위의 성격, 해당 정보의 조사·제공을 하게 된 경위, 해당 정보의 조사·제공의 방식 및 이와 해당 종교행위와의 관계성, 이에 대한 일반인의 평가

등 제반 사정을 고려하여 사회통념에 비추어 종합적으로 판단하여야 할 것으로 해석된다.

나. 앞에서 본 사실관계 등에 의하면, 야스쿠니신사에서 합사는 종교법인 야스쿠니신사의 중심적인 종교행위이고, 야스쿠니신사의 창립 이래의 경위 및 헌법 제 20 조 제 3 항의 취지에 비추어 볼 때, 야스쿠니신사의 제 2 차세계대전 전몰자 합사에 대한 피상고인의 직접적인 협력은 동 조항에 의한 정교분리 제도의 핵심에 위치하는 문제이다.

제 2 차세계대전 전몰자에 대해 합사 기준에 해당하는 모든 사람의 합사를 결정하기 위해서는 그 대상이 되는 개별 전몰자에 대해 제신명표에 기재되는 위 사항에 대해 조사하여 정확한 정보를 얻을 필요가 있으며, 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 피상고인 및 도도부현이 이에 협력하지 않으면 불가능했을 것으로 보인다.

피상고인은 야스쿠니신사와의 여러 차례의 협의회를 바탕으로, 1956 년 국장 통지 등에 따라 합사 기준에 해당하는 모든 전몰자의 합사를 원조하고 촉진하기 위해 약 30 년이라는 장기간에 걸쳐 도도부현의 협력을 얻어 피상고인의 경비 부담 하에 조직적으로 야스쿠니신사에 대해 합사 결정에 필수적인 정보를 조사하고 제공한 것이며, 이에 따라 100 만 명이 넘는 방대한 수의 전몰자 합사가 이루어졌다고 할 수 있다.

전몰자정보제공행위에 대해 야스쿠니신사의 요청이 있다고 하더라도 야스쿠니신사의 합사에 필수적인 정보의 조사 및 제공은 정경분리 원칙과의 관계에서 다른 단체 등의 비종교적 목적에 따른 요청에 대한 조사 답변과 같은 것으로 평가하기 어렵다.

한편, 원심에서 피상고인이 연합국군에 의한 점령이 종료된 후 야스쿠니신사와 협의회를 개최하는 등 전몰자정보제공행위를 하기로 한 이유 등 그 경위에 관한 구체적인 인정 및 검토는 이루어지지 않았다.

또한 피상고인과 야스쿠니신사와의 협의회에 있어서는 향후 합사 기준이나 합사 대상에 대해서도 협의가 이루어졌는데, 이 사건 각 피합사자는 전쟁 전에 우리나라가 통치한 조선 출신자이며, 그러한 전몰자에 관한 정보는 도도부현에 의한 조사의 범위를 넘고 있으며, 피상고인에 의한 조사의 여부를 감안하여 이를 합사대상자로 하는 것에 대해서도 양측 간에 협의가 이루어졌다고 생각되지만, 원심에서는 이러한 협의 상황에 관한 구체적인 인정 및 검토가 이루어지지 않았다.

이 사건 정보제공행위가 헌법 제 20 조 제 3 항에 위반되는지 여부에 대해서는 위와 같은 사정을 포함하여 이 사건 각 합사행위 등의 성격, 이 사건 정보제공행위를 하게 된 경위, 이 사건 정보제공행위의 방식 및 이와 이 사건 각 합사행위 등과의 관련성, 이에 대한 일반인의 평가 등 제반 사정을 고려하여 사회통념에 비추어 종합적으로 판단해야 한다.

(3) 위 사실관계 등에 의하면, 이 사건 각 피합사자는 전쟁 전에 우리나라가 조선을 통치한 것에 따라 제 2 차세계대전에서 일본군대 밑에서 활동하다가 전사한 것인데, 이 사건 정보제공행위에 근거하여 창씨개명에 의한 일본식 성명에 의해 이 사건 각 합사행위가 이루어졌고, 야스쿠니신사가 소유하고 관리하는 영새부 등에 기재되어 있다.

또한 이 사건 정보제공행위는 이 사건 각 피합사자의 합사를 결정하기 위해 필수적인 정보를 개별로 제공한 것이며, 이 사건 정보제공행위가 없었다고 하더라도 이 사건 각

합사행위가 가능했다고 인정할 만한 사정은 보이지 않는다.

야스쿠니신사에서 의 합사는 국사에 순한 자를 제신으로 모시는 종교적 행위이며, 그러한 합사를 원하지 않는 유족에게 있어서는 사망한 근친자를 경애추모한다는 종교상, 습속상 기타 인간으로서의 기본적인 정신적 영위에 영향을 미칠 수 있는 것이다. 그리고 이 사건 각 합사행위 등에 대하여 상고인 등 유족들이 승낙하지 않은 점과, 일본과 조선과의 역사적 관계, 이 사건 각 피합사자가 전사하게 된 경위, 전쟁 전의 야스쿠니신사의 역할 등에 비추어 볼 때, 상고인들이 이 사건 각 합사행위 등을 인식함으로써 이 사건 각 피합사자를 경애추모하는 데 있어 평온한 정신생활을 유지하는 것이 방해받았다는 주장에는 상당한 이유가 있다.

한편, 원심에서 상고인들이 이 사건 각 합사행위 등을 인식하게 된 경위 및 그 인식이 상고인들에게 미친 영향 등에 대한 구체적인 인정 및 검토가 이루어지지 않았다.

이 사건 정보제공행위에 대한 국가배상법 제 1 조 제 1 항의 적용에 관해서는, (2)가. 의 판단과 함께 그 판단에 있어서 고려해야 할 사정에 더하여, 상고인들이 이 사건 각 피합사자를 경애추모하는 데 있어 평온한 정신생활을 유지하는 인격적 이익의 성격, 상고인들이 이 사건 각 합사행위 등을 인식하게 된 경위, 이 사건 각 합사행위 등이 위 인격적 이익에 미치는 영향 및 이와 이 사건 정보제공행위와의 관련성 등 여러 사정을 고려하여, 이 사건 정보제공행위로 인하여 위 인격적 이익이 침해된 것으로 평가할 수 있는지 여부를 검토하여 판단해야 한다.

(4) 원심은 (2)가. 및 (3)의 판단을 위하여 고려해야 할 중요한 사실의 인정 및 검토를 하지 않은 채, 단순히 이 사건 각 합사행위 등이 상고인들이 주장하는 인격권 등을 침해하는 것이라고 할 수 없다는 이유만으로 이 사건 정보제공행위에 의해 위 인격권 등이 침해되었다고 할 수 없다고 하여 피상고인의 손해배상책임을 부정한 것으로서, 국가배상법 제 1 조 제 1 항의 해석 적용을 잘못하여 필요한 심리를 다하지 않은 위법이 있다고 할 것이다.

5(1) 다수의견은 상고인들이 청구하는 손해배상청구권에 대하여, 2017 법률제 44 호로 개정되기 전의 민법(이하 '개정 전 민법'이라 한다.) 제 724 조 후단의 제척기간이 경과한 것이 명백하고, 원심이 적법하게 확정된 사실 및 상고인들의 주장을 자세히 살펴봐도 피상고인이 위 제척기간을 주장하는 것이 신의칙에 반하거나 또는 권리의 남용으로서 허용되지 않는다고 판단하기에 충분한 사정이 있다고 볼 수 없다고 한다.

(2)피상고인의 위 제척기간의 주장에 관하여, 상고인들은 ①피상고인의 불법행위는 현재에 이르기까지 계속적으로 행해져 종료되지 않았고, ②제척기간의 기산점은 손해의 발생시로 해석해야 하지만, 이 사건 정보제공행위로 인하여 상고인들의 정신적 손해가 발생한 것은 이 사건 정보제공행위로부터 상당기간 경과한 시점이고, 위 손해는 이 사건 각 합사행위로 인하여 계속적으로 발생하고 있는 점, ③이 사건에서 제척기간의 적용으로 손해배상의무를 소멸시키는 것은 현저하게 정의, 공평의 이념에 반한다는 등의 주장을 했지만 1 심 및 원심은 이에 대해 판단하지 않았다.

그리고 원심판결 이후 최고재판소 2023(受)제 1319 호 2024 .7.3. 대법정판결 · 민집 78 권

3 호 게재 예정(이하 '2024 년대법정판결'이라 한다.) 은 개정 전 민법 제 724 조 후단의 제척기간의 경과로 소멸한 것으로 하는 것이 현저하게 정의·공평의 이념에 반하여 도저히 용납할 수 없는 경우에는, 법원은 제척기간의 주장이 신의칙에 반하거나 권리남용으로서 허용되지 않는다고 판단할 수 있다고 하여, 이전의 판례를 변경하였다.

(3) 상고인들이 청구하는 손해배상청구권은 피상고인의 헌법상 정교분리 규정을 위반한 행위로 인하여 헌법상 보장 또는 보호되는 상고인들의 인격권 등이 침해되었다는 주장이 이유로 한다. 그리고 위 사실관계 등을 전제로 하여 상고인들은 전몰자정보제공행위가 합사기준에 해당하는 모든 전몰자를 합사한다는 공통의 목적을 위한 행위이고, 피상고인이 합사기준의 결정 및 해석 등에 대하여 주도적, 중심적 역할을 담당하고 합사기준 및 피합사자의 결정을 야스쿠니신사와 일체화하여 실시하는 등 합사는 피상고인과 야스쿠니신사의 긴밀한 연계 하에 추진되었다 등의 주장을 한다. 또한, 상고인들은 이 사건 각 합사행위가 행해졌을 때 야스쿠니신사로부터 합사 통지를 받지 않았으며, 상당한 기간이 경과한 후에 이 사건 각 합사행위 등을 인지하고, 이로 인해 이 사건 각 피합사자를 경애추모하는 데 있어 평온한 정신생활을 유지하는 것을 방해받았다는 취지의 주장을 한다.

이러한 상고인들의 주장(이하 '이 사건 주장'이라 한다.) 에 관하여 1 심 판결은 이 사건 정보제공행위의 위법성에 관한 검토에서 관련 제반 사정을 인정한 후, 이 사건 주장(상기 야스쿠니신사로부터의 통지 및 이 사건 각 행위 등의 인식 등에 관한 사항을 제외한다.) 을 부정하는 판단을 하였으나, 원심판결은 단순히 이 사건 각 합사행위 등이 상고인들이 주장하는 인격권 등을 침해하는 것으로 볼 수 없다는 이유만으로 이 사건 정보제공행위로 인하여 위 인격권 등이 침해되었다고 볼 수 없다고 한 것이며, 제 1 심 판결의 위 검토에 관한 판시 전체를 인용하지 않았고, 그 외에 이 사건 주장에 대한 판단을 제시하지 않았다.

따라서 위 사실관계 등 및 이 사건 주장을 전제로 하여 상고인들이 청구하는 손해배상청구권에 대하여 제척기간이 경과하였고, 그 제척기간의 주장이 신의칙에 반하거나 또는 권리남용으로서 허용되지 않는다고 판단할 만한 사정이 없다고 할 수 있는지 여부에 대해 검토한다.

(4)가. 전몰자정보제공행위는 종교법인인 야스쿠니신사의 중심적인 종교적 행위인 합사에 관하여 피상고인이 야스쿠니신사와의 수차례의 협의회를 바탕으로 합사기준에 해당하는 모든 전몰자의 합사를 지원하고 촉진하기 위해 오랫동안 도도부현의 협력을 받아 피상고인의 경비 부담 하에 조직적으로 야스쿠니신사에 대해 합사 결정에 필수적인 정보를 조사하여 제공해온 것이며, 이를 통해 100 만명을 넘는 방대한 수의 전몰자 합사가 이루어졌다.

게다가 이 사건 주장을 전제로 하면, 피상고인은 야스쿠니신사와 합사기준에 해당하는 모든 전몰자를 합사한다는 공통의 목적을 가지고 합사 기준의 결정 및 해석 등에 대해 주도적이고 중심적인 역할을 맡고 합사기준 및 피합사자의 결정을 야스쿠니신사와 일체화하여 수행한 것이므로 합사에 관한 제사가 야스쿠니신사에서 행해진다고 하더라도, 실질적으로 양자의 행위 전체가 위 목적의 실현을 위하여 불가분의 일체 관계에 있으며,

정부 정책에 의한 사업으로 추진되는 것으로 평가할 수 있다.

또한 조선출신 전몰자를 합사 대상으로 하는 것에 대해서도 피상고인이 주도적으로, 중심으로 야스쿠니신사와 일체로서 이를 추진한 것을 전제로 하면, 이 사건 정보제공행위와 이 사건 각 합사행위 등도 위 목적의 실현을 위해 불가분의 일체 관계에 있다고 평가할 수 있다.

그렇다면, 상고인들이 이 사건 각 피합사자를 경애추모함에 있어 평온한 정신생활을 유지하는 인격적 이익은 현재도 이 사건 정보제공행위와 일체 불가분의 관계에 있는 행위로 인하여 침해가 계속적으로 발생하고 있다고 볼 여지가 있다.

나. 이 사건 주장을 전제로 하면, 상고인들은 이 사건 각 합사행위가 행해질 당시 야스쿠니신사로부터 합사 통지를 받지 못했고, 상당한 기간이 경과한 후에 이 사건 각 합사행위등을 인식하였다.

상고인들의 위 인격적 이익은 그 평온한 정신생활을 유지하는 것이 방해받음으로써 침해되어 손해가 발생한다고 볼 수 있고, 그러한 법익의 성질상 이 사건 각 합사행위 등을 인식해야만 법익이 침해되어 손해가 발생한다고 볼 수 있다. 이러한 경우에 법익의 침해와 손해의 발생을 기다리지 않고 제척기간의 진행을 인정하는 것은 피해자에게 현저히 가혹하고 불합리하다. 가해자로서도 자신의 행위 및 이와 불가분의 일체 관계에 있는 행위로 침해할 수 있는 법익의 성질에 비추어 볼 때, 상당한 기간이 경과한 후에 피해자가 나타나 손해배상을 청구할 것을 예상할 수 있어야 한다고 볼 수 있다.

다. 앞에서 본 바를 감안하면, 위 사실관계 등 및 이 사건 주장을 전제로 상고인들이 청구하는 손해배상청구권에 대해서는 제척기간이 경과한 것이 명백하다고 볼 수 없다.

(5) 2024년 대법정판결에 의한 새로운 판례에 따른 판단은 해당 사안이 이 대법정판결의 사안에 필적하는지 여부라는 비교의 문제가 아니다. 불법행위에 관한 손해배상제도는 피해자에게 발생한 현실적 손해를 가해자에게 배상하게 함으로써 피해자가 입은 불이익을 보전하고 불법행위가 없었을 때의 상태로 회복시키는 것을 목적으로 하여 손해의 공평한 분담을 도모하는 것을 그 이념으로 하며, 개정전 민법 제 724조 후단의 제척기간 주장에 대해서도 위 목적 및 이념을 전제로 하여 동조의 취지를 감안하며 민법 제 1조의 기본원칙에 따라 구체적인 사실관계에 대해 판단해야 한다.(위 대법정판결의 나의 보충의견 참조).

개정전 민법 제 724조는 불법행위를 둘러싼 법률관계의 신속한 확정을 의도한 규정으로 해석되는바, 이 사건 주장을 전제로 하면 이 사건 정보제공행위는 헌법 제 20조 제 3항의 정교분리 규정을 위반하여 이로 인해 헌법 제 13조 및 제 20조 제 1항의 취지에 비추어 존중되어야 할 상고인들의 위 인격적 이익이 침해된 것이고, 현재도 이 사건 정보제공행위와 불가분의 일체 관계의 행위로 인해 침해가 계속되어 손해가 발생하고 있다고 볼 여지가 있다. 이러한 이 사건에 있어서는 법률관계를 안정시킴으로써 관계자의 이익을 보호해야 한다는 요청은 크게 후퇴할 수밖에 없다.

그리고 이 사건 주장을 전제로 하면, 이 사건 정보제공행위는 오랜 동안 정부의 정책적 사업의 일환으로 이루어진 것이라고 할 수 있고, 또한 피상고인 및 야스쿠니신사의 소장자로

등에 근거하여 국회도서관 조사 및 입법고좌국 편집 「신편 야스쿠니신사 문제자료집」(2007년)이 간행되었고, 피상고인이 야스쿠니신사에 송부한 제신명표 및 이를 바탕으로 야스쿠니신사가 작성한 영새부 등이 현재도 야스쿠니신사에서 보관 관리되고 있다. 이러한 가해행위의 성질 및 관계 증거의 상황에 비추어 볼 때, 시간의 경과와 함께 증거의 산일 등으로 인해 해당 행위의 내용이나 위법성 유무 등에 대한 가해자 측의 입증 활동이 어려워진다고 볼 수도 없다. 그렇다면 이 사건에는 개정 전 민법 724 조의 취지가 타당하지 않은 측면이 있다.

그리고 이 사건 주장을 전제로 하면, 피상고인은 야스쿠니신사의 합사에 대한 직접적 협력이라는 정교분리제도의 핵심적인 문제에서 헌법을 위반하고, 약 30 년이라는 긴 시간동안 정부의 정책으로서 헌법상 보호되는 위 인격적 이익을 가진 자에게 개인의 존엄성 및 행복추구에 깊이 관계하는 희생을 요구하는 시책을 실시해 왔다고 할 수 있다. 또한 피상고인은 일본과 조선과의 역사적 관계 등에 비추어 볼 때, 대한민국 등에는 상고인들처럼 합사를 원하지 않는 유족이 있는 점과 그 합사로 인해 위 인격적 이익의 침해가 발생할 수 있고, 합사가 계속되는 한 그 침해가 계속될 수 있음을 충분히 예상하면서 합사를 추진한 것으로 볼 수 있다. 이들을 전제로 하면 피상고인의 책임은 매우 중대하다고 할 수 있다.

게다가 이 사건 주장을 전제로 상고인들은 이 사건 각 합사행위로부터 상당한 기간이 경과한 후에 이 사건 각 합사행위 등을 인식하고 그 평온한 정신생활을 유지하는 것이 방해받음으로써 위 인격적 이익이 침해되어 손해가 발생하였다고 볼 수 있다. 상고인들이 이를 인식하지 못한 시기에 피상고인의 이 사건 정보제공행위에 대한 위법성을 주장하여 손해배상청구권을 행사하는 것은 불가능하고, 피상고인으로서도 상당한 기간이 지난 후에 손해배상 청구를 받을 것을 예상해야 한다고 볼 수 있다.

위의 여러 사정에 비추어 볼 때, 위 사실관계 등 및 이 사건 주장을 전제로 이 사건 소가 제척기간 경과 후에 제기되었다는 점 만으로, 상고인들의 청구에 관한 손해배상청구권이 소멸한 것으로서 피상고인이 그 책임을 면하는 것은 현저히 정의와 공평의 이념에 반하여 도저히 용납할 수 없다고 평가하는 것에는 이유가 있다.

(6) 앞에서 살펴본 바에 따르면, 위 사실관계 등 및 이 사건 주장을 전제로 하여 상고인들이 청구하는 손해배상청구권에 대해서는 제척기간이 경과한 것이 명백하다고 할 수 없고, 제척기간의 주장이 신의칙에 위반되거나 권리남용으로서 허용될 수 없다고 판단할 만한 사정이 없다고 볼 수도 없다.

이 사건에서 제척기간에 관한 판단을 하기 위해서는 사실심에서 이 사건 주장과 관하여 여러 사정을 감안하여 충분한 검토를 하는 것이 필수적이며, 원심판결에 중요한 사실의 인정 및 검토가 결여되어 있는 이상, 더욱 필요한 심리를 다해야 한다고 할 것이다.

6 이상과 같이 원심판결이 피상고인의 손해배상책임을 부정한 판단은 국가배상법 제 1 조 제 1 항의 해석 적용을 잘못하여 필요한 심리를 다하지 않은 위법이 있고, 이는 판결에 영향을 미치는 것이 명백하므로 원심판결을 파기하고 사건을 원심법원에 환송하는 것이

상당하다.

최고재판소 제 2 소법정

재판장 재판관 오카무라 가즈미 (岡村和美)

재판관 미우라 마모루 (三浦守)

재판관 쿠사노 고우이치 (草野耕一)

재판관 오지마 아키라 (尾島明)

[→ HOME](#)