

cpb.d. 8

민주사회를 위한 변호사모임  
전후보상을 생각하는 변호사협회  
한 일 심 포 지 엄

전 후 책 임 - 한 일 청 구 권 협 정 의 재 조 명

**전 후 책 임**  
**- 한일청구권협정의 재조명**

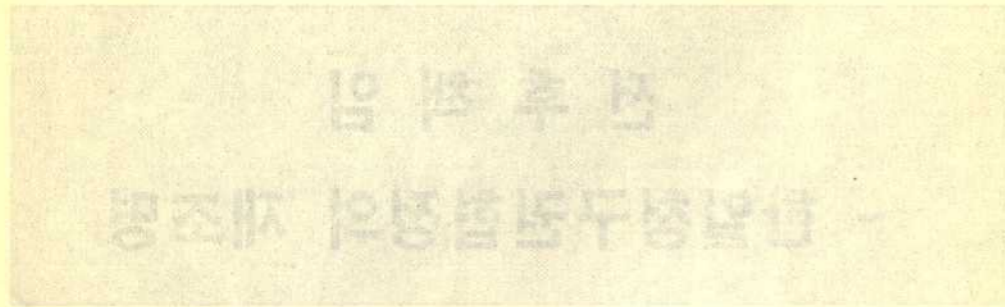
일 시 : 98. 6. 26 (금) 오후 2시 - 6시  
장 소 : 서울지방변호사회관 대회의실

민주사회를 위한 변호사모임  
전후보상을 생각하는 변호사협의회  
한 일 심 포 지 엄

**전 후 책 임**  
**- 한일청구권협정의 재조명**

일 시 : 98. 6. 26 (금) 오후 2시 - 6시  
장 소 : 서울지방변호사회관 대회의실

민주사회를 위한 변호사모임  
전후보상을 생각하는 변호사협의회  
한일국제심포지엄



1988. 8. 28 (금) 후오 1시 - 1시 30분  
서울특별시 변호사회 법원빌딩 1층 : 소강

민주사회를 위한 변호사모임  
전후보상을 생각하는 변호사협의회  
한일국제심포지엄

## 전후책임 - 한일청구권협정의 재조명

### ■ 인사말

### ■ 사회

최봉태 (변호사)

### ■ 발제

1. 일본의 전후보상체계의 문제점 / 다나카 히로시 (히토츠바시대학 교수)
2. 재일한국인 상이군속의 전후보상재판의 추이와 전망 / 김경득 (재일변호사)
3. 한일청구권협정과 전후보상 / 정인섭 (서울대 교수)
4. 전후보상헌법소원의 의미 / 장완익 (변호사)

### ■ 토론

이원덕 (국민대 교수)

이인화 (재일한국인목사)

新美 (변호사)

# 일본의 전후보상체계의 문제점

다나카 히로시 (히토츠바시대학 사회학과 교수)

## 1. '포츠담선언' 수락의 의미

일본이 수락한 포츠담선언이 인용하는 '카이로선언'에는, 대만의 중국반환과 함께 "조선 인민의 노예상태에 유의하여 머지않아 조선을 자유독립으로 한다"라고 하고 있다. 이것이 전후 일본의 '원점'이고 모든 것을 여기서부터 생각하지 않으면 안 된다는 것은 말할 것도 없다. 포츠담선언 수락의 결과 일본은 연합국(주로 미국)의 점령 하에 놓여 여러 가지 '점령개혁'이 진행되었다. 여기서는 '법앞의 평등'에 관하여 3가지 점을 말하고 싶다.

첫번째는 '군인은급의 폐지'다. 이것은 1945년 11월 24일부 GHQ 각서 「은급 및 혜택」(Pension and Benefits)에 의해 행해졌지만 GHQ는 그 이유에 관하여, 예를 들면 "처참한 궁경을 초래한 최대의 책임자인 군국주의자가 다른 다수의 희생 하에 극히 특권적인 취급을 받는 것과 같은 제도는 폐지되지 않으면 아니 된다. 우리들은 일본 정부가 모든 선량한 시민을 위해 공정한 사회보장계획을 제시할 것을 마음으로부터 희망한다"라고 하고 있다. 일본의 전쟁을 안으로부터 지탱해온 군인은급으로 상징되는 군무에 복무한 것에 특권적 보상을 주는 제도를 폐지하고 전쟁희생자에 대한 구제는 일반적인 사회보장제도의 충실에 의해 대응해야 할 것이다 라는 중요한 지적이었다. 이 각서를 받아 46년 2월 은급법의 특례에 관한 건(칙령68)에 의해 군인은급은 폐지되었다. 즉 전상자는 예외로 되었지만 후술하는 후생연금보험법에 정한 장애연금 액수로 '줄어들어' 존속하게 되었다. 또 상병자에 관한 군사부조법(1937년, 법20) 및 공습피해자에 관한 전시재해보호법(1942년, 법71)도 폐지되었지만 어느 것이나 구 생활보호법(1946년, 법17)의 부칙에 의해 이루어졌다. 즉, 일반 사회보장제도 속으로 해소됨에 의해 '비군국주의화'가 도모되었던 것이다.

두번째는 '노동자의 국적에 의한 차별'이다. 1945년 11월 29일 부의 동 각서 「고용정

## 방조자 인정합동위원회 - 임원후진

### 차 례

- 5 일본의 전후보상체계의 문제점 / 다나카 히로시 (히토츠바시대학 교수)
- 15 재일한국인 상이군속의 전후보상재판의 추이와 전망 / 김경득 (재일변호사)
- 25 한일청구권협정과 전후보상 / 정인섭 (서울대 교수)
- 35 전후보상헌법소원의 의미 / 장완익 (변호사)
- 45 별첨 : 헌법소원청구서
- 59 발제문(日語)

책」(Employment Policies)은 민관을 불문하고 노동자를 그 임금·노동시간·노동조건에 관하여 국적·종교·사회적 지위에 의해 차별해서는 아니 된다 라고 하였다. 이것을 받아 민간기업을 대상으로 하는 후생연금보험법(1941년, 법60)의 국적조항이 철폐되어 46년 1월 이후에는 외국인도 후생연금의 피보험자가 되었다. 또 노무자의 취직 및 종업에 관한 건(1946년, 후생성령2)이 제정되어 국적 등에 의한 차별의 금지 및 그 위반자에 대한 벌칙이 정하여졌다. 이 법령은 후에 노동기준법(1947년, 법49)으로 되어 현재에 이르고 있다(동법 3조의 균등대우, 및 119조의 벌칙). 이와 같이 국적에 의한 차별의 금지는, 직업안정법(1947년, 법141)에도 규정되어 오늘날에 이르고 있지만, 이것들이 GHQ의 각서를 받은 것 이란 점은 말할 나위도 없다.

세번째는 헌법 개정에서 외국인보호규정을 둘러싼 경위이다. 일본 정부의 헌법 개정작업이 지지부진한 가운데 1946년 2월 「맥아더 헌법초안」이 일본 정부에 제시되었다. 여기에는 일반적인 평등조항을 정한 제13조 외에 제16조로 “외국인은 법의 평등한 보호를 받는다”고 되어 있었다. GHQ와 일본 정부와의 절충으로 양자는 통합되어 ‘신13조’, 즉 “모든 자연인은 일본국민 여부를 묻지 아니하고 법률 앞에 평등하고 인종·신조·성별·사회상의 신분 혹은 문벌 또는 국적에 의해 정치·경제상 또는 사회상의 관계에 있어서 차별받지 않는다”(밑줄은 다나카, 이하 동일)라고 되었다. 맥아더 초안 제시 이후의 경위는 당시 GHQ 보도관제로 인해 일반에게는 전혀 알려지지 않고 3월 6일에 일본 정부에 의해 발표된 「헌법개정초안요강」이 최초였다. 정부가 발표한 요강의 제13항은 “모든 사람은 법 앞에 평등하고 인종·신조·성별·사회상의 신분 혹은 가문에 의해 정치·경제적 또는 사회적 관계에 있어서 차별을 받는 일이 없을 것”으로 되었다. 앞에서 인용한 ‘신13조’의 밑줄 부분은 삭제되어 겨우 “모든 사람은”의 부분에 모든 것이 담긴 형태로 되었다. 그리고 구어화된 현행헌법 제14조에서는 “모든 국민은...”으로 되었다. 맥아더 초안에 포함되어 있었던 외국인보호조항은 이와 같이 모습을 감추어버렸지만 전술한 경위는 기본적 인권의 보편성을 생각할 때 시사점이 많다고 할 수 있겠다. 그런데 왜 외국인 보호조항이 들어갔던 것일까. 1946년 1월의 「일본 통치체제의 개혁」(미국의 국무·육군·해군 3성 조정위)에는 다음과 같은 지적이 있다. “일본의 구 헌법은 기본적 인권의 보장에 대하여 다른 헌법에 미치지 못한다. 이러한 권리를 모든 사람에게 인정하는 대신 일본신민에 대하여만 적용한다고 하고 일본에 있는 다른 사람은 그 보호를 받을 수 없게끔 되어 있다”고 지적한 다음 “일본신민 및 일본의 통치권이 미치는 범위에 있는 모든 사람의 쌍방에 대하여 기본적 인권을 보장하는 취지를 헌법에 명문으로 규정하는 것은 민

주주의적 이념의 발달을 위한 건전한 조건을 만들어내고 또 일본에 있는 외국인에게 그들이 그때까지 가지고 있지 못한 정도의 높은 보호를 주는 것이리라”라고 하고 있다. 미국은 점령 전부터 여러 가지 사전 연구를 하였는데, 예를 들면 1923년 관동대지진시 조선인 학살사건에도 언급, 일본인에 의한 폭력과 사회·경제적 차별로부터 외국인을 보호할 필요가 있다고 지적하고 있었다.

## 2. 전후 최초의 원호입법의 제정, 그리고 군인은급의 부활

점령정책은 미소 대립으로 변질되었지만, 군인은급의 폐지는 그대로 유지되었다. 그러나 대일평화조약의 발효에 의해 일본이 주권을 회복하자 그것을 기다린 듯 전상병자전몰자유족등보호법(1952년, 법127 이하 원호법이라 한다)이 제정되어 폐지되었던 군인은급에 갈음하게 되어 우선 ‘전상병자’ 및 ‘전몰자유족’에 대하여 전후 처음으로 ‘국가보상’이 시작되었다. 이 최초의 보상입법(그 후의 일련의 보상입법은 별표(1) 전쟁희생자원호입법의 추이 참조)에는 적어도 커다란 2가지 문제가 있었다. 하나는 그것이 군인·군속만을 대상으로 하고 공습피해자 등의 피해자를 제외한 것이다. 점령 하에 군인은급 및 전시재해보호법이 함께 폐지되었는데도 전자 중 전상병자 및 전몰자유족에 대하여만 보상이 실현되어 전재의 사상자는 제외되었던 것이다. 이 점에 대하여 국회의 심의에 있어서 와세다대학의 末高信 교수가 무차별 평등원칙에 반한다고 비판했던 것을 소개하여둔다(중의원후생위원회 1952년 3월 25일). 또 다른 하나는 국적조항(동법 11·14·31의 각조) 및 호적조항(동법부칙)에 의해 외국인을 대상 외로 했다는 점이다. 따라서 동일한 전쟁에 끌려나갔던 구식민지 출신자(약 45만명)인 전사상자는 국가보상을 받을 수 없게 되었다.

1953년 8월에는 군인은급이 부활되고 은급법 대상자는 원호법으로부터 이관되었다. 그리고 원호법에 관해서는 전시중에는 없었던 ‘준군속’이라는 범주가 신설되어 ‘나라와의 사용관계’에 기초하여 그 적용범위를 점차 확대하여갔다.

은급법 및 원호법에 해당되지 않는 자에 관하여 다음으로 ‘미귀환자’ 및 ‘인양자’에 대한 국가보상으로 미귀환자가족등원호법(1953년, 법161), 및 인양자급부금지급법(1957년, 법109)가 제정되었다. 이것들은 ‘나라와의 사용관계’의 유무가 아니라 ‘외지’에 있는 (있었던) 자에 대한 것이다. 특히 인양자에 대하여는 재외재산의 상실에 대한 보상의 의미로 일시

금이 지급되었다. 그러나, 미귀환자 및 인양자에 관한 입법에도 '국적요건'이 있어 같은 경우의 구 식민지출신자등 외국인은 여기에서도 제외되었다.

50년대 입법의 또 하나는 '피폭자'에 대한 것이다. 전술한 바와 같이 일본 정부는 공습 피해자에게는 국가보상을 하지 않는다는 방침이었으나, 1955년 4월 히로시마, 나가사키의 피폭자가 평화조약에서 대미청구권을 방기한 일본 정부를 상대로 보상청구소송을 제기했기 때문에 상황이 달라졌다. 방사능장애의 특수성에 착목하여 1957년 3월, 원자폭탄피폭자의 의료 등에 관한 법률(법41)이 제정되었다. 그러나 이것은 생존피폭자만을 대상으로 하였고 나아가 법률명으로부터도 명백하듯 의료에 대한 것이기 때문에 국가보상과는 이질적이라고 정부는 자리매김했다. 따라서 그 소관은 '후생성공중위생국'(현,보건의료국)으로 되어 '원호국'과는 차이가 있었다. 즉 후생성의 『인양과 원호, 30년의 발자취』(1978년) 및 『원호50년사』(1997년, 공히 行政刊)는 어느 것이나 피폭자에 대하여 일언도 언급되지 않았다. 그것과 관련한 것은 아닌가 생각되지만 피폭자에 대한 입법만이 '국적요건'이 없고 일본에 거주하는 한 외국인에게도 법이 적용된다는 특징을 갖고 있다.

### 3. 고도경제성장기의 추가적 시책

1960년 11월 경제심의회는 국민소득배증계획을 답신, 일본경제는 경제고도성장기에 들어갔다. 60년대의 전쟁희생자원호입법(별표 1에는 그 때문에 칸을 나눔)의 특징은 50년대에는 없었던 '추가적 시책'이 연이었다는 것이다.

즉, 전상병자 전몰자유족관계에는 전몰자의 처에 대한 특별급부금지급법(1963년, 법61), 전상병자특별원호법(1963년, 법168), 전몰자 등의 유족에 대한 특별조위금지급법(1966년, 법109), 전몰자의 부모 등에 대한 특별급부금지급법(1966년, 법109), 전몰자의 부모 등에 대한 특별급부금지급법(1967년, 법57)이다. 다음으로 인양자관계에는 인양자에 관한 특별교부금의 지급에 관한 법률(1967년, 법114)이, 피폭자관련에는 원자폭탄피폭자에 대한 특별조치에 관한 법률(1968년, 법53)이 각각 제정되었다. 이러한 7개의 입법에는 밀줄친대르 어느것이냐 '특별'이 붙어져 있고 이것이 '추가적 시책'을 의미하는 것은 말할 나위도 없다. 예를 들면 '전몰자의 처'에 대한 특별교부금은 이미 유족연금을 받고 있는 처에 대한 추가적 급부인 것이다. 동법의 제안이유는 "전몰자 등의 유족들에 대해 정부로서는 은급

법, 원호법의 시행에 의해(중략) 가능한한 조치를 강구하여 왔던 바입니다. 그러나(중략) 일심동체라고 해야 할 남편을 잃었다고 하는 상처를 받고 금일에 이르렀다고 하는 특별한 사정이 있다고 생각합니다. 이와 같은 전몰자의 처의 정신적 고통에 대하여 국가로서는 무엇인가 위로할 필요가 있다고 생각"로 되어 있다. 그리고 80년대말에는 시베리아억류자 등의 보상문제에 대처하기 위해 평화기념사업특별기금 등에 관한 법률(1988년, 법66)이, 피폭자원호문제에 대하여도 원자폭탄피폭자의 원호에 관한 법률(1994년, 법117)이 제정되어 기존의 피폭자 2법은 동법에 흡수되었다.

전후보상에 있어서 '국적 차별'에 대하여는 전술한 바대로이지만, 여기서 또 하나 지적하여 두고 싶은 것이 있다. 구 식민지출신자가 제외된 것은 대일평화조약을 계기로 '일본국적'을 상실하고 '외국인'이 된 것에 기인한다. 동조약의 발효시 스가모형무소에는 917인의 전범이 구금되어, 그곳에는 29인의 조선인파 1인의 대만인이 포함되어 있었다. 여기서 이러한 구 식민지출신자는 1952년 6월 "평화조약 발효와 동시에 일본국적을 상실했기 때문에 조약 11조에서 말하는 '일본국민'에는 해당되지 않고, 구속을 받아야 할 법률상의 근거는 없다"고 하여 인신보호법에 의한 석방청구재판을 동경지방법원에 제기했다. 사건은 들연 최고재판소에 보내져 동년 7월 30일, 동 대법정은 전원일치에 의해 청구는 받아들여지지 않았다. 그 판결 요지는 "전범으로서 형이 과하여질 당시 일본국민이고 또한 그 후 계속하여 평화조약발효 직전까지 일본국민으로서 구금되어 있었던 자에 대하여는 일본국은 조약 11조에 의해 형 집행의 의무를 지고 평화조약발효후의 국적상실 또는 변경은 위 의무에 영향을 미치지 않는다"라고 하고 있다. 이 최고재판소의 판결과 각종의 전후보상입법에 있어서 '국적조항'을 합쳐 생각하면 '국적을 잃어도 죄는 남는다'지만 일방 '국적을 잃었기에 보상은 없다'고 된다. 이러한 부조리가 허용될 것인가.

또 대일평화조약과 국내법의 관계라고 하는 점에서는 다음의 점도 지적하여 두고 싶다. 은급법에는 "사형 또는 무기 혹은 3년을 넘는 징역 혹은 금고의 형에 처하여질 때"는 은급수급권은 소멸한다(9조2호)고 한다. 그러나 전쟁범죄로 되어 이 조항에 해당되는 경우는 은급수급권소멸사유에 해당되지 않는다고 되어 있다. 살피건데 국내법에 의해 이와 같은 형에 처해진 경우에 한한다는 것이리라. 설령 대일평화조약 제11조가 "일본국은 연합국전쟁범죄법정의 재판을 수락..."이라고 해도 그러하다. 일방 국적상실은 전술한 바와 같이 평화조약 2조(영토방기)가 그 근거로 되어 그것이 스트레이트로, 예를 들어 은급법 9조3호(국적을 잃을때)에 해당되는 법적효력을 가져온 것이다(구 식민지 출신자의 국적상실을

정한 국내법은 존재하지(아니함). 즉 '전쟁범죄법정의 재판의 수락'에는 국내법적 효력은 없지만 '국적상실'은 국내법적 효과를 가진다고 하는 부조리한 결과가 생기고 있다.

그런데 원호법을 비롯한 일련의 법률에서 지금까지(95년도말) 약 40조엔이 지급되어 있지만 그 대부분이 '일본국민'만을 대상으로 하고 있다. 국적요건이 없는 피폭자 관련 지출은 약 2조엔으로 전체의 5%에 지나지 않는다. 별표(2) 전쟁희생자 원호비의 지출누계 참조. 한편 대일평화조약 4조, 14조, 16조에 의해 필리핀·인도네시아·버마·한국 등에 지급한 대외배상(무상자금공여를 포함)에 제외자산의 상실, 중간배상의 인도를 합해도 그 총액은 1조엔에 지나지 않는다. 별표(3) 일본의 대외지불일람 및 별표(4) 일본의 제외자산 평가액추계, 참조. 더욱이 국내 지출은 아직 계속되고 있지만 대외지불은 1977년도에 지불이 종료되었다(단, 국교 미회복인 북조선과는 미해결). 전후보상에 있어서 내외 격차는 일목요연하다고 할 수 있다.

#### 4. '정문의 일침'이 된 대만인 전 일본병의 제소

인도네시아의 모로타이섬에서 '나카무라 히데오'라는 이름의 전 일본병이 발견된 것은 1974년 12월의 일이다. 이것이 하나의 계기가 되어 일본인 전 일본병 및 그 유족이 전후보상을 일체 받고 있지 못하다는 문제가 부각되어 77년 8월 대만주민 13인이 일본 정부에 각 500만엔의 보상청구재판을 제기하였다. 이제와서 생각하니 이 제소는 일본의 전쟁에 끌려 간 아시아 사람들의 일본국에 대한 전후보상재판의 효시로 되었다. 일본인에게만 거듭되었던 전후보상에 '정문의 일침'이 되었다고 할 수 있으리라. 이 재판은 1심, 항소심, 상고심 모두 원고가 패소했지만, 동경고등재판소 판결은 1985년 8월 "거의 동일한 경우에 있는 일본인과 비교하여 현저한 불이익을 받고 있는 것은 명백하고, (중략) 시급히 이러한 불이익을 불식하고 국제신용을 높이도록 노력할 것이 국정관계자에 대해 기대된다"라고 지적했던 것이다(류리스트847호 참조). 이 '부언'이 방아쇠가 되어 1987년과 88년에 특별입법(대만주민인 전몰자인 유족 등에 대한 조위금 등의 지급에 관한 법률, 및 특정조위금 등의 지급에 관한 법률)이 제정되어 전몰자유족 및 중도전상병자(합계 약3만인)에게 각 200만엔이 지급되었다(최고재판소 판결 이전에 입법되었다).

일본에서 대만인 전 일본병의 보상청구재판이 심리되고 있을 무렵, 미국에서는 대전중

의 日系人 강제수용문제에 관해서 연방의회에 특별위가 설치되고, 공청회 등이 열리고 있었다. 동위원회는 1983년 6월 '공식사죄'와 '각 2만 달러의 보상금'을 지불하도록 하는 '권고'를 채택하였다. 그리고 이것을 담은 '시민자유법'이 성립된 88년에 일본에서도 전술한 대만인 전 일본병에 대한 특별입법이 성립되었다. 200만엔이라고 하는 금액은 아메리카의 2만달러의 영향이라고 보여진다. 일계인강제수용사건은 캐나다에서도 일어났지만 역시 88년 캐나다정부도 동일하게 사죄와 보상에 의한 해결을 꾀하였다. 양국은 모두 관계관을 일본에 파견하여 그 문의에 응하기도 하고 신청을 받기도 하였다. '당시'의 피수용자라면 그 후에 어디에서 살고 어떤 국적을 가졌는가여부와 관계없이 보상에 있어 평등하게 취급되었던 것이다.

시베리아 억류문제는 전후 오래동안 소련(당시)과 일본 사이에 풀리지 않아온 문제이지만 91년 고르바초프 대통령이 일본을 방문하였을 때 약 60만명의 명부와 그중 사망자 6만인의 매장지에 관한 정보를 일본측에 건네주었다. 또 동대통령의 방일에 있어 하바로프스크에서 일본인억류자의 묘소에 헌화하고 다시 방일후 동경의 호텔에서 억류자단체의 대표와 면담하고 유감의 뜻을 전하였던 것이다.

90년 한국의 노태우대통령이 방일시 강제연행된 한국인의 명부조사를 일본측에 의뢰하였지만 적어도 70만이라고 일컬어지는데도 일본 정부는 2회에 걸쳐서 약 10만명분의 명부를 준비했을 따름이다. 소련에는 훨씬 미치지 못하였던 것이다.

전후보상에 있어서 일본의 '일국주의'에 관한 또 하나의 문제제기는 지금 문제가 되고 있는 재일한국인전상군속에 의한 제소이다. 즉 1991년 초 카나가와현에 사는 석성기와 오사카에 사는 정상근은 각각 장애연금의 청구와 국가배상청구소송을 제기한 것이다. 어느 것이나 그 후 연금청구가 각하되었기 때문에 처분의 취소를 구하여 행정소송을 제기했다. 이 두 사람 이외에 교토 거주자, 사이타마현 거주자 및 시가현 거주자 등 모두 5명의 재일한국인이 원호법 또는 은급법에 정하여진 국적 요건의 부당성을 호소하며 재판이 진행중이다. 석성기를 예로 들면 원호법에서 말하는 '제3항중'에 해당하지만 같은 부상을 입은 일본인에게는 동법 제정으로부터 1994년 3월까지 누계 7,000만엔의 장애연금이 지급되고 '부양가급금' 및 '처에 대한 특별급부금'을 합하여 총액은 7,500만엔에 달한다. 국적에 의한 차별의 심각함을 잘 보여주고 있다. 그러나 동경지방법판소는 1994년 7월 '입법부작위의 상황'을 지적할 뿐이었고 또한 오사카지방법판소는 1995년 10월 '위헌의 의심'이 있다고 지적하는 것에 그치고 있고 어느 것이나 기각판결을 언도했다(97년11월 大津지

방재판소, 98년 3월 교토지방법판소도 기각판결). 4건 5명 모두 항소중.

위 기각판결이 국제적으로 빈축을 산 것은 말할 나위도 없다. 왜냐하면 일본도 가입한 자유권규약 26조가 정하는 '법앞의 평등'에 반하기 때문이다. 세네갈 전프랑스병의 연금액을 도중에서 중지시킨 조치에 대하여 동규약위원회는 89년 4월, 26조위반이라고 판단했다(일본은 프랑스와 같이 동규약의 선택의정서를 비준하고 있지 아니하기에 개인이 국제연합에 신청하는 길이 막혀있다). 프랑스는 권고를 받아 들여 시정조치를 취했다. 또 일본 외무성의 조사 결과 「부상 또는 전사한 외국인에 대한 구미각국의 조치개요」(1982년)에 의하여도 조사대상인 미국·영국·프랑스·이탈리아·서독(당시) 5개국은 모두 외국인 전병사 등에 대하여 자국민과 동일한 일시금 또는 연금을 지급하고 있다. 이 5개국에 캐나다와 일본을 더하면 서미트참가국이 되지만 캐나다는 식민지를 갖지 않아 일본만이 '국적'을 이유로 배제하고 있는 것이다. 80년대부터 90년대에 걸쳐 이러한 일본의 전쟁희생에 대한 국가 시책의 부조리가 더욱더 극명해지고 있고 일련의 소송 제기가 이것을 의미하고 있음은 다언을 요하지 않는다.

## 5. 현재 상황

이상 점령기에 있어서 비군국주의화 정책이 가진 이념(그것은 헌법전문에도 나타나 있는 것과 같이), 주권 회복 후의 자국민인 군인·군속에 치우친 정책의 개시, 나아가 고도성장기에 있어서 그 확충을 약속한 다음 이러한 정책의 부조리에 대한 비판이 쏟아져나와 오늘날에 이르고 있는 것을 말했다.

1. 전쟁 손해에 관해 현행 헌법이 "전혀 예상하고 있지 않은 바" 등이라고 하는 판결이 간혹 보이지만 현 헌법은 제국헌법의 개정에 의해 탄생한 것이고 따라서 "정부의 행위에 의해 다시 전쟁의 참화가 일어나지 않도록 결의했"(헌법전문)던 것이고 헌법탄생의 순간으로부터 전쟁손해에 관하여 어떻게 대처할 것인가라고 하는 명제를 지고 있었던 것이다. 전후 시간이 너무 지났다는 감을 부인하기 어려우나 전후 세계를 지배했던 미소대립, 동서냉전의 가운데에 일본은 아시아에의 전후보상문제를 진지하게 직면치 않고 왔던 면이 있고 소위 "어부지리"를 취하여 왔다고 해도 좋으리라. 그러나 냉전의 종결에 의해 그 봉인이 풀렸다고 생각한 즉 "너무 늦었다" 것의 배경은 이해될 수 있으리라.

2. 매년 8월15일에는 일본무도관에서 정부주최의 '전국전몰자추도식'이 열리지만 그 '정부홍보'에는 다음과 같은 것이 있다. "내외지를 통하여 사망한 300만여명의 분들에게 추도의 정성을 바침과 함께 평화를 기원하기 위해 ... 정오부터 1분간 묵도를 요청합니다"라고. 이 '300여만명'이라고 하는 숫자는 피폭,공습 등에 의한 민간인도 포함한 일본측의 사망자이다. 일본측의 사자만을 추도하고 기념하는 평화란 도대체 어떤 평화를 말하는 것인가. 나는 이것을 '300만인 사관'이라고 이름붙였던 적이 있다.

3. 지금 제기되고 있는 아시아로부터의 전후보상에 응하려고 하면 재원은 어떻게 하는 가하는 이야기를 자주 듣는다. 그러나 한편으로 93년에는 전후 4번째의 '전몰자 등의 처에 대한 특별급부금'을 지급하기 위해 법개정을 하여 29만 2,000인에게 각 180만엔 총액 5,256억엔을 계상하였다. 나아가 전후 50년에 해당하는 95년에는 동일하게 전후 4번째의 '전몰자 유족에 대한 특별조위금'을 지급하기 위해 법을 개정하여 151만인의 유족(3촌이내)에게 각 40만엔 총액 6,040억엔을 계상하였다. 액면 40만엔의 국채에 의하였다고 하는 것은 국가가 돈을 빌려 재원을 준비했던 것이다. 저 '住專처리'에 투입된 공적 자금이 6,850억엔이었다는 것을 상기한 즉 그 액의 크기를 잘 알 수 있다.

또 98년에는 '전몰자 부모 등에 대한 특별급부금'을 지급하기 위해 역시 법개정을 하여 남은 810인에 대하여 각 100만엔 총액 8억 1,000만엔의 예산을 계정하였다. 덧붙여 이것은 전후 7번째의 지급이며 5년 전은 2,100인에 대하여 각 90만엔 총액 18억 9,000만엔이었지만 당사자의 사망에 의해 수습자의 수는 해마다 감소하고 있다. 그러나 아시아로부터의 전후보상요구에 대하여 자주 던져지는 것과 같이 이 특별조위금의 지급에 관해 전후 50주년되는 지급에 이르러 이러한 지급을 하는 것은 이상하다고 하는 소리를 들은 적이 있는 것인가. 또 95년에는 이 특별조위금과 새로운 피폭자원호법에 기초하여 '특별장제급부금'의 지급절차에 관한 정부홍보가 지면에 실리는 한편, 정부가 지출하지 않기 위해 '아시아여성기금'이 '위안부'에의 보상을 위해 국민에게 모금을 호소하는 광고가 동일하게 지면에 등장하였던 것이다. 내외의 이중기준(더블스탠다드)에 놀랄 수밖에 없다.

이러한 눈에 보이는 부조리를 시정하는 것이 일본의 입법·사법·행정에 요구되어지고 있는 것이고 그것만이 일본의 국제신용을 회복하는 '要'가 아닐까.

(별표는 자료집 뒤에 실려있는 일본어 원문을 참조하십시오.)



## 〈재일한국인 상이군속의 전후보상재판의 추이와 전망〉

김 경 득 (재일한국인변호사)

### 1. 일본인에 의한 전후보상재판

일본에서의 전후보상재판은 당초 일본인이 일본국을 상대로 제기했다. 예를 들면 히로시마, 나가사키에서의 피폭자는 일본국을 피고로 하여 1955년에 소송을 제기하고 있다(도쿄지방법판소 1963.12.7.; 판결).

1952년 4월 28일에 발효된 샌프란시스코강화조약 19조 (a)는 “일본국은 전쟁으로부터 발생하고, 또는 전쟁상태가 존재했기 때문에 행해진 행동으로 발생한 연합국 및 그 국민에 대한 일본국 및 그 국민의 모든 청구권을 포기하여 또한 이 조약의 효력발생전에 일본국 영역에 있으서의 연합국의 군대 또는 당국의 존재, 직무수행 또는 행동으로부터 발생한 모든 청구권을 포기한다”고 규정했다.

원고는 히로시마, 나가사키에 대한 원폭투하는 국제법 위반(무차별공격)이고 피폭자는 미국에 대한 손해배상청구권을 가질 것이지만 일본 정부가 한 청구권 포기는 피폭자에 대한 위법행위이므로 일본국은 국가배상법에 의하여 배상하여야 하며 또 청구권 포기는 일본국의 미국에 대한 손해배상의 일부에 충당한 것으로 해석하여야 하므로 일본국헌법 29조 3항(시유재산은 정당한 보상 하에 이것을 공공을 위해 사용할 수 있다)에 의하여 보상 의무를 진다고 주장했다.

일본국이 샌프란시스코강화조약 19조 (a)항에 의하여 청구권을 포기한 것을 이유로 하는 보상재판에는 피폭자 이외에도 점령기간중 연합군 병사에 의하여 살해당한 자들의 유족이 일본국에 대하여 손해배상 또는 손실보상을 구하는 사건이 있다(최고재판소 1969.7.4 소법정 판결).

또한 동종류로서는 전시중 캐나다 정부에 의하여 적산관리처분을 당해 그후 샌프란시스코강화조약 14조 (a)항 2(1)에 의하여 캐나다국이 그 처분권을 취득하고 원고들이 그

반환을 구하지 못하게 되었기 때문에 일본국을 피고로 헌법 29조3항에 의하여 보상을 구한 사건이 있다(최고재판소 1968.11.27. 대법정 판결).

## 2. 판례와 입법재량론

일본인 전쟁희생자의 보상재판은 모두 원고 패소로 끝났지만 그 논지는 “전쟁중으로부터 전후점령시대에 걸쳐서의 나라 존망에 관계되는 비상사태에 있어서는 국민전체가 많거나 적거나 그 생명·신체·재산의 희생을 감수하는 것은 어쩔 수 없었던 것이고 이러한 희생은 모두 전쟁희생 또는 전쟁손해로서 국민이 다같이 수인해야 하는 것이었고 …이에 대한 보상은 헌법이 전혀 예상하지 않은 것이라고 말하여야 한다”고 하는 것이고 전쟁희생에 대한 보상은 재판소가 할 수 있는 바가 아니라 입법부 및 행정부의 정책문제라고 하였다.

상기 전쟁희생자에 관해서는 ‘원자폭탄피폭자의 의료등에 관한 법률’(1957), ‘원자폭탄피폭자에 대한 특별조치에 관한 법률’(1968), ‘피폭자원호법’(1994), ‘연합국점령군등의 행위등에 의한 피해자등에 대한 급부금 지급에 관한 법률’(1961), ‘인양자급부금등지급법’(1957), ‘인양자등에 대한 특별교부금의 지급에 관한 법률’(1967) 등이 제정되어 보상이 실시되었다.

그러나 미공군의 공습을 만나 신체상해를 입은 일반민간인전쟁희생자가 일본국에 대하여 구군인군속에 관해서는 전상병자전몰자유족등원호법을 제정하여 그 구제에 관한 입법조치를 강구하면서 일반민간인전쟁희생자에 관해서는 아무런 입법조치도 강구하지 않은 것은 헌법 14(법률의 평등)조 등에 위반한다고 하여 입법부작위를 원인으로 국가배상법에 기하여 위자료의 지불을 구한 사건에서는 “보상을 위해서 적의의 입법조치를 강구하는지 안하는지의 판단은 국회의 재량적 권한에 맡겨진 것”이라 하고 원고가 패소하여(최고재판소 1987.6.26. 소법정 판결) 현재까지 입법은 이루어지지 않고 있다.

이상과 같이 어떤 전쟁희생자에게 어떤 보상을 하는가는 입법재량에 맡겨져 있다고 하는 최고재판소 판례가 확립되어 있어 재판이 입법을 촉진하는 기능을 맡는 일은 있다고 하여도(대전 후 장기간에 걸쳐서 시베리아 수용소에서 억류당해 강제노동에 종사하게 된 일본인군인군속이 일본국을 피고로 하여 억류중의 강제노동에 대한 임금지불, 강제노동에 의한 신체상해의 보상, 소련이 몰수한 개인소유물의 보상등을 구하여 1981년에 제기된 재판은 1997년 3월 13일 최고재판소 소법정 판결에 의해서 패소가 확정했으나 소송계속중인

1988년 5월 ‘평화기념사업특별기금등에 관한 법률’이 제정되었다) 재판소가 국가에 대하여 보상을 명하는 판결을 내리는 것은 곤란하다고 생각된다(다만 1998년 4월 27일의 야마구치지방법판소 시모노세키지부 판결은 종전의 일본의 판례와는 달리 위안부에 대한 보상입법의 부작위를 이유로 위자료 지불을 명하고 있다).

## 3. 대만인 전일본병전사상보상재판

전후보상입법의 국적조항이 법 앞의 평등원칙에 반하는 것을 이유로 하는 소송은 1977년 8월 도쿄지방법판소에 제기된 대만인 전일본병전사상보상재판이 처음이다. 일본인상이 군인군속 및 전몰자유족에게는 1952년 4월 30일에 공포시행된 전상병자전몰자유족등원호법 및 1953년의 은급법 부활에 의해서 연금이나 은급이 지급되어 있었으나 원호법 및 은급법에는 국적조항·호적조항이 있어 구식민지출신자군인군속은 대상외로 되었다.

대만주민인 원고들은 일본국을 피고로 1인당 500만엔의 보상을 구하여 소송제기했으나 도쿄지방법판소(1982.2.26), 도쿄고등재판소(1985.8.26), 최고재판소(1992.4.28)에서 전부 패소했다. 최고재판소 판결은 “대만주민인 군인군속이 원호법 및 은급법의 적용에서 제외된 것은 대만주민의 청구권 처리는 일본국과의 평화조약 및 일화평화조약에 의해서 일본국정부와 중화민국정부와의 특별약정의 주제로 된 것임으로 대만주민인 군인군속에 대한 보상문제도 또한 양국정부의 외교교섭에 의해서 해결되는 것이 예정된 사실에 기인한 것이라고 해석되는 것이고 그것에는 충분한 합리적근거가 있다고 말할 수 있다”고 하였다.

그러나 일화평화조약 3조에 의하여 특별약정의 대상으로 되면서 특별약정을 하지 않은 채 1972년 9월 29일 일본국정부와 중화인민공화국정부의 공동성명이 발표되고 일본국정부는 중화인민공화국정부가 중국의 유일한 합법정부인 것을 승인한 결과 특별약정에 관한 협의가 실시되는 것은 사실상 불가능한 상태로 되고 또한 대만주민인 군인군속에 대한 보상조치가 없는 것에 대한 1심판결은 “동정을 금할 수 없다”고 하여 2심판결은 “예측되는 외교상, 재정상, 법기술상의 곤란을 극복하고 조급히 이 불이익을 불식하여 국제신용을 높이도록 진력하는 것이 국정관여자에 대한 기대인 것을 특히 부언한다”고 하고 있는 바, 1987년 9월에 ‘대만주민인 전몰자의 유족등에 대한 조위금등에 관한 법률’이 1988년 5월에 ‘특정조위금등의 지급실시에 관한 법률’이 제정되어 대만주민인 군인군속의 전사상자 및 그 유족에 대하여 일률 200만엔의 조위금 또는 위로금이 지급되었다.

#### 4. 원호법과 귀화

원호법의 국적조항·호적조항에 관해서는 입법당초로부터 재일구식민지출신상이군인군속에 의하여 그 문제성이 지적되어 있었다.

원호법의 적용을 못하는 구식민지출신자에 대하여 후생성원호국은 원호법의 국적조항은 “개인의 의사에 관계없이 국가간상호의 조약등의 일방적 권력에 의해서 국적이 변경된 경우(조약에 의해서 당해 지역주민의 의사에 의해서 국적을 선택할 수 있는 경우를 제외한다)에는 적용되어서는 안되고 개인의 의사에 기한 귀화등의 방법에 의하여 국적을 잃은 경우에만 적용된다고 해석한다.

따라서 조선출신자, 대만출신자들은 어느쪽도 ...부칙 제2항의 규정에 따라 동법의 적용에서 제외되어 있는 것 뿐이고 일본에 귀화해서 일본의 호적법의 적용을 받게 되면 유족원호법의 적용을 받는다”고 하였다(1962년 10월 29일 원호제318호 원호과장통지).

그러나 귀화에 의해서 원호법의 적용을 가능하게 하는 길은 한일청구권협정에 의하여 한국국민에 대해서는 폐쇄됐다. 즉 1966년 11월 30일 후생성원호국 원호과장통달에 의하여 “1965년 6월 22일에 서명된 소위 한일협정의 취지에서는 동일 이후 한국적의 자가 일본에 귀화하고 호적법의 적용을 받게 되어도 원호법의 적용은 받을 수 없다...대만인에 관해서는 종전대로”라고 하였다(원호제484호).

#### 5. 재일한국인상이군속의 소송

이번 한국헌법재판소에 헌법소원신청을 한 석성기, 강부중, 조용수, 진석일(1994년 5월 14일 사망), 정상근(1996년 2월 29일 사망)은 모두 일본으로의 귀화를 안하고 후생대신에 대하여 원호법상의 장해연금의 지불청구를 하고 청구를 각하당했지만 석성기, 진석일은 1992년 8월 13일 도쿄지방법재판소에, 정상근은 1991년 1월 31일 오사카지방법재판소에, 강부중은 1993년 8월 26일 오오쓰지방법재판소에 후생대신을 피고로 하여 장해연금청구각하처분의 취소를 구하는 재판을 제기했다.

원고들의 주장은 이하의 네가지점을 골자로 하고 있다.

(1) 원호법의 국적조항, 호적조항은 법 앞의 평등원칙(일본국헌법14조, 유엔자유권규약 26조)에 위반한다. (2) 샌프란시스코강화조약 발효에 의한 일본국적 상실은 원호법에서 말하는 연금수급권소멸사유인 일본국적상실에 해당되지 않는다. (3) 부칙 제2항(호적법의

적용을 받지 않은 자에 관해서는 당분간 이 법률을 적용하지 않는다)의 당분간이란 한일청구권협정의 체결까지를 말한다. (4) 원호법상의 연금청구권등 재일한국인의 보상청구권은 한일청구권협정에서 말하는 ‘완전 및 최종적해결’의 예외이다.

이것에 대하여 피고 후생대신의 주장은 이하와 같다.

(1) 국적조항, 호적조항은 합리적 차별이고 헌법 및 국제인권규약에 위반하지 않는다. 조선인, 대만인의 보상에 관해서는 일본과 그들의 본국과의 이국간협정에 의해서 해결하는 것이 예정되어 있었으므로 국내법에서는 그들을 배제했다. (2) 샌프란시스코강화조약에 의한 일본국적 상실도 원호법에서 말하는 연금수급권소멸사유인 일본국적상실에 해당한다. 이에 해당하지 않다고 하는 종전의 원호과장통지는 폐지한다(1993년 5월 12일 사원원 제98호 원호과장통지). (3) 부칙 제2항의 당분간이란 별도 당해 법령의 개폐등의 입법조치가 강구되지 않은 한 현 시점에서 계속 효력을 가진다. (4) 재일한국인의 보상청구권도 한일청구권협정에 의해서 완전 및 최종적으로 해결했다.

#### 6. 1심판결의 문제점

제1심판결(1994.7.15 도쿄지방법판소, 1995.10.11 오오사카지방법재판소, 1997.11.17 오오쓰지방법재판소)는 모두 전술한 대만인 전일본병전사상보상재판의 최고재판소판례에 따라 국적조항·호적조항을 당사국간의 특별약정에 의한 해결이 예정되어 있었던 것을 이유로 합리성이 있다고 하여 원고패소판결을 내렸다. 그러나 원호법에서의 구식민지 출신자의 배제의 합리성을 정치적, 외교적사정에 좌우되어 언제 체결된다는 보장도 없는 이국간계약에 의한 해결이 예정되어 있었다는 것에 구할 수 있는지 없는지는 문제가 있다. 가령 양보해서 그것을 인정한다고 하여도 실제로 체결된 이국간약정에 의해서 해결 되지 않았던 경우에는 이제는 이국간약정에 의한 해결의 가능성으로 차별을 합리화할 수가 없다.

일본과 대만과의 사이에 있어서는 이국간약정이 체결하지 않은 사이에 일중공동성명이 발표되고 일본은 중화인민공화국정부가 중국의 유일한 합법정부인 것을 승인하고 일화평화조약의 종료가 선언되었다. 일화평화조약 3조에 규정된 일본과 중화민국정부와의 사이의 특별약정은 사실상 불가능한 상태로 되었지만 법적으로는 일본과 대만 간에서도 일본과 중국 간에서도 미해결 상태에 있다고 평가되고 따라서 그 당부는 별도로 하고 이국간약정에 의한 해결 가능성은 남아 있다고 보는 것도 가능하다.

이것에 대하여 한일간에 있어서는 양국간약정이 한일청구권협정이란 모양으로 현실적

으로 체결되고 식민지 지배에 기인하는 보상문제도 완전 및 최종적으로 해결되었다(2조1항, 3항)고 하여졌다.

한일청구권협정 2조1항은 “양체약국은 양체약국 및 그 국민(법인을 포함함)의 재산, 권리 및 이익과 양체약국 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 하여 동 3항은 “2의 규정에 따르는 것을 조건으로 하여 일방 체약국 및 그 국민의 재산, 권리 및 이익으로서 본 협정의 서명일에 타방 체약국의 관할하에 있는 것에 대한 조치와 일방 체약국 및 그 국민의 타방 체약국 및 그 국민에 대한 모든 청구권로서 동일자 이전에 발생한 사유에 기인하는 것에 관하여는 어떠한 주장도 할 수 없는 것으로 한다”고 규정되어 있다.

이와 같이 한일간에서는 외교적해결이 되었지만 동조 제2항은 “본 조의 규정은 다음에 것 ...에 영향을 미치는 것이 아니다”고 하고 동항(a)에서 “일방 체약국의 국민으로서 1947년 8월 15일부터 본 협정의 서명일까지 사이에 타방 체약국에 거주한 일이 있는 사람의 재산, 권리 및 이익”이 제시되어 있다. 위 ‘거주한’이란 한일청구권협정에 대한 합의의사록에서는 “동조 2(a)에 기재한 기간내의 어떠한 시점까지든 그 국가에 계속하여 1년 이상 거주한 것을 말하는 것으로 양해되었다.”고 되어 있어 재일한국인은 이것에 해당한다.

여기서는 ‘재산, 권리 및 이익’은 영향을 받지 않는다고 되어 있지만 ‘청구권’은 1항, 3항의 완전 및 최종적 해결의 예외가 아니다.

따라서 원호법상의 연금청구권이 한일청구권협정에서 말하는 ‘재산, 권리 및 이익’에 해당하는지 ‘청구권’에 해당하는지가 원호법의 호적조항, 국적조항의 합리성을 판단하는데 중요한 것으로 된다.

전술의 합의의사록에서는 ‘재산, 권리 및 이익’이란 “법률상의 근거에 기하여 재산적 가치가 인정되는 모든 종류의 실제적 권리를 말하는 것”이 양해되어 있다.

원고들은 원호법상의 연금청구권은 ‘재산, 권리 및 이익’에 해당한다고 주장하고 있는 것에 대하여 피고는 원호법에 국적조항 및 호적조항이 규정되어 있어 조선인, 대만인은 배제되어 있기 때문에 원고들의 연금청구권은 법률(국내실정법)상의 근거 없는 ‘청구권’에 해당한다고 주장하고 있다.

재일한국인은 한일청구권협정의 서명까지는 일본에 귀화하면 원호법의 적용을 받을 수 있었다. 그런데 청구권협정의 서명후는 귀화를 하여도 원호법의 적용을 못받게 되었다. 청구권협정의 서명일까지 일본으로 귀화한 자는 한국 정부의 외교보호권의 대상으로부터

빠지게 되므로 원호법을 적용하지만 한일청구권협정에 의하여 보상문제는 완전 및 최종적으로 해결되었으므로 그 이후는 귀화를 하여도 원호법의 적용은 없다고 한 것이다.

한일청구권협정체결에 의하여 재일한국인전상자, 전몰자유족은 귀화를 하면 원호법의 적용을 받을 수 있는 권리를 상실하였지만 이것은 법률상의 근거에 기하여 재산적 가치가 인정되는 실제적 권리(재산, 권리 및 이익)를 상실하였다고 평가할 수밖에 없다.

따라서 후생성은 소송중에 귀화를 하면 원호법의 적용을 받을 수 있다는 종전의 통지를 폐지했다. 이것에 의해서도 귀화를 하여 이미 연금재정을 받은 사람의 지위에는 아무런 영향도 미치지 않으므로 이것은 오직 소송대책을 위해서 취한 조치라고 말하지 않을 수 없다.

전술의 도쿄지방법재판소판결은 한일청구권협정에 관한 법적해석을 회피하고 원고들의 주장하는 바와 같이 ‘재산, 권리 및 이익’에 해당한다고 가정했다 하더라도 “그것 자체가 본건 부칙의 효력에 영향을 미친다고는 말할 수 없는 것은 명백하다”고 판시하였다.

오오사카지방법재판소판결은 도쿄지방법재판소판결과 같이 한일청구권협정의 해석을 회피하였으나 한걸음 전진하여 한일청구권협정에 의해서도 재일한국인은 보상받지 못했다고 하는 사실인정을 하였다.

그러나 양판결은 한일청구권협정의 완전 및 최종적해결에서 제외되었다고 하여도 재일한국인전상자에게 어떤 보상을 하는가는 입법의 정책에 맡겨져 있는 것이고 호적조항, 국적조항의 위헌성을 초래하는 것은 아니라고 판시하였다.

어떠한 전쟁희생자에게 어떠한 보상을 하는가는 입법재량에 속한다고 하는 판결의 논리에 따른다고 하여도 입법재량을 행사하고 제정된 법률은 당연히 헌법의 규제를 받는다 고 말하여야 한다. 입법재량을 행사하여 제정된 원호법의 국적조항, 호적조항은 당연히 헌법 14조에 정하는 법밀의 평등원칙의 심사를 받는다. 판결은 호적조항, 국적조항의 합리성을 이국간약정에 의한 해결가능성에 구했다. 한일청구권협정에서는 재일한국인의 ‘재산, 권리 및 이익’은 한일청구권협정의 영향을 받지 않는다고 하는 형태로 외교결착을 본 것이기에 가령 원호법상의 연금청구권이 ‘재산, 권리 및 이익’에 해당한다고 하면 재일한국인의 원호법상의 연금청구권에 관해서는 한일청구권협정에 의해서도 아무런 해결도 못한 이상 이제는 이국간약정에 의한 해결가능성으로 국적조항, 호적조항을 합리화할 수는 없다.

도쿄지방법재판소, 오오사카지방법재판소는 국적조항, 호적조항의 합리성이 없어졌다고 하여도 입법에 의한 해결이 되지 않은 이상 국적조항, 호적조항의 위헌성을 판단할 수 없는 것과 같고 위헌입법심사권을 포기했다고 하는 비판을 면할 수 없다.

## 7. 중재신청의 필요성

한국외무부장관은 1994년 1월 26일 원고들의 질의에 대하여 재일한국인의 원호법상의 권리는 한일청구권협정 2조2항(a)에 규정하는 '재산, 권리 및 이익'에 해당한다는 취지의 회답을 하였다. 이 점에 관한 한일양국의 견해는 완전히 엇갈려 있다.

한일청구권협정 제3조는 동 협정의 해석 및 실시에 관해서 한일양국간에 다툼이 있을 때에는 외교상의 경로를 통해서 해결하기로 하고(동조 1항) 이것에 의하여 해결할 수 없는 경우에는 중재위원회를 설치하고 해결한다(동조 제2항내지 4항)고 규정하고 있다.

중재위원회는 일본과 한국 그리고 제3국의 위원으로 구성하기로 되어 있는데 식민지 주민을 전쟁에 종사시키면서 전사상에 대한 보상은 식민지가 독립했다는 것을 이유로 그 책임을 부인하는 나라는 일본밖에 없는 점(「부상 또는 전사한 외국인에 대한 구미각국의 조치개요」, 1982년 6월 3일, 일본의무성 아시아국 중국과), 이블라힘·게이에 이의 대 프랑스사건(통보번호No.196/19)에 관해서 규약인권위원회가 1989년 4월 3일에 채택한 견해(통보자들은 프랑스인과 같은 조건으로 프랑스육군에서의 군무에 복무해왔다. 세네갈 독립후는 프랑스국적이 아니라 세네갈국적으로 되었지만 ...국적의 변경은 다르게 취급하는 것을 정당화하는 근거로는 될 수 없다. 왜냐 하면 연금지급의 근거는 군무를 제공한 것에 있는 것이고 세네갈인도 프랑스인도 제공한 군무는 같기 때문이다...규약인권위원회는 규약 제26조[법밀의 평등] 위반이라는 견해를 가진다.), 한일청구권협정 및 동 의사록의 조문 해석, 입법부작위에 언급한 전기 도쿄지방법판소판결, 위헌의 의문이 있다고 한 오오사카 지방재판소판결등으로부터 보면 중재위원회의 결론은 한국 정부의 해석을 타당하다고 할 것으로 예측된다. 원고들은 1심판결후 한국 정부에 대하여 일본 정부에 대한 중재요청을 구하는 청원서를 제출하고 있으나 한국 정부는 아직도 일본 정부에 대한 중재요청을 하지 않고 있다.

이번 제기한 헌법소원은 중재요청을 안하는 한국 정부의 행위가 한국헌법에 위반한다는 것을 문의하는 것이다.

식민지배하 일본국의 침략전쟁에 동원된 한국인군인군속의 보상은 일차적으로는 일본국이 져야 하고 일본의 재판소는 원호법의 호적조항, 국적조항의 법밀의 평등원칙위반을 선언하고 재일한국인상이군속에 대한 원호법을 하루 빨리 적용하여야 한다.

동시에 한국 정부는 한일청구권협정에 의해 5억불(유상 2억불, 무상3억불)을 얻는 대상으로 일본 정부의 책임을 면책했다고 하는 구실을 일본 정부에 준 책임을 통감하여 더 이상 재일한국인의 전후보상문제가 한일청구권협정에 의해서 해결했다는 구실을 일본 정

부에 주지 않도록 하루 빨리 한일청구권협정 3조에 의한 중재를 일본 정부에 대하여 요청하여야 한다.

## 韓日請求權協定과 過去史 補償要求

鄭印燮 (서울대학교수)

### 1. 序

90년대 들어 한국에서는 韓日 過去史 정리 문제가 여론의 커다란 주목을 받으며 일본에 대한 책임 추궁의 요구가 밀물처럼 분출된 바 있다. 1965년 한일 국교 정상화 이래 표면적인 兩國間 교류는 매우 활발한 상태이나, 수면 하의 양국민의 감정, 특히 한국민의 대일 감정은 줄곧 언제 폭발할지 모르는 인화물질과 같은 상태였다. 쓰라렸던 과거사의 상흔을 잊지 못하는 한국민으로서는 식민치하의 고초를 상기시키는 사건이 여론의 전면 에 돌출할 때마다 합리적 통제가 어려울 정도의 反日 感情을 분출시키곤 하였다. 특히 과거 일제의 戰爭遂行 必要에 의하여 강제로 동원되었다가 피해를 입은 자에 대하여 일본이 일체의 援護補償도 거부하고 있는 사실은 한국민의 反日感情을 크게 자극하여 왔다. 과연 이들은 누구를 위한 전쟁에 동원되었고 누구를 위하여 희생되었기에 일본이 이들의 대한 책임을 거부할 수 있는지는 물음이다.

현재 일본국 또는 일본기업을 상대로 한 과거사 보상요구의 상당수는 단순한 요구의 차원을 넘어 일본법원에서의 소송으로 발전된 상태이다.<sup>1)</sup> 이러한 소송과정에서 예외없이 제기되는 爭點中의 하나가 1965년 韓日 請求權協定の 적용범위 문제이다. 1965년 한국과 일본은 이 協定을 통하여 당시까지 존재하던 兩國 및 兩國 국민간의 재산, 권리, 이익 및 請求權에 관한 문제를 “완전히 그리고 최종적”으로 해결하기로 합의하였다. 이 協定에 관하여는 협상과정에서 논란이 많았고 체결 이후에는 미진한 성과에 대하여 국내적 불만이 터져 나오기도 하였으나, 일단 한일 양국간 유효한 조약으로 성립되어 있다. 따라서 이를 통하여 해결된 부분에 있어서는 한국측이 日本에 대하여 적어도 법적 권리로 재차 요구

1) 1998년 1월 23일 日本 東京에서 개최된 戰後補償裁判의 現況과 今後の 課題라는 심포지엄에서 이미 소송이 종료된 臺灣人 請求訴訟 2건을 제외하더라도 총 45건의 소송이 진행중임이 보고되었다.

하기에는 한계가 지워진다. 그간 과거사 보상요구가 제기될 때마다 日本 政府가 내세웠던 거부 의 근거도 1965년 협정을 통하여 이미 해결된 문제라는 점이었다. 따라서 請求權協定의 내용에 대한 만족과는 별도로 이를 통하여 “완전히 그리고 최종적”으로 해결된 것으로 합의된 내용이 무엇인가에 대한 검토는 피할 수 없다. 이에 본고는 특히 오늘의 모임의 주 관심사인 在日韓國人 舊日本軍人軍屬 피해자의 援護補償 요구가 請求權協定과 어떠한 관계를 갖고 있는가를 검토한다.

## 2. 請求權協定에 관한 韓日 兩國의 기본입장

일본이 자신에 의하여 전쟁에 동원되었고, 자신을 위하여 희생된 이들에 대하여 원호책임을 거부하는 이유와 근거는 무엇인가?

우선 일본은 원호관계법상 그 적용 대상이 內國人(日本人)에 한정되어 있는데, 在日韓國人은 1952년 4월 對日平和條約의 발효를 계기로 일본국적을 상실하였기 때문에 이의 적용을 받을 수 없다고 주장하였다. 예를 들어 遺族援護法 附則 제2항은 “戶籍法の 적용을 받지 않는 자에 대하여는 당분간 이 법을 적용하지 않는다”고 규정하여 韓國 出身 犠牲者에 대하여는 그 적용이 배제되어 있다.<sup>2)</sup> 恩給法도 제9조 3항에서 일본국적 상실을 수급결격사유로 규정하고 있다. 기타 원폭 피해자 관련법과 원래부터 외국인에 대한 적용을 목적으로 하였던 대만 출신 舊日本軍 犠牲者 遺族 등에 대한 弔慰金支給法을 제외한 일본의 각종 원호관계법은 예외없이 국적조항을 설치하여 외국인에 대한 적용을 거부하여 왔다.

다만 日本 政府도 1965년 請求權協定의 체결 이전까지는 在日韓國人에 대한 援護補償 문제가 완전히 종결된 것이라는 입장을 취하지는 않았다. 즉, 원래 원호관계법의 적용 대상자였던 在日韓國人이 일본국적으로 귀화를 하면 원호관계법을 적용시켜 주었다. 즉 유족원호법에 대하여 日本 政府는 이 법에 “일본국적을 상실한 때에는 권리가 소멸된다는 취지가 규정되어 있으나, 이 조항은 個人의 의지와 관계없이 국가 상호간의 조약 등 일방적 권력에 의하여 국적을 변경당한 경우에는 적용되는 것이 아니고, 개인의 의지에 기하

여 귀화 등의 방법으로 국적을 상실한 경우에만 적용되는 것으로 해석”하였다. 그럼에도 불구하고 한국이나 대만 출신자에게 유족원호법이 적용되지 않는 이유는 일본국적을 상실하였기 때문이 아니라, 일본 호적법의 적용을 받지 않기 때문에 부칙 제2항에 의하여 적용이 배제된 것이며, “일본 귀화에 의하여 일본 戶籍法の 적용을 받게 되면 원호법의 적용을 받게 된다”고 해석하고 있었다.<sup>3)</sup> 恩給法 역시 귀화교포에게는 적용이 인정되었다. 즉 은급수령자가 일본국적을 상실하면 은급을 받을 권리도 소멸하고, 설사 그가 다시 일본국적을 취득하여도 일단 소멸된 은급수급권은 회복되지 않으나, “평화조약의 발효에 의하여 본인의 의사와는 무관하게 일본국적을 상실한 한국인 등의 경우에는 日韓特別合意의 효력 발생일, 즉 1965년 12월 18일 이전에 귀화하여 일본의 국적을 취득하면 평화조약 발효시로 소급하여 은급을 받을 수 있도록 특별한 취급이 행하여진다”고 보고 있었다.<sup>4)</sup>

그러나 65년 請求權協定 이후에는 日本 政府가 在日韓國人의 援護補償문제는 법률적으로 종결이 확정되었다고 해석하였다. 즉 請求權協定의 請求權 포기조항에 따라 “한국출신자 등에 관하여는… 1965년 6월 22일에 서명된 이른바 한일협정의 취지로부터 同日字 이후 韓國籍인 자가 일본에 귀화하여 戶籍法の 적용을 받게 되어도 법(遺族援護法: 筆者 註)의 적용을 받지 않는다”<sup>5)</sup>고 해석하여 왔다. 왜냐하면 請求權協定 이전에는 在日韓國人의 對日請求權이 일종의 잠재된 권리로 존재하고 있었으나, 이 권리는 동 협정의 체결을 통하여 확정적으로 소멸하였고, 따라서 이후 歸化者에게는 새로이 請求權이 인정될 여지가 없다는 논리였다.

확실히 日本 政府가 주장하는 것처럼 한일 양국은 65년 請求權協定 제2조 제1항에서 “양체약국 및 그 국민(법인을 포함함)의 재산, 권리 및 이익과 양체약국 및 그 국민간의 請求權에 관한 문제가 … 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것이 된다는 것을 확인한다”고 합의하였다. 다만 여기서 주목하여야 할 사항은 제2조 제2항 (a)호에 “일방 체약국의 국민으로서 1947년 8월 15일부터 협정 서명일 사이에 타방 체약국에 거주한 일이 있는 사람의 재산, 권리 및 이익”은 협정의 영향을 받지 않는다는 예외규정의 존재이다.<sup>6)</sup> 在日韓國人이 이 예외조항의 해당자임은 두말할 나위도 없다. 그러나 日本 政府는 협정 제2조 제2항 (a)호에 규정된 예외 대상자의 ‘재산, 권리 및 이익’이란 실정법상의 근거가 있는 권리만을 가리킨다고 주장하며,<sup>7)</sup> 여기서의 실정법이란, 성격상 일본 국내법 이외 것이 있을

2) 1952년 5월 15일 援護 제303호 厚生次官 通達 “遺族援護法 施行에 관하여”

“… 제5(其他) 1. 戶籍法の 適用을 받지 않는 朝鮮人 및 臺灣人에 대하여는 당분간 이 법을 적용하지 않는다. …”

일제 당시 戶籍法이란 혈통상 일본인에게만 적용되었고, 韓人에게는 朝鮮戶籍令이 실시되어 신분행위로 인한 변동사유(婚姻, 入養 等)가 없는 한 兩者間의 자유로운 이동이 금지되어 있었다.

3) 1962년 10월 29일 援護 318號 通知. 이러한 입장은 1993년 번복되었다.

4) 總理府恩給局編, 恩給相談ハンドブック(1979), p.267.

5) 1966년 11월 10일 援護 제484호 厚生省 援護課長 通知.

6) 이 때 “거주한”이란 상대방 국가에서 1년 이상 거주한 것을 말하는 것으로 양국간에 양해되었다. 합의의사록 2의 (c).

7) 鄭商根 訴訟에서 大阪地裁에 被告; 日本國 側이 제출한 1991년 10월 8일자 준비서면 및 石成基·陳

수 없다는 입장이다. 결국 日本 政府는 이 조항의 취지를 협정 체결 당시 일본 국내법상 인정되던 在日韓國人의 권리가 있으면 그런 사항은 소멸되지 않는다고 해석하는 셈이다.

예를 들어 在日韓國人 援護補償請求訴訟에서 쟁점이 되고 있는 遺族援護法の 경우 이 법이 그 적용 대상을 일본국민으로 한정하고 있으므로 在日韓國人의 援護補償 請求權은 협정에서 말하는 “法律上 根據에 기한 實體의 權利”에 해당하지 않으며, 따라서 이 문제는 65년 請求權協定에 의하여 완전히 그리고 최종적으로 해결된 부분이라는 입장이다.<sup>8)</sup> 특히 일본은 협정 제2조 1항 및 3항은 양국 및 그 국민간의 ‘재산, 권리 및 이익’과 ‘請求權’에 관한 문제가 최종적으로 해결되었다고 확인한 반면, 제2조 제2항 (a)호에서 이에 대한 예외를 규정할 때에는 1947년 8월 15일 이후 상대국에 거주한 사람의 ‘재산, 권리 및 이익’만을 규정하고 있으므로 ‘請求權’ 문제는 제2조 제2항 (a)호의 예외대상에 포함되지 않는다고 주장하고 있다.

그러나 이 점에 대하여 韓國 政府는 견해를 달리하여 왔다. 우선 韓日會談 타결 직후 韓國 政府가 작성한 協定解說書부터 “終戰 以前의 모든 兩國 및 兩國民의 財産 및 請求權은 本協定에 의하여 없어지는 것”이나 “在日韓國人의 財産 및 請求權은 영향을 받지 않음”이라고 설명하였다.<sup>9)</sup> 以後 對日民間請求權 補償을 위한 韓國의 國內法 제정시에도 1947년 8월 15일 이후 일본국 거주자의 對日請求權은 보상 대상에서 제외시켰으며,<sup>10)</sup> 在日韓國人에 대한 援護補償問題는 日本 國內法에 의하여 구제되어야 할 것이라는 입장을 표명하였다.<sup>11)</sup>

이같은 韓國 政府의 견해는 1971년 10월 11일 동경에서 개최된 <在日韓國人의 법적 지위 및 처우에 관한 한일간 제4차 실무자 회의>에서 日本 政府에 직접 통보된 바 있었다.

당시 회의에서 구일본국 군인이던 在日韓國人은 請求權協定 제2조 제2항 (a)호의 예외에 해당하는 만큼 한일 국교 정상화의 시점에서 이들에 대한 유족원호법의 적용을 정리

右 · 訴訟에서 피고 日本國이 東京地裁에 1993년 2월 25일자로 제출한 준비서면 등.

8) 1992년 2월 26일 日本 國會 衆議院 外務委員會에서 柳井俊二 條約局長 답변, 同會議錄 제2호 p.11 및 1992년 3월 5일 日本 國會 衆議院 豫算委員會에서 柳井俊二 條約局長 답변, 同會議錄 제12호 p.16 등.

9) 大韓民國 政府, 대한민국과 일본국 간 조약 및 협정 해설(1965), p.85.

10) 對日民間請求權 申告에 관한 法律 제2조 參照.

11) 1971년 7월 6일자 한국 외무장관 발 주일대사 앞 공문, 「태평양전쟁 전공상자 보상금 지급」. 또한 1973년 나고야 거주 在日韓國人 부부가 제2차대전 당시 사망한 장남의 유족 연금을 청구하자 日本 厚生省 援護局은 그것은 韓日協定으로 일단락된 문제라며 韓國 政府側에 알아보라고 한 사실이 있었다. 반면 同 請求權에 대하여 당시 駐名古屋 韓國영사관 측은 협정으로 해결된 것은 한국 내 사람뿐이며, 在日韓國人에게는 적용되지 않는다는 답변을 한 바 있다. (日本) 「中日新聞」(夕刊) 1973년 12월 6일자.

한 것은 부당하다는 항의를 韓國 政府가 제기하였다.<sup>12)</sup> 이에 대하여 日本 政府는 관계조항을 검토하여 추후 답변하겠다고 하였는데 그 후속조치에 대하여는 알려져 있지 않다.

그후 日本 政府 實務에서는 在日韓國人에 대한 원호행정이 계속 거부되고 있음에도 불구하고 韓國 政府는 이에 대하여 어떠한 항의조치 등도 취한 바 없었다.<sup>13)</sup> 石成基 · 陳石 소송을 계기로 관련 당사자들이 자신의 대일 援護補償請求權이 65년 請求權協定에 의하여 해결된 부분에 속하는가를 韓國 政府에 질의한 민원에 대하여 한국 외무부는 실로 오랜만에 그러나 두 차례나 그렇지 않다는 입장을 표명하였다.<sup>14)</sup>

즉, 在日韓國人 援護補償 請求權과 관련된 請求權協定 제2조 제2항 (a)호에 대하여 한일 양국 정부는 정반대의 해석을 하고 있다.

### 3. 일본 정부 해석의 문제점

請求權協定 제2조에 대하여는 한일 양국 중 어느 편이 올바른 해석을 하고 있는 것일까? 필자는 協定 文案의 성립 경위와 협정의 합리적 해석을 통하여 볼 때 韓國 政府의 입장이 타당하다고 판단한다. 그 이유는 다음과 같다.

먼저 協定 文案의 성립과정을 검토한다. 請求權協定의 막바지 條文化 과정에서 이 協定을 통한 해결 대상에서 제외되는 항목을 구성하는 제2조 제2항 (a)호의 文言으로 韓國側이 제시하였던 草案은 “一方 締約國의 國民으로서 1945년 8월 15일부터 本協定의 署名의 날까지의 사이에 他方 締約國에 거주한 일이 있는 자의 財産, 權利 및 利益과 兩國 및 兩國國民間の 請求權”이었다.<sup>15)</sup> 반면 日本側은 “一方 締約國의 國民으로서 1947년 8월 15일

12) 이는 1966년 11월 30일 援護 제484호 各都道府縣 民生主管部(局)長等前厚生省 援護局 援護課長 通達, 戰傷病者戰沒者遺族等援護法の 運用에 관하여(14) 問10等과 같은 日本 政府의 措置에 대한 抗議였다. 이 사실은 필자가 외무부에 민원 형식으로 질의한 내용에 대한 1994년 1월 26일자 외무장관 답신을 통하여도 확인한 바 있다.

13) 따라서 金東勳 교수는 在日韓國人의 對日請求權도 65년 協定을 통하여 해결되었다고 보는 日本 政府의 태도에 대하여 韓國 政府가 아무런 항의도 하고 있지 않는 태도를 이해할 수 없다고 비판한 바 있다. 金東勳, 戰後補償을をめぐる 法的諸問題, (姜在彦編, 在日韓國人 · 朝鮮人の戰後補償, 明石書店, 1991), p.167.

14) 1994년 1월 26일자 한국 외무장관발 주일대사전, 민원회신(在日韓國人 전상자 보상문제). 「統一日報」 1994년 2월 5일자. 1996년 1월 17일자 石成基 등에 대한 주일본대사 청원회신(일 원호법상 在日韓國人 차별문제).

15) 1965년 6월 17일자 회의에서. 그보다 조금 앞선 6월 12일자 회의에서 韓國側은 “他方 締約國에 居住하고 있는 者의 財産과 請求權…”이라는 문구를 제시한 바 있었다.



부터 本協定 署名日까지의 사이에 他方 締約國에 居住한 사실이 있는 자의 財産, 權利 및 利益”을 草案으로 제의하였다.<sup>16)</sup> 즉 양국간에는 대상자의 거주시점을 1945년으로 하느냐 1947년으로 하는 점과 아울러 예외대상의 표현을 “財産, 權利 및 利益”으로만 규정하느냐, ‘請求權’이라는 용어를 추가시키느냐에 관하여 異見이 개진된 셈이었는데, 결과적으로 兩者 모두 日本側 主張이 수락되었다. 그 이유는 다음과 같았다.

당초 협상에 임하는 韓國側의 基本方針은 在日韓國人の 財産과 請求權은 協定の 影響을 받지 않도록 한다는 것이었고, 그러한 취지하에서 제시하였던 文案이 위에 언급된 草案이었다. 이 때 韓國側은 ‘請求權’이란 用語를 法的根據下에 日本에 대하여 要求할 수 있는 權利를 총칭하는 의미로 사용하였다. 그 具體的 內容이 徵兵徵用 被害者 補償을 포함한 8개 대일청구 요강이었다.

반면 日本側은 ‘請求權’이란 個人的 債權等이 아닌 外交法的인 政府請求權으로 이해한다고 주장하였다. 따라서 어떠한 범위의 個人的 權利가 請求權協定の 影響을 받지 않고 존속하느냐를 규정하려는 제2조 제2항 (a)호에는 클레임을 제기할 수 있는 지위를 指稱하는데 불과한 ‘請求權’이란 용어의 삽입이 불필요하다고 설명하였다.<sup>17)</sup>

이 같은 日本側 見解가 전제된다면 韓國側으로서도 ‘請求權’이란 用語의 삽입을 굳이 고집할 필요가 없다고 판단되었다. 實體的 權利만 인정된다면 그 權利의 실현을 위한 形式的 資格으로서의 請求權이란 權利의 한 속성으로서 당연히 인정되는 것이기 때문이었다. 이에 한국측은 일본측 제안을 수락하는 대신 實體的 權利로서의 個人的 請求權이 “財産, 權利, 利益”에 포함된다는 것을 명확히 하는 문서를 작성하기로 하였다. 이에 작성된 것이 “財産, 權利 및 利益이라 함은 법률상의 根據에 의거하여 財産的 價値가 인정되는 모든 종류의 實體的 權利를 말하는 것으로 양해되었다”는 合意議事錄 2의 (a)였다.<sup>18)</sup> 그런 의미에서 請求權協定속의 ‘請求權’이란 용어의 의미는 韓日會談의 계기가 되었던 샌프란시스코 平和條約 第4조 a항상의 請求權이란 概念이 債權等의 實體的 權利를 포함하였던 것과는 다른 意味로 使用된 것이었다.<sup>19)</sup>

따라서 조문화 과정에서 양국간에 교환된 견해를 전제로 한다면 제2조 제2항 (a)호에 請求權이란 단어가 빠져 있다는 것이 在日韓國人の 實體的權利 存續範圍에 아무런 영향도 미치지 못한다고 보아야 한다. 바로 이러한 이해를 배경으로 한일회담 타결 직후 韓國政府가 작성한 협정해설서는 請求權協定에도 불구하고 “在日韓國人の 재산 및 請求權은 影響을 받지 않음”이라고 설명한 것이었다.<sup>20)</sup>

한편 협정 성립 이후 일본이 援護補償에 관한 在日韓國人の 권리문제가 이미 해결되었다고 주장하는 논거는 합의의사록 2의 (a)가 규정하고 있는 “법률상의 근거”를 일본 실정법상의 근거로 해석하는데 있다. 즉 일본 국내 실정법상 근거규정이 없던 在日韓國人の 援護補償請求權은 이른바 협정 제2조 제2항 (a)호의 ‘재산, 권리, 이익’에 해당하지 않는다는 것이다. 그러나 이 같은 해석은 다음과 같은 이유에서도 수긍하기 곤란하다.

첫째, 이 같은 日本 政府의 主張은 請求權協定 第2조 제2항 (a)호의 설치 취지 자체에 모순되는 解釋이다. 본래 이 條項은 他方 締約國 管轄下에 있는 一方 締約國 國民의 財産, 權利 및 利益에 대하여 該當 管轄國이 國內法만으로 일방적 조치를 취하지 못하도록 삽입된 一種의 安全裝置였다. 왜냐하면 請求權協定 第2조 3항은 “一方 締約國 및 그 國民의 財産, 權利 및 利益으로서 本協定の 서명일에 他方 締約國의 管轄하에 있는 것에 대한 措置와 … 에 관하여는 어떠한 主張도 할 수 없는 것으로 한다”고 規定하고 있다. 이 때 措置란 “兩國 및 그 國民의 財産, 權利 및 利益과 그 國民間의 請求權에 관한 문제를 해결하기 위하여 취하여질 各國의 國內措置”를 지칭하였다.<sup>21)</sup> 즉 제2조 3항상의 조치는 이미 취하여진 과거의 조치만을 가리키는 것이 아니라 협정 타결 이후 상대국이 취할 장래의 조치도 포함하는 것이었다. 따라서 만약 제2조 제2항 (a)호의 예외규정이 없다면 일본은 請求權協定 이후 在日韓國人들이 戰前부터 일본에서 보유하고 있던 모든 재산, 권리, 이익에 대하여 國內法만을 통하여 일방적 조치를 취할 수도 있다는 해석이 가능하여 진다. 이러한 결과는 양국 어느 편도 원하는 바가 아니었기 때문에 제2조 제2항 (a)호라는 安全條項이 삽입된 것이었다. 따라서 제2조 제2항의 존재의의는 일방 당사국이 국내법만으로 상대방 국민의 권리에 대하여 일방적인 조치를 취할 수 없도록 한계를 설정하자는 것이었다. 그럼에도 불구하고 일본이 자국 국내법만을 기준으로 이 조항에 따른 權利存續의 範圍를 결정하겠다는 日本側의 주장은 이 條項의 存在意義 자체와 모순되는 解釋이라는 批判을

고 있다. 이에 ‘請求權’이란 용어는 韓日會談의 하나의 상징이었는데 이로 인하여 있는지 없는지조차 모르는 것으로 변모되어 버렸다고 평가되었다. 新美隆, 戰後補償問題と 日韓 請求權協定, 靑丘 1993년 Summer(제16호), p.72.

20) 전계주 9 참조.

21) 合意議事錄 2의 (e).

16) 1965년 6월 17일(또는 16일자) 회의에서, 아울러 日本側은 “居住”라 함은 外國人登錄을 행하고 1년 이상 居住한 者를 말한다고 제안하였다.

17) 福田博, 請求權條項, 法律時報 1965年 9月號, pp.80-81 同行.

18) 같은 맥락에서 한국은 合意議事錄 2의 (g)와 (h)에서는 ‘請求權’과 “請求”를 구별하여 사용하도록 하였다. 즉 (g)의 “...韓國側으로부터 제출된 韓國의 對日請求要綱(소위 8개 항목)의 범위에 속하는 모든 請求가 포함되어 있고”에서는 “請求”라는 용어가 사용되었는데, 韓國側은 對日請求要綱의 內容이 實體的 權利를 의미하기 때문에 단순히 클레임을 제기할 수 있는 資格에 불과한 ‘請求權’이란 용어로 지칭하지 않은 것이었다.

19) 福田博(전계주 17), p.80에서도 兩條約에서 請求權이란 概念이 서로 다르게 使用되었음을 指摘하

면할 수 없다.

둘째, 日本側の主張은 協定 文言과 합치되는 解釋이라고 보기 어렵다. 請求權協定 제2조 제2항 (a)호는 이 協定에도 불구하고 일정한 對象者의 權利는 영향을 받지않는다는 점을 국가간 合意의 형식으로 보장한 條項이다. 따라서 특별히 國內法으로 한정된다는 표현이 明記되어 있지 않는 한 여기서의 “法律”이 一方當事國의 國內法만을 지칭하는 것으로는 해석될 수 없다.<sup>22)</sup> 위에서 지적한 바와 같이 “法律”을 國內法으로만 限定시키려는 態度는 오히려 이 條項의 설치취지와도 矛盾된다. 國際條約에서 “法律上 根據”라 할 때의 法律은 國際法을 包含한 概念으로 解釋되어야 하며, 특히 請求權協定の 성격상 植民地 支配關係 清算과 관련된 國際法的 原則이 당연히 이 “法律” 속에 포함되어야 한다.

협상과정에서 한국측이 요구한 請求權의 법적근거 역시 일본 실정법에 한정되지 않았음은 물론이었으며, 日本 政府 역시 그 같은 논리에 입각한 책임을 일부 인정한 바도 있었다. 예를 들어 광복후 한국에서는 일본은행권의 통용을 금지하고 이를 조선은행에 집중 보관하다가 상당액을 소각시킨 바 있었다. 협상과정에서 한국이 일본은행권 금액에 대한 보상을 요구하자 일본측은 戰前부터 유통 과정에 있던 일본은행권으로 일본은행원의 입회하에 소각분 및 현물제시분에 대하여는 辨濟에 응하겠다고 답한 바 있었다.<sup>23)</sup> 일본의 이 같은 辨濟義務受諾은 자국 실정법상 근거에 의한 책임인정은 물론 아니었다.<sup>24)</sup> 이는 식민지 독립과정에서의 법적관계 청산에 관한 국제법 원칙에 따른 책임인정이었다. 따라서 재산, 권리, 이익이 “법률상 근거에 의거하여 재산적 가치가 인정되는 모든 종류의 실체적 권리”를 지칭한다고 하였을 때의 법률을 日本 國內 實定法만으로 파악하려는 입장은 請求權협상 과정에서 보여준 日本 政府의 태도와 모순되는 것이다.

한편 請求權協定 제2조 3항은 재산, 권리, 이익과 請求權에 대하여 어떠한 주장도 할 수 없는 것으로 규정하고 있는데 반하여, 제2조 제2항 (a)호는 請求權을 제외한 재산, 권리, 이익만을 예외대상으로 규정하고 있는데 착안하여 在日韓國人의 對日請求權은 이미 해결된 것이라는 주장을 한다면 日本 政府는 색다른 논리적 모순에 봉착하게 된다. 그간 日本 政府는 請求權協定이란 이에 규정된 권리에 대하여 한일 양국 정부가 이른바 외교적 보호권 행사의 상호 포기를 합의한 것이며, 이를 통하여 개인의 請求權이 직접 소멸된

것은 아니라는 입장을 취하고 있었다. 즉 일본 국내적으로 일본국 및 그 국민에 대한 대한민국과 그 국민의 권리는 請求權協定을 계기로 제정된 國內 特別法<sup>25)</sup>에 의하여 소멸되었다고 주장하여 왔다. 그런데 이 特別法은 일본측에 대한 한국측의 ‘재산, 권리, 이익’이 소멸된다고 규정하고 있을 뿐, 請求權이 별도의 소멸대상으로 규정되어 있지 않다. 그렇다면 구일본 군인군속 피해자의 援護補償에 대한 권리가 이미 종결된 것이라고 주장하려면 日本 政府는 그 권리가 ‘재산, 권리, 이익’에 해당하는 것이라고 하여야 한다. 그러나 援護補償에 대한 권리가 ‘재산, 권리, 이익’에 해당한다면 在日韓國人의 ‘재산, 권리, 이익’은 협정 제2조 제2항 (a)호에 예외로서 규정되어 있으므로, 결과적으로 請求權協定을 통한 해결대상에 포함된다는 주장을 할 수 없게 된다.<sup>26)</sup>

이상 請求權協定 문안의 교섭과정에서 표시된 양국 의도를 분석하여 보거나, 협정 문언의 합리적 해석을 통하여 볼 때 請求權協定은 在日韓國人의 援護補償 請求權을 해결한 條約이라고는 이해될 수 없다.

#### 4. 結

일본이 제2차대전 희생자에 대한 援護補償을 거부하여 온 배경에는 1952년 對日平和條約을 계기로 일본국적을 이탈한 外國人에 대하여는 日本 政府가 책임질 수 없다는 논리가 바탕을 이루고 있다. 이러한 日本 政府의 태도는 日帝 軍國主義에 대한 문책과 제2차대전의 종결처리라는 샌프란시스코 條約의 의의를 왜곡시키는 해석이 아닐 수 없다. 日本이 國籍變更의 근거조항으로 삼고 있는 샌프란시스코 條約 제2조 領土條項의 근본취지는 日帝의 責任을 추궁하기 위하여 과거 침략적 행위의 결과를 원상회복 시키려는 것이다. 연합국은 侵略行爲의 결과를 원상회복시키기 위하여 舊併合地를 獨立 또는 返還하게 하였다. 그러나 이를 근거로 한 획일적 國籍變更이 오히려 침략행위의 원상회복을 방해하게 된다면 이는 오히려 條項의 원취지를 몰각시키는 결과가 된다. 軍人軍屬으로 動員되었다가 死亡, 負傷한 경우 身體的 原狀回復은 불가능하므로, 그 대신 國家補償의 次元에서 운영되는 것이 援護補償制度이다. 샌프란시스코 條約 제2조를 援護補償에 대한 在日韓國人의 권리박탈 근거로 사용하는 것은 動員責任者인 日本의 책임을 확인하는 조항을 역으로

22) 協商過程에서도 日本側이 “法律”의 概念을 특별히 自國國內法에 限定시킨다는 見解를 표시하였던 事實은 發見되지 않는다.

23) 1962년 2월 8일 제6차 韓日會談 一般請求權小委員會 第10차 會議, 제6차 韓日會談會議錄 第2권, p.173.

24) 자국화폐를 타국이 일방적으로 소각한 것을 보상해주는 일본 실정법은 물론 존재하지 않았기 때문이다.

25) 정식 명칭은 財産 및 請求權에 관한 問題의 解決과 經濟協力에 관한 日本國協과 大韓民國間의 協定 제2조의 實施에 따른 大韓民國等의 財産權에 대한 措置에 관한 法律임.

26) 新美隆(전계주 18), p.73 참조.

책임회피의 근거로 악용한 결과가 될 뿐이다. 특히 在日韓國人の 援護補償 請求權은 제2차대전이라는 과거의 사건에 日本人 資格으로 동원되었다가 입은 피해에 따른 權利이므로 動員者와 被動員者간의 權利義務關係는 1945年 이전에 이미 성립된 것이었다. 반면 在日韓國人の 日本國籍喪失은 식민지 독립과정에서 발생한 非自發的 一律的 國籍變更이었으며, 領土主權變更에 따른 國籍變更時 관행적으로 인정되던 國籍選擇權마저도 부여되지 않았던 경우였다. 따라서 日本 遺族援護法の 日本國籍喪失에 따른 權利消滅規定은 日本援護當局이 1962년에 밝힌 바와 같이 “個人的 意志에 관계없이 국가 상호간의 條約 등 一方的 權力에 의하여 國籍이 變更된 경우에는 적용될 것이 아니고, 個人的 意志에 기한 歸化等의 방법에 의하여 國籍을 상실한 경우에만 적용되는 것으로 해석된다”는 입장이 타당한 것이다.<sup>27)</sup> 최소한 동일한 논리에 일관하기만 하여도 國籍喪失條項을 근거로 在日韓國人에 대하여 적용이 거부되던 恩給法等 여타의 援護立法은 在日韓國人에게도 적용시켜야 하였다.

在日韓國人の 援護補償請求訴訟이 잇따르자 이와 같은 논리적 모순점을 더 이상 합리적으로 설명할 수 없음을 인식한 日本援護當局은 30년 이상 유지하던 1962년 援護 제318호 通知의 해석입장을 1993년 번복하였다. 즉 1952년 샌프란시스코 條約 發效에 따른 在日韓國人の 一律的 國籍變更도 遺族援護法 제31조에 규정된 受給資格 缺格要件으로서의 國籍喪失에 해당하는 것이라고 주장하였다.<sup>28)</sup> 스스로의 논리적 모순에서 벗어나기 위한 궁여지책이었다고 생각되나 정당한 해석태도는 아니라고 평가된다.

제2차대전에서의 韓人 사망·부상자는 누가 무어라 하여도 日帝에 의하여 강제로 동원되어 日帝의 전장에서 희생된 이들이다. 이들의 희생에 대한 책임자는 日本 이외에 그 누구도 있을 수 없다. 그러나 請求權協定 이후 日本은 과거사에 대한 補償問題가 제기될 때마다 법적으로는 이미 종결된 문제이며 在日韓國人の 援護補償請求權도 예외가 아니라는 입장을 취하여 왔다. 그러나 65년 請求權協定 제2조의 해석상 援護補償에 대한 在日韓國人の 권리는 請求權協定을 통한 해결대상에 포함된 항목이 아니라고 보아야 한다. 이 점은 협정의 또 다른 당사자인 韓國 政府의 견해이기도 하다. 한일 양국 정부는 請求權協定 제3조상의 분쟁 해결절차의 이용을 포함하여 이 같은 해석상의 뉘앙스를 해결하기 위한 노력을 조속히 기울여야 할 것이다.

27) 전계주 3 참조.

28) 1993年 5月 12日 社援 第98號 厚生省 社會·援護局 援護課長 통달.

## 전후보상헌법소원의 의미

장완익 (변호사)

### 1. 머리말

대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정(이하 한일 청구권 협정이라 한다)이 1964년 체결된 이후 피해자들은 정부에 청구권자금의 지급을 요구하였으나 법률의 제정이 늦어져서 즉시 지급되지 않았고, 법률이 제정된 뒤에도 그 법률의 미비로 인하여 배상을 받지 못하는 피해자가 생기게 되어 그러한 피해자들은 사법적인 해결을 시도하였으나 만족할 만한 결과를 얻지 못하였다.

현재까지 대일 민간청구권과 관련되어 진행된 재판들을 살펴보고, 재일한국인 경우 헌법소원을 통한 해결방안이 있는지를 알아본다.

### 2. 보상 관련 법률

한일청구권협정에 근거하여 대일 민간청구권에 대한 보상관계를 규율하기 위하여 제정된 법률은 청구권자금의 운용 및 관리에 관한 법률(1966. 2. 19. 법률 제1741호, 1982. 12. 31. 법률 제3613호로 폐지, 이하 청구권자금법이라 한다), 대일민간청구권신고에 관한 법률(1971. 1. 19. 법률 제2287호, 1982. 12. 31. 법률 제3614호로 폐지, 이하 청구권신고법이라 한다), 대일민간청구권보상에 관한 법률(1974. 12. 21. 법률 제2685호, 1982. 12. 31. 법률 제3615호로 폐지, 이하 청구권보상법이라 한다) 등 3개의 법률이 있다.

#### 가. 청구권자금법

위 법은 한일 청구권 협정에 의하여 수입(受入)되는 자금을 효율적으로 운용·관리 또는 도입함에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 하여 제정된 것인데(제1조), 동법 제5조 제1항은 대한민국 국민이 가지고 있는 1945년 8월 15일 이전까지의 일본국에 대한 민간청구권은 이 법에서 정하는 청구권자금 중에서 보상하여야 한다고 규정하고, 같은 조 제2항은 전항의 민간청구권의 보상에 관한 기준·종류·한도 등의 결정에 필요한 사항은 따로 법률로 정한다라고 규정하고 있다.

#### 나. 청구권신고법

위 법은 청구권자금법 제5조 제1항에 규정된 대일 민간청구권의 정확한 증거와 자료를 수집함에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 하여 제정된 것인데(제1조), 같은 법 제2조 제1항은 신고 대상의 범위를 1947년 8월 15일부터 1965년 6월 22일까지 일본국에 거주한 일이 있는 자를 제외한 대한민국 국민(법인을 포함한다)이 1945년 8월 15일 이전(제1호·제5호 및 제7호에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다)에 일본국 및 일본국민(법인을 포함한다)에 대하여 가졌던 청구권 등으로서 다음 각호에 계기하는 것이라고 규정하고 있다.

청구권자금법 제5조 제1항은 "대한민국 국민이 가지고 있는 1945년 8월 15일 이전까지의 일본국에 대한 민간청구권"만을 보상의 대상으로 규정하였지만, 그후에 제정된 청구권신고법 제2조는 그 범위를 넘어 일정한 경우(같은 조 제1항 제1·5·7호의 경우)에는 1945. 8. 15. 이후에 취득된 청구권까지도 신고 대상의 범위에 포함시키고 있으며, 청구권보상법은 청구권신고법이 정한 신고 대상 청구권 중 신고관리위원회에서 신고를 수리한 것만을 보상해주도록 하고 있어서 결국 대일 민간청구권 중 어떤 것이 보상을 받고, 어떤 것이 보상을 받지 못하는지의 여부는 오로지 청구권신고법의 규정, 특히 동법 제2조 제1항의 규정내용에 달려 있다.

우선 청구권신고법 제2조 제1항은 1947년 8월 15일부터 1965년 6월 22일까지 일본국에 거주한 일이 있는 자의 청구권을 신고대상에서 배제하고 있다. 이는 한일 청구권 협정 제2조 제2항 (a)호를 염두에 둔 규정이다. 이 (a)호는 한일청구권협정의 타결에서 제외된 사항이므로 여기에 해당하는 청구권에 관하여는 한국 정부가 보상을 할 필요가 없음이 당연하고, 따라서 신고 대상에서 배제하고 있는 것이다. 그러나 현재 일본 정부는 위 (a)호를 근거로 제일 한국인의 보상 청구권은 한일 청구권 협정으로 인하여 완전히 소멸되었다는 입장을 견지하고 있다.

또 청구권신고법 제2조 제1항은 청구권자금법 제5조의 규정에 맞추어 원칙적으로 '1945년 8월 15일 이전에' 일본국 및 일본국민(법인을 포함한다)에 대하여 가졌던 청구권을 신고대상으로 하고 있다. 같은 항의 제 2·3·4·6·8·9호에 계기된 청구권은 모두 위 일자 이전의 것만을 신고 대상으로 한다.

그러나 같은 항 제1·5·7호에 계기된 청구권에 관하여는 예외적으로 그 취득시기가 1945. 8. 15. 전이건 후이건 불문하고 신고의 대상으로 하고 있다. 이 제1·5·7호는 한일 청구권 협정 제2조 제2항 (b)호에 대응하는 규정이다. 즉 (b)호는 1945. 8. 15. 이후에 "통상의 접촉의 과정"에 있어 취득된 청구권을 일괄타결의 대상에서 제외한 규정이다. 한일 청구권 협정에 대한 합의의사록 제2조 (d)호에 의하면 "종전 후에 발생한 특수한 상태하에서의 접촉"은 위 (b)호 소정의 "통상의 접촉"에 포함되지 아니한다고 규정되어 있으므로 이러한 것들에 대하여는 보상을 하여야 할 것인데, 위 제1·5·7의 각호는 바로 이와 같은 1945. 8. 15. 이후에 "비통상의 접촉"의 과정에 있어 취득된 청구권에 대한 보상을 실현하기 위하여 마련된 규정인 것이다.

이와 같이 청구권신고법 제2조 제1항은 한일청구권협정에 의하여 일괄타결된 대일 민간청구권의 보상에 관하여 협정의 분류(즉, 1945. 8. 15. 이전에 취득한 것과 그후에 취득한 것)에 대응하여 각 사례별로 입법적 규율을 하였던 것이다.

#### 다. 청구권보상법

위 법은 청구권자금법 제5조 제2항의 규정에 의하여 대한민국 국민이 가지고 있는 일본국에 대한 민간청구권의 보상에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 하여 제정된 것인데(제1조), 같은 법 제2조 제1항은 "청구권신고법 제6조의 규정에 의하여 대일 민간청구권 신고관리위원회에서 증거 및 자료의 적부를 심사하여 당해 청구권 신고의 수리가 결정된 것"을 보상의 대상으로 하고 있으며 청구권보상금은 1975. 7. 1.부터 1977. 6. 30.까지 2년간 지급하는 것으로 규정하였다(동법 제10조 제3호, 부칙 제2항).

### 3. 관련 재판

가. 청구권신고법과 청구권보상법이 제정되지 아니한 상태에서의 청구

청구권자금법 제5조 제2항 규정에도 불구하고 당시 정부는 상당 기간 민간청구권의 보상에 관한 기준·종류·한도 등의 결정에 필요한 사항을 따로 법률로 정하지 아니하였다.

그래서 피해자들이 보상청구권을 지급하라는 재판을 청구하자 대법원은 법률이 제정되지 아니한 현재에 있어서는 대일 민간청구권에 관한 보상청구권은 그 구체적인 내용과 한계가 법정되어 있지 아니하여 아직 이를 행사할 수 있는 법률상의 방법이 없다(대법원 1970. 11. 30. 선고 70 다 1376, 대법원 1970. 12. 22. 선고 70 다 1403)고 하면서 “대일 민간청구권에 관한 보상청구권은 헌법이 정당한 보상을 지급하여야 할 것으로 규정한 공공 필요에 의한 재산권의 수용, 사용 또는 제한으로 인하여 발생한 보상청구권이 아니다”고 하여 법률이 제정되어야만 보상청구권을 행사할 수 있다고 하였다.

당시에는 헌법재판소법이 제정되지 아니하였기 때문에 위와 같은 사유로 ‘입법부작위 위헌확인청구’를 할 수는 없었을 것이나 국가를 상대로 입법부작위를 이유로 한 손해배상 청구를 할 수는 있지 않았을까 생각된다.

아무튼 재판에서는 패소하였으나, 피해자들의 정당한 요구를 반영하여 정부는 청구권신고법을 1971. 1. 19., 청구권보상법을 1974. 12. 21. 제정하게 되었다.

나. 위 법률의 적용 대상에서 제외된 피해자들의 청구

(1) 유형

위 법률들이 제정되어 피해자들 중 일부는 약간의 보상을 받게 되었다. 하지만 위 법률들의 미비로 인하여 보상을 받지 못하는 피해자들도 많았다.

(가) 청구권신고법 제2조 제1항 제1·5·7호에 미해당

조영학씨는 1942년경 만주국 열하성 승덕에 있는 일본국 소유 주식회사 만주광산 승덕출장소 직원으로 입사하여 3년간 종사하다가 해방 직전에 출장소장의 피난명령을 받고 위 출장소를 출발하여, 1945. 8. 21. 만주 안동(현재 단동)에 도착한 후 해방이 된 사실조차 모른 채 같은 날 위 안동에 있던 일본국 소유의 만주 중앙은행에서 3년간 피땀흘려 모았던 일본국 화폐 합계금 17,900원(圓)을 고향으로 송금하고 그에 대한 1945. 8. 21.자의 같은 은행 발행의 ‘통상위체증서’를 받았으나 이 경우는 1945. 8. 15. 이후 비통상의 접촉의 과정에서 취득된 청구권의 하나로 보여짐에도 불구하고 청구권신고법 제2조 제1항 제

1·5·7호에 제기된 소정의 신고대상 청구권에는 포함되어 있지 않아서 보상을 받지 못하였다.

또 김형준씨는 해방 이전에 중국으로 건너가 호북성 한구시에 거주하면서 여러 사업을 하여 많은 재산을 축적하였는바, 1945. 8. 하순에야 해방 소식을 듣고 같은해 9. 2.부터 9. 6.까지 3회에 걸쳐서 자신을 재산을 일본국척은행인 주식회사 대만은행에 송금하였으나 마찬가지로 이유로 보상을 받지 못하였다.

(나) 청구권신고법 제2조 제1항 제9호에 미해당

김성수씨는 1943. 3. 20. 일본군으로 강제 징집되어 육군보병 제144연대 소속 상등병으로 복무하던 중 1944. 12. 12. 미얀마 남부지역의 전투에서 부상을 당하여 미얀마 라이가 소재 제121병참병원에 입원중 다시 연합군 비행기에 폭격당하여 1945. 3. 4. 오른쪽 팔을 절단당하고 한푼의 보상도 받지 못한 채 8.15 해방과 동시에 귀국하였다. 그런데 피징용부상자의 청구권은 피징용사망자의 청구권과 마찬가지로 1945. 8. 15. 이전까지의 청구권으로서 한일청구권협정에 의해 일괄타결된 대일 민간청구권의 하나임이 분명함에도 불구하고, 청구권신고법 제2조 제1항은 피징용사망자의 청구권에 대하여는 그 제9호에서 신고대상으로 명백히 규정하면서도 피징용부상자의 청구권에 대하여는 신고 대상의 범위에 포함시키지 않아 보상을 받지 못하였다.

다. 판결 내용

(1) 다수의견

위와 같은 사유로 3인의 청구인들은 헌법재판소에 법부작위 위헌확인청구를 하였으나 헌법재판소는 “넓은 의미의 입법부작위(立法不作爲)에는, ① 입법자가 헌법상 입법의무가 있는 어떤 사항에 관하여 전혀 입법을 하지 아니함으로써 ‘입법행위의 흠결(Lucke)’이 있는 경우’(즉, 입법권의 불행사)와 ② 입법자가 어떤 사항에 관하여 입법은 하였으나 그 입법의 내용·범위·절차 등이 당해 사항을 불완전, 불충분 또는 불공정하게 규율함으로써 ‘입법행위에 결함(Fehler)’이 있는 경우’(즉, 결함이 있는 입법권의 행사)가 있는데, 일반적으로 전자를 진정(眞正)입법부작위, 후자를 부진정(不眞正)입법부작위라고 부르고 있다. 그런데 우리 재판소의 판례에 의하면, 이른바 ‘진정입법부작위’, 즉 본래의 의미에서의 입법

부작위를 대상으로 하여 헌법소원을 제기하려면 헌법에서 기본권 보장을 위하여 법령에 명시적인 입법위임을 하였음에도 불구하고 입법자가 상당한 기간 내에 이를 이행하지 아니하거나 또는 헌법의 해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위 의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 아무런 입법조치를 취하지 않고 있는 경우이어야 하고, '부진정입법부작위'를 대상으로, 즉 입법의 내용·범위·절차 등의 결함을 이유로 헌법소원을 제기하려면 이 경우에는 결함이 있는 당해 입법규정 그 자체를 대상으로 하여 그것이 평등의 원칙에 위배된다는 등 헌법 위반을 내세워 적극적인 헌법소원을 제기하여야 하며, 이 경우에는 헌법재판소법 소정의 제소기간(청구기간)을 준수하여야 한다(헌법재판소 1989. 7. 28. 선고 89헌마1 결정, 1993. 3. 11. 선고 89헌마79 결정, 1993. 9. 27. 선고, 89헌마248 결정 등 참조). 그런데 위 사건들의 경우에는 입법자가 한일 청구권 협정에 의하여 일괄타결된 청구권에 대한 보상관계 입법을 하면서 보상입법을 불완전 불충분하게 함으로써 입법의 결함이 생긴 사실은 인정되나 입법자가 그 청구권에 관련하여 전혀 아무런 입법을 하지 않았기 때문이라고 볼 수는 없어서 심판대상인 입법부작위는 헌법소원의 대상이 될 수 있는 진정한 의미에서의 입법부작위가 아니고 이른바 '부진정입법부작위'임이 분명하다. 따라서 청구인들은 '헌법재판소법 제69조 제1항이 정한 청구기간 내에' 청구권신고법 등 보상관계법률의 관계규정과 각 그 폐지법률을 대상으로 하여 그것이 헌법 위반이라는 적극적인 헌법소원을 제기하여야 할 것이고, 한편 청구인들이 주장하는 위 보상관계법률들에 의한 기본권침해는 헌법재판소가 발족하기 이전의 일이므로 이러한 경우 그 청구기간은 헌법재판소가 구성된 1988. 9. 19.부터 180일 이내에 헌법소원심판을 청구하여야 할 것인 바 청구인의 이 사건 헌법소원심판은 1988. 9. 19.부터 180일을 훨씬 경과한 1995. 5. 30.에 청구되었음이 기록상 분명하여 심판청구들은 부적법하여 각하한다"고 하였다(헌법재판소 1996. 10. 31. 선고 94헌마108 결정, 1996. 10. 31. 선고 94헌마204 결정, 1996. 11. 28. 선고 95헌마161 결정 등 참조).

## (2) 소수의견

하지만 위와 같은 다수의견에 대하여 소수의견은 "대일 민간청구권 부분에 대하여 한일 청구권협정에 근거하여 청구권자금법, 청구권신고법, 청구권보상법 등 3법을 입법하면서도 그 청구권의 신고 및 보상의 대상에서 제외시키고 있는 등 아무런 보장규정을 마련하고 있지 않을 뿐 아니라 그 이후 현재까지도 신고 및 보상에 관한 아무런 입법을 하지 아니하고 있어서 청구인들은 이러한 입법부작위에 의하여 바로 청구인들 주장의 기본권

을 침해당하고 있다고 할 것이다. 입법부작위를 진정·부진정의 두 경우로 나누어 전자의 경우에 한해서만 입법부작위의 위헌성을 논할 수 있다는 다수의견은, 독일연방헌법재판소가 초기에 유지하고 있었던 2분법에 불과하며, 근래에 위 재판소도 이 2분법의 기준이 애매모호하여 국민의 기본권 보호에 실효성이 없음을 인정하고 있는 실정이므로, 그 점에서도 다수의견은 납득할 수 없다. 또한 위와 같은 2분법에 따른다고 하더라도 이 사건들의 심판대상의 입법부작위는 진정입법부작위에 포함된다고 보아야 한다.

독일 연방헌법재판소는 부진정입법부작위의 경우를 예컨대 헌법상 입법 의무의 대상이 되는 입법사항이 여러 가지로 나누어져 있을 때에 각 입법사항에 관하여 모두 규율하고 있으나 입법자가 질적·상대적으로 불완전 불충분하게 규율하고 있는 경우를 말하고 있으며, 이와는 달리 위 입법사항들 중 일부의 입법사항에 대하여는 규율하면서 나머지 일부의 입법사항에 관하여서는 전혀 규율하고 있지 아니한 경우에는 즉 양적·절대적으로 규율하고 있지 아니한 경우에는 진정입법부작위로 보고 그 위헌성 여부를 판단한 사례들이 많다.

그런데 위 3법은 청구인들의 문제에 관하여는 불완전 또는 불충분하나 규율하려고 한 바도 없는 등 전혀 규율하고 있지 아니하고 있어서 이러한 경우는 진정입법부작위의 경우라고 봄이 마땅하며, 청구인들은 진정입법부작위로 인하여 대일 청구권 신고조차도 할 수 없게 됨으로써 재산권을 침해당하였음을 인정할 수 있다. 그러나 다수의견은 청구인들의 경우가 위 3법의 보상 대상에 포함되어 있지 않음을 시인하면서도 부진정입법부작위라고 강변하고 있으며 심지어는 입법자가 재량으로 이 사건의 경우와 같은 경우에는 보상을 거부하는 의사를 표명한 것이라고 주장하면서도 그 이유가 어떠한 것인지에 관하여는 설명하고 있지 아니하는 등 납득하기 어려우므로 부당하다. 그리고 진정입법부작위가 현재까지도 계속되고 있으므로 심판청구기간을 도과한 바가 없으므로(헌법재판소 1994. 12. 29. 선고, 89헌마2 결정 참조) 본안판단을 하였어야 한다"고 주장하였다.

위와 같이 피해자들이 위 3법의 입법 미비를 이유로 제기한 소송이나 헌법소원청구에서 대법원과 헌법재판소는 입법부작위의 범위를 극히 제한적으로 해석하여 결국 피해자들은 보상을 청구할 수 있는 기회를 봉쇄당하였다.

## 4. 헌법소원을 통한 구제방안 : 재일 한국인의 경우

### 가. 중재위원회 설치 청원과 관련한 헌법소원

위에서 본 바와 같이 한일청구권협정 제2조 제2항 (a)호를 염두에 둔 청구권신고법 제2조 제1항은 "1947년 8월 15일부터 1965년 6월 22일까지 일본국에 거주한 일이 있는 자"의 청구권을 신고대상에서 배제하고 있어서 재일 한국인은 위 3법 제정시부터 적용 대상에서 제외되어버려서, 헌법재판소의 결정에 따른다면 아무런 구제도 받을 수 없는 것이다.

재일 한국인 피해자들은 일본 정부에게 장애연금 수급권을 인정하여줄 것을 요구하였으나 일본 정부는 "재일 한국인의 연금수급 청구권은 클레임을 제기하는 지위에 지나지 않아서 한일청구권협정 제2조 제2항 (a)호에서 말하는 '재산, 권리 및 이익'에 해당하지 않으므로 재일 한국인의 보상청구권은 한일청구권협정에 의하여 완전히 그리고 최종적으로 해결되었다"고 주장하고 있다.

이에 재일한국인 피해자들이 한국 정부에 위 조항의 해석을 요구하자 한국 정부는 장애연금 수급권이 한일청구권협정 제2조 제2항 (a)호에서 말하는 '재산, 권리 및 이익'에 해당하여 결국 한일청구권협정의 교섭 대상에는 포함되어 있지 않다고 하였다.

그러나 한국 정부는 1996.1.17. 재일 한국인 피해자들이 한일청구권협정 제3조의 규정에 따른 중재위원회를 설치하여줄 것을 청원한 것에 관한 회신에서 "외교적 노력은 할 것이나 현재로서는 중재위원회의 설치나 한일청구권협정의 재협상은 고려하지 않고 있다"고 하였으며 현재까지도 그 입장이 달라지지 않았다.

이와 같이 일본 정부가 한일청구권협정의 특정조항에 대하여 한국 정부와 다르게 해석하고 있으므로 분쟁의 신속한 해결을 위하여는 양국 정부가 중재위원회의를 설치하여 그 결정에 복종하는 것이 가장 확실하고 효과적인 방법이고, 특히 재일 한국인 피해자들은 거의 80이 넘는 고령이어서 연금을 받아야 할 필요성은 더욱 커져가고 있고 언제 사망할지도 모르는 처지이므로 재일 한국인의 청원은 재외국민이 정부에게 긴급하게 외교적 보호를 요청한 것이어서 정부는 상당한 기간 내에 적절한 조치를 취하여야 할 것인데도 아직까지 중재위원회 설치문제에 관하여 명확한 입장조차 표명하지 않고 있는 것은 '공권력의 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해'받은 것이므로 헌법재판소에 부작위위헌확인 청구가 가능하다 할 것이다.

#### 나. 진정입법부작위 위헌확인 헌법소원

1987. 10. 29. 개정된 헌법 제2조 제2항은 "국가는 법률이 정하는 바에 의해서 재외국민을 보호할 의무를 진다"고 규정하고 있다. 그 전까지는 '재외국민은 국가의 보호를 받는다'고만 규정하였다.

재외국민과 관련된 법률은 재외국민등록법(1949. 11. 24. 법률 제70호), 재외국민 취적, 호적정정 및 호적정리에 관한 임시조치법(1973. 6. 21. 법률 제2622호), 재외동포재단법(1997. 3. 27. 법률 제5313호)등 3개의 법률만이 있으며, 특히 헌법이 위와 같이 개정되고 난 후에 제정된 법률은 결국 재외동포재단법 단 하나뿐인데 위 법의 목적은 "재외동포재단을 설립하여 재외동포들이 민족적 유대감을 유지하면서 '거주국' 안에서 그 사회의 모범적인 구성원으로 살아갈 수 있도록 이바지하는 것"이어서 재외국민 보호와는 별 관계가 없는 법률이다.

이와 같이 재외국민의 기본권 보장을 위하여 헌법이 명시적인 입법위임을 하였음에도, 재외국민을 보호할 실제적인 법률이 제정되지 않은 것은 현 헌법재판소의 다수의견에 의하더라도 '진정입법부작위'에 해당한다 할 것이므로 헌법소원의 대상이 될 수 있을 것이다. 물론 위와 같이 재외국민 관련 법률이 3개나 있으므로 부진정입법부작위라는 반론이 있을 수 있을 것이나, 위 법률들이 구체적으로 규율하고 있는 내용을 검토한다면 과연 재외국민을 보호하는 법률이라고 주장할 수 있을지 의문이다.

이와 관련하여 헌법재판소는 1989. 3. 17. 사법서사법 시행규칙의 입법부작위에 관한 헌법소원심판사건에서 "무릇 어떠한 사항을 법규로 규율할 것인가, 이를 방치할 것인가는 특단의 사정이 없는 한 입법자의 정치적, 경제적, 사회적 그리고 세계관적 고려에서 정해지는 것이며, 따라서 일반 국민이 입법을 해달라는 청원권을 향유하고 있음은 별론이로되 입법행위의 소구청구권은 원칙적으로 인정될 수 없다고 할 것이다. 따라서 입법부작위에 대한 헌법재판소의 재판관할권은 극히 한정적으로 인정할 수밖에 없다고 할 것인바, 헌법에서 기본권 보장을 위하여 법령에 명시적인 입법위임을 하였음에도 입법부가 이를 이행하지 않을 때, 그리고 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위 의무 내지 보호의무가 발생하고 있음이 명백함에도 불구하고 입법자가 전혀 아무런 입법조치를 취하고 있지 않은 경우가 여기에 해당할 것이며, 이 때에는 입법부작위가 헌법소원의 대상이 된다고 봄이 상당할 것이다"(88헌마1 결정)고 하였다.

현 정부는 재외국민에 대한 기본 정책이 부재한 형편이며, 위와 같이 관련 법률이 제정되지 않음으로 인하여 그러한 무관심과 무정책은 개선될 전망마저 없다. 그러므로 입법부작위 위헌확인청구를 통하여 재외국민에 대한 법률과 제도를 정비할 기반을 마련하여야만 재일 한국인 문제도 근원적인 해결이 가능할 것이다.

#### 5. 결 론

한국 정부는 일본 식민지 지배 하에 강제 징집 징용되어 현재까지 고통받고 있는 피해자들이 만족할 만한 조치를 현재까지 취하지 않고 있으며, 사법적인 구제도 현재로서 불가능한 상태다.

그러므로 이들 피해자의 피해를 배상할 새로운 법률을 제정하여야 하며, 재일 한국인 피해자들이 제기한 이번 헌법소원은 그들만이 아닌 모든 피해자들에게 정부와 국민들의 관심과 분발을 촉구하는 계기가 될 것으로 기대한다.

# 헌법소원청구서

- 청구인 : 1. 석 성 기  
 일본국 카나가와현 요코하마시 호도가야구 미네사와정 312  
 NIC하이무 미쯔자와 사쿠라다이 A-401
2. 진 경 일  
 일본국 사이타마현 후카야시 가미시바정 니시 5-7-66
3. 정 석 진  
 대한민국 제주도 제주시 이도 2동 370-20
4. 강 부 중  
 일본국 시가현 고오가군 고오세이정 미쿠모 1115
5. 조 용 수  
 일본국 도쿄도 가쓰시카구 가메아리 2-32-17-206

위 청구인들의 소송대리인

변호사 최 영 도

서울 서초구 방배동 1808 안석빌딩 3층

법무법인 안산종합법률사무소

안산시 고잔동 527-6 안산빌딩 302호

담당변호사 임종인, 장완익

법무법인 삼일종합법률사무소

대구시 수성구 범어동 33-2 범어빌딩 4층(송달장소)

담당변호사 김준곤, 이춘희, 오충현, 성상희, 최봉태

침해된 권리 : 헌법제23조(재산권), 제11조(평등권), 제10조(인간의 존엄과 기본인권, 행복추진권)

침해의 원인되는 공권력의 행사 또는 불행사 : 청구인들이 대한민국정부를 상대로 재일 한국인의 보상문제에 관해 일본정부에 관해 중재요청을 하여 줄 것을 청원하였음에도 이에 관해 부작위에 그친 공권력의 불행사



## 청 구 이 유

### 1. 청구인에 관하여

청구인 석성기는 1921.12.13. 경상북도 성주군 선남면 도흥동 1218번지에서 태어나 선남면사무소 촉탁으로서 농업지도원으로 일하다가 1942.7.26. 징용에 의해 해군 군속이 되어 마살군도에 배속되었습니다. 그 후 1944.5.26.에 워체섬에 진지구축작업중에 연합군 전투기의 기총사격을 받아 오른팔 15센티메타를 남기고 절단당하고 1945년 10월 일본국 우라가에 귀환하여 현재까지 계속하여 일본국에 거주하고 있는 재일한국인입니다.

청구인 정석진은 청구의 정상근의 장남으로서 청구의 정상근은 1921.11.10. 제주도 북제주군 구좌면 하도리 3322번지에서 태어나 제주도에 생활하던 중 일본국 해군의 군속으로서 징용되어 1943.11.15.경 남양마살제도 웨체섬에서 비행장수선 등의 노동에 종사하다가 연합군의 포격을 받아 右前腕切斷創, 胸部, 左右上肢, 左右耳, 左右眼爆傷 등의 상처를 입어 종전후 고국으로 돌아가지 못하고 오오사카에서 살다가 1996.2.29. 위 오오사카에서 사망한 재일한국인이며 그 상속인인 위 청구인은 현재 대한민국 제주도에 거주하고 있습니다.

청구인 강부중은 1920.5.7. 경상남도 고성군 하이면 봉현리 109번지에서 출생하여 14.5세 경 일본국으로 옮겨와 살던 중 1942. 11.말경 국민징용령에 의해 징용되어 남방에서 비행장건설작업에 종사하면서 경비근무를 하던중 1945.2.13. 전투기의 기총사격을 받아 오른손의 모지를 남기고 나머지 손가락을 전부 절단당하고 오른쪽 눈섭 아랫부분에 총탄파편을 맞아 오른쪽 눈의 시력을 거의 잃는 중상을 입은 장애를 가지고 위 거주지에서 살고 있는 재일한국인입니다.

청구인 조용수는 1928.9.20. 경상북도 달성군 월배면 하동 785번지에서 출생하여 1944.6. 도쿄제철 해군관리공장에 연행되어 군사훈련을 받으며 징용공으로 일하다가 동년 9월 작업중에 사고를 만나 우측팔의 기능을 상실할 정도의 큰 상처를 입고 위 거주지에서 살고 있는 재일한국인입니다.

청구인 진경일은 청구의 진석일의 상속인으로 청구의 진석일은 1919.1.21. 경상남도 거제군 동부면 학동리에서 출생하여 1934년 선원으로 일본에 갔지만 1939년 승선중인 배가

군에 징용됨으로 인해 군속이 되었고, 1945.4.파리파판을 항해도중 연합군의 비행기공격을 받아 왼쪽 다리에 부상을 입어 무릎부분 3분의 1을 남기고 절단 당한 채 일본국에 거주하다가 1994.5.14. 사망한 재일한국인입니다.

청구인들은 모두 대한민국 국민으로서 청구인 석성기, 강부중, 조용수(이하, 본인인 청구인들이라 한다)는 일본국에 의해 징용당하여 군무를 수행하다가 상해를 직접 입은 사람들이고, 청구인 정석진, 진경일(이하 상속인인 청구인들이라 한다)은 그 상속인입니다.

### 2. 공권력의 불행사의 위법성

우리 헌법 제1조제2항에 의하면 대한민국의 주권은 국민에게 있고 모든 권력은 국민으로부터 나온다고 규정하여 국민주권주의를 선언하고, 제2조제2항에 의하면 국가는 법률이 정하는 바에 따라 재외 국민을 보호할 의무를 진다고 규정하고 있습니다. 제10조에 의하면 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가지며 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 보장할 의무를 진다고 규정하고 있고, 제23조에 의하면 모든 국민의 재산권은 보장되며, 동 제11조에 의하면 법앞에 평등이 보장되어 있습니다.

그런데 아래에서 보듯 현재 청구인들은 재외국민 또는 그 상속인으로서 일본국에 의해 부당하게 차별적인 대우를 받고 있어 대한민국정부에 의한 보호를 긴급하게 받아야 할 현실적 필요성이 고도로 발생하여 있고 이를 해결하기 위한 청구인들의 수차례의 간절한 청원에도 불구하고 대한민국정부는 재외국민의 생명과 신체에 대한 기본적 인권과 재산권을 지키기 위한 최소한의 작위의무를 방기하고 부작위에 그치고 있는 바 그 공권력 불행사의 위법을 확인받기 위해 본건 소송에 이르게 된 것입니다.

#### 가. 청구인들에 대한 보호 필요성의 발생

##### (1) 청구인들의 장애연금수급권의 발생

일본국의 전상병자전몰자유족등원호법(1952년 일본국 법률127호, 이하 원호법이라고만 한다)은 군인군속 또는 준군속이 전쟁공무 등에 의해 부상, 질환이 생기고 이로 인해 장애가 남거나 사망하는 경우에 국가보상의 정신에 의해 장애자 본인 또는 사망자의 유족을 원호하는 것을 목적으로 합니다(동법제1조). 본인인 청구인들 및 상속인인 청구인들의 피

상속인들은 젊은 나이로 전쟁터에 징용당하고 일본국이 수행한 전쟁도중에 중한 상해를 입어 전쟁이 끝난 후에도 고국인 대한민국으로 돌아오지 못하고 일본국에 남아 고령의 나이로 전쟁중 입은 상해의 후유증과 생활고에 시달리고 있고 한편으로는 상속인인 청구인들의 피상속인들은 고통 끝에 세상을 달리하게 되었습니다.

따라서 청구인들은 원호법이 정하는 국가보상의 정신에 의해, 그리고 재일청구인들은 일본국에서 납세의 의무를 비롯한 제의무를 지금까지 지고 왔으므로 사회보장적인 면에서도 당연히 일본국으로부터 년금을 받아야할 권리가 있습니다.

구체적으로 본인인 청구인들은 원호법에서 말하는 군속이고 복무중 부상을 당하였기에 동법에서 정하는 장애연금률 지급받아야 할 지위에 있고 상속인인 청구인들은 그 권리를 수계하여 이를 지급받을 지위에 있습니다. 예를 들어 청구인 석성기의 경우, 그 금액은 장애 정도가 위 원호법 제8조상의 제3항중에 해당하는 경우이므로 연간 약 3,581,000엔(한국원으로 환산하여 약 5000만원, 단 100엔 1400원으로 환산)을 받아야 할 지위에 있습니다.

그러나 원호법부칙 2항에 정한 호적법의 적용을 받지 않는 자에 관하여는 당분간 이 법은 적용하지 않는다는 규정(참고로 한일합방에 의해 조선인은 일본국민으로 되었지만, 조선과 일본열도는 異法지역이 되어 일본인은 호적법의 적용을 받고 조선인은 조선훈적령의 적용을 받고 있었음)에 의해 장애연금을 받지 못하고 현재에 이르고 있고 이에 본인인 청구인들은 80세 고령을 보는 현재 년금수급의 필요성은 높아져감에 따라 위 부지급의 부당성을 점점 더욱 절실하게 느끼게 되었습니다.

이에 청구인 석성기는 1991년 일본국 후생대신을 상대로 원호법에 정한 장애연금의 지급을 청구했지만 위 원호법 부칙에 의해 각하되었고 이것에 대한 이의신청도 1992.6.에 기각되어 다시 동경지방법재판소에 제소하였으나 1994.7.15. 또 다시 기각되어 이에 항소하여 현재 항소심재판이 진행중입니다. 청구인 강부중은 1993.9.30. 일본국 후생대신을 상대로 같은 장애연금을 청구하였으나 1994.1.7. 같은 이유로 각하되었고, 동년 4.22. 이것에 대한 이의신청을 하였으나 1995.1.11. 이의신청마저 기각되어 다시 大津지방법재판소에 제소하였으나 1997.11.17. 다시 기각당하여 지금 오오사카고등재판소에 항소중입니다. 청구인 조용수는 1995.3. 위 청구인들과 같이 장애연금을 청구했지만 동년 12월에 같은 부칙에 의해 각하되었고, 1996년 행정불복심사법에 의해 불복신청을 하였으나 1997.1. 각하되었습니다. 청구인 진경일의 피상속인 진석일은 1991.4.2. 일본국 후생대신을 상대로 원호법에 정한 장애연금을 청구했으나 1991.10.4. 각하되었고, 1992.1.10. 이에 대해 이의신청을 하였

나 동년 6.19. 기각되어 동경지방법재판소에 제소하였으나 1994.7.15. 기각되었고, 결심후인 1994.5.14. 판결을 앞두고 사망하여 그 상속인인 청구인 진경일이 소송을 수계하여 항소심재판이 진행중입니다. 청구인 정석진의 피상속인 정상근은 1991.11.12. 일본국 후생대신을 상대로 원호법에 의한 장애연금을 청구했으나 1992.8.7. 위 같은 이유로 각하되어 1993.2.5. 이에 대해 이의신청을 하였으나 1994.1.10. 다시 기각되어 오오사카지방법재판소에 제소하였으나 1995.10.11. 기각당하였고 항소심 계류중인 1996.2.29. 끝내 사망하여 그 상속인인 청구인 정석진이 소송을 수계하여 오늘에 이르고 있습니다. 이와 같이 청구인들은 모두 일본국을 상대로 현재도 장애연금의 청구를 다루고 있습니다.

동경지방법재판소등의 판시내용은 원호법부칙 2항의 규정취지가 조선반도출신자를 원호법의 적용대상으로부터 제외하는 것이며 그럼에도 불구하고 일본국 헌법 14조 1항의 평등의 원칙에 반하지 아니하는 이유는 합리적 차별이기 때문이며 청구인들과 같은 재일한국인의 경우는 대한민국과 일본국간의 외교교섭에 의해 해결이 되도록 전제되었다는 것입니다. 따라서 위 원호법 부칙의 위헌성을 다루는데 있어 청구인들과 같은 재일한국인의 보상문제가 위와 같이 외교교섭에 의한 해결이 전제되었는가 그리고 이에 따라 외교적으로 해결이 되었는가여부가 청구인들의 장애연금청구에 관건이 되고 있습니다.

## (2) 일본국 정부의 논리

### 1) 원호법의 등장

일본국은 전전에 군인이 부상, 질환에 의해 장애가 남거나 사망한 경우는 은급법에 의한 장애은급과 공무부조료를 지급하여 왔습니다. 1945.12.25. GHQ(연합군최고사령부)는 “이 제도야말로 세습군인계급의 영속을 피하는 수단이며 그 세습군인계급은 일본의 침략정책에 큰 원천이 되었다. — 군국주의자가 다른 다수의 희생에 있어서 극히 특권적인 취급을 받는 것과 같은 제도는 폐지되지 않으면 안된다”라고 발표를 하고 이것을 기초로 하여 은급법의 특례에 관한 건이 제정되어 중도의 상병자에 대한 은급을 제외한 군인은급은 정지되었습니다. 일본국의 군국주의 및 침략전쟁의 배경이 은급법이었다는 판단에 기초로 하여 일본의 군국주의세력의 약화라는 필요에 의해 GHQ는 위와 같이 강행했던 것입니다.

그러나 1952.4.28. 샌프란시스코 강화조약이 발효되자 일본국정부는 불과 2일후에 원호법을 공포시행하고 전상병자전몰자유족의 원호를 개시하는등 13가지의 원호입법을 제정

했습니다. 당초 원호법의 적용대상은 은급을 폐지당한 군인과 그 유족이 주류를 이루었는데 1953년 8월 군인은급이 부활되자 군인 및 그 유족의 대부분은 은급제도로 이양되었고 원호법의 대상은 군속과 준군속 즉 구 군내부의 피고용인, 징용공등과 그 유족으로 되었습니다. 이와 아울러 이후 전쟁희생자 및 그 유족에 대한 보상제도는 매년 확충되게 되었던 것입니다.

그러나 전후 보상제도가 매년 확충되는 가운데 그 배경과 적용에 대해 많은 문제점이 양심적인 학자들에 의해 제기되게 되었습니다. 그중 핵심은 당초 GHQ가 우려했던 바가 무엇하나 해결되지 아니한 상태로 보상제도가 확충되어졌다는 점과 아울러 무엇보다 이상의 13가지 입법은 모두 국적조항을 두고 한국인, 대만인등 구 식민지출신자를 원호대상으로부터 배제한다는 점입니다.

## 2) 원호법의 배제논리의 부당성

그러나 원호법에 정한 장애연금 등의 지급은 당시 일본제국신민으로서 전쟁에 참가하게 되었던 것을 원인으로 하여 전사상자 등에 대한 보상이고, 전사상 당시 일본국국적을 가지고 있으면 그 자가 호적법의 적용을 받고 있었던가 아닌가는 보상의 대상이 되는가 아닌가를 결정함에 본질적 요소는 아니고 호적법의 적용을 받고 있었는가 아닌가에 의해 전사상자 등을 차별하는 것은 아무런 합리성도 있지 아니합니다. 무릇 국가의 행위 내지 활동에 의해 특별한 희생내지 피해를 입은 자에 대하여 국가가 그 손실을 보상하는 것을 의미하는 국가보상의 정신에 비추어보면 식민지배라는 위법상태에 있어 일본국가의 전쟁수행의 희생이 되었던 한국인, 대만인에 대하여는 일본국가가 술선해서 보상을 할 도의적, 정치적, 법적 책임을 가질지언정 이점에 관해 일본인보다 불이익을 받는 것은 허용될 수 없습니다.

참고로 구 식민지출신자들을 원호법이 배제하는 이유는 대일평화조약을 계기로 일본국적을 상실당하고 외국인으로 간주되었다는 것에 기인하는 것인데 동조약이 발효될 당시 스가모형무소에 수감되어 있던 29인의 조선인과 1인의 대만인이 1952.6. "평화조약 발효와 동시에 동시에 일본국적을 상실했기에 조약 11조에서 말하는 [일본국민]에는 해당되지 않아 구속을 받아야 할 근거가 없다"고 인신보호법에 의한 석방청구를 요구하였으나 동년.7.30. 최고재판소대법정은 이를 기각하며 "전범으로서 형이 과하여진 당시에 일본국민이고 평화조약발효 직전까지 일본국민으로서 구금되어 있던 자에 대하여는 일본국은 조약 11조에 의해 형을 집행할 의무를 지고 평화조약후의 국적상실 또는 변경은 아무런 영

향이 없다"고 판시하고 있는바 위 최고재판소판결과 전후보상입법의 국적조항을 비교하면 국적을 잃으면 죄는 남지만 보상은 없다는 것인데 이러한 논리적 모순의 심각성은 다언을 요하지 아니합니다.

또한 동종의 사안에 대한 유엔인권위원회의 견해(1989.4.3)에 비추어 보아도 일본국 원호법의 차별성은 명백합니다. 사안은 1960년 세네갈 독립전에 프랑스육군에서 군무원으로 일했던 세네갈인이 세네갈독립후도 프랑스국내법에 의해 프랑스의 옛군인과 같은 연금을 받고 있었지만 1975.1.1.이후는 연금액이 동결되도록 된 것에 대해 B 규약 26조의 법앞의 평등에 반한다고 하여 B 규약의 선택의정서를 근거로 인권위원회에 통보된 사안입니다. 이 통보에 관해 유엔인권위원회는 "국적의 변경은 그것자체 별다른 취급을 정당화하는 근거로는 될 수 없다. 왜냐하면 연금지급의 근거는 군무를 제공했던 것이고 세네갈안도 프랑스인도 제공한 군무는 동일하다— 따라서 위원회는 통보자들에 대해 별다른 취급은 합리적 객관적 기준에 의한 것이라고 할 수 없고 규약이 금지하는 차별에 해당한다고 판단한다"고 했습니다.

이와 같이 전쟁을 수행할 때는 일본국민이라하여 식민지출신을 더욱 가혹하게 일본국을 위해 특별한 희생을 강요하고 전쟁이 끝나자 식민지출신이라 하여 국가의 보상에서 제외하는 것은 국제인권법의 정신에서 용납이 될 수 없는 것이고 국가보상의 기본 이념에도 반하는 것이라 아니할 수 없습니다.

## 3) 구 식민지 출신자에 대한 보상의 현실

그런데 구 식민지 출신자를 원호법의 적용대상에서 제외하는 것의 당부에 대해 일본국 최고재판소 판결(1992.4.28. 제3소법정)은 대만인 상이군인, 군속 등의 보상청구재판에서 아래와 같이 판단하고 있습니다. 즉 "대만인 상이군인, 군속이 원호법 및 은급법의 적용대상으로부터 배제된 것은 — 대만주민인 군인군속에 대한 보상문제가 양국정부의 외교교섭에 의해 해결되도록 예정되었다고 해석되고 이것에는 충분한 합리적 근거가 있다—"라고 판시했습니다. 즉 일본국 최고재판소의 판결은 국적조항 또는 호적조항의 합리성을 2국간의 조약에 의해 해결되도록 예정되어 있었던 것에서 구하고 있습니다. 그러나 만약 예정된 외교적 교섭이 실제 이루어지지 아니하는 경우, 외교적 교섭이 이루어졌더라도 일부 주민에 대해 공식적으로 배제되거나 추후 논의하기로 된 경우는 어떻게 되는가, 교섭을 하였더라도 개인의 의사에 반하여 외교적 보호권을 포기한 경우 개인의 권리도 소멸되는가등 허다한 문제가 남아 있습니다.

## 가) 대만인의 경우

일본과 대만사이에 군인군속 전사상에 대해 교섭이 되고 있지 아니하던 중에 일본과 중국간의 공동성명(1972.9.29)이 발표되어, 일본과 대만사이에 이 문제의 해결을 위하여 외교교섭을 하는 것이 사실상 불가능하게 되었고 이후 많은 시간이 경과하였습니다. 따라서 현재 2국간의 조약에 의해 해결이 예정될 수가 없는 상황입니다. 이러한 상황에서 당시 외교교섭이 예정되어 있었다고하여 대만인에 대한 보상을 거부하는 것은 사법부의 역할 포기에 다름 아니고 실제 대만주민인 구 일본군인 군속의 중도전상자 및 전몰자유족에 관해서는 이 소송계속중에 대만주민인 전몰자유족 등에 관한 조위금 등에 관한 법률(1987년 법률제105호), 특정조위금 등의 지급 실시에 관한 법률(1988년 법률제31호)이 제정되어 전몰자 또는 전상병자 1인당 200만엔의 조위금 또는 위로금이 지급되도록 되었습니다. 결과적으로 대만인의 경우는 정부간의 외교교섭이 이루어지지 아니하여 오히려 일본법에 의해 일부 보상을 받게 되었습니다만 앞서 언급한 대로 국가보상법의 정신 및 국제 인권법, 타국간의 비교에 의하더라도 불평등성은 여전히 남아 있습니다.

## 나) 한국인의 경우

대만과 같이 일본의 식민지하에 있었던 조선에 관하여는 1965년에 “재산 및 청구권에 관한 문제의 해결 및 경제협력에 관한 대한민국과 일본국간의 협정”(이하 청구권협정이라고만 한다)이 체결되었습니다. 청구권협정에 의하면 “양체약국은 양체약국 및 그 국민의 재산, 권리 및 이익과 양체약국과 그 국민간의 청구권에 관한 문제가 —완전히 최종적으로 해결되었다는 것으로 됨을 확인한다”(제2조제1항)로 되었지만 이것은 일방의 체약국의 국민이 1947.8.15.부터 이 협정의 서명일까지 사이에 타방 체약국에 계속하여 1년 이상 거주했던 적이 있는 자(재일한국인은 이 경우에 해당)의 재산, 권리 및 이익에 관해서는 영향을 미치지 않는다(동조제2항a)고 되어 있습니다.

한국정부는 청구권협정발효후 대일민간청구권신고에 관한 법률(1971년 법률2287호), 대일민간청구권보상에 관한 법률(1974년 법률2685호)을 제정하고 일본국에 의해 군인군속 또는 노무자로서 소집또는 징용되어 1945.8.15. 이전에 사망한 자에 대하여 일본국통화 1인당 3원으로하여 1인당 30만원(10만엔)을 지급하였으나, 문제는 재일한국인의 경우인데 한국정부는 재일한국인의 보상에 관해 입법을 한 사실도 없고 어떠한 보상도 한 적이 없습니다. 그 이유는 아래에서 보듯 청구권협정의 해석을 일본 정부와 달리하기 때문입니다.

## (3) 재일한국인의 보상은 청구권 협정에 의해 종결이 되었는가

위와 같이 청구인들과 같은 재일한국인의 경우는 위 청구권협정의 체결에도 불구하고 양국 어느쪽으로부터도 보상을 받지 못하였습니다. 일본측은 한일간의 외교교섭에 의해 재일한국인의 보상문제도 해결되도록 예정되어져 있었고 그후에 외교교섭의 결과인 위 청구권협정에 의해 재일한국인의 보상문제도 최종적으로 완전히 끝이 났다고 보아 결과적으로 청구인들과 같은 재일한국인을 원호법 적용대상에서 배제하더라도 이는 합리적 차별로서 정당하다고 보고 있습니다. 그러나 우리 정부의 해석은 전혀 이와 다릅니다. 양국간 입장의 차이는 구체적으로 청구권협정 조항의 해석상 차이로 나타났고 이는 결국 위 청구권협정 제2조제2항a에서 협정에 의해 영향을 받지 않는 범위에 재일한국인의 보상에 관한 권리가 포함되는가 아닌가로 요약이 되고 있습니다.

## 1) 일본국 정부의 해석

청구인들의 원호법상의 장애연금수급권이 위 청구권협정 제2조제2항a에서 말하는 [재산, 권리 및 이익]에 해당되는지 여부에 대하여 일본정부는 청구인들의 장애연금수급권은 크레임을 제기하는 지위에 지나지 아니하고 동 협정 제2조제2항 a에서 말하는 [재산, 권리 및 이익]에 해당되지 않는다고하여 재일한국인의 보상청구권도 청구권협정에 의하여 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것이 되었다고 주장을 하고 있습니다. 이러한 해석을 근거로 청구권협정 서명일 이후에는 재일한국인이 귀화를 해도 원호법의 적용을 받지 못한다고 처리를 하고 있습니다. 한편 서명일 이전에 일본에 귀화를 한 한국인의 경우에 원호법의 적용을 인정하는 것은 일본에 귀화함으로써 인해 한국정부의 외교보호권의 대상으로부터 제외되어 결국 외교상의 협의에 의한 해결의 가능성이 없어졌기 때문에 외교상의 협의를 이유로 하여 원호법의 적용대상자로부터 배제할 수 없다고 해석했던 것입니다.

## 2) 한국정부의 해석

앞서 본바와 같이 한국정부로부터도 재일한국인은 일체의 보상도 받은 적이 없습니다. 그 이유는 청구인등 재일한국인이 가지는 청구권은 위 청구권협정 제2조제2항a에서 말하는 [재산, 권리 및 이익]에 해당하기에 청구인들과 같은 재일한국인의 권리가 양국간에 위 청구권협정에 의해 끝난 것이 아니라고 보고 있기 때문입니다. 따라서 재일한국인의 보상 문제등은 새로운 협정에 의해 해결되든가 아니면 일본인과 같이 동등하게 취급되거나 혹은 대만인에 대한 경우와 같이 특별법에 의하여(물론 이 경우는 일본인과의 차별이 여전히 문제됨) 해결이 되어야 할 것입니다.

## 3) 양국 정부의 청구권협정에 관한 해석이 일치하고 있지 아니하다는 객관적 증거

위와 같은 해석상의 불일치에 대해 명시적으로 일부청구인들은 재판진행중에 위 청구인들이 가지는 장애인연금수급권이 청구권협정 제2조제2항a에서 말하는 [재산, 권리 및 이익]에 해당하여 결국 청구권협정의 교섭대상에는 포함되어 있지 아니하였다는 취지를 대한민국 외무부장관으로부터 회신받았습니다.

참고로 지난 1995.10.11. 오오사카지방법재판소는 청구인 정석진의 피상속인 정상근이 일본국 후생대신을 상대로 제기한 소송의 판결에서 재일한국인의 원호법상의 권리가 [재산, 권리 및 이익]에 해당하는지의 여부에 관하여 한일양국정부간에 견해의 불일치가 있다고 하여 양국정부간의 청구권협정 조항상의 해석불일치를 사실인정한 뒤 위 청구권협정에 의해 한국이 재일한국인의 군인, 군속에 관해서 당연히 보상을 하여야 한다고 예정되어 있었다고는 도저히 말할 수 없으므로 동 협정의 체결을 가지고 재일 한국인을 원호법의 적용대상외로 하고 있는 것을 합리화할 수는 없다고 생각할 수 있다고 판시했습니다.

이렇게 오오사카지방법재판소의 판결은 청구권협정 제2조제1항 및 제2항의 법해석 자체에 대한 판단은 내리지 않았지만 사실인정으로서 청구권협정에 의해 재일한국인의 보상 문제는 해결되지 않았다고 판시한 점에서 우리 정부의 해석과 일치하고 있는 상황입니다. 아울러 일본국 후생성 사회원호국장은 위 판결이 일본국 정부의 종전해석에 대한 전면부정에 이어지는 것이라고 참의원 후생위원회에서 답변을 하고 있는 실정이고 1993년 10월에 열린 유엔의 국제인권규약위원회는 원호법의 국적차별에 대해 이를 폐지해야 한다는 취지의 코멘트를 채택한 것도 청구인들과 같은 재일한국인을 배제하는 것은 부당하다는 것을 뒷받침하고 있습니다.

## 나. 공권력불행사로 인한 위법성

(1) 위와 같이 청구인들은 청구권협정에 관한 일본국 정부의 일방적 해석에 의해 그 보상에 관한 문제가 모두 해결되었다고 간주되고 있고 이러한 해석을 기초로 원호법에 의한 배제논리가 합리적 차별에 해당한다고 여겨지고 있습니다. 만약 청구권협정에 관한 우리 정부의 해석을 채용한다면 청구인들과 같은 재일한국인에 관해 위 청구권협정의 체결로 원호법의 적용을 지금도 배제하는 것은 근거가 없고 그 차별은 위헌에 해당될 것입니다. 이와 같이 청구권협정의 해석과 관련된 양국정부의 해석차이로 인해 청구인들은 지금도 심대한 정신적, 경제적 불이익을 당하고 있고 이로 인해 청구인 석성기는 일본국정부의

해석의 부당성을 항의하며 단신으로 총리관저에 차를 돌진시키기도 하였습니다.

이러한 청구인들의 절박한 권리구제요구에 가장 큰 장애물이 되고 있는 것이 일본국 정부의 일방적인 청구권협정의 해석입니다. 우리 정부의 해석과는 다른 입장을 고수하며 일본국 정부는 청구인들의 청구를 배제하고 있습니다. 이 경우 우리 정부의 해석이 옳다고 한다면 청구인들은 원호법의 호적조항에 의한 배제가 합리적 차별에 해당되지 않아 위헌임을 주장하여 원호법에 규정된 장애연금을 받게 되거나, 혹은 새로운 정부간의 교섭이나 입법에 의해 보상을 받을 것이 예상됩니다.

본인인 청구인들 및 상속인인 청구인들의 피상속인들은 식민지시대에는 국가의 주권이 상실당한 관계로 일본국의 침략전쟁에 징용당하여 신체의 일부를 절단당하는 상해를 입었습니다. 장애인연금 등 보상에 관한 권리 등에 관해 만약 위 청구인들이 재일한국인으로서의 국적을 포기하고 일본국적으로 귀화를 했더라면 지금까지 큰 어려움없이 생활을 하여왔을 것입니다(실제 이러한 이유로 많은 재일한국인들이 귀화를 부득이하게 한 것이 사실입니다). 그러나 청구인들은 식민지 지배가 위법부당하다는 신념을 가지고 있고 따라서 식민지 지배에 대해 일본국의 진실한 사과와 이에 대한 배상이 없는 상황에서 자신이 개인의 이익을 위해 어쩔 수없이 일본국적으로 귀화하는 것은 있을 수 없다는 판단하에 풀뿌리를 먹고 살지라도 정당한 보상을 요구하며 지금까지 국적을 지켜왔던 것입니다.

이와 같은 경우 재외국민을 보호할 법적 의무를 가진 대한민국정부로서는 적어도 위 청구권협정의 해석에 관해 양국정부간의 의견불일치가 있는 이상 위 청구권협정 제3조가 예정하고 있는 바와 같이 이를 중재에 붙여 해석상의 다툼을 신속히 종결시켜 청구인들의 권리구제에 협조할 작위의무가 있다할 것입니다. 이것은 위 청구권협정당시 청구인들과 같은 재일한국인의 보상문제를 양국간의 교섭에서 제외시킨 대한민국정부로서는 청구인들이 소송을 하기까지 이르러 분쟁의 현재에 있어 재외국민보호에 관한 최소한의 의무라 아니할 수 없습니다.

(2) 최고법규범인 우리 헌법은 제2조 2항에 “국가는 법률이 정하는 바에 의해서 재외국민을 보호할 의무를 진다”고 하여 1980년 헌법의 “재외국민은 국가의 보호를 받는다”는 소극적 보호자세에서 적극적으로 재외국민의 보호가 국가의 의무임을 확인하고 있습니다. 이와 같은 문면 및 그 개정의 경위를 보더라도 국가의 재외국민보호는 국가의 법적 의무임을 규정하고 있다 할 것이며 만약 구체적인 법률이 없어 법상의 의무가 대한민국정부에게 없다고 한다면 이는 헌법을 하위 법률이 형해화시키는 것으로 이러한 법률제정의

부작위 자체가 위법하다고 아니할 수 없고, 결과적으로 헌법상의 기본권을 수호하여야 할 하위기관의 부작위로 인하여 재외국민이 국적을 포기하는 일이 실제 일어났고 현재에도 일어나고 있는 상황입니다.

또한 위 재외국민보호의무조항 이외에도 헌법 제10조 국가의 기본적 인권보장의무규정 및 동제37조에 의해, 나아가 조리상으로도 청구인들은 국가로부터 보호를 받을 권리 및 이익을 가지고 있다할 것입니다.

아울러 우리 헌법이 국제법규의 국내법상의 효력을 인정하고 있고 국제(관습)법상 국가는 재외국민이 재류국으로부터 부당한 대우를 받거나 불법하게 권리를 침해받을 때는 재류국에 대하여 적절한 조치를 요구할 수 있는 권리를 가지고 이러한 외교적 보호권 내지 재외국민보호권은 국제법규에 의해서도 인정이 되는 것이고 재외국민이 정부로부터 외교적 보호를 받고자 하는 것은 국민으로서 최소한의 권리라 아니할 수 없습니다.

또한 청구인 정석진은 대한민국 국민으로서 현재 제주도에 생활하고 있는 자로서, 모든 국내법의 제약을 받으며 일체의 국민으로서의 의무를 지고 있어 하등 국내의 내국인에 비해 보호를 차별적으로 받을 근거는 없는 것입니다.

(3) 헌법소원에 있어서 공권력의 불행사와 일반 소송에 있어서 위법부작위의 관계를 고려하더라도 본건 헌법소원은 인용이 되어야 할 것입니다. 헌법소원이란 헌법상 보장된 기본권을 보호하기 위해 만들어진 제도로 공권력의 행사는 물론 불행사의 경우에도 그 청구가 가능하도록 되어 있습니다. 이는 일반 민사소송이나 행정소송에서 부작위의 위법이 다투어 지는 경우와 비교하여 더욱 포괄적으로 운용이 되어야 하며, 입법부의 태만으로 법의 불비가 있더라도 기본권의 침해가 심각할 경우 이를 기본권 수호의 차원에서 입법부에 대하여도 입법화를 촉구하도록 운용되어야 한다고 할 것입니다. 하물며 헌법과 법률을 집행해야 하는 행정기관에 대하여는 다언을 요하지 아니합니다. 이런 면에서 볼 때 본건 헌법소원의 본인인 청구인들은 80 고령으로 언제 세상을 달리할 지 알 수 없고(상속인인 청구인들의 피상속인들이 소송계류중에 사망한 것은 이를 입증한다 아니할 수 없습니다), 결과적으로 그 기본권침해의 중대성이 막중하고 그 구제의 필요성이 극히 고도의 것이라 아니할 수 없습니다.

### 3. 결 론

본인인 청구인들은 80고령으로 하루가 다르게 건강이 악화되고 이로 인해 연금을 받아야 할 필요성은 하루가 다르게 높아져가고 있는 실정입니다. 그럼에도 불구하고 재류국민 일본국에 의해 불법하게 권리를 침해받고 있고 부당한 대우를 받고 있는 것이며 그 근거가 위 청구권협정의 관련조항입니다. 따라서 청구인들은 수차례에 걸쳐 장애연금수급의 장애가 되는, 즉 일본 정부가 주장하는 한일간의 외교교섭에 의해 재일한국인의 보상문제는 종결되었고 그 근거가 청구권협정인지에 관해 대한민국 정부에게 이를 확인하였던 바 그렇지 아니하다는 회신을 얻었습니다. 그럼에도 불구하고 일본국 정부는 해결이 되었다고 주장을 하며 청구권협정 관련조항의 해석을 달리하고 있습니다.

이러한 해석상의 다툼이 있을 경우를 대비하여 위 협정에 중재를 통해 이를 해결하도록 예정하고 있습니다. 중재를 통한 해결은 위 청구권협정이 예정하고 있는 바이며 양국 정부는 중재위원회의 결정에 복종하도록 되어 있는 점에서 가장 확실하고 효과적인 분쟁 해결방법입니다.

청구인들은 만약 대한민국정부가 일본국 정부에 대해 중재의 요청을 한다면 당연히 중재의견으로 위 청구권협정에는 재일한국인에 대한 보상이 예정되어 있었다고는 볼 수 없기에 청구인들의 장애연금수급권이 위 청구권협정에 의해 해결되지 아니하였다고 되리라 믿고 있고, 그 믿음에는 국제법상의 원리, 유엔 인권규약위원회의 해석, 타국과의 비교, 보상의 현실, 일본국 사법부의 최근의 판결등에 비추어 고도의 가능성이 있는 상황입니다.

따라서 대한민국정부는 위와 같이 재외국민의 신체 및 생명에 관해 급박한 보호의 필요성이 발생하였고 청구인들이 그 보호로서 가장 효과적이고 효율적인 방법인 중재요청을 일본국 정부에 해줄 것을 요구하였던 바 대한민국정부는 상당한 기간이 지났음에도 중재요청을 할 것인지 아닌지 회답치 아니하고 부작위에 그치고 있는바 이러한 공권력의 불행사가 헌법에 보장된 기본권을 현재까지도 계속하여 침해하고 있으므로 그 불행사가 위헌임을 확인함과 동시에 일본국정부를 상대로 중재요청을 할 것을 구하며 본건 헌법소원에 이르러는 것입니다.

입 증 방 법

- 1. 외무부 회신(1964.6.) 1통
- 1. 태평양전쟁 전공사자 보상금 지급(1971. 7. 6.) 1통
- 1. 질의서(정인섭 94. 1. 4.) 1통
- 1. 한·일청구권 협정의견문외에 대한 회신(94. 1. 26.) 1통
- 1. 민원회신(재일 한국인 전상자 보상문제) 1통
- 1. 청구권 협정 제2조 2항 (a)에 대한 정부입장 1통
- 1. 진정서 2통
- 1. 청원서 2통

첨 부 서 류

- 1. 위 입증방법 1부
- 1. 위임장 3부

1998. 6.

위 청구인들의 소송대리인

변호사 최 영 도

법무법인 안산종합법률사무소

담당변호사 임 종 인

장 완 익

1 법무법인 삼일종합법률사무소

담당변호사 김 준 곤

이 춘 희

오 충 현

성 상 희

최 봉 태

헌법재판소

귀중

## 1、「ポツダム宣言」受諾の意味

日本が受諾したポツダム宣言が引用する「カイロ宣言」には、台湾の中国への返還とともに、「朝鮮の人民の奴隷状態に留意し、やがて朝鮮を自由独立のものにする」とある。これは戦後日本の“原点”であり、すべてはここから考えねばならないことはいうまでもない。

ポツダム宣言受諾の結果、日本は連合国（主として米国）の占領下におかれ、さまざまな「占領改革」が進められた。ここでは、「法の下での平等」に関わる3つについて述べてい

1 一つは、「軍人恩給の廃止」である。それは、1945年11月24日付GHQ覚書「恩給及び恵与」（Pension and Benefits）によってなされるが、GHQはその理由について、例えば「惨憺たる窮境をもたらした最大の責任者たる軍国主義者が、他の多数人の犠牲においてきわめて特権的な取扱いを受けるが如き制度は廃止されなければならない。われわれは、日本政府がすべての善良なる市民のための公正なる社会保障計画を提示することを、心から望むものである」と述べている。

日本の戦争を内から支えた軍人恩給に象徴される軍務に服したものに特権的補償を与える制度を廃止し、戦争犠牲者に対する救済は、一般的な社会保障制度の充実によって対応すべきである、との重要な指摘がなされたのである。

この覚書を受けて、46年2月、恩給法の特例に関する件（勅令68）により軍人恩給は廃止された。なお、戦傷者は例外とされたが、後述する厚生年金保険法に定める障害年金の額に“減じて”、これを存続することとされた。また、傷病兵に関する軍事扶助法（1937年、法20）及び空襲被災者に関する戦時災害保護法（1942年、法71）も廃止されるが、それらはいずれも旧生活保護法（1946年、法17）の付則によってなされている。すなわち、一般の社会保障制度のなかに解消することによって「非軍国主義化」がはかられたのである。

2 二つ目は、「労働者の国籍による差別の禁止」である。すなわち、1945年11月29日付の同覚書「雇用政策」（Employment Policies）が、民業、官業を問わず、労働者をその賃金、労働時間、労働条件に関し、国籍、宗教、社会的地位により差別してはならない、としたのである。これをうけて、民間企業を対象とする厚生年金保険法（1941年、法60）の国籍条項が撤廃され、46年1月以降は外国人も厚生年金の被保険者となる、とされた。

また、労務者の就職及び従業に関する件（1946年、厚生省令2）が制定され、国籍などによる差別の禁止、ならびにその違反者への罰則が定められた。この法令は、後に労働基準法（1947年、法49）となり、今日に引き継がれている（同法3条の均等待遇、及び119条の罰則）。同様に国籍による差別の禁止は、職業安定法（1947年、法141）にも規定され今日に至っているが、これらがGHQの覚書を受けたものであることはいうまでもない。

3 三つ目は、憲法改正における外国人保護規定をめぐる経緯である。日本政府の憲法改



正作業が遅々として進まないなか、1946年2月、「マッカーサー憲法草案」が日本政府に提示された。そこには、一般的な平等条項を定める第13条のほか、第16条として、「外国人は、法の平等な保護を受ける」とあった。

GHQと日本政府との間の折衝で、両者は統合され「新13条」、すなわち、「凡ての自然人は、その日本国民たるを問はず、法律の下に平等にして、人種、信条、性別、社会上の身分若しくは門閥又は国籍に依り、政治上、経済上又は社会上の關係に於いて差別せらるることなし（下線は田中、以下同じ）」となった。マッカーサー草案の提示以降の経緯は、当時、GHQの報道管制のため、一般にはまったく知られず、3月6日に、日本政府によって発表された「憲法改正草案要綱」が初めてだった。政府が発表した要綱の第13項は、「凡そ人は、法の下に平等にして、人種、信条、性別、社会上の身分若しくは門地に依り、政治的、経済的又は社会的關係に於いて差別を受くることなきこと」となっていた。前引の「新13条」の下線部分は削除され、かろうじて「凡そ人は」の部分にすべてを託したかたちとされた。そして、口語化された現行憲法第14条は、「すべて国民は・・・」となっている。

マ草案に含まれていた外国人保護条項は、かくして姿を消したことになるが、前述の経緯は基本的人権の普遍性を考えるうえで示唆に富むものがあるといえよう。ところで、なぜ外国人保護規定が入ったのであろうか。1946年1月の「日本統治体制の改革」（米の国務、陸軍、海軍三省調整委）には、次のような指摘がある。「日本の〔旧〕憲法は、基本的人権の保障について、他の憲法には及ばない。これらの権利をすべて人に対して認める代わりに、それらは日本臣民に対してのみ適用すると規定し、日本にいるほかの人はその保護を受けられないようにしている」と指摘したうえで、「日本臣民及び日本の統治権の及ぶ範囲にいるすべての人の双方に対して基本的人権を保障する旨を憲法に明文で規定することは、民主主義的理念の発達のための健全な条件を作り出し、また日本にいる外国人に、彼らがこれまで有していなかった程度の高い保護を与えるであろう」と。

アメリカは、占領前からさまざまな事前研究を行っており、そこでは、例えば、1923年の関東大震災における朝鮮人虐殺事件にも触れ、日本人による暴力や社会的、経済的差別から外国人を保護する必要がある、と指摘していたのである。

## 2、戦後初の援護立法の制定、そして軍人恩給の復活

1 占領政策は、米ソ対立の進行を受けて変質したが、軍人恩給の廃止はそのまま維持された。しかし、対日平和条約の発効により日本が主権を回復すると、それを待つように戦傷病者戦没者遺族等援護法（1952年、法127以下、援護法という）が制定され、廃止されていた軍人恩給に代わるものとして、まず「戦傷病者」及び「戦没者遺族」について、戦後初の「国家補償」が始動した。この初の補償立法（その後の一連の補償立法は別表（1）戦争犠牲者援護立法の推移、参照）には、少なくとも大きな二つの「問題」があった。一つは、それが、軍人・軍属のみを対象とし、空襲被災者などの被害者を除外したことである。占領下で軍人恩給及び戦時災害保護法がともに廃止されたのに、前者のうちの戦傷病者及び戦没者遺族についてのみ補償が実現し、戦災での死傷者はそこから除外されたのである。この点については、国会の審議において、早稲田大の末高信教授が、無差別平等原則に反すると批判したことを紹介しておきたい（衆議院厚生委員会1952年3月25日）。

もう一つは、国籍条項（同法11、14、31の各条）及び戸籍条項（同法付則）によって、外国人を対象外とした点である。従って、同じように戦争に狩り出された旧植民地出身者（約45万人）の戦死傷者は、国家補償が受けられないことになったのである。

2 1953年8月には、軍人恩給が復活され、恩給法対象者は援護法からそちらに移管された。そして、援護法については、戦時中にはなかった「準軍属」という範疇が新設され、「国との使用關係」にもとづき、その適用範囲を逐次拡大していったのである。

3 恩給法及び援護法ではカバーできないものについて、次に「未帰還者」及び「引揚者」に対する国家補償として、未帰還者留守家族等援護法（1953年、法161）、及び引揚者給付金支給法（1957年、法109）が制定された。これらは、「国との使用關係」の有無ではなく、「外地」にいる（いた）者に対するものである。特に、引揚者については、在外財産の喪失に対する補償の意味で一時金が支給された。しかし、未帰還者及び引揚者に関する立法にも「国籍要件」があり、同じ境遇の旧植民地出身者など外国人はここでも除外された。

4 50年代の立法のもう一つは「被爆者」に対するものである。前述のように、日本政府は空襲被災者には国家補償を行わない方針であったが、1955年4月、広島・長崎の被爆者が、平和条約で対米請求権を放棄した日本政府を相手に補償請求訴訟を提起したため、状況が動いた。放射能障害の特殊性に着目し、1957年3月、原子爆弾被爆者の医療等に関する法律（法41）が制定された。しかし、これは生存被爆者のみを対象とし、しかも法律名からも明らかのように、医療についてのもので国家補償とは異質なものと政府は位置づけた。従って、その所管は「厚生省公衆衛生局（現、保健医療局）」とされ、「援護局」とは一線を画している。即ち、厚生省の『引揚げと援護、三十年の歩み』（1978年）及び『援護五十年史』（1997年、ともに、ぎょうせい刊）は、いずれも被爆者について一言も触れていない。そのことと関連するのではないかと思われるが、被爆者に関する立法のみは「国籍要件」がなく、日本に居住する限り外国人にも法が適用されるという特徴をもっている。

（戦争犠牲者に対する）

## 3、高度経済成長期における追加的施策

1960年11月、経済審議会は国民所得倍增計画を答申し、日本は経済高度成長期に入った。60年代の戦争犠牲者援護立法（別表1ではそのため60年代に網をカケてある）の特徴は、50年代になされたものに対する「追加的施策」が相次いだことである。

1 すなわち、戦傷病者・戦没者遺族関係では、戦没者等の妻に対する特別給付金支給法（1963年、法61）、戦傷病者特別援護法（1963年、法168）、戦没者等の遺族に対する特別弔慰金支給法（1966年、法109）、戦傷病者等の妻に対する特別給付金支給法（1966年、法109）、戦没者の父母等に対する特別給付金支給法（1967年、法57）である。

次に、引揚者関係では、引揚者等に関する特別交付金の支給に関する法律（1967年、法114）が、被爆者関連では、原子爆弾被爆者に対する特別措置に関する法律（1968年、法53）が、それぞれ制定されている。

これら7本の立法には、下線のとおり、いずれにも「特別」が冠されているが、それが「追加的施策」を意味することはいうまでもない。例えば、「戦没者の妻」に対する特別

給付金は、すでに遺族年金を受給している妻に対する追加的給付なのである。同法の提案理由は、「戦没者等の遺族の方々に対し、政府としては恩給法、援護法の施行により（中略）できる限りの措置を講じてきたところであり。しかし（中略）一心同体ともいうべき夫を失ったという痛手を受けつつ今日に至った、という特別の事情があると考えられます。このような戦没者の妻の精神的痛苦に対して、国としても何らかの形において慰藉する必要があると考え」たとしている。そして、80年代末には、シベリア抑留者等の補償問題に対処するために、平和祈念事業特別基金等に関する法律（1988年、法66）が、懸念の被爆者援護問題についても、原子爆弾被爆者の援護に関する法律（1994年、法117）が制定され、既存の被爆者二法は同法に吸収された。

2 戦後補償における「国籍差別」については前述のとおりであるが、ここでもう一つ指摘しておきたいことがある。旧植民地出身者が除外されたのは、対日平和条約を機に「日本国籍」を喪失し、「外国人」とされたことに起因する。同条約が発効する時、スガモ・プリズンには917人の戦犯が拘禁され、そこには29人の朝鮮人と1人の台湾人が含まれていた。そこで、これらの旧植民地出身者は、1952年6月、「平和条約発効と同時に日本国籍を喪失したので、条約11条にいう“日本国民”には該当せず、拘束を受けるべき法律上の根拠はない」として人身保護法による釈放請求裁判を東京地裁に提起した。事件はいきなり最高裁に送られ、同年7月30日、同大法廷は全員一致で、請求は認められないとした。

その判決要旨は、「戦犯として刑が科せられた当時日本国民であり、かつ、その後引き続き平和条約発効の直前まで日本国民として拘禁されていた者に対しては、日本国は条約11条により刑の執行の義務を負い、平和条約発効後における国籍の喪失又は変更は、右義務に影響を及ぼさない」と述べている。

この最高裁判決と、各種の戦後補償立法における「国籍条項」とを合わせ考えると、「国籍を失っても、罪は残る」が、一方で、「国籍を失ったので、補償はない」ということになる。こんな“不条理”が許されるだろうか。

3 また、対日平和条約と国内法の関係ということでは、次の点も指摘しておきたい。恩給法には、「死刑又は無期若しくは3年を超ゆる懲役若しくは禁固の刑に処せられたるとき」は恩給受給権が消滅する（9条2号）とある。しかし、戦争犯罪に問われてこの条項に該当した場合は、恩給受給権の消滅事由にはあたらないとされている。察するに、国内法によりこうした刑に処せられた場合に限るということであろう。たとえ、対日平和条約第11条が、「日本国は、連合国戦争犯罪法廷の裁判を受諾し・・・」と定めていても、である。

一方、国籍喪失は、前述のとおり、平和条約2条〔領土放棄〕がその根拠とされ、それがストレートに、例えば、恩給法9条3号（国籍を失ひたる時）に該当すると法的効果をもたらしたのである（旧植民地出身者の国籍喪失を定めた国内法は存在せず）。すなわち、「戦争犯罪法廷の裁判の受諾」には国内法的な効果はないが、「国籍喪失」は国内法的効果をもたらす、という“不条理”な結果を生んでいるのである。

4 ところで、援護法から始まる一連の法律で、今までに（95年度末）約40兆円が支出されているが、そのほとんどは「日本国民」のみを対象としている。国籍要件のない被爆者関連の支出は約2兆円で、全体の5%にすぎない。別表（2）戦争犠牲者援護費の支出累計、参照。

一方、対日平和条約4条、14条、16条により、フィリピン、インドネシア、ビルマ、韓国などに払った対外賠償（無償資金供与を含む）に、在外資産の喪失、中間賠償の引渡を加えても、その総額は約1兆円にすぎない。別表（3）日本の対外支払い一覧及び別表（4）日本の在外資産評価額推計、参照。しかも、国内支出はまだ続いているが、対外支払いは1977年度に支払いが終了している（ただし、国交未回復の北朝鮮は未済）。戦後補償における内外格差は一目瞭然といえよう。

#### 4、“頂門の一針”となった台湾人元日本兵の提訴

1 インドネシアのモロタイ島で「中村輝夫」名の台湾人元日本兵が発見されたのは1974年12月のことである。このことがひとつのキッカケとなって、台湾人元日本兵及びその遺族が、戦後補償をまったく受けていない問題が浮上し、77年8月、台湾住民13人が日本政府に各500万の補償請求裁判を提起した。今から思うと、この提訴は日本の戦争に狩り出されたアジアの人々の日本国に対する戦後補償裁判の嚆矢となったのである。日本人にのみ積み重ねられた戦後補償への「頂門の一針」になったといえよう。

この裁判は、一審、控訴審、上告審といずれも原告敗訴となったが、東京高裁判決は、1985年8月「ほぼ同様の境遇にある日本人と比較して著しい不利益を受けていることは明らかであり、〔中略〕早急にこの不利益を払拭し、国際信用を高めるよう努力することが、国政関与者に対する期待である」と指摘したのである（ジュリスト847号参照）。この「付言」が引き金となって、1987年と88年に特別立法（台湾住民である戦没者の遺族等に対する弔慰金等の支給に関する法律、及び特定弔慰金等の支給に関する法律）が制定され、戦没者遺族及び重度戦傷病者（合計約3万人）に各200万円が支給された（最高裁判決以前に立法された）。

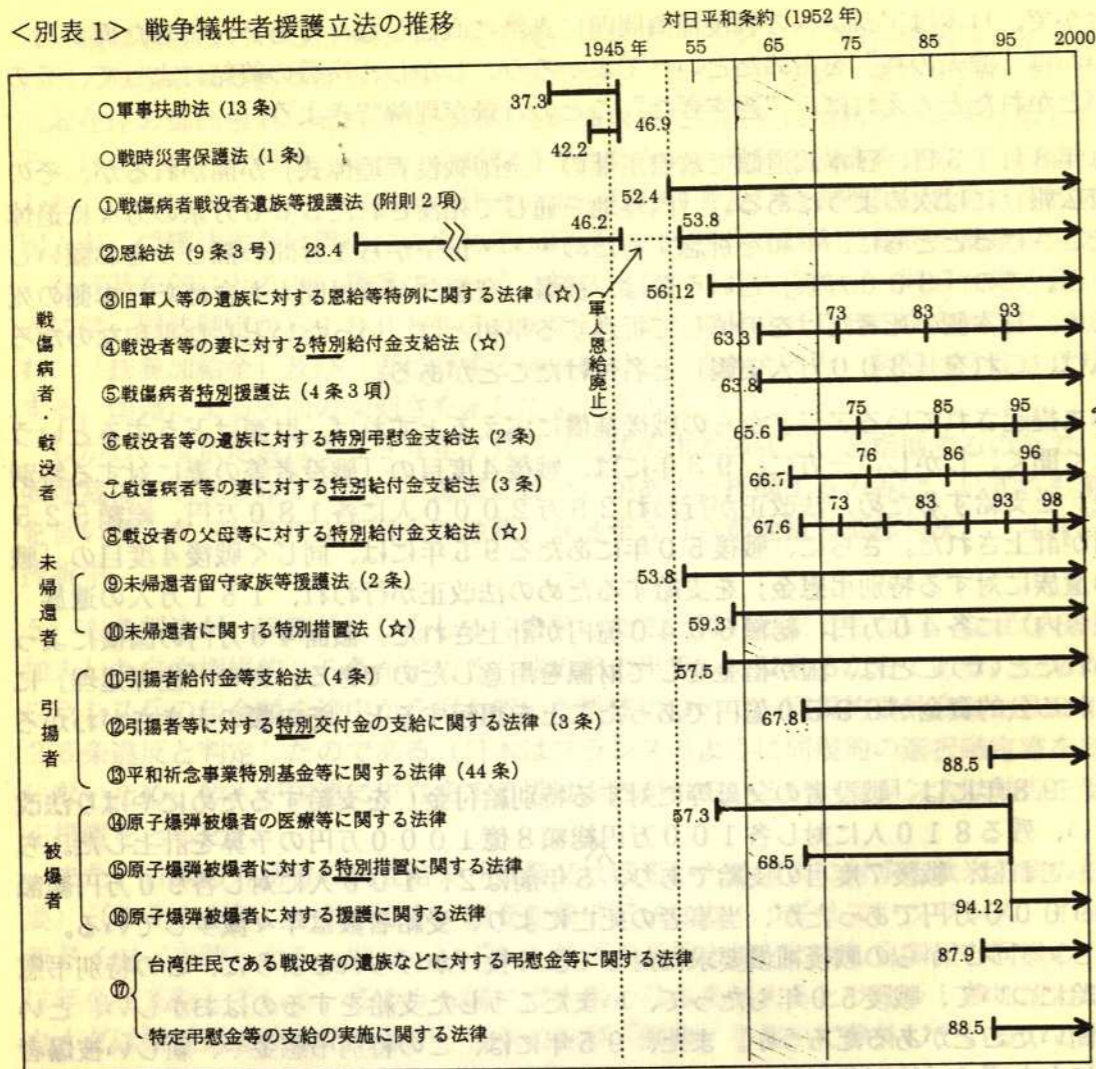
2 日本で台湾人元日本兵の補償請求裁判が審理されている頃、アメリカでは大戦中の日系人強制収容問題について連邦議会に特別委が設置され、公聴会などが開かれていた。同委員会は、1983年6月、「公式謝罪」と「各2万ドルの補償金」を支払うようにとの「勧告」を採択した。そして、それを盛り込んだ市民自由法が成立した88年には、日本でも前述の台湾人元日本兵についての特別立法が成立したことになる。200万円という金額にはアメリカの2万ドルが影響したとみられる。日系人強制収容事件はカナダでもおきたが、やはり88年、カナダ政府も同様に謝罪と補償による解決をはかった。両国とも係官を日本に派遣し、その問い合わせに応じたり、申請の受け付けを行った。「当時」の被収容者であれば、その後どこに住み、どこの国籍を持とうが、補償するとなれば「平等」に扱ったのである。

3 シベリア抑留問題は戦後長くソ連（当時）と日本との間にくすぶって来た問題であるが、91年、ゴルバチョフ大統領が来日する際、約60万人の名簿のうち死者約6万人の埋葬地に関する情報を日本側に手渡した。また、同大統領は来日にあたって、ハバロフスクで日本人抑留者のお墓に献花し、さらに、来日後、東京のホテルで抑留者団体の代表に面会し、遺憾の意を伝えたのである。

90年、韓国の盧泰愚大統領が来日した折には、強制連行された韓国人の名簿調査を日本側に依頼したが、少なくとも70万人といわれるのに、日本政府は2回にわたって約10万人分の名簿を用意しただけである。ソ連にははるかに及ばなかったことになる。



<別表1> 戦争犠牲者援護立法の推移



[注] 23.4は、1923年4月の意。以下同じ。( )内は国籍条項を定めた条文を示す。☆印は直接定めた条文はないが、援用法の関係から国籍要件がある。⑭⑮⑯は日本国民と外国人が平等。  
④⑤⑦は10年ごと、⑥は5年ごと、それぞれ法改正を行ない、継続支給。

<別表2> 戦争犠牲者援護費の支出累計 (単位: 100万円)

年度	軍事恩給および遺家族援護		留守家族および引揚者援護			合計
	旧軍人遺族恩給	戦没者遺族年金等	戦傷病者医療等	原爆医療	その他戦争犠牲者援護	
1952~59	567,169		13,402			580,571
1960~77	5,497,829	809,586	30,800	174,967	191,859	6,705,041
中間計 (1952~77年度、日本の「対外支払い」完了までの累計)						(7,285,612)
1978~94	25,814,711	3,553,901	88,234	1,779,548	30,521	31,166,915
1995	1,501,822	203,650	4,260	151,060	2,643	1,863,435
合計 (1952~95年度の累計)						40,315,962
備考	1998年度予算の受給人員 (本人約64万人、遺族約91万人)	弔慰金・特別給付金も含む。年金約7万人、弔慰金約208万人	「戦傷病者手帳」交付者約12万人	「被爆者健康手帳」交付者約32万人。健康管理手当、月あたり3万円が24万人	引揚者給付金を含む。引揚者約349万人 (民間人)	

[注]1952年~59年度は「予算」、以降は「決算」。(出典)総理府「社会保障統計年報」(各年)より作成

[別表3] 日本の対外支払い一覧 (単位: 億円)

国名(協定等の調印年)	賠償	準賠償	各種請求権	合計
1.ビルマ(1954、63)	720	684		1404
2.スイス(1955)			12	12
3.対日平和条約16条(1955)			45	45
4.タイ(1955、62)		96	54	150
5.デンマーク(1955、59)			7.23	7.23
6.オランダ(1955)			36	36
7.フィリピン(1956)	1980			1980
8.スペイン(1957)			19.8	19.8
9.フランス(1957)			16.728	16.728
10.スウェーデン(1957)			5.05	5.05
11.インドネシア(1958)	803.088	636.876		1439.964
12.ラオス(1958)		10		10
13.カンボジア(1959)		15		15
14.南ベトナム(1959)	140.4			140.4
15.イタリア(1959、72)			8.3305	8.3305
16.英国(1960)			5	5
17.カナダ(1961)			0.063	0.063
18.インド(1963)			0.09	0.09
19.韓国(1965)		1080		1080
20.ギリシャ(1966)			0.5823	0.5823
21.オーストリア(1966)			0.0601	0.0601
22.マレーシア(1967)		29.4		29.4
23.シンガポール(1967)		29.4		29.4
24.ミクロネシア(1969)		18		18
25.北ベトナム(1975)		85		85
26.ベトナム(1976)		50		50
27.アルゼンチン(1977)			0.8316	0.8316
28.モンゴル(1977)		50		50
合計	3643.488	2783.676	210.7655	6637.9295

[注] 賠償は正式な「賠償協定」にもとづく支払い、「準賠償」はそれ以外の無償供与を指す。

[出典] 朝日新聞戦後補償問題取材班「戦後補償とは何か」朝日新聞社、1994年より作成 (一部修正)。

[別表4] 日本の対外財産評価額推計

(1945年8月15日現在)

地域	評価額	構成比 (%)
朝鮮	702億5600万円	18.5
台湾	425億4200万円	11.2
中国		
東北	1465億3200万円	(38.6)
華北	554億3700万円	(14.6)
華中・華南	367億1800万円	(9.7)
小計	2386億8700万円	62.9
その他(樺太、南方、欧米)	280億1400万円	7.4
合計	3794億9900万円	100.0

国立国会図書館: ISSUE BRIEF228号 (1993年10月) より