

〈특집: 일제강제징용사건 대법원 판결에 대한 종합적 연구〉

## 한일청구권협정상 강제징용배상청구권 처리에 대한 국제법적 검토\*

李根寬\*\*

### 요약

2012년 5월 24일 대법원은 1965년 한일청구권협정의 해석과 관련하여 “기념비적 인” 판결을 내렸다. 일제강점기 말기 일본정부에 의해 징용되어 일본기업에서 강제 노역에 종사했던 한국인 피해자들이 미쓰비시중공업과 신일본제철을 상대로 제기한 소송에서 하급심 판결을 파기하고 원고 승소를 선언하였다.

한국 내 여론은 대체로 이 판결을 환영하였다. 한국인 피해자들의 그동안의 고통, 최근 일본 사회 전반의 우경화와 더불어 양국 간 관계가 긴장 국면에 있는 것을 감안 하면 별반 놀라운 반응은 아니다. 그러나 국제법적인 측면에서 볼 때, 이 판결은 적잖은 문제점을 내포하고 있는 것으로 판단된다.

이 논문에서는 (i) 강제징용피해자의 청구권이 1965년 청구권협정의 물적 대상에 포함되는지에 대한 조약해석의 문제, (ii) 1965년 청구권협정 자체에 의하여 개인의 청구권을 소멸시킬 수 있는지의 문제, 그리고 (iii) 외교문제와 관련된 사법자체의 원칙의 논점에 초점을 맞춰 대법원 판결을 비판적으로 분석하였다.

첫 번째 문제와 관련하여 1965년 협정과 관련 문서의 문리적 해석, 청구권협정 협상 시 양측의 논의, 협정 체결 후의 양국의 실행 등에 비추어 볼 때, 강제징용피해자의 청구권이 협정의 물적 대상에 포함되었다고 보는 것이 타당할 결론일 것이다.

두 번째 문제와 관련하여 대법원은 설령 개인의 청구권 문제가 협정의 물적 대상에 포함된다 하더라도, 국가가 포기할 수 있는 것은 자신이 가지는 외교적 보호권에 국한된다고 설시하였다. 이러한 판지는 개인의 인권 존중이라는 원칙에 입각하고 있는 것이지만, 국내법적 사고를 무비판적으로 국제적인 차원으로 투사했다는 점에서 상당한 문제점을 내포하고 있다. 일괄보상협정(lump-sum settlement)은 지금 시점에 도 그 실정성 및 합법성을 널리 인정받고 있다. 이렇게 볼 때 1965년에 체결된 한일 청구권협정의 효력을 지금 시점에서 문제 삼기는 어려울 것이다.

\* 이 논문은 2013. 5. 10. 서울대학교 법학연구소가 개최한 “일제강제징용사건 대법원 판결에 대한 종합적 연구” 학술대회에서 발표한 원고를 다소 수정·보완한 것으로, 서울대학교 법학연구소 기금의 2012년도 학술연구비 지원을 받았다.

\*\* 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수.

마지막으로 최근 한국 사법부가 외교문제, 특히 한일 간의 현안에 대해 사법적극적인 태도를 보이고 있는데, 이는 사법자제(judicial self-restraint)의 원리에 비추어 신중한 접근이 필요하다. 이번 판결의 경우 한국 외교부를 포함한 행정부가 1965년 이래 일관되게 견지해 온 입장에 배치된다는 점에서 특히 그러하다. 외교 문제에 대한 사법 자제의 원리는 서구 선진국을 포함한 대부분의 국가에서 채택하고 있는데, 그 정책적 이유에 대해 깊이 고민하고 한국의 현실에 상응한 방향을 설정해야 할 것이다.

주제어: 청구권협정, 강제징용, 외교적 보호권, 일팔보상협정, 샌프란시스코조약, 사법 자제

## I. 서 론

대법원은 2012년 5월 24일 일본 미쓰비시중공업주식회사와 신일본제철주식회사를 각각 피고로 하는 ‘일제강제징용사건’에 대한 판결을 내렸다.<sup>1)</sup> 이 판결에는 국제사법, 민법, 회사법, 국제공법, 헌법 등 여러 법분야의 법적 논점이 복잡하게 교차되어 있다. 이 판결은 국제공법 관련 부분에서 “원고 등의 피고에 대한 청구권은 청구권협정으로 소멸되지 아니하였으므로, 원고들은 피고에 대하여 이러한 청구권을 행사할 수 있다”는 판단을 하였다. 한일 양국 간의 전후 처리와 관련하여 가히 “획기적인” 중요성을 갖는다고 할 수 있을 것이다.

국내 한 신문은 판결 선고 다음 날인 2012년 5월 25일 “역사·정치적 의미 큰 대법원의 강제징용판결”이라는 사설에서 다음과 같은 말하면서 판결을 환영하였다.

대법원이 어제 일제하 강제징용 피해자들이 일본 기업들을 상대로 낸 손해배상 청구소송에서 원심을 파기하고 기업의 배상 책임을 인정하는 획기적인 판결을 내렸다. 법률적으로뿐 아니라 역사적 정치적으로도 상당히 의미가 있는 판결이다. 크게 환영한다. 시기적으로 너무나도 늦었지만 이제라도 징용 피해자들과 후손들의 원통함을 조금이나마 풀 수 있는 길이 열린 것은 무척 다행스럽다. 지난해 8월 헌법재판소가 일본군 위안부 피해자의 배상청구권 문제에 대해 정부가 해결 노력을 하지 않는 것은 위헌이라는 결정을 내린 데 이어 사법부가 우리의 과거사에 대해 잇따라 진전된 판단을 내리고 있는 것은 긍정적으로 평가할 만하다.<sup>2)</sup>

1) 사건번호는 각각 2009다22549, 2009다68620임.

이 판결에 대한 대법원은 보도자료를 통해 “그동안 민관공동위원회나 한국정부가 청구권협정에 의한 해결대상에 포함되지 않는 청구권으로 명시한 것들로인 일본군 위안부, 원폭피해자, 사할린동포의 손해배상청구권인데, 대법원은 여기에서 더 나아가 국외강제동원으로 인한 부상자(원폭피해자 포함)나 생환자에 해당하는 이 사건 원고들의 일본기업에 대한 손해배상청구권”도 청구권협정의 적용대상이 아니라고 밝혔음을 강조하고 있다.<sup>3)</sup>

1965년 청구권협정<sup>4)</sup>은 한일 양국 간 국교정상화의 기초를 이루었던 조약으로서 양국 관계에서 핵심적 중요성을 지닌다. 더 나아가 이 협정은 샌프란시스코 평화조약을 통해 구축된 2차 세계대전 이후 동아시아 국제질서의 일부를 구성한다. 따라서 이 협정에 대한 합리적인 해석과 이행은 한일 양국 관계를 넘어서 지역적인 차원에서 중요한 의미를 지닌다.

이 판결은, 일본의 한국병합에 대한 법적 평가를 둘러싼 어려움, 국제법과 국내법 간의 상호접촉면(interface)과 영향관계(이 주제는 국제법학에서는 ‘국제법과 국내법의 관계’로 알려져 있는데 국제법의 가장 어려운 주제 중의 하나이다), 국가와 국민 간의 관계(특히 외교적 보호권의 법적 성격)에 대한 국제법 이론의 변화, 1965년 조약 및 협정들이 갖는 정치적 타협성 및 그로 인한 조약문언의 애매성, 14년간에 걸친 협상과정에서 축적된 방대한 양의 자료, 과거사 문제가 갖는 고도의 정서적 인화(引火)력, 일본 정부가 자국민과의 관계에서 법적 책임을 회피하기 위해 오랜 기간 동안 행해 온 해석론적 곡예(interpretive acrobatics) 등의 요인으로 인해 매우 복잡한 양상을 보이고 있다.

이 사건을 제대로 이해하기 위해서는 한일 간의 협상을 둘러싼 역사적 배경, 주요 논점에 대한 실제의 협상경과, 1965년 조약 및 협정 발효 이후 양국의 실행 등을 맥락적으로 분석하는 것이 필수적이다. 한일 양국 간의 ‘불행한 과거의 청산/해결’과 관련해서는 장구한 세월이 걸쳐 정부를 비롯한 다양한 행위자들이 상충되는 이해 관계를 추구하면서 모순·충돌되는 실행을 추적해 왔다. 예를 들어 정부 차원에서

2) 한겨레(2012. 5. 25). 국제법학계에서 대법원 판결을 환영하는 예로는 도시환, “한일 청구권협정에 대한 새로운 국제법적 평가”, 대한변호사협회/국제사법학회/세계국제법협회 한국지부 공동심포지움: 일제강제징용배상판결의 국제관계법상의 의의 발표문(2012. 11. 14).

3) 대법원 공보관, 일제강제동원 피해자의 미쓰비시중공업, 신일본제철을 상대로 한 손해 배상 및 임금지급 청구에 관한 대법원 판결 관련 보도자료(2012. 5. 24), p.7.

4) 이 협정의 정식 명칭은 “대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정”이다. 이하에서는 “1965년 협정” 또는 “1965년 청구권협정”으로 부른다.

보더라도 한일 두 정부는 청구권협정을 통해 제공된 자금의 명목에 대해 큰 인식 차를 보였다. 또한 1965년 협정을 통해 강제징용피해자를 비롯한 개인의 청구권 문제가 해결되었는지에 대해 한국 외교당국과 피해자들은 상당한 기간 동안 서로 다른 견해를 견지해 왔다. 사정이 이러하므로 이 사건의 배경 사실과 법적 논점을 맥락적·심층적으로 파악하지 않고 표면적으로 드러난 논리에 지나친 비중을 부여하면 타당한 해석에 이르지 못할 위험성이 높다.

다음 절에서 살펴보겠지만, 국제법상의 쟁점에 대한 대법원 판결문의 개별 문장에는 고도로 응축된 사실 및 법해석이 반영되어 있으며, 개별 문장 간에는 긴밀한 상호 연관이 존재한다. 이 글에서는 전체 판결의 맥락을 추적하면서 (i) 강제징용 피해자의 청구권이 1965년 청구권협정의 물적 대상에 포함되는지에 대한 조약 해석의 문제, (ii) 1965년 청구권협정 자체의 의하여 개인의 청구권을 소멸시킬 수 있는지의 문제, 그리고 (iii) 외교문제와 관련된 사법자체의 원칙의 논점에 초점을 맞춰 판결을 분석한다.

## II. 사안의 개요 및 판지의 분석

### 1. 사안의 개요 및 소송경과

미쓰비시 사건과 신일본제철 사건은 사실관계도 다르고 원고들의 청구취지의 측면에서도 차이가 있다. 그럼에도 불구하고 두 사건에 대한 대법원의 판결이유의 주요 부분은 동일한 표현으로 되어 있고, 이 글의 분석 대상인 국제공법상의 쟁점에 관한 판결이유 역시 완전히 같다. 이하에서는 두 사건의 개요 및 소송의 경과를 간략히 살펴보도록 한다.<sup>5)</sup>

미쓰비시 사건의 원고들은 1944년 일본의 국민징용령에 의해 강제로 징용되어 일본 히로시마에 있는 미쓰비시중공업에서 강제노역에 종사하였다. 이들은 1945년 8월 6일 히로시마에 투하된 원자폭탄에 피폭된 후 각자 귀국 비용을 마련하여 같은 해 한국으로 귀환하였다. 원고들은 1995년 12월 11일 일본 히로시마 지방재판소에 일본국과 미쓰비시중공업을 상대로 불법행위로 인한 손해배상금과 미지급임금의

5) 이하 내용은 부산지방법원 2007. 2. 2. 선고 2000가합7960 판결, 부산고등법원 2009. 2. 3. 선고 2007나4288 판결, 서울중앙지방법원 2008. 4. 3. 선고 2005가합16473 판결, 서울고등법원 2009. 7. 16. 선고 2008나49129 판결과 대법원의 두 판결에 기초한 것이다.

지급을 구하는 소를 제기하였다. 이 재판소는 1999년 3월 25일 손해배상금청구에 대해서는 일본 민법 제724조 후단 소정의 제척기간 도과를 이유로, 미지급임금 청구에 대해서는 소멸시효의 완성을 이유로 청구를 기각하였다. 원고들은 이에 불복하여 상소하였지만, 2005년 1월 19일 히로시마 고등재판소가 항소기각판결을, 2007년 11월 1일 최고재판소가 상고기각판결을 내림으로써 패소판결이 확정되었다.

원고들은 히로시마 지방재판소의 1심 판결 선고 후인 2000년 5월 1일 부산 지방법원에 히로시마 지방재판소에서 주장한 것과 동일한 청구원인으로 미쓰비시중공업을 상대로 소를 제기하였다. 부산지방법원은 2007년 2월 2일 손해배상채권에 대해서는 소멸시효의 완성을 이유로, 미지급임금청구에 대해서는 증거부족과 (보충적 사유로서) 소멸시효의 완성을 이유로 원고의 청구를 기각하였다. 원고들은 항소하였는데, 부산고등법원은 일본에서 확정된 판결을 승인하여 원고패소판결을 내렸다 (2009년 2월 3일).

신일본제철 사건의 경우, 원고 5명은 1941년부터 1943년에 이르는 시기에 일본으로 건너가 매우 열악한 환경에서 강제노역을 당했고 임금은 극히 일부만 지급받거나 전혀 받지 못했다. 이들 중 2명은 1997년 12월 24일 신일본제철을 피고로 하여 오사카 지방재판소에 미불임금지급 및 불법행위에 의한 손해배상을 구하는 소를 제기하였다. 이 재판소는 2001년 3월 27일 원고의 청구를 기각하는 판결을 내렸다. 오사카 고등재판소에서 2002년 11월 19일 항소가 기각되었고, 위 판결은 2003년 10월 9일 최고재판소의 상고기각 및 상고불수리결정으로 확정되었다.

일본에서 패소확정판결을 받은 원고 2명과 그 외 3명은 2005년 2월 28일 서울중앙지방법원에 국제법 위반 및 불법행위로 이유로 한 손해배상금의 지급을 구하는 소를 제기하였다. 서울중앙지방법원 제10민사부는 일본에서 패소확정판결을 받은 원고 2명의 청구부분은 일본에서 확정된 판결의 기판력에 저촉되는 것으로 판단하여 각하하였다. 기타 원고의 청구부분에 대해서는 먼저 강제노동에 관한 ILO 협약 등 국제법 위반을 이유로 직접 피고에게 손해배상을 구할 수 없다고 판단하였다. 국내법적으로는 구 일본제철과 신 일본제철 간의 법인격상의 동일성을 인정할 수 없기 때문에 피고를 상대로 위자료 지급을 청구할 수 없다고 판시하였다. 부가적으로 법원은 위자료청구권이 시효로 소멸하였다고 보았다. 서울고등법원은 2009년 7월 16일 선고한 판결을 통해 항소를 기각하였다.

두 사건의 원고들은 대법원에 상고하였고, 대법원은 2012년 5월 24일 거의 동일한 내용의 판결문을 통해 부산고법과 서울고법의 판결을 파기·환송하였다. 대법원

판결의 요지는 두 사건에 대해 대한민국 법원이 재판관할권을 가지고, 일본에서의 원고패소확정판결이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋남에도 불구하고 부산고법과 서울고법이 이를 승인한 것은 외국판결의 승인에 관한 법리를 오해한 것이며, 구 미쓰비시와 신 미쓰비시, 구 일본제철과 신 일본제철 간에는 실질적인 동일성이 있어 법적으로 동일한 회사로 볼 수 있고, 1965년 청구권협정에 의해 대한민국 국민의 개인의 청구권이 소멸하지 않았으며, 미쓰비시 및 신일본제철이 소멸시효의 완성을 주장하는 것은 신의성실의 원칙에 반하는 권리남용으로 허용될 수 없다는 것이다.

환송심 판결에서 서울고법은 제1심 판결을 취소하고 원고들에게 1억원의 손해배상을,<sup>6)</sup> 부산고법 역시 제1심 판결을 취소하고 원고들에게 8천만원 등의 손해배상의 지급을 명하였다.<sup>7)</sup>

## 2. 판지의 분석

대법원 판결문 중 국제공법 관련 부분은 다음과 같다(번호는 필자가 추가한 것임).

(A) ① 청구권협정은 일본의 식민지배 배상을 청구하기 위한 협상이 아니라 샌프란시스코 조약 제4조에 근거하여 한일 양국 간의 재정적·민사적 채권·채무관계를 정치적 합의에 의하여 해결하기 위한 것으로서, ② 청구권협정 제1조에 의해 일본 정부가 대한민국에 지급한 경제협력자금은 제2조에 의한 권리문제의 해결과 법적 대가관계가 있다고 보이지 않은 점, ③ 청구권협정의 협상과정에서 일본 정부는 식민지배의 불법성을 인정하지 않은 채, 강제동원피해의 법적 배상을 원칙적으로 부인하였고, 이에 따라 한일 양국의 정부는 일제의 한반도 지배의 성격에 관하여 합의에 이르지 못하였는데, 이러한 상황에서 일본의 국가권력이 관여한 반인도적 불법행위나 식민지배와 직결된 불법행위로 인한 손해배상청구권이 청구권협정의 적용대상에 포함되었다고 보기에 어려운 점 등에 비추어 보면, 원고 등의 손해배상청구권에 대하여는 청구권협정으로 개인청구권이 소멸하지 아니하였음은 물론, 대한민국의 외교적 보호권도 포기되지 아니하였다고 봄이 상당하다.

(B) ④ 나아가 국가가 조약을 체결하여 외교적 보호권을 포기함에 그치지 않고 국가와는 별개의 법인격을 가진 국민 개인의 동의 없이 국민의 청구권을 직접적

6) 서울고등법원 2013. 7. 10. 선고 2012나4494 판결.

7) 부산고등법원 2013. 7. 30. 판결 2012나4497 판결.

으로 소멸시킬 수 있다고 보는 것은 근대법의 원리와 상충되는 점, ⑤ 국가가 조약을 통하여 국민의 개인청구권을 소멸시키는 것이 국제법상 허용될 수 있다고 하더라도 국가와 국민 개인이 별개의 법적 주체임을 고려하면 조약에 명확한 근거가 없는 한 조약 체결로 국가의 외교적 보호권 이외에 국민의 개인청구권까지 소멸하였다고 볼 수는 없을 것인데, 청구권협정에는 개인청구권의 소멸에 관하여 한일 양국 정부의 의사의 합치가 있었다고 볼 만큼 충분한 근거가 없는 점, ⑥ 일본이 청구권협정 직후 일본국 내에서 대한민국 국민의 일본국 및 그 국민에 대한 권리를 소멸시키는 내용의 재산권조치법을 제정·시행한 조치는 청구권협정만으로 대한민국 국민 개인의 청구권이 소멸하지 않음을 전제로 할 때 비로소 이해될 수 있는 점 등을 고려해 보면, 원고 등의 청구권이 청구권협정의 적용대상에 포함된다고 하더라도 그 개인청구권 자체는 청구권협정만으로는 당연히 소멸한다고 볼 수는 없고, 다만 청구권협정으로 그 청구권에 관한 대한민국의 외교적 보호권이 포기됨으로써 일본의 국내 조치로 해당 청구권이 일본국 내에서 소멸하더라도 대한민국의 이를 외교적으로 보호할 수단을 상실하게 될 뿐이다.

먼저 A와 B의 관계에 대해 살펴보도록 한다. A는 ①, ②, ③을 근거로 불법행위로 인한 원고의 청구권이 애초부터 1965년 협정의 대상이 될 수 없었으므로, 개인의 청구권 자체는 물론이고 한국 정부가 갖는 외교적 보호권도 포기될 수 없다는 결론을 내리고 있다. 즉, 일본측의 반인도적 불법행위나 식민지배와 직결된 불법행위로 인한 손해배상청구권은 1965년 협정의 물적 대상으로부터 제외되었다는 것이다.

B는 A에 대해 예비적 주장의 성격을 띠고 있다. 설령 한국민 개인이 가지는 (일본측의 불법행위로 인해 발생한) 청구권이 1965년 협정의 물적 대상에 포함된다 하더라도 ④, ⑤, ⑥에서 적시한 이유로 인해 단지 한국 정부가 갖는 외교적 보호권만이 포기될 뿐이지 개인의 청구권 자체가 소멸한다고 볼 수는 없는 것이다. 따라서 두 사건에서 원고가 갖는 개인의 청구권은 1965년 협정상의 관련 규정에도 불구하고 존속한다고 보는 것이다.

A에 포함된 국제법상의 주요 쟁점은 결국 조약 해석(treaty interpretation)의 문제로 귀착된다. 즉, 1965년 협정의 문언, 조약문 전체의 논리적 연관, 교섭기록, 협정 체결 후의 사후적 실행 등에 비취볼 때, 과연 강제징용피해자의 청구권이 협정의 물적 대상이 되었는지를 판단해야 할 것이다. B에 포함된 국제법상의 주요 쟁점은 1965년 협정과 같은 “일괄보상협정”에 의해 직접적으로 개인의 청구권을 소멸시키는 것이 법적으로 허용되는지 여부이다.

절을 바꾸어 과연 개인의 청구권 문제가 1965년 협정의 물적 대상에 속하는지를 검토하도록 한다.

### III. 청구권협정의 물적 대상의 범위: 강제징용피해자 청구권의 포함 여부

#### 1. 서언

대법원은 1965년 협정의 목적 또는 대상이 한일 간의 재정적·민사적 채권·채무 관계의 해결에 국한되었다는 점, 일본 정부가 한국 정부에 지급한 “경제협력자금”은 협정 제2조에 의한 권리문제의 해결 간에 법적 대가관계가 보이지 않는 점, 청구권 협정 협상 과정에서 일본이 식민지배의 불법성을 인정하지 않았기 때문에 논리 필연적으로 식민지배와 직결된 불법행위로 인한 손해배상청구권이 협정의 적용 대상이 될 수 없었다는 점 등을 들어 애초부터 개인의 청구권 문제가 협정의 물적 대상에 포함되지 않는다고 판단하였다.

이미 지적한 바와 같이 이는 조약의 해석에 해당하는 문제이다.<sup>8)</sup> 조약의 해석에 관한 국제법상의 규칙은 1969년에 채택된 조약법에 관한 비엔나협약 제31조 제1항이 국제관습법을 규정하고 있는 것으로 평가된다. 이 조항은 “조약은 조약문의 문맥 및 조약의 대상과 목적으로 보아, 그 조약의 문면에 부여되는 통상적 의미에 따라 성실하게 해석되어야 한다”고 규정하고 있다. 통상적인 조약 해석의 규칙에 따르면 조약 문면상 의미가 명확하면 다른 자료(예를 들어 준비자료(travaux préparatoires) 등)를 검토할 필요 없이 문면의 통상적인 의미를 좇으면 된다.<sup>9)</sup> 이하에서는 조약법에 관한 비엔나협약상의 조약 해석 규칙에 따라 1965년 협정이 개인의 청구권 문제를 그 물적 대상으로 삼고 있는지를 검토하도록 한다.

8) 이러한 관점에서 청구권협정에 대한 해석을 전개하고 필자와 다른 결론에 도달한 예로서는 김창록, “「한일협정」과 한국인 개인의 권리”, **법학연구**, 제43권 제1호(2012), pp. 99-113.

9) ILC는 이 문제와 관련하여 “the starting point of interpretation is the elucidation of the meaning of the text”라고 명언하였다. ILC Yearbook, 1966, Vol. 2, p.220; Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2<sup>nd</sup> ed. (Manchester University Press, 1984), p.115.

## 2. 비엔나 협약 제31조 제1항에 따른 해석

강제징용피해자의 청구권이 협정의 물적 대상의 범위에 포함되는지와 관련하여 협정 관련 조항은 명확하게 규정하고 있는 것처럼 보인다. 협정 제2조는 다음과 같이 규정하고 있다.

1. 양 체약국은 양 체약국 및 그 국민(법인을 포함함)의 재산, 권리 및 이익과 양 체약국 및 그 국민간의 청구권에 관한 문제가 1951년 9월 8일에 샌프란시스코우 시에서 서명된 일본국과의 평화조약 제4조 (a)에 규정된 것을 포함하여 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것이 된다는 것을 확인한다.

...

3. 2의 규정에 따르는 것을 조건으로 하여 일방체약국 및 그 국민의 재산, 권리 및 이익으로서 본 협정의 서명일에 타방체약국의 관할하에 있는 것에 대한 조치와 일방체약국 및 그 국민의 타방체약국 및 그 국민에 대한 모든 청구권으로서 동일자 이전에 발생한 사유에 기인하는 것에 관하여는 어떠한 주장도 할 수 없는 것으로 한다. (밑줄 추가)

밑줄 친 부분에서도 알 수 있듯이 1965년 협정은 양국 정부 간의 청구권만이 아니라, 양국 국민(법인을 포함)의 “재산, 권리 및 이익”과 “청구권”에 관한 문제를 “완전히 그리고 최종적으로 해결”하고 있다. 1972년 중일 공동성명 제5항이 중화인민공화국 정부의 일본국에 대한 전쟁배상의 청구를 포기한다고 규정함으로써 과연 중국 국민 개인의 청구권도 포기되었는지를 둘러싸고 논쟁이 있는 것과는 확연히 구분되는 것이다.<sup>10)</sup>

이 협정에 대한 합의의사록(I)(g)는 “동조1.에서 말하는 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것으로 되는 양국 및 그 국민의 재산, 권리 및 이익과 양국 및 그 국민간의 청구권에 관한 문제에는 한일회담에서 한국측으로부터 제출된 “한국의 대일청구요강”(소위 8개 항목)의 범위에 속하는 모든 청구가 포함되어 있고, 따라서 동 대일청구요강에 관하여는 어떠한 주장도 할 수 없게 됨을 확인하였다”고 규정하였다. 판결문에서도 열거되고 있는 “대일청구 8개 요강” 제5항은 “한국법인 또는

<sup>10)</sup> 1972년 중일공동성명 채택 이전에 이미 국가의 청구권과 개인의 청구권 간에 확실한 구분이 이루어졌고, 1972년 공동성명을 통해 중국민 개인의 청구권은 포기되지 않았다는 주장에 관해서는 管建強, 跨越對日民間索賠的法律障礙(三聯書店, 2006), pp.58-66 참조.

한국자연인의 일본은행권, 피징용한국인의 미수금, 보상금 및 기타 청구권의 변제 청구”(밑줄 추가)라고 되어 있으며, “피징용한국인의 보상금”이라는 항목을 명기하고 있다.

비엔나 협약 제31조 제1항은 “문맥과 목적”을 언급하고 있으므로 이에 대해서도 간략히 살펴보도록 한다. 1965년 협정은 명시적으로 목적을 적시하고 있지는 않지만, 문맥을 형성하는 전문(preamble)에서 “양국 및 양국 국민의 재산과 양국 및 양국 국민간의 청구권에 관한 문제를 해결할 것을 희망하고, 양국간의 경제협력을 증진할 것을 희망하여”라고 하고 있다. 이는 아래에서 살펴볼 바와 같이 한국과 일본의 대립하는 입장을 절충·통합한 것인데, 재산 및 청구권 문제의 최종적인 해결이 협정의 목적임은 (1965년 협정과 같은) 일괄보상협정의 일반적 목적, 제2조 제1항에 사용된 표현(“완전히 그리고 최종적으로 해결된 것”), 협상을 전후해 양국이 표명한 견해에서도 별다른 의심의 여지가 없다.<sup>11)</sup>

이렇게 본다면 강제징용피해자의 청구권과 관련하여 청구권협정이라는 조약은 별다른 해석의 필요가 없을 정도로 명확하다고 볼 수도 있을 것이다. 2012년 판결이 내려지기 직전까지도 한국 외교부는 1965년 협정과 합의의사록, 특히 “대일청구 8개 요강” 제5항을 적시하면서 강제징용피해자의 청구권 문제가 이 협정에 의해 이미 해결되었다는 입장을 견지하였다.

이와 같이 “그 조약의 문면에 부여되는 통상적 의미에 따라” 해석하면 그 의미가 분명함에도 불구하고 1965년 협정과 관련하여 상당한 논란이 야기된 이유는 무엇인가? 주요한 요인으로서 두 가지를 지적할 수 있다. 첫째, 사실적인 측면에서 일본 정부는 2차 세계대전 이후 전후처리과정에서 국내헌법상의 보상의무회피를 위해 “해석론적 곡예”를 행하였다(아래에서 상술). 이로 인해 1965년 청구권협정의 문리 해석상의 확실성도 흔들리게 되었고 대법원 판결이 다루고 있는 강제징용피해자의 청구권 역시 일정 정도 영향을 받았다. 둘째, 규범적인 차원의 요인으로서 외교적 보호권의 법적 성질, 즉 이 권리가 국가에 전속하는 권리인지 여부와 관련하여

11) 예를 들어 협정 체결 직후 한국정부가 발행한 공식해설책자에는 협정의 체결을 통해 “14년간 해결지 못하였던 대한민국과 일본국 간의 재산청구권 문제가 완전히 해결되었다”고 하고 있다. 대한민국정부, **대한민국과 일본국 간의 조약 및 협정 해설**(1965. 7), p.107. 일본이 “한일 간의 제문제의 전면적 해결의 방침” 아래 재산 및 청구권 문제의 완전하고도 최종적인 해결을 목표로 했음은 제11차 수석대표회담에서 일본측이 “일본 정부로서는 협정 체결 이후에 청구권에 관련된 법적 문제가 다시 제기되고 또한 재판 문제 같은 것이 발생하지 않도록 하기 위하여 문제점을 사전에 명백히 하고 넘어가려는” 것임을 밝힌 데서도 드러난다.

일정한 변화가 발생하였다. 다음 절에서 상세히 살펴보겠지만, 외국 또는 외국민의 행위로 인해 발생한 자국민의 개인적인 청구권을 국가가 외교 목적을 위해 일괄 보상협정 등에 의해 “처분”할 수 있는지에 대해 인권적 관점에서 문제가 제기되었던 것이다.

필자는 1965년 협정 문면만 보더라도 양 당사자의 합치된 의사(즉 1965년 협정의 체결 및 이행을 통해 양국 및 양국 간의 청구권 문제를 최종적으로 또한 완전하게 해결한다)를 확인할 수 있다고 본다. 그러나 한국의 대법원도 이러한 견해에 중대한 의문을 표시하고 있는 만큼, 비엔나 협약 제31조 제3항에서 언급하고 있는 “조약의 해석에 관한 당사국의 합의를 확정하는 그 조약 적용에 있어서의 추후의 관행” 및 제32조에서 규정하고 있는 “조약의 교섭 기록 및 그 체결시의 사정”을 비롯한 해석의 보충적 수단에 대해서도 고찰하도록 한다.

### 3. 1965년 협정 체결 이후 한국의 실행

#### (1) 한국의 사후 실행

2012년 5월 한국 대법원의 판결이 내려지기 전까지 한국의 외교부는 강제징용자의 손해배상청구권(“대일청구 8개 요강”에는 “보상금”으로 표현)이 1965년 협정에 의해 해결되었다고 일관되게 주장하였다. 이러한 견해는 단지 외교업무를 담당하는 행정 부서에 의해서만이 아니라, 한국 국회의 입법을 통해서도 확인되었다. 아래에서는 몇 가지 주요한 사례를 들도록 한다.

#### (a) 한일협정에 대한 공식해설서

1965년 7월 한국 정부에서 간행한 1965년 조약과 협정에 관한 공식해설책자에는 다음과 같은 내용이 실려 있다.

재산 및 청구권 문제의 해결에 관한 조항으로 소멸되는 우리의 재산 및 청구권의 내용을 보면, 우리 측이 최초에 제시한 바 있는 8개 항목의 대일청구 요강에서 요구한 것은 모두 소멸케 되는 바, 따라서 … 피징용자의 미수금 및 보상금에 관한 청구, 한국인의 對일본정부 및 일본국민에 대한 각종 청구 등이 완전 그리고 최종적으로 소멸케 되는 것이다.<sup>12)</sup> (밑줄 추가)

<sup>12)</sup> Ibid., p.84.

(b) 1966년 이래 청구권협정 관련 입법 사례

한국 정부는 1965년 협정의 후속적 국내조치로서 1971년에 대일민간청구권 신고에 관한 법률, 1974년에 대일민간청구권 보상에 관한 법률을 공포하였다. 이를 통해 청구권 보상금을 일화 1엔당 30원으로 환산하여 지급하고, 강제징용피해자 중 사망자에 한하여 1인당 30만의 보상금을 지급하였다.<sup>13)</sup>

(c) 2005년 8월 국무총리 산하 한일회담문서 공개 민관공동위 의견

정부의 공식의견으로 간주되는 이 의견에서는 “청구권협정을 통하여 일본으로부터 받은 무상 3억불에 강제동원 피해보상 문제 해결 성격의 자금도 포괄적으로 감안되어 있다고 보아야”한다고 밝히고 있다.

(d) 2009년 8월 14일 외교통상부 보도참고자료

2009년 8월 14일 외교통상부는 보도참고자료(press release)를 통해 “강제동원 피해자의 공탁금은 1965년 한·일 청구권 협정 체결을 통하여 일본으로부터 받은 무상 3억불에 포함되어 있다고 보아야 하므로, 일본정부에 대해 청구권을 행사하기는 어려움”이라는 정부의 공식 견해를 재확인하였다. 이 보도참고자료를 내게 된 계기는 서울행정법원의 2009. 6. 30.자 사실조회서에 대한 회신을 통해 위와 같은 정부 입장을 표명하자, 연합뉴스에서 이러한 정부 입장을 “1965년 한일 청구권 협정 이후 처음으로 밝혔다”고 보도하였다. 이에 대해 외교통상부는 위의 내용은 그동안 국회 답변 등을 통해서 수차 표명하였기 때문에, 1965년 한일청구권협정 이후 처음으로 정부가 이러한 입장을 밝혔다는 보도는 사실과 다름을 지적하였던 것이다.<sup>14)</sup>

이 보도자료에는 1965년 한일청구권에 관한 합의의사록 제2조 g항과 위에서도 언급한 1966년 이래 국내 입법 사례들이 언급되고 있다.

(2) 일본의 사후 실행

일본은 1965년 협정의 발효 하루 전인 “대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에

13) 정인섭, “1965년 한일 청구권협정 대상범위에 관한 연구”, **성곡논총**, 제25집(1994), pp. 4-5.

14) 외교통상부, 보도참고자료(제목: 일제 징용 피해자들의 공탁금 환수 관련 정부 입장) (2009. 8. 14).

관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정 제2조의 실시에 따른 대한민국 등의 재산권에 대한 조치에 관한 법률”을 공포하였다. 이 법률 제1항은 대한민국 또는 그 국민이 일본국 또는 그 국민에 대하여 갖는 채권 및 일본국 또는 일본국민이 소유하는 물건 또는 채권을 목적으로 하는 담보권으로서 1965년 협정 제2조 제3항에 해당하는 것은 일부 예외를 제외하고는 1965년 6월 22일(협정 체결일)에 “소멸한(消滅した) 것으로” 하고 있다.

또한 일본 정부는 (아래에서 상세히 살펴보겠지만) “법률적 근거의 유무 자체가 문제로 되는 이른바 클레임을 제기하는 지위를 가리키는 개념”을 가리키는 “청구권”은 1965년 협정 자체의 의해 소멸되었다고 보고 있다.

우리의 목적상 중요한 점은 일본 역시 양국 정부만이 아니라 양국 국민의 “재산, 이익 및 권리”와 “청구권”도 1965년 협정의 물적 대상으로 파악하고 있었으며, 이들이 해당국의 국내적 입법을 통해 또는 청구권협정 자체의 이행에 의해 소멸되었다고 봤다는 것이다.

### (3) 소결

비엔나 협약 제31조 제3항이 언급하고 있는 조약 당사국의 사후 실행에 비추어 보더라도 한일 양국이 1965년 협정의 물적 대상에 개인의 청구권이 포함되었다고 보는 데 별다른 의문이 없을 것이다.

## 4. 교섭 기록 및 체결 시의 사정의 검토

### (1) 서언

대법원은 강제징용피해자의 손해배상청구권이 1965년 협정의 대상이 아니었다고 판시하고 있는데, 이러한 판단이 옳은지를 고찰하기 위해 1965년 협정 해석의 보충적 수단인 교섭 기록 및 체결 시의 사정을 살펴볼 필요가 있다. 장장 14년에 걸친 복잡 다기한 협상의 맥락을 파악하기 위해 한일회담 개시 이전 시기부터 고찰하도록 한다.

### (2) 한일회담 개시 이전 시기 한국의 배상요구

한일간 협상에서 강제징용피해자 청구권문제가 논의되었는지를 살피기 전에 배경 정보로서 협상 개시 이전 시기 한국에서 제기된 배상요구에 대해 간략히 살펴보기로 한다.

해방 직후 일본 및 일본인에 대한 배상요구는 민간 차원에서 활발히 제기되었다. 특히 “태평양동지회”, “樺太·千島재류동포구출위원회”, “중일전쟁·태평양전쟁 전국유가족동인회” 등을 위시한 전쟁피해자단체가 적극적 활동을 전개하였다. 이 중 태평양동지회의 활동을 간략히 살펴보도록 한다. 1948년 1월 25일자 동아일보에 따르면, 이 단체는 “일제 때 강제징용에 의하여 태평양방면 각지로 이끌려나가 모진 학대를 받아오다가 간신히 생명을 부지하여 해방과 더불어 그들이 당연히 받아야 할 수역에 가까운 보수를 한푼도 받지 못한 채 각각 고국에 돌아온 이들 관계자들은 그후 이에 관계된 동지들과 사회유지들이 협력하여 대일채권을 정리조사하고 장래 우리 정부에서 집행할 대일배상청구의 재료를 정돈하는 동시에 정부의 사무를 협조하려는 목적으로 태평양동지회를 조직하여 활동하여 오든바 요지음 동회를 사단법인으로” 전환하였다.<sup>15)</sup> 같은 해 11월 28일자 동아일보에 따르면 태평양동지회에서는 “일본에서 미수중인 수십만 청년동포에 대한 채권과 배상을 하루 바빠 받게 하는 동시에 유골 안장에 필요한 비용을 일본 정부에 요구... 하여 달라는 요지의 진정서를 외무처를 비롯한 관계당국에 제출하였다.”<sup>16)</sup> 이 단체는 1948년 9월 14일 성명을 발표하여 태평양방면을 위시한 각 전쟁기지 또는 군수공장에서 “군속, 보국대, 간호부, 위안부로 징용 또는 징발되었던 사람들 가운데 아직 받지 못한 임금, 즉 일본정부에의 개인의 채권을 계산하면 당시의 화폐로 약 30억엔에 달한다”는 성명을 발표하기도 하였다.<sup>17)</sup>

일본에 대한 배상요구에 대한 준비 작업은 정부측에서도 진행되었다. 이승만 정부는 1949년 2월 대일강화회담에 대비하여 기획처의 기획국 산하에 대일배상청구위원회를 설치하고 관련 자료를 수집하였다. 이 작업은 당시 기획처장이었던 이순택의 책임 하에 진행되었는데, 이 작업의 결과물로서 “대일배상요구조서” 두 권이 만들어졌다. 제1권은 1949년 3월 15일, 제2권은 같은 해 9월에 완성되었다.<sup>18)</sup>

이 조서는 대일배상요구 항목을 네 가지로 나누어 규정하였다. 제1부에서는 ‘현물’의 반환을 요구하고 있는데, 반환요구의 대상은 지금(地金), 지은(地銀), 서적, 미술품 및 골동품, 선박 등이다. 제2부에서는 ‘확정채권’을 다루었는데, 이에는 일제 통화, 일제 유가증권, 상해불화, 보험금, 은급 기타 미수금, 채신관계 특별규정 등

15) 동아일보(1948. 1. 25), “대일배상청구코저 태평양동지회 결성”, p.2.

16) 동아일보(1948. 11. 28), “대일채권 등 요구, 태평양동지회서 진정”, p.2.

17) 太田 修, 日韓交渉 - 請求權問題の研究(クレイン, 2003), p.33에서 재인용.

18) 이원덕, **한일과거사 처리의 원점: 일본의 전후처리 외교와 한일회담**(서울대학교출판부, 1996), pp.22-23.

이 포함되었다. 제3부에서는 ‘중일전쟁 및 태평양전쟁에 기인하는 인적, 물적 피해’의 배상을 다루고 있는데, 인적 피해, 물적 피해, 8·15 전후의 일본 관리의 부정행위에 대한 피해가 그 내용을 이루었다. 조서는 인적 피해와 관련하여 “본 요구는 일본정부의 관계법규와 각종 사업장의 諸급여규정에 의한 諸미수취금과 동원에 의해 받은 당사자 및 그 가족의 피해에 대한 배상을 요구하였다”고 적고 있다.<sup>19)</sup> 제4부는 ‘일본정부의 저가수탈에 대한 피해’로서 주로 강제공출에 의한 손해배상이 제기되었다. 대일배상요구조서를 통해 한국 정부가 일본측에 요구한 배상총액(제1부의 현물 반환 요구를 제외한)은 31,400,975,303엔으로서 이 중 제3부 인적 피해에 대한 요구액은 565,125,241엔이었다.<sup>20)</sup> 대일배상요구조서는 한국이 일본과의 관계에서 승전국의 지위를 확보할 것을 전제로 하여 작성되었기 때문에 그 내용은 전쟁배상의 성격을 강하게 띠었다.<sup>21)</sup>

이상의 사실에서 해방 이후, 특히 대한민국 정부 수립 직후부터 일본 측에 대한 배상요구에 대한 본격적으로 제기되었으며, 이러한 배상요구에는 “중일 전쟁 및 태평양 전쟁”으로 인한 인적 피해, 특히 강제징용으로 인한 피해에 대한 배상이 포함되어 있었다는 것을 알 수 있다. 당시 한국의 민간, 정부 공히 강제징용으로 인한 피해에 대한 배상요구를 일본에 대해 제기할 의사를 가지고 있었으며, 아래에서 보는 바와 같이 1951년 10월부터 시작된 한일협상 과정에서 실제로 강제징용자의 청구권에 기초한 주장들을 제기하기에 이른다.

### (3) 협상과정에서의 강제징용피해자의 청구권 문제

#### (a) 협상의 개시

1945년 8월의 종전 이후 우여곡절 끝에 대일평화조약이 1951년 9월 8일 샌프란시스코에서 서명·채택되었다. 샌프란시스코에는 중국, 한국이 초대되지 않았고, 회의에 참석했던 공산진영 측, 즉 소련, 폴란드, 체코슬로바키아는 미국 측이 주도적으로 마련한 조약안에 서명을 거부하였다. 이 조약은 48개 서명국의 국내절차를 거쳐 다음 해 4월 28일 발효하였다.

비록 한국은 이 조약의 당사국은 아니었지만, 조약 제21조는 이 조약 중 제2조, 제4조, 제9조 및 제12조가 한국에 적용된다고 규정하였다.<sup>22)</sup> 미국이 주도적으로 구

19) 대일배상요구조서, pp.519-523. 이원덕, 전게서(각주 18), p.24에서 재인용.

20) 대일배상요구조서, pp.519-523. 이원덕, 전게서(각주 18) p.25에서 재인용.

21) 이원덕, 전게서(각주 18), p.51.

상한 동아시아의 새로운 국제질서의 틀은 대일평화조약을 통해 큰 그림이 그려졌고, 한일 간의 국교정상화를 통해 이 그림의 세부를 채워 넣을 차례였다. 이러한 배경 하에서 대일평화조약이 서명된 지 약 한 달 반 뒤인 1951년 10월 20일 동경의 연합국 최고사령부 회의실에서 한일 간 제1차 회담의 예비회담(일본에서는 1951년 10월 20일부터 12월 22일까지 열린 이 회담을 제1차 회담과는 별도로 ‘예비회담’이라고 부른다.)이 열렸다.<sup>23)</sup> 이 시점부터 1965년 6월 22일 한일기본조약 및 기타 협정의 서명에 이르기까지 14년에 걸친 한일회담의 대장정이 시작된 것이다.

#### (b) 한일회담에서의 강제징용피해자 청구권의 논의

양국은 재산청구권 문제를 다루기 위해 1952년 2월 16일 재산청구권 위원회의 설치에 합의하였고, 이 위원회에서 논의가 시작된 것은 1952년 2월 20일이었다. 이 위원회 제1차 회의에서 한국측은 “한일간 재산청구권 협정요강”을 제출하였다. 이 요강은 뒷날 한일 간에 “대일청구 8개 요강”으로 지칭되는 목록의 원형을 이룬다는 점에서 중요한 의의를 지니고 있다.<sup>24)</sup> 1949년의 대일배상요구조서와 비교해 볼 때 그 내용상 후퇴가 눈에 띈다.<sup>25)</sup> 이는 1949년 조서를 작성할 때만 하더라도 한국이 승전국으로서 전쟁배상을 요구할 수 있을 것이라고 전제하였는데, 1951년 대일평화조약 체결 과정에서 이 전제가 관철될 수 없었기 때문이다. 그리하여 1952년 한국이 제출한 협정요강은 1951년 대일평화조약 제14조에 따른 전쟁배상이 아니라, 제4조에 따른 식민통치종료에 따른 재산관계의 정리에 중점을 두고 작성되었던 것이다.<sup>26)</sup>

요시다 정권의 역(逆)청구권 주장, 1953년 10월의 구보타 발언 등으로 난항을 거듭하던 한일회담은 1957년 12월 31일 양측의 공동성명을 통해 재개가 결정되었다. 이후 청구권 위원회를 통해 8개 항목에 대한 논의가 열띠히 전개되었다. 8개 항목

22) 대일평화조약 제21조.

23) 이원덕, 전게서(각주 18), pp.43-45.

24) 양국 간 협상 과정에서 자주 논의되었던 이 목록은 한일청구권에 관한 합의의사록 제2조 g항(“완전히 그리고 최종적으로 해결된 것으로 되는 양국 및 그 국민의 재산, 권리 및 이익과 양국 및 그 국민 간의 청구권에 관한 문제에는 한·일 회담에서 한국측으로부터 제출된 한국의 대일청구요강(소위 8개 항목)의 범위에 속하는 모든 청구가 포함되어 있고, 따라서 동 대일 청구 요강에 관하여는 어떠한 주장도 할 수 없게 됨을 확인하였다”)에서 명시적으로 언급되었다.

25) 太田, 전게서(각주 17), p.89.

26) 이원덕, 전게서(각주 18), pp.51-52.

중 강제징용배상청구권은 제5항에 속해 있었다. 제5항은 “한국법인 또는 자연인의 일본국 및 일본국민에 대한 일본국채, 공채, 일본은행권, 피징용 한국인의 미수금 및 기타 청구권을 변제할 것”(밑줄 첨가)이라고 규정하였다. 이 문제와 관련하여 한국측은 1961년 5월 처음으로 강제징용으로 피해를 입은 개인에 대한 보상을 청구권이라는 형태로 일본측에 요구하였다.<sup>27)</sup>

대한민국 외무부 정무국이 작성한 “제5차 한일회담 예비회담 회의록(일반청구권, 선박, 문화재)”의 관련 부분을 보도록 한다. 한국은 다음과 같이 주장하였다.

한국측으로서는 생존자, 부상자, 사망자, 행방불명자 그리고 군인 군속을 포함한 피징용자 전반에 대하여 보상을 요구하는 것이다.<sup>28)</sup>

일본측은 한국측이 개인의 피해에 대한 보상을 거론하는 것에 강력히 반발하면서, 한국측에 철저한 근거의 제시를 요구하면서 이른바 증거논쟁으로 논의의 틀을 바꾸려고 노력하였다.<sup>29)</sup> 다만, 일본측도 개인의 피해에 대한 보상이 법적으로 근거가 없다고 본 것은 아니고, 명확한 증거가 있는 경우 피해자 개인에게 직접 지불하는 것이 타당할 것이라고 보았다. 이에 대해 한국측은 한국인의 피해에 대한 보상은 우선 한국이라는 국가의 명의로 요구하는 것이고 일본이 지급할 보상금의 배분 및 전달은 추후 한국 내의 절차에 따라 이루어져야 한다고 주장하였다. 관련 문제에 대한 양국 간 의견교환을 인용하도록 한다.

일본: 한국측이 생각하고 있는 보상은 피해자 개인에 대해서 일본이 직접 지불하는 것은 어떤가.

한국: 우리들은 국가로서 청구하고 있다. 개인에 대해서는 한국 국내에서 처리하겠다.

일본: 한국인 피해자에 대해서도 가능한 한 조치를 하려고 생각하지만, 한국측에서 피해자의 구체적 조사를 할 용의가 있는가.

한국: 물론 조사를 생각하고 있다. 그러나 피해자에 대해서 보상금을 지불하는 것은 일본으로부터 보상금을 받은 후에 한국 안에서 처리할 수 있는 문제이다.<sup>30)</sup>

(밑줄 추가)

27) Ibid., p.127.

28) Ibid., p.128.

29) Ibid., p.128.

30) Ibid., p.130.

위의 인용에서 명확히 드러나는 것은 강제징용피해자를 비롯한 한국인 개인의 보상청구권 문제가 양국 간 회담에서 구체적인 방식으로 논의되었다는 사실이다. 이 점은 제6차 회담 제7회 회의(1961. 12. 15) 시 한국측이 생존자 1인당 200불, 사망자 1인당 1,650불, 부상자 1인당 2,000불을 기준으로 총액 364,000,000불을 일본에 요구한 데서도 명백히 드러난다.<sup>31)</sup> 제6차 회담(1961년 10월 20일부터 개시)을 준비하는 과정에서 한국 정부가 작성한 <재산청구권관계종합자료집>이라는 문건에 한국측의 구상이 잘 드러나 있다. 1961년 10월, 즉 제6차 회담 개시 직전에 작성된 이 문건은 8개 항목 제5항 (4) “피징용자에 대한 보상금청구조서”라는 부분에서 다음과 같이 기술하고 있다.<sup>32)</sup>

보상청구금액

	노무자	군인·군속	합계	일인당보상금	보상금청구액
생존자	648,081	282,000	930,081	\$200	\$186,016,000
사망자 및 부상자	19,063	83,000	102,603	\$2,000	\$205,206,000
합계	667,684	365,000	1,032,684		\$371,222,200

재산청구권관계종합자료집 상의 금액과 제6차 회담 제7차 회의에서 한국측이 제시한 금액 간의 차이는 사망자 1인당 보상금을 전자는 2,000불로 잡은 데 비해 후자에서는 1,650불로 산정했다는 데 있다.

한국 정부는 이미 제5차 회담 시 8개 항목 제5항의 내역을 정리하면서 “전쟁으로 인한 인적 피해”와 관련하여 사망자, 부상자, 일반노무자별로 보상기준액을 정하였다. 이 기준은 일본과의 교섭방침을 정식으로 정한 것은 아니고, 단지 회담대표들을 위한 참고자료에 불과하였다.<sup>33)</sup> 그러나 당시 한국측에서 강제징용피해자를 포함한 한국인 개인의 피해에 대한 배상을 청구권협상의 대상에 포함시키고 있었다는

31) 장박진, “한일회담 청구권 교섭에서의 세부 항목 변천의 실증분석: 대일 8항목 요구 제5항의 해부”, **정신문화연구**, Vol. 34, No. 1 (2011), pp.109-110; 太田, 전게서(각주 17), p.187.

32) **한·일회담 청구권 관련문서**, 제24권(2005), p.104.

33) 장박진, 전게논문(각주 31), p.101 n. 39.

사실을 보여준다는 점에서 그 의의가 적지 않다. 제5차 회담을 위해 작성된 문건을 보면, 지불대상자는 약 10만명으로 산정되어 있고, 전몰자 1인당 5만 엔, 가족부양료 1인당 10만 엔, 부상자 1인당 10만엔으로 책정되었다.<sup>34)</sup>

한국측이 1인당 보상액수를 구체적으로 제시하면서 청구를 제시하자, 일본은 당시 한국인의 법적 지위가 일본인이었기 때문에 일본인에게 지불할 수 없는 보상금은 지불할 수 없다는 논리로 대응하였다.<sup>35)</sup> 그 후 이 문제는 양측 간에 첨예한 의견 대립의 대상이 되었다. 특히 군인, 군속 및 노무자의 수의 규명이 논의의 초점이 되어 이 문제만을 검토하기 위해 ‘피징용자 등에 관한 전문위원회’가 설치되어 1962년 2월 13일부터 27일까지 모두 4차례의 토의를 행하였다.<sup>36)</sup>

### (c) 한국측의 일괄보상협정방식의 주장

위의 협상과정에서 또 하나 분명히 드러나는 점은 또한 한국측은 개인의 청구권에 대한 보상금을 포함한 금액을 일본으로부터 일괄적으로 수령한 후 이를 피해자 개인에게 지불하는 방식, 즉 일괄타결방식 또는 일괄보상협정방식을 염두에 두고 있었다는 사실이다. 한국의 이러한 입장은 협상의 전과정을 통해 견지되었던 것으로 보인다. 예를 들어 1965년 4월 17일 한국측 이규성 수석대표가 외무부장관에게 보낸 전문에는 이규성 공사가 일본 외무성 조약국 사토 참사관(“청구권 및 경제협력 문제 가운데서 소위 청구권에 관한 부분을 주관하기로 되어 있음”)<sup>37)</sup>을 면담한 내용이 보고되어 있다. 이 면담에서 이 공사는 다음과 같은 의견을 피력하였다.

아측으로서는 이·시이나 합의사항에 의하여 일단 개인관계청구권이 소멸되었  
다는 것이 확인되었고 따라서 앞으로의 문제는 그것을 양국이 각각 국내적으로  
어떻게 소화시킬 것인가가 남는 것으로 생각한다.<sup>38)</sup> (밑줄 추가)

1965년 4월 20일 동경의 일본 외무성 회의실에서 개최되었던 제7차 한일회담 청구권 및 경제협력위원회 제1차 회의에서 이규성 수석대표는 동일한 견해를 제시하였다. 당시 회의록에 의하면 이 대표는 다음과 같이 발언하였다.

<sup>34)</sup> Ibid., p.101.

<sup>35)</sup> 太田, 전제서(각주 17), pp.187-188.

<sup>36)</sup> Ibid., p.188.

<sup>37)</sup> 한·일회담청구권관련문서, 제58권(2005), p.14.

<sup>38)</sup> Ibid.

그간의 여러 가지 회합에서 받은 인상으로는 일본측이 특히 청구권 소멸에 관한 소위 원칙 문제에 있어서는 여러 가지 골치 아픈 점이 많다는 생각인 것으로 알고 있는데 우리 측으로서는 이·시이나 합의사항 제5항에 규정되어 있는 대로 완전히 그리고 최종적으로 모든 청구권이 해결되었다고 해석할 수 있으므로 이 문제에 관하여는 앞으로 양국이 각각 국내적으로 여하히 소화하여 처리할 것인가 하는 문제만이 남아 있는 것이 따라서 별반 문제가 없지 않은가 생각하고 있다.<sup>39)</sup>

(밑줄 추가)

일본의 경우 자국의 헌법 제29조와 관련하여 자국민의 한국 및 한국인에 대한 청구권을 일괄타결방식으로 소멸시키는 데 대해 신중한 입장을 취하였다. 일본측은 사실관계에 기초하여 일본의 원호법을 원용하여 개인별로 지급한다는 견해를 주장하였다. 이는 개인권리의 국가에 의한 소멸 문제에 대한 원칙적 입장에 더하여, 한국측의 청구권금액을 최대한 감액하여 문제를 미루고자 하는 협상 전략의 반영이기도 하였다.<sup>40)</sup> 이에 비해 한국은 개인의 청구권을 포함하여 일괄적으로 청구권자금을 일본으로부터 수령하고, 이 자금 중에서 얼마를 또한 어떠한 방식으로 개인에게 지급하는지는 한국 국내의 문제라는 전통국제법적인 견해를 유지하였던 것이다.

#### (d) 일본제공자금의 명목을 둘러싼 논쟁

1965년 청구권협정의 물적 대상에 강제징용피해자를 비롯한 개인의 청구권 문제가 포함되는지와 관련하여 한일 간에 전개된 협정의 명목 또는 명분을 둘러싼 치열한 논쟁을 살펴볼 필요가 있다. 요약하자면 일본측에서는 청구권의 해결이라는 명목 대신에 한일 간의 경제협력이라는 명분으로 금액을 제공한다는 것이었던 데 반해, 한국측에서는 청구권 문제의 해결을 위해 금전이 지급된다는 사실이 반드시 부각되어야 한다는 입장이었다. 일본이 경제협력방식을 처음으로 공식 제안한 것은 1962년 8월 21일 한일 양측 간부 2명이 참석하는 정치회담의 예비절충중에서였다.

일본의 논리는 “청구권의 해결이라는 입장으로 일관하는 이상, 일본측이 지불을 인정할 수 있는 것은 아무리 많아도 수천만 달러[추후 협상과정에서 7천만 달러가 제시됨 - 필자 주] 정도뿐이라는 제약이 있기 때문에, 이 제약을 넘어서 조금이라고 한국측의 요구에 접근하기 위해서는 이 방식[경제협력방식 - 필자 주]에 의한 길밖에 없기 때문”이라는 것이었다.<sup>41)</sup> 일본으로서는 “청구권의 해결을 떠나 한국

39) 제7차 한일회담 청구권 및 경제협력위원회 제1차 회의록, Ibid., p.24.

40) 太田, 전계서(각주 17), p.170.

의 독립을 축하하면서, 한국에 있어서의 민생안정과 경제발전에 기여하기 위한 무상 내지 유상의 경제원조를 하는 형식이라면 상당한 금액을 공여하는 것에 대하여 일본국민의 납득을 얻을 수 있다는 것”이었다.<sup>42)</sup> 그러면서 일본측은 “만약 한국이 청구권을 일한 양국 장래의 우호친선 관계 수립의 대국적인 견지에서 포기한다면, 아니 청구권의 주장을 하지 않는 입장에 선다면, 청구권의 내용으로 내놓는 것 이상의 금액을 낼 수 있다”고 한국측의 명분상의 양보를 촉구하였다.<sup>43)</sup>

결국 일본측은 청구권 문제의 총체적이며 종국적인 해결은 희망하였지만, “한국의 독립을 축하하면서 그 경제발전에 기여하기 위한 경제원조의 제공”이라는 ‘과거 책임회피적’이며 ‘긍정적’ 명목의 기치 하에 ‘청구권 문제의 해결’이라는 ‘문책(問責)적’이며 ‘부정적’ 명목을 녹여 없애고자 했던 것이다.

일본측의 이러한 ‘권유’에 대해 한국측은 강하게 반발하였다. 일본측의 제안이 있고 나서 사흘 후에 열린 제2차 회합에서 배의환 대사는 청구권 문제에 대한 한국의 기본입장을 담은 문건을 문서의 형태로 일본에 전달하였다. 이 문서에는 다음과 같은 내용이 담겨져 있었다.

한국의 대일 청구권 해결은 한일 양국간에 존재하는 청구권을 청산하는 의미 이외에도 또 하나의 큰 의의가 있다. 그것은 한국인의 마음에 있어서는 이 청구권의 변제가 한일간의 불행한 과거를 청산하는 것의 상징이라는 점이다. 한국측이 과거 10여 년간에 걸친 한일회담에서 청구권의 해결을 중요시하여 왔고, 한국 국민이 이에 크게 관심을 가지고 있는 이유가 여기에 있다. 따라서, 한국의 대일 청구권은 그 본질로 보나 또 그 연유로 보나 청구권의 명목으로 해결되지 않으면 안된다.<sup>44)</sup>

한국측에서 볼 때 청구권 문제는 단지 ‘돈의 문제’가 아니라 ‘한일 간의 불행한 과거의 청산’이라는 결코 양보할 수 없는 명분에 관련된 것임을 분명히 한 것이다.

41) 제6차 한일회담 제2차 정치회담 예비절충 회의록, pp.28-29. 이원덕, 전계서(각주 18), p.163에서 재인용.

42) 제6차 한일회담 제2차 정치회담 예비절충 회의록, pp.28-29. 이원덕, 전계서(각주 18), pp.162-163에서 재인용.

43) 제6차 한일회담 제2차 정치회담 예비절충 회의록, pp.28-29. 이원덕, 전계서(각주 18), p.163에서 재인용.

44) 제6차 한일회담 제2차 정치회담 예비절충 회의록, pp.52-28. 이원덕, 전계서(각주 18), p.165에서 재인용.

이 점은 제2차 김·오히라 회담 나흘 전인 1962년 11월 8일 당시 박정희 국가 재건최고회의 의장이 김종필 중앙정보부장에게 보낸 긴급훈령에서도 드러난다. 이 긴급훈령에서 박 의장은 다음과 같이 지시하였다.

첫째, 청구권 명목을 독립 축하금 또는 경제협력으로 하는 것은 도저히 받아들일 수 없고, 어디까지나 우리 국민이 청구권에 대한 변제 또는 배상으로서 지불 받는다는 것을 납득할 수 있는 표현이어야 한다.<sup>45)</sup>

당시 한국정부의 입장에서는 한국민의 손해와 고통에 대한 배상이 아니라 전적으로 경제적 협력의 명목으로 문제를 해결하는 경우 “굴욕외교”, “구걸외교”라는 비판을 면하기 어려웠다. 따라서 한국 정부의 입장에서는 배상을 포함한 청구권 문제의 해결이라는 형식과 명분은 절대적이었다.<sup>46)</sup>

결국 이 문제는 ‘청구권 문제의 해결 및 경제협력’이라는 절충적인 방식으로 봉합되었음은 주지의 사실이다.<sup>47)</sup> 1965년 협정에 기초한 자금제공의 명목은 일본에 있어서도 매우 중요한 문제였다. 이 사실은 한일협정 서명을 한 달 조금 넘게 앞둔 시점인 1965년 5월 14일 동경 일본 외무성에서 개최된 청구권 및 경제협력위원회

45) 대일절충에 대한 박의장의 김부장에게 훈령(1962. 11. 8)[한국정부 미간행 비밀외교 문서]. 이원덕, 전게서(각주 18), p.172에서 재인용.

46) 永野 慎一郎·近藤 正臣, 日本の戦後賠償(勁草書房, 1999), p.28.

47) 지급된 금액 여된 차관의 성격 면에서는 1954년 11월 5일 체결된 일본-버마 간 평화 조약(Treaty of Peace between Japan and the Union of Burma)이 유사하게 ‘배상금 및 경제협력’의 이중적 성격을 띠고 있다. 조약 제5조 제1항은 일본이 지급할 배상의 명목과 내역을 “(a) 배상금(reparations) 명목으로 10년에 걸쳐 총 2억 달러를 용역과 생산물 형태로 지급하고, (b) 경제협력(economic cooperation) 명목으로 10년에 걸쳐 총 5천만 달러를 장기차관 형태로 제공”하는 것으로 규정하였다. 무상자금과 장기차관의 결합이란 측면에서 1965년 청구권협정 제1조와 유사한데, 다만 청구권협정의 경우에는 무상자금과 장기차관의 명목을 적시하지는 않았음을 기억해야 할 것이다.

인도네시아의 경우에는 223,080,000 달러의 배상(reparations)을 일본이 지급하는 외에 (Reparations Agreement between Japan and the Republic of Indonesia (1958년 1월 20일 체결, 1958년 4월 15일 발효) 제1조) 4억 달러의 상업차관을 공여하였다. (Exchange of Notes between the Government of Japan and the Government of the Republic of Indonesia concerning Commercial Loans and Investments, 1958년 1월 20일 체결, 1958년 4월 15일 발효).

필리핀의 경우에도 5억 5천만 달러의 순배상액에 더하여 민간 베이스의 장기대부 등의 형식으로 2억 5천만 달러가 공여되었음. 베트남에 대해서는 1959년 배상 명목으로 3,900만 달러, 1,660만 달러의 차관(정부차관 750만 달러, 경제개발차관 910만 달러)을 공여하였다(자세한 정보는 永野·近藤, 전게서(각주 46)의 관련 부분 참조).

제6차 회의에서 니시야마 일본측 대표가 행한 다음과 같은 발언에서도 드러난다.

전반적으로 보아 어떤 점에 관하여는 서로 오해가 있는 것 같은 점도 느끼지만 전반에 걸친 양측의 기본적인 사고 방식은 평행선을 긋고 있는 것 같아서 이것은 상당히 걱정되는 문제라고 생각한다. 청구권 및 경제협력 문제에 있어서 청구권에 관한 소위 원칙적인 부분과 경제협력에 관한 부분을 어떻게 안분해 조화를 시킬 것인가 생각할 때 우리측으로서는 결국 청구권 및 경제협력에 관한 협정이라는 형식으로 될 것으로 생각은 하지만 한국에 대한 우리측의 제공은 어디까지나 배상과 같이 의무적으로 주는 것이 아니라 그것보다는 경제협력이라는 기본적인 사고를 가지고 있다. 한국측은 위와 같은 우리측 생각과는 다른 생각을 가지고 있는 것 같은데 그렇다면 사상에 근본적인 차이가 큰데 그러한 차이를 어떻게 좁힘으로서(sic) 협정으로 이끌 것인가 이를 위하여는 양측의 지대한 노력이 필요할 것으로 생각한다.<sup>48)</sup> (밑줄 추가)

청구권자금의 명분에 대해서는 한일협상 막바지 단계까지 양측 간의 신경전이 계속되었다. 예를 들어 1965년 청구권협정의 제목과 관련하여 1965년 6월 2일의 제1차 과장급전문가회의에서 일본측은 “무상의 경제협력의 실시에 관한 협정”으로 하면 어떨지 제안했지만, 한국측은 “청구권해결 및 경제협력”협정으로 해야 한다고 하면서 양보하지 않았다.<sup>49)</sup>

청구권협정 체결 이후에도 한일 양측 간에는 자금의 명목을 둘러싸고 근본적인 인식차가 유지되었다. 일본정부는 <일한조약과 국내법의 해설>이라는 해설책자에서 “[청구권협정] 1항에 규정된 5억 달러의 자금협력은 한국측이 말하는 것과 같은 한국의 대일청구에 대한 채무지불의 성격을 가진 것이 아님은 말할 필요도 없으며, 협정의 전문에 명시된 대로 어디까지나 경제협력으로서 행하여진 것뿐이다. 이와 같은 공여와 병행해서 재산 및 청구권에 대한 문제에 관하여는 완전하고 최종적으로 해결된 것으로서 양국 간에 어떠한 문제도 존재하지 않게 되었다는 것임을 확인하는 것이 제2항의 취지이다”고 하고 있다.<sup>50)</sup> 즉 청구권협정의 결과로 양국 간 청구권 문제가 완전하고 최종적으로 해결된 것은 틀림없지만, 이 결과와 5억불에 달하는 자금 공여 간에는 “어떠한 법률상의 인과관계도 없다”는 설명을 제시하고 있는 것이다.

48) 청구권 및 경제협력위원회 제6차 회의회의록, **한·일회담청구권관련문서**, 제58권(2005), p.161.

49) 太田, 전계서(각주 17), p.248.

50) 谷田正躬 외, **日韓條約と國內法の解説**(大藏省印刷局, 1966), p.63.

협정 체결 후 한국측이 청구권 문제와 자금공여 간에 인과관계를 강조한 것은 예상하기 어렵지 않은 일이었다. 청구권협정의 비준 문제를 다룬 국회에서 장기영 당시 경제기획원 장관은 다음과 같이 발언하였다.

샌프란시스코 평화조약 제21조에 의해 대한민국은 동 조약 제4조에 의한 배상 이외에는 받을 수 없도록 되어 있다. 그러나 청구권 협정의 전문에 명시되어 있는 바와 같이 청구권 문제의 해결을 주로 하고 경제협력을 부수적인 결과로서 가미하게 된 것이다. 정부는 소위 청구권의 경우, 그 근거와 증거물을 제시하여 심의하는 것보다는 일괄하여 받는 것이 유리하다고 생각한다. 따라서 청구권 협정 제1조에 있는 무상 3억 달러는 청구권이 아니라 더 나아가서 실질적으로 배상적인 성격의 것이라고 생각된다. 그런 의미에서 이는 경제협력이 아닌 청구권이 주가 되어 있으며 실질적으로는 배상이라는 견해를 가지고 있다.<sup>51)</sup> (밑줄 추가)

## 5. 논의의 정리

이상의 논의를 요약하도록 한다. 한국은 1951년 9월 8일 체결된 샌프란시스코 평화조약의 당사국이 되지 못하였다. 그 때문에 한일 간의 전후처리는 이 조약 제14조에 규정한 전쟁배상(war reparation)의 범주가 아니라, 제4조가 예정한 식민 독립에 따른 재산관계의 정리, 즉 국제법상의 용어로는 국가승계(state succession)의 문제로 범주화되었다. 한국측은 1949년 대일배상요구조서를 작성할 때만 해도 승전국의 입장에서 전쟁배상을 요구하는 전제 위에서 있었다. 그러나 1951년 10월 이후 진행된 협상에서는 샌프란시스코평화조약 제4조를 출발점으로 삼았다. 그리하여 1952년 2월 한국이 일본에 제시한 “한일간 재산청구권 협정요강”은 대일배상요구조서보다 상당히 축소된 요구를 담고 있었다.

그럼에도 불구하고 기억해야 할 점은 한국측은 1952년 2월 일본측에 처음으로 8개 항목을 요구한 이래 일관되게 강제징용피해자의 미수금 및 보상금을 요구하였다는 사실이다. 특히 1961년 제6차 회담 제7차회의부터는 생존자, 사망자, 부상자 1인당 보상금액을 구체적으로 정한 기초 위에서 강제징용피해자의 미수금과 별도로 총액 364,000,000불을 요구하였다. 일본측은 자금제공의 명분을 ‘독립축하금’ 또는 ‘경제협력자금’으로 호도하려고 하였다. 이에 대해 한국측은 청구권 문제의 해결이 한일 양국간 ‘불행한 과거’의 청산이라는 상징적 의미를 내세우면서 일본의

51) 이원덕, 전게서(각주 18), p.289에서 재인용.

제안에 강력히 반발하였다. 결국 1965년 협정의 제목에도 반영되어 있듯이 일본의 자금제공의 명목은 ‘재산 및 청구권의 문제의 해결 및 경제협력’으로 절충되었다.

교섭기록으로부터 드러나는 사정, 즉 한국측이 1965년 협정 체결과정에서 즐기 차게 강제징용피해자의 미수금과 보상금을 요구하였다는 사실이 이 협정의 해석과 관련하여 어떠한 의미를 갖는지는 대법원 판결을 분석하는 부분에서 제시하도록 한다.

## 6. 판결에 대한 종합적 평가

### (1) 서언

위에서는 1965년 협정이 개인의 청구권을 물적 대상으로 하고 있었는지에 관하여 조약 해석의 통상적 기법을 활용하여 살펴보았다. 그 과정에서 조약의 목적과 그 문면의 통상적인 의미에 따른 해석을 시도하였고, 조약의 문맥을 형성하는 체결 후 실행도 고찰하였으며, 협정 체결 당시의 교섭기록에 대해서도 상세한 검토를 행하였다. 지금까지의 분석을 기초로 대법원 판결의 개별 쟁점에 대해 평가해 보도록 한다.

### (2) 샌프란시스코 조약과 청구권협정의 관계

대법원은 샌프란시스코 조약 제4조와 청구권협정의 관계에 대한 의견을 피력하면서 국제공법 관련 부분의 판결을 시작하고 있다. 대법원은 “청구권협정은 일본의 식민지배 배상을 청구하기 위한 협상이 아니라 샌프란시스코 조약 제4조에 근거하여 한일 양국 간의 재정적·민사적 채권·채무관계를 정치적 합의에 의하여 해결하기 위한 것”이라고 전제하고 있다. 기실 이러한 견해는 우리 사회에서 널리 유포되어 있다.

한국정부는 한일회담백서에서 “청구권문제와 관련하여 일제의 36년간 식민지적 통치의 대가로서 논의하는 일부의 의견은 이와 같은 한일간의 청구권문제에는 배상청구를 포함시킬 수 없다는 근본적 입장을 인식하지 못한 데서 일어나는 개념의 혼동”이라고 지적하였다.<sup>52)</sup> 1965년협정에 대한 공식해설책자 역시 “우리측의 청구권은 민사상의 청구권적인 성격의 것이며 전시 중 피해를 입은 데 대하여 전승국이 전패국에 요구하는 배상과는 다른 성격의 것”이라고 하였다.<sup>53)</sup> 1976년 한국정부가

<sup>52)</sup> 대한민국정부, **한일회담백서**(1965), p.41.

<sup>53)</sup> 대한민국정부, 전게서(각주 11), p.74.

발간한 <청구권자금백서>에서 역시 “대일배상금의 청구문제는 한일회담 초기부터 논의의 대상에서 제외되고 오로지 한·일 간에는 평화조약에서 명시된 바에 의하여 영토분리에서 오는 재정적, 민사적 채권채무만이 남아 있었던 것이다”라고 적고 있다.<sup>54)</sup> 학계 일각에서도 이러한 견해를 지지하고 있다.<sup>55)</sup>

대법원의 판지 전개에 기초를 형성한다고 할 수 있는 위 견해에는 여러 난점이 있다. 첫째, 한국은 샌프란시스코 평화조약의 당사국이 아니었고 따라서 조약의 상대효 원칙(*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*)에 따라 1951년 평화조약에 구속되지 않았다. 한국이 당사국이 아니었던 1951년 조약과 1965년 협정 간에 상위법(*lex superior*)과 하위법(*lex inferior*)의 관계를 설정할 수는 없는 것이다. 1951년 조약은 법적 차원에서 구속력을 발휘한 것이 아니라, 단지 정치적 차원에서 평화조약 제4조에서 예정한 특별협정(*special arrangements*) 체결을 촉구하는 의미를 지닌다고 보는 것이 타당할 것이다.<sup>56)</sup>

한국이 승전국으로 인정받지 못했다고 하여 1965년 협정의 물적 대상을 평화조약 제4조의 범위로 국한시켜야 할 법적 의무는 발생하지 않았다. 이러한 사실은 평화조약 제2조(a)를 상기에 보면 쉽게 이해될 수 있을 것이다. 이 조항은 일본에 의한 한국병합의 합법성을 전제로 하고 있는데, 1965년 한일기본관계조약 체결과정에서는 이른바 ‘구(舊)조약’의 효력 문제, 즉 일본의 한국병합의 불법성 여부에 대한 양국이 치열한 논쟁을 전개하였다. 평화조약 제2(a)가 한국을 법적으로 구속한다면 발생할 수 없는 문제였다.

둘째, 위에서 본 바와 같이 한국은 협상과정에서 일본의 불법행위로 인한 손해 배상청구권, 특히 강제징용피해자의 청구권을 강력하게 주장하였다. 한국 입장에서는 이 협정이 ‘불행한 과거의 청산’이라는 상징적 의미가 매우 컸고, 한국인의 피해에 대한 보상의 포함은 협정수용의 절대적 조건이었다. 뿐만 아니라 협정 체결 후에도 각종 실행을 통하여 강제징용피해자를 비롯한 개인의 피해에 대한 청구권이 이 협정에 의해 해결되었음을 확인하였다. 이 문제의 최종적 해결 없이 “한·일 양국 간에 과거에 존재하였던 불행한 관계에 종지부를 찍고 새로운 관계를 수립”<sup>57)</sup>하는

54) 경제기획원, **청구권자금백서**(1976), p.10.

55) 김명기, **정신대와 국제법**(법지사, 1993), pp.72-75; 정일영, “한일회담의 계쟁점”, 대한민국정부, **한일회담 백서**(1965), p.254.

56) 同旨, 정인섭, **전계논문**(각주 13), p.515.

57) 대한민국정부, **전계서**(각주 11), p.1. 이 표현은 원래 기본관계조약에 대해 사용된 것이다.

것은 불가능하였다. 최소한 한국의 입장에서 볼 때 1965년 협정은 단지 ‘재정적, 민사적 채권채무’ 문제만이 아니라, 개인에 대한 보상적 성격을 갖는 권리도 규율·해결하고 있는 것이다.<sup>58)</sup>

셋째, 협정 제2조 제1항의 표현을 보더라도 샌프란시스코 “평화조약 제4조(a)에 규정된 것을 포함하여” 재산 및 청구권에 관한 문제가 해결되었다. 만약 1965년 청구권협정의 물적 대상을 평화조약 제4조(a)에 규정된 것에 국한해야 할 법적 의무가 있다면, “평화조약 제4조(a)에 규정된” 문제가 해결되었다고 하면 되었을 것이다.

2005년 민관공동위원회의 정리의견은 “한일청구권협정은 기본적으로 일본의 식민 지배 배상을 청구하기 위한 것이 아니었고, 샌프란시스코 조약 제4조에 근거하여 한일양국간 재정적·민사적 채권·채무관계를 해결하기 위한 것”이었다고 보았다.<sup>59)</sup> 민관공동위원회는 “기본적으로”라는 표현을 통해 예외도 있을 수 있음을 시사한 후, 협정 체결 시 한국 정부가 한국민이 “고통받은 역사적 피해사실”에 대해 보상 요구를 하였고 이러한 요구가 무상자금산정에 반영되었다고 보았다(이 부분에 대해서는 아래에서 상술).<sup>60)</sup> 민관공동위원회는 청구권협정이 평화조약 제4조(a)의 범위를 넘어 개인피해에 대한 보상을 규율하고 있다고 판단한 것이다.

평화조약 제4조(a)의 법적 함의에 대한 대법원의 견해는 기존에 한국에 유포되어 있는 해석을 채택하고 있는 것으로 보인다. 이 해석은 1951년 평화조약과 1965년 청구권협정 간의 법적 관계에 대해 위에서 지적한 문제점을 내포하고 있다. 대법원 판결의 출발점을 형성하는 문제와 관련해 좀 더 엄밀한 분석이 요망되는 해석이 제시되고 있으며, 이는 뒤따르는 판지에도 적잖은 영향을 끼치고 있다.

### (3) 일본이 제공한 자금과 청구권문제 해결 간의 법적 대가관계 존부

대법원은 대일평화조약과 청구권협정 간의 관계에 대해 판단한 후, 다음과 같은 문제점을 지적하고 있다.

청구권협정 제1조에 의해 일본 정부가 대한민국에 지급한 경제협력자금은 제2조에 의한 권리문제의 해결과 법적 대가관계가 있다고 보이지 않은 점

58) 정인섭, 전계논문(각주 13), pp.515-517.

59) 국무조정실, 보도자료: 한일회담 문서공개 후속대책 관련 민관공동위원회 개최(2005. 8. 26), p.1.

60) Ibid., p.2.

이 부분과 관련해 다음의 사항을 지적할 수 있을 것이다. 첫째, 일본 정부가 청구권협정 제1조에 의해 대한민국에 지급한 자금을 ‘경제협력자금’으로 규정하는 것은 협상과정에서 한국 정부가 일관되게 견지·주장한 입장과 어긋나는 것이다. 위에서 살펴본 바와 같이 일본의 자금제공의 명목을 경제협력으로 규정하기 위해 노력했지만, 한국 정부는 양국 간 과거청산과 관련해 이 협정이 갖는 상징적 의미를 강조하였다. 협정 체결 후 비준국회에서 장기영 경제기획원 장관이 “청구권 협정 제1조에 있는 무상 3억 달러는 청구권이 아니라 더 나아가서 실질적으로 배상적인 성격의 것”이라고 발언했음은 이미 위에서 지적하였다.

협정 제목과도 관련하여 일본이 ‘경제협력협정’이라고 하자고 한 데 대해 우리 측이 강하게 반발하여 ‘재산 및 청구권 문제의 해결 및 경제협력’이라는 형태로 절충되었음도 살펴보았다. 이러한 협상 경위를 상기해 볼 때, 대법원이 협정 제1조에 의해 제공된 자금을 ‘경제협력자금’이라고 부르는 것은 협상 과정에서 우리 정부가 제시한 일관된 주장에서 벗어나 일본의 입장을 추수하는 것일 뿐만 아니라, 문제의 법적 파악에도 영향을 끼칠 우려가 있다.

둘째, 우리 정부의 입장에서 보면 제1조에 규정된 자금과 제2조에 따른 재산 및 청구권 문제의 해결 간에는 당연히 법적 인과관계가 있었다. 2005년 민관공동위원회 정리의견도 한일협상 당시 “고통받은 역사적 피해사실”에 근거한 보상요구가 무상 자금산정에 반영되었고, 무상 3억불은 “개인재산권(보험, 예금 등), ... 강제동원 피해 보상 문제 해결 성격의 자금 등이 포괄적으로 감안되어 있다고 보아야 할 것”이라고 하고 있다.<sup>61)</sup> 이 의견은 무상 3억불과 청구권 문제 간의 법적 인과관계 또는 대가 관계를 상정하고 있는 것이다.

대법원은 협상과정에서 일본이 식민지배의 불법성을 부인한 것을 기초로 법적 대가관계의 존재를 부정하는 것으로 보인다. 그러나 과거 식민지배라는 ‘악연’으로 연결되었던 두 국가가 관계정상화를 하는 과정에서 조약이라는 형식을 통해 3억불이라는 자금이 제공되었고 또한 양국 간 미해결로 남아 있던 재산 및 청구권 문제가 최종적으로 해결되었다면, 특단의 사정이나 규정이 없는 한, 두 사실 간에 법적 대가 관계를 상정하는 것이 자연스러운 해석일 것이다. 더구나 조약의 일방 당사국이 법적 대가관계를 주장하였고 또한 당해 조약의 제목에 “재산 및 청구권 문제의 해결”이 포함되어 있다면 더욱 그러할 것이다.

그럼에도 불구하고 대법원은 이 문제에 대한 한일 양국 정부의 견해 중 일본

61) Ibid., p.2.

정부의 입장에 근접한 결론을 제시하고 있다. 국제관계에서 조약의 해석을 둘러싸고 대내적인 정치적 고려 등의 요인으로 당사국들이 각기 다른 해석을 제시하는 경우는 그리 드물지 않다. 이러한 경우 당해국의 사법부는 특단의 사유가 없는 한, 자국 외교담당부서의 견해에 상당한 비중을 부여하는 것이 일반적 실행 내지는 원칙이라고 할 수 있다(아래에서 상술). 1965년 협정을 통해 제공된 자금의 명목이라는 예민한 문제와 관련하여 대법원이 어떠한 이유에서 한국 정부의 일관된 견해를 채용하지 않고, 상대국의 입장에 가까운 해석을 택하고 있는지는 의문이다.

좀 더 근본적인 문제는 청구권 협정 제1조를 통해 한국에 제공된 자금과 제2조를 통한 청구권 문제 간에 ‘법적 대가관계’가 없다고 하더라도 한일 양국 및 양국민 간의 청구권 문제의 ‘최종적이고 완전한 해결’에는 별다른 문제가 없다는 것이다. 아래에서 상술하겠지만 국제관계에서 일방 당사국이 국제법상의 책임을 인정하지 않는 기초 위에서 일정한 금액을 지급하고(달리 말하면 법적 대가관계의 인정 없이) 타방 당사국과의 분쟁을 해결하는 경우는 자주 찾아볼 수 있다. 즉 법적 대가관계의 유무와 청구권 문제의 최종적이고 완전한 해결은 법논리적으로 절연되어도 무방한 것이다.

#### (4) 일본의 식민지배의 불법성 불인정과 청구권협정의 물적 범위 대법원은 이 문제와 관련하여 다음과 같이 판시하고 있다.

청구권협정의 협상과정에서 일본 정부는 식민지배의 불법성을 인정하지 않은 채, 강제동원피해의 법적 배상을 원칙적으로 부인하였고, 이에 따라 한일 양국의 정부는 일제의 한반도 지배의 성격에 관하여 합의에 이르지 못하였는데, 이러한 상황에서 일본의 국가권력이 관여한 반인도적 불법행위나 식민지배와 직결된 불법행위로 인한 손해배상청구권이 청구권의 적용대상에 포함되었다고 보기에는 어려운 점(밑줄 추가)

이 부분에 대해서는 다음과 같은 점을 지적할 수 있을 것이다. 첫째, 인용문에서 밑줄 친 부분은 논리적인 관점에서 서술 순서를 바꿀 필요가 있을 것으로 보인다. 일본이 식민지배의 불법성을 부정하고 강제동원피해의 법적 배상을 원칙적으로 부인했기 때문에 양국 정부가 일제의 한반도 지배의 성격에 관한 합의에 이르지 못한 것이 아닐 것이다. 양국 정부가 일제의 한반도 지배의 성격에 관한 합의에 못했는데, 일본 정부는 식민지배의 불법성을 인정하지 않았고 이에 따라 (이 전체

위에서는 당시 일본인으로 간주되어야 하는) 한국민에 대한 법적 배상을 원칙적으로 부인했다고 보는 것이 좀더 논리적인 것이다.

둘째, 2005년 민관공동위원회의 의견 역시 한일협상 당시 일본정부가 강제동원의 법적 배상·보상을 인정하지 않았던 사실을 지적하였다. 그럼에도 불구하고 “한국 정부는 … 정치적 차원에서 보상을 요구하였으며, 이러한 요구가 양국간 무상자금 산정에 반영되었다”고 판단하였다.<sup>62)</sup> 이러한 사실은 일본정부가 강제동원피해에 대한 법적 책임을 부정한다고 해서 반드시 그 피해가 청구권협정의 적용대상으로부터 제외되는 것이 아님을 의미한다.

이 문제가 청구권협정의 물적 대상이 되는지 여부는 일본이 식민지배의 불법성 및 강제동원피해에 대한 법적 책임 인정 여부가 아니라, 과연 한일 양국 정부가 재산 및 청구권 문제의 완전하고도 최종적인 해결에 이 문제를 포함시킬 의사가 있었는지에 달린 것이다. 어떠한 문제와 관련하여 일방의 법적 책임 존부에 대해 쌍방의 의사가 합치되지 않는 경우에도 일방이 법적 책임을 인정하지 않는 기초 위에서 금전 등을 지급하고(이른바 *ex gratia* payment) 당해 문제가 해결된 것으로 간주할 수 있다. 이러한 예는 주권국가들이 자신의 위엄(dignity)을 중시하는 국제관계에서는 드물지 않게 발견된다.

한일 간에는 비록 강제징용으로 인한 피해에 대한 법적 책임 인정을 둘러싸고 큰 인식차를 보였지만, 결과적으로 이 문제가 협정의 대상이 되어 해결되었다는 점에는 의사합치를 보이고 있다. 일본측의 법적 책임을 언급하면서 이 문제의 협정 포함을 즐기치게 주장한 한국측에서 보면 이는 당연한 해석이다. 일본의 경우에도 비록 법적 책임은 부인하였지만, 협정 제1조상의 자금의 일괄적인 지급을 통해 이 문제를 포함한 재산 및 청구권에 관한 모든 문제가 완전하고 최종적인 해결에 이르렀다는 점에 합의하였다. 일본이 “한일 간의 제문제의 전면적 해결의 방침” 아래 재산 및 청구권 문제의 완전하고도 최종적인 해결을 목표로 했음은 제11차 수석대표회담에서 일본측이 “일본정부로서는 협정 체결 이후에 청구권에 관련된 법적 문제가 다시 제기되고 또한 재판문제 같은 것이 발생하지 않도록 하기 위하여 문제점을 사전에 명백히 하고 넘어가려는” 것임을 밝힌 데서도 드러난다.<sup>63)</sup>

법적 책임의 존부에 대해 양측 간에 다툼이 있을 때 이 문제에 대한 언급을 회피

<sup>62)</sup> Ibid.

<sup>63)</sup> 제11차 수석대표회담(65. 4. 13. 1000-1145) 결과보고, 한·일회담청구권관련문서, 제59권 (2005), p.308.

하면서 일정한 금액을 지급하고(경우에 따라서는 지급 없이도) 양측 간의 분쟁의 최종적이고도 완전한 해결에 합의하는 것은 국내법상 화해(settlement)에서 쉽게 찾아볼 수 있다. 이 경우 문제된 행위의 위법성 여부에 대한 합의가 없더라도 분쟁의 최종적이고 완전한 해결에 대한 합의는 엄연히 존재하는 것이다.

1965년 청구권협정이 바로 이러한 경우에 해당한다. 1910년 일본에 의한 한국 병합 및 뒤이은 식민지배의 불법성 여부에 대해서는 양국 간에 지리한 논쟁이 계속되고 있음은 주지의 사실이다. 1965년 당시에도 이 문제에 대해 합의를 이루지 못해 한일기본조약 제2조의 “의도적 애매모호성”(intentional ambiguity)을 통해 이 문제가 절충·봉합되었음도 잘 알려져 있다. 1965년 기본관계조약이 해결하지 못한 문제를 1965년 청구권협정이 해결할 수 없었음은 당연할 것이다. 그런 이유로 한일 양측은 1965년 청구권협정에서 식민지배의 불법성에 대해 서로 다른 견해를 보유하면서도 양국 간 현안의 전면적이고 최종적인 해결을 위해 한국민이 일본국 및 일본국민을 상대로 보유한 “재산, 권리 및 이익”과 “청구권”을 1965년 협정의 대상에 포함하여 이들 문제의 최종적이고도 완전한 해결에 합의한 것이다. 식민지배의 불법성 여부에 대한 합의의 존부와 “재산, 권리 및 이익”과 “청구권”의 최종적이고 완전한 해결은 논리적으로 절연될 수 있는 문제인 것이다.

##### (5) 결어

지금까지 청구권협정이라는 조약에 반영된 한일 양국의 의사의 해석, 특히 강제징용피해가 동 협정의 물적 대상으로 포함되었는지 여부에 대한 대법원 판단을 살펴 보았다. 이를 정리해 보도록 한다.

먼저 대법원은 샌프란시스코 평화조약 제4조(a)의 규정이 청구권협정의 물적 범위를 “양국 간의 재정적·민사적 채권·채무 관계”에 국한시켰다고 보고 있는데, 이 해석은 법률적인 측면에서 또한 실제 협상 경위에 비추어 보더라도 재고의 여지가 크다. 둘째, 대법원은 청구권협정 제1조에 의해 제공된 ‘경제협력자금’과 제2조에 의한 재산 및 청구권 문제의 해결 간에 법적 대가관계를 부인하였지만, 협상 당시 및 그 후 한국의 입장 등을 고려할 때 양자 간에 법적 대가관계를 부인하기는 어려울 것이다. 좀 더 근본적으로는 법적 대가관계가 없다고 하더라도 청구권 문제의 최종적이고 완전한 해결에는 문제가 없다. 셋째, 대법원은 일본이 강제동원 피해의 법적 책임을 부인하였기 때문에 이 피해가 청구권협정의 물적 대상으로부터 애초부터 제외되었다고 판단하였는데, 한일 양국 간에는 일방의 법적 책임 부인에도

불구하고 최종적으로는 이 문제까지 포함하여 재산 및 청구권 문제를 해결한다는 데 의사합치가 있었다고 해석하는 것이 더 타당할 것이다. 이렇게 본다면 “원고 등의 손해배상청구권에 대하여는 청구권협정으로 개인청구권이 소멸하지 아니하였음은 물론, 대한민국의 외교적 보호권도 포기되지 아니하였다고 봄이 상당하다”는 판단 역시 그 타당성을 재고해야 할 것이다.

#### IV. 1965년 청구권협정에 의해 개인권리가 소멸되었지 여부: 일괄보상협정의 실정성

##### 1. 서언

대법원 판결은 강제징용피해자의 손해배상청구권이 1965년 청구권협정의 물적 대상으로부터 아예 배제되었다는 판지를 전개한 후, 예비적으로 설령 이 문제가 청구권협정의 대상이었다 하더라도 협정을 통해 포기될 수 있는 것은 국가가 갖는 외교적 보호권에 국한되며 협정 자체의 의해 개인의 청구권이 바로 소멸될 수 없다는 판단을 내리고 있다.

국제법상의 용어를 원용하자면, 이는 1965년 청구권협정과 같은 일괄보상협정을 통해 직접적으로 개인의 청구권을 소멸시킬 수 있는가의 문제이다. 대법원 판결에서는 국가의 외교적 목적을 위해 개인의 권리를 일괄적으로 ‘처분’하는 행위의 법적 정당성에 대해 중대한 의문을 제기하고 있다. 이러한 사고는 “국가가 조약을 체결하여 외교적 보호권을 포기함에 그치지 않고 국가와는 별개의 법인격을 가진 국민 개인의 동의 없이 국민의 청구권을 직접적으로 소멸시킬 수 있다고 보는 것은 근대법의 원리와 상충되는 점”을 지적하고 있는 데서 명확하게 드러난다.

이 문제에 대한 논의는 불가피하게 국제법과 국내법 간의 연관을 언급할 수밖에 없는데, 이와 관련하여 (국제법적인 관점에서) 서론적인 지적을 해 두고자 한다. 먼저 국내법에서 통용되는 논리를 무매개적으로 국제적인 차원에 투사해서는 곤란하다는 점을 상기할 필요가 있다. 국내법과 국제법이라는 두 규범적 차원 간의 관계는 국제법학의 근본적인 이론적 문제 중의 하나이다. 국제법과 국내법의 두 규범체계 간에 일정한 상호접촉면(interface)이 존재하는 것은 사실이지만, 두 체계는 타당근거, 형성 및 작동방식 등의 측면에서 상당한 차이를 갖고 있다고 봐야 할 것이다. 하트(Hart) 등의 학자들이 지적하고 있듯이 국제법이 그 규범적 밀도, 체계성

등의 측면에서 국제법에 비해 덜 발달된 법임은 틀림없다.<sup>64)</sup> 그러나 이것은 국제법이라는 규범 체계 자체에 내재하는 결함이라기보다는 국제법이라는 규범체계의 규율대상인 국제사회의 실태(개별적인 주권들이 분권적인 방식으로 결합되어 있어 국내법과 달리 집권적인 입법·행정·사법기관을 결여하고 있음)를 반영하고 있는 것이다.

현재와 같은 분권적인 국제사회가 단일한 권력 하에 조직·작동하는 세계정부(world government) 단계에 이른다면, 전지구적 차원에서 기능하는 오늘날의 국제법 역시 국내법과 유사한 밀도와 체계성을 가지게 될 것이다. (세계정부의 달성이 반드시 바람직한 것인지는 별론으로 하고) 오늘날의 국제법은 현 국제사회의 발전단계에 상응하는 규범체계로서 나름대로의 실정성을 갖추고 작동하고 있는 것이다. 따라서 국내법원이 국제법을 다룰 때 국내사회와는 자못 성격을 달리 하는 국제사회를 규율하는 법체계로서 그에 합당한 대우를 해야 할 것이다. 행여 국내법과 국제법을 발달한 법과 저발달한 법(underdeveloped law)의 위서적(位序的) 관점에서 파악하여, 국내법적 논리와 시각을 무매개적으로 국제적 차원으로 투사하는 것은 상당한 문제를 야기할 수 있다.

이하에서는 대법원 판결에서도 언급되고 있는 외교적 보호권의 법적 성질에 대한 최근의 논의를 국제법위원회(ILC) 작업을 중심으로 살펴본 다음, 일괄보상협정이 현행 국제법상 그 타당성이 인정되는지의 여부를 고찰한다. 다음으로 일본측은 1965년 청구권협정에 의해 개인의 권리가 소멸되었는지 여부와 관련하여 많은 혼란을 발생시키는 실행을 보여왔는데 이에 대해서도 비판적으로 분석한다.

## 2. 외교적 보호권의 법적 성질: 국가 자체의 권리 또는 개인 권리의 대위적 행사?

주지하다시피 국제법은 그 체계상 국가를 주된 행위자/주체로 간주하는 법체계이다. 전통적 국제법 시대에는 국제적 차원에서 국가를 존재론적(ontological)인 관점에서 이해하여 국가 내에 존재하는 다른 행위자의 인격을 국가가 전부 흡수하는 것으로 보기도 하였다. 이러한 존재론적 국가관 하에서 오직 국가만이 주체로 받아들여졌다. 이러한 견해에 따르면, 국가 내부에 존재하는 자연인, 법인은 국가의 두터운 법인의 장막(corporate veil)에 뒤덮여 국가 밖에서는 보이지 않았다. 외교적

<sup>64)</sup> H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford University Press, 1961), ch. 10.

보호권(right of diplomatic protection)을 국가 자신의 권리로 개념화하였던 전통 이론은 바로 이러한 국가관 아래에서 원활하게 작동하였다(Mavrommatis의 의제).

제2차 세계대전 이후 UN헌장과 더불어 시작된 ‘인권혁명’은 전통적·존재론적 국가관에 큰 변화를 초래하였다. 이제 국가는 더 이상 존재론적으로 국가 내의 자연인, 법인에 선재(先在)하는 존재가 아니라, 단지 국제사회 내에서 초국가적으로 발생하는 무수한 행위들을 정서(整序, channel)하기 위한 기능적 메커니즘으로 관념되기에 이르렀다. 자연인, 법인 등 개인(individual)에 대해서도 제한된 범위에서나마 법인격/주체성이 인정되기에 이르렀고, 인권의 국제적 보호가 국제사회의 중요한 과제로 등장하였다. 그럼에도 불구하고 (기능적인 관점에서 재구성된) 국가가 여전히 국제법 체계의 중심적인 행위자로 기능하고 있음은 부인키 어렵다. 국제적인 차원에서 셀 수 없을 만큼 또한 복잡다기하게 이루어지는 각종 행위(agency)를 효율적으로 규율·정서하기 위해서는 아직까지는 국가를 대체할 만한 단위 또는 메커니즘을 발견하지 못했기 때문이다.

지금까지의 논의를 정리하자면, 국제사회에서는 종래의 존재론적 국가 개념은 극복되었지만, 기능론적으로 재구성된 국가가 여전히 중심적인 행위자로 기능하고 있다. 전통적인 국가의 존재론적 독점에서 벗어난 개인들의 위치가 인정·개선되고 있고, 이는 국제인권법, 개인의 (제한적) 국제법주체성 이론 등에 반영되고 있다. 달리 말하면 현행 국제법은 국가와 개인 간의 관계와 관련하여 전통적인 국가중심적 사고로부터 벗어나기 위해 발걸음을 떼었지만, 아직은 과거의 이론적·실천적 자장(磁場) 안에 머물고 있는 실정이다. 예를 들어 현대 국제법학자 중 이념적·방법론적으로 강한 진보성을 보여 준 카세제(Cassese) 교수의 경우에 국가를 본원적 주체, 개인을 파생적 주체로 파악하고 있다. 상황이 이렇다 보니 현행 국제법이 전통적 국가중심적 사고와 개인의 존중사고 사이에서 상당한 진동(oscillation)을 보이고 있는 것은 놀라운 일이 아니다.<sup>65)</sup>

이러한 사정은 2006년 UN국제법위원회(International Law Commission, “ILC”)가 작성한 외교적 보호에 관한 초안(Draft Articles on Diplomatic Protection)에서 드러난다.<sup>66)</sup> ILC는 1997년부터 외교적 보호권에 대해 본격적인 검토를 시작하였다.

65) 외교적 보호와 관련하여 전통적 사고와 인권중심적 사고 간의 긴장에 대한 상세한 논의로는 당시 ILC의 특별보고관이었던 베누나(Bennouna)가 1998년 제출한 “외교적 보호에 관한 예비적 보고”(Preliminary Report on Diplomatic Protection) (A/CN.4/484) 참조.

66) 이 초안에 대한 상세한 검토로는 김대순, “외교보호의 제정점 - 2006년 ILC 외교보호

2000년에 이 주제에 대한 특별보고관(Special Rapporteur)로 임명된 듀가드(Dugard)는 2004년까지 5개의 보고서를 제출하였다. ILC는 이를 기초로 2004년에 제1회독을 마치고 외교적 보호에 관한 초안을 작성하였다. 이 초안은 2년 뒤인 2006년에 최종적인 형태로 채택되었다.

이 초안과 관련하여 주목을 요하는 것은 2004년 제1회독을 마친 초안과 2006년 초안 간에 존재하는 상당한 차이이다. 우리 주제와 관련된 부분에 한해 간략히 살펴 보도록 한다. 2004년 초안은 제1조에서 외교적 보호의 정의와 범위(definition and scope)를 다음과 같이 규정하고 있다.

외교적 보호는 국가가 타국의 국제위법행위로부터 자국의 국민에게 발생하는 손해에 대하여 국가 자신의 권리로서 그 국민의 청구를 수용하여 외교적 조치 또는 기타 평화적 해결수단에 호소하는 것이다.

(Diplomatic protection consists of resort to diplomatic action or other means of peaceful settlement by a State adopting in its own right the cause of its national in respect of an injury to that national arising from an internationally wrongful act of another State.)<sup>67)</sup> (밑줄 추가)

외교적 보호권이 국가 자신의 권리인지에 대해서는 2000년 듀가드가 제1차 보고서를 제출하였을 때 상당한 논쟁이 있었다.<sup>68)</sup> 듀가드의 2000년 보고서에는 포함

---

초안을 중심으로 -”, **법학연구**, 제48권 제1-1호(2007), pp.203-222 참조. 외교적 보호 제도에 관한 논의로서는 김부찬, “국제관습법상 외교적 보호제도에 관한 고찰”, **법학연구**, 제42권 제1호(2001), pp.77-104; 이진규, “외교적 보호제도의 현대적 해석-개인의 권리 및 인권보호적 성격에 주목하며-”, **국제법학회논총**, 제56권 제1호(2011), pp.117-140 참조.

<sup>67)</sup> U.N. Doc. A/59/10, p.17.

<sup>68)</sup> U.N. Doc. A/55/10, p.74 (para. 425). 이 문제에 대해 ILC 보고서는 다음과 같이 적고 있다. “With regard to the nature of diplomatic protection, two different views were expressed. According to one view diplomatic protection was the right of individuals. According to this view, the constitution of a number of States upheld the right of nationals to diplomatic protection; a trend compatible with the development of the protection of human rights in contemporary international law. According to another view, supported by many members of the Commission, diplomatic protection was a discretionary right of the State. A State had the right to present a claim to another State for a wrongful act committed by the latter, even if its was not the State itself but to its national, who had suffered the injury caused by that wrongful act. However, there was no obligation on the State to present a claim on behalf of an injured national. The constitutional obligation to extend

되어 있지 않던 “국가 자신의 권리로서”(in its own right, *en son nom propre*)가 추가된 것은 ILC 초안작성위원회(Drafting Committee)의 작업을 통해서였다.<sup>69)</sup> 외교적 보호권의 법적 성질과 관련하여 핵심적 중요성을 가지고 있는 이 표현은 듀가드가 제출한 2006년의 제7차 보고서에도 포함되어 있다.<sup>70)</sup> 이 문구는 ILC 초안작성위원회의 최종 작업 과정에서 삭제된 것으로 보인다. 듀가드의 제1차 보고서에 포함되어 있던 이 표현을 2002년에 추가하였던 초안작성위원회는 2006년에 이르러서는 이 표현을 다시 삭제하고 다음과 같이 외교적 보호의 정의와 범위를 제시하였다.

이 초안의 목적상 외교적 보호는 국가가 타국의 국제위법행위로 인해 자국의 자연인 또는 법인에게 발생한 손해와 관련하여 그 책임을 이행시키기 위하여 외교적 행동 또는 기타 평화적 해결수단을 통해 그 책임을 원용하는 것이다.<sup>71)</sup>

이 규정은 ILC의 2006년 최종초안에서 그대로 유지되었다.<sup>72)</sup> 외교적 보호권의 법적 성격에 관해서는 별도의 장에서 심층적인 논의가 필요할 것이다.<sup>73)</sup> 우리의 목적상 중요한 점은 그 법적 성격과 관련하여 국제법의 법전화와 점진적 발전(codification and progressive development)을 임무로 하고 있는 ILC 내에서도 상당한 의견 차이가 존재하고 또한 외교적 보호에 관한 초안 작성 과정에서 ILC 자신이 짧은 기간 동안 입장을 여러 번 바꾸었다는 사실이다. 한 가지 기억해 두어야 할 사실은 이러한 입장 차이와 견해의 번복이 (1965년 협정과 상당한 시간적 거리를

---

diplomatic protection to nationals had no bearing on international law with regard to the institution of diplomatic protection.” Ibid.

69) U.N.Doc. A/CN.4/L.613/Rev.1 (7 June 2002), p.1.

70) U.N.Doc. A/CN.4/567, p.11 (para. 21). (“Diplomatic protection consists of resort to diplomatic action or other means of peaceful settlement by a State adopting in its own right the cause of its national *or a person referred to in article 8* in respect of an injury to that national *or person* arising from an internationally wrongful act of another State.”).

71) U.N. Doc. A/CN.4/L.684, p.1 (For the purposes of the present draft articles, diplomatic protection consists of the invocation by a State, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, of the responsibility of another State for an injury caused by an internationally wrongful act of that State to a natural or legal person that is a national of the former State with a view to the implementation of such responsibility.).

72) Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries, p.24. [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_8\\_2006.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf).

73) 이 문제에 관한 정치한 논의로는 Georg Dahm, *Völkerrecht*, Bd. 3 (Kohlhammer, 1961), pp.253-265 참조.

두고 있는) 2000년대 초반이라는 시점에 발생하였다는 것이다.

이 문제가 내포하고 있는 어려움은 다른 기관에서도 예외는 아니었다. 10여 년에 걸쳐 이 문제를 심층적으로 검토한 국제법협회(International Law Association)은 2006년 발표한 결의에서 외교적 보호권의 이중적 성격, 즉 개인의 권리성과 국가의 권리성의 병존을 선언하였다.<sup>74)</sup>

이 지점에서 지적해야 할 사실은 이 권리의 국가성을 부인하는 경우에도 여전히 피해를 입은 개인의 국적국의 권리행사에 상당한 재량권을 부여하고 있다는 사실이다.<sup>75)</sup> 즉 제2차 세계대전 이후 인권 관념의 발전을 반영하여 외교적 보호권의 행사 여부 및 방식과 관련하여 관련 개인의 견해 및 이해를 고려하도록 ‘권고’하고 있지만, 외교적 보호권의 행사와 관련하여 여전히 국가에 상당한 재량권을 부여하고 있다. 이러한 사실은 국제법 실무가와 학자들이 국내법 실무가와 학자들에 비해 인권의식이 희박하거나 시대적인 흐름에 뒤쳐져서가 아니다. 국제법이론과 실무는 국제사회의 현실보다 몇 발짝 앞서 인권증진적·현실개선적 변화를 이끌어 내야 하는 책무를 지니고 있다고 볼 수 있다. 그러나 엄연히 존재하는 국제사회의 현실보다 너무 멀리 또한 빨리 앞서 나갈 경우 국가 간 분쟁을 빈발시키고 관련 개인에게는 당위적 입법론이 현실적 해석론으로 오인케 할 우려가 있는 것도 사실이다. 특히 국제사회의 엄존하는 현실과 논리를 직시하기보다는 국내법과 국제법을 상하의 위계적 관계에 놓고 전자의 논리를 후자로 투사한다면, 이러한 우려는 증대된다고 할 것이다.

### 3. 일괄보상협정과 개인의 권리 소멸 여부

#### (1) 서언

외교적 보호권의 법적 성격에 대한 논의는 일괄보상협정의 실정성에도 그대로 적용된다. 달리 말하면 후자는 전자의 파생적인 문제라고도 볼 수 있다. 외교적 보호권이 국가 자신의 권리라고 보는 전통적 견해에 따르면, 국가가 일괄타결방식을 통해 자신의 권리를 ‘처분’하는 것은 법적으로 문제될 것이 없다. 또한 일괄처리 방식을 통해 획득한 자금을 어떠한 방식으로 피해 개인에게 분배할 것인지는 당해 국가의 국내법적 문제에 불과하게 된다.

<sup>74)</sup> ILA Resolution No. 5/2006, Diplomatic Protection of Persons and Property.

<sup>75)</sup> Patrick Daillier, Mathias Forteau & Alain Pellet, *Droit International Public*, 8<sup>o</sup> ed. (LGDJ, 2009), p.496.

이에 비해 외교적 보호권을 개인의 권리로 보는 입장에서는 국가가 이 방식을 통해 개인의 권리를 ‘처분’하는 것 자체에 대해 법적 견지에서 문제를 제기한다. 또한 이 방식을 통해 획득한 자금은 개인의 피해구제를 위해 사용되어야 하는 것이다. 이 문제는 2006년 ILC 외교적 보호에 관한 초안이 작성되는 과정에서 첨예한 논쟁의 대상이 되었다.

이 논의에 대해 결론부터 간략히 제시하자면, 현단계의 국제사회에서는 개인의 청구권의 소멸을 개념필연적인 전제로 하는 일괄보상협정방식의 실정성 및 합법성이 널리 인정되고 있다는 것이다. 외교적 보호권의 법적 성질에 대한 논쟁과 매우 유사하게 국가 간의 조약을 통해 (국제적인 차원에서) 개인의 권리를 소멸시키는 데 대해 최근 이의가 제기되고 있는 것은 사실이다. 그러나 이러한 이의를 기초로 하여 일괄보상협정의 실정성 및 합법성을 부인하다면, 이는 당위론적 입법론으로의 도약이라는 비판을 면하기 어려울 것이다.

이하에서는 먼저 일괄보상협정에 관련된 국가실행을 고찰한 후, 이 방식에 의한 개인의 권리 소멸이 현행 국제법상 수용되는지에 대해서도 살펴본다.

## (2) 국가실행의 개관

먼저 일괄타결방식의 국제법상의 실정성은 널리 인정 받고 있다고 평가할 수 있다. 일괄타결방식에 대해 대표적인 저작을 저술한 연구자들에 따르면, 제2차 세계대전 종료 후부터 1995년까지 200개 이상의 일괄타결방식의 협정(lump-sum agreements)가 체결되었다고 한다.<sup>76)</sup> 이들은 1999년 저서에서 “2차 세계대전 후 일괄타결방식은 국제청구를 해결하는 데 있어 가장 중요한 수단(the paramount means for settling international claims)”이라고 선언하면서 이 방식이 국제청구해결의 가장 중요한 수단으로 등장한 배경을 설명하였다.<sup>77)</sup>

<sup>76)</sup> Richard B. Lillich & Burns H. Weston (eds.), *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements* (University Press of Virginia, 1975); Burns H. Weston, Richard B. Lillich & David J. Bederman, *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements, 1975-1995* (Martinus Nijhoff, 1999).

<sup>77)</sup> Weston, Lillich & Bederman, 전게서(각주 76), p.7. 이들에 따르면 2차 세계대전 후 일괄보상협정방식이 국제청구해결의 가장 중요한 수단으로 등장한 배경은 다음과 같다.

“After World War II, however, the volume and complexity of the claims spawned by the war, by the arrival (and, more recently, collapse) of communist and socialist governments in Eastern Europe and elsewhere, and by the emergence of an economically and politically restless Third World rendered the [traditional] espousal process increasingly

1981년부터 활동을 시작한 이란-미국청구재판소(Iran-US Claims Tribunal)과 이라크-쿠웨이트 전쟁(1990~1991) 중 발생한 손해를 해결하기 위해 UN안전보장이사회 결의 제687호에 의해 설립된 UN보상위원회(United Nations Compensation Commission)는 개인의 청구를 개별적으로 심리한다는 점에서 일괄타결방식에 대해 예외를 구성한다. 그럼에도 불구하고 제2차 세계대전 이후 일괄타결방식이 국제청구해결에 있어 압도적 비중을 차지해 온 사실은 부인하기 어렵다.

### (3) 독일의 실행

통일 전 서독은 제2차 세계대전 중 독일이 점령지역에서 끼친 손해와 관련하여 서방 12개국과 1959년부터 1964년까지의 기간에 걸쳐 12개의 양자협정을 체결하였다.<sup>78)</sup> 이들 조약 중 1961년 7월 31일 이탈리아와 서독 간에 체결된 나치 박해 조치를 받은 이탈리아 국민에 대한 배상에 관한 협정(Agreement on Compensation for Italian Nationals Subjected to National-Socialist Measures of Persecution)은 ICJ의 Ferrini사건의 배경을 이루는 것으로 잘 알려져 있다. 이 협정 제1조에서 서독은 인종, 종교 또는 이념을 이유로 나치의 박해를 받은 이탈리아인과 이러한 박해로 사망한 이탈리아인의 가족에게 4천만 마르크의 일괄보상을 지불하였다.<sup>79)</sup> 이 협정의 일괄보상협정으로서의 성격은 제3조에서 명확하게 드러난다.<sup>80)</sup>

---

less effective. In addition, efforts to establish ad hoc international tribunals have proved almost uniformly unproductive during the past half century (the Algiers Accords establishing the Iran-United States Claims Tribunal being the rare exception that proves the general proposition). Thus, since World War II, the United States, the United Kingdom, France, and numerous other countries have sought to resolve the international claims of their nationals primarily by another means, namely, by negotiating “lump sum settlement agreements”. (Ibid., p.3.)

78) Rainer Hofmann, “Compensation for Victims of War - German Practice after 1949 and Current Developments”, 國際法外交雜誌, 第105卷 第1号(2006), p.36 (“The Federal Republic of Germany accepted some of these claims and concluded, between 1959 and 1964, 12 treaties providing for the payment of lump-sums as means of compensation to victims of Nazi persecution.”).

79) 관련 규정의 영문본은 다음과 같다. “for the benefit of Italian nationals who, on grounds of their race, faith or ideology were subjected to National-Socialist measures of persecution and who, as a result of those persecution measures, suffered loss of liberty or damage to their health, and for the benefit of the dependents of those who died in consequence of such measures”. International Court of Justice, Jurisdictional Immunities of the State (Italy v. Germany; Greece Intervening) (23 February 2012), para. 25.

80) 제3조는 다음과 같이 규정하였다. “Without prejudice to any rights of Italian nationals

(4) 일본의 실행

일본이 전후처리과정에서 일괄타결방식의 양자협정을 체결했음은 주지의 사실이다. 몇 가지 예를 살펴보도록 한다.

(a) 중화민국(대만)

일본은 중화민국(대만)과 1952년 4월 28일 평화조약(Treaty of Peace between Japan and the Republic of China. 흔히 “Treaty of Taipei”로 불림)을 체결하였다(같은 해 8월 5일 발효). 이 조약에 부속된 의정서(Protocol) 제1조(b)를 통해 대만은 일본 및 일본국민에 대한 청구권을 포기하였다.<sup>81)</sup>

(b) 인도네시아

일본과 인도네시아는 1958년 1월 20일 자카르타에서 평화조약(Treaty of Peace between Japan and the Republic of Indonesia)을 체결하였다. 이 조약 제4조에서 일본은 12년간 인도네시아에 223,080,000불에 달하는 물품과 용역을 배상(reparations) 명목으로 제공하기로 하였다. 또한 양국 간 상업차관 및 투자에 관한 교환각서를 통해 총액 400,000,000불에 달하는 차관 및 투자를 행하기로 하였다.<sup>82)</sup> 이를 기초로 하여 양국 및 양국민 간의 모든 청구권이 포기되었다(제4조 2항 및 제5조).<sup>83)</sup>

---

based on German compensation legislation, the payment provided for in Article 1 shall constitute final settlement between the Federal Republic of Germany and the Italian Republic of all questions governed by the present Treaty.” Ibid.

81) 岡野鑑記, 『日本賠償論』(東洋經濟新聞社, 1958), pp.275-277. 이 조항의 영문본은 다음과 같다. “As a sign of magnanimity and good will towards the Japanese people, the Republic of China voluntarily waives the benefit of the services to be made available by Japan pursuant to Article 14 (a) 1 of the San Francisco Treaty.”

82) Exchange of Notes between the Government of Japan and the Government of the Republic of Indonesia concerning Commercial Loans and Investments (20 January 1958). 입법자료, pp.167-170. 일본의 인도네시아에 대한 배상에 관한 상세한 논의는 永野·近藤, 『전개서』(각주 46), pp.59-68 참조.

83) 이 조약 제4조 제2항은 다음과 같이 규정하였다. “Except as otherwise provided in the preceding paragraph, the Republic of Indonesia waives all reparations claims of the Republic of Indonesia and all other claims of the Republic of Indonesia and its nationals arising out of any actions taken by Japan and its nationals in the course of the prosecution of the war.”

제5조 1항은 다음과 같이 규정하였다. “Japan waives all claims of Japan and its nationals against the Republic of Indonesia and its nationals arising out of any actions taken by Japan and its nationals in the course of the prosecution of the war.”

(c) 중국

일본은 중화인민공화국과 1972년 9월 29일 북경에서 양국 정부간 공동코뮤니케(Joint Communiqué)를 채택하였는데 제5조는 “중화인민공화국 정부는 중일 양국민 간의 우호를 위해 일본국에 대한 전쟁배상의 청구를 포기함을 선언한다”고 규정하였다.<sup>84)</sup> 1972년 공동코뮤니케는 1978년 양국 간 평화우호조약 전문에 언급되는 형식으로 조약에 반영되었다. 이 규정은 양국 및 양국민 간의 청구권을 상호 포기한 것으로 해석되었는데, 1995년 이후 중국 측에서 중국 국민 개인의 청구권은 포기되지 않았다는 입장이 제출됨에 따라 양측 간 논쟁이 전개되고 있다.<sup>85)</sup>

(d) 버마

버마는 샌프란시스코 평화회의에 대표를 파견하였지만 미국 주도의 의사 진행과 평화조약 내용이 버마정부의 대외정책인 비동맹중립주의에 반한다는 등의 이유로 전쟁배상지불 회의를 제외한 의사절차에의 참석을 거부하였다. 이후 별도로 일본과 협상을 전개하여 1954년 11월 5일 평화조약(Treaty of Peace between Japan and the Union of Burma)을 체결하였다(1955년 4월 16일 발효).<sup>86)</sup> 이 조약 제5조 제1항은 일본이 지급할 배상의 명목과 내역을 다음과 같이 규정하였다.

- 배상금(reparations) 명목으로 10년에 걸쳐 총 2억 달러를 용역과 생산물 형태로 지급
- 경제협력(economic cooperation) 명목으로 10년에 걸쳐 총 5천만 달러를 장기차관 형태로 제공

이후 다른 배상청구국과 체결한 동종의 협정과 불균형이 발생하였기 때문에 버마 측으로부터 배상 추가지급의 요구가 있어 1963년 3월의 협정을 통해 1억 4천만 달러의 무상원조와 3천만 달러의 차관의 공여가 이루어졌다. 버마는 위의 배상금 및 경제협력을 대가로 평화조약 제5조 2항에서 자국 및 자국민의 일본국 및 일본

---

이 두 조항을 통해 인도네시아와 일본은 쌍방 간 전쟁수행으로 인해 발생한 모든 청구권을 포기하였던 것이다.

84) 일본어 원문은 “中華人民共和國政府は、中日兩國國民の友好のために、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”이다.

85) 淺田正彦, “日華平和條約と國際法(五)”, *法學論叢*, 第156卷 第2号, pp.16-38 참조.

86) 일본의 버마에 대한 배상의 상세한 논의는 永野·近藤, 전게서(각주 46), pp.82-88 참조.

국민에 대한 청구권을 포기하였다.<sup>87)</sup>

(e) 구 소련

일본과 소련 간에는 1956년 10월 19일 모스크바에서 일본과 소련 간 국교회복을 위한 공동선언(Joint Declaration)이 조인되었다(비준서 교환은 같은 해 12월 13일). 공동선언 제6항은 배상 문제에 대하여 다음과 같이 규정하였다.

소련은 일본국에 대하여 일체의 배상청구권을 포기한다. 일본국 및 소련은 1945년 8월 9일 이래의 전쟁의 결과로서 발생한 각각의 국가, 그 단체 및 국민의 타방 국가, 단체 및 국민에 대한 청구권을 상호간에 포기한다.

(f) 폴란드 및 체코슬로바키아

폴란드 및 체코슬로바키아와는 각각 1957년 2월 8일과 같은 해 5월 13일 “일본국과 폴란드인민공화국 간의 국교회복에 관한 협정”, “일본과 체코슬로바키아 간의 국교회복에 관한 의정서”를 체결하였다. 두 조약의 제4조는 다음과 같이 규정하였다.

일본국 및 폴란드인민공화국(또는 체코슬로바키아공화국)은 양국 간 전쟁의 결과로서 발생한 각각의 국가, 그 단체 및 국민의 타방 국가, 단체 및 국민에 대한 청구권을 상호간에 포기한다.<sup>88)</sup>

(4) 최근의 사례: 2008년 리비아-이탈리아 조약

근래의 국가실행으로서는 2008년 리비아와 이탈리아 간에 체결된 우호, 파트너십 및 협력에 관한 조약을 들 수 있다. 이는 식민지배책임에 있어서 가장 전향적인 태도를 취한 조약인 점에서 특기할 만하다.

이 조약 전문에서 “이탈리아의 식민지배로 인해 리비아 민중에게 가해진 고통에

87) 이 조항의 영어본은 다음과 같다. “Except as otherwise provided in this Treaty, the Union of Burma waives all claims of the Union of Burma and its nationals arising out of any actions taken by Japan and its nationals in the course of the prosecution of the war.”

88) 岡野, 전계서(각주 81), pp.281-283. 일본과 유고슬라비아는 양국 수상 간의 교환공문을 통해(1952년 4월 12일 발표) 샌프란시스코 평화조약의 발효와 더불어 양국 간에 전쟁 상태가 종료되고 새로운 조약이 체결될 때까지 1923년의 우호통상항해조약 및 그 부속서가 적용되는 데 합의하였다. 따라서 배상에 관한 어떠한 문제도 발생하지 않았다.

대해 이탈리아가 1998년의 공동 커뮤니케에서 유감을 표명한 바와 같이 불행한 ‘과거 역사의 장’을 최종적으로 닫기”를 희망한다는 의사가 표명되었다.<sup>89)</sup>

이 조약 제2부(Capo II)는 “과거의 장 및 분쟁의 최종적 종료”(chiusura del capitolo del passato e dei contenziosi)라는 표제를 가지고 있고 제8조에서 제13조까지 모두 6개조로 이루어져 있다. 제8조에서는 이탈리아가 매년 2억 5천만 달러씩 모두 20년 동안 총액 50억 달러에 달하는 액수의 기본 인프라(progetti infrastrutturali di base)를 리비아에 건설해 주기로 하였다. 제10조에서는 특별사업(iniziativa speciali)을 규정하였는데, 그 내역은 (i) 리비아에 200개 주택단지의 건설, (ii) 100명의 학부 및 대학원생을 위한 장학금의 지급(학생이 과정을 마치는 경우에는 다른 학생을 선발하여 계속 지급), (iii) 지뢰폭발로 인한 피해자에 대한 치료 프로그램의 제공, (iv) 해당 리비아 군인 또는 군무원에게 전쟁연금(pensioni di guerra) 지급의 재개, (v) 식민시기 리비아로부터 이탈리아에 반출된 수고(manoscritto) 및 고고학적 발굴물(reperti archeologici)의 리비아에로의 반환 등 5개 사항이다.

조약문 자체에는 이들 조치를 통해 양국 및 양국민 간의 청구권 등을 상호 포기한다는 명문의 조항은 없다. 그러나 전문, 제2부의 표제 등을 미루어볼 때 전형적인 일괄타결협정과 유사하게 양국 간의 청구권은 물론 양국민이 상대방 국가 및 국민에 대해 갖는 청구권도 최종 해결된 것으로 해석할 수 있다. 이는 이 조약의 국내적 이행을 위한 이탈리아 국내법 제4조<sup>90)</sup>가 1970년 7월 가다피 리비아 국가원수가 집권하면서 리비아로부터 추방된 약 20,000명의 이탈리아 국민에 대한 보상을 위해 2009년부터 2011년까지 3개년에 걸쳐 1억 5천만 유로를 이탈리아 정부가 마련토록 하고 있는 데서도 알 수 있다.

##### (5) ILA보고서

일괄보상협정의 국제법상 실정성은 국제법협회의 2006년 최종보고서에도 반영되어 있다. 1996년에 ILA 내에 설치된 사람과 재산의 외교적 보호(Diplomatic Protection of Persons and Property)위원회는 10년간의 활동 끝에 최종보고서를 제출하였

89) 이탈리아 원문은 다음과 같다. “chiudere definitivamente il doloroso “capitolo del passato”, per il quale l’Italia ha già espresso, nel Comunicato Congiunto del 1998, il proprio rammarico per le sofferenze arrecate al popolo libico a seguito della colonizzazione italiana”.

90) 이 조항의 표제는 “리비아에서 수용 등 제한적 조치를 당한 재산, 권리 및 이익의 소유자에 대한 최종적 보상의 승인”(riconoscimento di un ulteriore indennizzo ai soggetti titolari di beni, diritti e interessi sottoposti in Libia a misure limitative)이다.

다. 이 보고서의 제5장은 “일괄보상협정에 관한 실행”(The Practice of Lump-Sum Settlement Agreements)이란 제목을 가지고 있다. 이 장에서는 일괄보상협정 제도의 실정성을 당연한 전제로 하고 논의를 전개하고 있는데, 개인권리중시 방향으로의 변화를 언급하면서도 여전히 전통적인 사고방식을 드러내고 있다. 예를 들면 일괄보상협정으로 제공 받은 자금의 개인에의 분배와 관련하여 최종보고서는 이러한 협정을 통해 받은 청구자금의 배분은 청구국의 전속적 관할(the exclusive jurisdiction of the claimant state)에 속함을 확인하였다.<sup>91)</sup>

#### (6) ILC 외교적 보호 초안(2006)

외교적 보호에 관한 ILC의 작업에 대해서는 위에서 살펴보았다. 특별보고관이 2000년에 1차 보고서를 제출한 이후 2006년에 최종 초안에 채택되는 6년 동안에 외교적 보호권의 법적 성질에 대해 상당한 변화가 발생하였음을 이미 지적하였다. 이러한 변화가 일괄보상협정의 실정성 및 합법성에 대한 평가에 어떠한 영향을 끼쳤는가?

결론을 간략히 제시하자면 위와 같은 변화에도 불구하고 일괄보상협정방식의 실정성에는 큰 영향이 없는 것으로 판단된다. ILC 최종초안은 “권고적 실행”(Recommended practice)이라는 다소 이례적인 표제의 제19조에서 “외교적 보호를 자격이 있는 국가는 … (c) 책임 있는 국가로부터 손해의 전보를 위해 받은 보상을 피해를 입은 국민에게 전달하여야 한다(합리적인 공제는 제외 가능)”고 규정하고 있다. 이는 일괄보상협정에 의해 국제적인 차원에서 개인의 권리는 소멸하지만, 국내적인 차원에서 가해국으로부터 받은 보상을 실제 피해자에게 최대한 지급해야 함(“should”라는 표현에서 알 수 있듯이 법적이라기보다는 도덕적 의무)을 의미한다.

ILC는 제19조에 대한 주석에서 일괄보상협정방식에 의할 경우 피해를 입은 개인들이 실제 손해액보다 상당히 적은 금액을 받는 현실에 대해서도 언급하고 있다.<sup>92)</sup> 결국 ILC는 일괄보상협정의 체결 및 이행과 관련하여 향후 일정한 개선점을 희망하고 있지만, 이 제도가 현행 국제법상 널리 허용·활용되는 제도라는 기초 위에서

<sup>91)</sup> ILA Toronto Conference (2006), Final Report on Diplomatic Protection of Persons and Property, para. 98. 다만 이 보고서는 청구국의 재량이 절대적이지 않음을 부연하고 있다.

<sup>92)</sup> ILC Yearbook 2006, Vol. 2, p.98 (“States agree to lump sum settlements in respect of multiple individual claims which in practice result in individual claims receiving considerably less than was claimed”).

논의를 전개하고 있는 것이다.

#### (7) 결어

지금까지 살펴본 바와 같이 국가 간의 복잡한 청구문제를 해결하기 위해 일괄 보상협정방식이 그 실정성을 오늘날에도 광범위하게 인정받고 있다. 일괄보상협정이 개념필연적으로 국제적인 차원에서의 개인의 청구권의 소멸을 전제로 하고 있음도 이미 지적하였다. 이렇게 볼 때 1965년의 시점에 (일괄보상협정방식을 채택하고 있는) 청구권협정을 통해 개인의 청구권이 소멸되었다고 보는 데 별다른 의문이 없을 것이다.

#### 4. 1965년 협정에 대한 혼란의 원인: 개인청구권 관련 일본 정부의 ‘해석론적 곡예’

위에서 살펴본 바와 같이 일괄보상협정 방식은 1965년의 시점은 물론이고 현재에도 널리 활용되고 있는 국제법상의 제도이다. 그런데도 불구하고 어떤 이유에서 1965년 청구권협정과 관련하여, 특히 이 협정에 체결 및 이행에 의해 개인의 청구권이 소멸되었지에 관해 엄청난 논쟁과 혼란이 발생하였는지 의문이다. 이하에서는 이 문제를 추적하도록 한다.

1951년 대일평화조약 제19조(a)는 “일본국은 전쟁으로부터 또는 전쟁상태의 존재를 이유로 취해진 조치로부터 발생한 연합국 및 그 국민에 대한 일본국 및 일본국민의 모든 청구권을 포기”한다고 규정하였다(Japan waives all claims of Japan and its nationals against the Allied Powers and their nationals arising out of the war or out of actions taken because of the existence of a state of war). “포기”(waive)라는 표현은 연합국이 일본에 대한 배상청구권의 포기를 규정한 동 조약 제14(b)에서도 사용되었다.

제19조(a)의 ‘포기’의 의미와 범위와 관련해서는 일본 내에서는 현재까지도 국가간청구권한정포기설과 개인청구권자체포기설이 대립하고 있다.<sup>93)</sup> 이 문제와 관련하여 혼란이 가중된 요인 중의 하나는 일본정부의 해석이 여러번 바뀌었고(“二轉三轉”) 그에 따라 법원의 태도도 변해 왔기 때문이라고 지적된다.<sup>94)</sup>

1951년 9월 대일평화조약 체결 당시만 하더라도 일본 정부는 제14조(b) 및

93) 小畑 郁, “請求權放棄條項の解釋の變遷”, 國際人權法と憲法(信山社, 2006), p.363.

94) Ibid., p.364.

제19조(a)에 의해 개인의 권리자체가 포기된다는 입장을 취하였다. 이 점은 다음의 사실에서도 알 수 있다. 네덜란드가 평화조약 제14조(b)에 언급된 “국민의 청구권”의 “포기”는 단지 연합국의 국민이 일본국 또는 일본국민에 대해 일본 법원에서 재판을 제기할 경우 연합국 정부가 지지할 수 없다는 의미에 불과하다는 해석을 제시하였는데, 일본은 이를 거부하고 개인의 권리 자체가 포기되었다고 주장하였다.<sup>95)</sup> 이 논쟁은 결국 네덜란드 측의 주장을 고려하여 제14조(b)가 사권물수의 효과를 갖는 것은 아니라는 형식적인 유보를 붙이는 형태로 절충되었다.<sup>96)</sup>

개인청구권자체포기설은 일본 행정부 내에서뿐만 아니라 하급재판소의 판례에 의해서도 1960년대 전반까지 지지되었다. 이러한 사정이 변경된 것은 일본 정부가 조약에 의해 일본국민이 갖는 권리 자체를 포기하여 소멸시킬 경우, 일본 헌법 제29조 제3항과 관련하여 국가보상의 문제가 발생할 우려를 의식했기 때문이다. 대일평화조약이나 이 조약에 기초해 체결된 각종 협정에서 포기된 것은 일본국 자신의 외교적 보호권에 불과하고 개인의 권리는 최소한 관념적으로는 살아 있으므로 일본국이 헌법 제29조 제3항에 따라 보상을 지급할 의무가 없다는 논리였다.

이러한 해석론적 곡예가 극점에 달한 것이 1991년의 야나이 조약국장의 국회발언이었다. 야나이 국장은 국회답변을 통해 1965년 협정의 의미와 관련하여 “한일 양국이 국가로서 가지고 있는 외교보호권을 상호적으로 포기했다는 것입니다. 따라서 이른바 개인의 청구권 자체를 국내법적 의미에서 소멸시킨 것은 아닙니다”라고 발언하였다.<sup>97)</sup> 더 나아가 한국의 중군위안부 등 피해자가 일본법원에 소를 제기하여 판단을 받아보는 것이 가능하다는 견해를 피력하였다. 원래 외교적보호권한정포기설은 일본국민이 개인적으로 보유했던 권리만을 염두에 두었는데, 야나이 국장의 답변은 이를 외국인에게까지 확장하였을 뿐만 아니라 “한국인(일반화해서 말하자면 조약 상대국의 국민)이 [일본의] 국내법원에 소를 제기할 수 있다는 것을 국회에서 명확하게 내외에 선언했다는 점에서 획기적”이었다.<sup>98)</sup> 이러한 견해 표명에 따라 우리 정부도 1990년대 이후 개인청구권이 존속한다는 견해를 밝힌 적이 있다.<sup>99)</sup>

95) Ibid.

96) 이 문제에 관한 상세한 논의는 淺田正彦, “對日平和條約における「国民の請求権」の放棄”, 『法學論叢』, 第162卷1~6号(2008), pp.71-77 참조.

97) 山手治之, “日韓請求權協定 2 条の解釈について(1)”, 『京都學園法學』, 第54・55号(2007), p.75에서 재인용.

98) 山手, 전제논문(각주 97), pp.75-76.

이후 전후보상소송이 폭주하고, 특히 2000년대에 들어 미국에서까지 일본기업을 상대로 한 소송이 제기되자 일본 정부는 네덜란드인 포로·민간억류자소송의 항소심에서 제출한 준비서면(2001년 2월 27일자)에서 “평화조약 제14조(b)에서 말하는 ‘청구권의 포기’라고 하는 것은 일본국 및 일본국민이 연합국국민에 의한 국내법상의 권리에 기초한 청구에 응할 법률상의 의무가 소멸했다는 것으로서 이를 거절할 수가 있다는 취지를 정한 것으로 해석해야 한다”고 주장하였다. 종래의 해석을 거의 공동화(空洞化)시킨 입장, 즉 관련 일본인의 청구권이 “자연채무”와 유사한 “구제 없는 권리”에 불과하다는 해석을 확정하기에 이른 것이다<sup>100)</sup>

이러한 해석이 2007년 일본최고재판소 판결을 통해 수용됨으로써<sup>101)</sup> 1951년 9월 이래 우왕좌왕하면서 엄청난 혼란과 노력의 낭비를 초래하였던 해석론적 곡예는 일단락되기에 이르렀다. 이 문제를 천착한 일본 학자는 종래의 외교보호권한정 포기설을 “편의적 선택이 쌓이는 중에 확립된 것”으로서 궁극적으로는 “개인의 권리의 구제에 관한 법적 또는 정치적 책임을 회피하고자 하는 해석”이었다고 비판하고 있다.<sup>102)</sup> 한일 간에 발생하는 국제법 문제를 심층적으로 연구한 한국 학자도 일본 정부의 행태를 “책임회피용 고의적 논리왜곡”이라고 강하게 비판하였다.<sup>103)</sup>

1965년에 체결된 한일청구권협정은 당시 일본에서 지배적이었던 외교적보호권한정포기설의 강력한 영향 하에서 체결되었다. 먼저 그 규정 형식을 보더라도 대일 평화조약 관련 규정과 같이 “국가와 국민의 모든 청구권을 포기(waive)한다”고 규정하는 대신, “양 체결국 및 그 국민(법인을 포함함)의 재산, 권리 및 이익과 양 체결국 및 그 국민 간의 청구권에 관한 문제가 … 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것이 된다는 것을 확인한다”고 하였다.

이와 유사한 규정은 태평양도서신탁통치지역(Trust Territory of the Pacific Islands)이 미국으로부터 독립하기 이전 시점인 1969년 이 신탁통치령의 시정권자인 미국과 일본 간에 협정(Agreement between the United States of America and Japan Concerning the Trust Territory of the Pacific Islands)에서 찾아볼 수 있다. 이 협정은 일본이

99) 박배근, “1965년 ‘한일청구권협정’과 개인의 청구권”, **국제법평론**, 제14호(2000), pp.25-26.

100) 이에 관한 상세한 논의로는 山手治之, “第二次大戦時の強制労働に対する米国における対日企業訴訟について”, **京都學園法學**, 第33・34号(2001) 참조.

101) 西松建設判決. 이 판결에 대한 소개로는 杉原高嶺·酒井啓亘(編), **國際法基本判例**(三省堂, 2010), pp.198-201 참조.

102) 小畑, 전계논문(각주 93), pp.378-379.

103) 정인섭, 전계논문(각주 13), p.522.

500만 달러를 제공함으로써 샌프란시스코 평화조약 제4조(a)상의 재산 문제를 “완전히 그리고 최종적으로 해결”(fully and finally settled)하였다고 규정하였다.

일본측의 견해에 따르면, 1965년 협정 제2조 제1항에서 규정하고 있는 ‘완전하고도 최종적인 해결’은 다음과 같은 단계를 거쳐 이루어졌다. 협정 제2조 3항(“... 어떠한 주장도 할 수 없는 것으로 한다”)은 양국이 갖는 외교적 보호권만의 포기를 규정하였다. 양국의 국민이 갖는 ‘재산, 권리 및 이익’, 즉 “법률상의 근거에 의거하여 재산적 가치가 인정되는 모든 종류의 실체적 권리”<sup>104)</sup>(청구권협정에 대한 일본의 공식해설책자에 따르면 이는 “모든 종류의 동산, 부동산, 채권, 증권에 화체된 그 외의 권리, 무체재산권 등을 포함”한다)<sup>105)</sup>는 청구권협정에 의해 직접 소멸된 것이 아니라, 이들 권리가 소재하는 상대국이 취하는 조치를 통하여 비로소 소멸된 것이다. 실체적 권리 자체가 소멸될 경우 관련 문제의 ‘완전하고도 최종적인 해결’이 있다고 할 수 있을 것이다. 일본의 공식해설책자에 따르면, 노동성 소관의 권리로서 재산권조치법에 의해 소멸될 것으로서 “조선인노동자에 대한 임금, 퇴직금 및 사업주가 보관하고 있는 각종 예금통장 등”을 적시하고 있다.<sup>106)</sup>

‘재산, 권리 및 이익’이라는 범주가 해결되고 나면 남는 것은 ‘청구권’이다. ‘재산, 권리 및 이익’에 대해서는 합의의사록(I)에 정의가 포함되어 있는 데 반해, 이 협정에서 특이하게 사용되고 있는 ‘청구권’에 대해서는 어떠한 정의도 없다. 또한 기본조약 및 각종 협정에 대한 한국의 공식해설책자에도 ‘재산, 권리 및 이익’에 대한 설명만 있을 뿐, 이 협정의 맥락에서 ‘청구권’이 어떠한 연유에서 어떠한 의미로 사용되었는지에 대해서는 아무런 언급이 없다. 양국 협상기록에는 이 개념이 “개인의 채권 등 실체적 권리가 아닌 외교법적인 정부청구권, 즉 클레임을 제기할 수 있는 지위”로 규정되고 있다.<sup>107)</sup> 당시 일본 조약국 조약과에 근무했던 실무자는 이를 “법률적 근거의 유무 자체가 문제로 되는 이른바 클레임을 제기하는 지위를 가리키는 개념”이라고 하고 있다.<sup>108)</sup>

협상기록에 따르면, 1965년협정상의 ‘청구권’은 ‘외교법적인 정부청구권’을 의미하는데, 협정 제2조 제3항에 의해 정부적 차원의 외교적 보호권은 이미 포기되었다.

104) 이 정의는 청구권협정에 대한 합의의사록에 규정되어 있다.

105) 谷田正躬 외, 전게서(각주 50), p.109.

106) Ibid., p.112.

107) 정인섭, “재사할린 한인에 관한 법적 제문제”, **국제법학회논총**, 제34권 제2호(1989), p.180.

108) 福田博, “請求權條項”, **法律時報**, 1965年 9月号, p.81.

따라서 모든 청구권에 관하여 “어떠한 주장도 할 수 없는 것으로 한다”는 합의와 더불어 ‘청구권’에 관한 문제는 ‘완전하고도 최종적인 해결’을 본 것으로 해석되는 것이다.<sup>109)</sup> 아마도 이러한 이유에서 근래 한국 관련 전후보상재판에서 일본 정부가 준비서면을 통해 실제적 권리는 재산권조치법의 발효와 더불어, 그리고 ‘청구권’은 협정의 직접적 효과로서 소멸하였다고 주장하는 것으로 보인다.

우회적이고 복잡한 이론구성을 통해 일본 정부가 달성하고자 한 것은 ‘개인 권리의 존중’이라기보다는 ‘일본 헌법상의 보상의무의 회피’였다. 이 사실은 청구권협정 제2조 제3항에 대한 일본측 공식해설에서 명확히 드러난다. 일본의 공식해설책자는 “헌법상의 보상문제”라는 제목하에 협정 제2조 제3항에 관해 다음과 같이 설명하고 있다.

협정 제2조3의 규정의 의미는 일본국민의 재한재산에 대하여 한국이 취한 조치 또는 일본국민의 대한청구권(클레임)에 관하여 국가가 국제법상 소유하는 외교보호권을 행사하지 않은 것을 약속하는 것인데, 일반적으로 외교보호권은 국제법상 국제법의 주체인 국가에 인정되는 고유의 권리여서 매우 고도의 정치적 판단에 의해 그 행사, 불행사가 결정되는 것이어서 국가가 그 판단의 결과에 관해 자국민에 대해 보상의 의무를 져야 하는 것은 아니다. 헌법과의 관련에 대해서는 전기 제2조 3에 의해 한국이 취한 조치의 대상이 되는 일본국민의 사유재산권이 그 조치의 결과 소멸하는 것으로 되는 때에는 그 재산권의 소멸은 이 협정에 의해 직접 이루어지는 것은 아니고, 상대방 정부의 행위로 이루어지는 것이 되어(규정의 직접의 효과는 앞에서 기술한 대로 일본정부로 하여금 외교보호권을 행사할 수 없는 지위에 두는 것이 된다) 이것은 달리 말하면 그 재산권의 처리는 일본국의 법률에 의한 것이 아

109) 다만, 위와 같은 일본 정부의 견해에는 부분적으로 난점이 있다. 위 견해는 ‘청구권’을 ‘외교법적인 정부청구권’으로서 정부에 전속하는 권리로 파악한다. 그러나 협정 제2조 제1항에서 “양 계약국 및 그 국민간의 청구권”, 동조 제3항에서 “일방 계약국 및 그 국민의 타방계약국 및 그 국민에 대한 모든 청구권”으로 규정하고 있는 이상, 국민 개인의 청구권도 상정해야 할 것이다(밑줄 추가). 이렇게 보면 협정상상의 ‘청구권’은 개인의 채권 등 실제적인 권리가 아니라 절차적인 지위 또는 자격에 불과한 것으로서 정부가 직접 자신의 피해와 관련하여 청구를 제기하거나 또는 개인이 자신의 피해와 관련하여 정부의 청구제기를 촉구할 수 있는 지위를 의미하는 것으로 해석할 수 있을 것이다. 이 경우 정부 자신의 ‘청구권’은 제2조 제3항에서 이미 포기된 반면, 개인의 ‘청구권’은 단지 일본 정부의 외교적 지지·보호를 받지 못할 뿐, 상대국의 법원 등에서 다룰 수 있는 가능성은 남는 것으로 된다. 물론 자국 정부의 외교적 지지 없이 개인의 청구가 상대국 법원 등에서 수락될 현실적 가능성은 낮을 것이다. 그럼에도 불구하고 이론적으로 볼 때 일정한 틈새(loop-hole)가 발생하는 것은 사실이다.

나라, 일본국의 주권이 미치지 않는 외국의 법률의 적용을 받는 것이기 때문에 헌법 제29조 3항의 문제는 되지 않는다고 사료된다(이 입장은 샌프란시스코평화조약 제 14조에 관해 종래 정부가 표명해 온 견해와 같다).<sup>110)</sup> (밑줄 추가)

간단히 말하자면 일본 정부가 자신의 손을 더럽히지 않고 한국 정부의 조치를 통해 자국민의 한국 내 재산 및 청구권을 소멸시킴으로써 자국 헌법상의 보상의무를 피하고 있는 것이다. 첫 번째 밑줄 친 부분은 당시 일본의 외교적 보호권에 대한 이해가 매우 전통적인 것(즉 이 권리는 국가 자신의 권리로서 행사 여부 및 방식에 대해 고도의 재량권을 보유한다)이었다. 혹여 일본 정부가 내세운 외교적보호권한 정포기설이 인권존중사상에서 유래한 것이라고 본다면 이는 큰 오해인 것이다.

당시 한국의 입장에서 본다면, 한국 내에 소재했던 일본인의 재산 및 청구권은 1945년 12월 6일 미군정법령 제33호, 1948년 9월 11일 재산 및 재정에 관한 최초 협정, (비록 한국은 당사국은 아니었지만) 1951년 대일평화조약 제4조(b)에 의해 실질적으로는 이미 소멸되었다. 따라서 이 조항은 “한국 및 한국국민의 일본국 및 일본국민에 대한 재산 및 청구권이 주로 대상이 되는 것”이었다.<sup>111)</sup> 협정 제2조 제3항은 ‘헌법상의 보상문제’를 회피하기 위해 일본 정부가 고안한 것으로서 ‘일본에 의한, 일본을 위한, 일본의’ 조항이라고 할 수 있다. 당시 한국 정부는 개인청구권의 포함 여부에 대해 일본과 다른 이해를 하고 있었고 또한 일본국 및 일본국민의 한국에 대한 청구권 문제는 1957년 미국의 개입에 의해 해결되었기 때문에 일본과는 상당히 다른 상황에 처해 있었다. 제2조 제3항 및 관련 조항이 양국에 대해 동일한 평면에서 상호주의적으로 적용되어야 한다고 해석한다면, 이 조항의 규정된 배경과 맥락을 정확히 이해했다고 보기 어렵다.

## 5. 판결에 대한 종합적 평가

지금까지 행한 고찰을 바탕으로 대법원 판결의 개별 논점들을 평가하도록 한다.

(1) 일괄보상협정에 의한 개인청구권 소멸이 근대법의 원리와 상충되는지 여부  
대법원은 “국가가 조약을 체결하여 외교적 보호권을 포기함에 그치지 않고 국가와는 별개의 법인격을 가진 국민 개인의 동의 없이 국민의 청구권을 직접적으로

<sup>110)</sup> 谷田正躬 외, 전게서(각주 50), p.64.

<sup>111)</sup> 대한민국정부, 전게서(각주 11), p.83.

소멸시킬 수 있다고 보는 것은 근대법의 원리와 상충”된다는 것을 먼저 지적하고 있다. 위에서 살펴본 외교적 보호권, 특히 일괄보상협정방식에 대한 최근 국가 실행이 개인의 권리를 중시하는 방향으로 일정한 변화를 시작한 것은 사실이다. 그러나 현재 국제사회의 발전단계에서 일괄보상협정의 체결 및 그에 따른 개인의 청구권의 소멸이 “근대법의 원리와 상충”되고 그로 인해 이들 협정의 효력에 영향이 있다고 보기는 쉽지 않다.

국제적인 차원에서 일괄보상협정방식의 실정성에 대해서는 이미 살펴보았다. 국내적인 차원에서도 외교적 보호권 문제를 법적으로 규율하는 사례가 늘고 있다. 외교적 보호에 관한 ILC 특별보고관이었던 베누나는 1998년 제출한 예비적 보고서에서 이 문제에 대한 국내법적 실행을 분석하였다. 베누나에 따르면 외교적 보호, 특히 일괄보상협정에 의해 제공 받은 자금의 분배와 관련하여 1950년대 이후 사법심사(judicial review)를 허용하는 입법이 행해지고 있다.<sup>112)</sup> 이러한 입법에도 불구하고 관련 개인의 국적국에 대하여 일괄보상협정으로 획득한 자금을 당해 개인에게 넘겨줘야 할 법적 의무가 인정되는 것은 아니다. 중국, 러시아, 일부 동유럽국가의 경우 헌법에 외교적 보호에 관해 규정하고 있는데, 자금의 개인에 대한 이전은 “실제상 법적 의무라기보다는 도덕적 의무에 가깝다”(actually much more a moral duty than a legal obligation)고 결론짓고 있다.<sup>113)</sup>

입법론적 당위성의 관점에서 보면 위와 같은 대법원의 판단이 바람직하다고 볼 수 있지만, 외교적 보호에 관한 국제적 및 국내적 차원의 실행에 기초한 해석론은 현재로서는 일괄보상협정체결 및 그에 따른 개인청구권의 소멸을 수용하는 경향을 보이고 있는 것이다.<sup>114)</sup>

112) Bennouna, 전제논문(각주 65), p.46.

113) Ibid., pp.13-14 (para. 48).

114) 同旨, 정인섭, 전제논문(각주 13). 이 저자에 따르면 “보다 근본적으로 국가가 타국과 자국민의 청구권에 영향을 미치는 합의를 할 수 없다면 국제관계에서 국가간 외교 교섭과 타결이란 그 존재의의가 없게 된다. 통상 국가간 합의란 개인 권리에 관한 분쟁을 최종적으로 타결하기 위하여 마지막 방법으로 시도되는 것”이며, “국가가 필요한 경우에는 당사자의 사전동의 없이도 자국민의 대외적 청구권의 전부 또는 일부를 포기할 수 있음을 물론이다.” 따라서 “개인의 청구권은 국가의 권리가 아니므로 국가도 포기할 수 없다는 주장은 이러한 국제법 기본원칙과 모순되게 된다.” Ibid., p.14.

(2) 조약에 명확한 근거 없이는 개인의 청구권까지 소멸시킬 수 없는지 여부 및 개인의 청구권 소멸에 양국 정부의 의사의 합치가 있는지 여부

대법원에 이 문제와 관련하여 “국가가 조약을 통하여 국민의 개인청구권을 소멸시키는 것이 국제법상 허용될 수 있다고 하더라도 국가와 국민 개인이 별개의 법적 주체임을 고려하면 조약에 명확한 근거가 없는 한 조약 체결로 국가의 외교적 보호권 이외에 국민의 개인청구권까지 소멸하였다고 볼 수는 없을 것”이라고 판시하였다.

이는 일종의 예비적 판단으로서 국가가 조약을 통해 국민 개인의 청구권을 소멸시키는 것이 국제법상 허용된다고 가정하더라도 국가와 국민이 별개의 법적 주체인 점에 비추어 명확한 조약상의 근거가 있어야만 개인 청구권의 소멸을 인정할 수 있다는 것이다. 대법원은 이러한 가정이 “근대법의 원리와 상충”된다는 원칙적인 입장은 일단 접어 두고, 일괄보상협정방식의 국제법적 실정성을 상정한 논의를 전개하고 있는 것이다.

이 부분에 대해서는 다음과 같은 논평이 가능할 것이다. 첫째, “국가와 국민 개인이 별개의 법적 주체”이라는 견해는 국내법적 차원에서는 별다른 유보 없이 통용될 수 있을 것이다. 그러나 국제법적인 차원에서까지 국가와 국민 개인이 동등한 별개의 법적 주체라고 본다면, 이는 현행 국제법의 입장을 멀리 앞서 나가는 해석이다. 외교적 보호권의 법적 성격에 대한 검토에서도 드러나듯이 현행 국제법은 국가의 법적 주체성에 더 큰 비중을 부여하고 있다.

둘째, 대법원은 조약상에 명확한 근거가 있으면 국민의 개인청구권까지 소멸시킬 수도 있음을 상정하고 있는데, 강제징용피해에 대한 보상과 관련하여 1965년 협정은 명확한 근거를 제시하고 있다고 볼 수 있다. 협정 제2조 제1항은 양국 및 양국민 간의 재산 및 청구권 문제가 “완전히 그리고 최종적으로 해결된다는 것을 확인”한 후, 이 협정에 대한 합의의사록(I) (g)에서 “동조1.에서 말하는 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것으로 되는 양국 및 그 국민의 재산, 권리 및 이이과 양국 및 그 국민간의 청구권에 관한 문제에는 한일회담에서 한국측으로부터 제출된 “한국의 대일청구요강”(소위 8개 항목)의 범위에 속하는 모든 청구가 포함되어 있고, 따라서 동 대일청구요강에 관하여는 어떠한 주장도 할 수 없게 됨을 확인하였다”고 규정하였다. 판결문에서도 열거되고 있는 “대일청구 8개 요강” 제5항은 “한국법인 또는 한국자연인의 일본은행권, 피징용한국인의 미수금, 보상금 및 기타 청구권의 변제청구”로 되어 있다. 한국 정부도 바로 이 조항들을 언급하면서 강제징용피해자

의 청구권 문제가 1965년 협정에 의해 해결되었음을 일관되게 주장하였던 것이다.

대법원은 개인청구권까지 소멸시키기 위해서는 조약상에 명확한 근거가 있어야 함을 요건으로 전제한 후, 청구권협정을 살피면서 먼저 “청구권협정에는 개인청구권의 소멸에 관하여 한일 양국 정부의 의사의 합치가 있었다고 볼 만큼 충분한 근거가 없음”을 지적하고 있다.

대법원의 판단과는 달리 청구권협정에 이러한 의사의 합치가 있다고 볼 수 있음은 위에서 살펴보았다. 한국의 경우 일괄보상협정방식으로 국제적인 차원에서 일본과 문제를 해결한 후, 제공 받은 자금의 분배는 전적으로 국내법상의 문제라는 인식을 일관되게 견지하였다. 한국의 입장에서는 일본 및 일본국민의 한국 및 한국민에 대한 권리는 이미 소멸하였고, 한국 및 한국민의 일본 및 일본국민에 대한 권리는 협정의 발효와 더불어 소멸하는데, 단지 이 문제에 대한 일본 정부의 필요(헌법상 보상 문제의 회피)를 배려하여 협정 제2조 제3항에 합의해 준 것이다.

일본의 경우에는 자국 헌법상의 보상 문제를 회피하기 위해 우회적이고 번잡한 방식을 거치긴 하였지만, 위에서 살펴본 대로 결과적으로는 자국민의 재산 및 청구권의 소멸에 합의하였다고 볼 수 있다.

### (3) 청구권협정이 직접 개인청구권을 소멸시킬 수 있는지 여부

이 문제에 관해 대법원은 “일본이 청구권협정 직후 일본국 내에서 대한민국 국민의 일본국 및 그 국민에 대한 권리를 소멸시키는 내용의 재산권조치법을 제정·시행한 조치는 청구권협정만으로 대한민국 국민 개인의 청구권이 소멸하지 않음을 전제로 할 때 비로소 이해될 수 있는 점 등을 고려해 보면, 원고 등의 청구권이 청구권협정의 적용대상에 포함된다고 하더라도 그 개인청구권 자체는 청구권협정만으로는 당연히 소멸한다고 볼 수는 없고, 다만 청구권협정으로 그 청구권에 관한 대한민국의 외교적 보호권이 포기됨으로써 일본의 국내 조치로 해당 청구권이 일본국 내에서 소멸하더라도 대한민국이 이를 외교적으로 보호할 수단을 상실하게 될 뿐이다”라고 보고 있다.

한 국가의 국내법 질서 안에서 조약이 어떠한 지위와 효력을 갖는지는 국제법상 ‘국제법과 국내법’의 관계에 속하는 문제이다. 이 문제에 대한 통설적인 견해는 당해 국가의 헌법규정과 헌법관행에 의해 해결된다는 것이다. 따라서 동일한 조약의 당사자 간에도 헌법 규정과 관행에 따라 조약의 국내적 이행과 관련하여 상당한 차이를 보이는 예가 적지 않다. 예를 들어 국제법과 국내법의 관계와 관련하여 ‘엄격한 이원론’(strict dualism)을 취하고 있는 영국은 의회가 이행입법을 채택하지

않으면 체결된 조약은 영국 국내법 체계상 아무런 효력도 발휘할 수 없다. 다른 한편 일원론(monism)을 택하고 있는 국가의 경우 이 조약이 ‘자기집행적’(self-executing) 효력을 지닐 경우 별도의 이행입법 없이 조약이 그 국가의 국내법상 직접 효력을 발휘한다.<sup>115)</sup>

이러한 국제법적 이론과 실행에 비추어볼 때, 일본이 청구권협정을 체결하고도 재산권조치법을 통해 비로소 개인의 청구권을 소멸시켰기 때문에 한국에 대해서도 이 조약의 직접적 효력을 인정할 수 없다는 견해(밑줄 친 부분)는 타당하지 않다. 위에서도 살펴본 바와 같이 청구권협정 제2조 제3항은 일본의 국내법적 사정을 배려한 ‘비대칭적’ 조항이었고, 상호주의적으로 한국에도 적용될 성질을 지닌 것은 아니었다. 한국은 협정 자체의 효과로서 국가만이 아니라 개인의 권리도 소멸한다는 입장이었음은 이미 보았다.

#### (4) 소결

일괄보상협정방식에 의한 개인의 청구권의 소멸은 국제법상 실정성을 견고하게 획득하고 있으며, 외교적 보호에 관한 국내입법을 보더라도 이러한 방식이 “근대법의 원리와 상충”된다고 보기는 어렵다. 이러한 견해는 현재의 시점에도 타당하므로 (시제법적인 관점에서 볼 때) 1965년에 체결된 청구권협정에는 더욱 그러하다. 대법원은 예비적 검토의 형식을 통해 조약상 명확한 근거가 존재하면 개인의 청구권도 소멸될 수 있음을 인정하고 있는데, 강제징용피해문제와 관련하여 청구권협정 및 관련문서의 조항들은 명확한 근거를 제시하고 있는 것으로 평가될 수 있다. 이 판단은 협정을 통해 개인청구권을 소멸시킨다는 데 한일 양국 간 의사합치가 있다고 볼 수 있다는 점, 또한 조약의 국내적 효력에 관한 일본의 실행을 한국에도 적용하여 협정의 개인청구권 직접소멸효를 부인하는 것은 타당치 않다는 데 기초하고 있다.

일본 정부가 자국민과의 관계에서 헌법상의 보상의무를 회피하기 위해 ‘고안’해 낸 고식적인 논리를 반복적으로 구사하지 않았더라면, 이 협정에 의해 달성된 양국 간 ‘법적 평화’(Rechtsfriede)는 지속되었을 가능성이 높다. “일종의 언어적 유희”<sup>116)</sup>를 반복하던 일본 정부는 특히 1991년의 야나이 발언을 분기점으로 전후보상소송의

115) 국제법과 국내법의 관계에 관한 상세한 논의로는 정인섭, **신국제법강의**, 제14판(박영사, 2013), 제3장; 김대순, **국제법론**, 제17판(삼영사, 2013), 제5장 참조.

116) 정인섭, **전개논문(각주 13)**, p.524.

수문을 활짝 연 셈이 되었다.<sup>117)</sup> 그럼에도 불구하고 강제징용자 문제와 관련하여 우리 행정부는 이 판결 전까지 일관되게 이 문제가 1965년 청구권협정에 의해 해결되었다는 견해를 표명하였다. 따라서 (이 문제에 관한 한) 우리 정부가 일본의 언행을 신뢰하여 한국에 불리하거나 또는 일본에 유리한 행위로 나갔을 때 발생할 수 있는 국제법상 금반언(estoppel)의 문제는 발생한다고 보기 어렵다. 이 문제에 관한 한 우리 정부는 개인청구권이 불소멸·존속한다는 일본 정부의 입장을 수용·신뢰하지 않았던 것이다. 결국 일본 정부의 개탄스러운 행태에 대해 강력한 정치적·도덕적인 비난은 마땅하지만, 법적인 차원에서 책임을 추궁하기란 쉽지 않을 것으로 보인다.

## V. 외교문제에 대한 사법자제의 원칙

근래 한국 사법부는 외교문제, 특히 한일 간의 과거사 문제와 관련하여 사법적 극주의적 태도를 취하고 있다. 관련 피해자에 대한 인권침해의 심각성과 피해구조의 긴박성 등을 고려할 때, ‘인권의 최후보루’라고 할 수 있는 사법부가 적극적인 태도를 보이는 것은 납득할 수 있다. 다만 국가 간의 이해관계가 고도로 복잡하게 착종되어 있는 외교영역에서 발생한 문제에 대해 특히 외교를 담당하는 행정부에서 명시적으로 표명한 의견이 있음에도 불구하고 이와 상반되는 사법적 판단을 내리는 데는 신중한 접근이 필요하다고 할 것이다.

이는 권위주의 시대의 ‘통치행위이론’으로 회귀하자는 주장이 결코 아니다. 영국, 미국 등 대체로 탈권위주의적 민주사회로 평가될 수 있는 국가에서도 외교문제에 대한 ‘사법자제의 원리’(principle of judicial self-restraint)가 천명되고 있으며, 특히 외교문제에 대한 행정부의 견해에 대해서는 물론 최종적인 판단은 사법부가 행하지만 대체로 이를 존중하고 있다.

프랑스의 경우 최근 일부 법원에서 변화가 발생하고 있지만 전통적으로 “공적인 국제질서”(ordre public international)나 국제공법에 관련된 조약의 해석에 관해서는 외교부 장관을 비롯한 행정부서의 의견을 조회·존중하는 전통을 가지고 있다.<sup>118)</sup>

117) 이러한 사태 전개에는 국제사회 전반에 걸쳐 인권의식이 향상되고 또한 이른바 중군 위안부 등 반인도적 범죄가 국내외적으로 충격을 가했던 사실도 상당한 영향을 끼쳤다. 특히 1990년대 초 구 유고슬라비아에서 발생한 이른바 인종청소(ethnic cleansing)의 충격은 중군위안부 문제가 한일 양국간 또는 동아시아 지역적 차원을 넘어 국제적 이슈로 등장하는 데 기여하였다.

대외문제와 관련하여 사법자제의 원리를 명시적으로 천명한 외국 판례로서는 미국 연방대법원의 사바티노(Sabbatino) 사건을 들 수 있다. 카스트로의 쿠바정부에 의해 자신의 재산을 수용당한 미국인의 청구와 관련된 이 사건에서 연방대법원은 외국 정부가 자국 영역 내에서 행한 공적인 행위에 대한 사법적 판단을 회피하였다. 이러한 원칙을 국가행위이론(act of state doctrine)이라고 하는데, 그 근거와 관련하여 연방대법원은 이 이론이 ‘헌법적’ 기초를 가지고 있음을 적시한 후 다음과 같이 실시하였다.

과거 판례에 의해 형성된 [국가행위]이론은 외국이 [자국 영역 내에서 행한] 행위의 효력을 사법부가 나서서 판단하는 것이 국제사회에서 [미국이] 그 자신을 위해 또한 국제공동체 전체를 위해 추구하는 목표의 달성을 촉진하기보다는 오히려 방해할 수 있다는 확고한 인식을 표현한다.<sup>119)</sup>

최근 이 문제에 대한 심층적인 분석을 행한 학자도 “외교 및 국제관계는 일반적으로 사법적 판단으로부터 제외된 영역 중의 하나이다(Foreign affairs and international relations remain as one of the areas which is generally forbidden in terms of justiciability)”라고 전제한 후 외교 문제에 대한 사법적 쟁송가능성 문제를 검토하고 있다.<sup>120)</sup> 외교문제에 대한 사법자제원리의 논거로서는 또한 한 국가가 외교정책 문제에 관한 두 목소리로 말해서는 안 된다는 점도 제시된다.<sup>121)</sup>

위에서도 살펴본 바와 같이 국가중심적 사고의 후퇴 및 개인인권존중사고의 증진

<sup>118)</sup> Daillier, Forteau & Pellet, 전개서(각주 75), pp.260-261; Jean Combacau & Serge Sur, *Droit International Public*, 10<sup>e</sup> ed. (Monchrestien, 2012), pp.197-198.

<sup>119)</sup> Banco Nacional de Cuba v. Sabatino, 376 U.S. 423 (“The doctrine, as formulated in past decisions, expresses the strong sense of the Judicial Branch that its engagement in the task of passing on the validity of foreign acts of state may hinder, rather than further, this country’s pursuit of goals both for itself and for the community of nations as a whole in the international sphere.”).

<sup>120)</sup> Dominic McGoldrick, “The Boundaries of Justiciability”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 59 (2010), p.1000. 유사한 주제를 다루고 있는 논문으로는 Cameron Sim, “Non-Justiciability in Australian Private International Law: A Lack of ‘Judicial Restraint’”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 10 (2009), pp.102-140 참조.

<sup>121)</sup> 이에 관한 영국 판례로서는 *British Airways Board v Laker Airways Ltd* [1984], *The Campaign for Nuclear Disarmament v. The Prime Minister of the United Kingdom and Others* [2002], *Hilal Abdul-Razzaq Al Jedda v. Secretary of State for Defence* [2009] 등을 들 수 있다.

으로 인해 전통적인 사법자제의 원칙도 변화를 겪고 있음은 틀림없다. 그럼에도 불구하고 이 원칙의 기본적인 취지(즉 고도의 정치적 판단이 요구되는 외교문제에 대해 사법부는 신중하게 접근하는 것이 타당하다는)는 아직 널리 존중되고 있는 것도 엄연한 사실이다.

이러한 요청은 특히 외교문제를 담당하는 행정부에서 특정 외교문제에 대해 공식적인 의견을 표명하였을 때, 더구나 오랜 기간에 걸쳐 일관된 입장을 천명하였을 때는 더욱 강화된다고 할 것이다. 영국의 경우 외국 및 그 국가원수의 주권적 지위, 외국과의 전쟁상태의 존부 등의 국제법적 문제에 대하여 영국 외교부(Foreign and Commonwealth)에 행정부의견서(executive certificate)의 형태로 외교담당부서의 의견을 조회한다.<sup>122)</sup> 미국 역시 이러한 관행을 가지고 있다. 이러한 의견서에 대해 미국 연방대법원은 다음과 같이 판시하였다.

법원이 스스로 조약을 해석할 때, 특히 그 조약의 협상 및 이행의 책임을 지고 있는 행정부서가 부여한 해석에 대해서는 큰 비중(great weight)이 부여된다.<sup>123)</sup>

특정 조약과 관련하여 우리나라의 외교관계를 감독할 책임을 지고 있는 행정부서가 일관되게 지지해 온 해석에는 큰 비중이 부여되어야 한다.<sup>124)</sup>

이 글의 분석 대상과 긴밀한 관련을 맺고 있는 필리핀 위안부 사건에서 필리핀 최고법원은 외교부의 의견을 존중하여 판결하고 있다. 이 사건에서 필리핀 인권단체인 Malaya Lolas는 필리핀 외무장관, 법무장관 등을 상대로 필리핀 위안부 피해자를 위해 국제적인 차원에서 외교적 보호권을 발동할 것을 소구하였다. 필리핀 대법원은 일본이 사과하였고 또한 아시아여성기금을 통해 배상의무를 이행하였다는 피고의 주장을 수용하면서 이러한 외교문제는 “정치적인” 정부부서에 의해 처리되는 것이 타당하다고 판시하였다.<sup>125)</sup>

<sup>122)</sup> 이에 대한 상세한 논의로는 Elizabeth Wilmhurst, “Executive Certificate in Foreign Affairs: The United Kingdom”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 35 (1986), pp.157-169 참조.

<sup>123)</sup> *Kolovrat v. Oregon*, 366 U.S. 187, 194 (1961)(“While courts interpret treaties for themselves, the meaning given them by the departments of government particularly charged with their negotiation and enforcement is given great weight.”).

<sup>124)</sup> *Sullivan v. Kidd*, 254 U.S. 433, 442 (1921). (“[T]he construction placed upon the treaty before us and consistently adhered to by the Executive Department of the Government, charged with the supervision of our foreign relations, should be given much weight.”).

한국의 경우 이 문제에 대한 실행 및 견해가 아직 확립되어 있지 않은 것으로 보이는데, 대체로 다음과 같은 방향을 제시할 수 있을 것이다. 첫째, 중대한 국가 이익이 관련되거나 민감한 외교문제에 관해서는 의견조회 등의 형식으로 외교담당 부서의 견해를 파악한다. 둘째, 외교담당부서의 견해에 대해서는 특단의 사유가 없는 한 상당한 비중을 부여한다. 셋째, 외교담당부서가 명확하게 의견을 표명한 경우, 특히 장기간에 걸쳐 일관되게 같은 의견을 표시한 경우에 이러한 의견과 다른 사법적 판단을 내릴 때에는 사법부는 그 근거를 명확하고 상세하게 제시하여야 한다. 이러한 고려사항에 비추어 금번 대법원 판결을 되짚어 볼 필요성도 적지 않을 것이다.

## VI. 결 어

이 글에서는 일제강제징용사건에 대한 2012년 대법원 판결을 국제법적 관점에서 검토하였다. 특히 (i) 강제징용피해자의 청구권이 1965년 청구권협정의 물적 대상에 포함되는지에 대한 조약해석의 문제, (ii) 1965년 청구권협정 자체의 의하여 개인의 청구권을 소멸시킬 수 있는지의 문제, 그리고 (iii) 외교문제와 관련된 사법자체의 원칙에 초점을 맞춰 논의를 진행하였다.

첫 번째 문제와 관련하여 대법원은 i) 청구권협정이 “양국 간의 재정적·민사적 채권·채무관계”만을 정치적 합의에 해결하기 위한 것이었다는 점, (ii) 일본이 협정 제1조에 의해 제공한 자금과 제2조에 의한 권리문제의 해결 간에 “법적 대가관계”가 없었다는 점, (iii) 협상 과정에서 일본 정부가 식민지배의 불법성을 인정하지 않고 또한 강제동원피해의 법적 배상을 원칙적으로 부인하였기 때문에, 식민지배와 직결된 불법행위로 인해 발생한 손해배상청구권이 청구권협정의 적용대상에 포함되기 어렵다는 점 등을 지적하면서 청구권협정으로 피해자 개인의 청구권은 물론 한국의 외교적 보호권도 포기되지 않았다고 판단하였다.

이 문제는 1965년 청구권협정이라는 조약을 어떻게 해석할 것인가의 문제로 귀착 되는데, 위에서 살펴본 바와 같이 협정문 및 관련 문서의 해석, 협정 체결 이후의 양국의 실행, 협정 체결 당시의 교섭자료 등에 비추어볼 때, 한국인 강제징용피해자의

125) Supreme Court of the Republic of the Philippines, *Malaya Lolas Organization v. Alberto G. Romulo et al.* (Promulgated: April 28, 2010).

청구권이 협정의 물적 대상에서 제외되었다고 해석하기는 곤란할 것이다. 한일 양측이 샌프란시스코 평화조약 제4조(a)에서 예정한 ‘양국 간의 재정적·민사적 채권·채무 관계’의 틀을 넘어 협상을 진행하였음은 협상기록에서 또한 협정 체결 후 한국의 입법실행 등에서 분명히 드러난다. 1965년 협정 제2조 제1항이 규정하고 있듯이 한일은 “[샌프란시스코] 평화조약 제4조(a)에 규정된 것[만이 아니라]을 포함하여” 양국 및 양국민 간의 재산 및 청구권에 관한 문제가 “완전히 그리고 최종적으로 해결된 것이 된다는 것을 확인”했던 것이다. 협정 제2조 제1항은 국내법상의 “화해”(settlement)와 유사한 성격을 띠는 것으로서 비록 일본 측이 한국병합, 일제강점기 말기의 징용 등의 불법성 및 그에 대한 법적 책임을 인정한 것은 아니지만, 강제징용피해자의 청구권까지 포함하여 최종적인 해결에 양측이 합의했던 것이다.

이러한 해석은 한국의 외교부서를 포함한 행정부에서 1965년 협정 체결 이래 일관되게 견지해 온 것이다. 대법원 판결이 일본과 협상을 수행하였고 또한 외교문제를 담당하고 있는 행정부서의 견해를 배척하는 과정에서 한국 정부보다는 일본 정부의 입장과 해석에 더 높은 비중을 부여하고 있는 점은 상당히 이채롭다. 예를 들어 한국 정부는 14년간의 협상 과정을 통하여 또한 협정 체결 후에도 “실질적으로 배상적인 성격의 것”도 협정 대상에 포함되었으며 협정 제1조에 의해 제공된 자금이 결코 경제협력의 명목만이 아니라고 강조하였다. 한국 행정부의 일관된 입장 표명에도 불구하고 대법원 판결은 협정 제1조에 의해 제공된 자금을 ‘경제협력자금’으로 단정하고 있다.

두 번째 문제, 즉 1965년 청구권협정과 같은 이른바 일괄보상협정을 통해 개인의 청구권을 처분할 수 있는지에 대해서도 대법원 판결은 재고의 여지가 적지 않은 것으로 판단된다. 위에서 상세히 살펴본 바와 같이 일괄보상협정방식에 의한 개인의 청구권의 소멸은 국제법상 실정성을 견고하게 획득하고 있다. 또한 외교적 보호와 관한 국제법위원회 등의 작업을 보더라도 이러한 방식이 “근대법의 원리와 상충”된다고 보기는 어렵다. 이러한 견해는 현재의 시점에도 타당하므로 (시제법적인 관점에서 볼 때) 1965년에 체결된 청구권협정에는 더욱 그러하다. 또한 1965년 협정의 협상 과정에서 우리 정부는 일관되게 일괄보상협정의 채택을 주장하였던 사실도 기억해야 할 것이다.

오늘날의 국제법은 현 국제사회의 발전단계에 상응하는 규범체계로서 나뉠대로의 실정성을 갖추고 있다. 따라서 국내법원이 국제법을 다룰 때에는 국내사회와는 성격이 다른 국제사회를 규율하는 법체계로서 그에 합당한 대응을 해야 할 것이다.

국제법을 저(低)발달된 법으로 파악하여 국내법적 논리를 무매개적으로 국제적 차원으로 투사한다면 이는 상당한 문제를 야기할 수 있다.

두 번째 문제에 대한 대법원 판결의 또 하나의 문제점은 1965년 청구권협정 제2조 제1항의 해석과 관련하여 일본측이 전개한 해석론적 곡예의 배경과 맥락을 꿰뚫어 보지 못한 데 있다. 일본 정부는 샌프란시스코 평화조약과 이 조약을 배경으로 체결된 일련의 전후처리조약을 통하여 단지 정부의 외교적 보호권만이 포기되었을 뿐 개인의 청구권은 존속한다는 주장을 제출하였다. 이러한 주장은 일본 정부가 자국민과의 관계에서 헌법상의 보상의무를 회피하기 위해 고안해 낸 (그리고 나중에 실질적으로 폐기된) 논리에 불과한 것이지 결코 인권존중사상에서 유래한 것은 아니었다.

세 번째 문제, 즉 외교문제에 대한 사법자제의 원리와 관련해서도 금번 대법원 판결은 비판적 검토의 여지가 적지 않다. 1965년 협정 체결을 위한 협상을 수행했고 외교문제를 담당하는 행정부서가 장기간에 걸쳐 일관된 입장을 표명했음은 이미 살펴보았다. 비록 외형상 사인 간의 소송이라 할지라도 외교부서의 의견을 조회하거나 또는 판결문에서 그 입장에 대한 검토 없이 이를 정면으로 배척한 것은 비교사법(司法)적인 관점에서도 상당히 이례적이다. 조약에 대한 최종적인 해석권이 사법부에 있다고 하더라도 외교문제에 대해 사법부가 신중한 접근을 하는 것이 일반적이다. 이번 판결로 강제징용피해자를 비롯한 한일 양국 간의 현안이 종결될 수 있다면, 외교문제에 대한 한국 법원의 사법적극주의적인 접근도 환영할 수 있을 것이다. 그러나 이번 판결로 인해 양국 간 외교관계의 긴장과 마찰이 고조되고, 1965년 협정 위반 여부와 관련하여 한국 측에 국제법상 국제책임의 문제가 발생할 개연성이 높아졌다. 금번 대법원 판결이 내려진 이후의 사태 전개는 외교문제에 대한 사법자제의 원리가 형성된 이유(즉 고도의 정치적 판단이 요구되는 외교문제에 대해 사법부가 개입하는 경우 오히려 국가목표의 달성을 방해할 수 있다는 우려)의 타당성을 재확인시켜 준다고 해도 과언이 아닐 것이다.

이 지점에서 필자가 법적 논의의 틀을 벗어나 강조하고 싶은 것은 필자 역시 강제징용피해자들의 고통에 대해 깊은 안타까움과 부채의식을 지니고 있다는 점이다. 이들이 장구한 세월 동안 형언할 수 없는 피해와 고통을 겪었음에도 (직접적 가해자인 일본은 물론) 상당한 경제성장을 통해 피해자들의 고통과 희생에 보답할 수 있는 물질적 풍요와 정신적 여유를 얻은 한국 사회도 이들의 피해구제에 소홀했던 것은 부인키 어려운 것이다.

필자도 비록 만시지탄이 있지만 강제징용피해자들의 피해구제에 나서야 한다는 데는 전적으로 동감하지만, 과연 어떠한 경로와 수단이 가장 적절한지에 대해서는 의견이 갈릴 수 있을 것이다. 금번 대법원 판결이 취한 접근방법이 양국 간 문제 해결, 특히 강제징용피해자의 권리구제에 가장 적절한 방법인지에 대해서 필자는 의문을 품고 있다. 일본의 정부의견과 판례가 소극적인 방향으로 확정되었고, 일본 사회가 안타깝게도 과거사 문제와 관련하여 자폐적 경향을 보이고 있는 상황 하에서 다시금 일본 정부를 상대로 법적 책임을 추궁하라고 한다면 그 실효성은 상당히 의문이다. 자칫하면 상당히 연로한 피해자들이나 사망한 피해자들의 유족들이 그들의 피해에 대한 법적 책임과 관련하여 한국에서 일본으로 가라고 하고 일본에서는 한국으로 가라고 하는 가운데 ‘인간 탁구공’(human pinball)과 유사한 처지에 놓일 우려도 있다. 이렇게 된다면 이미 너무나 큰 고통과 피해를 입은 당사자들에게는 또 다시 큰 상처가 입혀질 가능성이 크다고 할 것이다.

또한 사법부의 판결로 인해 국가 간에 청구권협정 위반을 이유로 새로운 분쟁이 발생하고 대외적으로 국가책임의 문제가 발생할 가능성도 배제할 수 없다. 피해자 권리의 구제라는 정의로운 목적에서 내린 판결이 그 원래의 사정(射程)을 넘어 매우 복잡하고 해결하기 쉽지 않은 분쟁의 발생으로 연결될 수도 있는 것이다.

필자의 개인적인 견해로는 법적으로 완전히 만족스러운 해결에 이르지 못한다 하더라도 적절한 지점에서의 ‘종결’(closure)을 통해 피해자들의 실질적 구제에 주력하는 것이 타당하지는 않을까 생각한다. 이러한 노력에 그 동안 이들 피해자의 고통과 희생에 대해 다소 소홀했던 한국 사회도 적극적으로 나서야 할 것이다.

## 참고문헌

- 경제기획원, **청구권자금백서**(1976).
- 대한민국 정부, **대한민국과 일본국 간의 조약 및 협정 해설**(1965. 7).
- 대한민국 정부, **한일회담백서**(1965).
- 한·일회담 청구권 관련문서, 제24권(2005).
- 한·일회담 청구권 관련문서, 제58권(2005).
- 한·일회담 청구권 관련문서, 제59권(2005).
- 김대순, **국제법론**, 제17판(삼영사, 2013).
- \_\_\_\_\_, “외교보호의 제정점 - 2006년 ILC 외교보호초안을 중심으로 -”, **법학연구**, 제48권 제1-1호(2007).
- 김명기, **정신대와 국제법**(법지사, 1993).
- 김부찬, “국제관습법상 외교적 보호제도에 관한 고찰”, **법학연구**, 제42권 제1호(2001).
- 김창록, “『한일협정』과 한국인 개인의 권리”, **법학연구**, 제43권 제1호(2012).
- 도시환, “한일청구권협정에 대한 새로운 국제법적 평가”, 대한변호사협회/국제사법학회/세계국제법학회 한국지부 공동심포지움 <일제강제징용배상판결의 국제관계법상의 의의> 발표문(2012. 11. 14).
- 박배근, “1965년 ‘한일청구권협정’과 개인의 청구권”, **국제법평론**, 제14호(2000).
- 이원덕, **한일과거사 처리의 원점: 일본의 전후처리 외교와 한일회담**(서울대학교출판부, 1996).
- 이진규, “외교적 보호제도의 현대적 해석 - 개인의 권리 및 인권보호적 성격에 주목하며 -”, **국제법학회논총**, 제56권 제1호(2011).
- 장박진, “한일회담 청구권 교섭에서의 세부 항목 변천의 실증분석: 대일 8항목 요구 제5항의 해부”, **정신문화연구**, Vol. 34, No. 1 (2011).
- 정인섭, **신국제법강의**, 제14판(박영사, 2013).
- \_\_\_\_\_, “재사할린 한인에 관한 법적 제문제”, **국제법학회논총**, 제34권 제2호(1989).
- \_\_\_\_\_, “1965년 한일 청구권협정 대상범위에 관한 연구”, **성곡논총**, 제25집(1994).
- Combacau, Jean & Sur, Serge, *Droit International Public*, 10<sup>o</sup> ed. (Monchrestien, 2012).
- Dahm, Georg, *Völkerrecht*, Bd. 3 (Kohlhammer, 1961).

- Daillier, Patrick Daillier, Forteau, Mathias & Pellet, Alain, *Droit International Public*, 8° ed. (LGDJ, 2009).
- Hart, H. L. A., *The Concept of Law* (Oxford University Press, 1961).
- Hofmann, Rainer, “Compensation for Victims of War – German Practice after 1949 and Current Developments”, *國際法外交雜誌*, 105卷 1号(2006).
- Lillich, Richard B. & Weston, Burns H. (eds.), *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements* (University Press of Virginia, 1975).
- McGoldrick, Dominic, “The Boundaries of Justiciability”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 59 (2010).
- Sim, Cameron, “Non-Justiciability in Australian Private International Law: A Lack of ‘Judicial Restraint’”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 10 (2009).
- Sinclair, Ian, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd ed. (Manchester University Press, 1984).
- Weston, Burns H., Lillich, Richard B. & Bederman, David J., *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements, 1975-1995* (Martinus Nijhoff, 1999).
- Wilmhurst, Elizabeth, “Executive Certificate in Foreign Affairs: The United Kingdom”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 35 (1986).
- 岡野鑑記, *日本賠償論*(東洋經濟新聞社, 1958).
- 谷田正躬 外, *日韓條約と國內法の解説*(大藏省印刷局, 1966).
- 管建強, *跨越對日民間索賠的法律障礙*(三聯書店, 2006).
- 福田博, “請求權條項”, *法律時報*, 1965年 9月号.
- 山手治之, “日韓請求權協定 2 条の解釈について(1)”, *京都學園法學*, 第54・55号(2007).
- 山手治之, “第二次大戦時の強制労働に対する米国における対日企業訴訟について”, *京都學園法學*, 第33・34号(2001).
- 杉原高嶺・酒井啓亘(編), *國際法基本判例*(三省堂, 2010).
- 小畑 郁, “請求權放棄條項の解釋の變遷”, *國際人權法と憲法*(信山社, 2006).
- 永野 慎一郎・近藤 正臣, *日本の戦後賠償*(勁草書房, 1999).
- 淺田正彦, “日華平和條約と國際法(五)”, *法學論叢*, 156卷 2号.
- 淺田正彦, “対日平和條約における『国民の請求權』の放棄”, *法學論叢*, 第162卷 1~6号(2008).
- 太田 修, *日韓交渉 - 請求權問題の研究*(クレイン, 2003).

<Abstract>

The Question of Individual Claims of the Korean Victims  
of Forced Labour Under the 1965 Claims Settlement  
Agreement between Korea and Japan from International  
Law Perspective

- A Critique of the Korean Supreme Court's Judgments (2012) -

Lee, Keun-Gwan\*

In May 2012, the Korean Supreme Court handed down “landmark” judgments on the cases involving individual claims held by some Korean victims of forced labour by Japan. In the two cases brought against the Mitsubishi Heavy Industries and the New Nippon Steel, the Supreme Court held that the individual claims of the Korean victims of forced labour by the Japanese state and Japanese companies were not and could not be settled away by the “lump-sum settlement” generally known as the 1965 Claims Settlement Agreement between Korea and Japan.

These judgments, while generally well received by Korean society that is increasingly concerned by the growing conservatism in Japan, raise a number of questions from an international law perspective. The Court reasoned that the issue of individual claims arising out of tortious acts by the Japanese side had not been covered by the 1965 Agreement, the reason being that the two sides could not agree on the illegality or otherwise of Japan's colonization of Korea. According to the Court, even if the question of individual claims had fallen under the coverage of the Agreement, what could be waived was limited to the right of diplomatic protection held by the Korean Government. To waive the claims held by the citizens for diplomatic purposes would go against the spirit of modern legal principles.

This article conducts a critique of these judgments and offers conclusions diverging

---

\* Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

substantially from it. First, on the question of whether the individual claims fall under the subject-matter scope of the 1965 Agreement, the author answers in the positive, based on, among other, the interpretation of the Agreement text, analysis of the *travaux préparatoires* and the subsequent practice of Korea and Japan. Even though both sides differed substantially on the illegality or otherwise of the Japanese colonization and the nature of the monies provided under the Agreement, the fact remains that all the outstanding claims between the Korean Government and Korean nationals, on the one hand, and the Japanese Government and Japanese nationals, on the other, were finally and completely settled by the Agreement. To use the term in wide currency in domestic law, the Agreement was a “settlement” aimed at the elimination of outstanding legal problems between the parties concerned in a final and comprehensive manner.

Secondly, the Court calls into question the permissibility of negotiating away individual claims and rights through lump-sum settlements. It is beyond doubt that the Court’s reasoning firmly founded on the protection of human rights is very laudable. However, such reasoning may be criticized as an uncritical transposition of domestic legal thinking onto a substantially different normative sphere, i.e., international law. The positivity and legality of lump-sum settlements is widely established even today. It will be very difficult to doubt their positivity and legality in 1965.

Thirdly, these judgments to be approached from the angle of the well observed principle of judicial self-restraint. The judgments go against the view consistently expressed by the executive branch of Korea. It is expected that the judgment will not bring final closure to the complicated question. Instead, it will help open a legal and diplomatic Pandora’s box, further complicating the already burdened relations between Korea and Japan. The advisability of the judicial branch venturing into a highly treacherous realm (called diplomacy) is to be discussed in great earnest.

Keywords: Claims Settlement Agreement, forced labor, diplomatic protection, lump-sum settlement, San Francisco Treaty, judicial self-restraint

