

의견서

사 건 : 98 헌마 206호

중재요청불이행 위헌확인

청 구 인 : 석성기의 4인

위 사건에 관하여 청구인들의 대리인들은 다음과 같이 의견을 개진합니다.

다 음

1. 우리 헌법재판소 판례에 의하면 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원의 경우에는, 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 허용되는 것이라고 거듭 판시하고 있습니다(헌재 1991.9.16.선고 89헌마163 결정, 헌재 1993.2.2.고지 93헌마2 결정, 헌재 1995.5.25.선고 90헌마196 결정등).

위와 같은 판시취지에서 볼 때 청구인들은 피청구인의 자의적인 외교보호권의 불행사 혹은 불완전한 공권력의 행사로 인하여 기본권을 침해받고 있고 피청구인은 외교보호권의 행사라는 공권력을 발동할 작위의무 혹은 피청구인이 하자있는 공권력행사를 함으로써 피청구인의 의사와는 달리 청구인들의 기본권을 계속 침해하고 있으므로 위 하자있는 공권력의 행사를 보완할 작위의무가 헌법상 혹은 조리상으로 발생하여 있음에도 이를 해태하고 있으므로 본건 헌법



삼일종합법률사무소

대구광역시 수성구 범어동 33-2 범어빌딩 402호 대표전화. 053)743-0031 FAX. 053)753-6963

소원은 인용되어야 할 것입니다.



- (1) 현재 1995.7.21.선고 94헌마136 결정에 의하면, 공정거래위원회의 고발권불행사 위헌확인 사건에서 “공정거래위원회는 심사의 결과 인정되는 공정거래법 위반행위에 대하여 일응 고발을 할 것인가의 여부를 결정할 재량권을 갖는다고 보아야 할 것이나, 공정거래법이 추구하는 법목적에 비추어 행위의 위법성과 가벌성이 중대하고 피해의 정도가 현저하여 형벌을 적용하지 아니하면 법목적의 실현이 불가능하다고 봄이 객관적으로 상당한 사안에 있어서는 공정거래위원회로서는 그에 대하여 당연히 고발을 하여야할 의무가 있고 이러한 작위의무에 위반한 고발권의 불행사는 명백히 자의적인 것으로서 당해 위반행위로 인한 피해자의 평등권과 재판절차진술권을 침해하는 것이라고 보아야 한다”라고 판시하여 피해의 정도가 현저하고 그 이외의 제사정을 고려하여 구제의 필요성이 고도의 것일 때에는 명문으로 고발권을 행사하여야 할 작위의무규정이 없더라도 법목적에 비추어 그 의무성을 인정하고 있습니다.

위와 같은 판시취지를 보더라도 본건 헌법소원은 자의적인 외교보호권의 불행사에 기인한 것이고 피해의 정도가 현저하며 구제의 필요성이 극히 고도의 경우이므로 마땅히 인용이 되어야 할 것입니다. 즉 피청구인의 주장에 의하면 피청구인은 1965년 일본국 정부와 청구권협정을 맺을 때 아무런 합리적 이유도 없이 청구인들과 같은 재일한국인들의 보상에 관한 문제를 교섭의 대상에서 제외하였습니다. 그리고 청구인 본인들이 사망하기에 이른 현재에 이르기까지 국내에 거주하는 국민과 달리 1965년 이후 외교적 교섭



삼일종합법률사무소

대구광역시 수성구 범어동 33-2 범어빌딩 402호 대표전화. 053)743-0031 FAX. 053)753-6963

을 한 적도 없습니다. 청구인본인들은 일본국의 침략전쟁에 징용당하여 신체의 일부에 장애를 입고 전쟁이 끝나고 해방이 된 후 일본국에 대해 그 보상 상에 관한 권리를 가지고, 대한민국국민으로서 피청구인에 의해 그 외교적 보호를 받을 헌법상의 권리가 있습니다. 더구나 그 피해의 정도의 심각성, 구제의 긴급성과 중대성이 극히 고도임에도 불구하고 피청구인의 자의적인 외교보호권의 불행사에 의해 지금도 방치되어있는 것입니다.

- (2) 또한 최근의 헌법재판소의 판례취지를 고려해 보더라도 본건은 재외국민보호의무 불이행으로 인용이 되어야 할 것입니다.

우리 헌법재판소는 1998.5.28. 97헌마 282 판결을 통하여 독일정부의 우리나라 국민에 대한 '미성년자보호관련관현의관할권및준거법에관한협약'의 적용을 피하기 위하여 우리나라 정부가 위 협약에 가입,수정가입,일부가입 또는 독일과의 별도조약을 체결하지 아니한 것이 헌법소원의 대상이 되는지 여부에 대하여 이를 각하하면서 청구인이 외교통상부장관이나 법원행정처장에게 위와 같은 공권력의 행사를 청구할 수 있다고는 인정되지 아니한다고 하고 있습니다. 위 판시는 헌법상의 재외국민보호의무규정으로부터는 청구인이 구체적 작위의무가 발생치 아니한 외교통상부장관등에게 청구인주장과 같은 공권력의 행사를 청구할 수 있다고는 인정되지 아니함을 밝힌 것에 불과합니다.

그러나 본건 헌법소원은 청구인들이 피청구인이 1965년 일본국정부와 맺은 청구권협정에 의하여 이후에는 일본국에 귀화를 하여도 일본국의 원호법상



삼일종합법률사무소

대구광역시 수성구 범어동 33-2 범어빌딩 402호 대표전화. 053)743-0031 FAX. 053)753-6963

의 보호를 받지 못하는, 이를테면 불완전한 공권력의 행사에 의해 우리 헌법상 보장된 기본권을 침해받고 있기에 그 공권력행사의 결과 맺어진 협정의 관련 해석을 요구하고 해석상의 다툼을 해결하여 달라고 요구하는 것이어서 구체적 작위의무가 발생치 아니한 정부에게 조약의 가입 또는 조약의 체결을 요구하는 위 97헌마282 판결과는 그 취지가 다른 것입니다.

2. 작위의무의 발생에 관하여는 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 있어야 할 것이나 위 작위의무는 단순히 형식적으로 명분에 규정되어 있는 경우에 한정할 것은 아니고 헌법의 기본이념과 기본권보장에 관한 제규정의 합리적 해석에 의하여도 그 작위의무가 인정되어야 할 것입니다. 더군다나 본건에 있어서는 그 작위의무가 구체적이라 아니할 수 없습니다.

청구인본인들은 일본국의 침략전쟁에 동원당하여 신체의 일부를 잃은 상태에서 일본국의 패전에 의해 해방을 맞게 되었습니다. 청구인본인들이 일본국정부를 상대로 가지는 보상에 관한 권리에 대해 청구인본인들을 대신하여 일본국정부와 교섭할 권한을 우리 헌법이 피청구인에게 인정한 취지는 단순히 권한만을 피청구인에게 부여하고 일체의 헌법상 의무로부터 자유로움을 밝힌 것이 아니라 우리 헌법이 규정하고 있는 국민의 제기본권규정에 기속되어 선량한 관리자로서 적정하게 외교적 교섭을 하고 특히 국민의 재산권침해의 소지가 있는 조항을 맺음에 있어서는 후일 해석상의 다툼이 없도록 명료하게 맺을 헌법상의 의무가 있다고 봄이 우리 헌법에서 유래되는 당연한 결론이라 아니할 수 없습니다.



삼일종합법률사무소

대구광역시 수성구 범어동 33-2 범어빌딩 402호 대표전화. 053)743-0031 FAX. 053)753-6963

이런 점에서 볼 때 청구권협정 제2조1항에 의하면 청구인들과 같은 국민들이 일본국 혹은 그 국민에 대해 가지는 청구권에 관한 문제가 완전히 최종적으로 해결되었다고 되어 있기에 이 조항을 체결함에 있어서는 그 적용범위를 명확히 할 헌법상의 의무가 있음에도 불구하고 이에 위반하여 일본국정부에 의해 그 적용범위가 전혀 달리 해석되는 결과를 초래하고 있습니다. 일본국정부는 위 완전최종적 해결조항의 적용범위에 청구인들과 같은 재일한국인도 들어간다고하여 결국 위 청구권협정 체결후에는 청구인본인들이 일본국에 귀화를 하더라도 보상에 관한 문제는 이미 완전히 최종적으로 해결되었으므로 원호법에 의한 보상을 거부하고 있는 것입니다. 이 점에서 보면 청구인들은 피청구인이 일본국정부와 1965년 청구권협정을 맺었다는 불완전한 선행행위에 의해 일본 국내에서 원호법 등의 보상을 받을 권리 등을 박탈당하고 있는 것이므로 피청구인에게는 적어도 그 해석의 다툼을 제거하여야 할 작위의무가 헌법상 발생하였다고 봄이 타당합니다.

3. 따라서 청구인본인들은 피청구인의 주장대로라면 피청구인의 자의적인 외교보호권 불행사에 의해 1965년 일본국 정부와 맺은 청구권협정에서 교섭의 대상에서 제외되어 버렸고, 이러한 외교보호권의 불행사 그 자체가 우리 헌법이 보장하고 있는 평등권, 재산권등 청구인들의 기본권을 침해하는 것이고, 나아가 피청구인의 1965년 청구권협정체결은 상대방인 일본국정부의 우리측과 다른 위 협정의 해석 및 이에 이은 결과로서 재일한국인이 일본국에 귀화를 하더라도 종전과 달리 원호법의 적용을 거부하는 근거가 되었다는 사실에 의해 명백하듯 청구인들과 같은 재일한국인의 기본권을 침해하는 하자있는 선행행위



삼일종합법률사무소

대구광역시 수성구 범어동 33-2 범어빌딩 402호 대표전화. 053)743-0031 FAX. 053)753-6963

므로 그 해석상의 다툼을 종결시켜 줄 것을 위 협정 제3조에 의해 중재를 요청하는 본건 헌법소원은 헌법상 혹은 위 협정상은 물론 조리상으로도 마땅히 인용이 되어야 할 것입니다.

1998. 12. .

위 청구인들의 소송대리인

법무법인 삼일종합법률사무소

담당변호사 최 봉 태



헌법재판소

귀중



공증인가법무법인

삼일종합법률사무소

대구광역시 수성구 범어동 33-2 범어빌딩 402호 대표전화.053)743-0031 FAX. 053)753-6963

의견서

사 건 : 98 헌마 206호

중재요청불이행 위헌확인

청 구 인 : 석성기의 4인

위 사건에 관하여 청구인들의 대리인들은 다음과 같이 의견을 개진합니다.

다 음

1. 피청구인들이 본건 헌법소원의 각하를 구하며 인용을 하고 있는 94 헌마 118 판결은 본건 헌법소원의 내용과 본질을 달리하는 것으로 본건 헌법소원은 인용이 되어야 할 것입니다.

(1) 94 헌마 118 판결은 행정권력의 부작위 및 국회의 입법부작위에 대한 헌법소원에 대한 것으로 행정권력의 부작위의 위헌을 다투는 점에서는 본건 헌법소원과 비슷하나 경찰공무원으로 일하다가 총기의 오발로 인하여 사망한 망인의 유족인 청구인들이 경찰공무원에 대하여 국가배상청구권을 배제하고 있는 헌법 제29조 제2항 및 국가배상법 제2조 제1항 단서와 손해를 직접 배상하거나 관련 법규정을 개정하지 아니하고 있는 내무부장관, 법무부장관 및 국회의 공권력 불행사에 의하여 기본권을 침해당하였다고 주장하며 제기한 헌법소원 심판청구에 대한 것입니다.

(2) 따라서 청구인들의 주장 역시 위 조항들이 국가를 위하여 사상의 위험이 높은 군무 또는 치안유지업무를 이행하다가 사망한 군인 또는 경찰공무원에 대하여 더 높은 보호를 해 주지는 못할 망정 오히려 국가배상청구권을 인정하지 아니함으로써 상대적으로 열악한 대우를 하고 있으니, 위 심판대상조항은 헌법 제10조, 제11조, 제23조, 제37조 제2항 및 민주적 기본질서와 국민생활의 균등한 향상을 도모함을 밝힌 헌법전문에 배치되어 위헌이라는 것이고,

국가는 군인, 경찰공무원이 가지는 불가침의 기본적 인권을 보장할 의무를 지고 있으므로, 본인 또는 유족의 선택에 따라 국가유공자예우등에 관한 법률에 의한 보상금을 수령하게 하든가, 국가배상법에 의한 보상금을 수령할 수 있도록 하는 제도적 장치를 마련하거나 군인 또는 경찰공무원이 직무상 입은 불법행위로 인한 피해를 실질적으로 보상하는 법률을 제정하거나 그러한 취지로 국가유공자예우등에 관한 법률을 개정하거나, 또는 국가배상법 제2조, 헌법 제29조 제2항을 개정하는 등의 조치를 취할 의무가 있음에도 불구하고 1) 내무부장관은 경찰공무원에게 총기의 휴대와 사용을 허용하고도 이의 오발로 인한 피해자의 손해배상청구를 인정하지 않고 있으며, 2) 국회는 헌법 제29조 제2항, 국가배상법 제2조를 개정하지 아니하고, 또 군인 또는 경찰공무원이 직무상 입은 불법행위로 인한 피해를 실질적으로 보상하는 법률을 제정하지 아니하고 있으며, 3) 법무부장관은 피해자에게 국가배상청구를 허용하고 있지 아니하므로 이는 바로 국가적 공권력의 위헌적 불행사에 해당한다고 하는 것입니다.

(3) 위 사안은 경찰공무원이 가지는 국가배상권을 제한한 헌법의 규정 및 위 규정취지에 따른 권리의무주체의 범위가 위헌심사의 대상이 되었던 것으로 본건 헌법소원과는 전혀 성격을 달리합니다. 따라서 헌법의 하위기관인 내무부장관이나 법무부장관에게는 경찰공무원의 사상과 관련한 손해배상에 대하여 헌법에서 유래되는 작위의무가 특별히 규정되어 있다고 할 수 없으므로 심판청구가 부적법하다고 판단된 것입니다.

2. 위와 같이 명문으로 헌법상의 기본권을 제한한 헌법규정 및 국가배상법 조항의 해석이 문제된 94 헌마 118호 판결과 달리 본건은 피청구인이 1965년 한일 청구권협정을 맺을 당시 재일한국인들의 보상에 관한 권리와 관련하여 해석상의 다툼이 있는 완전한 최종적 해결조항을 체결하였고 이로인해 재일한국인들인 청구인들이 그 체결전까지와는 달리 일본국에 귀화를 하여도 원호법상의 보호를 받지 못하고 그 권리를 박탈당하게 되었는바 이는 위 조항의 해석을 일본국정부가 피청구인과 달리 해석을 하고 있는 것에서 기인한 것이어서 청구인들은 이에 일본국의 해석을 받아 들이고 피청구인에게 보상에 관한 입법 혹은 행정처분을 요구하는 것이 아니라 피청구인의 해석을 받아들이고 단지 일본국정부와 피청구인의 해석다툼을 위 한일청구권협정상의 중재조항에 의해 해결하여 일본국 내에서의 청구인들의 권리구제에 협조하여 달라고 함에 그치고 있는 것입니다.

3. 그러함에도 불구하고 피청구인은 청구인들의 최소한의 이러한 요구에도 부작위에 그치고 있는바 이는 우리 헌법이 규정하는 재외국민보호의무에도 위반할 뿐만 아니라 법률 및 행정처분(청구권협정체결)에 의해 권리를 박탈당한 자가

가지는 국민의 재판청구권의 본질에서 파생되는 권리를 침해하고 있는 것이고 이로 인해 재산권, 행복추구권 및 평등권등을 침해받고 있는 것이어서 이의 위헌성을 다투기 위해 본건 헌법소원을 제기한 것입니다.

1999.1.

위 청구인들의 대리인

법무법인 삼일종합법률사무소

변호사 최 봉 태

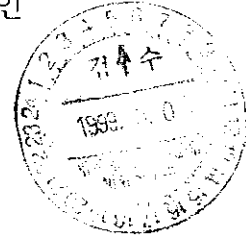
헌법재판소

귀중

참고자료제출

사 건 : 98 헌마 206호 중재요청불이행위헌확인

청 구 인 : 석 성 기외4인



위 사건에 관하여 청구인의 대리인은 다음과 같이 참고자료를 제출합니다.

다 음

1. 서면답변자료(외교통산부)

1통


1999. 3.

위 청구인의 대리인

법무법인 삼일종합법률사무소

담당변호사 최 봉 태

헌법재판소 귀중

 **삼일종합법률사무소**

대구광역시 수성구 범어동 33-2 범어빌딩 402호 대표전화. (053)743-0031 FAX. (053)753-6963

'98년도 국정감사

서 면 답 변 자 료

1998. 11

외 교 통 상 부

대만인과 재일한국인을 비교하면 대만인은 외교적 교섭이 없었음에도 결국 특별법에 의해 보상을 받았는데 재일한국인의 경우는 우리 정부가 외교적 교섭을 하여 오히려 보상을 못 받는 결과를 초래한 것 아닌가?

- 대만의 경우에는 일본과 52.4 「일·중화민국 평화조약」을 체결, 대만인의 대일 청구권 문제 해결을 위한 특별협정을 체결키로 하였으나, 동 협정이 체결되지 못한채 72.9 「일·중 공동성명」 발표됨으로서 「일·중화민국 평화조약」이 종료됨.
 - 이러한 연유로 대만과의 청구권 문제를 대담짓지 못한 일본 정부는 87년 '대만출신 전몰자의 유족 등에 대한 조위급에 관한 법률'을 제정하여, 88.9부터 93.7까지 약 28,000명에 대하여 1인당 200만엔의 국채를 교부하게 된 것임.

- 한편, 우리의 경우는 1965년의 「한·일 청구권 협정」으로 양국 및 양국민간의 청구권 문제를 해결하였음. 다만, 재일한국인의 청구권이 1965년의 한·일 청구권 협정으로 해결되었느냐에 대해서는 한·일 정부간 이견이 존재하고 있음.
 - 우리 정부는 재일한국인의 청구권은 한·일 청구권협정 대상외로서 별도로 취급되어야 한다는 입장이나, 일본 정부는 재일한국인 청구권도 한·일 청구권 협정에 포함되어 있고, 따라서 해결되었다는 입장

○ 따라서 재일한국인의 청구권과 대만출신 전몰자 유족에 대한 일본의 보상은 그 근본성격이 다른 것으로 동일선상에서 비교될 수 있는 사안은 아님.

외교부는 98.8.7 헌법재판소에 제출한 답변서에서 '외교적 경로를 통하여 문제를 해결하겠다며 중재요청을 거부하고 청구인들의 청구를 각하 또는 기각'을 구하고 있는데, 어떤 근거로 중재요청을 통해 문제해결을 추구하는 것이 문제 해결 가능성이 희박하다고 주장하는지?

- 본 사안은 한·일 청구권협정이 재일한국인에 적용되는지의 여부가 핵심사항으로서, 우리 정부는 재일한국인의 보상청구권이 청구권협정에 영향을 받지 않는다는 입장임에 반해 일본정부는 재일한국인의 보상청구권도 청구권협정의 적용을 받는다는 해석을 하고 있어 양국간 이견이 좁혀지지 않고 있는 상황임.
- 이에 따라 우리정부는 일측에 대해 일본내 국내조치를 통해 재일한국인 전상자의 일 원호법상 혜택 등을 비롯한 재일한국인 청구권 문제가 해결되도록 촉구하여 왔으며, 앞으로 이러한 외교적 노력을 계속해 나갈 예정임.
- 한편 정부는 청구권협정 3조 2항 내지 4항에 규정되어 있는 중재위원회 설치는 현재로서는 고려하지 않고 있음.
 - 제3국의 중재를 통한 문제해결을 추구하는 것은 현실적으로 해결 가능성이 희박하며, 한·일 양국관계 전반을 고려할 때 법적차원에서의 접근방식 보다는 외교적 경로를 통한 문제해결 노력이 바람직하다는 것이 정부의 입장임.
 - ※ 재일한국인의 원호법상 차별 문제는 92.12 재일한국인문제에 관한 한·일 아주국장회의 이래 매년 제기

일본측이 재일한국인의 보상문제가 청구권 협정에 의해 종결되었다는 입장을 견지하고 있는 바, 외교적 경로를 통하여 문제 해결의 가능성이 있다고 보는지?

- 재일한국인의 청구권 문제는 65년 한·일 청구권협정의 해석상 차이에 근본적 원인이 있는 사안으로서 그간 장기간에 걸쳐 한·일 양국간에 해석상 합의가 이루어지지 않고 있는 상태임.
- 우리 정부는 한·일 양국의 미래지향적 관계구축을 위해서는 과거사 문제의 청산이 긴요하다는 확고한 입장에 입각하여, 일측이 기본적으로 국내 조치를 통해 이러한 문제를 해결해 나가는 것이 바람직하다는 점을 강조해 왔으며, 한편으로는 한·일 청구권 협정상 적용대상에 재일한국인이 제외된다는 점을 일측이 수용하도록 외교적 노력을 지속적으로 견지해 왔음.
 - ※ 92.12 이래 재일한국인 문제에 관한 한·일 아주국장회의 매년 개최
- 정부로서는 앞으로도 제반경로 및 회담기회등을 통하여 이 문제를 거론하고 일정부가 적극 자세로 전환하도록 최대한의 외교노력을 종전과 같이 계속해 나갈 예정임.

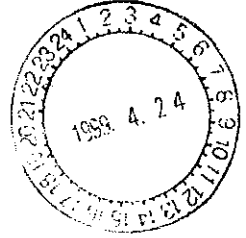
(이신범 위원)

재일한국인의 보상에 관해 외교적 경로를 통하여 해결이 될 때까지 국내 입법을 통하여 보상을 할 수 있도록 대통령에게 건의할 용의는?

- 재일한국인의 청구권 문제는 한·일 양국의 65년 청구권 협정의 해석상 차이에 그 근본적 원인이 있는 사안임.
- 정부로서는 앞으로도 제반 경로 및 회담기회 등을 통하여 이 문제를 거론하고, 일 정부가 적극 자세로 전환하도록 최대한의 외교노력을 종전과 같이 계속해 나갈 예정이나, 한·일간에 과거사 관련 미 해결된 문제들이 다수 존재하고 있는 현실에서 재일한국인만을 위한 국내 입법조치에 대해서는 현재로서는 생각하고 있지 않음.

위 사본함.
 법률사무소
 법률사무소 일증합법률사무소

의견서



사 건 : 98 헌마 206 호

중재요청불이행 위헌확인

청구인 : 석성기외 4인

위 사건에 관하여 청구인들의 소송대리인은 다음과 같이 의견을 개진합니다.

다 음

1. 기재출된 1999. 3. 10.자 동아일보 등의 언론보도에 의하면 노나카 히로무 일본국 관방장관은 일본국 중의원 내각위원회의 답변과 기자회견을 통해 본건 헌법소원의 당사자인 본인인 청구인들과 같은 구 일본군이나 군속으로 종군했던 재일한국인들에 대하여 국가차원의 보상문제를 검토하겠다고 밝혔다고 합니다. 이는 우리 정부가 재일한국인의 보상에 관한 권리는 1965년의 청구권협정에서 해결이 되지 아니한 것이라는 입장과 일치하는 것으로서 만약 우리 정부가 본건 헌법소원의 청구인들의 간절한 요망에 따라 중재요청을 하였더라면 적어도 고령의 나이에 병마와 싸우는 본인인 청구인들은 중재위원회의 결정에 따라 보상을 받았을 가능성이 높았다는 것을 반증해 주고 있습니다.

2. 그럼에도 불구하고 피청구인은 위 청구권협정 제3조에 규정된 중재절차를 거치지 아니하고 있는 바 이는 위 협정과는 별도로 일본국 동경에서 양국간에 작성한 “분쟁해결에 관한 교환 공문”이라는 서한에 의한 것이 아니냐는 의혹을 질게 합니다. 즉 위 한국측 서한에 의하면 양국정부는 별도의 합의가 있는 경우를 제외하고는 양국간의 분쟁은 우선 외교상의 경로를 통하여 해결하는 것으로 하고 이에 의하여 해결할 수가 없을 경우에는 양국 정부가 합의하는 절차에 따라 조정에 의하여 해결을 도모한다고 하여 청구권협정 제3조에 규정된 신속하고 강제적인 분쟁해결수단인 중재를 제외하고 있습니다. 청구권협정 제3조에 반하는 위 교환공문의 효력문제는 별론으로 하더라도 피청구인은 위 서한에 의해 결국 중재요청을 거부하고 있는 것이 아닌가 추측되나 이는 피청구인의 외교상의 편의만을 고려하여 청구권협정 제3조의 취지를 몰각한 것으로 청구인들의 헌법상의 기본권의 행사를 가로막는 것이며 헌법위반임은 물론 상위규범인 위 청구권협정에도 반하는 것이라 아니 할 수 없습니다.

3. 일본국 정부가 본건 헌법소원 청구인들을 위하여 특별법을 만들거나 그 이외의 보상을 해 준다는 입장을 표명하였다고 하여 청구인들을 보호하여야 할 피청구인의 헌법상의 의무가 면제되는 것은 아니고, 실제 위 특별법등의 조치가 본인인 청구인들이 사망하기 이전에 있으리라는

하등의 보장이 없습니다. 오히려 피청구인으로서는 청구인들을 보호하여야 할 의무가 더욱 고도화되었다는 것을 의미할 뿐입니다. 이러한 점에서도 귀원은 청구인들의 간곡한 요망인 구두변론을 열어 청구인들의 권리구제의 필요성과 변화된 상황하에서 중재신청의 필요성 문제를 심리해 주시기를 바랍니다. 특히 피청구인의 그 동안의 주장에 대한 입증과 아울러 청구권협정 제3조와는 달리 왜 서한에 의해 중재신청의 절차를 무시하게 되었는가 그 배경에 대하여도 우리 헌법원리상 수증할 수 있는 답변이 있어야 할 것입니다.

4. 이상의 이유에서 구두변론 심리를 요청합니다.

1999. 4. .

위 청구인들의 대리인

법무법인 삼일종합법률사무소

담당변호사 최 봉 태

헌법재판소

귀중

의견서

사 건 : 98 현마 206호

중재요청불이행 위헌확인

청 구 인 : 석 성 기 외 4인

위 사건에 관하여 청구인들의 소송대리인은 다음과 같이 의견을 개진합니다.

다 음

1. 본건 헌법소원의 청구인 강부중이 일본국을 상대로 장애연금의 지급을 구하는 소송에서 일본국 오사카 고등법원은 1999. 5. 14. 일본국에게 화해를 권고했지만 일본국은 1999. 6. 21. 화해기일에 어떠한 화해에도 응할 수 없고 검토의 여지가 없다는 입장을 표명하여 화해를 거부하였습니다. 그리고 이어 본건 헌법소원의 당사자인 청구인들에게 국가차원의 보상문제를 검토하겠다는 일본국 관방장관의 지시도 청구인들의 보상문제는 이미 끝이 났다는 관료들의 벽에 막혀 현재 문제 해결의 실마리가 보여지지 않은 상황으로 되고 말았습니다(참고자료 참조).
2. 일본국의 사법부의 화해권고와 관방장관의 검토지시조차 거부하는 일본국의 완강한 입장의 기초는 우리 정부가 맺은 청구권협정을 일본국이 우리 정부와 달리 해석을 함에 기인하는 것은 다언을 요하지 아니합니다. 그렇다면 이제 문제 해결을 위해 남은 방법은 우리 정부의 중재요청이외에는 달리 대안이 없는



공증인가법무법인

삼일종합법률사무소

대구광역시 수성구 범어동 33-2 범어빌딩 402호 대표전화. 053)743-0031 FAX. 053)753-6963

상황이 되고 말았습니다. 즉 청구인들의 중재요청을 피청구인이 받아들여 일본국과의 중재에서 1965. 6. 한일간에 청구권협정을 체결함으로 인하여도 재일한국인의 보상에 관한 문제는 해결되지 않았다는 우리 정부의 해석이 중재의견으로 받아들인다면 일본국 사법부의 화해권고나 관방장관의 지시가 현실화되리라는 것은 명약관화합니다.

이러한 일본국의 완강한 입장을 잘 알고 있는 청구인들로서는 자신들의 권리구제를 위한 남은 최후의 방법이 일본국의 청구권협정해석의 잘못을 시정하는 것이고 이는 청구권협정의 체결당사자인 우리 정부의 중재신청으로 가능한 것이기에 이를 위해 청구한 것이 본건 헌법소원인 것입니다.

3. 이러한 청구인들의 중재요청에 대하여 자국민의 생명과 재산을 보호하여야 할 헌법상 의무가 있는 우리 정부는 부작위로 일관하고 있는 바, 일본국 사법부의 화해권고조차 거부하는 일본국을 상대로 우리 정부가 귀원 1998.8.7. 접수한 의견서와 같이 외교적 교섭을 통하여 이 문제를 해결하여 보겠다고 하는 것은 실로 실현가능성이 없는 것이라 아니할 수 없습니다. 이상과 같이 청구인들의 중재요청의 필요성은 시간이 갈수록 높아져 가고 있고 이에 비례하여 피신청인의 부작위의 위헌성은 더욱 명백해지고 있다 아니할 수 없습니다.

4. 이상의 이유에서 본건 청구는 인용이 되어야 할 것입니다.

1999. 7. .

위 청구인들의 소송대리인

법무법인 삼일종합법률사무소

담당변호사 최 봉 태

헌법재판소

귀중



삼일종합법률사무소

대구광역시 수성구 범어동 33-2 범어빌딩 402호 대표전화. 053)743-0031 FAX. 053)753-6963

의견서

사 건 : 98헌마 206호

중재요청 불이행 위헌확인

청구인 : 석성기 외 4인

위 사건에 관하여 위 청구인들의 대리인은 다음과 같이 변론을 준비합니다.

다 음

목 차

- 一. 본건 헌법소원의 의미
- 二. 본건 헌법소원과 관련한 국내외의 동향
 1. 국제적인 움직임
 2. 일본국내의 움직임
 - (1) 소송의 동향
 - (2) 입법의 동향
 3. 우리국내의 움직임
 - (1) 외교통상부의 동향
 - (2) 입법부의 동향

三. 정부의 공권력 불행사의 위헌성에 관하여

1. 일본국 사법부의 일본국정부에 관한 작위의무론
2. 공권력불행사로 인한 기본권침해
3. 정부의 의견서에 대한 반박
4. 작위의무의 법상 근거
 - (1) 헌법상의 근거 : 재외국민의 보호의무조항과 평등권조항
 - (2) 조리상의 근거 : 불완전한 선행행위를 한 자로서의 작위의무
5. 헌법소원상 공권력 불행사와 일반소송상 위법부작위

四. 결론

一. 본건 헌법소원의 의미

서기 2,000년이 시작되었습니다. 식민지 지배와 한국전쟁, 그 후유증인 남북분단의 세기를 접고 새로운 세기가 시작되는 것입니다. 일제의 침략과 국권침탈로 인해 우리 민족은 카이로선언에서 언급되었듯 노예상태에서 식민지시대를 보내야 했고, 경제적 수탈을 견디다 못해 삶의 터전을 버리고 일본을 위시한 해외로 떠나 노예상황을 벗어나려 했던 것은 주지의 사실입니다. 또한 그리지도 못한 젊은 장정들은 일제의 징용령에 의해 강제징용 당하여 일본의 침략전쟁에 동원되어 생명을 잃기도 하고 그중 일부는 팔다리등을 절단당하는 중상해를 입고 고통에 신음하

다가 일제의 무조건 항복에 의해 해방을 맞이하게 되었습니다. 그러나 고국에서 삶의 터전을 빼앗기는등 여러 가지 사정에 의해 고국으로 돌아오지 못하고 일본국에 남게 된 것이 지금의 재일한국인이며 그들은 민사국장의 통달이라는 행정처분 하나로 하루아침에 외국인 취급을 당하였으나 일본사회의 갖은 차별속에서도 한국인으로서의 자신의 아이덴티티를 잃지 아니하고 지금까지 살아오고 있습니다. 본건 헌법소원의 청구인들도 일제의 강제징용에 의한 전쟁터에서 입은 상처로 인해 고국으로 돌아오지 못하고 일본국에 남은 전형적인 재일한국인 및 그 후손들입니다. 본인인 청구인들은 똑같이 전쟁에 징용당하여 군무에 종사하다가 같이 상처를 입은 일본인들이 일본국의 원호법하에서 두터운 보호를 받고 있음에도 불구하고, 또한 귀화를 하면 그들과 동일한 보호를 받을 수 있음에도 불구하고 의사에 반한 귀화를 거부하고 독립된 우리 정부의 보호를 기대하며 국적을 지켜왔던 재일한국인들입니다. 그러나 우리 정부는 1965. 6. 22. 일본국과 과거사 문제에 관해 청구권협정을 맺으며 여러 가지 사정에 의해 청구인들과 같은 재일한국인의 청구권문제에 관하여는 협상을 할 수가 없었고 이후 추가협상의 문제로 남겨둘 수 밖에 없었습니다. 그리하여 우리 정부의 보호를 받지 못하여 방치된 결과 청구인들은 고령의 나이와 전쟁터에서 입은 중한 상처로 인하여 그 보호의 필요성이 점점 높아감에 비례하여 결국 일본국의 차별적 처우를 견디다 못해 평등권을 기초로 일본국에서 위 원호법의 적용을 주장하기에 이르른 것이 본건 헌법소원의 배경입니다.

일본국 정부는 1965.6.22. 이전까지는 청구인들과 같은 재일한국인의 청구권에 관한 문제는 위 원호법의 적용이 아니라 양국간의 외교적 교섭에 의해 해결하겠다며 양국간의 외교적 교섭이 있을 때까지 기다려 달라고 하여 청구인들의 보호를 거부하면서 위호법의 적용을 받고자 하

면 귀화를 하라는 입장을 취해 왔습니다. 마침내 1965.6.22. 청구권협정이 체결되기에 이르렀으나 우리 정부는 앞서 본바와 같이 여러 가지 이유에서 청구인들과 같은 재일한국인의 청구권문제는 협상에서 제외하였

그러나 문제는 일본국 정부는 위 청구권협정이 체결되자 종래의 청구인들의 주장에 대해 위 청구권협정 제2조 1항을 들어 위 청구권협정에 의해 해결이 되었다고 주장하며 그 보호를 거부할 뿐만 아니라 나아가 그 이전과는 달리 재일한국인인 본인인 청구인들이 귀화를 하여도 청구권협정의 체결전과는 달리 재일한국인의 청구권문제가 위 청구권협정에

원래 1965. 6. 22. 청구권협정을 맺으며 피청구인이 청구인들과 같은 재일한국인의 청구권에 대해 협상을 하였어야 할 것입니다. 이것은 한국내에 있던 재외에 있던 국민에 대한 외교보호권의 행사라는 면에서 동일하게 취급되어야 할 것이기 때문입니다. 가사 여러 가지 사정에 의하여 재일한국인의 청구권에 관하여 협상을 하지 못하고 미루어 두었다면 전후 50년이 훨씬 넘어 당사자들이 노령 및 병환으로 세상을 달리 하고 있는 중인 현재까지 추가 협상을 하였어야 함이 우리 헌법상 보장된 평등권 및 재외국민보호의무에 부합할 것입니다. 그럼에도 피청구인은 재협상을 이제까지도 하지 아니하고 있고 나아가 잘못된 협상의 결과를 그대로 방치함으로써 본인인 청구인들은 결국 한을 품은 채 눈을 감아가고 있는 실정입니다. 본건 헌법소원은 이러한 피청구인의 무책임한 태도가 우리 헌법상 용납이 될 수 있는지를 묻는 것입니다.

부디 재판부에서 본건 헌법소원의 의미를 충분히 고려하여 우리 헌법의 정신에 부합하는 심리 및 판결이 있기를 기원합니다.

二. 본건 헌법소원과 관련한 국내외의 동향

1. 국제적인 움직임

청구인들의 대리인이 1998.11.10. 제출한 증거자료 및 일본국 외무성의 조사에 의하더라도 청구인들의 보상에 관한 동일한 문제에 관하여 조사

대상국인 미국, 영국, 프랑스, 이탈리아, 독일은 모두 외국인 구군인군속에 관하여 자국민과 거의 동일한 일시금 내지 연금을 지급하고 있음을 알 수가 있어 일본국의 청구인들에 대한 취급이 국제적으로도 용납될 수 없음이 넉넉히 입증되고 있습니다.

그리하여 청구인들이 일본국의 원호법의 적용을 받지 못하고 차별받고 있는 문제는 국제연합의 소위원회에서도 현안이 되어 평등조항에 반한다고 지적되어 국제적으로 비난을 받고 있습니다.

2. 일본국내의 움직임

(1) 소송의 동향

청구인들은 1991년 이후 일본국의 원호법 적용거부의 부당성에 관해 이를 다투며 연달아 소송을 제기하기에 이르렀고, 동종판결은 4건이 있으며 청구인들의 청구는 현재까지 모두 주문에서는 기각당하고 있으나 부언에서는 강하게 이 문제의 해결이 촉구되고 있습니다. 청구인들은 위 기각당한 판결에 불복하여 항소심 내지 상고심이 현재 계류중인 상황입니다. 일본국 사법부의 판결은 일본에는 우리와 달리 헌법재판소제도가 있지 아니하여 국민의 기본권 내지 헌법의 규범성에 관하여는 일반 사법부에서 밖에 다투어질 수 없고 그나마 사법부는 삼권분립의 이념하에 입법부나 행정부의 움직임에 대해 적극적 판단이 용이하지 아니하다는 배경하에 입법부나 국회의 책임이 걸린 위 문제에 관해서는 입법재량의 문제등 여러 가지 이유로 청구인들의 청

구는 기각하고는 있으나 1998. 9. 29. 동경고등재판소의 판결에서 보듯 '원호법의 부칙을 개정하여 재일한국인에 대한 보상의 길을 여는 등 행정상의 특별조치를 취하는 것이 강력히 요구된다'고 보상입법등을 촉구하고 있습니다. 또한 1999. 5. 14. 오오사카 고등재판소도 원호법이 재일한국인을 제외대상으로 하고 있는 것의 부당성을 인정하고 일본국에 대하여 화해의 권고를 하기에 이르렀으나 일본국의 거부로 별다른 진전을 보지 못하였습니다. 가장 최근인 1999. 10. 15.의 오오사카고등재판소의 판결에는 "국회는 가능한 한 신속하게 재일한국인인 군인군속에 관한 차별을 헌법 제14조 혹은 국제인권규약 B규약 제26조에 부합하도록 시정할 것이 요구된다. 국회가 금후에도 아무런 시정조치를 취하지 않고 그 시정에 필요한 기간을 경과한 경우에는 입법부작위가 국가배상법상의 위법한 행위로 평가될 수 있다"고 하기에 이르렀습니다.

(2) 입법의 동향

위와 같은 소송에서의 일본 사법부의 화해권고 및 판결문 가운데 '위헌의 의혹' 혹은 '청구인들의 초조한 마음에 소송을 제기하는데 이른 심정에 대하여는 충분히 이해가 되고, 동정을 금할 수 없고 인도적 견지에서라도 또 국제연합의 규약인권위원회에서 현안으로 지적되고 있는 것에 비추어서도 조속히 대응을 하는 것이 일본국에 주어진 정치적 행정적 의무이기도 하다', '국회가 향후 시정조치를 취하지 아니하

면 그 입법부작위가 국가배상법상의 위법한 행위로 평가될 수 있다'는 등의 판시 취지에 따라 1999. 3. 일본국 관방장관이 국가차원의 보상 문제를 검토하겠다는 취지를 밝힌 후 그 특별법의 검토에 들어가 2000년 1월 통상 국회에서 법안의 통과가 예상되고 있습니다. 그 특별법안으로서 일본국은 청구인들에 대한 일시금(200만엔안 ,300만엔안 등)에 의한 보상을 전제로 하고 있으나, 청구인들과 같은 재일한국인들은 평등한 취급을 주장하며 기본적으로 특별입법 제정후는 일본인과 동일하게 원호법에 정한 년금을 지급하되, 기왕의 것에 대하여는 일시금에 의한 것도 용인할 수 있으나 대응이 늦은 것에 대하여는 어떠한 형태든 유감의 뜻을 표명할 것등 3가지를 요구하며 일시금에 의한 해결만을 꾀하는 위 법안에 대하여 반대를 하고 있습니다.

3. 국내의 동향

(1) 외교통상부의 동향

본건 헌법소원에 있어서 정부의 98. 8. 7.자 답변을 보면 청구인들의 문제를 해결하기 위하여 청구권협정 제2조1항의 적용대상에 재일한국인은 제외된다는 점을 일본측이 수용하도록 요청을 하였으나 일본측은 동 문제가 청구권협정에 의해 종결되었다는 입장을 견지하면서도 우리 정부의 요청을 관계성청에 전달하겠다는 답변을 들었다며 이후 외교적 경로를 통한 문제해결에 노력하겠다는 답변을 할 뿐 그 이후 일체의 외교적 노력에 관하여는 주장도 입증도 하지 아니하고 있습니

다.

(2) 입법부의 동향

우리 국회도 태평양전쟁당시 일제에 의해 강제징용 당하였다가 지금도 살아있는 생존자를 위하여 1999. 10. 4. “태평양전쟁일제강제징용생존자보상에관한특별법”을 제안하여 50여명의 국회의원의 동의를 받아 국회에 제안을 하여 입법계류중입니다. 위 입법취지는 청구권협정에서 당시 한국소재 피해자들의 보상문제에 대해 교섭을 한 이상 그 보상에 대한 책임이 우리 정부에 있으므로 지금이라도 법을 만들어 보상하여야 한다는 것입니다. 결국 청구인들과 같은 피해자들은 한국적이든 일본국적이든 어떤 형태든 보상을 받아야 한다는 것이 공통된 인식임을 잘 보여 주고 있습니다.

三. 정부의 공권력불행사의 위헌성에 관하여

1. 일본국 사법부의 일본국정부에 관한 작위의무론

앞서 본바와 같이 헌법재판소를 가지고 있지 아니한 일본국의 사법부에서도 청구인들에게 원호법의 적용을 배제하는 것은 위헌의 의혹이 있고 위 차별을 배제하기 위해 국회가 합리적인 기간내에 입법을 하지 않으면 국가배상법상의 위법이 될 수 있다고 판단을 하고 있습니다.

그리고 전후보상 판결과 관련하여 일본국 98. 4. 27. 야마구치지방법판

소 시모노세키지부의 종군위안부배상사건에서는 “일본국 헌법제정전의 제국일본의 국가행위에 의한 것이라도 이것과 동일성이 있는 국가인 피고는 그 법익침해가 중대한 한 피해자에 대하여 더 이상 피해의 증대를 초래하지 않도록 배려, 보상할 조리상의 법적 의무가 부과되어 있다고 보아야 할 것이고 --- 일본국 헌법제정후는 점점 그 의무가 중하게 되어 피해자에 대하여 어떠한 손해회복조치를 찾지 않으면 안되며 --- 적어도 노나카 담화 이후에는 전술한 작위의무는 위안부원고들이 입은 피해를 회복하기 위한 특별한 배상입법을 해야할 일본국 헌법상의 의무로 전화하고 있다” 고 판시한 후 그 이후의 입법부작위에 관하여 그 위법을 인정, 장래에 입법에 의해 피해회복이 이루어질 것을 고려하여 각 30만엔의 지급을 일본국에 선고한 바가 있습니다. 이러한 움직임은 일본국 사법부가 식민지시대의 희생자에게는 평등권의 이념에서 동일하게 처우를 하는 것이 요구되며, 법익침해가 중대한 피해자에게는 피해의 증대를 초래하도록 방치하지 않도록 배려 보상하는 것이 조리상의 법적 의무로 작위의무임을 인정하고 있음을 잘 보여 주고 있습니다.

이와 같은 견지에서 보면 우리나라 국민인 청구인들의 희생에 대해 피청구인이 일본국정부와 1965. 6. 22. 청구권협정을 체결할 당시 국내에 있는 피해자들과는 달리 그 피해보상에 관해 차별적으로 협상조차 하지 아니하고 그후 피해자들의 노령화에 따라 피해보상을 받을 필요성은 더욱더 커가고 있음에도 피청구인은 현재에 이르기까지 추가 협상을 하지 않아 청구인들의 피해가 더욱 심각해지고 있는 상황은 일본국의 위 판

결들에 비추면 명백히 위헌이며 작위의무위반으로 평가되어야 할 것입니다. 더욱이 본건 헌법소원에서 문제가 되는 것은 이러한 피청구인의 차별적 협상 또는 그후의 추가협상의무의 유기가 아니라, 피청구인이 맺은 청구권협정이 악용되어 청구인들의 피해에 대한 보상이 막혀지게 된 상황에서 피청구인은 청구권협정의 체결당사자로서 청구권협정의 해석을 명료히 하여줄 의무가 헌법상 존재하는가의 문제입니다. 이러한 해석상의 다툼을 명료히 하여야 하는 것은 헌법의 근거조항을 떠나서 조리상으로도 당연히 인정되는 것이라 아니할 수 없습니다. 그렇지 아니하다면 피청구인은 재외국민보호와 관련하여 권한은 있을 지언정 하등의 의무로부터는 자유롭다는 것을 용인하는 것인데 그 부당성은 다언을 요하지 아니합니다.

2. 공권력 불행사로 인한 기본권침해

청구인들은 피청구인의 다음과 같은 공권력 불행사로 이중삼중의 기본권을 침해 당하고 있습니다. 즉,

- (1) 피청구인은 청구인들의 보상에 관한 문제에 관해 1965. 6. 22. 청구권협정을 맺을 때 자국거주 피해자들과 차별되게 협상조차 하지 않는 공권력의 불행사로 인하여 청구인들은 재산권을 포함한 기본권의 침해를 받았습니다.

(2) 피청구인은 그후 청구인들이 노령으로 인하여 세상을 달리하게 된 현재에 이르기까지 1965. 6. 22. 이후 추가 협상을 하지 않는 공권력의 불행사로 인하여 기본권의 침해를 받고 있습니다.

(3) 무엇보다 피청구인은 피청구인이 체결한 청구권협정의 해석과 관련하여 일본국에 의해 해석이 악용되어 청구인들의 보상에 관한 권리가 박탈되고 있고 이러한 상황하에서 해석상의 다툼을 종결시켜달라는 청구인들의 요구에도 이를 묵살하고 있는 공권력의 불행사로 인하여 청구인들의 기본권이 침해당하고 있는 것입니다.

3. 정부의 의견서에 대한 반박

피청구인 답변의 부당성에 관하여는 1998.9.12. 의견서의 내용과 같습니다. 피청구인 답변의 요지는 청구인들의 주장은 피청구인의 정책적 판단문제이지 법상 의무에 해당되지 아니한다는 것이나 이는 결국 1965.6.22. 청구권협정 체결당시 정책적 이유를 들어 청구인들의 보상에 관한 문제를 협상에서 제외시킨 행위 및 그 이후 현재에까지 추가협상을 하지 않는 공권력의 불행사가 모두 우리 헌법으로부터 자유로운 정책적 판단으로 보는 것으로 이는 결국 우리 헌법의 범규범성을 부인하는 것이라 아니할 수 없습니다. 가사 양보하여 1965.6.22.당시 제일한국인의 보상문제를 협상에서 누락시켰고 청구인들이 사망하기에 이른 현재에까지 추가협상을 하지 않는 것이 우리 헌법상의 평등권 및 재외국

민보호의무에 반하지 않는 정책적 판단의 문제라 하더라도 1965.6.22.의 청구권협정에서 해석상의 다툼이 있는 협정을 체결하여 일본국내에서 청구인들의 원호법적용을 박탈당하게 한 피청구인의 행위에 대해 그 해석상의 다툼을 해결하여 달라는 요구에도 이를 무시하는 것이 정책적 판단의 문제라고는 도저히 납득되지 아니합니다.

4. 피청구인의 작위의무의 법상 근거

우리 헌법재판소의 판례에 의하면 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원의 경우에는 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 있을 것을 요구하고 있는 것이 기본적 입장입니다(헌재 95. 5. 25. 선고 90헌마196결정등). 그러나 위 작위의무는 단순히 형식적으로 명문에 규정되어 있는 경우에 한정할 것은 아니고 헌법의 기본이념과 기본권보장에 관한 제규정의 합리적 해석에 의하여도 그 작위의무가 인정이 되어야 할 것입니다. 그러하지 아니하다면 특별히 구체적인 경우에 발생될 개개의 사정을 모두 예상하여 헌법상 작위의무를 특별히 구체적으로 규정하여야 된다는 것인바 이는 불가능한 것을 요구하는 것이라 아니할 수 없고 결국은 공권력의 작위의무자체를 인정하지 않으려는 태도로 귀결될 것인바 그 부당성은 다언을 요하지 아니합니다. 이런 면에서 보면 피청구인의 작위의무는 헌법상의 명문규정상으로는나 조리상으로 인정이 된다 할 것입니다.

(1) 헌법상의 근거 : 재외국민의 보호의무조항 및 평등권조항

우리 헌법 제2조 2항에 의하면 국가는 재외국민을 보호할 의무를 규정하고 있고 제11조는 국민의 평등권을 규정하고 있습니다. 그럼에도 불구하고 피청구인은 1965. 6. 22. 청구권협정을 맺으면서 청구인들인 재일한국인에 관하여는 차별적으로 협상에서 누락시켜 재외국민의 보호의무를 위반하는 공권력의 불행사를 하였고 나아가 현재에 이르기까지 추가협상을 하지 아니하여 재외국민의 보호의무 및 평등권을 침해하는 공권력의 불행사를 초래하고 있습니다.

이러한 명백한 차별적인 공권력의 불행사뿐만 아니라 피청구인이 맺은 청구권협정의 해석과 관련하여 일본국내에서 청구인들의 재산적 권리가 침해되고 있는 심각한 상황에서 그 해석상의 다툼을 그대로 방치하는 부작위로 인하여 재외국민의 보호의무를 이중삼중으로 위반하는 공권력의 부작위상태를 초래하고 있는 것입니다.

(2) 조리상의 근거 : 불완전한 선행행위를 한 자의 작위의무

청구인 본인들은 일본국의 침략전쟁에 징용당하여 신체의 일부에 장애를 입고 전쟁이 끝난 후 해방이 된 후 일본국에 대하여 그 보상에 대한 권리를 가지고 있고 대한민국의 국민으로서 피청구인에 의해 그 보호를 받을 헌법상의 권리가 있습니다. 청구인 본인들이 일본국정부를 상대로 가지는 보상에 관한 권리에 대해 청구인 본인을 대신하여 일본국정부와 교섭할 권한을 우리 헌법이 피청구인에게 인정한 취지는 단

순히 권한만을 피청구인에게 부여하고 일체의 헌법상 조리상의 의무로부터 자유로움을 밝힌 것이 아니라 우리 헌법이 규정하고 있는 국민의 제기본권 규정에 기속되어 선량한 관리자로서 적정하게 외교적 교섭을 하고 특히 국민의 재산권침해의 소지가 있는 조항을 맺음에 있어서는 후일 해석상의 다툼이 없도록 명료하게 맺을 법상 조리상의 의무가 있다 할 것입니다. 이런 점에서 볼 때 청구권협정 제2조 1항에 청구인들과 같은 국민들이 일본국 혹은 그 국민에 대해 가지는 청구권에 관한 문제가 완전히 최종적으로 해결되었다고 규정함에 있어서는 그 적용범위를 명확히 하여야 할 법상 조리상의 의무가 있음에도 불구하고 이에 위반하여 일본국정부에 의해 그 적용범위가 전혀 달리하는 해석상 다툼이 있는 조항을 체결하여 청구인들이 일본국내에서 원호법등에 의한 보상을 받을 권리를 박탈당하게 되는 결과를 초래하였는 바 이러한 불완전한 선행행위를 한 자로서 적어도 그 해석의 다툼을 제거하여야 할 작위의무가 법상 조리상 당연히 인정된다 할 것입니다.

5. 헌법소원에 있어서의 공권력의 불행사와 일반소송에 있어서의 위법부작위
- 헌법소원이란 헌법상 보장된 기본권을 보호하기 위하여 만들어진 제도로 공권력의 행사는 물론 불행사의 경우에도 그 청구가 가능하도록 되어 있습니다. 이와 비슷한 제도로 일반민사소송이나 행정소송에서 부작위의 위법이 다투어지는 형태가 있으나 두 제도를 비교하여 볼 때도 본건 헌법소원은 인용이 되어야 할 것입니다. 즉 입법부의 태만으로 인하여 법

의 불비가 있더라도 기본권침해가 심각할 경우 이를 기본권수호의 차원에서 입법부에 대하여 입법화를 촉구하도록 적극적으로 운영이 되어야 함이 입법자의 취지이며 실제 그렇게 운용이 되고 있습니다. 하물며 행정기관에 대하여는 더욱 그러합니다. 우리나라와 같은 헌법재판소를 가지고 있지 아니한 일본국의 일반재판소에서 조차도 법익침해의 중대성을 이유로 입법부의 입법부작위에 대해 위법성마저 인정하고 있는 최근의 상황을 보더라도 80고령으로 언제 세상을 달리할 지 모르는 청구인들에 대한 보호의 긴급성 및 그 피해법익의 중대성을 감안 할 때 피청구인들의 그 동안의 공권력 불행사는 위헌일 뿐만 아니라 국가배상의 청구원인을 이루는 위법이라고 아니할 수 없습니다.

四. 결론

이상의 이유에서 청구인들의 본건 청구는 인용되어야 할 것입니다.

2000. 1. .

위 청구인들의 대리인

법무법인 삼일종합법률사무소

담당변호사 최 봉 태

헌법재판소

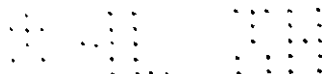
귀중

헌 법 재 판 소

결 정

- 사 건 98헌마206 중재요청불이행위헌확인
- 청 구 인 1. 석 성 기
일본국 카나가와현 요코하마시 호도가야구 미네사와정
312 NIC하이무 미쓰자와 사쿠라다이 A-401
2. 진 경 일
일본국 사이타마현 후카야시 가마시바정 니시 5-7-66
3. 정 석 진
제주시 이도 2동 370의 20
4. 강 부 중
일본국 시가현 고오가군 고오세이정 미쿠모 1115
5. 조 용 수
일본국 도쿄도 가쓰시카구 가메아리 2-32-17-206
- 청구인들 대리인 변호사 최 영 도
법무법인 안산종합법률사무소
담당변호사 임종인, 장완익
- 법무법인 삼일종합법률사무소
담당변호사 김준곤, 이춘희, 오충현, 성상희, 최봉태

주 문



이 사건 심판청구를 각하한다.

이 유

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인 석성기, 강부중, 조용수는 8·15 해방전 일본군에 징용되어 군속으로 중사중 부상을 입은 한국인들로서 일본 거주자이고, 청구외 망 진석일, 망 정상근 또한 같은 경위로 부상을 입은 한국인들로서 각 일본에서 거주하다가 사망하였으며, 청구인 진경일은 위 망 진석일의 유족, 청구인 정석진은 위 망 정상근의 유족이다.

(2) 청구인들은 일본국에서 일본국 법률인 전상병자전몰자유족등원호법(1952. 4. 30. 법률 제127호, 이하 '원호법'이라고만 한다)에 의하여 군인·군속 또는 그 유족에게 군인·군속의 공무상 부상등에 관하여 지급되는 연금을 청구하였으나, 원호법 부칙의 "호적법의 적용을 받지 않는 자에 대해서는 당분간 이 법을 적용하지 않는다"는 규정에 근거하여 각하되었다.

(3)그러자 청구인들은 불복절차를 거친 다음 소송을 제기하여(단 조용수는 제외) 위 처분에 대하여 다투는 한편, 우리 나라와 일본국의 양국에서 청구인들에 대한 보상을 외면하는 이유는, 재일 한국인 피징용부상자들의 보상청구권이 1965. 6. 22. 체결되고 1965. 12. 18. 발효된 대한민국과일본국간의재산및청구권에관한문제약해결과경제협력에관한협정(이하 '이 사건 협정'이라고 한다)에 의해 타결된 것인지에 관해서 양국정부가 의견을 달리하고 있기 때문이라고 보고, 우리나라 정부에 양국간의 위와 같은 해석차이를 해소하기 위한 중재회부를 해줄 것을 청원하였으나 이를 받아주지 않자, 청구인들은 그와 같은 공권력행사의 부작위는 재외국민보호의무에 관한 헌법 제2조 제2항, 헌법 제10조, 제37조등에 위반되어 위헌이라고 주장하면서, 그 위헌확인

을 구한다며 1998. 6. 22. 헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

그러므로 이 사건 심판의 대상은, 우리나라 정부가 재일 한국인 피징용부상자들의 보상청구권이 이 사건 협정에 의해서 타결된 것인지 여부에 관한 한·일 양국 정부간의 의견차이를 해소하기 위하여 중재회부를 하지 아니한 것이 헌법에 위반되는지 여부이다.

2. 청구인들의 주장과 관계기관의 의견 요지

가. 청구인들의 주장

(1) 청구인들은 재일 피징용부상자 본인들 혹은 그 유족으로서 일본국의 원호법에 의한 연금을 지급받을 요건에 해당되나 한국인이라는 이유로 적용을 거절당하여 왔고, 한편 우리 나라에서도 보상을 받지 못하였는바, 그 이유는 이 사건 협정의 타결 대상에서 제외되는 권리등에 관한 이 사건 협정 제2조 제2항 (a)호의 해석과 관련하여, 재일 한국인 피징용부상자들의 보상청구권이 위 조항에서 말하는 "재산, 권리 및 이익"에 포함되는 것인지 여부에 관하여 한·일 양국정부간에 의견차이가 있기 때문이다.

(2) 한편, 이 사건 협정에 의하면 이와 같이 양국 정부간에 협정의 해석에 관하여 다툼이 있을 경우에는 중재에 의하여 해결하도록 되어 있고, 중재에 회부될 경우 신속히 해결될 것으로 예상되며, 부상에 의해 장애가 남은 당사자인 청구인들은 노령으로서 보상이 긴급히 요구되는 형편이다. 이와 달리 단순한 외교적 교섭에 의한 해결의 전망은 매우 불투명하다.

(3) 이와 같은 상황에서 이 사건 협정의 일방 당사자인 우리나라 정부로서는 헌법 제2조 제2항이 규정한 재외국민보호의무에 비추어 이 사건 협정의 해석을 둘러싼 위

와 같은 양국간의 견해차이를 해결하여 청구인들의 권리를 보호하여줄 의무가 있다고 할 것이고, 그 밖에도 헌법 제10조의 국가의 기본적 인권 보장 의무, 제11조의 평등의 원칙이 국가가 불완전한 선행행위를 한 당사자로서 조리상으로도 위와 같은 보호의무가 있다.

(4) 그러나 우리나라 정부는 청구인들이 제일 한국인 피징용부상자의 보상문제에 관해 일본국 정부에 중재요청을 하여 줄 것을 청원하였음에도 부작위에 그치고 있는바, 이러한 공권력의 불행사는 위의 헌법규정들과 재산권의 보장에 관한 헌법 제23조 등에 위배되는 것이다.

나. 외교통상부장관의 의견

(1) 적법요건에 관하여

청구인들은 일본국에서 소송을 진행중이고, 우리 나라에서는 소송제기등 권리구제 절차를 취한 일이 없으므로, 이 헌법소원은 다른 법률에 의한 구제절차를 먼저 거치지 아니하여 보충성요건을 결한다. 또, 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 있어서 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위를 청구할 수 있음에도 불구하고 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 허용되는데, 이 사건의 경우 정부의 외교적 경로에 의한 해결 또는 중재요청은 정책적 판단사항이며 의무라고는 볼 수 없다. 따라서, 이 헌법소원은 부적법하다.

(2) 본안에 관하여

정부는 제일 한국인 피징용부상자의 보상청구권이 이 사건 협정의 타결대상에서 제외된 것으로, 즉 이 사건 협정 제2조 제2항 (a)호의 '체약국의 국민으로서 1947년 8월 15일부터 본협정의 서명일까지 사이에 타방 체약국에 거주한 일이 있는 사람의 재산, 권리 및 이익'에 해당하는 것으로 보고 있으며, 이 점에 관하여 일본국 정부는

우리나라 정부와 상반된 견해를 취하여 재일 한국인 피징용부상자의 보상청구권도 타결된 것이라고 보고 있다.

한편, 한·일 양국 정부는 이 문제를 해결하기 위하여 외교적 경로를 통하여 해결하도록 정하고 있고, 이에 의하여 해결할 수 없는 경우 중재요청을 할 수 있도록 되어 있으며, 분쟁의 평화적 해결에 관한 국제연합헌장 제33조 제1항에 비추어 보거나 일반 국제법상으로도 분쟁해결방법의 선택은 국익을 고려하여 외교적으로 판단할 문제이지 제3자에 의한 해결에 능동적으로 회부할 법적 의무를 국민에 대해 부담한다고는 할 수 없다.

정부는 1991.이래 매년 개최되는 한·일 아주국장회의에서 이 문제에 관한 우리나라 정부의 입장을 일본측이 받아들이도록 촉구하여 왔고, 앞으로도 외교적 경로를 통한 해결노력을 계속할 예정이다.

3. 판단

가. 이 사건 협정 관계조항의 내용

1965. 6. 22. 우리나라와 일본국사이에 양국 및 양국국민의 재산과 양국 및 양국국민간의 청구권에 관한 문제를 해결할 것을 희망하고, 양국간의 경제협력을 증진할 것을 희망하여 체결된 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 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것이 된다는 것을 확인한다”라고 규정하고, 같은 조 제3항은 “2(제2항)의 규정에 따르는 것을 조건으로 하여 일방체약국 및 그 국민의 재산, 권리 및 이익으로서 본 협정의 서명일에 타방체약국의 관할하에 있는 것에 대한 조치와 일방체약국 및 그 국민의 타방체약국 및 그 국민에 대한 모든 청구권으로서 동일자 이전에 발생한 사유에 기인하는 것에 관하여는 어떠한 주장도 할 수 없는 것으로 한다”라고 규정하는 한편, 같은 조 제2항은 “본조의 규정은 다

음의 것 ... 에 영향을 미치는 것이 아니다"라고 하여 (a)호와 (b)호를 두어 타결대상에서 제외된 것을 규정하고 있는데, 그중 (a)호는 일괄타결대상에서 제외된 것으로 "일본국에 거주한 일이 있는 사람의 재산, 권리 및 이익"을 들고 있다. 또한 1965. 6. 22. 체결되고 1965. 12. 18. 발효된 이 사건 협정에 대한 합의의사록(I) 제2조는 이 사건 협정 제2조에 관하여, "재산, 권리 및 이익"이라 함은 법률상의 근거에 의거하여 재산적 가치가 인정되는 모든 종류의 실체적 권리를 말하는 것으로 양해되었다고 규정하고 있으며(a항), "거주한"이라 함은 동조 2(a)에 기재한 기간내의 어떠한 시점까지던 그 국가에 계속하여 1년 이상 거주한 것을 말하는 것으로 양해되었다고 각 규정하고 있다(c항).

나. 한·일 양국의 입장

제일 한국인 피징용부상자의 일본국에 대한 보상청구권이 이 사건 협정 제2조 제2항 (a)호가 규정한 제외대상에 해당되는지 여부에 관하여 우리나라 정부는, 제일 한국인 피징용부상자의 보상청구권은 1947. 8. 15.부터 1965. 6. 22.까지 사이에 일본국에 1년 이상 계속하여 거주한 한국인의 재산, 권리, 또는 이익으로서 위 제외대상에 해당된다는 입장을 취하여 왔다. 우리나라 입법부도 이 사건 협정 체결후 대일민간청구권자에 대한 보상을 위해 제정된 구 대일민간청구권신고에관한법률에서 신고대상자의 범위를 정하면서 1947년 8월 15일부터 1965년 6월 22일까지 일본국에 거주한 일이 있는 자를 제외하였고, 구 대일민간청구권보상에관한법률에서는 구 대일민간청구권신고에관한법률이 정한 신고대상 청구권중 대일민간청구권신고관리위원회에서 신고를 수리하도록 결정한 것만을 보상해주도록 함으로써, 제일 피징용부상자들의 청구권은 보상대상에서 제외하였다.

이에 반하여, 일본국 정부는 제일 한국인 피징용부상자들의 일본국에 대한 보상청

구권은 이 사건 협정 제2조 제2항 (a)호가 말하는 "재산, 권리 및 이익"에 해당되지 않는다고 보아, 이 사건 협정에 의한 일괄타결대상에 포함되었다고 해석하여 왔다.

우리나라 정부는 그 동안 일본국 정부와의 위와 같은 의견차이를 해소하기 위하여 외교적 교섭을 통한 노력을 하기는 하였으나, 청구인들의 청원에도 불구하고 위 분쟁을 중재의 방법으로 해결하려고 한 바는 없다.

다. 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원 요건의 구비여부

이 사건은 재일 한국인 피징용부상자들의 보상문제가 이 사건 협정에 의해 타결된 것인지에 관한 한·일 양국정부의 분쟁을 해결하기 위한 방법으로서 우리나라 정부가 중재에 회부하지 아니한 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원인 바, 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 경우에 허용된다고 하는 것이 우리 재판소의 확립된 판례이다(헌재 1991. 9. 16. 89헌마163, 판례집 3. 505; 1994. 4. 28. 92헌마153, 판례집 6-1. 415; 1994. 6. 30. 93헌마161, 판례집 6-1. 700 등 참조).

우리나라 정부가 우리나라와 일본국 모두로부터 사실상 보호받지 못하고 있는 재일 한국인 피징용부상자들로 하여금 합당한 보상을 받을 수 있도록 가능한 모든 노력을 다 함으로써 그들을 보호하여야 함은 두말할 나위도 없다. 그러나 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, 이는 아래에서 보는 바와 같이 긍정하기 어렵다.

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 일방채약국의 정부가 상대국 정부에 중재를 요청하여 중재위원회의 결정에 따라 해결할 수 있다. 그러나 이 규정의 형식과 내용으로 보나, 외교적 분쟁의 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 수 밖에 없고, 따라서 이 사건 협정당사자인 양국간의 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 양국간의 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 것이다.

4. 결론

그렇다면, 이 사건 헌법소원 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 재판관 전원 의견일치에 따라 주문과 같이 결정한다.

2000. 3. 30.

재판장 재판관 김 용 준

재판관 김 문 회

재판관 정 경 식

재판관 고 중 석

재판관 신 창 언

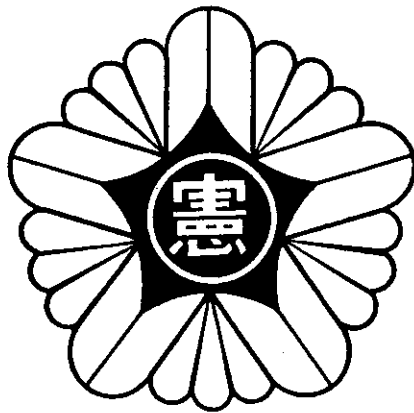
재판관 이 영 모

주심 재판관 한 대 현

재판관 하 경 철

재판관 김 영 율

결 정



헌 법 재 판 소

헌 법 재 판 소

제3지정재판부

결 정

사 건 98헌다206 증책요청불이행 위헌확인

당 국 원 최 성 기 외 1

대리인 변호사 최 영 도 외 2

이 사건에 관하여 헌법재판소법 제72조 제4항의 규정에 의하여 아래와 같이 결정한다.

주 문 이 사건을 재판부의 심판에 회부한다.

1998. 6. 30.

재 판 장 재 판 관 정 정 식

재 판 관 김 문 희

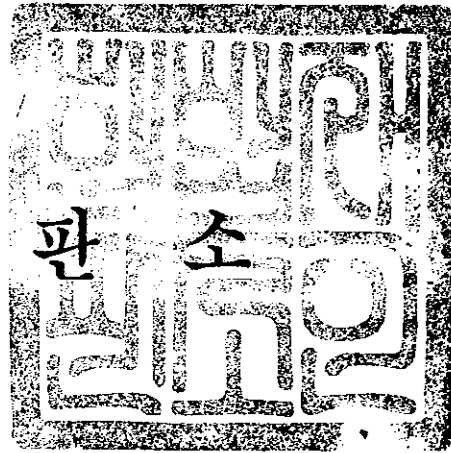
재 판 관 한 대 현

정본입니다.

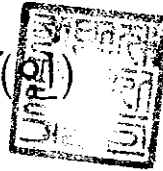
199

1998. 7. 01

헌 법 재



서기관 배 사 학



헌재법 40조 1항
민소법 151조 2항

주 : 이 정보에는 헌법재판소의 인을 찍을 것