

日本軍「慰安婦」損害賠償請求二次訴訟一審判決

(ソウル中央地方法院 2021 年 4 月 21 日判決)

[→韓国戦後補償裁判総覧](#)

[→HOME](#)

主 文

1. 本件訴を却下する。
1. 訴訟費用は原告らの負担とする。

請求の趣旨

被告は別表「原告」欄記載の原告らに「請求の趣旨 金額」欄記載の金額及びこれに対する本件訴訟副本送達の翌日から支払済みまで年 15%の割合による金員を支払え。

理 由

I. 基礎的事実関係

1. 原告らの地位

ア. 下記の表中「慰安婦被害者」項目に記載された者は「日帝下日本軍慰安婦被害者に対する保護・支援及び記念事業等に関する法律」により 1932 年頃から 1945 年頃まで被告の前身である日本帝国(以下「被告」と通称する)により動員され、中国・東南アジア等に設置された日本軍慰安所で日本軍兵士等のために強制的に性行為をさせられたことが認められ、上記法律による慰安婦被害者として登録された人々である(以下日本軍慰安婦被害者一般を指す場合には「慰安婦被害者」とし、本件原告本人ら又は被相続人らである慰安婦被害者のみを指す場合には「本件被害者ら」とする)。

(原告一覧表 略)

イ. 本件被害者らのうち 2, 6, 9, 10(原告名略)は現在生存中であり、その余の被害者らのうち 11 乃至 16(原告名略)は本件訴の提起以前に死亡し、上記表中原告欄記載の原告らが上記被害者らの権利・義務を相続し、1, 3, 7, 8(原告名略)は本件訴提起後に死亡し、該当項目の原告欄に記載された者らが相続又は遺贈等により上記被害者らの権利・義務を承継して本件訴訟手続を受継した。そして上記被害者らのうち 4, 5(原告名略)も死亡したが、その相続人が確認されず、本件では訴訟受継手続が行われなかった。

2. 被告軍隊の中日戦争及び太平洋戦争遂行中の慰安所設置

ア. 被告は 1931 年に満州事変を起こし、その後上海、南京を陥落させ、更に東南アジアで占領地の範囲を拡大し、ハワイの真珠湾を侵攻するなどして太平洋戦争を開始した。このような占領地と戦場の拡大に応じて、被告は性病感染に起因する戦闘力喪失を防止し、占領地域で兵士による強姦などの性犯罪の発生を予防し、戦場での緊張と憂鬱感などを感じる軍人の心理的・性的欲求解消を通じて戦闘力を維持する目的により慰安所を設置し、慰安婦らに慰安所で軍人らと性関係を持たせた。

イ. 被告軍隊の要請による最初の慰安所は 1932 年上海に設置された海軍慰安所だったが、その後中日戦争が本格化して占領地が拡大するにしたがい、占領地駐屯部隊に慰安所が設置された。このように慰安所が増加するにしたがい、慰安婦動員のために、中国、東南アジアおよび太平洋地域の占領地では被告軍隊が直接慰安婦を動員する方式が主に行われたが、日本またはその植民地であった朝鮮、台湾などでは被告の軍隊の要請に基づいて総督府が各道に動員する慰安婦の数を割り当てると、警察が募集業者を選定して慰安婦を動員するなど、行政組織や地域組織などを通じた動員方式が主に行われた。

ウ. 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、フィリピン等被告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 万程度と推定されており、そのうち 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、オランダ等である。

エ. 本件慰安婦被害者らは国内に居住していたところ、イ項で述べたような方式により慰安婦として差出され、中国、日本、フィリピン、台湾等に設置された慰安所の慰安婦として配置されたとした。

3. 第 2 次世界大戦終戦以後 1951 年 9 月 8 日 サンフランシスコ条約締結及び大韓民国と被告の 1965 年 6 月 22 日「大韓民国と日本国間の財産及び請求権に関する問題と解決と経済協力に関する協定」締結

ア. 米国などを含む連合国 48 カ国と被告は 1951 年 9 月 8 日、戦後賠償問題を解決するために、サンフランシスコで平和条約（以下「サンフランシスコ条約」という。）を締結し、上記の条約は 1952 年 4 月 28 日に発効した。サンフランシスコ条約第 4 条（a）は被告の統治から離脱した地域の施政当局及びその国民と被告及びその国民の間の財産上の債権・債務関係は上記当局と被告との間の特別約定により処理するという内容を、第 4 条（b）は被告は上記の地域で米軍政当局が被告とその国民の財産を処分したことを有効と認める内容を含んでいる。

イ. 大韓民国と被告は、1951 年ごろから国交正常化と戦後補償問題を議論した。1952 年 2 月 15 日に第 1 次韓日会談本会議が開かれて関連議論が本格的に開始されたが、大韓民国は第 1 次韓日会談当時、「韓日間の財産及び請求権協定要綱 8 項目」を提示し、8 項目のうち、第 5 項は、「韓国法人または韓国自然人の日本銀行券、被徴用韓国人の売掛金、補償金およびその他の請求権の弁済請求」である。その後 7 回の本会議とそのための数十回の予備会談、政治会談と各分科委員会別会議などを経て、1965 年 6 月 22 日、「大韓民国と日本国との間の基本的な関係に関する条約」とその付属協定である「大韓民国と日本国との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「請求権協定」という）等が締結された。

ウ. しかし、上記請求権協定の過程で慰安婦被害者問題が具体的に議論されたり、上記協定に慰安婦被害者らの被告に対する損害賠償請求権に関する事項が明示されることはなかった。

4. 国際社会にける慰安婦被害者に関する問題提起

ア. 1990 年 11 月 16 日、慰安婦被害者問題の解決のための団体である韓国挺身隊問題

対策協議会が発足し、慰安婦被害者である金学順^{キムハクスン}が 1991 年 8 月に公開記者会見をすることにより慰安婦被害者問題が本格的に提起された。

イ. 被告は 1992 年 7 月に慰安婦被害者問題に対する政府レベルの関与自体は認めたが、強制連行を立証する資料はないという第 1 次調査の結果を公表したが、1993 年 8 月 4 日、第 2 次政府調査結果とともに日本軍と官憲の関与と徴集・使役での強制を認め、問題の本質が重大な人権侵害だったことを承認し、謝罪する内容の河野官房長官の談話を発表した。

ウ. 大韓民国は 1993 年 6 月 11 日、「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、慰安婦被害者に生活支援金を支給し始めたが、被告は慰安婦被害者に対する補償は 1965 年 6 月 22 日の請求権協定で既にすべて解決された状態なので、新たに法的措置をとることができないという立場を固守しつつ、1994 年 8 月 31 日、慰安婦被害者らの名誉と尊厳毀損に対する道義的な責任として人道的見地から個別的に慰労金や定着金の支給が可能であり、政府レベルではなく民間レベルでのアジア女性発展基金の創設などを模索するという立場を表明した。

ウ. このような被告の一連の措置にもかかわらず、国連人権小委員会は、日本軍慰安婦問題に対して持続的な研究活動を行ってきたが、その最初の報告である 1996 年 1 月 4 日付「クマラスワミ報告書」は第 2 次世界大戦時に強制連行された日本軍慰安婦の被告の人権侵害は明らかに国際法違反であることを確認し、被告に対して国家レベルの損害賠償、責任者処罰、政府に保管されているすべての資料の開示、書面による公式謝罪、教科書改訂などを勧告する 6 項目の勧告案を提示し、1996 年 4 月 19 日の第 52 回国連権委員会でも上記報告書の採択決議があった。

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が補強された特別報告者ゲイ・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て採択された。

5. 慰安婦被害者らの日本、米国裁判所での被告に対する損害賠償請求訴訟の経過

ア. 日本裁判所での訴訟経過

慰安婦被害者たちは 1991 年 12 月 6 日、東京地方裁判所に被告に対して慰安婦強制動員などによる損害賠償請求の訴えを提起したが、上記裁判所は 2001 年 3 月 26 日、上記原告らの請求を棄却し、東京高等裁判所は 2003 年 7 月 22 日に原告らの控

訴を棄却し、続いて最高裁判所が 2004 年 11 月 29 日に上告を棄却することにより、慰安婦被害者らの日本の裁判所での損害賠償請求が終局的に却下された。東京高等裁判所は原告らの損害賠償請求権は 1965 年 6 月 22 日に行われた請求権協定によってすべて消滅したと判断した。

イ. 米国連邦裁判所での訴訟経過

(1) 慰安婦被害者らのうち黄^{ファンクムチュ}錦周らは、2000 年に被告に対して米国ワシントン DC 地区連邦地方裁判所に損害賠償訴訟を提起し、上記事件では米国の Foreign State Immunity Act が定めた国家免除の例外事由の存否が争点となり、上記の原告らは被告の戦争犯罪者の責任追及を宣言した 1945 年ポツダム宣言を被告が受諾することによって被告が主権免除を明示的に放棄したと主張したが、上記の裁判所はこれを受け入れず、原告敗訴判決を宣告した。

(2) その後原告らの控訴が棄却されると、原告らは更に米国連邦最高裁判所に上告したが、米国連邦最高裁判所は控訴審判決のうち FSIA 制定前に行われた行為に対する上記の法律の適用に関する部分の法理の誤解を指摘し、破棄した。差戻審は、問題となる損害賠償請求権か消滅するか否かはサンフランシスコ条約と大韓民国と被告との間の請求権協定の解釈および効力の範囲に関連しているが、このような問題は米国の外交関係に関する問題として、上記の事件での司法部の裁判権行使が米国の外交政策に否定的な影響を与えるという米国国務省の意見を尊重し、上記の事件の司法審査適格性を認めなかった。

こうして、慰安婦被害者の米国裁判所での損害賠償訴訟もその目的を達成できなくなった。

6. 慰安婦被害者問題の解決に関する大韓国外交部長官の不作為違憲確認を求める憲法訴訟願

ア. 本件被害者の一部を含む慰安婦被害者らは、2006 年 7 月 5 日、彼らが被告に対して有する慰安婦被害者としての賠償請求権が請求権協定第 2 条第 1 項¹により消滅したか否かについて被告と大韓民国との間に解釈上の紛争が存在するので、大韓民国としては上記の協定第 3 条²が定めた手順に従って、上記のような解釈上の紛争を解

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となることを確認する。.

² 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 の規定により解決することができなかつた紛争は、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三十日の期間内に各締約国政府が任命する各一人の仲裁委員と、こうして選定された二人の仲裁委員が当該期間の後の三十日の期間内に合意する第三の仲裁委員又は当該期間内にその二人の仲裁委員が合意する第三国の政府が指名する第三の仲裁委員との

決するための措置をとる義務があるにもかかわらず、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外交部長官の不作为が請求人らの基本権を侵害して違憲との確認を求める憲法訴願審判を請求した。

- イ. 憲法裁判所は2011年8月30日、大韓民国政府が直接慰安婦被害者の基本権を侵害する行為をしたものではないが、被告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妨げる状態がもたらされたのは大韓民国政府が請求権の内容を明確にせず、「すべての請求権」という包括的な概念を使用して本件協定を締結したことにも責任があるので、その状態を除去する行為に乗り出すべき具体的な義務があることを前提に、被請求人外交部長官が慰安婦被害者の賠償請求権が請求権協定により消滅するか否かについての韓日両国間の解釈上の紛争を上記の協定第3条定めた手続きに従って解決しない不作为が違憲であると判断した（憲法裁判所2011年8月30日宣告 2006 헌마 788 決定）。

7. 2015年12月28日韓日合意

ア. 憲法裁判所 2006 헌마 788 決定以後の大韓民国政府と被告との交渉過程

- (1) 大韓民国は2011年9月14日、憲法裁判所の違憲決定による後続措置のために外交通商部内に北東アジア局長などで構成された「韓日請求権協定対策タスクフォース (TF)」を設置し、2011年10月7日、韓日関係および国際法の専門家で構成された「TF 諮問委員会」を設置した。外交通商部は2011年9月から11月まで被告に「日本軍慰安婦の賠償請求権が本件請求権協定によって消滅したか否かについて議論するために、本件請求権協定第3条の規定により近日中に韓日外交当局間協議を開催することを希望する」という内容の口上書を伝達したが、被告は上記解釈上紛争解決のための両者協議提案等について明示的、積極的な対応を示さなかった。
- (2) 2012年11月8日頃から2015年11月2日頃まで、大韓民国大統領は約12回にわたって韓日首脳会談などで日本軍慰安婦問題に言及し、これに対する被告の解決策の用意などを要請し、外交通商部は2012年8月29日頃から2015年8月30日頃まで約7回にわたって慰安婦被害者問題に対する立場を表明して被告に解決を促す内容の声明を発表し、大韓民国外交通商部長官・次官は2011年9月25日頃から2014年4月17日頃まで約9回にわたって韓日長・次官級会談などで日本軍慰安婦問題の解決策の作成を促した。

三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、第三の仲裁委員は、両締約国のうちいずれかの国民であつてはならない。

- 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つたとき、又は第三の仲裁委員若しくは第三国について当該期間内に合意されなかつたときは、仲裁委員会は、両締約国政府のそれぞれが三十日の期間内に選定する国の政府が指名する各一人の仲裁委員とそれらの政府が協議により決定する第三国の政府が指名する第三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。

(3) 2014 年 3 月 25 日、韓米日首脳会談の過程で、韓日両国は「慰安婦」問題を扱う局長級協議を開始することに合意し、大韓国外交部北東アジア局長と日本外務省アジア大洋州局長との間で 2014 年 4 月 16 日から 2015 年 12 月 28 日の本件合意発表の前日までの 12 回の局長級協議が行われた。2015 年 2 月頃からは上記の局長級協議とともに高位級非公開協議が行われ、2015 年 11 月 2 日の日韓首脳会談で、両首脳は韓日国交正常化 50 周年であることを勘案し可能な限り早い時期に「慰安婦」問題を妥結することで意見が一致し、2015 年 12 月 23 日の第 8 回高位級協議で下記イ項記載の内容の最終合意がなされた。

イ. 2015 年 12 月 28 日韓日合意の発表内容

大韓民国の外交通信部長官である尹炳世^{ユンビョonse}と被告の外務大臣岸田文雄は 2015 年 12 月 28 日下記の表記載のような内容で合意し、「韓日外交長官会談共同記者会見」を通じてこれを公表し、当時の両国首脳である大韓民国大統領朴槿恵^{パククネ}と被告総理大臣安倍晋三はその後電話通話で上記合意内容を追認した。上記記者会見は両国政府を代表する外交長官が公開的な内外信共同記者会見を通じて公式な立場として発表したものであり、別途合意内容を文書化することはしなかった(以下大韓民国と被告間の上記合意を「2015 年 12 月 28 日韓日合意」という)。

被告表明事項	大韓民国表明事項
1) 慰安婦問題は、当時の軍の関与の下に多数の女性の名誉と尊厳に深い傷を負わせた問題であり、このような観点から日本政府は責任を痛感する。安倍首相は日本国内閣総理大臣として、改めて慰安婦として多くの苦痛を経験して心身にわたり癒しがたい傷を受けたすべての方に心からの謝罪と反省の気持ち进行を表明する。	1) 韓国政府は日本政府の表明と今回の発表に至るまでの措置を評価し、日本側が表明した 2) の措置を着実に実施したことを前提に今回の発表に通じ、日本政府と共にこの問題が最終的かつ不可逆に解決されることを確認する。韓国政府は日本政府が実施する措置に協力する。
2) 日本政府は日本政府の予算によりすべての慰安婦の方々の心の傷を癒すための措置を講じる。具体的には大韓民国政府が慰安婦の方々の支援を目的とする財団を設立し、ここに日本政府の予算で資金を一括拠出して日韓両国政府が協力してすべての慰安婦の方々の	2) 韓国政府は日本政府が在韓日本大使館前の少女像に対して公館の安寧・威厳の維持という観点から懸念していることを理解し、韓国政府としても可能な対応の方向についての関連団体との協議などを通じて適切に解決されるように努力する。

名誉と尊厳の回復と心の傷を癒すための事業を行うことにする。	
3) 日本政府は、上記 2) の措置を着実に実施することを前提に慰安婦問題が最終的かつ不可逆的に解決されることを確認する。また、日本政府は韓国政府と共に今後国連など国際社会で同問題について相互非難・批判することを自制する。	3) 韓国政府は今回日本政府が表明した措置が着実に実施されることを前提に、日本政府と共に、今後国連など国際社会で同問題について相互非難・批判することを自制する。

ウ. 2015 年 12 月 28 日韓日合意以後の「財団法人和解癒し財団」の設立と活動

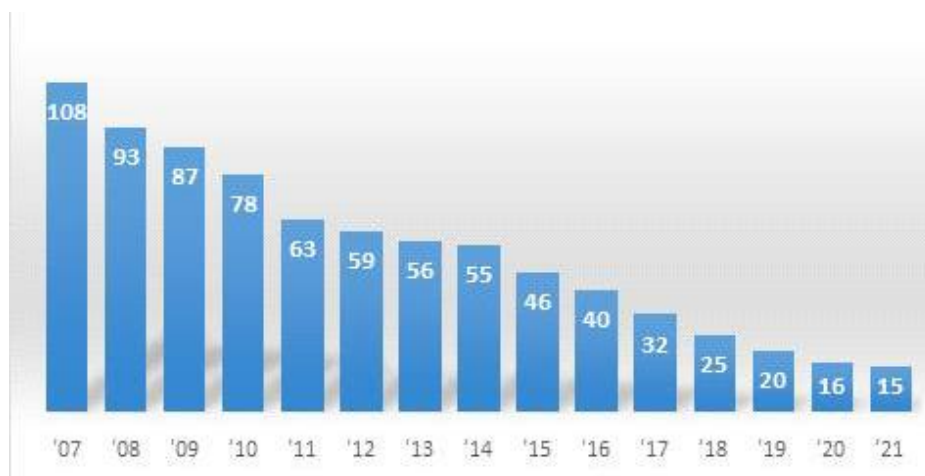
(1) 上記合意に基づいて財団法人設立作業が進められ、2016 年 7 月 28 日、主務長官である女性家族部長官の設立許可によって財団法人和解癒し財団（以下「和解癒し財団」という）が設立され、被告は 2016 年 9 月 1 日、上記合意に基づいて 10 億円（当時のレートにより大韓民国通貨に換算すると約 10,830,000,000 ウォンになる）を出捐した。

(2) 和解癒し財団は、被告が出捐した資金を財源として慰安婦被害者に現金支援事業（生存慰安婦被害者 1 億ウォン、死亡慰安婦被害者 2,000 万ウォン）を実施した。

上記財団設立の前後である 2016 年 1 月から 2017 年 6 月まで外交部、女性家族部及び上記財団関係者によって当時の慰安婦被害者の生存者との面談が行われ、その結果、2019 年 1 月 21 日に上記財団が設立許可取り消しになるまで生存被害者 36 名、死亡被害者 71 名の計 107 人が現金支援を申請し、そのうち生存 34 名、死亡 61 名に対する支払いが行われ、その後生存被害者 1 名、死亡被害者 3 名に対する支払いが追加で行われ、2020 年 10 月 14 日現在、財団の支援金の支給を受けた慰安婦被害者は計 99 名（生存被害者 35 人、死亡被害者 64 人）である。

(3) 登録された慰安婦被害者らは高齢であり、時の経過によって彼らの多くが死亡した結果、2007 年 12 月 31 日現在 108 人だった生存慰安婦被害者は 2021 年 2 月 21 日現在 15 名に減少した。2007 年頃から 2021 年 2 月 21 日まで毎年 12 月末現在（ただし 2021 年は 2 月 21 日現在）の登録された慰安婦被害者の生存者の現状は、以下の表の通りで、2021 年 2 月 21 日現在の生存者と死亡者の合計数は 240 名（生存被害者 15 名、死亡被害者 225 名）である。

2007～2021 生存慰安婦被害者数の推移



(4) 本件被害者 16 名のうち 9 名（6 名は生存被害者支援金として各 1 億ウォン、3 名が死亡被害者支援金として各 2000 万ウォン）は上記財団から現金支援を受領し、その余の 7 名はこれを受領しなかった。

エ. 慰安婦 TF の 2015 年 12 月 28 日韓日合意に対する評価結果と、これに伴う和解癒し財団に対する設立許可取消などの進行経過

(1) 2015 年 12 月 28 日韓日合意を主導した当時の大統領朴槿恵は 2017 年 3 月 10 日の憲法裁判所の弾劾決定によりその職を喪失させられたことに伴い、2017 年 5 月 9 日に行われた大統領選挙で当選した文在寅^{ムンジェイン}が 2017 年 5 月 10 日、第 19 代大統領に就任した。

(2) 大韓民国外交部は 2017 年 7 月 31 日、長官直属の「韓日日本軍慰安婦被害者問題の合意検討タスクフォース」（以下「慰安婦 TF」という）を設置し、2015 年 12 月 28 日韓日合意に対する評価を実施し、2017 年 12 月 27 日、次のような評価結果を発表した。

第 1 に、戦時における女性の人権について国際社会の規範としての地位を確立した被害者中心のアプローチが慰安婦交渉過程で十分に反映されず、一般的な外交懸案のように交渉上のやりとりによって合意が成立した。韓国政府は被害者が 1 人でも多く生きているうちに問題を解決しなければならないと言って協議に臨んだ。しかし協議過程では被害者の意見を十分に集約することなく、政府の立場を中心に合意をまとめてしまった。今回の場合のように被害者が受け入れない場合には、政府間で慰安婦問題の「最終的・不可逆的解決」を宣言したとしても問題は再燃されるほかない。

慰安婦問題のような歴史問題は短期的な外交交渉や政治的妥協では解決され難い。長期的に価値と認識を広め、未来世代への歴史教育を併行して推進しなければならない。

第2に、朴槿恵大統領は「慰安婦問題が進展しない首脳会談はありえない」と強調するなど慰安婦問題を韓日関係全般と結びつけて解決しようとしたが、かえって韓日関係を悪化させた。また、国際環境が変化し「2015年内交渉終結」という方針に転じて政策の混乱を呼び起こした。慰安婦などの歴史問題が韓日関係のみならず対外関係全般の負担とならないよう、バランスの取れた外交戦略を立てねばならない。

第3に、今日の外交は国民と共に進めなければならない。慰安婦問題のように国民の関心が高い事案においては、国民と息の合った民主的手続と過程がより一層重視されなければならない。しかし高位級協議は終始一貫して秘密交渉として進行し、公開された合意内容以外の韓国側の負担となり得る内容も公開されなかった。

最後に、大統領と交渉責任者、外交部間の意思疎通が不足した。その結果政策方針が環境変化により修正または補完されるシステムが作動しなかった。今回の慰安婦合意は政策決定過程において幅広い意見集約と有機的意思疎通、関連部署間の適切な役割分担が必要だということを示している。

- (3) 大韓民国大統領文在寅は2017年12月28日、下記のような談話文を発表した。

慰安婦TFの調査結果発表を見て、大統領として重い気持ちを禁じることはできません。2015年の韓日両国政府間慰安婦の交渉は手続的にも内容的にも重大な欠陥があったことが確認されました。残念ですが、避けて通ることはできません。これは歴史問題の解決において確立された国際社会の普遍的原則に違反するだけでなく、何よりも被害当事者と国民が排除された政治的合意だったという点で、極めて痛恨なことです。また、現実確認された非公開合意の存在は国民に大きな失望を与えました。

この合意が両国首脳の追認を経た政府間の公式的な約束という負担もかわらず、私は大統領として国民と共にこの合意で慰安婦問題が解決されることがないという点を改めてはっきりと表明します。

- (4) 当時の大韓民国外交部長官^{カンギョンファ}康京和は2018年1月9日、外交部合意TFの結果をもとに慰安婦問題の処理方向に関する政府の立場を次のように発表した。

第1に、政府は慰安婦被害者の方々の名誉・尊厳の回復と心の傷の治癒のため、政府がなすべきことをしていくためにあらゆる努力を尽くしていきます。

第2に、この過程で、被害者は、関連する団体、国民の意見を広く採り入れて被害者中心の解決策を模索していきます。一方、日本政府が出捐した和解・癒し財団の資金10億円は、全額韓国政府の予算で充当し、この基金の今後の処理方法については、日本政府と協議することになります。和解・癒し財団の今後の運営については、該当部署で、被害者・関連団体・国民の意見を広く採り入れて後続措置を行っていきます。

第3に、被害当事者であるハルモニたちの意思を反映していない2015年合意は、日本軍慰安婦被害者問題の真の問題解決にはなりません。

第4に、2015年合意が両国間の公式合意だったという事実は否定できません。これを勘案し、韓国政府は同合意について日本政府に対して再交渉は要求しません。ただし、日本側が自ら国際普遍基準に基づいて真実をありのまま認め、被害者らの名誉と尊厳の回復と心の傷の治癒のための努力を続けてくれることを促します。

第5に、政府は真実と原則に立脚して、歴史問題に取り組んでいきます。政府は、過去事問題を賢く解決していく行くための努力を傾けるとともに、韓日両国間の未来志向的な協力のため引き続き努力していきます。

最後に、今日申し上げた内容が、被害者の皆さんが望んでおられることをすべて満たすことは考えていません。今後も政府は誠心と最善を尽くし、被害者の皆さんの意見を傾聴しつつ、追加的な後続措置を講じていきます。

(5) 和解癒し財団の主務官庁である女性家族部の当時の長官陳善美^{チン・ソン・ミ}は2019年1月21日、「財団が定款上の目的事業を全く遂行できずにより、今後再開する可能性もない」という事由をあげて上記財団に対する設立許可取消処分をした。

(6) その後、上記財団については2019年5月17日、ソウル中央地方法院2019年11月88号として金榮鎮^{キム・ヨンジン}が清算人に選任され、現在清算手続が進行中であるが、2018年12月31日現在の上記財団残余純財産は6,015,165,483ウォンである。

(7) 大韓民国外交部は上記財団の残余財産の処理に関する裁判所の事実照会に対し、「韓国政府は日本政府が同財団に出捐した資金10億円を韓国政府予算で充当しようと、両性平等基金に103億ウォンを出捐し、同金額と和解癒し財団の残余財産の処理問題は継続協議中の状況です。これと関連し、韓国政府は日本の外交当局に財団清算人による現存事務終結の事実と既存の支援申請者に対する未払金支給を再開するかどうかなど、清算に関連する動向を共有し、日本側と疎通しています。ただし日韓政府間の残余財産の処理方法の協議がまだ終わっていないだけに、関連する具体的内容を明らかにしたい側面があることをご了解ください」と返信した。

オ. 2015 年 12 月 28 日韓日合意に対する憲法訴願と国家賠償請求等の争訟の進行経過

(1) 2015 年 12 月 28 日韓日合意に対する憲法訴願

本件被害者らの一部を含む慰安婦被害者らは 2016 年 3 月 7 日、外交部長官を被請求人として、2015 年 12 月 28 日韓日合意の中の「同問題が最終的かつ不可逆的に解決されることを確認する」の部分の意味が不明確であるが、①万一その意味が、韓国政府が請求者らに対する外交的保護を放棄することを意味するならば、慰安婦被害者の賠償請求権の実現に関する被請求人の具体的な作為義務を履行しなかっただけでなく、現実的に賠償請求権実現の障害を加重させる結果を招き、請求人らの財産権、人格権、外交的保護請求権などを侵害したものであり、②一方、その意味が請求人らの賠償請求権が消滅するという意味であれば、これは請求人らの財産権である損害賠償請求権に対する収容的侵害ないし収容類似的侵害として請求人ら財産権を侵害したものであると主張して憲法訴願を提起した。

憲法裁判所は 2019 年 12 月 27 日、上記合意が両国外相の共同発表と首脳の追認を経た公式約束であるが... 憲法が規定した条約締結手続を経ていない。また、合意内容上の合意の効力に関する両当事者の意思が表示されていないばかりか、具体的な法的権利・義務を創設する内容を含んでもいない。2015 年 12 月 28 日韓日合意を通じて慰安婦被害者らの権利が処分されたとか、大韓民国政府の外交的保護権が消滅したとすることができない以上 2015 年 12 月 28 日韓日合意が慰安婦被害者の法的地位に影響を及ぼしたとはいえない」という理由を挙げて上記憲法訴願審判請求を却下した（憲法裁判所 2019 年 12 月 27 日宣告 2016 헌마 253 決定）。

(2) 大韓民国に対する損害賠償請求訴訟

(ア) 本件被害者の一部を含む慰安婦被害者らは 2016 年 8 月 30 日、大韓民国に対して 2015 年 12 月 28 日韓日合意が憲法裁判所の違憲決定にしたがった後続措置とすることができないだけでなく、これを適法な外交的保護権行使ということもできないなどの理由を挙げ、これによる精神的損害の賠償を請求する訴えを提起したが、第 1 審裁判所は 2018 年 6 月 5 日、上記原告らの請求を棄却する判決を宣告した（ソウル中央地方裁判所 2018 年 6 月 5 日宣告 2016 가합 552135 判決）。

(イ) 一方、上記事件の控訴裁判所（ソウル高等法院 2018 나 2036050）は 2019 年 12 月 26 日、以下のような内容の調停に代わる決定を行い、これに対して双方が異議を申立てず、上記決定がそのまま確定した。

1. 大韓民国は 2015 年 12 月 28 日韓日合意が歴史問題の解決において確立された国際社会の普遍的原則に違反して被害者中心主義の原則に反したものであ

り、上記の合意により原告が精神的苦痛を被ったという点を謙虚に認める。大韓民国は 2015 年 12 月 28 日韓日合意が慰安婦被害者問題の真の解決となりえないという点を明らかにして、今後被害者の尊厳と名誉を回復するための対内外的努力を続ける。

2.原告ら³ は、本件訴を取下げろ。

3.訴訟及び調停費用は各自の負担とする。

8. 国家免除 (State Immunity) に関する国際条約及び各国の立法内容

ア. 国際条約

(1) 国連国家免除条約

(ア) 国連国際法委員会 (International Law Commission、以下「ILC」という)

は 1978 年頃から上記条約に関する草案作成作業を開始し、長期間の議論の末、2004 年 12 月 2 日、国連総会で「国及びその財産の裁判権免除に関する国際連合条約」(United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property。以下「UN 国家免除条約」という) が採択された。

(イ) 上記条約第 5 条は、国家は自身とその財産についてこの条約で定めるところにより他国の裁判所の裁判管轄権から免除されると定め⁴、第 6 条は国家は他国に対して第 5 条の規定により国家免除を認めなければならない定め⁵、第 10 条以下で国家免除の例外を定めているが、第 12 条はその例外の一つとして「身体的傷害と物的損害」という見出しの下に「国家間の別途の合意がない限り、国はその国の責任に帰せられうる作為または不作為によって生じた死亡または傷害または有体動産に対する損害について、そのような作為または不作為の全部又は一部が法廷地国領土内で行われ、そのような作為または不作為の主体が当時法廷地国の領土内にあった場合、法廷地国の裁判所に提起された金銭請求訴訟で国の免除を主張することはできない」と規定している⁶。

³ 上記調停に代わる決定の表現をそのまま使用し、上記決定で「原告ら」は上記事件(ソウル高等法院 2018 ㄴ 2036050)の原告らを意味する。

⁴ A State enjoys immunity, in respect of itself and its property, from the jurisdiction of the courts of another State subject to the provisions of the present Convention.

⁵ A State shall give effect to State immunity under article 5 by refraining from exercising jurisdiction in a proceeding before its courts against another State and to that end shall ensure that its courts determine on their own initiative that the immunity of that other State under article 5 is respected.

⁶ Article 12 Personal injuries and damage to property

Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to pecuniary compensation for death or injury to the person, or damage to or loss of tangible property, caused

(ウ) 上記条約第 30 条第 1 項は、上記条約は 30 番目の批准国の条約批准の意思が受理された日から 30 日目に効力が発生すると定めているが、本件弁論終結日である 2021 年 3 月 24 日現在、上記条約には 28 カ国が署名し、22 カ国⁷が批准し、上記条約はまだ発効していない。

(エ) 上記条約の批准国中、フィンランド、イラン、イタリア、リヒテンシュタイン、ノルウェー、サウジアラビア、スウェーデン、スイスの 8 カ国は、上記条約の適用範囲などについて各国の立場を宣言したり、一定の内容について留保的な立場を明らかにした。

(2) 欧州国家免除条約 (European Convention on State Immunity)

(ア) 欧州国家免除条約は、1972 年 5 月 16 日に制定され、1976 年 6 月 11 日に発効したが、その主な内容は以下の通りである。⁸

第 11 条 締約国は人身傷害または財産権侵害に関する損害賠償請求訴訟において、そのような人身傷害または財産権侵害行為が法廷地国の領土内で行われ、その被害者が行為当時に法廷地国の領土内にあった場合には、他の締約国裁判所で国家免除を主張することができない。

第 31 条 この条約は、ある締約国の軍隊が他の締約国の領土内で行い、または行おうとした作為又は不作為について締約国が享受する国家免除の特権には影響を及ぼさない。

by an act or omission which is alleged to be attributable to the State, if the act or omission occurred in whole or in part in the territory of that other State and if the author of the act or omission was present in that territory at the time of the act or omission.

⁷ 上記条約を批准した 22 カ国は、オーストリア、チェコ共和国、赤道ギニア共和国、フィンランド、フランス、イラン、イラク、イタリア、日本、カザフスタン、ラトビア、レバノン、リヒテンシュタイン、メキシコ、ノルウェー、ポルトガル、ルーマニア、サウジアラビア、スロバキア、スペイン、スウェーデン、スイスである。

⁸ Article 11

A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State in proceedings which relate to redress for injury to the person or damage to tangible property, if the facts which occasioned the injury or damage occurred in the territory of the State of the forum, and if the author of the injury or damage was present in that territory at the time when those facts occurred.

Article 31

Nothing in this Convention shall affect any immunities or privileges enjoyed by a Contracting State in respect of anything done or omitted to be done by, or in relation to, its armed forces when on the territory of another Contracting State.

(イ) 欧州国家免除条約は、最初に 1974 年 10 月 7 日にオーストリアがこれ批准して以来、最後に 1990 年 5 月 15 日にドイツがこれを批准し、本件弁論終結日である 2021 年 3 月 24 日現在、上記条約を批准した国は 8 カ国⁹である。

イ. 各国の国家免除に関する立法内容

(1) 米国の Foreign States Immunity Act (28 U.S.C. § 1605。以下「米国 FSIA」という) 米国 FSIA § 1605 (a) (5) は次のように規定している。¹⁰

- (a) 外国は、次のような場合、米国連邦裁判所または州裁判所の裁判管轄権から免除されない。
- (5) 上記 (2) 項に特に含まれていない限り、米国内で外国又はその職員や従業員の職務の範囲内で行った不法行為 (tortious act) または不作為によって生じた対人傷害または死亡、財産の滅失又は損傷について金銭的損害賠償請求をする場合、ただし、次の項目には適用されない。
- (A) 裁量権を乱用したかどうかを問わず、そのような裁量権の行使または不行使に基づく請求
- (B) 悪意のある起訴、手続の濫用 (abuse of process)、誹謗、誤報、欺罔または契約上の権利に対する不当な干渉

FSIA § 1605 (a) (5) は、「非商業的不法行為」(non-commercial torts) と呼ばれるが、上記条項中、「米国内で」(personal injury or death, ... occurring in the United States and caused by the tortious act or omission of that foreign state) の意味について、米国の連邦裁判所は、概ね「問題となる行為と損害のすべてが米国領土内で行われねばならないもの」

⁹ 上記条約の批准国はオーストリア、ベルギー、キプロス、ドイツ、ルクセンブルク、オランダ、スイス、イギリスで、ポルトガルは 1979 年 10 月 5 日に署名したが、未だ批准していない。

¹⁰ (a) A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case—

(5) not otherwise encompassed in paragraph (2) above, in which money damages are sought against a foreign state for personal injury or death, or damage to or loss of property, occurring in the United States and caused by the tortious act or omission of that foreign state or of any official or employee of that foreign state while acting within the scope of his office or employment; except this paragraph shall not apply to—

(A) any claim based upon the exercise or performance or the failure to exercise or perform a discretionary function regardless of whether the discretion be abused, or

(B) any claim arising out of malicious prosecution, abuse of process, libel, slander, misrepresentation, deceit, or interference with contract rights; or

と解釈しており、¹¹FSIA § 1605 (a) (5) (A) が定めた「裁量権の例外」について、「裁量」とは計画又は行動の開始だけでなく、計画を樹立し実行の計画を具体化するに当たり、政策的な決定と判断の余地がある場合を意味するものと解釈している。¹²

- (2) 日本の「外国等に対する我が国の民事裁判権に関する法律」。以下「日本の法律」という。¹³

第3条 この法律の規定は、条約又は確立された国際法規に基づき外国等が享有する特権又は免除に影響を及ぼすものではない。

第10条 外国等は、人の死亡若しくは傷害又は有体物の滅失若しくは毀損が、当該外国等が責任を負うべきものと主張される行為によって生じた場合において、当該行為の全部又は一部が日本国内で行われ、かつ、当該行為をした者が当該行為の時に日本国内に所在していたときは、これによって生じた損害又は損失の金銭によるてん補に関する裁判手続について、裁判権から免除されない。

- (3) 英国の State Immunity Act 1978(以下「英国 SIA」という)¹⁴

1. 裁判権からの一般的な免除

外国はこの法律が定めた場合を除き英国内の裁判所の裁判権から免除される。裁判所は外国が問題になった訴訟手続で出席しない場合にもこの法律による免除を付与しなければならない。

¹¹ Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp., 488 U.S. 428, 439(1989); Doe I v. State of Israel, 400 F. Supp.2d 86, 108(D.D.C. 2005); O'Bryan v. Holy See, 556 F.3d 361, 382(6th Cir. 2009); Jerez v. Republic of Cuba, 775 F.3d.419, 424(D.C. Cir. 2014).

¹² Olsen by Sheldon v. Government of Mexico, 729 F.2d 641, 647(9th Cir. 1984).

¹³ (訳注 原文では日本法の原文(日本語)が注13に記載されている)

¹⁴ 1. General immunity from jurisdiction.

(1) A State is immune from the jurisdiction of the courts of the United Kingdom except as provided in the following provisions of this Part of this Act.

(2) A court shall give effect to the immunity conferred by this section even though the State does not appear in the proceedings in question.

5. Personal injuries and damage to property.

A State is not immune as respects proceedings in respect of—

(a) death or personal injury; or

(b) damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission in the United Kingdom.

16. Excluded matters.

(2) This Part of this Act does not apply to proceedings relating to anything done by or in relation to the armed forces of a State while present in the United Kingdom and, in particular, has effect subject to the M3Visiting Forces Act 1952.

5. 人身上の損害または財産上の損害

外国は英国内で作為または不作為によって発生した (a) 死亡または人身傷害または (b) 有体動産の滅失又は損傷についての訴訟では裁判権が免除されない。

16. 除外される事項

(2) この法律は外国の武装兵力が英国内にある間、それらにより行われたか、またはそれらに関連する訴訟には適用されず、特に 1952 Visiting Forces Act で定めるところにより効力を持つ。

英国裁判所は、SIA 第 5 条の「英国内での作為または不作為によって発生した死亡または人身傷害」(death or personal injury... caused by an act or omission in the United Kingdom) の意味について、米国連邦裁判所の FSIA § 1605 (a) (5) の解釈と同様に、「人身傷害などが英国領土内で発生しなければならない」と解釈している。¹⁵

(4) 前記の各国以外に自国領土内で行われた人身または財産に対する外国の不法行為について国家免除を認めない内容の法律を置いている国としては、南アフリカ共和国、カナダ、オーストラリア、シンガポール、アルゼンチン、イスラエル、パキスタン、マラウイなどがあるが、これらの国の法律中、法廷地国領土内の不法行為に関する規定内容は概ね英国 SIA 第 5 条と類似する。.

9. 国家免除に関する各国の裁判所の判決

ア. 第二次世界大戦中に発生した損害について、イタリア、ギリシャ、裁判所の判決と国際司法裁判所の判決

(1) イタリア裁判所のフェッリーニ判決

イタリア国籍の Luigi Ferrini は 1944 年 8 月 4 日にドイツ軍に逮捕され、ドイツの軍需工場で 1945 年 4 月 20 日まで強制労役をしたが、戦争捕虜の地位を認められなくなると、1998 年にイタリアの Arezzo 地方裁判所にドイツに対して損害賠償請求の訴を提起したが、第 1 審裁判所はドイツの国家免除の主張を認めて訴を却下し、控訴審裁判所も原告 Ferrini の控訴を棄却した。しかしイタリアの最高裁判所は 2004 年 3 月 11 日に強行規範に違反する国際犯罪に該当する国の行為には国家免除を適用することができないとして原審判決を破棄し、その後下級審裁判所は原告勝訴の判決を宣告した（以下、「フェッリーニ判決」という）。

(2) ギリシャ裁判所のディストモ判決

ドイツ占領軍は 1944 年 6 月 10 日、ギリシャの南部ディストモ (Distomo) 村の近くで、ギリシャレジスタンスの戦闘員たちの襲撃でドイツ軍 18 人が死亡し

¹⁵ Al-Adsani v. Government of Kuwait and Others, 103 ILR 420.

たことに対する報復としてディストモ村を包囲し、各戸を回って強姦、放火、略奪をして、乳児を含む 218 人の住民を残酷に殺害した。その犠牲者の遺族など 257 人が 1995 年 11 月 27 日にギリシャ裁判所に上記のような不法行為を理由にドイツに対して損害賠償請求訴訟を提起し、これに対してギリシャ裁判所は国際法上の強行規範に違反した不法行為は主権的行為ということができず、ドイツは強行規範に違反することにより黙示的に国家免除を放棄したという理由を挙げてドイツの国家免除を認めず、ドイツに対して約 3,000 万ドルの損害賠償を命じる判決を宣告した（以下、「ディストモ判決」という）。

(3) イタリア裁判所のディストモ判決に基づく強制執行の承認決定

ディストモ判決の原告らはイタリア裁判所にギリシャ裁判所の判決に基づく強制執行の承認を申請し、フィレンツェ控訴裁判所は 2005 年 5 月 2 日、その判決の執行を承認し、イタリア最高裁は 2008 年 5 月 6 日、ドイツの上告を棄却した。ディストモ判決の原告らは 2007 年 6 月 7 日、フィレンツェ控訴裁判所の決定に基づいて、イタリアにあるドイツ連邦政府所有の建物である「Villa Vigoni」（両国間の文化交流センター）に対して執行法的措置をした。

(4) ICJ 判決 - Germany v. Italy¹⁶（以下、「本件 ICJ 判決」という）

ドイツ政府は 2008 年 12 月 23 日、イタリア裁判所がフェリーニ判決を宣告し、ギリシャ裁判所のディストモ判決による強制執行を承認することにより、ドイツが享受する国家免除に関する国際法に違反したと主張してイタリアを国際司法裁判所（International Court of Justice。以下「ICJ」という。）に提訴し、これに対してイタリアはドイツ軍の行為が国家の主権的行為に該当するとしても、①法廷地国領土内で発生した殺人、傷害または物的損害のような不法行為（以下「法廷地国領土内不法行為」という）に対しては国家免除を援用することができず、②人権に関する国際条約等の強行法規に深刻に違反した行為（以下「強行法規違反行為」という）については国家免除を主張することができず、③原告らには他の権利救済手段がなく、ドイツに対してイタリア裁判所に損害賠償請求訴訟を提起することが原告らの最後の権利救済（last resort）となるから、ドイツに対して国家免除が認められてはならないと主張した。

ICJ は 2012 年 2 月 3 日、裁判官 15 人中の 12 対 3 で¹⁷、イタリア裁判所が国際慣習法によりドイツが享有することができた国家免除を否定し、ドイツ帝国

¹⁶ Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy : Greece intervening), Judgment, I.C.J. Rep. 2012, 99.

¹⁷ 多数意見(12) : Hisashi Owada, Peter Tomka, Abdul G. Koroma, Bruno Simma, Ronny Abraham, Kenneth Keith, Berenado Sepúlveda-Amor, Mohamed Bennouna, Leonid Skotnikov, Sir Christopher Greenwood, Xue Hanqin, Joan E. Donoghue.

反対意見(3) : Antônio Augusto Cançado Trindade, Abdulqawi Ahmed Yusuf, Giorgio Gaja.

が1943年から1945年までの国際法に違反したことを理由として提起された民事訴訟を許容したことは、イタリアがドイツ国家免除の特権を尊重する義務に違反したと判断し、また、14対1¹⁸で、イタリア裁判所がドイツ帝国がギリシャで国際法に違反したことを理由としたギリシャ裁判所の判決についてイタリア内で強制執行することができると宣言し、ドイツの所有財産に対して執行法的措置をしたことはイタリアがドイツの国家免除特権を尊重する義務に違反したと判断したが、イタリアの国家免除に関する主張に対する多数意見の要旨は次の通りである。

- (ア)法廷地国領土内不法行為例外の主張については、上記の事件での争点を「武力紛争の過程で法廷地国の領土内での外国の軍隊やその協力する外国の国家机关によって行われた行為」(acts committed on the territory of the forum State by the armed forces of a foreign State, and other organs of State working in co-operation with those armed forces, in the course of conducting an armed conflict。以下「武力紛争中法廷地国領土内不法行為」という)について国家免除が認められるべきであるかであるとして、この部分に関する各国の判決と立法例などを広く検討し、イタリアの主張は各国の立法または判決例等により一般的な慣行にいたっていることが裏付けられず、むしろ多数の国の裁判所は武力紛争中法廷地国領土内不法行為について国家免除を認めていることを挙げ、依然としてドイツに国家免除が認められねばならないとしてイタリアの上記主張を排斥した。
- (イ)強行法規違反例外の主張について、強行法規違反による重大な人権侵害か否かは必然的に本案審理を尽くした後でなければ判断することができないが、国家免除はこれらの本案審理に至る前の訴訟要件に関する先決的問題であるため、これを根拠に国家免除を認めることは困難であり、違反行為の内容と程度によって国家免除を否定する個別国家の判決はイタリア裁判所の判決がほとんど唯一で、¹⁹残りの大多数の国の裁判所は強行規範違反という理由で国家免除を否定していないので、イタリアが主張する強行法規違反による国家免除の例外は一般慣行にいたる程度に確立されたとはいえないとしてイタリアのこの部分の主張を排斥した。
- (ウ) 最後の手段の主張について、外国を相手にした訴訟が最後の手段か否かが国家免除を認めるか否かを左右する要素ということとはできないという理由を挙

¹⁸ 多数意見(14) : Hisashi Owada, Peter Tomka, Abdul G. Koroma, Bruno Simma, Ronny Abraham, Kenneth Keith, Berenado Sepúlveda-Amor, Mohamed Bennouna, Leonid Skotnikov, Sir Christopher Greenwood, Xue Hanqin, Joan E. Donoghue, Abdulqawi Ahmed Yusuf, Giorgio Gaja.

反対意見(1) : Antônio Augusto Cançado Trindade.

¹⁹後に9ア(1)項に示すように、ギリシャの裁判所は当初ディストモ判決でドイツの国家免除を否定したが、後に特別最高裁判所がドイツに国家免除が認められるべきだと判断し、その立場を覆した。

げ、イタリアの主張を排斥しつつ、被害者としてはイタリア政府のドイツ政府との外交的交渉によって権利救済を期待することができるであろうという判断を付け加えた。

(5) 本件 ICJ 判決後の進行経過 - イタリア議会の履行立法とこれに対するイタリア憲法裁判所の決定

(ア) 上記 ICJ 判決後、イタリアの多数の下級審裁判所は同種の事件について国家免除の原則上イタリア裁判所には管轄権がないことの理由により訴を却下した。そしてイタリア議会は 2013 年 1 月 29 日、本件 ICJ 判決の射程範囲内にある事件についてイタリア裁判所が管轄権を拒絶させ、そのような事案で管轄権を認めた判決を再審理・再考させる内容の「2013 年第 5 号法律」を制定した。

(イ) ところが一部の下級審裁判所では、むしろ本件 ICJ 判決とイタリア議会が制定した上記「2013 年第 5 号法律」がイタリア憲法上保障された基本的人権、被害者の財産権と裁判を受ける権利などを侵害するものであるという理由を挙げ、上記法律についてイタリア憲法裁判所に違憲法律審査を申請した。

(ウ) イタリアの憲法裁判所は 2014 年 10 月 22 日、国家免除に関する国際慣習法は個人の権利に対する不当な侵害を防ぐため徐々に国家免除の認定範囲を主権的行為に制限する方向に発展してきたし、イタリア憲法第 2 条及び第 24 条は人間の尊厳性を保障し、これをイタリア法秩序の最上位に置いており、裁判を受ける権利は現代の民主社会で認められる主な法理の一つであることを前提に、ドイツ軍による拉致と強制労働は国際法上の強行規範（*jus cogens*）に違反した深刻な戦争犯罪に該当し、外国国家の典型的で実質的、機能的な主権行使とは言えず、本件 ICJ 判決の国家免除に関する法理解釈は反人道的犯罪と基本的人権の侵害被害者の裁判を受ける権利を完全に無効化するものであり、反人道的犯罪について結果的に司法的救済を否定する結果をもたらし、国家免除は正当化できないとして、上記「2013 年第 5 号法律」が戦争犯罪と基本的人権を侵害する反人道的犯罪に該当する外国国家の行為に対して管轄権を否定することは違憲であると判断した。

イ. 第 2 次世界大戦中の損害についてのドイツに対する訴訟についてのイタリア以外の国内裁判所の判決

(1) ギリシャ裁判所は当初ディストモ判決でドイツに対する国家免除を否定したが、ギリシャ特別最高裁判所は 2002 年 9 月 17 日、ディストモ判決とは異なり、外国軍隊が犯した不法行為については訴えの提起が許容されないという国際慣習法が存在することを根拠に、ドイツはいかなる制限や例外なく国家免除を享有す

るのでギリシャの民事裁判所で不法行為を理由に提訴されることはないと判断した。²⁰

(2) フランス裁判所は一貫して第二次世界大戦中にフランスを占領したドイツ軍によって国外に追放されたフランス人がドイツに対して提起した損害賠償請求事件においてドイツに対して国家免除を認め²¹、欧州人権裁判所はフランス裁判所が国際慣習法に基づいてドイツに国家免除を認めたことはヨーロッパ人権条約に違反しないと判断した²²。

(3) その他にスロベニア最高裁判所、ポーランド最高裁判所、ベルギーとブラジルの下級審裁判所も第二次世界大戦中に各国の領土内で行われたドイツ軍の不法行為について提起された損害賠償請求事件でドイツに対して国家免除を認めた。²³

[認定根拠：甲第 1～74 号証の各記載、当裁判所の外交部、女性家族部に対する事実照会結果、当裁判所に顕著な事実、弁論の全趣旨]

II. 原告らの主張要旨と本件の争点

1. 原告らの主張要旨

ア. 本件の被害者らは 1930 年代後半から 1940 年代初頭まで、若い年齢で被告の軍隊と朝鮮総督府の指示により、警察またはこれらの指示を受けた者から就業を口実に欺罔されたり、脅迫、拉致など、自身の意思に反する不法な方法で慰安婦として差出され、中国、日本、台湾、またはフィリピンなどの慰安所に配置され、そこで自身の意思に反して被告の軍人との性交を強要されるなど性的搾取を受け、これにより、外傷、不妊・性病などの身体的損傷と激しい精神的苦痛を受けただけでなく、人間としての尊厳と価値が破壊された。そして被告の敗戦後に帰国した後、現在までも社会的偏見などにより耐えがたい肉体的、精神的苦痛の中で暮らすしかなかった。

このような被告の行為は「陸戦の法と慣習に関する規約」、「1926 年 9 月 25 日奴隷条約」、「強制労働条約」、「売春禁止条約」、「女性と子どもの人身売買禁止条約」などの国際条約違反であるだけでなく、人道に反する罪にも該当し、当時施行中の

²⁰ Special Highest Court of Greece, *Federal Republic of Germany v. Miltiadis Margellos*, Case 6/17-9-2002, Decision of 17 September 2002, para. 14. 上記判決の出典は本件 ICJ 判決 133 頁からの再引用であり、以下脚注 22) から 24) までに記載された外国判決の出典も同じである。

²¹ No. 02-45961, 16 December 2003, Bull. civ., 2003, I, No. 258, p. 206.

²² *Grosz v. France* (Application No. 14717/06, Decision of 16 June 2009).

²³ スロベニア最高裁判所判決(Case No. Up-13/99, Judgment of 8 March 2001), ポーランド最高裁判所判決(*Natoniewski v. Federal Republic of Germany*(Judgment of 29 October 2010, Polish Yearbook of International Law, Vol. XXX, 2010 p. 299)), ベルギー裁判所判決(Judgment of the Court of First Instance of Ghent in 2000 in *Botelberghe v. German State*), ブラジル裁判所判決(*Barreto v. Federal Republic of Germany*, Federal Court, Rio de Janeiro, Judgment of 9 July 2008).

日本の刑法によっても明白な犯罪行為に該当するので、民法上の不法行為が成立するといわねばならない。したがって被告は本件の被害者本人である原告ら又はその権利を承継したその余の原告らに、これによって生じた損害を賠償する責任がある。

イ．本件については、次のような理由から被告に国家免除が認められるべきではないので、本件被告に対する大韓民国裁判所の裁判権が認められるべきである。

(1) 既存の制限的免除論によっても国家免除が認められないという主張

被告の行為は国際法の最高規範に該当する強行規範に違反した反人道的な行為であり、それ自体とうてい国家の「主権的行為」とは言えないので、主権的行為に対してのみ国家免除を認めるいわゆる制限的免除論を採用した大法院 1998 年 12 月 17 日宣告 97 다 39216 全員合議体判決の法理に従っても被告に対する国家免除は認められない。

そして大法院 97 다 39216 判決によっても外国の非主権的行為に対しては国家免除が認められないが、被告所属裁判所の判決によれば被告の行為は少なくとも被告と慰安所経営についての契約を締結した民間業者との共同不法行為に該当するとのことなので、このような被告の行為はいわゆる「商業的行為」であって主権的行為に該当しないから、被告に対して国家免除が認められない。

(2) 大韓民国憲法秩序に適合していないので本件に適用される裁判規範となり得ないという主張

国家免除に関する国際慣習法は不変の価値ではなく、時代に応じて変わり得る相対的なものであり、国連国家免除条約第 12 条、米国 FSIA § 1605 (a) (5)、日本の法律第 10 条、イギリス SIA 第 5 条は法廷地国領土内不法行為について外国に対して国家免除を認めておらず、イタリア裁判所のフェリーニ判決、ギリシャ裁判所のディストモ判決及び米国連邦裁判所の *Letelier v. Chile* 判決などのように強行法規違反について国家免除を認めない国家実行が増加しているので、国家の主権的行為は当然に国家免除が認められなければならないという慣行が過去のように強固だとはいいがたい。

国際慣習法が本件に適用される裁判規範になるためには、大韓民国憲法秩序に適合しなければならないが、慰安婦被害者らが日本と米国の裁判所で被告に対して提起した訴訟はすべて敗訴確定し、大韓民国以外の裁判所を通じた原告らの権利救済の可能性が封鎖された状況で、本件について被告に対する国家免除を認めて原告らの本件訴を却下することは原告らの最後の権利救済手段を拒否するものであり、原告らの裁判請求権と人間としての尊厳性を侵害する結果をもたらす。

そして 2015 年 12 月 28 日韓日合意は大韓民国と被告の間の正式な条約ではなく政治的な合意に過ぎないばかりか、その成立過程において被害者の意思を適切に反映していないなど、重大な実体的・手続的瑕疵があり、被告は上記合意後も

未だに慰安婦問題は 1965 年に行われた請求権協定によって解決されたという従来の立場を固守している。それにもかかわらず大韓民国外交部は 2015 年 12 月 28 日韓日合意が両国間の「公式の合意」という立場をとっており、原告らに対する大韓民国政府の外交的保護権行使を期待することができない状況であるから、万一本件で被告に国家免除を認め、本件訴を却下することは原告らの権利救済の可能性を封鎖することになる。

したがって、従来の制限的免除論による国際慣習法を適用して、本件請求を却下することは原告らの憲法上の裁判請求権と人間としての尊厳と価値を著しく侵害するものとして大韓民国憲法に反するから許容されない。

- (3) 国際法上の相互主義 (reciprocity) により被告の国家免除が認められてはならないという主張

被告は日本の法律第 10 条で死亡または傷害などの人身損害をもたらした外国の行為の全部又は一部が日本の領土内で行われた場合、その損害賠償請求訴訟について外国に国家免除を認めず、仮に大韓民国が被告領土内での不法行為をした場合は大韓民国は日本の法律に基づいて被告裁判所から国家免除を認められないので、その反対の場合に該当する本件において被告に国家免除を認めることは、国際法上一般的に認められている「相互主義原則」に反するものであって許容されてはならない。

2. 本件の争点

ア. 本件は大韓民国国民である原告が被告という外国に対して大韓民国の裁判所に不法行為等を原因として損害賠償請求をする事件である。大韓民国の主権のうち司法権は憲法第 101 条第 1 項により裁判所に属しており、このような司法権も立法権・行政権などの他の主権と同様に領土高権の原則に基づいて大韓民国の領土である韓半島とその付属島嶼（憲法第 3 条）に及び、大韓民国の領土外の他の主権国家に対して及ばないのが原則である。

ただし憲法第 6 条第 1 項は、憲法によって締結及び公布された条約と一般的に承認された国際法規は国内法と同じ効力を有するので、仮に大韓民国と被告の間に大韓民国の裁判所が被告に対して民事裁判権を行使できるという内容の条約が締結されたり、または被告の裁判権行使を可能にする「一般的に承認された国際法規」としての国際慣習法が存在する場合、その範囲で被告に対する訴が適法になり得る。

そして民事訴訟において被告に対する対人的裁判権の存否は訴の適法要件として職権調査事項なので、たとえ被告が応訴せず裁判権欠缺の主張をしなかったとしても、裁判所としては対人裁判権の存否を審理・判断しなければならず、その結果対人的裁判権が認められない場合その訴は却下されるしかない。

イ. 大韓民国は裁判所の外国対する民事裁判権行使における国家免除の範囲に関する法律を制定したことはなく、また大韓民国と被告の間で相互間の民事裁判権を認め

るか否かに関する条約も締結されていないので、本件で被告の国家免除が認められるか否かは専ら「国際慣習法」に基づいて判断されるべきである。

ウ．以下では本案の判断に先立ち、本件訴が適法か否か、すなわち現在の国家免除に関する国際慣習法に基づいて被告に対して国家免除が認められるべきかを判断することにする。

原告らの当初の主張は、前記の本件 ICJ 判決でのイタリアの主張のように「法廷地国領土内不法行為」、「強行法規違反行為」についてはもはや国家免除が認められないと国際慣習法が変更されたことを前提とした主張が含まれていたと見る余地があった。

しかし、原告らは 2021 年 3 月 24 日の本件第 8 回弁論期日で、国家免除に関する原告らの主張の趣旨は国家免除に関する国際慣習法が変更されたというものではなく、大法院 97 다 39216 判決で宣言した「限定免除論」が国家免除に関する国際慣習法であることを前提に、これを本件に適用することは大韓民国憲法と国際慣習法上認められている司法アクセス権を侵害するものとして許容されてはならないというものであることを陳述したので、原告らが被告の国家免除が否定されるべきであると主張する根拠が、国家免除に関する国際慣習法が領土内不法行為または強行法規違反による重大な人権侵害などの新しい例外を認めるものに変更されたというのではなく、既存の制限免除論が国家免除に関する国際慣習法であることを前提に主張するものであることが明らかになった。

しかし、国家免除を認めるか否かは訴訟要件として職権調査事項であり、その判断のための根拠としての国際慣習法も国内法と同じ効力を持つ「規範」であり、裁判所が当事者の主張に拘束されずその権限に基づいて「合理的と判断する方法」により国際慣習法の内容を調査すべきである（大法院 1990 年 4 月 10 日宣告 89 다카 20252 判決等参照）。したがって原告らが国家免除について既存の国際慣習法の変更を前提として新たな例外に関する主張を明示的にしない場合でも、現在の国家免除に関する国際慣習法の内容が如何なるものかを探ることは本件に適用される規範を確認する意味があるだけでなく、後に原告らの主張、すなわちこのような国際慣習法が大韓民国憲法秩序に適合しないという主張の当否を判断するための前提となるので、本件の解決に必要な範囲内で現在の国家免除に関する国際慣習法の内容を探り、個々の争点について原告らが主張を述べる部分については現在の国際慣習法の内容を明らかにするために必要な範囲内で判断することにする。

このため、下記の III. 1. 項では国家免除に関する国際慣習法の歴史的、現実的背景と国際慣習法の成立・変更のための要件が如何なるものかについて検討し、III. 2. 項では現在の国家免除に関する国際慣習法の内容について検討し、III. 3. 項以下では当裁判所が判断した現在の国家免除に関する国際慣習法の内容を前提に原告らの主張の当否について検討することにする。

III. 本件訴の適法性についての判断

1. 国家免除に関する国際慣習法の淵源と国際慣習法成立・変更の要件について

ア. 国家免除の意味とその理論的・現実的背景

(1) 国家免除の法理は歴史的に外国の行為についてはその行為が主権的、権力的、公法的 (*acta jure imperii*) であるか非主権的、非権力的、私法的 (*acta jure gestionis*) であるかを問わず他国の裁判所が裁判権を行使することはできないという絶対的免除から、外国の行為のうち非主権的行為については、国家免除が認められないという制限的免除の法理に発展した (以下、外国の非主権的行為に対してのみ国家免除の例外を認める法理を「制限的免除論」という)。

1812 年、米国の連邦最高裁判所は国家免除が一般的に承認された国際慣習法に基づくものであることを宣言して絶対的免除論を採り²⁴、19 世紀半ばからベルギー、イタリア、ギリシャなどの裁判所で制限的免除論に立脚した判決が宣告され始めたが、第二次世界大戦の頃まで英国、ポーランドなどの裁判所では絶対的免除論に立脚した判決が宣告され、第二次世界大戦後、英国や米国など他の国の裁判所が「制限的免除論」を採用することにより制限免除論が国際社会における一般的な慣行として受け入れられるようになった。

(2) 国際慣習法上国家免除が認められる根拠としては、①各国家は独立的に主権を有するだけでなく、各国の主権は平等なので、いずれかの国が同等の主権を有する他国に対して裁判権を行使することができないこと、②法廷地国の領土内にある外国の財産については「外交関係に関するウィーン条約」第 22 条第 2 号等により強制執行が不可能な場合が多く、その外国の領土に位置する財産については、その外国の裁判所による判決承認を経なければ執行が不可能なので、たとえ外国に対して金銭支払を命じる履行判決が確定して原告らが執行権原を確保したとしてもそのような判決で認められた権利の終局的な満足のための強制執行が事実上不可能であること、③外国との友好的な関係を維持して問題になった事案の外交的交渉を促進するためであることなどが提示されているが、その認定根拠とは無関係に国家免除は単なる外国との円満な関係のための「国際礼讓」

(*international comity*) の次元を越えて、拘束力のある国際慣習法として認められてきた。

(3) 大韓民国の判例は、大法院 1975 年 5 月 23 日付 74 마 281 の決定で「国家は国際慣例上外国の裁判権に服従しないことになっているので特に条約によって例外とされた場合や自ら外交上の特権を放棄する場合を除いては外国を被告としてわ

²⁴ *The Schooner Exchange v. M'Faddon* 11 U.S. 116, 137(1812).

が国が裁判権を行使することができない」とし、「絶対的免除論」の立場に立ったが、大法院 1998 年 12 月 17 日宣告 97 다 39216 全員合議体判決は、アメリカ国防総省傘下機関で勤務し解雇された原告が米国に対して解雇無効確認と復職時までの賃金の支払いを求めた事案で従来の判例を変更し、制限的免除論の法理を採択して「国際慣習法によると国の主権的行為は他国の裁判権から免除されることが原則といえるが、国家の私法的行為まで他国の裁判権からの免除されるということが今日の国際法や国際慣例ということとはできない。わが国の領土内で行われた外国の私法的行為が主権的活動に属するものであったり、これに密接な関連があってこれに対する裁判権の行使が外国の主権的活動に対する不当な干渉となるおそれがあるなどの事情がない限り、外国の私法的行為については当該国家を被告としてわが国の裁判所が裁判権を行使することができる」と判断した。

そして大法院 2011 年 12 月 13 日宣告 2009 다 16766 判決は 97 다 39216 全員合議体判決の法理にしたがい、外国の私法的行為を原因として発生した債権についてその国を被告として裁判権を行使することができるとしても、当該国家を第 3 債務者とした差押及び転付命令については、当該国家が韓国裁判所の差押などの強制措置について明示的に同意したか又は裁判権免除の主張を放棄したものと見ることができる場合などに限って当該国家を第 3 債務者とする債権差押と転付命令を発令する裁判権を有するとし、大法院 2017 年 11 月 14 日宣告 2016 다 264174 判決は、米軍政庁が 1946 年 2 月に北緯 38° 線以南の朝鮮内自然人と法人が所有、占有している日本の銀行券または台湾銀行券を 1946 年 3 月 2 日から 1946 年 3 月 7 日まで米軍政庁が指定した 7 つの金融機関に預けることを命じ、預入後は引出および取引を禁止することを内容とする軍政法令を制定し施行した行為はアメリカの主権的行為であるとして、これに対するわが国の裁判所の裁判権が存在しないとして、アメリカに対して上記軍政法令の施行による財産上の損害賠償を請求した訴を却下した原審の判断を肯定した（大法院 2018 年 10 月 11 日付 2018 다 245528 判決、大法院 2019 年 4 月 5 日付 2018 다 301541 判決も同様である）。

このように大法院は 97 다 39216 全員合議体判決宣告後、外国の非主権的行為に対しては大韓民国裁判所の裁判権を認めつつ、外国の主権的行為に対しては裁判権を否定する制限的免除論を現在も維持しており、憲法裁判所の立場も異ならない（憲法裁判所 2017 年 5 月 25 日宣告 2016 헌바 388 決定など）。

イ. 国際慣習法の成立及び変更に関する法理

- (1) 国際法秩序は独立した主権国家によって構成される国際社会を規律する法秩序であり、国内法とは異なり各国の利害関係の違いにより統一された成文規範を制定しがたく、また規範違反に対する制裁を含む、規範を実効的に執行することができる権限を持った機関が存在しないという特殊性がある。このような特殊性により国際法の領域では成文化されてはいないが国際社会で一般的に通用する

「国際慣習法」が法源として重要な機能を遂行するが、Statute of the International Court of Justice（以下「ICJ 規程」という）第 38 条第 1 項²⁵b は「規範として受け入れられた一般的な実行の証拠としての国際慣習」

（international custom, as evidence of a general practice accepted as law）を国際法の法源の一つと定めており、このような「国際慣習法」が成立するためには国家の一般慣行の存在（general practice of states）と法的確信（opinio juris）が要求されると解釈されている。

- (2) ここ言う「慣行」は、個別国家の国の実行によって形成され、そのような国家実行の内容としては個別国家の立法、国内裁判所の判決及び外交的な声明などを挙げることができ、国際機構の決議も国家実行の内容として考慮することができる。²⁶このような国家の実行が「一般的な慣行」になるためには、そのような慣行が恒常的で統一的事であること（constant and uniform）を要し、ここで「統一」とは、一つの国家レベルだけでなく数の国家間レベルでも統一されねばならない。そして、そのような慣行が「一般的」な慣行になるためには、「国家慣行上一般的に採択される程度」、または「一般的な次元で広範囲の参与」が認められなければならないが、国際司法裁判所（International Court of Justice 以下「ICJ」という）は、「国際慣習法が規範として確立されるために、それに相応する慣行が絶対的に厳格に遵守されねばならないということはできず、そのような国際慣習法の存在を推論するため諸国家の行為が一般的にそのような規則と両立できることで十分であり、その規則と両立しない国家行為は新しい規則の徴表としてではなく、一般的にその規則に対する違反とみなされる。仮にある国家が承認された規則と一見両立しない方式で行動しつつ、その規則自体に含まれている例外または正当なものと抗弁することにより合理化しようとした場合、その国家の行為がそのような基礎の上で事実上正当化され得るか否かにかかわらず、そのような態度はそのような規則の存立基盤を弱めるというより、むしろそのような規則が国際慣習法として存在することを確認するものである」と判断したことがある。²⁷

²⁵ 1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

- a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
- b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
- c. the general principles of law recognized by civilized nations;
- d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

²⁶ Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), Merits, Judgment, 3 頁.

²⁷ Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Rep. 1986, 98 頁.

(3) そして「法的確信」(opinio juris)とは前記のように形成された慣行について個別国家がこれを法的に従うべきものと認識することを意味する。ICJは「(個別国家の)行為は確立された慣行の程度に達しなければならないだけでなく、そのような国家実行はそのような規則を遵守することが要求されるという信念の証拠として行われなければならない」と判断した。²⁸

(4) このように個別国家の実行によって形成された一般的な慣行が法的確信を得て国際慣習法として成立すると、そのような慣行に同意しない国家であっても既に成立した国際慣習法に拘束される。そして一部の国家によりこのような国際慣習法と部分的に異なる内容の国家実行が存在しても、そのような既存の国際慣習法と異なる内容の国家実行が一般的な慣行として位置づけられ、法的確信を得て既存の国際慣習法を代替するまでは、既存の国際慣習法の拘束力が当然排除されるとは言えない。

ウ. 国家免除に関する新しい例外が国際慣習法として認められるための要件

(1) 前記のように国家免除に関する国際慣習法は、当初外国の行為が主権的なのか非主権的なのかを問わず一般的に認められたが、「非主権的行為」についての例外を認める方向に発展し、大法院も1998年に至ってこのような国際慣習法の変更を反映して「制限的免除論」が憲法第6条第1項で定めた「一般的に承認された国際法規」であることを規範的に確認する意味で97 다 39216 全員合議体判決を宣告した。

(2) 仮に国家免除に関する国際慣習法が既存の制限免除論で認められなかった新しい例外、例えば本件ICJ判決でのイタリアの主張のように法廷地国領土内不法行為の例外、強行法規違反行為の例外などが認められるように変更された場合、論理的にこのような領域について国家免除を認めていた既存の国際慣習法が「廃止」され、国家免除の例外を認める新たな国際慣習法が「成立」したことを意味するが、このためには、前記の国際慣習法成立・変更に関する法理で見たように、国家免除の新しい例外が認められたことが個別国家の立法や判決など国家実行によって「一般的な慣行」に達するほど裏づけなければならず、これに対する「法的確信」が伴うという事情まで認められなければならない。

(3) 外国的要素のある法律関係について適用される準拠法としての外国法は事実ではなく「法」ではあるが(大法院1990年4月10日宣告89 다카 20252判決、大法院2019年12月24日宣告2016 다 222712判決など参照)、本件で問題となった「国際慣習法」自体ではなく、これを構成する国家実行の構成要素としての外国の立法などは、国際慣習法の成立要件としての「一般的な慣行」を裏づける「事実」に該当するというべきであるので、このような外国の法律の解釈において

²⁸ 同判決3頁

は、当裁判所が独自の解釈をするよりもその国の裁判所などの解釈を尊重すべき必要性がさらに大きいと言わなければならない。

このような前提の下に、国家免除に関する現在有効な国際慣習法が如何なるものかについて項を改めて検討する。

2. 国家免除に関する現在有効な国際慣習法について

ア. 議論の範囲

本件で原告らが主張する被告の不法行為は、大韓民国の領土内で被告所属の警察またはその指示を受けた者による就業を口実にした詐欺、脅迫、拉致などの違法な方法により本件被害者らを慰安婦として差出し、大韓民国の領土外の中国、日本、台湾またはフィリピンなどに被告の軍隊が設置した慰安所でその意思に反して性関係を強要したというものである。

そのうちの慰安婦差出行為の部分は、大韓民国の領土内で行われたものであるだけでなく、被告が日中戦争、太平洋戦争などを遂行していた 1930 年代後半から 1940 年代初頭にかけて、被告軍隊の要請に応じて朝鮮総督府によって行われたので、²⁹

「法廷地国領土内不法行為」に該当するだけでなく、その中で本件 ICJ 判決の多数意見で国家免除が認められるものと判断した「法廷地国の領土内での武力紛争の過程で外国の軍隊またはそれと協力する外国の国家機関によって行われた行為」³⁰にも該当するかが問題になる。そしてこのような被告の行為は人権関連の国際条約に違反した行為として慰安婦被害者の基本的な人権を侵害するものといえることから、本件 ICJ 判決でイタリアが主張した「強行法規違反行為」についての国家免除が認められるか否かも問題となり得る。

以下では、まず本件が本件 ICJ 判決の多数意見が国家免除が認められると判断した「武力紛争中法廷地国領土内不法行為」の要件を満たしているか否かを検討し、次に「法廷地国領土内不法行為」または「強行法規違反に起因する深刻な人権侵害行為」に該当する場合、その行為が主権的行為であっても国家免除の例外が認められるかについて、現在の国際慣習法が如何なるものか検討することにする。

イ. 本件 ICJ 判決の多数意見が国家免除が認められるものと判断した「武力紛争中法廷地国領土内で行われた不法行為」の要件を満たしているか否かについて

²⁹ 原告らの 2020 年 3 月 30 日付準備書面 (3) 10 頁では、原告らは「日本や植民地であった朝鮮、台湾では占領地の日本軍と日本陸軍省などの要請に応じて総督府が各道に動員する慰安婦の数を配当すると警察や役所で女性を動員したり警察が募集業者を選定して、女性を動員するなど、主に行政体系（官斡旋、警察の介入など）または地域組織（報国隊など）、募集業者などを利用した動員が行われた」と明らかにしている。

³⁰ acts committed on the territory of the forum State by the armed forces of a foreign State, and other organs of State working in co-operation with those armed forces, in the course of conducting an armed conflict.

- (1) 本件 ICJ 判決の多数意見は、「法廷地国の領土内での武力紛争の過程で外国の軍隊やその協力する外国の国家機関によって行われた行為」に対しては依然として国家免除が認められると判断した。本件 ICJ 判決の多数意見は最近行われた判決として現在までの各国の立法や判決など国家免除に関する国際慣習法を十分に反映していると判断されるので、当裁判所も上記判決の多数意見の法理を現在の国際慣習法として、本件で被告の国家免除を認めるか否かを判断するための基準とすることにする。
- (2) 本件では原告らが主張する被告の不法行為のうち慰安所で性関係を強要した行為は大韓民国の領土外で行われた行為であるが、慰安婦差出行為は大韓民国領土内で行われたものなので、この部分が本件 ICJ 判決の多数意見で判断した「武力紛争中法廷地国領土内不法行為」に該当するかについて検討する。
- (ア) 原告らの主張によっても、本件被害者らは被告軍隊の要請に応じて朝鮮総督府が警察などの行政体系を動員して本件被害者らを慰安婦として差出したということであるから、このような行為は本件 ICJ 判決の多数意見の言う「外国の軍隊と協力する外国の国家機関によって行われた行為」(acts committed... by... the other organs of State working in co-operation with the armed forces[of a foreign State]) に該当する。
- (イ) これらの被告の行為が行われた時期は、1930 年代後半から 1940 年代初頭であって、その時点は日本が 1931 年に満州事変を起こした後日中戦争に続いて戦線を太平洋戦線に拡大した時期であり、本件の被害者らを慰安婦として差出した目的は被害者らを慰安所で被告所属軍人と性関係を持たせることにより兵士たちの性欲解消または性病の感染防止のような被告軍隊の戦闘力維持のための軍事的な目的で行われたものであったから、その行為の時期と目的等に照らし上記の法理が提示する「武力紛争過程で行われた行為」(acts committed... in the course of conducting an armed conflict) に該当する。
- そして当時は韓半島が被告の植民地だったのでこのような被告の行為が「大韓民国領土内」で行われた行為なのかについて疑問が提起され得るが、当時被告が韓半島を占領したのは不法な植民支配と言わねばならなので（大法院 2018 年 10 月 30 日宣告 2013 다후 61381 全員合議体判決参照）、被告の慰安婦差出行為は被告の一時的な不法占領状態にあった大韓民国の領土内で行われたものであり上記の法理が提示した「法廷地国領土内で行われた行為」(acts committed on the territory of the forum State...) にも該当する。
- (ウ) 原告らはこれに対し、当時大韓民国は被告と武力紛争を展開した交戦相手国ではなく、当時の中日戦争と太平洋戦争の戦線から韓半島は除外され韓半島内で現実的に交戦が行われもしなかったもので、本件 ICJ 判決多数意見の法理は本件に適用され得ない旨主張する。

- ① まず原告らの主張の当否を判断するための前提として、ICJ 判決多数意見で武力紛争中法廷地国領土内不法行為については依然として国家免除を認める趣旨が如何なるものかについて検討する。

本件 ICJ 判決では国連国家免除条約及び大部分の個別国家の立法内容で明示的に「武力紛争状況」に関する例外を定めていないにも関わらず、各国の判決などをもとに武力紛争中法廷地国領土内不法行為について国家免除が認められねばならないと判断したが、その趣旨は単に武力紛争中には「予測不可能な損害が発生」が予定されているからだけではなく、④武力紛争は一国が他国に対し自国の利益または主張を貫徹するための手段として軍隊の武力を使用するものであり、国家の行為中で主権行使としての性格が最も強い行為の一つなので、国家免除の理論的根拠中、各国の主権尊重の要請が最も強く要求される領域と言うべきであり、⑤武力紛争が発生することになると関連諸国に対する国際法的規律において平時国際法ではなく「戦時国際法」が適用されるので、武力紛争の過程で発生した人身損害を含む損害賠償の問題も戦時国際法によって規律すべきであることを反映したものと言うべきである。

このような武力紛争の状況で適用される「戦時国際法」としては、「陸戦の法と慣習に関する条約」Convention with Respect to the Laws and Customs of War on Land、以下「ハーグ陸戦条約」という）、「戦時民間人の保護に関するジュネーブ条約」(Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War 以下「ジュネーブ条約」という) などがあるが、ハーグ陸戦条約第 3 条「附属書上の義務に違反した交戦当事者は損害を賠償しなければならない。交戦当事者は個々の戦闘員のすべての行為について責任を負う」と規定し³¹、その附属書第 46 条は「家族の名誉と権利は尊重されるべきである」と規定している。

ところが、交戦当事者の賠償義務を定めたハーグ陸戦条約第 3 条を含むハーグ陸戦条約又はジュネーブ条約について、「条約では行為に関する実体法的規律だけを行い、一定の違反行為に対して賠償が行われるべきだという内容を定めただけで、当然にそのような条約から個人の請求権が発生するわけではない」と解釈されている。³²

³¹A belligerent party which violates the provisions of the said Regulations shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces.

³² “These conventions, however, only set forth substantive rules of conduct and state that compensation shall be paid for certain wrongs. They do not create private rights of action for foreign corporations to recover compensation from foreign states in United States courts.” *Argentine Rep. v. Amerasia Hess*, 488 U.S. 428,

このような解釈は、武力紛争中に発生した損害賠償などの問題について、被害者個人がそのような損害を引き起こした国家に対して提起した個々の訴訟によるのではなく、関連諸国との間の一括協定によって解決されることを予定しているというべきであり³³、実際に前記のように第二次世界大戦中にドイツによって発生した損害賠償の問題はドイツと各国間の協定によって解決され、大多数の国家の裁判所は自国民がドイツに対して提起した損害賠償請求訴訟においてドイツの国家免除を認めた。本件 ICJ 判決多数意見で「武力紛争中法廷地国領土内不法行為」についての国家免除を認めたのも、このような行為については上記条約が予定したように、被害者らの訴訟など個別の権利救済手続ではなく関連国家間の協議により解決されるべきであるとの趣旨が反映されたものというのが妥当である。

そして 1949 年 8 月 2 日に締結されたジュネーブ条約第 4 条は、「この条約により保護される者は、武力紛争または占領の場合において特定の時点でその形式の如何にかかわらず衝突当事国または占領国の権力内にある者であって、同衝突当事国または占領国の国民でない者である」と規定し、敵対行為に直接加担しない民間人の保護に関する規定（第 13～25 条）、紛争当事国と占領地域内の民間人の保護に関する規定（第 27～62 条）も併せて置き、上記条約によって保護される民間人の範囲を必ずしも現実的な交戦が行われる交戦相手国の国民又は現実的に交戦が行われる地域に居住する民間人に制限してもいいない。

このような戦時国際法の規律内容を考慮すると、本件 ICJ 判決の多数意見で武力紛争中法廷地国領土内不法行為について国家免除を認めた趣旨が必ずしも現実的戦闘が行われる交戦相手国の国民又はその地域に居住する一般市民を対象に行われた不法行為に対してのみ国家免除が認められるべきだと言うものと言うことはできない。

- ② このような武力紛争中法廷地国領土内不法行為についての本件 ICJ 判決の多数意見の趣旨に照らして本件について検討する。

442(1989); Hugo Princz v. Germany 26 F.3d 1166, 1175(D.C.Cir. 1994). A belligerent party which violates the provisions of the said Regulations shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces.

³³ 欧州国家免除条約についての Explanatory Report to the European Convention on State Immunity は条約第 31 条について「上記条約は武力紛争中に発生した事件について規律することを意図しないだけでなく、同盟国間で軍隊駐屯により発生した問題に関しても適用できない。このような問題は一般的に国家間の別途の合意により解決する」と述べている

(The Convention is not intended to govern situations which may arise in the event of armed conflict ; nor can it be invoked to resolve problems which may arise between allied States as a result of the stationing of forces. These problems are generally dealt with by special agreements).

本件被害者らに対する慰安婦差出行為は被告が 20 世紀初頭に韓半島を占領した後、日中戦争、太平洋戦争などを経て第二次世界大戦を遂行する過程において戦争を準備して遂行するための目的で行われたと言わねばならないが、たとえ被告が当時韓半島を完全に占領しており韓半島内で現実的な武力紛争がなかったとしても、韓半島に居住していた本件被害者らは被告の国民とすることはできないので、前記ハーグ条約などの戦時国際法に基づいて保護されるべき民間人の範囲から除外されるとは言いがたい（原告らも本件被害者らに対してハーグ陸戦条約が適用されることを前提に被告の行為の違法性の根拠の一つとしてハーグ陸戦条約違反を主張している）。

そして、たとえ大韓民国がサンフランシスコ条約の当事者ではなくとも、サンフランシスコ条約第 4 条（a）は今後大韓民国と被告の間で別途の協定により大韓民国国民と被告の間の財産上の債権・債務関係が解決されることを予定していたし、実際にこのような問題を解決するために大韓民国と被告の間に請求権協定が締結された。

そして上記請求権協定で慰安婦被害者問題は実際に議論されなかったとしても、慰安婦被害者問題に関する大韓民国の不作为の違憲性を争った憲法訴訟（2006 헌마 788）事件では、請求人であるの慰安婦被害者らは自己の被告に対する損害賠償請求権の問題も請求権協定によって解決される争いであることを前提に大韓民国の不作为の違憲性を主張し、憲法裁判所も同じ前提で大韓民国の不作为が違憲であると判断した。

このように慰安婦被害者が戦時国際法の適用対象から除外されるとは言いがたく、このような戦時国際法は武力紛争中法廷地国領土内で発生した不法行為について、個別的な訴訟の代わりに関連する国家の別途の協定により解決されることを前提に規定しているが、第二次世界大戦後の関係国間の協議の内容、進行経過とそれ以降の各種争訟での当事者の態度などに照らしてみると、被告が第二次世界大戦中に本件被害者らが大韓民国の領土内で慰安婦として差出した行為も、被告に対する個別訴訟よりはる大韓民国と被告との間の別途の協定により解決されるべき事項とみるのが妥当である。

したがって、被告が本件被害者らが大韓民国の領土内で慰安婦として差出した行為も、本件 ICJ 判決多数意見が国家免除が認められるものと判断した「法廷地国の領土内での武力紛争過程で外国の軍隊又はその協力する外国の国家機関によって行われた行為」に該当するというのが妥当である。

ウ. 法廷地国領土内で行われた不法行為に該当する場合、「主権的行為」であっても国家免除の例外が認められるか否かについて

次に、現時点での国際慣習法が法廷地国領土内で発生した不法行為のうち「武力紛争の過程で外国の軍隊によって行われた行為」以外の「外国の主権的行為一般」について国家免除が認められないものに変更されたかについて検討する。

(1) 前記のように、法廷地国領土内で行われた外国の不法行為について国家免除を否定する内容を含んでいる国際条約には、国連国家免除条約第 12 条、欧州国家免除条約第 11 条があり、各国の個別立法としては、米国 FSIA § 1605 (a) (5)、日本の法律第 10 条、英国 SIA 第 5 条などがあり、これらの規定が国家免除が認められない領土内不法行為の要件について定めるあたって明示的に外国の「主権的行為」と「非主権的行為」を区別していないことは認められる。

(2) しかし、先に認定した事実関係に照らして認めることができる次のような理由を総合すると、前記の一部の条約や個別国家の立法があった事情だけで法廷地国領土内で発生した外国の不法行為について、そのような行為が主権的行為であっても国家免除が否定されるという一般的な慣行が存在するとは言いがたい。

(ア) 国連国家免除条約の制定過程で ILC が既存の国際慣習法を反映して条項を成案したので、国連国家免除条約第 12 条の存在自体が当時の国際慣習法がその規定内容のような国際慣習法が存在することを推断することができる資料になる余地がある。そして「一般的な慣行」の存否を判断するに当たり考慮される「国家実行」の内容について、個別国家の立法、判決または行政的措置などだけでなく、国際機構の決議内容も考慮することができる。したがって国連国家免除条約第 12 条は二つの側面、すなわちその成案過程で国際慣習法を反映したと見ることができる間接的な資料として、そして国連総会決議そのものを国家実行の一部として考慮することができる。

(イ) しかし前記のように国連国家免除条約第 30 条は、上記条約は 30 番目の批准書、受諾書、承認書、加入書が国際連合事務総長に寄託された日から 30 日後に発効すると定めているが、本件弁論終結日の 2021 年 3 月 24 日現在、上記条約の批准国は 22 カ国（署名国 28）に過ぎず、上記の条約はまだ効力が発生していないし、その批准国の数は、国連加盟国 193 カ国のうち 11.3%に過ぎない。したがって上記条約の成案の過程で既存の国際慣行が反映されたとしても、実際に上記条約を批准した国家の数が非常に少ないという事情まで併せて考慮すると、上記条約に含まれる内容が個別国家の実行によって確立された慣行に至ったとか、または個別国家がこれに対する法的確信を与えたとも言いがたい。

(ウ) 欧州国家免除条約の場合にも、その批准国が 8 カ国であり、領土内不法行為の例外に関する個別立法を置いている国も 11 カ国に過ぎないので、これらの国の数を前記の国連国家免除条約批准国の数と単純合算すると 41 カ国であり、上記の各条約批准国と個別立法国に重複して算入された 4 つの国（国連国家免除条約と欧州国家免除条約を重複批准した国家としてはオーストリア、ス

イスがあり、欧州国家免除条約を批准して個別立法をした国家として英国があり、国連国家免除条約を批准し個別立法をした国家として被告がある）を除けば、実質的に国際条約を批准するか個別立法をすることにより法廷地国領土内不法行為について国家免除を認めない意思を外部的に明らかにした国は 37 カ国で、全 193 国連加盟国のうち 19.2%に過ぎない。このような国家実行の量的側面を考慮しても、法廷地国領土内不法行為について国家免除を否定する個別国家の実行が一般的な慣行の地位に達したとは言いがたい。

(エ)その上、国連国家免除条約第 12 条、欧州国家免除条約第 11 条と個別国家の立法内容を見ても、これらは具体的な内容において以下のように規範的に有意な差があるので、このような国際条約や一部国家の立法内容も「一般的な慣行」の構成要素の一つである統一性（conformity）を備えているとは言いがたい。

①まず、前記の条約と各国の立法内容は法廷地国領土内不法行為のうち主権的行為について国家免除が認められる範囲について次のような差異を示している。すなわち、米国の FSIA § 1605 (a) (5) は、(A) 裁量権の行使または不行使に基づく請求、(B) 悪意ある起訴、手続の濫用、誹謗、誤報、欺罔または契約上の権利に対する不当な干渉の場合には依然として国家免除が認められると定めているが、米国の連邦最高裁判所は FSIA § 1605 (a) (5) (A) が定めた「裁量権例外」について、「裁量」とは計画や行動の開始だけでなく、計画を樹立して実行の計画を具体化するに当たり政策的な決定と判断の余地がある場合を意味すると解釈しており、これは外国の主権的権力的行為に現れる典型的な特徴といえることができる。そして § 1605 (a) (5) (B) では、裁量行為に加えて悪意のある起訴、手続の濫用など特定の行為の類型に応じて例外事由を列挙している。

英国 SIA は第 16 条で武力紛争などのような一定の場合を例外と定めており、日本の法律は第 3 条で「この法律の規定は、条約または確立された国際法規に基づいて外国が享受している特権または免除に影響を及ぼさない」と定めて国際慣習法に基づく例外を包括的に定めているだけである。一方、欧州国家免除条約第 31 条は、「この条約は、ある締約国の軍隊が他の締約国の領土内で行い、又は行おうとした作為又は不作為について締約国が享受する国家免除の特権については影響を及ぼさない」と定め、「軍隊」の行為は武力紛争中であるか否か又はその行為の内容と性格を問わず国家免除が認められるように定めている。

このように、法廷地国領土内不法行為に関する国際条約または個別国家の立法も、そのうち主権的行為と評価することができる行為に対する国家免除認定範囲が相違するので、これによって国際慣習法成立・変更の要件のう

ち、「一般的な慣行」の構成要素である統一性（conformity）を備えていると見ることはできない。

②また、国家免除の例外として認められるために「法廷地国領土内で行われる行為」の場所的範囲について、国連国家免除条約第 12 条と日本の法律第 10 条のは問題となる行為の「一部」のみが法廷地国の領土で行われても国家免除が否定されるものと定めているが、米国連邦裁判所判例は、米国 FSIA § 1605 (a) (5) で「米国内で外国又はその公務員... 職務の範囲内で行った不法行為または不作為によって発生した対人的傷害または死亡」と定めたことについて、「上記条項の文言上、不法行為はもちろん損害もすべて米国領土内で発生した場合のみ § 1605 (a) (5) の要件を満たし、国家免除が否定される」と解釈しており、³⁴英国裁判所も英国 SIA 第 5 条が「英国内で作為または不作為により発生した死亡または人身傷害...に関する訴訟では裁判権が免除されない」と定めたことについて米国連邦裁判所と同様に国家免除の例外が認められるためには人身傷害などが英国の領土内で発生しなければならないと解釈している。

このような個別立法で不法行為発生場所に関する規律内容の違いは、本件で問題になる被告の行為のように問題となった行為の一部のみ法廷地国領土内で行われ残りは法廷地国領土外に発生した場合国家免除が認められるかについての有意な差をもたらすので、これらの違いを考慮すると領域内不法行為に関する個別立法による国家の実行内容が「一般的な慣行」の構成要素である統一性（conformity）を備えているとはいいがたい。

(オ)そして大韓民国大法院は、大法院 2017 年 11 月 14 日宣告 2016 다 264174 判決、大法院 2018 年 10 月 11 日付 2018 다 245528 判決、大法院 2019 年 4 月 5 日付 2018 다 301541 判決などにおいて、米軍政庁が 38 線以南の地域で施行した軍政法令を制定した行為が大韓民国の領土内で行われたにもかかわらず、米国の主権的行為であることを挙げて米国に対する国家免除を認めた。

前記の法廷地国領土内不法行為に関する国連国家免除条約、欧州国家免除条約と個別国家の立法は、すべての人身損害に加えて、「有体動産または財産に対する損害」についても国家免除が認められないと規定しているが、前掲大法院判決は米軍政庁の軍令制定によって当時原告又は原告らの先代が所有・占有していた日本銀行券または台湾銀行券の価値が損傷したことを原因とする損害賠償請求について、これらの請求が前掲国際条約や個別国家の立法が定めている要件を満たしていると見ることも関わらずアメリカに対して国家

³⁴ Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp., 488 U.S. 428, 439(1989); Doe I v. State of Israel, 400 F. Supp.2d 86, 108(D.D.C. 2005); O'Bryan v. Holy See, 556 F.3d 361, 382(6th Cir. 2009); Jerez v. Republic of Cuba, 775 F.3d.419, 424(D.C. Cir. 2014).

免除を認めた。このような大法院の判断は、法廷地国領土内不法行為であってもその行為が主権的行為であれば国家免除が認められる既存の制限免除論が国家免除に関する国際慣習法であることを前提したものであり、前記の一部の国際条約や個別国家の立法によってそのような国際慣習法が変更されなかったことを反映したものというべきである。

- (2) したがって法廷地国領土内で行われた不法行為に該当する以上「主権的行為」であっても国家免除が否定されるという国際慣習法が新たに成立したということではできないので、外国の主権的行為については法廷地国領土内で行われた不法行為か否かを問わず国家免除が認められねばならないというのが現在の国際慣習法というべきである。

エ. 強行法規違反による重大な人権侵害行為に対して国家免除の例外が認められるか否かについて、最後に現時点での国際慣習法が強行法規に違反した重大な人権侵害行為に対しては国家免除が認められないものに変更されたかについて検討する。

- (1) 「国家免除」は裁判所の民事裁判権に対する人的な制約として訴の適法要件なので、国家免除の本質的な内容として、独立した主権国家は他国の裁判所の裁判権に拘束されないということは、単に他国の裁判所から不利な判決を受けないという意味にとどまらず、他国の裁判所に提起された訴訟の本案について応訴する負担も負担しないという意味に解釈されるべきである。

ところが「強行法規違反」による「重大な人権侵害」か否かは必然的に事件の本案の審理を経た後でなければ判断することができない問題なので、前記の国家免除の制度趣旨を考慮すると、被告の違反行為の重大性とこれによる損害の深刻性の程度が本案審理の前提条件として裁判権存否判断の基準にはなりえないというべきである。

- (2) そして先に検討した法廷地国領土内不法行為に関する国連国家免除条約第12条と米国FSIA § 1605 (a) (5) などは本来交通事故による損害賠償請求を目的として規定されたものであり、³⁵原告らの主張のように違反行為の内容と損害の程度に応じて異なる規律をしているものではない。
- (3) 本件 ICJ 判決と欧州人権裁判所判決³⁶の両方がこの部分の争点について、拷問禁止または反人権犯罪などが持つ特別な性格を考慮しても、違反行為の重大性を根拠に国家免除の可否を判断する各国の判決などの国家実行が確認されないとし、強行法規違反による深刻な人権侵害に対して国家免除の例外が認められるべきだという主張を排斥し、2000年代以降に宣告されたカナダ、フランス、スロベニ

³⁵ H. R. Rep. No. 1487, 94th Cong., 2d Sess. reprinted in 1976 U.S. code Cong. & Admin. News 6604, 6619~6620.

³⁶ Fogarty v. The United Kingdom, No. 37112/97, EHCR 2001, § 751.

ア、ニュージーランド、ポーランド、英国の裁判所の判決もすべてこのような立場をとっている。³⁷

- (4) 米国連邦裁判所の *Letelier v. Chile* 判決³⁸は、「強行法規違反」一般に対する国家免除認定可否についての国際慣習法に関する判決ではなく、米国の国内法である FSIA § 1605 (a) (5) (A) が定めた「裁量的機能 (discretionary function)」の解釈に関する判決というべきである。そして前記のように ICJ などの国際裁判所と各国の国内裁判所の判決の傾向が強行法規違反による国家免除例外の主張を受け入れていないことを考慮すると、*Letelier v. Chile* 判決に加え、最近の国際人権法分野の発展状況を考慮しても、強行法規違反について国家免除を否定することが一般的な慣行に至るほど各国の国家実行によって裏づけられているということもできない。

オ. 小結論

前記のように、本件は現時点での国際慣習法についての ICJ の明示的な判断が含まれる本件 ICJ 判決の多数意見が判断した「武力紛争中の法廷地国領土内不法行為」の要件を満たしているので、それによると被告に対して国家免除が認められる。そしてたとえ上記の判決における「武力紛争中の法廷地国領土内不法行為」の要件を満たしていないとしても、現時点で国家免除に関する国際慣習法が既存の制限免除論で認められなかった新しい例外、すなわち「法廷地国領土内不法行為」または「強行法規違反行為」に該当する以上、そのような行為が主権的行為であっても国家免除が認められないということが一般的な慣行に達する程度に各国の立法または判決など、個別国家の実行によって裏づけられたとはいいがたいので、現時点における国家免除に関する国際慣習法は依然として大法院 1998 年 12 月 17 日宣告 97 ㉔ 39216 全員合議体判決で宣言したように、国家の主権的行為は他国の裁判権から免除されるものであり、第二次世界大戦遂行過程で被告軍隊と行政機関を動員して行われた被告の行為は主権的行為というべきなので、現時点の国際慣習法によると被告に対して国家免除が認められる。

3. 既存の制限免除論による国家免除の要件に該当するという原告らの主張について

ア. 被告の行為は強行法規に違反して重大な人権侵害をもたらしたものであって「主権的行為」ということはできないという主張について

原告らの主張のように被告の行為が本件被害者らの人権を深刻に侵害する重大な強行法規違反行為に該当するとしても、制限的免除論で国家免除が認められる「主権的行為」(*acta jure imperii*) は非権力的、私法的行為に相対する概念であり、その本質上、主権の行使が何らかの法的、倫理的当為を前提とした概念とはいいがたいので、万一国による公権力の行使が残酷な方法で行われた場合、そのような行

³⁷ 本件 ICJ 判決 137 頁

³⁸ 488 F. Supp. 665(D.D.C. 1980).

為は違法な「公権力の行使」または違法な「主権行使」になるだけであって、そのような行為の主権的行為としての性格そのものを喪失すると言うことはできない。したがって被告の行為はその目的、内容および形式などすべての側面を考慮しても被告が私経済主体の地位で行ったものと言うことはできず、主権的行為と言わねばならなので、これと異なる前提に立つ原告らの主張は受け入れられない。

イ. 「商業的行為」に該当するという主張について

原告らの主張によっても、被告の行為は、被告軍隊の要請に応じて、当時韓半島を管轄していた朝鮮総督府が行政組織を利用して本件被害者らを差出し、被告軍隊が駐留した地域の慰安所に配置させて性関係を強要したというものであり、このような行為はその目的、行為の主体と内容に照らして公権力の行使に該当するので、「主権的行為」と言わなければならない、これを非権力的、司法的行為 (acta jure gestionis) に該当すると言うことはできない。したがってこれと異なる前提に立つ原告らの主張も受け入れられない。

4. 既存の制限免除論を内容とする国際慣習法を本件に適用する場合大韓民国憲法に違反する結果を招くので、このような国際慣習法が本件に適用される裁判規範となりえないという原告らの主張について

ア. 関連法理

- (1) 憲法前文と憲法第 6 条第 1 項によれば、わが憲法は憲法によって締結・公布された条約と一般的に承認された国際法規を国内法と同様に遵守して誠実に履行することにより国際秩序を尊重して恒久的な世界の平和と人類共栄に資することを基本理念の一つと定めているので、国際的協力の精神を尊重してできる限り国際法規の趣旨を生かすことができるように努力することが要請されることは当然である（憲法裁判所 2014 年 5 月 29 日宣告 2010 헌마 606 決定参照）。
- (2) 憲法第 27 条第 1 項は、「すべての国民は、憲法と法律が定めた裁判官によって法律の裁判を受ける権利を有する」として法律による裁判と裁判官による裁判を受ける権利を保障している。裁判請求権のような手続的基本権は原則的に制度保障の性格が強いので、自由権的基本権の場合と比べて比較的広範囲の立法形成権が認められるが（憲法裁判所 2005 年 5 月 26 日宣告 2003 헌가 7 決定、憲法裁判所 2015 年 3 月 26 日宣告 2013 헌마 186 決定、憲法裁判所 2015 年 7 月 30 日宣告 2014 헌가 7 決定など参照）、立法者は、そのような立法をする際にも憲法第 37 条第 2 項の比例原則を遵守しなければならない、特に当該立法が単に裁判所に提訴することができる形式的な権利や理論的な可能性のみを許容するものであってはならず、相当な程度に権利救済の実効性が保障されるようにするものでなければならない（憲法裁判所 2012 年 7 月 26 日宣告 2009 헌마 297 決定参照）。

イ. 判断

先に見たように本件に適用される国家免除に関する国際慣習法である制限免除論を本件に適用する場合、被告の行為はその本質上主権的行為と評価されるしかないので、このような被告の行為が不法行為であることを前提に損害賠償請求をする本件訴は不適法で却下されるしかなく、これにより原告らが被告の行為に対する損害賠償請求権を裁判を通じて終局的に認められることができなくなる。

しかし、先に認定した事実関係を上記の法理に照らして認めることができる次のような理由を総合すれば、現時点で国家免除について認められる「制限的免除論」に立脚した国際慣習法そのものが憲法に違反すると言うことはできず、また、このような国際慣習法を本件に適用した結果被告に国家免除が認められるとしても、そのような事情だけで原告らの裁判請求権や人間としての尊厳と権利を不当に制限するなど、大韓民国憲法に違反する結果を招くと言うこともできないので、結局このような国際慣習法が本件に適用される裁判規範となり得ないという原告の主張は理由がない。

(1) 目的の正当性

憲法第6条第1項は「憲法によって締結・公布された条約と一般的に承認された国際法規は国内法と同じ効力を有する」と定めて国際法尊重主義を明らかにしており、国際慣習法上認められる国家免除の法理は民事訴訟で外国に国家免除を付与することにより、他国の主権を尊重し、国家間の善隣関係を増進するためのものなので、このような国家免除は憲法が定めた国際法尊重主義という憲法上の価値を追求するためのものであって、目的の正当性が認められる。

(2) 手段の適正性

(ア)立法裁量と言っても自由裁量を意味するのではないから、立法目的を達成するための手段として必ずしも最も合理的で効率的な手段を選択しなければならないものではないとしても、少なくとも著しく不合理で不公正な手段の選択は避けねばならない（憲法裁判所 1996 年 4 月 25 日宣告 92 헌바 47 決定参照）。

(イ)国家免除に関する国際慣習法は、外国の独立した主権を尊重し、国際法尊重主義と国際平和主義という目的を達成するために、外国の主権的行為に対しては大韓民国の裁判所に係属する民事訴訟でその外国に対する裁判権を否定することにより外国が民事訴訟に応訴する負担自体を免除することであるから、このような目的と手段の関係を考慮したとき、国家免除という国際慣習法がとった手段が著しく不合理であるとは言いがたい。

そして外国の主権的行為に該当する以上、どの国なのか、問題となった行為が何であるかを問わず、一律的に裁判権を否定するようにしているので、その手段が不公正な手段に該当するとも言いがたい。

(3) 侵害の最小性

国家免除に関する国際慣習法を適用して被告に国家免除を認める場合、これにより直接的に侵害される原告らの権利は実体法的な損害賠償請求権そのものではなく、原告らの手続的権利である裁判権である。このように被告に対して国家免除を認めることになると、原告らの大韓民国の裁判所に対する裁判請求権行使を通じた権利救済が困難になるとは言え、下記のような憲法上の裁判請求権の内容と性格等に照らし、原告らの裁判請求権を過度に制限するとは言えず、また大韓民国の外交的保護権行使により、本件被害者らのための代替的な権利救済手段が存在すると言わねばならないので、侵害の最小性原則に違反するとも言いがたい。

(ア)憲法上の裁判請求権は法律によりその内容と範囲が定められる権利であって、当然に本案判断を受けることができる権利を意味しないので、法律と同一の効力を有する国際慣習法による内在的制約が前提された権利と言わねばならない。

憲法第 27 条第 1 項が定めた「法律による裁判」における「法律」には、憲法第 6 条第 1 項の定める一般的に承認された法規も含まれるので、憲法上の裁判請求権には一般的に承認された国際法規に基づく国家免除が内在的制約として前提されていると言うべきである。

したがって国家免除に関する国際慣習法をそのまま適用した結果、当該事件で原告らが本案判断を受けられなくなるとしても、これを裁判請求権の侵害と言うことはできない。

そして、憲法上の裁判を受ける権利の本質的内容として「法的紛争がある場合、独立した裁判所によって事実関係や法律的关系については、少なくとも一回、裁判官によって審理・検討を受けることができる機会が与えられる権利」が認められなければならないが（憲法裁判所 2000 年 6 月 29 日宣告 99 헌바 66 等決定、憲法裁判所 2002 年 10 月 31 日宣告 2001 헌바 40 決定）、このような権利がすべての事件について本案に関する判断を受ける権利を意味すると言うことはできない。そしてこのような大韓民国裁判所で裁判を受ける権利も大韓民国裁判所の「裁判権」を前提としたものと言うべきであり、一般的に承認された国際法規に基づいて裁判権に制約がある場合、裁判請求権の内容もそれに応じて制限されざるを得ないので、国家免除の法理に基づいて被告に対する損害賠償請求について本案判断に進めなくなるとしても、これを憲法上の裁判請求権を侵害したとか、または実体上の権利を形骸化したり歪曲させるものと言うこともできない。

大法院 2016 다 264174 判決、2018 다 245528 判決、2018 다 301541 判決などにおいて問題となった米国の大韓民国領土内行為が主権的行為であることを挙げて国家免除を認め、米国に対する訴を却下したが、これは国家免除に関する

国際慣習法をそのまま適用した結果であり、これを上記事件の原告らに対する裁判請求権を侵害したと言うことはできず、本件での被告の地位を上記の判決での米国の地位と本質的に異なるとも言いがたい。

(イ) 被告に国家免除が認められた結果、本件被害者らが大韓民国裁判所に提訴して権利救済を受けることが難しいとしても、大韓民国の「外交的保護権」行使と見ることができる 2015 年 12 月 28 日韓日の合意によって本件の被害者らのための「代替的な権利救済」が客観的に存在する。

①「外交的保護権」とは、ある国家が外国人の身体や財産に対して違法行為を犯した場合、それに対して被害者の国籍国家が加害国に対してその被害の救済のために外交的に行使することができる国家の権利を意味するが、これは国際慣習法上確立された制度である。

伝統的な国際法理論によると、外国の違法な行為から被害を受けた個人が直接加害国を国際裁判所に提訴するなどの手続を通して救済を受けることができないので、被害を受けた個人の国籍国が一定の要件の下で加害国に対して自国民保護のための措置をとることができるようにした外交的保護権制度は、個人の権利保護という側面において重要な機能を遂行してきた。外交的保護権の行使方法には、加害国を ICJ などの国際裁判所に提訴することに加えて、加害国と外交的交渉を通じて問題解決を図ることも含まれ、その行使方法は非常に多様であるため、被害者の国籍国家には被害者の損害賠償などの問題を解決するための外交的保護権を行使するに当たりその方式と内容の選択について幅広い裁量が認められる。

外交的保護権行使についてのガイドラインを定めた国連外交保護草案 (United Nations Draft articles on Diplomatic Protection) によると、外交的保護権を行使することができる国家は被害者の国籍国であり (第 3 条第 1 項³⁹⁾)、外交的保護権は被害を受けた個人が加害国家の司法機関などを通じてすべての権利救済の手続きを終えた後に行行使することができる (第 14 条第 1、第 2 項⁴⁰⁾)。そして国連外交保護草案第 19 条⁴¹⁾は外交的保護権行使に関

³⁹ The State entitled to exercise diplomatic protection is the State of nationality

⁴⁰ Article 14 Exhaustion of local remedies

1. A State may not present an international claim in respect of an injury to a national or other person referred to in draft article 8 before the injured person has, subject to draft article 15, exhausted all local remedies.
2. "Local remedies" means legal remedies which are open to an injured person before the judicial or administrative courts or bodies, whether ordinary or special, of the State alleged to be responsible for causing the injury.

⁴¹ Article 19 Recommended practice

A State entitled to exercise diplomatic protection according to the present draft articles, should:

(a) give due consideration to the possibility of exercising diplomatic protection, especially when a significant injury has occurred;

する「推奨事項」(Recommended practice) との表題の下に、特に深刻な被害が発生した場合において、国家は外交的保護権行使の可能性についての十分な考慮 (due consideration) をしなければならず、外交的保護権を行使する国家は可能なすべての場合において外交的保護権行使を要請している被害者らの見解を考慮しなければならず、加害国から賠償または補償を受けた場合、合理的な控除の範囲を除いた残りの部分を被害者に伝達しなければならないと定めている。

② 先に認定した事実関係によれば、本件の被害者らは大韓民国国民であり、大韓民国が彼らに対する外交的保護権を行使することができる地位にあり、慰安婦被害者らの中の一部は日本裁判所に被告に対する損害賠償請求をしたが棄却され、その後憲法裁判所の 2006 年헌마 788 不作為違憲確認決定後、大韓民国は被告と慰安婦被害者問題の解決のための交渉を開始し、2015 年 12 月 28 日韓日合意に至り、上記合意は慰安婦問題により名誉と尊厳を傷つけられた原告らを含む被害者に対する被告政府レベルの謝罪と反省の内容が含まれており、被害者の被害回復のために被告政府が資金を出捐して財団を設立し、その財団が被害回復のための具体的な事業をするように定めており、実際に和解癒し財団が設立され、上記財団が慰安婦被害者に現金支援事業をしたことが認められる。

そして、上記財団の現金支援事業の結果、被告の資金出捐が行われた 2016 年 9 月 1 日頃から上記財団の設立が取消された 2019 年 1 月 21 日までに生存被害者 34 名、死亡被害者 61 名に対する支払いが行われ、その後に生存被害者 1 名、死亡被害者 3 名に対する現金支給が行われ、生存被害者 35 名、死亡被害者 64 名に対して現金支払いが行われたが、上記財団の現金支援事業が行われた期間の中の年度別の生存被害者の数が最大 40 名 (2016 年 12 月 31 日現在。2015 年 12 月 31 日現在にしても 46 人)、最少 25 名 (2018 年 12 月 31 日現在) であることを考慮すると、結局生存慰安婦被害者のうち相当数が上記財団から現金を受領したと見るのが合理的である。

これらの事実関係によれば、㉔2015 年 12 月 28 日韓日合意は大韓民国がその国民である慰安婦被害者らが被告から受けた被害の回復を目的に、慰安婦被害者らが被告の国内裁判所での訴訟手続などを経た以降の被告との外交的交渉による結果と言わなければならぬ点、㉕上記合意はその文言上被告が慰安婦被害者に対する謝罪と反省の内容を含んでおり、慰安婦被害者らの被害回

-
- (b) take into account, wherever feasible, the views of injured persons with regard to resort to diplomatic protection and the reparation to be sought; and
- (c) transfer to the injured person any compensation obtained for the injury from the responsible State subject to any reasonable deductions.

復のための財源を被告政府の資金で調達している点などを総合すると、上記合意は前記の外交的保護権行使の一般的な要件を備えているだけでなく、慰安婦被害者の被害回復のための被告政府レベルの措置を内容としているので、慰安婦被害者らの被告に対する損害賠償請求権についての代替的な権利救済手段を設けるためのものと言うのが妥当である。

そしてたとえ上記の合意で被告の責任の性格を明確に究明できず、最終的な合意案について慰安婦被害者の意見を取り入れず、発表されてない内容に被害者団体の活動を制約する内容が含まれているなど、その内容と手続において一部の問題点があるとしても、被害者の国籍国は外交的保護権行使の具体的な方法の選択について幅広い裁量が認められるが、④外国との外交交渉は必然的に相手方が存在し、相手の外国が同意しない以上当然に大韓民国の立場を最終合意案に反映させることができず、被告に対する外交的交渉の局面で大韓民国が当然にその意思を被告の反対にもかかわらず貫徹することもできないので、大韓民国が被告の責任の性格が違法行為に対する法的責任であることを反映ししようとしたとしても被告がこれに同意しない以上このような内容は、上記合意に反映されがたいと言わなければならない点、⑤実際に大韓民国は被告との交渉過程で、被告が出捐する金員の性格が被告の行為が違法であることを前提とした法的な損害賠償責任という趣旨の主張をしたが、被告との意見により交渉の困難を経て、一方、上記合意のための交渉当時大韓民国は生存慰安婦被害者の数と年齢を考慮し、当初の立場を一部変更しても早期に慰安婦被害者の被害回復のための実質的な措置を設けようとしたと思われる点、⑥慰安婦 TF 結果によれば、上記合意の過程において大韓民国は、被害者又はたとえ最終合意案に対する被害者の同意を得なかったが、その交渉過程で被害者や被害者団体の意見を収斂する手順を経た点、⑦上記合意に基づいて和解癒し財団の現金支援事業が進められ、生存慰安婦被害者のうち相当数がこれを受領したので、上記の合意が慰安婦被害者の意思に明らかに反するものと断定しがたい点、⑧上記合意はそれ以前の大韓民国行政部の外交的努力の結果によりもたらした被告の措置に比べて相対的に進展した内容を含んでいるだけでなく、その後にもこれより進展した内容の措置がなされたと見るだけの資料も発見されていない点などを総合すれば、たとえ 2015 年 12 月 28 日韓日合意の内容と過程に前記の問題点があるとしても、そのような事情だけで上記の合意が外交的保護権行使に関する裁量権を逸脱・濫用したと言うことはできない。

③原告らは 2015 年 12 月 28 日韓日合意が憲法裁判所 2006 헌마 788 の決定に反するなど、外交的保護権行使に関する裁量権を逸脱・濫用したという趣旨の主張をするが、憲法裁判所の上記決定は大韓民国が慰安婦被害者問題解決の

ために請求権協定第3条定めた手続きに進まない大韓民国の「不作為」の違憲性を確認したのみで、実際の具体的な外交的保護権行使をした場合に、その内容と方法について裁量権の範囲を限定したものと言うことはできないので、この部分の原告らの主張は受け入れない。

また、本件における原告らの主張とその根拠をすべて検討しても、本件のように被害者の国籍国家が外交的保護権を行使して加害国家と被害回復のための外交的交渉をするに当たり、最終合意案に対して被害者らの同意を受けなければならないということが外交的保護権行使の方法に関する拘束力のある法規範として確立されたとも言いがたい。(国連外交保護草案第19条は推奨事項(Recommended Practice)という表題の下に「可能な限りすべての場合において、外交的保護権行使を要請している被害者の見解を考慮しなければならない」と定めているだけで、上記草案は基本的に裁量が認められている外交的保護権行使に関する一定の勧告事項を盛り込んだものであって法的拘束力があるとも言いがたい)。したがって2015年12月28日韓日合意の最終合意案について大韓民国が慰安婦被害者らの同意を得なかったという事情だけで上記合意が大韓民国の外交的保護権行使に関する裁量権を逸脱・濫用したということもできない。

④ 2015年12月28日韓日合意は正式な条約として締結されないいわゆる

「政治的合意」であって、上記合意によって本件被害者らの被告に対する損害賠償請求権の存否と範囲が終局的に確定されたり処分されるなどの実体法的な効果が発生したということとはできない。

しかし、前記のように上記合意がその内容上・手続上の瑕疵によりその効力が否定されるとは言いがたく、上記合意による給付が生存慰安婦被害者のうち相当数に現実的になされた以上、上記合意の「政治的合意」としての限界もかわらず、上記合意とそれに伴う後続措置によって本件被害者らを含む慰安婦被害者のための代替的な権利救済手段が設けられたこと自体は否定しがたい。

そして、このように2015年12月28日韓日合意とそれに伴う和解癒し財団の事業により慰安婦被害者のための代替的な権利救済手段が客観的に存在すると言える以上、このような事情自体を被告に対する国家免除を認めるか否かを判断するにあたって考慮すべきであり、本件被害者の個人別の現金支援助領の有無に応じて被告に対する国家免除の可否について異なる判断をすることはできない。

⑤ 2015年12月28日韓日合意以後大韓民国政府は、「上記合意が国際社会の普遍的原則に違背するなど手続的・内容的に重大な瑕疵があり、上記合意では慰安婦被害者問題が解決され得ない」という立場を表明し、上記合意に基づ

いて設立された和解癒し財団の設立許可を取消すなど、上記合意の問題点を強調してその合意による支援事業を中断させるなど、上記合意の効力を否定するものと映り得る態度もとった。

しかし、実際に外交、条約その他の国際協定等に関する事務を管掌する主務部署である外交部長官は、上記合意が大韓民国と被告の間の公式的な合意であることを認め、再交渉の要求をしない意思を表明し、このような態度は現在まで維持されていると見られ、和解癒し財団の設立許可取消後もその残余財産を被告に返還するなど、上記合意破棄を前提とした後続措置が行われていないものと見られるので、大韓民国行政部が上記合意について取っている一貫しない態度にもかかわらず、少なくとも大韓民国が上記合意を破棄するなどの理由で上記合意が効力を喪失したと言うことはできない。すなわち上記合意は現在も大韓民国と被告との間に有効に存続している。

- ⑥ 和解癒し財団は2019年1月21日、女性家族部長官の設立許可取消処分によって解散され、清算手続きが進行中で、現在まで上記財団から現金支援を受けていない慰安婦被害者又はその権利を承継した者としては、もはや上記財団の現金支援を受けることができなくなったので、前記の慰安婦被害者らに対する代替的な権利救済手段がもはや存在しないではないかという疑問が提起されるかもしれない。

女性家族部長官は上記財団の設立許可取消事由に「財団が定款上の目的事業を全く遂行できずにより、今後再開する可能性もないとみられる」を挙げている。

まず、上記の処分事由のうち「財団が定款上の目的事業を全く遂行できずにいる」とした部分は、前記のように上記財団がその設立の許可が取消される以前に相当数の慰安婦被害者らに対して現金支援事業を遂行したことが認められるので、客観的な事実関係に符合していると言いがたいが、これを善解するなら、上記合意に対する慰安婦 TF の評価結果とこれを基にした大韓民国行政部の認識変化により上記処分当時上記財団が正常な活動をすることが困難だったという意味と見ることができる。

そして「今後再開する可能性もないとみられる」とした部分も、上記合意に対する大韓民国行政部の否定的な認識により、今後上記財団が事業を継続する可能性がないという点を除けば、特に上記財団がその目的事業を遂行するについて他の法律的、事実的制約があったとも言いがたい。

ところが前項で述べたように大韓民国は被告との対外関係で201512.28。日韓の合意が正式な合意として有効だという立場を堅持しており、上記合意の破棄を前提として被告の出捐金返還などの措置が現実的に行われもしなかったもので、結局女性家族部長官が挙げている事由は、あくまでも大韓国内

で上記財団がもはや活動することができないという意味に極限されるのみで、上記財団設立の基礎となった 2015 年 12 月 28 日韓日合意の効力をはじめとする被告との対外的な関係に関するものとは言いがたい。

したがって和解癒し財団の設立許可取消により、まだ上記財団から現金支援を受けていない慰安婦被害者らに対して、現時点では上記財団の現金支援事業が彼らのための代替的な権利救済手段になり得ないとしても、このような事情が被告に対する対外的関係が問題になった本件において被告の国家免除を否定するほどの事由になるということはできない。

(4) 法益の均衡性

(ア) 外国の主権的行為に対して国家免除を認めることは憲法前文と第 6 条明らかにした国際法尊重原則という別の憲法上の価値を具現するためのもののなので、侵害されている私益と公益との間の均衡を喪失したとは言いがたい。

① 国家免除が萬古不變の絶対的価値であるということとはできず、一部の国家によりこれと異なる内容の個別立法が行われるなど、過去に比べて国家免除に関する国際慣習法と内容を異にする国家の実行が増加した。

しかし前記のように第二次世界大戦の過程で発生した敗戦国の賠償問題について、イタリア、ギリシャを除くフランス、スロベニア、ポーランドなど多くの国は自国民がドイツに対して自国の裁判所に第二次世界大戦の過程で発生した損害賠償を請求する訴訟についてドイツの国家免除を認めており、当初ドイツの行為が国際法上の強行法規に違反したものであって主権的行為ということとはできないという論理でドイツの国家免除を否定したギリシャ裁判所も後に特別最高裁判所の判決でこれを覆した。また米国連邦裁判所も第二次世界大戦中のユダヤ人の虐殺として知られるいわゆる「ホロコースト」の生存者が、ドイツ政府に対して提起した訴訟で、ドイツの国家免除が否定されるべきだという原告の主張を受け入れなかった。⁴²

このように、第二次世界大戦中に発生した損害について自国の裁判所に訴訟を提起した事案のほとんどにおいて各国の裁判所は加害国に対して国家免除を認めたが（当裁判所が審理した範囲内で第 2 次世界大戦中に発生した損害について加害国に対して国家免除を否定したのはイタリア裁判所、憲法裁判所の決定とソウル中央地方裁判所 2021 年 1 月 8 日宣告 2016 가합 505092 判決のみである）、このような歴史的背景を考慮すると、第 2 次世界大戦後の国際社会で国家免除の法理に対する一部の挑戦があるにもかかわらず、制限的免除論に立脚した国際慣習法がその規範的効力を維持しつつ、これを基礎として戦後国際社会の秩序が形成されたものと言うことができる。

⁴² Hugo Princz v. Germany 26 F.3d 1166(D.C.Cir. 1994).

② 大韓民国の司法部は大法院 1975 年 5 月 23 日付 74 마 281 決定で絶対的国家免除を認めて以来、大法院 1998 年 12 月 17 日宣告 97 다 39216 全員合議体判決に至って、非主権的行為に対してのみ国家免除を認めないものに変更して以来、外国の私法的行為に対しては国家免除を否定しつつも外国の主権的行為に対してはそのような行為が大韓民国の領土内で行われたとしても国家免除を認めることにより、国連国家免除条約とアメリカ、イギリスなど一部の国では領土内不法行為について国家免除の例外を拡張することとは明らかに異なる態度を取ってきた。

大韓民国の立法部も現在まで国連国家免除条約に関する批准同意をしたこともなく、米国などいくつかの他の国家のように外国に対する民事裁判権の範囲に関する立法をするなど国際慣習法で認められた国家免除の範囲を制限するするための立法的措置を取ることもなかった。

そして大韓民国の行政部は当裁判所の事実照会に対する外交部の回信のように、国連国家免除条約加入に関する立場について、韓国の国益に与える潜在的な影響、韓国の外交政策や国際法との整合性などを総合的に考慮して慎重に決定していく事案と答えるなど、原論的な立場をとるただけだ。

このような大韓民国の司法部、立法部、行政部の態度に照らしてみると、大韓民国は第 2 次世界大戦後の国際社会で一般的に受け入れられている国家免除に関する制限的免除論の法理を受容して現在までにそのまま維持しており、その例外を拡大する内容の国際条約加入および独自の立法については非常に消極的な態度をとったものと評価するしかない。

③それにもかかわらず大韓民国の裁判所が第二次世界大戦中に発生した本件について専ら大韓民国国内法秩序に反するという理由のみを挙げて被告に対する国家免除を否定する判断をすることは、その法理的妥当性をさておくとしても、現在まで大韓民国が国家免除についてとってきた態度と背馳し、第二次世界大戦以後長期間に渡って形成されてきた大韓民国が外交関係の基礎としてき戦後国際社会の秩序に反するものであるだけでなく、外国に対する金銭支払義務履行判決を宣告することは、そのような判決を宣告すること自体はもちろん判決確定後の強制執行の過程でも必然的に相手国である被告との外交関係に衝突を引き起こすばかりではない。一旦被告に対する判決が確定し、その原告が執行権原を確保することになると、その後の強制執行の時期と範囲は原告らの意思によって決定され大韓民国がこれに関与する余地は限定的である（実際に、ギリシャ裁判所のディストモ判決が確定した後、その強制執行はギリシャではなくイタリア内にあるドイツの財産に対して行われ、これをめぐる紛争が本件 ICJ 判決につながったことは前記の通りである。ところがディストモ判決とこれに対するイタリア裁判所の承認に基づい

て強制執行の対象とされたドイツの財産は、他でもなくドイツとイタリアの間の「文化交流」のための施設であった)。

このような結果が憲法が定めた国際平和主義と国際法尊重主義に合致するとは言いがたい。そして被告に国家免除を認めることは憲法が定めた別の価値である国際平和主義と国際法尊重主義を具現するためのものなので、その結果原告らの裁判請求権が一部制約される結果をもたらすとしても、これをもって増進される公益と制限される私益の均衡が喪失したということもできない。

(イ)たとえ原告らの権利救済の必要性など、国家免除の例外を認めなければならない現実的な必要性があるとしても、既存の国際慣習法で認められていない新しい例外の創設問題は慎重にアプローチしなければならない。

①前記のように、既存の制限免除論が現時点での国家免除に関する国際慣習法として憲法第6条第1項定めた「一般的に承認された国際法規」に該当する。それにもかかわらず裁判所が専ら大韓民国国内法秩序に符合しないという理由で、このような国際慣習法で認められていない新しい例外を認めるのは、実質的に法律と同一の効力を有する「一般的に承認された国際法規」の効力を否定することに他ならない。

ところで憲法第107条は法令の規範統制権限について、「法律」については憲法裁判所に(第1項)、命令、規則については最終的に大法院に(第2項)その権限を分けて付与している。大法院2003年7月24日宣告2001다48781全員合議体判決は、「慣習法」に対する規範統制権限が裁判所にあることを前提に判断したことがあるが、これは成文法に対して補充的な効果のみを有する民法上の慣習法(第1条又は第185条)に関するものであり、憲法第6条第1項が定めた「一般的に承認された国際法規」としての国際慣習法が民法上一般的な法律と同一の効力のみを有するとは言えないので、上記の判決を挙げて、当然に国際慣習法の全部または一部の効力を否定する権限が裁判所にあるとは断定しがたい。⁴³

②原告らは本件と同じ争点に関するソウル中央地方裁判所2021年1月8日宣告2016가합505092判決が確定したことを挙げ、国際慣習法についても裁判所が合憲的法律解釈によって国家免除の範囲を制限することができるとも主張する。

国内の法律については合憲的法律解釈の法理が確立された法律解釈の原則ということができるが、このような合憲的法律解釈の法理によって国際慣習

⁴³ 憲法裁判所2013年3月21日宣告2010헌마70、132、170(併合)の決定は明示的に憲法第6条第1項が定めた「一般的に承認された国際法規」に対する違憲審査権が憲法裁判所に属するという立場をとっている。

法の適用範囲を制限すること、特に一般的な慣行と法的確信によって裏づけられない新しい例外を認めることにより実質的に国際慣習法の内容の一部の効力を否定することが憲法第6条の定める国際法尊重主義に符合するとは言いがたく、上記判決と類似の趣旨に見えるイタリア最高裁、憲法裁判所の判決は、本件 ICJ 判決によってその効力が否定されたか、または国際的な流れから外れた異例的な判決と見るのが妥当である。そしてこのような解釈は外国の主権的行為に該当すると別途の利益衡量過程を経ずに外国に対して国家免除を認める大法院判例の態度と合致するとも言えないので、原告らが主張する上記の判決が確定したという事情のみで合憲的法律解釈に基づいて国際慣習法を制限解釈することができるという法理が確立されたとも言いがたい。

- ③たとえ裁判所が解釈を通じてこれらの例外を「創設」することができるとしても、本件における原告の主張のように被告が「強行法規」に違反し、本件被害者らに「深刻な人権侵害」をもたらしたので大韓民国憲法に適合しないとして被告に国家免除を認めてないことは、「強行法規」と「深刻な人権侵害」という要件が持つ包括性と不明確性によりこのような国家免除の「例外」が本件で問題になった被告の慰安婦被害者問題に局限して適用されるものと期待しがたく、今後国家免除が否定される範囲についてかなりの程度の不確実性をもたらすことは避けられない。

そしてこのような司法判断が持つ不確実性により、過去国力が弱く頻繁に外国の侵略を受けていた時期に韓半島で発生した外国の侵略とそれにより発生した損害について、その被害者の子孫が加害国を相手に対して国家免除の例外が認められるべきだと主張し、損害賠償請求訴訟を提起する状況も排除しがたく、このような国家免除の認定の可否に関する不確実性は、今後、外国から被害を受けた国民のために大韓民国が外交的措置をとるにあたって否定的な影響を与える恐れも排除しがたい。

- ④既存の制限的免除論より国家免除の例外をより広く認めることにより外国に対する民事裁判権の範囲を拡大するかどうかの問題は、当裁判所の外交部に対する事実照会結果に示されるように「大韓民国の外交政策と国益」に潜在的な影響を与える得る事案である。そして前記の国家免除の例外に関する各国の個別立法内容が各国の立法政策と利害関係などに応じて異なって規律された点を考慮すると、国家免除について既存の限定的免除論で認められなかった新しい例外を認定するかどうか、仮に新しい例外を認めるならばどの範囲で認めるかは、全的に大韓民国の国益に与える有利・不利を冷静に考慮して細密に定めるべき事項であって、基本的に行政部と立法部の政策決定が先行されるべき事項というのが妥当である（実際に前記の「法廷地国領土内不

法行為」について独自の個別立法をした諸国の規定内容、特に外国の主権的行為に対する各国の裁判権行使の範囲に関する規律の内容は国ごとに異なり、国際条約を批准するにあたっても各国は留保条項を置いたり、または自国の立場を宣言する方法で自国の立場を反映しようとしたが、これはこれらの国が外国に対する民事裁判権行使の範囲をどの範囲までにするのか、つまり伝統的な国家免除で認められる範囲を超えてどの範囲まで自国の民事裁判権を拡大するかについて各国の利害関係が反映されたと見るのが合理的である）それにもかかわらず、このような事項に関する立法府と行政府の政策的意思決定がない状況で、具体的な事件についての紛争解決を主な使命とする司法部がこれらの決定を、それも非常に抽象的な基準しか提示できず、今後相当な程度の不確実性をもたらす他はない方法で行うのは適切ではない。

(ウ) 本件で被告に国家免除を認めることは、すでに大韓民国と被告の間に行われた外交的合意の効力を尊重し、追加的な外交的交渉を円滑にするためであって、一方的に原告らに不義を強制するためのものではない。

英国裁判所は、国家免除に関する国際慣習法の目的は不義を行なったり正当な権利の行使を拒否するためのものではなく、時には長い時間がかかり、または不明瞭な部分があるとはいえ、一般的な訴訟手続の代わりに外交的交渉による紛争解決を図ることにより、仮に外国を般的な訴訟事件で当事者のように扱った場合に招来する可能性のある外交関係の悪化と混乱を防止するためだと判断したことがある。⁴⁴

このように国家免除は外国との外交交渉が妥結し代替的な権利救済手段が存在している場合にのみ認められるものではなく、そうでない状況でも将来の外交交渉による紛争解決を円滑にするために、その外国に対する裁判権を認定しないものであり、本件 ICJ 判決多数意見もイタリアの「最後の手段」の主張を排斥してドイツの国家免除を認めつつ、将来のイタリアとドイツとの間の外交的交渉による権利救済を期待できるという判断を付け加えた。本件で大韓民国と被告の外交的交渉の結果である 2015 年 12 月 28 日韓日合意が現在も有効に存続しており、その合意で定めた給付が慰安婦被害者らに相当部分現実的に行われた状況で、その合意の相手方ある被告に対して国家免除に関する国際慣習法が大韓民国国内法に符合しないという理由のみを挙げて国家免除を否定することが妥当であるとは言いがたい。そして、これをもって被告に国家免除の法理を「盾」として自分の誤った行為に対する賠償を回避することができる機会を与えることとも言えない。

⁴⁴ The Charkieh LR 4 A&E 59, 97.

5. 相互主義に基づいて被告に対する国家免除が認められてはならないという主張について

ア. 前記のように、日本の法律第 10 条は被告領土内の不法行為による人身損害等に対する損害賠償請求について外国に対する国家免除を認めない規定を設けていることは認められる。

イ. しかし、外国に対する民事訴訟で自国の裁判所がその外国に対して国家免除を認めるか否かについて、相互主義 (reciprocity)、すなわち当該外国が自国に対して国家免除を認める限度内でのみその外国に対して国家免除を認める国が一部にはあるものの、国家免除に関する相互主義の適用が国際社会で確立された慣行とはいえない。そして国際慣習法は国際社会で、一定の慣行が一般的な慣行として定着し法的確信によって裏づけされたとき、これに同意しない国に対しても拘束力を持つものであり、一部の国家がこれに同意しないという事情だけで、当然にその規範的拘束力を喪失しないので、具体的な事件で問題となった相手の外国がそのような国際慣習法に同意しない国であるという事情だけで法廷地国に対する国際慣習法の拘束力が喪失したとか、または国際慣習法とは別の相手方の外国の法律に基づいて国家免除を認めなければならないということもできない。

ウ. したがって国家免除に関する国際慣習法の適用において当然に相互主義が適用されるべきだとは言いがたいので被告が前記で検討した国際慣習法と異なる内容の個別立法をしたという事情だけで当然に被告に対して国家免除が否定されるということもできない。

6. 小結論

慰安婦被害者たちは若い頃に被告により多くの苦痛を経験しなければならなかった。そして、この問題を解決するために慰安婦被害者ら国内外の裁判所などを通じた長い法的争訟を経る過程も決して平坦ではなかったし、過去に大韓民国が国内外で傾けた努力とそれにより得られた成果も慰安婦被害者の苦痛や被害の回復には不十分であったと見られ、当裁判所が先に慰安婦被害者に対する代替的権利救済手段になると述べた、2015 年 12 月 28 日韓日合意も彼らが過去に味わわなければならなかった痛みに比べれば慰安婦被害者らに十分に満足のいく結果であったとはいえない。このように慰安婦被害者の被害が十分に回復できないうちに、残念なことに彼らの多くは世を去り、残りの被害者も人生の黄昏の時期に入った。そして本件の被害者らは本件で大韓民国の裁判所に対し、被告に対する裁判権を行使して被告の損害賠償責任を認めほしいという請求をしている。

当裁判所は慰安婦被害者らに被告に対する実体法上の損害賠償請求権があることを否定しない。そして 2015 年 12 月 28 日韓日合意は、彼らに対する代替的な権利救済手段になるという意味であり、上記合意によって慰安婦被害者の権利が処分されたか、消滅したということでもない。

しかし、現時点で有効な国家免除に関する国際慣習法とこれに関する大法院判例の法理によると、外国である被告に対してその主権的行為について損害賠償請求をすることは許容できず、当裁判所としては本件で大韓民国裁判所が被告に対する裁判権を持つか否かについて、大韓民国憲法と法律又はこれと同一の効力を有する国際慣習法に基づいて判断するしかないので、前記のように現在の規範によると外国である被告に対してその主権的行為について損害賠償請求をすることは許容できず、このような結果が大韓民国憲法に反するとも言いがたい。被害回復など、慰安婦被害者問題の解決は大韓民国が何回も表明しているように被告との外交的交渉を含む大韓民国の対内外的努力によって行わねばならない。

IV. 結論

そうであれば、本件訴は外国でなる被告に対して、その主権的行為について損害賠償を請求するものであって、不適法なのでこれを却下することにして、主文のとおり判決する。

裁判長 判事 ミンソンチョル 閔聖喆

判事 イミギョン 李美慶

判事 ホンサビン 洪思彬