

## "징용공"<sup>1</sup>사건 대법원 판결<sup>2</sup>

야마모토 세이타(山本晴太)

### 1 판결 개요

1.1 2018.10.30 일본제철 사건<sup>3</sup>, 같은 해 11.29 미쓰비시중공업 히로시마 징용공 사건, 나고야 여자근로정신대 사건에 대해 한국 대법원이 판결을 선고했다. 모두 피고의 상고를 기각해서 원고 (강제동원 피해자)의 승소가 확정됐다.

11.29 의 2 건 판결의 이유는 10.30 판결 다수의견의 요약이며, 실질적으로 같은 취지의 판결이다. 또한 대법원에 계류중인 후지코시(不二越) 여자근로정신대 사건과 히타치 조선(日立造船) 사건에 대해서도 머지 않아 같은 취지의 판결이 나올 것이다.

### 1.2 피해 사실

이들 사건은 다음과 같이 10 대 소년 소녀의 강제노동, 피폭한 노동자의 방치 등 심각한 인권침해에 대해 가해기업에 위자료를 청구한 것이다.

#### 1.2.1 일본제철 사건

일본의 제철소에 근무하면 향후 일본제철이 조선에 제철소를 건설할 때 기술자로서 채용하는 등의 조건으로 응모한 14~19 세의 노동자들이 오사카 제철소 등에서 기술 습득과는 상관 없는 중노동에 종사하게 되거나, 현원징용(現員徵用)되거나 한 끝에, 임금도 제대로 받지 못했다.

#### 1.2.2 미쓰비시 히로시마 징용공 사건

국민징용령에 의한 징용으로 미쓰비시중공업 히로시마 제작소, 동 조선소에 동원된 당시 주로 21 세의 노동자들이 중노동에 종사한 끝에 원자폭탄을 피폭했으나 미쓰비시 중공업으로부터 치료나 귀국을 위한 지원을 받지 못하고 시모노세키나 하카타까지 도보로 이동해서 어선 등으로 자력으로 귀국했다.

---

<sup>1</sup> “징용공”이란 강제동원 노동자를 가리켜 일본 언론들이 쓰는 용어다.

<sup>2</sup> 이 글은 2019.11.17 도쿄에서 열린 국제인권법학회 연구대회에서의 발표를 정리한 것인데, 위 발표나 종전의 줄고의 견해를 고친 부분이 있다.

<sup>3</sup> [https://www.scourt.go.kr/sjudge/1540892085928\\_183445.pdf](https://www.scourt.go.kr/sjudge/1540892085928_183445.pdf)

### 1.2.3 미쓰비시 나고야 여자근로정신대 사건

당시 13 ~ 15 세의 소녀들이 국민학교 교사 등으로부터 "일본에서 일하면 여학교에 다닐 수 있고 집 한 채 살 수 있는 정도의 돈도 벌 수 있다"라고 권유를 받고, 여자근로 정신대로 미쓰비시중공업 나고야 항공기제작소에 동원되었지만, 여학교 진학는 커녕 임금도 지급받지 못하고 징병된 성인 남자 노동자의 대체 요원으로 공습의 공포 밑에서 위험한 중노동에 종사하게 되고, 동남해지진(東南海地震)<sup>4</sup>으로 사상한 사람도 있었다.

## 1.3 일본소송과 한국소송

### 1.3.1 일본소송

각 사건 원고 중 일부는 한국에서 소송을 하기 전에 일본에서도 일본 국가와 기업을 상대로 소송을 제기했다. 많은 하급심 판결은 원고들의 피해사실이나 기업의 불법행위 책임 발생을 인정했지만, 기업에 대한 청구는 소멸시효, 제척기간(除斥期間), 전전(戰前) 기업에서 피고에 대한 채무승계 부인 등을 이유로 모든 판결로 기각되었다<sup>5</sup>.

### 1.3.2 한국소송

일본제철 사건, 미쓰비시 히로시마 징용공 사건의 원고들은 최고재판소에서의 패소 확정 무렵에 기업만을 상대로 한국법원에 제소했지만, 지방법원, 고등법원에서는 일본 판결의 기판력(既判力), 소멸시효, 전전 기업에서 피고에 대한 채무 승계의 부인을 이유로 패소했다<sup>6</sup>.

그런데 2012.5.24 대법원 판결은 위와 같은 판단은 대한민국헌법의 근본이념에

---

<sup>4</sup> 1944.12.7 일본 중부지방에서 발생한 지진. 1000 명이 넘는 희생자가 생겼다.

<sup>5</sup> 일본제철 사건 (피고 일본국·일본제철) 은 1997.12.24. 제소,오사카 지방재판소 2001.3.27.판결 (판례비서), 오사카 고등재판소 2002.11.19.판결 (송무월보 50 권 3 호 815 쪽), 최고재판소 2003.10.9.결정.

미쓰비시 히로시마 징용공 사건 (피고 일본국·미쓰비시중공업) 은 1995.12.11. 제소,히로시마 지방재판소 1999.3.25.판결 (민사재판례집 61 권 8 호 2988 쪽), 히로시마 고등재판소 2005.1.19.판결 (판례타임즈 1217 호 157 쪽), 최고재판소 2007.11.1.판결.

미쓰비시 나고야 여자근로정신대 사건은 먼저 일본국을 피고로 1994.3.4.제소, 야마구치 지방재판소 시모노세키지부 1998.4.27.판결 (판례시보 1642 호 24 쪽), 히로시마 고등재판소 2001.3.29.판결 (판례타임즈 1081 호 91 쪽), 최고재판소 2003.3.25.결정. 그 다음에 일본국과 미쓰비시중공업을 피고로 1999.3.1.제소, 나고야 지방재판소 2005.2.24.판결 (판례타임즈 1210 호 186 쪽), 나고야 고등재판소 2007.5.31.판결 (판례시보 1894 호 44 쪽), 최고재판소 2008.11.11. 판결.

<sup>6</sup> 일본제철 사건은 2005.5.28. 제소, 서울지법 2008.4.3.판결, 서울고법 2009.7.16. 판결. 미쓰비시 히로시마 징용공 사건은 2000.5.1. 제소, 부산지법 2007.2.2. 판결, 부산고법 2009.2.3. 판결.

반한다고 해서 원판결을 파기하며 원심으로 환송했다.

환송심인 고등법원과 환송판결 이후에 제소한 미쓰비시 나고야 여자근로정신대 사건의 항소심은 피해자 1 인당 8000 만 원 ~ 1 억 2000 만 원의 위자료를 인정했다<sup>7</sup>. 각 사건의 피고는 다시 상고하여, 그 상고심 판결이 이 판결이다. 원고들은 피해부터 73 년, 일본 제소부터 가장 긴 원고는 24 여년 후의 승소 확정으로 되었다.

## 2 한일청구권협정 (이하 "청구권협정") 해석의 변천

2.1 이 판결에 이르기까지 일본과 한국의 청구권협정 해석은 그 효력과 적용대상의 양면에서 변천해왔다. 이 판결을 평가하는 전제로 그 개요를 소개한다.

### 2.2 협정의 효력

#### 2.2.1 일본의 해석

일본정부는 1951 샌프란시스코 평화조약과 1956 일소공동선언에 규정된 '포기'란 국가의 외교보호권 포기에 불과하고 개인청구권은 소멸하지 않았으므로, 국가는 원폭 피해자나 시베리아 억류 피해자에게 보상할 책임을 지지 않는다고 주장했다<sup>8</sup>. 1965 청구권협정 체결시에도 "완전히 그리고 최종적으로 해결"이란 외교보호권 포기에 지나지 않기 때문에, 한반도에 자산을 남긴 일본국민에게 보상할 책임은 없다는 해석을 나타냈다<sup>9</sup>.

그리고 1991.12.13. 중의원 예산위원회에서 야나이(柳井) 외무성 조약 국장은 한국인 피해자에 의한 소송에 대해서도 "완전히 그리고 최종적으로 해결"이란 국가의 외교보호권 상호 포기를 의미하는 것이며, 개인청구권을 국내법적으로 소멸시킨 것이 아니라고 답변하고 그 후도 같은 취지의 답변이 이어지면서<sup>10</sup> 국내 전후보상 재판에서도 2000 까지 조약에 의해 해결완료라는 항변을 주장하지 않았다<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> 서울고법 2013.7.10. 판결, 부산고법 2013.7.30. 판결, 광주고법 2015.6.24. 판결

<sup>8</sup> 원폭피해자에 대해 도쿄 지방재판소 1963.12.7. 판결 (하급민사재판례집 14 권 2451 쪽). 시베리아 억류피해자에 대해 국립도서관 "조사와 정보" 230 호 (1993.11.16.)

<sup>9</sup> 다니다마사미(谷田正躬) "시의 법령(時の法令) 별책·일한조약과 국내법의 해설" (대장성(大蔵省) 인쇄국 1966)

<sup>10</sup> 1992.2.26. 중의원외무위원회 야나이(柳井) 조약국장 답변, 같은 해 3.9. 중의원 예산위원회 야나이국장 및 구도(工藤) 내각법제국장관 답변, 같은 해 4.7. 참의원 내각위원회 가토(加藤) 외무대신 답변 등

<sup>11</sup> 단, 유엔에서는 1990 대부터 일본정부는 일본군 "위안부" 문제는 청구권협정으로 해결 완료라고 주장했다. 이에 일본변호사연합회는 "국제법상의 신의에 비추어, 또한

그러나 일본정부는 2000 에 갑자기 해석을 바꿔서 국내 재판에서도 샌프란시스코 평화조약, 청구권협정, 일화(日華) 평화조약<sup>12</sup> 등의 조약에 의해 전후보상 문제는 해결되었다고 주장하기 시작했다. 이 처럼 전언을 바꾼 새로운 주장을 부인하는 하급심 판결이 이어졌지만<sup>13</sup>, 중국인 강제연행에 관한 2007 최고재판소 판결<sup>14</sup>은 샌프란시스코 평화조약의 “포기”에 의해 개인청구권이 소멸되는 것은 아니지만 민사소송에 의한 권리행사를 허용하지 않는 것이 “샌프란시스코 평화조약의 틀”이며, 중일공동성명<sup>15</sup>도 이 '틀'안에 있다는 독자적인 논리에 의해 국가의 새로운 주장의 결론을 받아들이고 중국인 피해자의 청구를 기각했다. 그 후의 사건에서 국가는 청구권협정에도 “샌프란시스코 평화 조약의 틀”이 미친다고 주장하고 법원도 이를 인정하게 되었다<sup>16</sup>.

그 결과, 완전히 다른 문언의 샌프란시스코 평화조약, 중일공동성명, 청구권협정에 대해 모두 개인청구권은 소멸하지 않지만 "청구에 응할 법률상의 의무가 소멸하고, 그 결과 구제가 거부된다"="재판으로 소구(訴求)할 권능을 잃는다"라는 동일한 효력을 갖는다는 현재 일본정부의 해석이 되었다<sup>17</sup>.

## 2.2.2 한국의 해석

한국정부는 청구권협정 체결시에는 개인청구권이 소멸된다고 해석하고 있었다고 보이지만<sup>18</sup>, 1995.9.20 의 공로명 외무부장관 답변<sup>19</sup>은 일본정부와 마찬가지로

금반언의 원칙에 비추어 용서할 수 없다”고 비판했다. (日本弁護士連合会編 「問われる女性の人権」 (こうち書房 1996) p126)

<sup>12</sup> 1952. 4, 일본국과 중화민국 (대만의 국민정부) 간에서 체결된 조약

<sup>13</sup> 히로시마 고등재판소 2001. 3. 29. 판결 (판례타임즈 1081 호 91 쪽), 도쿄 고등재판소 2001. 6. 12. 판결 (판례타임즈 1240 호 121 쪽), 도쿄 지방재판소 2003. 4. 24. 판결 (판례타임즈 1127 호 281 쪽), 니이가타 지방재판소 2004. 3. 26. 판결 (송무월보 50 권 12 호 88 쪽) 등

<sup>14</sup> 최고재판소 2007. 4. 27. 판결 (판례타임즈 1240 호 121 쪽) . 이 판결에 대해서는 “완전하지도 끝나지도 않았다” (메디치미디어 2020) 174 쪽 이하 참조

<sup>15</sup> 1972 에 중일 양국정부가 발표한 성명. 이로 인해 중화인민공화국과 일본국의 국교가 수립되었다. 이 성명 5 조에는 “중화인민공화국정부는 중일 양국민의 우호를 위해 일본국에 대한 전쟁배상 청구를 포기하는 것을 성언한다.” 라는 규정이 있을 뿐, “국민의” 청구권을 포기하는 규정은 없다.

<sup>16</sup> 나고야 고등재판소 2007. 5. 31 판결 (판례시보 1894 호 44 쪽), 토야마 지방재판소 2007. 9. 19 판결 (송무월보 54 권 2 호 324 쪽), 나고야 고등재판소 가나자와지부 2010. 3. 8 판결 (판례비서)

<sup>17</sup> 청구권협정에 대해 2018. 11. 14. 코노(河野) 외상 및 미카미(三上) 외무성 국제국장 답변. 샌프란시스코 평화조약에 대해 2001. 3. 22. 참의원 외교방위 위원회 예비하라(海老原) 외무성 조약국장 답변. 중일공동성명에 대해 오사카 지방재판소 2019. 1. 29 판결 별지 13 피고의 주장 (판례비서).

<sup>18</sup> “대한민국과 일본국 간의 조약 및 협정의 해설” (대한민국정부 1965)

<sup>19</sup> 제 177 회 국회 통일외무위원회 회의록 제 3 호 64~65 쪽

외교보호권 포기설에 서는 것을 밝혔다. 그 후에도 효력에 대해서는 이 견해를 유지하고, 2012 대법원 환송 판결, 2017.8.17. 문재인 대통령 취임 100 일 기자회견 발언도 이 견해를 답습하고 있다.

## 2.3 협정의 적용대상

### 2.3.1 일본의 해석

일본정부는 일본군 “위안부” 문제와 같이 체결 당시에는 알지 못했던 인권침해에 대한 손해배상을 포함한 모든 양국 및 양 국민 간의 청구권이 청구권협정의 적용 대상이라는 입장을 취해왔다.

이 견해는 국제적으로 엄격한 비판을 받았다. 일본군 “위안부” 문제에 관한 국제법률가위원회 보고서 (1994.9.)는 청구권협정의 주요 목적은 "재산의 처리 및 양국 간 상업 관계의 규율"이며, "이 조약의 맥락에서 '청구권'이라는 용어는 일본이 주장하는 바와 같은 넓은 의미를 줄 수" 없고, "인권 피해에 대한 청구를 포함하는 것을 의도된 것이 아니며, 실제로 포함도 하지 않았다 " 고 했다<sup>20</sup>.

1996.2. 유엔 인권위원회 라디카·쿠마라스와미 특별보고관 보고서<sup>21</sup>, 1998.2. 유엔 인권위원회 차별 방지 소수자 보호 소위원회 게이·맥두걸 특별 보고관 최종 보고서 부속문서<sup>22</sup>는 모두 국제법률가위원회 보고서를 인용하면서 이를 지지했다. 하지만 일본정부는 이러한 비판을 받아들이지 않고, 위의 해석을 유지하고 있다.

### 2.3.2 한국의 해석

체결 당시 한국정부의 견해는 확실치 않지만, 청구권 자금법 (1966) 등을 제정하여 사망한 군인·군무원, 노무자의 유족에게 보상금을 지급하고 있었으며, 적어도 강제동원 피해 문제는 적용대상에 포함하는 것으로 해석하고 있었다고 볼 수 있다. 그 후, 피해자 ·지원자 · 변호사 등의 촉구에 따라 일본군 “위안부” 문제에 대해 유엔 등에서 나타난 견해를 받아들이는 방향으로 향했다. 우선 1995. 1, 위의

---

<sup>20</sup> 일본어 역은 国際法律家委員会 「国際法からみた『従軍慰安婦』問題」(明石書店 1995) p185, p231

<sup>21</sup> <http://www.dokdoandeastasia.com/wp-content/uploads/2014/12/UN%EC%9D%B8%EA%B6%8C%EC%9C%84%EC%9B%90%ED%9A%8C-%EC%BF%A0%EB%A7%88%EB%9D%BC%EC%8A%A4%EC%99%80%EB%AF%B8%EB%B3%B4%EA%B3%A0%EC%84%9C1996.pdf>

<sup>22</sup>

<https://www.koreanbar.or.kr/pages/japandata/view.asp?teamcode=&category=&page=1&eq=7106&types=1005&searchtype=&searchstr=>

국제법률가위원회 보고서를 받아, 대한변호사협회는 "한일 협정의 내용은 '위안부'문제를 비롯한 개인의 인권침해에 대한 배상 문제는 포함되어 ... 있지 않았다는 사실을 공식적으로 밝혀야 한다"고 김영삼 대통령에게 건의했다. 같은 해 위 공로명 외무부 장관 답변은 일본군 "위안부" 문제는 청구권협정의 적용대상이 아니냐는 이우정 의원의 추구에 부정적인 회답을 했지만, 1996 쿠라마스와미 보고서 채택 후 한국정부는 유엔에서 이 보고서의 청구권협정에 관한 해석을 인용하면서 보상을 요구하게 되었다<sup>23</sup>. 그리고 김대중 정권으로 정권교체 후, 2000 이정빈 외교 통상부장관 서면답변서<sup>24</sup>에서는 "피 징병 · 징용 자의 배상"은 청구권협정의 적용대상이지만 일본군 "위안부" 문제는 적용 대상에서 제외됐다. 또한 한일 회담 문서 공개의 후속조치를 검토하기 위해 열린 2005 민관공동위원회 견해는 일반적인 강제동원 피해에 대해서는 모호한 설명으로 일관했지만, 일본군 "위안부" 피해자 외에 사할린 잔류 한국인과 재한 피폭자 문제도 청구권협정의 적용대상에서 제외했다. 그리고 2012 대법원 환송 판결은 강제동원과 같은 "식민지배와 직결된 반인도적 불법행위"에 대한 손해배상청구권도 청구권협정의 적용대상에서 제외된다고 했다. 다만 이 판결은 이 문제가 청구권협정의 적용대상이었다고 하더라도 그 효과는 외교보호권 포기에 지나지 않는다고 하는 가정적인 판단도 제시했다. 문재인 대통령은 위의 2017 기자회견에서 "강제 징용자 문제도 양국 간 합의가 개개인의 권리를 침해할 수 없습니다 ..."라고 이 문제가 청구권협정의 적용 대상이라는 인식을 나타냈다.

## 2.4 소결(小結)

위와 같이 1990 대에는 협정의 효력이 외교보호권 포기라는 것에 대해 양국 정부는 일치했지만, 2000 에 일본이 소구권능 상실설에 바뀌었기 때문에 갈등이 생겼다. 다만 개인청구권이 소멸하지 않았다는 점에서는 현재도 일치하고 있다. 적용대상에 대한 양국의 해석은 크게 다르지만, 양국의 정부 사이에서는 강제동원 문제가 적용대상이라는 점에 한정하면 1990 대부터 이 판결까지 견해가 일치해왔다

## 3 각 의견의 개요

3.1 일본제철 사건 대법원 판결은 11 대 2 로 피고의 재상고를 기각했다. 청구권협정의 해석에 관하여 대법관의 의견이 나누어 대법관 7 명에 의한 다수의견, 1 명에 의한 개별의견 1, 3 명에 의한 개별의견 2, 2 명에 의한 반대의견, 2 명에 의한 보충의견이

<sup>23</sup> 戸塚悦朗 「日本が知らない戦争責任」(現代人文社 1999) p189

<sup>24</sup> <http://www.justice.skr.jp/2000reply.pdf>

제시되었다. 이들 중 개별의견 1은 환송판결의 기속력(羈束力)이라는 절차적 이유로 다수의견의 결론에 찬성하는 것이고, 보충의견은 다수의견의 이유를 비엔나 조약법협약(이하 "조약법협약")에 따라 부연(敷衍)한 것이다. 따라서 청구권협정의 해석으로는 다수의견, 개별의견 2, 반대의견의 3가지 의견이 나타난 셈이다.

### 3.2 다수의견

다수의견은 불법한 식민지배와 직결된 반인도적 불법행위를 전제로 한 강제동원 위자료청구권은 청구권협정의 적용대상이며, 개인청구권 자체가 소멸하지 않는 것은 물론이고, 외교보호권도 포기하지 않았다고 해서 1심 원고들의 청구를 인용했다. 이는 국제법률가위원회 보고서와 거의 같은 취지이며, 국제적으로 정통적인 해석이다.

### 3.3 개별의견 2

개별의견 2는 다수의견과 달리 강제동원위자료청구권도 청구권협정의 적용대상이라고 했다. 다만 그 효력은 외교보호권의 상호 포기에 지나지 않고, 개인청구권은 소멸하지 않기 때문에 1심 원고들의 청구를 인용할 수 있다고 해서 다수의견의 결론에 찬성했다.

이 의견은 위와 같이 이 판결까지 또는 과거의 일정한 시기에 양국 정부가 같이 취하고 있었던 청구권협정 해석에 근거한 것이다.

### 3.4 반대의견

반대의견은 강제동원위자료청구권도 청구권협정의 적용대상으로 한 다음, 청구권협정과 합의의사록의 문언은 재판에 의한 소구권능을 상실시키는 취지라고 해서 다수의견의 결론에 반대했다. 이는 일본정부 해석과 결론은 같지만 이유가 다른 새로운 견해이다. 위와 같이 일본정부는 청구권협정 등의 문언에서 재판에 의한 소구권능 상실을 이끌고 있는 것은 아니다. 그런 해석을 하면 "국민의" 청구권을 포기한다는 문언조차 없는 중일공동성명에 대해서는 반대의 결론에 도달할 수 밖에 없기 때문이다.

## 4 문제점 검토

### 4.1 해석원칙

일본과 한국에서는 조약법협약은 청구권협정 이후에 발효하고 이 조약에는 불소급 조항(4조)이 있지만, 이 조약이 제시하는 해석원칙은 이미 존재한 국제관습법을 성문화

한 것이며, 청구권협정 해석의 원칙으로 삼을 수 있다. 국제사법재판소도 이 조약 발효 이전에 체결된 조약을 이 조약에 반영된 국제관습법을 적용하여 해석하는 것을 거듭 표명하고 있다<sup>25</sup>. 대법원 판결의 각 의견도 당연히 조약법협약의 해석 원칙에 따라 해석하는 것을 표명했다<sup>26</sup>.

따라서 조약문, 관련합의 등의 문맥과 조약의 취지·목적에 비추어 주어진 용어의 통상적인 의미에 따라 해석하고 (동 조약 31 조 1,2 항), 당사국의 "뒤의 합의"나 "뒤에 생긴 관행", "용어에 준 특별한 의미"등을 고려하여 (동 3,4 항), 그래도 의미가 불명확한 경우에는 조약의 준비작업과 체결시의 사정을 보충적으로 고려 (동 32 조)하게 된다.

## 4.2 협정의 적용대상

다수의견과 개별의견 2 는 강제동원위자료청구권이 청구권협정의 적용대상인지 여부에 대해 대립한다. 양 의견은 협정 2 조 1 항의 "샌프란시스코 평화조약 제 4 조 (a)에 규정된 것을 포함하여"라는 문언, 합의의사록에서 언급된 대일 8 항목의 "피징용 한국인의 미수금, 보상금 및 기타 청구권의 변제 청구"라는 문언, 협정 체결 과정에서 "피징용자"의 문제가 논의된 사실의 의미 등을 놓고 다투고 있다. 그러나 이러한 사실은 모두 다양한 의미로 해석할 수 있으므로, 현재 주어진 정보만으로는 판단이 곤란하다. 공개 문서의 앞으로의 연구에 의해 보충적으로 고려해야 할 체결시의 사정이 밝혀질 가능성도 있다.

오히려, 위II에서 살펴본 바와 같이, 일본군 '위안부' 문제에 대한 양국의 해석이 일치한 시기가 거의 존재하지 않았던 데에 반해 강제동원 문제가 청구권협정의 적용 대상이라는 것에 대해서는 늦어도 1990 대 초반부터 이 판결까지 양국 정부의 해석이 일치하고 있었으며, 이에 따라 국회 답변 등의 견해 표명을 하고, 소송에 대응하고 있었던 것을 주목해야 한다. 이러한 국가실행은 "조약의 적용에 대해 뒤에 생긴 관행"(조약법협약 31 조 3 항 (b))로 평가할 수 있다. 그러므로 이 대립에 대해서는 개별의견 2 가 유리하다고 할 수 있을 것이다.

---

<sup>25</sup> 1994. 2. 3 리비아 대 차드 영토분쟁사건 판결 등

<sup>26</sup> 일본법원도 후쿠오카 지방재판소 1989.9.29 판결 (판례타임즈 718 호 81 쪽) 이래 수많은 판결이 조약법협약에 반영된 관습국제법을 조약의 해석원칙으로 인정하며, 국가도 이에 적극적으로 찬동하고 있었다(도쿄지방법재판소 1998.9.22 판결 등 참조). 그런데 상기 2007.4.27 최고재판소 판결 이후의 소송에서는 국가는 불소급 조항을 이유로 조약법협약을 샌프란시스코 평화조약의 해석기준으로 삼는 것을 부정하게 되었다. (주 16 기재 각 판결, 주 17 기재의 오사카지방법재판소 판결 참조). 위 최고재판소 판결은 샌프란시스코 평화조약의 문언에서 동떨어져 있고, 조약법협약의 해석원칙으로 설명하는 것이 곤란하기 때문이라고 보인다.



### 4.3 협정의 효력

개별의견 2 와 반대의견은 협정의 효력에 대해 대립한다. 개별의견 2 는 체결 당시 일본정부가 청구권협정의 효력은 외교보호권 포기에 불과하다고 해석하고, 그 해석을 전제로 하는 재산권조치법을 제정했으므로 한국정부도 이 해석을 잘 알고 있었다고 지적한다. 즉 당사국이 "완전히 그리고 최종적으로 해결" "어떠한 주장도 할 수 없다"는 용어에 "외교보호권 만 포기한다"는 "특별한 의미를 주는 것을 의도했다"(조약법협약 31 조 4 항)라는 것이다. 또한 가령 당시 한국정부가 개인청구권이 소멸한다고 해석했다고 하더라도 적어도 외교보호권을 행사하지 않는다는 범위에서 양국의 의사가 일치하고 있었다고 볼 수 있다. 그렇다면 청구권협정의 효력은 외교보호권 포기에 불과하다는 해석은 조약법협약의 해석원칙에 의거한 해석으로 충분히 성립한다.

다만 현대에는 "모든 인권과 기본적 자유를 증진하고 보호하는 것은 국가의 의무이다"(비엔나 선언 및 행동계획). 따라서 이러한 중대한 인권침해에 대한 외교보호권을 국가가 임의로 포기할 수 있는가 하는 의문이 있다<sup>27</sup>. 헌법재판소 2011. 8. 11. 결정의 취지에 비추어 보면 현재의 한국에서는 이 같은 외교보호권 포기는 위헌으로 평가될 것이다.

반면 반대의견은 "어떠한 주장도 할 수 없다"라는 문언의 해석에서 재판상의 소구권능 상실설을 주장한다. 그러나 청구권협정이 "유엔헌장의 원칙에 적합해서 긴밀히 협력"하겠다고 선언하는 한일기본조약의 부속 협정이며, 그 유엔헌장은 인권 존중의 조장 장려를 위한 국제 협력을 유엔의 주요 목적으로 하고, 유엔이 채택한 세계인권 선언이 재판을 받을 권리를 선포한 것에 비춰 보면, 이 문구의 "통상적인 의미"를 중대한 인권침해 피해자의 재판을 받을 권리를 박탈할 취지로 해석할 수 없다. 또한 소구권능상실설은 2000 년대 일본 법정에서 처음으로 나타난 견해이며, 양국간에 그러한 합의나 관행이 있었던 것도 없다.

또한 반대의견은 ICJ 국가면제 독일 대 이탈리아 사건 판결<sup>28</sup>을 적시하면서 일괄 처리 협정에 따라 국가가 상대국으로부터 자금을 받은 경우, 그 자금을 다른 용도로 사용하더라도 피해자 개인의 청구권은 소멸한다고 되어 있다고 한다. 그러나 이는 분명히 잘못된 인용이다. 동 판결의 방론에서 그런 취지의 의견 듯한 기재가 있지만, 결론 부분에서는 그러한 협정의 효력과 독일의 책임을 판단하지 않는 것이 명기되어 있는 것이다.

---

<sup>27</sup> 유엔 인권소위원회에서의 국제교육개발의 성명 (토쓰카 에쓰로(戸塚悦朗) 변호사의 발언)은 1992 에 이미 이 문제를 제기하고 있었다.(国際人權研究会「責任と償い 慰安婦・強制連行」(新泉社 1993)) p264

<sup>28</sup> <http://justice.skr.jp/kstateimmunity-icj.htm>

## 5 일본정부 해석의 극복

일본정부가 이 판결을 "국제법에 비추어 있을 수 없는 판단"이라고 비난했기 때문에 대법원이 신기한 판단을 했다고 생각하는 사람들이 적지 않다. 그러나 위와 같이 다수의견도 이와 결론을 같이 하는 개별의견 2 도 국제법, 국내법의 종전 논의를 밝으면서 인권보장을 배려한 견실한 견해이다.

한편, 일본정부는 "협상의 대상으로 하지 않았을 문제나, 장래 나올지도 모르는 알 수 없는 문제도 포함해 한국·한국인과 일본·일본인 사이의 재산·청구권 문제를 모두 포괄적으로 해결하고" "협상 당시 알려져 있던 문제이든 아니든, 또한 협상에서 다루어진 문제이든 아니든 청구권협정에 의해 해결되"<sup>29</sup>며, "해결"이란 재판에 의한 소구권능 상실을 의미한다고 해석하고 있다고 볼 수 있다.

확실히 청구권협정은 "모든 청구권으로서 이 날 이전에 발생한 사유에 근거한 것"등 포괄적인 문구를 사용하고 있다. 하지만 국제 법률가위원회나 다수의견이 지적한 것과 같이 청구권협정은 샌프란시스코 평화조약 제 4 조(a)를 받은 '특별 약정'이며 일본으로부터 독립한 지역과의 재산 관계 정산을 주된 목적으로 하는 것에 비추면, 이 문구에 알 수 없는 중대한 인권침해에 대한 배상청구권까지 포함시키는 해석에는 무리가 있다. 한국정부가 그러한 끝 없이 포괄적인 해석에 합의했다는 구체적인 사실도 없다.

만일 그러한 합의가 있었고 그것이 허용된다고 하면 그 조약은 국제인도법과 국제인권법의 중대한 위반에 대해 사실도 책임도 인정하지 않는 채 미리 피해자의 구제수단을 박탈하게 된다. 이러한 해석의 극복이야말로 인권법학의 임무일 것이다.

그런 조약은 "알 수 없었던 문제"가 학살나 노예화처럼 강행법규에 위반하는 것이라면 조약법협약 53 조, 국제인도법을 위반하는 것이라면 제네바4 협약에 저촉한다. 또한 2005.12.16 유엔 총회에서 채택된 "기본 원칙과 지침"은 국제인도법과 국제인권법의 중대한 위반의 피해자에는 사실의 인정과 책임의 승인을 포함한 공적인 사과가 이루어져야 한다고 지적하고, 국제사법재판소 독일 대 이탈리아 국가면제 사건 베누나 판사 개별의견<sup>30</sup>은 국가면제는 책임을 인정한 국가에 주어지는 특권이라고 지적했다. 따라서 이 문제에 대해 "인정하지 않는 책임을 해제할 수 없다"는 법리는 이미 형성되어 있다고 볼 수 있다.

---

<sup>29</sup> 와니켄타로(和仁健太郎)"국제법학회 익스퍼트 코멘트 No.2019-8"에 의한 정리

<sup>30</sup> [http://justice.skr.jp/stateimmunity/kstateimmunity\\_bennouna.html](http://justice.skr.jp/stateimmunity/kstateimmunity_bennouna.html)