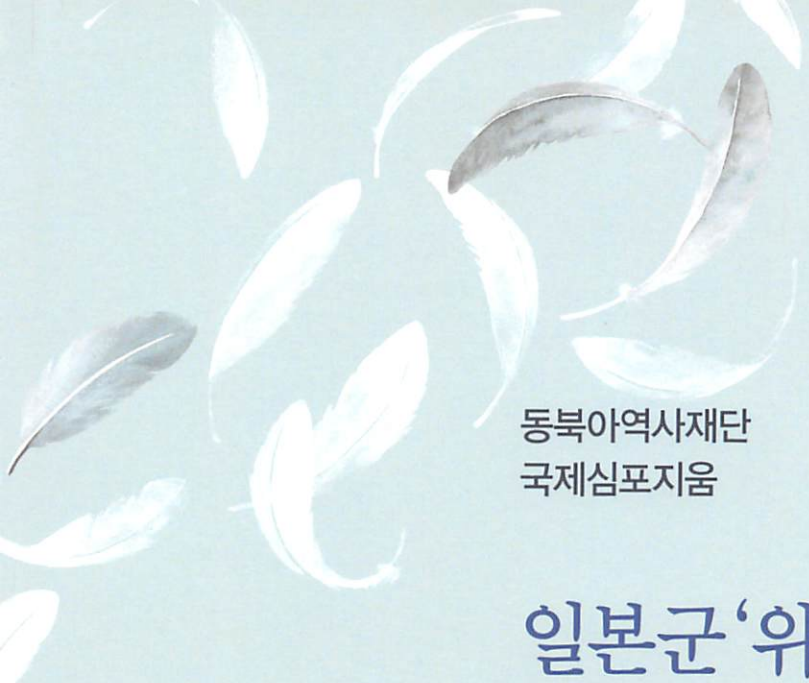




동북아역사재단
국제심포지움

일본군 '위안부' 문제와 역사정의의 과제

2018. 12. 14. 금요일 10:00-18:00

동북아역사재단 대회의실



동북아역사재단 일본군 '위안부' 연구센터
NORTHEAST ASIAN HISTORY FOUNDATION

국제사법재판소(ICJ) 주권면제 판결과 한국의 '위안부' 소송

야마모토 세이타 (변호사)

국제사법재판소(ICJ) 주권면제 판결과 한국의 ‘위안부’ 소송

| 야마모토 세이타 (변호사)

I. 서언

오늘 10월 30일의 한국 대법원 판결에서 강제징용 피해자의 승소 판결이 확정되었다. 일본 판결의 기판력(res judicata), 소멸 시효, 구 일본제철과 현재의 신일철주금의 동일성, 한일청구권협정에 따른 권리 포기 유무 등, 모든 쟁점에서 원고들의 주장이 인정되었다. 하지만 일본군 ‘위안부’ 피해자가 일본국을 상대로 2016년에 제기한 2건의 소송에서는 피고가 민간 기업이 아닌 국가라는 점에 기인하는 주권면제라는 또 다른 극히 곤란한 쟁점이 존재한다.

이 문제에 관해서는 선례인 2012년 2월 3일의 ICJ판결¹⁾이 존재한다. 이탈리아의 국내 법원이 강제노동피해자와 학살피해자 유족이 독일을 상대로 낸 소송 절차를 수행해 원

1 <http://www.icj-cij.org/en/case/143> 에 판결을 포함하는 소송 자료의 프랑스어·영어 원문이, <http://justice.skr.jp/> 에는 판결(다수의견, 반대의견, 개별의견)의 일본어·한국어 초벌 번역이 게재되어 있다.

고들에게 승소를 안겨주자, 독일은 이탈리아 법원의 행위는 주권면제의 국제법에 위반하는 행위라며 국제사법재판소(ICJ)에 제소했고, ICJ 판결은 독일의 주장을 인정했다.

이 판결은 해당 사건에 관한 한정적 판단이나, 이 판결로 전쟁 피해자가 자국의 법원에 가해국을 피고로 소송을 제기하는 것이 완전히 불가능해졌다거나 국가 간의 일괄지급 협정에 따라 피해자의 개인청구권이 소멸된다는 것을 인정했다는 등의 그릇된 이해가 퍼져 위 대법원 판결의 반대 의견에서도 잘못된 취지로 인용되고 있다.

그에 이 ICJ판결의 취지와 범위를 밝히고 한국의 일본군 '위안부' 소송에서 주권면제가 부정될 가능성에 대해 검토하겠다.

II. 주권면제란

주권면제란 주권 국가는 다른 나라의 재판권에 따르는 것이 면제된다는 국제관습법의 규칙이다. 과거에는 주권 평등의 원칙에서 도출되는 절대적 규칙으로 여겨졌으나(절대면제주의), 국가에 의한 상업 행위가 발달하면서 주권면제를 널리 인정했을 때의 폐해가 인식되어 현재는 국가에 의한 주권 행위에는 주권면제가 적용되나, 업무관리행위에는 적용되지 않는다고 풀이되고 있다(제한면제주의, 대법원 1998.12.17판결, 최고재판소 2006.7.12판결). 그런데 전쟁 행위는 전형적인 주권 행위로 이해되어 온 탓에 전후 보상 재판에서 주권면제는 넘기 어려운 벽으로 인식되어 피해자가 자국의 법원에 가해국을 피고로 소송을 제기하는 일은 거의 없었다.²⁾

주권면제의 범위를 정한 조약으로는 1972년의 유럽국가면제협약(European Convention on State Immunity), 2004년의 유엔국가면제협약이 있는데, 전자는 가맹국이 8개국에 지나지 않고, 후자는 미발효 상태다. 또 일본을 포함한 10개 나라에는 주권면제의 범위를 정하는 국내법이 존재한다. 한국에는 이와 같은 국내법이 없어 주권면제를 인정할지 여부는 국제관습법에 따라 결정되고 있다.

2 예를 들어 원폭 피해자와 시베리아 억류 피해자는 미국과 소련이 아닌 조약에 따라 배상청구권을 포기했다고 해 일본국에 보상을 청구했다. 또한 일본의 재판소에서 일본과 기업(신일철, 미쓰비시)에 배상을 청구해 온 한국인 강제 징용 피해자들은 한국의 법원에 제소할 때는 피고를 기업으로 한정했다.

Ⅲ. ICJ주권면제사건에 이른 경위

독일은 일본과 달리 전후 보상에 성실하게 대응했다고 알려져 있는데 이는 유대인 학살로 대표되는 인종, 종교, 세계관, 정치적 반대를 이유로 '나치의 불법'이 자행한 박해 피해에 대한 것이며, 무력분쟁 시 민간인 학살이나 강제노역 등 일반 전쟁행위로 인한 피해는 1953년의 런던채무협정에 따라 평화조약이 체결되어 배상이 최종적으로 해결될 때까지 해결이 유예된다고 하여 방치되었다. 1990년의 동서독 통일로 유예 기간이 종료했다고 인정하는 재판례도 등장하면서, 각국 피해자에 의한 배상 청구에 불이 붙으며, 그 결과 미국의 법원에서 진행된 독일기업에 대한 집단 소송을 계기로 2000년에는 '기억, 책임 그리고 미래'기금이 발족했다. 하지만 이 기금도 전쟁 포로를 대상에서 제외하는 등, 많은 피해자가 보상에서 배제되었다.³⁾ 그 피해자들은 독일의 법원에 제소하지만 패소하며 자국의 법원에 독일을 피고로 제소하는 피해자 활동을 시작했다.⁴⁾ 대부분의 소송은 주권면제를 이유로 각하되었으나 아래와 같이 그리스와 이탈리아에서는 원고들의 청구가 받아들여졌다.

그리스에서는 독일 점령 하인 1944년에 독일군이 민간인 214명을 학살한 디스토모 대학살(Distomo massacre) 사건의⁵⁾ 피해자 유족이 1995년에 독일을 제소한 소송에서 일심 법원은 주권면제를 부정한다. 그 후 소송 절차를 진행해 1997년 9월 25일에 원고들의 청구가 용인되었다. 2000년 5월 4일, 그리스 최고법원은 법정지 국가 영역 안에서 일어난 불법 행위에는 주권면제를 적용할 필요가 없다는 불법행위예외(tort exception)를 국제관습법으로 인정하고, 본건과 같은 살육 행위는 무력분쟁의 범주에는 포함되지 않으며, 강행규범을 위반한 독일은 주권면제를 묵시적으로 포기했다며 주권면제를 이유로 하는 독일의 상고를 기각했다.⁶⁾

3 이하 독일의 보상제도 및 독일의 소송 경위에 대해서는 山田敏之「ドイツの補償制度」国立国会図書館 外国の立法 34 卷 3-4 号 (1996); 葛谷彰「ナチス時代の強制労働者補償問題」愛知教育大学地域社会システム講座社会科学論集 (49)(2011); 山手治之「ドイツ占領軍の違法行為に対するギリシャ国民の損害賠償請求訴訟(1)」京都学園法学 2005 年第 2-3 号; 同(2)京都学園法学 2006 年第 3 号

4 ICJ 판결의 사실인정에 따르면, 벨기에, 슬로베니아, 폴란드, 이탈리아, 프랑스, 세르비아, 브라질 각국의 법원에 이러한 소송이 제기되었다. (ICJ 다수의견 73, 74 쪽).

5 ICJ 칸사두 트리니다지 반대의견 185 ~ 186 쪽

6 앞의 논문 山手(1)

이탈리아에서는 강제노동피해자인 펠리니 씨가 1998년에 독일에 배상을 요구하며 제소한 소송에서 하급심은 주권면제에 따라 청구를 각하했으나, 2004년 3월 11일, 이탈리아 파웨원(대법원)은 국제 범죄에는 주권면제가 적용되지 않는다고 원심판결을 파기하고 일심으로 돌려보냈다.⁷⁾ 펠리니사건환송판결을 안 다수의 피해자는 같은 종류의 소송을 이탈리아 국내법원에 제기했고 그 중 수 건은 파웨원에서 원고의 패소가 확정되었다.⁸⁾

그리고 그리스에서 패소한 디스토모 대학살 사건의 원고들은 2005년에 이탈리아에서의 집행 승인을 청구하며 제소해,⁹⁾ 2007년에 피렌체항소법원은 이를 인정하고 원고들은 독일이 이탈리아 국내에 소유한 문화시설인 빌라 비고니(Villa Vigoni)에 재판상의 저당권을 설정했다.¹⁰⁾

이로써 이탈리아의 소송 절차로 궁지로 몰린 독일은 2008년 12월 23일, 이탈리아 법원에 의한 일련의 주권면제 부정은 독일에 주권면제를 부여하는 국제관습법상의 위무를 위반한다며 이탈리아의 국제법 위반 확인, 독일의 주권면제를 침해하는 결정을 무효로 하는 조치, 장래 동종 사건에서 주권면제를 부정하지 않는 보증 조치를 요구하며 ICJ에 제소했다. 이탈리아는 유럽인권보호조약에 의거한 ICJ의 관할권을 인정하고 응소하며 그리스는 비당사자로서 소송에 참가한다.

IV. ICJ재판의 쟁점

독일의 청구에 이탈리아는 주로 다음의 두 항변을 주장했고 이것은 본건의 주요 쟁점이 되었다.

7 그 후 일심은 시효로 인해 다시 청구를 기각했으나, 항소심에서 원고의 청구가 인정되어 파웨원에서 확정되었다.

8 이탈리아 군인 수용자 사건, 치비텔라마를 민간인 학살사건 유족의 부대 사소에 의한 배상청구사건 등 (ICJ 다수의견 27~29 쪽)

9 디스토모 대학살 사건 원고들은 법무장관의 부동의 탓에 그리스 국내에서의 집행을 저지당하자, 독일에서의 집행과 유럽인권재판소에 대한 제소를 시도했으나 성공하지 못했다.

10 ICJ 다수의견 30 쪽 이하, 앞의 논문 山手(1)

1. 불법행위에외

불법행위에외는 주로 외교관에 의한 교통사고 등을 처리할 필요성에서 생겨난 주권면제의 예외이다. 법정지 국가의 영역 안에서 이루어진 불법행위로 인해 발생한 신체 상해 및 재물 파손에 대한 금전배상 청구소송에서는 주권면제를 인정하지 않는다는 취지의 국내 판례가 1960년대부터 축적되어 주권면제의 범위를 정하는 국내법을 가진 10개 나라 중 일본의 대외국민사재판권법 제10조를 포함한 9개 나라의 법률과 유럽국가면제협약 제11조 그리고 유엔국가면제협약 제12조에도 동일한 규정이 채용되었다.

이탈리아는 이 규칙은 이미 국제관습법이며 이탈리아 영내에서 벌어진 독일군의 행위에 대해 이탈리아 법원이 독일에 주권면제를 적용할 의무는 없다고 주장했다. 이에 대해 독일은 불법행위에외는 아직 국제관습법이라 말할 수 없으며 설사 국제관습법이라 해도 군대의 행위에는 주권면제를 적용한다는(예외의 예외로서) 국제관습법이 존재한다고 반론했다. (쟁점①)

2. 재판을 받을 권리

이탈리아는 본건은 독일의 불법행위가 국제인도법에 대한 중대한 위반이라는 점, 위반한 규범이 강행규범(jus cogens)이라는 점 그리고 국내 법원이 피해자가 이용할 수 있는 마지막 수단이라는 점을 들어, 주권면제는 적용되지 않는다고 주장했다. 이탈리아가 주장하는 세 요소를 잇는 고리는 재판을 받을 권리이다. 이탈리아는 유엔헌장, 유럽인권보호조약, 이탈리아 헌법에 따라 영역 내에서 재판을 받을 권리를 보장할 의무를 진다. 특히 피해가 강행규범을 위반하는 중대한 인권 침해이며, 피해자가 이용할 수 있는 여타 구제 수단이 없는 때에는 재판을 받을 권리를 보장하기 위해 주권면제의 적용을 배제해야 한다는 것이 이탈리아의 주장이다.¹¹⁾ 독일은 이에 대해 그러한 국제관습법은 성립될 수 없다고 주장했다. (쟁점②)

11 ICJ 유스프 반대의견 7~9 쪽

V. 판결(다수의견)의 판단과 이탈리아의 대응

1. 독일의 청구를 인정한 다수의견

2012년 2월 3일, ICJ는 오와다 히사시(小和田恒) 소장을 비롯한 12명의 재판관에 의한 다수의견에서 장래의 보증을 제외한 독일의 청구 대부분을 용인했다. 쟁점①에 대해서는 불법행위예외가 국제관습법인지 여부는 판단할 수 없으며, 각국의 국가 실행(국내 판례나 국내법)의 문언 등에서 볼 때 적어도 무력분쟁 수행 과정에서 이루어지는 군대의 행위에는 주권면제를 적용한다는 국제관습법이 존재한다고 한다. 쟁점②에 대해서는 3가지 요소를 분리해 각각에 대해 국가실행(국가에 의한 행위) 등의 조사를 근거로 이탈리아의 주장에 따른 국제관습법의 존재를 부정했다.

덧붙여 이탈리아 출신의 가야 임시재판관(ad hoc judge)은 쟁점①에 대해, 그리고 소말리아 출신의 유스프(Abdulqawi Ahmed Yusuf) 재판관과 브라질 출신의 칸사두 트리니다지(Antônio Augusto Cançado Trindade) 재판관은 주로 쟁점②에 대해 반대 의견을 제시했다.

다수의견은 학설에 거의 배려하지 않고 각국의 국가실행을 조사해 상대 다수에 의해 국제관습법을 설정하는 방법을 채용했다. 이 방법에 따르면 발전 단계의 국제관습법에 대해서는 상시 부정적(보수적)인 결론에 도달하게 된다. 또한 유스프 재판관도 반대의견에서 지적하고 있듯이, 국가실행의 조사 자체가 체리피킹(결론을 위해 유리한 사례만을 추출)이라는 비판도 제기되었다.

더 나아가 무력분쟁의 수행 과정에서 이루어진 군대의 행위에 대해서는 주권면제를 적용한다는 국제관습법이 존재한다는 점에 판단을 한정할 것도 다수의견의 특징이다. 그 결과, 문제가 된 인권 침해의 심각성은 판단 요소에서 완전히 배제되고 말았다.

2. 판결 후 이탈리아의 대응

ICJ판결 이후, 이탈리아 파행원은 판례를 변경해 이탈리아 법원의 관할권을 부정했다. 또 국회도 2013년 1월, ICJ판결을 수용하기 위해 동종의 사건이 계쟁 중인 법원에 직

권으로 관할권의 결여를 선언할 것을 의무화하고 확정 판결의 재심 사유에 관할권의 결여를 추가하는 법률을 제정했다. 하지만 헌법재판소는 위 법률은 이탈리아 헌법이 보장하는 재판받을 권리를 침해하는 것으로 위헌이라고 판시하고 있다. (2014년 10월 22일 이탈리아 헌법재판소 판결).¹²⁾

Ⅵ. 한국 ‘위안부’ 피해자 소송과 주권면제

1. ICJ 판결의 범위

위와 같이 ICJ 판결은 무력분쟁 시 군대의 행위에는 주권면제를 적용한다는 국제관습법이 존재한다는 한 가지 점에 대해 판단한 것으로, 전쟁 피해자 개인의 배상청구권을 부정하거나 전쟁 피해자가 가해국을 상대로 자국의 법원에 제소하는 것을 일반적으로 부정하는 것이 아니다.

이 점, 모두의 2018년 10월 30일 한국 대법원 판결의 반대 의견은 한일청구권협정과 같은 일괄처리협정에 따라 국가가 상대국으로부터 보상, 배상을 받은 때에는 이 자금이 별도의 목적에 사용되었다 하더라도 개인의 청구권이 소멸된다는 견해의 근거로서 이 판결을 인용하고 있으나, 완전히 잘못된 인용이다. 분명 ICJ판결에는 일괄 지급 자금이 다른 목적에 이용된 때, 그 점이 금전의 배분을 받지 못한 개인이 가해국에 청구하는 근거가 될지는 의문이라는 취지의 기재가 들어 있다(102항). 하지만 이는 정부간 협상에 의한 보상 여부에 관한 국내 법원의 판단 능력이라는 방론 부분에(적절하다고 말할 수 없다) 들어간 감상 섞인 기재에 지나지 않는다. 반대로 다수의견은 결론 부분(108항)에서 “평화조약 제77조제4항 및 1961년 협정의 조항은 이탈리아에서의 절차의 주제에 대한 구속력 있는 청구권 포기 조항이라는 독일의 주장이 옳은지 여부도 판단할 필요가 없다”, “면제 문제에 관한 법원의 판단은 독일이 책임을 부담하는지 여부의 문제에 영향을 주지 않는다”고 명시하고 있어, 이 판결이 일괄처리협정에 따른 개인 청구권의 소멸에 대해서는 아무

12 https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S238_2013_en.pdf에 영역, <http://justice.skr.jp/>에 일본어·한국어 번역을 게재.

런 판단도 하고 있지 않다는 것은 명백하다.

더욱이 한국은 ICJ의 강제관할 수락선언을 하고 있지 않으며, 독일과 이탈리아의 경우와는 달리 한일 간에는 분쟁을 ICJ에 회부하는 조약상 근거가 없어 장래 한일의 전후 보상 문제가 ICJ에서 다루어질 가능성은 적다. 또한 ICJ 규정 제59조는 “재판소의 결정은 당사자사이와 그 특정사건에 관하여서만 구속력을 가진다”고 규정하고 있어, 이 판결이 비당사국인 한국에서의 소송에 직접적인 효력을 미치지 않는다는 점이다. 게다가 다수의견은 국내 판례 등의 국가실행의 상대 다수로 현 시점의 국제관습법을 설정한 것에 지나지 않으며, 향후 국제법의 발전과 함께 ICJ 판결의 취지와는 다른 국내 판례가 등장할 수도 있다.

다만 ICJ 판결은 여기서 전개된 주장이나 논리를 포함해 국제관습법을 인정하는 데 중요한 자료가 되므로, 한국의 법원이 이를 완전히 무시할 수는 없다. 한편 일본군 ‘위안부’ 피해자를 둘러싼 사실관계 하에서는 ICJ 판결의 사례와는 다른 규칙이 적용된다면, 그 규칙에 관한 국제관습법을 탐구할 필요가 있다. 만약 안정적인 국제관습법을 발견하지 못한다면, 소위 그레이존(gray zone)으로서 국내 법원이 권한 안에서 법과 조리에 따라 결정할 수 있게 된다.¹³⁾

그에 한국과 일본을 둘러싼 사실관계 하에서 ICJ 판결의 논리를 재검토할 필요가 있다.

2. 불법행위예외(쟁점①)에 대해

ICJ 판결은 불법행위예외에 대해 판단하지 않았으나, 위와 같이 많은 나라들의 재판례, 국내법, 조약이 이 규칙을 인정하고 있어 이것이 국제관습법임은 부정하기 어렵다. 특히 일본의 대외국민사재판권법 제10조가 불법행위예외를 채용하고 있어, 한국이 일본 국내에서 불법 행위로 신체나 재물에 손해를 줌 손해배상청구소송의 피고가 된 경우에는 주권면제가 부정되므로 상호주의적 관점에서도 한국 법원은 불법행위예외를 인정할 것으로 보인다.¹⁴⁾

그리고 일본군 ‘위안부’ 피해자에 대한 가해행위의 일부(기망 또는 강제 연행)는 대부

13 ICJ 유스프 반대의견 47-48 쪽, 가야 반대의견 9 쪽이 그레이존에 대해 언급하고 있다.

14 서울민사지방법원 1994.6.22 판결은 미국을 피고로 한 계약상 과실로 인한 손해배상사건에서 미국의 외국주권면제법이 상업활동이나 미국 내 불법 행위에서 면제에서 제외하고 있으며 또 실제로 미국에서 대한민국을 피고로 한 민사소송에서 면제를 부정한 예가 있다는 것을 이유로 면제를 부정했다.

분 한국의 영역 내를 기점으로 발생하고 있어 법정지 국가 영역 내의 불법행위인 셈이다.

그에 ICJ 판결이 인정한 “무력분쟁 수행과정에서 이루어진” “국가의 군대에 의한 행위”에는 주권면제가 적용된다는 국제관습법¹⁵⁾이 문제가 된다. 영역국의 동의 없이 침범한 외국 군대의 행위에 주권면제를 인정하는 합리성은 가야 재판관의 반대의견¹⁶⁾을 비롯해 많은 비판을 받았으나, 일반적으로는 “무력분쟁 시에는 예기치 못한 손해가 발생하며 통상적인 사법절차로는 처리가 불가능하다”는 것이 긍정론의 근거일 터이다.¹⁷⁾ 그렇다면 “무력분쟁의 수행 과정”이란 법적 개념이 아닌 사실적 개념이며,¹⁸⁾복수의 무장 세력이 실제 무력충돌이 발생하고 있는 사실상의 상태를 뜻한다고 풀이된다. 그리고 많은 피해자들이 끌려간 1930~40년대 한반도에서는 국경지대를 제외하고 일본군과 대치하는 무장 세력이 존재하지 않았으므로, 이탈리아의 사례와는 다르며, 이 점에서 “무력분쟁의 수행 과정”이라 말할 수 없다.

따라서 만약 쟁점①에 대해 ICJ 판결 다수의견의 입장에 서더라도 한국의 일본군 ‘위안부’ 피해자 사례에는 다수의견이 인정한 국제관습법을 적용할 수 없어 불법행위예외의 적용에 따라 주권면제를 부정할 수 있다.

3. 재판을 받을 권리(쟁점②)에 대해

1) 재판을 받을 권리 보장의 의무

국제적으로 인권을 보장하는 수단으로 각종 인권조약은 국가간통보제도, 개인통보제도, 국가보고제도 등을 규정하고 있다. 이 중 국가간통보제도는 현 상황에서 실질적으로 제 기능을 못하고 있다. 개인통보제도를 적용하기 위해서는 체약국의 특별한 수락 선언이 필요하며, 일본은 일체의 개인통보제도를 수락하고 있지 않다. 국가보고제도는 일반적인 문제점의 보고와 권고에 그쳐 개인의 인권침해를 구제할 수 없다. 더욱이 아시아에는 유

15 ICJ 다수의견 78 쪽

16 ICJ 가야 반대의견 제 9 쪽

17 예를 들어 坂巻静佳『国際司法裁判所『国家の裁判権免除』事件 判決の射程と意義』国際法研究 創刊第1号 (2013)

18 따라서 일본에 의한 지배가 강점(强占)이라는 법률적 논의와는 무관하다.

럽인권재판소, 미주인권재판소, 아프리카인권재판소와 같은 지역적 국제인권재판소도 없다. 그 결과, 특히 아시아에서 인권을 실효적으로 보장하기 위해서는 국내 법원의 재판을 받을 권리를 철저히 보장하는 수밖에 없다.

그리고 국제인권규약(자유권규약) 제14조제1항에는 유럽인권보호조약 제6조제1항과 유사한 규정이 존재하며, 한국도 유엔헌장, 국제인권규약, 한국헌법에 따라 이탈리아와 마찬가지로 재판을 받을 권리를 보장할 의무를 지고 있다.

더욱이 헌법재판소 2011년 8월 30일 결정은 일본군 ‘위안부’ 피해자들에 대한 한국정부의 “가장 기본적인 보호 의무”를 인정하고,¹⁹⁾ 그 근거 중 하나인 헌법 제10조는 ‘모든 국가기관을 구속’한다고 판시하고 있으므로, 법원 자체가 피해자에 대한 사법 보호를 실현할 의무를 지고 있다고 말할 수 있다.

2) 재판을 받을 권리와 주권면제의 국제법

ICJ의 다수의견에 의한 형식적 검토에서는 무시되고 있으나, 유럽인권재판소 Weite & Kennedy 사건 판결(1999년)에서는 유럽우주기구(European Space Agency)의 재판권 면제에 대해 재판을 받을 권리는 그 권리를 실효적으로 보호하기 위한 합리적 대체 수단을 당사자가 이용할 수 있는 경우에만 제약할 수 있다고 판시하고 있으며,²⁰⁾ 그 후 벨기에, 프랑스 등에서는 당사자가 이용할 수 있는 수단을 구체적으로 검토한 뒤에 국제기구의 면제를 부정하는 국내 판례가 등장하기 시작했다.²¹⁾

유럽인권재판소는 국가에 관한 사건에서는 국제기구에 관한 사건과 달리 주권면제에 따른 재판을 받을 권리의 제약을 널리 인정하고 있다(예를 들어 2001년 알·아드사니 사건). 이는 통상적인 주권 국가는 당사자가 이용할 수 있는 사법 제도를 갖추고 있다는 것을 전제로 하고 있기 때문이다. 국제기구의 주권면제는 국제관습법이 아닌 오로지 조

19 “비록 우리 헌법이 제정되기 전의 일이라 할지라도 국가가 국민의 안전과 생명을 보호하여야 할 가장 기본적인 의무를 수행하지 못한 일제강점기에 징병과 징용으로 일제에 의해 강제이주 당하여 전쟁수행의 도구로 활용되다가 원폭 피해를 당한 상태에서 장기간 방치됨으로써 심각하게 훼손된 청구인들의 인간으로서의 존엄과 가치를 회복시켜야 할 의무는 대한민국임시정부의 법통을 계승한 지금의 정부가 국민에 대하여 부담하는 가장 근본적인 보호의무에 속한다고 할 것이다.”

20 ICJ 유스프 반대의견 제 29 쪽.

21 黒神直純「国際機構の免除と国際公務員の身分保障」信山社「普遍的国際社会への法の挑戦」(2013) 수록 641 쪽

약을 근거로 하며, 국가와 같이 상호 관계가 아니라는 점 등에서 국가의 경우와는 차이점이 있으나, 재판을 받을 권리와 주권면제의 조정에 대한 논리는 본질적으로 다르지 않다.²²⁾ 오히려 국제기구와 고용계약을 체결한 국제공무원의 노동 문제와, 인도에 반하는 죄의 피해자로서 생명이나 인격을 침해당한 자 중에는 명백히 후자의 요보호성이 높을 것이다.

또 이도 ICJ 다수의견에서는 “다른 나라의 입법에서 유례를 찾아볼 수 없다”며 무시되었으나,²³⁾ 미국에서는 1996년에 외국주권면제법(Foreign Sovereign Immunities Act)을 개정해 미국 정부가 테러지원국으로 인정한 국가를 대상으로 한 고문이나 초법규적 살해 등의 행위에 대해서는 주권면제를 인정하지 않고 있다. 행정기관의 판단으로 사법의 관할권이 결정되는 시스템에는 문제가 있으나, 만약 이 법률이 국제법 상 정당화된다면 ‘테러지원국’에는 테러 피해자를 구제하는 사법제도가 통상적으로 갖추어져 있지 않다는 점만을 이유로 할 터이다.

이 국제 판례나 국가행위는 주권국가에 당사자가 이용 가능한 사법제도가 마련되어 있지 않다는 예외적 경우에 대해서는 주권면제의 부정이 허락된다고 해석할 수 있다는 사실을 제시하고 있다. 단, 이 문제에 대해 안정적인 국제관습법이 존재한다고는 말할 수 없어 위 ‘그레이 존’에 속하는 분야로서 국내 법원에 일임되고 있다고 생각한다.

3) 외국인 피해자의 재판 이용을 부정한 2007.4.27 최고재판소 판결

이 점에서 중국인 ‘위안부’ 사건과 니시마쓰건설 중국인 강제 동원·강제노역소송에 대한 일본의 최고재판소 판결²⁴⁾은 중요하다. 이 판결에서 최고재판소는 개인의 청구권 해결을 민사재판상의 권리 행사에 맡긴다면, 장래 예측 불가능한 혼란을 야기해 평화조약의 목적 달성을 저해할 우려가 있으므로, 개인 청구권에 대해 민사재판상에서 권리 행사가

22 유럽인권재판소는 2013 년에 유엔의 평화유지활동에 관한 Stichting Mothers of Srebrenica 사건에서 ICJ 주권면제판결을 인용하고 위 대체성 테스트를 실시하지 않고 주권면제를 긍정했다. Weite & Kennedy 사건과의 모순이 지적되나 반대로 재판을 받을 권리와외의 관계에서 국제기구와 국가가 본질적으로 다르지 않다는 것을 제시했다고도 말할 수 있을 듯하다. 이 사건에 관해 岡田陽平 「國際機構の裁判權免除と裁判を受ける權利」 國際協力論集 24 卷 2 号 (2017); 水島朋則 「國際司法裁判所の主權免除事件判決による現代國際法の発展」 三省堂 「國際裁判と現代國際法の展開」 (2014) 수록 288 쪽

23 ICJ 다수의견 88 쪽

24 判例タイムズ 1240 号 121 쪽; 判例時報 1969 号 28 쪽

불가능하다고 규정하고 있는 것이 ‘샌프란시스코평화조약의 테두리’이며, 중일공동성명도 이 테두리 안에 있는 만큼, 같은 법 제5항25)에 따라 원고들의 청구권은 행사할 수 없게 되었다며 피해자들의 청구를 기각했다.²⁶⁾ 그리고 최고재판소는 “여기서 말하는 청구권의 ‘포기’란 청구권을 실체적으로 소멸시키는 것까지는 뜻하지 않으며, 해당 청구권에 의거해 재판상 소구할 수 있는 권능을 상실한다는 것에 그친다고 해석하는 것이 상당하다. 따라서 개인의 구체적인 청구권에 대해 그 내용 등에 비추어 채무자 측에서 임의의 자발적 대응을 하는 것을 저해하지 않는다.”고 판시하고 있다.

그 후 중국인 피해자가 원고인 소송은 전부 같은 이유로 기각되었다. 그리고 문언상 “국민이” 포기했다는 기재가 없는 중일공동성명으로 중국 국민이 재판상 소구할 수 있는 권능을 상실했다고 정한 이상, “국민의” 청구권 등에 대해 “완전하고 최종적으로 해결되었다”는 문언이 존재하는 한일청구권협정에 같은 논리가 적용되는 것은 불가피했으며, 그 결과 한국 국민의 청구도 같은 이유로 기각되는 판결이 이어졌다.²⁷⁾ 향후 한국의 일본 군 ‘위안부’ 피해자가 재차 일본에서 소송을 제기해도 이 취지의 판결이 나올 것이 확실하다.

다시 말해 최고재판소는 실체법을 적용해 외국인 전쟁 피해자의 법적 권리를 부정한 게 아니라, 원고의 법적 권리 유무에 관계없이 일본에서는 외국인 전쟁 피해자에게는 재판상 소구할 수 있는 권능이 없다고 선언한 것이다. 재판을 받을 권리에 의해 마땅히 보장되어야 할 내용이 형식적인 재판의 이용으로 충분한가, 실질적인 보장의 실현을 포함하는가에 대해서는 의견이 엇갈리나,²⁸⁾ 최고재판소는 외국인 피해자의 재판 이용마저 거부하고 있다.

25 “중화인민광화국정부는 중일 양국 국민의 우호를 위하여 일본국에 대한 전쟁 배상 청구를 포기할 것을 선언한다.”

26 이는 체결자의 의사나 역사적 사실에도 반하며, 오직 일본의 전후 보상 소송을 끝내려는 목적에 기여하는 정치적 판결이다. 阿部浩己「サンフランシスコ平和条約と司法にアクセスする権利」神奈川法学第46巻2・3合併号(2013)는 재판을 받을 권리의 관점에서 판결을 비판하고 있다. 小畑郁「西松建設事件」三省堂「国際法基本判例50」수록은 판결의 결론에는 긍정적이나, 최고재판소의 논리는 ‘사후확신편향(hindsight bias)’이라고 평하고 있다.

27 나고야고등재판소 2007년 5월 31일 판결(미쓰비시나고야조선여자근로정신대소송, 判例タイムズ 1210号 186쪽), 判例時報 1894号 44쪽), 도야마지방법재판소 2007년 9월 19일 판결·나고야고등재판소 가나자와지부 2010년 3월 8일 판결(모두 후지코시근로정신대 2차 소송)

28 ICJ 칸사두 트리니다지 반대 의견 221쪽

- 4) 그렇다면 일본은 외국인 전쟁 피해자의 입장에서는 주권국가에 당사자가 이용할 수 있는 사법제도가 마련되어 있지 않다는 예외적인 경우에 해당하므로, 한국 법원은 재판을 받을 권리 보장과 위의 보호 의무에 비춰 주권면제를 부정할 수 있다.²⁹⁾

VII. 정리

이상과 같이 한국의 일본군 '위안부' 피해자가 제기한 소송은 ICJ 판결의 다수의견이 인정한 국제관습법을 전제해도 불법행위예외에 따른 주권면제 부정이 가능하다. 또한 한국 헌법재판소가 인정한 보호 의무, 최고재판소 판결에 의한 재판 이용의 거부에 비춰 재판을 받을 권리를 보장하기 위해 주권면제를 부정할 필요성은 높다.

따라서 한국의 일본군 '위안부' 피해자 소송에서 주권면제를 부정하는 것은 국제법상 특이한 판단도 아니며 충분히 가능하다. 다만 판결의 집행에는 또 다른 난항이 예상되며 현실적으로는 이 소송을 피해자들과 일본국이 화해하는 계기로 삼는 것이 바람직하다. 그를 위해서는 ICJ 판결의 의미와 국제법의 현실을 사전에 주지해 대법원 판결에 대해 일본이 보여준 감정적 반발을 억제하는 노력이 필요하다고 생각된다.

29 불법행위예외에 따른 주권면제 부정과 재판을 받을 권리 보장을 위한 주권면제 부정은 논리적으로나 역사적인 형성 과정이나 상관성이 없고, 병렬해서 주장할 수 있다. 단 불법행위예외에 의하면, 법정지 국가는 주권면제를 '부정할 수 있는' 데에 반해 재판을 받을 권리 보장을 위해서는 주권면제를 '부정해야만' 할 것이다. 또한 불법행위예외의 적용은 법정지 국가 영역 내에서 이루어진 불법행위에 한정되는 것이 일반적이며, 법정지 국가 영역 밖에서 영역 안으로 연행된 피해자에 대한 적용에는 어려움이 있다. ICJ에서도 이러한 피해자는 쟁점①의 대상에서 제외된다고 이타리아는 말하고 있다.

<참고문헌>

- 각주에 기재한 것 외에 아래의 문헌들을 참고했다.
- 水島朋則「主權免除の國際法」名古屋大学出版会(2012)
- 坂巻静佳「重大な人権侵害行為に対する国家免除否定論の展開」社会科学研究60卷2号(2009)
- 中野俊一郎「国家免除原則と外国判決の承認」信山社「EUの國際民事訴訟法判例Ⅱ」(2013) 수록
- 濱本正太郎「裁判を受ける権利・強行規範と主權免除」同上수록
- 飛澤知行「逐条解説 対外国民事裁判権法」商事法務(2009)
- 田村光彰「ナチス・ドイツの強制労働と戦後処理」社会評論社(2006)
- 吉田邦彦「ホロコースト補償訴訟の遺産」有斐閣「日本民法学の新たな時代」(2015) 수록
- 清野幾久子「ドイツ戦後補償の法理」法律論叢第70卷5・6号(1998)
- 広渡清吾「ドイツにおける戦後責任と戦後補償」朝日選書「戦争責任・戦後責任—日本とドイツはどう違うか」(1994) 수록
- 라이너·호프만 山手治之訳「戦争被害者に対する補償」立命館法学306号(2006)
- 田近肇「イタリア憲法裁判所の制度と運用」岡山大学法学会雑誌第62卷第4号(2013)
- 申恵丰 高木喜孝 永野貫太郎「戦後補償と国際人道法」明石書店(2005)
- 山本草二「国際法」有斐閣(1985)
- 덧붙여 일본변호사연합회 인권위원회 일한공동행동특별부회 주최 연구회에서 아베 고키(阿部浩己) 선생께서 귀중한 조언을 해 주셨다.

ICJ主権免除事件判決と韓国の 「慰安婦」訴訟

| 山本晴太 (弁護士)

I. はじめに

本年10月30日の韓国大法院判決で強制徴用被害者の勝訴判決が確定した。日本判決の既判力、消滅時効、旧日本製鉄と現在の新日鉄住金の同一性、日韓請求権協定による権利放棄の有無など、すべての争点において原告らの主張が認められた。しかし、日本軍「慰安婦」被害者が日本国に対して2016年に提起した2件の訴訟では被告が民間企業ではなく国家であるため、主権免除というもう一つの極めて困難な争点がある。

この問題については2012年2月3日のICJ判決¹⁾という先例がある。イタリアの国内裁判所が強制労働被害者や虐殺被害者遺族のドイツに対する訴訟手続を遂行して原

1 <http://www.icj-cij.org/en/case/143> に判決を含む訴訟資料の仏語・英語原文。<http://justice.skr.jp/> に判決（多数意見、反対意見、個別意見）の日本語・韓国語拙訳

告らを勝訴させたことについて、ドイツはイタリア裁判所の行為は主権免除の国際法に違反するとして国際司法裁判所(ICJ)に提訴し、ICJ判決はドイツの主張を認めたのである。

この判決は当該事件に関する限定的な判断であるが、この判決によって戦争被害者が自国の裁判所に加害国を被告とする訴訟を提起することが全く不可能になったとか、国家間の一括支払協定により被害者の個人請求権が消滅することを認めたものであるなどの誤った理解が広まり、前記の大法院判決の反対意見にも誤った趣旨で引用されている。

そこで、このICJ判決の趣旨と射程を明らかにし、韓国での日本軍「慰安婦」訴訟で主権免除が否定される可能性について検討したい。

Ⅱ. 主権免除とは

主権免除とは、主権国家は他国の裁判権に従うことを免除されるという慣習国際法上の規則である。かつては主権平等の原則から導かれる絶対的な規則であるとされたが(絶対免除主義)、国家による商業行為の発展にともない主権免除を広く認めることによる弊害が認識され、現在では国家による主権行為には主権免除が適用されるが、業務管理行為には適用されないと理解されている(制限免除主義、大法院1998.12.17判決、最高裁2006.7.12判決)。しかし戦争行為は典型的な主権行為であると理解されてきたこともあって、戦後補償裁判においては主権免除は越えがたい壁であると認識され、被害者の国の裁判所に加害国を被告とする訴訟が提起されることはほとんどなかった²⁾。

主権免除の範囲を定める条約として、1972年の欧州国家免除条約、2004年の国連国家免除条約があるが、前者は加盟国が8ヶ国に過ぎず、後者は未発効である。また、日本を含む10ヶ国に主権免除の範囲を定める国内法がある。韓国にはこのような国内法

2) 例えば原爆被爆者とシベリア抑留被害者はアメリカ合衆国やソ連に対してではなく、条約により賠償請求権を放棄したとして日本国に補償請求した。また、日本の裁判所で日本国及び企業(新日鉄、三菱)に賠償を請求してきた韓国人強制徴用被害者らは、韓国の裁判所に提訴するにあたり、被告を企業に限定した。

がなく、主権免除を認めるか否かは慣習国際法に基づいて決定されることになる。

Ⅱ. ICJ主権免除事件にいたる経緯

ドイツは日本とは異なり戦後補償に誠実に対応したといわれているが、それはユダヤ人虐殺に代表される人種、宗教、世界観、政治的反対を理由とする「ナチスの不法」による迫害の被害についてであり、武力紛争時の民間人虐殺や強制労働など一般戦争行為による被害については、1953年のロンドン債務協定により平和条約が締結されて賠償が最終的に解決されるときまで解決が猶予されたとして放置した。1990年の東西統一により猶予期間が終了したと認める裁判例も現れ、各国の被害者による賠償請求が再燃し、米国の裁判所におけるドイツ企業に対する集団訴訟を契機として2000年に「記憶・責任・未来」基金が発足した。しかし、同基金も戦争捕虜を対象外とするなど、多くの被害者が補償から取り残された³⁾。それらの被害者らはドイツの裁判所に提訴したが敗訴し、自国の裁判所にドイツを被告として提訴する被害者の動きが始まった⁴⁾。大部分の訴訟は主権免除を理由に却下されたが、下記のようにギリシャとイタリアでは原告らの請求が認められた。

ギリシャでは、ドイツ占領下の1944年にドイツ軍が民間人214人を虐殺したディストモ事件⁵⁾の被害者遺族が1995年にドイツを提訴した訴訟において、一審裁判所は主権免除を否定して訴訟手続を進め1997年9月25日に原告らの請求を認容した。2000年5月4日、ギリシャ最高裁判所は法廷地国領域内における不法行為には主権免除を適用する必要がないという不法行為例外 (tort exception)を慣習国際法と認め、本件のような殺戮行為は武力紛争のカテゴリーには含まれず、強行規範に違反した

3 以下、ドイツの補償制度及び同国における訴訟の経緯については、山田敏之「ドイツの補償制度」国立国会図書館 外国の立法 34巻3・4号(1996)、葛谷彩「ナチス時代の強制労働者補償問題」愛知教育大学地域社会システム講座社会科学論集(49)(2011)、山手治之「ドイツ占領軍の違法行為に対するギリシャ国民の損害賠償請求訴訟(1)」京都学園法学 2005年第2・3号、同(2)京都学園法学 2006年第3号

4 ICJ判決の事実認定によれば、ベルギー、スロベニア、ギリシャ、ポーランド、イタリア、フランス、セルビア、ブラジルの各国の裁判所にこのような訴訟が提起された(ICJ多数意見73,74項)。

5 ICJカンサード・トリンダージ反対意見185～186項

ドイツは主権免除を黙示的に放棄したとして主権免除を理由とするドイツの上告を棄却した⁶⁾。

イタリアでは、強制労働被害者であるフェツリーニ氏が1998年にドイツに賠償を求めて提訴した訴訟について、下級審は主権免除により請求を却下したが、2004年3月11日、イタリア破毀院(最高裁判所)は国際犯罪には主権免除の適用はないとして原判決を破棄して一審に差し戻した⁷⁾。フェツリーニ事件差戻判決を知った多数の被害者は同種の訴訟をイタリア国内裁判所に提起し、そのうちの数件は破棄院で原告の勝訴が確定した⁸⁾。

さらに、ギリシャで勝訴したディストモ事件原告らは、2005年にイタリアでの執行の承認を請求して提訴し⁹⁾、2007年にフィレンツェ控訴裁判所はこれを認め、原告らはドイツがイタリア国内に所有する文化施設ヴィラ・ヴィゴーニに裁判上の抵当権を設定した¹⁰⁾。こうしてイタリアの訴訟手続で追い詰められたドイツは、2008年12月23日、イタリア裁判所による一連の主権免除否定はドイツに主権免除を与える慣習国際法上の義務に違反しているとして、イタリアの国際法違反の確認、ドイツの主権免除を侵害する決定を無効とする措置、将来の同種事件において主権免除を否定しない保証措置を求めてICJに提訴した。イタリアは欧州人権条約にもとづくICJの管轄権を認めて応訴し、ギリシャは非当事者として訴訟参加した。

Ⅲ. ICJ裁判の争点

ドイツの請求に対しイタリアは主に次の二つの抗弁を主張し、これが本件の主要な争点となった。

6 前掲山手(1)

7 その後一審は時効により再び請求を棄却したが、控訴審で原告の請求が認められ、破棄院で確定した。

8 イタリア軍人収容者の事件、チビテッラ村民間人虐殺事件遺族の附帯私訴による賠償請求事件など (ICJ 多数意見 27 ~ 29 項)

9 ディストモ事件原告等は法務大臣の不同意によりギリシャ国内での執行を妨げられ、ドイツでの執行や欧州人権裁判所への提訴を試みたが成功しなかった。

10 ICJ 多数意見 30 項以下、前掲山手(1)

1. 不法行為例外

不法行為例外は主に外交官による交通事故などの処理の必要から生まれた主権免除の例外である。法廷地国の領域内における外国の不法行為による人身傷害及び財物毀損についての金銭賠償請求訴訟では主権免除を認めないという趣旨の国内判例が1960年代から蓄積され、主権免除の範囲を定める国内法を有する10ヶ国のうち日本の対外国民事裁判権法第10条を含む9ヶ国の法律と欧州国家免除条約第11条及び国連国家免除条約第12条にも同様の規定が採用された。

イタリアは、この規則はすでに慣習国際法となっており、イタリア領内で行われたドイツ軍の行為についてイタリア裁判所がドイツに主権免除を適用する義務はないと主張した。これに対しドイツは、不法行為例外は未だ慣習国際法とはいえず、仮に慣習国際法であったとしても、軍隊の行為には主権免除を適用するという(例外の例外としての)慣習国際法が存在すると反論した。(争点①)

2. 裁判を受ける権利

イタリアは、本件はドイツの不法行為が国際人道法に対する重大な違反であること、違反した規範が強行規範(ユス・コーゲンス)であること、そして国内裁判所が被害者が利用できる最後の救済手段であることから主権免除は適用されないと主張した。イタリアの主張する三つの要素をつなげる環は裁判を受ける権利である。イタリアは国連憲章、欧州人権条約、イタリア憲法により領域内において裁判を受ける権利を保障する義務を負う。特に、被害が強行規範に違反する重大な人権侵害であり、被害者が利用できる他の救済手段が存在しない場合には裁判を受ける権利を保障するために主権免除の適用を排除しなければならないというのがイタリアの主張である¹¹⁾。ドイツはこれについても、そのような慣習国際法は成立していないと主張した。(争点②)

11 ICJ ユスフ反対意見 7～9 項

Ⅳ. 判決（多数意見）の判断とイタリアの対応

1. ドイツの請求を認めた多数意見

2012年2月3日、ICJは小和田恒所長をはじめとする12名の裁判官による多数意見で将来の保証を除くドイツの請求の大部分を認容した。争点①については、不法行為例外が慣習国際法であるか否かは判断せず、各国の国家実行（国内判例や国内法）や条約の文言等から、少なくとも武力紛争遂行過程での軍隊の行為については主権免除を適用するという慣習国際法が存在するとした。争点②については3つの要素を分解し、それぞれについて国家実行等の調査を根拠にイタリアの主張に沿う慣習国際法の存在を否定した。

なお、イタリア出身のガヤ特任裁判官は争点①について、ソマリア出身のユスフ裁判官とブラジル出身のカンサード・トリンダージ裁判官は主に争点②について反対意見を述べた。

多数意見は、学説にほとんど配慮せず、各国の国家実行を調査して相対多数により慣習国際法を認定するという手法をとった。この手法によれば、発展段階の国際慣習法については常に否定的（保守的）な結論に達することになる。また、ユスフ裁判官も反対意見で指摘しているように、国家実行の調査自体がチェリー・ピッキング（結論のために都合の良い事例の抽出）であるとの批判もある。

さらに、武力紛争の遂行過程における軍隊の行為については主権免除を適用するという慣習国際法が存在するかという点に判断を限定したのも多数意見の特徴である。その結果問題となっている人権侵害の深刻性はまったく判断要素から排除されることになった。

2. 判決後のイタリアの対応.

ICJ判決を受けてイタリア破毀院は判例を変更してイタリア裁判所の管轄権を否定した。また国会も2013年1月、ICJ判決を受け入れるため、同種の事件が係属す

る裁判所に職権で管轄権の欠如を宣言することを義務づけ、確定判決の再審事由に管轄権の欠如を追加する法律を制定した。しかし、憲法裁判所は上記の法律はイタリア憲法が保障する裁判を受ける権利を侵害するものであって違憲であると判示した。(2014年10月22日イタリア憲法裁判所判決)¹²⁾。

V. 韓国「慰安婦」被害者訴訟と主権免除

1. ICJ判決の射程

上記のように、ICJ判決は武力紛争時の軍隊の行為には主権免除を適用するという慣習国際法が存在するという一点について判断したものであり、戦争被害者個人の賠償請求権を否定したり、戦争被害者が加害国に対して自国の裁判所に提訴することを一般的に否定したものではない。

この点、前記の2018年10月30日韓国大法院判決の反対意見は、日韓請求権協定のような一括処理協定によって国家が相手国から補償・賠償を受けた場合は、この資金が別の目的に使用されたとしても個人の請求権が消滅するという見解の根拠としてこの判決を引用しているが、完全に誤った引用である。確かにICJ判決には一括支払資金が他の目的に利用された場合、そのことが金銭の分配を受けなかった個人が加害国に請求する根拠となるのかは疑問であるとの趣旨の記載がある(102項)。しかしこれは政府間交渉による補償の成否についての国内裁判所の判断能力という傍論部分における(適当とはいえない)感想めいた記載にすぎない。逆に多数意見は結論部分(108項)において「平和条約77条4項及び1961年の協定の条項はイタリアにおける手続の主題についての拘束力ある請求権放棄条項であるというドイツの主張の当否についても判断する必要がある」「免除の問題に関する裁判所の判断はドイツが責任を負うか否かの問題について影響を与えない」と明示してお

12 https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S238_2013_en.pdf に英語訳、<http://justice.skr.jp/> に日本語・韓国語拙訳

り、この判決が一括処理協定による個人請求権の消滅については何も判断していないことは明白である。

しかも、韓国はICJの管轄受諾宣言をしていないし、独伊の場合とは異なり日韓の間には紛争をICJに付託する条約上の根拠がなく、将来的に日韓の戦後補償問題がICJで争われる可能性は少ない。また、ICJ規程第59条は「裁判所の裁判は、当事者間において且つその特定の事件に関してのみ拘束力を有する」と規定しており、この判決が非当事国である韓国における訴訟に直接効力を及ぼすものではない。その上、多数意見は国内判例などの国家実行の相対多数によって現時点での慣習国際法を認定したに過ぎず、今後の国際法の発展にともなってICJ判決の趣旨と異なる国内判例が現れることは想定内であると言える。

ただし、ICJ判決はそこで展開された主張や論理を含めて慣習国際法を認定するうえで重要な資料となるから、韓国の裁判所がこれを全く無視することはできない。一方で、日本軍「慰安婦」被害者をめぐる事実関係の下ではICJ判決のケースとは別の規則が適用されるとすれば、その規則に関する慣習国際法を探求する必要がある。仮に安定的な慣習国際法が見いだせない場合にはいわゆるグレーゾーンとして国内裁判所がその権限内において法と条理にしたがって決定できることになるであろう¹³⁾。

そこで、韓国と日本をめぐる事実関係の下でICJ判決の論理を再検討する必要がある。

2. 不法行為例外（争点①）について

ICJ判決は不法行為例外について判断しなかったが、前記のように多くの国の裁判例、国内法、条約がこの規則を認めており、これが慣習国際法であることは否定しがたいであろう。特に日本の対外国民事裁判権法第10条が不法行為例外を採用しており、韓国が日本国内で不法行為により人身や財物に損害を与え、損害賠償請求訴訟の被告となった場合には主権免除が否定されることになるから、相互主義的観

13 ICJ ユスフ反対意見 47～48 項、ガヤ反対意見 9 項がグレーゾーンについて言及している。

点からも韓国裁判所は不法行為例外を認められる。¹⁴⁾

そして日本軍「慰安婦」被害者に対する加害行為の一部（欺罔又は強制による連行）は多くの場合韓国の領域内を起点として行われており、法廷地国領域内の不法行為である。

そこで、ICJ判決の認定した「武力紛争遂行過程における」「国家の軍隊による行為」には主権免除が適用されるという慣習国際法¹⁵⁾が問題となる。領域国の同意なく侵入した外国軍隊の行為について主権免除を認めることの合理性についてはガヤ裁判官の反対意見¹⁶⁾を始めとして多くの批判があるが、一般的には「武力紛争時には予期し難い損害が発生し、通常の司法手続では処理不可能である」ことが肯定論の根拠であろう¹⁷⁾。そうすると「武力紛争の遂行過程」とは法的概念ではなく事実的概念であり¹⁸⁾、複数の武装勢力が実在して武力衝突が発生している事実上の状態を意味すると考えられる。そして多くの被害者が連行された1930～40年代の朝鮮半島には国境地帯を除いて日本軍に敵対する武装勢力は存在しなかったから、イタリアのケースとは異なり、この意味における「武力紛争の遂行過程」であるとは言えない。

したがって仮に争点①についてICJ判決多数意見の立場に立つとしても、韓国の日本軍「慰安婦」被害者のケースには多数意見が認定した慣習国際法は適用されず、不法行為例外の適用により主権免除を否定することが可能である。

3. 裁判を受ける権利（争点②）について

1) 裁判を受ける権利保障の義務

14 ソウル民事地方裁判所 1994.6.22 判決は米国を被告とする契約上の過失による損害賠償事件について、米国の外国主権免除法が商業活動や米国内の不法行為を免除から除外していること、実際に米国で大韓民国を被告とした民事訴訟において免除を否定した例があることを理由に免除を否定した。

15 ICJ 多数意見 78 項

16 ICJ ガヤ反対意見第9項

17 例えば、坂巻静佳 「国際司法裁判所『国家の裁判権免除』事件 判決の射程と意義」国際法研究 創刊第1号（2013）

18 したがって、日本による支配が強占であるという法律的議論とは関係がない。

国際的に人権を保障する手段として、各種の人権条約には国家通報、個人通報、政府報告制度などが規定されている。このうち国家通報制度は現状では実質的に機能していない。個人通報制度の適用には締約国の特別の受諾宣言が必要であり、日本は一切の個人通報制度を受諾していない。政府報告制度は一般的な問題点の報告と勧告にとどまり、個別の人権侵害を救済するものではない。しかもアジアには欧州人権裁判所、米州人権裁判所、アフリカ人権裁判所のような地域的国際人権裁判所も存在しない。そうすると、特にアジアにおいて人権を実効的に保障していくためには国内裁判所における裁判を受ける権利を徹底的に保障していくしかない。

そして国際人権規約（自由権規約）第14条第1項には欧州人権条約第6条第1項と類似の規定があり、韓国も国連憲章、国際人権規約、韓国憲法によりイタリアと同様に裁判を受ける権利を保障する義務を負っている。

しかも、憲法裁判所2011年8月30日決定は日本軍「慰安婦」被害者らに対する韓国政府の「最も根本的な保護義務」を認め¹⁹⁾、その根拠のひとつである憲法10条は「すべての国家機関を拘束」すると判示しているから、裁判所自体が被害者に対する司法保護を実現する義務を負っているといえる。

2) 裁判を受ける権利と主権免除の国際法

ICJの多数意見による形式的検討では無視されているが、欧州人権裁判所Weite & Kennedy事件判決（1999年）では、欧州宇宙機関の裁判権免除について、裁判を受ける権利は、その権利を実効的に保護するための合理的な代替手段を当事者が利用できた場合にのみ制約することができると判示し²⁰⁾、その後ベルギー、フランスなどで当事者が利用することができた手段を具体的に検討した上で国際機構の免除を

19 「例えば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。」

20 ICJ ユスフ反対意見第 29 項。

否定する国内判例がみられるようになった。²¹⁾

欧州人権裁判所は国家に関する事件については国際機構に関する事件とは異なり主権免除による裁判を受ける権利の制約を広く認めているが（例えば2001年アル・アドサニ事件）、これは通常の主権国家は当事者が利用できる司法制度を備えていることを前提にしているからである。国際機構の主権免除は慣習国際法ではなく専ら条約を根拠とすること、国家のように相互の関係ではないことなど、国家の場合とは相違点があるが、裁判を受ける権利と主権免除の調整についての論理は本質的に異なることはない²²⁾。むしろ国際機構と雇用契約を締結した国際公務員の労働問題と、人道に反する罪の被害者として生命や人格を侵害された者とは、明らかに後者の要保護性が高いであろう。

また、これもICJ多数意見では「他国の立法に例を見ない」として無視されたが²³⁾、米国では1996年に外国主権免除法を改正し、米国政府がテロ支援国家と認定した国家に対しては拷問や超法規的殺害などの行為については主権免除を認めないことにした。行政の判断により司法の管轄権が決定されるというシステムには問題があるが、仮にこの法律が国際法上正当化されるとすれば、「テロ支援国家」にはテロ被害者を救済する司法制度が通常備えられていないということを理由とする他はないであろう。

これらの国際判例や国家実行は、主権国家に当事者が利用できる司法制度が備えられていないという例外的な場合については主権免除の否定が許されるという解釈が可能であることを示している。ただし、この問題について安定した慣習国際法が存在するとは言えず、前記の「グレーゾーン」に属する分野として国内裁判所に委ねられていると考えられる。

21 黒神直純「国際機構の免除と国際公務員の身分保障」信山社「普遍的国際社会への法の挑戦」（2013）所収 641 頁

22 欧州人権裁判所は 2013 年に国連の平和維持活動に関する Stichting Mothers of Srebrenica 事件において ICJ 主権免除判決を引用し、上記の代替性テストを行わずに主権免除を肯定した。Weite & Kennedy 事件との矛盾が指摘されるが、逆に裁判を受ける権利との関係において国際機構と国家が本質的に異なることがないことを示したともいえるだろう。同事件につき、岡田陽平「国際機構の裁判権免除と裁判を受ける権利」国際協力論集 24 巻 2 号（2017）、水島朋則「国際司法裁判所の主権免除事件判決による現代国際法の発展」三省堂「国際裁判と現代国際法の展開」（2014）所収 288 頁

23 ICJ 多数意見 88 項

3) 外国人被害者の裁判利用を拒否した2007.4.27最高裁判決

この点において、中国人「慰安婦」事件と西松建設中国人強制連行・強制労働訴訟についての日本の最高裁判決²⁴⁾は重要である。この判決で最高裁は、個人の請求権の解決を民事裁判上の権利行使に委ねると将来予測困難な混乱を招き、平和条約の目的達成の妨げとなるおそれがあるので、個人の請求権について民事裁判上の権利行使することはできないことにするというのが「サンフランシスコ平和条約の枠組み」であり、日中共同声明もこの枠組みの中にあるため、同第5項²⁵⁾によって原告らの請求権は行使できなくなったとして被害者らの請求を棄却した²⁶⁾。さらに最高裁は「ここでいう請求権の『放棄』とは、請求権を実体的に消滅させることまでを意味するものではなく、当該請求権に基づいて裁判上訴求する権能を失わせるにとどまるものと解するのが相当である。したがって個別具体的な請求権について、その内容等にかんがみ、債務者側において任意の自発的な対応をすることは妨げられない。」と判示した。

その後中国人被害者を原告とする全ての訴訟は同じ理由で棄却された。そして、文言上「国民が」放棄したと記載されていない日中共同声明によって中国国民が裁判上訴求する権能を失ったとする以上、「国民の」請求権等について「完全かつ最終的に解決された」との文言のある日韓請求権協定に同じ論理が適用されるのは不可避であり、韓国国民の請求も同じ理由で棄却される判決が続いた²⁷⁾。今後韓国の日本軍「慰安婦」被害者が改めて日本で訴訟を提起しても、この趣旨の判決が出されることは確実である。

24 判例タイムズ 1240 号 121 頁、判例時報 1969 号 28 頁

25 「中華人民共和国政府は、中日両国国民の友好のために、日本国に対する戦争賠償の請求を放棄することを宣言する。」

26 これは締結者の意思や歴史的事実にも反し、ただ日本における戦後補償訴訟を終らせることだけを目的とした政治的判決である。阿部浩己「サンフランシスコ平和条約と司法にアクセスする権利」神奈川法学第 46 巻 2・3 合併号 (2013) は裁判を受ける権利の観点から判決を批判している。小畑郁「西松建設事件」三省堂「国際法基本判例 50」所収は判決の結論には肯定的だが、最高裁の論理は「後知恵の力業」であると評している。

27 名古屋高裁 2007 年 5 月 31 日判決 (三菱名古屋朝鮮女子勤労挺身隊訴訟、判例タイムズ 1210 号 186 頁)、判例時報 1894 号 44 頁)、富山地裁 2007 年 9 月 19 日判決・名古屋高裁金沢支部 2010 年 3 月 8 日判決 (いずれも不二越勤労挺身隊二次訴訟)

すなわち最高裁判所は実体法を適用して外国人戦争被害者の法的権利を否定したのではなく、原告の法的権利の有無にかかわらず、日本では外国人戦争被害者には裁判上訴求する権能がないと宣言したのである。裁判を受ける権利により保障されるべき内容が形式的な裁判の利用で足りるのか、実質的な保障の実現を含むのかについては議論があるが²⁸⁾、最高裁は外国人被害者の裁判の利用すら拒否していることになる。

- 4) そうすると日本は外国人戦争被害者にとって主権国家に当事者が利用できる司法制度が備えられていないという例外的な場合に該当することになり、韓国裁判所は裁判を受ける権利保障や前記の保護義務に照らして主権免除を否定することができる²⁹⁾。

Ⅵ. まとめ

以上のように、韓国の日本軍「慰安婦」被害者が提起した訴訟についてはICJ判決多数意見が認定した慣習国際法を前提としても不法行為例外による主権免除否定が可能である。また、韓国憲法裁判所の認めた保護義務、最高裁判所判決による裁判利用の拒否に照らし、裁判を受ける権利保障のために主権免除を否定する必要性が高い。

したがって、韓国の日本軍「慰安婦」被害者の訴訟において主権免除を否定することは国際法上特異な判断でもなく、十分に可能である。ただし判決の執行には更なる困難が予想され、現実的には、この訴訟を被害者らと日本国との和解の契機

28 ICJカンサード・ドリンダージ反対意見 221 項

29 不法行為例外による主権免除否定と裁判を受ける権利保障のための主権免除否定は論理的にも歴史的な形成過程にも相関性がなく、並列して主張することができる。ただし不法行為例外によれば法廷地国は主権免除を「否定することができる」のに対し、裁判を受ける権利保障のためには主権免除を「否定しなければならない」ことになるであろう。

また、不法行為例外の適用は法廷地国領域内での不法行為に限定されるのが一般的であり、法廷地国の領域外から領域外に連行された被害者への適用には困難がある。ICJにおいてもこのような被害者は争点①の対象外であるとイタリアは述べている。

とすることが望ましい。そのためには、ICJ判決の意味や国際法の現状を事前に周知し、大法院判決に対して日本が示したような感情的反発を抑制する努力が必要であると思われる。

<参考文献>

- ・ 脚注に記したもののほか、下記の文献を参考にした。
- ・ 水島朋則「主権免除の国際法」名古屋大学出版会（2012）
- ・ 坂巻静佳「重大な人権侵害行為に対する国家免除否定論の展開」社会科学研究60巻2号（2009）
- ・ 中野俊一郎「国家免除原則と外国判決の承認」信山社「EUの国際民事訴訟法判例Ⅱ」（2013）所収
- ・ 濱本正太郎「裁判を受ける権利・強行規範と主権免除」同上所収
- ・ 飛澤知行「逐条解説対外国民事裁判権法」商事法務(2009)
- ・ 田村光彰「ナチス・ドイツの強制労働と戦後処理」社会評論社（2006）
- ・ 吉田邦彦「ホロコースト補償訴訟の遺産」有斐閣「日本民法学の新たな時代」（2015）所収
- ・ 清野幾久子「ドイツ戦後補償の法理」法律論叢第70巻5・6号（1998）
- ・ 広渡清吾「ドイツにおける戦後責任と戦後補償」朝日選書「戦争責任・戦後責任—日本とドイツはどう違うか」（1994）所収、
- ・ ライナー・ホフマン山手治之訳「戦争被害者に対する補償」立命館法学306号（2006）
- ・ 田近肇「イタリア憲法裁判所の制度と運用」岡山大学法学会雑誌第62巻第4号（2013）
- ・ 申恵丰高木喜孝永野貫太郎「戦後補償と国際人道法」明石書店（2005）
- ・ 山本草二「国際法」有斐閣（1985）
- ・ なお、日弁連人権委員会日韓共同行動特別部会主催の研究会において阿部浩己先生から貴重な助言をいただいた。

[→HOME](#)