

중국인 ‘위안부’ 1 차, 2 차 소송 상고심 판결

(최고재판소 제 1 소법정 2007.4.27 판결)

[→일본 전후 보상 재판 일람](#)

[→HOME](#)

2007.4.27 선고

주 문

이 사건 상고를 기각한다.

상고 비용은 상고인들이 부담한다.

이 유

제1 사안의 개요

1. 이 사건은 중화인민공화국 국민인 상고인들이 제2차세계대전 당시 상고인 X1 및 망A(이 사건 소송제기 후에 사망하고 상고인 X1 이외의 상고인들이 소송을 승계했다.)의 두명은 중국에서 일본군 구성원들에 의해 감금되어 반복 강간되는 등의 피해를 입었다고 주장하여 피상고인에 대하여 민법 715조 1항, 당시 중화민국 민법의 사용자 책임 등에 근거하여 손해배상 및 사죄 광고 게재를 요구하는 사안이다.

피상고인은 이 사건에는 이른바 국가무담책(國家無答責)의 법리가 적용되어, 또한 민법 724조에 규정된 제척기간(除斥期間)이 경과했다고 주장함과 동시에 이 사건 청구에 관한 청구권에 대해서는 이른바 전후처리 과정에서 조약 등에 의한 청구권 포기의 결과 일본국 및 일본국민이 이에 근거한 청구에 응해야 할 법률적 의무가 소멸되었다고 주장한다.

2. 이 사건의 사실경과에 관하여 원심의 적법하게 확정된 사실 관계의 개요는 다음과 같다.

(1) 일본국은 1937.7 루거우차오(盧溝橋) 사건을 계기로 중국과 교전상태에 들어가(이하 이것을 "중일전쟁"이라 한다), 그후 화북 지방에도 전선을 확대했다. 일본군은 같은 해 10월 초부터 산서성에 침공해, 팔로군과 일진 일퇴의 공방을 거쳐, 산서성 북부 산지의 항일 세력에 대한 전전 기지로서, 1937. 9, 산시성 우현(盩厔) 북부의 진규촌(進圭村)에 거점을 마련했다.

(2) 피해 사실

상고인 X1

상고인 X1은, 1927 산시성 우현에서 태어나, 거기서 자랐다. 1942 음력 7월 어느 날, 상고인의 누나의 남편이 팔로군에 협력하고 있다는 밀고에 근거해, 무장한 일본병사와 청향대(淸鄕隊)(현지 주민에 의해 조직되어, 일본군에 협력한 무장조직)이 누나 부부의 집을 덮치고, 그때 상고인은 누나의 가족과 함께 진규촌의 일본군 거점에 연행되어 감금되었다. 당시 15살였던 상고인에게는 약혼자가 있었지만 아직 혼인하지 않았고 성교 경험도 없고 초조도 맞이하지 않았지만 그날 밤부터 대장을 포함한 복수의 일본 병사들에 의해 반복적으로 윤간되었다. 상고인은, 연행되고 나서 약 반달 후, 가족의 도움으로 일단 해방되어 귀가할 수 있었지만, 그 후 2차례에 걸쳐 진규촌에 연행되어, 다시 감금, 강간되는 피해를 입었다.

상고인은 같은 해 음력 9월 중순 무렵 해방되었으나 현재 감금 및 강간에 기인하는 것으로 보이는 심한 심적 외상 후 스트레스 장애(PTSD)의 증상이 존재한다.

망 A

A는 1929, 산시성 우현에서 태어나 거기서 자랐다. 1942 음력 3월 어느 날, 다수의 일본 병사가 A가 사는 마을에 침입해, 팔로군에 협력하고 있었던 것을 이유로 아버지와 함께 잡혔다. 그녀는 당시 13살이며 성교 경험은 없고 초조도 맞이하지 않았지만, 복수의 일본 병사에 의해 두들겨 패고 발길질을 하는 등 폭행을 당한 뒤 강간당했다. 그 후, 그녀의 어머니가 은 700 원을 일본군에 지급해서 해방되었지만, 그 사이 약 40일에 걸쳐 반복해서 강간, 윤간의 피해를 당했다. 그녀는 1999. 5.11에 사망했지만, 생전, 감금 및 강간에 기인하는 것으로 보이는 심한 심적 외상 후 스트레스 장애(PTSD)의 증상이 존재했다.

3 전후 처리에 있어서의 청구권 포기 등에 관하여 원심의 적법하게 확정된 사실 관계의 개요 등(공지의 사실을 포함함)은 다음과 같다.

(1) 일본국은 제 2 차세계대전 후 연합국의 점령하에 놓여졌지만 1951.9.8, 샌프란시스코에서 연합국 48 개 국과 ‘일본국과의 평화조약’ (이하 ‘샌프란시스코 평화조약’이라고 함)을 체결하여, 1952.4.28, 이 조약 발효로 독립을 회복했다. 이 조약은 제 2 차세계대전 후의 일본 전후 처리의 골격을 정한 것으로 되어, 각 연합국과 일본국 사이의 전쟁 상태를 종료시켜 (1 조 (a)), 연합국이 일본 국민의 주권을 승인함(1 조(b))과 동시에 영역(제 2 장), 청구권 및

재산(제 5 장) 등의 문제를 최종적으로 해결하기 위해 체결된 것이다. 단 앞으로 말하는 바와 같이 중국(일중전쟁을 싸운 국가로서의 중국을 말함. 이하 같음)이 강화회의에 초청되지 않았고, 인도 등은 초청에 응하지 않았고, 소련 사회주의공화국연방 등은 서명을 거부했기 때문에 모든 연합국과의 전면 강화에는 이르지 못했다.

(2) 샌프란시스코 평화조약에는 전쟁 배상 및 청구권 처리 등에 관하여 다음과 같은 규정이 있다.

가. 일본국은 전쟁 중에 발생한 손해 및 고통에 대하여 연합국에 배상을 지급해야 하는 것이 승인된다. 하지만 존립 가능한 경제를 유지해야 한다면 일본의 자원은 일본이 모든 상기 손해 및 고통에 대해 완전한 배상을 하고 동시에 다른 부채를 이행하기 위해 현재 충분하지 않다는 것이 승인된다(14 조 (a)본문).

나. 일본국은 현재의 영역이 일본국군대에 의해 점령되어, 동시에 일본국에 의해 손해를 입은 연합국이 희망할 때는, 생산, 침몰선 인양 기타의 작업에 있어서 일본인의 역무를 해당 연합국의 이용에 제공함으로써 입힌 손해를 회복하는 비용을 이들 국가에 보상하는 데 도움을 주기 위해 해당 연합국과 신속하게 협상을 개시하는 것으로 한다(14 조(a) 1. 이하, 이 규정에 따른 의무 제공을 '역무 배상'이라고 할 경우가 있다.).

다. 각 연합국은 일본국 및 국민 등의 모든 재산, 권리 및 이익이며 이 조약 최초의 효력 발생시에 그 관할하에 있는 것(전쟁 중 연합국 정부의 허가를 받고 연합국 지역에 거주한 일본인의 재산 등 일정한 예외를 제외함)를 압류, 유치, 청산, 그 외의 어떠한 방법으로 처분할 권리를 가진다(14 조(a)2).

라. 이 조약에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고, 연합국은 연합국의 모든 배상 청구권, 전쟁 수행 중에 일본국 및 그 국민이 행한 행동으로 발생한 연합국 및 그 국민의 기타 청구권 및 점령의 직접 군사비에 관한 연합국의 청구권을 포기한다(14 조(b)).

마. 일본은 전쟁으로 발생하거나 전쟁 상태가 존재했기 때문에 행해진 행동으로 발생한 연합국 및 그 국민에 대한 일본국 및 그 국민의 모든 청구권을 포기하고, 동시에 이 조약 효력 발생 전에 일본국 영역에 있어서의 어느 연합국의 군대 또는 당국의 존재, 직무 수행 또는 행동으로 발생한 모든 청구권을

포기한다(19 조(a)).

- (3) 중국은 연합국의 일원으로서 원래 강화회의에 초청되어야 했지만, 1949에 성립한 중화인민공화국 정부와 이에 쫓기는 형태로 대만에 본거를 이동한 중화민국 정부가 모두 자신이 중국을 대표하는 유일한 정통 정부라고 주장하고 연합국 내부에서도 정부 승인의 대응이 갈라지는 상황이었기 때문에 결국 어느 정부도 강화회의에 초청하지 않기로 했다. 다만, 일본국의 중국에서의 권익 포기(샌프란시스코 평화조약 10 조), 재외 자산 처분(같은 조약 14 조(a)2)에 관해서는, 중국은 샌프란시스코 평화조약이 정하는 이익을 받는 것으로 되었다(같은 조약 21 조).
- (4) 일본정부는 그 후 위 (2) 나.에 따른 역무 배상 등에 관한 협상을 연합국 각국과 진행함과 동시에 샌프란시스코 평화조약 당사국이 되지 않았던 국가 또는 지역에 대해서도 전후 처리의 틀을 구축하는 양자 간 평화조약 등을 체결하기 위해 협상을 실시하기로 했다. 이 과정에서 가장 큰 현안이 된 것은 강화회의에 초청되지 않았던 중국과의 관계였지만, 일본정부는 1952. 4.28, 중화민국을 중국의 정통 정부로 인정하여 이 정부와 ‘일본국과 중화민국 간의 평화조약’(이하 ‘일화평화조약’이라고 함)을 체결하여, 이 조약은 같은 해 8. 5에 발효하였다. 이 조약에는 일본국과 중화민국 간의 전쟁상태가 이 조약 효력발생일에 종료되는 것(1 조), 양국 간에 전쟁상태 존재의 결과로서 발생한 문제는 샌프란시스코 평화조약의 상당 규정에 따라 해결하기로 하는 것(11 조) 등의 조항이 있으며, 또한 조약의 불가분의 일부를 이루는 의정서의 조항으로서 중화민국은 일본 국민에 대한 관후와 선의의 표징으로서 샌프란시스코 평화조약 14 조 (a)1 에 의거하여 일본국이 제공해야 할 역무의 이익을 자발적으로 포기하는 것(의정서 1(b))이 정해져 있다. 또한 이 조약 부속교환공문에서 이 조약의 조항이 중화민국에 관해서는 중화민국 정부의 지배하에 실제로 있거나 향후 들어가는 모든 영역에 적용되는 것이 확인되었다.
- (5) 중국에서는 그 후에도 중화인민공화국 정부와 중화민국 정부가 모두 정통정부로서의 지위를 주장하는 사태가 계속되었지만, 일본정부는 다나카 카쿠에이(田中角榮) 내각하에서 중화민국 정부에서 중화인민공화국 정부로 정부승인을 변경하는 방침을 굳히고, 소위 일중 국교 정상화 협상을 거쳐 1977. 9. 29, ‘일본정부와 중화인민공화국 정부의 공동 성명’(이하

‘일중공동성명’이라고 함)이 발표되기에 이르렀다. 이 성명 중에는 ‘일본국과 중화인민공화국 사이의 지금까지의 비정상적인 상태는 이 공동 성명이 발표되는 날에 종료한다.’(1 항), ‘일본정부는, 중화인민공화국 정부가 중국의 유일한 합법 정부임을 승인한다.’(2 항), ‘중화인민공화국 정부는 중일 양국 국민의 우호를 위해 일본국에 대한 전쟁 배상 청구를 포기할 것을 선언한다.’(5 항) 등의 조항이 있다.

양국 정부는 1978.8.12, ‘일본국과 중화인민공화국 간의 평화우호조약’(이하 ‘일중평화우호조약’이라고 함)을 체결하여, 이 조약은 같은 해 10.2 에 발효하였는데, 이 조약 전문에서는 일중공동성명에 제시된 여러 원칙이 엄격하게 준수되어야 하는 것을 확인하는 취지가 규정되어 있다.

4. 원심은 다음과 같이 판단하여 상고인들의 청구를 모두 기각해야 한다고 했다.

(1) 중화민국 당시의 민법에 의하면 피상고인은 위에서 인정한 가해행위에 대해 사용자 책임으로서 위자료 지급 의무를 진다고 인정된다. 또한, 일본법상의 불법행위 책임에 대해 보면 국가의 공권력 행사에 관해서는 이른바 국가무담책의 원칙이 적용되지만, 위 가해행위는 전쟁행위, 작전활동 자체 또는 이에 부수하는 행위로 볼 수 없고 국가의 공권력 행사에 해당한다고는 인정될 수 없기 때문에 국가무담책 원칙은 적용되지 않아서 피상고인은 민법 715조 1항에 따른 손해배상 책임을 진다.

(2) 일화평화조약 11조는 연합국에 의한 배상 청구권 등의 포기를 규정한 샌프란시스코 평화조약 14조(b)에 따르는 것을 정하는 바, 여기서 말하는 청구권 포기란 외교 보호권의 포기에 그치지 않고 청구권 자체를 포괄적으로 포기하는 취지였다고 풀어야 한다. 따라서 제2차세계대전 수행 중에 일본군 병사 등에 의한 가해행위로 인해 발생한 중국 국민인 상고인 X1 및 망 A의 손해배상청구권은 일화평화조약에 의해 포기되었다고 풀이된다.

또한 일화평화조약을 체결한 것은 이미 중국 대륙의 실효 지배를 잃었던 중화민국 정부이지만, 당시 국제 사회에서 중국을 대표하는 정통 정부로서 승인되었던 것은 중화민국 정부였다고 인정할 수 있고, 일화평화조약은 이 정부가 중국을 대표하며 국가로서의 중국과 일본국 사이로 체결한 것으로서 효력을 가지며 대륙을 포함한 중국 전체에 적용된다고 해석하는 것이 상당하다.

그 후에 중화인민공화국 정부가 발표한 일중공동성명에서도 전쟁배상 포기조항이 있지만, 이는 이미 발생한 권리관계를 다시 확인한 것에 불과하며 새롭게 법적 효과를 발생시키는 것이 아니다.

제 2 상고 대리인 오야마 히로시(尾山宏) 등의 상고 수리 신청 이유 제 1 점에 대해서

1. 논지는 원심의 위 제1의 4(2)의 판단의 법령 위반을 주장하는 것이지만, 청구권 포기의 항변을 인정한 원심 판단은 아래에 설명하는 바와 같이 결론에 있어서 시인할 수 있다.

2 전후 처리의 기본 원칙으로서의 청구권 포기에 대해서

(1) 제2차세계대전 후 일본국의 전후 처리의 골격을 정하게 된 샌프란시스코 평화조약은, 이른바 전쟁 배상(강화에 임하여 전패국이 전승국에 대해 제공하는 금전 기타 급부를 말함)에 관한 일본국의 연합국에 대한 배상 의무를 긍정하고 실질적으로 전쟁 배상의 일부에 충당할 취지로 연합국의 관할하에 있는 재외 자산의 처분을 연합국에 맡기는(14 조 (a) 2) 등의 처리를 규정하여, 한편으로 일본국의 자원은 완전한 전쟁 배상을 실시하기에는 부족한 것도 승인된다고 하여(14조 (a) 본문), 그 부담 능력에 대한 배려를 나타내고, 역무 배상을 포함한 전쟁 배상의 구체적인 약정에 대해서는 일본국과 각 연합국의 개별적인 협상에 맡기기로 했다 (14조(a)1). 그리고 이와 같은 전쟁 배상 처리의 전제가 된 것이 이른바 ‘청구권 처리’이다. 여기서 말하는 ‘청구권 처리’란, 전쟁 수행 중에 발생한 교전국 사이 또는 그 국민 사이의 청구권으로서 전쟁 배상과는 별도로 협상의 주체가 될 수 있는 것의 처리를 말하는데, 이에 대해서는 개인의 청구권을 포함하여 전쟁 수행 중에 발생한 상대국 및 그 국민(법인도 포함하는 것으로 해석됨)에 대한 모든 청구권은 서로 포기하는 것으로 되었다(14조(b), 19조(a)).

(2) 이와 같이 샌프란시스코 평화조약은 개인의 청구권을 포함하여 전쟁 수행 중에 발생한 모든 청구권을 상호 포기하는 것을 전제로 하여 일본국은 연합국에 대한 전쟁 배상의 의무를 인정하여 연합국 관할하에 있는 재외 자산의 처분을 연합국에 맡겨, 역무 배상을 포함한 구체적인 전쟁 배상의 약정은 각 연합국과 개별적으로 한다는 일본국의 전후 처리의 틀을 정한 것이었다. 이 틀은 연합국 48 개국과 체결되어 이에 의해 일본이 독립을 회복한 샌프란시스코 평화조약의 중요성을 감안하면, 일본국이 샌프란시스코 평화조약 당사국 이외의 국가나 지역과 평화조약 등을 체결하여 전후 처리를 함에 있어서도 그 틀이 되어야 할

것이였다(이하, 이 틀을 ‘샌프란시스코 평화조약의 틀’이라고 함). 샌프란시스코 평화조약의 틀은 일본과 연합국 48개국과의 전쟁 상태를 최종적으로 종료시키고, 장래를 향해 흔들리지 않는 우호 관계를 구축한다는 평화조약의 목적을 달성하기 위해서 정해진 것이며, 이 틀이 정해진 것은 평화조약을 체결해 놓고 전쟁 수행 중에 발생한 각종 청구권에 관한 문제를 사후적이고 개별적인 민사재판에 의한 권리행사로 해결한다는 처리에 맡긴다면 앞으로 어느 국가 또는 국민에 대해서도 평화조약 체결 때에는 예측하기 어려운 지나친 부담을 지우고 혼란을 일으킬 수 있어서, 평화조약의 목적 달성을 방해하게 된다는 고려에 의한 것으로 풀이된다.

(3) 그리고 샌프란시스코 평화조약의 틀에 있어서의 청구권 포기의 취지가 위와 같이 청구권 문제를 사후적 그리고 개별적인 민사 재판상의 권리 행사에 의한 해결에 맡기는 것을 피한다는 점에 있는 것을 감안하면 여기서 말하는 청구권 ‘포기’란 청구권을 실체적으로 소멸시키는 것 까지를 의미하는 것이 아니라, 당해 청구권에 근거하여 재판으로 소구(訴求)할 권능을 잃게 되는 데에 그친다고 보는 것이 마땅하다. 따라서 샌프란시스코 평화조약의 틀에 따라 전쟁 수행 중에 발생한 모든 청구권이 포기되더라도 개별 구체적인 청구권에 대해 그 내용 등을 감안하며 채무자 측에서 임의로 자발적인 대응을 할 것에는 지장이 없다고 해야 하고, 샌프란시스코 평화조약 14조(b)의 해석을 둘러싸고 요시다 시게루(吉田茂) 내각총리대신이 네덜란드왕국 대표 스티커 외무대신에 대한 서한에 있어서, 위와 같은 자발적인 대응의 가능성을 표명하고 있는 것은 공지의 사실이다.

피상고인들은 국가가 가지는 외교보호권을 스스로 포기한 경우는 별론으로 하고 국민 고유의 권리인 사권을 국가간 합의에 의해 제한할 수 없다고 주장하지만, 국가는 전쟁 종결에 수반하는 강화조약 체결에 임하여, 대인주권에 근거하여 개인의 청구권을 포함한 청구권 처리를 실시할 수 있으므로, 위 주장은 채용할 수 없다.

(4) 샌프란시스코 평화조약 체결 후, 일본정부와 이 조약 당사국 정부 사이에서는 이 조약에 따라 역무 배상을 포함한 전쟁 배상의 방식에 대해 협상이 행해져, 그 결과 양국간 배상 협정이 체결되어 (필리핀공화국 등), 혹은 배상 청구권이 포기되었다 (라오스인민민주공화국 등). 이들 경우에는 개인의 청구권을 포함한

청구권 상호 포기가 전제로 되었다. 일본정부는 샌프란시스코 평화조약 당사국이 되지 않았던 국가 또는 지역에 대해서도 개별적으로 양국 간 평화조약 또는 배상 협정을 체결하는 등 전쟁 배상 및 청구권 처리를 진행해 나갔지만, 이들 조약 등에서도 청구권 처리에 관하여 개인의 청구권을 포함하여 전쟁 수행 중에 발생한 모든 청구권을 상호 포기하는 취지가 명시적으로 정해져 있다(‘일본국과 인도 사이의 평화조약’ 6조, ‘일본국과 버마연방 사이의 평화조약’ 5조, ‘특별 엔 문제의 해결에 관한 일본국과 태국 간의 협정’ 3조, ‘네덜란드 국민의 일종의 사적 청구권에 관한 문제의 해결에 관한 일본정부와 네덜란드왕국 정부 사이의 의정서’ 3조, ‘일본국과 소비에트사회주의 공화국연방과의 공동 선언’ 6항, ‘일본국과 폴란드인민공화국 사이의 국교 회복에 관한 협정’ 4조, ‘일본국과 인도네시아공화국과의 평화조약’ 4조, ‘일본국과 싱가포르공화국과의 1967. 9. 21 협정’ 2조, ‘태평양 제도 신탁 통치 지역에 관한 일본국과 미국 간 협정’ 3조 등). 또한 ‘일본국과 말레이시아 간의 1967.9.21협정’ 2 조는 ‘말레이시아 정부는 양국간에 존재하는 양호한 관계에 영향을 미치는 제2차세계대전 중의 불행한 사건으로 발생한 모든 문제가 이 협정으로 완전하고 최종적으로 해결된 것에 동의한다.’ 라는 약간 추상적인 표현이 되어 있고 표현으로서는 유일한 예외라고 할 수 있지만 이 협정이 샌프란시스코 평화조약 및 그 이후의 양자 간 평화조약의 청구권 처리와 다른 청구권 처리를 정하는 것으로 해석 할 수 없으며, 이 조항도 개인의 청구권을 포함한 전쟁 수행 중에 발생한 모든 청구권을 서로 포기하는 샌프란시스코 평화조약의 틀에 따른 취지인 것으로 풀이된다.

3 일화평화조약에 의한 청구권 포기에 대해서

- (1) 중국과의 관계에서의 전후 처리에 관한 조약으로서는 위와 같이, 중화민국 정부와 체결된 일화평화조약이 존재한다. 이 조약 11조는 ‘일본국과 중화민국 사이에 전쟁 상태 존재의 결과로서 발생한 문제’는 샌프란시스코 평화조약의 상당 규정에 따르는 것으로 규정하는 바, 이 중에는 개인의 청구권을 포함한 청구권 처리 문제도 당연히 포함되어 있다고 풀이되기 때문에, 이에 따르면 일중전쟁 수행 중에 발생한 중국 및 중국 국민의 모든 청구권은 샌프란시스코 평화조약14조(b)의 규정에 준하여 포기되었다고 보아야 하기로 된다. 또한, 위와 같이 의정서 1(b)에는 ‘일본 국민에 대한 관후와 선의의 표징’으로서 역무

배상도 포기한다고 정해져 있다.

- (2) 그런데, 일화평화조약이 체결된 1952 당시, 중화민국 정부는 중국 대륙에서 쫓겨나서 대만 및 그 주변의 제도를 지배하는 데에 머물고 있었기 때문에 이 정부가 일중전쟁의 강화에 관한 평화조약을 체결할 권한을 가지고 있었는지 여부는 의문의 여지도 없지 않다. 하지만 당시 중국의 정부 승인을 둘러싸여 중화민국 정부를 승인하는 미국을 비롯한 국가와 중화인민공화국 정부를 승인하는 영국을 비롯한 국가로 갈라져 있었는데, 국가 수로서는 전자가 후자를 능가하여, 또한 국제연합에서 중국의 대표권을 가지고 있었던 것도 중화민국 정부였던 것은 공지의 사실이며, 이러한 상황하에서 일본정부는 중화민국 정부를 중국의 정통정부로서 승인한 것이며, 그렇다면 중화민국 정부가 일중전쟁 강화에 관한 평화조약을 체결하는 것 자체에 지장이 없다고 할 것이다.
- (3) 다만, 위와 같이 일화평화조약이 체결된 당시 중화민국 정부는 대만 및 그 주변 제도를 지배하는 데 머무르고 있으며, 부속교환공문에는 이를 전제로 ‘이 조약의 조항이 중화민국에 관해서는 현재 중화민국 정부 지배하에 있거나 앞으로 들어가는 모든 영역에 적용이 있다’고 기재되어 있다. 이 기재에 의하면 전쟁 배상 및 청구권 처리에 관한 조항은 중화인민공화국 정부가 지배하고 있던 중국 대륙에 대해서는 장래의 적용 가능성이 나타났을 뿐이라는 해석도 충분히 성립된다고 해야 한다.

따라서 전쟁 배상 및 개인의 청구권을 포함한 청구권 포기를 정하는 일화평화조약 11조 및 의정서 1(b)의 조항에 대해서는 이 조약의 체결 후 중화민국 정부의 지배하에 들어가지 않았던 중국 대륙에 적용된다고 단정할 수 없으며, 중국 대륙에 거주하는 중국 국민에 대해 당연히 그 효력이 미친다고 할 수도 없다. 그리고 피상고인들은 중국 대륙에 거주하는 중국 국민임이 분명하기 때문에 그들에게 당연히 이 조약에 의한 청구권 포기의 효력이 미친다고 할 수 없다.

4 일중공동성명 5항에 의한 청구권 포기에 대해서

- (1) 일중공동성명5항은 ‘중화인민공화국 정부는 중일 양국 국민의 우호를 위하여 일본국에 대한 전쟁 배상의 청구를 포기할 것을 선언한다.’라고 하며, 그 문언을 보는 한, 포기의 대상이 되는 ‘청구’의 주체가 명시되어 있지 않고, 국가 간의 이른바 전쟁 배상 외에 청구권 처리를 포함하는 취지인지, 또한 청구권 처리를

포함한다고 하더라도 중화인민공화국 국민이 개인으로서 가지는 청구권의 포기를 포함하는 취지인지 여부는 반드시 명확하지 않다.

(2) 하지만 공표되어 있는 일중 국교 정상화 교섭의 공식 기록이나 관계자의 회고록 등에 근거하는 고증을 거쳐 오늘날은 공지의 사실이 되고 있는 교섭 경위 등에 의거하여 생각했을 경우, 아래와 같이 일중공동성명은 평화조약의 실질을 가지고 있다고 보아야 하며, 일중공동성명에서 전쟁 배상 및 청구권 처리에 대해 샌프란시스코 평화조약의 틀과 다른 약정이 이루어진 것으로 볼 수 없다고 해야 한다.

가. 중화인민공화국 정부는 일중 국교 정상화 협상에 임하여 '복교 3원칙'에 근거한 처리를 주장했다. 이 복교 3원칙이란, ①중화인민공화국 정부가 중국을 대표하는 유일한 합법정부인 것, ②대만은 중화인민공화국 영토의 불가분의 일부인 것, ③일화평화조약은 불법, 무효이며 폐기되어야 한다는 것을 말하는 것이다. 중화인민공화국 정부로서는 이러한 사고방식에 입각한 경우 일중전쟁의 강화는 아직 이루어지지 않는 것으로 되어, 일중공동성명은 평화조약의 의미를 갖는 필요가 있어서, 전쟁 종결선언이나 전쟁 배상 및 청구권 처리가 필수적이었다.

이에 대해 일본정부는 중화민국 정부를 중국의 정통정부로 승인하여 일화평화조약을 체결했다는 경위에서, 이 조약을 장래를 향해 종료시키는 것은 별론으로 하고, 일중전쟁 종결, 전쟁 배상 및 청구권 처리와 같은 사항에 관해서는 형식적으로는 일화평화조약에 의해 해결이 완료되었다는 전제에 설 수밖에 없었다 (일화평화조약에 의한 전쟁 배상 및 청구권 처리의 조항이 중국 대륙에 적용된다고 단정할 수 없는 것은 위와 같지만 당시 일본정부는 그러한 견해를 채용하지 않았다.).

나. 일중 국교 정상화 협상에 있어서 중화인민공화국 정부와 일본정부는 모두 위와 같은 다른 전제로 협상에 임할 수 없는 입장에 있음을 충분히 인식하면서 결과적으로 어느 입장에서든 모순없이 일중전쟁의 전후 처리가 이루어지는 것을 의도하여 공동성명의 표현이 모색되어, 그 결과 일중공동성명 전문에서 일본 측이 중화인민공화국 정부가 제기한 복교 3원칙을 '충분히 이해하는 입장'에 서는 취지가 언급되었다. 그리고 일중공동성명 1항의 '일본국과 중화인민공화국 사이의 지금까지의 비정상적인 상태는 이 공동성명이

발표되는 날에 종료한다.’라는 표현은 중국 측에서 보면 일중전쟁 종료 선언으로 해석할 수 있고, 한편으로 일본국 측에서는 중화인민공화국 정부와 국교가 없었던 상태가 이에 의해 해소되었다는 의미로 해석할 수 있는 것으로서 채용된 것이었다.

다. 위와 같은 일중 국교 정상화 협상의 경위에 비추면 중화인민공화국 정부는 일중공동성명5항을 전쟁 배상뿐만 아니라 청구권 처리도 포함한 모든 전후처리를 실시한 창설적인 규정이라고 파악하고 있는 것은 분명하며, 또한 일본정부로서도 전쟁 배상 및 청구권 처리는 일화평화조약에 의해 해결이 완료했다는 견해는 유지하면서도 중화인민공화국 정부와의 사이에서도 실질적으로 이 조약과 같은 귀결이 되는 처리가 되었음을 확인할 의미를 가지는 것이라는 이해에 서서, 그 표현에 대해 합의한 것으로 풀이된다. 위와 같은 경위를 거쳐 발표된 일중공동성명은 중화인민공화국 정부는 물론이고 일본정부로서도 평화조약의 실질을 가지는 것에 다름이 없다고 해야 한다.

라. 그리고 위와 같이 샌프란시스코 평화조약의 틀은 평화조약의 목적을 달성하기 위해 중요한 의미를 가지고 있었으며, 샌프란시스코 평화조약의 틀을 벗어나 청구권 처리를 정하지 않는 채 전쟁 배상만을 결착시켜, 혹은 청구권 포기의 대상에서 개인의 청구권을 제외한 경우, 평화조약의 목적 달성의 지장이 될 우려가 있는 것이 분명한데, 일중공동성명 발표에 있어서 굳이 그러한 처리를 하지 않을 수 없었던 사정은 전혀 엿볼 수 없고, 일중 국교 정상화 교섭에 있어서 그러한 관점에서의 문제 제기가 되거나 협상이 행해진 흔적도 없다. 따라서 일중공동성명 5 항의 문언으로 ‘청구’의 주체로서 개인을 명시하지 않았다고 하더라도 샌프란시스코 평화조약의 틀과 다른 처리가 이루어진 것으로 해석할 수 없다.

마. 위에 따르면 일중공동성명은 샌프란시스코 평화조약의 틀과 다른 취지가 아니라, 청구권 처리에 대해서는 개인의 청구권을 포함한 전쟁 수행 중에 발생한 모든 청구권을 서로 포기하는 것을 나타낸 것이라고 보아야 한다.

(3) 위와 같은 일중 공동성명 5항의 해석을 전제로 그 법규범성 및 법적 효력에 대해 검토한다.

우선, 일중공동성명은 우리나라에서 조약으로서 취급되지 않아서, 국회의 비준도 거치지 않는 것이므로 그 국제법상의 법규범성이 문제가 될 수 있다.

하지만 중화인민공화국이 이를 창설적인 국제법 규범으로 인식하고 있던 것은 분명하며, 적어도 중국 측의 일방적인 선언으로서 법규범성을 긍정할 수 있는 것이다. 나아가 국제법상 조약으로서의 성격을 가지는 것이 분명한 일중평화우호조약에 있어서 일중공동성명에서 제시된 여러 원칙을 엄격히 준수하는 취지가 확인된 것에 의해 일중공동성명 5항의 내용이 일본국에서도 조약으로서의 법규범성을 획득했다고 하여야 하고, 어쨌든 그 국제법상의 법규범성이 인정되는 것은 분명하다.

그리고 위와 같이 샌프란시스코 평화조약의 틀에 있어서 청구권 포기라는 청구권에 의거하여 재판으로 소구할 권능을 잃게 하는 것을 의미하므로 그 내용을 구체화하기 위한 국내법상의 조치는 필요 없고, 일중공동성명 5항이 정하는 청구권 포기도 마찬가지로 국내법적인 효력이 인정된다고 보아야 한다.

(4) 위와 같아서, 일중전쟁 수행 중에 발생한 중화인민공화국 국민의 일본국 또는 그 국민 또는 법인에 대한 청구권은 일중공동성명 5 항에 의해 재판으로 소구할 권능을 잃었다고 해야 하며, 그러한 청구권에 의거한 재판으로의 청구에 대하여, 5항에 근거한 청구권 포기의 항변이 주장되었을 때는 해당 청구는 기각을 면할 수 없게 된다.

5 결론

이 사건 청구는 일중전쟁 수행 중에 발생한 일본군 병사들에 의한 불법행위를 이유로 하는 손해배상 청구이며, 위 사실관계를 감안하면 이 사건 피해자들이 입은 정신적, 육체적 고통은 매우 큰 것이었다고 볼 수 있지만, 일중공동성명 5항에 따른 청구권 포기의 대상이 된다고 말할 수밖에 없고, 재판으로 소구하는 것은 인정되지 않는다고 해야 한다. 소론의 점에 관한 원심의 판단은 이상과 같이 결론에 있어서 시인할 수 있다. 논지는 채용할 수 없다.

따라서 재판관 전원 일치 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 재판관 사이구치 치하루(才口千晴)

재판관 요코오 카즈코(横尾和子)

재판관 카이나카 타츠오(甲斐中辰夫)

재판관 이즈미 도쿠지(泉徳治)

재판관 와쿠이 노리오(涌井紀夫)