



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

2021년 2월

박사학위논문

일제강제징용 피해자의 손해배상에
관한 민사법적 연구

조선대학교 대학원

법 학 과

김 어 진

일제강제징용 피해자의 손해배상에 관한 민사법적 연구

A Study on the Damages for the Impressment Victims of the
Japanese Colonial Rule in Civil Law

2021년 2월 25일

조선대학교 대학원

법 학 과

김 어 진

일제강제징용 피해자의 손해배상에 관한 민사법적 연구

지도교수 정 구 태

이 논문을 법학 박사학위신청 논문으로 제출함

2020년 10월

조선대학교 대학원


법 학 과

김 어 진


김 어 진의 법학박사 학위논문을 인준함

委 員 長 조선대학교 교수 金凡 

委 員 조선대학교 교수 姜煥赤臣 

委 員 전남대학교 교수 崔光善 

委 員 전남대학교 교수 金華 

委 員 조선대학교 교수 鄭求兪 

2020년 12월

조선대학교 대학원

목 차

ABSTRACT

제1장 서론	1
제1절 연구목적	1
제2절 연구순서	4
제2장 국제재판관할과 일본판결의 승인가부	6
제1절 국제재판관할	6
1. 직접적 재판관할	6
가. 학설의 대립	6
(1) 역추지설	7
(2) 조리설	7
(3) 수정 역추지설	7
(4) 이익형량설과 사건유형적 이익형량설	8
나. 국제사법상 국제재판관할	8
(1) 실질적 관련성	9
(2) 국내법의 관할규정	11
다. 판례의 경향	12
(1) 국제사법 개정 전	12
(2) 국제사법 개정 후	13
2. 간접적 재판관할	14

3. 대상판결 검토	14
가. 국내 재판관할 규정	15
(1) 의무이행지	15
(2) 불법행위지	17
나. 실질적 관련성	19
4. 소결	20
제2절 일본판결의 승인가부	22
1. 외국판결의 승인제도	23
가. 이론적 근거	24
(1) 기득권이론	24
(2) 의무이론	25
(3) 예양이론	26
(4) 기판력이론	26
(5) 검토	27
나. 국내 외국판결의 승인근거	27
다. 외국판결의 승인요건	28
2. 승인요건으로서의 공서	29
가. 의의	29
(1) 민법상 공서와의 구별	30
(2) 국제사법상 공서와의 구별	31
나. 공서위반의 형태	31
(1) 실체적 공서위반	31
(2) 절차적 공서위반	32
(3) 승인공서위반 인정 요건	33
다. 공서요건의 심사	33
(1) 실질적 재심사 금지 원칙과의 관계	33
(2) 심사의 대상	34
(3) 검토	35

3. 대상판결 검토	36
4. 소결	37
제3장 1965년 한일청구권협정과 피해자의 개인배상청구 권	39
제1절 문제의 소재	39
제2절 한일청구권협정의 체결 목적에 대한 해석	41
1. 비엔나협약에 따른 해석	41
가. 비엔나협약 제31조	41
나. 비엔나협약 제32조	41
(1) 한일청구권체결 시의 사정	42
(2) 한일청구권협정의 교섭기록	44
2. 합헌적 법률해석의 원칙에 따른 해석	48
3. 민관공동위원회와 대상판결의 입장	49
가. 민관공동위원회의 등장	49
(1) 한일회담 문서공개에의 사정	49
(2) 민관공동위원회의 공식의견 표명	51
나. 대상판결	52
4. 소결	52
제3절 한일청구권협정 제2조에 대한 해석	53
1. 비엔나협약 제31조에 따른 해석	55
가. 한일청구권협정 추후의 조치	55
(1) 일본	55

(2) 한국	55
나. 학설 및 대상판결의 태도	57
(1) 해결완료론	57
(2) 부정론	58
(3) 대상판결	58
(4) 사건	59
2. 교섭기록 및 체결 시의 사정	61
가. 식민지배에 관한 일본의 인식	61
나. 한일회담에서의 강제징용피해자들의 청구권	62
(1) 제1차 ~ 제4차 한일회담	63
(2) 제5차 한일회담 ~ 한일청구권협정 체결	63
(3) 소결	65
3. 합헌적 법률해석에 따른 해석	66
4. 대상판결의 검토	67
가. 외교적 보호권과 개인의 청구권	68
(1) 개인의 청구권 소멸 여부에 대한 한일 양국의 해석 변화	68
(2) 외교적 보호권의 포기	69
나. 국제적 강행규범과 개인배상청구권의 소멸합의	71
5. 소결	74
제4장 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해와 소멸시 효	76
제1절 문제의 소재	76
제2절 소멸시효제도의 존재이유	77
1. 전통적 입장	77

가. 학설	78
(1) 법적 안정성 및 사회질서 안정 도모	78
(2) 증명곤란 구제	78
(3) 권리행사 태만 제재	79
나. 판례의 법리	79
(1) 대법원	80
(2) 헌법재판소	80
2. 전통적 입장 비판	80
가. 법적 안정성 및 사회질서 안정 도모	80
나. 증명곤란 구제	81
다. 권리행사 태만 제재	82
라. 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2014헌바148 전원재판부 결정	82
3. 대상판결 검토	84
제3절 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 사안에서의 소멸 시효 배제론	85
1. 국제법적 논의	85
가. 시효부적용 협약	85
나. 국가의 의무	88
2. 소멸시효 배제 관련 판례 및 입법례	90
가. 외국	91
(1) 독일	91
(2) 프랑스	91
(3) 미국	92
나. 국내	93
(1) 헌법재판소 2003. 5. 15. 선고 2000헌마192, 508(병합) 전원재판부 결정	94
(2) 故최종길 교수 판결	95

3. 대상판결 검토	96
제4절 소멸시효 남용론	98
1. 소멸시효 남용론의 의의	98
가. 신의성실의 원칙과 소멸시효	98
나. 외국의 소멸시효 남용론	99
(1) 독일	99
(2) 일본	101
(3) 영미법계	101
2. 국내 판결 법리에 따른 유형 고찰	102
가. 제1유형	102
나. 제2유형	104
다. 제3유형	105
라. 제4유형	106
3. 소멸시효 기산점	106
가. 민법 제166조 제1항	106
(1) 일반론적 해석	106
(2) 주관적 체계로의 전환	107
나. 민법 제766조	114
(1) 단기소멸시효	114
(2) 장기소멸시효	115
다. 상당한 기간	117
(1) 소멸시효 항변 저지 권리행사의 상당한 기간	117
(2) 검토	119
라. 소결	121
4. 대상판결 검토	122
가. 일본 정부와 일본기업의 불법행위 인정여부	124
나. 일본기업의 소멸시효 항변	125

다. 소멸시효의 기산점	127
라. 시효기간	129
제5절 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 피해자의 손해배 상청구권	132
1. 불법행위로 인한 손해배상의 일반론	132
가. 손해의 개념	132
(1) 학설	132
(2) 판례	134
(3) 소결	135
나. 손해배상의 범위	135
(1) 통상의 손해	136
(2) 특별손해	137
(3) 불법행위로 인한 손해의 상당성과 인식가능성	138
다. 손해배상액의 산정	138
(1) 채무불이행으로 인한 손해배상액	138
(2) 불법행위로 인한 손해배상액	139
2. 정신적 손해의 의의와 배상액 산정	139
가. 정신적 손해의 의의	139
나. 배상액 산정	140
(1) 일반원칙	141
(2) 산정기준	142
3. 대상판결 검토	143
가. 미지급 임금	143
나. 안전배려의무 위반으로 인한 손해	147
다. 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해의 손해	148
라. 위자료 산정	149

제5장 일제강제징용 피해자의 구제방안	152
제1절 문제의 소재	152
제2절 전후 외국의 과거사 청산과 보상	154
1. 전후 과거사 청산	154
가. 과거사 청산 모델	154
나. 일본	155
2. 전후 보상	156
가. 독일	156
나. 미국과 캐나다	161
다. 일본	163
제3절 일제강제징용 피해자의 입법적 구제 검토	166
1. 국내 입법례	166
가. 대일 민간 청구권 신고에 관한 법률	166
나. 태평양전쟁 전후 국외 강제동원희생자 등 지원에 관한 법률 ..	167
다. 대일항쟁기 강제동원 피해조사 및 국외강제동원 희생자 등 지원	
에 관한 특별법	168
2. 검토	173
가. 사법적 구제	173
나. 유족과 상속의 범위	174
제4절 일제강제징용 피해자의 합리적 구제방안	176
1. 일본과의 과거사 청산	176
가. 과거사 청산을 위한 전제	176

- 나. 금전배상177
- 2. 현재 논의 중인 배상방식179
 - 가. 한국기업 + 일본기업 배상안179
 - 나. 한국기업 + 일본기업 + 양국 국민성금안179
 - 다. 한일정부 + 한일기업 + 양국 국민성금안180
 - 라. 한일기업 + 한국정부 배상안181
 - 마. 그 외의 논의181
- 3. 검토181
 - 가. 일본정부의 책임182
 - 나. 일본기업의 책임186
 - 다. 한국정부의 책임188
 - 라. 한국기업의 책임192
 - 마. 한국과 일본의 기부금193
 - 바. 그 외의 구제방안194
 - 사. 소결195

- 제6장 결론198

참고문헌

부록

ABSTRACT

A Study on the Damages for the Impressment Victims of the Japanese Colonial Rule in Civil Law

Kim, Eo Jin

Advisor : Prof, Chung, Ku-Tae, Ph.D.

Department of Law,

Graduate School of Chosun University

The Japan Supreme Court says.

"The 1965 Japan-Korea Claims Agreement ended Japan's liability for anti-human rights torts."

However, the South Korean Supreme Court sentenced to the opposite decision and it became a controversy.

Therefore, this study closely examines the legal disputes as to the imperial Japanese forced labor with focus on the Supreme Court's recent unanimous ruling that requires Nippon Steel & Sumitomo Metal Corporation (NSSMC) sued by Koreans who were conscripted into forced labor during Japan's colonial occupation period to acknowledge the individual plaintiffs' claim right for damages and to compensate 100,000,000 won to each (hereinafter referred to as the 'Target Ruling') and seeks to find a way to relieve those forced labor victims yet to be compensated for a long period of time.

The key contentious issues are as follows.

First, can the jurisdiction of the Korean court be internationally applied to a Japanese company as a defendant? In addition, if a lawsuit filed to a Japanese court for the same ground is conclusively dismissed, is the effect of excluding further litigation also applied to the Republic of Korea? (Chapter 2).

The international jurisdiction is acknowledged if the parties or the case in dispute have substantial connection with Korea pursuant to Article 2 of the Private International Law. The presence or absence of such substantial connection is determined in accordance with reasonable principles aligned with the ideology of allocation of international judges defined by appropriateness, fairness and promptness, whose criteria takes into consideration the local jurisdiction codes as stipulated in paragraph (2). However, these domestic jurisdiction rules and regulations should be classified into what can be used as international jurisdiction rules without amendment, what can be used with amendment in consideration of the specificity of international jurisdiction, and what should be excluded due to their inappropriateness as international jurisdiction rules.

In this vein, the Supreme Court has ruled that although the plaintiffs' right to claim for reparations is about their property rights, the place of providing reparations for damages inflicted on victims is excluded as the defendant ends up being forced to accept a legal suit at a place unpredictable to the defendant, which is against fairness. However, when it comes to acknowledging the place of illegal acts, the Court has 'found it predictable for the victims,

Korean citizens, to return home and seek reparations for their forced labor' , which makes the court decision contradictory.

Assuming that the place of illegal acts under the international jurisdiction is restricted and subject to the local law provisions, the place of damages suffered by plaintiffs is Japan where forced labor, assault, and violence occurred, and these acts are the results of forced drafting and mobilization as part of the National Service Draft Ordinance and thus it is reasonable to split the suits into two, each of which is subject to the justice jurisdiction of both Japan and Korea. However, it is in line with the prompt legal proceeding and economic efficiency to think of a series of illegal acts as a single object of a lawsuit in accordance with the principle of allocation of international justice jurisdiction.

Accordingly, it is logical to believe that the international justice jurisdiction is acknowledged at the South Korean court, and the Republic of Korea is a living base for plaintiffs with substantial connection with the issues of legal claims, including the effect of ruling of the case and the ease of investigating and collecting evidence.

In terms of approving foreign rulings, Korea takes "substantial reasons such as securing the final judgment for dispute settlement based on foreign rulings, preventing the occurrence of crippled international legal relations, and litigation economy through prevention of double litigation" as the basis to approve foreign rulings, and Article 217 of the Civil Procedure Act stipulates five requirements to be met to approve foreign rulings. One of the issues raised among them in Target Ruling is the requirement as to the

public order and good morals pertaining to Article 217, Paragraph 3 of the Civil Procedure Act, which is differentiated from the public order and good morals stipulated in Articles 103 of the Civil Act and Article 10 of the Private International Law, and it is widely accepted and is also a Supreme Court's opinion that the issue is in the principle of banning substantial re-judgement and one must take a look at the reason as the target of judgement in evaluating the requirement for public order and good morals. In order to determine whether or not an approved judgement breaches the requirement for public order and good morals, one must identify: First, whether or not it goes against Korean legal principles; Second, whether or not these legal principles belong to the category of Korean basic moral belief, fundamental idea of value and the concept of justice, including the Constitution; Third, whether or not the difference between the Japanese court rulings and Korean legal principles is wide enough to go beyond the scope of acceptability. Reviewing the Target Ruling based on what are stated above, the Japanese ruling that finds Japan's forced drafting and mobilization in line with Japan's annexation of Korea in 1910 and the National Service Draft Ordinance legitimate goes against Korea legal principles with stark difference from the preamble of the first Constitution of Korea and the incumbent Constitution. It is against this backdrop that Korean rejection of such Japanese ruling is absolutely valid and reasonable.

Second, was the individual forced labor victims' right to claim for reparations included in the did the 1965 Korea-Japan Basic Relations Treaty? (Chapter 3)

The dispute regarding this comes from the difference in

interpretation of Article 2 of the 1965 Korea-Japan Basic Relations Treaty. The interpretation of treaties under the international law is subject to Articles 31 and 32 of the Vienna Convention. With taken this into account, the purpose of the 1965 Korea-Japan Basic Relations Treaty is to resolve financial and civil claim-obligation relationship between Korea and Japan pertaining to Article 4 (a) of the San Francisco Treaty. In this regard, the 1965 Korea-Japan Basic Relations Treaty that stipulates ‘the problems concerning property, rights, and interests of the two High Contracting Parties have been settled completely and finally’ must have been signed on the premise of Japan's violation of international law and thus such provision is irrelevant to the Korea-Japan Basic Relations Treaty in the first place.

Meanwhile, Japan denied the illegalities and crimes against humanity committed during the colonization of Joseon during the Korea-Japan talks, which would nullify and invalidate the individual victims’ right to claim for reparations for forced labor in the first place regardless of the perceptions of the two countries. Therefore, the provision of ‘have been settled completely and finally’ does not justify the extinguishment of such claim rights that did not exist or were not recognized at the time. Furthermore, Japan’ s drafting of forced labor is a crime against humanity with a grave breach of human rights and is a serious violation of international enforcement regulations, which makes individuals’ claim rights remain intact, and the treaty that nullifies the individuals’ claim rights through mutual agreement is invalid under Articles 53 and 64 of the Vienna Convention.

Third, has the individual victims' right to claim personal reparations for forced labor been expired by the statute of limitations? (Chapter 4)

Although the individual victims' right to claim personal reparations for forced labor has not been extinguished, the completion of the statute of limitations due to extensive time gap between the occurrence of illegal acts and the litigation is subject to disputes. When it comes to the case of the Target Ruling, it is a fact that the forced labor victims by Japanese imperialism have not received a proper reparations. However, if the social order is established by taking it as a valid relationship of rights and duties, neither legal stability nor social order can be expected, and it is not considered failure to exercise individuals' rights as the victims have been aware that their rights have been extinguished not to mention the presence of documentary evidence with regards to the Japanese forced drafting. Therefore, the statute of limitations could ill afford to be applied to the crime against humanity depending on the significance of its existence and it is unfair to apply the statute of limitations as a way to punish the negligence of exercising rights to the forced labor victims, who have long understood that their rights have been extinguished.

The claim for reparations deserves to have its statute of limitations nullified as drafting forced labor is a serious crime that violates international enforcement regulations as to human rights and labor rights and is also a grave violation of treaties and international conventions applied to Japan at the time regardless of the victims' nationalities while corresponding to a treaty with no

statute of limitations applied.

Even if this logic manages to be accepted, the statute of limitations is calculated from the date 'when the concerned party is able to exercise his/her right' and the reason for the obstacle that obstructs exercising of such right had been restricted to legal interpretations until its scope was extended to include the time 'when the concerned party is able to or is aware of being able to exercise his/her right with the introduction of a subjective system of recognizability.

However the Target Ruling has been made on the premise that the statute of limitations are applicable. Korea court has dismissed the defendant's claim for applying the expiration of the statute of limitations to the four types of special circumstances considering it as the abuse of right that goes against the principle of good faith. The Target Ruling has found that the fact that the plaintiffs had understood that the right to claim for reparations had been extinguished with the conclusion of the 1965 Korea-Japan Basic Relations Treaty until the documents related to the 1965 Korea-Japan Basic Relations Treaty were disclosed and the official announcement of the 2005 Joint Civil and Public Commission was made serves as an objective obstacle (second type of special circumstance) and thus dismissed the NSSMC' s contention as to the completion of the statute of limitations. Target Ruling fell short of specifying the starting point of the statute of limitations on the plaintiffs' right to claim for reparations. As the statute of limitations is calculated from the time when the objective obstacle is removed, the statute of limitations for the Target Ruling begins to be calculated on and from

October 30, 2018, when the concerned right was confirmed by law in consideration of the circumstance where the plaintiffs were not able to be certain of having their right to claim for reparations acknowledged due to a number of reasons, including a severance of diplomatic relations between Korea and Japan until the 1990s, Korean government's interpretation that the individual victims' right to claim for reparations had been extinguished following the Korea-Japan Basic Relations Treaty, all-out dismissal of all raised claims by the Japanese court, Korean justice that delayed the case filed in 2013 for over five years, lawsuit against Mitsubishi in addition to NSSMC, and a number of comfort women lawsuits yet to be confirmed.

Fourth, what are the practical remedies for the victims of forced labor committed by the Japanese Imperialism? (Chapter 5)

Japan has made it clear that it has no obligation to compensate for crimes against humanity and subsequent human rights violations during the Japanese colonial period considering them legitimate as part of its policies during that period. Japan has taken a stance in favor of moral responsibility but not its legal obligation to compensate for several issues, including forced labor and comfort women. However, under the international law, the victims of serious human rights violations caused by crimes against humanity deserve the right to claim for reparations while the country that commits illegal acts are obliged to make a full reparations for damages, which makes Japan held accountable and required to fulfill its obligations. Since this is unavoidable under the domestic law, the state exemption granted for illegal acts committed prior to 1947 pertaining to Article 6 of the Japanese National Reparations Act is unacceptable, which makes

the forced labor victims eligible to file a lawsuit against the Japanese government as well.

The most realistic proposal of reparations among various alternatives that are currently being discussed is $2+2+\alpha$, which includes the reparations by the governments of both Korea and Japan, Japanese businesses, and donations. With regards to this, this study has looked into if the Japanese government and relevant businesses, Korean government and businesses, and the Koreans and the Japanese were valid and eligible as compensators. First, the Japanese government and relevant businesses recruited Korean workers with fraudulent advertisements through the National Service Draft Ordinance or engaged in forced drafting and mobilization of them into forced labor while not acknowledging their freedom.

The Japanese government and relevant businesses committed not only (a) crimes against peace but also (b) forced transport of civilians in the occupied land of war crimes for enslaved labor and other purposes, and (c) crimes against humanity or enslavement of all civilians, forced transport and other inhumane acts as part of war crimes stipulated in Nuremburg Principle IV, violated the ban of all kinds of enslavement as stipulated in Article 2 of Slavery Convention signed by the League of Nations in 1926 and Article 29 of the Forced Labor Convention signed by the International Labor Organization following the World War I and thus deserve to be titled valid compensators as perpetrators of grave human rights violations

Meanwhile, the Korean government should be held responsible for nonperformance of necessary legislation in that it recovered damages for those who died in forced labor only and later extended the scope

of reparations but provided compensations instead of reparations although the Japanese government interpreted that the right to claim for reparations was extinguished following the Korea-Japan Compensation Treaty. The Korean government's obligation is limited to taking responsibility under the national compensation law as her act is not a grave violation of human rights. The Korean government should also be responsible for compensating the victims for her nonperformance of diplomatic resolutions, which should have been prioritized upon occurrence of any issues arising from the literary interpretation of Article 3 of the Korea-Japan Basic Relations Treaty, which is again reasonable to believe that this is not a serious violation of human rights as part of crimes against humanity.

Next, the Korean businesses during the Japanese colonial period can be largely classified into compradors, collaborators, and nationalists where compradors and collaborators have been recorded in the Pro-Japanese Biographical Dictionary and pro-Japanese activities, some of whom took the lead in forced drafting and recruitment of comfort women. This is clear evidence of engaging in Japan's crimes against humanity, which makes the perpetrators a valid obligator for reparations. The same is true with the businesses that put Koreans into forced labor. From this perspective, voluntary donations from Korea and Japan in the name of donations have no legal basis, and ordinary citizens who were not involved in crimes against humanity cannot be acknowledged as those who are in charge of reparations. In addition, donations have already been made in Korea in the form of "sponsorship", which does not fall under the category of compensations as well as reparations.

Accordingly, the reparations proposal must be enacted to engage the Japanese government and relevant businesses or Japanese businesses that include comprador-type, pro-Japanese collaborating enterprises and Japanese government and pro-Japanese businesses.

As one of the remedies other than the reparations proposal, the forced labor victims may consider filing a collective lawsuit against the Japanese government and relevant businesses with the enactment of the Class Action Act, which was pre-announced on September 28, 2020 and subsequent prevalence of collective actions in all relevant areas.

제1장 서론

제1절 연구목적

2001. 3. 27. 일본 오사카 지방재판소는 일제강제징용피해자들이 일본 일본징용기업 신일본제철을 상대로 제기한 손해배상청구소송에서 구 일본제철의 채무를 승계한 피고 신일본제철에 일제강점기 당시 행해진 국제법 위반 행위와 불법행위 등으로 인한 손해배상금과 미지불 임금 등에 대하여 원고들에게 각 100,000,000원의 위자료를 지급할 의무가 있다는 원고들의 청구를 기각하였다. 일본 오사카 지방재판소는 당시 원고들이 노동자 모집을 보고 스스로의 의사에 따라 응모하였으므로 강제연행이라 볼 수 없고, 피고 신일본제철의 노동자 모집은 ‘국민징용령’에 따른 행위로 판단하여 징용의 불법성을 부인하였다.¹⁾ 또한 피고 신일본제철 주식회사(이하 ‘피고 신일본제철’이라 한다.)는 구 일본제철과 별개의 법인격을 가지고 있으므로 구 일본제철의 원고들에 대한 채무는 피고 신일본제철에 승계되지 아니하였을 뿐만 아니라, 설사 승계되었다 하더라도 1965년 한일 청구권협정과 일본의 재산권조치법에 의해 원고들의 채무는 소멸하였다고 판단하였다.²⁾ 이에 불복한 원고들이 일본 오사카 고등재판소에 항소하였으나, 2002. 11. 19. 항소기각 판결을 선고받았고,³⁾ 2003. 10. 9. 일본 최고재판소에 상고하였다가 원고들의 상고기각 및 상고불수리 결정으로 일본 오사카 지방재판소의 원고 패소판결이 확정되었다.⁴⁾

원고들은⁵⁾ 2005. 2. 28. 동일한 청구이유로 국내 일제강제징용피해자들과 함께 서

1) 일본 오사카 지방재판소는 구 일본제철이 모집광고와 달리 원고들을 강제노동에 종사하게 한 점과 일부 임금을 지급하지 않고, 안전배려의무를 위반한 점 등에 관하여는 원고들의 청구를 일부 인정하였으나, 구 일본제철과 피고 신일본제철 주식회사의 법인격이 동일하다고 볼 수 없다고 판단하여 원고들의 청구를 배척하였다. 大阪地方裁判所 平成13年3月27日 平成9(ワ)13134等.

2) 大阪地方裁判所 平成13年3月27日 平成9(ワ)13134等.

3) 大阪高等裁判所 平成14年11月19日 平成13(ネ)1859等.

4) 最高裁判所第一小法廷 平成15年10月9日 平成15(オ)340等.

5) 이하의 원고들은 국내에 소를 제기한 원고들 모두를 가리킨다. 일본 판결의 원고들은 이하, ‘원고 1,2’

울중앙지방법원에 소를 제기하였다. 제1심⁶⁾과 제2심⁷⁾은 원고 1,2의 청구를 기각한 일
본판결을 승인하였다. 그 외 원고들의 청구에 대하여 피고 신일본제철이 구 일본제철
과 법인격이 동일하다거나 구 일본제철의 위 원고들에 대한 채무를 승계하였다고 볼
수 없고, 원고들의 위자료 청구권이 1965년 한일청구권협정으로 인해 소멸되었다고 볼
수는 없으나, 원고들의 위자료 청구권의 시효가 완성되어 소멸되었다고 판단하여 원고
들의 청구를 기각하였다. 2012. 5. 24. 대법원은 위 판결을 파기·환송하고⁸⁾ 2018. 10.
30. 전원합의체 판결로서 원고들에게 각 위자료 1억 원을 지급하라는 원심판결⁹⁾에 대
한 피고 신일본제철의 상고를 기각하고 원심을 확정하였다.(이하 ‘대상판결’ 이라 한
다.)

일본 정부는 대상판결이 1965년 한일청구권협정을 위반함으로써 국제법을 위반하였
다 비판하며¹⁰⁾ 그 보복조치의 일환¹¹⁾으로 반도체 소재 품목의 한국 수출 규제를 발표
하고, 한국을 일본의 화이트리스트에서 제외하였다. 일본 정부는 일제강점기 당시 조
선의 식민지배와 ‘국민징용령’에 의한 강제징용의 불법성을 부정하고, 일제강제징용
피해자들을 가리켜 ‘한반도 출신 노동자’¹²⁾라 칭하였다. 그러나 이는 명백한 용어

라 한다.

6) 서울중앙지방법원 2008. 4. 3. 선고 2005가합16473 판결. 이하 ‘1심 판결’ 이라 한다.

7) 서울고등법원 2009. 7. 16. 선고 2008나49129 판결. 이하 ‘환송 전 판결’ 이라 한다.

8) 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다68620 판결. 이하 ‘환송판결’ 이라 한다.

9) 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다68620 판결의 파기환송심 서울고등법원 2013. 7. 10. 선고 2012나
44947 판결.

10) 産経新聞 2019년 10월 30일자.

11) 일본은 이후 ‘한국의 전략물자 밀반출과 대북제재 위반 의혹’ 때문이라 입장을 표명하였다가 돌연 ‘수
출국으로서의 관리 책임’을 이유로 드는 등, 계속하여 근거주장을 번복하고 있다. 아베 전 일본 총리
또한 수출규제 및 화이트리스트 제외와 강제징용 판결은 관련이 없다고 주장해왔다. 그러나 최근 한국 정
부가 자체 규제 강화 등을 통해 일본이 제기하였던 문제점을 해결하였음에도 불구하고 수출규제 강화조치
철회 요구를 거부하고, 한국이 일본징용기업의 재산을 강제집행 할 경우 이보다 상황이 더 악화될 것이라
경고하는 것을 볼 때, 해당 조치는 대상판결에 대한 경제·정치적 보복임을 유추할 수 있다.

12) 일본의 공익 재단법인 국가 기본 문제 연구소는 “한반도에서의 전시 근로 동원은 시기를 쫓아 모집, 관
알선, 징용의 세 형태가 있었다. 모두 민간 기업의 임금 노동으로 대우는 총체적으로 좋았다”며 징용공
은 물론 ‘forced labor’ 내지 ‘Former Workers from the Korean Peninsula’는 잘못된 표현이라 주
장하고, 전시 중에 일본에서 일하고 한반도 출신의 총칭으로 ‘조선인 전시 노동자(wartime Korean
workers)’를 사용하도록 제언하고 있다. 公益財団法人 国家基本問題研究所 提言, “「徴用工」の正しい
用語は「朝鮮人戦時労働者」(wartime Korean workers)だ”, 2018년 11월 14일자; 반면, 일설에서는
일본 정부가 결정하고 실행한 동원 정책의 강제성을 은폐하고 있다며, 해당 용어의 사용은 합당치 않다고
비판한다. 外村大, “「徴用工」の用語は間違いか? 適切か?”, 2018.11.5., 8頁.

오용이다. 강제징용(強制徵用)은 사전적 의미로 ‘일제강점기¹³⁾에, 일본 제국주의자들이 조선 사람을 강제로 동원하여 부리던 일’을 말한다. 표준국어대사전은 징용을 역사적인 의미와 법률적인 의미로 구분하고 있다. 전자의 경우 징용과 강제징용은 이음동의어(異音同義語)이며, 후자의 경우 ‘전시·사변 또는 이에 준하는 비상사태에, 국가의 권력으로 국민을 강제적으로 일정한 업무에 종사시키는 일’로 명시한다. 일본에서는 강제징용피해자들을 ‘징용공(徵用工)’이라 표기해 왔으며, 사전적 뜻은 다음과 같다.

① 전시·사변 또는 이에 준하는 비상사태에 있어서, 보통의 수단으로써는 군 작전상 필요한 인적 자원을 확보하기 곤란할 때, 보상을 지급하고 개인에게 권력적으로 필요한 의무 부담을 과하는 행정 행위

② 국가가 사람을 강제로 불러내어 부림, 또는 그 일

③ 나라에서 불러 등용(登用·登庸)함

이들의 공통분모는 모두 ‘국가’에서 국민을 부른다는 점이다. 명문상 징용은 국가적인 차원에서 이루어지고, 국가와 법의 지배를 받는 국민이라면 거부할 수 없는 ‘징(徵)’인 것이다. 실제로 당시 동원에 응하지 않은 조선인들은 국민징용령 위반으로 검거되어 1년 이하의 징역을 선고 받거나 형무소가 지정하는 작업장으로 끌려갔다.¹⁴⁾ 이들은 범죄자의 신분으로 임금 및 노동자의 권리는 적용되지 않았다.¹⁵⁾ 이외에도 1000엔 이하의 벌금이 선고되기도 하였는데, 이는 당시 소득이 조선인과 5배 차이나는 일본인에 대한 벌금 액수와도 같았다는 점에서 대단히 가혹한 것이었다.¹⁶⁾ 국민징용령으로 인하여 일제에 강제동원¹⁷⁾된 수는 조선에서만 6,126,180명으로, 이 중 강제징용자는 일본정부로부터 전달받은 명부에 의하면 114,822명, 우리 정부가 조사·작성한 명부에 의하면 537,077명, 기부 및 기증 등에 의한 기타 수집명부에 의하면 568,330명으로 추정된

13) 일제강점기의 범위를 한일합방조약 직전의 항일독립운동부터 아우르는 견해가 있다. 그러나 본 논문에서는 1910. 8. 22. 한일합방조약 체결일로부터 1945. 8. 15. 광복까지를 범위로 한다.

14) 정혜경, 『징용 공출 강제연행 강제동원』, 도서출판 선인, 2013.7.31., 24면; 총동원체제의 일반적인 노동관은 황국근로관을 통해 ‘황국민의 봉사활동’이나 ‘신도(神道) 실천’을 위한 환희로 받아들여도 되는 것이며, 일본은 시행 당초부터 “징용은 의무이자 명예”라는 명분을 강조해왔다. 정혜경, 『징용 공출 강제연행 강제동원』, 도서출판 선인, 2013.7.31., 77면.

15) 정혜경, 『징용 공출 강제연행 강제동원』, 도서출판 선인, 2013.7.31., 24면.

16) 정태헌·기광서, “일제의 반인륜적 조선인 강제노무동원과 임금 탈취”, 『역사와 현실』 제50권, 한국역사연구회, 2013. 12., 413면.

17) 강제동원은 동원된 이후 조선인들이 어떤 역할을 했는가를 기준으로 노무동원(노동자, 군속, 근로보국대, 근로정신대 등), 병력동원(군인), 군위안부 동원(10만 명 이상)으로 구분할 수 있다.

다. 18)

대상판결이 일제강제징용피해자의 개인배상청구권을 인정하여 아직 배상을 받지 못한 피해자들과 그 유족들이 일본징용기업을 상대로 연달아 소를 제기하고 있는 가운데, 가장 큰 장애가 되고 있는 것은 피해자들의 청구권에 대한 소멸시효다. 대상판결이 원고들의 소제기 당시의 소멸시효 완성 여부에 대하여만 판단하고, 그 기산점에 대하여 정확한 시점을 실시하지 않은 까닭이다.

이러한 배경 하에 본 연구는 대상판결을 중심으로 일제강점기 강제징용과 관련된 법적 난항에 관하여 상세히 고찰하고, 더 나아가 오랜 시간 구제받지 못한 피해자들을 위한 배상안을 모색하고자 한다.

제2절 연구순서

본 연구에서 이미 선고된 대상판결을 재론하는 것은 일본징용기업에 대한 강제집행이 아직 이루어지지 않아 현재진행중인 사안이며, 이를 판단하는 데 있어 대상판결 자체적으로는 법리가 부족하여 보다 합리적인 이론적 연구가 필요하기 때문이다. 본 연구는 환송판결과 대상판결의 판단 순서에 따라 국제재판관할의 결정과 1965년 한일청구권협정으로 인한 원고들의 위자료 청구권의 소멸 여부, 원고들의 위자료 청구권의 시효 완성과 피고 신일본제철의 소멸시효 항변에 대한 신의칙 위반 여부를 고찰하고 일제강제징용피해자 배상안을 제안하였다. 이는 각 사안에서 원고의 청구가 기각될 경우, 법원에서는 그 이하의 청구를 살펴볼 이유가 없는 까닭이다.

이에 따라 제2장에서 국제재판관할과 원고 1,20이 원고패소확정판결을 받은 일본판결의 승인가부를 먼저 살펴보았다. 제1절은 국제재판관할의 결정기준에 관한 종래의 학설 및 판례의 경향을 살펴본 후, 이를 중심으로 해당부분에 관련된 환송판결의 판단을 검토하였다. 제2절에서는 외국판결의 승인제도와 외국판결의 승인요건 중 논란이 된 공서양속을 중점으로 대상판결의 타당성을 검토하였다.

제3장은 대상판결의 중심이라고 할 수 있는 1965년 한일 청구권협정과 그에 해소된 권리를 살펴보았다. 본장은 제2절에서 일반론적인 조약의 해석 방법을 살펴보았고, 이를 통해 1965년 한일청구권 협정 중 제2조의 타당한 해석을 알아봄으로써, 해당 협정으로

18) (<http://theme.archives.go.kr/next/victimSearch01/sub01.do>) 행정안전부 국가기록원 강제동원자 명부; 강제동원 피해 생존자 수는 3천여 명이다. KBS 뉴스 2020년 8월 15일자.

반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해의 피해자 개인배상청구권을 소멸시킬 수 있는지의 여부를 검토하였다. 이어 해당협정은 외교적인 문제임을 감안하여 외교적 보호권과 개인의 청구권의 관계 및 국제적 강행규범인 반인도적 범죄에서도 개인 청구권의 소멸합의가 가능한지를 살펴보았다.

제4장은 대상판결은 물론 반인도 범죄로 인한 중대한 인권침해 사안에서 소멸시효가 적용될 수 있는지의 여부가 쟁점이다. 제2절에서는 먼저 소멸시효제도의 본질, 다시 말해 존재이유를 살펴보았으며, 제3절에서는 일제강제징용이 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 사안으로서 국제강행규범을 위반한 범죄임과 동시에 시효부적용협약의 대상인지에 관하여 알아보았다. 제4절에서는 대상판결이 위 사안에 있어 소멸시효 제도의 적용을 전제로 하여 시효가 완성되었으나 피고 측의 소멸시효 항변이 신의칙에 반한다는 소멸시효 남용론을 적용한 것에 대하여 살펴보았고, 제5절에서 원고들의 손해배상범위 및 그 산정기준에 관하여 살펴본 후 원고들이 선고받은 위자료와 그 산정기준의 적절성을 검토하였다.

제5장은 일제강제징용피해자들의 현실적인 구제방안을 살펴보았다. 본장에서는 이전 독일의 나치범죄로 인해 고통 받았던 피해자들과 국내에서 제정되었던 반인도적 국가범죄로 인한 배상안을 일례로 하여, 현재 논의되고 있는 강제징용 배상안에 의견을 제안하였다.

제2장 국제재판관할과 일본판결의 승인가부

제1절 국제재판관할

위 사안은 피고가 일본 기업이라는 점에서 국제재판관할이 중요한 의미를 가진다. 재판권은 법질서실현을 위한 국가의 권능으로, 구체적인 권리의무 존부에 관한 법률상 쟁송에 법을 해석·적용함으로써 권리의무의 존부를 확정·실현하는 것¹⁹⁾이다. 크게 민사재판권과 형사재판권, 헌법재판권으로 구별된다. 다만 국제적인 교류가 활발해진 현대사회에서 소의 이익과 소송당사자들의 사정 등을 고려할 때, 국내법원의 재판권은 모든 사건 및 나라에 무제한하게 미칠 수 없어 국내법원과 외국법원 간 재판관할권의 한계를 설정할 필요성이 제기되었다.²⁰⁾ 국제재판관할권은 이러한涉外적 민사사건에서 국내법원이 가지는 관할권을 뜻하며, 국내법원과 외국법원의 재판관할을 결정하는 직접적 재판관할과 외국의 판결을 국내에 승인·집행하기 위한 전제요건으로서 그 외국법원이 재판관할을 가지고 있었는지에 대한 간접적 재판관할로 구분된다.

1. 직접적 재판관할

가. 학설의 대립

2001년 국제사법이 개정되며 국제재판관할의 일반원칙이 규정되기 전까지 국제재판관할을 직접 규정하는 성문법규가 없었다. 국내법원에 관할을 둔다는 소송당사자간의 합의가 있을 경우²¹⁾에는 국내재판관할권이 인정되나, 그렇지 않은 경우 재판관할을

19) 한숙희, “국제가사사건의 국제재판관할과 외국판결의 승인 및 집행”, 『국제사법연구』, 한국국제사법학회, 2006.12., 7면.

20) Barbara Lindenmayr, 『Vereinbarung über die internationale Zuständigkeit und das darauf anwendbare』, Duncker & Humblot, 2002, S. 43.

결정하는 기준에 대한 학설의 대립이 있었다.

(1) 역추지설

역추지설은 국내 민사소송법 상 토지관할에 관한 규정을 기준으로 삼고 이를 역으로 유추하여 국제재판관할의 유무를 정하자는 입장이다. 토지관할규정유추설이라 하기도 한다. 해당 학설에 의하면 국내에 주소나 거소지·의무이행지·불법행위지·재산소재지·사무소 등이 있을 경우 국내에 국제재판관할권이 있는 것으로 인정된다.²²⁾ 독일의 지배적 학설과 판례의 입장으로 국내재판관할규정에 이중적 기능을 부여한 것²³⁾이다.

(2) 조리설

조리설은 국제재판관할권의 유무여부는 재판의 적정·당사자 간의 공평·소송의 신속에 따른 민사소송의 이념을 고려하여 가장 합리적인 재판관할을 조리에 따라 결정하자는 입장이다.²⁴⁾ 관할배분설이라 하기도 하며 영미와 일부 학설이 이를 따르고 있다. 다만 관할권을 정하는 기준이 다소 추상적이라는 비판이 있다.²⁵⁾

(3) 수정 역추지설

수정 역추지설은 역추지설과 관할배분설의 절충적 견해로서 민사소송법이 규정하는 재판관할이 국내에 있을 때에는 원칙적으로 국내법원에 재판관할을 인정하고, 국내에서 재판을 하는 것이 민사소송의 이념에 반하는 특별한 사정이 있는 경우 관할을 부정하자²⁶⁾는 입장이다. 하위개념인 국내토지관할로부터 상위개념인 국제재판관할을 도출

21) 이 외에도 대법원 1989. 12. 26. 선고 88다카3991 판결과 같이 피고에게 국내에 재판적이 없어도 우리나라 법원에 보전명령이나 임의 경매를 신청한 경우 국내재판관할권을 인정한다.

22) 이시윤, 『新民事訴訟法』(제14판), 박영사, 2020, 62면

23) Christoph G. Paulus, 『Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung Und Europaisches Zivilprozessrecht』, Springer Verlag, 2016.10., S. 24; Adolphsen Jens, 『Zivilprozessrecht』, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2014, S. 67.

24) 이시윤, 『新民事訴訟法』(제14판), 박영사, 2020, 62면.

25) 정영환, “국제재판관할권의 행사(行使基準)과 그 범위(範圍)”, 『안암법학』 28권, 안암법학회, 2009, 441면.

하는 것은 논리적 모순이 있고, 민사소송법상의 재판관할이 국내에 있을 경우 항상 국제재판관할이 긍정되므로 국제재판관할의 실질적인 필요성이 부정되고 과잉관할의 위험이 있다는 점이 비판²⁷⁾으로 제시되었다.

(4) 이익형량설과 사건유형적 이익형량설

이익형량설은 두 견해로 나뉜다. 먼저 국제재판관할이 인정될 수 있는 나라와 국내의 견련성을 중심으로 당사자의 이익이나 소송수행의 편의, 사안의 내용과 성질, 증거조사의 편의 등의 관점에서 어느 나라에서 재판하는 것이 더 타당한가를 비교형량하여 결정하자는 입장이다.²⁸⁾ 약자보호의 요청이나 법정지국과 당해 사건과의 관련성 정도에 따라 국내토지관할에 관한 규정을 적용할 수 없는 경우를 위함이다.

두 번째는 사건유형적 이익형량설이다. 관할원인사실로 먼저 국내재판관할을 판단하고 구체적 사건마다 특수상황을 고려하여 국제소송에 합당한 사건유형에 따라 개개의 민사소송법 규정의 기능을 조사·수정하여 적용한다는 입장이다.

나. 국제사법상 국제재판관할

1962. 1. 15. 제정·공포된 섭외사법(법률 966호)은 제정된 이래 실질적인 내용의 개정 없이 그대로 시행되어왔다. 이로 인하여 뒤떨어진 법이론에 근거한 준거법 결정방식과 법규정의 불비 등 시대적 요구와 국제적 변화에 부응하지 못했다는 비판을 받아왔다. 현행 국제사법은²⁹⁾ 이를 감안하여 개정한 것으로 과도기적 조치로서³⁰⁾ 제2조에

26) 한숙희, “국제가사사건의 국제재판관할과 외국판결의 승인 및 집행”, 「국제사법연구」, 한국국제사법학회, 2006.12., 12면.

27) 사법정책연구원, 『외국재판의 승인과 집행에 관한 연구』, 사법정책연구원 연구총서, 2020.3., 55면.

28) 유승훈, “Cyberspace상에서의 法的 紛爭과 裁判管轄”, 「외법논집」 5권, 한국외국어대학교 법학연구소, 1998, 13면 ; 한숙희, “국제가사사건의 국제재판관할과 외국판결의 승인 및 집행”, 「국제사법연구」, 한국국제사법학회, 2006.12., 12면.

29) 섭외사법에서 명칭이 국제사법으로 변경되었다.

30) 이는 개정 당시 국제재판관할에 관한 국내의 연구가 부족하였고, 민사 및 상사사건의 국제재판관할과 판결의 승인 및 집행에 관한 조약의 성안작업이 헤이그국제사법회의 차원에서 진행 중이었기 때문이다. 석광현, “국제재판관할과 외국판결의 승인 및 집행”, 「국제사법연구」 20권 1호, 한국국제사법학회, 2014.6., 6면.

서는 국제재판관할의 일반원칙을 규정하고, 제27조와 제28조에서 사회경제적 약자인 소비자와 근로자를 보호하기 위한 개별조항을 신설하였다.

(1) 실질적 관련성

국제사법 제2조³¹⁾는 국제재판관할을 긍정하는 열린 구조를 취하고 있어 탄력적 운용이 가능³²⁾하나 지나치게 추상적으로 규정되어, 다음 세 가지가 문제될 수 있다. 첫째는 대한민국과 실질적 관련이 있는 경우이고, 둘째는 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙이며, 셋째는 국내법의 관할규정 및 국제재판관할의 특수성이다.³³⁾ 다시 말해 국제재판관할권을 결정하기 위해선 대한민국과 실질적 관련을 기준으로 국제재판관할 배분의 이념에 부합하여야 하고, 이보다 더 구체적인 기준으로 국내법의 관할규정을 따르나 이를 준용할 때는 다시 국제재판관할 배분의 이념의 범위 내에서 이루어져야 한다. 법무부의 국제사법 해설 및 도입취지에 따르면, 실질적 관련은 우리나라 법원이 재판관할권을 행사하는 것을 정당화할 수 있을 정도로 당사자 또는 분쟁 사안이 우리나라와 연결점을 갖는 것을 의미한다.³⁴⁾ 이를 실질적 관련의 원칙이라 하며 실질적 관련성은 단지 외국적 요소가 있는 연결점이 있다고 하여 바로 인정되는 것은 아니다. 1항 후미에 따른 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 기초한 구체적인 판단³⁵⁾이 필요하다.

국제재판관할 배분의 이념은 민사소송의 이념인 ‘적정, 공평, 신속, 경제³⁶⁾’에서

31) 국제사법 제2조(국제재판관할)

① 법원은 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 실질적 관련이 있는 경우에 국제재판관할권을 가진다. 이 경우 법원은 실질적 관련성의 유무를 판단함에 있어 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따라야 한다.

② 법원은 국내법의 관할 규정을 참작하여 국제재판관할권의 유무를 판단하되, 제1항의 규정의 취지에 비추어 국제재판관할의 특수성을 충분히 고려하여야 한다.

32) 석광현, “국제재판관할과 외국판결의 승인 및 집행”, 「국제사법연구」 20권 1호, 한국국제사법학회, 2014.6., 7면.

33) 최성수, “국제사법 제2조상의 국제재판관할 관련 우리나라 판례의 검토”, 「동아법학」 제48권, 동아대학교 법학연구소, 2010.8., 772면.

34) 대법원 2019.6.13. 선고 2016다33752 판결; 석광현, “국제재판관할과 외국판결의 승인 및 집행”, 「국제사법연구」 20권 1호, 한국국제사법학회, 2014.6., 7면; 노태약, “국제재판관할에 관한 최근 대법원판결의 분석 - 실질적 관련 원칙과 국제사법 제2조의 해석론을 중심으로 -”, 「사법」 1권 22호, 사법발전재단, 2012, 199면.

35) 사법정책연구원, 『외국재판의 승인과 집행에 관한 연구』, 사법정책연구원 연구총서, 2020.3., 56면.

경제를 제외한 ‘적정, 공평 및 신속’ 으로 적용된다. 다만 민사소송의 이념과는 해석의 차이가 있다. 예컨대 국제재판관할 배분의 이념에서 말하는 공평³⁷⁾은 법정지의 선택이 원고와 피고의 이익을 형량하였을 때 공평한 것을 의미한다.³⁸⁾ 또한 민사소송에서의 적정과 신속은 민사소송법의 조항들에 의거하여 적용되는 것과는 달리, 국제재판관할 배분의 이념의 경우 당사자 또는 사안 등과의 밀접성을 기준으로 판단³⁹⁾하여야 한다. 다만 여기서 말하는 ‘밀접성’ 도 추상적인 개념이라는 점에서 판례에 따라 달라진다고 해야 할 것이다.

한편 실질적 관련을 미국 민사소송법상의 인적관할⁴⁰⁾의 기준인 ‘최소관련성’ 에 상응한다고 보는 견해가 있다.⁴¹⁾ 최소관련성은 해당 주 법원이 피고에 대한 인적관할을 헌법적으로 주장하기 위해 당사자와 해당 주 사이에 필요한 관련을 말한다.⁴²⁾ 사안에 따르면 해당법원의 재판관할이 인정되기 위해서는 피고의 부담, 주의 이해관계, 원고

36) 미국 FRCP 제1조에서도 “They shall be construed and administered to secure the just, speedy and inexpensive determination of every action.(모든 행동에 대해 공정하고 신속하며 비싸지 않은 결정을 내릴 수 있도록 해석되고 관리되어야 합니다.)” 이라고 하며 적정, 공평, 신속, 경제가 그 이념임을 명시한다.

37) 민사소송 상의 공평은 법관이 중립적 제3자의 위치에서 어떤 편파 없이 양쪽 당사자의 진술을 경청하는 도량과 절차를 보장하는 것을 말한다.

38) 출발점은 원고는 피고의 법정지를 따른다(actor sequitur forum rei)는 대원칙이며, 국제사법 제27조 제28조에서 명시하고 있듯이 사회경제적 약자를 보호할 필요성을 고려해야 한다. 석광현, “國際裁判管轄의 기초이론—도메인이름에 관한 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다59788 판결의 의의”, 「법학논총」 22권 2호, 한양대학교 법학연구소, 2005, 276면.

39) 석광현, “國際裁判管轄의 기초이론—도메인이름에 관한 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다59788 판결의 의의”, 「법학논총」 22권 2호, 한양대학교 법학연구소, 2005, 276면.

40) 미국의 재판관할은 물적관할(subject judgment)과 인적관할(personal judgment)로 나뉘며, 인적관할은 다시 대인관할(in personam jurisdiction)과 대물관할(in rem jurisdiction), 준대물관할(quasi in rem jurisdiction)로 나뉜다.

41) 석광현, “國際裁判管轄의 기초이론—도메인이름에 관한 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다59788 판결의 의의”, 「법학논총」 22권 2호, 한양대학교 법학연구소, 2005, 279면.

42) 최소관련성(minimum contacts)의 정의는 “A nonresident defendant’s connections with the forum state (i.e., the state where the lawsuit is brought) that are sufficient for jurisdiction over that defendant to be proper. Lack of minimum contacts violates the nonresident defendant’s constitutional right to due process and “offends traditional notions of fair play and substantial justice” (해당 피고에 대한 관할권이 적절하기에 충분한 비거주 피고와 포럼 상태 (즉, 소송이 제기 된 주)와의 연결. 최소관련성이 없는 것은 비거주 피고의 적법한 절차에 대한 헌법적 권리를 침해하고 "공정과 실질적인 정의"라는 전통적인 개념을 위반하는 것이다.” 이다. 최영란, “‘실질적 관련’ 은 어디까지인가? - 국제재판관할권 판단 기준에 관한 대법원 2010. 7. 15. 선고 2010다18355 판결에 대한 평석 -”, 「원광법학」 제26권 제4호, 원광대학교 법학연구소, 2010, 525면-570면에서는 이를 ‘최소한의 접촉’ 으로 해석하고 있다.

의 이해관계, 타 주의 연방적 공통 이해관계 등 법원의 인적관할에 이르게 하는 합리적인 요소와 최소한의 관련이 있어야 한다.⁴³⁾ 다만 미국의 최소관련성은 피고를 보호하기 위한 재판관할 원칙이라는 점에서 사안 전체를 아우르고 있는 우리 국제사법상의 실질적 관련성보다 그 범위가 좁다고 생각된다. 그러므로 이에 상응한다고 하기보다 관할배분설의 입장을 취하고 있는 최소관련성에서 비롯된 원칙이라고 보는 것이 타당하다.

(2) 국내법의 관할규정

국제사법 제2조 제2항은 국내법의 관할 규정을 참작하여 국제재판관할의 유무를 판단하되 제1항의 규정의 취지에 맞추어 제1항의 국제재판관할의 특수성을 충분히 고려하여야 함을 명시한다. 국제재판관할의 특수성이란 국내관할과 구별되는 특성으로 단순히 장소적 배분의 문제로 보는 국내 토지 관할과 달리, 국제재판관할의 경우 그에 추가하여 법원의 조직, 법관과 변호사의 자격, 소송절차 및 실체의 준거법, 재판의 집행가능성 등에 차이를 초래할 수 있다는 차이가 있음을 의미한다.⁴⁴⁾

다음으로 ‘참작’의 해석이 필요하다. 법무부는 “국제재판관할규칙=토지관할규정을 전제로 이와 같은 결론이 부당한 특별한 사정이 있는 경우, 관할을 부인할 것이 아니라 1차적으로 국내법의 관할규정을 참작하되 국제재판관할의 특수성을 함께 고려하여야 하는 취지로 이해하여야 한다.”⁴⁵⁾는 입장이다. 민사소송법의 관할 규정은 국제재판관할권을 판단하는 데 가장 중요한 판단기준이나, 우리나라 법원에서 국제재판관할권의 흠이 있으면 소를 각하하고 소송이송에 의하는 토지관할과 법리를 달리하는 등 국내적 관점에서 마련된 민사소송법이 항상 국제재판관할규칙을 정립한다고 볼 수 없다. 이에 따라 ‘=’의 공식은 부합하지 않으므로 일설과 같이 “국제사법 제2조는 과거 대법원판결의 연장선상에 있으나, 국제재판관할규칙 = 토지관할규정이라는 공식을 거부

43) 최소관련성의 최초의 사안인 *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945)에서는 최소관련성을 공평 및 실질적 정의와 통합적으로 인정하며, 적법절차의 요건으로서 피고와 법정지주 간의 최소관련성을 요구하였다.

44) 노태약, “국제재판관할에 관한 최근 대법원판결의 분석 - 실질적 관련 원칙과 국제사법 제2조의 해석론을 중심으로 -”, 『사법』 1권 22호, 사법발전재단, 2012, 209면.

45) 법무부 국제법무과(편), 『국제사법 해설』, 법무부, 2001, 25면; 노태약, “국제재판관할에 관한 최근 대법원판결의 분석 - 실질적 관련 원칙과 국제사법 제2조의 해석론을 중심으로 -”, 『사법』 1권 22호, 사법발전재단, 2012, 199면.

하고, 국내법의 관할규정을 참작하되 국제재판관할의 특수성을 충분히 고려해서 정치(精緻)한 국제재판관할규칙을 정립하라는 명령” 46)으로 보는 견해가 더 타당하다. 대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다33752 판결⁴⁷⁾ 또한 “국제사법 제2조 제2항을 제1항에서 정한 실질적 관련성을 판단하는 구체적 기준 또는 방법으로 국내법의 관할 규정을 제시한다. … 다만 이러한 관할 규정은 국내적 관점에서 마련된 재판적에 관한 규정이므로 국제재판관할권을 판단할 때에는 국제재판관할의 특수성을 고려하여 국제재판관할 배분의 이념에 부합하도록 수정하여 적용해야 하는 경우도 있다.”며 이제까지의 판례들과는 달리 국제재판관할규칙 = 토지관할규정의 공식을 거부하였다.

이에 따라 국내관할규정은 수정 없이 국제재판관할규칙으로 사용할 수 있는 것과 국제재판관할의 특수성을 고려하여 수정한 후 사용할 수 있는 것, 그리고 국제재판관할규칙으로는 적절치 않아 아예 배제되어야 하는 것 등으로 구분되어야 한다.⁴⁸⁾

다. 판례의 경향

(1) 국제사법 개정 전

대법원은 국제사법 제2조가 적용되기 전에는 역추지설의 입장에서 국제재판관할권을 인정하여왔다.⁴⁹⁾ 이후 1987. 10. 14. 서울지방법원⁵⁰⁾은 “국제재판관할에 관하여 조약이나 일반적으로 승인된 국제법상의 원칙이 아직 확립되어 있지 아니하고, 이에 관한 우리나라의 성문법규도 없는 이상, 이는 결국 당사자 사이의 공평, 재판의 적정, 신속

46) 석광현, “국제재판관할과 외국판결의 승인 및 집행”, 「국제사법연구」 20권 1호, 한국국제사법학회, 2014.6., 7면.

47) 대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다33752 판결 : 사안의 원고는 중국 국적으로 중국에서 사채업에 종사하다가 대한민국에서 영업을 하려고 입국한 사람이고, 피고들은 중국 국적의 부부로 중국에서 부동산개발 사업을 영위하다가 대한민국에 거주지를 마련한 사람들이다. 위 사안에서 원고는 과거 중국에서 피고들에게 빌려준 대여금의 반환을 구하는 소를 대한민국 법원에 제기하였다.

48) 노태약, “국제재판관할에 관한 최근 대법원판결의 분석 - 실질적 관련 원칙과 국제사법 제2조의 해석론을 중심으로 -”, 「사법」 1권 22호, 사법발전재단, 2012, 209면.

49) 우리나라의 회사와 일본국 회사 간의 차관협정 및 그 협정의 중개에 대한 보수금지금 약정이 일본 국내에서 체결되었다 할지라도, 그 중개인의 영업소가 우리나라에 있다면, 다른 사정이 없는 한 우리나라의 법원은 그 중개보수금 청구 사건에 관하여 재판관할권이 있다. 대법원 1972. 4. 20. 선고 72다248 판결.

50) 서울지방법원 1987. 10. 14. 선고 86가합3203 판결.

을 기한다는 기본이념에 따라 조리에 의하여 결정되어야 한다.”며 조리설의 입장을 취했다. 동시에 수정 역추지설에 근접한 태도를 보이며 “우리나라 민사소송법의 토지 관할에 관한 규정이 정하는 재판적이 국내에 있을 때” 국내에 재판관할권이 있음을 판시하였다. 이후 대법원에서도 동일한 판결요지를 보이며 국제관할재판권에 대한 판단이 정착되었다.⁵¹⁾

(2) 국제사법 개정 후

2001년 국제사법이 개정된 후, 법원은 ‘조리’에 관한 언급을 제외하고 국제사법 제2조에 따라 “국제재판관할을 결정함에 있어서는 당사자 간의 공평, 재판의 적정, 신속 및 경제를 기한다는 기본이념에 따라야 할 것이고, 구체적으로는 소송당사자들의 공평, 편의 그리고 예측가능성과 같은 개인적인 이익뿐만 아니라 재판의 적정, 신속, 효율 및 판결의 실효성 등과 같은 법원 내지 국가의 이익도 함께 고려하여야 할 것이며, 이러한 다양한 이익 중 어떠한 이익을 보호할 필요가 있을지 여부는 개별 사건에서 법정지와 당사자와의 실질적 관련성 및 법정지와 분쟁이 된 사안과의 실질적 관련성을 객관적인 기준으로 삼아 합리적으로 판단하여야 한다.”⁵²⁾고 판단하였다. 최근 대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다33752 판결에서도 국제사법 제2조 제2항을 언급하며 “민사소송법 관할 규정은 국제재판관할권을 판단하는 데 가장 중요한 판단 기준으로 작용”하나 국제재판관할권을 판단할 시, “이러한 관할 규정은 국내적 관점에서 마련된 재판적에 관한 규정이므로 국제재판관할의 특수성을 고려하여 국제재판관할 배분의 이념에 부합하도록 수정하여 적용해야 하는 경우도 있다.”고 판시하였다.

그간 조리설은 추상적이면서도 막연한 관념에 의지함으로써 법적 안정성을 해친다는

51) 대법원 1988. 4. 12. 선고 85므71 판결; 판례에서 도입한 체계는 일본의 leading case(最高裁判所第二小法廷 昭和56年10月16日 昭和55(オ)130.)에서 비롯된 것이다. 사안은 1977년 12월 4일 말레이시아 항공의 국내선이 말레이시아 국내에서 추락 사고를 일으켜 비행기에 탑승하고 있던 일본인이 사망하였는데, 고인의 유족이 일본 내에 영업소를 가지고 있는 외국법인인 동 항공회사에 대해 항공운송 계약상의 채무불이행에 의한 손해배상을 청구한 것이다. 이에 일본 법원은 “(1)국제재판관할을 직접 규정하는 법규 및 조약이나 국제법상의 원칙이 아직 확립되어 있지 않은 현재로서는 (2)당사자 간의 공평, 재판의 적정·신속을 기한다는 이념에 따라 조리에 의하여 결정하는 것이 상당하며 (3)일본 민사소송법의(원문은 우리 민사법이다.) 국내토지관할에 관한 규정 중 재판적 하나가 일본에 있을 때, 일본의 국제재판관할을 인정하는 것이 조리에 부합한다.”는 ‘3단계구조’를 채택하여 판시하였다. 여기에 ‘특단의 사정’을 추가한 체계를 ‘4단계이론’ 내지 ‘4단계구조’라 한다. 4단계구조는 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다59788 판결 등에서 볼 수 있다.

52) 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다59788 판결 등 대상판결 또한 위 판례를 참조하여 판단하였다.

비판을 받아왔다.⁵³⁾ 이러한 점에서 본다면 ‘조리’를 제외한 판결은 일견 타당한 것으로 보인다. 그러나 실질적 관련성 또한 지극히 추상적인 기준으로서 앞선 판례들에서도 당사자 또는 사안 등과의 밀접성을 판단하기 위하여 일반 사정을 열거한 후 실질적 관련성을 포괄적으로 판단한 점, 이는 결국 개별 사안마다 판례가 축적되어야 한다는 점에서 어느 한편으로는 조리설에 가까운 입장을 취하고 있다고 생각된다.

2. 간접적 재판관할

민사소송법 제217조는 외국판결이 승인되기 위해서 갖추어야 할 요건 중 하나로 제1호에 국제재판관할을 명시한다. 해당 조문에 따르면 “대한민국의 법령 또는 조약에 따른 국제재판관할의 원칙상 그 외국법원의 국제재판관할권이 인정” 되고, 요건의 충족 여부는 동조 제2항에 따라 법원이 직권으로 조사하여야 한다. 여기서 말하는 국제재판관할을 간접관할이라 하며 어떤 경우 외국법원에 재판관할권이 있다고 보아야 하는지에 관한 대립이 있었다.

종래 학설은 승인국 법원이 재판을 한다면 적용할 직접관할원칙을 적용하여야 한다는 승인국법설과 판결국의 관할원칙을 인정하되 승인국의 관할결정의 기본원리를 위반하는 경우에만 판결국의 관할을 부정한다는 견해인 판결국법설로 나뉘었으며, 판례는 승인국법설의 입장을 취하여 왔다.⁵⁴⁾ 그러나 최근의 통설과 판례⁵⁵⁾는 간접적 재판관할은 국제 민사재판이 제기되는 단계에서 문제되는 직접관할과 같은 문제를 다른 관점에서 본 것에 지나지 않기 때문에 그 실질적인 내용은 동일하다고 이해한다.⁵⁶⁾

3. 대상판결 검토

53) 석광현, “국제재판관할에 관한 연구 : 민사 및 상사사건에서의 국제재판관할의 기초이론과 일반관할을 중심으로”, 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 2000.2., 172면.

54) 사법정책연구원, 『외국재판의 승인과 집행에 관한 연구』, 사법정책연구원 연구총서, 2020.3., 54면; 대법원 1995. 11. 21. 선고 93다39607 판결.

55) 대법원 2003. 9. 26. 선고 2003다29555 판결.

56) 이를 거울이론이라 한다. 권재문, “외국 가사재판의 승인·집행에 관한 입법론적 검토”. 「국제사법연구」 23권 2호, 한국국제사법학회, 2017, 307면.

가. 국내 재판관할 규정

(1) 의무이행지

대상판결⁵⁷⁾의 원고들은 본소가 불법행위에 기한 손해배상청구소송이므로 재산권에 관한 소에 속하여 민사소송법 제8조에 따라 의무이행지⁵⁸⁾인 대한민국 법원에 재판관할이 있음을 주장하였다. 그러나 1심 판결과 환송판결은 “불법행위로 인한 손해배상채무는 지참채무이므로 이에 기한 손해배상청구소송을 일률적으로 그 의무이행지에 해당하는 피해자의 주소지국에서 제기할 수 있다고 한다면, 피고가 예측하지 못한 곳에서 응소를 강요받는 결과가 되어 공평에 반하게 되므로 위 조항이 규정하고 있는 의무이행지에는 불법행위에 기한 손해배상채무의 이행지는 제외된다.” 고 판단하였다.

이는 민사소송법 제8조의 재산권에 관한 소의 범위와 관련된 문제이며, 우리 학설은 이행청구권 뿐만 아니라 불법행위·부당이득·사무관리 상의 의무를 전제로 한 청구도 해당한다고 보는 견해⁵⁹⁾와 해당청구까지 의무이행지 관할을 인정하는 것은 불공평하다고 보는 견해⁶⁰⁾로 나뉘어져 있다. 후자는 민사소송법 제8조를 모든 지참채무⁶¹⁾에 적용할 경우 소송의 방어자인 피고가 그의 주소지에서 재판을 받게 하려는 보통재판적의 취지를 무의미하게 만들 수 있고,⁶²⁾ 관할원인으로서 의무이행지⁶³⁾가 타당한 것은 그

57) 대상판결은 국제재판관할권에 관하여 판단하지 않았고, 원심판결인 서울고등법원 2013. 7. 10. 선고 2012나44947 판결은 환송판결 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다68620 판결의 판단을 그대로 원용하였으므로 국제재판관할권과 관련하여서는 환송판결과 환송 전 판결인 서울고등법원 2009. 7. 16. 선고 2008나49129 판결을 중심으로 검토한다.

58) 토지관할을 뜻한다. 의무이행지는 특별재판적으로 민사소송법은 제7조에서 제24조까지 특별한 사건에 대하여 한정적으로 보통재판적과 다른 곳에 재판관할을 인정하고 있다. 대체로 원고의 편의를 위한 것이다.

59) 이시윤, 『新民事訴訟法』(제14판), 박영사, 2020, 106면; 일설에서는 이행지재판적은 이행청구권의 경우뿐만 아니라 계약해제 또는 손해배상청구와 같이 계약관계로부터 발생하는 일체의 분쟁에 적용된다. 그러나 취소에 의한 부당이득반환청구의 소는 계약관계가 소급적으로 소멸한 결과 이행지재판적이 발생할 여지가 없다고 보고 있다. 정찬모·김용진·노태약·양인애·이성호·장준혁·최성준, “전자상거래상의 국제사법적 법률문제 연구”, 『정책연구』 14호, 정보통신정책연구원, 2002.12., 17면. (이하 본 논문의 저자들을 ‘정찬모 외 6명’이라 한다.)

60) 석광현, “계약사건의 국제재판관할에서 의무이행지와 실질적 관련”, 법률신문, 2009년 11월 12일자.

61) 실체법이 특정물의 인도청구 이외의 채무에 대하여 지참채무의 원칙을 채택하고 있기 때문이다. 민법 제467조 제2항 “전항의 경우에 특정물인도 이외의 채무변제는 채권자의 현주소에서 하여야 한다. 그러나 영업에 관한 채무의 변제는 채권자의 현영업소에서 하여야 한다.”에 의거한다.

장소와 청구권 사이에 일정한 관계, 특히 증거의 타당성에 있으므로 국제재판관할 사안에서 재산권에 관한 소 일반 및 불법행위 사안에 대하여 국제재판관할을 인정하는 것은 부당하여 원칙적으로 금전채무의 이행지는 제외된다는 입장이다.⁶⁴⁾ 이러한 견지에서 특별법과 일반법 관계와 달리 특별재판적이 보통재판적에 우선하지 않고 민사소송의 기본이념을 기준으로 재판관할이 인정되는 점,⁶⁵⁾ 국제재판관할규칙에 국내재판관할규정이 적용될 때 적절한 수정이 필요하다는 점을 미루어 볼 때 법정채권에 관한 소가 민사소송법 제8조에서 말하는 재산권에 관한 소에 포함되지 않는다고⁶⁶⁾ 할 수 있다.

그러나 대상판결의 사안에서 원고들의 주소지인 대한민국과 개인배상청구권 간에는 긴밀한 관계, 특히 환송판결에서 인정한 것과 같이 원고들을 증거로 인정하고 있으므로 관할원인으로서 의무이행지의 타당성에 부합한다고 볼 수 있다. 더불어 “불법행위로 인한 손해배상청구소송에서 일률적으로 의무이행지를 인정할 수 없다”⁶⁷⁾는 판단의 ‘일률적’이란 표현은 개별사안에 따라 피해자의 주소지국이 재판관할로 인정될 수 있다고 해석될 여지가 있고, 단지 피고가 외국에서의 소송을 예측할 수 없을 것이란 사정만으로는 원고와 피고의 이익형량이 불공평하다고 볼 수 없다. 국제재판관할을 인

62) 이시윤, 『新民事訴訟法』(제14판), 박영사, 2020, 106면.

63) 재판관할규칙의 통일 및 판결의 상호승인집행에 관한 절차의 간소화를 도모한 민사 및 상사에 관한 재판관할과 판결의 집행에 관한 EU 협약(브뤼셀협약) 제5조 제1항 (a)(b)는 계약에 한정하여 의무이행지 특별관할을 인정하고 있으며, 의무이행지의 범위에서 금전지급이행을 제외하고 물품의 공급과 용역의 이행만을 포함시키고 있다. 민사 및 상사사건의 국제재판관할과 외국재판에 관한 협약의 예비초안(1999년 헤이그초안) 제6조에서도 사실상 동일한 규정을 두고 있다. 이현목, “국제재판관할의 결정에 있어서 몇 가지 문제점 -대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결을 중심으로”, 『국제사법연구』 제19권 제1호, 한국국제사법학회, 2013.6., 95면.

64) 이규호, “인터넷상 저작권침해에 관한 소송의 국제재판관할권”, 『법학연구』 제15권 제3호, 연세대학교 법학연구원, 2005.9., 21면.

65) 석광현, “계약사건의 국제재판관할에서 의무이행지와 실질적 관련”, 법률신문, 2009년 11월 12일자.

66) 학설 또한 의무이행지 채권계약으로부터 발생하는 채무에 한정해야 한다는 입장이다. 석광현, “계약사건의 국제재판관할에서 의무이행지와 실질적 관련”, 법률신문, 2009년 11월 12일자; 특히 불법행위의 경우, 피고의 관할이익을 박탈당하므로 불공평하다는 견해가 있다. 사법정책연구원, 『외국재판의 승인과 집행에 관한 연구』, 사법정책연구원 연구총서, 2020.3., 59면.

67) 환송판결과 같이 서울고등법원 2006. 1. 26. 선고 2002나32662 판결은 국제재판관할로서 불법행위지는 인정한 반면 의무이행지에 대하여는 부정하였다. 본 사안은 대한민국의 베트남전 참전군인들이 미국 법인인 제초제 제조회사들에 의하여 제조되어 베트남전에서 살포된 고엽제의 유해물질(TCDD)로 인하여 각종 질병을 얻게 되었음을 이유로 위 참전군인들 또는 그 유족들이 위 고엽제 제조회사들을 상대로 대한민국 법원에 제조물책임 또는 일반불법행위책임에 기한 손해의 배상을 구하는 사안에서, 대한민국 법원이 고엽제 제조회사들의 재산소재지 또는 불법행위지의 법원으로서 국제재판관할권을 가진다고 한 사례다.

정할 경우 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 원칙 아래 실질적 관련성, 구체적으로 소송당사자들의 공평, 편의 그리고 예측가능성과 같은 개인적인 이익뿐만 아니라 재판의 적정, 신속, 효율 및 판결의 실효성 등과 같은 법원 내지 국가의 이익, 원고와 피고 간의 사정을 종합적으로 고려⁶⁸⁾하여야 하기 때문이다. 또한 환송 전 판결이 의무이행지로서의 재판관할을 부정하는 주요 사유로 “불법행위로 인한 손해배상청구소송의 피고가 예측하지 못한 곳에서 응소를 강요받는 결과가 되어 공평에 반한다.”는 점을 든 반면, 불법행위지를 인정함에 있어서는 “이 사안이 대한민국 국민을 동원하여 강제 노동에 종사시킨 것으로 그 피해자가 귀국하여 대한민국에서 손해배상을 구할 수 있다는 점은 예측 가능하다.”고 판시하였으므로 이러한 법원의 결정에는 모순이 있다.

이를 종합하여 본다면 위 사안은 민사소송법 제8조의 의무이행지 규정에 근거하여 국제재판관할권이 대한민국 법원에 있다고 보는 것이 타당하다.

(2) 불법행위지

민사소송법 제18조 제1항은 일련의 불법행위 중 일부가 행하여졌다는 점과 관련하여 “불법행위에 관한 소를 제기하는 경우에는 행위지의 법원에 제기할 수 있다.”고 규정하고 있다. 불법행위지는 재판절차에 있어 증거조사 및 수집이 용이하여 소송관련 자료가 많고,⁶⁹⁾ 피해자 보호의 이념인 피해자 제소편의에 부합하는 점, 가해자 측에서도 충분히 청구를 예상할 수 있다는 점 등을 이유로 국제재판관할에서도 그 타당성이 인정된다. 일설에서는 “국제사법 제2조에 따르면 불법행위지는 실질적 관련성이 있기 때문에 재판관할로서 인정되는 것으로서 불법행위지 자체는 분쟁 또는 당사자와 실질적 관련성을 갖는 장소를 탐구하기 위한 도구에 불과하다고 보아야 한다.”고 보고 있다.⁷⁰⁾ 불법행위지는 가해행위지와 결과발생지를 포함하는 의미로 불법행위 요건을 전부 충족한 발생지만이 인정되는 것은 아니나, 불법행위의 단순한 공모나 준비행위를 한 곳은 해당되지 않는다.⁷¹⁾ 여기서 말하는 불법행위에는 무과실책임을 지는 특수불

68) 권혁준, “외국판결 등의 승인 및 집행에 관한 실무상 문제”, 「연세법학연구」 제2권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2010, 203면; 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다5978 판결과 대법원 2008. 5. 29. 선고 2006다71908, 71915 판결 등도 이러한 입장에서 국제재판관할 여부를 판단하였다.

69) 장경식, “해사소송에 있어서 국제재판관할에 관한 연구-선박충돌과 선하증권 중심적으로-”, 「해상보험법연구」 제3권, 해상보험법연구회, 2007. 12., 143면.

70) 이현목, “국제재판관할의 결정에 있어서 몇 가지 문제점 -대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결을 중심으로”, 「국제사법연구」 제19권 제1호, 한국국제사법학회, 2013.6., 84면.

법행위를 포함하며 민법에 국한되지 않고 자동차손해배상보장법과 같은 특별법에 의한 손해배상책임에도 적용된다.⁷²⁾ 한편 결과발생지의 범위에 관하여 2차적·파생적으로 생긴 경제적 손해의 발생지도 포함할 것인지 여부가 문제되는데, 손해발생지의 범위를 무분별하게 확대 할 경우 가해자가 예측할 수 없는 곳에서 응소를 강요당하는 위험이 있기 때문이다.⁷³⁾ 이에 국제재판관할을 판단하는 데에 있어서는 물리적·직접적인 손해가 발생한 곳에 한한다고 보는 것이 타당하다는 견해⁷⁴⁾가 있다. 그러나 이 또한 일률적으로 제한할 수는 없다고 생각된다. 국제재판관할의 결정은 실질적 관련성이 주가 되므로 2차적·파생적으로 생긴 경제적 손해의 발생지가 사안과의 밀접성이 인정되고, 소송 당사자 간의 이익형량에 있어 크게 공평에 반하지 않을 경우에는 국제재판관할로 인정되어야 한다. 이는 국제재판관할은 소송의 시작이라는 점과 하나의 사정이 아닌 여러 사정을 종합하여 결정한다는 점에서 국내토지관할 규정의 문언적 의미를 세세하게 확정짓는 것과 같이 하나의 요소에 지나친 집중을 피하는 것이 소송 경제적으로 타당하게 보인다.⁷⁵⁾

대상판결의 사안은 강제노동, 폭행 등의 가해행위지가 일본으로 특정되는 반면 불법행위가 연속적으로 행해진 결과 그 손해 또한 연속적으로 발생하여 결과발생지를 결정하는 데에 있어 문제가 될 수 있다. 1심 판결과 환송판결은 “이 사건 불법행위로 인한 손해배상청구가 구 일본제철이 일본국과 함께 원고들을 강제노동에 종사시킬 목적으로 기망이나 강제에 의하여 동원하고, 이와 같이 동원된 원고들을 강제노동에 종사시키는 일련의 행위를 불법행위로 간주” 하였고, 그 외 사정은 실질적 관련성에 비추어 대한민국의 법원을 국제재판관할로 인정하였다. 국내토지관할규정으로만 한정하여 생각한다

71) 정찬모 외 6명, “전자상거래상의 국제사법적 법률문제 연구”, 「정책연구」 02-14, 정보통신정책연구원, 2002.12., 99면.

72) 이시윤, 『新民事訴訟法』(제14판), 박영사, 2020, 107면.

73) 정찬모 외 6명, “전자상거래상의 국제사법적 법률문제 연구”, 「정책연구」 02-14, 정보통신정책연구원, 2002.12., 100면.

74) 정찬모 외 6명, “전자상거래상의 국제사법적 법률문제 연구”, 「정책연구」 02-14, 정보통신정책연구원, 2002.12., 100면; 일본에서는 국제재판관할이 인정되는 곳을 하나로 한정할 필요는 없고, 광범위하게 국제재판관할을 인정하게 되더라도 특단의 사정론으로 관할을 부정하는 방식을 채택할 수 있음을 근거로 하여 2차적·파생적으로 생기는 경제적 손해의 발생지도 포함한다고 보고, 결과 발생에 대한 예견가능성을 명시적인 요건으로 함으로써 당사자 사이의 공평을 도모한다는 견해를 채택하고 있다. 정영수, “일본의 국제재판관할 법제화 동향과 미국 및 EU의 규범과의 비교 -인터넷 분쟁의 국제재판관할권을 중심으로-”, 「법학논총」 제33권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2009, 137면.

75) 이현목, “국제재판관할의 결정에 있어서 몇 가지 문제점 -대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결을 중심으로”, 「국제사법연구」 제19권 제1호, 한국국제사법학회, 2013.6., 80면.

면, 원고들의 손해발생지는 강제노동, 폭행 등이 이루어진 일본이고 이러한 행위는 국민징용령과 관 알선 등 강제연행 및 강제동원에서 이어진 것으로 소송물을 두 개로 분리하여 각 사안마다 일본과 대한민국에 재판관할이 있다고 보는 것이 타당하다. 그러나 국제재판관할의 배분의 이념의 원칙에서 볼 때에 일련의 불법행위⁷⁶⁾를 하나의 소송물로 보는 것이 소송의 신속 및 경제적 측면에 부합하므로 대한민국 법원에 국제재판관할이 인정된다고 보는 것이 타당하다.⁷⁷⁾

나. 실질적 관련성

환송판결은 “① 피해자인 원고들이 모두 대한민국에 거주하고 있고, ② 사안의 내용이 대한민국의 역사 및 정치적 변동 상황 등과 밀접한 관계가 있는 점 등”의 사정이 대한민국과 실질적 관련성이 있다고 판단하여 우리나라 법원의 재판관할을 인정하고, 원고들과 피고 신일본제철의 소송수행능력을 고려하여 “대한민국 법원에 재판관할권을 인정하는 것이 당사자 간의 공평을 현저히 해하는 것이라고 할 수 없으며, 피고가 대한민국 내에 사무실을 둔 대리인을 선임하여 응소하고 있는 이상 대한민국법원에 응소를 강제하는 것이 심히 부당한 결과를 초래한다고 볼 수도 없다.”고 판단하였다.

환송판결은 역사 및 정치적 상황이 국제재판관할의 기준이 될 수 있는 법리적 근거를 명시하지 않고 있어 이를 통해서도 실질적 관련성을 인정할 수 있느냐에 대한 비판이 제기될 수 있다. 그러나 대상판결의 사안이 단순한 사인(私人) 간의 분쟁이 아니라 식민지배의 역사 속에서 일어난 반인도적 불법행위로 인한 중대한 인권침해 사안이고, 이는 정치적으로도 밀접한 관계가 있다는 점에서 아주 잘못되었다고만은 할 수 없는 판단이다. 설령 이를 제외한다 하더라도 대한민국은 원고들의 생활근거지로서 이 사건과 실질적 관련성을 가진다 할 것이고, 이 사건 청구에 대한 판단이 청구권협정의 체결과 그 후속조치 등 대한민국의 상황과 밀접한 관계가 있으므로 대한민국은 분쟁 사안과 실질적 관련이 있다 할 것이다.

한편 “가장 중요한 소송자료라고 할 수 있는 원고들이 모두 대한민국에 거주하고 있

76) 1심 판결 및 환송 전 판결에서도 “불법행위는 대한민국 내 원고들의 각 거주지역에서 원고들을 동원한 것으로부터 일본에 이르러 강제노동에 종사시키기까지 일련의 계속된 과정에서 이루어진 것이므로, 대한민국은 불법행위지에 해당한다.”고 판시하였다.

77) 이현목, “국제재판관할의 결정에 있어서 몇 가지 문제점 -대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결을 중심으로”, 「국제사법연구」 제19권 제1호, 한국국제사법학회, 2013.6., 87면.

고, 일본의 증거는 거의 멸실되어” 대한민국에 국제재판관할이 인정된다는 법원의 판단은 일본에 증거가 모두 남아있었을 경우, 혹은 미국이나 다른 나라에 일제강제징용과 관련된 밀접한 증거가 있을 경우에는 대한민국이 아닌 타국에 국제재판관할이 인정된다고 해석될 여지가 있으므로 이 부분 판단에 대해서는 타당하다 볼 수 없다.

마지막으로 이 사안은 대한민국 국민을 강제동원하여 강제노동에 종사시킨 것으로 그 피해자가 귀국하여 대한민국에서 손해배상을 구할 수 있다는 점은 충분히 예측 가능하고, 원고들과 피고의 소송수행능력을 고려할 때 대한민국 법원에 재판관할권을 인정하는 것이 당사자간의 공평을 현저히 해하는 것이라고 할 수 없으며, 피고가 대한민국 내에 사무실을 둔 대리인을 선임하여 응소하고 있다는 점에서 대한민국법원에 응소를 강제하는 것이 심히 부당한 결과를 초래한다고 볼 수도 없어 이 부분에 대한 환송판결의 판단에 대해서는 이견이 없다. 이에 따라 환송판결의 결정은 의무이행지와 불법행위지에 관한 민사소송법과 국제재판관할배분의 이념을 적용하고, 국내민사소송과 달리 당사자 또는 사안 등과의 밀접성을 기준으로 판단하였다는 점에서 타당하다.

4. 소결

이상에서 본 바와 같이 국제재판관할권은 직접적 재판관할과 간접적 재판관할로 구분된다.

먼저 직접적 재판관할은 우리나라 법원에 국제재판관할이 인정되는지 여부를 판단하는 것으로서, 국제사법 제2조에 따라 먼저 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따른 실질적 관련성으로 결정된다. 이 때 법원은 국내관할규정을 참작하여 국제재판관할권의 유무를 판단한다. 다만 국제재판관할의 특수성을 고려한다면 국내토지관할규정이 국제재판관할규칙에 그대로 적용될 수 없다고 보는 것이 타당하다. 최근 판례⁷⁸⁾ 또한 이러한 견지를 내비추고 있다. 그러나 학설이 성문화됨에 따라 조리의 언급이 제외되었을 뿐 이 또한 실질적 관련성과 밀접성이라는 추상적 개념을 기준으로 삼고 있으며, 개별 사안에 따라 판례가 적립되기를 기다릴 수밖에 없다는 점에서 우리나라의 국제재판관할 결정기준은 암묵적으로 조리에 기대고 있다고 생각된다.

이어 간접적 재판관할은 민사소송법 제217조에 따라 외국재판이 승인되기 위하여 갖춰야 할 요건 중 하나이며, 직접적 재판관할과 같은 문제를 다른 관점에서 본 것에

78) 대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다33752 판결.

지나지 않으므로 실질적인 내용이 동일하다고 보는 것이 최근 통설과 판례의 입장이다. 이를 기반으로 대상판결을 검토하기에 앞서, 대상판결에서는 국제재판관할권에 관한 언급이 없으므로, 환송판결과 환송 전 원심 및 1심 판결의 판단과 그 이유를 중심으로 검토하였다.

1심 판결은 원고들의 주장에 따라 의무이행지와 불법행위지로 나누어 국제재판관할을 판단하였으며, 국제사법 제2조 제2항에 따라 각각 국내관할규정인 민사소송법 제8조와 동법 제18조 제1항을 적용하여 판단하였다.

의무이행지에 관하여 1심 판결과 환송판결은 불법행위로 인한 손해배상채무는 피고가 예측할 수 없는 곳에서 소송에 임해야 하고 이는 공평치 못하므로 민사소송법 제8조의 재산권에 관한 소에 포함되지 않는다고 보아 대한민국의 국제재판관할을 부정하였다. 그러나 대상판결의 사안에서 원고들의 주소지인 대한민국과 개인배상청구권 간에는 긴밀한 관계, 특히 환송판결에서 인정한 것과 같이 원고들을 증거로 인정하고 있으므로 관할원인으로서 의무이행지의 타당성에 부합한다고 볼 수 있다. 더불어 단지 피고가 외국에서의 소송을 예측할 수 없을 것이란 사정만으로는 원고와 피고의 이익형량이 불공평하다고 볼 수 없고, 환송 전 판결이 의무이행지로서의 재판관할을 부정한 주요 사유로 “불법행위로 인한 손해배상청구소송의 피고가 예측하지 못한 곳에서 응소를 강요받는 결과가 되어 공평에 반한다.”는 점을 든 반면, 불법행위지를 인정함에 있어서는 “이 사안이 대한민국 국민을 동원하여 강제노동에 종사시킨 것으로 그 피해자가 귀국하여 대한민국에서 손해배상을 구할 수 있다는 점은 예측 가능하다.”고 판시하였으므로 이러한 법원의 결정에는 모순이 있다.

다음으로 불법행위지에 관하여 1심 판결과 환송판결은 “이 사건 불법행위로 인한 손해배상청구가 구 일본제철이 일본국과 함께 원고들을 강제노동에 종사시킬 목적으로 기망이나 강제에 의하여 동원하고, 이와 같이 동원된 원고들을 강제노동에 종사시키는 일련의 행위를 불법행위로 간주” 하고, 그 외 사정은 실질적 관련성에 비추어 대한민국 법원을 국제재판관할로 인정하였다. 국제재판관할의 배분의 이념의 원칙에서 볼 때에 일련의 불법행위⁷⁹⁾를 하나의 소송물로 보는 것이 소송의 신속 및 경제적 측면에 부합하므로 대한민국 법원에 국제재판관할이 인정된다고 보는 것이 타당하다.

마지막으로 대한민국은 원고들의 생활근거지로서 이 사건과 실질적 관련성을 가진다

79) 1심 판결 및 환송 전 판결에서도 “불법행위는 대한민국 내 원고들의 각 거주지역에서 원고들을 동원한 것으로부터 일본에 이르러 강제노동에 종사시키기까지 일련의 계속된 과정에서 이루어진 것이므로, 대한민국은 불법행위지에 해당한다.”고 판시하였다.

할 것이고, 이 사건 청구에 대한 판단이 청구권협정의 체결과 그 후속조치 등 대한민국의 상황과 밀접한 관계가 있으므로 대한민국은 분쟁 사안과 실질적 관련성이 인정된다고 보는 것이 타당하다. 또한 재판절차에 있어 증거조사 및 수집이 용이하여 소송관련 자료가 많다⁸⁰⁾는 점, 피해자 보호의 이념인 피해자 제소편의에 부합하는 점, 가해자인 피고 측에서도 충분히 청구를 예상할 수 있다는 점 등 소송 당사자 간의 이익형량에 있어 공평에 반하지 않다는 점에서 1심 판결과 환송판결의 판단에 이견 없다.

제2절 일본판결의 승인가부

대상판결의 사안은 원고 1,2가 동일한 청구이유로 일본 법원에 제기한 소가 청구기각 확정판결을 받았다. 만일 일본의 확정판결이 우리나라에서도 효력을 미친다면, 원고 1,2에 대한 청구는 모두 기각된다. 우리 법원은 해당 쟁점에 관하여 우리나라에 국제재판관할권이 있음에는 이견(異見)이 없다. 그러나 1심 판결⁸¹⁾과 환송 전 판결⁸²⁾은 원고 1,2에 대한 일본 법원의 판단이 외국판결 승인요건으로서의 공서양속에 위반되지 않는다고 판단한 반면, 환송판결⁸³⁾과 대상판결은 공서양속의 위반을 근거로 일본판결의 승인을 부정하였다. 피고 신일본제철은 원고 1,2가 이미 일본에서 동일한 청구이유로 소를 제기하였고, 해당소가 청구기각 확정판결을 받았다는 사실을 들어 원고 1,2의 청구는 기판력에 저촉되므로 기각되어야 한다고 주장한다.

기판력 제도는 국가의 재판기관이 당사자 간의 법적 분쟁을 공권적으로 판단한 것에 기초한 법적 안정성에서 유래⁸⁴⁾된 것으로, 판결은 통치권 중 하나인 사법권에 따라 행사되는 주권의 발현이다. 본디 판결의 효력은 주권이 발현되는 영토 내에서만 인정되는 것이 원칙이나 국제교류가 활발하여짐에 따라 각국은 제반사정에 맞춘 조건 아래 외국의 재판을 승인하고 있다. 이는 소송당사자들이 동일한 청구 이유로 여러 나라에

80) 장경식, “해사소송에 있어서 국제재판관할에 관한 연구-선박충돌과 선하증권 중심적으로-”, 「해상보험법연구」 제3권, 해상보험법연구회, 2007. 12., 143면.

81) 서울중앙지방법원 2008. 4. 3. 선고 2005가합16473 판결.

82) 서울고등법원 2009. 7. 16. 선고 2008나49129 판결.

83) 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다68620 판결.

84) 김승래, “강제징용 피해자의 손해배상청구와 소멸시효 - 대법원 2018. 10. 30. 선고 2013다61381 전합판결 판례평석 -”, 「법률실무연구」 제7권 제2호, 2019, 93면.

서 여러 번 소를 제기하여야 하는 번거로움과 시간·경제적 손실 등을 방지하기 위함이다. 세계 각국은 외국재판의 승인을 위한 요건 및 관행을 가지고 있으며, 우리나라에서도 민사소송법 제217조에서 승인 요건을 갖추고 있다. 이러한 승인 요건은 법계와 관습의 상이함에 따라 각 나라마다 현저한 차이가 있어 승인국에서 재판국에서 인정하고 있는 법이나 제도를 법감정이나 공공의 이익 등의 이유로 받아들일 수 없을 경우가 생긴다. 문제는 승인국의 법을 엄격하게 적용할 경우 오히려 자국민을 역차별하는 상황⁸⁵⁾이 발생할 수 있으며, 분쟁의 신속한 해결을 불가능하게 하는 것은 물론 분쟁의 종국적 해결이 불가능하게 되어 섭외적 법률관계의 안정이 저해된다.⁸⁶⁾ 사안에 따라서는 국가 간의 분쟁이 야기될 수 있다.⁸⁷⁾

대상판결은 원고 1,2가 청구기각 확정판결을 받은 일본판결을 승인하는 것이 우리나라 공서양속에 위배된다는 점을 들어 일본 판결의 승인을 거부하였는데, 여기서 말하는 공서양속이 우리 민법 제103조의 선량한 풍속과 차이가 있는지 의문이다. 이에 이 하에서는 외국판결을 승인해야 하는 근거를 알아본 후, 공서양속을 중심으로 승인요건을 살펴봄으로써 일본판결의 승인을 거부한 대법원의 판단을 검토한다.

1. 외국판결의 승인제도

외국판결의 승인이란 외국법원이 내린 판결의 내용에 대하여 국내에서도 그 외국법상 인정되는 효력을 적법한 것으로 인정하거나 부여하여 집행할 수 있는 것을 확인하고 집행을 허가하는 절차⁸⁸⁾다. 집행과 함께 이루어지는 것이 보통이며 판단의 내용에는 외국판결의 주문은 물론 판단의 이유도 포함된다.⁸⁹⁾ 외국판결의 승인 및 집행에 관한 국가의 태도는 ① 외국판결을 매우 협소하게 인정하는 폐쇄적 체계와 ② 폐쇄적

85) 자국민이 외국판결에서 승소하였을 경우를 상정한 것이다.

86) 김효정, “외국재판의 승인·집행에서의 상호보증 요건에 관한 미국법의 입장 및 시사점”, 「국제사법연구」 제26권 제1호, 한국국제사법학회, 2020.6.30., 48면.

87) 이에 관하여 시대적 흐름에 역행하는 결과를 가져올 수 있다고 보는 견해가 있다. 권혁준, “외국판결 등의 승인 및 집행에 관한 실무상 문제”, 「연세법학연구」 제2권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2010, 194면.

88) 한숙희, “국제가사사건의 국제재판관할과 외국판결의 승인 및 집행”, 「국제사법연구」, 한국국제사법학회, 2006.12., 26면.

89) 진흥기, “국제거래상 외국 민·상사재판의 승인·집행에 관한 소고 -한국, 미국, 일본 및 중국의 경우-”, 「비교사법」 제21권 4호, 한국비교사법학회, 2014, 1431면.

이지는 않으나, 외국판결을 승인하기 위하여 판결의 내용이 적절하였는지 재심사해야 한다는 체계, ③ 자국의 판결을 존중하는 국가에서 행해진 판결만을 승인하는 체계 그리고 ④ 특정한 실체법상의 요건을 구비한 경우, 이를 충족할 시 모든 외국판결을 승인하는 체계로 구분된다.⁹⁰⁾ 대륙법계 국가들은 주로 앞선 세 가지의 체계를, 영미법계 국가들은 ④의 체계를 취해왔다. 우리나라는 민사소송법상 217조에 승인요건을 두고, 이를 심리함으로써 승인하는 ③의 체계를 따르고 있다. 승인요건이 충족될 경우 우리나라에서는 별도의 절차 없이 자동으로 기판력을 포함한 외국판결의 효력이 미치는데 이를 자동승인제도라 한다. 외국판결의 승인 및 집행은 조약이나 국내법에 따라 이루어지며, 우리나라는 이에 관한 다자조약은 물론 양자조약을 체결한 바가 없어 승인은 민사소송법에 의하고 집행은 민사집행법을 적용한다.

가. 이론적 근거

전통적으로 대륙법계 국가들은 만민법 및 로마법의 영향으로 외국판결을 상이하게 보지 않았다.⁹¹⁾ 사법주권의 개념이 도입되며 법원의 결정을 국가의 주권행위로 봄으로써 그 효력 또한 주권의 영역 내에 국한하는 것으로 보았다. 이로 인하여 외국판결의 효력이 국내에 미치는 것을 원칙적으로 받아들이지 않았으며 외국판결을 승인하기 위해서는 성문화된 법규가 존재하여야 한다고 보아왔다.⁹²⁾

반면 영미법계 국가에서는 만민법의 영향으로 외국판결을 받아들이고 가능한 존중하는 게 당연하다는 입장을 취하여 왔다. 외국판결을 사인 간의 분쟁해결이라는 관점에서 바라봄으로써 외국판결의 승인 또한 사법상의 권리확정이라 여긴 것이다.⁹³⁾ 이에 따라 외국판결의 승인 및 집행의 이론적 근거의 대부분은 영미법계에서 제시되었다.

(1) 기득권이론

90) 김석호, “외국판결을 승인·집행하는 논거”, 「법학연구」 제23권, 한국법학회, 2006.8., 278면; 권혁준, “외국판결 등의 승인 및 집행에 관한 실무상 문제”, 「연세법학연구」 제2권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2010, 195면.

91) 이는 로마법 후기에도 이어져왔다. 김석호, “외국판결을 승인·집행하는 논거”, 「법학연구」 제23권, 한국법학회, 2006.8., 278면.

92) 사법정책연구원, 『외국재판의 승인과 집행에 관한 연구』, 사법정책연구원 연구총서, 2020.3., 15면.

93) 진흥기, “국제거래상 외국 민·상사재판의 승인·집행에 관한 소고 -한국, 미국, 일본 및 중국의 경우-”, 「비교사법」 제21권 4호, 한국비교사법학회, 2014, 1431면.

기득권이론은 기득권이 보호되는 것이 모든 문명법의 원칙이므로, 각국에서는 어느 곳에서 어떤 권리가 발생했는지를 파악하고 이를 인정함으로써 토지의 다른 모든 법률에 적용할 수 있도록 노력해야한다⁹⁴⁾는 데서 출발한다. 다시 말해 재판에서 승소한 자는 외국법상의 사법절차에 의하여 특정한 권리를 취득하게 되는데,⁹⁵⁾ 이를 기득권으로 인정하고 기득권은 마땅히 보호되어야 하는 권리이므로 외국판결을 승인·집행하도록 허가하여야 한다는 이론이다. 이 이론은 외국판결의 승인을 사법상의 권리를 인정하는 것으로 간주하기 때문에, 사법주권에서 발생되었던 주권침해의 문제가 해결된다.⁹⁶⁾

(2) 의무이론

의무이론은 금전지급판결에서 착안된 이론으로 법원판결이 패소자에 대해 특정금액을 지급할 의무를 설정하는 데에서 시작되었다.⁹⁷⁾ 외국판결의 승인·집행의 근거를 국제재판관할을 가진 법원의 재판에 의한 이행의 법적의무는 외국에서도 집행가능한 법적의무가 된다고 보는 것이다. 이를 요약하자면 외국판결을 승인하는 주된 이유는 의무를 이행하도록 하는 것이다.⁹⁸⁾

94) 기득권(vested rights doctrine)이라는 용어에 관하여 저자는 “The term vested right is used throughout this paper in the limited sense of an existing cause of action for money damages, which would, if prosecuted in the jurisdiction where the cause of action arose, result in a judgment for the plaintiff.(기득권이라는 용어는 본 문서 전체에서 금전적 손해에 대한 기존 소송 원인의 제한된 의미로 사용되며, 소송 원인이 발생한 관할 지역에서 기소 될 경우 원고에 대한 판결이 내려 질 수 있다.)” 고 명시한다. John K. Beach, "Uniform Interstate Enforcement of Vested Rights", The Yale Law Journal, Mar. Vol.27 No. 5, The Yale Law Journal Company, Inc., 1918, p.656.

95) 진흥기, “국제거래상 외국 민·상사재판의 승인·집행에 관한 소고 -한국, 미국, 일본 및 중국의 경우-”, 「비교사법」 제21권 4호, 한국비교사법학회, 2014, 1433면; 사법정책연구원, 『외국재판의 승인과 집행에 관한 연구』, 사법정책연구원 연구총서, 2020.3., 17면.

96) 김석호, “외국판결을 승인·집행하는 논거”, 「법학연구」 제23권, 한국법학회, 2006.8., 278면; 권혁준, “외국판결 등의 승인 및 집행에 관한 실무상 문제”, 「연세법학연구」 제2권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2010, 287면.

97) 의무이론(doctrine of obligation)은 Russell v. Smyth, 9M. &W. 810 - 1842; Rose v. Himely, 4Cranch241, 279; Schibsbys v. Westenholz, LR 6 QB 155, 161 등에서 적용하고 있다.

98) 진흥기, “국제거래상 외국 민·상사재판의 승인·집행에 관한 소고 -한국, 미국, 일본 및 중국의 경우-”, 「비교사법」 제21권 4호, 한국비교사법학회, 2014, 1433면.

(3) 예양이론

예양이론은 외국의 주권행사를 존중하고 이에 따라 외국판결을 존중하여야 한다는 국제예양에서 외국재판 승인의 근거를 찾는 이론이다.

미국에서는 “법적 의미로서의 예양은 한 국가가 그 영토 내에서 국제적 의무와 편의, 자국시민 또는 자국 법 보호 아래 있는 사람들의 권리를 존중함으로써 다른 나라의 입법, 행정 또는 사법행위를 허용함을 의미한다.”⁹⁹⁾고 판시하였고, 이에 따라 예양이론은 주권의 상호존중에 기초한다는 것을 알 수 있다. 실제로 예양이론은 외국판결의 승인요건으로서 상호주의를 취하는 근거가 되는데, 상호주의는 외국이 먼저 우리의 주권을 존중해 줄 때 우리도 그 외국의 주권을 존중해주겠다는 의미다.¹⁰⁰⁾

(4) 기판력이론

외국판결에도 기판력이 인정되기 때문에 외국판결을 승인하여야 한다고 보는 이론이다.¹⁰¹⁾ 기판력을 인정하지 않을 경우 사건을 여러 차례 심리하게 됨으로써 불편함을 감수해야 하는 것은 물론, 앞선 판례와 모순된 판단이 내려질 가능성이 있다. ¹⁰²⁾

99) “Comity,” in the legal sense, is neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor of mere courtesy and good will, upon the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws. (법률적 의미에서 '예양'은 절대적 의무의 문제가 아니며, 단순한 예의와 선의의 문제도 아니다. 예양은 한 국가가 자국의 영토 내에서 국제적인 의무와 편의, 그리고 자국 시민이나 자국 법률의 보호를 받는 다른 사람의 권리와 관련된 다른 국가의 입법, 행정 또는 사법 행위에 대해 허용하는 것이다.)” Hilton v. Guyot, 159 US 113, 16 S. Ct. 139, 40 L. Ed. 95 – Supreme Court, 1895; Bishop, R. Doak, and Susan Burnette., "United States Practice Concerning the Recognition of Foreign Judgments." In Int'l L. vol.16, American Bar Association, 1982, p.426.

100) Arzandeh Ardavan. "Reformulating the common law rules on the recognition and enforcement of foreign judgments.", Legal Studies 39 no.1, Society of Legal Scholars, 2019, p.8.

101) 진흥기, “국제거래상 외국 민·상사재판의 승인·집행에 관한 소고 -한국, 미국, 일본 및 중국의 경우-”, 「비교사법」 제21권 4호, 한국비교사법학회, 2014, 1433면.

102) 진흥기, “국제거래상 외국 민·상사재판의 승인·집행에 관한 소고 -한국, 미국, 일본 및 중국의 경우

(5) 검토

먼저 기득권이론과 의무이론은 외국판결을 공권력의 행사가 아닌, 사인의 권리실현 문제로 파악하고 이로 인하여 주권침해를 극복하는 데 초점을 두었다는 점에 의의가 있다. 그러나 두 이론 모두 특정 국가에서 취득된 권리가 당연히 타국에서도 인정된다고 전제하고 있음에도 불구하고, 그 이유를 법리적으로 설명할 수 없다는 점에 타당치 못하다. 또한 소송당사자들은 이미 자신들의 권리와 의무를 가지고 있고, 법원은 그에 대한 적법판단을 해주는 것인데 이를 새롭게 창설 혹은 취득하는 것으로 보는 것이 과연 옳은 논리인지 의문이다.

두 번째로 예양이론은 상대가 먼저 존중해주면 우리도 존중해주겠다는 명제는 결국 외국이 자국의 판결을 승인하지 않을 경우, 자국 또한 해당국 판결의 승인을 거부하겠다는 것으로 해석된다는 점에서 재판국에 대한 보복조치의 여지가 있다.

기판력이론은 소송의 시간·경제적 이익과 신속한 해결 등 외국판결 승인제도의 필요성과 연관된다는 점에서 가장 설득력이 있는 이론이다. 그러나 타국의 기판력을 인정하는 것이 자국의 주권을 포기하는 결과로 생기는 것은 아닌지 의문이며, 이에 관한 적절한 해답을 주기에 부족한 느낌이 있다.¹⁰³⁾

나. 국내 외국판결의 승인 근거

민사소송법 제217조에서는 외국판결의 승인요건 중 하나로서 제4호에 상호보증을 규정하고 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 상호보증은 국가예양을 근거로 삼고 있어 상호주의가 우리나라에 영향을 미쳤음을 알 수 있다. 그러나 영향을 미쳤을 뿐 국가예양을 외국판결의 승인 근거로 보고 있지는 않다. 대법원¹⁰⁴⁾은 “우리나라와 외국 사이에 같은 종류의 판결의 승인요건이 현저히 균형을 상실하지 아니하고, 외국에서 정한 요건이 우리나라에서 정한 그것보다 전체로서 과중하지 아니하며, 중요한 점에서 실질적으

-” , 「비교사법」 제21권 4호, 한국비교사법학회, 2014, 1433면.

103) 진흥기, “국제거래상 외국 민·상사재판의 승인·집행에 관한 소고 -한국, 미국, 일본 및 중국의 경우-” , 「비교사법」 제21권 4호, 한국비교사법학회, 2014, 1434면.

104) 대법원 2016. 1. 28. 선고 2015다207747 판결.

로 거의 차이가 없는 정도라면 민사소송법 제217조 제1항 제4호에서 정하는 상호보증의 요건을 갖춘” 것으로 보고, “이러한 상호보증은 외국의 법령, 판례 및 관례 등에 따라 승인요건을 비교하여 인정되면 충분하고 반드시 당사국과의 조약이 체결되어 있을 필요는 없으며, 외국에서 구체적으로 우리나라의 같은 종류의 판결을 승인한 사례가 없더라도 실제로 승인할 것이라고 기대할 수 있는 정도이면 충분하다.” 고 판단한다. 이는 이전 대법원 1992. 7. 14. 선고 92다2585 판결에서 “영사관계에관한비엔나협약¹⁰⁵⁾ 제5조 j항에는 파견국 영사는 파견국 법원을 위하여 소송서류 또는 소송 이외의 서류를 송달할 수 있도록 되어 있으나, 이는 자국민에 대하여서만 가능한 것이고 우리나라와 영사관계가 있더라도 송달을 받을 자가 자국민이 아닌 경우에는 영사에 의한 직접실시방식을 취하지 않는 것이 국제예양” 이라며 단순히 관습적 의미로 사용하였던 것과는 다소 다르나 그뿐이다. 상호보증의 요건은 외국판결의 내용이 정당하더라도 상대국이 자국의 판결을 승인하지 않고 있다 내지 상호보증이 없다는 이유만으로도 승인을 거절하게 된다. 다시 말해 정당하게 외국판결에서 승소한 자를 보호하지 못하는¹⁰⁶⁾ 폐단이 있다.

현재 우리나라는 앞서 살펴본 이론에서 외국판결의 승인의 근거를 찾기보다, “외국판결에 의하여 얻어진 분쟁해결의 종국성 확보, 국제적인 파행적 법률관계의 발생 방지, 이종의 소송 방지를 통한 소송경제 등” 의 실질적인 이유” 를 외국판결의 승인·집행의 근거로 들고 있다.¹⁰⁷⁾

다. 외국판결의 승인요건

105) Vienna convention on Consular Relations : 영사관계를 규율하는 가장 기본적인 다자간 조약으로 국제연합 국제법위원회에서의 검토를 거쳐 1963년 4월 24일에 비엔나회의에서 채택되어 1967년 3월 19일 발효되었다. 영사의 주재국에서 영사의 지위와 활동의 보장을 명확히 하는 조약. 영사관의 설치, 영사의 임명, 영사의 특권, 직무 범위 등을 규정하고 있다. 한국에서는 1977년 4월 6일에 발효되었다. 자세한 내용은 정치학대사전편찬위원회 홈페이지 21세기 정치학대사전 “영사관계에 관한 비엔나협약” 참조.

106) 사법정책연구원, 『외국재판의 승인과 집행에 관한 연구』, 사법정책연구원 연구총서, 2020.3., 20면.

107) 이현목, “외국재판의 승인과 집행의 근거의 재정립과 외국재판의 승인과 집행의 대상 및 상호보증과 관련한 몇 가지 문제”, 『통상법률』 136호, 법무부 국제법무과, 2017.8., 13면; 이연주, “민사소송법 제217조의 승인대상으로서 ‘외국재판’의 개념 -외국법원의 면책재판 등에 관한 논의를 중심으로-”, 『법학논집』 제21권 2호, 이화여자대학교, 2016, 62면; 사법정책연구원, 『외국재판의 승인과 집행에 관한 연구』, 사법정책연구원 연구총서, 2020.3., 20면.

민사소송법 제217조는 외국판결의 승인요건으로서 확정판결요건, 국제재판관할요건, 송달요건, 공서요건, 상호보중요건의 다섯 가지를 명시한다. 각각의 요건들은 개별사안들에 있어 그 범위를 해석함에 논란의 여지가 있으나, 대상판결에서 문제되는 사안은 국제재판관할요건과 공서요건이다.

원고 1,2가 동일한 청구이유로 제기하였던 일본판결은 최고재판소에서 상고기각으로 확정된 판결이고, 이는 적법한 공시송달 아래 이루어졌음을 뜻하며, 한일 간에 상호보중이 존재함은 이견이 없기 때문이다. 더불어 국제재판관할요건은 이미 앞서 살펴보았으므로, 이하에서는 논의 범위를 ‘공서요건’ 으로 한정한다.

2. 승인요건으로서의 공서

가. 의의

민사소송법 제217조 제3호에 따른 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서, 다시 말해 공서양속은 공서라는 국가공공의 질서와 양속이라는 성풍속을 가리켜왔다. 다만 실무에서 차차 그 틀에서 벗어나 ‘사회적 타당성’에 가까운 사고로 전환되었다.¹⁰⁸⁾

승인요건으로서의 공서는 외국판결을 승인하는 것이 국내의 법적안정성을 침해하고 사법권의 신뢰를 잃어버리지 않도록 방지하는 기능¹⁰⁹⁾을 한다. 현재의 다수설이며, 외국판결 자체가 아닌, 외국판결을 승인한 결과가 국내사법질서를 어지럽히게 될 때 승인을 거부하고 있음을 그 근거로 삼는다. 또한 확정판결 등을 승인한 결과가 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나는지는 승인 여부를 판단하는 시점에서 확정판결 등의 승인이 우리나라의 국내법 질서가 보호하려는 기본적인 도덕적 신념과 사회질서에 미치는 영향을 확정판결 등이 다른 사안과 우리나라와의 관련성의 정도에 비추어 판단하여야 한다.¹¹⁰⁾

현재 공서는 외국의 입법례나 국내 판례는 물론 국제조약에서도 인정되고 있는 요건

108) 진흥기, “국제거래상 외국 민·상사재판의 승인·집행에 관한 소고 -한국, 미국, 일본 및 중국의 경우-”, 「비교사법」 제21권 4호, 한국비교사법학회, 2014, 1449면.

109) 김동윤, “외국판결의 승인 및 집행요건으로서의 공서”, 「인권과 정의」 제353호, 대한변호사협회, 2006, 153면.

110) 대법원 2016. 1. 28. 선고 2015다207747 판결 등.

이며 구별 개념에 대한 논란이 있다.

(1) 민법상 공서와의 구별

먼저 승인요건으로서의 공서와 우리 민법 제103조가 규정하고 있는 공서의 개념을 동일하게 보는 견해가 있다. 이는 승인요건으로서의 공서가 타국과 국제사법상에 규정된 것이 아니라 국내의 공서로 규정되었음을 근거로 삼는다.¹¹¹⁾ 반면 다수 견해는 두 개념을 서로 다른 것으로 보아 민법상의 공서를 국내적 공서, 승인요건으로서의 공서는 국제적 공서로 구별한다. 국내 법원¹¹²⁾ 또한 “승인이나 집행이 집행국의 기본적인 도덕적 신념과 사회질서를 해하는 것을 방지하여 이를 보호하려는 데 그 취지가 있다 할 것이므로, 그 판단에 있어서는 국내적인 사정뿐만 아니라 국제적 거래질서의 안정이라는 측면도 함께 고려하여 제한적으로 해석하여야” 한다는 입장을 취함으로써, 두 공서를 구별하고 있다.¹¹³⁾ 만일 두 개념을 동일하게 취급한다면 외국판결을 승인하는 결과가 국내사법질서를 어지럽힐 때뿐만 아니라, 준거법이 우리나라의 제반사정에 맞지 않을 경우에도 승인을 부인하게 되므로 두 개념의 구별은 중요하다.

국제적 공서는 섭외성을 고려하더라도 양보할 수 없는 내국의 법질서의 기본원칙 내지 내국의 법질서를 지지하는 기본 이념 또는 법 제도의 고려 내지 가치관을 의미하며¹¹⁴⁾, 국내법상의 공서보다 더 좁게 해석¹¹⁵⁾하는 것이 일반론적인 견지다. 이와 같이 승인국의 관념에 따라 판단되는 공서위반을 ‘공서개념의 국가성’이라 한다.¹¹⁶⁾

111) 피정현, “외국판결의 승인·집행과 공서양속”, 『비교사법』 8권 1호, 한국비교사법학회, 2001.6., 517면.

112) 서울민사지방법원 1984. 4. 12. 선고 83가합7051 판결; 서울고등법원 2014. 12. 11. 선고 2014나1463 판결; 서울고등법원 2016. 10. 25. 선고 2015나29277 판결.

113) 비록 위 판례는 외국의 중재재판에 관한 판시이나 외국판결의 승인 및 집행의 경우에도 적용될 수 있다.

114) 김동윤, “외국판결의 승인 및 집행요건으로서의 공서”, 『인권과 정의』 제353호, 대한변호사협회, 2006, 153면.

115) Strong Stacie I., "Recognition and Enforcement of Foreign Judgements in US Courts: Problems and Possibilities.", Rev. Litig. 33, University of Texas School of Law, 2014, p.42.

116) 석광현, “강제징용사건에 관한 일본판결의 승인가부”, 『일제강점기 강제징용사건 판결의 종합적 연구』, 박영사, 2014.12.18., 50면.

(2) 국제사법상 공서와의 구별

외국판결의 효력을 배제함을 목적으로 한다는 점에서 승인요건으로서의 공서(이하 ‘승인공서’라 한다.)는 국제사법 제10조 “준거법인 외국법을 적용한 결과가 대한민국의 공서에 반하는 때에는 그의 적용을 배제한다.”의 공서(이하 ‘준거법공서’라 한다.)와 공통점을 갖는다.¹¹⁷⁾ 그러나 승인공서는 비록 국내법에서 다루지 않거나 판단 기준이 국내법과 다른 경우의 외국판결이라 할지라도, 승인한 결과가 국내법 질서를 흐트러트리지 않을 경우 승인하는 반면, 준거법공서는 재판의 결과가 아닌 외국법 적용의 결과가 공서에 반하는 경우를 상정함에 있어 기능적인 차이가 있다. 또한 승인공서의 경우 외국의 판결을 승인하지 않는 데서 그치는 데 반하여, 준거법공서는 외국법의 적용을 배제하고 법정지법에 따라 판단한다는 점에서 구별된다.¹¹⁸⁾

한편 승인공서는 준거법공서보다 더욱 엄격한 요건이 요구된다. 승인국 법관이 직접 판단하였다면, 국제사법의 공서조항에 따라 적용을 배제했을 외국법을 외국 법원이 적용하여 판단하였더라도, 이를 이유로 당연히 외국판결의 승인이 배제되는 것은 아니다.¹¹⁹⁾

나. 공서위반의 형태

(1) 실체적 공서위반

민사소송법 제217조 제1항 제3호에서는 “그 확정재판 등의 내용 및 소송절차에 비추어” 공서에 어긋나지 않아야 된다고 명시함으로써, 승인요건으로서의 공서의 의미에 실체적 공서와 절차적 공서 모두 포함하고 있음을 밝힌다.

117) 준거법공서는 국제사법적 공서 또는 저촉법적 공서라고도 한다. 사법정책연구원, 『외국재판의 승인과 집행에 관한 연구』, 사법정책연구원 연구총서, 2020.3., 82면.

118) 피정현, “외국판결의 승인·집행과 공서양속”, 『비교사법』 8권 1호, 한국비교사법학회, 2001.6., 518면.

119) 이를 가리켜 공서의 완화된 효력 또는 완화된 공서이론이라 한다. 김동윤, “외국판결의 승인 및 집행요건으로서의 공서”, 『인권과 정의』 제353호, 대한변호사협회, 2006, 353면; 석광현, “강제징용사건에 관한 일본판결의 승인가부”, 『일제강점기 강제징용사건 판결의 종합적 연구』, 박영사, 2014.12.18., 51면; 피정현, “외국판결의 승인·집행과 공서양속”, 『비교사법』 8권 1호, 한국비교사법학회, 2001.6., 520면.

실체적 공서위반이란 외국판결의 판단내용이 아닌, 외국판결을 승인한 결과가 국내 법질서의 기본원칙이나 기본이념에 반하는 경우를 말한다. 판단기준은 실정법 규정 자체가 아니라 그 근저에 놓인 기본원칙, 기본이념 및 가치관이 그 내용이 된다.¹²⁰⁾ 예컨대 헌법의 핵심적 가치에 반하는 외국판결, 지나치게 과도한 손해배상을 명한 외국판결, 징벌배상 또는 삼배 배상을 명한 외국판결과 강행법규 위반행위에 기한 외국판결의 승인 등이¹²¹⁾ 해당된다.

실체적 공서위반에 대하여 우리 법원은 구체적으로 세 가지 경우를 특정 짓는다.

“구체적으로 ‘선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나는 경우’ 란 ㉠ 동일 당사자 간의 동일 사건에 관하여 대한민국에서 판결이 확정된 후에 다시 외국에서 판결이 선고되어 확정됨으로써 대한민국 판결의 기판력에 저촉되는 경우¹²²⁾ ㉡ 재심사유에 관한 민사소송법 제451조 제1항 제6호, 제7호, 제2항의 내용에 비추어 볼 때 피고가 판결국 법정에서 위조·변조 내지 폐기된 서류를 사용하였다거나 위증을 이용하는 것과 같이 사기적인 사유가 있었음을 주장할 수 없었고, 또한 처벌받을 사기적인 행위에 대하여 유죄 판결과 같은 고도의 증거가 있는 경우¹²³⁾, ㉢ 외국 판결의 내용 자체가 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나는 경우 등을 말한다.” 대상판결에서 문제된 공서위반은 실체적 공서위반 중에서도 세 번째 유형에 속한다.

(2) 절차적 공서위반

절차적 공서위반이란 외국판결을 승인하는 중 외국법원이 당사자에게 실질적 방어 기회를 주지 않거나, 당사자가 적법하게 대리되지 않은 경우, 또는 기망에 의하여 외국판결이 선고되어 확정된 경우 등 국내절차법적으로는 당해 판결의 정당성을 인정하기 어렵고 이를 승인한다면 국내법질서에 악영향을 미치는 것으로 인정되는 것을 말한다.¹²⁴⁾ 절차적 공서위반의 경우 절차적 공서위반으로 되는 하자가 판결의 결과에 영향

120) 권혁준, “외국판결 등의 승인 및 집행에 관한 실무상 문제”, 『연세법학연구』 제2권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2010, 208면.

121) 석광현, “강제징용사건에 관한 일본판결의 승인가부”, 『일제강점기 강제징용사건 판결의 종합적 연구』, 박영사, 2014. 12. 18., 49면.

122) 대법원 1994. 5. 10. 선고 93므1051, 1068 판결.

123) 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다74213 판결.

124) 박선아, “일본 전범기업을 상대로 한 민사소송의 의의와 과제 -대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다

을 미쳤음을 요하는지와 절차적 공서위반으로 되는 하자에 대하여 판결국의 소송절차에서 이의를 제기하는 것이 가능했는데도 이의를 제기하지 않은 경우 다시 승인 및 집행의 절차에서 이의할 수 있는지가 문제 된다.¹²⁵⁾

(3) 승인공서위반 인정 요건

외국판결의 주문과 이유를 기초로 판단할 때 외국판결의 판단이 구체적인 사건에서 ① 우리나라의 법원칙에 반하고, ② 문제된 우리나라의 법원칙이 본질적¹²⁶⁾이며, ③ 상이점이 커서 우리가 수인할 수 있는 범위를 넘을 경우¹²⁷⁾, 외국판결을 승인하는 것이 우리의 기본적인 도덕적 신념 또는 근본적인 가치관념과 정의관념에 위반된다고 본다.

이러한 공서요건은 민사소송법 제217조 제2항에 따라 우리나라 법원이 직권으로 조사할 상황이다.

다. 공서 요건의 심사

(1) 실질적 재심사 금지 원칙과의 관계

민사집행법 제27조 제1항에서는 “집행판결은 재판의 옳고 그름을 조사하지 않고 하여야 한다.” 고 규정하고 있다. 이를 실질적 재심사 금지의 원칙이라 한다. 독일민사소송법(ZPO) 제723조¹²⁸⁾는 우리법과 같은 취지로 규정하고 있다.¹²⁹⁾ 이 원칙의 범리상

22549 판결-”, 「법조」 제62권 제9호, 2013.9., 272면.

125) 김동윤, “외국판결의 승인 및 집행요건으로서의 공서”, 「인권과 정의」 제353호, 대한변호사협회, 2006, 353면.

126) 기본적인 도덕적 신념 또는 근본적인 가치관념과 정의관념에 속한 것을 의미한다. 석광현, “강제징용 사건에 관한 일본판결의 승인가부”, 『일제강점기 강제징용사건 판결의 종합적 연구』, 박영사, 2014.12.18., 54면.

127) 석광현, “강제징용사건에 관한 일본판결의 승인가부”, 『일제강점기 강제징용사건 판결의 종합적 연구』, 박영사, 2014.12.18., 54면; 박선아, “일본 전범기업을 상대로 한 민사소송의 의의와 과제 -대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결-”, 「법조」 제62권 제9호, 2013.9., 273면.

128) 독일민사소송법(ZPO) 제723조(§ 723 Vollstreckungsurteil)

(1) Das Vollstreckungsurteil ist ohne Prüfung der Gesetzmäßigkeit der Entscheidung zu erlassen.

의 근거는 외국판결의 승인제도의 입법취지인 외국의 공권적 판단의 존중과 소송경제 등에서 찾을 수 있다.¹³⁰⁾ 이는 비록 집행 판결에 관한 규정이나 승인의 경우에도 타당하게 적용된다.

해당 원칙과 공서위반의 심사와의 관계에 대하여 두 가지 학설이 있다. 제1설은 양자를 별개의 것으로 보는 견해이며 외국판결에 대하여 실질적인 심사를 하지 않는다는 것은 해당 외국판결의 당부의 재조사를 금지하는 반면, 공서위반의 심사는 외국판결을 승인한 결과가 대한민국의 근본적인 가치관이나 법질서에 비추었을 때 승인할 수 없는지를 내국관련성의 정도에 따라 판단하는 것이므로 외국판결의 내용에 대한 당부를 조사하는 것은 아니다.¹³¹⁾ 제2설은 공서위반의 심사를 실질적 재심사 금지 원칙의 예외로 보는 견해로서 공서 조항은 법관에게 외국판결의 내용적 재심사를 할 권리와 의무를 부여한 것이므로, 그 한도 내에서는 실질적 재심사 금지의 원칙에 대한 예외가 성립한다.¹³²⁾ 즉 공서 요건은 해당 외국판결의 내용이나 절차에 대하여 최소한의 심사를 해보아야만 요건 충족 여부를 판단할 수 있으므로 공서위반의 심사는 실제에 있어 외국판결의 내용에 대한 최소한의 재심사를 허용하는 학설이다.

(2) 심사의 대상

(2) Das Vollstreckungsurteil ist erst zu erlassen, wenn das Urteil des ausländischen Gerichts nach dem für dieses Gericht geltenden Recht die Rechtskraft erlangt hat. Es ist nicht zu erlassen, wenn die Anerkennung des Urteils nach § 328 ausgeschlossen ist.

((1) 결정의 적법성을 검토하지 않고 집행 판결을 내려야합니다.

(2) 집행 판결은 해당 법원에 적용되는 법에 따라 외국 법원의 판결이 확정 될 때까지 발행되지 않습니다. 328에 따른 판결의 인정이 제외되면 발행되지 않습니다.)

129) 다만 프랑스의 경우 1819. 4. 19.의 Parker 사건에 대한 판결(Cass. civ.. 19 avril 1819. Parker .S.. 1819. I. 290.)이후, ‘법원이 외국판결에 집행문을 부여하기 전, 집행판결을 승인받고자 하는 모든 외국재판에 대하여 실질 및 형식에 관하여 조사해야한다.’ 는 원칙에 따라, 외국재판에 대하여 전면적인 심사가 행하여지고 있다. 더 자세한 내용은 김상찬, “프랑스法上 外國判決의 承認과 執行”, 「法과 政策」 4호, 제주대학교 법과정책연구원, 1988, 187-188면 참조.

130) 이연주, “민사소송법 제217조의 승인대상으로서 ‘외국재판’ 의 개념 -외국법원의 면책재판 등에 관한 논의를 중심으로-”, 「법학논집」 제21권 2호, 이화여자대학교, 2016, 63면.

131) 사법정책연구원, 『외국재판의 승인과 집행에 관한 연구』, 사법정책연구원 연구총서, 2020.3., 83면; 피정현, “외국판결의 승인·집행과 공서양속”, 「비교사법」 8권 1호, 한국비교사법학회, 2001.6., 527면.

132) 사법정책연구원, 『외국재판의 승인과 집행에 관한 연구』, 사법정책연구원 연구총서, 2020.3., 83면; 피정현, “외국판결의 승인·집행과 공서양속”, 「비교사법」 8권 1호, 한국비교사법학회, 2001.6., 528면.

공서위반을 심사함에 있어 외국판결의 주문까지를 적절하다고 보아야 하는지, 이유까지 보아야 하는지에 관한 학설의 대립이 있다. 전자를 주문설, 후자를 이유설이라 한다. 주문설은 실질적 재심사 금지의 원칙에서 근거를 구하고 있으며, 외국판결의 승인심사는 주문까지만 이루어져야 한다는 학설이다. 공서심사에서 판결이유를 대상으로 하는 것은 외국판결의 승인·집행절차에 외국판결의 당부를 심사하는 것이므로 타당치 않다고 본다.

반면 이유설은 공서 요건이 승인국의 본질적인 법원칙에 반하는 외국판결의 승인을 거부함으로써 국내법질서를 보호하는 방어적 기능을 가진다는 점을 고려하면, 외국판결 승인의 결과를 외국판결에 기판력을 인정하는 결과와 동일하게 보고, 더 나아가 우리 법질서에 미칠 파급효를 포함한다고 보고 있다.¹³³⁾ 이는 주문설의 비판에 관하여 외국판결의 당부를 심사하는 것이 아니라 외국판결을 승인한 결과가 국내에서 원용될 수 있는지를 심사하는 것이라 반박한다. 대법원 2010. 3. 25.자 2009마1600 결정¹³⁴⁾은 물론 대상판결에서도 이유설을 취하고 있다.¹³⁵⁾

(3) 검토

생각건대 단순히 금전지급을 명하는 판결에 있어 이를 승인한 후의 결과에 대하여는 사회적 파급력이 없다. 그러나 그 금전지급이 도박과 같이 우리 법감정으로는 받아들일 수 없는 이유로 인함일 때 이로 인한 사회적 파장을 무시하지 못할 것이다. 이러한 경우를 상정한다면, 공서위반의 심사에는 이유까지 포함하는 것이 타당하다.

이어 실질적 재심사 금지 원칙과 공서위반심사에 있어 그 범위가 문제되는데, 이는 민사소송법 제217조에 따른 외국판결승인 요건을 충족한 경우에만 허용되는 것이 타당

133) 사법정책연구원, 『외국재판의 승인과 집행에 관한 연구』, 사법정책연구원 연구총서, 2020.3., 85면.

134) 미국 파산법원의 회생계획인가결정에 따른 면책적 효력을 국내에서 인정하는 것이 구 회사정리법(2005. 3. 31. 법률 제7428호 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지)의 속지주의 원칙을 신뢰하여 미국 파산법원의 회생절차에 참가하지 않고 채무자 소유의 국내 소재 재산에 대한 가압류를 마치고 강제집행이나 파산절차 등을 통하여 채권을 회수하려던 국내 채권자의 권리를 현저히 부당하게 침해하게 되어 그 구체적 결과가 우리나라의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나는 경우에 해당하므로, 위 미국 파산법원의 회생계획인가결정은 민사소송법 제217조 제3호의 요건을 충족하지 못하여 승인될 수 없다고 한 사례다.

135) 이필복, “외국판결의 승인에서의 공서 위반 심사의 대상”, 『사법』 제1권 44호, 사법발전재단, 2018, 279면.

하다. 공서위반의 외국판결을 승인함으로써 당사자의 권리를 현저히 부당하게 침해하게 되고 나아가 국내법질서를 어지럽히는 결과를 방지하기 위함이다.¹³⁶⁾

따라서 공서요건은 실질적 재심사 금지 원칙의 예외로 보는 것이 옳으며, 이를 적용함에 있어 판례와 외국의 입법례가 강조하고 있는 최소한도 내에서 매우 엄격하게 판단하는 것이 타당하다. 한편 실질적 재심사 금지 원칙에 대하여 공서심사를 전면적으로 허용해야 한다는 의견이 있으나 외국판결 승인제도의 취지에 부합하지 않으므로 허용될 수 없다.

3. 대상판결 검토

대상판결을 검토하기 전에 한 가지 주의해야 할 점은 공서위반 여부를 심사할 때에 일본이 어떤 준거법으로 판단을 하였는지, 그 판단이 우리나라에 현저히 맞지 않는지는 중요치 않다는 점이다. 승인공서위반을 판단함에 있어서는 일본판결을 승인한 후, 그 결과가 국내법질서를 어지럽히고 혼란을 야기하는지의 여부를 중점에 두어야 한다. 그러므로 일본판결이 승인공서를 위반하였는지를 판단하기 위해 앞서 살펴보았던 세 가지 요건 ① 우리의 법원칙에 반하고, ② 이러한 법원칙은 헌법을 포함한 우리나라의 기본적인 도덕적 신념 또는 근본적인 가치 관념과 정의 관념에 속하며, ③ 일본판결의 판단과 우리 법원칙 간의 차이가 커서 전자는 우리가 수인할 수 있는 범위를 넘는지¹³⁷⁾에 관하여 검토한다.

먼저 국가총동원법에 의거한 국민징용령이 적법하다고 본 판단을 살핀다. 일본 법원의 전제는 1910년 한일합방이 공정하고 적법하게 이루어졌고, 이로 인하여 조선은 일본의 부속 영토가 되었다는 점이다. 이에 따라 일본 법원은 국민징용령 또한 적법한 행위임을 인정한다. 그러나 서론에서 주지하였다시피 ‘징용’이라는 용어만으로도 국가의 강제성이 드러난다고 할 것인데, 이를 부정하는 것은 매우 타당치 못하다. 그리고 대한민국의 국민은 1910년 한일합방이 총칼의 위협으로 이루어졌고 조선은 일본의 부속 영토가 아닌 불법강점지이자 식민지였음을 잘 알고 있다. 이러한 역사의식은 대상판결이 언급한 바와 같이 제정헌법과 현행헌법에 깃들여 그 어떤 법논리에도 흔들리

136) 이연주, “민사소송법 제217조의 승인대상으로서 ‘외국재판’의 개념 -외국법원의 면책재판 등에 관한 논의를 중심으로-”, 『법학논집』 제21권 2호, 이화여자대학교, 2016, 63면.

137) 석광현, “강제징용사건에 관한 일본판결의 승인가부”, 『일제강점기 강제징용사건 판결의 종합적 연구』, 박영사, 2014.12.18., 59면.

지 않는 대한민국의 정신이자 이념이 되었다. 또한 국가총동원법은 중일전쟁 및 태평양전쟁 중 자원 조달을 위한 것으로 국제법 및 국제사회에서도 용인되지 않는 침략전쟁에 정당성을 부인하는 것은 타당치 않다. 그럼에도 불구하고 승인공서를 판단할 때에 일본판결의 전체적인 판단을 제외한 피고 회사의 동일성과 채무 승계에 관하여만 판단한 1심 판결과 환송 전 판결의 태도는 매우 의아하다. 이로 미루어 본다면 일본의 판결은 위의 세 가지 요건에 전부 해당되므로 이를 승인 거부한 대상판결의 판단은 매우 타당하다.

한편 실제적 공서에 위반하는지 여부를 판단할 때에 실정법 규정 자체뿐만 아니라 그 근저에 놓인 기본원칙과 이념, 가치관이 공서의 내용이 된다는 점에 대상판결이 헌법을 판단기준으로 삼은 것은 매우 획기적인 결정이다. 다만 이러한 우리나라의 판결이 일본에서 승인되는 것은 또 다른 문제이며 앞서 언급하였던 것과 같이 일본 정부와 일본 기업은 대상판결을 국제법 위반이라 말하고 있다.

4. 소결

본디 판결은 주권의 발현으로 자국의 영토 내에서만 인정되는 것이 원칙이다. 그러나 국제교류가 활발해짐에 따라 각국은 제반사정에 맞춘 조건을 하에 외국판결의 승인 및 집행제도를 허용하고 있다.

외국판결의 승인·집행이 가능한 이론적 근거에 관하여 기득권 이론, 의무이론, 예양이론, 기관력이론 등 학설의 대립이 있으며 우리나라는 해당 이론들의 영향은 받았으나 이를 근거로 삼고 있지 않다. 우리나라는 “외국판결에 의하여 얻어진 분쟁해결의 종국성 확보, 국제적인 파행적 법률관계의 발생 방지, 이중의 소송 방지를 통한 소송경제 등”의 실질적인 이유”를 외국판결의 승인·집행의 근거로 삼아 민사소송법 제217조에서 외국판결의 승인 요건 다섯 가지를 명시하고 있다. 대상판결에서 쟁점이 된 사항은 민사소송법 제217조 제3호의 공서요건이다. 공서요건은 공서양속이라 불리기도 하며 외국의 입법례나 판례는 물론 국제조약에서도 인정되고 있는 요건이다. 이는 민법 제103조와 국제사법 제10조에 명시된 ‘공서’와는 구별되어야 하는 개념으로 실제적 공서위반과 절차적 공서위반을 포함한 의미이다.

공서요건을 심사함에 있어 실질적 재심사 금지 원칙과의 관계가 문제되는데, 양자를 별개로 보는 견해보다 공서위반의 심사를 실질적 재심사 금지 원칙의 예외로 보는 것

이 더 타당하다. 공서요건을 심사할 때에는 외국판결을 최소한도에서 심사를 해야만
 요건 충족 여부를 판단할 수 있기 때문이다. 심사의 대상을 외국판결의 주문만 보아야
 하는지, 이유까지 보아야 하는지에 관하여 후자의 이유설이 우리 법원의 입장으로 승
 인국의 본질적인 법원칙에 반하는 외국판결의 승인을 거부함으로써 국내법질서를 보호
 하는 방어적 기능을 가진다는 점에 의의가 있다. 승인공서요건의 위반 여부는 “① 우
 리의 법원칙에 반하고, ② 이러한 법원칙은 헌법을 포함한 우리나라의 기본적인 도덕
 적 신념 또는 근본적인 가치 관념과 정의 관념에 속하며, ③ 일본판결의 판단과 우리
 법원칙 간의 차이가 커서 전자는 우리가 수인할 수 있는 범위를 넘어야 한다.” 는 세
 가지 원칙을 통해 알 수 있다.

이를 기반으로 대상판결을 검토한 결과, 1910년 한일합방과 국민징용령으로 인한 강
 제연행 및 강제동원을 적법하다는 일본판결은 우리의 법원칙에 반하고, 나아가 제헌헌
 법과 현행헌법의 전문과 차이가 크고 해당부분은 우리나라의 근본적인 가치 관념이라
 는 점에서 일본판결의 승인을 거부한 대상판결의 판단은 매우 타당하다.

제3장 1965년 한일청구권협정과 피해자의

개인배상청구권

제1절 문제의 소재

1965. 6. 22. 대한민국과 일본국간의 기본관계에 관한 조약(이하 ‘한일기본조약’ 이라 한다.)이 체결됨에 따라 한일 간 ‘대한민국과 일본국간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정’ (이하 ‘한일청구권 협정’ 이라 한다.)이 조인되었다. 본 조약과 협정의 목적은 일본의 식민통치에서 비롯된 문제를 청산·처리하고¹³⁸⁾ 한일 간 일반적 국교 관계를 규정하기 위함이었다. 7차례에 거친 한일회담에서도 우리 정부는 불법적인 식민지 지배에 대한 사죄와 배상을 요구하였다. 그러나 식민지 지배를 합법으로 보고 있는 일본과의 인식 차를 해소하지 못한 채 회담은 마무리 되었다. 이는 국가자주경제의 재건을 목표로 한 군사정부가 일본자본의 도입을 위하여 역사청산보다 한일회담의 조기타결을 우선시한 결과였다.¹³⁹⁾

이러한 인식 차이는 최근 일제의 반인도적 범죄로 인한 피해자들의 손해배상청구소송이 잇따르며 ‘한일청구권 협정으로 해결된 권리 속에 피해자 개인의 배상청구권도 포함되어 있는가?’ 에 관한 문제로 이어졌다. 곧 한일청구권협정에서 말하는 ‘청구권’ 의 범위 내지 물적 대상의 해석차이다. 이를 바르게 해석하기 위해서는 한일청구권협정의 목적과 그 성격을 밝히는 것이 우선이다.

여기서 조약의 해석기준은 국제법상 통용되고 있는 ‘조약법에 관한 비엔나협약(이하 ‘비엔나협약’ 이라 한다.)¹⁴⁰⁾ 제3절에 규정된 것을 따른다. 본 협약은 1965년 한일청

138) 이원덕, “한일회담과 일본의 전후처리 외교”, 「한국과 국제정치」 제23권 제1호, 경남대학교 극동문제연구소, 1996, 35면.

139) 자세한 내용은 한국민족문화대백과 홈페이지 “한일기본조약(韓日基本條約)” 참조.

140) Vienna Convention on the Law of Treaties : 조약법에 관한 비엔나협약은 조약의 체결절차와 효

구권협정이 체결된 이후 1969년에 체결된 것으로 국내에서는 1980. 1. 27.에, 일본에서는 1981. 8. 1. 발효되었다. 이에 시제법 상의 문제가 생길 수 있으나 한일청구권협정을 해석함에 있어 이를 적용하는 데 이견은 없다. 국제사회에서 조약 해석에 관한 비엔나협약의 내용을 국제관습법으로 간주하고 있기 때문이다.¹⁴¹⁾

비엔나 협약은 제3절 제31조와 제32조에서 각각 조약해석의 일반규칙과 보충적 수단을 규정한다.¹⁴²⁾ 당해 협약에 따르면 1차적으로 통상적 의미에 따른 문맥을 살피고, 의미가 모호하거나 불합리한 결과를 초래할 경우에만 2차적인 해석이 가능하다.¹⁴³⁾ 대상판결도 이러한 입장에서 사안을 판단하였다. 이에 관하여 일설에서는 “대상판결은 청구

력발생, 다자간 조약에 대한 유보, 조약의 준수·적용과 해석, 제3국에 대한 효력, 개정과 변경, 무효·종료와 운용정지, 피기탁자의 임무, 통고, 정정, 등록 등 조약에 관한 제 규칙을 망라한 일반조약이다. 더 자세한 내용은 정치학대사전편찬위원회 홈페이지 “조약법에 관한 비엔나협약 [Vienna Convention on the Law of Treaties]” 참조.

141) 関本克良, “国際法と国家の法的責任に関する考察 日本軍「慰安婦」問題と被害者の損害賠償請求権を焦点として”, 「大学紀要」63卷 2号, 天理大学学報, 2012.2., 114頁; Park PaeKeun, "The 1965 "Korea-Japan Claims Settlement Agreement" and Individuals' Claims Rights", 「法政研究」68卷 2号, 九州大学法政学会, 2001.10.17., 68頁; 신용인, “한일청구권협정과 강제징용 피해자의 손해배상 청구권 -대법원 2018. 10. 30. 선고 2013다61381 판결-”, 「법학논총」 제32권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2019, 289면; 이근관, “한일청구권협정상 강제징용배상청구권 처리에 대한 국제법적 검토”, 『일제강점기 강제징용사건 판결의 종합적 연구』, 박영사, 2014.12.18., 156면.

142) 비엔나협약 제31조(해석의 일반규칙)

- ① 조약은 조약문의 문맥 및 조약의 대상과 목적으로 보아, 그 조약의 문면에 부여되는 통상적 의미에 따라 성실하게 해석되어야 한다.
- ② 조약의 해석 목적상 문맥은 조약문에 추가하여 조약의 전문 및 부속서와 함께 다음의 것을 포함한다.
 - (a) 조약의 체결에 관련하여 모든 당사국간에 이루어진 그 조약에 관한 합의
 - (b) 조약의 체결에 관련하여, 1 또는 그 이상의 당사국이 작성하고 또한 다른 당사국이 그 조약에 관련되는 문서로서 수락한 문서
- ③ 문맥과 함께 다음의 것이 참작되어야 한다.
 - (a) 조약의 해석 또는 그 조약규정의 적용에 관한 당사국간의 추후의 합의
 - (b) 조약의 해석에 관한 당사국의 합의를 확정하는 그 조약 적용에 있어서의 추후의 관행
 - (c) 당사국간의 관계에 적용될 수 있는 국제법의 관계규칙
- ④ 당사국의 특별한 의미를 특정용어에 부여하기로 의도하였음이 확정되는 경우에는 그러한 의미가 부여된다.

제32조 (해석의 보충적 수단)

제31조의 적용으로부터 나오는 의미를 확인하기 위하여, 또는 제31조에 따라 해석하면 다음과 같이 되는 경우에 그 의미를 결정하기 위하여, 조약의 교섭 기록 및 그 체결시의 사정을 포함한 해석의 보충적 수단에 의존할 수 있다.

- (a) 의미가 모호해지거나 또는 애매하게 되는 경우, 또는
- (b) 명백히 불투명하거나 또는 불합리한 결과를 초래하는 경우

143) 이는 국제사법재판소(ICJ)의 판단이다. Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), ICJ Judgment (1994), paras 25-27.

권협정의 해석은 조약의 해석 원칙에 따라 이루어져야 한다고 밝히고 있을 뿐이다. 그러나 청구권협정의 문언을 해석함에 있어서는 조약 해석 원칙 외에 대한민국 헌법에 합치되는 해석도 필요하다.”¹⁴⁴⁾며 합헌적 법률 해석의 원칙 적용 필요성을 언급한다.

제2절 한일청구권협정의 체결 목적에 대한 해석

1. 비엔나협약에 따른 해석

가. 비엔나협약 제31조

한일청구권협정은 체결 목적을 규정하고 있지 않다. 다만 전문에서 “대한민국과 일본국은, 양국 및 양국 국민의 재산과 양국 및 양국 국민간의 청구권에 관한 문제를 해결할 것을 희망하고, 양국 간의 경제협력을 증진할 것을 희망” 함을 밝히고 있다. 이를 통해 한일청구권협정은 ‘양국 및 양국 국민의 재산과 양국 및 양국 국민 간의 청구권에 관한 문제를 해결’ 하기 위해 체결되었음을 간접적으로나마 확인할 수 있다.

문제는 여기서 말하는 ‘청구권’의 정의에 관한 규정 또한 없어 이를 통하여는 한일청구권협정의 체결 목적이 샌프란시스코 조약 제4조에 따른 한일 간의 채권·채무 관계의 청산을 위함인지, 일본의 한반도 식민지 지배의 불법성에 대한 배상을 위함인지 알 수 없다. 이는 본 협정과 관련된 모든 문서에도 해당한다. 다만 한일 간의 ‘추후의 합의’ 및 ‘추후의 관행’으로서 입법된 양국의 내국법은 공통된 조약적용행위 또는 조약해석관련행위라 보기는 어렵다.¹⁴⁵⁾

나. 비엔나 협약 제32조

한일청구권협정의 체결 목적을 검토하기 위해선 비엔나협약 제32조에 따른 보충적

144) 신용인, “한일청구권협정과 강제징용 피해자의 손해배상청구권 -대법원 2018. 10. 30. 선고 2013다 61381 판결-”, 「법학논총」 제32권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2019, 290면.

145) 강병근, “1965년 한일 협정의 “청구권”의 범위에 관한 연구”, 「국제법학회논총」 제60권 제3호, 대한국제법학회, 2015.9., 26면.

해석이 필요하다. 비엔나협약 제32조에 따르면 통상적 문맥으로 조약을 해석할 시 의미가 모호해지거나 애매하게 되는 경우, 조약의 교섭 기록 및 그 체결시의 사정을 포함한 해석의 보충적 수단에 의존할 수 있다.

(1) 한일청구권협정 체결시의 사정

한일청구권협정이 체결되기 전 6·25한국전쟁 중 일본의 전후보상 처리에 따른 연합국의 움직임이 있었다.

샌프란시스코 평화조약(대일강화조약)은 1951. 9. 8. 미국 샌프란시스코 전쟁기념관 공연예술센터에서 제2차 세계대전의 종식 및 전후배상문제해결을 위해 일본과 연합국 48개국이 맺은 평화조약이다. 1952. 4. 28. 발효되어 연합군 최고사령부에 의한 군정기 하에 있던 일본의 주권이 회복되었다. 본 조약은 독일의 전후배상을 규정한 베르사유 조약이나, 제1차 세계대전 이후와 달리 매우 관대한 배상을 부과하고 있다. 제2차 세계대전이 제1차 세계대전 이후 독일에 대한 천문학적인 액수의 배상요구가 나치즘을 일으켰다는 인식에서 나타난 조치이다. 이 또한 옳은 해석이나 근본적인 이유는 미국의 정책변화에 있었다.¹⁴⁶⁾

미국은 19세기 초반, 아시아를 견제하기 위해 중국을 중심으로 전략을 이행하였다. 그러나 냉전체제에 들어선 소련이 공산당을 주지한 중국과 동맹을 맺고 1950. 6. 25. 한국 전쟁이 발발하자 유엔군과 미국에게 일본의 중요성이 대두되었다.¹⁴⁷⁾ 다시 말해 일본을 아시아 지역 내 우위를 지닌 군사전략적 요충지 내지 지역거점국가로 본 것이다.¹⁴⁸⁾ 미국은 일본에 미군을 주둔시키고자¹⁴⁹⁾ 일본에 경제를 원조하다 인적 자원이 부족해지자 전범의 수많은 책임자들 대부분에게 면죄부를 주고 일본의 지도층으로 복

146) 南基正, “戰後日韓關係の展開 : 冷戦、ナショナリズム、リーダーシップの相互作用”, GEMC journal: グローバル時代の男女共同参画と多文化共生: Gender equality and multicultural conviviality in the age of globalization 7号, 東北大学グローバルCOE 「グローバル時代の男女共同参画と多文化共生」, 2012.3., 64頁.

147) 그 결과 일본은 한국전쟁으로 인해 경제적으로 크게 성장하였다. OREIGN OFFICE FILES FOR JAPAN AND THE FAR EAST, Series Three: Embassy & Consular Archives -Japan(post1945), Public Record Office Class F0 262.

148) 최은미, “미국의 외교정책이 전후처리에 미친 영향 연구-독일과 일본의 전범처리와 국가간 배상 사례를 중심으로-”, 석사학위논문, 고려대학교 대학원 정치외교학과, 2008.12., 88면.

149) 김승배, “존 포스터 덜레스(John Foster Dulles)의 신념과 한·일관계의 양가성”, 「국제정치논총」 제57권 제2호, 한국국제정치학회, 2017., 229면.

귀시켰다.¹⁵⁰⁾ 이런 상황 속에서 일본이 연합국과 피해국에게 배상 할 경우 자국의 재정부담은 물론, 경제 원조로 인해 미국 납세자의 부담이 증대될 것이 우려되어¹⁵¹⁾ 조약을 위한 사전교섭에서 “대일무배상 원칙”을 내세웠다. 이는 동남아시아의 격렬한 반대로 무산되었으나 미국은 ‘일본이 생존 가능한 경제를 유지’ 하는 선에서 이루어져야 한다는 규정을 삽입하였다. 이에 조약에 참여하였던 많은 국가들이 미국을 따라 배상청구를 포기함으로써 일본에는 매우 관대한 배상이 부과 되었다. 당시 일본을 향한 미국의 시각은 당시 미국의 대통령이었던 트루먼이 샌프란시스코 조약의 개막식에서 연설한 내용에서도 드러난다. 그는 일본과의 평화조약이 태평양의 전반적인 평화에 큰 의미가 될 것을 시사하고,¹⁵²⁾ 일본의 국제사회 복귀와 한국의 평화를 일직선상에 놓았다. 그럼에도 불구하고 샌프란시스코 조약의 참여국에는 한국이 미포함 되었는데, 이는 일본은 물론¹⁵³⁾이고 영국과 미국이 한국의 독립운동과 광복군을 대일전의 승리와 무관하다¹⁵⁴⁾고 보는 입장에서 비롯되었다. 그 배경에는 식민통치를 합법적인 것으로

150) 이러한 과정에서 아우슈비츠의 생체실험과 비견될만한 731부대의 범죄 또한 불문처리 되었다. 최은미, “미국의 외교정책이 전후처리에 미친 영향 연구-독일과 일본의 전범처리와 국가간 배상 사례를 중심으로-”, 석사학위논문, 고려대학교 대학원 정치외교학과, 2008.12., 61-62면.

151) 오오타 오사무, “韓日 請求權交渉 研究”, 박사학위논문, 고려대학교 대학원 사학과, 2000.12., 46면.

152) “가장 중요한 것은 한국의 평화와 안보의 회복이다. 일본이 국제사회에서 제자리를 되찾고, 그와 함께 한국 국민이 안전하고 자유롭고 통합됨에 따라, 평화를 위협하고 있는 태평양의 문제를 해결할 방법을 찾아야 한다.” HARRY S. TRUMAN, “Address in San Francisco at the Opening of the Conference on the Japanese Peace Treaty.”, 1951.9.4.

153) 일본은 조선인들의 독립운동을 반란으로 취급하였다. 박태균, “한일회담 시기 청구권 문제의 기원과 미국의 역할”, 「한국사연구」 제131권, 한국사연구회, 2005, 40면.

154) 1945.8.17. 미국이 발표한 일반명령 제1호에는 ‘중국의 만주, 북위 38도 이북의 한국에 위치한 일본군은 소련 극동군 사령관에게 항복하라’는 내용이 담겨있다. 다시 말해, 일본이 항복해야 하는 대상은 한국이 아닌 소련이었다. 이로 인해 한국의 독립운동은 인정받지 못하였다. 주일대사 토마스 폴리는 3성 조정위원회 극동소위 보고서 SWNCC 101/4 부록 B에 규정된 “Korea is a territory to which the proposed International Trusteeship System. as provided for in the Charter of the United Nations. is applicable ... a territory detached from an enemy of this war ... Korea is not one of the United Nation(한국은 국제 신탁 제도가 제안 된 영토입니다. 유엔 헌장에 규정된 대로. 적용 가능...이 전쟁의 적으로부터 분리 된 영토... 한국은 연합 국가가 아닙니다.)”에 입각하여 한국은 일본으로부터 배상을 받을 수 없다는 견해를 내비쳤다. 영국은 조선이 일본의 식민지로서 연합군에 대항하여 전쟁을 수행했다는 억지 주장을 부리며, 중화민국과 중화인민공화국의 중국 대표권 문제와 연관시켰다. 역설적이게도 영국이 반대하던 시기에 미국은 한국을 회담 참여국으로 인정해야 한다는 입장이었다. 정성화, “샌프란시스코 平和條約과 韓國·美國·日本의 外交政策의 考察”, 「인문과학연구논총」 제7권, 명지대학교 인문과학연구소, 1990, 6면; 김승배, “샌프란시스코평화조약과 동북아시아 비(非)서명국들: 소련, 한국, 중국과 평화조약의 규범 보전”, 「일본비평」 제22권, 서울대학교 일본연구소, 2020.2., 59면.

보는 연합국의 논리가 있었다.¹⁵⁵⁾ 우리나라를 서명국으로 인정할 경우 일본의 식민지배가 불법성임을 인정하여야 하는데, 패전국의 식민지배를 국제법상 불법으로 규정할 경우 연합국 또한 해당 법에 자유롭지 못했기 때문이다. 이로 인하여 미국은 1910년 한일합병의 불법성을 인정하지 않았고¹⁵⁶⁾, 샌프란시스코 조약에는 식민지배에 관한 불법성 및 배상에 관한 언급을 찾아볼 수 없다.¹⁵⁷⁾ 이는 식민지배의 지속을 용인한 것과 마찬가지로였다. 결국 우리나라는 샌프란시스코 조약 제2조 (a) “일본은 한국의 독립을 인정하고, 제주도, 거문도, 울릉도를 포함한 한반도와 그 부속도서에 대한 모든 권리, 자격, 영유권을 포기한다.”의 당사국이면서도 회의에 참가하지 못하였을 뿐만 아니라 식민지배 문제 해결의 기회도 놓쳤다. 이에 우리나라는 일본에 대한 배상청구에 있어 샌프란시스코 조약 제14조에 의거한 승전국으로서가 아닌, 일본에서 분리된 국가들에 해당하는 규정인 제4조¹⁵⁸⁾에 따른 ‘재산상 채권·채무에 관한’ 별도 협의의 대상국의 입장에서 이루어졌다.

이상의 사정에 의하면 샌프란시스코 조약은 제2차 세계대전에 대한 일본의 전후배상 책임의 청산을 위한 조약임에도 불구하고 그 본질은 동아시아의 냉전체제 구축을 위함으로¹⁵⁹⁾ 식민지배가 합법이라는 전제하에 이루어진 것이다.

(2) 한일청구권협정의 교섭 기록

그렇다면 샌프란시스코 조약을 바탕으로 체결된 한일청구권협정의 목적은 한일 양국 간 재정적·민사적 채권·채무관계를 정치적 합의에 의하여 해결하기 위함이라 보는 것이 타당한가? 이에 대하여 일설에서는 한일회담에서 논의된 내용을 근거로 하여 “실제로 재산 청구권 협상 과정에서 식민지배의 청산이라는 입장에서 협상이 열린 적이 한 번도 없었다.”고 말한다.¹⁶⁰⁾

155) 太田修, "日韓財産請求権問題の再考-脱植民主義の視角から-", 「文学部論集」90号, 佛敎大學文學部, 2006.3.1., 6頁.

156) 김동국, “한·일 경제전쟁-역사전쟁의 근원-샌프란시스코 강화조약과 한일협정-”, 「현장과 광장」 제1권, 현장과 광장, 2019.11.24., 128면.

157) 太田修, "日韓財産請求権問題の再考-脱植民主義の視角から-", 「文学部論集」90号, 佛敎大學文學部, 2006.3.1., 6-7頁.

158) 일본에서 분리된 국가들에는 한국과 북한, 대만 등이 속한다.

159) 도시환, “한일조약체제와 「식민지」 책임의 국제법적 재조명”, 「국제법학회논총」 제57권 제3호, 대한국제법학회, 2012, 30면.

한일 간의 청구권 논의는 샌프란시스코 조약 제4조 (a)를 바탕으로, 1951. 10. 21. 예비회담에서 1965. 6. 22. 한일기본조약이 체결되기까지 14년 간 7차례의 회담으로 이루어졌다. 우리나라는 샌프란시스코 조약의 제3국으로서 조약의 효력에 영향을 받지 않으므로 위 조약에 얽매일 필요가 없었다. 그러나 미국의 입장에서 냉전 대응전략으로 내세운 동북아시아의 지역통합구상을 완성시키기 위해서는 샌프란시스코 조약에서 배제된 한국을 샌프란시스코 체재에 편입시켜야 했다.¹⁶¹⁾ 미국은 이를 위해 한일 간의 양자협의를 주도적으로 추진하였다.

제1차 한일회담은 연합군 최고사령부 외교국장 시볼트(Sibolt.W.J.)의 주선으로 1951. 10. 21. 예비회담을 거쳐, 1952. 2. 15.에 개최되었다. 1952. 2. 16. 한일정부는 ‘재산 및 청구권 위원회’의 설치에 합의하고, 동월 20일에 청구권에 관한 회의를 시작하였다. 한국 측은 임송본 석산은행장이 교섭대표를 맡아 “미군정법령 제33호¹⁶²⁾에 의해 취해진 남한 내 일본 또는 일본인 재산의 귀속조치는 샌프란시스코 조약 제4조 (b)항에 따라 확인되었다.”는 점과 “한국은 36년간의 식민통치에 대한 배상요구가 아닌, 법적으로 한국에 소속되어 있는 것들에 대해서만 청구하려 한다.”는 점을 언급하였다.¹⁶³⁾ 한국 측은 1949년에 발간한 대일배상요구조서¹⁶⁴⁾의 내용과 금액을 축소한 「한일 간 재산 및 청구권 협정 요강」(이하 ‘협정 요강’이라 한다.)을 제출하였다. 협정 요강에서 식민지배에 대한 배상요구를 제외한 것은 위 회담이 미국의 주도하에 개최되었고, 동시에 식민지배 불법을 묵인한 샌프란시스코 조약을 바탕으로 한 까닭이

160) 太田修, "日韓財産請求権問題の再考-脱植民地主義の視角から-", 「文学部論集」90号, 佛教大学文学部, 2006.3.1., 7頁.

161) 유의상, “한일 청구권협정에 대한 재평가”, 박사학위논문, 광운대학교 대학원 국제지역학과, 2015.12.28., 62면.

162) ‘조선내소재일본인재산취득권에관한건’이 정식 명칭이다. 1945. 12. 6. 제정·시행되었다. 본 군정법령 제2조에서는 “1945. 8. 9.이후 조선 내에 소재한 일본정부, 그 기관 또는 국민, 회사, 단체, 조합, 정부의 기타 기관 혹은 정부의 조직 또는 관할한 단체가 직간접으로 혹은 전부 또는 일부를 소유 또는 관리하는 금, 은, 백금, 통화, 증권, 은행감정, 채권, 유가증권 또는 본 군정청의 관할 내에 존재하는 기타 모든 종류의 재산에 더불어 해당 수입원에 대한 소유권이 1945.9.25.부로 조선군정청이 취득하고 소유한다.”고 규정한다.

163) 유의상, “한일 청구권협정에 대한 재평가”, 박사학위논문, 광운대학교 대학원 국제지역학과, 2015.12.28., 76면.

164) 이 조서는 한국이 강화조약의 서명국이 될 것이라는 전제하에서 작성된 것으로, 청구권의 내용도 전쟁 배상을 염두에 두었다. 총액 310억 엔 규모의 대일 배상 청구가 주안이다. 김영미, “‘국익’으로 동원된 개인의 권리-한일회담과 개인보상문제-”, 「동북아역사논총」 제22권, 동북아역사재단, 2008.12., 114면.

다. 당시 한국 정부는 식민지 전체의 피해보상을 받기는 힘들다고 보고, 국제법적으로 합리적인 최소한의 청구권을 제시한 것이다.¹⁶⁵⁾ 일본 측은 이에 대하여 1952. 3. 5. 패전 당시 한국 내에 702억5600만 엔의 재산을 갖고 있었다, 주장하며 이를 ‘역청구’ 하였다. 패전 후 미국 군 당국에 압수된 한국 내의 사유재산을 청구한 것이다. 그 근거로서 일본은 점령군이 민간 자산을 처분할 수 없다는 1907년 헤이그 조약 제46조를 내세웠으며, 규모는 한국 측이 제시한 금액의 2배 이상의 청구였다.¹⁶⁶⁾ 그러나 이는 한국이 아닌 미군정이 처분한 것이었음에도 불구하고 당시 미국은 청구권은 한일 간에 해결되어야 한다는 애매한 답변을 남겼다. 이에 양국의 갈등이 고조되며 회담은 1952. 4. 25.에 결렬되었다.

이후 제2차 한일회담은 1953. 4. 15.에 개최되었으나, 1952. 1. 18. ‘인접해양주권 선언’ 및 일본선박 나포사건으로 결렬되었다.

제3차 회담은 1953. 10. 6.에 열렸다. 한국 측은 일본의 역청구를 비판하고, 이를 계속하여 요구할 경우, 36년간의 식민지 지배로 인한 배상을 청구하겠다고 밝혔다.¹⁶⁷⁾ 이에 일본 측 수석대표 구보타 강이치로(久保田 貫一郎)는 “한국 민족의 식민지 노예 상태를 말한 1943년 카이로선언은 연합국의 전시 히스테리의 표현이다.”, “36년간의 한국 통치는 일본이 한국인에게 은혜를 베푼 것이다.”¹⁶⁸⁾ 라고 망언¹⁶⁹⁾함으로써 회담이 결렬되었다. 이후 1958년까지 회담이 중단되었다. 구보타의 망언은 1954년에 철회되었으며, 1957년 기시 노부스케 내각이 1957년 구보타 발언을 취소하는 내용이 담긴 한일공동선언을 발표하였다. 역청구에 관한 건은 미국이 개입하여 샌프란시스코 조약 제4조 (b)에 따라 일본재산이 모두 처분되었음을 한일 양국 간에 통보함으로써 사라졌다.

제4차 회담은 1957년 예비회담을 거쳐 1958. 4. 15.에 개최되었으나 재일교포의 복

165) 김영미, “ ‘국익’ 으로 동원된 개인의 권리-한일회담과 개인보상문제-”, 「동북아역사논총」 제22권, 동북아역사재단, 2008. 12., 117면.

166) 이후 한국의 반발이 크자 6.25. 전쟁으로 인하여 훼손된 일본인 재산의 원상회복 등 요구 부분에 대해서는 문구를 수정할 용의가 있다는 뜻을 밝혔다. 유의상, “한일 청구권협정에 대한 재평가”, 박사학위논문, 광운대학교 대학원 국제지역학과, 2015. 12.28., 80면.

167) 日韓會談「久保田発言」に関する参議院水産委員会質疑、1953年10月27日.

168) 関本克良, “国際法と国家の法的責任に関する考察 日本軍「慰安婦」問題と被害者の損害賠償請求権を焦点として”, 「大学紀要」63卷 2号, 天理大学学報, 2012.2., 116頁.

169) 이 외 일본의 망언은 이성우, “한일갈등의 역사적 기원과 정치적 쟁점”, 「이슈&진단」 제381호, GRI 경기연구원, 2019.8.에서 확인할 수 있다.

송문제로 한국에서 한일무역을 단절하였다. 미국의 적극적 중재로 재개된 회의는 1960. 4. 19. 혁명으로 이승만정권이 붕괴되어 중단되었다.

제2공화국 수립된 이후, 장면내각에 의해 1960. 10. 25. 제5차 회담이 재개되었다. 이 시기에 일본은 ‘경제협력 방식’을 통하여 청구권 문제를 해결하고자 하였으나, 1961. 5. 16. 군사정변이 일어나며 본회담에 이르지 못하였다. 5·16군사정부는 앞서 언급하였듯, 국가자주경제의 재건을 목표로 일본자본의 도입을 위해 노력하였다.

1961. 10. 20. 속개된 6차 회담에서 한국은 ‘청구권과 경제협조는 별도로 보고, 사법상의 변제원칙에 기하되 정치적 해결도 고려하여야 한다.’는 입장을 내세웠다. 이는 “사실관계와 법적근거를 정확히 제시하지 않을 경우, 청구권은 성립될 수 없고, 배상적 성격을 가진 것은 포함되어 있지 않다.”는 일본의 주장¹⁷⁰⁾에 가로막혔다. 이로 인하여 한일 회담은 교착상태에 빠졌고, 군사정부는 1962. 10. 당시 중앙정보부장 김종필을 일본에 파견하였다. 이후 1962. 11. 12. 도쿄의 비밀회담에서 김종필과 외무장관 오히라 마사요시(大平 正芳)는 청구권문제와 평화선, 법적 지위문제에 대한 메모를 교환하였다. 이를 ‘김-오히라 메모’라 하며, 이 메모에서 청구권이 ‘무상공여 3억 달러, 유상원조 2억 달러, 자금협력 1억 달러+ α ’로 정리되었다.

1964. 3. 24. 한일기본조약 체결에 관하여 국내학생시위와 함께 한일회담반대운동이 일어났으나, 6. 3. 계엄령을 선포한 박정희 정권이 군대를 동원해 이를 진압하였다. 이 때 회담이 잠시 중단되었다가 12월에 7차 회담이 속개된 후 1964. 4. 타결되었고, 1965. 6. 22. 기본조약을 포함한 4개의 협정이 체결되었다.

이후 협정 발효 전 1965. 11. 19. 시이나 에츠사부로(椎名 悦三郎)외상은 제50회 국회 참의원 회의에서 협정으로 지불된 자금에 대하여 “배상의 의미를 가지고 있다고 해석하는 사람이 있지만, 이는 법적으로 아무런 관계가 없으며 어디까지나 경제협력의 차원으로 한국경제의 번영을 기원하고 새로운 국가의 출발을 축하한다는 점에서 경제 협력을 인정한 것이다.”¹⁷¹⁾고 발언하였다.

이상의 사정을 미루어 보면 일본은 협정이 체결되기까지 식민지 배상에 관한 한국 측의 요구를 받아들이지 않았고, 식민지배가 합법적인 입장을 철회한 적도 없다. 이는 결국 한일청구권협정에서 식민지 지배로 인한 배상 청구권은 포함되지 않았음은 물론이고, 본 협정의 체결이 민사 재정적·채권채무 관계의 청산의 목적이었음을 알 수 있

170) 太田修, "日韓財産請求権問題の再考-脱植民地主義の視角から-", 「文学部論集」90号, 佛敎大學文學部, 2006.3.1., 7頁.

171) 第50回 參議院 本會議 第8号 昭和40年11月19日.

다.

2. 합헌적 법률해석의 원칙에 따른 해석

합헌적 법률해석이란 외형상 위헌적으로 보이는 법률이라 할지라도 헌법의 정신에 맞도록 해석될 여지가 조금이라도 있는 한, 이를 쉽게 위헌이라고 판단해서는 안 된다는 법률의 해석지침이다.¹⁷²⁾ 이는 미국 연방 대법원의 1827년 *Ogden v. Saunders* 사건 판결¹⁷³⁾에서 비롯된 원칙으로, 독일 연방 헌법재판소가 수용¹⁷⁴⁾하여 확립한 것을 대한민국 헌법재판소가 받아들였다.¹⁷⁵⁾ 합헌적 법률해석이 요구되는 이유는 한 나라의 법질서가 헌법을 정점으로 하는 통일적인 법체계를 유지해야 하기 때문에 모든 법규범은 헌법과 합치되어야 함에 있다.¹⁷⁶⁾ 또한 국가 간의 신뢰보호 차원에서 위헌이라는 이유로 조약 내지 그 동의법을 실효시킬 경우, 국제무대에서의 체면이 상실되는 것은 물론이고 국가 간의 긴장관계를 불러일으킬 수 있어 이를 회피하는 수단이 된다.¹⁷⁷⁾ 합헌적 법률해석은 법조문의 문구가 명료하고 일의적인 경우에는 적용되지 않으며 다의적으로 해석되는 경우 위헌적 소지가 포함되어야만 적용이 가능하다.¹⁷⁸⁾ 전형적인 합헌적 법률해석의 결과로서 심판의 대상이 된 법조문을 헌법과 조화될 수 있는 방향으로 축소 해석하여 법조문의 효력을 유지시키는 한정합헌결정과 헌법과 조화될 수 없는 내용을 한정해서 밝힘으로써 해석의 법적용을 배제하는 한정위헌결정이 있다.¹⁷⁹⁾

합헌적 법률해석의 문의적 한계로서 조약 해석 시 조약상대방이 이해하고 있는 조약내

172) 허영, 『한국헌법론』 전정16판, 박영사, 2020, 74-75면.

173) 미국 헌법 조항과 달리 파산법의 범위를 결정한 미국 대법원 사건이다. 사건의 주요 쟁점은 뉴욕 법이 헌법의 계약 의무 조항을 위반했는지 여부였다.

174) BVerfG, 1 BvL 104/52, 7.5.1953.

175) 법률의 합헌적 해석은 헌법의 최고규범성에서 나오는 법질서의 통일성에 바탕을 두고, 법률이 헌법에 조화하여 해석될 수 있는 경우에는 위헌으로 판단하여서는 아니 된다는 것을 뜻하는 것으로서 권력분립과 입법권을 존중하는 정신에 그 뿌리를 두고 있다. 헌법재판소 1989.7.14. 선고 88헌가5 전원재판부 결정.

176) 허영, 『한국헌법론』 전정16판, 박영사, 2020, 76-78면.

177) 허영, 『한국헌법론』 전정16판, 박영사, 2020, 78면.

178) 헌법재판소 1990. 4. 2. 선고 89헌가113 전원재판부 결정.

179) 한정위헌결정은 심판의 대상이 된 법조문을 축소해석한 합헌적 법률해석의 결과라는 점에서 한정합헌결정과 같다. 허영, 『한국헌법론』 전정16판, 박영사, 2020, 925면.

용을 합헌적 법률해석의 원칙하에 달리 해석하는 것은 허용되지 않는다.¹⁸⁰⁾ 국제법상 비엔나협약 제27조에서도 “어느 당사국도 조약의 불이행에 대한 정당화의 방법으로 그 국내법규정을 원용해서는 아니 된다.” 고 규정하고 있다. 본 조만 본다면 헌법과 한일청구권협정이 충돌될 경우, 합헌적 법률해석을 이유로 조약의 위반을 주장할 수 없다. 다만 대상판결이 한일청구권협정의 국내법적효력과 관련이 있다는 점에서 헌법 위배여부를 영두에 두어야 한다.

먼저 한일청구권협정은 헌법에 의하여 체결·공포된 조약이므로 헌법 제6조 제1항에 따라 국내법과 같은 효력을 가진다. 이는 곧 한일청구권협정에 위헌 소지가 있을 경우에 국내법과 같이 그 효력을 상실함을 의미한다. 그러나 앞서 언급한 것과 같이 조약에 관해서는 선불리 위헌결정을 내릴 수 없으므로 합헌적 법률해석 원칙에 따른 해석이 필요하다.

한일청구권협정의 체결목적은 앞서 살펴본 바와 같이 다의적 해석이 가능하다는 점에서 합헌적 법률해석이 가능하다. 그러나 이러한 다의적 해석 중 헌법에 위배되는 해석이 있어야만 하는데, 한일청구권협정의 체결목적이 일본의 식민지배의 불법성으로 인한 손해배상으로 인함이 아닌 샌프란시스코 조약 제4조에 따라 한일 간의 재정상 및 민사상 채권·채무관계를 해결하기 위한 목적이라 할지라도 이를 위헌적 소지가 있다고 볼 여지는 없다.¹⁸¹⁾

3. 민관공동위원회와 대상판결의 입장

가. 민관공동위원회의 입장

(1) 한일회담 문서공개에 사정

2000. 5. 1. 미쓰비시 중공업 주식회사를 상대로 강제징용 등 국제법 위반 및 불법 행위 등을 이유로 한 손해배상금과 미지급 임금의 지급을 구한 원고들은 제1심법원에

180) 이 외에도 법조문의 문구가 명료하고 일의적인 경우 합헌적 법률해석은 허용되지 않는다. 헌법재판소 1992. 2. 25. 선고 89헌가104 전원재판부 결정.

181) 신용인, “한일청구권협정과 강제징용 피해자의 손해배상청구권 -대법원 2018. 10. 30. 선고 2013다 61381 판결-”, 「법학논총」 제32권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2019, 288-289면.

서 소송이 계속 중인 상태에서 외교통상부장관을 상대로 정보공개거부처분취소소송을 구하였다.

2002. 9. 5. 1952년부터 1965년까지 사이에 있었던 한일 양국 간의 국교정상화를 위한 한일회담 관련 회의록 등 별지 공개청구목록 기재 문서들(이하 ‘청구권 관련 문서’라 한다.)의 공개를 청구하였는데, 외교통상부장관이 공공기관의 정보공개에 관한 법률(이하 ‘정보공개법’이라 한다.) 제7조 제1항 제2호 소정의 ‘공개될 경우 국가안 전보장·국방·통일·외교관계 등 국가의 중대한 이익을 해할 우려가 있다고 인정되는 정보’로서 비공개대상정보에 해당한다는 이유로 2002. 9. 23. 공개를 거부하였기 때문이다. 본래 외교문서보존 및 공개에 관한 규칙 제4조 제1항에 따르면 “생산 또는 접수된 후 30년이 경과한 외교문서는 외교통상부장관이 외교문서공개심의위원회의 심의를 거쳐 30년이 경과한 해의 다음해 1월에 일반에게 공개”하도록 되어 있다. 다만 앞서 언급하였듯 정보공개법 제7조 제1항 제2호에서는 비공개대상정보의 요건을 명시하고 있으며, 외교통상부장관은 청구권 관련 문서가 비공개대상정보임을 주지하였다. 그 사정은 1993. 10.경 외교문서공개심의위원회 회의 중 외교관계에 따라 당사국인 일본 정부의 의견을 묻던 때에 일본 정부가 “이는 장기간에 걸친 교섭기록이므로 일반 국민의 올바른 이해를 도모하기 위하여 하나의 안건으로 일괄 취급하여 공개 여부를 결정 하되, 일본의 외교기밀에 관한 중요 사항이 담겨 있어 일본 정부도 공개하지 않기로 하였으므로, 상호 신뢰관계가 손상되지 않도록 공개 여부를 신중히 심사하고 공개하는 경우에도 가급적 양국이 동시에 공개함이 바람직하다”¹⁸²⁾는 취지의 의견을 보내왔고, 1994. 1. 청구권 관련 문서는 공개대상에서 제외되었음에 있다. 이후 외교통상부는 1997. 1. 북한과의 수교교섭에 장애가 된다는 이유로 당분간 문서를 공개하지 말아달 라는 일본정부의 요청을 받아들였다.

이에 대하여 서울행정법원은 “국민의 알권리를 헌법 제37조 제2항에 근거하여 제한 하는 경우 필요 최소한도에 그쳐야 할 것이고, 정보의 공개를 거부할 수 있으려면 그 비공개로 인하여 보호되는 이익이 국민으로서의 알권리에 포함되는 일반적인 공개청구 권을 넘어 정보의 공개에 관하여 특별히 가지는 구체적인 이익도 희생시켜야 할 정도로 커야 할 것이고, 과연 그러한지 여부는 정보의 내용, 공개를 필요로 하는 사유 및 그에 관한 정보공개청구권자들의 구체적 이익 등과 공공기관이 공개를 거부할 사유로 서 드는 외교관계 등에의 영향, 국가이익의 실질적 손상 정도 등을 두루 고려하여 판

182) 서울행정법원 2004. 2. 13. 선고 2002구합33943 판결.

단하여야 한다.”¹⁸³⁾ 입장 하에 이하의 판단을 내렸다.

“청구권협정 및 합의의사록의 내용만으로는 원고들의 개인적 손해배상청구권의 소멸 여부에 관한 합치된 해석이 어려워 많은 논란이 있고, 조약의 해석에 관하여는 조약의 목적과 의도에 따라 그 문언의 의미를 밝힘으로써 당사국의 의사를 확인하여야 하고 여기에 조약 체결시의 역사적 상황이 고려되어야 하며 조약 문언의 해석이 의심스러운 경우에는 조약의 준비문서도 해석을 위하여 이용되어야 하는 점에 비추어 보면 청구권협정 해석의 보충적 수단으로서 이 사건 문서를 이용할 필요성이 크다고 할 것이므로, 이 사건 문서의 공개가 불필요하다고 할 수 없다.”¹⁸⁴⁾

이러한 관점에서 서울행정법원은 위 사건 원고들의 소송에 필요한 자료들이 공개되어야 한다고 보고, 외교통상부장관의 정보공개거부처분을 취소하였다.

한편 한국의 문서 공개에 이어 위 사건 원고들과 그 외 피해자들을 포함한 일부 한일 시민들은 한일 양국 정부가 보유한 문서를 대조하기 위해 일본 외무성이 보존하고 있는 한일회담 관련 외교문서의 전면 공개를 요구하는 운동을 벌였다.¹⁸⁵⁾ 이에 일본 외무성은 정보공개거부결정을 하였으나, 공개불가결정에 대한 세 차례에 거친 공개불가결정취소소송에서 원고가 모두 승소¹⁸⁶⁾하며 한일회담의 일본 측 자료가 공개되었다.

(2) 민관공동위원회의 공식의견 표명

2004. 2. 13. 위 사건 원고들의 승소판결로 외교통상부장관은 청구권 관련 문서를

183) 서울행정법원 2004. 2. 13. 선고 2002구합33943 판결.

184) 서울행정법원이 일본의 의견을 받아들인 외교통상부의 사정을 모두 부정한 것은 아니다. 그 근거는 서울행정법원의 판단 이유에서 알 수 있다. 서울행정법원 2004. 2. 13. 선고 2002구합33943 판결 : “이 사건 문서에는 한일회담 교섭과정에서 제기된 양국의 여러 현안에 관한 구체적 주장 및 대응 내용, 교섭 방침에 관한 지시 및 훈령, 교섭전략 등 우리나라와 일본의 외교적 비밀에 관한 사항이 포함되어 있는데, 우리나라와 일본은 국제적으로 긴밀한 관계를 유지하고 있고 또 장래에도 그와 같은 관계를 유지하여야 하며 공개를 보류하여 달라는 일본정부의 요청 자체가 외교관계상 부당한 것으로 보이지는 아니하므로 외교관계에 따르거나 국제적 신뢰관계 유지를 위하여 당사국인 일본의 요청을 존중하는 것도 국가의 이익에 부합하고, 외교관계에 관한 사항은 특히 전문적 판단을 요하므로 이에 관하여는 피고의 판단을 최대한 존중하는 것이 바람직하다는 점을 함께 감안하여 보면, 이 사건 문서는 정보공개법 제7조 제1항 제2호 소정의 비공개대상정보에 해당할 여지가 있다고 할 것이다.”

185) 카와카미 시로·김창호·아오키 유카·야마모토 세이타·은용기·장계만·한승동, 『완전하지도, 끝나지도 않았다. 양심적인 일본 변호사들의 징용공을 위한 변론』, 메디치미디어, 2020.5.20., 61면. 이하, 본 책의 저자들을 ‘카와카미 시로 외 6명’이라 한다.

186) 연합뉴스 2012년 10월 11일자.

공개할 의무가 생겼다. 이에 정부는 2005. 8. 26. 이해찬 국무총리의 주재로 ‘한일 회담 문서공개 후속 대책 마련 민관공동위원회(이하 ‘민관공동위원회’라 한다.)를 개최하였다.¹⁸⁷⁾ 이날 위원회에서는 그간 민관공동위 법리분과에서 회담문서내용 등을 토대로 검토해온 결과 “한일청구권협정은 기본적으로 일본의 식민지배 배상을 청구하기 위한 것이 아니었고, 샌프란시스코 조약 제4조에 근거하여 한일 간 재정적·민사적 채권·채무관계를 해결하기 위한 것”이라 표명하였다. 때문에 “일본군 위안부 문제 등 일본 정부와 군 등 국가권력이 관여한 반인도적 범죄에 대해서는 청구권협정으로 해결된 것이라 볼 수 없어 일본 정부의 법적 책임이 남아 있다.”고 봄으로써 사할린동포 문제와 원폭피해자 문제도 청구권협정 대상에 포함되지 않았다고 덧붙였다.

나. 대상판결

대상판결은 먼저 원심의 사실인정과 판단에 따라 원고들의 청구가 미지급 임금 및 보상금이 아닌, 일본기업의 반인도적인 불법행위로 인한 중대한 인권침해를 전제로 하는 위자료 청구권임을 밝혔다. 그리고 조약해석의 일반원칙 비엔나협약 제31조와 제32조를 따라 한일청구권협정의 체결 경과와 그 전후 사정을 통해 “1965. 3. 20. 대한민국 정부가 발간한 ‘한일회담백서’에 의하면, 샌프란시스코 조약 제4조가 한·일 간 청구권 문제의 기초가 되었다고 명시하고 있고, 나아가 “위 제4조의 대일청구권은 승전국의 배상청구권과 구별된다. 한국은 샌프란시스코 조약의 조인당사국이 아니어서 제14조 규정에 의한 승전국이 향유하는 ‘손해 및 고통’에 대한 배상청구권을 인정받지 못하였다. 이러한 한·일 간 청구권 문제에는 배상청구를 포함시킬 수 없다.”고 설명하고 있다. 이후 실제로 체결된 청구권협정문이나 그 부속서 어디에도 일본 식민지배의 불법성을 언급하는 내용은 전혀 없다.”는 점과 민관공동위원회의 공식 입장을 근거삼아 청구권협정은 일본의 불법적 식민지배 및 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해에 대한 배상을 청구하기 위한 협상이 아니라, 샌프란시스코 조약 제4조에 근거한 한일 양국 간의 재정적·민사적 채권·채무관계를 정치적 합의에 의하여 해결하기 위한 것이었다고 판단하였다.

4. 소결

187) 국무조정실 보도자료 2005년 8월 26일자.

이상의 주된 논점은 한일청구권협정의 체결목적이었다. 이와 관련하여 샌프란시스코 제4조에 따른 한일 양국 간의 재정적·민사적 채권채무관계 청산을 위함인지, 36년간의 한반도 식민지배의 불법성으로 인한 손해배상청구인지에 대한 논란이 있었다. 이를 밝히기 위해 먼저 조약 해석의 일반원칙인 비엔나협약 제31조와 제32조에 비추어 문언의 통상적 의미와 협정 체결 시의 교섭 기록 및 체결 당시의 사정을 살펴보았다.

이를 정리하면 다음과 같다.

첫째, 한일 간의 식민지 지배의 불법성에 관한 입장 차이는 협정이 체결된 이후에도 합의에 이르지 못했다.

둘째, 한국 정부는 한일회담에서 36년간의 식민지배의 불법성을 전제로 한 배상으로 인함이 아닌 샌프란시스코 제4조 (a)에 따른 민사적 채권채무의 관계 청산을 위함임을 분명히 밝혔다. 일본은 애당초 한반도 식민지배를 합법으로 보는 입장이었으므로 양국 간에 식민지 지배로 인한 손해배상에 대하여 논의한 바는 없었다.

셋째, 한일청구권협정은 한일 양국 간의 국제법적인 효력에 관한 문제이나, 대상판결은 국내법적 효력에 관련됨으로 본 협정은 헌법에 합치될 필요성이 있다. 합헌적 법률해석의 문의적 한계에 따라 조약은 최대한 헌법에 합치되는 방향으로 해석되어야 할 것인데, 체결 목적에 관하여 다의적인 해석이 가능하나 위헌적인 소지는 없으므로 합헌적 법률해석의 원칙은 적용되지 않는다.

다섯째, 민관공동위원회는 청구권 관련 문서를 통해 한일청구권협정이 샌프란시스코 제4조 (a)에 따른 한일 간 재정적·민사적 채권·채무관계를 해결하기 위한 것이라 표명하였다.

여섯째, 대상판결은 한일청구권협정을 해석하기에 앞서, 원고들의 청구가 일본기업의 반인도적인 불법행위를 전제로 하는 위자료 청구권임을 밝혔다. 그 후 합헌적 법률해석의 원칙을 제외한 이상의 사안을 검토함으로써 체결 목적이 식민지배의 불법성으로 인한 손해배상청구를 위함이 아니었다고 판단하였다.

이에 따라 한일청구권 협정의 체결 목적은 샌프란시스코 제4조 (a)에 따른 한일 간 재정적·민사적 채권·채무관계를 해결하기 위함이었음을 알 수 있다.

제3절 한일청구권협정 제2조에 대한 해석

한일회담에서는 일본의 식민지배의 불법성 여부를 분명하게 해결하지 못하였고, 한일청구권협정에서 다루진 항목은 샌프란시스코 제4조(a)에 따른 것이었다. 한편 한일청구권협정 제2조에서는 ‘청구권에 관한 문제가 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것’이라 규정하고 있어, 일제강제징용 피해자들의 위자료 청구권도 이에 포함되는 것인지에 관한 논란이 있다. 여기서 말하는 일제강제징용 피해자들의 위자료 청구권이란, ‘일본 정부의 불법적인 한반도 식민지배·침략전쟁의 수행과 직결된 일본 기업의 반인도적인 불법행위를 전제로 강제징용 피해자들이 일본 기업에 제기한 정신적 손해배상청구권’이다.¹⁸⁸⁾

대상판결은 “한일청구권협정 제2조 제1항에서 ‘청구권에 관한 문제가 샌프란시스코 조약 제4조(a)에 규정된 것을 포함하여 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것’이라고 하여, 위 제4조(a)에 규정된 것 이외의 청구권도 청구권협정의 적용대상이 될 수 있다고 해석될 여지가 있는데, 일본 식민지배의 불법성이 전혀 언급되어 있지 않은 이상, 위 제4조(a)의 범주를 벗어나는 청구권, 즉 식민지배의 불법성과 직결되는 청구권까지도 위 대상에 포함된다고 보기는 어렵고, 청구권협정에 대한 합의의사록(1) 2.(g)의 ‘완전히 그리고 최종적으로 해결되는 것’은 위 8개 항목의 범위에 속하는 청구가 포함되어 있다고 규정하였을 뿐”이라고 덧붙였다.

이에 관하여 먼저 일제강제징용 피해자들의 위자료 청구권이 한일청구권협정에 포함된다고 보는 입장과 포함되지 않는다는 입장의 대립이 있다. 둘째로는 포함여부와 관계없이 한일청구권협정으로 청구권과 관련된 모든 문제는 이미 해결되었다는 ‘해결완료론’¹⁸⁹⁾과 대상판결을 지지하는 ‘부정론’이 대립각을 이루고 있다. 후자의 경우는 다시 일제강제징용 피해자들의 위자료 청구권이 포함된 것은 맞으나, 한일청구권협정으로는 국가의 외교적 보호권만 포기된 것에 불과하여 원고들의 청구권은 소멸되지 않았다고 주장하는 입장이 있다. 이러한 입장 차이는 한일청구권협정 제2조의 해석 차이로 인함이다.

188) 조경임, “한일 청구권 협정은 무엇을 다루었나”, 『人權과正義』 484호, 대한변호사협회, 2019, 4면.

189) 본 용어는 “일본정부는 일제강점기 반인권적 불법행위로 인한 개인의 배상청구권에 대하여 국가 무담책이나 소멸시효, 제척기간 경과 등에 의해 개인청구권이 소멸했다고 대응했으나, 2000년경부터 1965년 “한일청구권협정에 의해 재판에서 권리행사를 할 수 없게 되었다”는 인식을 전면에 내세웠다.”는 오타 오사무(太田修), “한일청구권협정 ‘해결완료’론 비판”, 『역사비평』 제129호, 역사비평사, 2019.에서 차용하였다.

1. 비엔나협약 제31조에 따른 해석

가. 한일청구권협정 추후의 조치

(1) 일본

1965. 12. 18. 「재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 일본국과 대한민국 간의 협정 제2조의 실시에 따른 대한민국 등의 재산권에 대한 조치에 관한 법률」(이하 ‘법률 제144호’라 한다.)을 제정하였다. 법률 제144호 제1조에서는 1965. 6. 22.부로 일본에 있는 한국과 한국인의 ‘재산·권리 및 이익’을 일체의 보상 없이 소멸시키고 있다.¹⁹⁰⁾ 이에 헌법 상 심각한 문제가 있다는 비판이 있으나, 일본 최고재판소에서 합헌¹⁹¹⁾을 주지하였다. 이에 따라 청구가 ‘재산·권리 및 이익’에 해당할 경우, 일본의 사법적 구제는 사실상 불가능하다.¹⁹²⁾ 그러나 실체가 없는 권리인 청구권에 대한 조치는 취해지지 않았다.¹⁹³⁾

한편 위 법률로 인해 한일청구권협정에서 해결된 권리는 국가의 외교적 보호권일 뿐, 개인의 권리는 소멸되지 않았기에 해당 법률로서 개인의 권리를 소멸시키는 조치를 취할 수밖에 없었다는 견해¹⁹⁴⁾가 있다.

190) 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 일본국과 대한민국 간의 협정 제2조의 실시에 따른 대한민국 등의 재산권에 대한 조치에 관한 법률 (쇼와 40년 법률 제144호) 제1조 다음에 열거된 대한민국 및 그 국민(법인을 포함. 이하 같다.)의 재산권으로서, 재산권 및 청구권에 관한 문제의 해결 및 경제협력에 관한 일본국과 대한민국 사이의 협정(이하 협정이라 한다.) 제2조 3의 재산 권리 및 이익에 해당하는 것은 다음 항의 규정이 적용되는 것을 제외하고, 쇼와 40년 6월 22일에 있어 소멸한 것으로 한다. 단, 동일자에 있어 제3자의 권리(동조 제3의 재산권리 및 이익에 해당하는 것은 제외한다.)의 목적으로 된 것은 그 권리의 행사에 필요한 것에 한하여 소멸되지 않은 것으로 한다.

1. 일본국 및 그 국민에 대한 채권

2. 담보권으로서 일본국 및 그 국민이 가지고 있는 물건 (증권에 화체된 권리를 포함. 다음 항에서 있어서도 같다.) 및 채권을 목적으로 하는 것

191) 最高裁判所第二小法廷 平成16年11月29日 平成15(オ)1895.

192) 山本晴太, “日韓兩國政府の日韓請求權協定解釈の変遷”, 法律事務所のアーカイブ Homepage, 6頁.

193) 장박진, “한일 청구권협정 제2조의 형성과정(1965.3~6)분석-개인청구권 문제를 중심으로-”, 「동북아역사논총」 제48호, 동북아역사재단, 2015, 326면.

194) 山本晴太, “日韓兩國政府の日韓請求權協定解釈の変遷”, 法律事務所のアーカイブ Homepage, 6頁; 내 일신문 뉴스 2019년 7월 22일자.

(2) 한국

우리 정부의 입장은 1965. 12. 18. 한일청구권협정이 발효된 후, 앞서 살펴 본 2005년 민관공동위원회의 공식적 의견표명이 있기 전까지, 한일청구권협정으로 개인의 배상청구권 또한 해결되었다는 것이었다.¹⁹⁵⁾ 이에 대하여 일본과 같은 국내법적 조치는 없었고, 배상조치 또한 피해자 모두를 아우르지는 못했다. 우리 정부의 사후 조치는 1966. 2. 19. 「청구권자금의 운용 및 관리에 관한 법률」(이하 ‘청구권자금법’이라 한다.)을 제정하는 것으로 시작되었다. 이는 청구권협정으로 일본이 제공한 자금의 효율적 관리와 사용을 위한 사항을 정하기 위함이었다. 이어 1971. 1. 19. 대일 민간청구권의 정확한 증거자료 수집에 필요한 사항을 규정하기 위해 「대일 민간청구권 신고에 관한 법률」(이하 ‘청구권신고법’이라 한다.)을 제정하였으나, 징용 피해자들의 대상이¹⁹⁶⁾ ‘일본국에 의하여 군인·군속 또는 노무자로 소집 또는 징용되어 1945년 8월 15일 이전에 사망한 자’로 한정되었다. 이후 정부는 청구권신고법에 따라 대일청구권 신고를 접수받고, 1974. 12. 21. 「대일 민간청구권 보상에 관한 법률」(이하 ‘청구권보상법’이라 한다.)을 제정하여 1977. 6. 30.까지 총 83,519건에 대하여 총 91억 8,769만 3,000원의 보상금을 지급하였다.¹⁹⁷⁾ 그중 피징용 사망자에 대한 청구권 보상지급은 총 8,552건이었다. 금액은 1인당 30만 원씩이었는데, 이는 재무위원장 대리가 “일본에 징용 가서 사망한 자는 군인 병사의 전사자 보상금의 비율을 넘어서는 안 되는 것”이라고 함으로써 군인 병사의 전사자 보상금과 동일한 금액이 된 것이다.¹⁹⁸⁾ 이에 총 25억 6,560만 원을 지급하였다. 그로부터 20여년이 지난 후, 과거사 청산의 필요성이 수면 위로 떠오르며 강제징용 피해자들에 관한 조사가 시작되었다.

195) 이는 1965년 7월 정부에서 발행한 1965년 조약과 협정에 관한 공식해설책자에도 실린 내용이다. “재산 및 청구권 문제의 해결에 관한 조항으로 소멸되는 우리의 재산 및 청구권의 내용을 보면, 우리 측이 최초로 제시한 바 있는 8개 항목의 대일청구 요강에서 요구한 것은 모두 소멸케 되는 바, 따라서 … 피징용자의 미수금 및 보상금에 관한 청구, 한국인의 對일본정부 및 일본국민에 대한 각종 청구 등이 완전 그리고 최종적으로 소멸케 되는 것이다.”

196) ‘대일본청구권관계재산에 대한 보상지침법(안)’의 초안에는 정부가 책임지는 개인보상의 항목 13개가 명시되어 있었고, 그 중 피징용한인미수금이 3번째 항목을 차지하고 있었다. 김영미, “‘국익’으로 동원된 개인의 권리-한일회담과 개인보상문제-”, 『동북아역사논총』 제22권, 동북아역사재단, 2008.12., 125면.

197) 이는 무상 제공된 청구권자금 3억 달러의 약 9.7%에 해당하는 금액이다.

198) 1974.12.1. 대한민국국회사무처, 「제90회 제15차 국회 본회의 회의록」.

2004. 3. 5. 우리 정부는 일제강점기 강제동원 피해의 진상규명을 위한 「일제강점하 강제동원피해 진상규명 등에 관한 특별법」(이하 ‘진상규명법’이라 한다.)을 제정하고, 진상규명법과 그 시행령에 따라 설치된 일제강점하 강제동원피해진상규명위원회(이하 ‘진상규명위원회’라 한다.)를 통해 ‘일제강점하 강제동원 피해’를 조사하였다. 위 조사로 우리 정부는 청구권보상법의 보상이 불충분했음을 인정하고, 추가보상 방침으로서 2007. 12. 10. 「태평양전쟁 전후 국외 강제동원희생자 등 지원에 관한 법률」(이하 ‘2007년 희생자 지원법’이라 한다.)을 제정하였다. 이후, 진상규명법과 2007년 희생자지원법이 폐지되었고, 2010. 3. 22. 「대일항쟁기 강제동원 피해조사 및 국외강제동원 희생자 등 지원에 관한 특별법」(이하 ‘2010년 희생자지원법’이라 한다.)이 제정·시행되어 사할린지역 강제동원피해자 등 또한 보상을 받게 되었다.

한편 헌법재판소는 국외강제동원자지원법에 규정된 위로금 등의 각종 지원이 태평양전쟁이라는 특수한 상황에서 일제에 의한 강제동원 희생자와 그 유족이 입은 고통을 치유하기 위한 시혜적 조치라고 판단하였다.¹⁹⁹⁾

나. 학설 및 대법판결의 태도

(1) 해결완료론

한일청구권협정 제2조 및 합의의사록의 문언에 따르면 문자 그대로 일본 정부 및 그 기업과 국민들에게 가질 수 있는 모든 권리행사에 위자료 청구권 또한 포함되어 있는 것으로 생각된다. 이러한 견지 하에 해결완료론은 비엔나협약 제31조에서 언급된 문맥과 목적을 살펴보다라도 ① 문맥을 형성하는 전문에서 “양국 및 양국 국민간의 청구권에 관한 문제를 해결할 것을 희망하고” 라며 한일 간의 대립하는 입장을 절충·봉합했다²⁰⁰⁾는 점, ② 일제강제징용 피해자의 청구권은 대일청구요강 제5항에 적기됨으로써 청구권의 대상에 분명히 포함된 것이라는 점²⁰¹⁾, ③ 2012년의 대법원 판결이 선고되기

199) 헌법재판소 2011. 2. 24. 선고 2009헌마94 전원재판부 결정; 헌법재판소 2011.12.29. 선고 2009헌마182 전원재판부 결정 등; 헌법재판소 2012. 7. 26. 선고 2011헌바352 전원재판부 결정 참조.

200) 이근관, “한일청구권협정상 강제징용배상청구권 처리에 대한 국제법적 검토”, 『일제강점기 강제징용 사건 판결의 종합적 연구』, 박영사, 2014. 12. 18., 157-158면.

201) 원문은 ‘강제동원피해자’라고 한다. 유의상, “한일 청구권협정과 과거사현안의 해결에 대한 고찰”, 『한국정치외교사논총』 제37권 제2호, 동북아역사재단, 2016, 234면.

전까지 한국 외교부는 한일청구권협정과 그와 관련된 서류 특히 대일청구요강의 5항으로 일제강제징용 피해자의 청구권 문제가 이미 해결되었다는 입장을 취해왔다²⁰²⁾는 점, ④ 비엔나협약 제31조 제3항의 조약 당사국의 추후 조치를 비추어 보더라도 한일 양국이 개인의 청구권을 한일청구권협정의 물적 대상에 포함되었다고 보고 있다는 점을 근거로, 한일청구권 협정에 일제강제징용 피해자의 청구권이 포함되었음을 주장한다.

(2) 부정론

부정론은 다시 일제강제징용 피해자의 위자료 청구권이 한일청구권 협정에 포함되지 않았다는 입장과 포함은 되었으나, 한일청구권협정 제2조에 의하여 해결된 것은 ‘국가의 외교적 보호권’ 이므로 일제강제징용 피해자의 위자료 청구권은 존속한다는 입장으로 나뉜다. 부정론의 견지는 협정 및 부속문서 어디에도 ‘청구권’에 관한 정의 규정이 없다²⁰³⁾는 데서 시작된다. ① 문언의 통상적 의미와 그로 인한 해결된 권리가 명확치 않다는 것이다. 이에 ② 일제강제징용 피해자의 위자료 청구권은 청구권협정으로 해결된 권리에 포함되었다고 단언할 수 없고, ③ 한일청구권협정은 본질적으로 식민주의의 지속을 용인하는 샌프란시스코 조약의 하위체제²⁰⁴⁾라는 전제 하에 체결되었으므로 청구권협정의 대상범위도 샌프란시스코 조약 제4조(a)에 한정되어야 한다는 점²⁰⁵⁾, ④ 한일 양 정부의 추후 관행을 살펴봐도 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해의 배상의 성격은 찾아볼 수 없는 점 등의 사정으로 조약해석의 보충수단인 비엔나협약 제32조에 따른 해석이 필요하다는 입장이다.

(3) 대상판결

202) 이근관, “한일청구권협정상 강제징용배상청구권 처리에 대한 국제법적 검토”, 『일제강점기 강제징용 사건 판결의 종합적 연구』, 박영사, 2014. 12. 18., 159면.

203) 김창록, “한일협정과 한국인 개인의 권리”, 『법학연구』 제43권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2002. 12., 100면.

204) 남기정, “샌프란시스코 평화조약과 한일관계- ‘관대한 평화’와 냉전의 상관성 -”, 『동북아역사논총』 22호, 동북아역사재단, 2008, 37면.

205) 대한민국 정부, 『한일회담 백서』, 1965, 254면.

대상판결은 청구권을 ‘재정적 민사적 채권 채무’와 ‘반인도적 범죄에 대한 위자료’로 양분하여, 일제강제징용 피해자들의 위자료 청구권에 관하여 한일청구권협정의 청구권 대상에 포함되지 않는다고 보고 있다. 대상판결의 다수의견은 “청구권협정은 일본의 식민지배 배상을 청구하기 위한 협상이 아니라 샌프란시스코 조약 제4조에 근거하여 한일 양국 간의 재정적·민사적 채권·채무관계를 정치적 합의에 의하여 해결하기 위한 것으로서, 청구권협정 제1조에 의해 일본 정부가 대한민국 정부에 지급한 경제협력자금은 제2조에 의한 권리문제의 해결과 법적 대가관계가 있다고 보이지 않는 점, 청구권협정의 협상과정에서 일본 정부는 식민지배의 불법성을 인정하지 않은 채, 강제동원피해의 법적 배상을 원천적으로 부인하였고, 이에 따라 한일 양국의 정부는 일제의 한반도 지배의 성격에 관하여 합의에 이르지 못하였는데, 이러한 상황에서 일본의 국가권력이 관여한 반인도적 범죄나 식민지배와 직결된 불법행위로 인한 손해배상청구권이 청구권협정의 적용대상에 포함되었다고 보기는 어려운 점 등”²⁰⁶⁾ 을 든다.

(4) 사건

한일청구권협정 제2조 1항과 3항은 다음과 같이 수식적으로 표현할 수 있다.

제2조 1항

재산, 권리 및 이익 + 양 체약국 및 그 국민간의 청구권에 관한 문제 + 샌프란시스코 조약 제4조(a) = 완전히 그리고 최종적으로 해결됨을 확인

제2조 3항

(재산, 권리 및 이익)(본 협정의 서명 일에 타방체약국의 관할 하에 있는 것에 대한 조치) + (동일자 이전에 발생한 사유에 기인하는)(모든 청구권) = 어떠한 주장도 할 수 없음

문제는 청구권을 미지수 x 로 보아야 하는지, 민사상 일반적으로 인식되는 청구권으로 보아야 하는지다. 여기에 비엔나협약에서 말하는 문맥, ‘조약의 전문 및 부속서’

206) 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다68620 판결; 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결.

및 ‘조약에 관한 합의’와 ‘조약에 관련된 문서’를 대입하면 다음과 같다.

U 207)= 청구권에 관한 문제를 해결할 것을 희망하고, 양국 간의 경제협력을 증진할 것을 희망하여, 다음을 합의

= 샌프란시스코 제4조(a)에 따른 한일 간 재정적·민사적 채권·채무관계를 해결하기 위함

A = 제2조 1항

재산, 권리 및 이익 + (양 체약국 및 그 국민간의 청구권 + 한국의 대일 청구 요강)에 관한 문제 + 샌프란시스코 조약 제4조(a) = 완전히 그리고 최종적으로 해결됨을 확인

B = 제2조 3항

(법률상의 근거에 의거하여 재산적 가치가 인정되는 모든 종류의 실체적 권리)(청구권에 관한 문제를 해결하기 위한 각국의 국내조치) + (동일자 이전에 발생한 사유에 기인하는)(모든 청구권) = 어떠한 주장도 할 수 없음

이러 위 수식에 추후의 합의 및 관행을 적용하여야 하는데, 이에 대한 해석은 최근 유엔 총회 산하 국제법 위원회(International Law Commission. 이하 ‘ILC’라 한다.)의 연구과제²⁰⁸⁾에 따른다. ILC는 추후실행 조치에 관하여 좁은 의미의 개념을 취하기로 하고, 기본적으로 국가에 귀속될 수 있는 행위이자 문제된 조약을 직접 적용하는 행위로서 해당 조약의 해석 또는 적용에 관한 선언이나 사법적 판단을 말한다고 보았다.²⁰⁹⁾ 그리고 2014년 ILC는 조약의 해석 수단과 관련하여 후속 조치 또는 관행의 해석적 가중치는 종종 조약과 관련된 특수성에 달려 있다고 보고, 국제 사법재판소와 중재재판소는 국가의 차후 특정 관행에 보다 중요성을 두고 있다. 그러나 유럽 인권 재

207) 벤다이어그램의 전체집합. A와 B는 각각 전체집합의 부분집합이다.

208) 강병근, “1965년 한일 협정의 “청구권”의 범위에 관한 연구”, 『국제법학회논총』 제60권 제3호, 대한국제법학회, 2015.9., 24면.

209) ILC Report, A/68/10, 2013, Chp.IV, para.15. 이에 대한 번역은 강병근, “1965년 한일 협정의 “청구권”의 범위에 관한 연구”, 『국제법학회논총』 제60권 제3호, 대한국제법학회, 2015.9., 24면의 번역을 차용하였다.

판소는 국내법 또는 국가가 채택한 국제적 입장에 대한 광범위한 비교 평가에 의존하고 있음을 밝힌다. 후자의 맥락에서 인권 조약에 따른 권리와 의무는 각 당사국의 법률, 집행관행 및 국제협약의 오차범위 내에서 올바르게 적용되어야 하고 이를 위해서는 당사국의 국내법들 사이에 강한 공통성이 있어야 한다.²¹⁰⁾ 조약 해석 상 적용되는 한일 양국 간의 국내법들 사이에는 강한 공통점이 필요하다는 점에서 ‘재산·권리 및 이익’의 소멸이 목적인 일본의 법률 제144호와 경제협력 자금의 운용 및 피징용 사망자의 보상이 목적인 위 조치법들은 공통점을 찾아볼 수 없으므로, 이를 추후실행이라 하기에는 어려움이 있다.

한편 대일청구요강 8항목과 관련하여 5항은 강제징용 피해자들과 관련이 있는 데, 그 중 ⑤의 (5) 한국인이 일본 정부에 대하여 가지는 퇴직연금 등의 청구와 (6) 한국인이 법인을 포함한 일본인에 대하여 가지는 청구, ⑥ 한국인이 일본 정부 또는 일본인에 대한 개별적 권리행사에 관한 항목을 어떻게 보아야 하는지도 문제가 있다. 한일 청구권협정에 강제징용 피해자의 위자료 청구권도 포함되어 있다고 보는 대다수의 입장은 위 항목을 언급한다. 그러나 앞선 한일청구권 체결의 목적에 대한 연구와 연관지어 볼 때, 식민지를 목인한 샌프란시스코 제4조(a)에 따른 한일 간 재정적·민사적 채권·채무관계를 해결하기 위한 협정에서 일본이 과연 반인도적인 손해배상청구를 염두에 두었다고 볼 수 없으므로 다시 ‘청구권’의 정의가 애매모호해진다.²¹¹⁾ 이에 비엔나협약 제31조만으로는 한일청구권협정의 청구권 대상을 명확히 알 수 없으므로 비엔나협약 제32조에 따른 보충적 수단이 필요하다.

2. 교섭기록 및 체결 시의 사정

가. 식민지배에 관한 일본의 인식

일제강점기에 있었던 일본의 모든 정책에 대하여 한국은 ‘강요, 수탈’의 역사로 인식하는 반면, 일본은 ‘문명이 미개한 지역을 개발해준’ 친절한 나라였음을 칭찬받아야

210) ILC Report, A/69/10, Conclusion8, 2014, p.193.

211) 논외적으로, 특히 최악은 ‘모든’이란 관형사다. 법적으로 그 성질상 포기할 수 없는 권리도 존재하기 때문이다. 가령 일제강점기 시대, 일본인으로 인한 조선인 사생아가 친부에게 인지청구를 할 경우, 혹은 그 반대의 상황에서도 한일청구권협정으로 모든 것은 해결되었으니 불가능하다고 판단할 수 있는지 의문이다.

하는 역사로 교육하고 있다.²¹²⁾ 이와 같이 일본은 식민지배의 불법성을 부정함으로써, 잘못된 것이 없으니 ‘한국에 배상할 것도 없다.’ 는 입장을 오래도록 고수하였다.²¹³⁾ 이러한 입장이 1965년 한일청구권 협정에도 반영된 것은 앞서 살펴보았다.

1995. 8. 15. 일본의 전후 50주년 종전 기념일 당시, 무라야마(村山富市) 일본 총리는 태평양 전쟁과 그 이전에 행한 침략, 식민지배에 관하여 반성과 사죄를 표하였으나,²¹⁴⁾ 1995. 10. 5. 일본 참의원 본회의 중 ‘한일합방조약은 합법적으로 체결되었다.’ 는 취지의 발언으로²¹⁵⁾ 식민지책임을 부정하였다. 이후, 일본 고위직 공직자들은 ‘일본망언계보’ 가 한동안 인터넷에 떠돌 만큼, 식민지배 불법성을 부정하고, 극우적인 발언을 일삼고 있다.²¹⁶⁾

나. 한일회담에서의 강제징용피해자들의 청구권

212) 김영미, “한일회담 제3차 본회의 경과보고”, 회의록, 1953.10.20; 곽진오, “구보타(久保田貴一郎) 발언과 독도-일본의회속기록을 중심으로 1953~1954-”, 『일어일문학연구』 제75권 2호, 한국일어일문학회, 2010, 3면; 이러한 일본의 인식은 구보타 간이치로의 망언에서 가장 잘 드러난다. 이 망언은 1953. 10. 15. 제3차 한일회담 재산청구권위원회 2차 회의에서 한국 측 대표 홍진기와 심한 언쟁을 벌이며 일어난 일이다.

213) 또한 배상 문제에 관하여 “일본은 전쟁 중 동남아시아제국에서 약탈을 한 것이든지 파괴를 한 데 대하여 배상을 하려고 하고 있으나, 일본이 한국에서 그런 일을 한 사실이 없으니 배상할 것이 없다고 본다. 만일 있다면 배상할 것이다.” 고 말하였다; 1965. 2. 5. 시이나 에츠사부로 외무대신은 “일본의 독립을 유지하기 위해 대만을 경영하고, 조선을 합병하고, 만주에서 5족 간의 협력과 평화를 꿈꾸었던 것이다. 조선 합병을 일본제국주의라고 한다면, 그것은 영광스러운 제국주의다.” 한겨레21뉴스 2019년 9월 10일자; 1965. 11. 5. 사토 에이사쿠 일본 총리는 을사조약에 대하여 “양국 간 자유의지와 평등을 기초로 적법한 절차에 따라 병합조약이 체결되었다.” 고 답변하였을 뿐 아니라, 식민지배의 불법성에 기초한 배상을 염두에 두지 않았다.

214) “우리들은 과거의 잘못을 두 번 다시 반복하지 않도록 전쟁의 비참함을 젊은 세대에게 가르쳐 전하지 않으면 안 됩니다. …(중략)… 우리나라는 머지않은 과거의 한 시기에 국책(國策)을 그르쳐서 전쟁의 길을 걸어 국민을 존망(存亡)의 위기에 빠뜨리고, 식민지 지배와 침략에 의해 많은 나라, 특히 아시아 제국(諸國)의 사람들에게 대하여 다대(多大)한 손해(損害)와 고통(苦痛)을 주었습니다. 저는 미래에 잘못된 다시 없도록 하기 위해서는 의심할 여지없는 이 역사의 사실을 경허하게 받아들여 여기에 다시 한 번 통절(痛切)한 반성(反省)의 뜻을 표하며, 마음에서 우러나오는 사죄(お詫び)의 심정을 표명합니다. 또한 이러한 역사가 가져온 내외의 모든 희생자에 대하여 깊은 애도(哀悼)의 뜻을 바칩니다.” 일본 개황, “무라야마 총리담화”, 외교부, 2019년 1월 30일자.

215) 第134回国会 参议院 本会議 第4号(平成7年10月5日), 19頁.

216) 반면, 1998년 오부치 케이조 총리는 김대중 대통령과 함께 발표한 ‘21세기의 새로운 한일 파트너십’ 을 위한 공동선언에서 “금세기의 한일 양국관계를 돌이켜보고, 일본이 과거 한 때 식민지 지배로 인하여 한국국민에게 다대한 손해와 고통을 안겨주었다는 역사적 사실을 경허히 받아들이면서, 이에 대해 통절한 반성과 마음으로부터 사죄” 를 했다. 김창록, “[시론] 한일청구권협정 관련 문서 공개의 의미”, 『역사비평』, 역사비평사, 2005.2., 34면.

샌프란시스코 제4조(b)으로 인해 일본이 우리나라에 가진 모든 재산, 권리 및 청구권 등이 청산됨으로써, 남은 것은 우리나라가 일본에 반환받아야 할 재산 및 권리 등과 식민지배의 불법성과 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해에 대한 손해배상이었다. 우리나라는 샌프란시스코 조약 당사국이 아니므로 이 조약에 구속될 일도 없었다. 그러나 미국의 개입으로 인하여 우리나라는 강제적으로 샌프란시스코 조약의 체재에 들어섰고, 일본은 미국을 등에 업은 채 식민지배를 부정한 것을 물론 반인도적 범죄를 모르쇠로 일관하였다.

(1) 제1차 ~ 제4차 한일회담

1952. 2. 20. 재산청구권위원회 1차 회의에서 한국 측은 ‘한일 간 재산청구권 협정 요강’ 을 제출하였다. 8개의 항목 중 제5항은 ‘한국 법인 또는 한국 자연인의 일본국 또는 일본국민에 대한 일본 국채, 공채, 일본은행권, 피징용 한인 미수금, 기타 청구권의 변제’ 였다. 피징용 한인 미수금은 ‘태평양전쟁중의 한인전몰자 조위금 및 유족 위자료, 태평양전쟁중의 한인 상병자 위자료 및 원호금, 태평양전쟁중의 한인피징용자 미수금, 태평양전쟁 중의 한인피징용자 위자료’ 가 해당된다. 이에 일본은 역청구권을 주장하였고 1차 회의는 결렬되었다.

2차 재산청구권위원회는 1953. 5. 11. 제1차 회의가 시작되었다. 한국 측은 이전의 항목을 세부화하여 제출하였다. 세부화된 항목에는 한국인 피징용 노무자에 대한 제 미불금 공탁분과 태평양전쟁 중 한국인의 피징용 노무자에 대한 제 미불금 및 조위금이 포함되어 있다.

제3차 회담의 중단기간(1953. 10. 22. ~ 1958. 4. 14.) 중 피징용 미수금에 관하여 ‘군인·군속, 정부관계 징용노무자에 대한 미불 급여와, 전상병, 전몰 군인·군속에 대한 조위금 및 연금, 일반 징용노무자 중 부상자, 사망자 조위금, 미불 은금’ 은 지불할 용의가 있다고 하였으나, 본 회의에 이르지 못했다.

(2) 제5차 한일회담 ~ 한일청구권협정 체결

미국의 개입으로 일본이 역청구를 철회하자 1960. 11. 18. 개최된 제5차 회담 중 에

비회담에서 한국의 대일청구권요강안의 내용들을 중심으로 한 회의가 이루어졌다. 논의는 8항목 중, 5항까지 진행되었다. 한국 측의 요구는 “생존자, 부상자, 사망자, 행방불명자 그리고 군인 군속을 포함한 피징용자 전반에 대한 배상”²¹⁷⁾이었다. 그러나 일본은 증명의무가 한국에 있음을 강조하고 해당 항목들에 대한 법적 근거와 증거 및 사실관계 확인을 구체적으로 제시하지 않을 경우, 한국 측의 요구를 받아들일 수 없다²¹⁸⁾고 하였다. 청구권 문제의 해결방안으로 한국 측은 언제나와 같이 ‘국가일괄보상’²¹⁹⁾을 원하였고, 일본 측의 ‘경제협력’ 방식에 대해 논의되던 중, 1961. 5. 16. 군사쿠데타로 본 회담에 이르지 못하고 중단되었다.

앞선 제5차 회담의 예비회담에서 피징용자 전반에 대하여 23억엔 가량을 청구한 것과 달리, 1961. 10. 20. 개최된 제6차 회담에서 한국 측이 요구한 청구금액은 최저선의 청구액수로서 5억불²²⁰⁾이었다. 이에 대한 한일 양국 간의 공방이 오가던 중(1962. 10. ~ 1962. 11.) ‘김-오히라 메모’²²¹⁾에 의해 한일회담의 최대논쟁이었던 청구권협정의 금액이 무상 3억 달러, 정부차관 2억 달러, 도합 5억 달러로 결정되었다.²²²⁾ 김-오히라 메모는 청구권 금액을 확정지었다는 점에서 큰 의의가 있으나, 결국 경제협력 방식, 특히 차관으로 청구권문제를 해결함²²³⁾으로써, 대일 청구권을 포기하는 것에 합

217) 이근관, “한일청구권협정상 강제징용배상청구권 처리에 대한 국제법적 검토”, 『일제강점기 강제징용 사건 판결의 종합적 연구』, 박영사, 2014. 12. 18., 168면.

218) 関本克良, “国際法と国家の法的責任に関する考察 日本軍「慰安婦」問題と被害者の損害賠償請求権を焦点として”, 「大学紀要」63卷 2号, 天理大学学报, 2012. 2., 114頁.

219) 국가가 일괄적으로 자금을 받고, 국내적으로 개인에게 보상금을 지급하는 방식이다. 우리 정부가 국가 일괄보상을 주장한 까닭은 ‘일본 국내법에 의한 처리를 수용할 경우, 일본의 식민지배를 정당한 것으로 인정하게 되기 때문’이라 보는 견해가 있다. 유의상, “한일 청구권협정에 대한 재평가”, 박사학위논문, 광운대학교 대학원 국제지역학과, 2015. 12. 28., 161면.

220) 피징용 한인 미수금 2억 3천불, 전쟁으로 인한 피징용자 피해보상 3억불.

221) 합의 사항

1. 무상공여로 3억 달러를 10년에 나누어 제공하되 그 기한을 단축할 수 있다. 내용은 용역과 물품 한일 청산계정에서 대일 부채로 남은 4천5백73만 달러는 3억 달러 중에서 상쇄한다.
2. 대외 협력 기금 차관으로 2억 달러를 10년에 나누어 제공하되, 그 기간은 단축할 수 있다. 7년 거치 20년 분할 상환, 연리 3푼 5리(정부 차관)
3. 수출입은행 조건 차관으로 1억 달러 이상을 제공한다. 조건은 케이스에 따라 달리한다. 이것은 국교정상화 이전이라도 실시할 수 있다.(민간 차관)

222) 김동국, “한·일 경제전쟁-역사전쟁의 근원-샌프란시스코 강화조약과 한일협정-”, 「현장과 광장」 제1권, 현장과 광장, 2019. 11. 24., 130-131면.

223) 太田修, “日韓財産請求権問題の再考-脱植民地主義の視角から-”, 「文学部論集」90号, 佛教大学文学部, 2006. 3. 1., 7頁.

의하였다는 점에 ‘대일 굴욕외교’ 라는 비판을 받고 있다.²²⁴⁾

이후 일본 외무대신과 외무성 조약국장은 한국의 대일청구권과 6억 달러는 법률상 관계가 아닌, 역사적·정치적 관계에 의한 것임을 밝혔다.²²⁵⁾

(3) 소결

이상의 기록을 간략히 정리하자면 한일청구권협정은 긴 시간 반복되는 공방에 정치적 단계의 해결을 꾀하자는 데 의견의 일치를 본 결과다.²²⁶⁾ 한일회담 중 한국 정부는 끊임없이 피징용 한인 미수금과 보상을 요구하였으나, 일본의 강경반대로 배상형식은 철회²²⁷⁾되었다. 식민지배의 불법성에 대한 배상 건은 청구를 한 바 없어 1차 회담 전 이루어진 예비회담에서부터 논의되지 않았다. 당시 일본의 식민지배 불법성 부정과 이를 묵인한 샌프란시스코 조약의 영향으로 인함이다. 이는 애당초 ‘배상금’ 이 아닌, ‘보상금’²²⁸⁾이라는 용어를 사용한 것과 일본 외무성 국장들의 발언에서도 나타난다. 결국, 일본이 한일회담에서 인정한 청구권은 피징용자들의 미수금과 태평양 전쟁으로 사망 혹은 부상당한 군인들의 것일 뿐이다. 이러한 사정 속에서 인정된 ‘청구권’ 에 일제강제징용 피해자들의 위자료 청구권이 포함된다고 보는 것은 어렵다. 또한, 당시 실체가 없는 혹은 인정되지 않은 권리를 ‘완전히 그리고 최종적으로 해결’ 되었다는 문언만으로 모두 소멸되었다고 보는 것은 타당치 않다. 양국의 관념이 어떠하든, 서류상 애초에 ‘없었던’ 것이기 때문이다.²²⁹⁾

224) 김종필은 ‘대일 굴욕외교’ 의 상징인물이다. 그는 결국 여당대표직을 사퇴하고, 외유 하는 등 정치적 책임을 졌다. 이후, 사석에서 "내가 이완용이 소리를 들어도 그 길밖에는 없다고 생각했다. 조금 적은 액수이더라도 빨리 공장을 세우고 기술을 배웠기 때문에 우리 경제성장이 빠르지 않았느냐. 후회하지 않는다."고 회고했다. 중앙일보 2015년 1월 18일자.

225) 第50回国会 衆議院 日本国と大韓民国との間の条約及び協定等に関する特別委員会 第10号, 昭和40年 11月5日, 20頁; 第126回国会 衆議院 予算委員会 第26号, 平成5年5月26日, 35頁.

226) 카와카미 시로 외 6명, 『완전하지도, 끝나지도 않았다. 양심적인 일본 변호사들의 징용공을 위한 변론』, 메디치미디어, 2020.5.20., 108면.

227) 関本克良, “国際法と国家の法的責任に関する考察 日本軍「慰安婦」問題と被害者の損害賠償請求権を焦点として”, 「大学紀要」63卷 2号, 天理大学学報, 2012.2., 114頁.

228) 이에 대해 일부 보상과 배상을 구분하여 사용하지 않았다는 견해가 있으나, 샌프란시스코 조약 제 14(b)에서는 명백하게 ‘reparation claims(배상청구권)’ 이라 표기되어 있으므로, 일본이 이를 주지하지 않았을 리 없다. 한국에서 제출한 항목 중 ‘배상’ 이라고 표기된 청구들에 관하여 증명 책임을 물었던 일본의 태도에서도 이를 확인 할 수 있다.

229) 강제징용피해자들의 위자료 청구권도 한일청구권협정에 포함된다고 보는 입장 중, ‘강제징용피해자들

3. 합헌적 법률해석에 따른 해석

조약의 경우 문언이 다의적이고 해석에 따라 위헌소지가 있을 시 합헌적 법률해석의 원칙을 원용할 수 있음은 이미 살펴보았다. 한일청구권협정 제2조는 ‘국가의 자국민 보호’ 요소에 따라 그 해석에 위헌소지가 있다.

대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정 제3조 부작위 위헌확인(소²³⁰⁾)에서 헌법재판소는 국가가 자국민을 보호해야 할 의무에 관하여 다음과 같이 설명한다.

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

특히, 일제강점기 반인도적 범죄로 인한 피해자들을 향한 국가의 의무는 다음과 같다.²³¹⁾

“우리 헌법은 전문에서 “3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통”의 계승을 천명하고 있는바, 비록 우리 헌법이 제정되기 전의 일이라 할지라도 국가가 국민의 안전과 생명을 보호해야 할 가장 기본적인 의무를 수행하지 못한 일제강점기에 강제 동원되어 강제노동에 처해졌고 그 노동의 대가까지 잃었던 자들의 훼손된 인간의 존엄과

의 ‘위자료 청구권’이 포함되지 않도록 한국이 적극 주장해야 했다는 견해가 있다. (李炳濤, “いわゆる「2018年徴用工判決」に対する国際法上の考察：条約解釈を中心に”, 「立命館国際地域研究」50号, 立命館大 學 校, 2019, 55頁.) 그러나 식민지배를 끝까지 부정한 일본이 이를 받아들였을지 의문이며, 우리 정부가 14년간 위 청구권을 위해 쏟은 노력을 몽개버린 의견이다.

230) 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2006헌마788 전원재판부 결정; 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2008헌마648 전원재판부 결정. 전자의 경우는 일본군 위안부 피해자들이 후자의 경우는 강제징용의 원폭피해자들이 청구한 소송이다.

231) 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2006헌마788 전원재판부 결정; 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2008헌마648 전원재판부 결정; 헌법재판소 2019. 12. 27. 선고 2012헌마939 전원재판부 결정 참조.

가치를 회복시켜야 할 의무는 대한민국임시정부의 법통을 계승한 지금의 정부가 국민에 대하여 부담하는 가장 근본적인 보호 의무에 속한다고 할 것이다.”

이를 한일청구권협정에 적용한다면, 우리 정부는 일제강점기로 피해 받은 국민들의 존엄과 가치를 회복시켜야 할 의무에 따라 한일청구권협정의 청구권을 실현할 헌법적 의무²³²⁾가 있었다. 그런데 만일 위자로 청구권이 한일청구권협정 제2조에 포함되어 있다고 볼 경우, 우리 정부는 그 헌법적 의무를 저버린 것이 되고 이는 곧 해당 조항의 위헌 여부 문제가 제기된다. 그러나 합헌적 법률해석의 문의적 한계로서 조약 해석 시 조약상 대방이 이해하고 있는 조약내용을 합헌적 법률해석의 원칙하에 달리 해석하는 것은 허용되지 않는다.

이에 청구권협정의 체결 목적이 일본의 식민지배의 불법성은 물론 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해에 대한 배상이 아니었던 점, 일본에서는 애초에 배상을 영두에 두지 않았다는 점 등을 고려한다면 합헌적 법률해석의 원칙에 따라 한일청구권협정 제2조의 ‘청구권’에는 일제강제징용 피해자들의 위자료청구권이 포함되지 않는다고 해석해야 한다.

4. 대상판결의 검토

대상판결의 다수의견은 “한일청구권협정의 전후 사정들에 의하면 일본의 불법적 식민지배에 대한 배상을 청구하기 위한 협상이 아니라 기본적으로 샌프란시스코 조약 제4조에 근거하여 한일 양국 간의 재정적·민사적 채권·채무관계를 정치적 합의에 의하여 해결하기 위한 것이었고, 청구권협정 제1조에 따라 일본 정부가 대한민국 정부에 지급한 경제협력자금이 제2조에 의한 권리문제의 해결과 법적인 대가관계가 있다고 볼 수 있는지도 분명하지 아니하며, 청구권협정의 협상 과정에서 일본 정부는 식민지배의 불법성을 인정하지 않은 채 강제동원 피해의 법적 배상을 원천적으로 부인하였고, 이에 따라 한일 양국의 정부는 일제의 한반도 지배의 성격에 관하여 합의에 이르지 못하였는데, 이러한 상황에서 강제동원 위자료청구권이 청구권협정의 적용대상에 포함되었다고 보기는 어려운 점 등에 비추어, 원고들의 피고 신일본제철에 대한 손해배상청구권은 청구권협정의 적용대상에 포함되지 않는다.” 고 판시하였다.

232) 신용인, “한일청구권협정과 강제징용 피해자의 손해배상청구권 -대법원 2018. 10. 30. 선고 2013다 61381 판결-”, 「법학논총」 제32권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2019, 303면.

설령 포함된다 하더라도 그 개인청구권 자체는 청구권협정만으로 당연히 소멸한 것이 아니고, 청구권협정으로 그 청구권에 관한 대한민국의 외교적 보호권이 포기되었다고 보는 것이 대상판결의 입장이다.

가. 외교적 보호권과 개인의 청구권

(1) 개인의 청구권 소멸 여부에 대한 한일 양국의 해석 변화

일본 정부는 한일청구권협정에 대하여 처음부터 ‘개인청구권은 소멸하지 않는 것’으로 해석했다.²³³⁾ 1995년 무라야마 총리의 담화 시점에도 식민지 책임을 부정한 반면 개인청구권은 인정²³⁴⁾하였다. 그러나 전후보상 및 반인도적 범죄로 인한 손해배상청구 소송이 잇따르자²³⁵⁾ 2001년 일본 정부는 그간의 입장을 철회하고, “평화조약²³⁶⁾ 제12조 (b)"에서 말하는 '청구권의 포기'라고 하는 것은 일본국 및 일본국민이 연합국국민에 의한 국내법상의 권리에 기초한 청구에 응할 법률상의 의무가 소멸했다는 것으로서 이를 거절할 수 있다는 취지를 정한 것으로 해석해야 한다.”고 표명하였다. 이에 일본최고재판소는 2007. 4. 27. 중국인들이 니시마쓰 건설 주식회사에 제기한 손해배상 청구 사안에서 일본정부의 해석을 수용한 판결을 내렸다.

반면 1965년 한일 청구권협정 체결 당시 우리 정부는 “피징용자의 미수금 및 보상금 등이 완전히 그리고 최종적으로 소멸하게 된다.”²³⁷⁾ 해설을 내비쳤고, 이후 이루어진 각종 조치법들에서도 외교적 보호권에 대한 언급은 없었다. 이러한 입장은 청구권

233) 第50回国会 衆議院 日本国と大韓民国との間の条約及び協定等に関する特別委員会 第10号, 昭和40年 11月5日, 17-18頁; 第121回国会 参議院 予算委員会 第3号, 平成3年8月27日, 100 柳井俊二; 第126回国会 衆議院 予算委員会 第26号, 平成5年5月26日, 35-36頁. “일본법률 144호의 소멸 대상은 이미 실체적으로 존재하고 있는 재산, 권리 및 이익이다. 구체적으로 일본 또는 일본 국민에 대한 채권, 담보권 또는 물권 등을 소멸시켰다. 이것이 바로 실체적 권리로, 청구권이 이 법의 적용 대상이 아닌 이유는 바로 그 소멸시키는 대상인 청구권이 눈에 보이는 형태로 존재하지 않기 때문이다.”; 第129回国会 衆議院 内閣委員会 第1号, 平成6年3月25日, 8頁.

234) 도시환, “일제식민지책임 청산을 위한 한일조약체제의 과제”, 『역사와 세계』 제48권, 효원사학회, 2015, 81면.

235) 일본 정부의 입장이 바뀐 것은 2000년 미국에서의 위안부 소송 이후다.

236) 샌프란시스코 조약을 말한다.

237) 카와카미 시로 외 6명, 『완전하지도, 끝나지도 않았다. 양심적인 일본 변호사들의 징용공을 위한 변론』, 메디치미디어, 2020.5.20., 124면.

자금의 운용 및 관리에 관한 법률 제5조 제1항이 “대한민국국민이 가지고 있는 1945년 8월 15일 이전까지의 일본국에 대한 민간청구권은 이 법에서 정하는 청구권자금 중에서 보상하여야 한다.” 고 규정한 데서 알 수 있다.

이후 대한민국 외교통상부는 “일본에서 받은 3억 달러에 강제징용 피해자들의 청구권 또한 포함되어 있으므로, 일본 정부에 청구권을 행사하기 어렵다.”²³⁸⁾는 입장을 취하여왔으나, 1991년 일본 외무성 국장의 개인청구권 인정 발언 이후 일제강제징용피해자들이 일본 법원에 소송을 제기하며 1995년에 그 입장을 변경하였다.²³⁹⁾ 이어 소송을 통해 한일청구권협정 관련 문서가 공개되며 2005년 민관공동위원회가 공식 입장을 표명하였고, 법원들의 입장도 ‘해결완료론’에서 ‘국가적 외교권 포기 및 개인청구권 잔존’으로 그 판단이 바뀌었다.

이상의 한일 양국의 해석 변화 추이는 다음과 같이 나타낼 수 있다.

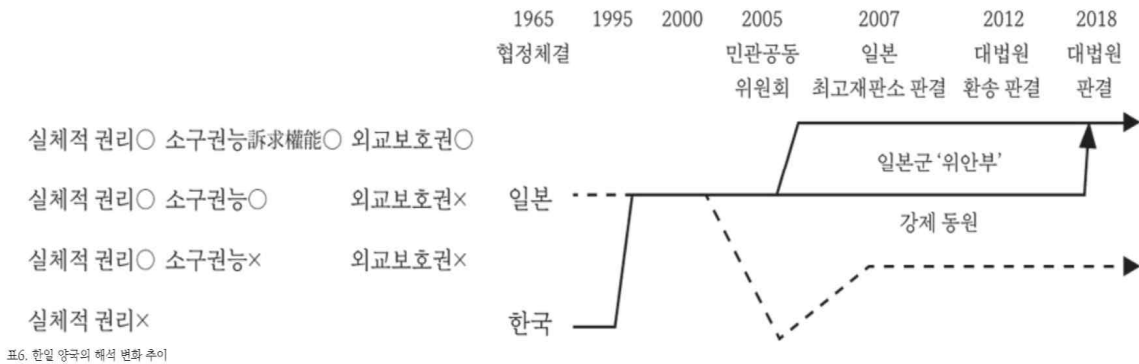


표6. 한일 양국의 해석 변화 추이

[표1-한일 양국의 해석 변화 추이]²⁴⁰⁾

(2) 외교적 보호권의 포기

238) 연합뉴스 2009년 8월 14일자.

239) “한일 청구권협정으로 정부 차원의 금전적 보상 문제는 일단락되었지만, 정부는 개인의 청구권이 살아있다는 것을 인정하고 있으며, 피해자들이 제기한 소송에 대하여 국제 여론을 환기하는 노력을 펼치는 등 가능한 한 지원을 하고자 한다.” 제177회 국회 통일외무위원회 회의록 제3호, 1995.9.20, 64면; “한일 양국 정부는 피징병 징용자의 배상 등 양국 간 청구권에 관한 문제를 해결하기 위하여 1965년 한일청구권협정을 체결하여 양국 정부 간에 청구권문제를 일단락지은 바 있습니다. 정부는 ‘청구권협정’이 개인의 청구권 소송 등의 재판을 제기할 권리에는 영향을 미치지 않는다는 입장입니다.” 김창록, “한일 「청구권협정」에 의해 '해결'된 '권리' : 일제 '강제동원' 피해 관련 대법원 판결을 소재로”, 「법학논고」 제49권, 경북대학교 법학연구원, 2015, 827면.

240) 카와카미 시로 외 6명, 『완전하지도, 끝나지도 않았다. 양심적인 일본 변호사들의 징용공을 위한 변론』, 메디치미디어, 2020.5.20., 130면 표6. 한일 양국의 해석 변화 추이.

1965년 한일청구권 제2조 ‘완전히 그리고 최종적으로 해결되었다.’ 는 문언 그대로 청구권의 정의에 이론(異論)없이 모두 해결된 것이 통상적으로 명백하다²⁴¹⁾고 보는 해결완료론이 있다. 이와 달리 한일청구권협정에 일제강제징용 피해자들의 위자료 청구권이 포함된다고 보는 입장 중, 한일청구권협정 제2조에 따라 해결 내지 포기된 것은 ‘국가의 외교적 보호권’ 일 뿐 개인의 청구권은 잔존해있다고 보는 견해가 있다. 그간 일본 정부가 고수해 온 입장이다. 여기서 말하는 외교적 보호권이란, 국민이 외국으로부터 부당한 대우를 받았음에도 불구하고 그 나라의 재판을 통해 구제받을 수 없는 경우, 마지막 수단으로 피해자의 국가가 외국에 배상을 대신 요구하는 권리²⁴²⁾를 말한다. 이는 본래 국가에 속하는 권리로서 피해자 개인은 가질 수 없다. 외교적 보호권은 전통적인 입장에서 외국의 자국민에 대한 불법적인 취급과 그로 인한 손해를 자국의 간접적인 상해로 여김으로써 국가 자신의 권리를 주장하는 것으로 간주되어왔다. 이로 인해 피해자 개인이 아닌 국가의 재량권이 더 크게 작용²⁴³⁾하였다. 이후 인권과 개인의 권리의 중요성이 대두되고 개인이 국가와 개별적인 법인격²⁴⁴⁾으로 여겨지며 이 재량권은 ‘의무’ 가 되었다.²⁴⁵⁾ 다만 외교적 보호권은 정치적 영향을 받기 때문에 최소한 국적국의 최우선 이익에 부합하여야 한다.

이러한 점에서 한일청구권협정으로 외교적 보호권이 포기되었다고 볼 때, 한일청구권협정이 우리나라의 최우선 이익에 부합하였는지 의문이다. 또한 외교적 보호권의 발동 대상이 국제적 위법행위²⁴⁶⁾라는 점에서 한일청구권협정으로 국가의 외교적 보호권이 포기되었다, 주장하기 위해서는 한일청구권협정의 목적이 일본의 우리나라 국민을

241) 李炳濤, “いわゆる「2018年徴用工判決」に対する国際法上の考察：条約解釈を中心に”, 「立命館国際地域研究」50号, 立命館大學校, 2019, 53頁.

242) 카와카미 시로 외 6명, 『완전하지도, 끝나지도 않았다. 양심적인 일본 변호사들의 징용공을 위한 변론』, 메디치미디어, 2020.5.20., 117면.

243) Mr. Mohamed Bennouna, Preliminary report on diplomatic protection, UN Doc. A/CN.4/484, 1998.2.4., p.313.

244) Mr. Mohamed Bennouna, Preliminary report on diplomatic protection, UN Doc. A/CN.4/484, 1998.2.4., p.314; Mr. John R. Dugard, First report on diplomatic protection, UN Doc. A/CN.4/506 and Add. 1, 2000.3.7. and 2000.4.20., p.213.

245) 이는 일부 헌법에서 법적의무보다 도덕적 의무에 더 가깝게 여겨지고 있다. Mr. Mohamed Bennouna, Preliminary report on diplomatic protection, UN Doc. A/CN.4/484, 1998.2.4., p.316.

246) 홍기갑·심재창, “外交的 保護權”, 「원광법학」 제23집 제1호, 원광대학교 법학연구소, 2007.6., 12면.

향한 혹은 우리나라의 일본인을 향한 국제적 위반행위로 인해 발생한 손해에 대한 배상을 요구하는 것이어야 한다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 한일청구권협정의 체결 목적은 샌프란시스코 조약 제4조(a)에 따른 재정적·민사적 채권채무관계를 정리하기 위함이었다. 더불어 예비회담에서 한국 정부는 ‘식민지배 및 일본의 반인도적 범죄로 인한 배상’을 제외하였음을 밝혔다. 다시 말해 한일청구권협정으로는 식민지배 및 일본의 반인도적 범죄로 인한 피해자들을 보호하여야 할 외교적 보호권의 발동이 애초부터 이루어지지 않았다. 그럼에도 불구하고 대법원 및 선행연구들에서 한일청구권협정과 외교적 보호권을 연관시키는 것은 한일청구권협정의 청구권에 피해자들의 배상금 및 그에 대한 청구권이 포함되어 있다고 하지 않는 이상, 논리적으로 모순이 있다. 이에 따라 원심 후 환송판결에서 “대한민국의 외교적 보호권도 포기되지 않는다.”는 결론은 타당한 판단으로 보인다. 또한 일본이 한일청구권협정을 체결한 이후, 일본 국내적으로 대한민국 국민의 일본국 및 그 국민에 대한 권리를 소멸시키는 내용의 재산권 조치법을 제정·시행한 조치는 청구권협정만으로 대한민국 국민 개인의 청구권이 소멸하지 않음을 전제로 하였음을 알 수 있다.

한편 “청구권협정 자금 중 일부는 개인청구권 문제 해결을 전제로 한국 정부가 받은 것이므로, 청구권협정은 외교적 보호권의 포기가 아니라 오히려 보상하기 위하여 한국 정부가 일괄적으로 외교적 보호권을 행사한 것으로 보는 것이 타당하다.”고 보는 견해가 있다.²⁴⁷⁾ 그러나 일본의 자금 및 청구권이 소멸된 까닭은 샌프란시스코 조약과 미군정의 법률에 따른 것이고, 한국이 일본 측에 국제법 위반을 행한 일이 없으므로 이러한 견해는 타당치 않다.

나. 국제적 강행규범과 개인배상청구권의 소멸합의

설령 한일청구권협정에 강제징용 피해자들의 위자료 청구권이 포함되어 있고, 한일청구권협정으로 모두 포기되었다 하더라도 강제징용은 국제적 강행규범이므로 청구권의 소멸과 협정의 무효를 검토해 볼 필요성이 있다.

247) 근거는 “일본은 한국으로부터 자국민 개인청구권 문제 해결을 위한 어떠한 자금도 받지 않았으므로, 일본 입장에서는 외교적 보호권 포기 여부가 문제될 수 있다. 그러나 한국정부는 자국민 개인청구권 문제 해결을 명목으로 일정 자금을 받았기 때문에 외교적 보호권 포기가 아니라 오히려 적극적인 행사로 보아야 한다.”는 것이다. 주진열, “1965년 한일 청구권협정과 개인청구권 사건의 국제법 쟁점에 대한 고찰-대법원 2018. 10. 30. 선고 2013다61381 전원합의체 판결을 중심으로”, 「서울국제법연구」 제25권 제2호, 서울국제법연구원, 2018.12., 206-207면.

국제강행규범(jus cogens)이란 국제법상 어떤 일탈도 허용되지 않는 일반국제법의 규범으로서, 비엔나협약 제53조²⁴⁸⁾는 체결 시 강행규범에 저촉하는 규약을 무효로 보고 있다. 또한 체결 후에 조약과 저촉하는 강행규범이 출현한 경우, 비엔나협약 제64조²⁴⁹⁾에 의거하여 그 조약은 종료한다. 비엔나협약 제64조는 어떤 강행규범이 형성된 경우, 그 순간부터 그에 위배되는 조약 내용은 그 조약이 1969년 비엔나협약보다 이전에 체결되었거나 해당 국가들의 가입 여부와 관계없이 무효로 보는 것이 실무적인 태도다.²⁵⁰⁾ 국제강행규범에는 노예 금지, 고문 금지, 제노사이드 금지 및 인류에 대한 범죄, 다시 말해 반인도적 범죄 등이 포함되어 있으며, 반인도적 범죄는 유고슬라비아 국제 형사 재판소(ICTY)와 국제형사재판소(ICC)를 포함한 국제형사 재판소의 창립 법령에 성문화되어 있다.²⁵¹⁾

248) **비엔나협약 제53조(일반국제법의 절대규범(강행규범)과 충돌하는 조약)** 조약은 그 체결당시에 일반국제법의 절대규범과 충돌하는 경우에 무효이다. 이 협약의 목적상 일반 국제법의 절대규범은, 그 이탈이 허용되지 아니하며 또한 동일한 성질을 가진 일반 국제법의 추후의 규범에 의해서만 변경될 수 있는 규범으로, 전체로서의 국제 공동사회가 수락하며 또한 인정하는 규범이다.

249) **비엔나협약 제64조(일반 국제법의 새 절대규범(강행규범)의 출현)** 일반 국제법의 새 절대 규범이 출현하는 경우에, 그 규범과 충돌하는 현행 조약은 무효로 되어 종료한다.

250) 신우정, “강행규범(Jus Cogens)과 일괄타결협정의 관점에서 본 청구권협정의 효력”, 「국제법학회논총」 제65권 제1호, 대한국제법학회, 2020.3., 108면.

251) **ICC 법령 제7조 인도에 반한 죄**

제7조 인도에 반한 죄

1. 이 규정의 목적상 "인도에 반한 죄"라 함은 민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격의 일부로서 그 공격에 대한 인식을 가지고 범하여진 다음의 행위를 말한다.

가. 살해

나. 절멸

다. 노예화

라. 주민의 추방 또는 강제이주

마. 국제법의 근본원칙을 위반한 구금 또는 신체적 자유의 다른 심각한 박탈

바. 고문

사. 강간, 성적 노예화, 강제매춘, 강제임신, 강제불임, 또는 이에 상당하는 기타 중대한 성폭력

아. 이 항에 규정된 어떠한 행위나 재판소 관할범죄와 관련하여, 정치적·인종적·국민적·민족적·문화적 및 종교적 사유, 제3항에 정의된 성별 또는 국제법상 허용되지 않는 것으로 보편적으로 인정되는 다른 사유에 근거하여 어떠한 동일시될 수 있는 집단이나 집합체에 대한 박해

자. 사람들의 강제실종

차. 인종차별범죄

카. 신체 또는 정신적·육체적 건강에 대하여 중대한 고통이나 심각한 피해를 고의적으로 야기하는 유사한 성격의 다른 비인도적 행위

2. 제1항의 목적상,

다. "노예화"라 함은 사람에 대한 소유권에 부속된 어떠한 또는 모든 권한의 행사를 말하며, 사람 특히 여성과 아동을 거래하는 과정에서 그러한 권한을 행사하는 것을 포함한다.

강제징용은 이 중 노예 금지와 반인도적 범죄의 ‘노예화’에 해당한다. 노예 금지는 1915년 비엔나회의에서 ‘노예무역의 일반적 폐지에 관한 선언’이 있는 이후, 1926년 ‘노예금지협약’과 세계인권선언 제4조 “어느 누구도 노예 또는 예속 상태에 놓이지 아니한다. 모든 형태의 노예제 및 노예무역은 금지된다.” 등에서 규정하고 있다. 동시에 강제징용은 국제노동기구(이하 ‘ILO’라 한다.) 제29호 강제근로협약 위반으로 1999년 ILO는 일본의 하시마, 정신대 등 조선인 징용이 이를 위반하였다고 판단하였다. 이에 따라 1910년 을사조약이 유효하므로 식민지배는 합법이고, 강제징용 또한 ‘강제성’이 없는 ‘모집’ 및 합법적인 ‘국민총동원령’으로 이루어졌음을 전제로 강제징용으로 인한 손해배상청구권이 존재하지 않는다는 입장은 타당치 않다. 설사 국내 법적으로 합법이었다 하더라도, 국제법상 강제징용피해자들이 겪은 노동은 ‘예속상태에서 행해진 강제노동’으로 국제강행규정 위반의 행위임은 부정되지 않기 때문이다.

한편 대상판결의 반대의견²⁵²⁾은 “일괄처리협정이 제2차 세계대전 이후 빈번하게 체결된 형식이고, 반인도적 범죄에 대한 손해배상청구권도 포함되어 있다고 보는 것이 일반²⁵³⁾이므로, 일괄처리협정의 일종인 한일청구권협정에는 강제징용으로 인한 청구권 또한 일괄적으로 포기되었다.”는 입장이다. 그러나 당시 많은 국가들에서 통상적으로 이루어졌다고 하여 식민지배를 합법이라 볼 수 없는 것처럼, 법리적인 논리 없이 이 또한 적법이라 볼 수 없다. 또한 앞서 반복하여 온 것처럼 한일청구권협정에서는 반인도적 범죄에 대한 배상청구권은 포함되어 있지 않다. 설령 포함되어 있다 하더라도 일괄처리협정은 비엔나협약 제53조와 제64조가 적용되어 ‘노예화’가 국제강행규범으로 출현된 시기부터 무효이다.

국제강행규범으로 노예화가 출현된 시기에 관한 통설은 없으나²⁵⁴⁾, 19세기 말에서 20세기 초로 보는 견해²⁵⁵⁾가 있다. 비엔나협약 제53조의 초안 해설을 ILC에서 제시한 문서 및 비엔나협약이 성문화되던 시기를 볼 때, 최소 1980년도에는 노예화가 강행규범으로 확립되었다고 보아야 한다.²⁵⁶⁾ 이를 한일청구권협정에 적용한다면 한일청구권

252) 대상판결 대법관 권순일, 대법관 조재연의 반대의견이다.

253) 신우정, “강행규범(Jus Cogens)과 일괄타결협정의 관점에서 본 청구권협정의 효력”, 『국제법학회논총』 제65권 제1호, 대한국제법학회, 2020.3., 111면.

254) 어떤 규범이 강행규범이고 어떻게 강행규범이 창설되는 지에 대하여는 여전히 논란이 있다. 류병운, 『국제법』 제4판, 형설출판사, 2019, 111면, 132면.

255) Gregory G. A. Tzeutschler, “Corporate Violator : The Alien Tort Liability of Transnational Corporations for Human Rights Abuses Abroad”, Columbia Human Rights Law Review, 359, 1999, pp.393.

협정은 최소 1980년도부터 비엔나협약 제64조에 따른 후발적 무효로, 동협약 제44조 제5항에 따라 조약규정의 분리는 허용되지 않아 한일청구권협정 자체가 무효가 된다. 이 경우에는 이미 일본으로부터 받은 3억불에 관하여 문제가 발생할 수 있다.

마지막으로 대상판결의 반대의견²⁵⁷⁾은 한일청구권협정 제2조의 의미는 개인청구권의 완전한 소멸이라 볼 수 없으나, 대한민국 국민이 일본이나 일본 국민을 상대로 소로써 권리를 행사하는 것은 제한된다는 뜻으로 해석한다. 이는 곧 한일청구권협정으로 개인의 손해배상청구권이 소멸되었다고 보는 입장이다. 그러나 이는 국제강행규범 위반으로 생긴 손해에 대한 청구권은 개인만이 유일한 권리 귀속 주체이자 처분권을 가지므로 국제법적으로 무효이고, 분리된 법인격 상 국가가 국민의 동의 없이 개인의 배상청구권을 소멸할 수 없으므로 타당치 않다.²⁵⁸⁾

이러한 점에서 개인의 모든 권리를 해결 완료 또는 소멸로 보는 견해는 국제법적 시각에서 후퇴했다고 생각된다. 또한, 피해자들은 “외교적 보호권만 포기된 것이다.” 내지 “개인의 청구권 및 소권은 소멸되지 않았다.” 는 일본 정부의 말을 믿고 소를 제기한 것인데 이제 와서 부정하는 것은 금반언 원칙에 위배된다.

5. 소결

이상의 내용을 정리하면 한일청구권협정으로 해결된 권리에 일제강제징용 피해자들의 위자료 청구권 포함 여부가 문제된 것은 한일청구권협정 제2조의 해석차이로 인한 것이다.

조약의 해석은 비엔나협약 제31조, 제32조를 통해 이루어지며, 문언 상 확실하다면 제32조를 적용하지 않으나 한일청구권협정만으로는 청구권의 범위를 지정할 수 없다. 이에 제32조에 따라 체결 당시의 사정 및 목적을 살펴보고, 일본 정부는 지금까지 식민지배의 불법성과 일제강점기의 반인도적 행위에 대하여 부정하고 있음과 한국 정부는 일괄처리협정을 원하였으나, 그 속에 일본의 불법성을 전제로 한 배상청구권은

256) 신우정, “강행규범(Jus Cogens)과 일괄타결협정의 관점에서 본 청구권협정의 효력”, 「국제법학회논총」 제65권 제1호, 대한국제법학회, 2020.3., 120면에서는 2000~2010년 초반으로 보고 있다.

257) 대상판결 대법관 권순일, 대법관 조재연의 반대의견이다.

258) 신우정, “국제적 강행규범의 시각에서 본 강제징용 청구권의 소권(訴權) 소멸 여부”, 「서울국제법연구」 제26권 제1호, 서울국제법연구원, 2019.6., 14-16면에서는 피해자들을 미성년자로, 한국과 일본을 그 부모로 상정하여, 우리민법 제103조 공서양속 위반에 따라 비유하고 있다.

포함시키지 않았다. 이에 따라 한일청구권협정의 체결 목적은 샌프란시스코 제4조(a)를 전제로 한 재정적·민사적 채권채무관계 청산이었고, 청구권 또한 채권채무관계로 인함임을 알 수 있다.

이어, 한일청구권 제2조의 ‘완전히 그리고 최종적으로 해결되었다.’는 문언에 관하여 ‘외교적 보호권’이 문제되었는데, 외교적 보호권 포기를 전제하기 위해서는 한일청구권협정이 일본의 국제법상 위반행위를 전제로 체결된 것이어야 하므로 한일청구권협정에는 애당초 해당되지 않아, “대한민국의 외교적 보호권도 포기되지 않았다.”는 환송 후 원심 판결의 판단이 타당하다.

한편 일제강제징용은 국제강행규정위반으로 조약으로는 개인의 청구권이 소멸되지 않는다. 또한 국제강행규정 위반으로 인한 개인의 청구권이 합의로 소멸된다는 조약은 비엔나협약 제53조, 제64조에 따라 무효이므로, 한일청구권협정으로 모두 해결되었다는 ‘해결완료론’은 국제법상 노예화가 국제강행규범으로 출현된 것으로 추정되는 1980년대부터 무효로 보아야 한다.

제4장 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해와

소멸시효

제1절 문제의 소재

한일청구권협정으로 해결된 권리에는 강제징용 피해자들의 위자료청구권이 포함되어 있지 않다. 그러나 강제징용이 행해진 시기와 소제기 사이에 많은 시간이 경과되어 피해자들의 권리에 대한 시효문제가 발생하였다. 이에 대하여 대상판결은 한일관계와 한일청구권협정 및 그와 관련된 사정을 제대로 알 수 없었던 원고들에게 소를 제기 할 수 없었던 장애사유가 있다고 봄으로써, 피고의 소멸시효항변은 신의칙에 위배되어 받아들일 수 없다고 판단하였다.

그러나 대상판결에는 다음의 문제점이 있다. 먼저 일제강제징용은 반인도적 범죄에 기한 중대한 인권침해 사안으로 일반적인 채무관계나 불법행위 사안과는 차원을 달리하고 있다는 점을 간과한 점이다. 소멸시효 제도의 존재이유에 비추어 볼 때 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 사안에서도 통상적인 소멸시효 제도가 적용될 수 있는지 의문이다.²⁵⁹⁾ 이어 일제강제징용은 중대한 인권침해 사안이자 국제강행규범으로서 시효부 적용협약의 대상임에도 불구하고, 이상의 판단들을 배제한 채 소멸시효의 적용을 전제로 판단하였다는 점에 의문이다. 마지막으로 대상판결이 소멸시효의 완성여부에 관하여만 판단한 점이다. 대상판결은 원고 측, 다시 말해 일제강제징용 피해자들의 위자료 청구권에 대한 소멸시효 기산점을 확실케 하지 않음으로써, 앞으로 이어질 강제징용 피해자와 그 유족들의 소송에 ‘소멸시효 기산점’이란 큰 장애를 안겨주었다.

이에 이하에서는 일제강제징용 피해자들의 손해배상청구권에 대한 소멸시효제도의 적용이 타당한 지에 관하여 살펴보고, 적용된다면 언제부터 그 시효가 기산되는 것인지 알

259) 이는 우리 헌법재판소의 입장이기도 하다. 헌법재판소 2003. 5. 15. 선고 2000헌마192, 508(병합) 전원재판부 결정.

아보고자 한다.²⁶⁰⁾ 더불어 피해자들의 위자로 산정과 관련하여, 배상액이 적절하게 참작된 것인지 그 손해에 관하여도 검토한다.

제2절 소멸시효제도의 존재이유

소멸시효는 권리를 행사할 수 있음에도 불구하고 권리자가 일정기간 동안 그의 권리를 행사하지 않을 경우, 해당 권리를 실효시키는 제도로 로마법시대에서부터 이어져 내려왔다. 이에 관하여 권리의 실효가 시간의 경과만으로 되는 것인지, 피청구권자 및 권리자의 권리 실효로 정당하게 이익을 보는 당사자의 시효 완성 주장으로 인함인지에 관한 학설 대립²⁶¹⁾이 있다.

우리 법원은 전자를 바탕으로 소송에서 시효완성 주장을 함으로써 그 효과가 인정되며,²⁶²⁾ 이는 직접 이익을 받는 당사자만이 원용가능하다²⁶³⁾는 입장이다. 국내 적용에 있어 우리나라 의용민법은 일본이 프랑스 민법 제2219조를 본받아 총칙편에서 소멸시효와 취득시효를 규정한 것을 차용하였으며, 현행 민법은 독일이 민법 총칙편에서 소멸시효를, 취득시효는 물권편에서 규정하고 있는 형식을 따르고 있다.

1. 전통적 입장

260) 본장은 필자의 논문 “반인권적 국가범죄와 소멸시효 항변에 관한 연구”, 『民事法研究』 제27권, 大韓民事法學會, 2019. 12., 185-343면과 정구태 교수와의 공저논문 “일제 강점기 강제징용 피해자들의 손해배상청구와 소멸시효 : 대법원 2018. 10. 30. 선고 2013다61381 전원합의체 판결을 계기로”, 『법학논총』 제25권 제3호, 조선대학교 법학연구원, 2018. 12. 31., 249-268면의 III.과 IV.를 수정·보완한 것이다.

261) 전자를 절대적 소멸설, 후자를 상대적 소멸설이라 한다. 학설 대립은 의용민법 제145조의 시효의 원용규정이 현행 민법의 체계에서 삭제된 데서 비롯되었다. 자세한 내용은 곽윤직, 『민법총칙(신정판)』, 박영사, 1991, 582면 참조.

의용민법 제145조 「時効의援用(시효의 원용)」

時効は, 当事者が援用しなければ, 裁判所がこれによって裁判をすることができない。

(시효는 당사자가 원용하지 않으면 법원이 이에 따라 재판을 할 수 없다.)

262) 대법원 1979. 2. 13. 선고 78다2157 판결.

263) 대법원 1992. 11. 10. 선고 92다35899 판결; 반면, 일본에서는 2017년 개정 민법(2020. 4. 1. 시행) 제145조에서 당사자, 보증인, 물상보증인, 제3취득자 기타 권리의 소멸에 정당한 이익을 가진 자로 보고 있다.

가. 학설

종래 통설은 ① 사회질서 내지 법적 안정성 유지, ② 증명곤란의 구제 및 ③ 권리행사 태만 제재²⁶⁴⁾ 등을 위하여 소멸시효 제도가 존재한다고 보았다.

(1) 법적 안정성 및 사회질서 안정 도모

우리 사회는 오랜 시간 지속되어 온 사실 상태를 존중하고, 그러한 사실이 진정한 권리관계와 부합한다는 전제 하에 새로운 법률관계 및 사회질서를 형성함으로써 법적 안정성 내지 사회질서 안정을 도모한다. 이는 제3자의 신뢰보호를²⁶⁵⁾ 위함이다. 긴 시간이 경과된 후 이전의 진실한 권리관계가 밝혀졌을 때에, 그에 대한 사실 상태를 받아들임으로써 오는 사회의 불안정성을 막기 위해 행사되지 않은 권리를 소멸시키는 것이다. 즉 소멸시효 제도는 행사하지 않은 오래 전의 권리 및 법률관계의 진실유무를 밝히기보다 해당 권리를 소멸하여 그간 인정되어 온 법률관계 및 사회의 안정을 보호하기 위한 제도다.²⁶⁶⁾ 이는 거래의 안정성 보호와도 관련이 있다.²⁶⁷⁾

(2) 증명곤란 구제

일정한 사실상태가 오래 지속될 경우 진정한 권리관계에 대한 증거가 훼손되거나 사라지기 쉽다. 예컨대 당사자 내지 증인의 기억왜곡²⁶⁸⁾·상실과 증인의 사망, 증거 유실 등의 사안에서 과거의 진실된 법률관계를 판가름 하는 데 많은 시간과 비용이 드는 것은

264) 곽윤직, 『민법주해[III]-총칙(3)』, 박영사, 1992, 388면. 이 외에도 소멸시효의 존재이유에 관하여 권리자가 더 이상 권리를 행사하지 않을 것으로 믿은 의무자의 신뢰를 보호한다는 견해가 있다. 그 밖에 시효제도는 궁극적으로 권리를 취득했거나 의무를 이행하였으나 증명을 하지 못하는 자를 보호하려는 데 그 목적이 있다는 견해도 있다.

265) 지원림, 『민법강의』, 홍문사, 2019, 382-383면.

266) 노재호, “민사집행절차와 소멸시효중단-현행 민법의 해석론을 중심으로-”, 『민법논고:이론과 실무』, 박영사, 2020, 1면.

267) 内田貴, "日本民法学の近時の変貌の回顧と将来の方途:「民法理論研究」を求めて.", 『北大法学論集』 70卷2号, 2019, 304頁.

268) Gary M. Ernsdorff · Elizabeth F. Loftus, "Let Sleeping Memories Lie—Words of Caution About Tolling the Statute of Limitations in Cases of Memory Repression", *Journal of Criminal Law and Criminology* Vol.84, Northwestern University School of Law, 1993, p.141.

물론 이를 밝혀내기란 불가능에 가까운 일이다.²⁶⁹⁾ 더불어 이로 인해 무고한 피해자가 발생할 가능성이 높아진다.

한편 사실상태가 오래 계속되었다는 것은 그러한 사실이 정당한 권리관계에 기하여 유지되어 왔을 개연성을 보여주므로,²⁷⁰⁾ 실제 소송에 있어 다툼이 있는 경우 이러한 개연성에 기초하여 증명곤란에 빠진 당사자를 구제한다.²⁷¹⁾ 이러한 견해는 민사소송제도의 이념을 고려한 입장이다.

(3) 권리행사 태만 제재

법은 오랫동안 자기의 권리를 행사하지 않고 방치한 자를 ‘권리 위에 잠자는 자’로 보고 그의 보호가치를 인정하지 않는다. 법적 안정성을 위한 불가피한 사권의 제한 내지 희생인 것이다.²⁷²⁾ 특히 불법행위로 인한 손해배상청구권의 3년의 단기시효에 있어, ‘그만한 세월이 지나면 피해자의 감정이 가라앉게 되어 새삼 시끄럽게 하는 것이 타당하지 않을 뿐 아니라, 불법행위에 의한 손해·고통 등을 잊고 있는 자에게는 법적 보호를 해 줄 필요가 없다.’²⁷³⁾고 본다. 이 견해에 따르면 오랜 시간 동안 권리자가 권리를 행사하지 않은 상태가 계속되는 경우, 앞으로도 권리를 행사하지 않을 것이라 상대방이 신뢰하게 되므로 추후에 권리자의 권리를 인정할 경우 신의칙에 반하는 권리남용이 된다.²⁷⁴⁾

나. 판례의 법리

269) 김성동, “소멸시효완성의 본질에 관한 고찰”, 석사학위논문, 계명대학교 대학원 법학과, 2018.12., 7면.

270) 지원림, 『민법강의』, 홍문사, 2019, 383면.

271) 증명곤란의 구제는 권리를 행사하는 채권자와 이를 방어하는 채무자 간 증명책임이라는 수단 면에서 접근한 것으로 소멸시효 제도의 부수적 존재이유 정도로 해석하는 견해가 있다. 강인원, “소멸시효 제도의 존재의의 및 소멸시효 중단사유로서의 승인에 대한 소고”, 『人權과正義』 제478호, 2018, 68면.

272) 김대정, 『민법총칙』, 피데스출판사, 2012, 1200면.

273) 김창록, “과거청산과 시효”, 『공익과 인권』 제1권, 서울대학교 공익인권센터, 2004, 119면. 해당 근거는 중대한 인권침해 사안의 피해자들 입장에서 볼 때, 기간경과에 의해서 분노의 감정은 누그러지지 않고 있고, 용서할 수도 없어 용납할 수 없다.

274) 김성동, “소멸시효완성의 본질에 관한 고찰”, 석사학위논문, 계명대학교 대학원 법학과, 2018.12., 8면.

(1) 대법원

대법원 1992. 3. 31. 선고 91다32053 전원합의체 판결 이후 우리 법원은 시효제도의 존재이유를 “영속된 사실 상태를 존중하고, 권리 위에 잠자는 자를 보호하지 않는다는 데에 있다. 소멸시효에 있어서는 후자의 의미가 강하다. 권리자가 재판상 그 권리를 주장하여 권리 위에 잠자는 것이 아님을 표명한 때에는 시효중단사유가 되고, 그 권리 자체의 이행청구나 확인청구를 하는 경우만이 아니라, 그 권리가 발생한 기본적 법률관계에 관한 확인청구를 하는 경우에도 그 법률관계의 확인청구가 이로부터 발생한 권리의 실현수단이 될 수 있어 권리 위에 잠자는 것이 아님을 표명한 것으로 볼 수 있을 때에는 그 기본적 법률관계에 관한 확인청구도 이에 포함된다고 보는 것이 타당하다.” 고 판시하고 있다.

(2) 헌법재판소

헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2014헌바148 전원재판부 결정에서는 소멸시효의 존재이유를 종래 통설 및 대법원의 입장과 같이 “법적 안정성의 보호, 채무자의 이중변제 방지, 채권자의 권리불행사에 대한 제재 및 채무자의 정당한 신뢰 보호에 있다.” 고 보았으나, 그 적용을 일반화하는 데에 부정적이다.

2. 전통적 입장 비판

가. 법적 안정성 및 사회질서 안정 도모

소멸시효 제도는 1차적으로 권리자가 권리를 잃고 의무자가 의무를 면하게 되는 데 불과하므로 사회질서의 안정과 직접적인 관련이 없다.²⁷⁵⁾ 특히 과거 국내에 있었던 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 사안은 국민을 보호해야 하는 국가가 국민의 인권을 침

275) 정구태·김어진, “국가에 의한 과거의 중대한 인권침해 사건에서 소멸시효 항변과 신의칙 -대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결에 대한 비판적 연구-”, 「인문사회21」 제7권 제6호, 2016, 830면.

해하고, 그 우월적 지위를 이용하여 오랫동안 권리구제를 막고 있었다. 이러한 경우 피해자들이 침해당했던 권리를 주장하는 것이 거래의 안전을 위협하고 사회질서를 무너뜨린다고 볼 수 없다.²⁷⁶⁾

더불어 국가의 불법행위에 제3자의 신뢰란 있을 수 없는 일이다. 소멸시효제도는 권리행사가 가능함을 전제로 하기 때문에 그렇지 못한 상황에서 보호하여야 할 제3자의 신뢰는 없으므로 법적 안정성과도 무관하다.²⁷⁷⁾ 또한 소멸시효 제도는 제3자의 선의·무과실을 요구하지 않으면서도 그 효과는 단순히 제3자 보호에 그치는 것이 아니라 당사자간의 권리 취득과 소멸을 규정하고 있으므로, 제3자 보호라는 점만으로는 설명이 부족하다.²⁷⁸⁾

나. 증명곤란 구제

일반적으로 증명자료가 존재하는 사안은 물론, 과거 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해사건에 있어서와 같이 증명자료가 확보된 사안에서도 소멸시효를 적용하고 있다는 점에서 해당 근거는 비판을 면치 못한다.²⁷⁹⁾ 뿐만 아니라 일제강점기²⁸⁰⁾ 및 군부독재시절의 인권침해행위에 관련된 자료를 고의로 훼손·은폐했던 경우가 많이 있었으므로, 이와 같은 사정을 고려치 않고 수학 공식을 대입하는 것과 같이 소멸시효를 적용하여 가

276) 최광준, “인권침해에 대한 국가의 책임, 소멸시효완성의 항변과 신의칙 -대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결을 중심으로”, 「경희법학」 제51권 제2호, 경희대학교 법학연구소, 2016, 8면.

277) 이은경, “강제징용 배상판결에서 나타난 대일민간인청구권과 소멸시효 - 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다68620 판결을 중심으로 -”, 「외법논집」 제41권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2017.05., 299면.

278) 이은경, “반인권 국가범죄에 관한 소멸시효 기산점 연구”, 박사학위논문, 서울대학교 법학전문대학원 법학과, 2020.2., 59-60면.

279) 권영준, “소멸시효와 신의칙”, 「재산권연구」 제26권 제1호, 한국재산법학회, 2009, 6면; 최광준, “인권침해에 대한 국가의 책임, 소멸시효완성의 항변과 신의칙 -대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결을 중심으로”, 「경희법학」 제51권 제2호, 경희대학교 법학연구소, 2016, 8면.

280) 일제강점기에 발생한 개인의 손해배상청구권에 있어 변제의 사실에 관한 증명책임은 의무자인 일본정부와 일본공기업이 부담하는 것이기 때문에, 시간의 경과에 의하여 변제되었다는 증명책임의 곤란이 존재 이유로서 문제된다. 이러한 존재이유도 변제되지 않은 것이 명백한 경우, 즉, 권리자의 주장이나 증명으로부터 변제되지 않은 사실이 증명된 경우나 그 개연성이 높은 경우에는 결정적으로 고려해야 하는 시효제도의 존재이유로서 채용할 수 없다. 이흥렬, “일제강점기에 발생한 불법행위책임에 관한 연구 -소멸시효를 중심으로-”, 「비교사법」 제19권 제2호, 한국비교사법학회, 2012.5., 525면. 그러나 앞서 살펴본 한일회담에서 일본은 그에 대한 증명책임을 한국 정부에게도 떠넘겼다.

해자를 구제하는 것은 심히 부당하다.

더하여 증명곤란의 구제와 관련된 개연성은 무권리자에게 권리를 주고, 의무자의 의무를 면하게 하는 이유로는 충분치 않다. 스스로 채무에 대하여 자각하고 있는 채무자를 시간이 경과하였다는 이유만으로 면책시키거나, 권원이 없는 불법점유자를 소유자로서 보호하는 것은 부도덕하기 때문이다.²⁸¹⁾ 다만 이미 변제를 하였으나 이를 증명하지 못하는 선량한 자의 재산권을 보호하기 위한다는 것에는 이견 없다. 이러한 점에서 소멸시효는 이미 변제를 한 선량한 채무자를 위한 제도라 할 수 있다.

다. 권리행사 태만 제재

앞서 언급한 ‘권리 위에 잠자는 자는 보호받지 못한다.’는 격언은 소멸시효의 존재 이유로서 자주 인용된다. 이를 진정한 권리자 보호를 목적으로 하는 시효 제도의 근거라고 보는 견해²⁸²⁾도 있다. 그러나 진정한 권리자는 권리를 소멸당한 자이다. 이러한 권리자에게 권리행사를 해야만 한다는 법적의무는 존재하지 않으며 이를 강요할 수도 없다. 때문에 권리를 행사하지 않은 것 자체만으로 권리가 실효된다는 것을 설명할 방법이 없다.²⁸³⁾

또한 국가차원에서 모든 것이 해결되었다고 발표하여 자신들의 권리가 소멸된 줄 알고 있었던 일제강제징용 피해자들과 과거 국가의 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 사안과 같이 국가의 탄압으로 인해 소를 제기할 수 없었던 피해자들에게 권리행사의 태만을 묻는 것은 사리에 맞지 않다.

라. 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2014헌바148 전원재판부 결정

헌법재판소는 소멸시효의 취지를 모든 사안에 동일하게 적용하는 것을 우려한다. 특

281) 지원림, 『민법강의』, 홍문사, 2019, 383면.

282) 内田貴, "日本民法学の近時の変貌の回顧と将来の方途: 「民法理論研究」 を求めて.", 「北大法学論集」 70卷2号, 2019, 304頁.

283) 반인도적 범죄 사안에 해당하지는 않으나, 의료과실과 같이 권리자가 소멸시효 기간이 지나고서야 부작용 혹은 자신의 손해를 알아차린 경우, 권리자는 아무런 사법상 구제를 받을 수 없기 때문이다. Gary M. Ernsdorff·Elizabeth F. Loftus, "Let Sleeping Memories Lie—Words of Caution About Tolling the Statute of Limitations in Cases of Memory Repression", Journal of Criminal Law and Criminology Vol.84, Northwestern University, School of Law, 1993, p.142.

히, 과거 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 사건에 있어 “과거사정리법 제2조 제1항 제3호에 규정된 ‘민간인 집단희생사건’, 제4호에 규정된 ‘중대한 인권침해·조작의혹사건’²⁸⁴⁾의 특수성을 고려하지 않은 채, 민법 제166조 제1항, 제766조 제2항의 ‘객관적 기산점’이 그대로 적용되도록 규정하는 것은 국가배상청구권에 관한 입법형성의 한계를 일탈한 것”이라 보고 있다. 그 사유로서 헌법재판소는 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 사안²⁸⁵⁾의 특수성을 언급한다.

“해당 사건들은 국가가 현재까지 피해자들에게 손해배상채무를 변제하지 않은 것이 명백한 사안이므로, ‘채무자의 이중변제 방지’라는 입법취지가 국가배상청구권 제한의 근거가 되기 어렵다. 또한 국가가 소속 공무원을 조직적으로 동원하여 불법행위를 저지르고 그에 관한 조작·은폐를 통해 피해자의 권리를 장기간 저해한 사안이므로, ‘채권자의 권리불행사에 대한 제재 및 채무자의 보호가치 있는 신뢰 보호’라는 입법취지도 그 제한의 근거가 되기 어렵다. 따라서 위와 같은 사건 유형에서는 ‘법적 안정성’이란 입법취지만 남게 된다. 그러나 국가배상청구권은 단순한 재산권 보장의 의미를 넘어 헌법 제29조 제1항에서 특별히 보장한 기본권으로서, 헌법 제10조 제2문에 따라 개인이 가지는 기본권을 보장할 의무를 지는 국가가 오히려 국민에 대해 불법행위를 저지른 경우 이를 사후적으로 회복·구제하기 위해 마련된 특별한 기본권인 점을 고려할 때, 국가배상청구권의 시효소멸을 통한 법적 안정성의 요청이 헌법 제10조의 국가의 기본권 보호의무와 헌법 제29조 제1항의 국가배상청구권 보장 필요성을 완전히 희생시킬 정도로 중요한 것이라 보기 어렵다.”

이에 따라 소멸시효 제도는 계약법상의 채무와 불법행위법상 채무에 관하여 각각 그

284) 여기서 말하는 민간인 집단 희생사건은 1945년 8월 15일부터 한국전쟁 전후의 시기에 불법적으로 이루어진 민간인 집단 희생사건을 말하며, 중대한 인권침해와 조작의혹사건은 1945년 8월 15일부터 권위주의 통치 시까지 헌정질서 파괴행위 등 위법 또는 현저히 부당한 공권력의 행사로 인하여 발생한 사망·상해·실종사건, 그 밖에 중대한 인권침해사건과 조작의혹사건을 말한다.

285) 반인도적 범죄와 반인권적 국가범죄는 개념적으로 그 양상이 다르다. 전자의 경우는 국제법 상의 개념으로, 민간인집단에 대하여 조직적으로 국가 또는 조직적 정책에 수반하거나 그 연장선에서 자행될 것을 요구한다. 그러나 인권과 관련된 모든 과거사 사건이 그 요건을 충족시키는 것은 아니다. 일설에서는 ‘반인권적 국가범죄’라는 새로운 개념을 만들었다. 이하의 반인권적 국가범죄는 모두 이 용어를 차용한 것이다. 구체적으로 “① 국가기관이 직무수행과정에서 정당화사유 없이 제24장의 살인의 죄를 범한 경우, 형법 제125조(폭행·가혹행위)의 죄, 군형법 제62조(가혹행위)의 죄를 범하거나 이를 통해 사람을 살상한 경우 등 ② 국가기관이 형법 제122조(직무유기), 제123조(직권남용), 제124조(불법체포·감금), ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제15조(특수직무유기)의 죄, 형법 제151조(범인은닉), 제152조(위증과 모해위증), 155조(증거인멸)의 각 죄 등을 범한 경우”에 해당한다. 조국, ‘반인권적 국가범죄’의 공소시효의 정지·배제와 소급효금지의 원칙”, 『형사법연구』 제17권 제17호, 한국형사법학회, 2002, 5-6면.

특성에 맞도록 달리 적용되어야 하고, 더 나아가 강압이나 은폐가 동반된 불법행위에 관하여는 소멸시효법리 적용에 세심한 고려가 필요하다.²⁸⁶⁾

3. 대상판결 검토

이상의 내용을 정리하면 전통적 입장은 소멸시효 제도가 ① 법적 안정성 및 사회질서 안정 도모와 ② 증명곤란 구제, ③ 권리행사 태만 제재를 위하여 존재한다고 보았다. 그러나 ① 소멸시효는 권리자가 권리를 상실하는 대신 의무자가 의무를 면하게 되는 데 불과하므로 사회질서의 안정과는 직접적 관련이 없고, ③ 권리자에게 권리를 행사할 의무가 있는 것은 아니므로 단지 오랜 기간 권리 행사를 게을리 하였다고 하여 권리 자체를 상실하도록 하는 것은 불합리하다.²⁸⁷⁾

대상판결 사안의 경우 일제강제징용피해자들이 제대로 된 배상을 받지 못한 것이 일정한 사실 상태라 할 것인데, 이를 진실한 권리관계로 신뢰하여 사회질서가 형성될 경우 오히려 법적 안정성과 사회질서 안정 도모를 기대할 수 없고, 일제강제징용과 관련된 증명자료가 남아있으며, 피해자들은 자신들의 권리가 소멸되었다고 인지하고 있었으므로 권리행사 태만에 해당한다고 볼 수 없다.

또한 앞서 살펴본 바와 같이 일본 정부는 1965년 한일청구권 협정을 체결하는 과정에서 식민지배와 강제징용의 불법성을 부인하고, 그로 인해 법적 배상의 책임과 의무가 없다는 입장을 내비쳐 왔고, 현재까지 지속되고 있다. 이 자체만으로 일본과 일본징용기업이 일제강제징용 피해자들의 손해배상채무를 변제하지 않았음을 알 수 있다. 따라서 대상판결에는 소멸시효제도의 존재이유에 따라 소멸시효가 적용될 여지가 없다.

그럼에도 불구하고 소멸시효가 적용된다는 전제 하에 사안을 판단한 대상판결은 판결이 선고되기 이전에 먼저 결정된 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2014헌바148 전원재판부 결정과 그 입장을 달리하였다는 점에 동의할 수 없다. 설령 소멸시효 제도의 존재이유가 전통적인 입장 그대로 적용된다 하여도, 일제강제징용은 반인도적 범죄로 인한 중대한

286) 김제완, “고의·중과실 공무원 개인의 배상책임에 있어서 소멸시효와 권리남용 -이른바 ‘유서대필 조작사건’ 하급심 판결에 대한 비판적 고찰- (대상판결 : 서울고등법원 2018.5.31. 2017나2046920)”, 「민주법학」 제69호, 민주주의법학연구회, 2019.3., 21면.

287) 정구태·김어진, “일제 강점기 강제징용 피해자들의 손해배상청구와 소멸시효 : 대법원 2018. 10. 30. 선고 2013다61381 전원합의체 판결을 계기로”, 「법학논총」 제25권 제3호, 조선대학교 법학연구원, 2018.12.31., 257면.

인권침해 사안인 동시에 국제강행규범을 위반한 범죄로서 시효부적용협약에 따라 소멸 시효가 적용되지 않는다고 보는 것이 타당하다.

제3절 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 사안에서의

소멸시효 배제론

1. 국제법적 논의

가. 시효부적용 협약

제2차 세계대전 이후 반인도적 범죄에 대한 공소시효를 배제하자는 국제사회의 운동은 뉘른베르크 군사재판에서 비롯하여 여러 차례 협의를 거친 후 1968년 유엔총회에서 채택한 ‘전쟁범죄와 반인도적 범죄에 대한 시효부적용에 관한 협약’ (이하 ‘시효부적용 협약’ 이라 한다.)으로 귀결되었다.²⁸⁸⁾ 1968. 11. 26. 채택된 본 협약은 1970. 11. 11.에 발효되었다. 44개국이 본 협약에 비준하였고 우리나라는 아직 서명하지 않았다.²⁸⁹⁾ 총회 결의를 통하여 채택된 시효부적용 협약 제1조²⁹⁰⁾는 전쟁범죄와 반인도적 범죄에 대하여²⁹¹⁾ 범행의 시점과 관계없이 공소시효가 적용되지 않음을 규정하고 있으며, 이는 동

288) UN Doc. A/7218(1968), 18 International Legal Materials 68(1979); 해당 협약은 국제관습법으로 국제적 범죄에 대한 시효부적용의 원인을 재확인하는 것이다. 이홍렬, “일제강점기에 발생한 불법행위책임에 관한 연구 -소멸시효를 중심으로-”, 「비교사법」 제19권 제2호, 한국비교사법학회, 2012.5., 529면.

289) 독일과 일본도 본 협약에 비준하지 않았으나, 본 협약 취지에 따른 국내조치를 취하였다.

290) 시효부적용 협약 제1조

다음과 같은 범죄에 대하여는 범행시기와 상관없이 시효의 제한이 적용되지 아니한다.

(a) 1945년 8월 8일 뉘른베르크 국제군사재판소 설립현장에 규정되고, 1946년 2월 13일 국제연합총회 결의 3(1) 및 1946년 12월 11일 국제연합총회 결의 95(1)에서 규정된 전쟁범죄, 특히 1949년 8월 2일 전쟁 희생자보호에 관한 제네바협약에 열거된 중대한 위반행위에 대하여 시효의 적용을 받지 않는다.

(b) 1948년 8월 8일 뉘른베르크 국제군사재판소 현장에 규정되고 1946년 2월 13일 국제연합 총회 결의3(1) 및 1946년 12월 11일 결의 95(1)에서 확인된 전시 또는 평시를 불문하고 저질러진 인도에 반하는 죄, 군사적 공격이나 점령 그리고 인종차별정책에 따른 비인도적 행위에 의한 추방, 1948년 집단살해죄의 방지와 처벌에 관한협약에 규정된 집단살해범죄에 대하여, 그러한 행위를 범한 자의 국내법에 의하여 범위를 구성하지 아니하더라도 시효의 적용을 받지 않는다.

협약 제2조에 따라 범죄의 완성 정도를 불문하고 정범이나 공범으로서 그러한 범죄행위의 실행에 가담하거나 직접적으로 선동 또는 모의한 국가당사자와 사인 및 그러한 범행을 용인한 국가당사자에게 적용된다.

시효부적용협약의 목적은 전쟁범죄와 반인도 범죄가 국제법에서 가장 중대한 범죄라는 전제 하에, 이들 범죄에 대한 시효 부적용 원칙을 확인하고 이에 대한 보편적 적용의 확보하는 것이다. 그 취지에 따라 협약 당사국이 아닌 나라들도 다수가 반인도적 범죄와 전쟁범죄, 중대한 인권침해에 대해 시효가 적용되지 않는다는 것이 국제법 원칙이라는 것을 인정한다. 이는 국내법상 범죄와 동일하게 취급할 수 없어 시효가 적용되지 않는다는 것이 그 이유다.²⁹²⁾

위 협약에 해당하는 범죄는 뉘른베르크 국제군사재판소 설립헌장과 제네바협약에 규정된 중대한 위반행위이다.²⁹³⁾ 나아가 1998년 국제상설형사재판소규정 제7조에서는 “민

291) 협약의 번역은 여성위원회(법제사법위원회), “중대한 인권침해 행위에 대한 공소시효 부적용 촉구건의안에 대한 심사경과 및 의견서”, 2002.10., 8면 참조.

292) 비록 이 협약이 소급적용 효과로 인하여 그다지 많은 비준을 받진 못했지만, 그렇다고 해서 집단살해, 전쟁범죄, 인도에 반하는 범죄에 시효를 인정하지 않는 원칙이 영향 받지 않는다. 강병근, “심각한 인권 침해를 이유로 제기된 불법행위청구소송과 국제법의 발전 방향”, 「국제법학회논총」 제58권 제1호, 대한국제법학회, 2013, 34면.

293) ‘뉘른베르크 국제군사재판소 설립헌장’에는 평화에 반하는 범죄, 전쟁 범죄, 반인도적 범죄가 규정되어 있으며, 세 범죄는 다음과 같다.

뉘른베르크 원칙 VI 이하에 명시된 범죄는 국제법상의 범죄로 처벌된다.

(a) 평화에 대한 죄:

- (i) 침략전쟁 또는 국제조약, 협정 또는 서약에 위배되는 전쟁의 계획·준비·개시 또는 수행(遂行).
- (ii) (i)에서 언급된 행위의 어느 것이든 그것을 달성하기 위한 공동의 계획 또는 공동모의에의 참가.

(b) 전쟁범죄: 전쟁의 법규 또는 관례의 위반, 점령지에 있는 민간인의 살인·학대 또는 노예노동 기타 목적을 위한 강제적 이송, 포로 또는 공해상에서의 민간인의 살인 또는 학대, 인질(人質)의 살해, 공사(公私) 재산의 약탈, 도시와 농촌의 자의적인 파괴 또는 군사적 필요에 의해 정당화될 수 없는 황폐(荒廢)를 포함한다. 그러나 위에 열거한 범죄에만 국한되지는 않는다.

(c) 반인도적 범죄: 모든 민간인에 대한 살인·섬멸(殲滅)·노예화·강제적 이송 기타 비인도적 행위 또는 정치적·인종적·종교적 이유에 의한 박해로서 이와 같은 행위 또는 박해가 평화에 대한 죄 또는 전쟁범죄의 수행으로서 또는 이에 관련하여 행하여졌을 때.

더불어 시효부적용협약 제1조 (a) 항의 제네바협약에 규정된 중대한 위반행위는 다음과 같다.

포로의 대우에 관한 1949년 8월 12일자 제네바협약(제3협약)의 “중대한 위반 행위” (grave breaches)

- 의도적인 살해, 고문, 비인도적인 대우 (생물학적 실험 포함).
- 의도적으로 중상을 입히거나 심한 고통을 주는 행위
- 적을 위해 복무하도록 강요하는 행위
- 전범으로 기소했을 때, 의도적으로 공정한 재판을 받을 권리를 박탈하는 행위

전시에 있어서의 민간인의 보호에 관한 1949년 8월 12일자 제네바협약(제4협약)의 중대한 위반 행위

- 인질을 잡는 행위

간인에 대한 광범위한 또는 조직적인 공격으로 범해진 것으로서 살인, 멸살, 노예화, 강제이주, 국제법의 근본원칙에 위반되는 구금이나 심각한 신체자유의 박탈, 고문, 강간, 성노예화 및 강제된 매춘과 임신, 단종 기타 이에 비견되는 비중을 가진 성적 폭력, 강제납치, 인종차별, 기타 신체에 심대한 고통을 주기 위해 고의로 범해지는 비인도적 행위” 등을 반인도적 범죄로 규정하고 있다. 다만 이러한 행위는 국가정책이나 조직적 정책에 수반하여 또는 그 연장선상에서 범해져야 한다. 동 규정 제29조는 “재판소의 관할에 속하는 범죄는 공소시효의 대상이 아니다” 라고 규정함으로써, 위의 반인도적 범죄에 대해 공소시효의 배제를 명문화하고 있다.²⁹⁴⁾ 이 외에도 “전쟁범죄와 인도에 반하는 죄의 공소시효부적용 유엔협약” 과 국제형사재판소규정 제75조, 국제적집사자가 작성한 관습국제인도법, 증보불처벌투쟁원칙 원칙 23, 피해자 권리장전 제6조, 제7조 및 미주강제실종방지협약 제7조에서 공소시효를 배제한다. 이 중 증보불처벌투쟁원칙의 원칙 23에서는 민사적·행정적 시효도 배제하고 있다.²⁹⁵⁾ 이 조약들은 국제관습법으로 여겨지고 있다.

이러한 배경 하에 유엔 기본원칙은 중대한 인권침해에 관한 시효 배제원칙은 중요하게 다루고 있다. 유엔 기본원칙과 함께 제출된 보고서 및 첨부된 원칙과 지침들²⁹⁶⁾을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 적용 가능한 조약에 규정되어 있거나 국제법상 의무에 포함되어 있는 경우 국제법상 범죄를 구성하는 국제인권법의 중대한 위반과 국제인도법의 심각한 위반에는 시효가 적용되지 않는다.

둘째, 국제범죄를 구성하지 않는 위반행위에 대한 국내법의 시효는 민사 청구를 비롯한 모든 절차에서 부당하게 제한적이어서는 안 된다.

-
- 군사적 정당성 없이 불법적 / 자의적으로 재물을 광범위하게 파손하거나 도용하는 행위.
 - 불법적인 추방, 이송, 구금.

294) 1994년 르완다 국제형사재판소규정 제3조에서도 유고슬라비아 국제형사재판소규정과 동일한 내용을 규정하고 있으나, 유고슬라비아 국제형사재판소규정과 달리, 반인도적 범죄가 무장충돌상황에서 범해질 것을 요하지 않는 대신, 그 범죄가 민간인집단에 대한 광범위한 또는 조직적 공격의 일환으로 범해져야 한다는 요건이 부가되어 있다.

295) 이재승, “ ‘피해자 권리장전’ 에 비추어 본 거창사건 ”, 「일감법학」 제42권, 건국대학교 법학연구소, 2019, 80면.

296) Report of the Independent Expert to Update the Set of Principles to Combat Impunity, UN Doc. E/CN.4/2005/102; Updated Set of Principles and the Protection and Promotion of Human Rights through Action to Combat Impunity, UN Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1; UN Doc. E/CN.4/2004/88; UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, para. 31.

셋째, 중대한 인권침해로 인한 민사적 손해배상 청구에는 시효가 적용되지 않는다.
 넷째, 정부가 중대한 인권침해의 진실을 은폐한 경우, 실질적으로 중요한 새로운 사실이 드러나거나 정부가 그 사실을 공식으로 인정한 때로부터 시효는 진행된다.
 유엔 기본원칙은 이에 그치지 않고, 국제법에 따라 특정한 국제범죄를 저지른 자를 기소할 국가의 의무를 강조한다.

나. 국가의 의무

중대한 인권침해의 피해자들은 배상을 받을 권리를 가지며, 국제법상 불법행위를 자행한 국가는 손해를 완전하게 배상할 의무를 진다. 중대한 인권침해에 대한 국가의 의무에 관한 국제법 원칙은 범죄를 처벌하고 피해자를 구제해야 한다는 법의 원칙과 나치의 유대인 학살을 ‘반인도적 범죄’로 처벌한 전범재판의 원칙을 기반으로 발전해 왔다.²⁹⁷⁾

1993년 비엔나선언 및 행동계획²⁹⁸⁾은 모든 인권이 갖는 보편성·불가분성·상호의존성·상호관련성을 전제로 하여 국제사회가 인권을 다룰 때 “전 세계적으로 공정하고 평등한 방식으로, 대등하게, 또 동일한 비중을 두어야” 함을 전문에서 명시한다. 또한 국가의 의무에 관하여 “민족적, 지역적 특수성과 다양한 역사·문화·종교적 배경의 중요성에 유념해야 하겠지만, 정치·경제·문화적 체계를 떠나 모든 인권과 기본적 자유를 신장하고 보호하는 것으로 … 고문과 같은 중대한 인권 침해 행위의 책임자를 면책하는 입법을 폐기하고, 그러한 침해행위를 소추함으로써 법의 지배에 굳건한 초석을 제공해야” 함을 밝힌다. 이를 반영하여 국가책임법 초안²⁹⁹⁾은 제31조³⁰⁰⁾에서 국제법상 불법행

297) 유엔은 1968년 독일의 나치전범 처벌에 있어 공소시효가 문제 되자 시효부적용 협약을 채택함으로써 국제사회가 반인도적 범죄에 대하여 시효를 적용하지 않는다는 시대적 흐름을 상징적으로 보여주었다. 여성위원회(법제사법위원회), “중대한 인권침해 행위에 대한 공소시효 부적용 촉구건의안에 대한 심사경과 및 의견서”, 2002.10., 2-3면; 조용환, “역사의 희생자들과 법 -중대한 인권침해에 대한 소멸시효의 적용문제”, 『법학평론』 제1권, 서울대학교 법학평론 편집위원회, 2010.9., 77면.

298) Vienna Declaration and Programme of Action 1993.6.25.: 1993년 6월 25일, 171개국의 대표들이 세계 인권 회의의 비엔나 선언 및 행동 계획을 채택하여 인권의 보편성을 확인하고, 전 세계의 인권 활동 강화를 위한 계획을 발표한 것이다. 더 자세한 내용은 BBC World Service 홈페이지 “Human Rights” 참조.

299) 국가책임법 초안은 서울국제법연구편집부, ““국제위법행위에 대한 국가책임”에 관한 국제법위원회 초안”, 『서울국제법연구』 제8권 제2호, 2001.12., 4-9면에서 확인할 수 있다.

300) 국가책임법 초안 제31조(손해배상).

위로 인한 손해에 대해 책임 있는 국가에게 완전한 배상의무를 인정하고, 제32조³⁰¹⁾에서 해당 국가는 국내법을 이유로 배상의무를 회피할 수 없다고 규정하였다. 더불어 유엔 총회가 채택한 “국제인권법의 중대한 위반과 국제인도법의 심각한 위반의 피해자를 위한 구제조치와 손해배상에 관한 기본 원칙과 지침(이하 ‘유엔 기본원칙’ 이라 한다.)” 전문³⁰²⁾에서는 그 의무가 국제법에 정한 다른 의무를 강화한다는 점을 지적하며, 피해자 중심의 관점에 서야 함을 강조한다. 여기서 말하는 ‘피해자 중심의 관점’이란 피해자가 구제조치와 손해배상의 이익을 얻을 권리를 존중하고, 책임성과 정의 그리고 법치주의를 기반으로 한 국제법 원칙을 재확인하며 피해자에 대한 연대를 확인하는 것을 의미한다.

이에 따라 국가는 국제인권법과 국제인도법을 존중하고 인권존중을 보장할 의무를 부담하며, 국제범죄를 구성하는 국제인권법 또는 인도법의 침해행위가 있을 경우 혐의자를 수사하고 증거가 있을 경우에는 기소하여 처벌할 의무가 있다. 더불어 국제범죄를 국내법 체계에서 처벌할 수 있도록 보편적 관할권을 행사함으로써 필요한 경우 국제적 사법기구나 다른 국가에 범죄자를 인도하고 사법절차에 협력해야 한다. 이에 대하여 유엔 기본원칙은 구체적으로 ① 위반행위를 예방하기 위해 적절한 법적, 행정적 조치를 할 의무, ② 위반행위를 효과적이고, 신속하며, 철저하고, 불편부당하게 조사하고, 국내법과 국제법에 따라 책임자를 조치할 의무, ③ 피해자에게 사법절차에 대한 평등하고 효과적인 접근을 제공할 의무, ④ 피해자에게 손해배상을 포함한 효과적인 구제를 제공할 의무가 있음을 명시하고 있다.

이 외 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights. 이하 ‘ICCPR B 규약’ 이라 한다.)³⁰³⁾에서도 국가의 의무에 관하여

1. 유책국은 국제위법행위로 인한 피해의 완전한 배상의무를 진다.
2. 피해는 국가의 국제위법행위로 인한 물질적 또는 정신적 손해를 모두 포괄한다.

301) 국가책임법 초안 제32조(국내법의 무관) 유책국은 이 부(部)에 따른 의무를 준수하지 못한 이유로 국내법 규정을 원용할 수 없다; 이재승, “집단살해에서의 소멸시효와 신의칙”, 「민주법학」 제53권, 도서출판 관악사, 2013, 184면.

302) Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law : 중대한 인권침해 사안의 범죄자를 처벌하고 피해자를 구제하기 위하여 필요한 국제법원칙을 확인한 것으로 2005. 12. 16. 유엔총회가 채택하였다. 자세한 내용은 UN인권고등판무관 홈페이지 참조.

303) International Covenant on Civil and Political Rights : 제21회 국제연합총회에서 1966. 12. 16 채택, 1976년 3월 23일 발효되었다. 한국에서는 1990년 7월 10일에 발효되었다. 개인의 시민적, 정치적 권리의 국제적 보장을 정한 국제조약으로 B규약 또는 자유권 규약이라고도 부른다. B규약에 정

명시하고 있다. 해당 규약은 법적구속력이 있는, 다시 말해 세계 공통적으로 적용될 수 있는 국제 인권조약 중 하나로서 국가가 이를 비준하고 당사국이 될 경우 ICCPR B 규약 제2조 제3항에 따라 조약의 조항들을 국내법에 적용시킬 의무가 있다. 이러한 의무를 다하기 위하여 국가는 조약과 국내법에 따라 조치를 취해야 할 뿐 아니라, 권리와 자유를 침해당한 자를 위해서 효과적인 해결책을 마련해야 한다. 즉 규정의 목표와 목적에 일치하는 조약법적으로 타당한 유보조항을 가지고 있지 않는 한, 국가는 해당 규약과 불일치하는 기존의 국내법을 ICCPR B 규약에 맞도록 개정해야 할 의무가 있다.³⁰⁴⁾ 우리나라는 해당 조약의 가입국으로 ① 이 협약에서 인정된 권리 또는 자유를 침해당한 피해자 누구나 효과적인 구제조치를 받을 수 있도록 보장하고, ② 피해자의 권리가 관할권 있는 사법·행정·입법 등의 기관에 의해 결정되는 것을 보장하고 사법적 구제조치를 발전시켜야 하며, ③ 구제조치가 결정된 후, 관할권 있는 기관이 그 조치를 집행할 수 있도록 보장³⁰⁵⁾할 의무를 진다³⁰⁶⁾.

한편 ICCPR B 규약은 제4조에서 국가의 존립을 위협하는 공적인 위기 상황의 경우, 국가의 의무를 일시적으로 무시할 수 있도록 허용한다. 그러나 그 상황 속에서도 무시할 수 없는 권리가 있다. 이는 “삶에 대한 권리, 고문당하지 않을 권리, 노예가 되지 않을 권리 혹은 계약의 불이행으로 구금당하지 않을 권리, 행위 당시 범죄를 구성하지 않는 불법행위로 인해 죄를 추궁당하지 않을 권리, 법 앞에서 사람으로 인정받을 권리, 사상·의식·종교의 자유에 대한 권리”로서 국제법의 강행규범이다.

2. 소멸시효 배제 관련 판례 및 입법례

해진 제 권리는 일반적으로 자유권 또는 자유권적 기본권이라고 하는 것이 대 부분으로 18세기 이후의 인권선언에 거의 언급되어 있으며, 문명제국에서는 헌법 기타의 법률에 의해 보장되어 있다. B 규약의 가입국은 그 관할지역 내에 있는 모든 개인에 대해 이 규약에 정해져 있는 제 권리를 존중, 보장할 책임을 지고 즉시 그것을 실시하도록 되어있다. 자세한 내용은 정치학대사전편찬위원회 홈페이지 “시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약” 참조.

304) 류병운, 『국제법』 제4판, 형설출판사, 2019, 666면.

305) 이 외에도 국제연합헌장을 수락한 제국이 인권과 자유에 대한 보편적인 존중과 준수를 촉진시킬 의무를 지고 있다. 자세한 내용은 ICCPR B 규약 전문 참조.

306) 구체적으로 “(a) 이 협약에서 인정된 권리 또는 자유를 침해당한 사람은 누구나 효과적인 구제조치를 받을 것을 보장하는 일. 그 침해가 공적 자격을 가지고 행동하는 사람들에 의해서 자행되었을 경우에도 똑같다. (b) 구제조치를 구하는 사람의 권리가 관할권 있는 사법기관, 행정기관, 입법기관, 또는 그 나라의 사법체계에 따른 관할권 있는 기관에 의해 결정되는 것을 보장하고, 또 사법상의 구제조치의 가능성을 발전시키는 일 (c) 구제조치가 허락되었을 경우, 관할권 있는 기관이 그 조치를 집행하는 것을 보장하는 일”을 담당하여야 한다. 자세한 내용은 ICCPR B 규약 참조.

가. 외국

중대한 인권침해로 인해 공소시효를 배제한 경우는 많다. 그러나 이로 비롯된 손해배상청구권의 시효 부적용 원칙에 의한 통일적인 국가관행은 없다. 대다수 국가의 법원들은 자국 민법상의 시효규정을 적용함으로써, 과거에 자행된 인권범죄에 기초한 배상청구권을 배척하고 있다. 대신 중대한 인권침해사건의 피해자들에게 법적인 의무가 아닌 정치적 상황과 도덕적 당위를 반영하는 수준의 보상법을 제정하고,³⁰⁷⁾ 국내법적인 해석론으로서 간접적으로 이를 적용하고 있다. 이는 대체적으로 인권침해 피해자들의 주소 송 사태에 대한 정책적 우려로 인함이다.³⁰⁸⁾

(1) 독일

독일법 상 살인죄에 대한 공소시효는 20년이다. 이를 제2차 세계대전 전범들에게도 그대로 적용하게 된다면, 더 이상 나치 잔당을 청산할 수 없을 것이란 목소리가 높아졌다. 이에 1965년 기민당 에른스트 벵다(Ernst Benda) 의원은 홀로코스트의 가해자들과 같은 나치 전범에 대한 공소시효가 도래하기 직전, ‘시효 연장 법안’을 제안·도입하였다.³⁰⁹⁾ 이 법안이 적용되는 범죄는 나치전범과 모살죄(謀殺罪), 집단살해죄 등이다. 그러나 민사상에서의 배상청구권은 소멸시효가 그대로 적용되었고, 현재에도 적용되고 있다. 이는 전후보상에 관하여 ‘시간이 많이 흘렀다. 하지만 도의적 책임은 인정한다.’는 독일연방정부의 입장에서도 엿볼 수 있다.³¹⁰⁾

(2) 프랑스

307) 이재승, “집단살해에서의 소멸시효와 신의칙”, 『민주법학』 제53권, 도서출판 관악사, 2013, 188면.

308) 이재승, “‘피해자 권리장전’에 비추어 본 거창사건”, 『일감법학』 제42권, 건국대학교 법학연구소, 2019, 83면.

309) Jan Arno Hessbruegge, “JUSTICE DELAYED, NOT DENIED: STATUTORY LIMITATIONS AND HUMAN RIGHTS CRIMES”, *Georgetown Journal of International Law* 43, Georgetown University Law Center, 2011, p.336.

310) 高橋進, “戦争犯罪・人道犯罪と国家責任 : イタリアの場合”, 『龍谷法学』第42卷 第4号、龍谷大学、2010.3.10., 1778頁.

프랑스는 1964년 반인도적 범죄에 대하여 “1946년 2월 13일 유엔결의에 규정되고 1945년 8월 8일 국제재판소 헌장에 열거된 반인도적 범죄는 시효의 적용대상이 아니다.” 고 규정하였다. 해당 법률에 의하여 1946년의 리옹법원과 1947년 상베리 법원의 결석재판에서 반역죄 및 내통죄로 사형선고를 받았으나, 도피생활로 1972. 6. 5.에서야 발견된 폴 투비에³¹¹⁾가 1981년 기소되었고, 그로부터 8년 후 체포되어 1994. 3. 17. - 1994. 4. 20. 진행된 재판에서 유죄판결로 종신형을 선고받았다.³¹²⁾ 당시 그의 나이는 79세였다. 이외에도 프랑스 대법원은 1985년 클라우스 바르비 사건에서 인도에 반하는 죄의 공소시효를 배제한 바 있다.³¹³⁾

반면 독일과 마찬가지로 프랑스는 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 피해자들의 민사적 배상청구로 확장하여 적용하지 않고, 피해자가 기업과 국가에 대하여 청구하는 것에 대하여는 소멸시효의 배제를 부정한다.³¹⁴⁾

(3) 미국

미국은 국내법적인 해석론을 통해 소멸시효 배제를 간접적으로 적용하는 대표적인 국가다.³¹⁵⁾ 그 실례로서 캘리포니아 주정부가 도입한 소멸시효 배제 조항을 들 수 있다. 이는 1999. 7. 15. 세계도처에 강제노동의 대가를 받지 못한 피해자들을 위하여, 소멸시효를 배제하는 특별한 법조항을 캘리포니아주 민사소송법에 제354조 제6항으로 추가한 것이다.³¹⁶⁾

311) Paul Touvie : 나치 시대 민병대 간부였다.

312) Commission européenne des droits de l'homme - plénière 13 janvier 1997 / n° , 29420/95; 이용우, 『프랑스의 과거사 청산:숙청과 기억의 역사, 1944-2004』, 역사비평사, 2008, 169-173면.

313) 이재승, “ ‘피해자 권리장전’ 에 비추어 본 거창사건 ”, 「일감법학」 제42권, 건국대학교 법학연구소, 2019, 82면; 본 사안의 바르비는 나치시대의 장교이다. 리옹에서 유대인을 학살하고 유대인 아동을 아우 쉬비츠 수용소로 이송한 혐의로 1952년, 1954년 두 차례에 걸쳐 결석재판에서 전쟁범죄로 사형을 선고받았다. 그러나 당시 그는 미국 CIC의 도움으로 볼리비아로 잠적한 상태였고, 전쟁범죄로 인한 유죄판결은 프랑스 형법에 따라 이미 실효한 관계로, 프랑스 정부는 인도에 반하는 죄로 볼리비아 정부로부터 바르비의 인도를 요청한 사안이다.

314) Jan Arno Hessbruegge, “JUSTICE DELAYED, NOT DENIED: STATUTORY LIMITATIONS AND HUMAN RIGHTS CRIMES”, Georgetown Journal of International Law 43, Georgetown University Law Center, 2011, p.379.

315) 캐나다의 경우도 이에 속한다. 이홍렬, “일제강점기에 발생한 불법행위책임에 관한 연구 -소멸시효를 중심으로-”, 「비교사법」 제19권 제2호, 한국비교사법학회, 2012.5., 529면.

미국은 1986년 유엔 공소시효부적용협약의 당사국이 아닌 이라크에게 이란·이라크 전쟁에서 전쟁범죄를 자행한 개인들을 시효와 관계없이 처벌할 수 있다는 취지의 각서를 보낸 바 있으며,³¹⁷⁾ 1991년 고문피해자보호법³¹⁸⁾을 제정하여 고문피해자와 초사법적 살해의 유족들이 외국인 범법자에게 소송을 제기할 수 있도록 하였다. 그에 대한 시한은 10년으로³¹⁹⁾ 연방법원은 고문피해자의 시한규정을 외국인불법행위법에 유추 적용하였다.³²⁰⁾ 연방 항소법원 제7순회재판부는 노예무역을 통해 이익을 얻은 기업을 상대로 한 노예후손소송에서 청구를 기각하면서 시효제도를 원용하였다.³²¹⁾

나. 국내

민사법과는 관련이 없으나 1995년에 제정한 ‘헌정질서파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법’에서는 ‘집단살해’ 죄의 공소시효를 배제하고 있다. 그렇다면 국내민사법에서도 국제법을 적용하여 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 피해자들의 손해배상청구권과 관해 소멸시효를 배제할 수 있는가?

316) Code of Civil Procedure 제354조 제6항

(b) 제2차 세계대전 노예노동 피해자 또는 그 상속인, 제2차 세계대전 강제노동 피해자 또는 그 상소인은 누구든지, 제2차 세계대전 노예노동 피해자 또는 제2차 세계대전 강제노동 피해자로서 수행한 노동에 대하여, 직접적으로 또는 자회사 혹은 제휴회사를 통해서 그 노동으로부터 이익을 얻은 모든 자 또는 그 이익승계자를 상대로 배상을 구하기 위한 소송을 제기 할 수 있다.

(c) 이 항에 따라 제기되는 소송은, 2010년 12월 31일 또는 그 이전에 제기되는 경우에는, 시효기간 내에 제기되지 않았다는 것을 이유로 각하되지 않는다.

이재승, “집단살해에서의 소멸시효와 신의칙”, 「민주법학」 제53권, 도서출판 관악사, 2013, 189면.

317) 이재승, “ ‘피해자 권리장전’ 에 비추어 본 거창사건 ”, 「일감법학」 제42권, 건국대학교 법학연구소, 2019, 81면.

318) Torture Victim Protection Act of 1991 : 1991년에 통과되고 1992년 조지 HW 부시 대통령이 법에 서명 한 TVPA는 미국 시민과 비 시민권 자 모두에게 외국에서 저지른 고문 및 초법적 살인에 대한 청구권을 허용한다. 외국인 불법행위법과 유사하게 미국 법원에 민사소송을 제기 할 수 있다. 즉, 소송은 가해자에 대한 징역형이 아닌 피해자에게 금전적 보상을 제공 할 수 있음을 의미한다. 자세한 내용은 전 세계 인권침해조사처벌단체(CJA)홈페이지 “TORTURE VICTIM PROTECTION ACT” 참조.

319) Torture Victim Protection Act of 1991, Pub. L. No. 102-256, §2(c), 106 Stat.73, 73 (1992) (codified at 28 U.S.C. § 1350 (2006)).

320) Papa v. United States, 281 F.3d 1004, 1011-13(9th Cir. 2002); Doe v. Islamic Salvation Front, 257 F. Supp. 2d 115, 118-19 (D.D.C. 2003); Iwanowa v. Ford Motor Co., 67F. Supp. 2d 424, 461-66(D.N.J. 1999).

321) In re African Am. Slave Descendants Litig., 471 F.3d 754, 762-63 (7th Cir. 2006).

우리 헌법 제6조 제1항은 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”고 규정함으로써, 일반적으로 승인된 국제법규는 직접 국내법으로 편입되도록 하였다.³²²⁾ 그러나 국제법규를 국내법으로 편입시키는 과정이 매끄럽지만은 않다. 헌법 상 국제법규가 저촉되는지, 일반적으로 승인된 것인지 등에 대하여 미리 조사할 필요가 있기 때문이다. 우리 헌법에는 그러한 권능기관에 대한 언급이 없으며³²³⁾ 현재 헌법재판소가 해당 업무를 담당하고 있다.

(1) 헌법재판소 2003. 5. 15. 선고 2000헌마192, 508(병합) 전원재판부 결정

헌법재판소에서 소멸시효 배제론이 언급된 것은 헌법재판소 2003. 5. 15. 선고 2000헌마192, 508(병합) 전원재판부 결정의 반대의견이다.³²⁴⁾ 반대의견은 반인도적 국가범죄로 인한 침해의 구제는 통상의 법구조로는 불가능하다고 밝히며 다음의 입장을 밝혔다.

“통상의 법절차가 제공하는 구제절차는 평상시의 일상적 분규에 의한 권리침해 등에 대한 구제를 목표로 하여 제정된 것이므로, 위난의 시기에 발생하는 국가조직에 의한 기본권침해와 같은 특수한 문제의 처리에 대하여는 그 규정이 제대로 들어맞지 않기 때문이다. 또한, 기본권침해의 사태를 야기한 국가권력이 집권을 계속하는 동안에는 국가를 상대로 개인이 적기에 권리를 행사하거나 통상의 쟁송을 제기하여 구제를 받는 것이 대개는 불가능” 하다.

본 사안은 한국 전쟁 당시 자행된 문경학살사건에 대한 판단으로서, 국민을 보호하여야 할 의무가 있는 국가가 오히려 군 병력을 통하여 무고한 국민들을 조직적으로 살해한 행위는 집단살해에 유사하여 집단살해와 같이 취급되거나 반인륜적 범죄로 취급되어야 마땅하므로, 국가배상법상의 소멸시효 제도와 같은 통상적인 법체계는 적용이 배제되어야 한다고 보았다. 이에 따라 헌법재판소 반대의견은 위 사안과 같이 국가조직에 의하여 중대한 인권침해를 당한 피해자들의 구제가 이루어지지 못한 경우, 헌법 제10조 제2문의 기본권보장의무에 의거하여 국가배상청구권을 실효적으로 보장할 의무와 같이 국가에

322) 허영, 『한국헌법론』 전정16판, 박영사, 2020, 192면.

323) 허영, 『한국헌법론』 전정16판, 박영사, 2020, 198면.

324) 헌법재판소 2003. 5. 15. 선고 2000헌마192, 508(병합) 전원재판부 결정 : 2000헌마192 사건의 청구인들은 1949. 12. 24. 경북 문경군 산북면 석봉리 석달동에서 국군에 의하여 학살된 주민들의 유족 또는 생존자들이다. 청구인들은 국가가 문경학살사건의 진상조사, 명예회복, 피해보상을 위한 특별입법을 아직까지 하지 않고 있는 것은 청구인들의 인간으로서의 존엄, 행복추구권, 알 권리, 배상청구권 등을 침해하는 것이라고 주장하면서 2000. 3. 18. 입법부작위 위헌확인을 구하는 헌법소원을 청구하였다.

그 구제를 위한 의회의 특별한 입법의무가 발생한다고 판단하였다.

그러나 다수의견은 “헌법은 공무원의 불법행위로 인하여 발생하는 손해를 배상하는 법률을 제정해야할 입법의무를 규정하였을 뿐, 문경학살사건 및 함평학살사건의 피해자들의 진상규명과 손해배상 등을 위한 특별법과 같은 법률을 제정할 것을 위임하는 명문 규정을 둔 바는 없다. … 비록 문경학살사건 및 함평학살사건으로 인한 피해가 매우 중대하고 피해자의 범위도 넓어 상당한 특수성이 있지만, 이미 수사제도 및 국가배상법제가 마련되어 있는 이상, 그 외에 청구인들이 주장하는 문경학살사건 및 함평학살사건의 진상규명을 위한 국가의 입법의무나 피해자들에 대한 특별한 배상을 위한 국가의 입법의무가 헌법해석상 새로이 발생하였다고 할 수는 없고, 다만 문경학살사건 및 함평학살사건으로 인한 피해의 중대성과 특수성을 고려할 때, 또한 피해자들이 적기에 국가에 대하여 가해자의 처벌을 요청하거나 배상청구를 할 수 없었던 사정을 고려할 때, 입법자가 그 입법형성의 재량으로서 별도의 특별법을 제정하여 진상규명 내지 배상방법을 도모하는 것은 바람직하지만, 그러한 입법의무를 헌법해석상 도출할 수는 없다.” 는 점을 사유로 이 사건 심판청구가 입법부작위에 대한 헌법소원으로서의 요건을 충족시키지 못하였으므로 부적법하다고 판단하였다.

(2) 故최종길 교수 판결

법원이 국제인권법을 판결규범으로 적용한 사안은 故최종길 교수의 사망사건이다. 서울고등법원은 서울고등법원 2006. 2. 14. 선고 2005나27906 판결에서 반인도적 범죄, 전쟁범죄나 고문과 같은 중대한 인권침해에 관하여는 공소시효의 적용을 배제하는 것이 국제법의 일반원칙임을 상기하고, 이와 같은 국제법적 원칙은 공소시효에 관한 논의이기는 하지만, 국가의 반인도적 범죄에 대한 민사상 소멸시효를 적용할 때에도 동일하게 고려되어야 할 것임을 판시하였다. 이를 토대로 서울고등법원은 1990. 7. 10.부터 우리나라에서 발효되기 시작한 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(B규약)’ 제7조³²⁵⁾를 적용하여 故최종길 교수 사망사건은 국가권력에 의한 고문 등의 가혹행위를 반인륜적 범죄로서 국제법상의 불법행위임을 인식하고, 국제관례를 좇아 국내의 소멸시효 규정은 적용이 배제된다고 판시하였다.³²⁶⁾

325) ICCPR B 규약 제7조

어느 누구도 고문 또는 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 취급 또는 형벌을 받지 아니한다. 특히, 누구든지 자신의 자유로운 동의 없이 의학적 또는 과학적 실험을 받지 아니한다.

반면 그 외 국가의 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 사안에서는 “명시적인 입법 규정이 없으므로” 받아들일 수 없으며, 국내법상의 소멸시효 규정에 따라 판단하였다. 그러나 소멸시효에 의한 권리행사의 제한은 어디까지나 각국의 국내법상의 제약으로서 중대한 인권침해 피해자들의 배상청구권에는 적용되지 않으며, 국제법상의 원칙에 의하면 원칙적으로 시효가 적용될 여지가 적다.³²⁷⁾ 이는 일제강제징용의 사안에서도 마찬가지이다.

3. 대상판결 검토

일본정부와 일본징용기업이 위반한 국제법은 다음과 같다. 먼저 뉘른베르크제원칙³²⁸⁾ 원칙6에 명시된 (a) 평화에 대한 죄는 물론, (b) 전쟁범죄의 점령지에 있는 민간인의 노예노동 기타 목적을 위한 강제적 이송과 (c) 반인도적 범죄로서 평화에 대한 죄 또는 전쟁범죄의 수행으로서 모든 민간인에 대한 노예화, 강제적 이송 기타 비인도적 행위에 대한 죄를 범하였다.

이어 기본인권을 명시한 세계인권선언을 위반하고 있다. 세계인권선언은 제4조에 모든 형태의 노예제를 금지하고 있다. 물론 세계인권선언은 법적 구속력을 가지고 있지는 않으나 인권을 침해하였다는 점에 있어선 다르지 않다.

다음으로 이러한 인권선언을 기초로 1926년 국제연맹에서 체결된 노예제 협약³²⁹⁾이

326) 서울고등법원 2006. 2. 14. 선고 2005나27906 판결; 김평우, “소멸시효 항변과 신의칙 -고(故) 최종길 교수 사건 [서울고등법원 2005나27906호 손해배상(기)] 판결을 중심으로-”, 「서강법학」 제8권, 서강대학교 법학연구소, 2006.10., 184면.

327) 이흥렬, “일제강점기에 발생한 불법행위책임에 관한 연구 -소멸시효를 중심으로-”, 「비교사법」 제19권 제2호, 한국비교사법학회, 2012.5., 531면.

328) Nuremberg Principles : 1946년 12월 11일 국제연합총회에 의하여 확인되고 정식화된 ‘뉘른베르크 재판소 조례 및 당해 재판소의 판결에 의해 승인된 국제법의 제원칙’ 이다. 주요 내용은 국제법상의 범죄를 실행한 자의 형사책임(원칙 1), 국내법이 형벌을 가하지 않은 것을 이유로 하는 국제법상의 형사면책의 불가(원칙 2), 국가원수 또는 책임 있는 형사면책의 불가(원칙 3), 도덕적 선택이 가능한 경우의 상관명령 항변의 불가(원칙 4), 법과 사실에 관하여 공정한 재판을 받을 권리(원칙 5), 평화에 대한 죄, 전쟁범죄, 인도에 대한 죄의 가벌성(可罰性)(원칙 6), 원칙 6의 죄를 범한 공범의 가벌성(원칙 7)으로 이루어진다. 자세한 내용은 두산백과 홈페이지 “뉘른베르크제원칙” 및 정치학대사전편찬위원회 홈페이지 “뉘른베르크원칙” 참조.

329) Convention to Supperse the Slave Trade and Slavery, Signed at Geneva on 25 September 1926, entry into force 9 March, 1927 : 서명국이 자국 영토에서 노예제, 노예 무역 및 강제 노동을 제거하도록 의무화 한 국제 연맹 회원국 간의 합의로 1926년 9월 25일에 서명하고 1927년 3월 7일에 발

다. 해당 협약은 제2조에서 모든 형태의 노예제를 완전히 철폐할 것을 규정하고 있다. 이에 따라 전쟁 중 일본 정부 및 기업에 의한 노예노동은 이러한 국제규범에 위배되나, 일본은 해당 협약에는 가입하지 않았다. 여기서 문제가 되는 것은 ILO에서 체결된 협약이다. 1930년 ILO는 강제노동협약 제29호³³⁰⁾를 체결하였는데 일본은 1932. 11. 21. 에 비준하였다.

일제강제징용 피해자들이 국내법원에 제기한 소에서 원고는 구 일본제철이 ILO 강제노동협약 제29호, 국제인권규약 등 국제법 규정을 위반하였으므로 이에 따라 손해배상 책임을 진다고 주장한다. 그러나 해당 조약에 대하여 국제법에 따른 사인의 권리를 구체적으로 규정한 국내법적 입법조치가 없고, 국제법상 해당 조약은 사인이 직접적으로 가해 주체에게 손해배상을 청구할 수 없는 규정이 없어 배척되었다. 국제조약, 국제관습법, 국제사법에 의한 해석이 국내법에 직접적으로 적용될 수 있는가에 대하여는 일본판례에서도 신중한 태도³³¹⁾를 보이고 있다.

한편 협약권고적용전문가위원회는 강제징용 문제를 위안부 사안과 함께 계속적으로 다룸으로써, 1999년 보고서에서 일본의 대규모 강제징용이 협약위반이며, 일본이 주장하는 정부 간 협상에 의한 문제해결에 대해 개인보상을 실시해야 한다는 견해를 내놓았다.³³²⁾ 이후 ILO는 8차례에 걸쳐 일본 정부에 ‘피해자가 납득할 만한 해결을 하라.’고 권고해왔으나, 법적구속력이 없어 일본은 이를 방치해온 실정이다.³³³⁾

이렇듯 일본제강제징용은 인권 및 노동권을 침해한 행위로서 피해자의 국적에 관계없이 당시 일본에 적용되던 조약 및 국제관습법의 중대한 위반에 해당하며,³³⁴⁾ 이는 곧 시

호 되었다. 본 협약으로 노예제와 노예 매매가 금지되었다. 1926 Slavery Convention라고도 부른다. 더 자세한 내용은 European Commission 홈페이지 “1926 Slavery Convention” 참조.

330) Forced Labour Convention, 1930 : 국제 노동 기구의 제29호 협약으로, 국제 노동 기구의 8대 핵심 협약 중 하나이다. 1930년 6월 28일 채택되었으며 1932년 5월 1일 발효되었다. 본 협약의 목적은 국제 노동기구의 각 회원국이 가능한 최단 기간 내에 모든 형태의 강제 노동을 금지하는 것이다. 더 자세한 내용은 ILO 홈페이지 국제 노동 기준 정보 시스템 참조.

331) 석광현, “강제징용배상 및 임금 청구의 준거법”, 「서울대학교법학」 제54권 제3호, 서울대학교 아시아태평양법연구소, 2013, 302면.

332) CEACR: Individual Observation concerning Convention No.29, Forced Labour, 1930 Japan (ratification: 1932) Published: 1999. ILO가 반세기 전에 일어난 일을 토의하는 것은 전례가 없는 일이며, 그만큼 일본의 협약위반이 심각하다는 것을 보여준다.

333) 중앙일보 2019년 8월 1일자.

334) 신희석, “일본기업의 국제법적 책임”, 「서울국제법연구」 제18권 제1호, 서울국제법연구원, 2011, 174면. 그러나 전쟁 중의 상황을 감안하더라도 일본 정부와 기업이 일본인 노무자의 경우에는 훨씬 더 나은 근로환경에서 임금을 지불하였다는 점에 이러한 상황논리의 타당성이 의심된다.

효부적용협약에 해당하는 범죄로서 시효의 적용은 배제되는 것이 타당하다. 그러나 대
 상판결과 과거 국내의 국가 조직적으로 일어난 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해
 사안과 일제강점기에 있었던 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 사안을 판단하는 데
 있어, 우리 법원은 국내법상의 소멸시효 제도가 적용된다는 전제 하에 소멸시효 남용론
 에 대한 판단을 하고 있으므로 그 타당성에 대해 알아볼 필요가 있다.

제4절 소멸시효 남용론

1. 소멸시효 남용론의 의의

가. 신의성실의 원칙과 소멸시효

우리 법원은 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 사안에도 소멸시효가 적용된다는
 것을 전제하여 가해자들의 소멸시효 항변이 신의성실의 원칙과 권리남용 금지의 원칙에
 위배됨으로써 소멸시효가 완성되지 않는다는 취지의 판단을 하고 있다.³³⁵⁾ 이와 같이 소
 멸시효 항변을 신의성실의 원칙에 비추어 볼 때 권리남용이라 판단되는 것을 보통 ‘소멸
 시효 남용’이라 하고, 이에 대한 이론을 ‘소멸시효 남용론’이라 한다.

신의칙이란 법률관계의 당사자가 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나, 신뢰
 를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행해선 안 된다는 추상적
 규범이다.³³⁶⁾ 우리 민법 제2조는 신의칙 내지 권리남용금지의 원칙이 권리행사와 의무
 이행에 관하여 적용되도록 규정하고 있다. 권리와 의무는 곧 사법(司法)관계 자체이므
 로, 그 규정은 일반원칙으로서 법의 여러 제도 전반에 두루 적용될 수 있는 범용성 있는
 법리이다.³³⁷⁾ 따라서 신의칙은 소멸시효 제도에도 당연히 적용된다.

335) 이러한 유형의 신의칙은 계약의 당사자들 간이나 사적인 불법행위의 당사자들 사이에 어울리는 논리로
 서, 가장 야만적인 폭력으로써 집단살해를 자행한 국가와 피해자인 시민 사이에 신의칙을 운위할 정도로
 그럴싸한 관계를 전제하는 것은 상상력의 남용이란 비판이 있다. 이재승, “집단살해에서의 소멸시효와
 신의칙”, 『민주법학』 제53권, 도서출판 관악사, 2013, 198면.

336) 양형우, 『민법입문』 제2판, 피앤씨미디어, 2016, 20면.

337) 양창수, “우리 법 이야기(2)-소멸시효라는 제도와 과거사의 ‘청산’ ”, 『본질과 현상』 제47호, 본질
 과 현상사, 2017, 98면.

이에 법원은 채무자의 소멸시효에 기한 항변권의 행사도 우리 민법의 대원칙인 신의성실의 원칙과 권리남용금지의 원칙의 지배를 받는 것으로 보고, 대법원 1994. 12. 9. 선고 93다27604 판결 이후, “채무자가 시효완성 전에 채권자의 권리행사나 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 하였거나, 그러한 조치가 불필요하다고 믿게 하는 행동을 하였거나(이하 ‘제1유형’ 이라 한다.), 객관적으로 채권자가 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었거나(이하 ‘제2유형’ 이라 한다.), 또는 일단 시효완성 후에 채무자가 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보여 권리자로 하여금 그와 같이 신뢰하게 하였거나(이하 ‘제3유형’ 이라 한다.), 채권자보호의 필요성이 크고, 같은 조건의 다른 채권자가 채무의 변제를 수령하는 등의 사정이 있어 채무이행의 거절을 인정함이 현저히 부당하거나 불공평하게 되는 등의 특별한 사정이 있는 경우(이하 ‘제4유형’ 이라 한다.)”에 한하여 채무자의 소멸시효 항변이 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용으로서 허용될 수 없다고 판단하고 있다. 다만 개별 법제도에 신의칙과 같은 법원칙을 적용할 때에는 법의 해석·적용에서 구현되어야 할 기본적으로 중요한 법가치의 하나인 법적 안정성을 해칠 우려가 있어 법원은 소멸시효 제도에 신의칙을 적용하는 데 있어 신중을 기할 것을 요구한다. 이에 따라 대법원은 소멸시효 제도 내에 고안된 장치들을 우선으로 이를 끝까지 활용함으로써 소멸시효 제도가 상정하는 균형 잡힌 지향점에 도달할 수 있도록 노력하고 신의칙은 보충적으로만 적용할 것을 지향하고 있다.³³⁸⁾ 이는 권리를 소멸시킴으로써 법적 안정성을 추구하는 소멸시효 제도도 적용하는 데 주의를 요한다는 점에서 소멸시효 항변에 신의칙을 적용할 경우 신중해야 함을 강조하는 것이다.³³⁹⁾

나. 외국의 소멸시효 남용론

(1) 독일

독일은 1926. 12. 17. 독일 제국법원 판결³⁴⁰⁾에서 “채무자가 자신의 거동을 통하여 채권자가 적시에 소제기를 못 하게 한 경우, 채무자의 소멸시효 항변은 그러한 거동과 모순되어 악의의 재항변에 의해 배척될 수 있고, 이는 설령 채무자가 의도적으로 그런 것

338) 권영준, “소멸시효와 신의칙”, 『재산권연구』 제26권 제1호, 한국재산법학회, 2009, 32-33면.

339) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008다15865 판결 외 다수.

340) RG, VI 446/26, Urt. v. 17.12.1926.

이 아니더라도 마찬가지다.” 고 판단하였다.³⁴¹⁾ 여기서 말하는 채무자의 거동은 “채권자가 소송 없이도 청구권의 완전한 만족은 아닐지라도, 수용할 만한 결과의 합의가 이루어질 수 있다고 생각하게 하는 방식 등으로 채권자가 소제기를 늦추는 데 영향을” 준 경우를 말한다.³⁴²⁾ 이러한 논리는 판례를 통해 계승되어 왔고 1958. 10. 14. 독일연방대법원 판결³⁴³⁾에서는 이러한 경우 개별 사건의 상황에 따라 ‘단기간 내’ 에 원고의 소제기가 이루어져야 한다고 판단하였다.³⁴⁴⁾ 이후의 주 사안은 단기소멸시효에 관한 문제였다.³⁴⁵⁾

소멸시효 남용론은 제2차 세계대전 이후의 판결에도 영향을 미쳤다. 다만 나치시대의 반인도적 범죄로 인한 손해배상청구 사안에서 앞서 살펴본 바와 같이 형사상의 공소시효 배제가 민사법으로까지 확장되지 않았다. 형사상 공소시효를 배제하는 법률³⁴⁶⁾은 제정된 반면 민사상으로 소멸시효를 배제하는 법률이 마련되지 않았기 때문이다. 사법부로서 현재 존재하는 법률을 적용할 수밖에 없는 까닭에 독일 법원은 이를 입법부의 영역으로 보고 반인도적 범죄의 가해자라 할지라도 ‘3년의 소멸시효 항변이 가능하다’ 고 판단하였다.³⁴⁷⁾

이처럼 독일은 소멸시효의 항변이 신의칙에 반하는 경우가 있다는 점을 인정한다. 동시에 모순행위 금지의 행위에 저촉되는 경우에 한하여 좁게 권리남용으로 한정하는 등³⁴⁸⁾ 채무자의 적극적인 행위로 인하여 채권자가 권리를 행사할 수 있음에도 행사하지 못한 경우와 같이 예외적으로 인정하고 있다.³⁴⁹⁾

341) 정재오, “소멸시효 남용 법리의 전개에 관한 시기적 고찰”, 「민법논고:이론과 실무」, 박영사, 2020, 126-127면.

342) RG, VI 446/26, Urt. v. 17.12.1926.

343) BGH, VI ZR 183/57, Urt. v. 14.10.1958.

344) 해당 사안에서는 원고의 변호사가 피고에게 소송을 제기하겠다고 위협했고, 이는 원고가 오랫동안 준비해왔다는 것을 유추할 수 있으며, 원고에게 필요한 문서가 부족하지 않았음을 이유로 들었다.

345) 정재오, “소멸시효 남용 법리의 전개에 관한 시기적 고찰”, 「민법논고:이론과 실무」, 박영사, 2020, 128면.

346) 1965.4.13. 형사법적 시효기간의 계산에 관한 법률.

347) BGH, VII ZR 181/65, Urt. v. 22.06.1967.

348) 권영준, “소멸시효와 신의칙”, 「재산권연구」 제26권 제1호, 한국재산법학회, 2009, 21면; 최창호·유진·전성환, “과거사 사건에 있어 법원의 소멸시효 남용론에 대한 비판적 고찰”, 「법조」 제62권 제11호, 법조협회, 2013, 62면.

349) 안경희, “독일 소멸시효와 사적자치”, 「외국법제연구」, 한국법제연구원, 2007, 53면.

(2) 일본

일본은 비교적 광범위하게 소멸시효 남용론을 적용하고 있다. 이는 일본의 특수한 상황과 문화, 법률 풍토를 감안한 일본 법원의 독자적인 이론으로 보아야 한다.³⁵⁰⁾ 최초의 소멸시효 남용론은 독일의 이론을 소개한 문헌에서 주장되었으며,³⁵¹⁾ 1976. 5. 25. 최고재판소 판결에 적용되었다.³⁵²⁾ 이후 많은 판례들에서 소멸시효 남용론이 적용되어 오다 1984년에서 1986년에 네 가지 유형으로 정형화되었다.³⁵³⁾ 이 네 가지 유형은 앞서 살펴 보았던 우리나라의 4유형과 동일하다. 한 가지 유형에 한정하여 소멸시효 남용론을 적용하고 있는 독일과 달리 다양한 사례에서 적용하는 법원의 태도에 ‘신의칙을 적극적으로 활용하는 법원의 태도가 결과적으로 법창설의 결과에 이르고 있다’ 며, 이를 이례적인 경우에 한정하지 않으면 소멸시효 제도 자체가 무의미해진다는 견해가 주장되고 있다.³⁵⁴⁾

한편, 히로시마 원자폭탄, 위안부, 731부대, 강제징용 등 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 사안에서 일본 법원은 단 한 번도 일본 및 일본 기업의 소멸시효 항변을 신의칙에 위배되었다고 판단한 적이 없다.

(3) 영미법계

영국과 미국에서도 신의칙은 매우 드문 경우에만 허용되어야 한다는 입장이다. 특히

350) 최창호·유진·전성환, “과거사 사건에 있어 법원의 소멸시효 남용론에 대한 비판적 고찰”, 『법조』 제62권 제11호, 법조협회, 2013, 72면

351) 정재오, “소멸시효 남용 법리의 전개에 관한 시기적 고찰”, 『민법논고:이론과 실무』, 박영사, 2020, 131면.

352) 最高裁判所 昭和51年5月25日 昭和50(才)1051 判決 : 장남이 어머니에게 농지를 증여하기로 약속하고, 인도하여 어머니가 20년 이상 점유·경작하던 중, 소유권 이전 허가 요청을 하자, 농지법 허가신청절차에 따라 장남이 소멸시효 완성을 주장한 사안이다. 최고재판소는 이러한 장남의 항변을 신의칙에 반하는 권리남용으로 허용되지 않는다는 원심의 판단에 위법이 없다고 하였다. 또한, 원심은 재산권에 대한 등기 청구권은 그 성질 상 소멸시효에 걸릴 수 없다고 본 것에 대하여 위법은 없으나, 그 논지는 채용할 수 없다는 것이 최고재판소의 판단이다.

353) 정재오, “소멸시효 남용 법리의 전개에 관한 시기적 고찰”, 『민법논고:이론과 실무』, 박영사, 2020, 134면.

354) 권영준, “소멸시효와 신의칙”, 『재산권연구』 제26권 제1호, 한국재산법학회, 2009, 21면.

미국은 독일과 같이 금반언의 법리를 적용하여 소멸시효 항변을 배척하고 있다.³⁵⁵⁾ 최초의 판결은 *Hornblower v. George Washington University*³⁵⁶⁾로 “피고가 소제기와 같이 법적 권리를 행사하지 못하도록 행동하여 원고를 적극적으로 유인한 경우” 피고의 소멸시효 항변은 받아들일 수 없다는 판단이다. 이후 판례들이 이를 인용하며 하나의 이론으로 자리 잡게 되었다.

영국은 ‘Limitation Act(1980)’³⁵⁷⁾와 같이 개별적인 소멸시효 법을 가지고 있다. 영국의 법개정위원회(Law Commission)은 영국법원이 ‘원고에게 유아기 또는 정신적 장애와 같은 장애가 있어 권리행사를 못한 경우’ 나 ‘피고가 사기 또는 고의적 은닉을 행하였을 경우’ 가 아닌 사안에서까지 소멸시효 규정을 완화할 일반적인 재량권을 가져서는 안 된다는 입장이다.³⁵⁸⁾ 이는 개인 상해 및 사망사고와 같은 일반적인 사안에서 적용되었을 때에 법적재앙과도 같았다는 것이 그 사유다.³⁵⁹⁾

2. 국내 판결 법리에 따른 유형 고찰

가. 제1유형

제1유형은 시효가 완성되기 전 ‘채무자가 채권자의 권리행사나 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 하거나 그러한 조치가 불필요하다고 믿게 하는 행동을 한 경우’ 를 말한다. 다시 말해 채무자가 권리행사 자체를 물리적으로 불가능하게 하거나 권리자의

355) *Hornblower v. George Washington University*, 31 App. DC 64, 1908.

356) 본 사안은 원고 *Hornblower & Marshall*회사가 조지 워싱턴 대학에 대학건물의 건축을 설계하고 감독한 비용과 오랜 시간 변제치 않은 태만에 대한 손해배상을 청구한 사안이다.

357) 잉글랜드와 웨일즈에만 적용되는 영국 의회법으로 1939년부터 1980년까지의 시효법을 정리 통합한 것이다. 스코틀랜드에서는 ‘*Prescription and Limitation (Scotland) Act 1973*’ 과 이를 개정한 ‘*Prescription and Limitation (Scotland) Act 1984*’ 가 시행되고 있다. 영국 의회법은 소멸시효가 완성될 경우 소를 제기하지 못한다고 규정하며, 학설은 이를 절차상의 효과만이 발생한다고 보는 반면, 스코틀랜드법에서는 채무가 소멸하는 것으로 규정하고 있다. 이 외 자세한 내용은 김성수, “소멸시효 완성의 효력”, 「2009년도 법무부 연구용역 과제보고서」, 법무부, 2009.12., 164-172면에서 확인할 수 있다.

358) N.H.Andrews. “Reform of Limitation of Actions: The Quest for Sound Policy.”, *The Cambridge Law Journal* vol. 57 no. 3, 1998, p.591.

359) N.H.Andrews. “Reform of Limitation of Actions: The Quest for Sound Policy.”, *The Cambridge Law Journal* vol. 57 no. 3, 1998, p.591.

권리행사를 미루도록 유인하는 등 채무자가 적극적으로 한 행동에 의해 권리행사를 제 때 할 수 없었던 경우다. 반대해석상 그러한 채무자의 행위에도 채권자가 권리를 행사할 수 있었거나 채무자의 행위가 채권자의 권리행사에 영향을 미치지 못했다면 신의칙 위반에 해당하지 않는다. 과거 국내의 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 사안 중 국가의 소멸시효항변을 제1유형에 해당한다고 본 판례는 청송교도소 사건³⁶⁰⁾과 즉결처분 사건³⁶¹⁾ 및 수지 김 사건³⁶²⁾이다. 반면 그 외의 사안들에 대하여는 국가의 소멸시효 항변을 받아들였다.

‘수지 김 사건’은 소멸시효 기산점과 관련하여 이제껏 사실상 장애사유 및 객관적 사유로는 소멸시효 진행에 아무런 장애가 없는 것으로 보아왔던 법원이 객관적 장애사유가 있는 경우에도 그 장애가 제거될 때까지 시효가 중단된 것으로 판단한 대표적 사안이다. 이에 따라 객관적 장애가 제거된 날을 기산점으로 삼은 최초의 판결이라는 데에 그 의의가 있다. 수지 김 사건이 서울지방법원에서 확정된 이유는 국가가 피해자들의 고통을 연장시키는 결과를 초래할 수도 있다는 반성적 고려와 원고들이 입은 피해는 단순히 금전의 지급만으로는 보상될 수 없는 것이고, 나아가 국가기관에서의 조직적 불법행위는 다시는 있어서는 안 된다는 점을 명백히 하는 의미에서 거액의 배상액

360) 대법원 2003. 7. 25. 선고 2001다60392 판결 : 해당 사안을 보호감호 중 집필사건이라 하기도 한다. 원고가 청송 제2보호감호소에서 보호감호를 받던 중, (1) 자신이 받은 부당한 처우에 대한 각종 소송서류 등을 작성하기 위한 집필허가신청을 하였는데 교도관들이 그 판시와 같은 경위로 이를 받아들이지 아니한 행위와, (2) 원고가 자신의 어머니와 접견하던 중 원고가 교도관들로부터 가혹행위를 당하였으니 변호사를 선임하여 검찰에 고소하라는 취지의 말을 하였다는 이유로 교도관들이 원고의 접견을 중지시킨 행위, 및 (3) 원고가 교도관들의 계호 소홀로 말미암아 함께 감호를 받고 있던 소외 1로부터 폭행을 당한 사실을 인정함 다음, 피고는 위와 같은 교도관들의 고의·과실로 인한 각 불법행위에 대하여 피고 시효완성 전에 스스로 원고의 권리행사나 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 한 행위로 보았다.

361) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다70189 판결 : 판결문을 위조하는 등의 방법으로” 원고들의 인격적인 법익 침해에 관한 국가배상청구권 행사를 불가능 또는 현저히 곤란하게 만들었다는 점에서 제1유형에 해당한다고 보았다. 또한, “위조된 위 판결문에 대하여 법원이 2003.12.3. 재심판결을 선고하고, 그 무렵 위 재심판결이 확정됨으로써, 그에 관한 시정조치가 이루어지기 전까지는 객관적으로 원고들이 이에 관한 국가배상청구를 하는 것을 기대하기 어려운 장애 상태가 계속 되었다.

362) 서울지방법원 2003. 8. 14. 선고 2002가합32467 판결 : 피고 대한민국 소속 국가안전기획부가 피고 윤태식과 공동하여 홍콩살인사건의 진실을 은폐, 조작” 한 행위를 채무자의 적극적인 잘못된 행동으로 보아, 시효가 완성되기 전 원고가 권리를 행사할 수 없었다고 인정하였다. 이에 “원고들이 2002.5.24. 이 사건 소를 제기하였음은 기록상 명백하여, 피고 대한민국이 홍콩살인사건에 대하여 진실을 은폐, 조작하다가 이제 와서 홍콩살인사건의 진실을 알지 못했던 원고들에게 소멸시효 완성을 주장하는 것은 신의칙상 또는 형평의 원칙상 허용될 수 없다. 본 사안 원고는 사실을 홍콩살인사건이 발생한 날로부터 약 15년이 경과한 2001. 11. 13. 피고 윤태식이 기소된 후에야 비로소 알게 되었기 때문에, 이 사건 청구에 대한 소멸시효는 원고들이 홍콩살인사건의 진실을 알게 된 2001. 11. 13.부터 그 기간이 개시되는 것이라고 봄이 상당하다.

을 수용한 까닭이다.

한편 전남 소태리 마을 유지 학살³⁶³⁾사건은 과거사정리에 따라 망인들에 대하여 진실규명결정이 이루어진 날부터 3년이 지나기 전에 유족들이 국가를 상대로 망인들의 위자료만을 구하는 소를 제기하였다가 진실규명결정일로부터 3년이 지난 후에야 청구 취지 등을 변경하여 망인들의 배우자 등으로서 유족들의 위자료를 구한 사안으로 유족들의 위자료 청구권을 별개의 권리로 보고 이에 대한 소멸시효 완성 여부도 판단하였다. 대법원은 이에 관하여 제소시점이 진실규명결정일로부터 상당한 기간 내에 권리를 행사하여야 한다고 명시하고, ‘상당한 기간’을 진실규명결정일로부터 3년 이내로 보았다. 여기서 상당한 기간은 법원에서 추가적으로 요구한 요건으로 민법상 시효정지기간인 6개월 내지 1개월, 특별한 사정이 있을 경우에 한하여 민법상 단기소멸시효기간인 3년을 적용한 것을 의미한다. 이러한 요건은 예상치 못했던 시기에 요구가 됐던 만큼 위 사안의 원고들에게 큰 혼란을 주었으며, “신의성실의 원칙을 들어 시효 완성의 효력을 부정하는 것은 법적 안정성의 달성, 증명곤란의 구제, 권리행사의 태만에 대한 제재를 이념으로 삼고 있는 소멸시효 제도에 대한 대단히 예외적인 제한에 그쳐야 한다.”며 위 사안이 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 사안임을 고려하지 않았다는 점에서 비판이 제기될 여지가 있다.

나. 제2유형

제2유형은 ‘객관적으로 채권자가 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었던 경우’이다. 여기서 말하는 장애사유는 사실상의 장애사유가 아닌 법률상의 장애사유로서 법원은 “위 요건의 해석과 관련하여서는 그 의미와 범위를 확정하기가 쉽지 아니하나, 일단

363) 대법원 2013. 8. 22. 선고 2013다200568 판결 : 국가가 진실·화해를 위한 과거사정리 기본법의 제정을 통하여 수십 년 전의 역사적 사실관계를 다시 규명하고 피해자 및 유족에 대한 피해회복을 위한 조치를 취하겠다고 선언하면서도 그 실행방법에 대해서는 아무런 제한을 두지 아니한 이상, 이는 특별한 사정이 없는 한 그 피해자 등이 국가배상청구의 방법으로 손해배상을 구하는 사법적 구제방법을 취하는 것도 궁극적으로는 수용하겠다는 취지를 담아 선언한 것이라고 볼 수밖에 없고, 거기에서 파생된 법적 의미에는 구체적인 소송사건에서 새삼 소멸시효를 주장함으로써 배상을 거부하지는 않겠다는 의사를 표명한 취지가 내포되어 있다고 할 것이다. 따라서 국가가 과거사정리법의 적용 대상인 피해자의 진실규명신청을 받아 피고 산하 진실·화해를 위한 과거사정리위원회에서 희생자로 확인 또는 추정하는 진실규명결정을 하고, 그 결정에 기초하여 피해자나 그 유족이 상당한 기간 내에 권리를 행사하였다면, 피고가 적어도 소멸시효의 완성을 들어 권리소멸을 주장하지는 않을 것이라는 데 대한 신뢰를 가질 만한 특별한 사정이 있다고 봄이 상당하므로, 그럼에도 불구하고 국가가 피해자 등에 대하여 소멸시효의 완성을 주장하는 것은 신의성실 원칙에 반하는 권리남용에 해당하여 허용될 수 없다.

권리자 이외의 제3자가 권리자의 입장에 선다 하더라도 권리를 행사하는 것이 불가능한 경우를 의미한다고 볼 수 있다.”³⁶⁴⁾는 입장이다.

법원은 과거 국가의 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 사안(이를 통틀어 이하 ‘과거사 사건’이라 한다.) 중 대다수를 해당 유형으로 판단하였다.³⁶⁵⁾ 본 유형에서의 주된 쟁점 사항은 ‘권리를 행사할 수 없는 장애사유’와 ‘소멸시효의 기산점’, 그리고 권리행사가 가능한 ‘상당한’ 기간이다.

다. 제3유형

제3유형은 ‘시효완성 후 채무자가 시효를 원용하지 않을 것 같은 태도를 보여 권리자로 하여금 그와 같이 신뢰하게 한 경우’를 뜻한다. 채무자의 적극적인 잘못된 언동으로 초래되었다는 공통점을 가진 제1유형과 같은 맥락에서 이해할 수 있으나 이 경우에는 채무자의 행위가 이미 시효가 완성된 후일 경우가 문제된다. 다만 채무자가 제3유형에 해당하는 행동을 하였더라도, 그것이 처분권한과 처분능력이 있는 사람이 시효가 완성되었음을 알고도 채권자에게 시효이익을 포기한다는 의사를 표시한 것으로 평가될 수 있는 경우는 소멸시효 항변이 신의칙 위반에 적용될 여지가 없다. 그 포기한 때로부터 다시 소멸시효 기간이 진행되기 때문이다.³⁶⁶⁾

본 유형은 진도군 민간인 희생 국가배상청구 사안³⁶⁷⁾과 군(軍)의문사³⁶⁸⁾, 삼청교육대³⁶⁹⁾ 등의 사안이 있다.

364) 서울고등법원 2006. 2. 14. 선고 2005나27906 판결.

365) 대법원 2011. 6. 30. 선고 2009다72599 판결(울산 국민보도연맹 사건); 대법원 2011. 9. 8. 선고 2009다66969 판결(문경학살사건); 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다36091 판결(신병자살사건); 대법원 2008. 5. 29. 선고 2004다33469 판결(거창양민학살 사건); 대법원 2011. 10. 27. 선고 2011다54709 판결(10·27법난) 등.

366) 박효송, “소멸시효 항변의 신의칙 위반에 관한 연구”, 석사학위논문, 서울대학교 대학원 법학과, 2015, 23면.

367) 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결.

368) 대법원 2015. 12. 23. 선고 2014다14627 판결 : 위 사안은 대법원에서 두 번 파기 환송된 후, 서울고등법원 2016. 6. 30. 선고 2016나846 판결에서 확정되었다. 판결의 중심은 ‘채무자가 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구권의 소멸시효 완성 후 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보여 권리자로 하여금 이를 신뢰하게 하였고 채권자가 그로부터 권리행사를 기대할 수 있는 상당한 기간 내에 자신의 권리를 행사한 경우, 채무자가 소멸시효 완성을 주장하는 것이 허용되는지 여부로서, 상당한 기간’ 내에 권리행사가 있었는지 판단하는 기준과 불법행위로 인한 손해배상청구의 경우 ‘상당한 기간’의 범위에 대하여 판시하였다.

라. 제4유형

제4유형은 ‘채권자보호의 필요성이 크고 같은 조건의 다른 채권자가 채무의 변제를 수령하는 등의 사정이 있어 채무이행의 거절을 인정함이 현저히 부당하거나 불공평하게 되는 등의 특별한 사정이 있는 경우’ 다. 이익형량을 통한 불균형이 그 요건인 만큼, 소멸시효 주장을 받아들이기 아주 힘든 경우에 해당하는 유형으로 볼 수 있다. 아직 이 유형만이 독자적으로 적용된 판례는 없으며, 채권자와 채무자 사이의 이익형량 결과 채무자의 소멸시효 완성주장을 도저히 받아들이기 어려운 나머지 사건을 포괄하는 일종의 ‘기타’ 유형이라 볼 수 있다.³⁷⁰⁾

일제강제징용의 또 다른 사안 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다 22549, 68620 판결에서 제2유형과 제4유형이 함께 적용되었다.

3. 소멸시효 기산점

가. 민법 제166조 제1항

(1) 일반론적 해석

민법 제166조 제1항은 소멸시효의 기산점에 대하여 ‘권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행한다.’ 고 규정하고 있다. 이에 대하여 판례와 다수설은 법률상의 장애사유가 없는 때로부터 소멸시효가 기산된다고 해석한다.³⁷¹⁾ 즉 권리의 존재나 권리행사 가능성을 알지 못하였다는 등의 사실상의 장애 사유³⁷²⁾는 시효진행에 아무런 지장이 없다고 봄으로

369) 대법원 1996. 12. 19. 선고 94다22927 전원합의체 판결.

370) 권영준, “소멸시효와 신의칙”, 『재산권연구』 제26권 제1호, 한국재산법학회, 2009, 24면.

371) 그 행사에 이행기의 미도래나 정지조건 미성취 등의 법률상의 장애가 있을 경우, 권리를 행사할 수 없다고 보고 있다. 대법원 2001.10. 30. 선고 2001다24051 판결.

372) 채무자가 누구인지 또는 그 주소가 어디인지를 알지 못하거나 그에게 변제자력이 없어 채권의 행사가 실제로 무의미하다는 등의 사유와 같이 사실상의 장애사유는 시효의 진행을 막지 못한다. 그리고 권리자가 사실상 권리의 존부나 권리행사의 가능성을 알지 못하였거나 알지 못함에 과실이 없다는 사유는 법률상 장애사유에 해당한다고 할 수 없다. 이러한 견지는 대법원 1993. 4. 13. 선고 93다3622 판결, 대법

써 사실상 객관적 장애 없는 시기보다도 협소하게 해석하는 것이다.³⁷³⁾ 문제는 소멸시효의 기산점을 이렇게 일회적으로만 인정한다면, 경우에 따라 권리자가 권리를 행사할 수 있다는 사실을 알지 못하는 사이에 소멸시효가 완성되어 권리자의 권리박탈을 정당화하게 된다는 점이다.³⁷⁴⁾ 이는 법률행위상의 채권을 영두에 둔 논리로서 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 사안에 그대로 적용하는 것은 타당치 않다. 조건이나 기한은 불법행위로 인한 손해배상채권에서 거의 문제되고 있지 않기 때문이다. 불법행위와 관련된 사건에서 이와 같은 논리를 사용한 판례들은 신의칙과 권리남용을 이유로 소멸시효의 항변이 배척되었다.³⁷⁵⁾

(2) 주관적 체계로의 전환

판례는 일정한 경우 권리자가 권리의 발생 여부를 알기 어려운 객관적 사정이 있고 권리자가 과실 없이 알지 못하는 경우에도 위의 원칙을 관철하면 정의와 형평의 이념에 반할 뿐 아니라 소멸시효제도의 존재이유에 부합된다고 볼 수 없으므로 사실상 장애를 법률상 장애에 준하는 것으로 보아 채권자 등을 보호하고 있다.³⁷⁶⁾ 이러한 체계 전환은 의료과실이나 아동성폭행 등 불법행위시와 피해자의 인식 또는 손해의 발견이 나중에야

원 2004. 4. 27. 선고 2003두10763 판결, 대법원 2002. 2. 8. 선고 99다23901 판결 등에서 확인 할 수 있다. 지원림, 『민법강의』, 홍문사, 2019, 390면.

373) 현행 규정은 의용민법 제166조 제1항으로부터 이어져 내려온 것으로서, 보아소나드(Boissonade) 민법 초안 제1451조 및 구 민법 증거편 제125조를 기초로 마련된 규정이다. 보아소나드는 모든 ‘시효의 정지’ 근거를 “호소할 수 없는 자에 대하여 시효는 진행되지 않는다.”는 법원에서 도출하였으며, 이에 시효의 기산점 또한 권리행사에 대한 장애가 있는 경우에는 진행되지 않는다는 입장이다. 다만, 사실상의 장애에 불과한 경우에 시효의 진행을 인정하지 않는다면, 시효제도를 형해화 시킬 수 있다는 우려에서, 보아소나드 민법초안 제1472조에 사실상의 장애 중 ‘교통의 단절 또는 재판사무의 정지’, ‘육해군의 병역’만이 시효의 진행을 막는다고 제한하였다. 서종희, “소멸시효의 기산점에 관한 고찰 -2013년 민법개정안을 반영하여-”, 『일감법학』 제37호, 건국대학교 법학연구소, 2017.6., 127-128면.

374) 이은경, “강제징용 배상판결에서 나타난 대일민간인청구권과 소멸시효 - 대법원 2012.05.24. 선고 2009다68620 판결을 중심으로 -”, 『외법논집』 제41권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2017.05., 301면.

375) 대법원 1993. 4. 13. 선고 93다3622 판결, 대법원 1999. 12. 7. 선고 98다42929 판결, 대법원 1998. 7. 10. 선고 98다7001 판결 등; 김제완, “고의·중과실 공무원 개인의 배상책임에 있어서 소멸시효와 권리남용 -이른바 ‘유서대필 조작사건’ 하급심 판결에 대한 비판적 고찰- (대상판결 : 서울고등법원 2018.5.31. 2017나2046920)”, 『민주법학』 제69호, 민주주의법학연구회, 2019.3., 22면.

376) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2007다19624 판결; 지원림, 『민법강의』, 홍문사, 2019, 390면.; 서종희, “소멸시효의 기산점에 관한 고찰 -2013년 민법개정안을 반영하여-”, 『일감법학』 제37호, 건국대학교 법학연구소, 2017.6., 129면.

인지되는 사안에서 그 필요성이 대두되며 21세기 초반 유럽을 중심으로 시효에 관한 법률 개정이 이루어졌다. 이에 따라 독일, 프랑스 등 현재 세계 각국은 소멸시효 법언 ‘시효는 소를 제기할 수 없는 자에 대해선 진행하지 않는다.’는 것을 전제로 하여, ‘권리자가 자신의 권리를 행사할 수 있다는 사실을 알았거나 알 수 있었을 때부터’ 시효를 기산하는 주관주의 체계로 전환하였다.³⁷⁷⁾ 이러한 체계전환은 소멸시효의 완성 효과로 인함이다.

소멸시효가 완성되면 채권자는 그의 청구권을 행사할 수 없다. 이는 채권자의 권리박탈을 의미하므로 이러한 결과는 채권자가 권리소추를 할 수 있는 공정한 기회를 가졌음에도 불구하고 그 권리를 행사하지 않은 경우에만 정당화될 수 있다. 따라서 소멸시효에 의한 권리상실을 정당화하기 위해서는 채권자가 자신의 청구권에 대하여 알았거나 최소한 합리적으로 알 수 있어야 한다.³⁷⁸⁾ 이에 세계 각국은 원칙적으로는 주관적 체계와 객관적 체계를 중첩적으로 두되 객관적 체계에 의한 소멸시효는 일반 채권에 비하여 장기간을 채택하는 대대적인 시효개정작업을 시행하였다. 이는 독일³⁷⁹⁾과 영국³⁸⁰⁾의 경우를 예로 들 수 있다. 특히 독일³⁸¹⁾, 프랑스³⁸²⁾, 일본³⁸³⁾, 영국³⁸⁴⁾, 호주³⁸⁵⁾, 캐나다³⁸⁶⁾ 및

377) 김상찬, “프랑스의 신시효법에 관한 연구”, 「법학연구」 제38권, 한국법학회, 2010, 27면; 이은경, “국가범죄에 있어 소멸시효 기산점”, 「민주법학」 제66권, 민주주의법학연구회, 2018, 215-216면.

378) 이은경, “국가범죄에 있어 소멸시효 기산점”, 「민주법학」 제66권, 민주주의법학연구회, 2018, 217면.

379) 독일 민법 제199조 제3항 : 일반적으로 손해배상청구권은 권리행사가능시점으로부터 10년, 그 원인이 되는 행위시점으로부터 30년 중 먼저 완성되는 때로 정하고 있다.

380) 영국 Limitation Act 1980 제2조에 의하면 일반적인 불법행위에 근거한 소송은 소송 사유가 발생한 날로부터 6년이 지난 후에는 제기 할 수 없다. 한편 제11조(4)의 일반과실로 인한 개인상해와 제12조의 치명적인 사고로 인한 피해자의 사망의 경우 인식가능시점으로부터 3년의 소멸시효 기간을 가지며, 제14B조에서 개인상해는 없으나 일반과실로 인한 손해가 발생한 경우 불법행위 시로부터 15년의 소멸시효를 가지며, 동시에 권리를 행사할 수 있는 때로부터 6년 또는 권리를 알게 된 날로부터 3년 중 소멸시효가 늦게 완성되는 날을 기산점으로 규정하고 있다.

381) 독일 민법 제199조 제2항: 신체를 침해하는 행위로 인한 손해배상청구권은 그 행위가 있는 시점으로부터 30년이 지나면 소멸시효가 완성된다.

382) 프랑스 민법 제2226조 : 신체적 상해행위로 인한 책임조치는 결과적으로 손해를 입은 직간접적 피해자에게 해당하는 것으로 최초 또는 악화된 손해 발생일로부터 10년이 경과하면 시효가 완성된다. 단, 고문이나 야만행위, 미성년자에 대한 폭력 및 성폭행 등의 피해를 입은 경우 민사상 책임을 20년으로 정한다.

383) 일본 민법 제724조

불법 행위로 인한 손해 배상의 청구권은 다음 각 호의 경우 시효에 의해 소멸한다.

1. 피해자 또는 그 법정 대리인이 손해 및 가해자를 안 때로부터 3년간 행사하지 않을 때.
2. 불법행위의 때로부터 20년간 행사하지 않을 때.

미국³⁸⁷⁾ 일부 주에서는 일부 피해자의 구제가 더 중요하게 여겨지는 유형의 불법행위 사안에서는 장기적인 소멸시효와 법원의 재량으로 기간의 유예를 인정할 수 있는 예외³⁸⁸⁾를 인정하고 있다.³⁸⁹⁾ 이와 달리 우리나라의 주관적 체계에 의한 단기소멸시효는 손해배상청구권의 소멸시효가 조기에 완성되도록 하는 기능만을 하고 있다.³⁹⁰⁾

(가) 독일

독일은 2002년 개정으로 일반 소멸시효 기간을 30년에서 3년으로 대폭 축소³⁹¹⁾하였다.³⁹²⁾ 일반 소멸시효의 적용범위는 구민법에서 확장되어 민법에 한한 모든 청구권에 적용된다.³⁹³⁾ 민법에 한정하는 것은 그간 구민법의 30년이라는 장기 소멸시효 혹은 1

일본 민법 제724조의 2

사람의 생명 또는 신체를 해치는 불법행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효 중 전조 제1호의 규정의 적용에 대해서는 3년을 5년으로 한다.

384) 영국 Limitation Act 1980 제11조 : 개인상해로 인한 손해배상청구권의 경우 권리를 행사할 수 있는 날로부터 또는 알게 된 날로부터 중 늦은 것으로부터 3년이 지날 시 소멸시효가 완성된다.

385) 호주 뉴사우스웨일즈주 소멸시효법(Limitation of Actions Act 1936) 제3A조, 퀸즐랜드주 소멸시효법(Limitation of actions act 1974) 제11A조 : 아동학대로 인한 사망, 신체 상해 및 성적 학대, 그로 인한 심리적 학대로 인한 손해배상청구권에 관하여는 소멸시효를 적용하지 않는다.

386) 캐나다 온타리오주 소멸시효법(Limitations law in Ontario)에서는 제16조 제1항 (a)의 청구권 이행을 구하지 않음을 전제로 하는 청구권의 존재확인소송과 (h)의 성폭행에 근거한 소송, 위법행위 당시 청구자가 미성년자인 경우, 보호자의 아동학대의 사안과 제17조의 발견되지 않은 환경오염 사안에 소멸시효의 적용을 배제하고 있다.

387) 미국 뉴욕 민사절차법규 제212조 (e): 성매매, 강제 매춘, 노동 인신 매매 또는 가중 노동 인신 매매 피해자는 피해가 발생한 후 10년 이내에 소를 제기할 수 있다. 그러나 그러한 10년의 기간은 그 피해자가 그러한 행위의 대상이거나 계속되는 기간 동안은 기산하지 않는다.

388) 영국과 호주, 미국에서 일정 사안에 대해 법원의 재량에 의해 소권행사를 허용할 수 있도록 하고 있다. 김성수, “소멸시효 완성의 효력”, 「2009년도 법무부 연구용역 과제보고서」, 법무부, 2009.12., 166면; 홍성균, “소멸시효 기산점에 관한 객관적 체계의 완화 -대법원 판례의 ‘객관적 인식가능성’을 중심으로-”, 「비교사법」 제25권 제4호, 한국비교사법학회, 2018.11., 1375-1376면.

389) 홍성균, “소멸시효 기산점에 관한 객관적 체계의 완화 -대법원 판례의 ‘객관적 인식가능성’을 중심으로-”, 「비교사법」 제25권 제4호, 한국비교사법학회, 2018.11., 1375-1376면.

390) 홍성균, “소멸시효 기산점에 관한 객관적 체계의 완화 -대법원 판례의 ‘객관적 인식가능성’을 중심으로-”, 「비교사법」 제25권 제4호, 한국비교사법학회, 2018.11., 1375-1376면.

391) 유럽법 조화화 운동의 일환으로서 올 란도(Ole Lando) 교수가 주도하는 유럽계약법위원회의 유럽계약법원칙(PECL)도 일반 소멸시효기간을 3년으로 하고 있다. 김상찬, “프랑스의 신시효법에 관한 연구”, 「법학연구」 제38권, 한국법학회, 2010., 26면.

392) 독일민법 제195조 : 일반 소멸시효 기간은 3년이다.

월에서 6월의 단기 소멸시효의 적용을 피하기 위해 수많은 법에서 민법상 소멸시효의 적용을 배제한 입법이 행해져온 까닭이다.³⁹⁴⁾

소멸시효의 기산점에 관하여 독일은 동법 제199조 제1항에 “청구권이 성립하고, 채권자가 청구권을 발생시키는 사정 및 채무자의 인적 사항을 알았거나 중대한 과실 없이 알았어야 했던 년도가 끝나는 때(12월 31일이 종료되는 시점)로부터 진행한다.”고 규정하였다.³⁹⁵⁾ 이는 청구권이 성립한 사정만으로 시효가 진행되었던 구민법에 권리자의 인식을 더한 것으로, 불법행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효 기산점을 일반화한 것이다.³⁹⁶⁾ 이는 채권자의 부당한 불이익을 방지하기 위함이다. 소멸시효 제도가 채권자의 권리를 소멸시키는 만큼, 최소한 채권자가 청구권의 성립을 인식하고, 이를 검토 및 주장할 수 있는 정당한 기회가 주어져야 한다는 입장을 고려한 것이다.

다만 채권자가 인식하지 못한 경우 영원히 소멸시효가 진행되지 않을 수 있어 객관적 체계의 소멸시효와 채권자의 인식가능성이라는 ‘발견주의 원칙’³⁹⁷⁾을 함께 도입하고 있다. 독일 개정 민법 제199조 제2항 및 제4항이 그 일례다. 이에 따르면 “생명, 신체, 건강 또는 자유의 침해를 이유로 하는 손해배상청구권은 그 성립 여부 및 인식이나 중대한 과실로 인한 불인식과 관계없이 행위시, 의무위반시 또는 손해를 발생시키는 기타 사건의 발생 시로부터 30년이 경과할 시 소멸³⁹⁸⁾” 하고, “제2항과 제3a항³⁹⁹⁾에 규정된 이외의 청구는 발생한 날로부터 10년 후에 소멸⁴⁰⁰⁾” 된다. 제3a항으로 인한 손해배상청구도 손해발생시로부터 10년, 행위시로부터 30년으로 규정하였다. 또

393) 이상영, “독일 개정민법상 소멸시효제도”, 「비교사법」 제9권 3호, 한국비교사법학회, 2002, 7면.

394) 이상영, “독일 개정민법상 소멸시효제도”, 「비교사법」 제9권 3호, 한국비교사법학회, 2002, 7면; 이에 관한 구체적 예는 임건면, “消滅時效制度의 目的과 改正 獨逸民法上の 通常의 消滅時效 -독일민법 제195조와 제199조를 중심으로-”, 「비교사법」 제9권 3호, 한국비교사법학회, 2002.1., 42-43면.

395) 당해 조항은 일반소멸시효기간에서만 적용됨을 유의하여야 한다. 사법연수원, 『독일법』, 2012, 131면.

396) 이상영, “독일 개정민법상 소멸시효제도”, 「비교사법」 제9권 3호, 한국비교사법학회, 2002, 8면.

397) 이은경, “반인권 국가범죄에 관한 소멸시효 기산점 연구”, 박사학위논문, 서울대학교 법학전문대학원 법학과, 2020.2., 86면.

398) 독일민법 제199조 제2항 : 생명, 신체, 건강 또는 자유의 침해행위로 인한 손해배상청구는 행위, 의무 위반 또는 기타 사항을 행한 날로부터 30년이 경과될 경우 이를 알고 있었거나 무지(無知)에 관계없이 소멸한다.

399) 상속에 관한 규정이다.

400) 독일민법 제199조 (4) : 제2항부터 제3a항에 따른 청구 이외의 청구권은 발생일로부터 10년이 경과할 시, 청구권의 존재를 알고 있었거나 무지한 데에 관해 중과실을 묻지 않고 시효가 완성된다.

한 일반소멸시효가 적용되지 않는 여타 청구권에 대해서는 여전히 ‘청구권이 발생한 시점’부터 기산된다⁴⁰¹⁾는 객관적 소멸시효가 적용되고 있다.

(나) 프랑스

프랑스는 2008년 6월 시효법을 대대적으로 개정하였다. 그 목적은 시효법에 통일성을 부여함으로써 250여개의 시효법으로 인한 혼동을 막고, 이를 통해 법적안정과 예견가능성을 확보하기 위함이다.⁴⁰²⁾ 프랑스의 시효개정은 UNIDROIT 국제상사계약원칙⁴⁰³⁾의 개정 취지와 이를 따른 독일의 개정⁴⁰⁴⁾에 맞추어 법정시효기간을 5년으로 축소하였다. 이는 상사법의 개정에도 영향을 미쳐 민사상의 일반시효기간이 5년으로 통일되었다.⁴⁰⁵⁾ 그리고 종래에 없던 소멸시효 기산점에 관하여 ‘권리자가 이를 행사할 수 있다는 사실을 알거나 알 수 있었을 때⁴⁰⁶⁾로부터’ 시작됨을 규정하였다. 여기서 ‘알 수 있었을 때’란, 법규에 관한 인식이 아닌, 소의 청구원인을 구성하는 사실 인식을 뜻⁴⁰⁷⁾한다. 그러나 종내 법관의 판단을 의지함으로써 결과에 차이가 있을 것이란 지적이 있다.⁴⁰⁸⁾ 이어 프랑스는 민법 제2232조 제1항에서 ‘권리가 발생한 날’로부터 20년을 초과할 수 없다는 장기시효기간에 객관적 체계를 둬으로써, 주관적 체계에 기대어 발생할 수 있는 피해를 예방하고자 하였다.

프랑스는 채권법과 불법행위법의 시효규정을 따로 규정하고 있는 독일과 달리, 구별 없는 소멸시효 제도를 채택하고 250여개의 법정시효기간을 3가지의 특별시효기간으로

401) 독일민법 제200조 : 일반 시효 기간이 적용되지 않는 청구에 대한 시효 기간은 다른 소멸시효 기간이 확정되지 않는 한, 청구 원인의 발생일로부터 시효가 기산된다.

402) 김상찬, “프랑스의 신시효법에 관한 연구”, 「법학연구」 제38권, 한국법학회, 2010, 25면.

403) UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts : UNIDROIT 국제상사계약원칙은 사법통일 국제협회가 국제적인 상사계약의 특수한 요청에 가장 적합하다고 생각되는 계약법 체계를 마련한 것으로 2004년 시효에 관한 규정을 제10장의 10개조에 제정하였다. 김성수, “소멸시효 완성의 효력”, 「2009년도 법무부 연구용역 과제보고서」, 법무부, 2009.12., 154면.

404) 김상찬, “프랑스의 신시효법에 관한 연구”, 「법학연구」 제38권, 한국법학회, 2010, 25-26면.

405) 김상찬, “프랑스의 신시효법에 관한 연구”, 「법학연구」 제38권, 한국법학회, 2010, 26면.

406) 프랑스 민법 제2224조 : 개인 또는 재산권은 권리 보유자가 그것을 행사할 수 있는 사실을 알고 있거나 알고 있어야 하는 날로부터 5년 이내에 규정된다.

407) 이은경, “반인권 국가범죄에 관한 소멸시효 기산점 연구”, 박사학위논문, 서울대학교 법학전문대학원 법학과, 2020.2., 90-91면.

408) 김상찬, “프랑스의 신시효법에 관한 연구”, 「법학연구」 제38권, 한국법학회, 2010, 27면.

정리하였다. 이는 법익을 보호기준으로 구분한 것이다.⁴⁰⁹⁾ 그 중 한 가지가 신체적 손해에 관한 특별규정으로, 프랑스 민법 제2226조⁴¹⁰⁾는 신체적 손해에 관한 배상을 목적으로 하는 민사소권에 관하여 제1항에서 “최초의 손해 또는 심각한 손해가 확정된 때로부터” 10년의 시효기간을, 제2항에서 고문이나 야만행위, 폭력, 미성년자에 대한 성폭행의 민사소권에 관하여 20년의 시효기간을 규정하고 있다.⁴¹¹⁾ 주목할 점은 위 조항이 여타의 청구권과는 달리 오로지 주관적 체계로만 시효가 진행된다는 것이다. 다시 말해 신체적 손해에 관한 손해배상청구권은 손해가 발생 내지 확정되기 전에 소멸되지 않는다. 이는 손해가 확정되지 않은 청구권자, 즉 신체적 법익을 특별히 보호하고 있음을 알 수 있다.⁴¹²⁾

(다) 일본

일본은 지난 개정을 통하여 민법 제166조에서 주관적 체계와 객관적 체계를 중첩적으로 도입하고, “채권자가 권리를 행사할 수 있음을 안 때로부터 5년간 행사하지 않을 경우”와 “권리를 행사할 수 있는 때로부터 10년간 행사하지 않을 경우” 채권이 소멸한다고 규정하였다. 또한 민법 제167조를 개정하여 생명이나 신체적 손해배상청구권에 관한 소권의 소멸시효는 ‘20년’으로 규정함으로써 사람의 생명과 신체 법익의 중요성을 드러냈다. 소멸시효가 ‘권리를 행사할 수 있을 때’부터 진행한다는 것은 주로 조건·기한에 관한 것으로 권리를 행사할 수 없는 때부터 진행하는 것은 아니라고 하는 소극적인 의미이므로, 엄밀하게 법률상 권리를 행사할 수 있는 때부터 해석할 필연성은 없다고 비판하면서 ‘권리를 행사할 수 있을 때’란 ‘권리를 행사할 수 있음을 알아야 할 시기’ 또는 채권자의 직업, 지위, 교육 등으로부터 ‘권리를 행사하는 것을 요

409) 이은경, “반인권 국가범죄에 관한 소멸시효 기산점 연구”, 박사학위논문, 서울대학교 법학전문대학원 법학과, 2020.2., 92면.

410) 프랑스 민법 제2226조 : 신체적 상해행위로 인한 책임조치는 결과적으로 손해를 입은 직간접적 피해자에게 해당하는 것으로 최초 또는 악화된 손해 발생일로부터 10년이 경과하면 시효가 완성된다. 단, 고문이나 야만행위, 미성년자에 대한 폭력 및 성폭행 등의 피해를 입은 경우 민사상 책임을 20년으로 정한다.

411) 이는 1985년 7월 5일의 ‘교통사고법’에 의한 구민법 제2270-1조를 거의 그대로 계승한 것이다. 김상찬, “프랑스의 신시효법에 관한 연구”, 『법학연구』 제38권, 한국법학회, 2010, 28면.

412) 이은경, “반인권 국가범죄에 관한 소멸시효 기산점 연구”, 박사학위논문, 서울대학교 법학전문대학원 법학과, 2020.2., 93면.

구 내지 기대할 수 있는 시기’ 라고 보아야 한다는 견해⁴¹³⁾가 유력한 학설로서 자리매김하였다.

(라) 국내 판결

이상의 내용을 정리하자면, 소멸시효는 ‘권리를 행사할 수 있을 때’ 로부터 시작되고, 이는 종래 객관적 체계에서 해석되어왔으나 채권자의 인식가능성이라는 주관적 체계를 도입함으로써 ‘권리를 행사할 수 있을 때 또는 권리를 행사할 수 있음을 알아야 할 시기’ 로 그 범위가 확대되었다. 국내에서 이를 인정한 최초 판결은 헌법재판소 2008. 11. 27. 선고 2004헌바54 전원재판부 결정이다.⁴¹⁴⁾

헌법 재판소는 권리를 행사할 수 있을 때를 채권을 최초로 주장할 수 있고 필요하면 소로써 관철할 수 있는 시점이라 명시하고, 여기서 채권을 주장할 수 있는 가능성은 객관적으로 판단하여야 하므로 객관적 사정 때문에 소를 제기할 기대가능성이 없는 경우에는 시효기간이 개시되지 않는다고 판단하였다. 이에 대하여 소멸시효의 기산점을 불명확하게 하고 법적 안정성에 위배된다는 비판이 있으나,⁴¹⁵⁾ 앞서 살펴본 바와 같이 소멸시효의 본질은 진정한 권리자를 보호하고 변제자의 이중 변제를 방지하기 위한 수단이라는 점을 상기하여 본다면 헌법재판소의 판단은 타당하다. 또한 유럽계약법원칙과 독일의 소멸시효법 개정도 기산점에서 주관적 체계를 도입하여 채권자의 인식가능성과 결부시켜 산정하는 것으로 전환되었음을 고려할 때에, 기산점은 ‘권리를 행사하는 것을 요

413) 星野英一, 『民法論集』, 東京: 有斐閣, 1972, 166-167頁. 이는 1970년 7월 15일에 선고된 일본 최고 재판소의 판결영향이 크다. “권리를 행사할 수 있는 때”란 그저 그 권리의 행사에 대해 법률상의 장애가 없다는 뜻이 아니라, 나아가 권리의 성질상 그 권리행사가 현실적으로 기대할 수 없을 것임도 필요하다고 해석하는 것이 상당하다. 생각건대 본래 변제 공탁에서는 공탁의 기초가 된 사실을 둘러싸고 공탁자와 피공탁자 사이에 다툼이 있는 경우가 많고, 이러한 경우 그 다툼이 계속되는 동안, 위 당사자 가운데 어느 쪽이 공탁물을 받는 것은 상대방의 주장을 인정하고 자기의 주장을 철회한 것으로 이해될 우려가 있으므로, 다툼이 해결될 때까지는 공탁물인도청구권의 행사를 당사자에게 기대하는 것이 사실상 불가능에 가까워서, 위 청구권의 소멸시효가 공탁한 때로부터 진행된다고 보는 것은 법이 당사자의 이익보호를 위해 인정한 변제공탁제도의 취지에 반하는 결과가 되기 때문이다. 最高裁判所 1970. 7. 15. 民集 24-7, 771頁.

414) 이은경, “강제징용 배상판결에서 나타난 대일민간인청구권과 소멸시효 - 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다68620 판결을 중심으로 -”, 『외법논집』 제41권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2017.05., 303면.

415) 이은경, “강제징용 배상판결에서 나타난 대일민간인청구권과 소멸시효 - 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다68620 판결을 중심으로 -”, 『외법논집』 제41권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2017.05., 301면.

구 내지 기대할 수 있는 시기’ 로 보는 것이 마땅하다.⁴¹⁶⁾

이를 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 사안에 적용할 경우, 권리자가 법률적 장애사유가 있어 권리를 행사할 수 없었거나 객관적으로 그 권리를 행사할 것을 기대할 수 없는 장애사유가 있을 시에는 그 장애가 제거될 때까지 권리행사가능기간이 도래하지 않았다고 보아야한다.

나. 민법 제766조

민법 제766조는 불법행위로 인한 손해배상청구권에 대한 소멸시효의 기산점으로 일 반적인 채권의 소멸시효에 대한 특칙으로 여겨지고 있다. 제1항에서는 3년의 단기소멸 시효를 규정하고 있으며 제2항에서는 10년의 장기시효를 규정하고 있다. 제3항은 2020. 10. 20.에 신설된 조항으로 미성년자가 성폭행을 당한 경우, 이로 인한 손해배상청구권 의 소멸시효는 피해자가 성년이 될 때까지는 진행되지 않는다.

(1) 단기소멸시효

민법 제766조 제1항은 피해자보호를 위하여 구성요건이 실현되고 청구권의 기한이 도 래한 때가 아니라 청구권자가 손해 및 배상의무자를 인식한 때부터 시효기간을 기산한 다.⁴¹⁷⁾ 1958년 2월 22일 구 독일민법⁴¹⁸⁾ 제852조 제1항을 참고하여 제정되었으며, 독일 민법 제1초안 이유서는 당해 조항이 불법행위가 있는 후 상당한 기간이 지나서 비로소 손해배상청구가 있는 경우 그 상대방은 그에 대하여 방어하는 것이 부당하게 제한되는 것이 보통일 뿐 아니라 이러한 손해배상청구는 어떠한 이유에서든 부당하다고 추정되어 제정되었음을 명시한다. 여기서 말하는 ‘손해’란 위법한 행위로 인한 손해발생의 사실

416) 권영준, “소멸시효와 신의칙”, 『재산권연구』 제26권 제1호, 한국재산법학회, 2009, 16-18면; 이은 혜, “국가공권력의 인권침해에 대한 민사적 구제에 관한 법리적 검토 -소멸시효 및 제척기간제도의 제한 법리를 중심으로-”, 『민사법연구』 제18권, 대한민사법학회, 2010.12., 356면. “권리가 발생하였으나, 객관적으로 그 권리를 행사할 것을 기대할 수 없는 장애사유가 있었다면, 그리고 그 장애의 정도가 법률 상 장애에 준한다고 평가된다면 그 장애에 대해서는 ‘권리를 행사할 수 있는 때’에 이르지 않았다고 해석하는 것도 가능하다고 본다.”

417) 지원림, 『민법강의』, 홍문사, 2019, 1852면.

418) 보통 독일 구민법이라 함은 2002년 개정 전에 시행되었던 법을 뜻하나, 여기서는 1896년-1996년 간 시행되었던 민법을 뜻한다.

을 의미하고, ‘가해자’란 손해배상청구의 상대방으로 될 자를 의미한다. 이 때 피해자가 손해의 액수나 정도를 구체적으로 알아야 할 필요까지는 없다.⁴¹⁹⁾

그러나 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 사안은 보통의 범주를 넘어선 범죄이며, 불법행위로 손해를 입은 모든 피해자가 ‘그 손해 및 가해자를 알았던 때’로부터 권리를 행사할 수 있는 것은 아니므로, 이를 일률적으로 적용하는 것은 오히려 피해자들의 권리를 부당하게 제재하는 조항이 될 수 있다. 이에 우리 법원은 소멸시효의 기산점과 관련하여 현실적으로 손해의 결과가 발생한 날을 의미하지만, 그 손해의 결과발생이 현실적인 것으로 되었다면 그 소멸시효는 피해자가 손해의 결과발생을 알았거나 예상할 수 있는가 여부에 관계없이 가해행위로 인한 손해가 현실적인 것으로 되었다고 볼 수 있는 때로부터 진행된다고 해석한다.⁴²⁰⁾ 이는 곧 종래 법률상의 장애사유로 거론되는 조건의 미성취나 기한의 미도래는 계약과 같은 일반 채권채무관계에 한정됨을 의미한다.⁴²¹⁾

(2) 장기소멸시효

민법 제766조 제2항의 ‘불법행위를 한 날’이란 가해행위가 있었던 날이 아닌 현실적으로 손해의 결과가 발생한 날을 의미한다. 우리 법원은 피해자가 손해의 결과발생을 알았거나 예상할 수 있는지의 여부와 관계없이 ‘가해행위로 인한 손해가 현실적으로 되었다고 볼 수 있는 때’부터 소멸시효가 진행된다는 입장이다.⁴²²⁾ 다시 말해 10년의 장기소멸시효는 피해자나 법정대리인이 그 손해 및 가해자와 사실상 청구권을 행사할 수 있었는지에 대한 인식이 없다 하더라도 일률적으로 10년의 시간이 기산되는 것이다.

제1항의 단기소멸시효기간 규정에 그치지 않고 해당 조항을 둔 이유는 일반적으로 본조 제1항의 규정만 있을 경우, ① 피해자가 가해자 및 손해를 알지 못하는 경우, 소멸시효가 언제까지나 진행하지 않게 된다는 면이 불합리하고, ② 3년 기간의 기산점이 피해자의 인식이라고 하는 주관적 사실에 관한 것인 이상 그 인정은 실제로는 용이하

419) 대법원 1998. 11. 10. 선고 98다34126 판결.

420) 대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다71881 판결.

421) 이재승, “집단살해에서의 소멸시효와 신의칙”, 『민주법학』 제53권, 도서출판 관악사, 2013, 195면; 김제완, “고의·중과실 공무원 개인의 배상책임에 있어서 소멸시효와 권리남용 -이른바 ‘유서대필 조작 사건’ 하급심 판결에 대한 비판적 고찰- (대상판결 : 서울고등법원 2018.5.31. 2017나2046920)”, 『민주법학』 제69호, 민주주의법학연구회, 2019.3., 61면.

422) 대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다71881 판결.

지 않으며, 특히 장기간이 경과할수록 기산점의 확정 그 자체가 어려워져 이에 대비하기 위함이다.⁴²³⁾

문제는 당해 조항에 의하면 장기간 잠복해 있다가 발생하는 유형의 사고피해자들이 피해를 구제받지 못한다는 점에 있다. 사기·강박·은닉 등의 불법행위에 있어 사기·강박의 상태가 10년 이상 계속된 경우, 뒤늦게 사기·강박의 상태에서 벗어났다고 하더라도 그 때에는 이미 소멸시효가 완성되어 피해자가 손해배상을 청구할 수 없게 되기 때문이다. 우월한 지위를 가진 불법행위의 가해자가 장기간 진상을 은폐함으로써 피해자가 손해배상을 청구할 수 없었던 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 사안이나 자신의 권리가 소멸되었다고 믿고 있었던 일제강제징용피해자들의 경우에도 마찬가지이다.⁴²⁴⁾

일본의 경우 민법 제724조에서 불법행위로 인한 손해배상청구권의 시효를 규정하고 있는데 “피해자 또는 그 법정대리인이 가해행위와 가해자를 안 때로부터 3년”, “‘불법행위의 시점’ 으로부터 20년이 경과할 시”, 손해배상청구권이 소멸한다고 보고 있다. 여기서 말하는 ‘불법행위 시점’ 에 대해 가해행위가 있었던 날로 보는 가해행위시점과 손해가 발생한 날로 보아야 한다는 손해발생시점이 대립하여 왔으나, 손해발생시점이 다수설이며 판례 또한 이를 따른다.⁴²⁵⁾ 불법행위의 성립은 손해가 발생하여야 하고 그 때에야 비로소 권리행사가 가능하다는 것이 일반적 견해로 받아들여졌기 때문이다.⁴²⁶⁾ 일본이 본조 후단에 장기소멸시효를 둔 이유는 피해자 또는 법정대리인이 손해 및 가해자를 알지 못하여 실상 청구권을 행사할 수 없는 때로부터 기산하기 때문에 일반채권⁴²⁷⁾의 10년의 기한보다 2배의 기간을 정하게 된 것으로 보는 견해가 우세하다.⁴²⁸⁾

423) 이승현·정차호, “특허권 침해에 대한 손해배상청구권의 소멸시효제도의 개선방안-특허법상의 독자적인 소멸시효 규정의 제시를 중심으로-”, 『성균관법학』 제30권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2018, 245면.

424) 이승현·정차호, “특허권 침해에 대한 손해배상청구권의 소멸시효제도의 개선방안-특허법상의 독자적인 소멸시효 규정의 제시를 중심으로-”, 『성균관법학』 제30권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2018, 251면.

425) 홍성균, “소멸시효 기산점에 관한 객관적 체계의 완화 -대법원 판례의 ‘객관적 인식가능성’ 을 중심으로-”, 『비교사법』 제25권 제4호, 한국비교사법학회, 2018.11., 1400면.

426) 홍성균, “소멸시효 기산점에 관한 객관적 체계의 완화 -대법원 판례의 ‘객관적 인식가능성’ 을 중심으로-”, 『비교사법』 제25권 제4호, 한국비교사법학회, 2018.11., 1400면.

427) 일본민법 제167조 : 사람의 생명 또는 신체의 침해에 의한 손해배상청구권의 소멸시효에 관한 전조 제1항제2호의 규정 적용에 대하여는 같은 호 중 "10년간"은 "20년간"으로 한다.

428) 백경희·박도현, “인신사고와 소멸시효 -대법원 2013.7.12. 선고2006다17539판결을 중심으로-”,

현재 우리 민법 제766조 제2항은 앞서 살펴 본 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2014헌바148 전원재판부 결정에 따라 ‘진실·화해를 위한 과거사정리 기본법’ 제2조 제1항 제3호, 제4호에 규정된 사건⁴²⁹⁾에는 적용되지 않는다.

이에 대하여 해당 규정 외의 사안, 특히 일제강점기는 물론 앞으로 있을 수 있는 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 범죄에 있어서는 소멸시효 배제 조항이 마련되지 않음은 물론, 시효기간 또한 일반적인 불법행위 사안과 동일선상에 두고 있다는 점에서 개정 내지 소멸시효 배제조항을 신설할 필요성이 있다.

다. 상당한 기간

(1) 소멸시효 항변 저지 권리행사의 상당한 기간

진도 민간인 희생 사건⁴³⁰⁾ 이후 대법원은 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 사안에 대하여 진상규명결정일로부터 상당한 기간 내에 권리를 행사해야 한다고 판시하였다. 상당한 기간에 대하여는 민법상 소멸시효 정지규정(6개월)을 준용하고 있다.

진도 민간인 희생 판결이 선고되기 이전 대법원은 재심무죄판결을 선고받은 피해자들에 한하여 민법 제766조 단기 소멸시효를 적용하고, 재심무죄판결 확정일로부터 3년 이내에 소송을 제기하면 법적 책임을 인정하는 것으로 판단하여왔다. 이로써 피해자로서는 재심판결 확정일로부터 3년 이내에 소송을 제기하면 구제받을 수 있다는 신뢰가 형성되었다 할 것인데⁴³¹⁾, 진도 민간인 희생 판결이 시(時)적 범위를 매우 협소하게 제한

「법학연구」 제17권 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2014.3., 152면.

429) 진실·화해를 위한 과거사정리 기본법 제2조(진실규명의 범위)

①제3조의 규정에 의한 진실·화해를위한과거사정리위원회는 다음 각 호의 사항에 대한 진실을 규명한다.

3. 1945년 8월 15일부터 한국전쟁 전후의 시기에 불법적으로 이루어진 민간인 집단 사망·상해·실종사건

4. 1945년 8월 15일부터 권위주의 통치시까지 현정질서 파괴행위 등 위법 또는 현저히 부당한 공권력의 행사로 인하여 발생한 사망·상해·실종사건, 그 밖에 중대한 인권침해사건과 조작의혹사건

430) 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결 : 한국전쟁 중, 인민군이 점령하고 있던 서남부 일대를 수복한 경찰이 인민군 부역혐의자를 색출하였고, 진도 군 일대의 부역혐의자와 자수한 주민들을 사살하거나 투옥시킨 사안이다.

431) 대법원이 2011. 1. 13.에 선고한 사건 중 하나인 아람회 사건(대법원 2011. 1. 13. 선고 2010다28833 판결)만 보더라도, 형사재심사건이 2009. 5. 21. 선고되어(서울고등법원 2009. 5. 21. 선고 2000재노6 판결) 1주일 뒤인 2009. 5. 28.에 확정되었고, 형사보상신청 건은 2010. 10. 13. 결정되었

함으로써 아직 소를 제기하지 못한 피해자들에게 사법적 구제 수단을 막은 것이다.

대법원의 논리는 신의칙을 적용하여 시효 완성을 부정하는 것은 법적 안정성의 달성, 증명곤란의 구제, 권리행사의 태만에 대한 제재를 그 이념으로 삼고 있는 소멸시효 제도의 예외적인 제한에 그쳐야 할 것이므로 이러한 권리행사의 ‘상당한 기간’은 특별한 사정이 없는 한 민법상 시효정지의 경우에 준하여 단기간으로 제한되어야 한다는 것이다. 만일 개별사건에서 매우 특수한 사정이 있어 그 기간을 연장하여 인정하는 것이 부득이한 경우에도 불법행위로 인한 손해배상청구의 경우 그 기간이 아무리 길어도 민법 제766조 제1항이 규정한 단기소멸시효기간인 3년을 넘을 수 없다고 한다. 그 기간 내에 권리행사가 있었는지는 원칙적으로 손해배상을 청구하는 소를 제기하였는지 여부를 기준으로 판단한다. 다만 재심무죄판결이 확정된 경우에 채권자로서는 민사상 손해배상청구에 앞서 그보다 간이 절차라고 할 수 있는 형사보상법에 따른 형사보상을 먼저 청구할 수 있다. 이에 따라 채권자가 재심무죄판결 확정일로부터 6개월 내에 손해배상청구의 소를 제기하지는 아니하였더라도, 그 기간 내에 형사보상법에 따른 형사보상청구를 한 경우에는 소멸시효의 항변을 저지할 수 있는 권리행사의 ‘상당한 기간’은 이를 연장할 특수한 사정이 있다고 인정한다. 이 경우 형사보상결정 확정일로부터 6개월 내에 손해배상청구의 소를 제기하면 상당한 기간 내에 권리를 행사한 것으로 본다.⁴³²⁾ 그러나 과거사 관련 사건에서의 피해자들이 권리를 제때 행사할 수 없었던 사정의 성격과 존속기간, 그에 대한 채무자 측의 책임이나 기여 등을 감안한다면,⁴³³⁾ 이러한 경우에도 그 기간은 권리행사의 사실상의 장애사유가 객관적으로 소멸된 재심무죄판결 확정일로부터 3년을 넘을 수는 없다. 즉 대법원에서 언급한 ‘특별한 사정’이란 재심판결 이후 하급심에서 재심무죄 국가배상청구소송에서 재심무죄 판결 확정일 또는 형사보상결정 확정일로부터 6개월 이상 지난 시점에 소송이 제기된 경우⁴³⁴⁾이며, 이 외 국가가 입법 및 일괄적인 보상

으며(서울고등법원 2010. 10. 13. 선고 2010코13 판결), 1심 국가배상청구소송은 2011. 4. 28.에 제기되었다.(서울중앙지방법원 2011. 9. 1. 선고 2011가합41944 판결) 그 외 대법원 2012.11.29. 선고 2012다201380 판결, 대법원 2013. 6. 13. 선고 2013다203253 판결, 대법원 2012. 7. 26. 선고 2011다77825 판결들도 ‘6개월’과는 무관하게 판결을 하였다. 최광준, “인권침해에 대한 국가의 책임, 소멸시효완성의 항변과 신의칙 -대법원 2013.5.16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결을 중심으로”, 「경희법학」 제51권 제2호, 경희대학교 법학연구소, 2016, 27면.

432) 대법원 2013. 12. 12. 선고 2013다201844 판결.

433) 박준용, “진실·화해를 위한 과거사정리 기본법에 따른 진실규명결과와 국가배상소송 -대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결-”, 「판례연구」 제25집, 2014, 381면.

434) 최광준, “인권침해에 대한 국가의 책임, 소멸시효완성의 항변과 신의칙 -대법원 2013.5.16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결을 중심으로”, 「경희법학」 제51권 제2호, 경희대학교 법학연구소,

에 관한 적절한 조치를 취할 것 같은 태도를 보일 경우 특별한 사정이 인정되었다.

그러나 헌법재판소는 대법원과 입장을 달리하고 있다. 헌법재판소는 형사보상법 제7조에 규정된 형사보상청구를 무죄재판이 선고된 1년 이내에 하도록 규정한 조항에 대하여 헌법 제28조의 형사보상청구권을 침해하였다고 보아 위헌판결을 내리고⁴³⁵⁾ 현행 형사보상법 제8조에서 형사보상청구기간을 무죄재판이 확정된 사실을 안 날부터 3년, 무죄재판이 확정된 때로부터 5년 이내로 정하고 있다. 이러한 관점에서 볼 때 재심무죄판결이 있는 피해자들의 경우 그 확정일로부터 5년 이내를 상당한 기간으로 추정할 수 있다.

이 외에도 대법원은 채무자가 소멸시효를 원용하지 않을 것 같은 태도를 보인 후 ‘상당한 기간’ 내에 채권자의 권리행사가 있었는지 여부의 판단은 각 개별 사건에서 매우 특수한 사정이 있어야 하고, 상당한 기간을 연장하는 것이 부득이한 경우로 보고 있다. 이는 “채무자인 국가가 입법 등을 통하여 피해자들에게 일괄적으로 보상을 한다거나, 채권자의 보상 요구에 응하여 기존의 법령·제도에 따른 보상절차를 진행하는 등 피해보상을 위한 적절한 조치를 취할 것 같은 태도를 보여 채권자가 이를 기다릴 만한 사정이 있었던 경우, 또는 채권자가 다른 법령에 의하여 민사상 손해배상에 갈음할 수 있는 보상을 청구함으로써 적어도 그 절차의 종결 시까지는 민사상 손해배상청구를 할 것이라고 기대하기 어려운 경우 등 채권자의 손해배상청구권 행사가 6월 이상 지연될 수밖에 없는 특별한 사정”을 의미한다는 것이 법원의 입장이다.⁴³⁶⁾

(2) 검토

대법원의 논리 전개는 일반 불법행위가 아닌 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 사안임을 고려하지 않았다는 점에서 그 전제부터 받아들여질 수 없다. 소멸시효 제도는 종래 법적 안정성과 사회질서 안정 도모, 증명곤란의 구제, 권리태만제재를 위하여 존재한다고 할 것인데, 대상판결 사안의 경우 일제강제징용피해자들이 제대로 된 배상을 받지 못한 사실 상태를 진실한 권리관계로 신뢰하여 사회질서가 형성된다면 오히려 법적 안정성과 사회질서 안정 도모를 기대할 수 없고, 일제강제징용과 관련된 증거자료가 남

2016, 28면.

435) 헌법재판소 2010. 7. 29. 선고 2008헌가4 전원재판부 결정.

436) 대법원 2015. 12. 23. 선고 2014다14627 판결.

아있으며, 피해자들은 자신들의 권리가 소멸되었다고 인지하고 있었으므로 권리행사 태만에 해당한다고 볼 수 없기 때문이다. 이에 본 사안에서는 소멸시효 제도를 적용하는 것이 오히려 부당하다고 볼 수 있다. 설령 그럴지 않더라도 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 사안은 시효부적용협약에 의하여 소멸시효가 배제되어야 하기 때문이다. 또한 증거곤란의 구제는 대부분 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 사안의 피해자들은 증거자료를 피고 측에서 멸실·은폐·조작한 경우가 대다수이고, 증거가 곤란하지 않은 경우에도 소멸시효를 적용하고 있으므로 모순된 근거다. 더불어 대부분 피고 측이 국가 및 그에 수반된 조직이거나 국가 정책을 수반하는 기관이고 이들을 상대로 소를 제기하였을 때에 손해를 배상받을 수 없다는 것을 알고 있는 피해자들로서는 자신들의 권리행사를 태만한 것이 아니라 할 수 없었던 것이다. 그러므로 국가 및 국가기관의 주관으로 행해진 반인도적 범죄 사안에서 소멸시효 제도를 인정하는 것은 오히려 법적 안정성에 해가 된다. 또한 대법원은 전원합의체 판결로서 “국가가 과거사정리법의 제정을 통하여 수십 년 전의 역사적 사실관계를 다시 규명하고 피해자 및 유족에 대한 피해회복을 위한 조치를 취하겠다고 선언하면서도 그 실행방법에 대해서는 아무런 제한을 두지 아니한 이상, 이는 특별한 사정이 없는 한 그 피해자 등이 국가배상청구의 방법으로 손해배상을 구하는 사법적 구제방법을 취하는 것도 궁극적으로는 수용하겠다는 취지를 담아야 선언한 것이라고 볼 수밖에 없고, 거기에서 파생된 법적 의미에는 구체적인 소송사건에서 새삼 소멸시효를 주장함으로써 배상을 거부하지는 않겠다는 의사를 표명한 취지가 내포되어 있다”⁴³⁷⁾고 판단한 데 반하여 상당한 기간을 사유로 원고들의 청구를 배척하였다는 점에서 금반언의 원칙을 반하였다고 볼 수 있다.⁴³⁸⁾ 이러한 점에서 오랜 시간 배상을 받지 못한 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 피해자들에게 권리행사의 상당한 기간의 필요성에 대한 법리적 근거는 대단히 협소하며 부당하다.

또한 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 사안에서 오랜 기간 권리를 행사할 수 없었던 경우에도 일반불법행위와 같이 민법 제766조를 적용하여 그 기간을 짧게는 6개월 길게는 3년으로 보고 있는 법원의 입장에는 정당한 법리적 근거가 존재하지 않는다. 더불어 상당한 기간을 인정하는 데 있어 법원은 ‘특별한 사정’이라는 조건을 부과하고 있는데, 그 판단기준이 명확치 않다는 점에서 비판의 여지가 있다. 예컨대 특별한 사정 중 하나인 ‘채무자인 국가가 입법 등을 통하여 피해자들에게 일괄적으로 보상을 한다거나,

437) 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결.

438) 이은경, “반인권 국가범죄에 관한 소멸시효 기산점 연구”, 박사학위논문, 서울대학교 법학전문대학원 법학과, 2020.2., 307-308면.

채권자의 보상 요구에 응하여 기존의 법령·제도에 따른 보상절차를 진행하는 등 피해보상을 위한 적절한 조치를 취할 것 같은 태도를 보여 채권자가 이를 기다릴 만한 사정이 있었던 경우’를 판단함에 있어 삼청교육대 사안⁴³⁹⁾과 10·27법난 사건⁴⁴⁰⁾과 같이 ‘대통령 및 국방부 장관의 담화, 피해자 조사와 피해보상의 신청, 특별법안 발의 등의 조치는 이에 해당하지 않는다.’고 보는 등 이를 적용하는 기준이 분명하지 않다.

이러한 점에서 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 사안에서 상당한 기간의 권리행사 의무를 부과하고 있는 법원의 입장에는 동의할 수 없다.

라. 소결

이상의 내용을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 민법 제166조 제1항의 ‘권리가 행사 가능할 때’는 종래 법률상의 장애사유에 한하였으나 주관적 체계를 도입한 ‘권리를 행사할 수 있을 때 또는 권리를 행사할 수 있음을 알아야 할 시기’로 확대 해석되고 있다. 이에 따라 권리가 발생하였지만 객관적으로 그 권리를 행사할 것을 기대할 수 없는 사실상 장애사유가 있고, 그 장애사유가 법률상 장애에 준하는 것으로 평가된다면 그 장애가 제거될 때까지는 권리를 행사할 수 있는 때가 도래하지 않았다고 보아야한다.⁴⁴¹⁾

439) 대법원 1996. 12. 19. 선고 94다22927 전원합의체 판결 : 노태우 대통령은 1988. 11. 26. 시국관련 특별담화 중, 삼청교육 피해자에 대하여 피해보상과 명예회복을 약속하였으며, 12. 3.에는 보상을 위해 1988. 12. 12.부터 1989. 1. 29.까지 사망자와 부상자 신고를 받는다는 국방부장관 담화문을 발표하였다. 그리고 1989. 1. 25.과 6. 26.에는 국방부장관이 삼청교육 피해자 보상방안에 관하여 특별법 제정을 추진하고, 이를 전제로 신고 내용 확인 중에 있음을 밝혔다. 그러나 처벌 노력과 함께 피해보상을 위한 특별법의 제정은 이루어지지 않았다. 1989. 11. 7. 삼청교육 피해자의 보상 등에 관한 특별조치법안이 발의되었으나 제정되지 못했고, 1992년과 1996년에도 같은 발의가 있었으나 이 또한 제정에는 이르지 못했다. 이에 기다리다 지친 피해자들은 법원에 손해배상청구 소송을 제기한 사안이다. 위 행보를 정치적으로 여긴 법원의 판단에 원고들의 청구는 모두 기각되었다.

440) 대법원 2011. 10. 27. 선고 2011다54709 판결 : 원고는 “1980. 11. 26. 불법구금상태에서 벗어났으나, 전두환, 노태우 전 대통령이 재임한 1993년 2월경까지는 사실상 피고를 상대로 손해배상청구권을 행사할 수 없었고, 그 후 소외 1 전 국무총리의 대국민 사과성명이 있었지만, 10·27법난의 전모는 여전히 밝혀지지 아니하여, 결국 국방부 과거사진상규명위원회가 2007. 10. 25. ‘10·27법난에 대한 조사결과보고서’를 발표하고, 국회가 2008. 3. 28. ‘10·27법난 피해자의 명예회복 등에 관한 법률’을 제정할 때까지 이 사건 손해배상청구권을 행사하는 데에는 객관적으로 장애사유가 있었다.”고 주장하였다. 그러나 법원은 “원고가 들고 있는 국내의 정치적 상황 등을 원인으로 한 권리행사의 장애사유는 법률상 장애사유가 아닌, 사실상의 장애사유에 그친다고 판단”함으로써 원고의 청구를 배척하였다.

441) 정구태·김어진, “국가에 의한 과거의 중대한 인권침해 사건에서 소멸시효 항변과 신의칙 -대법원

둘째, 민법 제766조는 불법행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효 규정으로 제1항에서는 ‘그 손해 및 가해자를 안 날’로부터 3년, ‘불법행위를 한 날’로부터 10년의 소멸시효가 규정되어 있다. 여기서 손해를 안 날이란 현실적으로 손해의 결과가 발생한 날을 의미하지만 그 손해의 결과발생이 현실적인 것으로 되었다면 그 소멸시효는 피해자가 손해의 결과발생을 알았거나 예상할 수 있는가 여부에 관계없이 가해행위로 인한 손해가 현실적인 것으로 되었다고 볼 수 있는 때로부터 진행한다. 지난 10월에 신설된 동조 제3항은 이러한 주관주의 체계를 도입한 것으로 미성년자의 성폭행 사안의 경우 이로 인한 손해배상청구권의 소멸시효는 피해자가 성년이 될 때까지 시효가 진행되지 않는다. 현재 우리 민법 제766조 제2항은 ‘진실·화해를 위한 과거사정리 기본법’ 제2조 제1항 제3호, 제4호에 규정된 사건에는 적용되지 않고 있다. 해당 규정 외의 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 범죄에 있어서도 적용하지 않는 것이 타당하다고 생각되며, 국제법 원칙에 따라 소멸시효를 배제한다는 조항이 신설될 필요성이 있다.

진도 민간인 희생 사건 이후 법원에서 제시한 상당한 기간과 관련하여, 진실규명결정 사실을 알게 되기까지는 권리를 행사할 수 없는 객관적 장애사유가 있었으므로 그러한 장애사유가 소멸하여 권리를 행사할 수 있게 된 때, 즉 진실규명결정사실을 ‘알게 된 때’로부터 시효는 기산되어야 하므로 시효정지에 준하여 단기간으로 권리행사를 제한해야 할 아무런 이유가 없다. 이에 따라 진도 민간인 희생사건에서 상당한 기간을 진실규명결정일로부터 6개월로 보고 있는 입장과 대법원 2013. 12. 12. 선고 2013다201844 판결이 재심무죄판결 확정일 또는 형사보상결정 확정일로부터 6개월을 권리행사의 ‘상당한 기간’으로 보고 있는 법원의 판단에 동의할 수 없다. 더구나 유죄판결의 존재는 엄연히 권리를 행사할 수 없는 ‘법률상’ 장애에 해당하므로 재심판결에 의해 유죄판결의 효력이 소멸하여 권리를 행사할 수 있게 된 때부터 비로소 시효가 진행된다고 보아야 하는 것이 타당하다.⁴⁴²⁾

4. 대상판결 검토

2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결에 대한 비판적 연구-”, 「인문사회21」 제7권 제6호, 2016, 835면.

442) 윤진수, “과거사 정리와 소멸시효”, 「민사재판의 제문제」 제23권, 사법발전재단, 2015, 843면.

대상판결은 당해 사안을 제2유형⁴⁴³⁾에 해당한다고 보고 있다. 이에 따라 신일본제철의 소멸시효항변을 배척하고, 환송 후 원심과 또 다시 환송 후 원심이 따른 환송판결의 취지에 소멸시효에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다고 판단하였다.⁴⁴⁴⁾ 환송판결이 해당 사안에서 판단한 ‘원고들에게 권리를 행사할 수 없는 객관적 장애사유’는 다음과 같다.

“구 일본제철의 위와 같은 불법행위가 있는 후 1965. 6. 22. 한일 간의 국교가 수립될 때까지는 일본국과 대한민국 사이의 국교가 단절되어 있었고, 따라서 원고들이 피고를 상대로 대한민국에서 판결을 받더라도 이를 집행할 수 없었던 사실, 1965년 한일 간에 국교가 정상화되었으나, 청구권협정 관련 문서가 모두 공개되지 않은 상황에서 청구권협정 제2조 및 그 합의의사록의 규정과 관련하여 청구권협정으로 대한민국 국민의 일본국 또는 일본 국민에 대한 개인청구권이 포괄적으로 해결된 것이라는 견해가 대한민국 내에서 널리 받아들여져 온 사실, 일본에서는 청구권협정의 후속조치로 재산권조치법을 제정하여 원고들의 청구권을 일본 국내적으로 소멸시키는 조치를 취하였고 원고 1, 원고 2가 제기한 이 사건 일본소송에서 청구권협정과 재산권조치법이 이들의 청구를 기각하는 부가적인 근거로 명시되기도 한 사실, 그런데 원고들의 개인청구권, 그 중에서도 특히 일본의 국가권력이 관여한 반인도적 범죄나 식민지배와 직결된 불법행위로 인한 손해배상청구권은 청구권협정으로 소멸하지 않았다는 견해가 원고 1, 원고 2 등 강제동원 피해자들이 일본에서 소송을 제기한 1990년대 후반 이후에야 서서히 부각되었고 마침내 2005. 1. 한국에서 한일 청구권협정 관련 문서가 공개된 뒤, 2005. 8. 26. 일본의 국가권력이 관여한 반인도적 범죄나 식민지배와 직결된 불법행위로 인한 손해배상청구권은 청구권협정에 의하여 해결된 것으로 볼 수 없다는 민관공동위원회의 공식적 견해가 표명된 사실 등을 인정할 수 있다. 여기에 앞서 본 바와 같이 구 일본제철과 피고의 동일성 여부에 대하여도 의문을 가질 수밖에 없도록 하는 일본에서의 법적 조치가 있었던 점을 더하여 보면, 적어도 원고들이 이 사건 소를 제기할 시점인 2005. 2.까지는 원고들이 대한민국에서 객관적으로 권리를 사실상 행사할 수 없는 장애사유가 있었다고 봄이 상당하다.”

443) 채권자가 객관적으로 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었던 경우를 말한다.

444) 환송 전 원심 판결(서울고등법원 2009. 7. 16. 선고 2008나49129 판결)은 “이 사건 손해배상채권이 종전 회사의 반인도적인 전쟁범죄와 관련된 손해배상채권이라는 사정만으로는 그와 같은 채권에 대하여 예외적으로 소멸시효의 적용을 배제할 아무런 근거가 없다.” 고 보아 민법 제766조 제2항의 규정을 적용하여 시효완성을 인정하였다.

대법원은 원고들과 유사한 지위에 있던 일부 대한민국 국민이 미쓰비시중공업 주식회사를 상대로 2000. 5. 1. 대한민국 내에서 소송을 제기한 사정만으로는 원고들에 대한 위 장애사유가 그 무렵 해소되었다고 볼 수 없다고 판단하였다.

가. 일본정부와 일본 기업의 불법행위 인정여부

대상판결의 원고들이 일본징용기업에 구하는 손해배상청구권은 일본의 불법적인 식민 지배와 강제연행, 강제노동 등 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해를 전제로 한 위자료 청구권이다. 다시 말해 원고들은 일본의 주장과 같이 적법한 징용에 대한 보상금이나 미불된 임금이 아닌, 일본징용기업에 대한 정신적 손해배상을 청구하였다. 대상판결이 인정한 일본의 불법행위는 다음과 같다.

“① 일본 정부는 중일전쟁과 태평양전쟁 등 불법적인 침략전쟁의 수행과정에서 기간군수사업체인 일본의 제철소에 필요한 인력을 확보하기 위하여 장기적인 계획을 세워 조직적으로 인력을 동원하였고, 핵심적인 기간군수사업체의 지위에 있던 구 일본제철은 철강통제회에 주도적으로 참여하는 등 일본 정부의 위와 같은 인력동원정책에 적극 협조하여 인력을 확충하였다. ② 원고들은 당시 한반도와 조선인들이 일본의 불법적이고 폭압적인 지배를 받고 있었던 상황에서 장차 일본에서 처하게 될 노동 내용이나 환경에 대하여 잘 알지 못한 채 일본 정부와 구 일본제철의 위와 같은 조직적인 기망에 의하여 동원되었다고 봄이 타당하다. ③ 더욱이 원고들은 성년에 이르지 못한 어린 나이에 가족과 이별하여 생명이나 신체에 위해를 당할 가능성이 매우 높은 열악한 환경에서 위험한 노동에 종사하였고, 구체적인 임금액도 모른 채 강제로 저금을 해야 했으며, 일본 정부의 혹독한 전시 총동원체제에서 외출이 제한되고 상시 감시를 받아 탈출이 불가능하였으며 탈출시도가 발각된 경우 혹독한 구타를 당하기도 하였다. ④ 이러한 구 일본제철의 원고들에 대한 행위는 당시 일본 정부의 한반도에 대한 불법적인 식민지배 및 침략전쟁의 수행과 직결된 반인도적인 불법행위에 해당하고, 이러한 불법행위로 인하여 원고들이 정신적 고통을 입었음은 경험칙상 명백하다.”

이에 대하여 일본과 일본징용기업은 당시 한반도 지배가 적법하며 국민총동원령 또한 자국민을 향한 적법한 행위라 하며 그 불법성을 부정한다.

반면 일제강제징용 피해자들의 안전배려의무 위반과 임금 미지불은 당시 일본 민법의 기준으로도 허용될 수 없는 것이었다. 실제로 1990년대 이래 일제강제징용 피해자들이

일본 법원에서의 배상소송에서 제기하는 주요 청구내용 중 하나인 안전배려의무 위반은 전후 일본에서 근로자가 일본 정부 및 기업을 상대로 제기하는 소송사유였다. 이에 관하여 일본법원도 국제법 위반에 근거한 배상청구는 개인이 국제법상 권리의 주체가 될 수 없다는 이유로 모두 기각하였지만 안전배려의무, 불법행위 등 국내법 위반에 대해서는 몇 차례 원고승소 판결을 내린 바 있다.⁴⁴⁵⁾ 그러나 일제강제징용은 침해의 정도가 심각하고 체계적이며 대규모로 자행되는 중대한 인권침해로서, 국내법상 범죄와 동일하게 취급할 수 없는 반인도적 범죄이다.

나. 일본기업의 소멸시효 항변

우리 대상판결은 물론 국내의 일제강제징용 사안에 있어 법원은 일본징용기업의 소멸시효항변을 권리남용에 해당하는 신의칙 위반으로 보고 있다. 피해자들의 권리행사 장애는 한일청구권협정 관련 문서가 공개된 후 내지 피해자들이 국내에 소를 제기하기까지 ‘대한민국에서 객관적으로 권리를 사실상 행사할 수 없는 장애사유가 있어’ 일본징용기업의 소멸시효 완성 항변이 신의칙에 위배된다는 것이다.

대상판결의 원고들은 1945년 광복 이후 1950. 6. 25. 남북 간의 전쟁으로 피해자들은 일본과 일본징용기업에 소를 제기할 수 없었다. 뿐만 아니라 1965. 6. 22. 한일청구권협정이 체결되기까지 한일 간의 국교가 단절되어있었고, 이로 인하여 한국에서 판결을 받더라도 일본징용기업에 집행할 수 없었다. 이후 1965년 한일청구권협정이 체결되어 국교는 정상화 되었으나 한일 청구권협정 관련 문서가 공개되지 않은데다 국내적으로는 개인청구권이 소멸되었다고 보는 것이 일반적으로 받아들여졌다. 당시 일본에서는 재산권 조치법으로 피해자들의 개인청구권이 소멸되어 피해자들은 일본에 소를 제기할 수 없게 되었다. 이후 1991년 야마이 순지 당시 일본 외무성 국장의 발언으로 개인배상청구권이 소멸되지 않았음을 알게 되었으나, 피해자들이 일본에 제기한 소에서 일본징용기업들이 ‘회사경리응급조치법’ 과 ‘기업재건정비법’ 으로 인해 자신들은 전범기업이 아니라 주장⁴⁴⁶⁾하여 피해자들에게 혼란을 주었다. 이후 국내에서는 일본에서 패소한 원고들이 소

445) 신희석, “일본기업의 국제법적 책임”, 「서울국제법연구」 제18권 제1호, 서울국제법연구원, 2011, 175면.

446) 이 두 법으로 인해 일본기업들은 모든 부채와 함께 해산되었다가 동명(同名)의 새로운 기업이 되어 인력과 핵심 영업재산을 그대로 인수하였다. 다시 말해 새로운 기업은 이전의 일본기업이긴 하지만, 법적으로는 다르기 때문에 청구대상이 될 수 없어 피해자들에게 배상을 할 수 없다고 나온 것이다.

를 제기하고서야 개인배상청구권이 한일청구권협정으로 소멸되지 않았다는 견해가 부각되기 시작하였고, 이후 2005. 8. 26. 개인청구권이 소멸되지 않았다는 민관공동위원회의 공식적 견해가 표명되었다. 그러나 2018. 10. 30. 대상판결이 선고되기 전까지 원고들로서는 개인청구권이 실질적으로 인정될 수 있는지의 여부에 대해 알 수 없었던 사정이 있으므로, 원고들에게는 2018. 10. 30. 이전까지는 객관적으로 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었다고 보아야 할 것이다.

다만 ‘원고에게 객관적으로 권리를 사실상 행사할 수 없는 장애사유가 있었다.’는 유형 자체가 신의칙 위반에 해당된다고 볼 수 있는 것인지 살펴볼 필요성이 있다. 소멸시효 남용론은 소멸시효가 적용되었고 이미 완성되었으나 이러한 피고의 소멸시효 완성항변이 신의칙에 위배되므로 받아들여질 수 없다는 입장이다. 우리 민법 제166조 제1항에 의하면 소멸시효는 원고가 ‘권리를 행사할 수 있는 때’ 부터 진행된다. 여기서 말하는 장애사유는 ‘법률상의 장애사유’ 이므로 제2유형은 객관적 사실상의 장애사유를 법률상의 장애사유에 준한다고 보아 선량한 피해자들을 구제하기 위한 방안이라고 할 수 있다. 이는 ‘권리 행사가 가능한 때’ 를 법률상의 장애사유와 객관적 장애사유라는 이분론적 시각에서 해석함에 따른 것이다. 그러나 대법원 1984. 12. 26. 선고 84누572 판결에서 시작된 ‘법률상의 장애’ 에 한정된다는 법원의 판단은 판결문에서 그 어떤 법리적인 근거를 찾아볼 수 없다.⁴⁴⁷⁾ 이는 일본의 최고재판소 판결에서도 마찬가지이다.⁴⁴⁸⁾ 이러한 법원의 태도는 법률해석이 법원의 판단이라 하면서도 그에 대한 제대로 된 법리적인 근거를 두지 않았다는 점에서 비판의 여지가 있다. 먼저 판결을 내려놓고 학자들에게 판결에 부합하는 해석을 맡기는 것이나 다를 바 없기 때문이다. 또한 법률상 장애사

447) 대법원 1984. 12. 26. 선고 84누572 판결 : “소멸시효제도는 어떤 권리를 행사할 수 있음에도 불구하고 일정기간 그 권리행사를 아니하면 권리소멸의 효과가 생기는 것이다. 그러므로 소멸시효는 객관적으로 권리가 발생하고 그 권리를 행사할 수 있는 때부터 진행된다고 할 것이며 따라서 권리를 행사할 수 없는 동안은 소멸시효는 진행할 수 없다고 할 것이다. 권리를 행사할 수 없는 때라 함은 그 권리행사에 법률상의 장애사유, 예하면 기간의 미도래나 조건불성취 등이 있는 경우를 말하는 것이지 사실상 그 권리의 존재나 권리행사가능성을 알지 못하였거나 알지 못함에 있어서의 과실유무 등은 시효진행에 영향을 미치지 아니한다고 해석된다.”

448) 일본에서도 大判 昭和12年9月17日, 民集 16卷 1435頁 판결과 같이 일본민법 제166조 “권리 행사할 수 있는 때” 를 법률상의 장애사유가 없을 경우로 보고 있다. 이에 대하여 일본의 학자는 “객관적 기산점과 주관적 기산점의 이중시효기간을 규정하고 있지 않는 이상 일본민법 제166조 제1항의 기산점은 객관적 기산점을 규정한 것으로 보아야 하므로 권리행사 기대 가능성을 지나치게 고려하면 시간이 아무리 경과하여도 시효가 완성되지 않아 시효제도가 형해화 될 수 있다고 보아 일본 법원에서 시효의 기산점을 법률상 장애여부로 판단하였다” 고 해석한다. 해당 판결의 자세한 내용은 서종희, “소멸시효의 기산점 (민법 제166조 제1항)판단기준에 대한 고찰 - 종래 통설 및 판례에 대한 비판적 입장에서 -”, 『財産法研究』 제37권 제1호, 한국재산법학회, 2020.5., 72-73면 참조.

유에 한하여 해석할 경우, 법원의 판결이 선고되고서야 권리의 발생여부 및 그 권리가 확정되는 사안과 같이 권리자에게 그 위험을 부담케 하는 것은 가혹하다 할 것이다.⁴⁴⁹⁾ 더불어 소멸시효의 제도 취지에 비추어 본다면 권리행사가 가능함을 알지 못하였던 혹은 불가능하다고 알아온 권리자에게 권리행사태만을 물을 수 없으므로 증명이 가능한 선량한 권리자의 객관적 장애사유를 배제하는 것은 부당하다. 또한 최근 각국 법원은 물론 우리나라 법원에서도 ‘권리를 행사할 수 있는 때’를 법률상 장애사유와 객관적 장애사유라는 이분론적 시각으로만 해석하는 것이 아니라 “채권자가 객관적으로 채권의 발생을 알 수 있게 된 때”로 해석하고 있음에 따라 사실상의 장애사유를 처음부터 배제할 이유는 없다고 할 것이다.

다. 소멸시효의 기산점

대상판결에서는 일제강제징용 피해자들의 위자료 청구권의 시효가 언제부터 기산되는 지에 관하여 언급하지 않았다. 이는 대상판결이 선고된 이후 확정된 대법원 2018. 11. 29. 선고 2015다45420 판결에서도 마찬가지다. 그러나 대상판결 이후 제기될 일제강제징용 피해자들과 그 유족들의 소송을 위하여 소멸시효 기산점은 명확히 밝혀져야 한다.

최근 논란이 되었던 양승태 전 대법원장의 사법농단 사건에서는 ‘법원행정처가 일본 기업의 배상책임을 인정한 2012년 5월 대법원 판결⁴⁵⁰⁾을 기산점으로 삼고, 민법상 소멸 시효 3년이 지나도록 재상고심 결론을 이루는 방안을 구상한 바 있다.’⁴⁵¹⁾는 사실이 밝혀졌다. 이는 1인당 1억 원으로 책정된 위자료 액수가 확정될 경우, 20만 명으로 추산되는 피해자들에게 지급해야 할 액수가 너무 크고, 이러한 자원 조달은 사실상 불가능하다는 이유에서였다.⁴⁵²⁾ 이에 따르면 우리 민법 제766조 제1항에 의거하여 2012. 5. 24. 이후 3년 이내, 다시 말해 2015. 5. 24. 이전에 소를 제기하지 않은 일제강제징용 피해자들과 유족들의 손해배상청구권의 소멸시효가 완성되어 배상을 받을 수 없

449) 서종희, “소멸시효의 기산점(민법 제166조 제1항)판단기준에 대한 고찰 - 종래 통설 및 판례에 대한 비판적 입장에서 -”, 『財産法研究』 제37권 제1호, 한국재산법학회, 2020.5., 73면.

450) 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다68620 판결.

451) SBS 뉴스 2018년 11월 6일자.

452) SBS 뉴스 2018년 11월 6일자.

다. 이와 같은 견지에서 서울중앙지법 민사항소2부는 신일본제철 강제징용 소송 항소심에서 피해자들의 객관적 권리행사 장애사유 해소시점은 2012. 5. 24.이라고 못 박았다.⁴⁵³⁾ “2012. 5. 24. 일본국과 대등한 주권국가인 대한민국의 최고법원이 청구권협정에 관한 해석을 천명한 이상, 강제노동 피해자들의 객관적인 권리행사 장애사유는 해소됐다고 봄이 상당하다.” 는 것이다. 또한 “환송판결의 기속력에 있어 환송 후 원심뿐만 아니라 재상고심에도 미치는 것이 원칙이므로, 사실상 원고들의 장애사유는 2018. 10. 31.이 아닌, 2012. 5. 24.에 해소된 것으로 보아야 한다.” 는 입장이다. 이러한 입장은 대상판결 이후 제기된 소송에서의 일본징용 기업 측의 주장과도 일맥상통한다.

반면 2018. 12. 6. 광주고등법원 민사2부의 판단은 그와 견지를 달리하고 있다. 광주고등법원은 대법원 전원합의체 판결일인 2018. 10. 30.을 소멸시효 기점으로 삼아야 한다고 처음으로 명시했다.⁴⁵⁴⁾ 그 근거는 다음과 같다.

“법령의 해석·적용에 관한 최종적인 권한을 갖고 있는 최고법원인 대법원이 2018년 10월 30일 전원합의체 판결을 통해 강제동원 피해자 등의 일본기업에 대한 손해배상청구권을 확정하고 청구권협정에 관한 해석을 명확하게 밝혔다. 그때부터야 비로소 대한민국 내에서 원고 등과 같은 강제동원 피해자들이 객관적으로 권리를 사실상 행사할 수 없었던 장애사유가 해소되었다고 봄이 타당하다.”

광주고법 민사2부에서 중요시 한 부분은 ‘피해자의 손해배상청구권 확정 여부’였다. 이는 2012. 5. 24. 판결 이후에도 한일청구권협정으로 해소된 권리에 관하여 논란이 끊이지 않았고, 사건이 파기환송 됨으로써 서울고등법원에서 재심리되었다는 점에 확정된 판결이 아니라는 점을 상기하였다.

여기서 한 가지 짚고 넘어가야 할 점이 있다. 2012. 5. 24. 대법원 판결 이후, 환송 후 원심을 통해 다시 대법원으로 상고되어 확정된 2018. 10. 30. 판결이 ‘전원합의체 판결’ 이라는 점이다. 이는 이전의 대법원 판결과 배치되는 결정을 뜻하고, 2012. 5. 24. 판결이 완전치 못하다는 방증이다. 또한 2013년에 상고된 판결을 5년 이상 지연시킨 사법부의 행태와 신일본제철 외 미쓰비시와의 소송, 정신근로대 관련 소송 등 확정되지 않은 수많은 사안으로 인해 피해자들은 자신들의 손해배상청구권이 인정된다는 것을 확신할 수 없었다. 심지어 사안 간 전혀 상반된 판단이 내려지기도 하였다. 이러

453) 뉴시스 2018년 12월 2일자.

454) 한겨레 2018년 12월 6일자.

한 관점에서 볼 때 2005년 민관공동위원회의 발표로 인하여 피해자들은 자신들의 손해 배상청구권이 한일청구권협정으로 해소되지 않은 권리로 확정되었다고 보는 견해는 물론, 2012. 5. 24.로부터 소멸시효가 기산된다고 보는 견해는 타당치 않다.

2018. 10. 30. 대상판결이 선고되기 이전까지 한일청구권협정 해석과 관련하여 우리나라와 정반대의 견해를 주장하는 일본 정부의 입장은 피해자들의 권리를 불안하게 만들어왔다. 더불어 이러한 일본 정부의 반응은 피해자들이 손해배상을 받을 수 있다는 확신을 주지 못하였다. 우리 민법 제166조 제1항은 ‘권리를 행사할 수 있을 때’로부터 소멸시효가 기산됨을 명시하는 바, 이는 보통 ‘법률상의 장애사유가 없을 때’를 뜻하나 최근 그 뜻을 확장하여 ‘권리를 행사할 것을 객관적으로 기대할 수 있는 때’로 해석할 수 있다. 이에 따라 대상판결은 그간 우후죽순 같은 판결들을 통일함으로써 비로소 피해자들이 권리를 행사할 것을 객관적으로 기대할 수 있게 되었다고 보는 것이 타당하다.⁴⁵⁵⁾

라. 시효기간

과거 국가의 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권 침해에 대한 손해배상청구 사안에서 피고 측의 소멸시효 항변이 신의칙에 위배되어 배척될 때에, 우리 법원은 원고가 권리를 행사할 수 있을 때로부터 ‘상당한 기간 내’에 소를 제기해야 한다고 보고 있다. 이러한 논리는 진도 민간인 희생 사건에 대한 국가배상청구사안⁴⁵⁶⁾에서 처음 등장하였다.⁴⁵⁷⁾ 그 범위와 관련하여 대법원은 “여기에서 ‘상당한 기간’ 내에 권리행사가 있었는지는 채권자와 채무자 사이의 관계, 신뢰를 부여하게 된 채무자의 행위 등의 내용과 동기 및 경위, 채무자가 그 행위 등에 의하여 달성하려고 한 목적과 진정한 의도, 채권자의 권리행사가 지연될 수밖에 없었던 특별한 사정이 있었는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단할 것이다. 다만 신의성실의 원칙을 들어 시효 완성의 효력을 부정하는 것은 법적 안정성의 달성, 증명곤란의 구제, 권리행사의 태만에 대한 제재를 이념

455) 정구태·김어진, “일제 강점기 강제징용 피해자들의 손해배상청구와 소멸시효 : 대법원 2018. 10. 30. 선고 2013다61381 전원합의체 판결을 계기로”, 『법학논총』 제25권 제3호, 조선대학교 법학연구원, 2018.12.31., 264면.

456) 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결.

457) 과거사 사건의 수가 무척 많은 점을 고려하여 권리행사기간을 제한할 필요가 있다고 판단한 것으로 보인다. 송덕수, “이른바 과거사 사건에 관한 현재의 법 상태”, 『법학논집』 제25권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2020.9., 26면.

으로 삼고 있는 소멸시효 제도에 대한 대단히 예외적인 제한에 그쳐야 할 것이므로, 위 권리행사의 ‘상당한 기간’은 특별한 사정이 없는 한 민법상 시효정지의 경우에 준하여 단기간으로 제한되어야 한다. 그러므로 개별 사건에서 매우 특수한 사정이 있어 그 기간을 연장하여 인정하는 것이 부득이한 경우에도 불법행위로 인한 손해배상청구의 경우 그 기간은 아무리 길어도 민법 제766조 제1항이 규정한 단기소멸시효기간인 3년을 넘을 수는 없다고 보아야 한다.”는 입장이다.

문제는 상당한 기간 및 개별 사건의 특수한 사정을 판단하는 것이 오로지 법관의 몫임에 따라 이후 잇따른 과거 국가의 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권 침해에 대한 손해배상청구 사안에서 상당한 기간을 6개월로 보는 판결이 있는가 하면, 위 판결과 같이 1년에서 3년으로 보는 등 그 판단이 일률적이지 못하였다는 점이다. 그러나 이는 판결에 의한 입법으로⁴⁵⁸⁾ 대법원의 판단과 같이 시효정지 6개월 및 3년에 준하여 단기간으로 권리행사를 제한해야 할 이유가 없다. 이러한 점에서 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 사안은 소멸시효제도와 관련하여 크게 4단계의 구조에서 생각해 볼 수 있다.

먼저 소멸시효제도의 존재이유에 따라 소멸시효가 배제되어야 한다(1단계).

다음으로 이 사안은 국제법적 강행규정 위반 사항임과 동시에 시효부적용협약 대상이므로 소멸시효는 적용될 수 없다고 보는 것이 타당하다(2단계).

설령 소멸시효가 적용된다 하더라도 권리를 행사할 수 있는 때, 다시 말해 권리행사를 객관적으로 기대할 수 있는 날로부터 시효가 진행되므로 대상판결에서는 개인배상청구권이 존재한다고 선고된 2018. 10. 30. 로부터 시효가 기산된다고 보는 것이 타당하다(3단계).

이와 달리 대상판결은 소멸시효가 적용되고 이미 완성되었지만 그 시효완성의 항변이 권리남용에 해당한다고 판단하고 있다. 이러한 논리에 의하더라도 객관적 장애사유가 소멸하여 권리를 행사할 수 있게 된 때로부터 상당한 기간 내에 권리를 행사하여야 하므로, 이 또한 개인배상청구권이 존재한다는 것을 알게 된 2018. 10. 30.로부터 시효가 기산되어야 한다.⁴⁵⁹⁾ 다만 법원의 입장대로 이날로부터 상당한 기간인 3년 내에

458) 송덕수, “이른바 과거사 사건에 관한 현재의 법 상태”, 「법학논집」 제25권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2020.9., 26면.

459) 정구태·김어진, “국가에 의한 과거의 중대한 인권침해 사건에서 소멸시효 항변과 신의칙 -대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결에 대한 비판적 연구-”, 「인문사회21」 제7권 제6호, 2016, 835면.

권리를 행사해야 할 정당한 이유가 없으므로, 우리 민법 제165조 제1항에 따라 판결 등에 의하여 확정된 채권의 소멸시효 기간인 10년의 소멸시효가 진행된다고 보는 것이 타당할 것이다.

이에 따라 대상판결 사안에서 소멸시효의 배제 및 적용은 다음과 같이 표현할 수 있다.

		전제	근거	기산점	시효 기간
소멸시효	배제		소멸시효제도의 존재이유	해당사항 없음	
			반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 사안 = 국제법적 강행규정 위반 = 시효부적용협약 대상		
	적용	시효 완성 x	민법 제166조 제1항 “권리를 행사할 수 있는 때”	권리 행사를 객관적으로 기대할 수 있는 때 = 개인청구권이 존재함을 알게 된 날 = 2018. 10. 30.	민법 제165조 판결에 의하여 확정된 채권 = 10년
시효 완성 0		민법 제2조 신의성실의 원칙 (제2유형)	권리자가 권리를 행사할 수 없었던 객관적 장애사유가 해소된 날 = 개인청구권이 존재함을 알게 된 날 = 2018. 10. 30.	필자 = 10년 (민법 제165조) 법원 = 3년 (상당한 기간)	

[표2 - 대상판결에서의 소멸시효 배제 및 적용]

제5절 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 피해자의 손해배상청구권

1. 불법행위로 인한 손해배상의 일반론

우리 민법은 제390조~제399조에서 채무불이행에 관한 손해배상을, 불법행위로 인한 손해배상은 제763조를 통해 제393, 제394, 제396, 제399조의 규정을 준용하도록 규정하고 있다. 이에 대한 소멸시효 기산점은 제166조에서 ‘권리를 행사할 수 있을 때’로부터 진행하며, 불법행위로 인한 손해배상은 제766조에 따라 “피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터” 기산된다. 이를 정리하면 피해자의 ‘손해’⁴⁶⁰⁾가 확정되고 그 손해와 가해자를 피해자가 알며 권리를 행사할 수 있을 때 비로소 소멸시효가 기산되는 것이다. 이 때 무엇을 손해로 볼 것인지가 문제된다. 손해의 확정에 따라, 그 범위 및 산정 방법은 물론, 소멸시효가 언제부터 기산되는 지 알 수 있기 때문이다.

손해의 개념에 관하여 우리 민법은 제750조에서 불법행위로 인한 손해배상청구권을 인정하며, 피해자가 청구할 수 있는 손해에 대한 재산적 손해와 생명·신체·자유· 명예·정신적 고통 등의 법익에 관련된 비재산적 손해의 예시를 열거할 뿐, 손해의 정의는 찾아볼 수 없다. 이는 대다수의 국가에도 해당되는 사안⁴⁶¹⁾으로, 손해의 개념은 학설과 판례를 통해 정립되고 있다.

가. 손해의 개념

(1) 학설

460) 손해는 자유의사에 의하지 않은 손실이라는 점에서 자유의사에 의한 희생(freiwilliges Opfer)인 비용과 구별된다. 양형우, 『민법의 세계 -이론과 판례-』 제10판, 피앤씨미디어, 2020, 921면.

461) 독일이 손해의 개념에 관하여 입법례를 두지 않은 이유는 “손해개념의 확정이 손해배상을 인정할 수 있는 모든 상황에 부합하기 어렵고 결국에는 구체적 유형에 따른 결의론적 파악으로 귀결할 것이라는 인식”에서 비롯되었다 : 김상중, “손해의 개념과 손해발생의 인정”, 『민사법학』 제90권, 한국민사법학회, 2020.3., 201면.

19세기 이전 보통 법학에서는 손해를 자연적·사실적 측면으로만 파악하고, 통상 “권리의 주체가 법익침해를 통하여 받은 손실” 내지 “허용된 이득을 획득할 가능성을 포함한 법익의 모든 멸실 또는 감소” 로 보거나 “일정한 사건의 결과로 생활이익에 대하여 입은 손실” 등으로 표현하여왔다.⁴⁶²⁾ 이를 바탕으로 손해에 대한 여러 학설이 대두되었다. 종래 우리나라에서 논의 되어온 학설은 차액설과 구체적 손해설이며, 이는 일본의 견해에서 영향을 받은 것이다.⁴⁶³⁾

차액설이란 독일의 차액설을 수용한 개념⁴⁶⁴⁾이다. 손해를 “법익에 관하여 받은 불이익”, 다시 말해 “가해원인이 없었더라면 있어야할 이익상태와 가해가 발생하고 있는 현재의 이익상태의 차이” 로 간주한다.⁴⁶⁵⁾ 이에 피해자가 가해자의 불법행위로 생명이나 신체, 정신적 피해 등의 불이익을 당한 경우 그 불이익을 금전적으로 계산하여 불이익 자체가 아닌 불법행위 이전과 불법행위 이후의 법익상태를 비교한 ‘차액’ 을 손해로 본다. 차액설은 우리나라의 다수설이자 판례의 입장으로 금전배상에서는 매우 적합한 반면, 정신적 피해 및 고통과 같이 비재산적 손해에 대해서는 그 계산이 어렵다는 단점이 있다.⁴⁶⁶⁾ 이를 비판하며 나온 학설이 손해를 ‘법익에 대하여 입은 모든 불이익’ 또는 어떠한 사실로 인하여 어떠한 사람이 법익에 대하여 입은 불이익⁴⁶⁷⁾으로 간주하는 구체적 손해설이다. 차액설과 달리 구체적 사실로서 손해가 나타난다. 손해산정과 관련된 문제를 명확히 하지 못하고, 이익의 상실을 재산상의 손해로 산정해야 하는 이유 또한 명

462) 최현숙, “불법행위로 인한 정신적 손해배상에 대한 연구”, 박사학위논문, 가천대학교 대학원 법학과, 2015.11., 4면.

463) 일본의 견해는 독일의 학설에서 영향을 받았다. 서광민, “손해의 개념”, 「서강법학연구」 제6권, 서강대학교 법학연구소, 2004, 124면.

464) 1985년 독일의 법학자 몸젠(Friedrich Mommsen)의 논문 이익론(Zur Lehre von dem Interesse)에서 시작되었다. 이에 관한 자세한 내용은 신동현, “민법상 손해의 개념 -불법행위를 중심으로-”, 박사학위논문, 서울대학교 대학원 법학과, 2010.8., 12면, 최현숙, “불법행위로 인한 정신적 손해배상에 대한 연구”, 박사학위논문, 가천대학교 대학원 법학과, 2015.11., 4면, 김상중, “손해의 개념과 손해발생의 인정”, 「민사법학」 제90권, 한국민사법학회, 2020.3., 202면 참조.

465) 서광민, “손해의 개념”, 「서강법학연구」 제6권, 서강대학교 법학연구소, 2004, 124면; 양형우, 『민법의 세계 -이론과 판례-』 제6판, 진원사, 2014, 969면.

466) 박수곤, “프랑스민법상 손해의 개념 -손해의 확실성과 기회의 상실에 대한 논의를 중심으로-”, 「재산법연구」 제29권 제1호, 한국재산법학회, 2012, 3면.

467) 서광민, “손해의 개념”, 「서강법학연구」 제6권, 서강대학교 법학연구소, 2004, 134면; 박수곤, “프랑스민법상 손해의 개념 -손해의 확실성과 기회의 상실에 대한 논의를 중심으로-”, 「재산법연구」 제29권 제1호, 한국재산법학회, 2012, 2면에서는 이를 “권리의 주체가 재산, 신체, 생명, 건강, 명예, 신용, 장래의 발전, 수익능력 등 법률에 의하여 보호받는 이익의 침해로 인하여 입은 모든 불이익” 으로 기술하고 있다.

확히 설명하지 못한다는 비판이 있다.⁴⁶⁸⁾

최근 대두된 자연적·규범적 손해설은 손해는 법이 이를 규정하기 이전부터 존재하는 개념으로 “어떠한 침해행위에 의하여 받은 모든 불이익”을 의미한다고 보는 자연적 손해설과 손해는 법률이 보호할 필요가 있다고 인정하는 이익만을 보호하므로, 규범적 성격을 가지게 된다고 보는 규범적 손해설의 절충적 입장이다. 이에 따르면 손해는 “권리 주체가 법률에 의하여 보호받는 이익의 침해로 입은 불이익”으로 간주된다.⁴⁶⁹⁾

(2) 판례

우리 법원은 앞서 언급한 바와 같이 손해를 차액설의 입장에서 보고 있다. 불법행위로 인한 재산상 손해에 대하여도 위법한 가해행위로 인하여 발생한 재산상 불이익, 즉 그 위법행위가 없었더라면 존재하였을 재산 상태와 그 위법행위가 가해진 현재의 재산상태의 차이를 말하는 것으로⁴⁷⁰⁾ 간주한다.

다만 일실소득에 있어 그 피해자가 그로 인하여 상실하게 된 가동능력에 대한 총평가액으로서 그 소득에 대하여 소득세 등 제세금액을 공제하지 않은 금액⁴⁷¹⁾으로 보고, 노동능력의 상실률이 있음에도 불구하고 피해자의 수입이 감소되지 않은 경우에 대하여 피해자의 손해는 없는 것으로, 노동능력의 상실률은 없으나 피해자의 수입이 감소한 경우에는 손해가 있는 것으로 판단한다.⁴⁷²⁾ 그러나 이는 비재산적 손해 및 학생과 전업주부 등 일실수입을 인정하기 힘든 피해자들에게는 심히 부당한 입장이다. 이에 법원은 불법행위로 인한 상실수입액의 산정에 있어 특별한 사정이 없는 한 도시출신으로서 건강한 사람이라면 누구나 최소한 도시일용노동에 종사하여 그 임금상당의 수입을 얻는다는 개연성을 인정하고, 도시일용노동에 종사하여 얻을 것으로 기대되는 임금상당의 수익을 기준으로 일실소득을 계산한다.⁴⁷³⁾

468) 최현숙, “불법행위로 인한 정신적 손해배상에 대한 연구”, 박사학위논문, 가천대학교 대학원 법학과, 2015.11., 12면.

469) 서광민, “손해의 개념”, 「서강법학연구」 제6권, 서강대학교 법학연구소, 2004, 134면.

470) 대법원 1992. 6. 23. 선고 91다33070 전원합의체 판결; 대법원 1996. 2. 9. 선고 94다53372 판결; 대법원 1998. 7. 10. 선고 96다38971 판결 외 다수.

471) 대법원 1979. 2. 3. 선고 78다1491 전원합의체 판결.

472) 대법원 1990. 11. 23. 선고 90다카21022 판결.

473) 주현준, “불법행위로 인한 정신적 손해배상책임에 관한 연구”, 석사학위논문, 부산대학교 일반대학원 법학과, 2019.8., 7면에서는 이를 “차액설을 다소 수정하기에 이르렀다.”고 명시한다.

(3) 소결

손해는 명확히 정의하기 힘든 개념이다. 특히 불법행위로 인한 손해배상을 위해서는 재산적 손해와 비재산적 손해를 모두 설명할 수 있어야 한다. 여기서 말하는 재산적 손해와 비재산적 손해의 구별기준에 관하여, 피침해이익을 기준으로 하는 견해와 침해내용을 기준으로 하는 견해가 있다. 대법원은 “불법행위로 말미암아 신체의 상해를 입었기 때문에 가해자에게 대하여 손해배상을 청구할 경우에 있어서는 그 소송물인 손해는 통상의 치료비 따위와 같은 적극적 재산상 손해와 일실수익 상실에 따르는 소극적 재산상 손해 및 정신적 고통에 따르는 정신적 손해의 3가지로 나누어진다.”⁴⁷⁴⁾는 손해3분설에 입각하여 침해내용을 기준으로 손해를 구분하고 있다.⁴⁷⁵⁾

앞서 살펴본 바와 같이 불법행위로 인한 손해는 차액설의 입장을 따르고 있으나 이는 비재산적 손해에 관하여는 부적절하며, 구체적 손해설은 우리 민법의 손해배상 방식인 금전보상을 적절히 설명하지 못해 부적절하다. 일제강제징용피해자들의 청구와 반인도적 국가 범죄의 피해자들이 원하는 것은 대부분 채무불이행이 아니라 불법행위로 인한 정신적 고통의 손해배상인 것을 생각해본다면 종래의 학설 및 판례가 적절한 법리근거라 할 수 없다. 또한 손해가 금전이라는 배상으로 이어진다는 것을 생각해 볼 때, 손해는 자연적 성질과 규범적 성질을 함께 가지고 있다고 보아야 한다.

이러한 점에서 재산적 손해와 비재산적 손해개념을 모두 아우를 수 있는 자연적·규범적 손해설이 적절하다.⁴⁷⁶⁾

나. 손해배상의 범위

손해배상이란 자신의 유책의 위법행위로 타인에게 손해를 가한 경우, 그 손해를 전보

474) 대법원 1976. 10. 12. 선고 76다1313 판결.

475) 임재하, “손해배상의 범위에 관한 연구”, 박사학위논문, 청주대학교 대학원 법학과, 2019.8., 119-120면.

476) 이에 대하여는 손해배상에서 문제되는 모든 손해를 포괄적으로 아우를 수 있는 개념 정립보다 개별 사안에 따라 그에 맞는 손해를 구성해가는 것이 효율적이란 주장이 있다. 보다 더 자세한 내용은 신동현, “민법상 손해의 개념 -불법행위를 중심으로-”, 박사학위논문, 서울대학교 대학원 법학과, 2010.8., 71면 참조.

함으로써 그러한 가해행위가 없던 상태로 회복시키는 것을 말한다.⁴⁷⁷⁾ 배상의 대상이 된 손해는 가해행위로 인하여 발생한 다양한 손해 중, 가해행위가 물적·정신적 손해발생의 결과에 미치는 기여도에 대한 비난 및 귀책성의 평가를 통하여 배상의 대상에 선정되었다는 것을 의미한다.⁴⁷⁸⁾

불법행위로 인한 손해배상의 범위는 채무불이행의 손해배상 범위를 규정한 우리 민법 제393조를 준용한다. 당해 조항의 해석은 학설⁴⁷⁹⁾마다 그 해석이 다르며 제1항을 통해 손해배상의 한도를 규정하고, 제2항에서 예견가능성을 염두에 둬으로써 모든 손해가 배상받을 수 없다는 것을 명시 한다⁴⁸⁰⁾. 후자의 경우 채무불이행에서는 완전하게 적용되나, 민법 제393조가 불법행위에 현실적으로 적용될 때에는 그렇지 않다. 법원이 가해행위와 인과관계가 있는 모든 손해배상을 인정할 경우 완전배상이 되고 예견가능성과 같은 기준에 의하여 제한할 경우 제한 배상이 되는 것이다.

위 조항에 관하여 다수설과 판례는 채무불이행에서 불이행과 손해와의 사이의 인과관계를 규정한 조항으로, 제1항은 상당인과관계의 원칙을 선언하고, 제2항은 상당인과관계설의 절충설⁴⁸¹⁾에 의거한 것이라 설명한다.⁴⁸²⁾

(1) 통상의 손해

477) 정해상, “손해배상의 법리와 징벌적 손해배상의 관계”, 「중앙법학」 제6권 제4호, 중앙법학회, 2004.12., 244면.

478) 정해상, “손해배상의 법리와 징벌적 손해배상의 관계”, 「중앙법학」 제6권 제4호, 중앙법학회, 2004.12., 244면.

479) 민법 제393조는 상당인과관계설과 규범목적설, 위험성관계설에 따라 그 해석이 다르다. 각 학설에 따른 해석은 최현숙, “불법행위로 인한 정신적 손해배상에 대한 연구”, 박사학위논문, 가천대학교 대학원 법학과, 2015.11., 17-19면 참조.

480) 제한배상주의로서, 손해배상을 일정 한도에서만 인정하려는 입장으로 실정법 또는 판례상 손해배상의 범위를 어느 정도 제한하는 구조를 말한다. 이와 대비되는 완전배상주의는 피해자에게 생긴 손해를 가능한 한 모두 배상해야 하며, 실정법 또는 판례법상 손해배상 범위에 아무런 제한을 두지 않는 구조를 말한다. 임재하, “손해배상의 범위에 관한 연구”, 박사학위논문, 청주대학교 대학원 법학과, 2019.8., 10-11면.

481) 상당인과관계설을 바탕으로 행위자가 알고 있었던 사정과 과실로 알지 못한 사정을 기초로 하게 되므로 행위자의 책임을 묻는 것이 손해배상으로는 적합하다는 입장이다. 최현숙, “불법행위로 인한 정신적 손해배상에 대한 연구”, 박사학위논문, 가천대학교 대학원 법학과, 2015.11., 18면.

482) 최현숙, “불법행위로 인한 정신적 손해배상에 대한 연구”, 박사학위논문, 가천대학교 대학원 법학과, 2015.11., 20면.

통상의 손해란 제2항의 ‘특별한 사정으로 인한 손해’와 대비되는 개념이다. 판례⁴⁸³⁾는 “특별한 사정이 없는 한 그 종류의 채무불이행이 있으면 사회일반의 거래관념 또는 사회일반의 경험칙에 비추어 통상 발생하는 것으로 생각되는 범위의 손해”를 통상의 손해를 가리키고 특별한 사정으로 인한 손해는 당사자들의 개별적, 구체적 사정에 따른 손해를 말한다고 판시하였다.

법원이 통상손해를 판단하는 기준은 손해를 입었을 개연성이 인정될 때이며, 이 손해가 특별한 사정으로 인한 손해라고 하더라도 일반적으로 예견할 수 있을 것으로 판단될 경우에도 통상손해로 보고 있다.⁴⁸⁴⁾ 다만 그 손해의 정도나 금액이 일반적으로 예견할 수 있는 범위를 넘어서는 경우⁴⁸⁵⁾, 과도한 손해의 발생은 객관적으로 예견할 수 없는 까닭에 통상손해로 인정되지 않는다. 통상손해에는 가해행위로부터 추가적인 다른 원인의 개입 없이 발생한 손해와 직접손해, 1차 손해도 포함되며⁴⁸⁶⁾ 개별적 법규범뿐만 아니라 전체 법질서의 관점 및 보호 목적을 고려하여 손해의 범위가 정해져야 한다.

(2) 특별손해

특별손해는 당사자 간의 개별적·구체적 사정으로 인한 손해이다. 때문에 특별한 사정에 관한 채무자의 예견 또는 예견가능성이 요구되며, 손해배상의 범위를 정하는 데 중요한 의미를 갖는다.

다만 대법원은 “채무불이행자 또는 불법행위자는 특별한 사정의 존재를 알았거나 알 수 있었으면 그러한 특별사정으로 인한 손해를 배상하여야 할 의무가 있는 것이고, 그러한 특별한 사정에 의하여 발생한 손해의 액수까지 알았거나 알 수 있었어야 하는 것은 아니다.”⁴⁸⁷⁾ 고 함으로써 손해의 결과까지 예견 또는 예견가능성을 필요로 하지 않는다. 판단 시기는 학설과 판례 모두 채무불이행시를 기준으로 판단한다.⁴⁸⁸⁾

483) 대법원 2009. 7. 9. 선고 2009다24842 판결.

484) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2009다98652 판결.

485) 보통 이를 ‘합리적 범위’라고 한다.

486) 임윤수·최현숙, “손해배상범위에 관한 입법적 분석”, 「법이론실무연구」 제2권 제1호, 한국법이론실무학회, 2014, 117면.

487) 대법원 1994. 11. 11. 선고 94다22446 판결.

488) 대법원 1985. 9. 10. 선고 84다카153 판결; 임윤수·최현숙, “손해배상범위에 관한 입법적 분석”,

(3) 불법행위로 인한 손해의 상당성과 인식가능성

앞서 살펴본 바와 같이 민법 제393조 제1항은 상당인과관계설의 입장을, 제2항은 상당인과관계설의 절충설의 입장에서 규정된 것으로 우리 법원은 상당인과관계의 판단에 있어 “보통인 또는 평균이 알 수 있었던 사정”과 “채무자가 알고 있었던 사정”을 고려하는 절충설의 태도를 취하고 있다.⁴⁸⁹⁾

제2항의 특별손해에 관한 예견가능성은 가해자를 기준으로 행위 당시의 기준에서 손해발생의 원인이 되는 특별한 사정을 대상으로 판단⁴⁹⁰⁾한다. 다만 불법행위에 있어 가해자가 행위 당시에 피해자에게 통상적인 손해를 벗어난 손해가 생기리라 예견하는 경우는 극히 드물어⁴⁹¹⁾ 사실상 실질적 요건이 되지 못한다.

다. 손해배상액의 산정

(1) 채무불이행으로 인한 손해배상액

손해배상액의 산정기준시기에 관하여 우리 민법에 명문 규정은 없고 채무불이행으로 인한 손해배상액의 산정기준시기를 판단함에 있어 학설은 크게 ‘책임원인발생시설’과 ‘사실심변론종결시설’로 나뉘어져 왔다.⁴⁹²⁾ 책임원인발생시설은 손해배상청구권이 발생한 때를 기준으로 그 배상액을 산정하고 그 후의 가격등귀는 특별손해의 법리에 의해 처리하여야 한다고 보는 반면, 사실심변론종결시설은 소송의 경우 사실관계가 확정되는 때와 같이 손해배상청구권이 만족될 때를 기준으로 보고 있다.⁴⁹³⁾ 우리 법원은 기본적으로

「법이론실무연구」 제2권 제1호, 한국법이론실무학회, 2014, 121면.

489) 임윤수·최현숙, “손해배상범위에 관한 입법적 분석”, 「법이론실무연구」 제2권 제1호, 한국법이론실무학회, 2014, 123면.

490) 임윤수·최현숙, “손해배상범위에 관한 입법적 분석”, 「법이론실무연구」 제2권 제1호, 한국법이론실무학회, 2014, 124면.

491) 대법원 1987. 9. 8. 선고 86다카816 판결.

492) 이병도, “손해배상액 산정 기준시(基準時)에 대한 판례 입장의 이론적 고찰 (Ⅰ)”, 「인권과 정의」 제479호, 대한변호사협회, 2019, 71면.

493) 양형우, 『민법의 세계 -이론과 판례-』, 피앤씨미디어, 2020, 930면.

로 책임원인발생시설의 입장에서 이행불능의 경우 이행불능사유가 발생한 시점⁴⁹⁴⁾, 이행지체로 인한 전보배상의 경우 최고 후 상당한 기간이 경과한 당시의 시점⁴⁹⁵⁾, 채무자의 이행거절의 경우 이행거절 시점⁴⁹⁶⁾을 그 기준으로 보고 있다. 법원은 이외에 이행불능의 경우 이행불능 후에 가격이 인상되었을 때에 “그 손해를 특별한 사정이라 할 수 있으므로 매도인이 이행불능 후에 가격이 오를 것을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 인상된 가격에 의한 손해배상을 청구할 수 있다.”⁴⁹⁷⁾고 보아 그 손해배상액 산정의 기준시점을 ‘판결이 확정된 시점’으로 판단하였다.⁴⁹⁸⁾

(2) 불법행위로 인한 손해배상액

불법행위로 인한 손해배상액은 ‘불법행위시’로부터 산정하는 것이 원칙이나 발생시와 불법행위시 간에 시간적 간격이 있는 경우 ‘손해발생시점’을 기준으로 손해배상액을 산정한다.⁴⁹⁹⁾ 여기서 말하는 손해발생시점에 관하여 우리 법원은 “현실적으로 이러한 손해가 발생한 시점으로서 사회통념에 비추어 객관적이고 합리적으로 판단”하여야 한다고 판단하였다.⁵⁰⁰⁾

2. 정신적 손해의 의의와 배상액 산정

가. 정신적 손해의 의의

494) 대법원 1967. 7. 4. 선고 67다836 판결, 대법원 1996. 6. 14. 선고 94다61359, 61366 판결 등.

495) 대법원 1967. 6. 13. 선고 66다1842 판결, 대법원 1997. 12. 26. 선고97다24542 판결, 대법원 2008. 5. 15. 선고 2007다37721 판결 등에서 판단하였다. 이와 달리 대법원 1969. 5. 13. 선고 68다1726 판결에서는 ‘사실심변론종결시점’을 기준으로 손해배상액을 산정하였으나 전원합의체 판결이 아니고 대법원 1997. 12. 26. 선고97다24542 판결에서 다시 이전의 판결을 따르고 있다는 점에서 일설에서는 해당 판결에 큰 의미를 부여할 수 없다고 한다. 이병도, “손해배상액 산정 기준시(基準時)에 대한 판례 입장의 이론적 고찰 (1)”, 『인권과 정의』 제479호, 대한변호사협회, 2019, 72면.

496) 대법원 1967. 7. 4. 선고 67다836 판결, 대법원 1996. 6. 14. 선고 94다61359, 61366 판결 등.

497) 대법원 1996. 6. 14. 선고 94다61359, 61366 판결.

498) 대법원 1981. 6. 9. 선고 80다417 판결, 대법원 1993. 4. 9. 선고 92다25946 판결 등.

499) 양형우, 『판례 민법강의』, 도서출판 정독, 2020, 916면; 지연손해금의 경우도 마찬가지이다. 대법원 2013. 1. 24. 선고 2012다29649 판결.

500) 대법원 2018. 9. 28. 선고 2015다69853 판결.

우리민법 제751조 제1항은 재산 이외의 손해의 배상에 관하여 “타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상고통을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다.” 고 규정한다. ‘정신상 고통’ 이란, 육체적 고통, 슬픔, 애처로움, 분노, 억거움, 귀찮음과 같이 사람이 피하고자 하는 정신적·감정적 상태를 총칭하는 개념이다.⁵⁰¹⁾ 이는 곧 정신상손해로 그에 대한 배상을 ‘정신적 손해배상’ 또는 ‘위자료’ 라고 말한다. 다만 ‘위자료’ 에 대한 개념은 정신적 손해배상 외에 그 손해를 금전으로 배상하는 손해배상금⁵⁰²⁾을 뜻하는 개념으로 혼용되고 있다.

정신적 손해배상의 법적 성질에 관하여 크게 손해전보로 보는 견해와 사적 제재로 보는 견해가 대립하고 있다. 우리 현행법이 형사책임과 민사책임을 구분⁵⁰³⁾하고 있고, 가해자가 사망한 경우 정신적 손해배상의 채무가 상속인에게 승계된다는 점은 물론이고 책임무능력자의 감독인, 사용자 등이 지는 책임을 제재라고 볼 수 없다는 점에서⁵⁰⁴⁾ 제재설은 타당성이 적다. 이에 따라 현재 통설은 정신적 손해배상을 손해전보설로 이해하고 있다.⁵⁰⁵⁾

나. 배상액 산정

손해배상제도는 손해의 공평·타당한 분배를 통해 손해를 전보하기 위한 제도로써 과연 어느 정도의 손해액이 해당 손해를 전보할 수 있는지와 그 기준 시점은 언제부터인지가 문제된다. 특히 정신적 손해배상은 무형의 손해로 원상회복이 불가능한데다 금전적 계산이 어렵고 현재와 장래의 손해를 가능하기 힘들며 개개인마다 느끼는 감정과 고통이 매우 다르다는 점에서 손해액의 가이드라인을 지정하기 쉽지 않다. 이에 대하여 ‘학교

501) 이창현, “불법행위에 기한 위자료에 대한 소고”, 「비교사법」 제1권 제2호, 한국비교사법학회, 2009.6., 140면.

502) 박성정, “불법행위로 인한 위자료 산정에 관한 일고찰 -판례를 중심으로-”, 「손해사정연구」 제7권 제2호, 한국손해사정학회, 2015.8., 43면.

503) 박성정, “불법행위로 인한 위자료 산정에 관한 일고찰 -판례를 중심으로-”, 「손해사정연구」 제7권 제2호, 한국손해사정학회, 2015.8., 44면.

504) 최현숙, “불법행위로 인한 정신적 손해배상에 대한 연구”, 박사학위논문, 가천대학교 대학원 법학과, 2015.11., 30면.

505) 이진수, “위자료의 지연손해금 가산점과 과잉배상”, 「판례연구」 23집, 부산판례연구회, 2012.2., 260면에서는 이를 ‘손해배상설’ 이라 하고 있다.

안전사고예방및보상에관한법률(이하 ‘학교안전법’이라 한다.) 시행령’에 따른 위자료 기준표⁵⁰⁶)와 ‘국가배상법시행령’에 따른 위자료 기준표⁵⁰⁷), 그리고 2015. 3. 1. 이후 발생한 교통·산재사고에 적용되는 서울중앙지방법원 교통·산재 손해배상 전담재판부의 기준으로 2017년에 작성된 ‘교통사고 및 산업재해사고로 인한 손해배상사건의 피해자에 대한 위자료 산정기준표’⁵⁰⁸)가 있다.

(1) 일반원칙

정신적 손해배상과 관련하여 법원은 불법행위로 입은 정신적 고통에 대한 위자료 액수에 관하여는 사실심 법원이 제반사정을 참작하여 그 직권에 속하는 재량에 의하여 이를 확정할 수 있다⁵⁰⁹)는 입장이다. 그 구체적 참작 사유로서 법원은 피해자의 피해정도, 연령, 성별, 직업, 재산상태, 생활상태, 교육정도, 과실유무 및 과실 정도와 가해자의 고의 또는 과실의 정도, 직업, 재산상태 및 배상책임자의 생활상태 등⁵¹⁰)을 제시하였다. 정신적 손해배상에 있어 가해자의 사정을 고려하는 까닭은 공평한 손해의 조정을 위함이며, 이는 위자료의 본질이 순수한 손해전보에 있음을 의미한다.⁵¹¹) 그 기준 시점에 관하여는 보통 불법행위시로 보나, 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 사안에서는 사실심 변론종결일로 보고 있다.

506) 학교안전법 제37조(장해급여)에서는 피해자의 상해에 관한 위자료를 지급할 것을 규정하고 있으며, 동법 제39조(유족급여)는 사망한 피해자에 대한 위자료를 유족급여에 관하여 위자료를 지급할 것을 규정하고 있다. 이에 따라 학교안전법 시행령 제19조에서는 신체장해에 대한 위자료 기준표와 사망에 대한 위자료 기준표를 마련하고 있다.

507) 국가배상법 제3조 제5항 “사망하거나 신체의 해를 입은 피해자의 직계존속(直系尊屬)·직계비속(直系卑屬) 및 배우자, 신체의 해나 그 밖의 해를 입은 피해자에게는 대통령령으로 정하는 기준 내에서 피해자의 사회적 지위, 과실(過失)의 정도, 생계 상태, 손해배상액 등을 고려하여 그 정신적 고통에 대한 위자료를 배상하여야 한다.”는 규정에 따라 국가배상법 시행령 제5조에서는 사망에 대한 위자료 기준표, 명예 등의 침해에 대한 위자료 기준표, 신체장해에 대한 위자료 기준표, 상해에 대한 위자료 기준표를 명시하고 있다.

508) 대한법률구조공단 홈페이지 법률서식 위자료 산정기준표 참조.

509) 대법원 1988. 2. 23. 선고 87다카57 판결.

510) 대법원 1995. 2. 28. 선고 94다31334 판결; 대법원 1988. 2. 23. 선고 87다카57 판결; 최현숙, “불법행위로 인한 정신적 손해배상에 대한 연구”, 박사학위논문, 가천대학교 대학원 법학과, 2015.11., 42면. 이러한 제반사정의 참작기준 및 그에 대한 구체적 기준은 밝혀진 바 없다.

511) 이진수, “위자료의 지연손해금 가산점과 과잉배상”, 「판례연구」 23집, 부산판례연구회, 2012.2., 262면.

그러나 위자료의 본질이 순수한 손해전보에 있다고 보는 경우 가해자 측의 사정에 따라 피해자의 정신적 고통 정도가 달라진다고 해석하는 것은 동의할 수 없다. 가해자의 행위가 경과실에 의하였거나 빈곤한 생활상태 혹은 도저히 배상이 불가능한 경우에 있을 때에도 피해자가 정신적 고통을 받았다는 사실 자체에는 영향을 미치지 못하고 각 사람마다 고통을 느끼는 정도는 현저히 다르기 때문이다. 이러한 점에서 가해자의 사정에 따라 피해자의 정신적 손해배상액수가 달라지는 것은 순수한 손해전보라 보기 어렵다. 이에 관하여 일설에서는 오히려 이러한 일반원칙은 위자료의 기능 중 ‘만족적 기능’ 과 관련이 있다고 보는 것이 타당하다고 보고 있다.⁵¹²⁾ 그러나 이 또한 피해자의 ‘정신적 만족’의 기준⁵¹³⁾이 개인마다 다르고, 위자료는 일종의 피해자의 정신적 고통 정도로 생각되어지는데 가해자의 경제 상태에 따라 액수가 달라지는 것은 피해자가 충분한 배상을 받지 못했다는 점에서 만족에 이를 수 없으므로 이러한 견해에 동의할 수 없다.

(2) 산정기준

정신적 손해배상을 산정 할 때에 보통 고려되는 요소는 피해자 측의 사정⁵¹⁴⁾과 가해자 측의 사정⁵¹⁵⁾이다. 다만 일제강제징용피해자들과 같이 시간이 많이 경과된 경우, 다음 요소⁵¹⁶⁾를 함께 고려하여야 한다.

첫째, 위자료 산정 시기의 기준시를 불법행위시로 산정하여야 하는지, 현재를 기준으로 산정하여야 하는지의 문제다.

512) 만족적 기능이란 정신적 손해배상청구권이 일반적인 손해배상을 넘어서 피해자에게 물질적 재산에 해당하지 않는 손해에 대하여 적절한 전보를 제공하고 동시에 가해자가 피해자에게 정신적 만족을 배상하여야 함을 의미한다. 이진수, “위자료의 지연손해금 가산점과 과잉배상”, 「판례연구」 23집, 부산판례연구회, 2012.2., 262면.

513) 극단적인 예이나 집에서 기르고 있던 강아지가 가해자의 경과실에 의한 교통사고로 사망하였는데 그 주인이 강아지를 자신의 친아들과 같이 생각하고 있었다면 단순히 재물손괴에 따른 손해배상은 피해자의 정신적 만족을 충족시킬 수 없을 것이다.

514) 피해자가 입은 고통, 과실, 연령, 직업, 학력, 사회적 지위, 재산상태, 생활상태, 피해자가 다수인 경우 등. 개개요소에 관한 자세한 내용은 주현준, “불법행위로 인한 정신적 손해배상책임에 관한 연구”, 석사학위논문, 부산대학교 일반대학원 법학과, 2019.8., 58-61면 참조.

515) 가해자의 고의 또는 과실, 재산상태, 사회적 지위, 직업, 학력, 연령, 사고 후 태도, 형사처벌을 받았는지 여부 등. 개개요소에 관한 자세한 내용은 주현준, “불법행위로 인한 정신적 손해배상책임에 관한 연구”, 석사학위논문, 부산대학교 일반대학원 법학과, 2019.8., 61-63면 참조.

516) 이동진, “강제징용배상책임의 성립 여부와 그 범위에 관한 몇 가지 문제”, 「서울대학교法學」 제54권 제3호, 서울대학교 아시아태평양법연구소, 2013.9., 497면.

둘째, 수십 년간의 지급지체 사실을 어떠한 방식으로 고려하여야 하는지 문제된다.

이에 대하여 우리 법원은 “불법행위시로부터 지연손해금이 발생한다고 보는 경우에는 현저한 과잉배상의 문제가 제기” 될 수 있다는 입장이다. 이에 “불법행위시와 변론종결시 사이에 장기간의 세월이 경과됨으로써 위자료를 산정함에 있어 반드시 참작해야 할 변론종결 시의 통화가치 등에 불법행위 시와 비교하여 상당한 변동이 생긴 때에는, 예외적으로라도 불법행위로 인한 위자료배상채무의 지연손해금은 그 위자료 산정의 기준시인 사실심 변론종결 당일부터 발생한다고 보아야만 한다.” 고 판시하였다.⁵¹⁷⁾ 해당 판시는 위자료 산정 자체가 아닌 위자료배상채무의 지연손해금에 관한 판결이나, 위자료산정의 기준시기와 화폐가치기준이 사실심 변론종결 당일부터 기산된다는 것을 전제하였다.⁵¹⁸⁾

3. 대상판결 검토

대상판결의 원고들은 피고 신일본제철 측에 재산상 손해를 제외한 정신적 손해배상으로서 위자료만을 청구하였다. 이에 대상판결은 원고들의 재산상 손해에 관하여는 판단치 않았다. 이에 대하여 앞으로 이어질 소송에서도 일제강제징용피해자들은 재산상 손해에 관하여는 배상금을 지급받을 수 없는지에 관한 문제가 제기될 수 있다.

일제강제징용피해자들이 일본징용기업에 행사할 수 있는 권리는 크게 근로계약으로 인한 미지급임금채권과 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해로 인한 손해배상청구권으로 나누어 살펴볼 수 있다. 이러한 피해자들의 손해는 한일청구권협정의 8개 항목 중 제5항에서 명시하고 있는 ‘피징용한국인의 미수금, 보상금 및 기타 청구권의 변제청구’의 범위에 포함될 수 있는지에 관하여도 살펴보아야 한다.

가. 미지급 임금

강제징용의 모집 당시 일본이 피해자들에게 약속한 일급은 2엔 50전의 수준으로 추정

517) 대법원 2011. 1. 13. 선고 2009다103950 판결; 대법원 2011. 1. 13. 선고 2010다53419 판결; 대법원 2013. 3. 28. 선고 2010다108494 판결. 이들 판결은 과거사 사건의 피해자들의 위자료청구권과 관련 있는 판결들이다.

518) 이동진, “강제징용배상책임의 성립 여부와 그 범위에 관한 몇 가지 문제”, 『서울대학교法學』 제54권 제3호, 서울대학교 아시아태평양법연구소, 2013.9., 497면.

되며, 이는 실제적으로 받을 경우 1년 수입이 800엔 전후가 되어 고소득층에 속하는 금액이나 실수령액은 일급 35전에서 85전 정도의 수준이었다.⁵¹⁹⁾ 임금 가운데 애국저금, 광부저금, 퇴직적립금, 후생연금보험금, 가정송금 등의 명목으로 강제 저축되거나 각종 명목의 ‘헌금’ 으로 공제된 후 전쟁비용으로 직접유용 되었기 때문이다.⁵²⁰⁾ 이러한 미지급 임금은 근로계약상 당해 계약에 따라 정해지며, 대상판결과 유사한 사안인 미쓰비시 중공업에 소를 제기한 피해자들의 사안에서는 일본법을 준거법으로 하여 판단하였다.⁵²¹⁾

사안의 원고 등은 일본 히로시마지방법재판소에 피고 등을 상대로 구 미쓰비시의 강제징용 등 국제법 위반 및 불법행위 등을 이유로 한 손해배상금⁵²²⁾과 강제노동기간 동안 지급받지 못한 임금 등을 현재의 가치로 환산한 금액을 청구하였다. 원고 등은 구 미쓰비시가 본 월급의 절반은 가족송금으로 보낸다는 명목 하에 나머지 절반만을 지급하고 1945. 6. 21.경 이후부터는 그 마저도 지급하지 않았다는 것을 이유로 당시 일본 후생연금법 규정의 평균임금에서 기숙사비와 식비의 합계, 피보험자 부담의 보험료를 공제한 금액을 기준으로 현재의 화폐가치에 따른 원화로 청구하였다.⁵²³⁾

이에 대하여 근로계약 당시와 청구일 간의 시간적 격차로 엔화의 가치가 변동함에 따라 금액 환산을 현재를 기준으로 산정하여야 하는지 여부가 문제되는데, 통상적인 계약

519) 정태현·기광서, “일제의 반인륜적 조선인 강제노동동원과 임금 탈취”, 「역사와 현실」 제50권, 한국역사연구회, 2013. 12., 420면.

520) 정태현·기광서, “일제의 반인륜적 조선인 강제노동동원과 임금 탈취”, 「역사와 현실」 제50권, 한국역사연구회, 2013. 12., 419면.

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

522) 1인당 1,100만 엔(한화로 약 1억)이다.

523) ① 송금약속 상당액 : (당시 후생연금법 규정의 평균임금에서 기숙사비와 식비의 합계 13엔 및 피보험자 부담의 보험료를 공제한 금액) × 1/2 × 가동월수

② 국민저금 상당액 : 최소 50엔

③ 1945. 6. 21.부터 1945. 8. 31.까지의 임금 상당액 : (당시 후생연금법 규정의 평균임금에서 기숙사비와 식비의 합계 13엔 및 피보험자 부담의 보험료를 공제한 금액) × 1/2 × 2.33개월

이에 따른 청구 금액은 망A이 99,014엔, 망 C이 96,056엔, 망 L이 68,424엔, 원고 T, 망 U가 각 59,512엔이다. (한화로 약 106만원, 약 103만원, 약 73만원, 약 64만원이다.)

원고 등의 청구에 대한 준거법을 당시 일본 후생연금법 규정을 따른 것은 법례에 의한 것이다. 법례에 의하면 법률행위의 성립 및 효력에 관하여는 당사자의 의사에 따라서 어느 나라의 법률에 의할 것인가를 정하고, 당사자의 의사가 분명하지 아니한 경우에는 행위지법에 의하는데(제7조), 원고 등의 사실관계에 의하면 미지급임금의 지급청구권에 관하여 판단할 준거법은 일본법이 될 것이다. 부산고등법원 2013. 7. 30. 선고 2012나4497 판결. 이러한 입장은 미쓰비시 중공업에 손해배상청구소송을 제기한 일제강제징용 피해자들의 사안인 서울고등법원 2009. 7. 16. 선고 2008나49129 판결에서도 마찬가지였다.

해석 상으로는 특별한 사정이 없는 한 명목가치를 기준으로 하는 금액채무로 합의하였다고 보고 있다.⁵²⁴⁾ 화폐가치변동으로 인한 이득 가능성과 손실 위험은 모두 채권자가 부담하는 것으로, 엔화의 실질가치가 변동되었다 하여 자동적으로 당시의 실질가치를 유지하게 되지 않기 때문이다.⁵²⁵⁾ 이러한 화폐가치변동은 원고 등이 적시에 임금을 지불받았더라면 생기지 않았을 손해이므로 이는 또 다른 재산상 손해이며, 원고 등이 원화 지급을 청구한 것은 민법 제378조에 의거하여 타당하다 볼 수 있다. 이러한 미지급 임금에 대한 지체채무는 구 미쓰비시의 채무불이행으로 인함이고 원고 등이 미지급 임금과 관련하여 일본 민법을 준거법으로 삼아 청구하였으므로 이 또한 일본 민법 제419조에 따라 법정이율에 의하여 계산되어야 한다.

미지급 임금이 한일청구권협정으로 인하여 소멸되었는지 여부에 대해 대법원은 미쓰비시 중공업의 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해로 인한 개인배상청구권에 관하여 언급하고 있을 뿐이다.⁵²⁶⁾ 대법원 판결이 환송된 후, 그 이유에 대하여는 알려진 바 없으나 해당 사안의 원고 등 또한 미지급 임금의 청구에 대하여 취하하고 피해자 1인당 위자료 1억 100만 원을 구하는 것으로 청구취지 및 원인을 변경하여 해당 문제에 대한 법원의 입장은 알 수 없다. 다만 이러한 일제강제징용피해자들과 일본징용기업 간의 근로계약은 모집광고와 실제적으로 행한 근로 간의 격차가 매우 크고 약속했던 임금이 현저히 적다는 점에서 모집 단계에서 사기 행위가 있었고, 관 알선으로 인한 모집은 징용령에 따른 강제였다는 점을 고려하여야 한다. 다시 말해 일제강제징용피해자들과 일본징용기업 간의 근로계약은 강제징용에 의한 사기·강박에 따른 계약이므로 해당 계약은 무효가 된다는 것이다. 이에 따라 미지급 임금과 피해자들의 노무로 인하여 얻은 이익은 일본징용기업의 부당이익이 되므로 계약이 아닌 부당이익반환의 관점에서 판단해야 할 것이다. 이러한 계약무효와 관련하여 일설에서는 “이러한 계약은 국민총동원법과 징용령에서 근로계약관계를 형성할 의무를 부과한 것으로 명령된 계약에 해당한다고 볼 수 있어 계약 자체는 무효이나 사실적 계약관계가 존재하였다.” 고 하는 것 또한 하나의 방법이라고 보고 있다.⁵²⁷⁾ 이는 추후 살펴볼 안전배려의무 위반으로 인한 손해를 설명하는

524) 이동진, “강제징용배상책임의 성립 여부와 그 범위에 관한 몇 가지 문제”, 「서울대학교法學」 제54권 제3호, 서울대학교 아시아태평양법연구소, 2013.9., 264면.

525) 이동진, “강제징용배상책임의 성립 여부와 그 범위에 관한 몇 가지 문제”, 「서울대학교法學」 제54권 제3호, 서울대학교 아시아태평양법연구소, 2013.9., 264-265면.

526) 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결.

527) 장준혁, “일본통치기 강제징용사건의 준거법”, 「국제사법연구」 제19권 제1호, 한국국제사법학회,

데 있어 더 적절한 논리로 생각된다.

앞서 살펴본 바와 같이 한일청구권협정은 양국 간 ‘적법’ 한 행위를 전제로 한 재정적·민사적 채권·채무관계를 정치적 합의에 의하여 해결한 것이므로 적법한 근로계약상의 미지급 임금이라면 당해 협정으로 소멸되었다고 보는 것이 옳으나, 일제강제징용 피해자와 일본징용기업 간의 계약은 무효이고 그에 따른 임금채권 및 당시 피해자들의 노무로 인한 기업의 이익은 부당이득이 되므로 당해 협정의 ‘청구권’ 범위에 포함한다고 볼 수 없다. 이러한 관점에서 최근 일본은행에서 일제강제징용피해자들의 월급통장이 발견되었다는 소식⁵²⁸⁾이 전해지며 이를 반환받아야 한다는 견해는 일제강제징용피해자들의 미지급 월급이 부당이득임에 따라 충분히 받아들여질 수 있는 반환청구라고 생각된다.

이러한 부당이득반환청구권은 발생과 동시에 행사할 수 있는 법정채권으로서 청구권이 발생한 날로부터 10년의 시효가 진행된다. 부당이득은 그 수익자가 악인일 경우 받은 이익에 이자를 붙여서 반환하고 손해가 있으면 그 손해까지 배상하여야 하는데, 이 때 현존이익 여부는 묻지 않으며 수익 당시의 그 전액을 반환하여야 하고 또한 법정이자를 가산하여야 한다.⁵²⁹⁾ 이에 따라 일제강제징용피해자들의 부당이득반환청구권은 1950년대에 소멸되었다고 볼 수 있다. 그러나 청구권이 발생한 당시 임금 전액을 각자에게 지급하고 스스로 저금과 송금을 하도록 요청한 피해자들의 집단적 저항요구는 관철되지 않았고⁵³⁰⁾ 오히려 그 가운데 몇몇이 폭력행위 등 단속법 위반으로 구속된 점⁵³¹⁾, 미불금은 패전 후 현저히 적은 액수로 서둘러 공탁된 점, 이러한 공탁은 예·저금 미불금 기재명부에 따른 것이나 그 명부에는 현저히 적은 수치(數値)가 기재되어 있는 점,⁵³²⁾ 피공탁자의 본적지를 기재하지 않아 상세한 인적정보를 알 수 없다는 점, 당시 일본정부가 조

2013, 184면.

528) 한국경제신문 2013년 9월 8일자.

529) 양형우, 『민법의 세계 -이론과 판례-』, 피앤씨미디어, 2020, 1504면.

530) 정태현·기광서, “일제의 반인륜적 조선인 강제노무동원과 임금 탈취”, 『역사와 현실』 제50권, 한국역사연구회, 2013. 12., 421면.

531) 송규진, “일제하 조선인 강제노역동원과 손해배상청구소송”, 『아시아문화연구』 제46권, 가천대학교 아시아문화연구소, 2018. 4., 83면.

532) 한 사무소에서 제출한 서류에는 징용자 163명 중 13명만 피공탁자로 기재되었고, 그 액수 또한 평균미불액이 70엔에서 90엔 안팎, 평균예금액은 30엔에서 60엔 안팎으로 기재되어 있는 등 피해자 전원이 명부에 작성되었다고 볼 수 없다. 이에 현재까지 기업별 강제노동의 실태와 미불임금에 대한 실상은 파악되지 못한 상태에 있다. 자세한 내용은 정태현·기광서, “일제의 반인륜적 조선인 강제노무동원과 임금 탈취”, 『역사와 현실』 제50권, 한국역사연구회, 2013. 12., 423-424면 참조.

선인 미불금을 법과 제도를 통해 공탁해 두고 있었다는 사실과 그 세부적인 내역에 관해서는 한국정부에 공식적으로 알려준 바 없다는 점⁵³³⁾을 비롯하여 일제강제징용피해자들은 미불금이 한일청구권협정으로 소멸되었다고 알아온 사정을 고려한다면, 일제강제징용피해자들의 부당이득반환청구권은 한일청구권협정으로 인하여 개인배상청구권이 소멸되지 않았음이 확정된 2018. 10. 30. 전까지 객관적으로 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었다고 보는 것이 타당할 것이다.

나. 안전배려의무 위반으로 인한 손해

안전배려의무위반에 따른 채무불이행으로 인한 손해배상청구권은 근로계약이 적법하고 유효할 때에 신의칙상 도출되는 사용자의 의무⁵³⁴⁾라고 할 것인데, 일제강제징용피해자와 일본징용기업 간의 근로계약은 사기강박에 의한 무효이므로 그 의무 또한 존재하지 않는다는 지적이 있을 수 있다. 그러나 이러한 지적에는 동의할 수 없다. 앞서 살펴 본 바와 같이 이 계약은 일본 정부의 법에 의한 명령된 계약임에 따라 사실상 근로계약관계가 성립한다고 볼 수 있기 때문이다. 이러한 안전배려의무위반에 따른 채무불이행으로 인한 손해 또한 일본징용기업의 강제징용으로 발생한 것이므로 이와 관련된 피해자의 개인배상청구권 또한 한일청구권협정의 항목에 포함되어 있지 않다고 보는 것이 타당할 것이다. 더불어 원폭피해자들은 애당초 한일청구권협정의 대상이 되지 않았으므로 원폭으로 인한 부상과 후유증, 그로 인한 노동능력의 상실과 수입 감소, 치료비, 등의 손해는 한일청구권협정으로 소멸되었다고 볼 수 없다.

일본징용기업은 일제강제징용 “피해자들의 자유를 억압한 채 생명이나 신체에 위해를 당할 가능성이 높은 열악한 환경에서 위험하고 혹독한 노동에 강제로 종사하게 하였다”는 점, 1945. 8. 6. 히로시마에 원자폭탄이 투하되어 원고 등이 근무하던 기계제작소와 조선소가 파괴되어 작업이 중단되었음에도 원고 등에게 적당한 피난장소나 식량을 제공하는 등의 구호조치를 취하지 아니한 채 방치하였고, 나아가 원고 등이 안전하게 귀국할 수 있는 아무런 조치를 취하지 않은 점”⁵³⁵⁾에서 안전배려의무를 위반하였다. 전자의 경

533) 오일환, “강제동원 한인 피해자 미수금 문제의 이해와 전개 - 한일회담 문서를 중심으로 -”, 『송실사학』 제34집, 송실사학회, 2015.6., 353면.

534) 이동진, “강제징용배상책임의 성립 여부와 그 범위”, 『일제강점기 강제징용사건 판결의 종합적 연구』, 박영사, 2014.12.18., 258면.

535) 부산고등법원 2013. 7. 30. 선고 2012나4497 판결 : 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결

우는 일제강제징용피해자 전반에 걸친 손해이며, 후자의 경우는 원폭 피해자에 한한다. 이로 인한 손해는 일본징용기업이 근로계약을 위반한 것으로 채무불이행에 관한 손해에 해당하며 앞선 근로계약의 준거법에 따라 일본법이 준거법으로 결정된다. 해당 손해배상청구권에 관하여 일본법원은 한일 간의 국교가 회복된 1965년이나 늦어도 보상교섭이 시작된 1974. 8.로부터 시효를 기산하여 최장 10년의 소멸시효가 완성되었다는 입장이다. 그러나 안전배려의무위반으로 인한 손해배상청구권이 한일청구권협정으로 소멸되었다고 주지하고 있었던 피해자들로서는 2018. 10. 30. 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해의 손해와 그에 따른 개인청구권이 한일청구권협정으로 소멸되지 않았다고 확정되기 전까지 권리를 행사할 수 없었던 객관적인 사정이 있었다고 보는 것이 타당하다고 생각된다.

다. 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해의 손해

일제강제징용피해자의 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해의 손해는 강제연행, 강제이송, 강제노동으로 발생한 손해이다. 이러한 범죄가 국제강행규범 위반임은 앞서 살펴 본 바와 같다.

국제강행규범은 강행규범에 위반되는 어떠한 조약·기준, 법적 명령, 행정명령이나 입법행위도 무효로 만드는 것이고, 개인의 재산권으로서의 배상청구권은 천부인권으로서 보장되는 것으로서 국가 간의 청구권협정에 의하여 배제될 수 없으므로, 일본의 주장처럼 개인배상청구권이 소멸되었다는 주장은 오히려 한일청구권협정 자체가 무효임을 방증하는 것이다.⁵³⁶⁾ 이에 따라 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해의 손해 또한 한일청구권협정으로 소멸되지 않았다고 보는 것이 타당하며, 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 피해자의 개인배상청구권은 시효의 완성으로 소멸할 수 없으나 시효의 완성으로 소멸하였다고 할지라도 2005. 8. 26. 민관공동위원회의 공식발표가 아닌, 1965년 한일청구권협정으로 인해 개인배상청구권이 소멸되지 않았음을 최종적으로 알게 된 날인 2018. 10. 30. 대상판결의 선고일로부터 피해자들의 객관적 장애사유가 소멸되었다고 보는 것이 타당할 것이다.

의 1심 판결이다.

536) 최철영, “강제동원 관련 한인(조선인)소송에 있어 개인배상청구권 연구”, 「동북아역사논총」 제19호, 동북아역사재단, 2008.3., 260면.

반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해의 손해는 강제연행, 강제이송, 강제노동으로 인한 신체적·그에 따른 재산적 손해뿐만 아니라 ‘인격’을 침해하여 불법행위를 구성하였다⁵³⁷⁾는 점에서 비재산적 손해배상인 위자료의 산정이 중요한 의미를 갖는다. 우리 법원은 생명을 침해하거나 신체에 상해를 입힌 불법행위로 인한 손해를 입원치료비나 장례비와 같은 적극적 재산적 손해, 휴업손해나 퇴직금 등과 같은 일실수익의 상실에 따른 소극적 재산적 손해 및 정신적 손해로 나누어 “이들 배상청구는 각각 소송물을 달리하는 별개의 청구이므로 소송당사자로서는 그 금액을 각각 특정하여 청구하여야 하고, 법원으로서도 그 내역을 밝혀 각 청구의 당부에 관하여 판단”⁵³⁸⁾하여야 한다고 보고 있다.⁵³⁹⁾ 이와 관련하여 대법판결의 사안이 1940년대에 행해진 불법행위로 인한 손해배상임에 따라 화폐가치가 크게 변동하였으므로 손해배상액을 산정하는 데 있어 그 기준 시점을 어느 때로 보아야 하는지 문제될 수 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 불법행위로 인한 손해배상액의 산정에 관하여 우리 법원은 대법원 1997. 10. 28. 선고 97다26043 판결과 같이 “불법행위로 인한 손해배상채권은 불법행위시에 발생하고 그 이행기가 도래하는 것이므로, 장래 발생할 소극적·적극적 손해의 경우에도 불법행위시가 현가 산정의 기준시기가 되고, 이때부터 장래의 손해 발생시점까지의 중간이자를 공제한 금액에 대하여 다시 불법행위시부터 지연손해금을 부가하여 지급을 명하는 것이 원칙이지만, 불법행위시 이후로 사실심의 변론종결일 이전의 어느 시점을 기준으로 그 이후 발생할 손해를 그 시점으로부터 장래 각 손해 발생시점까지의 중간이자를 공제하는 방법으로 현가를 산정하여 지연손해금은 그 기준시점 이후로부터 구하는 것도 허용 된다.”고 판시하여 왔다. 이에 따른다면 일제강제징용 피해자들의 손해배상액은 일급 2엔 50전(한화 약 26원) 수준에서 산정해야 한다. 반면 우리 법원은 정신적 손해에 관한 위자료 산정에 있어서는 사실심변론종결일로부터 산정하고 있는데, 정신적 손해 또한 불법행위시로부터 발생한다는 점을 생각해보면 재산적 손해라 하여 산정기준을 정신적 손해와 달리 볼 이유가 없다고 생각된다.

라. 위자료 산정

537) 이동진, “강제징용배상책임의 성립 여부와 그 범위”, 『일제강점기 강제징용사건 판결의 종합적 연구』, 박영사, 2014.12.18., 259면.

538) 대법원 1989. 10. 24. 선고 88다카29269 판결, 대법원 2006. 9. 22. 선고 2006다32569판결.

539) 양형우, 『판례 민법강의』, 도서출판 정독, 2020, 917면.

일제강제징용⁵⁴⁰⁾ 판결에서 법원은 “피고는 한반도에 대한 불법적인 식민지배 체제를 공고히 하고 일본 제국주의의 팽창을 위하여 침략전쟁을 수행하고자 하는 일본 정부에 적극 협력하여 면밀한 계획 하에 원고들을 강제로 동원하여 가혹행위를 하면서 강제노동을 강요하였다. 이로 인하여 원고들은 어린 나이에 가족과 이별하여 가족으로부터 보호를 받거나 가족을 부양할 기회를 빼앗기고, 교육의 기회나 직업선택의 자유도 박탈당한 채 오로지 일본국이 패전할 때까지 피고가 강제하는 일정과 규범에 따라 노동에 종사해야 하였다.” 며 먼저 피해자들의 사정을 밝히고, 이어 “침해행위의 불법성의 정도와 기간 및 그 고의성, 피고가 이러한 불법행위에 이르게 된 경위 및 그 관여 정도, 그로 인한 원고들의 피해의 정도, 그럼에도 불법행위 이후 50년이 넘는 기간 동안 책임을 부정한 피고의 태도 등의 당심 변론종결 당시까지 발생한 일체의 사정” 을 고려하여야 함을 밝혔다. 그리고 “이 사건 불법행위 시와 당심 변론종결 시 사이에 장기간의 세월이 경과함에 따른 국민소득수준이나 통화가치의 변경 등을 고려하고, 이와 같이 불법행위 시와 변론종결 시 사이의 통화가치 변경 등을 고려한 위자료배상채무의 지연손해금은 예외적으로 그 위자료 산정의 기준시인 사실심 변론종결 당일부터 발생한다고 보아야 함에 따라 불법행위 시로부터 변론종결 시까지 장기간 동안 배상이 지연됨에도 그 기간에 대한 지연손해금이 전혀 가산되지 않게 된다는 사정까지 종합적으로 고려” 하여 위자료를 원고 개인당 100,000,000원을 산정하였다.⁵⁴¹⁾

이러한 판단은 일제강제징용 사안에서 화폐가치기준이 사실심 변론종결일임⁵⁴²⁾에 따라 일제강제징용 시기와 반인도적 범죄시로부터 기산될 경우 피고는 천문학적인 액수를 물어주어야 하는 점, 이는 설사 개개인에게는 얼마 돌아가지 않는다 하더라도 50만

540) 서울고등법원 2013. 7. 10. 선고 2012나44947 판결.

541) 이러한 산정액수가 과하다고 지적받을 수 있으나, 종래 대법원이 하급심이 인정한 위자료 액수가 지나치게 과다하여 재량의 한계를 일탈하였다고 인정한 사례를 찾아보기는 어렵다. 다만 대법원이 위자료 액수를 지나치게 과소하다고 판단하여 원심을 파기한 사례로는 대법원 2009. 12. 24. 선고 2008다3527, 3619, 3640 판결을 예로 들 수 있다. 이 3건의 사건은 2002년 김해에서 발생한 중국민항기 추락사고 피해자들이 제기한 소송으로 원심은 희생자 본인을 기준으로 8,000만원의 위자료를 인정하였으나, 다른 피해자가 제기한 부산고등법원 2007. 10. 10. 선고 2007나6550판결에서 희생자 본인 기준 1억 5,000만원의 위자료가 인정되고, 피고가 가입해 둔 보험에서 1인당 2억 원 이상의 보험금이 이미 보장되어 있는 사정 등에 의해 대법원은 하급심이 위자료 액수를 지나치게 과소하다고 판단하였다. 박준용, “진실·화해를 위한 과거사정리 기본법에 따른 진실규명결정과 국가배상소송 -대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다 202819 전원합의체 판결-”, 「판례연구」 제25집, 2014, 383면.

542) 이동진, “강제징용배상책임의 성립 여부와 그 범위에 관한 몇 가지 문제”, 「서울대학교法學」 제54권 제3호, 서울대학교 아시아태평양법연구소, 2013.9., 497면.

명에 가까운 일제강제징용피해자 수를 생각한다면 피고 측에서는 사실상 지불할 수 없는 금액이 되어 손해배상액이 불법행위 시부터 기산될 경우 누구도 위자료를 지급받지 못하게 될 수 있다는 점을 고려한 결과라고 생각된다. 그러나 이러한 논리는 결국 가해자가 배상을 할 수 있는 경제적 능력이 되지 않는다는 이유만으로 피해자의 법적 구제를 거부하는 것과 다를 바 없어 그 타당성이 매우 의문스럽다.

피해자의 재산적 손해 및 정신적 손해 및 그에 대한 지연손해금은 불법행위시에 동시에 발생한 것이 분명하므로 위자료와 위자료의 지연손해금의 산정 기준 시점만을 다르게 생각할 이유는 없다.⁵⁴³⁾ 대상판결이 지적하고 있는 것처럼 불법행위시로부터의 시간적 간격으로 인한 통화가치 변동을 고려한다고 하더라도, 지연손해금의 산정기준을 예외적으로 볼 것이 아니라 그러한 사정을 감안하여 위자료의 원금을 산정할 수 있다.⁵⁴⁴⁾ 또한 우리 법원은 불법행위시와 손해발생시의 시간적 간격이 있는 경우 손해액의 산정 기준 시점은 손해발생시로 보고 있는데⁵⁴⁵⁾ 반인도적 불법행위로 인한 중대한 인권침해 사안이라 하여 이를 달리 볼 이유는 없다.

이에 따라 앞서 살펴본 손해와 손해배상액의 산정기준시점을 표로 나타내면 다음과 같다.

반인도적
불법행위로 인한
손해배상액 산정 위자료 액수 산정
지연손해금 산정

1940년대	2008. 3. 6. (대상판결)	2005. 8. 26.	2018. 10. 30.
불법행위시 = 손해발생시	사실심변론종결시	민관공동위원회 발표일	대상판결 선고일

[표3 - 일제강제징용피해자의 손해와 손해배상액의 산정기준시점]

543) 이은경, “반인권 국가범죄에 관한 소멸시효 기산점 연구”, 박사학위논문, 서울대학교 법학전문대학원 법학과, 2020.2., 367-368면.

544) 윤진수, 『민법논고Ⅶ』, 박영사, 2015, 511면.

545) 대법원 1975. 5. 27. 선고 74다1393 판결, 대법원 1993. 3. 9. 선고 92다48413 판결, 대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다76368 판결, 대법원 2012. 2. 23. 선고 2010다97426 판결 등 참조.

제5장 일제강제징용 피해자의 구제방안

제1절 문제의 소재

대상판결 확정 이후 피고 신일본제철은 피해자에게 그 어떤 배상을 하지 않음으로써 우리 대법원 판결에 불복하였다. 이에 법원은 신일본제철에 압류결정을 내리고 재판 서류를 보냈다. 일본 외무성은 2019. 1. 9. 법원의 압류승인에 항의하고, 1965년 한일청구권협정 제3조에 의거한 외교상 협의를 요청⁵⁴⁶⁾하면서 2019. 5. 19. 우리 정부에 동조에 따른 중재위원회의 설치를 요구하였으나, 우리 정부는 이를 거부하였다.⁵⁴⁷⁾ 반면에 우리 정부는 징용 피해보상을 위한 한일 기업 기금 조성을 제안하였으나 일본 정부는 오히려 일제징용기업들에 대한 강제집행에 보복적 조치를 취하겠다는 입장을 취하였다. 일본의 언론매체는 “일본기업이 부당한 불이익을 받게 되면 국가가 청구에 나설 수밖에 없다”는 일본 외무성 간부의 발언을 인용해 한국 원고 측에 압류된 일본기업 자산이 매각되면 일본 정부가 한국 정부에 배상을 청구할 방침이라고 2019. 6. 22. 보도했다.⁵⁴⁸⁾ 그 외에도 여러 방침 및 제안이 오갔으나, 한일 정부의 입장 차이는 좀처럼 좁혀지지 않았다.

양국 간의 공방이 오가는 중 ‘신일철주금⁵⁴⁹⁾과 후지코시 국내 자산 압류에 관한 강제동원 피해자 대리인단 및 지원단’ 이 지난 2019년 3월경에 밝힌 신일본제철에 대한 압류 상황은 다음과 같다.⁵⁵⁰⁾

① 신일본제철의 한국 내 자산에 대한 압류

압류자산 : 신일철주금 주식회사가 소유하고 있는 ‘주식회사 피엔알’ (포스코와

546) news1뉴스 2019년 1월 9일자.

547) news1뉴스 2019년 7월 16일자.

548) mbc뉴스 2019년 6월 19일자.

549) 피고 신일본제철을 말한다.

550) 본고에서는 신일본제철에 관한 자료만 살펴본다. 민족문제연구소 보도자료 2019년 3월 26일자.

신일철주금의 합작회사)의 주식

1차 압류경과 : 대구지방법원 포항지원 2019.1.3.자 결정으로 피해자 2명의 손해배상 채권액 405,372,700원에 상당하는 피엔알 주식 81,075주 압류.

2차 압류경과 : 대구지방법원 포항지원 2019.3.14.자 및 같은 달 18.자 2건의 결정으로 피해자 3명의 손해배상 채권액 568,620,449원에 상당하는 피엔알 주식 113,719주 압류.

* 피해자 1인당 손해배상 채권액은 지연이자 등의 이유로 일정한 차이가 있으며, 소송 중 사망자에 대한 승계집행문 발급 등의 실무상 이유로 1, 2차 압류 간의 시간적 격차가 발생하였음. 2차 압류 중 1건의 경우, 1심 가집행선고를 집행권원으로 한 압류임.

② 신일본제철에 대한 재산명시신청

자발적인 채무불이행으로 민사집행법이 정한 재산명시신청을 2019.3.8. 서울중앙지방법원에 접수.

이외에도 우리 법원은 계속하여 신일본제철 및 그 합작회사 피엔알의 주식 압류를 위해 서류를 보냈으나, 일본 외무성이 반송⁵⁵¹⁾하였다. 우리 법원은 이에 대하여 공시송달 결정을 내렸다. 이에 따라 지난 2020. 8. 4. 0시자로부터 압류결정 서류를 신일본제철이 받은 것으로 간주하고, 11일 0시자로부터 주식압류명령을 확정하는 과정에서 신일본제철이 즉시항고 하였다.⁵⁵²⁾ 그 결과 올해(2020년)로서는 현금화가 어렵다는 전망이다. 현재 대상판결의 원고들이 노령으로 사망한 가운데 유일한 생존자 이춘식씨는 올해 98세로, 일각에서는 시간을 끌어 희생자가 모두 사망할 때까지 기다리는 것은 아니냐는 지적 및 비판이 있다.⁵⁵³⁾

한편 미쓰비시 판결 및 대상판결로 일제강제징용 피해자들의 일본징용기업을 상대로 한 소외에, 일제강점기 시절 강제징용 된 피해자와 그 유족들이 한국 정부를 상대로 '한일청구권 자금'을 돌려달라는 대규모 집단소송을 잇달아 제기하였다.⁵⁵⁴⁾ 1965년 한일청

551) 연합뉴스 2020년 8월 4일자.

552) KBS 사회뉴스 2020년 8월 7일자.

553) 미디어스 뉴스 2020년 8월 4일자; 이러한 비판은 피해자들이 모두 사망함으로써 피해자들이 직접적으로 배상을 받지 못하였다는 점에서 그 상징성이 떨어지고, 시간이 흘러 배상의 의미가 퇴색되거나 유족들만의 싸움이 될 것을 염려하는 입장으로 보인다.

554) “대한민국 정부가 한일청구권 자금에 대한 책임 있는 대책을 발표해야 할 때가 왔다” 며 “정부가 사용

구권 협정 당시 정부가 일본으로부터 받은 무상자금 3억 달러를 피해자들에게 돌려달라는 집단소송이다. 이는 과거에 우리 정부가 행하였던 사법적 구제로서 일부 피해자에게만 배상금이 아닌 위로금의 명목으로 지급하였던 것에 대한 규탄이다.⁵⁵⁵⁾

이를 바탕으로 본 장에서 다루고자 하는 것은 그간 일제강제징용 피해자의 구제가 국내에서 어떤 식으로 시행되었고, 현재 시행되고 있는 보상 및 배상제도는 어떠한지, 외국에서는 어떻게 이를 해결 하였는지 살펴본 후, 그에 대한 시사점을 고찰함으로써 보다 더 피해자를 위한 구제방안이 무엇인지 생각해보고자 한다.⁵⁵⁶⁾

제2절 전후 외국의 과거사 청산과 보상

1. 전후 과거사 청산

가. 과거사 청산 모델

일반적으로 과거청산은 ‘진실규명’, ‘가해자 처벌’, ‘피해자 배상’, ‘화해와 역사화’의 네 가지 요소로 구성 된다.⁵⁵⁷⁾ 과거청산은 그 모델로서 진실규명모델⁵⁵⁸⁾을 생각해볼 수 있으며, 진상규명 이후 후속조치의 단계에서 화해모델과 처벌모델로 나누어 볼 수 있다.⁵⁵⁹⁾ 전자의 경우 대표적으로 남아프리카공화국을, 후자의 경우 독일과 프랑스의 과거청산을 꼽는다.⁵⁶⁰⁾

한 한일청구권 자금을 이 시점에서 반드시 피해자에게 돌려줘야 한다”는 입장이다. 연합뉴스 2018년 12월 20일자.

555) 연합뉴스 2018년 12월 20일자.

556) 본장은 필자의 논문 “반인권적 국가범죄와 소멸시효 항변에 관한 연구”, 「民事法研究」 제27권, 大韓民事法學會, 2019. 12., 185-343면의 제 v. 를 수정·보완한 것이다.

557) 김상숙, “과거청산을 위한 역사적 진실규명과 진실화해위원회 보고서”, 「사회와 역사」 104권, 한국사회사학회, 2014. 12., 336면.

558) 송진호, “우리나라 과거청산 관련 입법사례의 검토 -피해자 구제에 대한 논의를 중심으로”, 「법학연구」 제57권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2016.5., 33면.

559) 이 외에도 스페인과 같이 진상규명과 책임자 처벌을 외면한 망각협정의 형태가 있다. 송진호, “우리나라 과거청산 관련 입법사례의 검토 -피해자 구제에 대한 논의를 중심으로”, 「법학연구」 제57권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2016.5., 34면.

화해모델이란 과거청산의 중심을 원상회복과 손해배상 보장에 둔 화해로 보는 모델을 의미하며, 처벌모델은 과거의 모든 불법행위를 형사소추하여 처벌하는 모델이다.⁵⁶¹⁾ 처벌모델은 다시 진실모델과 정의모델로 나뉘며 전자는 진실위원회의 형태로 과거청산을 시도하고, 후자의 경우 주로 사법적 처리과정을 통하여 과거청산을 시도한다.⁵⁶²⁾ 처벌 중심의 인적정리를 행한 독일과 프랑스는⁵⁶³⁾ 그 과정이 폭력적 보복에 불과하다는 평가를 받기도 한다.⁵⁶⁴⁾ 이 외에도 인적 정리로 과거를 청산한 아르헨티나나 엘살바도르의 경우 명령에 따라야 했던 사람들은 인적정리에서 제외하였고, 남아공의 경우 진실화해위원회가 인권침해 행위와 관련된 모든 사람들의 이름과 소속을 공개적으로 밝혀 TV로 청문회를 생방송함으로써 그들의 행적이 역사적 범죄의 기록물로 남게 되었다.⁵⁶⁵⁾

반면, 우리나라의 경우에는 국가 중심의 배상정책이 펼쳐지고 있는데 반인도적 국가범죄의 가해자들이 그대로 권력을 가지고 있는 경우가 많고, 이에 따라 인적정리가 사실상 불가능하므로 화해는 커녕 배상조치 제대로 받을 수 없는 실정이다. 오히려 사실이 왜곡되고 있기까지 하다.

나. 일본

560) 김영수, “해외사례를 통해서 본 한국의 과거사 정리”, 「제노사이드연구」 제6권, 한국제노사이드연구회, 2009.8., 45면.

561) 송진호, “우리나라 과거청산 관련 입법사례의 검토 -피해자 구제에 대한 논의를 중심으로”, 「법학연구」 제57권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2016.5., 34면.

562) 송진호, “우리나라 과거청산 관련 입법사례의 검토 -피해자 구제에 대한 논의를 중심으로”, 「법학연구」 제57권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2016.5., 34면.

563) 일설에서는 처벌 중심의 인적정리 그 자체가 또 다른 폭력에 의한 보복으로 생각할 수 있다고 말한다. 당시 나치 협력자숙청으로 사망한 자의 수가 프랑스에서 1만에서 10만명(유엔에 보낸 각서에 따르면 즉결심판을 받아 처형된 사망자 수만 11만 2000명이다.), 대숙청에 관련된 프랑스인은 150~200만명, 독일에서 전쟁범죄 및 비인도적인 범죄행위로 기소된 자가 1,108명으로 서독에서는 77,044명의 용의자를 조사하여 6,192명을 기소하고 12명을 사형, 90명을 무기형, 5,975명의 유기형으로 선고하였고, 동독에서는 118명을 사형, 231명을 무기형, 5,088명을 유기형에 선고하였다고 밝힌다. 김영수, “해외사례를 통해서 본 한국의 과거사 정리”, 「제노사이드연구」 제6권, 한국제노사이드연구회, 2009.8., 45면.

564) 프랑스의 경우 제2차 세계대전 이후, 베트남, 알제리, 르완다에서 반인도적 범죄를 저지르거나 방조하였기 때문이다. 김영수, “해외사례를 통해서 본 한국의 과거사 정리”, 「제노사이드연구」 제6권, 한국제노사이드연구회, 2009.8., 36면.

565) 남아공은 법률적 처벌이 아닌, 그에 상응하는 입장을 취한 것이다. 김영수, “해외사례를 통해서 본 한국의 과거사 정리”, 「제노사이드연구」 제6권, 한국제노사이드연구회, 2009.8., 35-36면.

미군이 상륙하기 전 일본 군부는 범죄를 은폐하기 위하여 증거를 조작하고 인멸하였다.⁵⁶⁶⁾ 도교전범재판에서도 전쟁의 가장 큰 책임자라 볼 수 있는 천황이 면책되었을 뿐더러 아우슈비츠의 생체실험과 비견되는 731부대는 미국정부의 주도로 불문처리 되었다. 전쟁과 식민정책에 참여하였던 수많은 이들이 전후 일본을 주도하는 권력자가 되기 때문이다.⁵⁶⁷⁾ 오히려 일본은 스스로를 히로시마 원자폭탄으로 인한 ‘전쟁피해자’라고 자칭하였고, 지금까지 소위 말하는 ‘피해자 코스프레’를 하고 있다. 그 저반에는 미국의 동아시아 정책과 맞물린 점도 있다. 그보다 더 큰 이유는 일본 지도부가 소수 육군 지도자들을 희생삼아 ‘전쟁은 일부 군국주의자들의 주도로 추진된 것이고, 이들로 인하여 죄 없는 천황과 국민이 전쟁에 휘말렸다.’는 인식을 심어놓은 탓이다.⁵⁶⁸⁾ 이로 인하여 일본정부나 일본국민에 의한 자체적 전범 조사 및 소추는 일어나지 않았다.⁵⁶⁹⁾

2. 전후 보상

가. 독일

과거사 청산에 있어 가장 이상적인 모델은 독일의 사례다. 독일은 처벌모델 아래 주변국과 피해자들에게 경제적인 보상을 토대로 화해를 추구하고, 철저한 규제 및 역사교육을 통해 과거사를 청산하고 있다. 실제로 1971년 빌리 브란트 전 독일 총리는 폴란드 바르샤바에 있는 제2차 세계대전으로 인한 희생자 비석 앞에 무릎을 꿇고 용서를 구하였고, 그 이후 총리들 또한 끊임없는 사죄를 보내었다.⁵⁷⁰⁾ 그러나 독일도 처음부터 보상

566) 유하영, “제2차 세계대전 이후 극동지역 전시범죄 재판 개관”, 「동북아연구」 제34권 제1호, 조선대학교 동북아연구소, 2019, 77면.

567) 최은미, “미국의 외교정책이 전후처리에 미친 영향 연구-독일과 일본의 전범처리와 국가간 배상 사례를 중심으로-”, 석사학위논문, 고려대학교 대학원 정치외교학과, 2008.12., 62면.

568) 홍성필, “일본의 전후책임인식과 이행에 대한 국제법적 평가”, 「법학연구」 제23권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2012, 396면.

569) 홍성필, “일본의 전후책임인식과 이행에 대한 국제법적 평가”, 「법학연구」 제23권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2012, 398면.

570) 독일은 철저하게 히틀러와 나치, 나치 휘장과 하켄크로이츠와 관련된 상징물들에 관하여 연방헌법재판소에 의해 규제하고 있으며, 나치의 선전, 수단, 배포는 형법 제86조에서, 그 상징물사용은 동법 동조 a항에서 금지한다. 홀로코스트를 부정하는 발언 또한 엄중히 규제하고 있다.

및 배상에 힘을 썼던 것은 아니다.

제2차 세계대전 이후 독일은 동과 서로 분리되었고, 패전국으로서 연합국과 피해국에 막대한 배상금을 지불하는 동시에 나라의 기틀을 되잡아야 했다. 이 과정에서 전쟁범죄자들이 사면되고 나치에 부역했다는 혐의로 물러나 있던 자들을 다시 복직시키는 일도 있었다.⁵⁷¹⁾ 제2차 세계대전의 패전, 뉘른베르크 전범재판, 분단과 이데올로기의 대립을 겪으면서 1950년대 독일의 국내 상황은 나치의 범죄행위에 대한 조사와 처벌보다 용서와 화해를 통한 국민적 통합을 우선시하였다.⁵⁷²⁾

이러한 사정 속에서 독일은 전쟁 배상 및 보상에 있어 전쟁에서 통상적으로 발생하는 피해와 나치범죄로 인한 피해를 분리하여 보상정책을 펼쳤다.⁵⁷³⁾

통일 이전 서독은 1947. 11. 미군정 지역을 시작으로 서부 점령지역에 속한 주들은 연합국 지시에 따라 나치 불법행위 피해자들에 대한 독일 국내적 보상을 시행하였다. 이는 1956년 서독의 연방보상법을 제정⁵⁷⁴⁾하여 희생자들에게 연금형태의 금전적 보상을 지급하였다. 그러나 연방보상법은 나치체제 하에서 발생한 모든 손해를 전보하려는 것이 아니라, 불법행위 당시 독일인 또는 그에 준하는지위를 가진 사람이 입은 일정한 유형의 피해에 대해서만 보상해주는 내용이었다.⁵⁷⁵⁾ 또한 이 법은 피해범위를 제한하고 민법상 손해배상청구권을 봉쇄하였다. 그리하여 이 법의 보상대상에서 배제되었던 강제노동 피해자들이 관련기업을 상대로 손해배상 청구소송을 제기하자 독일연방법원은 독일민법상의 통상적인 시효규정인 3년을 적용함으로써 기각판결은 피해자들의 권리구제에 심각한 장애가 되었다.⁵⁷⁶⁾ 이후 1988. 3. 나치의 부당한 피해자이며 사회취약계층에 생계보조금을 지급하는 ‘전쟁피해법 생활원조방침’을 신설하여 일회성 생활원조자금이 지급하기 시작하였으나 전쟁 피해로 인해 경제적 궁핍이 초래되었음을 피해자가 증명하여야만

571) 박재영·김영란, “독일의 과거극복 어디까지 왔나?— “기억·책임·미래 재단”을 중심으로”, 「동학연구」 제26호, 한국동학학회, 2009, 118면.

572) 박재영·김영란, “독일의 과거극복 어디까지 왔나?— “기억·책임·미래 재단”을 중심으로”, 「동학연구」 제26호, 한국동학학회, 2009, 117면.

573) 신희석, “일본기업의 국제법적 책임”, 「서울국제법연구」 제18권 제1호, 서울국제법연구원, 2011, 161면.

574) 신희석, “일본기업의 국제법적 책임”, 「서울국제법연구」 제18권 제1호, 서울국제법연구원, 2011, 161면.

575) 최창호·유진·전성환, “과거사 사건에 있어 법원의 소멸시효 남용론에 대한 비판적 고찰”, 「법조」 제62권 제11호, 법조협회, 2013, 63면.

576) 이재승, “집단살해에서의 소멸시효와 신의칙”, 「민주법학」 제53권, 도서출판 관악사, 2013, 188-189면.

했다는 점에서 문제가 제기되었다.⁵⁷⁷⁾ 이 규정은 통일 이후 2011년에 비로소 피해자들을 포용하도록 개정되었다.⁵⁷⁸⁾

국외적 보상에 있어 서독은 1952년 이스라엘 정부 및 유대인 보상회의와 룩셈부르크 협정(이하 ‘이스라엘조약’이라 한다.)을 체결하고, 이스라엘 정부에 30억 마르크, 유대인회의에 4억5천만 마르크를 배상하였다. 이는 1966년에 종료되었다.⁵⁷⁹⁾ 1953. 2. 독일에 대한 서방동맹국 33국과 대외채무의 지불유예에 관한 협정인 런던채무협정을 체결하였다.⁵⁸⁰⁾ 이 협정에서 개인보상 문제는 다루어지지 않았고, 단지 독일에 대한 청구권의 심사는 배상 문제의 최종적 결정이 이루어질 때까지 유보할 것을 결정하였다.⁵⁸¹⁾ 이후 1954년 서방동맹국은 서독이 나치박해의 피해자에게 보상할 의무를 진다고 규정하였고, 독일 기업들의 강제노동은 나치행위가 아닌 전쟁수행조치로 분리되어 런던채무협정의 적용을 받았다.⁵⁸²⁾

1957년 서독은 연방재산환원법을 제정하여 나치가 인종이나 정치적 희생자들에게서 몰수한 독일소재 재산을 반환하였고,⁵⁸³⁾ 1957. 11. 5.에 시행된 전쟁 피해법을 통해 연방배상법에서 제외된 피해자들에 대한 보상과 지원 근거를 마련하였으나 통일 전까지 사회부적응자와 범죄자에 대한 배상에는 진전이 없었다.⁵⁸⁴⁾

577) 정용숙, “나치 국가의 매춘소와 강제성매매 -그 실제와 전후 시대의 기억-” 「여성과 역사」 제29권, 한국여성사학회, 2018, 407-408면.

578) 일설에서는 이를 실질적 배상이라기보다 상징적 배상에 가까운 조치로 본다. 정용숙, “나치 국가의 매춘소와 강제성매매 -그 실제와 전후 시대의 기억-” 「여성과 역사」 제29권, 한국여성사학회, 2018, 408면.

579) 국무총리실 한일수교회담문서공개등대책기획단, 『독일의 강제동원 보상관계 자료집』, 국무조정실 국무총리비서실, 2006, 3면.

580) 국무총리실 한일수교회담문서공개등대책기획단, 『독일의 강제동원 보상관계 자료집』, 국무조정실 국무총리비서실, 2006, 3면.

581) 독일은 1952.5. 미국, 영국, 프랑스와 맺은 이관조약(점령종결을 기해 3대국과 서독간 맺은 협정)에서도 배상연기에 동의하였다. 최은미, “미국의 외교정책이 전후처리에 미친 영향 연구-독일과 일본의 전범처리와 국가간 배상 사례를 중심으로-”, 석사학위논문, 고려대학교 대학원 정치외교학과, 2008.12., 66면.

582) 이 배상은 독일이 통일하지 않는 이상 배상협정을 체결할 수 없으므로 사실상 무기한 유예였다. 신희석, “일본기업의 국제법적 책임”, 「서울국제법연구」 제18권 제1호, 서울국제법연구원, 2011, 161-162면.

583) 국무총리실 한일수교회담문서공개등대책기획단, 『독일의 강제동원 보상관계 자료집』, 국무조정실 국무총리비서실, 2006, 3면.

584) 정용숙, “나치 국가의 매춘소와 강제성매매 -그 실제와 전후 시대의 기억-” 「여성과 역사」 제29권, 한국여성사학회, 2018, 407면.

서독은 1959년부터 1964년까지 서유럽 12개국과 양자 피해보상 포괄협정을 맺어 나치 피해자 보상을 위해 10억 마르크를 지불하였다.⁵⁸⁵⁾ 앞선 나라들과 달리 오스트리아와의 1961. 11.에 체결된 크로이츠협정에서는 국가 간 배상이 아니라 나치 불법에 대한 보상의 형태로 9천500만 마르크가 지급되었고, “병합 시대로 돌아가는 문제는 이제 존재하지 않는다.”는 해결 조항을 규정함으로써 오스트리아와의 문제를 끝맺었다.⁵⁸⁶⁾

동독은 소련과 폴란드와의 1945. 8. 2. 포츠담협정을 통해 소련 점령지로부터 배상징수를 행하고, 폴란드에 대한 배상은 소련이 징수하는 분에서 지불한다고 규정하였다. 이후 1953. 8. 동독은 소련과 배상면제 조약을 체결하고,⁵⁸⁷⁾ 폴란드 또한 배상청구를 포기하는 성명을 발표하였다.⁵⁸⁸⁾

통일 전 서독과 동독은 독일 재계 다시 말해 기업들에 대해 그 책임을 묻지 않았다.⁵⁸⁹⁾ 앞서 언급하였듯 기업들의 강제노동을 나치의 불법행위로 인정하지 않았기 때문이다. 유대인 홀로코스트 피해자들은 1942년 미국 법정에 소송을 제기한 것을 시작으로 1990년대에 이르기까지 강제노역을 시킨 기업에 배상을 요구⁵⁹⁰⁾하였다. 그러나 대부분의 기업은 오히려 피해자들이 기업으로 옮겨짐으로써 “홀로코스트에서는 갖지 못할 생존의 가능성과 합리적인 보살핌을 받았”고 이에 따라 이들 기업가들은 피해자들의 생명의 은인이었다는 사유를 들어 보상을 완강히 거부했다.⁵⁹¹⁾ 이러한 국면은 1999. 12. 17. 그 방향을 달리한다. 이후 1999년 언론이 나치 하 독일 기업의 비인도적 만행을 자주 보도하자 독일 기업의 실적에 큰 타격이 생긴 것이다.⁵⁹²⁾

585) 국무총리실 한일수교회담문서공개등대책기획단, 『독일의 강제동원 보상관계 자료집』, 국무조정실 국무총리비서실, 2006, 3면.

586) 최은미, “미국의 외교정책이 전후처리에 미친 영향 연구-독일과 일본의 전범처리와 국가간 배상 사례를 중심으로-”, 석사학위논문, 고려대학교 대학원 정치외교학과, 2008. 12., 67면.

587) 1954년 소련이 배상요구를 중단할 때까지 650억~1천억 마르크를 배상한 것으로 추정한다. 국무총리실 한일수교회담문서공개등대책기획단, 4면.

588) 이후 폴란드는 1970.8. 서독과 바르샤바조약을 교섭하며 1953년의 포기성명이 서독에도 적용된다고 보았다. 최은미, “미국의 외교정책이 전후처리에 미친 영향 연구-독일과 일본의 전범처리와 국가간 배상 사례를 중심으로-”, 석사학위논문, 고려대학교 대학원 정치외교학과, 2008. 12., 66면.

589) 이승우, “일제 강제징용자의 손해배상소송과 미국의 재판관할”, 『한국동북아논총』 제18권 제4호, 한국동북아학회, 2013, 45-47면 참조.

590) 국무총리실 한일수교회담문서공개등대책기획단, 『독일의 강제동원 보상관계 자료집』, 국무조정실 국무총리비서실, 2006, 177면.

591) 국무총리실 한일수교회담문서공개등대책기획단, 『독일의 강제동원 보상관계 자료집』, 국무조정실 국무총리비서실, 2006, 188면.

이에 독일 재계와 국가가 각각 50억 마르크씩 부담하여 총 100억 마르크의 기금을 조성하겠다는 입장을 밝힘으로써, 독일과 미국 그리고 모든 희생자단체 대표자들이 근본적인 합의를 이루게 되었다. 발표가 있는 후 2000. 3. 23. 독일, 미국, 동구국가들, 나치 희생자들 대표는 베를린에서 100억 마르크가 어떻게 배분돼야 할 것인가에 대해 합의하였고, 동년 6월 12일 워싱턴에서 법적 보장문제에 대해 의논하였다.⁵⁹³⁾

2000. 7. 6. 독일 연방의회는 압도적 다수로 강제노역자⁵⁹⁴⁾ 재단을 위한 법을 통과시켰다. 7월 17일 베를린에서 미-독 정부조약이 조인되고, 관련 당사자 모두의 이름으로 공동성명이 발표됨으로써 나치 강제노역자 배상 문제를 둘러싼 협상은 모두 종료되었다. 실제로 2000년 7월 연방의회를 통과한 ‘강제노역자 재단을 위한 법’은 “나치 강제노동으로부터 발생하는 법적 요구들은 기업들에 대해서도, 그리고 독일연방에 대해서도 존재하지 않는다.” 고 명시하고 있다. ⁵⁹⁵⁾

이후 2000. 8. 12. 연방 법률⁵⁹⁶⁾을 통해 독일 정부와 기업이 2차 대전시 동원된 강제노동자들에게 대한 보상을 위해 공동으로 100억 마르크라는 기금을 마련하고 재단을 설립하였다.⁵⁹⁷⁾ 독일의 “기억·책임·미래(Erinnerung, Verantwortung und Zukunft)” 재단

592) 국무총리실 한일수교회담문서공개등대책기획단, 『독일의 강제동원 보상관계 자료집』, 국무조정실 국무총리비서실, 2006, 177면.

593) 주정립, “나치 강제징용 배상 길 열리다. 때늦은 그러나 의미 깊은 배상”, 『월간말』 통권175호, 월간말, 2001.1., 184면.

594) 여기서 말하는 강제노동자란, 1939년에서 1945년까지 독일로 동원된 외국인 민간노동자 및 1939년 전쟁 개시 이후 전쟁포로들과 독일 내 강제수용소에 갇혀 있던 사람들, 그리고 유대인 강제노동자를 말한다. 1944년 당시 기준 대략 8백만 명이 있었던 것으로 추산되며, 민간 강제노역자가 570만, 전쟁포로가 190만, 강제수용소 수감자가 50만 명 정도였다. 이는 당시 독일경제 종사자의 약 1/4을 차지한다. 국무총리실 한일수교회담문서공개등대책기획단, 『독일의 강제동원 보상관계 자료집』, 국무조정실 국무총리비서실, 2006, 184면.

595) 주정립, “나치 강제징용 배상 길 열리다. 때늦은 그러나 의미 깊은 배상”, 『월간말』 통권175호, 월간말, 2001.1., 184면.

596) Gesetz zur Errichtung einer Stiftung “Erinnerung, Verantwortung und Zukunft” : 2000년 8월 2일부터 효력이 발생하였고, 2000년 8월 12일에 공고되었다. 이후 3차례 개정을 거쳤다. 본 법률 전문에서는 이 법률의 목적이 독일의 국가사회주의 정부 하에서의 행해진 불법에 대한 책임의 인정과 이에 대한 배상에 있음을 명시한다. 더 자세한 내용은 박진완, “독일의 기억, 책임 그리고 미래 재단의 설립에 관한 법률을 통한 국가사회주의 시대의 강제노동자에 대한 배상에 대한 검토.”, 『세계헌법연구』 제19권 제1호, 2013.4.30., 153-174면 참조.

597) 박진완, “독일의 기억, 책임 그리고 미래 재단의 설립에 관한 법률을 통한 국가사회주의 시대의 강제노동자에 대한 배상에 대한 검토.”, 『세계헌법연구』 제19권 제1호, 2013.4.30., 153면; 박재영·김영란, “독일의 과거극복 어디까지 왔나? - “기억·책임·미래 재단” 을 중심으로”, 『동학연구』 제26호, 한국동학학회, 2009, 118면.

의 설립이다. 재단의 주요과제는 다음과 같다.⁵⁹⁸⁾

첫째, 범세계적 보상프로그램의 범위에서 독일 민족사회주의(나치즘)에 의해 불법적인 대우를 받은 희생자들에 대한 재정적인 보상이다.⁵⁹⁹⁾

둘째, 자신의 조국에서 추방되고, 열악한 환경에서 강제노동으로 착취 받은 노동자들에 대한보상이 중심이다. 나치에 의한 희생자들 역시 포함된다.⁶⁰⁰⁾

셋째, 개인적 피해보상, 예를 들면 의학적 실험 대상이었거나 또는 강제노동자 자녀들을 어린이수용소로 보낸 사람들에 대한 보상도 포함한다.

넷째, 재산상의 피해 역시 프로그램의 포함대상이다 독일 기업들이 피해자들에 대한 직접적인 가해자이고 피해자들이 독일 연방 피해보상법에 따라 국가적 차원의 보상을 신청할 수 있는 경우다.

다섯째, 재단 재정을 모두 지불한 다음까지 계속적으로 유지되는 특별한 지속적인 기관으로서 “기억과 미래 기금” 을 설치한다.

이러한 과제를 수행하기 위하여 나치시대 강제노역에 동원되었던 피해자들에 대한 보상금 협정이 독일 정부 및 기업과 피해자 변호인 측 간의 장기간 협상 끝에 지난 1999년 12월 체결되었다. 그리고 2000년 7월 관련 7개국이 국제보상협정에 서명함에 따라 보상을 위한 법적 토대가 마련되었다.⁶⁰¹⁾

나. 미국과 캐나다

598) 박재영·김영란, “독일의 과거극복 어디까지 왔나?— “기억·책임·미래 재단” 을 중심으로”, 「동학연구」 제26호, 한국동학학회, 2009, 121면.

599) 그러나 이러한 보상은 2006년 9월 30일 이후에는 강제노동자들 내지는 개인적인, 혹은 재산상의 피해를 입을 사람들에게 대한 모든 배상권한이 효력을 잃도록 규정하고 있다.

600) 보상대상자는 기억·책임·미래 재단 설립에 관한 법 제11조에 명시되어 있다.

제11조 보상 대상자

(1) 보상 대상자 유형

1. 강제수용소 억류자 또는 유사한 시설에서 강제 노역한 자
2. 모국에서 추방되어 나치 또는 나치점령자에 위치한 강제수용소와 같은 열악한 환경의 기업체 또는 공공기관에서 노역한 자
3. 인종박해로 인해 재산손실을 입었으나 보상받지 못한 자

제(3)에 의해 전쟁포로는 보상의 대상에서 제외된다.

601) 박재영·김영란, “독일의 과거극복 어디까지 왔나?— “기억·책임·미래 재단” 을 중심으로”, 「동학연구」 제26호, 한국동학학회, 2009, 121면.

미국에 대하여는 크게 두 가지 사례로 나누어 살펴 볼 수 있다.⁶⁰²⁾ 먼저 재미 일본인을 강제 이주시킨 것에 대한 배상이다. 이는 제2차 세계대전 당시 미국이 재미 일본인 11만 명을 미국 서부의 사막과 산악지대로 강제이송 시킨 사안으로, 이 중 2/3가 미국 시민권자였다. 미국은 피해자들을 위해 1988년 ‘시민 자유법⁶⁰³⁾’이라는 한시법을 제정하여 강제수용을 사죄하는 조항을 명시적으로 규정하였고, 의회가 나라를 대표하여 피해자들에게 사과하였다. 또한, 사과 당시의 국적을 불문하고 전 수감자에게 각 2만 달러씩 배상금⁶⁰⁴⁾을 지급하였다.

다음은 고문피해자보호법⁶⁰⁵⁾을 제정하여 고문피해자와 초사법적 살해의 유족들이 외국인 범법자에게 소송을 제기할 수 있게 하였는데, 그 시한을 10년으로 제한하였다.⁶⁰⁶⁾ 연방법원은 고문피해자보호법의 시한규정을 외국인불법행위법에 유추 적용하였다. 연방항소법원 제7순회재판부는 노예무역을 통해 이익을 얻은 기업을 상대로 한 노예후손소송에서 청구를 기각하면서 시효제도를 원용하였다. 나아가 로즈우드 학살사건⁶⁰⁷⁾의 피

602) 오승진, “일본군 ‘위안부’ 피해자 손해배상소송에 관한 연구-해외 법원의 판결을 중심으로-”, 『법학논총』 제42권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2018, 193면에서, 후자의 사례는 이재승, “집단살해에서의 소멸시효와 신의칙”, 『민주법학』 제53권, 도서출판 관악사, 2013, 191-192면을 참조하여 서술한 것이다.

603) Civil Liberties Act of 1988 : 제2차 세계 대전 중 미국 정부에 의해 수용된 일본계 미국인들에게 배상을 허가한 미국 연방법이다. 보상금은 1990년부터 지급되기 시작하였으며, 이 법안은 정부의 조치가 정당한 안보상의 이유와는 반대로 "인종 편견, 전쟁 히스테리, 정치적 리더십의 실패"에 기초했다고 명시했다. 총 82,219명이 보상 수표를 받았다. 자세한 내용은 미국 의회 홈페이지 “H.R. 442 (100th): Civil Liberties Act of 1987” 참조.

604) 이를 ‘보조금’으로 보는 견해도 있다. 이재승, “집단살해에서의 소멸시효와 신의칙”, 『민주법학』 제53권, 도서출판 관악사, 2013, 191면.

605) Torture Victim Protection Act of 1991 : 고문피해자보호법은 1992. 3. 12. 제정된 법률로 고문 또는 사법 외 살인을 저지른 개인에 대해 외국인이 미국에서 민사소송을 제기할 수 있도록 하는 법령이다. 법령에 따르면 원고는 "적절하고 이용할 수 있는" 범위 내에서 범죄 장소에서의 국지적 구제책의 고갈을 보여야 한다. 원고들은 미국 시민일 수도 있고 미국 시민이 아닐 수도 있다. 자세한 내용은 미국 의회 홈페이지 “H.R.2092 - 102nd Congress (1991-1992)” 참조.

606) 이재승, “집단살해에서의 소멸시효와 신의칙”, 『민주법학』 제53권, 도서출판 관악사, 2013, 191면.

607) Rosewood massacre : 1923년 미국 플로리다주 레비 카운티 로즈우드에서 일어난 인종 차별 학살로 한 백인 여성이 아프리카계 미국인에게 강간을 당했다는 유언비어가 퍼지자 수백 명의 백인 무리가 흑인을 찾기 위해 로즈 우드의 수많은 구조물을 불태우고 당시 그 마을 주민이었던 흑인들을 무참히 학살한 사안이다. 자세한 내용은 Bassett, C. Jeanne., "House Bill 591: Florida Compensates Rosewood Victims and Their Families for a Seventy-One-Year-Old Injury.", Fla. St. UL Rev. 22, 1994, pp.503-523. 참조.

해자들과 그 후손들이 1993년에 플로리다 주정부를 상대로 손해배상 소송을 제기한 사안에 대하여 미국 주정부는 시효소멸을 이유로 피해자들과 그 후손들에게 배상을 거부하였다가 로즈우드 배상법⁶⁰⁸⁾을 제정하였다.

한편, 2006년 10월경 캐나다 정부는 1885년부터 1903년경까지 중국인 이민자들에게 당시 기준으로 최대 2년간의 임금에 해당하는 인두세를 부과한 것이 매우 불공정한 것이라는 이유로 이를 배상하기로 하였다고 발표한 바 있다. 소멸시효로 따지자면, 100년도 더 지난 일에 대하여 캐나다 정부는 ‘캐나다의 영혼에 오점을 남긴 사건’ 이라고 하면서 배상을 결정한 것이다.⁶⁰⁹⁾

이렇듯 과거 인권침해를 자행했던 국가들은 대체로 피해자들, 특히 대량의 집단적 인권침해의 피해자들의 문제를 소송을 통한 사법적 구제방식 보다는 입법적 방식으로 해결해 왔다.⁶¹⁰⁾

다. 일본

일본은 전후 보상⁶¹¹⁾에 대한 국내적 조치와 관련하여 전후 전쟁피해자를 대상으로 원호법(援護法)을 제정하였으나, 일본을 위해 싸웠던 군인군속만을 그 대상자로 지정하였다.⁶¹²⁾ 이후 이 법은 전시총동원에 따른 동원자에게까지 범위가 확대되었으나 외국인 피해자는 포함되지 않았다.⁶¹³⁾ 일본의 전후 보상은 연합국과 식민지 피해국으로 나뉘

608) 1994 Florida State Rosewood Claims Bill : 1994. 5. 23. Lawton Chiles 플로리다 주지사가 'Rosewood Bill'로 알려진 법안 591에 서명하였다. Rosewood의 파괴로 인한 재산 손실 또는 정서적 외상에 대한 보상을 위한 법안으로 \$220에서 \$450,000까지 172 명에게 지급되었다. 총 보상액은 185만 달러였다. 자세한 내용은 로즈우드 헤리티지 재단(Rosewood Heritage Foundation Inc, Miami, Florida 33147) 홈페이지 참조.

609) 이은혜, “국가공권력의 인권침해에 대한 민사적 구제에 관한 법리적 검토 -소멸시효 및 제척기간제도의 제한 법리를 중심으로-”, 「민사법연구」 제18권, 대한민사법학회, 2010.12., 335면.

610) 이재승, “집단살해에서의 소멸시효와 신의칙”, 「민주법학」 제53권, 도서출판 관악사, 2013, 191면.

611) 김영수, “해외사재를 통해서 본 한국의 과거사 정리”, 「제노사이드연구」 제6권, 한국제노사이드연구회, 2009.8., 51면.

612) 신희석, “일본기업의 국제법적 책임”, 「서울국제법연구」 제18권 제1호, 서울국제법연구원, 2011, 158면.

613) 이는 일본의 국내보상정책이 근본적으로 국가차원에서 전쟁수행자를 우대하는 시혜조치이며, 타국의 전쟁피해자 개인이 아닌 국가 간 협상을 선호하여 침략 및 반인도적 범죄에 대한 사죄와 배상이 아닌, 국가차원의 경제실익을 중시하였다. 신희석, “일본기업의 국제법적 책임”, 「서울국제법연구」 제18권 제1호, 서울국제법연구원, 2011, 158면.

며⁶¹⁴⁾ 초기에 베르사유의 조약과 같이 엄격함과 상당한 배상책임을 인정하였으나, 실질적으로 일본을 점령하고 통치했던 미국이 일본에 제공하는 원조의 부담이 커지자 승전국의 중간배상 조치를 제한하는 정책을 펼쳤다.⁶¹⁵⁾ 이러한 미국의 입장은 샌프란시스코 조약에도 반영되었다. 연합국들은 자발적으로 일본의 전쟁책임을 완화시켜 주었고,⁶¹⁶⁾ 식민지 피해국들과의 협정에도 영향을 미쳤다. 일본은 이 조약으로 스스로 타국과 타국민들에게 입힌 손해에 대한 모든 청구로부터 완전히 자유롭게 되었다 주장하였다.⁶¹⁷⁾ 그러나 네덜란드는 샌프란시스코 제14조 내용에 크게 반발하며, 일본과 신사협정을 맺은 당시 일본이 소극적인 태도를 보이자 샌프란시스코 조약 제11조에 의거하여 네덜란드 군사법원에서 금고형을 선고받은 일본 전범들의 석방을 거부하였다. 그러나 이 또한 미국의 개입으로 일본이 위로금을 지급하는 결과를 얻었으나 그 액수는 매우 미미하였다.⁶¹⁸⁾

이후 1952년 일본은 대만으로 쫓겨난 중화민국과 배상규정이 없는 평화조약을 체결하고, 버마, 베트남, 필리핀, 인도네시아와도 평화조약 및 배상조약을 체결하며 끈질기게 자기 입장만을 주장하여 배상 체결시기를 늦추고 배상 금액을 낮췄다.⁶¹⁹⁾ 이는 다시 일본이 동남아시아 무역 및 경제사회에 진출함에 있어 배상지불과 무상 경제협력, 즉 보이지 않는 무기가 되었다.⁶²⁰⁾ 이는 각 협정 조문에서 식민지배를 ‘불행한 사건’, 배상을 ‘경제적 협력’ 이라는 표현에서 나타난다. 이러한 점은 네덜란드나 스웨덴 등 비교적 선진국에 속하는 국가들과의 조약에서는 ‘후회’ 내지 ‘국제법에 근거한 책임’ 등의 표현을 사용한다는 점에서 크게 두드러진다.

614) 전자의 경우 이미 본고 제4장에서 다루었으므로, 이하에서는 생략한다.

615) 신희석, “일본기업의 국제법적 책임”, 「서울국제법연구」 제18권 제1호, 서울국제법연구원, 2011, 159면.

616) 이는 제1차 대전에서 과도한 배상책임을 진 독일의 선례를 피하기 위함이었다. 홍성필, “일본의 전후 책임인식과 이행에 대한 국제법적 평가”, 「법학연구」 제23권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2012, 410면.

617) 홍성필, “일본의 전후책임인식과 이행에 대한 국제법적 평가”, 「법학연구」 제23권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2012, 411면.

618) 신희석, “일본기업의 국제법적 책임”, 「서울국제법연구」 제18권 제1호, 서울국제법연구원, 2011, 159-160면.

619) 일본의 배상액에 관한 자세한 자료는 최은미, “미국의 외교정책이 전후처리에 미친 영향 연구-독일과 일본의 전범처리와 국가간 배상 사례를 중심으로-”, 석사학위논문, 고려대학교 대학원 정치외교학과, 2008.12., 70면-74면 참조.

620) 홍성필, “일본의 전후책임인식과 이행에 대한 국제법적 평가”, 「법학연구」 제23권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2012, 411-412면.

일본의 국가 간 배상의 특징은 다음과 같다.⁶²¹⁾

첫째, 미국의 개입으로, 일본의 평화적 생활을 유지시키기 위해 징벌적인 거액의 배상은 배제되고, 지불 가능한 범위의 최소한의 배상만이 가능했다.

실질적으로 배상받는 국가들은 대부분 샌프란시스코 조약의 참가국이 아니므로, 제14조의 영향을 받지 않았으나, 미국을 등에 진 일본의 경제적 압력을 피할 수 없었다.

둘째, 현금 배상을 회피하고, 경제기술협력과 같은 실물배상이나 역무배상으로 대체되었다.

이에 충분한 배상을 받지 못했다고 여긴 피해자들이 개인청구권과 관련하여 일본기업에 연이어 소송을 제기하였다. 그러나 일본 사법부가 피해자의 청구를 받아들인 사례는 극히 드물다. 일제강제징용자들이 받은 손해는 일본헌법 시행 전의 행위에 의해 발생한 것으로 그 배상을 청구할 수 없다는 것이 그 사유다.⁶²²⁾ 이러한 사법적 구제의 한계는 피해자들과 인권단체에서 일본의 입법보상을 기대하는 효과를 낳았다.⁶²³⁾

일본에서 전후보상에 관한 입법시도가 없었던 것은 아니다. 그 결과를 받아들이지 못했을 뿐, 무라야마 정권은 집권 초기부터 직접 배상이 아닌 일본 국민의 모금으로 위로금을 지급하고 총리의 사죄 편지를 보내는 것을 골자로 하는 ‘여성을 위한 아시아 평화국민기금안(1995)’을 추진⁶²⁴⁾하였다. 2000년 제1야당인 민주당은 ‘전시 성적 강제 피해자문제 해결 촉진에 관한 법률안’을 시민당과 공산당은 그에 대한 별도의 보상법안을 제출하여 2002년 참의원에서 심의되기도⁶²⁵⁾ 하였으나 현재까지 진전은 없다.

심각한 것은 일본이 “배상으로 모든 것이 끝났다. 사죄를 했으니 되었다.”며, 계속적으로 역사적 진실에 대한 왜곡을 초래하고 있다는 점이다. 일본의 교과서 왜곡, 강제징용된 노역자들에 대한 미배상 및 왜곡, 위안부 문제에 대한 왜곡 등이 대표적인 사실

621) 최은미, “미국의 외교정책이 전후처리에 미친 영향 연구-독일과 일본의 전범처리와 국가간 배상 사례를 중심으로-”, 석사학위논문, 고려대학교 대학원 정치외교학과, 2008.12., 75면.

622) 이승우, “일제 강제징용자의 손해배상소송과 미국의 재판관할”, 『한국동북아논총』 제18권 제4호, 한국동북아학회, 2013, 48면.

623) 홍성필, “일본의 전후책임인식과 이행에 대한 국제법적 평가”, 『법학연구』 제23권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2012, 419면.

624) 이는 해마다 전범을 포함한 군인들에게 연간 1조엔 이상의 연금을 지급하고 있다는 점에서 본 기금안은 피해자들에게 받아들여질 수 없었다. 홍성필, “일본의 전후책임인식과 이행에 대한 국제법적 평가”, 『법학연구』 제23권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2012, 420면.

625) 이러한 법안들은 일본관료들의 반대가 심하고, 일본의 우경화로 기대조차 할 수 없는 상황이다. 홍성필, “일본의 전후책임인식과 이행에 대한 국제법적 평가”, 『법학연구』 제23권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2012, 420면.

이다. 626)

제3절 일제강제징용 피해자의 입법적 구제 검토

1. 국내 입법례

가. 대일 민간 청구권 신고에 관한 법률

대일 민간 청구권 신고에 관한 법률은 청구권자금의 운용 및 관리에 관한 법률 제5조⁶²⁷⁾의 규정에 의한 대일민간청구권의 정확한 자료의 수집과 그 내용의 파악이 필요하므로 이를 위한 신고대상과 절차 등을 정하려는 법률이다.⁶²⁸⁾

대일민간청구권 신고에 관한 법률 제1조에서는 그 목적을 “이 법은 “청구권자금의 운용및관리에관한법률” 제5조 제1항에 규정된 대일민간청구권의 정확한 증거와 자료를 수집함에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.” 고 규정하고 있다. 이 법에 의한 신고 대상 범위는 1947. 8. 15.부터 1965. 6. 22.까지 일본국에 거주한 일이 있는 자를 제외한 대한민국 국민(법인 포함)이 1945. 8. 15. 이전에 일본국 및 일본국민(법인 포함)에 대하여 가졌던 청구권 등으로서 열거된 대일민간청구권이다.

위 법률이 제정될 당시 일제강제징용피해자들은 1965년 한일청구권협정으로 그간 지급받지 못한 임금을 받을 수 있으리라 기대하였으나, 위 법률의 보상 대상은 일제강제징용피해자 모두가 아닌 일본국에 의하여 군인·군속 또는 노무자로 소집 또는 징용되어

626) 김영수, “해외사례를 통해서 본 한국의 과거사 정리”, 「제노사이드연구」 제6권, 한국제노사이드연구회, 2009.8., 51면.

627) 청구권자금의 운용 및 관리에 관한 법률

제5조 (민간인의 대일청구권 보상)

①대한민국국민이 가지고 있는 1945년 8월 15일 이전까지의 일본국에 대한 민간청구권은 이 법에서 정하는 청구권자금 중에서 보상하여야 한다.

②전항의 민간청구권의 보상에 관한 기준·종류·한도 등의 결정에 필요한 사항은 따로 법률로 정한다.

628) 국내 과거사 청산과 관련된 입법은 크게 진상규명, 명예회복과 관련된 법률과 보상 관련 법률로 나눌 수 있다. 본고에서 다루고자 하는 것은 보상 관련 법률이다. 명예회복과 관련된 법률에는 일제강점하 반민족행위 진상규명에 관한 특별법, 일제하 일본군위안부 피해자에 대한 보호·지원 및 기념사업 등에 관한 법률, 일제강점하친일반민족행위진상규명에관한특별법시행령, 일제강점하강제동원피해진상규명등에관한특별법시행령이 있다.

1945. 8. 15. 이전에 사망한 자에 한하였다는 점에 비판을 받고 있다. 또한 일제강제징용피해자들의 미불금 및 관련된 보상금 항목에 대하여 1965년 한일청구권협정 당시 일본측에 요구하였던 내용과 부합하지 않고, 위 법률에 따른 보상계획과 내용은 당시 신문지상으로만 공개되었다는 점, 신고 기간이 10월로 매우 짧았다는 점 등에 비판의 여지가 있다.⁶²⁹⁾

나. 태평양전쟁 전후 국외 강제동원희생자 등 지원에 관한 법률

태평양전쟁 전후 국외 강제동원과 관련한 반인도적 범죄에 대한 일본의 법적 책임을 충분히 규명하지 아니한 상태에서 「대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제 해결과 경제협력에 관한 협정」이 체결된 이후 1975년에 실시된 정부보상에서 태평양전쟁 전후 국외 강제동원희생자와 그 유족 등에 대한 국가의 지원이 충분하지 못하였음을 고려하여 국가가 인도적 차원에서 이들의 오랜 고통을 위로하고 국민화합을 도모하는 차원에서 위로금 등을 지급하려는 것이다. 제1조에서도 목적에 관하여 이와 동일하게 밝히고 있다.

위 법률 제2조는 지원 대상을 1938. 4. 1.부터 1945. 8. 15. 사이에 일제에 의하여 군인·군무원·노무자 등으로 국외로 강제 동원되어 그 기간 중 또는 국내로 돌아오는 과정에서 사망하거나 행방불명된 사람 또는 부상으로 장애를 입었던 사람과 노무제공 등의 대가로 일본국 및 일본기업 등으로부터 지급받을 수 있었던 급료, 여러 가지 수당, 조위금, 부조료 등을 지급받지 못한 사람 등으로 정하고 있다.

위로금의 지급금액은 동법 제4조⁶³⁰⁾에서 미수금 지원금의 지급금액은 동법 제5조에 규정⁶³¹⁾되었고, 이 외에도 동법 제6조에서 의료지원금⁶³²⁾ 지급에 대하여 명시하였다. 다만 이러한 지급에 있어 제7조에서는 친일반민족행위를 한 자와 이미 일정한 지원을 받

629) 최종영, “對日民間請求權에 관한 小考”, 「인권과 정의」 제344호, 대한변호사협회, 2005, 132-133면.

630) 강제동원기간 중 사망하거나 행방불명된 경우 그 유족에 대하여는 강제동원희생자 1인당 2천만원의 위로금을 지급하고, 부상으로 장애를 입은 강제동원희생자 또는 그 유족에 대하여는 강제동원희생자 1인당 2천만원 이하의 범위 안에서 장애 정도에 따라 위로금을 지급함.

631) 미수금 피해자 또는 그 유족에게 미수금 피해자가 일본국 또는 일본기업 등으로부터 지급받을 수 있었던 미수금을 당시의 일본국 통화 1엔에 대하여 대한민국 통화 2천원으로 환산하여 지급함.

632) 강제동원희생자 또는 강제동원 생환자 중 생존자가 노령·질병 또는 장애 등으로 치료 또는 보조장구 사용이 필요한 경우에는 치료 또는 보조장구의 구입에 사용되는 비용의 일부를 지원함.

았거나 받고 있는 사람과 그 유족, 1947. 8. 15.부터 1965. 6. 22.까지 계속하여 일본에 거주하였던 자와 대한민국 국적자가 아닌 자에 대하여 보상금을 지급할 수 없는 경우로 규정하고 있다.⁶³³⁾

본 법은 각 법률용어의 뜻을 정의하지 않았고 일제강제징용과 관련하여 그 대상 범위가 터무니없이 좁다는 비판을 면치 못한다.

다. 대일항쟁기 강제동원 피해조사 및 국외강제동원 희생자 등 지원에 관한 특별법

강제동원조사법⁶³⁴⁾은 제1조에서 “이 법은 대일항쟁기 강제동원 피해의 진상을 규명하여 역사의 진실을 밝히고 나아가 1965년에 체결된 「대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정」과 관련하여 국가가 태평양전쟁 전후 국외강제동원 희생자와 그 유족 등에게 인도적 차원에서 위로금 등을 지원함으로써 이들의 고통을 치유하고 국민화합에 기여함을 목적으로” 함을 명시한다.

본 법에서는 사할린 지역의 강제동원 피해자와 구소련에 의하여 강제 억류당한 피해자들을 피해자 범위에 포함시켰다는 것에 의의가 있다.⁶³⁵⁾ 또한 ‘대일항쟁기 강제동원 피해’를 만주사변 이후 태평양전쟁에 이르는 시기에 일제에 의하여 강제동원되어 군인·군무원·노무자·위안부 등의 생활을 강요당한 자가 입은 생명·신체·재산 등의 피해로 보고, 그 피해 범위 또한, 행방불명된 사람, 상해, 일반 생환자, 미수금 피해자 등으로 확대되었다.

이 법은 제4조에서 사망하거나 행방불명된 희생자 및 장해 입은 자의 유족에 대한 위로금 지급에 관하여 규정하고 있으며, 제5조에서는 미수금 지원금을, 제6조에서는 의료

633) 1. 국외강제동원 희생자, 국외강제동원 생환자 또는 미수금피해자가 「일제강점하 반민족행위 진상규명에 관한 특별법」 제2조에 따른 친일반민족행위를 한 경우
 2. 「일제하 일본군위안부 피해자에 대한 생활안정지원 및 기념사업 등에 관한 법률」 등 별도 법률에 따라 강제동원 기간 동안 입은 피해에 대하여 이미 일정한 지원을 받았거나 현재 받고 있는 사람 또는 그 유족
 3. 1947년 8월 15일부터 1965년 6월 22일까지 계속하여 일본에 거주한 사람
 4. 대한민국의 국적을 갖고 있지 아니한 사람

634) 대일항쟁기 강제동원 피해조사 및 국외강제동원 희생자 등 지원에 관한 특별법의 약칭이다.

635) 강제동원조사법 제2조

가. 사할린 지역 강제동원 피해자의 경우 구소련에 의하여 강제 억류당한 기간 중에 사망 또는 행방불명된 사람까지 국외 강제 동원희생자에 포함시킴으로써 위로금을 지원할 수 있도록 함.

지원금 지급을 명시하고 있다. 의료지원금의 경우 유족은 해당사항이 없다.

제7조에서는 태평양전쟁 전후 국외 강제동원희생자 등 지원에 관한 법률과 마찬가지로 위로금 및 지원금을 지급받을 수 없는 경우에 관하여 동일하게 명시한다. 이에 이견은 없으나 제7조 1호에서 친일반민족행위를 한 자가 강제징용으로 끌려간 경우, 혹은 그 친일반민족행위를 행함에 있어 강박으로 인하여 행하였으나 이를 증명할 수 없는 자라도 무조건적으로 불가하다 볼 수 있는지 의문이다. 이와 관련하여서는 ‘친일반민족행위’ 및 ‘친일반민족행위자’의 개념에 대하여 살펴볼 필요성이 있다.

친일반민족행위의 법률적 정의는 ‘일제강점하 반민족행위 진상규명에 관한 특별법 (이하 ‘반민족규명법’이라 한다.)’에서 제2조에서 20가지의 행위를 열거하고 그 중 어느 하나에 해당하는 행위를 한 경우 친일반민족행위를 한 것으로 간주한다.⁶³⁶⁾ 이러

636) 일제강점하 반민족행위 진상규명에 관한 특별법

제2조(정의) 이 법에서 "친일반민족행위"라 함은 일본제국주의의 국권침탈이 시작된 러·일전쟁 개전 시부터 1945년 8월 15일까지 행한 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.

1. 국권을 지키기 위하여 일본제국주의와 싸우는 부대를 공격하거나 공격을 명령한 행위
2. 국권을 회복하기 위하여 투쟁하는 단체 또는 개인을 강제해산시키거나 감금·폭행하는 등의 방법으로 그 단체 또는 개인의 활동을 방해한 행위
3. 독립운동 또는 항일운동에 참여한 자 및 그 가족을 살상·처형·학대 또는 체포하거나 이를 지시 또는 명령한 행위
4. 독립운동을 방해할 목적으로 조직된 단체의 장 또는 간부로서 그 단체의 의사결정을 중심으로 수행하거나 그 활동을 주도한 행위
5. 밀정행위로 독립운동이나 항일운동을 저해한 행위
6. 을사조약·한일합병조약 등 국권을 침해한 조약을 체결 또는 조인하거나 이를 모의한 행위
7. 일제로부터 작위를 받거나 이를 계승한 행위. 다만, 이에 해당하는 사람이라 하더라도 작위를 거부·반납하거나 후에 독립운동에 적극 참여한 사람 등으로 제3조에 따른 친일반민족행위진상규명위원회가 결정한 사람은 예외로 한다.
8. 일본제국의회의 귀족원의원 또는 중의원으로 활동한 행위
9. 조선총독부 중추원 부의장·고문 또는 참의로 활동한 행위
10. 일본제국주의 군대의 소위(少尉) 이상의 장교로서 침략전쟁에 적극 협력한 행위
11. 학병·지원병·징병 또는 징용을 전국적 차원에서 주도적으로 선전(宣傳) 또는 선동하거나 강요한 행위
12. 일본군을 위안할 목적으로 주도적으로 부녀자를 강제동원한 행위
13. 사회·문화 기관이나 단체를 통하여 일본제국주의의 내선융화 또는 황민화운동을 적극 주도함으로써 일본제국주의의 식민통치 및 침략전쟁에 적극 협력한 행위
14. 일본제국주의의 전쟁수행을 돕기 위하여 군수품 제조업체를 운영하거나 대통령령이 정하는 규모 이상의 금품을 헌납한 행위
15. 판사·검사 또는 사법관리로서 무고한 우리민족 구성원을 감금·고문·학대하는 등 탄압에 적극 앞장선 행위
16. 고등문관 이상의 관리, 헌병 또는 경찰로서 무고한 우리민족 구성원을 감금·고문·학대하는 등 탄압에 적극 앞장선 행위
17. 일본제국주의의 통치기구의 주요 외곽단체의 장 또는 간부로서 일본제국주의의 식민통치 및 침략전쟁에 적극 협력한 행위

한 행위를 한 자를 ‘친일반민족행위자’ 라고 하며 줄여서 ‘친일파’ 라고 부른다. 주의 할 점은 친일파가 ‘친일(親日)’ 로 생각되어 일본과 친한 무리라고 생각할 수 있으나 해당 용어는 ‘지일파(知日派)’⁶³⁷⁾로 대체되고, 여기서 말하는 친일파란 일제의 식민 통치에 협력하고 우리 민족을 탄압한 반민족행위자⁶³⁸⁾를 가리킨다는 점이다.⁶³⁹⁾

반민족규명법은 국민의 기본권을 박탈하거나 제한하는 법률로서 그 해석 및 적용에 있어 법률의 취지나 문언에 맞게 엄격하게 해석되어야 한다.⁶⁴⁰⁾ 법원은 반민족규명법 제2

18. 동양척식회사 또는 식산은행 등의 중앙 및 지방조직 간부로서 우리민족의 재산을 수탈하기 위한 의사 결정을 중심으로 수행하거나 그 집행을 주도한 행위

19. 일본제국주의의 식민통치와 침략전쟁에 협력하여 포상 또는 훈공을 받은 자로서 일본제국주의에 현저히 협력한 행위

20. 일본제국주의와 일본인에 의한 민족문화의 파괴·말살과 문화유산의 훼손·반출에 적극 협력한 행위
 위키백과사전 홈페이지 “대한민국 친일반민족행위진상규명위원회” 자료에 의하면, 친일인사 조사대상은 “①애국자 및 독립운동가들을 대상으로 살해 및 위협을 하거나 미수에 그친 자, ②반일(反日) 및 항일(抗日)을 추구하는 사람이나 단체를 공격하거나 위협을 가한 자, ③3·1 운동 및 6·10 만세운동에 참여하였던 조선인들을 살해하거나 위협을 가한 자, ④일본 경찰 및 헌병대에 애국자 및 독립운동가들의 활동지나 은신처 등을 밀고하여 체포령에 기여한 자, ⑤독립운동을 방해하는 주도 세력의 수장으로서 이를 명령하였던 자, ⑥일본 경찰 및 헌병대의 밀정 및 첩자 등으로 활동하여 방해를 한 자, ⑦대한민국 임시 정부의 요인들을 암살하거나 미수에 그친 자, ⑧을사조약 및 한일신협약에 가담하여 이를 수행하였던 자, ⑨한일 병합 조약의 공로를 인정받아 조선총독부로부터 작위를 수여하거나 이를 계승한 자, ⑩일본 왕실이나 일본국 정부 또는 조선총독부로부터 육일장 등 훈장을 수여한 자, ⑪일본 제국의 의회 등에 활동을 하거나 일제의 조선 침략을 지지하였던 자, ⑫일제 찬양을 목적으로 문학, 논문, 가곡, 화풍 활동 등을 하였던 자. ⑬일제 찬양을 목적으로 조선 양민들에게 왜곡된 사상을 심어주거나 뇌물 등으로 유도한 자, ⑭일본 왕을 찬양하고 일본 왕실을 지지한 자, ⑮학병·지원병·위안부 모집 등을 통해서 이를 강제적·강요적으로 유도한 자, ⑯한글 및 조선사 교육에 방해를 주도하거나 이를 금지시키도록 협력한 자, ⑰황국신민서사 등을 목적으로 일제의 식민통치를 지지하며 이를 펼쳐왔던 자, ⑱법적상으로 한민족에게 억압을 가하거나 고문 및 처형 등을 유도한 자, ⑲제2차 세계대전 당시 일본군 참전을 독려하거나 이를 강요하여왔던 자, ⑳일진회와 대정실업친목회 등 친일 단체에 활동하였던 자, ㉑동양척식주식회사 등의 수탈 기관에 몸담으며 한민족의 재산을 강제로 압류하거나 강탈하였던 자, ㉒산미증식계획에 참여하여 농산물 수탈에 적극 협력하였거나 이를 명령하였던 자, ㉓일본인과 다르게 부당한 차별대우로 한민족을 차별하였던 자, ㉔주재소(지서) 및 관소 등에서 총독부의 지령을 받으며 수행한 자, ㉕일본군을 위안할 목적으로 조선의 부녀자들을 징집하거나 이를 유도하였던 자, ㉖일본 경찰 및 일군의 신분으로 한민족에게 고문과 위해를 가해왔던 자, ㉗일제에 협력하여 일본 열도로 조선의 문화재를 반출하는 데 기여를 했던 자, ㉘제2차 세계대전 당시 일본군 앞으로 전투기나 군수물자 등을 헌납하거나 지원금 등을 납세한 자” 였다. 이는 법률상의 친일파를 구체적으로 보고 있으며 그 범위 또한 넓다. 본고에서는 사법적 구제의 배상을 살펴보고 있으므로 친일파의 범위를 법률상에 따른 정의에 한한다.

637) 일본에 대해 잘 아는 사람, 일본인이 아니면서 일본의 정치, 경제, 사회, 문화, 역사 등 각 분야에 걸쳐 풍부한 지식과 경험을 가지고 있는 사람. 즉, 일본문화에 박식한 외국인을 뜻함. 국립국어원 우리말샘 사전 홈페이지 “지일파” 참조.

638) 국립국어원 우리말샘 사전 홈페이지 “친일 반민족 행위자 재산의 국가 귀속에 관한 특별법” 참조.

639) 편찬위원회가 채택한 친일파에 대한 정의는 '을사조약' 전후부터 1945년 8월15일 해방에 이르기까지 일본제국주의의 국권침탈·식민통치·침략전쟁에 적극 협력함으로써 우리 민족 또는 타 민족에게 신체적 물리적 정신적으로 직·간접적 피해를 끼친 사람이다. 뉴시스 2009년 11월 8일자.

조 각 호의 행위태양인 ‘협력’ 또는 ‘적극성’ 내지 ‘주도성’ 과⁶⁴¹⁾ 관련하여 반민족규명법 제2조 제15호⁶⁴²⁾와 제2조 제17호⁶⁴³⁾에 의거하여 친일반민족행위자로 결정되었던 망인들에 대한 결정처분취소소송⁶⁴⁴⁾에서 친일파 조사대상자의 “행위의 내용·방법·속성을 고려하여 판단하되, 행위의 경위나 동기가 규명된 경우에는 그것까지 고려” 할 것을 명시하였다.⁶⁴⁵⁾ 여기서 말하는 주도성은 단순한 협력을 넘어서는 개념으로서 법원은

640) 서울고등법원 2012. 1. 12. 선고 2011누3236 판결.

641) 이를 해석함에 있어 법원은 “제2조에서 친일반민족행위의 구체적인 유형을 열거하고 있는데 그 행위태양으로 규정하고 있는 ‘일본제국주의의 식민통치 및 침략전쟁에 적극 협력한 행위’ 등의 의미가 불명확할 뿐만 아니라, 당시의 시대적·정치적 상황을 고려할 때 그 범위가 지나치게 넓어질 우려가 있기 때문에 반민족규명법은 그 주체 내지 행위태양을 한정적으로 규정하고 있다고 보아야 할 것이고, 이 사건 결정으로 인하여 조사대상자인 망인이나 그 직계비속인 원고 등이 입는 기본권의 침해(인격권, 재산권)가 적지 아니한 만큼 반민족규명법 제2조 각 호의 친일반민족행위를 해석함에 있어서는 문언에 따라 엄격하게 하여야 할 것이다.” 고 판시하고 있다. 서울고등법원 2012. 1. 12. 선고 2011누3236 판결.

642) 서울행정법원 2010. 12. 24. 선고 2009구합38787 판결 : 친일반민족행위진상규명위원회가 일본제국주의 강점기에 판사로서 항일독립운동가의 재판에 참여한 행위와 조선총독부 판사로서 약 12년간 재직하면서 그 공로를 인정받아 일본정부로부터 훈6등 서보장을 받은 갑의 행위를 일제강점하 반민족행위 진상규명에 관한 특별법 제2조 제15호 등에 규정된 친일반민족행위로 결정한 사안에서, 갑이 항일운동가 관련 형사재판 7건에 관여한 점, 이성태 등 항일독립운동가 14명에 대하여 실형을 선고하였고 그 형량의 합계가 32년 10월에 이르는 점, 갑이 실형을 선고한 항일독립운동가 중 신용기 등은 우리 정부로부터 독립운동에 관한 공로를 인정받아 훈·포장을 받은 점, 1920년 이후 광복 직전까지 조선총독부 재판소에서 판사나 검사로 재직하 우리 민족 구성원의 평균적인 항일독립운동관련사건 처리 건수를 기준으로 볼 때 갑이 상위 10%에 위치하는 점 등에 비추어, 갑의 항일독립운동가 관련 7건의 재판행위는 위 특별법 제2조 제1호 등에 해당하므로 위 처분이 적법하다고 한 사례다.

643) 서울고등법원 2012. 1. 12. 선고 2011누3236 판결 : 친일반민족행위진상규명위원회가 2009. 6. 29. 망 소외 1(대판: 소외인)의 별지 1 순번 3. 기재 각 행위를 일제강점하 반민족행위 진상규명에 관한 법률 제2조 제17호의 친일반민족행위로 결정한 부분을 취소한 사안이다. 망 소외 1은 1933. 3. 23.부터 1940. 8. 10.까지 조선일보사 총무국장 겸 부사장을 거쳐 사장 등을 역임하였고, 1935. 11.경부터 1945년까지 잡지 ‘조광’의 저작자, 편집인 겸 발행인, 주식회사 조광사의 사장을 역임하였으며, 해방 이후 다시 조선일보사를 경영하다가 6·25전쟁 중 납북되어 1955년경 사망한 것으로 추정되는 언론인으로 망인이 위 단체의 간부로서 어떠한 구체적인 협력행위를 하였는지에 관한 아무런 자료가 없고, 특히 국민총력조선연맹이 조선 총독을 총재로 하는 전시 최대의 동원체계가이었음을 감안할 때, 앞서 인정한 바와 같이 망인이 오랜 기간 동안 위 각 단체의 간부의 지위에 있었다는 사정만으로는 망인이 그 간부로서 일본제국주의의 식민통치 및 침략전쟁에 적극 협력하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 하여 법원은 망 소외 1의 행위를 친일반민족행위로 결정한 부분에 관하여 취소하였다.

644) 법원은 “이 사건 결정은 한 인간의 인격에 대한 총체적인 종합적 평가가 아니라 그가 일정 시점에서 취한 특정 행위가 반민족적인 행위 유형 중 하나에 해당한다는 객관적인 진상 규명에 불과하다는 점이다. 이는 곧 한 개인의 내면적 동기나 숨겨진 깊은 뜻이 무엇인지를 규명하는 작업이 아니요, 오직 외부로 표현된 행태를 객관적인 관점에서 역사적으로 평가하였음을 뜻하는 것이라고 할 것이다.” 는 입장을 밝히고 있다. 서울고등법원 2012. 1. 12. 선고 2011누3236 판결.

645) 구체적으로는 “판사의 항일독립운동가에 대한 재판이 위 특별법 제2조 제15호에서 정한 행위에 해당할 정도로 적극성이 인정되는지 여부는, 첫째 문제되는 재판이 판사에게 법률상 재량이 부여되어 있는 재판

“반민족규명법상 친일반민족행위 여부가 문제되는 행위의 내용뿐 아니라 행위자의 지위, 그 행위의 의도나 횡수, 그 당시 보여 준 다른 행적 등을 종합적으로 고려하여 판단할 수밖에 없고, 제13호의 ‘적극성’은 주도성과 별개의 독립적 개념이라고 하기는 어렵다.”고 정의한다.

이러한 행위를 증명함에 있어 친일파를 조사한다는 것은 그 대상자와 후손들에게 미치는 중대한 영향을 고려하여야 하므로, 법원은 “어떠한 행위를 반민족규명법 제2조에서 규정한 친일반민족행위로 결정하기 위해서는 조사대상자의 특정 행위의 내용과 방법이 상당한 정도로 증명되어야” 함을 주지한다. 구체적으로 반민족규명법 제2조 제13호에서 규정하는 친일반민족행위에 해당한다고 보기 위해서는 “사회·문화 기관이나 단체를 통하여 일본제국주의의 내선융화 또는 황민화운동을 적극 주도하면 족하고, 일본제국주의의 내선융화 또는 황민화운동을 적극 주도할 목적으로 사회·문화 기관이나 단체를 직접 조직·운영할 것까지는 요구되지 아니한다 할지라도, … 일본제국주의의 식민통치 및 침략전쟁에 적극 협력하는 행위는 일본제국주의의 내선융화 또는 황민화운동을 적극 ‘주도’ 하는 방식으로 이루어져야 한다.”는 것이다.⁶⁴⁶⁾ 또한 어떠한 행위가 반민족규명법 제2조 제17호에서 규정하는 친일반민족행위가 되기 위해서는 “각 단체의 간부로서 일본제국주의의 식민통치 및 침략전쟁에 적극 협력하는 구체적인 행위를 하였음이 증명되어야만 한”다.⁶⁴⁷⁾ 그 구체적인 행위에 관하여 정확한 기준은 명시되어 있지 않으며 이는 법원이 사안에 따라 판단하고 있는 사항이다.

다만 반민족규명법 제20조에서는 조사대상자가 국내외에서 일제의 국권침탈을 반대하거나 독립운동에 참여 또는 지원한 사실이 있는 때에는 친일반민족행위와 함께 이를 조사하여 조사보고서 및 사료에 기재하도록 규정하고 있으므로, 그의 행위가 친일반민족행위인지 여부와 그 행위의 ‘주도’ 내지 ‘적극’에 대한 판단은 “조사대상자가 친일반민족행위와 더불어 독립운동 지원 등을 한 사실이 있더라도, 그 행위의 종류와 내역에 비추어 그것이 조사대상자의 친일반민족행위의 주도성, 적극성 등을 좌우할 정도의 것이 아닌 한 그와 같은 사정만으로 친일반민족행위결정이 위법하다고 할 수는 없다.”는

인지 여부, 둘째 판사가 다룬 항일독립운동 사건의 총 건수 및 처벌한 항일독립운동가의 총 인원, 선고한 형량, 셋째 당해 피고인이 항일독립운동사에서 차지하는 위치, 넷째 조사대상자인 판사가 일본제국주의 강점기에 판사로 근무한 사람들 중 항일독립운동가에 대한 형사처벌에서 상대적으로 상위권에 위치하는지 여부를 기준으로 하는 것이 타당하다.”고 판단하였다. 서울행정법원 2010. 12. 24. 선고 2009구합38787 판결.

646) 서울고등법원 2012. 1. 12. 선고 2011누3236 판결.

647) 서울고등법원 2012. 1. 12. 선고 2011누3236 판결.

것이 법원의 입장이다.⁶⁴⁸⁾

이를 정리한다면 친일파임과 동시에 강제징용의 피해자인 경우, 국내법적 관점에서는 친일반민족행위와 국내외에서 일제의 국권침탈을 반대하거나 독립운동에 참여 또는 지원한 행위를 비교하여 후자의 사정이 더 인정될 때에 친일파로서의 혐의를 벗을 수 있으므로 당연히 배상을 받을 수 있으나, ‘주도적 행위’와 ‘적극적 행위’의 판단은 오로지 법원의 주관에 달려 있다는 점에서 문제가 될 수 있으며, 증거가 없는 경우에는 법원이 그 청구를 기각하고 있다는 점에서 증거 없는 자의 권리구제는 불가능하다. 그러나 국제법적 관점에 있어 앞서 살펴본 바와 같이 국내법 규정을 통해서도 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 피해자의 개인배상청구권을 제한할 수 없으므로, 강박 또는 생계의 위협 등으로 친일반민족행위를 한 자가 강제징용의 피해자인 경우 배상을 받을 수 있다고 보는 것이 타당하다고 생각된다.

2. 검토

가. 사법적 구제

대일 민간 청구권 신고에 관한 법률은 일제강제징용피해자들 중 징병되었다가 사망한 자에 한하여 보상금을 책정하였다는 점에서 부당하다. 이후 제정된 태평양전쟁 전후 국외 강제동원희생자 등 지원에 관한 법률과 강제동원조사법에서는 그 피해자 대상의 범위를 확대하고, 강제징용 피해자들에게 위로금과 의료에 관해 보장해준다는 점에서는 매우 바람직하다고 볼 수 있다. 다만 그 제정목적에서 “태평양전쟁 전후 국외강제동원 희생자와 그 유족 등에게 인도적 차원에서 위로금 등을 지원함으로써 이들의 고통을 치유하고 국민화합에 기한다.”고 명시하고 있는 ‘위로금’의 성격을 살펴볼 필요성이 있다. 한일청구권협정에서 합의된 보상금의 성격을 가지고 있지 않다면, 강제징용 피해자들은 한일청구권협정으로 일본에서 지불한 보상금을 아직까지 지급받지 못한 것이 되기 때문이다.

손해배상금은 위법한 가해자의 행위로 발생한 손해의 원상회복을 위한 금전이다. 그러나 위 법률에서는 피해자들에게 위로금을 지급하는 사유를 ‘인도적 차원’으로 명시하고 있고, 보통 위로금은 괴로움이나 슬픔을 달래고 덜어 주거나 그간 수고를 치하하기

648) 서울고등법원 2012. 1. 12. 선고 2011누3236 판결.

위해 지급되는 금전으로 생각된다는 점을 비교해본다면 위로금은 손해 및 그에 대한 전보와는 관련성이 적다. 이에 따라 위로금은 손해배상금의 성격보다는 오랜 기간 고통 받아온 피해자들을 향한 위로의 성격이 더 강하다고 할 것이다.

이와 같이 앞서 살펴 본 법률들이 모두 보상이나 배상이 아닌 ‘위로금’이라는 점에서 피해자들은 손해를 전보 받지 못하였다고 볼 것이다. 이러한 점에서 사법적 구제의 한계가 드러난다. 배상관련 입법문제는 우리 정부만의 문제가 아니라, 일본 정부 및 징용 기업과도 관련이 있기 때문이다. 이에 따라 여타 과거사 특별법과 같이 보상법을 제정하는 것은 일본과의 협상 내지 구상권 청구가 실현가능성이 있다고 보지 않고서야 불가능한 일이다. 다만 현재 소송을 통해서도 제대로 현금화 된 배상을 받지 못하고 있는 상황에서 피해자들에게 모든 것을 해결하라는 태도는 오히려 시간과 소송비용을 낭비하는 것으로 생각된다.

나. 유족과 상속의 범위

현재 시행되고 있는 강제동원조사법 제3조에 의하면 ““유족”이란 피해자, 국외강제동원 희생자, 미수금피해자 가운데 사망하거나 행방불명된 사람의 친족 중 배우자 및 자녀, 부모, 손자녀, 형제자매에 해당하는 사람으로서 ‘피해자 및 유족의 심사·결정에 관한 사항’과 ‘국외강제동원 희생자 및 그 유족 또는 미수금피해자 및 그 유족에 해당되는지 여부에 관한 사항’에 따라 유족으로 결정을 받은 사람”을 말한다. 이에 관하여 유족의 범위가 현저히 좁다는 비판이 있다. 우리 민법 제1000조에 따른 상속인인 직계비속, 직계존속, 형제자매, 4촌 이내의 방계혈족에서 ‘4촌 이내의 방계혈족’을 제외한 것이다. 10대 후반의 숙부가 처자식도 없이 끌려가 현재로서는 부모님과 형제 모두 돌아가신 상황에서 ‘피해자의 배우자 및 자녀, 부모, 손자녀, 형제자매’만이 가능하도록 규정하면, 그 어떤 유족이 위로금을 받을 수 있느냐는 것이다.⁶⁴⁹⁾ 이에 위원회 관계자는 “보상금이나 지원금 신청 가운데 미지급 사유가 대부분 조카 등 특별법의 유족범위를 넘긴 신청”이라 언급한다. 우리 법률은 이러한 제정이유를 밝히지 않고 있다. 그리하여 어떠한 법리로 유족의 범위가 좁혀진 것인지 알 수 없다. 다만 5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률(이하 ‘5·18 보상 법률’이라 한다.)의 경우 보상금 지급을 명시하며 그 유족을 ‘재산상속인이 될 사람’이라고 보고 있다는 점에서 여기서 말하는 위

649) 경인일보 2012년 1월 4일자; 경향신문 2008년 11월 6일자.

로금을 보상금 내지 손해배상금과 구별하기 위해서 유족의 범위가 직계에 한정된 것은 아닌 지 생각해 볼 수 있다.⁶⁵⁰⁾

유족의 범위와 관련하여 보상법은 아니지만 현행법 상 “장기등 이식에 관한 법률(이하 ‘장기이식법’이라 한다.)” 제4조 제6호에서는 “가족” 또는 “유족”이란 살아있는 사람·뇌사자 또는 사망한 자의 배우자, 직계비속, 직계존속, 형제자매를 말한다(배우자, 직계비속, 직계존속, 형제자매가 없는 경우에는 4촌 이내의 친족). 다만, 14세 미만인 사람은 제외한다.”고 하여 유족의 범위를 넓게 규정하고 있다. 가족 및 유족의 장기기증 및 장기적출에 관한 동의의사의 충돌과 누락 그리고 의료현장에서의 동의취득의 어려움 등을 보완할 필요가 있었기 때문⁶⁵¹⁾이라고 한다. 해당 법률과 그 목적은 강제동원조사법과 많은 차이가 있으나 생각해 볼 여지는 있다고 생각되며, 강제동원조사법은 타당한 법리적 근거 없이 단순히 ‘위로금’이라는 이유만으로 유족의 범위를 재산상속인의 범위보다 좁게 제정하였다는 점에서 그 타당성이 의문스럽다.

한편 일제강제징용과 관련하여 예외적으로 특별법을 제정하거나 일제강제동원과 관련된 현행법을 개정하여 유족의 범위를 확대하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 기존의 ‘소수 vs 일본정부 및 일본기업의 분쟁’에서 ‘다수 vs 일본정부 및 일본기업의 분쟁’으로 확장하는 것이다. 이는 많은 이들로 하여금 관심을 가지게 함으로써 배상을 받지 못한 피해자임에도 불구하고 그 지위가 현저히 연약한 현 사태를 보완하고, 진정한 배상을 받을 때까지 계속적으로 자신들의 권리를 주장케 하기 위한 방책이다. 다만 필자의 주장대로라면 일제강제징용사안은 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 사안으로서 소멸시효가 배제되므로 배상을 받지 않는 이상 영원히 개인의 손해배상청구권을 행사할 수 있다는 점에서 상속과 관련된 문제가 발생할 수 있다. 예컨대 배상을 받지 못한 피해자의 5대손이 일본기업과 일제징용기업에 일제강제징용으로 인한 손해배상청구권을 행사할 수 있는지에 관한 문제이다. 이를 해결하기 위하여 ‘해당 손해배상청구권이 상속되는 것은 3대에 한한다.’는 것과 같이 계속적인 상속을 제한하는 특별법 제정 방안을 생각해 볼 수 있으나, 불법행위로 인한 손해배상청구권은 일신전속권이 아닌 재산권에 속하여 민법 제1000조에 따라 상속되는 권리로서 이를 제한한다는 것은 헌법상 개인의 재산권을 침해할 가능성이 있다. 물론 우리 헌법은 제37조 제2항에서 “국민의 모든 자유와 권리는

650) 이에 관하여 대일 과거사 소송에 앞장서 온 최봉태 변호사는 인터뷰 중 “현재 지원법에서는 조카를 배제하고 있다. 보상 성격이 아니라는 것 때문이었다.”고 발언하였다. 오마이뉴스 2009년 8월 27일자.

651) 송영민, “「장기등 이식에 관한 법률」상의 유족의 지위 -대법원(전) 2008.11.20. 선고 2007다 27670 판결을 참고하여”, 「의생명과학과 법」 제3권, 원광대학교 법학연구소, 2010.6.30., 116면.

국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.” 고 규정하고 있으나, 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해로 인한 피해자가 손해배상을 청구하는 것은 국내적인 측면에서 국가안전보장 및 질서유지 그리고 공공복리를 해친다고 볼 수 없다. 청구권의 본질은 ‘손해전보’에 있으므로 손해배상을 받지 못한 피해자 및 그 유족의 재산권을 제한하는 것은 손해전보를 침해한다는 점, 앞서 살펴본 바와 같이 유엔 기본 원칙은 국가의 의무로서 “피해자에게 사법절차에 대한 평등하고 효과적인 접근을 제공할 의무와 피해자에게 손해배상을 포함한 효과적인 구제를 제공할 의무가 있음”을 명시하고 있다는 점, 헌법재판소에서 “우리 헌법은 전문에서 “3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통”의 계승을 천명하고 있는바, 비록 우리 헌법이 제정되기 전의 일이라 할지라도 국가가 국민의 안전과 생명을 보호해야 할 가장 기본적인 의무를 수행하지 못한 일제강점기에 강제 동원되어 강제노동에 처해졌고 그 노동의 대가까지 잃었던 자들의 훼손된 인간의 존엄과 가치를 회복시켜야 할 의무는 대한민국임시정부의 법통을 계승한 지금의 정부가 국민에 대하여 부담하는 가장 근본적인 보호 의무에 속한다고 할 것이다.⁶⁵²⁾” 고 판단한 점을 상기하여 본다면 손해배상을 받지 못한 것이 명백한 자의 상속을 제한하는 것은 위헌적인 요소가 있다.

제4절 일제강제징용 피해자의 합리적 구제방안

1. 일본과의 과거사 청산

가. 과거사 청산을 위한 전제

일설에서는 세계 주요 국가의 과거사 청산을 토대로 과거사 청산은 “폭력 및 폭력위협
 의 종식, 폭력인정 및 물질적 배·보상, 구조적 불평등 해소 등의 사회적 조건을 형성해야
 가능하고, 또한 화해를 위해서는 구조적, 제도적 분야에 대한 개혁이 필요할 뿐만 아
 니라 인권교육, 구체적인 인권 기준의 설치, 사회적인 인권문화의 배양 등이 이루어져야

652) 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2006헌마788 전원재판부 결정; 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2008
 헌마648 전원재판부 결정; 헌법재판소 2019. 12. 27. 선고 2012헌마939 전원재판부 결정 참조.

한다.” 고 설명한다.⁶⁵³⁾ 이를 현 사안에 적용하여 보면 과거사 청산을 위해서는 다음의 점이 전제되어야 한다. 먼저 1945. 8. 15. 광복으로 폭력 및 폭력위협은 종식되었다. 반면 일본은 식민지배의 불법성을 인정치 않고 있다. 이에 과거사 청산의 시작은 일본의 폭력 인정, 즉 서방국들도 행한 일반적 행위가 아닌 식민지배국에 대한 불법행위임을 인정하고 더 나아가 피해자들을 향한 진정한 사죄와 반성이 필요하다. 2001년 남아프리카 공화국 더반에서 개최된 인종주의, 인종차별, 외국인 혐오 및 관련된 불관용에 반대하는 UN세계대회(이하 ‘더반협정’ 이라 한다.)에서도 ‘과거의 범죄와 불법행위들이 언제 어디서 발생한 것인지를 불문하고, 이를 기억하고, 명백하게 그 비극에 대한 책임을 묻고, 역사에 관한 진실을 말하는 것이 국제적인 관계의 치유와 정의, 평등, 그리고 연대에 기반한 사회를 만들기 위한 핵심적인 요소’ 라는 선언이 있었다.⁶⁵⁴⁾

다음으로 고려될 사항은 보다 합당한 배·보상을 위해 일제 강제징용 피해자들의 피해 양상, 다시 말해 명확한 피해 파악이 필요하다. 이 또한 일본의 협력이 필요하다. 일제 강제징용 사안은 이미 많은 시간이 경과되었고 우리나라의 경우에는 전쟁을 통해, 일본의 경우 고의적으로 은폐·폐기함으로써 많은 자료가 소실되었기 때문이다. 현재 우리나라는 ‘일제강점 하 강제동원 진실규명위원회’ 가 설립되어 그 피해 양상을 조사하고 있으나, 일본의 불인정 및 1965년 한일청구권협정으로 모든 게 끝났다는 입장에 따라 국내적으로 인정되고 있을 뿐이다. 이러한 점에서 피해자 개인이 그 피해를 증명하기란 매우 어렵다. 이러한 점에서 본 사안이 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해사안에서 피해자들은 상대적으로 국가 및 국가 일을 수행한 기관 또는 기업보다 지위가 약하므로 중간책임을 적용하여 가해국 및 가해기관이 면책책임을 증명하지 않는 이상 손해배상책임을 지는 것이 타당할 것이다.

나. 금전배상

합의를 통한 배상 문제 해결은 곧 금전배상으로 이어진다. 금전배상이란 말 그대로 피해자와 그 유족에게 금전으로 배상한다는 것이다. 외국에서도 불법을 저지른 기업 및 국가가 재단을 설립하거나, 협상을 통해 화해의 방법으로 금전을 지급하는 형태로 보인

653) Priscilla B. Hayner의 발언이다. 김영수, “해외사재를 통해서 본 한국의 과거사 정리”, 「제노사이드연구」 제6권, 한국제노사이드연구회, 2009.8., 69면.

654) 공두현, “강제동원 손해배상 판결: 역사적 부정의와 시정적 정의”, 「법철학연구」 제22권 제1호, 세창출판사, 2019, 365면.

다. 과거의 잘못에 대한 시정을 함에 있어 시정적 정의의 관점에서는 그 기준을 기본적으로 과거와 현재의 상태에 대한 가정적인 비교를 기초로 한다.⁶⁵⁵⁾ 설명하자면 차액설의 입장에서 피해가 없었을 경우의 상태로의 회복을 위해 과거의 잘못이 없었더라면 피해자가 얻을 수 있었을 이익과 잃지 않았을 이익을 가상적으로나마 합리적으로 산정하여 금전배상의 기준으로 삼아야 한다는 논리다.⁶⁵⁶⁾ 그러나 차액설은 비재산적 손해, 즉 피해자들의 정신적 고통을 전보하지 못한다는 점에서 자연적·규범적 손해설이 적절함은 앞서 살펴보았다.

배상액과 관련하여 대법원 판결에 따르면 원고 1인 당 1억 원 내외의 위자료가 지불되어야 하고, 지연금을 포함한다면 2억 원 가량 지급될 것으로 추정된다. 외국의 경우⁶⁵⁷⁾ 지급된 금액이 약 1,100만원에서 2,000만원 남짓임을 비교한다면 1인당 1억 원 내외는 이례적인 액수라 할 수 있다.⁶⁵⁸⁾ 금액 간의 차이가 큰 이유는 독일의 경우 기억책임미래기금을 통한 배상이 사법적 구제나 실질적 구제가 아닌 상징적 배상, 즉 실질적으로 배상을 할 법률적인 근거가 없음에도 불구하고 도의적인 책임을 진다는 차원에서 손해의 전보보다 배상을 하였다는 그 자체에 중점을 둔 것으로 보인다. 그러므로 한일 간의 배상안이 실질적인 손해의 전보를 위함인지, 상징적인 배상인지에 따라 배상액수를 고려하는 것이 타당하다고 생각된다. 현재 일본징용기업과의 소송에서 승소한 강제징용피해자들이 강제집행을 하는 과정에서 현금화 유예에 관하여 사죄하거나 강제징용 사실조차 인정하지 않는 한 강제집행을 강행하겠다는 입장을 고수하고 있음을⁶⁵⁹⁾ 고려한다면, 피해자들이 가장 바라는 것은 일본정부 및 일본징용기업의 범죄사실 인정과 그에 대한 사죄이므로 한일 간의 배상안 또한 상징적인 배상에 가까워질 가능성이 높은 것으로 보인

655) 공두현, “강제동원 손해배상 판결: 역사적 부정의와 시정적 정의”, 「법철학연구」 제22권 제1호, 세창출판사, 2019, 354면.

656) 공두현, “강제동원 손해배상 판결: 역사적 부정의와 시정적 정의”, 「법철학연구」 제22권 제1호, 세창출판사, 2019, 354면.

657) 독일 : 폴란드인 강제노동자 배상과 관련하여, ‘기억책임미래 기금’을 통해 피해자 970만 명 중 생존 피해자 150만 명에 한해 15,000마르크(약 1,100만원)를 지급하였다.

미국 : 감금하였던 일본계 미국 시민들에 20,000달러(약 2,000만원)를 지급하였다.

일본 : 대만인 출신 일본국 병사들에게 보상금 200만엔(약 2,000만원)을 지급하였다.

이원덕, “대결로 치달는 한일관계: 어떻게 풀 것인가?”, 「Jpi 정책포럼」 제4권, 제주평화연구원, 2019, 15면.

658) 이원덕, “대결로 치달는 한일관계: 어떻게 풀 것인가?”, 「Jpi 정책포럼」 제4권, 제주평화연구원, 2019, 15면에서는 다소 과다 책정된 것이라 본다.

659) 국민일보 2020년 11월 22일자.

다.

2. 현재 논의 중인 배상방식

가. 한국기업 + 일본기업 배상안

이 안은 ‘한·일 기업의 자발적 위자료 지급’ 방안으로 ‘1+1안’으로 표현되고 있으며 2019. 6. 19. 한국 정부가 일본정부에 제안하였다.

“소송당사자인 일본기업을 포함한 한일 양국 기업이 자발적 출연금으로 재원을 조성하여 확정판결 피해자들에게 위자료 해당액을 지급함으로써 당사자들 간의 화해가 이루어지는 것이 바람직하다는 의견이 제기된 바 있다. 우리 정부는 일본 측이 이러한 방안을 수용할 경우, 일본 정부가 요청한 바 있는 한일 청구권협정 제3조 1항 협의 절차의 수용을 검토할 용의가 있으며, 이러한 입장을 최근 일본 정부에 전달하였다.”⁶⁶⁰⁾는 것이 우리 정부 입장이다.

해당 안은 일본 정부가 거부하였고, 가해자인 일본 정부가 제외된 점과 범죄 사실 없는 한국 기업이 위자료를 제공해야 한다는 점에 비판을 면치 못하였다.⁶⁶¹⁾

나. 한국기업 + 일본기업 + 양국 국민성금안

1+1+ α 안이라 불리며 2019. 11. 5. 일본 도쿄 와세다대학교 특강에서 문희상 국회의장이 발표한 ‘한·일 양국 기업의 기부금과 자발적인 국민 성금 방식’이다.⁶⁶²⁾

앞선 한일 기업에 양국 국민의 성금을 합한 안으로서 ‘한국기업+일본기업+국민성금’으로 표현된다. 이 기금에 2015년 한일 위안부합의로 설립됐다가 해산된 화해·치유재단에 남은 자원 60억 원도 포함시키자는 것이 문희상 의장의 의견이다.

이 안은 앞선 1+1안을 개선한 것이나 1+1안과 같이 가해자인 일본 정부가 누락되고, 여전히 법적 책임 없는 한국 기업이 공존하며 ‘배상’에 국민성금은 타당치 않다는 점에

660) 외교부 강제징용 판결문제 우리 정부 입장 보도자료 2019년 6월 29일자.

661) 이러한 입장은 추후 살펴볼 1+1+ α 안의 비판 내용과 유사하며, 이를 백지화 해달라는 청원이 올라오기도 하였다.

662) 경향신문 2019년 11월 22일자.

비판을 받고 있다.⁶⁶³⁾ 이 안은 승소한 일제강제징용 피해자에게 기금에서 ‘위자료’가 지급될 경우 일본기업의 배상책임이 대신 변제되는 것으로 보고, ‘재판상 화해’가 성립된 것으로 간주하여 논란을 종결한다.

다. 한일정부 + 한일기업 + 양국 국민성금안

2010년 양국 법조계와 일부 정치권에서 주장된 안으로 일제강제징용 피해자들에 대한 보상과 지원을 위해 한일 양국 정부와 기업이 공동으로 기금을 만들자는 안이다. 2+2+ α 안이라고도 하며 + α 는 양국 국민성금을 뜻한다. 이는 앞선 안들의 비판을 수용하여 일본 정부를 포함시킨다는 데에 의의가 있으며, 독일이 연방정부와 6천개 이상의 기업이 출연한 ‘기억책임미래 재단’을 모델로 삼았다.⁶⁶⁴⁾ 이에 따라 2014년 이후 운영된 ‘일제 강제동원 피해자 지원재단’을 ‘기억인권재단’으로 격상하여 국외 강제징용, 일본군 위안부 등의 피해자와 유족에게 위자료와 위로금 지급 등의 사업을 포괄적으로 추진할 방침이다.

이 안에서 말하는 기금은 다음과 같다.

1. 일본 정부 및 기업의 신탁금
2. 한·일 정부 출연금 또는 기부금
3. 한·일 기업 출연금 또는 기부금
4. 한·일 개인의 일반 기부금
5. 한·일 이외 정부·국제기구·기업·단체·개인 등의 출연금 또는 기부금
6. 그 밖의 수입금

이미 앞서 배상 또는 지원을 받았거나 받고 있는 경우, 이중 지원은 불가하며, 다만 이 법에 따라 받을 수 있는 금액이 이전의 것보다 클 경우 그 차액은 지원받을 수 있다. 여전히 한국 정부와 기업 및 개인의 일반 기부금에 기대고 있다는 점에서 비판의 여지가

663) 특히 시민단체인 '근로정신대 할머니와 함께하는 시민모임'에서는 "마땅히 책임지고 사죄해야 할 가해자 일본 정부를 뺀 채 일본 전범기업, 한국기업, 양국 민간 기부금으로 해결한다는 것이 말이 되는가. 이는 피해자의 존엄과 명예를 존중하는 것이 아니라 피해자를 우롱하고 모욕하는 것"이라고 말했다. 프레시안 뉴스 2019년 11월 6일자.

664) 연합뉴스 2019년 11월 26일자.

있으나, 일본 정부와 기업에만 책임을 물을 경우 영영 받지 못할 가능성이 크므로 이제까지의 제안 중, 가장 현실성 있는 배상안이다.

라. 한일기업 + 한국정부 배상안

2019. 8. 자유한국당이 제안한 안으로 2+1 안으로 불린다. 이 안은 한일 양국기업(2)과 한국 정부(1)가 함께 해결하자는 것이 주요 골자다. 자유한국당은 이 안에 대해 “한일청구권 협정과 대법원 배상판결을 조화롭게 해결하는 아주 지혜로운 안”이라고 언급하였다.⁶⁶⁵⁾ 그러나 1965년 한일청구권 협정으로 일본이 모든 배상을 해결하였다는 입장이 전제되지 않는 이상 가해자인 일본을 제외하는 것은 어불성설이다.

마. 그 외의 논의

그 외의 논의로 보상방식으로 생활 지원금 형식이 아닌 일종의 피해 보상 방식을, 개별 보상보다는 집단 보상 중심, 일시적 보상보다는 교육, 의료 등 지속적 지원 장치를 마련하고 그 외에 기금을 마련하거나 민간 차원의 시민기금을 마련하는 것도 한 방법이라는 의견이 있다.⁶⁶⁶⁾ 다른 방편으로는 국제사법재판소 공동제소에 의한 해결 방안이 있다. 그러나 개인의 인권과 권리를 중시하는 국제법의 진화 양상을 고려할 때 반인도적 강제징용피해자의 권리가 국가 간 합의에 의해 완전히 소멸할 수 없다는 법리가 준용될 가능성이 높다는 전망⁶⁶⁷⁾에서 나온 입장이다. 그러나 이는 최종 결론이 내려질 때까지 최소 3-4년은 기다려야 하고, 일부패소 가능성을 배제할 수 없다.

3. 검토

배상안 및 배상 방안을 검토하는 데 앞서 주의해야 할 점은 용어의 혼동이다. 보상은

665) 경향신문 2019년 8월 7일자.

666) 김민철, “한일협정 문서 공개와 강제동원 피해자 보상 문제”, 「내일을 여는 역사」 제20호, 재단법인 내일을 여는 역사재단, 2005.6., 285면.

667) 이원덕, “대결로 치달는 한일관계: 어떻게 풀 것인가?”, 「Jpi 정책포럼」 제4권, 제주평화연구원, 2019, 12-13면.

적법한 행위를 하였음에도 불구하고 손해가 발생한 결과에 대하여 그 손해를 전보하는 반면, 배상은 불법행위로 인한 손해를 전보하는 개념으로서 보상과 배상은 엄연히 구별되어야 한다.

이에 대하여 일본은 일제강점기 당시의 식민지배와 이를 전제로 펼쳐진 정책 및 그로 인한 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 사안들을 적법한 것으로 보고 있으며, 이에 따라 배상의 의무가 없음을 밝힌다. 일제강제징용과 위안부 등 여러 사안에 있어서도 도의적으로 사과는 하되 배상은 못한다는 입장이다.⁶⁶⁸⁾ 이는 1965년 한일청구권협정에서 ‘배상금’이 아닌, ‘보상금’이라는 용어를 사용하였다는 점에서도 알 수 있다.

가. 일본정부의 책임

뉘른베르크재판과는 달리 도쿄재판에서는 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해, 예컨대 731부대나 군대 위안부, 강제연행, 강제징용 등에 관하여 천황을 면책하고 각 사안들에 대하여는 거론조차 되지 않았다.⁶⁶⁹⁾ 일본 정부와 군부는 전쟁책임을 회피하기 위해 증명자료가 될 수 있는 공문서와 범행 장소 및 피해자들을 철저히 폐기·사살하였다.⁶⁷⁰⁾

일본의 강제행위는 조선을 불법적으로 강점한 후 무력통치를 한 점, 전쟁시 조선인의 동원을 위해 각종 징용 및 동원 법을 제정하고 강요적인 행정조치를 실시⁶⁷¹⁾한 점은 전쟁과 무관한 조선인을 일본의 전시체제에 편입시켜 동원하기 위해 국가가 직접 개입한⁶⁷²⁾ 것이므로 이에 대한 책임을 회피할 수 없다. 구체적으로 일본은 일제강점 당시 군의 간접적인 위압을 통해 강압적인 지배를 해왔고, 강제동원에 있어 모집 광고를 할 때에 작업의 내용을 속였다는 점에서 사기행위를 행하였으며,⁶⁷³⁾ 1938년부터 시행된 모집

668) 동아일보 2019년 8월 18일자.

669) 이규수, “일본의 전쟁책임문제와 네오내셔널리즘”, 『아시아문화연구』 제29집, 가천대학교 아시아문화연구소 2013.3., 242면.

670) 신희석, “일본기업의 국제법적 책임”, 『서울국제법연구』 제18권 제1호, 서울국제법연구원, 2011, 150면.

671) 이를 통해 1938년부터 1945년 국가총동원체제기 사이에 조선민중의 생활은 파탄이 났고, 생계를 위해 조선인들은 일본에 도항하거나 경제적 요인으로 인하여 간접적으로 강제 연행 길을 떠나게 되었다. 서인원, “국제법으로 본 일제 강제동원 및 피해 보상 문제에 대한 고찰”, 『일본학보』 제121권, 한국일본학회, 2019, 192면.

672) 최철영, “강제동원 관련 한인(조선인)소송에 있어 개인배상청구권 연구”, 『동북아역사논총』 제19호, 동북아역사재단, 2008.3., 237면.

은 조선총독부의 말단 행정기구의 관리나 경찰 및 지역 유지들이 가담한 형태의 강제적인 인력동원이었던 점,⁶⁷⁴⁾ 징용 시 당시 조선인들의 행동을 모두 제한하였다는 점 등의 사실이 인정된다.⁶⁷⁵⁾ 또한 조선인 노동자 계약 기간은 2년이었으나 1942년 심각한 노동력 부족으로 인하여 노동자에게 강요하여 기간 연장을 실시하였고, 이에 대한 반발 및 분쟁으로 인하여 일본정부는 조선에 있는 가족을 일본으로 소환하는 정책을 실시하기도 하였다.⁶⁷⁶⁾ 이러한 일본의 범죄는 대규모의 가족이산⁶⁷⁷⁾, 중대한 인권침해, 사망, 부상, 행방불명, 미귀환, 유골방치, 임금·저축의 미지급 등의 손해를 발생시켰다.⁶⁷⁸⁾ 이로 인하여 일본 정부는 명백한 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해의 가해자임을 알 수 있다.

국제법 이론 상 앞서 살펴본 바와 같이 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 피해자들은 그 손해에 대하여 배상 받을 권리를 가진다. 이에 대하여 국제법상 불법행위 가해국은 손해를 완전하게 배상할 의무가 있으며, 국제형사재판소에 관한 로마규정 제75조와 고문방지협약 제14조, 국가책임법 초안 제31조와 제32조에서 가해국에 완전한 배상 의무가 있음을 인정하고, 해당 국가는 국내법을 이유로 배상 의무를 회피할 수 없다고 규정하고 있다.⁶⁷⁹⁾ 더불어 국제법위원회(International Law Commission. 이하 ‘ILC’ 라고 한다.)는 “심각한 국제인권법위반 및 중대한 국제인도법위반에 대한 구제 및 배상의 권

673) 이렇게 자행된 일본의 조선인 강제동원은 첫째, 납치라고 하는 폭력적인 동원(강제연행), 둘째, 감시와 압박하에서 감금하의 노동(강제노동), 셋째, 황민화의 강요, 차별적 처우, 학대(타민족 학대)라는 세가지의 특징을 가지고 있었다. 최철영, “강제동원 관련 한인(조선인)소송에 있어 개인배상청구권 연구”, 「동북아역사논총」 제19호, 동북아역사재단, 2008.3., 238면.

674) 서인원, “국제법으로 본 일제 강제동원 및 피해 보상 문제에 대한 고찰”, 「일본학보」 제121권, 한국일본학회, 2019, 192면.

675) 이렇게 자행된 일본의 조선인 강제동원은 첫째, 납치라고 하는 폭력적인 동원(강제연행), 둘째, 감시와 압박하에서 감금하의 노동(강제노동), 셋째, 황민화의 강요, 차별적 처우, 학대(타민족 학대)라는 세가지의 특징을 가지고 있었다. 최철영, “강제동원 관련 한인(조선인)소송에 있어 개인배상청구권 연구”, 「동북아역사논총」 제19호, 동북아역사재단, 2008.3., 238면.

676) 서인원, “국제법으로 본 일제 강제동원 및 피해 보상 문제에 대한 고찰”, 「일본학보」 제121권, 한국일본학회, 2019, 195면.

677) 조선인 노동자 통제기구인 ‘중앙협화회’를 내세워 ‘치안대책’을 마련한 일제는 국민징용령에 근거하여 후생성·내무성·총독부가 협의하여 조선인 노무자 내지이주(内地移住)에 관한 건을 제정했다. 송규진, “일제하 조선인 강제노동동원과 손해배상청구소송”, 「아시아문화연구」 제46권, 가천대학교 아시아문화연구소, 2018.4., 78면.

678) 최철영, “강제동원 관련 한인(조선인)소송에 있어 개인배상청구권 연구”, 「동북아역사논총」 제19호, 동북아역사재단, 2008.3., 238면.

679) 이재승, “집단살해에서의 소멸시효와 신의칙”, 「민주법학」 제53권, 도서출판 관악사, 2013, 184면.

리에 관한 기본원칙과 지침⁶⁸⁰⁾”을 채택하고,⁶⁸¹⁾ 2019. 5. 24. 회의에서 실무반의 권고에 따라 ‘심각한 국제인권법위반 및 중대한 국제인도법위반으로 인한 개인배상’⁶⁸²⁾에 대한 주제를 ILC의 장기적인 과제로 포함할 것을 제안하였다.⁶⁸³⁾ 이에 따르면 일본은 일제강제징용피해자들에게 완전한 배상의무가 있으며, 국내법을 이유로 배상의무를 회피할 수 없다.

일제강제징용피해자들의 손해배상청구사안에 있어 피고 일본징용기업의 강제징용은 국민징용령에 의한 것으로, 이는 일본의 전쟁 수반 정책의 일환인 국가총동원법 제4조에 의거한 칙령이다. 이에 일본을 상대로 피해자들이 손해배상을 청구할 수 있는지 여부에 대하여 생각해 볼 수 있다. 이와 관련하여서는 두 가지 쟁점이 있다. 하나는 일본의 헌법과 국가배상법에 따른 국가배상청구권이 인정되는 지 여부이고, 또 다른 하나는 일본이 대한민국 법원에 제소될 수 있는가의 문제이다.

전자의 경우 세계 제2차 대전 이전까지 일본은 국가무책임의 원칙을 내세워 국가 공권력의 행사로 인한 불법행위에 대한 손해배상책임을 인정하지 않았다. 이러한 입장은 1947년 일본 국가배상법이 시행되기 이전까지 통용되어 왔다. 일본의 국가배상법은 제1조에서 국가와 공공단체의 공권력 행사에 의한 손해배상책임을 인정하고, 제2조에서 공권력 행사의 정의를 명시하고 있다. 이에 따르면, 공권력 행사란, 국가 또는 공공단체의 행위 중 순수한 사경제작용과 국가배상법 제2조에 의해 구제되는 영조물의 설치 또는 관리 작용을 제외한 모든 작용을 의미하며, 이러한 공권력 행사에는 부작위, 행정지도가 포함되고, 입법권, 사법권이 예외적으로 포함될 여지가 있다. 이러한 점에서 일제강제징용피해자들이 일본을 상대로 손해배상청구의 소를 제기할 수 있으나 동법 부칙 6항은 동법 시행 전의 행위로 인한 손해에 대하여는 종전의 예에 따른다고 규정하고 있다. 즉, 1947년 이전에 있었던 국가의 공권력 행사로 인한 손해에 대하여는 국가의 손해배상책임을 인정되지 않는 것이다. 이에 따르면 세계 제2차 대전 기간 중 일본 정부의 공권력의 행사로 인하여 발생한 피해에 대하여 일본 정부는 책임을 면하게 된다.⁶⁸⁴⁾ 그러나 국제

680) Basic Principles and Guidelines on the Rights to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law.

681) A/RES/60/147, 16 December 2005.

682) reparation to individuals for gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law.

683) Report of the ILC, A/74/10, chap.XI, sect. D, annex B; 오승진, “국제인권법 또는 국제인도법의 중대한 위반과 개인배상”, 『법학논총』 제44권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2020.3., 7면.

법 상 국내법을 적용하여 책임을 회피하는 것은 받아들여질 수 없으므로, 일본의 책임은 면책될 수 없다. 이에 관하여 나고야재판소는 2007년의 군 위안부 피해자들이 일본 정부를 상대로 제기한 소송에서 1932. 10. 15. 일본이 이미 강제노동 조약에 비준한 점, 위안부에 대한 권유행위와 이들의 노동 및 생활은 국가의 감독 아래 행해진 강제연행, 강제노동이라고 인정되는 점, 이는 개인의 존엄을 부정하고 정의와 공평에 반하므로 행위 당시의 법령과 공서 아래에서도 허용되지 않는 위법한 행위로서 일본 정부에 손해배상책임이 인정된다고 판단하였다.⁶⁸⁵⁾ 당해 사안의 피해자들은 1965년 한일청구권으로 개인 배상청구권이 소멸되었다는 판단 하에 기각되었으나, 일본의 국가배상책임을 인정받았다는 점에서 의의가 있다.

앞서 살펴본 바와 같이 1965년 한일청구권으로 인하여 소멸된 권리에는 일제강제징용 피해자들의 개인배상청구권이 포함되어 있지 않으므로, 일본은 일제강제징용피해자들에게 국가배상을 지급하여야 한다.

다음으로 일본에서 패소한 피해자들이나 그 외 아직 소송을 제기하지 않은 피해자들이 대한민국 법원에 소송을 제기 할 때에 대한민국 법원에 주권을 가진 국가 일본이 제소될 수 있는지의 여부다. 이는 주권문제와 관련된 사안이다.

국제법상 국가는 타국의 재판관할권 및 재판권으로부터 면제된다. 이에 대하여 국가는 타국의 모든 관할권에서 제외된다는 절대 면제주의와 국가의 활동을 권력행위와 직무행위로 나누어 권력행위에 대해서는 제외된다고 보는 제한 면제주의로 학설이 나뉘어 있다. 국제관습법과 관행은 절대 면제주의를 따르고 있으나, 여러 국가들에서는 제한 면제주의를 채택하고 있다.⁶⁸⁶⁾ 이와 관련하여 대표적인 사안은 세계 제2차 세계대전 당시 나치에 의한 강제노동과 관련된 이탈리아와 독일 간의 일명 ‘페리니 사건’ 과 공무 중이던 미국의 차량과 오스트리아 주민 간의 교통사고로 인한 사안인 ‘Collision v. Foreign Government Owned Motor Car’ 판례⁶⁸⁷⁾다.

684) 오승진, “일본군 ‘위안부’ 피해자 손해배상소송에 관한 연구-해외 법원의 판결을 중심으로-”, 『법학논총』 제42권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2018, 136-137면.

685) 名古屋高等裁判所 平成19年5月31日 平成17(ネ)374等.

686) 류병운, 『국제법』 제4판, 형설출판사, 2019, 249면.

687) 오스트리아 주재 미국대사관 소속의 차량이 대사관우편물을 수송하기 위해 도로를 주행하던 중 개인승용차와 충돌하여 미국정부가 피해자로부터 제소 당한 사안이다. 오스트리아 법원은 "피고 미국이 차량을 공공도로에서 운행함으로써 사인이 움직이는 영역 속에서 움직이고 있었으므로, 당사자들은 평등의 기초 위에서 서로 마주친 것이므로, 그 어떤 우위와 종속도 없다."는 이유로 미국의 면제를 부정하였다. 김대순, 『국제법론』, 삼영사, 2013, 541면.

페리니는 세계 제2차 대전 기간 중에 독일로 끌려가 군수공장에서 강제노동에 시달린 피해자로서 1998년경 가해자인 독일 정부를 상대로 이탈리아 법원에 손해배상소송을 제기하였다. 이에 이탈리아 대법원은 2004년경 국제범죄에 해당하는 행위에 대하여는 주권면제가 적용되지 않는다는 이유로 이탈리아 법원이 관할권을 가진다고 판시하였다.⁶⁸⁸⁾ 당해 판결로 인하여 독일은 이탈리아를 상대로 ICJ에 제소하였고 ICJ는 독일은 주권을 가진 국가로서 이탈리아의 법원의 재판관할권으로부터 면제된다고 판단하였다. 이는 국제관습이 절대 면제주의를 고수하고 있음을 보여주는 사안이다.

이와 관련하여 원칙적으로 일본 법원은 개인의 국제법 주체성을 인정하지 않는다. 일본 법원은 국제조약상 개인이 국가에 대한 개인의 청구권을 인정받기 위해서는 조약에 그 취지가 규정되어 있어야 한다는 입장이다.⁶⁸⁹⁾ 즉 국가가 국제법을 위반하여 외국인에게 피해를 입힌 경우에도 가해국에 대하여 책임을 추궁할 주체는 개인이 아니라 그 개인의 본국이 된다는 것이다.⁶⁹⁰⁾ 이러한 판단은 일본의 법원이 국제법에 대한 전통적인 이해에 기초하고 있음을 알 수 있다. 그러나 이탈리아의 법원의 판단과 같이 국제강행규범 위반 범죄에 대하여는 주권면책이 인정되지 않는 바, 일제강제징용은 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 사안으로서 일본에 대한 대한민국 법원의 재판관할권이 인정된다고 보는 것이 타당하다.

여기서 한 가지 주의하여야 할 점은 ICJ에서 판단한 쟁점은 ‘외국 법원의 재판관할권에 대한 주권면제’ 일 뿐, 개인배상청구권에 관하여는 판단치 않았다는 점이다. 이에 페리니 사건을 참조하며 “일괄처리협정은 국가가 개인의 청구권 등을 포함한 보상 문제를 일괄 타결하는 방식이므로, 그 당연한 전제로 일괄처리협정에 의하여 국가가 상대국으로부터 보상이나 배상을 받았다면 그에 따라 자국민 개인의 청구권은 소멸되는 것으로 처리되고, 이때 그 자금이 실제로 피해국민에 대한 보상 용도로 사용되지 아니하였다고 하더라도 마찬가지이다.” 는 의견을 설시한 대상판결의 소수의견은 대단히 잘못된 판단을 내린 것이다.

나. 일본기업의 책임

688) Jurisdictional Immunities of the State, Germany v. Italy: Greece intervening.

689) 오승진, “일본군 ‘위안부’ 피해자 손해배상소송에 관한 연구-해외 법원의 판결을 중심으로-”, 「법학논총」 제42권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2018, 132면.

690) 오승진, “일본군 ‘위안부’ 피해자 손해배상소송에 관한 연구-해외 법원의 판결을 중심으로-”, 「법학논총」 제42권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2018, 133면.

조선인 강제징용은 강제연행 단계에서부터 일본정부와 기업이 공동으로 진행한 사업으로, 1939년 9월부터 1942년 2월까지 실시된 모집 방식과 1942년 “조선인 노무자 활용에 관한 건”에 따라 조선총독부에서 제정한 “선인 내지이입 알선요강”에 의거하여 관알선의 형식으로 실시되었다.⁶⁹¹⁾ 1941년 8월 일본정부는 국가총동원법에 따라 ‘중요산업단체령’을 제정·공포하여 철강, 조선, 기계, 탄광, 광산 등 12개 업계를 통제하는 통제회를 설치하였다.⁶⁹²⁾ 통제회는 해당 업계에 대한 인적·물적 자원의 우선투입과 이익 보장을 요구하는 기업통합체로서 관련계획을 주체적으로 기획·입안·수행하는 기구였다.⁶⁹³⁾ 군수회사로 지정된 기업에 영리성보다 공적인 성격을 우선하는 것을 강요하였다.⁶⁹⁴⁾ 이는 일본기업의 국가성을 명확히 한 것으로 공적인 차원에서 추진된 전시노무관리라 할 수 있으며, 일본기업이 전쟁을 자본축적의 수단으로 활용하면서 일본정부와 함께 일제강제징용에 관하여 적극적으로 개입하였다는 사실을 보여주는 것이다.⁶⁹⁵⁾ 이에 따라 일본기업은 일본정부와 함께 조선인 강제연행, 강제노동, 민족차별, 전후 책임에 대하여 책임을 져야 한다.⁶⁹⁶⁾

강제징용의 주체였던 각 기업들의 구체적인 범행은 다음과 같다. 일본 기업은 조선인과 일본인을 격리하여 별도의 노무관리를 하였는데, 강제징용 현장에서 식사, 위험한 작업, 장시간의 노동, 적은 임금 등의 차별적 대우로 인하여 조선인들의 사망률이 월등히 높았고 도주자가 속출하였다는 사정에서 이러한 강제성과 차별성이 증명된다.⁶⁹⁷⁾ 또한

691) 신희석, “일본기업의 국제법적 책임”, 「서울국제법연구」 제18권 제1호, 서울국제법연구원, 2011, 147면; 조선인 ‘강제노역동원’은 일본정부가 기업과 함께 주도하고 조선총독부가 실행기구가 되어 실시한 야만적 범죄행위라고도 할 수 있다. 송규진, “일제하 조선인 강제노역동원과 손해배상청구소송”, 「아시아문화연구」 제46권, 가천대학교 아시아문화연구소, 2018.4., 78면.

692) 서인원, “국제법으로 본 일제 강제동원 및 피해 보상 문제에 대한 고찰”, 「일본학보」 제121권, 한국일본학회, 2019, 195면.

693) 정태현·기광서, “일제의 반인륜적 조선인 강제노무동원과 임금 탈취”, 「역사와 현실」 제50권, 한국역사연구회, 2013.12., 409면.

694) 서인원, “국제법으로 본 일제 강제동원 및 피해 보상 문제에 대한 고찰”, 「일본학보」 제121권, 한국일본학회, 2019, 195면.

695) 정태현·기광서, “일제의 반인륜적 조선인 강제노무동원과 임금 탈취”, 「역사와 현실」 제50권, 한국역사연구회, 2013.12., 409-410면; 서인원, “국제법으로 본 일제 강제동원 및 피해 보상 문제에 대한 고찰”, 「일본학보」 제121권, 한국일본학회, 2019, 195면.

696) 서인원, “국제법으로 본 일제 강제동원 및 피해 보상 문제에 대한 고찰”, 「일본학보」 제121권, 한국일본학회, 2019, 195면.

697) 서인원, “국제법으로 본 일제 강제동원 및 피해 보상 문제에 대한 고찰”, 「일본학보」 제121권, 한국

조선인들은 개인에 의한 개별계약보다는 집단관리나 부대편성으로 행동을 개인 통제하는 경우가 많았고, 대상판결에서 인정된 사실관계와 같이 개개인의 자유는 인정되지 않았으며 열악한 숙소생활도 집단 관리되어 개개인의 행동마저 규제되었다.⁶⁹⁸⁾ 태평양전쟁의 말기에는 도항비용과 식비가 조선인 노무자 월급에서 제외되는 등 조선인의 노동력이 착취되었고, 일본인 노동자에 비하여 임금, 작업 종류, 징벌 등의 민족적인 차별과 학대를 받았다.⁶⁹⁹⁾ 제외된 노무자 월급은 공제되어 일본정부가 전쟁비용으로 총당하거나 일본기업의 자금회전으로 유용되었다.⁷⁰⁰⁾

이러한 사정은 일본기업이 전쟁 중 노동력을 강제로 동원하였다는 범죄행위로서 국제법 ‘전쟁범죄 및 인도에 반한 죄’에 해당하고, 일본정부와 같이 1907년 헤이그협약 IV 및 1929년 전쟁포로에 관한 제네바협약을 위반한 범죄이다.⁷⁰¹⁾ 또한 강제징용은 국제인권법적으로 ILO 제29호 협약인 강제노동협약 위반으로서⁷⁰²⁾ 당해 범죄들은 피해자들의 국적에 제약 요건이 없어 한국의 강제징용 피해자들에게도 적용이 가능하므로 일본징용기업은 피해자들에 대하여 개인배상을 실시해야 할 책임의무가 인정된다.

다. 한국정부의 책임

한국정부의 책임과 관련하여서는 한일청구권협정으로 인해 일본에서 지급받은 보상금으로 인해 피해자들이 적절한 보상을 받을 수 있었는지,⁷⁰³⁾ 그렇지 않았다면 그에 관한

일본학회, 2019, 192-193면.

698) 특히 조선인 노역자의 거주 지역을 외딴 곳에 두거나 작업장과 야외에서 문을 잠그게 되어 있는 함바를 에워싸고 그 주위에 철조망을 둘러놓고 정문에 감시소를 설치하는 등 조선인들을 감금상태에 두었다. 송규진, “일제하 조선인 강제노역동원과 손해배상청구소송”, 『아시아문화연구』 제46권, 가천대학교 아시아문화연구소, 2018.4., 81면; 서인원, “국제법으로 본 일제 강제동원 및 피해 보상 문제에 대한 고찰”, 『일본학보』 제121권, 한국일본학회, 2019, 194면.

699) 여기서 임금은 매월 저축 및 가족송금을 이유로 일부만 현금으로 지급받았으나 일본인에 비교하였을 때 극히 적었고 가족에게 제대로 송금되지 않은 경우도 많았다. 서인원, “국제법으로 본 일제 강제동원 및 피해 보상 문제에 대한 고찰”, 『일본학보』 제121권, 한국일본학회, 2019, 194면.

700) 정태현·기광서, “일제의 반인륜적 조선인 강제노무동원과 임금 탈취”, 『역사와 현실』 제50권, 한국역사연구회, 2013. 12., 415-416면.

701) 해당 법규 및 협약들에 관하여는 앞서 살펴본 바와 같다. 신희석, “일본기업의 국제법적 책임”, 『서울국제법연구』 제18권 제1호, 서울국제법연구원, 2011, 167면.

702) 특히 군함도, 사도 광산, 아시오 광산 등으로 끌려간 일제강제징용피해자들에 대해서는 강제근로는 광산의 갱내근로를 위하여 사용되어서는 안 된다고 규정하고 있는 ILO 협약 제29호 협약 제21조를 위반한 것이다.

책임을 물을 수 있는지에 대한 문제가 제기될 수 있다. 일제강제징용피해자들이 공개를 요구하는 사항은 1976년 경제기획원 백서에 기록된 청구권 자금 사용처에서 정부가 받은 것이 아니라는 이유로 공개를 거부한 총8억 달러의 유·무상 자금 가운데 민간차원에서 지원한 상업차관 3억 달러의 사용처다. 이 백서에 의하면 포항제철 건설 프로젝트에 무상 3억 달러 중 3080만 달러, 유상 2억 달러 중 8868만 달러 등 총 1억 1948만 달러가 투자되었고, 경부고속도로 건설 사업은 물론 소양강댐 건설비용 2161만 3000달러 전액이 한일청구권협정자금으로 총당되었다.⁷⁰⁴⁾

이와 관련하여 경제기획원에서 공개한 자료에 따르면 유·무상 자금 5억 원의 사용처는 다음과 같다.

한일청구권 유상 2억달러 사용 현황

부처·기관	사업	금액	비율
포항제철	포항종합제철건설	8868만	44.3
건설부	소양강다목적댐 건설 등	4122만	20.6
중소기업은행	중소기업 육성	2223만	11.1
철도청	철도시설 개량 등	2116만	10.6
교통부	해운진흥사업	817만	4.1
내무부	경부고속도로 건설 등	724만	3.6
체신부	시외전화 시설 확충	419만	2.1
대한건설공사	준설사업	329만	1.6

무상 3억달러 사용 현황

(단위: 달러, %)

부처·기관	사업	금액	비율
외환은행	원자재 도입	1억3282만	44.2
농수산부	농업용수 개발 등	3084만	10.3
포항종합제철	포철공장 건설	3080만	10.2
수산청	어선 도입 등	2717만	9.1
교통부	해양실습선 건조 등	1347만	4.5
과학기술처	기상예보시설 등	638만	2.1
한국전력	송배전시설	366만	1.2
농촌진흥청	농촌지도 및 농공이용	320만	1.1

자료: 경제기획원, '청구권자금 백서'(1976)

[표4 - 한일청구권협정자금의 사용 현황⁷⁰⁵⁾]

703) 한일청구권협정자금과 관련하여 대일 과거사 소송에 앞장서 온 최봉대 변호사는 “사실 진즉 일제 피해자들에게 돌려줘야 할 돈이었다. 국가가 지금까지 피해자들에게 최소한의 동의도 묻지 않고 경제건설이란 명목으로 포항제철을 설립하고, 경부고속도로를 놓는 데 일방적으로 썼던 것 아닌가. 심하게 말하면 유족들의 부조금까지 국가에서 가로챈 꼴이다. 일제 피해자들은 백 번 양보해서 그로 인해 나라가 그만큼 성장한 기쁨을 마련했다면 모두 이해할 수 있다는 것이다. 그런데 또 다시 더 희생해야 하나? 일본에서 돈 찾아오지 못한다면 현재가치로 환산해 달라는 정당한 요구가 심한 것인가. 일제 피해자들을 놓고 다시 혈세 운운하는 것은 또 한 번 가슴에 못을 박는 일이다.” 고 인터뷰하였다. 오마이뉴스 2009년 8월 27일자.

704) 미래한국 Weekly 2016년 6월 28일자.

이는 ‘청구권자금의 운용 및 관리에 관한 법률’에 의한 것으로 해당 법의 목적은 “이 법은 대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정에 의하여 수입되는 자금을 사용함에 있어서 국민경제의 자주적이고 균형 있는 발전에 기여할 수 있도록 효율적으로 운용·관리 또는 도입하기 위하여 필요한 사항을 규정”한 것으로서 제4조에서는 자금 사용기준을 “① 무상자금은 농업·임업 및 수산업의 진흥·원자재 및 용역의 도입 기타 이에 준하는 것으로서 경제발전에 이바지하는 사업을 위하여 ② 차관자금은 중소기업·광업과 기간산업 및 사회간접자본을 확충하는 사업을 위하여 ③ 원화자금은 전2항에 규정한 사업의 지원 또는 청구권자금관리위원회가 정하는 바에 따라 사용한다.”고 규정하고 있다. 제5조에서는 민간인의 대일청구권 보상에 관하여 규정하나 민간청구권의 보상에 관한 기준·종류·한도 등의 결정에 필요한 사항은 따로 법률을 정하도록 명시하였다. 이는 앞서 살펴 본 대일 민간 청구권 신고에 관한 법률이며, 보상 대상을 일제강제징용피해자 모두가 아닌 일본국에 의하여 군인·군속 또는 노무자로 소집 또는 징용되어 1945. 8. 15. 이전에 사망한 자에 한하였다. 이후 태평양전쟁 전후 국외 강제동원희생자 등 지원에 관한 법률과 같이 지원 법률을 제정하여 강제징용피해자들에게 위로금을 지급하였으나 이는 배상의 성격을 지니지 않았다. 그러나 일제강점기 당시 한국 정부는 대한민국임시정부로서 활동하고 있었고 직접적으로 일본 정부와 함께 반인도적 범죄에 관여한 바가 없는 점, 한일청구권협정의 명목이 배상이 아닌 채권채무관계의 청산임에 따라 한일청구권협정자금은 경제협력 또는 원조의 명목으로 일본에서 지급된 것으로 법리적으로는 애당초 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해의 피해자들의 손해배상금은 지급될 몫이 없었다는 점, 현재 논의되고 있는 배상안은 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해의 피해자들의 손해배상안인 점을 고려한다면, 이상의 사정만으로는 우리 정부가 배상주체에 해당한다고 볼 수 없다.

다만 2005. 8. 민관공동위원회의 공식 견해가 있기 전까지 한일청구권협정으로 피해자 개인배상청구권이 소멸되었다고 해석해 온 우리 정부가 앞서 살펴 본 일제강제징용피해자들의 지원을 위한 법률들에서 보상대상을 사망자에 한하였거나 배상금이 아닌 위로금만을 지급해왔다. 해당 법률들의 흠결은 우리 정부의 부진정입법부작위로서 위헌의 소지가 있었다고 할 것인데 이에 대한 피해자의 헌법소원이 청구기간 내에 청구되지 않았다는 사유로 청구가 기각되었고,⁷⁰⁵⁾ 청구가 기각되었다고 하여 위헌의 소지가 소멸된

705) 미래한국 Weekly 2018년 11월 20일자.

706) 헌법재판소 1996. 11. 28. 선고 95헌마161 결정 : 청구인은 1943. 3. 20. 일본군에 강제징집되어 복무중 1944. 12. 12. 미얀마전투에서 부상당하여 오른쪽 팔을 절단당한 징용부상자이다. 그런데 피청

것은 아님에도 불구하고 그에 따른 적절한 조치를 하지 않았다는 점에 대해서는 책임이 있다 할 것이다. 그러나 이러한 책임은 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해로 인함이 아니므로 이러한 사정만으로 우리 정부를 배상안의 배상주체로 인정하는 것은 과하다고 생각된다.

한편 여러 차례 협정의 해석 및 실시에 관한 양 체약국간의 분쟁은 우선 외교상의 경로를 통하여 해결한다는 한일청구권협정 제3조 1항에 따라 우리 정부는 동 협정 제2조에서 명시된 ‘모든 청구권이 완전히 소멸되었다.’ 는 문언의 해석과 관련하여 일본 정부와 외교상 경로를 통하여 해결할 의무가 있다. 헌법재판소는 이러한 의무가 헌법의 전문에 계승된 정신에서 비롯된 것이며 “국가가 국민의 안전과 생명을 보호하여야 할 가장 기본적인 의무를 수행하지 못한 일제강점기에 징병과 징용으로 일제에 의해 강제이주 당하여 전쟁수행의 도구로 활용되다가 원폭피해를 당한 상태에서 장기간 방치됨으로써 심각하게 훼손된 청구인들의 인간으로서의 존엄과 가치를 회복시켜야 할 의무는 대한민국 임시정부의 법통을 계승한 지금의 정부가 국민에 대하여 부담하는 가장 근본적인 보호의무”에 속한다고 판단하였다.⁷⁰⁷⁾ 이어 제3조의 규정 또한 “일본국에 의해 자행된 일련의 불법행위에 의하여 인간의 존엄과 가치를 심각하게 훼손당한 자국민들이 배상청구권

구인은 대한민국과 일본국간에 체결된 대한민국과 일본국간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제 협력에 관한 협정으로 인하여 청구인과 같은 징용부상자에 대한 청구권 보상입법을 할 의무가 생겼음에도 불구하고 입법을 하지 아니하여 청구인의 재산권 등 기본권을 침해하였다고 주장하면서 1998. 11. 5. 이 사건 입법부작위 위헌확인 신청을 하였다. 헌법재판소는 “이 사건 심판대상인 입법부작위는 헌법소원의 대상이 될 수 있는 진정한 의미에서의 입법부작위가 아니고 이른바 “부진정입법부작위” 임이 분명하다. 따라서 청구인로서는 “헌법재판소법 제69조 제1항이 정한 청구기간내에” 청구권 신고법 등 보상관계법률의 관계규정과 각 그 폐지법률을 대상으로 하여 그것이 헌법위반이라는 적극적인 헌법소원을 제기하여야 할 것이고, 한편 청구인이 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 분명하다.”는 사유로 청구를 기각하였다. 이후 동일한 청구인이 동일한 청구이유로 1998. 11. 5. 에 다시 헌법소원 심판을 청구하였으나 헌법재판소는헌법재판소 1998. 12. 1. 선고 98헌마393 전원재판부 결정을 통하여 “헌법재판소의 결정에 대하여는 원칙적으로 불복신청이 허용될 수 없다는 것이 확립된 판례이고, 이미 심판을 거친 동일한 사건에 대하여는 다시 심판할 수 없으므로 결국 이 사건 심판청구는 부적법하다.”며 청구를 기각하였다.

707) 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2008헌마648 전원재판부 결정 : 청구인들이 일본국 및 일본기업에 대하여 가지는 원폭피해자로서의 배상청구권이 이 사건 협정 제2조 제1항에 의하여 소멸되었는지 여부에 관하여, 일본국은 위 청구권이 위 규정에 의하여 모두 소멸되었다고 주장하며 청구인들에 대한 배상을 거부하고 있고, 대한민국 정부는 청구인들의 위 청구권은 이 사건 협정에 의하여 해결된 것이 아니라는 입장이어서, 한·일 양국 간에 이에 관한 해석상 분쟁이 존재하므로, 피청구인으로서 이 사건 협정 제3조가 정한 절차에 따라 위와 같은 해석상 분쟁을 해결하기 위한 조치를 취할 의무가 있는데도 이를 전혀 이행하지 않고 있다고 주장하면서, 2008. 10. 29. 이러한 피청구인의 부작위가 청구인들의 기본권을 침해하여 위헌이라는 확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

을 실현할 수 있도록 협력하고 보호하여야 할 헌법적 요청에 의한 것으로서, 그 의무의 이행이 없으면 청구인들의 기본권이 중대하게 침해될 가능성이 있으므로, 피청구인의 작위의무는 헌법에서 유래하는 작위의무로서 그것이 법령에 구체적으로 규정되어 있는 경우” 임에 따라 우리 정부의 작위의무가 인정된다고 보았다.⁷⁰⁸⁾ 그럼에도 불구하고 대 상판결이 선고되기까지 이를 해결하지 않은 우리 정부의 부작위는 위헌⁷⁰⁹⁾이고 이에 따 라 우리 정부의 부작위로 인한 국가배상청구권을 행사할 수 있으나, 반인도적 범죄의 가 해자라고 볼 수 없으므로 배상주체가 된다고 보는 것은 타당치 않다.

라. 한국기업의 책임

1910. 12. 28. 조선에서 회사를 설립할 때에는 조선총독부의 허가를 받아야 한다는 ‘회사령’을 공포하고, 1937년 태평양 전쟁을 일으킨 이후 전쟁 물자가 부족해지자 일본은 1944. 3. 13. ‘군수생산책임제실시요강’과 1944. 10. 28. ‘군수회사법’을 시행 하였다. 이는 앞선 1938. 5. 3.에 시행된 ‘공장사업장관리령’에 따라 총독부가 지정한 군수업체만을 직접적인 국가통제 대상으로 파악하였던 것을 확장하여 민간산업까지 국 가통제 하에 두겠다는 정책이었다.⁷¹⁰⁾ 이를 통해 주요한 민간회사를 전면적으로 국책 (군수)회사로 전환하여 국가의 직접적인 지배를 관철함으로써⁷¹¹⁾ 인력·물자·자금을 전면적으로 동원하려는 것이 그 목적이었다.⁷¹²⁾ 당시 조선 내의 기업 중 약 76%가 일본 기업이었으며 자본금은 83.1%를 차지하였다.⁷¹³⁾ 1920년 일본이 일본자본의 조선 내 진 입 편의를 위하여 허가주의인 회사령을 폐지하고 회사설립을 신고제로 바꾸는 과정에서 다수의 조선인의 자본회사가 설립되었고, 그 수는 전체의 18.2%, 자본금액 비율에 있어

708) 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2008헌마648 전원재판부 결정.

709) 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2008헌마648 전원재판부 결정.

710) 김인호, “일제 말 조선에서의 「군수회사법」 실시에 관한 연구”, 「한국근대사연구」 제9집, 한국근현 대사학회, 1998. 12., 257면.

711) 김인호, “일제 말 조선에서의 「군수회사법」 실시에 관한 연구”, 「한국근대사연구」 제9집, 한국근현 대사학회, 1998. 12., 259면; 이를 ‘식민지판 구조조정 과정’이라 하기도 한다. 김인호, “식민지 공업 화 문제의 연구사”, 「인문학논총」 제4집, 경성대학교 인문과학연구소, 2001, 13면.

712) 신장철, “개항 후 식민지 시대의 한국 상사회사에 대한 연구”, 「경영사학」 제21권 제1호, 한국경영 사학회, 2006, 126면.

713) 신장철, “개항 후 식민지 시대의 한국 상사회사에 대한 연구”, 「경영사학」 제21권 제1호, 한국경영 사학회, 2006, 123면.

서는 10.5%를 차지하였다.⁷¹⁴⁾ 당시의 기업인은 크게 친일형, 매판형, 민족형 등으로 나누어진다.⁷¹⁵⁾

민족형 기업인들은 학교설립과 장학금 지급과 같은 육영사업에 참여하거나 독립자금 공급을 통해 독립운동에 재산을 희사(喜捨)⁷¹⁶⁾하여 본격적인 산업자본 전환을 하지 못한 채 몰락하는 경우가 대다수였다. 반면 친일형 혹은 매판형 기업인들은 일본의 비호 속에서 상업자본을 산업자본으로 쉽게 전환하였고⁷¹⁷⁾ 그들의 친일행적은 친일인명사전⁷¹⁸⁾에 기록되어 있다. 이러한 사정에 의하면 친일형 기업가로서 그 행적이 확실한 자들에 대하여는 배상주체의 책임을 묻는 것이 타당하다. 조선인을 강제근로 시킨 기업가들과 강제징용 및 위안부 모집 등에 앞장 선 기업가들에게는 일본의 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해에 가담한 사실이 인정되기 때문이다. 친일형 혹은 매판형 기업가들이 고인이 된 현재에도 아직 배상을 하지 않았고 그 후손들이 상속을 받은 경우 이에 대한 배상책임도 상속이 되었다고 보아야 하므로 친일형 혹은 매판형 기업가들 또한 배상주체로 보는 것이 타당하다.

마. 한국과 일본의 기부금

앞서 살펴 본 배상안들에서는 ‘+α’ 라 하여 자발적인 국민 성금 방식을 도입하고자 하였다. 그러나 일반국민들이 배상주체로서 포함되어야 하는 법적인 근거는 존재하지 않는다. 또한 ‘성금’ 과 ‘기부’ 는 이미 국내에 ‘후원’ 의 형태로 이루어지고 있다. 대표적인 재단은 ‘일제강제동원피해자지원재단’ , ‘나눔의 집’ , ‘정의기억연대’ 등이 있으며 일제강제동원피해자지원재단은 “일제강제동원 피해·희생자 및 그 유족 등에 대

714) 신장철, “개항 후 식민지 시대의 한국 상사회사에 대한 연구” , 「경영사학」 제21권 제1호, 한국경영사학회, 2006, 123면.

715) 이상민, “한국 CSR의 역사” , 「시민사회와 NGO」 , 제14권 제1호, 한양대학교 출판부, 2016, 104면.

716) 대표적인 기업가는 이승훈, 안희제, 김원근 형제, 유일환 등이 있다. 이상민, “한국 CSR의 역사” , 「시민사회와 NGO」 , 제14권 제1호, 한양대학교 출판부, 2016, 106면.

717) 이상민, “한국 CSR의 역사” , 「시민사회와 NGO」 , 제14권 제1호, 한양대학교 출판부, 2016, 107면.

718) 친일인명사전 : 민족문제연구소와 친일인명사전 편찬위원회가 1999년 8월 ‘친일인명사전 편찬지지 전국 교수 일만인 선언’ 발표 이후, 역사학계를 중심으로 정치 경제 사회 문화 예술 등 각 분야의 교수 학자 등 전문연구자 150여명을 포함한 180여명을 집필위원으로 위촉하여 2009년 11월에 출간한 사전이다. 4,389명의 친일반민족행위자가 수록되어 있다. 자세한 내용은 민족문제연구소 홈페이지 “친일인명사전” 참조.

한 복지지원사업과 피해·희생자에 대한 추념사업을 수행하고 아울러 강제동원 피해와 관련한 문화·학술·조사·연구 등의 사업과 피해구제를 위한 활동을 추진함으로써 국민통합에 이바지하고 나아가 역사적 의미를 되새겨 평화와 인권의 신장에 기여하는 것을 목적” 719)으로 기부금을 통해 ‘일제 국외강제동원 피해자 및 유족에 대한 복지지원 사업’과 ‘강제동원 피해 관련 문화·학술사업 및 조사, 이와 관련된 연구사업의 추진과 지원’, ‘강제동원 희생자에 대한 추도위령사업 및 유해 발굴·봉환 사업’, ‘추도공간의 조성 및 관리’ 등의 활동을 하고 있다. 이러한 재단의 활동과 일반 기부 및 성금은 ‘배상’과 ‘보상’ 그 어떤 것에도 속하지 않는 것이고, 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 피해자들의 가해자 또한 아니므로 배상안의 배상주체책임을 진다고 보기 어렵다. 일본인들에 관하여도 일본정부 및 일본기업에 가담하여 반인도적 범죄를 행한 자가 아닌 이상, 일반국민들에게 배상주체책임을 묻는 것은 부당한 결정이다.

바. 그 외의 구제방안

배상안 외에도 일제의 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 피해자들의 손해배상청구권에 한하여 앞서 살펴본 것과 같이 예외적으로 상속인과 유족의 범위를 확대하는 방안을 생각해 볼 수 있으며, 이와 더불어 집단소송의 제기를 생각해 볼 수 있다. 집단소송은 한 명 또는 일부 피해자가 피해자 전체를 대표하여 소송을 제기하는 제도로써 국내에는 아직 집단소송일반을 규율할 수 있는 법제도는 존재하지 않는다.⁷²⁰⁾ 다만 이와 관련하여 2020. 9. 28. 법제처에서는 집단적 피해에 대한 효율적인 구제를 위하여 종래 증권부야에서만 적용되었던 집단소송제도를 다른 분야에서도 전면적·일반적으로 확대 도입하겠다는 집단소송법 제정을 입법예고하였다.⁷²¹⁾ 이에 따라 일제강제징용 피해자들의 손해배상청구권은 외국의 집단소송⁷²²⁾ 모델 중 피해자집단 중 대표자가 나서 그 집단에 속하는 총원을 위하여 일괄적으로 소를 제기하고 한 번에 전체의 권리를 실현시키는 소송형태인 미국의 대표당사자소송이 적합하다고 생각된다.⁷²³⁾ 이러한 대표당사자소송은

719) 일제강제동원피해자지원재단 홈페이지 “기부안내” 참조.

720) 이시윤, 『新民事訴訟法』(제14판), 박영사, 2020, 783면.

721) 법제처 홈페이지 “집단소송법 제정(안) 입법예고” 참조.

722) 현재 우리나라에서 집단소송은 “증권관련 집단소송법”에서 규정하고 있는 소송에 한한 것으로, 언론에서 ‘집단소송’이라 표현한 대다수의 사안은 ‘공동소송’ 혹은 ‘단체소송’에 속한다. 이는 용어의 오용이다.

해당 소송에서 일괄 청구하여 배상받은 후 피해자들에게 분배하는 일괄청구형과 피해자 전체에 효력을 미치는 판결을 받아내는 데 그치고 이를 바탕으로 피해자가 각가의 배상 금액을 주장하고 증명하여 배상을 청구하는 공통쟁점판단형⁷²⁴⁾으로 나뉜다. 전자의 경우를 일제강제징용 사안에 도입·입법화한다면 아직 배상을 받지 못한 수많은 피해자들이 한 번에 권리를 구제받을 수 있다는 점에서 용이하고, 피해자 개개인이 소를 제기하는 경우보다 소송경제적·시간적 측면에서 효율성이 인정된다는 이점이 있다. 이러한 점에서 일제강제징용 피해자들 중 이러한 집단소송을 원치 않는 자들을 제외한 중에서 몇몇이 대표자가 되어 일제징용기업을 향해 소를 제기하고 그에 대한 배상금을 일괄 지급받아 피해자 개개인에게 배상금이 분배되는 형식은 상당히 가치 있는 구제방안으로 생각된다.

사. 소결

국제법 이론 상 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 피해자들은 그 손해에 대하여 배상 받을 권리를 가지며, 불법행위 가해국은 손해를 완전하게 배상할 의무가 있다. 이에 따라 일본은 피해자 개인에게 손해배상책임이 있고 그 의무를 다하여야 한다. 이는 국내법으로 회피할 수 없으므로, 일본 국가배상법 제6조에 따른 1947년 이전의 행위에 대하여 부여된 국가면책은 받아들여질 수 없다. 대한민국에 일본이 제소될 경우 국가면책이 문제될 수 있으나, 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 사안과 같이 국제강행규범을 위반한 범죄에 관하여는 국가면책이 통용되지 않으므로, 일제강제징용피해자들은 일본 국가에도 소를 제기할 수 있다.

앞서 살펴 본 배상안들은 공통적으로 한국 정부 내지 한국 기업이 포함되어 있다. 이러한 점에서 현재 논의 중인 배상안들에 대해 동의할 수 없다.

먼저 앞서 살펴본 독일의 경우를 살펴본다. 독일정부와 독일기업은 완강하게 강제노동에 대한 나치의 불법행위를 인정하지 않았다. 그러나 1986년 유럽의회의 독일기업들에 대한 보상기금 설치 요구안과 1989년 강제노역자 배상을 위한 재단 설치 법안 등으로 인해 점차 강제노동을 나치의 불법행위로 인식하고 1990년대에 이르러 정부 차원에서 대기업의 경영자들에게 배상할 것을 요구하였다.⁷²⁵⁾ 이에 1999년 2월 독일의 대기업과 보

723) 이시윤, 『新民事訴訟法』(제14판), 박영사, 2020, 771면.

724) 이시윤, 『新民事訴訟法』(제14판), 박영사, 2020, 771면.

험회사, 은행이 배상에 참여하기로 결정하고 미국 정부가 독일과 피해국 사이를 중재함에 따라 여러 차례 협의를 거친 후, 2000년 8월 기억·책임·미래 재단 설립 법안을 통과시켰다. 배상금은 2001년 3월부터 지급되었다. 정리하자면 독일의 배상은 배상안을 제정하고, 그 법률에 따라 설립된 기억·책임·미래 재단을 통해 이루어졌다. 기억·책임·미래 재단을 설립하는 과정에서 여러 나라의 경제계 대표들이 함께 모여 협의하긴 하였으나, 재단의 배상금은 철저하게 독일의 대기업과 보험회사, 은행의 출연금으로 마련되었다. 독일 나치의 불법행위로 인한 피해국들과 피해자들은 독일에 소를 제기하고 배상을 요구하였을 뿐, 각국이 나서 독일에 배상안을 주창하거나 제안하지 않았으며, 독일과 함께 피해자들에게 배상금을 지급 하겠다는 방안 또한 논의되지 않았다. 이에 따라 배상안에 포함되어야 하는 진정한 배상주체를 살펴보았다.

일제강제징용은 전쟁의 주체인 일본정부가 전시물자 조달을 위하여 강제동원의 구체적인 입법과 시행을 주도하고, 그에 따른 각종 자원동원 방식을 요구받은 일본기업이 이를 자본축적의 도구로 활용한 것이다.⁷²⁵⁾ 이에 따라 반인도적 범죄 가해자인 일본정부와 일본기업이 배상주체가 되는 것은 타당하다고 생각된다. 이어 한국정부는 1965년 한일 청구권 협정으로 지급받은 보상금을 우리 정부가 일제강제징용피해자들에게 제대로 된 보상을 하지 못한 책임을 져야 한다는 의견이 있으나, 한일청구권협정자금은 한일 간의 채권채무관계 청산을 위한 것으로서 애당초 반인도적 범죄 피해자들을 위한 몫이 없었다고 보아야 하고, 2005. 8. 민관공동위원회의 공식적 견해가 발표되기 전까지 우리 정부가 한일청구권협정에 피해자들의 개인배상청구권이 포함되어 있다고 한 점, 그럼에도 불구하고 제대로 된 배상안을 마련하지 않았다는 점에서 책임을 져야 하겠으나, 이러한 사정이 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해로는 볼 수 없으므로 배상주체로 보기는 어렵다.

이어 당시 한국기업가들은 크게 친일형, 매판형, 민족형으로 나누어지며 이들 중 친일형·매판형 기업가들에 한하여 강제동원 모집에 적극 참여하였거나 조선인들을 자신들의 기업에서 강제근로 시킨 혐의가 있을 경우, 일본의 반인도적 범죄에 가담한 것이므로 배상책임이 있다고 보는 것이 타당하다.

725) 이는 기실 독일기업들에 대한 미국의 강한 반대여론과 피해자들의 불매운동 등의 압박으로 인함이다. 광복60년기념사업추진위원회, 『(광복60 새로운 시작) 종합학술대회자료집. 1 - 3』, 광복60년기념사업추진위원회, 2005, 800면.

726) 정태현·기광서, “일제의 반인륜적 조선인 강제노무동원과 임금 탈취”, 『역사와 현실』 제50권, 한국역사연구회, 2013. 12., 410면.

한편 한국과 일본의 기금 다시 말해, ‘성금’ 과 ‘기부’ 는 이미 국내에서 후원 형태로 이루어지고 있고, 이러한 일반인들의 행위는 ‘배상’ 과 ‘보상’ 그 어떤 책임에도 해당하지 않으므로 배상안에는 일반인의 성금이라는 명목 하에 ‘+α’ 를 상정할 아무런 법적 근거가 없다. 이에 따라 배상안은 일본기업과 일본정부 및 친일형 기업가 배상안이 제정되는 것이 타당하다고 생각된다.

배상안 외의 구제방안으로서는 2020. 9. 28. 입법예고된 집단소송법이 제정되고 집단소송제도가 증권분야만이 아닌 전분야로 확대되어 적용될 경우, 일제강제징용 피해자들 중 이러한 집단소송을 원치 않는 자들을 제외하고 그 외의 집단 중 몇몇이 대표자가 되어 일제징용기업 및 일본정부를 상대로 소송을 제기하고 그에 대한 배상금을 일괄 지급 받아 피해자 개개인에게 배상금이 분배하는 방안을 생각해 볼 수 있다.

제6장 결론

이상의 주요논의를 정리하면 다음과 같다.

본 연구는 일제강제징용피해자들이 일본징용기업을 상대로 손해배상을 청구한 소송에서 피해자 개인의 손해배상청구권을 인정하고, 피고 신일본제철에 원고들에게 각 100,000,000원을 배상할 것을 선고한 대법원 전원합의체 판결을 중심으로 일제강제징용과 관련된 법적 난항에 관하여 상세히 고찰하고, 더 나아가 오랜 시간 구제받지 못한 피해자들을 위한 배상안을 모색하고자 하였다. 대상판결의 주된 쟁점은 국제재판관할 및 외국 판결의 승인과 한일청구권협정 제2조의 올바른 해석, 피해자들의 손해배상청구권에 대한 소멸시효와 그 기산점 및 정신적 손해배상으로서의 위자료 액수 산정이다.

국제재판관할권은 국제사법 제2조에 의거하여 당사자 또는 분쟁사안이 대한민국과 실질적 관련이 있는 경우 인정되며, 이에 대한 실질적 관련성의 유무는 적정, 공평 및 신속이라는 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따라 판단되고 그 기준은 제2항에 명시된 대로 국내의 관할 규정을 참작한다. 다만 이러한 국내 관할 규정은 수정 없이 국제재판관할규칙으로 사용할 수 있는 것과 국제재판관할의 특수성을 고려하여 수정한 후 사용할 수 있는 것, 그리고 국제재판관할규칙으로는 적절치 않아 아예 배제되어야 하는 것 등으로 구분되어야 한다. 환송판결은 비록 원고들의 손해배상청구권이 재산권에 관한 소이나, 불법행위에 기한 손해배상채무의 이행지는 피고가 예측하지 못한 곳에서 응소를 강요받는 결과가 되어 공평에 반하게 되므로 제외된다고 보았다. 그러나 불법행위지를 인정함에 있어서는 “이 사안이 대한민국 국민을 동원하여 강제노동에 종사시킨 것으로 그 피해자가 귀국하여 대한민국에서 손해배상을 구할 수 있다는 점은 예측 가능하다.” 고 판시하였으므로 이러한 법원의 결정에는 모순이 있다. 이어 국제재판관할에서의 불법행위지는 국내토지관할규정으로만 한정하여 생각한다면 원고들의 손해발생지는 강제노동, 폭행 등이 이루어진 일본이고 이러한 행위는 국민징용령과 관 알선 등 강제연행 및 강제동원에서 이어진 것으로 소송물을 두 개로 분리하여 각 사안마다 일본과 대한민국에 재판관할이 있다고 보는 것이 타당하겠으나, 국제재판관할의 배분의 이념의 원칙에서 볼 때에 일련의 불법행위⁷²⁷⁾를 하나의 소송물로 보는 것이 소송의 신속 및 경제적 측면에 부합한다. 이에 따라 대한민국 법원에 국제재판관할이 인정된다고 보

는 것이 타당하며⁷²⁸⁾ 대한민국은 원고들의 생활근거지이자 이 사건 청구판단이 미치는 영향, 증거조사 및 수집용이 등 청구사안과 실질적 관련성이 있다 할 것이다.

외국 판결의 승인에 있어 우리나라는 “외국판결에 의하여 얻어진 분쟁해결의 종국성 확보, 국제적인 파행적 법률관계의 발생 방지, 이종의 소송 방지를 통한 소송경제 등의 실질적인 이유” 를 외국판결의 승인·집행의 근거로 삼고 있으며, 민사소송법 제217조에서 외국판결의 승인 요건 다섯 가지를 명시하고 있다. 그 중 대상판결에서 쟁점이 된 사항은 민사소송법 제217조 제3호의 공서요건이다. 이는 민법 제103조와 국제사법 제10조에 명시된 ‘공서’ 와는 구별되어야 하는 개념으로 공서요건을 심사함에 있어 실질적재심사 금지 원칙과의 관계가 문제되며 그 심사 대상은 이유까지 보아야 한다는 이유설이 통설이자 판례의 입장이다. 승인공서요건의 위반 여부는 “첫째, 우리의 법원칙에 반하고 둘째, 이러한 법원칙은 헌법을 포함한 우리나라의 기본적인 도덕적 신념 또는 근본적인 가치 관념과 정의 관념에 속하며 셋째, 일본판결의 판단과 우리 법원칙간의 차이가 커서 전자는 우리가 수인할 수 있는 범위를 넘어” 썼는지를 확인하여 판단한다. 이를 기반으로 대상판결을 검토한 결과 1910년 한일합방과 국민징용령으로 인한 강제연행 및 강제동원을 적법하다는 일본판결은 우리의 법원칙에 반하고, 나아가 제헌헌법과 현행헌법의 전문과 차이가 크고, 해당부분은 우리나라의 근본적인 가치 관념이라는 점에서 일본판결의 승인을 거부한 대상판결의 판단은 매우 타당하다.

일제강제징용 사안에서 가장 중심이 되는 쟁점은 ‘1965년 한일청구권 협정’ 에서 해소된 권리 중, 피해자들의 ‘개인청구권’ 이 포함되어 있는지의 여부이다. 이는 1965년 한일청구권협정 제2조의 해석 차이에서 일어난 논란이다. 국제법상 조약 해석은 비엔나 협약 제31조와 제32조를 따른다. 이를 적용한 결과 1965년 한일청구권 협정이 체결된 목적은 샌프란시스코 조약 제4조 (a)에 따른 한일 간 재정적·민사적 채권·채무관계를 해결하기 위함이었다. 이러한 점에서 1965년 한일청구권협정 제2조의 ‘완전히 그리고 최종적으로 해결되었다.’ 는 문언에 따라 외교적 보호권 포기를 전제하기 위해서는 한일 청구권협정이 일본의 국제법상 위반행위를 전제로 체결된 것이어야 할 것이므로, 한일 청구권협정에는 애당초 해당되지 않는 사안이다. 한편 한일회담 중 일본은 조선을 식민

727) 1심 판결 및 환송 전 판결에서도 “불법행위는 대한민국 내 원고들의 각 거주지역에서 원고들을 동원한 것으로부터 일본에 이르러 강제노동에 종사시키기까지 일련의 계속된 과정에서 이루어진 것이므로, 대한민국은 불법행위지에 해당한다.” 고 판시하였다.

728) 이현묵, “국제재판관할의 결정에 있어서 몇 가지 문제점 -대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결을 중심으로”, 「국제사법연구」 제19권 제1호, 한국국제사법학회, 2013.6., 87면.

지배해 온 불법성과 반인도적 범죄를 부정하였는데, 이는 일제강제징용피해자들의 개인 손해배상청구권은 양국의 관념이 어떠한 서류상 애초에 ‘없었던’ 것이 된다. 이에 따라 당시 실체가 없었던 혹은 인정되지 않았던 권리를 ‘완전히 그리고 최종적으로 해결’ 되었다는 문언만으로 모두 소멸되었다고 보는 것은 타당치 않다. 더불어 일제강제징용은 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 사안으로 국제강행규정 위반 범죄이므로 조약에 의해서는 개인의 청구권이 소멸되지 않고, 국제강행규정 위반으로 인한 개인의 청구권이 합의로 소멸된다는 조약은 비엔나협약 제53조, 제64조에 따라 무효이다. 이에 따라 일제강제징용피해자들의 개인배상청구권이 소멸되지 않았으나, 불법행위시와 소제기 사이의 시간적 간격으로 인하여 소멸시효 완성 여부가 문제된다. 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 사안은 소멸시효제도와 관련하여 크게 4단계의 구조에서 생각해 볼 수 있다.

먼저 소멸시효제도의 존재이유에 따라 소멸시효가 배제되어야 한다(1단계). 소멸시효제도의 존재이유에 관하여 종래 학설은 법적 안정성 및 사회질서 안정 도모, 증명곤란구제, 권리행사태만의 제재로 보아왔다. 대상판결 사안의 경우 일제강제징용피해자들이 제대로 된 배상을 받지 못한 것이 일정한 사실 상태라 할 것인데, 이를 진실한 권리관계로 신뢰하여 사회질서가 형성된다면 오히려 법적 안정성과 사회질서 안정 도모를 기대할 수 없고, 일제강제징용과 관련된 증명자료가 남아있으며, 피해자들은 자신들의 권리가 소멸되었다고 인지하고 있었으므로 권리행사 태만에 해당한다고 볼 수 없다.

다음으로 이 사안은 국제법적 강행규정 위반 사항⁷²⁹⁾임과 동시에 시효부적용협약 대상이므로 소멸시효는 적용될 수 없다고 보는 것이 타당하다(2단계).

설령 소멸시효가 적용된다 하더라도 권리를 행사할 수 있는 때, 다시 말해 권리행사를 객관적으로 기대할 수 있는 날로부터 시효가 진행되므로 대상판결에서는 개인배상청구권이 존재한다고 선고된 2018. 10. 30. 로부터 시효가 기산된다고 보는 것이 타당하다(3단계).

반면 대상판결은 소멸시효가 적용되고 이미 완성되었지만 그 시효완성의 항변이 권리남용에 해당한다(4단계)고 판단하였다. 우리 법원은 4가지 유형에 한하여 피고 측의 소멸시효 항변을 신의칙에 반하는 권리남용으로 보고 피고의 청구를 배척하고 있는데, 대상판결은 원고들이 1965년 한일청구권협정으로 인하여 개인의 손해배상청구권이 소멸되

729) 신희석, “일본기업의 국제법적 책임”, 『서울국제법연구』 제18권 제1호, 서울국제법연구원, 2011, 174면. 그러나 전쟁 중의 상황을 감안하더라도 일본 정부와 기업이 일본인 노무자의 경우에는 훨씬 더 나은 근로환경에서 임금을 지불하였다는 점에 이러한 상황논리의 타당성이 의심된다.

었다고 알고 있었고, 이는 1990년대 일본 외무성 장관의 발언과 1965년 한일청구권 협정 관련 문서 공개, 2005년 민관공동위원회의 공식 발표를 통해 비로소 개인의 손해배상 청구권이 소멸되지 않았음을 알았던 사정을 ‘권리를 행사할 수 없었던 객관적인 장애사유(제2유형)’로 판단하여 피고 신일본제철의 소멸시효 완성 항변을 배척하였다. 대상판결은 소멸시효 기산점에 관하여 판단하고 있지 않으나, ‘1990년대 이전까지 한일 간의 국교 단절이 있었던 점, 우리 정부에서 한일청구권협정으로 인하여 개인배상청구권의 소멸되었다고 해석해온 점, 일본에서는 조선인들의 개인배상청구권을 국내법적으로 소멸시킨 점, 소를 제기하였으나 일본 법원에서는 청구가 모두 기각된 점, 국내에서는 2013년에 상고된 판결을 5년 이상 지연시킨 사법부의 행태와 신일본제철 외 미쓰비시와의 소송, 정신근로대 관련 소송 등 확정되지 않은 수많은 사안으로 인해 피해자들은 자신들의 손해배상청구권이 인정된다는 것을 확신할 수 없었던 점 등’ 피해자들에게는 권리를 행사할 수 없었던 법률적 장애사유에 준하는 객관적 사정이 존재하였으므로 ‘권리자가 권리를 행사할 수 없었던 객관적 장애사유가 해소된 날’, 다시 말해 개인청구권이 존재하게 되었음을 비로소 알게 된 2018. 10. 30.로부터 시효가 기산된다고 보는 것이 타당할 것이다.

원고들의 손해는 크게 미지급 임금과 안전배려의무 위반으로 인한 손해 그리고 정신적 손해 및 그에 따른 지연채무로 나누어 생각해볼 수 있다. 먼저 미지급 임금은 근로계약상 당해 계약에 따라 정해진다. 그러나 일제강제징용피해자들과 일본징용기업 간의 근로계약은 모집광고와 실제적으로 행한 근로 간의 격차가 매우 크고, 약속했던 임금이 현저히 적다는 점에서 모집 단계에서 사기 행위가 있었고, 관 알선으로 인한 모집은 징용령에 따른 강제였다는 점에서 사기강박에 의한 무효가 되나 일본 정부의 법에 따라 명령된 계약으로서 사실적 근로계약관계가 성립되었다고 보는 것이 타당하다. 이에 일본징용기업은 피해자들에게 부당이득을 반환할 의무가 있다. 이러한 부당이득반환청구권은 양국 간 ‘적법’한 행위를 전제로 한 재정적·민사적 채권·채무관계를 정치적 합의로 해결한 한일청구권협정의 청구권 범위에 포함된다고 볼 수 없다. 부당이득반환청구권은 발생과 동시에 청구할 수 있는 권리로서 발생 당시로부터 10년의 시효가 적용되므로 원고들의 청구권은 1950년대에 소멸하였다고 보아야 한다. 그러나 청구권이 발생한 당시 미지급 임금을 요구하였던 원고들의 요구는 받아들여지지 않았고 일본징용기업에서는 오히려 피해자들을 폭력행위 등 단속법 위반으로 구속한 점, 미지급 임금에 대하여 조작된 수치 및 액수를 서둘러 공탁하고 이를 우리 정부에 알리지 않았으며 공탁명부는 본적지가 기재되어 있지 않아 피해자들에게 연락이 되지 않은 점 등의 사정은 원고들에게 객

관적으로 권리를 행사할 수 없었던 사정이 되므로, 한일청구권협정으로 인하여 개인배상청구권이 소멸되지 않았음이 확정된 2018. 10. 30. 로부터 시효가 기산된다고 보는 것이 타당할 것이다.

이어 안전배려의무위반에 따른 채무불이행으로 인한 손해배상청구권은 적법한 계약관계에서 신의칙상 도출되는 사용자의 의무이므로 위 사안에는 해당되지 않는다는 문제가 제기될 수 있다. 그러나 일제강제징용피해자들과 일본징용기업 사이에는 명령된 계약, 다시 말해 사실적 계약관계가 성립하였다고 보아야 하므로 안전배려의무 또한 인정된다고 보아야 한다. 이러한 안전배려의무위반의 행위 또한 일련의 반인도적 범죄로 인함임에 따라 해당 청구권은 한일청구권협정의 청구권 범위에 포함되지 않는다고 보는 것이 타당하므로 2018. 10. 30. 로부터 시효가 기산된다고 보는 것이 타당하다.

더불어 일제강제징용피해자의 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해의 손해는 강제연행, 강제이송, 강제노동으로 발생한 손해임과 동시에 어떠한 조약·기준, 법적 명령, 행정명령이나 입법행위도 무효로 만드는 국제강행규범 위반 범죄로서 한일청구권협정으로 인해 따른 손해배상청구권이 소멸될 수 없다고 보아야 한다. 국제강행규범 위반 범죄임에 따라 소멸시효 제도는 배제되어야 함이 마땅하나, 적용된다 하여도 한일청구권의 청구권 범위가 확정된 2018. 10. 30. 로부터 기산된다고 보아야 할 것이다. 이러한 일제강제징용피해자들의 손해가 ‘인격’ 침해로 인함에 따라 위자료의 산정이 중요한 의미를 갖는다. 대상판결은 불법행위시로부터 위자료 액수를 산정해온 기존의 논리와 달리 사실심 변론종결 당일로부터 발생한다고 보았다. 이는 일제강제징용 사안에서 화폐가치기준이 사실심 변론종결일임에 따라 일제강제징용 시기와 반인도적 범죄시로부터 기산될 경우 피고는 천문학적인 액수를 물어주어야 하는 점, 이는 설사 개개인에게는 얼마 돌아가지 않는다 하더라도 50만 명에 가까운 일제강제징용피해자 수를 생각한다면 피고 측에서는 사실상 지급할 수 없는 금액이 되어 손해배상액이 불법행위 시부터 기산될 경우 누구도 위자료를 지급받지 못하게 될 수 있다는 점을 고려한 결과라고 생각된다. 그러나 이러한 논리는 결국 가해자가 배상을 할 수 있는 경제적 능력이 되지 않는다는 이유만으로 피해자의 법적 구제를 거부하는 것과 다를 바 없어 그 타당성이 매우 의문스럽다.

피해자의 재산적 손해 및 정신적 손해 및 그에 대한 지연손해금은 불법행위시에 동시 발생한 것이 분명하므로 위자료와 위자료의 지연손해금의 산정 기준 시점만을 다르게 생각할 이유는 없다.⁷³⁰⁾ 손해액의 산정기준과 관련하여 우리 법원은 불법행위시와 손해발생시의 시간적 간격이 있는 경우 손해발생시를 기준으로 산정하고 있으며 이는 반인도적

불법행위로 인한 중대한 인권침해 사안이라 하여 달리 볼 이유는 없다.

일본은 일제강점기 당시의 식민지배와 이를 전제로 펼쳐진 정책 및 그로 인한 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 사안들을 적법한 것으로 보고, 배상의 의무가 없음을 밝힌다. 일제강제징용과 위안부 등 여러 사안에 있어서도 배상이 아닌, 도의적 책임이란 입장이다. 그러나 국제법 이론 상 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 피해자들은 그 손해에 대하여 배상 받을 권리를 가지며, 불법행위 가해국은 손해를 완전하게 배상할 의무가 있으므로 일본은 피해자 개인에게 손해배상책임이 있으며, 그 의무를 다하여야 한다. 이는 국내법으로 회피할 수 없으므로, 일본 국가배상법 제6조에 따른 1947년 이전의 행위에 대하여 부여된 국가면책은 받아들여질 수 없다. 이에 따라 일제강제징용피해자들은 일본 국가에도 소를 제기할 수 있다.

현재 논의되고 있는 배상안 중 가장 현실성 있는 안은 한일정부와 한일기업 그리고 기부금을 포함한 한일정부 + 한일기업 + 양국 국민성금안이다. 이와 관련하여 일본정부, 일본기업, 한국정부, 한국기업 그리고 한일 국민이 배상주체로서 타당성이 있는지 알아보았다. 먼저 일본정부와 일본기업은 국민징용령을 통해 조선인들을 사기 광고로 모집하였거나 관 알선을 통해 강제동원, 강제연행을 감행하여 아주 적은 임금으로 강제노동을 감행하였고, 조선인의 자유를 인정하지 않았다. 이는 뉘른베르크 원칙 VI에 명시된 (a) 평화에 대한 죄는 물론, (b) 전쟁범죄의 점령지에 있는 민간인의 노예노동 기타 목적을 위한 강제적 이송과 (c) 반인도적 범죄로서 평화에 대한 죄 또는 전쟁범죄의 수행으로서 모든 민간인에 대한 노예화, 강제적 이송 기타 비인도적 행위에 대한 죄를 범한 점, 기본인권을 명시한 세계인권선언 제4조에 따른 노예제 금지를 위반한 점, 인권선언을 기초로 1926년 국제연맹에서 체결된 노예제 협약 제2조의 모든 형태의 노예제를 완전히 철폐할 것을 규정한 조항을 위반한 점, 제1차 세계대전 이후 창설된 국제노동기구⁷³¹⁾에서 체결된 ILO 제29호 협약 강제근로협약 위반한 점에 따라 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해의 가해자로서 배상주체가 된다.

반면 한국정부의 책임은 일본의 반인도적 범죄에 가담한 것이 아닌, 한일청구권협정으로 인하여 피해자 개인의 손해배상청구권이 소멸되었다고 해석하였음에도 불구하고, 강제징용 중 사망한 자에 한하여만 보상금을 지급한 점과 이후 보상 범위를 확장시켰으나 배상금이 아닌 위로금을 지급하였다는 점에서 부진정입법부작위로서의 책임을 저야

730) 이은경, “반인권 국가범죄에 관한 소멸시효 기산점 연구”, 박사학위논문, 서울대학교 법학전문대학원 법학과, 2020.2., 367-368면.

731) 이하, ‘ILO’ 라 한다.

한다. 이는 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해가 아니므로 국내법적인 국가배상법에 따른 책임에 한할 것이다. 또한 한일청구권협정 제3조에 따라 한일청구권협정의 문언 해석과 관련하여 문제가 생겼을 경우 외교적 해결이 우선되었어야 함에도 불구하고 이를 행하지 않은 부작위에 대하여도 피해자들에게 배상을 할 책임이 있다고 보아야 한다. 다만 이 또한 반인도적 범죄로 인한 중대한 인권침해 사안이 아니라고 보는 것이 타당하다.

다음으로 한국기업과 관련하여 일제강점기 당시 조선인 기업가는 크게 매판형, 친일형, 민족형으로 나누어 볼 수 있다. 여기서 매판형과 친일형은 그 친일행적이 친일인명사전에 기록되어 있으며, 조선인 강제징용과 위안부 모집 등에 앞장선 이들이 있다. 이는 일본의 반인도적 범죄에 가담한 것이 명백하므로 배상주체에 해당한다고 보아야 한다. 조선인을 강제근로 시킨 기업도 마찬가지이다. 이와 같은 관점에서 한국과 일본의 기부금이라는 자발적인 국민 성금은 아무런 법적 근거가 없으며, 반인도적 범죄에 가담하지 않은 일반시민들을 배상주체로 인정할 수도 없다. 또한 이미 국내에서는 ‘후원’의 형태로 기부가 이루어지고 있으며 이는 배상은 물론 보상의 범위에도 속하지 않는 활동이다.

이에 따라 배상안은 일본기업 및 일본정부 배상안 혹은 매판형 친일형 기업가가 포함된 일본기업 및 일본정부, 친일 기업안으로 제정되어야 한다.

배상안 외의 구제방안으로서는 2020. 9. 28. 입법예고된 집단소송법이 제정되고, 그에 따라 집단소송제도가 전 분야에 도입됨으로써 일제강제징용피해자들이 일본정부와 일본징용기업에 집단소송으로서 소를 제기하는 방안을 생각해 볼 수 있다.

<참고문헌>

1. 단행본

(1) 국내

- 곽윤직, 『민법총칙(신정판)』, 박영사, 1991.
 _____, 『민법주해[Ⅲ]-총칙(3)』, 박영사, 1992.
 광복60년기념사업추진위원회, 『(광복60 새로운 시작) 종합학술대회자료집. 1 - 3』, 광복60년기념사업추진위원회, 2005.
 국무총리실 한일수교회담문서공개등대책기획단, 『독일의 강제동원 보상관계 자료집』, 국무조정실 국무총리비서실, 2006.
 김대순, 『국제법론』 제17판, 삼영사, 2013.
 김대정, 『민법총칙』, 피데스출판사, 2012.
 대한민국 정부, 『한일회담 백서』, 1965.
 류병운, 『국제법』 제4판, 형설출판사, 2019.
 법무부 국제법무과(편), 『국제사법 해설』, 법무부, 2001.
 사법연수원, 『독일법』, 2012
 사법정책연구원, 『외국재판의 승인과 집행에 관한 연구』, 사법정책연구원 연구총서, 2020.3.
 양형우, 『민법입문』 제2판, 피앤씨미디어, 2016.
 _____, 『민법의 세계 -이론과 판례-』 제10판, 피앤씨미디어, 2020.
 _____, 『판례 민법강의』, 도서출판 정독, 2020.
 윤진수, 『민법논고Ⅷ』, 박영사, 2015.
 이용우, 『프랑스의 과거사 청산:숙청과 기억의 역사, 1944-2004』, 역사비평사, 2008.
 이시윤, 『新民事訴訟法』(제14판), 박영사, 2020.
 정혜경, 『징용 공출 강제연행 강제동원』, 도서출판 선인, 2013.7.31.
 지원림, 『민법강의』, 흥문사, 2019.
 카와카미 시로·김창호·아오키 유카·야마모토 세이타·은용기·장계만·한승동(옮긴

이), 『완전하지도, 끝나지도 않았다. 양심적인 일본 변호사들의 징용공을 위한 변론 (원서 : 徵用工裁判と日韓請求權協定)』, 메디치미디어, 2020.5.20.
 허영, 『한국헌법론』 전정 16판, 박영사, 2020.

(2) 외국

Adolphsen Jens, 『Zivilprozessrecht』, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2014.

Barbara Lindenmayr, 『Vereinbarung über die internationale Zuständigkeit und das darauf anwendbare』, Duncker & Humblot, 2002.

Christoph G. Paulus, 『Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung Und Europaisches Zivilprozessrecht』, Springer Verlag, 2016.10.

星野英一, 『民法論集』, 東京: 有斐閣, 1972.

2. 논문

(1) 국내

강병근, “심각한 인권 침해를 이유로 제기된 불법행위청구소송과 국제법의 발전 방향”, 「국제법학회논총」 제58권 제1호, 대한국제법학회, 2013.

_____, “1965년 한일 협정의 “청구권” 의 범위에 관한 연구”, 「국제법학회논총」 제 60권 제3호, 대한국제법학회, 2015.9.

강인원, “소멸시효 제도의 존재의의 및 소멸시효 중단사유로서의 승인에 대한 소고”, 「人權과正義」 제478호, 2018.

고바야시 소메이, “일본 중앙지 사설을 통해 본 한일관계(2019.1~11)”, 「JPI정책포럼」, 2019.7.

공두현, “강제동원 손해배상 판결: 역사적 부정의와 시정적 정의”, 「법철학연구」 제 22권 제1호, 세창출판사, 2019.

- 곽진오, “구보타(久保田貫一郎)발언과 독도 - 일본의회속기록을 중심으로 1953~1954 -”, 「일어일문학연구」 제75권 2호, 한국일어일학회, 2010.
- 권영준, “소멸시효와 신의칙”, 「재산권연구」 제26권 제1호, 한국재산법학회, 2009.
- 권재문, “외국 가사재판의 승인·집행에 관한 입법론적 검토”. 「국제사법연구」 23권 2호, 한국국제사법학회, 2017.
- 권혁준, “외국판결 등의 승인 및 집행에 관한 실무상 문제”, 『연세법학연구』 제2권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2010.
- 김동국, “한·일 경제전쟁-역사전쟁의 근원-샌프란시스코 강화조약과 한일협정-”, 「현장과 광장」 제1권, 현장과 광장, 2019.11.24.
- 김동윤, “외국판결의 승인 및 집행요건으로서의 공서”, 「인권과 정의」 제353호, 대한변호사협회, 2006.
- 김민철, “한일협정 문서 공개와 강제동원 피해자 보상 문제”, 「내일을 여는 역사」 제20호, 재단법인 내일을 여는 역사재단, 2005.6.
- 김상숙, “과거청산을 위한 역사적 진실규명과 진실화해위원회 보고서”, 「사회와 역사」 104권, 한국사회사학회, 2014.12.
- 김상중, “손해의 개념과 손해발생의 인정”, 「민사법학」 제90권, 한국민사법학회, 2020.3.
- 김상찬, “프랑스의 신시효법에 관한 연구”, 「법학연구」 제38권, 한국법학회, 2010.
- 김석호, “외국판결을 승인·집행하는 논거”, 『법학연구』 제23권, 한국법학회, 2006.8.
- 김성동, “소멸시효완성의 본질에 관한 고찰”, 석사학위논문, 계명대학교 대학원 법학과, 2018.12.
- 김성수, “소멸시효 완성의 효력”, 「2009년도 법무부 연구용역 과제보고서」, 법무부, 2009.12.
- 김승래, “강제징용 피해자의 손해배상청구와 소멸시효 - 대법원 2018. 10. 30. 선고 2013다61381 전합판결 판례평석 -”, 「법률실무연구」 제7권 제2호, 2019.
- 김송배, “존 포스터 덜레스(John Foster Dulles)의 신념과 한·일관계의 양가성”, 「국제정치논총」 제57권 제2호, 한국국제정치학회, 2017.
- _____, “샌프란시스코평화조약과 동북아시아 비(非)서명국들:소련, 한국, 중국과 평화조약의 규범 보전”, 「일본비평」 제22권, 서울대학교 일본연구소, 2020.2.
- 김영미, “‘국익’ 으로 동원된 개인의 권리-한일회담과 개인보상문제-”, 「동북아역사

- 논총」 제22권, 동북아역사재단, 2008. 12.
- 김영수, “해외사례를 통해서 본 한국의 과거사 정리”, 「제노사이드연구」 제6권, 한국 제노사이드연구회, 2009.8.
- 김인호, “일제 말 조선에서의 「군수회사법」 실시에 관한 연구”, 「한국근대사연구」 제9집, 한국근현대사학회, 1998.12.
- _____, “식민지 공업화 문제의 연구사”, 「인문학논총」 제4집, 경성대학교 인문과학연구소, 2001.
- 김제완, “고의·중과실 공무원 개인의 배상책임에 있어서 소멸시효와 권리남용 -이른바 ‘유서대필 조작사건’ 하급심 판결에 대한 비판적 고찰- (대상판결 : 서울고등법원 2018.5.31. 2017나2046920)”, 「민주법학」 제69호, 민주주의법학연구회, 2019.3.
- 김평우, “소멸시효 항변과 신의칙 -고(故) 최종길 교수 사건 [서울고등법원 2005나27906호 손해배상(기)] 판결을 중심으로-”, 「서강법학」 제8권, 서강대학교 법학연구소, 2006.10.
- 김창록, “한일협정과 한국인 개인의 권리”, 「법학연구」 제43권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2002.12.
- _____, “과거청산과 시효”, 「공익과 인권」 제1권, 서울대학교 공익인권센터, 2004.
- _____, “[시론] 한일청구권협정 관련 문서 공개의 의미”, 「역사비평」, 역사비평사, 2005.2.
- _____, “한일 「청구권협정」에 의해 '해결'된 '권리' : 일제 '강제동원' 피해 관련 대법원 판결을 소재로”, 「법학논고」 제49권, 경북대학교 법학연구원, 2015.
- 김효정, “외국재판의 승인·집행에서의 상호보증 요건에 관한 미국법의 입장 및 시사점”, 「국제사법연구」 제26권 제1호, 한국국제사법학회, 2020.6.30.
- 남기정, “샌프란시스코 평화조약과 한일관계- ‘관대한 평화’와 냉전의 상관성 -”, 「동북아역사논총」 22호, 동북아역사재단, 2008.
- 노영기, “한국전쟁기 민간인 학살에 관한 자료 실태와 연구현황”, 「역사와 현실」 제54호, 한국역사연구회, 2004.
- 노재호, “민사집행절차와 소멸시효중단-현행 민법의 해석론을 중심으로-”, 「민법논고:이론과 실무」, 박영사, 2020.
- 노태약, “국제재판관할에 관한 최근 대법원판결의 분석 - 실질적 관련 원칙과 국제사법 제2조의 해석론을 중심으로 -”, 「사법」 1권 22호, 사법발전재단, 2012.

- 도시환, “한일조약체제와 「식민지」 책임의 국제법적 재조명”, 「국제법학회논총」 제57권 제3호, 대한국제법학회, 2012.
- _____, “일제식민지책임 청산을 위한 한일조약체제의 과제”, 「역사와 세계」 제48권, 효원사학회, 2015.
- 박선아, “일본 전범기업을 상대로 한 민사소송의 의의와 과제 -대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결-”, 『법조』 제62권 제9호, 2013.9.
- 박성정, “불법행위로 인한 위자료 산정에 관한 일고찰 -판례를 중심으로-”, 「손해사정연구」 제7권 제2호, 한국손해사정학회, 2015.8.
- 박수곤, “프랑스민법상 손해의 개념 -손해의 확실성과 기회의 상실에 대한 논의를 중심으로-”, 「재산법연구」 제29권 제1호, 한국재산법학회, 2012.
- 박준용, “진실·화해를 위한 과거사정리 기본법에 따른 진실규명결정과 국가배상소송 -대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결-”, 「판례연구」 제25집, 2014.
- 박재영·김영란, “독일의 과거극복 어디까지 왔나?- “기억·책임·미래 재단” 을 중심으로”, 「동학연구」 제26호, 한국동학학회, 2009.
- 박진완, “독일의 기억, 책임 그리고 미래 재단의 설립에 관한 법률을 통한 국가사회주의 시대의 강제노동자에 대한 배상에 대한 검토.”, 「세계헌법연구」 제19권 제1호, 2013.4.30.
- 박진희, “한국의 대일(對日)정책과 제1차~제3차 한일회담”, 「사림」 제25권, 수선사학회, 2006.
- 박태균, “한일회담 시기 청구권 문제의 기원과 미국의 역할”, 「한국사연구」 제131권, 한국사연구회, 2005.
- 박효송, “소멸시효 항변의 신의칙 위반에 관한 연구”, 석사학위논문, 서울대학교 대학원 법학과, 2015.
- 백경희·박도현, “인신사고와 소멸시효 -대법원 2013.7.12. 선고2006다17539판결을 중심으로-”, 「법학연구」 제17권 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2014.3.
- 서광민, “손해의 개념”, 「서강법학연구」 제6권, 서강대학교 법학연구소, 2004.
- 서울국제법연구편집부, ““국제위법행위에 대한 국가책임” 에 관한 국제법위원회 초안”, 「서울국제법연구」 제8권 제2호, 2001.12.
- 서인원, “국제법으로 본 일제 강제동원 및 피해 보상 문제에 대한 고찰”, 「일본학

- 보」 제121권, 한국일본학회, 2019,
- 서종희, “소멸시효의 기산점에 관한 고찰 -2013년 민법개정안을 반영하여-”, 「일강법학」 제37호, 건국대학교 법학연구소, 2017.6.
- _____, “소멸시효의 기산점(민법 제166조 제1항)판단기준에 대한 고찰 - 종래 통설 및 판례에 대한 비판적 입장에서 -”, 「財産法研究」 제37권 제1호, 한국재산법학회, 2020.5.
- 석광현, “국제재판관할에 관한 연구 : 민사 및 상사사건에서의 국제재판관할의 기초이론과 일반관할을 중심으로”, 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 2000.2.
- _____, “國際裁判管轄의 기초이론-도메인이름에 관한 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다59788 판결의 의의”, 「법학논총」 22권 2호, 한양대학교 법학연구소, 2005.
- _____, “강제징용배상 및 임금 청구의 준거법”, 「서울대학교법학」 제54권 제3호, 서울대학교 아시아태평양법연구소, 2013.
- _____, “국제재판관할과 외국판결의 승인 및 집행”, 「국제사법연구」 20권 1호, 한국국제사법학회, 2014.6.
- _____, “강제징용사건에 관한 일본판결의 승인가부”, 『일제강점기 강제징용사건 판결의 종합적 연구』, 박영사, 2014.12.18.
- 송규진, “일제하 조선인 강제노역동원과 손해배상청구소송”, 「아시아문화연구」 제46권, 가천대학교 아시아문화연구소, 2018.4.
- 송덕수, “이른바 과거사 사건에 관한 현재의 법 상태”, 「법학논집」 제25권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2020.9.
- 송영민, “「장기등 이식에 관한 법률」상의 유족의 지위 -대법원(전) 2008.11.20. 선고 2007다27670 판결을 참고하여”, 「의생명과학과 법」 제3권, 원광대학교 법학연구소, 2010.6.30.
- 송진호, “우리나라 과거청산 관련 입법사례의 검토 -피해자 구제에 대한 논의를 중심으로”, 「법학연구」 제57권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2016.5.
- 신동현, “민법상 손해의 개념 -불법행위를 중심으로-”, 박사학위논문, 서울대학교 대학원 법학과, 2010.8.
- 신용인, “한일청구권협정과 강제징용 피해자의 손해배상청구권 -대법원 2018. 10. 30. 선고 2013다61381 판결-”, 「법학논총」 제32권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2019.

- 신우정, “국제적 강행규범의 시각에서 본 강제징용 청구권의 소권(訴權) 소멸 여부”, 「서울국제법연구」 제26권 제1호, 서울국제법연구원, 2019.6.
- _____, “강행규범(Jus Cogens)과 일괄타결협정의 관점에서 본 청구권협정의 효력”, 「국제법학회논총」 제65권 제1호, 대한국제법학회, 2020.3.
- 신장철, “개항 후 식민지 시대의 한국 상사회사에 대한 연구”, 「경영사학」 제21권 제1호, 한국경영사학회, 2006.
- 신희석, “일본기업의 국제법적 책임”, 「서울국제법연구」 제18권 제1호, 서울국제법연구원, 2011.
- 안경희, “독일 소멸시효와 사적자치”, 「외국법제연구」, 한국법제연구원, 2007.
- 양창수, “우리 법 이야기(2)-소멸시효라는 제도와 과거사의 ‘청산’”, 「본질과 현상」 제47호, 본질과 현상사, 2017.
- 엄찬호, “과거사 청산과 역사의 치유”, 「인문과학연구」 제33권, 강원대학교 인문과학연구소, 2012.
- 여성위원회(법제사법위원회), “중대한 인권침해 행위에 대한 공소시효 부적용 촉구건의안에 대한 심사경과 및 의견서”, 2002.10.
- 오승진, “일본군 ‘위안부’ 피해자 손해배상소송에 관한 연구-해외 법원의 판결을 중심으로-”, 「법학논총」 제42권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2018.
- 오오타 오사무, “韓日 請求權交渉 研究”, 박사학위논문, 고려대학교 대학원 사학과, 2000.12.
- _____, “한일청구권협정 ‘해결완료’ 론 비판”, 「역사비평」 제129호, 역사비평사, 2019.
- 오일환, “강제동원 한인 피해자 미수금 문제의 이해와 전개 - 한일회담 문서를 중심으로 -”, 「송실사학」 제34집, 송실사학회, 2015.6.
- 유승훈, “Cyberspace상에서의 法的 紛爭과 裁判管轄”, 「외법논집」 5권, 한국외국어대학교 법학연구소, 1998.
- 유의상, “한일 청구권협정에 대한 재평가”, 박사학위논문, 광운대학교 대학원 국제지역학과, 2015.12.28.
- _____, “한일 청구권협정과 과거사현안의 해결에 대한 고찰”, 「한국정치외교사논총」 제37권 제2호, 동북아역사재단, 2016.
- 유하영, “제2차 세계대전 이후 극동지역 전시범죄 재판 개관”, 「동북아연구」 제34권 제1호, 조선대학교 동북아연구소, 2019.

- 윤진수, “과거사 정리와 소멸시효”, 「민사재판의 제문제」 제23권, 사법발전재단, 2015.
- 이규수, “일본의 전쟁책임문제와 네오내셔널리즘”, 「아시아문화연구」 제29집, 가천대학교 아시아문화연구소 2013.3.
- 이규호, “인터넷상 저작권침해에 관한 소송의 국제재판관할권”, 「법학연구」 제15권 제3호, 연세대학교 법학연구원, 2005.9.
- 이근관, “한일청구권협정상 강제징용배상청구권 처리에 대한 국제법적 검토”, 『일제강점기 강제징용사건 판결의 종합적 연구』, 박영사, 2014.12.18.
- 이동진, “강제징용배상책임의 성립 여부와 그 범위에 관한 몇 가지 문제”, 「서울대학교 법학」 제54권 제3호, 서울대학교 아시아태평양법연구소, 2013.9.
- _____, “강제징용배상책임의 성립 여부와 그 범위”, 『일제강점기 강제징용사건 판결의 종합적 연구』, 박영사, 2014.12.18.
- 이병도, “손해배상액 산정 기준시(基準時)에 대한 판례 입장의 이론적 고찰 (1)”, 「인권과 정의」 제479호, 대한변호사협회, 2019.
- 이상민, “한국 CSR의 역사”, 「시민사회와 NGO」, 제14권 제1호, 한양대학교 출판부, 2016.
- 이상영, “독일 개정민법상 소멸시효제도”, 「비교사법」 제9권 3호, 한국비교사법학회, 2002.
- 이성우, “한일갈등의 역사적 기원과 정치적 쟁점”, 「이슈&진단」 제381호, GRI 경기연구원, 2019.8.
- 이소영, “과거사 사건의 소멸시효에 관한 연구”, 석사학위논문, 서울대학교 대학원, 2014.12.
- 이은경, “강제징용 배상판결에서 나타난 대일민간인청구권과 소멸시효 - 대법원 2012.05.24.선고 2009다68620 판결을 중심으로 -”, 「외법논집」 제41권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2017.05.
- _____, “국가범죄에 있어 소멸시효 기산점”, 「민주법학」 제66권, 민주주의법학연구회, 2018.
- _____, “반인권 국가범죄에 관한 소멸시효 기산점 연구”, 박사학위논문, 서울대학교 법학전문대학원 법학과, 2020.2.
- 이은혜, “국가공권력의 인권침해에 대한 민사적 구제에 관한 법리적 검토 -소멸시효 및 제척기간제도의 제한 법리를 중심으로-”, 「민사법연구」 제18권, 대한민사

- 법학회, 2010. 12.
- 이승우, “일제 강제징용자의 손해배상소송과 미국의 재판관할”, 「한국동북아논총」 제 18권 제4호, 한국동북아학회, 2013.
- 이승현·정차호, “특허권 침해에 대한 손해배상청구권의 소멸시효제도의 개선방안-특허법상의 독자적인 소멸시효 규정의 제시를 중심으로-”, 「성균관법학」 제30권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2018
- 이원덕, “한일회담과 일본의 전후처리 외교”, 「한국과 국제정치」 제23권 제1호, 경남대학교 극동문제연구소, 1996.
- _____, “대결로 치달는 한일관계: 어떻게 풀 것인가?”, 「Jpi 정책포럼」 제4권, 제주 평화연구원, 2019.
- 이연주, “민사소송법 제217조의 승인대상으로서 ‘외국재판’의 개념 -외국법원의 면책 재판 등에 관한 논의를 중심으로-”, 「법학논집」 제21권 2호, 이화여자대학교, 2016.
- 이재승, “집단살해에서의 소멸시효와 신의칙”, 「민주법학」 제53권, 도서출판 관악사, 2013.
- _____, “‘피해자 권리장전’에 비추어 본 거창사건”, 「일감법학」 제42권, 건국대학교 법학연구소, 2019.
- 이진수, “위자료의 지연손해금 가산점과 과잉배상”, 「판례연구」 23집, 부산판례연구회, 2012.2.
- 이창현, “불법행위에 기한 위자료에 대한 소고”, 「비교사법」 제1권 제2호, 한국비교사법학회, 2009.6.
- _____, “한국의 민간인 학살사건 재판연구 -경주 내남면 학살사건 재판사례를 중심으로”, 「한국사학보」 제39호, 고려사학회, 2010.5.
- 이필복, “외국판결의 승인에서의 공서 위반 심사의 대상”, 「사법」 제1권 44호, 사법발전재단, 2018.
- 이현목, “국제재판관할의 결정에 있어서 몇 가지 문제점 -대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결을 중심으로”, 「국제사법연구」 제19권 제1호, 한국국제사법학회, 2013.6.
- _____, “외국재판의 승인과 집행의 근거의 재정립과 외국재판의 승인과 집행의 대상 및 상호보증과 관련한 몇 가지 문제”, 「통상법률」 136호, 법무부 국제법무과, 2017.8.

- 이홍렬, “일제강점기에 발생한 불법행위책임에 관한 연구 -소멸시효를 중심으로-”, 「비교사법」 제19권 제2호, 한국비교사법학회, 2012.5.
- 임건면, “消滅時效制度의 目的과 改正 獨逸民法上の 通常의 消滅時效 -독일민법 제195조와 제199조를 중심으로-”, 「비교사법」 제9권 3호, 한국비교사법학회, 2002.1.
- 임윤수·최현숙, “손해배상범위에 관한 입법적 분석”, 「법이론실무연구」 제2권 제1호, 한국법이론실무학회, 2014.
- 임재하, “손해배상의 범위에 관한 연구”, 박사학위논문, 청주대학교 대학원 법학과, 2019.8.
- 장경식, “해사소송에 있어서 국제재판관할에 관한 연구-선박충돌과 선하증권을 중심으로-”, 『해상보험법연구』 제3권, 해상보험법연구회, 2007.12.
- 장박진, “한일회담 청구권 교섭에서의 세부 항목 변천의 실증분석 : 대일 8항목 요구 제5항의 해부”, 「정신문화연구」 제34권 제1호, 한국중앙연구원, 2011.
- _____, “한일 청구권협정 제2조의 형성과정(1965.3~6)분석-개인청구권 문제를 중심으로-”, 「동북아역사논총」 제48호, 동북아역사재단, 2015.
- 장준혁, “일본통치기 강제징용사건의 준거법”, 「국제사법연구」 제19권 제1호, 한국국제사법학회, 2013.
- 정구태·김어진, “국가에 의한 과거의 중대한 인권침해 사건에서 소멸시효 항변과 신의칙 -대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결에 대한 비판적 연구-”, 「인문사회21」 제7권 제6호, 2016.
- _____. _____, “일제 강점기 강제징용 피해자들의 손해배상청구와 소멸시효 : 대법원 2018.10.30. 선고 2013다61381 전원합의체 판결을 계기로”, 「법학논총」 제25권 제3호, 조선대학교 법학연구원, 2018.12.31.
- 정성화, “샌프란시스코 平和條約과 韓國·美國·日本의 外交政策의 考察”, 「인문과학연구논총」 제7권, 명지대학교 인문과학연구소, 1990.
- 정영수, “일본의 국제재판관할 법제화 동향과 미국 및 EU의 규범과의 비교 -인터넷 분쟁의 국제재판관할권을 중심으로-”, 「법학논총」 제33권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2009.
- 정영환, “국제재판관할권의 행사(行使基準)과 그 범위(範圍)”, 「안암법학」 28권, 안암법학회, 2009.
- 정용숙, “나치 국가의 매춘소와 강제성매매 -그 실제와 전후 시대의 기억-” 「여성과

- 역사」 제29권, 한국여성사학회, 2018.
- 정재오, “소멸시효 남용 법리의 전개에 관한 시기적 고찰”, 「민법논고:이론과 실무」, 박영사, 2020.
- 정찬모·김용진·노태약·양인애·이성호·장준혁·최성준, “전자상거래상의 국제사법적 법률문제 연구”, 「정책연구」 14호, 정보통신정책연구원, 2002.12.
- 정태현·기광서, “일제의 반인륜적 조선인 강제노무동원과 임금 탈취”, 「역사와 현실」 제50권, 한국역사연구회, 2013.12.
- 정해상, “손해배상의 법리와 징벌적 손해배상의 관계”, 「중앙법학」 제6권 제4호, 중앙법학회, 2004.12.
- 조경임, “한일 청구권 협정은 무엇을 다루었나”, 「人權과正義」 484호, 대한변호사협회, 2019,
- 조국, “‘반인권적 국가범죄’의 공소시효의 정지·배제와 소급효금지의 원칙”, 「형사법연구」 제17권 제17호, 한국형사법학회, 2002.
- 조용환, “역사의 희생자들과 법 -중대한 인권침해에 대한 소멸시효의 적용문제”, 「법학평론」 제1권, 서울대학교 법학평론 편집위원회, 2010.9.
- 주정립, “나치 강제징용 배상 길 열린다. 때늦은 그러나 의미 깊은 배상”, 「월간말」 통권175호, 월간말, 2001.1.
- 주진열, “1965년 한일 청구권협정과 개인청구권 사건의 국제법 쟁점에 대한 고찰-대법원 2018. 10. 30. 선고 2013다61381 전원합의체 판결을 중심으로”, 「서울국제법연구」 제25권 제2호, 서울국제법연구원, 2018.12.
- 주현준, “불법행위로 인한 정신적 손해배상책임에 관한 연구”, 석사학위논문, 부산대학교 일반대학원 법학과, 2019.8.
- 진흥기, “국제거래상 외국 민·상사재판의 승인·집행에 관한 소고 -한국, 미국, 일본 및 중국의 경우-”, 『비교사법』 21권 4호, 한국비교사법학회, 2014.
- 최광준, “인권침해에 대한 국가의 책임, 소멸시효완성의 항변과 신의칙 -대법원 2013.5.16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결을 중심으로”, 「경희법학」 제51권 제2호, 경희대학교 법학연구소, 2016.
- 최성수, “국제사법 제2조상의 국제재판관할 관련 우리나라 판례의 검토”, 「동아법학」 48권, 동아대학교 법학연구소, 2010.8.
- 최영란, “‘실질적 관련’은 어디까지인가? - 국제재판관할권 판단 기준에 관한 대법원 2010. 7. 15. 선고 2010다18355 판결에 대한 평석 -”, 「원광법학」 제26권

- 제4호, 원광대학교 법학연구소, 2010.
- 최은미, “미국의 외교정책이 전후처리에 미친 영향 연구-독일과 일본의 전범처리와 국가간 배상 사례를 중심으로-”, 석사학위논문, 고려대학교 대학원 정치외교학과, 2008.12.
- 최중영, “對日民間請求權에 관한 小考”, 「인권과 정의」 제344호, 대한변호사협회, 2005.
- 최창호·유진·전성환, “과거사 사건에 있어 법원의 소멸시효 남용론에 대한 비판적 고찰”, 「법조」 제62권 제11호, 법조협회, 2013.
- 최철영, “강제동원 관련 한인(조선인)소송에 있어 개인배상청구권 연구”, 「동북아역사논총」 제19호, 동북아역사재단, 2008.3.
- 최현숙, “불법행위로 인한 정신적 손해배상에 대한 연구”, 박사학위논문, 가천대학교 대학원 법학과, 2015.11.
- 피정현, “외국판결의 승인·집행과 공서양속”, 「비교사법」 8권 1호, 한국비교사법학회, 2001.6.
- 한숙희, “국제가사사건의 국제재판관할과 외국판결의 승인 및 집행”, 「국제사법연구」 제12호, 한국국제사법학회, 2006.12.
- 한인섭, “1951년 거창사건 형사재판의 검토”, 「서울대학교법학」 제44권 제2호, 서울대학교 아시아태평양법연구소, 2003.
- 홍기갑·심재창, “外交的 保護權”, 「원광법학」 제23집 제1호, 원광대학교 법학연구소, 2007.6.
- 홍성균, “소멸시효 기산점에 관한 객관적 체계의 완화 -대법원 판례의 ‘객관적 인식가능성’ 을 중심으로-”, 「비교사법」 제25권 제4호, 한국비교사법학회, 2018.11.
- 홍성필, “일본의 전후책임인식과 이행에 대한 국제법적 평가”, 「법학연구」 제23권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2012.
- 홍순권, “‘과거사’의 진실 규명과 역사교육 - ‘한국전쟁 전후 민간학살 사건’의 과거사 청산 문제를 중심으로-”, 「역사연구」 제30권, 역사학연구소, 2016.

(2) 외국

- Arzandeh Ardavan. "Reformulating the common law rules on the recognition and enforcement of foreign judgments.", Legal Studies 39 no.1, Society of Legal Scholars, 2019.
- Bassett, C. Jeanne., "House Bill 591: Florida Compensates Rosewood Victims and Their Families for a Seventy-One-Year-Old Injury.", Fla. St. UL Rev. 22, 1994.
- Bishop R.Doak · Susan Burnette, "United States Practice Concerning the Recognition of Foreign Judgments.", In Int'l L. vol.16, American Bar Association. 1982.
- Gary M.Ernsdorff · Elizabeth F. Loftus, "Let Sleeping Memories Lie—Words of Caution About Tolling the Statute of Limitations in Cases of Memory Repression", Journal of Criminal Law and Criminology Vol.84, Northwestern University School of Law, 1993.
- Gregory G. A. Tzeutschler, "Corporate Violator : The Alien Tort Liability of Transnational Corporations for Human Rights Abuses Abroad" , Columbia Human Rights Law Review, 359, 1999.
- Jan Arno Hessbruegge, "JUSTICE DELAYED, NOT DENIED: STATUTORY LIMITATIONS AND HUMAN RIGHTS CRIMES" , Georgetown Journal of International Law 43, Georgetown University Law Center, 2011.
- John K. Beach, "Uniform Interstate Enforcement of Vested Rights", The Yale Law Journal, Mar. Vol.27 No. 5, The Yale Law Journal Company, Inc., 1918.
- Mr. John R. Dugard (Special Rapporteur), First report on diplomatic protection, UN Doc. A/CN.4/506 and Add. 1(2000.3.7. and 2000.4.20.).
- Mr. Mohamed Bennouna(Special Rapporteur), Preliminary report on diplomatic protection, UN Doc. A/CN.4/484(1998.2.4.).
- N.H.Andrews. "Reform of Limitation of Actions: The Quest for Sound Policy." , The Cambridge Law Journal vol. 57 no. 3, 1998.
- Report of the Independent Expert to Update the Set of Principles to Combat Impunity, UN Doc. E/CN.4/2005/102.

Strong Stacie I., "Recognition and Enforcement of Foreign Judgements in US Courts: Problems and Possibilities.", Rev. Litig. 33, University of Texas School of Law, 2014.

Updated Set of Principles and the Protection and Promotion of Human Rights through Action to Combat Impunity, UN Doc. E/CN.4/2005/102/Add.

UN Doc. E/CN.4/2004/88

UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1

UN Doc. A/7218(1968), 18 International Legal Materials 68, 1979.

Park PaeKeun, "The 1965 "Korea-Japan Claims Settlement Agreement" and Individuals' Claims Rights", 「法政研究」 68卷 2号, 九州大学法政学会, 2001.10.17.

高橋進, "戦争犯罪・人道犯罪と国家責任 : イタリアの場合", 『龍谷法学』 第42巻第4号、龍谷大学、2010.3.10.

関本克良, "国際法と国家の法的責任に関する考察 日本軍「慰安婦」問題と被害者の損害賠償請求権を焦点として", 「大学紀要」 63巻 2号, 天理大学学報, 2012.2.

南基正, "戦後日韓関係の展開 : 冷戦、ナショナリズム、リーダーシップの相互作用", GEMC journal: グローバル時代の男女共同参画と多文化共生: Gender equality and multicultural conviviality in the age of globalization 7号, 東北大学グローバルCOE「グローバル時代の男女共同参画と多文化共生」, 2012.3.,

内田貴, "日本民法学の近時の変貌の回顧と将来の方途: 「民法理論研究」 を求めて.", 「北大法学論集」 70巻2号, 2019.

李炳濂, "いわゆる「2018年徴用工判決」に対する国際法上の考察 : 条約解釈を中心に", 「立命館国際地域研究」 50号, 立命館大 学校, 2019.

太田修, "日韓財産請求権問題の再考-脱植民地主義の視角から-", 「文学部論集」 90号, 佛教大学文学部, 2006.3.1.

<부록>

1. 샌프란시스코 강화조약	1
2. 조약법에 관한 비엔나협약(일부 발취)	13
가. 제3부 조약의 준수·적용 및 해석	13
나. 제5부 조약의 부적법·종료 또는 시행정지	16
3. 대한민국과 일본국간의 재산 및 청구권에 관한 문제 의 해결과 경제협력에 관한 협정	25
가. 대한민국과 일본국간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경 제협력에 관한 협정	25
나. 대한민국과 일본국간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경 제협력에 관한 협정에 대한 의사록(Ⅰ)	28
다. 대한민국과 일본국간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경 제협력에 관한 협정에 대한 의사록(Ⅱ)	31
4. ILO 제29호 협약 강제근로 협약(1930년)	32
5. 대일 민간 청구권 신고에 관한 법률	41
6. 태평양전쟁 전후 국외 강제동원희생자 등 지원에 관 한 법률	41

7. 대일항쟁기 강제동원 피해조사 및 국외강제동원 희생자 등 지원에 관한 특별법41

1. 샌프란시스코 강화조약

1952년 4월 28일 발효(1952년 조약 제5호)

제1장 평화

제1조

(a) 일본과 각 연합국들과의 전쟁 상태는 제23조에 규정된 바와 같이, 일본과 관련된 연합국 사이에서 현 조약이 시행되는 날부터 중지된다.

(b) 연합국들은 일본과 그 영해에 대한 일본 국민들의 완전한 주권을 인정한다.

제2장 영토

제2조

(a) 일본은 한국의 독립을 인정하고, 제주도, 거문도 및 울릉도를 비롯한 한국에 대한 일체의 권리와, 소유권 및 청구권을 포기한다.

(b) 일본은 타이완과 평후제도에 대한 일체의 권리와 소유권 및 청구권을 포기한다.

(c) 일본은 쿠릴 열도에 대한 그리고 일본이 1905년 9월 5일의 포츠머스 조약에 의해 주권을 획득한 사할린의 일부와 그것에 인접한 도서에 대한 일체의 권리와 소유권 및 청구권을 포기한다.

(d) 일본은 국제연맹의 위임통치제도와 관련된 일체의 권리와 소유권 및 청구권을 포기하고, 신탁통치를 이전에 일본의 위임통치권 하에 있었던 태평양 제도에 이르기까지 확대하는 1947년 4월 2일의 유엔 안전보장이사회의 조치를 수용한다.

(e) 일본은 일본 국민의 활동으로부터 비롯된 것이건, 아니면 그 밖의 활동으로부터 비롯된 것이건 간에, 남극 지역의 어떤 부분과 관련된 어떠한 권리나, 소유권 또는 이익에 대한 모든 권리를 포기한다.

(f) 일본은 남사군도와 서사군도에 대한 일체의 권리와 소유권 및 청구권을 포기한다.

제3조

일본은 남서제도와 대동제도를 비롯한 북위 29도 남쪽의 남서제도와 (보닌 제도, 로사리오 섬 및 화산열도를 비롯한) 소후칸 남쪽의 남방제도, 그리고 오키노토리 섬과

미나미토리 섬을 유일한 통치 당국인 미국의 신탁통치하에 두려는 미국이 유엔에 제시한 어떤 제안도 동의한다. 그러한 제안과 그에 대한 긍정적인 조치가 있을 때까지 미국은 그 영해를 포함한 그 섬들의 영토와 주민들에 대한 일체의 행정, 입법, 사법권을 행사할 권리를 가진다.

제4조

(a) 이 조항의 (b)의 규정에 따라, 일본의 부동산 및 제2항에 언급된 지역의 일본 국민들의 자산 처분 문제와, 현재 그 지역들을 통치하고 있는 당국자들과 그곳의 (법인을 비롯한) 주민들에 대한 (채무를 비롯한) 그들의 청구권들, 그리고 그러한 당국자들과 주민들의 부동산의 처분과 일본과 그 국민들에 대한 그러한 당국자들과 주민들의 채무를 비롯한 청구권들의 처분은 일본과 그 당국자들 간에 특별한 협의의 대상이 된다. 그리고, 일본에 있는, 그 당국이나 거류민의 재산의 처분과, 일본과 일본국민을 상대로 하는 그 당국과 거류민의 청구권(부채를 포함한)의 처분은 일본과 그 당국간의 별도 협정의 주제가 될 것이다. 제2조에서 언급된 지역에서의 어떤 연합국이나 그 국민의 재산은, 현재까지 반환되지 않았다면, 현존하는 그 상태로 행정당국에 의해 반환될 것이다.

(b) 일본은 제2조와 제3조에 언급된 지역에 있는 일본과 일본 국민 자산에 대해, 미군정의 지침이나 이에 준해서 제정된 처분권의 적법성을 인정한다.

(c) 일본의 지배에서 벗어난 지역과 일본을 연결하는 일본이 소유한 해저 케이블은 균등하게 분할될 것이다. 일본은 일본측 터미널과 그에 접하는 절반의 케이블을 갖고, 분리된 지역은 나머지 케이블과 터미널 시설을 갖는다.

제3장 안전

제5조

(a) 일본은 유엔헌장 제2조에서 설명한 의무를 수용한다. 특히 다음과 같은 의무이다.

(i) 국제 분쟁을 평화적 수단에 의해 국제 평화와 안전 및 정의를 위태롭게하지 않도록 해결한다.

(ii) 국제 관계에서 무력에 의한 위협 또는 무력의 행사는 어떠한 국가의 영토 보전 또는 정치적 독립에 대한 것도 또한 국제 연합의 목적과 양립하지 않는 다른 어떠한 수단으로도 자제한다.

(iii) 국제 연합이 헌장에 따라 제출 잡는 어떠한 행동에 대해서도 국제 연합에 어떤 도움을 주고 한편, 국제 연합이 방지 행동 또는 강제 조치를 취할 어느 나라에 대

해서도 원조 공여를 자제한다.

(b) 연합국은 일본과의 관계에서 유엔 헌장 제2조 원칙을 지침으로 해야 할 일을 확인한다.

(c) 연합 국가로는 일본이 주권 국가로서 국제 연합 헌장 제51조에서 내거는 개별적 또는 집단적 자위의 고유한 권리가 있음과 일본이 집단적 안보 협정을 자발적으로 체결할 수 있음을 승인한다.

제6조

(a) 연합국의 모든 점령군은 이 협약의 발효 후 가능한 신속하게, 한편 어떠한 경우에도 이후 90일 이내에 일본에서 철수해야 한다. 그러나 이 규정은 하나 또는 그 이상의 연합군을 한편으로 하고, 일본 또는 기타 쌍방간에 체결된 또는 체결되는 양자 또는 다자 협정 결과로 외국 군대의 일본 지역에 주재 또는 주둔을 막는 것은 아니다.

(b) 일본 육군은 각자의 집으로 돌아가며, 1945년 7월 26일 포츠담 선언의 9항의 규정이 아직 실시 완료가 되지 않았다면 실행하는 것으로 한다.

(c) 아직 대가가 지불되지 않은 모든 일본 재산은 점령군의 사용에 제공되고, 한편, 이 협약 발효 시에 점령군이 점유하고 있는 것은 상호 합의에 의해 달리 약정을 하지 않는 한 상기 90일 이내에 일본 정부에 반환하여야 한다.

제4장 정치 및 경제

제7조

(a) 각 연합국은 자국과 일본 사이에 이 협약이 발효한 후 1년 이내에 일본과의 전쟁 중 두 나라 간 조약 또는 협약을 이어가는 것이 유효한 지 또는 부활시키는 것을 원하는지 일본에 통보하여야 한다. 이렇게 통보된 조약 또는 협약은 이 협약에 적합함을 보장하기 위해 필요한 수정을 하는 것만으로도, 연속적으로 활성화 되거나 또는 부활된다. 이렇게 통보된 조약과 협약은 통보일로부터 3개월 후에, 계속해서 유효한 것으로 간주되거나 또는 부활되며, 한편 국제 연합 사무국에 등록되어야 한다. 일본에 이렇게 통보되지 않는 모든 조약 및 협약은 폐기된 것으로 본다.

(b) 이 조의 (a)에 근거해 시행되는 통보에 있어서 조약 또는 협약의 실시 또는 부활에 관하여 국제 관계에 대해 통보하는 국가가 책임지는 지역을 제외시킬 수 있다. 이 제외는 제외 신청을 일본에 통보한 날로부터 3개월 이내에 이루어져야 한다.

제8조

(a) 일본은 연합국이 1939년 9월 1일에 시작된 전쟁 상태를 종료하기 위해 체결된 또는 앞으로 체결하는 모든 조약 및 연합국이 평화 회복을 위해, 또는 이와 관련하여

수행하는 다른 협정의 완전한 효력을 승인한다. 일본은 또한 이전의 국제 연맹과 상설 국제 사법 재판소를 종결하기 위해 수행된 협정을 수락한다.

(b) 일본은 1919년 9월 10일 생제르망 앙레우의 협약 및 1936년 7월 20일 몽트뢰 해협 조약의 서명국인 것에 유래하는 그리고 1923년 7월 24일에 로잔에서 서명된 ‘터키와의 평화 조약’의 제16조에서 유래하는 일체의 권리와 이익을 포기한다.

(c) 일본은 1930년 1월 20일 독일과 채권국 간의 협정 및 1930년 5월 17일 신탁 협정을 포함한 그 부속서 및 1930년 1월 20일 국제 결제 은행 협약 및 국제 결제 은행의 정관에 근거하여 얻은 일체의 권리, 소유권 및 이익을 포기하고 또한 그들로부터 발생하는 모든 의무를 면제한다. 일본은 이 조약 최초 발효 후 6개월 이내에 이 항에 규정된 권리, 소유권 및 이익의 포기를 파리 외무부에 통보하여야 한다.

제9조

일본은 공해상의 어업의 규제나 제한, 그리고 어업의 보존 및 발전을 규정하는 양자간 및 다자간 협정을 체결하기를 바라는 연합국들과 즉각 협상을 시작한다.

제10조

일본은 1901년 9월 7일에 베이징에서 서명한 최종 의정서의 규정들로부터 발생하는 모든 이익과 특권을 비롯하여, 중국에 대한 모든 특별한 권리와 이익을 포기한다. 그리고 모든 조항들과 문안 그리고 보충 서류들은 이로써, 이른바 요령, 조항, 문구, 서류들을 폐기하기로 일본과 합의한다.

제11조

일본은 일본 안팎의 극동 및 기타 국가의 연합의 전범 재판소의 국제 군사재판 판결을 수용하고 이로써 일본 내 일본인에게 선고된 형량을 수행한다. 형량감경이나 가석방 같은 관용은 정부로부터 사인별로 형량을 선고한 연합정부의 결정이 있을 경우 또한 일본심사결과가 있을 경우 이외에는 적용하지 않는다. 극동 지역에 대한 국제 군사 재판에서 선고받은 피고인 경우 재판을 대표하는 정부 구성원이나 일본심사결과상 과반수의 투표가 있을 경우 이외에는 적용하지 않는다.

제12조

(a) 일본은 안정적이고 호혜적인 관계를 바탕으로 한 거래와 해상무역을 위하여 (!)연합군과 조약을 맺거나 협상결과를 이끌어 내기 위하여 신속한 협정에 임할 준비가 되어있음을 선언한다.

(b) 관련 조약이나 협정상 합의사항 보류 시 현행 협정사항이 효력을 얻는 초년도부터 4년 기간 동안 일본은 연합군의 권력과 선박들을 수용한다.

(i)최혜국 협정을 수용하여 관세율 적용과 부과, 제한사항 그리고 기타 물자수출입과 연관해서는 관련 규정을 따른다.

(ii)해운, 항해 및 수입 상품에 대한 내국민 대우, 다시 말해 그러한 대우는 세금의 부과 및 징수, 재판을 받는 것, 계약의 체결 및 이행 (유, 무형)재산권, 일본법에 따라 구성된 자치단체에서의 참여 및 일반적으로 모든 종류의 사업활동 및 작업활동의 수행에 관한 모든 사항들을 포함한다.

(2)일본 공기업들의 대외적인 매매는 오로지 상업적 고려만을 기준으로 하고 있다는 것을 보장한다.

(c)하지만, 어떤 문제에 대해 일본은 관련된 연합국이 같은 문제에 대해 일본에게 경우에 따라 내국민 대우나 최혜국 대우를 주는 범위 내에서만, 그 연합국에게 내국민 대우나 최혜국 대우를 주어야 한다. 앞에서 말한 상호주의는 연합국의 어떤 비수도권 지역의 생산품, 선박 및 자치단체, 그리고 그 지역에 거주하는 사람들의 경우에, 그리고 연방정부를 가지고 있는 어떤 연합국의 주나 지방의 자치단체와 그 주나 지방에 거주하는 사람들의 경우에, 그러한 지역이나, 주 또는 지방에서 일본에게 제공하는 대우를 참조하여 결정된다.

(d)이 조를 적용함에 있어서, 차별적 조치는 그것을 적용하는 당사국의 통상조약에서 통상적으로 규정하고 있는 예외에 근거를 둔 것이라면, 또한 그 당사국의 대외적 재정 상태나, (해운 및 항해에 관한 부분을 제외한)국제수지를 보호해야 할 필요에 근거를 둔 것이라면, 또는 긴요한 안보상의 이익을 유지해야 할 필요성에 근거를 둔 것이라면, 그러한 조치가 주변 상황과 조화를 이루면서, 자의적이거나, 비합리적으로 적용되지 않는다면, 경우에 따라서, 내국민의 대우나, 최혜국 대우를 허용하는 것과 상충하는 것으로 간주되지는 않는다.

(e)이 조에 의한 일본의 의무는 본 조약의 제14조에 의한 연합국의 어떤 권리 행사에 의해서도 영향을 받지 않는다. 아울러 이 조의 규정들은 본 조약의 제15조에 따라 일본이 감수해야 할 약속들을 제한하는 것으로 해석되어서는 안 된다.

제13조

(a)일본은 국제 민간항공운송에 관한 양자간, 또는 다자간 협정을 체결하자는 어떤 연합국의 요구가 있을 때에는 즉시 해당 연합국들과 협상을 시작한다.

(b)일본은 그러한 협정들이 체결될 때까지, 본 조약이 최초로 발효된 때로부터 4년간, 항공 교통권에 대해 그 효력이 발생하는 날에 어떤 해당 연합국이 행사하는 것 못지 않는 대우를 해당 연합국에 제공하는 한편, 항공업무의 운영 및 개발에 관한 완

전한 기회균등을 제공한다.

(c)일본은 국제민간항공조약 제 93조에 따라 조약의 당사국이 될 때까지, 항공기의 국제운항에 적용할 수 있는 동 조약의 규정들을 준수하는 동시에, 동 조약의 규정에 따라 동 조약의 부속서로 채택된 표준과 관행 및 절차들을 준수한다.

제5장 청구권 및 재산

제14조

(a)일본이 전쟁 중 일본에 의해 발생한 피해와 고통에 대해 연합국에 배상을 해야 한다는 것은 주지의 사실이다. 그럼에도 불구하고 일본이 생존 가능한 경제를 유지하면서 그러한 모든 피해와 고통에 완전한 배상을 하는 동시에 다른 의무들을 이행하기에는 일본의 자원이 현재 충분하지 않다는 것 또한 익히 알고 있는 사실이다.

따라서

1.일본은 즉가 현재의 영토가 일본군에 의해 점령당한 그리고 일본에 의해 피해를 입은 연합국들에게 그들의 생산, 복구 및 다른 작업에 일본의 역무를 제공하는 등, 피해 복구 비용의 보상을 지원하기 위한 협상을 시작한다. 그러한 협상은 다른 연합국들에게 추가적인 부담을 부과하지 않아야 한다. 그리고 원자재의 제조가 필요하게 되는 경우, 일본에게 어떤 외환 부담이 돌아가지 않도록 원자재는 해당 연합국들이 공급한다.

2.(1), 아래 (II)호의 규정에 따라, 각 연합국은 본 조약의 최초의 효력 발생 시에 각 연합국의 관할 하에 있는 다음의 모든 재산과 권리 및 이익을 압수하거나, 보유하거나, 처분할 권리를 가진다.

(a)일본 및 일본 국민,

(b)일본 또는 일본 국민의 대리자 또는 대행자,

(c)일본 또는 일본 국민이 소유하거나, 지배하는 단체,

이(1)호에서 명시하는 재산, 권리 및 이익은 현재 동결되었거나, 귀속되었거나, 연합국 적산관리 당국이 소유하거나, 관리하고 있는 것들을 포함하는데, 그것들은 앞의 (a)나 (b) 또는 (c)에 언급된 사람이나, 단체에 속하거나 그들을 대신하여 보유했거나, 관리했던 것들인 동시에 그러한 당국의 관리 하에 있던 것들이었다.

(II)다음은 위의 (1)호에 명기된 권리로부터 제외된다.

(i)전쟁 중, 일본이 점령한 영토가 아닌 어떤 연합국의 영토에 해당 정부의 허가를 얻어 거주한 일본의 자연인 재산, 다만 전쟁 중에 제한 조치를 받고서, 본 조약이 최초로 효력을 발생하는 날에 그러한 제한 조치로부터 해체되지 않은 재산은 제외한다.

(ii) 일본 정부 소유로 외교 및 영사 목적으로 사용한 모든 부동산과 가구 및 비품, 그리고 일본의 대사관 및 영사관 직원들이 소유한 것으로 통상적으로 대사관 및 영사관의 업무를 수행하는 데 필요한 모든 개인용 가구와 용구 및 투자 목적이 아닌 다른 개인 재산

(iii) 종교단체나 민간 자선단체에 속하는 재산으로 종교적 또는 자선적 목적으로만 사용한 재산

(iv) 관련 국가와 일본 간에 1945년 9월 2일 이후에 재개된 무역 및 금융 관계에 의해 일본이 관할하게 된 재산과 권리 및 이익, 다만 관련 연합국의 법에 위반하는 거래로부터 발생한 것은 제외한다.

(v) 일본 또는 일본 국민의 채무, 일본에 소재하는 유형재산에 관한 권리나, 소유권 또는 이익, 일본의 법률에 따라 조직된 기업의 이익 또는 그것들에 대한 증서, 다만 이 예외는, 일본의 통화로 표시된 일본 및 일본 국민의 채무에게만 적용한다.

(iii) 앞에 언급된 예외 (i)로부터 (v)까지의 재산은 그 보존 및 관리를 위한 합리적인 비용의 지불을 조건으로 반환된다, 그러한 재산이 청산되었다면, 그 재산을 반환하는 대신 그 매각 대금을 반환한다.

(iv) 앞에 나온 (i)호에 규정된 일본재산을 압류하고, 유치하고 청산하거나, 그 외 어떠한 방법으로 처분할 권리는 해당 연합국의 법률에 따라 행사되며 그 소유자는 그러한 법률에 의해 본인에게 주어질 권리를 가진다.

(v) 연합국은 일본의 상표권과 문학 및 예술 재산권을 각국의 일반적 사정이 허용하는 한, 일본에게 유리하게 취급하는 것에 동의한다.

(b) 연합국은 본 조약의 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고, 연합국의 모든 배상 청구권과, 전쟁 수행 과정에서 일본 및 그 국민이 자행한 어떤 행동으로부터 발생한 연합국 및 그 국민의 다른 청구권, 그리고 점령에 따른 직접적인 군사적 비용에 관한 연합국의 청구권을 포기한다.

제15조

(a) 본 조약이 일본과 해당 연합국 간에 효력이 발생된 지 9개월 이내에 신청이 있을 경우, 일본은 그 신청일로부터 6개월 이내에, 1941년 12월 7일부터 1945년 9월 2일까지 일본에 있던 각 연합국과 그 국민의 유형 및 무형 재산과, 종류 여하를 불문한 모든 권리 또는 이익을 반환한다. 다만, 그 소유주가 강박이거나, 사기를 당하지 않고 자유로이 처분한 것은 제외한다. 그러한 재산은 전쟁으로 말미암아 부과될 수 있는 모든 부담금 및 과금을 지불하지 않는 동시에, 그 반환을 위한 어떤 과금도 지불하지 않

고서 반환된다. 소유자나 그 소유자를 대신하여, 또는 그 소유자의 정부가 소정 기간 내에 반환을 신청하지 않는 재산은 일본 정부가 임의로 처분할 수 있다. 그러한 재산이 1941년 12월 7일에 일본 내에 존재하고 있었으나, 반환될 수 없거나 전쟁의 결과로 손상이나 피해를 입은 경우, 1951년 7월 13일에 일본 내각에서 승인된 연합국 재산보상법안이 정하는 조건보다 불리하지 않은 조건으로 보상된다.

(b) 전쟁 중에 침해된 공업 재산권에 대해서, 일본은 현재 모두 수정되었지만, 1949년 9월 1일 시행 각령 제309호, 1950년 1월 28일 시행 각령 제12조 및 1950년 2월 1일 시행 각령 제9호에 의해 지금까지 주어진 것보다 불리하지 않은 이익을 계속해서 연합국 및 그 국민에게 제공한다. 다만, 그 연합국의 국민들이 각령에 정해진 기한까지 그러한 이익을 제공해 주도록 신청한 경우에만 그러하다.

(c) (i) 1941년 12월 6일에 일본에 존재했던, 출판 여부를 불문하고, 연합국과 그 국민들의 작품에 대해서, 문학과 예술의 지적재산권이 그 날짜 이후로 계속해서 유효했음을 인정하고, 전쟁의 발발로 인해서 일본 국내법이나 관련 연합국의 법률에 의해서 어떤 회의나 협정이 폐기 혹은 중지되었거나 상관없이, 그 날짜에 일본이 한 쪽 당사자였던 그런 회의나 협정의 시행으로, 그 날짜 이후로 일본에서 발생했거나, 전쟁이 없었다면 발생했을 권리를 승인한다.

(ii) 그 권리의 소유자가 신청할 필요도 없이, 또 어떤 수수료의 지불이나 다른 어떤 형식에 구애됨이 없이, 1941년 12월 7일부터, 일본과 관련 연합국 간의 본 협정이 시행되는 날까지의 기간은 그런 권리의 정상적인 사용 기간에서 제외될 것이다. 그리고 그 기간은, 추가 6개월의 기간을 더해서, 일본에서 번역판권을 얻기 위해서 일본어로 번역되어야 한다고 정해진 시간에서 제외될 것이다.

제16조

일본의 전쟁포로로써 부당하게 고통을 겪은 연합국 군인들을 배상하는 한가지 방식으로 일본은 전쟁기간 동안 중립국이었던 나라나 연합국과 같이 참전했던 나라에 있는 연합국과 그 국민의 재산, 혹은 선택사항으로 그것과 동등한 가치를, 국제적십자 위원회에 이전해 줄 것이고, 국제적십자위원회는 그 재산을 청산해서 적절한 국내기관에 협력기금을 분배하게 될 것이다. 공정하다고 판단될 수 있는 논리로, 과거 전쟁포로와 그 가족들의 권익을 위해서, (앞 문장의 일부분) 본 협정의 제14조(a)2(II) (ii)부터 (v)까지에 규정된 범위의 재산은, 본 협정이 시행되는 첫 날, 일본에 거주하지 않는 일본 국민들의 재산과 마찬가지로 이전대상에서 제외될 것이다. 이 항의 이전조항은 현재 일본 재정기관이 보유한 국제결제은행의 주식 19,770주에 대해서는 적용되지 않

는다는 것도 동시에 양해한다,

제17조

(a)어떤 연합국이든 요청하면, 연합국 국민의 소유권과 관련된 사건에서 일본정부는 국제법에 따라 일본 상벌위원회의 결정이나 명령을 재검토하거나 수정해야 하고, 결정이나 명령을 포함해서 이런사건들의 기록을 포함한 모든 문서의 사본을 제공해야 한다. 원상복구가 옳다는 재검토나 수정에 나온 사건에서는 제15조의 조항에 관련된 소유권이 적용될 것이다.

(b)일본정부는 필요한 조치를 취해서 일본과 관련된 연합국간의 본 협정이 시행되는 첫날로부터 일년 이내에 언제라도 어떤 연합국 국민이든지 1941년 12월 7일과 시행되는 날 사이에 일본법정으로부터 받은 어떤 판결에 대해서도 일본 관계당국에 제심을 신청할 수 있도록 해야 하며, 이것은 그 국민이 원고나 피고로서 제청을할 수 없는 어떤 소추에서라도 적용되어야 한다. 일본정부는 해당국민이 그러한 어떤 재판에 의해 손해를 입었을 경우에는 그 사람을 재판을 하기 전의 상태로 원상복구시켜 주도록 하거나, 그 사람이 공정하고 정당한 구제를 받을 수 있도록 조치해야 한다

제18조

(a) 전쟁 상태의 개입은, (채권에 관한 것을 포함한) 기존의 의무 및 계약으로부터 발생하는 금전 상의 채무를 상환할 의무, 그리고 전쟁 상태 이전에 취득된 권리로서, 일본의 정부나, 그 국민들이 연합국의 한 나라의 정부나, 그 국민들에게, 또는 연합국의 한 나라의 정부나, 그 국민들이 일본의 정부나, 그 국민들에게 주어야 하는 권리에 영향을 미치지 않는다는 것을 인정한다. 그와 마찬가지로 전쟁 상태의 개입은 전쟁 상태 이전에 발생한 것으로, 연합국의 한 나라의 정부가 일본 정부에 대해, 또는 일본 정부가 연합국의 한 나라의 정부에 대해 제기하거나, 재제기할 수 있는 재산의 멸실이나, 손해 또는 개인적 상해나, 사망으로 인한 청구권을 검토할 의무에 영향을 미치는 것으로 간주되지 않는다. 이 항의 규정은 제14조에 의해 부여되는 권리를 침해하지 않는다.

(b) 일본은 전쟁 전의 대외채무에 관한 책임과, 뒤에 일본의 책임이라고 선언된 단체들의 채무에 관한 책임을 질 것을 천명하면서, 빠른 시일 내에 그러한 채무의 지불 재개에 대해 채권자들과 협상을 시작하고, 전쟁 전의 다른 청구권들과 의무들에 대한 협상을 촉진하며, 그에 따라 상환을 용이하게 하겠다는 의향을 표명한다.

제19조

(a)일본은 전쟁으로부터 발생했거나, 전쟁상태의 존재로 말미암아 취해진 조치들로

부터 발생한 연합국들과 그 국민들에 대한 일본국민들의 모든 청구권을 포기하는 한편, 본 조약이 발효되기 전에 일본 영토 내에서 연합국 군대나 당국의 존재나 직무 수행 또는 행동들로부터 생긴 모든 청구권을 포기한다.

(b)앞에서 언급한 포기에는 1939년 9월 1일부터 본 조약 효력 발생 시까지의 사이에 일본의 선박에 관해서 연합국이 취한 조치로부터 생긴 청구권은 물론 연합국의 수중에 있는 일본 전쟁포로와 민간인 피억류자에 관해서 생긴 모든 청구권 및 채권이 포함된다. 다만 1945년 9월 2일 이후 어떤 연합국이 제정한 법률로 특별히 인정된 일본인의 청구권은 포함되지 않는다.

(c)일본정부는 또한 상호 포기를 조건으로, 정부간의 청구권 및 전쟁 중에 입은 멸실 또는 손해에 관한 청구권을 포함한 독일과 독일 국민에 대한(채권을 포함한) 모든 청구권을 일본 정부와 일본 국민을 위해서 포기한다. 다만, (a)1939년 9월1일 이전에 체결된 계약 및 취득한 권리에 관한 청구권과, (b)1945년 9월 2일에 일본과 독일 간의 무역 및 금융의 관계로부터 생긴 청구권은 제외한다. 그러한 포기는 본 조약 제16조 및 제20조에 따라 취해진 조치에 저촉되지 않는다.

(d)일본은 점령 기간 동안, 점령당국의 지시에 따라 또는 그 지시의 결과로 행해졌거나, 당시 일본법에 의해 인정된 모든 작위 또는 부작위 행위의 효력을 인정하며, 연합국 국민들에게 그러한 작위 또는 부작위 행위로부터 발생하는 민사 또는 형사 책임을 묻는 어떤 조치도 취하지 않는다.

제20조

일본은 1945년 베를린 회의의 협약 의정서에 따라 일본 내의 독일 재산을 처분할 권리를 가지게 되는 제국이 그러한 재산의 처분을 결정하거나, 결정할 수 있도록 보장하기 위한 필요한 모든 조치를 취한다. 그리고 그러한 재산이 최종적으로 처분될 때까지 그 보존 및 관리에 대한 책임을 진다.

제21조

중국은 본 조약 제25조의 규정에 관계없이, 제10조 및 제14조(a)2의 이익을 받을 권리를 가지며, 한국은 제2조, 제4조, 제9조 및 제12조의 이익을 받을 권리를 가진다.

제6장 분쟁 해결

제22조

본 조약의 어떤 당사국이 볼 때 특별 청구권 재판소나, 다른 합의된 방법으로 해결되지 않는 본 조약의 해석 또는 실행에 관한 분쟁이 발생한 경우, 그러한 분쟁은 어떤 분쟁 당사국의 요청에 의해 그러한 분쟁에 대한 결정을 얻기 위해 국제사법재판소로

회부된다. 일본과 아직 국제사법재판소 규정상의 당사국이 아닌 연합국은 각각 본 조약을 비준할 때에, 그리고 1946년 10월 15일의 국제연합 안전보장 이사회의 결의에 따라 특별한 합의 없이, 이 조항에서 말하는 모든 분쟁에 대한 국제사법재판소의 전반적인 관할권을 수락하는 일반 선언서를 동 재판소 서기에게 기탁한다.

제7장 최종

제23조

(a)본 조약은 일본을 포함하여 본 조약에 서명하는 나라에 의해 비준된다. 본 조약은 비준서가 일본에 의해 그리고 호주,캐나다,실론,프랑스,인도네시아,네덜란드,뉴질랜드,필리핀,영국과 북아일랜드, 그리고 미국 중 가장 중요한 점령국인 미국을 포함한 과반수에 의해 기탁되었을 때, 그것을 비준한 모든 나라들에게 효력을 발한다.

(b)일본이 비준서를 기탁한 후 9개월 이내에 본 조약이 발효되지 않는다면, 본 조약을 비준한 나라는 모두 일본이 비준서를 기탁한 후 3년이내에 일본정부 및 미국정부에 그러한 취지를 통고함으로써 자국과 일본과의 사이에 본 조약을 발효시키게 할 수 있다.

제24조

모든 비준서는 미국정부에 기탁해야 한다. 미국정부는 제23조(a)에 의거한 본 조약의 효력 발생일과 제23조(b)에 따라 행해지는 어떤 통고를 모든 서명국에 통지한다.

제25조

본 조약의 적용상, 연합국이란 일본과 전쟁하고 있던 나라들이나, 이전에 제23조에 명명된 나라의 영토의 일부를 이루고 있었던 어떤나라를 말한다. 다만, 각 경우 관련된 나라가 본 조약에 서명하여, 본 조약을 비준하는 것을 조건으로 한다. 본 조약은 제21조의 규정에 따라, 여기에 정의된 연합국이 아닌 나라에 대해서는 어떠한 권리나, 소유권 또는 이익도 주지 않는다. 아울러 본 조약의 어떠한 규정에 의해 앞에서 정의된 연합국이 아닌 나라를 위해 일본의 어떠한 권리나 소유권 또는 이익이 제한되거나 훼손되지 않는다.

제26조

일본은 1942년 1월 1일의 국제연합 선언문에 서명하거나, 동의하는 어떤 국가와, 일본과 전쟁 상태에 있는 어떤 국가, 또는 이전에 본 조약의 서명국이 아닌 제23조에 의해 명명된 어떤 국가의 영토의 일부를 이루고 있던 어떤 나라와 본 조약에 규정된것과 동일하거나, 다만 이러한 일본의 의무는 본 조약이 최초로 발효된지 3년 뒤에 소멸된다. 일본이 본 조약이 제공하는 것보다 더 많은 이익을 주는 어떤 국가와 평화적인 해

결을 하거나, 전쟁 청구권을 처리할 경우, 그러한 이익은 본 조약의 당사국들에게도 적용되어야 한다.

제27조

이 조약은 미국 정부의 기록에 기탁된다. 동 정부는 그 인증 등본을 각 서명국에게 교부한다.

이상의 증거로, 아래 서명자의 전권 위원은 본 조약에 서명했다.

1951년 9월 8일 샌프란시스코 시에서 동등하게 정본인 영어, 프랑스어 및 스페인어 및 일본어로 작성했다. (이하 각국 대표 서명 생략)

2. 조약법에 관한 비엔나협약 (일부 발취)

1980년 1월 27일 발효(제697호 조약)

가. 제3부 조약의 준수·적용 및 해석

제1절 조약의 준수

제26조(약속은 준수하여야 한다.)

유효한 모든 조약은 그 당사국을 구속하며 또한 당사국에 의하여 성실하게 이행되어야 한다.

제27조(국내법과 조약의 준수)

어느 당사국도 조약의 불이행에 대한 정당화의 방법으로 그 국내법규정을 원용해서는 아니된다. 이 규칙은 제46조를 침해하지 아니한다.

제2절 조약의 적용

제28조(조약의 불소급)

별도의 의사가 조약으로부터 나타나지 아니하거나 또는 달리 확정되지 아니하는 한, 그 조약 규정은 그 발효이전에 당사국에 관련하여 발생한 행위나 사실 또는 없어진 사태에 관하여 그 당사국을 구속하지 아니한다.

제29조(조약의 영토적 범위)

별도의 의사가 조약으로부터 나타나지 아니하거나 또는 달리 확정되지 아니하는 한, 조약은 각 당사국의 전체 영역에 관하여 각 당사국을 구속한다.

제30조(동일한 주제에 관한 계승적 조약의 적용)

① 국제연합헌장 제103조에 따를 것으로 하여 동일한 주제에 관한 계승적 조약의 당사국의 권리와 의무는 아래의 조항에 의거하여 결정된다.

② 조약이 전조약 또는 후조약에 따를 것을 명시하고 있거나, 또는 전조약 또는 후조약과 양립하지 아니하는 것으로 간주되지 아니함을 명시하고 있는 경우에는 그 다른 조약의 규정이 우선한다.

③ 전조약의 모든 당사국이 동시에 후조약의 당사국이나, 전조약이 제59조에 따라

종료되지 아니하거나 또는 시행 정지되지 아니하는 경우에, 전조약은 그 규정이 후조약의 규정과 양립하는 범위내에서만 적용된다.

④ 후조약의 당사국이 전조약의 모든 당사국을 포함하지 아니하는 경우에는, 다음의 규칙이 적용된다.

(a) 양 조약의 당사국간에는 상기 3항과 같은 동일한 규칙이 적용된다.

(b) 양 조약의 당사국과 어느 한 조약의 당사국간에는, 그 양국이 다 같이 당사국인 조약이 그들 상호간의 권리와 의무를 규율한다.

⑤ 상기 4항은 제41조에 대하여, 또는 제60조의 규정에 따른 조약의 종료 또는 시행 정지에 관한 문제에 대하여, 또는 다른 조약에 따른 다른 국가에 대한 어느 국가의 의무와 조약규정이 양립하지 아니하는 조약의 체결 또는 적용으로부터 그 어느 국가에 대하여 야기될 수 있는 책임문제를 침해하지 아니한다.

제3절 조약의 해석

제31조(해석의 일반규칙)

① 조약은 조약문의 문맥 및 조약의 대상과 목적으로 보아, 그 조약의 문면에 부여되는 통상적 의미에 따라 성실하게 해석되어야 한다.

② 조약의 해석 목적상 문맥은 조약문에 추가하여 조약의 전문 및 부속서와 함께 다음의 것을 포함한다.

(a) 조약의 체결에 관련하여 모든 당사국간에 이루어진 그 조약에 관한 합의

(b) 조약의 체결에 관련하여, 1 또는 그 이상의 당사국이 작성하고 또한 다른 당사국이 그 조약에 관련되는 문서로서 수락한 문서

③ 문맥과 함께 다음의 것이 참작되어야 한다.

(a) 조약의 해석 또는 그 조약규정의 적용에 관한 당사국간의 추후의 합의

(b) 조약의 해석에 관한 당사국의 합의를 확정하는 그 조약 적용에 있어서의 추후의 관행

(c) 당사국간의 관계에 적용될 수 있는 국제법의 관계규칙

④ 당사국의 특별한 의미를 특정용어에 부여하기로 의도하였음이 확정되는 경우에는 그러한 의미가 부여된다.

제32조(해석의 보충적 수단)

제31조의 적용으로부터 나오는 의미를 확인하기 위하여, 또는 제31조에 따라 해석하면 다음과 같이 되는 경우에 그 의미를 결정하기 위하여, 조약의 교섭 기록 및 그 체

결시의 사정을 포함한 해석의 보충적 수단에 의존할 수 있다.

- (a) 의미가 모호해지거나 또는 애매하게 되는 경우, 또는
- (b) 명백히 불투명하거나 또는 불합리한 결과를 초래하는 경우

제33조(2 또는 그 이상의 언어가 정본인 조약의 해석)

① 조약이 2 또는 그 이상의 언어에 의하여 정본으로 확정된 때에는, 상위가 있을 경우에 특정의 조약문이 우선함을 그 조약이 규정하지 아니하거나 또는 당사국이 합의하지 아니하는 한, 각 언어로 작성된 조약문은 동등히 유효하다.

② 조약의 정본으로 사용된 언어중의 어느 하나 이외의 다른 언어로 작성된 조약의 번역문은 이를 정본으로 간주함을 조약이 규정하거나 또는 당사국이 이에 합의하는 경우에만 정본으로 간주된다.

③ 조약의 용어는 각 정본상 동일한 의미를 가지는 것으로 추정된다.

④ 상기 1항에 의거하여 특정의 조약문이 우선하는 경우를 제외하고, 제31조 및 제32조의 적용으로 제거되지 아니하는 의미의 차이가 정본의 비교에서 노정되는 경우에는, 조약의 대상과 목적을 고려하여 최선으로 조약문과 조화되는 의미를 채택한다.

제4절 조약과 제3국

제34조(제3국에 관한 일반 규칙)

조약은 제3국에 대하여 그 동의 없이는 의무 또는 권리를 창설하지 아니한다.

제35조(제3국에 대하여 의무를 규정하는 조약)

조약의 당사국이, 조약규정을 제3국에 대하여 의무를 설정하는 수단으로 의도하며 또한 그 제3국이 서면으로 그 의무를 명시적으로 수락하는 경우에는, 그 조약의 규정으로부터 그 제3국에 대하여 의무가 발생한다.

제36조(제3국에 대하여 권리를 규정하는 조약)

① 조약의 당사국이 제3국 또는 제3국이 속하는 국가의 그룹 또는 모든 국가에 대하여 권리를 부여하는 조약규정을 의도하며 또한 그 제3국이 이에 동의하는 경우에는, 그 조약의 규정으로부터 그 제3국에 대하여 권리가 발생한다. 조약이 달리 규정하지 아니하는 한 제3국의 동의는 반대의 표시가 없는 동안 있는 것으로 추정된다.

② 상기 1항에 의거하여 권리를 행사하는 국가는 조약에 규정되어 있거나 또는 조약에 의거하여 확정되는 그 권리행사의 조건에 따라야 한다.

제37조(제3국의 의무 또는 권리의 취소 또는 변경)

① 제35조에 따라 제3국에 대하여 의무가 발생한 때에는 조약의 당사국과 제3국이 달리 합의하였음이 확정되지 아니하는 한, 그 의무는 조약의 당사국과 제3국의 동의를

얻는 경우에만 취소 또는 변경될 수 있다.

② 제36조에 따라 제3국에 대하여 권리가 발생한 때에는, 그 권리가 제3국의 동의없이 취소 또는 변경되어서는 아니되는 것으로 의도되었음이 확정되는 경우에 그 권리는 당사국에 의하여 취소 또는 변경될 수 없다.

제38조(국제 관습을 통하여 제3국을 구속하게 되는 조약상의 규칙)

제34조 내지 제37조의 어느 규정도 조약에 규정된 규칙이 관습 국제법의 규칙으로 인정된 그러한 규칙으로서 제3국을 구속하게 되는 것을 배제하지 아니한다.

나. 제5부 조약의 부적법 · 종료 또는 시행정지

제1절 일반 규정

제42조(조약의 적법성 및 효력의 계속)

① 조약의 적법성 또는 조약에 대한 국가의 기속적 동의를 적법성은 이 협약의 적용을 통해서만 부정될 수 있다.

② 조약의 종료, 그 폐기 또는 당사국의 탈퇴는 그 조약의 규정 또는 이 협약의 적용의 결과로서만 행하여질 수 있다. 동일한 규칙이 조약의 시행정지에 적용된다.

제43조(조약과는 별도로 국제법에 의하여 부과되는 의무)

이 협약 또는 조약규정의 적용의 결과로서, 조약의 부적법 · 종료 또는 폐기, 조약으로부터의 당사국의 탈퇴 또는 그 시행정지는 그 조약과는 별도로 국제법에 따라 복종해야 하는 의무로서 그 조약에 구현된 것을 이행해야 하는 국가의 책무를 어떠한 방법으로도 경감시키지 아니한다.

제44조(조약 규정의 가분성)

① 조약에 규정되어 있거나 또는 제56조에 따라 발생하는 조약의 폐기 · 탈퇴 또는 시행 정지시킬 수 있는 당사국의 권리는, 조약이 달리 규정하지 아니하거나 또는 당사국이 달리 합의하지 아니하는 한, 조약 전체에 관해서만 행사될 수 있다.

② 이 협약에서 인정되는 조약의 부적법화 · 종료 · 탈퇴 또는 시행정지의 사유는, 아래의 제 조항 또는 제60조에 규정되어 있는 것을 제외하고, 조약 전체에 관해서만 원용될 수 있다.

③ 그 사유가 특정의 조항에만 관련되는 경우에는, 다음의 경우에, 그러한 조항에 관해서만 원용될 수 있다.

(a) 당해 조항이 그 적용에 관련하여 그 조약의 잔여 부분으로부터 분리될 수 있으

며

(b) 당해 조항의 수락이 전체로서의 조약에 대한 1 또는 그 이상의 다른 당사국의 기속적 동의를 필수적 기초가 아니었던 것이 그 조약으로부터 나타나거나 또는 달리 확정되며, 또한

(c) 그 조약의 잔여부분의 계속적 이행이 부당하지 아니한 경우

④ 제49조 및 제50조에 해당하는 경우에 기만 또는 부정을 원용하는 권리를 가진 국가는, 조약 전체에 관하여 또는 상기 3항에 따를 것으로 하여, 특정의 조항에 관해서만 그렇게 원용할 수 있다.

⑤ 제51조, 제52조 및 제53조에 해당하는 경우에는 조약규정의 분리가 허용되지 아니한다.

제45조(조약의 부적법화 · 종료 · 탈퇴 또는 그 시행정지의 사유를 원용하는 권리의 상실)

국가는, 다음의 경우에, 사실을 알게 된 후에는, 제46조 내지 제50조 또는 제60조 및 제62조에 따라 조약의 부적법화 · 종료 · 탈퇴 또는 시행정지의 사유를 원용할 수 없다.

(a) 경우에 따라, 그 조약이 적법하다는 것 또는 계속 유효하다는 것 또는 계속 시행된다는 것에 그 국가가 명시적으로 동의한 경우, 또는

(b) 그 국가의 행동으로 보아 조약의 적법성 또는 그 효력이나 시행의 존속을 묵인한 것으로 간주되어야 하는 경우

제2절 조약의 부적법

제46조(조약 체결권에 관한 국내법 규정)

① 조약 체결권에 관한 국내법 규정의 위반이 명백하며 또한 근본적으로 중요한 국내법 규칙에 관련되지 아니하는 한, 국가는 조약에 대한 그 기속적 동의를 부적법화하기 위한 것으로 그 동의가 그 국내법 규정에 위반하여 표시되었다는 사실을 원용할 수 없다.

② 통상의 관행에 의거하고 또한 성실하게 행동하는 어느 국가에 대해서도 위반이 객관적으로 분명한 경우에는 그 위반은 명백한 것이 된다.

제47조(국가의 동의 표시 권한에 대한 특정의 제한)

어느 조약에 대한 국가의 기속적 동의를 표시하는 대표의 권한이 특정의 제한에 따를 것으로 하여 부여된 경우에, 그 대표가 그 제한을 준수하지 아니한 것은, 그러한

동의를 표시하기 전에 그 제한을 다른 교섭국에 통고하지 아니한 한, 그 대표가 표시한 동의를 부적법화하는 것으로 원용될 수 없다.

제48조(착오)

① 조약상의 착오는, 그 조약이 체결된 당시에 존재한 것으로 국가가 추정한 사실 또는 사태로서, 그 조약에 대한 국가의 기속적 동의의 본질적 기초를 구성한 것에 관한 경우에, 국가는 그 조약에 대한 그 기속적 동의를 부적법화하는 것으로 그 착오를 원용할 수 있다.

② 문제의 국가가 자신의 행동에 의하여 착오를 유발하였거나 또는 그 국가가 있을 수 있는 착오를 감지할 수 있는 등의 사정하에 있는 경우에는 상기 1항이 적용되지 아니한다.

③ 조약문의 자구에만 관련되는 착오는 조약의 적법성에 영향을 주지 아니한다. 그 경우에는 제79조가 적용된다.

제49조(기만)

국가가 다른 교섭국의 기만적 행위에 의하여 조약을 체결하도록 유인된 경우에 그 국가는 조약에 대한 자신의 기속적 동의를 부적법화하는 것으로 그 기만을 원용할 수 있다.

제50조(국가 대표의 부정)

조약에 대한 국가의 기속적 동의의 표시가 직접적으로 또는 간접적으로 다른 교섭국에 의한 그 대표의 부정을 통하여 감행된 경우에, 그 국가는 조약에 대한 자신의 기속적 동의를 부적법화하는 것으로 그 부정을 원용할 수 있다.

제51조(국가 대표의 강제)

국가 대표에게 정면으로 향한 행동 또는 위협을 통하여 그 대표에 대한 강제에 의하여 감행된 조약에 대한 국가의 기속적 동의 표시는 법적효력을 가지지 아니한다.

제52조(합의 협의 또는 사용에 의한 국가의 강제)

국제연합 헌장에 구현된 국제법의 제 원칙을 위반하여 힘의 위협 또는 사용에 의하여 조약의 체결이 감행된 경우에 그 조약은 무효이다.

제53조(일반국제법의 절대규범(강행규범)과 충돌하는 조약)

조약은 그 체결당시에 일반국제법의 절대규범과 충돌하는 경우에 무효이다. 이 협약의 목적상 일반 국제법의 절대규범은, 그 이탈이 허용되지 아니하며 또한 동일한 성질을 가진 일반 국제법의 추후의 규범에 의해서만 변경될 수 있는 규범으로, 전체로서의 국제 공동사회가 수락하며 또한 인정하는 규범이다.

제3절 조약의 종료 및 시행정지

제54조(조약규정 또는 당사국의 동의에 따른 조약의 종료 또는 조약으로부터의 탈퇴)

조약의 종료 또는 당사국의 탈퇴는 다음의 경우에 행하여 질 수 있다.

- (a) 그 조약의 규정에 의거하는 경우, 또는
- (b) 다른 체약국과 협의한 후에 언제든지 모든 당사국의 동의를 얻는 경우

제55조(다자조약의 발효에 필요한 수 이하로의 그 당사국수의 감소)

조약이 달리 규정하지 아니하는 한, 다자조약은 그 당사국수가 그 발효에 필요한 수 이하로 감소하는 사실만을 이유로 종료하지 아니한다.

제56조(종료·폐기 또는 탈퇴에 대한 규정을 포함하지 않은 조약의 폐기 또는 탈퇴)

① 종료에 관한 규정을 포함하지 아니하며 또한 폐기 또는 탈퇴를 규정하고 있지 아니하는 조약은, 다음의 경우에 해당되지 아니하는 한, 폐기 또는 탈퇴가 인정되지 아니한다.

- (a) 당사국이 폐기 또는 탈퇴의 가능성을 인정하고자 하였음이 확정되는 경우, 또는
- (b) 폐기 또는 탈퇴의 권리가 조약의 성질상 묵시되는 경우

② 당사국은 상기 1항에 따라 조약의 폐기 또는 탈퇴 의사를 적어도 12개월전에 통고하여야 한다.

제57조(조약의 규정 또는 당사국의 동의에 의한 조약의 시행정지)

모든 당사국 또는 특정의 당사국에 대하여 조약의 시행이 다음의 경우에 정지될 수 있다.

- (a) 그 조약의 규정에 의거하는 경우, 또는
- (b) 다른 체약국과 협의한 후에 언제든지 모든 당사국의 동의를 얻는 경우

제58조(일부 당사국간만의 합의에 의한 다자조약의 시행정지)

① 다자조약의 2 또는 그 이상의 당사국은, 다음의 경우에, 일시적으로 또한 그 당사국간에서만 조약 규정의 시행을 정지시키기 위한 합의를 성립시킬 수 있다.

- (a) 그러한 정지의 가능성이 그 조약에 의하여 규정되어 있는 경우, 또는
- (b) 문제의 정지가 조약에 의하여 금지되지 아니하고 또한,
 - (i) 다른 당사국에 의한 조약상의 권리 향유 또는 의무의 이행에 영향을 주지 아니하며,
 - (ii) 그 조약의 대상 및 목적과 양립할 수 없는 것이 아닌 경우

② 상기 1항(a)에 해당하는 경우에 조약이 달리 규정하지 아니하는 한 문제의 당사국은 합의를 성립시키고자 하는 그 의사 및 시행을 정지시키고자 하는 조약규정을 타방 당사국에 통고하여야 한다.

제59조(후조약의 체결에 의하여 묵시되는 조약의 종료 또는 시행정지)

① 조약의 모든 당사국이 동일한 사항에 관한 후조약을 체결하고, 또한 아래의 것에 해당하는 경우에, 그 조약은 종료한 것으로 간주된다.

(a) 후조약에 의하여 그 사항이 규율되어야 함을 당사국이 의도하였음이 그 후조약으로부터 나타나거나 또는 달리 확정되는 경우, 또는

(b) 후조약의 규정이 전조약의 규정과 근본적으로 양립하지 아니하여 양 조약이 동시에 적용될 수 없는 경우

② 전조약을 시행 정지시킨 것만이 당사국의 의사이었음이 후조약으로부터 나타나거나 또는 달리 확정되는 경우에, 전조약은 그 시행이 정지된 것으로 간주된다.

제60조(조약 위반의 결과로서의 조약의 종료 또는 시행정지)

① 양자조약의 일방당사국에 의한 실질적 위반은 그 조약의 종료 또는 그 시행의 전부 또는 일부의 정지를 위한 사유로서 그 위반을 원용하는 권리를 타방당사국에 부여한다.

② 다자조약의 어느 당사국에 의한 실질적 위반은 관계 당사국이 다음의 조치를 취할 수 있는 권리를 부여한다.

(a) 다른 당사국이 전원일치의 협의에 의하여,

(i) 그 다른 당사국과 위반국간의 관계에서, 또는

(ii) 모든 당사국간에서, 그 조약의 전부 또는 일부를 시행정지시키거나 또는 그 조약을 종료시키는 권리

(b) 위반에 의하여 특별히 영향을 받는 당사국이, 그 자신과 위반국간의 관계에 있어서 그 조약의 전부 또는 일부의 시행을 정지시키기 위한 사유로서 그 위반을 원용하는 권리

(c) 어느 당사국에 의한 조약규정의 실질적 위반으로 그 조약상의 의무의 추후의 이행에 관한 모든 당사국의 입장을 근본적으로 변경시키는 성질의 조약인 경우에, 위반국 이외의 다른 당사국에 관하여 그 조약의 전부 또는 일부의 시행정지를 위한 사유로서 그 다른 당사국에 그 위반을 원용하는 권리

③ 본 조의 목적상, 조약의 실질적 위반은 다음의 경우에 해당한다.

(a) 이 협약에 의하여 용인되지 아니하는 조약의 이행 거부 또는

(b) 조약의 대상과 목적의 달성에 필수적인 규정의 위반

④ 상기의 제 규정은 위반의 경우에 적용할 수 있는 조약상의 규정을 침해하지 아니한다.

⑤ 상기 1항 내지 3항은 인도적 성질의 조약에 포함된 인신의 보호에 관한 규정 특히 그러한 조약에 의하여 보호를 받는 자에 대한 여하한 형태의 복구를 금지하는 규정에 적용되지 아니한다.

제61조(후발적 이행불능)

① 조약의 이행불능이 그 조약의 시행에 불가결한 대상의 영구적 소멸 또는 파괴로 인한 경우에, 당사국은 그 조약을 종료시키거나 또는 탈퇴하기 위한 사유로서 그 이행불능을 원용할 수 있다. 그 이행불능이 일시적인 경우에는 조약의 시행정지를 위한 사유로서만 원용될 수 있다.

② 이행불능이 이를 원용하는 당사국에 의한 조약상의 의무나 또는 그 조약의 다른 당사국에 대하여 지고 있는 기타의 국제적 의무의 위반의 결과인 경우에 그 이행 불능은 그 조약을 종료시키거나 또는 탈퇴하거나 또는 그 시행을 정지시키기 위한 사유로서 그 당사국에 의하여 원용될 수 없다.

제62조(사정의 근본적 변경)

① 조약의 체결 당시에 존재한 사정에 관하여 발생하였으며 또한 당사국에 의하여 예견되지 아니한 사정의 근본적 변경은, 다음 경우에 해당되지 아니하는 한, 조약을 종료시키거나 또는 탈퇴하기 위한 사유로서 원용될 수 없다.

(a) 그러한 사정의 존재가 그 조약에 대한 당사국의 기속적 동의를 본질적 기초를 구성하였으며, 또한

(b) 그 조약에 따라 계속 이행되어야 할 의무의 범위를 그 변경의 효과가 급격하게 변환시키는 경우

② 사정의 근본적 변경은, 다음의 경우에는, 조약을 종료시키거나 또는 탈퇴하는 사유로서 원용될 수 없다.

(a) 그 조약이 경계선을 확정하는 경우, 또는

(b) 근본적 변경이 이를 원용하는 당사국에 의한 조약상의 의무나 또는 그 조약의 다른 당사국에 대하여 지고 있는 기타의 국제적 의무의 위반의 결과인 경우

③ 상기의 제 조항에 따라 당사국이 조약을 종료시키거나 또는 탈퇴하기 위한 사유로서 사정의 근본적 변경을 원용할 수 있는 경우에, 그 당사국은 그 조약의 시행을 정지시키기 위한 사유로서 그 변경을 또한 원용할 수 있다.

제63조(외교 또는 영사 관계의 단절)

조약 당사국간의 외교 또는 영사 관계의 단절은, 외교 또는 영사관계의 존재가 그 조약의 적용에 불가결한 경우를 제외하고, 그 조약에 의하여 그 당사국간에 확립된 법적 관계에 영향을 주지 아니한다.

제64조(일반 국제법의 새 절대규범(강행규범)의 출현)

일반 국제법의 새 절대 규범이 출현하는 경우에, 그 규범과 충돌하는 현행 조약은 무효로 되어 종료한다.

제4절 절차

제65조(조약의 부적법·종료·탈퇴 또는 시행정지에 관하여 취해지는 절차)

① 이 협약의 규정에 따라, 조약에 대한 국가의 기속적 동의상의 허가를 원용하거나 또는 조약의 적법성을 부정하거나 조약을 종료시키거나 조약으로부터 탈퇴하거나 또는 그 시행을 정지시키기 위한 사유를 원용하는 당사국은, 다른 당사국에 대하여 그 주장을 통고하여야 한다. 그 통고에는 그 조약에 관하여 취하고자 제의하는 조치 및 그 이유를 표시하여야 한다.

② 특별히 긴급한 경우를 제외하고, 그 통고의 접수 후 3개월 이상의 기간이 경과한 후에 어느 당사국도 이의를 제기하지 아니한 경우에는, 그 통고를 행한 당사국은 제67조에 규정된 방법으로 그 당사국이 제의한 조치를 실행할 수 있다.

③ 다만, 다른 당사국에 의하여 이의가 제기된 경우에, 당사국은 국제연합헌장 제33조에 열거되어 있는 수단을 통한 해결을 도모하여야 한다.

④ 상기 제 조항의 어느 규정도 분쟁의 해결에 관하여 당사국을 구속하는 유효한 규정에 따른 당사국의 권리 또는 의무에 영향을 주지 아니한다.

⑤ 제45조를 침해함이 없이, 어느 국가가 상기 1항에 규정된 통고를 사전에 행하지 아니한 사실은, 조약의 이행을 요구하거나 또는 조약의 위반을 주장하는 다른 당사국에 대한 회답으로서 그 국가가 그러한 통고를 행하는 것을 막지 아니한다.

제66조(사법적 해결·중재·재판 및 조정을 위한 절차)

이의가 제기된 일자로부터 12개월의 기간 내에 제65조 3항에 따라 해결에 도달하지 못한 경우에는, 다음의 절차를 진행하여야 한다.

(a) 제53조 또는 제64조의 적용 또는 해석에 관한 분쟁의 어느 한 당사국은, 제 당사국이 공동의 동의에 의하여 분쟁을 중재 재판에 부탁하기로 합의하지 아니하는 한, 분쟁을 국제사법재판소에, 결정을 위하여, 서면 신청으로써 부탁할 수 있다.

(b) 이 협약 제5부의 다른 제조항의 적용 또는 해석에 관한 분쟁의 어느 한 당사국은 협약의 부속서에 명시된 절차의 취지로 요구서를 국제연합 사무총장에게 제출함으로써 그러한 절차를 개시할 수 있다.

제67조(조약의 부적법선언·종료·탈퇴 또는 시행정지를 위한 문서)

① 제65조1항에 따라 규정된 통고는 서면으로 행하여져야 한다.

② 조약의 규정 또는 제65조2항 또는 3항의 규정에 따른 그 조약의 부적법선언·종료·탈퇴 또는 시행정지에 관한 행위는 다른 당사국에 전달되는 문서를 통하여 이행하여야 한다. 동 문서가 국가원수·정부수반 또는 외무부장관에 의하여 서명되지 아니한 경우에는 이를 전달하는 국가의 대표에게 전권위임장을 제시하도록 요구할 수 있다.

제68조(제65조 및 제67조에 규정된 통고와 문서의 철회)

제65조 또는 제67조에 규정된 통고 또는 문서는 그 효력을 발생하기 전에 언제든지 철회될 수 있다.

제5절 조약의 부적법·종료 또는 시행정지의 효과

제69조(조약의 부적법의 효과)

① 이 협약에 의거하여 그 부적법이 확정되는 조약은 무효이다. 무효인 조약의 규정은 법적 효력을 가지지 아니한다.

② 다만, 그러한 조약에 의존하여 행위가 실행된 경우에는 다음의 규칙이 적용된다.

(a) 각 당사국은, 그 행위가 실행되지 아니하였더라면 존재하였을 상태를, 당사국의 상호관계에 있어서, 가능한 한 확립하도록 다른 당사국에 요구할 수 있다.

(b) 부적법이 원용되기 전에 성실히 실행된 행위는 그 조약의 부적법만을 이유로 불법화되지 아니한다.

③ 제49조, 제50조, 제51조 또는 제52조에 해당하는 경우에는 기만·부정행위 또는 강제의 책임이 귀속되는 당사국에 관하여 상기 2항이 적용되지 아니한다.

④ 다자조약에 대한 특정 국가의 기속적 동의의 부적법의 경우에 상기의 제 규칙은 그 국가와 그 조약의 당사국간의 관계에 있어서 적용된다.

제70조(조약의 종료 효과)

① 조약이 달리 규정하지 아니하거나 또는 당사국이 달리 합의하지 아니하는 한, 조약의 규정에 따르거나 또는 이 협약에 의거한 그 조약의 종료는 다음의 효과를 가져온다.

(a) 당사국에 대하여 추후 그 조약을 이행할 의무를 해제한다.

(b) 조약의 종료전에 그 조약의 시행을 통하여 생긴 당사국의 권리·의무 또는 법적 상태에 영향을 주지 아니한다.

② 국가가 다자조약을 폐기하거나 또는 탈퇴하는 경우에는 그 폐기 또는 탈퇴가 효력을 발생하는 일자로부터 그 국가와 그 조약의 다른 각 당사국간의 관계에 있어서 상기 1항이 적용된다.

제71조(일반국제법의 절대규범과 충돌하는 조약의 부적법의 효과)

① 제53조에 따라 무효인 조약의 경우에 당사국은 다음의 조치를 취한다.

(a) 일반 국제법의 절대규범과 충돌하는 규정에 의존하여 행하여진 행위의 결과를 가능한한 제거하며, 또한

(b) 당사국의 상호관계를 일반국제법의 절대규범과 일치시키도록 한다.

② 제64조에 따라 무효로 되어 종료하는 조약의 경우에 그 조약의 종료는 다음의 효과를 가져온다.

(a) 당사국에 대하여 추후 그 조약을 이행할 의무를 해제한다.

(b) 조약의 종료전에 그 조약의 시행을 통하여 생긴 당사국의 권리·의무 또는 법적 상태에 영향을 주지 아니한다. 다만, 그러한 권리·의무 또는 상태는 그 유지 자체가 일반 국제법의 새 절대 규범과 충돌하지 아니하는 범위내에서만 그 이후 유지될 수 있을 것을 조건으로 한다.

제72조(조약의 시행정지 효과)

① 조약이 달리 규정하지 아니하거나 또는 당사국이 달리 합의하지 아니하는 한, 조약의 규정에 따르거나 또는 이 협약에 의거한 그 조약의 시행정지는 다음의 효과를 가져온다.

(a) 조약의 시행이 정지되어 있는 당사국에 대해서는 동 정지기간동안 그 상호관계에 있어서 그 조약을 이행할 의무를 해제한다.

(b) 그 조약에 의하여 확립된 당사국간의 법적 관계에 달리 영향을 주지 아니한다.

② 시행정지 기간동안 당사국은 그 조약의 시행 재개를 방해하게 되는 행위를 삼가하여야 한다.

3. 대한민국과 일본국간의 재산 및 청구권에 관한

문제의 해결과 경제협력에 관한 협정

가. 대한민국과 일본국간의 재산 및 청구권에 관한 문제의

해결과 경제협력에 관한 협정

1965년 12월 18일 (조약 제172 호)

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

제1조

1. 일본국은 대한민국에 대하여

(a) 현재에 있어서 1천8십억 일본 원(108,000,000,000원)으로 환산되는 3억 아메리카합중국 불(\$ 300,000,000)과 동등한 일본 원의 가치를 가지는 일본국의 생산물 및 일본인의 용역을 본 협정의 효력발생일로부터 10년기간에 걸쳐 무상으로 제공한다. 매년의 생산물 및 용역의 제공은 현재에 있어서 1백8억 일본 원(10,800,000,000원)으로 환산되는 3천만 아메리카합중국 불(\$ 30,000,000)과 동등한 일본 원의 액수를 한도로 하고 매년의 제공이 본 액수에 미달되었을 때에는 그 잔액은 차년 이후의 제공액에 가산된다. 단, 매년의 제공 한도액은 양 체약국 정부의 합의에 의하여 증액될 수 있다.

(b) 현재에 있어서 7백20억 일본 원(72,000,000,000원)으로 환산되는 2억 아메리카합중국 불(\$ 200,000,000)과 동등한 일본원의 액수에 달하기까지의 장기 저리의 차관으로서, 대한민국 정부가 요청하고 또한 3의 규정에 근거하여 체결될 약정에 의하여

결정되는 사업의 실시에 필요한 일본국의 생산물 및 일본인의 용역을 대한민국이 조달하는 데 있어 총당될 차관을 본 협정의 효력 발생 일로부터 10년 기간에 걸쳐 행한다. 본 차관은 일본국의 해외경제협력기금에 의하여 행하여지는 것으로 하고, 일본국 정부는 동 기금이 본 차관을 매년 균등하게 이행할 수 있는 데 필요한 자금을 확보할 수 있도록 필요한 조치를 취한다. 전기 제공 및 차관은 대한민국의 경제발전에 유익한 것이 아니면 아니된다.

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

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

제2조

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

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

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

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

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

제3조

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

2. 1의 규정에 의하여 해결할 수 없었던 분쟁은 어느 일방체약국의 정부가 타방체약국의 정부로부터 분쟁의 중재를 요청하는 공한을 접수한 날로부터 30일의 기간내에 각 체약국 정부가 임명하는 1인의 중재위원과 이와 같이 선정된 2인의 중재위원이 당해 기간 후의 30일의 기간내에 합의하는 제3의 중재위원 또는 당해 기간내에 이들 2인의 중재위원이 합의하는 제3국의 정부가 지명하는 제3의 중재위원과의 3인의 중재위원으로 구성되는 중재위원회에 결정을 위하여 회부한다.

단, 제3의 중재위원은 양 체약국중의 어느 편의 국민이어서는 아니된다.

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

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

제4조

본 협정은 비준되어야 한다. 비준서는 가능한 한 조속히 서울에서 교환한다.

본 협정은 비준서가 교환된 날로부터 효력을 발생한다.

이상의 증거로서, 하기 대표는 각자의 정부로부터 정당한 위임을 받아 본 협정에서 명하였다.

1965년 6월 22일 토오쿄오에서 동등히 정본인 한국어 및 일본어로 본서 2통을작성하였다.

대한민국을 위하여 일본국을 위하여

(서명) 이동원 (서명) 시이나 에쓰사부로오

김동조 다까스기 싱이찌

나. 대한민국과 일본국간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정에 대한 의사록(1)

1965년 12월 18일 (조약 제173 호)

대한민국 정부대표와 일본국 정부대표는 금일 서명된 대한민국과 일본국간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정(이하 "협정"이라 함) 및 관련 문서에 관하여 다음의 양해에 도달하였다.

1. 협정 제1조1에 관하여

일본국이 제공하는 생산물 및 용역은 일본국내에 있어서 영리목적을 위하여 사용되지는 아니한다는 데 의견의 일치를 보았다.

2. 협정 제2조에 관하여

(a) "재산, 권리 및 이익"이라 함은 법률상의 근거에 의거하여 재산적 가치가 인정되는 모든 종류의 실체적 권리를 말하는 것으로 양해되었다.

(b) "특별조치"라 함은 일본국에 관하여는, 제2차 세계대전 전투상태의 종결의 결과로 발생한 사태에 대처하여 1945년 8월 15일 이후 일본국에서 취해진 전후처리를 위한 모든 조치(1951년 9월 8일에 샌프란시스코우시에서 서명된 일본국과의 평화조약 제4조(a)의 규정에 의거하는 특별 약정을 고려하여 취해진 조치를 포함함)를 말하는 것으로 양해되었다.

(c) "거주한"이라 함은 동조2(a)에 기재한 기간내의 어떠한 시점까지던 그 국가에게 속하여 1년이상 거주한 것을 말하는 것으로 양해되었다.

(d) "통상의 접촉"에는 제2차 세계대전의 전투상태의 종결의 결과, 일방국의 국민으로서 타방국으로부터 귀환한 자(지점 폐쇄를 행한 법인을 포함함)의 귀환시까지의 사이에, 타방국의 국민과의 거래등, 종전후에 발생한 특수한 상대하에서의 접촉이 포함되지 않는 것으로 양해되었다.

(e) 동조3에 의하여 취하여질 "조치"는 동조 1에서 말하는 양국 및 그 국민의 재산, 권리 및 이익과 양국 및 그 국민간의 청구권에 관한 문제를 해결하기 위하여 취하여 질

각국의 국내조치를 말하는 것으로 의견의 일치를 보았다.

(f) 한국측 대표는 제2차 세계대전의 전투상태의 종결후 1947년 8월 15일전에귀국한 대한민국 국민이 일본국내에 소유하는 부동산에 대하여 신중한 고려가베풀어질 수 있도록 희망을 표명하고, 일본측 대표는 이에 대하여 신중히검토한다는 취지의 답변을 하였다.

(g) 동조 1에서 말하는 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것으로 되는 양국 및 그국민의 재산, 권리 및 이익과 양국 및 그 국민간의 청구권에 관한 문제에는한일회담에서 한국측으로부터 제출된 "한국의 대일 청구 요강"(소위 8개 항목)의범위에 속하는 모든 청구가 포함되어 있고, 따라서 동 대일청구요강에 관하여는어떠한 주장도 할 수 없게 됨을 확인하였다.

(h) 동조 1에서 말하는 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것으로 되는 양국 및 그국민의 재산, 권리 및 이익과 양국 및 그 국민간의 청구권에 관한 문제에는 본협정의 서명일까지에 대한민국에 의한 일본 어선의 나포로부터 발생한 모든청구권이 포함되어 있고, 따라서 그러한 모든 청구권은 대한민국 정부에 대하여주장할 수 없게 됨을 확인하였다.

3. 협정 제3조에 관하여

동조 3에서 말하는 양 정부가 각각 선정하는 국가 및 이들 국가의 정부가 협의에 의하여 결정하는 제3국은 대한민국 및 일본국의 양국과 외교관계가 있는 국가 중에서 선정한다는 데 의견의 일치를 보았다.

4. 제1의정서 제2조1에 관하여

(a) 대한민국 대표는 협정 제1조1의 규정에 의거한 제공 또는 차관에 의하여 행하여지는 사업의 수행상 필요하다고 예상되는 대한민국의 국내 자금확보를 위하여 대한민국은 일본국 정부가 1억5천만 아메리카합중국 불(\$ 150,000,000)과동등한 일본 원의 액수를 초과하는 자본재 이외의 생산물을 제공할 것을 기대한다는 취지를 진술하였고, 일본국 대표는 이에 대하여 고려할 용의가 있다는 취지의 답변을 하였다.

(b) 일본국이 제공하는 생산물은 무기 및 탄약을 포함하지 아니한다는 데에 의견의 일치를 보았다.

5. 제1의정서 제2조2에 관하여

외국환에 있어서의 추가부담이 일본국에 과하여 지는 경우라 함은 당해 생산물을제공하기 위하여,

1. 특히 높은 외화부담이 필요로 되는 경우 및
2. 동등한 품질의 일본국의 생산물에 의하여 대치할 수 있는 수입품 또는 독립적인 기능을 가지는 수입기계부분품의 구입에 있어서 외화부담이 필요로 되는 경우를 말한다는 데에 의견의 일치를 보았다.

6. 제1의정서 제3조에 관하여

(a) 동조 1에 대하여 대한민국 대표는 계약의 체결이 일본국내에서 행하여 진다는 것 및 이 계약의 체결이라 함은 서명을 의미하며, 서명에 이르기까지의 입찰, 공고, 기타 행위에 대하여는 대한민국 정부(조달청)가 행하는 경우에는 원칙적으로 대한민국에서 기타의 경우에는 대한민국 또는 일본국에서 이러한 행위가 행하여진다는 것을 양해한다고 진술하였고, 일본국 대표는 이에 대하여 이의가 없다는 취지의 답변을 하였다.

(b) 동조 2의 계약으로서 수송, 보험 또는 검사와 같은 부수적인 용역의 제공을 필요로 하고 또한 이를 위한 지불이 제1의정서에 따라서 행하여지기로 되어 있는 것은 모두 그러한 용역이 일본 국민 또는 일본국의 법인에 의하여 행하여져야한다는 취지의 규정이 포함되어야 한다는 것이 양해되었다.

7. 제1의정서 제6조4에 관하여

일본국에 의하여 제공된 생산물이 가공(단순한 조립가공 또는 이와 같은 정도의가공은 제외함) 또는 양정부간에 합의될 기타의 처리가 가하여진 후 대한민국의 영역으로부터 수출되었을 경우에는 동조 4의 규정은 적용되지 아니한다는 데 의견의 일치를 보았다.

8. 협정 제1조1(b)의 규정의 실시에 관한 교환공문에 관하여

(a) 동 교환공문 2(b)의 사업계획합의서의 효력발생일이라 함은, 사업계획합의서에 별도의 규정이 있을 경우를 제외하고, 각각의 사업계획합의서의 서명 일을 의미한다는 것이 양해되었다.

(b) 동 교환공문 2(c)의 차관이행의 일이라 함은 일본측의 수출자와 대한민국측의 수입자간에 체결되는 계약의 정하는 바에 따라 해외경제협력기금이 대한민국 정부를 위하여 일본측의 수출자에 대하여 지불을 행하고, 동 기금에 개설되는 대한민국정부의

계정에 차기하는 일자임이 확인되었다.

1965년 6월 22일

토오쿄오에서

다. 대한민국과 일본국간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정에 대한 의사록(II)

1965년 12월 18일 (조약 제174 호)

대한민국 정부 대표와 일본국 정부 대표는, 금일 서명된 대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제 협력에 관한 협정(이하 "협정"이라 함) 및 관련 문서에 관하여 다음과 같은 양해에 도달하였다.

1. 협정 제1조에 관하여,

동 조 1(a)의 단서 규정에 의하여, 매년의 제공의 한도액이 증액되는 경우에는, 그 증액은 매년의 제공의 한도액이 제2의정서 제1조에서 정하는 당해 연도의 연부불의 액수 이하로 되지 않는 범위 내에서, 최종년의 제공의 한도액으로부터 순차적으로 ? 당겨 행하여진다는 것이 양해되었다.

2. 제1 의정서 제6조에 관하여

동 조 5의 규정의 적용에 대하여 양국 정부가 양국에 있어서의 수송 및 보험의 실정을 고려하여, 합동 위원회에서 협의한다는 것이 양해되었다.

3. 제1 의정서의 실시 세목에 관한 교환 공문에 관하여,

계약으로부터 또는 이와 관련하여 발생하는 분쟁은, 당해 계약의 일방 당사자가 거주하는 국가에 상사 중재 기관이 설립되어 있지 아니한 때에는 동 교환 공문 113의 규정에 불구하고, 타방 당사자가 거주하는 국가에 있는 상사 중재 기관에 회부된다는 것이 양해되었다.

1965년 6월 22일

토오쿄오에서

4. ILO 제29호 협약 강제근로 협약(1930년)

효력발생 : 1932년 5월 1일 (174개국 비준)

국제노동기구 총회는,
 국제노동기구 사무국 이사회가 1930년 6월 10일 제네바에 소집한 제14차 회의에서,
 회기 의사일정의 첫 번째 의제인 강제근로에 관한 제안을 채택하기로 결정하고,
 이 제안이 국제협약의 형식을 취할 것을 결의하여,
 국제노동기구 헌장 규정에 따라 국제노동기구 회원국이 비준할 수 있도록 1930년
 강제근로 협약이라고 부를 다음의 협약을 1930년 6월 28일 채택한다.

제1조

1. 이 협약을 비준하는 국제노동기구 회원국은 가능한 한 조기에 모든 형태의 강제근로의 사용을 금지할 것을 약속한다.

2. 이러한 완전한 금지를 위하여, 강제근로에 의지하는 것은 과도기 동안 공익의 목적을 위해서만, 그리고 예외적 조치로서 행해질 수 있으며, 다음에서 규정하는 조건 및 보장사항을 준수하여야 한다.

3. 이 협약의 효력발생 후 5년의 기간이 만료하고 국제노동기구 이사회가 이 협약 제31조에 규정된 보고서를 작성할 때, 이사회는 다시 과도기를 두지 아니하고 모든 형태의 강제근로를 금지할 가능성 및 이 문제를 총회의 의제로 채택하는 것이 바람직한가의 여부를 숙고하여야 한다.

제2조

1. 이 협약상 목적을 위하여, ‘강제근로’ 라는 용어는 어떤 사람이 처벌의 위협 하에서 강요받거나 자발적으로 제공하는 것이 아닌 모든 노동이나 서비스를 의미한다.

2. 그럼에도 불구하고, 이 협약상 목적을 위하여 ‘강제근로’ 라는 용어는 다음을 포함하지 않는다.

- (가) 전적으로 군사적 성격의 작업에 대해서 의무적인 병역법에 의해서 강요되는 노동 또는 서비스
- (나) 완전한 자치국 국민의 통상적인 시민적 의무의 일부를 구성하는 노동 또는

서비스

(㉔) 공공기관의 감독 및 관리하에서 행해지며, 사인·회사 또는 단체에 고용되거나 또는 그 지휘에 복종하지 않는다는 조건하에 법원 판결의 결과로 강요되는 노동 또는 서비스

(㉕) 긴급한 경우, 즉 전쟁의 경우나 화재, 홍수, 기근, 지진, 극심한 전염병이나 가축 전염병, 짐승이나 곤충류 혹은 식물류의 해로운 물질에 의한 침입, 기타 일반적으로 인구 전체 또는 일부의 생존이나 안녕을 위태롭게 하는 모든 상황과 같은 재해나 그러한 우려가 있는 경우 강요되는 노동 또는 서비스

(㉖) 공동체의 직접적 이익을 위하여 주민에 의해 수행되고 따라서 공동체 구성원이 부담하여야 하는 통상적인 시민적 의무라고 인정될 수 있는 소규모의 공동체 서비스. 다만, 공동체의 구성원 또는 공동체의 직접적 대표자는 이러한 서비스의 필요성에 대하여 협의 받을 권한을 가져야 한다.

제3조

이 협약상 목적을 위하여, ‘권한 있는 기관’ 이라는 용어는 해당 영토에서 제일 높은 중앙 정부당국 또는 본국의 정부당국을 의미한다.

제4조

1. 권한 있는 기관은 사인(私人), 회사 또는 단체의 이익을 위하여 강제근로를 강요하거나 허가해서는 안된다.

2. 회원국이 이 협약의 비준을 국제노동기구 사무총장이 등록한 시점에 사인(私人), 회사 또는 단체의 이익을 위한 강제근로가 존재하는 경우, 해당 회원국은 이 협약이 회원국에 대하여 효력을 발생하는 날로부터 그 강제근로를 완전히 폐지하여야 한다.

제5조

1. 사인(私人), 회사 또는 단체에 주어진 영업권은 사인(私人), 회사 또는 단체가 이용·거래하는 생산물의 생산·수집을 위한 어떠한 형태의 강제근로도 포함하지 않아야 한다.

2. 이와 같은 강제근로를 포함한 규정이 들어있는 영업권이 존재하는 경우, 이 협약 제1조를 준수하기 위하여 가능한 신속하게 이러한 규정을 폐지하여야 한다.

제6조

행정관청의 직원은 자신의 책임하에 있는 주민에 대하여 어떠한 형태의 근로에 종사하도록 장려하는 임무를 갖는 경우라고 하더라도, 이들 주민 또는 그중 어떠한 개인에 대해서도, 사인, 회사 또는 단체를 위하여 근로하도록 강요해서는 안된다.

제7조

1. 행정적 기능을 수행하지 않는 기관의 장은 강제근로를 시켜서는 안된다.
2. 행정적 기능을 수행하는 기관의 장은 이 협약 제10조 규정에 따라 권한 있는 기관의 명시적 허가를 받아 강제근로를 시킬 수 있다.
3. 적법하게 인정된 기관의 장으로서 다른 형태로 적절한 보수를 받지 않는 사람은 개인적 서비스를 이용할 수 있다. 다만, 적절한 규칙을 준수하여야 하며, 남용을 방지하기 위하여 모든 필요한 조치를 취하여야 한다.

제8조

1. 강제근로를 사용하기 위한 모든 결정에 대한 책임은 관련 영토에서 시정을 담당하는 최고기관에 있다.
2. 그럼에도 불구하고, 그 최고기관은 근로자의 평상시의 거주지로부터의 이전을 수반하지 않는 강제근로를 강요할 권한을 지방 최고기관에 위임할 수 있다. 이 최고기관은 직무수행중인 행정관청 직원의 이동을 용이하게 하기 위하여 그리고 정부저장품의 운송을 위하여 근로자의 평상시의 거주지로부터의 이전을 수반하는 강제근로를 강요할 권한을 이 협약 제23조에 규정된 규칙에 나열된 그러한 조건에 따라 그러한 기간 동안 최고지방기관에 위임할 수 있다.

제9조

이 협약 제10조에 달리 규정된 경우를 제외하고는 강제근로를 강요할 권한 있는 기관은 강제근로의 사용을 결정하기에 앞서 다음 각호를 확인하여야 한다.

- (가) 제공될 노동이나 서비스가 이를 필요로 하는 공동체에 중대하고 직접적인 이익을 가져다 주는 것일 것
- (나) 이러한 노동이나 서비스가 현재 필요하거나 급박하게 필요한 것일 것
- (다) 이러한 노동이나 서비스를 수행하기 위해서 유사한 노무 또는 서비스 제공을 위한 해당 지역의 통상 임금이나 조건보다 불리하지 않은 임금을 및 근로조건을 제공하더라도 자발적인 노동을 구할 수 없을 것
- (라) 이용 가능한 노동력 및 노무 수행 역량을 고려할 때, 이러한 노동이나 서비스가 현재 주민에게 과도한 부담이 되지 않을 것

제10조

1. 조세로서 부과되는 강제근로 및 행정적 기능을 수행하는 기관의 장에 의한 공공사업 수행을 위하여 사용되는 강제근로는 점진적으로 폐지하여야 한다.
2. 그 동안에, 강제근로가 조세로서 강요되는 경우 및 행정적 기능을 수행하는 기관

의 장애 의한 공공사업 수행을 위하여 강제근로가 사용되는 경우, 관련 권한 있는 기관은 우선 다음 각 호를 확인하여야 한다.

- (가) 제공될 노동이나 서비스가 이를 필요로 하는 공동체에 중대하고 직접적인 이익을 가져다 주는 것일 것
- (나) 이러한 노동이나 서비스가 현재 필요하거나 급박하게 필요한 것일 것
- (다) 이용 가능한 노동력 및 노무 수행 역량을 고려할 때, 이러한 노동이나 서비스가 현재 주민에게 과도한 부담이 되지 않을 것
- (라) 이러한 노동이나 서비스가 근로자의 평상시의 거주지로부터의 이전을 수반하지 않을 것
- (마) 이러한 노동이나 서비스 제공이 종교, 사회생활 및 농사의 긴급성에 따라 수행될 것

제11조

1. 누가 봐도 알 수 있는 나이가 18세 이상 45세 이하인 신체 건강한 성인남자만 강제근로에 동원할 수 있다. 이 협약 제10조에서 규정한 종류의 근로에 관한 것을 제외하고는 다음 각 호의 제한 및 조건이 적용된다.

- (가) 가능한 경우에는 항상, 징집대상자가 전염병에 걸리지 않았으며, 요구되는 업무 및 그 업무가 수행될 조건에 신체적으로 적합한지 여부를 행정관청이 임명한 의사가 사전에 결정할 것
- (나) 학교교사 및 학생, 행정관청의 직원을 제외할 것
- (다) 각 지역에 가족생활 및 사회생활에 필수적인 신체 건강한 성인 남자의 수를 유지할 것
- (라) 부부 및 가족간 유대관계를 존중할 것

2. 제1항 (다)호의 적용에 있어서 이 협약 제23조에서 규정한 규칙은 한 번에 강제근로에 동원할 수 있는 신체 건강한 성인남자 주민의 비율을 정하여야 한다. 다만, 이 비율은 항상 25퍼센트를 초과할 수 없다. 이 비율을 결정함에 있어서 권한 있는 기관은 인구밀도, 주민의 사회적·신체적 발달, 계절 및 관련자가 그들의 지역에서 자신의 생계를 위하여 행해져야 하는 작업을 고려하여야 하며, 일반적으로 관련 지역의 일상생활의 사회·경제적 필요를 고려하여야 한다.

제12조

1. 어떤 사람이 어떠한 12개월 기간 중 모든 종류의 강제근로에 동원될 수 있는 최장기간은 근무장소를 왕복하는 데 소요되는 기간을 포함하여 60일을 초과해서는 안된다.

다.

2. 강제근로를 강요받은 근로자에게 강제근로 종료시 강제근로기간을 명시하는 증명서를 교부하여야 한다.

제13조

1. 강제근로가 강요되는 사람의 일반적인 근로시간은 자발적인 노동인 경우의 통상적인 근로시간과 동일하여야 하며, 일반적인 근로시간을 초과한 근로시간에 대해서는 자발적인 노동을 위한 초과근로의 경우 통상적인 임금률에 따라 보수를 지급하여야 한다.

2. 어떠한 종류의 강제근로가 강요되는 모든 사람에게는 주당 1일의 휴일이 부여되어야 하며, 이 휴일은 가능한 한 관련 영토 또는 지방의 전통이나 관습으로 정해진 날과 일치하여야 한다.

제14조

1. 이 협약 제10조에서 규정하는 강제근로 이외의 모든 종류의 강제근로에 대해서는 노동력이 고용된 지역 또는 노동력이 동원된 지역에서 유사한 작업에 통상적으로 지급되는 임금률(어느 쪽이 높은지는 불문)보다 낮지 않게 현금으로 보수를 지급하여야 한다.

2. 기관의 장에 의하여 그 행정적 기능의 수행에 사용되는 노동의 경우 제1항의 규정에 따른 임금의 지급은 가능한 한 신속하게 하여야 한다.

3. 임금은 각 근로자에게 개별적으로 지급하여야 하며, 그 부족의 장 또는 다른 정부당국에게 지급되어서는 안된다.

4. 임금을 지급받기 위한 근로 장소로의 왕복에 소요되는 일수는 근로일수로 계산하여야 한다.

5. 본조는 일상적인 배급식량을 임금의 일부로 지급하는 것을 금하지는 않는다. 이러한 배급식량은 그 상당하다고 인정되는 금액과 적어도 동일한 가치이어야 한다. 다만, 조세의 지급을 위한 것, 작업의 특수한 환경에서 작업 수행에 적합한 상태로 유지하기 위해서 근로자에게 공급하는 특별한 음식이나 피복, 숙박을 위한 것, 공구류의 공급을 위해서는 임금에서 공제할 수 없다.

제15조

1. 근로로 인한 재해 또는 질병에 대한 근로자보상에 관한 법령 및 사망하거나 정상적인 생활을 할 수 없게 된 근로자의 피부양자에 대한 보상을 제공하는 법령으로서 관련 영토에서 집행되고 있거나 집행되어야 하는 것은 강제근로와 자발적 근로에 동등하

게 적용되어야 한다.

2. 근로로 인한 재해 또는 질병에 의하여 스스로를 부양할 능력을 완전히 또는 일부 상실한 자의 생계를 보장하고, 해당 근로자의 근로로 인해 발생한 정상생활불능 또는 질병의 경우 이 근로자가 실제로 부양하는 자의 생활을 보장해주기 위한 조치를 취하는 것은 어떠한 경우에도 근로자를 강제근로에 사용한 기관의 의무이다.

제16조

1. 특별히 필요한 경우 이외에는 강제근로가 부여된 사람은 음식물 및 기후가 그들에게 익숙한 것들과 현저히 달라서 그들의 건강을 위태롭게 만드는 지역으로 이송되어서는 안된다.

2. 어떠한 경우에도 근로자를 그 환경에 적응시키고 그들의 건강을 보호하기 위하여 필요한 위생 및 숙박에 관한 모든 조치가 엄격히 적용되지 않는 한 근로자의 이송은 허용되어서는 안된다.

3. 이러한 이송이 부득이한 경우, 권한 있는 의사의 권고에 따라 음식물 및 기후의 새로운 환경에 점차적으로 적응시키는 조치가 도입 되어야 한다.

4. 이러한 근로자가 익숙하지 않은 규칙적인 작업을 하도록 요구되는 경우, 특히 점진적 훈련, 근로시간, 휴식 제공, 필요한 경우에는 음식물의 추가공급이나 개선에 있어서 근로자들이 그러한 규칙에 익숙해지도록 보장하기 위해서 조치를 취하여야 한다.

제17조

근로자가 근무장소에 상당 기간 동안 체류하여야 하는 건설 또는 보수를 위한 강제 근로 사용의 허가에 앞서 권한 있는 기관은 다음 사항을 확인하여야 한다.

(가) 근로자의 건강을 보호하고 필요한 의료조치를 보장하는 모든 필요한 조치를 취할 것. 특히,

(1) 근로자가 작업을 개시하기 이전, 그리고 근로기간 중 일정한 간격으로 의료 검사를 받도록 할 것

(2) 모든 요구되는 것을 만족시키기 위하여 필요한 조제실, 진료소, 병원 및 설비를 갖춘 충분한 의료요원이 있을 것

(3) 작업장의 위생상태와 식수, 식량, 연료, 취사도구의 공급, 필요한 경우에는 거주 및 피복의 공급이 만족스러울 것

(나) 특히 근로자의 요청이나 동의에 따라 안전한 방법으로 임금의 일부를 가족에게 송금하는 것을 용이하게 하여 근로자 가족의 생계를 보장하기 위한 분명한 조치를 취할 것

(다) 근로자의 작업장으로의 이동은 행정관청의 비용으로 행정관청의 책임 하에 이루어질 것. 행정관청은 이용할 수 있는 모든 운송수단을 완전하게 사용함으로써 그러한 이동을 용이하게 하여야 한다.

(라) 일정기간 근로불능을 초래하는 질병 또는 재해의 경우, 근로자는 행정관청의 비용으로 송환되도록 할 것

(마) 강제근로 만료 시점에 자발적 근로자로 남고자 하는 근로자는 무료로 송환될 수 있는 권리를 2년간 상실하지 않고 이것이 허용될 것

제18조

1. 짐꾼이나 뱃사공의 근로와 같이 여객 또는 화물 운송을 위한 강제근로는 가능한 단기간내에 폐지되어야 한다. 폐지할 때까지 권한 있는 기관은 다음 각 호를 정하는 규칙을 공포하여야 한다.

(가) 직무수행 중인 행정관청 직원의 이동을 용이하게 하기 위해서, 또는 정부 저장품의 운송 또는 아주 긴급한 필요가 있는 경우 직원 이외의 사람을 운송하기 위해서만 강제근로를 이용할 것

(나) 의학적 검사가 가능한 경우에는 강제근로에 동원된 근로자의 신체적 적합성을 의학적으로 증명할 것. 이러한 의학적 검사의 실행이 현실적으로 어려운 경우에는 근로자가 신체적으로 적합하고 전염병에 걸리지 않도록 보장할 책임을 그 근로자의 사용자가 부담할 것

(다) 근로자가 운반할 수 있는 최대하중

(라) 근로자가 가족으로부터 떨어져 있을 수 있는 최대거리

(마) 근로자가 가정으로 귀환하는 데 필요한 일수를 포함하여 한달간 또는 다른 기간 중 동원될 수 있는 최대일수

(바) 이러한 형태의 강제근로를 요구할 수 있는 자 및 강제근로를 요구할 수 있는 정도

2. 제1항 (다), (라), (마)호에 규정한 최대한도를 정함에 있어서 권한 있는 기관은 해당 근로자가 속한 인구의 신체적 발달, 근로자가 통근할 지역의 성질 및 기후상태를 포함한 모든 관련요소를 고려하여야 한다.

3. 권한 있는 기관은 나아가, 운반하여야 할 중량과 통행거리뿐만 아니라 도로의 상태나 계절 및 다른 모든 관련요소까지 고려해서, 근로자의 통상적인 하루 통근이 하루 평균 8시간 근로에 상당하는 거리를 초과하지 않을 것 및 통근시간이 통상적인 하루 통근을 초과하는 경우에는 일반임금률보다 높은 임금률로 보수를 지급하여야 함을 규

정하여야 한다.

제19조

1. 권한 있는 기관은 기근이나 식량공급 부족에 대한 예방수단으로서만 강제적인 경작을 허용하고, 이는 항상 식량이나 생산물이 이를 생산하는 개인이나 공동체의 소유로 남아있는 것을 조건으로 하여야 한다.

2. 생산이 법이나 관습에 의해 공동체 단위로 조직되고 생산물이나 그 생산물의 판매로부터 발생하는 이익이 해당 공동체의 소유로 남는 경우에는 이 조항이 법이나 관습에 의해 해당 공동체가 구성원에게 요구하는 작업을 수행할 해당 공동체 구성원의 의무를 해제하는 것으로 해석되어서는 안된다.

제20조

공동체 구성원의 범죄에 대하여 공동체가 처벌되는 단체처벌 법령은, 처벌수단의 하나로서의 공동체에 의한 강제근로 규정을 포함해서는 안된다.

제21조

강제근로는 광산의 갱내근로를 위하여 사용되어서는 안된다.

제22조

이 협약을 비준하는 회원국이 이 협약의 규정을 이행하기 위하여 취한 조치에 관하여 국제노동기구 헌장 제22조의 규정에 따라 국제노동기구 사무국에 제출하기로 합의한 연례보고서는 각 관련된 영토에 대해서 강제근로가 해당 영토에서 사용되는 정도, 강제근로를 사용하는 목적, 질병 및 사망률, 근로시간, 임금지급방법 및 임금률에 관한 가능한 한 완전한 정보와 기타 모든 관련정보를 포함하여야 한다.

제23조

1. 이 협약의 규정을 이행하기 위하여 권한 있는 기관은 강제근로의 사용을 규제하는 완전하고도 상세한 규칙을 공포하여야 한다.

2. 이러한 규칙은 특히 강제근로를 강요받는 자로 하여금 근로조건에 관한 모든 진정을 정부 당국에 제기할 수 있도록 허용하고, 이러한 진정이 심사되고 고려되도록 보장하는 규정을 포함하여야 한다.

제24조

자발적인 근로를 감독하기 위하여 설치된 기존의 근로감독기관의 권한을 강제근로 감독에 미치도록 확장함으로써, 또는 기타 적당한 방법으로 강제근로의 사용을 규율하는 규칙이 엄격하게 적용되도록 보장하기 위해서 적당한 조치를 모든 경우에 취하여야 하며, 강제근로를 강요받은 사람이 이러한 규칙을 알 수 있도록 보장하기 위한 조치도

취해져야 한다.

제25조

강제근로의 불법적인 강요는 형사상의 범죄로 처벌되어야 하며, 법령에 의하여 부과되는 형벌이 실제로 적절하고 엄격하게 집행되도록 보장하는 것이 이 협약을 비준하는 회원국의 의무이다.

제26조

1. 이 협약을 비준하는 회원국은, 회원국이 국내 관할권 문제에 영향을 미치는 의무를 수락할 권리를 가지는 한 그 국가의 주권, 관할권, 보호, 종주권, 후견 또는 지휘권 하에 놓여 있는 영토에 대하여 이를 적용하기로 약속한다. 다만, 회원국이 국제노동기구 헌장 제35조의 규정을 원용하려는 경우에는 다음 사항을 명시하는 선언을 비준시 첨부하여야 한다.

- (가) 해당 회원국이 수정 없이 이 협약의 규정을 적용하고자 하는 영토
- (나) 해당 회원국이 이 협약의 규정을 수정을 가하여 적용하고자 하는 영토 및 수정의 구체적인 내용
- (다) 관련하여 해당 회원국이 그 결정을 유보하는 영토

2. 상기 선언은 비준의 중요한 일부로 간주되어야 하며 비준의 효력을 가진다. 모든 회원국은 애초의 선언에서 본조 (나), (다)호의 규정에 따라 만들어진 유보의 전체 또는 일부를 사후 선언에 의해 취소할 수 있다.

제27조

이하 표준최종규정(비준등록, 효력발생, 회원국에 대한 비준의 통보, 폐기, 개정의 심의, 개정협약의 효력, 정본)

5. 대일 민간 청구권 신고에 관한 법률

해당 내용은 법제처 사이트 참조.

6. 태평양전쟁 전후 국외 강제동원희생자 등 지원에 관한 법률

해당 내용은 법제처 사이트 참조.

7. 대일항쟁기 강제동원 피해조사 및 국외강제동원 희생자 등 지원에 관한 특별법

해당 내용은 법제처 사이트 참조.