
일본군 '위안부'

헌법재판소 결정의 의미 및
향후 대응방안 모색

일시 | 2011. 12. 22. (목) 오후 3시-6시

장소 | 동북아역사재단 11층

주최 | 민주사회를 위한 변호사 모임 · 한국정신대문제대책협의회

CONTENTS

사 회 **장완익** (민변 변호사)

인사말 **한국염** (정대협 공동대표)

이석태 (전 민변 회장, 위안부 헌법소원 변호단)

발 제

1. 헌법재판소 결정의 의미 (p.3)

- 김 진 (민변 변호사, 위안부 헌법소원 변호단)

2. 한일협정 제3조의 의미와 한국 정부의 역할 (p.20)

- 조시현 (건국대 교수, 전쟁과 여성인권센터 연구위원)

3. 헌법재판소 결정과 시민사회의 역할 (p.37)

- 윤미향 (한국정신대문제대책협의회 상임대표)

참고자료 **헌법재판소 결정정문** (2006헌마788) (p.43)

발제문 1

일본군 위안부 문제에 대한 헌법재판소 결정¹⁾

김진 (민주사회를 위한 변호사 모임 변호사)

1. 헌법소원 재판의 경과

2006. 7. 5. 이용수 할머니를 비롯한 109인의 일본군 위안부 피해자들이 헌법재판소에 대한민국(피청구인 외교통상부 장관)을 상대로 하는 헌법소원을 제기하였다. 이후 피청구인 외교통상부 장관이 같은 달 29. 답변서를 제출하는 등 양측에서 서로의 주장을 뒷받침하는 서면을 제출하였으며, 청구인들의 대리인인 최봉태 변호사는 청구서를 제출한 직후인 2006. 9. 12. 공개변론 신청서 제출하고 다시 2007. 6. 29. 공개변론 신청을 제출하면서 이 사건에서 반드시 변론이 열려야 한다고 주장하였는데,²⁾ 결국 헌법재판소는 그로부터 거의 1년 반이 지난 2009. 2. 20. 공개변론을 열기로 하는 결정을 하였다.

공개변론을 앞두고 양측 당사자는 다시 서면공방을 진행하였으며 2009. 4. 9. 열린 변론에서는 청구인 측 참고인으로 김창록 경북대학교 교수와 피청구

1) 이 글의 상당 부분은 최봉태 변호사를 비롯한 헌법소원 대리인들이 작성한 헌법소원 심판 청구서와 보충이유서, 준비서면, 변론요지서와 헌법재판소 결정 그리고 이석태 외 6, 『일본군 위안부 문제 - 법적 쟁점의 정리와 최근 동향의 분석』, 민족문제연구소, 2009, 제7장 「일본군 성노예 문제에 대한 헌법소원」(김진 집필 부분)의 내용을 주로 참고하여 정리한 것임을 밝힌다.

2) 헌법재판소에서 진행되는 헌법소원은 변론을 열지 않고 서면심리에 의하는 것이 원칙이며, 예외적으로 재판부가 필요하다고 인정하는 경우 변론을 열어 당사자, 이해관계인, 기타 참고인의 의견을 들을 수 있다(헌법재판소법 제30조 제2항); 하지만 구두변론주의 내지는 구술주의에 의할 경우 구두진술로부터 받는 선명한 인상과 즉각적인 반문에 의하여 진상파악·모순발견이 쉽고, 여기에 증거조사를 집중시켜 신속·적정한 재판을 할 수 있다. 또 당사자는 변론의 진행상황을 알 수 있다는 점에서 이 조항의 타당성에는 의문이 있다. 헌법재판소에 따르면, 청구되는 사건의 대부분을 차지하는 위헌법률심판과 헌법소원심판의 경우 구두변론의 필요성이 있는 사건도 없지는 않으나 모든 사건을 구두변론을 거치도록 한다면 재판부의 업무가 가중되는 불편함이 있으므로 현행법은 서면심리를 원칙으로 하고 전문지식을 가진 참고인의 진술을 청취하기 위한 경우 등 필요 시 구두변론을 열 수 있는 것으로 정하 다는 것이다 - 헌법재판소, 헌법재판 실무제요, 제1개정 증보판, 2008, 57쪽

인 참고인 정인섭 서울대학교 교수에 대한 신문이 이루어졌다.

변론이 끝난 뒤에도 청구인과 피청구인 모두 몇 차례 보충이유서와 참고자료를 제출하고 참고인들도 보충의견서를 제출하였으며, 그로부터 2년이 경과한 2011. 8. 30. 청구인들의 청구를 인용하는 결정이 선고되었다(헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2006헌마788 결정).

2. 헌법소원이 제기된 배경

이 사건 헌법소원의 의미를 보기 위해서는, 이 청구가 제기되기 전 이 문제에 대하여 한국 정부가 취한 태도나 조치들을 검토해 볼 필요가 있다.

가. 한일 청구권협정과 국내에서의 ‘보상’

주지하는 바와 같이 1965년 「대한민국과 일본국간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정(한일 청구권협정)」 체결 이후 한국 정부는 1966. 2. 19. 「청구권자금의 운용 및 관리에 관한 법률」을 제정하여, “대한민국 국민이 가지고 있는 1945. 8. 15. 이전까지의 일본국에 대한 민간청구권은 이 법에서 정하는 청구권자금 중에서 보상하여야 한다”라고 규정하고(제5조 1항), 1971. 1. 19. 「대일민간청구권신고에 관한 법률」을 제정하여 권리 신고를 받은 다음 1973. 12. 21. 「대일민간청구권보상에 관한 법률」을 제정하여, 재산, 권리 및 이익에 해당하는 것에 대한 보상조치와 함께, “청구권신고법 제2조 제1항 제9호의 피징용사망자에 대한 청구권보상금”으로서 “1인당 30만원”을 지급하는 조치를 취하였는데(제4조 2항), 이 법률의 보상 대상은 피징용사망자에 국한되었고 보상금은 신고주의가 원칙으로 입증서류를 제출한 사망자에게만 배분되었기 때문에, 일본군 위안부 문제는 전혀 다루어지지 않았다.

나. 1990년대의 상황

전후 보상 문제가 다시 한일 양국 간의 외교문제로 다루어진 것은 약 35년의 긴 시간이 지난 1990년대에 이르러서였지만, 정부는 일본정부에 대하여 보다 적극적으로 진상을 규명하고 그 결과에 따라 응분의 조치를 취할 것을 요구하는 등 일본군 위안부 문제에 대한 진상규명을 요구한 것 외에 법적 조치로 나아가지는 못하였다.

1993년 이후 문민정부에서 전후 보상 문제에 대한 한국정부의 입장은 일본 정부에 대한 피해자 보상보다는 진상규명을 요구하는 것이었고, 1998년 이후 국민의 정부는 「일제하 일본군 위안부에 대한 생활안정지원법」을 시행하여 지원금을 지급하면서도 일본 정부에 대해서는 별다른 조치를 취하지 않았으며, 2003년 이후 참여정부도 처음에는 기본적으로는 “외교 현안으로 부각시키지는 않지만, 인권 문제로 보고 한국 정부가 지원한다.”는 이전 정부의 태도를 이어갔다.

다. 2005년 이후

2002년 일본군 위안부의 한국인 피해자 100인이 「한일 청구권협정」 관련 문서의 공개를 청구하자 외교통상부는 “일본 정부가 현재 이루어지고 있는 북한과의 수교 교섭에 장애가 있어 우리 정부에 비공개를 요청하였다”는 외교상의 이유로 공개를 거부하였고, 이에 대해 2002. 10. 11. 서울행정법원에 정보공개소송을 제기하여 2004. 2. 13. 일부 승소를 하였으며, 결국 관련 문서는 2005년 1월 및 2005년 8월 전면 공개되었다.

한편 2005. 2. 22. 일본 시마네 현에서 일본 정부의 묵인 속에 ‘다케시마의 날’ 조례를 통과시키자, 고 노무현 전 대통령은 2005. 3. 23. 「국민에게 드리는 편지」를 통해 대일 강경기조를 밝혔으며, 이에 앞서 2005년 3월 17일 청와대 국가안전보장회의(NSC)는 영토 및 과거사 문제에 대한 통합적 대응 원칙을 담은 ‘신 대일(對日) 독트린’을 천명했다³⁾. 이러한 정부의 입장은 한일 청구권협정 관련 문서 공개에 즈음하여 더욱 분명해졌는데, 2005년 8월 26일 국무조정실의 「한일수교문서공개대책관련 민관공동위원회⁴⁾」는 i) 한일 청구권협정은 기본적으로 일본의 식민지배 배상을 청구하기 위한 것이 아니었고, 샌프란시스코 조약 제4조에 근거하여 한일 양국 간 재정적·민사적 채권·채무관계를 해결하기 위한 것이었으므로, 일본군위안부 문제 등 일본정부·군 등 국가권력이 관여한 반인도적 불법행위에 대해서는 청구권협정에 의하여 해결된 것으로 볼 수 없고 일본정부의 법적 책임이 남아있다, ii) 한일 청구권협정 당시 한국정부는 정치적 차원에서 보상을 받은 것이어서 수령한

3) 문화일보 2008. 2. 19. 자

4) 한일수교회담 문서공개등 대책기획단의 설치 및 운영에 관한 정 (대통령훈령 제138호)에 근거하여 설치되었고, 국무총리와 이용훈 변호사(이후 대법원장으로 임명되어 양삼승 변호사로 변경)를 공동위원장으로 하여 재정경제부, 외교통상부, 기획예산처, 법무부, 행정자치부, 보건복지부장관, 국가보훈처장, 국무조정실장, 청와대 민정수석 등 9명의 정부 위원과 백충현 서울대 명예교수, 유병용 한국학중앙연구원 교수, 한정숙 서울대학교수, 손혁재 참여연대 운영위원장, 김학순 경향신문 논설실장, 조건호 전경련 부회장, 이복렬 피해자단체 대표 등 민간전문가 7명으로 구성되어 일제강제동원피해자에 대한 전반적 대책방향에 대하여 논의하였다.

무상자금 중 상당금액을 강제동원 피해자의 구제에 사용하여야 할 도의적 책임이 있는데 ‘75년 보상으로는 불충분하였다고 볼 수 있으므로 강제동원 피해자들에 대해 추가적 지원대책을 강구하고, 강제동원 기간 중의 미불임금 등 미수금에 대해서도 일본으로부터 근거자료 확보 노력 등 정부가 구제대책을 마련한다, iii) 일본군 위안부 문제는 일본정부에 대해 법적책임 인정 등 지속적인 책임 추구를 하는 한편, UN인권위 등 국제기구를 통해서 이 문제를 계속 제기하고 “해남도 학살사건” 등 일본군이 관여한 반인도적 범죄 의혹에 대해서는 진상규명을 한 후 정부 대응방안을 검토한다는 「대책방향」을 발표하였다⁵⁾⁶⁾. 그리고 이후 논의를 거쳐 2006. 3. 8. “일제강제동원 피해자 지원 대책”을 확정하였는데, 이는 위 ‘대책방향’을 발전시킨 것으로 지원 대상 범위를 확대하여 정부가 인도적 지원을 하고, 한일청구권협정에서 다루어지지 않은 일본군위안부 등 반인도적 불법행위에 대해서는 일본정부에 지속적으로 책임을 추구하고, 사할린동포, 원폭피해자 문제 등은 일본정부와 외교적 협의를 통해 지원범위를 확대해 나갈 계획임을 밝힌 것이다⁷⁾. 그리고 정부는 이 계획에 따라 같은 해 6월 「일제강점하 국외 강제동원 희생자 등 지원에 관한 법률안」을 만들어 국회에 제출하였고, 국회는 12. 10. 「태평양 전쟁 전후 국외 강제동원희생자 등 지원에 관한 법률」로 바꾸어 통과시켰다.⁸⁾

라. 정부 대응의 한계와 헌법소원의 제기

이와 같이 정부는 때때로 “지속적인 책임을 추궁”하겠다는 입장을 밝히기도 하였으나, 소극적인 외교적 대응 기조에는 큰 변화가 없었다. 특히 그런데

-
- 5) 국무조정실 보도자료 2005. 8. 26. 자 「한일회담 문서공개 후속대책 관련 민관공동위원회 개최」
- 6) 한편 민관위원회가 ‘정부의 과오’를 인정하는 입장을 정한 것에 대해서는 “과거의 ‘과오’를 솔직하게 인정하고 고령의 피해자들에 대한 구제에 적극 나선 것이라는 점에서 긍정적으로 평가할 만한 것”이라고 할 수 있는 반면, (‘도의적·원호적 차원’이라고 한정했고 또 위안부 문제 등 “일본정부·군 등 국가권력이 관여한 반인도적 불법행위”에 대한 책임을 제외하기는 하더라도) 한국 정부가 어쨌든 피해자 구제의 책임을 인정한 것은 일본 재판소의 책임 전가의 또 다른 구실이 될 가능성이 있다는 지적도 있다 - 김창록, 「일본에서의 대일과거 청산소송」, 『法史學研究』 제35호, 376·377쪽
- 7) 국무조정실 보도자료 2007. 3. 9. 자 「일제강제동원피해자 지원 대책 마련」
- 8) 이 법은 지원 대상을 일제의 「국가총동원법」 제정 이후 군인·군무원·노무자 등으로 국외로 강제 동원되어 강제동원 기간 중 사망 또는 행방불명되거나 부상으로 장해를 입었던 사람과 노무제공 등의 대가로 일본국 및 일본 기업 등으로부터 지급받을 수 있었던 급료, 여러 가지 수당, 조위금, 부조료 등을 지급받지 못한 사람 등으로 정하고(제2조), 강제동원 기간 중 사망하거나 행방불명된 경우의 유족에 대하여는 강제동원희생자 1인당 2천만원의 위로금을 지급하고, 부상으로 장해를 입은 강제동원희생자 또는 그 유족에 대하여는 강제동원희생자 1인당 2천만원 이하의 범위 안에서 장해 정도에 따라 위로금을 지급하며(제4조), 미수금피해자 또는 그 유족에 대하여는 미수금피해자가 일본국 또는 일본 기업 등으로부터 지급받을 수 있었던 미수금을 당시의 일본국 통화 1엔에 대하여 대한민국 통화 2천원으로 환산하여 지급하고(제5조), 생존자에 대하여는 의료지원금을 지급하는 것을 내용으로 한다(제6조).

위 협정이 전면 공개되자 체결 취지 및 경위가 명백히 밝혀진 이후, 민관공동위원회의 의견으로 “일본군 위안부와 같은 중대한 인권 피해 문제는 위 협정의 체결에도 불구하고 일본 정부에 그 법적 책임이 남아 있다”는 결론이 정식으로 표명되기에 이르렀음에도 불구하고, 이후 아무런 조치가 이루어지지 않았다. 이에 청구인들이 이러한 정부의 ‘전면적 부작위’가 헌법에 위반된다는 이 사건 헌법소원 심판을 청구하기에 이른 것이다.

3. 헌법소원 심판 청구의 내용

가. 청구 취지

이 사건 헌법소원 심판 청구의 취지는 “피청구인이 ‘대한민국과 일본국간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제 협력에 관한 협정’ 제3조에 따라 협정 해석과 실시에 따른 분쟁을 해결하기 위한 행위를 하지 않은 부작위는 청구인들의 재산권, 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 국가로부터 외교적 보호를 받을 권리를 침해한 것이므로 위헌임을 확인한다.”라는 결정을 구하는 것이었다.

나. 청구원인

1) 작위 의무의 발생

헌법 전문에 의하면 우리 대한민국은 삼일운동으로 건립된 대한민국 임시정부의 법통을 계승하였음이 명시되어 있고, 헌법 제5조에 의하면 국제 평화의 유지에 노력하며 침략 전쟁을 부인하고 있으며, 아울러 헌법 제10조에 의하면 모든 국민은 인간으로서 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가지고, 국가는 개인이 가지는 불가침의 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 가진다고 되어 있으며, 제23조에는 재산권이 보장되게 되어 있고, 제37조 1항에는 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다고 되어 있다.

이들 규정의 취지는 청구인들과 같이 일제의 침략 전쟁에 의해 성노예로 강요되어 인간의 존엄과 가치가 근저에서부터 부정당한 중대한 인권 침해의 경우에는 임시정부의 법통을 계승한 우리 정부는 그 인권의 회복을 보장할

헌법상의 작위 의무가 있다. 이러한 헌법상의 작위 의무는 우리 헌법의 해석에서도 당연히 유래되는 것일 뿐만 아니라, 위안부 피해자 문제와 같이 헌법 질서의 근간이 되는 가치에 관계되는 기본적 인권의 침해가 초래된 경우 당해 인권 침해의 중대성과 그 구제의 필요성에 의해 우리 헌법상으로도 당연히 이를 구제하여야 할 작위 의무가 존재한다고 해석하여야 하며, 청구인들과 같은 일본군 위안부 피해자들이 현재 당하고 있는 법의 침해의 중대함과 구제의 시급성 등을 고려하면 청구인들의 인권 침해 구제를 위해 피청구인에게는 이를 해결할 헌법상 작위 의무가 존재한다.

2) 작위 의무의 헌법상 근거

정부의 작위의무에 대한 헌법상 근거는, i) 청구인들의 기본권 행사 장애상태가 발생했고, ii) 이것이 다름 아닌 정부의 선행행위로 인한 것이며, iii) 이 상태를 해소하기 위해 정부가 취할 수 있는 조치가 조약상 존재한다는 점다.

정부는 국민의 기본권이 침해·제한되었을 때 그 장애나 방해가 되는 것을 제거할 의무가 있으며, 특히 그러한 기본권 행사의 장애나 방해가 다름 아닌 정부의 선행행위로 인하여 발생하였다면 더욱 그러한데, 이러한 정부의 의무는 명문의 규정이 없더라도 당연히 인정되는 헌법 조리에 속하지만, 우리 헌법은 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 명시하여 확인하고 있다(헌법 제10조 제2문).

그런데 피청구인의 행위(불분명하거나 위헌적인 청구권협정의 체결)에 의하여 적어도 청구인들이 일본 및 기타 관련 국가의 법원에서 자신들의 권리를 행사하는데 법률적인 장애사유 내지 권리를 행사할 수 있는 지위에 대한 법률적 위협 내지 불안이 야기 조성되어 있으므로, 정부는 이 문제를 해결하기 위한 조치를 취해야 할 의무가 있다. 즉 i) 청구권협정 제2조에 대한 일본 정부 해석이 관철되면 결국 정부는 1965년 국민의 재산·권리·이익을 그 국민의 의사와는 무관하게 소멸시켜 기본권에 대한 장애와 방해 상태를 스스로 초래한 것이고, ii) 그러한 해석상 다툼이 생겨 청구인들의 권리 행사에 장애가 생긴 것도 정부의 불분명한 협정 체결로 인한 것이므로, 정부는 이 협정 체결로 인한 기본권 행사 장애를 해소할 의무가 있는 것이다. 이와 함께 ① 3·1운동으로 건립된 대한민국 임시정부의 법통 계승을 명시함으로써 일본 제국의 대한제국에 대한 식민통치의 합법성 및 정통성을 부정하고 식민통치의 법률적인 원인이 된 한일합병 조약 등이 원칙적으로 무효임을 선언함으로써 이를 위한 조치 의무를 전제하고 있는 헌법 전문, ② 헌법에 열거되지

않은 기본권으로서의 ‘외교적 보호를 받을 권리’ 역시 이 사건에서 국가의 작위 의무를 헌법상 근거 짓는다.

3) 구체적인 작위 의무의 내용·방법

청구권협정은 다음과 같이 그 자체에 「분쟁해결 조항」을 두고 있다.

청구권협정 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 회부 한다. 단, 제3의 중재위원은 양 체약국 중 어느 국민이어서는 아니 된다.

그러므로 위와 같이 청구권협정의 해석·실시와 관련된 분쟁이 생겼고, 그로 인해 발생한 기본권에 대한 장애를 제거할 의무가 있는 정부는 청구권협정 제3조 제1, 2항에 의한 조치를 취해야 할 구체적인 의무가 발생한다고 보아야 한다.

4) 피청구인의 부작위

위와 같이 피청구인에게는 분쟁해결 조치를 취해야 할 작위 의무가 있음에도 불구하고 아직까지 피청구인은 아무런 조치도 취하지 않고 있다. 2005. 8. 26. 한일 청구권협정 관련문서의 전면공개가 이루어진 후 일부 청구인들 및 ‘정신대할머니와 함께하는 시민모임’은 피청구인에 대해 일본군 위안부 문제를 조속히 해결하기 위해 정보공개재판의 원고인 청구인들의 의사에 따라 일본 정부를 상대로 외교적 보호권을 행사하여 달라고 촉구를 하였으나, 피청구인은 2006. 4. 10. 위 시민모임에 대해 행한 회신을 통해 일본군 위안부 문제가 청구권 협정에 의해 해결된 것이 아니라고 답변을 하면서도, 일본 측과 소모적인 법적 논쟁으로 발전될 가능성이 크다는 이유로 이와 관련

되어 일본 정부를 상대로 문제해결을 위한 조치를 하지 않겠다고 하였고, 이 사건 청구가 제기된 이후 제출한 답변서·준비서면에서도 거듭 “우리정부가 일본 정부의 금전 배상 책임을 법적으로 주장할 경우, 이는 1965년 한일 청구권 협정의 해석과 관련하여 일본 측과 소모적인 법적 논쟁으로 발전될 가능성이 큰 만큼… 일본 정부에 대해서는 배상을 요구하지 않는다는 방침을 이미 천명한 바 있습니다”라고 하여, 청구권 협정 해석과 관련해서는 아무런 조치를 취하지 않겠다는 부작용 의사를 명백히 하고 있다.

결국 피청구인의 입장은 일본 정부를 상대로 청구인들의 문제 해결을 위한 외교적 보호권은 전혀 행사하지 않겠다고 하는 것이고, 이러한 태도는 청구인 개인들의 국제법상의 법 주체성을 부인하면서 개인의 피해는 피해자 개인이 속한 국가를 통하여만 구제를 받도록 보고 있는 전통적 국제법 이론 하에서는 그야말로 청구인들의 권리를 결국 포기하라고 종용하는 것이며, 유엔 인권위원회 등 권위 있는 국제기구가 한국 정부의 책임 추궁을 촉구하였음에도 불구하고 정작 피해 국가의 정부가 이를 따르지 않겠다고 하는 상태를 초래한 것이다.

4. 쟁점

가. 청구의 적법 요건 : 작위 의무의 유무와 공권력의 불행사

공권력의 부작용에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정위 내지 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에만 허용(헌법재판소 2000. 3. 30. 선고 98헌마206 결정) 되므로, 공권력의 주체에게 위와 같은 작위의무가 없거나 공권력이 불행사되지 않았다면 헌법소원은 부적법하게 되어 ‘각하’된다. 따라서 먼저 해결되어야 하는, 그리고 가장 중요한 쟁점은 정부에게 작위 의무가 있는지, 그리고 정부가 그러한 작위 의무에 위반하여 공권력을 불행사하였는지 하는 점이다.

이와 관련하여 청구인들은 위와 같이 헌법상 작위의무가 있다고 주장한 반면, 피청구인은 “대한민국 정부는 위안부 강제동원의 주체가 아니기 때문에 청구인의 인간으로서의 존엄과 가치와 행복추구권을 침해한 것이 아니고, 대한민국 정부가 청구인을 위하여 일본에 대하여 특정한 외교행위(외교적 보호권의 행사 또는 분쟁의 중재위원회 회부)를 하지 않음으로써 야기되는 현재

의 상황 또는 결과는, 본질적으로 ‘개인’이 아닌 ‘국가’의 고유 권리인 ‘외교 행위’에 관한 것으로서 이로부터 개인의 기본권이 도출되거나 어떠한 법적인 작위 의무가 부과될 수 없다”고 하였다(2006. 8. 29. 자 답변서).

나. 본안에 관한 쟁점

다음으로, 협정 해석과 관련된 ‘분쟁’이 발생하였음에도 불구하고 정부가 분쟁해결 절차로 나아가지 않은 것이 청구인들의 기본권을 침해하여 위헌인지 문제된다.

이와 관련하여 피청구인은 헌법재판소가 중재요청 불이행 위헌 확인 사건(98헌마206)에서 실시한 것처럼 중재회부라는 특정한 방법에 따라 우리나라와 일본국간의 분쟁을 해결하여야 할 헌법에서 유래하는 구체적 작위의무가 있고 나아가 청구인들이 이러한 공권력행사를 청구할 수 있는 것으로 보기는 어렵고, 외교행위는 정부가 정책결정을 함에 있어 폭넓은 재량이 허용되는 영역이기 때문에, 청구인들이 요구하는 분쟁해결 절차로 나아가지 않았다고 하여 그것이 위헌이라고 할 수는 없다고 반박하였다.

5. 헌법재판소의 판단

가. 다수의견 (재판관 김종대, 목영준, 조대현, 송두환, 박한철, 이정미)

1) 작위의무의 인정

첫 번째 쟁점이라고 할 수 있는 ‘작위 의무가 인정되는지’에 관하여 다수의견은, i) 협정 제3조 분쟁해결조항에 의하면, 이 사건 협정의 해석에 관하여 우리나라와 일본 간에 분쟁이 발생한 경우, 정부는 이에 따라 1차적으로는 외교상 경로를 통하여, 2차적으로는 중재에 의하여 해결하도록 하고 있는데[협정상 분쟁해결 절차의 존재], ii) 청구인들은 일제에 의하여 강제로 동원되어 성적 학대를 받으며 위안부로서의 생활을 강요당한 ‘일본군위안부 피해자’들로서, 일본국에 대하여 그로 인한 손해배상을 청구하였으나, 일본국은 이 사건 협정에 의하여 배상청구권이 모두 소멸되었다며 청구인들에 대한 배상을 거부하고 있는 반면, 우리 정부는 앞에서 본 바와 같이 청구인들의 위 배상청구권은 이 사건 협정에 의하여 해결된 것이 아니어서 아직까지 존

속한다는 입장이므로, 결국 이 사건 협정의 해석에 관하여 한·일간에 분쟁이 발생한 상태이고[협정 해석에 대한 분쟁의 존재], iii) 헌법 제10는 국가에게 인간존엄성을 실현해야 할 의무와 과제가 있음을 확인하고 헌법 제2조 제2항은 “국가는 법률이 정하는 바에 의하여 재외국민을 보호할 의무를 진다”라고 하여 국가의 재외국민 보호의무를 인정하고 있으며, 헌법전문은 “3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통”의 계승을 천명하고 있으므로 [헌법상 재외국민의 기본권 보장-기본권 실현 장애 제거 의무], 우리 헌법이 제정되기 전의 일이라 할지라도 국가가 국민의 안전과 생명을 보호하여야 할 가장 기본적인 의무를 수행하지 못한 일제강점기에 일본군위안부로 강제 동원되어 인간의 존엄과 가치가 말살된 상태에서 장기간 비극적인 삶을 영위하였던 피해자들의 훼손된 인간의 존엄과 가치를 회복시켜야 할 의무는 대한민국임시정부의 법통을 계승한 지금의 정부가 국민에 대하여 부담하는 가장 근본적인 보호의무에 속한다고 할 수 있으므로, 피청구인이 위 제3조에 따라 분쟁해결의 절차로 나아가야 할 의무는 일본국에 의해 자행된 조직적이고 지속적인 불법행위에 의하여 인간의 존엄과 가치를 심각하게 훼손당한 자국민들이 배상청구권을 실현할 수 있도록 협력하고 보호하여야 할 헌법적 요청에 의한 것으로서, 그 의무의 이행이 없으면 청구인들의 기본권이 중대하게 침해될 가능성이 있으므로, 피청구인의 작위의무는 헌법에서 유래하는 작위의무로서 그것이 법령에 구체적으로 규정되어 있는 경우라고 하였다. 또한 당초 정부가 청구권의 내용을 명확히 하지 않고 ‘모든 청구권’이라는 포괄적 개념을 사용하여 협정을 체결한 것에도 책임이 있다는 점에서도, 피청구인에게 그 장애상태를 제거하는 행위로 나아가야 할 구체적 작위의무가 있다고도 하고 있다.

2) 공권력의 불행사의 인정

다른 방법(외교적 유감표명, 사회보장적 급여 제공)에 의하여 기본권 보호의무를 이행하였다는 피청구인 주장에 대하여 다수의견은, “이 사건에서 문제되는 공권력의 불행사는 이 사건 협정에 의하여 일본군위안부 피해자들의 일본에 대한 배상청구권이 소멸되었는지 여부에 관한 해석상의 분쟁을 해결하기 위하여 이 사건 협정 제3조의 분쟁해결절차로 나아가야 할 의무의 불이행을 가리키는 것”이라는 이유로, 배상청구권 문제 외의 조치는 작위 의무 이행으로 볼 수 없다고 하였다.

3) 부작위의 위헌성

다수의견은, 외교행위가 가치와 법률을 공유하는 하나의 국가 내에 존재하는 국가와 국민과의 관계를 넘어 가치와 법률을 서로 달리하는 국제환경에서 국가와 국가 간의 관계를 다루는 것이므로, 정부가 분쟁의 상황과 성질, 국내의 정세, 국제법과 보편적으로 통용되는 관행 등을 감안하여 정책결정을 함에 있어 폭넓은 재량이 허용되는 영역임을 부인할 수 없다는 점은 인정하면서도, “헌법상의 기본권은 모든 국가권력을 기속하므로 행정권력 역시 이러한 기본권 보호의무에 따라 기본권이 실효적으로 보장될 수 있도록 행사되어야 하고, 외교행위라는 영역도 사법심사의 대상에서 완전히 배제되는 것으로는 볼 수 없다. 특정 국민의 기본권이 관련되는 외교행위에 있어서, 앞서 본 바와 같이 법령에 규정된 구체적 작위의무의 불이행이 헌법상 기본권 보호의무에 대한 명백한 위반이라고 판단되는 경우에는 기본권 침해행위로서 위헌이라고 선언되어야 한다. 결국 피청구인의 재량은 침해되는 기본권의 중대성, 기본권침해 위협의 절박성, 기본권의 구제가능성, 진정한 국익에 반하는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 국가기관의 기본권 기속성에 합당한 범위 내로 제한될 수밖에 없다”고 하면서, 이 사건에서는 청구인들의 인간으로서의 존엄과 가치 및 재산권 등 기본권의 중대한 침해가능성, 구제의 절박성과 가능성 등을 널리 고려할 때, 피청구인에게 이러한 작위의무를 이행하지 않을 재량이 있다고 할 수 없다고 하여, 이 사건 부작위가 헌법에 반하는 것으로 판단하였다.

이와 관련하여, 피청구인은 헌법재판소는 이 사건 협정 제3조 제2항에 따라 중재요청을 하지 않은 부작위가 위헌이라고 주장한 사건에서 “이 사건 협정 제3조의 형식과 내용으로 보나 외교적 문제의 특성으로 보나, 협정의 해석 및 실시에 관한 분쟁을 해결하기 위하여 외교상의 경로를 통할 것인가 아니면 중재에 회부할 것인가에 관한 우리나라 정부의 재량범위는 상당히 넓은 것으로 볼 수밖에 없고, 따라서 이 사건 협정당사자인 양국 간의 외교적 교섭이 장기간 효과를 보지 못하고 있다고 하여 재일 한국인 피징용 부상자 및 그 유족들인 청구인들과의 관계에서 정부가 반드시 중재에 회부하여야 할 의무를 부담하게 된다고 보기는 어렵고, 마찬가지로 청구인들에게 중재회부를 해달라고 우리나라 정부에 청구할 수 있는 권리가 생긴다고 보기도 어려우며, 국가의 재외국민보호의무(헌법 제2조 제2항)나 개인의 기본적 인권에 대한 보호의무(헌법 제10조)에 의하더라도 여전히 이 사건 협정의 해석 및 실시에 관한 한·일 양국 간의 분쟁을 중재라는 특정 수단에 회부하여 해결하여야 할 정부의 구체적 작위의무와 청구인들의 이를 청구할 수 있는

권리가 인정되지 아니한다.”고 판시한 선례(헌법재판소 2000. 3. 30. 선고 98헌마206 결정)을 근거로 반박하였는데, 이에 대하여 다수의견은 “위 결정은 피청구인이 이 사건 협정 제3조 제2항의 ‘중재회부에 의한 분쟁해결’ 방식을 취할 의무가 있는지에 관한 것으로서, 제3조 제1항에서 우선적으로 외교상의 통로를 통한 문제해결을 모색하도록 하고 있음에도 이를 제쳐 두고 제3조 제2항의 ‘중재회부방식에 의한 분쟁해결’을 도모할 피청구인의 의무를 곧바로 도출할 수 있는지가 문제되었으나, 이 사건에서의 쟁점은, 피청구인이 이 사건 협정 제3조 제1항, 제2항에 의한 분쟁해결로 나아가야 할 의무를 지는가 하는 점이고, 특히 제3조 제1항에서는 특정방식이 아닌 광범위한 외교상의 경로를 통한 해결을 규정하고 있으므로, 이 사건 협정의 해석에 관한 한·일 양국 간의 분쟁이 발생한 현 시점에서 피청구인이 이 사건 협정의 해석에 관한 분쟁을 해결하기 위하여 우선적으로 외교상의 경로를 통하여 해결을 모색하고 외교상의 경로를 통하여 해결을 하지 못하는 경우 중재회부로 나아가야 할 헌법적 작위의무가 있는지 여부이므로, 쟁점이 달라 선례 사안과는 구별된다”고 판단하였다.

나. 재판관 조대현의 인용보충의견

조대현 재판관은 위와 같은 다수의견에 동의하여 “대한민국은 청구인들의 일본국에 대한 손해배상청구권 행사가 한일청구권협정에 의하여 방해되는 위헌적인 사태를 해소시키기 위하여 한일청구권협정 제3조에 따라 일본국을 상대로 외교적 교섭이나 중재절차를 추진할 의무를 진다”고 하면서, 이에 보충하여 “한일청구권협정으로 인하여 청구인들이 일본국에 대한 손해배상청구권을 행사할 수 없게 된 손해를 완전하게 보상할 책임을 진다고 선언하여야 한다”는 의견을 제시하였다.

다. 반대의견 (재판관 이강국, 민형기, 이동흡)

3인의 재판관은 다수의견과 달리, “헌법 제10조, 제2조 제2항, 전문의 규정 자체 또는 그 해석에 의하여 ‘헌법에서 유래하는 구체적 작위의무’가 도출될 수는 없다”고 하면서, “협정에서 관련국 국민에게 이 사건 협정 제3조상의 분쟁해결 절차에 나아갈 것을 요구할 수 있는 권리를 부여하고 있지 않은 이상, 청구인들의 기본권이 관련되어 있다는 이유만으로는 위 조약상 분쟁해결절차를 이행하라고 자국 정부에 대하여 요구할 구체적 권리가 인정될 수는 없다”고 하여 국가의 구체적 작위의무를 인정하지 않았고, 이와 함께 “협

정 제3조가 말하는 ‘외교적 해결의무’는 그 이행의 주체나 방식, 이행정도, 이행의 완결 여부를 사법적으로 판단할 수 있는 객관적 판단기준을 마련하기 힘든 고도의 정치행위 영역으로서, 헌법재판소의 사법심사의 대상은 되지만 사법자체가 요구되는 분야에 해당한다.”며 판단을 자제해야 한다고 지적하였다.

6. 헌법재판소 결정의 의미

가. 헌법의 가치수호와 국민의 기본권 보호에 대한 적극적 해석

결정문에서 언급된 선례에서와 같이, 헌법재판소는 그 동안 공권력의 부작위가 헌법소원의 대상이 되기 위한 ‘구체적 작위 의무’ 인정에 있어 소극적인 태도(헌법재판소 1991. 9. 16. 선고 89헌마163 결정, 1994. 4. 28. 선고 92헌마153 결정, 1994. 6. 30. 선고 93헌마161 결정 등)를 보여 왔다.

특히 동일한 한일청구권 협정의 해석에 관한 중재요청 불이행에 관한 헌법소원 사건(98헌마206)에서의 태도를 보면 이 점은 더욱 두드러진다. 이 사건은, 일본에서 거주하다 사망한 일본군 강제징용 피해자(부상자)들의 유족으로, 일본 법률인 「전상병자전몰자유족등원호법」에 근거해 연금을 청구하였으나 일본국적이 없다는 이유로 거부당한 것에 대해 행정소송을 제기함과 동시에, 우리나라 정부에 한일 청구권협정 해석에 대한 양국 간 견해 차이를 해소하기 위한 중재회부를 해줄 것을 청원하였고, 정부가 이를 받아주지 않자, 이것이 재외국민 보호의무에 관한 헌법 제2조 제2항, 헌법 제10조, 제37조 등에 위반되어 위헌이라고 주장하며 헌법소원을 제기한 것이었다. 그런데 이에 대하여 헌법재판소는 “우리나라 정부가 우리나라와 일본국 모두로부터 사실상 보호받지 못하고 있는 재일 한국인 피징용 부상자들로 하여금 합당한 보상을 받을 수 있도록 가능한 모든 노력을 다 함으로써 그들을 보호하여야 함은 두말할 나위도 없다”는 것을 인정하면서도 “우리나라 정부에게 청구인들이 원하는 바와 같이 중재회부라는 특정한 방법에 따라 우리나라와 일본국간의 분쟁을 해결하여야 할 헌법에서 유래하는 구체적 작위의무가 있고, 나아가 청구인들이 이러한 공권력행사를 청구할 수 있는 것인지 여부에 관해서 보면, … 규정의 형식과 내용으로 보나, 외교적 문제의 특성으로 보나, 이 사건 협7정의 해석 및 실시에 관한 분쟁을 해결하기 위하여 외교상의 경로를 통할 것인가 아니면 중재에 회부할 것인가에 관한 우리나라 정부의 재량범위는 상당히 넓은 것으로 볼 수밖에 없고, 따라서 이 사건

협정당사자인 양국 간의 외교적 교섭이 장기간 효과를 보지 못하고 있다고 하여 제일 한국인 피징용부상자 및 그 유족들인 청구인들과의 관계에서 정부가 반드시 중재에 회부하여야 할 의무를 부담하게 된다고 보기는 어렵고, 마찬가지로 이유로, 청구인들에게 중재회부를 해달라고 우리나라 정부에 청구할 수 있는 권리가 생긴다고 보기도 어렵다. 그리고 국가의 재외국민보호의무(헌법 제2조 제2항)나 개인의 기본적 인권에 대한 보호의무(헌법 제10조)에 의하더라도 여전히 이 사건 협정의 해석 및 실시에 관한 한·일 양국 간의 분쟁을 중재라는 특정 수단에 회부하여 해결하여야 할 정부의 구체적 작위의무와 청구인들의 이를 청구할 수 있는 권리가 인정되지도 아니한다. 결국, 우리나라 정부가 일본국 정부에 대하여 중재를 요청하지 아니하였다고 하더라도 이는 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위 내지 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 해당되지 않으므로, 헌법소원의 대상이 될 수 없는 것”이라고 하여 청구를 각하하였다.

그런데 이번 결정에서 다수의견은, 위 98헌마206 사건이 이 사건과는 다르다고 하면서, 행정 권력의 부작위에 대한 헌법소원에 있어 적법요건 단계와 본안 판단 단계에서 요구되는 ‘작위의무’의 내용을 구별하여 본안에 나아가 판단할 여지를 넓히고 있다. 권력의 국민에 대한 기본권 보호의무가 단순한 정치적 책임 내지 의무가 아니라 헌법상 요구되는 법적 작위 의무가 될 수 있음을 선언한 것이다.⁹⁾

나. 외교행위의 재량의 여지 축소

다수의견도 외교행위 자체가 “가치와 법률을 공유하는 하나의 국가 내에 존재하는 국가와 국민과의 관계를 넘어 가치와 법률을 서로 달리하는 국제환경에서 국가와 국가 간의 관계를 다루는 것이므로, 정부가 분쟁의 상황과 성질, 국내외 정세, 국제법과 보편적으로 통용되는 관행 등을 감안하여 정책결정을 함에 있어 폭넓은 재량이 허용되는 영역”이라는 점을 부인하지는 않는다. 하지만 아무리 외교의 영역에서 정부의 재량범위가 넓게 보장된다고 하더라도 “아무 것도 하지 않을 재량”까지 보장된다고 할 수는 없으며, 국가가 국민의 기본권 보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치

9) 사봉관, 「행정청의 부작위로 인한 기본권 침해의 구제」, 한국헌법학회, 『헌법학연구』 제13권, 2007. 12., 162쪽

를 취했는가를 기준으로 심사하게 된다는 이른바 「과소보호 금지 원칙」에 의하면, 이와 같은 “아무런 조치를 취하지 아니한 부작위”까지 외교상 재량의 범위를 확대되어서는 안 된다(헌법재판소 1989. 9. 4. 선고 88헌마22 결정 참조). 타국과의 관계에서 국민의 기본권 보장을 위해 최소한의 외교적 의무 조치를 해야 한다는 것은 너무나 당연한 법리로서 외교상 재량의 여지가 없고, 한국 정부가 청구권협정에 있는 어떠한 조치도 취하지 않아 청구인들의 권리 행사를 원천적으로 불가능하게 만든 것은 허용되는 ‘재량’에 해당한다고 할 수 없기 때문이다. 무엇보다 청구인들의 기본권 침해 정도가 현저하고 피청구인의 외교적 조치 또는 중재 회부의 방법을 통하지 아니하면 그 실현이 불가능한 경우, 그 조치를 취하지 않을 재량을 인정할 수는 없는 것이고(헌법재판소 1995. 7. 21. 선고 94헌마136 결정), 반인도적 범죄에 대해 일본 정부의 책임을 인정하고 청구인들이 정당한 배상을 받게 하는 것은, 근원적인 인간 존엄에 대한 침해 상태에 사후적인 회복을 시도한다는 점에 긴박한 필요가 있고 ‘정책’이나 ‘외교적 실익’을 따져 재량을 논할 수 없는 영역이다. 또한 헌법재판소는 어떠한 공권력의 행사가 없으면 법 목적의 실현이나 기본권 회복이 불가능한 경우, 그 조치를 취하지 않을 재량을 인정하지 않고 부작위의 위헌성을 인정해 왔는데(헌법재판소 1995. 7. 21. 선고 94헌마136 결정), 청구인들이 자신들의 일본 정부에 대한 권리를 실현하기 위한 유일한 방법으로 남아 있는 것이 바로 한국 정부가 자국민인 청구인들을 위하여 청구권 협정이 마련한 바의 적법한 외교적 의무를 이행하는 것이므로 이 경우도 재량이 인정되지 않는다고 보아야 마땅하다.

다수의견은 이러한 입장과 결론을 같이 하여, i) 침해되는 기본권의 중대성(일본국과 일본군에 의해 강제로 동원되고 그 감시 아래 일본군의 성노예를 강요당한 것은 인류 역사상 전례 없는 특수한 피해라는 점), ii) 기본권 침해 구제의 절박성(더 이상 시간을 지체할 경우 일본군위안부 피해자의 배상 청구권을 실현함으로써 역사적 정의를 바로세우고 침해된 인간의 존엄과 가치를 회복하는 것은 영원히 불가능해질 수 있다는 점¹⁰⁾), iii) 기본권의 구제 가능성(국내외적인 움직임을 종합해 볼 때, 피청구인이 이 사건 협정 제3조에 따라 분쟁해결절차로 나아갈 경우 일본국에 의한 배상이 이루어질 가능성을 미리 배제하여서는 아니된다는 점) 등을 들어, 재량을 부인하고 있

10) 한일 청구권협정 문서 정보공개청구에 대한 서울행정법원 2002 구합 33943호 사건에서 법원도 “외교 관계에 관한 사항은 특히 전문적 판단을 요하므로 이에 관하여는 피청구인의 판단을 최대한 존중하는 것이 바람직하다고 할 것이나 … 원고들의 나이가 매우 많아 그들에게 개인적 청구권이 인정되는지 여부를 판단 받을 수 있는 기간이 그리 오래 남지 않았으며…”라고 하며 재량권 주장을 배척한 바 있다.

다.

기계적으로 ‘외교행위의 특수성’을 논하는 것에 머물지 않고 이 사건의 특수한 성격과 피해의 심각성 등을 실질적으로 고려한 결론이라는 점에서 지극히 타당하다 하겠다.

다. 법적 절차로의 이행

헌법재판소 결정의 가장 중요한 의미는 위안부 피해 배상의 문제는 정치적 문제에서 ‘법적 절차’의 문제로 이행하게 되었다는 점이다. 결정 주문에서 “한·일 양국 간 해석상 분쟁을 위 협정 제3조가 정한 절차에 따라 해결하지 아니하고 있는 피청구인의 부작위가 위헌”이라고 분명히 확인함으로써, 정치적 제스처나 선언이 아니라 청구권협정 제3조에서 정한 분쟁해결 절차를 밟아야 한다는 점을 분명히 했기 때문이다.

헌법재판소가 공권력의 불행사에 대한 헌법소원을 인용하는 결정을 한 때에는 피청구인은 결정 취지에 따라 새로운 처분을 하여야 하므로(헌법재판소법 제75조 제4항), 정부는 이 결정이 명령하는 바에 따라 한일 청구권협정 3조의 법적인 절차, 즉 협정 해석과 관련하여 분쟁이 있는 경우 ‘외교상 경로’에 의한 해결과 그렇게 해서도 해결되지 아니하는 경우 ‘중재 절차’로 나아가야 하는 것이다.¹¹⁾

그리고 결정문의 「기본권의 구제가능성」이라는 항목에서 헌법재판소가 “이 사건 협정의 체결 경위 및 그 전후의 상황, 여성들에 대한 유례없는 인권침해에 경악하면서 일본에 대하여 공식적 사실인정과 사죄, 배상을 촉구하고 있는 일련의 국내외적인 움직임 중합해 볼 때, 피청구인이 이 사건 협정 제3조에 따라 분쟁해결절차로 나아갈 경우 일본국에 의한 배상이 이루어질 가능성을 미리 배제하여서는 아니된다.”고 확인하고 있는 바와 같이, 이러한 결론에 이르게 된 데에는 이미 유엔을 비롯한 국제 사회에서 일본군 ‘위안부’ 피해 배상청구권은 한일청구권협정의 청구권에 포함되어 있지 않다고 ‘해석’해 온 사실을 확인하여 알고 있고, 따라서 한일청구권협정에 의한 중재절차로 가는 경우 한국 정부가 결코 불리할 게 없다는 법리적 판단이 뒷받침되어 있는 것으로 보인다. 그리고 그러한 판단의 근거가 된 국내외적 상황은, 정대협을 중심으로 한 일본군 ‘위안부’ 관련 대일 과거사 관련 시민단체

11) 실제 정부는 지난 9. 15. 배상청구권 소멸 여부에 관한 협의를 공식 요청하고 11. 15. 구상서(口上書, verbal note)를 전달하며 "일본정부가 양자협의 제의에 응하지 않는다면 우리로서는 불가피하게 협정에 정된 다음 단계로 중재에 의한 해결을 모색하지 않을 수 없다"는 입장을 밝힌 바 있다 - 노컷뉴스 2011. 12. 15. 자

의 끈질긴 운동과, 이를 모태로 하여 90년 대 이후 유엔을 비롯한 국제 사회가 일본국 위안부 문제는 반인도적인 성노예 범죄라는 사실을 규명하고 이어서 일본 정부를 상대로 하여 거듭해서 제기한 해결 촉구, 그리고 일본 시민사회에서 이루어진 일본군 ‘위안부’ 관련 운동의 힘이라 할 것이다.

7. 결론에 갈음하여

헌법재판소의 이번 결정은, 헌법소원의 대상이 되는 ‘공권력의 불행사’의 의미와 재량의 여지에도 불구하고 그 불행사가 위헌이 되는 경우를 관성적으로 판단하지 않고 그 실질적 의미를 다시 묻는, 진지한 고민의 결과이다. 동시에, 협정의 체결경위 및 보상처리 과정 그리고 1990년경부터 계속되어 온 문제 제기와 국내외적 진행을 세심하게 살핀 후 이를 “협정 해석의 불일치(분쟁)로 인하여 청구인들의 기본권 실현이 저해된 상황”이라고 파악하여 그로부터 작위의무를 이끌어내고, 특히 “현재 생존해 있는 일본군위안부 피해자들도 모두 고령이어서, 더 이상 시간을 지체할 경우 일본군위안부 피해자의 배상청구권을 실현함으로써 역사적 정의를 바로세우고 침해된 인간의 존엄과 가치를 회복하는 것은 영원히 불가능해질 수 있다”는 「기본권 침해 구제의 절박성」을 단순히 공감과 간절한 마음의 문제가 아니라 외교행위의 재량이 기본권 기속성에 의해 제한되는 요건으로 파악한 것은 논리적으로도 정교하다 할 수 있다.

이제 그동안 일본 정부와의 사이에 주로 정치적으로 논란이 되어 온 일본군 “위안부” 문제 해결 논쟁이 한일청구권협정에 의한 “법적 절차”로 이행되게 되었으며, 일본군 ‘위안부’ 문제에서 실로 중대한 전환점을 맞이하게 되었다. 이 결정을 계기로 한국 정부의 소극적인 대응과 일본 정부의 부당하고 완고한 자세로 인해 진전이 없던 법적 책임 문제가 해결될 수 있는 새로운 동력이 생길 수 있기를, 그리고 그러한 해결이 더 이상 지체되지 않기를 기대한다.

일본군 ‘위안부’ 문제에 대한 헌법재판소 결정 이후 한국정부의 대응에 관한 소고(小考)

조시현 (건국대학교 부교수, 국제법)

* 이 글은 ‘일본군위안부 문제 헌법재판소 결정의 의미 및 향후 대응 방안 모색’을 위한 토론회의 발제문으로 쓴 것으로 관련된 법적 문제에 대한 견해는 향후 수정될 수 있으며 이 글에 표명된 입장은 한국정신대문제대책협의회를 대변하는 것이 아님을 밝힌다. 원고를 준비하는 과정에서 논평과 격려를 하여주신 정대협 부설 전쟁과 여성인권센터 회원 제위와 이석태 변호사님께 특별한 감사를 드린다.

I. 들어가며

2011년 8월 30일 한국의 헌법재판소는 일본군‘위안부’ 피해자들이 낸 헌법소원사건에서 이들의 배상청구권이 ‘대한민국과 일본국간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 경제협력에 관한 협정’(이하 청구권협정)¹²⁾에 의하여 소멸되었는지에 관한 한일 간의 해석상 분쟁을 이 협정 제3조가 정한 절차에 따라 해결하지 않고 있는 외교통상부의 부작위는 위헌이라고 확인하는 결정을 내렸다.¹³⁾ 그 동안 일본군‘위안부’문제에 대한 외교부의 소극적 대응을 비난하는 이러한 결정이 나오자 한국정부는 후속조치로서 2011년 9월 15일 일본정부에 협정 제3조에 따른 양자협의를 제안하기에 이르렀다. 이에 대하여 아직까지 일본정부는 법적 책임이 없다는 기존의 입장을 강변하며 협의를 응하는 것인지 거부하는 것인지 확실히 말할 수 없는 태도를 보이고 있다. 한편 일본군‘위안부’문제 해결을 위한 수요시위 1000회(1992년 1월8일~2011년 12월 7일에 걸침)를 맞이하여 한국정신대문제대책협의회가 일본

12) 조약 제172호, 1965.6.22 서명, 1965.8.14 국회비준동의, 1965.12.18 발효.

13) 2011.8.30 선고, 2006헌마788 결정(대한민국과 일본국간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정 제3조 부작위 위헌확인 사건). 같은 날 원폭피해자에 대하여서도 같은 취지의 결정이 나왔다. 2008헌마648 결정 참조. 국제법의 관점에서 이 결정이 갖는 의미에 대한 분석은 다른 기회로 미룬다.

대사관 맞은편에 세운 평화비가 한일 간의 외교문제로 대두되어 일본은 이의 철거를 요청하고 있다. 이러한 가운데 이루어진 12월 18일 일본 교토에서 있는 한일 정상회담에서 양국정상은 일본군‘위안부’문제에 대한 각자의 입장을 피력하였다. 한국정부는 일본과의 협의가 원활하지 않을 경우 협정 제3조가 규정하는 중재절차를 활용할 준비 또한 하고 있는 것으로 보인다.

이러한 상황에서 이 글에서는 이 모든 진전의 함의에 대하여 논의할 수는 없고 다만 헌법재판소 결정이 나온 이후 한일 양국 간의 주요한 움직임을 살펴본 다음 일본군‘위안부’문제를 해결하는 데에 있어서 중재절차에 들어갈 경우 생각해볼 점들을 점검하고 시민사회의 대응방안을 생각해보고자 한다.

II. 헌법재판소 결정과 이후 양국 간의 움직임

헌법재판소가 한국정부에 대하여 그 동안 일본군‘위안부’ 문제에 있어서 피해자들의 기본권을 침해하면서 헌법을 위반하여 행동해왔다(또는 행동하지 않았다)고 하면서 근거로 들고 있는 것이 이 문제가 한일청구권협정에 의하여 해결된 것인가에 대한 한일 양국사이의 분쟁의 존재이다. 이 협정 제2조는 “완전히 그리고 최종적으로 해결된 것이 된다.”고 한 대상은 “양 체약국 및 그 국민(법인을 포함함)의 재산, 권리 및 이익과 양 체약국 및 그 국민간의 청구권”이라고 규정한다. 이 조항과 관련하여 ‘대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 경제협력에 관한 협정에 대한 합의의사록’은

“[협정 제2조 1항]에서 말하는 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것으로 되는 양국 및 그 국민의 재산, 권리 및 이익과 그 국민간의 청구권에 관한 문제에는 한일회담에서 한국 측으로부터 제출된 “한국의 대일 청구 요강”(소위 8개 항목)의 범위에 속하는 모든 청구가 포함되어 있고, 따라서 동 대일 청구요강에 관하여는 어떠한 주장도 할 수 없게 됨을 확인하였다”

라고 한다.¹⁴⁾ 이러한 이른바 ‘청구권조항’은 1965년에 협정이 체결된 이래 한국사회에서 커다란 문제로 부각되어 협정 비준 거부나 파기운동 등으로 나타나고 많은 논란을 일으키는 가운데 2006년 일본군‘위안부’ 피해자들에 의한 헌법소원의 제기로 이어진 것이다.

이 조항의 해석을 둘러싼 양국의 입장을 살펴보면 먼저 한국정부의 입장은 일본군‘위안부’문제가 본격적으로 대두되기 시작한 1990년 이래에도 적

14) 조약 173호, 1965.6.22 서명, 1965.12.18 발효.

극적이라고 보기 힘들지만 2005년 8월 26일 노무현정부의 국무총리 산하 한일회담 문서공개 후속대책 관련 민관공동위원회의 입장표명에 따라 선회될 가능성이 열리게 되었다.¹⁵⁾ 동 위원회는 먼저 한일청구권협정이 일본의 식민지배 배상을 청구하기 위한 것이 아니라 샌프란시스코 조약¹⁶⁾ 제4조에 근거하여 양국 간의 재정적·민사적 채권·채무관계를 해결하기 위한 것이었다는 입장을 제시하고, 일본군위안부 문제 등 일본정부·군 등 국가권력이 관여한 반인도적 불법행위는 청구권협정에 의하여 해결되지 않았고, 일본정부의 법적 책임이 남아있다고 하였다. 이에 반하여 일본정부의 태도는 일관되게 법적 책임을 부인하는 논리에 입각한 것으로 평가된다.

이러한 한일 양국 간의 입장 차이를 두고 헌법재판소는 일본군‘위안부’ 피해자들의 배상청구권에 관하여 청구권협정 제3조가 말하는 ‘협정의 해석 및 실시에 관한 양 체국국의 분쟁’이 존재한다고 판단하고, 외교통상부는 “협정의 해석 및 실시에 관한 양국 간 분쟁은 우선 외교상의 경로를 통해 해결하며, 이에 실패했을 때 중재위원회에 회부한다.”고 규정하는 청구권협정 제3조 1항에 따라 분쟁해결절차를 이행할 작위의무를 지는데 이를 다하지 않았다면서 이는 헌법 위반이라고 판단한 것이다. 즉 헌법재판소는 일본군‘위안부’문제에 대하여 먼저 일본과 외교적으로 논의하고 더 이상의 논의가 무용할 경우 중재에 넘길 것을 요구한 것이다.

이러한 헌법재판소의 결정이 나온 후 약 보름 후인 2011년 9월 15일 한국정부는 청구권협정 제3조 1항에 근거하여 일본정부에 양자협의를 제안하는 구상서(口上書, note verbale)를 주한 일본대사관 측에 전달하였고, 11월 15일 재차 구상서를 전달했다고 한다.¹⁷⁾ 이러한 제안에 대하여 일본정부는 아직까지 외교문서를 통한 공식적인 답변을 하지 않고 있지만 이 문제는 청구권협정에 따라 최종적으로 해결되었다는 기존의 입장을 되풀이하였다. 12월 15일 한일 정상회담을 앞둔 시점에서 주한 일본대사관 앞의 평화비를 철거할 것을 요구하면서 스기야마 신스케(杉山晉輔) 일본 외무성 아시아대양주 국장은 주한 일본대사관에서 연 기자회견에서 “일본이 양자협의를 제안에 응하지 않는다는 것은 틀린 말이다”고 하면서 “일본 정부는 일본 정부의 법적인 입장을 명확히 한국에 전달했다”고 말했다.

한국정부는 일본이 계속 제안을 거부할 경우 청구권협정에 근거한 중재위원회의 구성을 일본에 제안하는 방안을 검토하고 있다고 알려졌고, 이에 관한 예산 역시 반영되었다고 한다. 또한 현재의 결정에 대한 후속조치로서 한

15) 국무총리실한일수교회담문서공개등대책기획단, 『백서』, 2007.

16) Treaty of Peace with Japan, 136 *United Nations Treaty Series* 45쪽; 日本との平和條約, 일본 조약 제5호, 1952.4.28. 한국은 가입국이 아니다.

17) 이하 언론보도는 주로 연합뉴스에 의존하고 별도로 인용하지 않기로 한다.

국정부는 외교통상부 내에 ‘한·일 청구권 협정 대책 T/F’를 설치하고 이에 대한 자문을 위해 한·일 관계 및 국제법 등 관련 전문가들로 구성된 ‘자문단’을 설치하였다.¹⁸⁾ 한국의 제안에 대한 일본정부의 애매한 태도, 즉 양자협의 제안에 대한 명시적인 거부가 없는 가운데 기존의 법적 책임 부정이라는 입장을 거듭 밝히는 상황에서 정부 당국자는 “중재절차에 들어갈 시점을 저울질하고 있다”고 하면서 “향후 중재절차에 대비해 중재인으로 어떤 인물을 선정할지를 놓고 후보자 명단 작성 작업을 진행 중이며 세계적 로펌을 비롯해 국제재판 능력과 경험이 있는 변호인단도 모색하고 있다”고 말했다고 한다. 이러한 한국정부의 노력은 헌법재판소가 정면으로 다루지 않은 문제이지만¹⁹⁾ 크게 보면 그 동안 소홀히 해온 일본군‘위안부’피해자에 대한 국제법상 외교적 보호(diplomatic protection)에 나서기 시작한 것으로 볼 수 있다. 다른 한편 일본과의 관계에 있어서는 한국의 협의 의도는 아직까지 협정 제3조의 맥락으로 좁히려는 것으로 볼 여지도 있다.

이와 같이 일본군‘위안부’문제를 둘러싸고 한일 간에 의견이 엇갈리는 가운데 12월 18일 일본 교토에서 있는 한일 정상회담에서 이명박 대통령은 “한일 양국은 공동번영과 역내 평화·안보를 위해 진정한 파트너가 돼야 하고 걸림돌인 군 위안부 문제를 우선적으로 해결해야 하는 데 진정한 용기를 가져야 한다.”하면서 “위안부 문제는 인식을 달리하면 당장 해결할 수 있는 문제”로 “법 이전에 국민 정서·감정의 문제다. 양국 간 현안에 도움이 될 수 있도록 대국적 견지에서 생각해주시 바란다.”고 하였다. 이에 대하여 노다 요시히코(野田佳彦) 일본 총리는 “위안부 문제에 대한 우리 정부의 법적 입장을 아실 것”이라며 “우리도 인도주의적 배려로 협력해왔고, 앞으로도 인도주의적 견지에서 지혜를 낼 것”이라고 답변하였다.

일본군‘위안부’문제를 둘러싼 이러한 움직임들은 이 문제가 ‘미래지향적 한일관계’라는 논리에 더 이상 매몰되지 않고 한일 간의 외교적인 이른바 ‘현안’으로 명실상부 떠오르게 되었음을 보여준다. 이번 정상회담의 결과 한국정부가 앞으로 어떻게 움직일 것인지는 아직 지켜봐야겠지만 지금의 단계는 ‘양자협의’에 본격적으로 들어간 것으로 볼 수 없음은 분명한 듯하다. 아직까지 쌍방은 성명이나 언론인터뷰 등을 통하여 자신의 입장을 상대에게 전달하는 것에 그치고 일본군‘위안부’문제의 해결이라는 것을 정식 의제

18) 외교통상부, 보도자료 제11-878호, 2011.10.7. 또한 동 제11-1120호, 2011.12.5 참조.

19) 외교적 보호문제는 2006년 7월 5일 헌법소원이 제기된 이래 준비서면 등과 참고인 진술과정을 통하여 청구인들과 피청구인인 외교통상부 사이에 커다란 공방이 이루어진 주제다. 예컨대 조시현, 「일본군‘위안부’문제 해결을 위한 외교적 보호권 활용방안」, 정신대할머니와함께하는시민모임·강제동원진상 명시민연대 주최, 『2006년, 일본군‘위안부’문제해결을 위한 전망 토론회』 자료집, 2006.4.18, 13쪽; 2006헌마788 사건, 준비서면, 2006.10, 5-9쪽, 한국정신대문제대책협의회 묶음, 『일본군‘위안부’문제 해결을 위한 헌법소원심판청구 자료』, 2009.4에 재수록 참조.

(agenda)로 삼아 협의한다고 하는, ‘소통’ 또는 대화의 단계는 아닌 것으로 보인다. 한 국가가 다른 국가에게 어떤 주제를 가지고 논의하자는데 성의를 보이지 않는 일본의 태도는 국제법상 비우호적 행위로 평가되지는 않을지라도 상당한 결례임에는 틀림없다. 일본 측의 의도는 확실히 드러나지 않고 있지만 일단 시간을 벌면서 한국 측의 의도를 가늠해보고 중재 제기 등 모든 문제에 대비하고 있을 듯하다. 무엇보다 일본정부는 인도적 차원의 배려를 말하며 체면을 차리고 기존의 입장을 관철시키는 기조에서 좌절된 국민기금식의 타협안을 복안으로 가지고 있을지도 모른다. 한국 쪽에서는 정부와 시민 모두 시험대에 섰다고 할 수 있다.

III. 한일청구권협정 제3조에 따른 중재절차

헌법재판소의 결정이후 알려진 한국정부의 태도는 청구권협정 제3조가 정하고 있는 분쟁해결절차에 초점이 맞추어져 있는 것으로 보인다. 협정 제3조는 다음과 같이 규정하고 있다:

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

2. 1.의 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 중재위원과 이와 같이 선정된 2인의 중재위원이 당해 기간 후의 30일의 기간 내에 합의하는 제3의 중재위원 또는 당해 기간 내에 이들 2인의 중재위원이 합의하는 제3국의 정부가 지명하는 제3의 중재위원과의 3인의 중재위원으로 구성되는 중재 위원회에 결정을 위하여 회부한다. 단, 제3의 중재위원은 양 체약국 중의 어느 편의 국민이어서는 아니 된다.

3. 어느 일방 체약국의 정부가 당해 기간 내에 중재위원을 임명하지 아니하였을 때, 또는 제3의 중재위원 또는 제3국에 대하여 당해 기간 내에 합의하지 못하였을 때에는 중재위원회는 양 체약국 정부가 각각 30일의 기간 내에 선정하는 국가의 정부가 지명하는 각 1인의 중재위원과 이들 정부가 협의에 의하여 결정하는 제3국의 정부가 지명하는 제3의 중재위원으로 구성한다.

4. 양 체약국 정부는 본조의 규정에 의거한 중재위원회의 결정에 복한다.”

청구권협정 제3조가 예정하고 있는 중재절차가 아직 개시되지 않았고, 이에 따라 판정된 선례도 없는 가운데 중재에 관한 포괄적인 검토는 필자의 능력 밖이나 중재가 있을 경우 사태의 전개와 관련하여 몇 가지 점들을 지적해볼 수 있을 것 같다.

1. 협정 제3조의 중재의 의미

국가는 국제법상 다른 나라와 분쟁이 발생하였을 경우 평화적으로 해결할 의무를 진다. 예컨대 국제연합 헌장 제33조 1항은 분쟁당사자들은 “교섭, 심사, 중개, 조정, 중재재판, 사법적 해결, 지역적 기관 또는 지역적 약정의 이용 또는 당사자가 선택하는 다른 평화적 수단”을 통하여 해결할 것을 요구하고 있다.²⁰⁾ 이러한 국제분쟁의 평화적 해결에 관한 국제법 원칙에 비추어 보면 보면 청구권협정 제3조는 협정과 관련하여 발생할 수 있는 분쟁에 대하여 양국 사이에서 적용되는 특별한 절차에 대하여 합의한 것으로 볼 수 있다. 또한 제3조의 분쟁해결절차는 두 단계로 나뉘어 1항에서 규정하는 ‘외교상의 경로’를 통한 해결과 이를 통해 해결되지 않을 경우 2항 이하의 중재절차로 이루어져 있다.

한국 측이 제안한 양자협의를라는 것은 바로 협정 제3조 1항이 말하는 ‘외교상의 경로’를 통한 해결이며, 일반적으로는 ‘교섭’을 통한 해결에 해당한다. 협정이 규정하는 중재절차는 국제법상 중재(仲裁, arbitration), 국제중재 또는 중재재판으로 알려진 것의 하나에 속한다.

일반적으로 국가는 주권을 가짐에 따라 외국과의 분쟁이 발생할 경우 이의 처리 또는 해결방법에 관하여서도 자유롭게 결정할 수 있으므로 국제재판 또는 중재를 할 지 안할 지 역시 선택할 수 있다. 어느 나라든지 상대방 국가의 동의(consent)를 받지 않고는 제3자에 의한 해결을 요구할 수는 없고 자신 역시 동의를 부여한 바가 없으면 법정에 설 의무도 지지 않는다. 일본군‘위안부’문제와 같은 한일과거사 문제가 두 나라 정부의 상이한 입장의 견지로 수십 년 동안 교착상태에 빠진 것을 보면 이러한 분쟁해결방법의 선택이 국가의 주권에 맡겨져 있다는 것이 갖는 현실적 의미를 실감하게 된다. 분쟁당사국 중 어느 한 쪽이 상대방과의 의견 차이를 해소하기 위하여 자신의 의견을 굽히고 제3자의 판단을 받아보기로 결심하는 경우에도 난점이 있다. 상대방 국가가 이에 대하여 뜻을 같이해야만 하는 것이다. 우리에게 알려진 대부분의 국제재판은 이러한 과정을 거친 것이다.²¹⁾

20) 조약 제1059호, 1991년 9월 18일 한국에 대하여 발효.

21) 예외는 국제연합 안전보장이사회가 구속력 있는 결의로 국제평화와 안전을 위하여 국경위원회, 배상위원회,

이와 같이 국제분쟁이 발생하면 분쟁의 당사국들은 자신들이 정한 절차에 따라 해결할 것을 합의할 수 있는데 중재재판은 이러한 해결방법 가운데 하나로서 근대에 들어 널리 사용되고 있다.²²⁾ 한국과 일본이 모두 가입하고 있는 1907년 헤이그에서 체결된 ‘국제분쟁의 평화적 해결을 위한 협약’에 따르면 “국제중재재판은 국가 간의 분쟁을 체결국들이 스스로 선정한 재판관에 의하여 법의 존중을 기초로 하여 해결하는 것을 목적”으로 하고 “중재재판에 의뢰하는 것은 그 판정에 충실히 따른다는 약속을 포함한다.”고 규정한다(제37조).²³⁾ 국제중재재판의 일반적인 특징으로는 미리 설치된 재판소(예컨대 국제사법재판소)에 중재할 것을 청구하는 것이 아니라 당사국들이 합의에 의하여 자유롭게 중재재판소 또는 위원회를 구성할 수 있다는 점, 중재절차와 적용되는 법규에 관하여서도 별도로 정할 수 있다는 점, 최종 판결에 해당하는 중재판정(arbitral award)은 당사국을 구속한다는 점에 있다. 국제중재재판은 분쟁을 외교로 해결할 수 없는 경우 중립적이고 객관적인 제3자에 의한 법적인 해결절차라고 할 수 있지만 그런 만큼 중재에 맡기는 국가의 입장에서는 분쟁 자체에 대한 통제력을 상당부분 상실한다는 점에서 결단이 필요하고 변론의 준비 등 전문적인 역량이 성패를 좌우할 가능성이 높다.²⁴⁾

이와 같이 국가 간의 분쟁을 중재재판에 회부하기 위해서는 분쟁당사국 사이의 중재합의(compromis)가 필수적인데 분쟁이 발생한 후에 그때그때(ad hoc) 중재하기로 하고 중재에 관한 협정(또는 조약)을 체결할 수도 있고 한일 청구권협정에서와 같이 특정한 조약에 중재에 관한 조항을 포함시켜 협정당사국 가운데 어느 한 쪽의 신청에 따라 자동적으로(의무적으로) 중재절차가 개시되도록 하는 경우도 있다. 또한 중재위원회가 아니라 국제사법재판소에서 해결하기로 합의하는 조약들도 많이 체결되고 있다.

전범재판소 등의 재판절차를 설치하는 경우이다.

22) 지금까지 공개된 중재판정들만 해도 아주 방대한 분량이다. 19세기의 중재판정을 모아놓은 것으로는 John Basset Moore가 편집한 *History and Digest of International Arbitrations to which the United States Has Been a Party*, Washington: Government Printing Office,, 전 6권, 1898과 *A Digest of International Law*, 전 8권. 같은 곳, 1906이 있고 20세기이래의 것으로는 유엔이 편찬하는 *Reports of International Arbitral Awards* (<http://untreaty.un.org/cod/riaa/index.html>)가 대표적인데 현재 제26권까지 나와 있다. 상설중재재판소의 웹사이트 <http://www.pca-cpa.org/>도 참조

23) Convention for the Pacific Settlement of International Disputes, 조약 제1512호, 1907년 10월 18일 헤이그에서 체결, 한국에 대하여 2000년 2월 21일 발효. 일본에 대하여는 1911년 2월 11일 발효(國際紛爭平和的處理條約, 조약 제1호). 그러나 이 협약에 따라 예컨대 한국정부가 바로 한일간의 모든 분쟁에 대하여 중재재판을 제기할 수 있는 것은 아니고 별도의 ‘중재재판협약’(arbitration convention)이 체결되어야만 한다(제39조). 1990년대 초 일본군‘위안부’문제를 이 협약이 설치한 상설중재재판소(Permanent Court of Arbitration, PCA)에 제기하는 것이 모색된 바 있지만 일본정부의 합의를 얻을 수 없어 무산된 바 있다.

24) 한국의 경우 WTO 분쟁해결절차를 제외하고 국제중재재판을 경험해본 일이 없지만 일본은 지금까지 한 차례, 1905년 서구열강들에 의해 우호통상항해조약과 관련하여 제소되어 중재를 치렀다. *Japanese House Tax* (Germany, France and Great Britain v. Japan), The Hague, 22 May 1905, <http://www.pca-cpa.org/upload/files/Japanese%20House%20Tax%20English%20Sentence.pdf> 참조.

2. 청구권협정의 중재절차를 이용할 경우 고려할 사항

여기에서는 한국정부가 협정 제3조에 따라 중재를 제기할 경우 중재판정에 이르기까지 쟁점이 될 수 있는 사항들을 절차적인 것을 중심으로 살펴보기로 한다.

(1) 중재를 위한 추가협정의 필요성과 중재절차의 소요시간

먼저 협정 제3조 2항 이하에 따른 중재절차의 흐름을 간단히 보면 절차의 개시는 한국정부가 작성한 ‘분쟁의 중재를 요청하는 공한’을 일본정부가 접수한 시점부터 이루어진다. 이 날부터 30일 이내에 한일 각각의 정부는 각 1인의 중재위원을 임명하고 60일 이내에 제3의 중재위원을 임명하여야 한다. 이러한 중재위원들이 임명되지 않을 경우 3항은 다시 30일의 기간 내에 각각의 정부는 한일 이외의 국가를 통하여 중재위원을 선정하게 하여 중재위원회를 구성하도록 한다. 4항은 이러한 중재위원회의 결정에 두 나라가 따를 것을 규정하여 구속력을 부여하고 있다.

이와 같이 협정이 규정하는 중재조항은 중재위원회의 구성과 판정의 구속력을 중심으로 규정되었음을 알 수 있다. ‘분쟁의 중재를 요청하는 공한’을 제출하여야 하는 시점에 관하여 ‘외교상의 경로를 통하여’ 해결할 수 없는 분쟁이라는 요건외에 협정상 특별한 규정이 없다. 국제 관례에 따르면 논의가 개시되는 것으로 충분한 외교적인 노력을 하였다고 평가되므로²⁵⁾ 한국정부에게 시기조절을 할 여지를 두고 있고 이러한 공한을 작성하는 데에는 다시 상당한 시간이 소요될 수 있음을 주의하여야 한다. 또한 협정은 중재에 관한 구체적인 절차나 적용법에 관한 규정은 물론 중재의 장소, 중재사무의 처리, 중재비용의 부담 등에 관한 규정을 두고 있지 않아 원활한 중재의 진행을 위해서는 협정 중재절차에 관한 양국 간의 특별협정이 체결될 필요도 있는 것으로 보인다.²⁶⁾ 그렇게 되면 중재위원회의 구성에 필요한 두세 달의 시간 외에도 예측하기 힘든 시간이 소요될 가능성이 있다. 또한 중재위원회가 구성되어 본격적인 중재절차가 시작되는 경우 판정을 내려하는 시한에 관하여 특별한 규정이 없는 것도 주목된다. 물론 국제중재의 경우 이러한 시

25) 예컨대 *Case of Mavromatis Palestine Concessions*, Permanent Court of International Justice, Series A, No. 2, Judgment of 13 Aug. 1924, 11, 13쪽.

26) 예컨대 국제분쟁의 평화적 해결을 위한 협약, 제52조 참조:

“중재재판을 의뢰한 계약국은 분쟁의 목적, 중재재판관의 임명에 허용된 기간, 제63조에서 정한 통지를 행하는 형식·순서 및 기한, 그리고 각 분쟁당사국이 비용을 충당하기 위하여 예탁하여야 하는 금액을 정한 중재 합의에 서명한다. 중재합의는 또한 필요에 따라서 중재재판관의 임명 방법, 법정이 궁극적으로 가질 수 있는 특별한 권한, 중재법정의 소재지, 법정이 사용할 언어와 법정에서 사용하도록 허용된 언어 기타 일반적으로 분쟁당사국이 합의한 모든 조건을 정한다.”

한이 정하여지지 않는 것이 일반적으로 보이지만 문제는 전체 중재절차에 소요될 시간이다.

중재재판절차는 일반적으로 서면절차와 구두절차로 이루어지는데 서면절차의 경우 중재위원회가 구성되면 앞서 말한 ‘공한’이외에 한국 측이 구체적인 논거를 제시하는 상세한 신청서 또는 청구서를 제출할 가능성도 있고 그 후 일본 측이 양국이 합의한 또는 중재위원회가 정한 기간 - 수개월, 통상 3~6월 - 통상답변서를 제출할 수 있고 이에 대한 한국 측의 검토에 따른 재답변서 등등이 쌍방 사이에 오가면 서면절차의 종료는 빨라야 1년 정도가 소요될 것으로 예상할 수 있다. 여기에 구두절차가 더해지는데 서면절차에서 미진한 사항들을 보충하거나 특별한 필요가 있을 경우 열리게 되며 통상 1-2주가 걸린다. 이러한 변론절차가 종료되면 중재위원회는 중재판정을 작성하기 위하여 또 상당한 기간을 필요로 하게 된다.²⁷⁾ 줄잡아 1년 이상이 걸릴지 모를 중재절차가 일본군‘위안부’문제의 해결을 위하여 실효적인지 생각해볼 일이다.

(2) 중재위원회의 구성에 있어서의 일본의 협력여부

청구권협정 제3조 2항과 3항은 중재위원회의 구성에 있어서 일본정부의 협력을 전제하고 있다.²⁸⁾ 2항에 따라 일본은 중재위원 1인을 선임해야하고, 이 중재위원은 한국이 선임한 중재위원과 합의하여 제3의 중재위원 또는 이를 지정할 제3국을 정하여야 한다. 일본이 이러한 선임의무를 이행하지 않을 경우 3항은 다시 한국과 일본 이외의 국가를 각각 선정하여 선정된 두 나라로 하여금 2인의 중재위원과 제3의 중재위원을 지명할 제3국을 정하여 중재위원회를 설립하도록 하고 있다. 그러나 일본 측이 다시 3항의 국가선정의무를 다하지 않은 경우에 대하여 청구권협정은 별도로 정하고 있지 않다. 중재위원회의 구성에 관한 다른 사례들의 경우 이러한 경우에 대비하여 국제사법재판소의 소장이나 국제연합의 사무총장 등이 지정되어 중재위원회가 구성조차 되지 못하는 사태를 막을 수 있게 하는 것에 비추어 보면 입법의 불비라고 할 만하다.²⁹⁾

27) 예컨대 위 협약 제63조: “일반적으로 중재재판절차는 서면예심과 구두심문의 두 단계로 이루어진다. 서면예심은 각 대리인이 재판관의 재판관과 타방당사국에게 진술서·항변서 및 필요한 경우 답변서를 송부하는 것이다. 분쟁당사국은 사건에서 요구되는 모든 문서 및 서류를 여기에 첨부한다. 송부는 중재합의에 의하여 정하여진 순서와 기한내에 직접 또는 국제사무국을 경유하여 행하여야 한다. 중재합의에서 정한 기한은 분쟁당사국의 상호 합의 또는 법정이 정당한 판결을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 법정에 의하여 연장될 수 있다. 구두심문은 법정에서 분쟁당사국의 주장을 구두진술하는 것이다.”

28) 이러한 협력의무는 *Interpretation of Peace Treaties, Advisory Opinion, International Court of Justice Reports 1950*, 65, 77쪽에서도 확인된 바 있다.

29) 예컨대 Model Rules on Arbitral Procedure Adopted by the International Law Commission (1958), *Official Records of the General Assembly, Thirteenth Session, Supplement No. 9*, United Nations Documents A/3859, 5

일본이 협정에 따른 중재위원회의 구성을 거부하는 경우 중재위원회를 구성할 방법은 없고 중재시도는 무산되게 된다. 국제 판례에 비추어 보면 이러한 행동은 일본이 제3조 2항, 3항에 따른 의무를 이행하지 않은 것이 되어 국제책임을 발생시키게 되지만 정치, 외교적인 파장은 별도로 하고 현재의 국제법으로는 법적으로 강제할 수단은 없다.³⁰⁾ 그러나 일본이 목전의 중재 재판을 모면하기 위해 비타협적인 태도로 나갈 경우 더 큰 국가적 손실을 초래할 수 있다. 오늘날 국제관계는 교류하는 국가와의 신뢰라는 바탕 위에 조약을 체결하여 상호간의 이익을 도모하는 만큼 한번 합의한 조약을 스스로 깨는 것은 신의성실(good faith)의 원칙과 약속은 지켜야한다는 근본규범을 위반한 것이 되어³¹⁾ 일본의 국가적 신뢰도와도 관계되어 커다란 압력으로 작용할 것으로 예상되는 만큼 한국이 중재를 제기하는 이상 일본의 비협력은 현실적으로 기대하기 어렵다고 본다.

(3) 무슨 문제를 중재위원회에 회부할 것인가 - 중재위원회의 권한 (competence)

그밖에 발생할 수 있는 여러 가지 ‘기술적인’ 문제들도 있겠지만 가장 큰 문제는 한국정부가 중재절차의 개시를 위하여 작성하여야 하는 ‘분쟁의 중재를 요청하는 공한’에 무엇을 담을 것인가 하는 것이다. 이 ‘공한’이라는 것은 쉽게 말하면 국내재판에 있어서 소장에 해당한다고 보면 된다. 이 문제는 중재위원회가 ‘본 협정의 해석 및 실시에 관한 양 체약국 간의 분쟁’일 경우에만 관할권(jurisdiction), 즉 중재절차를 진행하여 판정을 내릴 권한(competence)을 가지는 것으로 해석될 가능성이 높으므로 핵심적이다.

(가) 중재판정의 선결적 문제로서 협정상의 ‘분쟁’의 개념

한국정부가 일본 측에 양자협의를 위하여 전달한 ‘구상서’가 아직 공개되지 않아서 어떠한 것을 협의의 대상으로 삼고 있는지는 명확히 알 수는 없지만 이것이 결국 ‘본 협정의 해석 및 실시에 관한 양 체약국 간의 분쟁’의 구체적인 내용으로 ‘중재를 요청하는 공한’, 달리 말하면 중재신청서(request)에 담기게 될 것으로 예상된다. 그 내용은 다름 아닌 헌법재판소가 외교부의 부작위 위헌이라고 판단한 것의 전제가 되는 일본군‘위안부’피해자들의 권리가 청구권 협정 제2조에 포함되는가에 대한 양국 간의 분쟁일 것이다.

쪽, 제3조.

30) *Interpretation of Peace Treaties (second phase), Advisory Opinion, International Court of Justice Reports 1950, 221, 228-229쪽* 참조.

31) 예컨대 조약법에 관한 비엔나협약 (조약 제697호, 1980년 1월 27일 한국에 대하여 발효), 전문과 제26조 참조.

한국정부의 중재신청서가 일본 측에 접수되어 중재위원회가 꾸러지게 되면 일본정부가 반대되는 신청(일종의 반소, 反訴)을 할 가능성도 있지만 중재위원회는 선결적으로 한국정부의 공한 또는 신청서에 제기된 문제가 협정상의 분쟁인지에 대하여 가부간에 판단을 한 다음 회부된 문제에 대하여 적극적 또는 소극적인 대답, 쉽게 말해 yes냐 no냐는 판단을 내놓게 되는데 이것이 판정의 주된 내용이 될 것으로 여겨진다.

일본군‘위안부’피해자들의 권리가 청구권 협정 제2조에 포함되는가라는 문제가 협정 제3조의 ‘분쟁’에 해당하는가에 대하여 한국의 헌법 하에서 한국의 헌법재판소가 내린 긍정적인 판단은 논리의 타당성은 별론으로 하고, 그 자체로서는 일종의 국제법적인 중재위원회를 구속하지 않는다. 한국과 일본 정부에 대하여 협정상의 ‘분쟁’이 무엇인가하는 문제는 조약의 해석원칙에 따라서 중재위원회의 해석에 의하여 유권적으로 정하여지게 된다.

이렇게 중재판정을 내리기에 앞서서 선결적 문제로 다루어지게 될 분쟁의 존재여부에 관하여는 중재의 대상이 되는 분쟁에 관한 일반적인 논의를 참조하는 것은 도움이 될 듯하다. 예컨대 ‘국제분쟁의 평화적 해결에 관한 일반의정서’ 제17조는 “당사국들이 각각의 권리에 관하여 충돌하고 있는 모든 분쟁”³²⁾을 국제사법재판소에 부탁할 수 있다고 하고 있고, 분쟁의 정의에 대한 주요 국제 판례에서는 “두 인격체(국가) 사이의 법적 또는 사실적 쟁점에 대한 의견의 불일치, 법적 견해나 이익의 충돌”³³⁾이라고 하고 있다.

한국의 중재신청서가 중재위원회에 회부하는 분쟁을 일본군‘위안부’피해자들의 권리의 청구권 협정 제2조에 포함 여부로 제기하는 것은 이러한 분쟁에 관한 일반적인 정의에 비추어 특별히 문제될 것은 없는 것으로 보인다. 따라서 일본군‘위안부’피해자들의 권리가 협정 제2조에 포함되는가하는 문제는 협정 제3조의 분쟁에 해당한다고 판단할 가능성이 높고 본안절차에서 포함여부가 본격적으로 다루어지게 될 것이다.

(나) 본안문제로서의 분쟁

한국정부가 어떤 문제를 한일 간의 분쟁으로 상정하고 중재위원회에 회부하느냐하는 문제는 앞에서 본 바와 같이 중재사건의 선결적 문제이면서 동시에 본안문제(subject matter) 자체가 된다. 중재위원회는 당연히 제기된

32) 원문은 “all disputes with regard to which the parties are in conflict as to their respective rights”; General Act for the Pacific Settlement of International Disputes, 1928.9.26 체결, 93 League of Nations Treaty Series 343쪽. 이 의정서는 유엔총회결의 268(III), 1949.4.28로 개정되었다. Revised General Act for the Pacific Settlement of International Disputes, 71 *United Nations Treaty Series*, 101, 1950.9.20 발효. 한일 양국은 이 두 의정서의 가입국이 아니다.

33) 원문은 “a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests between two persons”; *Case of Mavrommatis Palestine Concessions*, 앞의 주, 11쪽.

문제가 적절한 경우 그에 대한 답변, 즉 판정을 하는 권한만을 가지고 묻지 않은 문제에 대하여는 판단할 수 없다. 다시 말하여 실제 한국정부가 위에서 제시한 데로 질문을 한다면 협정 제2조에 포함되느냐 여부에 대해서만 중재위원회가 판단할 수밖에 없다. 따라서 한국정부가 어떤 문제를 제기할 것인가 하는 것은 중재판정의 최종적인 내용과 관련되어 중요하다.

(4) 중재판정이 가져올 결과

앞서 상정한대로 중재신청이 될 경우 이에 대한 중재위원회의 판정이 미칠 파장을 예측해본다면 쉽지 않은 문제가 생길 수 있음을 알 수 있다. 가령 중재위원회가 일본군‘위안부’피해자들의 권리 역시 포함된다는 긍정적인 판정을 하게 되면 한국정부는 중재재판에서 지게 되는 한편 헌법재판소가 요청하는 노력을 다해본 것으로 되어 위헌결정의 부담에서 풀려나게 된다. 그러나 이러한 결정으로 과연 한국정부가 일본군‘위안부’피해자에 대하여 지는 모든 법적 의무로부터 자유롭게 되는지에 관하여는 여전히 논란이 될 수 있다.

또 다른 가능성, 즉 중재위원회가 포함되지 않는다는 판정을 내놓게 되면 한국정부가 승소하고 일본이 패소하는 것인데 두 갈래의 평가가 가능하다고 여겨진다. 한편으로는 일본군‘위안부’문제는 청구권협정에 의하여 다루어지지 않은 것이 되므로 이 문제에 대한 일본정부의 그 동안의 주장은 배척되게 되고 일본정부의 책임 문제가 전면으로 부각되게 된다. 그 동안의 일본정부의 태도에 비추어 이러한 판단을 통하여 일본의 국제법 위반을 드러내는 효과는 간단히 무시할 수는 없을 것이다. 또한 피해자의 입장에서 일본이 책임을 인정하게 되는 단초를 얻었다는 점에서 회복적, 치유적 효과도 기대된다. 무엇보다 일본군‘위안부’를 둘러싼 수십 년간의 입장차이가 해소되고 이 문제를 국제법의 차원에서 일본의 책임을 이행하는 방법을 중심으로 정부차원에서 본격적으로 다루어지게 될 것이다.

다른 한편으로는 모처럼의 중재재판을 통하여 일본군‘위안부’문제의 해결을 꾀한다고 하여도 중재판정으로 얻는 것은 일본의 입장이 협정에 위반하는 것이라는 판단뿐이 아닌가하는 반론도 가능하다. 이렇게 판정에 대하여 회의적인 입장에서는 협정에 따른 중재절차를 통하여 얻는 것은 문제를 원점, 즉 청구권협정 체결 이전으로 돌리는 것 이외에는 없게 된다. 물론 중재위원회가 이러한 판단 후에 일본군‘위안부’문제의 해결을 위하여 방안을 제시할 가능성이 없는 것은 아니겠지만 이러한 방안은 일본을 법적으로 구속하지 않는 권고에 그칠 것이어서 궁극적으로는 역시 일본의 선의를 기대할

수밖에 없게 된다. 그렇다고 한국정부가 아예 일본군‘위안부’피해자들의 권리를 직접 ‘청구’하는 내용으로 중재신청을 할 경우 협정에 따라 구성된 중재위원회가 이러한 신청이 ‘본 협정의 해석 및 실시에 관한 양 계약국 간의 분쟁’에 해당하는 것으로 판단하여 청구의 내용에 관한 판정을 내릴 수 있는 권한이 있다고 판단할 지는 미지수이다. 중재위원회에 이러한 권한을 주기위해서는 협정이외에 한일 간에 별도의 합의를 하거나 아예 일본군‘위안부’문제 해결을 위한 포괄적인 권한을 갖는 한일 간의 국제기구를 수립하거나 국제사법재판소에서 해결하자는 재판합의³⁴⁾를 하는 것이 확실한 길로 보인다. 이러한 합의는 양국 간의 조약의 체결에 의하여 이루어져야 함은 물론이다.

(5) 중재판정 이후 추가협약의 필요성

판정에 대한 어떠한 관점을 취하더라도 중재의 승소로 문제가 끝나는 것이 아니라 또다시 양국 간에 긴 시간이 걸릴 수도 있는 해결방안에 관한 쉽지 않을 협의가 있어야 할 것은 분명하다. 이러한 측면에서 협정에 따른 중재를 운운하며 문제해결에 나서고 있다고 하는 것은 결국 특정한 부류의 권리가 협정의 문언에 들어가는가 하는 좁고, 법기술적인 문제로 일본군‘위안부’문제를 호도하는 것은 아닌가, 헌법재판소의 결정에 역매여 지나치게 형식적으로 접근하는 것은 아닌가하는 우려를 낳을 수 있다. 실질적이고 구체적인 일본군‘위안부’문제의 해결은 이러한 중재판정으로 이루어지는 것이 아니라 결국 다시 양국 간의 협의에 맡겨지게 되어 별도의 협정이 체결되거나 기타 다른 방식으로 해결책이 모색될 필요가 있게 된다.

이렇게 한국정부가 승소할 경우 어떻게 될 것이냐를 놓고 낙관론과 회의론이 있을 수 있다는 점은 어떻게 협정의 중재를 통하여 일본군‘위안부’문제의 실질적인 해결에 한걸음 더 나아갈 수 있는가에 대한 질문을 던지게 한다.

3. ‘본 협정의 해석 및 실시에 관한 양 계약국 간의 분쟁’과 일본군‘위안부’문제의 실질

앞에서는 중재에 넘기는 분쟁으로 일본군‘위안부’피해자들의 권리가 청구권협정 제2조에 해당하는가의 문제로 상정하고 논의를 전개한 다음 이러한 분쟁에 대한 이해가 형식적이고 좁은 것은 아닌지 문제를 제기하였다. 여기서는 일본군‘위안부’문제를 전면에 부각시켜 해결을 지향하기 위하여 생각될

34) 국제사법재판소 정(조약 제1059호, 1991년 9월 18일 한국에 대하여 발효) 제36조 1항.

수 있는 점들을 청구권협정의 목적, 피해자의 권리, 전후보상 문제라는 측면에서 몇 가지 제시해보고자 한다.

한국정부가 중재에 회부하는 분쟁에 대하여 구체적인 내용을 정할 때 청구권협정이 무엇을 하려고 만들어진 것인가, 즉 협정의 목적과 취지를 고려하는 것은 필수적으로 보인다. 이 점은 이른바 ‘청구권’문제란 무엇인가에 대한 본격적인 재논의를 필요로 하겠지만 원론적인 차원에서 논점만을 지적하기로 한다.

일반적으로 법의 적용에 따라 해결되어야 할 분쟁, 즉 법적 분쟁이라고 한다면 분쟁의 실제적인 내용은 두 분쟁당사자 사이의 법적인 권리와 의무에 관한 것일 것이다. 한국정부가 주장하는 권리는 청구권협정에 의해서 처리되지 않은 일본군‘위안부’피해자들의 권리에서 비롯하는 것으로 보면 단순히 이들의 권리가 제2조에 따라 소멸된 것인가 여부를 묻는 것은 거칠게 표현하면 변죽만 울리는 것 아닌가하는 의문이다. 문제의 실질은 일본군‘위안부’문제가 협정에서 다루어지지 않은 것에만 있는 것이 아니라 전쟁이 끝난 후에도, 해방이 되었어도, 청구권협정이라는 것이 체결되었어도, 지금까지도 피해자들이 오히려 죄인시되고 이들의 권리가 한 번도 승인되지 못하고 죽을 때까지 피해의 고통을 안고 살아가고 있다는, 한마디로 배상 또는 피해구제에 대한 권리를 계속해서 침해받고 있으며 한국정부가 해야 할 일은 이에 대한 법적 책임을 일본에 묻는 데에 있다는 것이다. 이 문제를 놓고 양자협의를 제안하는 핵심은 여기에 있는 것이 아닐까. 즉 청구권협정에서 일본군‘위안부’문제는 다루어지지 않았으니 이에 대한 문제를 터놓고 얘기해보자는 것이지 굳이 ‘본 협정의 해석 및 실시에 관한 양 체약국 간의 분쟁’이라는 좁은 틀 속에 문제의 실질을 끼워 맞춰 중재까지 갈 필요가 있겠는가 하는 것이 한국정부의 내심일 수도 있다.

일본군‘위안부’로 피해를 입은 사람들의 입장에서는 애당초 일본군‘위안부’문제는 거론조차되지 않은 한국과 일본사이의 ‘청구권협정’이라는 특수한 맥락에서만 아니라 이들의 인권을 직접적으로 침해하여 1차적인 책임을 진다고 여겨지는 다른 나라인 일본에 대하여 보편적인 인권이라는 맥락에서도 문제를 제기하는 것이 중요하다. 헌법재판소의 결정을 이렇게 국제인권의 측면에서 읽게 되면 피해자들의 인권을 실현하기 위하여 노력해야할 한국정부는 청구권협정에 따른 해결방법의 모색에 그칠 것이 아니라 문제의 근본적인 해결을 위한 모든 방법을 강구하여야 할 의무를 지게 된다. 중재제기에 있어서도 청구권협정에서 나아가 국제인권법의 차원에서 일본군‘위안부’문제를 바라보는 시각을 구체화하여 반영하여야할 것이다. 또한 한국정부의 대응은 피해자의 인권을 확보하기 위한 국제기준³⁵⁾에 따라 이루어져야 하고 이

를 위한 시민사회의 감시와 노력 또한 요구된다.

한국정부가 중재를 할 수밖에 없다고 판단하는 경우 청구권협정은 일본의 국내법을 위반한 불법행위는 물론 국제법을 위반하여 이루어진 불법행위와 범죄행위에 대한 책임문제는 방기한 가운데 이루어졌다는 점에서 협상과정은 물론 일본의 전후보상법제와 정책 전반에 걸친 문제제기가 이루어져야 한다고 본다. 그렇게 하면 중재를 하는 과정에서 한일 간의 그 동안의 입장 차이가 정부 간은 물론 양국의 시민사회 차원에서 논의가 확산되고 심화될 것이고, 일본군‘위안부’문제에 대한 두 나라의 시각 차이가 좁혀질 수 있을 뿐만 아니라 그 동안 각각의 견해 밑에 놓여있는 권위주의, 제국/식민주의, 반인권, 반민주성을 청산할 수 있는 계기로 작동할 수 있을 것이다.

IV. 결론에 갈음하여 - 헌법재판소의 결정과 인권의 보편성

헌법재판소의 결정과 그에 따른 한국정부의 행동에 따라 일본군‘위안부’문제는 이제 유엔과 국제노동기구(ILO) 차원에서 다루어지는 ‘국제문제’라는 길을 에둘러 한국과 일본사이의 양국 간의 문제로 공식화되었다. 해방이후 미군정이 끝나고 헌법이 제정된 1948년을 기점으로 잡아도 실로 64년만의 일이다.

한국의 입장에서는 협정에 따른 중재로 과연 나아갈 것인가가 초미의 관심사로 떠오르고 있다. 헌법재판소에 소원을 제기하고 어렵게 한국정부의 행동을 촉구하는 결정을 얻은 것은 현실적으로 국내차원에서 취할 수 있었던 마지막 법적 절차였다고 본다. 무엇보다 수십 년 동안 침묵하기는 마찬가지였던 한국정부가 어느 날 중재를 말하지만 일본군‘위안부’로 피해를 입은 사람들이 누구이고, 어떠한 피해를 입었는지, 이들의 피해를 회복할 수 있는 방안을 함께 말하지 않는다면 정부의 의도가 심각하게 받아들여질지 의문이다. 애당초 헌법소원을 제기한 것은 일본도 문제지만 한국정부의 소극적인 태도를 바꾸려는 의도가 강했다는 점에 비추어보면 이제 공은 일본에게 넘어갔다는 식으로 책임을 전가하려는 것은 아닌가 반성해보아야 한다. 중재를 통하여 곤혹스럽게 드러나는 것은 아마도 그 동안 왜 한국정부가 침묵했는지 가일런지도 모른다. 헌법재판소의 결정에 따라 전향적인 태도를 보이고 있는 한국정부는 평가받아야 하겠지만 1000회를 넘는 수요시위를 바라보면서 고통에 점점 숫자가 줄어들어가는 피해자들에게 정권을 넘겨 몇 해가 될 지

35) 이러한 국제기준의 소개로는 조시현, 「일본군‘위안부’문제에 있어서 역사와 법적 책임」, 『민주법학』 제45호(2011.3), 81, 90-93쪽 참조.

알 수 없는 중재재판의 준비와 과정, 소송의 경제는 차치하고서라도 그 과정에서 있을 법리적인 논쟁을 지켜보고 결과를 기다려보라는 것이 진정하고 실효적인 해결책이 될 수 있는지 의문이 들기도 한다. 이렇게 중재는 딜레마로 여겨질 수도 있지만 법적 책임을 끈질기게 부인하는 일본정부의 태도변화를 이끌 수 있는 유일한 길이 역설적이게도 청구권협정 제3조의 중재절차이기도 하다. 협상이 결렬되고 중재재판이 마침내 열린다면 전쟁의 뒤처리가 제대로 되지 않은 아시아·태평양 지역에서 그야말로 ‘세계의 재판’이 될 것임도 부정할 수 없는 것 같다.

일본군‘위안부’문제의 해결이라는 분쟁의 실체에 초점을 맞춘다면 한국정부는 실효적인 양자협의를 되도록 노력하고, 중재절차 이외의 다른 모든 해결 가능성을 열어놓아야 한다. 또한 피해자들과 피해자단체들의 참여를 이러한 협상과 중재절차의 준비, 진행과정에 있어서 어떻게 확보할 것인가를 진지하게 고민하고 방안을 제시하여야 할 것이다. 이렇게 하는 길만이 깨어진 정부와 시민사회의 신뢰를 회복할 수 있다.

끝으로 최근의 일본군‘위안부’문제의 전개상황이 인권과 평화라는 측면에서 갖는 의미에 대하여 언급하고 싶다. 다수의 국가들이 저마다 주권을 가지고 헌법을 비롯한 국내적인 법체계를 가지고 있는 국제사회의 현실에서 한국 헌법재판소의 결정은 물론 그 자체로 외국의 정부, 즉 일본을 구속하는 힘은 없다. 그러나 이 결정은 한국이라는 맥락에서 특정한 부류의 피해자에게 주어진 것이지만 전 세계 사람들에게 어느 국가에서나 보장되어야 할 권리를 확인했다고 보면 피해자가 가지는 인권이라는 측면에서 보편성을 갖게 된다.

일반적으로 말해서 한국 정부와 일본 정부는 국제사회가 보장하는 인권보장의 의무를 지게 되는데 일본군‘위안부’피해자에 대한 유권적인 확인이 있었다고 할 수 있는 한국의 경우와는 달리 일본의 경우는 국내적으로 아직 이러한 판단이 없으므로 일본 정부가 지는 의무의 존재와 범위가 문제될 수 있다. 달리 말하면 일본군‘위안부’피해자들이 가지는 권리를 일본으로부터 승인받는 문제이다. 일본의 법원에서 한국에서와 비슷한 취지의 판결을 이끌어 낼 수 있는가 하는 문제도 있지만³⁶⁾ 현재 결정 이후 보여지는 일본 정부의 부정적인 입장을 보면 한국에서 확인된 국제적인 인권을 일본에 대하여 어떻게 확인하고 실현시킬 것인가 하는 것이 과제상황으로 부각되는 측면도 있게 된다.

어찌 보면 일본군‘위안부’문제에 대한 헌법재판소의 결정과 한국의 협의

36) 지금까지 일본군‘위안부’ 문제에 관한 일본 법원의 태도를 보면 이미 실효적인 구제방법이 될 수 없다는 것은 명백하고 새로운 소송의 개시를 통한 문제해결이 성공할 가능성은 거의 없다고 보인다.

제안은 정부차원을 넘어 한국사회와 일본사회가 이 문제를 매개로 인권이 무엇인지, 역사가 무엇인지에 대한 깊은 성찰이 필요한 대화의 기회가 되고 있는지도 모른다. 동아시아에 깊게 드리워져있는 제2차 대전/아시아·태평양 전쟁과 냉전의 그림자를 떨쳐낼 수 있는 진정한 평화를 위해 나아가는 계기가 될 것도 기대해본다.

발제문 3

헌법재판소 판결 이후 시민운동

윤미향 (한국정신대문제대책협의회 상임대표)

8월 30일, 한국 헌법재판소(이하 헌재)의 판결이후 정대협 1000회 수요시위, 평화비 건립, 교토 한일정상회담 등 일본군‘위안부’ 문제와 관련한 논의들이 지속적으로 언론방송에 오르내리면서 그동안의 여론과는 많이 다른 양상이 만들어졌다. 특히 SNS를 통해 일본군‘위안부’ 문제가 그동안 일부 사람들이 해 오던 운동이었다면 일반 시민들이 대거 한국정부에 대한 압박, 한국언론방송 보도에 대한 모니터링 역할을 하며 인터넷상에서 일본군‘위안부’ 문제 해결을 확산시켜나갔다. 그 중심에 1000회 수요시위와 평화비, 이를 둘러싼 일본정부와 우익들의 반대와 탄압 등이 있었다.

지난 8월 30일, 헌재판결 이후 연속적으로 국내외에서, 인터넷에서 일본군‘위안부’ 이슈를 여론화하기 위해 활동해 온 우리로써, 딱히 헌재 판결 후속조치를 위해 우리 시민운동이 새롭게 나가야 할 방향이 무엇일지, 어떤 다른 변화를 추구해야 할 것인지를 고민하는 것은 어려운 숙제인 듯하다. 그래서 간단히 메모수준에서 정리를 해보고자 한다.

1. 헌재판결 이후 한일 정부의 태도에 대한 모니터링 및 압박 강화 활동

한국정부와의 관계형성에 대해 종전과는 좀 더 적극적인 대응이 필요하다고 본다. 지원과 압박, 두 가지 활동을 적절하게 추진해야 할 것이다. 이를 위해서는 특별히 한국정부가 양자협약의 제의 후 어떻게 대응해 가고 있는 지 주시할 필요가 있고, 때로는 시민차원에서 적극적인 방안을 제시하거나 협의를 할 필요도 있다고 본다.

한국정부는 그동안 일본군‘위안부’ 문제와 관련하여 일본정부의 책임을 추궁하는 발언들을 여러 차례 해왔다.

- 9월 14일, 외교통상부 내에 『한·일 청구권 협정 대책 T/F』 설치
- 9월 15일, 양자협의 1차 제안
- 9월 24일, 유엔총회 계기, 김성환 외교통상부 장관, 일본외무상과 한일 외교장관회담에서 일본군‘위안부’ 문제 관련 발언, 위안부 문제는 인도적 사안이자 여성인권 관련 문제이고, 국제적으로도 높은 관심의 대상이 되고 있으며, 피해자들의 평균연령이 86세로서 고령인 점 등을 감안, 일본 측이 대국적 결단을 통해 해결책을 모색해 나갈 필요가 있음을 강조.
 - 겐바 대신, 일본군‘위안부’ 문제가 1965년 한·일 청구권협정에 의해 완 전하고 최종적으로 해결되었다는 일본 측의 기본입장을 설명.
- 10월 7일, 한·일 관계 및 국제법 등 관련 전문가들로 구성된 『자문단』도 공식 발족
- 10월 7일, 1차 한·일 청구권 협정 대책 합동회의
- 10월 11일, 제66차 유엔총회 제3위원회 「여성지위향상」 의제 토의 시, 우리정부 대표(신동의 주유엔차석대사)는 무력분쟁 하 성폭력 문제, 특히 제2차 세계대전 당시 군대위안부 등을 포함한 조직적인 강간, 성노예 (systematic rape and sexual slavery) 문제의 심각성에 대해 깊은 우려를 표명하고, 무력분쟁하 조직적인 강간 및 성노예 문제가 전쟁범죄이며, 특정 조건하에서는 인도에 반하는 범죄에 해당함을 강조. 아울러, 역사적 사건에 관한 정확한 교육을 통해 무력분쟁하 조직적인 강간 및 성노예 문제가 재발되지 않도록 해야함을 강조하고, 무력분쟁하 성폭력 문제 종식을 위해 유엔과 전 회원국들이 희생자들을 위한 효과적인 구제조치, 예방 및 관련자 처벌 등의 노력을 기울일 것을 촉구.
 - 일본정부 답변
 - : 위안부 문제가 위안부 여성의 존엄성에 큰 모욕이었음을 인정하며, 심대한 신체적, 정신적 상처를 겪었던 모든 위안부 여성에 대한 진지한 사죄와 참회를 표한다고 언급하는 한편, 제2차 세계대전중 성노예 피해자에 대한 배상 문제와 관련하여서는 샌프란시스코 강화조약 및 이후 양자협정에 의해 법적으로 해결되었다는 것이 일본의 입장임. 아울러, 일본정부는 1995년 7월 일본국민과 함께 「아시아 여성기금」을 설립하여 고령의 위안부에 대해 보건 서비스 및 사죄금을 포함한 최대한의 보상을 지급하였으며, 이와 관련 지속적인 노력을 기울일 것임.

한국정부 : 일본정부가 군대위안부 문제가 법적으로 해결되었다고 주장하고 있으나, 군대위안부 문제는 전쟁범죄 및 인도에 반하는 범죄에 해당될 수 있는 사안으로서 한·일 청구권 협정에 의하여 해결된 것으로 볼 수 없으며, 일

본정부의 법적 책임이 남아있음. 또한, UN 보고서(전임 여성폭력 특별보고관 보고서) 등도 전반적인 인권침해 문제, 특히 군대 위안부는 샌프란시스코 강화조약이나 그 이후 양자협정에 포함되지 않는다고 확인하고 있음. 고문방지위원회 및 여성차별철폐위원회 등 여타 유엔인권협약기구들도 군대위안부 관련한 권고를 통해 동 문제가 여전히 해결되지 않은 사안임을 재확인하고 있음. 이와 관련, 최근 우리 정부는 군대위안부 문제 관련 일본 정부에 대한 한·일 청구권 협정에 규정된 절차에 따른 양자 협의를 제안했는데, 일본 정부가 이에 성실히 응해줄 것을 희망함.

- 11월 4일, 제2차 한일청구권협정 대책 TF팀, TF팀 자문단 합동회의
- 11월 15일, 한국외교통상부, 일본정부에 양자협의 2차 제안
- 12월 6일(화) 제3차 한일청구권협정 대책 TF팀 회의 개최, 한·일 청구권 협정에 따른 한·일 양자협의 및 중재와 관련된 각종 쟁점과 전략 등 집중 협의
- 12월 8일, 일본 관방장관, 기자회견 통해 평화비 설치 반대 기자회견
- 12월 10, 11일, 일본정부 측 인사 평화비 설치 관련 한국방문
- 12월 13일, 국무총리 주재, 평화비설치 관련 외교통상부, 종로구청장 회의
- 12월 15일. 외교통상부 대변인 발언을 통해 중재재판 회부계획 발표, "일본군‘위안부’ 문제는 여성인권과 인도주의에 관한 근본적인 문제로서 한일청구권협정으로 해결될 수 없는 사안이라는 정부의 기본입장을 재확인한다." "일본이 양자협의 제의에 계속해서 응하지 않는다면 우리로서는 불가피하게 협정에 규정된 다음 단계로서 중재에 의한 해결을 모색할 수밖에 없다" "특별한 시기를 정해두고 있는 것은 아니다" "시기와 방식에 대해서는 여러 가지로 검토하고 있다"
- 12월 18일, 교토, 한일정상회담, 이명박 대통령이 일본총리에게 일본군‘위안부’ 문제 우선해결 요구. 노다 총리의 한일 FTA 등 경제문제에 대한 제안에 대해서는 답변도 없이 위안부 문제 해결요구 발언 → 노다 일 총리 : 최종적으로 마무리되었다. 다만 인도주의적인 견지에서 지혜를 낼 것이다. 평화비 철거요구

: 한국정부가 한일 간에 외교적 쟁점으로 만들기 위해 지속적으로 노력해 오고 있는 점이 보이며, 일본정부의 입장도 법적 배상은 최종적으로 해결되었다며 양자협의 거부입장에서 ‘새로운 기금방식’ 운운하는 말이 나오다가, 그 발언이 다시 겐바 외상에 의해 부인되었다가, 다시 12월 18일, 노다 총리의 발언으로 ‘인도주의적 견지에서 지혜를 낼 것이다.’는 입장표명.

2. 국제사회의 지원활동 조직

현재 판결 이후, 라디카 쿠마라스와미, 게이 벡두걸 보고관 등을 초청하여 일본군‘위안부’ 피해자들의 법적 배상 청구의 권리와 관련한 국제심포지엄을 개최하기 위해 애써 왔으나 성사되지 못했다. 심포지엄을 개최하고자 했던 것은 다시 한 번 유엔 등 국제기구가 그동안 일본군‘위안부’ 피해자들에 대한 배상문제와 관련하여 일본이 법적 배상은 최종적으로, 완전히 해결되었다고 주장하는 것에 대해 문제제기를 하고, 일본정부의 법적 배상 의무를 여론화시키기 위함에 있었다.

한일청구권협정은 일본정부가 1951년 샌프란시스코 조약과 함께 일본군‘위안부’ 피해자들에 대한 배상 책임을 완료했다고 즐기치게 주장해 온 근거로 사용하고 있는 것이다. 일본정부는 이 협정의 2조에서 규정한, ‘양 체약국 및 그 국민(법인을 포함함)의 재산, 권리 및 이익과 양 체약국 및 그 국민간의 청구권에 관한 문제가 1951년 9월 8일 샌프란시스코에서 서명된 일본국과의 평화조약 제4조 (a)에 규정된 것을 포함하여 완전히 그리고 최종적으로 해결되었다”는 조항을 원용하여 그동안 지속적으로 법적 책임이행 요구를 거부해왔다.

그러나 1994년 국제법률가협회의 일본군‘위안부’ 보고서, 유엔 인권위원회의 라디카 쿠마라 스와미 여성폭력문제 특별보고관의 보고서, 유엔 인권소위원회 게이 벡두걸 전시성노예제에 관한 특별보고관의 보고서 등에서 수차례 한일협정 및 샌프란시스코 조약의 체결 과정이나 그 내용에 일본군성노예 범죄는 고려되지도, 포함되지도 않았다고 지적했다. 지난 2010년에는 라쉬다 만주 유엔인권이사회 여성폭력특별보고관이 그의 보고서를 통해 일본군 ‘위안부’ 피해자들에 대한 배상이 이루어지지 않은 것은 배상 영역에 있어 여성에 대한 전통적인 무시를 드러내는 대표적인 예라고 지적하면서 일본군 ‘위안부’ 문제에 대한 일본정부의 배상책임을 강조하였다. 또한 그는 ‘위안부’ 문제 해결 운동을 여성에 대한 배상운동에 있어 가장 체계적이고 충분히 입증된 운동으로 평가하면서 피해자들은 국가책임 인정 없이 경제적 지원을 하려는 일본정부의 태도에 대해 부당하다고 거부하고, 사회경제적 필요에 근거한 복지나 시혜방식 대신에 공식사죄와 공적 자금을 통한 개인배상을 지속적으로 요구해왔음을 강조하면서 일본군‘위안부’ 피해자들의 배상추구 운동을 높이 평가했다.

이에 그동안 이루어 놓은 이런 성과들을 다시 한 번 재확인하고, 국제사회의 연대와 지지를 받아낼 수 있는 연대활동을 만들어야 할 때이다. 특히, 내년이 유엔인권이사회에서 일본정부의 UPR을 검토하는 해이다. 이를 준비하면서 국제여성인권단체들의 조직과 연대, 여성폭력문제특별보관 등의 지지를 만들어낼 필요가 있다.

ILO의 경우도, 마찬가지로 일본정부에게 압력을 넣을 수 있도록 노력하며, 이 과정에서 일본의 민주당 정부와 가까운 란고가 일본정부에게 압력을 넣을 수 있도록 한국의 양대 노총과도 보다 더 적극적인 활동이 필요할 듯하다.

3. 일본 시민사회 및 국회의 활동 지원

역시 어려운 문제이다. 최근에 일본 국회의원들의 움직임은 ‘한국정부가 적극적으로 나서주면 좋겠다.’에서 전혀 나아가지 못하고 있는 실정이다. ‘입법이 어렵다’는 입장을 그동안 함께 열심히 활동해왔던 민주당 소속 의원들로부터 나오고 있다.

지난 야당인 사민당의 핫토리 의원이 일본중의원외교위원회에서 일본군‘위안부’ 피해자들에 대한 일본정부의 사죄와 배상을 촉구하고 나섰다.

<녹취> 핫토리(일본 중의원) : "할머니들에 대한 얘기를 들었을텐데 인간적으로 어떤 마음입니까?" 겐바(일본 외무상) : "정말로 마음이 아픕니다." "그것은 기분의 문제가 아니라 협정상의 문제입니다. 협정으로 끝났다는 우리 입장이 있는 것입니다."

일본정부가 똑같은 대답을 한다 할지라도 국회에서 지속적으로 국회의원들이 문제제기를 하고, 국회 내에 여론을 만들어주는 것이 필요한데, 민주당 소속 의원들이 서로 눈치만 보는 입장이기 때문에 이렇게 민주당 의원 뿐만 아니라 사민당, 공산당 의원들과 한국의 의원들이 적극 교류, 연대할 수 있도록 하는 활동을 전개하는 것이 필요할 것 같다. 이를 위해서 일본 시민단체들과의 연대와 결속력을 더 높일 필요가 있다.

이 외에 미국 등 유력 신문과 방송을 통한 홍보 압력활동, 국제민간단체와의 연대를 통한 압력활동이 꾸준히 추진되어야 할 것이다.

무엇보다도, 내년 4월 총선과정 등을 거치면서 일본군‘위안부’ 문제가 묻히지 않고, 한국사의 주요쟁점 사안에서 사라지지 않도록 국회의원 선거과정을 적극 활용하고, 이후 일본군‘위안부’문제해결을 위한 국회의원모임 확대 조직, 일본과 한국의원들 상호방문 교류 등을 통해 한일 정치권의 해결과제로 일본군‘위안부’ 문제를 계속 제시해 나간다.

최근, SNS를 타고 1000차 수요시위, 평화비 설치 등의 운동이 급속도로 여론화되어 갔듯이 앞으로 국내 뿐 만 아니라 국제여론 조성의 도구로 적극 활용하는 방안도 필요할 것이다.

종전과 특별히 다를 것은 없지만, 꾸준한 대내외 노력을 통해 한국정부에게는 때로는 지원이 되고, 그것이 곧 압력으로 작동할 수 있도록 하며, 일본정부에게는 하루속히 일본군‘위안부’ 피해자들에게 배상할 수 있도록 하는 국내, 국제압력을 강화해 간다.

현재 생존해 있는 피해자는 63명이다. 올 한해 16명이 사망한 상황이다. 물론 시간이 급하다. 그러나 급하다고 ‘무조건 빨리 빨리’, ‘기금방식으로라도’ 라는 여론이 커지지 않도록 하는 것도 필요하다고 본다. 이명박 대통령이 정상회담에서 강력 발언했을 때, 김복동 할머니가 방송인터뷰에서 가슴속에 무거운 것이 싹 날아간 느낌이라는 발언이 결실도 중요하지만 이런 우리의 노력의 과정이 무엇보다도 중요하다는 것을 더욱 더 강하게 느끼게 된다.

참고자료

대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정 제3조 부작위 위헌확인

(2011. 8. 30. 2006헌마788)

【판시사항】

청구인들이 일본국에 대하여 가지는 일본군위안부로서의 배상청구권이 ‘대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정’(이하 ‘이 사건 협정’이라 한다) 제2조 제1항에 의하여 소멸되었는지 여부에 관한 한·일 양국 간 해석상 분쟁을 위 협정 제3조가 정한 절차에 따라 해결하지 아니하고 있는 피청구인의 부작위가 위헌인지 여부(적극)

【결정요지】

헌법 전문, 제2조 제2항, 헌법 제10조와 이 사건 협정 제3조의 문언에 비추어 볼 때, 피청구인이 위 협정 제3조에 따라 분쟁해결의 절차로 나아갈 의무는 일본국에 의해 자행된 조직적이고 지속적인 불법행위에 의하여 인간의 존엄과 가치를 심각하게 훼손당한 자국민들이 배상청구권을 실현하도록 협력하고 보호하여야 할 헌법적 요청에 의한 것으로서, 그 의무의 이행이 없으면 청구인들의 기본권이 중대하게 침해될 가능성이 있으므로, 피청구인의 작위의무는 헌법에서 유래하는 작위의무로서 그것이 법령에 구체적으로 규정되어 있는 경우라고 할 것이다.

특히, 우리 정부가 직접 일본군위안부 피해자들의 기본권을 침해하는 행위를 한 것은 아니지만, 일본에 대한 배상청구권의 실현 및 인간으로서의 존엄과 가치의 회복에 대한 장애상태가 초래된 것은 우리 정부가 청구권의 내용을 명확히 하지 않고 ‘모든 청구권’이라는 포괄적인 개념을 사용하여 이 사건 협정을 체결한 것에도 책임이 있다는 점에 주목한다면, 그 장애상태를 제거하는 행위로 나아가야 할 구체적 의무가 있음을 부인하기 어렵다.

이러한 분쟁해결절차로 나아가지 않은 피청구인의 부작위가 청구인들의 기본권을 침해하여 위헌인지 여부는, 침해되는 기본권의 중대성, 기본권침해위험의 절박성, 기본권의 구제가능성, 작위로 나아갈 경우 진정한 국익에 반하는지 여부 등을 종합적으로 고려하여, 국가기관의 기본권 기속성에 합당한 재량권 행사 범위 내로 볼 수 있을 것인지 여부에 따라 결정된다.

일본국에 의하여 광범위하게 자행된 반인도적 범죄행위에 대하여 일본군위안부 피해자들이 일본에 대하여 가지는 배상청구권은 헌법상 보장되는 재산권일 뿐만 아니라, 그 배상청구권의 실현은 무자비하고 지속적으로 침해된 인간으로서의 존엄과 가치 및 신체의 자유를 사후적으로 회복한다는 의

미를 가지는 것이므로 피청구인의 부작위로 인하여 침해되는 기본권이 매우 중대하다. 또한, 일본군위안부 피해자는 모두 고령으로서, 더 이상 시간을 지체할 경우 일본군위안부 피해자의 배상청구권을 실현함으로써 역사적 정의를 바로세우고 침해된 인간의 존엄과 가치를 회복하는 것은 영원히 불가능해질 수 있으므로, 기본권 침해 구제의 절박성이 인정되며, 이 사건 협정의 체결 경위 및 그 전후의 상황, 일련의 국내외적인 움직임을 종합해 볼 때 구제가능성이 결코 작다고 할 수 없다. 국제정세에 대한 이해를 바탕으로 한 전략적 선택이 요구되는 외교행위의 특성을 고려한다고 하더라도, 피청구인이 부작위의 이유로 내세우는 ‘소모적인 법적 논쟁으로의 발전가능성’이나 ‘외교관계의 불편’이라는 매우 불분명하고 추상적인 사유를 들어, 기본권 침해의 중대한 위험에 직면한 청구인들에 대한 구제를 외면하는 타당한 사유라거나 진지하게 고려되어야 할 국익이라고 보기는 힘들다.

이상과 같은 점을 종합하면, 결국 이 사건 협정 제3조에 의한 분쟁해결절차로 나아가는 것만이 국가기관의 기본권 기속성에 합당한 재량권 행사라 할 것이고, 피청구인의 부작위로 인하여 청구인들에게 중대한 기본권의 침해를 초래하였다 할 것이므로, 이는 헌법에 위반된다.

재판관 조대현의 인용보충의견

법정의견에 덧붙여, 대한민국은 이 사건 협정으로 인하여 청구인들이 일본국에 대한 손해배상청구권을 행사할 수 없게 된 손해를 완전하게 보상할 책임을 진다고 선언하여야 한다.

재판관 이강국, 재판관 민형기, 재판관 이동흡의 반대의견

행정권력의 부작위에 대한 헌법소원이 적법하기 위해서는, 공권력의 주체에게 ‘헌법에서 유래하는 작위의무’가 특별히 구체적으로 규정되어 있어야 하는데, 위 작위의무의 도출근거는 헌법의 명문, 헌법의 해석, 법령의 규정 3가지이다.

우선, 헌법 제10조의 국민의 인권을 보장할 의무, 제2조 제2항의 재외국민 보호의무, 헌법 전문(前文)은, 국가의 국민에 대한 일반적·추상적 의무를 선언한 것이거나 국가의 기본적 가치질서를 선언한 것일 뿐이어서 그 조항 자체로부터 국가의 국민에 대한 구체적인 작위의무가 나올 수 없다고 할 것이고, 이는 우리 재판소의 확립된 판례이기도 하다.

다음으로 이 사건 협정은 한·일 양국이 당사자가 되어 상대방에 대하여 부담할 것을 전제로 체결된 조약이기에 위 협정 제3조로부터 ‘우리 정부가 청구인들에 대하여 부담하는 작위의무’는 도출될 수 없으며, 더구나 이 사건 협정 제3조에 ‘의무적’ 내용은 기재되어 있지 않다. 그리고 위 협정 제3조에 기재된 외교적 해결, 중재회부 요청은 우리 정부의 ‘외교적 재량사항’에 해당한다는 선례(헌재 2000. 3. 30. 98헌마206 결정)도 있는데, 다수의견은 결론적으로 위 선례와 배치되는 판단을 하고 있다.

이 사건 협정 제3조가 말하는 ‘외교적 해결의무’는 그 이행의 주체나 방식, 이행정도, 이행의 완결 여부를 사법적으로 판단할 수 있는 객관적 판단기준을 마련하기 힘든 고도의 정치행위 영역으로서, 헌법재판소의 사법심사의 대상은 되지만 사법자제가 요구되는 분야에 해당한다.

일본에 의하여 강제로 위안부로 동원된 후 인간의 존엄과 가치마저 송두리째 박탈당한 이 사건 청구인들의 기본권을 구제해 주어야 할 절박한 심정을 생각하면 어떠한 방법으로도 국가적 노력을 다해 주었으면 하는 바람은 우리 모두 간절하나 헌법과 법률의 규정 및 그에 관한 헌법적 법리해석의 한계를 넘어서까지 피청구인에게 그 외교적 문제해결을 강제할 수는 없다. 이는 권력분립의 원칙상 헌법재판소가 지켜야 하는 헌법적 한계이다.

【참조조문】

헌법 전문, 제2조 제2항, 제10조

대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정 (1965. 6. 22. 체결, 1965. 12. 18. 발효) 제2조, 제3조

【참조판례】

헌재 1993. 12. 23. 89헌바189, 판례집 5-2, 646

헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81, 판례집 20-2상, 91, 100-101

【당 사 자】

청 구 인 이○수 외 63인대리인 변호사 차지훈 외 14인

피 청 구 인 외교통상부 장관대리인 법무법인 화우담당변호사 김성식 외 3인

【주 문】

청구인들이 일본국에 대하여 가지는 일본군위안부로서의 배상청구권이 ‘대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정’ 제2조 제1항에 의하여 소멸되었는지 여부에 관한 한·일 양국 간 해석상 분쟁을 위 협정 제3조가 정한 절차에 따라 해결하지 아니하고 있는 피청구인의 부작위는 위헌임을 확인한다.

【이 유】

1. 사건개요 및 심판대상

가. 사건개요

(1) 청구인들은 일제에 의하여 강제로 동원되어 성적 학대를 받으며 위안부로서의 생활을 강요당한 ‘일본군위안부 피해자’들이다. 피청구인은 외교, 외국과의 통상교섭 및 그에 관한 총괄·조정, 국제관계 업무에 관한 조정, 조약 기타 국제협정, 재외국민의 보호·지원, 재외동포정책의 수립, 국제정세의 조사·분석에 관한 사무를 관장하는 국가기관이다.

(2) 대한민국은 1965. 6. 22. 일본국과의 사이에 ‘대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정’(조약 제172호, 이하 ‘이 사건 협정’이라 한다)을 체결하였다.

(3) 청구인들은, 청구인들이 일본국에 대하여 가지는 일본군위안부로서의 배상청구권이 이 사건 협정 제2조 제1항에 의하여 소멸되었는지 여부에 관하여, 일본국은 위 청구권이 위 규정에 의하여 모두 소멸되었다고 주장하며 청구인들에 대한 배상을 거부하고 있고, 대한민국 정부는 청구인들의 위 청구권은 이 사건 협정에 의하여 해결된 것이 아니라는 입장이어서, 한·일 양국 간에 이에 관한 해석상 분쟁이 존재하므로, 피청구인으로서 이 사건 협정 제3조가 정한 절차에 따라 위와 같은 해석상 분쟁을 해결하기 위한 조치를 취할 의무가 있는 데도 이를 전혀 이행하지 않고 있다고 주장하면서, 2006. 7. 5. 이러한 피청구인의 부작위가 청구인들의 기본권을 침해하여 위헌이라는 확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판대상

이 사건 심판대상은, 청구인들이 일본국에 대하여 가지는 일본군위안부로서의 배상청구권이 ‘대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정’ 제2조 제1항에 의하여 소멸되었는지 여부에 관한 한·일 양국 간 해석상 분쟁을 위 협정 제3조가 정한 절차에 따라 해결하지 아니하고 있는 피청구인의 부작위가 청구인들의 기본권

을 침해하는지 여부이다.

이와 관련된 위 협정의 내용은 다음과 같다.

[관련규정]

대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정(조약 제172호, 1965. 6. 22. 체결, 1965. 12. 18. 발효)

대한민국과 일본국은, 양국 및 양국 국민의 재산과 양국 및 양국 국민 간의 청구권에 관한 문제를 해결할 것을 희망하고, 양국 간의 경제협력을 증진할 것을 희망하여, 다음과 같이 합의하였다.

제1조

1. 일본국은 대한민국에 대하여,

(a)현재에있어서1천8십억일본원(108,000,000,000원) 으로 환산되는 3억 아메리카합중국 불(\$300,000,000)과 동등한 일본 원의 가치를 가지는 일본국의 생산물 및 일본인의 용역을 본 협정의 효력발생일로부터 10년 기간에 걸쳐 무상으로 제공한다. 매년의 생산물 및 용역의 제공은 현재에 있어서 1백 8억 일본 원(10,800,000,000원)으로 환산되는 3천만 아메리카합중국 불(\$30,000,000)과 동등한 일본 원의 액수를 한도로 하고, 매년의 제공이 본 액수에 미달되었을 때에는 그 잔액은 차년 이후의 제공액에 가산된다. 단, 매년의 제공 한도액은 양 체약국 정부의 합의에 의하여 증액될 수 있다.

(b)현재에 있어서 7백 20억 일본 원(72,000,000,000원)으로 환산되는 2억 아메리카합중국 불(\$200,000,000)과 동등한 일본 원의 액수에 달하기까지의 장기 저리의 차관으로서, 대한민국 정부가 요청하고, 또한 3의 규정에 근거하여 체결될 약정에 의하여 결정되는 사업의 실시예 필요한 일본국의 생산물 및 일본인의 용역을 대한민국이 조달하는 데 있어 충당될 차관을 본 협정의 효력 발생일로부터 10년 기간에 걸쳐 행한다. 본 차관은 일본국의 해외경제협력기금에 의하여 행하여지는 것으로 하고, 일본국 정부는 동 기금이 본 차관을 매년 균등하게 이행할 수 있는데 필요한 자금을 확보할 수 있도록 필요한 조치를 취한다. 전기 제공 및 차관은 대한민국의 경제발전에 유익한 것이 아니면 아니된다.

2. 양 체약국 정부는 본조의 규정의 실시예 관한 사항에 대하여 권고를 행할 권한을 가지는 양 정부 간의 협의기관으로서 양 정부의 대표자로 구성될 합동위원회를 설치한다.

3. 양 체약국 정부는 본조의 규정의 실시를 위하여 필요한 약정을 체결한다.

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 일본국과의 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 대하여는 어떠한 주장도 할 수 없는 것으로 한다.

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 중재위원과 이와 같이 선정된 2인의 중재위원이 당해 기간 후의 30일의 기간 내에 합의하는 제3의 중재위원 또는 당해 기간 내에 이들 2인의 중재위원이 합의하는 제3국의 정부가 지명하는 제3의 중재위원과의 3인의 중재위원으로 구성되는 중재 위원회에 결정을 위하여 회부한다. 단, 제3의 중재위원은 양 체약국 중의 어느 편의 국민이어서는 아니 된다.
3. 어느 일방 체약국의 정부가 당해 기간 내에 중재위원을 임명하지 아니하였을 때, 또는 제3의 중재위원 또는 제3국에 대하여 당해 기간 내에 합의하지 못하였을 때에는 중재위원회는 양 체약국 정부가 각각 30일의 기간 내에 선정하는 국가의 정부가 지명하는 각 1인의 중재위원과 이들 정부가 협의에 의하여 결정하는 제3국의 정부가 지명하는 제3의 중재위원으로 구성한다.
4. 양 체약국 정부는 본조의 규정에 의거한 중재위원회의 결정에 복한다.

제4조

본 협정은 비준되어야 한다. 비준서는 가능한 한 조속히 서울에서 교환한다. 본 협정은 비준서가 교환된 날로부터 효력을 발생한다.

2. 당사자들의 주장

가. 청구인들의 주장요지

(1) 일본국이 청구인들을 성노예로 만들어 가한 인권유린행위는 ‘추업을 행하기 위한 부녀자 매매 금지에 관한 조약’, ‘강제노동금지협약(국제노동기구(ILO) 제29호 조약)’ 등의 국제조약에 위배되는 것으로서, 이 사건 협정의 대상에는 포함된 바 없다. 이 사건 협정에 의하여 타결된 것은 우리 정부의 국민에 대한 외교적 보호권만이고, 우리 국민의 일본국에 대한 개인적 손해배상청구권은 포기되지 않은 것이다.

그런데, 일본국은 이 사건 협정 제2조 제1항에 의하여 일본국에 대한 손해배상청구권이 소멸하였다고 주장하며 청구인들에 대한 법적인 손해배상책임을 부인하고 있고, 이에 반하여, 우리 정부는 2005. 8. 26. 일본군위안부 문제와 관련하여 일본국의 법적 책임이 이 사건 협정 제2조 제1항에 의하여 소멸하지 않고 그대로 남아있다는 사실을 인정하여, 한·일 양국간에 이에 관한 해석상의 분쟁이 존재한다.

(2) 이 사건 협정 제3조는 협정의 해석 및 실시에 관한 한·일 양국간의 분쟁이 있을 경우 외교상 경로나 중재절차에 의한 해결방법을 규정함으로써, 체약국에게 위 협정의 해석과 관련한 분쟁해결의무를 부담시키고 있으므로, 우리 정부에게는 위와 같은 이 사건 협정의 해석과 관련한 분쟁의 해결을 위한 작위의무가 있다.

(3) 또한, 우리 정부로서는 대한민국 임시정부의 법통을 계승하였음을 명시하고 있는 헌법

전문, 인간의 존엄과 가치 및 국가의 기본적 인권 보장의무를 선언하고 있는 헌법 제10조, 재산권의 보장에 관한 헌법 제23조 및 이 사건 협정의 체결 당사자로서 행정상 신뢰보호의 원칙에 입각한 작위의무가 있고, 헌법 제37조 제1항 소정의 열거되지 않은 기본권인 외교적 보호권에 대응한 외교적 보호의무가 있다.

(4) 그런데도 우리 정부는 청구인들의 기본권을 실효적으로 보장할 수 있는 외교적 보호 조치나 분쟁해결수단의 선택 등 구체적인 조치를 취하지 아니하고 있는바, 이러한 행정권력의 부작위는 위의 헌법규정들에 위배되는 것이다.

나. 피청구인의 의견요지

(1) 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위를 청구할 수 있음에도 불구하고 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 허용되는 것인바, 청구인들은 피청구인의 부작위로 인하여 침해된 자신들의 기본권이 무엇인지를 적시하지 않고 있다. 청구인들에 대한 불법행위와 그 책임의 주체는 일본 정부이고 우리 정부가 아니며, 정부의 외교행위는 넓은 재량이 허용되므로 이 사건 협정에 따른 분쟁해결을 위한 국가의 구체적 작위의무는 인정될 수 없다.

또한, 우리 정부는 청구인들의 복지를 위하여 힘닿는 대로 노력하고 있고, 국제사회에서 이 문제를 지속적으로 제기하여 온 바 있으므로, 이 사건 협정 제3조 제1항에 따른 작위의무의 불이행이 있었다고 볼 수 없다.

(2) 청구인들이 주장하는 외교적 보호권은 국제법상 다른 나라의 불법행위로 인하여 자국민이 입은 피해와 관련하여 그 국민을 위하여 국가가 자신의 고유한 권한으로 취하는 외교적 행위 또는 그 밖의 평화적 해결방식을 말하는 것으로서, 그 귀속주체는 ‘국가’일 뿐 ‘개인’이 자국 정부에 대해 주장할 수 있는 권리가 아니므로, 헌법상 기본권이라 할 수 없다.

나아가, 이러한 외교적 보호권의 행사 여부 및 행사방법에 관해서는 국가의 광범위한 재량권이 인정되고, 이 사건 협정 제3조의 해석상으로도 일방 체약국이 협정의 해석과 실시에 관한 분쟁을 반드시 중재위원회에 회부하여야 할 의무를 부담하는 것은 아니므로, 이 사건 협정에 따른 분쟁해결수단의 선택은 국가가 국익을 고려하여 외교적으로 판단할 문제이고, 구체적인 외교적 조치를 취하여야 할 법적 의무가 있다고는 할 수 없다.

3. 이 사건의 배경

이 사건에 관한 판단을 하기 위한 전제로서, 이 사건의 배경 및 전체적 경위를 먼저 살펴보기로 한다.

가. 이 사건 협정의 체결경위 및 그 후의 보상처리과정

(1) 해방 후 한국에 진주한 미군정 당국은 1945. 12. 6. 공포한 군정법령 제33호로써 재한구 일본재산(在韓 舊 日本財産)을 그 국유·사유를 막론하고 미군정청에 귀속시켰고, 이러한 구 일본재산은 대한민국 정부 수립직후인 1948. 9. 20.에 발효한 ‘한미간 재정 및 재산에 관한 최초협정’으로 한국 정부에 이양되었다.

(2) 한편, 1951. 9. 8. 샌프란시스코에서 체결된 연합국과 일본국과의 평화조약에서는 한국에게 일본에 대하여 배상을 청구할 수 있는 권리가 인정되지 않았고, 다만, 위 조약 제4조 a항에 일본의 통치로부터 이탈된 지역의 시정 당국 및 주민과 일본 및 일본 국민 간의 재산상 채권·채무관계는 이러한 당국과 일본 간의 특별약정으로써 처리한다는 것을, 제4조 b항에 일본은 전기 지역에서 미군정 당국이 일본 및 일본인의 재산을 처분한 것을 유효하다고 인정한다는 것을 각 규정하였다.

(3) 위 조약 제4조 a항의 취지에 따라 대한민국 및 대한민국 국민과 일본국 및 일본 국민

간의 재산상 채권·채무관계를 해결하기 위하여, 1951. 10. 21. 예비회담 이후 1952. 2. 15. 제1차 한·일회담 본회의가 열려 우리나라와 일본의 국교정상화를 위한 회담이 본격적으로 시작된 이래, 7차례의 본회의와 이에 따른 수십 차례의 예비회담, 정치회담 및 각 분과위원회별 회의 등을 거쳐, 1965. 6. 22. 이 사건 협정과 어업에 관한 협정, 재일교포의 법적 지위 및 대우에 관한 협정, 문화재 및 문화협력에 관한 협정 등 4개의 부속협정이 체결되기에 이르렀다.

(4) 피청구인이 제출한 ‘청구권 관계 해설자료’에 의하면, 제1차 한·일회담(1952. 2. 15.~ 4. 25.)시 우리 정부는 ‘한·일간 재산 및 청구권 협정 요강 8개항’(이하 ‘8개 항목’이라 한다)을 제시하였는데, 이는 1. 한국에서 반출된 고서적, 미술품, 골동품, 그 외 국보, 지도원판 및 지금, 지은을 반환할 것, 2. 1945. 8. 9. 현재, 일본 정부의 대 조선총독부 채무를 변제할 것, 3. 1945. 8. 9. 이후, 한국에서 이체 또는 송금된 금액을 반환할 것, 4. 1945. 8. 9. 현재, 한국에 본사 또는 주 사무소가 있는 법인의 재일 재산을 반환할 것, 5. 한국법인 또는 자연인의 일본 및 일본국민에 대한 일본국채, 공채, 일본은행권, 피징용 한국인의 미수금, 그 외 한국인의 청구권을 변제할 것, 6. 한국 법인 또는 한국 자연인 소유의 일본 법인 주식 또는 그 외 증권을 법적으로 인정할 것, 7. 전기 재산 또는 청구권에서 발생한 과실을 반환할 것, 8. 전기 반환 및 결제는 협정 성립 후 즉시 개시하고 늦어도 6개월 이내에 종료할 것의 8개 항목이다.

(5) 그러나 제1차 회담은 위 8개 항목의 청구권 주장에 대응한 일본 측의 대한·일본인재산청구권 주장으로 결렬되었고, 이후 독도 문제 및 평화선 문제에 대한 이견, “일본에 의한 36년간의 한국통치는 한국에 유익한 것이었다.”는 일본 측 수석대표 구보타(久保田) 망언 및 양국의 정치적 상황 등으로 제4차 한·일회담까지는 청구권 문제에 관한 실질적 논의가 이루어지지 않았다.

(6) 그 뒤 8개 항목에 대한 실질적 토의가 이루어진 것은 제5차 한·일회담(1960. 10. 25.~1961. 5. 15.)이었는데, 8개 항목 각 항에 대한 일본 측의 입장은 대체로, 제1항과 관련하여서는, 지금 및 지은은 합법적인 절차에 의하여 반출한 것이므로 반환의 법적 근거가 없고, 제2, 3, 4항과 관련하여서는, 한국이 소유권을 주장할 수 있는 것은 미군정법령 제33호가 공포된 1945. 12. 6. 이후의 것에 한하며, 제5항과 관련하여서는 한국 측이 개인의 피해에 대한 보상 문제를 들고 나오는 것에 강하게 반발하면서 한국 측에 철저한 근거의 제시를 요구, 즉, 구체적인 징용, 징병의 인원수나 증거자료를 요구하는 것이었다. 이처럼 제5차 회담의 청구권 위원회에서는 1961. 5. 16. 군사정변에 의해 회담이 중단되기까지 8개 항목의 제1항부터 제5항까지 토의가 진행되었으나 근본적인 인식의 차이를 확인하였을 뿐, 실질적인 의견 접근을 이루는 데는 실패하였다.

(7) 이에 1961. 10. 20. 제6차 한·일회담이 재개된 후에는 청구권에 대한 세부적 논의는 시일만 소요될 뿐 해결이 요원하다는 판단 하에 정치적 측면의 접근이 모색되었다. 1961. 11. 22. 박정희·이케다 회담 이후 1962. 3. 외상회담에서는 한국 측의 지불요구액과 일본 측의 지불용의액을 비공식적으로 제시하기로 하였고, 그 결과 한국 측의 순변제(純辨濟) 7억 불에 대하여 일본 측의 순변제 7만 4천불 및 차관 2억 불이라는 차이가 확인되었다.

(8) 이러한 상황에서, 일본 측은 당초부터 청구권에 대한 순변제로 하면 법률관계와 사실관계를 엄격히 따져야 될 뿐 아니라 38선 이남에 국한되어야 하며 그 금액도 적어져서 한국 측이 수락할 수 없게 될 터이니, 유상과 무상의 경제협력의 형식을 취하여 금액을 상당한 정도로 올리고 그 대신 청구권을 포기하도록 하자고 제안하였다. 이에 대하여 한국측은 청구권에 대한 순변제로 받아야 하는 입장이나 문제를 대국적 견지에서 해결하기 위하여 청구권 해결의 테두리 안에서 순변제와 무상조 지불의 2개 명목으로 해결할 것을 처음에 주

장하였고, 그 후에 다시 양보하여 청구권 해결의 테두리 안에서 순변제 및 무상조 지불의 2개 명목으로 하되 그 금액을 각각 구분 표시하지 않고 총액만 표시하는 방법으로 해결할 것을 제의하였다.

(9) 이후 김종필 당시 중앙정보부장은 일본에서 이케다 일본 수상과 1차, 오히라 일본 외상과 전후 2차에 걸쳐서 회담하고, 오히라 외상과의 1962. 11. 12. 제2차 회담시 청구권 문제의 금액, 지불세목 및 조건 등에 관하여 양측 정부에 건의할 타결안에 관한 원칙적인 합의를 하였고, 구체적 조정과정을 거쳐 제7차 한·일 회담이 진행 중이던 1965. 4. 3. 당시 외무부 장관이던 이동원과 일본의 외무부 대신이었던 시이나 간에 ‘한·일 간의 청구권 문제 해결 및 경제협력에 관한 합의’가 이루어졌으며, 1965. 6. 22. 명목을 구분표시하지 않고 일본이 대한민국에게 일정 금액을 무상 및 차관으로 지불하되, 양 체약국 및 그 국민(법인을 포함함)의 재산, 권리 및 이익과 양 체약국 및 그 국민간의 청구권에 관한 문제를 완전히 그리고 최종적으로 해결하는 것을 내용으로 하는 이 사건 협정이 체결되었다.

(10) 그 후 우리 정부는 1966. 2. 19. ‘청구권자금의운용및관리에관한법률’(1982. 12. 31. 법률 제3613호로 폐지)을 제정하여 무상자금 중 민간보상의 법률적 근거를 마련하였고, 이후 1971. 1. 19. ‘대일민간청구권신고에관한법률’(1982. 12. 31. 법률 제3614호로 폐지)을 제정하여 보상신청을 받았으나, 그 대상은 일제에 의해 강제로 징용·징병된 사람 중 사망자와 위 회담 과정에서 대일 민간청구권자로 논의되어 알려졌던 민사채권 또는 은행예금채권 등을 가지고 있는 민사청구권 보유자에 한정되었고, 그 뒤 1974. 12. 21. ‘대일 민간청구권 보상에 관한 법률’(1982. 12. 31. 법률 제3614호로 폐지)을 제정하여 1975. 7. 1.부터 1977. 6. 30.까지 합계 91억 8,769만 3천원을 지급하였다.

(11) 일본군위안부 문제는 이 사건 협정체결을 위한 한·일 국교정상화 회담이 진행되는 동안 전혀 논의되지 않았고, 8개 항목 청구권에도 포함되지 않았으며, 이 사건 협정 체결 후 입법조치에 의한 보상대상에도 포함되지 않았다.

나. 일본군위안부 문제의 제기와 진행

(1) 1990. 11. 16. 한국정신대문제대책협의회 발족과 1991. 8. 일본군위안부 피해자인 김○순(1997. 12. 사망)의 공개기자회견을 통하여 일본군위안부 피해자 문제가 본격적으로 제기되었다.

(2) 일본 정부는 그에 관한 책임을 완전히 부인하면서 군위안부를 민간의 접객업자가 군을 따라다니며 데리고 다닌 ‘매춘부’라고 인식하고 있음을 시사하는 발언을 하였으나, 당시 중앙대학 교수이던 요시미 요시아키(吉見義明)가 1992. 1. 일본방위청 방위연구소 도서관에서 일본군이 군위안부 징집에 직접 관여한 관계공문서 6점을 찾아내자, 그 입장을 대폭 수정하지 않을 수 없게 되었다.

(3) 피해자의 출현과 관련 자료의 발굴 및 안팎의 여론에 밀려 진상 조사에 착수한 일본 정부는, 1992. 7. 위안부 문제에 대한 정부의 관여는 인정하였으나 강제연행을 입증하는 자료는 없다는 1차 조사결과를 공표하였다가, 1993. 8. 4. 제2차 정부조사결과와 함께 일본군 및 관헌의 관여와 징집·사역에서의 강제를 인정하고, 문제의 본질이 중대한 인권 침해였음을 승인하며 사죄하는 내용의 고노 관방장관의 담화를 발표하였다.

(4) 위안소는 1932년 상해사변시 구 일본군 병사에 의해 강간사건이 다발하면서 현지인들의 반발과 성병 등의 문제로 이어지자 그 방지책으로서 일본해군이 설치한 것이 최초였다. 일본군은 1937. 7.부터 중일전쟁으로 병력을 중국으로 다수 송출하면서 점령지에 군위안소를 설치 했는데, 1937. 12. 남경대학살 이후 그 수가 증가되었다. 이에 군인들에게 ‘정신적 위안’을 제공함으로써 언제 날지 모르는 전쟁에서 이탈하려는 군인들의 사기를 진작시키고 불만을 유화시키며, 특히 일본어를 할 모르는 식민지 여성들을 ‘위안부’로 ‘고용’함으

로써 군의 기밀이 어나 수 있는 가능성을 이 다는 의도도 포함되어 있었다.

1941년부터 아시아태평양전쟁 중 일본군은 동남아시아, 태평양지역의 점령지역에서도 군 위안소를 설치 다. 공문서에 의해 확인된 군위안소설치지역으로는 조선, 중국, 콩, 마카 오, 필리핀 등 일본이 침략한 지역이다. 일본군위안부의 수는 8만에서 10만 혹은 20만 정도로까지 추정되고 있으며, 그 중 80%는 조선 여성들이었고, 그 외 일본군위안부 피해자의 국적은 필리핀, 중국, 대만, 네덜란드 등이다.

(5) 이에 우리 정부는 1993. 6. 11. ‘일제하 일본군 위안부에 대한 생활안정지원법(법률 제 4565호)’을 제정하여 일본군위안부 피해자들에게 생활지원금을 지급하기 시작하였지만, 일본 정부는 일본군위안부 피해자에 대한 보상은 이 사건 협정으로 이미 모두 해결된 상태라서 룽게 법적 조치를 취할 수 없다는 입장을 고수하면서, 1994. 8. 31. 군위안부 피해자들의 명예와 존엄 훼손에 대한 도의적인 책임으로 인도적 견지에서 개별적인 위로금이나 정착금을 지급할 수 있고 정부 차원이 아닌 민간 차원에서 아시아여성발전기금의 조성 등을 모색 하 다는 입장을 밝혔다.

(6) 한국, 대만 등지의 일본군위안부 피해자들과 지원단체들은 아시아여성발전기금의 본질이 일본 정부의 책임회피라고 판단하고, 일본군위안부 피해자들을 정당한 배상의 대상이 아닌 인도주의적 자선사업의 대상으로 보는 기금에 일찌감치 반대 입장을 표명하였으며, 우리 정부는 일본 정부를 상대로 아시아여성기금의 활동을 중단할 것을 요구하였으나 받아들여지지 않자, 위 기금에서 돈을 받지 않는다는 조건으로 정부예산과 민간모금액을 합쳐 위 기금이 지급하려 한 4,300만 원을 피해자들에게 일시금으로 지급하였다.

(7) 한편, 김○순을 비롯한 9명의 일본군위안부 피해자들은 1991. 12. 6. 일본을 상대로 아시아태평양전쟁희생자 보상청구를 하였으나, 2004. 11. 29. 최고재판소에서 상고가 기각되면서 패소로 막을 내렸다. 위 소송과정에서 항소심인 도쿄고등재판소는 원고들이 안전배려의 무 및 불법행위에 근거한 손해배상채권을 취득하였을 가능성이 있으나, 이는 이 사건 협정 제2조 제3항의 재산, 권리 및 이익에 해당하여 모두 소멸하였다고 판시하였다. 또한 1992. 12. 25. 제기된 부산 군대성노예 여자근로정신대 공식사죄 등 청구소송에서도 1심에서 일부 승소하였으나 항소심에서 파기되었고, 최고재판소에서 2003. 3. 25. 상고불수리결정이 내려졌다. 나아가 재일한국인 송신도 등이 1993. 4. 5. 제기한 군대성노예 사죄보상소송도 2003. 3. 28. 최고재판소에서 최종 기각되는 것으로 종결되었다.

(8) 이에 우리 정부는 2004. 2. 13. 한·일회담 관련 문서의 공개를 명하는 판결에 따라 관련문서가 공개되자, 국무총리를 공동위원장으로 하고 피청구인을 정부위원으로 하는 ‘민관 공동위원회’의 2005. 8. 26. 결정을 통해, 이 사건 협정은 샌프란시스코 조약 제4조에 근거하여 한·일 양국 간의 재정적·민사적 채권·채무관계를 해결하기 위한 것이었고, 일본군 위안부 문제 등과 같이 일본 정부 등 국가권력이 관여한 ‘반인도적 불법행위’에 대해서는 이 사건 협정에 의하여 해결된 것으로 볼 수 없으므로 일본 정부의 법적 책임이 인정된다는 입장을 밝혔다.

그러나 일본 정부는 아래에서 보는 미 하원의 결의안 채택, 2008년 유엔인권이사회 정기 검토회의의 ‘위안부’ 문제의 해결을 촉구하는 각국의 권고와 질의를 담은 실무그룹 보고서의 정식 채택에 맞서서, ① 고노 담화를 통한 사과, ② 이 사건 협정을 통한 법적 문제의 해결, ③ 아시아여성기금의 활동 등을 통해 일본군위안부 관련 문제가 완결되었다고 주장하였다.

(9) 위와 같은 일련의 일본 정부의 조치 및 태도는 피해자들은 물론이고 국제사회로부터도 수용되지 못 다.

유엔 인권소위원회는 일본군위안부 문제에 대하여 지속적인 연구활동을 수행하여 왔는데, 그 첫 번째 보고서인 1996. 1. 4.자 ‘쿠마라스와미 보고서’에서는, 2차 대전 때 강제연행된

일본군위안부에 대한 일본국의 인권침해는 명백히 국제법 위반이라는 점을 확인하고, 일본에 대하여 국가차원의 손해배상, 책임자 처벌, 정부 보관중인 모든 자료의 공개, 서면을 통한 공식사죄, 교과서 개정 등을 권고하는 6개 항의 권고안을 제시하였으며, 1996. 4. 19. 제 52차 유엔 인권위원회에서 위 보고서의 채택결의가 있었다.

또한 1998. 8. 12. 유엔 인권소위원회(차별방지 소수자 보호 소위원회)에서는 위 쿠마라스와미 보고서의 내용이 보강된 특별보고관 게이 맥두걸의 일본 정부의 법적 배상책임, 책임자 처벌을 골자로 하는 보고서가 발표되어 채택되었다. 위 ‘맥두걸 보고서’에서는 ① 위안부 제도가 성노예제라는 것을 분명히 하고, 위안소를 강간센터(rape center, rape camp)로 규정하여 강제성을 부각하였고, ② 일본의 책임자 처벌문제를 강조하면서 생존 전범의 색출을 주장하였으며, ③ 유엔사무총장은 일본 정부로부터 최소한 연 2회 이상 진행사항을 보고받고, 유엔 인권위원회 고등판무관은 일본 정부와 협력하여 책임자의 처벌 및 적절한 배상을 위한 패널을 구성하는 등 유엔의 적극적인 개입을 요구하였고, ④ 생존자들이 고통인 점을 고려하여 긴급하고 신속하게 일본 정부의 배상이 이루어져야 한다는 점이 강조되었다.

(10) 이후 고이즈미, 아베 정권 등 일본의 보수우경화로 일본군위안부 문제를 교과서에서 삭제하고 고노 담화마저 수정하려는 움직임이 일자, 아래에서 보는 바와 같이 개별국가에서도 이에 대하여 단호하게 대처하기 시작하였다.

미국 하원은 2007. 7. 30. 만장일치로 일본군위안부 결의안을 채택하였는데, 그 주요내용은 ① 일본 정부는 1930년대부터 제2차 세계대전 종전에 이르기까지 아시아 국가들과 태평양 제도를 식민지화하거나 전시에 점령하는 과정에서 일본 제국주의 군대가 강제로 젊은 여성들을 위안부로 알려진 성의 노예로 만든 사실을 확실하고 분명한 태도로 공식 인정하면서 사과하고 역사적인 책임을 져야 한다. ② 일본 정부는 일본군들이 위안부를 성의 노예로 삼고 인신매매를 한 사실이 없다는 어떠한 주장에 대해서도 분명하고 공개적으로 반박하여야 한다. ③ 일본 정부는 국제사회가 제시한 위안부 권고에 따라 현 세대와 미래세대를 대상으로 끔찍한 범죄에 대한 교육을 해야 한다는 것 등이다.

그 후 네덜란드 하원(2007. 11. 8.), 캐나다 연방의회 하원(2007. 11. 28.), 유럽의회(2007. 12. 13.)가 20만 명 이상의 여성들을 위안부로 강제동원해 저지른 만행에 대한 일본 정부의 공식사과와 역사적·법적 책임의 인정, 피해자들에 대한 보상, 위안부 강제동원 사실을 현재와 미래의 세대들에게 교육시킬 것 등을 포함한 결의안을 순차로 채택하였다.

(11) 유엔인권이사회는 2008. 6. 12. 일본 인권상황 정기검토를 통해 일본군위안부 문제에 대해 각국의 권고와 질의를 담은 실무그룹보고서를 정식으로 채택하였으며, 유엔 B규약인권위원회는 2008. 10. 30. 제네바에서 일본의 인권과 관련된 심사보고서를 발표하고, 일본 정부에 대해 처음으로 일본군위안부 문제의 법적 책임을 인정하고 피해자 다수가 수용할 수 있는 형태로 사죄할 것을 권고 다.

(12) 우리나라에서도 2008. 10. 27. 일본군위안부 피해자 명예회복을 위한 공식사과 및 배상추구 결의안이 전체 의원 261명 중 260명의 찬성으로 국회 본회의를 통과 고, 2009. 7. 대구광역시의회를 시작으로 2011. 3. 현재 46개에 이르는 전국 기초광역의회에서 일본군위안부 문제 해결을 촉구하는 결의를 채택하였다. 또한 대한변호사협회와 일본변호사협회는 2010. 12. 11. 일본군위안부 문제에 대하여 ① 이 사건 협정의 완전 최종 해결 조항의 내용과 범위에 관한 양국 정부의 일관성 없는 해석·대응이 피해자들의 정당한 권리 구제를 방해하고 피해자들의 불신감을 조장해 왔다는 것을 확인하고, ② 사죄 및 금전보상을 포함한 일본군위안부 문제의 해결을 위한 입법이 일본 정부 및 국회에 의해 신속하게 이루어져야 함을 확인하는 내용의 공동성명을 발표하였다. 그 결의들 및 성명은 한 사람의 피해자라도 더 살아 있을 때 일본 정부가 입법을 통해 문제를 해결할 것을 촉구하고 있으며, 한국 정부에도 보다 적극

적인 외교정책을 취할 것 등을 요구하고 있다.

4. 적법요건에 대한 판단

가. 행정부작위에 대한 헌법소원

행정권력의 부작위에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위 내지 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에만 허용된다(헌재 2000. 3. 30. 98헌마206, 판례집 12-1, 393, 393- 393).

위에서 말하는 “공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어”가 의미하는 바는, 첫째, 헌법상 명문으로 공권력 주체의 작위의무가 규정되어 있는 경우, 둘째, 헌법의 해석상 공권력 주체의 작위의무가 도출되는 경우, 셋째, 공권력 주체의 작위의무가 법령에 구체적으로 규정되어 있는 경우 등을 포괄하고 있는 것으로 볼 수 있다(헌재 2004. 10. 28. 2003헌마898, 판례집 16-2하, 212, 219).

나. 피청구인의 작위의무

만약 공권력의 주체에게 위와 같은 작위의무가 없다면 헌법소원은 부적법하게 되므로, 이 사건에서 피청구인에게 위와 같은 작위의무가 존재하는지를 살핀다.

이 사건 협정은 헌법에 의하여 체결·공포된 조약으로서 헌법 제6조 제1항에 따라 국내법과 같은 효력을 가진다. 그런데 위 협정 제3조 제1항은, “본 협정의 해석 및 실시에 관한 양 체약국 간의 분쟁은 우선 외교상의 경로를 통하여 해결한다.”, 같은 조 제2항은, “1.의 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 중재위원과 이와 같이 선정된 2인의 중재위원이 당해 기간 후의 30일의 기간 내에 합의하는 제3의 중재위원 또는 당해 기간 내에 이들 2인의 중재위원이 합의하는 제3국의 정부가 지명하는 제3의 중재위원과의 3인의 중재위원으로 구성되는 중재위원회에 결정을 위하여 회부한다.”라고 각 규정하고 있다.

위 분쟁해결조항에 의하면, 이 사건 협정의 해석에 관하여 우리나라와 일본 간에 분쟁이 발생한 경우, 정부는 이에 따라 1차적으로는 외교상 경로를 통하여, 2차적으로는 중재에 의하여 해결하도록 하고 있는데, 이것이 앞에서 본 ‘공권력 주체의 작위의무가 법령에 구체적으로 규정되어 있는 경우’에 해당하는지를 본다.

청구인들은 일제에 의하여 강제로 동원되어 성적 학대를 받으며 위안부로서의 생활을 강요당한 ‘일본군위안부 피해자’들로서, 일본국에 대하여 그로 인한 손해배상을 청구하였으나, 일본국은 이 사건 협정에 의하여 배상청구권이 모두 소멸되었다며 청구인들에 대한 배상을 거부하고 있는 반면, 우리 정부는 앞에서 본 바와 같이 청구인들의 위 배상청구권은 이 사건 협정에 의하여 해결된 것이 아니어서 아직까지 존속한다는 입장이므로, 결국 이 사건 협정의 해석에 관하여 한·일간에 분쟁이 발생한 상태이다.

우리 헌법은 제10조에서 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”고 규정하고 있는데, 이 때 인간의 존엄성은 최고의 헌법적 가치이자 국가목표규범으로서 모든 국가기관을 구속하며, 그리하여 국가는 인간존엄성을 실현해야 할 의무와 과제를 안게 됨을 의미한다. 따라서 인간의 존엄성은 ‘국가권력의 한계’로서 국가에 의한 침해로부터 보호받을 개인의 방어권일 뿐 아니라, ‘국가권력의 과제’로서 국민이 제3자에 의하여 인간존엄성을 위협받을 때 국가는 이를 보호할 의무를 부담한다.

또한 헌법 제2조 제2항은 “국가는 법률이 정하는 바에 의하여 재외국민을 보호할 의무를

진다.”라고 규정하고 있는바, 이러한 재외국민 보호의무에 관하여 헌법재판소는 “헌법 제2조 제2항에서 규정한 재외국민을 보호할 국가의 의무에 의하여 재외국민이 거류국에 있는 동안 받는 보호는 조약 기타 일반적으로 승인된 국제법규와 당해 거류국의 법령에 의하여 누릴 수 있는 모든 분야에서의 정당한 대우를 받도록 거류국과의 관계에서 국가가 하는 외교적 보호와 국외거주 국민에 대하여 정치적인 고려에서 특별히 법률로써 정하여 베푸는 법률·문화·교육 기타 제반영역에서의 지원을 뜻하는 것이다.”라고 판시함으로써(헌재 1993. 12. 23. 89헌마189, 판례집 5-2, 646), 국가의 재외국민에 대한 보호의무가 헌법에서 도출되는 것임을 인정한 바 있다.

한편, 우리 헌법은 전문에서 “3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통”의 계승을 천명하고 있는바, 비록 우리 헌법이 제정되기 전의 일이라 할지라도 국가가 국민의 안전과 생명을 보호하여야 할 가장 기본적인 의무를 수행하지 못한 일제강점기에 일본군위안부로 강제 동원되어 인간의 존엄과 가치가 말살된 상태에서 장기간 비극적인 삶을 영위하였던 피해자들의 훼손된 인간의 존엄과 가치를 회복시켜야 할 의무는 대한민국임시정부의 법통을 계승한 지금의 정부가 국민에 대하여 부담하는 가장 근본적인 보호의무에 속한다고 할 것이다.

위와 같은 헌법 규정들 및 이 사건 협정 제3조의 문언에 비추어 볼 때, 피청구인이 위 제3조에 따라 분쟁해결의 절차로 나아갈 의무는 일본국에 의해 자행된 조직적이고 지속적인 불법행위에 의하여 인간의 존엄과 가치를 심각하게 훼손당한 자국민들이 배상청구권을 실현할 수 있도록 협력하고 보호하여야 할 헌법적 요청에 의한 것으로서, 그 의무의 이행이 없으면 청구인들의 기본권이 중대하게 침해될 가능성이 있으므로, 피청구인의 작위의무는 헌법에서 유래하는 작위의무로서 그것이 법령에 구체적으로 규정되어 있는 경우라고 할 것이다.

나아가 특히, 우리 정부가 직접 일본군위안부 피해자들의 기본권을 침해하는 행위를 한 것은 아니지만, 위 피해자들의 일본에 대한 배상청구권의 실현 및 인간으로서의 존엄과 가치의 회복을 하는 데 있어서 현재의 장애상태가 초래된 것은 우리 정부가 청구권의 내용을 명확히 하지 않고 ‘모든 청구권’이라는 포괄적 개념을 사용하여 이 사건 협정을 체결한 것에도 책임이 있다는 점에 주목한다면, 피청구인에게 그 장애상태를 제거하는 행위로 나아가야 할 구체적 작위의무가 있음을 부인하기 어렵다.

다. 공권력의 불행사

피청구인은, 우리 정부가 우선 ‘외교상의 경로’를 통하여 분쟁을 해결하기로 하면서 여러 가지 외교상의 방식 중 일본 정부에 대한 금전적 배상책임은 묻지 않는 대신, 우리 정부가 위안부 피해자들에 대하여 경제적 지원 및 보상을 해주는 한편, 일본 정부에 대해서는 보다 중요하고 근본적 문제인 철저한 진상규명, 공식적인 사죄와 반성, 올바른 역사교육의 실시 등을 지속적으로 요구하며 국제사회에서 지속적으로 위안부에 관한 문제를 제기하는 방식을 택하였는바, 이는 우리 정부에 폭넓게 인정되는 외교적 재량권을 정당하게 행사한 것이고 이 사건 협정 제3조 제1항의 ‘외교상의 경로’를 통한 분쟁해결조치에 당연히 포함되는 것이므로 공권력의 불행사가 아니라고 주장한다.

그러나 이 사건에서 문제되는 공권력의 불행사는 이 사건 협정에 의하여 일본군위안부 피해자들의 일본에 대한 배상청구권이 소멸되었는지 여부에 관한 해석상의 분쟁을 해결하기 위하여 이 사건 협정 제3조의 분쟁해결절차로 나아갈 의무의 불이행을 가리키는 것이므로, 일본에 대한 위 피해자들의 배상청구권 문제를 도외시한 외교적 조치는 이 사건 작위의무의 이행에 포함되지 않는다. 또한, 청구인들의 인간으로서의 존엄과 가치를 회복한다는 관점에서 볼 때, 가해자인 일본국이 잘못을 인정하고 법적 책임을 지는 것과 우리 정부가 위안부

피해자들에게 사회보장적 차원의 금전을 제공하는 것은 전혀 다른 차원의 문제이므로, 우리 정부가 피해자들에게 일부 생활지원 등을 하고 있다고 하여 위 작위의무의 이행으로 볼 수는 없다.

피청구인의 주장에 의하더라도, 우리 정부는 1990년대부터 일본 정부에 대해서 금전적인 배상책임은 묻지 않는다는 방침을 정하였고, 한·일협정 관련문서의 전면공개가 이루어진 후에도 2006. 4. 10. “일본 측과 소모적인 법적 논쟁으로 발전될 가능성이 크므로 이와 관련되어 일본 정부를 상대로 문제해결을 위한 조치를 하지 않 다.”고 관련단체에 회신한 바 있으며, 이 사건 청구가 제기된 이후 제출한 서면에서도 이 사건 협정의 해석과 관련한 분쟁에 대해서는 아무런 조치를 취하지 않 다는 의사를 거듭 밝힌 바 있다.

한편, 우리 정부는 앞서 본 바와 같이 2005. 8. 26. ‘민관공동위원회’의 결정을 통해 일본 군위안부 문제는 이 사건 협정에 의하여 해결된 것으로 볼 수 없다고 선언한 바 있는데, 이것이 이 사건 협정 제3조의 외교상 경로를 통한 분쟁해결조치에 해당된다고는 보기 어렵고, 가사 해당된다고 보더라도 이러한 분쟁해결노력은 지속적으로 추진되어야 하고 더 이상 외교상의 경로를 통하여 분쟁을 해결할 수 있는 방법이 없다면 이 사건 협정 제3조에 따라 중재회부절차로 나아가야 할 것인데, 피청구인은 2008년 이후 일본군위안부 문제를 직접적으로 언급하지도 않을 뿐만 아니라 이를 해결하기 위한 별다른 계획도 없다는 것이므로, 어느 모로 보더라도 작위의무를 이행한 것이라고는 할 수 없다.

라. 소결

그렇다면 피청구인은 헌법에서 유래하는 작위의무가 있음에도 이를 이행하지 아니하여 청구인들의 기본권을 침해하였을 가능성이 있다.

따라서, 이하에서는 본안에 나아가 피청구인이 위와 같은 작위의무의 이행을 거부 또는 해태하고 있는 것이 청구인들의 기본권을 침해하여 위헌인지 여부에 관하여 살펴보기로 한다.

5. 본안에 대한 판단

가. 이 사건 협정 관련 해석상 분쟁의 존재

(1) 이 사건 협정 제2조 제1항은 “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 일본국과의 평화조약 제4조 (a)에 규정된 것을 포함하여 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것이 된다는 것을 확인한다.”고 규정하고 있다. 이와 관련하여 합의의사록 제2조 (g)항은 위 제2조 제1항에서 말하는 “완전히 그리고 최종적으로 해결된 것으로 되는 양국 및 그 국민의 재산, 권리 및 이익과 양국 및 그 국민 간의 청구권에 관한 문제에는 한·일회담에서 한국측으로부터 제출된 ‘한국의 대일 청구 요강’(소위 8개 항목)의 범위에 속하는 모든 청구가 포함되어 있고, 따라서 동 대일청구요강에 관하여는 어떠한 주장도 할 수 없게 됨을 확인하였다.”고 기재되어 있다.

(2) 이 사건 협정 제2조 제1항의 해석과 관련하여, 앞서 본 바와 같이, 일본국 정부 및 사법부의 입장은 일본군위안부 피해자를 포함한 우리 국민의 일본국에 대한 배상청구권은 모두 포괄적으로 이 사건 협정에 포함되었고 이 사건 협정의 체결 및 그 이행으로 포기되었거나 그 배상이 종료되었다는 것이며, 반면, 우리 정부는 2005. 8. 26. ‘민관공동위원회’의 결정을 통해, 일본군 위안부 문제 등과 같이 일본 정부 등 국가권력이 관여한 ‘반인도적 불법 행위’에 대해서는 이 사건 협정에 의하여 해결된 것으로 볼 수 없으므로 일본 정부의 법적 책임이 인정된다는 입장을 밝힌 바 있다.

(3) 피청구인은 이 사건 헌법소원심판과정에서도, 일본은 이 사건 협정에 의해 일본군위안

부 피해자의 일본에 대한 배상청구권이 소멸되었다는 입장인 반면 우리 정부의 입장은 일본 군위안부 피해자의 배상청구권은 이 사건 협정에 포함되지 않았다는 것이어서 이에 대하여는 양국의 입장 차이가 있고, 이는 이 사건 협정 제3조의 '분쟁'에 해당하는 것이라고 반복하여 확인하였다.

또한 이 사건 변론 후 제출한 2009. 6. 19.자 참고서면에서도 “우리 정부가 우선 ‘외교상의 경로’를 통하여 분쟁을 해결하기로 하면서, 여러 가지 외교상의 방식 중 ... 방식을 택한 것은 우리 정부에 폭넓게 인정되는 재량권을 정당하게 행사한 것으로, 이 역시 이 사건 협정 제3조 제1항의 ‘외교상의 경로’를 통한 분쟁해결조치에 당연히 포함되는 것”이라고 하여 이 사건 협정의 해석상 분쟁이 존재함을 전제로 주장을 전개하였다.

(4) 따라서 이 사건 협정 제2조 제1항의 대일청구권에 일본군위안부 피해자의 배상청구권이 포함되는지 여부에 관한 한·일 양국 간에 해석 차이가 존재하고, 그것이 위 협정 제3조의 '분쟁'에 해당한다는 것은 명백하다.

나. 분쟁의 해결절차

이 사건 협정 제3조 제1항은 ‘본 협정의 해석 및 실시에 관한 양 체약국의 분쟁은 우선 외교적인 경로를 통하여 해결한다’고 규정하고, 제2항은 제1항의 규정에 의하여 해결할 수 없는 분쟁은 중재에 의하여 해결하도록 규정하고 있다. 즉, 위 규정들은 협정체결 당시 그 해석에 관한 분쟁의 발생을 예상하여 그 해결의 주체를 협정체결 당사자인 각 국가로 정하면서, 분쟁해결의 원칙 및 절차를 정한 것이다.

그러므로 피청구인은 위 분쟁이 발생한 이상, 협정 제3조에 의한 분쟁해결절차에 따라 외교적 경로를 통하여 해결하여야 하고, 그러한 해결의 노력이 소진된 경우 이를 중재에 회부하여야 하는 것이 원칙이다.

따라서, 이러한 분쟁해결절차로 나아가지 않은 피청구인의 부작위가 청구인들의 기본권을 침해하여 위헌인지 여부를 검토하기로 한다.

다. 피청구인의 부작위의 기본권 침해 여부

(1) 선례와의 구별

헌법재판소는 이 사건 협정 제3조 제2항에 따라 중재요청을 하지 않은 부작위가 위헌이라고 주장한 사건(헌재 2000. 3. 30. 98헌마206 중재요청불이행 위헌확인사건)에서 “이 사건 협정 제3조의 형식과 내용으로 보나 외교적 문제의 특성으로 보나, 협정의 해석 및 실시에 관한 분쟁을 해결하기 위하여 외교상의 경로를 통할 것인가 아니면 중재에 회부할 것인가에 관한 우리나라 정부의 재량범위는 상당히 넓은 것으로 볼 수밖에 없고, 따라서 이 사건 협정당사자인 양국 간의 외교적 교섭이 장기간 효과를 보지 못하고 있다고 하여 제일 한국인 피징용 부상자 및 그 유족들인 청구인들과의 관계에서 정부가 반드시 중재에 회부하여야 할 의무를 부담하게 된다고 보기는 어렵고, 마찬가지로 청구인들에게 중재회부를 해달라고 우리나라 정부에 청구할 수 있는 권리가 생긴다고 보기도 어려우며, 국가의 재외국민보호의무(헌법 제2조 제2항)나 개인의 기본적 인권에 대한 보호의무(헌법 제10조)에 의하더라도 여전히 이 사건 협정의 해석 및 실시에 관한 한·일 양국 간의 분쟁을 중재라는 특정 수단에 회부하여 해결하여야 할 정부의 구체적 작위의무와 청구인들의 이를 청구할 수 있는 권리가 인정되지 아니한다.”고 판시한 바 있다.

위 결정은 피청구인이 이 사건 협정 제3조 제2항의 ‘중재회부에 의한 분쟁해결’ 방식을 취할 의무가 있는지에 관한 것으로서, 제3조 제1항에서 우선적으로 외교상의 통로를 통한 문제해결을 모색하도록 하고 있음에도 이를 제쳐 두고 제3조 제2항의 ‘중재회부방식에 의한 분쟁해결’을 도모할 피청구인의 의무를 곧바로 도출할 수 있는지가 문제되었다.

그러나 이 사건에서의 쟁점은, 피청구인이 이 사건 협정 제3조 제1항, 제2항에 의한 분쟁

해결로 나아가야 할 의무를 지는가 하는 점이고, 특히 제3조 제1항에서는 특정방식이 아닌 광범위한 외교상의 경로를 통한 해결을 규정하고 있으므로, 이 사건 협정의 해석에 관한 한·일 양국 간의 분쟁이 발생한 현 시점에서 피청구인이 이 사건 협정의 해석에 관한 분쟁을 해결하기 위하여 우선적으로 외교상의 경로를 통하여 해결을 모색하고 외교상의 경로를 통하여 해결을 하지 못하는 경우 중재회부로 나아가야 할 헌법적 작위의무가 있는지 여부이다.

즉 이 사건의 쟁점은, 피청구인이 이 사건 협정의 해석에 관한 분쟁을 해결하기 위한 다양한 방법 중 ‘특정 방법을 취할 작위의무’가 있는지 여부가 아니고, ‘이 사건 협정의 해석에 관한 분쟁을 해결하기 위하여 위 협정의 규정에 따른 외교행위 등을 할 작위의무’가 있는지 여부이므로, 위 선례의 사안과는 구별된다고 할 것이다.

(2) 피청구인의 재량

외교행위는 가치와 법률을 공유하는 하나의 국가 내에 존재하는 국가와 국민과의 관계를 넘어 가치와 법률을 서로 달리하는 국제환경에서 국가와 국가 간의 관계를 다루는 것이므로, 정부가 분쟁의 상황과 성질, 국내외 정세, 국제법과 보편적으로 통용되는 관행 등을 감안하여 정책결정을 함에 있어 폭넓은 재량이 허용되는 영역임을 부인할 수 없다.

그러나, 헌법상의 기본권은 모든 국가권력을 기속하므로 행정권력 역시 이러한 기본권 보호의무에 따라 기본권이 실효적으로 보장될 수 있도록 행사되어야 하고, 외교행위라는 영역도 사법심사의 대상에서 완전히 배제되는 것으로는 볼 수 없다. 특정 국민의 기본권이 관련되는 외교행위에 있어서, 앞서 본 바와 같이 법령에 규정된 구체적 작위의무의 불이행이 헌법상 기본권 보호의무에 대한 명백한 위반이라고 판단되는 경우에는 기본권 침해행위로서 위헌이라고 선언되어야 한다. 결국 피청구인의 재량은 침해되는 기본권의 중대성, 기본권침해 위협의 절박성, 기본권의 구제가능성, 진정한 국익에 반하는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 국가기관의 기본권 기속성에 합당한 범위 내로 제한될 수 밖에 없다.

(3) 부작위로 인한 기본권 침해 여부

(가) 침해되는 기본권의 중대성

일본군위안부 피해는, 일본국과 일본군에 의해 강제로 동원되고 그 감시 아래 일본군의 성노예를 강요당한 것에 기인하는 것으로, 달리 그 예를 발견할 수 없는 특수한 피해이다.

일본군위안부 피해의 특수성은 국제사회는 물론이고 일본의 재판소에 의해서도 확인되었다. 1994. 9. 2. 발표된 유엔의 NGO 국제법률가위원회의 보고서와 1996. 2. 6. 공표된 유엔 인권위원회 ‘여성에 대한 폭력 특별보고자’ 쿠마라스와미의 보고서는 이를 “군사적 성노예”라고 정의 다. 1998. 8. 12. 공표된 유엔 인권소위 ‘전시 성노예제 특별보고자’ 게이 맥두걸의 보고서는, 일본군위안부를 강요한 행위는 ‘인도에 대한 죄’에 해당하는 범죄행위라고 단언 다. 2007. 7. 미국 하원이 채택한 일본군위안부 결의안도 일본군위안부를 “일본 정부에 의한 강제 군대 매춘제도이자 잔학성과 규모면에서 20세기 최대의 인신매매 범죄”로 규정하였다. 그리고 1998. 4. 27. 일본군위안부 문제에 관한 입법부작위책임을 인정하여 손해배상을 명한 일본의 야마구찌 지방재판소 시모노세키 지부 판결은, 그 피해를 “철저한 여성차별·민족차별사상의 표현이며, 여성의 인격의 존엄을 근저에서부터 침해하고, 민족의 긍지를 유린하는 것”이라고 판단하였다.

일본국에 의하여 광범위하게 자행된 반인도적 범죄행위에 대하여 일본군위안부 피해자들이 일본에 대하여 가지는 배상청구권은 헌법상 보장되는 재산권일 뿐 아니라, 그 배상청구권의 실현은 무자비하게 지속적으로 침해된 인간으로서의 존엄과 가치 및 신체의 자유를 사후적으로 회복한다는 의미를 가지는 것이므로, 그 배상청구권의 실현을 가로막는 것은 헌법상 재산권 문제에 국한되지 않고 근원적인 인간으로서의 존엄과 가치의 침해와 직접 관련이

있다(헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81, 판례집 20-2 상, 91, 100-101 참조).

(나) 기본권 침해 구제의 절박성

1991년경부터 최근까지 일본군위안부 피해자들이 일본의 법정에서 진행해 온 3차례의 소송은 일본군위안부 피해자들의 배상청구권이 이 사건 협정에 의하여 소멸하였다는 등의 이유로 패소 확정되었다.

이제 일본의 법정을 통한 일본군위안부 피해자의 사법적 구제, 또는 일본 정부의 자발적 사죄 및 구제조치를 기대하는 것은 사실상 불가능하게 되었다. 일본에 의하여 군대성노예로 내몰렸던 2차 세계대전이 난 지도 60여년이 훨씬 넘었고, 피해자들이 일본을 상대로 소송을 시작한지도 20년 남짓 흘렀다.

한편, 2006. 3. 13. 기준으로 '일제하 일본군위안부에 대한 생활안정지원법'의 적용대상자 225명 중 생존자는 125명이었으나, 이 사건 심판청구의 심리 중에도 잇따라 사망하여, 2011. 3. 현재 정부에 등록된 일본군 위안부 피해 생존자는 75명에 불과하고, 이 사건 청구인들은 본래 109명이었으나, 그 사이에 45명이 사망하고 64명만이 생존해 있다. 나아가 현재 생존해 있는 일본군위안부 피해자들도 모두 고령이어서, 더 이상 시간을 지체할 경우 일본군위안부 피해자의 배상청구권을 실현함으로써 역사적 정의를 바로세우고 침해된 인간의 존엄과 가치를 회복하는 것은 영원히 불가능해질 수 있다.

(다) 기본권의 구제가능성

피청구인은 중재회부절차로 나아 경우의 결과의 불확실성 등을 고려하여 우리 정부가 일본군위안부 피해자들에 대하여 경제적 지원 및 보상을 해주는 대신 일본에게 금전적인 배상책임을 묻지 않기로 한 것이라고 주장한다.

침해되는 기본권이 중대하고 그 침해의 위험이 급박하다고 하더라도 구제가능성이 전혀 없는 경우라면 피청구인의 작위의무를 인정하기가 어려울 것이다. 그러나 구제가 완벽하게 보장된 경우에만 작위의무가 인정되는 것은 아니고, 구제가능성이 존재하는 것으로 족하다 할 것이며, 이때 피해자들이 일본 정부에 대한 배상청구가 최종적으로 부인되는 결론이 나올 위험성도 기꺼이 감수하 다고 한다면 피청구인으로서의 피해자들의 의사를 충분히 고려하여야 한다.

2006년 유엔 국제법위원회에 의해 채택되고 총회에 제출된 '외교적 보호에 관한 조문 초안'의 제19조에서도, 외교적 보호를 행사할 권리를 가진 국가는 중대한 피해가 발생 을 경우에 특히 외교적 보호의 행사가능성을 적절히 고려하여야 하고, 가능한 모든 경우에 있어서, 외교적 보호에의 호소 및 청구될 배상에 관한 피해자들의 견해를 고려해야 함을 권고적 관행으로 명시하고 있다.

그런데 청구인들은 이 사건 심판청구를 통하여 피청구인의 작위의무의 이행을 구하고 있으므로 피해자들인 청구인들의 의사는 명확하다 할 것이고, 앞서 살펴 본 이 사건 협정의 체결 경위 및 그 전후의 상황, 여성들에 대한 유례 없는 인권침해에 경악하면서 일본에 대하여 공식적 사실인정과 사죄, 배상을 촉구하고 있는 일련의 국내외적인 움직임을 종합해 볼 때, 피청구인이 이 사건 협정 제3조에 따라 분쟁해결절차로 나아 경우 일본국에 의한 배상이 이루어질 가능성을 미리 배제하여서는 아니된다.

(라) 진정으로 중요한 국익에 반하는지 여부

피청구인은 이 사건 협정 제3조에 의한 분쟁해결조치를 취하면서 일본 정부의 금전배상책임을 주장할 경우 일본 측과의 소모적인 법적 논쟁이나 외교관계의 불편을 초래할 수 있다는 이유를 들어 청구인들이 주장하는 구체적 작위의무의 이행을 하기 어렵다고 주장한다. 그러나, 국제정세에 대한 이해를 바탕으로 한 전략적 선택이 요구되는 외교행위의 특성을 고려한다고 하더라도, '소모적인 법적 논쟁으로의 발전가능성' 또는 '외교관계의 불편'이라는

매우 불분명하고 추상적인 사유를 들어, 그것이 기본권 침해의 중대한 위협에 직면한 청구인들에 대한 구제를 외면하는 타당한 사유가 된다거나 또는 진지하게 고려되어야 할 국익이라고 보기는 힘들다.

오히려, 과거의 역사적 사실 인식의 공유를 향한 노력을 통해 일본 정부로 하여금 피해자에 대한 법적 책임을 다하도록 함으로써 한·일 양국 및 양 국민의 상호이해와 상호신뢰가 깊어지게 하고, 이를 역사적 교훈으로 삼아 다시는 그와 같은 비극적 상황이 연출되지 않도록 하는 것이 진정한 한·일관계의 미래를 다지는 방향인 동시에, 진정으로 중요한 국익에 부합하는 것이라고 할 것이다.

(마) 소결

피청구인의 이 사건 부작위는 청구인들의 중대한 헌법상 기본권을 침해하고 있다고 할 것이다.

라. 소결론

헌법 제10조, 제2조 제2항 및 전문과 이 사건 협정 제3조의 문언 등에 비추어 볼 때, 피청구인이 이 사건 협정 제3조에 따라 분쟁해결의 절차로 나아 의무는 헌법에서 유래하는 작위의무로서 그것이 법령에 구체적으로 규정되어 있는 경우라 할 것이고, 청구인들의 인간으로서의 존엄과 가치 및 재산권 등 기본권의 중대한 침해가능성, 구제의 절박성과 가능성 등을 널리 고려할 때, 피청구인에게 이러한 작위의무를 이행하지 않을 재량이 있다고 할 수 없으며, 피청구인이 현재까지 이 사건 협정 제3조에 따라 분쟁해결절차를 이행할 작위의무를 이행하였다고 볼 수 없다.

결국, 피청구인의 이러한 부작위는 헌법에 위반하여 청구인들의 기본권을 침해하는 것이다.

6. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구는 이유 있으므로 이를 인용하기로 하여, 아래 7.과 같은 재판관 조대현의 인용보충의견, 아래 8.과 같은 재판관 이강국, 재판관 민형기, 재판관 이동흡의 반대의견을 제외한 나머지 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

7. 재판관 조대현의 인용보충의견

청구인들은 일제에 의하여 강제 동원되어 일본군위안부 생활을 강요당한 피해자로서 일본국에 대하여 손해배상청구권을 가지는데, 한일청구권협약에 의하여 그러한 손해배상청구권을 행사하기 어렵게 되었다고 주장한다. 그러한 손해배상청구권의 존부와 범위가 법원의 재판절차에 의하여 확정되지 않았다는 이유로 청구인들의 손해배상청구권의 침해를 주장하는 헌법소원심판을 거부할 수는 없다.

국가는 일본군위안부들이 일본국에 대하여 가지는 손해배상청구권을 확인하고 기본권으로 보장하여야 한다(헌법 제10조 후문). 그런데도 대한민국 정부는 1965. 6. 22. 한일청구권협정을 체결하여 일본국으로부터 3억 달러를 무상으로 받고, 양국 및 그 국민간의 청구권에 관한 문제가 완전히 최종적으로 해결된 것임을 확인하고, 그러한 청구권에 관하여 어떠한 주장도 할 수 없는 것으로 한다고 약정하였다.

그리고 일본국 재판소는 이러한 한일청구권협정에 의하여 청구인들은 일본국에게 일본군 위안부에 관한 손해배상을 청구할 수 없다고 판단하고 있다.

이러한 협정에 의하여 청구인들의 일본국에 대한 손해배상청구권이 소멸된 것인지 여부에 대하여는 견해가 나뉘어져 있다. 만일 한일청구권협정이 청구인들의 일본국에 대한 손해배상청구권을 소멸시키는 것이라면, 청구인들의 재산권을 보장할 의무를 지는 국가가 청구인

들의 재산권을 소멸시키는 조약을 체결한 셈이 된다. 그리고 한일청구권협정이 청구인들의 일본국에 대한 손해배상청구권을 소멸시키는 것이 아니라고 하더라도, 청구인들은 일본국에 대한 손해배상청구권을 행사하는 것이 한일청구권협정에 의하여 저지되고 있다. 그러므로 대한민국은 청구인들의 일본국에 대한 손해배상청구권 행사가 한일청구권협정에 의하여 방해되는 위헌적인 사태를 해소시키기 위하여 한일청구권협정 제3조에 따라 일본국을 상대로 외교적 교섭이나 중재절차를 추진할 의무를 진다고 봄이 상당하다.

그리고 이와 같이 대한민국이 일본국과 체결한 한일청구권협정이 청구인들의 일본국에 대한 손해배상청구권의 행사를 가로막고 있는 이상, 그러한 조약은 청구인들의 기본권을 침해하는 것이라고 볼 수도 있지만, 일본국의 식민통치로 인하여 대한민국 국민들이 일본국에 대하여 가지는 청구권을 일괄적으로 타결하기 위하여 대한민국 정부가 일본국으로부터 3억 달러를 받아서 국민들의 일본국에 대한 청구권을 대신 보상하고자 한 것이라고 이해한다면, 그러한 조약이 헌법 제37조 제2항에 위반된다고 단정하기도 어렵다. 다만, 그렇게 선해하더라도, 대한민국 정부는 한일청구권협정을 체결하여 일본국으로부터 무상자금 3억 달러를 받고 국민들이 일본국에 대하여 손해배상청구권을 행사하지 못하게 협정함으로써 일본국에 대하여 손해배상청구권을 행사할 수 없게 된 국민들에 대하여 그 손해를 보상할 의무를 진다고 보지 않을 수 없다.

대한민국은 일본국으로부터 무상자금 3억 달러를 받은 다음 1966. 2. 19. '청구권자금의 운용 및 관리에 관한 법률'을 제정하였지만, 피징용 사망자만 보상하였을 뿐 청구인들과 같은 일본군위안부는 보상대상에 포함되지 않았다. 그리고 1993. 6. 11. '일제하 일본군위안부에 대한 생활안정지원법'을 제정하여 일본군위안부에게 생활안정지원을 위한 일시금과 월지원금을 지급하고, 임대주택의 우선 임대, 생계급여, 의료급여, 간병인 등을 지원하여 왔지만, 청구인들의 일본국에 대한 손해배상청구권을 온전히 만족시킬 정도로 충분히 보상하였다고 보기 어렵다.

따라서 대한민국은 한일청구권협정 제3조에 따라 일본국을 상대로 외교적 교섭이나 중재절차를 추진하여 한일청구권협정의 위헌성을 제거할 의무가 있을 뿐만 아니라, 한일청구권협정으로 인하여 청구인들이 일본국에 대한 손해배상청구권을 행사할 수 없게 된 손해를 완전하게 보상할 책임을 진다고 선언하여야 한다.

그리고 일본국을 상대로 한 외교적 교섭이나 중재절차에 의하여 청구인들의 일본국에 대한 손해배상청구권 행사의 장애가 해소될 가능성은 희박하고 청구인들에게 헛된 소망과 그것이 빚어내는 좌절과 절망의 고통만 안겨 우려가 크기 때문에, 대한민국이 청구인들의 일본국에 대한 손해배상청구권을 완전하게 보상할 의무가 있음을 더욱 강조할 필요가 있다. 더구나 청구인들이 모두 고령이기 때문에 청구인들에 대한 국가의 보상 조치는 시급하게 실시될 필요가 있다.

8. 재판관 이강국, 재판관 민형기, 재판관 이동흡의 반대의견

우리는 다수의견과 달리, 우리 헌법상의 명문 규정이나 어떠한 헌법적 법리에 의하더라도 '청구인들에 대하여 피신청인이 이 사건 협정 제3조에서 정한 분쟁해결절차로 나아가야 할 작위의무'가 있다고 할 수 없어, 청구인들의 이 사건 헌법소원은 부적법하다고 보므로, 아래와 같이 반대의견을 개진한다.

가. 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하면 공권력의 행사뿐 아니라 공권력의 불행사도 헌법소원의 대상이 될 수 있는 것이지만 그 공권력의 불행사로 말미암아 기본권을 침해받은 자가 위 헌법소원을 제기할 자격이 있는 것이므로, 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 이에 의거하

여 기본권의 주체가 행정행위 내지 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 한하여 허용된다(헌재 1991. 9. 16. 89헌마163, 판례집 3, 505, 513; 2000. 3. 30. 98헌마206, 판례집 12-1, 393, 401 등 참조).

또한 여기서 말하는 “공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어”가 의미하는 바가, 헌법상 명문으로 작위의무를 규정하고 있거나, 헌법의 해석상 작위의무가 도출되거나, 법령에 구체적으로 작위의무가 규정되어 있는, 3가지 경우를 포괄하고 있음도 역시 우리 재판소의 확립된 판례이다(헌재 2004. 10. 28. 2003헌마898, 판례집 16-2하, 212, 219 참조).

그런데 여기서 유념해야 할 것은, 헌법의 명문규정상, 헌법해석상, 법령상 도출되는 공권력 주체의 구체적 작위의무는 ‘기본권의 주체인 국민에 대한’ 의무라야 한다는 것이다. 그래야만 “이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위 내지 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자”로서 그 침해의 원인이 되는 행정권력의 부작위를 대상으로 헌법소원을 청구할 수 있기 때문이다.

다수의견은 헌법 제10조, 제2조 제2항, 헌법 전문(前文) 중 “3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통을 계승”한다는 부분, 이 사건 협정 제3조의 문언을 종합하여, 이 사건 피청구인의 작위의무가 “헌법에서 유래하는 작위의무로서 그것이 법령에 구체적으로 규정되어 있는 경우”에 해당한다고 판단하고, 나아가 피청구인이 부담하는 구체적 작위의무의 내용을 “이 사건 협정 제3조에 따라 분쟁해결의 절차로 나아 의무”라고 보았는바, 과연 이러한 해석이 타당한 것인지 이하에서 구체적으로 살펴본다.

나. 우선, 헌법 제10조, 제2조 제2항, 전문의 규정 자체 또는 그 해석에 의하여 ‘헌법에서 유래하는 구체적 작위의무’가 도출될 수는 없다.

국가와 국민의 권리와 의무관계를 규정한 헌법의 조항들 중에는 구체적이고 명확한 의미로 국민의 기본권 기타 권리를 부여하는 조항들도 있지만, 개방적·추상적·선언적인 문구로 규정되어 있어서 헌법해석이나 구체적 법령 등이 매개되어야만 국가와 국민간에 구속적인 권리의무를 발생시키는 조항들도 있다. 그런데 ‘국민의 불가침의 인권을 확인하고 이를 보장할 의무’를 규정한 헌법 제10조, ‘법률이 정하는 바에 의하여 재외국민을 보호할 의무’를 규정한 헌법 제2조 제2항은 후자의 경우에 해당하는 것으로서, 국가가 국민에 대하여 기본권 보장 및 보호의무를 부담한다는 국가의 일반적·추상적 의무를 규정한 것일 뿐 그 조항 자체로부터 국민을 위한 어떠한 구체적인 행위를 해야 할 국가의 작위의무가 도출되는 것은 아니다. “3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통을 계승”한다는 헌법 전문(前文)의 문구 또한 마찬가지다. 비록 헌법 전문(前文)이 국가적 과제와 국가적 질서형성에 관한 지도이념·지도원리를 규정하고 국가의 기본적 가치질서에 관한 국민적 합의를 규범화한 것으로서 최고규범성을 가지고 법령해석과 입법의 지침이 되는 규범적 효력을 가지고 있긴 하지만, 그 자체로부터 국가의 국민에 대한 구체적인 작위의무가 나올 수는 없다.

이처럼 헌법 제10조, 제2조 제2항, 헌법 전문으로부터 국가의 구체적 작위의무와 그러한 작위의무를 청구할 수 있는 국민의 권리가 도출되지 않는다는 점은 우리 재판소의 확립된 판례이기도 하다(헌법 제10조, 제2조 제2항에 관하여는 헌재 2000. 3. 30. 98헌마206, 판례집 12-1, 393, 402-403 ; 1998. 5. 28. 97헌마282, 판례집 10-1, 705, 710, 헌법 전문에 관하여는 헌재 2005. 6. 30. 2004헌마859, 판례집 17-1, 1016, 1020-1021 참조).

따라서, 아무리 이 사건 청구인들의 기본권 침해상태가 중대하고 절박하다 하더라도, 헌법 제10조, 제2조 제2항, 헌법 전문만에 기하여서는 청구인들에 대하여 국가가 어떤 행위를 하여야 할 구체적인 작위의무를 도출해 낼 수는 없고, 결국 ‘구체적인 작위의무가 규정되어 있는 법령’이 존재하여야 이를 매개로 국가의 청구인들에 대한 구체적 작위의무를 인정할 수

있을 것이다.

다. 그렇다면 다음으로, 이 사건 협정 제3조에 규정된 분쟁해결절차에 관한 조항이 위에서 말하는 ‘법령에 구체적으로 작위의무가 규정되어 있는’ 경우에 해당하여 ‘헌법에서 유래하는 작위의무’가 도출될 수 있는지에 관하여 본다.

(1) 먼저, 법령에 구체적으로 작위의무가 규정되어 있는 경우에서의 ‘법령에 규정된 구체적 작위의무’란 “국가가 국민에 대하여 특정의 작위의무를 부담한다”는 내용이 법령에 기재된 경우를 의미한다고 보아야 한다. 왜냐하면, 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원을 청구하기 위해서는, 규정된 작위의무에 의거하여 ‘기본권의 주체가 행정행위 내지 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우’에 한하여 허용되는 것이므로(헌재 2000. 3. 30. 98헌마206, 판례집 12-1, 393), 법령에 규정되는 구체적 작위의무는 ‘기본권의 주체인 국민에게 국가에 대하여 특정 작위의무의 이행을 요구할 수 있는 권리를 부여하는 내용’이어야 하기 때문이다. 이는 국가가 위와 같은 구체적 작위의무를 이행하지 않음으로 인하여 기본권을 침해당하였다고 주장하는 헌법소원에 있어서 기본권 침해 가능성 내지 인과관계를 인정하기 위해서도 당연히 요구되는 전제라 할 것이다.

기본적으로 국회가 제정하는 법률이나, 국민에 대하여 구속력을 가지는 행정법규에 구체적인 권리를 국민에게 부여하는 내용이 있다면 이는 ‘법령에 구체적으로 작위의무가 규정된 경우’에 해당한다고 볼 수 있다. 현재까지 우리 재판소에 제기된 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원심판은 거의 모두가 국내 법령에 국가의 청구인에 대한 구체적인 작위의무가 규정되어 있는지, 그 의무에 대한 부작위가 있는지가 쟁점인 사건들이었으며, 해당 법령에 문제된 구체적 작위의무가 행정권력의 국민에 대한 기속행위로 규정되어 있거나, 재량행위로 규정되어 있지만 공권력 불행사의 결과 청구인에 대한 기본권 침해의 정도가 현저하다는 등의 사유로 기속행위로 해석해야 할 경우에는 구체적 작위의무가 인정되었고(전자에 관하여는, 헌재 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 283; 2004. 5. 27. 2003헌마851, 판례집 16-1, 699, 후자에 관하여는, 헌재 1995. 7. 21. 94헌마136, 판례집 7-2, 169 참조), 반대로 순수한 행정청의 재량행위로 규정되어 있는 경우에는 청구인에 대한 구체적 작위의무가 인정되지 않는다고 판시하기도 하였다(헌재 2005. 6. 30. 2004헌마859, 판례집 17-1).

하지만, 이 사건 협정과 같은 조약 기타 외교문서에서, 체결국이 서로 어떠한 방식으로 분쟁을 해결하자는 내용과 절차가 규정되어 있다면 이는 기본적으로 체결국 당사자 사이에서 체결상대방에 대하여 부담할 것을 전제로 마련된 것이므로, 일정한 의무사항이 기재되어 있다 하더라도 체결국 당사자가 상대방 국가에 대하여 요구할 수 있을 뿐이다. 따라서 ‘조약에 근거하여 자국이 상대방 국가에 대하여 취할 수 있는 조약상 권리의무를 이행하라’고 자국 정부에 요구할 수 있기 위해서는, ‘그러한 요구를 할 수 있는 권리를 자국 국민에게 부여하는 내용’의 구체적 문구가 해당 조약에 기재되어 있어야 할 것이다. 조약에 그러한 내용의 명시적 문구가 없는 이상, 해당 조약이 국민의 권리관계를 대상으로 한다는 이유만으로 조약상 정해진 절차상 조치를 취할 것을 자국 정부에 요구할 권리는 발생하지 않는다고 보아야 한다.

이 사건 협정은 양국 간 또는 일국 정부와 타국 국민 간, 양국 국민 상호간의 ‘재산, 권리, 이익, 청구권’에 관한 문제를 대상으로 하였는바(이 사건 협정 제2조 제1항), 이 사건 청구인들과 같은 위안부피해자들에 대한 일본국의 배상책임문제는 위 협정의 대상에 포함되었는지 여부가 분명치 아니할 정도로 일반적이고 추상적인 문구로 기재하고 있어, 그 결과 실제로 양국 간의 입장 차이로 인하여 청구인들의 권리문제에 관하여 이 사건 협정의 해석 및 실시에 관하여 ‘분쟁’이 발생한 상태라고는 볼 수 있다. 하지만, 나아가 이 사건 협정에서 관련국 국민에게 이 사건 협정 제3조상의 분쟁해결 절차에 나아갈 것을 요구할 수 있는 권리

를 부여하고 있지 않은 이상, 청구인들의 기본권이 관련되어 있다는 이유만으로는 위 조약상 분쟁해결절차를 이행하라고 자국 정부에 대하여 요구할 구체적 권리가 인정될 수는 없다 할 것이다.

따라서 이 사건 협정 내용에 기하여 다수의견이 인정한 바와 같은 국가의 구체적 작위의무를 도출해 낼 수는 없다. 이 사건 협정 제3조의 분쟁해결 절차에 나아가라고 자국 정부에 대하여 요구할 수 있는 권리를 해당국 국민에게 부여하는 내용의 문구가 이 사건 협정 어디에도 규정되어 있지 않기 때문이다. 그렇다고 헌법 제10조, 제2조 제2항, 헌법 전문에 의하여 위와 같은 구체적 작위의무가 직접 인정될 수도 없으므로, 결국 이 사건 협정과 위 헌법 규정을 종합하더라도 이 사건 청구인들에 대한 국가의 구체적 작위의무는 도출될 수 없다.

(2) 다음으로, 이 사건 협정 제3조가 규정하고 있는 내용 자체에 비추어 볼 때 다수의견이 말하는 “이 사건 협정의 해석에 관한 분쟁을 해결하기 위하여 제3조의 규정에 따른 외교행위를 할 작위의무”라는 것이 ‘구체적인’ 행위를 해야 하는 ‘의무’라고 볼 수도 없다.

(가) 이 사건 협정 제3조는, “본 협정의 해석 및 실시에 관한 양 체약국간의 분쟁은 우선 외교상의 경로를 통하여 해결한다.”(제1항), “1.의 규정에 의하여 해결할 수 없었던 분쟁은 어느 일방 체약국의 정부가 타방 체약국의 정부로부터 분쟁의 중재를 요청하는 공한을 접수한 날로부터 …… 로 구성되는 중재위원회에 결정을 위하여 회부한다”(제2항)고 규정하고 있다. 어느 조항에도, 분쟁이 있으면 ‘반드시’ 외교적 해결절차로 나아가야 한다거나 외교적 해결이 교착상태에 빠질 경우 ‘반드시’ 중재절차를 신청해야 한다는 ‘의무적’ 내용은 기재되어 있지 않다. “외교상의 경로를 통하여 해결한다”는 문구는 외교적으로 해결하자는 양 체약국 사이의 외교적 약속 이상을 의미하는 것으로 해석될 수 없다. “중재위원회에 결정을 위하여 회부한다”는 것 역시 “중재를 요청하는 공한이 접수되면” 회부되는 것인데, 어느 문구에도 중재를 요청하여야 한다는 ‘의무적’ 요소가 들어 있다고 해석할 만한 근거는 발견할 수 없다. 결국 제3조 제1항, 제2항 어디에서도 외교상 해결절차로 나아가야 할 ‘의무’, 외교상 해결이 안되면 중재절차로 나아가야 할 ‘의무’가 있다고 해석해 낼 수는 없다.

그런데 다수의견은, 이러한 해석상 의문점에 대하여는 아무런 언급도 없이, 침해되는 청구인들의 기본권의 중대성, 기본권 침해 구제의 절박성에만 근거하여 “피청구인에게 이러한 작위의무를 이행하지 않을 재량이 있다고 할 수 없으며”라고 판시하고 있는데, 국가간 조약에 기재된 의무성조차 없는 문구를, 그로 인하여 사실상 영향을 받는 국민이 절박한 사정에 처해 있다는 이유만으로 일방 체약국의 정부인 피청구인에 대하여 조약상 행위를 강제할 수 있는 ‘의무’조항이라고 해석해 버린 것은 지나친 논리의 비약이 아닐 수 없다.

오히려 이 사건 협정 제3조에 기재된 분쟁해결절차에 나아가는 행위는 규정의 형식과 내용으로 볼 때 양 체약국의 ‘재량행위’라고 보는 것이 타당하다 할 것이다. 이 사건 협정 제3조를 근거로 제일 한국인 피징용 부상자들의 일본국에 대한 보상청구권에 관한 다툼을 중재에 회부해야 할 구체적인 작위의무가 국가에 있다고 주장하면서 청구한 헌법소원사건에서, 우리 재판소 역시 이를 재량행위라고 해석한 바 있고, 그 내용은 아래와 같다.

『이 사건 협정 제3조는 이 사건 협정의 해석 및 실시에 관한 양국간의 분쟁은 우선 외교상의 경로를 통하여 해결하고, 외교상의 경로를 통하여 해결할 수 없었던 분쟁은 일방체약국의 정부가 상대국 정부에 중재를 요청하여 중재위원회의 결정에 따라 해결하도록 규정하고 있는데, “위 규정의 형식과 내용으로 보나, 외교적 문제의 특성으로 보나, 이 사건 협정의 해석 및 실시에 관한 분쟁을 해결하기 위하여 외교상의 경로를 통할 것인가 아니면 중재에 회부할 것인가에 관한 우리나라 정부의 재량범위는 상당히 넓은 것으로 볼 수밖에 없고”, 따라서 이 사건 협정당사자인 양국간의 외교적 교섭이 장기간 효과를 보지 못하고 있

다고 하여 제일 한국인 피징용 부상자 및 그 유족들인 청구인들과의 관계에서 정부가 반드시 중재에 회부하여야 할 의무를 부담하게 된다고 보기는 어렵고, 마찬가지로 이유로, 청구인들에게 중재회부를 해 달라고 우리나라 정부에 청구할 수 있는 권리가 생긴다고 보기도 어렵다』(헌재 2000. 3. 30. 98헌마206, 판례집 12-1, 393, 402)

다수의견은, 위 선례는 제3조 제1항의 ‘외교적 해결의무’를 제쳐 두고 제2항의 ‘중재절차회부의무’를 이행하지 않음을 근거로 헌법소원을 제기한 것이기에 ‘제3조 전체에 기한 분쟁해결절차 이행의무’를 문제삼고 있는 이 사건에서는 결론을 달리할 수 있다는 전제에서, 위 선례와 이 사건은 차별된다고 하였다. 그러나 이는 위 선례의 취지를 오해한 것이다. 위 선례에서 구체적인 작위의무를 인정하지 않은 주된 근거는 위에서 본 바와 같이 이 사건 협정 제3조에 기한 ‘외교적 해결’이나 ‘중재절차회부’ 모두 ‘의무사항’이 아니고 우리나라의 외교적 ‘재량사항’이라는 데에 있었다고 보는 것이 타당할 것이다.

(나) 나아가 이 사건 협정 제3조가 규정하고 있는 ‘외교적 해결’, ‘중재절차회부’에 어떤 의무성이 있다고 본다 하더라도, 그것이 ‘구체적인’ 작위를 내용으로 하는 것이라고 보기도 어렵다.

‘외교상의 경로를 통하여 해결할 의무’란 국가의 기본권 보장의무, 재외국민 보호의무, 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력할 국가의 의무, 신체장애자 등의 복지향상을 위하여 노력해야 할 국가의 의무, 보건에 관한 국가의 보호의무나 마찬가지로, 국가의 일반적·추상적 의무 수준에 불과할 뿐이다. 이러한 국가의 일반적·추상적 의무란 그 자체가 ‘구체적인’ 작위의무가 아니므로 비록 헌법에 명시적인 문구로 기재되어 있다 하더라도 국민이 국가에 대하여 그 의무의 이행을 직접 구할 수 있는 ‘구체적인’ 작위의무로 탈바꿈되지 않는다. 국민과 국가의 규범적 관계를 규율하는 근본규범인 ‘헌법’에 명시하고 있더라도 이를 근거로 국가에 대하여 그 의무의 이행을 구할 수 없는데, 하물며 헌법보다 하위규범인 ‘조약’에 명시되어 있을 뿐인데도 이를 근거로는 조약의 당사자도 아닌 국민이 국가에 대하여 의무의 이행을 구할 수 있는 ‘구체적인’ 작위의무로 탈바꿈된다고 해석할 수는 없는 것이다.

또한 ‘외교적 해결을 할 의무’란 그 이행의 주체나 방식, 이행정도, 이행의 완결 여부를 판단할 수 있는 객관적 판단기준을 마련하기도 힘들고, 그 의무를 불이행하였는지 여부의 사실확정이 곤란한 고도의 정치행위 영역에 해당하므로, 헌법재판소의 사법심사의 대상이 되기는 하지만 권력분립원칙상 사법자제가 요구되는 분야이다. 이 사건 협정만 보더라도, 국내 위안부피해자 문제의 심각성과 이에 반하여 한일간 교류와 협력을 지속해야 하는 한일 간의 미묘한 외교관계에 비추어 볼 때, 어느 정도 외교적 노력을 다해야 이행 다고 할 수 있을 것인지, 이 사건 협정이 체결된 지 현재까지 40여년이 지났는데 초기에 외교적 해결노력을 하다가 현재 노력을 하지 않고 있다거나 청구인들이 만족할 만한 노력을 하지 않고 있다고 하여 외교적 해결의무를 불이행한 것으로 되는 것인지, 제2항의 중재절차회부의무는 그러면 언제쯤 발생한다고 보아야 할 것인지 등 그 이행여부를 판단할 아무런 명확한 기준을 발견할 수 없다. 과연 이러한 실질을 가지는 ‘외교상 의무’를 국민이 국가에 대하여 그 이행을 요구할 수 있는 ‘구체적인’ 작위의무라고 말할 수 있 는가 하는 것이다. 그리고 이행내용이 구체적이지 여부는 불문하고 조약에 기재되어 있다는 이유만으로 헌법재판소가 정부에 막연히 ‘외교적 노력을 하라’는 의무를 강제적으로 부과시키는 것은, 헌법이 정치적, 외교적 행위들에 관한 정책판단, 정책수립 및 집행에 관한 권한을 담당하고 있는 행정부에 부여하고 있는 권력분립원칙에 반할 소지도 있다는 점에서 더욱 문제가 아닐 수 없다.

라. 소결

따라서 헌법 제10조, 제2조 제2항, 헌법 전문의 규정, 이 사건 협정 제3조에 기하여서는

이 사건 청구인들에 대하여 국가가 이 사건 협정 제3조에 정한 분쟁해결절차에 나아가야 할 구체적인 작위의무가 발생한다고 볼 수 없으므로, 피청구인이 위 분쟁해결절차에 나아가지 않고 있는 부작위로 인하여 청구인들의 기본권이 침해당하였다고 주장하는 이 사건 헌법소원심판청구는 부적법하여 각하하여야 할 것이다.

일본에 의하여 강제로 위안부로 동원된 후 인간으로서의 삶을 송두리째 박탈당하고 그 가해자인 일본국으로부터 인간적 사과마저 얻어내지 못하고 있는 이 사건 청구인들의 절박한 심정을 생각한다면, 대한민국 국민으로서 누구든 공감하지 않을 수 없고, 어떻게든 우리 정부가 국가적 노력을 다해 주었으면 하는 바람은 우리 모두 간절하다. 하지만 헌법재판소는 기본적으로 헌법과 법률에 의하여 재판을 하여야 하는 것이므로, 재판당사자가 처해 있는 상황이 아무리 국가적으로 중대하고 개인적으로 절박하다 하더라도 헌법과 법률의 규정 및 그에 관한 헌법적 법리를 뛰어넘어 설 수는 없는 것이다. 이 사건 청구인들이 처해 있는 기본권구제의 중요성, 절박성을 해결할 수 있는 법적 수단을 헌법이나 법령, 기타 헌법적 법리에 의하여도 발견해 낼 수 없다면, 결국 이들의 법적 지위를 해결하는 문제는 정치권력에 맡겨져 있다고 말할 수밖에 없고, 헌법과 법률, 헌법해석의 한계를 넘어서까지 헌법재판소가 피청구인에게 그 문제 해결을 강제할 수는 없는 일이다. 그것이 권력분립의 원칙상 헌법재판소가 지켜야 하는 헌법적 한계인 것이다.

재판관 이강국(재판장) 조대현(퇴임으로 서명날인 불능) 김종대 민형기 이동흡 목영준 송두환 박한철 이정미

감사합니다.

