

韓国裁判所における「慰安婦」訴訟と主権免除に関する意見

I. はじめに

1. 第2次世界大戦中、日本軍によって実行された性奴隷制度（「慰安婦」としても知られている）を通じて被害者に対する深刻な人権侵害が行われたが、これは国際法の下で国家としての日本国に責任がある。この点は特に国連人権機関によって認められたところである。しかし、日本軍「慰安婦」被害者が日本の法廷で日本国に対して提起した法的手続は全般的に不成功に終わった。そのため被害者らは韓国裁判所に頼るしかなく、そこで主権免除論という壁に直面した。そのような事例が、現在控訴審が係属中のソウル中央地方法院民事15部の2021年4月判決(2016 가합 580239)である。
2. 主権免除に基づく議論は、他の国際法規定及び法理を前提とする議論と相互に関連する。韓国憲法(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」と規定している。したがって憲法は裁判所に、日本軍「慰安婦」の状況に関連する条約について、1969年条約法に関するウィーン条約第31条及び第32条に従って解釈することを求めている。
3. 同様に、地方法院判決のように、「一般的に承認された国際法規に基づく主権免除が憲法上の裁判請求権の内在的な限界」と言うのであれば、主権免除の範囲がどのようなものであるか、それが今回の事件と請求に適用されるのか、そしてそれが国際法の他の規則とどのように関連しているかを確認しなければならない。憲法は国内法の文書であり、したがって韓国の裁判所において外国が恩恵を受けるような特別な主権免除を定めているわけではないことを念頭に置かなければならない。憲法は、国際法の下で主権免除が認められている場合には韓国の裁判所は主権免除を適用すべきで

あると定めているに過ぎない。

II. 主権免除と国際法上の根拠

4. 日本と韓国の間には主権免除に関する条約がなく、1972年の欧州主権免除条約(ECSI)は適用されず、2004年の国連主権免除条約(UNCIS)は発効していないため、慣習国際法に関する議論が非常に重要になる。
5. 地方法院は「主権免除は拘束力のある承認された慣習国際法」であると判示した。地方法院は「国家の実行が『一般的実行』になるためには、そのような実行が恒常的で統一的であることを要し、ここで『統一』とは、一つの国家レベルだけでなく多数の国家間レベルでも統一されねばならない。¹」とした。これは韓国裁判所において韓国が日本の免除を尊重する国際法上の義務を負うためには、日本は韓国に主権免除を要求して免除を享有し、韓国にはそれを義務づけるという効果を有する日韓関係に適用される国際慣習規則が存在しなければならないということを意味し、それ以上でもそれ以下でもない。
6. 地方法院はさらに、「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慣習国際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慣習国際法に拘束される。²」と言う。しかし、国際法上、個別国家が同意していない国際法に拘束されるということには疑問の余地がない。地方法院は本末転倒の話をしていると思われる。実際には、国家実行は相当数の国家がそれに反対する言動をしなかった場合にのみ一般的実行とみなされる。そして、そのような一般的実行は慣習規則の出現につながり、そのような規則はそれに反対しない国々を拘束することになる。原則的に特定の事柄に関する一般的な国家実行があっても、

¹ 第1審判決、Ⅲ.1.イ(2)項。

² 第1審裁判所判決、Ⅲ.1.イ(4)項;ソウル中央地方法院は判決の後半で、慣習国際法に同意しないという事情だけでは法廷地国に対する慣習国際法の規範的拘束力が失われるということではできないとも判示した。

ある国家がそのような規則に一貫して明確に反対すれば、その国家は慣習規則の適用対象外となりうる(いわゆる一貫した反対国の原則)。ごく簡単に言えば、国家の意思に反して拘束したり、多数国が少数国を拘束することはできない。このことの唯一の例外は国際法上の強行規範によるものであるが、主権免除は国際法上の強行規範とみなされたことはない。

7. したがって核心的な問題は、国際法上日本国が当事者である事件を韓国裁判所が裁くことを禁止することを韓国に義務づける慣習法の一般規則が本当に存在するかどうかである。何らかの内容を含む国際法規則が存在すると主張する者は、そのような主張を立証する証拠も提示しなければならない。立証責任は、主権免除の一般原則が存在し、それが韓国に訴訟手続を進めないように要求していると主張する側にある。したがって、この事件において立証責任は被告に課せられるべきである。

8. 主権免除が慣習法の一部であるという主張についても学説は分かれる。一部の研究者は主権免除の慣習国際法の存在を支える確立された一般的国家実行があると主張する³。一方、主権免除に関する一般規則の存在を危うくする要因として、実行の均一性の欠如を挙げる者もいる。⁴この見解は次のようにも主張する。

「このような国家実行の不一致を考慮すると、外国国家に対する主権免除を『慣習国際法』と呼ぶことはもはやほとんど不可能である。主権免

³ RY Jennings & Y Watts (ed.), *Oppenheim's International Law* (1992), 342-343. しかし彼らは実行を形成する国家の決定は細かな点、さらには本質的な内容において非常に多様であることを認めている、同 342。

⁴ DP O'Connell, *International Law* (1970), 846. 実行の均一性と恒常性の欠如は Higgins, *Problems and Process*(1994), 81 でも強調されている。H Lauterpacht (ed.), *Oppenheim's International Law*, volume 1, (1955), 274 も参照。この問題が国際法によって明確に規定されているといえるか、また、裁判所が管轄権を持つことによって国家が国際的な責任を負うかについて疑問を呈している。同様の立場として Sir Arthur Watts, *The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers*, RdC 247, 1994, 36, 53 参照

除は、事実上、各国の国内法の一部に過ぎないものとなってしまった。特に、免除が否定されるべき状況に関する制限免除主義の理論については国家間に異論が存在する。」⁵

このアプローチは主権免除をめぐる法的文脈を的確に指摘し、適切な結論を導き出していると思われる。国際裁判所や国内裁判所が主権免除が慣習国際法によって規定されていると主張したり判断する場合、証拠の裏づけのないむきだしの主張による、かなり形式的な方法で行なわれている。これは次のような事例により例証される。

- 欧州人権裁判所は *Al-Adsani v. UK* 事件において、この問題について議論することなく、英国のクウェートに対する免除の付与が「主権免除について一般的に認められている国際法上の規則」の要請によるものというたった一文の、証拠はもちろん、議論も一切行わない単なる主張を示しただけであった⁶。裁判所はこのような規則がどのようにして「一般的に認められた」性格を持つようになったかの説明や、この論旨を裏付ける証拠を提示していない。同様に、ICJもドイツ対イタリア事件で、国家実行を検討することなく、イタリアが認めたことを根拠に、主権免除の一般規則が存在することを推論した⁷。イタリアは自己の利益に反してこの点を認め、これはイタリアが本件で敗訴する理由のひとつであった。
- いくつかの国内裁判所は、主権免除が慣習国際法の一部であることを否定している。米国最高裁判所は、*Altmann v. Austria* 事件において、主権免除は国際礼讓の問題であって慣習法ではないと判示した⁸ノリエガ事件や *Lafontant v. Aristide* 事件においても、米国裁判所は「主権免除の享受は米国がいかなる請求人に対しても付与しないことがある特権である」

⁵ R Garnett, *Sovereign Immunity should be abolished?* 20 *Australian YBIL* (1999), 175

⁶ *Al-Adsani v. UK*, 第 56 項

⁷ *Jurisdictional Immunities (Germany v Italy)*, ICJ Reports 2012, 122

⁸ *United States, Supreme Court, Austria and Austrian Gallery v. Altmann*, 7 June 2004, 541 US 677 (2004)

と明白に強調した⁹。したがって、米国裁判所は慣習国際法によって外国国家やその公務員に対して免除を付与する義務があることを認めず、国内法（1976年の主権免除法）が要求する場合にのみ主権免除を付与している。これに対し韓国は、米国が法律により裁判所を統制しているような、自国の裁判所を統制する主権免除に関する法律を持っていない。

- ◆ 英国貴族院は Congreso 事件において、慣習国際法が主権免除を認める根拠となることを否定した。貴族院はいくつかの国家が主権免除について基本的な国家実行である立法を行ったことを認めた。しかし貴族院は、「ある国が立法的に一定の制限を設けることを選択したとしても、それ自体、その制限が諸国家によって一般的に受け入れられているという証拠にはならない。そのような制限は、その法律が何であるかについて十分な証拠がないまま、（不確実な状態にある）一般的な国際法と矛盾しないと推定されがちである」と結論づけている¹⁰。同様に、Denning 卿は Trendtex 事件において、「国家間には主権免除理論についての最小限の合意も存在しない。各国の裁判所がこれを適用する方法はそれぞれ異なる。ある国は絶対的な免除を与える。他の国は制限的免除を認め、それを制限する程度もそれぞれ異なる。いかなる合意も存在しない」と結論づけた¹¹。アイルランド最高裁判所も McElhinney 事件で主権免除が慣習国際法の一部であることを否定した¹²。

- ◆ 主権免除に関する慣習国際法は主権行為についてさえ明快に確立されて

⁹ District Court for the Eastern District of New York, *Lafontant v. Aristide*, 27 January 1994, 844 F.Supp. 128 (E.D.N.Y. 1994), 103 ILR 581。District Court for the Southern District of Florida, *United States v. Noriega*, 8 December 1992, 808 F.Supp 791 (S.D. Fla. 1992), 99 ILR 143, 162-3 も参照。米国は国際法の下で外国及びその代理人に免除を与える義務を負っているとは考えていない。

¹⁰ I Congreso (HL), I AC 1983, 260-261 (per Lord Wilberforce)

¹¹ Court of Appeal, Civil Division, *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria*, [1977] 1 QB 529 at 552-553 (per Lord Denning MR)

¹² *McElhinney*, Irish Supreme Court, Decision of 15 December 1995, 104 ILR 691, at 7011

いない。例えば制限免除主義の下では収用が主権行為であることは明らかである。しかし、1976年の米国主権免除法は外国に対する収用請求の手続を明らかに認めている。英国におけるごく最近の事例でも示唆されているように、1978年の英国主権免除法は、たとえそれが主権行為に該当するとしても、領域内の不法行為に関わる訴訟手続きを英国の裁判所で進めることを認めている¹³。そうであれば、結局、英国と米国の法令が国際法に違反しているか、あるいは英国と米国の議会にこれと異なる立法を要求する国際法の一般原則が存在しないと結論づけざるを得ない。私は後者が正しいと考える。

- ◆ 国家実行のスペクトラムの対極において、中国は依然として絶対免除主義を堅持している。

したがって、このように推定された規則に対する国家間の多くの異論がある状況で、一般的な国際法で確固たる慣習国際法がどのように存在することができるのか分からない。むしろ、絶対免除主義が制限免除主義に置き換えられた後、国際法は「代替的規則を定められなかった」と見るのがより合理的な結論である¹⁴。

9. 結局、結論的には韓国はいかなる国際法規則によっても、本件において日本国に主権免除を与えるべきであると求められてはいない。また、(前述のように、ドイツ対イタリア事件でイタリアが認めたこととは異なり)、韓国がいかなる国に対しても、国際法の下で韓国裁判所が日本に免除を付与することに同意する一方的な表明や約束をした証拠もない。そうであれば、結論は、韓国は日本に対し、国内裁判所で「慰安婦」女性たちの請求について裁いてはならないという国際法上の法的義務を負わないということである。

¹³ Al-Masarir v Saudi Arabia, [2022] EWHC 2199 (QB), Judgment of 19 August 2022

¹⁴ Karagiannakis, State Immunity and Fundamental Human Rights, 11 Leiden Journal of International Law, 1998,13

III. 一般的な主権免除とその例外に関する議論

10. 学界や司法実務では、国内裁判所に外国国家に対する免除付与を要求する一般的な規則があり、特定のタイプまたはカテゴリーの事件（例えば、商行為、雇用上の紛争、国際犯罪、人権問題）において主権免除から除外する、または除外することが望ましい例外が存在するとする傾向がある。この論理によれば、国内裁判所で人権または戦争犯罪についての訴えが認められるためには、その請求者が一般的に適用される主権免除から除外される特定の例外のカテゴリーの存在を特定しなければならないという主張がしばしばなされる。
11. 上記のような予断に沿って、地方法院は「主権免除の新たな例外は、個別国家の立法又は判決など国家の実行によって『一般的な慣行』に達する程度に裏づけられなければならない、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」という点を大前提のひとつとして挙げた¹⁵。
12. 地方法院の上記のような主張は、2012年のICJ判決(ドイツ v. イタリア事件)と同様に、主権免除という一般的な法理に例外が認められるためには非常に具体的かつ確固たる証拠によって証明されなければならないが、主権免除という一般的な法理は、実際にそのような法理が存在し韓国のような国家を拘束するかについて、その証拠が検討されたり評価される必要もなく直ちに認められるというアンバランスな結論に達することになる。このような態度は原告に存在しない一般規則に対する例外の存在の立証を求めることになり、原告を非常に不利な立場に置くことになる。存在が立証できない規則に対する例外の存在を立証することなど誰にもできない。(上記のように、戦争犯罪または人権侵害について主権免除を認めたすべての国内及び国際裁判所は主権免除という一般規則が実際に存在するかという問題を避け、これに関する証拠の検討を拒否した)。

¹⁵ 第1審裁判所判決、III.1.イ；ソウル中央地方法院はまた、「既存の慣習国際法で認められていない新たな例外を創設する問題は慎重にアプローチしなければならない」とした。

13. 国際法は主権免除の一般規則に対する例外の存在を立証することを要求していない(その代わり、後述するように、最も広く受け入れられている国際的な評価基準が求めているのは、国家主権と公権力の行使にあたるかという観点から各々の国家行為を評価することであり、一般的な免除規定の例外の範囲に入るかどうかではない)。国際社会の少数の国(大部分は英国、米国、オーストラリア、カナダなどの英米法系)が主権免除に関する国内法で原則・例外基準を形成したが、その基準は一般的な国家実行を代表するものとはいえない。その基準は加盟国が少なく(締約国が8ヶ国にすぎない主権免除に関する欧州条約)、または発効もしていない(2004年国連主権免除条約)国際条約でも採用された。韓国には主権免除法がなく、関連条約の締約国でもない。したがって、「慰安婦」の請求が、これが適用されれば請求が却下されるであろう主権免除の一般規則に対する特別な例外と認められるかどうかを評価することを要求する一般的な国際法は存在しない。

IV. 国家の主権行為(jure imperii)と非主権行為(jure gestionis)

14. 地方法院は「制限免除主義は憲法第6条第1項が定めた『一般的に承認された国際法規』に該当する」と判示した。(対等なものは対等なものに対して支配権を持たないという意味のラテン語の格言 *par in parem non habet imperium* で表現されるような)過去の絶対免除主義がもはや国際法の一部ではないことはよく知られている通りである。それにもかかわらず地方法院は、「各国は独立して主権を有するだけでなく、各国の主権は平等であり、したがってどの国も平等な主権を有する他の国に対して裁判権を行使することはできない」という前提に主権免除の根拠を見出した¹⁶。しかし、韓国司法が今は廃棄された古い絶対免除主義を堅持しようと思うのではない限り、地方法院の上記主張とは異なり、国際法の下で実現可能な主権免除の学説は、他の国家に対して管轄権を行使することができる相当数の事例を想定しているということを議論の余地なく受け入れねばならない。

¹⁶ 第1審判決、III.1.イ

¹⁷単純に言えば、主権免除の問題において、法廷地国と外国の平等はない。これは一般的に知られている制限免除主義によるものである。

15. この問題に対処する核心的な基準は、日本の「慰安婦」に対する行為が日本の主権の行使であったかどうかである。言い換えれば、日本が「慰安婦」に対して行った行為が、その政府的、主権的権限に基づくものであったか、すなわち、国家として有し、私人にはない主権的な権限を行使することによって、国家だけがなしうる行為をしたかである。
16. 制限免除主義によれば、被告国家とその公務員らはその行為が政府の権限を行使する過程で行われたことを立証しなければならない。国内手続で訴えられた行為は本質的に国家の権限、すなわち国家だけが行使することができ、国家機関が常に保有し私的な個人や法人が保有することができない国家権限が利用された行為でなければならない。これは民事事件と刑事事件で同じように適用される。ある行為がある法的手続では主権的な行為であり、別の法的手続きでは私的行為になることはありえないからである。また、主権免除の範囲は当該訴訟の被告が国家であろうとその公務員であろうと同じである。個々の国家の公務員は、国家全体が免除を享受する（または享受できない）行為に対して免除を享受する（または享受できない）ことになるからである。主権免除が国家に認められれば、その公務員にも認められ、その逆の場合は否定される。
17. しかし最も重要なことは、制限免除主義は単に国家が問題となっている国際的不法行為に関与したかだけでなく、国家が国家のみが行使できる主権的権威を行使したかを問題にするということである。この問題を説明

¹⁷地方法院は国家間の平等に関する上記の記述に反して、より具体的な次のような記述をしている：「大韓民国の判例は、大法院 1975 年 5 月 23 日付 74 마 281 決定で絶対免除主義を認めて以来、大法院 1998 年 12 月 17 日付 97 다 39216 全員合議体判決に至って、非主権的な行為に対してのみ主権免除を認めないように変更して以降、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主権免除を認めてきた。」

するものとして、Jones v. サウジアラビア事件において、英国貴族院は2001年 ILC 国家責任条項第4条と第7条に基づき、英国裁判所に提訴されたサウジアラビアとその公務員の拷問行為はサウジアラビアに帰属し、同国に国際法上の責任を生じさせることを認めた¹⁸。しかし、英国貴族院はサウジアラビアが拷問に関与した事実を確認しただけであり、更に必要な次の段階に進まなかった。つまり、実際に拷問に関与したことに加え、サウジアラビアとその公務員がその主権的能力の下で主権的権限を行使したか否かを確認しなかった。仮に国家の関与のみに焦点を当てるなら、国家が行うすべてのこと、例えば、賃金の未払い、契約代金の未払い、仲裁判定の不遵守、違法な解雇など、私人が行うことができるあらゆる行為に主権免除が拡張されることになる。その場合、制限免除主義は崩壊し、国家の関与が認められれば直ちに免除が認められていた、今では放棄された古い絶対免除主義に退行することになる。制限免除主義はそのように機能しない。制限免除主義は国家責任法とは範囲が異なり、国家がある行為に対して責任を負うが免除が認められない領域が多く存在し、これが制限免除主義の核心的な前提である。換言すれば、裁判所は二つの質問をすべきである。(1) 国家が当該行為に関与したのか、(2) 国家はその行為に公権力を使用したか。当該行為は、国家が保有しているが私的な主体が保有しない国家の公権力と密接に関連したもの、すなわち国家当局とその公務員によってのみ行うことができ、私的な個人や法人が実行することができないものなのか？ 英国貴族院は第一の質問のみを行い、第二の質問は行わなかった。サウジアラビア国家とその公務員が拷問に関与したことを認めたが、国家とその公務員だけが拷問を行うことができるのか、すなわち誰かを拷問するためには国家やその公務員でなければならないのかについては判断しなかった。

18. 主権行為 (jure imperii) と私的行為は国家の行為の目的によって区別するものではない。例えば日本が日本軍の戦争の必要性によって「慰安婦」を集めたからといって、日本軍のための軍靴や政府省庁のための文房具の購入よりも主権的であるとは言えない。二つの種類の行為を区別するのは

¹⁸ Jones v. Saudi Arabia, 2006 UKHL 26, paragraph 12-13(per Lord Bingham)

その行為の性質と国家の主権的権限との関係である。その例は以下の通りである。

- 法律の制定
- 当該国における自国通貨または外貨の使用を規制
- 警察の捜査に必要な書類の取り扱い
- 特定の商品やサービスの取引規制
- 裁判所の決定、拘束令状の発行、裁判への証人の召喚
- 財産の没収¹⁹

上記のリストは完全なものではなく、他の例を見つけることができるだろう。しかし、上記の主権行為(jure imperii)をすべてを統合する要素は、国家だけができる行為であるということである。一方で、「慰安婦」の募集と虐待を行う主体は国家である必要はない。これは単に権力と資源の問題であり、その権力と資源を所有する者(例えば、ギャング団、反乱軍または企業)なら誰でもその行為をすることができる。

19. ドイツ憲法裁判所はイラン帝国事件で制限免除主義を承認したが、主権的行為と非主権的行為の区別は「国家が商業的に行為を行ったか否かにあるのではない。国家の商業的行為は性質上国家の他の非主権的行為と変わらない」とした。重要なのは内在的な動機と方式ではなく、国家がその主権的権限を行使して行為を行ったのか、私人が行うことができるような私的な能力によって行ったのかと言う取引の性質である。²⁰以前に、オーストリア最高裁は Holubek 事件において、国家機関が行った行為が「私人にも可能な」私法上の行為である場合には免除を適用すべきではないと述べていた。²¹

20. このようなアプローチは、その後、英国貴族院の Trendtex 事件²²と

¹⁹ 取用及び慣習法に関する上記8項参照。

²⁰ Empire of Iran, Bundesverfassungsgericht, 1963.4.30, 45 ILR 57 80

²¹ Holubek v. US, Austrian Supreme Court, (1961) 40 ILR 73

²² Trendtex Trading v. Bank of Nigeria, [1977] 1 QB, 529 552-553

Congreso 事件においてより包括的に採用された。英国貴族院は後者の事件で、私的行為者が実行可能な行為は例えそれが高度の政治的な文脈に関連していたとしても、国家が行った場合にも主権行為ではなく、主権免除は得られないと判断した²³。米国裁判所も類似のアプローチをしている。第2巡回控訴裁判所は、Victory Transport 事件において「主権免除は裁判所による通常の司法権行使からの逸脱であり、…厳格に政治的または公的な行為の範疇に入ることが明きらかな場合にのみ与えられるべきである。」と明確に判断した²⁴。ある行為が政治的あるいはそれに類する文脈で行われたと言うことは、行為そのものの性質を決定するものではない。日本が「慰安婦」を扱った方式が「厳格に政治的または公的な行為」であるとも言いがたい。レイプや性犯罪は国家権力や政策の固有の要素となることはできない。それは政治的目的のために行われるかもしれないが、この点は、契約違反、従業員に対する賃金不払い、不当解雇その他の私的行為などのすべての管理行為において同様である。すなわち制限免除主義において重要なのは国家の実際の行為の性質であって、そのような行為が行われる文脈や目的ではない。²⁵

21. 英国裁判所が続いて制限免除主義を適用した Lampen-Wolfe, Littrell 事件²⁶のような事件は外国軍隊の行為に関するものであったが、裁判所は Congreso 事件のアプローチに従って、主権免除の適用可否を判断するにあたり、単に軍隊によって行われたという点ではなく根本的な文脈における

²³ I Congreso del Partido (HL), [1983] I AC, 268

²⁴ Victory Transport Inc. v. Comisaria General, 336 F.2d 354 (1964), para10

²⁵ 上記 Congreso 事件において、Wilberforce 卿は「全体的な文脈」という言葉を用いたが、これも行為の性質が主権行為か私的行為かを判断するための一つのツールに過ぎない。Congreso, 267(first full paragraph)。268 ページで彼は、「証拠によれば、Playa Larga に関してキューバ共和国が行ったことは、すべて船の所有者ができることであった：キューバ共和国は主権を行使しなかったし、行使する必要もなかった。キューバ共和国は、Mambisa を通じて、船舶のすべての所有者が行うのと同じように、オペレーターを管理する役割を果たした」と主張している。したがって、言葉の遊戯は適用可能な基準を変更する手助けにならない。

²⁶ Holland v. Lampen-Wolfe, [2000] 3 All ER, 845-846; Littrell v. USA, [1995] 1 WLR 182

当該行為の性格に焦点を当てた。Congreso 事件のアプローチは Kuwait Air Co 事件でも注意深く適用され、当該事件では外国の公的機関が行った一連の行為に対して公権力基準(governmental authority test)が適用された²⁷。

22. 上記のアプローチは裁判所が人権と戦争犯罪の問題を扱う際に広く採用されている。米国連邦控訴裁判所は、Marcos 事件において、国家首脳の指示または黙認の下で国家機関の組織的利用を通じて行われた拷問、殺人および強制失踪について主権免除を適用を拒否した。いかなる公務員も、そして国家の首脳さえ、このような行為を彼の職務であると主張することはできないからである。これらの行為は国際法違反であり、独裁者の強姦行為と同様に司法的判断がと救済が可能である。²⁸英国貴族院はピノチェト事件においてもこのアプローチを維持した。Browne-Wilkinson 卿はその判決の序文で、拷問が国家首脳やその他の公務員の公的な職務の一部とはなりえないと強調した。そうでなければ、拷問が行われた国以外では拷問を起訴することができず、その場合、拷問に対する普遍的管轄権が崩壊することになるからである²⁹。またアムステルダム控訴裁判所は Bouterse 事件において「本件で問題となっているような非常に深刻な侵害行為を国家首脳の公的任務の一つとみなすことはできない」と判示した³⁰。米国第 4 巡回控訴裁判所も、Samantar 事件において「この事件は拷問、超法規的殺人、政治的・人種的少数集団の恣意的な長期投獄などを含む強行規範に違反する行為に関するものであるから、Samantar はこの分野で国際法をとりいれ

²⁷ Kuwait Air Co., Appellate Court, [1995] WLR 1147, 1162-1163 (per Lord Goff)

²⁸ United States, Court of Appeals (9th Cir), Hilao v. Estate of Marcos, Docket No. 95-15779, 1996 年 12 月 17 日、103 F.3d 767 (9th Cir. 1996), 104 ILR 122, 122-5.

²⁹ United Kingdom, House of Lords, R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex p Pinochet Ugarte (No 3), Case No. 17, 24 March 1999, [1999] UKHL 17, [2000] 1 AC 147 at 205 (per Lord Browne-Wilkinson).

³⁰ The Netherlands, Court of Appeal (Amsterdam), Re: Bouterse (Desire), Case No. R 97/163/12 Sv - R 97/176/12 Sv, 20 November 2000, (2001) 32 NYIL 276, para 4.2..

ているコモンローの下で公的免除を享受しない」と判断した³¹。Siderman de Blake 事件に関する以前の米国判決も「国際法は強行規範違反行為を主権的行為として認めない」と確認した³²。またピノチェト事件においてフィリップス卿は、強行規範にもとづいて「仮にピノチェト上院議員がスペインの主張通りの行動をしたのであれば、彼のすべての行動は国際法の規範に違反したものである。彼は、その一連の行動の一部を構成していた犯罪の起訴に対して免除を得ることはできない」と結論づけている³³。このように様々な裁判所が一致してこの種の制限免除主義を適用している。この基本的な要点は、誰でも行うことができる行為は国家固有の権限による行為(jure imperii)ではないということである。

23. ICJ に係属した Arrest Warrant 事件において、Higgins、Koojmans、Burgenthal 裁判官の共同個別意見は、「重大な国際犯罪は通常の状態の職務でもなく、国家だけが(個人とは異なり)実行できる職務でもないから、公的行為と見なすことはできない。この見解は国家の動機が公的な国家行為にあたるかを決定するための適切な基準ではないという認識の高まりによって強調されている」³⁴と述べた。これらのすべてのケースにおいて国家行為の決定的な認定基準は文脈、動機、国家の資源や能力の使用ではなく、基礎となる行為や行動の性質である。³⁵

³¹ United States, Court of Appeals (4th Cir) Yousuf and others v. Samantar, Case No. 11-1479, 2 November 2012, 699 F.3d 763 (4th Cir 2012), 23.

³² Siderman de Blake v Argentina, Court of Appeals, Ninth Circuit, 965 F.2d 699 (1992), 22 May 1992 (the case was determined by the text of FSIA but, as clarified above (この事件では FSIA の本文が適用されたが、韓国の場合、米国のような主権免除法がない)。

³³ [2000] 1 AC 147 at 290 (per Lord Phillips)

³⁴ Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) (Joint separate opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal) [2002] ICJ Rep 63, para. 85.

³⁵ See also practice of British (Prince Nasser), Belgian and Dutch courts to the same effect, as discussed in: C. Escobar Hernández, 'Fourth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, by Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur', UN Doc. A/CN.4/686, 29 May 2015, paras. 56-8.

V. 主権免除事件 ICJ 判決 (2012)

24. 2012 年の主権免除事件は、現在の韓国訴訟に関連する 2 つの問題、すなわち武力紛争状況と強行規範の問題を扱った。

武力紛争状況

25. 地方法院は「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」と述べた。³⁶ 地方法院は武力紛争の状況について、「武力紛争中の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。」と判示した。しかし、ICJ がドイツがその軍隊の行為について免除を受けると判断する際に用いた証拠は何なのか？ ICJ 判決 67 項以降の理由を読むと、ICJ は、締約国が 8 カ国に過ぎず、この問題に関する国際法の一般的な姿を明らかにするには不十分な 1972 年の主権免除に関する欧州条約第 31 条を根拠として用いている。しかもドイツはこの条約の締約国であるが、イタリアは締約国ではないので、イタリアがドイツに主権免除を認めるべきかを決定するための有効な基準にはならない。また、ICJ はわずか 7 カ国の裁判所の判断という限られた国家実行に基づいてこの問題を判断したが、これは国際社会の中で非常に少数であり、この問題に関する慣習国際法の一般的な規則の存在を認めるには明らかに不十分である。また、軍隊の武力行使に対する推定ルールと制限免除主義には根本的な違いがある。前者は行為の主体に焦点を当てたものであり、後者は行為の具体的性質に焦点を当てたものである。ICJ はドイツの行為の具体的性質ではなく、その行為の主体に焦点を当てた。Lampen-Wolfe and Littrell 事件を含むいくつかの英国判決は、軍隊及び軍事基地管理活動に関するものであり、(原告、被告ともに) 軍隊の被用者だけが関与しており、その行為が軍隊によって行われたかだけでなく、

³⁶ 第 1 審判決、III.2.イ.(2)

さらに、問題の行為が主権的行為と言えるかを判断すべきであった。しかし、いずれにせよ、明らかに軍隊の行為を対象とした司法実行は非常に少なく、この特定の主題に関する国際法規則の存在を推論するための物的基礎を提供するには不十分である。

一般国際法の強行規範 (*Jus Cogens*)

26. 強行規範は主権免除とは関係ないという議論もあった。例えば、ドイツ v. イタリア事件において ICJ は国家の行為に関する実体法上の強行規範と、国内裁判所が国家の行為を裁く過程における手続的規範に過ぎない主権免除は互いに抵触するものではないとして、免除の享有が一般国際法の強行規範に違反する場合には外国に対する免除の付与は拒否されるべきであるという主張を否定した。しかし、同じ ICJ が同じ事件において同じ免除規則をドイツがイタリアを提訴する理由となる実体的規範として使用し、これによりイタリアがドイツとの関係でそのような規則に違反したと判断することができたのである。強行規範の優越的効力に直面すると免除規則は説明のつかない理由でどこちない変異を遂げて手続的規範になってしまった。これは ICJ の論理の深刻な欠陥である。

27. 上記のように、特に英国と米国の国内裁判所は国家の行為が強行規範に違反する場合、そのような国家の行為は国家の主権行為又は公的行為とは言えないので主権免除を得ることができないと判断してきた。このような状況は強行規範には制限免除主義の射程距離を形成する付帯的効果があるという事実を裏づけている³⁷。このような付帯的効果は強行規範の最も基本的な原則、すなわち不可侵性に沿ったものである。1969年ウィーン条約法条約第53条は、強行規範をいかなる逸脱も許されない規範と定義している。強行規範と主権免除の関係において最も核心的な問題は、後者を認めることが前者からの逸脱につながるかである。

28. 上記のような理由から、裁判所は免除の一般規則に強行規範違反行為だ

³⁷ 段落 21 参照

けに適用される例外があるかを問題にすべきではない。そうではなく、韓国が日本に免除を認めることが、「慰安婦」の地位（拷問や残酷な扱いを受けない権利、身体の完全性に対する権利）を保護する強行規範を侵害するかを問題にすべきである。ICJ は強行規範に違反した国に対して免除を認めることは強行規範を侵害するものではないとも主張した。英国貴族院で判断された Jones 対サウジアラビア事件で、ホフマン卿は「英国はサウジアラビアに対する主権免除を認めることによって拷問を助長しているのではない。英国が主権免除を認めることによって拷問を正当化しているのではない」と強調した。しかし、英国貴族院の立場はサウジアラビアの拷問被害者は英国でいかなる救済も受けられないという法的立場の正当性と妥当性を将来的に承認したものであるから、上記の主張は空虚であった。それは過去に行われた一回の拷問行為に関するものではなく、英国とサウジアラビアの二国間関係において持続する法的定式化に関するものである。サウジアラビアの拷問被害者は英国の裁判所にアクセスし、救済を受けることができないため、拷問禁止はもはや両国間の関係に適用できる法的規範ではない。言い換えれば、拷問の絶対的な禁止が他の国々と同じように英国とサウジアラビアを拘束するとしても、英国とサウジアラビアの二国間関係ではその法的効力が否定される。つまり、サウジアラビアが免除を主張し英国が承認するという両国の相互承認により、過去及び将来のすべての事例において拷問禁止の強制力は損なわれている。したがって、サウジアラビアは今後、英国又は第三国市民を拷問してもいかなる法的効力も受けず、これによりサウジアラビアと英国の二国間関係においては拷問禁止の強制力は働かないであろう。

29. 地方法院はドイツ v. イタリアに対する ICJ の判決は「最近なされた判決であり、現在までに各国の立法及び判決など主権免除に関する慣習国際法を十分に反映している」³⁸と言う。これは明らかな誇張である。主権免除事件の判決が到達した結論はその後の実行で繰り返し覆されてきたからである。

³⁸ 第1審判決、III.2.イ.(1)

- ♦ イタリア憲法裁判所は 2014 年、イタリアは ICJ 判決に従う義務がないと判断した。スイス連邦裁判所は強行規範が主権免除に優先すると判断した³⁹。米国第 4 巡回控訴裁判所も Samantha 事件で次のように判示した。「この事件は、拷問、超法規的殺人、政治的・人種的に少数者に対する恣意的な長期投獄などのを含む強行規範違反に関するものであるから、Samantar は国際法を編入するコモンローの下で主権免除を享受することはできないと結論づける」⁴⁰。直近ではブラジル最高裁も ICJ の判決を覆した。このような結果は、2021 年 1 月にソウル中央地方法院が下した結論と同様である。
- ♦ 同様に国連国際法委員会 (ILC) は主権免除が強行規範と規範的な抵触を生じない手続的規範であるという ICJ の結論を拒否した。Dire Tladi 特別報告者は第 5 回報告書で「委員会がこの問題について沈黙を守っている場合、その沈黙は、強行規範の違反に対して主権免除の法理に例外がないという証拠と解釈されるかもしれない。そのため、without prejudice 条項（当該文言が強行規範の効果に影響を与えないという条項）が最も適切な解決策となるかもしれない」と提案した (A/CN.4/SR.3425、16 頁)。委員会の委員 34 名のうち、(Murphy、Nolte、Wood、Zagaynov 委員を含む) ごく少数の委員が ICJ の結論を支持した。その結果、委員会は結論 22 を採択した。これは、「草案の結論は、特定の一般国際法の強行規範 (jus cogens) の国際法の下で引き起こす効果に影響を及ぼさない」としている。結論 22 に関する注釈 (4 項) は、拷問及び戦争犯罪の禁止のような特定の強行規範の違反については外国裁判所での訴訟において主権免除規定の適用制限を要求することができると説明している。このように ILC は ICJ 判決や実体規範と手続規範の間の誤った区分に従うことを明確に拒否した。国連第 6 回委員会で ICJ 判決を明確に擁護したのは英国と日本の 2 カ国だけだった。これは ICJ のアプローチが国際社会で支持されていないことを示すものである。

³⁹ Nezzar, Judgment of 25 July 2012 (case no BB.2011.140), paras 5.3.5 and 5.4.3.

⁴⁰ Bashe Abdi Yousuf v Mohamed Ali Samantar, No. 11-1479, 2 November 2012, at 23

主権免除判決の全体的な評価

30. 主権免除に関する ICJ 判決は外国のテロ行為について米国裁判所での裁判を認めた米国の法律を認めなかった。しかし米国とカナダは近年、ICJ 判決の法的立場に合致しない法律を繰り返し制定している⁴¹。2012 年の ICJ 判決から 10 年が経過したが、全体として評価すると、この判決は一部の保守的な国際弁護士が期待した一般的な権威の一部すら獲得していないと言えるだろう。いずれにせよ ICJ の決定は(たとえそれが正しい決定であったとしても)、当該紛争の当事者(この場合、ドイツとイタリア)にのみ拘束力がある。このような決定は、韓国のような非当事国に対しては効力を持たないし、非当事国に義務を負わせるものでもない(ICJ 規程第 59 条)。したがって 2012 年の ICJ の決定は国際法を表すものではなく、国際社会の支持も得られなかった。地方法院は ICJ の決定に従い、その結論を承認することによって誤りを犯した。

VI. 主権免除と個人の司法アクセス権

31. 個人の司法アクセス権は様々な国際文書によって保証されており、日本と韓国がともに締約国である 1966 年市民的及び政治的権利に関する国際規約(自由権規約)第 14 条によっても保証されている。同規約の解釈と適用を担当する人権委員会は、司法アクセス権は、第 14 条に明示的に言及されていなくても、非常に重要な権利であると解釈した。

32. *Bahamonde v. Equatorial Guinea* 事件において委員会は、「裁判における平等の概念には、裁判へのアクセスそのものが含まれる。自己の苦情を適法な裁判所に提訴しようという個人の試みが体系的に制限されることは第 14 条第 1 項違反に該当する」⁴²と言明した。同じアプローチは訴訟費用を

⁴¹ See the amendments to the Canadian State Immunity Act (R.S.C. 1985, c. S-18), 13 March 2012; on several rounds of US amendments see Bettauer, (2009) 13 ASIL Insight; Daugirdas & Mortenson, 111 AJIL (2017), 155.

⁴² *Bahamonde v. Equatorial Guinea*, Communication No. 468/1991, 1993 年 11 月 10 日、

負担できない個人に関する *Currie v. Jamaica* のような事件でも繰り返され、委員会は訴訟費用負担が可能であるかにかかわらず司法アクセス権の妥当性を確認した⁴³。

33. *Mahuika v New Zealand* 事件において、国家側は「規約第 14 条は法律によって権利と管轄が認められていない場合に一般的な司法アクセス権を保障するものではない。規約第 14 条はむしろ適正な司法行政を保障するための手続的基準を定めたに過ぎない」と主張した⁴⁴。しかし、委員会是对し、「規約第 14 条(1)は、法廷での訴訟において権利及び義務を確定するための司法アクセス権も含む。特定の状況において国が権利及び義務を確定するための適法な裁判所を提供できないのことは規約第 14 条第 1 項に違反する可能性がある」⁴⁵と答えた。

34. 上記から導かれる結論は以下の通りである：日本と韓国は日本軍「慰安婦」被害者が韓国裁判所に訴える権利があることを受け入れる義務がある；自由権規約第 14 条は、(実際には存在しないが、仮に存在するとしても)主権免除の慣習規則に優先する条約条項である。日本と韓国間の二国間条約(後述)の後に発効した自由権規約は二国間条約から推論される放棄をすべて無効にすることができる(ただし、後述するが、二国間条約では放棄は推論されない)。新法は旧法に優先する(*lex posterior derogat legi priori*)。これは、韓国が「慰安婦」に関してどのような放棄をしたとしても、それはあくまでも国家の権利放棄と見なされるべきであり、被害者個人の権利放棄とは無関係であるという(後に述べる)理由の一つである。

VII. 「慰安婦」訴訟と請求権放棄条約の問題

段落 9.4

⁴³ *Currie v. Jamaica*, Communication No. 377/1989, 1994 年 3 月 31 日

⁴⁴ *Mahuika v. New Zealand*, Communication No. 547/1993, 2000 年 10 月 27 日、7.7 項

⁴⁵ 同文書、9.11 項

35. 第二次世界大戦後、日本の戦時の行動の責任に関する協定が締結された。韓国は1951年のサンフランシスコ条約の締約国ではなかった。1965年の日韓請求権協定第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、権利及び利益並びに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、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」と規定した。

36. この放棄の範囲は、以下の考察を参考にして明らかにすべきである。

- 第一に、一国の他国に対する請求権の放棄の存在は、その放棄が言及された文書や陳述の文章や単語によって厳密に裏付けられなければならないが、周囲の状況から推定したり推論したりしてはならないというのが国際法の常識である。国家は陳述の単語や文章に疑いの余地がない場合にのみ請求権を放棄したと見なされる。北米自由貿易協定(NAFTA) 裁判所がwaste management 事件において NAFTA 第1121条に基づく放棄の問題で強調したように、「いかなる権利放棄も明確、明示的、かつ断定的でなければならない、その意味が少しでも疑わしい表現からそれを推し量ることは不適切である」⁴⁶。ICJはBarcelona Traction 事件において、国家による訴訟手続の中断が当該事件に関する請求権の黙示の放棄にあたるという主張を否定した⁴⁷。
- 第二に、国家は自らの権利、すなわち国家として有する権利だけを放棄することができる。個々の日本軍「慰安婦」被害者が日本政府から賠償を受ける権利は被害者個人の権利であるが、場合によって被害者の国籍国である韓国政府が支持し、問題となっている国際的に不当な行為をした日本政府と交渉することができる。そうすることで韓国国家は自らの権利を主張するのではなく、国家の外交的能力を用いて被害者の権利を

⁴⁶ Waste Management (Award of 2 June 2000), para. 18

⁴⁷ Barcelona Traction (Belgium v Spain), Preliminary Objections, Judgment of 24 July 1964, ICJ Reports 1964, 6 at 17-23

個人の権利として保護しようとするのである。したがって関連協定の文言が韓国政府の放棄を意味するとしても、そのような放棄は韓国政府の国家としての権利にのみ影響する。これは日本に対する韓国自身の請求や、日本政府との交渉でこの問題を提起する韓国政府の権利を意味し、被害者個人の賠償を求める権利を含まない。

37. 2018年、韓国大法院は強制動員被害者の日本に対する請求権は1965年の請求権協定で放棄されなかったと判断した。これらの権利は同意なしに放棄できない個人の権利だからである⁴⁸。

38. 特に、日本軍「慰安婦」の状況について次のような問題が発生する。

- ◆ 第一に、1965年の請求権協定締結当時、被害者たちがまだ公に声を上げることがなかったから、この問題は公に知られることがなく、協定は当時公表された請求権についてのみ言及した可能性がある。1965年協定第2条第1項の「完全かつ最終的に解決」という文言の使用は当時知られていた請求権のみが解決された可能性を証明している。第2条第1項が1951年平和条約第14条(a)に基づく請求権に言及していることはこの結論をさらに裏付けるものである。1965年の請求権協定が1951年条約第14条(a)のみに言及し、「戦争遂行過程において日本及びその国民が行ったいかなる行為」に関する第14条(b)に言及していないことに注目すべきである。したがって、1951年条約を通じて連合国が放棄したすべての請求権を放棄することは1965年請求権協定の締約国の意図ではなかったと結論づけるべきである。「慰安婦」に対する処遇は明らかに「戦争遂行過程で日本及びその国民が行なった」行動であったはずである。しかし1965年請求権協定第2条第1項はそのような行為について言及していない。
- ◆ 第二に、締約国が1965年の請求権協定で日本軍「慰安婦」の請求権が放棄または終結したと見なしたのであれば、なぜ両締約国は2015年の日韓合意を通じてこの問題を再び扱う手間をかけたのだろうか。日本政府

⁴⁸ 大法院 2013 다 61381 判決 4.1.(2)

は 1965 年の請求権協定でこの問題が解決したと主張する。それなのに、なぜ 2015 年の合意の交渉と締結に踏み切ったのか？

39. 日本軍「慰安婦」に関する 2015 年 12 月 28 日の日韓合意は日本軍「慰安婦」問題について両国が達した唯一の合意である。本意見書は韓国憲法の下で提起された、2015 年 12 月 28 日の合意で韓国政府が日本に対する「慰安婦」の請求権を放棄したことの韓国憲法上の合憲性・合法性に関する問題を扱わない。私はその協定の内容が韓国政府による日本軍「慰安婦」の請求権の放棄につながるかについての国際法基準のみに焦点を当てる。その点で二つの問題が非常に重要である。

40. 2015 年合意 1(2)は、「韓国政府が元慰安婦被害者の支援を目的として元慰安婦被害者を支援するために財団を設立し、これに日本政府の予算で資金を一括して拠出し、日韓両国は、日韓両国の政府が協力しすべての元慰安婦の名誉と尊厳の回復及び心の傷を癒すための事業を行うことにした」としている。2(1)項は、「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、日本政府が 1(2)で表明した措置を着実に実施することを前提に、今回の発表を通じて日本政府とともにこの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」としている。

41. ここで言う「最終的解決」とは、最大限解釈しても韓国政府が国家対国家レベルにおいて外交的保護を通じて日本政府にこれらの問題を提起し続けることができる能力に関するものである。この「最終的解決」は一国と他国との間で問題となる可能性のある争点や事案に関する包括的な合意に関するものであって、個々の被害者が日本に対して提起した具体的かつ特定の事件の訴訟に関するものではない。二つの国家としての日本と韓国の関係で生ずる問題と、国内裁判所で個人の請求者と日本との関係で生ずる問題は全く別個のものである。国際法上、韓国政府は本件のような類型の個人の権利を売り渡す権限はなく、韓国政府がそうすることを意図したという証拠もない。2015 年合意の本文には個人によって提起された訴訟について何の言及もない。したがって、「2015 年 12 月 28 日の日韓合意によって

日本軍『慰安婦』被害者の法的地位が影響を受けるということとはできない」という趣旨の憲法裁判所 2019 年 12 月 27 日付 2016 헌마 253 決定⁴⁹は本件に適用可能な国際法に照らして完全に正しい。このような背景に反して、地方法院が 2015 年合意を法的合意ではなく(それが何を意味するかは別として)政治的合意であるとしながら、同時に韓日間で有効であり、「その効果を失っていない」と主張したのはやや曖昧で混乱を招く。実際には 2015 年合意は「慰安婦」の請求に法的影響を及ぼさない。

結論

42. 上記のような主張と証拠の検討に照らして、次のように結論づけるべきである。

- 韓国は、韓国裁判所において日本軍「慰安婦」の件について日本に主権免除を認める国際法上の義務はない。条約も慣習国際法も韓国にそのような義務を課していない。
- 日本の主権免除を排除するために、日本軍「慰安婦」の請求について主権免除の一般原則に対する特定の例外があるかという議論をすることは不適切である。なぜなら、そのような一般的な主権免除の原則がそもそも国際法に存在しないからである。
- 日本が第二次世界大戦で「慰安婦」を募集した行為は主権行為(jure imperii)ではなかった。人々を性奴隷として集めたり使役したりするためには、主体が国家であったり、主権的な権限を行使する必要はない。日本はそのようなことをするためにいかなる主権的な権限も行使しなかった。日本はただ、必要な物理力と適切な資源を持つ人や団体ができることをしただけである。
- ICJ の主権免除に関する決定はその論理に欠陥があり、その結論を裏付け

⁴⁹ ソウル中央地方法院はその後の判決文で「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に実体法的効果が発生したと見ることはできない」とした。

る十分な証拠を提示しておらず、その後の国家実行によって否認されており、日本と韓国との間の二国間関係に適用することは適切ではない。

- 議論のために、仮に主権免除に関する国際慣習法規則があったとしても、自由権規約第 14 条と強行規範の法理により、日本軍「慰安婦」訴訟においてそれは排除される。
- 韓国と日本との間で締結された条約の中には日本軍「慰安婦」被害者が韓国の法廷で日本に損害賠償を請求する個人の権利を放棄した条約は見出せない。

アレクサンダー・オラケラシビリ
2022 年 10 月 14 日、バーミンガムで