

우키시마호 소송 1 심판결

(교토지방법재판소 2001.8.23 판결)

[→HOME](#)

2001 년 8 월 23 일 판결 선고

구두변론 종결일 2001 년 3 월 1 일

1992 년 (7)제 2075 호 공식사죄 등 청구사건(이하 ‘갑 사건’이라 한다.)

1993 년 (7)제 2225 호 공식사죄 등 청구사건(이하 ‘을 사건’이라 한다.)

1994 년 (7)제 2308 호 공식사죄 등 청구사건(이하 ‘병 사건’이라 한다.)

관 결

당사자의 표시 별지(1) 당사자 목록 기재와 같음.

주 문

1. 원고들의 '공식사죄' 청구에 관한 소를 각하한다.
2. 피고는 별지(1) 당사자목록 기재 38 내지 40, 42, 45, 46, 63 내지 67, 69,70,72 및 77 의 각 원고에게 각 금 300 만 엔을 지급하라.
3. 원고들의 나머지 청구를 모두 기각한다.
4. 소송비용은 위 2 기재 원고들에게 발생한 비용의 7 분의 1 및 피고에 발생한 비용의 66 분의 1 을 피고의 부담으로 하고, 원고들에게 발생한 나머지 비용과 피고에 발생한 비용의 14 분의 1 을 원고들의 부담으로 하고, 그 나머지는 나머지 원고들의 부담으로 한다.

사실 및 이유

제 1 청구

1. 피고는 별지(1) 당사자목록 기재 원고 1, 2, 4, 6, 8 내지 13, 15, 16, 18 내지 22, 24 내지 29, 62, 78, 79 의 각 원고(이하 원고들을, 예컨대, 원고 박●일(동 목록 기재 번호 1 의 원고)을 ‘원고 1’과 같이 목록의 원고번호 만으로 지칭하는 경우가 있다.)에 대하여 각 5000 만 엔을 지급하라.

2. 피고는 별지(1) 당사자목록 기재 번호 31 내지 35, 37 내지 43, 45 내지 50, 63 내지 77, 80 내지 82 의 각 원고에 대해 각 2000 만 엔을 지급하라.

3. 피고는 별지(1) 당사자목록 기재의 3, 5, 7, 14, 17, 30, 36, 51 내지 61 의 각 원고에 대해 각 5010 만 엔을 지급하라.

4. 피고는 우키시마호 침몰로 인해 원고들을 포함한 수많은 조선인들에게 막대한 희생을 입힌 것에 대해 공식적으로 사과하라.

5. 피고는 별지(1) 당사자목록 기재 번호 14 의 원고에게 신●호의 유골을, 51 의 원고에게 서●봉의 유골을, 53 의 원고에게 안●룡의 유골을, 56 의 원고에게 고●동의 유골을, 57 의 원고에게 박●남의 유골을, 58 의 원고에게 노●선의 유골을, 59 의 원고에게 조●원의 유골을 각각 인도하라.

제 2 사건 개요

1. 이 사건은 1945 년 8 월 24 일 교토부(京都府) 마이즈루만(舞鶴灣)에서 해군 특설수송함 우키시마(浮島) 호가 침몰하여 다수의 승선자가 사망한 사건에 관하여 ①우키시마호에

승선하여 그 침몰로 사망한 자의 유족(별지(2)의 2 원고(피해자 유족) 일람표 기재자. 또한 원고 24 및 원고 36 은 우키시마호의 승선자이기도 하지만, 이 소송에서는 유족으로서만 청구하고 있다), ②우키시마호에 승선하여 침몰 당시에는 생존하였으나 그 후 사망한 자의 유족(별지(2)의 3 원고(귀환 후 사망자 유족) 일람표 기재자) 또는 ③ 우키시마호에 승선하여 생존한 자(별지(2)의 1 원고(승선자 본인) 일람표 기재자)라고 주장하는 원고들이 피고에 대하여

(1) 불법행위(도의적 국가의 의무위반=국가배상법 유추적용, 입법부작위)에 따른 손해배상 및 ‘공식사죄’

(2) 대일본제국헌법 제 27 조 또는 일본국헌법 제 29 조의 유추적용에 따른 손실 보상

(3) 안전배려의무 위반에 따른 손해배상

(4) 별지(1) 당사자목록 기재 14, 51, 53, 56 내지 59 의 원고는 소유권에 기한 유골반환을 청구하는 사건이다.

그리고 위 손해배상 또는 손실보상에 대하여 ① 내지 ③의 원고 모두 자기 고유의 손해배상 또는 손실보상을 요구하고 있으며, 그 손해액 또는 손실액으로는 ①의 원고는 위자료 5000 만 엔(그 중 유골의 반환을 청구한 원고 3, 5, 7, 14, 17, 30, 36, 51 내지 61 은 공양료 10 만 엔을 합하여 5010 만 엔)을 주장하고, ② 및 ③의 원고는 위자료 2000 만 엔을 주장하고 있다.

또한 이 판결에서는 지리적 명칭으로서의 조선반도 및 그에 부속하는 섬을 포함한 지역을 ‘조선’으로, 조선 출신자를 ‘조선인’으로 표시한다.

2. 기초사실(다툼이 없는 사실 및 변론의 전취지에 의하여 쉽게 인정할 수 있는 사실)

(1) 한국병합과 조선인 징용

가. 일본정부는 1875 년 강화도 사건, 1894~1895 년 청일전쟁, 1904~1905 년 러일전쟁을 거쳐 1905 년 대한제국(이하 ‘한국’이라 한다.) 정부와 제 2 차 ‘한일협약’을 체결하여 1910 년 한국정부와 ‘한일병합에 관한 조약’을 체결하며 이른바 한일병합을 행하여 조선을 식민지로 하였다. 이에 따라 한국 내 조선인은 일본 국적을 취득하였다.

나. 일본정부는 이른바 황민화 정책의 일환으로 조선민사령 제 3 차 개정(1939 년 11 월 10 일 제령 제 19 호, 1940 년 2 월 11 일 시행)을 통해 조선인에게 일본식 이름을 쓰게 하였다(이른바 창씨개명).

다. 일본정부는 1938 년 국가총동원법을 공포하고, 1939 년 7 월에는 국민징용령(칙령 제 451 호)을 시행하여(단, 조선에서의 시행은 1939 년 10 월이었다.) 인적자원의 통제 운용을 도모하였다.

조선에서는 1939 년 9 월부터 ‘조선인 노동자 모집요강’조선인 노동자 이주에 관한 사무처리 절차’에 근거한 이른바 ‘모집’ 방식으로, 1942 년 2 월부터는 ‘조선인 내지이입 알선요강’에 근거한 이른바 ‘관 알선’ 방식으로, 1944 년 9 월부터는 국민징용령에 근거한 ‘징용’ 방식으로(단, 군용원 관계는 1941 년 이후 국민징용령이 적용되었다.), 많은 조선인들이 일본으로 소위 강제연행되어 군수공장, 탄광, 광산, 토목작업장 등의 노무자로, 혹은 육해군의 군무원으로 동원되었다.

(2) 종전과 일본정부의 조선 지배 종료

피고는 1945년 8월 15일 포츠담 선언을 수락하여 전쟁은 종결되었다. 이와 함께 일본의 조선지배는 사실상 종료되었으나, 일본 본토, 사할린, 쿠릴 열도 등에는 위(1)다.와 같이 강제연행된 다수의 조선인 징용공, 군무원 등이 잔류하고 있었다.

(3) 우키시마호 폭침

가. 종전 당시 아오모리현(靑森縣) 오오미나토(大湊) 지구에는 해군의 오오미나토 경비부가 있었다. 오오미나토 경비부는 츠가루(津輕) 해협 이북(홋카이도, 쿠릴 열도, 남사할린 등)의 방위 임무를 맡았으며, 오오미나토 지구에는 대규모 방공호, 지하창고, 비행장, 철도 건설 등을 위해 수천 명에 달하는 조선인 군무원, 노무자(징용공) 등이 거주하고 있었다.

나. 해군 특설 수송함인 우키시마호는 오오미나토 지구 및 그 주변의 조선인을 조선으로 귀환시키기 위해 오오미나토를 출항하여 일본해를 향해하다가 1945년 8월 24일 오후 5시 15분 내지 20분경 마이즈루항에 입항하려고 하였으나 마이즈루만 내에서 갑자기 선체 하부 부근에서 폭발이 일어나 침몰하였다 (이하 ‘이 사건 폭침’ 또는 ‘이 사건 폭침 사건’이라고 한다).

다. 피고는 우키시마호에 승선하고 있던 것은 승무원 25명, 조선인 3735명(징용공 2838명, 민간인 897명), 사망자는 승무원이 25명, 승객이 524명, 침몰원인은 미군의 기뢰와의 접촉이라고 하며, 조선인 승선자 사망자에 대해 524명의 창씨명, 본적 등이 기재된 ‘우키시마호 사망자 명부’를 작성하였다.

(4) 적어도 별지(2)의 2 원고(피해자 유족) 일람표 기재의 원고번호 1 내지 13, 15 내지 22, 25 내지 30, 36, 52 내지 55, 60 내지 62에 대응하는 피해자란에 기재된 자는 우키시마호에 승선하고 있다가 이 사건 폭침으로 사망하였다.

(5) 이이노(飯野)샐비지 주식회사는 1950년 3월부터 우키시마호 인양작업을 실시하여 선체 후반부를 인양하였다(이하 ‘제 1 차 인양작업’이라 한다). 이때 103기로 추정되는 유골이 수용되었다. 이이노중공업은 1954년 1월 우키시마호의 전반부를 인양(이하 ‘제 2 차 인양작업’이라 함)하였는데, 그 때 다수의 유골이 수용되었다.

(6) 이 사건 폭침사건 당시 해안에 밀려올린 유해은 마이즈루 해병대 부지에 임시매장되었으나, 피고는 1950년 4월경 이를 발굴하여 화장한 후 마이즈루 지방복원국 영안실에 안치하였다. 제 1 차 인양작업 및 제 2 차 인양작업 시 수골된 유골도 마찬가지로 마이즈루 지방복원국에 안치되어 있었으나, 이들 유골은 1955년 1월 구레(呉) 지방복원부에, 이어서 1958년 후생성 인양원호국으로 옮겨져 1971년 도쿄도 메구로구(目黒區) 소재의 유텐지(祐天寺)에 맡겼다. 1971년 11월, 1974년 12월 및 1976년 10월에 유골의 일부가 외무성을 통해 대한민국에 반환되었으나, 지금도 280여 기로 추정되는 유골이 유텐지에 남아 있다.

3 주요 쟁점 및 당사자 주장의 개요

이 사건의 주요 쟁점은,

(1) 도의적 국가 이어야 할 의무에 따라 피고가 손해배상책임을 진다는 원고측 주장의

당부,

(2) 대일본제국헌법 제 27 조(또는 일본국헌법 제 29 조의 유추적용)에 근거하여 피고가 손실보상책임을 진다는 원고측 주장의 당부,

(3) 안전배려의무 위반에 따라 피고가 손해배상책임을 진다는 원고측 주장의 당부,

(4) 입법부작위에 근거하여 피고가 손해배상책임을 진다는 원고측 주장의 당부,

(5) 원고 14, 51, 53, 56 내지 59 가 반환을 청구하고 있는 유골을 피고가 점유하고 있는지의 여부이고,

또한 이러한 쟁점과 관련하여 우키시마호가 출항하게 된 경위, 이 사건 폭침의 원인 등의 사실관계가 문제된다. 이에 대한 원고들의 주장은 별지(4)와 같으며, 위 쟁점에 대한 주장의 개요는 다음과 같다.

(1) 도의적 국가 이어야 할 의무에 따른 손해배상 책임

가. 원고측 주장의 개요

(가) 청일전쟁 이후 50 년에 걸친 일본의 침략과 타민족 지배의 역사를 부정적으로 정리한 카이로선언 및 그 조항이 지켜져야 한다고 한 포츠담선언이 일본국헌법의 수권규범, 근본규범이며, 일본국헌법의 해석에 있어서는 이들을 해석기준으로 삼아야 한다.

(나) 침략과 식민지 지배에 대한 반성을 세계에 맹세한 일본국헌법은 제 9 조에서 ‘전쟁 포기, 전력 불보유’라는 불작위를 명령했을 뿐만 아니라, 전문에서 ‘평화를 사랑하는 제국민의 공정과 신의를 신뢰’라고 하여 ‘평화를 사랑하는 제국민과의 신뢰관계 구축’이라는 작위를 명령했다.

(다) ‘평화를 사랑하는 제국민’이란 일본의 식민지 지배와 침략전쟁의 피해자에 다름 아니다. 그리고 그 작위의 내용으로는 적어도 침략전쟁과 식민지 지배에 대한 사죄와 배상이 포함되어야 함은 조리적으로 명백하다.

(라) 이 작위의무가 ‘도의적 국가 이어야 할 의무’이고, 그 의무자는 일본의 입법부, 행정부뿐만 아니라 사법부도 포함되므로, 사법부는 사죄와 배상을 위한 입법이 없더라도 유사 법령의 유추 등을 통해 사법적 구제를 실현해야 하며, 구체적으로는 국가배상법을 유추적용해야 한다.

나. 피고측 주장의 개요

(가) 카이로선언, 포츠담선언의 법적 성격 및 내용에 대하여

카이로선언은 전쟁 후의 일본 영토 등의 처리에 관한 원칙을 천명한 것이고, 포츠담선언은 전쟁 종결에 수반하는 처리를 규정한 것에 불과하며, 구체적으로 우리나라의 근본규범인 일본국헌법 조항의 내용을 규정한 것은 아니다.

(나) 일본국헌법 전문의 법적 성질에 대하여

일본국헌법 전문은 구체적인 법규범을 규정한 것이 아니며, 재판이 준거하는 규범이 되는 것도 아니다.

설령 원고들이 주장하는 바와 같이 일본국헌법이 평화주의에 관하여 국가에 도의적 의무를 부과하는 것이라고 하더라도, 도의적 책임이란 어디까지나 윤리적-도덕적 책임이며, 법적

책임과는 구별되어야 할 것이다.

(다) 우리나라는 일본국헌법 제정 까지는 대일본제국헌법 질서 하에 있었는데, 대일본제국헌법 하에서는 국가의 권력적 작용에 따른 행위에 대해서는 국가무담책(國家無答責) 원칙에 따라 국가는 배상책임을 지지 않았다. 일본국헌법은 1946년 11월 3일 공포되어 1947년 5월 3일부터 시행되었고, 일본국헌법 제 17조에 따라 국가배상법이 같은 해 10월 27일부터 시행되어 이에 따라 국가는 처음으로 권력적 작용에 대해서도 배상책임을 지게 되었는데, 이 법률 부칙 제 6항은 소급적용을 부정할 뿐만 아니라, 그때 까지 채택되어 왔던 국가무담책의 법리라는 법제도가 그대로 적용될 것임을 분명히 하고 있다. 그리고 우키시마호 침몰은 국가배상법 시행 이전에 발생한 것이므로 국가배상법을 유추적용할 여지가 없다.

(2) 대일본제국헌법 제 27조(또는 일본국헌법 제 29조 유추적용)에 근거한 손실보상책임
가. 원고측 주장의 개요

(가) 대일본제국헌법 제 27조는 개인의 재산권 보장을 규정하고 있었으나, 명시적인 보상규정은 없었다. 그러나 정의와 공평의 관점에서 보상이 필요한 경우에는 동조에 근거하여 손실보상청구가 인정된다. 일본국헌법에 대해서는 법령상 보상규정이 없더라도 직접 29조 3항에 따라 손실보상을 청구할 수 있다고 해석되므로, 대일본제국헌법에 대해서도 법령상 보상규정이 없더라도 대일본제국헌법 27조에 따라 손실보상을 청구할 수 있다고 보아야 한다.

(나) 생명, 신체에 대하여 특별한 희생이 부과된 경우에도 일본국헌법 제 29조 제 3항에 따라 손실보상을 청구할 수 있다고 모아야 하며, 그는 대일본제국헌법 하에서도 마찬가지이다.

(다) 오오미나토 경비부는 조선인의 폭동을 우려하여 우키시마호에 의한 조선인 송환을 기획한 것이며, 이는 '조선인 폭동의 예방'이라는 '공공의 용'을 위한 것이었다. 또한 우키시마호에 승선하여 피해를 입은 원고들 또는 그 친족(이하 '이 사건 피해자 등'이라 한다.)의 대부분은 군무원, 징용공이었으며, 이들을 강제연행한 것은 바로 '공공의 용'을 위한 것이었다. 그리고 이 사건 피해자들은 우키시마호 침몰로 인하여 특별한 희생을 입었으므로, 원고들은 피고에 대해 대일본제국헌법 제 27조 또는 일본국헌법 제 29조 제 3항을 유추적용하여 그 입은 손실의 보상을 청구할 수 있다.

나. 피고측 주장의 개요

(가) 대일본제국헌법 하에서 어떤 경우에 어느 정도의 손실보상을 인정할 것인가는 입법정책의 문제이고, 손실보상은 이를 인정하는 법률이 존재해야만 인정되는 제도였다(대일본제국헌법 하에서는 권력적 작용에 의한 불법행위에 대한 국가의 손해배상책임조차 인정되지 않았으므로, 적법행위에 의한 손실보상책임이 명시적인 규정이 없는 데도 인정될 리가 없다.). 따라서 대일본제국헌법 제 27조를 근거로 직접 보상청구권이 발생한다는 원고들의 주장은 이유가 없다.

(나) 생명·신체의 피해에 대한 손실보상은 대일본제국헌법 제 27조뿐만 아니라 일본국헌법 제 29조에서도 전혀 예정되어 있지 않다(생명신체는 아무리 보상을 수반하더라도

이를 공공을 위해 사용할 수 없는 것이므로, 용서할 수 없는 생명신체에 대한 침해가 발생한 것에 대한 보상은 원래 일본국헌법 제 29 조 3 항과는 무관한 것이다)..

(3) 안전배려의무 위반에 따른 손해배상 책임

가. 원고측 주장의 개요

(가) 이 사건 피해자들은 군무원, 징용공으로 피고의 본토로 강제연행되거나 피고의 식민지 지배로 인하여 한국에서의 생활기반이 파괴되어 피고의 본토로 건너간 것이고, 피고는 애초에 이 사건 피해자들이 피고의 본토에 거주하게 된 계기를 만들어 준 것이다. 그리고 이 사건 피해자들은 해군 관계자의 발언을 근거로 우키시마호가 부산 등 한반도 항구로 향할 것이라고 믿고 이에 승선한 것이고, 이 사건 피해자들에게는 현실적으로 우키시마호에 승선하는 것 외에는 다른 방법이 없었다. 그렇다면 피고와 이 사건 피해자들과의 사이에는 운송계약과 유사한 법률관계가 성립하고, 피고는 이 사건 피해자들에 대하여 이 법률관계에 근거하여 또는 신의칙상 우키시마호의 운행에 수반하는 안전배려의무를 부담하였다고 보아야 한다. 그리고 이 사건 피해자들의 피고 본토 이주가 피고의 점령정책이라는 선행행위에 기인한 것임을 고려하면, 이 안전배려의무의 내용은 일반 여객운송계약에 있어서의 안전배려의무보다 강도 높은 것이라고 보아야 한다.

(나) 이 사건 피해자 중 징용공, 군무원으로 징용된 자는 피고에 의해 모집, 알선, 징용이라는 명목으로 강제연행되어 노동을 강요당한 것이므로 피고와 사이에 고용계약이 성립되어 있고, 피고는 이들에 대하여 고용계약에 부수되는 의무로서 신의칙상 공무수행 과정에서의 안전배려의무를 부담하고 있었다. 그리고 피고와 징용공들 사이의 고용계약은 이들 징용공들을 한반도로 귀환시킬 때까지 계속되었다고 보아야 한다.

(다) 우키시마호 침몰은 일본인 승무원의 음모에 의한 자폭이라면 고의에 의한 안전배려의무 위반이 된다.

이 사건 폭침이 축퇴에 의한 것이라고 하더라도 종전 당시 마이즈루만에는 미군이 투하한 상당수의 기뢰가 소해되지 않고 잔존하고 있음을 알았거나 알 수 있었으므로 우키시마호 승무원으로서 축퇴를 피하기 위해 우키시마호를 오오미나토로 되돌려 보내거나 니가타항으로 입항해야 함에도 불구하고 이러한 의무에 반하여 마이즈루만에 입항하려고 하였기 때문에 축퇴하였다.

나. 피고측 주장의 개요

(가) 안전배려의무 위반을 주장하여 손해배상을 청구하는 자는 안전배려의무 위반을 주장함에 있어서는 생명, 건강 등을 침해받았다고 하는 사람 마다 그 결과가 발생한 구체적인 상황을 밝힌 후, 발생한 결과와의 관계에서 의무자가 그러한 결과를 예견할 수 있었는지(예견가능성), 어떤 조치를 취했더라면 그 결과의 발생을 피할 수 있었는지(결과회피가능성), 그리고 의무자와 피해자와의 법률관계 및 당시의 기술이나 기타 사회적 제반 사정에 비추어 의무자에게 위 결과 발생의 방지조치를 취하도록 의무를 부과하는 것이 타당한지 등의 점을 판단할 만한 구체적인 사실을 주장할 필요가 있다. 하지만 원고들은 구체적으로 의무의 내용을 특정하지 않았고, 피고들이 취해야 할 구체적인 조치의 내용이

명시되어 있지 않다. 그렇다면 원고들의 안전배려의무 위반 주장은 원래 안전배려의무 위반을 묻기 위해 필수적인 요건사실 주장이 결여되어 있어 주장 자체가 부적법하다.

(나) 이 사건 피해자들과 피고 사이에는 안전배려의무의 전제가 되는 '특별한 사회적 접촉'이 존재하지 않는다. 즉, 안전배려의무는 채무불이행을 이유로 한 배상책임이고, 그것도 '고용계약 또는 이에 준하는 법률관계'가 존재하고, 당사자 사이에 '직접적이고 구체적인 노무의 지배관리성이 존재하는 법률관계'에 한정되는바, 피고와 이 사건 피해자들 사이에는 그러한 관계가 존재하지 않는다.

(다) 우키시마호는 1945년 8월 24일 오후 6시 이후의 항해를 금지한다는 연합국의 지시에 따라 가장 가까운 항구에 입항하라는 명령을 받고 이에 따라 마이즈루항에 입항하려다가 기뢰에 접촉한 것인데, 우키시마호의 함장으로서 마이즈루항에 입항하는 것 외에 취할 수 있는 방법은 없고, 이 사건 폭침은 불가항력에 의한 것이다.

(4) 입법부작위로 인한 손해배상 책임

가. 원고측 주장의 개요

(가) 상기 (1) 내지 (3)의 근거에 의한 청구의 어느 것도 근거가 없다고 한다면, 일본국헌법상 구제되어야 할 인권침해에 대해 구제하는 법이 결여되어 있는 것이다.

(나) 그리고 ① 일본국헌법 전문, 9 조는 피고에게 도의적 국가여야 할 의무를 부과하고 있다고 보이는데, 입법부에서의 위 의무는 전쟁피해자에 대한 보상·배상 입법을 하는 것에 다름 아닌 점, ② 이 사건 피해자들에 대해서는 일본국적을 가진 자가 받을 수 있는 원호의 대상에서 제외된 것은 일본국헌법 14조에 위반되는 점, ③ 식민지에서 강제로 동원되어 피해를 입었음에도 불구하고 55년 동안 사죄와 진상규명 및 유골반환이 이루어지지 않고 있는 것은 이 사건 피해자들의 인격을 무시하는 것으로 일본국헌법 제 13조에 반하는 점, ④ 일본국헌법 제 17 조, 제 29 조 제 3 항은 과거 피고의 침략전쟁으로 피해를 입은 사람들에게 대한 보상을 하는 입법을 당연히 예정하고 있는 점, ⑤ 일본국헌법 40 조는 형사보상과 마찬가지로 강제연행되어 사실상 감금상태에서 강제노동을 강요당한 사람들에게 대한 보상입법을 당연히 예정하고 있는 점, ⑥ 일본국헌법 제 98 조 제 2 항으로부터 이미 확립된 국제관습법으로 되어 있는 전후 보상을 해야 할 의무를 도출할 수 있으므로, 피고는 늦어도 일본국헌법 제정시 또는 샌프란시스코 조약 체결시에 원고에 대한 손해배상을 위한 입법을 해야 할 의무가 있고, 늦어도 1953년에는 입법과제로서 인식할 수 있었고, 입법에 소요되는 기간을 고려하더라도 늦어도 1956년에는 합리적인 기간이 경과하여 이 입법의 부작위는 위법하다.

나. 피고측 주장의 개요

(가) 국가의 입법행위(부작위 포함)가 국가배상법상 위법하다고 평가되는 것은 해당 입법의 내용이 헌법의 일의적 문언에 위반됨에도 불구하고 국회가 굳이 해당 입법을 한 경우 또는 헌법 해석상 다툼이 없고 헌법을 위반하는 것이 언뜻 보기에 명백한 경우에 한정된다.

(나) 원고들과 같은 입장에 있는 자를 구제하기 위한 원호법 제정 등의 입법조치를 국회의원에겐 일의적이거나 일견 명백하게 의무화한 헌법상의 규정이 없는 것은 물론,

일본국헌법 시행 전의 공권력 행사로 인해 발생한 손해에 대해 구제하기 위한 입법조치를 취할지 여부는 입법부의 광범위한 재량에 맡겨져 있고, 헌법상 또는 헌법 해석상 그러한 보상입법의무는 없다.

(5) 유골 반환 청구

가. 원고들의 주장

원고 14, 51, 53, 56 내지 59 는 이 사건 폭침으로 사망한 별지(2)의 2 원고(피해자 유족) 일람표의 각 원고에 대응하는 피해자란에 기재된 자의 유족으로서 각 피해자의 유골을 소유하고 있는바, 피고는 이들 유골을 점유하고 있다.

나. 피고의 주장

안●룡 이 이 사건 폭침으로 인하여 사망한 사실은 인정한다. 원고 14, 51, 53, 56 내지 59 가 별지(2)의 2 원고(피해자 유족) 일람표의 각 원고에 대응하는 피해자란에 기재된 자의 유족인 사실, 이들 피해자란에 기재된 자(안●룡을 제외한다.)가 이 사건 폭침으로 사망한 사실은 부지. 동 원고들이 별지(2)의 2 원고(피해자 유족) 일람표의 각 원고에 대응하는 피해자란에 기재된 자의 유골을 소유하고 있다는 사실도 부지. 피고는 이들 유골을 모두 보관하고 있지 않다.

제 3 이 법원의 판단

1 ‘공식사죄’ 청구에 관한 소에 대하여

원고들은 이 소송에서 피고에 대해 ‘우키시마호 침몰로 인해 원고들을 포함한 다수의 조선인에게 막대한 희생을 입힌 것에 대해 공식적으로 사죄’할 것을 청구하고 있다. 그러나 이 ‘우키시마호 침몰로 인해 원고들을 포함한 다수의 조선인에게 막대한 희생을 입힌 것에 대해 공식적으로 사죄’한다는 청구의 취지는 추상적이고 구체적으로 누구에 의한 어떤 행위를 요구하는지 전혀 명확하지 않으며 급부소송의 청구 취지로서는 특징이 결여되어 있다고 할 수 밖에 없다. 그리고 이 소송 제기 이후 변론종결까지에서도 청구취지가 특정되지 않았다. 그렇다면 원고들의 '공식사죄' 청구는 청구 취지의 특징이 결여된 것으로 부적법하여 기각을 면할 수 없다.

2 안전배려의무 위반에 따른 손해배상에 대하여

(1) 별지(2)의 1 원고(승선자 본인) 일람표 기재 원고들의 우키시마호 승선 사실의 유무 증거(갑 제 78, 갑 B41 내지 43, 52 내지 57, 60, 78)에 의하면, 원고 38 내지 40, 42, 45, 46, 63 내지 67, 69, 70, 72 및 77 은 별지(2)의 1 원고(승선자 본인) 일람표 기재 징용 연월란 기재의 년월경 징용되어 포츠담 선언 수락 당시 군무원(원고 69 에 대해서는 다소 의문이 있다.)으로서 오미나토 주변(원고 69 는 하코다테)에서 노무에 종사하던 자로서 우키시마호에 승선하여 이 사건 폭침으로 인한 피해를 입은 것이 인정된다.

별지 (2)의 1 원고(승선자 본인) 일람표 기재 원고들 중 나머지 원고들(원고 35, 37, 43, 68, 71)이 우키시마호에 승선하고 있었음을 인정할 만한 증거가 없으므로, 이들 원고들의 손해배상 내지 손실보상 청구는 더 나아가 판단할 필요도 없이 모두 이유 없다.

(2) 또한 별지(2)의 2 원고(피해자 유족) 일람표 및 별지(2)의 3 원고(귀환 후 사망자 유족) 일람표 기재 원고들(이하 '유족 원고들'이라고도 한다.)은 우키시마호에 승선하고 있던 자의 유족으로서 우키시마호 승선자와 피고와의 운송계약 유사 법률관계의 채무불이행(안전배려의무 위반)에 근거하여 유족 원고들의 고유한 손해(위자료, 또한 '공양료'도 그 성질상 위자료와 다르지 않다고 보인다). 의 배상을 요구하고 있다. 그러나 유족인 원고들은 원고들이 주장하는 운송계약 유사 법률관계의 당사자가 아닌바, 어떤 법률관계의 당사자가 아닌 자는 비록 그 자가 당사자의 친족이라 하더라도 그 법률관계의 채무불이행(안전배려의무 위반)에 따른 고유한 위자료청구권을 취득하지 못한다(최고재판소 1976(才)제 1089 호 1980.12.18 제 1 소법정 판결·민집 34 권 7 호 888 쪽 참조). 따라서 이들 원고들의 안전배려의무 위반에 따른 청구도 더 나아가 판단할 필요 없이 이유 없다.

(3) 이 사건 폭침사건의 경과

증거(갑 A1 내지 3, 8, 34 의 3, 59 내지 61, 70, 71, 검갑 A1, 2, B7, 원고 장●도) 및 변론의 전취지에 의하면, 다음 가. 내지 사.의 사실을 인정할 수 있다(이하 이 항 및 (4)항에서 연도가 기재되지 않은 사실은 모두 1945 년 중의 사실이다.).

가. 우키시마호는 4321 총톤, 전장 114.8 미터, 깊이 9.7 미터, 흘수 7.0 미터의 디젤엔진으로 항해하며 최고속력 17.4 노트, 항해속력 16 노트의 화물여객선으로 1937 년 3 월에 준공되었다. 오오사카 상선 주식회사가 소유하여 남서제도 항로에 사용하고(승객 정원 총 845 명, 승무원 수 89 명)이었으나, 해군에 징용되어 특설 포함으로 개조되어 종전 직전에는 세이칸(靑函) 연락선의 대체선으로 세이칸 항로에서 취항하였다. 세이칸 항로에 취항하던 당시에는 여객 최대탑재인원 1300 명, 승무원 150 명으로 아오모리 하코다테를 5 시간으로 운행할 수 있었으며, 적재 하물량 1300 톤, 승객 2000 명, 흘수 평균 6.2 미터로, 하코다테항에서도 아오모리항에서도 착안이 가능했다.

나. 앞에서 본 바와 같이 오오미나토 주변에는 수천 명의 조선인이 거주하고 있었다. 그 대부분은 오오미나토 해군시설부의 징용공(군무원)이었고, 그 외 상당수의 민간회사(일본통운 오오미나토 지점, 철도공업, 다케우치구미, 지자키구미, 동방공업, 스가와라구미, 우사미구미, 키다구미, 사이토구미, 사사키구미, 세자키구미 등)의 징용공이 있었으며, 일부에 자진하여 일본 본토로 이주해 온 조선인(이하 '일반거주 조선인'이라 한다) 및 그 가족도 있었다(예를 들어, 원고 36 은 다이쇼(大正)시대에 일본에 이주하여 종전 당시에는 동방공업 또는 스가와라구미의 하청을 하고 있었던 것으로 보이는 장●식의 자녀로 일본에서 태어나고 자랐다.).

다. 패전 직후의 오오미나토는 경비부 일부 군인들이 철저한 항전을 주장하는 철문을 비행기에서 뿌리고, 군사물자 방출을 요구하는 시민들이 몰려드는 등 혼란상태에 빠졌다. 한편, 조선인들은 일본 패전과 자신들의 해방을 기뻐하며 마을에서는 '만세'를 외치는 함성도 들렸다.

라. 우키시마호는 8 월 18 일 오오미나토에 귀항하여 같은 달 19 일경 해군운수본부의 승낙을 얻은 오오미나토 경비부로부터 조선인 징용공 등을 승선시켜 부산까지 운행하라는 명령을 받았다. 우키시마호 승무원들은 종전으로 복원할 수 있을 것으로 생각하던 차에 이

명령을 받고, 항해에는 축퇴의 위험이 있고, 연료가 충분하지 않으며, 조선에는 소련 군대가 침입하여 포로가 될지도 모른다는 등의 소문도 돌면서 하사관들을 중심으로 출항을 반대하는 기운이 높아졌다. 또한 우키시마호의 함장인 도리카이 킨고(鳥海金吾) 중령(이하 '도리카이 함장'이라 한다.) 도 오오미나토 경비부에 출항이 불가능하다는 의사를 밝혔으나 경비부의 승낙을 얻지 못했고, 같은 달 21 일경에는 오오미나토 경비부 참모가 우키시마호에 들이닥쳐 승무원들을 소집하여 협박, 설득까지 했다.

마. 8 월 19 일경부터 오오미나토 주변의 조선인 민간 징용공들에게는 고용주로부터 우키시마호에 승선하라는 지시가 내려졌는데, 그 중에는 우키시마호를 타고 조선으로 돌아가지 않으면 앞으로 배급을 받을 수 없다거나, 앞으로는 귀국선이 나오지 않는다는 등의 말을 들은 사람도 있었다. 일반 재주 조선인에게도 비슷한 이야기가 전해졌고, 조선인 징용 군무원에게도 우키시마호에 승선하라는 지시가 내려졌다. 같은 달 20 일경부터 승선이 시작되었고, 일단 중단되었다가 같은 달 22 일 승선이 재개되어 우키시마호는 같은 날 오후 10 시경 출항했다.

(또한, 상기 '수송함 우키시마호에 관한 자료'(갑 A60)에는 출항일에 대해 '8 월 21 일'이라고 기재되어 있으나, 한편, 오오미나토 해군시설부가 작성한 9 월 1 일자 이 사건 폭침사건으로 사망한 군무원에 대한 사망인정서(갑 A59 는 그 사본)에는 '8 월 22 일 22 시경 오오미나토를 출항하였다'는 취지의 기재가 있는 것이 인정되고, 양자의 작성일자, 작성자의 입장 등을 비교하면, 후자의 신빙성을 높이 평가해야 하고, 도리카이 함장 스스로도 8 월 22 일 밤에 출항하였다는 취지의 발언을 한 적이 있는 점(검감 A1)도 고려하면, 출항일시를 위와 같이 인정하는 것이 타당하다).

바. 그런데 8 월 20 일 마닐라에 파견되어 있던 일본정부 사절단은 연합국 최고사령부로부터 일본에 속하거나 지배하에 있는 모든 선박으로 일본 영해 내에 있는 것은 현재 항해 중인 항해 이외에는 일절 이동하지 말라는 내용을 포함한 요구사항을 전달받았고, 이에 따라 군령부 총장은 같은 달 21 일 연합함대, 각 진수부 등의 사령장관에게 같은 달 24 일 18 시 이후 특별히 정한 것을 제외하고는 항해 중 이외의 함선의 항행을 금지하는 등의 명령(대해령(大海令)52 호)을 내리고, 같은 달 22 일에는 '8 월 24 일 이후 현재 항해 중 이외의 함선 항행을 금지한다'는 지시를 내렸다. (대해지(大海指) 533 호). 또한 해군운수본부장은 같은 달 22 일 오후 7 시 20 분 우키시마호 등의 함장에게 위 대해지 533 호와 같은 내용을 지시하는 긴급전보를 발신하고, 같은 날 8 월 24 일 18 시까지 목적항에 도달하도록 노력할 것, 도달할 가능성이 없는 경우에는 가까운 군항 또는 항구에 입항할 것을 명령하는 긴급전보를 발신했다.(또한 후자의 긴급전보는 같은 날 오후 19 시 35 분에 기안된 것이지만, 전자의 긴급전보가 같은 날 오후 16 시 15 분에 기안되어 같은 날 오후 7 시 20 분에 발신되는바, 후자는 보다 긴급성이 높은 긴급전보이므로 늦어도 우키시마호가 출항한 같은 날 오후 10 시경에는 발신되어 우키시마호에서도 수신된 것으로 추론할 수 있다.). 이들 전보는 오오미나토 경비부 등에도 통보되었다.

사. 우키시마호는 출항 후 혼슈 연안을 따라 남서쪽으로 이동하여 같은 달 24 일 오후

5 시경 마이즈루만에 들어가며 같은 날 오후 5 시 20 분경 시모사하가(下佐波賀) 앞바다에 이르렀을 때 갑자기 선저 부근에서 폭발이 발생하여 침몰했다.

(4) 또한 오오미나토 경비부가 이 시점에서 조선인 징용공 등을 귀환시키려 한 것은 다음과 같은 사정을 고려할 때, 조선인들이 연합군의 진주와 소련군의 진군에 호응하여 폭동 등을 일으킬 것을 우려하여 서둘러 이를 귀환시키려 한 것으로 추론할 수 있다.

가. 포츠담 선언 수락 후 일본 본토에 거주하는 조선인의 귀환은 다음과 같이 진행되었다. 즉, 해군 당국은 8 월 15 일 각 진수부, 경비부에 대해 '전쟁상태 종결에 따른 긴급조치'로 '작업청 징용자는 되도록 신속히 해용(解傭) 전업 시키는 양 조치를 취할 것'을 지시하여, 같은 달 20 일, 부내 일반, 내지(內地) 조선 관동주 만주국 소재 각 소속 장관 관계 각 소할장에 대해 관가(官衙) 및 작업청 고원 용인 공광원(工鑛員)의 정리와 관하여 '속히 징용을 해제한다. 반도인(半島人) 본도인(本島人), 중화인(中華人), 공광원에 대해서는 (중략) 각 소속 장관이 정한 바에 따라 귀향시킴.' 것을 지시했다. 또한 같은 달 21 일 차관회의에서 강제이입 조선인 등의 징용해제 방침이 결정되었다. 9 월 1 일 정부는 '조선인 집단이입노무자 등의 긴급조치 사항의 건'을 전국 지방장관에게 통지(경보국보발(警保局保發)제 3 호)하였으며, 조만간 관부연락선이 운행될 예정으로 조선인 집단이입자를 먼저 수송할 것 등을 예고했다. 같은 달 경 흥안(興安)호가 야마구치현 센자키(仙崎)항을 출항하면서 조선인의 귀환이 본격적으로 시작되었다.

나. 이와 같이 오오미나토경비부는정부의 정책으로 조선인 귀환을 개시하기보다 빠른 8 월 18 일 이전에 포츠담선언 수락 직후의 혼란한 상황에서 우키시마호에 의한 조선인 수송을 계획하였는데, 피고는 오오미나토경비부가 우키시마호에 의한 조선인 수송을 결정한 것은 연합군의 진주를 두려워하는 조선인들이 귀국을 열망한 것에 부응하기 위해서라고 주장하고, 제 2 복원국 잔무처리부가 1953 년 12 월에 작성한 '수송함 우키시마호에 관한 자료'(갑 A 60) 중에도 오오미나토 지구의 조선인들이 연합국군의 진주를 극도로 두려워한 탓인지 조선 귀환을 열망하고 불온한 조짐을 보이기 때문에 우키시마호에 의한 환송을 준비했다는 내용도 있다. 그러나 조선인들에게 연합국군은 자신들을 해방시켜 준 군대이기 때문에 이를 두려워했다고 보기 어려우며, 이 부분은 신뢰할 수 없다. 또한, 증거(갑 A56, 62)에 의하면, ① 오오미나토경비부에서는 대륙에 진주했을 때의 일본군의 행동을 판단자료로 삼아 연합국군도 유사한 행동을 할 것으로 우려하여 군수물자를 서둘러 민간에 방출하거나 은닉하거나, 진주 예상지역의 주민을 다른 곳으로 피난시키는 등의 조치를 취한 점, ② 종전 전후 내무성 경호국 보안과장은 각 현지사, 경찰부장에게 소련의 대일 참전, 패전 등을 계기로 조선인 사이에서 불온한 책동이 일어날 것을 경계하고 조선인에 대한 지도 단속을 강화할 것을 지시하는 통지를 여러 차례 발령한 사실이 인정되고, 이러한 사실에, 8 월 15 일 일본이 포츠담 선언을 수락한 이후에도 소련은 전투를 멈추지 않고 사할린 등을 남하 진군하고 있었으므로(공지의 사실) 오오미나토 경비부에게는 이것이 위협이었다고 보이는 점 등 여러 사정을 종합적으로 고려하면 위와 같이 추론하는 것이 상당하다.

(5) 이 사건 폭침의 원인

가. 이 사건 폭침의 원인으로 원고들은 승무원에 의한 자폭이라고 주장하고 있다. 이 사건 폭침의 원인을 자폭으로 보는 견해는 종래부터 제기되어 왔던 것으로서, 그 근거로는 다음과 같은 점을 들 수 있다.

(가) 오오미나토 주민들 사이에서는 우키시마호가 출항하기 전부터 우키시마호가 자폭할 것이라는 소문이 돌았다.

(나) 출항 후 우키시마호 선내 조선인들 사이에서도 비슷한 소문이 돌았다.

(다) 승선자가 폭발 직전에 보트를 내리고 승무원들이 하선하려고 하였다.

(라) 폭발음이 한 번이 아니라 여러 번이었다.

(마) 폭발 시 물기둥이 올라가지 않았다.

(바) 2 차 인양으로 인양된 우키시마호의 선저는 바깥쪽으로 부풀어 있었다.

나. 그러나 위 (가) 및 (나)항은 증거(갑 A9, 61, 검갑 1)에 의하면 이러한 소문이 있었던 것은 알 수 있으나, 어디까지나 소문에 불과하다(갑 A61 에 의하면, 우키시마호의 출항을 반대하는 승무원들 사이에서 우키시마호의 중요 부분을 파괴하여 항해할 수 없게 하겠다는 이야기가 있었던 것으로 보이고, 그 이야기가 위와 같은 소문이 된 것으로도 보인다.). 또한, 원고 장●도, 김●석 및 김●천은 보트가 내려지는 것을 목격하였다고 진술한다. 그러나 폭발한 시기에 대해서는 보트를 내리는 도중(원고 김●석), 착수와 동시에(원고 김●천), 착수하여 출발하려고 한 순간(원고 장●도) 등으로 진술하고 있어 이들은 다소 차이가 있으나, 어느 쪽이든 이 보트를 타려고 했던 사람으로서는 예상치 못한 시기에 폭발한 것이 보일 수 있으므로 (다)의 점 역시 자폭의 근거가 될 수 있는 것으로 보기 어렵다. 또한, 우키시마호 승선자 중에는 여러 차례의 폭발음을 들었다는 승선자도 다수 있으나(원고 장●도, 갑 A61, 78), 폭발은 한 번였다는 승선자도 다수 있어(갑 A78), (라)의 사실을 인정할 수 없다. 또한 원고 장●도는 (마)의 사실에 부합하는 진술을 하였고, 갑 A61 등에도 승선자의 유사한 이야기가 기재되어 있다. 그러나 여기서 말하는 '물기둥'이 어떤 것을 상정하고 있는지는 반드시 명확하지 않고, 기뢰가 물 밑에서 폭발한 경우에도 수심 등의 조건에 따라 수면의 상승 정도는 다양할 것으로 보이며(갑 A34 의 4 에서 소개된 해군 마이즈루 방비대 소해책임자였던 사토 고시치(佐藤吾七)의 담화 참조), 위와 같은 '물기둥'이 올라갔다고 인식되지 않을 수도 있기 때문에 위와 같은 진술이 곧바로 선내폭발의 근거가 된다고 볼 수 없다. 또한 (바)의 점은 해당 사실이 있다고 하더라도 그 부위, 구부러진 상황 등이 명확하지 않으므로 곧바로 선내 폭발의 근거가 된다고 할 수 없다.

다. (가) 한편, 증거(갑 A61, 34 의 4)에 의하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다. 즉, 미군은 1945 년 3 월 27 일부터 8 월 15 일까지 일본의 주요 항만 수로에 연속적으로 기뢰를 투하하였고, 마이즈루만 내에도 같은 해 6 월 30 일부터 8 월 8 일까지 5 차례에 걸쳐 기뢰를 투하하였는데, 그 수는 무려 100 여 개가 넘는다. 이들 기뢰는 침저(沈底)식 기뢰이며(따라서, 소해선이 소해줄을 당기는 방식으로는 소해할 수 없다.), 많은 기뢰에 일한지연장치(일정일수 후에 작동시키는 장치)나 횡수조정기폭장치(일정 횡수 경과 후의 물리적 변화에 감응하는 장치)가 설치되어 있었던 점, 자력과 수압의 물리적 변화가 모두 있어야 반응하는 기뢰가

있었던 점(자기봉으로 해저를 문지르는 방식으로도 이에 감응하지 않는다.) 등으로 인해 손해가 극히 어려워 단기간의 손해로는 도저히 항로의 안전을 확보할 수 없었고, 종전 후 1945년 8월 17일부터 11월 3일까지 사이에 마이즈루만에서 이 사건 폭침사고를 제외하고도 9건의 축퇴사고가 발생하였으며, 그 중 5척의 선박이 침몰하였다.

(나) 위(가)의 사실에 피고의 이 사건 폭침이 축퇴에 의한 것이라는 발표는 도리카이 함장의 보고에 근거한 것으로 추론할 수 있는 점을 고려하면, 이 사건 폭침의 원인을 축퇴로 간주하는 것이 불합리하다고 할 수 없다. 또한 마이즈루만 내에서 우키시마호 앞을 2척의 해방함(海防艦)이 항행하고 있었다는 점도 지적되고 있으나(갑 A61), 기뢰가 감응하는 것에는 다양한 조건이 있고, 구조, 크기가 다른 선박이 같은 수로를 항해하더라도 한쪽이 축퇴하고 다른 쪽이 축퇴하지 않을 수도 있을 것이므로, 이 해방함의 존재를 고려하더라도 위와 같은 여러 가지 사정으로 이 사건 폭침의 원인이 자폭에 의한 것임을 인정할 수 없다.

(다) 다만 이 사건의 증거로는 이 사건 폭침의 원인이 축퇴임을 적극적으로 인정할 수는 없으나, 원고들은 안전배려의무 위반 주장에 관하여 축퇴가 원인인 경우에 대해서도 주장하고 있고, 그 한도 내에서 축퇴가 원인인 것에 관하여는 당사자 사이에 다툼이 없는 것으로 볼 수 있다. 따라서 이 판결에서는 축퇴가 원인인 것을 전제로 하여 안전배려의무 위반 주장에 대하여 판단한다.

(6) 안전배려의무 위반 주장에 대하여

따라서 (1)내지 (5)의 인정사실에 기초하여 위 원고 38 내지 40, 42, 45, 46, 63 내지 67, 69, 70, 72 및 77의 안전배려의무 위반 주장에 대하여 살펴본다.

가. 위 원고들은 앞서 인정한 바와 같이 해군 군무원인데, 해군 징용 군무원은 1945년 8월 20일 해군대신으로부터 징용해제 지시가 내려졌기 때문에 사실상 오오미나토 경비부의 지시에 따라 우키시마호에 승선했다고 하더라도 출항 직전인 같은 달 22일 시점에서는 이미 징용이 해제된 후 조선으로 귀국하기 위해 승선했는 것으로 보아야 하며, 승선했 때까지 징용에 따른 관계는 종료된 것으로 보인다(상기 '수송함 우키시마호에 관한 자료'(갑 A60) 중 '당시 일본해군으로서 이미 해원절차를 완료한 전 공원에 대하여 귀선(歸鮮) 시켜야 할 의무는 없었으나'라는 구절이 있는데, 이는 이 점에 대한 피고의 인식을 표현하고 있는 것으로 보여지가 있다. 또한, 증거(갑 A60)에 의하면, 피고는 이 사건 폭침으로 사망한 것으로 인정된 자 중 13세 이하를 제외한 자를 사후 군무원으로 취급하고 있음을 알 수 있는데, 이는 그 후의 처리를 고려한 것으로 볼 수 있고, 같은 달 22일까지 징용에 따른 관계가 종료되었다는 취지의 위 인정에 영향을 미치지 않는다.). 그렇다면 피고와 위 원고들 사이에는 1945년 8월 22일 출항 전까지 사법(私法)상 여객운송계약과 유사한 법률관계(이하 '이 사건 법률관계'라 한다.)가 성립했다고 보는 것이 타당하다(또한 민간징용공에 대해서도 징용의 결과로 발생하는 사용관계는 피징용자와 사업주와의 사이에 발생한 것으로 보이므로(국민징용령 17조, 18조 1항), 우키시마호에 승선했던 민간징용공과 피고 사이에도, 일반재주 조선인과 피고 사이에도 마찬가지로 위 법률관계가 성립한 것으로 보인다. 따라서 원고 69가 민간징용공이었다고 하더라도 이 원고와 피고 사이에 이 사건 법률관계가 성립되어 있었다는

점에는 변함이 없다).

나. 그리고 피고는 이 사건 법률관계에 따라 우키시마호에 승선한 위 원고들에 대하여 부산항 또는 그 부근의 조선의 항구까지 안전하게 운송할 의무, 조선의 항구까지 도달할 수 없는 경우에는 가장 가까운 항구까지 안전하게 운송하거나 출발항으로 환송할 의무를 부담하였다고 할 것이다. 이 위 원고들을 안전하게 운송할 의무는 이 사건 법률관계에 기초한 본래적인 의무이지 부수적인 것이 아니므로, 위 의무위반을 이유로 손해배상을 청구하는 자는 그 이상의 구체적인 의무내용을 주장-입증할 필요가 없고, 피고가 그 의무를 이행할 수 없었던 점(이 사건 폭침)이 불가항력에 의한 것임을 주장-입증하지 않으면 손해배상책임을 면할 수 없다. 원고들이 이 사건 소송에서 주장하는 운송계약 유사 법률관계에 근거한 우키시마호 운항에 수반하는 '안전배려의무'도 결국 이 사건 법률관계에 근거한 본래의 의무인 위 의무를 주장하는 것으로 보인다.

다. 또한 승선한 조선인들은 피고에게 운송에 대한 대가를 지불하지 않았지만, 위 원고들은 피고가 말하자면 강제적으로 오오미나토 주변에서 노동하게 한 것이므로 위 원고들을 조선까지 안전하게 송환해야 하는 것은 조리상 당연한 요청인 점, 또한 앞에서 본 바와 같이 오오미나토 경비부가 조선인의 폭동 등을 우려하여 우키시마호를 이용하여 위 원고들을 송환하려 한 점, 위 원고 등 군무원으로서 사실상 우키시마호 승선을 거부하는 것은 어려웠다고 추론할 수 있는 점 등의 사정을 고려하면, 무상이라는 점을 이유로 운송에 따른 피고의 의무의 내용, 정도가 경감된다고 볼 수 없다.

라. (가) 피고는 도리카이 함장이 우키시마호를 마이즈루항에 입항시키려고 한 것은 다이카이령 52 호에 근거한 지령에 따른 것이며, 도리카이 함장으로서 다른 방법이 없었고, 축퇴는 불가항력이라고 주장한다.

(나) 증거(갑 A61) 및 변론의 전취지에 의하면, 1945년 8월 당시 미군이 혼슈(本州) 및 규슈(九州)의 일본해 연안 및 세토나이카이(瀬戸内海) 연안의 군항 및 주요 항구에 다수의 기뢰를 부설하여 위험한 상황이었다는 점, 한편 오오미나토항에는 미군의 기뢰가 부설되어 있지 않았던 점이 인정된다. 그리고 도리카이 함장 또는 오오미나토 경비부 사령장관, 기타 오오미나토 경비부의 담당관(이하 '사령장관 등'이라 한다.)은 그 직책 등에 비추어 볼 때 위 사실을 알고 있었다고 추론할 수 있다.

(다) 그런데, 앞서 인정한 바와 같이 해군운수본부는 우키시마호 함장에 대해 1945년 8월 22일 오후 10시 출항 전후에, 24일 오후 6시까지 목적지에 도착하기 위해 노력하여 도착이 불가능할 경우 가장 가까운 군항 또는 항구에 입항할 것을 명령하였다. 그런데 우키시마호는 앞에서 본 바와 같이 준공 당시에는 항해속력 16 노트로 되어 있었으나, 그 후 개조되어 세이칸 연락선 업무에 투입되기 전에는 통상 12 노트로 항해하였고(갑 A73 의 3), 세이칸 항로를 운항하였을 때에는 앞에서 본 바와 같이 5시간으로 항해하였으나, 같은 항로는 항해속력 4 노트 내지 5.5 노트의 선박으로 10시간 내지 13시간이 소요되는 것으로 되어 있었다(갑 A71)는 것을 고려하면, 16 노트로 항해할 수 있었다고 보기 어렵고, 항해 속력은 기껏해야 11 내지 12 노트(시속 약 20.3 내지 22.2 킬로미터) 정도였을 것으로 추정된다.

그렇다면 8월 22일 오후 10시경 오오미나토항을 출항한 우키시마호가 같은 달 24일 오후 6시까지 부산에 도착하는 것은 사실상 불가능했다(오오미나토와 부산 사이는 최소 1000km가 넘는 것은 분명하다.). 그리고 이 점은 도리카이 함장이나 오오미나토 경비부 사령장관 등도 이해할 수 있었을 것으로 쉽게 추론할 수 있다.

(라) 그렇다면 피고의 이행보조자인 도리카이 우키시마호 함장이나 오오미나토 경비부 사령장관 등은 일본해 측의 주요 항구가 기뢰 부설로 인해 위험하다는 것을 알고 있었으므로, 승선자의 안전을 최우선으로 하여 도리카이 함장은 오오미나토에서의 출항을 보류하거나(상기 긴급전보에 의한 명령이 출항 전에 발령된 경우), 기뢰가 부설되어 있지 않았고 우키시마호의 승무원들도 상황을 잘 알 수 있던 오오미나토로 돌아가는 것(상기 긴급전보에 의한 명령이 출항 후 발령된 경우)이라는 선택도 있었고, 또한 상기 긴급전보에 의한 명령을 통보받은 오오미나토 경비부 사령관 등은 도리카이 함장에게 출항을 보류하거나 오오미나토로 돌아갈 것을 명령하는 것도 가능했다. (24일 오후 6시까지 목적지에 도달하도록 노력하라는 명령을 받은 도리카이 함장으로서 해당 선택이 어려웠다고 하더라도, 오오미나토 경비부 사령관 등이 그러한 선택을 하는 것을 방해하는 사정은 발견되지 않는다.). 하지만 도리카이 함장은 24일 오후 6시까지 부산 또는 그 부근의 조선의 항구에 도달할 수 있는 전망도 없는데도 혼슈 일본해 연안을 계속 남하하여 오오미나토 경비부 사령장관 등도 우키시마호가 항해하도록 방치한 결과 마이즈루항에 입항하게 되어 이 사건 폭침에 이르게 된 것이므로, 이 사건 폭침은 불가항력적이었다고 할 수 없다.

마. 앞에서 살펴본 결과에 의하면, 피고는 우키시마호 승선자와의 사이에 성립한 이 사건 법률관계에 근거한 안전운송의무를 위반하였다고 할 것이므로, 우키시마호의 승선자인 원고 38 내지 40, 42, 45, 46, 63 내지 67, 69, 70, 72 및 77에 대하여 이 사건 법률관계에 따른 의무불이행(채무불이행)을 이유로 원고들이 그로 인하여 입은 손해를 배상할 책임이 있다.

(7) 손해에 대하여

가. 위 원고들은 피고에 대하여 이 사건 폭침사건으로 인하여 원고들이 입은 신체(상해, 후유증), 정신(이 사건 폭침사건의 공포, 이 사건 폭침사건이 그 후의 정신상태에 미친 영향) 등의 피해로 인하여 입은 정신적 고통에 대한 손해배상(위자료)으로 일률적으로 2,000만 엔을 청구하고 있다. 같은 해난사고 피해자라 하더라도 폭발 당시 승선 위치, 구조되기까지의 경위, 부상 유무 및 정도, 후유증 유무 및 정도, 유출된 재산의 유무 등에 따라 정신적 고통의 정도가 다르지만, 이 사건과 같이 약 50년이라는 장기간이 경과하고, 피해자가 다수이며, 국외에 거주하고 있는 등의 사정으로 개별적 피해 입증에 극히 곤란한 경우에는 이 사건 폭침사고를 당하고 생환한 자라면 누구도 마찬가지로 겪었을 공포, 고통 등 공통의 손해에 대한 위자료 액수를 정하고 이를 각 개인의 위자료 액수로 인정하는 것이 타당하다. 그리고 이 사건 폭침에 이르게 된 경위, 폭침의 양상, 기타 이 사건에 나타난 제반 사정을 모두 고려하면 위 원고들의 정신적 고통을 위로하기 위하여는 각 300만 엔이 상당하다고 인정된다.

나. 또한 갑 B41, 42, 54 내지 57 중에는 이 사건 폭침사건으로 원고 38은 허리에 후유증이 남았고, 원고 39는 오른쪽 다리에 열상을 입어 그 치료에 약 4, 5개월이 걸렸으며,

원고 65 는 다리를 다쳐 관절에 후유증이 남았고, 원고 66 은 허리와 다리를 다쳐 허리와 다리에 후유증이 남았으며, 원고 67 은 청력장애와 ‘혈액순환병’이라는 질병에 걸렸고, 원고 70 은 허리와 눈에 후유증이 남았다는 내용이 기재되어 있다. 그러나 이들을 뒷받침하는 자료는 없고, 예를 들어 원고들이 말하는 ‘후유증’도 구체적으로 어떤 증상을 말하는 것인지, 어떤 근거로 그것이 이 사건 폭침사건으로 인한 부상 등의 후유증인지도 명확하지 않는 등, 이들 원고들이 앞에서 인정한 포괄적 위자료로서는 전보 되지 못한 손해를 입은 것을 인정할 만한 증거로서는 불충분하다.

3 도의적 국가여야 할 의무에 따른 손해배상책임에 대하여

(3 내지 5 는 유족 원고들에 대한 관계에서의 판단이다).

(1) 원고들의 도의적 국가여야 할 의무에 근거한 손해배상책임 주장은 국가배상법의 유추적용이라는 방식을 써면서도 결국은 일본국헌법 전문 자체를 직접적인 근거로 삼는 것으로 보인다.

(2) 하지만 일본국헌법 전문은 그 형식에서도 알 수 있듯이 국민주권, 평화주의 등 일본국헌법의 기본원칙, 기본이념을 표명한 것으로서 일본국헌법 본문의 각 조항의 해석의 지침이 되고 각 조항의 내용을 채우는 것으로 보아야 할 것인데, 그 자체를 직접적 근거로서 국가배상법의 유추적용이라는 형태를 취하더라도 사죄나 손해배상과 같은 구체적인 법적 청구를 할 수 있다고 볼 수는 없다.

카이로 선언은 미국, 영국, 중국 정상이 우리나라 식민지를 독립 또는 반환시킬 목적으로 협조하여 우리나라의 항복까지 전쟁을 계속할 것을 표명한 것이며, 포츠담 선언은 위 3 개국 과 소련 정상이 우리나라에 무조건 항복을 요구하고 군국주의 제거, 종전 후 영토의 제한, 민주주의 자유권 및 기본적 인권의 존중 등 항복 조건을 제시한 것이다. 일본국헌법의 제정은 포츠담선언을 바탕으로 제정된 것이지만, 원고들이 주장하는 카이로선언, 포츠담선언의 조항을 고려하더라도 일본국헌법 전문이 침략전쟁과 식민지 지배의 피해자에 대한 손해배상 등 개별적이고 구체적인 의무를 피고에게 부과하고 있다고 볼 수 없다.

(3) 또한 국가배상법 부칙 제 6 항은 ‘이 법률 시행 전의 행위에 따른 손해에 대해서는 종전의 예에 따른다.’라고 규정하고 있으므로, 일본국헌법 제 17 조(1947 년 5 월 3 일 시행)에 따라 공무원이 불법행위를 한 경우의 손해배상책임을 규정한 국가배상법의 시행(동년 10 월 27 일) 이전에는 공무원의 불법행위에 대해서는 대일본제국헌법 하에서와 같은 법질서 하에 있었던 것으로 보인다. 그리고 대일본제국헌법 하에서는 이른바 ‘국가무담책의 원칙’이 채택되어 공무원의 공권력 행사에 따라 발생한 손해에 대해 사인은 배상청구를 할 수 없는 것으로 보여 있었다. 그렇다면 국가배상법 시행 이전인 이 사건 폭침사건에 관하여 공무원의 불법행위가 있었다고 하더라도 원고들은 국가배상법을 유추적용하여 구체적인 청구를 할 수 없다.

4 대일본제국헌법 제 27 조(또는 일본국헌법 제 29 조의 유추적용)에 따른 손실보상책임에 대하여

가. 대일본제국헌법은 제 27 조 1 항에서 ‘일본 신민(臣民)은 그 소유권을 침해받을 수

없다'고 규정하여 사유재산권을 보장하고 있었는데, 동조 2 항에서 '공익을 위하여 필요한 처분은 법률이 정하는 바에 의한다. '라고 규정하였으나, 재산권을 공공의 용으로 사용한 경우의 손실보상에 관한 규정은 두지 않았다. 이는 손실보상 여부를 포함하여 '공익을 위하여 필요한 처분'의 내용, 절차를 법률에 위임한 것으로서, 손실을 보상한다는 취지의 구체적인 법률이 존재하는 경우에만 보상청구를 할 수 있다고 보아야 하며, 그러한 법률이 없는 경우에 직접 대일본제국헌법 제 27 조에 따라 손실보상 청구를 할 수 있다고 볼 수 없다.

나. 또한 법령에 손실보상에 관한 규정이 없더라도 직접 일본국헌법 제 29 조 제 3 항을 근거로 보상청구를 할 수 있는 여지가 전혀 없는 것은 아니지만(최고재판소 1962(あ)제 2922 호 1968.11.27 대법정판결·형집 43 권 11 호 27 쪽 참조), 대일본제국헌법은 일본국헌법 제 29 조 제 3 항과 같은 손실보상에 관한 명문 규정이 없고 대일본제국헌법과 일본국헌법은 그 구조도, 기본원리, 기본적 인권보장의 정도, 내용도 다르기 때문에, 일본국헌법 29 조 3 항에 대해 위와 같이 볼 수 있다고 하더라도 대일본제국헌법도 마찬가지로 보아야 한다고는 볼 수 없다.

다. 또한 일본국헌법 시행 이전의 이 사건 폭침사건에 대하여 일본국헌법 제 29 조 제 3 항을 유추 적용할 수 있다고 볼 수 없다.

라. 따라서 손실보상에 관한 유족 원고들의 주장은 이유 없다.

5 입법부작위 주장에 대하여

의회제 민주주의 하에서 국회의원이 어떤 법률을 입법할 것인지 여부는 각 의원의 정치적 재량에 맡겨져 있고, 궁극적으로는 선거를 통하여 국민이 그 당부를 판단해야 하는 것이므로, 국회의원의 입법활동은 원칙적으로 정치적 책임을 지는 것에 불과하며, 어떤 법률을 입법하지 않는 것이 국가배상법 적용상 위법이라는 평가를 받는 것은 어떤 법률을 입법하지 않는 것이 일본국헌법의 일의적 문언에 위반됨에도 불구하고 해당 입법을 하지 않는 것처럼 예외적인 경우에 한한다(최고재판소 1978(才)제 1240 호 1985.11.21 제 1 소법정 판결·민집 39 권 7 호 1512 페이지 참조).

이를 이 사건에 비추어 볼 때, 앞서 본 바와 같이 우키시마호에 승선하여 피해를 입은 자는 이 사건 법률관계에 따른 안전하게 부산 또는 그 부근의 항구까지 운송하는 의무 위반을 이유로 하여, 그 입은 손해의 배상을 구할 수 있고, 승선자의 유족이더라도 그 상속인은 위 승선자의 손해배상청구권을 상속할 수 있으며, 그 범위 내에서 이 사건 폭침으로 인한 피해에 대한 구제의 길은 열려 있다. 그리고 일본국헌법 전문 및 원고들이 원용하는 어느 규정을 보더라도 위 구제를 넘어 승선자의 유족(피해자 원고들이 반드시 승선자의 상속인이라고는 할 수 없는 것은 별지(2)의 2, 별지(2)의 3의 각 원고와의 관계란을 보아도 알 수 있다.)의 고유한 정신적 고통을 배상 내지 보상하는 입법을 하지 않는 것이 일본국헌법의 일의적 문언에 위반된다고 할 수 없다는 것은 두말할 나위가 없다. 따라서 유족 원고들의 입법부작위 주장도 이유 없다.

6 유골 반환 청구에 대하여

(1) 안●룡이 이 사건 폭침으로 사망한 사실은 다툼이 없고, 증거(갑 A59, 갑 B29, 48 내지

51) 및 변론의 전취지에 의하면, 신●호, 서●봉, 고●동, 노●선 및 조●원이 우키시마호에 승선하고 있었던 점, 이 사건 폭침사건 이후 실종하고 그 가족들은 이 사건 폭침으로 사망한 것으로 알고 있는 것, 하지만 상기 사망자 명부에는 안●룡을 제외한 위 사람들의 이름이 기재되어 있지 않은 점(그 창씨명이 현재로서는 명확하지 않으므로 창씨명의 기재가 있는지 여부도 확실하지 않다.). 위와 같은 사실을 인정할 수 있다. 그렇다면 신●호, 서●봉, 고●동, 노●선 및 조●원이 이 사건 폭침으로 인하여 사망하였을 개연성은 높다. 이에 반해 박●남이 우키시마호에 승선하고 있었다는 사실을 인정할 만한 증거는 없다.

(2) 그리고 앞에서 본 바와 같이 이 사건 폭침으로 사망한 조선인의 유골은 마이즈루 지방복원국에 안치되어 있던 것이 구레지방복원부, 후생성 인양원호국을 거쳐 유텐지로 옮겨져 현재도 280 기라고 하는 유골이 유텐지에 안치되어 있는데, 그들 유골은 마이즈루 지방복원국에서 피고가 발표한 사망자 524 명분으로 분골하여 총 524 개의 미기명 유골함에 각각 보관하고, 구레지방복원부에서 각각의 이름을 기재한 것일 뿐, 어떤 유골함 안의 유골이 유골함에 기재된 피해자의 유골이라는 근거는 없다(을 1,2, 변론의 전취지).

(3)가. 그런데 앞서 본 바와 같이 피고는 이 사건 폭침사건의 사망자 수를 승무원이 25 명, 승객이 524 명이라고 발표하였고, 그 발표 내용에 따른 '우키시마호 사망자 명부'가 존재하며, 증거(갑 A59)에 의하면, 오오미나토 해군시설부장은 1945 년 9 월 1 일자로 해군 군무원 410 명(해군협력회 공급인부 48 명 포함)의 사망인정서를 작성하고 있다. 그러나 피고가 어떤 조사를 하여 이 사건 폭침으로 인한 사망자를 확정하는 것인지는 분명하지 않다(피고는 이 소송에서도 이 점에 대한 주장입증을 하지 않는다.). .

나. 또한 상기 '수송함 우키시마호에 관한 자료'(갑 A60)는 사건 직후부터 1945 년 9 월 2 일까지의 수색에 의해 수용된 175 구의 시신과 병원에 수용된 후 사망한 7 명의 시신 중 29 구가 가족 지인에 의해 인수되고 나머지 153 구는 마이즈루 해병대 부지에 임시 매장되어 제 1 차 인양작업에서 103 구, 제 2 차 인양작업에서 245 구를 수용한 것으로 되어 있다.

다. 그러나 이 사건 폭침 당시 피고가 유골수색을 실시하였는지 여부, 실시하였다면 어떤 방식으로 어느 정도 실시하였는지를 알 수 있는 증거가 없고, 제 1 차 인양작업 및 제 2 차 인양작업 당시에도 인양된 우키시마호 선내 유골 외에 유골수색을 실시하였다고 인정할 만한 증거도 없다. 그리고 앞서 본 바와 같이 피고가 발표한 이 사건 폭침으로 인한 사망자 수가 어떤 근거에 의한 것인지 분명하지 않고(또한 앞에서 본 바와 같이 피고가 수용한 시신, 유골은 피고가 발표한 이 사건 폭침으로 인한 사망자 수와 일치한다. 그러나 인양작업 당시 수용한 유골에 대하여 엄격하게 유골수를 세일 수 있는 상태였는지, 어느 정도 엄격하게 유골수를 세었는지 여부도 불분명하고, 특히 2 차 인양작업 시 수골한 유골수에 대하여는 피고 발표 사망자수와 일치하도록 245 구로 한 결과라고 의심할 여지도 있으므로, 설령 피고가 수용하였다고 하는 시신, 유골 수와 피고 발표의 사망자 수가 일치한다고 하더라도, 그로 인해 사망자 수가 정확하고, 전체 시신, 유골이 수용되었다고 인정할 수 없다). 이 사건 폭침으로 인한 사망자가 더 있을 개연성은 있다고 보아야 한다.

(4) 그렇다면 (2) 기재의 자가 이 사건 폭침으로 사망하였다고 하더라도 피고가 유텐지에

예탁하고 있는 280 기라고 하는 유골에 그 유골이 포함되어 있는지 여부는 분명하지 않고, 피고가 그 유골을 점유하고 있다고 인정할 만한 증거가 없다.

(5) 따라서 원고 14, 51, 53, 56 내지 59의 유골인도 청구는 더 나아가 판단할 필요도 없이 이유 없다.

제 4 결론

이상과 같이 원고들의 이 사건 청구 중 '공식사죄' 청구에 관한 소는 부적법하므로 이를 각하하고, 원고 38 내지 40, 42, 45, 46, 63 내지 67, 69, 70, 72 및 77의 청구는 각 300만 엔의 지급을 구하는 한도 내에서 이유가 있으므로 이를 인용하고, '공식사죄' 청구 이외의 나머지는 이유 없으므로 이를 기각하고, 나머지 원고들의 '공식사죄' 청구 이외의 청구는 모두 이유가 없으므로 이를 기각하기로 하고, 소송비용의 부담에 관하여 민사소송법 61조, 64조, 65조에 따라, 가집행선언은 타당하지 아니하므로 이를 붙이지 아니하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

교토지방법관소 제 1 민사부

재판장 판사 미즈카미 사토시(水上敏)

판사 이도 켄이치(井戸謙一)

판사 타나베 미노루(田邊実)는 전임을 위해 서명 날인할 수 없다.

재판장 판사 미즈카미 사토시