

의견서(이 사건 원고들이 일본의 사법절차를 통해 구제받을 수 있는 가능성)

2020년 3월 20일

야마모토 세이타(山本晴太)

1. 서론 · 약력

이 사건 원고들의 대리인으로부터 「이 사건 원고들이 일본의 사법절차에 의하여 구제 받을 수 있는 가능성」에 대한 의견을 부탁받아 이하와 같은 의견을 진술합니다.

저 본인은 후쿠오카현 변호사회 소속 변호사로 1992년 변호사등록을 한 이래 별표기재의 사건¹⁾ 중 우키시마호 사건(21번 사건), 관부재판(26번 사건) 광주 천인 소송(29번 사건), 한국인 전 BC급 전범소송(36번 사건), 시베리아억류 전일본병 소송(45번 사건), 도쿄 아사히토 여자근로정신대 소송(47번 사건), 미쓰비시 나고야 여자근로정신대 소송(59번 소송), 중국인 강제연행 후쿠오카 1차소송(67번 사건) 등의 전후보상재판에 원고측 대리인으로 관여하여 왔습니다. 그리고 손진두 수첩재판(1번 사건), 공식 사죄 · 배상청구 소송(11번 사건), 제암리 소송(13번 사건)에는 변호사등록 이전에 지원단체의 직원으로 관여하였습니다.

현재는 일본변호사연합회 인권옹호위원회의 전후처리문제 일한변호사공동행동 특별위원회의 위원입니다. 이 부는 2010년의 대한변호사협회와 일본변호사연합회의 공동선언에 기반하여 설치된 것으로, 이 선언은 강제노동문제에 대하여 「일본정부에 대하여도 진상규명과 사죄 그리고 배상을 목적으로한 조치를 취하여야 한다」라는 입장에서, 「앞으로... 공동 위원회를 설립하는 등 지속적인 조사연구 그리고 교류를 통하여 피해자들의 피해가 회복될 때까지 협력한다」라고 하고 있습니다. 그러나 이 의견서는 일본변호사연합회나 해당 부의 견해가 아니라 어디까지나 개인의 견해라는 점을 말씀드립니다.

2. 일본법원에서의 전후보상재판

2. 1 당사자의 유형별로 분류한 일본의 전후보상재판의 개요

「전후보상재판」을 「전쟁 · 식민지 피해를 쟁점으로 하는 소송으로, 원고가 외국인 피해자들인 사건」이라고 정의한다면 일본의 법원에서는 현재까지 별표와 같이 101건의 전후보상재판이 제기되었습니다(별지의 사건 중 32건의 원고는 일본 주민이기는 하지만, 이미 고인이 된 피해자를 사실상 대리한 것이라고 보고 예외적으로 포함시켰습니다)

이 중, 일본기업 혹은 개인만을 피고로 하는 소송은 9건(별지의 「피고」란이 파란색으로

1) 이하, 사건은 별지의 변호란의 숫자로 표기하고, 판결은 사건의 숫자와 심급을 포함한 숫자(예를 들어 손진두 수첩사건은 1번 사건, 동 사건의 최고재판소 판결은 1-3 판결)로 표기하겠습니다.

표시된 사건)에 불과하고, 그 외 92건은 국가 혹은 지방자치단체 등의 공기관이 피고에 포함되어 있습니다.

원고들의 유형으로 분류하자면, (중국국적, 일본국적을 포함하여) 한국인이 원고인 사건은 56건, (홍콩주민을 포함하여) 중국인이 원고인 사건이 33건(32건을 포함하여), 대만인이 원고인 사건은 10건, 필리핀, 네델란드인이 원고인 사건이 각 1건, 영국, 미국, 뉴질랜드인을 공동원고로 하는 사건이 1건이 있습니다.

그리고, 일본군 '위안부'를 포함한 전시성폭력피해자들이 원고가 된 사건은 11건으로, 원고가 (조선적 및 한국국적을 포함하여) 한국인인 사건은 4건(17, 22, 26, 28번 사건), 중국인인 사건은 4건(38, 42, 58, 69번 사건), 필리핀인(27번 사건), 네델란드인(33번 사건), 대만인(62번 사건)이 각 1건입니다.

2. 2 승소판결의 분석

국가 그리고 공적 기관을 피고로 한 92건의 소송의 대부분은 상고심까지 다투었기 때문에 이 사건들에 대하여 약 270건의 판결이 나왔습니다. 그 중 국가와 공적 기관에 대하여 청구의 전부 혹은 일부가 인용된 판결은 31건입니다(별지 「판결일」의 표시가 붉은 색인 판결) 그러나 이 중 26건의 판결은 아래에서 보듯이 특유의 쟁점에 관한 것입니다(별지에서 「번호란」이 파란색으로 표시된 사건).

첫째, 한국인인 피폭자들이 제기한 소송에서의 승소판결입니다(1-1, 1-2, 1-3, 41-2, 41-3, 57-2, 61-1, 61-2, 70-1, 77-1, 77-2, 78-1, 78-3, 83-1, 83-2, 87-1, 92-1, 97-2, 97-3, 101-1, 각 판결). 원폭피해자들을 지원하기 위하여 1957년에 제정된 원폭치료법과 1995년에 제정된 피폭자 원호법에는 적용대상을 일본국적 보유자에 한정하는 국적조항이 없습니다. 그러나 일본정부가 이 법률을 적용하면서 일본에 합법적으로 거주하는 피폭자에게 한정된다고 해석하면서 재외 피폭자에 대하여는 지원을 거부하여 왔습니다.

이에 대하여 한국의 피폭자들이 치료를 위하여 일본에 밀입국한 피폭자에 대한 적용(1번 사건), 재외 피폭자들에 대한 적용(57, 61, 70번 사건), 오랫동안 재외 피폭자들을 배제하여 온 위법한 행정통달(402호통달)에 대하여 위자료 지급(41번사건), 일본의 재외공관에서 피폭자 건강수첩 교부신청(77, 87, 92번사건), 국외에서 건강관리수당 지급신청(84번 사건), 재외 피폭자들에게 장례수당 지급(83번 사건), 국외에서 받은 치료에 대하여 치료수당 지급(97, 98번 사건), 본인의 피폭증언을 바탕으로 피폭자 인정(101번 사건) 등을 청구하는 소를 제기하여 승소판결이 누적되었고, 40년 이상에 진행되면서 일본에 있는 피폭자들과 거의 동등한 수준을 지원을 받을 수 있게 되었습니다.

그러나, 이 소송들의 쟁점은 전후에 제정된 원폭치료법, 피폭 특별조치법, 피폭자 지원법이라고 하는 법률의 해석(국외 피폭자들에게도 국내 피폭자들과 동등하게 적용할 것인가?)으로, 일본에 강제동원되어 피폭되었다고 하는 전쟁책임·식민지책임을 문제 삼고 있는 것은 아닙니다. 또한 1965년의 일한청구권협정과도 관계가 없습니다(동협정 제2조 제2항 (b)).

오히려 한국인 피폭자라고 하더라도 일본 국내 피폭자들과 동등한 지원법의 적용을 넘어 강제동원피해자로서 청구를 한 경우에는 승소하지 못했습니다. 예를 들어, 김순길 사건(19번 사건)의 원고는 피폭자이기는 하지만 강제동원에 대한 위자료와 미지급 임금 등을 청구하였는데 제1심부터 상고심까지 모두 패소하였습니다. 그리고 히로시마 미쓰비시 정용공사건(41번 사건)의 원고들을 피폭자지원법에서 배제한 행정통달에 대한 위자료와 강제동원에 대한 배상을 청구하였는데, 전자에 대해서만 승소하였고 후자의 청구는 기각되었습니다.

이렇게 한국 피폭자의 소송은 전쟁피해자들이 제기한 소송가운데 유일하게 그리고 획기적이라 할 수 있는 성과를 거두기는 하였습니다만 그것은 피폭자 문제라는 특유의 쟁점에 관한 것이지 전쟁·식민지피해 일반에까지 미치는 것은 아니었습니다.

다음으로는 한센병 보상청구 소송(82-1 판결)이 있습니다. 일본정부는 일본인 한센병 환자들이 제기한 소송의 제1심에서 패소한 뒤 한센병 환자들에 대한 격리정책의 잘못을 시인하고 2001년 한센병 보상법을 제정하여 피해자들에게 보상금을 지급하도록 하였습니다. 이에 대하여 식민지시대에 한국(74번사건)과 대만(82번사건)의 치료소에 격리되었던 환자들이 이 법률을 적용하여 줄 것을 구하는 소를 제기하였습니다. 소송은 제1심에서는 한국인 피해자들이 패소하고 대만인 피해자들은 승소하였습니다만, 대만인 사건의 판결을 받아 들여 입법조치가 이루어져 한국인·대만인 피해자들에게도 적용되게 되었습니다. 이렇게 이 소송들은 식민지 통치하의 잘못된 격리정책의 책임을 추궁하는 것이기는 했지만, 법률상의 쟁점은 전후에 제정된 일본법인 한센병 보상법의 해석이었고, 식민지 지배 특유의 책임을 묻는 것은 아니었습니다.

세 번째로 일한 회담 문서공개소송이 있습니다. 한국인 피해자와 일본의 지식인들이 공동 원고로서 국가에 일한 회담 문서의 공개를 청구한 3건의 소송(88, 94, 95번 사건)에서는 원고들 주장의 일부가 인정된 3건의 판결이(88-1, 95-1, 95-2 판결) 나와 일한 회담 문서의 일부공개가 실현되었고, 한국대법원판결에 이르는 길을 하나 열 수 있었습니다. 그러나 이들 소송의 쟁점은 전후 일본법인 문서공개법의 해석을 둘러싼 것으로, 전후책임·식민지책임을 직접 묻는 것은 아니었습니다.

이상과 같이 원고의 청구가 일부라도 인정되었던 31건의 판결 중 26건은 전후 일본법의 해석에 관한 소송의 판결들이었습니다. 따라서, 전쟁과 식민지 지배에 관한 일본정부 그리고 군의 행위를 직접 문제 삼은 소송 중에 (일부) 승소판결을 얻은 것은 아래의 5건의 제1심 판결들 뿐입니다(별지의 「판결」란에 붉은 테두리가 되어 있고 그 안에 날자가 붉은 글자로 표시된 판결).

21-1 판결 (우키시마호 소송의 제1심 판결)

26-1 판결 (관부재판의 제1심 판결)

43-1 판결 (류렌런사건의 제1심 판결)

46-1 판결 (일본군 유기독 가스 1차소송의 제1심 판결)

63-1 판결 (중국인 강제연행 니카타소송의 제1심 판결)

하지만, 위 사건 중 43번 사건은 홋카이도의 탄광에 강제연행되었다가 탈주한 중국인인 류렌런이 1958년에 발견되기까지 12년 동안 전쟁이 종료되었다는 것도 알지 못한 채 극한의 추위의 산중에서 도주생활을 계속해 왔던 사건이었고, 46번 사건은 일본군이 패전할 당시 중국에 유기한 화학 병기가 1970년부터 1990년대에 이르러 주민에게 피해를 끼친 사건으로 모두 전쟁이 종결되고 장기간 경과된 후에 피해가 발생하였다는 특별한 사정이 있습니다. (남은 3건에 대해서는 ‘3.2 항’과 ‘3.3 항’에서 설명하겠습니다) 이들을 포함하는 5건의 사건 모두가 2심에서 뒤집어져 패소판결이 내려졌고 최고재판소에서 패소가 확정되었습니다. 따라서 침략전쟁·식민지 지배에 관한 행위를 직접 문제 삼았던 일본에서의 소송에서 국가나 공적 기관을 상대로 구제를 받았던 피해자는 단 한 명도 없다고 할 것입니다.

3. 법률 구성별로 분류한 소송의 추이

3. 1 국제법적 관점에서의 접근

한국인을 비롯한 외국인 피해자들이 일본 법원에 전후 보상재판을 본격적으로 제기하게 된 것은 1990년경부터입니다. 처음에는 제척기간이 피해자들 청구의 장애가 될 것이라 생각했습니다.²⁾ 즉, 불법행위에 의한 손해배상청구권의 기한을 정한 (2017년 개정전의)일본민법 724조는 한국민법 766조와 유사한 것인데, 일본의 최고재판소는 판례에서 동조 후단의 20년의 기간을 시효가 아닌 제척기간으로 보고, 중단·정지가 없는 당사자의 원용을 필요로 하지 않는 것이라고 보고 있습니다.³⁾ 그로 인해, 법원이 직권으로 제척기간을 적용하여 사실관계에 대한 심리도 하지 않은 채 변론종결하는 것이 아닐까 하는 우려가 있었습니다.

이러한 문제를 피하기 위하여 처음에는 다수의 소송에서 국제법을 근거로 일본국에 배상을 청구하게 되었습니다(10, 14, 15, 17, 18, 27, 28, 30, 33, 35, 38, 39, 41, 42, 43, 44, 46, 48, 49, 50, 52, 53, 54, 56, 58, 63, 64 번 사건 등). 즉 일본군 ‘위안부’ 등의 강제연행은 뉘른베르크 국제군사재판소 헌장과 극동군사재판소의 조례에 의해 인도에 반하는 범죄에 해당하므로 형사처벌의 대상이 되고, 피해자들에 대한 민사상의 손해배상의무가 당연히 발생한다고 할 것이고, 헤이그육전조약 제3조은 피해자 개인에 대한 손해배상을 규정하고 있으므로 피해자들은 시효나 제척기간의 제한이 없는 국제법을 근거로 일본국에 대하여 손해배상을 청구하였던 것입니다.

2) 또 하나의 ‘장애’가 될 수 있었던 조약에 의해 청구권포기에 대해서는 1990년대 중반까지는 일본정부가 일한 청구권 협정으로 「완전 그리고 최종적으로 해결」된 것은 외교적 보호권의 상호포기를 의미하는 것에 지나지 않는 것으로 개인청구권은 소멸하지 않았다고 법률적으로 해석하고 있었던 것이 국회답변 등으로 명백해졌고, 2000년까지는 법정에서 청구권포기의 항변을 주장하는 일도 없어서 처음에는 소송의 쟁점이 되지 않았습니다.

3) 최고재판소 1989년 12월 21일 판결

특히 후자에 대해서는 35건의 사건에 걸쳐 네델란드, 벨기에, 영국의 저명한 국제법 학자들이⁴⁾ 쓴 전문의견서를 제출하였고, 그 중 네델란드·라이덴 대학의 명예교수인 프리츠 칼스호벤이 방일하여 법정에서 증언하는 등 면밀하고 설득력있는 입증활동이 이루어졌습니다. 그러나 법원은 헤이그조약 제3조가 「기산과정에서 손해를 입은 개인의 구제 또한 목적으로 삼고 있다는 점은 인정된다」고 하면서도 동조약도 피해를 입은 개인이 속하는 국가가 외교적 보호권을 행사하여 청구를 하는 방법에 의하여 간접적으로 피해자를 구제를 시도하는 것을 예정하고 있다는 취지로 국가측이 제출한 전문가(국제인도법·인권법이 아닌 국제경제법 연구자가 집필한 것)의 견해를 인용하였습니다(35 -1 판결). 그리고 다른 소송에서도 이를 추종하여 국제법에 의한 청구를 부분적으로라도 인정한 판결은 한 건도 나오지 못했습니다.

3. 2 법 앞의 평등(일본헌법 제14조)이라는 관점에서 접근

일본에서는 전사자 유족과 부상자 등에 대하여 은급법을 비롯한 지원법률에 의하여 각종의 급부가 주어지고 있습니다. 그러나 이러한 입법에는 모두 국적조항이 있어서 일본국적을 가지지 않은 자들에 대하여는 적용되지 않습니다. 그 결과 한반도와 대만 출신은 「일본국민」으로서 전쟁에 동원되어 피해를 입었음에도 전후에는 「외국인」 취급을 받아 지원에서 배제되었습니다.

이에 대하여 피해자들로부터 이러한 상황은 법 앞의 평등(일본국헌법 제14조)에 반하는 것이 아닌가 하는 주장이 제기되었습니다(별지 8, 17, 20, 24, 25, 31, 34번 사건 등). 이 문제에 대하여 법원도 「원고의 억울한 심정과 처지는 상상을 초월하는 것으로 동정을 금할 수 없다」(24 - 1판결), 「매우 동정할 수밖에 없는 상황」(20 - 1판결), 「거의 법 앞의 평등에 반한다」(20 - 3판결 보충의견) 등의 설시가 있었으나, 결론적으로는 입법재량의 범위 내에 있다고 하며 모든 사건에서 원고들의 청구를 부정하였습니다.

또한 일본에는 일본국민인 군대 ‘위안부’ 등 전시성폭력피해자를 구제하기 위한 입법·행정적제도가 존재하지 않기 때문에, 이 사건의 원고와 같은 피해자들이 법 앞의 평등을 주장하는 것 자체가 곤란한 부분이 있습니다.

3. 3 입법부작위라는 관점에서 접근

전시성폭력 피해자에게는 국내적인 구제입법이 존재하지 않았고, 옛 군인·군속 등에 대하여는 은급법·원호법 등에 의하여 외국인 피해자를 배제하고, 국제법에 의한 구제도 인정하

4) 칼스호벤 명예교수 외에도 벨기에·브뤼셀 자유대학의 에릭 데이비드 교수, 영국·런던대학의 크리스토퍼 그린우드 교수

지 않는다면 외국인 전쟁·식민지 피해자에 대한 구제수단이 존재하지 않는 것이 됩니다. 이에 대해 몇 개의 사건에서 국회가 입법부작위가 위법이라고 하는 손해배상청구를 한 적이 있습니다(16, 18, 26, 27, 28, 29, 31, 34, 38, 43, 44, 47, 48, 55, 58, 59, 62 사건 등). 이 주장은 입법을 해태하고 있다는 현재의 불법행위에 대한 것으로 시효나 제척기간의 문제가 발생하지 않는 이점이 있었습니다.

그러나 1985. 11. 21. 최고재판소는 이러한 주장을 막아버렸습니다. 전후 보상재판이 본격적으로 시작되기 겨우 수년전에 나온 판결이 국회가 장애인의 재택투표제도를 폐지한 후 이를 부활시키지 않은 행위에 대하여 「국회의원의 입법행위는 입법의 내용이 헌법의 일의적 문언에 위반됨에도 불구하고 국회가 굳이 해당입법을 하고야 말았다 든가 하는 쟁점은 상정하기는 어려운 예외적 사정이 있는 경우가 아닌 한, 국가배상법 제1조 제1항의 규정의 적용상 위법하다는 평가를 받지 않는 것이라고 할 수밖에 없다」라고 하여 위법성을 부정하여 입법행위의 위법성으로 다룰 수 있는 방법을 거의 완전히 막아버렸습니다.

위와 같은 상황에서 앞의(2. 2 항) 관부재판의 제1심 판결(26 - 1판결)만이 적극적 입법행위가 위헌인 경우에는 법원이 그 법률의 적용을 거부하면 당사자는 구제되지만, 입법부작위가 위법인 경우에는 그에 대한 손해배상을 인정하는 것 이외에는 당사자가 구제될 수는 있는 방법이 없다고 하면서, 위의 최고재판소 판결의 적용범위를 한정적으로 해석하여 구제방법의 지연에 대하여 위자료를 지급할 것을 국가에 명하였습니다.

그러나 이외의 모든 사건에서 법원은 앞의 최고재판소의 판결을 그대로 답습하며 「입법부작위도 헌법의 일의적 문언에 반하지 않는 한 위법하다고 할 수 없다」라는 이유로 원고들의 청구를 부정하였습니다. 따라서 관부재판의 항소심판결(26 - 2 판결)도 전후 보상문제에 대한 대응은 입법의 재량적 판단에 맡겨야 한다며 그 위법성을 부정하였고, 이것이 그대로 최고재판소에서 확정되었습니다. 이렇게 하여 입법부작위의 위법을 주장하는 접근 방식도 최종적으로는 인정될 수 없게 되었습니다.

3. 4 안전배려의무라는 관점에서의 접근

몇 건의 소송에서 원고들은 제척기간이라는 쟁점을 피하기 위해 국가와의 계약 혹은 계약 유사의 관계를 주장하여 안전배려의무 위반을 예비적으로 주장하였습니다. 이러한 법률구성에서는 안전배려의무 위반의 내용을 원고들이 구체적으로 특정하여야만 하기 때문에 전후 보상재판처럼 피해가 발생한 지 긴 시간이 경과하여 당시의 상황을 재현하기 곤란한 경우에는 인정되기는 어려웠습니다.

그 중 위의(2. 2 항) 우키시마호 소송의 제1심 판결(21 - 1판결)과 중국인 강제연행 니이카다 소송의 제1심 판결(63 - 1판결)은 국가의 안전배려의무 위반을 인정하였습니다. 그리고 21번 사건의 제1심에서는 국가는 시효를 원용하지 않았고, 63 - 1 판결은 국가의 시효원용

을 권리남용이라며 배제하여, 두 사건 모두 원고의 청구를 인용하였습니다. 그러나 두 사건 모두 2심에서 안전배려의무의 존재가 부정되었고 이것이 그대로 최고재판소에서 확정되었습니다. 그러나 일본군 ‘위안부’ 피해자와 같은 전시성폭력의 피해는 무엇보다 「계약」과는 다른 양상의 것이므로 이러한 법률구성으로 주장하는 것을 어려울 것입니다.

3. 5 불법행위라는 관점에서 접근

이러한 흐름 중에서 1990년대 후반부터 많은 소송에서 일본의 국내법(민법)을 근거로 불법행위에 의한 손해배상을 청구하여 제척기간의 문제를 정면으로 돌파하고자 하는 시도들이 나오기 시작했습니다(17, 22, 27, 28, 30, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 46, 48, 50, 52, 53, 56, 58, 59, 62, 63, 64, 67, 69, 73, 75, 76, 79, 81, 85, 86, 사건 등). 그리고 피해자들도 상대적으로 젊은 편이어서 불법행위 사실을 입증하는 것이 어렵지 않았기 때문에 국가측은 국가무담책의 법리와 시효·제척기간의 쟁점을 항변으로 주장하였습니다.

국가무담책의 법리라는 것은 공무원에 의한 공권력의 행사에 대해서는 민법상의 불법행위 책임을 물을 수 없다는 대일본제국 헌법 하의 판례이론입니다. 많은 법원이 국가무담책의 항변을 인정하여 국가의 불법행위책임을 부정하기는 하였지만, 위안소의 관리에는 공권력의 행사라고는 할 수 없는 부분이 있다(28 - 2 판결)라든가, 성폭력과 잔혹행위 그리고 법적 근거없는 강제연행 등 그 당시에 위법하였던 행위에는 공권력의 행사에 해당하지 않는다(42 - 2, 56 - 1, 67 - 2, 69 - 2 판결)라고 하면서 국가무담책 법리의 적용을 부정한 판결, 국가무담책은 실체법적인 것이 아니라 구 헌법 하의 소송법상 국가의 불법행위책임을 추급하는 수단이 결여되어 있었을 뿐, 현행 헌법 하에서의 소송을 통해 국가의 책임을 추급할 수 있게 되었다고 본 판결(17 - 2, 49 - 1 판결)도 있었습니다.

한편, 제척기간과 시효에 대해서는 1990년대 전반까지는 국가측이 제척기간을 주장하는 일이 없었고, 소멸시효 또한 원용하지 않았습니다. 또한, 1건(14번 사건)을 예외로 제외하고 나면 법원이 직권으로 제척기간을 적용하는 일도 없었습니다. 그러나 1990년대 말경부터는 국가가 시효를 원용하였고 제척기간도 주장하게 되었습니다. 그러나 제척기간을 적용하는 것은 현저히 정의·공평의 이념에 반한다고 판단한 판결도 있었습니다(43 - 1, 46 - 2 판결)

이상과 같이 불법행위적 접근에 대하여 국가측이 주장하였던 국가무담책의 법리, 시효·제척기간의 주장은 어느 쪽도 확고한 것이 아니었던 데다가 미국의 법원에서 일본국과 일본 기업을 제소하는 움직임이 시작되자 원고가 승소할 것이라는 예상이 보도되기에 이르렀습니다. 그러자 2000년 정부는 지금까지의 해석(조약에 의한 「포기」 「해결」이라는 것은 외교적 보호권의 포기를 말하는 것이다)을 돌연 변경하여, 계속 중이던 모든 전후 보상재판에서 샌프란시스코평화조약, 일중평화조약, 일한청구권협정 등의 조약에 의하여 모두 해결되었다는 주장을 하기 시작했습니다.

처음에는 「조약에 의해 개인청구권도 모두 소멸되었다」 「개인청구권은 소멸되지 않았지만 외교적 보호권을 포기한 결과 구제받을 여지가 사라졌다」 등 각 소송에서의 법적 주장이 달랐습니다만, 곧 개인청구권은 소멸되지 않았지만 소송에서의 권리행사는 불가능하다는 주장으로 수렴되었습니다.

이러한 국가의 새로운 주장은 소송에서 제기되고부터 10년 가까이 지나서 갑자기 튀어나온 것인데다가, 종래의 주장과는 명백히 모순되었기 때문에 이를 인정하는 하급심판례는 거의 없었습니다. 2007년까지 이를 인정한 것은 네덜란드인이 원고인 사건 1 건(33 - 2 판결), 한국인이 원고인 사건 1 건(59 - 1판결), 중국인이 원고인 사건 1 건(42 - 2 판결) 등 모두 3건에 지나지 않았습니다. 한편으로는 위에서 설명한 시효·제척기간, 국가무답책에 관한 국가의 주장을 부정하는 판례가 연이어 나와 피해자들의 승소의 전망이 열리는 것처럼 보이기도 했습니다.

그런데, 위의 42번 사건과 히로시마 고등법원에서의 중국인 강제연행 피해자가 니시마쓰 건설에 대하여 승소하였던 52번 사건의 상고심에서, 2007년 4월 27일 최고재판소의 두 개의 다른 재판부가 동시에 거의 동일한 문장의 판결을 선고하여 국가의 「조약에 의해 모두 해결되었다」는 이론을 기본적으로 인용하고 말았습니다.

4. 2007. 4. 27. 일본최고재판소의 판결

4. 1 「샌프란시스코 평화조약의 틀」

2007년 4월 27일의 최고재판소 판결은 먼저 샌프란시스코평화조약 14조(a) 각 호를 적시하며 「연합국의 관할하에 있는 재외자산의 처분을 연합국에 맡기고, 역무배상을 포함한 구체적인 전쟁배상의 약정은 각 연합국과 개별적으로 행하는 일본국의 전후처리의 틀」이 정하여졌다고 하면서 이를 「샌프란시스코 평화조약의 틀」이라고 불렀습니다.⁵⁾

그런데, 「이 틀이 정해진 것은 평화조약을 체결하여 두었지만 전쟁수행 중에 발생한 여러 청구권에 관한 문제를 사후적·개별적인 민사재판에서 민사재판상의 권리를 행사하여 해결하여 처리하도록 한다면, 장래 어느 국가 그리고 국민에 대해서도 평화조약 체결 시에는 예측 곤란하였던 부담을 지게 하는 혼란이 발생될 우려로 평화조약의 목적달성이 저해 될 것이라는 사고에 기반하였다고 해석된다」라며 「틀」의 「취지」를 설명하면서 샌프란시스코 평화조약의 「포기」라는 것은 재판상의 청구권능의 상실이라고 결론지었습니다. 따라서 1972년의 일중공동성명도 이러한 「틀」에서 맺어진 이상, 동 성명에 의한 중국인 피해자

5) 그러나 애당초 동 조약 14조(a) 1은 금전배상이 아닌 역무배상을 시행하는 이상 그 내용을 샌프란시스코 평화조약에서 일률적으로 정하는 것을 불가능하고 따라서 각 연합국과 개별적인 교섭하지 않으면 안 되는 기술적 규정에 지나지 않는 것이라 생각합니다.

는 재판에서 소구할 수 있는 권능을 잃었다고 하는 것이었습니다.

이러한 최고재판소의 논리는 피해자의 청구권이 국내법의 불법행위를 근거로 하는 경우에도, 헤이그 조약 제3조 등의 국제법을 근거로 하는 경우에도, 계약상의 안전배려의무를 근거로 하는 경우에도 직접 적용되게 되었습니다. 더욱이 재판상 소구할 권능이 없는 청구권을 구제하는 입법을 할 의무도 인정하기도 어려웠으므로 입법부작위 책임도 물을 수 없게 되었습니다. 이렇게 최고재판소 판결의 논리는 여러 법률구성에 의한 전후 보상재판을 봉쇄하는 것이었습니다. 실제로 이 후의 중국인 강제연행 피해자의 사건은 모두 이 판결과 같은 논리에 의해 청구가 기각되었습니다.

4. 2. 한국인 피해자들에 대하여도 최고재판소의 판결을 적용

나아가 당시 계속 중이던 나고야 미쓰비시 근로정신대 사건(59번 사건) 2심과 후지코시 근로정신대 2차 소송(75번 사건)의 1심, 두건의 한국인 피해자들 사건에도 최고재판소 판결의 논리가 적용되었습니다.

최고재판소 판결의 직후에 선고된 전자의 2심 판결(59 - 2 판결)은 일한청구권 협정의 문언으로 해석하였던 1심 판결을 굳이 정정하면서, 샌프란시스코 평화조약의 「포기」라는 것은 해당 청구권의 재판상 청구 권능을 상실시키는 것이라는 해석을 집어 넣어 「위와 같이 인정한 평화조약과 그 역할, 이 사건 협정 체결에 이르기까지의 경위」 등을 전제하여 일한청구권협정 2조 1항, 3항을 해석한 결과, 한국인 피해자들의 청구에 응하여야 할 법적 의무가 없다고 판시하였습니다.

후자의 1심 판결은(75 - 1 판결) 더욱 명확하게 위 최고재판소 판결의 「샌프란시스코 평화조약의 틀」이론 부분을 인용하며 일한청구권협정은 「샌프란시스코 평화조약과는 다른 청구권의 처리를 정한 것이라 해석할 수는 없고....샌프란시스코 평화조약의 틀에 따르는 취지의 것이라고 해석된다」라고 판시하였습니다. 이 사건의 항소심 판결인 75 - 2 판결은 최고재판소의 판결의 문언이라는 것을 명시하지 않고 「이 사건 협정 2조 3항은 해당 청구권 자체를 실체법적으로 소멸시키는 취지는 아니다」 「해당 청구권이 기반하고 있는 재판상 청구할 권능상실시키는 것이 되어」라며 최고재판소 판결의 문언을 인용하며 실질적으로는 최고재판소의 판결의 취지를 채택하였습니다.

2007년의 최고재판소 판결은 어디까지나 중국인 피해자에 대한 것으로, 일본의 법원이 한국인 피해자에 대하여서는 이와는 관계없이 일한청구권협정 제2조의 문언해석에 의해 청구를 기각한 것이라는 오해가 있습니다. 그러나 일본의 법원은 최고재판소의 판결을 받아들여 「샌프란시스코 평화조약의 틀」에 의하여 피해자가 소구권능을 상실하였다고 하는 해석을 전제로 하여 이를 일한청구권 협정에도 적용하였던 것입니다.

일본정부의 해석은 이 점에 대해서는 더 명확합니다. 일본정부의 현재의 해석은 일한청구

권 협정에 의해 피해자의 소구권능은 상실되었다라는 것으로 결론적으로는 2018년 10월 30일의 일본제철 사건에 대한 대법원 판결(2013다61381)의 반대의견과 같은 것입니다. 그러나 대법원의 반대의견이 「완전 그리고 최종적으로 해결」 「어떠한 주장도 불가능하다」라는 문언의 해석을 기초로 하고 있는 것에 반해 일본정부는 이 문언에 기초를 두고 있지 않습니다. 왜냐하면 이 문언을 강조하면 할수록 이러한 문언이 없는 중국인 피해자의 케이스에서는 청구를 인용하는 방향으로 나갈 수 밖에 없기 때문입니다.

대법원 판결 직후인 2018년 11월 4일, 일본의 국회에서 정부의 일한청구권 협정 해석에 대한 질문이 있었습니다. 이에 대하여 고노 다로 외무대신(당시)은 「개인의 청구권이 소멸되었다고 말씀드리기는 것은 아니라, 개인의 청구권을 포함한 일한간의 재산청구권의 문제는 일한청구권 협정에 의해 완전 그리고 최종되었다고 할 것입니다」라고 말하였고, 미카미 외무성 국제국장장은 「...일한청구권 협정에 의해 일방의 체약국의 개인의 청구권에 기반한 청구에 응하여야 할 타방 체약국 그리고 그 국민의 법률상 의무가 소멸되었고, 그 결과 구제가 거부된다라고 할 것입니다(밑줄 인용자가 표시)」라고 설명하였습니다.⁶⁾

한편, 2000년에 일본정부가 해석을 변경하여 조약에 의하여 모두 해결되었다는 주장을 전개하기 시작할 즈음, 네델란드인 원고들의 소송과 관련하여 샌프란시스코 평화조약의 해석에 대하여 국회에서 다음과 같은 답변을 한 적이 있습니다.

「...개인의 청구권 그 자체가 소멸하였다는 식으로 말씀드리고 있다고는 할 수 없고, (샌프란시스코 평화조약) 14조(b) 항에 의하여 이들 청구권, 채권에 기반한 청구에 응하여야 할 법률상의 의무가 소멸하여 그 결과, 구제가 거부되게 되었다라는 것을 말씀드리고자 하는 것입니다(밑줄 인용자 표시)」⁷⁾

이렇게 일본정부가 일한청구권 협정도 샌프란시스코 평화조약도 「청구에 응하여야 할 법률상의 의무가 소멸하고, 그 결과 구제가 거부된다」라고 하는 완전히 동일한 법적효과가 있다고 해석하고 있습니다.

또한, 일중공동성명에 대하여 국가는 최근의 소송에서 다음과 같은 주장을 하였습니다.⁸⁾ 「일중공동성명 5항에 『중화인민공화국정부는 중일 양국 국민의 우호를 위하여 일본국에 대한 전쟁배상의 청구를 포기하기로 선언한다』라고 규정하고 있다. 일중 양국은 서로의 입장 차이를 충분히 이해한 바탕에서 실체적으로 이 문제의 완전 그리고 최종적인 해결을 도모하기 위해 이러한 규정방식에 일치하기에 이른 것으로, (중략) ... 중국국민의 청구권에 대하여는 샌프란시스코 평화조약의 당사국인 연합국의 국민의 청구권도 마찬가지로 재판상 청구할 수 있는 권능을 상실하였다」 (밑줄 인용자 표시)」

즉, 일중공동성명도 샌프란시스코 평화조약도 같은 법적효과가 있는 것으로 「재판상 청구

6) 2018년 11월 14일 중의원 외무위원회

7) 2001년 3월 22일 참의원 외교방위위원회 에비하라신(海老原紳) 외무성 조약국장 답변

8) 오사카지법 2019년 1월 29일판결 별지 13 (중국인강제연행 국가배상사건, 판례 비공개 결정)

할 권능을 잃는다」라고 하는 것입니다.

이상과 같이, 일본정부는 샌프란시스코 평화조약, 일한청구권 협정, 일중공동성명 모두 그 법적효과가 같고, 그 결과 「청구에 응하여야 할 법률상의 의무가 소멸」=「재판상 청구할 권능을 상실한다」고 해석하고 있다는 것을 알 수 있습니다. 그러나 샌프란시스코 평화조약의 문언은 국민의 청구권을 「포기」, 일한청구권 협정은 「완전 그리고 최종적으로 해결」, 일중공동성명은 앞과 같은 「국민의」라고 하는 문언조차 없는 제각각 다른 형태입니다. 즉, 일본정부는 「완전 그리고 최종적인 해결」등의 문언을 해석하고 있는 것이 아니라 일중공동성명도 일한청구권 협정도 「샌프란시스코 평화조약의 틀」속에 있다는 것을 근거로 하여 위와 같은 해석을 이끌어 내었습니다. 따라서 만약 일한청구권 협정의 문언이 일중공동성명과 마찬가지로 「대한민국국민은 한일 양국 국민의 우호를 위하여 일본국에 대하여 전쟁배상의 청구를 포기한다고 선언한다」라고 하더라도 동일한 해석에 이르렀을 것입니다.

이러한 현재의 일본정부의 해석의 기초를 이루고 있는 것은 2007년의 최고재판소의 판결인 「샌프란시스코 평화조약의 틀」이론입니다. 따라서 일본정부의 일한청구권 협정의 해석의 당부를 검토하기 위해서는 그 전제인 최고재판소 판결의 당부를 검토할 필요가 있을 것입니다.

4. 3 빈조약법조약의 해석원칙에 반하는 해석

위와 같은 최고재판소의 판결은 「전쟁의 수행 중에 발생한 여러 청구권에 관한 문제를 사후적·개별적인 민사재판에서 민사재판상의 권리행사를 통해 해결하여 처리하도록 한다...평화조약의 목적달성이 저해 될 것이라는 사고에 기반하였다고 해석된다」라고 하는 「샌프란시스코 평화조약의 틀」의 「취지」를 설명하고 있습니다. 그러나 샌프란시스코 평화조약에는 민사소송에 의한 청구를 허용하지 않는다고 하는 문구는 없습니다.

최고재판소는 어떠한 해석원칙에 기반하여 조약을 해석하고 있는지를 전혀 드러내고 있지 않습니다만(처음부터 해석원칙이나 해석기준에 대하여는 관심이 없었던 것처럼 보이기도 합니다), 굳이 말하자면 샌프란시스코 평화조약의 「취지」에 「비추어 주어지는 통상의 의미」(빈조약법조약 31조 1항)에 의해 「포기」라는 문구를 해석하고 있는 것처럼 보입니다. 하지만 위의 「취지」는 샌프란시스코 평화조약에 그러한 기재가 없는 것은 물론이고, 학설에 의해 제시된 것도, 원심의 판단도, 소송당사자의 주장도 아닌, 이 판결에서 돌연 출현한 최고재판소 재판관의 독자적인 신념에 불과합니다. 그것도 이 「취지」에 대한 설명은 「민사재판상의 권리행사를 통해 해결하여 처리하도록 한다...목적달성이 저해된다」라고 「포기」라는 문언 해석의 결론까지 포함하고 있습니다. 즉, 이것은 취지에 기반한 해석이 아니라, 재판관의 신념에 기반하여 갑작스럽게 해석의 결론을 제시하고 있는 것입니다.

만약 재판관의 신념이 「여러 청구권의 존속을 허용하면...목적달성이 저해된다」라고 한다면 개인청구권이 소멸하였다는 「해석」이 나왔을 것이고, 「전쟁 피해자 개인의 청구에 충분히 대응하지 않으면...목적달성이 저해된다」라고 하였다면 개인청구권은 소멸되지 않았다는 「해석」이 나왔을 것입니다. 이것은 「해석」이라고 이름붙일 수도 없는 단순한 「단정」 혹은 「독단」입니다. 그리고 이러한 억지스런 「해석」을 하지 않는 한, 「포기」를 「용어의 통상적인 의미에 따」라 「개인의 실체적 권리는 소멸하지 않았지만 재판에서 소구할 수는 없게 되었다」라고 읽는 것은 무리라고 할 것입니다.⁹⁾

게다가 일본정부가 「포기」가 민사소송에 의한 청구를 허용하지 않는다는 의미라고 발언하기 시작한 것은 2000년대에 들어서서이므로 이러한 용어에 「당사국이 이것에 특별한 의미를 부여할 것을 의도하였다」(빈 조약법 조약 31조 4항) 고는 할 수 없다는 것은 분명합니다.

또한, 최고재판소는 일중공동성명도 이러한 샌프란시스코 평화조약의 「틀」속에 있다고 하면서, 중국인 피해자는 민사소송에서 청구할 수 있는 권능을 잃었다고 판단하였습니다.¹⁰⁾ 그러나, 일중공동성명에는 「국민의」권리를 포기한다라고 하는 문구조차 존재하지 않으며 국가의 권리인 전쟁배상 청구권만을 포기한다는 취지가 문언상 명백합니다. 만약 문언 자체만으로는 명백하지 않다고 하더라도 중국이 참가하지 않은 샌프란시스코 평화조약은 조약법조약 31조 2항의 규정인 「관계문서」「관계합의」가 아니므로 이에 의하여 일중공동성명의 「포기」를 해석하는 것은 허용될 수 없습니다.

한편, 일한청구권 협정은 일중공동성명과는 달리 샌프란시스코 평화조약을 전제로 한 협정이 명백합니다. 그러나 일한청구권 협정의 전제가 되었던 것은, 일본의 통치로부터 이탈하는 지역의 재산관계는 그 지역의 시정당국과의 약정에 의하여 해결한다고 하는 샌프란시스코 평화조약 4조로, 이 조약의 그 외의 부분 역시도 「관계문서」「관계합의」라고는 말할 수 없습니다. 위와 같은 「샌프란시스코 평화조약의 틀」라고 하는 것은 존재하지 않고 만약 존재한다고 하더라도 일한간의 조약이 그에 구속될 이유는 전혀 없습니다.

4. 4 피해자의 사법약세권을 무시

최고재판소의 판결은 그 해석방법만이 아니라, 해석의 결과 피해자의 사법약세권이 침해되었다는 점에서 국제법을 위반하고 있습니다.

9) 2018년 10월 30일 대법원판결의 개별의견과 반대의견은 역으로 일한청구권 협정이 샌프란시스코 평화조약과 같은 「포기」(wave)라는 문구를 쓰지 않았다는 것을 개인청구권이 소멸되지 않았다는 근거의 하나로 들고 있습니다.

10) 이 판결은 직후에 중국정부는 이러한 해석은 「위법한 것이고 무효이다」라고 항의하였습니다.

일본은 1979년에는 국제인권규약(자유권규약)을 비준하였습니다. 따라서 이 조약 14조에 의해 일본의 관할 내에서 재판받을 권리를 보장할 국제법상의 의무를 지고 있습니다. 그러나 이 판결은 「여기서 말하는 청구권의 『포기』라고 하는 것은 청구권을 실제로 소멸시킨다는 것까지 의미하는 것이 아니라 해당 청구권에 기반하여 재판상 청구할 수 있는 권능을 잃게된다는 것에 머무는 것으로 해석하는 것이 상당하다」라고 하면서, 피해자에게 실제적인 청구권이 존재하는 경우에도 재판상 청구는 가능하지 않다고 하고 있습니다. 그리고 「이 사건 피해자들이 입은 정신적·육체적 고통이 극히 심각하였다」라는 것을 인정하면서 「상고인을 포함한 관계들에게 이 사건 피해자들의 피해의 구제를 위하여 노력하여 줄 것을 기대하는 바이다」라고 해결을 당사자간의 임의적인 노력에 맡겨버리고 말았습니다. 즉, 국제인도법과 국제인권법에의 중대한 위반에 의한 피해자라고 할지라도 어떠한 대체수단을 제공하지도 않은 채, 사법악세권을 박탈한다고 분명히 말하고 있는 것입니다.

4. 5 법해석에 우선한 정치적 판단

최고재판소가 이렇게 매우 무리라고 할 수 밖에 없는 법률구성을 한 이유는 최고재판소가 「더 이상 전후보상재판을 허용하지 않겠다」라는 목적의식을 가지고 판결을 이끌어 내었기 때문이라고 보는 것이 이해하기 쉬운 것입니다.

불법행위라는 관점에서 접근한 청구들에 대하여 국가가 주장한 국가무담책 그리고 시효·제척기간 이론 중, 국가무담책은 법적근거가 애매하기만 하였고 기업에 대한 청구를 막을 길이 없었습니다. 시효·제척기간 주장에 대한 신의칙·권리남용에 의한 적용제한을 엄격하게(좁게) 해석한다면 전후 보상재판의 청구를 막을 수는 있었겠지만 그러한 해석은 각종의 소송으로 번져나가 법원의 재량의 폭을 좁히는 결과가 되었을 것입니다. 이런 이유로 전후 보상재판만을 기각할 수 있는 청구권 포기론을 인용하였다고 할 수 있습니다.

단, 일한청구권 협정의 「완전 그리고 최종적으로 해결」 「어떠한 주장도 할 수 없는 것으로 한다」라는 문구를 근거로 하여 반대해석을 한다면, 이러한 문구의 조약을 체결하고 있지 않은 중국의 피해자의 청구를 조장할 우려가 있습니다. 여기서 조약의 문구에서 벗어난다는 점은 무시하고 「샌프란시스코 평화조약의 틀」이라고 하는 개념을 도입하는 것에 의해 모든 전후 보상재판의 청구를 봉쇄하도록 하였던 것입니다.

지금까지를 뒤돌아 살펴보면 이러한 법률구성을 일본정부와 법원이 모색하여 온 흔적을 발견할 수가 있습니다. 예를 들어, 동경지법의 판사와 최고재판소의 조사관을 역임한 판사가 퇴임후 발간한 저서에는¹¹⁾ 「동경지방법원의 여러 부에서 심리가 이루어지고 있는 동종 헌법소송에 대하여」 「재판장들이 비밀리에 지속적으로 회합을 가지면서, 각하 혹은 기각을 암묵적으로 전제하여 심리를 진행하는 방안 등에 대하여 논의가 이루어졌다」라고 하는

11) 세기히로시(瀬木比呂志) 「절망의 법원」(고단샤 2014)

기재가 있습니다. 저자의 동경지방법원 재임기간으로 볼 때 여기서 말하는 「동종의 헌법소송」이라는 것은 2000년대의 중국인피해자에 의한 전후 보상재판일 수밖에 없으며, 법원도 전후 보상재판 청구를 피하는 논리를 모색하고자 하는 모의가 진행되었다는 사실을 드러내고 있다고 할 것입니다.

그리고 제1심이 국가무답책 이론으로 청구를 기각한 42번 사건의 항소심이었던 동경고법의 42 - 2판결이 굳이 국가무답책론은 부정하면서 청구권 포기론을 인정하여 2007년의 최고재판소의 판결로 직결될 수 있도록 하였던 것과, 그 최고재판소의 판결이 다른 재판부의 판결이면서도 두 개의 사건(42, 54번 사건)에서 거의 동일한 문자의 판결이 동시에 선고되었다는 것도 이 최고재판소의 판결이 정치적 성격을 띠고 있다는 사실을 뒷받침하고 있다고 할 것입니다.

5. 결론

일본의 전후보상재판에는 많은 변호사들이 참가하여 원고들은 여러 가지 법적구성을 시도하였는데, 국제법적 관점에서 접근이나 입법부작위라는 관점에서의 접근이 부정되고 난 뒤, 겨우 불법행위라는 관점에서 접근함으로써 승소의 실마리를 잡은 순간, 일본정부의 해석변경과 최고재판소의 조약의 문언을 무시한 해석인 「개인청구권이 있다고 하더라도 민사소송에 의한 청구는 불가능하다」라는 논리에 의해 청구가 봉쇄되어 버리고 말았습니다.

이 사건과 같은 한국인 일본군 ‘위안부’피해자가 원고가 된 3건의 사건은 모두 2007년의 최고재판소 판결이전에 패소가 확정된 것이기는 합니다만, 동종의 소송을 현재 제기한다고 한다면, 17, 22, 28번 사건은 일한청구권 협정에 의해 소송상 청구할 수 없게 되었다는 이유로, 26번 사건은 일한청구권 협정에 의해 청구에 응할 의무가 상실되어 권리를 구제하기 위한 입법의무가 부정된다는 이유로 패소할 것이 확실합니다. 이렇게 피폭자 문제, 한센병 문제, 문서공개 소송과 같이 전후에 제정된 법률의 적용범위를 둘러싼 다툼을 제외하고는 외국인의 전쟁·식민지 피해자의 청구가 일본의 사법절차에 의해서는 인정될 여지가 없게 되었습니다.

최고재판소와 이를 받아 들인 일본정부의 해석은 전술한 바와 같이 국제법의 조약 해석원칙에 반하는 것으로, 무엇보다 중요한 점은 국제인도법과 국제인권법의 중대한 위반의 피해자들의 사법약세스권을 대체조치도 없이 박탈하였다는 것입니다.

이는 한국의 법정에서 일본에게 주권면제가 인정하여야 할지 여부를 판단하는 데에 반드시 고려하지 않으면 안되는 사실이라고 생각합니다.