

《資料》

韓国憲法裁判所・日本軍慰安婦問題 行政不作為違憲訴願事件

(憲法裁判所2011年8月30日決定2006헌마788)

中 川 敏 宏

〔序説〕韓国国会は、2012年9月3日、本会議を開き、日本政府の日本軍慰安婦被害者に対する公式謝罪と被害賠償を求める決議案を通過させた。また、2012年10月15日の国連総会の人権担当委員会において、韓国は、第二次世界大戦中の慰安婦問題を取り上げ、被害者に対する賠償などの実現を求めた。このような韓国の慰安婦問題解決に対する強い姿勢は、以下で取り上げる1年ほど前に出された憲法裁判所決定に大きく結びついている。韓国の憲法裁判所は、それまでの軍事政権下における人権抑圧の歴史に抗して、民主化及び国民の基本的人権の保障に対する大きな象徴的な機関として、そして他の国家機関から独立した第4の国家機関として、第6共和国憲法の下でその存在が認められ、1988年9月1日以降、数多くの憲法問題を扱ってきた¹。その憲法裁判所に、韓国政府がこれまで日本軍慰安婦被害者問題を積極的に解決しようとしなかったのは国の不作為であり憲法に反するとの違憲確認訴願がなされ、その判断が注目された。世間の注目が集まる中、憲法裁判所は、2011年8月30日、従軍慰安婦被害者らが日本国に対して有する賠償請求権が「大韓民国と日本国の間の財産及び請求権に関する問題の解決及び経済協力に関する協定」第2条第1項により消滅したのか否かに関する日韓両国間の解釈上の紛争を同協定第3条が定めた手続に従い解決していない韓国政府の不作為が違憲であることを確認する画期的な判断を示した（同日付けで、

1 韓国憲法裁判所については、さしあたり、李範俊〔在日コリアン弁護士協会・訳〕『憲法裁判所—韓国現代史を語る』（日本加除出版、2012年）、在日コリアン弁護士協会〔編著〕＝孫亨燮『韓国憲法裁判所・重要判例44』（日本加除出版、2010年）、高翔龍『韓国法（第2版）』（信山社、2010年）89頁以下参照。

原爆被害者を請求人とする憲法訴願に対しても韓国政府の不作为を違憲とする決定がなされている（2008헌마648）。両決定の概略については、藤原夏人「【韓国】従軍慰安婦及び原爆被害者に関する決定」外国の立法2011年10月号がある）。また、この憲法裁判所決定以降、韓国の対日本戦後補償請求との関係で注目されることとして特記すべきは、日本企業に対する戦時下での強制徴用を理由とした損害賠償及び未払賃金の支払請求を認めた韓国大法院判決が出現したことであり²。日韓間における戦後補償問題について一つの大きなターニングポイントにもなったとみることができる上記憲法裁判所決定について、以下で、その全文の翻訳を試みる。翻訳に際して、できるかぎり原文のニュアンスを尊重したが、日本人読者への便宜から、日本における一般的呼称等に従っている箇所がある。

【事件】 2006헌마788. 大韓民国と日本国の間の財産及び請求権に関する問題の解決並びに経済協力に関する協定第3条不作为違憲確認

【請求人】 別紙1 請求人目録のとおり（目録省略）

【被請求人】 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「大韓民国と日本国の間の財産及び請求権に関する問題の解決及び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日韓両国間の解釈上の紛争を上記協定第3条が定めた手続に従い解決していない被請求人の不作为は、違憲であることを確認する。

【理由】

1. 事件概要及び審判対象

ア. 事件概要

(1) 請求人らは、日帝により強制で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」である。被請求人は、外交、外国との

2 この大法院判決については、専修ロージャーナル8号[2013年]でその試訳を掲載している。あわせてご参照頂ければ幸いである。

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，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) 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関し，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，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されたものではないという立場であって，日韓両国間にこれに関する解釈上の紛争が存在するので，被請求人としては，本件協定第3条が定める手続に従い上のような解釈上の紛争を解決するための措置を講じる義務があるにもかかわらず，これを全く履行しないしていると主張して，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権を侵害し違憲である旨の確認を求める本件憲法訴願審判を請求した。

イ. 審判対象

本件審判対象は，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の間の財産及び請求権に関する問題の解決及び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日韓両国間の解釈上の紛争を当該協定第3条が定めた手続に従い解決していない被請求人の不作為が請求人らの基本権を侵害するのかどうかである。

これと関連する当該協定の内容は，次のとおりである。

[関連規定]

○大韓民国と日本国の間の財産及び請求権に関する問題の解決並びに経済協力に関する協定（条約第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，両国及び両国民の財産並びに両国及び両国民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，大韓民国に対して，

(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

人の役務を、本協定の効力発生日から10年の期間にわたって無償で提供する。毎年の生産物及び役務の提供は、現在において1百8億日本円(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、毎年の提供が本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、毎年の提供の限度額は、両締約国政府の合意により増額することができる。

(b) 現在において7百20億日本円(72,000,000,000円)に換算される2億アメリカ合衆国ドル(200,000,000ドル)と同等の日本円の額に達するまでの長期低利の借款で、大韓民国政府が要請し、また3の規定に基づいて締結される約定により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を大韓民国が調達するのに充当される借款を本協定の効力発生日から10年の期間にわたって行う。本借款は、日本国の海外経済協力基金により行われるものとし、日本国政府は、同基金が本借款を毎年均等に履行しうるために必要とする資金を獲得することができるように、必要な措置を講じる。前記の提供及び借款は、大韓民国の経済発展に有益なものでなければならない。

2. 両締約国政府は、本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期間として、両政府の代表者で構成される共同委員会を設置する。

3. 両締約国政府は、本条の規定の実施のため、必要な約定を締結する。

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、完全にそして最終的に解決されたということを確認する。

2. 本条の規定は、次のもの(本協約の署名日までにそれぞれの締約国が採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として、1947年8月15日から本協定の署名日までの間に他方の締約国に居住したことがある者の財産、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下に入ったもの

3. 2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本協定の署名日に他方の締約国の管轄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ついては、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. 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。

2. 1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簡を接受した日から30日の期間内に各締約国政府が任命する1名の仲裁委員と、このように選定された2名の仲裁委員が合意する第三の仲裁委員又は当該期間内にこれら2名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3名の仲裁委員から構成される仲裁委員会に決定のため回付する。ただし、第三の仲裁委員は、両締約国のうちいずれの側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名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って構成する。

4. 両締約国政府は、本条の規定に基づく仲裁委員会の決定に服する。

第4条

本協定は、批准されなければならない。批准書は、できる限り速やかにソウルで交換する。本協定は、批准書が交換された日より効力を生ずる。

2. 当事者の主張

ア. 請求人らの主張の要旨

(1) 日本国が請求人らを性奴隷にして加えた人権蹂躞行為は、「醜業を行わせるため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）」等の国際条約に違反するものであって、本件協定の対象には含まれるところはない。本件協定により妥結されたのは、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、放棄されなかったのである。

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、請求人らに対する法的な損害賠償責任を否定しており、これに反して、わが政府は、2005年8月26日、日本軍慰安婦問題と関連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、日韓両国間にこれ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日韓両国間の紛争がある

場合、外交上の経路や仲裁手続による解決方法を規定することによって、締約国に上記協定の解釈と関連した紛争解決義務を負わせているので、わが政府には、上のような本件協定の解釈と関連した紛争の解決のための作為義務がある。

(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した旨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人権の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、及び本件協定の締結当事者としての行政上の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) とところで、わが政府は、請求人らの基本権を実効的に保障することができる外交的保護措置や紛争解決手段の選択等具体的な措置を講じないでいるが、このような行政権力の不作為は、上記の憲法規定に違反するものである。

イ. 被請求人の意見の要旨

(1) 行政権力の不作為に対する憲法訴願は、公権力の主体に対する憲法に由来する作為義務が特別に具体的に規定され、これに依拠し基本権の主体が行政行為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する場合に認められるものであるところ、請求人らは、被請求人の不作為により侵害された自らの基本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及びその責任の主体は、日本政府であり、わが政府ではなく、政府の外交行為には広い裁量が認められるので、本件協定による紛争解決のための国家の具体的な作為義務は、認められえない。

また、わが政府は、請求人らの福祉のため力の及ぶ限りに努力しており、国際社会においてこの問題を持続的に提起してきたのであるから、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解することはできない。

(2) 請求人らが主張する外交的保護権は、国際法上、他の国の不法行為により自国民が被った被害と関連し、その国民のため国家が自らの固有の権限をもって講じる外交的行為又はその他の平和的解決方式をいうのであって、その帰属主体は、「国家」であり、「個人」が自国政府に対し主張することができる権利ではないので、憲法上の基本権ということとはできない。

さらに、このような外交的保護権の行使の可否及び行使方法に関しては、国家の広範囲な裁量権が認められ、本件協定第3条の解釈上でも、一方の締約国が協定の解釈及び実施に関する紛争を必ずしも仲裁委員会に回付しなければならない

義務を負うのではないので、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べき問題であり、具体的な外交的措置を講じなければならぬ法的義務があるということとはできない。

3. 本件の背景

本件に関する判断のための前提として、本件の背景及び全体的経緯をまず概観することとする。

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、韓国に進駐した米軍政当局は、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・私有を問わず米軍政庁に帰属させ、このような旧日本財産は、大韓民国政府樹立直後である1948年9月20日に発効した「韓米間財政及び財産に関する第一次協定」によって韓国政府に委譲された。

(2) 他方、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においては、韓国に日本に対する賠償を請求しうる権利が認められず、ただし、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と日本の間の特別約定により処理するということを、第4条b項に日本は前記地域で米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なものであると認めるということをそれぞれ規定した。

(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の間の財産上の債権債務関係を解決するために、1951年10月21日の予備会談の後、1952年2月15日第一次日韓会談本会議が開かれ、わが国と日本の国交正常化のための会談が本格的に始められた状態で、7度の本会議とこれによる数十回の予備会談、政治会談及び各本科委員会別の会議等を経て、1965年6月22日、本件協定、漁業に関する協定、在日同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の4つの付属協定が締結されるに及んだ。

(4) 被請求人が提出した「請求権関係解説資料」によると、第1次日韓会談(1952年2月15日～4月25日)時、わが政府は、「日韓間の財産及び請求権協定要綱8項目」(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、芸術品、骨董品その他国宝、地図原版及び地金・地銀を返還すべきこと、②1945年8月9日現在、日本政府の対朝鮮総督府の債務を弁済すべきこと、③1945年8月9日以後、韓国から移動又は送金された金額を返還すべきこと、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べきこと、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、共済、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べきこと、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の証券を法的に認めるべきこと、⑦前記の財産又は請求権から発生した果実を返還すべきこと、⑧前記の返還及び決済は、協定成立後速やかに開始し、遅くとも6箇月以内に終了すべきことの8項目である。

(5)しかし、第1次会談は、上記8項目の請求権の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〔訳者注：日本での呼称は、竹島〕問題や平和線〔訳者注：日本での呼称は李承晩ライン〕問題に対する見解の不一致、「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」という日本側の主席代表久保田の妄言や両国の政治的状況等により、第4次日韓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次日韓会談(1960年10月25日～1961年5月15日)であったが、8項目それぞれに対する日本側の立場は、概ね、第1項と関連しては、地金及び地銀は合法的な手続により搬出したものであるから返還の法的根拠が無く、第2、3、4項と関連しては、韓国が所有権を主張しうるのは米軍政法令第33号が公布された1945年12月6日以後のものに限られ、第5項と関連しては、韓国側が個人の被害に対する補償問題を尋ねてきたことに強く反発するとともに、韓国側に徹底した根拠の提示を要求、つまり、具体的な徴用、徴兵の人数や証拠資料を要求するのであった。このように、第5次会談の請求権委員会では、1961年5月16日の軍事クーデター〔訳者注：朴正熙を中心に軍事革命委員会の名の下に起こされた軍事クーデター〕により会談が中断されるまで、8項目の第1項から第5項まで討議が進行したが、根本的な認識の違いを確認しただけで、実質的な意見の接近をなすには失敗に終わった。

(7)ついて、1961年10月20日第6次日韓会談が開催された後においては、請求権に対する細部にわたる論議は、時間を費やすだけで解決が遙遠であるとの判断の下に、政治的側面の接近が模索された。1961年11月22日、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用意額を非公式に提示することとし、その結果、韓国側の純弁済7億ドルに対して、日本側

の純弁済7億4千ドル及び借款2億ドルという違いが確認された。

(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をもってすると、法律関係や事実関係を厳格に明らかにしなければならないだけでなく、38度線以南に極限しなければならず、その金額も少なくなり、韓国側が受諾できない結果になるはずであり、有償と無償の経済協力の形式を採って、金額を相当な程度に引き上げ、その代わり、請求権を放棄するようにしようと提案した。これに対して、韓国側は、請求権に対する純弁済によって受けなければならない立場であるが、問題を大局の見地から解決するために、請求権解決の枠内で純弁済と無償贈の支払の2項目で解決することをはじめに主張し、その後に再び譲歩し、請求権解決の枠内で純弁済と無償贈の支払の2項目とし、その金額をそれぞれ区分表示せず、総額だけ表示する方法で解決すべきことを提議した。

(9) 以後、^{キムジヨンピル}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次会談の際、請求権問題の金額、支払細目及び条件等に関して両側の政府に建議する妥結案に関する原則的な合意をし、具体的な調整過程を経て、第7次日韓会談が進行中であった1965年4月3日、当時の外務部長官であった^{イドンウオン}李東元と日本の外務部代表であった椎名の間に「日韓間の請求権問題の解決及び経済協力に関する合意」をなし、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の金額を無償及び借款をもって支払い、両国民間の請求権に関する問題を完全に、そして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、無償資金のうち民間補償の法律的根拠を作り、以後、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、補償申請を受け付けたが、その対象は、日帝により強制で徴用・徴兵された者のうち死亡者及び上記会談の過程で対日民間請求権者として議論され判明していた民事債権又は銀行預金債権等を有している民事請求権保有者に限定され、その後、1974年1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日までに合計91億8769万3千ウォンを支払った。

(11) 日本軍慰安婦問題は、本件協定のための日韓国交正常化会談が進行する間、

まったく議論されず、8項目の請求権にも含まれておらず、本件協定の締結後、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^{キンハクスン}金学順(1997年12月に死亡)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、それに関する責任を完全に否定するとともに、軍慰安婦を民間の接客業者が軍に同行し伴った「売春婦」であると認識していることを示唆する発言をしたが、当時中央大学教授であった吉見美明が1992年1月日本防衛庁防衛研究所図書館において日本軍が軍慰安婦徴集に直接関与した関係公文書6点を発見したことから、その立場を大きく修正せざるをえなくなった。

(3) 被害者の出現と関連資料の発掘、内外の世論に押されて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めたと、強制連行を立証する資料は存在しないという第1次調査結果を公表し、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徴集・使役における強制を認め、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年上海事変の際、旧日本軍兵士による強姦事件が多発するとともに、現地人の反発と性病等の問題に繋がったので、その防止策として、日本海軍が設置したのが最初であった。日本軍は、1937年7月から日中戦争により兵力を中国に多数送り出すとともに、占領地に軍慰安婦所を設置したが、1937年12月の南京大虐殺以後、その数が増加した。これには、軍人に「精神的慰安」を提供することで、いつ終わるともしれぬ精神から離脱しようという軍人らの士気を奮い立たせ、不満を宥和させ、とくに日本語をしゃべることができない植民地女性を「慰安婦」として「雇用」することによって、軍の機密が漏れ出す可能性を減らそ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としては、朝鮮、中国、香港、マカオ、フィリピン等、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、ひょっとすると20万程度にまで推定されているが、そのうちの80%は、朝鮮女性であり、その他、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。

(5) ついで、わが政府は、1993年6月11日、「日帝下の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に生活支援金の支給を始めたが、日本政府は、日本軍慰安婦被害者に対する補償は、本件協定によりすでに全て解決された状態であり、新たに法的措置を講じることはできないという立場を固守し、1994年8月31日、軍慰安婦被害者の名誉と尊厳の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を支給することができ、政府レベルではなく民間レベルでアジア女性発展基金の組成等を模索するという立場を明らかにした。

(6) 韓国、台湾統治の日本軍慰安婦被害者と支援団体は、アジア女性発展基金の本質が日本政府の責任回避であると判断し、日本軍慰安婦被害者を正当な賠償の対象ではない人道主義的慈善事業の対象とみる基金にいち早く反対の立場を表明し、わが政府は、日本政府を相手にアジア女性基金の活動を中断すべき旨を要求したが、受け入れられず、上記基金から金員を受けないという条件で、政府予算と民間募金額を合わせ、上記基金が支給しようとした4300万ウォンを被害者らに一時金として支給した。

(7) 他方で、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、最高裁判所で原告が棄却されるとともに、敗訴で幕を下ろした。この訴訟過程で控訴審である東京高等裁判所は、原告らが安全配慮義務違反及び不法行為に基づく損害賠償債権を取得する可能性があるが、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日に提起された釜山軍隊性奴隷女性勤労挺身隊公式謝罪等請求訴訟においても、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日原告不受理決定が下された。さらに、在日韓国人ソンシンド等が1993年4月5日に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的に棄却されることで終結した。

(8) これにわが政府は、2004年2月13日、日韓会談関連文書の公開を命じる判決により関連文書が公開されると、国務総理を共同委員長とし被請求人らを政府委員とする「民間共同委員会」の2005年8月26日決定を通じ、本件協定は、サンフランシスコ条約第4条に基づき日韓両国間の財政的・民事的債権債務関係を解

決するためのものであって、日本軍慰安婦問題等のように、日本政府等国家権力が関与した「反人道的不法行為」に対しては、本件協定により解決されたものと解す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明らかにした。

しかし、日本政府は、以下で見る米下院の決議案の採択、2008年国連人権委員会の「慰安婦」問題の解決を促す各国の勧告及び質疑を盛り込んだ実務グループ報告書の正式採択に対立して、①河野対話を通じた謝罪、②本件協定を通じた法的問題の解決、③アジア助成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) 上のような一連の日本政府の措置及び態度は、被害者はもちろんのこと、国際社会からも受け入れられない。

国連人権小委員会は、日本軍慰安婦問題につき、持続的な研究活動を行ってきたが、その最初の報告書である1996年1月4日付け「クマラスワミ報告書」〔記者注：報告者であるラディカ・クマラスワ (Radhika Coomaraswamy) は、2012年6月まで国連事務次長 (Under-Secretary-General of the United Nations ; USG) であった女性。本報告書の翻訳として、ラディカ・クマラスワミ (VAWW-NET ジャパン翻訳チーム・訳) 『女性に対する暴力をめぐる10年—国連人権委員会特別報告者クマラスワミ最終報告書』(2003年、明石書店) がある。〕では、第二次大戦の際、強制連行された日本軍慰安婦に対する日本軍の人権侵害は明らかに国際法違反であるということを確認し、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全ての資料の公開、書面を通じた公式謝罪、教科書改訂等を勧告し、6項目の勧告案を提示し、1996年4月19日の第52次国連人権委員会で上記報告書の採択決議があった。

また、1998年8月12日の国連人権小委員会(差別防止少数者保護小委員会)では、上のクマラスワミ報告書の内容が補強された特別報告官ゲイ・マクドゥーゴル (Gay J. McDougall) の日本政府の法的賠償責任、責任者の処罰を骨子とする報告書が発表され採択された。この「マクドゥーゴル報告書」では、①慰安婦制度が性奴隷であるということを明らかにし、②日本の責任者処罰問題を強調するとともに、生存戦犯の搜索を主張し、③国連事務総長は日本政府から少なくとも2回以上の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と適切な賠償のためのパネルディスカッションを構成する等国

連の積極的な介入を要求し、④生存者が高齢であることを考慮し、緊急かつ迅速に日本政府の賠償が行われなければならないということが強調された。

(10) 以後、小泉、安倍政権等、日本の保守右翼化により、日本軍慰安婦問題を教科書から削除し、河野談話さえ修正しようとする動きがあり、以下で見るように、個々の国家もこれに対して断固たる対処をし始めた。

米国下院は、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、その重要内容は、①日本政府は、1930年代から第二次世界大戦終戦に至るまで、アジア国家と太平洋諸島を植民地化し、あるいは戦時に占領する過程で、日本帝国主義の軍隊が強制で若い女性を慰安婦として知られた性の奴隷にした事実を確実にかつ明らかな態度で公式に認め、同時に謝罪し、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の奴隷とし人身売買をした事実がないといういかなる主張に対しても、明らかに公開の場で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、現在の世代と未来の世代を対象に、残酷な犯罪についての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・法的な責任の認定、被害者に対する補償、慰安婦強制動員の事実を現在及び未来の世代に教育すること等を含んだ決議案を順次採択した。

(11) 国連人権委員会は、2008年6月12日、日本の人権状況の長期検討を通じて日本軍慰安婦問題につき各国の勧告と質疑を盛り込んだ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、ジュネバで、日本の人権と関連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め、被害者多数が受けられる形で謝罪すべきことを勧告した。

(12) わが国でも、2008年10月27日、日本軍慰安婦被害者の名誉回復のための公式謝罪と賠償を求める決議案が全議員261名中260名の賛成により国会本会議を通過し、2009年7月の大邱広域市議会をはじめ、2011年3月現在46に及ぶ全国の基礎広域市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協会は、2010年12月11日、日本軍慰安婦問題につき、①本件協定の完全な最終解決条項の内容と範囲に関する両国政府の一貫性なき解釈・対応が被害者の正当な権利救済を妨害し、被害者の不信感を醸成してきたことを確

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なければならないことを確認する内容の共同声明を発表した。その決議及び声明は、一人の被害者でもなお生きているとき、日本政府が立法を通じて問題を解決すべきことを求めているので、韓国政府にも、より積極的な外交政策を講じるべきことを要求している。

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、これに基づき基本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する場合に限って認められる（憲裁2000年3月30日98헌마206〔判例集12-1, 393 [393]〕）。

上でいう「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」が意味するのは、第一に、憲法上明文で公権力主体の作為義務が規定されている場合、第二に、憲法の解釈上公権力主体の作為義務が浮かび上がる場合、第三に、公権力主体の作為義務が法令に具体的に規定されている場合等を包括しているものと解することができる（憲裁2004年10月28日2003헌마898〔判例集16-2下, 212 [219]〕）。

イ. 被請求人の作為義務

もし公権力の主体に上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ので、本件で被請求人に上のような作為義務が存在するかを見る。

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項に従い国内法と同じ効力を有する。ところで、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簡を接受した日から30日の期間内に各締約国政府が任命する1名の仲裁委員と、このように選定された2名の仲裁委員が合意する第三の仲裁委員又は当該期間内にこれら2名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3名の仲裁委員から構成される仲裁委員会に決定のため回付する。」とそれぞれ規定

している。

上記の紛争解決条項によると、本件協定の解釈に関してわが国と日本国間に紛争が発生した場合、政府は、これに従い、第1次的には外交上の経路を通じて、第2次的には仲裁により解決する旨定めているが、これが先に見た「公権力主体の作為義務が法令に具体的に規定されている場合」に該当するのを見る。

請求人らは、日帝により強制的に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」であり、日本軍に対してそれによる損害の賠償を請求したが、日本国は、本件協定により賠償請求権がすべて消滅したとし、請求人らに対する賠償を拒否しているのに対して、わが政府は、先にみたように、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はなく、なお存続するという立場であるので、結局、本件協定の解釈に関し日韓間に紛争が発生した状態である。

わが憲法第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的な人権を確認し、これを保障する義務を負う。」と規定しているが、このとき、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、かくして国家は人間尊厳性を実現しなければならない義務と課題を分かせらることを意味する。従って、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のみならず、「国家権力の課題」として国民の人間尊厳性が第三者に脅されたとき、これを保護すべき義務を負う。

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。」と規定しているところ、このような在外国民保護義務に関して、憲法裁判所は「憲法第2条第2項で規定し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ある間に受ける保護は、条約その他一般的に承認された国際法規及び当該居留国の法令により享受しうるすべての分野における正当な待遇を受けるように、居留国との関係で国家が行う外交的保護と、国外居住国民に対して政治的な考慮から特別に法律をもって定め与える法律・文化・教育その他諸般の領域における支援を意味するものである。」と判示して（憲裁1993年12月23日89헌마189〔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生じるものであることを認めたことがある。

他方、わが憲法は全文で「三・一運動により建立された大韓民国臨時政府の法

統」の継承を宣明しているが、たとえわが憲法が制定される前のことだとしても、国家が国民の安全と生命を保護しなければならない最も基本的な義務を遂行することができなかった日帝強占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んでいた被害者の毀損された人間の尊厳と価値を回復させるべき義務は、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担する最も基本的な保護義務に属するというべきである。

上のような憲法規定と本件協定第3条の文言に照らしてみると、被請求人がこの第3条により紛争解決の手續に進むべき義務は、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が賠償請求権を実現できるように協力し保護しなければならない憲法的要請によるものであって、その義務の履行がなければ、請求人らの基本権が重大に侵害される可能性があるため、被請求人の作為義務は、憲法に由来する作為義務であり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べきである。

さらに、とくにわが政府が直接日本軍慰安婦被害者の基本権を侵害する行為をしたのではないが、上記被害者の日本に対する賠償請求権の実現と人間としての尊厳と価値の回復を行うに際して、現在の障害状態が生じているのは、わが政府が請求権の内容を明確にしておらず、「すべての請求権」という包括的概念を使用し、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るとすれば、被請求人にその障害状態を除去する行為に進まねばならない作為義務があることは否定し難い。

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として、様々な外交上の方式のうち日本政府に対する金銭的賠償責任は問わない代わりに、わが政府が慰安婦被害者に対し経済的支援や保障をしてやる一方で、日本政府に対しては、より重要で根本的な問題である徹底した真相究明、公式的な謝罪と反省、正しい歴史教育の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やり方を採ったが、これは、わが政府に広く認められる外交的裁量権を正当に行使したものであり、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した。

しかし、本件で問題とされる公権力の不行使は、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か否かに関する解釈上の紛争を解決するため、本件協定第3条の紛争解決手続に進むべき義務の不履行を指すものであるから、日本に対する上の被害者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するという観点でみると、加害者である日本国が誤りを認め、法的責任を負うこととわが政府が慰安婦被害者に社会保障的次元の金銭を提供することは、全く異なる次元の問題であるから、わが政府が被害者に一部の生活支援等をしているとしても、上記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るとしても、わが政府は、1990年代より日本政府に対して金銭的な賠償責任は問わない方針を定め、日韓協定関連文書の全面公開が行われた後も、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ので、これと関連し、日本政府を相手に問題解決のための措置をとらないつもりだ」と関連団体に回答したことがあり、本件請求が提起された以後に提出した書面でも、本件協定の解釈と関連した紛争については、何らの措置も講じないつもりであるとの意思を繰り返し明らかにしたことがある。

他方、わが政府は、先に見たように、2005年8月26日「民間共同委員会」の決定を通じ日本軍慰安婦問題は、本件協定により解決されたものとみることができないと宣言したことがあるが、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みるのは困難であり、たとえ該当するとみても、このような紛争解決努力は持続的に推進されなければならないが、これ以上外交上の経路を通じて紛争を解決することができる方法がないのであれば、本件協定第2条に従い、仲裁回付手続に進まなければならないが、被請求人は2008年以後日本軍慰安婦問題を直接的に言及していないばかりか、これを解決するための別段の計画もないというのであるから、どうみたとしても、作為義務を履行したものであると言うことはできない。

エ. 小括

そうだとすると、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、請求人らの基本権を侵害した可能性がある。

従って、以下では、本案に進み、被請求人がこのような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権を侵害し違憲であるかどうかに関して

みることとする。

5. 本案に対する判断

ア. 本件協定関連の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、完全にそして最終的に解決されたということを確認する。」と規定している。これと関連し、合意議事録第2条(g)は、上の第2条第1項でいう「完全にそして最終的に解決されたものと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、日韓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権が含まれており、従って、同対日請求要綱に関しては、いかなる主張もすることが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項の解釈と関連し、先に見たように、日本国政府と司法部の立場は、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すべて包括的に本件協定に含まれ、本件協定の締結及びその履行により放棄され、あるいはその賠償が終了したというのであり、他方、わが政府は、2005年8月26日「民間共同委員会」の決定を通じ、日本軍慰安婦問題等のように、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みることができないので、日本政府の法的責任が認められるという立場を明らかにしたことがある。

(3) 被請求人は、本件憲法訴訟願審判過程でも、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のに対して、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なかったというのであって、これについては、両国の立場の違いがあり、これは本件協定第3条の「紛争」に該当するものと繰り返し確認した。

また、本件弁論後に提出した2009年6月19日付け参考書面でも、「わが政府がまず『外交上の経路』を通じて紛争を解決するものとするとともに、さまざまな外交上の方式のうち……方式を採ったのは、わが政府に広く認められる裁量権を

正当に行使したものであり、これはやはり、本件協定第3条第1項の『外交上の経路』を通じた紛争解決措置に当然に含まれる」とし、本件協定の解釈上の紛争が存在することを前提とした主張を展開した。

(4) 従って、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かどうかに関する日韓両国間に解釈の違いが存在し、それが上記協定第3条の「紛争」に該当することは、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しえない紛争は仲裁により解決するものと規定している。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るとともに、紛争解決の原則と手続を定めたものである。

かくして、被請求人は、上の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い外交的経路を通じ解決しなければならず、そのような解決の努力が消尽した場合、これを仲裁に回付しなければならないのが原則である。

従って、このような紛争解決手続に進まなかった被請求人の不作為が請求人らの基本権を侵害し違憲であるかどうかを検討することとする。

ウ. 被請求人の不作為の基本権侵害の有無

(1) 先例との区別

憲法裁判所は、本件協定第3条第2項により仲裁要請をしなかった不作為が違憲であると主張した事件（憲裁2000年3月30日98헌마206：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見ても、外交的問題の特性から見ても、協定の解釈及び実施に関する紛争を解決するために、外交上の経路を通じるべきであるか、仲裁に回付すべきであるかに関するわが国政府の裁量範囲は、相当広いものであるとみる他無く、従って、本件協定当事者である両国間の外交的協商が長期間効果をみないでいるとして、在日韓国人被徴用負傷者及びその遺族である請求人との関係において、政府が必ず仲裁に回付しなければならない義務を負うことになる」と解するのは難しく、同様に、請求人に仲裁回付をしたとしても、わが国政府に請求しうる権利が生じるとみるのも難しく、国家の在外国民保護（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)によるとしても、依然として、本件協定の解釈及び実施に関する日韓両国間の紛争を仲裁という特定手段に回付して解決しなければならない政府の具体的な作為義務と請求人のこれを請求しうる権利は認められない。」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1項で優先的に外交上の通路を通じた問題解決を模索するとしているにもかかわらず、これを置いて、第3条第2項の「仲裁回付方式による紛争解決」を図るべき被請求人の義務をただちに認めることができるかが問題となった。

しかし、本件における争点は、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進まなければならない義務を負うかという点であり、とくに第3条第1項では、特定の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ので、本件協定の解釈に関する日韓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て解決を模索し、外交上の経路を通じて解決しえない場合、仲裁回付に進まなければならない憲法的作為義務があるのかどうかである。

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の多様な方法のうち「特定の方法を採用すべき作為義務」があるかどうかではなく、「本件協定の解釈に関する紛争を解決するために、上記協定の規定による外交行為等をすべき作為義務」があるかどうかであるから、上の先例の事案とは区別されると解すべきである。

(2) 被請求人の裁量

外交行為は、価値と法律を共有する一つの国家内に存在する国家と国民との関係を超え、価値と法律を互いに異にする国際環境において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、国内外の情勢、国際法と普遍的に通用する慣行等を勘案し政策決定を行うに際して、広い裁量が認められる領域であることは否定できない。

しかし、憲法上の基本権は、すべての国家権力を羈束するので、行政権力もやはりこのような基本権保護義務に従い、基本権が実効的に保障されるように行使されなければならない。外交行為という領域も、司法審査の対象から完全に排除されるものとみることはできない。特定の国民の基本権が関連する外交行為において、先にみたように、法令に規定された具体的な作為義務の不履行が憲法上の基

本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、侵害される基本権の重大性、基本権侵害の危険の切迫性、基本権の救済可能性、真に国益に反するの否か等を総合的に考慮し、国家機関の基本権羈束性に適当な範囲内に制限されざるをえない。

(3) 不作為による基本権侵害の有無

(ア) 侵害される基本権の重大性

日本国により広範囲に行われた反人道的犯罪行為につき、日本軍慰安婦被害者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のみならず、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有するのであるから、その賠償請求権の実現を遮るものは、憲法上財産権問題に限られず、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（憲裁2008年7月31日2004헌마81〔判例集20-2上, 91 [100-101]〕参照）。

(イ) 基本権侵害救済の切迫性

1991年頃から最近まで日本軍慰安婦被害者が日本の法廷で進めてきた3回の訴訟は、日本軍慰安婦被害者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、日本の法廷を通じ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や救済措置を期待するのは、事実上不可能となった。日本により軍隊性奴隷として駆り出された第二次世界大戦が終結してから60余年を遥かに超え、被害者が日本を相手に訴訟を始めてからも20年余りの歳月が流れた。

一方、2006年3月13日を基準に、「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、15名であったが、本件審判請求の審判中にも相次いで死亡し、2011年3月現在、政府に登録された日本軍慰安婦被害生存者は、75名にすぎず、本件請求人はもともと109名であったが、その間に45名が死亡し、64名のみが生きている。さらに、現在生存している日本軍慰安婦被害者もすべて高齢であり、これ以上時間を遅滞する場合、日本軍慰安婦被害者の賠償請求権を実現することによって、歴史的正義を正し、侵害された人間の尊厳と価値を回復するのは永遠に不可能となりうる。

(ウ) 基本権の救済可能性

被請求人は、仲裁回付手続に進んだ場合の結果の不確実性等を考慮し、わが政府が日本軍慰安婦被害者に対して経済的支援や補償を与える代わりに、日本に金銭的な賠償責任を問わないものとしたのでであると主張した。

侵害される基本権が重大であり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であるとすれば、被請求人の作為義務を認め難いというのである。しかし、救済が完璧に補償される場合に限って、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というべきであり、この際、被害者の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生じる危険性も進んで甘受しようとするれば、被請求人としては、被害者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条にも、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、とくに外交的保護の行使可能性を適切に考慮しなければならないと、可能なすべての場合において、外交的保護への訴えや請求される賠償に関する被害者の見解を考慮しなければならない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、被請求人の作為義務の履行を求めているので、被害者である請求人らの意思は、明確であるというべきであり、先に見た本件協定の締結経緯及びその前後の状況、女性に対する類例なき人権侵害に驚愕するとともに、日本に対して公式的な謝罪認定と謝罪、賠償を求めている一連の国内外の動きを総合的にみると、被請求人が本件協定第3条により紛争解決手続に進んだ場合、日本国による賠償が行われる可能性を予め排除してはならない。

(エ) 真に重要な国益に反しているのか

被請求人は、本件協定第3条による紛争解決措置を採り、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の不便を招きうるという理由を挙げて、請求人が主張する具体的な作為義務を履行し難いと主張する。しかし、国際情勢に対する理解を基にした戦略的選択が要求される外交行為の特性を考慮するとしても、「消耗的な法的論争への発展可能性」又は「外交関係の不便」という非常に不明確で抽象的な事由を挙げ、それが基本権侵害の重大な危険に直面した請求人らに対する救済を無視する妥当な事由となるあるいは真

摯に考慮されるべき国益であると見るのは難しい。

むしろ、過去の歴史的事実認識の共有に向かう努力を通じ、日本政府をして、被害者に対する法的責任を負わせ、それにより日韓両国及び両国民の相互理解と相互信頼が深められ、これを歴史的教訓にして、二度とこのような悲劇的狀況が生じないようにするのが真の日韓関係の未来を確実にする方向であるとともに、真に重要な国益に合致することであるというべきである。

(オ) 小括

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権を侵害しているといえることができる。

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条により紛争解決の進めべき義務は、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えることができ、請求人らの人間としての尊厳と価値及び財産権等の基本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、被請求人にこのような作為義務を履行しなかった裁量があるといえることはできず、被請求人が現在まで本件協定第3条により紛争解決手続を履行すべき作為義務を履行したと見ることはできない。

6. 結論

そうだとすると、本件審判請求は理由があるので、これを認容することとし、下記7のような裁判官チョ・デヒョンの認容補充違憲、下記8のような裁判官イ・ガングク、裁判官ミン・ヒョンギ、裁判官イ・ドンフプの反対意見を除き、残りの関与裁判官全員的一致した意見として、主文のとおり決定する。

7. 裁判官チョ・デ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であって、日本軍に対して損害賠償請求権を有するが、日韓請求権協定により、そのような損害賠償請求権を行使するの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。

国家が日本軍慰安婦が日本軍に対して有する損害賠償請求権を確認し、基本権として保障しなければならない（憲法第10条後段）。ところで、大韓民国政府は、1965年6月22日、日韓請求権協定を締結し、日本国から3億ドルを無償で受け、両国及びその国民間の請求権に関する問題が完全に最終的に解決されたものであると確認し、そのような請求権に関し、いかなる主張もすることができないものとする旨約定した。

そして、日本国裁判所は、このような日韓請求権協定により請求人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いと判断している。

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のであるかどうかについては、見解が分かれている。もし日韓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るとすれば、請求人らの財産権を保障すべき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責めを負う。そして、日韓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、請求人らは、日本国に対する損害賠償請求権を行使するのが日韓請求権協定により阻止されている。そのため、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日韓請求権協定により妨害される違憲的な状態を解消させるため、日韓請求権協定第3条により日本国を相手に外交的協商あるいは仲裁手続を押し進め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日韓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、請求人らの基本権を侵害するものであると解することもできるが、日本国の植民統治により大韓民国国民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に大韓民国政府が日本から3億ドルを受けて、国民の日本国に対する請求権に代わり賠償しようとするものだと理解すると、そのような条約が憲法第37条第2項に違反すると断定するのも難しい。ただし、そのように善解しても、大韓民国政府は、日韓請求権協定を締結し、日本国から無償資金3億ドルを受け、国民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ことにより、日本国に対して損害賠償請求権を行使しえないようになった国民に対して、その損害を補償すべき義務を負うと解さざるをえない。

大韓民国は、日本国から無償資金3億ドルを受けた翌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、被徴用死亡者のみ補償するだけで、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、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援してきたが、請求人らの日本軍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補償したと見るのは困難である。

従って、大韓民国は、日韓請求権協定第3条により日本軍を相手に外交的協商や仲裁手続を押し進め日韓請求権協定の違憲性を除去する義務があるばかりでなく、日韓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べき責任を負うと宣言しなければならない。

そして、日本国を相手にした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の行使の障害が解消される可能性は希薄であり、請求人に無駄な望みとそれがもたらす挫折と絶望の苦痛のみを持たせるおそれが大きいため、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べき義務があることをより強調する必要がある。しかも、請求人らがすべて高齢であるため、請求人に対する国家の補償措置は、至急実施される必要がある。

8. 裁判官イ・ガングク, 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、多数違憲と異なり、わが憲法上の明文規定や何らかの憲法的法理によるとしても、「請求人に対して被申請人が本件協定第3条で定めた紛争解決手続に進まなければならない作為義務」があるということができず、請求人らの本件憲法訴願は不適法であると解するので、以下のとおり、反対意見を展開する。

ア. 憲法裁判所法第68条第1項によると、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のであるが、その公権力の不行使によって基本権の侵害を受けた者が上の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、これにより基本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する場合に限って認められる（憲裁1991年9月16日89헌마163〔判例集3, 505 [513]〕；2000年3月30日98헌마206〔判例集12-1, 393 [401]〕等参照）。

また、ここでいう「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」が意味するところが、憲法上明文で作為義務を規定しており、あるいは憲法の解釈上作為義務が浮かびあがり、又は法令に具体的に作為義務が規定している3つの場合を包括していることもやはりわが裁判所の確立した判例である（憲裁2004年10月28日2003898〔判例集16-2下，212〔219〕〕参照）。

ところで、ここで憂慮しなければならないのは、憲法の明文規定上、憲法解釈上、法令上生じる公権力主体の具体的な作為義務は「基本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点である。そうであってはじめて、「これにより基本権の主体が行政行為ないし公権力の行使を請求しうるにもかかわらず、公権力の主体がその義務を懈怠し憲法上保障される基本権の侵害を受けた者」として、その侵害の原因となる行政権力の不作為を対象に憲法阻害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「三・一運動により建立された大韓民国臨時政府の法統を継承」という部分、本件協定第3条の文言を総合し、本件被請求人の作為義務が「憲法に由来する作為義務であって、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条により紛争解決の進捗に遅延をきたす義務」と見たが、果たしてこのような解釈が妥当なものであるか、以下で具体的にみる。

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」が生じうることはない。

国家と国民の権利義務関係を規定する憲法の条項の中には、具体的かつ明確な意味で、国民の基本権その他の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されており、憲法解釈や具体的な法令等が媒介されてはじめて、国家と国民間に羈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、これを保障すべき義務」を規定した憲法第10条、「法律が定めるところにより、在外国民を保護すべき義務」を規定した憲法第2条は、後者の場合に該当するのであり、国家が国民に対し基本権保障及び保護義務を負うという国家の一般的・抽象的義務を規定したにすぎず、その条項自体から国民のための何らかの具体的な行為をしなければならない国家の作為義務が生じるのではない。「三・一運動により建立された大韓民国臨時政府の法統を継承」

したという憲法前文の文言もまた同じである。たとえ憲法前文が国家的課題と国家的秩序向上に関する指導理念・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となる規範的効力を有してはいるが、それ自体から国家の国民に対する具体的な作為義務が生じることはない。

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な作為義務やそのような作為義務を請求することができる国民の権利が生じないということは、わが裁判所の確立した判例でもある（憲法第10条、第2条第2項に関しては、憲裁2000年3月30日98헌마206〔判例集12-1, 393 [402-403]〕；1998年5月28日97헌마282〔判例集10-1, 705 [710]〕、憲法前文に関しては、憲裁2005年6月30日2004헌마859〔判例集17-1, 1016 [1020-1021]〕参照）。

従って、いくら本件請求人らの基本権侵害状態が重大かつ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は、請求人らに対して国家が何らかの行為をしなければならぬ具体的な作為義務を生じさせることはできず、結局、「具体的な作為義務が規定されている法令」が存在する場合に限って、これを媒介として国家の請求人らに対する具体的な作為義務を認めることができるのである。

ウ、そうだとすると、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でいう「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」が生じるのかに関してみる。

(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な作為義務」とは、「国家が国民に対して特定の作為義務を負う」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基づき「基本権の主体が行政行為ないし公権力の行使を請求しうるにもかかわらず、公権力の主体がその義務を懈怠する場合」に限って認められるので（憲裁2000年3月30日98헌마206〔判例集12-1, 393〕）、法令に規定される具体的な作為義務は、「基本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ことができ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、国家が上のような具体的な作為義務を履行しないことにより基本権を侵害されたと主張する憲法訴願において、基本権侵害可能性ないし因果関係を認めるためにも、

当然に要求される前提であるというべきである。

基本的に国家が制定する法律や国民に対して羈束力を有する行政法規に具体的な権利を国民に付与する内容があるのであれば、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、わが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は、ほとんどすべてが国内法令に国家の請求人に対する具体的な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が争点である事件であり、当該法令に問題となる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ているか、あるいは裁量行為と規定されているが公権力不行使の結果請求人に対する侵害の程度が著しく大きい等の事由で羈束行為と解釈されねばならない場合には、具体的作為義務が認められ（前者に関しては、憲裁1998年7月16日96헌마246〔判例集10-2, 283〕；2004年5月27日2003헌마851〔判例集16-1, 699〕、後者に関しては、憲裁1995年7月21日94헌마136〔判例集7-2, 169〕参照）。反対に、純粋な行政庁の裁量行為と規定されている場合には、請求人に対する具体的な作為義務が認められないと判示したこともある（憲裁2005年6月30日2004헌마859〔判例集17-1〕）。

しかし、本件協定のような条約その他の外交文書で、締約国が互にこういうふうな方式で紛争を解決しようと内容と手続が規定されているとすれば、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べきであるという前提で作ら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しうるにすぎない。従って、「条約に基づき自国が相手方国家に対して採りうる条約上の権利義務を履行せよ」と自国政府に要求することができるためには、「そのような要求をすることができる権利を自国民に付与する内容」の具体的文言が当該条約に記載されなければならないであろう。条約にそのような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と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採るべきことを自国政府に要求する権利は発生しないと解さなければならない。

本件協定は、両国間又は一国の政府と他国民間、両国民相互間の「財産、権利、利益、請求権」に関する問題を対象としたが（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に対する日本国の賠償責任問題は、上の協定の対象に含まれるのかどうか明らかでない程に、一般的で抽象的な文言で記載しており、その結果、実際に両国間の立場の違いにより請求人らの権利問題に関

して本件協定の解釈及び実施に関し、「紛争」が発生した状態であると解することができる。しかし、さらに本件協定で関連国国民に本件協定第3条の紛争解決手続に進むことを要求しうる権利を付与していない以上、請求人らの基本権が関連しているという理由では、上の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が認められえないというべきである。

従って、本件協定内容に基づき多数意見が認めたような国家の具体的作為義務を浮かび上がらせることはできない。本件協定第3条の紛争解決手続に進めると自国政府に対して要求しうる権利を当該国の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。そうだとすると、憲法第10条、第2条第2項、憲法前文により、上のような具体的な作為義務が直接認められえないので、結局、本件協定と上記憲法規定を総合したとしても、本件請求人らに対する国家の具体的作為義務は生じえない。

(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、多数意見がいう「本件協定の解釈に関する紛争を解決するため第3条の規定による外交行為をすべき作為義務」というのが「具体的な」行為をしなければならない「義務」であるとみることもできない。

(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簡を接受した日から30日の期間内に各締約国政府が任命する1名の仲裁委員と、このように選定された2名の仲裁委員が合意する第三の仲裁委員又は当該期間内にこれら2名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3名の仲裁委員から構成される仲裁委員会に決定のため回付する。」(第2項)と規定している。いずれの条項にも、紛争があれば「必ず」外交的解決手続に進まなければならない、あるいは外交的解決が膠着状態に陥った場合「必ず」仲裁手続を申請しなければならないという「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」という文言は、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回付する」というのは、やはり「仲裁を要請する公簡が接受されたら」回付されるということであり、いずれの文言にも、仲裁を要請しなければならないという「義務的」要素が入っていると解釈しうるほ

どの根拠は発見しえない。結局、第3条第1項、第2項のどこにも外交上の解決手続に進まなければならない「義務」、外交上の解決が駄目であれば仲裁手続に進まないといけない「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疑問点については、何ら言及もなく、侵害される請求人らの基本権の重大性、基本権侵害の救済の切迫性のみに基づいて「被請求人にこのような作為義務を履行しなかった裁量があるということができず」と判示しているが、国家間の条約に記載された義務性すらない文言を、それにより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のは、あまりに論理の飛躍があるというほかない。

むしろ本件協定第3条に記載された紛争解決手続に進む行為は、規定の解釈と内容から見ると、両契約国の「裁量行為」だと解するのが妥当であるというべきである。本件協定第3条を下に在日韓国人被徴用負傷者の日本国に対する補償請求権に関する争いを仲裁に回付しなければならない具体的な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において、わが裁判所はここでもやはりこれを裁量行為であると解釈したことがあり、その内容は以下のとおりである。

「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することが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従い解決する旨規定しているが、『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べきであるか、それとも仲裁に回付すべきである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ほかになく』、よって、本件協定当事者である両国間の外交的協商が長期間効果を見ないでいるとして、在日韓国人被徴用負傷者及びその遺族である請求人らとの関係において、政府が必ず仲裁に回付しなければならない義務を負うことになると解するのは困難であり、同じ理由で、請求人らに、仲裁回付をするようわが国政府に請求しうる権利が生じると見るもの困難である」（憲裁2000年3月30日98헌마206〔判例集12-1, 393[402]〕）。

多数意見は、上の事例は第3条第1項の「外交的解決義務」を問題にせずに、

第2項の「仲裁回付義務」を履行しなかったことを根拠に、憲法訴願を提起したものであるのに対して、「第3条全体に基づいた紛争解決手続の履行義務」を問題としている本件では、結論を異にしようという前提で、上の事例と本件は区別されるとした。しかし、これは、上の事例の趣旨を誤解したものである。上の事例で具体的な作為義務を認めなかった主たる根拠は、上でみたように、本件協定第3条に基づく「外交的解決」や「仲裁手続回付」すべてが「義務事項」ではなく、わが国の外交的「裁量事項」であるという点にあったと見るのが妥当であるというべきである。

(イ) さらに、本件協定第3条が規定している「外交的解決」、「仲裁手続回付」に何らかの義務性があるとみても、それが「具体的な」作為を内容とするものであるとみるのは困難である。

「外交上の経路を通じて解決すべき義務」とは、国家の基本権保障義務、在外国民保護義務、伝統文化の継承・発展と民族文化の暢達に努力すべき国家の義務、身体障害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じように、国家の一般的・抽象的義務の水準にすぎないのである。このような国家の一般的・抽象的義務とは、それ自身が「具体的な」作為義務でないので、たとえ憲法に明示的な文言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」作為義務に変わることはない。国民と酷寒の規範的關係を規律する根本規範である「憲法」に明示しているとしても、これを根拠に国家に対してその義務の履行を求めることはできず、いわんや憲法より下位規範である「条約」に明示されているにすぎないにもかかわらず、これを根拠に、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ができる「具体的な」作為債務に形を変えると解釈することはできないのである。

また、「外交的解決をすべき義務」とは、その履行の主体や方式、履行の程度、履行の完結の有無を判断しよう客観的判断基準を設けるのも困難で、その義務を履行しなかったかどうかの事実確定が困難な公道の政治行為領域に該当するので、憲法裁判所の司法審査の対象となりはするが、権力分立原則上、司法自制が要求される分野である。本件協定のみ見ても、国内の慰安婦被害者問題の深刻さとこれに反して日韓交流や協力を持続しなければならない日韓間の微妙な外交関係に照らしてみると、ある程度外交的努力を尽くしてはじめて履行したということが

できるのか、本件協定が締結されてから現在まで40余年が過ぎたが、当初は外交的解決努力をしたが、現在努力をしていないとか、請求人らが満足しうる努力をしていないとして、外交的解決義務を履行しなかったものとなるのか、第2項の仲裁手続回付義務はそうであればいつ頃発生したとみなしなければならないのか等、その履行の有無を判断する何らかの明確な基準を発見することができない。果たして、このような実質を有する「外交上の義務」を国民が国家に対してその履行を要求しうる「具体的な」作為義務だと言えようかということである。そして、履行内容が具体的であるかどうかは不問にして、条約に記載されているという理由のみで憲法裁判所が政府に漠然と「外交的努力をせよ」と義務を強制的に付加するのは、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おそれもあるという点で、さらに問題とならざるをえない。

工. 小括

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条に基づいて、本件請求人に対して、国家が本件協定第3条に定めた紛争解決手続に進まなければならない具体的案作為義務が発生したと解することはできないので、被請求人が上記紛争解決手続に進まないでいる不作為により、請求人らの基本権が侵害されたと主張する本件憲法訴訟願審判請求は、不適法であり、却下しなければならないというべきである。

日本により強制的に慰安婦として動員された後、人間としての生を根こそぎ剥奪され、その加害者たる日本国から人間的な謝罪すら得られないでいる本件請求人の切迫した心情を思うと、大韓民国国民として誰もが共感せざるをえず、どうにかわが政府が国家的努力を尽くしてくれたらというのが、われわれすべての切実な望みである。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わねばならないのであるから、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逸脱することはできないのである。本件請求人らがおかれている基本権救済の重要性、切迫性を解決しうる法的手段を憲法や法令、その他憲法的法理によっても、判決することができないのであれば、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わざるをえず、憲法と法律、憲法解釈の限界を超えてまで、憲法裁判所が被請求人にその問題解決を強制することはで

きないのである。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な限界なのである。

2011年8月30日

裁判長 裁判官 イ・カングク
裁判官 チョ・デヒョン（退任により署名捺印不能）
裁判官 キム・ジョンデ
裁判官 ミン・ヒョンギ
裁判官 イ・ドンフブ
裁判官 モク・ヨンジュン
裁判官 ソン・ドゥファン
裁判官 バク・ハンチョル