

在日僑胞 ‘法的地位協定’의 국제법적 의의와 문제점*
The Significance and Problems of the Agreement on the
Legal Status and Treatment of Korean Residents in Japan

김 부 찬**
Kim, Boo-Chan

목 차

- I. 서 론
- II. 在日僑胞 법적지위 문제의 의의
- III. ‘法的地位協定’ 및 ‘合意覺書’의 의의 및 문제점
- IV. 결 론

국문초록

1951년부터 14년간에 걸쳐 거듭되었던 한·일 회담에서 ‘재일교포’의 법적지위 및 대우 문제는 그 핵심의제의 하나였다. 재일교포 문제는 일본의 불법 지배와 관련된 역사적 특수성을 가지고 있는 동시에 소수자 또는 정주외국인의 인권보호 차원에서 접근되어야 하는 보편적인 문제이기도 하다. 1965년 6월에 회담이 타결되고 ‘기본관계조약’을 체결함으로써 한·일 양국은 상호간에 외교 및 영사관계의 수립과 아울러 재일교포에 대한 ‘법적지위협정’을 통하여 이들

논문접수일 : 2011. 12. 30

심사완료일 : 2012. 01. 21

게재확정일 : 2012. 01. 25

* 이 논문은 2011년 8월 12일 “한일협정의 국제법적 문제점에 대한 재조명”을 주제로 동북아 역사재단이 주최한 한일강제병합 100년 역사와 과제 재조명에 관한 국제학술회의에서 발표한 논문(“재일교포지위협정의 국제법적 의의 및 문제점”)을 수정·보완한 것임.

** 법학박사·제주대학교 법학전문대학원 교수, 전 대한국제법학회 회장

의 지위 및 처우에 대한 제도 개선에 합의하였다. 그러나 기본관계조약은 물론 법적지위협정의 내용을 보면 당초 한국이 일본으로 하여금 한국에 대한 불법지배 책임을 인정하고 재일한국인의 법적지위에 대한 확실한 보장을 받아내고자 했던 목표와 취지는 상당 부분 퇴색되어 버렸다.

협정이 발효된 후에도 재일교포의 법적 지위의 불안정성 및 차별대우 문제가 계속하여 제기되었으며, 협정영주권의 범위 확대, 강제퇴거 및 지문날인 철폐, 교육 및 고용과 관련된 차별대우 해소와 관련된 문제들은 여전히 미해결의 과제로 남아 있었다. 1991년 1월 한·일 양국 외무장관 간에 '합의각서' 교환을 통해 재일교포의 법적지위 및 처우개선에 관한 그동안의 협의를 마무리한 바 있다. 합의각서에 의하여 법적지위협정의 문제점이 보완됨으로써 재일한국인들의 법적지위가 좀 더 안정되고 사회생활상의 처우 개선이 보장되는 계기가 마련되기는 하였으나, 현재도 재일한국인의 법적 지위 및 권익 보호에 여전히 많은 문제점이 있다고 지적되고 있는 실정이다.

오늘날은 이른바 국제화·세계화·지방화 시대이다. 국제화·세계화는 자신과 다른 남의 존재를 인정하고 존중하는 데서 출발한다. 또한 국제인권법은 어떠한 국가사회에서나 그 안에 거주하고 있는 모든 구성원들의 기본적인 권리가 가능한 한 모든 수준에서 평등하게 보장되도록 요청하고 있다. 특히 지방화 시대를 맞아 지역주민으로서의 외국인들의 법적지위와 사회생활상 처우가 지역사회 차원에서 보다 구체적으로 실현될 수 있도록 함으로써 지역주민들 간에 '다문화공생사회'를 구축하는 것이 대단히 중요하다고 지적되고 있다. 그러나 여전히 일본 정부는 기본적으로 재일한국인의 법적 지위나 처우와 관련하여 '동화정책'에 입각하고 있으며, 귀화하지 않는 한국인들에 대하여 차별적인 정책을 고수하고 있다.

사실상 '배제와 억압정책'을 바탕으로 소수자 집단인 재일한국인에 대하여 시행되어 온 일본의 정책은 많은 비판에 직면하고 있다. 역사적 특수성을 가지고 있는 정주외국인으로서 재일한국인들이 각 지방의 '주민'인 동시에 '인간'으로서의 지위를 갖고 있음을 기초로 일본사회에서 영주권을 보장 받고 안정된 생활을 영위할 수 있도록 해 주는 것이 국제인권법의 요청이자, 국제사회의 리더십을 자임하고 있는 일본의 국가적 책무라고 본다. 이와 같이 '재일한

국인 문제'는 그 역사적 배경으로 보아 일본이 보다 적극적으로 해결에 나서야만 하는 특별한 과제인 것이다. 일본은 1965년 법적지위협정의 공식적인 '개정'을 통하여 1991년 합의각서에 포함되고 있는 법적지위 및 처우 개선 내용을 전향적으로 재검토하기 위한 의지를 보여줄 필요가 있는 것이다.

주제어 : 재일교포(제일한국인), 한일회담, 한일기본관계조약, 법적지위협정, 합의각서, 인권

1. 序 論

1945년 8월 일제의 지배로부터 벗어나고 1948년 8월에 정부를 수립한 대한민국(이하, "한국"과 혼용)은 일제의 지배로 인한 문제를 청산하고 양국간의 관계 정상화를 목적으로 1951년 10월부터 일본 측과 회담을 시작하였다. 이후 14년간에 걸쳐 거듭되었던 '韓·日會談'¹⁾에서 '在日僑胞' 또는 '在日韓國人'²⁾의 법적지위 및 대우 문제는 그 핵심의제의 하나였다. 재일교포 문제는 일본의 불법 지배와 관련된 역사적 특수성을 가지고 있는 묵은 숙제인 동시에 국제법상 外國人 및 少數者(minorities)³⁾의 보호 차원에서 접근되어야 하는 보편

- 1) '한·일회담'은 1951년 10월 20일 일본에 주둔하고 있던 연합군총사령부(SCAP/GHQ)의 주선으로 東京에서 예비회담을 가지게 된 것이 그 시작이었다. 1952년 2월 15일에 본회담 제1차 회의가 열렸으며, 1965년 6월 22일에 열린 제7차 회담에서 조약을 체결할 때까지 14년이 걸렸다. 이에 대해서는 嚴堯燮, "한일회담에 관한 역사적 재조명," 『일본연구』 제1권, 1990, pp.65-85; 대한민국정부, 『한일회담백서』, 1965 참조.
- 2) '재일교포'나 '제일한국인'이라는 용어 외에 '재일조선인,' '재일한국·조선인,' '재일동포,' 그리고 '재일코리안' 등 다양한 용어가 사용되고 있으나(이에 대해서는 金敬得, "재일조선인이 본 '재외동포법'과 향후의 과제," 『한일민족문제연구』 제5호, 2003, p.131 주 1) 참조), 여기서는 '제일한국인'과 '재일교포'를 혼용하기로 한다.
- 3) 사전적 정의에 의하면 '少數者'는 "人種, 宗教, 言語, 또는 國籍 등에 있어서 그들이 소속되고 있는 사회의 다른 구성원들과 구별되며, 스스로 또는 다른 구성원들에 의하여 분리되고 구별되는 것으로 인식되어지는 사람들의 집단"(an aggregate or a group of people)으로 정의되고 있다. *The New Encyclopedia Britannica*, Vol. 27, p.356; Arnold Rose, "Minorities," David L. Sills (ed.), *International Encyclopedia of the Social Sciences*, Vol. 10, p.365 참조. 광의로 본다면, '소수자'는 오랜 기간에 걸쳐서 일정한 민족적 집단을 구성하고 있는 소수자.

적인 국제인권법의 문제이기도 하다.

1965년 6월에 회담이 타결되고 「대한민국과 일본국 간의 기본관계에 관한 조약」(Treaty on Basic Relations between the Republic of Korea and Japan, 이하, “기본관계조약”)을 체결함으로써 한·일 양국은 상호간에 외교 및 영사 관계를 수립하고,⁴⁾ 동시에 「일본국에 거주하는 대한민국 국민의 법적지위 및 대우에 관한 협정」(이하, “법적지위협정”)⁵⁾을 통하여 재일한국인의 지위 및 처우에 대한 제도개선에 합의하였다.⁶⁾ 그러나 기본관계조약은 물론 법적지위협정의 내용을 보면 당초 한국이 일본으로 하여금 한국에 대한 불법지배 책임을 인정하고 그에 대한 배상의 차원에서 재일한국인의 법적지위에 대한 보장을 받아내고자 했던 목표와 취지는 상당 부분 퇴색되어 버렸으며, 법적지위협정을 통하여 재일한국인의 법적지위를 근본적으로 보장하는 데는 많은 한계가 있었다.⁷⁾

즉 ‘소수민족’(national minority)만이 아니라, 정치적·경제적 이유로 외국에 집단적으로 거주하고 있는 난민(refugee), 외국인(foreigners), 그리고 무국적자들(stateless persons)도 그 범주에 포함시킬 수 있을 것이다. 김부찬, “국제법상 소수자의 권리,” 「동아시아연구논총」 제8집, 제주대학교, 1997, p.2.

- 4) 제1조 “양 계약당사국 간에 외교 및 영사관계를 수립한다. 양 계약당사국은 대사급 외교사절을 지체 없이 교환한다. 양 계약당사국은 또한 양국 정부에 의하여 합의되는 장소에 영사관을 설치한다.”
- 5) 이 때 기본관계조약과 함께 채택된 것은, 법적지위협정 외에 「대한민국과 일본국간의 어장에 관한 협정」(이하, “어업협정”), 「대한민국과 일본국간의 재산 및 청구권에 관한 문제해결과 경제협력에 관한 협정」(이하, “청구권협정”), 그리고 「대한민국과 일본국간의 문화재 및 문화협력에 관한 협정」(이하 “문화재협정”) 등이다. 이들 협정을 이른바 ‘한일협정’이라고 한다(한상범, “한·일협정(1965년), 왜 개정해야 하나?” 「아태 공법연구」 제10집, 2002, p.89).
- 6) 당시 정부는 “과거 20년 동안 불안정한 지위에 놓여있던 재일한국인들은 위에서 말한 법적 지위와 대우에 관한 협정이 발효됨으로써 앞으로 어느 외국인보다도 특수한 대우를 받게 되었다. 즉 재일교포들은 영주권을 얻어 제반 사회생활면에서 본토인과 다름없이 안정된 지위를 얻게 되었으며 …”라고 하면서 법적지위협정의 체결에 대하여 매우 긍정적으로 평가한 바 있다(公報部, “韓日協定을 통해 본 在日僑胞의 法的地位 및 待遇(韓日協定條約解說),” 「地方行政」 제14권, 1965, p.167).
- 7) 예를 들어, 1965년 6월 22일 在日韓國青年同盟은 비난성명을 발표하고, 子子孫孫 협정영주권의 보장, 강제퇴거 사유 중 제4항 반대, 일본인과 동등한 사회보장 실시, 교육의 기회균등, 부당과세의 폐지 등을 주장하였다(유철중, “在外國民의 法的地位問題,” 「論文集」 제3집, 1976, pp.250-251): 도노무라 마사루, “한일회담과 재일조선인 — 법적 지위와 처우 문제를 중심으로 —,” 「역사문제연구」 제14호, 2005, p.106.

법적지위협정이 발효된 후에도 재일한국인의 법적 지위의 불안정성 및 차별대우 문제가 계속하여 제기되었고 한·일 양국 간의 외교문제로 발전되는 경우도 비일비재하였다. 재일한국인의 법적지위와 관련하여 協定永住權의 범위 확대, 強制退去 및 指紋捺印 철폐, 교육 및 고용과 관련된 차별대우 해소와 관련된 문제들은 여전히 미해결의 과제로 남아 있었다. 법적지위협정에 의하여 이른바 '협정영주권'을 보장 받았던 2세대 이후 3세대가 태어나기 시작할 무렵인 협정 발효 후 25년이 되는 1991년 이전에 협정 제2조에 의거하여 영주권의 범주를 확대하는 문제를 포함한 이른바 '1991년 문제'⁸⁾를 해결하고 법적지위협정의 내용을 보완하기 위한 목표를 가지고 한국 정부는 일본과의 협상을 요청하였다.

그 결과 1991년 1월 한·일 양국 외무장관 간의 「일본국에 거주하는 대한민국 국민의 법적지위 및 처우에 관한 각서」(이하, “合意覺書”) 교환을 통해 재일한국인의 법적지위 및 처우개선에 관한 그동안의 협의를 마무리하였다. 현재 재일한국인의 법적지위는 법적지위협정을 대체한 이 합의각서에 의하여 규율되고 있다.⁹⁾ 합의각서에 의하여 법적지위협정의 문제점이 보완됨으로써 재일한국인들의 법적지위가 보다 안정되고 사회생활상의 처우 개선이 보장되는 계기가 마련되기는 하였으나, 현재도 재일한국인의 법적지위 및 권익 보호에 여전히 많은 문제점이 있다고 지적되고 있는 실정이다.

본고는 한·일 협정이 체결된 지 반 세기 가까운 세월이 흘렀으면서도 여전히 재일한국인의 법적지위 및 대우에 관한 문제가 해결되지 않는 현실을 직시하면서, 당초 기본관계조약과 함께 법적지위협정이 많은 문제점을 안고 체결되었다는 점을 상기하고 그 해결방안을 모색하기 위한 목적으로 작성되었다. 1965년 법적지위협정이 1991년에 합의각서로 전면 개정·대체되었음을 감

8) 1965년 한·일 관계 정상화 시 한국 국적을 보유한 재일한국인에게는 協定永住權을 부여하였으나 당시 협정영주권자의 후손의 법적 지위는 미해결 상태로 남겨두었다. 이 문제를 1965년을 시점으로 25년 이내에 한국 측의 요청이 있으면 일본은 재일한국인의 법적 지위에 대하여 재협의하기로 당시 결정한 바 있는데, 그 시한이 1991년 1월로 되어 있기 때문에 이를 이른바 '1991년 문제'라고 한다. 金應烈, “난민조약과 재일한국인,” 『亞細亞研究』 第88號, 1992, pp. 79-80.

9) 재일한국인 정책 및 법적 지위의 경과에 대해서는 保坂祐二, “在日コリアンの法的地位(改正된 '國籍法'과 '入管法'을 中心으로),” 『平和研究』 第8권 1호, 고려대학교, 2000 참조.

안하여 兩者의 의의 및 문제점을 바탕으로 향후 재일교포 법적지위의 개선과 제에 대하여 검토하기로 한다.

II. 在日僑胞 法的地位 문제의 의의

1. 법적지위 문제의 배경

‘재일교포’ 또는 ‘재일한국인’이라 함은 과거 日帝의 불법적 強占期 동안에 일본으로 건너가 현재 일본에 거주하고 있는 한국인 혈통을 가진 외국인 및 그 후손을 의미하며 그 국적이 ‘大韓民國’인가, 아니면 ‘朝鮮’인가는 불문한다.¹⁰⁾ 재일한국인은 일반외국인들과 달리 그 존재의 端緒가 일제의 한국에 대한 불법지배로부터 시작되고 있다는 점에서 역사적 특수성을 가지고 있다.¹¹⁾ 일제 시대에 일본으로 이주한 재일교포들은 자신의 國籍과 正體性(identity)을 유지하면서 일종의 소수민족으로 지금까지 일본사회의 일원으로 정주하고 있는 것이다.¹²⁾

- 10) ‘재일한국인’의 범주에 대해서는 다양한 견해가 있으나, 여기서는 일본에서 거주하는 한국인 혈통을 가진 사람 중에서 한국 또는 조선 국적을 가진 ‘定住者’에 한정하여 논하기로 한다. 이 경우 ‘朝鮮籍’이라 함은 외국인등록 시 자신의 국적을 ‘조선’으로 기재한 자를 말하며 반드시 북한국적자 또는 친북계를 말하는 것은 아니다. 徐龍達, 김용기 譯, “재일한조선인의 지방참정권,” 『경영경제』 제33집 1호, 2000, pp. 183-184; 최영호, “재일한국인의 참정권에 대한 한일양국의 정치적 태도에 관한 연구,” 『영산논총』 제7집, 영산대학교, 2001, p. 2; 노영돈, “재일한인의 국적,” 『白山學報』 제83호, 2009, pp.690-692.
- 11) 文京洙, “재일한국인문제의 기원,” 『동아시아연구논총』 제9집, 제주대학교, 1998, pp.179-198 참조.
- 12) 李光奎, 「在日韓國人」, 일조각, 1993, pp. 16-46; 정인섭, 「재일교포의 법적지위」, 서울대학교출판부, 1996, pp.1-6 참조. 과거 한국과 일본 모두 국적법상 ‘父系血統主義’를 채택하고 있었기 때문에 재일한국인의 수는 1950년대 중반부터 60여만 명 수준으로 유지되어 올 수 있었다. 그러나 이러한 상황은 1985년부터 일본이 국적법을 개정하여 ‘父母兩系血統主義’를 채택함에 따라 크게 변화하기 시작하였다. 실제 1985년부터 재일한국인의 수는 감소하기 시작하였으며 이러한 추세는 앞으로도 계속될 것으로 전망되고 있다. 1997년부터 한국도 일본과 마찬가지로 ‘父母兩系血統主義’를 채택했음에도 불구하고 장기적 관점에서 이러한 상황이 달라질 가능성은 없어 보인다(李長熙 편저, 「한일간의 국제법적 현안문제」, 亞社研, 1998, pp.111-118 참조).

일본에서 '定住外國人'이라 함은 특히 재일한국인을 가리키는 용어로서, 재일한국인은 대표적인 일본 내 정주외국인이다.¹³⁾ 재일한국인들은 일제의 강점기 동안 여러 가지 면에서 일본 국민들과는 다른 차별대우를 받았던 것이 사실임에도 불구하고 적어도 형식상으로는 일본 국민, 즉 일제의 '臣民'으로서의 지위를 부여받고 있었다. 그러나 1951년 9월 샌프란시스코에서 체결된 「對日平和條約」(Treaty of Peace with Japan, 이하, "평화조약")의 체결을 계기로 1952년 法務省 民事局長 通達 제438을 통하여 모든 재일한국인의 일본 국적을 박탈하고 법적으로도 일반외국인과 동일하게 취급하기 시작하였다. 그러나 일본은 그 이전인 1947년 5월의 「外國人登錄令」 및 1951년 「出入國管理令」에 따라 재일한국인들에게 외국인 등록을 요구하고 또한 강점기 동안에 재일한국인들에게 부여되고 있던 '참정권'도 인정하지 않는 등,¹⁴⁾ 재일한국인을 외국인으로 간주하고 이들에 대한 차별 및 억압 정책을 실시하였던 것이 사실이다.

일본의 경우는 그렇다 치더라도 승전국인 연합국총사령부(SCAP/GHQ)의 경우도 일본 점령 초기인 1945년 11월의 '基本指令'(JCS-1380/15)에서 한편으로는 재일교포들을 '解放民族'(liberated peoples)으로 간주하여 敵國인 '일본'인에 포함되지 않는다고 하면서도, 필요에 따라 '적국인'(enemy nationals)으로 처우해도 된다고 지시하기도 함으로써 재일한국인의 정체성 및 법적 지위에 많은 혼란이 야기되는 빌미를 제공하였다. SCAP/GHQ의 모호한 태도는 '대한민국'의 지위에 대한 경우에도 예외가 아니었다. 1945년 10월 31일의

- 13) '정주외국인'이라 함은 일본사회에 생활기반이 있고 사회적 생활관계가 일본인과 실질적으로 차이가 없지만 일본 국적을 가지지 않는 외국인을 말한다. 구체적으로는 ① 일본제국의 침략에 의하여 적·간접을 불문하고 渡日을 강요당한 한국인, 중국·대만인 등이며, ② 前項의 한국인이나 중국·대만인 등의 자손으로서 일본에서 출생하여 성장한 자, ③ 일본에서의 거주 기간 3년(국제법상 귀화 허용 最短年數) 이상인 자로서, 생활기반이 일본에 있고 납세의 의무를 다하고 있는 기타 외국인을 말한다(徐龍達, 전계논문, p. 185).
- 14) 참정권은 사실 1945년 「衆議院選舉法」개정과 1947년 「衆議院選舉法」 및 「地方自治法」 개정을 통하여 이미 재일한국인에게 적용되지 않고 있었다. 그러나 오늘날 재일한국인의 지방참정권 획득운동과 관련하여 소위 식민지시대에 재일한국인에게 인정되고 있었던 참정권을 다시 회복하자는 식의 주장은 재고할 필요가 있다고 본다. 왜냐하면 이러한 주장은 日帝의 불법적인 한국 지배를 합법화하는 것으로 오해될 수 있기 때문이다(최영호, "일본 패전직후 참정권문제에 대한 재일한국인의 대응," 「한국정치학회보」 제34집 1호, 2000, p. 196 참조).

SCAP/GHQ 각서에서 '대한민국'은 연합국, 중립국, 적국 가운데 그 어느 定義에도 해당하지 않는 것으로 인식되었으며, 그 2년 후인 1947년 8월 4일자의 같은 취지의 각서에서도 한국은 결국 어느 유형의 범주에도 해당하지 않는 '특별지위국(special status nations)'의 하나로 규정되고 있었다.¹⁵⁾

이와 같이 패전국인 일본은 물론 연합국, 모두에 의하여 때로는 '일본인,' 때로는 '외국인,' 또한 때로는 '일본인도 아니고 그렇다고 외국인도 아닌' 애매한 지위를 가진 존재로 인식되던 것이 평화조약 체결 이전의 재일한국인의 법적 지위의 실상이었다. 1948년 8월 15일 대한민국 정부가 수립되고, 또한 1952년 4월에 평화조약이 발효되고 나서 일본 정부가 재일한국인을 공식적으로 외국인으로 간주하겠다는 입장을 표명한 것을 계기로 한·일 양국은 상호간에 재일한국인의 법적지위를 확정하고 일본 내에서의 생활안정과 처우를 법적으로 보장해야 할 필요성을 인식하게 되었다. 이것이 제1차 한·일 회담 개최의 중요한 동기가 되었던 것이다.¹⁶⁾

2. 재일교포의 國籍과 法的地位 문제

재일한국인 또는 재일교포의 법적지위의 불안정성은 곧 대한민국의 '지위' 및 재일한국인의 '국적' 문제에 관한 국제법적 기준 및 사실 인식의 혼란에 바탕을 두고 있었다고 할 수 있다.

국제법상 일반적으로 일정한 국가영역에 대하여 책임을 지는 주체인 국가가 다른 국가로 대체되는 것을 국가승계(Succession of State)라고 하며,¹⁷⁾ ① 국가 영토 일부의 이전(succession in respect of part of territory), ② (식민지

15) "Definition of 'United Nations,' 'Neutral Nations,' and 'Enemy Nations,'" 外務省特別資料部 編(1989, pp.33-35) 및 "Definition of United, Neutral, Enemy, Special Status and Undetermined Status Nations," 外務省特別資料部 編(1989, pp.35-37)(장박진, "한일회담 개시 전 한국정부의 재일한국인 문제에 대한 대응 분석: 대한민국의 국가정체성과 '재일성(在日性)'의 기원," 『아세아연구』 제52권 1호, 2009, pp.207-208에서 인용.)

16) 대한민국정부, 「한일회담백서」, 1965, pp.25-26.

17) 1978년 「조약에 대한 국가승계에 관한 비엔나 협약」 제2조 1항 (b): 1983년 「국가재산·국가문서 및 국가부채에 대한 국가승계에 관한 비엔나협약」 제2조 1항 (a) 참조.

상태로부터) 신생독립국(newly independent State), ③ 국가통합(uniting of States), ④ 분리 독립(secession or separation of part or parts of the territory of a State), 그리고 ⑤ 국가의 분열(dissolution of a State) 등의 경우¹⁸⁾에 이러한 국가승계 문제가 발생한다. 이 때 국가의 구성원인 개인의 국적도 국가승계와 관련하여 문제가 되는 것이다. 일반적으로는 개인의 국적은 그 국적을 부여하고 있는 국가의 영토주권과 함께 자동적으로 변경된다고 본다. 즉, 일정한 영역에 대한 주권국가의 변경이 생기면 그 영역에 거주하고 있던 先行國(predecessor State)의 국민들은 일종의 '집단적 귀화'(collective naturalization)가 발생함으로써 자동적으로 承繼國(successor State)의 국적을 취득하게 된다는 것이다.¹⁹⁾

그러나 영토의 전부가 이전되거나 선행국이 소멸되는 경우와는 달리 영토의 일부가 이전되는 경우에는 선행국이 존속하기 때문에 복잡한 문제가 발생할 수 있다. 새로이 영역을 취득한 국가는 스스로 국적법을 통하여 자신에 속하게 되는 '국민'의 자격을 규정하게 되는데, 아울러 영토의 일부를 타국에 할양한 국가도 할양한 지역 내에서 거주하고 있는 자국 국민들이 원래의 국적을 자동적으로 상실하도록 할 것인지, 아니며 그대로 보유할 수 있도록 할 것인지를 국내관할권에 입각하여 결정할 수 있기 때문이다.²⁰⁾ 그리고 19세기 이래 영토의 일부 이전의 경우 해당 지역의 거주민에 대해서는 종종 新·舊 주권국의 국적 중 '選擇權'이 부여되기도 하였으며, 舊 국적의 유지를 원하는 주민에 대해서는 일정 기간 내에 출국이 요구되는 예도 많이 있었다.²¹⁾

그러나 실제로는 경우에 따라 국가승계 문제가 발생하는지 여부, 또는 어떠한 유형의 국가승계가 문제되는지가 불분명한 경우에는 일반적인 국가승계 문제와 함께 국적처리 문제가 큰 혼란에 빠질 수도 있다.²²⁾ 일제의 불법지배가 종료된 후 발생한 문제가 바로 이론상 '국가승계' 여부 자체가 문제되는 경

18) 위 협정 참조.

19) 김대순, 「국제법론」, 제16판(삼영사, 2011), p.945.

20) 상계서.

21) 정인섭, 「新 국제법강의 — 이론과 사례 —」, 개정판(박영사, 2011), p.176.

22) 김대순, 전계서, p.945.

우에 해당한다고 본다. 이러한 문제의 '본질'은 1910년 일본제국이 대한제국을併呑한 것이 법적으로 대한제국의 소멸을 의미하느냐 하는 것이다. 이는 일본과 대한제국이 체결했다고 하는 '조약'이 과연 국제법상 합법·유효한 것인지 여부와 직결되고 있다. 일본이 합법적으로 대한제국을 병합하여 그 영역을 일제의 영역으로 편입했거나 아니면, 이른바 대한제국에 속하던 영역을 일제의 식민지로 삼아 정당하게 지배해 왔다고 보는 경우와,²³⁾ 1910년 조약은 국제법상 무효이므로 일제는 1910년부터 1945년 8월 15일 제2차 세계대전에서 패배할 때까지 대한제(민)국의 주권을 강제로 침탈하여 불법적으로 지배하던 것에 불과하다고 보는 경우²⁴⁾는 관련 문제의 인식과 그 해결에 있어서 매우 중

23) 나인균 교수는 "대한제국은 1910년 체결된 韓日合邦條約에 의하여 일본의 식민지가 되었고, 이러한 상황은 조약체결 이후부터 일본과 연합국간에 제2차 세계대전이 발발할 때까지 국제사회에서 별다른 이의 없이 승인되었다. ...한일합방조약에 의하여 대한제국이 소멸하였다고 본다면 한반도는 1945년까지 일본의 식민지로서 일본 영토의 일부를 구성하였다고 할 수 있다. 그러나 위 합방조약이 한국에서 주장하는 바와 같이 강압에 의하여 체결되었으므로 무효라고 본다면 대한제국은 소멸하지 않고 존속한 것으로 간주될 것이다."라고 하면서도 "1910년의 한일합방은 국제법위반이라 하기 어렵다. ... 그러므로 臨政의 지위에서 보더라도 대한제국의 계속성은 인정될 수 없다. ...대한제국은 국가의 동일성 내지 계속성에 관한 국제법적 원칙과 국가실행에 의하여 형성된 재수립된 국가로서의 요건을 충족시키지 못하였고 따라서 한국은 원상회복하여 재수립된 국가에 속하지 않는다. ... 그러므로 제2차 세계대전 후 한국의 국가수립은 ... 대한제국과 법적 동일성이 없는 일본으로부터 분리의 형태에 의한 국가승계로 간주되어야 할 것이다."라고 한다. 이에 대해서는 나인균, "대한민국과 대한제국은 법적으로 동일한가?" 「국제법학회논총」 제44권 제1호, 1999, pp. 127-140.

이와 관련하여 정인섭 교수는 "대한제국이 일제의 식민지로 전락함으로써 모든 조선인은 국제법적으로는 일본인이 되었다. 해외 거주 조선인들도 특별히 일본국적 이탈조치를 취하지 않는 한 본인으로 처우되었다. 그러나 조선인에게는 일본 국적법이 적용되지 않았으며, 일제는 공통법(共通法)과 조선후적령을 통하여 내부적으로만 일본인(內地人)과 조선인을 구별하였다. 즉 조선후적에 등재된 자는 국내법적으로 조선인으로 처우되었다. 일본 여자가 조선 남자와 혼인하여 조선후적에 편입되면 법적으로는 조선인이 되었고, 혈통 상 조선인이 혼인·입양 등의 사유로 일본 호적에 편입되면 법적으로 일본인으로 처우되었다. ... 광복 후 일본에 거주하던 조선후적 입적자에는 몇 가지 문제가 발생하였다. 일본 정부는 샌프란시스코 평화조약이 1952년 4월 발효하기 이전까지는 조선후적자도 형식상 일본인의 일부라는 입장을 고수하였다. 식민지배관계의 법적 청산은 평화조약을 통하여 최종적으로 확정된다는 이유였다. 이러한 입장은 1948년 남북한에 정부가 수립된 이후에도 지속되었다."고 설명하고 있다(정인섭, 전거서(주 21), pp.184-185).

24) 김명기 교수는 "1905년의 '을사보호조약', 1907년의 '정미 7조약', 1910년의 '한일합방조약' 등 일련의 침략조약에 의해 대한제국은 일본에 병합되었다. 그리고 병합조약은 국가의 소멸원인의 하나이므로 대한제국은 소멸한 것 같이 보인다. 그러나 이들 諸侵略條約은 우리

요한 차이를 가져 오게 되는 것이다.

前者의 입장에서 접근하는 경우에는 앞에서 언급한 국제법상 전형적인 국가승계의 유형 가운데 ④ 또는 ②에 해당하는 경우로 보아 문제 해결에 나설 수 있겠지만, 後者에 해당한다고 보면 일제의 강점기 동안에도 국제법상 대한민국은 대한제국과 '同一性'(identity)²⁵⁾을 함께 하는 국가로 계속 존재하고 있었다고 볼 수 있기 때문에, 국가승계 문제 자체가 발생할 수 없다는 결론이 나올 수 있는 것이다. 이와 관련하여 일본은 기본적으로 前者의 입장을 견지하고 있는 반면,²⁶⁾ 한국은 명백하게 後者의 입장에서 문제 해결에 임하고 있었던 것이다.²⁷⁾

일반국제법의 원칙으로 보면, 영토의 일부 이전이나 분리·독립과 관련하여 국가승계가 이루어지는 경우에는 영토주권이 이전되는 지역(예를 들어, 할양지)에 거주하던 주민들이 승계국의 국적을 취득하느냐 하는 문제가 발생하며, 이 때 개인이 국적 선택권이 존중되지만 그러한 의사가 표시되지 않는 경우에는 거주지국(승계국)의 국적이 부여되는 것이 보통이다.²⁸⁾ 그러나 국제법상 선행국에 거주하는 할양지 출신자의 국적이 자동적으로 변경되는 것으로 해

나라의 '조약체결권자'(treaty-making power)에 대해 강박을 가해 체결한 것이므로 그 당시의 국제법에 의해서도 무효이다."라고 하고, 이어서 "1910년의 병합조약은 무효이므로 일본에 의한 대한제국의 병합은 조약에 의거한 병합이 아니라 법적 근거를 결한 일본의 일방적 행위에 의한 위법한 점령에 불과한 것이다. ... 위법한 점령에 의하여 법적 효과는 귀속되지 않는다. ... 1910년의 병합조약에 의해 대한제국의 법인격이 소멸된 것은 아니다."라고 설명하고 있다. 김명기 교수는 나아가서 설사 대한제국이 일제의 '식민지'(colony)로 지배되었다고 하더라도 일종의 국가로서의 법인격을 보유하고 있었다고 본다. 따라서 "Cairo 선언의 내용을 이행하기로 약속한 Potsdam 선언을 수락한 무조건 항복문서에 일본이 서명하고 同 항복문서에 의거한 연합군최고사령관의 훈령에 따라 **대한제국은 일본으로부터 국제법상 '分離'되어 새로운 법인격을 취득한 것이 아니라 사실상 제한되었던 주권을 회복하였을 뿐이다.**"라고 한다. 이에 대해서는 김명기, "국제법상 일본으로부터 한국의 분리에 관한 연구," 「국제법학회논총」 제33권 제1호, 1988, pp.1-27 참조.

- 25) 국가의 동일성(identity)과 계속성(continuity) 문제에 대해서는, 박배근, "국제법상 국가의 동일성과 계속성," 「저스티스」 통권 제90호, 2006, pp.250-274 참조.
- 26) 大藏省印刷局, 「日韓條約と國內法の解説」(別冊「時の法令」), 1965, pp.62-63.
- 27) 高麗大學校 亞細亞問題研究所 日本研究室編, 「韓日關係資料集」 第1輯, 高麗大學校, 1976, p.252.
- 28) Draft Articles on Nationality of Natural Persons in relation to the Succession of States, 제20조 및 23-26조 참조.

석되었던 경우는 찾기 어려운 것이 사실이다.²⁹⁾ 이러한 관점에서 보면 해방 또는 전후 처리 과정에서 한국과 일본 간에는 전형적인 국가승계 유형인, 식민지 상태에서의 독립국가 창설이나 기존의 국가로부터의 분리·독립에 따른 국적의 승계문제가 발생하지는 않았다고 할 수 있는 것이다.³⁰⁾ 반면에 敗戰에 따라 한국에 대한 일제의 불법지배가 종료되는 시점에서 대한제(민)국의 국적 개념이 실효적으로 적용되기 시작했었다는 사실을 특별히 주목할 필요가 있다고 본다. 즉, 終戰 후 1952년 평화조약 발효 시까지 일본을 점령 통치했던 연합군총사령부의 방침 하에 일본은 재일한국인들에게 '외국인' 등록을 의무화하고 이들에 대하여 '참정권' 등 일제하에서 재일한국인들에게 적용했던 일본인으로서의 기본권을 부인하기 시작한 것은 바로 이러한 인식에 바탕을 둔 것이었다고 할 수 있다.³¹⁾

아울러 대한민국의 경우에 1948년에 제정된 「국적법」에서 '最初國民條項'을 규정하지 않고 "출생한 당시父가 대한민국의 국민인 자"에 대하여 대한민국

29) 노영돈, 전계논문, p.705.

30) 그러나 이와 관련하여 정인섭 교수는 "일본의 다수설과 판례는 대일평화조약 제2조 a항을 통하여 재일교포의 일본 국적이 상실되었다고 해석하고 있다. ... 그러면 한반도에 대한 일본의 권리, 권원, 청구권의 포기는 곧 재일교포의 일본국적 상실을 의미하는 것인가?"라고 하면서, 이에 대하여 "과거의 조약 선례들을 검토하여 보아도 영토주권 포기조항이 곧 선행국(predecessor state)에 거주하는 할양지 출신자의 국적을 자동적으로 변경시키는 것으로 해석되었던 경우는 찾기 어렵다. 영토주권 이전을 규정하는 경우 할양지 주민의 국적에 대하여는 별도의 규정을 두는 경우가 많았으며, 그 같은 별도 조항이 없는 경우에는 거주지를 기준으로 기존 국적이 유지되는 것으로 해석됨이 통례였다."고 함으로써 한 일간에 일종의 영토 할양이나 분리·독립에 준하는 국가승계 문제가 발생하게 된다고 보고, 국적의 승계 문제도 이에 따라야 하기 때문에 "샌프란시스코 조약은 ... 일반국제법 원칙과 선례에 입각하여 보더라도 재일교포의 일본국적 상실 근거로는 해석될 수 없다."고 설명하고 있다(정인섭, 전계서(주 12), pp.105-108).

31) 이에 관하여 노영돈 교수는 "일본이 패전 직후는 조선반도는 사실상 일본정부의 통치에서 이탈하였고, 조선호적등재자를 말하는 조선인이 계속하여 일본국적을 보유하는가의 문제가 확정되지 않아 법제도상 매우 불안정한 상태에 있었다. 이런 상태에서 1947년 제정된 「외국인등록령」에는 재일한인을 당분간 외국인으로 보게 되었다. 이 시점에서 "조선"이라는 국가는 존재하지 않았지만, 외국인등록상의 편의를 위하여 급한 대로 국적을 "조선"으로 등록하였다. 그 후 1948년에 대한민국 정부가 수립되자 한국정부는 1950년 1월 당시 일본을 통치하던 연합군최고사령부(SCAP)에 대하여 재일한인은 대한민국 성립에 의해 한국 국적을 취득하게 되었기 때문에 외국인등록상 "한국"으로 국적표시를 변경해 줄 것을 요청했다."고 설명하고 있다(노영돈, 전계논문, p.691).

國籍을 부여하기로 한 것도 일응 이러한 입장에서 비롯된 것이라고 할 수 있다. 다시 말하면, 대한민국 정부 수립 이전부터 정신적으로나 법률적으로 대한민국 국민은 계속 존재해 왔다고 보는 것이다.³²⁾ 국가 없는 국민이 존재할 수 없다고 본다면 대한민국 '정부' 수립 이전에도 대한민국은 '국가'로서 여전히 존속해 있었다고 보아야 하는 것이다. 사실 일본의 입장도 1910년의 조약에 의하여 한국을 일본의 영역으로 완전하게 합법·유효하게 편입했다는 전제에서 한국을 통치하거나 한국민을 대우해 왔던 것은 아니라고 할 수 있다.³³⁾

일본은 일제 강점기 동안에 한국을 '內地'(일본 본토)와는 구별되는 '外地'로 인식하여 왔으며 내지와는 다른 방식으로 '武斷統治'를 해 왔다는 점도 스스로 한국에 대한 지배가 강압과 불법에 의한 것임을 드러낸 결과가 아닌가 한다.³⁴⁾ 앞에서 언급한 것처럼 겉으로는 대일평화조약의 발효 시까지 재일한국인을 일본인으로 취급하겠다고 하면서도 실상은 진작부터 이들을 외국인으로 간주하고 있었던 것도, 일본의 패전으로 이미 대한민국이 적어도 관념적으로는 그 법적 존재를 드러내고 관할권을 회복하기 시작했음을 인정한 결과라고 할 수도 있다.

Ⅲ. '법적지위협정' 및 '합의각서'의 의의 및 문제점

1. 1965년 '법적지위협정'의 의의 및 문제점

1) '법적지위협정' 체결의 의의

1951년 10월 교섭의 개시로부터 1965년 6월 한일협정의 체결에 이르기까지

32) 정인섭, 전거서(주 21), p.639; 장박진, 전거논문, pp.216-219 참조.

33) "1910년 강제병합으로 재일한국인은 강제적으로 일본 국적을 부여받았으나, 일본 국민과 평등한 권리를 취득한 것은 아니었으며, 호적도 일본 국민을 대상으로 하는 '內地戶籍'과는 다른 '朝鮮戶籍'에 의하여 관리되었다." (襄薰, "재일코리안의 일본 내에서의 법적 지위," 『고려법학』 제48호, 2007, p.405.)

34) 박배근, 전거논문, p.273 참조.

14년이라는 세월이 경과된 한일회담의 본래 목적은 한국에 대한 일본의 불법 지배가 남긴 유산을 법적으로 청산하고 양국 간의 정상적인 새로운 정치·경제관계를 수립하는 데 있었다.³⁵⁾ 이 때문에 국교정상화를 위한 조약의 명칭으로 흔히 사용되는 '우호·통상조약' 대신에 '기본관계조약'이라는 명칭을 고수하고,³⁶⁾ 재일한국인의 지위 및 처우 개선에 관한 조약의 경우에도 일본 측은 단지 재일한국인의 '待遇'라는 표현을 주장하였지만 한국 측은 처음부터 '法的地位'라는 명칭에 집착했던 것이다.³⁷⁾

그러나 한일 기본관계조약의 前文에는 일반적인 양국 간 우호·통상조약에서 흔히 볼 수 있는 내용만이 기술되어 있을 뿐, 한국에 대한 침략이나 불법 지배와 관련된 일본의 책임 문제를 비롯한 과거사 청산에 관한 내용이 전혀 포함되지 않았다.³⁸⁾ 다만, 그 역사적 경위와 관련하여 "1951년 9월 8일 샌프란시스코에서 체결된 일본국과의 평화조약의 관계규정 및 1948년 12월 12일 유엔 총회에서 채택된 결의 제195 (3) 호를 상기하여"라고 천명하고,³⁹⁾ 기본

35) 유병용, "한일협정과 한일관계의 개선방향," 「한일역사공동보고서」 제6권, 2005, p.29; 한국은, 특히 "샌프란시스코 회의에 연합국의 일원으로 참여하지 못하여 일본과의 '식민관계'를 법적으로 청산할 기회를 갖지 못하였기" 때문에 한·일 간의 회담 및 협정을 통하여 이 문제를 해결할 필요가 있었던 것이다(정인섭, 전게서(주 12), p.91).

36) 대한민국정부, 전게서, p.191.

37) 일본 측은 1956년 초부터 '法的地位'란 용어는 그 개념이 광범위하기 때문에 협정의 표제를 일본국에 재류하는 대한민국 국민의 '待遇'에 관한 협정으로 할 것을 강력히 주장하기 시작하였으나, 한국 측은 교섭의 경위나 협정에 규정되는 내용으로 보아 '법적지위'란 용어는 여하한 경우에도 이를 표제에서 삭제할 수 없다고 교섭의 최종단계에 이르기까지 주장하여 한국 측 입장을 관철시켜 결국 '법적지위와 대우'에 관한 협정으로 체결하였다(공보부, 전게논문, pp.162-163).

38) 한상범, 전게논문, pp.91-93.

39) 대일평화조약 제2조 ㉔는 "일본은 한국의 독립을 승인하고, 제주도·거문도 및 울릉도를 포함하는 한국에 대한 모든 權利·權原 및 請求權을 포기한다."고 규정하고 있다. 그리고 유엔 총회결의 제195호 (3) ㉔는 "임시위원단이 감시 및 협의를 할 수 있었고 전 한국 국민의 대다수가 거주하고 있는 한국 지역에 대한 효과적인 통치력과 사법권을 갖고 있는 합법적인 정부(대한민국 정부)가 수립되어 있다는 것: 이 정부가 한국의 이 지역 유권자의 자유의사의 정당한 표현인 동시에 임시위원단이 감시한 선거에 기초를 두고 있다는 것: 그리고 이 정부가 한국에 있어서 유일한 이러한 정부라는 것을 선언한다."고 규정하고 있다. 이어서 ㉕ "회원국에 대하여 한국의 완전한 독립과 통일을 실현함에 있어 국제연합에 의하여 달성된 성과 및 달성하게 될 성과에 유해한 어떠한 행위도 삼갈 것을 요청한다."고 하고 ㉖ "회원국과 기타 국가는 대한민국 정부와의 관계를 수립함에 있어서 본 결의 ㉔에 명시

관계조약 제2조와 제3조는 각각 “1910년 8월 22일 및 그 이전에 대한제국과 일본제국간에 체결된 모든 조약 및 협정이 이미 무효임을 확인한다.”⁴⁰⁾ “대한민국 정부가, 국제연합 총회의 제195(3)호에 명시된 바와 같이, 한반도에 있어서의 유일한 합법정부임을 확인한다.”고 규정함으로써 한국 측은 바로 제2조가 일본의 한국 지배의 근거가 되었던 1910년 병합조약의 무효를 확인하고 있다고 주장하고 있다. 그러나 일본은 이에 대하여 1910년 및 그 이전에 대한제국과 체결한 조약은 유효하게 체결되었기 때문에 자신의 한국 지배는 합법적이었으나, 제2차 세계대전에서의 패배로 인하여 그 지배가 종식되고 1948년 대한민국 정부가 수립됨으로써 조약이 이미 사실상 失效 되었음이 확인된 것에 불과하다고 강변하고 있으며,⁴¹⁾ 이러한 기본입장은 한일회담 전 과정을 통하여 변함없이 유지되었다.

사실 한국은 한·일 양국 간의 조약 명칭을 일본의 주장과는 달리 ‘우호·통상조약’이 아니라 ‘기본관계조약’으로 할 것을 주장하는 등 처음부터 조약 체결을 통하여 일본의 한국 지배가 불법적인 강압에 의하여 이루어졌음을 확인하고 그에 따르는 책임인정과 배상의무를 규정하는 것을 의도하였으나,⁴²⁾ 일본의 완강한 반대 및 미국과 일본의 협력관계 구축을 통하여 동북아 자유진영의 결속을 강화하려고 했던 미국의 입장, 그리고 1960년대 들어 협상을 주도한 한국 집권세력의 경제개발 우선 정책 등 대내·외적 요인⁴³⁾으로 협상의 타결을 서두르면서 당초의 기대와는 다른 방향으로 협상이 진행되기 시작하였다. 협상은 다급하게 진행되기 시작하였으며 民政 이양 이후 마지막 제7차 한·일 회담이 열리게 되었다. 드디어 1965년 6월 22일 양국은 국교정상화에

된 제사항을 고려할 것을 권고한다.”고 하고 있다.

40) Article 2 “It is confirmed that all treaties or agreements concluded between the Empire of Korea and the Empire of Japan on or before August 22, 1910 are already null and void.”

41) 이장희, “서론: 한일협정의 재검토가 필요하다,” 이장희 편저, 전게서, pp.6-9.

42) 1949년 한일회담이 개시되기 전부터 이승만 정부는 포괄적인 대일배상을 청구할 목적으로 기획처 산하에 ‘대일배상청구위원회’를 설치하고 비밀리에 대일배상 청구자료를 수집, 정리하는 작업을 진행하였다. 이러한 대일배상청구위원회의 작업 결과로 이루어진 것이 ‘대일배상요구조서’였다고 한다(유병용, 전계논문, pp.25-27).

43) 대한민국정부, 전게서, pp.1-9 참조.

합의하고 기본관계조약과 함께 법적지위협정 등 관련 조약을 동시에 체결하였다. 협정 비준서는 1965년 12월 18일 교환되었으며 1967년 1월 17일자로 발효하였다. 이 때문에 기본관계조약을 비롯하여 법적지위협정이나 청구권협정 등의 내용은 당초의 의도 및 요구에는 크게 못 미치는 수준이 되고 말았으며, 이에 대하여 많은 비판이 가해졌던 것이 사실이다.⁴⁴⁾

2) '법적지위협정'의 주요내용 및 문제점

법적지위에 관한 문서는 법적지위협정을 기본으로 「대한민국과 일본국간의 일본국에 거주하는 대한민국 국민의 법적지위와 대우에 관한 협정에 대한 합의의사록」(이하, "법적지위협정 합의의사록" 또는 "합의의사록"), 「일본국법무대신의 일방적 성명」 및 「법무성 입관국장 담화」 등으로 구성되어 있다.

법적지위협정 제1조는 1945년 8월 15일 이전부터 일본 내에서 계속 거주하던 자(① ㉔)와 그들의 직계비속으로 협정영주권 신청만료일인 1971년 1월 16일 이전에 일본에서 출생하고 계속 일본에 거주하던 자(① ㉕), 그리고 이들의 자녀로서 1항의 협정영주권 신청만료일이 경과한 후에 일본에서 출생한 자(②)에 대하여 신청이 있는 경우 영주권을 부여하도록 하고 있다.⁴⁵⁾ 법적지위협정에 의거하여 부여되는 영주권을 이른바 '협정영주권'이라고 하며, 그 대상으로 이른바, '협정영주 1세'와 '협정영주 2세'를 포함하고 있다. 평화조약 발효와 동시에 일본국적을 부인 당하고 법126호에 의하여 "당분간" 일본에 거주할 권리만을 인정받았던 재일교포는 법적지위협정을 통하여 비로소 일본에

44) 유병용, 전계논문, pp.19-28 참조.

45) 위 영주권의 범위 중 ① ㉔ 및 ① ㉕에 해당하는 자는 협정 발효 후 5년 이내에 ① ㉔ 및 ① ㉕의 자녀인 ② 해당자와 ① ㉕ 해당자로서 협정 발효 후 4년 10개월이 경과한 후에 출생한 자는 출생일로부터 60일 이내에 각각 신청하도록 되어 있으며(법적지위협정 제1조), 영주신청 시에 제출 또는 제시하는 서류는 (1) 영주허가신청서 (2) 국적증명서 (3) 사진 (4) 가족관계와 일본국에서의 거주경력에 관한 진술서 (5) 외국인 등록증명서 등이다(합의의사록 및 토의기록). 이 중 이중국적증명서에 관하여 대한민국 여권 또는 재외국민 등록증을 제시할 수 있는 신청자는 대한민국의 국적을 가지고 있다는 뜻의 진술서를 우선 신청시에 제출하고 일본정부 당국의 조회에 관한 한국정부의 확인으로서 족하도록 절차를 간편화 하여 재일한국인 중 소위 조총련계에 속하는 자에 대하여도 널리 포용의 길을 마련하고 있다고 한다(공보부, 전계논문, pp.163-164).

“계속” 살 수 있는 권리를 인정받은 셈이었다. 이러한 협정영주권은 1952년 평화조약 발효 이후 최장 3년 이내마다 재류기간 갱신허가를 얻어야 했던 법 126호 해당자의 직계비속의 일본 재류권을 보다 안정화 시켜 주었다고 평가할 수도 있으나, 법적지위협정에 따라 모든 재일교포들이 영주권을 신청했던 것은 아니며 실제 신청과정에서 “8·15 이후 계속 거주 요건”이 부각됨으로써 전후 혼란기에 일시 귀국했다가 재입국한 자와 전후에 일본에 입국한 자들은 8·15 이후 계속 일본에 거주하여도 협정영주권을 부여받기가 곤란하였다.⁴⁶⁾

재일한국인의 법적지위 문제와 관련하여 일본은 제2차 및 제3차 회담에서부터 그 토의 주제를 재일한국인 퇴거강제 문제에 치중하기 시작하였다. 일본은 외국인에 대한 강제송환권이 주권국가의 자주적 권한임을 내세워 「출입국관리령」에 의하여 퇴거강제처분을 받은 재일한국인의 인수를 요구하고 재일한국인에 대한 「출입국관리령」의 적용을 기정사실화 하려고 기도하였다. 제4차 회담에서 일본은 한국과 일본은 상호 독립국가로서 국내문제불간섭과 타국에 대한 주권 존중의 원칙이 교섭의 전제가 되어야 한다고 주장하고 재일한국인에 대한 자국의 관할권을 강조하였다. 이에 대하여 한국은 재일한국인에 대해서는 그 체류 및 처우와 관련하여 일본 국내법과는 관계없이 그 지위의 특수성에 상응한 대우가 부여되어야 함을 강조하고, 퇴거강제 사유에 관하여도 「출입국관리령」과는 별도로 양국의 협의가 필요함을 주장하였다.

일본은 영주권 부여 범위가 확대되면 퇴거강제 사유도 이에 따라 확대되어야 한다는 입장을 취하였으나 한국 측은 재일한국인 법적 지위의 보장을 위하여 부득이한 최소한의 사유에 한하여 강제퇴거가 가능하도록 해야 한다고 주장하였다. 그 결과 법적지위협정 제3조는 퇴거강제 사유 가운데 극빈자 관련 사유를 제외하고 나머지 4개 사유만을 규정하게 된 것이다. 협정영주권자의 퇴거강제 요건을 일반외국인에 비하여 엄격하게 규정한 것은 표면상 이들의 거주권을 강화한 것처럼 보일 수 있으나, 실상은 그와 다르다는 비판이 제기되었다. 즉, 과거 한·일 간 미수교 상태에서는 사실상 재일교포에 대한 강제퇴거가 시행되지 못하고 있었던 데 반하여 법적지위협정에 퇴거강제 사유를 명시

46) 정인섭, 전게서(주 12), pp.50-52 참조.

함으로써 오히려 퇴거강제를 공식화(허용)하는 결과가 되었다는 것이다.⁴⁷⁾

법적지위협정 제4조 a호는 재일한국인의 일본 내 처우와 관련하여 일본은 협정영주권자의 교육, 생활보호 및 국민건강보험에 관하여 “타당한 고려”를 행한다고 규정하고 있다. 이 경우 “타당한 고려”란, “일본의 공립소학교 또는 중학교에 입학할 희망하는 경우에는 그 입학이 인정될 수 있는 필요한 조치를 취하고 또는 일본의 중학교를 졸업한 경우에는 일본의 상급학교에의 입학 자격을 인정한다.”는 것이다.⁴⁸⁾ 그러나 이는 새로운 보장이라기보다는 종전부터 관례적으로 인정되어 오던 사실을 확인한 것에 불과하였으며, (민단계) 민족학교의 경우는 계속하여 정규학교가 아닌 각종 학교로만 규정되고 있어서 그 졸업생의 상급학교 진학이 불가능할 뿐만 아니라 교포 자녀들에게는 就學年齡이 되어도 취학통지서조차도 발부되지 않는 현실이 더욱 큰 문제였던 것이다.⁴⁹⁾

법적지위협정 前文은 “다년간 일본에 거주하고 있는 대한민국 국민이 일본국의 사회와 특별한 관계를 가지게 되었음을 고려하고, 이들 대한민국 국민이 일본국의 사회질서 하에서 안정된 생활을 영위할 수 있게 하는 것이 양국 간 및 양국 국민 간의 우호관계 증진에 기여함을 인정하여” 법적지위협정의 내용에 합의하였다고 밝히고 있을 만큼, 생활보호에 관한 타당한 고려는 재일한국인의 법적지위 및 생활안정에 매우 중요한 의미를 가진다고 할 수 있다. 그러나 “타당한 고려”와 관련하여 “일본국 정부는 협정 제1조의 규정에 의거하여 일본국에서의 영주가 허가되어 있는 대한민국 국민에 대한 생활보호에 대하여는 당분간 종전과 같이 한다.”⁵⁰⁾고 규정하고 있을 뿐으로 큰 실익은 없는 것이었다. 특히 법적지위협정 제5조는 동 협정에 특별히 정하는 경우를 제외하고는 협정영주권자도 여타 일반 외국인과 동등한 대우를 받는다고 규정하

47) 그 이전에는 비록 퇴거강제 대상자로 판명된 경우에도 일본 당국은 법126호에 의한 재류자격만을 취소시키고, 새로이 특별재류를 허가하여 결국 일본에 거주함을 인정하였었기 때문에, 결과적으로 법적지위협정은 퇴거강제 사유의 축소가 아니라 그 공식화라고 할 수 있다는 것이다(상세서, p.55).

48) 합의의사록, 제4조에 관하여 ①.

49) 유철중, 전계논문, p.254.

50) 합의의사록, 제4조에 관하여 ②.

고 있으므로 일본 내국인에 대한 사회보장제도가 재일한국인들에게 적용되는 데는 한계가 있었던 것이 사실이다.

법적지위협정 체결을 위한 협상과정에서 일본 측은 재일한국인에게 일반외국인과 다른 특별한 지위를 부여하는 데 난색을 표명하였다. 일본은 재일한국인에 대하여도 일반외국인과 동일한 대우를 부여하되, 다만 향후 체결될 통상항해조약에 의하여 '最惠國待遇'(MFNT)를 부여할 용의가 있음을 표명하였다. 이에 대하여 한국 측은 재일한국인은 여타 외국인과는 달리 특수한 지위를 점하는 외국인임을 지적하고 일정한 권리(참정권, 공무담임권 등)를 제외하고는 일본 국민과 동등한 대우가 부여되어야 하며, 일반외국인에게 금지되어 있는 것일지라도 재일한국인이 이전부터 실제로 향유해 온 권리는 계속 보장되어야 한다고 주장하였다. 그러나 법적지위협정 제5조는 법령에 특별히 규정된 경우를 제외하고는 협정영주권자에 대하여도 "모든 외국인에게 적용되는 일본국의 법령의 적용을 받는 것이 확인된다."고 규정하고 있다. 이 조항은 특수한 배경으로 인하여 일반외국인과는 다른 성격을 가지고 있는 재일교포의 법적지위를 원칙적으로 일반외국인과 같은 위치로 격하시키는 의미를 지니고 있는 것이었다.

해방 후 20년 동안 불안정한 지위에 놓여있던 재일한국인들은 그 법적지위 및 대우에 관한 협정이 발효됨으로써 일본 내에서 일반외국인들과는 다른 '법적 지위'를 향유하게 된 것은 사실이다. 그러나 이는 당초 한국에 대한 일본의 불법지배 책임의 인정에 바탕을 둔 광범위한 수준에서 '특수한 지위'를 요구했던 것에 비하면 크게 미흡한 것이었다. 한국 측은 당초 재일한국인에 대하여 사실상 일본 국민에 준하는 법적지위와 대우를 요구했었지만, 일본 측은 재일한국인도 기본적으로는 일반 '외국인'의 범주에 속한다고 보는 자신의 입장을 고수하면서 재일한국인에 대한 특별한 지위 인정을 최소한의 범주로 제한하고자 하였던 것이다. 이 때문에 법적지위협정이 체결된 직후부터 협정영주권 허가범위 확대와 퇴거강제 사유의 축소를 비롯하여 교육, 생활보호 및 건강보험 적용 등 일본 내 처우문제를 개선하기 위한 협정의 개정 필요성이 제기되기 시작하였다. 국내와 함께 재일한국인 사회는 이 밖에도 사기업 취직, 교원 등 공무원 채용, 변호사 등 전문직 진출, 나아가서 참정권 문제에 이르기까지

폭넓게 이루어지고 있는 차별대우를 개선하기 위한 법·제도의 마련과 함께 보다 본질적으로 재일한국인에 대한 일본인들의 끊임없는 차별 의식을 해소하기 위한 노력이 다각도로 경주되어 왔다. 그 결과 앞에서 언급한 바와 같이 1991년 1월 한·일 양국 간에 '合意覺書'가 채택되었으며, 현재 재일한국인의 법적지위는 1965년 법적지위협정을 대체한 합의각서에 의하여 규율되고 있는 것이다.

2. 1991년 '합의각서'의 의의 및 문제점⁵¹⁾

1) '합의각서' 체결의 의의

1991년 '합의각서'는 '법적지위협정'과 같이 법적구속력을 갖는 條約이 아니라 전형적인 '紳士協定'(gentlemen's agreement)으로서의 성격을 가진 것이었다.⁵²⁾ 그러나 이 합의각서는 1965년 법적지위협정을 전면 개정하는 효과를 지니고 있다. 일본은 이 합의각서 채택 후 바로 그 이행을 위한 후속조치에 착수하였다. 관련 법률사항의 이행을 위하여 「出入國管理特例法」과 「外國人登錄法」을 제정하거나 개정하는 한편, 여타 부분에 대하여는 그 이행과 관련하여 일선 행정기관에 행정지도를 하였다.

2) '합의각서'의 주요내용 및 문제점

합의각서의 실천과 관련하여 일본 의회는 「출입국관리특례법」⁵³⁾을 제정하였다. 이 법을 통하여 대일평화조약의 발효 이래 복잡하게 구분되던 과거 일제의 불법지배 하에 놓여있던 국가의 출생자 및 그 후손들에 대한 법적 지위가 일원화 되었다.⁵⁴⁾ 이에 따라 과거 법적지위협정에 따른 이른바 '協定永住

51) 保坂祐二, 전계논문, pp. 6-7; 이장희, 전계서, pp. 102-111; 정인섭, 전계서(주 12), pp.68-87 참조.

52) 정인섭, 상계서, p.76.

53) 정식 명칭은 「日本國과의 平和條約에 基하여 日本國籍을 離脫한 者 등의 出入國管理에 관한 特例法」이다.

權' 제도가 없어지고 재일한국인의 법적지위가 일원화되었다. 즉, 終戰 이전부터 일본에 거주하다가 평화조약의 발효와 동시에 일본 국적을 상실한 구식민지 출신자 및 그들의 일본 출생 자손으로 이 법의 시행 시에도 계속 일본에 거주하던 자에게는 일률적으로 '특별영주권'이 부여된 것이다(제3조).

그리고 '특별영주권'을 부여받은 자에 대한 강제퇴거 사유를 ① 일본 「형법」 제2편 제2장(내란에 관한 죄), 제3장(외환에 관한 죄)의 죄를 범하고 금고 이상의 형에 처하여진 자(단, 내란죄로 집행유예를 받거나, 부화뇌동자 등 단순 폭동 관여자는 제외); ② 일본 「형법」 제2편 제4장 국교에 관한 죄에 의하여 금고 이상의 형을 받은 자; ③ 외국의 元首, 外交使節 또는 公館에 대한 범죄 행위에 의하여 금고 이상의 형에 처하여진 자로서 법무장관이 그의 범죄행위로 인하여 일본의 외교상 중대한 이익이 침해되었음을 인정한 자(특히 이 경우는 법무장관이 외무장관과 협의를 한다); ④ 무기 또는 7년 이상의 징역이나 금고에 처하여진 자로서 법무장관이 그의 범죄행위가 일본의 중대한 이익을 침해하였다고 인정한 자로 한정하였다(제9조).⁵⁵⁾

재입국과 관련하여, 일본에 거주하는 일반외국인이 다시 귀환할 목적으로 일시 출국을 하는 경우 1년 이내의 기간으로 재입국허가를 받을 수 있고, 이는 다시 1년 이내(총 2년 이내)까지 연장할 수 있도록 규정하고 있음에도(제 26조), '특별영주권자'는 일반외국인과 달리 원래의 재입국허가기간을 추가로 4년까지 연장할 수 있도록 하였다. 따라서 일본을 출국한 특별영주권자는 총 5년간 계속하여 외국에 체류할 수 있게 된 셈이었다. 또한 재입국허가를 받아 출국한 특별영주권자가 일본으로 귀환하는 경우의 '상륙심사'는 일반외국인과는 달리 旅券의 유효성 여부만을 심사하도록 제한하고, 「출입국관리법」상 여타의 상륙거부 사유의 해당 여부는 심사하지 못하도록 규정하였다.⁵⁶⁾

54) 이 법은 1991년 합의각서의 실천을 위하여 제정된 것이었으나, 그 적용 대상은 과거 법적 지위협정상 '협정영주권자' 등에 한정되지 않고 조총련계와 재일대만인 등 역사적으로 동일한 일본정착 경위를 갖는 모든 사람들에게 적용되었다.

55) 그러나 協定永住權者는 법적지위협정에 의하여 기왕에도 일반 출입국관리법상의 퇴거강제 사유는 적용되지 않았으므로, 합의각서가 체결되었어도 과거에 비해 특별히 그 법적지위가 강화되었다고는 할 수 없다고 본다(정인섭, 전계서(주 12), p.79).

56) 상계서, p.80.

‘합의각서’의 실천을 위한 「외국인등록법」 개정 법률은 1992년 6월 1일에 공포되고, 1993년 1월 8일부터 시행되었다. 신법에 의하여 ‘특별영주권자’에 대하여는 지문날인이 폐지되었고 대신 본인 확인을 위한 제도로써 ‘서명 및 가족등록제’가 신설되었다. 즉, 외국인등록 시 본인에 관한 각종 인적사항 외에 세대주, 배우자, 부모의 인적사항 및 외국인 세대주인 경우 그 세대 구성원의 인적사항을 본인의 ‘외국인등록원표’에 동시에 기재하도록 하였다. 이로써 재일한국인에 대한 지문날인 제도는 폐지되었으나, 「외국인등록법」 분야에서의 또 다른 개정 요구 사항이었던 ‘외국인등록증’의 常時携帶 의무는 계속되었다. 일본 정부가 재일한국인의 입장을 배려하여 ‘80년대 후반부터 ‘상시휴대’의 개념을 대폭 완화시켜 적용하고 있음에도 불구하고 ‘외국인등록증휴대의무’ 자체가 폐지된 것은 아니라는 점이 문제다.⁵⁷⁾

1965년 법적지위협정 체결 이후에도 ‘문부성 사무차관 通達’⁵⁸⁾을 통하여 재일한국인학교나 특별학급의 설치를 금지하고 교과과정에 있어서 재일한국인에 대한 특별편성을 억제하는 정책이 계속되어 왔으나, 1991년 ‘합의각서’에서는 일본 정부가 재일한국인에 대한 민족교육의 실시와 재일한국인 자녀에 대한 ‘취학안내서’의 발송을 지도하기로 약속한 바 있다.⁵⁹⁾

‘합의각서’에 따라 일본 정부는 공립학교 교원채용의 문호를 재일한국인에게도 개방하기로 약속하였다. 그러나 이에 “공무원임용에 관한 ‘국적에 따른 합리적 차이’에 입각한 일본국 정부의 법적 견해를 전제”로 한다는 조건이 첨부되고 있었다. 일본 문부성은 일단 「합의각서」에 따라 관련 通知⁶⁰⁾를 발하였다. 이에 따르면 각급학교의 교원임용 선발 시험에서 재일한국인 등 외국인의 응시를 인정하고, 합격된 자에 대하여는 임용기간의 제한이 없는 ‘常勤講師’로 임명할 수 있게 되었다. 그러나 문제는 문부성이 외국인교사의 자격을 정규교

57) 상계서, pp.80-81 참조.

58) 정식 명칭은 「日本國에 거주하는 大韓民國國民의 法的地位 및 待遇에 관한 日本國과 大韓民國間의 協定에 있어서 教育關係事項의 實施에 관하여」(1965년 12월 18일자 문부성 사무차관 通達(文初財 第464號))이다.

59) 정인섭, 전개서(주 12), pp.81-83 참조.

60) 정식 명칭은 「在日韓國人 등 日本國籍 없는 자의 公立學校 教員으로의 任用に 관하여」(1991년 3월 22일 通知(文教地 第80號))이다.

사가 아닌 '상근강사'로 제한함으로써 장기간 근속하더라도 '관리직'에 임용될 수 없는 한계를 가지고 있다는 점이다. 관리직은 공권력을 행사하는 직이므로 공무원에 관한 법리상 외국인의 채용은 불가하다는 것이 일본 정부의 입장이다. 문부성은 "공무원임용에 관한 '국적에 따른 합리적 차이'에 입각한 일본국 정부의 법적 견해를 전제"로 한다는 합의각서에 따라 이러한 제한이 정당화 된다고 주장하고 있는 것이다.

이러한 문제는 일본 지자체의 공무원 채용에 있어서도 나타나고 있다. 즉, '합의각서'는 "공무원 임용에 관한 '국적에 따른 합리적 차이'에 입각한 '일본국 정부의 법적 견해'를 전제로 하면서, 채용기회의 확대를 도모하도록 지방공공단체를 지도해 나간다."고 규정하고 있다는 점을 들어 일본 정부는 "국적에 따른 합리적 차이에 입각한 '일본국 정부의 법적 견해'를 전제로 공무원을 채용할 수 있다는 입장이다. 이에 따라 의사, 의료기사, 영양사, 보모 등과 같은 전문직의 경우를 제외하고 일반직의 경우, 사법부와 지자체의 경우 다소간 탄력적인 적용이 이루어지고 있음에도 불구하고,⁶¹⁾⁶²⁾ 일반적으로는 여전히 그 문호가 제한되고 있다는 점이 문제이다.⁶³⁾

재일한국인은 그 역사적 특수성에 의하여 일본 내 일반외국인에 비해서는 다소 안정된 법적 지위를 부여 받고 있는 것은 사실이지만 일본 국민에 비해서는 여전히 열악한 법적 지위에 머무르면서 사법상·공법상 차별 대우를 받고 있는 실정이다. 특히 공법상 지위와 관련하여 일본 정부의 '참정권' 문제에 대한 법제도적인 개선 노력이 크게 미흡한 것으로 지적되고 있다. 합의각서에서도 단지 "지방자치체 선거권에 대하여는 대한민국 정부의 요망이 표명되었다."는 수준에서 언급되고 있다. 재일한국인들은 '재일한국인 문제'에 대한 일본의 역사적 책임과 국제인권법적 근거를 원용하면서 일본 정부로 하여금 최

61) 1999년 2월 현재 大阪, 横兵, 神戸 등 政令市와 神奈川縣, 高知縣, 冲繩縣 등이 지방공무원의 채용과 관련하여 國籍條項을 모든 직종에서 철폐한 상태이다. 保坂祐二, 전계논문, p.10.

62) 1994년 3월 東京都에서 보건부로 근무하던 鄭香均이 관리직으로의 승진을 시도하였다가 거부당한 데 대하여 受験資格確認과 慰籍料請求訴訟을 제기한 바 있다. 鄭香均은 1심에서는 패소하였으나, 2심인 東京高裁에서는 수험거부에 대한 慰籍料請求權을 인정받은 바 있다. 『統一日報』 1997年 11月 27日字 참조.

63) 정인섭, 전계서(주 12), pp.85-86 참조.

소한 지방참정권을 부여해 주도록 투쟁을 전개해 나가고 있지만, 참정권 문제에 대하여 일본 학계나 정부는 여전히 부정적인 입장을 견지하고 있으며, 그 때문에 아직 뚜렷한 성과가 나타나지 않고 있는 상황이다.⁶⁴⁾

3. 재일교포 법적지위의 개선 과제

일본 정부는 재일한국인에 대해서 사회보장제도 및 私法上의 권리는 어느 정도 인정하는 정책을 펴고 있는 반면, 公法上 권리와 관련해서는 「외국인등록법」을 위반하면 퇴거를 강제할 수 있도록 함으로써 국내 체류를 제한하고 있으며 참정권과 교육·노동에 대한 권리도 제대로 보장하지 않고 있다. 따라서 다음과 같은 몇 가지 점에 중점을 두고 재일한국인의 법적지위 개선을 위하여 노력할 필요가 있다고 본다.⁶⁵⁾

첫째, 일본 정부에서는 법·제도의 유연한 운영을 통하여 차별대우를 완화한다고 밝히고 있지만, 재일한국인의 보다 안정적인 법적지위 확보를 위하여 '외국인등록증 상시휴대 의무'와 '재입국허가제도'가 폐지되도록 노력할 필요가 있다. 둘째, 민족학교 및 민족학급의 설치와 민족교육에 대한 각 지역 교육위원회와 정부 차원의 지원이 보다 많이 이루어질 수 있도록 제도화 하고 공립학교 교사와 지방공무원의 채용 시 적용되고 있는 '국적에 따른 합리적 차이'와 '일본국 정부의 법적 견해'가 새로운 차별의 근거로 원용되지 않도록 해야 할 필요가 있다. 이를 통하여 공립학교 교원채용 시 재일한국인이 상근강사가 아닌 정규교사로 채용될 수 있도록 해야 하며, 지방공무원으로 채용되는 재일한국인들이 전문직만이 아니라 일반사무직으로 진출할 수 있는 기회가 보장되고 또 계속 확대될 수 있도록 해야만 한다. 셋째, 전후처리 및 사회보장과 관련하여 원호관계법 상의 국적조항을 철폐하고 「국민연금법」상 적용대상에서 제외되어 있는 無年金障礙者 및 고령자에 대하여 일본인과 동등한 대우가

64) 상계서, pp.397-428; 조상균, 전계논문, pp.371-391; 保坂祐二, 전계논문, pp.6-7; 김부찬, "재일한국인의 법적 지위 — 지방참정권을 중심으로 —," 「地方自治法研究」 제2권 제2호, 2002, pp.120-125.

65) 김부찬, 상계논문, pp.124-125.

이루어질 수 있도록 해야 할 필요가 있다. 그리고 넷째, 지방참정권의 제도적 보장을 통하여 재일한국인들이 일본사회의 능동적인 구성원으로서 법적 지위를 확보할 수 있도록 해야만 할 것이다.

다섯째, 재일한국인의 법적 지위 및 처우 개선 문제의 해결과 관련하여 재일한국인 문제의 역사적 특수성이라는 관점을 초월하여 이제는 (정주)외국인에 대한 보편적 인권의 보장이라는 미래지향적 관점에서 접근할 필요가 있다고 본다. 마지막으로, “朝鮮籍”으로 남아있는 재일교포에 대한 법적 지위 및 대우문제에 적극적인 관심을 가질 필요가 있다. 현재 재일교포 가운데 한국 국적으로 등록되지 않은 경우에 사실상 일본 내 또는 한국과의 관계에서 향유하여야 할 여러 가지 권익이 박탈되거나 제한되는 경우가 많이 있다. 따라서 한국 정부의 입장에서 모든 재일교포들을 차별 없이 한국민으로 간주해야만 하고 이들에 대해서 필요한 외교적 지원과 보호를 해야 함에도 불구하고 적극적이고 전향적인 조치를 취하지 않는 것은 헌법 및 국제법상 요구되고 있는 국가의 의무를 저버리는 결과가 되는 것이다.⁶⁶⁾

오늘날 모든 국가들은 외국인의 출입국과 관련하여 재량권을 향유하지만 일단 자신의 영역 내에서 재류를 허용하고 있는 외국인들에게는 일정한 대우와 보호를 부여하여야 할 국제법상 의무를 진다.⁶⁷⁾ 일반적으로 각국은 ‘국제표준주의’(international minimum standard) 또는 ‘국내표준주의’(standard of national treatment) 등의 원칙에 따라 국내 재류 외국인에 대한 대우 및 그 권리·의무의 기준을 설정하고 있다.⁶⁸⁾ 특히 국제인권법의 발달에 따라 각국은 그 관할 하에 있는 모든 개인들(외국인 등의 모든 소수자 포함)에 대하여 차별 없이 일정한 수준의 권리를 보장하도록 요구되고 있다.⁶⁹⁾ 그러나 참정권

66) 그러나 만일 향후 일본과 북한이 수교하고 “조선적” 재일교포의 법적 지위 문제가 검토되는 경우에는 “조선적 재일교포”의 법적 지위 문제와 함께 현행 한·일 간의 재일교포 법적 지위협정의 적용 대상을 분명하게 정할 필요성이 대두될 것으로 예상된다(노영돈, 전계논문, pp.719-721).

67) Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th ed., London and New York, Routledge, 1997, p.256..

68) Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th ed., Oxford, Oxford University Press, 1999, pp.524-530.

69) 김부찬, “재일한국인의 지방참정권 문제에 관한 고찰,” 『법과 정책』 제13집 제1호, 2007, p.8.

과 관련해서는 「世界人權宣言」 제2조⁷⁰⁾가 허용되지 않는 차별의 기초로서 인종, 피부색, 性, 언어, 종교, 정치적 견해, 민족적·사회적 출신, 재산, 출생신분 등을 열거하면서도 '국적'(nationality)을 제외하고 있다는 점을 들어 '국적'을 근거로 내·외국인을 차별하는 것은 가능하다거나,⁷¹⁾ 人權의 주체를 '모든 사람'(everyone)으로 규정하고 있는 인권관련 조약도 참정권에 한해서는 그 주체로 '市民'(citizen)을 명시하고 있다는 점을 들어⁷²⁾ 인권적 차원에서 외국인에 대해서는 참정권이 보장되지 않는다고 해석해 왔던 것이 사실이다.

그러나 허용되지 않는 차별의 기초로 '국적'이 열거되지 않고 있다고 해서 '국적'을 이유로 하는 차별대우가 적극적으로 허용되고 있다고 볼 수는 없으며, 조약의 條文이 어떤 권리가 오로지 '국민'이나 '시민'에 한하여 인정된다고 적극적으로 규정하고 있는 경우를 제외하고는 그러한 권리가 '외국인'에게도 적용될 수 있다고 보아야 한다. 참정권의 경우 「세계인권선언」은 국제인권규약과는 달리 '모든 사람'이 "그 국가 내에서"(in his country) 정치적 권리를 향유하는 것으로 규정하고 있는데,⁷³⁾ 이 경우 '국가'를 반드시 '국적국'(national State)으로 보아야 할 이유는 없다고 본다.⁷⁴⁾ "그 국가 내에서"라는 句節의 해석과 관련하여 '국적'을 기준으로 삼지 않고 가족관계, 거주지 지속성, 경제활동 등을 기준으로 보다 "실질적인 진정연결관계(substantial real connections)를 가지고 있는 국가 내에서" 거주하고 있는 개인에 대해서도 부

70) Article 2: "Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. ..."

71) Richard B. Lillich, *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1984, p. 45.

72) International Covenant on Civil and Political Rights, Article 25: "Every citizen shall have the right and the opportunity, without any of the distinctions mentioned in article 2 and without unreasonable restrictions: (a) To take part in the conduct of public affairs, directly or through freely chosen representatives; (b) To vote and to be elected at genuine periodic elections which shall be by universal and equal suffrage and shall be held by secret ballot, guaranteeing the free expression of the will of the electors; (c) To have access, on general terms of equality, to public service in his country."

73) Article 21 (1): "Everyone has the right to take part in the government of his country, directly or through freely chosen representatives."

74) 이호용 역음, 「정주외국인에 대한 선거권 부여법제」, 법무부 법무심의관실, 2000, p. 16 참조.

여된다고 하는 것이다.⁷⁵⁾ 이러한 관점에서 오늘날 전통적 의미의 '국적'의 개념은 '국민' 외에 널리 외국인을 포함한 주민들에 대하여 적용할 수 있는 '시민권'(citizenship)의 개념으로 확대·발전하고 있다고 할 수 있을 것이다.⁷⁶⁾

IV. 結 論

오늘날 모든 국가는 민주적 공동체를 표방하고 있다. 민주적 공동체는 모든 공동체구성원들이 그 법적 지위에 근거하여 기본적 권리를 향유하며 공동체의 의사결정과 정책과정에 평등하게 참여할 수 있도록 보장받는 것을 전제로 하고 있다.⁷⁷⁾ 이와 관련하여 국제인권법은 어떠한 국가사회에서나 그 안에 거주하고 있는 모든 구성원들의 기본적 인권이 가능한 한 모든 수준에서 평등하게 보장되도록 요청하고 있다.

일본 정부의 재일한국인 정책은 기본적으로 '동화정책'(assimilation policy)이라고 할 수 있다.⁷⁸⁾ 그러나 동화되지 않으면 차별하겠다고 하는 것은 재일

75) Richard B. Lillich, *op. cit.* 전통적으로 '국적국'만이 행사할 수 있는 것으로 간주되고 있는 '외교적 보호권'(right of diplomatic protection)의 경우에 최근에는 국가와 피해자와의 연결요소로 단순한 '국적'이 아닌 '定住'(habitual residence)의 요소를 고려해야 한다는 주장이 유력하게 제기되고 있다. 이는 오늘날 많은 사람들이 자신의 '국적국'이 아닌 해외에 거주하고 있으며 이 경우 그 '체류국'(host State)과의 사이에 '국적' 이상의 '실효적 연결관계'(effective connection)가 성립될 수 있다고 본다. '거주'(residence)는 따라서 단지 '부가적인 요소'(accessory factor)가 아니라 '실제적인 연결요소'(actual linking factor)로 간주되어야 한다는 것이다. 이에 대해서는 김부찬, 「외교적 보호에 관한 연구」(외교통상부연구용역보고서), 2001, pp. 42-43 참조.

76) 이윤환, "헌법상 정주외국인의 지방참정권," 「국제인권법」 제4호, 2001, pp.75-76; 大沼保昭, "日本에 있어서 '外國人の人權論'의 再構成試圖," 「韓國國際法學의 諸問題」(箕堂李漢基博士古稀紀念), 1986, p.417; Sushi Kondo (ed.), *Citizenship In A Global World — comparing citizenship rights for aliens —*, Palgrave, 2001 참조.

77) '민주적공동체'에서 다수결의 방식에 의한 의결 및 그 의결에 따른 요구가 정당화되려면 최소한 공동체구성원들이 모두 차별 없이 그 정치적 의사결정 과정에 참여할 수 있도록 보장되어지는 것이 필요하다. 이는, '민주적 다수'(democratic majority)가 스스로 '정당한 다수'(legitimate majority)이기를 포기하지 않는 한 소수자로부터 그러한 정치적 자유 및 권리를 박탈할 수 없다는 것을 의미한다. 김부찬, 전제논문(주 3), p.5 참조.

78) 김경득, "국적법개정과 재일한국인," 「서울국제법연구」 제4권 2호, 1997, p. 57.

한국인(외국인)에 대한 인권 존중 정책이 아니라 사실상 차별 또는 '억압정책'(oppression policy)에 불과한 것이다.⁷⁹⁾ 일본은 일제 강점기 동안에는 한국인에게 일본 국적을 강제로 적용했으며, 불법지배가 종료된 후에는 자신의 책임으로 일본 내에 거주하게 되었던 재일한국인들에게 아무런 책임 이행도 없이 일방적으로 그 국적의 적용을 배제하면서 재일한국인에 대한 차별대우를 정당화 하려고 하였다.

1965년 한·일 양국 간에 기본관계조약과 아울러 재일한국인의 법적 지위 및 처우에 관한 협정이 체결되고 이후 1991년에 그 문제점을 보완하기 위한 합의각서가 교환되었지만, 지금도 여전히 일본 정부는 재일한국인에 대하여 법적지위나 처우 면에서 차별 대우를 받기 싫으면 한국으로 귀국하든지 아니면 일본으로 歸化하든지 어느 하나를 선택하도록 사실상 강요하고 있는 실정이다.⁸⁰⁾ 특히 최근 들어 일본 정부는 국적법을 개정하여 일본 국적의 취득을 용이하게 하고 귀화요건을 완화함으로써⁸¹⁾ 많은 재일한국인들이 일본사회에 쉽게 동화되도록 하고 있다. 이는 재일한국인 사회의 규모를 급격히 축소시키는 결과를 초래하고 있으며, 한국의 대표적인 해외교포 집단인 재일한국인의 정체성 및 교포사회의 유지에 근본적인 위협 요인으로 작용하고 있는 것이 사실이다.⁸²⁾

79) FUKUOKA, Yasunori, "Koreans in Japan: Past and Present," *Saitama University Review*, Vol.31, No.1 (<http://www.han.org/a/fukuoka96a.html>)

80) "일본사회에서 차별을 피하기 위하여 귀화하여 일본 국적을 취득한 코리안이 이십 수만 명 거주하고 있다. 귀화의 목적이 차별회피인 이상 일본식 이름을 사용하고 있는 자가 대부분이다. ... 이러한 재일코리안 내지 그 자손은 상당한 숫자에 달할 것이지만 현실사회에는 드러나지 않는다. 그러나 그것은 코리안으로서의 존재가 발각되어 차별 받게 되는 것을 염려하여 숨을 죽이고 있는 것이지 결코 문제가 해소되었기 때문은 아니다." (배훈, 전계논문, pp.417-418.)

81) 「國籍法」 제6조에 의하면 2. 일본에서 태어난 자이고, 계속 3년 이상 일본에 주소 혹은 거주지를 보유하고 있고, 또는 그 부친 혹은 모친(양부모를 제외한다)이 일본에서 태어난 자. 3. 계속하여 10년 이상 일본에 거주지를 보유하고 있는 자에 대하여 귀화를 허가할 수 있도록 되어 있다. 그 결과 「국적법」 제5조의 규정에 따라 5년 이상 일본에 계속 거주하지 않아도 귀화가 가능해진 것이다. 이에 따라 2001년 1월 현재 일본에 정주하고 있는 거의 대부분의 재일한국인들이 이러한 요건을 충족시킬 수 있게 되었다. 결국, 재일한국인이 일본국적을 취득하는 데 형식적인 어려움은 완전히 제거되었다고 볼 수 있다는 것이다(保坂祐二, 전계논문, p.11).

82) 배훈, 전계논문, p.413.

그러나 일본사회의 대표적인 소수자 집단인 재일한국인들은 국제인권법에 따라 일본사회에 동화되지 않고 자신의 문화 및 정체성을 유지해 나갈 수 있는 권리를 가지고 있으며 다수자(majority)에 대하여 평등한 대우 및 관용을 요구할 수도 있다.⁸³⁾ 이러한 '소수자의 권리'가 보장되고 있음에도 불구하고 기본적으로 '배제와 억압정책'을 바탕으로 소수자 집단인 재일한국인에 대하여 시행되어 온 일본의 소수자 정책은 많은 비판에 직면하고 있다. 특히 역사적 특수성을 가지고 있는 정주외국인으로서 재일한국인들이 각 지방의 '주민'인 동시에 '인간'으로서의 지위를 갖고 있음을 기초로 일본사회에서 영주권을 보장 받고 안정된 생활을 영위할 수 있도록 해 주는 것이 국제사회의 리더임을 자임하고 있는 일본의 역사적 책무이자 국제인권법의 요청이라고 본다. 이와 같이 '재일한국인 문제'의 해결은 보편적인 국제인권법상 요청인 동시에 그 역사적 책임에 비추어 일본이 보다 적극적으로 해결에 나서야만 하는 특별한 과제인 것이다.⁸⁴⁾

일본은 그동안 한국에 대한 불법지배의 역사적·국제법적 책임 인정에 극히 인색한 태도를 보여 왔으며, 아울러 재일한국인의 법적지위 보장과 인권 개선을 위한 주도적인 노력도 외면해 왔던 것이 사실이다. 그러나 한·일관계가 정상적으로 발전하고 상호 협력적인 관계를 구축해 나가기 위해서는 일본이 과거 불행했던 한·일 관계 역사에 대한 객관적인 사실 인식 및 그에 대한 책임 인정이 선행되지 않으면 안 된다고 본다. 따라서 일본은 정치적·도의적 차원에서뿐만 아니라 법적 차원에서 일제 강점기 동안의 불법지배에 대한 사실 인정과 함께 국제법적 책임이행을 위한 전향적 조치를 취해야만 한다고 본다.

이러한 의미에서 일본은 1965년 법적지위협정의 공식적인 '개정'을 통하여 1991년 합의각서에 포함되고 있는 법적지위 및 처우 개선 내용을 전향적으로 재검토하기 위한 의지를 보여줄 필요가 있다. 특히 최근의 국제인권법의 발전

83) International Covenant on Civil and Political Rights, *Article 27*: "In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language.

84) 保坂祐二, 전제논문, pp. 13-14.

을 반영함으로써 재일한국인들의 여망인 지방참정권의 부여를 포함하여 교육 및 취업, 그리고 사회보장제도와 관련하여 문제가 되어 왔던 차별 대우를 실질적으로 제거하기 위한 내용으로 재일한국인의 법적지위를 보다 안정적으로 보장해 줄 필요가 있다고 본다.⁸⁵⁾⁸⁶⁾

재일한국인이 사실상 일본인과 평등한 대우를 받아야만 하는 것은, 이를 통해서만 일본이 한국 및 재일한국인에 대한 역사적·국제법적 책임을 이행하고, 재일한국인으로 하여금 스스로의 정체성을 유지하면서 일본의 21세기 '다문화 공생사회'의 구축에 능동적으로 참여할 수 있도록 할 수 있을 것이기 때문이다.

참고문헌

고려대학교 아세아문제연구소 일본연구실 편, 「한일관계자료집」 제1집, 고려대학교, 1976.

김대순, 「국제법론」 제16판, 삼영사, 2011.

대한민국정부, 「한일회담백서」, 1965.

이광규, 「재일한국인」, 일조각, 1993.

이장희 편저, 「한일간의 국제법적현안문제」, 亞社研, 1998.

이호용 엮음, 「정주외국인에 대한 선거권 부여법제」, 법무부 법무심의관실, 2000.

정인섭, 「신 국제법강의 — 이론과 사례 —」, 개정판, 박영사, 2011.

정인섭, 「재일교포의 법적지위」, 서울대학교출판부, 1996.

85) 萩野芳夫, “外國人の定住と政治的權利,” 徐龍達 編, 「共生社會への地方參政權」, 日本評論社, 1995, pp. 205-240.

86) 우리나라의 경우는 2003년에 「주민투표법」의 개정을 통하여 일정한 요건을 갖춘 정주외국인에 대하여 '住民投票權'을 부여하고 2006년에는 「공직선거법」을 개정함으로써 또한 일정한 요건을 충족하는 19세 이상의 정주외국인에 대하여 '地方選舉權'을 부여하는 조치를 취함으로써 외국인의 인권 보장과 관련하여 진일보한 단계를 맞이하게 되었으며, 일본을 상대로 해서도 '지방참정권'을 포함하여 보다 적극적으로 재일교포에 대한 인권보장을 요구할 수 있는 입장이 되었다고 할 수 있다(김부찬, 전계논문(주 69), pp.16-17).

- 공보부, “한일협정을 통해 본 재일교포의 법적 지위 및 대우(한일협정조약해설),” 「지방행정」 제14권, 1965.
- 김경득, “국적법개정과 재일한국인,” 「서울국제법연구」 제4권 2호, 1997.
- 김경득, “재일조선인이 본 '재외동포법'과 향후의 과제,” 「한일민족문제연구」 제5호 2003.
- 김명기, “국제법상 일본으로부터 한국의 분리에 관한 연구,” 「국제법학회논총」 제33권 제1호, 1988.
- 김부찬, “국제법상 소수자의 권리,” 「동아시아연구논총」 제8집, 제주대학교, 1997.
- 김부찬, “외교적보호에 관한 연구”(외교통상부 연구용역보고서), 2001.
- 김부찬, “재일한국인의 법적 지위 — 지방참정권을 중심으로 —,” 「지방자치법연구」 제2권 제2호, 2002.
- 김부찬, “재일한국인의 지방참정권 문제에 관한 고찰,” 「법과 정책」 제13집 제1호, 2007.
- 김응렬, “난민조약과 재일한국인,” 「아세아연구」 제88호, 1992.
- 나인균, “대한민국과 대한제국은 법적으로 동일한가?” 「국제법학회논총」 제44권 제1호, 1999.
- 노영돈, “재일한인의 국적,” 「백산학보」 제83호, 2009.
- 大沼保昭, “日本에 있어서 '外國人의 人權論'의 再構成試圖,” 「한국국제법학의 제문제」(기당이한기박사고회기념), 1986.
- 도노무라 마사루, “한일회담과 재일조선인 — 법적지위와 처우 문제를 중심으로 —,” 「역사문제연구」 제14호, 2005.
- 문경수, “재일한국인문제의 기원,” 「동아시아연구논총」 제9집, 제주대학교, 1998.
- 박배근, “국제법상 국가의 동일성과 계속성,” 「저스티스」 통권 제90호, 2006.
- 배훈, “재일코리안의 일본 내에서의 법적 지위,” 「고려법학」 제48호, 2007.
- 保坂祐二, “在日코리안의 法的地位(改正된 '國籍法'과 '入管法'을 中心으로),” 「평화연구」 제8권 1호, 고려대학교, 2000.
- 서용달, 김용기 역, “재일한조선인의 지방참정권,” 「경영경제」 제33집 1호, 2000.

- 엄요섭, “한일회담에 관한 역사적 재조명,” 「일본연구」 제1권, 1990.
- 유병용, “한일협정과 한일관계의 개선방향,” 「한일역사공동보고서」 제6권, 2005.
- 유철중, “재외국민의 법적 지위 문제,” 「논문집」 제3집, 1976.
- 이윤환, “헌법상 정주외국인의 지방참정권,” 「국제인권법」 제4호, 2001.
- 장박진, “한일회담 개시 전 한국정부의 재일한국인 문제에 대한 대응 분석: 대한민국의 국가정체성과 ‘재일성(在日性)’의 기원,” 「아세아연구」 제52권 1호, 2009.
- 최영호, “일본패전직후 참정권문제에 대한 재일한국인의 대응,” 「한국정치학회보」 제34집 1호, 2000.
- 최영호, “재일한국인의 참정권에 대한 한일양국의 정치적 태도에 관한 연구,” 「영산논총」 제7집, 영산대학교, 2001
- 한상범, “한·일협정(1965年), 왜 개정해야 하나?” 「아·태공법연구」 제10집, 2002.

- Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 5th ed., Oxford, Oxford University Press, 1999.
- FUKUOKA, Yasunori, “Koreans in Japan: Past and Present,” *Saitama University Review*, Vol.31, No.1(<http://www.han.org/a/fukuoka96a.html>)
- Kondo, Atsushi, *Citizenship In A Global World — comparing citizenship rights for aliens —*, Palgrave, 2001.
- Lillich, Richard B, *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1984.
- Malanczuk, Peter, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th ed., London and New York, Routledge, 1997.
- 大藏省印刷局, 「日韓條約と國內法の解説」(別冊「時の法令」), 1965.
- 萩野芳夫, “外國人の定住と政治的權利,” 徐龍達 編, 「共生社會への地方參政權」, 日本評論社, 1995.

[Abstract]

The Significance and Problems of the Agreement on the Legal Status and Treatment of Korean Residents in Japan

Kim, Boo-Chan

Professor, Jeju National University Law School

The issue of Koreans (or Korean Residents) in Japan is an old subject-matter deriving from Japan's illegal occupation of Korea. The issue of the legal status of Koreans in Japan was addressed at the time of the conferences for the normalization of diplomatic ties between Korea and Japan from 1951, and ensconced in a bilateral treaty, the Agreement on the Legal Status and Treatment of Korean Residents in Japan(hereinafter, the "Legal Status Agreement") in 1965. This agreement, however, failed to bring improvements to the legal status of Korean Residents in Japan, in any fundamental fashion.

In 1991, the foreign ministers of the two countries signed a Memorandum of Agreement(hereinafter, the "Memorandum"), though, to introduce amendments to the Legal Status Agreement. This Memorandum left out some of the essential questions touching the legal status of Koreans in Japan, such as equal rights concerning the civil, political, economic, social and cultural fields including, for example, right to participate in politics at both national and local level. Indeed, the current legal status of Koreans in Japan is not sufficient to provide themselves with equal protection against potential restrictions and abuses of human rights, and much remains to be improved in the legal status and treatment of Koreans.

This essay tries to examine the significance of the Legal Status Agreement and the Memorandum, and the problems of the current legal status of

Korean Residents in the perspective of international law. Some issues detrimental to the legal status of Koreans in Japan such as restrictions on social welfare services, employment in public offices and equal participation in local politics, strict application of the Immigration Control Law, and discrimination in education and employment in private enterprises still await resolution. In fact, due to the special historical circumstances surrounding their initial settlement in Japan in addition to the problems under international human rights law, Koreans in Japan should have been granted somewhat more stable and improved legal status than other foreigners living in Japan.

A dual trend toward globalization and localization characterizes the 21st century. Globalization of human rights requires respect and equal protection of human rights regardless of nationality of residents in local community. International human rights law urges national societies to protect the basic human rights of all members residing within their territories, as much as possible. Therefore, Japan must try to step up to guarantee the sufficient legal status and equal treatment of Koreans both as human beings and as permanent residents of their respective local communities.

Given the special historical background of the issue of Koreans in Japan and the fact that Japan was primarily responsible for bringing this Korean minority to its soil, the obligation of finding a solution to enable them to live with dignity and lead a socially fulfilling existence befalls on its government as well. Japanese Government must make more active efforts toward improving the legal status of Koreans in Japan through the affirmative amendment of the Legal Status Agreement and the Memorandum, and related national laws.

Key words : Korean Residents in Japan, Ministerial Conferences between Korea and Japan, the Treaty on Basic Relations, Legal Status Agreement, Memorandum of Agreement, Human rights