

판례평석

정부의 부작위에 관한 위헌확인사건

- 일본군위안부의 배상청구권에 관한 헌법소원심판사건 -
(헌재 2011. 8. 30. 2006헌마788)

민 병 로*

목차

I. 판시사항	IV. 사건의 개요
II. 심판대상	V. 결정요지
III. 주문	VI. 평석

Ⅰ 국문초록 Ⅰ

헌법재판소는 이 사건 대상판결에서 그동안 논란이 되어 온 일본군위안부로서의 배상청구권이 ‘대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정’(이하 ‘이 사건 협정’이라 한다) 제2조 제1항에 의하여 소멸되었는지 여부에 관한 한·일 양국 간 해석상 분쟁을 이 사건 협정 제3조가 정한 절차에 따라 해결하지 아니하고 있는 정부의 부작위가 위헌이라 결정하여 정부의 외교적 해결 노력에 대한 책임을 명확히 하였다.

헌법재판소는 정부의 작위의무의 근거로 헌법 전문, 제2조 제2항, 헌법 제10조, 이 사건 협정 제3조의 문언과, 우리 정부가 청구권의 내용을 명확히 하지 않고 ‘모든 청구권’이라는 포괄적인 개념을 사용하여 이 사건 협정

* 전남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

논문접수일 : 2018. 7. 31., 심사개시일 : 2018. 8. 2., 게재확정일 : 2018. 8. 21.

을 체결한 것에도 책임이 있기 때문에, 그 장애상태를 제거하는 행위로 나아가야 할 구체적 의무가 있다고 하였다. 따라서 헌법재판소는 정부가 이 사건 협정에 의하여 일본군위안부 피해자들의 일본에 대한 배상청구권이 소멸되었는지 여부에 관한 해석상의 분쟁을 해결하기 위해 이 사건 협정 제3조의 분쟁해결절차로 나아갈 의무를 이행하지 않은 것이라 판단하였다.

본고에서는 다수의견의 결론에는 동의하지만, 정부의 작위의무의 근거나 기본권보호의무론을 적용하는 논증구조에 의문점을 가지고, 이에 중점을 두고 대상판결에 대한 평석을 시도하였다.

주제어 : 일본군위안부, 외교적 보호권, 배상청구권, 해석상분쟁, 정부의 부작위

I. 판시사항

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

II. 심판대상

이 사건 심판대상은 청구인들이 일본국에 대하여 가지는 일본군위안부로서의 배상청구권이 ‘대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정’ 제2조 제1항에 의

하여 소멸되었는지 여부에 관한 한·일 양국 간 해석상 분쟁을 위협정 제3조가 정한 절차에 따라 해결하지 아니하고 있는 피청구인의 부작위가 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다. 이와 관련된 협정의 내용은 다음과 같다.

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

제2조 제1항

양 체약국은 양 체약국 및 그 국민(법인을 포함함)의 재산, 권리 및 이익과 양 체약국 및 그 국민간의 청구권에 관한 문제가 1951년 9월 8일에 샌프란시스코에서 서명된 일본국과의 평화조약 제4조 (a)에 규정된 것을 포함하여 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것이 된다는 것을 확인한다.

제3조 제1항

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

제3조 제2항

제1항의 규정에 의하여 해결할 수 없었던 분쟁은 어느 일방 체약국의 정부가 타방 체약국의 정부로부터 분쟁의 중재를 요청하는 공한을 접수한 날로부터 30일의 기간 내에 각 체약국 정부가 임명하는 1인의 중재위원과 이와 같이 선정된 2인의 중재위원이 당해 기간 후의 30일의 기간 내에 합의하는 제3의 중재위원 또는 당해 기간 내에 이들 2인의 중재위원이 합의하는 제3국

의 정부가 지명하는 제3의 중재위원과의 3인의 중재위원으로 구성되는 중재 위원회에 결정을 위하여 회부한다. 단, 제3의 중재위원은 양 체약국 중의 어느 편의 국민이어서는 아니 된다.

제3조 제3항

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

제3조 제4항

양 체약국 정부는 본조의 규정에 의거한 중재위원회의 결정에 복한다.

III. 주 문

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

IV. 사건의 개요

1. 청구인들의 주장요지

- (1) 청구인들은 일제에 의하여 강제로 동원되어 성적 학대를 받으며 위안부로서의 생활을 강요당한 ‘일본군위안부 피해자’들이다. 피청구인은 외교, 외국과의 통상교섭 및 그에 관한 총괄·조정, 국제관계 업무에 관한 조정, 조약 기타 국제협정, 재외국민의 보호·지원, 재외동포정책의 수립, 국제정세의 조사·분석에 관한 사무를 관장하는 국가기관이다.
- (2) 대한민국은 1965. 6. 22. 일본국과의 사이에 ‘대한민국과 일본국간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정’(조약 제172호, 이하 ‘이 사건 협정’이라 한다)을 체결하였다. 그러나 일본국이 청구인들을 성노예로 만들어 가한 인권유린행위는 ‘추업을 행하기 위한 부녀자 매매 금지에 관한 조약’, ‘강제노동금지협약(국제노동기구(ILO) 제29호 조약)’ 등의 국제조약에 위배되는 것으로서, 이 사건 협정의 대상에는 포함된 바 없다. 이 사건 협정에 의하여 타결된 것은 우리 정부의 국민에 대한 외교적 보호권만이고, 우리 국민의 일본국에 대한 개인적 손해 배상청구권은 포기되지 않는다는 것이 청구인의 주장이다.
- (3) 청구인들은 청구인들이 일본국에 대하여 가지는 일본군위안부로서의 배상청구권이 이 사건 협정 제2조 제1항에 의하여 소멸되었는지 여부에 관하여, 일본국은 위 청구권이 위 규정에 의하여 모두 소멸되었다고 주장하며 청구인들에 대한 배상을 거부하고 있고, 대한민국 정부는 청구인들의 위 청구권은 이 사건 협정에 의하여 해결된 것이 아니라는 입장인바, 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, 2006. 7. 5. 이러한 피청구인의 부작위가 청구인들의 기본권을 침해하여 위헌이라는 확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 피청구인의 의견요지

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

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

- (2) 청구인들이 주장하는 외교적 보호권은 국제법상 다른 나라의 불법행위로 인하여 자국민이 입은 피해와 관련하여 그 국민을 위하여 국가가 자신의 고유한 권한으로 취하는 외교적 행위 또는 그 밖의 평화적 해결방식을 말하는 것으로서, 그 귀속주체는

‘국가’일 뿐 ‘개인’이 자국 정부에 대해 주장할 수 있는 권리가 아니므로, 헌법상 기본권이라 할 수 없다.

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

V. 결정요지

1. 다수의견

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

특히, 우리 정부가 직접 일본군위안부 피해자들의 기본권을 침해하는 행위를 한 것은 아니지만, 일본에 대한 배상청구권의 실현 및 인간으로서의 존엄과 가치의 회복에 대한 장애상태가 초래된 것은

우리 정부가 청구권의 내용을 명확히 하지 않고 ‘모든 청구권’이라는 포괄적인 개념을 사용하여 이 사건 협정을 체결한 것에도 책임이 있다는 점에 주목한다면, 그 장애상태를 제거하는 행위로 나아가야 할 구체적 의무가 있음을 부인하기 어렵다.

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

일본국에 의하여 광범위하게 자행된 반인도적 범죄행위에 대하여 일본군위안부 피해자들이 일본에 대하여 가지는 배상청구권은 헌법상 보장되는 재산권일 뿐만 아니라, 그 배상청구권의 실현은 무자비하고 지속적으로 침해된 인간으로서의 존엄과 가치 및 신체적 자유를 사후적으로 회복한다는 의미를 가지는 것이므로 피청구인의 부작위로 인하여 침해되는 기본권이 매우 중대하다. 또한, 일본군위안부 피해자는 모두 고령으로서, 더 이상 시간을 지체할 경우 일본군위안부 피해자의 배상청구권을 실현함으로써 역사적 정의를 바로세우고 침해된 인간의 존엄과 가치를 회복하는 것은 영원히 불가능해질 수 있으므로, 기본권 침해 구제의 절박성이 인정되며, 이 사건 협정의 체결 경위 및 그 전후의 상황, 일련의 국내외적인 움직임을 종합해 볼 때 구제가능성이 결코 작다고 할 수 없다. 국제정세에 대한 이해를 바탕으로 한 전략적 선택이 요구되는 외교행위의 특성을 고려한다고 하더라도, 피청구인이 부작위의 이유로 내세우는 ‘소모적인 법적 논쟁으로의 발전가능성’이나 ‘외교관계의 불편’이라는 매우 불분명하고 추상적인 사유를 들어, 기본권 침해의

중대한 위협에 직면한 청구인들에 대한 구제를 외면하는 타당한 사유라거나 진지하게 고려되어야 할 국익이라고 보기는 힘들다.

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

2. 재판관 조대현의 인용보충의견

청구인들은 일제에 의하여 강제 동원되어 일본군위안부 생활을 강요당하여 일본국에 대하여 손해배상청구권을 가지는데, 정부는 이 사건 협정으로 인하여 청구인들의 일본국에 대한 손해배상청구권을 행사하는데 장애를 초래하였다. 따라서 정부는 청구인들의 일본국에 대한 손해배상청구권 행사가 이 사건 협정에 의하여 방해되는 위헌적인 사태를 해소시키기 위하여 이 사건 협정 제3조에 따라 일본국을 상대로 외교적 교섭이나 중재절차를 추진할 의무를 진다.

그리고 정부가 이 사건 협정으로 일본국으로부터 무상자금 3억 달러를 받았으나, 보상대상에 일본군위안부는 포함시키지 않았으며, 1993년에 법률을 제정하여 생활안정자금을 지원하였으나 청구인들의 일본국에 대한 손해배상청구권을 온전히 만족시킬 정도로 충분한 보상이 이루어지지 못했다. 따라서 정부는 이 사건 협정 제3조에 따라 일본국을 상대로 외교적 교섭이나 중재절차를 추진하여 이 사건 협정의 위헌성을 제거할 의무가 있을 뿐만 아니라, 이 사건 협정으로 인하여 청구인들이 일본국에 대한 손해배상청구권을 행사할 수 없게 된 손해를 완전하게 보상할 책임을 진다고 선언하여야 한다.

3. 소수의견

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

우선, 헌법 제10조의 국민의 인권을 보장할 의무, 제2조 제2항의 재외국민 보호의무, 헌법 전문(前文)은, 국가의 국민에 대한 일반적·추상적 의무를 선언한 것이거나 국가의 기본적 가치질서를 선언한 것일 뿐이어서 그 조항 자체로부터 국가의 국민에 대한 구체적인 작위의무가 나올 수 없다고 할 것이고, 이는 우리 재판소의 확립된 판례이기도 하다.¹⁾

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

1) 국가의 작위의무를 부정한 소수의견에 대한 비판으로 “국민의 생명, 신체, 재산 등에 대하여 절박하고 중대한 위험상태가 발생하였거나 발생할 우려가 있는 경우 국가가 일차적으로 그 위험배제에 나서지 아니하면 국민의 생명, 신체, 재산 등을 보호할 수 없는 경우에는 그 위험배제에 나서지 아니하면 국민의 생명, 신체, 재산 등을 보호할 수 없는 경우에는 법령에 근거가 없더라도 국가나 관련 공무원에 대하여 그러한 위험을 배제할 작위의무를 인정할 수 있다(대판 2001. 4. 24. 2000다57856). 성중탁, “행정부작위 헌법소원에서의 작위의무와 국가의 기본권보호의무”, 저스티스 140호, 2014년 2월, 80면.

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

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

VI. 평 석

1. 헌법소원 적법요건으로서의 작위의무

이 사건은 원폭피해자의 배상청구권에 관한 헌법소원심판사건²⁾과 더불어 헌법재판소가 같은 날 동시에 판시한 행정부작위에 대한 헌법소원심판사건으로 사건의 개요만 다를 뿐 판시내용은 동일하다. 이 두 사건에서 헌법재판소는 일본군위안부와 원폭피해자들의 배상청구권 문제에 대해 정부가 구체적 해결 노력을 하지 않은 것

2) 현재 2011. 8. 30. 2008헌마648. 이 사건의 청구인들은 일제강점기에 히로시마, 나가사키에 투하된 원자폭탄에 의하여 피폭 피해를 입은 한국인 원폭피해자이다. 청구인들은 이 사건 ‘한일협정’이 해석상 분쟁이 존재함에도 불구하고 정부가 이를 전혀 이행하지 않고 있다고 주장하면서, 이러한 정부의 부작위가 청구인들의 기본권을 침해하여 위헌이라는 헌법소원심판을 청구하였다.

은 피해자들의 기본권을 침해한 것으로 위헌(재판관 6인)이라 판시하였다.

이 사건에서의 쟁점은 ① 정부의 헌법의 규정 자체 또는 그 해석에 의하여 헌법에서 유래하는 구체적인 작위의무가 존재하는지와, 나아가 ② 정부가 이 사건 협정을 체결함으로써 한일 양국 간에 개인의 배상권마저 소멸했는지에 관한 해석상 분쟁이 존재함에도 이 사건 협정 제3조에 정한 절차에 따라 해석상 분쟁을 해결하기 위한 구체적 조치를 취할 의무가 존재하는지 여부이다. 즉 정부의 작위의무가 존재함에도 정부가 이를 해결하기 위해 노력하지 않음으로써 청구인들의 헌법상 보장된 기본권(헌법 전문, 헌법 제10조, 재산권, 외교적 보호권)을 보장할 수 있는 외교적 보호조치나 분쟁해결의 방식의 선택 등 구체적인 조치를 취해야 함에도 정부의 부작위에 의해 이러한 기본권이 침해되었는지 여부이다.

헌법상 보장된 기본권이 공권력의 행사 또는 불행사에 의해 침해받은 경우에 그 구제를 위해 헌법소원심판제도를 도입하고 있다. 즉 헌법재판소법 제68조 제1항은 법원의 '재판'을 제외하고 공권력의 행사뿐 아니라 공권력의 '불행사'로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 경우에 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 명시하고 있다. 다만, 다른 법률에 구체절차가 있는 경우에는 그 절차를 모든 거친 후에 청구할 수 있도록 하고 있다(보충성의 원칙). 따라서 공권력의 '불행사'는 보충성의 원칙에 의해 항고소송의 대상이 되는 행정소송법상 부작위(처분의 부작위)를 제외한 공권력의 불행사가 헌법소원의 대상이 된다. 다만, 처분의 부작위라도 항고소송의 대상이 되는지 불분명한 경우에는 헌법소원심판의 대상될 수 있다.³⁾

3) 박균성, 행정법론 (상) 제7판, 박영사, 2008년, 1111면. 이는 법원의 재판이 헌법소원심판의 대상에서 제외되어 있는 상황에서 보충성의 원칙을 엄격하게 적용

헌법소원제도가 헌법이 보호하는 기본권을 그 침해로부터 보호한다는 점에서 공권력의 불행사의 헌법소원심판의 적법요건을 이루는 작위의무란 헌법적인 작위의무 내지 헌법에서 도출되는 작위의무, 기본권의 보호를 위한 작위의무라 할 수 있다. 헌법재판소는 공권력의 불행사에 대한 헌법소원심판의 적법요건인 헌법규정으로 부터 도출되는 공권력 주체의 작위의무는 “헌법규범을 준수해야 하는 일반적인 의무가 아니라 개별사안에 있어서 이행해야 할 구체적인 작위의무를 말하며, 이에 근거하여 기본권 주체가 구체적인 공권력 행위를 청구할 수 있는 권리가 발생해야 한다”⁴⁾라고 본다. 즉 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위 내지 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에만 허용된다는 것이다.⁵⁾

위에서 말하는 “공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어”가 의미하는 바는, ① 헌법상 명문으로 공권력 주체의 작위의무가 규정되어 있는 경우, ② 헌법의 해석상 공권력 주체의 작위의무가 규정되어 있는 경우, ③ 공권력 주체의 작위의무가 법령에 구체적으로 규정되어 있는 경우 등을 포괄

하게 되면 실질적으로 공권력의 대부분이 헌법소원의 대상에서 제외되고 마는 결과가 발생하기 때문이다. 따라서 헌법재판소는 판례를 통해 행정행위를 예외적으로 헌법소원심판의 대상으로 삼고 있다. 예외적으로 행정작용에 의한 기본권 침해를 이유로 헌법소원이 허용되는 경우는 감사의 불기소처분, 행정입법이 구체적 집행행위를 거치지 않고 기본권을 직접 침해하는 경우, 헌법상 유래하는 작위의무 위반의 행정(입법)부작위 등 원칙적으로 행정소송의 제기가 불가능하거나 판례상 행정소송의 적법요건이 부인되어 구제수단이 없는 경우이다.

4) 헌재 1999. 9. 16. 98헌마75.

5) 헌재 1991. 9. 16. 89헌마63; 헌재 2000. 3. 30. 98헌마206.

하고 있는 것으로 볼 수 있다.⁶⁾ 따라서 공권력의 주체에게 위의 3가지 중에서 어느 하나에 해당하여 작위의무가 발생하지 않는다면 헌법소원은 부적법하게 되므로, 이 사건의 피청구인인 정부에 작위의무가 존재하는지가 문제가 된다.

2. 정부의 작위의무의 근거

먼저 피청구인인 정부의 작위의무는 그 전제로서 이 사건 협정 제2조 제1항을 둘러싼 ‘해석상의 분쟁’이 존재해야 한다. 그런 전제 위에 제3조가 정한 절차에 따라 조치를 취하고 있지 아니한 피청구인의 부작위가 위헌임을 확인할 수 있다. 여기서 ‘해석상의 분쟁’이란 청구권협정 제2조 제1항은 “양 체약국은...청구권에 관한 문제가 1951년 9월 8일에 샌프란시스코에서 서명된 일본국과의 평화조약 제4조(a)에 규정된 것을 포함하여 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것이 된다는 것을 확인한다.”는 규정의 취지를 둘러싼 일본과 우리 정부의 입장 차이이다.

이와 관련하여 이 사건 다수의견은 피청구인이 이 사건 헌법소원 심판과정에서도 일본 정부는 이 사건 협정에 의해 피해자의 배상청구권이 소멸되었다는 입장인 반면, 우리 정부는 피해자의 배상청구권은 이 사건 협정에 포함되지 않으며, 이에 대하여는 양국의 입장 차이가 있고, 이는 위 협정 제3조의 ‘분쟁’에 해당한 것이라고 반복하여 확인하였다는 점을 들고 있다(헌재 2011. 8.30. 2006헌마788). 정부는 2005년 청구권협정의 적용범위에서 위안부가 제외되었다는 입장을 공개적으로 발표함으로써 청구권협정 제2조 제1항에 관한 ‘해석상의 분쟁’이 일본 정부와의 관계에서 공식적으로 발생했고, 동시에 정부에게 청구권협정 제3조에 따라 ‘해석상분쟁해

6) 헌재 2004. 10. 28. 2003헌마898.

결의무’가 부과되었지만, 정부가 일본을 상대로 위안부 문제 해결을 위한 교섭을 거부함으로써 ‘부작위’가 성립된 것이다.⁷⁾

다수의견은 정부의 작위의무의 근거는 헌법에서 유래하는 작위의무로서 그것이 법령에 구체적으로 규정되어 있는 경우에 해당한다고 판단하였다. 즉 헌법 전문, 제2조 제2항, 제10조와, 헌법 제6조 제1항에 의해 헌법에 의하여 체결·공포된 조약으로서 국내법과 같은 효력을 가진 이 사건 협정 제3조라는 것이다. 다수의견은 이 사건의 작위의무의 근거를 ① 헌법의 해석상 공권력 주체의 작위의무가 규정되어 있는 경우에 해당할 뿐만 아니라, ② 이 사건 협정 제3조를 들어 법령에 구체적으로 규정되어 있는 경우에 해당한다고 본다. 나아가 정부가 청구권의 내용을 명확히 하지 않고 ‘모든 청구권’이라는 포괄적 개념을 사용하여 이 사건 협정을 체결한 것도 정부의 책임이므로 그 장애상태를 제거하는 행위로 나아가야 할 구체적인 작위의무가 있다고 보았다(헌재 2011. 8. 30. 2006헌마788). 따라서 헌법재판소는 정부가 이 사건 협정에 의하여 일본군위안부 피해자들의 일본에 대한 배상청구권이 소멸되었는지 여부에 관한 해석상의 분쟁을 해결하기 위해 이 사건 협정 제3조의 분쟁해결절차로 나아갈 의무를 이행하지 않은 것이라 판단하였다.⁸⁾

7) 우리 정부는 기존에는 입장을 분명하게 드러내지 않다가 2005년 한일회담 문서 공개를 계기로 명확한 입장을 밝혔다. 정부가 구성한 ‘한일회담 문서공개 후속 대책 관련 민관공동위원회’가 2005년 8월 26일 “위안부문제 등 일본정부 등 국가권력이 관여한 반인도적 불법행위에 대해서는 청구권협정에 의하여 해결된 것으로 볼 수 없고, 일본정부의 법적 책임이 남아있음”이라는 입장을 밝힌 것이다. 정재민, “일본군위안부 관련 2011년 헌법재판소 결정과 2015년 한일정부 간 합의의 관계-외교적 보호권의 관점에서-”, 국제법학회논총 제61권 제1호 192면.

8) 정부의 부작위에 대한 헌법재판소의 위헌결정의 취지는 정부에게 어떠한 의무가 있음에도 불구하고 아무런 조치를 취하지 않고 있는 부작위 상태가 위헌이라는 것이므로, 정부가 부작위를 면할 수 있는 최소한의 작위를 하면 위헌상태를 벗어날 수 있는 것이다. 정재민, 전계주(7), 193면.

위와 같이, 헌법재판소의 결정 주문에는 ‘이 사건 협정 제3조가 정한 절차에 따라 해결’할 것만을 언급하고 있어서 제3조 제1항에 의한 ‘외교상의 경로’를 통한 분쟁해결만을 의미하는지, 제3조 제2항에 의한 ‘중재회부’까지도 시사하는지 명확하지 않은 측면이 있다. 그러나 헌법재판소는 이 사건 적법요건 판단 부분에서 “이 사건 협정 제3조의 외교상 경로를 통한…분쟁해결노력은 지속적으로 추진되어야 하고 더 이상 외교상의 경로를 통하여 분쟁을 해결할 수 있는 방법이 없다면 이 사건 협정 제3조에 따라 중재회부절차로 나아가야 할 것”이라고 하여, 정부에 중재회부까지 나아가야 할 의무가 있음을 명확히 하고 있다(2006헌마788).⁹⁾

이에 대해 소수의견은 헌법 전문, 제10조, 제2조 제2항의 규정 자체 또는 그 해석에 의하여 헌법에서 유래하는 구체적 작위의무가 도출될 수 없다고 판단하였다. 이러한 조항들은 개방적·추상적·선

9) 그러나 헌법재판소는 기존의 선례인 중재요청불이행 위헌확인사건(헌재 2000. 3. 30. 98헌마206)에서 “이 사건 협정 제3조는 이 사건 협정의 해석 및 실시에 관한 양국간의 분쟁은 우선 외교상의 경로를 통하여 해결하고, 외교상의 경로를 통하여 해결할 수 없었던 분쟁은 일방체약국의 정부가 상대국 정부에 중재를 요청하여 중재위원회의 결정에 따라 해결하도록 규정하고 있는데, 위 규정의 형식과 내용으로 보나, 외교적 문제의 특성으로 보나, 이 사건 협정의 해석 및 실시에 관한 분쟁을 해결하기 위하여 외교상의 경로를 통할 것인가 아니면 중재에 회부할 것인가에 관한 우리나라 정부의 재량범위는 상당히 넓은 것으로 볼 수밖에 없고, 따라서 이 사건 협정당사자인 양국간의 외교적 교섭이 장기간 효과를 보지 못하고 있다고 하여 재일 한국인 피징용부상자 및 그 유족들인 청구인들과의 관계에서 정부가 반드시 중재에 회부하여야 할 의무를 부담하게 된다고 보기는 어렵고, 마찬가지로 이유로, 청구인들에게 중재회부를 해달라고 우리나라 정부에 청구할 수 있는 권리가 생긴다고 보기도 어렵다. 그리고 국가의 재외국민보호의무(헌법 제2조 제2항)나 개인의 기본적 인권에 대한 보호의무(헌법 제10조)에 의하더라도 여전히 이 사건 협정의 해석 및 실시에 관한 한·일 양국간의 분쟁을 중재라는 특정 수단에 회부하여 해결하여야 할 정부의 구체적 작위의무와 청구인들의 이를 청구할 수 있는 권리가 인정되지도 아니한다.”고 판시한 바 있다.

언적인 문구로 규정되어 있어서 헌법해석이나 구체적 법령 등이 매개되어야만 국가와 국민 간에 구속적인 권리의무를 발생시키는 조항이라는 것이다. 따라서 이러한 조항들은 국가가 국민에 대하여 기본권 보장 및 보호의무를 부담한다는 국가의 일반적·추상적 의무를 규정한 것일 뿐 그 조항 자체로부터 국민을 위한 어떠한 구체적인 행위를 해야 할 국가의 작위의무가 도출되는 것은 아니며, 이는 헌법재판소의 확립된 판례이기도 하다고 지적하고 있다.¹⁰⁾

또한 소수의견은 조약에 근거하여 ‘자국이 상대방 국가에 대하여 취할 수 있는 조약상 권리의무를 이행하라’고 자국 정부에 요구할 수 있기 위해서는, ‘그러한 요구를 할 수 있는 권리를 자국 국민에게 부여하는 내용’의 구체적 문구가 해당 조약에 기재되어 있어야 한다는 것이다. 이 사건 협정 제3조에 규정된 분쟁해결절차에 관한 조항은 기본적으로 체약상대방에 대하여 부담할 것을 전제로 마련된 것이므로, 일정한 의무사항이 기재되어 있다 하더라도 체약국 당사자가 상대방 국가에 대하여 요구할 수 있을 뿐이므로 정부의 국민에 대한 구체적인 작위의무가 나올 수 없다는 것이다.

위와 같이 다수의견과 소수의견이 정부의 작위의무의 유무에 대해 헌법상·법령상의 근거와 이 사건 협정 제3조의 취지를 둘러싸고 첨예하게 대립하고 있다. 소수의견은 헌법재판소의 선례(헌재 2000. 3. 30. 98헌마206)를 들어 다수의견을 비판하지만, 다수의견은 기존의 선례와는 이 사건의 쟁점이 다르다는 입장이다. 다수의견은 이 사건의 쟁점은 피청구인이 이 사건 협정 제3조 제1항, 제2항에 의한 분쟁해결로 나아가야 할 의무를 지는가 하는 점이고, 특히 제3조 제1항에 의해 한·일 양국 간의 분쟁이 발생한 현 시점

10) 헌법 제10조, 제2조 제2항에 관하여는 헌재 2000. 3. 30. 98헌마206, 헌재 1998. 5. 28. 97헌마282; 헌법 전문에 관하여는 헌재 2005. 6. 30. 2004헌마859 참조.

에서 피청구인이 이 사건 협정의 해석에 관한 분쟁을 해결하기 위하여 우선적으로 외교상의 경로를 통하여 해결을 모색하고 외교상의 경로를 통하여 해결을 하지 못하는 경우 제2항에 의해 중재회부로 나아가야 할 헌법적 작위의무가 있는지 여부라는 것이다(2006헌마788).

따라서 이 사건의 쟁점은 선례와 같이 피청구인이 이 사건 협정의 해석에 관한 분쟁을 해결하기 위한 다양한 방법 중 ‘특정 방법을 취할 작위의무’가 있는지 여부가 아니고, ‘이 사건 협정의 해석에 관한 분쟁을 해결하기 위하여 위 협정의 규정에 따른 외교행위 등을 할 작위의무’가 있는지 여부이므로, 위 선례의 사안과는 구별된다고 보고 있다(2006헌마788). 그렇지만, 다수의견과 같이 두 사건을 쟁점의 차이로만 볼 것이 아니라, 헌법재판소가 기존의 선례를 변경하였다고 봐야 할 것이다. 우리 정부는 2005년 8월 26일 ‘한일 회담 문서공개 후속대책 관련 민관공동위원회’(이하 ‘민관공동위원회’라 함)의 결정에 의해, 일본군 위안부 문제에 관한 한국의 외교적 보호권이 협정에 의해 포기되었으므로 정부의 작위의무를 인정할 수 없다는 종래의 입장에서,¹¹⁾ 협정에 의해 포기된 것은 양국이 국가로서 가지고 있는 외교적 보호권¹²⁾만이며, 개인의 배상청구권

11) 김창록, “일본군 「위안부」 헌법소원”, 경북대학교 법학논고 31집, 2009년 10월, 351면.

12) 피청구인은 외교적 보호권을 국민의 기본권이 아니라 국가의 권한으로 보고 있으며, 외교적 보호권의 행사여부 및 행사방법에 관해서는 광범위한 재량권이 인정된다고 주장하였다. 같은 취지로 장복희, “국가의 자국민 보호의 권한과 의무-강제징용피해자와 일본군위안부 배상을 위한 국가의 교섭의무-”, 국제사법연구 19권 1호, 2013년 6월, 4면 참조. 그러나 외교적 보호권이라는 개념이 정부의 시각에서는 자신의 권한이라고 할 수 있지만, 청구인의 시각에서는 헌법 제 37조 제1항이 규정하고 있는 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로 평가되어야 한다는 견해가 있다. 이승우, “일본군위안부사건에 대한 헌법재판소 결정의 평석, 법과사회 제43회, 2012년, 440면.

은 협정에 의해 소멸되지 않았으며 재판을 통해 다룰 수 있다는 입장으로 전환한 것이라 볼 수 있다.¹³⁾

위와 같이 민관공동위원회의 결정에 따라 일본군위안부 문제를 해결해야 할 한국 정부의 작위의무는 재량행위에서 보다 명확하고 구체적인 것으로 전환된 것이라 할 수 있다.¹⁴⁾ 또한 정부의 작위의무의 발생 근거는 헌법해석에 의하기보다는 이 사건 협정 제3조에 의해 발생하였다고 봐야 할 것이고, 정부가 작위의무가 발생했음에도 불구하고 외교상의 경로를 통한 분쟁해결이나 중재위원회에 회부하여 분쟁을 해결하려는 조치를 취하지 않는 등의 작위의무 이행을 해태함으로써 청구인의 헌법상 기본권인 배상청구권을 침해한 것이라 볼 수 있다. 그렇다면 민관공동위원회의 결정 이전에 판시되었던 기존의 선례에서 문제가 되었던 재일 한국인 피징용부상자들의 보상청구권 문제도 민관공동위원회의 결정으로 인해 양국정부가 의견을 달리하고 있는 것이 명확하기 때문에 이 사건의 논증구조와 달리 해석할 이유가 없게 되었다.

이러한 배경을 바탕으로 헌법재판소는 이 사건에서 선례를 변경하여 일본군위안부의 배상청구권(재산권) 및 인간으로서의 존엄과 가치라는 기본권의 중대한 침해가능성, 더 이상 시간을 지체할 수 없는 구제의 절박성과 가능성을 고려하여 정부에게 이러한 작위의무를 이행하지 않을 재량이 있다고 할 수 없으며, 현재까지 정부가 이 사건 협정 제3조에 따라 분쟁해결절차의 이행이라는 작위의무를 충실히 이행했다고 볼 수 없으므로 피청구인인 정부의 부작위는 헌

13) 대법원은 민관공동위원회의 해석을 판단의 준거로 삼아 “일본 국가권력이 관여한 반인도적 불법행위나 식민지배와 직결된 불법행위로 인한 손해배상청구권은 ‘협정’의 적용 대상에 포함되지 않는다”고 판시하였다. 대법원 2012. 5. 24. 2009다68620(강제징용자 사건).

14) 김창록, 전계주(11), 357면.

법에 위반해 청구인들의 기본권을 침해한다고 판시하였다.¹⁵⁾ 헌법재판소의 이 사건 결정은 그 후의 대법원 판결¹⁶⁾과 함께 일본군 위안부와 강제 징용 피해자 문제 해결을 사실상 장기간 방치해온 정부의 태도에 경종을 울리는 판결로 높이 평가할 수 있다. 특히 기존 선례(98헌마206결정)를 변경하여 이 사건 협정 제2조 제1항을 둘러싼 ‘해석상분쟁해결의무’를 정부에 부과하고 있으며, 이에 의해 정부는 협정 제3조 제1항의 외교상 경로뿐만 아니라 제2항의 중재회 부까지 시도해야 한다는 국가의 작위의무를 명확히 하고 있다.

3. 논증구조의 한계

그렇지만, 이 사건 판결에서 아쉬운 점은 헌법재판소가 행정권의 작위의무의 헌법적 근거로 들고 있는 헌법 전문과 제10조의 인간의 존엄성에 관한 논증이 소수의견이 지적하는 바와 같이 명확하지 않

15) 이 사건 협정 제3조가 기속행위를 규정한 것이 아니고 재량행위를 규정한 것이라 하여도, 곧바로 위 규정에 의한 피청구인의 작위의무는 도출되지 아니하고 그 작위를 구할 청구권도 인정되지 않는다는 결론으로 나아가는 것은 부당하고, 재량권이 영으로 수축(원칙적으로 재량처분이라 하여도 일정 상황 하에서 오직 하나의 결정, 즉 행정개입결정만이 의무에 합당한 재량권의 행사로 되며, 이 경우 개인은 행정당국에 당해 조치를 취할 것을 청구할 수 있는 권리를 가진다는 이론)되어 피청구인에게 구체적인 작위의무가 부여되는지 여부를 심사하여야 하며, 기본권침해 위험의 절박성 또는 피침해기본권의 중대성이 그 기준이 된다는 견해가 있다. 박준희, “대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정 제3조 위헌확인”, 헌법재판소결정해설집 2011, 332-333면 참조.

16) 일제강점기 국민징용령에 의하여 강제징용되어 강제노동에 종사한 사람들이 제기한 손해배상과 미지급 임금의 지급을 구한 사건에서 대법원은 “일본의 국가권력이 관여한 반인도적 불법행위나 식민지배와 직결된 불법행위로 인한 손해배상청구권이 청구권협정의 적용대상이 아니고, 원고 등의 손해배상청구권에 대하여는 청구권협정으로 개인청구권이 소멸되지 아니하였음은 물론이고, 대한민국의 외교적 보호권도 포기되지 아니하였다고 봄이 상당하다”고 판시하였다. 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549, 2009다6862.

다는 점이다. 먼저 헌법재판소의 다수의견은 헌법 전문에 관한 부분에서 “3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통”의 계승을 천명하고 있는바, 피해자들의 훼손된 인간의 존엄과 가치를 회복시켜야 할 의무는 대한민국임시정부의 법통을 계승한 지금의 정부가 국민에 대하여 부담하는 가장 근본적인 보호의무에 속한다고 하였다. 그러나 소수의견에서도 지적하듯이 헌법 전문은 규범적 효력은 가진다고는 하지만 재판규범성까지는 갖지 못하며, 다만 모든 법령의 해석의 기준이 된다는 것이 학계의 다수 의견이기도 하다.¹⁷⁾

다음으로, 헌법재판소는 제10조의 인간의 존엄성에 관한 부분에서는 ‘국가권력의 과제’로서 국가에 의한 침해로부터 보호받을 개인의 방어권일 뿐 아니라, ‘국가권력의 과제’로서 국민이 제3자에 의하여 인간존엄성을 위협받을 때 국가는 이를 보호할 의무를 부담한다고 하였다. 그러나 작위의무의 근거와 국가의 기본권보호의무에 있어서 보호청구권(기본권의 재주관화)과의 관계를 전혀 검토하지 않은 채 중대한 기본권 침해를 이유로 국가의 부작위가 위헌임을 선언하고 있다.¹⁸⁾ 나아가 제3자인 사인이외에 외국의 공권력으로부터 보호의무의 대상으로 한다는 것인지 명확하지 않다. 기본권보호의무의 문제라 한다면, 사인의 범주에 외국의 공권력이 포함되는지, 포함된다면 왜 그러는지 명확한 논증이 필요하지만 논증절차 없이

17) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2018년, 130면; 한수웅, 헌법학(제6판), 2016년, 106-107면 참조. 그러나 헌법재판소는 초기부터 헌법전문의 재판규범성을 인정하는 입장을 취하고 있다. 즉 헌법재판소는 “우리 헌법의 전문과 본문의 전체에 담겨있는 최고이념은 국민주권주의와 자유민주주의에 입각한 입헌민주주의헌법의 본질적 기본원리에 기초하고 있다. 기타 헌법상의 제원칙도 여기에서 연유되는 것이므로 이는 헌법전을 비롯한 모든 법령해석의 기준이 되고, 입법형성권행사의 한계와 정책결정의 방향을 제시하며, 나아가 모든 국가기관과 국민이 존중하고 지켜가야 하는 최고의 가치규범이다.”고 판시하였다. 헌재 1989. 9. 8. 88헌가6.

18) 같은 취지로, 성중탁, 전계주(1), 72-77면 참조.

‘국가권력의 과제’로서 보호의무가 발생한다고 보고 있다.¹⁹⁾ 또한 국가의 기본권보호의무론을 적용할 경우 과소보호금지의 원칙을 적용하여 위헌을 결론을 이끌어내야 할 것이며,²⁰⁾ 왜 이 사건 협정이 체결된 지 40여년의 세월이 지나 현 시점에서 정부에게 분쟁해결의무가 부과되는지에 대한 설명이 이루어져야 할 것이다.

결론적으로 필자는 위와 같은 이유로 다수의견에는 동의하지만, 결론을 이끌어내는 논증구조에 문제가 있다고 생각한다. 청구인들이 일본에 강제로 위안부로 끌려가 신체의 자유와 인간의 존엄성을 말살당함으로써 일본에 대한 인간의 존엄성 회복과 인권유린에 대한 배상청구권(재산권)이 발생하였다. 그러나 정부가 당시에 이 사건 협정을 제대로 체결하지 못함으로써 배상청구권 실현에 장애상태가 초래됨으로써 정부에게는 배상청구권의 실현을 위해 장애상태를 제거해야 할 ‘작위의무’가 피해자들에게 발생한 것이다. 이때의 작위의무라 하는 것은 정부의 광범위한 외교적 재량행위에 해당할 것이다.

19) 다수의견과 같은 취지로 헌법 제37조 제1항에 의해 청구인에게 외교적 보호권이 인정되고, 이로 인해 피청구인에게는 당연히 기본권보호의무가 발생하므로, 일본국에 의해 청구인들의 기본권이 침해된 경우에 해당하므로 피청구인인 국가의 적극적 관여 없이는 실현될 수 없는 기본권보호의 문제로 파악하는 견해가 있다. 이승우, 전계주(12), 443면 참조. 그러나 외국의 공권력이 기본권적 법익을 침해할 수 있으나, 외국의 공권력은 헌법의 기본권이 구속하는 대상이 아니라는 점에서 헌법의 기본권이 구속하는 국가권력에 대해서 기본권을 주장할 수 있는 기본권보호의무와 문제 상황이 다르다는 지적이 있다. 정태호, “기본권보호의무”, 인권과 정의 252호, 1997년 8월, 85면 ; 허완중, “기본적 인권을 확실히하고 보장할 국가의 의무”, 저스티스 115호, 2010년 2월, 88면.

20) 이승우에 따르면, “피청구인은 청구인들의 외교적 보호권을 인정하고 보장하기 위하여 적극적 작위의무가 존재하고, 그 외교적 보호권을 실현하기 위한 방법의 선택에 있어서 재량권이 인정되지만, 양국 사이에 법률적 분쟁의 존재를 인정하면서도 적극적으로 외교상의 경로를 통한 분쟁해결을 위한 방법을 찾으려는 노력을 하지 않았으므로 국가의 기본권보호의무이론에서 요구하는 과소보호금지의 원칙에 반했다고 할 수 있다”는 것이다. 이승우, 전계주(12), 451면.

그러나, 2005년 민관공동위원회의 결정에 의해 정부의 ‘해석상분쟁해결의무’가 발생하였고, 정부가 위안부문제 해결을 위한 일본 정부와 교섭을 거부함으로써 ‘부작위’가 성립된 것이다. 나아가 정부가 상당한 기간 동안 작위의무를 해태함으로써 기본권의 중대한 침해가능성과 더 이상 시간을 지체할 수 없는 구제의 절박성과 가능성에 의해 ‘재량권 영으로의 수축’하여 피청구인인 정부에게 ‘구체적 작위의무’가 발생했다고 볼 수 있다.

그런데 정부는 이 사건 협정 제3조가 정한 절차에 따라 ‘해석상의 분쟁’을 해결하기 위한 조치를 취할 구체적인 작위의무가 발생하였음에도 불구하고 이를 전혀 이행하지 않음으로써 부작위에 의해 청구인의 헌법상 재산권인 배상청구권을 침해한 것이라 할 수 있다. 나아가 조대현 재판관의 인용보충의견에서 지적하는 바와 같이, 우리 정부는 이 사건 협정으로 인해 청구인들이 일본국에 대한 손해배상청구권을 행사할 수 없게 된 손해를 완전하게 보상할 책임을 지게 되었다고도 볼 수 있을 것이다.²¹⁾ 그렇다면 다수의견처럼 논리적으로 무리하게 국가의 기본권보호의무론을 논증도구로 사용하거나, 헌법 전문 등의 해석으로부터 정부의 작위의무의 근거를 도출할 필요도 없을 것이다.

21) 국가가 일본군위안부 생존자들의 일본에 대한 배상청구 문제가 해결되지 않았음에도 불구하고 청구권협정의 외교적 교섭이나 중재절차로 나아가지 않거나 그러한 행위를 중단하는 경우 국가배상책임을 인정한 조대환 재판관의 인용보충 의견이 위안부 문제를 비롯한 한일청구권 문제에 관한 새로운 보충적 해결방향을 제시한 것이라는 평가가 있다. 성중탁, 전계주(1), 85-86면 참조.

참 고 문 헌

- 김창록, “일본군 「위안부」 헌법소원”, 「경북대학교 법학논고」 31집, 2009. 10.
- 박균성, 행정법론 (상) 제7판, 박영사, 2008.
- 박준희, “대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정 제3조 위헌확인”, 헌법재판소결정해설집 2011.
- 이승우, “일본군위안부사건에 대한 헌법재판소 결정의 평석”, 「법과사회」 제43회, 2012.
- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2012.
- 성중탁, “행정부작위 헌법소원에서의 작위의무와 국가의 기본권보호의무”, 「저스티스」 140호, 2014. 2.
- 장복희, “국가의 자국민 보호의 권한과 의무-강제징용피해자와 일본군위안부 배상을 위한 국가의 교섭의무-”, 「국제사법연구」 19권 1호, 2013. 6.
- 정재민, “일본군위안부 관련 2011년 헌법재판소 결정과 2015년 한일정부 간 합의의 관계-외교적 보호권의 관점에서-”, 「국제법학회논총」 제61권 제1호
- 정태호, “기본권보호의무”, 「인권과 정의」 252호, 1997. 8.
- 한수웅, 헌법학(제6판), 2016.
- 허완중, “기본적 인권을 확인하고 보장할 국가의 의무”, 「저스티스」 115호, 2010. 2.

<Abstract>

**Case of Confirmation of Constitutional Violation in
Relation to the Omission of the Government
- Constitutional court decisions on the right to claim
compensation by the comfort women of the
Japanese military -**

Min, Byoung-Ro*

In the case for the controversial right to claim compensation for the Japanese comfort women, the Constitutional Court ruled that the government's omission not to be resolved the issues in relation to the interpretational disputes between the two countries on whether or not they have been extradited pursuant to Article 2, paragraph 1 of 'Agreement on the Resolution of the Property and Claims between the Republic of Korea and Japan and Economic Cooperation Agreement' (Hereinafter referred to as the "Case Convention"), in accordance with the procedures set forth in Article 3 of this Case Convention was unconstitutional and it clarified the responsibility for the Government's diplomatic efforts to resolve it.

As the basis of governmental duties, the Constitutional Court cited the preamble of the constitution, Article 2, paragraph 2, Article 10, Article 3 of the Case Convention, and stated that our government is responsible for concluding this case using a comprehensive notion of 'all claims' rather than clarifying the content of the claim so that there is a specific obligation to move on to the removal of the disability. Therefore, the Constitutional

* Professor, Law School of Chonnam National University. Ph.D. in Law.

Court ruled that the government has failed to fulfill the obligation to proceed to the dispute settlement procedure of Article 3 of this case convention in order to resolve the interpretation dispute as to whether the victims of the Japanese military comfort women have lost their claim to Japan by this case convention.

In this paper, I have agreed with the conclusion of the majority opinion, but questioned the basis of the government's duties and the argument structure applying the basic right of protection, and tried to make a critical analysis on the court's ruling.

Key Words : Japanese military comfort women, diplomatic protection rights, right to claim compensation, interpretation disputes, government omission