

# 공 개 변 론 신 청 서

사건번호 2006헌마 788호

대한민국과 일본국간의 재산및 청구권에 관한 문제의 해결과  
경제협력에 관한 협정 제 3조 부작위 위헌확인

청 구 인 이 용 수 외 108

피청구인 외교통상부장관

위 사건에 관하여 일본군 위안부 피해문제가 1965년 「대한민국과 일본국  
간의 재산및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정」의 체결  
에도 불구하고 해결되지 않았음이 밝혀졌으나 정부는 대책마련을 하고 있지  
않는 상황입니다. 위 사건은 정부와 일본군 위안부간의 대책 마련에 대한 중  
대한 사안이므로 ① 청구인 당사자의 신문, ② 한일협정문서 공개에 따른  
정부입장 신문, ③ 국제법 전문가에 대한 감정, ④ 일본의 재판례및 유엔인  
권위원회 등 국제기관의 권고 내용의 입증 등을 위해 청구인들은 공개변론  
을 신청하는 바입니다.

2006. 9. .

위 청구인들의 대리인

법무법인 삼 일

담당변호사 최 봉 태

헌 법 재 판 소 귀 중



법무법인 삼 일

서울특별시 서초구 서초동 1702-10 명광빌딩 5층 대표전화. (02) 3476-0031 FAX. (02) 3476-5071

# 준 비 서 면

사 건 : 2006 헌마 788  
청 구 인 : 이 용 수 외 108  
피 청 구 인 : 외교통상부장관

위 사건에 관하여 청구인들의 대리인은 다음과 같이 준비 서면을 제출합니다.

## 다 음

### 1. 피청구인의 답변 요지

피청구인은 2006. 8. 29. 귀 원에 제출한 답변서에서 결론으로 피청구인은 청구인들의 재산권이나 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 침해한 바가 없고, 외교적 보호의 부여나 분쟁 해결 수단의 선택은 국가에 귀속되는 재량이며 그로부터 법적 의무를 도출하기 힘들며, 1998년의 중재요청불이행위헌확인사건을 본건 청구 취지와 동일시하며 어떠한 작위 의무의 위반도 없다고 주장을 합니다.

그러나 위 답변은 피청구인이 스스로 체결한 한일 청구권 협정이 초래하고 있는 청구인들과 같은 일제 피해자들의 재산권이나 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 침해하고 있는 상황을 의도적으로 무시하는 것이며, 외교 행위에 대한 재량성 주장 역시 본건 헌법 소원의 일부 청구인들이 피청구인을 상대로 제기한 한일협정문서 공개 소송에서 피청구인에 의해 되풀이 주장되었으나 법원에 의해 받아들여지지 아니한 주장에 불과하고, 1998년의 중재요청불이행위헌확인사건과 본건을 동일시하는 것은 청구 취지 및 원인, 그리고 한일협정문서 공개에 따라

달라진 사정 변경을 도외시하는 것이어서 부당합니다.

## 2. 피청구인 본안전 항변의 부당성

### 가. 본안전 항변에 대한 부분

피청구인은 귀 원에 제출한 답변서를 통해 그 청구가 적법하기 위해서는 헌법상 보장된 기본권이 공권력의 행사 혹은 불행사로 인하여 침해를 받아야 하는데 청구인들이 주장하는 재산권은 우리 헌법이 보장하는 '재산권'이라 할 수 있는지 의문이며 청구인들의 사유재산을 제한하거나 박탈을 한 바가 없고 청구인들의 그 외 기본권도 피청구인의 공권력의 행사 혹은 불행사에 의해 침해를 받은 바가 없기 때문에 본건 청구는 부적법 하다는 취지로 주장을 하고 있습니다.

이러한 주장은 피청구인의 답변의 두가지 핵심 중 나머지 하나인 외교 행위의 재량성의 주장과 아울러 피청구인 답변의 중핵을 이루고 있는 것이므로 이것이 얼마나 사실을 도외시 한 것인지 그 동안의 피청구인의 행위 및 일본의 재판례를 들어 설명하겠습니다.

### 나. 본안전 항변의 부당성에 대해

(1) 피청구인이 체결한 소위 한일 청구권 협정 제1조에 의하면 일본국은 한국 정부에 무상 3억불, 유상 2억불에 해당하는 생산물 및 용역을 제공하도록 되어 있고, 한일 청구권 협정 제2조 1항에 의하면 양 체약국은 양 체약국 및 그 국민(법인을 포함함)의 재산, 권리, 이익과 양 체약국 및 그 국민간의 청구권에 관한 문제가 1951년 9월 8일에 샌프란시스코에서 서명된 일본국간의 평화조약 제4

조(a)에 규정된 것을 포함하여 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것이 된다는 것을 확인한다고 되어 있고, 같은 조 2항에 의하면 위 규정을 따르는 것을 조건으로 하여 일방 체약국 및 그 국민의 재산,권리,이익으로서 본 협정의 서명 일에 타방 체약국의 관할 하에 있는 것에 대한 조치와 일방 체약국 및 그 국민의 타방 체약국 및 그 국민에 대한 모든 청구권으로서 동일자 이전에 발생한 사유에 관하여는 어떠한 주장도 할 수 없는 것으로 한다고 되어 있습니다. (그 후 일본에서는 1965.12.17. 법률 제144호 '재산및청구권에관한문제의해결및경제협력에따른대한민국등의재산권에대한조치법(이하 재산권조치법)'을 제정하여 일본국 또는 그 국민에 대한 채권으로서 청구권 협정 제2조 3항에서 말하는 재산,권리, 이익에 대해서는 1965.6.22.에 원칙적으로 소멸된 것으로 한다고 처리하였습니다.)

(2) 이러한 피청구인의 행위로 맺어진 한일 청구권 협정이 가지는 법률적 의미에 대해서, 과연 국가가 외국과 맺은 협정을 통해 법인격이 별개인 국민의 재산, 권리, 이익 및 청구권을 처분할 수 있는가 많은 학설의 논란이 있어 왔습니다. 그리하여 피청구인은 귀 재판소에 제출한 답변서를 통해 정부가 청구인들의 사유재산을 제한하거나 박탈을 한 바는 없다는 주장을 하고 있는 것으로 보입니다. 그러나 이런 주장은 적어도 피청구인이 본건 헌법재판소에서 주장을 하는 것은 모순이라 판단이 됩니다. 피청구인은 그 동안 한일 청구권 협정을 체결한 후인 1966.2.19. '청구권자금의운용및관리에관한법률'을 제정하여 "대한민국 국민이 가지고 있는 1945년 8월 15일 이전까지의 일본국에 대한 민간청구권은 이 법에 정하는 청구권자금중에서 보상하여야 한다"고 규정하고(제5조 제1항), '1971.1.19. '대일민간청구권신고에관한법률'을 제정하여 보상 대상이 되는 청구권의 범위와 신고 기간, 증거조사방법 등을 규정하였고, 1974.12.21.'대일민간청구권보상에관한법률'을 제정하여 보상 금액 및 방법을 규정하였는데, 위 각 법률 규정상 피징용 사망자와 재산을 보상대상으로 할 뿐 피징용 부상자나, 일

본군 위안부, 원자폭탄 피해자들은 그 보상 대상에 포함되지 않았을 지언정, 보상금은 피징용 사망자 1인당 30만원으로 하여 피징용 사망자 8,522명에 대해 약 25억 7천만원, 예금 채권등 재산에 대하여는 일본국 통화 1엔당 30원으로 하여 비록 제한 된 것이나 보상은 하였는데 이러한 보상은 법률적으로 당연히 청구인들의 사유재산을 수용 사용 또는 제한한 것을 전제로 이루어졌다고 봄이 타당하므로 피청구인이 청구인들과 같은 일제 피해자들의 사유재산을 제한하거나 박탈을 한 적이 없다고 주장하는 것은 적어도 피청구인의 과거 행위를 보아 양립할 수 없는 주장입니다. 아울러 갑 제7호증의 2005.8.26.보도자료를 보듯 한일 청구권 협정은 청구인들과 같은 반인도적 불법행위를 해결하기 위한 것이므로 한일 청구권 협정에 의해서도 일본 정부의 법적 책임은 남아 있으나 샌프란시스코 조약 제4조에 근거하여 한일양국간의 재정적,민사적 채권채무관계를 해결하기 위한 것이라 피청구인 스스로 인정을 하고 있고, 갑제14호증 즉 위 발표 이후 2006년 현재 정부에 의해 입법 예고한 ‘일제강점하국의강제동원희생자 등지원에관한법률(안)’ 제1조 단서의 반대 해석상 나머지 일정한 일제 피해자들의 일본측에 대한 법적 책임이 위 한일 청구권 협정을 체결한 피청구인의 행위에 의해 소멸이 되었다고 해석하여야 함에도 피청구인이 일제 피해자들의 사유재산을 제한하거나 박탈을 한 바는 없다는 것은 적어도 피청구인의 주장으로서는 타당하지 아니합니다.

(3) 아울러 한일 청구권 협정의 법적 효력과 관련하여 대표적인 두가지 일본의 재판례를 들도록 하겠습니다.

2003.7.22. 도쿄고등재판소의 태평양전쟁한국인희생자보상청구사건 항소심은 “--군대위안부관계의 항소인들이 취득할 여지가 있는 불법행위에 기한 손해배상채권은 어느 것이나 한일 청구권 협정 서명일 이전에 생긴 사유에 기한 것이고 재판등에 의해 그 존재 및 내용이 확정되는 것이지만 법률상의 근거에 기하여

취득된 재산적 가치가 인정되는 실체적 권리이고, 한일 청구권 협정 2조 2(b)에 규정한 1945년 8월 15일 이후에 통상의 접촉 과정에서 취득한 것으로 인정되지 않는다.--- 그렇다면 동 항소인들의 청구권은 어느 것이나 한일 청구권 협정 2조 3의 「재산, 권리 또는 이익」에 해당하여 재산권조치법 1조의 적용에 의해 1965년 6월 22일에 소멸하였다고 해석하는 것이 상당하다”<sup>1)</sup>고 판시하고 있습니다.

또한 비록 일본군 위안부 피해자에 대한 건은 아니나 2002.11.19.오오사카고등재판소의 일본제철에 강제 동원된 피해자에 대한 손해배상청구 사건에서

“---한일 청구권 협정 및 재산권조치법의 각문언등을 보면, 재산권조치법1항 1호에서 말하는 「일본국 또는 그 국민에 대한 채권」에는, 한국국적을 가지고 한국에 거주하는 항소인들의 일본제철에 대한 미불임금채권, 강제연행 불법행위에 의한 손해배상청구채권, 사죄문교부채권 및 변호사비용청구채권이 포함되어 있다고 해석하는 것이 상당하다. 따라서 항소인들의 일본제철에 대한 채권은 한일 청구권협정 2조의 3의 재산, 권리, 이익에 해당하고, 재산권조치법의 적용에 의해 1965년 6월 22일 소멸하였다고 해석하는 것이 상당하다”<sup>2)</sup>고 하였습니다.

(4) 이러한 일본의 재판례의 논리는 최근에 와서 더욱 유력해 지고 있는 것이 현실입니다. 그러하기에 청구인들이 한일 청구권 협정 문서공개를 청구하여 일본정부의 주장의 당부를 법적으로 판단 받을 필요성이 현실화하여 결국 피청구

1) “---軍隊慰安婦關係の控訴人らが取得した余地のある不法行為に基づく損害賠償債権は、いずれも日韓請求権協定の署名の日以前に生じた事由に基づくものに関するもので、裁判等によりその存在及び内容が確定したものではないものの、法律上の根拠に基づいて取得された財産的価値を認められる実体的権利であり、日韓請求権協定二条二(b)に規定する昭和二〇年八月一五日以降における通常の接触の過程で取得されたとは認められないものである。---そうすると、同控訴人等の請求権は、いずれも日韓請求権協定二条三の「財産、権利又は利益」に該当し、措置法一条の適用により昭和四〇年六月二二日をもって消滅したものと解するのが相当である。”

2) “---日韓請求権協定及び財産権措置法の各文言などにかんがみると、財産権措置法1項1号にいう「日本国又はその国民に対する債権」には、韓国国籍を有する韓国に居住する控訴人らの日本製鐵に対する未払貸金債権、強制連行の不法行為による損害賠償請求債権、謝罪文交付請求債権及び弁護士費用請求債権が包含されていると解するのが相当である。したがって、控訴人らの日本製鐵に対する債権は、日韓請求権協定2条3の財産、権利又は利益に該当し、財産権措置法の適用によって昭和40年6月22日をもって消滅したものと解するのが相当である。”

인에게 관련 문서의 공개를 청구하였으나 피청구인에 의해 거부당하여 결국 행정소송까지 제기하게 되었던 것입니다.

물론 가사 한일 청구권 협정의 관련 규정에 관하여 일본 정부 및 재판소가 조약의 잘못된 해석에 근거하고 있다고 가정하더라도 피청구인의 행위에 의하여 적어도 청구인 등이 일본 및 기타 관련 국가의 법원에서 자신들의 권리를 행사하는데 법률적인 장애사유 내지 권리를 행사할 수 있는 지위에 대한 법률적인 위험 내지 불안이 야기 조성되어 있다는 것은 위 일본의 재판례를 보면 의문의 여지가 없습니다. 그럼에도 불구하고 피청구인이 위안부의 강제 동원의 주체가 아니라는 이유만을 들어 공권력 행사 및 불행사에 의해 청구인들에 대해 어떤 기본권의 침해도 일어나지도 않았다고 주장을 하는 것은 현실을 전혀 도외시한 부당한 것입니다.

### 3. 본안에 대한 답변의 부당성

#### 가. 국제법상 외교적 보호권 일반론

##### (1) 국제법상 외교적 보호권

국제연합의 국제법위원회가 2006년 채택한 “외교적 보호에 대한 초안규정”에 따르면 외교적 보호는 “한 국가가 다른 국가의 국제불법행위에 의해 자국의 국적을 가진 자연인이나 법인에게 야기된 침해에 대한 다른 국가의 국가책임을 이행하게 할 목적으로 외교행위 또는 다른 평화적 해결 수단을 통하여 그 국가의 책임을 추궁하는 것”으로 정의되고 있습니다.<sup>3)</sup>

3) 제1조, Draft articles on Diplomatic Protection, *Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10*, UN Doc. A/61/10: 원문은 “For the purpose 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.”

국제법위원회의 외교적 보호 초안규정은 “국민에 대한 침해는 그 국가에 대한 침해”라고 하는 전통적인 접근방법에 대한 재평가에 입각하여 그 동안의 국제관행을 바탕으로 외교적 보호에 관한 국제관습법을 편찬하려는 시도로 평가될 수 있습니다.<sup>4)</sup> 특히 국제법위원회는 국가 대 국가 차원에서 한 국가에 의해 수행되는 외교적 보호가 국외에서 인권이 침해된 사람들을 보호하기 위한 여전히 중요한 구제수단임을 확인하고 있습니다.<sup>5)</sup>

외교적 보호에 해당하는 ‘외교행위’(diplomatic action)로는 “항의, 조사요구, 분쟁의 해결을 목표로 한 교섭요구를 포함하여 한 국가가 자신의 견해와 관심사를 다른 국가에 알리기 위해 사용하는 모든 합법적 절차”로 이루어지고, ‘다른 평화적 해결 수단’으로서 “교섭, 중개, 조정에서 중재와 사법적 분쟁해결에 이르는 모든 형식의 합법적 분쟁 해결”을 들 수 있습니다.<sup>6)</sup>

## (2) 국제법상 외교적 보호의무와 국내법

국제법위원회의 초안규정 제2조에 따르면 “국가는 이 초안규정에 따라 외교적 보호를 행사할 권리”를 가지며 국제법상 이를 행사할 의무는 지지 않는다고 합니다.<sup>7)</sup> 그러나 국제법위원회는 초안규정 제19조에서 “이 초안규정에 따라 외교적 보호를 행사할 수 있는 권리를 갖는 국가는 (a) 특히 중요한 침해가 발생했을 때 외교적 보호 행사 가능성에 대해 정당하게 고려해야 하고; (b) 외교적 보호의 호소와 청구될 배상에 관한 피해자들의 견해를 가능한 한 고려해야 하며; (c) 책임이 인정된 국가로부터 획득한 손해 배상금을 합리적으로 공제한 금액을 제외하고 피해자에게 이전해야 한다”고 규정하고 있습니다. 이 규정은 국제법상 국가의 외교적 보호의무를 인정하는 데에는 이르지 않았지만 이를 인정하는 각국의 입법례와 판례를 반영하여 이 분야에 대한 국제법이 최근

4) Draft articles on Diplomatic Protection with commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 2006, vol. II, Part Two, 25쪽.

5) 같은 책, 26쪽.

6) 같은 책, 27쪽.

7) 같은 책, 29쪽.



새롭게 발전하고 있는 경향을 확인한 것입니다.<sup>8)</sup>

이러한 최초의 입법으로서는 일찍이 19세기의 칠레의 법률을 들 수 있습니다. 이 법률은 외교적 보호 신청이 있을 경우 외무부는 대법원에 정부를 구속하는 법률의견을 구하도록 하고 있습니다.<sup>9)</sup> 이외에도 많은 국가들의 헌법규정들이 국외에서 입은 침해에 대하여 외교적 보호를 받을 수 있는 개인의 권리를 규정하고 있습니다. 국제법위원회의 외교적 보호에 관한 특별보고관 존 두가드(John Dugard)교수의 연구에 따르면 이러한 나라들로는 알바니아, 벨로루스, 보스니아-헤르체고비나, 불가리아, 캄보디아, 중국, 크로아티아, 에스토니아, 조지아, 구야나, 헝가리, 이탈리아, 카자흐스탄, 라오스, 라트비아, 리투아니아, 폴란드, 포르투갈, 대한민국, 루마니아, 러시아, 스페인, 옛 마케도니아 유고 공화국, 터키, 우크라이나, 베트남, 유고슬라비아 등이 있습니다.<sup>10)</sup> 이 연구에서 특히 한국헌법이 재외국민보호'의무'를 명문으로 규정하고 있음이 주목되기도 하였으며, 이러한 나라들의 헌법실천이 더욱 발전될 것이 기대되고 있습니다.<sup>11)</sup>

또한 외교적 보호에 관한 명문의 헌법규정이 없는 나라의 경우에 있어서도 판례를 통하여 국가의 '외교보호의무'가 확립되고 있습니다. 독일은 1980년 12월 16일 연방헌법재판소의 판결로 일정한 요건을 갖춘 경우 독일정부는 외교적 보호를 제공하여야 할 헌법상의 의무를 진다고 하였습니다(Hess사건).<sup>12)</sup> 영국 법원은 2002년 Abbasi 사건에서 영국정부가 외교적 보호 청구에 '정당한 고려'(due consideration)를 할 의무를 진다고 하고 사안에 따라 "그 이상"을 요구할 수 있다고 판결하였습니다.<sup>13)</sup> 2004년 Kaunda사건

8) 같은 곳. 또한 같은 책, 94-100쪽.

9) Francisco Orrego Vicuña, Report on Chile, Elihu Lauterpacht and John G. Collier (eds.), *Individual Rights and the State in Foreign Affairs*, 1977, 123, 139-140쪽; Francisco Orrego Vicuña, Interim Report on "The Changing Law of Nationality of Claims", International Law Association, London Conference (2000), Committee on Diplomatic Protection of Persons and Property, First Report, 32쪽에서 재인용 (<http://www.ila-hq.org/> 에 수록).

10) First report on diplomatic protection, UN Doc. A/CN.4/506 (7 March 2000), 30쪽, 80항.

11) 같은 곳.

12) *Rudolf Hess Case*, Case number 2 BVR4 19/80, International Law Reports, 제90권, 386쪽; 독일어 원문은 BVerfGE 55, 349쪽. 또한 앞의 책, 81항.

13) *R (on application of Abbasi) v. Secretary of Foreign and Commonwealth Affairs and Secretary of State for the Home Department* [2002] EWCA Civ. 1598 CA 6 Nov. 2002, para. 106 ([http://www.hmcourts-service.gov.uk/judgmentsfiles/j1354/abassi\\_judgment.htm](http://www.hmcourts-service.gov.uk/judgmentsfiles/j1354/abassi_judgment.htm)에 수록).

에서 남아프리카공화국 헌법재판소는 “외국에서 불리한 국가행동에 직면한 국민들이 정부로 하여금 승인된 국제법규범을 위반 하는 행위에 대하여 보호할 것을 요청할 권리”를 가진다고 한 바 있습니다.<sup>14)</sup>

한국에 있어서도 재외국민보호를 규정한 헌법 제2조 2항등에 따라 대한민국국민은 외국의 국제법 위반행위로 피해를 입은 경우 정부의 외교적 보호를 요청할 권리를 가지며 대한민국은 이러한 보호를 부여할 의무를 진다고 할 것입니다. 이러한 헌법 해석은 나아가 국제인권법과 외교적 보호권에 대한 국제법의 발전을 수용한 것으로 한국의 인권보장이 국제사회의 모범으로 자리할 수 있는 계기를 마련할 것입니다.

### (3) 외교적 보호에 대한 국가의 재량과 사법심사가가능성 일반론

피청구인은 답변서에서 외교적 보호는 “정부가 재량적으로 결정하는 성격의 외교행위로서 이로부터 개인의 기본권이나 법적인 작위 의무가 도출될 수 없다”고 주장하고 있습니다. 물론 국제법상 외교적 보호권은 위에서 살펴본 바와 같이 피해국민이 속한 국가가 가해국을 상대로 한 권리로서 피해국민에게 외교적 보호를 부여할 지 여부와 그 정도에 대하여는 국가가 재량으로 결정할 수 있습니다. 또한 외교적 보호에 대한 국가의 결정은 대외관계의 특질상 사법부가 관여하기에 적합하지 않다는 것이 지배적인 견해이었습니다. 그러나 최근 외교적 보호는 피해자가 국가에 대하여 청구할 수 있는 인권이라는 주장이 국제적으로 비등하고 있으며 이를 헌법상의 권리로 인정하는 국가가 점차 늘고 있습니다.

Hess 사건에서 독일연방헌법재판소는 “연방정부가 외국에 대해 보호를 부여할지와 그 방식 문제를 결정함에 있어서 폭넓은 재량”을 가지지만 “재량남용을 이유로 하는 연방정부의 작위와 부작위에 대한 심사”를 할 수 있음을 인정한 바 있습니다.<sup>15)</sup> 구체적으로

14) *Samuel Kaunda and others v. President of the Republic of South Africa and Others*, 2005 (4) *South African Law Reports* 173, 198(Chaskalson CJ), 204-206(Ngcobo J), 238(O'Regan J); *International Legal Materials*, 제 44권(2005), 173. 또한 Erasmus and Davidson, "Do South Africans have a right to diplomatic protection?", *South African Yearbook of International Law*, 제25권 (2000), 113쪽 참조.

15) *International Law Reports*, 제90권, 395쪽.

“의심스러운 법적 입장의 채택이 외교정책에 대한 고려를 포함하여 어떠한 합리적 관점에서 볼 때에도 완전히 이해할 수 없는 국민에 대한 자의적 대우로 귀결될 경우” 법원에 의한 사법심사가 가능하다고 합니다.<sup>16)</sup> 또한 독일연방헌법재판소에 따르면 정부는 어떠한 조치가 적절하고 필요한지 결정하기 위하여 외교정책상의 고려를 할 때 “공동체 전체의 이해관계뿐만 아니라 청구인의 이해관계를 유념”할 것을 요구하고 있습니다.<sup>17)</sup>

Abbasi 사건에서 영국법원도 비슷한 취지의 판결을 내리고 있습니다. 영국 법원은 외부성의 외교적 보호 결정이나 부작위가 “비합리적이거나 합리적 기대에 반할 경우”(irrational or contrary to legitimate expectation) 사법심사되지 않을 아무런 이유가 없다고 하면서, 외교적 보호에 관한 의무성의 결정이 외교정책과 밀접하게 관련된다 할지라도 “특정한 영국시민의 입장을 고려하고 그를 위해 무엇인가 취할 수 있는 행동의 범위를 고려할 의무”에 대하여는 사법자제가 요청되는 영역이 아니라고 판시하였습니다.<sup>18)</sup> 또한 “외무성장관이 지원 요청에 대해 정당한 고려를 하는 것 이상으로 요구할 수 있는 정도는 구체적인 사건의 사실관계에 달려있다”고 하였습니다.<sup>19)</sup>

Kaunda 사건에서 남아프리카 헌법재판소 역시 “정부가 정당한 [외교적 보호] 요청을 고려할 것을 거부하거나 이를 악의 또는 비합리적으로 다룰 경우 법원은 정부에게 사안을 적절하게 다룰 것을 요청할 수 있다”고 하여 외교적 보호 여부의 결정에 대한 사법통제가 가능함을 인정하였습니다.<sup>20)</sup>

이러한 외국의 판례들은 외교적 보호에 관한 명문의 헌법과 법률 규정이 없는 경우에

---

16) 같은 책, 398쪽: “... if the adoption of a questionable legal position has resulted in the arbitrary treatment of a national which is totally incomprehensible from any reasonable standpoint including considerations of foreign policy.”

17) 같은 책, 396쪽.

18) 앞의 주 11, 106항: “It is highly likely that any decision of the Foreign and Commonwealth Office, as to whether to make representations on a diplomatic level, will be intimately connected with decisions relating to this country's foreign policy, but an obligation to consider the position of a particular British citizen and consider the extent to which some action might be taken on his behalf, would seem unlikely itself to impinge on any forbidden area.”

19) 같은 곳: “The extent to which it may be possible to require more than that the Foreign Secretary give due consideration to a request for assistance will depend on the facts of the particular case.”

20) 앞의 주 12, 187쪽, 80항.

해석상 인정되어온 것입니다. 헌법 제2조 2항을 외교적 보호에 관한 국가의 의무를 규정한 것으로 해석하지 않을 경우에도 이러한 판례들에 비추어 우리 헌법에서도 같은 취지의 해석을 하여야 할 것입니다. 따라서 피청구인의 답변과는 달리 대한민국정부와 피청구인이 외교적 보호에 관한 결정에 있어서 누리는 재량은 그 범위가 무제한한 것이 아니며 국민의 기본권을 보장하는 헌법체제에 있어서 일정한 제한이 있다고 할 것입니다. 그러므로 귀 재판소는 적어도 청구인의 외교적 보호 요청에 대하여 피청구인이 정당한 고려를 할 것과 나아가 일본의 일본군위안부에 대한 행위가 국제강행법규(jus cogens) 위반이라는 점, 일본의 이러한 행위로 인한 한국인 피해자자의 수가 수십만 명에 이르고 고령의 생존자들이 아직도 법과 정의에 입각한 해결을 소망한다는 점, 국제연합이나 국제노동기구의 관련 결의와 결정도 국제사법재판소에의 제소를 포함한 국제법에 따른 완전한 해결을 요구하고 있다는 점, 제2차세계대전의 승전국인 미국의회 역시 일본군위안부 문제가 아직도 해결되지 않고 있다는 점에 우려를 표명하고 있다는 점 등 사안의 특수성을 감안하여 결정하여야 할 것입니다.

#### 나. 피신청인의 외교행위 및 외교 보호권에 대한 주장의 부당성

(1) 피청구인은 외교 행위는 본질적으로 개인이 아닌 국가의 고유한 권리이며 고도의 재량 행위이기 때문에 이로부터 어떠한 법적인 의무를 도출하기 힘들다는 주장을 하고 있습니다. 이러한 주장은 일부 청구인들 및 다른 일제 피해자들이 서울행정법원 2002 구합 33943호로 한일청구권협정 정보공개거부처분 취소소송을 제기하였을 때 답변을 통해 문서 공개의 결정이 외교 관계를 해할 우려가 있다고 인정된다는 점 그 판단에 있어 재량 행위를 주장하던 때와 근본적으로 동일합니다. 그러나 위 사건의 판결에서 외교 관계에 관한 사항은 특히 전문적 판단을 요하므로 이에 관하여는 피청구인의 판단을 최대한 존중하는 것이 바람직하다고 할 것이나 청구권 협정의 일부 공개가 원고들의 일본이나 일본 기업에 대한 손해배상청구권이 소멸되었는지 여부를 판단할 유력한 근거가 될 것으로

로 보이고, 원고들의 나이가 매우 많아 그들에게 개인적 청구권이 인정되는지 여부를 판단 받을 수 있는 기간이 그리 오래 남지 않았으며, 위 문서들의 공개로 인하여 일본과의 외교 관계에 있어 다소 불편이 따를 수 있다 하더라도 한일관계의 역사적 특수성에 비추어 이는 국가적으로 수인 할 수 있는 것으로 보인다고 판시하며 그 재량성 주장을 배척한 바가 있습니다. 이러한 판시 취지는 본건에 있어서도 그대로 준용이 될 수 있다 할 것입니다.

(2) 뿐만 아니라, 피청구인이 외교 행위이며 재량 행위의 결과라고 주장하는 한 일청구권 협정 제2조에 의하면 피청구인은 피청구인이 가지는 자신의 재산, 권리, 이익에 한하여 일본 정부와 교섭하고 협정을 맺은 것이 아니라 더 나아가 국민들의 재산, 권리, 이익에 관하여서도 그 권리 주체인 국민을 대행하여 해결하려는 행위를 하였던 것이 문언상 명백합니다. 이러한 행위는 단순한 외교 행위가 아니며 국민의 권리 및 법률상 보호받을 이익에 대해 직접적 효력을 초래하는 행위로 헌법 및 법령에 의해 규범적 통제를 받아야 하는 것이 우리 헌법의 기본 이념입니다.

따라서 적어도 국민들의 재산, 권리, 이익에 관련된 부분에 관하여서는 외교 행위의 이름으로 법적인 통제로부터 벗어난 재량 행위로 용인을 받을 수는 없는 것이고, 이로 인해 발생한 분쟁을 해결하기 위한 행위는 행정기관이 법령상 혹은 조리상 주어진 기속적 의무를 다하는 것에 불과한 것이지 재량권 행사의 대상이 될 수가 없는 것입니다.

#### 다. 1998년 중재요청불이행위헌확인사건과 비교

피청구인은 청구인들의 본건 심판 청구를 재일동포 상이군인군속피해자들의 중재요청불이행 위헌확인사건과 동일한 것으로 보고 선례에 따라야 한다는 주장을 하고 있습니다. 그러나 1998년의 중재요청 불이행위헌사건과 본건 심판 청구는 아래와 같은 점에서 근본적인 차이가 있습니다.

(1) 1998년 중재요청불이행위헌확인 청구의 배경 및 쟁점에 관하여,

귀 재판소 98 헌마 206호 사건은 일본에 사는 구 일본군 군인 군속으로서 부상을 받은 재일 동포들이 일본의 재판정에서 일본의 '전상병자전몰자유족등원호법'의 적용을 받지 못하는 것이 다른 일본인 구 일본군 군인 군속과 비교할 때 일본 헌법상 평등권 위반이 아닌가를 다투는 것이 그 배경이 되었습니다. 만약 한일 청구권 협정에 의해 재일 동포들의 재산, 권리, 이익이 그 협상의 대상이 되었다면 일본 헌법상 평등권 위반이 될 여지는 없었지만 만일 그 협상 대상이 되지 않았다면 한일 청구권 협정을 들어 위 '전상병자전몰자유족등원호법'의 적용을 배제 받을 아무런 합리적 이유가 없었기 때문이었습니다. 이 건에 관하여 한국 정부는 민원인들의 회신에 답을 하는 과정에서 한일 청구권 협정 제2조의 적용 예외로 회신을 하자, 이러한 회신을 근거로 한일 청구권 협정 제3조 2항에 규정된 중재 요청을 다시 청구하였고 이것이 거부되자 중재요청불이행위헌의 헌법 소원을 제기한 것입니다.

이것은 일제의 침략 전쟁 피해자가 대한민국의 공권력의 발동을 요청하여 그 권리 구제를 받으려 한 것이었다는 그 목적에 있어서 본건과 동일하나 법리적으로 보면 전혀 본건과 차이가 있습니다.

(2) 본건 심판 청구와 비교

(가) 법률적 장애 사유 내지 권리를 행사할 수 있는 지위에 대한 법률적 위험 내지 불안의 발생 여부상 차이

주로 1990년대부터 일본의 재판정에서 활성화 된 전후보상재판에 있어 피고인 일본 정부가 한일 청구권 협정에 의해 피해자들의 권리가 소멸되었다는 항변은

종종 한 적이 있으나 일관되지도 아니하였고 법정에서 한일 청구권 협정을 근거로 일제 피해자들의 청구를 기각하는 것은 거의 없었습니다. 왜냐하면 국가간에 맺은 협정에 의해 법인격이 다른 개인들의 권리가 소멸이 된다고 판단하기에는 법리적으로 여러 가지 난점이 있었기 때문입니다. 그리하여 피해자들의 청구가 기각이 되었다 하더라도 주로 명치 헌법 당시에는 국가의 공권력 행사로 인해 발생한 손해에 대해서는 배상할 국내법이 존재하지 않았다는 국가면책이론이나, 전전의 회사가 전후의 회사와 별개의 회사라는 별개 회사론, 비록 개인들의 청구권은 한일 청구권 협정에도 불구하고 살아있다는 것을 전제로 하지만 시효나 제척기간의 도과 이론등에 의해 원고들의 청구가 기각되어 왔습니다. 1998년도 중재요청불이행위헌확인의 경우에도 비록 한일 청구권 협정의 협상 범위를 둘러싼 양국 정부의 이견에 대해 이를 해소할 필요성이 있어 헌법소원까지 한 것은 사실이나 이는 일본의 '전상병자전몰자유족동원호법'의 적용을 받지 못하는 것이 일본 헌법의 평등권 위반임을 다투기 위한 그 전 단계 내지 하나의 원인 사실로 작용하였기에 일본 정부 주장의 정당성을 탄핵하는 하나의 근거로써 한일 청구권 협정의 해석을 둘러싼 다툼을 해결할 필요성이 있었으나 한일 청구권 협정 자체가 피해자들이 권리 행사를 함에 있어 법률적 장애 사유 내지 권리를 행사할 수 있는 지위에 대한 법률적 위험 내지 불안의 발생으로 현실화되어 있지 않았다 할 수 있습니다.

그러나 2000년대가 되어 원고들이 미국을 비롯한 피해 당사국에서 소송을 제기하자 일본의 사법부에서는 본격적으로 한일 청구권 협정에 의해 원고들의 권리가 소멸하였다고 판단하기 시작하였습니다. 따라서 한일 청구권 협정이 청구인들과 같은 피해자들이 일본 및 미국 등의 법정에서 권리를 행사함에 있어 가장 강력한 법률상 장애사유 혹은 권리를 행사할 수 있는 지위에 대한 법률적 위험 내지 불안으로 작용하고 있습니다. 그러하기에 청구인들이 한일 청구권 협정 문서 공개를 청구하여 그 법적 효력을 명백히 판단 받을 필요성이 현실화하여

결국 피청구인에게 관련 문서의 공개를 청구하였으나 피청구인에 의해 거부당하여 결국 행정소송까지 제기하게 되었던 것입니다. 결국 본건은 일본의 재판부에서 한일 청구권 협정에 의해 청구인들의 권리가 소멸되었다고 판단하고 있어 그 법률적인 다툼을 해결할 법리적 필요성이 현격히 다른 상황에서 본건 헌법 소원이 제기된 것이어서 1998년의 중재요청불이행 헌법 소원과는 법리적으로 그 해결의 필요성이 본질적으로 달라진 점이 있습니다.

(나) 청구 취지의 차이,

우선 본건 심판 청구 취지는 피청구인이 중재 요청이라는 특정된 작위 의무를 다하지 않았다는 것을 특정하여 위헌으로 주장하는 것이 아니라 한일 청구권 협정 제3조에 규정되어 있는 일체의 행위를 하지 않았다는 것을 심판 청구의 대상으로 삼고 있다는 점에서 1998년의 중재요청불이행위헌확인사건과 근본적으로 다릅니다.

1998년의 헌법 소원에 대한 귀 재판소의 판결례는 중재 회부라고 하는 특정한 방법에 따라 우리나라와 일본국간의 분쟁을 해결하여야 할 헌법에서 유래하는 구체적 작위 의무가 있다고 긍정하기는 어렵다는 것에 불과한 것이지, 한일 청구권 협정 제3조에 명시적으로 규정되어 있는 바에 따른 분쟁 해결 행위 자체를 하지 않아도 된다는 것과는 차원이 다른 것입니다.

물론 외교상의 경로를 통하여 해결되지 않을 것을 전제로 하여 분쟁 해결의 수단으로서 중재를 통한 신속한 해결이 가장 효율적인 것은 다툼의 여지가 없으나 중재 요청을 하지 않더라도 한일 청구권 협정의 해석과 관련하여 청구인들과 같은 일본군 위안부 피해 문제에 대해 한일 청구권 협정에 의해 일본의 법적 책임이 소멸되었다는 것이 적어도 한국 정부의 해석과 다르다는 것을 정식으로 알리고 외교적 협의 자체를 요구하는 정도의 작위를 통하여서 만도 청구



인들과 같은 일본군 피해자 문제는 해결을 향한 물꼬를 띄울 수 있습니다.  
따라서 1998년의 중재에 회부할 작위 의무를 청구 취지로 주장한 것과 본건 심  
판 청구는 그 성격을 달리합니다.

(다) 피해 보호 법익의 특수성과 관련하여,

아울러 피해의 특수성을 보더라도 본건은 일본의 재판소에서 조차 인류 역사상  
유례를 찾을 수 없는 중대한 인권 침해로 그 인권 침해의 중대성과 그 구제의  
필요성에 따라 일본 국회의원에게 조차 시급하게 특별 입법을 하여야 할 헌법  
상의 의무로 인정할 만큼 중요한 헌법의 근간이 되는 인권 침해라는 점에서 그  
특수성이 있는 바 통상의 전쟁에서 발생하는 피해자 문제인 전상병자 전몰자  
유족의 원호의 적용 여부가 쟁점이 된 98년의 중재요청 불이행 헌법소원과는  
차이가 있습니다.

(라) 한일 청구권 협정 공개로 인한 사정 변경

(1) 아울러 본건 심판 청구는 한일 청구권 협정 문서의 전면 공개에 따라 일본  
정부의 법적 책임이 있는 부분이 피청구인에 의해 밝혀 지고 그 해결을 위해  
피청구인 스스로 지속적인 책임 추궁을 하겠다는 입장을 밝혔다는 점에서 1998  
년의 중재 요청 불이행 사건과는 근본적으로 다른 중요한 사정 변경이 있습니  
다. 1998년의 사건은 청구인들이 한일 청구권 협정이 공개되지 않던 중에 민원  
을 통해 한일 청구권 협정의 대상이 되는 지를 물은 후 적용 대상이 아니었다  
는 회신을 받아 다시 중재 회부 요청을 하고 이것이 거부되자 헌법 소원을 제  
기한 것으로 민원 회신에 대한 불복이 주된 배경이 되었습니다. 그러나 본건은  
서울행정법원의 판결에 따라 전면 공개된 한일 협정 문서의 법적 효력 관련 후  
속 조치로서 실제 피청구인을 제외한 전쟁 피해자들에게는 입법을 통한 금전적

지급을 통해 피해자 구제를 실행하겠다고 약속함과 동시에 청구인들에게는 그 문제 해결을 위해 지속적인 책임 추궁을 약속한 바가 있습니다.

이 부분과 관련하여 청구인들은 행정상의 신뢰 보호의 원칙에 입각한 작위 의무의 발생으로 본건 청구 이유에서 명시한 바 있습니다.

(2) 즉 정부가 한일 협정 문서를 전면 공개 한 후 입법 준비 중인 '일제강점하 국외강제동원희생자등지원에관한법률안'에 의하면 한일 청구권 협정의 공개를 통해 들어난 정부의 책임이 있는 부분에 대해서는 지원 조항을 만드는 등 그 후속 조치를 다하고 있음에도 불구하고 위 법률안 제1조에 일본군 위안부 문제가 한일 청구권 협정에 의해 법적으로 해결되지 않았음이 규정이 되기에 이르렀지만 한일 청구권 협정이 공개된 후 1년이 되어서도 다른 피해와 달리 피청구인은 아무런 작위를 하지 않아 결국 본건 헌법 재판이 제기된 점에서도 중대한 차이가 있습니다.

(마) 한일간 외교적 마찰의 정도와 관련하여

1998년의 중재요청불이행 헌법소원은 청구인에게 중재 요청권이란 권리가 있는 반면에 피청구인에게는 중재에 회부할 작위 의무가 있는가가 재판의 쟁점이 되었습니다. 그리하여 중재 판정이라는 일도 양단적 해결에 피청구인은 외교적 부담을 주장하였고 귀 재판소 역시 이에 관한 피청구인에게 재량의 여지를 인정 하였습니다.

그러나 실제 중재와 같은 일도 양단적 해결보다는 상대국에 폭넓은 재량을 부여하면서 외교적 해결을 할 수 있는 다양한 선택지가 한일간에 외교적으로 존재합니다. 그러나 일방의 체약국이 법적 책임의 존부에 관해 그 책임을 부정하고 있음에도 타방의 체약국이 그것이 사실이 아니라 법적 책임이 있다고 주장

하여 한일 청구권 협정의 해석과 관련하여 분쟁이 발생하였다면 한일 청구권 협정의 성립 및 이행과 관련하여 기 발생한 분쟁은 평화적으로 해결하는 것이 국제 관계의 기본 원칙이며 한일 청구권 협정에서 이를 예상하여 제3조를 둔 취지에 부합하는 것입니다. 이로 인한 외교적 마찰은 한일 청구권 협정의 체결 당시 충분히 예상했던 범위를 넘지 않는 것이고 한편으로는 한일 청구권 협정을 충실히 이행하는 측면도 가지고 있는 것입니다.

한일 청구권 협정의 해석이 상대방과 다름에도 불구하고 한일 청구권 협정에 명시되어 있는 절차에 따라 그 해석상의 다름을 해결하기 위한 문제를 제기하는 것조차 회피하여서는 한일간의 갈등의 골을 더욱 깊어져만 갈 뿐입니다. 피청구인의 입장에 따르면 결국 일본과의 외교적 해결의 필요성 자체를 스스로 부정하는 것에 다름 아니어서 일본군 위안부 피해 문제에 관한 평화적이고 외교적 해결은 현실적으로 불가능한 것입니다. 그 필요성을 문제 삼는 것이 본건입니다.

#### 라. 정부의 그 동안의 노력에 대한 반론

피청구인은 일본군 위안부 피해자 문제를 해결하기 위해 진상 규명을 위한 노력을 하였고, 실질적으로 피해자들에 대한 금전 지원도 하였으며 국제 기구를 통하여도 노력을 하였다고 주장을 합니다. 물론 이러한 노력이 있었음을 청구인들이 부인하지는 아니합니다. 그러나 이러한 노력은 청구인들의 법적 권리를 실현하는 것과는 본질적인 차이가 있는 것입니다. 청구인들이 원하는 것은 정부로

현재 부정하고 있습니다. 법적 책임을 부정하면서 이루어지는 지원이라는 것은 본질적으로 지원하는 측의 도덕적 허영심을 만족시키는 한편 지원을 받는 피해자들을 정당한 권리자가 아닌 동정의 대상으로 삼아 버린다는 점에서 피해자들에게 대한 새로운 가해 행위에 다름 아닙니다. 그러하기에 청구인들은 일본의 소위 국민기금의 수령을 거부하며 공식적인 사죄와 배상을 요구하며 15년이 넘도록 법적 책임을 인정하고 공식 사죄하라고 주장을 하고 있는 것입니다. 이러한 본질을 도외시하고 피청구인이 국내법을 통해 피해자들을 지원하고 노력을 한다고 하여 한일 청구권 협정 제3조에 규정된 의무를 하지 않아도 될 사유가 될 수는 없는 것입니다.

오히려 이러한 피청구인의 태도가 말로 일본 정부의 잘못된 주장을 묵시적으로 동의해 주는 것으로 간주되고 있다는 것은 다언을 요하지 않고 이는 결과적으로 청구인들의 권리에 대한 사실상의 포기일 뿐만 아니라 피해 범익의 중대성을 고려할 때 대한민국이라는 국가의 주권 포기에 다름 아닙니다.

마. 따라서 피청구인의 본안에 대한 답변은 어느 것이나 부당합니다.

#### 4. 결론

가. 최근 9월 13일(미국 현지 시각) 미국 하원 국제관계위원회에서 통과된 청구인들과 같은 일본군 위안부 문제해결을 촉구하며 통과된 만장일치 결의안을 보면 청구인들과 같은 피해는 20세기 최대의 인신매매의 하나였고, 청구인들의 피해는 과거의 인권 문제일 뿐만 아니라 현재의 인권 문제로도 중요하며, 이들 피해 문제는 일본이 관계국들과의 협상에서 제대로 처리되지 않았으므로, 일본 정부는 청구인들의 피해에 대한 책임을 모호하지 않게 받아 들여야 하며, 유엔인권위원회 특별보고관과 국제엠네스티등과 같은 국제기관들의 권고를 고려하여 피해자들에게 어떤 배상 조치가 필요하고 적절한 지 결정하여야 한다고 결의하였

습니다.

나. 최근의 움직임이 열매를 맺기 위하여는 무엇보다 우리 정부의 단호한 의지가 무엇보다 중요하다는 것은 다언을 요하지 않습니다. 한일 청구권 협정의 전면 공개에 따라 판명이 된 바와 같이 일본군 위안부 피해 문제에 대해 일본 정부에 법적 책임이 남아 있다고 일본측에 통고하고 이를 인정하지 않는 일본 정부와 외교상의 경로를 통해 해결하려는 노력조차 하지 않으려는 소극적인 자세를 보이면서 말로만 청구인들에 대한 법적 책임이 일본 정부에 남아 있다고 하는 것은 일본으로 하여금 비웃음만을 살 따름입니다. 이러한 절차에 돌입하는 것은 바람직한 한일 관계를 위하여 거치지 않으면 아니 되는 것이고 한일 청구권 협정에서 제3조를 두어 해결하기로 양국의 약속을 외교적으로 성실히 이행하는 것에 불과합니다.

다. 이러한 행동을 통해 일본과의 외교 관계에 있어 다소 불편이 따를 수 있다 하더라도 서울행정법원이 판시한 바와 같이 한일 관계의 역사적 특수성에 비추어 이는 국가적으로 수인 할 수 있는 것으로 보아야 할 것입니다. 귀 재판소의 역사적이고 엄정한 판단을 기원합니다.

2006. 10. .  
위 청구인들의 소송대리인  
법무법인 케이씨엘  
담당변호사 유 남 영

법무법인 한 결  
담당변호사 박 주 민

법무법인 삼 일  
담당변호사 최 봉 태

헌 법 재 판 소

귀 중

## 보충 답변서

사 건 2006헌마788 「대한민국과 일본국간의 재산 및 청구권에 관한  
문제의 해결과 경제협력에 관한 협정」 제3조 부속위 위헌확인  
청 구 인 이용수 외 108인  
피청구인 외교통상부장관

위 사건에 관하여 피청구인은 기재출한 답변서에서 밝힌 입장을 그대로 유지하면서 다음과 같이 보충 답변서를 제출합니다.

### 다 음

#### 1. 서 문

청구인의 대리인은 본 사건 준비서면에서, 국제법의 개념인 '외교적 보호권'을 국가의 재량행위를 넘어선 국가의 의무 혹은 개인의 권리로 확대 해석하여, 이를 근거로 1965년 한일청구권협정 제3조 관련 정부의 작위의무가 도출된다고 주장하고 있습니다.

이러한 주장은 '외교적 보호권'에 관한 일반국제법의 이론과 관행에 반하는 것으로, 헌법이나 관계법령에 '외교적 보호권'에 대한 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 있지 않는 한, 국내법적으로도 받아들여질 수 없는 주장입니다. 이에 정부는 본 답변서를 통해 청구인의 대리인이 준비서면에서 주장한 '외교적 보호권'에 관한 주장의 문제점을 지적하고자 합니다.



## 2. 외교적 보호권에 대한 최근 국제법의 현황

### 가. 풀어가는 말

정부는 귀 재판소에 앞서 제출한 답변서에서, 국제사법재판소(ICJ) 등 국제법원의 관례와 국내의 저명 국제법학자들의 입장을 종합하여, 외교적 보호권은 국가의 권리이며 광범위한 재량권이 국가에 부여된다는 외교적 보호권에 관한 전통적 이론을 자세히 설명드릴 바 있습니다.<sup>1)</sup> 그러나 이에 대해 청구인의 대리인은, 귀 재판소에 제출한 준비서면을 통해, 유엔 국제법위원회에서 2006년 채택한 외교적 보호에 관한 초안의 일부 내용과 동 초안관련 보고서에서 인용된 일부 국내법과 관례를 근거로 반론을 제기하고 있는 바, 이러한 반론의 근거가 되는 내용에 대한 정확한 이해가 필요한 것으로 판단되어, 동 국제법위원회의 초안과 해설서의 내용을 중심으로 외교적 보호권에 대한 최근 국제법의 현황을 설명드리고자 합니다.

### 나. 유엔 국제법위원회 초안 제2조: 국가의 외교적 보호 행사권

유엔 국제법위원회(ILC)는 국제법의 성문법전화(codification) 및 점진적 발달(progressive development)을 위해 유엔총회에 의해 1947년 설립된 기관으로, 1995년부터 외교적 보호에 관한 법전화작업을 수행해 오다가 2006년에 비로소 해설서(commentaries)를 포함한 최종 초안을 확정하여 발표하였습니다.<sup>2)</sup>

1) 피청구인 답변서 (2006. 8), 5-8쪽.  
 2) "Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries", in *Report of the International Law Commission, Fifty-eight session (1 May-9 June & 3 July-11 August 2006) (Official Records of the General Assembly, Sixty-first session, Supplement No. 10)* (이하 "2006 국제법위원회 보고서"). UN Doc. A/61/10 (2006), pp. 22-100.

이는 기존에 국제관습법의 형태로 존재해오던 외교적 보호 관련 내용을 국제적인 논의와 확인적차를 거쳐 유엔의 권위있는 기관에 의해 비교적 명확하게 확정된 것이기 때문에, 외교적 보호권에 대한 현행 실정국제법의 내용을 확인하는데 유용한 자료라 할 수 있으며, 이에 정부도 답변서에서 이미 관련내용을 인용한 바 있고, 청구인의 대리인도 준비서면에서 여러번 같은 문서를 인용한 바 있습니다.

국제법위원회는 2006년 초안 제1조(정의 및 범위)에서 외교적 보호의 개념에 대해 먼저 설명한 후, 제2조(외교적 보호를 행사할 권리)에서 “국가는 본 초안에 따라 외교적 보호를 행사할 권리를 가진다. (A State has the right to exercise diplomatic protection in accordance with the present draft articles.)” 라고 명시하여 외교적 보호가 국가의 권리임을 명백히 하고 있습니다. 또, 제2조의 해설서에서는 외교적 보호와 관련하여 국가는 어떠한 의무도 부담하지 않는다(“It is under no duty or obligation to do so.”) 라고 명백히 밝히고 있습니다.<sup>3)</sup> 앞서 제출한 답변서에서 설명드렸듯이 이는 국제사법재판소 등 국제법원의 판례와 국내외 저명 국제법학자들의 저술에서도 일관되게 견지되고 있는 입장임을 다시 한번 말씀드립니다. 또한 외교적 보호란 - 국가들간의 관계에서 다루어지는 국제법상의 개념으로서 · 국가가 자국 국민이 입은 피해를 국가 스스로가 입은 피해로 인식, 이를 다른 국가(가해 국가)를 상대로 주장 또는 제기할지를 결정하는 것이라 할 수 있습니다. 따라서 국가가 아닌 개인은 본국이 외교적 보호권을 행사할 경우 이에 따른 반사적 이익을 누릴 수는 있지만 국가의 권리인 외교적 보호권의 주체라고는 할 수 없겠습니다.

다. 유엔 국제법위원회 초안 제19조: 권고적 고려사항

3) 2006 국제법위원회 보고서. 29쪽.



방구인의 대리인은 준비서면에서, 국가의 외교적 보호 '권리'를 규정한 국제법위원회 초안 제2조의 내용을 확인하면서도, 초안 제19조(권고적 관행) 및 동 조항 관련논의에서 등장한 일부 국내 헌법과 판례를 인용하며 외교적 보호를 국가의 의무이자 개인의 권리라고 주장하고 있습니다.

외교적 보호에 관한 2006년 국제법위원회 초안 제19조는, 외교적 보호 행사 권을 가진 국가는, (a) '중대한(significant)' 피해가 발생했을 경우에 '특히(especially)', 외교적 보호의 행사 '가능성(possibility)'을 '적절히 고려(due consideration)'할 것, (b) 외교적 보호행사 및 배상에 대한 피해자들의 견해를 '가능하면(whenever feasible)' '고려(take into account)'할 것, (c) 손해배상당한 피해자에게 이진할 것 등을 '권고'하고 있습니다. 그러나 이 조항은 외교적 보호를 검토하거나 행사함에 있어서 언급된 사항을 '고려'하도록 하되 있을 뿐 외교적 보호를 하여야 한다는 의무의무로서 국가에게 부과한다고는 해석될 수 없습니다. 더욱이 동 조항의 제목(권고적 관행: Recommended practice)과 그 문구들, 특히 법적 강제성을 부과하는 'shall'이 아닌 권고적 성격의 'should'라는 조동사를 사용한 점에서도 알 수 있듯이, 이러한 권고적 성격의 조항이 국가의 고유한 권리인 외교적 보호권의 기본성격에 근본적인 변화를 초래하지는 못할 것입니다. 한편, 국제법위원회의 초안 자체가 아직 조약문으로 정식 채택된 것도 아닐 뿐 아니라, 기존 국제관습법의 내용을 정리하고 법전화(codification)한 초안의 대부분의 기타 규정들과 달리, 특히 제19조의 내용은 현행 실정법(*lex lata*)이 아닌 앞으로의 법발전방향(*lex ferenda*)을 초안의 맨 마지막 부분에서 조심스럽게 제시한 것으로 해석되어야 할 것입니다.<sup>4)</sup>

4) 초안 제19조와 동일하게 국제법의 점진적 발달(*progressive development*)이라는 성격을 가짐에도 불구하고, '무국적자와 난민에 대한 제3국의 외교적 보호권'을 규정한 제8조는, 국가들의 지지와 서명한 국제법전문가들로 구성된 국제법위원회의 인정을 받아 정식 법규범의 형식으로 제2부 '국적' 부분에 채택되었는데, 이와 달리 제19조는 동 초안 제4부 '장칙'의 마지막 조항으로서 단지

앞서 실명드렸듯이 국제법위원회의 2006년 최종초안은 동 위원회가 10년 이상 국제적인 의견을 모아 논의한 내용을 종합·분석하여 최종 결론을 내린 것으로, 이전에 동 위원회에서 논의되었던 내용 중에서도 실정 국제법의 내용을 적절히 반영하는 것이 아니라고 판단되는 내용은 결국 최종초안에 빠지거나 수정이 가해진 것이 사실입니다. 이와 관련하여, 국제법위원회의 외교적 보호에 관한 특별보고관이었던 남아공의 John R. Dugard 교수가 2000년 자신의 제1차 보고서에서 제시한 '자체 작성' 초안 중에는, 제한적 상황에서의 국가의 외교적 보호 의무를 규정한 제4조가 포함되어 있었는데, 청구인의 대리인이 준비서면에서 국가의 외교적 보호 의무의 존재를 주장하며 제시한 일부 국가들의 헌법과 관련판례의 일부가 동 제4조에 대한 해설(Comment) 중에 인용되어 있습니다.<sup>5)</sup> 그러나, 특별보고관이 제시한 자체초안의 조항들 중 상당 부분이 국제법위원회에 의해 추후 유사한 내용으로 공식 채택되었음에도 불구하고, 제한적이거나 국가의 의무를 규정한 동 제4조의 내용은 국제법위원회의 수차례 공식적 초안에 한번도 포함된 적이 없으며, 이는 국제사회가 관련내용을 현행 국제법의 내용으로 인정하지 않았다는 것으로 해석할 수 있습니다. 따라서 청구인의 대리인이 준비서면에서 인용한 외국의 국내 헌법과 판례들은 모두, 특별보고관이 초기보고서에서 자체초안 제4조를 뒷받침하기 위해 제시한 것이거나 국제법위원회 최종초안 제19조의 해설서에 소개된 국내판례 중 일부로서, 그 인용내용의 정확성과 적절성의 문제는 일단 논외로 하더라도, 일반적인 국가관행을 제시하는 것으로 인정되기 힘들며 따라서 국제관습법의 형태로 존재하는 외교적 보호권에 관한 실정국제법의 내용을 확인하고 설명하는데 있어 적절한 근거로 사용될 수 없다고 생각합니다.

권고적 성격을 가지는 형식과 한구로 채택되었을 뿐임은 또한 말씀드립니다. 2006 국제법위원회 보고서, 47-49, 94-96쪽 참조.  
 5) John R. Dugard (Special Rapporteur), "First report on diplomatic protection" (이하 "특별보고관 제1차 보고서"), (UN Doc. A/CN.4/506 (7 March 2000), pp. 30-34.

**라. 한편 외국 헌법과 관례의 검토**

위에 설명드린 대로, 청구인의 대리인이 자신의 주장의 근거로 준비서면에서 제시한 국내 헌법과 관례들은, 원칙적으로 외교적 보호권과 관련된 국가의 일반적 관행이나 국제관습법의 근거로 사용될 수 없는 것입니다. 따라서 그 내용을 따로 자세히 살펴볼 필요성은 존재하지 않는다고 할 것입니다. 그러함에도, 귀 재판소의 이해를 돕고자, 청구인의 대리인이 부당하게 근거로 제시한 외국외 국내법 및 관례들에 대한 몇 가지 대표적 문제점을 아래에서 설명드리고자 합니다.

우선, 청구인의 대리인이 준비서면에서, 외교적 보호를 받을 개인의 권리를 규정한 외국외 헌법례로 제시한 국가들의 대부분이 구 공산권국가들(알바니아, 벨로루시, 보스니아·헤르체고비나, 불가리아, 캄보디아, 중국, 크로아티아, 에스토니아, 그루지아, 헝가리, 카자흐스탄, 라오스, 라트비아, 리투아니아, 폴란드, 루마니아, 러시아, 마케도니아, 우크라이나, 베트남, 유고슬라비아)로서, 이렇게 다소 편중된 국가들의 경향을 일반적 국가관행으로 해석할 수는 없을 것입니다. 또한, 이탈리아, 포르투갈, 스페인, 터키와 함께 몇 안되는 비구공산권국가외 하나도 예시된 우리나라의 헌법 제2조 제2항이 외교적 보호권과 관련하여 부적절하게 인용된 점에서도 알 수 있듯이,<sup>6)</sup> 간단히 국가명만 제시된 이들의 헌법상 관련내용이 진정 개인에게 외교적 보호 관련 권리를 부여한 것인지도 의문스럽습니다. 실제로, 청구인의 대리인이 관련근거의 출처로 밝혔던 북뮌보고관의 제1차 보고서에서는, 관련헌법조항들이 외교적 보호와 직접 상관이 없는 단순한 해외에서의 영사접촉권(the right of access to consular officials abroad)을 규정하고 있을 가능성이 높다는 점을 시사하

6) 이에 대해선 바로 다음 부분에서 자세히 설명드리겠습니다.

고 있습니다.7)

각국의 관련 판례의 동향에 대해서도 살펴보면, 영국, 프랑스, 미국, 네덜란드, 스페인, 오스트리아, 벨기에 등 대다수 국가들의 판례는 외교적 보호관련 개인의 권리를 인정하지 않고 있을 뿐 아니라, 사법심사의 가능성도 제한적으로 해석하고 있습니다.8) 이에 대해 청구인의 대리인은 일부 국내판례를 인용하며 반론을 전개하였는데, 우선 이러한 일부 예외적 판례들이 국제법상 일반적 국가관행을 구성한다고 주장될 수는 없을 것입니다. 또한, 인용된 판례 내용의 전체 맥락에 대한 의문점과 함께, 동 내용을 우리나라의 상황에 곧바로 적용할 수 있는 것인지도 의문스럽습니다. 일례로, 청구인의 대리인은 독일의 연방헌법재판소가, '일정한 요건을 갖춘 경우'9) 독일정부는 외교적 보호를 제공하여야 할 헌법상의 의무를 진다고, 헌법에 명문의 규정이 없는 데도, 판시하였다고 주장하고 있습니다. 그러나 외교적 보호와 관련된 독일의 헌법판행은 우리나라와는 상이한 헌법전통의 맥락 속에서 나온 것으로, 이를 우리나라와 단순비교하는 것은 적절치 않다고 생각합니다.

독일 판례의 경우, 비록 독일 헌법인 현행 기본법이, 1949년 동법 제정 당시 정령국이었던 연합국의 영향으로, 외교적 보호 관련 명문규정을 포함하고 있지는 않지만, 1866년과 1871년 독일헌법 제3조 제6항 및 1919년 독일헌법 제112조 제2항 등에서 개인의 외교적 보호에 대한 권리를 명문으로 규정했던

7) 특별보고관 제1차 보고서, 30쪽, 80항. 또한, 청구인의 대리인이 준비시킨 4주 9번 부분에서 제시한 친대의 '19세기' 국내법은, 단지 과거의 일회적 사례로, 오히려 20세기 및 21세기 칠레 국내법에는 그러한 내용이 존재하지 않는다는 반증이기도 합니다.

8) 특별보고관 제1차 보고서, 31-32쪽, 84-86항 참조.

9) 여기서 '일정한 요건'이란, 국제법상 외교적 보호권의 행사요건(청구국적 및 국적계속의 원칙, 국내 구제절차완료의 원칙)을 모두 만족한 것, 외교적 보호가 연방정부의 진정으로 중요한 국익에 반하지 않을 것 등의 부가적 요건을 말하는 것인데, 두번째 요건인 외교적 보호권의 행사가 국가와 전 세계민중의 중요한 이익에 반하지 않는가 하는 판단은 결국 행정부가 결정할 정치적 재량사항이라고 독일법원은 인정하고 있습니다. Wilhelm Karl Geck, "Diplomatic Protection", in Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 1 (1992), p. 1052; 특별보고관 제1차 보고서, 31쪽, 81항.

독일의 특수한 헌법전통에 근거한 판단으로,<sup>10)</sup> 이러한 독일의 예외적 상황을 고려하지 않은 채, 유사한 헌법규정이나 헌법전통이 존재하지 않는 우리나라와 같은 기타 국가들에게 이를 일반적으로 적용하거나, 혹은 국제적인 관행으로 일반화하여 주장하는 것은 적절치 않다고 생각합니다.

대다수 국가들의 국내 판례 관행은, 외교적 보호를 행사할 국가의 의무나 동 보호를 받을 개인의 권리를 인정하지 않고 있으며, 행정부의 관련 행위에 대해 외교정책상 광범위한 재량권을 인정해 사법심사의 대상에서 원칙적으로 제외하고 있다고 봅니다. 청구인이 소개한 3건의 판례들은 여기에 대한 다소 예외적인 판례들이라고 할 수 있는데, 이러한 예외적 판례에서조차, 외교관계의 특수성과 행정부의 전문성 및 광범위한 재량권을 존중해 제한적인 해석의 입장을 견지하고 있습니다. 또한 위의 3건의 판례가 모두 정승 당시 청구인이 구금 혹은 추방되었던 심각한 상황이었음에도 청구 기간 판결이 나온 점으로 볼 때, 먼 과거의 일이나 급박한 신체적 위험이 없는 기타 사건에 대해, 외교정책 등 전체국가이익과의 비교衡量 후, 국가가 외교적 보호를 적절히 고려하지 않았다는 이유로 청구인용결정이 나올 가능성은 장래라 할지라도 극히 희박할 것으로 전망됩니다.

국제관습법의 형태로 존재하는 외교적 보호권의 내용이 새롭게 변경되려면, 명시적인 조약의 형태로 변경내용이 채택되고 이에 관련국들이 비준, 가입 등의 기속적 동의를 표시함으로써 법적 구속을 받는 경우이거나, 새로운 국제관습법이 형성되어 신법이 구법을 대체하는 경우일 것입니다. 외교적 보호권에 관한 국제조약이 아직 채택되지 않은 현상판에서,<sup>11)</sup> 새로운 국제관습법이 성립하려면 이에 상응하는 국가들의 일반적 관행(*general practice*)과 동 관

10) Wilhelm Karl Geck, 앞의 책, 1052쪽.

11) 만약 외교적 보호에 관한 국제조약이 가까운 시기에 채택된다면, 유엔 국제법위원회가 2006년 제시한 최종초안이 그 주요내용을 구성할 가능성이 아주 높다고 하였습니다.

행이 법적 의무각에서 비롯된 것이라는 법적 확신(*opinio juris*)이 필요합니다. 결론적으로, '최근' 각국의 국내법이나 관례를 포함한 국가관행이나, 국제법위원회에 제출한 대다수 국가들의 공식외견서 등에 나타난 법적 견해들은,<sup>12)</sup> 청구인의 대리인의 주장과는 달리, 외교적 보호를 국가의 의무나 개인의 권리로서 인정하지 않고, 전통적 국제법의 입장인 '국가의 권리'로 여전히 인식하고 있으며, 이는 이미 살펴본 대로 국제사법재판소 및 유엔 국제법위원회로 대표되는 국제사회의 공통되고 일관된 입장이기도 합니다. 이러한 결론은, 적어도 '현재'의 국제법을 정확히 반영한 것으로, 국가의 '법적' 의무와 '도덕적' 의무는 명확히 구별되어야 할 필요성이 있다고 생각합니다.

#### 마. 헌법 제2조 제2항의 재외국민보호의무와 외교적 보호권

청구인의 대리인은 준비서면에서, 우리나라 헌법 제2조 제2항이 외교적 보호를 요청할 수 있는 개인의 권리를 규정한 것으로 국제법위원회의 특별보고관에 의해 인용되었으며, 동 조항에 근거해 우리나라 정부의 외교적 보호를 부여할 의무도 발생한다고 주장하고 있습니다.

앞서 설명드렸듯이, 우리나라 헌법을 언급한 특별보고관의 2000년 제1차 보고서에서 특별보고관 사신도 관련헌법들이 외교적 보호와 직접 상관이 없는 단순한 해외에서의 영사접촉권(the right of access to consular officials abroad)을 규정하고 있을 가능성이 높다는 점을 시사한 바 있습니다.<sup>13)</sup> 더군

12) "Diplomatic protection: Comments and observations received from Governments", UN Doc. A/CN.4/561 (27 January 2006); "Diplomatic protection: Comments and observations received from Governments, Addendum", UN Doc. A/CN.4/561/Add.1 (3 April 2006); "Diplomatic protection: Comments and observations received from Governments, Addendum", UN Doc. A/CN.4/561/Add.2 (12 April 2006). 일례로, 청구인 대리인의 준비서면에 등장하는 국내판례 중 하나인 Abbasi 사건의 당사국인 영국은, 2006년 국제법위원회에 제출한 공식외견서에서, 외교적 보호는 국가의 권리이며 국가는 이를 행사할 어떠한 의무도 부담하지 않는다는 것을 국제법위원회가 확인한 점을 현행하고, 외교적 보호권을 행사하게 될 때에도, 국내법이 달리 규정하지 않는 한, 모든 국가는 그 권리를 어떻게 행사할 지에 대해 재량권을 보유했다는 국제법위원회의 의견에 동의를 표했습니다. 위의 첫번째 Addendum, 4-5쪽.

다. 동 특별보고관은 그의 최종보고서인 2006년 제7차 보고서에서 동 헌법  
 틀에 대한 언급은 더이상 하지 않은 채, 오히려 국제법상 외교적 보호  
 (diplomatic protection)와 영사적 지원(consular assistance)이란 개념간의 명  
 확한 구별의 필요성을 중점적으로 강조하고 있습니다.<sup>14)</sup>

우리나라 헌법 제2조 제2항은 "국가는 법률이 정하는 바에 의하여 재외국민  
 을 보호할 의무를 진다."고 규정하고 있습니다. 귀 재판소는 동 조항에 대해  
 다음과 같이 판시한 바 있습니다: "헌법 제2조 제2항에서 규정한 재외국민을  
 보호할 국가의 의무에 의하여 재외국민이 거주국에 있는 동안 받은 보호는  
 조약 기타 일반적으로 승인된 국제법규와 당해 거주국의 법령에 의하여 누  
 될 수 있는 모든 분야에서와 정당한 대우를 받도록 거주국과의 관계에서 국  
 가가 하는 외교적 보호와 국외거주 국민에 대하여 정치적인 고려에서 특별  
 히 법률로써 정하여 베푸는 법률·문화·교육 기타 제반영역에서의 시원을 뜻  
 하는 것이다."<sup>15)</sup>

재외국민보호와 관련해 위의 판결에서 '외교적 보호'라는 표현이 등장하였는  
 데, 이는 국내적으로 통상 사용되는 용어로, 기본적으로는 해외에 거주하는  
 재외국민들에게, 외교 및 영사관계에 관한 비엔나협약<sup>16)</sup>에 근거해, 재외공관  
 을 통한 넓은 의미의 '외교·영사적 보호 및 지원'을 뜻하는 말로 이해된다  
 고 하겠습니다. 국제법적으로 더 정확히 말씀드리자면, 원칙적으로 '국가'의  
 이익을 대변하기 위해 파견된 외교관의 행위와는 구별되는, '자국민'의 권리  
 와 이익을 위해 기능하는 영사의 행위를 지칭하는 '영사적 보호 및 지원'이

13) 특별보고관 제1차 보고서, 30쪽, 80항.

14) John Dugard (Special Rapporteur), "Seventh report on diplomatic protection" (이하 "특별보  
 고관 제7차 보고서"). UN Doc. A/CN.4/567 (7 March 2006), pp. 6-11.

15) 헌재 1993.12.23, 89헌마189. 판례집 제5권 2집, 846쪽.

16) 외교관계에 관한 비엔나협약, 1961년 4월 18일 채택, 1964년 4월 24일 발효, 1971년 1월 27일  
 한국발효 (조약 제365호); 영사관계에 관한 비엔나협약, 1963년 4월 24일 채택, 1967년 3월 19  
 일 발효, 1977년 4월 6일 한국발효 (조약 제594호).

라는 표현이 보다 더 적절할 것으로 판단됩니다. 따라서 비록 '외교적 보호'라는 표현이 우리나라 헌법 제2조 제2항과 관련하여 국내적으로 사용되고는 있지만, 이는 동일한 표현을 쓰고 있는 국제법상 '외교적 보호'와는 기본적으로 다른 개념으로 이해되어야 할 것입니다. 다시 말씀드리자면, 국제법위반 행위의 발생과 관계없이 오히려 분쟁예방적 측면이 강하고, 비정치적이고, 다소 덜 공식적이며, 관련국민의 요청이 있을 시에 원칙적으로 작동하는 '영사적 지원 혹은 보호(consular assistance or protection)'라는 개념과, 국제위법행위로 발생한 자국민의 손해에 대한 타국의 국가책임, 정치적인 행위이자 국가의 권리로서, 정식 추궁하는 분쟁해결수단으로 등장하는 국제법상 '외교적 보호(diplomatic protection)'라는 개념은 적절히 구별되어야 할 것입니다.<sup>17)</sup>

선사 헌법 제2조 제2항의 '재외국민보호'에 국제법상 '외교적 보호'가 광범위하게 포함된 것으로 해석된다 하더라도, 통 조항에 규정된 재외국민보호의무는 법률이 정하는 바에 의하여 국가에 부과되어야 하는 바, 국내법상 법률과 같은 효력을 가지는 일반적으로 승인된 국제법규인 외교적 보호권에 관한 국제관습법이 외교적 보호에 대한 국가의 의무를 부정하고 있는 점으로 볼 때, 우리나라 정부가 헌법 제2조 제2항으로 인해 외교적 보호의 의무를 진다고 주장할 수는 없을 것입니다. 따라서, 헌법 제2조 제2항을 근거로, 국가의 외교적 보호 의무를 주장하고 외교적 보호권에 대한 정부의 폭넓은 재량권을 제한하려는 청구인의 대리인의 주장은, 적절치 않다고 생각됩니다.

17) 2006 국제법위원회 보고서, 27-28쪽, 8-11항; 특별보고관 제7차 보고서, 6-8, 10-11쪽 참조. 국제법위원회 2006년 외교적 보호에 관한 초안 제1조 (정의 및 범위): "본 초안의 목적상, 외교적 보호는, 국가의 국민인 자연인이나 법인에게 가해진 타국의 국제위법행위로 인한 동 타국의 책임은 이행하게 할 목적으로, 동 국제국이 외교적 행위 또는 기타 평화적 해결수단을 통하여 동 타국의 책임을 추궁하는 것을 말한다(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 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)."



### 3. 결 론

청구인의 대리인은 외교적 보호권에 대한 국제법의 전통적 입장이 최근에 변화하여, 국가는 외교적 보호를 행사할 의무를 부담하고 개인은 상응하여 외교적 보호를 청구할 권리를 가진다고 주장하였으며, 이를 근거로 1965년 한일청구권협정 제3조 관련 정부의 작위의무가 도출된다고 주장하였습니다.

이러한 청구인의 대리인의 주장은, 그 주장의 주요근거로 삼았던 유엔 국제법위원회에서의 최근 논의와 결론을 자세히 살펴본 결과, 국제법 현실을 적절히 반영한 것이 아닌 것으로 생각되며, 외교적 보호에 대한 최근 국가들의 일반적 관행 및 법적 확신은 아직도 외교적 보호권을 국가의 권리이자 사법심사가 원칙적으로 미치지 않는 광범위한 국가의 재량권이 인정되는 영역으로 확인하고 있음을 알 수 있었습니다. 물론 국내 헌법이나 관제법령에 의해 외교적 보호에 대한 국가의 작위의무가 도출되거나 관련 재량의 범위가 제한될 가능성은 분명히 존재하지만, 이를 특별히 구체적으로 규정한 관련조항이 존재하지 않는 한 이러한 작위의무의 도출이나 재량행위의 범위축소는 제한적으로 해석되어야 할 것으로 생각합니다. 다시 한번 강조하며 말씀드리자면, 국내문제와는 다른 국제관계의 특수성을 감안하여 정부의 광범위한 정책재량의 영역을 가능한 한 유지하는 방향으로 해석하는 것이 여러 면에서 적당하다고 판단되며, 귀 재판소의 기존 판례의 입장과 같이 헌법과 그로부터 유래하는 법령을 통하여 구체적으로 이를 제한하는 규정이 없는 한, 정부의 외교적 보호권 행사여부 및 그 구체적인 방법의 선택과 같은 정치적 재량행위로부터 구체적인 작위의무를 도출하거나 부작위에 대한 위헌성을 논하는 것은 법리상으로는 전체적인 국가이익의 관점에서 볼 때 적절하지 않은 주장이라고 생각합니다.

특히 청구인측이 요구하는 한·일 청구권협정 제3조에 따른 조치 여부는 국가와 국가와의 관계를 다루는 행정부의 고유한 외교기능으로서 이러한 외교기능을 구체적으로 어떻게 수행할지에 대하여는 사법적으로 판단하는 것이 적절치 않은 부분이 있다고 판단됩니다. 이에 대한 우리 정부의 입장은 - 위안부 피해자의 복지를 위한 우리 정부의 노력과 함께 - 작년 7월 제출한 답변서에 설명드린 바 있습니다. 아울러 청구인측 대리인은 금번 헌법소원이 1998년 중재요청불이행위헌확인사건과 다르다고 주장하고 있으나, 그 법적 쟁점 그리고 청구 대상이 되는 작위(행정 제3조에 따른 외교 교섭 또는 중재)에 있어서 금번 사건이 1998년 사건과 본질적으로 다르지는 않다고 보는 피청구인의 입장에는 변함이 없습니다.

위와 같은 법적 입장과는 별개로, 정부는 청구인과 같은 일본군위안부 피해자의 고통과 아픔에 다시 한번 깊은 애석함을 표시하며, 앞으로도 청구인의 복지를 위해 지속적으로 노력하고자 합니다. 아울러 국제사회의물 향해서도 이와 같은 비인도적인 인권침해사건의 부당성과 재발방지의 필요성을 일리기 위해 노력할 것임을 말씀드립니다.

붙임: 참고자료 외교적 보호에 관한 유엔 국제법위원회 초안 관련규정  
(영·한)

2007. 4. 9.

헌 법 재 판 소

귀 중

# 준 비 서 면

사 건 : 2006 헌마 788

청 구 인 : 이 용 수 외 108

피청구인 : 외교통상부장관

위 사건에 대하여 청구인들의 대리인은 다음과 같이 준비 서면을 제출합니다.

## 다 음

1. 피청구인이 2007.4.10. 귀 원에 접수한 보충 답변서의 내용은 다음과 같은 이유에서 부당합니다. 피청구인은 청구인들이 주장하는 여러 가지의 작위 의무의 법적 근거들 예를 들어 ① 청구권 협정 제2조에 기한 권리 행사의 장애 및 방해를 제거하여야 할 의무, ② 헌법 전문 및 제10조 규정에 따른 작위 의무, ③ 행정상 신뢰 보호의 원칙에 기한 작위 의무, ④ 외교적 보호권의 내재적 한계에서 오는 작위 의무 ⑤ 헌법 제37조 2항에 기한 작위 의무, ⑥ 법익 침해가 진정으로 중대한 한 피해자에 대해 그 이상의 피해의 증대를 초래하지 않도록 배려 보증하여야 할 조리상의 작위 의무 등에 대해 이를 반박할 아무런 실질적 답변을 하지 않고, 청구인들이 주장하는 여러 가지 근거 중에 하나인 외교적 보호권만에 대해서는 오로지 국제법상의 외교적 보호권이란 국가의 권리이지 어떠한 의무도 부담하고 있지 않는다는 주장만 되풀이 하고 있는 바, 이는 피청구인의 행위 특히 청구권 협정

의 불완전한 체결로 인해 청구인들이 얼마나 기본권을 침해 받고 있는지에 대한 인식 부족에서 비롯되고 있는 답변으로 여명이 얼마 남지 않은 청구인들에게 또 한번의 상처를 주는 태도라 아니할 수 없습니다.

2. 아울러 피청구인이 유일하게 반박을 하는 외교적 보호권에 대해서 보면 아래와 같은 문제점이 있습니다.

피청구인은 본 헌법소원의 취지를 오해하고 오로지 외교적 보호권에 관한 실정 국제법의 관점에서 논의를 하고 있습니다. 그 동안의 외교적 보호권에 관한 국제법의 발달은 국가와 국가 사이의 권리의무관계에 초점을 두었지만 외교적 보호를 둘러싼 어느 국가와 그 국민 사이의 관계에 관한 논의는 최근에 와서야 비로서 관심을 끌게 된 것입니다. 외교적 보호권을 피청구인의 주장대로 국가의 권리라고 관념하더라도 국가와 그 국민 사이의 구체적인 사안에서 외교적 보호권을 어떻게 행사하여야 하는가에 대한 규범적 통제는 여전히 남는다 할 것입니다.

외교적 보호권과 관련한 국제법 이론을 일본군 위안부 문제에 적용할 경우 기존의 국제법이 말하고 있는 것은 한국 정부가 일본 정부에 대해 일본군 위안부 문제를 국제적으로 제기할 경우 한국 정부의 주장 제기 자체가 국제법상 정당한 것인가에 대한 판단 기준에 관한 것입니다. 다시 말하여 외교적 보호권이 없을 경우 한국 정부는 합법하게 일본 정부의 잘못을 따질 수 없다는 것으로 국제 소송이 제기된 경우 소송의 선결적 문제를 구성하게 됩니다(예컨대 Anglo-Iranian Oil Co. Case(United Kingdom v. Iran,

ICJ Reports 1952, p.93)).

이번 헌법소원은 일본 정부에 대하여 가지는 한국 정부의 외교적 보호권 여부가 쟁점이 되는 것이 아니라 한국 정부가 피해 한국인을 위하여 어떤 조치를 취하여야 하는가에 대한 것입니다. 민주주의와 인권을 존중하는 국가에서 국가의 외교적 보호권의 행사 여부에 있어서 재량의 여지는 무제한한 것이 아니라 일정한 한계가 있음을 주장하는 것입니다. 구체적인 사건에 있어서 외교적 보호권의 불행사 또는 충분하지 않은 행사는 외교적 보호를 받아야 할 외국에 의한 불법행위 피해자들에게 이중의 고통을 안겨주는 것일 뿐만이 아니라 국가와 법의 보호를 받을 수 있는 권리에 대한 침해를 구성할 수 있다고 주장하는 것이 본건 헌법소원의 취지인 것입니다.

3. 한편 극히 최근인 2007.4.27. 일본의 최고재판소에서 나온 판결에 의하면 (참고자료로 판결문 및 그 번역문을 제출합니다), 중국인 전쟁 피해자의 청구권과 중국 정부의 외교적 행위와 관련성에 대해서 보면 ‘--- 이와 같이 일중전쟁 수행중에 생긴 중화인민공화국 국민의 일본국 또는 그 국민 혹은 법인에 대한 청구권은 일중공동성명 5항에 의해 재판상 소구할 수 있는 권능을 잃었다고 할 것이고, 그와 같은 청구권에 기한 재판상의 청구에 대해 동항에 기해 청구권 포기의 항변이 이루어진 때에는 당해 청구권은 기각을 면치 못한다’고 판시하여, 적어도 피청구인과 같은 정부의 행위에 의해 전쟁 피해자의 청구권에 기해 재판상 소구할 수 있는 권능을 소멸시킨다는 것이 일본 최고재판소에서 판시되었으므로 기본권이 침해되고 있다는 것은 의문의 여지가 없습니다. 특히 중국인 피해자들과는 달리 한국인 피해자들의 경우 재판상 소구할 수 있는 권능의 소멸에서 한 걸음 더 나아가 일본

의 소위 재산권조치법의 적용에 의해 실제적으로도 소멸되었다고 판시되고 있는 상황을 볼 때, 피청구인이 1965년 한일청구권협정을 맺음으로 인하여 특히 위 청구권협정 제2조에 의해 피해자들의 기본권이 침해되고 있는 것은 의문의 여지가 없습니다.

그럼에도 불구하고 피청구인의 행위로 인하여 어떠한 기본권 침해 혹은 침해의 위협성도 생기고 있지 않은 것인 양 주장을 하면서 외교적 보호권이 오로지 정부의 권리이며 의무적 성격이 없다고만 강변하는 것은 현재 청구인들이 법률상 어떠한 처지에 놓여 있는가에 대한 이해 부족에서 오는 주장이라 아니할 수 없습니다.

4. 아울러 본건과 1998년의 중재요청불이행위헌확인건과 차이가 있다는 점에 대해 피청구인은 청구인들이 주장하는 구체적 차이에 대해 아무런 반박도 없이 만연히 동일하다고 하는 것은 이해하기 힘들고, ① 법률적 장애 사유 내지 권리를 행사할 수 있는 지위에 대한 법률적 위험 내지 불안의 발생 여부, ② 청구 취지, ③ 피해 보호 법익의 특수성, ④ 한일 청구권 협정 공개로 인한 사정 변경, ⑤ 한일간 외교적 마찰의 정도 등에 있어서 그 차이 점은 전회에 제출한 준비 서면의 내용과 같습니다.

5. 결론에 갈음하여,

최근 미국의 의회조차 청구인들에 이루어진 피해는 “20세기 최대의 인신매매 사건이며, 집단 강간, 강제 낙태, 정신적 모욕, 성적 학대 등으로 신체적

장애, 학살 또는 자살이 포함된 전례 없이 잔인하고 중대한 사건이며 일본 정부는 이에 대해 책임을 다하고, 일본 정부가 위안부의 존재를 거부하거나 미화하려는 주장을 분명하고 공개적으로 반박하고, 국제 사회의 권고에 따라 위안부에 대한 사실을 현재와 미래의 세대들에게 교육 시킬 것"을 일본 정부에게 권고하는 결의안의 채택을 통해 다시는 청구인들과 같은 중대한 인권 침해가 없도록 노력하고 있는데 정작 자국민 보호의 제1차적 책임이 있는 피청구인이 권리만 있지 의무는 없다고 주장하는 것은 극히 유감이고, 가해국인 일본의 사법부에서조차도 청구인들의 깃뚫힌 인권 구제에 대해서는 일본 국회의원들에게도 일본 헌법에서 유래하는 법적 의무를 인정하였던 것에 비추어 보면 법적 의무가 없다고 하는 것은 도저히 납득할 수 없는 무책임한 태도라 아니할 수 없습니다.

따라서 이러한 피청구인의 주장은 청구인들이 처해 있는 상황에 대한 이해 부족과 그 동안 국제법적으로 논의된 피해자 권리 구제에 관한 국제기관의 권고 및 그 근거, 일본의 재판례에 대한 이해 부족에서 온 것으로 보여 청구인 주장의 정당성에 대한 입증을 위해 조속히 공개 변론을 열어 충분한 심리가 이루어지기를 청구인들은 바랍니다.

2007. 5. .

위 청구인들의 대리인

법무법인 삼 일

담당변호사 최 봉 태

헌법재판소 귀 중



공 증 인 가

법무법인 삼 일

서울특별시 서초구 서초동 1702-10 명광빌딩 5층 대표전화. (02) 3476-0031 FAX. (02) 3476-5071



# 공 개 변 론 재 신 청 서

사건번호 2006헌마 788호

대한민국과 일본국간의 재산및 청구권에 관한 문제의 해결과  
경제협력에 관한 협정 제 3조 부작위 위헌확인

청 구 인 이 용 수 외 108

피청구인 외교통상부장관

위 사건에 관하여 일본군 위안부 피해문제가 1965년 「대한민국과 일본국  
간의 재산및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정」의 체결  
에도 불구하고 해결되지 않았음이 밝혀졌으나 정부는 대책마련을 하고 있지  
않는 상황입니다. 위 사건은 정부와 일본군 위안부간의 대책 마련에 대한 중  
대한 사안이므로 ① 청구인 당사자의 신문, ② 한일협정문서 공개에 따른  
정부입장 신문, ③ 국제법 전문가에 대한 감정, ④ 일본의 재판례및 유엔인  
권위원회 등 국제기관의 권고 내용의 입증 등을 위해 청구인들은 공개변론  
을 다시 한번 신청하는 바입니다.

## 첨 부 서 류

1. 인터넷 신문기사

2통



2007. 6. .

위 청구인들의 대리인

법무법인 삼 일

담당변호사 최 봉 태

헌 법 재 판 소            귀 중

# 준 비 서 면

사 건 : 2006 헌마 788

위 사건에 대하여 청구인들의 대리인은 다음과 같이 준비서면을 제출합니다.

## 다 음

1. 피청구인은 한일 청구권 협정이 전면 공개되고 청구인들의 피해에 대해 일본의 법적 책임이 있다고 해석을 한 후 본건 헌법소원심판이 청구 된 뒤 현재까지 청구인들이 주장하는 여러 가지 작위 의무의 법적 근거들 예를

외교적 보호권이란 국가의 권리이지 어떠한 의무도 부담하고 있지 않다는 주장만 되풀이하고 있으나 위 주장은 피청구인의 행위에 의해 청구인들이 얼마나 기본권을 침해 받고 있는지에 대한 인식부족 및 한일 청구권 협정 공개에 따른 달라진 상황에 대한 의도적 무시에서 비롯된 것이며 예를 들어 법적 의무의 근거에 대해서 보면, 귀 재판소의 판시취지에 어긋나게 조리에 기해 어떠한 작위 의무를 부정하려는 형식적 입장에서 한 걸음도 나아가지 않으려는 것으로 극히 부당합니다.

2. 작위 의무의 근거와 관련하여 죄형법정주의를 취하는 우리 형법상의 부작위범에 대해서 비교해 보더라도 피청구인의 작위 의무는 긍정이 되어야 할 것입니다.

우리 형법 제18조에 의하면 “위험의 발생을 방지할 의무가 있거나 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 자가 그 위험을 방지하지 아니한 때에는 그 발생된 결과에 의하여 처벌한다”고 규정하고 있습니다. 이와 관련하여 본건 청구와 관련되어 조리상 해석이 가능한 것이 선행된 위험행위입니다. 즉 형법상으로 선행된 행위로 위험발생의 원인을 야기한 자는 위험의 발생을 방지할 보증인의 의무를 부담한다고 보고 있습니다. 죄형법정주의가 엄격히 적용이 되는 형법상의 작위 의무를 본건에 적용을 하는 것은 여러 가지 문제점이 있을 수 있으나 적어도 죄형법정주의가 엄격히 적용되는 분야에서도 선행된 행위로 인하여 위험발생을 야기한 자는 그 위험

의 발생을 방지할 법적 의무가 인정이 되고 있는 것인데 청구인과 같은 피해자들의 경우 피청구인의 선행행위에 의해 현재 발생하고 있는 위험을 고려하던 헌법, 협정상 혹은 조리상 피청구인에게 그 위험을 제거할 작위의무를 인정하는 것은 당연히 수긍이 되어야 할 것입니다.

- (1) 최근 2007.4.27. 일본의 최고재판소에서 나온 판결에 의하면 샌프란시스코 평화조약의 틀에서 이루어진 정부간의 행위에 의한 전후처리 특히 청구권처리는 법적으로 보면 실체적으로 피해자의 권리를 소멸시키는 것은 아니라 하더라도 피해자로 하여금 재판상 청구권을 소구할 수 있는 권능을 잃게 하는 것으로 판단하였습니다. 한일 청구권 협정도 제2차 세계대전 종결에 수반하여 샌프란시스코 평화조약의 틀안에서 만들어진 것은 의문의 여지가 없으므로 위 일본의 최고재판소 판결이 나온 이후 청구인들이 일본의 재판소에서 재판을 통해 청구권을 소구할 수 있는 가능성은 소멸하였다고 보는 것이 현실에 부합합니다. 위 일본의 최고재판소 판결의 당위는 별론으로 하더라도 피청구인의 선행행위로 인해 청구인들에게 현재 심각한 기본권이 침해되어 있고, 재판을 통해 구제를 받을 수 없는 위험이 현실적으로 긴급하게 발생하여 있는 것은 의문의 여지가 없습니다. 이러한 선행 행위를 한 피청구인은 그 위험을 방지할 법적 의무가 있는 것은 엄격한 죄형법정주의를 취하는 형법 체계상으로도 인정이 되는 것인데 하물며 기본권 보호의 최후 보루인 귀 재판소에서 피청구인에 대해 적어도 조리상으로도 작위 의무가 발생하지 않는다고 보는 것은 도저히

히 수증할 수 없는 것입니다. 가해국인 일본의 시모노세키 지방재판소 야마구치 지원의 재판부에서조차도 청구인들의 짓밟힌 인권 구제에 대해서는 일본 국회의원들에게도 일본 헌법에서 유래하는 법적 작위 의무가 있다고 인정을 하였던 그 피해의 중대성을 고려하여 비교해 보면 피해국가에서 그 법적 의무를 부정하는 것은 법적 주권의 포기라 할 것입니다.

(2) 한일 청구권 협정의 해석과 관련하여 그 협정문서의 전면공개 및 이에 이은 법적 해석으로 인해 분쟁이 발생하였다면 기 발생한 분쟁은 평화적으로 해결하는 것이 국제관계의 기본원칙이며 이를 예상하여 한일 청구권 협정 제3조를 둔 것입니다. 이로 인한 외교적 마찰은 한일 청구권 협정의 체결당시에 충분히 예상하였던 범위를 넘지 않는 것이고 한편으로는 한일 청구권 협정을 충실히 이행하는 것입니다. 이러한 행동을 통하여 일본과의 외교관계에서 다소 불편이 따를 수 있다 하더라도 이는 한일관계의 역사적 특수성에 비추어 국가적으로 수인 할 수 있는 것으로 보아야 할 것이고, 이러한 작위 의무조차 선행행위를 한 피청구인에게 헌법상 혹은 조리상으로 인정되지 않는다고 하는 것은 일본군 위안부 피해문제에 대한 평화적이고 외교적 해결을 부정하는 것에 다름이 아닙니다.

(3) 아울러 위 2007. 4. 27. 위 일본 최고재판소의 판결에 의하면 국가간의 행위에 의해 청구권문제가 처리되더라도 실제법적 차원에서 피해자들의 청구권이 소멸된 것은 아니라고 판단하였으므로 우리 정부가 2005. 8. 한

일 청구권 협정 문서를 전면공개하면서 청구인들의 피해와 같은 비인도적 불법행위에 관해서는 한일 청구권 협정에도 불구하고 일본 정부에게 법적 책임이 있다고 밝혔던바 우리 정부의 위 주장 정당성은 일본의 최고재판소에 의해서도 결과적으로 추인된 바가 있어 피청구인이 한일 청구권 협정 제3조에 따른 해석상의 차이를 해결하기 위한 평화적 해결 노력을 시작한다면 일본 최고재판소가 판시한 바와 같이 일본 정부의 자발적 구제노력을 일본 정부가 스스로 이행하는 계기가 될 것이어서 청구인들이 살아 있는 동안에 법적 정의는 회복되는 것이 법리상은 물론 현실적으로 가능한 여건은 대내외적으로 충분히 성숙되어 있다 아니할 수 없습니다.

(4) 이상의 이유로 청구인들의 본건 청구는 인용이 되어야 할 것입니다.

2008. 2. .

위 청구인들의 소송대리인

법무법인 삼 일

담당변호사 최 봉 태

헌 법 재 판 소 귀 중

# 공 개 변 론 재 신 청 서

사건번호 2006헌마 788호

대한민국과 일본국간의 재산및 청구권에 관한 문제의 해결과  
경제협력에 관한 협정 제 3조 부작위 위헌확인

청 구 인 이 용 수 외 108

피청구인 외교통상부장관

위 사건에 관하여 일본군 위안부 피해문제가 1965년 「대한민국과 일본국간의 재산및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정」의 체결함에 아직 그에 따른 해결이 되지 않고 있음을 밝혀졌는바, 현재 정부에서는 그에 따른 대책마련을 일체하고 있지 않은 상황입니다. 이것은 우리 헌법의 기본권 존중 정신에 반하는 반헌법적 상황으로 귀원의 판단에 의해 이러한 헌법침해가 시정이 되어야 할 것입니다.

한편, 최근에 일본에서 본건 헌법소원의 청구인인 이용수등이 동경지방법판소에 제기한 한일회담문서공개소송으로 인하여 일본정부 스스로가 독도를 일본의 부속도서가 아님을 확인하는 법령이 있다는 것이 발견되었는바, 일제 피해자들의 투쟁이 한일간의 왜곡된 역사를 바로 밝히는데 결정적인 역할을 하고 있음이 입증된 바 있습니다. 이와 마찬가지로 일본 위안부 문제 역시 공개변론을 통해 심리되는 과정에서 일제의 반인도적 범죄를 청산하는 중요한 계기가 될 것으로 믿어 의심치 않습니다.

## 헌 법 재 판 소

수신자 수신자참조

(경유)

제목 변론예정통지 및 참고인 신청 요청

사 건	2006헌마788 대한민국과 일본국간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정 제3조 부작위 위헌확인
청 구 인	이용수 외 108 대리인 법무법인 삼일 외 14
피청구인	외교통상부장관

위 사건에 관하여 변론(2009.4.9. 14:00 대심판정)을 하고자 하오니 변론요지서를 2009. 2. 27.까지 제출하여 주시기 바라며, 아울러 법률상 쟁점에 대한 전문적인 견해를 진술할 참고인 신청을 할 것인지, 한다면 어떤 참고인을 희망하는지를 2009. 2. 10.까지 문서로 신청하여 주시기 바랍니다. 끝.



재판장 재판관 이 강 이 광국

수신자 법무부장관, 외교통상부장관, 법무법인 삼일

법원서기관 윤용오

재판관 이공현

재판관 02/02  
이강국

협조자

시행 심판사무-893 (2009.02.02.)

접수

우 110-250 서울 종로구 가회로 15(재동 83)

/ <http://www.ccourt.go.kr>

전화 02)708-3475

전송 02)708-3472, 3596 / [yun9753@ccourt.go.kr](mailto:yun9753@ccourt.go.kr)

/ 공개

변론기일 2009. 4. 9. 14:00

주심

사 건 2006헌마788 대한민국과 일본국간의 재산 및 청구권에 관한 문제의  
해결과 경제협력에 관한 협정 제3조 부작위 위헌확인  
청 구 인 이 용 수 외 108  
피청구인 외교통상부 장관

## 참고인 및 당사자 신문 신청

2009. 2. .

위 청구인들 대리인

법률사무소 이 안

변호사 김 진

헌법재판소 귀중

위 사건의 변론기일에 앞서 다음과 같이 참고인 및 당사자 신문을 신청합니다.

## 1. 희망 참고인의 표시

가. 김창록 (1961. 6. 22. 생), 경북대학교 교수 (법사학)

주소 : 대구 북구 산격동 1370-1 경북대학교 법과대학

1) 신청취지 : 한일청구권협정이 일본군 위안부 피해자에게 어떤 기본권침해를 하고 있는가, 일본 법정에서 일본군위안부 피해자에게 어떤 법적 의무를 인정하고 있는가(시모노세키판결을 중심), 한일청구권협정을 둘러싼 해석의 변천과정 등

2) 참고인 주요 경력 : 서울대 학사, 박사, Harvard-Yenching Institute의 객원 연구원, 부산대 전임강사, 건국대 교수, 성신여자대학교 교수, 여성부 일본군위안부생활안정지원 심의위원, 2000년 일본군성노예전범 여성국제법정 한국측 검사, 現 국무총리산하 한일문서공개대책반 민간측전문가, 現 국무총리산하 노근리사건희생자심사및 명예회복위원회 노근리사건희생자심사보고서작성 기획단

3) 주요 논저

일본에서의 대일과거청산소송 : 한국인들에 의한 소송을 중심으로, <법사학연구>35, 2007  
한일관계와 과거청산 : '한일 신평트너십'을 실마리로 <국제지역문제연구>17-1,1999  
한일기본조약과 청구권협정<한국과 일본의 역사인식>,2008 등

**나. 조시현 (생년월일), 건국대학교 교수(국제법)**

주소 : 서울 광진구 화양동 1번지 건국대학교 법과대학

1) 신청취지 : 외교적 보호권의 성격·내용에 관한 국제법적 논의, 기타 일본군 위안부와 관련된 국제법적 논점

2) 참고인 주요경력 : 서울대 학사, 석사, 영국 University of Cambridge Ph.D, 성신여자 대학교 교수, 여성부 일본군위안부생활안정지원 심의위원, 2000년 일본군성노예전범 여성국제법정 한국측 검사, 現 국무총리산하 한일문서공개대책반 민간측전문가, 現 국무총리산하 노근리사건희생자심사및명예회복위원회 노근리사건희생자심사보고서작성기획단

3) 주요논저

“일본의 어선나포와 국제법에 있어서의 몇 가지 문제-한·일어업수역의 기선과 어선나포 사건의 국제적 해결”, 이달의 민변, 97년 10월호(통권 제13호), 36-51쪽

International Humanitarian Law and United Nations Operations in an Internal Armed

Conflict, Korean Journal of International and Comparative Law, vol. 26 (1998), pp. 85-111.

“인종차별철폐협약의 이행감시절차”, 국제인권법, 제2호(1998), 169-195쪽

Human Rights Violations under National Security Laws, 민주사회를 위한 변호 1999-4/5 (통권 제29호), 27-31쪽.

“국제인도법과 인권법의 관계”, 인도법논총 제20호, 대한적십자사 인도법연구소, 1999

“국가비상사태와 인권”, 한국인권재단 편, 21세기의 인권, 한길사, 2000

“한국전쟁의 국제법적 성격”, 법학, 제41권 2호, 서울대학교, 2000

인도적 개입 : 인권과 평화의 갈림길, 한국인권재단 엮음, 한반도의 평화와 인권 1, 2002

‘노근리’학살사건의 국제법적 성격, 정구도 편, 노근리사건의 진상과 교훈, 도서출판 두남, 2002

유엔 인권위원회의 활용, 55차 유엔인권위원회 자료집, 한국인권단체협의회, 1999, 1-11쪽

Applicability of International Humanitarian Law to Internal Armed Conflicts, Ph.D Dissertation, University of Cambridge, 1996.

다. 이현환 (1960. 9. 19. 생), 아주대학교 교수(헌법)

주소 : 경기도 안양시 동안구 평촌동 101 인덕원 대림 2차아파트 208동 2002호

1) 신청취지 : 피청구인 본안전 항변의 문제점, 행정청의 부작위로 인한 기본권 침해와 구제, 한일협정을 둘러싼 헌법재판 선례 등

2) 참고인 주요경력 : 서울대 학사, 석사, 박사, 서원대학교 교수

3) 주요 논저

미군정기 식민잔재청산법제 연구, 한국법사학회 (2004.10)

행정기관의 법률해석권, 최송화박사회갑기념논문집 (2002.6)

한국지방자치제의 현황과 과제, 국제헌법학회 한국학회 (2000.9)

권력분립과 독립기관, 서원대학교 사회과학 연구소 (2000.2)

절차적 정의론 연구서설, 서원대학교 사회과학연구소 (1997.7)

한국사법사에 비추어 본 1971년의 사법파동, 창작과 비평사 (1997.7)

현행헌법상 사법의 관념과 사법권의 체계, 서원대학교 사회과학연구소 (1997.2)

헌법의 정치성에 관한 일고찰, 서원대학교 사회과학연구소 (1995.5)

반민족행위자 재산환수문제에 관한 헌법적 접근, 창작과 비평사 (1994.11)

위헌결정의 방식에 관한 연구, 금량김철수박사회갑기념논문집 (1993.10)

정치적 사법에 관한 서설적 연구, 서원대학교 사회과학연구소 (1992.6)

의회청원제도에 관한 고찰, 오세탁박사회갑기념논문집 (1990.10)

미국 헌법상 평등보호 연구, 서원대학교 (1990.9)

라. 윤정옥 (1925. 9. 21. 생), 연구자

주소 : 서울 서대문구 대신동 131

## 일본군 위안부 사건

(2006헌마788, 대한민국과 일본국간의 재산 및 청구권에 관한 문제의  
해결과 경제협력에 관한 협정 제3조 부작위 위헌확인)

---

### [ 변 론 ]

---

헌법재판소는 2009년 4월 9일 대심판정에서 2006. 7. 5. 접수된 2006헌마788 사건에 대해 변론을 열 예정이다.

이 사건은 우리 정부가 일본군위안부들의 일본국에 대한 배상청구권 등이 한일청구권협정에 의하여 타결된 것인지 여부 등 위 협정의 해석과 관련한 분쟁을 해결하기 위하여 위 협정 제3조에 따른 중재절차에 회부하지 아니한 부작위 및 일본국에 대한 항의와 재협정 체결 요구, 국제사법재판소에의 제소 등을 하지 아니한 부작위가 청구인인 일본군 위안부들의 재산권 등 기본권을 침해하는지 여부 등이 쟁점인 사건으로, 헌법재판소는 이해관계기관 및 참고인의 진술을 들은 뒤 위헌 여부를 판단할 계획이다.

---



2009. 1. 13.

헌법재판소 공보관실

## 1. 사건의 개요 및 심판의 대상

### 가. 사건의 개요

(1) 청구인들(이OO 외 108인)은 일제 강점기에 일본국 및 일본기업(이하 '일본국'이라 한다)에 의하여 강제동원되어 성적학대를 받으며 '일본군위안부'로서의 생활을 강요당한 피해자들로서, 일본과 미국에서 일본국을 상대로 손해배상청구소송을 제기하였거나 제기하려고 준비 중인 사람들이다.

(2) 그런데 일본국은, 위 소송 등에서 청구인들이 입은 피해가 불법행위로 인한 것이 아니고, 청구인들의 일본국에 대한 손해배상청구권은 한국 정부와 일본 정부가 1965. 6. 22. 체결한 '대한민국과 일본국간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정'(조약 제172호, 이하 '한일청구권협정' 또는 '이 사건 협정'이라 한다)에 의하여 소멸되었다고 주장하면서 청구인들에 대한 법적 책임을 부정하고 있다.

(3) 이에 청구인들은, 일본국이 청구인들에 대한 법적 책임을 부정하고 있는 것은 이 사건 협정의 해석과 관련한 한·일 양국의 입장이 조율되지 않고 있는 것이 근본적인 원인이므로 이 사건 협정의 당사자인 우리 정부로서는 이 사건 협정의 해석과 관련된 분쟁을 해결하기 위한 구체적 조치를 취할 의무가 있다고 할 것인데, 우리 정부는 청구인들의 여러 차례의 요청에도 불구하고 청구인들의 일본국에 대한 손해배상청구권의 행사 등을 실효적으로 보장할 수 있는 구체적인 조치를 취하지 아니하고 있는바, 이러한 행정권력의 부작위는 헌법 전문, 헌법 제10조, 헌법 제23조, 헌법 제37조 제2항 등에 위반되어 위헌이라고 주장하면서 2006. 7. 5. 위 공권력 행사의 부작위위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은, 우리 정부가 ① 일본군위안부들의 일본국에 대한 배상청구권 등이 이 사건 협정에 의하여 타결된 것인지 여부 등 위 협정의 해석과 관련한 분쟁을 해결하기 위하여 필요한 조치를 하지 아니한 부작위, ② 일본국의 국제법위반행위에 의하여 피해를 당한 청구인들에 대하여 외교적 보호권을 행사하지 아니한 부작위, ③ 이 사건 협정 제3조에 따른 중재절차에 회부하지 아니한 부작위, ④ 그 밖에 일본국에 대한 항의와 재협정 체결 요구, 국제사법재판소에의 제소 등을 하지 아니한 부작위 등이 헌법에 위반되는지 여부이다.

## 대한민국과 일본국간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정 제2조

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 샌프란시스코에서 서명된 일본 국과의 평화조약 제4조 (a)에 규정된 것을 포함하여 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것이 된다는 것을 확인한다.

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

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

(b) 일방체약국 및 그 국민의 재산, 권리 및 이익으로서 1945년 8월 15일 이후에 있어서의 통상의 접촉의 과정에 있어 취득되었고 또는 타방체약국의 관할 하에 들어오게 된 것

3. 2의 규정에 따르는 것을 조건으로 하여 일방체약국 및 그 국민의 재산, 권리 및 이익으로서 본 협정의 서명일에 타방체약국의 관할 하에 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.

### 대한민국과 일본국간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정 제3조

1. 본 협정의 해석 및 실시에 관한 양 체약국 간의 분쟁은 우선 외교상의 경로를 통하여 해결한다.

2. 1의 규정에 의하여 해결할 수 없었던 분쟁은 어느 일방 체약국의 정부가 타방 체약국의 정부로부터 분쟁의 중재를 요청하는 공한을 접수한 날로부터 30일의 기간 내에 각 체약국 정부가 임명하는 1인의 중재 위원과 이와 같이 선정된 2인의 중재 위원이 당해 기간 후의 30일의 기간 내에 합의하는 제3의 중재 위원 또는 당해 기간 내에 이들 2인의 중재 위원이 합의하는 제3국의 정부가 지명하는 제3의 중재위원과의 3인의 중재 위원으로 구성되는 중재 위원회에 결정을 위하여 회부한다. 단, 제3의 중재 위원은 양 체약국 중의 어느 편의 국민이어서는 아니된다.

### 2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견 요지

#### 가. 청구인들의 주장 요지

(1) 일본국이 청구인들을 성노예로 만들어 가한 인권유린행위는 국제조약에 위반될 뿐만 아니라, 이 사건 협정의 대상에 포함된 것으로 볼 수도 없고, 또한 이 사건 협정에 의하여 타결된 것은 우리 정부의 국민에 대한 외교적 보호권만이지 우리 국민의 일본국에 대한 개인의 손해배상청구권은 포기되지 않은 것임에도, 일본국은 청구인들에 대한 법적인 손해배상책임을 부인하고 있는바, 그 이유는 주로 청구인들의 일본국에 대한 손해배상청구권 등이 이 사건 협정으로 일괄타결되었는지 여부 등 이 사건 협정의 해석과 관련하여 한, 일 양국간에 의견차이가 있기 때문이다.

대한 항의와 재협상 체결 요구, 국제사법재판소에의 제소 등 필요한 조치를 취할 의무가 있는지 여부

#### 4. 청구인 및 이해관계인

가. 청구인 : 이OO 외 108인 (대리인 법무법인 삼일 외 15, 담당변호사 최봉태)

나. 이해관계인 : 외교통상부장관

다. 참고인 (추후 지정)