

憲法裁判所決定(日本軍慰安婦)

仮訳

2011年8月30日宣告

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

請求人 日本軍慰安婦被害者 64名

被請求人 大韓国外交通商部長官

主文

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

理由

1 事件の概要及び審判対象

ア 事件の概要

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

イ 審判の対象

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

これに関連する上記協定の内容は次のとおりである。

[関連規定]

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

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

第1条

1 日本国は、大韓民国に対し、

(a) 現在において1千80億日本円(108,000,000,000円)に換算される3億アメリカ合衆国ドル(300,000,000ドル)と同等の日本円の価値を有する日本国の生産物及び日本人の用役を、この協定の効力発生の日から10年の期間にわたって無償で提供する。各年における生産物及び用役の供与は、現在において108億日本円(10,800,000,000円)に換算される3千万アメリカ合衆国ドル(30,000,000ドル)と同等の日本円の額を限度とし、各年における提供がこの額に達しなかったときは、その残額は、次年以降の提供額に加算される。ただし、各年の提供の限度額は、両締約国政府の合意により増額されることができる。

(b) 現在において7百20億円(72,000,000,000円)に換算される2億合衆国ドル(20,000,000,000ドル)に等しい円の額に達するまでの長期低利の貸付けで、大韓民国政府が要請し、かつ、3の規定に基づいて締結される取極に従って決定される事業の実施に必要な日本国の生産物及び日本人の役務の大韓民国による調達に充てられるものをこの協定の効力発生の日から十年の期間にわたって行なうものとする。この貸付けは、日本国の海外経済協力基金により行なわれるものとし、日本国政府は、同基金がこの貸付けを各年において均等に行ないうるために必要とする資金を確保することができるように、必要な措置を執るものとする。

前記の供与及び貸付けは、大韓民国の経済の発展に役立つものでなければならない。

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

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

第2条

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

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

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

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

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

第3条

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

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

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

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

第4条

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

2 当事者らの主張

ア 請求人らの主張要旨

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

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

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

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

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

イ 被請求人の意見要旨

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

また、わが政府は請求人らの福祉のため力の及ぶ限り努力し、国際社会でこの間

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

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

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

3 本件の背景

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

ア 本件協定の締結経緯及びその後の補償処理過程

- (1) 解放後韓国に進駐したアメリカ軍政当局は、1945 年 12 月 6 日に公布した軍政法令第 33 号により在韓旧日本財産をその国有・私有を問わずアメリカ軍政庁に帰属させ、これらの旧日本財産は大韓民国樹立後の 1948 年 9 月 20 日に発効した「韓米間の財政及び財産協定」により韓国政府に移譲された。
- (2) 一方 1951 年 9 月 8 日、サンフランシスコで締結された連合国と日本国との平和条約では、韓国に日本に対して賠償を請求できる権利は認定されず、ただ、上記条約第 4 条 a 項に、日本の統治から離脱した地域の施政当局及び住民と日本及び日本国民間の財産上の債権・債務関係は、これらの当局と日本間の特別約定により処理されること、第 4 条 b 項に日本は前記地域でアメリカ軍政当局が日本及び日本人の財産を処分したことを有効であると認めることを各々規定した。
- (3) 上記条約第 4 条 a 項の趣旨に従い、大韓民国及び大韓民国国民と日本国及び日本国民間の財産上の債権・債務関係を解決するため、1951 年 10 月 21 日の予備会談に続き、1952 年 2 月 15 日に第 1 次韓日会談本会議が開かれてわが国と日本の国交正常化のための会談が本格的に開始され、その後 7 回の本会議とこれに伴う数十回の予備会談、政治会談及び各分科委員会別会議等を経て、1965 年 6 月 22 日、本件協定と、漁業に関する協定、在日僑胞の法的地位及び待遇に関する協定、文化財及び文化協力に関する協定等 4 つの付属協定が締結されるに至った。
- (4) 被請求人が提出した「請求権関係解説資料」によれば、第 1 次韓日会談時(1952 年 2 月 15 日～25 日)、わが政府は「韓日間財産及び請求権協定要項 8 ケ項(以下「8 項

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

- (5) しかし第1次会談は上記8項目の請求権主張に対応した日本側の対韓日本人財産請求権の主張により決裂し、以後独島問題及び平和線問題(※訳注 日本でいう「李承晩ライン」問題)に対する見解の相違、「日本による36年間の韓国統治は韓国に有益なものであった」という日本側首席代表久保田妄言及び両国の政治的状況等により第4次韓日会談までは請求権問題に関する実質的論議が行われなかった。
- (6) その後8項目に対する実質的討議が行われたのは第5次韓日会談(1960年10月25日～1961年5月15日)であったが、8項目各項に対する日本側の立場の概要は、第1項に関しては、地金及び地銀は合法的な手続によって搬出したものであり返還の法的根拠がない、第2、3、4、項に関しては、韓国が所有権を主張できるのはアメリカ軍政法令第33号が公布された1945年12月6日以降のものに限られる、第5項に関しては、韓国側が個人の被害者に対する補償問題を持ち出すことに強く反発し、韓国側に徹底した根拠の提示を要求、即ち具体的な徴用・徴兵の人数や証拠資料を要求するものであった。このように第5次会談の請求権委員会では1961年5月16日軍事政変により会談が中断されるまで8項目の第1項から第5項までの討議が進行したが、根本的な認識の差異を確認したのみで、実質的な歩み寄りには失敗した。
- (7) このため1961年10月20日の第6次韓日会談の再開後は、請求権に関する細部の論議は時間を空費するばかりで解決が遙遠となるとの判断の下に、政治的側面の歩み寄りが模索された。1961年11月22日の朴正熙・池田会談以後、1962年3月の外相会談では韓国側の支払要求額と日本側の支払準備額を非公式的に提示することとなり、その結果韓国側の純弁済7億ドルに対し日本側の純弁済7万4千ドル及び借款2億ドルという差異が確認された。
- (8) このような状況で、日本側は当初から請求権に対する純弁済とすると法律関係と事実関係を厳格に解明する必要があるだけでなく、38度線以南に局限しなければならず、金額が減少して韓国側が受諾できなくなるため、有償と無償の経済協力の形式をとって金額を相当程度増額し、その代わりに請求権を放棄することを提案した。これに対して韓国側は請求権に対する純弁済として受領すべきであるという立場で

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

- (9) この後、金鍾泌当時中央情報部長は日本で池田日本首相と1回、大平日本外相と前後2回にわたり会談し、大平外相との1962年11月12日の第2次会談時に請求権問題の金額、支払細目及び条件等に関して両国政府に建議する妥結案について原則的に合意し、具体的調整過程を経て、第7次韓日会談が進行中の1965年4月3日、当時外務部長官であった李東元と日本の外務大臣であった椎名の間に「韓日間の請求権問題解決及び経済協力に関する合意」が成立し、1965年6月22日、名目を区分表示せず日本が大韓民国に一定金額を無償及び借款として支払い、両締約国及びその国民(法人を含む)の財産、権利及び利益と両締約国及びその国民間の請求権に関する問題を完全かつ最終的に解決することを内容とする本件協定が締結された。
- (10) その後わが政府は1966年2月19日、「請求権資金の運用及び管理に関する法律」(1982年12月31日法律第3613号で廃止)を制定し、無償資金中の民間補償の法律的根拠を整備し、その後1971年1月19日「対日民間請求権申告に関する法律」(1982年12月31日法律第3614号で廃止)を制定し補償申請を受付けたが、その対象は日帝により強制的に徴用徴兵された者のうちの死亡者と、上記会談の過程で対日民間請求権者として議論され、周知されていた民事債権又は銀行預金債権等を有する民事請求権保有者に限定され、その後1974年12月21日、「対日民間請求権補償に関する法律」(1982年12月31日法律第3614号で廃止)を制定し、1975年7月1日から1977年6月30日まで合計91億8769万3千ウォンを支給した。
- (11) 日本軍慰安婦問題は本件協定締結のための韓日国交正常化会談が進行する間、全く論議されず、8項目請求権にも含まれず、本件協定締結後の立法措置による補償対象にも含まれなかった。

イ 日本軍慰安婦問題の提起と進行

- (1) 1990年11月16日韓国挺身隊問題対策協議会の発足と1991年8月日本軍慰安婦被害者である金学順(1997年12月死亡)の公開記者会見を通じて日本軍慰安婦被害者問題が本格的に提起された。
- (2) 日本政府はこれに関する責任を完全に否定し、軍慰安婦を民間接客業者が軍の後に連れて歩いた「売春婦」であると認識していることを示唆する発言をしていたが、当時中央大学教授であった吉見義明が1992年1月日本防衛庁防衛研究所図書館で日本軍が軍慰安婦招集に直接関与した関係公文書6点を探し出すと、その立場を大幅に修正せざるを得なくなった。
- (3) 被害者の出現と関連資料の発掘及び内外の世論に押され、真相調査に着手した日本政府は1992年7月、慰安婦問題に対する政府の関与は認定したものの、強制連行を

立証する資料はないという一次調査結果を公表したが、1993年8月4日第2次政府調査結果とともに日本軍及び官憲の関与と招集・使役での強制を認め、問題の本質が重大な人権侵害であったことを承認し謝罪する内容の河野官房長官の談話を発表した。

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

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

- (5) これに対しわが政府は1993年6月11日に「日帝下日本軍慰安婦に対する生活安定支援法(法律第4565号)」を制定し、日本軍慰安婦被害者らに対する生活支援金の支給を開始したが、日本政府は日本軍慰安婦被害者らに対する補償は本件協定ですでに全て解決済であって、新たな法的措置はとり得ないとの立場を固守し、1994年8月31日、軍慰安婦被害者らの名誉と尊厳毀損に対する道義的責任として、人道的見地から個別的に慰労金や定着金を支給することができる、政府レベルではなく民間レベルのアジア女性発展基金の助成等を模索するという立場を表明した。
- (6) 韓国、台湾等の日本軍慰安婦被害者らと支援団体らは、アジア女性発展基金の本質が日本政府の責任回避にあると判断し、日本軍慰安婦被害者らを正当な賠償の対象ではなく、人道主義的慈善事業の対象とみる基金に全面的に反対の立場を表明し、わが政府は日本政府に対しアジア女性基金の活動を中断することを要求したが、受け入れられず、上記基金から金を受け取らないという条件で、政府予算と民間募金額を合わせて上記基金が支給しようとする4300万ウォンを被害者らに一時金として支給した。
- (7) 一方、金学順をはじめとする9名の日本軍慰安婦被害者らは、1991年12月6日、日本を相手にアジア太平洋戦争犠牲者補償請求をしたが、2004年11月29日、最高裁判所で上告が棄却されて敗訴で幕を閉じた。上記の訴訟の過程で控訴審の東京高等裁判所は原告らが安全配慮義務及び不法行為を根拠とする損害賠償債権を取得し

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

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

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

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

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

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

本政府の賠償が実現されるべきであることを強調した。

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

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

その後、オランダ下院(2007年11月8日)、カナダ連邦議会下院(2007年11月28日)、欧州議会(2007年12月13日)が、20万名以上の女性らを慰安婦として強制動員した蛮行に対する日本政府の公式謝罪と歴史的法的責任の認定、被害者らに対する補償、慰安婦強制動員の事実を現在と未来の世代に教育すること等を含む決議案を次々に採択した。

- (11) 国連人権理事会は2008年6月12日、日本人権状況定期検討を通じ、日本軍慰安婦問題に対する各国の勧告と質疑を載せた実務グループ報告書を正式に採択し、国連B規約人権委員会は2008年10月30日ジュネーブで日本の人権に関する審査報告書を発表し、日本政府に対し、初めて日本軍慰安婦問題の法的責任を認定し被害者多数が受け入れることのできる形態で謝罪することを勧告した。
- (12) わが国でも2008年10月27日日本軍慰安婦被害者名誉回復のための公式謝罪及び賠償促求決議案が全議員261名中260名の賛成で国会本会議を通過し、2009年7月大邸広域市議会をはじめとして2011年3月現在46に及ぶ全国基礎広域議会で日本軍慰安婦問題解決を求める決議を採択した。また大韓弁護士協会と日本弁護士連合会は2010年12月11日、日本軍慰安婦問題に関し①本件協定の完全最終解決条項の内容と範囲に関して両国政府の一貫性のない解釈・対応が被害者らの正当な権利救済を妨害し、被害者らの不信感を助長してきたということを確認し、②謝罪及び金銭補償を含む日本軍慰安婦問題の解決のための立法が日本政府及び国会により迅速に行われねばならないことを確認する内容の共同声明を発表した。これらの決議及び声明は、被害者が一人でも生きているうちに日本政府が立法を通じて問題を解決することを求めており、韓国政府にもより積極的な外交政策をとること等を要求している。

4 適法要件に対する判断

ア 行政不作為に対する憲法訴願

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

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

イ 被請求人の作為義務

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ウ 公権力の不行使

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

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

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

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

エ 小結

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

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

5 本案に対する判断

ア 本件協定に解する解釈上の紛争の存在

- (1) 本件協定第 2 条第 1 項は「両締約国は両締約国及びその国民(法人を含む)の財産、権利及び利益と両締約国及びその国民間の請求権に関する問題が 1951 年 9 月 8 日にサンフランシスコ市で署名された日本国との平和条約第 4 条(a)に規定されたものを含み完全かつ最終的に解決されたものであることを確認する。」と規定している。これと関連して合意議事録第 2 条(g)項は上記第 2 条第 1 項にいう「完全かつ最終的に解決されたことになる両国及びその国民の財産、権利及び利益と両国及びその国民間の請求権に関する問題には韓日会談で韓国側から提出された『韓国の対日請求要綱』(いわゆる 8 項目)の範囲に属するすべての請求が含まれており、したがって同対日請求要綱に関してはいかなる主張もできなくなることを確認した」と記載されている。
- (2) 本件協定第 2 条第 1 項の解釈に関し、前記のように日本国政府及び裁判所の立場は、日本軍慰安婦被害者を含むわが国民の日本国に対する賠償請求権は全て包括的に本件協定に包含されており、本件協定の締結及びその履行により放棄され、又はその賠償が終了したというものであり、反面、わが政府は 2005 年 8 月 26 日「民官共同委員会」の決定を通じ、日本軍慰安婦問題等のような日本政府等国家権力が関与した「反人道的不法行為」については本件協定により解決されたものとみることはできないから、日本政府の法的責任が認められるという立場を表明している。
- (3) 被請求人は本件憲法訴訟願審査過程でも、日本は本件協定により日本軍慰安婦被害者の日本に対する賠償請求権が消滅したという立場である反面、わが政府の立場は日本軍慰安婦被害者の賠償請求権は本件協定に含まれていなかったというものであり、これに対しては両国の立場に差異があり、これは本件協定第 3 条の「紛争」に該当するものであると繰り返し確認した。

また、本件弁論後提出された 2009 年 6 月 19 日付参考書面でも、「わが政府がまず『外交上の経路』を通じて紛争を解決することとして、各種の外交上の方式の中から……方式を選択したことはわが政府に幅広く認められている裁量権を正当に行使したものであり、これもやはり本件協定第 3 条第 1 項の『外交上の経路』を通じた紛争解決に当然に含まれるもの」であるとして、本件協定の解釈上の紛争が存在することを前提に主張を展開した。
- (4) したがって本件協定第 2 条第 1 項の対日請求権に日本軍慰安婦被害者の賠償請求権が含まれる否かに関し韓日両国間に解釈の差異が存在し、それが上記協定第 3 条の「紛争」に該当するという事は明白である。

イ 紛争の解決手続

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

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

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

ウ 被請求人の不作為の基本的人権侵害の有無

(1) 先例との区別

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

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

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

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

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

(2) 被請求人の裁量

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

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

(3) 不作為による基本的人権侵害の有無

(ア) 侵害される基本的人権の重大性

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

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

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

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

(イ) 基本的人権侵害救済の切迫性

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

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

(ウ) 基本的人権の救済可能性

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

侵害される基本的人権が重大で、その侵害の危険が急迫しているとしても、救済可能性が全くない場合には被請求人の作為義務は認めがたい。しかし救済が完全に保障された場合にのみ作為義務が認められるのではなく、救済可能性が存在することで足りるのであり、被害者らが日本政府に対する賠償請求が最終的に否定される結論がでる危険性も進んで甘受するというのであれば、被請求人としては被害者らの意思を十分に考慮しなければならない。

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

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

(エ) 真正で重要な国益に反するか否か

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

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

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

エ 小結論

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

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

6 結論

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

7 裁判官チョ・テヒョンの認容補充意見

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

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

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

このような協定により請求人らの日本国に対する損害賠償請求権が消滅したか否かに対しては見解が分かれている。万一韓日請求権協定が請求人らの日本国に対する損害賠償請求権を消滅させるものであれば、請求人らの財産権を保障する義務を負う国家が請求人らの財産権を消滅させる条約を締結したことになる。そして韓日請求権協定が請求人らの日本国に対する損害賠償請求権を消滅させるものでないとしても、請求人らが日本国に対する損害賠償請求権を行使することが韓日請求権協定により阻止されている。そうであれば、大韓民国は請求人らの日本国に対する損害賠償請求権行使が韓日請求権協定により妨害される違憲的な事態を解消するため、韓日請求権協定第 3 条により、日本国に対して外交的交渉や仲裁手続を推進する義務を負うと解するのが相当である。

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

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

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

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

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

8 裁判官イ・カングク、裁判官ミン・ヒョンギ、裁判官イ・ドンフプの反対意見

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

例集 12-1,393,402)

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

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

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

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

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

エ 小結

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

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