

## 한국 대법원판결과 한일 양국의 한일청구권협정 해석의 변천

변호사 야마모토 세이타

### 머리말

일본군 '위안부' 피해자와 한국인 원폭 피폭자에 대해 한국정부가 한일청구권협정 3 조에 따른 분쟁해결 절차를 취하지 않고 있는 것은 위헌이라고 판단한 2011. 헌법재판소결정, 강제동원피해자의 일본기업에 대한 위자료 청구를 기각한 고등법원 판결을 파기해서 환송한 2012. 대법원 판결, 그리고 기업의 상고를 다시 기각해서 강제동원 피해자에 대한 손해배상을 명한 고등법원 판결을 확정된 2018.10. 대법원 판결 등 한국 사법기관에서 식민지 및 전쟁 피해자 문제에 대해 적극적인 판단이 이어졌다. 이에 일본정부와 대다수 언론은 거세게 반발하여 한국 비난은 갈수록 과열하고 있다. 2018. 대법원판결에 대해 아베 총리는 "국제법에 비추어 있을 수 없는 결정", 고노 외무장관은 "양국 관계의 법적 기반을 근본적으로 뒤집는 것", 스가 관방장관은 "조약은 사법기관도 구속한다" 등 비난해서 대부분의 언론과 '지식인'들도 이에 추종해서 한국은 국가 간의 합의를 무시하는 '밥상 뒤집기'를 했다고 비난했다. 일부 정치인들은 '보복 조치'에 대해서도 언급하고 있다<sup>1</sup>. 이를 들은 많은 일본 사람들은 일본과 한국의 50 여 년에 걸친 굳은 약속을 한국이 일방적으로 어겼다고 생각해서 분개하고 있다.

1965 년에 체결된 한일청구권협정 2 조 1 항에 다음과 같은 규정이 있는 것은 사실이다.

“양 체약국은 양 체약국 및 그 국민(법인을 포함함)의 재산, 권리 및 이익과 양 체약국 및 그 국민간의 청구권에 관한 문제가 1951 년 9 월 8 일에 샌프런시스코우시에서 서명된 일본국과의 평화조약 제 4 조 (a)에 규정된 것을 포함하여 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것이 된다는 것을 확인한다.”

하지만 이 문제는 “완전히 그리고 최종적으로 해결된다’고 쓰여 있으므로 완전히 그리고 최종적으로 해결됐다”로 끝나는 만큼 단순한

<sup>1</sup> 2019.7.1 에 발표되어 7.4 에 실시된 반도체 소재 수출 규제로 현실화되었다.

일이 아니다. 왜냐하면 바로 일본정부 자신이 ”완전히 그리고 최종적으로 해결”이란 개인의 권리 소멸을 의미하지 않는다”고 힘차게 주장해온 역사가 있고, ‘국가간 합의를 무시하는’ 듯한 해석의 대전환을 한 것도 일본정부였기 때문이다.

## 제 1 장 일본정부 해석의 변천

### 1 원폭 재판,시베리아 억류 소송에서의 일본국가 측 주장

한일청구권협정과 같이, 국가간 합의로 국가나 국민의 권리를 포기하는 조항을 청구권 포기 조항이라고 한다. 한일청구권협정보다 전에 체결된 샌프란시스코 평화조약(1951)에도 다음과 같은 청구권 포기 조항이 있다.

“14 조(b) 이 조약에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 연합국은 연합국의 모든 배상 청구권, 전쟁 수행 중 일본 및 그 국민이 행한 행동으로 인해 생긴 연합국 및 그 국민의 기타 청구권 및 점령의 직접 군사비에 관한 연합국의 청구권을 포기한다.

19 조(a) 일본은 전쟁으로 생긴,또한 전쟁 상태가 존재했기 때문에 행해진 행동으로 생긴 연합국 및 그 국민에 대한 일본 및 그 국민의 모든 청구권을 포기하고 또한 이 조약의 효력 발생 전에 일본 영역에 있어서 어느 연합국 군대 또는 당국의 존재, 직무 수행 또한 행동으로 생긴 모든 청구권을 포기한다.”

또,일소 공동선언(1956) 6 항에도 다음과 같은 규정이 있다.

“일본 및 소비에트 사회주의 공화국 연방은 1945 년 8 월 9 일 이후 전쟁의 결과로서 생긴 각기의 국가, 그 단체 및 국민의 각기의 상대국, 그 단체 및 국민에 대한 모든 청구권을 상호 포기한다.”

이들 조항이 국가가 조약으로 국민의 재산권을 소멸시키는 취지라면 일본국헌법 29 조 3 항에 따라 보상 문제가 생기게 된다. 실제로 샌프란시스코 평화조약에 대해서는 이 조약 19 조(a)는 원폭 피폭자의 미국 또는 해리 트루먼 대통령에 대한 손해 배상 청구권을

일본정부가 소멸시킨 것이라고 해서 히로시마 원폭 피해자들이 미국의 배상에 대신하는 보상을 일본 국가에 청구했다(원폭 재판). 일소 공동선언에 대해서는 이 선언은 시베리아 억류 피해자의 소련정부에 대한 손해배상 청구권을 일본정부가 소멸시킨 것이라고 해서 억류 피해자들이 일본국가에 보상을 청구했다(시베리아 억류 소송). 이들 소송에서 피고인 일본국가는 다음과 같이 주장했다.

"(원폭재판) 대일 평화조약 제 19 조(a)의 규정에 의하여 일본은 그 국민 개인의 미국 및 트루먼에 대한 손해 배상 청구권을 포기한 것이 아니다.

(1) 국가가 개인의 국제법상의 배상 청구권을 기초로 외국과 협상하는 것은 국가의 권리며 이 권리를 외국과의 합의로 포기할 수 있는 것에 의문은 없는데, 개인이 그 본국 정부를 통하지 않고 독립해서 직접 배상을 청구할 권리는 국가의 권리와는 다르므로 국가가 외국과의 조약으로 어떤 약속을 하든 이에 직접 영향을 받지 않는다.

(2) 따라서 평화조약 제 19 조(a)의 '일본 국민의 권리'는 국민 자신의 청구권을 기초로 하는 일본국의 배상 청구권, 즉 이른바 외교보호권만을 가리키는 것으로 해석해야 한다. 만일 이것(개인의 청구권)을 포함한 취지라고 해석된다면 그것은 포기할 수 없는 것을 포기했다고 기재된 것에 그쳐서 국민 자신의 청구권은 이로 인해 소멸되지 않는다. 그러므로 가령 원고들에게 청구권이 있다고 하면 평화조약으로 포기된 것이 아니므로 원고들은 아무런 권리도 침해당한 것이 아니다."<sup>2</sup>

"(시베리아 억류 소송) 일소 공동 선언 6 항 2 문으로 우리 나라가 포기한 청구권은 우리 나라 자신이 가지고 있었던 청구권 및 외교적 보호권이며, 일본 국민이 개인으로서 가진 청구권을 포기한 것이 아니다. 여기에 외교보호권이란 자국민이 외국의 영역에서 외국의 국제법 위반으로 인해 입은 손해에 대해, 국가가 상대국의 책임을 추궁하는 국제법상의 권리이다."<sup>3</sup>

즉 일본 국가는 양 조약의 청구권 포기 조항으로 포기한 것은 국가의 외교보호권만이며, 피해자 개인의 미국이나 소련에 대한 손해

<sup>2</sup>도쿄 지법 1963.12.7(하급 법원 민사 재판례집 14 권 2451 쪽)

<sup>3</sup>국립 국회 도서관"조사와 정보"230 호

배상 청구권은 소멸하지 않았으므로 일본국은 피해자에 대하여 보상할 의무가 없다고 주장한 것이다.

이렇듯이 조약에 의한 권리 ‘포기’란 개인의 권리 소멸을 의미하지 않는다는 이론의 창시자는 바로 일본정부였다.

## 2 한일청구권협정 체결 시의 일본정부 해석

한일청구권협정 체결에 있어서 일본정부는 협정 1 조와 2 조의 관계에 대해 “청구권협정 1 조의 ‘경제협력의 증진’ 과 2 조의 ‘권리문제의 해결’ 사이에는 법률적으로 아무런 상호 관계도 존재하지 않지만, 청구권협정 전체의 효과로서 한국의 대일 청구권 문제는 해결되었다”고 설명했다<sup>4</sup>. 즉 경제협력 자금은 한국 국민의 청구권에 대한 대가로서 지급된 것이 아니고 이로 인해 보상(배상) 채무가 일본정부 및 국민에서 한국정부로 이전한 것도 아니라는 것이다. 그리고 다음과 같은 사정을 보면 여기에 말하는 ‘해결’도 외교보호권 상호 포기를 의미하고 있다고 보는 것이 타당하다.

즉, 한일청구권협정 체결에 있어서 이 협정으로 포기되는 것은 양국의 외교보호권이며 개인의 권리를 소멸시키는 것이 아니라는 인식을 일본정부는 가지고 있었다. 이것은 한국인 피해자의 권리 문제가 아니라 한반도에 자산을 남기고 온 일본인의 문제로서 설명되었다. 한일회담의 협상 담당관인 谷田正躬(타니다 마사미)는 청구권협정으로 포기한 것은 외교보호권에 지나지 않기 때문에, 한반도에 자산을 남기고 온 일본인에 대하여 일본구가가 보상 책임을 지지 않는다고 해설했다.<sup>5</sup> 한반도에 자산을 남기고 온 일본인의 권리에 대해 일본정부가 포기한 것이 외교보호권에 지나지 않는다면, 한국인 피해자 개인의 권리에 대해 한국정부가 포기한 것도 외교보호권에 지나지 않고, 피해자 개인의 권리는 존속하고 있다고 해석하는 것이 당연한 논리적 귀결이다. 일본정부는 당시부터 실제로는 이러한 법적 해석을 채용하고 있었지만 정치적으로는 "한일청구권협정으로 완전히 해결되었다"는 견해를 거듭 밝혔다.

예를 들면 1962.과 1963.에 관광 목적 등으로 일시 입국한 한국인 피폭자에게 일본정부가 피폭자건강수첩 (피폭자증)을 교부한 사례가 있었음에도 불구하고 한일청구권협정 체결 후 1968.에 일본에

4 ‘시의 법령’(時の法令) 별책 1966.3.10, 1965.11.5 중의원 일한조약특별위원 시이나 에쓰사브로(椎名悦三郎) 외무대신 답변, 1993.5.26 중의원 예산위원회 니와 히로시(丹羽寛) 외무성 조약국장 답변

5 전제 ‘시의 법령’(時の法令) 별책 1966.3.10

은 한국인 피폭자에게는 수첩 발급을 거부한 사실이 있다.<sup>6</sup> 하지만 한일청구권협정이 1957.의 원폭의료법에 의해 창설된 피폭자의 권리를 소멸시키는 것이 아니라는 일은 분명하다(협정 2조 2(b)). 실제로 그 후 한국인 피폭자들이 제기한 많은 소송에 있어서 일본 국가 측이 한일청구권협정으로 해결 완료라는 주장을 한 것은 한번도 없고, 위 발급 거부는 정치적 시위에 불과한 것이 드러났다.

### 3 한일청구권협정과 재산권조치법

한일청구권협정 체결과 같은 해, ‘대한민국 등의 재산권에 관한 조치법’(이하 ‘재산권조치법’이라고 함)이 제정되었다. 이 법률 1항은 다음과 같다.

"다음에 제시하는 대한민국 또한 그 국민(법인 포함. 이하 동일)의 재산권이며 재산 및 청구권에 관한 문제 해결 및 경제 협력에 관한 일본과 대한민국 간의 협정(이하"협정"으로 한다) 제 2조 3의 재산, 권리 및 이익에 해당하는 것은 다음 항의 규정의 적용이 있는 것을 제외하고, 1965.6.22에 소멸한 것으로 한다. 다만 이날에 제삼자의 권리(동조 3의 재산, 권리 및 이익에 해당하는 것을 제외)의 목적이 되어 있던 것은 그 권리 행사에 필요한 한 소멸하지 않는다.

1 일본 국가 또는 국민에 대한 채권

2 담보권이며 일본 국가 또는 그 국민이 가지는 물건 (증권화된 권리를 포함한다. 다음 항에서도 동일)또는 채권을 목적으로 하는 것"

즉 이 법률은 한일청구권협정으로 "완전히 그리고 최종적으로 해결"된 "재산, 권리 및 이익 및 양 체약국 및 그 국민 간의 청구권" 중 "재산, 권리 및 이익"을 소멸시키는 것이다. 이 법안 국회 제출시의 답변 자료<sup>7</sup>는 “대한민국 및 국민의 실체적 권리를 어떻게 처리할지에 관해, 국내법을 제정해서 한일청구권협정 2조 3에 규정된 처치를 하는 것이 필요하게 된 것이다"라고 설명해서, 이 법률에 있어서 "소멸"이란 실체적 권리 그 자체의 소멸을 의미한다고 해석하고, 실무상 그렇게 운용되어 왔다. 예를 들어 기업이 공탁한 강제

<sup>6</sup> 市場淳子(이치바 준코)"히로시마를 가져간 사람들"

<sup>7</sup> 강제동원 진상규명 네트워크의 小林久公 씨가 국립 공문서관 쓰쿠바 분관에서 발견한 「국내법관계 (상정 문답 기타)40.7~40.10」 라는 제목의 문서

동원노동자의 미수 임금에 대해, 한일청구권협정의 적용을 받은 (즉, 한국에 거주하는) 한국인이 반환 청구를 하면 재산권조치법에 따라 반환 청구권이 소멸되었다고 해서 거부하기로 되어 있다.<sup>8</sup>

이 법은 한국인의 "재산 권리 및 이익"을 아무런 보상 없이 소멸시키는 것이며 헌법 상 중대한 문제가 있지만 최고재판소는 이 법은 합헌이라고 거듭 판시하고 있어서<sup>9</sup>, 청구가 "재산 권리 및 이익"에 해당하는 경우 일본 법원에 의한 구제는 사실상 불가능하다.

한편으로 이 법의 존재는 한일청구권협정의 “완전히 그리고 최종적으로 해결”이란 개인의 실제적 권리의 소멸을 의미하지 않는 것을 뒷받침하고 있다. 만일 한일청구권협정에 의해 개인의 실제적 권리가 소멸되었다고 하면, 재산권조치법은 한일청구권협정에 의해 소멸한 권리를 다시 소멸시키는 법률이라고 봐야 하고, 그 입법 취지가 이해 불능이 되기 때문이다 (2012. 및 2018.의 강제동원에 관한 한국 대법원 판결도 이 점을 지적하고 있다)

그리고 앞에서 본 바와 같이 재산권조치법은 한일청구권협정에 말하는 “재산, 권리 및 이익 및 양 계약국 및 그 국민 간의 청구권” 중 “재산, 권리 및 이익”만을 소멸시킨 것이며, “양 계약국 및 그 국민 간의 청구권(이하 “청구권”이라고 한다.)”은 소멸시키지 않았다. 한일청구권협정의 “완전히 그리고 최종적으로 해결”이 개인의 실제적 권리의 소멸을 의미하지 않고, “청구권”은 재산권조치법에 의한 소멸도 면했다고 한다면, “청구권”은 현재까지 계속 살아 있다고 봐야 한다. 그래서 “재산, 권리 및 이익”과 “청구권”의 구별이 문제가 되는데, 일본정부는 “재산, 권리 및 이익”은 협정 당시 이미 실제적인 권리로 확정되어 있던 것, “청구권”은 확정 판결에 이르지 않는 손해 배상 청구권처럼 당시 미확정이었던 것을 말한다고 풀이되고 있다.

예를 들면 1993.5.26 중의원 예산위원회에서 丹波寛(니와 히로시) 외무성 조약 국장은 다음과 같이 답변했다.

"아시다시피, 이 제 2 조 3 항에 있어서, 한쪽 계약국이 재산, 권리 및 이익, 그리고 청구권에 대해 취한 조치에 대해서는 상

---

<sup>8</sup> 도쿄지법 2004.10.15 판결 등. 즉 한국에 거주하는 한국인에 관한 공탁금은 반환 청구가 있으면 거부하기 위해 보관하고 있는 셈인데, 청구권협정의 적용을 받지 않는 북한 거주자, 재일한국인 등의 반환청구에 대비해서 보관 자체는 계속하고 있는 것이다.

<sup>9</sup> 최고재판소 2001.11.22. 판결 (판례 타임즈 1080 호 81 쪽, 판례시보 1771 호 83 쪽), 최고재판소 2004.11.29. 판결 (판례 타임즈 1170 호 144 쪽, 판례시보 1879 호 58 쪽) 등

대방 계약국은 어떤 주장도 하지 않는다는 식의 규정이 있어서 이를 받고 일본에서 법률을 만들으며, 존재하고 있는 실체적 권리를 소멸시킨 셈입니다만, 바로 이 법률이 대상으로 하고 있는 것은 이미 실체적으로 존재하고 있는 재산, 권리 및 이익뿐이다. · · · 예를 들면 A 와 B 사이에 다툼이 있어서, A 가 B 에 구타 당했다, 따라서 A 가 B 에 대하여 배상하라고 하고 있다, 그런 동안에는 그것은 A 의 B 에 대한 청구권일 것이라고 생각하는 것입니다.

그러나 마침내 법원에 가고, 법원의 판결로 역시 B 는 A 에 대하여 채무를 가지고 있다는 확정 판결이 나왔을 때, 그 청구권은 비로소 실체적인 권리가 되는, 이러한 관계입니다"

이에 따르면 당시 이미 금액이 확정된 미수 임금 등은 "재산 권리 및 이익"으로서 재산권조치법에 의해 소멸되었다고 해도 전후 보상 소송은 대부분 "청구권"에 속하는 위자료 등의 손해 배상이나 미확정 미수 임금을 청구하는 것이므로 한일청구권협정과 재산권조치법은 청구의 장애가 되지 않게 된다.<sup>10</sup>

위 답변은 답변자가 실수로 말한 것도 아니고 한국인 전쟁 피해자의 권리 보호에 배려한 것도 아니다. 재일한국인에 대한 적용 제외를 정한 한일청구권협정 제 2 조 2(a)의 해석상, 일본정부로서는 "청구권"을 넓게 해석할 필요가 있던 것이다.

한일청구권협정 제 2 조 2(a)의 규정은 다음과 같다.

2. 본조의 규정은 다음의 것(본 협정의 서명일까지 각기 계약국이 취한 특별조치의 대상이 된 것을 제외한다)에 영향을 미치는 것이 아니다.

(a) 일방계약국의 국민으로서 1947 년 8 월 15 일부터 본 협정의 서명일까지 사이에 타방계약국에 거주한 일이 있는 사람의 재산, 권리 및 이익

이와 같이 재일한국인의 "재산, 권리 및 이익"을 한일청구권협정의 대상에서 제외했는데, 문언으로서는 "청구권"을 제외하지 않았다. 문언대로 이해하면 재일한국인의 "청구권"에 대해서는 한국정부가

---

<sup>10</sup> 따라서 2 국간 조약의 청구권 포기 조항이 전쟁 피해자의 손해 배상 청구권에 대해 어떤 영향을 미치는지를 고찰할 경우, 한국 피해자의 손해 배상 청구권 중 "청구권"에 해당하는 부분은 재산권조치법 같은 입법이 없는 중국이나 동남아 등의 피해자 문제와 법적으로 같은 것으로 볼 수 있다.

외교보호권을 포기했지만 “재산, 권리 및 이익”에 대해서는 외교보호권을 포기하지 않았다고 볼 수 있다. 그렇다면 “청구권”의 범위를 넓게 해석할 수록 재일한국인의 연금, 원호법 적용 등 미해결 문제에 대한 한국정부의 요구(외교보호권 행사)를 회피할 수 있게 된다. 그러므로 일본정부로서는 “청구권”을 넓게 해석할 필요가 있던 것이다.

실제로 재일한국인 전상자의 장애연금 청구 소송에 있어서 이 점이 문제가 되었다. 군인, 군무원으로 동원된 한국인은 일본 국민으로서 전장에 갔다가 장애를 입었는데 전후에는 원호법 부칙 호적조항(“호적법이 적용되지 않는 사람<sup>11</sup>에 대해서는 당분간 이 법률을 적용하지 않는다”)에 의해 장애연금의 대상에서 제외됐다. 1990년대 재일한국인 전상자가 몇 건의 연금 청구 소송을 제기했고, 원고들은 위 호적 조항은 장래 외교 교섭으로 해결될 것을 예정해서 정해진 것이므로 한일청구권협정의 대상에서 재일한국인이 제외되어 외교 교섭에 의한 해결 가능성이 없어졌을 때에 “당분간”은 종료하고 호적 조항은 무효가 되었다고 주장했다. 이에 피고 국가는 “한일청구권협정 제 2 조 2(a)2 로 제외된 것은 재일한국인의 ‘재산, 권리 및 이익’만이고 ‘청구권’은 제외되지 않았다. 원고 등의 연금 청구권은 원호법에 규정되지 않기 때문에 법률적 근거가 없는 ‘청구권’이므로 한일청구권협정의 적용을 받고, 한국정부가 외교보호권을 포기한 것으로 해결되었다.”고 주장했다.<sup>12</sup>

다만 한국정부는 위와 같은 해석을 부정하고 재일한국인 전상자의 보상 청구권은 “재산, 권리 및 이익”에 해당하여 한일청구권협정의 대상에서 제외됐다고 주장하고 있다.<sup>13</sup>

이상과 같이, 일본정부로서는 일본 국민의 보상 청구를 피하기 위해서는 “완전 그리고 최종적으로 해결”이란 실체적 권리 소멸이 아니라 외교보호권 포기에 불과하다고 해석할 필요가 있고, 재일한국인 전쟁 피해자에 대한 보상 책임에 관한 한국정부의 요구를 회피하기 위해서는 재일한국인에 대한 한일청구권협정 적용 제외에 포함되지 않았던 “청구권”을 한국정부와 대립하면서도 넓게 해석할 필요가 있었다. 그 결과 아이러니하게도 (제한) 한국인 피해자의 폭

<sup>11</sup> 한반도, 대만 출신자를 의미한다.

<sup>12</sup> 오사카 지법 1991.3.1 판결(정상근 1심 판결, 판례 타임즈 901 호 84 쪽)도쿄 지법 1992.8.13 판결(진석일, 석성기 1심 판결, 판례 타임즈 855 호 161 쪽) 등 참조.

<sup>13</sup> 도쿄 고법 1998.9.29.판결(판례시보 1659 호 35 쪽).이 소송의 원고 및 연구자의 대한민국 외무부에 대한 초회 및 이에 대한 대한민국 외무부의 회답서를 근거로 한국정부의 해석에 관해 사실 인정하고 있다. (이 점에 대해서는 이 서건 담당 변호사인 자이마 히데카즈(在間秀和) 변호사에게서 교시를 받았다.)



넓은 권리가 한일청구권협정으로도 재산권조치법으로도 소멸되지 않는 결과가 된 것이다.

#### 4 1990년대 국회 답변

한국인 피해자의 소송이 시작된 1990년대 전반, 마침내 한국인 피해자의 배상 청구권과 한일청구권협정의 관계가 국회에서 다루어지게 되었다.

우선 1991.3.26 참의원 내각 위원회에서 시베리아 억류 문제에 대해 高島有終(타카시마 유우슈우) 외무 대신 관방 심의관(外務大臣官房審議官)이 다음과 같은 답변을 했다.

"...일소 공동선언 제 6 항에 있어서의 청구권 포기라는 점은 국가 자신의 청구권 및 국가가 자동적으로 가지고 있다고 생각되어 있는 외교보호권의 포기라는 것입니다. 그래서 지적하신 바와 같이 우리 나라 국민 개인의 소련 또한 그 국민에 대한 청구권까지 포기한 것이 아니라고 생각하고 있습니다.

...개인이 청구권을 행사하려고 하면 그것은 어디까지나 소련 국내법상의 제도에 따라 청구권을 행사한다. 이렇게 될 수밖에 없다고 생각합니다."

이 답변은 사실상 "외교보호권을 포기한 이상 정부로서는 아무 것도 할 수 없다, 소련에 배상을 청구하고 싶다면 소련에 가서 재판을 해보라."는 취지의 시베리아 억류 피해자들을 무시한 답변이었다. 그러나 이에 이어서 1991.8.27 참의원 예산 위원회에서 바로 일본의 국내법 절차에 따라 소송을 제기한 한국인 피해자에 대한 질문을 받자, 앞에서 본 일소 공동선언에 대한 답변과 모순되는 답변을 할 수도 없고, 다음과 같은 답변이 이루어졌다.

"외무성 柳井俊二(야나이 슌지) 조약국장... 한일청구권협정에 있어서 양국 간의 청구권 문제는 완전히 그리고 최종적으로 해결한 것입니다. 그 의미하는 바인데...이것은 한일 양국이 국가로서 가지고 있는 외교보호권을 서로 포기했다는 것입니다. 따라서, 소위 개인의 청구권 그 자체를 국내법적인 의미로 소멸시켰다는 것이 아닙니다"

그 후 유사한 취지의 답변이 반복되어,<sup>14</sup> 다음과 같이 구체적인 개인 청구권의 여부는 법원이 판단한다는 견해도 밝혀졌다.

"우리 나라로서는 이 협정으로 외교보호권을 포기했다, 그런데 관계자 분들이 소송을 제기하는 지위까지 부인한 것이 아니라는 점을 말씀 드린 것인데, 그렇다면, 그 소송에 포함되어 있는 바의 위자료 청구 등의 청구가 우리 나라의 법률에 비추어 실제적 근거가 있느냐는 것에 대해서는, 이는 법원이 판단하시는 일이라고 생각합니다" (1992. 3. 9. 야나이 조약 국장)

"소권(訴權)뿐이라는 식으로 말씀 드린 것이 없다고 생각합니다. 이는, 제소한 경우, 이들 소송이 인정되느냐는 문제까지 당연히 법원이 판단하실 것으로 생각하고 있습니다"(1992. 3. 9 工藤(쿠도) 정부 위원)

그리고 "외무성 조사 월보 "1994 년도No.1" 에서도 다음과 같이 명기되어 있다.

“‘국가가 국민의 청구권을 포기한다’는 문언의 의미는, 국내 법상의 개인의 청구권 자체를 포기하는 것이 아니라, 국제법상, 국가가 자국민의 청구권에 대해 국가로서 갖는 외교보호권을 포기하는 것이라는 해석도, 일본정부가 지금까지 일관되게 취해 오고 있는 바이다.”<sup>15</sup>

위와 같은 해석에 따라 1990. 이래 한국인 피해자가 제기한 몇 십 건의 ‘전후 보상 재판’ 에서 2000.까지 10 년간, 일본 국가 측이 “청구권” 에 대해 한일청구권협정으로 해결 완료라는 항변을 주장한 예는 한 건도 없었다. 그래서 소송에서 한일청구권협정이 쟁점이 된 일도 없었다.

다만 앞에서 본 바와 같이 재일한국인 전상자가 제기한 장애연금 청구 소송에 있어서 국가가 한일청구권협정에 관한 주장을 했는데 이는 재일한국인 전상자의 연금 청구권은 한일청구권협정에서

<sup>14</sup> 1991.12.13 참의원 예산위원회, 1992.2.26 중의원 외무위원회, 1992.3.9 중의원 예산위원회에 있어서의 야나이 조약 국장 답변, 1992.4.7 참의원 내각위원회에 있어서의 加藤紘一(카토 쿠키치) 외무대신 답변

<sup>15</sup> 이"외무성 조사 월보"에 대해 요즘에 와서 발견 또한 공개된 문헌이라는 오해가 있는 것 같은데(예를 들면 "강제동원을 말한다"도서출판 선인 2015 에 게재된 오 일환 논문 등), 이는 전개(주 3) 국립 국회 도서관 "조사와 정보" 230 호로 존재가 지적되고 2000 년대에 많은 전후 보상 재판에서 원고 측 증거로 제출된 잘 알려진 문헌이다.

제외된 것이 아니라는 주장이고, 이로 인해 원고의 청구권이 소멸 또한 행사 불능이 됐다는 항변으로서 주장된 것이 아니다. 그리고, 이 주장 속에서 국가는 한일청구권협정의 대상에서 제외되지 않은 것의 의미에 대해 “한국정부가 외교보호권을 포기한” 것이라고 분명히 말하고 있었다.<sup>16</sup>

## 5 일본정부 해석의 대전환

그런데, 국가무담책(國家無答責), 시효·제척기간(除斥期間) 등의 쟁점에서 기업이나 국가에 대하여 불리한 판단을 하는 재판 예가 등장하기 시작하였고, 미국의 캘리포니아 주가 한국의 강제동원 피해자의 일본 기업에 대한 소송의 관할을 인정하자, 이 소송에 대한 2000. 11. 일본정부 의견서<sup>17</sup>를 계기로 일본정부는 해석을 변경하여, 한국인 피해자를 포함한 모든 ‘전후 보상 재판’에 있어서 조약(샌프란시스코 평화조약, 한일청구권협정, 일화평화조약)에 의해 해결 완료라는 주장을 하게 되었다. 당초는 한 소송에서는 실제적 권리가 소멸됐다고 주장하고 다른 소송에서는 소송으로 청구하는 것이 불가능하게 되었다는 주장을 하는 등 ‘해결 완료’의 법적 설명은 각 소송마다 미묘하게 달랐는데<sup>18</sup>. 나중에 개인의 실제적 권리는 소멸되지 않았지만 소송에 의해 행사할 수 없게 되었다는 주장에 수렴되었다

하지만 어쨌든 일본인 피해자로부터 보상 청구를 받고 있었을 때에는 “조약으로 포기한 것은 외교보호권에 지나지 않고, 피해자는 가해국의 국내 절차에 따라 청구할 길이 남아 있으므로 일본국에는 보상 책임이 없다”고 주장해놓고, 외국인 피해자로부터 배상 청구를 받게 되자 “조약에 의해 일본의 국내 절차로 청구하는 것은 불가능하게 되었으므로 일본국에는 배상 책임이 없다”고 주장을 번복한 것이다. 국가는 청구권 포기 조항으로 해결 완료라는 주장은 종전의 주장과 모순되지 않는다고 소송속에서 설명하고 국회에서도 海老原(에비하라) 조약 국장이 같은 취지의 답변을 했다

<sup>16</sup>전계 오사카 지법 1991.3.1 판결, 도쿄 지법 1992.8.13 판결

<sup>17</sup>2000.11.17."샌프란시스코 평화 조약의 비체약국의 국민에 의한 일본 기업에 대한 소송에 관한 일본정부의 견해"(영문). 청구권 포기 조항의 법률적 의미에 대한 언급은 없고, 외교협상과 2국간 협정으로 해결됐거나 해결되고 있는 문제이므로 미국 법원의 관할에 반대한다는 취지이다.

<sup>18</sup>예를 들면 관부재판 항소심(2000.11.2 준비 서면)에서는 "한일청구권협정으로 포기된 것은 외교 보호권인데 한국인의 '청구권'은 외교 보호권에 의해서만 실현할 수 있었던 권리이므로 이제는 청구가 받아들일 여지가 없어졌다." 우키시마호 소송 항소심(2001. 10. 23 준비 서면)에서는 "한국 국민의 '재산, 권리 및 이익'은 일본 국내 법(재산권조치법)으로 소멸되고 "청구권"은 한일청구권협정의 직접 적용으로 소멸되었다."고 주장했다.

(2001. 3. 22 참의원 외교 방위 위원회). 하지만, 1990.에서 10 년간에 걸쳐 청구권 포기의 항변을 주장하지 않았던 사실, 앞에서 본 재일한국인 전상자의 장애연금 청구 소송에 있어서, 재일한국인 전상자의 장애연금 청구권은 한일청구권협정의 적용 대상이라고 하면서 그 효과는 외교보호권 포기라고 명언하고 재판상의 청구가 불가능하게 되었다는 항변으로 주장하지 않았던 사실에서 보면, 분명히 종전의 주장을 반복한 ‘한 입으로 두 말’이었다.

## 6 국가의 새로운 주장에 대한 하급 법원 판단

이러한 주장에 대한 법원의 판단은 다음과 같이 나누어졌지만, 다수는 새로운 주장을 부정하는 것이었다.

### (1) 샌프란시스코 평화조약에 대해서

네덜란드인 전 포로를 원고로한 소송에서 도쿄고법 2001.10.11 판결(판례 타임즈 1072 호 88 쪽, 판례시보 1769 호 61 쪽)은 국가의 새로운 주장을 그대로 시인했다. 다만 이 판결은 샌프란시스코 평화조약 체결 과정에서 네덜란드 대표과 일본 대표 사이에 조약의 사권(私權)에 미치는 효과에 대해 비공개 교섭이 있었음을 이유로 국가의 새로운 주장을 시인한 것이다. 그래서 이 비공개 교섭의 존재 자체를 몰랐던 다른 계약국이나 조약에 참여하지 않았던 중국과 한국의 피해자의 경우에 그대로 적용할 수 있는 이유가 아니었다.

### (2) 한일청구권협정에 대해서

한국인 피해자에 관한 소송에서는 국가의 새로운 주장에 대한 하급심판단은 세가지로 나누어졌다

히로시마 고법 2001.3.29 판결(관부재판 항소심, 판례 타임즈 1081 호 91 쪽 판례시보 1159 호 42 쪽)은 1 심의 일부 인용 판결을 취소한 판결이었지만 이 쟁점에 대해서는 국가의 새로운 주장을 완전히 부정하여 피해자 개인이 재산권조치법으로 소멸된 것을 제외한 실체적 권리를 행사하는 것은 외교보호권의 존재 여부와 상관없이 허용되며 해당 청구권에 대한 법률적 근거 여부는 담당 법원이 개별 구체적으로 판단해야 한다고 했다.

도쿄 고법 2003.7.22 판결(아시아 태평양 전쟁 한국인 희생자 소송, 판례시보 1843 호 32 쪽), 히로시마 고법 2005.1.19 판결(미쓰비시 히로시마 징용 피해자 소송, 판례 타임즈 1217 호 157 쪽 판례시보 1903 호 23 쪽), 도쿄 지법 2006.5.25 판결(한국인 군인 군속 야스쿠니 합사 절지 등 소송, 판례 타임즈 1212 호

189 쪽)은 국가의 주장을 변경하면서 시인했다. 즉 한일청구권협정의 "재산 권리 및 이익"을 확장하여 종전 "청구권"으로서 재산권조치법의 대상에서 제외됐던 위자료 청구권까지 "재산, 권리 및 이익"에 포함시켜서 재산권조치법으로 소멸됐다고 했다<sup>19</sup>. 이는 이들 사건에 관해서는 국가로서 십상였지만, 재일한국인 문제에 대해 한국정부와 대립하면서 "청구권"을 넓게 해석해온 일본정부의 해석과 분명히 모순되는 것이며 일본정부로서는 채용하기 어려운 해석이었다.

2005.2.24 나고야 지법 판결(미쓰비시 나고야 조선 여자 근로정신대 소송, 판례 타임즈 1210 호 186 쪽 판례시보 1931 호 70 쪽)은 국가의 새로운 주장을 거의 그대로 시인, 위자료는 "청구권"이며 재산권조치법으로는 소멸되지 않았다는 종전의 해석을 유지하면서 한일청구권협정으로 "청구권"에 대해서도 주장할 수 없게 됐다고 했다.

위 재판 중 관부재판은 2003. 3. 25, 1심 원고 측 상고가 형식적인 이유로 기각되고 최고재판소가 국가의 새로운 주장에 대해 판단하지 않았다. 아시아 태평양 전쟁 한국인 희생자 소송도 최고재판소 2004.11.29 판결로 1심 원고 측 상고가 기각됐으나 최고재판소는 재산권조치법의 합헌성을 판단했을 뿐, 한일청구권 협정의 효과나 "재산, 권리 및 이익"과 "청구권"의 차이점에 대해서는 판단하지 않았다.

기타 사건들이 고등법원 또한 최고재판소 계류 중에 후기 2007. 4.27 최고재판소 판결이 선고되어, 결국 국가의 새로운 주장에 대한 최고재판소의 판단은 중국인 피해자의 사건에 있어서 밝혀지게 되었다.

### (3) 중일공동성명에 대해서

당시 중국인 피해자의 수 많은 사건이 법원에 계류되어 있었는데, 중국은 샌프란시스코 평화조약에 체약국이 아니고, 1972년 중일공동성명 제 5 조는 다음과 같이 규정되고 있다.

"중화인민공화국정부는 중일 양국 국민의 우호를 위해서 일본에 대한 전쟁 배상의 청구를 포기하는 것을 선언한다."

---

<sup>19</sup> 이들 소송은 원고의 주장 속에 미지급임금 지급이나 군사우체저금 환불 등 '재산, 권리 및 이익'에 해당한다고 해석되고 있는 청구가 포함되어 있었기 때문에 국가가 재산권처지법에 의한 소멸의 항변을 주장하거나 공동 피고인 기업이 같은 항변을 주장한 케이스이다. 이를 법원이 국가의 주장을 넘어 '청구권'을 주장하는 원고에 대해서도 적용한 것이다.

이처럼 “포기”에 대응하는 주어는 “중국 국민”이 아니라 “중화 인민공화국정부”이어서, 종전 이것이 샌프란시스코 평화조약이나 한일청구권협정과 같은 취지의 청구권 포기 조항이라고는 이해되지 않았다. 그러기에 국가는 1952 년에 대만의 중화민국 정부와 체결된 일화평화조약으로 중국인 피해자들의 청구권이 포기됐다고 주장했다. 이 조약 제 11 조에는 다음과 같은 규정이 있다.

"이 조약 및 이를 보완하는 문서에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는, 일본과 중화민국 사이의 전쟁 상태의 존재의 결과로서 생긴 문제는 샌프란시스코 조약의 해당 규정에 의하여 해결한다"

국가는 이러한 일반 조항을 근거로 일화평화조약도 샌프란시스코 평화조약 14 조(b)의 청구권 포기 조항을 이어받았다고 주장했다. 그런데 만일 일화평화조약이 샌프란시스코 평화조약의 청구권 포기 조항을 계승했다고 하더라도 일화평화조약에는 적용 범위에 대해 다음과 같은 교환 공문이 있다.

"이 조약의 조항은 중화민국 정부의 지배하에 실제로 있거나 앞으로 들어가는 모든 영역에 적용된다"

따라서 중국 대륙에 계속 거주해온 피해자들에게 이 조약이 적용되는 여지가 없을 것이다. 이에 대해 국가는 "청구권 포기는 전쟁 종식에 따른 것이고 전쟁 종결은 국가로서 하는 한번 만의 처분 행위이기 때문에, 교환 공문에 상관 없이 국가로서의 중국에 속하는 모든 원고들에게 적용된다"라는 난삽한 이론을 짜내고 샌프란시스코 평화조약과 중국인 원고들을 연결시키려고 했다.<sup>20</sup> 그러나 아무래도 건강부회한 이 이론을 법원은 시인하지 않아, 이를 부정하는 하급심 판결이 이어졌다.<sup>21</sup> 그 중에서 유일하게 도쿄 고

---

<sup>20</sup> 일화평화조약으로 중국인 피해자들의 청구권이 포기되었다는 국가의 주장의 틀은 浅田正彦(아사다 마사히코) "일화평화조약과 국제 법" (法学論叢 147 권 4 호~156 권 2 호)에 의거한 것이다. 이 논문은 중국이라는 국가와의 전쟁 종결과 배상 문제는 성격상 교환 공문의 적용을 받지 않아 일화평화조약으로 해결되어, 중일공동성명으로 중화인민공화국이 이를 주인한 것에 따라 중화인민공화국정부에 대한 대항력을 가지게 되었다는 취지이다.

<sup>21</sup> 후쿠오카 지법 2002.4.26 판결(중국인 강제 연행 후쿠오카 1 차 소송, 판례 타임즈 1098 호 267 쪽 판례시보 1809 호 111 쪽), 도쿄 지법 2003.4.24 판결 (산시 성 성폭력 피해자 소송, 판례 타임즈 1127 호 281 쪽 판례시보 1823 호 61 쪽), 니가타 지법 2004.3.6

법 2005.3.18 판결(중국인"위안부" 2 차 소송)만이 국가의 주장을 넘어 일화평화조약으로 개인의 실체적 권리까지 소멸됐다고 판시했다.

## 7 2007.4.27 최고재판소 판결

2007.4.27. 최고재판소 제 1,제 2 소법정은 앞에서 본 중국인 "위안부" 2 차 소송과 니시마쓰 건설 중국인 강제 연행 강제 노동 소송에 대해 동시에 거의 동문의 판결을 내고 중일공동성명으로 원고들의 청구권은 행사할 수 없게 됐다는 이유로 피해자들의 청구를 기각했다(2007.4.27 최고재판소 판결, 판례 타임즈 1240 호 121 쪽, 판례시보 1969 호 28 쪽).

다만 최고재판소는 교환 공문이 있는 일화평화조약이 중국 대륙에 거주해온 원고들에게 적용되는지 의문이 있다면서 국가가 주장한 일화평화조약으로 청구권이 포기되었다는 법률 구성은 시인하지 않고 독자적인 "샌프란시스코 평화조약의 틀"론을 전개했다. 이는 개인의 청구권에 대해 사후적 개별적으로 민사 소송에 의한 권리 행사으로 해결하는 처리에 맡겼다면 장래 어느 국가 또는 국민에 대해서도 평화조약 체결 시에는 예측이 곤란한 과도한 부담을 지게 되어 혼란을 일으킬 우려가 있어서 평화조약의 목적 달성을 가로막기에, 개인 청구권에 대해서 민사 소송에 의한 권리 행사를 할 수 없게 되는 것이 "샌프란시스코 평화조약의 틀"이며, 중일공동성명도 이 틀 속에 있어 이 성명으로 중국은 중국 국민 개인의 청구권을 포기했다는 것이다.

하지만 샌프란시스코 평화조약에는 “개인 청구권에 대해 민사재판으로 권리 행사할 수 없게 된다” 등의 문언은 존재하지 않고 이 판결은 이 “틀”을 입법자(체결자) 의사 해석으로 도출하고 있다. 이 “틀”의 성립에 대해 이 판결이 제시한 유일한 사실적 근거는 앞에서 본 네덜란드 대표와 일본 대표의 비공개 교섭 및 그 결착 경위다.

이 비공개 교섭의 내용은 다음과 같다.<sup>22</sup>

- ① 네덜란드 대표가 평화조약은 네덜란드 국민의 사권(私權)을 소멸시키는 것이 아니라, 네덜란드 국민은 일본 국가 또는 국민에 대해 소송을 제기할 수 있지만 네덜란드 정부는 이에 관

---

판결(중국인 강제 연행 니가타 소송), 도쿄 고법 2004.12.15 판결 (중국인"위안부"1 차 소송)

<sup>22</sup> 도쿄고법 2001.10.11 판결 (판례 타임즈 1072 호 88 쪽, 판례시보 1769 호 61 쪽)

여할 수 없게 되는 것에 불과하다는 것을 확인하도록 요구하며, ② 이에 대해 일본 대표는 "이 조약으로 네덜란드 국민의 일본 및 일본 국민에 대한 채권은 소멸되지 않지만 일본정부 또는 일본 국민에게 추궁할 수 없게 된다"라는 견해를 밝혀, ③ 미국의 델레스 대표가 "구제를 받지 못하는 권리인지, 혼한 일이다"고 일본정부 견해에 찬동했지만, ④ 네덜란드 대표는 일본 견해에 동의하지 않고, ⑤ 협상 끝에 네덜란드 대표가 회의장에서 인도네시아에서 일본군으로 억류된 일반 민간 문민에 대한 보상에 관한 희망을 밝히고, 일본 대표는 ②의 견해를 밝히고, 아울러 네덜란드 대표가 요망한 문제를 인정하며 그 해결을 도모하기로 했다.

아마 “틀”론은 위 ②의 일본 대표 견해에서 발상을 얻은 것인데 이 교섭의 결착은 이른바 ‘애매모호한 정치적 결착’에 불과하고 ②의 견해에 대해 네덜란드 대표와 합의한 것도 아니고 하물며 비공개 교섭의 존재조차 모르는 기타 체약국과 합의한 것도 아니다. 게다가 ②의 견해를 표명했다는 일본정부는 1960년대 전반 원폭 재판에서는 국가가 외국과 어떤 약속을 하더라도 그에 의해 개인 청구권에 영향을 미치지 않다고 주장하고, 1991.에는 시베리아 억류자의 개인 청구권에 대해 소련에서 민사재판으로 청구할 수 있는 것을 전제로 한 국회 답변을 하고, 1992.에는 한일청구권협정에 대해 위자료 청구 등의 청구에 실제적인 근거가 있는지는 법원이 판단한다고 답변하고, 1990년대의 재일한국인 전상자의 장애연금 청구 소송에서는 재일한국인의 장애연금 청구권은 한일청구권협정의 대상이라고 하면서도 이를 청구 기각의 이유로서는 주장하지 않고, 한국인 피해자를 원고로 하는 수 많은 소송에 있어서 2000년까지 한일청구권협정을 근거로 (“청구권”에 대해) 청구 기각을 주장한 적이 한번도 없었다. 그렇다면 국가 자신이 샌프란시스코 평화조약이 “개인 청구권에 대해 민사재판으로 권리 행사할 수 없게 된다”는 취지라고 이해하지 않았던 것이 분명하여 이 판결의 입법자(체결자) 의사 해석은 역사적 사실에 반하는 픽션에 불과한 것이다.

이처럼 이 판결이 말하는 “틀”에 관해서 체약국간의 합의가 있다고는 도저히 볼 수 없는데 가령 합의가 있다고 하더라도 이를 샌프란시스코 평화조약 체약국이 아닌 중국이나 한국의 피해자에게 적용하는 것은 더욱 설명하기 어렵다. 이 판결은 국가의 주장이나 국



가가 의거한 학설<sup>23</sup>의 일화평화조약을 매개로 한 건강부회한 법률 구성을 교환공문의 존재 등을 이유로 부인했지만, 이에 대신하는 법률 구성을 제시하지 못했다. 이 판결이 “틀”을 샌프란시스코 평화조약 체결국 외에 적용하는 이유를 설명한 부분은 다음과 같다.

“이 틀은 연합국 48 개국과 체결되어 이로서 일본국이 독립을 회복했다는 샌프란시스코 평화 조약의 중요성에 비추어, 일본국이 샌프란시스코 평화 조약의 당사국 이외의 국가 및 지역과 사이에 평화조약 등을 체결하여 전후 처리를 하는 경우에 있어서도, 그 틀로 되어야 하는 것이었다.”

즉 네덜란드와의 비공개 교섭 때의 일본 대표 발언에 비롯된 “틀”이 샌프란시스코 평화 조약 체결국 뿐만 아니라 비체약국에도 그 효가가 미치고 그 후 체결된 2 국간 조약의 내용을 구속하고 수천만 전쟁 피해자에게서 민사 소송에 의한 청구 권능을 빼앗은 법적 효가를 가지는 이유는 그저 “샌프란시스코 평화 조약은 중요하니까”라고 하는 것이다. 이는 도저히 “법률 구성”으로 볼 수 없다. 이 판결은 법적 설명을 포기한 것으로 볼 수 밖에 없다.

그런데 원고들의 청구를 기각한다는 전제로 법원이 그 이유를 생각했다는 시점에서 보면 이 판결의 문맥은 매우 이해하기 쉽다. 당시 원고들의 청구를 기각하는 이유로 삼을 수 있는 논점은 국가무담책, 시효·제척 기간, 청구권 포기의 세 가지였다. 이 가운데 국가는 불법 행위에 대해 배상 책임을 지지 않는다는 국가무담책은 메이지헌법 시대의 해석 이론이며, 그것을 현행 헌법 하에서 계승하기에는 무리가 있고 게다가 국가무담책으로는 기업에 대한 청구를 기각할 수 없다. 시효·제척기간에 관한 신의칙에 의한 적용 제한을 좁게 해석하면 원고들의 청구를 쉽게 기각할 수 있지만, 전후 보상 외의 안전도 시효·제척기간으로 기각할 수밖에 없게 되어 법원의 재량권을 좁히는 문제점이 있다. 그에 비해 청구권 포기를 이유로 하면 전후보상 외의 안전에 영향을 미치지 않고 국가에 대한 청구도 기업에 대한 청구도 기각할 수 있다. 그러나 청구권 포기 조항에 대한 국가의 중전의 해석(외교보호권 포기설)와 모순되는 점, 중일공동성명의 문언과 어긋나는 점 등의 문제가 있다. 그런 고생 끝에 외국인 전쟁 피해자의 모든 청구를 기각할 수 있고 국가의 중전의 해

<sup>23</sup> 전계 아사다 논문

석과 되도록 모순하지 않고 다른 안건 처리에 영향을 미치지 않는 이유로서 만들어진 것이 이 판결의 논리였다. 그런 논리를 만들기 위해서는 법적 설명을 포기할 수 밖에 없었을 것이다.<sup>24</sup>

게다가 일본은 세계인권선언 10 조, 국제인권규약 (자유권규약) 14 조에 정해진 재판받을 권리를 보장하는 국제법적 의무를 지고 있다. 권리의 유무에 상관 없이 소송으로 청구할 수 없다는 최고재판소의 판단은 이 의무에 정면으로 반하는 것이다<sup>25</sup>.

아무튼 이 최고재판소 판결 이후 중국인 피해자를 원고로 한 모든 소송은 중일공동성명을 이유로 기각되게 되었다.<sup>26</sup> 그리고 ‘국민이’ 포기했다는 문언이 없는 중일공동성명으로 중국 국민의 청구권이 행사할 수 없게 된다면, ‘국민의’라는 문언이 있는 한일청구권협정으로 한국 국민의 청구권도 행사할 수 없게 된다고 하는 것이 당연한 논리적 귀결이었다. 그래서 재산권조치법으로는 소멸되지 않았던 한국인 피해자의 "청구권"도 한일청구권협정으로 청구할 수 없게 됐다고 해서 한국인 피해자 소송에서도 청구가 기각되게 되었다.<sup>27</sup> 이렇게 해서 일본 법원에서 외국인 전쟁 피해자의 권리 회복을 실현하는 것은 불가능하게 되었다.

단, 이 최고재판소 판결은 국가의 종전 해석과의 모순을 되도록 줄이기 위해 다음과 같이 판시했다.

“여기서 말하는 청구권의 ‘포기’란 청구권을 실체적으로 소

---

<sup>24</sup> 최고재판소 조사관이나 도쿄지방법원 판사를 역임한 후 퇴임한 瀨木比呂志(세키 히로시)가 2014년에 출판한 "절망의 법원"에 "도쿄 지방 법원의 다수의 부서로 심리가 진행되고 있는 동중 헌법 소송에 대해," "재판장들이 비밀리에 계속적인 회동을 갖고 각하 또는 기각을 암묵적인 전제로 향후의 심리 방식 등에 대해 의논했다"라는 기재가 있다. 저자의 도쿄 지법 재임 기간 등에 비추어 여기에 말하는 "동중 헌법 소송"은 2000년대 중국인 피해자에 의한 전후보상 소송을 가리키는 것으로 볼 수 있다. 추측이지만 "국가 무담책""시효·제척 기간""청구권 포기"의 3 논점 중 어느 이유로 기각할지에 대해 의논 한 것이 아닐까 싶다.

<sup>25</sup> 아베코우키(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卷 2・3 合併号 (2013)

<sup>26</sup> 삿포로 고법 2007.6.28 판결(중국인 강제 연행 홋카이도 소송), 마에바시 지법 2007.8.29 판결·도쿄 고법 2010.2.17 판결(중국인 강제 연행 군마 소송 1.2 심), 야마가타 지법 2008.2.12 판결·센다이 고법 2009.11.20 판결(중국인 강제 연행 야마가타 소송 1.2 심), 도쿄 고법 2009.3.26 판결(하이난 섬 성폭력 소송), 카나자와 지법 2008.10.31 판결·나고야 고법 카나자와 지부 2010.3.10 판결 (중국인 강제 연행 나나오 소송 1.2 심), 후쿠오카 고법 미야자키 지부 2009.3.27 판결(중국인 강제 연행 미야자키 소송), 도쿄 지법 2015.2.25 판결(충칭 대폭격 피해자 소송)

<sup>27</sup> 나고야 고법 2007.5.31 판결(미쓰비시 나고야 조선 여자 근로 정신대 소송, 판례 타이프즈 1210호 186쪽 판례시보 1894호 44쪽), 도야마 지법 2007.9.19 판결·나고야 고법 카나자와 지부 2010.3.8 판결(후지코시 근로 정신대 2차 소송 1.2 심)

떨시키는 것까지 의미하는 것이 아니라, 해당 청구권에 입각하여 재판상 소구할 권능을 잃게 하는 것에 그치는 것이라고 해석하는 것이 마땅하다. 따라서 개별 구체적인 청구권에 대해서 그 내용 등에 비추어 보아 채무자 측에 있어서 임의로 자발적인 대응을 하는 것은 막을 수 없다”

"샌프란시스코 평화조약의 틀"의 효과는 개별적인 민사 재판상의 권리 행사를 허용하지 않는 것에 머물고, 개인의 실체적 청구권은 존속하여 있다는 것이다.<sup>28</sup> 이 판결의 당사자인 원고들은 이 판결을 실마리로 니시마쓰 건설과 화해를 성립시켰다.<sup>29</sup>

## 8 현재의 일본정부 해석

이 최고재판소 판결 후에도 일본정부는 ‘한일청구권협정으로 해결 완료’라는 정치적 발언을 반복해서 말하고 있다. 그러나 정부는 헌법 상 당연히 최고재판소 판단에 구속되는 것이다. 실제로 최고재판소 판결 후 한국인 피해자에 관한 소송에서 재판상의 권능이 없어 버린다는 최고재판소 판결의 논리를 피고로서 원용하고 있다.

예를 들면 후지코시 2 차 소송 1 심에서 국가는 다음과 같이 주장했다.

“원고들이 상기 각 청구권에 의거한 청구를 하더라도 일본국 및 국민은 이에 응하는 법적 의무가 없다. 여기에 법적 의무가 없다고 하는 것은 국내법적으로 소멸했다는 뜻이 아니라 한국 국민이 “청구권”을 어떻게 법적 구성해서 일본국 및 국민에 대해 청구하더라도 일본국 및 국민은 이에 응하는 법적 의무가 없다는 뜻이다.”<sup>30</sup>

그러므로 반복되는 정치적 발언에도 불구하고 일본정부도 법률 해석으로서는 피해자의 실체적 권리의 존재를 인정하고 있다고 할 수 있다. 따라서 현재의 일본정부의 한일청구권협정 해석은 다음과 같다.

---

<sup>28</sup> 일종의 부언(附言) 판결이지만 이는 단순한 부언 이상의 효과를 미치게 된다. 예를 들면 상장 기업이 피해자의 손해 배상 청구에 자주적으로 응한다고 하더라도, 실체적 권리가 존재하는 이상, 청구에 응한 이사들은 주주들의 책임 추궁을 면할 수 있다.

<sup>29</sup> 도쿄 간이(簡易)법원 2009. 10. 23 즉결 화해. 합의 조항에서 최고재판소 판결을 인용한 후 니시마쓰 건설이 "심심한 사과"를 표명하면서 360 명의 희생자에 대한 보상, 기념비 건립, 위령 사업 등의 비용으로 2 억 5000 만엔을 사업 주체인 자유 인권 협회에 신탁했다.

<sup>30</sup> 토야마 지법 2007.9.19 판결 중 피고 주장 정리 부분

가 “재산, 권리 및 이익”은 재산권조치법으로 소멸되었다.  
나 한국정부는 “청구권”에 대한 외교보호권을 포기했지만  
    개인의 실체적 권리는 소멸되지 않는다.  
다, 청구권협정에 의해 재판으로 청구할 권능이 상실되었고,

## 제 2 장 한국정부 해석의 변천

### 1 개인청구권이 소멸되었다고 이해했던 한국정부

한일청구권협정 체결 협상 과정에서 1952.에 한국 측에서 8 개의 대일 청구 요강이 제출됐는데 이에 "강제 징용 한인 미수금"이 포함되어 있었다. 또 일본 측이 피해자 개인에게 직접 보상하겠다고 제안했을 때 한국 측은 일본정부로부터 보상금을 한꺼번에 받고 그것을 피해자들에게 분배하는 방식을 주장했다고 한다.<sup>31</sup>

그리고 한일청구권협정 합의 의사록에는 다음과 같은 규정이 있다.

“동조 1 에 있어서 말하는 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것이 된다는 양국 및 그 국민의 재산, 권리 및 이익 및 양국 및 그 국민 간의 청구권에 관한 문제는 한일 회담에 있어서 한국 측에서 제출한 ‘한국의 대일 청구 요강’(이른바 8 항목)의 범위에 속한 모든 청구가 포함되어 있고 따라서 이 대일 청구 요강에 관해서는 어떤 주장도 할 수 없게 된다는 것이 확인됐다.”

게다가 1965.7.5.에 한국정부가 발행한 “대한민국과 일본국간의 조약 및 협정의 해설”에는 “피징용자의 미수금 및 보상금...등이 모두 완전히 그리고 최종적으로 소멸된 것으로 된다”라는 기재가 있다.

또한 청구권협정 체결 다음 해인 1966. 한국에서 제정된 “청구권 자금의 운용 및 관리에 관한 법률” 제 5 조 제 1 항은 다음과 같이 규정하고 있다.

<sup>31</sup> 高崎宗司(다카사키 소지) "검증 한일 회담" 109 쪽. 단, 다카사키 교수도 지적하는 듯이 개인보상을 하겠다는 일본정부 제안이 성실한 것이었다고는 생각할 수 없다. 그 후 한일청구권협정을 적용되지 않는 재일 한국 조선인 피해자에 대한 보상은 방치되어 ‘평화조약 국적이탈자 전몰자 유족에 대한 초위금 등 지급법’에 의해 전몰자, 중도전상자에 대해 일본인 피해자에 비해 현저히 소액의 초위금 등을 지급하기로 한 것은 한일청구권협정 체결 35 년 후인 2000 년의 일이었다는 것을 보아도 이는 분명하다.

"대한민국 국민이 갖는 1945.8.15. 이전까지의 일본국에 대한 민간청구권은 이 법에 정하는 청구권 자금 중에서 보상해야 한다"

그리고 1971. "대일 민간 청구권 신고에 관한 법률"과 1974. "대일 민간 청구권 보상에 관한 법률"으로 피징용 사망자 유족에게 사망자 1인당 30만원의 보상금이 지급됐다.<sup>32</sup>

이들 시책 실행 과정에서 피해자의 실체적 권리와 외교보호권의 관계가 논의된 흔적이 발견되지 않는다. 1970~1990 년대에 보상 범위에 대해 몇가지 소송이 제기되었는데 이들 소송에 있어서 청구권 협정은 한국정부의 외교보호권 포기를 의미할 뿐 피해자 개인의 일본에 대한 실체적 청구권은 존속한다는 취지의 주장이 정부 측에서 제출되었다는 사실도 찾을 수 없다<sup>33</sup> 그러므로 청구권협정으로 실체적 권리가 소멸한 것을 전제로 이들 시책이 진행되었다고 볼 수 있다.

따라서 이 시기까지는 가해국인 일본의 정부는 피해자의 실체적 권리는 소멸되지 않았다고 해석하고, 피해국인 한국의 정부는 소멸되었다고 해석하고 있었던 셈이 되어, 양국의 한일청구권협정 해석은 '비틀려' 있었던 것이다.

## 2 외교보호권만 포기설에 전환

이 '비틀림'이 언제 해소된 것인지 명확하지 않지만, 김영삼 정부 시절인 1995.9.20., 국회 통일외무위원회에서의 공로명 외무부장관 답변은 다음과 같이 개인의 권리 소멸과 외교보호권 포기가 다른 문제라는 것을 확인했다.

"우리 정부는 1965 년 한일 협정체결로 일단 일본에 대해서 정부 차원에서의 금전적 보상은 일단락된 것으로 이렇게 보고……개인적인 청구권에 대해서는 정부가 그것을 인정을 하고 있고…"

또한 1997. 김대중 정부 출범 직후에 외무부 장관의 일본군 '위안

---

<sup>32</sup> 이러한 시책은, 대상자를 피징용 사망자로 한정된 점, 보상 금액이 소액였을 점, 신고 기간이 짧아서 탈루가 매우 많았을 점 등으로 인하여 피해자 중에 큰 불만을 남기는 결과가 되었다.

<sup>33</sup> 대법원 1970.11.30 판결 [1970.12.22 판결](#), 헌법재판소 1996.10.4 결정, 1996.10.31 결정, 1996.11.28 결정, 1999.7.23 결정, 2000. 3.30 결정

부' 피해자에 대한 개인 배상을 요구하는 발언이 있고, 2000.10.9. 이정빈 외교통상부 장관은 서면 답변서에서 다음과 같이 답변했다.

"한일 양국 정부는 피징병 징용자의 배상 등 양국 간 청구권에 관한 문제를 해결하기 위하여 1965년 '대한민국과 일본국간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정'을 체결하여 양국 정부간에 청구권문제를 일단락지은 바 있습니다. 다만..... 정부로서는 '청구권협정'이 개인의 청구권 소송 등의 재판을 제기할 권리에는 영향을 미치지 않는다는 입장입니다."<sup>34</sup>

따라서 늦어도 이 시점까지 한국정부는 한일청구권협정으로 포기된 것은 외교보호권에 지나지 않는다고 해석을 변경했음을 알 수 있다.

### 3 민관공동위원회 견해

일본군 '위안부' 피해자, 강제동원 피해자, 원폭 피해자들이 한일 회담 관련 문서 공개를 한국정부에 요구했으나, 정부는 이를 거부했다. 그리하여 피해자들은 2002.10., 한국정부를 상대로 문서 공개 거부 처분 취소 소송을 제기하였고, 2004.2.13에 1심에서 승소 판결을 받았다<sup>35</sup>. 이에 한국정부(노무현 정부)는 항소를 철회하여 문서를 공개했다. 그리고 후속 조치를 협의하는 민관공동위원회를 개최하여, 2005.8.26 민관공동위원회 견해가 발표되었다. 민관공동위원회의 공동 대표는 이해찬 국무총리이며, 이 견해는 한국정부의 한일청구권협정에 대한 공식적인 해석이다<sup>36</sup>

그 주요 부분은 다음과 같다.

- 「○ 한일청구권협정은 기본적으로 일본의 식민지배 배상을 청구하기 위한 것이 아니었고, 샌프란시스코 조약 제 4조에 근거하여 한일양국간 재정적·민사적 채권·채무관계를 해결하기 위한 것이었음
- 일본군위안부 문제 등 일본정부·軍 등 국가권력이 관여한 반인도적 불법행위에 대해서는 청구권협정에 의하여 해

<sup>34</sup> 김창록 "한일청구권협정"에 의해 '해결'된 '권리'" 경북대학교 법학연구원 '법학논고' 제 49집

<sup>35</sup> 서울행정법원 2004.2.13 판결

<sup>36</sup> 전문은 대한변호사협회 홈페이지 '국무정정실정보도자료'

[http://www.koreanbar.or.kr/pages/japandata/view.asp?teamcode=&category=&page=1&seq=7099&types=1005&searchtype=&searchstr=, "](http://www.koreanbar.or.kr/pages/japandata/view.asp?teamcode=&category=&page=1&seq=7099&types=1005&searchtype=&searchstr=)

결된 것으로 볼 수 없고, 일본정부의 법적 책임이 남아있음

- 사할린동포, 원폭피해자 문제도 한일청구권협정 대상에 포함되지 않음」

이는 사할린 잔류 한국인 문제와 원폭 피해자 문제는 청구권협정 체결에 이르는 협의 대상으로 되지 않았으므로 청구권협정의 해결에는 포함되지 않고, "일본군 위안부 문제 등...반인도적 불법 행위"는 협의의 대상으로 되지 않았을 뿐만 아니라 인도에 대한 죄에 해당하는 범죄 행위로 인한 피해에 기인하는 손해 배상이라는 성격상 당연히 청구권협정 대상에 포함되지 않으며 외교보호권도 포기되지 않았다는 취지라고 이해할 수 있다.<sup>37</sup>

이 견해에서는 강제동원 문제가 한일청구권협정의 법적 효력 범위에 포함되는지 여부에 대해서는 명기되지 않았다. 다만 무상 3억 달러의 경제 협력 자금에는 "강제 동원 문제 해결의 성격의 자금" 등이 포괄적으로 감안됐으며 한국정부는 "수령한 무상 자금 중 상당 금액을 강제동원 피해자 구제에 사용해야 할 도의적 책임이 있다"고 기재되어 있다. 이 기재의 뜻하는 바는 반드시 분명하다고 할 수 없는데 일반적으로는 한일청구권협정 협상 과정에서 의제가 된 강제동원 문제는 한일청구권협정의 범위 내라는 취지라고 이해되고 있었다. 다만 한일청구권협정에 의해 포기한 것은 외교보호권 만이라는 김영삼 정부와 김대중 정부의 해석은 변경되지 않았기 때문에 여기서 말하는 '한일청구권협정의 범위 내'란 외교보호권 포기 만을 의미한다. 그리고 앞에서 본 '도의적 책임'을 다하기 위해 "일제하 일본군 위안부에 대한 생활 안정 지원 법"(1993),"태평양 전쟁 전후 국외 강제 동원 희생자 등 지원에 관한 법률"(2007),"대일 항쟁기 강제 동원 피해 조사 및 국외 강제 동원 희생자 등 지원에 관한 특별 법"(2011),광주, 전남, 서울시, 경기도의 근로정신대 피해자 지원 조례(2013) 등 강제동원 피해자 등에게 위로금과 생활 안정 자금을 지급하기 위한 법률 및 조례가 제정되었는데, 이들에는 "인도적 견지에서 " 등의 문구가 삽입되어 한일청구권협정으로 일본정부로부

<sup>37</sup> 이 견해에도 불구하고 한국정부가 그 후 일본정부에 대해 한일청구권협정 제3조의 정하는 분쟁 해결("외교상의 경로"및"중재 위원회"에 의한 해결)에 나서지 않는 것은 위헌이라고 일본군 '위안부' 피해자들이 헌법재판소에 헌법 소원을 제기하고, 헌법재판소는 2011. 8. 30 위헌 결정을 내렸다.이 결정은 교착 상태에 있었던 일본군 '위안부' 문제의 유동화를 위해 큰 역할을 다했는데, 청구인도 한국정부도 민관공동위원회 견해를 전제로 하고 있어서 한일청구권협정에 대해 새로운 해석을 덧붙이는 것은 아니었다.

터 이전한 보상 책임을 다하는 것이 아닌 것을 밝혀지고 있다.<sup>38</sup>

#### 4 2012. 대법원 판결

히로시마의 미쓰비시 중공업, 오사카의 일본제철에 강제동원된 피해자들은 일본에서 일본 국가와 기업에 대해 손해 배상과 미수 임금을 청구하는 소송을 제기했지만 패소했다. 원고들은 최고재판소 패소 전후에 같은 취지의 소송을 일본 기업을 상대로 한국 법원에 제기했다. 하지만 한국의 지방, 고등 법원도 시효의 성립, 전전(戰前)의 기업과 현재 기업의 법인격 동일성 부정, 일본 판결의 기판력(既判力)등을 이유로 피해자들의 청구를 기각했다<sup>39</sup>. 이에 대하여 2012.5.24, 대법원은 하급심의 위 판단을 모조리 뒤집고, 게다가 이 사건은 한일청구권협정의 범위 외라는 판단을 나타내면서 사건을 고등법원에 환송했다.

이 판결 이유중 한일청구권협정의 적용 범위에 대해 판단한 부분은 다음과 같다.

“청구권협정은 일본의 식민지배 배상을 청구하기 위한 협상이 아니라 샌프란시스코 조약 제 4 조에 근거하여 한일 양국간의 재정적·민사적 채권·채무관계를 정치적 합의에 의하여 해결하기 위한 것으로서, 청구권협정 제 1 조에 의해 일본정부가 대한민국정부에 지급한 경제협력자금은 제 2 조에 의한 권리문제의 해결과 법적 대가관계가 있다고 보이지 않는 점, 청구권협정의 협상과정에서 일본정부는 식민지배의 불법성을 인정하지 않은 채, 강제동원피해의 법적 배상을 원천적으로 부인하였고, 이에 따라 한일양국의 정부는 일제의 한반도 지배의 성격에 관하여 합의에 이르지 못하였는데, 이러한 상황에서 일본의 국가권력이 관여한 반인도적 불법행위나 식민지배와 직결된 불법행위로 인한 손해배상청구권이 청구권협정의 적용대상에 포함되었다고 보기는 어려운 점 등에 비추어 보면, 원고등의 손해배상청구권에 대하여는 청구권협정으로 개인청구권이 소멸하지 아니하였음은 물론이고, 대한민국의 외교적 보호권도 포기되지 아니하였다고 봄이 상당하다”

<sup>38</sup> 따라서 “노무현 정부는 징용공 문제에 대해서는 한국정부가 처리하겠다고 약속했을 것이다”고 하는 일본정부와 미디어의 주장은 곡해에 의한 것이다.

<sup>39</sup> 부산지법 2007.2.2 판결, 부산고법 2009.2.3.판결, 서울중앙지법 2008.4.3 판결, 2009.7.16 판결



대법원 판결은 이 판단을 민관공동위원회 견해의 해석의 형태로 제시하고 있다. 즉, 민관공동위원회 견해가 한일청구권협정의 대상에서 제외한 "일본군 위안부 문제 등 일본정부·군·국가 권력이 관여한 반인도적 불법 행위"라는 "일본 국가 권력이 관여한 반인도적 불법 행위나 식민 지배와 직결된 불법 행위"를 의미하는 것이며, "식민지배와 직결된 불법 행위"인 강제동원 피해자의 청구권도 한일청구권협정의 범위 외라는 것이다. 그러나 실질적으로는 민관공동위원회 견해를 확장해서 강제동원 피해자의 일본기업에 대한 손해배상 청구권도 청구권협정의 범위 외라고 하는 새로운 판단이다.

대법원의 이러한 판단은 대한민국헌법의 전문(前文)에 바탕을 두고 있다고 볼 수 있다. 즉 1987.에 제정된 현행 헌법은 ‘유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한국민은 3·1 운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통과 불의에 항거한 4·19 민주이념을 계승하고,’로 시작되는 전문을 내세우고 있다. 그리고 헌법재판소는 일본의 판례와 달리 전문의 재판규범성을 인정하고 있다.<sup>40</sup> 예를 들면 2011.3.31 결정은 전문의 취지와 효력을 다음과 같이 판시하였다.

‘현행 헌법 전문(前文)은 “유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한국민은 3·1 운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통을 계승” 할 것을 규정하고 있는데, 여기서 “3·1 운동”의 정신은 우리나라 헌법의 연혁적·이념적 기초로서 헌법이나 법률해석에서의 해석기준으로 작용하는 것이다. “대한민국이 3·1 운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통을 계승”한다고 선언한 헌법 전문의 의미는, 오늘날의 대한민국이 일제에 항거한 독립운동가의 공헌과 희생을 바탕으로 이룩된 것이라는 점 및 나아가 현행 헌법은 일본제국주의의 식민통치를 배격하고 우리 민족의 자주독립을 추구한 대한민국임시정부의 정신을 헌법의 근간으로 하고 있다는 점을 뜻한다고 볼 수 있다.’

일제의 식민 통치를 배격하고 대한민국임시정부의 정신을 헌법의 근간으로 하며 이를 해석 기준으로하는 이상 일본의 식민지배의 적법성을 전제로 하는 일본 판결의 기판력과 식민지배에 의한 피해를 고정화하는 소멸시효, 재벌해체에 의한 신회사에 대한 보상·배상채무 승계의 부정, 그리고 식민지배의 불법성을 전제로하지 않는 청구권협정이 식민지배와 직결된 불법행위에도 적용된다고 하는 견해

<sup>40</sup> 헌법재판소 2001.3.21, 2005.6.30, 2011.3.31 결정 등

를 받아들이기 어려운 것은 당연한 귀결이다

또, 대법원 판결은 이 부분에서 ‘예비적 이유’를 들고 있다. 즉 만일 원고들의 청구권이 청구권협정 적용 대상에 포함된다고 해도(강제동원 피해는 "반인도적 불법 행위"등에 포함되지 않다고 해도), 그것은 한국의 외교보호권이 포기된 데 그쳐 개인청구권은 소멸하지 않았다는 것이다.

강제동원 피해자의 손해배상 청구권은 청구권협정의 대상 외라는 대법원 판결은 청구권협정의 효과가 개인청구권 소멸인지 외교보호권 만을 포기한 것인지라는 종전의 논점과는 다른 차원의 판단이다. 그래서 대법원은 종전의 논점에서는 외교보호권만 포기설에 서면서 이 사건의 경우에는 청구권협정의 대상 외라고 판단한 것을 나타냈을 것이지만, 동시에 삼권 분립에 배려해서 강제동원 문제에 대한 외교보호권 포기 여부의 최종 판단을 행정부(한국정부)에 맡기는 취지라고 볼 수 있다.

## 5 문대통령 “징용공 발언”

2012.대법원 판결 후 이명박 정부도 박근혜 정부도 강제동원 피해자에 대해 언급하지 않았고, 한국정부가 위 대법원 판결의 주위적 해석(청구권협정의 대상 외)에 서는지 예비적 해석(청구권협정의 대상이지만 외교보호권만 포기)에 서는지 분명하지 않았다.

한편으로 일본제철 사건 환송심에서 서울고등법원 2013.7.10. 판결으로 피해자 1 인당 1 억원, 미쓰비시중공업사건에서 부산고등법원 7.30. 판결에서 피해자 1 인당 8000 만원의 배상이 인정되어 두 사건 모두 피고측이 다시 상고했다. 그런데 대법원은 그 후 5 년 동안 판결을 선고하지 않고 대법원과 각 고등법원에 계류중인 다른 강제동원 사건도 위 두 사건의 진행을 기다린다는 이유로 심리가 정체해서 강제동원 문제는 5 년 동안 교착상태에 빠져 버렸다.

이 교착은 박근혜 대통령에 대한 탄핵을 거쳐 2017.에 문재인 대통령이 취임해서 마침내 해소되었다. 문대통령은 같은 해 8.17. 취임 100 일 기자회견에서 질문에 대답해서 다음과 같이 발언했다.

"말씀하신 것 중 일본군 위안부 부분은 한일 회담 당시 알지 못했던 문제였습니다. 말하자면 그 회담에서 다뤄지지 않았던 문제입니다. 위안부 문제가 알려지고 사회 문제가 된 것은 한일 회담 훨씬 이후의 일입니다. 위안부 문제가 한일 회담으로 해결됐다는 것은 맞지 않는 말입니다. 강제 징용자 문제도 양국 간의 합의가 개개인의

권리를 침해할 수는 없습니다. 양국 합의에도 불구하고 강제 징용자 개인이 미쓰비시를 비롯한 회사를 상대로 가지는 민사적인 권리들은 그대로 남아 있다는 게 한국의 헌법재판소나 대법원의 판례입니다. 정부는 그런 입장에서 과거사 문제에 임하고 있습니다."

이 발언은 '위안부'문제는 한일청구권협정의 대상 외라는 것과 달리 "양국 합의에도 불구하고", "개인의 민사적인 권리들은 그대로 남아 있다"라는 표현을 통해 알 수 있듯이, 대법원 판결의 예비적 해석, 즉 강제동원 피해는 한일청구권협정의 대상이지만 그 효과는 외교보호권 포기에 불과하다는 해석에 서는 것을 나타낸 것이다.<sup>41</sup>

## 6 2018. 대법원 판결

그 후 박근혜 정부의 의향에 따라 대법원 간부가 판결 지연공작을 했다는 사실이 드러난 다음에, 2018.10.30., 마침내 일본제철 사건에 대해 강제동원 위자료 청구권은 한일청구권협정의 대상 외(외교보호권도 포기되지 않았다)라고, 2012. 대법원 판결을 답습한 대법원 판결이 선고되었다.

2012. 판결의 예비적 해석은 2018. 판결에서는 개별의견 2 로서 제시되어 대법원의 판단으로서는 식민지배와 직결된 불법행위에 대한 위자료 청구권은 청구권협정의 대상이 아닌 것이 명확하게 되었다. 따라서 한국정부로서는 선택의 여지가 없어지고 문재인 대통령도 대법원 판결에 따른다고 하고 있기 때문에 한국정부의 견해도 위 다수의견의 취지에 따라 수정된 것으로 된다.

## 제 3 장 정리

### 1 양국 정부의 해석 변천

앞에서 본 바와 같이 한일 양국 정부의 한일청구권협정 해석은 현저히 변천해왔다. 일본정부는 일본 국민의 보상 청구를 우려한 시기에는 '외교보호권 포기론', 외국인 피해자로부터 배상 청구를 받으면서 10 년간 망설인 후 '권리 소멸론' 또는 '재판에 의한 소구 권능 소멸론'으로 180 도 전환한 것이며, 일본정부의 책임을 회피하기 위한 의도적인 변천이었다.

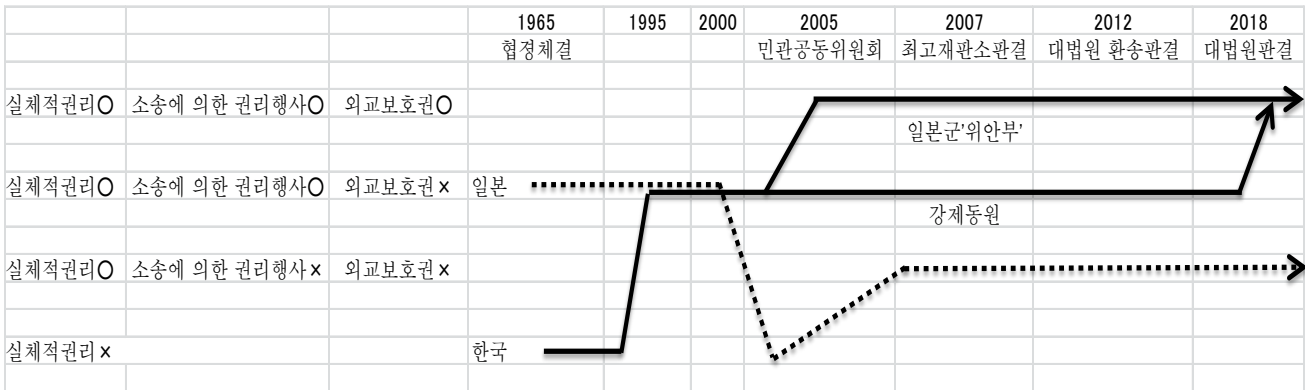
한국정부는 일본정부와 피해자에 끼면서 동요하여 그 후 서서히 피

41 이는 강제동원 문제에는 외교보호권을 행사하지 않겠다는 뜻이지만 일본 미디어는 이런 의미를 이해하지 못해서 대통령이 강제동원 문제에 언급한 것 자체를 비난했다.

해자의 목소리와 사법판단에 밀리고 피해자의 권리를 확대하는 방향으로 변천했다고 할 수 있다.

이를 모식화하면 다음과 같이 정리할 수 있다.

### 한일 양국 정부 해석 변천 모식도



## 2 한일 양국 해석의 비교

### (1) 2018.대법원에서 제시된 제 견해

그런데 2018 대법원 판결에는 7 명의 대법관에 의한 다수의견, 1 명의 대법관에 의한 개별의견 1, 3 명의 대법관에 의한 개별의견 2, 2 명의 대법관에 의한 반대의견, 2 명의 대법관에 의한 보충의견이 제시되었다. 이들 중 개별의견 1 은 환송판결의 기속력(羈束力)이라는 절차적 문제에 관한 의견, 보충의견은 다수의견의 이유 보충이며, 청구권협정의 해석으로서는 다수의견, 개별의견 2, 반대의견의 3 가지 견해가 제시되었다.

개별의견 2 는 강제동원 피해자의 손해배상 청구권은 청구권협정의 대상이지만, 외교보호권이 포기되는 것에 불과하다는 종전의 한국정부, 2000.까지의 일본정부, 2000.대 일본재판에서의 원고측 주장과 거의 동일한 견해이다. 반대의견은 원고들의 청구권은 청구권협정에 의해 소송으로 행사할 수 없게 되었다는 것이어서, 결론적으로 최고재판소 및 일본정부와 같은 견해이다. 개별 의견 1, 2 는 다수의견의 결론에 찬성하고 있으므로 피고의 상고를 기각하는 결론은 11 대 2 의 다수에 의한 것이다.

위 다수의견, 개별의견 2, 반대의견의 3 설과 개인청구권 소멸설(피고의 주장)을 합치면 논리적으로 생각할 수 있는 모든 청구권협정해석이 제시되었다고 할 수 있다. 이에 각설 지지자 표시를

추가하면 다음 표와 같다.

### 한일청구권협정 해석 각설 비교

	A설	B설	C설	D설
지 지 자	피고	최고재판소 일본정부 대법원 반대의견	대법원 개별의견 이전의 한국정부 2000.까지의 일본정부	대법원 다수의견 한국정부
실 체 적 권 리	X	○	○	○
소 송 에 의 한 권 리 행 사	X	X	○	○
외 교 보 호 권	X	X	X	○
결 론	기각	기각	인용가능	인용가능

#### (2) 일본 견해(B 설)와 한국 견해(D 설)의 쟁점

현재 양국 해석에서는 한일청구권협정으로 피해자 개인의 배상 청구권(실체적 권리)이 소멸한 것이 아니라는 점은 완전히 일치하고 있다. 따라서, 한일의 쟁점은 외교보호권 포기 여부와 소송에 의한 권리행사 여부의 두 가지이다. 단, 강제동원 피해에 대한 손해배상 청구권이 청구권협정의 대상임(외교보호권이 포기된 것)을 인정하는 대법원 판결 개별의견 2 가 피해자의 청구를 인정한 다수의견과 결론을 같이 하고 있는 바와 같이, 외교보호권의 포기 여부는 결론을 좌우하는 쟁점이 아니다.

그렇다면 한일간의 마지막 쟁점은 소송에 의한 권리 행사 여부이다. 일본정부는 국제재판으로 결론을 내겠다고 하고 있지만<sup>42</sup>, 세계인권선언과 국제인권규약으로 국제법상 보장된 재판을 받을 권리를 정면으로 부정하는 견해가 국제적인 지지를 받을 수 있다고는 보기 어렵다.

게다가 한일 쟁점인 외교보호권 유무는 국가와 국가의 관계의 문제이며, 소송에 의한 권리 행사 여부는 당연히 소송에서의 문제이다. 따라서 피해자 개인과 기업이나 국가와의 협상에서는 한일 청구권협정은 어떤 의미에서도 피해자의 권리 회복의 법적 장애로 되어 있는 것이 아니고 한일청구권협정에 의한 해결론은 일종의 '평계'에 불과하다.

#### (3) 대법원 판결 다수의견 (D 설)과 개별의견 2 (C 설)의 평가

개별의견 2 는 다수의견의 결론 (원고의 청구 인용)에 찬성하고 있으며, 다수의견과의 차이점은 외교보호권을 포기했는지 여부가

<sup>42</sup> 실제로는 한국은 국제사법재판소(ICJ)의 관할수락선언을 하지 않고 있기 때문에 한국의 동의를 얻지 못한 ICJ에서의 소송은 현실화하지 않는다.

다. 그리고 국적국의 법원이라고 해도 피해자가 승소하고 있는 상황에서 외교보호권에 그다지 의의가 있다고 볼 수 없다. 그리고 국제적인 인권구제수단의 다양화에 따라, 외교보호권의 역할은 상대적으로 저하하고 있다. 또한 정부가 피해자의 의사를 제대로 반영하지 않고 외교보호권을 행사한 경우에 어려운 문제가 생길 수 있다. 게다가 한국이 외교보호권을 포기하지 않았다고 주장하는 이상 일본기업을 보호하기 위한 일본정부의 외교보호권 행사를 부정할 수 없게 되어서, 다수의견이 반드시 피해자에게 유리하다고 할 수 없는 면도 있다.

또한 다수의견은 한일회담에서의 한국 측 발언이나 그 후의 한국정부의 행동과 맞지 않는 부분이 있고, 개별의견 2는 당사자(한일 정부)의 의사 일치 인정에 대해 문제가 있는 것 같아서<sup>43</sup> 해석으로서 일장일단이다. 그래서 두가지 의견의 차이는 위와 같은 한국헌법의 이념에 얼마나 충실인가라는 점에 있다고 보인다. 따라서 일본에서는 강제동원 피해자의 인권 회복을 위해 대법원 판결을 환영하는 입장에서도 다수의견의 논리에 대해 당혹스럽게 보는 사람이 있는 것도 사실이다.

그러나 한국헌법의 이념이 한국 고유의 것이라는 점, 한일의 헌법 이념이 다르다고 하는 이해에는 의문이 있다. "...3·1 운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통을 계승" 이하의 한국헌법 전문(前文)은 식민지배를 받은 역사에 비추어 독립을 유지함으로써 평화와 안전을 확보하고 세계 평화에 기여하자는 이념을 나타낸 것이다. 한편으로 "전세계의 국민이 공포와 고통을 면해 평화롭게 생존할 권리가 있음을 확인한다", "...어떤 국가도 자국의 일에 만전념하여 타국을 무시하면 아니 된다 ..."라는 일본국 헌법 전문은 침략전쟁(공포)과 식민지배(고통)을 다시 실행하지 않는 것을 전세계의 국민에 대해 기약하고 제국민로부터의 신뢰를 바탕으로 평화를 실현하는 결의를 말한 것이다. 그렇다면 한일의 헌법 이념은 하나의 이상을 반대편에서 그린 것이고, 결코 모순되는 것이

---

43 개별의견 2는 "청구권협정 당시 일본은 청구권협정을 통해 개인청구권이 소멸하는 것이 아니라 국가의 외교적 보호권만 포기된다고 보는 입장이었음이 분명하고, 협정의 상대방인 대한민국도 이러한 사정을 잘 알고 있었다고 보인다. 따라서 양국의 진정한 의사 역시도 외교적 보호권만 포기된다는 점 에서 일치하고 있었다고 보는 것이 합리적이다."라고 하지만 한국이 "잘 알고 있었다"는 증거도 일본의 입장에 동의하고 있었다는 증거도 존재하지 않는다. 단, 개인청구권이 소멸된다고 생각하고 있었던(라고 추측되는) 한국정부는 당연히 외교보호권을 행사하는 의사가 없는 것으로 되기 때문에 ,외교보호권을 행사하지 않는다는 한도에서 의사가 일치했다고 보는 것은 가능하다.

아니다.

따라서 일본국헌법의 입장에서는 개별의견 2 는 물론, 다수의견의 견해도 받아들이는 것이 가능하다.

(4) 대법원 반대 의견과 2007.최고재판소 판결

결론적으로 일본 2007. 최고재판소 판결과 같은 취지인 반대 의견은 최고재판소 판결이 "샌프란시스코 평화조약의 틀'이라는 조잡한 논리를 늘어놓고 결론을 도출한 것에 비해, 주로 청구권협정과 합의의사록의 문언에서 결론을 도출하고 있으며, 최고재판소 판결보다 설득력이 있다. 하지만 "완전히 그리고 최종적으로 해결", "어떠한 주장도 할 수 없는 것으로 한다"라는 문언을 강조하면 할수록, 그렇다면 왜 '소송으로 행사할 수 없다'는 문언이 아니냐는 의문이 생기게 된다 .

또한 일본 최고재판소는 한일청구권협정뿐만 아니라 '국민의...'라는 문언조차 없는 일중공동성명도 마찬가지로 소송에 의한 권리 행사 제한이라는 효과를 인정하려고 하고 있기 때문에 한일청구권협정의 문언을 근거로 삼을 수 없다. 그 문언을 강조하면 오히려 그러한 문구가 없는 일중공동성명에 대해 반대의 결론에 도달할 수 밖에 없기 때문이다.

(5) 반대 의견에 의한 ICJ 판결의 잘못된 원용

그런데 반대의견은 '일괄처리협정에 따라 국가가 받은 금원을 다른 목적으로 사용하더라도 개인청구권은 소멸한다는 것이 인정되어 있다'고해서, 그 유일한 근거로 ICJ 국가면제사건 판결<sup>44</sup>을 적시하여 있지만, 완전히 잘못된 적시이다. 이 ICJ 판결은 오로지 무력분쟁시 군대의 행위에 국가면제를 적용하는 국제관습법이 존재하는지에 대해 판단한 것이며, 일괄처리협정에 대해서는 아무런 판단도 하지 않았다. 이 판결에는 "일괄 지급 자금이 다른 목적으로 이용된 경우, 그 일이 금전 분배를 받지 않았던 개인이 가해국에 청구할 근거가 되는지는 의문이다"라는 취지의 기재(102 항)가 있기는 한다. 하지만 이는 정부 간 협상에 의한 보상의 성취 여부에 대한 국내 법원의 판단 능력이라는 부수적의견 부분에서의 기안자의 감상 같은 기재에 불과하다 (심리 대상 외의 일에 대해 이와 같은 감상을 판결에 써놓은 것은 오해를 초래하기 쉬워서 매우 부적절하다). 반대로 이 판결은 결론부분 (108 항)에서

<sup>44</sup> <http://www.icj-cij.org/en/case/143> 에 판결을 포함한 소송자료의 붙어 영어 원문, <http://justice.skr.jp/>에 판결 (다수의견,반대의견,개별의견) 의 일본어 한국어 역

“평화조약 77 조 4 항 및 1961.협정의 조항은 이 절차의 주제에 대한 구속력 있는 청구권 포기 조항이라는 독일의 주장 여부에 대해서도 판단할 필요가 없다” “면제 문제에 대한 법원의 판단은 독일의 책임 여부 문제에 영향을 미치지 않는다”고 명시되고 있어서, 이 판결이 일괄처리협정에 의한 개인청구권 소멸에 대해 아무것도 결정하지 않던 것은 분명하다.

### 3 일본정부와 언론의 한국 비난

위와 같이, 문재인 대통령 ‘징용공 발언’과 2018.대법원 판결에 대해 일본정부와 언론은 입을 모아 맹비난하고, 아베 총리는 대법원 판결은 “국제법에 비추어 있을 수 없는 판단”이라고 했다. 하지만 한국에서 조약 해석 권한을 가지고 있는 대법원이 한일청구권협정의 적용 범위를 판단하는 것은 당연한 일이고, 판결의 각 의견은 모두 비엔나 조약법조약의 기초가 된 국제관습법에 의거하면서 해석하고 있어서, “국제법에 비추어 있을 수 없”는 것이 아니다.

그리고 일본정부와 언론은 청구권협정의 대상에 대한 견해를 달리하는 2017. 문대통령 발언과 2018. 대법원 판결을 구별하지 않고 비난하고 있어서 그 비난은 대법원 다수의견의 법률적 견해가 아니라 피해자에 대한 배상을 인정한 결론에 대한 것이다.

이러한 비난은 "한일청구권협정으로 해결된 문제를 한국이 되풀이하고 있다"며 한일청구권협정으로 피해자의 개인청구권이 소멸된 것처럼 오도하고 있다. 또한 경제 원조 자금을 대가로 청구권 문제가 해결되었다라는 말, 노무현 정부가 강제동원 문제는 한국이 보상하겠다고 약속했다는 말, 종전의 한일 공통 인식을 대법원과 한국정부가 갑자기 뒤집었다라는 말이 확산되고 있다. 이들이 사실이 아닌 것은 이미 설명한 바와 같다.

게다가, 한국정부에 대법원 판결에 대한 ‘대처’를 요구하는 삼권분립 제도를 무시한 주장, 대법원 판결의 영향을 과대 평가해서 일본 기업의 한국에서의 활동이 불가능하게 되는 것처럼 말하는 주장이 횡행했다.

그리고 일련의 한국 비난이 무엇보다 특징적인 것은 피해자의 인권에 대한 무관심과 식민지배에 대한 반성의 결여이다. 피해 이후 75 여년, 일본에서의 제소 이후 약 25 년의 간난 끝에 승소판결을 확정시킨 원고들에 대한 위로나 사과의 말은 정부에서도 미디어에서도 한마디도 없이 피해사실에 관한 보도도 거의 없었다. 부정확한 사실 인식을 바탕으로 오로지 감정적인 비난의 말을 늘어놓은



것이다.

‘북한에서 미사일’ 소동의 종식과 함께 한국 비난이 시작된 곳을 보면 정부는 정권의 구심력을 유지하기 위해 외부에 '적'을 구하고 있는지도 모른다. 1990.대에는 피해자에게 동정적인 보도를 했던 미디어는 아무런 설명도 없이 변절하고 정부에 추종하면서 저널리즘의 역사에 전쟁 전중의 익찬보도(翼贊報道) 이래의 부끄러운 한 페이지를 추가하고 있다 .

#### 4 해결책의 모색

한국 대법원과 하급심에서 선고된 판결은 가해기업 4 사, 피해자 66 명에 대한 것에 지나지 않는다. 추가 제소의 움직임도 있지만, 소송에 의한 배상은 고작 수백 명 정도의 피해자 밖에 구제할 수 없을 것이다. 앞으로 피해자와 가해 기업의 개별 화해, 독일식 기금 구상, 일본에서의 보상 입법 등의 해결책이 모색 돼야 한다.

2007.최고재판소 판결의 당사자인 중국인 피해자와 니시마쓰 건설은 그 후 화해를 실현하고 니시마쓰 건설이 사과하여 지속적인 위령행사를 실시하고 있다. 한국의 피해자에 대해서도 같은 해결을 도모하는 것은 충분히 가능하다.

그리고 기업은 국가정책에 따라 강제동원 피해자를 사용한 것이며, 정부도 이러한 해결에 적극적으로 참여, 추진해야 할 입장에 있다. 현재의 일본정부에 그런 것을 기대해도 소용 없겠지만, 적어도 피해자 개인과 민간 기업의 소송에 개입해서 배상금 지급이나 화해를 방해하거나 사실에 근거하지 않는 비난을 반복되어서는 안 된다 .

(이 글은 2012. 대법원 판결 후에 작성한 논문에 2018. 대법원 판결에 관한 부분을 가필한 것입니다.)

[→ HOME](#)